حاشية
رد المحتار

لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين

على

الدر المختار: شرح تنوير الأبصار

في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان

المجلد الأول

دار الفكر
للطباعة والنشر والتوزيع
بيروت

حاشية
رد المحتار

لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين

على

الدر المختار: شرح تنوير الأبصار

في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان

ويليه: تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف

وقد وضع الشرح والمتن بأعلا الصحائف

وبأسفل الصحائف تقارير لبعض العلماء

الجزء الأول

الطبعة الثانية

١٣٨٦ هـ = ١٩٦٦ م

دار الفكر

١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م

« مَنْ يُرِدِ اللهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِى الدِّينِ »

« حديث شريف »

بسم الله الرحمن الرحيم

أحمدك يامن تنزهت ذاته عن الأشباه والنظائر . وأشكرك شكرا أستزيد به من درر غرر الفوائد زواهر الجواهر . وأسألك غاية الدراية . ودوام العناية ، بالهداية والوقاية ، فى البداية والنهاية . وفتح باب المنح من مبسوط بحر فيضك المحيط لإيضاح الحقائق . وكشف خزائن الأسرار ، لاستخراج درر البحار من كنز الدقائق . وأصلى وأسلم على نبيك السراج الوهاج وصدر الشريعة . صاحب المعراج وحاوى المقامات الرفيعة . وعلى آله الطاهرين . وأصحابه الظاهرين . والأئمة المجتهدين . وتابعيهم بإحسان إلى يوم الدين .

أما بعد : فيقول أحوج المفتقرين إلى رحمة أرحم الراحمين ، [محمد أمين الشهير بابن عابدين] : إن كتاب الدر المختار . شرح تنوير الأبصار . قد طار فى الأقطار . وسار فى الأمصار ، وفاق فى الاشتهار ، على الشمس فى رابعة النهار . حتى أكب الناس عليه . وصار مفزعهم إليه . وهو الحرى بأن يطالب ، ويكون إليه المذهب ، فإنه الطراز المذهب فى المذهب . فلقد حوى من الفروع المنقحة . والمسائل المصححة . مالم يحوه غيره من كبار الأسفار . ولم تنسج على منواله يد الأفكار . بيد أنه لصغر حجمه . ووفور علمه . قد بلغ فى الإيجاز . إلى حد الإلغاز ، وتمنع بإعجاز المجتاز . فى ذلك المجاز . عن إنجاز الإفراز . بين الحقيقة والمجاز .

وقد كنت صرفت فى معاناته برهة من الدهر . وبذلت له مع المشقة شقة من جديد العمر . واقتنصت بشبكة الأفهام أجل شوارده . وقيدت بأوتاد الأقلام جل أوابده ، وصرت فى الليل والنهار سميره ، حتى أسر إلى سره وضميره . وأطلعنى على حوره المقصورات فى الخيام ، وكشف لى عن وجوه مخدراته اللثام . فطفقت أوشى حواشى صفائح صحائفه اللطيفة . بما هو فى الحقيقة بياض للصحيفة . ثم أردت جمع تلك الفوائد . وبسط سمط هاتيك الموائد . من متفرقات الحواشى والرقاع . خوفا عليها من الضياع . ضاما إلى ذلك ماحرره العلامة الحلبي والعلامة الطحطاوى وغيرهما من محشى هذا الكتاب . وربما عزوت مافيهما إلى كتاب آخر لزيادة الثقة بتعدد النقل لا للإغراب ، وإذا وقع فى كلامهما ماخلافه الصواب أو الأحسن الأهم ، أقرر الكلام على مايناسب المقام ، وأشير إلى ذلك بقولى « فافهم » ولا أصرح بالاعتراض عليهما . تأدبا معهما .

وقد التزمت فيما يقع في الشرح من المسائل والضوابط ، مراجعة أصله المنقول عنه وغيره خوفا من إسقاط بعض القيود والشرائط ، وزدت كثيرا من فروع مهمة ، فوائدها جمة ، ومن الوقائع والحوادث ، على اختلاف البواعث ، والأبحاث الرائقة ، والنكت الفائقة ، وحل العويصات ، واستخراج الغويصات ، وكشف المسائل المشكلة ، وبيان الوقائع المعضلة ، ودفع الإيرادات الواهية من أرباب الحواشي ، والانتصار لهذا الشارح المحقق بالحق ورفع الغواشي ، مع عزو كل فرع إلى أصله ، وكل شيء إلى محله ، حتى الحجج والدلائل ، وتعليلات المسائل ، ماكان من مبتكرات فكري الفاتر ، ومواقع نظري القاصر ، أشير إليه ، وأنبه عليه ، وبذلت الجهد في بيان ماهو الأقوى ، وما عليه الفتوى ، وبيان الراجح من المجروح ، مما أطلق في الفتاوى أو الشروح ، معتمدا في ذلك على ماحرره الأئمة الأعلام ، من المتأخرين العظام ، كالإمام ابن الهمام وتلميذيه العلامة قاسم وابن أمير حاج ، والمصنف والرملي وابني نجيم وابن الشلبي والشيخ إسماعيل الحائك والحانوتي السراج ، وغيرهم ممن لازم علم الفتوى ، من أهل التقوى .

فدونك حواشي هي الفريدة في بابها ، الفائقة على أترابها ، المسفرة عن نقابها ، لطلابها وخطابها ، قد أرشدت من احتار من الطلاب ، في فهم معاني هذا الكتاب ، فلهذا سميتها [رد المحتار ، على الدر المختار] وإني أقول : ماشاء الله كان ، وليس الخبر كالعيان ، فسيحمدها معانيها ، بعد الخوض في معانيها :

جمعت بتوفيق الإله مسائلا رقاق الحواشي مثل دمع المتيم
وما ضر شمسا أشرقت في علوها جحود حسود وهو عن نورها عمي

وإني أسأله تعالى متوسلا إليه بنبيه المكرم ، صلى الله عليه وسلم ، وبأهل طاعته من كل ذي مقام علي معظم ، وبقدوتنا الإمام الأعظم ، أن يسهل علي ذلك من إنعامه ، ويعينني على إكماله وإتمامه ، وأن يعفو عن زللي ، ويتقبل مني عملي ، ويجعل ذلك خالصا لوجهه الكريم ، موجبا للفوز لديه في جنات النعيم ، وينفع به العباد في عامة البلاد ، وأن يسلك بي سبيل الرشاد ، ويلهمني الصواب والسداد ، ويستر عثراتي ، ويسمح عن هفواتي ، فإني متطفل على ذلك ، لست من فرسان تلك المسالك ، ولكني أستمد من طوله ، وأستعد بقوته وحوله ، وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب .

هذا ، وإني قد قرأت هذا الكتاب ، العذب المستطاب ، على ناسك زمانه ، وفقيه أوانه ، مفيد الطالبين ، ومربي المريدين ، سيدي الشيخ سعيد الحلبي المولد ، الدمشقي المحتد ، ثم قرأته عليه ثانيا مع حاشيته للشيخ إبراهيم الحلبي إلى كتاب الإجارة عند قراءتي عليه البحر الرائق قراءة إتقان ، بتأمل وإمعان ، واقتبست من مشكاة فوائده ، وتحليت من عقود فرائده ، وانتفعت بأنفاسه الطاهرة ، وأخلاقه الفاخرة ، وأجازني بروايته عنه وبسائر مروياته أمتع الله تعالى المسلمين بطول حياته بحق روايته له ، عن شيخنا العلامة المرحوم السيد محمد شاكر العقاد السالمي العمري ، عن فقيه زمانه منلا علي التركماني أمين الفتوى بدمشق الشام ، عن الشيخ الصالح العلامة عبد الرحمن المجلد ، عن مؤلفه عمدة المتأخرين الشيخ علاء الدين .

وأرويه أيضا عن شيخنا السيد شاكر بقراءتي عليه لبعضه ، وهو يروي الفقه النعماني عن محشي هذا الكتاب العلامة الشيخ مصطفى الرحمتي الأنصاري ، ومنلا علي التركماني عن فقيه الشام ومحدثها الشيخ صالح الجينيني عن والده العلامة الشيخ إبراهيم جامع الفتاوى الخيرية ، عن شيخ الفتيا العلامة خير الدين الرملي ، عن شمس الدين محمد الحانوتي ، عن العلامة أحمد بن يونس الشهير بابن الشلبي بكسر فسكون وتقديم اللام على الباء الموحدة

ويرويه شيخنا السيد شاكر عن محشي هذا الكتاب العلامة النحرير الشيخ إبراهيم الحلبي المداري ، وعن فقيه العصر الشيخ إبراهيم الغزي السايحاني أمين الفتوى بدمشق الشام ، كلاهما عن العلامة الشيخ سليمان المنصوري ، عن الشيخ عبد الحي الشرنبلالي ، عن فقيه النفس الشيخ حسن الشرنبلالي ذي التآليف الشهيرة ، عن الشيخ محمد المحبي عن ابن الشلبي .

وأروي بالإجازة عن الأخوين المعمرين الشيخ عبد القادر والشيخ إبراهيم حفيدي سيدي عبد الغني النابلسي شارح المحبية وغيرها ، عن جدهما المذكور ، عن والده الشيخ إسماعيل شارح الدرر والغرر ، عن الشيخ أحمد الشوبري ، عن مشايخ الإسلام الشيخ عمر بن نجيم صاحب النهر والشمس الحانوتي صاحب الفتاوى المشهورة والنور علي المقدسي شارح نظم الكنز عن ابن الشلبي .

وأروي بالإجازة أيضاً عن المحقق هبة الله البعلي شارح الأشباه والنظائر ، عن الشيخ صالح الجينيني ، عن الشيخ محمد بن علي الكتبي ، عن الشيخ عبد الغفار مفتي القدس ، عن الشيخ محمد بن عبد الله الغزي صاحب التنوير والمنح ، عن العلامة الشيخ زين بن نجيم صاحب البحر ، عن العلامة ابن الشلبي صاحب الفتاوى المشهورة وشارح الكنز ، عن السري عبد البر بن الشحنة شارح الوهبانية ، عن المحقق حيث أطلق الشيخ كمال الدين بن الهمام صاحب فتح القدير . عن السراج عمر الشهير بقارئ الهداية صاحب الفتاوى المشهورة ، عن علاء الدين السيرامي ، عن السيد جلال الدين شارح الهداية ، عن عبد العزيز البخاري صاحب الكشف والتحقيق ، عن الأستاذ حافظ الدين النسفي صاحب الكنز عن شمس الأئمة الكردري ، عن برهان الدين علي المرغيناني صاحب الهداية ، عن فخر الإسلام البزدوي ، عن شمس الأئمة السرخسي ، عن شمس الأئمة الحلواني ، عن القاضي أبي علي النسفي ، عن أبي بكر محمد بن الفضل البخاري ، عن أبي عبد الله السيذبوني ، عن أبي حفص عبد الله بن أحمد بن أبي حفص الصغير ، عن والده أبي حفص الكبير ، عن الإمام محمد بن الحسن الشيباني ، عن إمام الأئمة وسراج الأمة « أبي حنيفة النعمان بن ثابت الكوفي » عن حماد بن سليمان ، عن إبراهيم النخعي . عن علقمة عن عبد الله بن مسعود رضي الله تعالى عنه ، عن النبي صلى الله عليه وسلم ، عن أمين الوحي جبريل عليه السلام . عن الحكم العدل جل جلاله وتقدست أسماؤه .

بسم الله الرحمن الرحيم

(قوله بسم الله الرحمن الرحيم) ابتدأ بها عملا بالأحاديث الواردة فى ذلك ، والإشكال فى تعارض روايات الابتداء بالبسملة والحمدلة مشهور ، وكذا التوفيق بينها بحمل الابتداء على العرف أو الإضافى ، وكذا ما أورد من الأذان ونحوه مما لم يبدأ بهما فيه . والجواب عنه بأن المراد فى الروايات كلها الابتداء بإحداهما أو بما يقوم مقامه ، أو بحمل المقيد على المطلق ، وهو رواية « بذكر الله » عند من جوّز ذلك ، ثم الباء لفظ خاص حقيقة فى الإلصاق مجاز فى غيره من المعانى لامشترك بينها لترجح المجاز على الاشتراك موضوع بالوضع العام للموضوع له الخاص عند العضد وغيره : أى لكل واحد من المشخصات الجزئية الملحوظة بأمر كلى ، وهو مطلق الإلصاق بحيث لايفهم منه إلا واحد بخصوصه . والإلصاق تعليق شيء بشيء وإيصاله به ، فيصدق بالاستعانة والسببية لإلصاقك الكتابة بالقلم وبسببه كما فى التحرير .

ولما كان مدلول الحرف معنى حاصلا فى غيره لايتعقل ذهنا ولا خارجا إلا بمتعلقه اشترط له المتعلق المعنوى وهو الإلصاق ، والنحوى وهو هنا ما جعلت التسمية مبدأ له . فيفيد تلبس الفاعل بالفعل حال الإلصاق ، والمراد الإلصاق على سبيل التبرك والاستعانة . والأولى تقدير المتعلق مؤخراً ليفيد قصد الاهتمام باسمه تعالى ، رداً على المشرك المبتدئ باسم آلهته اهتماما بها لا للاختصاص ، لأن المشرك لاينفى التبرك باسمه تعالى ، وليفيد اختصاص ذلك باسمه تعالى ردا على المشرك أيضا وإظهارا للتوحيد ، فيكون قصر إفراد . وإنما قدم فى قوله تعالى - اقرأ باسم ربك - لأن العناية بالقراءة أولى بالاعتبار ، ليحصل ما هو المقصود من طلب أصل القراءة ، إذ لو أخر لأفاد أن المطلوب كون القراءة مفتتحة باسم الله تعالى لاباسم غيره ، ثم هذه الجملة خبرية لفظا وهل هى كذلك معنى أو إنشائية معنى ؟ ظاهر كلام السيد الثانى . والمقصود إظهار إنشاء التبرك باسمه تعالى وحده رداً على المخالف إما على طريق النقل الشرعى كبعت واشتريت ، أو على إرادة اللازم كـ – رب إنى وضعتها أنثى – فإن المقصود بها إظهار التحسر لا الإخبار بمضمونها ، وهل تخرج بذلك الجملة الخبرية عن الإخبار أولا ؟ ذهب الزمخشرى إلى الأول وعبد القاهر إلى الثانى ، وسيأتى فى الحمدلة لذلك مزيد بيان . وأورد أنها لو كانت إنشائية لما تحقق مدلولها خارجا بدونها ، والتالى باطل فالمقدم مثله ، إذ السفر والأكل ونحوهما مما ليس بقول لايحصل بالبسملة . وأجيب بأنها إذا كانت لإنشاء إظهار التبرك أو الاستعانة باسمه تعالى وحده على ماقلنا فلا شك أنه إنما تحقق بها ، كما أن إظهار التحزن والتحسر إنما تحقق بذلك اللفظ ، فإن الإنشاء قسمان : منه مالا يتحقق مدلوله الوضعى بدون لفظه ، ومنه مالا يتحقق مدلوله الالتزامى بدونه ، وما نحن فيه من قبيل الثانى .

ثم إن المراد بالاسم هنا ماقابل الكنية واللقب فيشمل الصفات حقيقة ، أو إضافية أو سلبية فيدل على أن التبرك والاستعانة بجميع أسمائه تعالى .

والله علم على الذات العلية المستجمعة للصفات الحميدة كما قاله السعد وغيره ، أو المخصوصة : أى بلا اعتبار صفة أصلا كما قاله العصام . قال السيد الشريف : كما تاهت العقول فى ذاته وصفاته لاحتجابها بنور العظمة تحيرت أيضا فى اللفظة الدالة على الذات ، كأنه انعكس إليها من تلك الأنوار أشعة فبهرت أعين المستبصرين ،

حمـــدا

فاختلفوا أسرياني هو أم عربي؟ اسم أوصفة ؟ مشتق(١) أو علم أو غير علم . والجمهور على أنه عربي علم مرتجل من غير اعتبار أصل منه ، ومنهم أبو حنيفة ومحمد بن الحسن والشافعي والخليل . وروى هشام عن محمد عن أبي حنيفة أنه اسم الله الأعظم ، وبه قال الطحاوى وكثير من العلماء وأكثر العارفين حتى إنه لا ذكر عندهم لصاحب مقام فوق الذكر به كما في شرح التحرير لابن أمير حاج .

والرحمن لفظ عربي ، وقيل معرب عن رخمان بالخاء المعجمة لإنكار العرب حين سمعوه. ورد بأن إنكارهم له لتوهمهم أنه غيره تعالى في قوله تعالى — قل ادعوا الله أو ادعوا الرحمن — .

وذهب الأعلم إلى أنه علم كالجلالة لاختصاصه به تعالى وعدم إطلاقه على غيره تعالى معرفا ومنكرا. وأما قوله في سيلمة « وأنت غيث الورى لازلت رحمانا » فمن تعنته وغلوه في الكفر واختاره في المغني .

قال السبكي : والحق أن المنع شرعي لا لغوى ، وأن المخصوص به تعالى المعرف . والجمهور على أنه صفة مشبهة ، وقيل صيغة مبالغة ، لأن الزيادة في اللفظ لا تكون إلا لزيادة المعنى وإلا كانت عبثا . وقد زيد في حرف على الرحيم وهو يفيد المبالغة بصيغته ، فدلت زيادته على زيادته عليه في المعنى كما . لأن الرحمانية تعم المؤمن والكافر ، والرحيمية تخص المؤمن ، أو كيفا لأن الرحمن المنعم بجلائل النعم . والرحيم المنعم بدقائقها والظاهر أن الوصف بهما للمدح ، فيه إشارة إلى لمية الحكم أى إنما افتتح كتابه باسمه تعالى متبركا مستعينا به لأنه المفيض للنعم كلها ، وكل من شأنه ذلك لا يفتتح إلا باسمه . وهل وصفه تعالى بالرحمة حقيقة أو مجازا عن الإنعام أو عن إرادته لأنها من الأعراض النفسانية المستحيلة عليه تعالى فيراد غايتها ؟ المشهور الثاني . والتحقيق الأول ، لأن الرحمة التي هي من الأعراض هي القائمة بنا ، ولا يلزم كونها في حقه تعالى كذلك حتى تكون مجازا كالعلم والقدرة والإرادة وغيرها من الصفات معانيها القائمة بنا من الأعراض . ولم يقل أحد إنها في حقه تعالى مجاز ، وتمام تحقيقه مع فوائد أخر في حواشينا على شرح المنار للشارح (قوله حمدا) مفعول مطلق لعامل محذوف وجوبا .

والحمد لغة الوصف بالجميل على الجميل الاختيارى على جهة التعظيم والتبجيل . وعرفا فعل ينبئ عن تعظيم المنعم بسبب إنعامه ، فالأول أخص موردا إذ الوصف لا يكون إلا باللسان ، وأعم متعلقا لأنه قد يكون لا بمقابلة نعمة والثاني بعكسه ، فبينهما عموم وجهى .

والشكر لغة يرادف الحمد عرفا . وعرفا صرف العبد جميع ما أنعم الله عليه إلى ما خلق لأجله ، وخرج بالاختيار المدح فإنه أعم من الحمد لانفراده في مدحت زيدا على رشاقة قده ، واللؤلؤة على صفائها فبينهما عموم مطلق .

وذهب الزمخشرى إلى ترادفهما لاشتراطه في الممدوح عليه أن يكون اختياريا كالمحمود عليه ، ونقض التعريف جمعا بخروج حمد الله تعالى على صفاته . وأجيب بأن الذات لما كانت كافية في اقتضاء تلك الصفات جعلت بمنزلة الأفعال الاختيارية ، وبأنه لما كانت تلك الصفات مبدأ لأفعال اختيارية كان الحمد عليها باعتبار تلك الأفعال ، فالمحمود عليه اختيارى باعتبار المآل ، أو أن الحمد عليها مجاز عن المدح .

(١) (قوله مشتق) الظاهر أن معادله ساقط من قلمه : أى أو جامد ، كما يظهر أيضا أن الخلاف في الارتجال ساقط بشقيه ، وقوله من غير اعتبار أصل منه الظاهر أن كلمة منه محرفة عن فيه ، تأمل اه مصححه

ثم إن المحمود عليه وبه قد يتغايران ذاتا كما هنا ، أو اعتبارا كما إذا وصف الشجاع بشجاعته : فهي محمود به من حيث إن الوصف كان بها ، ومحمود عليه من حيث إنها كانت باعثة على الحمد . والحمد حيث أطلق ينصرف إلى العرفي لما قاله السيد في حواشي المطالع : اللفظ عند أهل العرف حقيقة في معناه العرفي ، مجاز في غيره .

وعند محققي الصوفية حقيقة الحمد إظهار صفات الكمال ، وهو بالفعل أقوى منه بالقول ، لأن دلالة الأفعال عقلية لا يتصور فيها التخلف ، ودلالة الأقوال وضعية يتصور فيها ذلك ، ومن هذا القبيل حمد الله تعالى وثناؤه على ذاته فإنه بسط بساط الوجود على ممكنات لا تحصى ، ووضع عليه موائد كرمه التي لا تتناهى : فإن كل ذرة من ذرات الوجود تدل عليها ، ولا يتصور في العبارات مثل هذه الدلالات ، ومن ثم قال عليه الصلاة والسلام « لا أحصي ثناء عليك أنت كما أثنيت على نفسك » ثم إن الحمد مصدر يصح أن يراد به معنى المبني للفاعل : أي الحامدية ، أو المبني للمفعول : أي المحمودية ، أو المعنى المصدري أو الحاصل بالمصدر ، وعلى كل فأل في قولنا الحمد لله إما للجنس أو للاستغراق أو للعهد الذهني : أي الفرد الكامل المعهود ذهنا ، وهو الحمد القديم ، فهي اثنتا عشرة صورة . واختار في الكشاف الجنس لأن الصيغة بجوهرها تدل على اختصاص جنس المحامد به تعالى ، ويلزم منه اختصاص كل فرد ، إذ لو خرج فرد منها لخرج الجنس تبعا له لتحققه في كل فرد ، فيكون اختصاص جميع الأفراد ثابتا بطريق برهاني وهو أقوى من إثباته ابتداء فلا حاجة في تأدية المقصود وهو ثبوت الحمد له تعالى وانتفاؤه عن غيره إلى أن يلاحظ الشمول والإحاطة . واختار غيره الاستغراق ، لأن الحكم على الحقيقة بدون اعتبار الأفراد قليل في الشرع ، وعلى كل فالحصر ادعائي محمول على المبالغة تنزيلا لحمد غيره تعالى منزلة العدم ، أو حقيقي باعتبار أنه راجع إليه لتمكينه تعالى وإقدار العبد عليه .

وقد يقال : إنه جعل الجنس في المقام الخطابي منصرفا إلى الكامل كأنه كل الحقيقة ، فيكون من باب — ذلك الكتاب — والحاتم الجواد ، وهل الحصر بطريق المفهوم أو المنطوق؟ قيل بالمنطوق . ورد بأن أل تدل على العموم والشمول فليس النفي جزء مفهومها وإن كان لازما ، وقيل بالمفهوم لما ذكر ، وقيل لا تفيد الحصر ونسب للحنفية ، وضعفه في التحرير بأن كلامهم مشحون باعتباره ، وقد تكرر الاستدلال منهم في نفي اليمين عن المدعي بقوله عليه الصلاة والسلام « واليمين على من أنكر » قال في الهداية : جعل جنس الأيمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء . وعلى كل من الصور الاثنتي عشرة فلام لله إما للملك أو للاستحقاق أو للاختصاص فهي ست وثلاثون ، وعلى الأخير فهي لتأكيد الاختصاص المستفاد من أل كما قاله السيد من أن كلا منهما يدل على اختصاص المحامد به تعالى ، وقيل إن الاختصاص المستفاد من اللام هو اختصاص الحمد بمدخولها وأل لاختصاص ذلك الاختصاص به تعالى ، وتمامه في شرح آداب البحث .

أقول : يظهر لي أن أل لا تفيد الاختصاص أصلا كما مر منسوبا للحنفية ، وإنما هو مستفاد من النسبة أو من اللام ، لما صرح به في التلويح من أن أل للتعريف ومعناه الاشارة والتعيين والتمييز ، والإشارة إما إلى حصة معينة من الحقيقة وهو تعريف العهد أي الخارجي كجاءني رجل فأكرمت الرجل ، وإما إلى نفس الحقيقة ، وذلك قد يكون بحيث لا يفتقر إلى اعتبار الأفراد ، وهو تعريف الحقيقة والماهية ، كالرجل خير من المرأة ، وقد يكون بحيث يفتقر إليه ، وحينئذ إما أن توجد قرينة البعضية كما في ادخل السوق وهو العهد الذهني ،

أولا وهو الاستغراق كأن الإنسان لفي خسر احترازا عن ترجيح بعض المتساويات بلا مرجح . فالعهد الذهنى والاستغراق من فروع الحقيقة ؛ ولهذا ذهب المحققون إلى أن اللام لتعريف العهد أو الحقيقة لا غير إلا أن القوم أخذوا بالحاصل وجعلوه أربعة أقسام اهـ موضحا ، فهذه معانى أل ؛ فإذا كان مدخولها موضوعا وحمل عليه مقرون باللام التى هى للاختصاص أفادت اللام أن الجنس أو المعهود مختص بمدخولها وإن كان المحمول غير مقرون بها ؛ فإن كان فى الجملة ما يفيد الاختصاص كتعريف الطرفين ونحوه فيها . وإلا فإن كانت أل للجنس والماهية فنفس النسبة تفيد الاختصاص ، إذ لو خرج فرد من أفراد الموضوع لم تصدق النسبة لخروج الجنس معه كما مر فى كلام الكشاف ، ولذا قال فى الهداية وليس وراء الجنس شىء .

والحاصل أن الاختصاص مستفاد من اللام الموضوعة له أو من النسبة ، لكن إذا كانت أل للجنس والماهية كما فى حديث « واليمين على من أنكر » أما إذا كانت أل للاستغراق ولم يقترن المحمول بلام الاختصاص ونحوها ، كقولك الرجل يأكل الرغيف فلا اختصاص أصلا ، هذا ما ظهر لفهمى القاصر فتدبره . وبه اندفع ما فى التحرير من التضعيف ، وإذا جعلت اللام للملك أو الاستحقاق فلا اختصاص وإن قلنا إن أل تفيده ، لأن اختصاص ملك الحمد أو استحقاقه بمدخول اللام لا ينافى ثبوت الحمد لآخر لا بطريق الملك أو الاستحقاق تأمل .

ثم هذه الجملة تحتمل الخبرية ويصدق عليها التعريف لأن الإخبار بالحمد وصف بالجميل الخ أو فعل ينبئ الخ ، وإذا كانت أل فيها للجنس فالقضية مهملة أو للاستغراق فكلية أو للعهد الذهنى فجزئية ، ولو صح جعلها للعهد الخارجى فشخصية . ويحتمل أن تكون منقولة إلى الإنشاء شرعا أو مجازا عن لازم معناها فالمقصود إيجاد الحمد بنفس الصيغة : أى إنشاء تعظيمه تعالى .

واختلفوا فى الجملة الإخبارية إذا استعملت فى لازم معناها كالمدح والثناء والهجاء . هل تصير إنشائية أم لا؟ ذهب الشيخ عبد القاهر إلى الثانى ، قال لئلا يلزم إخلاء الجملة عن نوع معناها . قيل ولأنه يلزم عليه هنا انتفاء الاتصاف بالجميل قبل حمد الحامد ضرورة أن الإنشاء يقارن لفظه معناه فى الوجود . ورد بأن اللازم انتفاء الوصف بالجميل لا الاتصاف ، والكلام فيه .

[تتمة] تأتى الأحكام الشرعية فى كل من البسملة والحمدلة . أما البسملة فتجب فى ابتداء الذبح ورمى الصيد والإرسال إليه ، لكن يقوم مقامها كل ذكر خالص . وفى بعض الكتب أنه لا يأتى بالرحمن الرحيم لأن الذبح ليس بملائم للرحمة ، لكن فى الجوهرة أنه لو قال «بسم الله الرحمن الرحيم» فهو حسن وفى ابتداء الفاتحة فى كل ركعة . قيل وهو قول الأكثر ، لكن الأصح أنها سنة ، وتسن أيضا فى ابتداء الوضوء والأكل ، وفى ابتداء كل أمر ذى بال ، وتجوز أو تستحب فيما بين الفاتحة والسورة على الخلاف الآتى فى محله إن شاء الله تعالى . وتباح أيضا فى ابتداء المشى والقيام والقعود . وتكره عند كشف العورة أو محل النجاسات ، وفى أول سورة براءة إذا وصل قراءتها بالأنفال كما قيده بعض المشايخ ، قيل وعند شرب الدخان أى ونحوه من كل ذى رائحة كريهة كأكل ثوم وبصل . وتحرم عند استعمال محرم ، بل فى البزازية وغيرها يكفر من بسمل عند مباشرة كل حرام قطعى الحرمة ، وكذا تحرم على الجنب إن لم يقصد بها الذكر اهـ ط ملخصا مع بعض زيادات .

وأما الحمدلة فتجب فى الصلاة ، وتسن فى الخطب ، وقبل الدعاء وبعد الأكل ، وتباح بلا سبب ، وتكره

لك يامن شرحت صدورنا بأنواع الهداية سابقا ، ونوّرت بصائرنا

في الأماكن المستقذرة . وتحرم بعد أكل الحرام ، بل في البزازية أنه اختلف في كفره (قوله لك) آثر الخطاب على اسم الله تعالى الدال على استجماعه لجميع صفات الكمال إشارة إلى أن هذا الاستجماع من الظهور بحيث لايحتاج إلى دلالة عليه في الكلام ، بل ربما يدعى أن ترك ذكر ما يدل عليه أوفق لمقتضى المقام ، بل المهم الدلالة على أن قوى للحامد محرك الإقبال وداعي التوجه إلى جنابه على الكمال ، حتى خاطبه مشعرا بأنه تعالى كأنه مشاهد له حالة الحمد لرعاية مرتبة الإحسان ، وهو أن تعبد الله كأنك تراه ، أو بأنه تعالى قريب من الحامد كما قال تعالى — ونحن أقرب إليه من حبل الوريد — وإن كان الحامد لنقصانه في كمال البعد كما تدل عليه كلمة يا الموضوعة لنداء البعيد على ما قيل ، ففي الإتيان بها هضم لنفسه واستبعاد لها عن مظان الزلفى كما أفاده الخطابي والبزدوي (قوله يامن شرحت) الأولى شرح كما عبر في مختصر المعاني ، لأن الأسماء الظاهرة كلها غيب سواء كانت موصولة أو موصوفة كما صرح به في شرح المفتاح ، لكن بمراعاة جانب النداء الموضوع للمخاطب يسوغ الخطاب نظرا إلى المعنى .

وذكر في المطول أن قول علي كرم الله وجهه « أنا الذي سمتن أمي حيدره » قبيح عند النحويين . واعترضه حسن جلبي بأن الالتفات من أتم وجوه تحسين الكلام فلا وجه للتقبيح ، لأنه التفات من الغيبة إلى التكلم ، وفيه تغليب جانب المعنى على جانب اللفظ ، على أنه يرد على النحويين — بل أنتم قوم تجهلون — فلو كان فيه قباحة لما وقع في كلام هو في أعلى طبقات البلاغة اهـ .

أقول : ولا يخفى ما في قوله على أنه يرد الخ من اللطافة عند أهل الظرافة ، وفي مغني اللبيب في بحث الأشياء التي تحتاج إلى رابط أن نحو : أنت الذي فعلت مقيس لكنه قليل ، وإذا تم الموصول بصلته انسحب عليه حكم الخطاب . ولهذا قيل قمتم . ومن زعم أنه من باب الالتفات لأن آمنوا مغايبة قمتم مواجهة فقلوسها اهـ . ولا يخفى أنه فيما نحن فيه لم يتم الموصول بصلته : أي لم يأت الضمير بعد تمام الصلة ، فدعوى الالتفات فيه صحيحة (قوله شرحت صدورنا) أصل الشرح بسط اللحم ونحوه ومنه شرح الصدر : أي بسطه بنور إلهي . وقيل معناه التوسعة مطلقا ، ويقابله الضيق لقوله تعالى — فمن يرد الله أن يهديه — الآية ، وفسر في آية — ألم نشرح — بتوسعته بما أودع فيه من العلم والحكمة ، وخص الصدور لأنها ظروف القلوب الملوك على سائر الجوارح ، لأنها محل العقل كما يأتي في باب خيار العيب ، أو المراد بها القلوب ، واتساعها كناية عن كثرة ما يدخل فيها من الحكم الإلهية والمعارف الربانية (قوله بأنواع الهداية) قال البيضاوي في تفسيره : الهداية دلالة بلطف ولذا تستعمل في الخير ، وقوله تعالى — فاهدوهم إلى صراط الجحيم — على التهكم ، وهداية الله تعالى تتنوع أنواعا لايحصيها عد لكنها تنحصر في أجناس مترتبة : الأول إفاضة القوى التي بها يتمكن المرء من الاهتداء إلى مصالحه كالقوة العاقلة والحواس الباطنة والمشاعر الظاهرة . والثاني نصب الدلائل الفارقة بين الحق والباطل والصلاح والفساد . والثالث الهداية بإرسال الرسل وإنزال الكتب . والرابع أن يكشف على قلوبهم السرائر ويريهم الأشياء كما هي بالوحي أو الإلهام أو المنامات الصادقة وهذا مختص بالأنبياء والأولياء اهـ ملخصا (قوله سابقا) حال من مصدر شرحت : أي جعلت صدورنا قابلة للخيرات حال كون الشرح سابقا أو صفة لذلك المصدر اهـ ط .

أقول : أو صفة لزمان أي زمانا سابقا فهو منصوب على الظرفية : أي حين أخذ الميثاق أو حين ولدنا على الفطرة أو عقلنا الدين الحق واخترنا البقاء عليه (قوله ونورت بصائرنا) النور كيفية ظاهرة بنفسها مظهرة لغيرها

بتنوير الأبصار لاحقا . وأفضت علينا من أشعة شريعتك المطهرة بحراً رائقا ، وأغدقت لدينا من بحار

والضياء أقوى منه وأتم ، ولذلك أضيف إلى الشمس فى قوله تعالى — هو الذى جعل الشمس ضياء والقمر نورا — وقد يفرق بينهما بأن الضياء ضوء ذاتى والنور ضوء عارض .

وقد يقال : ينبغى أن يكون النور أقوى على الإطلاق ، لقوله تعالى — الله نور السموات والأرض — وإنما يتجه إذا لم يكن معناه فى الآية المنور ، وقد حمله أهل التفسير على ذلك اهـ حسن جلبى على المطول . والبصائر : جمع بصيرة ، وهى قوة للقلب المنور بنور القدس يرى بها حقائق الأشياء بمثابة البصر للنفس كما فى تعريفات السيد (قوله بتنوير الأبصار) الباء للسببية ، فإن الإنسان بنور بصره ينظر إلى عجائب المصنوعات لله تعالى وإلى الكتب النافعة وغير ذلك مما يكون سببا فى العادة لتنوير البصيرة باكتساب المعارف (قوله لاحقا) الكلام فيه كالكلام فى سابقا ؛ وإنما كان تنوير البصائر لاحقا : أى متأخرا عن شرح الصدور . لأن شرحها بالاهتداء إلى الإسلام كما يشير إليه قوله تعالى — فمن يرد الله أن يهديه — الآية . وهذا سابق عادة على تنوير البصائر بما ذكرنا .

وقال الخطائى فى حاشية المختصر : قدم شرح الصدر على تنوير القلب ؛ لأن الصدر وعاء القلب ومقره مقدم لدخول النور فى القلب (قوله وأفضت) يقال أفاض الماء على نفسه : أى أفرغه قاموس (قوله من أشعة) جمع شعاع بالضم : هو ماتراه من الشمس كأنه الحبال مقبلة عليك إذا نظرت إليها . أو ما ينتشر من ضوئها قاموس . والشريعة : فعيلة بمعنى مفعولة أى مشروعة ؛ فقد شرعها الله حقيقة والنبى صلى الله عليه وسلم مجازا ، والشريعة والملة والدين شىء واحد ، فهى شريعة لكون الله تعالى قد شرعها . والشريعة فى الأصل الطريق يورد للاستقاء ، فأطلقت على الأحكام المشروعة لبيانها ووضوحها ، وللتوصل بها إلى سعادة الحياة الأبدية ، وملة لكونها أمليت علينا من النبى صلى الله عليه وأصحابه ، ودين للتدين بأحكامها : أى للتعبد بها اهـ ط . وكل من الدين والشريعة يضاف إلى الله تعالى والنبى والأمة . بخلاف الملة فإنها لاتضاف إلا إلى النبى صلى الله عليه وسلم ، فيقال ملة محمد صلى الله عليه وسلم ولا يقال ملة الله تعالى ولا ملة زيد كما قاله المظهر والراغب وغيرهما . فيشكل ماقاله التفتازانى أنها تضاف إلى آحاد الأمة قهستانى فى شرحه على الكيدانية . هذا . وقال ح : الأنسب بالإضافة والبحر أن يقول من شآبيب مثلا ، وهو جمع شؤبوب : الدفعة من المطر كما فى القاموس اهـ أى بناء على أنه شبه الشريعة بالشمس بجامع الاهتداء ، فهو استعارة بالكناية والأشعة تخييل ، وكل من الإفاضة والبحر لايلائم ادعاء أن الشريعة من أفراد الشمس الذى هو مبنى الاستعارة ، ولا يخفى أن هذا غير متعين لجواز أن تشبه أحكام الشريعة بالأشعة من حيث الاهتداء فهو استعارة تصريحية والقرينة إضافة الأشعة إلى الشريعة ثم تشبه الأحكام المعبر عنها بالأشعة من حيث الارتفاع أو الكثرة بالسحاب فهو استعارة بالكناية . والإضافة استعارة تخييلية ، والبحر ترشيح ، فقد اجتمع فيه ثلاث استعارات على حد قوله تعالى — فأذاقها الله لباس الجوع والخوف — ويجوز أن يقال إضافة الأشعة إلى الشريعة من إضافة المشبه به إلى المشبه ، وشبه المسائل الشرعية بالبحر بجامع الكثرة أو النفع فهو استعارة تصريحية والإفاضة ترشيح فافهم (قوله وأغدقت) أى أكثرت ، فى التنزيل — لأسقيناهم ماء غدقا — أى كثيرا ، مصباح (قوله لدينا) أى عندنا . وقيل إن لدى تقتضى الحضرة بخلاف عند ، تقول : عندى فرس إذا كنت تملكها وإن لم تكن حاضرة فى مكان التكلم ، ولا تقول لدى

منحك الموفرة نهراً فائقا ، وأتممت نعمتك علينا حيث يسرت ابتداء تبييض هذا الشرح المختصر تجاه وجه منبع الشريعة والدرر ، وضجيعيه الجليلين أبي بكر وعمر ، بعد الإذن منه صلى الله عليه وسلم

إلا إذا كانت حاضرة (قوله منحك) جمع منحة : وهى العطية (قوله الموفرة) أى الكثيرة (قوله نهرا فائقا) الفائق : الخيار من كل شيء قاموس ، وفيه استعارة تصريحية أيضا نظير ما مر ، ولا يخفى ما فى الجمع بين أسامى الكتب من الهداية والتنوير والبحر والنهر من اللطافة وحسن الإيهام ، وليس المراد بها نفس الكتب لما فيه من التكلف وفوات النكات البديعية فى لطيف الكلام ، ولأنه غير المألوف فى مثل هذا المقام بين العلماء الأعلام فافهم (قوله أتممت) أى أكملت نعمتك: أى إنعامك، أو ما أنعمت به ط (قوله علينا) الضمير للمؤلف وحده نظرا إلى عود ثواب الانتفاع به إليه فقط ، وأتى بضمير العظمة للتحديث بالنعمة ، وهو جائز عند الفقهاء والمحدثين ، أو الضمير لمعاشر الحنفية باعتبار الانتفاع به وهذا حسن ظن من الشيخ ، ويدل على أن الخطبة ألفت بعد ابتدائه هذا الكتاب بل على أنها متأخرة عنه ط (قوله حيث) الحيثية للتعليل : أى لأنك يسرت : أى سهلت ، أو للتقييد : أى أتممت وقت تيسير ابتداء الخ ، والأول أولى ط (قوله تبييض) هو فى اصطلاح المصنفين عبارة عن كتابة الشيء على وجه الضبط والتحرير من غير شطب بعد كتابته كيفما اتفق اهـ حموى (قوله هذا الشرح) الإشارة إلى ما فى الذهن من الألفاظ المتخيلة الدالة على المعانى ، وهذا هو الأولى من الأوجه السبعة المشهورة ط . وهى كون الإشارة إلى واحد فقط من الألفاظ أو النقوش أو المعانى أو إلى اثنين منها أو إلى ثلاثة ، وعلى كل فالإشارة مجازية هنا . والشرح بمعنى الشارح : أى المبين والكاشف ، أو جعل الألفاظ شرحا مبالغة (قوله المختصر) الاختصار : تقليل اللفظ وتكثير المعنى ، وهو الإيجاز كما فى المفتاح (قوله تجاه) فى القاموس : وجاهك وتجاهك مثلثين تلقاء وجهك (قوله منبع الشريعة) أى محل نبعها وظهورها ، شبه الظهور بالنبع ثم اشتق من النبع بمعنى الظهور منبع بمعنى مظهر ، فهو استعارة تصريحية ، أو شبه الشريعة بالماء والمنبع تخييل ، فهو استعارة بالكناية ، والمعنى وجه صاحب منبع الشريعة (قوله والدرر) أى الفوائد الدنيوية والأخروية شبيهة بالدرر فى النفاسة والانتفاع ، فهو استعارة تصريحية وعطفه على الشريعة من عطف العام على الخاص ، وفيه إيهام لطيف بكتاب الدرر (قوله وضجيعيه) عطف على منبع تثنية ضجيع بمعنى مضاجع : وهو من يضطجع بحذاء آخر بلا فاصل ، وأطلق عليهما ضجيعين لقربهما منه صلى الله عليه وسلم ط (قوله الجليلين) أى العظيمين (قوله بعد الإذن) متعلق بقوله يسرت أو ابتداء ، وكأن الإذن للشارح حصل منه صلى الله عليه وسلم صريحا برؤية منام أو بإلهام ، وببركته صلى الله عليه وسلم فاق هذا الشرح على غيره كما فاق متنه حيث رأى المصنف النبي صلى الله عليه وسلم ، فقام له مستقبلا واعتنقه عجلا ، وألقمه عليه الصلاة والسلام لسانه الشريف كما حكاه فى المنح ، فكل من المتن والشرح من آثار بركته صلى الله عليه وسلم ، فلا غرو أن شاع ذكرهما ، وفاق وعم نفعهما فى الآفاق (قوله صلى الله عليه وسلم) فعل ماض قياس مصدره التصلية ، وهو مهجور لم يسمع هكذا قاله غير واحد ، ويؤيده قول القاموس صلى صلاة لا تصلية دعا اهـ ورده ما أنشده ثعلب :

تركت القيان وعزف القيـان ... وأدمنت تصليـة وابتهالا

القيان جمع قينة : وهى الأمة ، وعزفها : أصواتها . قال : والتصلية من الصلاة ، وابتهالا من الدعاء اهـ وقد ذكره الزوزنى فى مصادره . وفى القهستانى : الصلاة اسم من التصلية وكلاهما مستعمل ، بخلاف الصلاة بمعنى أداء الأركان فإن مصدره لم يستعمل كما ذكره الجوهرى . والجمهور على أنها حقيقة لغوية فى الدعاء مجاز

وعلى آله وصحبه

فى العبادة المخصوصة كما حققه السعد فى حواشي الكشاف، وتمامه فى حاشية الأشباه للحموى . وفى التحرير : هى موضوعة للاعتناء بإظهار الشرف ، ويتحقق منه تعالى بالرحمة عليه ومن غيره بالدعاء ، فهى من قبيل المشترك المعنوى ، وهو أرجح من المشترك اللفظى ، أو هى مجاز فى الاعتناء المذكور اه . وبه اندفع الاستدلال بقوله تعالى – إن الله وملائكته يصلون على النبي – الآية على جواز الجمع بين معنى المشترك اللفظى ، ولما فيها من معنى العطف عديت بعلى للمنفعة وإن كان المتعدى بها للمضرة بناء على أن المترادفين لابد من جريان أحدهما مجرى الآخر ، وفيه خلاف عند الأصوليين ، والجملة خبرية لفظا منقولة إلى الإنشاء، أو مجاز فيه بمعنى اللهم صل ، إذ المقصود إيجاد الصلاة امتثالا للأمر . قال القهستانى : ومعناها الثناء الكامل إلا أن ذلك ليس فى وسعنا فأمرنا أن نكل ذلك إليه تعالى كما فى شرح التأويلات .

مطلب أفضل صيغ الصلاة

وأفضل العبارات على ما قال المرزوقى : اللهم صل على محمد وعلى آل محمد ، وقيل هو التعظيم، فالمعنى اللهم عظمه فى الدنيا باعلاء ذكره وإنفاذ شريعته، وفى الآخرة بتضعيف أجره وتشفيعه فى أمته كما قاله ابن الأثير اه وعطف قوله وسلم بصيغة الماضى، ويحتمل صيغة الأمر من عطف الإنشاء على الإنشاء لفظا أو معنى وحذف معموله لدلالة ماقبله عليه: أى وسلم عليه ومصدره التسليم واسم مصدره السلامة ، ومعناه السلامة من كل مكروه . قال الحموى وجمع بينهما خروجا من خلاف من كره إفراد أحدهما عن الآخر وإن كان عندنا لايكره كما صرح به فى منية المفتى ، وهذا الخلاف فى حق نبينا صلى الله عليه وسلم وأما غيره من الأنبياء فلا خلاف فيه ،ومن ادعاه فعليه أن يورد نقلا صريحا ولا يجد إليه سبيلا كذا فى شرح العلامة ميرك على الشمائل اه .

أقول : وجزم العلامة ابن أمير حاج فى شرحه على التحرير بعدم صحة القول بكراهة الإفراد . واستدل عليه فى شرحه المسمى [حلبة المجلى فى شرح منية المصلى] بما فى سنن النسائى بسند صحيح فى حديث القنوت « وصلى الله على النبي » ثم قال : مع أن فى قوله تعالى – وسلام على المرسلين – وسلام على عباده الذين اصطفى – إلى غير ذلك أسوة حسنة اه . وممن رد القول بالكراهة العلامة منلا على القارى فى شرح الجزرية فراجعه (قوله وعلى آله) اختلف فى المراد بهم فى مثل هذا الموضع ؛ فالأكثرون أنهم قرابته صلى الله عليه وسلم الذين حرمت عليهم الصدقة على الاختلاف فيهم ، وقيل جميع أمة الإجابة وإليه مال مالك واختاره الأزهرى والنووى فى شرح مسلم ، وقيل غير ذلك شرح التحرير . وذكر القهستانى أن الثانى مختار المحققين (قوله وصحبه) جمع صاحب ، وقيل اسم جمع له . قال فى شرح التحرير : والصحابى عند المحدثين وبعض الأصوليين من لقى النبى صلى الله عليه وسلم مسلما ومات على الإسلام ، أو قبل النبوة ومات قبلها على الحنيفية كزيد بن عمرو بن نفيل ، أو ارتد وعاد فى حياته . وعند جمهور الأصوليين من طالت صحبته متبعا له مدة يثبت معها إطلاق صاحب فلان عرفا بلا تحديد فى الأصح اه . وظاهره أن من ارتد ثم أسلم تعود صحبته وإن لم يلقه بعد الإسلام ، وهذا ظاهر على مذهب الشافعى من أن المرتد لايحبط عمله مالم يمت على الردة : أما عندنا فبمجرد الردة يحبط العمل، والصحبة من أشرف الأعمال ، لكنهم قالوا إنه بالإسلام تعود أعماله مجردة عن الثواب . ولذا لايجب عليه قضاؤه سوى عبادة بقى سببها كالحج وكصلاة صلاها فارتد فأسلم فى وقتها . وعلى هذا فقد يقال تعود صحبته مجردة عن الثواب ،

الذين حازوا من منح فتح كشف فيض فضلك الوافى حقائقا .

وبعد : فيقول فقير ذى اللطف الخفى . محمد علاء الدين

وقد يقال إن أسلم فى حياة النبى صلى الله عليه وسلم لاتعود صحبته مالم يلقه لبقاء سببها فتأمل (قوله الذين حازوا) أى جمعوا (قوله من منح الخ) فيه صناعة التوجيه حيث ذكر أسماء الكتب وهى المنح للمصنف والفتح شرح الهداية للمحقق ابن الهمام والكشف شرح المنار للنسفى والفيض للكركى والوافى متن الكافى(١) للنسفى والحقائق شرح منظومة النسفى . وفيه حسن الإيهام بذكر ماله معنى قريب ومعنى بعيد . وأراد المعنى البعيد وهو المعانى اللغوية هنا دون الاصطلاحية لأهل المذهب : أى حازوا عن عطايا فتح باب كشف : أى إظهار فيض أى كثير فضلك أى إنعامك الوافى أى التام حقائقا أى أمورا محققة . وبهذه اللطافة يغتفر مافيه من تتابع الإضافات الذى عد مخلا بالفصاحة إلا إذا لم يثقل على اللسان فإنه يزيد الكلام ملاحة ولطافة . فيكون من أنواع البديع . ويسمى الاطراد كقوله تعالى — ذكر رحمة ربك — وقوله تعالى — كدأب آل فرعون — .

[تنبيه] حقائقا بالألف للسجع مع أنه ممنوع من الصرف على اللغة المشهورة . فصرفه هنا على حد قوله تعالى — سلاسلا وأغلالا — وقوله تعالى — قواريرا — فى قراءة من نونهما . وذكروا لذلك أوجها منها التناسب ، ومنهم من قرأ « سلاسلا » بالألف دون تنوين (قوله وبعد) يؤتى بها للانتقال من أسلوب إلى أسلوب آخر لايكون بينهما مناسبة . فهى من الاقتضاب المشوب بالتخلص .

واختلف فى أول من تكلم بها . وداود أقرب . وهى فصل الخطاب الذى أوتيه . وهى من الظروف الزمانية أو المكانية المنقطعة عن الإضافة مبنية على الضم لنية معنى المضاف إليه أو منصوبة غير منونة لنية لفظه أو منونة إن لم ينو لفظه ولا معناه . والثالث لايحتمل هنا لعدم مساعدة الخط إلا على لغة من لايكتب الألف المبدلة عن التنوين حال النصب . وعلى كل لابد لها من متعلق . فإن كانت الواو هنا نائبة عن أما كما هو المشهور فتعلقها إما الشرط أو الجزاء . والثانى أولى ليفيد تأكيد الوقوع . لأن التعليق على أمر لابد من وقوعه يفيد وقوع المعلق البتة . والتقدير مهما يكن من شىء فيقول بعد البسملة والحمدلة والتصلية وإن كانت الواو للعطف وهو من عطف القصة على القصة . أو للاستئناف فالعامل فيها يقول . وزيدت فيه الفاء لتوهم أما إجراء للمتوهم مجرى المحقق كما فى : ولا سابق بالجر . والتقدير ويقول بعد البسملة . وعلى الأول فهى فى جواب الشرط لنيابة الواو عن أداته . واعترضه حسن جلبى فى حواشى التلويح بأن النيابة تقتضى مناسبة بين النائب والمنوب عنه . ولا مناسبة بين الواو وأما اه . ولا يصح تقدير أما بعد الواو لأن أما لاتحذف إلا إذا كان الجزاء أمرا أو نهيا ناصبا لما قبله أو مفسرا له كما فى الرضى وما هنا ليس كذلك (قوله فقير ذى اللطف(٢)) أى كثير الفقر : أى الاحتياج لله تعالى . ذى اللطف : أى الرفق والبر بعباده والإحسان إليهم (قوله الخفى) أى الظاهر فإنه من أسماء الأضداد . فإن لطفه تعالى لايخفى على شخص فى كل شخص . أو المراد الخفى عن العبد . بأن يدبر له الأمر من غير تعان منه ومشقة . ويهيئ له أمور دنياه وآخرته من حيث لايحتسب . والله على كل شىء قدير ط (قوله محمد) بدل من فقير أو عطف بيان . وعلاء الدين لقبه : أى معليه ورافعه بالعمل به وبيان أحكامه .

---

(١) لعله والوافى شرح متن الكافى أو نحو ذلك ويحرر ، اه مصححه .

(٢) (قوله فقير ذى اللطف) الذى فى النسخ التى بيدى وكتب عليها فقير رحمة ذى اللطف ، فلعلها سقطت من نسخة هذا المحشى ، اه مصححه .

ومنع بعضهم من التسمي بمثل ذلك مما فيه تزكية نفس ، ويأتي تمام الكلام على ذلك في كتاب الحظر والإباحة إن شاء الله تعالى ، وهو رحمه الله تعالى كما في شرح ابن عبد الرزاق على هذا الشرح : محمد بن علي بن محمد ابن علي بن عبد الرحمن بن محمد بن جمال الدين بن حسن بن زين العابدين الحصني الأثري المعروف بالحصكفي صاحب التصانيف في الفقه وغيره ، منها هـذا الشرح وشرح الملتقى وشرح المنار في الأصول وشرح القطر في النحو ومختصر الفتاوى الصوفية والجمع بين فتاوى ابن نجيم جمع التمرتاشي وجمع ابن صاحبها ، وله تعليقة على صحيح البخاري تبلغ نحو ثلاثين كراسا وعلى تفسير البيضاوي من سورة البقرة إلى سورة الإسراء ، وحواش على الدرر وغير ذلك من الرسائل والتحريرات ، وقد أقر له بالفضل والتحقيق مشايخه وأهل عصره حتى قال شيخه الشيخ خير الدين الرملي في إجازته له : وقد بدأني بلطائف أسئلة وقفت بها على كمال روايته وسعة ملكته . فأجبته غير موسع عليه . فكرر علي ماهو أعلى فزدته فزاد فرأيت جواد رهانه في غاية المكنة والسبق . فمددت له الغاية فأتاها مستريحا لايخفق ، مستبصرا لايطرق . فلما تبين لي أنه الرجل الذي حدثت عنه وصلت به إلى حالة يأخذ مني وآخذ منه إلى أن قال في شأنه :

فيامن له شك فدونك فاسأل ... تجد جبلا في العلم غير مخلخل
يباري فحول الفقه فيما يرونه ... ويبرز للميدان غير مزلزل
يقشر عن لب معلوم قشوره ... ويأتي بما يختاره من مفصل
ويقوى على الترجيح فيه بثاقب ... من الفهم والإدراك غير محول
وفكر إذا ماحاول الصخر قله وإن ... رمت حل الصعب في الحال ينجلي
وما قلت هذا القول إلا بعيد ما ... سبرت خباياه بأفحم مقول

وقال شيخه العلامة محمد أفندي المحاسني في إجازته له أيضا : وإنه ممن نشأ والفضائل تعله وتنهله . والرغبة في العلم تقرب له مايحاوله من ذلك وتسهله ، حتى نال من قداح الكمال القدح المعلى . وفاز بما وشح به صدر النباهة وحلى . وكان لي على الغوص على غرر الفوائد أعظم معين ، فأفاد واستفاد ، وفهم وأجاد ، اهـ . وترجمه تلميذه خاتمة البلغاء المحبي في تاريخه فقال ما ملخصه : إنه كان عالما محدثا فقيها نحويا ، كثير الحفظ والمرويات طلق اللسان ، فصيح العبارة ، جيد التقرير والتحرير ، وتوفي عاشر شوال سنة ١٠٨٨ عن ثلاث وستين سنة ، ودفن بمقبرة باب الصغير (قوله الحصكفي) كذا يوجد في بعض النسخ ، وهو بفتح الحاء وسكون الصاد المهملتين وفتح الكاف وفي آخره فاء وياء النسبة إلى حصن كيفا ، وهو من ديار بكر . قال في المشترك : وحصن كيفا على دجلة بين جزيرة ابن عمر وميافارقين ، وكان القياس أن ينسبوا إليه الحصني وقد نسبوا إليه أيضا كذلك ، لكن إذا نسبوا إلى اسمين أضيف أحدهما إلى الآخر ركبوا من مجموع الاسمين اسما واحدا ونسبوا إليه كما فعلوا هنا ، وكذلك نسبوا إلى رأس عين راسعني وإلى عبد الله وعبد شمس وعبد الدار عبدلي وعبشمي وعبدري ، وكذلك كل ماكان نظير هذا ذكره المحبي في تاريخه في ترجمة إبراهيم بن المنلا (قوله بجامع بني أمية) متعلق بالإمام والباء بمعنى في ط ، وقد بناه الوليد بن عبد الملك الأموي ، نقل أنه أنفق عليه ألف ألف دينار ومائتي ألف دينار ، وفيه رأس يحيى بن زكريا عليهما السلام ، وفي حائطه القبلي مقام هود عليه السلام ، ويقال إنه أول من بني جدرانه الأربع .

ثم المفتى بدمشق المحمية الحنفى : لما بيضت الجزء الأول من خزائن الأسرار ، وبدائع الأفكار ، فى شرح

وذكر القرطبى فى تفسير قوله تعالى — والتين — أنه مسجد دمشق ،وكان بستانا لنبى الله هود عليه السلام، وأنه كان فيه شجر التين قبل أن يبنيه الوليد اه فهو المعبد القديم الذى تشرف بالأنبياء عليهم السلام، وصلى فيه الصحابة الكرام .

وقد صرح الفقهاء بأن الأفضل بعد المساجد الثلاثة ماكان أقدم ، بل ذكر فى كتاب أخبار الدول بالسند إلى سفيان الثورى أن الصلاة فى مسجد دمشق بثلاثين ألف صلاة ، وهو ولله الحمد إلى وقتنا هذا معمور بالعبادة ومجمع للعلم والإفادة . ولا يزال كذلك إن شاء الله تعالى إلى أن يهبط على منارته الشرقية البيضاء عيسى بن مريم عليه السلام ، إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها من الأنام (قوله ثم المفتى الخ) أفاد أن الإفتاء لم يجتمع له مع الإمامة وإنما تأخر عنها ط . وفى تاريخ المحبى أنه تولى الإفتاء خمس سنين . وكان متحريا فى أمر الفتوى غاية التحرى ، ولم يضبط عليه شىء خالف فيه القول المصحح (قوله بدمشق) بفتح الميم وقد تكسر : قاعدة الشام ، سميت ببانيها دمشاق بن كنعان قاموس . وقيل بانيها غلام الإسكندر واسمه دمشق أو دمشقش . وهى أنزه بلاد الله تعالى . قال أبو بكر الخوارزمى : جنات الدنيا أربع : غوطة دمشق ، وصغد سمرقند ، وشعب بوان ، وجزيرة نهر الأبلة ، وفضل غوطة دمشق على الثلاثة كفضل الثلاثة على سائر الدنيا ،وناهيك ماورد فيها خصوصا وفى الشام عموما من الأحاديث والآثار (قوله الحنفى) ذكر العراقى فى آخر شرح ألفية الحديث أن النسبة إلى مذهب أبى حنيفة وإلى القبيلة وهم بنو حنيفة بلفظ واحد . وأن جماعة من أهل الحديث منهم أبو الفضل محمد ابن طاهر المقدسى يفرقون بينهما بزيادة ياء فى النسبة للمذهب ويقولون حنيفى ، وأنه قال ابن الصلاح لم أجد ذلك عن أحد من النحويين إلا عن أبى بكر بن الأنبارى (قوله لما بيضت) الجملة إلى آخر الكتاب فى محل نصب مقول القول ، أو كل جملة من الكتاب محلها نصب بناء على أن جزء المقول له محل ، أو ليس له محل وهما قولان ط (قوله من خزائن الأسرار) الخزائن جمع خزانة ألفها زائدة تقلب فى الجمع همزة كقلائد فى الألفية :

والمد زيد ثالثا فى الواحد   همزا يرى فى مثل كالقلائد

فتكتب بهمزة لاياء بنقطتين من تحت بخلاف نحو معايش فإن الياء فى المفرد أصلية فتكتب بها ، ابن عبد الرزاق .

[فائدة] من لطائف المفتى أبى السعود أنه سئل عن الخزانة والقصعة أيقرآن بالفتح أو بالكسر ؟ فأجاب بقوله : لاتفتح الخزانة ، ولا تكسر القصعة (قوله وبدائع) جمع بديعة ، من ابتدع الشىء : ابتدأه (قوله الأفكار) جمع فكر بالكسر ويفتح : إعمال النظر فى الشىء كالفكرة والفكرى قاموس ، والمراد ماابتدعه بفكره من الأبحاث وحسن التركيب والوضع ، أو ما ابتدعه المجتهد واستنبطه من الأدلة الشرعية ، وهذا بيان لمعانى أجزاء العلم قبل العلمية ، أما بعدها فالمجموع اسم للكتاب (قوله فى شرح) إن كان من جزء العلم فلا يبحث عن الظرفية وإلا فالأولى حذف « فى » لأن خزائن الأسرار هو نفس الشرح ، وظاهر الظرفية يقتضى المغايرة أفاده ط . أقول : وقد تزاد فى ، وحمل عليه بعضهم قوله تعالى — وقال اركبوا فيها — ويمكن أن تتعلق بمحذوف حالا والظرفية فيها مجازية مثل — ولكم فى القصاص حياة — ويمكن تعلقه بمذكور نظراً إلى المعنى الأصلى قبل العلمية ، فإن الأعلام وإن كان المراد بها اللفظ قد يلاحظ معها المعانى الأصلية بالتبعية ، ولهذا نادى بعض الكفرة أبابكر رضى الله عنه بأبى الفصيل أفاده حسن جلبى فى حاشية التلويح عند قوله الموسوم بالتلويح إلى كشف حقائق

تنوير الأبصار ، وجامع البحار ، قدّرته فى عشر مجلدات كبار ، فصرفت عنان العناية نحو الاختصار ، وسميته بالدر المختار ، فى شرح تنوير الأبصار ، الذى فاق كتب هذا الفن فى الضبط والتصحيح والاختصار ، ولعمرى لقد

التنقيح (قوله قدرته فى عشر مجلدات كبار) مجلدات جمع مجلد ، واسم المفعول من غير العاقل إذا جمع يجمع جمع تأنيث كمخفوضات ومرفوعات ومنصوبات ، والمراد أجزاء ، لأن العادة أن الجزء يوضع فى جلد على حدة ط أى أنه لما بيض الجزء الأول منه قدّر أن تمام الكتاب على منوال مابيض منه يبلغ عشر مجلدات كبار . وذكر المحشى وغيره أنه وصل فى هذا الكتاب إلى باب الوتر ، والظاهر أنه لم يكمله فى المسودة أيضا وإنما ألف منه هذا الجزء الذى بيضه فقط ، والله تعالى أعلم (قوله فصرفت عنان العناية) العنان بالكسر : ماوصل بلجام الفرس . والعناية القصد : وفى نهاية الحديث : يقال عنيت فلانا عنيا إذا قصدته ، وتشبيه العناية بصورة الفرس فى الإيصال إلى المطلوب استعارة بالكناية وإثبات العنان استعارة تخييلية ، وذكر الصرف ترشيح ، وفيه الإيهام بكتاب العناية اه ابن عبد الرزاق (قوله نحو الإختصار) أى جهة اختصار مافى خزائن الأسرار (قوله وسميته بالدر المختار) أى سميت هذا المختصر المأخوذ من الاختصار أو الشرح المتقدم فى قوله تبييض هذا الشرح ، وسمى يتعدى إلى مفعولين الأول بنفسه والثانى بحرف الجر كما هنا أو بنفسه كما فى سميت ابنى محمدا . قال ابن حجر : وما اشتهر من أن أسماء الكتب علم جنس وأسماء العلوم علم شخص نوقش فيه بأنه إن نظر لتعدد الشىء بتعدد محله فكلاهما علم جنس ، وإن نظر للاتحاد العرفى فعلم شخص . وأما التفرقة فهى تحكم وترجيح بلا مرجح اه . والدر : الجوهر ، وهو اسم جنس يصدق على القليل والكثير . والمختار : الذى يؤثر على غيره أفاده ط (قوله الذى فاق) نعت لتنوير الأبصار لا للدر المختار اه ح ، وهذا بناء على أن قوله فى شرح تنوير الأبصار متعلق بمحذوف حال من الدر المختار ليس جزء علم ، فلا يرد أن جزء العلم لايوصف ، على أنه قد ينظر فيه إلى ماقبل العلمية كما قدمناه فافهم (قوله هذا الفن) فى القاموس : الفن الحال والضرب من الشىء كالأفنون جمعه أفنان وفنون اه . والمراد به هنا علم لأنه نوع من العلوم (قوله فى الضبط) هو الحفظ بالحزم قاموس ، والمراد به هنا حسن التحرير ومتانة التعبير فهو مضبوط كالحمل المحزوم (قوله والتصحيح) أى ذكر الأقوال المصححة إلا ماندر (قوله والاختصار) تقدم معناه ، فهو مع حسن التحرير والتصحيح خال عن التطويل (قوله ولعمرى) قال فى المغرب : العمر بالضم والفتح البقاء إلا أن الفتح غلب فى القسم حتى لايجوز فيه الضم ، يقال لعمرك ولعمر الله لأفعلن ، وارتفاعه على الابتداء وخبره محذوف اه : أى قسمى أو يمينى ، والواو فيه للاستئناف واللام للابتداء . قال فى القاموس : وإذا سقط اللام نصب انتصاب المصادر ، وجاء فى الحديث النهى عن قول لعمر الله اه . قال الحموى فى حاشية الأشباه : فعلى هذا ماكان ينبغى للمصنف أن يأتى بهذا القسم الجاهلى المنهى عنه اه . وفى شرح النقاية للقهستانى : لايجوز أن يحلف بغير الله تعالى ، ويقال لعمر فلان ، وإذا حلف ليس له أن يبر ، بل يجب أن يحنث ، فإن البر فيه كفر عند بعضهم كما فى كفاية الشعبى اه .

أقول : لكن قال فاضل الروم حسن جلبى فى حاشية المطول : قوله لعمرى يمكن أن يحمل على حذف المضاف : أى لواهب عمرى وكذا أمثاله مما أقسم فيه بغير الله تعالى كقوله تعالى — والشمس — والليل — والقمر — ونظائره أى ورب الشمس الخ . ويمكن أن يكون المراد بقولهم لعمرى وأمثاله ذكر صورة القسم لتأكيد مضمون الكلام وترويجه فقط ، لأنه أقوى من سائر المؤكدات ، وأسلم من التأكيد بالقسم بالله تعالى لوجوب البر به ، وليس الغرض اليمين الشرعى وتشبيه غير الله تعالى به فى التعظيم حتى يرد عليه أن الحلف بغير الله تعالى وصفاته

أضحت روضة هذا العلم به مفتحة الأزهار ، مسلسلة الأنهار ، من عجائبه ثمرات التحقيق تختار ، ومن غرائبه ذخائر تدقيق تحير الأفكار ، لشيخ شيخنا شيخ الإسلام محمد بن عبد الله

عز وجل مكروه كما صرح به النووى فى شرح مسلم ، بل الظاهر من كلام مشايخنا أنه كفر إن كان باعتقاده أنه حالف يجب البر به ، وحرام إن كان بدونه كما صرح به بعض الفضلاء ، وذكر صورة القسم على الوجه المذكور لابأس به ، ولهذا شاع بين العلماء ، كيف وقد قال عليه الصلاة والسلام « قد أفلح وأبيه » وقال عز من قائل — لعمرك إنهم لفى سكرتهم يعمهون — فهذا جرى على رسم اللغة وكذا إطلاق القسم على أمثاله اهـ (قوله أضحت) أى صارت ، وتستعمل أضحى بمعنى صار كثيرا كما ذكره الأشمونى (قوله روضة هذا العلم) الروضة من العشب: مستنقع الماء لاستراضة الماء فيها ، وهذا معناها فى أصل الوضع ، ولذا قال بعض العلماء : الروضة أرض ذات مياه وأشجار وأزهار ، شبه الفقه ببستان على سبيل الاستعارة بالكناية وإثبات الروضة تخييل ، وما بعده ترشيح للمكنية أو للتخييلية باقياً على معناه مقصودا به تقوية الاستعارة ، ويجوز أن يكون مستعار الملائم المشبه كما قرر فى محله ، بأن تشبه المسائل بالأزهار والأنهار على سبيل الاستعارة المكنية أيضاً وإثبات التفتيح والتسلسل تخييل (قوله مفتحة الأزهار) أصله مفتحة الأزهار منها أو أزهارها على جعل أل عوضاً عن المضاف إليه ، والأزهار مرفوع بالنيابة عن الفاعل فحول الإسناد إلى ضمير الموصوف ثم أضيف اسم المفعول إلى مرفوعه معنى ، فهو حينئذ جار مجرى الصفة المشبهة فافهم (قوله مسلسلة الأنهار) الكلام فيه كالذى قبله . وفى القاموس : تسلسل الماء جرى فى حدور (قوله من عجائبه) جمع عجيب والاسم العجيبة والأعجوبة قاموس ، والمراد بها مسائله العجيبة ، ومن صلة لقوله تختار وثمرات مبتدأ والتحقيق مضاف إليه ، ويطلق على ذكر الشىء على الوجه الحق وعلى إثبات الشىء بدليله وجملة تختار خبر المبتدإ ، وفى الكلام استعارة مكنية حيث شبه التحقيق بشجرة وإثبات الثمرات لها تخييل .

ولا يخفى أن مسائل هذا الكتاب مذكورة على الوجه الحق وثابتة بدلائلها عند المجتهد ، ولا يلزم من إثبات الشىء بدليله أن يكتب دليله معه حتى يرد أنه لم يذكر فى المتن الأدلة ، وكذا لايلزم من كون مسائله مذكورة على الوجه الحق أن يكون غيره من المتون ليس كذلك فافهم ، ويجوز أن يراد بالثمرة الفائدة والنتيجة ؛ والمعنى أن مايستفاد بالتحقيق ويستنتج به من الأحكام الشرعية يختار من مسائله المعجبة (قوله ومن غرائبه) جمع غريبة أى مسائله الغريبة العزيزة الوجود التى زادها على المتون المتداولة فهى كالرجل الغريب ، أو المراد تراكيبه وإشاراته الفائقة على غيرها حتى صارت غريبة فى بابها . والذخائر : جمع ذخيرة بمعنى مذخورة مايدخر أى يختار ويحفظ . والتدقيق إثبات المسألة بدليل دق طريقه لناظريه كما فى تعريفات السيد ، وقيل إثبات دليل المسألة بدليل آخر ، وجملة تحير الأفكار صفة ذخائر الواقع مبتدأ مؤخراً مخبرا عنه بالظرف قبله .

ولما كان التدقيق مأخوذا من الدقة وهى الغموض والخفاء ذكر معه الذخائر التى تحفظ عادة وتخبأ ، وذكر معه أيضاً تحير الأفكار : وهو عدم اهتدائها ، والمراد بها أصحابها ، بخلاف التحقيق فإنه لايلزم أن يكون فيه دقة ، والحق ظاهر لايخفى فلذا ذكر معه الثمرات التى تظهر عادة (قوله لشيخ شيخنا) متعلق بمحذوف نعت لتنوير الأبصار أو حال منه : أى الكائن أو كائنا اهـ ح (قوله شيخ الإسلام) أى شيخ أهل الإسلام ، وهذا الوصف غلب على من كان فى منصب الإفتاء أو القضاء (قوله محمد بن عبد الله) بن أحمد الخطيب ابن محمد الخطيب ابن إبراهيم الخطيب اهـ ح . ورأيت فى رسالة لحفيد المصنف : وهو الشيخ محمد ابن الشيخ صالح ابن المصنف ،

التمرتاشي الحنفي الغزي ، عمدة المتأخرين الأخيار ، فإني أرويه عن شيخنا الشيخ عبد النبي الخليلي . عن المصنف عن ابن نجيم المصري

زاد بعد إبراهيم المذكور ابن خليل بن تمرتاشي . قال المحبي : كان إماماً كبيرا حسن السمت قوي الحافظة كثير الاطلاع ، وبالجملة فلم يبق من يساويه في الرتبة ، وقد ألف التآليف العجيبة المتقنة . منها التنوير وهو في الفقه جليل المقدار جم الفائدة ، دقق في المسائل كل التدقيق ورزق فيه السعد . فاشتهر في الآفاق . وهو من أنفع كتبه ، وشرحه هو ، واعتنى بشرحه جماعة منهم العلامة الحصكفي مفتي الشام والمنلا حسين بن إسكندر الرومي نزيل دمشق ، والشيخ عبد الرزاق مدرس الناصرية . وكتب عليه شيخ الإسلام محمد الأنكوري كتابات في غاية التحرير والنفع ، وكتب على شرح مؤلفه شيخ الإسلام خير الدين الرملي حواشي مفيدة . وله تآليف لاتحصى ، توفي سنة ١٠٠٤ عن خمس وستين سنة اهـ .

قلت : ومن تأليف المصنف كتاب معين المفتي ، والمنظومة الفقهية المسماة تحفة الأقران وشرحها مواهب الرحمن والفتاوى المشهورة ، وشرح زاد الفقير لابن الهمام ، وشرح الوقاية ، وشرح الوهبانية . وشرح يتيمة العبد ، وشرح المنار ، وشرح مختصر المنار ، وشرح الكنز إلى كتاب الإيمان . وحاشية على الدرر لم تتم . ورسائل كثيرة منها رسالة في العشرة المبشرين بالجنة ، وفي عصمة الأنبياء وفي دخول الحمام . وفي لفظ جوزت بتقديم الجيم . وفي القضاء ، وفي الكنائس ، وفي المزارعة ، وفي الوقوف بعرفة ، وفي الكراهية . وفي حرمة القراءة خلف الإمام ، وفي جواز الاستنابة في الخطبة . وفي أحكام الدروز والأرفاض . وفي مشكلات مسائل وشرحها . وله رسالة في التصوف وشرحها ، ومنظومة فيه ، ورسالة في علم الصرف . وشرح القطر وغير ذلك ذكره بعضهم (قوله التمرتاشي) نسبة إلى تمرتاش . نقل صاحب مراصد الاطلاع في أسماء الأماكن والبقاع أن تمرتاش بضمتين وسكون الراء وتاء وألف وشين معجمة : قرية من قرى خوارزم اهـ ط . قلت . والأقرب أنه نسبة إلى جده تمرتاشي كما قدمناه (قوله الغزي) نسبة إلى غزة هاشم ، وهي كما في القاموس : بلد بفلسطين . ولد بها الإمام الشافعي رحمه الله تعالى . ومات بها هاشم بن عبد مناف (قوله عمدة المتأخرين) أي معتمدهم في الأحكام الشرعية (قوله الأخيار) جمع خير بالتشديد : كثير الخير (قوله فإني أرويه) تفريع على قوله لشيخ شيخنا الخ . فإنه لما جزم بنسبته إليه أفاد أن ذلك واصل إليه بالسند . والضمير لتنوير الأبصار . ولكن روايته عن ابن نجيم باعتبار المسائل التي فيه مع قطع النظر عن صورته المشخصة كما أفاده ح . أو الضمير للعلم المذكور في قوله لقد أضحت روضة هذا العلم كما أفاده ط (قوله عن ابن نجيم) هو الشيخ زين بن إبراهيم بن نجيم وزين اسمه العلمي . ترجمه النجم الغزي في الكواكب السائرة فقال : هو الشيخ العلامة المحقق المدقق الفهامة زين العابدين الحنفي . أخذ العلوم عن جماعة ، منهم الشيخ شرف الدين البلقيني . والشيخ شهاب الدين الشلبي ، والشيخ أمين الدين بن عبد العال ، وأبو الفيض السلمي . وأجازه بالإفتاء والتدريس فأفتى ودرس في حياة أشياخه وانتفع به خلائق . وله عدة مصنفات : منها شرح الكنز والأشباه والنظائر ، وصار كتابه عمدة الحنفية ومرجعهم . وأخذ الطريق عن الشيخ العارف بالله تعالى سليمان الخضيري ، وكان له ذوق في حل مشكلات القوم . قال العارف الشعراني : صحبته عشر سنين ، فما رأيت عليه شيئا يشينه ، وحججت معه في سنة ٩٥٣ فرأيته على خلق عظيم مع جيرانه وغلمانه ذهابا وإيابا مع أن السفر يسفر عن أخلاق الرجال . وكانت وفاته سنة ٩٦٩ كما أخبرني بذلك تلميذه الشيخ محمد العلمي اهـ .

بسنده إلى صاحب المذهب أبى حنيفة ، بسنده إلى النبى صلى الله عليه وسلم المصطفى المختار ، عن جبريل، عن الله الواحد القهار ، كما هو مبسوط فى إجازاتنا بطرق عديدة، عن المشايخ المتبحرين الكبار .

وما كان فى الدرر والغرر لم أعزه إلا ماندر ، وما زاد وعز نقله عزوته لقائله وما للاختصار ، ومأمولى من الناظر فيه أن ينظر بعين الرضا والاستبصار ، وأن يتلافى تلافه

قلت : ومن تآليفه شرح على المنار ، ومختصر التحرير لابن الهمام ، وتعليقة على الهداية من البيوع ،وحاشية على جامع الفصولين . وله الفوائد والفتاوى ، والرسائل الزينية . ومن تلامذته أخوه المحقق الشيخ عمر بن نجيم صاحب النهر (قوله بسنده) أى حال كونه راويا ذلك بسنده ، وقدمنا تمام السند (قوله المصطفى)من الصفوة: وهو الخلوص . والاصطفاء : الاختيار ، لأن الإنسان لا يصطفى إلا إذا كان خالصاً طيبا ، وقوله المختار بمعناه وهذان اسمان من أسمائه صلى الله عليه وسلم ط (قوله كما هو) حال من قوله بسنده (قوله عن المشايخ) متعلق بمحذوف حال من إجازتنا : أى المروية عنهم أو باجازاتنا لتضمنه معنى رواياتنا . ومن جملة مشايخه القطب الكبير والعالم الشهير سيدى الشيخ أيوب الخلوتى الحنفى (قوله فى الدرر والغرر كلاهما لمنلا خسرو والدرر هو شرح الغرر (قوله لم أعزه) أى لم أنسبه ، من عزا يعزو واسم المفعول منه معزو كمدعو بالتصحيح أرجح من معزى بالإعلال . قال فى الألفية :

وصحح المفعول من نحو عدا　　　واعلله إن لم تتحر الأجودا

ويروى بالوجهين قول الشاعر « أنا الليث معديا عليه وعاديا » والثانى هو الجارى على ألسنة الفقهاء (قوله ما زاد وعز نقله) أى وما زاد على مافى الدرر والغرر وعز نقله فى الكتب المتداولة عزوته لقائله . وفى بعض النسخ : ومازاد عن نقله، أى وما زاد عن المنقول فى الدرر والغرر ،فعن بمعنى على والمصدر بمعنى اسم المفعول (قوله وما) أى قصدا للاختصار علة لقوله لم أعزه ، وفيه إشارة إلى كثرة نقله عن الدرر ومتابعته له كعادة المصنف فى متنه وشرحه ، وهو بذلك حقيق فإنه كتاب مبنى على غاية التحقيق (قوله ومأمولى)من الأمل وهو الرجاء (قوله من الناظر) أى المتأمل . قال الراغب : النظر قد يراد به التأمل والتفحص ، وقد يراد به المعرفة الحاصلة بعد الفحص ، واستعمال النظر فى البصيرة أكثر عند الخاصة والعامة بالعكس اهـ وتمامه فى حاشية الحموى (قوله فيه) أى فى شرحى هذا (قوله بعين الرضا) أى بالعين الدالة على الرضا ، ولا ينظر بعين المقت، فإن من نظر بها تبين له الحق باطلا ، كما قال الشاعر :

وعين الرضا عن كل عيب كليلة　　　كما أن عين السخط تبدى المساويا

أو أنه شبه الرضا بإنسان له عين تشبيها مضمرا فى النفس وذكر العين تخييل ط (قوله والاستبصار) السين والتاء زائدتان : أى والإبصار ، والمراد به التبصر والتأمل ط (قوله وأن يتلافى) أى يتدارك . فى القاموس: تلافاه تداركه (قوله تلافه) الذى فى القاموس وجامع اللغة ولسان العرب : التلف الهلاك ، ولم يذكروا التلاف فليراجع اهـ ح . ووقع التعبير به لغير الشارح كالإمام عمر بن الفارض قدس سره فى قصيدته الكافية بقوله :

وتلافى إن كان فيه ائتلافى　　　بك عجل به جعلت فداكا

ويحتمل أن الألف إشباع وهو لغة قوم ط . وفسر العلامة البورينى فى شرحه على ديوان ابن الفارض التلاف

بقدر الإمكان ، أو يصفح ليضفح عنه عالم الأسرار والإضمار ، ولعمرى إن السلامة من هذا الخطر لأمر يعز على البشر . ولا غرو فإن النسيان من خصائص الإنسانية ، والخطأ والزلل من شعائر الآدمية ،

بالتلف ، وكذا قال سيدى عبد الغنى النابلسي فى شرحه عليه ، وتلافى مصدر مضاف إلى المتكلم ، ووقع فى كلام الشعراء كثيرا ، ومنه قول ابن عنين يخاطب بعض الملوك وكان مريضا :

انظر إلىّ بعين مولى لم يزل   يولى الندى وتلاف قبل تلاف

أنا كالذى أحتاج ما يحتاجه   فاغنم دعائى والثناء الوافى

فجاءه الملك بألف دينار وقال له : أنت الذى ، وهذه الصلة ، وأنا العائد (قوله بقدر الإمكان) متعلق بقوله يتلافى والإضافة بيانية : أى إذا رأى فيه عيبا يتداركه بإمكانه ، بأن يحمله على محمل حسن حيث أمكن . أو يصلحه بتغيير لفظه إن لم يمكن تأويله (قوله أو يصفح(١)) فى بعض النسخ بالواو : أى يسمح ولا يفضح . والصفح فى الأصل : الميل بصفحة العنق ثم أريد به مطلق الإعراض (قوله ليصفح عنه الخ) لأن الجزاء من جنس العمل (قوله الإسرار) بكسر الهمزة مصدر أسرّ ليناسب الإضمار وإن احتمل أن يكون بفتحها جمع سر اهـ ح ، وعلى الأول فعطف الإضمار عليه عطف مرادف ، وعلى الثانى عطف مغاير . قال ط : والأولى أن يقول بدل الإضمار الإظهار ليكون فى كلامه صنعة الطباق ، وهى الجمع بين لفظين متقابلى المعنى (قوله ولعمرى) تقدم الكلام عليه ، وهذه الفقرة وقعت فى خطبة النهر (قوله الخطر) هو الإشراف على الهلاك . والمراد به هنا الشيء الشاق ، وهو الخطأ والسهو المعبر عنه بالتلاف (قوله يعز) على وزن يقل أو يمل كما فى القاموس . والمادة تأتى بمعنى العسر وبمعنى القلة وبمعنى الضيق وبمعنى العظمة كما أفاده فى القاموس . وكل صحيح أفاده ط (قوله البشر) اسم جنس : والبشر : ظاهر البشرة ، وهو ماظهر من الجسد . والجن : ما اختفى من الاجتنان ، وهو الاستتار ط (قوله ولاغرو) بفتح الغين المعجمة وسكون الراء المهملة مصدر غرا من باب عدا ، بمعنى عجب بوزن فرح : أى لا عجب اهـ ح : أى من عزة السلامة مما ذكر (قوله فإن النسيان) الفاء تعليلية : أى لأن النسيان الذى هو سبب التلاف المتقدم ط . وعرفه فى التحرير بأنه عدم الاستحضار فى وقت الحاجة ، قال : فشمل السهو لأن اللغة لا تفرق بينهما اهـ (قوله من خصائص الإنسانية) أى من الأمور الخاصة بالحقيقة الإنسانية : أى بأفرادها والياء للنسبة إلى المجرد عنها . روى عن ابن عباس أنه قال : سمى إنسانا لأنه عهد إليه فنسى ، وقال الشاعر :

لا تنسين تلك العهود فإنما   سميت إنسانا لأنك ناسى

وقال آخر : نسيت وعدك والنسيان مغتفر   فاغفر فأول ناس أول الناس

وقيل لأنسه بأمثاله أو بربه تعالى ، قال الشاعر :

وما سمى الإنسان إلا لأنسه   ولا القلب إلا أنه يتقلب

(قوله والخطأ) هو أن يقصد بالفعل غير المحل الذى يقصد به الجناية كالرمى إلى الصيد فأصاب آدميا تحرير . وفى القاموس : الخطأ ضد الصواب ، ثم قال : والخطأ مالم يتعمد (قوله من شعائر الآدمية) الشعائر : العلامات كما فى القاموس ح . قال فى معراج الدراية : وشرعا مايؤدى من العبادات على سبيل الاشتهار كالأذان

---

(١) (قوله أو يصفح) ليست فى نسخ الشرح التى بأيدينا ، والتى فى هذا الشرح (أو يصفح) ولعلها فى نسخة أخرى ، مصححه .

وأستغفر الله مستعيذا به من حسد يسد باب الإنصاف ، ويردّ عن جميل الأوصاف . ألا وإن الحسد حسك من تعلق به هلك ، وكفى للحاسد ذما آخر سورة الفلق ،

والجماعة والجمعة وصلاة العيد والأضحية . وقيل هي ما جعل علما على طاعة الله تعالى اه : قال ط : وإنما عبر بها هنا وفيما تقدم بخصائص لأن النسيان من خصائص الإنسان ، والخطأ والزلل يكون منه ومن غيره حتى من الملائكة كما وقع لإبليس بناء على أنه منهم ، ولهاروت وماروت على ما قيل ، كقولهم ـ أتجعل فيها من يفسد فيها ـ وكنظر بعض الملائكة إلى مقامه في العبادة . وأما الجن فذلك أكثر حالهم (قوله وأستغفر الله) أي أطلب منه ستر ذنبي . وكأنه أتى به لأن ما ذكره قبله فيه نوع تبرئة للنفس وهو مما لا ينبغي ، بل الأولى هضم النفس بالخطإ والنسيان وإن كانا من لوازم الإنسان (قوله مستعيذا) حال من فاعل أستغفر . والعوذ : الالتجاء كالعياذ والمعاذة والتعوذ والاستعاذة . والعوذ : بالتحريك الملجأ كالمعاذ والعياذ قاموس (قوله من حسد) هو تمنى زوال نعمة المحسود سواء تمنى انتقالها إليه أم لا . ويطلق على الغبطة مجازا ، وهي تمنى مثل تلك النعمة من غير إرادة زوالها عن صاحبها وهو غير مذموم ، بخلاف الأول لأنه يؤدى إلى الاعتراض على الله تعالى ، ولذا قال عليه الصلاة والسلام « إياكم والحسد فإن الحسد يأكل الحسنات كما تأكل النار الحطب » وسماه عليه الصلاة والسلام حالقة الدين لا حالقة الشعر . وقال تعالى — ومن شر حاسد إذا حسد — والحاسد ظالم لنفسه ، حيث أتعب نفسه وأحزنها وأوقعها في الإثم ، ولغيره حيث لم يحب له ما يحب لنفسه ، ولذا قال أبو الطيب :

وأظلم أهل الأرض من كان حاسدا ‏ لمن بات في نعمائه يتقلب

(قوله يسد باب الإنصاف) صفة تأكيدية ، لأن حقيقة الحسد مشعرة بها ، إذ الإنصاف هو الجرى على سنن الاعتدال والاستقامة على طريق الحق ، وهذا الوصف لايتأتى وجوده مع الحسد ، والغرض من الإتيان بهذا الوصف التأكيدى النداء على كمال بشاعة الحسد وتقرير ذمه والتنفير عنه ، ولا يخفى مافيه من الاستعارة المكنية والتخييلية والترشيح (قوله ويردّ) أي يصرف صاحبه عن جميل الأوصاف : أي عن الاتصاف بالأوصاف الجميلة أو عن رؤيتها في المحسود فلا يرى الحاسد له جميلا ، لما أن عين السخط تبدى المساويا ، ورد يتعدى بنفسه ويتعدى بعن إلى مفعول ثان وإن لم يذكره في القاموس ، فمن شواهد النحاة قول الشاعر :

أكفرا بعد رد الموت عنى ‏ وبعد عطائك المائة الرتاعا ‏ فافهم

وهذه الفقرة بمعنى التي قبلها ، وفي الفقرتين من أنواع البديع الترصيع ، وهو أن يكون مافي إحداهما من الألفاظ أو أكثره مثل مايقابله من الأخرى في الوزن والتقفية . والجناس اللاحق وهو اختلاف اللفظين المتجانسين في حرفين ، غير متقاربين ولزوم مالا يلزم ، وهو هنا الإتيان بالصاد قبل الألف في الإنصاف والأوصاف ، وقد أتى بهاتين الفقرتين المصنف في المنح وابن الشحنة في شرح الوهبانية ، وسبقهما إلى ذلك ابن مالك في التسهيل (قوله ألا) أداة استفتاح يستفتح بها الكلام (قوله حسك) بفتحتين : شوك السعدان . والسعدان : نبت من أفضل مراعي الإبل كما في القاموس . ح : وهذا من التشبيه البليغ ، فهو على حذف الأداة ، أو تجرى فيه استعارة على طريقة السعد . ط : وبين الحسد وحسك الجناس اللاحق أيضا (قوله من تعلق به هلك) يشير إلى وجه الشبه فإن الحسد إذا تعلق بإنسان أهلكه لأنه يأكل حسناته ط . وظاهره أن الضمير في تعلق للحسد لالمن ، والأنسب إرجاعه لمن (قوله وكفى للحاسد الخ) كفى فعل ماض ، واللام في للحاسد زائدة في المفعول به على غير قياس وذما تمييز ، وتمييز كفى غير محول عن شيء كما ذكره الدماميني في شرح التسهيل ،

فى اضطرامه بالقلق ، لله در الحسد ماأعدله ، بدأ بصاحبه فقتله .

وما أنا من كيد الحسود بآمن ولا جاهـل يزرى ولا يتدبر

ولله در القائل :

هم يحسـدونى وشر الناس كلهم من عاش فى الناس يوما غير محسود

ومثله : امتلأ الكوز ماء ، وآخر بالرفع فاعل كفى ، ولم يزد الباء فى فاعلها لأنه غير لازم بل غالب ، بخلاف زيادتها فى فاعل أفعل فى التعجب فإنها لازمة ؛ لكن قال الدماميني : إن كان كفى بمعنى أجزأ وأغنى أو بمعنى وقى لم تزد الباء فى فاعلها هكذا قيل ، ولم أر من أفصح عن معنى كفى التى تغلب زيادة الباء فى فاعلها . وفى كلام بعضهم مايشير إلى أنها قاصرة لامتعدية ، وفى كلام بعضهم خلاف ذلك اه فافهم . ووجه الذم أنه تعالى أسند إليه الشر وأمر نبيه صلى الله عليه وسلم بالاستعاذة منه . وأى ذم أعظم من ذلك (قوله فى اضطرامه) متعلق بكفى أو بمحذوف حال من الحاسد ، أو فى للتعليل كما فى حديث « إن امرأة دخلت النار فى هرة حبستها أو بمعنى مع كما فى — ادخلوا فى أمم — والاضطرام كما قال ح عن جامع اللغة : اشتعال النار فيما يسرع اشتعالها فيه قال ط : شبه شدة تحسره لفوات غرضه بالاشتعال (قوله بالقلق) هو بالتحريك : الانزعاج قاموس (قوله لله در الحسد) فى الرضى : الدر فى الأصل مايدر : أى ماينزل من الضرع من اللبن ومن الغيم من المطر . وهو هنا كناية عن فعل الممدوح الصادر عنه ؛ وإنما نسب فعله لله تعالى قصدا للتعجب منه ، لأن الله تعالى منشئ العجائب ، وكل شىء عظيم يريدون التعجب منه ينسبونه إليه تعالى ويضيفونه إليه ؛ فمعنى لله دره ، ما أعجب فعله ! وفى القاموس : وقولهم ولله دره : أى عمله كذا فى حواشى الجامى للمولى عصام ، ثم قال : فقول الشرح يعنى الجامى لله خيره بجعل الدر كناية عن الخير لايوافق تحقيق اللغة اه ابن عبد الرزاق (قوله ما أعدله الخ) تعجب ثان متضمن لبيان منشإ التعجب . وفى الرسالة القشيرية قال معاوية رضى الله عنه : ليس فى خلال الشر خلة أعدل من الحسد تقتل الحاسد غما قبل المحسود اه لكن شرطه ، اقال الشاعر :

دع الحسود وما يلقاه من كمـده كفاك منه لهيب النار فى كبـده

إن لمت ذا حسد نفست كربته وإن سكتّ فقد عذبته بيده

وقال آخر وقد أجاد :

اصبر على كيـد الحسو د فإن صبرك يقتـله

النـار تأكـل بعضها إن لم تجـد ما تأكله

(قوله وما أنا الخ) البيت من المنظومة الوهبانية ، قال شارحها العلامة عبد البر بن الشحنة : الكيد الخديعة والمكر ، والحسود فعول من الحسد فيه مبالغة فى معنى الحاسد . والآمن : المطمئن ، ولا جاهل عطف على الحسود . يعنى ولا من كيد جاهل ، ويزرى بفتح التحتية من زرى عليه : إذا عابه واستهزأ به ، وأنكر عليه ولم يعده شيئا أو تهاون به ، ويجوز ضمها من أزرى . قال فى القاموس : لكنه قليل وتزرى وأزرى بأخيه : أدخل عليه عيبا أو أمرا يريد أن يلبس عليه ، ولا يتدبر عطف عليه : أى لايتفكر فى عواقب الأمور . وسبب هذا البيت أنه ابتلى بما ابتليت به من حسد الحاسدين وكيد المعاندين ، والله المسئول أن يجعل كيدهم فى نحرهم ، فبعضهم استكثره عليه والبعض قال إنه مسبوق إليه اه ملخصا (قوله هم يحسدونى) أصله يحسدوننى حذفت إحدى

إذ لايسود سيد بدون ودود يمدح ، وحسود يقدح ، لأن من زرع الإحن ، حصد المحن ؛ فاللئيم يفضح ، والكريم يصلح ، لكن ياأخى بعد الوقوف

النونين تخفيفا اهـ ح . وشر أفعل تفضيل حذفت همزته لكثرة الاستعمال كما حذفت من خير وإثباتها لغة قليلة أو رديئة كما فى القاموس ، وكلهم بالجر تأكيد للناس لإفادة الشمول .

ولا يقال الكافر شر ممن لم يحسد فكيف يكون من لم يحسد شرا منه ؟ لأنا نقول هو من جملة من لم يحسد ، بل ليس له مايحسد عليه ، لقوله تعالى — أيحسبون أنما نمدهم به — الآية ، فافهم . وفى الناس بمعنى معهم ، ويوما ظرف لعاش ، وغيره بالنصب حال ، وقد أتى الشارح بهذا البيت تبعا لابن الشحنة تسلية للنفس ، فإن الحسد لا يكون إلا لذوى الكمال المتصفين بأكمل الخصال ؛ وفى معناه ما ينسب إلى على كرم الله وجهه :

إن يحسدونى فإنى غير لائمهم قبلى من الناس أهل الفضل قدحسدوا
فدام بى وبهم ما بى وما بهم ومات أكثرنا غيظا بما يجد

(قوله إذ لايسود) أى لا يصير ذاسودد وفخار ، وأصله يسود كينصر نقلت حركت الواو إلى الساكن قبلها فسكنت الواو ، وهذا علة لمفهوم وشر الناس ، لأنه إذا كان شر الناس من لم يحسد نتج أن خيرهم من يحسد ، وإنما كان ذلك سببا فى سيادته ، لأن المدح يترتب عليه الرياسة والسودد ، والقدح فيه يترتب عليه الحلم والتحمل والصفح وذلك فى السيادة أيضا اهـ ط .

قلت : والحسود أيضا سبب فى السيادة من حيث إنه سبب للنشر ما انطوى من الفضائل كما قال القائل :

وإذا أراد الله نشر فضيلة طويت أتاح لها لسان حسود

(قوله سيد) أصله سيود اجتمعت الواو والياء وسبقت إحداهما بالسكون فقلبت الواو ياء وأدغمت فى الياء ، قيل إنه لايطلق إلا على الله تعالى ، لما روى « أنه عليه الصلاة والسلام لما قالوا له ياسيدنا ، قال : إنما السيد الله » وفيه أنه عليه الصلاة والسلام قال « أنا سيد ولد آدم » وقال تعالى — وسيدا وحصورا — وقيل لايطلق عليه تعالى وعزى إلى مالك ؛ وقيل يطلق عليه تعالى معرفا وعلى غيره منكرا . والصحيح جوازه مطلقا ، وهو فى حقه تعالى بمعنى العظيم المحتاج إليه ، وفى غيره بمعنى الشريف الفاضل الرئيس وتمامه فى حاشية الحموى (قوله بدون) أى بغير ، وهو أحد إطلاقات لها ، وتأتى بمعنى المكان الأدنى وهو الأصل فيها ط (قوله ودود) هو كثير الحب قاموس (قوله وحسود يقدح) أى يطعن ، ولا يخفى مابين ودود وحسود من الطباق ، وبين يمدح ويقدح من الجناس اللاحق ولزوم ما لايلزم وما فى ذلك من الترصيع (قوله لأن من زرع) تعليل لما استلزمه الكلام السابق ، لأن قدح الحسود إذا كان سببا فى زيادة المحسود الموجبة لكمده كان زرعه الحسد منتجا له المحن والبلايا . والإحن : جمع إحنة بالكسر فيهما ، وهى الحقد كما فى القاموس اهـ ح ، ويحتمل أنه تعليل لقوله سابقا ألا وإن الحسد حسك ، من تعلق به هلك ، فالمحصود الهلاك الموجود عند التعلق ط . وتشبيه الحقد بما يزرع استعارة بالكناية وإثبات الزرع تخييل ، وذكر الحصد ترشيح (قوله فاللئيم يفضح) من اللؤم بالضم ضد الكرم ، يقال لؤم ككرم لؤما فهو لئيم جمعه لئام ولؤماء ، ويقال فضحه كمنعه : كشف مساويه ، والإصلاح ضد الإفساد قاموس ، وهذا مرتبط بقوله إذ لايسود سيد الخ ؛ فاللئيم هو الحسود والكريم هو الودود ، وفيه لف ونشر مشوش أو بقوله ومأمولى من الناظر فيه الخ ، ولو قال والكريم يصفح أو يسمح لكان أوضح (قوله لكن ياأخى الخ) لما كان الإذن بالإصلاح مطلقا استدرك عليه بقوله بعد الوقوف وهو ظرف ليصلح كما أفاده ح : أى يصلح بعد

على حقيقة الحال ، والاطلاع على ماحرره المتأخرون كصاحب البحر والنهر والفيض والمصنف وجدنا المرحوم وعزمى زاده وأخى زاده وسعدى أفندى والزيلعى والأكمل

وقوفه واطلاعه على هذه الكتب لابمجرد الخطور بالبال ، ويصح تعلقه بقوله وأن يتلافى تلافه . ويحتمل تعلقه بقوله فصرفت عنان العناية نحو الاختصار : أى إنما اختصرته بعد الوقوف على حقيقة الحال : أى حال المسائل ومعرفة ضعيفها من قويها ، ويدل له قوله مع تحقيقات سنح الخ ، ويدل للأول قوله ويأبى الله الخ أفاده ط (قوله على حقيقة الحال) حقيقة الشيء : مابه الشيء هو هو كالحيوان الناطق للإنسان ، بخلاف مثل الضاحك والكاتب مما يمكن تصور الإنسان بدونه تعريفات السيد (قوله كصاحب البحر) هو العلامة الشيخ زين بن نجيم وتقدمت ترجمته (قوله والنهر) أى وكصاحب النهر ، وهو العلامة الشيخ عمر سراج الدين الشهير بابن نجيم ، الفقيه المحقق، الرشيق العبارة الكامل الاطلاع ، كان متبحراً فى العلوم الشرعية . غواصا على المسائل الغريبة ، محققا إلى الغاية ، وجيها عند الحكام ، معظما عندالخاص والعام ، توفى سنة خمس بعد الألف . ودفن عندشيخه وأخيه الشيخ زين محبى ملخصاً، وله كتاب [إجابة السائل فى اختصار أنفع الوسائل] وغير ذلك (قوله والفيض) أى وكصاحب الفيض وهو الكركى . قال التميمى فى طبقات الحنفية : إبراهيم بن عبد الرحمن بن محمد بن إسماعيل الكركى الأصل ، القاهرى المولد والوفاة ، لازم التقى الحصنى والتقى الشمنى ، وحضر دروس الكافيجى ، وأخذ عن ابن الهمام ، وترجمه السخاوى فى الضوء بترجمة حافلة ، وذكر أنه جمع فى الفقه فتاوى فى مجلدين . وأن له حاشية على توضيح ابن هشام اه ملخصا ، وتوفى سنة ٩٢٣ وأراد بالفتاوى الفيض المذكور المسمى فيض المولى الكريم على عبده إبراهيم ، وقد قال فى خطبته : وضعت فى كتابى هـذا ماهو الراجح والمعتمد ، ليقطع بصحة مايوجد فيه أو منه يستمد (قوله والمصنف) تقدمت ترجمته (قوله وجدنا المرحوم) هو الشيخ محمد شارح الوقاية اه ابن عبد الرزاق ، ولم أقف له على ترجمة (قوله وعزمى زاده) هو العلامة مصطفى بن محمد الشهير بعزمى زاده ، أشهر متأخرى العلماء بالروم ، وأغزرهم مادة فى المنطوق والمفهوم ، ذو التآليف الشهيرة ، منها حاشية على الدرر والغرر ، وحاشية على شرح المنار لابن مالك ، توفى فى حدود سنة أربعين بعد الألف محبى ملخصا (قوله وأخى زاده) قال المحبى فى تاريخه : هو عبد الحليم بن محمد الشهير المعروف بأخى زاده أحد أفراد الدولة العثمانية وسراة علمائها ، كان نسيج وحده فى ثقوب الذهن وصحة الإدراك والتضلع من العلوم . وله تآليف كثيرة منها شرح على الهداية ، وتعليقات على شرح المفتاح ، وجامع الفصولين ، والدرر والغرر ، والأشباه والنظائر وتوفى سنة ثلاث عشرة بعد الألف اه ملخصا . وذكر ابن عبد الرزاق أن الذى فى الخزائن أخى جلبى بدل أخى زاده ، وهو صاحب حاشية صدر الشريعة المسماة بذخيرة العقبى واسمه يوسف بن جنيد ، وهو تلميذ منلا خسرو اه (قوله وسعدى أفندى) اسمه سعد الله بن عيسى بن أميرخان الشهير بسعدى جلبى مفتى الديار الرومية ، له حاشية على تفسير البيضاوى ، وحاشية على العناية شرح الهداية ، ورسائل وتحريرات معتبرة ، ذكره حافظ الشام البدر الغزى العامرى فى رحلته ، وبالغ فى الثناء عليه والتميمى فى الطبقات . ونقل عن الشقائق النعمانية أنه توفى سنة ٩٤٥ (قوله والزيلعى) هو الإمام فخر الدين أبو محمد عثمان بن على صاحب تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، قدم القاهرة سنة ٧٠٥ وأفتى ودرس وصنف وانتفع الناس به كثيرا ونشر الفقه ، ومات بها سنة ٧٤٣ (قوله والأكمل) هو الإمام المحقق الشيخ أكمل الدين محمد بن محمود بن أحمد البابرتى . ولد فى بضع عشرة وسبعمائة . وأخذ عن أبى حيان والأصفهانى ، وسمع الحديث من الدلاصى وابن عبد الهادى ، وكان علامة ذا فنون ، وافر

والكمال وابن الكمال ، مع تحقيقات سنح بها البال ، وتلقيتها عن فحول الرجال ؛

العقل ، قوىّ النفس ، عظيم الهيبة ، أخذ عنه العلامة السيد الشريف والعلامة الفنرى ؛ وعرض عليه القضاء فامتنع . له التفسير ، وشرح المشارق ، وشرح مختصر ابن الحاجب ، وشرح عقيدة الطوسى والعناية شرح الهداية وشرح السراجية ، وشرح ألفية ابن معطى ، وشرح المنار ، وشرح تلخيص المعانى ، والتقرير شرح أصول البزدوى ، توفى سنة ٧٨٦ وحضر جنازته السلطان فمن دونه ، ودفن بالشيخونية فى مصر (قوله والكمال) هو الإمام المحقق حيث أطلق محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد السيواسى ثم السكندرى كمال الدين بن الهمام ولد تقريبا سنة ٧٩٠ وتفقه بالسراج قارئ الهداية وبالقاضى محب الدين بن الشحنة ، لم يوجد مثله فى التحقيق ، وكان يقول أنا لا أقلد فى المعقولات أحدا . وقال البرهان الأبناسى وكأنه من أقرانه لو طلبت حجج الدين ما كان فى بلدنا من يقوم بها غيره ، وكان له نصيب وافر مما لأصحاب الأحوال من الكشف والكرامات ، وكان تجرد أولا بالكلية ، فقال له أهل الطريق ارجع ، فإن للناس حاجة بعلمك ، وكان يأتيه الوارد كما يأتى السادة الصوفية لكنه يقلع عنه بسرعة لمخالطته للناس ، وشرح الهداية شرحا لا نظير له سماه فتح القدير ، وصل فيه إلى أثناء كتاب الوكالة ، وله كتاب التحرير فى الأصول الذى لم يؤلف مثله وشرحه تلميذه ابن أمير حاج ، وله المسايرة فى العقائد ، وزاد الفقير فى العبادات . توفى بالقاهرة سنة ٨٦١ وحضر جنازته السلطان فمن دونه كما فى طبقات التميمى ملخصاً (قوله وابن الكمال) هو أحمد بن سليمان بن كمال باشا ، الإمام العالم العلامة الرحلة الفهامة . كان بارعا فى العلوم ، وقلما أن يوجد فن إلا وله فيه مصنف أو مصنفات . دخل إلى القاهرة صحبة السلطان سليم لما أخذها من يد الجراكسة . وشهد له أهلها بالفضل والإتقان ، وله تفسير القرآن العزيز ، وحواش على الكشاف وحواش على أوائل البيضاوى ، وشرح الهداية لم يكمل ، والإصلاح والإيضاح فى الفقه ، وتغيير التنقيح فى الأصول وشرحه . وتغيير السراجية فى الفرائض وشرحه . وتغيير المفتاح وشرحه ، وحواشى التلويح ، وشرح المفتاح . ورسائل كثيرة فى فنون عديدة لعلها تزيد على ثلثمائة رسالة ، وتصانيف فى الفارسية ، وتاريخ آل عثمان بالتركية وغير ذلك . وكان فى كثرة التآليف والسرعة بها وسعة الاطلاع فى الديار الرومية كالجلال السيوطى فى الديار المصرية . وعندى أنه أدق نظراً من السيوطى وأحسن فهما ، على أنهما كانا جمال ذلك العصر ، ولم يزل مفتياً فى دار السلطنة إلى أن توفى سنة ٩٤٠ اهـ تميمى ملخصا (قوله مع تحقيقات) حال من ماحرره : أى مصاحبا ماحرره هؤلاء الأئمة لتحقيقات اهـ ح ، والمراد بها حل المعانى العويصة ، ودفع الإشكالات الموردة على بعض المسائل أو على بعض العلماء ، وتعيين المراد من العبارات المحتملة ونحو ذلك وإلا فذات الفروع الفقهية لابد فيها من النقل عن أهلها (قوله سنح بها البال) فى القاموس : سنح لى رأى كمنع سنوحا وسنحا وسنحا : عرض وبكذا عرض ولم يصرح اهـ فعلى الأول هو من باب القلب مثل أدخلت القلنسوة فى رأسى والأصل سنحت : أى عرضت بالبال أى فى خاطرى وقلبى ، وعلى الثانى لاقلب ، والمعنى عليه أن قلبى وخاطرى عرّض بها ولم يصرح ، وهذا ماجرت عليه عادته رحمه الله تعالى من التعريض بالرموز الخفية كما يشير إليه قريباً (قوله وتلقيتها) أى أخذتها عن أشياخى فحول الرجال : أى الرجال الفحول الفائقين على غيرهم . فى القاموس : الفحل الذكر من كل حيوان ، وفحول الشعراء الغالبون بالهجاء على من هاجاهم اهـ . قال ح : وأورد أن بين الجملتين تنافيا ، فإن البال إذا ابتكر هذه التحقيقات جميعها فكيف يكون متلقيا لها جميعها عن فحول الرجال ؟ وقد يجاب بأنه على تقدير مضاف : أى سنح ببعضها البال وتلقيت بعضها عن فحول الرجال اهـ أى فهو على حد

ويأبى الله العصمة لكتاب غير كتابه، والمنصف من اغتفر قليل خطأ المرء فى كثير صوابه . ومع هذا فمن أتقن كتابى هذا فهو الفقيه الماهر . ومن ظفر بما فيه ، فسيقول بملء فيه :

« كم ترك الأول للآخر

قوله تعالى — ومن الجبال جدد بيض وحمر — (قوله ويأبى الله العصمة الخ) أبى الشىء يأباه ويأبيه إباء وإباءة بكسرهما كرهه قاموس . وهذا اعتذار منه رحمه الله تعالى : أى إن هذا الكتاب وإن كان مشتملا على ماحرره المتأخرون وعلى التحقيقات المذكورة لكنه غير معصوم . أى غير ممنوع من وقوع الخطأ والسهو فيه . فإن الله تعالى لم يرض ، أو لم يقدّر العصمة لكتاب غير كتابه العزيز الذى قال فيه — لايأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه — فغيره من الكتب قد يقع فيه الخطأ والزلل : لأنها من تآليف البشر والخطأ والزلل من شعارهم .

[تنبيه] قال الإمام العلامة عبد العزيز النجارى فى شرحه على أصول الإمام البزدوى مانصه : روى البويطى عن الشافعى رضى الله عنهما أنه قال له : إنى صنفت هذه الكتب فلم آل فيها الصواب . ولابد أن يوجد فيها مايخالف كتاب الله تعالى وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم . قال الله تعالى — ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافا كثيراً — فما وجدتم فيها مما يخالف كتاب الله تعالى وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم فإنى راجع عنه إلى كتاب الله تعالى وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم . قال المزنى : قرأت كتاب الرسالة على الشافعى ثمانين مرة . فما من مرة إلا وكان يقف على خطأ . فقال الشافعى : هيه . أبى الله أن يكون كتاباً صحيحاً غير كتابه اهـ (قوله قليل خطإ المرء) أى خطأ المرء القليل . فهو من إضافة الصفة للموصوف . وعبر بالخطإ إشارة إلى أن ذلك واقع لا عن اختيار . فالإثم مرفوع والثواب ثابت ط (قوله فى كثير صوابه) متعلق بمحذوف حال من خطإ : أى الخطأ القليل كائناً فى أثناء الصواب الكثير أو باغتفر . وفى بمعنى مع . أو للتعليل أفاده ط . ولا يخفى مافى الجمع بين قليل وكثير وخطإ وصواب من الطباق (قوله ومع هذا) أى مع ماحواه من التحريرات والتحقيقات اهـ ح . قلت : والأولى جعله مرتبطا بقوله ويأبى الله . أى مع كونه غير محفوظ من الخلل فمن أتقنه كما تقول فلان بخيل ومع ذلك فهو أحسن حالاً من فلان ط (قوله فهو الفقيه) الجملة خبر من قرنت بالفاء لعموم المبتدإ فأشبه الشرط . والمراد بالفقيه من يحفظ الفروع الفقهية ويصير له إدراك فى الأحكام المتعلقة بنفسه وغيره ، وسيأتى الكلام على معنى الفقه لغة واصطلاحا ط (قوله الماهر) أى الحاذق قاموس (قوله ومن ظفر) فى القاموس : الظفر بالتحريك الفوز بالمطلوب ظفره وظفر به وعليه (قوله بما فيه) أى من التحريرات والتحقيقات والفروع الجمة والمسائل المهمة (قوله فسيقول) أتى بسين التنفيس لأن ذلك يكون عند السؤال . أو للمناظرة مع الإخوان غالباً ، أو أنها زائدة أفاده ط أو لأنه إنما يكون بعد اطلاعه على غيره من الكتب التى حرزها غيره وطوّلها بنقل الأقوال الكثيرة والتعليلات الشهيرة ، وخلافيات المذاهب والاستدلالات مع خلوها من تكثير الفروع والتعويل على المعتمد منها كغالب شروح الهداية وغيرها . فإذا اطلع على ذلك علم أن هذا الشرح هو الدرة الفريدة الجامع لتلك الأوصاف الحميدة ، ولذا أكب عليه أهل هذا الزمان فى جميع البلدان (قوله بملء فيه) الملء بالكسر : اسم مايأخذه الإناء إذا امتلأ وبهاء هيئة الامتلاء ومصدره ملء قاموس . وفيه استعارة تصريحية حيث شبه الكلام الصريح الذى يستحسنه قائله ويرتضيه ، ولا يتحاشى عن الجهر به بما يملأ الإناء بجامع بلوغ كل إلى النهاية أو مكنية حيث شبه الفم بالإناء والملء تخييل . وهو كناية عن الإتيان بهذا القول جهراً بلا توقف ولا خوف من تكذيب طاعن ، وبين قوله فيه وفيه الجناس التام (قوله كم ترك الأول للآخر) مقول القول وكم خبرية للتكثير

ومن حصله فقد حصل له الحظ الوافر ، لأنه هو البحر لكن بلا ساحل ، ووابل القطر غير أنه متواصل ، بحسن عبارات ، ورمز إشارات ، وتنقيح معانى ، وتحرير مبانى ، وليس الخبر كالعيان ،

مفعول ترك ، والمراد بالأول والآخر جنس من تقدم فى الزمن ومن تأخر ، وهذا فى معنى ماقاله ابن مالك فى خطبة التسهيل : وإذا كانت العلوم منحاً إلهية ، ومواهب اختصاصية فغير مستبعد أن يدخر لبعض المتأخرين ماعسر على كثير من المتقدمين اهـ .

وأنت ترى كتب المتأخرين تفوق على كتب المتقدمين فى الضبط والاختصار وجزالة الألفاظ وجمع المسائل ، لأن المتقدمين كان مصرف أذهانهم إلى استنباط المسائل وتقويم الدلائل ؛ فالعالم المتأخر يصرف ذهنه إلى تنقيح ماقالوه ، وتبيين ماأجملوه ، وتقييد ماأطلقوه ، وجمع مافرقوه ، واختصار عباراتهم ، وبيان مااستقر عليه الأمر من اختلافاتهم ، فهو كماشطة عروس رباها أهلها حتى صلحت للزواج ، تزينها وتعرضها على الأزواج ، وعلى كل فالفضل للأوائل كما قال القائل :

كالبحر يسقيه السحاب وماله فضل عليـــه لأنه من مائه

نعم فضل المتأخرين على أمثالنا من المتعلمين ، رحم الله الجميع وشكر سعيهم آمـــين (قوله الحظ) أى النصيب . والوافر : الكثير (قوله لأنه) تعليل للجمل الثلاثة قبله ، والضمير يرجع إلى الكتاب ط (قوله هو البحر) تشبيه بليغ أو استعارة (قوله لكن بلا ساحل) الساحل ريف البحر وشاطئه مقلوب ، لأن الماء سحله وكان القياس مسحولا قاموس . وإذا كان لاساحل له فهو فى غاية الاتساع ، لأن نهاية البحر ساحله ، فهو من تأكيد المدح بما يشبه الذم حيث أثبت صفة مدح واستثنى منها صفة مدح أخرى نحو « أنا أفصح العرب بيد أنى من قريش » وهو آكد فى المدح لما فيه من المدح على المدح والإشعار بأنه لم يجد صفـــة ذم يستثنيها فاضطر إلى استثناء صفة مدح . وله نوع ثان : وهو أن يستثنى من صفة ذم منفية عن الشيء صفة مدح ، كقوله :

ولا عيب فيهم غير أن سيوفهم بهن فلول من قراع الكتائب

أى فى حدهن كسر من مضاربة الجيوش ، وهذا الثانى أبلغ كما بين فى محله فافهم . وفيه أيضا من أنواع البديع نوع من أنواع المبالغة وهو الإغراق ، حيث وصف البحر بما هو ممكن عقلا ممتنع عادة (قوله ووابل القطر) الوابل : الكثير ، وهو من إضافة الصفة للموصوف : أى القطر الوابل ط (قوله غير أنه متواصل) أى تواصلا نافعاً غير مفسد بقرينـــة المقام وإلا كان ذماً ، وهذا أيضا من تأكيد المدح بما يشبه الذم (قوله بحسن عبارات) الباء للتعليل مثل — فبظلم — أو للمصاحبة مثل — اهبط بسلام — أو للملابسة وهى متعلقة بالبحر لأنه فى معنى المشتق : أى الواسع مثل حاتم فى قومه ، ومثل قول الشاعر : « أسد علىّ وفى الحروب نعامة » لتأوله بكريم وجرىء أو بمحذوف حال من الضمير فى لأنه أو من كتابى (قوله ورمز إشارات) هما بمعنى واحد : وهو الإيماء بالعين أو اليد أو نحوهما كما فى القاموس . فكأنه أراد ألطف أنواع الإيماء وأخفاها كما سيصرح به بعد بقوله معتمداً فى دفع الإيراد ألطف الإشارة (قوله وتنقيح معانى) أى تهذيبها وتنقيتها ، ويحتمل أنه من إضافة الصفة إلى الموصوف ، ومثله قوله وتحرير مبانى . وفى القاموس : تحرير الكتاب وغيره تقويمه اهـ ومبانى الكلمات : ماتبنى عليه من الحروف ، والمراد بها الألفاظ والعبارات ، من إطلاق الجزء على الكل ، وفى قوله المعانى والمبانى مراعاة النظير : وهو الجمع بين أمر وما يناسبه ، لابالتضاد نحو — الشمس والقمر بحسبان — ثم الموجود فى النسخ رسمها بالياء مع أن القياس حذفها ، والوقف على النون ساكنة مثل — فاقض ماأنت قاض — (قوله وليس الخبر كالعيان) بكسر العين : المعاينة والمشاهدة وهذه خلة لمحذوف ؛ أى أن ماقلته خبر يحتمل

وستقرّ به بعد التأمل العينان ، فخذ مانظرت من حسن روضه الأسمى ، ودع ماسمعت عن الحسن وسلمى :

خـذ مانظرت ودع شيئا سمعت به ... فى طلعة الشمس مايغنيك عن زحل

هذا ، وقد أضحت أعراض المصنفين أغراض سهام ألسنة الحساد ، ونفائس تصانيفهم

الصدق والكذب ، وبعد اطلاعك على التأليف المذكور تعاين ماذكرته لك وتتحققه بالمشاهدة لأن الخبر ليس كالعيان أفاده ط . وفى هذا الكلام اقتباس مما رواه أحمد والطبرانى وغيرهما من قوله صلى الله عليه وسلم «ليس الخبر كالمعاينة» وهو من جوامع كلمه صلى الله عليه وسلم كما فى المواهب اللدنية ، وتضمين لقول الشاعر :

ياابن الكرام ألا تدنو فتبصر ما ... قد حدثوك فما راء كمن سمعا

(قوله وستقر) القر : بالضم البرد ، وعينه تقر بالكسر والفتح قرة وتضم وقرورا بردت وانقطع بكاؤها . أو رأت ماكانت متشوفة إليه قاموس ، وكأنه وصف العين بالبرودة ، لما قالوا من أن دمعة السرور باردة ودمعة الحزن حارة (قوله بعد التأمل) أى التفكر فيه والتدبر فى معانيه ط (قوله فخذ) الفاء فصيحة : أى إذا كان كما وصفته لك أو إذا تأملته وقرت به عيناك فخذ الخ . ثم اعلم أنه من هنا إلى قوله كيف لا وقد يسر الله ابتداء تبييض الخ ساقط من كثير من النسخ ، وكأنه من إلحاقات الشارح ، فما نقل من نسخته قبل الإلحاق خلا عن هذه الزيادة ، والله تعالى أعلم (قوله من حسن روضه) الحسن الجمال جمعه محاسن على غير قياس قاموس . فهو اسم جامد لاصفة فالإضافة فيه لامية فافهم ، والأسمى أفعل تفضيل من السمو : أى الأعلى من غيره . قال ط : وفى الكلام استعارة شبه عبارته الحسنة بالروض بجامع النفاسة وتعلق النفوس بكل والقرينة إضافة الروض إلى الضمير (قوله عن الحسن) الظاهر أنه بضم الحاء ، فالمعنى دع الحسن الصورى المحسوس وانظر إلى حسن روض هذا الشرح الأعلى قدراً اهـ ح (قوله وسلمى) امرأة من معشوقات العرب المشهورات كليلى ولبنى وسعدى وبثينة ومية وعزة ، وليس المراد بها المعنى العلمى ، وإنما المراد الوصفى لاشتهارها بالحسن كاشتهار حاتم بالكرم . فيقال فلان حاتم بمعنى كريم ، فالمراد دع الجمال والجميل (قوله فى طلعة) خبر مقدم وما يغنيك مبتدأ مؤخر ، والمعنى أن طلعة الشمس : أى طلوعها يكفيك عن نور الكوكب المسمى بزحل ، نزل كتابه منزلة الشمس بجامع الاهتداء بكل ، ونزل غيره منزلة زحل ، ولا شك أن نور الشمس والاهتداء به لايكون لغيرها من الكواكب ، وزحل أحد الكواكب السيارة التى هى السبع ، جمعها الشاعر على ترتيب السموات كل كوكب فى سماء بقوله :

زحل شرى مريخه من شمسه ... فتزاهرت لعطارد الأقمار ط

(قوله هذا) أى خذ هذا الذى ذكرته ، وأراد به الانتقال عن وصف الكتاب إلى التنبيه على عدم الاغترار بما يشنع به حساد الزمان المغيرون فى وجوه الحسان :

كضرائر الحسناء قلن لوجهها ... حسدا ولؤما إنه لدميم

(قوله أعراض) جمع عرض بكسر العين : محل المدح والذم ط (قوله أغراض) أى كالأغراض خبر أضحى فهو تشبيه بليغ . والأغراض : جمع غرض ، وهو الهدف الذى يرمى بالسهام ، فكما أن الغرض يرمى بالسهام كذلك أعراض المصنفين ترمى بالقول الكاذب ، وشاع استعمال الرمى فى نسبة القبائح كما قال تعالى — والذين يرمون أزواجهم — والذين يرمون المحصنات — وبين الأعراض والأغراض الجناس المضارع ط . وفى تشبيه الكلام القبيح بالسهام استعارة تصريحية القرينة إضافتها إلى الألسنة والجامع حصول الضرر بكل ، ويحتمل أن يكون من إضافة المشبه به إلى المشبه : أى الألسنة التى هى كالسهام ، لكن تشبيه الكلام بالسهام أظهر من تشبيه الألسنة بها تأمل (قوله ونفائس تصانيفهم الخ) النفائس جمع نفيسة ، يقال : شىء نفيس أى يتنافس فيه ويرغب ،

معرضة بأيديهم تنتهب فوائدها ثم ترميها بالكساد :

أخا العلم لاتعجل بعيب مصنف ... ولم تتيقن زلة منه تعرف
فكم أفسد الراوى كلاماً بعقله ... وكم حرّف الأقوال قوم وصحفوا
وكم ناسخ أضحى لمعنى مغيرا ... وجاء بشيء لم يرده المصنف

وما كان قصدى من هذا أن يدرج ذكرى بين المحررين . من المصنفين والمؤلفين . بل القصد رياض القريحة وحفظ الفروع الصحيحة . مع رجاء الغفران . ودعاء الإخوان ، وما علىّ

وهو من إضافة الصفة إلى الموصوف مرفوع بالعطف على اسم أضحى أو على الابتدائية والواو للاستئناف أو للحال ، ومعرضة بتشديد الراء منصوب على أنه خبر أضحى أو مرفوع على أنه خبر المبتدإ . وبأيديهم متعلق به : أى منصوبة بأيديهم . من قولهم : جعلت الشيء عرضة له : أى نصبته . أو بفتح الراء مخففة من أعرض بمعنى أظهر : أى مظهرة فى أيديهم والضمير للحساد ، وجملة تنتهب أى الحساد بالبناء للمعلوم حالية أو خبر بعد خبر أو هى الخبر ومعرضة حال . وترميها بالكساد كناية عن هجرها أو ذمها . والمعنى أن الحساد لايستغنون عنها بل ينتهبون فوائدها وينتفعون بها ثم يذمونها ويقولون إنها سلعة كاسدة (قوله أخا العلم) منادى على حذف أداة النداء ، والأخ : من النسب والصديق والصاحب كما فى القاموس ، والمراد الأخير (قوله بعيب) مصدر مضاف إلى مفعوله . وإن جعل العيب اسما لما يوجب الذم فهو على تقدير مضاف : أى بذكر عيب ط (قوله مصنف) بكسر النون أو بفتحها (قوله ولم تتيقن) جملة حالية ط (قوله منه) متعلق بمحذوف صفة لزلة وجملة تعرف صفة ثانية أو حال . أو منه متعلق بتعرف والجملة صفة لزلة (قوله فكم) خبرية للتكثير فى محل رفع مبتدأ والجملة بعدها خبر كما هو القاعدة فيما إذا وليها فعل متعد أخذ مفعوله فافهم (قوله بعقله) الباء للآلة أى أن عقله هو الآلة فى الإفساد ط (قوله وكم حرف) التحريف التغيير . والتصحيف : الخطأ فى الصحيفة قاموس . لكن فى شرح ألفية العراقى للقاضى زكريا : التحريف الخطأ فى الحروف بالشكل . والتصحيف الخطأ فيها بالنقط . واللحن : الخطأ فى الإعراب اه .

وفى تعريفات السيد : تجنيس التحريف هو أن يكون الاختلاف فى الهيئة كبرد وبرد ، وتجنيس التصحيف أن يكون الفارق نقطة كالتقى والتقى اه (قوله أضحى لمعنى مغيرا) اللام فى لمعنى زائدة للتقوية لتقدم المفعول على عامله مع أن العامل محمول على الفعل فضعف عن المعمول وتغيير الناسخ المعنى بسبب تغييره الألفاظ وجملة وجاء الخ مؤكدة . وهذا معنى مايقال الناسخ عدو المؤلف (قوله من هذا) أى التأليف (قوله أن يدرج) أى يجرى . وفى القاموس : درجت الريح بالحصى أى جرت عليه جريا شديدا (قوله من المصنفين والمؤلفين) التأليف : جعل الأشياء الكثيرة بحيث يطلق عليها اسم الواحد سواء كان لبعضها نسبة إلى بعض بالتقدم والتأخر أولا ، وعليه فيكون التأليف أعم من الترتيب اه تعريفات السيد . قيل وأعم من التصنيف لأنه مطلق الضم ، والتصنيف جعل كل صنف على حدة . وقيل المؤلف من يجمع كلام غيره والمصنف من يجمع مبتكرات أفكاره ، وهو معنى ماقيل واضع العلم أولى باسم المصنف من المؤلف (قوله رياض) فى القاموس راض المهر رياضا ورياضة : ذلله اه ومنه قولهم مسائل الرياضة . قال الشنشورى أى التى تروض الفكر وتذلله لما فيها من التمرين على العمل (قوله القريحة) فى الصحاح : القريحة أول مايستنبط من البئر ، ومنه قولهم لفلان قريحة جيدة : يراد استنباط العلم بجودة الطبع اه ، والمراد بها هنا آلة الاستنباط : وهى الذهن (قوله ودعاء) عطف على الغفران (قوله وما على)

من إعراض الحاسدين عنه حال حياتى فسيتلقونه بالقبول إن شاء الله تعالى بعد وفاتى ، كما قيل :

ترى الفتى ينكر فضـــل الفتى　　لؤما وخبثا فإذا ماذهب
لج به الحرص على نكتـــة　　يكتبها عنـــه بماء الذهب

فهاك مؤلفا مهذباً بالمهمات هذا الفن ، مظهرا لدقائق استعملت الفكر فيها إذا ما الليل جن . متحريا أرجح الأقوال وأوجز العبارة ، معتمدا فى دفع لإيراد ألطف الإشارة ؛ فربما خالفت فى حكم أو دليل .

مانافية وعلى خبر مبتدإ محذوف : أى وما على بأس أو ماالستفهامية مبتدأ وعلى الخبر (قوله فسيتلقونه بالقبول) قد حقق المولى رجاه وأعطاه فوق ماتمناه . وهو دليل صدقه وإخلاصه . رحمه الله تعالى وجزاه خيرا (قوله ترى الفتى) رأى علمية ومفتى مفعول أول . وهو فى الأصل الشاب . والمراد به هنا مطلق الشخص . وجملة ينكر مفعول ثان أو بصرية . ولا يرد أن الإنكار مما لايدرك بالبصر لأنه قد تدرك أماراته . على أنه إذا جعلت بصرية فجملة ينكر حال لامفعول لها حتى يرد ذلك فافهم (قوله لؤما) مهموز العين مفعول لأجله (قوله ماذهب) أى مات ؛ والقاعدة أن مابعد إذا زائدة (قوله لج) بالجيم . من اللجاج : وهو الخصومة كما فى القاموس اه ح وضمنه معنى اشتد فعداه بالباء ط (قوله الحرص) طلب الشىء باجتهاد فى إصابته تعريفات السيد (قوله على نكتة) متعلق بالحرص . والنكتة : هى مسألة لطيفة أخرجت بدقة نظر وإمعان فكر . من نكت رمحه بأرض : إذا أثر فيها ، وسميت المسألة الدقيقة نكتة لتأثر الخواطر فى استنباطها سيد (قوله يكتبها) حال من الضمير المجرور أو صفة لنكتة : أى يريد كتابتها (قوله فهناك) اسم فعل بمعنى خذ (قوله مهذبا) بالكسر بصيغة اسم الفاعل بقرينة قوله مظهرا ، أو هو أولى من الفتح لأنه أقل تكلفا . والتهذيب : التنقية والإصلاح ، وقوله لمهمات مفعوله واللام للتقوية ، وهو جمع مهمة : مايهتم بتحصيله (قوله استعملت) أى أعملت فالسين والتاء زائدتان ، عبر بهما إشارة إلى الاعتناء والاجتهاد ط (قوله فيها) أى فى تحريرها ط (قوله جن) أى ستر الأشياء بظلمته ، والمادة تدل على الاستتار كالجن والجنان والجنين والجنة . وإنما خص الليل لكونه محل الأفكار غالبا ، وفيه يزكو الفهم لقلة الحركة فيه . وعادة العلماء يتلذذون بالسهر فى التحرير للمسائل كما قال التاج السبكى رحمه الله :

سهرى لتنقيح العـــلوم ألذلى　　من وصـــل غانية وطيب عناق
وتمايلى طربا لحـــل عويصة　　فى الذهن أبلغ من مدامة ساق
وصرير أقلامى على صفحاتها　　أشهى من الدوكاء والعشاق
وألذ من نقر الفتـــاة لدفها　　نقرى لألقى الرمل عن أوراق

(قوله متحريا) حال من فاعل استعملت ، والتحرى : طلب أحرى الأمرين وأولاهما سيد (قوله أرجح الأقوال) الإضافة على معنى من وهـــذا باعتبار غالب ماوقع له ، وإلا فقد يذكر قولين مصححين أو يذكر الصحيح دون الأصح ط (قوله وأوجز العبارة) أى أخصرها : والإضافة على معنى من ط (قوله معتمدا) حال أيضا مترادفة أو متداخلة : أى معولا ط (قوله الإيراد) أى الاعتراض (قوله ألطف الإشارة) كأن يذكر فى الكلام مضافا أو قيدا ، أو نحو ذلك مما يدفع به الإيراد ، ولا يظهر ذلك إلا لمن اطلع على كلام المورد ، فإذا رأى ماذكره الشارح علم أنه أشار به إلى دفع ذلك وربما صرح بما يشير إليه أيضا (قوله فى حكم) بأن يذكر إباحة ماذكره غيره كراهته مثلا (قوله أو دليل) بأن يكون دليل فيه كلام فيذكر غيره سالما ، وهذا

فحسبه من لااطلاع له ولا فهم عدولا عن السبيل ، وربما غيرت تبعا لما شرح عليه المصنف كلمة أو حرفا ، وما درى أن ذلك لنكتة تدق عن نظره وتخفى .

وقد أنشدنى شيخى الحبر السامى والبحر الطامى ، واحد زمانه وحسنة أوانه ، شيخ الإسلام الشيخ خير الدين الرملى أطال الله بقاءه :

قل لمن لم ير المعاصر شيئا ۞ ويرى للأوائل التقديما

إن ذاك القديم كان حديثا ۞ وسيبقى هذا الحديث قديما

كله غير مايصرح به وينبه عليه ، كقوله ماذكره فلان خطأ ونحو ذلك (قوله فحسبه) أى ظن ماخالفت فيه غيرى (قوله من لااطلاع له) أى على مااطلعت عليه ولا فهم له بما قصدته (قوله عدولا) أى ميلا عن السبيل ، أى الطريق الواضح (قوله تبعا لما شرح عليه المصنف) فإن المصنف لما شرح متنه غير منه بعض ألفاظ منبها على التغيير فبقيت نسخ المتن المجرد مخالفة لنسخة المتن المشروح فتابعه الشارح فيما غيره ، وربما غير مالم يغيره المصنف (قوله وما درى) معطوف على محذوف أى فاعترض وما درى أفاده ط (قوله وقد أنشدنى) أنشد الشعر : قرأه قاموس ، والمراد أسمعنى هذا الشعر (قوله الحبر) بالكسر ويفتح : العالم أو الصالح قاموس (قوله السامى) أى العالى القدر (قوله الطامى) أى الملآن قاموس (قوله واحد زمانه) أى المنفرد فى زمانه بالصفات (قوله وحسنة أوانه) أى الذى أحسن الله تعالى به على الخلق فى أوانه : أى زمانه أفاده ط أو الذى يعد حسنة لزمانه الكثير الإساءة على أبنائه (قوله الشيخ خير الدين) الظاهر أنه اسمه العلمى ، إذ ترجمه جماعة ولم يذكروا غيره منهم الأمير المحبى . قال خير الدين بن أحمد بن نور الدين على بن زين الدين بن عبد الوهاب الأيوبى نسبة إلى بعض أجداده العليمى بالضم نسبة إلى سيدى على بن عليم الولى المشهور ، الفاروقى نسبة إلى الفاروق عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه ، الرملى الإمام المفسر المحدث الفقيه اللغوى الصوفى النحوى البيانى العروضى المنطقى المعمر ، شيخ الحنفية فى عصره وصاحب الفتاوى السائرة وغيرها من التآليف النافعة فى الفقه ، منها حواشيه على المنح ، وعلى شرح الكنز للعينى ، وعلى الأشباه والنظائر ، وعلى البحر الرائق ، وعلى الزيلعى ، وعلى جامع الفصولين ، ورسائل ، وديوان شعر مرتب على حروف المعجم . ولد سنة ٩٩٣ وتوفى ببلده الرملة سنة ١٠٨١ وأطال فى ذكر مناقبه وأحواله وبيان مشايخه وتلامذته فليراجع (قوله أطال الله بقاءه) أى وجوده ، والمراد الدعاء بالبركة فى عمره ، لأن الأجل محتوم ، وذكر ط عن الشرعة وشرحها مايفيد كراهة الدعاء بذلك .

أقول : يرد عليه ، أنه عليه الصلاة والسلام دعا لخادمه أنس رضى الله تعالى عنه بدعوات منها : وأطل عمره ، ومذهب أهل السنة أن الدعاء ينفع وإن كان كل شىء بقدر . واستفيد من كلام الشارح أنه ألف كتابه هذا فى حياة شيخه المذكور وهو كذلك ، فإنه سيذكر آخر الكتاب أنه فرغ من تأليفه سنة ١٠٧١ فيكون قد فرغ من تأليفه قبل موت شيخه المذكور بعشر سنين (قوله إن هذا الحديث الخ(١)) فيه من أنواع البديع المذهب الكلامى ، وهو إيراد حجة للمطلوب على طريقة أهل الكلام نحو — لو كان فيهما آلهة إلا الله لفسدتا — وبيانه أن تفضيل المرء بأوصافه لابتقدمه ، لأن كل متقدم قد كان حادثا ولم يزد بتقدمه عما كان عليه وقت حدوثه ، وهذا المعاصر سيمضى عليه زمان يصير فيه قديما ، فإذا فضلتم ذلك المتقدم بأوصافه لزمكم تفضيل ذلك المعاصر الذى سيبق

---

(١) (قول الحاشية إن هذا الحديث) كذا بخط المحشى ، والموافق للشارح أن يقول إن ذاك القديم كما هى الرواية فى البيت اه .

على أن المقصود والمراد ، ماأنشدنيه شيخي رأس المحققين النقاد ، محمد أفندى المحاسنى وقد أجاد :

لكل بنى الدنيا مراد ومقصد　　وإن مرادى صحة وفراغ
لأبلغ فى علم الشريعة مبلغا　　يكون به لى فى الجنان بلاغ
ففى مثل هذا فلينافس أولو النهى　　وحسبى من الدنيا الغرور بلاغ

قديما بأوصافه أيضا . وهـذا معنى قول الإمام المبرد : ليس لقدم العهد يفضل الفائل(١) ولا لحداثته يهضم المصيب ، ولكن يعطى كل مايستحق اه . قال الدماميني فى شرح التسهيل بعد نقله كلام المبرد : وكثير من الناس من تحرّى هذه البابة الشنعاء ، فتراهم إذا سمعوا شيئا من النكت الحسنة غير معزوّ إلى معين استحسنوه بناء على أنه للمتقدمين . فإذا علموا أنه لبعض أبناء عصرهم نكصوا على الأعقاب واستقبحوه . أو ادعوا أن صدور ذلك عن عصرى مستبعد ، وما الحامل لهم على ذلك إلا حسد ذميم وبغى مرتعه وخيم اه ملخصا (قوله على أن الخ) بمنزلة الاستدراك على مايتوهم من قوله فهاك الخ ، من أن المراد مدح نفسه وتأليفه . وأن المقصود بالشهرة التأليف ط (قوله شيخى) فى بعض النسخ زيادة : وبركتى وولى نعمتى . قال ط . البركة اتساع الخير . وولى فعيل بمعنى فاعل : أى متولى نعمتى . والمراد بالنعمة نعمة العلم التى هى من أعظم النعم اه (قوله محمد أفندى) قال المحبى فى تاريخه : هو ابن تاج الدين بن أحمد المحاسنى الدمشقى الخطيب بجامع دمشق ، أشهر آل بيت محاسن وأفضلهم ، كان فاضلا كاملا أديبا لبيباً ، لطيف الشكل وجيها ، جامعا لمحاسن الأخلاق ، حسن الصوت ، ولى خطابة جامع السلطان سليم بصالحية دمشق ، ثم صار إماما بجامع بنى أمية وخطيبا فيه ، وقرأ فيه صحيح مسلم ، وكتب عليه بعض تعاليق . وولى درس الحديث تحت قبة النسر من الجامع المذكور . وكان فصيح العبارة ، وانتفع به خلق من علماء دمشق ، منهم شيخنا العلامة المحقق الشيخ علاء الدين الحصكفى مفتى الشام . وله شعر حسن وتحريرات تدل على علمه . ولد سنة ١٠١٢ وتوفى سنة ١٠٧٢ . ورثاه شيخنا العلامة المحقق الشيخ عبد الغنى النابلسى بقصيدة جيدة إلى الغاية مطلعها قوله :

ليهن رعاع الناس وليفرح الجهل　　فبعدك لايرجو البقا من له عقل
أيا جنة قرت عيـون أولى النهى　　بها زمنا حتى تداركها المحل

اه ملخصا (قوله لكل بنى الدنيا) أى لكل واحد من الناس الموجودين فيها . وسموا أبناءها لأنهم منها مادة وغذاء ، وبها انتفاعهم ، وفيها تربيتهم . وهى اسم لما قبل الآخرة لدنوها وقربها . ويحتمل أن يراد بأبنائها الطالبون لها المنهمكون فيها (قوله صحة) أى فى الجسد ؛ وفراغ مما يشغل عن الآخرة (قوله لأبلغ) علة لقوله وإن مرادى الخ (قوله مبلغا) مصدر ميمى منصوب على المفعولية المطلقة (قوله فى الجنان بلاغ) أى إيصال من الله تعالى إلى المراتب العالية فيها ، وهو اسم مصدر . وقال فى القاموس : البلاغ كسحاب الكفاية والاسم منه الإبلاغ والتبليغ وهما الإيصال اه (قوله ففى مثل هذا) أى هذا المراد المذكور والفاء للسببية مفيدة للتعليل والجار والمجرور متعلق بينافس (قوله فلينافس) أى يرغب والفاء زائدة مؤكدة للأولى ، مثلها فى قول الشاعر :

• وإذا هلكت فعند ذلك فاجزعى •

(قوله أولو النهى) أى أصحاب العقول ، وأما غيرهم فمنافستهم فى الدنيا (قوله وحسبى) مبتدأ : أى كاف ط (قوله الغرور) فعول يستوى فيه المذكر والمؤنث : أى الغارّة اه ط (قوله بلاغ) أى مقدار الكفاية وهو

---

(١) (قوله الفائل) هو بالفاء : أى ضعيف الرأى ، وقوله ولا لحداثته الخ لفظ المبرد على مانقله صاحب القاموس فى الخطبة عنه : ولا لحداثته يهتضم المصيب اه ، قاله نصر الهورينى .

فما الفوز إلا في نعيم مؤبد   به العيش رغد والشراب يساغ

خبر المبتدإ ، وبينه وبين بلاغ الأول الجناس التام الخطى اللفظي أفاده ط (قوله فما الفوز) أى النجاة والظفر بالخير قاموس ، والفاء للسببية عاطفة على جملة ينافس مفيدة للتعليل (قوله إلا فى نعيم الخ) فى بمعنى الباء مثلها فى قول الشاعر :

ويركب يوم الروع منا فوارس   بصيرون فى طعن الكلى والأباهر

لأن فاز يتعدى بالباء أوفى للظرفية ، والمراد بالنعيم محله: وهو الجنة ، من إطلاق اسم الحال وإرادة المحل، مثل — ففى رحمة الله هم فيها خالدون — وعلى كل فالفوز مبتدأ والجار والمجرور فى محل الخبر ، والتقدير ماالفوز حاصل بشيء إلا بنعيم ، أو ماالفوز حاصل فى محل إلا فى محل نعيم ؛ أو الخبر محذوف والجار والمجرور متعلق بالفوز : أى فما الفوز معتبر إلا بنعيم ، والباء فى به للسببية على الأول ، أعنى جعل «فى» بمعنى الباء ، وللظرفية على الثانى مثل — ولقد نصركم الله ببدر — ونجيناهم بسحر — (قوله العيش) أى المعيشة التى تعيش بها من المطعم والمشرب وما يكون به الحياة قاموس (قوله رغد) بسكون الغين المعجمة : أى واسع طيب ح عن القاموس (قوله يساغ) أى يسهل دخوله فى الحلق ح عن القاموس :

مقدمة

حق على من حاول علما أن يتصوره بحده أو رسمه ،

(قوله مقدمة) بالرفع خبر لمبتدإ محذوف : أى هذه مقدمة أو بالنصب مفعول لفعل محذوف : أى خذ مقدمة ، وهى بكسر الدال كما صرح به فى الفائق ، فهى اسم فاعل من قدم المتعدى : أى مقدمة من فهمها على غيره لما اشتملت عليه من تعريف الفقه لغة واصطلاحا . وموضوعه واستمداده محظوره ومباحه وفضل العلم وتعلمه وترجمة الإمام وغير ذلك ، وإما من اللازم بمعنى تقدم : أى متقدمة بذاتها على غيرها ، ويجوز فتح الدال اسم مفعول من المتعدى : أى قدمها أرباب العقول على غيرها لما اشتملت عليه . وهى فى الأصل صفة ثم جعلت اسما للطائفة المتقدمة من الجيش ، ثم نقلت إلى أول كل شيء ، ثم جعلت اسما للألفاظ المخصوصة حقيقة عرفية إن لوحظ أنها فرد من أفراد المفهوم الكلى ، أو مجازا إن لوحظ خصوصها . وهى قسمان : مقدمة العلم ، وهى مايتوقف عليه الشروع فى مسائله من المعانى المخصوصة ، ومقدمة الكتاب : وهى طائفة من الكلام قدمت أمام المقصود لارتباط له بها وانتفاع بها فيه ، وتمام تحقيق ذلك فى المطول وحواشيه (قوله حق) أى واجب صناعة ليكون شروعه على بصيرة صونا لسعيه عن العبث (قوله على من حاول) أى رام علما : أى علم كان من العلوم الشرعية وغيرها :

فالشرعية علم التفسير والحديث والفقة والتوحيد . وغير الشرعية ثلاثة أقسام : أدبية ، وهى اثنا عشر كما فى شيخى زاده . وعدها بعضهم أربعة عشر : اللغة والاشتقاق والتصريف والنحو والمعانى والبيان والبديع والعروض والقوافى وقريض الشعر وإنشاء النثر والكتابة ، والقراءات والمحاضرات ومنه التاريخ ، ورياضية ، وهى عشرة : التصوف والهندسة والهيئة والعلم التعليمى والحساب والجبر والموسيقى والسياسة والأخلاق وتدبير المنزل : وعقلية : ماعدا ذلك كالمنطق والجدل وأصول الفقه والدين والعلم الإلهى والطبيعى والطب والميقات والفلسفة والكيمياء كذا ذكره بعضهم اهـ ابن عبد الرزاق (قوله أن يتصوره بحده أو رسمه) الحد : ما كان بالذاتيات كالحيوان الناطق للإنسان ، والرسم ما كان بالعرضيات كالضاحك له .

واعلم أنهم قد اختلفوا فى أسماء العلوم ، فقيل إنها اسم جنس لدخول أل عليها ، وقيل علم جنس واختاره السيد ، وقيل علم كالنجم للثريا واختاره ابن الهمام ، وهل مسمى العلم إدراك المسائل أو المسائل نفسها أو الملكة الاستحضارية . قال السيد فى شرح المفتاح : المعنى الحقيقى للعلم هو الإدراك ، ولهذا المعنى متعلق هو المعلوم ، وله تابع فى الحصول يكون ذلك التابع وسيلة إليه فى البقاء وهو الملكة . وقد أطلق العلم على كل منها(1) إما حقيقة عرفية أو اصطلاحية أو مجازا مشهورا اهـ .

ثم اعلم أن التعريف إما حقيقى كتعريف الماهيات الحقيقية ، وإما اسمى كتعريف الماهيات الاعتبارية ، وهو تبيين أن هذا الاسم لأى شيء وضع ، وتمامه فى التوضيح لصدر الشريعة . وذكر السيد فى حواشى شرح

(1) (قوله على كل منها) هكذا بخطه ، ولعل صوابه منهما بضمير التثنية ، إذ إطلاقه على الأول حقيقة لغوية كما يفيده صدر العبارة تأمل ، اهـ مصححه .

ويعرف موضوعه وغايته واستمداده .

فالفقه لغة : العلم بالشيء ثم خص بعلم الشريعة ، وفقه بالكسر فقها علم ، وفقه بالضم فقاهة صار فقيها .
واصطلاحا عند الأصوليين العلم بالأحكام الشرعية الفرعية المكتسب من أدلتها التفصيلية .

الشمسية أن أرباب العربية والأصول يستعملون الحد بمعنى المعرف ، وأن اللفظ إذا وضع فى اللغة أو الاصطلاح لمفهوم مركب ، فما كان داخلا فيه كان ذاتيا له . وما كان خارجا عنه كان عرضيا له ، فحدود هذه المفهومات ورسومها تسمى حدودا ورسوما بحسب الاسم ، بخلاف الحقائق فإن حدودها ورسومها بحسب الحقيقة .

إذا علمت ذلك ظهر لك أن حد الفقه كغيره من العلوم حد اسمي لتبيين ما تعقله الواضع ووضع الاسم بازائه فلذا جعلوه مقدمة للشروع . وجوّز بعضهم كونه حدا حقيقيا ، وعليه فقيل لا يكون مقدمة لأن الحد الحقيقي بسرد العقل كلي المسائل : أى بتصور جميع مسائل العلم المحدود وذلك هو معرفة العلم نفسه لا مقدمة الشروع فيه ، وقيل يجوز أخذ جنسي وفصل له بلا حاجة إلى سرد الكل فلا مانع من وقوعه مقدمة ، وجعل فى التحرير الخلاف لفظيا وتمام تحقيقه فيه فافهم (قوله ويعرف موضوعه الخ) اعلم أن مبادى كل علم عشرة نظمها ابن ذكرى فى تحصيل المقاصد فقال :

فأول الأبواب فى المبادى وتلك عشرة على المراد
الحد والموضوع ثم الواضع والاسم واستمداد حكم الشارع
تصور المسائل الفضيلة ونسبة فائدة جليلة

بين الشارح منها أربعة وبقى ستة .

فواضعه أبو حنيفة رحمه الله تعالى . واسمه الفقه . وحكم الشارع فيه وجوب تحصيل المكلف مالا بد له منه . ومسائله كل جملة موضوعها فعل المكلف . ومحمولها أحد الأحكام الخمسة ، نحو هذا الفعل واجب . وفضيلته كونه أفضل العلوم سوى الكلام والتفسير والحديث وأصول الفقه . ونسبته لصلاح الظاهر كنسبة العقائد والتصوف لصلاح الباطن أفاده ح (قوله ثم خص بعلم الشريعة) نقله فى البحر عن ضياء الحلوم (قوله وفقه الخ) قال فى البحر بعد كلام : والحاصل أن الفقه اللغوى مكسور القاف فى الماضى والاصطلاحى مضمومها فيه كما صرح به الكرمانى . ونقل العلامة الرملى فى حاشيته عليه أنه يقال فقه بكسر القاف . إذا فهم ، وبفتحها : إذا سبق غيره إلى الفهم ، وبضمها : إذا صار الفقه له سجية (قوله واصطلاحا) الاصطلاح لغة الاتفاق . واصطلاحا اتفاق طائفة مخصوصة على إخراج الشيء عن معناه إلى معنى آخر ، رملى (قوله العلم بالأحكام الخ) اعلم أن المحقق ابن الهمام أبدل العلم بالتصديق وهو الإدراك القطعى ، سواء كان ضروريا أو نظريا صوابا أو خطأ بناء على أن الفقه كله قطعى .

فالظن بالأحكام الشرعية وكذا الأحكام المظنونة ليسا من الفقه ، وبعضهم خصه بالظنية ؛ فيخرج عنه ما علم ثبوته قطعا . وبعضهم جعله شاملا للقطعى والظنى . وقد نص غير واحد من المتأخرين على أنه الحق وعليه عمل السلف ، وتمامه فى شرح التحرير . فالمراد بالعلم هنا الإدراك الصادق على اليقين والظن كما هو اصطلاح المنطق .

وعلى الأول فالمراد به المقابل للظن كما هو اصطلاح الأصولى . قال صدر الشريعة فى التوضيح : وما قيل إن الفقه ظنى فلم أطلق العلم عليه ؟ فجوابه أولا أنه مقطوع به ، فإن الجملة التى ذكرنا أنها فقه وهى ما قد ظهر نزول الوحى به وما انعقد الإجماع عليه قطعية .

وعند الفقهاء حفظ الفروع وأقله ثلاث . وعند أهل الحقيقة الجمع بين العلم والعمل لقول الحسن البصرى : إنما الفقيه المعرض عن الدنيا ، الزاهد فى الآخرة ، البصير بعيوب نفسه .

وثانيا أن العلم يطلق على الظنيات وتمامه فيه فافهم . والأحكام جمع حكم ، قيل هو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين . ورده صدر الشريعة بأن الحكم المصطلح عليه عند الفقهاء ما ثبت بالخطاب كالوجوب والحرمة مجازا كالخلق على المخلوق ثم صار حقيقة عرفية . وخرج بها العلم بالذوات والصفات والأفعال . والمراد بالشرعية كما فى التوضيح ما لا يدرك لولا خطاب الشارع ، سواء كان الخطاب بنفس الحكم أو بنظيره المقيس هو عليه كالمسائل القياسية ، فيخرج عنها مثل وجوب الإيمان والأحكام المأخوذة من العقل كالعلم بأن العالم حادث ، أو من الحس كالعلم بأن النار محرقة ، أو من الوضع والاصطلاح كالعلم بأن الفاعل مرفوع . والمراد بالفرعية المتعلقة بمسائل الفروع ؛ فخرج الأصلية ككون الإجماع أو القياس حجة . وأما الاعتقادية ككون الإيمان واجبا فخرج بالشرعية كما تقدم فافهم ، وقوله عن أدلتها(١) أى ناشئا عن أدلتها حال من العلم : أى أدلتها الأربعة المخصوصة بها وهى الكتاب والسنة والإجماع والقياس ؛ فخرج علم المقلد فإنه وإن كان ؛ قول المجتهد دليلا له لكنه ليس من تلك الأدلة المخصوصة ، وخرج مالم يحصل بالدليل كعلم الله تعالى وعلم جبريل عليه السلام .

قال فى البحر : واختلف فى علم النبى صلى الله عليه وسلم الحاصل عن اجتهاد ، هل يسمى فقها ؟ والظاهر أنه باعتبار أنه دليل شرعى للحكم لا يسمى فقها ، وباعتبار حصوله عن دليل شرعي يسمى فقها اصطلاحا اه

وأما المعلوم من الدين بالضرورة مثل الصوم والصلاة ، فقيل إنه ليس من الفقه ، إذ ليس حصوله بطريق الاستدلال وجعله فى التوضيح منه ، ولعل وجهه أن وصوله إلى حد الضرورة عارض لكونه صار من شعار الدين ، فلا ينافى كونه فى الأصل ثابتا بالدليل ، إذ ليس هو من الضروريات البديهية التى لا تحتاج إلى نظر واستدلال ككون الكل أعظم من الجزء نعم يحتاج إلى إخراجه على قول من خص الفقه بالظنى ، وقوله التفصيلية تصريح بلازم كما حققه فى التحرير ، وغلط من جعله للاحتراز ، وفى هذا المقام تحقيقات ذكرتها فى [منحة الخالق فيما علقته على البحر الرائق] (قوله وعند الفقهاء الخ) قال فى البحر : فالحاصل أن الفقه فى الأصول علم الأحكام من دلائلها كما تقدم ، فليس الفقيه إلا المجتهد عندهم ، وإطلاقه على المقلد الحافظ للمسائل مجاز . وهو حقيقة فى عرف الفقهاء بدليل انصراف الوقت والوصية للفقهاء إليهم . وأقله ثلاثة أحكام كما فى المنتقى . وذكر فى التحرير أن الشائع إطلاقه على من يحفظ الفروع مطلقا يعنى سواء كانت بدلائلها أولا اه . لكن سيذكر فى باب الوصية للأقارب أن الفقيه من يدقق النظر فى المسائل وإن علم ثلاث مسائل مع أدلتها ، حتى قيل من حفظ ألوفا من المسائل لم يدخل تحت الوصية اه، لكن الظاهر أن هذا حيث لاعرف وإلا فالعرف الآن هو ما ذكر فى التحرير أنه الشائع . وقد صرح الأصوليون بأن الحقيقة تترك بدلالة العادة ، وحينئذ فينصرف فى كلام الواقف والموصى إلى ما هو المتعارف فى زمنه لأنه حقيقة كلامه العرفية فتترك به الحقيقة الأصلية (قوله وعند أهل الحقيقة) هم الجامعون بين الشريعة والطريقة الموصلة إلى الله تعالى ، والحقيقة لب الشريعة ، وسيأتى تمامه (قوله الزاهد فى الآخرة) كذا فى البحر : والذى فى الغزنوية الراغب فى الآخرة ابن عبد الرزاق . أقول : ومثله فى الإحياء للامام الغزالى بزيادة حيث قال : سأل فرقد السنجى(٢) الحسن عن شىء فأجابه ، فقال إن الفقهاء يخالفونك .

---

(١) (قوله وقوله من أدلتها) . الذى فى نسخ الشارح التى بأيدينا من أدلتها اه .

(٢) (قوله السنجى) كذا بالأصل المقابل على خط المؤلف والذى يستفاد من القاموس أنه سبخى بباء فخاء ونصه فى مادة سبخ وأسبخة : موضع بالبصرة منه فرقد بن يعقوب ، اه مصححه .

وموضوعه فعل المكلف ثبوتاً أو سلبا . واستمداده من الكتاب والسنة والإجماع والقياس . وغايته الفوز بسعادة الدارين . وأما فضله فكثير شهير ، ومنه ما فى الخلاصة وغيرها النظر فى كتب أصحابنا من غير سماع أفضل من قيام الليل ،

فقال الحسن : ثكلتك أمك ، وهل رأيت فقيها بعينك ؟ إنما الفقيه الزاهد فى الدنيا الراغب فى الآخرة ، البصير بدينه المداوم على عبادة ربه ، الورع الكاف عن أعراض المسلمين ، العفيف عن أموالهم الناصح لجماعتهم (قوله وموضوعه الخ) موضوع كل علم مايبحث فيه عن عوارضه الذاتية . قال فى البحر : وأما موضوعه ففعل المكلف من حيث أنه مكلف لأنه يبحث فيه عما يعرض لفعله من حل وحرمة ووجوب وندب ، والمراد بالمكلف البالغ العاقل ، ففعل غير المكلف ليس من موضوعه ، وضمان المتلفات ونفقة الزوجات إنما المخاطب بها الولي لا الصبي والمجنون ، كما يخاطب صاحب البهيمة بضمان ما أتلفته حيث فرط فى حفظها لتنزيل فعلها فى هذه الحالة بمنزلة فعله .

وأما صحة عبادة الصبي كصلاته وصومه المثاب عليها فهى عقلية من باب ربط الأحكام بالأسباب ، ولهذا لم يكن مخاطبا بها بل ليعتادها فلا يتركها بعد بلوغه إن شاء الله تعالى ، وقيدنا بحيثية التكليف لأن فعل المكلف لا من حيث التكليف ليس موضوعه كفعله من حيث إنه مخلوق لله تعالى اهـ (قوله ثبوتا أو سلبا) أى من حيث ثبوت التكليف به كالواجب والحرام ، أو سلبه كالمندوب والمباح ، وقصد بذلك دفع ما قد يقال إن قيد الحيثية مراعى ، فالمراد فعل المكلف من حيث إنه مكلف كما مر . فيرد عليه أن فعل المكلف المندوب أو المباح من موضوع الفقه أيضا مع أنه لا تكليف فيه لجواز فعله وتركه . والجواب أنه يبحث عنه فى الفقه من حيث سلب التكليف به عن طرفى فعل المكلف .

مطلب الفرق بين المصدر والحاصل بالمصدر

[تنبيه] قال فى النهر : اعلم أن الفعل يطلق على المعنى الذى هو وصف للفاعل موجود كالهيئة المسماة بالصلاة من القيام والقراءة والركوع والسجود ونحوها كالهيئة المسماة بالصوم ، وهى الإمساك عن المفطرات بياض النهار ، وهذا يقال فيه الفعل بالمعنى الحاصل بالمصدر ، وقد يطلق على نفس إيقاع الفاعل هذا المعنى ، ويقال فيه الفعل بالمعنى المصدرى : أى الذى هو أحد مدلولى الفعل ، ومتعلق التكليف إنما هو الفعل بالمعنى الأول لا الثانى ، لأن الفعل بالمعنى الثانى اعتبارى لا وجود له فى الخارج ، إذ لو كان موجودا لكان له موقع فيكون له إيقاع وهكذا فيلزم التسلسل المحال ، فأحكم هذا فإنه ينفعك فى كثير من المحال اهـ (قوله واستمداده) أى مأخذه (قوله من الكتاب الخ) وأما شريعة من قبلنا فتابعة للكتاب . وأما أقوال الصحابة فتابعة للسنة ، وأما تعامل الناس فتابع للإجماع ، وأما التحرى واستصحاب الحال فتابعان للقياس بحر ، وبيان ما ذكر فى كتب الأصول (قوله وغايته) أى ثمرته المترتبة عليه (قوله بسعادة الدارين) أى دار الدنيا بنقل نفسه من حضيض الجهل إلى ذروة العلم ، وببيان ما للناس وما عليهم لقطع الخصومات ودار الآخرة بالنعم الفاخرة (قوله من غير سماع) أى من المعلم ، وإذا كان النظر والمطالعة وهو دون السماع أفضل من قيام الليل فما بالك بالسماع اهـ ح :

أقول : وهذا إذا كان مع الفهم لما فى فصول العلامى : من له ذهن يفهم الزيادة أى على ما يكفيه وقدر أن يصلى ليلا وينظر فى العلم نهارا فنظره فى العلم نهارا وليلا أفضل اهـ (قوله أفضل من قيام الليل) أى بالصلاة ونحوها وإلا فهو من قيام الليل وإنما كان أفضل لأنه من فروض الكفاية إن كان زائدا على ما يحتاجه : وإلا فهو فرض

وتعلم الفقه أفضل من تعلم باقى القرآن وجميع الفقه لابد منه .

وفى الملتقط وغيره عن محمد: لاينبغى للرجل أن يعرف بالشعر والنحو ، لأن آخر أمره إلى المسألة وتعليم الصبيان ، ولا بالحساب لأن آخر أمره إلى مساحة الأرضين ، ولا بالتفسير لأن آخر أمره إلى التذكير والقصص بل يكون علمه فى الحلال والحرام ومالابد منه من الأحكام ، كما قيل :

إذا ماعز ذو علم بعلم ... فعلم الفقه أولى باعتزاز
فكم طيب يفوح ولا كمسك ... وكم طير يطير ولا كبازى

وقد مدحه الله تعالى بتسميته خيراً بقوله تعالى ـ ومن يؤت الحكمة فقد أوتى خيرا كثيرا ـ وقد فسر الحكمة زمرة أرباب التفسير بعلم الفروع الذى هو علم الفقه ؛ ومن هنا قيل :

وخير علوم علم فقه لأنه ... يكون إلى كل العلوم توسلا

(قوله وتعلم الفقه الخ) فى البزازية تعلم بعض القرآن ووجد فراغا ، فالأفضل الاشتغال بالفقه لأن حفظ القرآن فرض كفاية ، وتعلم مالابد من الفقه فرض عين . قال فى الخزانة : وجميع الفقه لابد منه : قال فى المناقب : عمل محمد ابن الحسن مائتى ألف مسألة فى الحلال والحرام لا بد للناس من حفظها اه وظاهر قوله وجميع الفقه لابد منه أنه كله فرض عين ، لكن المراد أنه لابد منه لمجموع الناس فلا يكون فرض عين على كل واحد ، وإنما يفترض عينا على كل واحد تعلم ما يحتاجه ، لأن تعلم الرجل مسائل الحيض وتعلم الفقير مسائل الزكاة والحج ونحو ذلك فرض كفاية إذا قام به البعض سقط عن الباقين ، ومثله حفظ مازاد على ما يكفيه للصلاة ، نعم قد يقال تعلم باقى الفقه أفضل من تعلم باقى القرآن لكثرة حاجة العامة إليه فى عباداتهم ومعاملاتهم وقلة الفقهاء بالنسبة إلى الحفظة تأمل (قوله أن يعرف) أى يشتهر به ، وفيه إشارة إلى أن المطلوب أن يعرف من ذلك ما يعينه على المقصود ، لأن ما عدا الفقه وسيلة إليه فلا ينبغى أن يصرف عمره فى غير الأهم ، وما أحسن قول ابن الوردى :

والعمر عن تحصيل كل علم ... يقصر فابدأ منه بالأهم
وذلك الفقه فإن منه ... مالا غنى فى كل حال عنه

(قوله إلى المسألة) أى سؤال الناس بأن يمدحهم بشعره فيعطونه دفعا لشره وخوفا من هجوه وهجره ، وقوله وتعليم الصبيان : أى تعليمهم النحو ، وإنما خصهم لما اشتهر أن النحو علم الصبيان إذ قلما يتعلمه الكبير ، وفى كلامه لف ونشر مرتب (قوله التذكير) أى الوعظ (قوله والقصص) الأنسب أن يكون بفتح القاف ليكون عطفه على التذكير عطف مصدر على مصدر وإن جاز أن يكون بكسرها جمع قصة اه ح (قوله بل يكون علمه) أى الذى يعرف ويشتهر به (قوله كما قيل) أى أقول ذلك مماثلا لما قيل أو لأجل ما قيل ، فالكاف للتشبيه أو للتعليل (قوله باعتزاز) أى اعتزار صاحبه به (قوله ولا كمسك) الواو إما للعطف على مقدر : أى لا كعنبر ولا كمسك ، ونكتة الحذف المبالغة لتذهب النفس كل مذهب ممكن ، أو للحال بإضمار فعل : أى ولا يفوح كمسك (قوله ولا كباز) يستعمل بالياء المثناة التحتية بعد الزاى وبدونها كما فى القاموس (قوله زمرة) بالضم : الفوج والجماعة فى تفرقة قاموس (قوله ومن هنا) أى من أجل ماذكر هنا من مدح الله تعالى إياه (قوله إلى كل العلوم) كذا فيما رأيت من النسخ ، وكأن نسخة ط إلى كل المعالى حيث قال مطلق بتوسلا . والمعالى : المراتب العالية جمع معلاة ، محل العلو اه . والتوسل : التقرب أى ذا توسل إلى المعالى أو إلى

فإن فقيها واحداً متــورعا ... على ألف ذى زهد تفضل واعتلى

وهما مأخوذان مما قيل للإمام محمد الفقيه :

تفقه فإن الفقه أفضل قائد ... إلى البر والتقوى وأعدل قاصد
وكن مستفيدا كل يوم زيادة ... من الفقه واسبح فى بحور الفوائد
فإن فقيها واحــدا متورعا ... أشد على الشيطان من ألف عابد

ومن كلام على رضى الله عنه :

العلوم . لأن الفقه المثمر للتقوى والورع يوصل به إلى غيره من العلوم النافعة والمنازل المرتفعة لقوله تعالى — واتقوا الله ويعلمكم الله — والحديث « من عمل بما علم علمه الله علم مالم يعلم » (قوله فإن فقيها الخ) لأن العابد إذا لم يكن فقيها ربما أدخل عليه الشيطان ما يفسد عبادته ، وقيد الفقيه بالمتورع إشارة إلى ثمرة الفقه التى هى التقوى إذ بدونها يكون دون العابد الجاهل حيث استولى عليه الشيطان بالفعل . قال فى الإحياء : للورع أربع مراتب : الأولى ما يشترط فى عدالة الشهادة ، وهو الاحتراز عن الحرام الظاهر . الثانية ورع الصالحين ، وهو التوقى من الشبهات التى تتقابل فيها الاحتمالات . الثالثة ورع المتقين ، وهو ترك الحلال المحض الذى يخاف منه أداؤه إلى الحرام . الرابعة ورع الصديقين ، وهو الإعراض عما سوى الله تعالى اه ملخصا (قوله على ألف) متعلق بقوله اعتلى ويقدر نظيره لتفضل اه ط ، أو هو من باب التنازع على القول بجوازه فى المتقدم (قوله ذى زهد) صفة لموصوف محذوف أى ألف شخص صاحب زهد . والزهد فى اللغة : ترك الميل إلى الشىء . وفى إصطلاح أهل الحقيقة : هو بغض الدنيا والإعراض عنها . وقيل هو ترك راحة الدنيا طلبا لراحة الآخرة . وقيل هو أن يخلو قلبك مما خلت منه يدك اه سيد (قوله تفضل واعتلى) أى زاد فى الفضل وعلو الرتبة (قوله وهما مأخوذان) أى هذان البيتان مأخوذ معناهما (قوله مما قيل) يحتمل أن المراد مما نسب أو مما أنشد . فعلى الأول تكون الأبيات للإمام محمد ، وعلى الثانى لغيره أنشدها له بعض أشياخه (قوله تفقه الخ) أى صر فقيها والقائد هنا بمعنى الموصل . والبر قال فى القاموس : الصلة والجنة والخير والاتساع فى الإحسان اه . والتقوى قال السيد : هى فى اللغة بمعنى الاتقاء ، وهو اتخاذ الوقاية . وعند أهل الحقيقة : الاحتراز بطاعة الله تعالى عن عقوبته ، وهو صيانة النفس عما تستحق به العقوبة من فعل أو ترك . والقاصد قال فى القاموس : القريب : أى وأعدل طريق قريب . ويحتمل أن يكون بمعنى مقصود كساحل بمعنى مسحول ، والزيادة مصدر بمعنى اسم المفعول ، وقوله من الفقه متعلق بزيادة أو بمستفيد ، أو السبح : قطع الماء عوما شبه به التفقه استعارة تصريحية ، وإضافة البحور إلى الفوائد من إضافة المشبه به إلى المشبه . والفائدة : ما استفدته من علم أو مال ، والمراد هنا الأول ، والشيطان : من شاط بمعنى احترق ، أو من شطن بمعنى بعد لبعد غوره فى الضلال ، وقد عقد فى البيت الأخير بعض ما ذكره فى الإحياء ، ورواه الدارقطنى والبيهقى من قوله صلى الله عليه وسلم « ما عبد الله بشىء أفضل من فقه فى الدين ، ولفقيه واحد أشد على الشيطان من ألف عابد ، ولكل شىء عماد وعماد الدين الفقه » (قوله ومن كلام على رضى الله عنه الخ) عزا هذه الأبيات له فى الإحياء أيضا . قال بعضهم : وهى ثابتة فى ديوانه المنسوب إليه ، وأولها :

الناس من جهة التمثال أكفاء ... أبوهمو آدم والأم حــواء
وإنما أمهات الناس أوعيــة ... مستودعات وللأحساب آباء
إن لم يكن لهمو من أصلهم شرف ... يفاخرون به فالطين والماء
وإن أتيت بفخر من ذوى نسب ... فإن نسبتنا جــود وعلياء

ما الفضل إلا لأهل العلم أنهم على الهدى لمن استهدى أدلاء
ووزن كل امرئ ماكان يحسنه والجاهلون لأهل العلم أعداء
ففز بعلم ولا تجهل به أبدا الناس موتى وأهل العلم أحياء

وقد قيل : العلم وسيلة إلى كل فضيلة ؛ العلم يرفع المملوك إلى مجالس الملوك . لولا العلماء لهلكت الأمراء .

وإنما العلم لأربابه ولاية ليس لها عزل

(قوله ما الفضل) الذى فى الإحياء ماالفخر ، وأل فى العلم للعهد : أى العلم الشرعى الموصل إلى الآخرة (قوله أنهم) بفتح الهمزة على حذف لام العلة : أى لأنهم . أو بالكسر والجملة استئنافية . والمقصود منها التعليل ط (قوله على الهدى) أى الرشاد قاموس . وهو متعلق بقوله أدلاء جمع دال اسم فاعل من دل . وكذا قوله لمن استهدى : أى طلب الهداية (قوله ووزن) أى قدر كل امرئ أى حسنه بما كان يحسنه أفاده البيضاوى . فقدر الصانع على مقدار صنعته . ومن أحسن علوم الآداب فقـدره على قدرها . ومن أحسن علم الفقه فقدره عظيم لعظمه . فالحاصل أن من أحسن شيئا فمقامه على قدره اه ط (قوله والجاهلون) أى بالعلم الشرعى . فيشمل العالمين بغيره ، بل هم أشد عداوة لعلماء الدين من العوام . قال ط : وسبب العداوة من الجاهل عدم معرفة الحق إذا أفتى عليه أو رأى منه مايخالف رأيه ورؤية إقبال الناس عليه (قوله ولا تجهل به أبدا) الذى فى الإحياء : ولا تبغى به بدلا (قوله الناس موتى) أى حكما لعدم النفع كالأرض الميتة التى لاتنبت . قال تعالى — أفمن كان ميتا فأحييناه — أى جاهلا فعلمناه — وجعلنا له نوراً يمشى به فى الناس — وهو العلم — كمن مثله فى الظلمات — وهو الجاهل الغارق فى ظلمات الجهل أو موتى القلوب . قال فى الإحياء وقال فتح الموصلى : المريض إذا منع الطعام والشراب والدواء أليس يموت ؟ قالوا بلى ، قال : كذلك القلب إذا منع عنه الحكمة والعلم ثلاثة أيام يموت . ولقد صدق فإن غذاء القلب العلم والحكمة وبه حياته ؛ كما أن غذاء الجسد الطعام . ومن فقد العلم فقلبه مريض وموته لازم الخ قال الشاعر :

أخو العلم حى خالد بعد موته وأوصاله تحت التراب رميم
وذو الجهل ميت وهو ماش على الثرى يظن من الأحياء وهو عديم

(قوله العلم يرفع المملوك الخ) قال فى الإحياء وقال عليه الصلاة والسلام « إن الحكمة تزيد الشريف شرفا وترفع المملوك حتى تجلسه مجالس الملوك » وقد نبه بهذا على ثمرته فى الدنيا . ومعلوم أن الآخرة خير وأبقى اه . ثم ذكر عن سالم بن أبى الجعد قال : اشترانى مولاى بثلثمائة درهم فأعتقنى ، فقلت : بأى حرفة أحترف ؟ فاحترفت بالعلم ، فما تمت لى سنة حتى أتانى أمير المدينة زائراً فلم آذن له (قوله وإنما العلم الخ) هذا بيت من بحر السريع . وقوله لأربابه متعلق بمحذوف حال من ولاية ، لأن نعت النكرة إذا قدم عليها أعرب حالا أو صفة للعلم ، وإنما لم يعزل صاحبه لأنه ولاية إلهية لاسبيل للعباد إلى عزله منها : والمعتمد أن أولى الأمر فى قوله تعالى — أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم — هم العلماء كما سيذكره الشارح آخر الكتاب . وفى الإحياء قال أبو الأسود : ليس شيء أعز من العلم ، الملوك حكام على الناس ، والعلماء حكام على الملوك اه وفى معناه قول الشاعر :

إن الملوك ليحكمون على الورى وعلى الملوك لتحكم العلماء

إن الأمير هو الذى يضحى أميرا عند عزله
إن زال سلطان الولاية كان فى سلطان فضله

واعلم أن تعلم العلم يكون فرض عين وهو بقدر مايحتاج لدينه .
وفرض كفاية ، وهو مازاد عليه لنفع غيره .

(قوله إن الأمير الخ) البيتان من مجزو الكامل المرفل ، يعنى أن الأمير الكامل ليس هو من إذا عزل صار من آحاد الرعية ، بل هو الذى إذا عزل من إمارة الولاية يبقى متصفا بإمارة الفضل والعلم (قوله واعلم أن تعلم العلم الخ) أى العلم الموصل إلى الآخرة أو الأعم منه. قال العلامى فى فصوله : من فرائض الإسلام تعلم مايحتاج إليه العبد فى إقامة دينه وإخلاص عمله لله تعالى ومعاشرة عباده . وفرض على كل مكلف ومكلفة بعد تعلمه علم الدين والهداية تعلم علم الوضوء والغسل والصلاة والصوم ، وعلم الزكاة لمن له نصاب ، والحج لمن وجب عليه والبيوع على التجار ليحترزوا عن الشبهات والمكروهات فى سائر المعاملات . وكذا أهل الحرف ، وكل من اشتغل بشىء يفرض عليه علمه وحكمه ليمتنع عن الحرام فيه اه .

مطلب فى فرض الكفاية وفرض العين

وفى تبيين المحارم : لاشك فى فرضية علم الفرائض الخمس وعلم الإخلاص ، لأن صحة العمل موقوفة عليه وعلم الحلال والحرام وعلم الرياء ، لأن العابد محروم من ثواب عمله بالرياء ، وعلم الحسد والعجب إذ هما يأكلان العمل كما تأكل النار الحطب ، وعلم البيع والشراء والنكاح والطلاق لمن أراد الدخول فى هذه الأشياء وعلم الألفاظ المحرمة أو المكفرة ، ولعمرى هذا من أهم المهمات فى هذا الزمان ، لأنك تسمع كثيراً من العوام يتكلمون بما يكفر وهم عنها غافلون ، والاحتياط أن يجدد الجاهل إيمانه كل يوم ويجدد نكاح امرأته عند شاهدين فى كل شهر مرة أو مرتين ، إذ الخطأ وإن لم يصدر من الرجل فهو من النساء كثير (قوله وفرض كفاية الخ) عرفه فى شرح التحرير بالمتحتم المقصود حصوله من غير نظر بالذات إلى فاعله . قال : فيتناول ماهو دينى كصلاة الجنازة ، ودنيوى كالصنائع المحتاج إليها ؛ وخرج المسنون لأنه غير متحتم ، وفرض العين لأنه منظور بالذات إلى فاعله اه . قال فى تبيين المحارم : وأما فرض الكفاية من العلم ، فهو كل علم لايستغنى عنه فى قوام أمور الدنيا كالطب والحساب والنحو واللغة والكلام والقراءات وأسانيد الحديث وقسمة الوصايا والمواريث والكتابة والمعانى والبديع والبيان والأصول ومعرفة الناسخ والمنسوخ والعام والخاص والنص والظاهر وكل هذه آلة لعلم التفسير والحديث ، وكذا علم الآثار والأخبار والعلم بالرجال وأساميهم وأسامى الصحابة وصفاتهم ، والعلم بالعدالة فى الرواية(١) ، والعلم بأحوالهم لتمييز الضعيف من القوى ، والعلم بأعمارهم وأصول الصناعات والفلاحة كالحياكة والسياسة والحجامة اه . (قوله وهو مازاد عليه) أى على قدر يحتاجه لدينه فى الحال

مطلب فرض العين أفضل من فرض الكفاية

[تنبيه] فرض العين أفضل من فرض الكفاية لأنه مفروض حقا للنفس ، فهو أهم عندها وأكثر مشقة ، بخلاف فرض الكفاية فإنه مفروض حقاً الكافة والكافر من جملتهم ، والأمر إذا عم خف ، وإذا خص ثقل .

---

(١) (قوله فى الرواية) هكذا بخطه ، والأنسب بقوله بعد ، العلم بأحوالهم أن يقول فى الرواة ، تأمل اه مصححه .

ومندوبا ، وهو التبحر فى الفقه وعلم القلب . وحراما ، وهو علم الفلسفة والشعبذة والتنجيم

وقيل فرض الكفاية أفضل لأن فعله مسقط للحرج عن الأمة بأسرها ، وبتركه يعصى المتمكنون منه كلهم ؛ ولا شك فى عظم وقع ماهـذه صفته اهـ طوافى ، ونقل ط أن المعتمد الأول (قوله وهو التبحر فى الفقه) أى التوسع فيه والاطلاع على غوامضه وكذا غيره من العلوم الشرعية وآلاتها (قوله وعـلم القلب) أى علم الأخلاق ، وهو علم يعرف به أنواع الفضائل وكيفية اكتسابها وأنواع الرذائل وكيفية اجتنابها اهـ ح وهو معطوف على الفقه لاعلى التبحر لما علمت من أن علم الإخلاص والعجب والحسد والرياء فرض عين ، ومثلها غيرها من آفات النفوس : كالـكبر والشح والحقد والغش والغضب والعداوة والبغضاء والطمع والبخل والبطر والخيلاء والخيانة والمداهنة والاستكبار عن الحق والمكر والمخادعة والقسوة وطول الأمل ونحوها مما هو مبين فى ربع المهلكات من الإحياء . قال فيه : ولا ينفك عنها بشر ، فيلزمه أن يتعلم منها مايرى نفسه محتاجا إليه ، وإزالتها فرض عين ولا يمكن إلا بمعرفة حدودها وأسبابها وعلاماتها وعلاجها ، فإن من لايعرف الشر يقع فيه (قوله والفلسفة(١)) هو لفظ يونانى ، وتعريبه الحِكَم المموهة : أى مزينة الظاهر فاسدة الباطن ، كالقول بقدم العالم وغيره من المكفرات والمحرمات ط . وذكر فى الإحياء أنها ليست علما برأسها بل هى أربعة أجزاء :

أحدها : الهندسة والحساب ، وهما مباحان ، ولا يمنع منهما إلا من يخاف عليه أن يتجاوزهما إلى علوم مذمومة .

والثانى : المنطق ، وهو بحث عن وجه الدليل وشروطه ووجه الحد وشروطه . وهما داخلان فى علم الكلام.

والثالث : الإلهيات ، وهو بحث عن ذات الله تعالى وصفاته ، انفردوا فيه بمذاهب بعضها كفر وبعضها بدعة.

والرابع : الطبيعيات ، وبعضها مخالف للشرع ، وبعضها بحث عن صفات الأجسـام وخواصها وكيفية استحالتها وتغيرها ، وهو شبيه بنظر الأطباء ، إلا أن الطبيب ينظر فى بدن الإنسان على الخصوص من حيث يمرض ويصح ، وهم ينظرون فى جميع الأجسام من حيث تتغير وتتحرك ، ولكن للطب فضل عليه لأنه محتاج إليه . وأما علومهم فى الطبيعيات فلا حاجة إليها اهـ (قوله والشعبذة) الصواب الشعوذة . وهى كما فى القاموس خفة فى اليد كالسحر ترى الشيء بغير ماعليه أصله اهـ حموى ، لكن فى المصباح شعوذ الرجل شعوذة ، ومنهم من قال شعبذ شعبذة وهو بالذال المعجمة وليس من كلام أهل البادية ، وهى لعب يرى الإنسان منها ماليس له حقيقة كالسحر اهـ ابن عبد الرزاق . وأفتى العلامة ابن حجر فى أهل الحق فى الطرقات الذين لهم أشياء غريبة كقطع رأس إنسان وإعادته وجعل نحو دراهم من التراب وغير ذلك بأنهم فى معنى السحرة إن لم يكونوا منهم ، فلا يجوز لهم ذلك ولا لأحد أن يقف عليهم ، ثم نقـل عن المدونة من كتب المالكية أن الذى يقطع يد الرجل أو يدخل السكين فى جوفه إن كان سحراً قتل وإلا عوقب .

مطلب فى التنجيم والرمل

(قوله والتنجيم) هو علم يعرف به الاستدلال بالتشكلات الفلكية على الحوادث السفلية اهـ ح.

وفى مختارات النوازل لصاحب الهداية أن علم النجوم فى نفسه حسن غير مذموم ، إذ هو قسمان : حسابى

---

(١) (قوله والفلسفة) هكذا بخطه ، والأصوب مافى نسخ الشارح كما لايخفى ، اهـ مصححه .

وإنه حق ، وقد نطق به الكتاب . قال الله تعالى — الشمس والقمر بحسبان — أى سيرهما بحساب . واستدلالى بسير النجوم وحركة الأفلاك على الحوادث بقضاء الله تعالى وقدره ، وهو جائز كاستدلال الطبيب بالنبض من الصحة والمرض(١) ولو لم يعتقد بقضاء الله تعالى أو ادعى الغيب بنفسه يكفر ، ثم تعلم مقدار مايعرف به مواقيت الصلاة والقبلة لابأس به اهـ . وأفاد أن تعلم الزائد على هذا المقدار فيه بأس بل صرح فى الفصول بحرمته وهو مامشى عليه الشارح . والظاهر أن المراد به القسم الثانى دون الأول ، ولذا قال فى الإحياء : إن علم النجوم فى نفسه غير مذموم لذاته إذ هو قسمان الخ ثم قال ولكن مذموم فى الشرع . وقال عمر : تعلموا من النجوم ماتهتدوا به فى البر والبحر ثم أمسكوا ، وإنما زجر عنه من ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه مضر بأكثر الخلق ، فإنه إذا ألقى إليهم أن هذه الآثار تحدث عقيب سير الكواكب وقع فى نفوسهم أنها المؤثرة :

وثانيها : أن أحكام النجوم تخمين محض ، ولقد كان معجزة لإدريس عليه السلام فيما يحكى وقد اندرس .

وثالثها : أنه لافائدة فيه ، فإن ماقدر كائن والاحتراز منه غير ممكن اهـ ملخصاً (قوله والرمل) هو علم بضروب أشكال من الخطوط النقط بقواعد معلومة تخرج حروفا تجمع ويستخرج جملة دالة على عواقب الأمور ، وقد علمت أنه حرام قطعا وأصله لإدريس عليه السلام ط أى فهو شريعة منسوخة . وفى فتاوى ابن حجر أن تعلمه وتعليمه حرام شديد التحريم لما فيه من إيهام العوام أن فاعله يشارك الله تعالى فى غيبه (قوله وعلوم الطبائعيين) العلم الطبيعى علم يبحث فيه عن أحوال الجسم المحسوس من حيث هو معرض للتغير فى الأحوال والثبات فيها اهـ ح . وفى فتاوى ابن حجر : ماكان منه على طريق الفلاسفة حرام لأنه يؤدى إلى مفاسد كاعتقاد قدم العالم ونحوه وحرمته مشابهة لحرمة التنجيم من حيث إفضاء كل إلى المفسدة .

(قوله والسحر) هو علم يستفاد منه حصول ملكة نفسانية يقتدر بها على أفعال غريبة لأسباب خفية اهـ ح . وفى حاشية الإيضاح لبيرى زاده قال الشمنى : تعلمه وتعليمه حرام .

أقول : مقتضى الإطلاق ولو تعلم لدفع الضرر عن المسلمين : وفى شرح الزعفرانى : السحر حق عندنا وجوده وتصوره وأثره . وفى ذخيرة الناظر تعلمه فرض لرد ساحر أهل الحرب ، وحرام ليفرق به بين المرأة وزوجها ، وجائز ليوفق بينهما اهـ ابن عبد الرزاق . قال ط بعد نقله عن بعضهم عن المحيط : وفيه أنه ورد فى الحديث النهى عن التولة بوزن عنبة : وهى مايفعل ليحبب المرأة إلى زوجها اهـ .

أقول : بل نص على حرمتها فى الخانية ، وعلله ابن وهبان بأنه ضرب من السحر . قال ابن الشحنة ومقتضاه أنه ليس مجرد كتابة آيات ، بل فيه شىء زائد اهـ وسيأتى تمامه قبيل إحياء الموات إن شاء الله تعالى . وذكر فى فتح القدير أنه لاتقبل توبة الساحر والزنديق فى ظاهر المذهب فيجب قتل الساحر ولا يستتاب بسعيه بالفساد لابمجرد علمه إذا لم يكن فى اعتقاده مايوجب كفره اهـ .

---

(١) (قوله من الصحة والمرض) هكذا بخطه ، والأنسب إبدال من بعل كما هو ظاهر ، وقوله ماتهتدوا به إن كانت الرواية هكذا فحذف النون للتخفيف اهـ مصححه .

والكهانة ، ودخل فى الفلسفة المنطق ، ومن هذا القسم علم الحرف

وذكر فى تبيين المحارم عن الإمام أبى منصور أن القول بأن السحر كفر على الإطلاق خطأ ويجب البحث عن حقيقته ، فإن كان فى ذلك رد مالزم فى شرط الإيمان فهو كفر وإلا فلا اه .

أقول : وقد ذكر الإمام القرافى المالكى الفرق بين ماهو سحر يكفر به وبين غيره ، وأطال فى ذلك بما يلزم مراجعته من أواخر شرح اللقانى الكبير على الجوهرة . ومن كتاب [الإعلام فى قواطع الإسلام] للعلامة ابن حجر .

مطلب السحر أنواع

وحاصله أن السحر اسم جنس لثلاثة أنواع :

الأول : السيمياء ، وهى ماركب من خواص أرضية كدهن خاص أو كلمات خاصة توجب إدراك الحواس الخمس أو بعضها بماله وجود حقيقى ، أو بما هو تخيل صرف من مأكول أو مشموم أو غيرهما .

الثانى : الهيمياء ، وهى مايوجب ذلك مضافا لآثار سماوية لا أرضية .

الثالث : بعض خواص الحقائق ، كما يؤخذ سبع أحجار يرمى بها نوع من الكلاب إذا رمى بحجر عضه ، فإذا عضها الكلب وطرحت فى ماء فمن شربه ظهرت عليه آثار خاصة فهذه أنواع السحر الثلاثة ، قد تقع بما هو كفر من لفظ أو اعتقاد أو فعل ، وقد تقع بغيره كوضع الأحجار . وللسحر فصول كثيرة فى كتبهم . فليس كل مايسمى سحرا كفرا ، إذ ليس التكفير به لما يترتب عليه من الضرر بل لما يقع به مما هو كفر كاعتقاد انفراد الكواكب بالربوبية أو إهانة قرآن أو كلام مكفر ونحو ذلك اه ملخصا . وهــذا موافق لكلام إمام الهدى أبى منصور الماتريدى ، ثم إنه لايلزم من عدم كفره مطلقا عدم قتله ، لأن قتله بسبب سعيه بالفساد كما مر . فإذا ثبت إضراره بسحره ولو بغير مكفر يقتل دفعا لشره كالخناق وقطاع الطريق .

مطلب فى الكهانة

(قوله والكهانة) وهى تعاطى الخبر عن الكائنات فى المستقبل وادعاء معرفة الأسرار . قال فى نهاية الحديث : وقد كان فى العرب كهنة كشق وسطيح ؛ فمنهم من كان يزعم أن له تابعا يلقى إليه الأخبار عن الكائنات ، ومنهم أنه يعرف الأمور بمقدمات يستدل بها على موافقها من كلام من يسأله أو حاله أو فعله وهذا يخصونه باسم العراف كالمدعى معرفة المسروق ونحوه ، وحديث « من أتى كاهنا » يشمل العراف والمنجم . والعرب تسمى كل من يتعاطى علما دقيقا كاهنا ، ومنهم من يسمى المنجم والطبيب كاهنا اه ابن عبد الرزاق (قوله ودخل فى الفلسفة المنطق) لأنه الجزء الثانى منها كما قدمناه . والمراد به المذكور فى كتبهم للاستدلال على مذاهبهم الباطلة . أما منطق الإسلاميين الذى مقدماته قواعد إسلامية فلا وجه للقول بحرمته بل سماه الغزالى معيار العلوم ، وقد ألف فيه علماء الإسلام ومنهم المحقق ابن الهمام فإنه أتى منه ببيان معظم مطالبه فى مقدمة كتابه التحرير الأصولى (قوله علم الحرف) يحتمل أن المراد به الكاف الذى هو إشارة إلى الكيمياء ، ولا شك فى حرمتها لما فيها من ضياع المال والاشتغال بما لايفيد . ويحتمل أن المراد به جمع حروف يخرج منها دلالة على حركات . ويحتمل أن المراد علم أسرار الحروف بأوفاق الاستخدام وغير ذلك اه ط . ويحتمل أن المراد الطلسمات ، وهى كما فى شرح اللقانى نقش أسماء خاصة لها تعلق بالأفلاك والكواكب على زعم أهل هذا العلم فى أجسام من المعادن أو غيرها تحدث لها خاصة ربطت بها فى مجارى العادات اه .

هــذا : وقد ذكر العلامة ابن حجر فى باب الأنجاس من التحفة أنه اختلف فى انقلاب الشىء عن حقيقته

وعلم الموسيقى . ومكروها وهو أشعار المولدين من الغزل والبطالة ، ومباحا كأشعارهم

كالنحاس إلى الذهب هل هو ثابت ؟ فقيل نعم لانقلاب العصا ثعبانا حقيقة وإلا لبطل الإعجاز . وقيل لا لأن قلب الحقائق محال . والحق الأول إلى أن قال : تنبيه ، كثيرا مايسأل عن علم الكيمياء وتعلمه هل يحل أولا ، ولم نر لأحد كلاما فى ذلك . والذى يظهر أنه ينبنى على هذا الخلاف ، فعلى الأول من علم العلم الموصل لذلك القلب علما يقينياً جاز له علمه وتعليمه إذ لامحذور فيه بوجه ، وإن قلنا بالثانى أو لم يعلم الإنسان ذلك العلم اليقينى وكان ذلك وسيلة إلى الغش فالوجه الحرمة اهـ ملخصاً .

وحاصله أنه إذا قلنا بإثبات قلب الحقائق وهو الحق جاز العمل به وتعلمه لأنه ليس بغش لأن النحاس ينقلب ذهبا أو فضة حقيقة . وإن قلنا إنه غير ثابت لايجوز لأنه غش كما لايجوز لمن لايعلمه حقيقة لما فيه من إتلاف المال أو غش المسلمين . والظاهر أن مذهبنا ثبوت انقلاب الحقائق بدليل ماذكروه فى انقلاب عين النجاسة كانقلاب الخمر خلا والدم مسكا ونحو ذلك ، والله أعلم (قوله وعلم الموسيقى) بكسر القاف : وهو علم رياضى يعرف منه أحوال النغم والإيقاعات ، وكيفية تأليف اللحون ، وإيجاد الآلات . وموضوعه الصوت من جهة تأثيره فى النفوس باعتبار نظامه فى طبقته وزمانه . وثمرته بسط الأرواح وتعديلها وتقويتها وقبضها أيضا .

مطلب فى الكلام على إنشاد الشعر

(قوله وهو أشعار المولدين) أى الشعراء الذين حدثوا بعد شعراء العرب . قال فى القاموس : المولدة المحدثة من كل شئ ، ومن الشعراء لحدوثهم . وفى آخر الريحانة للشهاب الخفاجى : باغاء الغرب فى الشعر والخطب على ست طبقات : الجاهلية الأولى من عاد وقحطان . والمخضرمون . وهم من أدرك الجاهلية والإسلام . والإسلاميون والمولدون والمحدثون والمتأخرون ومن ألحق بهم من العصريين ، والثلاثة الأول هم ماهم فى البلاغة والجزالة . ومعرفة شعرهم رواية ودراية عند فقهاء الإسلام فرض كفاية ، لأنه به تثبت قواعد العربية التى بها يعلم الكتاب والسنة المتوقف على معرفتهما الأحكام التى يتميز بها الحلال من الحرام ، وكلامهم وإن جاز فيه الخطأ فى المعانى فلا يجوز فيه الخطأ فى الألفاظ وتركيب المبانى اهـ (قوله من الغزل) المراد به مافيه وصف النساء والغلمان ، وهو فى الأصل كما فى القاموس : اسم لمحادثة النساء . وعطف عليه قوله والبطالة عطف عام على خاص لأنه نوع منها . فشمل وصف حال المحب مع المحبوب أو مع عذاله من الوصل والهجر واللوعة والغرام ونحو ذلك. قال فى المصباح : البطالة نقيض العمالة . من بطل الأجير من العمل فهو بطال بين البطالة بالفتح وحكى بالكسر وهو أفصح وربما قيل بالضم . وذكر ابن عبد الرزاق أنه وجد بهامش المصباح بخط مصنفه ماحاصله : الفعالة بالفتح قد يكون وصفا للطبيعة كالرزانة والجهالة . وبالكسر للصناعة كالتجارة ، وبالضم لما يرمى كالقلامة ، وقد يضمن اللفظ المعانى الثلاثة فيجوز فيه الحركات الثلاثة . فالبطالة بالفتح لأنه وصف ثابت ، وبالكسر لأنه أشبه الصناعة للمداومة عليها . وبالضم لأنها مما يرفض اهـ .

أقول : وعلى هذا يمكن أن يكون إشارة إلى أن المكروه منه ماداوم عليه وجعله صناعة له حتى غلب عليه وأشغله عن ذكر الله تعالى وعن العلوم الشرعية ، وبه فسر الحديث المتفق عليه وهو قوله صلى الله عليه وسلم « لأن يمتلئ جوف أحدكم قيحاً خير من أن يمتلئ شعراً » فاليسير من ذلك لابأس به إذا قصد به إظهار النكات واللطافات والتشابيه الفائقة والمعانى الرائقة ، وإن كان فى وصف الخدود والقدود ، فإن علماء البديع قد استشهدوا من ذلك

التى لايستخف فيها كذا فى فوائد شتى من الأشباه والنظائر ؛ ثم نقل مسألة الرباعيات ، ومحطها أن الفقه هو ثمرة الحديث ، وليس ثواب الفقيه أقل من ثواب المحدث ، وفيها كل إنسان غير الأنبياء لا يعلم ما أراد الله تعالى له وبه ، لأن إرادته تعالى غيب إلا الفقهاء فإنهم علموا إرادته تعالى بهم بحديث الصادق المصدوق « من يرد الله به خيرا يفقهه فى الدين » وفيها : كل شىء يسأل عنه العبد يوم القيامة إلا العلم لأنه طلب من نبيه أن يطلب الزيادة منه — وقل رب زدنى علما — فكيف يسأل عنه .

بأشعار المولدين وغيرهم لهذا القصد . وقد ذكر المحقق ابن الهمام فى إشهادات فتح القدير أن المحرم منه ما كان فى اللفظ مالا يحل كصفة الذكور والمرأة المعينة الحية ووصف الخمر المهيج إليها والحانات والهجاء لمسلم أو ذمى إذا أراد المتكلم هجاءه ، لا إذا أراد إنشاد الشعر للاستشهاد به أو ليعلم فصاحته وبلاغته . ويدل على أن وصف المرأة كذلك غير مانع إنشاد أبى هريرة رضى الله عنه لذلك وهو محرم وكذا ابن عباس رضى الله تعالى عنهما ، ومما يقطع به فى هذا قول كعب رضى الله عنه بحضرة النبى صلى الله عليه وسلم :

وما سعاد غداة البين إذ رحلوا إلا أغن غضيض الطرف مكحول
تجلو عوارض ذى ظلم إذا ابتسمت كأنه منهل بالراح معلول

وكثير فى شعر حسان رضى الله تعالى عنه من هذا كقوله وقد سمعه النبى صلى الله عليه وسلم :

تبلت فؤادك فى المنام خريدة تسقى الضجيع ببارد بسام

فأما الزهريات المجردة عن ذلك المتضمنة وصف الرياحين والأزهار والمياه فلا وجه لمنعه(١) نعم إذا قيل على الملاهى امتنع وإن كان مواعظ وحكما اهـ ملخصا .

وفى الذخيرة عن النوازل قراءة شعر الأدب إذا كان فيه ذكر الفسق والخمر والغلام يكره ، والاعتماد فى الغلام على ما ذكرنا فى المرأة : أى من أنها إن كانت معينة حية يكره ، وإن كانت ميتة فلا اهـ وسيأتى تمام الكلام على ذلك أيضا قبيل باب الوتر والنوافل إن شاء الله تعالى (قوله التى لايستخف فيها) أى ليس فيها استخفاف بأحد من المسلمين كذكر عوراته والأخذ فى عرضه . وفى بعض نسخ الأشباه لاسخف فيها : أى لارقة وخفة ابن عبد الرزاق (قوله ثم فى نقل) أى فى الفوائد آخر الفن الثالث من الأشباه عن المناقب للبزازى وذكر الحلبى عبارته بتمامها ، واقتصر الشارح على محطها : أى المقصود منها (قوله وفيها) أى فى الأشباه نقلا عن شرح البهجة للعراقى (قوله غير الأنبياء) كان ينبغى أن يقول والمبشرين بالجنة كالعشرة رضى الله تعالى عنهم قاله سيدى عبد الغنى النابلسى فى شرح هدية ابن العماد (قوله له) أى من الثواب الجزيل حيث أراد به تعالى الخير (قوله وبه) أى ولا يعلم ماأراد الله تعالى به من الصفات الحميدة (قوله إلا الفقهاء) المراد بهم العالمون بأحكام الله تعالى اعتقادا وعملا ، لأن تسمية علم الفروع فقها تسمية حادثة ط قال سيدى عبد الغنى : ويؤيده مامر من قول الحسن البصرى إنما الفقيه المعرض عن الدنيا الراغب فى الآخرة الخ (قوله وفيها كل شىء الخ) نقله فى الأشباه عن الفصوص ، والظاهر أنها فصوص الحكم للشيخ الأكبر قدس سره الأنور (قوله إلا العلم) أورد عليه الحموى أنه ورد فى الحديث مايفيد السؤال عن العلم ، ولفظه « لاتزول قدما عبد يوم القيامة حتى يسأل عن أربع : عن عمره

---

(١) (قوله فلا وجه لمنعه) هكذا بخطه ، والأولى لمنعها كما لايخفى اهـ مصححه .

وفيها إذا سئلنا عن مذهبنا ومذهب مخالفنا قلنا وجوباً : مذهبنا صواب يحتمل الخطأ ومذهب مخالفنا خطأ يحتمل الصواب . وإذا سئلنا عن معتقدنا :

فيما أفناه ؟ وعن شبابه فيما أبلاه(١) وعن ماله من أى شئ اكتسبه ؟ وعن علمه ماذا صنع به. وأجيب بأن المراد إلا طلب الزيادة من العلم وبه يصح التعليل .

واعترض بأنه يسأل عن طلبه هل قصد به الرياء أو الجاه . ويدل عليه مافى الحديث السابق « ولكن تعلمت العلم ليقال عالم . وقد قيل الخ .

أقول : الأوجه أن يقال المراد به العلم النافع الموصل إلى الله تعالى . وهو المقرون بحسن النية مع العمل به والتخلص من آفات النفس . فلا يسأل عنه لأنه خير محض . بخلاف غيره فإنه يسأل صاحبه عنه ليعذبه به كما دل عليه تمام الحديث السابق . ولذا ورد فى الحديث « إن الله تعالى يبعث العباد يوم القيامة ثم يبعث العلماء ، ثم يقول : يامعشر العلماء إنى لم أضع علمى فيكم إلا لعلمى بكم. ولم أضع علمى فيكم لأعذبكم ، اذهبوا فقد غفرت لكم » هـذا ماظهر لى . والله تعالى أعلم (قوله وفيها) أى فى الأشباه عن آخر المصفى للإمام النسفى (قوله عن مذهبنا) أى عن صفته . فالمعنى إذا سئلنا أى المذاهب صواب ط (قوله مخالفنا) أى من خالفنا فى الفروع من الأئمة المجتهدين (قوله قلنا الخ) لأنك لو قطعت القول لما صح قولنا إن المجتهد يخطئ ويصيب أشباه : أى فلا نجزم بأن مذهبنا صواب البتة ولا بأن مذهب مخالفنا خطأ البتة . بناء على المختار من أن حكم الله فى كل مسألة واحد معين وجب طلبه . فمن أصابه فهو المصيب ومن لا فهو المخطئ . ونقل عن الأئمة الأربعة : ثم المختار أن المخطئ مأجور كما فى التحرير وشرحه .

مطلب يجوز تقليد المفضول مع وجود الأفضل

ثم اعلم أنه ذكر فى التحرير وشرحه أيضا أنه يجوز تقليد المفضول مع وجود الأفضل. وبه قال الحنفية والمالكية وأكثر الحنابلة والشافعية . وفى رواية عن أحمد وطائفة كثيرة من الفقهاء لايجوز . ثم ذكر أنه لو التزم مذهبا معينا. كأبى حنيفة والشافعى . فقيل يلزمه . وقيل لا وهو الأصح اهـ وقد شاع أن العامى لامذهب له .

إذا علمت ذلك ظهر لك أن ماذكر عن النسفى من وجوب اعتقاد أن مذهبه صواب يحتمل الخطأ مبنى على أنه لايجوز تقليد المفضول وأنه يلزمه التزام مذهبه وأن ذلك لايتأتى فى العامى .

وقد رأيت فى آخر فتاوى ابن حجر الفقهية التصريح ببعض ذلك فإنه سئل عن عبارة النسفى المذكورة ، ثم حرر أن قول أئمة الشافعية كذلك ، ثم قال إن ذلك مبنى على الضعيف من أنه يجب تقليد الأعلم دون غيره . والأصح أنه يتخير فى تقليد أى شاء ولو مفضولا وإن اعتقده كذلك . وحينئذ فلا يمكن أن يقطع أو يظن أنه على الصواب ، بل على المقلد أن يعتقد أن ماذهب إليه إمامه يحتمل أنه الحق . قال ابن حجر : ثم رأيت المحقق ابن الهمام صرح بما يؤيده حيث قال فى شرح الهداية : إن أخذ العامى بما يقع فى قلبه إنه أصوب أولى، وعلى هذا استفتى مجتهدين فاختلفا عليه الأولى أن يأخذ بما يميل إليه قلبه منهما . وعندى أنه لو أخذ بقول الذى لايميل إليه جاز لأن ميله وعدمه سواء ، والواجب عليه تقليد مجتهد وقد فعل اهـ (قوله عن معتقدنا) أى عما نعتقد من غير

---

(١) (قوله فيما أفناه ، وفيما أبلاه) كذا بإثبات ألف ما الاستفهامية بعد الجار ، فإن كانت الرواية هكذا فلعله حكاية الشيخ خالد كما فى الصبان اهـ مصححه .

ومعتقد خصومنا . قلنا وجوباً الحق مانحن عليه والباطل ماعليه خصومنا

وفيها : العلوم ثلاثة : علم نضج وما احترق ، وهو علم النحو والأصول . وعلم لانضج ولا احترق ، وهو علم البيان والتفسير . وعلم نضج واحترق ، وهو علم الحديث والفقه . وقد قالوا : الفقه زرعه عبدالله بن مسعود رضي الله عنه ، وسقاه علقمة ، وحصده إبراهيم النخعي ، وداسه حماد ،

المسائل الفرعية مما يجب اعتقاده على كل مكلف بلا تقليد لأحد وهو ماعليه أهل السنة والجماعة وهم الأشاعرة والماتريدية ، وهم متوافقون إلا في مسائل يسيرة أرجعها بعضهم إلى الخلاف اللفظي كما بين في محله (قوله ومعتقد خصومنا) أي من أهل البدع المكفرة وغيرها كالقائلين بقدم العالم أو نفي الصانع أو عدم بعثة الرسل ، والقائلين بخلق القرآن وعدم إرادته تعالى الشر ونحو ذلك (قوله علم نضج وما احترق) المراد بنضج العلم تقرر قواعده وتفريع فروعها وتوضيح مسائله ، والمراد باحتراقه بلوغه النهاية في ذلك ، ولا شك أن النحو والأصول لم يبلغا النهاية في ذلك أفاده ح . والظاهر أن المراد بالأصول أصول الفقه ، لأن أصول العقائد في غاية التحرير والتنقيح تأمل (قوله وهو علم البيان) المراد به مايعم العلوم الثلاثة : المعاني والبيان والبديع ، ولذا قال الزمخشري : إن منزلة علم البيان من العلوم مثل منزلة السماء من الأرض ، ولم يقفوا على مافي القرآن جميعه من بلاغته وفصاحته ونكته وبديعاته ، بل على النزر اليسير . قال الله تعالى — قل لئن اجتمعت الإنس والجن على أن يأتوا بمثل هذا القرآن لايأتون بمثله ولو كان بعضهم لبعض ظهيراً — وإنما ذلك لما فيه من البلاغة ط (قوله والتفسير) أي تفسير القرآن فقد ذكر السيوطي في الإتقان أن القرآن في اللوح المحفوظ ، كل حرف منه بمنزلة جبل قاف ، وكل آية تحتها من التفاسير مالايعلمه إلا الله تعالى ط (قوله علم الحديث) لأنه قد تم المراد منه ، وذلك لأن المحدثين جزاهم الله تعالى خيرا وضعوا كتبا في أسماء الرجال ونسبهم والفرق بين أسمائهم ، وبينوا سيئ الحفظ منهم وفاسد الرواية من صحيحها ، ومنهم من حفظ المائة ألف والثلثمائة ، وحصروا من روى عن النبي صلى الله عليه وسلم من الصحابة ، وبينوا الأحكام والمراد منها فانكشفت حقيقته ط (قوله والفقه) لأن حوادث الخلائق على اختلاف مواقعها وتشتتاتها مرقومة بعينها أو مايدل عليها ، بل قد تكلم الفقهاء على أمور لاتقع أصلا أو تقع نادرا ، وأما مالم يكن منصوصا فنادر ، وقد يكون منصوصا غير أن الناظر يقصر عن البحث عن محله أو عن فهم مايفيده مما هو منصوص بمفهوم أو منطوق ط ، أو يقال المراد بالفقه مايشمل مذهبنا وغيره فإنه بهذا المعنى لايقبل الزيادة أصلا فإنه لايجوز إحداث قول خارج عن المذاهب الأربعة (قوله وقد قالوا الفقه) أي الفقه الذي استنبطه أبو حنيفة أو أعم (قوله زرعه) أي أول من تكلم باستنباط فروعه عبد الله بن مسعود الصحابي الجليل ، أحد السابقين والبدريين والعلماء الكبار من الصحابة . أسلم قبل عمر رضي الله تعالى عنهما . قال النووي في التقريب : وعن مسروق أنه قال : انتهى علم الصحابة إلى ستة : عمر وعليّ وأبيّ وزيد وأبي الدرداء وابن مسعود ، ثم انتهى علم الستة إلى عليّ وعبد الله بن مسعود (قوله وسقاه) أي أيده ووضحه علقمة بن قيس بن عبد الله بن مالك النخعي الفقيه الكبير ، عم الأسود بن يزيد وخال إبراهيم النخعي . ولد في حياة النبي صلى الله عليه وسلم ، وأخذ القرآن والعلم عن ابن مسعود وعليّ وعمر وأبي الدرداء وعائشة رضي الله عنهم أجمعين (قوله وحصده) أي جمع ماتفرق من فوائده ونوادره وهيأه للانتفاع به إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود أبو عمران النخعي الكوفي ، الإمام المشهور الصالح الزاهد . روى عن الأعمش وخلائق توفي سنة ست أو خمس وتسعين (قوله وداسه) أي اجتهد في تنقيحه وتوضيحه حماد بن مسلم الكوفي شيخ الإمام وبه تخرج . وأخذ حماد بعد ذلك عنه . قال الإمام ماصليت

وطحنه أبوحنيفة ، وعجنه أبويوسف وخبزه محمد ، فسائر الناس يأكلون من خبزه ؛ وقد نظم بعضهم فقال :

الفقه زرع ابن مسعود وعلقمة حصاده ثم إبراهيم دواس
نعمان طاحنه يعقوب عاجنه محمد خابز والآكل الناس

وقد ظهر علمه بتصانيفه كالجامعين والمبسوط والزيادات والنوادر ، حتى قيل إنه صنف فى العلوم الدينية تسعمائة وتسعة وتسعين كتاباً . ومن تلامذته الشافعى رضى الله عنه . وتزوج بأم الشافعى وفوّض إليه كتبه وماله

صلاة إلا استغفرت له مع والدى. مات سنة مائة وعشرين (قوله وطحنه) أى أكثر أصوله وفرع فروعه وأوضح سبله إمام الأئمة وسراج الأمة أبو حنيفة النعمان ، فإنه أول من دون الفقه ورتبه أبوابا وكتبا على نحو ماعليه اليوم ، وتبعه مالك فى موطئه ، ومن كان قبله إنما كانوا يعتمدون على حفظهما : وهو أول من وضع كتاب الفرائض وكتاب الشروط ، كذا فى الخيرات الحسان فى ترجمة أبى حنيفة النعمان للعلامة ابن حجر (قوله وعجنه) أى دقق النظر فى قواعد الإمام وأصوله واجتهد فى زيادة استنباط الفروع منها والأحكام تلميذ الإمام الأعظم أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم قاضى القضاة ، فإنه كما رواه الخطيب فى تاريخه أول من وضع الكتب فى أصول الفقه على مذهب أبى حنيفة ، وأملى المسائل ونشرها وبث علم أبى حنيفة فى أقطار الأرض ، وهو أفقه أهل عصره ، ولم يتقدمه أحد فى زمانه ، وكان النهاية فى العلم والحكم والرياسة. ولد سنة ١١٣ وتوفى ببغداد سنة ١٨٢ (قوله وخبزه) أى زاد فى استنباط الفروع وتنقيحها وتهذيبها وتحريرها بحيث لم تحتج إلى شىء آخر الإمام محمد بن الحسن الشيبانى تلميذ أبى حنيفة وأبى يوسف محرر المذهب النعمانى ، المجمع على فقاهته ونباهته :

روى أنه سأل رجل المزنى عن أهل العراق ، فقال : ما تقول فى أبى حنيفة ؟ فقال : سيدهم : قال : فأبو يوسف ؟ قال : أتبعهم للحديث : قال : فمحمد بن الحسن قال : أكثرهم تفريعا قال : فزفر؟ قال أحدهم قياسا ؛ ولد سنة ١٣٢ وتوفى بالرى سنة ١٨٩ (قوله من خبزه) بالضم أى خبز محمد الذى خبزه من عجين أبى يوسف من طحين أبى حنيفة ، ولذا روى الخطيب عن الربيع قال : سمعت الشافعى يقول : الناس عيال على أبى حنيفة فى الفقه : كان أبو حنيفة ممن وفق له الفقه (قوله فقال) أى من بحر البسيط ، وترتيب هذا النظم بخلاف الترتيب قبله وسقط منه حماد (قوله علمه) أى محمد (قوله كالجامعين) الصغير والكبير . وقد ألفت فى المذهب تآليف سميت بالجامع فوق ما ينوف عن أربعين ، وكل تأليف لمحمد وصف بالصغير فهو من روايته عن أبى يوسف عن الإمام ، وما وصف بالكبير فروايته عن الإمام بلا واسطة ط (قوله والنوادر) الأولى إبدالها بالسير ، لأن هذه الكتب الخمسة هى كتب محمد المسماة بالأصل وظاهر الرواية ، لأنها رويت عنه برواية الثقات ، فهى ثابتة عنه متواترة أو مشهورة ، وفيها المسائل المروية عن أصحاب المذهب ، وهم أبوح وأبوس و م : وأما النوادر فهى مسائل مروية عنهم فى كتب أخر لمحمد كالكيسانيات والهارونيات والجرجانيات والرقيات وهى دون الأولى ؛ وبقى قسم ثالث ، وهو مسائل النوازل سئل عنها المشايخ المجتهدون فى المذهب ولم يجدوا فيها نصا فأفتوا فيها تخريجا ، وقد نظمت ذلك فقلت :

وكتب ظاهر الرواية أتت ستا لكل ثابت عنهم حوت
صنفها محمد الشيبانى حرر فيها المذهب النعمانى
الجامع الصغير والكبير والسير الكبير والصغير
ثم الزيادات مع المبسوط تواترت بالسند المضبوط

فبسببه صار الشافعي فقيهاً .
ولقد أنصف الشافعي حيث قال : من أراد الفقه فليلزم أصحاب أبي حنيفة ، فإن المعاني قد تيسرت لهم ، والله ماصرت فقيهاً إلا بكتب محمد بن الحسن .
وقال إسماعيل بن أبي رجاء : رأيت محمدا في المنام فقلت له : مافعل الله بك ؟ فقال : غفر لي ، ثم قال : لو أردت أن أعذبك ماجعلت هذا العلم فيك ، فقلت له : فأين أبو يوسف ؟ قال : فوقنا بدرجتين . قلت : فأبو حنيفة ؟ قال : هيهات ، ذاك في أعلى عليين : كيف وقد صلى الفجر بوضوء العشاء أربعين سنة ، وحج خمسا وخمسين حجة ، ورأى ربه في المنام مائة مرة ، ولها قصة مشهورة . وفي حجته الأخيرة استأذن حجبة الكعبة بالدخول ليلا فقام بين العمودين على رجله اليمنى ووضع اليسرى على ظهرها حتى ختم نصف القرآن ثم ركع وسجد

كذا له مسائل النوادر إسنادها في الكتب غير ظاهر
وبعدها مسائل النوازل خرجها الأشياخ بالدلائل

وسيأتي بسط ذلك آخر المقدمة .
وفي طبقات التميمي عن شرح السير الكبير للسرخسي أن السير الكبير آخر تصنيف صنفه محمد في الفقه . وكان سببه أن السير الصغير وقع بيد الأوزاعي إمام أهل الشام فقال مالأهل العراق والتصنيف في هذا الباب فإنه لا علم لهم بالسير ، فبلغ محمدا فصنف الكبير ، فحكى أنه لما نظر فيه الأوزاعي قال : لولا ما ضمنه من الأحاديث لقلت إنه يضع العلم ، وإن الله تعالى عين جهة إصابة الجواب في رأيه ، صدق الله تعالى — وفوق كل ذي علم عليم — ثم أمر محمد أن يكتب في ستين دفترا ، وأن يحمل إلى الخليفة فأعجبه وعده من مفاخر أيامه اهـ ملخصا (قوله فبسببه صار الشافعي فقيها) أي ازداد فقاهة ، واطلع على مسائل لم يكن مطلعا عليها ، فإن محمدا أبدع في كثرة استخراج المسائل ، وإلا فالشافعي رضي الله تعالى عنه فقيه مجتهد قبل وروده إلى بغداد ، وكيف يستفاد الاجتهاد المطلق ممن ليس كذلك أفاده ح (قوله والله ما صرت فقيها) الكلام فيه كما تقدم . وروى عن الشافعي أنه قال أيضا : حملت من علم محمد بن الحسن وقر بعير كتبا . وقال : أمنّ الناس على في الفقة محمد بن الحسن (قوله هيهات) اسم فعل : أي بعد مكانه عني وعن أبي يوسف ط (قوله في أعلى عليين) اسم لأعلى الجنة : أي هو في أعلى مكان في الجنة أي بالنسبة إليهما لا مطلقا لأن الأنبياء والصحابة أرفع منه درجة قطعا . وأما الدعاء بنحو اجعلني مع النبيين فالمراد في الاجتماع والمؤانسة لافي الدرجة والمنزلة ، ومنه قوله تعالى — فأولئك مع الذين أنعم الله عليهم من النبيين والصديقين — الخ ط (قوله كيف) استفهام إنكاري بمعنى النفي : أي كيف لا يعطى هذا المكان إلا على ط (قوله ولها) أي لرؤيته ربه تعالى في المنام قصة مشهورة ذكرها الحافظ النجم الغيطي .
وهي أن الإمام رضي الله عنه قال : رأيت رب العزة في المنام تسعا وتسعين مرة فقلت في نفسي إن رأيته تمام المائة لأسألنه : بم ينجو الخلائق من عذابه يوم القيامة . قال : فرأيته سبحانه وتعالى فقلت : يارب عز جارك وجل ثناؤك وتقدست أسماؤك ، بم ينجو عبادك يوم القيامة من عذابك ؟ فقال سبحانه وتعالى : من قال بعد الغداة والعشي : سبحان الأبدي الأبد ، سبحان الواحد الأحد ، سبحان الفرد الصمد ، سبحان رافع السماء بلاعمد ، سبحان من بسط الأرض على ماء جمد ، سبحان من خلق الخلق فأحصاهم عدد ، سبحان من قسم الرزق ولم ينس أحد ، سبحان الذي لم يتخذ صاحبة ولا ولد ، سبحان الذي لم يلد ولم يولد ولم يكن له كفوا أحد نجا من عذابي اهـ ط (قوله على رجله اليمنى الخ) فيه أن هذا مخالف للسنة اهـ ح أي لصحة الحديث في النهي عنه

ثم قام على رجله اليسرى ووضع اليمنى على ظهرها حتى ختم القرآن ، فلما سلم بكى وناجى ربه وقال : إلهى ماعبدك هذا العبد الضعيف حق عبادتك لكن عرفك حق معرفتك ، فهب نقصان خدمته لكمال معرفته ، فهتف هاتف من جانب البيت : ياأبا حنيفة قد عرفتنا حق المعرفة وخدمتنا فأحسنت الخدمة ، قد غفرنا لك ولمن اتبعك ممن كان على مذهبك إلى يوم القيامة .

وقيل لأبى حنيفة : بم بلغت مابلغت ؟ قال : مابخلت بالإفادة ، وما استنكفت عن الاستفادة .

قال مسافر بن كرام : من جعل أبا حنيفة بينه وبين الله رجوت أن لايخاف . وقال فيه :

حسبى من الخيرات ماأعددته ... يوم القيامة فى رضـا الرحمن
دين النبى محمد خير الورى ... ثم اعتقادى مذهب النعمان

وعنه عليه الصلاة والسلام « إن آدم افتخر بى وأنا أفتخر برجل من أمتى اسمه نعمان وكنيته أبو حنيفة ، هو سراج أمتى » وعنه عليه الصلاة والسلام « إن سائر الأنبياء يفتخرون بى وأنا أفتخر بأبى حنيفة ، من أحبه فقد أحبنى ، ومن أبغضه فقد أبغضنى » كذا فى التقدمة شرح مقدمة أبى الليث . قال فى الضياء المعنوى :

وأجاب الشرنبلالى بحمله على التراوح ؛ فإنه أفضل من نصب القدمين ؛ وتفسير التراوح : أن يعتمد المصلى على قدم مرة وعلى الأخرى مرة أخرى : أى مع وضع القدمين على الأرض بدون رفع إحداهما لكن يبعده قوله ووضع اليسرى على ظهرها الخ . أفادة ط . وقد يقال : للإمام رضى الله تعالى عنه مقصد حسن ؛ فى ذلك نفى الكراهة عنه كما قالوا يكره أن يصلى الرجل حاسرا عن رأسه ؛ لكن إذا قصد التذلل فلا كراهة . ثم رأيت بعض العلماء أجاب بذلك فقال : إنما فعل ذلك مجاهدة لنفسه ؛ وليس يبعد أن يكون غرض مجاهدة النفس بذلك ممن لم يختل منه خشوعه مانعا للكراهة اهـ (قوله حق عبادتك) من إضافة الصفة للموصوف : أى عبادتك الحقة التى تليق بجلالك بل هى بقدر ما فى وسعه ط (قوله لكن عرفك) استدراك على ما يتوهم من أن عدم عبادته حق العبادة نشأ من عدم المعرفة ؛ والمراد أنه عرفه بصفاته الدالة على كبريائه ومجده ؛ واستحقاقه دوام مشاهدته ، ومراقبته ، وليس المراد معرفة كنه الذات والصفات فإنه من المستحيلات ط (قوله فهب) من الهبة : وهى العطية ؛ يقول وهبت له : أى أعط نقصان الخدمة لكمال المعرفة أى شفع هذا بهذا كما فى هب مسيئنا لمحسننا (قوله ولمن اتبعك) أى فى الخدمة والمعرفة أو فيما أدى إليه اجتهادك من الأوامر والنواهى ؛ ولم يزغ عنها لا بمجرد التقليد (قوله إلى يوم القيامة) متعلق بكان التامة أو باتبعك (قوله وقيل لأبى حنيفة) ذكر فى التعليم هذه العبارة عن أبى يوسف ؛ ثم قال : قيل لأبى حنيفة رضى الله تعالى عنه : بم أدركت العلم ؟ قال : إنما أدركت العلم بالحمد والشكر ؛ وكلما فهمت ووقفت على فقه وحكمة قلت الحمد لله فازداد علمى ط (قوله وما استنكفت) أى أنفت وامتنعت (قوله مسافر بن كرام) الذى رأيته فى مواضع متعددة : مسعر بن كدام بكسر أولهما وكدام بالدال (قوله رجوت أن لا يخاف) لأنه قلد إماما عالما صحيح الاجتهاد سالم الاعتقاد ؛ ومن قلد عالما لقى الله سالما ؛ وتمام كلام مسعر : وأن لا يكون فرط فى الاحتياط لنفسه (قوله وقال) أى مسعر ؛ لكن ذكر فى المقدمة الغزنوية هذين البيتين وأنه أنشدهما أبو يوسف أفاده ط (قوله حسبى) أى كاف مبتدأ خبره قوله ماأعددته : أى هيأته ؛ ويوم القيامة متعلق بحسبى أو بأعددته أو برضا وفى للسببية ودين بدل من ما (قوله وأنا أفتخر الخ) الفخر والافتخار التمدح بالخصال : أى يذكر من جملة نعم الله تعالى عليه أن جعل من أتباعه هذا الرجل الذى شيد بنيان الدين بعد انقراض الصحابة وأكثر التابعين ؛ وتبعه ما لا يحصى من الأمة ؛ وسبق فى الاجتهاد وتدوين الفقه من بعده من الأئمة ، وأعانهم بأصحابه وفوائده الجمة على استنباط الأحكام المهمة (قوله الضياء المعنوى)

وقول ابن الجوزى إنه موضوع تعصب ، لأنه روى بطرق مختلفة .

وروى الجرجانى فى مناقبه بسنده لسهل بن عبد الله التسترى أنه قال « لو كان فى أمتى موسى وعيسى مثل أبى حنيفة لما تهوّدوا ولما تنصروا »

هو شرح مقدمة الغزنوى للقاضى أبى البقاء بن الضياء المكى (قوله وقول ابن الجوزى) أى ناقلا عن الخطيب البغدادى (قوله لأنه روى بطرق مختلفة) بسطها العلامة طاش كبرى ؛ فيشعر بأن له أصلا ؛ فلا أقل من أن يكون ضعيفا فيقبل ؛ إذ لم يترتب عليه إثبات حكم شرعى ؛ ولا شك فى تحقق معناه فى الإمام فإنه سراج يستضاء بنور علمه ويهتدى بثاقب فهمه ؛ لكن قال بعض العلماء : إنه قد أقر ابن الجوزى على عده هذه الأخبار فى الموضوعات الحافظ الذهبى والحافظ السيوطى والحافظ ابن حجر العسقلانى والحافظ الذين انتهت إليه رئاسة مذهب أبى حنيفة فى زمنه الشيخ قاسم الحنفى ؛ ومن ثم لم يورد شيئا منها أئمة الحديث الذين صنفوا فى مناقب هذا الإمام كالطحاوى وصاحب طبقات الحنفية محيى الدين القرشى وآخرين متقنين ثقات أثبات نقادلهم اطلاع كثيرا هـ . وقال العلامة ابن حجر المكى فى الخيرات الحسان فى ترجمة أبى حنيفة النعمان : ومن اطلع على ما يأتى فى هذا الكتاب من أحوال أبى حنيفة وكراماته وأخلاقه وسيرته علم أنه غنى عن أن يستشهد على فضله بخبر موضوع .

قال : ومما يصلح للاستدلال به على عظيم شأن أبى حنيفة ماروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال « ترفع زينة الدنيا سنة خمسين ومائة » ومن ثم قال شمس الأئمة الكردى : إن هذا الحديث محمول على أبى حنيفة لأنه مات تلك السنة اهـ .

وقال أيضا : وقد وردت أحاديث صحيحة تشير إلى فضله : منها قوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه الشيخان عن أبى هريرة والطبرانى عن ابن مسعود أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لو كان الإيمان عند الثريا لتناوله رجال من أبناء فارس » ورواه أبو نعيم عن أبى هريرة والشيرازى والطبرانى عن قيس بن سعد بن عبادة بلفظ أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لو كان العلم معلقا عند الثريا لتناوله رجال من أبناء فارس » ولفظ الطبرانى عن قيس « لا تناله العرب لناله رجال من أبناء فارس » وفى رواية مسلم عن أبى هريرة « لو كان الإيمان عند الثريا لذهب به رجل من أبناء فارس حتى يتناوله » وفى رواية للشيخين عن أبى هريرة « والذى نفسى بيده لو كان الدين معلقا بالثريا لتناوله رجل من فارس » وليس المراد بفارس البلاد المعروفة ؛ بل جنس من العجم وهم الفرس ؛ لخبر الديلمى « خير العجم فارس » وقد كان جد أبى حنيفة من فارس على ما عليه الأكثرون . قال الحافظ السيوطى : هذا الحديث الذى رواه الشيخان أصل صحيح يعتمد عليه فى الإشارة لأبى حنيفة ؛ وهو متفق على صحته ، وبه يستغنى عما ذكره أصحاب المناقب ممن ليس له دراية فى علم الحديث ؛ فإن فى سنده كذابين ووضاعين اهـ ملخصا .

وفى حاشية الشبراملسى على المواهب عن العلامة الشامى تلميذ الحافظ السيوطى قال : ما جزم به شيخنا من أن أبا حنيفة هو المراد من هذا الحديث ظاهر لا شك فيه لأنه لم يبلغ من أبناء فارس فى العلم مبلغه أحد اهـ (قوله التسترى) إمام عظيم رضى الله عنه ؛ كان يقول : إنى لأعهد الميثاق الذى أخذه الله تعالى على فى عالم الذر ؛ وإنى لأرعى أولادى من هذا الوقت إلى أن أخرجهم الله إلى عالم الشهود والظهور (قوله لما تهودوا الخ) أى لما داموا على دينهم الباطل واعتقادهم العاطل ؛ ولم يقبلوا ما أدخله عليهم علماؤهم من الدسائس فأعوجهم عما

ومناقبه أكثر من أن تحصى ، وصنف فيها سبط بن الجوزى مجلدين كبيرين ، وسماه الانتصار لإمام أئمة الأمصار ١

جاء به نبينا من النفائس ؛ فإنهم لم يقبلوا ذلك إلا لعقلهم الفاسد ؛ ورأيهم الكاسد ؛ فلو كان فيهم مثله غزير العلم ، ثاقب الفهم ، قائما بالصدق ؛ عارفا بالحق ؛ لرد جميع ذلك ؛ وأنقذهم من المهالك ؛ قبل غلوهم وتمكن الشبه فى عقولهم ؛ فإن كونه واحدا منهم يكون لكلامه أقبل ؛ فإن الجنس إلى الجنس أميل ؛ فلا يلزم تفضيله على نبينا المكرم صلى الله عليه وسلم ؛ فافهم (قوله ومناقبه أكثر من أن تحصى) هذا من مشكل التراكيب فإن ظاهره تفضيل الشىء فى الأكثرية على الإحصاء ولا معنى له ؛ ونظائره كثيرة قل من يتنبه لإشكالها ؛ ووجه بأوجه متعددة بينتها فى رسالتى المسماة بالفوائد العجيبة فى إعراب الكلمات الغربية ؛ أحسنها ماذكره الرضى أنه ليس المراد التفضيل بل المراد البعد عن الكثرة ؛ فمن متعلقة بأفعل التفضيل بمعنى تجاوز وباين بلا تفضيل (قوله سبط) قيل الأسباط الأولاد خاصة ؛ وقيل أولاد الأولاد ؛ وقيل أولاد البنات نهاية الحديث والمشهور الثالث (قوله وسماه الانتصار) إنما سماه بذلك لأن الإمام رضى الله عنه لما شاعت فضائله وعمت الخافقين فواضله ؛ ١ جرت عليه العادة القديمة من إطلاق ألسنة الحاسدين فيه حتى طعنوا فى اجتهاده وعقيدته بما هو مبرأ منه قطعا لقصد أن يطفئوا نور الله ويأبى الله إلا أن يتم نوره ؛ كما تكلم بعضهم فى مالك ؛ وبعضهم فى الشافعى ؛ وبعضهم فى أحمد ؛ بل قد تكلمت فرقة فى أبى بكر وعمر ؛ وفرقة فى عثمان وعلى ؛ وفرقة كفرت كل الصحابة :

ومن ذا الذى ينجو من الناس سالما ... وللناس قال بالظنون وقيل

وممن انتصر للإمام رحمه الله تعالى العلامة السيوطى فى كتاب سماه تبييض الصحيفة والعلامة ابن حجر فى كتاب سماه الخيرات الحسان ؛ والعلامة يوسف بن عبد الهادى الحنبلى فى مجلد كبير سماه تنوير الصحيفة ؛ وذكر فيه عن ابن عبد البر : لا تتكلم فى أبى حنيفة بسوء ولا تصدقن أحدا يسىء القول فيه ؛ فإنى والله مارأيت أفضل ولا أورع ولا أفقه منه ؛ ثم قال : ولا يغتر أحد بكلام الخطيب ؛ فإن عنده العصبية الزائدة على جماعة ١ من العلماء كأبى حنيفة والإمام أحمد وبعض أصحابه ؛ وتحامل عليهم بكل وجه ؛ وصنف فيه بعضهم السهم المصيب فى كبد الخطيب .

وأما ابن الجوزى فإنه تابع الخطيب ؛ وقد عجب سبطه منه حيث قال فى مرآة الزمان : وليس العجب من الخطيب فإنه طعن فى جماعة من العلماء ؛ وإنما العجب من الجد كيف سلك أسلوبه وجاء بما هو أعظم . قال : ومن المتعصبين على أبى حنيفة الدارقطنى وأبو نعيم ؛ فإنه لم يذكره فى الحلية وذكر من دونه فى العلم والزهد اه .

وممن انتصر له العارف الشعرانى فى الميزان بما يعين مطالعته قال فى الخيرات الحسان : وبفرض صحة ماذكره الخطيب من القدح عن قائله فلا يعتد به ؛ فإنه إن كان من غير أقران الإمام فهو مقلد لما قاله أو كتبه أعداؤه ١ أو من أقرانه فكذلك ، لأن قول الأقران بعضهم فى بعض غير مقبول كما صرح به الذهبى والعسقلانى ؛ قالا ولا سيما إذا لاح أنه لعداوة أو لمذهب ؛ إذ الحسد لا ينجو منه إلا من عصمه الله تعالى . قال الذهبى : وماعلمت أن عصرا سلم أهله من ذلك إلا عصر النبيين عليهم الصلاة والسلام والصديقين . وقال التاج السبكى . ينبغى لك أيها المسترشد أن تسلك سبيل الأدب مع الأئمة الماضين ، ولا تنظر إلى كلام بعضهم فى بعض إلا إذا أتى ببرهان واضح :

ثم إن قدرت على التأويل وتحسين الظن فدونك ، وإلا فاضرب صفحا ، فإياك ثم إياك أن تصغى إلى ما اتفق بين أبى حنيفة وسفيان الثورى ، أو بين مالك وابن أبى ذئب ، أو بين أحمد بن صالح والنسائى ، أو بين أحمد

وصنف غيره أكثر من ذلك :
والحاصل أن أبا حنيفة النعمان من أعظم معجزات المصطفى

والحرث المحاسبي ، وذكر كلام كثيرين من نظراء مالك فيه ، وكلام ابن معين فى الشافعي . قال : وما مثل من تكلم فيهما وفى نظائرهما إلا كما قال الحسن بن هانئ :

ياناطح الجبـل العالى ليكلمه أشفق على الرأس لاتشفق على الجبل

اه ملخصا . وقد أطال فى ذلك وفى ذكر من أثنى على الإمام من أئمة السلف وممن بعدهم ، وما نقلوه من سعة علمه وفهمه وزهده وورعه وعبادته واحتياطه وخوفه ، وغير ذلك مما يستدعى مؤلفات ، وما ينسب إلى الإمام الغزالى يردّه ماذكره فى إحيائه المتواتر عنه حيث ترجم الأئمة الأربعة وقال : وأما أبو حنيفة فلقد كان أيضا عابدا زاهدا عارفا بالله تعالى ، خائفا منه ، مريدا وجه الله تعالى بعلمه الخ .

أقول : ولا عجب من تكلم السلف فى بعضهم كما وقع للصحابة ، لأنهم كانوا مجتهدين فينكر بعضهم على من خالف الآخر سيما إذا قام عنده مايدل له على خطإ غيره ، فليس قصدهم إلا الانتصار للدين لا لأنفسهم . وإنما العجب ممن يدعى العلم فى زماننا ومأكله ومشربه وملبسه وعقوده وأنكحته وكثير من تعبداته يقلد فيها الإمام الأعظم ثم يطعن فيه وفى أصحابه ، وليس مثله إلا كمثل ذبابة وقعت تحت ذنب جواد ٍ حالة كرّه وفرّه وليت شعرى لأى شيء يصدّق ماقيل فى أبى حنيفة ولا يصدق ماقيل فى إمام مذهبه ، ولم لايقلد إمام مذهبه فى أدبه مع هذا الإمام الجليل ؟ فقد نقل العلماء ثناء الأئمة الثلاثة على أبى حنيفة وتأدبهم معه ولا سيما الإمام الشافعى رضى الله تعالى عنه ، والكامل لايصدر منه إلا الكمال ، والناقص بضده . ويكفى المعترض حرمانه بركة من يعترض عليه ، أعاذنا الله من ذلك ، وأدامنا على حب سائر الأئمة المجتهدين وجميع عباده الصالحين ، وحشرنا فى زمرتهم يوم الدين .

ومما روى من تأدبه معه أنه قال : إنى لأتبرك بأبى حنيفة وأجيء إلى قبره ، فإذا عرضت لى حاجة صليت ركعتين وسألت الله تعالى عند قبره فتقضى سريعاً .

وذكر بعض من كتب على المنهاج أن الشافعي صلى الصبح عند قبره فلم يقنت ، فقيل له لم ؟ قال : تأدبا مع صاحب هذا القبر . وزاد غيره أنه لم يجهر بالبسملة .

وأجابوا عن ذلك بأنه قد يعرض للسنة مايرجح تركها عند الاحتياج إليه كرغم أنف حاسد ، وتعليم جاهل ولا شك أن أبا حنيفة كان له حساد كثيرون ، والبيان بالفعل أظهر منه بالقول ، فما فعله الشافعي رضى الله تعالى عنه أفضل من فعل القنوت والجهر .

أقول : ولا يخفى عليك أن ذلك الطاعن الأحمق طاعن فى إمام مذهبه ، ولذا قال فى الميزان : سمعت سيدى عليا الخواص رحمه الله تعالى مراراً يقول : يتعين على أتباع الأئمة أن يعظموا كل من ملحه إمامهم ، لأن إمام المذهب إذا مدح عالما وجب على جميع أتباعه أن يمدحوه تقليداً لإمامهم ، وأن ينزهوه عن القول فى دين الله بالرأى : وقال أيضا لو أنصف المقلدون للإمام مالك والشافعى لم يضعف أحد منهم قولا من أقوال أبى حنيفة بعد أن سمعوا مدح أئمتهم له ، ولو لم يكن من التنويه برفعة مقامه إلا كون الإمام الشافعى رضى الله تعالى عنه ترك القنوت فى الصبح لما صلى عند قبره لكان فيه كفاية فى لزوم أدب مقلديه معه اه (قوله وصنف غيره) كالإمام الطحاوى والحافظ الذهبى والكردرى وغيرهم ممن قدمناهم (قوله من أعظم معجزات الخ) لأنه صلى الله عليه وسلم

بعد القرآن ، وحسبك من مناقبه اشتهار مذهبه ماقال قولا إلا أخذ به إمام من الأئمة الأعلام ، وقد جعل الله الحكم لأصحابه وأتباعه من زمنه إلى هذه الأيام ، إلى أن يحكم بمذهبه عيسى عليه السلام ،

قد أخبر به قبل وجوده بالأحاديث الصحيحة التي قدمناها ، فإنها محمولة عليه بلا شك كما قدمناه عن الشامي صاحب السيرة وشيخه السيوطي ، كما حمل حديث « لاتسبوا قريشاً فإن عالمها يملأ الأرض علما » على الإمام الشافعي ، لكن حمله بعضهم على ابن عباس رضي الله تعالى عنه ، وهو حقيق بذلك ، فإنه حبر الأمة وترجمان القرآن ، وكما حمل حديث « يوشك أن يضرب الناس أكباد الإبل يطلبون العلم فلا يجدون أعلم من عالم المدينة » على الإمام مالك ، لكنه محتمل لغيره من علماء المدينة المنفردين في زمنهم ، بخلاف تلك الأحاديث فإنها ليس لها محمل إلا أبو حنيفة وأصحابه كما أفاده ط .

وأما سلمان الفارسي رضي الله تعالى عنه فهو وإن كان أفضل من أبي حنيفة من حيث الصحبة ، فلم يكن في العلم والاجتهاد ونشر الدين وتدوين أحكامه كأبي حنيفة ، وقد يوجد في المفضول مالا يوجد في الفاضل ؛ وسمى ذلك معجزة بناء على أن المراد بالتحدي في تعريف المعجزة هو دعوى الرسالة وهو قول المحققين كما في المواهب وقيل المراد به طلب المعارضة والمقابلة ، وعليه فذلك كرامة لامعجزة ، فافهم (قوله بعد القرآن) متعلق بأعظم أي لأنه أعظم المعجزات على الإطلاق ، لأنه معجزة مستمرة دائمة الإعجاز وقيد بذلك وإن عبر بمن التبعيضية لئلا يتوهم مساواة هذه المعجزة لتلك ، فإن المشاركة في الأعظمية تصدق بالمساواة ، فتدبر (قوله اشتهار مذهبه) أي في عامة بلاد الإسلام ، بل في كثير من الأقاليم والبلاد لايعرف إلا مذهبه ؛ كبلاد الروم والهند والسند وما وراء النهر وسمرقند :

وقد نقل أن فيها تربة المحمدين ، دفن فيها نحو من أربعمائة نفس كل منهم يقال له محمد ، صنف وأفتى وأخذ عنه الجم الغفير . ولما مات صاحب الهداية منعوا دفنه بها فدفن بقربها . وروى أنه نقل مذهبه نحو من أربعة آلاف نفر ، ولابد أن يكون لكل أصحاب وهلم جرا .

وقال ابن حجر : قال بعض الأئمة لم يظهر لأحد من أئمة الإسلام المشهورين مثل ماظهر لأبي حنيفة من الأصحاب والتلاميذ ، ولم ينتفع العلماء وجميع الناس بمثل ماانتفعوا به وبأصحابه ، في تفسير الأحاديث المشتبهة ، والمسائل المستنبطة ، والنوازل والقضايا والأحكام ، جزاهم الله تعالى الخير التام . وقد ذكر منهم بعض المتأخرين المحدثين في ترجمته ثمانمائة مع ضبط أسمائهم ونسبهم بما يطول ذكره اهـ (قوله قولا) أي سواء ثبت عليه أو رجع عنه ط (قوله إلا أخذ به إمام) أي من أصحابه تبعاً له ، فإن أقوالهم مروية عنه كما سيأتي ، أو من غيرهم من المجتهدين موافقة في اجتهاده ، لأن المجتهد لايقلد مجتهدا أفاده ط (قوله من زمنه إلى هذه الأيام) فالدولة العباسية وإن كان مذهبهم مذهب جدهم ، فأكثر قضاتها ومشايخ إسلامها حنفية ، يظهر ذلك لمن تصفح كتب التواريخ وكان مدة ملكهم خمسمائة سنة تقريباً .

وأما الملوك السلجوقيون وبعدهم الخوارزميون فكلهم حنفيون وقضاة ممالكهم غالبها حنفية .

وأما ملوك زماننا سلاطين آل عثمان ، أيد الله تعالى دولتهم ماكر الجديدان فمن تاريخ تسعمائة إلى يومنا هذا لايولون القضاء وسائر مناصبهم إلا للحنفية قاله بعض الفضلاء ، وليس في كلام الشارح ادعاء التخصيص في جميع الأماكن والأزمان ، حتى يرد أن القضاء بمصر كان مختصاً بمذهب الإمام الشافعي إلى زمن الظاهر بيبرس البندقداري فافهم (قوله إلى أن يحكم بمذهبه عيسى عليه السلام) تبع فيه القهستاني ، وكأنه أخذه مما ذكره أهل

وهذا يدل على أمر عظيم اختص به من بين سائر العلماء العظام، كيف لا وهو كالصدّيق رضي الله عنه، له أجره وأجر

الكشف أن مذهبه آخر المذاهب انقطاعا فقد قال الإمام الشعراني في الميزان مانصه : قد تقدم أن الله تعالى لما منّ عليّ بالاطلاع على عين الشريعة رأيت المذاهب كلها متصلة بها ، ورأيت مذاهب الأئمة الأربعة تجرى جداولها كلها ، ورأيت جميع المذاهب التي اندرست قد استحالت حجارة ، ورأيت أطول الأئمة جدولا الإمام أبا حنيفة ويليه الإمام مالك ، ويليه الإمام الشافعي ، ويليه الإمام أحمد ، وأقصرهم جدولا الإمام داود ، وقد انقرض في القرن الخامس ، فأولت ذلك بطول زمن العمل بمذاهبهم وقصره فكما كان مذهب الإمام أبي حنيفة أول المذاهب المدونة فكذلك يكون آخرها انقراضاً ، وبذلك قال أهل الكشف اه لكن لادليل في ذلك ، على أن نبي الله عيسى على نبينا وعليه الصلاة والسلام يحكم بمذهب أبي حنيفة وإن كان العلماء موجودين في زمنه فلابد له من دليل ، ولهذا قال الحافظ السيوطي في رسالة سماها الإعلام ماحاصله : إن مايقال إنه يحكم بمذهب من المذاهب الأربعة باطل لاأصل له ، وكيف يظن بنبي أنه يقلد مجتهدا مع أن المجتهد من آحاد هذه الأئمة لايجوز له التقليد ، وإنما يحكم بالاجتهاد ، أو بما كان يعلمه قبل من شريعتنا بالوحي ، أو بما تعلمه منها وهو في السماء ، أو أنه ينظر في القرآن فيفهم منه كما كان يفهم نبينا عليه الصلاة والسلام اه واقتصر السبكي على الأخير .

وذكر منلا على القاري أن الحافظ ابن حجر العسقلاني سئل هل ينزل عيسى عليه السلام حافظا للقرآن والسنة أو يتلقاهما عن علماء ذلك الزمان ؟ فأجاب : لم ينقل في ذلك شيء صريح ؛ والذي يليق بمقامه عليه الصلاة والسلام أنه يتلقى ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيحكم في أمته كما تلقاه منه لأنه في الحقيقة خليفة نه اه

وما يقال إن الإمام المهدي يقلد أباحنيفة ، رده منلا على القاري في رسالته المشرب الوردي في مذهب المهدي وقرر فيها أنه مجتهد مطلق ، وردّ فيها ماوضعه بعض الكذابين من قصة طويلة . حاصلها : أن الخضر عليه السلام تعلم من أبي حنيفة الأحكام الشرعية ، ثم علمها للإمام أبي القاسم القشيري ، وأن القشيري صنف فيها كتبا وضعها في صندوق ، وأمر بعض مريديه بإلقائه في جيحون ، وأن عيسى عليه السلام بعد نزوله يخرجه من جيحون ويحكم بما فيه ؛ وهذا كلام باطل لاأصل له ، ولا تجوز حكايته إلا لردّه كما أوضحه ط وأطال في رده وإبطاله فراجعه (قوله وهذا) أي ماتقدم من الأحاديث ، ومن كثرة المناقب ، ومن كون الحكم لأصحابه وأتباعه ط (قوله سائر) بمعنى باقي أو جميع على خلاف بسطه في درة الغواص (قوله كيف لا) أي كيف لايختص بأمر عظيم (قوله وهو كالصدّيق) وجه الشبه أن كلا منهما ابتدأ أمراً لم يسبق إليه ، فأبو بكر رضي الله عنه ابتدأ جمع القرآن بعد وفاته صلى الله عليه وسلم بمشورة عمر ، وأبو حنيفة ابتدأ تدوين الفقه كما قدمناه ، أو أن أبا بكر أول من آمن من الرجال وفتح باب التصديق كذا في حواشي الأشباه . قال شيخنا البعلي في شرحه عليها : والأول أولى ، لأن وجه الشبه به أتم ، وقول من قال الثاني ، هو الظاهر لأن القرآن بعد ماجمع لايتصور جمعه غير ظاهر ، فإنه قد جمع ثانياً والجامع له عثمان رضي الله تعالى عنه ، فإن الصديق رضي الله تعالى عنه لم يجمعه في المصاحف وجمعه عثمان كما هو معلوم اه تأمل (قوله له) أي للإمام أجره : أي أجر عمل نفسه ، وهو تدوين الفقه واستخراج فروعه ط (قوله وأجر) أي ومثل أجر من دون الفقه : أي جمعه ، وأصله من التدوين : أي جعله في الديوان ، وهو بكسر وفتح اسم لما يكتب فيه أسماء الجيش للعطاء ، وأول من أحدثه عمر رضي الله عنه ، ثم أريد به مطلق الكتب مجازا أو منقولا اصطلاحياً ، وقوله وألفه عطف على دونه من عطف الخاص على العام اه بعلي : أي لأن التأليف جمع على وجه الألفة .

من دوّن الفقه وألفه وفرع أحكامه على أصوله العظام ، إلى يوم الحشر والقيام :

وقد اتبعه على مذهبه كثير من الأولياء الكرام ، ممن اتصف بثبات المجاهدة ، وركض فى ميدان المشاهدة ، كإبراهيم بن أدهم ، وشقيق البلخى ، ومعروف الكرخى ، وأبى يزيد البسطامى ، وفضيل بن عياض ، وداود الطائى ،

[تنبيه] ورد فى الصحيح أنه « لاتقتل نفس ظلما إلا كان على ابن آدم الأول كفل منها ، ومن سن سنة حسنة كان له أجرها وأجر من عمل بها إلى يوم القيامة من غير أن ينقص من أجورهم شيء ، ومن سن سنة سيئة كان عليه وزرها ووزر من عمل بها إلى يوم القيامة من غير أن ينقص من أوزارهم شيء ، ومن دل على خير فله مثل أجر فاعله الحديث » قال العلماء : هذه الأحاديث من قواعد الإسلام ، وهو أن كل من ابتدع شيئاً من الشر كان عليه وزر من اقتدى به فى ذلك فعمل مثل عمله إلى يوم القيامة ، وكل من ابتدع شيئاً من الخير كان له مثل أجر كل من يعمل به إلى يوم القيامة ، وتمامه فى آخر عمدة المريد للقانى (قوله إلى يوم الحشر) تنازع فيه كل من دوّن وألف وفرع (قوله وقد اتبعه) عطف على قوله وهو كالصديق : أى كيف لايختص وقد اتبعه الخ والإتباع تقليده فيما قاله ط (قوله من الأولياء) متعلق بمحذوف صفة لكثير للبيان ، والولى فعيل بمعنى الفاعل ؛ وهو من توالت طاعته من غير أن يتخللها عصيان ، وبمعنى المفعول ، فهو من يتوالى عليه إحسان الله تعالى وإفضاله تعريفات السيد ولابد من تحقق الوصفين حتى يكون ولياً فى نفس الأمر ، فيشترط فيه كونه محفوظا كما يشترط فى النبى كونه معصوما كما فى رسالة الإمام القشيرى (قوله ممن اتصف) بدل من قوله من الأولياء أو حال (قوله بثبات المجاهدة) من إضافة الصفة إلى موصوفها : أى المجاهدة الثابتة أى الدائمة . والمجاهدة لغة : المحاربة . وفى الشرع : محاربة النفس الأمارة بالسوء بتحملها مايشق عليها مما هو مطلوب فى الشرع تعريفات ، وقد ورد تسمية ذلك بالجهاد الأكبر كما فى الإحياء . قال العراقى : رواه البيهقى بسند ضعيف عن جابر ، ورواه الخطيب فى تاريخه عن جابر بلفظ : قدم النبى صلى الله عليه وسلم من غزاة فقال عليه الصلاة والسلام قدمتم خير مقدم وقدمتم من الجهاد الأصغر إلى الجهاد الأكبر ، قالوا : وما الجهاد الأكبر ؟ قال : مجاهدة العبد هواه » اه (قوله المشاهدة) أى مشاهدة الحق تعالى بآثاره (قوله كإبراهيم بن أدهم) بن منصور البلخى . كان من أبناء الملوك ، خرج متصيدا فهتف به هاتف : ألهذا خلقت ؟ فنزل عن دابته وأخذ جبة راع وسار حتى دخل مكة ثم أتى الشام ومات بها كذا فى رسالة القشيرى (قوله وشقيق البلخى) بن إبراهيم الزاهد العابد المشهور . صحب أبا يوسف القاضى ، وقرأ عليه كتاب الصلاة ، ذكره أبو الليث فى المقدمة ؛ وهو أستاذ حاتم الأصم ، وصحب إبراهيم بن أدهم ، مات شهيداً سنة ١٩٤ تميمى (قوله ومعروف الكرخى) بن فيروز ، من المشايخ الكبار ، مجاب الدعوة ، يستسقى بقبره وهو أستاذ السرى السقطى مات سنة ٢٠٠ (قوله وأبى يزيد البسطامى) شيخ المشايخ ، وذو القدم الراسخ ، واسمه طيفور بن عيسى : كان جده مجوسياً وأسلم ، مات سنة ١٦١ (قوله وفضيل بن عياض) الخراسانى : روى أنه كان يقطع الطريق ، وأنه عشق جارية وارتقى جداراً لها ، فسمع تالياً يتلو — ألم يأن للذين آمنوا أن تخشع قلوبهم — فتاب ورجع ، فوزد مكة وجاور بها الحرم ، ومات بها سنة ١٨٧ رسالة القشيرى :

وذكر الصيمرى أنه أخذ الفقه عن أبى حنيفة : وروى عنه الشافعى ، فأخذ عن إمام عظيم ، وأخذ عنه إمام عظيم . وروى له إمامان عظيمان البخارى ومسلم ، وترجمه التيمى وغيره بترجمة حافلة (قوله وداود الطائى) هو ابن نصر بن نصير بن سليمان الكوفى الطائى ، العالم العامل ، الزاهد العابد ، أحد أصحاب الإمام ، كان ممن شغل نفسه بالعلم ودرس الفقه وغيره ، ثم اختار العزلة ولزم العبادة : قال محارب بن دثار : لو كان داود فى الأمم

وأبي حامد اللفاف ، وخلف بن أيوب ، وعبد الله بن المبارك ، ووكيع بن الجراح ، وأبي بكر الوراق ، وغيرهم ممن لايحصى لبعده أن يستقصى ، فلو وجدوا فيه شبهة مااتبعوه ، ولا اقتدوا به ولا وافقوه .

الماضية لقص الله تعالى علينا من خبره ، قال أبو نعيم : مات سنة ١٦٠ (قوله وأبي حامد اللفاف) هو أحمد بن خضرويه البلخي ، من كبار مشايخ خراسان ، مات سنة ٢٤٠ رسالة (قوله وخلف بن أيوب) من أصحاب محمد وزفر ، وتفقه على أبي يوسف أيضاً ، وأخذ الزهد عن إبراهيم بن أدهم ، وصحبه مدة . واختلف في وفاته ، والأصح أنه سنة ٢١٥ كما ذكره التميمي : وروى عنه أنه قال : صار العلم من الله إلى محمد صلى الله عليه وسلم ، ثم صار إلى الصحابة رضى الله تعالى عنهم ، ثم صار إلى التابعين ، ثم صار إلى أبي حنيفة ، فمن شاء فليرض ومن شاء فليسخط (قوله وعبد الله بن المبارك) الزاهد الفقيه المحدث ، أحد الأئمة ، جمع الفقه والأدب والنحو واللغة والفصاحة والورع والعبادة ، وصنف الكتب الكثيرة . قال الذهبي : هو أحد أركان هذه الأمة في العلم والحديث والزهد ، وأحد شيوخ الإمام أحمد . أخذ عن أبي حنيفة ، ومدحه في مواضع كثيرة ، وشهد له الأئمة ، مات سنة ١٨١ وترجمه التميمي بترجمة حافلة ، وذكر من محاسن أخباره ما يأخذ بمجامع العقل . وله روايات كثيرة في فروع المذهب ذكرت في المطولات (قوله ووكيع بن الجراح) بن مليح بن عدى الكوفي ، شيخ الإسلام ، وأحد الأئمة الأعلام .

قال يحيى بن أكتم(١) : كان وكيع يصوم الدهر ، ويختم القرآن كل ليلة . وقال ابن معين : مارأيت أفضل منه قيل له : ولا ابن المبارك ؟ قال : كان لابن المبارك فضل ، ولكن مارأيت أفضل من وكيع ، كان يستقبل القبلة ويسرد الصوم ، ويفتي بقول أبي حنيفة ، وكان قد سمع منه شيئاً كثيرا . قال : وكان يحيى بن سعيد القطان يفتي بقوله أيضاً ، مات سنة ١٩٨ ، وهو من شيوخ الشافعي ، وأحمد تميمي (قوله وأبي بكر الوراق) هو محمد بن عمرو الترمذي . أقام ببلخ ، وصحب أحمد بن خضرويه ، وله تصانيف في الرياضات ، رسالة .

وفي طبقات التميمي : أحمد بن علي أبو بكر الوراق ذكره أبو الفرج محمد بن إسحاق في جملة أصحابنا بعد أن ذكر الكرخي ، فقال : وله من الكتب شرح مختصر الطحاوي ، وذكر في القنية أنه خرج حاجا فلما سار مرحلة قال لأصحابه ردوني ، ارتكبت سبعمائة كبيرة في مرحلة واحدة فردوه اه (قوله وغيرهم) كالإمام العارف المشهور بالزهد والورع والتقشف والتقلل حاتم الأصم ، أحد أتباع الإمام الأعظم ، له كلام مدون في الزهد والحكم .

سأله أحمد بن حنبل قال : أخبرني ياحاتم فيم التخلص من الناس ؟ فقال : ياأحمد في ثلاث خصال : أن تعطيهم مالك ولا تأخذ من مالهم شيئا ، وتقضى حقوقهم ولا تستقضي أحدا منهم حقا لك ، وتحتمل مكروههم ولا تكره أحدا منهم على شيء ، فأطرق أحمد ثم رفع رأسه فقال : ياحاتم إنها لشديدة ، فقال له حاتم : وليتك تسلم .

ومنهم ختم دائرة الولاية قطب الوجود سيدى محمد الشاذلي البكري الشهير بالحنفي ، الفقيه الواعظ أحد من صرفه الله تعالى في الكون ، ومكنه من الأحوال ، ونطق بالمغيبات ، وخرق له العوائد ، وقلب له الأعيان ، وترجمه بعضهم في مجلدين ، فقال العارف الشعراني : إنه لم يحط علما بمقامه حتى يتكلم عليه ، وإنما ذكر بعض أمور على طريق أرباب التواريخ توفى سنة ٨٤٧ (قوله لبعده) علة لقوله لايحصى ، وحذف من قبل قوله أن يستقصى لأمن اللبس ، وهو شائع مطرد : أي لا يمكن إحصاؤه لتباعده من طلب استقصائه : أي غايته ومنتهاه والتعبير

---

(١) قوله (يحيى بن أكتم) هكذا بخطه بالمثناة الفوقية ، والذى في القاموس : أكثم بالمثلثة اه .

وقد قال الأستاذ أبو القاسم القشيرى فى رسالته مع صلابته فى مذهبه وتقدمه فى هذه الطريقة: سمعت الأستاذ أبا علىّ الدقاق يقول : أنا أخذت هذه الطريقة من أبى القاسم النصراباذى . وقال أبو القاسم : أنا أخذتها من الشبلى ، وهو أخذها من السرىّ السقطى ، وهو من معروف الكرخى ، وهو من داود الطائى . وهو أخذ العلم والطريقة من أبى حنيفة ، وكل منهم أثنى عليه وأقر بفضله .

فعجباً لك ياأخى : ألم يكن لك أسوة حسنة فى هؤلاء السادات الكبار ؟ أكانوا متهمين فى هذا الإقرار والافتخار ، وهم أئمة هذه الطريقة ، وأرباب الشريعة والحقيقة ، ومن بعدهم

بقوله لايحصى أبلغ من قولنا لايعد ، لأن العد أن تعد فردا فردا ، والإحصاء يكون للجمل ، ولذا قال تعالى — وإن تعدوا نعمة الله لاتحصوها — معناه والله أعلم إن أردتم عدّها فلا تقدروا على إحصائها، فضلا عن العد كذا أفاده الإمام النسفى فى المستصفى (قوله أبو القاسم) تلك كنيته واسمه عبد الكريم بن هوازن الحافظ المفسر الفقيه ، النحوى اللغوى الأديب الكاتب القشيرى ، الشجاع البطل، لم ير مثل نفسه ، ولا رأى الراؤون مثله ، وإنه الجامع لأنواع المحاسن . ولد سنة ٣٧٧ وسمع الحديث من الحاكم وغيره. وروى عنه الخطيب وغيره ، وصنف التصانيف الشهيرة ، وتوفى سنة ٤٦٥ ط عن الزرقانى على المواهب (قوله فى رسالته) أى التى كتبها إلى جماعة الصوفية ببلدان الإسلام سنة ٤٣٧ هـ ، ذكر فيها مشايخ الطريقة وفسر ألفاظا تدور بينهم بعبارات أنيقة (قوله مع صلابته) أى قوته وتمكنه ط (قوله فى مذهبه) وهو مذهب الإمام الشافعى رضى الله تعالى عنه ، أو طريقة أهل الحقيقة ط (قوله سمعت الخ) مقول القول ، وأبو على هو الحسن بن على الدقاق . وأبو القاسم : هو إبراهيم بن محمد النصراباذى بالذال المعجمة شيخ خراسان ، جاور بمكة ، ومات بها سنة ٣٥٧ . والشبلى هو الإمام أبو بكر دلف الشبلى البغدادى المالكى المذهب ، صحب الجنيد ، مات سنة ٣٣٤ ، والسرى هو أبو الحسن بن مغلس السقطى خال الجنيد وأستاذه توفى سنة ٢٥٧ (قوله من أبى حنيفة) هو فارس هذا الميدان ، فإن مبنى علم الحقيقة على العلم والعمل وتصفية النفس ، وقد وصفه بذلك عامة السلف ، فقال أحمد بن حنبل فى حقه إنه كان من العلم والورع والزهد وإيثار الآخرة بمحل لايدركه أحد ، ولقد ضرب بالسياط ليلى القضاء فلم يفعل .

وقال عبد الله بن المبارك : ليس أحد أحق من أن يقتدى به من أبى حنيفة ، لأنه كان إماما تقيا نقيا ورعا عالما فقيها ، كشف العلم كشفا لم يكشفه أحد ببصر وفهم وفطنة وتقى.

وقال الثورى لمن قال له جئت من عند أبى حنيفة : لقد جئت من عند أعبد أهل الأرض ، وأمثال ذلك مما نقله ابن حجر وغيره من العلماء الأثبات (قوله فعجبا) هو مفعول مطلق: أى فأعجب منك عجبا وهذا الخطاب لمن أنكر فضله أو خالف قوله ط (قوله ألم يكن) استفهام تقريرى بما بعد النفى ، أو هو إنكارى بمعنى النفى كالذى بعده (قوله أسوة) بكسر الهمزة وضمها : أى قدوة (قوله فى هؤلاء) متعلق بأسوة ، وفى بمعنى الباء أو للظرفية المجازية على حد قوله تعالى — لقد كان لكم فى رسول الله أسوة حسنة — (قوله وهم أئمة هذه الطريقة الخ) فى رسالة الفتوحات للقاضى زكريا : الطريقة سلوك طريق الشريعة ، والشريعة : أعمال شرعية محدودة ، وهما والحقيقة ثلاثة متلازمة ، لأن الطريق إليه تعالى ظاهر وباطن ، فظاهرها الطريقة والشريعة ، وباطنها الحقيقة فبطون الحقيقة فى الشريعة ، والطريقة كبطون الزبد فى لبنه ، لايظفر بزبده بدون مخضه ، والمراد من الثلاثة إقامة العبودية على الوجه المراد من العبد اهـ ابن عبد الرزاق (قوله ومن بعدهم) أى من أتى بعد هؤلاء ، الأئمة فى الزمان سالكا فى هذا الأمر وهو علم الشريعة والحقيقة فهو تابع لهم ، إذ هم الأئمة فيه ، فيكون فخره باتصال

فى هذا الأمر فلهم تبع ، وكل ماخالف ما اعتمدوه مردود ومبتدع .

وبالجملة فليس أبو حنيفة فى زهده وورعه وعبادته وعلمه وفهمه بمشارك

ومما قال فيه ابن المبارك رضى الله عنه :

لقد زان البلاد ومن عليها إمام المسلمين أبو حنيفه
بأحكام وآثار وفقـــه كآيات الزبور على صحيفه

سنده بهذا الإمام كما كان ذلك فخر الأئمة المذكورين الذين افتخروا بذلك وتبعوه فى حقيقته ومشربه ؛ واقتدى كثير منهم بطريقته ومذهبه (قوله فلهم) متعلق بقوله تبع ؛ وهو بالتحريك بمعنى تابع خبر لمبتدأ محذوف والجملة خبر من ؛ ودخلت عليها الفاء لأن من فيها معنى العموم فأشبهت الشرطية (قوله وكل ما) أى كل رأى (قوله ما اعتمدوه) مَن الثناء عليه والافتخار به من حيث أخذ علم الحقيقة عنه (قوله ومبتدع) بالبناء للمفعول : أى محدث لم يسبق بنظير (قوله وبالجملة) أى وأقول قولا ملتبسا بالجملة : أى جملة ما يقال فى هذا المقام (قوله لقد زان البلاد الخ) من الزين : وهو ضد الشين ؛ يقال زانه وأزانه وزينه وأزينه كما فى القاموس ، والبلاد : جمع بلد ؛ كل قطعة من الأرض مستحيزة عامرة أو غامرة قاموس ومن عليها أهلها ؛ وقوله بأحكام متعلق بزان . ووجه ذلك أن استنباط الأحكام الشرعية وتلوينها وتعليمها للناس مسبب للعمل بها . ولا شك أن الانقياد للأحكام الشرعية وعمل الحكام بها والرعية زين للبلاد والعباد ؛ ينتظم به أمر المعاش والمعاد ، وبضده الجهل والفساد ؛ فإنه شين ودمار للديار والأعمار (قوله وآثار) جمع أثر . قال النووى فى شرح مسلم : الأثر عند المحدثين يعم المرفوع والموقوف كالخبر ؛ والمختار إطلاقه على المروى مطلقا ؛ سواء كان عن الصحابى أو المصطفى صلى الله عليه وسلم ؛ وخصه فقهاء خراسان بالموقوف على الصحابى والخبر بالمرفوع .

ولقد كان رحمة الله تعالى إماما فى ذلك ؛ فإنه رضى الله تعالى عنه أخذ الحديث عن أربعة آلاف شيخ من أئمة التابعين وغيرهم . ومن ثم ذكره الذهبى وغيره فى طبقات الحفاظ من المحدثين ؛ ومن زعم قلة اعتنائه بالحديث فهو إما لتساهله أو حسده إذ كيف يتأتى ممن هو كذلك استنباط مثل ما استنبطه من المسائل مع أنه أول من استنبط من الأدلة على الوجه المخصوص المعروف فى كتب أصحابه ؛ ولأجل اشتغاله بهذا الأهم لم يظهر حديثه فى الخارج ؛ كما أن أبا بكر وعمر رضى الله تعالى عنهما لما اشتغلا بمصالح المسلمين العامة لم يظهر عنهما من رواية الأحاديث مثل ما ظهر عن صغار الصحابة ؛ وكذلك مالك والشافعى لم يظهر عنهما مثل ما ظهر عمن تفرغ للرواية كأبى زرعة وابن معين لاشتغالهما بذلك الاستنباط ، على أن كثرة الرواية بلدون دراية ليس فيه كثير مدح بل عقد له ابن عبد البر بابا فى ذمه ثم قال : والذى عليه فقهاء جماعة المسلمين وعلمائهم ذم الإكثار من الحديث بلدون تفقه ولا تدبر . وقال ابن شبرمة : أقلل الرواية تتفقه . وقال ابن المبارك : ليكن الذى تعتمد عليه الأثر وخذ من الرأى ما يفسر لك الحديث .

ومن أعذار أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه ما يفيده قوله : لا ينبغى للرجل أن يحدث من الحديث إلا بما يحفظه يوم سمعه إلى يوم يحدث به ؛ فهو لا يرى الرواية إلا لمن حفظ .

وروى الخطيب عن إسرائيل بن يونس أنه قال : نعم الرجل النعمان ، ما كان أحفظه لكل حديث فيه فقه وأشد فحصه عنه ؛ وأعلمه بما فيه من الفقه ، وتمامه فى الخيرات الحسان لابن حجر (قوله وفقه) المراد به مايعم التوحيد، فإن الفقه كما عرفه الإمام معرفة النفس ما لها وما عليها ط (قوله كآيات الزبور) التشبيه فى الإيضاح

فما في المشرقين نظير ولا في المغربين ولا بكوفه
يبيت مشمرا سهر الليالي وصام نهاره لله خيفه
فمن كأبي حنيفة في علاه إمام للخليفة والخليفه
رأيت العائبين له سفاها خلاف الحق مع حجج ضعيفه
وكيف يحل أن يؤذى فقيه له في الأرض آثار شريفه

والبيان لا في الأحكام ؛ لأن الزبور مواعظ ويحتمل أنه تشبيه في الزينة ، والمعنى أنه زان ماذكر كما زينت النقوش الطروس ط (قوله فما في المشرقين الخ) المشرق محل الشروق : أي الطلوع والمغرب محل الغروب وثناهما أن كلا منهما واحد كما في قوله تعالى — رب المشرقين ورب المغربين — على إرادة مشرق الشتاء والصيف ومغربيهما قاله البيضاوي ، وقيل مشرق الشمس والفجر ومغرب الشمس والشفق ، أو مشرق الشمس والقمر ومغربيهما ؛ وجمعا في قوله تعالى — رب المشارق والمغارب — باعتبار الأقطار أو الأيام أو المنازل أفاده ط (قوله ولا بكوفه) خصها بالذكر مع أن المراد المشرقين والمغربين وما بينهما بقرينة المقام ؛ لأنها بلده ، أو لأنها من أعظم بلاد الإسلام يومئذ . قال في القاموس : الكوفة الرملة الحمرة(١) المستديرة أو كل رملة يخالطها حصباء ومدينة العراق الكبرى ؛ وقبة الإسلام ، ودار هجرة المسلمين ، مصرها سعد بن أبي وقاص رضي الله تعالى عنه ، وكانت منزل نوح وبني مسجدها ، سميت بذلك لاستدارتها واجتماع الناس بها ، ويقال لها كوفان ويفتح وكوفة الجند لأنها اختطت فيها خطط العرب أيام عثمان رضي الله تعالى عنه خططها السائب بن الأقرع الثقفي الخ (قوله يبيت مشمرا الخ) التشمير : الجد والتهيؤ قاموس ، وسهر فعل ماض والجملة حال على إضمار قد مثلها في قوله تعالى — أوجاءوكم حصرت صدورهم — أو صفة مشبهة ، والأولى أنسب بقوله ، وصام ولله متعلق بصام وخيفه مفعول لأجله ، وزاد في تنوير الصحيفة بعد هذا البيت بيتين وهما :

وصان لسانه عن كل إفك وما زالت جوارحه عفيفه
يعف عن المحارم والملاهي ومرضاة الإله له وظيفه

وننقل نبذة يسيرة شاهدة لهذه الأبيات عن ابن حجر : قال الحافظ الذهبي : قد تواتر قيامه بالليل وتهجده وتعبده ، أي ومن ثم كان يسمى الوتد لكثرة قيامه بالليل ، بل أحياه بقراءة القرآن في ركعة ثلاثين سنة ، وكان يسمع بكاؤه بالليل حتى يرحمه جيرانه .

ووقع رجل فيه عند ابن المبارك فقال : ويحك ، أتقع في رجل صلى خمسا وأربعين سنة الخمس صلوات بوضوء واحد ، وكان يجمع القرآن في ركعة ، ونظمت ما عندي من الفقه منه :

ولما غسله الحسن بن عمارة قال : رحمك الله ، وغفرلك ، لم تفطر منذ ثلاثين سنة . وقد أتعبت من بعدك ، وفضحت القراء .

وقال الفضل بن دكين : كان هيوبا ، لايتكلم إلا جوابا ، ولا يخوض فيما لا يعنيه ، ولايستمع إليه . وقيل له اتق الله ، فانتفض وطأطأ رأسه ثم قال : يا أخي جزاك الله خيرا ، ما أحوج أهل كل وقت لمن يذكرهم الله تعالى :

وقال الحسن بن صالح : كان شديد الورع ، هائبا للحرام ، تاركا لكثير من الحلال مخافة الشبهة ، مارأيت فقيها أشد منه صيانة لنفسه (قوله رأيت) أي علمت أو أبصرت ، وعلى الأول فالعائبين مفعوله الأول ، وهو

---

(١) (قوله الحمرة) هكذا بخطه ، والذي في عبارة القاموس : الحمراء بألف التأنيث الممدودة ولعله الصواب اه مصححه .

وقد قال ابن إدريس مقالا صحيح النقل فى حكم لطيفه
بأن الناس فى فقه عيال على فقه الإمام أبى حنيفه
فلعنة ربنا أعداد رمل على من رد قول أبى حنيفه

وقد ثبت أن ثابتا والد الإمام أدرك الإمام على بن أبى طالب فدعا له ولذريته بالبركة .

وصح أن أبا حنيفة سمع الحديث من سبعة من الصحابة كما بسط فى أواخر منية المفتى ،

جمع عائب أعلت عينه بالهمزة كقائل وبائع فافهم ، وسفاها مفعوله الثانى . قال فى القاموس : سفه كفرح وكرم علينا : جهل كتسافه فهو سفيه جمعه سفهاء وسفاه وخلاف الحق صفة : أى مخالفين، أو ذوى خلاف . والحجج : جمع حجة بالضم ، وهى البرهان ، سماها بذلك بناء على زعم العائبين وإلا فهى شبه وأوهام فاسدة (قوله ابن إدريس) بالتنوين للضرورة ، والمراد به الإمام الرئيس ، ذو العلم النفيس ، محمد بن إدريس ، الشافعى القرشى ، رضى الله تعالى عنه ، ونفعنا به فى الدارين آمين ومقالا مصدر قال منصوب على المفعولية المطلقة ، وصحيح النقل نعت له ، وهو صفة مشبهة مضافة إلى فاعلها : أى صح نقله عنه .

قال ابن حجر : وقال الشافعى رضى الله تعالى عنه : من أراد أن يتبحر فى الفقه فهو عيال على أبى حنيفة ، إنه ممن وفق له الفقه ، هذه رواية حرملة عنه ، ورواية الربيع عنه : الناس عيال فى الفقه على أبى حنيفة ، ما رأيت أى ما علمت أحدا أفقه منه . وجاء عنه أيضا : من لم ينظر فى كتبه لم يتبحر فى العلم ولا يتفقه اه (قوله فى حكم) أى فى ضمن حكم لطيفة لم يصرح بها منها ترغيب الناس فى مذهبه ، والرد على العائبين له ، وبيان اعتقاده فى هذا الإمام ، والإقرار بالفضل للمتقدم (قوله بأن الناس) الباء زائدة أو للتعدية لتضمن قال معنى صرح ونحوه مما يتعدى بالباء ، وفى فقه متعلق بعيال ، من عاله : إذا تكفل له بالنفقة ونحوها (قوله على من رد قول أبى حنيفة) أى على من رد ماقاله من الأحكام الشرعية محتقرا لها ، فإن ذلك موجب للطرد والإبعاد ، لا بمجرد الطعن فى الاستدلال ، لأن الأئمة لم تزل يرد بعضهم قول بعض ، ولا بمجرد الطعن فى الإمام نفسه ، لأن غايته الحرمة فلا يوجب اللعن ، لكن ليس فيه لعن شخص معين فهو كلعن الكاذبين ونحوهم من العصاة فافهم . وفى هذا البيت من عيوب الشعر الإيطاء ، على أنه لم يذكره فى تنوير الصحيفة كما قاله ابن عبد الرزاق (قوله وقد ثبت الخ) ففى تاريخ ابن خلكان عن الخطيب أن حفيد أبى حنيفة قال : أنا إسمعيل بن حماد بن النعمان بن ثابت بن النعمان ابن المرزبان من أبناء فارس من الأحرار ، والله ماوقع علينا رق قط . ولد جدى أبو حنيفة سنة ثمانين ، وذهب ثابت إلى على بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه وهو صغير فدعا له بالبركة فيه وفى ذريته ، ونحن نرجو أن يكون الله تعالى قد استجاب لعلى فينا ؟ والنعمان بن المرزبان أبو ثابت هو الذى أهدى لعلى الفالوذج فى يوم مهرجان فقال على مهرجونا كل يوم هكذا اه ، وبه ظهر أن مافى بعض الكتب من قوله : وذهب ثابت بجدى إلى على الخ غير ظاهر ، لأن عليا مات سنة أربعين من الهجرة كما فى ألفية العراقى ، فالظاهر أن لفظة بجدى من زيادة النساخ أو الباء زائدة وأصله جدى (قوله وصح الخ) قال بعض متأخرى المحدثين ممن صنف فى مناقب الإمام كتابا حافلا ماحاصله : إن أصحابه الأكابر كأبى يوسف ومحمد بن الحسن وابن المبارك وعبد الرزاق وغيرهم لم ينقلوا عنه شيئا من ذلك ، ولو كان لنقلوه ، لأنه مما يتنافس فيه المحدثون ويعظم افتخارهم ، وبأن كل سند فيه أنه سمع من صحابى لايخلو من كذاب ، فأما رؤيته لأنس وإدراكه لجماعة من الصحابة بالسن فصحيحان لاشك فيهما ، وما وقع للعينى أنه أثبت سماعه لجماعة من الصحابة رده عليه صاحبه الشيخ الحافظ قاسم الحنفى :

وأدرك بالسن نحو عشرين صحابياً كما بسط فى أوائل الضياء :

وقد ذكر العلامة شمس الدين محمد أبو النصر بن عرب شاه الأنصارى الحنفى فى منظومته الألفية المساة بجواهر العقائد ودرر القلائد ثمانية من الصحابة ممن روى عنهم الإمام الأعظم أبو حنيفة رضى الله عنهم أجمعين حيث قال :

معتقداً مذهب عظيم الشان ... أبى حنيفة الفتى النعمان

التابعى سابق الأئمه ... بالعلم والدين سراج الأمه

جمعاً من أصحاب النبى أدركا ... أثرهم قد اقتفى وسلكا

طريقة واضحة المنهاج ... سالمة من الضلال الداجى

وقد روى عن أنس : . . . . . .

مطلب فيما اختلف فيه من رواية الإمام عن بعض الصحابة

والظاهر أن سبب عدم سماعه ممن أدركه من الصحابة أنه أول أمره اشتغل بالاكتساب حتى أرشده الشعبى لما رأى من باهر نجابته إلى الاشتغال بالعلم ، ولا يسع من له أدنى إلمام بعلم الحديث خلاف ماذكرته اه ، لكن يؤيد ماقاله العينى : قاعدة المحدثين أن راوى الاتصال مقدم على راوى الأرسال أو الانقطاع ، لأن معه زيادة علم ، فاحفظ ذلك فإنه مهم كذا فى عقد اللآلى والمرجان للشيخ إسمعيل العجلونى الجراحى :

وعلى كل فهو من التابعين ، وممن جزم بذلك الحافظ الذهبى والحافظ العسقلانى وغيرهما قال العسقلانى : إنه أدرك جماعة من الصحابة كانوا بالكوفة بعد مولده بها سنة ثمانين ، ولم يثبت ذلك لأحد من أئمة الأمصار المعاصرين له ؛ كالأوزاعى بالشام ، والحمادين بالبصرة ، والثورى بالكوفة ، ومالك بالمدينة الشريفة ، والليث ابن سعد بمصر (قوله وأدرك بالسن) أى وجد فى زمنهم وإن لم يرهم كلهم (قوله كما بسط فى أوائل الضياء) فقال : هم ابن نفيل وواثلة ، وعبد الله بن عامر ، وابن أبى أوفى ، وابن جزء ، وغتبة والمقداد ، وابن بسر ، وابن ثعلبة ، وسهل بن سعد ، وأنس ، وعبد الرحمن بن يزيد ، ومحمود بن لبيد ، ومحمود بن الربيع ، وأبو أمامة ، وأبو الطفيل فهؤلاء ثمانية عشر(١) صحابيا ، وربما أدرك غيرهم ممن لم أظفر به اه ملخصا . وزاد فى تنوير الصحيفة : عمرو بن حريث ، وعمرو بن سلمة ، وابن عباس ، وسهل بن منيف(٢) ثم قال وغير هؤلاء من أماثل الصحابة رضى الله تعالى عنهم اه ابن عبدالرزاق (قوله مذهب) بسكون الباء لضرورة النظم وهو مضاف وعظيم مضاف إليه اه ح (قوله الفتى) من الفتوة : وهى السخاء والقوة ط (قوله سابق الأئمة) أى الأئمة الثلاثة بالعلم : أى بالاجتهاد فيه ، وكل الأئمة المجتهدين بتدوينه : فإنه أول من دونه كما مر (قوله جمعا) مفعول أدرك المذكور بعده ، فافهم (قوله من أصحاب) بدرج الهمزة لنقل حركتها إلى النون قبلها وألف أدركا للاشباع كألف سلكا (قوله إثرهم) بكسر فسكون مع إشباع الميم : أى بعدهم ، فهو ظرف متعلق بما بعده أو بفتحتين وسكون الميم : أى خبرهم فهو مفعول اقتفى ، وطريقة مفعول سلك ، والمراد بها الحالة التى كان عليها من الاعتقاد والعلم والعمل . والمنهاج فى الأصل : الطريق الواضح ، وأراد به هنا مطلق الطريق فأضاف واضحة إليه (قوله الداجى) شديد الظلمة قاموس (قوله وقد روى عن أنس) هو ابن مالك الصحابى الجليل ، خادم رسول الله صلى الله عليه وسلم

---

(١) (قوله ثمانية عشر) هكذا بخطه ، والذى ذكره سبعة عشر فقط فليحرر اه مصححه .

(٢) (قوله وسهل بن منيف) هكذا بخطه ، والمعروف سهل بن حنيف كزبير وليحرر اه مصححه .

. . . . وجابر   وابن أبي أوفى كذا عن عامر
أعني أبا الطفيل ذا ابن واثله   وابن أنيس الفتى وواثله
عن ابن جزء قد روى الإمام   وبنت عجرد هي التمام

مات بالبصرة سنة اثنتين ، وقيل ثلاث وتسعين ، ورجحه النووي وغيره ، وقد جاوز المائة . قال ابن حجر : قد صح كما قال الذهبي أنه رآه وهو صغير ، وفي رواية قال : رأيته مرارا ، وكان يخضب بالحمرة . وجاء من طرق أنه روى عنه أحاديث ثلاثة ، لكن قال أئمة المحدثين مدارها على من اتهمه الأئمة بوضع الأحاديث اهـ . قال بعض الفضلاء : وقد أطال العلامة طاش كبرى في سرد النقول الصحيحة في إثبات سماعه منه ، والمثبت مقدم على النافي (قوله وجابر) أي ابن عبد الله . واعترض بأنه مات سنة ٧٩ قبل ولادة الإمام بسنة ، ومن ثم قالوا في الحديث المروي عن أبي حنيفة عن جابر رضي الله تعالى عنه أنه صلى الله عليه وسلم أمر من لم يرزق ولدا بكثرة الاستغفار والصدقة ففعل فولد له تسعة ذكور إنه حديث موضوع . ابن حجر : لكن نقل ط عن شرح الخوارزمي على مسند الإمام أن الإمام قال في سائر الأحاديث : سمعت وفي روايته عن جابر ما قال سمعت . وإنما قال عن جابر كما هو عادة التابعين في إرسال الأحاديث . ويمكن أن يقال إنه يتمشى على القول بولادة الإمام سنة ٧٠ اهـ .

أقول : والحديث المذكور إن كان موجودا في مسند الإمام فغاية ما فيه أنه مرسل ، وأما الحكم عليه بالوضع فلا وجه له ، لأن الإمام حجة ثبت لا يضع ولا يروى عن وضاع (قوله وابن أبي أوفى) هو عبد الله ، آخر من مات من الصحابة بالكوفة سنة ٨٦ ، وقيل سنة ٨٧ ، وقيل سنة ٨٨ سيوطي في شرح التقريب . قال ابن حجر : روى عنه الإمام هذا الحديث المتواتر « من بنى لله مسجدا ولو كمفحص قطاة بنى الله له بيتا في الجنة » (قوله أعني أبا الطفيل) أي أقصد بعامر المذكور أبا الطفيل بن واثلة بكسر الثاء المثلثة الليثي ، وهو آخر الصحابة موتا على الإطلاق . توفي بمكة ، وقيل بالكوفة سنة مائة كما جزم به العراقي وغيره تبعا لمسلم ، وصحح الذهبي أنه سنة عشر ومائة ، وقيل سبع وعشرين (قوله وابن أنيس) هو عبد الله الجهني . أخرج بعضهم بسنده إلى الإمام أنه قال : ولدت سنة ثمانين ، وقدم عبد الله بن أنيس صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم الكوفة سنة أربع وتسعين ، ورأيته وسمعت منه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « حبك الشيء يعمي ويصم » .

واعترض بأن في سنده مجهولين ، وبأن ابن أنيس مات سنة ٥٤ . وأجيب بأن هذا الاسم لخمسة من الصحابة فلعل المراد غير الجهني . ورد بأن غيره لم يدخل الكوفة (قوله وواثلة) هو بالثاء المثلثة أيضا كما في القاموس ابن الأسقع بالقاف ؟ مات بالشام سنة خمس أو ثلاث أو ست وثمانين سيوطي . وروى الإمام عنه حديثين « لا تظهر الشماتة لأخيك فيعافيه الله ويبتليك » « دع ما يريبك إلى ما لا يريبك » والأول رواه الترمذي من وجه آخر وحسنه ، والثاني جاء من رواية جمع من الصحابة وصححه الأئمة ، ابن حجر (قوله عن ابن جزء) هو عبد الله ابن الحارث بن جزء بفتح الجيم وسكون الزاي وبالهمزة الزبيدي بضم الزاي مصغرا . واعترض بأنه مات سنة ٨٦ بمصر بسقط أبي تراب : قرية من الغربية قرب سمنود والمحلة ، وكان مقيما بها .

وأما ما جاء عن أبي حنيفة من أنه حج مع أبيه سنة ٩٦ وأنه رأى عبد الله هذا يدرس بالمسجد الحرام وسمع منه حديثا ، فرده جماعة منهم الشيخ قاسم الحنفي ، بأن سند ذلك فيه قلب وتحريف ، وفيه كذاب باتفاق ، وبأن ابن جزء مات بمصر ولأبي حنيفة ست سنين ، وبأن ابن جزء لم يدخل الكوفة في تلك المدة ، ابن حجر (قوله وبنت عجرد) اسمها عائشة . واعترض بأن حاصل كلام الذهبي وشيخ الإسلام ابن حجر العسقلاني أن هذه لا صحبة

رضى الله الكريم دائما عنهم وعن كل الصحاب العظما

وتوفى ببغداد قيل فى السجن لبلى القضاء وله سبعون سنة بتاريخ خمسين ومائة ، قيل ويوم توفى ولد الإمام الشافعى رضى الله عنه فعد من مناقبه .

وقد قيل : الحكمة فى مخالفة تلامذته له أنه رأى صبياً يلعب فى الطين فحذره من السقوط ،

لها ، وأنها لاتكاد تعرف ، وبذلك رد ماروى أن أبا حنيفة روى عنها هذا الحديث الصحيح « أكثر جند الله فى الأرض الجراد ، لاآكله ولا أحرمه » ابن حجر الهيتمى ، وزاد على من ذكر هنا ممن روى عنهم الإمام فقال : ومنهم سهل بن سعد ، ووفاته سنة ٨٨ وقيل بعدها . ومنهم السائب بن يزيد بن سعيد ، ووفاته سنة إحدى أو اثنتين أو أربع وتسعين . ومنهم عبد الله بن بسر ، ووفاته سنة ٩٦ ومنهم محمود بن الربيع ، ووفاته سنة ٩٩ (قوله رضى الله) الأصوب فرضى بالفاء كما فى نسخة ليتم الوزن ويسلم من ادعاء دخول الخزل فيه (قوله لبلى القضاء) أى قضاء القضاة لتكون قضاة الإسلام من تحت أمره ، والطالب له هو المنصور فامتنع فحبسه ، وكان يخرج كل يوم فيضرب عشرة أسواط وينادى عليه فى الأسواق ، ثم ضرب ضربا موجعا حتى سال الدم على عقبه ونودى عليه وهو كذلك ، ثم ضيق عليه تضييقا شديدا حتى فى مأكله ومشربه ، فبكى وأكد الدعاء ، فتوفى بعد خمسة أيام . وروى جماعة أنه دفع إليه قدح فيه سم فامتنع وقال : لاأعين على قتل نفسى ، فصب فى فيه قهرا ، قيل إن ذلك بحضرة المنصور . وصح أنه لما أحس بالموت سجد فمات وهو ساجد :

قيل والسبب فى ذلك أن بعض أعدائه دس إلى المنصور أنه هو الذى أثار عليه إبراهيم بن عبد الله بن الحسن ابن الحسين بن على رضى الله عنهم الخارج عليه بالبصرة ، فطلب منه القضاء مع علمه بأنه لايقبله ليتوصل إلى قتله اه ملخصا من [الخيرات الحسان] لابن حجر .

وذكر التميمى أن الخطيب روى بسنده أن أبا هبيرة(١) كان عامل مروان على العراق فكلم أبا حنيفة أن يلى قضاء الكوفة فأبى فضربه مائة سوط وعشرة أسواط ثم خلى سبيله . وكان أحمد بن حنبل إذا ذكر ذلك بكى وترحم عليه ، خصوصا بعد أن ضرب هو أيضا اه فالظاهر تعدد القصة ، وبنو مروان قبل المنصور فإنه من بنى العباس ، فقصة أبى هبيرة كانت أولا ، والله أعلم (قوله وله) أى من العمر (قوله بتاريخ) متعلق بقوله توفى ، فما قبله بيان المكان وهذا بيان الزمان .

مطلب فى مولد الأئمة الأربعة ووفاتهم ومدة حياتهم

[فائدة] قد علمت أن أبا حنيفة ولد سنة ٨٠ ومات سنة ١٥٠ وعاش ٧٠ سنة . وقد ولد الإمام مالك سنة ٩٠ ومات سنة ١٧٩ وعاش ٨٩ سنة . والشافعى ولد سنة ١٥٠ ومات سنة ٢٠٤ وعاش ٥٤ سنة . وأحمد ولد سنة ١٦٤ ومات سنة ٢٤١ وعاش ٧٧ سنة ، وقد نظم جميع ذلك بعضهم مشيرا إليه بحروف الجمل ، لكل إمام منهم ثلاث كلمات على هذا الترتيب فقال :

تاريخ نعمان يكن سيف سطا ومالك فى قطع جوف ضبطا
والشافعى صين ببرند وأحمد بسبق أمر جعد
فاحسب على ترتيب نظم الشعر ميلادهم فموتهم كالعمر

---

(١) (قوله أبا هبيرة لعله ابن هبيرة) .

فأجابه بأن : احذر أنت السقوط ، فإن فى سقوط العالم سقوط العالم ، فحينئذ قال لأصحابه : إن توجه لكم دليل فقولوا به ، فكان كل يأخذ برواية عنه ويرجحها ، وهذا من غاية احتياطه وورعه ،

(قوله فأجابه الخ) لله در هذا الصبي ما أحكمه حيث علم أن سقوطه وإن تضرر به جسده وحده لكنه لايضر فى الدين فكأنه ليس بسقوط ، بخلاف سقوط العالم فى طريق الحق ، فإنه إذا كان قبل بذل المجهود فى نيل المقصود يلزم منه سقوط غيره ممن اتبعه أيضا ، فيعود ضررهم عليه وذلك ضرر فى الدين ، على حد قوله تعالى — فإنها لاتعمى الأبصار — الآية : أى العمى الضار ليس عمى الأبصار وإنما هو عمى القلوب (قوله فحينئذ الخ) روى الإمام أبو جعفر الشيزاماذى عن شقيق البلخى أنه كان يقول : كان الإمام أبو حنيفة من أورع الناس ، وأعبد الناس ، وأكرم الناس ، وأكثرهم احتياطا فى الدين ، وأبعدهم عن القول بالرأى فى دين الله عز وجل ، وكان لايضع مسألة فى العلم حتى يجمع أصحابه عليها ويعقد عليها مجلسا ، فإذا اتفق أصحابه كلهم على موافقتها للشريعة قال لأبى يوسف أو غيره ضعها فى الباب الفلانى اه كذا فى الميزان للإمام الشعرانى قدس سره . ونقل عن مسند الخوارزمى أن الإمام اجتمع معه ألف من أصحابه أجلهم وأفضلهم أربعون قد بلغوا حد الاجتهاد . فقربهم وأدناهم وقال لهم : إنى ألجمت هذا الفقه وأسرجته لكم فأعينونى ، فإن الناس قد جعلونى جسرا على النار ، فإن المنتهى لغيرى ، واللعب على ظهرى ، فكان إذا وقعت واقعة شاورهم وناظرهم وحاورهم وسألهم فيسمع ما عندهم من الأخبار والآثار ويقول ماعنده ويناظرهم شهرا أو أكثر حتى يستقر آخر الأقوال فيثبته أبو يوسف حتى أثبت الأصول على هذا المنهاج شورى ، لا أنه تفرد بذلك كغيره من الأئمة اه (قوله إن توجه لكم دليل) أى ظهر لكم فى مسألة وجه الدليل على غير ماأقول ط (قوله فقولوا به) وكان كذلك ، فحصل المخالفة من الصاحبين فى نحو ثلث المذهب ، ولكن الأكثر فى الاعتماد على قول الإمام ط (قوله فكان كل يأخذ برواية عنه) أى فليس لأحد منهم قول خارج عن أقواله ، ولذا قال فى الولوالجية من كتاب الجنايات قال أبو يوسف : ماقلت قولا خالفت فيه أبا حنيفة إلا قولا قد كان قاله .

وروى عن زفر أنه قال : ماخالفت أبا حنيفة فى شىء إلا قد قاله ثم رجع عنه ، فهذا إشارة إلى أنهم ماسلكوا طريق الخلاف ، بل قالوا ماقالوا عن اجتهاد ورأى اتباعا لما قاله أستاذهم أبو حنيفة اه .

وفى آخر الحاوى القدسى : وإذا أخذ بقول واحد منهم يعلم قطعا أنه يكون به آخذا بقول أبى حنيفة . فإنه روى عن جميع أصحابه من الكبار كأبى يوسف ومحمد وزفر والحسن أنهم قالوا : ماقلنا فى مسألة قولا إلا وهو روايتنا عن أبى حنيفة وأقسموا عليه أيمانا غلاظا فلم يتحقق إذا فى الفقه جواب ولا مذهب إلا له كيفما كان ، وما نسب إلى غيره إلا بطريق المجاز للموافقة اه .

فإن قلت : إذا رجع المجتهد عن قول لم يبق قولا له ، بل صرح فى قضاء البحر بأن ماخرج عن ظاهر الرواية فهو مرجوع عنه وأن المرجوع عنه ليس قولا له اه . وفيه عن التوشيح أن مارجع عنه المجتهد لايجوز الأخذ به ، فإذا كان كذلك فما قاله أصحابه مخالفين له فيه ليس مذهبه ، فحينئذ صارت أقوالهم مذاهب لهم ، مع أنا التزمنا تقليد مذهبه دون مذهب غيره ، ولذا نقول إن مذهبنا حنفى لايوسفى ونحوه .

مطلب صح عن الإمام أنه قال : إذا صح الحديث فهو مذهبى

قلت : قد يجاب بأن الإمام لما أمر أصحابه بأن يأخذوا من أقواله بما يتجه لهم منها عليه الدليل صار ماقالوه قولا له لابتنائه على قواعده التى أسسها لهم ، فلم يكن مرجوعا عنه من كل وجه ، فيكون من مذهبه أيضا ، ونظير هذا مانقله العلامة بيرى فى أول شرحه على الأشباه عن شرح الهداية لابن الشحنة ، ونصه : إذا صح

وعلم بأن الاختلاف من آثار الرحمة ، فمهما كان الاختلاف أكثر كانت الرحمة أوفر ، لما قالوا :

الحديث وكان على خلاف المذهب عمل بالحديث ، ويكون ذلك مذهبه ولا يخرج مقلده عن كونه حنفيا بالعمل به ، فقد صح عنه أنه قال : إذا صح الحديث فهو مذهبي . وقد حكى ذلك ابن عبد البر عن أبي حنيفة وغيره من الأئمة اه . ونقله أيضاً الإمام الشعراني عن الأئمة الأربعة .

ولا يخفى أن ذلك لمن كان أهلا للنظر فى النصوص ومعرفة محكمها من منسوخها ، فإذا نظر أهل المذهب فى الدليل وعملوا به صح نسبته إلى المذهب لكونه صادرا بإذن صاحب المذهب ، إذ لاشك أنه لو علم ضعف دليله رجع عنه واتبع الدليل الأقوى ، ولذا رد المحقق ابن الهمام على بعض المشايخ حيث أفتوا بقول الإمامين بأنه لايعدل عن قول الإمام إلا لضعف دليله (قوله وعلم) خبر آخر عن قوله وهذا : أى وهذا القول علم منه : أى دليل علمه بأن الاختلاف الخ ط . وفى بعض النسخ وعلمه بالضمير ، وهو المناسب (قوله بأن الاختلاف) أى بين المجتهدين فى الفروع لا مطلق الاختلاف .

مطلب فى حديث اختلاف أمتى رحمة

(قوله من آثار الرحمة) فإن اختلاف أئمة الهدى توسعة للناس كما فى أول التتارخانية ، وهذا يشير إلى الحديث المشهور على ألسنة الناس ، وهو « اختلاف أمتى رحمة » قال فى المقاصد الحسنة : رواه البيهقى بسند منقطع عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما بلفظ : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مهما أوتيتم من كتاب الله فالعمل به لاعذر لأحد فى تركه ، فإن لم يكن فى كتاب الله فسنة منى ماضية ، فإن لم تكن سنة منى فما قال أصحابى ، إن أصحابى بمنزلة النجوم فى السماء ، فأيما أخذتم به اهتديتم ، واختلاف أصحابى لكم رحمة » وأورده ابن الحاجب فى المختصر بلفظ « اختلاف أمتى رحمة للناس » وقال منلا على القارى : إن السيوطى قال : أخرجه نصر المقدسى فى الحجة ، والبيهقى فى الرسالة الأشعرية بغير سند ، ورواه الحليمى والقاضى حسين وإمام الحرمين وغيرهم ، ولعله خرج فى بعض كتب الحفاظ التى لم تصل إلينا .

ونقل السيوطى عن عمر بن عبدالعزيز أنه كان يقول : ماسرنى لو أن أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم لم يختلفوا ، لأنهم لو لم يختلفوا لم تكن رخصة .

وأخرج الخطيب أن هارون الرشيد قال لمالك بن أنس : ياأبا عبد الله نكتب هذه الكتب يعنى مؤلفات الإمام مالك ونفرقها فى آفاق الإسلام لنحمل عليها الأمة ، قال : ياأمير المؤمنين ، إن اختلاف العلماء رحمة من الله تعالى على هذه الأمة ، كل يتبع ماصح عنده ، وكلهم على هدى ، وكل يريد الله تعالى ، وتمامه فى [كشف الخفاء ومزيل الإلباس] لشيخ مشايخنا الشيخ إسماعيل الجراحى (قوله كانت الرحمة أوفر) أى الإنعام أزيد ط (قوله لما قالوا) باللام : أى لما رواه العلماء فى شأن ذلك ، وهو الحديث السابق وغيره ، ويحتمل أنها كاف معلقة حرفها النساخ أى كما قال العلماء ذلك ، ويحتمل أن جملة قوله رسم المفتى مقول القول ومحط التعليل على التخيير فى الإفتاء بالقولين المصححين ، فإن فى ذلك رحمة وتوسعة ط .

رسم المفتى أن مااتفق عليه أصحابنا فى الروايات الظاهرة يفتى به قطعا .

مطلب رسم المفتى

(قوله رسم المفتى) أى العلامة التى تدل المفتى على مايفتى به وهو مبتدأ ، وقوله إن الخ خبره. قال فى [فتح القدير] : وقد استقر رأى الأصوليين على أن المفتى هو المجتهد ، فأما غير المجتهد ممن يحفظ أقوال المجتهد فليس بمفت ، والواجب عليه إذا سئل أن يذكر قول المجتهد كالإمام على وجه الحكاية ، فعرف أن ما يكون فى زماننا من فتوى الموجودين ليس بفتوى ، بل هو نقل كلام المفتى ليأخذ به المستفتى . وطريق نقله لذلك عن المجتهد أحد أمرين : إما أن يكون له سند فيه ، أو يأخذه من كتاب معروف تداولته الأيدى نحو كتب محمد بن الحسن ونحوها ، لأنه بمنزلة الخبر المتواتر أو المشهور انتهى ط (قوله فى الروايات الظاهره) اعلم أن مسائل أصحابنا الحنفية على ثلاث طبقات أشرت إليها سابقا ملخصة ونظمتها :

الأولى مسائل الأصول ، وتسمى ظاهر الرواية أيضا ، وهى مسائل مروية عن أصحاب المذهب ، وهم أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد ، ويلحق بهم زفر والحسن بن زياد وغيرهما ممن أخذ عن الإمام ، لكن الغالب الشائع فى ظاهر الرواية أن يكون قول الثلاثة وكتب ظاهر الرواية ، كتب محمد الستة المبسوط والزيادات والجامع الصغير والسير الصغير والجامع الكبير(١)، وإنما سميت بظاهر الرواية لأنها رويت عن محمد بروايات الثقات ، فهى ثابتة عنه إما متواترة أو مشهورة عنه .

الثانية مسائل النوادر ، وهى المروية عن أصحابنا المذكورين لكن لا فى الكتب المذكورة . بل إما فى كتب أخر لمحمد كالكيسانيات والهارونيات والجرجانيات والرقيات ، وإنما قيل لها غير ظاهر الرواية لأنها لم ترو عن محمد بروايات ظاهرة ثابتة صحيحة كالكتب الأولى ، وإما فى كتب غير كتب محمد كالمحرر للحسن بن زياد وغيره ومنها كتب الأمالى المروية عن أبى يوسف . والأمالى : جمع إملاء ، وهو مايقوله العالم بما فتح الله تعالى عليه من ظهر قلبه ويكتبه التلامذة وكان ذلك عادة السلف ، وإما برواية مفردة كرواية ابن سماعة والمعلى بن منصور وغيرهما فى مسائل معينة .

الثالثة الواقعات ، وهى مسائل استنبطها المجتهدون المتأخرون لما سئلوا عنها ولم يجدوا فيها رواية ، وهم أصحاب أبى يوسف ومحمد وأصحاب أصحابهما ، وهلم جرا ، وهم كثيرون ؛ فمن أصحابهما مثل عصام بن يوسف ، وابن رستم ، ومحمد بن سماعة ، وأبى سليمان الجرجانى ، وأبى حفص البخارى ، ومن بعدهم مثل محمد بن سلمة ، ومحمد ابن مقاتل ، ونصير بن يحيى ، وأبى النصر القاسم بن سلام . وقد يتفق لهم أن يخالفوا أصحاب المذهب لدلائل وأسباب ظهرت لهم ؛ وأول كتاب جمع فى فتواهم فيما بلغنا كتاب النوازل للفقيه أبى الليث السمرقندى ، ثم جمع المشايخ بعده كتباً أخر كمجموع النوازل والواقعات للناطفى والواقعات للصدر الشهيد ، ثم ذكر المتأخرون هذه المسائل مختلطة غير متميزة كما فى فتاوى قاضيخان والخلاصة وغيرهما ، وميز بعضهم كما فى كتاب المحيط لرضى الدين السرخسى ، فإنه ذكر أولا مسائل الأصول ثم النوادر ثم الفتاوى ونعم مافعل .

واعلم أن من كتب مسائل الأصول كتاب الكافى للحاكم الشهيد ، وهو كتاب معتمد فى نقل المذهب ، شرحه جماعة من المشايخ ، منهم الإمام شمس الأئمة السرخسى وهو المشهور بمبسوط السرخسى . قال العلامة الطرسوسى :

---

(١) (قوله الستة الخ) يلاحظ أنه ذكر خمسة ولعلها السير الكبير ولينظر السادس مصححه .

واختلف فيما اختلفوا فيه ؛ والأصح كما فى السراجية وغيرها أنه يفتى بقول الإمام

مبسوط السرخسى لايعمل بما يخالفه ، ولا يركن إلا إليه ، ولا يفتى ولايعوّل إلاعليه ؛ ومن كتب المذهب أيضا المنتقى له أيضاً إلا أن فيه بعض النوادر .

واعلم أن نسخ المبسوط المروى عن محمد متعددة ، وأظهرها مبسوط أبى سليمان الجوزجانى . وشرح المبسوط جماعة من المتأخرين مثل شيخ الإسلام بكر المعروف بخواهر زاده ويسمى المبسوط الكبير ، وشمس الأئمة الحلوانى وغيرهما ، ومبسوطاتهم شروح فى الحقيقة ذكروها مختلطة بمبسوط محمد كما فعل شراح الجامع الصغير مثل فخر الإسلام وقاضيخان وغيرهم ، فيقال ذكره قاضيخان فى الجامع الصغير والمراد شرحه وكذا فى غيره اه ملخصا من شرح البيرى على الأشباه وشرح الشيخ إسماعيل النابلسى على شرح الدرر فاحفظ ذلك فإنه مهم كحفظ طبقات مشايخ المذهب ، وسنذكرها قريباً إن شاء الله تعالى .

مطلب فى طبقات المسائل وكتب ظاهر الرواية

وفى كتاب الحج من البحر أن كافى الحاكم هو جمع كلام محمد فى كتبه الستة التى هى ظاهر الرواية ، وفسر فى معراج الدراية قبيل باب الإحصار الأصل بالمبسوط ؛ وفى باب العيدين من البحر والنهر أن الجامع الصغير صنفه محمد بعد الأصل ، فما فيه هو المعوّل عليه ، ثم قال فى النهر : سمى الأصل أصلا لأنه صنف أولا ، ثم الجامع الصغير ، ثم الكبير ، ثم الزيادات ، كذا فى غاية البيان اه . وذكر الإمام شمس الأئمة السرخسى فى أول شرحه على السير الكبير أن السير الكبير هو آخر تصنيف صنفه محمد فى الفقه .

وفى شرح المنية لابن أمير حاج الحلبى فى بحث التسميع أن محمدا قرأ أكثر الكتب على أبى يوسف إلاما كان فيه إسم الكبير فإنه من تصنيف محمد : كالمضاربة الكبير ، والزراعة الكبير ، والمأذون الكبير ، والجامع الكبير والسير الكبير ، وتمام هذه الأبحاث فى منظومتنا فى رسم المفتى وفى شرحها .

[تتمة] قدمنا عن فتح القدير كيفية الإفتاء مما فى الكتب ، فلا يجوز الإفتاء مما فى الكتب الغريبة . وفى شرح الأشباه لشيخنا المحقق هبة الله البعلى ، قال شيخنا العلامة صالح الجينينى : إنه لايجوز الإفتاء من الكتب المختصرة كالنهر وشرح الكنز للعينى والدر المختار شرح تنوير الأبصار ، أو لعدم الاطلاع على حال مؤلفيها كشرح الكنز لمنلا مسكين وشرح النقاية للقهستانى ، أو لنقل الأقوال الضعيفة فيها كالقنية للزاهدى ، فلا يجوز الإفتاء من هذه إلا إذا علم المنقول عنه وأخذه منه ، هكذا سمعته منه وهو علامة فى الفقه مشهور والعهدة عليه اه .

أقول : وينبغى إلحاق الأشباه والنظائر بها ، فإن فيها من الإيجاز فى التعبير مالا يفهم معناه إلا بعد الاطلاع على مأخذه ، بل فيها فى مواضع كثيرة الإيجاز المخل ، يظهر ذلك لمن مارس مطالعتها مع الحواشى فلا يأمن المفتى من الوقوع فى الغلط إذا اقتصر عليها فلابد له من مراجعة ماكتب عليها من الحواشى أو غيرها . ورأيت فى حاشية أبى السعود الأزهرى على شرح منلا مسكين أنه لايعتمد على فتاوى ابن نجيم ولا على فتاوى الطورى .

مطلب إذا تعارض التصحيح

(قوله والأصح كما فى السراجية) أقول : عبارتها ثم الفتوى على الإطلاق على قول أبى حنيفة ، ثم قول أبى يوسف ثم قول محمد ، ثم قول زفر والحسن بن زياد . وقيل إذا كان أبوحنيفة فى جانب وصاحباه فى جانب فالمفتى بالخيار ، والأول أصح إذا لم يكن المفتى مجتهداً اه فقابل الأصح غير مذكور فى كلام الشارح فافهم (قوله بقول الإمام)

على الإطلاق، ثم بقول الثانى، ثم بقول الثالث، ثم بقول زفر والحسن بن زياد، وصحح فى الحاوى القدسى قوة المدرك.

وفى وقف البحر وغيره: متى كان فى المسألة قولان مصححان جاز القضاء والإفتاء بأحدهما. وفى أول

قال عبد الله بن المبارك لأنه رأى الصحابة وزاحم التابعين فى الفتوى، فقوله أشد وأقوى مالم يكن اختلاف عصر وزمان كذا فى تصحيح العلامة قاسم (قوله على الإطلاق) أى سواء انفرد وحده فى جانب أولا كما يفيده كلام السراجية من مقابلته بالقول الثانى المفصل فافهم (قوله ثم بقول الثانى) أى ثم إذا لم يوجد للإمام رواية يؤخذ بقول الثانى وهو أبو يوسف، فإن لم يوجد له رواية أيضاً فيؤخذ بقول الثالث وهو محمد الخ (قوله وصحح فى الحاوى القدسى قوة المدرك) أى الدليل وبه عبر فى الحاوى. قال ح: والذى يظهر فى التوفيق أى بين ما فى الحاوى وما فى السراجية أن من كان له قوة إدراك لقوة المدرك يفتى بالقول القوى المدرك وإلا فالترتيب اه.

أقول: يدل عليه قول السراجية والأول أصح إذا لم يكن المفتى مجتهداً، فهو صريح فى أن المجتهد يعنى من كان أهلا للنظر فى الدليل يتبع من الأقوال ما كان أقوى دليلا وإلا فاتبع الترتيب السابق، ومن هذا تراهم قد يرجحون قول بعض أصحابه على قوله كما رجحوا قول زفر وحده فى سبع عشرة مسألة، فنتبع مارجحوه لأنهم أهل النظر فى الدليل، ولم يذكر ما إذا اختلفت الروايات عن الإمام أو لم يوجد عنه ولا عن أصحابه رواية أصلا، ففى الأول يؤخذ بأقواها حجة كما فى الحاوى، ثم قال: وإذا لم يوجد فى الحادثة عن واحد منهم جواب ظاهر وتكلم فيه المشايخ المتأخرون قولا واحداً يؤخذ به، فإن اختلفوا يؤخذ بقول الأكثرين ثم الأكثرين مما اعتمد عليه الكبار المعروفون منهم؛ كأبى حفص، وأبى جعفر، وأبى الليث والطحاوى وغيرهم ممن يعتمد عليه. وإن لم يوجد منهم جواب ألبتة نصاً ينظر المفتى فيها نظر تأمل وتدبر واجتهاد ليجد فيها ما يقرب إلى الخروج عن العهدة ولا يتكلم فيها جزافا، ويخشى الله تعالى ويراقبه، فإنه أمر عظيم لا يتجاسر عليه إلا كل جاهل شقى اه.

[تتمة] قد جعل العلماء الفتوى على قول الإمام الأعظم فى العبادات مطلقا وهو الواقع بالاستقراء ما لم يكن عنه رواية كقول المخالف كما فى طهارة الماء المستعمل والتيمم فقط عند عدم غير نبيذ التمر كذا فى شرح المنية الكبير للحلبى فى بحث التيمم.

وقد صرحوا بأن الفتوى على قول محمد فى جميع مسائل ذوى الأرحام. وفى قضاء الأشباه والنظائر: الفتوى على قول أبى يوسف فيما يتعلق بالقضاء كما فى القنية والبزازية اه أى لحصول زيادة العلم له به بالتجربة، ولذا رجع أبو حنيفة عن القول بأن الصدقة أفضل من حج التطوع لما حج وعرف مشقته.

وفى شرح البيرى أن الفتوى على قول أبى يوسف أيضا فى الشهادات. وعلى قول زفر فى سبع عشرة مسألة حررتها فى رسالة، وينبغى أن يكون هذا عند عدم ذكر أهل المتون للتصحيح، وإلا فالحكم بما فى المتون كما لا يخفى، لأنها صارت متواترة اه. وإذا كان فى مسألة قياس واستحسان فالعمل على الاستحسان إلا فى مسائل معدودة مشهورة.

وفى باب قضاء الفوائت من البحر: المسألة إذا لم تذكر فى ظاهر الرواية وثبتت فى رواية أخرى تعين المصير إليها اه. وفى آخر المستصفى للإمام النسفى: إذا ذكر فى المسألة ثلاث أقوال فالراجح هو الأول أو الأخير لا الوسط اه. وفى شرح المنية: ولا ينبغى أن يعدل عن الدراية إذا وافقتها رواية اه ذكره فى واجبات الصلاة فى معرض ترجيح رواية وجوب الرفع من الركوع والسجود للأدلة الواردة مع أنها خلاف الرواية المشهورة عن الإمام (قوله وفى وقف البحر إلى آخره) هذا محمول على ما إذا لم يكن لفظ التصحيح فى أحدهما آكد من الآخر كما أفاده ح: أى فلا يخير بل يتبع الآكد كما سيأتى.

المضمرات : أما العلامات للإفتاء فقوله وعليه الفتوى ، وبه يفتى ، وبه نأخذ ، وعليه الاعتماد ، وعليه عمل اليوم وعليه عمل الأمة ، وهو الصحيح ، أو الأصح ، أو الأظهر ، أو الأشبه ، أو الأوجه ، أو المختار ، ونحوها مما ذكر فى حاشية البزدوى اهـ :

وقال شيخنا الرملى فى فتاويه : وبعض الألفاظ آكد من بعض ،

أقول : وينبغى تقييد التخيير أيضا بما إذا لم يكن أحد القولين فى المتون لما قدمناه آنفا عن البيرى ، ولما فى قضاء الفوائت من البحر ، بن أنه إذا اختلف التصحيح والفتوى فالعمل بما وافق المتون أولى اهـ وكذا لو كان أحدهما فى الشروح والآخر فى الفتاوى لما صرحوا به من أن مافى المتون مقدم على مافى الشروح ،وما فى الشروح مقدم على مافى الفتاوى ، لكن هذا عند التصريح بتصحيح كل من القولين أو عدم التصريح أصلا . أما لو ذكرت مسألة المتون ولم يصرحوا بتصحيحها بل صرحوا بتصحيح مقابلها فقد أفاد العلامة قاسم ترجيح الثانى لأنه تصحيح صريح ، وما فى المتون تصحيح التزامى ، والتصحيح الصريح مقدم على التصحيح الالتزامى : أى التزام المتون ذكر ماهو الصحيح فى المذهب ،وكذا لاتخيير لو كان أحدهما قول الإمام والآخر قول غيره ، لأنه لما تعارض التصحيحان تساقطا فرجعنا إلى الأصل وهو تقديم قول الإمام ،بل فى شهادات الفتاوى الخيرية : المقرر عندنا أنه لايفتى ويعمل إلا بقول الإمام الأعظم ، ولا يعدل عنه إلى قولهما أو قول أحدهما أو غيرهما إلا لضرورة كمسألة المزارعة وإن صرح المشايخ بأن الفتوى على قولهما لأنه صاحب المذهب والإمام المقدم اهـ ومثله فى البحر عند الكلام على أوقات الصلاة ، وفيه من كتاب القضاء : يحل الإفتاء بقول الإمام بل يجب وإن لم يعلم من أين قال اهـ ، وكذا لو عللوا أحدهما دون الآخر كان التعليق ترجيحا للمعلل كما أفاده الرملى فى فتاواه من كتاب الغصب ، وكذا لوكان أحدهما استحسانا والآخر قياسا لأن الأصل تقديم الاستحسان إلا فيما استثنى كما قدمناه فيرجع إليه عند التعارض ، وكذا لوكان أحدهما ظاهر الرواية وبه صرح فى كتاب الرضاع من البحر حيث قال : الفتوى إذا اختلفت كان الترجيح لظاهر الرواية ، وفيه من باب المصرف : إذا اختلف التصحيح وجب الفحص عن ظاهر الرواية والرجوع إليها ، وكذا الو كان أحدهما أنفع للوقف ، لما سيأتى فى الوقف والإجارات أنه يفتى بكل ماهو أنفع للوقف فيما اختلف العلماء فيه ،وكذا لو كان أحدهما قول الأكثرين، لما قدمناه عن الحاوى .

والحاصل أنه إذا كان لأحد القولين مرجح على الآخر ثم صحح المشايخ كلا من القولين ينبغي أن يكون المأخوذ به ماكان له مرجح لأن ذلك المرجح لم يزل بعد التصحيح ، فيبقى فيه زيادة قوة لم توجد فى الآخر ، هذا ماظهر لى من فيض الفتاح العليم (قوله وعليه الفتوى) مشتقة من الفتى وهو الشاب القوى؛ وسميت بها لأن المفتى يقوى السائل بجواب حادثته ابن عبد الرازق عن شرح المجمع للعينى ، والمراد بالاشتقاق فيها ملاحظة ما أنبأ عنه الفتى من القوة والحدوث لاحقيقته كذا قيل (قوله وعليه عمل اليوم) المراد باليوم مطلق الزمان ، وأل فيه للحضور ، والإضافة على معنى فى ، وهى من إضافة المصدر إلى زمانه كصوم رمضان : أى عليه عمل الناس فى هذا الزمان الحاضر (قوله أو الأشبه) قال فى البزازية : معناه الأشبه بالمنصوص رواية والراجح دراية فيكون عليه الفتوى اهـ : والدراية بالدال المهملة تستعمل بمعنى الدليل كما فى المستصفى (قوله أو الأوجه) أى الأظهر وجها من حيث إن دلالة الدليل عليه متجهة ظاهرة أكثر من غيره (قوله ونحوها) كقولهم : وبه جرى العرف ، وهو المتعارف ، وبه أخذ علماؤنا ط (قوله وقال شيخنا) المراد به حيث أطلق فى هذا الكتاب العلامة الشيخ خير الدين الرملى (قوله فى فتاويه) جمع فتوى ويجمع على فتاوى بالألف أيضا ، وهى هنا اسم لفتاوى شيخه المشهورة المسماة بـ [الفتاوى الخيرية لنفع البرية] وقد ذكر ذلك فى آخرها فى مسائل شتى (قوله آكد من بعض) أى أقوى فتقدم على غيرها ،

فلفظ الفتوى آكد من لفظ الصحيح ، والأصح والأشبه وغيرها ؛ ولفظ وبه يفتى آكد من الفتوى عليه ، والأصح آكد من الصحيح ، والأحوط آكد من الاحتياط انتهى .

قلت : لكن فى شرح المنية للحلبي عند قوله : ولا يجوز مس مصحف إلا بغلافه إذا تعارض إمامان معتبران عبر أحدهما بالصحيح والآخر بالأصح ، فالأخذ بالصحيح أولى لأنهما اتفقا على أنه صحيح ، والأخذ بالمتفق أوفق فليحفظ .

ثم رأيت فى رسالة آداب المفتى : إذا ذيلت رواية فى كتاب معتمد بالأصح أو الأولى ، أو الأوفق أو نحوها ، فله أن يفتى بها وبمخالفها أيضاً أيا شاء ، وإذا ذيلت بالصحيح أو المأخوذ به ، أو وبه يفتى ، أو عليه الفتوى

وهذا التقديم راجح لا واجب كما يفيده ما يأتى عن شرح المنية (قوله فلفظ الفتوى) أى اللفظ الذى فيه حروف الفتوى الأصلية بأى صيغة عبر بها ط (قوله آكد من لفظ الصحيح الخ)لأن مقابل الصحيح أو الأصح ونحوه قد يكون هو المفتى به لكونه هو الأحوط أو الأرفق بالناس أو الموافق لتعاملهم وغير ذلك مما يراه المرجحون فى المذهب داعيا إلى الإفتاء به ، فإذا صرحوا بلفظ الفتوى فى قول علم أنه المأخوذ به ويظهر لى أن لفظ وبه نأخذ وعليه العمل مسا وللفظ الفتوى وكذا بالأولى لفظ عليه عمل الأمة لأنه يفيد الإجماع عليه تأمل (قوله وغيرها) كالأحوط والأظهر ط . وفى الضياء المعنوى فى مستحبات الصلاة : لفظة الفتوى آكد وأبلغ من لفظة المختار (قوله آكد من الفتوى عليه) قال ابن الهمام : والفرق بينهما أن الأول يفيد الحصر ، والمعنى أن الفتوى لا تكون إلا بذلك ، الثانى يفيد الأصحية اهـ ابن عبد الرزاق (قوله والأصح آكد من الصحيح) هذا هو المشهور عند الجمهور ، لأن الأصح مقابل للصحيح ، وهو : أى الصحيح مقابل للضعيف ، لكن فى حواشى الأشباه لبيرى : ينبغى أن يقيد ذلك بالغالب ، لأنا وجدنا مقابل الأصح الرواية الشاذة كما فى شرح المجمع اهـ ابن عبد الرزاق (قوله والأحوط الخ) الظاهر أن يقال ذلك فى كل ما عبر فيه بأفعل التفضيل ط ، والاحتياط العمل بأقوى الدليلين كما فى النهر (قوله قلت لكن الخ) استدراك على ما يفهم من كلام الرملى حيث ذكر أن بعض هذه الألفاظ آكد من بعض فانه ظاهر فى أن مراده تقديم الآكد على غيره ، فيلزم منه تقديم الأصح على الصحيح . وهو مخالف لما فى شرح المنية . وأما كون مراده مجرد بيان أن الأصح آكد بمقتضى أفعل التفضيل وذلك لاينافى تقديم الصحيح للاتفاق عليه ، فهو فى غاية البعد ، على أنه لايتأتى فى لفظ الفتوى مع غيره فإنه جعله آكد ، ولا معنى لآكديته إلا تقديمه على غيره كما لايخفى فافهم ، ويدل على أن مراده ما قلناه أولا ما قاله فى الخيرية أيضا فى كتاب الكفالة بعد كلام . قلت : وقوله والصحيح لايدفع قول صاحب المحيط ، هذا هو الأصح وعليه الفتوى اهـ (قوله إماما معتبران) أى من أئمة الترجيح ط (قوله لأنهما اتفقا الخ) أى وانفرد أحدهما بجعل الآخر أصح . قلت : والعلة لاتخص هذين اللفظين ، بل كذلك الوجيه والأوجه والاحتياط والأحوط أفاده ط (قوله إذا ذيلت رواية الخ) أى جعل فى ذيلها : أى فى آخرها ، والمتبادر من هذه العبارة أن التذييل بالتصحيح وقع لرواية واحدة دون مخالفتها فليس فيه تعارض التصحيح ، لكن إذا كان التصحيح بصيغة أفعل التفضيل أفاد أن الرواية المخالفة صحيحة أيضاً ، فله الإفتاء بأى شاء منهما ، وإن كان الأولى تقديم الأولى لزيادة الصحة فيها ، وسكت عنه لظهوره .

وأما إذا كان التصحيح بصيغة تقتضى قصر الصحة على تلك الرواية فقط كالصحيح والمأخوذ به ونحوهما مما يفيد ضعف الرواية المخالفة لم يجز الإفتاء بمخالفها ، لما سيأتى أن الفتيا بالمرجوح جهل ، وهذا بخلاف ما إذا

لم يفت بمخالفه إلا إذا كان فى الهداية مثلا هو الصحيح : وفى الكافى بمخالفه هو الصحيح فيخير فيختار الأقوى عنده والأليق والأصلح اهـ فليحفظ .

وحاصل ماذكره الشيخ قاسم فى تصحيحه : أنه لافرق بين المفتى والقاضى إلا أن المفتى مخبر عن الحكم والقاضى ملزم به ، وأن الحكم والفتيا بالقول المرجوح جهل وخرق للإجماع ،

وجد التصحيح فى كتاب آخر للرواية الأخرى ، فإن الأولى تقديم الآكد منهما أو المتفق عليه على الخلاف المار ، وبه ظهر أن هذا تفصيل آخر زائد على مامر غير مخالف له فافهم (قوله إلا إذا كان الخ) استثناء منقطع لأنه مفروض فيما وجد فيه التصحيح من كلا الطرفين والمستثنى منه فيما إذا لم يذيل مخالفه بشيء كما مر . وفائدة هذا الاستثناء توضيح مامر عن وقف البحر وبيان المراد من التخيير ، فليس فيه تكرير فافهم (قوله وفى الكافى) يحتمل أن المراد به كافى الحاكم أو كافى النسفى الذى شرح به كتابه الوافى أصل الكنز ، والظاهر الثانى (قوله فيختار الأقوى) أى إن كان من أهل النظر فى الدليل أو نص العلماء على ذلك ولا تنس ماقدمناه من بقية قيود التخيير (قوله والأليق) أى لزمانه والأصلح الذى يراه مناسباً فى تلك الواقعة (قوله فليحفظ) أى جميع ماذكرناه .

وحاصله : أن الحكم إن اتفق عليه أصحابنا يفتى به قطعا ، وإلا فإما أن يصحح المشايخ أحد القولين فيه أو كلا منهما ، أولا ولا ففى الثالث يعتبر الترتيب ، بأن يفتى بقول أبى حنيفة ثم بقول أبى يوسف الخ ، أو يعتبر قوة الدليل ، وقد مر التوفيق ، وفى الأول إن كان التصحيح بأفعل التفضيل خير المفتى ، وإلا فلا ، بل يفتى بالمصحح فقط ، وهذا مانقله عن الرسالة . وفى الثانى إما أن يكون أحدهما بأفعل التفضيل أولا . ففى الأول قيل يفتى بالأصح وهو المنقول عن الخيرية ، وقيل بالصحيح وهو المنقول عن شرح المنية ، وفى الثانى يخير المفتى وهو المنقول عن وقف البحر والرسالة أفاده ح (قوله فى تصحيحه) أى فى كتابه المسمى بالتصحيح والترجيح الموضوع على مختصر القدورى (قوله لافرق الخ) أى من حيث إن كلا منهما لايجوز له العمل بالتشهى ، بل عليه أتباع مارجحوه فى كل واقعة وإن كان المفتى مخبراً والقاضى ملزما ، وليس المراد حصر عدم الفرق بينهما من كل جهة فافهم (قوله وأن الحكم والفتيا الخ) وكذا العمل به لنفسه . قال العلامة الشرنبلالى فى رسالته [العقد الفريد فى جواز التقليد]: مقتضى مذهب الشافعى كما قاله السبكى منع العمل بالقول المرجوح فى القضاء والإفتاء دون العمل لنفسه .

مطلب لايجوز العمل بالضعيف حتى لنفسه عندنا

ومذهب الحنفية المنع عن المرجوح حتى لنفسه لكون المرجوح صار منسوخا اهـ فليحفظ ، وقيده البيرى بالعامى أى الذى لارأى له يعرف به معنى النصوص حيث قال : هل يجوز للإنسان العمل بالضعيف من الرواية فى حق نفسه ، نعم إذا كان له رأى ؛ أما إذا كان عامياً فلم أره ، لكن مقتضى تقييده بذى الرأى أنه لايجوز للعامى ذلك . قال فى خزانة الروايات : العالم الذى يعرف معنى النصوص والأخبار وهو من أهل الدراية يجوز له أن يعمل عليها وإن كان مخالفا لمذهبه اهـ .

قلت : لكن هذا فى غير موضع الضرورة ، فقد ذكر فى حيض البحر فى بحث ألوان الدماء أقوالا ضعيفة ، ثم قال : وفى المعراج عن فخر الأئمة : لو أفتى مفت بشيء من هذه الأقوال فى مواضع الضرورة طلباً للتيسير كان حسنا اهـ وكذا قول أبى يوسف فى المنى إذا خرج بعد فتور الشهوة لايجب به الغسل ضعيف ، وأجازوا العمل به للمسافر أو الضيف الذى خاف الريبة كما سيأتى فى محله وذلك من مواضع الضرورة (قوله بالقول المرجوح) ...

وأن الحكم الملفق باطل بالإجماع ، وأن الرجوع عن التقليد بعد العمل باطل اتفاقا ، وهو المختار فى المذهب ، وأن الخلاف خاص بالقاضى المجتهد ، وأما المقلد فلا ينفذ قضاؤه ، بخلاف مذهبه أصلا كما فى القنية .

محمد مع وجود قول أبى يوسف إذا لم يصحح أو يقو وجهه ، وأولى من هذا بالبطلان الإفتاء بخلاف ظاهر الرواية إذا لم يصحح والإفتاء بالقول المرجوع عنه اهـ ح (قوله وأن الحكم الملفق) المراد بالحكم الحكم الوضعى كالصحة . مثاله : متوضئ سال من بدنه دم ولمس امرأة ثم صلى فإن صحة هذه الصلاة ملفقة من مذهب الشافعى والحنفى والتلفيق باطل ، فصحته منتفية اهـ ح .

مطلب فى حكم التقليد والرجوع عنه

(قوله وأن الرجوع الخ) صرح بذلك المحقق ابن الهمام فى تحريره ، ومثله فى أصول الآمدى وابن الحاجب وجمع الجوامع ، وهو محمول كما قال ابن حجر والرملى فى شرحيهما على المنهاج وابن قاسم فى حاشيته على ما إذا بقى من آثار الفعل السابق أثر يؤدى إلى تلفيق العمل بشىء لا يقول به من المذهبين ، كتقليد الشافعى فى مسح بعض الرأس ، ومالك فى طهارة الكلب فى صلاة واحدة ؛ وكما لو أفتى ببينونة زوجته بطلاقها مكرها ثم نكح أختها مقلداً للحنفى بطلاق المكره ثم أفتاه شافعى بعدم الحنث فيمتنع عليه أن يطأ الأولى مقلداً للشافعى والثانية مقلداً للحنفى ، أو هو محمول على منع التقليد فى تلك الحادثة بعينها لامثلها كما صرح به الإمام السبكى وتبعه عليه جماعة ؛ وذلك كما لو صلى ظهراً بمسح ربع الرأس مقلدا للحنفى فليس له إبطالها باعتقاده لزوم مسح الكل مقلدا للمالكى . وأما لو صلى يوما على مذهب وأراد أن يصلى يوما آخر على غيره فلا يمنع منه ، على أن فى دعوى الاتفاق نظرا ، فقد حكي الخلاف ، فيجوز اتباع القائل بالجواز كذا أفاده العلامة الشرنبلالى فى العقد الفريد ، ثم قال بعد ذكر فروع من أهل المذهب صريحة بالجواز وكلام طويل : فتحصل مما ذكرناه أنه ليس على الإنسان التزام مذهب معين ، وأنه يجوز له العمل بما يخالف ما عمله على مذهبه مقلدا فيه غير إمامه مستجمعا شروطه ويعمل بأمرين متضادين فى حادثتين لاتعلق لواحدة منهما بالأخرى ، وليس له إبطال عين ما فعله بتقليد إمام آخر ، لأن إمضاء الفعل كإمضاء القاضى لا ينقض . وقال أيضا : إن له التقليد بعد العمل كما إذا صلى ظانا صحتها على مذهبه ثم تبين بطلانها فى مذهبه وصحتها على مذهب غيره فله تقليده ، ويجتزى بتلك الصلاة على ما قال فى البزازية : إنه روى عن أبى يوسف أنه صلى الجمعة مغتسلا من الحمام ثم أخبر بفأرة ميتة فى بئر الحمام فقال نأخذ بقول إخواننا من أهل المدينة إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثا اهـ (قوله وأن الخلاف) أى بين الإمام وصاحبيه فيما إذا قضى بغير رأيه عمداً هل ينفذ فعنده ، نعم فى أصح الروايتين عنه ، وعندهما لا كما فى التحرير . وقال شارحه : نص فى الهداية والمحيط على أن الفتوى على قولهما بعدم النفاذ فى العمد والنسيان ، وهو مقدم على ما فى الفتاوى الصغرى والخانية من أن الفتوى على قوله لأن المجتهد مأمور بالعمل بمقتضى ظنه إجماعا وهذا خلاف مقتضى ظنه اهـ .

وقد استشكل بعضهم هذه المسألة ، على قول الأصوليين إن المجتهد إذا اجتهد فى واقعة بحكم يمتنع عليه تقليد غيره فيها اتفاقا ، والخلاف فى تقليده قبل اجتهاده فيها ، والأكثر على المنع ، فهذه المسألة تبطل دعوى الاتفاق وأجاب فى التحرير بأن قول الإمام بالنفاذ لايوجب حل الإقدام على هذا القضاء ، نعم وقع فى بعض المواضع ذكر الخلاف فى الحل ويجب ترجيح رواية عدمه اهـ وحينئذ فلا إشكال فافهم (قوله وأما المقلد الخ) نقله

قلت : ولا سيما فى زماننا ، فإن السلطان ينص فى منشوره على نهيه عن القضاء بالأقوال الضعيفة ، فكيف بخلاف مذهبه فيكون معزولاً بالنسبة لغير المعتمد من مذهبه ، فلا ينفذ قضاؤه فيه وينقض كما بسط فى قضاء الفتح والبحر والنهر وغيرها . قال فى البرهان : وهذا صريح الحق الذى يعض عليه بالنواجذ ، نعم أمر الأمير متى صادف فصلا مجتهداً فيه نفذ أمره ، كما فى سير التترخانية وشرح السير الكبير فليحفظ .

فى القنية عن المحيط وغيره ، وجزم به المحقق فى فتح القدير وتلميذه العلامة قاسم ، وادعى فى البحر أن المقلد إذا قضى بمذهب غيره أو برواية ضعيفة أو بقول ضعيف نفذ . وأقوى ماتمسك به مافى البزازية عن شرح الطحاوى إذا لم يكن القاضى مجتهداً وقضى بالفتوى ثم تبين أنه على خلاف مذهبه نفذ وليس لغيره نقضه ، وله أن ينقضه كذا عن محمد . وقال الثانى ليس له أن ينقضه أيضا اهـ قال فى النهر : وما فى الفتح يجب أن يعول عليه فى المذهب وما فى البزازية محمول على أنه رواية عنهما ، إذ قصارى الأمر أن هذا منزل منزلة الناسى لمذهبه ، وقد مر عنهما فى المجتهد أنه لاينفذ فالمقلد أولى اهـ (قوله فى منشوره) المنشور : ماكان غير مختوم من كتب السلطان قاموس (قوله فكيف بخلاف مذهبه) أى فكيف ينفذ قضاؤه بخلاف مذهبه ، لأنه إذا نهاه عن القضاء بالأقوال الضعيفة فى مذهبه لاينفذ قضاؤه فيها فبخلاف مذهبه بالأولى ، ومبنى ذلك على ماقالوا إن تولية القضاء تتخصص بالزمان والمكان والشخص ؛ فلو ولاه السلطان القضاء فى زمان مخصوص أو مكان مخصوص أو على جماعة مخصوصين تعين ذلك ، لأنه نائب عنه ؛ ولو نهاه عن سماع بعض المسائل لم ينفذ حكمه فيها ، كما إذا نهاه عن سماع حادثة مضى عليها خمس عشرة سنة بلا مانع شرعى والخصم منكر ، وقد ذكر الحموى فى حاشية الأشباه أن عادة سلاطين زماننا إذا تولى أحدهم عرض عليه قانون من قبله وأمر باتباعه (قوله وينقض) لاحاجة إليه لأنه إذا كان معزولا بالنسبة لما ذكر لايصح له قضاء حتى ينقض ، لأن النقض إنما يكون للثابت ، إلا أن يقال إنه قضاء بحسب الظاهر ط (قوله قال فى البرهان) هو شرح مواهب الرحمن كلاهما للعلامة إبراهيم الطرابلسى صاحب الإسعاف فى الأوقاف (قوله بالنواجذ) هى أضراس الحلم كما فى المغرب ؛ والكلام كناية عن غاية التمسك ، كما أن قولهم ضحك حتى بدت نواجذه عبارة عن المبالغة فى الضحك وإلا فلا تبدو بالضحك عادة كما حققه الإمام الزمخشرى (قوله نعم أمر الأمير الخ) تصديق لما مر واستدراك بأمر آخر كالاستثناء مما قبله ، هكذا عرف المصنفين فى مثل هذا التركيب (قوله نفذ أمره) إن كان المراد بالأمر الطلب بلا قضاء فظاهر ، وعليه فالمراد بالنفاذ وجوب الامتثال ، وهذا الذى رأيته فى سير التاترخانية فى الفصل العاشر فيما يجب فيه طاعة الأمير ومالا يجب ، ونصه قال محمد : وإذا أمر الأمير العسكر بشىء كان على العسكر أن يطيعوه فى ذلك إلا أن يكون المأمور به معصية بيقين اهـ ولكن لا محل لذكر هذا هنا ، وإن كان المراد به القضاء فقد مر أن القول الضعيف فى حكم المنسوخ ، وأن الحكم به جهل وخرق للإجماع . على أن الأمير ليس له القضاء إلا بتفويض من الإمام . قال فى الأشباه : يجوز قضاء الأمير الذى يولى القضاء وكذلك كتابه إلى القاضى إلا أن يكون القاضى من جهة الخليفة ، فقضاء الأمير لايجوز كذا فى الملتقط . وقد أفتيت بأن تولية باشا مصر قاضيا ليحكم فى قية بمصر مع وجود قاضيها المولى من السلطان باطلة ، لأنه لم يفوض إليه ذلك اهـ فتأمل (قوله سير) جمع سيرة : وهى الطريقة فى الأمور . وفى الشرع تختص بسير النبى صلى الله عليه وسلم فى مغازيه هداية (قوله السير الكبير) للإمام محمد ، وهو روايته عن الإمام من غير واسطة ط . قال فى المغرب : وقالوا السير الكبير فوصفوها بصفة المذكر لقيامها مقام المضاف الذى هو الكتاب ، كقولهم : صلاة الظهر ، وسير الكبير خطأ كجامع الصغير وجامع الكبير اهـ .

وقد ذكروا أن المجتهد المطلق قد فقد ، وأما المقيد فعلى سبع مراتب مشهورة :
وأما نحن فعلينا اتباع مارجحوه وما صححوه كما لو أفتوا فى حياتهم .
فإن قلت : قد يحكون أقوالا بلا ترجيح ، وقد يختلفون فى الصحيح . قلت : يعمل بمثل ماعملوا من اعتبار

مطلب فى طبقات الفقهاء

(قوله وأما المقيد الخ) فيه أمران : الأول أن المجتهد المطلق أحد السبعة . الثانى أن بعض السبعة ليسوا مجتهدين خصوصا السابعة ، فكان عليه أن يقول والفقهاء على سبع مراتب ، وقد أوضحها المحقق ابن كمال باشا فى بعض رسائله فقال : لابد للمفتى أن يعلم حال من يفتى بقوله ، ولا يكفيه معرفته باسمه ونسبه ، بل لابد من معرفته فى الرواية ، ودرجته فى الدراية ، وطبقته من طبقات الفقهاء ، ليكون على بصيرة فى التميز بين القائلين المتخالفين وقدرة كافية فى الترجيح بين القولين المتعارضين :

الأولى : طبقة المجتهدين فى الشرع كالأئمة الأربعة رضى الله عنهم ومن سلك مسلكهم فى تاسيس قواعد الأصول ، وبه يمتازون عن غيرهم .

الثانية : طبقة المجتهدين فى المذهب كأبى يوسف ومحمد وسائر أصحاب أبى حنيفة ، القادرين على استخراج الأحكام من الأدلة على مقتضى القواعد التى قررها أستاذهم أبو حنيفة فى الأحكام وإن خالفوه فى بعض أحكام الفروع ، لكن يقلدونه فى قواعد الأصول ، وبه يمتازون عن المعارضين فى المذهب كالشافعى وغيره المخالفين له فى الأحكام غير مقلدين له فى الأصول .

الثالثة : طبقة المجتهدين فى المسائل التى لانص فيها عن صاحب المذهب ، كالخصاف ، وأبى جعفر الطحاوى ، وأبى الحسن الكرخى ، وشمس الأئمة الحلوانى ، وشمس الأئمة السرخسى ، وفخر الإسلام البزدودى ، وفخر الدين قاضيخان وأمثالهم ، فإنهم لايقدرون على شىء من المخالفة لافى الأصول ولافى الفروع لكنهم يستنبطون الأحكام فى المسائل التى لانص فيها على حسب الأصول والقواعد .

الرابعة : طبقة أصحاب التخريج من المقلدين كالرازى وأضرابه ، فإنهم لايقدرون على الاجتهاد أصلا ، لكنهم لإحاطتهم بالأصول وضبطهم للمآخذ يقدرون على تفصيل قول مجمل ذى وجهين ، وحكم مبهم محتمل لأمرين ، منقول عن صاحب المذهب أو أحد من أصحابه برأيهم ونظرهم فى الأصول والمقايسة على أمثاله ونظائره من الفروع . وما فى الهداية من قوله كذا فى تخريج الكرخى وتخريج الرازى من هذا القبيل .

الخامسة : طبقة أصحاب الترجيح من المقلدين ، كأبى الحسن القدورى ، وصاحب الهداية وأمثالهم ، وشأنهم تفضيل بعض الروايات على بعض ، كقولهم هذا أولى ، وهذا أصح رواية ، وهذا أوفق للناس .

والسادسة : طبقة المقلدين القادرين على التميز بين الأقوى والقوى والضعيف وظاهر المذهب والرواية النادرة : كأصحاب المتون المعتبرة من المتأخرين ، مثل صاحب الكنز ، وصاحب المختار ، وصاحب الوقاية ، وصاحب المجمع ، وشأنهم أن لاينقلوا الأقوال المردودة والروايات الضعيفة .

والسابعة : طبقة المقلدين الذين لايقدرون على ماذكر ، ولايفرقون بين الغث والسمين اه بنوع اختصار (قوله وأما نحن) يعنى أهل الطبقة السابعة ، وهذا مع السؤال والجواب مأخوذ من تصحيح الشيخ قاسم (قوله كما لو أفتوا فى حياتهم) أى كما نتبعهم لو كانوا أحياء وأفتونا بذلك فإنه لايسعنا مخالفتهم (قوله بلا ترجيح)

تغير العرف وأحوال الناس ، وما هو الأوفق وما ظهر عليه التعامل وما قوى وجهه ، ولا يخلو الوجود عمن يميز هذا حقيقة لاظناً ، وعلى من لم يميز أن يرجع لمن يميز لبراءة ذمته ، فنسأل الله تعالى التوفيق والقبول ، بجاه الرسول ، كيف لا وقد يسر الله تعالى ابتداء تبييضه فى الروضة المحروسة ، والبقعة المأنوسة ، تجاه وجه صاحب الرسالة ، وحائز الكمال والبسالة ، وضجيعيه الجليلين الضرغامين الكاملين رضى الله عنهما ، وعن سائر الصحابة أجمعين ، ووالدينا ومقلديهم بإحسان إلى يوم الدين ، ثم تجاه الكعبة الشريفة تحت الميزاب ، وفى الحطيم والمقام ، والله الميسر للتمام .

أى صريح أو ضمنى : فالصريح ظاهر مما ذكره سابقا . والضمنى مانبهناك عليه عند قوله وفى وقف البحر ، فإنه إذا كان أحد القولين ظاهر الرواية والآخر غيرها فقد صرحوا إجمالا بأنه لايعدل عن ظاهر الرواية فهو ترجيح ضمنى لكل ما كان ظاهر الرواية ، فلا يعدل عنه بلا ترجيح صريح لمقابله ، وكذا لوكان أحد القولين فى المتون أو الشروح ، أو كان قول الإمام ، أو كان هو الاستحسان فى غير ما استثنى ، أو كان أنفع الوقف (قوله وماقوى وجهه) أى دليله المنقول الحاصل لا المستحصل لأنه رتبة المجتهد (قوله ولا يخلو الوجود) أى الموجودون أو الزمان (قوله حقيقة) الظاهر رجوعه إلى قوله ولا يخلو ، وأراد بالحقيقة اليقين لأنها من حق الأمر إذا ثبت واليقين ثابت ، ولذا عطف عليها قوله لاظنا ، وجزم بذلك أخذا مما رواه البخارى من قوله صلى الله عليه وسلم « لايزال طائفة من أمتى ظاهرين على الحق حتى يأتى أمر الله » وفى رواية « حتى تأتى الساعة » (قوله وعلى من لم يميز) أى شيئا مما ذكر كأكثر القضاة والمفتين فى زماننا الآخذين المناصب بالمال والمراتب ، وعبر بعلى المفيدة للوجوب للأمر به فى قوله تعالى — فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لاتعلمون — (قوله فنسأل الله التوفيق) أى إلى اتباع الراجح عند الأئمة وما يوصل إلى براءة الذمة ، فإن هذا المقام أصعب مايكون على من ابتلى بالقضاء أو الافتاء. والتوفيق خلق قدرة الطاعة فى العبد مع الداعية إليها (قوله والقبول) أى قبول سعينا فى هذا الكتاب، بأن يكون خالصا لوجهه الكريم ، ليحصل به النفع العميم والثواب العظيم (قوله بجاه) متعلق بمحذوف حال من فاعل نسأل : أى نسأله متوسلين فليست الباء للقسم ، لأنه لايجوز إلا بالله تعالى أو بصفة من صفاته . والجاه القدر والمنزلة قاموس (قوله كيف لا) أى كيف لانسأله القبول وقد يسر الله تعالى مايفيد الظن بحصوله (قوله فى الروضة) هى مابين المنبر والقبر الشريف ، وتطلق على جميع المسجد النبوى أيضا كما صرح به بعض العلماء ، وعليه يظهر قوله تجاه وجه صاحب الرسالة صلى الله عليه وسلم ، لأنه على المعنى الأول لا تمكن مواجهة الوجه الشريف (قوله والبسالة) أى الشجاعة كما فى القاموس ، (قوله الضرغامين) تثنية ضرغام كجريال وهو الأسد ويقال له أيضا ضرغم كجعفر كما فى القاموس وتثنية الثانى ضرغمين كجعفرين ، فافهم (قوله ثم تجاه) عطف على تجاه الأول ، فالابتداء الحقيقى تجاه صاحب الرسالة صلى الله عليه وسلم ، والإضافى تجاه الكعبة ط (قوله وفى الحطيم) أى المحطوم ، سمى به لأنه حطم من البيت وأخرج ، أو الحاطم لأنه يحطم الذنوب ط (قوله والمقام) أى مقام الخليل ، وهو حجر كان يقوم عليه الخليل عليه الصلاة والسلام حال بناء البيت الشريف ، وقيل غير ذلك ط (قوله الميسر) أى المسهل، ويتوقف إطلاقه عليه تعالى على التوقيف وإن صح معناه على ماهو المشهور (قوله للتمام) مصدر تم يتم واسم لما يتم به الشىء كما فى القاموس ، وعلى الثانى فالمراد بلوغ التمام ، وكذا يقول أسير الذنوب جامع هذه الأوراق راجيا من مولاه الكريم ، متوسلا بنبيه العظيم وبكل ذى جاه عنده تعالى أن يمن عليه كرما وفضلا بقبول هذا السعى والنفع به للعباد ، فى عامة البلاد ، وبلوغ المرام ، بحسن الختام ، والاختتام ، آمين .

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الطهارة

قدمت العبادات على غيرها اهتماماً بشأنها، والصلاة تالية للإيمان والطهارة مفتاحها بالنص، وشرط بها مختص.

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الطهارة

(قوله قدمت العبادات الخ) اعلم أن مدار أمور الدين على الاعتقادات والآداب والعبادات والمعاملات والعقوبات ، والأولان ليسا مما نحن بصدده .

والعبادات خمسة : الصلاة ، والزكاة ، والصوم، والحج ، والجهاد . والمعاملات خمسة : المعاوضات المالية ، والمناكحات ، والمخاصمات ، والأمانات ، والتركات . والعقوبات خمسة : القصاص ، وحد السرقة ، والزنا ، والقذف ، والردة (قوله اهتماما بشأنها) وجهه أن العباد لم يخلقوا إلا لها . قال الله تعالى — وما خلقت الجن والإنس إلا ليعبدون — (قوله والصلاة الخ) شروع في بيان وجه تقديم الصلاة على غيرها من العبادات ، وتقديم الطهارة عليها (قوله تالية للإيمان) أى نصا ، كقوله تعالى — الذين يؤمنون بالغيب ويقيمون الصلاة — وكحديث « بنى الإسلام على خمس » بحر . أقول : وفعلا غالبا ، فإن أول واجب بعد الإيمان فى الغالب فعل الصلاة لسرعة أسبابها بخلاف الزكاة والصوم والحج ، ووجوبا لأن أول ماوجب الشهادتان ثم الصلاة ثم الزكاة كما صرح به ابن حجر فى شرح الأربعين ، وفضلا كما قال الشرنبلالى : إن الإجماع منعقد على أفضليتها ، بدليل « أى الأعمال أفضل بعد الإيمان ؟ فقال : الصلاة لوقتها » (قوله والطهارة مفتاحها الخ) أى وما كان مفتاحا لشيء وشرطا له فهو مقدم عليه طبعا فيقدم وضعا (قوله بالنص) وهو مارواه السيوطى فى الجامع الصغير ، من قوله صلى الله عليه وسلم « مفتاح الصلاة الطهور ، وتحريمها التكبير ، وتحليلها التسليم » وهو حديث حسن . قال الرافعى : الطهور بضم الطاء فيما قيده بعضهم ، ويجوز الفتح ، لأن الفعل إنما يتأتى بالآلة . قال ابن العربى : هذا مجاز مايفتحها من غلقها ، وذلك أن الحدث مانع منها فهو كالقفل يوضع على المحدث حتى إذا توضأ انحل القفل ، وهذه استعارة بديعة لايقدر عليها إلا النبوة اهـ من شرحه للعلقمى (قوله بها مختص) الأصل فى لفظ الخصوص ومايتفرع منه أن يستعمل بإدخال الباء على المقصور عليه ؛ أعنى ماله الخاصة فيقال خص المال بزيد : أى المال له دون غيره ، لكن الشائع فى الاستعمال إدخالها على المقصور أعنى الخاصة كقولك : اختص زيد بالمال ، وما هنا من قبيل الأول ، إذ لايخفى أن الخاصة هى اشتراط الطهارة دون الصلاة ؛ فالمعنى أنها شرط مختص بالصلاة لايتجاوزها إلى غيرها من العبادات ، ولو كان من قبيل الثانى لكان حقه أن يقال تختص الصلاة به فافهم ، والمراد أنها شرط صحة فلا يرد أنها تكون واجبة فى الطواف ، لأنه يصح بدونها ، ولا ترد النية لأنها ليست مختصة بالصلاة بل هى شرط لكل عبادة ، ولا استقبال القبلة فإنه قد لايشترط كما فى الصلاة على الدابة وحالة العذر من مرض ونحوه ،

لازم لها فى كل الأركان ، وما قيل قدمت لكونها شرطا لايسقط أصلا ، ولذا فاقد الطهورين يؤخر الصلاة ؛ وما أورد من أن النية كذلك مردود كل ذلك :

أما النية فنى القنية وغيرها : من توالت عليه الهموم تكفيه النية بلسانه . وأما الطهارة ، فنى الظهيرية وغيرها من قطعت يداه ورجلاه وبوجهه جراحة يصلى بلا وضوء ولا تيمم ولايعيد ، قال بعض الأفاضل فى الأصح . وأما فاقد الطهورين ؛ فنى الفيض وغيره أنه يتشبه عندهما ، وإليه صح رجوع الإمام ، وعليه الفتوى .

ومثله ستر العورة . وأما وجوبه فى خارجها فليس على سبيل الشرطية (قوله لازم لها فى كل الأركان) أقول : لم تظهر لى(١) فائدة هذا القيد فى كلامه ، نعم ذكره فى البحر بعد التعليل بعدم السقوط أصلا للاحتراز عن النية لأنها لايشترط استصحابها لكل ركن ، وقد علمت الاحتراز عن النية بمادة الاختصاص ، على أنه سيذكر عن الفيض أن الطهارة قد تسقط أصلا فليست شرطا لازما دائما ، فإن أراد لزومها بدون عذر ورد عليه الاستقبال والستر فإنهما كالطهارة فى ذلك تأمل (قوله وما قيل) قائله الإمام السغناقى صاحب النهاية ، وهى أول شرح للهداية (قوله لايسقط أصلا) أى لايسقط بعذر من الأعذار نهاية (قوله فاقد الطهورين) أى الماء والتراب كمن حبس وقيد بحيث لايصل إليهما (قوله كذلك) أى شرط لايسقط أصلا (قوله مردود كل ذلك) أى كل من دعوى عدم سقوط الطهارة أصلا ، وأن فاقد الطهورين يؤخر ، وأن النية لاتسقط أيضا ، وأتى برد هذه الثلاثة غير مرتب (قوله أما النية) أى أما وجه الرد فى دعوى عدم سقوط النية أصلا ، وهذا الردّ الذى بعده لصاحب النهر (قوله فنى القنية وغيرها) كالمجتبى ، وهو أيضا للعلامة مختار بن محمود الزاهدى صاحب القنية وكتاب القنية مشهور بضعف الرواية ، وقد نقل هـــذا الفرع من شرح الصباغى (قوله تكفيه النية بلسانه) إطلاق النية على اللفظ مجاز اهـ ح : أى لأن النية عمل القلب لا اللسان ، وإنما الذكر باللسان كلام ، ومن ثم حكى الإجماع على كونها بالقلب ، فقد سقطت النية هنا للعذر فسقط القول بعدم سقوطها . بقى أن التلفظ بها للعاجز إن كان غـــير شرط فلا إشكال ، ولذا اختار فى الهداية أن التلفظ بها مستحب لمن لم تجتمع عزيمته وإن كان شرطا كما هو المتبادر من كلام القنية . وردّ عليه مافى الحلية شرح المنية لابن أمير حاج أنه نصب بدل بالرأى وهو ممنوع إلا أن يظهر دليله ، وأقره فى المنح :

أقول : وما قاله الحموى من أنه حيث كان لايقدر على نية القلب صار الذكر باللسان أصلا لابدلا اهـ دعوى بلا دليل . وأيضا هو مشترك الإلزام ، فإن نصب الشروط الأصلية لابد لها(٢) من دليل أيضا ، وهذا كله حيث كان الفرع المذكور من تخريجات بعض المشايخ كما هو ظاهر ، أما لو كان منقولا عن المجتهد فلا يلزم المقلد طلب دليله (قوله وبوجهه جراحة) قيد به ، لأنه لو كان سالما مسحه على الجدار بقصد التيمم ط ، وسكت عن الرأس لأن أكثر الأعضاء جريح ، والوظيفة حينئذ التيمم ولكنه سقط لفقد آلته وهما اليدان اهـ ح (قوله يصلى بلا وضوء) أى فسقط قولهم إن الطهارة لاتسقط أصلا ط ، لكن ذكر الحموى فى رسالة أنه قد يقال المراد بعدم السقوط بعذر إنما هو بعد إمكانه فى الجملة ، وما هنا راجع إلى زوال الأهلية لعدم المحلية ، على أن التخلف فى مادة واحدة قلما تقع لايقدح فى الكلية كما لايخفى على أصحاب الرواية (قوله وأما فاقد الطهورين) هذا ردّ من الشارح للدعوى الوسطى ط (قوله يتشبه) أى بالمصلين وجوبا ، فيركع ويسجد إن وجد مكانا يابسا ،

---

(١) (قوله أقول لم تظهر الخ) فيه أن فائدته إخراج الاستقبال والستر ، لا لإخراج النية المعترض هو عليه بأنها خرجت بمادة الاختصاص الخ ، ودعوى مساواة الطهارة للاستقبال والستر سيأتى ردها نقلا عن الحلبى و ط اهـ .

(٢) (قوله لابد لها) هكذا بخطه ، ولعل الأول لابد له كما لايخفى اهـ مصححه .

قلت : وبه ظهر أن تعمد الصلاة بلا طهر غير مكفر كصلاته لغير القبلة أو مع ثوب نجس ، وهو ظاهر المذهب كما فى الخانية ، وفى سير الوهبانية :

وفى كفر من صلى بغير طهارة — مع العمد خلف فى الروايات يسطر

ثم هو مركب إضافى مبتدأ أو خبر أو مفعول لفعل محذوف ، فإن أريد التعداد بنى على السكون وكسر تخلصا

وإلا يومئ قائما ثم يعيد كما سيأتى فى التيمم . ونقل ط أنه لا يقرأ فيها ، ثم قال : وفيه أن هذا لايصلح ردا لأن هذه صورة صلاة وليست بصلاة حقيقية لما أنه يطالب بعد ذلك بفعلها ، ولذا قال ح الأولى المعارضة بالمعذور اه أى إذا توضأ على السيلان وصلى فى الوقت فإنه يصدق عليه أنه صلى بغير طهارة ، وفيه نظر لأن هذه الطهارة من المعذور معتبرة شرعا اه (قوله وبه) أى بما فى الظهيرية لأنه الذى ينتج ماذكره ط (قوله غير مكفر) أشار به إلى الرد على بعض المشايخ ، حيث قال المختار أنه يكفر بالصلاة بغير طهارة لا بالصلاة بالثوب النجس وإلى غير القبلة لجواز الأخيرتين حالة العذر بخلاف الأولى فإنه لايؤتى بها بحال فيكفر . قال الصدر الشهيد : وبه نأخذ ذكره فى الخلاصة والذخيرة ، وبحث فيه فى الحلية بوجهين : أحدهما ماأشار إليه الشارح . ثانيهما أن الجواز بعذر لايؤثر فى عدم الإكفار بلا عذر ، لأن الموجب للإكفار فى هذه المسائل هو الاستهانة ، فحيث ثبتت الاستهانة فى الكل تساوى الكل فى الإكفار ، وحيث انتفت منها تساوت فى عدمه ، وذلك لأنه ليس حكم الفرض لزوم الكفر بتركه ، وإلا كان كل تارك لفرض كافرا ، وإنما حكمه لزوم الكفر بجحده بلا شبهة دارئة اه ملخصا : أى والاستخفاف فى حكم الجحود (قوله كما فى الخانية) حيث قال بعد ذكره الخلاف فى مسألة الصلاة بلا طهارة وأن الإكفار رواية النوادر . وفى ظاهر الرواية لايكون كفرا ، وإنما اختلفوا إذا صلى لاعلى وجه الاستخفاف بالدين ، فإن كان على وجه الاستخفاف ينبغى أن يكون كفرا عند الكل اه .

أقول : وهذا مؤيد لما بحثه فى الحلية لكن بعد اعتبار كونه مستخفا ومستهينا بالدين كما علمت من كلام الخانية ، وهو بمعنى الاستهزاء والسخرية به ؛ أما لو كان بمعنى عد ذلك الفعل خفيفا وهينا من غير استهزاء ولا سخرية ، بل لمجرد الكسل أو الجهل فينبغى أن لايكون كفرا عند الكل تأمل (قوله مع العمد) أى حال كونه مصاحبا للعمد ط (قوله خلف) أى اختلاف بين أهل المذهب والمعتمد(١) عدم التكفير كما هو ظاهر المذهب ، بل قالوا لو وجد سبعون رواية متفقة على تكفير المؤمن ورواية ولو ضعيفة بعدمه يأخذ المفتى والقاضى بها دون غيرها ، والخلاف مخصوص بغير فرع الظهيرية ، أما هو فصلاته واجبة عليه بغير طهارة لأمر الشارع له بذلك ط (قوله يسطر) أى يكتب (قوله ثم هو) أى كتاب الطهارة وثم للترتيب الذكرى ، وقد تأتى للاستئناف ط (قوله مبتدأ أو خبر) أى كتاب الطهارة هذا ، أو هذا كتاب الطهارة :

واختلف فى الأولى منهما ؛ فقيل الأول لأن المبتدأ هو الركن الأعظم الشديد الحاجة إليه فإبقاؤه أولى ، ولأن التجوز فى آخر الجملة أسهل ، وقيل الثانى لأن الخبر محط الفائدة (قوله لفعل محذوف) نحو خذ أو اقرأ (قوله فإن أريد التعداد) أى تعداده مع الكتب الآتية بلا قصد إسناد كالأعداد المسرودة (قوله بنى على السكون) لشبهه الحرف فى الإهمال ط . زاد القهستانى : ويجوز الفتح على النقل والضم على الحذف اه لكن فيه أن نقل حركة الهمزة شرطه كونها للقطع . وقد يجاب بما ذكره الزمخشرى فى — الم الله — من أن ميم فى حكم الوقف والهمزة

---

(١) (قوله والمعتمد الخ) هذا لايظهر إلا إذا قلنا إنه صلى لاعلى وجه السخرية لأنه هو موضع الخلاف كما علمت . وأما إذا قلنا ولو على وجه السخرية فيكفر عند الكل كما نقله من الخانية اه .

من الساكنين وإضافته لامية لاميمية .

وهل يتوقف حده لقباً على معرفة مفرديه ؟ الراجح نعم ، فالكتاب مصدر بمعنى الجمع

فى حكم الثابت وإنما حذفت تخفيفا وألقيت حركتها على ماقبلها للدلالة عليها تأمل . والظاهر أنه أراد بالضم حركة الإعراب وبالحذف حذف المبتدإ أو الخبر ، ويؤيده أنه لم يذكر حكم الإعراب فذكر الشارح له فى شرحه على الملتقى مع ذكر حكم الإعراب قبله غير مرضى تأمل (قوله وإضافته لامية) أى على معنى لام الاختصاص : أى كتاب للطهارة : أى مختص بها (قوله لاميمية) كذا فى كثير من النسخ تبعا للنهر ، والصواب مافى بعض النسخ لامنية بتخفيف النون وتشديد الياء نسبة إلى من التى هى من حروف الجر . ووجه ماذكره أن التى بمعنى من البيانية شرطها كون المضاف إليه أصلا للمضاف وصالحا للإخبار به عنه ، وأن يكون بينه وبين المضاف عموم وخصوص من وجه . وزاد فى التسهيل رابعا وهو صحة تقدير من البيانية ، وكل ذلك مفقود هنا . قال فى النهر : وليست على معنى فى اه : أى لأن ضابطها كون الثانى ظرفا للأول نحو — مكر الليل — وخالفه المصنف فى المنح واختار كونها بمعناها وقال وهو الأوجه وإن كان قليلا اه لكن الظرفية حينئذ مجازية وهى كثيرة .

أقول : ويؤيده أنه قد يصرح بنى فيقال فصل فى كذا باب فى كذا ، وهو من ظرفية الدالّ فى المدلول بناء على أن المراد بالكتاب والفصل ونحوهما من التراجم الألفاظ المعينة الدالة على المعانى المخصوصة كما هو مختار سيد المحققين ، وأن المراد من الطهارة أى من مسائلها المعانى ، ويجوز العكس ، فيكون من ظرفية المدلول فى الدال تأمل (قوله وهل يتوقف حده لقبا) أى من جهة كونه لقبا فهو منصوب على التمييز ، وقدمنا أن المراد بالحد فى مثل هذا الرسم ، وأراد باللقب العلم(١) إذ ليس فيه مايشعر برفعة المسمى أو بضعته ، وأتى بالاستفهام لوقوع الخلاف فيه ، أما توقفه على ذلك من حيث كونه مركبا إضافيا فلا شبهة فيه ، وكان ينبغى له أن يذكر قبل ذلك حده اللقبى ، بأن يقول هو علم على جملة من مسائل الطهارة ، وأما قوله جعل شرعا عنوانا لمسائل مستقلة فهو بيان لمعنى المضاف لا للاسم اللقبى الذى هو مجموع المضاف والمضاف إليه (قوله الراجح نعم) قال الأبى فى شرحه على صحيح مسلم فى كتاب الإيمان : والمركب الإضافى قيل حده لقبا يتوقف على معرفة جزأيه ، لأن العلم بالمركب بعد العلم بجزأيه ، وقيل لا يتوقف لأن التسمية سلبت كلا من جزأيه عن معناه الإفرادى وصيرت الجميع اسما لشىء آخر ، ورجح الأول بأنه أتم فائدة اه واستحسنه فى النهر .

أقول : أما كونه أتم فائدة فلا كلام فيه ، وأما توقف فهم معناه العلمى على فهم معنى جزأيه ففى حيز المنع ، فإن فهم المعنى العلمى من امرىء القيس مثلا يتوقف على فهم ماوضع ذلك اللفظ بإزائه وهو الشاعر المشهور ، وإن جهل معنى كل من مفرديه فالحق القول الثانى ، ولذا اقتصر فى التحرير والتلويح وغيرهما فى تعريف أصول الفقه على بيان معنى المفردين من حيث كونه مركبا إضافيا فقط (قوله فالكتاب) تفريع على الراجح (قوله مصدر بمعنى الجمع) عدل عن قول البحر والعناية هو جمع الحروف ، لما أورد عليه أن الكتاب والكتابة لغة : الجمع المطلق ، لأن العرب تقول كتبت الخيل إذا جمعتها اه وزاد فى الدرر احتمال كونه فعالا بنى للمفعول كاللباس

---

(١) (قوله وأراد باللقب العلم) أى الاسم الدال على الذات فقط من غير دلالة على رفعة أوضعة ، وبنى عليه قوله الآتى وأما توقف فهم معناه العلمى على فهم معنى جزأيه فنى حيز المنع وقال شيخنا : هو لقب حقيقة ، لأن معنى المفردين جمع الطهارة ، ولا شك أن هذا يدل على المدح كما أن ضده يعنى جمع النجاسة يدل على الذم إذا سمى به ، فحينئذ يتوقف على معرفة معنى جزأيه ليعلم دلالته على المدح أو الذم ، وبه تعلم مافى عبارته الآتية اه .

لغة ، جعل شرعا عنوانا لمسائل مستقلة . بمعنى المكتوب .
والطهارة مصدر طهر بالفتح ويضم : بمعنى النظافة لغة ، ولذا أفردها . وشرعا النظافة عن حدث أو خبث

بمعنى الملبوس . قال : وعلى التقديرين يكون بمعنى المجموع (قوله لغة) منصوب على نزع الخافض أو على التمييز أو على الحالية ومثله شرعا واصطلاحا . وبيان ذلك مع مايرد عليه فى رسالتنا الفوائد العجيبة فى إعراب الكلمات الغريبة (قوله جعل) أى الكتاب لابقيد كونه مضافا للطهارة بل أعم منها ومن الصلاة ونحوها ، لأنه فى صدد بيان المضاف بمفرده كما أشرنا إليه (قوله شرعا) الأولى اصطلاحا لأن التعبير به لايخص أهل الشرع وإن كان هو الغالب عندهم لكن قيد به نظرا للمقام أفاده ط (قوله عنوانا) أى عبارة تذكر صدر الكلام (قوله لمسائل) أى لألفاظ مخصوصة دالة على مسائل مجموعة وتمامه فى النهر .

مطلب فى اعتبارات المركب التام

وذكر فى التلويح أن المركب التام المحتمل للصدق والكذب يسمى من حيث اشتماله على الحكم قضية ، ومن حيث احتماله الصدق والكذب خبرا ، ومن حيث يطلب بالدليل مطلوبا ، ومن حيث يحصل من الدليل نتيجة ، ومن حيث يقع فى العلم ويسأل عنه مسألة ، فالذات واحدة ، واختلاف العبارات باختلاف الاعتبارات اهـ (قوله مستقلة) بمعنى عدم توقف تصورها على شىء قبلها أو بعدها لابمعنى الأصالة المطلقة ، لأن هذا الكتاب تابع لكتاب الصلاة المقصود أصالة ، وعم التعريف ماكان تحته نوع واحد ككتاب اللقطة والآبق والمفقود ، أو أكثر كالطهارة ونحوها مما تحته أنواع من الأحكام كل نوع يسمى بابا ، وكل باب مشتمل على صنف من المسائل ، أو أكثر كل صنف يسمى فصلا . وزاد بعضهم مطلقا بعد قوله مستقلة احترازا عن الباب قال لأنه طائفة من المسائل الفقهية اعتبرت مستقلة مع قطع النظر عن تبعيتها للغير أو تبعية الغير لها ، فإن مسح الخفين تابع للوضوء والوضوء مستتبع له ، وقد اعتبرا مستقلين ، فالفرق بين الكتاب والباب أن الكتاب قد يكون تابعا وقد لايكون ، بخلاف الباب : أى فإنه لابد وأن يكون تابعاً أو مستتبعا اهـ .

وقد يقال : إن الملحوظ فى الكتاب جنس المسائل لاباعتبار نوعها أو فصلها عما قبلها والحيثية مراعاة فى التعريف ولهذا قال بعض العلماء : إن المسائل إن اعتبرت بجنسها تصدر بالكتاب ، لأن الكتاب فى اللغة الجمع والجنس يشمل الأنواع غالبا فيكون معنى الجمع مناسباً لمعنى الجنس ، وإن اعتبرت بنوعها تصدر بالباب لأن الباب فى اللغة النوع فيكون ذكره مناسباً لنوع المسائل وإن اعتبرت بفصلها ، وفرقها عما قبلها تصدر بالفصل ، لأن الفصل فى اللغة الفرق والقطع ، فيكون ذكره مناسباً للمسائل المنقطعة عما قبلها . قال وأكثر المصنفين من الفقهاء والمحدثين : مشوا على هذه الطريقة اهـ (قوله بمعنى المكتوب) راجع لقوله فالكتاب مصدر ، فهو مصدر مراد به اسم المفعول كما فى النهر ط ، فالمناسب ذكره قبل قوله جعل شرعا (قوله والطهارة) أى بفتح الطاء مصدر ، وأما بكسرها فهى الآلة وبضمها فضل مايتطهر به كذا فى البحر والنهر . وفى القهستانى أنها بالضم اسم لما يتطهر به من الماء تأمل (قوله بالفتح) أى فتح الهاء (قوله ويضم) أى وكذا يكسر والفتح أفصح قهستانى (قوله بمعنى النظافة) أى عن الأدناس حسية كالأنجاس أو معنوية كالعيوب والذنوب ، فقيل الثانى مجاز ، وقيل حقيقة وقد استعملت فيهما ، إذ الحدث دنس حكمى ، والنجاسة الحقيقية دنس حقيقى وزوالهما طهارة نهر (قوله ولذا أفردها) أى لكونها مصدرا ، وهو اسم جنس يشمل جميع أنواعها وأفرادها فلا حاجة إلى الجمع ، ولذا قيل المصدر لايثنى ولا يجمع (قوله النظافة عن حدث أو خبث) شمل طهارة مالا تعلق له بالصلاة كالآنية والأطعمة

ومن جمع نظر لأنواعها وهي كثيرة . وحكمها شهيرة . وحكمها استباحة ما لايحل بدونها (وسببها) أى سبب وجوبها (ما لايحل) فعله فرضاكان أو غيره كالصلاة ومس المصحف (إلا بها) أى بالطهارة . صاحب البحر قال بعد سرد الأقوال ونقل كلام الكمال : الظاهر أن السبب هو الإرادة فى الفرض والنفل ، لكن بترك إرادة النفل يسقط الوجوب

وأراد بالخبث مايعم المعنوى كما مر ، فيشمل أيضا الوضوء على الوضوء بنية القربة لأنه مطهر للذنوب ، وعدل عن قول البحر زوال حدث أو خبث ليشمل الطهارة الأصلية ، لأن الزوال يشعر بسبق الوجود، وعن قول النهر إزالة ليشمل النظافة بلا قصد كنزول المحدث فى الماء للسباحة .

واعلم أن أوهنا للتقسيم والتنويع لا للترديد ، فالقسمان المتخالفان حقيقة متشاركان فى مطلق الماهية ، وليس المراد أن الحد إما هذا وإما هذا على سبيل الشك أو التشكيك لينافى الحد المقصود به بيان الماهية من حيث هى هى؛ على أن ماهنا رسم لاحد كما قدمنا بيانه : قال فى السلم :

ولا يجوز فى الحدود ذكر أو   وجائز فى الرسم فادر ماررووا

(قوله ومن جمع) أى كصاحب الهداية حيث قال كتاب الطهارات (قوله نظر لأنواعها) أى فإنها متنوعة إلى وضوء وغسل وتيمم وغسل بدن أو ثوب ونحوه . وأورد عليه أن اللام تبطل الجمعية لأنها مجاز عن الجنس ؛ ودفع بأن هذا عند عدم الاستغراق والعهد وانتفاؤهما هاهنا ممتنع ، ولو سلم فاستواء هذا الجمع والمفرد ممتنع لما فى لفظ الجمع من الإشعار بالتعدد وإن بطل معنى الجمعية، وتمامه فى النهر .

والحاصل أن معنى إبطالها الجمعية أن مدخولها صار يصدق على القليل والكثير ، لابمعنى أنه لم يبق صالحا للكثير .

فإن قيل المصدر لايثنى ولا يجمع قيل جمعها باعتبار الحاصل بالمصدر وذلك شائع كما يجمع العلم والبيع قاله فى المستصفى ، وقدمنا الفرق بين المعنى المصدرى والحاصل بالمصدر (قوله وحكمها) بكسر الحاء جمع حكمة : أى ماشرعت لأجله (قوله شهيرة) منها تكفير الذنوب ومنع الشيطان عنه ط وتحسين الأعضاء فى الدنيا بالتنظيف وفى الآخرة بالتحجيل ، إمداد (قوله وحكمها) أى أثرها المترتب عليها (قوله استباحة) السين والتاء زائدتان أو للصيرورة. قال فى البحر : ولم يذكروا من حكمها الثواب لأنه ليس بلازم فيها لتوقفه على النية وهى ليست شرطا فيها ط (قوله أى سبب وجوبها) قدر المضاف لظهورَ أن الصلاة مثلا ليست سبباً لوجود الطهارة اهـ ح (قوله ما لايحل) أى إرادة مالا يحل ، وقوله فرضا كان تعميم لقوله فعله وقوله كالصلاة فيه القسمان الفرض وغيرها ، وقوله ومس المصحف قاصر على غير الفرض ط (قوله صاحب البحر قال الخ) ذكره عقب كلام المصنف يفيد أن كلام المصنف على تقدير مضاف هو الإرادة كما قدمناه ، إذ لايمكن تقدير الوجوب . وقد يقال لاتقدير أصلا ، وأن مراده أن ذات مالا يحل إلا بها سبب الوجوب ، فقد ذكر الإتقانى فى غاية البيان وغيره أن السبب عندنا الصلاة بدليل الإضافة إليها، وهو دليل السببية اهـ ونقله فى شرح التحرير عن شمس الأئمة السرخسى وفخر الإسلام وغيرهما، لكن كلام المصنف أشمل لشموله الصلاة وغيرها تأمل (قوله الأقوال) أى الأربعة الآتية (قوله هو الإرادة) أقول: هو ماعليه جمهور الأصوليين . وأورد عليه أن مقتضاه أنه إذا أراد الصلاة ولم يتوضأ أثم ولو لم يصل ولم يقل به أحد ، وأجاب عنه فى البحر بجوابين : أحدهما مايأتى عن الزيلعى ، والثانى أن السبب هو الإرادة المستلحقة للشروع اهـ .

ذكره الزيلعي في الظهار . وقال العلامة قاسم في نكته : الصحيح أن سبب وجوب الطهارة وجوب الصلاة أو إرادة ما لايحل إلا بها (وقيل) سببها (الحدث) في الحكمية ، وهو وصف شرعي يحل في الأعضاء يزيل الطهارة . وما قيل إنه مانعية شرعية قائمة بالأعضاء إلى غاية استعمال المزيل فتعريف بالحكم (والخبث) في الحقيقة وهو عين مستقذرة شرعا ، وقيل سببها القيام إلى الصلاة ، ونسبا إلى أهل الظاهر

أقول : يرد عليه أن سبب الشيء متقدم عليه فيلزم أن لاتجب الطهارة قبل الشروع ، لأن الإرادة المستلحقة له مقارنة له مع أنه لابد من تقدمها عليه لكونها شرط الصحة تأمل (قوله ذكره الزيلعي) أي هذا الاستدراك حيث قال إنه إن أراد الصلاة وجبت عليه الطهارة ، فإذا رجع وترك التنفل سقطت الطهارة ، لأن وجوبها لأجلها ط (قوله في الظهار) أي في شرح قوله وعوده : وعزمه على ترك وطئها اهـ ح (قوله وقال العلامة الخ) هذا أظهر لأن ماذكره في البحر يقتضي أن لا يأثم على ترك الوضوء إذا خرج الوقت ، ولم يرد الصلاة الوقتية فيه بل على تفويت الصلاة فقط ، وأنه إذا أراد صلاة الظهر مثلا قبل دخول وقتها أن يجب عليه الوضوء قبل الوقت وكلاهما باطل اهـ ح .

أقول : فيه أن صلاة الظهر قبل وقتها تنعقد نافلة فتجب الطهارة بإرادتها تأمل (قوله الصحيح الخ) مشى عليه المحقق في فتح القدير ، واستوجهه في التحرير ، وصححه أيضا العلامة السكاكي ، لكنه لايشمل غير الصلاة الواجبة فلذا زاد عليه هنا قوله أو إرادة الخ ، وما مر عن الزيلعي ملاحظ هنا أيضا (قوله وجوب الصلاة) أي لاوجودها ، لأن وجودها مشروط بها فكان متأخرا عنها ، والمتأخر لايكون سبباً للمتقدم اهـ عناية . وظاهره أنه بدخول الوقت تجب الطهارة لكنه وجوب موسع كوجوب الصلاة ، فإذا ضاق الوقت صار الوجوب فيهما مضيقا بحر (قوله وقيل سببها الحدث) أي لدورانها معه وجودا وعدما . ودفع بمنع كون الدوران دليلا ، ولئن سلم فالدوران هنا مفقود لأنه قد يوجد الحدث ولا يوجد وجوب الطهارة كما قبل دخول الوقت وفي حق غير البالغ ، وتمامه في البحر لكن سيأتي مايؤيده (قوله وما قيل) القائل صاحب البحر في باب الحدث في الصلاة تبعا لصاحب الفتح كما نقله عنه صاحب النهر هناك ، ثم قال : وهو تعريف بالحكم كما ذكره الشارح . قال بعض الفضلاء : في كون هذا التعريف تعريفا بالحكم نظر إذ حكم الشيء ما كان أثرا له خارجا عنه مترتبا عليه ، والمانعية المذكورة ليست كذلك ، وإنما حكم الحدث عدم صحة الصلاة معه وحرمة مس المصحف ونحو ذلك كما هو ظاهر ، فالتعريف بالحكم كأن يقال مثلا الحدث هو مالا تصح الصلاة معه ونحو ذلك فتأمل اهـ كذا في حاشية الشيخ خليل الفتال (قوله شرعية) أي اعتبرها الشرع مانعا ط (قوله إلى غاية استعمال) الإضافة للبيان والسين والتاء زائدتان ط (قوله فتعريف بالحكم) علمت مافيه على أنه مستعمل عند الفقهاء لأن الأحكام محل مواقع أنظارهم (قوله وقيل سببها القيام إلى الصلاة) ذكر في البحر أنه صححه في الخلاصة قال : وصرح في غاية البيان بفساده لصحة الاكتفاء بوضوء واحد لصلوات مادام متطهرا . وقد يدفع بأنها سبب بشرط الحدث فلا يلزم ماذكر خصوصا أنه ظاهر الآية اهـ :

أقول : هذا الدفع ظاهر ، وإلا ورد الفساد المذكور على القولين الأولين في كلام الشارح (قوله ونسبا) أي القول بسببية الحدث والخبث والقول بسببية القيام اهـ ح (قوله إلى أهل الظاهر) هم الآخذون بظواهر النصوص من أصحاب الإمام الجليل أبي سليمان داود الظاهري .

واعترض بأن المنسوب إليهم هو الثاني من القولين ، أما الأول منهما فنسبه الأصوليون إلى أهل الطرد وهم

وفسادهما ظاهر .

واعلم أن أثر الخلاف إنما يظهر فى نحو التعاليق ، نحو : إن وجب عليك طهارة فأنت طالق دون الإثم للإجماع على عدمه بالتأخير عن الحدث ، ذكره فى التوشيح ، وبه اندفع مافى السراج من إثبات الثمرة من جهة الإثم ، بل وجوبها موسع بدخول الوقت كالصلاة ، فإذا ضاق الوقت صار الوجوب فيهما مضيقا :

وشرائطها ثلاثة عشر على مافى الأشباه، شرائط وجوبها تسعة ، وشرائط صحتها أربعة ، ونظمها شيخ شيخنا العلامة على المقدسى شارح نظم الكنز فقال :

شرط الوجوب العقل والإسلام وقدرة ماء والاحتلام

المستدلون على علة الحكم بالطرد والعكس ويسمى الدوران كالإمام الرازى وأتباعه . وخالفهم فيه الحنفية ومحققو الأشاعرة (قوله وفسادهما ظاهر) لما علمته مما يرد عليهما ، لكن علمت الجواب عما يرد على الثانى ، فكان عليه إفراد الضمير فى الموضعين (قوله أن أثر الخلاف) أى فائدة الاختلاف فى السبب (قوله فى نحو التعاليق) أى فى التعاليق ونحوها كصدق الإخبار بوجوب الطهارة وكذبه أفاده ط ،وفيما إذا استشهدت الحائض قبل انقطاع الدم ، فقد صحح فى الهداية أنها تغسل ، فكان تصحيحا لكون السبب الحدث أعنى الحيض أفاده فى البحر أى لأن الغسل وجب عليها بالحيض لوجود شرطه وهو انقطاع الدم بالموت ، وهذا مؤيد لقول أهل الطرد (قوله فأنت طالق) أى فتطلق بإرادة الصلاة على الأول ، وبوجوبها على الثانى ، وبالحدث أو الخبث على الثالث ، وبالقيام إلى الصلاة على الرابع (قوله بالتأخير عن الحدث) أى أو الخبث ، أو عن إرادة الصلاة ، أو القيام إليها ط (قوله ذكره فى التوشيح) هو شرح الهداية للعلامة سراج الدين الهندى . قال فى غسل البحر : وقد نقل الشيخ سراج الدين الهندى الإجماع على أنه لايجب الوضوء على المحدث والغسل على الجنب والحائض والنفساء قبل وجوب الصلاة ، أو إرادة ما لايحل إلا به اهـ :

أقول : الظاهر أن المراد بالوجوب وجوب الأداء لثبوت الاختلاف فى سبب الطهارة ، ويلزم منه ثبوت الاختلاف فى وقت الوجوب كما لايخفى . ثم رأيت فى النهر وفق بذلك بين كلام الهندى وما قدمناه آنفا عن الهداية (قوله وبه اندفع مافى السراج الخ) هو شرح مختصر القدورى ، للحدادى صاحب الجوهرة ، وذلك حيث ذكر أن وجوب الغسل من الحيض والنفاس بالانقطاع عند الكرخى وعامة العراقيين ، وبوجوب الصلاة عند البخاريين وهو المختار ؛ ثم قال : وفائدة الخلاف فيما إذا انقطع الدم بعد طلوع الشمس وأخرت الغسل إلى وقت الظهر فتأثم على الأول لا على الثانى ، وعلى هذا الخلاف وجوب الوضوء فعند العراقيين يجب الوضوء للحدث ، وعند البخاريين للصلاة اهـ (قوله بل وجوبها) أى الطهارة (قوله بدخول) خبر بعد خبر ، لقوله وجوبها لامتعلق بقوله موسع .

وكون وجوبها بدخول الوقت يؤيد ماقدمه عن العلامة قاسم من أن سبب وجوبها وجوب الصلاة إذ وجوب الصلاة أيضا بدخول الوقت اهـ ح (قوله فيهما) أى فى الطهارة والصلاة (قوله وشرائطها) أى الطهارة . قال فى الحلية : هو جمع شرط على خلاف المعروف من القاعدة الصرفية ، إذ لم يحفظ فعائل جمع فعل بل جمعه شروط (قوله شرائط وجوبها الخ) أى الطهارة أعم من الصغرى والكبرى . وشرائط الوجوب هى ما إذا اجتمعت وجبت الطهارة على الشخص . وشرائط الصحة مالاتصح الطهارة إلا بها ، ولا تلازم بين النوعين بل بينهما عموم وجهى ، وعدم الحيض والنفاس شرط للوجوب من حيث الخطاب وللصحة من حيث أداء الواجب أفاده ط (قوله شرط الوجوب) مفرد مضاف فيعم ، وهو مبتدأ خبره العقل الخ ط (قوله العقل الخ) فلا تجب على مجنون ولا على كافر ، بناء على المشهور من أن الكفار غير مخاطبين بالعبادات ، ولا على عاجز عن استعمال المطهر ، ولا على

وحدث ونفى حيض وعدم نفاسها وضيق وقت قد هجم
وشرط صحة عموم البشره بمائه الطهـور ثم فى المره
فقد نفاسها وحيضها وأن يزول كل مانع عن البدن

وجعلها بعضهم أربعة : شرط وجودها الحسى وجود المزيل والمزال عنه ، والقدرة على الإزالة . وشرط وجودها الشرعى كون المزيل مشروع الاستعمال فى مثله . وشرط وجوبها التكليف والحدث . وشرط صحتها صدور الطهر من أهله فى محله مع فقد مانعه ، ونظمها فقال :

فاقد الماء أى والتراب ، ولا على صبى ، ولا على متطهر ولا على حائض ، ولا على نفساء ، ولا مع سعة الوقت ، وهذا الأخير شرط لوجوب الأداء وما قبله لأصل الوجوب (قوله ماء) بالرفع والتنوين على إسقاط العاطف وتقدير مضاف : أى ووجود ماء مطلق طهور كاف أو مايقوم مقامه من تراب طاهر (قوله وشرط صحة الخ) الصحة ترتب المقصود من الفعل عليه ، ففى المعاملات الحل والملك لأنهما المقصودان منها ، وفى العبادات عند المتكلمين موافقة الأمر مستجمعا مايتوقف عليه . وعند الفقهاء بزيادة قيد ، وهو اندفاع وجوب القضاء ، فصلاة ظان الطهارة مع عدمها صحيحة على الأول لموافقة الأمر على ظنه ، لاعلى الثانى لعدم سقوط القضاء ، وتمامه فى التحرير وشرحه (قوله عموم البشرة الخ) أى أن يعم الماء جميع المحل الواجب استعماله فيه (قوله فى المره) بدون همزة مؤنث مره ، يقال فيها مرأة ومرة وامرأة ذكر الثلاث فى القاموس (قوله فقد نفاسها وحيضها) أى وفقد حيضها فهما شرطان (قوله وأن يزول كل مانع) أى من نحو رمص وشمع ، وهذا الشرط الرابع يغنى عنه الأول . والأولى مافى البحر حيث جعل الرابع عدم التلبس فى حالة التطهير بما ينقضه فى حق غير المعذور بذلك .

[تنبيه] جمع الشروط الأول ترجع إلى ستة : وهى الإسلام ، والتكليف ، وقدرة استعمال المطهر ، ووجود حدث ، وفقد المنافى من حيض ونفاس ، وضيق الوقت ، والأخيرة ترجع إلى اثنين : تعميم المحل بالمطهر ، وفقد المنافى من حيض ونفاس وحدث فى حق غير المعذور به ، وقد نظمتها بقولى :

شرط الوجوب جاء ضمن ست تـكليف إسلام وضيق وقت
وقدرة الماء الطهور الـكافى وحـدث مع انتفا المنـافى
واثنان للصحة تعميم المحـل بالمـاء مع فقد مناف للعمل

(قوله وجعلها) أى هذه الشروط . وقد نقل هذا التقسيم العلامة البيرى عن شرح القدورى للآمدى (قوله أربعة) أى أربعة أنواع ؛ ففى الأول ثلاثة وكذا الثانى ، وفى الثالث أربعة ، وفى الرابع اثنان (قوله وجودها الحسى) أى الذى تصير به الطهارة موجودة فى الحس والمشاهدة : أى يصير فعلها موجودا ، وإلا فهى وصف شرعى لاوجود له فى الخارج . ثم لايخفى أنه ليس الضمير فى وجودها للشروط حتى يرد أن القدرة لاوجود لها فافهم (قوله وجود المزيل) أى الماء أو التراب (قوله والمزال عنه) أى الأعضاء (قوله مشروع الاستعمال) أى بأن يكون الماء مطلقا وطاهرا ومطهرا (قوله فى مثله) أى مثل المشروط ؛ ولو قال مشروع الاستعمال فيها أى الطهارة لكان أولى ؛ وخرج به نحو الزيت فإنه مشروع الاستعمال لكن فى الدهن مثلا ط . أقول : وفى بعض النسخ فى محله وهو الأولى (قوله التكاليف) تحته ثلاثة ، وهى العقل والبلوغ والإسلام ، بناء على ماقدمناه من المشهور (قوله والحدث) أى الأصغر أو الأكبر (قوله من أهله) بأن لاتكون حائضا ولا نفساء ، وهـذا لم يذكره فى النظم الآتى (قوله فى محله) وهو جميع الجسد فى الغسل والأعضاء الأربعة فى الوضوء ، وتقدم أن هذا أيضا من شروط الوجود ، ويحتمل أنه أراد به تعميم البشرة (قوله مع فقد مانعه) بأن لايحصل ناقض فى خلال الطهارة لغير معذور به (قوله ونظمها) عطف على جعلها ، وهذا النظم من بحر الطويل ، وفيه من عيوب القوافى التحريد

نعلم شروطا للوضوء مهمة ... مقسمة في أربع وثمان
فشرط وجود الحس منها ثلاثة ... سلامة أعضاء وقدرة إمكان
لمستعمل الماء القراح وهو معا ... وشرط وجود الشرع خذها بإمعان
فطلق ماء مع طهارته ومع ... طهورية أيضا ففز ببيان
وشرط وجوب وهو إسلام بالغ ... مع الحدث التميز بالعقل ياعاني
وشرط لتصحيح الوضوء زوال ما ... يبعد إيصال المياه من آدران
كشمع ورمص ثم لم يتخلل ... الوضوء مناف ياعظيم ذوي الشان
وزيد على هذين أيضاً تقاطر ... مع الغسلات ليس هذا لدى الثاني

بالحاء المهملة ، وهو الاختلاف فى الأضرب ، فإن ضرب البيت الأول والبيت الرابع محذوف ، وزنه فعولن ، وباقى الأبيات أضربها تامة وزنها مفاعيلن ، فالمناسب أن يقول فى البيت الأول « مقسمة فى عشرة بعدها اثنان » وفى البيت الرابع « طهورية أيضا فخذها بإذعان » (قوله تعلم) فعل أمر (قوله للوضوء) ومثله الغسل (قوله سلامة أعضاء) إشارة إلى المزال عنه اهـ ح أى لأنه من إضافة الصفة إلى موصوفها أى أعضاء سالمة أفاده ط (قوله وقدرة إمكان) أى تمكن من الإزالة (قوله لمستعمل) صفة قدرة أو إمكان (قوله القراح) كسحاب أى الخالص قاموس (قوله وهو) بضم الهاء وإسكان الواو بعدها للضرورة راجع للماء (قوله معا) ظرف منصوب لقطعه عن الإضافة متعلق بمحذوف خبر هو أصله معهما ، وإنما نص على انضمامه إليهما ، لأنه لما ذكر الماء على كونه مضافا إليه فربما يتوهم أنه ليس قسما برأسه وأنه من تتمة المضاف وليس كذلك ، بل هو بيان لوجود المزيل اهـ ح (قوله وشرط) بالنصب مفعول لخذ محذوفا فسره قوله الآتى خذها : أى الشروط المفهومة من عموم المصدر المضاف ، وهو أولى من الرفع على الابتداء ، لأن خبره قوله خذها أو قوله فطلق ، فيلزم عليه الإخبار بالجملة الطلبية أو اقتران الخبر بالفاء (قوله بإمعان) أى بتأمل وإتقان ط (قوله مطلق ماء) من إضافة الصفة للموصوف وهو خبر لمبتدإ محذوف ، والمراد كون الماء مطلقا ، والظاهر كما قال ط أن هذا الشرط مغن عن الطهارة والطهورية أى لأن غير الطاهر وغير المطهر غير مطلق (قوله مع) بسكون العين ط (قوله وشرط) بالنصب أيضا لاغير عطف على شرط المنصوب أى وخذ شرط وجوب الخ إذ ليس بعده مايصح الإخبار به عنه (قوله بالغ) بالإضافة وهو شرط ثان ، والشرط البلوغ ط أى لاذات البالغ (قوله التميز) بحذف العاطف ، ثم يحتمل أنه معطوف على إسلام فيكون مرفوعا ، أو على الحدث فيكون مجرورا ط (قوله ياعاني) أى ياقاصد الفوائد وهو أولى من تفسيره بالأسير أفاده ط (قوله شرط) مبتدأ وزوال خبره ط (قوله يبعد) بتشديد العين (قوله من ادران) بنقل حركة الهمزة إلى النون ، وهو بيان لما والدرن الوسخ قاموس (قوله كشمع) بسكون الميم لغة قليلة ، وأنكرها الفراء فقال : الفتح كلام العرب والمولدون يسكنونها ، لكن قال ابن فارس : وقد تفتح الميم . قال فى المصباح فأفهم أن الإسكان أكثر اهـ (قوله ورمص) بفتح الراء والميم وبالصاد : وسخ يجتمع فى الموق مما يلى الأنف وسكنت الميم لضرورة النظم اهـ ح (قوله لم يتخلل الوضوء) اللام من الوضوء آخر الشطر الأول والواو منه أول الشطر الثانى (قوله مناف) كخروج ريح ودم ط أى لغير المعذور بذلك (قوله ياعظيم ذوى الشأن) أى المعظم : أى ياعظيمهم ، وفى نسخة ذى وليست بصواب الاختلال النظم ط . أقول : والذى رأيته من النسخ : ياعظيم الشأن وهو خطأ أيضا (قوله وزيد على هذين) أى شرطى الصحة ط (قوله تقاطر) وأقله قطرتان فى الأصح كما يأتى (قوله مع الغسلات) أى المفروضة ، وأخرج بها المسح فلا يشترط فيه تقاطر (قوله ليس هــذا الخ) أى

وصفتها فرض للصلاة وواجب للطواف ، قيل ومس المصحف للقول بأن المطهرين الملائكة ، وسنة للنوم ، ومندوب في نيف وثلاثين موضعا ذكرتها في الخزائن : منها بعد كذب وغيبة وقهقهة وشعر وأكل جزور

ليس هذا الشرط وهو التقاطر بمشترط عند الإمام أبي يوسف يعقوب رضي الله عنه ، والمعتمد الأول ط .

[تنبيه] يزاد على ماذكره من شروط الصحة فقد الحيض والنفاس كما مر ، وهو من شروط الوجود الشرعي أيضاً ، وكذا من شروط الوجوب . والذي يظهر لي أن شروط الوجود الشرعي شروط للصحة وبالعكس ، إذ لافرق يظهر فتدبر (قوله وصفتها) أي الطهارة (قوله فرض) أي قطعي ط (قوله للصلاة) فرضها ونفلها ط (قوله وواجب) الأولى واجبة (قوله للقول الخ) يعني أنه قيل بأنها واجبة لمس المصحف لافرض للاختلاف في تفسير الآية ، فلم تكن قطعية الدلالة حتى تثبت الفرضية ، لأن قوله تعالى — لايمسه إلا المطهرون — قيل إنه صفة لكتاب مكنون وهو اللوح ، وقيل صفة لقرآن كريم وهو المصحف . فعلى الأول المراد من المطهرين الملائكة المقربون لأنهم مطهرون عن أدناس الذنوب : أي لايطلع عليه سواهم . وعلى الثاني المراد منهم الناس المطهرون من الأحداث وعليه أكثر المفسرين ، ويؤيده أن فيه حمل المس على حقيقته ، والأصل في الكلام الحقيقة واحتمال غيرها بلا دليل لايقدح في صحة الاستدلال ، إذ قل أن يوجد دليل بلا احتمال فلا ينافى ذلك القطعية ، فلذا والله تعالى أعلم أشار الشارح إلى اختيار القول بالفرضية وقواه المحشي الحلبي ، وهو اختيار الشرنبلالي ، لكن سيأتي أن الفرض ماقطع بلزومه حتى يكفر جاحده وهذا ليس كذلك لما في الخلاصة أنه لو أنكر الوضوء لغير الصلاة لايكفر عندنا إلا أن يجاب بأنه من الفرض العملي ، وهو أقوى نوعي الواجب وأضعف نوعي الفرض ، فلايكفر جاحده كما يأتي بيانه ، وبه يحصل التوفيق بين القولين ، والله الموفق (قوله وسنة للنوم) كذا في شرح الملتقى ، لكن عده الشرنبلالي وغيره في المندوبات وجعل الأنواع ثلاثة فليحفظ ابن عبد الرزاق (قوله في نيف) قال في المختار : النيف بوزن الهين الزيادة يخفف ويشدد ، ويقال عشرة ونيف ومائة ونيف ، وكل مازاد على العقد فهو نيف حتى يبلغ العقد الثاني اهـ ط (قوله ذكرتها في الخزائن) ذكرها في مكروهات الوضوء ؛ فمنها عند استيقاظ من نوم ، وللمداومة عليه ، وللوضوء على الوضوء إذا تبدل المجلس ، وغسل ميت وحمله ، ولوقت كل صلاة ، وقبل غسل جنابة ، وللجنب عند أكل وشرب ونوم ووطء ، ولغضب وقراءة وحديث وروايته ، ودراسة علم ، وأذان وإقامة ، وخطبة ولو نكاحاً ، وزيارة النبي صلى الله عليه وسلم ، ووقوف وسعي شرنبلالي ، ومس كتب شرعية تعظيما لها إمداد وسيجيء ، ونظر لمحاسن امرأة نهر ، ولمطلق الذكر كما يأتي قبيل المياه ، وفي ابتداء الغسل كما يأتي في محله ، ولكل صلاة لو متوضئاً لأنه ربما اغتاب أو كذب ، فإن لم يمكنه تيمم ونوى به رفع الإثم ، فتاوى الصوفية ، فهي مع السبعة التي هي هنا نيف وثلاثون كما ذكره أفاده ابن عبد الرزاق (قوله بعد كذب وغيبة) لأنهما من النجاسات المعنوية ، ولذا يخرج من الكاذب نتن يتباعد منه الملك الحافظ كما ورد في الحديث ، وكذا أخبره صلى الله عليه وسلم عن ريح منتنة بأنها ريح الذين يغتابون الناس والمؤمنين ولإلاف ذلك منا وامتلاء أنوفنا منها لانظهر لنا كالساكن في محلة الدباغين ، وسيأتي إن شاء الله تعالى في كتاب الحظر والإباحة الكلام على الكذب والغيبة وما يرخص منهما (قوله وقهقهة) لأنها لما كانت في الصلاة جناية تنقض الوضوء أوجبت نقصان الطهارة خارجها فكان الوضوء منها مستحباً كما ذكره سيدي عبد الغني النابلسي في نهاية المراد على هدية ابن العماد (قوله وشعر) أي قبيح إمداد ، وقدمنا بيان القبيح منه وغير القبيح عند الكلام على المقدمة ، ومن أراد من بيانه نهاية المراد فعليه بنهاية المراد (قوله وأكل جزور) أي أكل لحم جزور : أي جمل ، لقول بعضهم بوجوب

وبعد كل خطيئة ، وللخروج من خلاف العلماء :

وركنها : غسل ومسح وزوال نجس. وآلتها : ماء وتراب ونحوهما . ودليلها آية — إذا قمتم إلى الصلاة — وهي مدنية إجماعا .

وأجمع أهل السير أن الوضوء والغسل فرضا بمكة مع فرض الصلاة بتعليم جبريل عليه السلام ، وأنه عليه الصلاة والسلام لم يصل قط إلا بوضوء ، بل هو شريعة من قبلنا ، بدليل « هذا وضوئي ووضوء الأنبياء من

الوضوء منه ، وهذا يدخل في عموم قوله بعد وللخروج من خلاف العلماء أفاده ط (قوله وبعد كل خطيئة) عطف عام على خاص بالنسبة إلى ماذكره مما هو خطيئة وذلك لما ورد في الأحاديث من تكفير الوضوء للذنوب (قوله وللخروج من خلاف العلماء) كمس ذكره ومس امرأة (قوله وركنها) هو في اللغة الجانب الأقوى . وفي الاصطلاح الجزاء الذاتي الذي تتركب الماهية منه ومن غيره شرح المنية للحلبي (قوله غسل ومسح وزوال نجس) أي مجموع الثلاثة ، ففي النجاسة المرئية زوال عين النجس ، وفي غير المرئية والحدث الأكبر غسل فقط ، وفي الحدث الأصغر غسل ومسح ، وأما نحو العصر والتثليث فمن الشروط (قوله ونحوهما) من مائع ودلك وذكاة وغير ذلك مما سيأتي في المطهرات (قوله وهي مدنية) لأنها من المائدة ، وهي من آخر القرآن نزولا :

[فائدة] المدني مانزل بعد الهجرة وإن كان في غير المدينة ، والمكي مانزل قبلها وإن كان في غير مكة ، وهو الأصح من أقوال ثلاثة حكاها السيوطي في الإتقان ط (قوله وأجمع أهل السير) جمع سيرة أي المغازي ، وهذا رد لما يقال يلزم أن تكون الصلاة بلا وضوء إلى وقت نزول آية الوضوء ، لأنك ذكرت أن آية الوضوء مدنية مع أن الصلاة فرضت بمكة ليلة الإسراء ، بل في المواهب عن فتح الباري أنه كان صلى الله عليه وسلم قبل الإسراء يصلي قطعاً وكذلك أصحابه ، ولكن اختلف هل افترض قبل الخمس شيء من الصلاة أم لا ؟ فقيل إن الفرض كان صلاة قبل طلوع الشمس وقبل غروبها لقوله تعالى — وسبح بحمد ربك قبل طلوع الشمس وقبل غروبها — اهـ (قوله مع فرض الصلاة) إن أريد بها الصلوات الخمس أشكل بما قدمناه آنفاً أنه صلى الله عليه وسلم كان يصلي قبلها قطعاً ، والظاهر أن المعية للمكان لا للزمان ، فلا يلزم أن تكون صلاته قبل الافتراض بلا وضوء ، ولذا عمم بعده بقوله وأنه عليه الصلاة والسلام الخ :

مطلب في تعبده عليه الصلاة والسلام بشرع من قبله

(قوله بل هو شريعة من قبلنا) انتقال إلى جواب آخر ، وهو مبني على المختار من أنه عليه الصلاة والسلام قبل مبعثه كان متعبداً بشرع من قبله ، لأن التكاليف لم ينقطع من بعثة آدم ولم يترك الناس سدى قط ، ولتظافر روايات صلاته وصومه وحجه ، ولا تكون طاعة بلا شرع لأن الطاعة موافقة الأمر وكذا بعد مبعثه عليه الصلاة والسلام ، وبسط ذلك في التحرير وشرحه ، وسيأتي أول كتاب الصلاة أن المختار عندنا عدمه وهو قول الجمهور (قوله بدليل الخ) أي بدليل الحديث الذي رواه أحمد والدارقطني عن ابن عمر رضي الله عنه وفي آخره « ثم دعا بماء فتوضأ ثلاثاً ثم قال هذا وضوئي الخ » .

مطلب ليس أصل الوضوء من خصوصيات هذه الأمة ، بل الغرة والتحجيل

ودفع بأن وجوده في الأنبياء لايدل على وجوده في أممهم ، ولهذا قيل إنه من خصائص هذه الأمة بالنسبة إلى بقية الأمم دون أنبيائهم ، لحديث البخاري « إن أمتي يدعون يوم القيامة غرا محجلين من آثار الوضوء » ؛

قبلى ، وقد تقرر فى الأصول أن شرع من قبلنا شرع لنا إذا قصه الله تعالى ورسوله من غير إنكار ولم يظهر نسخه فغائدة نزول الآية تقرير الحكم الثابت ، وتأتى اختلاف العلماء الذى هو رحمة . كيف وقد اشتملت على نيف وسبعين حكما مبسوطة فى تيمم الضياء عن فوائد الهداية ، وعلى ثمانية أمور كلها مثنى طهارتين : الوضوء والغسل ومطهرين : الماء والصعيد ، وحكمين : الغسل والمسح ، وموجبين : الحدث والجنابة ، ومبيحين : المرض والسفر ودليلين : التفصيلى فى الوضوء والإجمالى فى الغسل ،

وأجيب بأن الظاهر منه أن الخاص بهذه الأمة الغرة والتحجيل لا لأصل الوضوء ، وبأن الأصل أن ماثبت للأنبياء يثبت لأممهم ، يؤيده ، مافى البخارى من قصة سارة مع الملك أنه لما هم بالدنو منها قامت تتوضأ وتصلى ، ومن قصة جريج الراهب أنه قام فتوضأ ؛ قيل يمكن حمل هذا على الوضوء اللغوى . أقول : حيث ثبت الوضوء الشرعى للأنبياء بحديث هذا وضوئى الخ ، فحمل الوضوء الثابت لأممهم بالقصتين المذكورتين على اللغوى لابد له من دليل لأن الأصل عدم الفرق (قوله من غير إنكار الخ) أفاد أنه لايحتاج إلى قيام الدليل على بقائه ، أما لو قص علينا مقترناً بالإنكار كما فى قوله تعالى — حرمنا عليهم شحومهما — الآية فإنه أنكر بقوله تعالى — قل لاأجد فيما أوحى إلى — الآية وكتحريم السبت ، أو ظهر نسخه بعد إقراره كالتوجه إلى بيت المقدس فلا يكون شرعاً لنا ، بخلاف نحو — وكتبنا عليهم فيها — ونحو صوم عاشوراء (قوله ففائدة نزول الآية الخ) جواب عما يقال إذا كان الوضوء فرض بمكة مع فرضية الصلاة وهو أيضاً شرع من قبلنا فقد ثبتت فرضيته فما فائدة نزول آية المائدة؟ أفاده ط (قوله تقرير الحكم الثابت) أى تثبيته ، فإنه لما لم يكن عبادة مستقلة بل تابعاً للصلاة احتمل أن لاتهتم الأمة بشأنه ، وأن يتساهلوا فى شرائطه وأركانه بطول العهد عن زمن الوحى وانتقاص الناقلين يوما فيوما ، بخلاف ماإذا ثبت بالنص المتواتر الباقى فى كل زمان وعلى كل لسان اه درر (قوله وتأتى) مصدر تأتى معطوف على تقرير (قوله اختلاف العلماء) أى المجتهدين فى النية والدلك والترتيب ونقضه بالمس وقدر الممسوح (قوله على نيف وسبعين حكما) منها أن المراد بالقيام إرادته واقتضاء اللفظ إيجاب الغسل عقبه لأنه محكم ، وأن الواجب الإسالة دون المسح بلا اشتراط الدلك ولا النية ولا الترتيب ولا الولاء ، وجواز مسح الرأس من أى جانب كان ، ودلالتها على بطلان الجمع بين الغسل والمسح ، وعلى جواز مسح الخفين ، وعلى أن الاستنجاء ليس بفرض ، وعلى تعميم البدن فى الغسل ، وعلى وجوب المضمضة والاستنشاق فيه ، وعلى وجوب التيمم لمريض خاف الضرر وعلى جوازه فى كل وقت ، وعلى جوازه لخائف سبع وعدو ، وعلى جوازه للجنب ، وعلى أن ناسى الماء يتيمم مع وجوده ، وعلى أن المتيمم إذا وجد الماء خلال الصلاة يلزمه الوضوء ، وعلى جواز الوضوء بماء نبيذ التمر اه ملخصاً من شرح ابن عبد الرزاق . قال : وإنما اقتصرنا على ذلك لاستبعاد بعضها وتقارب بعضها البعض (قوله كلها) أى الثمانية أى كل واحدة منها فيه شيئان فالجملة ستة عشر ط (قوله طهارتين) تثنية طهارة بالمعنى المصدرى ط (قوله الوضوء والغسل) أى فى قوله تعالى — فاغسلوا وجوهكم — وقوله — وإن كنتم جنبا فاطهروا — (قوله الماء والصعيد) أى فى قوله — فاغسلوا — لأن الغسل بالماء ، وقوله — فتيمموا صعيداً — (قوله وحكمين) تثنية حكم بمعنى محكوم به : أى مأمور به ط (قوله وموجبين) بكسر الجيم فإنهما موجبان للطهارة ط أى بناء على القول بأن الحدث هو سبب الوجوب (قوله الحدث) أى الأصغر فى قوله تعالى — أو جاء أحد منكم من الغائط — والجنابة : أى الحدث الأكبر فى قوله تعالى — وإن كنتم جنبا — (قوله ومبيحين) أى للترخص بالتيمم (قوله المرض والسفر) أى فى قوله تعالى — وإن كنتم مرضى أو على سفر — (قوله والإجمالى) أى فى قوله تعالى

وكنايتين : الغائط والملامسة ، وكرامتين : تطهير الذنوب وإتمام النعمة أى بموته شهيدا ، لحديث « من داوم على الوضوء مات شهيدا » ذكره فى الجوهرة :

وإنما قال آمنوا بالغيبة دون آمنتم ليعم كل من آمن إلى يوم القيامة قاله فى الضياء ، وكأنه مبنى على أن فى الآية التفاتاً ، والتحقيق خلافه .

وأتى فى الوضوء بإذا التحقيقية ، وفى الجنابة بإن التشككية للإشارة إلى أن الصلاة

— فاطهروا — فإنه لم يفصل فيه مقدار المغسول كما فصل فى الوضوء ، ولذا وقع فى مقداره اختلاف المجتهدين (قوله وكنايتين) تثنية كناية ، ومن معانيها لغة أن تتكلم بشىء وأنت تريد غيره وهنا كذلك ، فإنه عبر بالغائط وهو المكان المنخفض وأريد به الخارج من الإنسان ، وعبر بالملامسة المأخوذة من المس باليد وأريد بها الجماع ومنه يقال للزانية لاتمنع كف لامس (قوله وكرامتين الخ) أى نعمتين تفضل بهما تعالى على عباده بقوله — ليطهركم وليتم نعمته عليكم — (قوله تطهير الذنوب) لما رواه مسلم ومالك مرفوعاً « إذا توضأ العبد المسلم أو المؤمن فغسل وجهه خرج من وجهه كل خطيئة نظر إليها بعينه مع الماء أو مع آخر قطر الماء ، فإذا غسل يديه خرج من يديه كل خطيئة كان بطشتها يداه مع الماء أو مع آخر قطر الماء ، فإذا غسل رجليه خرج كل خطيئة مشتها رجلاه مع الماء أو مع آخر قطر الماء حتى يخرج نقياً من الذنوب » وفى رواية لمسلم وغيره مرفوعاً « من توضأ فأحسن الوضوء خرجت خطاياه من جسده حتى تخرج من تحت أظفاره » (قوله أى بموته شهيداً) أقول أو بالغرة والتحجيل يوم القيامة ، لحديث البخارى المار (قوله ليعم الخ) أى فإنه لو قال آمنتم لاختص بالحاضرين فى عصره صلى الله عليه وسلم . ورده فى غاية البيان بأن الموصوف بصفة عامة يتعمم (قوله وكأنه مبنى الخ) لأن ظاهره أن الأصل التعبير بآمنتم (قوله التفاتاً) هو التعبير عن معنى بطريق من الطرق الثلاثة : أعنى التكلم ، أو الخطاب ، أو الغيبة بعد التعبير عنه بآخر منها ، بشرط أن يكون التعبير الثانى على خلاف مايقتضيه الظاهر ويترقبه السامع (قوله والتحقيق خلافه) لأن المنادى مخاطب ، فحق ضميره أن يأتى على طريق الخطاب ، فيقال يافلان إذا فعلت ولا يقال إذا فعل ، وإنما جىء فى الصلة بضمير الغائب لعوده على الموصول والموصول من الأسماء الظاهرة وكلها غيب ، فإذا تم الموصول بصلته العائد ضميرها عليه تمحض الكلام للخطاب الذى اقتضاه النداء ، فليس حينئذ فى الكلام عدول عن طريق إلى طريق آخر ، ولذا كان جميع ماورد فى القرآن وكلام العرب من أمثال هذا النداء لم يجىء إلا على هذه الطريقة ، فدعوى للعدول فى جميع ذلك لاتسمع نعم العائد إلى الموصول قد سمع فيه الخطاب والتكلم قليلا فى غير النداء ، كما فى قول على كرم الله وجهه « أنا الذى سمتنى أمى حيدره » وقول كثير :

وأنت التى حببت كل قصيرة ... إلى وما تدرى بذاك القصائر

فهو من الالتفات كما قدمناه فى أول الخطبة ، وقدمنا هناك أيضاً عن المغنى أن القول بالالتفات فى الآية سهو ومثله فى شرح تلخيص المعانى (قوله التحقيقية) أى الدالة على تحقق مدخولها غالباً ، وقوله التشكيكية : أى الدالة على أنه مشكوك فيه غالباً ، وقد تستعمل كل منهما بمكان الأخرى كما بين فى محله .

[لطيفة] إن للشك مع أنها جازمة وإذا للجزم مع أنها لاتجزم ، وقد ألغز فى ذلك الإمام الزمخشرى فقال : (١)

أنا إن شككت وجدتمونى جازما ... وإذا جزمت فإننى لم أجزم

---

(١) سلم على شيخ النحاة وقل له ... عندى سؤال من يجبه يعظم
أنا إن شككت وجدتمونى جازما ... وإذا جزمت فإننى لم أجزم
قل فى الجواب بإن أقوى شرط ... طها جزمت ومعناها التردد فاعلم.
وإذا جزم الحكم إذا شرطية ... وقعت ولكن لفظها لم يجزم ؟ اه منه

من الأمور اللازمة والجنابة من الأمور العارضة ؛ وصرح بذكر الحدث فى الغسل والتيمم دون الوضوء ليعلم أن الوضوء سنة وفرض والحدث شرط للثانى لا الأول ؛ فيكون الغسل على الغسل والتيمم على التيمم عبثاً والوضوء على الوضوء نور على نور .

أركان الوضوء أربعة

عبر بالأركان ، لأنه أفيد مع سلامته عما يقال إن أريد بالفرض القطعى يرد تقدير الممسوح بالربع ، وإن أريد العملى يرد المغسول ، وإن أجيب عنه بما لخصناه فى شرح الملتقى :

(قوله من الأمور اللازمة) أى الغالبة الوجود بالنظر إلى ديانة المسلم كما فى غاية البيان للعلامة الإتقانى (قوله والجنابة الخ) أى لأنها يمكن أن لاتقع أصلا ط (قوله فى الغسل والتيمم) أى قوله تعالى — وإن كنتم جنبا — وقوله تعالى — أو جاء أحد منكم من الغائط — (قوله ليعلم أن الوضوء سنة الخ) وهو الذى لايكون عن حدث ، وهذا يدل على أن قوله تعالى « فاغسلوا » الخ مستعمل فى الوجوب والندب الوجوب فى الحدث والندب فى غيره وهو مخالف لما ذكروه من أن الحدث فى الآية مراد .

ويؤخذ منه أن التيمم والغسل لايكونان إلا فرضاً للتصريح بالحدث فيهما . وفيه أن الغسل يندب فى مواضع ويسن فى أخر ، وكذا يقوم التيمم مقام الوضوء لنحو نوم ودخول مسجد ، فلا يشترط فيهما أن يكونا فرضاً ط لكن فى النهاية لايقال إن الغسل سنة للجمعة فيثبت التنوع فيه : لأنا نقول : المدعى أنه لايسع لكل صلاة . أو نقول : إن اختيار البزدوى أنه سنة لليوم لا للصلاة .

مطلب فى حديث الوضوء على الوضوء نور على نور

(قوله والوضوء على الوضوء نور على نور) هذا لفظ حديث ذكره فى الإحياء . وقال الحافظ العراقى فى تخريجه : لم أقف عليه ، وسبقه لذلك الحافظ المنذرى . وقال الحافظ ابن حجر : حديث ضعيف ، ورواه رزين فى مسنده اهجراحى ، نعم روى أحمد بإسناد حسن مرفوعا « لولا أن أشق على أمتى لأمرتهم عند كل صلاة بوضوء » يعنى ولو كانوا غير محدثين . وروى أبو داود والترمذى وابن ماجه مرفوعا « من توضأ على طهر كتب له عشر حسنات » ولم يقيد الشارح باختلاف المجلس تبعا لظاهر الحديث ، وسيأتى الكلام عليه إن شاء الله فى سنن الوضوء (قوله عبر بالأركان) أى ولم يعبر بالفرائض كما عبر غيره (قوله لأنه) أى التعبير المأخوذ من عبر ط (قوله أفيد) أى أكثر فائدة . قال فى المنح : لأن الركن أخص ، وليتنبه على أن مراد من عبر بالفروض الأركان اه (قوله مع سلامته الخ) اعترض بأن الركن كما اعترف به فرض داخل الماهية ، فهو أخص من مطلق الفرض ولازم الأعم لازم للأخص : وأجيب عنه بأن مفهوم الركن ماكان جزء الماهية وإن لزم هنا أن يكون فرضا ، لأن المعتبر فى الماهيات الاعتبارية مااعتبره الواضع عند وضع الاسم لها ، ولم يعتبر فى الركن ثبوته بقطعى أو ظنى (قوله بالربع) أى ربع الرأس ، ومثله غسل المرفقين والكعبين ، فإنه لم يثبت شىء منها بقطعى ولذا لم يكفر المخالف فيها إجماعا كذا فى الحلية (قوله يرد المغسول) أى من الأعضاء الثلاثة سوى المرفقين والكعبين ، زاد فى [الدر المنتقى] وإن أريدا يلزم عموم المشترك أو إرادة الحقيقة والمجاز اه (قوله بما لخصناه الخ) أى من أنه من عموم المجاز :

ثم الركن مايكون فرضاً داخل الماهية ، وأما الشرط فما يكون خارجها ، فالفرض أعم منهما ، وهو ماقطع بلزومه حتى يكفر جاحده كأصل مسح الرأس : وقد يطلق على العملي وهو مانفوت الصحة بفواته ، كالمقدار الاجتهادى فى الفروض

مطاب الفرق بين عموم المجاز والجمع بين الحقيقة والمجاز

والفرق بينه وبين الجمع بين الحقيقة والمجـاز أن الحقيقة فى الأول تجعل فردا من الأفراد ، بأن يراد معنى يتحقق فى كلا الأفراد، بخلاف الثانى فإن الحقيقة يراد بها الوضع الأصلى، والمجاز يراد به الوضع الثانوى ، فهما استعمالان متباينان ، أو من أن المراد القطعى . ويجاب عن إيراد الممسوح بأن المراد أصل المسح فيه ، وذلك قطعى لثبوته بالكتاب أو العملى :

ويجاب عن إيراد المغسول بأن المراد القدر فى الكل ، ولا شك أنه من هذه الحيثية عملى ، لخلاف زفر فى المرفقين والكعبين وأبى يوسف فيما بين العذار والأذن ط . قال بعض الفضلاء : والمخلص من ذلك كله أن نقول : إطلاق الفرض عليهما حقيقة عرفية فى اصطلاح الفقهاء فيسقط السؤال من أصله اه :

أقول : وإلى هذا أشار فى النهاية حيث أجاب بأن الفرض على نوعين : قطعى وظنى، وهو الفرض على زعم المجتهد كإيجاب الطهارة بالفصد والحجامة ، فانهم يقولون يفترض عليه الطهارة عند إرادة الصلاة اه ويأتى بيانه قريبا (قوله ثم الركن) ترتيب إخبارى ط (قوله مايكون فرضا)ومعناه لغة الجانب الأقوى كما قدمناه (قوله داخل الماهية) يعنى بأن يكون جزءا منها يتوقف تقومها عليه، والماهية مابه الشيء هو هو ؛ سميت بها لأنه يسأل عنها بما هو (قوله وأما الشرط) هو فى اللغة العلامة . وفى الاصطلاح مايلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم ، وقوله فما يكون خارجها بيان للمراد به هنا،والمراد مايجب تقديمه عليها واستمراره فيها حقيقة أو حكما ، فالشرط والركن متباينان كذا فى الحلية .

مطلب قد يطلق الفرض على ماليس بركن ولا شرط

(قوله فالفرض أعم منهما) وقد يطلق على ماليس واحدا منهما ، كترتيب ماشرع غير مكرر فى ركعة ؛ كترتيب القراءة على القيام ، والركوع على القراءة ، والسجود على الركوع ، والقعدة على السجود ، فإن هذه التراتيب كلها فروض ليست بأركان ولاشروط ، كذا فى شرح المنية للحلبى (قوله وهو ماقطع بلزومه) مأخوذ من فرض : بمعنى قطع تحرير ، ويسمى فرضا علما وعملا للزوم اعتقاده.والعمل به (قوله حتى يكفر) بالبناء للمجهول : أى ينسب إلى الكفر ، من أكفره : إذا دعاه كافرا ؛ وأما يكفر من التكفير فغير ثابت هنا وإن كان جائزا لغة كما فى المغرب، والأصل حتى يكفر الشارع جاحده، سواء أنكره قولا أو اعتقادا كذا فى شرح المنار لابن نجيم فتال (قوله كأصل مسح الرأس) أى مجردا عن التقدير بربع أو غيره :

مطلب فى فرض القطعى والظنى

(قوله وقد يطلق الخ) قال فى البحر : والظاهر من كلامهم فى الأصول والفروع .أن الفرض على نوعين : قطعى وظنى ، هو فى قوة القطعى فى العمل بحيث يفوت الجواز بفواته ، والمقدار فى مسح الرأس من قبيل الثانى، وعند الإطلاق ينصرف إلى الأول لكماله . والفارق بين الظنى القوى المثبت للفرض وبين الظنى المثبت للواجب اصطلاحا خصوص المقام اه :

فلا يكفر جاحده :

(غسل الوجه) أى إسالة الماء مع التقاطر

أقول : بيان ذلك أن الأدلة السمعية أربعة : الأول قطعى الثبوت والدلالة كنصوص القرآن المفسرة أو المحكمة والسنة المتواترة التى مفهومها قطعى . الثانى قطعى الثبوت ظنى الدلالة كالآيات المؤولة. الثالث عكسه كأخبار الآحاد التى مفهومها قطعى . الرابع ظنيهما كأخبار الآحاد التى مفهومها ظنى ، فبالأول يثبت الفرض والحرام ، وبالثانى والثالث الواجب وكراهة التحريم ، وبالرابع السنة والمستحب .

ثم إن المجتهد قد يقوى عنده الدليل الظنى حتى يصير قريبا عنده من القطعى ، فما ثبت به يسميه فرضا عمليا لأنه يعامل معاملة الفرض فى وجوب العمل ، ويسمى واجبا نظرا إلى ظنية دليله ، فهو أقوى نوعى الواجب وأضعف نوعى الفرض ، بل قد يصل خبر الواحد عنده إلى حد القطعى ، ولذا قالوا إنه إذا كان متلقى بالقبول جاز إثبات الركن به حتى ثبتت ركنية الوقوف بعرفات بقوله صلى الله عليه وسلم « الحج عرفة » وفى التلويح أن استعمال الفرض فيما ثبت بظنى . والواجب فيما ثبت بقطعى شائع مستفيض ؛ فلفظ الواجب يقع على ماهو فرض علما وعملا كصلاة الفجر ، وعلى ظنى هو فى قوة الفرض فى العمل كالوتر حتى يمنع تذكره صحة الفجر كتذكر العشاء ، وعلى ظنى هو دون الفرض فى العمل وفوق السنة كتعيين الفاتحة حتى لاتفسد الصلاة بتركها لكن تجب سجدة السهو اهـ . وتمام تحقيق هذا المقام فى فصل المشروعات من حواشينا على شرح المنار فراجعه فإنك لاتجده فى غيرها (قوله فلا يكفر جاحده) لما فى التلويح من أن الواجب لا يلزم اعتقاد حقيقته لثبوته بدليل ظنى ومبنى الاعتقاد على اليقين ، لكن يلزم العمل بموجبه للدلائل الدالة على وجوب اتباع الظن ، فجاحده لايكفر ، وتارك العمل به إن كان مؤولا لا يفسق ولا يضلل ، لأن التأويل فى مظانه من سيرة السلف ، وإلا فإن كان مستخفا يضلل لأنه رد خبر الواحد والقياس بدعة ، وإن لم يكن مؤولا ولا مستخفا يفسق لخروجه عن الطاعة بترك ماوجب عليه اهـ .

أقول : وما ذكره العلامة الأكمل فى العناية من أنا لانسلم عدم التكفير لجاحد مقدار المسح بلا تأويل لعله مبنى على ماذهب هو إليه كصاحب الهداية من أن الآية مجملة فى حق المقدار ، وأن حديث المغيرة من مسحه عليه الصلاة والسلام بناصيته التحق بيانا لها فيكون ثابتا بقطعى ، لأن خبر الواحد إذا التحق بيانا للمجمل كان الحكم بعده مضافا للمجمل لا للبيان . وما رد به فى البحر على صاحب الهداية أجبت عنه فيما علقته عليه (قوله غسل الوجه) الغسل بفتح الغين لغة: إزالة الوسخ عن الشىء بإجراء الماء عليه ، وبضمها اسم لغسل تمام الجسد وللماء الذى يغسل به ، وبكسرها مايغسل به الرأس من خطمى وغيره بحر ، والمراد الأول ؛ وإضافته إلى الوجه من إضافة المصدر إلى مفعوله والفاعل محذوف : أى غسل المتوضئ وجهه ، لكن يرد عليه أنه يكون صفة للفاعل وهو غير شرط إذ لو أصابه الماء من غير فعل كفى ، فالأولى جعله مصدر المبنى للمجهول على إرادة الحاصل بالمصدر أى مغسولية الوجه . قال فى حواشى المطول : المصدر يستعمل فى أصل النسبة وفى الهيئة الحاصلة منها للمتعلق معنوية أو حسية كهيئة المتحركية الحاصلة من الحركة وتسمى الحاصل بالمصدر ، وتلك الهيئة للفاعل فقط فى اللازم كالمتحركية والقائمية من الحركة والقيام ، أو للفاعل والمفعول للمتعدى كالعالمية والمعلومية من العلم واستعمال للمصدر بالمعنى الحاصل بالمصدر استعمال الشىء فى لازم معناه انتهى أى فهو مجاز مرسل (قوله أى إسالة الماء الخ) قال فى البحر : واختلف فى معناه الشرعى ؛ فقال أبو حنيفة ومحمد : هو الإسالة مع التقاطر ولو قطرة حتى لو لم يسل الماء بأن استعمله

ولو قطرة . وفى الفيض أقله قطرتان فى الأصح (مرة) لأن الأمر لايقتضى التكرار (وهو) مشتق من المواجهة ، واشتقاق الثلاثى من المزيد إذا كان أشهر فى المعنى شائع كاشتقاق الرعد من الارتعاد واليم من التيمم (من مبدإ سطح جبهته) أى المتوضئ بقرينة المقام (إلى أسفل ذقنه)

استعمال الدهن لم يجز فى ظاهر الرواية ، وكذا لو توضأ بالثلج ولم يقطر منه شىء لم يجز . وعن أبى يوسف هو مجرد بل المحل بالماء سال أو لم يسل اهـ .

واعلم أنه صرح كغيره بذكر التقاطر مع الإسالة وإن كان حد الإسالة أن يتقاطر الماء للتأكيد ، وزيادة التنبيه على الاحتراز عن هذه الرواية على أنه ذكر فى الحلية عن الذخيرة وغيرها أنه قيل فى تأويل هذه الرواية إنه سال من العضو قطرة أو قطرتان ولم يتدارك اهـ والظاهر أن معنى لم يتدارك لم يقطر على الفور بأن قطر بعد مهلة ،فعلى هذا يكون ذكر السيلان المصاحب للتقاطر احترازا عما لايتدارك فافهم ؛ ثم على هذا التأويل يندفع ما أورد على هذه الرواية من أن البل بلا تقاطر مسح ، فيلزم أن تكون الأعضاء كلها ممسوحة مع أنه تعالى أمر بالغسل والمسح (قوله ولو قطرة) على هذا يكون التقاطر بمعنى أصل الفعل اهـ ح (قوله أقله قطرتان) يدل عليه صيغة التفاعل اهـ ح .

ثم لايخفى أن هذا بيان للفرض الذى لايجزى أقل منه لأنه فى صدد بيان الغسل المفروض ، وسيأتى أن التقتير مكروه ، ولا يمكن حمل التقتير على مادون القطرتين لأن الوضوء حينئذ لايصح لما علمت ،فتعين أنه لاينتفى التقتير إلا بالزيادة على ذلك ، بأن يكون التقاطر ظاهرا ليكون غسلا بيقين ،وبدونها يقرب إلى حد الدهن وربما لايتيقن بسيلان الماء على جميع أجزاء العضو فلذاكره فافهم (قوله لأن الأمر) وهو هنا قوله تعالى — فاغسلوا — (قوله لايقتضى التكرار) أى لايستلزمه بل ولايحتمله فى الصحيح عندنا ، وإنما يستفاد من دليل خارجى كتكرر الصلاة لتكرر أوقاتها .

مطلب فى معنى الاشتقاق وتقسيمه إلى ثلاثة أقسام

(قوله مشتق الخ) المراد بالاشتقاق الأخذ مجازا علاقته الإطلاق والتقييد ، إذ الاشتقاق فى الصرف أخذ واحد من الأشياء العشرة من المصدر وهى الماضى والمضارع والأمر واسم الفاعل واسم المفعول والصفة المشبهة وأفعل التفضيل واسم الزمان والمكان والآلة والوجه ليس منها اهـ ح لكن فى تعريفات السيد، الاشتقاق نزع لفظ من آخر بشرط مناسبتهما معنى وتركيبا ومغايرتهما فى الصيغة ، فإن كان بينهما تناسب فى الحروف والترتيب كضرب من الضرب فهو اشتقاق صغير ، أو فى اللفظ والمعنى دون الترتيب كجبذ من الجذب فكبير ،أو فى المخرج كنعق من النهق فأكبر اهـ ونحوه فى شرح التحرير . قال : وقد تسمى أصغر وصغيرا وأكبر ، وقد تسمى أصغر وأوسط وأكبر ، الأول أشهر ، ومانحن فيه من القسم الأول فافهم (قوله شائع) خبر اشتقاق ،وذلك لأن معنى الاشتقاق أن ينتظم الصيغتين فأكثر معنى واحد وفى هذا لاتوقيت ، بأن يكون المشتق منه ثلاثيا ، فجاز أن يكون المزيد أشهر وأقرب للفهم من الثلاثى لكثرة الاستعمال ، فصح ذكر الاشتقاق لإيضاح معناه وإن لم يكن المزيد أصلا له أفاده فى النهاية (قوله من الارتعاد) أى الاضطراب أخذ منه الرعد ، لاضطرابه فى السماء أو اضطراب السحاب منه (قوله واليم) وهو البحر ، من التيمم : وهو القصد : قال فى الكشاف : لأن الناس يقصدونه ؛ وقال أيضا : واشتقاق البرج من التبرج لظهوره . وقال فى الفائق : والجن من الاجتنان ، لاستتارهم عن العيون (قوله سطح جبهته) أى أعلاها ط (قوله بقرينة المقام) وهى كون المتوضئ أو المكلف فاعل المصدر الذى

أى منبت أسنانه السفلى (طولا) كان عليه شعر أولا ، عدل عن قولهم من قصاص شعره الجارى على الغالب إلى المطرد ليعم الأغم والأصلع والأنزع (ومابين شحمتى الأذنين عرضا) وحينئذ (فيجب غسل المياقى) ومايظهر من الشفة عند انضمامها (وما بين العذار والأذن) لدخوله فى الحد ، وبه يفتى (لاغسل باطن العينين) والأنف والفم وأصول شعر الحاجبين واللحية والشارب

هو غسل اه ط (قوله أى منبت أسنانه السفلى) تفسير للذقن بالتحريك : أى إلى أسفل العظم الذى عليه الأسنان السفلى : وهو ماتحت العنفقة (قوله طولا) منصوب على التميز ط (قوله كان عليه) أى على الوجه (قوله شعر) بالإسكان ويحرك قاموس (قوله عدل عن قولهم)أى عدل المصنف عن قول بعض الفقهاء فى تعريف الوجه طولا كالكنز والملتقى ط (قوله قصاص) بتثليث القاف والضم أعلاها حيث ينتهى نباته فى الرأس نهر (قوله الجارى) صفة لقولهم ط (قوله على الغالب) أى فى الأشخاص ، إذ الغالب فيهم طلوع الشعر من مبدإ سطح الجبهة ، ومن غير الغالب الأغم وأخواه ط (قوله إلى المطرد) أى العام فى جميع الأفراد ط(قوله ليعم الأغم الخ) هو الذى سال شعر رأسه حتى ضيق الجبهة . والأصلع : هو الذى انحسر مقدم شعر رأسه . والأنزع : هو الذى انحسر شعره من جانبى جبهته اهـ ح عن جامع اللغة . أقول : وبقى الأقرع ،وهو من ذهب شعر رأسه قاموس (قوله شحمتى الأذنين) أى مالان منهما ، والأذن بضم الذال ولك إسكانها تخفيفا أفاده فى النهر ، وانظر ماوجه التحديد بالشحمتين مع أن الظاهر أن يقال مابين الأذنين ،ولعل وجهه أن الشحمتين لما اتصلتا ببعض الوجه وهو البياض الذى خلف العذار صار مظنة أن يجب غسلهما مثلا فجعلوا الحد بهما لدفع ذلك تأمل (قوله وحينئذ) أى حين إذ علمت حدالوجه طولا وعرضا ط (قوله فيجب غسل المياقى) جمع موق، وهو على مافى النسخ بالياء الممدودة بعد الميم والصواب بالهمزة الممدودة، فقد ذكر فى القاموس فى باب القاف عشر لغات فى الموق : منها مأق بالهمزة وموق ومأقى بهمزة قبل القاف وهمزة بعدها : وهو طرف العين المتصل بالأنف ، ثم ذكر بعد الشكل أربعة جموع : آماق وإماق أى بهمزة ممدودة فى أوله أو قبل آخره ومواق وماق ، ولم يذكر المياقى لافى المفردات ولافى الجموع : هذا . وفى البحر لو رمدت عينه فرمصت يجب إيصال الماء تحت الرمص إن بقى خارجا بتغميض العين وإلا فلا اه ، هذا . وفى بعض النسخ فيجب غسل الملاقى، ويغنى عنه قول المصنف الآتى وغسل جميع اللحية فرض ، لأن المراد بالملاقى مالاقى البشرة منها كما فى الدرر . وفى شرحها للشيخ إسمعيل : والملاقى هو ماكان غير خارج عن دائرة الوجه ، وهو احتراز عن المسترسل :وهو ماخرج عن دائرة الوجه، فإنه لايجب غسله ولامسحه بل يسن اه ويأتى تمام الكلام عليه (قوله وما يظهر) أى يفترض غسله كما صححه فى الخلاصة ، وقيل الشفة تبع للفم أفاده فى البحر (قوله عند انضمامها) أشار بصيغة الانفعال إلى أن المراد مايظهر عند انضمامها الطبيعى لاعند انضمامها بشدة وتكلف اهـ ح وكذا لو غمض عينيه شديدا لايجوز بحر ، لكن نقل العلامة المقدسى فى شرحه على نظم الكنز أن ظاهر الرواية الجواز ، وأقره فى الشرنبلالية تأمل (قوله ومابين العذار والأذن) أى مابينهما من البياض (قوله وبه يفتى) وهو ظاهر المذهب ، وهو الصحيح ، وعليه أكثر المشايخ . قال فى البدائع : وعن أبى يوسف عدمه ، وظاهره أن مذهبه بخلافه بحر ، لأن كلمة عن تفيد أنه رواية عنه، والخلاف فى الملتحى ؛ أما المرأة والأمرد والكوسج فيفترض الغسل اتفاقا در منتقى (قوله لاغسل باطن العينين الخ) لأنه شحم يضره الماء الحار والبارد، ولهذا لو اكتحل بكحل نجس لايجب غسله كذا فى مختارات النوازل لصاحب الهداية (قوله والأنف والفم) معطوفان على العينين أى لايجب غسل باطنهما أيضا (قوله وأصول شعر الحاجبين) يحمل هذا على ما إذا كانا

وونيم ذباب للجرح (وغسل اليدين) أسقط لفظ فرادى لعدم تقييد الفرض بالانفراد (والرجلين) الباديتين السليمتين ، فإن المجروحتين والمستورتين بالخف وظيفتهما المسح (مرة) لما مر (مع المرفقين والكعبين) على المذهب ؛ وما ذكروا من أن الثابت بعبارة النص غسل يد ورجل والأخرى بدلالته ، ومن البحث فى إلى وفى القراءتين فى — أرجلكم — قال فى البحر لاطائل تحته بعد انعقاد الإجماع على ذلك

كثيفين ، أما إذا بدت البشرة فيجب كما يأتى له قريبا عن البرهان ، وكذا يقال فى اللحية والشارب ، ونقله ح عن عصام الدين شارح الهداية ط (قوله وونيم ذباب) أى خرؤه . قال فى بحث الغسل : ولايمنع الطهارة ونيم ذباب وبرغوث لم يصل الماء تحته وحناء ولو جرمه به يفتى ، ودرن ودهن وتراب وطين الخ (قوله للحرج) علة لقوله لا غسل الخ أى فإن هذه المذكورات وإن كانت داخلة فى حد الوجه المذكور إلا أنها لايجب غسلها للحرج. وعلل فى الدرر بأن محل الفرض استتر بالحائل وصار بحال لايواجه الناظر إليه ؟ فسقط الفرض عنه وتحول إلى الحائل (قوله أسقط لفظ فرادى) تعريض بصاحب الدرر حيث قيد به اهـ ح ، ومعناه غسل كل يد منفردة عن الأخرى ط (قوله لعدم الخ) أى لأنه فى صدد بيان فرائض الوضوء ، فيشعر كلامه بأن الانفراد لازم مع أنه لو غسلهما معا سقط الفرض (قوله الباديتين) أى الظاهرتين اللتين لاخف عليهما ط (قوله فإن المجروحتين الخ) علة للتقييد بالقيدين السابقين على سبيل اللف والنشر المشوش ط (قوله وظيفتهما المسح) لكنه مختلف الكيفية كما يأتى ط (قوله لما مر) أى من أن الأمر لايقتضى التكرار (قوله مع المرفقين) تثنية مرفق بكسر الميم وفتح الفاء وفيه العكس : اسم لملتقى العظمين عظم العضد وعظم الذراع ،وأشار المصنف إلى أن إلى فى الآية بمعنى مع، وهو مردود لأنهم قالوا إن اليد من رؤوس الأصابع للمنكب ، فإذا كانت إلى بمعنى مع وجب الغسل إلى المنكب لأنه كغسل القميص وكمه ، وغايته أنه كإفراد فرد من العامّ وذلك لايخرج غيره بحر :

والجواب أن المراد من اليد فى الآية من الأصابع إلى المرفق للإجماع على سقوط مافوق ذلك، وعدل عن التعبير بإلى المحتملة لدخول المرفقين والكعبين وعدمه إلى التعبير بمع الصريحة بالدخول للاحتراز عن القول بعدمه المشار إليه بقول الشارح على المذهب: أى خلافا لزفر ومن قال بقوله من أهل الظاهر، وهو رواية عن مالك(قوله والكعبين) هما العظمان الناشزان من جانبى القدم أى المرتفعان كذا فى المغرب وصححه فى الهداية وغيرها، وروى هشام عن محمد أنه فى ظهر القدم عند معقد الشراك ، قالوا : هو سهو من هشام ، لأن محمدا إنما قال ذلك فى المحرم إذا لم يجد النعلين حيث يقطع خفيه أسفل من الكعبين وأشار محمد بيده إلى موضع القطع فنقله هشام إلى الطهارة ، وتمامه فى البحر وغيره (قوله وما ذكروا) أى فى الجواب عما أورد أنه ينبغى غسل يد ورجل لأن مقابلة الجمع بالجمع تقتضى انقسام الآحاد على الآحاد (قوله بعبارة النص) أى بصريحه المسوق له ط (قوله بدلالته) أى أنه مفهوم منه بطريق المساواة (قوله ومن البحث فى إلى) أى فى كونها تدخل الغاية أو لاتدخلها ، أو الأمر محتمل ، والمرجع القرائن وغير ذلك مما أطال به فى البحر ط (قوله وفى القراءتين) أى قراءتى الجر والنصب فى —أرجلكم— من حمل الجر على حالة التخفيف والنصب على غيرها ، أو أن الجر للجوار ، لأن المسح غير مغيا بالكعبين إلى آخر ما أطال به فى الدرر وغيرها (قوله قال فى البحر لاطائل تحته) أى لافائدة فيه والجملة خبر وما، فى قوله وما ذكروا أفاده ط (قوله بعد انعقاد الإجماع على ذلك) أى على افتراض غسل كل واحدة من اليدين والرجلين، وعلى دخول المرفقين والكعبين ، وغسل الرجلين لامسحهما أفاده ح :

أقول : من استدل بالآية كالقدورى وغيره من أصحاب المتون يحتاج إلى ذلك ليتم دليله ، على أن فى ثبوت

(ومسح ربع الرأس مرة) فوق الأذنين ولو بإصابة مطر أو بلل باق بعد غسل على المشهور لابعد مسح إلا أن يتقاطر ، ولو مد أصبعا أو أصبعين لم يجز :

الإجماع على دخول المرفقين كلاما ، لأنه فى البحر أخذه من قول الإمام الشافعى : لانعلم مخالفا فى إيجاب دخول المرفقين فى الوضوء.ورده فى النهر بأن قول المجتهد لا أعلم مخالفا ليس حكاية للإجماع الذى يكون غيره محجوجا به ، فقد قال الإمام اللامشى فى أصوله :لاخلاف أن جميع المجتهدين لو اجتمعوا على حكم واحد ووجد الرضا من الكل نصا كان ذلك إجماعا ،فأما إذا نص البعض وسكت الباقون لاعن خوف بعد اشتهار القول فعامة أهل السنة أن ذلك يكون إجماعا . وقال الشافعى : لاأقول إنه إجماع ، ولكن أقول لاأعلم فيه خلافا . وقال أبو هاشم من المعتزلة : لا يكون إجماعا ويكون حجة أيضا اه. وقدمنا أيضا عن شرح المنية أن غسل المرفقين والكعبين ليس بفرض قطعى بل هو فرض عملى كربع الرأس ، ولذا قال فى النهر أيضا : لايحتاج إلى دعوى الإجماع ، لأن الفروض العملية لايحتاج فى إثباتها إلى القاطع (قوله ومسح ربع الرأس) المسح لغة أمرار اليد على الشىء. وعرفا إصابة الماء العضو.

واعلم أن فى مقدار فرض المسح روايات أشهرها مافى المتن . الثانية مقدار الناصية ، واختارها القدورى . وفى الهداية وهى الربع . والتحقيق أنها أقل منه . الثالثة مقدار ثلاثة أصابع رواها هشام عن الإمام،وقيل هى ظاهر الرواية . وفى البدائع أنها رواية الأصول ، وصححها فى التحفة وغيرها . وفى الظهيرية وعليها الفتوى . وفى المعراج أنها ظاهر المذهب واختيار عامة المحققين ، لكن نسبها فى الخلاصة إلى محمد ، فيحمل مافى المعراج من أنها ظاهر المذهب على أنها ظاهر الرواية عن محمد توفيقا وتمامه فى النهر والبحر .

والحاصل أن المعتمد رواية الربع ، وعليها مشى المتأخرون كابن الهمام وتلميذه ابن أمير حج وصاحب النهر والبحر والمقدسى والمصنف والشرنبلالى وغيرهم (قوله فوق الأذنين) فلو مسح على طرف ذؤابة شدت على رأسه لم يجز ، مقدسى (قوله أو بلل باق الخ) هذا إذا لم يأخذه من عضو آخر مقدسى ،فلو أخذه من عضو آخر لم يجز مطلقا بحر : أى سواء كان ذلك العضو مغسولا أو ممسوحا ، درر (قوله على المشهور) مقابله قول الحاكم بالمنع ، وخطأه عامة المشايخ ، وانتصر له المحقق ابن الكمال وقال الصحيح ماقاله الحاكم ، فقد نص الكرخى فى جامعه الكبير على الرواية عن أبى حنيفة وأبى يوسف أنه إذا مسح رأسه بفضل غسل ذراعيه لم يجز إلا بماء جديد لأنه قد تطهر به مرة اه وأقره فى النهر (قوله إلا أن يتقاطر) كذا ذكره فى الغرر ، لأنه كأخذ ماء جديد (قوله ولو مد الخ) أى مد المسح حتى استوعب قدر الربع . وفى البدائع : لو وضع ثلاثة أصابع ولم يمدها جاز على رواية الثلاث أصابع لا الربع ، ولو مسح بها منصوبة غير موضوعة ولا ممدودة فلا ، لأنه لم يأت بالقدر المفروض : أى وهذا بالإجماع كما النهر، فلو مدها حتى بلغ القدر المفروض لم يجز عند علمائنا الثلاثة خلافا لزفر، وكذا الخلاف فى الإصبع والإصبعين إذا مدها وبلغ القدر المفروض اه ملخصا : بقى ماإذا وضع ثلاث أصابع ومدها وبلغ الربع قال فى الفتح ولم أر فيه إلا الجواز ، وتعقبه فى النهر بقوله قد وقفت على ماهو المنقول يعنى قول البدائع فلو مدها الخ .

أقول : وفيه نظر ، لأن الضمير فى قول البدائع فلو مدها الخ عائد على المنصوبة : أى بأن مسح بأطرافها لابالموضوعة ، على أنه قال فى البحر لو مسح بأطراف أصابعه والماء متقاطر جاز وإلا فلا ، لأنه إذا كان متقاطراً فالماء ينزل من أصابعه إلى أطرافها ، فإذا مده صار كأنه أخذ ماء جديداً كذا فى المحيط ، وذكر فى الخلاصة أنه يجوز مطلقا هو الصحيح اه . قال الشيخ إسماعيل : ونحوه فى الواقعات والفيض (قوله لم يجز) قيل لأن البلة

إلا أن يكون مع الكف أو بالإبهام والسبابة مع ماينهما أو بمياه ؛ ولو أدخل رأسه الإناء أو خفه أو جبيرته وهو محدث أجزأه ولم يصر الماء مستعملا وإن نوى اتفاقا على الصحيح كما فى البحر عن البدائع :

(وغسل جميع اللحية فرض) يعنى عملياً (أيضا) على المذهب الصحيح المفتى به المرجوع إليه ، وما عدا هذه الرواية مرجوع عنه كما فى البدائع .

ثم لاخلاف أن المسترسل لايجب غسله ولا مسحه

صارت مستعملة ، وهو مشكل بأن الماء لايصير مستعملا قبل الانفصال ، وبأنه يستلزم عدم الجواز بعد الثلاث على رواية الربع . وقيل لأنا مأمورون بالمسح باليد والأصبعان منها لاتسمى يداً بخلاف الثلاث لأنها أكثرها . وفيه أنه يقتضى تعيين الإصابة باليد ، وهو منتف بمسألة المطر . وقد يقال فى العلة إن البلة تتلاشى وتفرغ قبل باوغ قدر الفرض ، بخلاف مالو مد الثلاث وتمامه فى فتح القدير (قوله إلا أن يكون مع الكف الخ) لأنهما مع الكف أو مع مابين الإبهام والسبابة يصيران مقدار ثلاث أصابع أو أكثر ، فإذا مدهما وبلغ قدر الربع جاز ، أما بدون مد فيجوز على رواية الثلاث كما صرح به فى التاترخانية (قوله أو بمياه) قال فى البحر : ولو مسح بأصبع واحدة ثلاث مرات وأعادها إلى الماء فى كل مرة جاز فى رواية محمد ، أما عندهما فلا يجوز اه أى على رواية الربع لايجوز ، فما فى الدر المنتقى من أنه يجوز اتفاقاً فيه نظر ، كذا قيل . وأقول : فيه نظر ، لأن عبارته لو كان بمياه فى مواضع مقدار الفرض جاز اتفاقاً ؛ فقوله مقدار الفرض شامل لرواية الثلاث أصابع ، ولرواية الربع .

وفى البدائع لو مسح بأصبع واحدة ببطنها وظهرها وجانبيها لم يذكر فى ظاهر الرواية . واختلف المشايخ ؛ فقال بعضهم لايجوز ، وقال بعضهم يجوز وهو الصحيح ، لأن ذلك فى معنى المسح بثلاث أصابع اه . قال فى البحر : ولا يخفى أنه لايجوز على المذهب من اعتبار الربع ، وما فى شرح المجمع لابن ملك من أنه لايجوز اتفاقاً فى الأصح ففيه نظر اه (قوله أجزأه) أى إن أصاب الماء قدر الفرض ط (قوله ولم يصر الماء مستعملا) لأن الماء لايعطى له الاستعمال إلا بعد الانفصال ، والذى لاقى الرأس أى وأخويه أى الخف والجبيرة لصق به فطهره وغيره لم يلاقه فلا يستعمل ، وفيه نظر كذا فى الفتح (قوله اتفاقاً) أى بين الصاحبين (قوله على الصحيح) قيد للاتفاق ، ومقابله ماقيل إنه لو نوى لايجزئ عند محمد (قوله جميع اللحية) بكسر اللام وفتحها نهر ، وظاهر كلامهم أن المراد بها الشعر النابت على الخدين من عذار وعارض والذقن :

وفى شرح الإرشاد : اللحية الشعر النابت بمجتمع الخدين والعارض مابينهما وبين العذار وهو القدر المحاذى للأذن ، يتصل من الأعلى بالصدغ ومن الأسفل بالعارض بحر (قوله يعنى عملياً) ذكر بعضهم أن التفسير بأى للبيان والتوضيح والتفسير يعنى لدفع السؤال وإزالة الوهم كذا فى حاشية البحر للخير الرملى ، وهنا كذلك لأنه دفع مايتوهم من إطلاق الفرض أنه القطعى مع أن الآية لاتدل دلالة قطعية على انتقال حكم ماتحت اللحية من البشرة إليها (قوله أيضاً) أى كما أن مسح ربع الرأس كذلك ط (قوله وما عدا هذه الرواية) أى من رواية مسح الكل أو الربع أو الثلث أو مايلاقى البشرة أو غسل الربع أو الثلث أو عدم الغسل والمسح فالمجموع ثمانية (قوله كما فى البدائع) هذا الكتاب جليل الشأن ، لم أر له نظيراً فى كتبنا ، وهو للإمام أبى بكر ابن مسعود بن أحمد الكاسانى شرح به تحفة الفقهاء لشيخه علاء الدين السمرقندى ، فلما عرضه عليه زوّجه ابنته فاطمة بعد ماخطبها الملوك من أبيها فامتنع ، وكانت الفتوى تخرج من دارهم وعليها خطها وخط أبيها وزوجها (قوله ثم لاخلاف) أى بين أهل المذهب على جميع الروايات ط (قوله أن المسترسل) أى الخارج عن دائرة الوجه ، وفسره ابن حجر فى شرح

بل يسن ، وأن الخفيفة التى ترى بشرتها يجب غسل ماتحتها كذا فى النهر . وفى البرهان : يجب غسل بشرة لم يسترها الشعر كحاجب وشارب وعنفقة فى المختار (ولا يعاد الوضوء) بل ولا بل المحل (بحلق رأسه ولحيته كما لايعاد) الغسل للمحل ولا الوضوء (بحلق شاربه وحاجبه وقلم ظفره) وكشط جلده (وكذا لوكان على أعضاء وضوئه قرحة) كالدملة (وعليها جلدة رقيقة فتوضأ وأمرّ الماء عليها ثم نزعها لايلزمه إعادة غسل على ماتحتها) وإن تألم بالنزع

المنهاج بما لو مد من جهة نزوله لخرج عن دائرة الوجه ، وعلى هذا فالنابت على أسفل الذقن لايجب غسل شىء منه لأنه بمجرد ظهوره يخرج الاعن حد وجه ، لأن ذلك جهة نزوله وإن كان لو مد إلى فوق لايخرج عن حد الجبهة وكذا النابت على أطراف الحنك من اللحية ؛ وأما النابت على الخدين فيجب غسل مادخل منه فى دائرة الوجه دون الزائد عليها ولذا قال فى البدائع : الصحيح أنه يجب غسل الشعر الذى يلاقى الخدين وظاهر الذقن لاما استرسل من اللحية عندنا وعند الشافعى يجب ، لأن مااسترسل تابع لما اتصل وللتبع حكم الأصل .

ولنا أنه إنما يواجه إلى المتصل عادة لا إلى المسترسل فلم يكن وجهاً فلا يجب غسله اه فتأمل .

ثم رأيت المصنف فى شرحه على زاد الفقير قال مانصه : وفى المجتبى قال البقالى : وما نزل من شعر اللحية من الذقن ليس من الوجه عندنا خلافاً للشافعى اه ولا رواية فى غسل الذؤابتين إذا جاوزتا القدمين فى الجنابة . وكذا السلعة إذا تدلت عن الوجه . والصحيح أنه يجب غسلها فى الجنابة وغسل السلعة فى الوضوء أيضاً اه (قوله بل يسن) أى المسح لكونه الأقرب لمرجع الضمير . وعبارة المنية صريحة فى ذلك كذا فى ح (قوله التى ترى بشرتها) قيد بذلك لأنه الذى لاخلاف فيه .

وأما مافى البدائع من أنه إذا نبت الشعر يسقط غسل ماتحته عند عامة العلماء كثيفاً كان أو خفيفاً ، لأن ماتحته خرج من أن يكون وجها لأنه لايواجه به اه فمحمول على ما إذا لم تر بشرتها كما يشير إليه التعليل ، فالخفيفة قسمان .

والفرق بينها بالمعنى الثانى وبين الكثيفة العرف كما هو وجه عند الشافعية . والأصح عندهم أن الخفيفة ما ترى بشرتها فى مجلس التخاطب ، أفاده فى الحلية (قوله لم يسترها الشعر) أما المستورة فساقط غسلها للحرج ط .

ويستثنى منه ما إذا كان الشارب طويلا يستر حمرة الشفتين ، لما فى السراجية من أن تخليل الشارب الساتر حمرة الشفتين واجب اه لأنه يمنع ظاهر وصول الماء إلى جميع الشفة أو بعضها ولا سيما إن كان كثيفا ، وتخليله محقق لوصول الماء إلى جميعها ، وتمامه فى الحلية (قوله ولا يعاد الوضوء الخ) لأن المسح على شعر الرأس ليس بدلا عن المسح عن البشرة لأنه يجوز مع القدرة على مسح البشرة ، ولو كان بدلا لم يجز اه بحر .

بقى ما إذا كانت اللحية كثيفة فإن ظاهر ماقدمناه عن الدرر عند قوله للحرج أن غسلها بدل عما تحتها ، ومقتضاه إعادة غسله بحلق الشعر فليراجع ، لكن قول البحر هنا لأنه يجوز مع القدرة الخ يفيد أنه ليس ببدل لأنه يصح غسل بشرتها تأمل (قوله ولا بلّ المحل) عبر بالبل ليشمل المسح والغسل (قوله الغسل للمحل الخ) الأولى تقديم الوضوء ، لأنه المذكور فى كلام المصنف فيعود الضمير عليه ، بل الأولى عدم ذكر شىء لظهور المراد أفاده ط (قوله ظفره) مثلث الظاء ط (قوله قرحة) أى جراحة ط (قوله كالدملة) مأخوذ من دمل بالفتح : بمعنى أصلح ، يقال دملت بين القوم : بمعنى أصلحت كما فى الصحاح ، وصلاحها ببرئها ؛ فتسمية القرحة دملا تفاؤلا ببرئها كالقافلة والمفازة ط (قوله وإن تألم بالنزع) فى بعض النسخ بدون واو ، والأصوب(١) وإن لم يتألم كما أفاده ط لأنه

---

(١) (قوله والأصوب الخ) قال شيخنا : لا أصوبية أصلا لأن النزع فى حالة التألم هو محل توهم بدلية غسل الجلدة عما تحتها ، فنفى البدلية فى هذه الحالة خلاف عدم التألم بالأولى اه .

أقول : ويؤيده تعليل الشارح بقوله لعدم البدلية ، وبهذا تعلم ما فى قول المحشى فإذا قال وإن لم يتألم يعلم الخ وتستغنى عن جوابه اه .

على الأشبه لعدم البدلية ، بخلاف نزع الخف ، فصار كما لو مسح خفه ثم حته أو قشره .

[فروع] فى أعضائه شقاق غسله إن قدر وإلا مسحه وإلا تركه ولو بيده ، ولا يقدر على الماء تيمم ، ولو قطع من المرفق غسل محل القطع .

ولو خلق له يدان ورجلان ، فلو يبطش بهما غسلهما ، ولو بإحداهما فهى الأصلية فيغسلها ، وكذا الزائدة إن نبتت من محل الفرض ، كأصبع وكف زائدين وإلا فما حاذى منهما محل الفرض غسله ومالا فلا ، لكن يندب مجتبى .

[وسننه]

ذكر فى التاترخانية وغيرها أنه إن نزع الجلدة بعد مابرئ بحيث لم يتألم فعليه الغسل ، وإن قبله بحيث يتألم فلا والأشبه أنه لايلزمه الغسل فيهما جميعاً وهو المأخوذ به اهـ ملخصاً ، فحالة التألم لاخلاف فيها ، فإذا قال وإن لم يتألم يعلم عدم لزوم الغسل مع التألم بالأولى ، لأن القاعدة أن نقيض مابعد إن ولو الوصليتين أولى بالحكم :

ويمكن الجواب بأنه أتى بالواو بدون لم لملاحظة التعليل بعدم البدلية لأن انتفاء البدلية عند عدم التألم أولى منه عند التألم تأمل ، وعلى كل فنسخة إن تألم بدون واو غير صحيحة ، فافهم (قوله لعدم البدلية) علة لعدم الإعادة فى المسائل كلها ط وذلك لأن البدلية تكون عند تعذر الأصل (قوله بخلاف نزع الخف) أى فإنه بنزعه يغسل ماتحته لأنه بدل عن الغسل ظاهراً فلما نزعه سرى الحدث إلى القدم ط (قوله فصار) أى ماذكر من الحلق والقلم والكشط (قوله ثم حته أو قشره) هما بمعنى واحد كما فى القاموس : أى حت محل المسح منه (قوله شقاق) هو بالضم . وفى التهذيب قال الليث : هو تشقق الجلد من برد أو غيره فى اليدين والوجه . وقال الأصمعى : الشقاق فى اليد والرجل من بدن الإنسان والحيوان ، وأما الشقوق فهى صدوع فى الجبال والأرض . وفى التكملة عن يعقوب : يقال بيد فلان شقوق ولا يقال شقاق ، لأن الشقاق فى الدواب : وهى صدوع فى حوافرها وأرساغها مغرب (قوله وإلا تركه) أى وإن لم يمسحه بأن لم يقدر على المسح تركه (قوله ولا يقدر على الماء) أى على استعماله لمانع فى اليد الأخرى ، ولا يقدر على وضع وجهه ورأسه فى الماء (قوله تيمم) زاد فى الخزائن وصلاته جائزة عنده خلافاً لهما ، ولو كان فى رجله فجعل فيه الدواء يكفيه إمرار الماء فوقه ولا يكفيه المسح ، ولو أمرّه فسقط إن عن برء يعيده وإلا فلا كما فى الصغرى اهـ ابن عبد الرزاق (قوله ولو قطع الخ) قال فى البحر : ولو قطعت يده أو رجله فلم يبق من المرفق والكعب شيء سقط الغسل ، ولو بقى وجب اهـ ط (قوله ولو خلق له) أى من جانب واحد (قوله فلو يبطش) بالضم والكسر كما فى القاموس ، والبطش قاصر على اليدين ؛ فلو قال ويمشى بهما نظراً إلى الرجلين لكان حسنا ط (قوله ولو بإحداهما الخ) أى ولو يبطش بإحداهما فهى الأصلية والأخرى زائدة لايجب غسلها ، وظاهره ولو كانت تامة . وفى النهر : ولم أر حكم مالو كانتا تامتين متصلتين أو منفصلتين ، والظاهر وجوب غسلهما فى الأول وغسل واحدة فى الثانى اهـ فلم يعتبر البطش ، والظاهر أنه يعتبر البطش أولا ؛ فإن بطش بهما وجب غسلهما وإلا فإن كانتا تامتين متصلتين وجب غسلهما ، وإن كانتا منفصلتين لايجب إلا غسل الأصلية التى يبطش بها وهو حسن جمعاً بين العبارتين ط (قوله كأصبع) تنظير لاتمثيل ، لأن الكلام فى اليد .

(قوله وسننه الخ) اعلم أن المشروعات أربعة أقسام ، فرض وواجب وسنة ونفل ، فما كان فعله أولى من تركه مع منع الترك إن ثبت بدليل قطعى ففرض أو بظنى فواجب ، وبلا منع الترك إن كان مما واظب عليه الرسول صلى الله عليه وسلم أو الخلفاء الراشدون من بعده فسنة وإلا فمندوب ونفل .

أفاد أنه لاواجب للوضوء ولا للغسل وإلا لقدمه ، وجمعها لأن كل سنة مستقلة بدليل وحكم .

مطلب فى السنة وتعريفها

والسنة نوعان : سنة الهدى ، وتركها يوجب إساءة وكراهية كالجماعة والأذان والإقامة ونحوها . وسنة الزوائد وتركها لايوجب ذلك كسير النبي عليه الصلاة والسلام فى لباسه وقيامه وقعوده . والنفل ومنه المندوب يثاب فاعله ولا يسىء تاركه ، قيل وهو دون سنن الزوائد .

ويرد عليه أن النفل من العبادات وسنن الزوائد من العادات ، وهل يقول أحد إن نافلة الحج دون التيامن فى التنعل والترجل ، كذا حققه العلامة ابن الكمال فى تغيير التنقيح وشرحه .

أقول : فلا فرق بين النفل وسنن الزوائد من حيث الحكم لأنه لايكره ترك كل منهما ، وإنما الفرق كون الأول من العبادات والثانى من العادات ، لكن أورد عليه أن الفرق بين العبادة والعادة هو النية المتضمنة للإخلاص كما فى الكافى وغيره ، وجميع أفعاله صلى الله عليه وسلم مشتملة عليها كما بين فى محله .

وأقول : قدمثلوا لسنة الزوائد أيضاً بتطويله عليه الصلاة والسلام القراءة والركوع والسجود ولاشك فى كون ذلك عبادة وحينئذ فمعنى كون سنة الزوائد عادة أن النبي صلى الله عليه وسلم واظب عليها حتى صارت عادة له ولم يتركها إلا أحياناً لأن السنة هى الطريقة المسلوكة فى الدين فهى فى نفسها عبادة وسميت عادة لما ذكرنا . ولما لم تكن من مكملات الدين وشعائره سميت سنة الزوائد ، بخلاف سنة الهدى وهى السنن المؤكدة القريبة من الواجب التى يضلل تاركها لأن تركها استخفاف بالدين ، وبخلاف النفل فإنه كما قالوا ماشرع لنا زيادة على الفرض والواجب والسنة بنوعيها ، ولذا جعلوا قسما رابعاً وجعلوا منه المندوب والمستحب ، وهو ماورد به دليل ندب يخصه كما فى التحرير ؛ فالنفل ماورد به دليل ندب عموما أو خصوصاً ولم يواظب عليه النبي صلى الله عليه وسلم ولذا كان دون سنة الزوائد كما صرح به فى التنقيح . وقد يطلق النفل على مايشمل السنن الرواتب ، ومنه قولهم باب الوتر والنوافل ، ومنه تسمية الحج نافلة لأن النفل الزيادة وهو زائد على الفرض مع أنه من شعائر الدين العامة ، ولا شك أنه أفضل من تثليث غسل اليدين فى الوضوء ومن رفعهما للتحريمة مع أنهما من السنن المؤكدة فتعين ماقلنا ، وبه اندفع ما أورده ابن الكمال ، فاغتنم تحقيق هذا المحل فإنك لاتجده فى غير هذا الكتاب ، والله تعالى أعلم بالصواب (قوله أفاد الخ) حيث ذكر السنن عقب الأركان هنا وفى الغسل ولم يذكر لهما واجباً ، ولو لم يكن كلامه مفيداً ذلك لقدم ذكر الواجب على السنن لأنه أقوى ، فمقتضى الصناعة تقديمه . وأراد بالواجب ماكان دون الفرض فى العمل ، وهو أضعف نوعى الواجب ، لاما يشمل النوع الآخر وهو ماكان فى قوة الفرض فى العمل ، لأن غسل المرفقين والكعبين ومسح ربع الرأس من هذا النوع الثانى ، وكذا غسل الفم والأنف فى الغسل ، لأن ذلك ليس من الفرض القطعى الذى يكفر جاحده تأمل . ثم رأيت التصريح بذلك فى شرح الدرر للشيخ إسمعيل. واحترز بقوله للوضوء وللغسل عن نفس الوضوء والغسل فإن الوضوء يكون فرضاً وواجباً وسنة ونفلا كما قدمه الشارح وكذا الغسل على مايأتى فى محله (قوله وجمعها) أى السنن حيث أتى بها بصيغة الجمع ولم يأت بها مفردة كما قال فى الكنز وسننه (قوله مستقلة بدليل وحكم) قال ابن الكمال ، أما الأول فظاهر عند من تأمل فى الهداية وسائر الكتب المطولة ، وأما الثانى فلأن مايترتب على فعل السنة وتركها من الثواب والعقاب يترتب على كل فعل منها وتركه منفردة كانت أو مجتمعة مع أخواتها ، وليس الأمر فى الفرض كذلك ، فإن فرض الوضوء مجموع غسل الأعضاء الثلاثة ومسح

وحكمها مايؤجر على فعله ويلام على تركه ، وكثيراً مايعرّفون به لأنه محط مواقع أنظارهم . وعرفها الشمنى بما ثبت بقوله عليه الصلاة والسلام أو بفعله وليس بواجب ولا مستحب لكنه تعريف لمطلقها ، والشرط فى المؤكدة المواظبة مع ترك ولو حكما ، لكن شأن الشروط أن لاتذكر فى التعاريف .

الرأس ، لأن كلا منها فرض مستقل يترتب على فعله وتركه حكم الفرض ولذلك آثر فيه صيغة المفرد ، ومن لم يتنبه لهذه الدقيقة الأنيقة سلك فى الموضعين مسلك الإفراد اه :

وعلى هذا فكان الأنسب للمصنف أن يقول فيما مر وركن الوضوء بالإفراد لاتحاد الدليل وهو الآية واتحاد الحكم بدليل فساد البعض بترك البعض قاله فى البحر فافهم (قوله مايؤجر الخ) مامصدرية لاموصولة أو موصوفة واقعة على السنة ، لأن الحكم الثابت لها الأجر واللوم على الفعل والترك وليس الحكم هو الفعل الذى يؤجز عليه ، إلا أن يقال إنها موصولة أو موصوفة واقعة على الأجر والعائد محذوف : أى الأجر الذى يؤجره ؛ وعلى كل فالمناسب تأنيث الضمير فى فعله وتركه فافهم (قوله ويلام) أى يعاتب بالتاء لايعاقب كما أفاده فى البحر والنهر ، لكن فى التلويح ترك السنة المؤكدة قريب من الحرام يستحق حرمان الشفاعة ، لقوله عليه الصلاة والسلام « من ترك سنتى لم ينل شفاعتى اه . وفى التحرير أن تاركها يستوجب التضليل واللوم اه والمراد الترك بلا عذر على سبيل الإصرار كما فى شرح التحرير لابن أمير حاج ، ويؤيده ماسيأتى فى سنن الوضوء من أنه لو اكتفى بالغسل مرة إن اعتاده أثم وإلا لا . وفى البحر من باب صفة الصلاة : الذى يظهر من كلام أهل المذهب أن الاسم منوط بترك الواجب أو السنة المؤكدة على الصحيح ، لتصريحهم بأن من ترك سنن الصلوات الخمس قيل لايأثم ، والصحيح أنه يأثم ذكره فى فتح القدير ، وتصريحهم بالإثم لمن ترك الجماعة مع أنها سنة مؤكدة على الصحيح وكذا فى نظائره لمن تتبع كلامهم ، ولا شك أن الإثم مقول بالتشكيك بعضه أشد من بعض ، فالإثم لتارك السنة المؤكدة أخف من الإثم لتارك الواجب اه . قال فى النهر هناك : ويؤيده مافى الكشف الكبير معزيا إلى أصول أبى اليسر : حكم السنة أن يندب إلى تحصيلها ويلام على تركها مع لحوق إثم يسير (قوله وكثيرا الخ) مفعول مطلق وما زائدة لتأكيد الكثرة : أى ويعرفون بالحكم تعريفا كثيرا (قوله لأنه الخ) المحط : موضع الحط مقابل الرفع ، ومواقع جمع موقع مصدر ميمى : بمعنى الوقوع ، والأنظار جمع نظر : بمعنى التأمل والتفكر أى لأن الحكم هو محل وقوع أنظارهم أى أنه المقصود للفقهاء (قوله وعرّفها الشمنى) أى عرف السنة اصطلاحا ، أما هى لغة فالطريقة مطلقا ولو قبيحة ط (قوله أو بفعله) ينبغى زيادة أو تقريره إلا أنه داخل فى الفعل لأنه عدم النهى عما يقع بين يديه عليه الصلاة والسلام ، يعنى أنه كف ، والكف فعل من أفعال النفس ط (قوله وليس بواجب) مراده به مايعم الفرض ط (قوله لكنه تعريف لمطلقها) أى لمطلق السنة الشامل لقسميها وهما السنة المؤكدة المسماة سنة الهدى وغير المؤكدة المسماة سنة الزوائد . وأما المستحب المرادف للنفل والمندوب فهو قسيم لها لاقسم منها كما قدمناه فافهم ، وأفاد بالاستدراك أن المراد من السنة هنا هو القسم الأول ، وبه صرح فى النهر تأمل (قوله ولو حكما) كعدم الإنكار على من لم يفعل ، لأنه ينزل منزلة الترك حقيقة ، فدخل الاعتكاف فى العشر الأخير من رمضان ، لأنه عليه الصلاة والسلام وإن واظب عليه من غير ترك ومقتضاها وجوب الاعتكاف ، لكن لما لم ينكر عليه الصلاة والسلام على من لم يعتكف كان ذلك منزلا منزلة الترك حقيقة ، والمراد أيضا المواظبة ولو حكما لتدخل التراويح فإنه صلى الله عليه وسلم بين العذر فى التخلف عنها وهو خوف أن تفرض علينا ط عن أبى السعود ، ومفاده أن المواظبة بلا ترك تفيد الوجوب : قال فى البحر : وظاهر الهداية يخالفه ، فإنه فى الاستدلال على سنية المضمضة والاستنشاق

وأورد عليه فى البحر المباح بناء على ما هو المنصور من أن الأصل فى الأشياء التوقف ، إلا أن الفقهاء كثيراً مايلهجون بأن الأصل الإباحة فالتعريف بناء عليه (البداية بالنية)

قال لأنه عليه الصلاة والسلام فعلهما على المواظبة ، ثم قال فى البحر : والذى ظهر للعبد الضعيف أن السنة ماواظب عليه النبى صلى الله عليه وسلم ، لكن إن كانت لامع الترك فهى دليل السنة المؤكدة ، وإن كانت مع الترك أحيانا فهى دليل غير المؤكدة ، وإن اقترنت بالإنكار على من لم يفعله فهى دليل الوجوب ، فافهم هذا فإن به يحصل التوفيق اه . قال فى النهر : وينبغى أن يقيد هذا بما إذا لم يكن ذلك الفعل المواظب عليه مما اختص وجوبه به عليه الصلاة والسلام ، أما إذا كان كصلاة الضحى فإن عدم الإنكار على من لم يفعل لايصح أن ينزل منزلة الترك ، ولابد أن يقيد الترك بكونه لغير عذر كما فى التحرير ليخرج المتروك لعذر كالقيام المفروض . وكأنه إنما تركه لأن الترك لعذر لايعد تركا اه (قوله وأورد عليه الخ) أى على تعريف الشمنى ، وحاصله النقض بعدم المنع ، لأنه إذا كان الأصل فى الأشياء التوقف بمعنى عدم العلم بالحكم هل هو الإباحة أو الحظر ؟ لاتعلم إباحة المباح إلا بقوله عليه الصلاة والسلام أو فعله ، فيدخل فى تعريف السنة إلا أن يزاد فى التعريف ولا مباح . قال ط وكذا يرد المباح على القول بأن الأصل الحظر (قوله إلا أن الفقهاء الخ) جواب عن الإيراد . قال فى الصحاح : اللهج بالشىء الولوع به ، وقد لهج بالكسر يلهج لهجا : إذا غرى به اه . والمعنى أنهم ينطقون به كثيرا ط .

مطلب المختار أن الأصل فى الأشياء الإباحة

أقول : وصرح فى التحرير بأن المختار أن الأصل الإباحة عند الجمهور من الحنفية والشافعية اه وتبعه تلميذه العلامة قاسم ، وجرى عليه فى الهداية من فصل الحداد : وفى الخانية من أوائل الحظر والإباحة . وقال فى شرح التحرير : وهو قول معتزلة البصرة وكثير من الشافعية وأكثر الحنفية لاسيما العراقيين . قالوا : وإليه أشار محمد فيمن هدد بالقتل على أكل الميتة أو شرب الخمر فلم يفعل حتى قتل بقوله خفت أن يكون آثما لأن أكل الميتة وشرب الخمر لم يحرما إلا بالنهى عنهما ، فجعل الإباحة أصلا والحرمة بعارض النهى اه . ونقل أيضا أنه قول أكثر أصحابنا وأصحاب الشافعى للشيخ أكمل الدين فى شرح أصول البزدوى ، وبه علم أن قول الشارح فى باب استيلاء الكفار أن الإباحة رأى المعتزلة فيه نظر فتدبر (قوله فالتعريف بناء عليه) أى على أن الأصل الإباحة .

أقول : هذا الجواب نافع فيما سكت عنه الشارع وبقى على الإباحة الأصلية ، أما مانص على إباحته أو فعله عليه الصلاة والسلام فلا ينفع ، وقد نص فى التحرير على أن المباح يطلق على متعلق الإباحة الأصلية كما يطلق على متعلق الإباحة الشرعية . فالأحسن فى الجواب أن يقال : المراد بقوله فى التعريف ماثبت ثبوت طلبه لاثبوت شرعيته والمباح غير مطلوب الفعل وإنما هو مخير فيه (قوله البداية) قيل الصواب البداءة بالهمزة وفيه نظر ، فقد ذكر فى القاموس من اليائى ، وبديت بالشىء بديت ابتدأت اه أى بفتح الدال وكسرها .

مطلب الفرق بين النية والقصد والعزم

(قوله بالنية) بالتشديد وقد تخفف قهستانى . وهى لغة عزم القلب على الشىء . واصطلاحا كما فى التلويح قصد الطاعة والتقرب إلى الله تعالى فى إيجاد الفعل ، ودخل فيه المنهيات فإن المكلف به الفعل الذى هو كف النفس . والعزم والقصد والنية اسم للإرادة الحادثة ، لكن العزم المتقدم على الفعل والقصد المقترن به والنية المقترن به مع دخوله تحت العلم بالمنوى وتمامه فى البحر .

أى نية عبادة لاتصح إلا بالطهارة كوضوء أو رفع حدث أو امتثال أمر

مطلب الفرق بين الطاعة والقربة والعبادة

(قوله أى نية عبادة) الأولى التعبير بالطاعة ليشمل نحو مس المصحف ، فقد ذكر شيخ الإسلام زكريا أن الطاعة فعل مايثاب عليه توقف على نية أولا ، عرف من يفعله لأجله أولا . والقربة فعل مايثاب عليه بعد معرفة من يتقرب إليه به وإن لم يتوقف على نية . والعبادة مايثاب على فعله ويتوقف على نية ، فنحو الصلوات الخمس والصوم والزكاة والحج من كل مايتوقف على النية قربة وطاعة وعبادة ، وقراءة القرآن والوقف والعتق والصدقة ونحوها مما لايتوقف على نية قربة وطاعة لاعبادة ، والنظر المؤدى إلى معرفة الله تعالى طاعة لاقربة ولا عبادة اه وقواعد مذهبنا لاتأباه حموى ، وإنما لم يكن النظر قربة لعدم المعرفة بالمتقرب إليه لأن المعرفة تحصل بعده ولا عبادة لعدم التوقف على النية (قوله لاتصح) الأولى لاتحل كما فى الفتح ليشمل مثل مس المصحف والطواف اه ح :

وفيه أنه لوقصد مس المصحف لم يكن آتيا بالسنة ، كما أنه لوتيمم له لم تجز له الصلاة به ، فإن النية المسنونة فى الوضوء هى المشروطة فى التيمم كذا فى حاشية شيخ مشايخنا الرحمتى : وبيانه أن الصلاة تصح عندنا بالوضوء ولو لم يكن منويا ، وإنما تسن النية فى الوضوء ليكون عبادة فإنه بدونها لايسمى عبادة مأمورا بها كما يأتى وإن صحت به الصلاة ، بخلاف التيمم فإن النية شرط لصحة الصلاة به ، فالنية فى الوضوء شرط لكونه عبادة ، وفى التيمم شرط لصحة الصلاة به . ولما لم تصح الصلاة بالتيمم المنوى به استباحة مس المصحف علم أن الوضوء المنوى به ذلك ليس عبادة ؛ لكن قد يقال : لايلزم من عدم صحة الصلاة بالتيمم المذكور عدم كون ذلك الوضوء عبادة ، لأن صحة الصلاة أقوى ، على أن طهارة التيمم ضرورية فيحتاط فى شروطها ولذا شرطوا فى التيمم نية عبادة مقصودة ، وظاهر كلامهم هنا أن كون العبادة مقصودة غير شرط فى النية المسنونة للوضوء فيدخل مثل مس المصحف ، والله تعالى أعلم (قوله كوضوء الخ) فيه أن الوضوء ورفع الحدث ليسا عبادة لعدم توقفهما على النية عندنا بل هما قربة وطاعة كما علمت ، على أنهما ليسا مما لايحل إلا بالطهارة كما أفاده ح لأن الوضوء عين الطهارة ورفع الحدث ، وكذا امتثال الأمر بالوضوء لازمان من لوازم وجودها ، فقوله كوضوء ليس تمثيلا للعبادة بل تنظير للمنوى ، ولا يخفى أن الأصوب أن يقول أو وضوء بالعطف على عبادة ، وما ذكره من الاكتفاء بنية الوضوء هو ماجزم به فى الفتح وأيده فى البحر والنهر ، حيث ذكر أن المستفاد من كلامهم أن نية الطهارة لاتكفى فى تحصيل السنة وكأنه لأنها متنوعة إلى إزالة الحدث والخبث فلم ينو خصوص الطهارة الصغرى ، فعلى هذا لونوى الوضوء كفى لأنه ورفع الحدث سواء بل هو أخص منه لأن رفع الحدث يشمل الغسل فكان الوضوء أولى اه :

لايقال : تنوع رفع الحدث إلى الوضوء والغسل يقتضى أن يكون كالطهارة : لأنا نقول : تنوعه لايضر ، لأن الغسل فى ضمنه وضوء فلم يكن ناويا خلاف ما أراد بخلاف تنوع الطهارة فافهم ، وقد مشى القدورى فى مختصره على الاكتفاء بنية الطهارة ووافقه فى السراج ، لكن ظاهر كلام الزيلعى أنه خلاف المذهب : وفى الأشباه : وعند البعض نية الطهارة تكفى :

أقول : ويؤيده مافى تيمم البدائع عن القدورى : الصحيح من المذهب أنه إذا نوى الطهارة أجزأه وجزم به فى البحر هناك ، لكن يفرق بأن الطهارة بالتراب لاتتنوع بخلافها بالماء ، وذكر فى البحر هناك أيضاً أن نية التيمم لاتكفى لصحته على المذهب خلافا لما فى النوادر ولا اعتماد عليه بل المعتمد اشتراط نية مخصوصة اه ولعل الفرق

وصرحوا أنها بدونها ليس بعبادة، ويأثم بتركها، وبأنها فرض فى الوضوء المأمور به، وفى التوضؤ بسؤر حمار ونبيذ تمر كالتيمم، وبأن وقتها عند غسل الوجه . وفى الأشباه : ينبغى أن تكون عند غسل اليدين للرسغين لينال ثواب السنن .

بين التيمم والوضوء أن كل وضوء تصح به الصلاة ، بخلاف التيمم فإن منه مالا تصح به الصلاة كالتيمم لمس مصحف فلذا لم تصح نية التيمم المطلق تأمل. هذا، وأورد فى البحر على قوله أو امتثال أمر أنه لايتأتى قبل دخول الوقت إذ ليس مأمورا به ، إلا أن يقال إن الوضوء لايكون نفلا لأنه شرط للصلاة وشرطها فرض ولا يخفى مافيه اه . وأجاب ط بأنه مأمور به على طريق الندب قبل الوقت وهو إحدى الثلاث التى المندوب فيها أفضل من الفرض اه .

أقول : على القول بأن سبب وجوبه الحدث يكون مأمورا به قبل الوقت وجوبا موسعا إلى القيام إلى الصلاة كما سبق تقريره .

بقى هنا شىء وهو أنه إذا أراد تجديد الوضوء لاينوى إزالة الحدث ولا إباحة الصلاة . ويمكن دفعه بأن ينوى التحديد فإنه مندوب إليه فيكون عبادة كما فى شرح الشيخ إسمعيل عن شرح البرجندى .

أقول : فيه أن التجديد ليس عبادة لاتحل إلا بالطهارة ، فالأحسن أن يقال إنه ينوى الوضوء بناء على أن نيته تكفى أو ينوى امتثال الأمر، لأن المندوب مأمور به حقيقة أو مجازا على الخلاف بين الأصوليين (قوله وصرحوا بأنه بدونها) أى الوضوء بدون النية ليس عبادة ، وذلك كأن دخل الماء مدفوعاً أو مختارا لقصد التبرد أو لمجرد إزالة الوسخ كما فى الفتح. قال فى النهر : لانزاع لأصحابنا أى مع الشافعى فى أن الوضوء المأمور به لايصح بدون النية ، إنما نزاعهم فى توقف الصلاة على الوضوء المأمور به، وأشار أبو الحسن الكرخى إلى هذا . وقال الدبوسى فى أسراره : وكثير من مشايخنا يظنون أن المأمور به من الوضوء يتأدى من غير نية وهذا غلط فإن المأمور به عبادة والوضوء بغير نية ليس بعبادة . وفى مبسوط شيخ الإسلام : لاكلام فى أن الوضوء المأمور به لايحصل بدون النية لكن صحة الصلاة لاتتوقف عليه لأن الوضوء المأمور به غير مقصود وإنما المقصود الطهارة وهى تحصل بالمأمور به وغيره لأن الماء مطهر بالطبع اه (قوله ويأثم بتركها) أى إثما يسيرا كما قدمناه عن الكشف، والمراد الترك بلا عذر على سبيل الإصرار كما قدمناه أيضاً عن شرح التحرير وذلك لأنها سنة مؤكدة لمواظبته صلى الله عليه وسلم عليها كما حققه فى الفتح رادا على القدورى حيث جعلها مستحبة (قوله وبأنها فرض الخ) الصواب أن يقال وبأنها شرط فى كون الوضوء عبادة لامفتاحا للصلاة ، فإن تارك النية لايعاقب عقاب ترك الفرض وانتفاء اللازم يستلزم انتفاء الملزوم والشرط لايكون فرضا إلا إذا كان شرط الصحة ، وهذا ليس كذلك بل هو شرط فى كون الوضوء عبادة فقط اه ح يؤيده أن آية الوضوء لادلالة لها على اشتراط النية كما حققه العلامة ابن كمال فى شرحه على الهداية ونقله عنه الحموى فى حاشية الأشباه . وفى البحر : وليست النية بشرط فى كون الوضوء مفتاحا للصلاة إنما هى شرط فى كونه سببا للثواب على الأصح ، وقيل يثاب بغير نية اه (قوله بسؤر حمار) نقله فى البحر عن شرح المجمع والوقاية معزيا للكفاية . وفى الفتح : واختلفوا فى النية بالتوضؤ به والأحوط أن ينوى اه. والظاهر أن المراد أن الأحوط القول بلزوم النية تأمل (قوله ونبيذ تمر) أى على القول الضعيف بجواز الوضوء به فهو كالتيمم لأنه بدل عن الماء حتى لايجوز بحال وجود الماء وينتقض به إذا وجد ، ذكره القدورى فى شرحه عن أصحابنا فتح . والظاهر أن العلة فى سؤر الحمار كذلك لأنه إنما يتوضأ به مع التيمم عند فقد الماء كما يأتى (قوله وبأن وقتها) معطوف على قوله بأنه بدونها (قوله ينبغى أن تكون) أى النية . والذى رأيته فى الأشباه يكون بالياء التحتية أى يكون وقتها ،

قلت : لكن فى القهستانى : ومحلها قبل سائر السنن كما فى التحفة ، فلا تسن عندنا قبيل غسل الوجه ، كما تفرض عند الشافعى اﻫ : وفيها سبع سؤالات مشهورة نظمها العراقى فقال :

سبع سؤالات لذى الفهم أتت تحكى لكل عالم فى النية
حقيقــة حكم محل زمن وشرطها والقصد والكيفية

(و) البداءة (بالتسمية) قولا ،

فعلى الأول ينبغى بمعنى يطلب ، وعلى الثانى هى مايستعملها العلماء فى مقام البحث فيما لانقل فيه وهو المتبادر من الأشباه (قوله قلت لكن الخ) استدراك على الأشباه بأن مابحثه منقول كما ذكره الحموى ، والأظهر أنه استدراك على قوله عند غسل الوجه. قال فى [إمداد الفتاح] : وأما وقتها فعند ابتداء الوضوء حتى قبل الاستنجاء اﻫ أى لأن الاستنجاء من سنن الوضوء بل من أقوى سننه كما صرحوا به : ولهذا قيل كان ينبغى ذكره هنا .

مطلب سائر بمعنى باقى لا بمعنى جميع

(قوله قبل سائر السنن) سائر هنا بمعنى باقى لا بمعنى جميع وإلا لكان محلها قبل نفسها اﻫ ح وأفاد فى القاموس أن استعماله بالمعنى الثانى وهم أو قليل (قوله فلا تسن الخ) حاصله أنه ليس محل سنيتها عندنا هو محل فرضيتها عند الشافعى الذى هو قبيل غسل الوجه (قوله لذى الفهم) أى الإدراك متعلق بقوله أتت أو بقوله تحكى أى تذكر أو بسؤالات أو حال منه ، ومثله قوله فى النية لكن يزيد عليه جواز تعلقه بعالم على أن فى بمعنى الباء (قوله حقيقة) قدمنا بيان حقيقتها لغة واصطلاحا ، (قوله حكم) هو أنها سنة فى الوضوء والغسل ، وشرط فى المقاصد من العبادات كالصلاة والزكاة وفى التيمم وفى الوضوء بنبيذ التمر وسؤر الحمار وفى نحو الكفارات وفى صيرورة المنوى بها عبادة (قوله محل) هو القلب ، فلا يكفى التلفظ باللسان دونه إلا أن لايقدر أن يحضر قلبه لينوى به أو يشك فى النية فيكفيه اللسان ، وهل يستحب التلفظ بها أو يسن أو يكره ؟ فيه أقوال، اختار فى الهداية الأول لمن لايجتمع عزيمته . وفى الفتح لم ينقل عن النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه التلفظ بها لافى حديث صحيح ولا ضعيف ، وزاد ابن أميرحاج ولا عن الأئمة الأربعة وتمامه فى الأشباه فى بحث النية (قوله زمن) هو أول العبادات ولو حكما ؛ كما لو نوى الصلاة فى بيته ثم حضر المسجد وافتتح الصلاة بتلك النية بلا فاصل يمنع البناء وكنية الزكاة عند عزل ماوجب ونية الصوم عند الغروب والحج عند الإحرام كما بسطه فى الأشباه (قوله وشرطها) هو الإسلام والتمييز والعلم بالمنوى وأن لايأتى بمناف بين النية والمنوى وبيانه فى الأشباه (قوله والقصد) أى المقصود منها مصدر بمعنى اسم المفعول . قال فى الأشباه : قالوا : المقصود منها تمييز العبادات من العادات وتمييز بعض العبادات عن بعض كالإمساك عن المفطرات قد يكون حمية أو لعدم الحاجة إليه ، فما لايكون عادة أو لايلتبس بغيره لاتشترط كالإيمان بالله تعالى والمعرفة والخوف والرجاء والنية وقراءة القرآن والأذكار والأذان (قوله والكيفية) أى الهيئة وهو منسوب لكيف اسم الاستفهام لأنها من شأنها أن يسأل بها عن حال الأشياء، فما يجاب به يقال فيه كيفية ، فهى الهيئة التى يجاب بها السائل عن حال شىء بقوله كيف هو كقوله كيف زيد فتقول صحيح أو سقيم فيقال هنا ينوى فى الوضوء والغسل والتيمم استباحة مالا يحل إلا بالطهارة أو رفع الحدث مثلا ، هذا ماظهر لى ثم رأيت نحوه فى الإمداد فافهم (قوله قولا) أشار به إلى أنه لاتنافى بين سنية الابتداء بها وبالنية وبغسل اليدين ، لأن النية محلها القلب والتسمية محلها اللسان وغسل اليدين بالفعل أفاده ط ، لكن فى الشرنبلالية

وتحصل بكل ذكر ، لكن الوارد عنه عليه الصلاة والسلام « باسم الله العظيم ،والحمد لله على دين الإسلام » (قبل الاستنجاء وبعده) إلا حال انكشاف وفى محل نجاسة فيسمى بقلبه ؛ ولو نسيها فسمى فى خلاله لاتحصل السنة ، بل المندوب . وأما الأكل فتحصل السنة فى باقيه لأنها فات ، وليقل :بسم الله أوله وآخره

أن مراعاة استحباب التلفظ بالنية يفوت البدء بالتسمية حقيقة فيكون إضافيا اه (قوله وتحصل بكل ذكر) فلو كبر أو هلل أو حمد كان مقيما للسنة يعنى لأصلها وكمالها بما يأتى أفاده فى النهر (قوله لكن الوارد الخ)قال فى الفتح : لفظها المنقول عن السلف ، وقيل عن النبى صلى الله عليه وسلم « باسم الله العظيم ، والحمد لله على الإسلام » وقيل الأفضل « بسم الله الرحمن الرحيم » بعد التعوذ. وفى المجتبى يجمع بينهما اه. وفى شرح الهداية للعينى المروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « باسم الله ، والحمد لله » رواه الطبرانى فى الصغير عن أبى هريرة بإسناد حسن اه (قوله قبل الاستنجاء) لأنه من الوضوء ،والبداءة فى الوضوء شرعت بالتسمية حلية . وفيها: ثم هذا كله أى ماذكر من ألفاظ التسمية عند ابتداء الوضوء . أما عند الاستنجاء ففى الصحيحين « أنه صلى الله عليه وسلم كان إذا دخل الخلاء قال : اللهم إنى أعوذ بك من الخبث والخبائث » وزاد سعيد بن منصور وأبو حاتم وابن السكن فى أوله « بسم الله » والخبث : بضمتين ويجوز تسكين الباء على الأصح جمع خبيث والخبائث جمع خبيثة . قيل المراد بهما ذكران الشياطين وإناثهم ، وقيل غير ذلك (قوله وبعده) لأنه حال مباشرة الوضوء نهر ؟ وفيها أن عند بعض المشايخ تسن قبله ،وعند بعضهم بعده ،فالأحوط أن يجمع بينهما اه واختاره فى الهداية وقاضيخان (قوله إلا حال انكشاف الخ) الظاهر أن المراد أنه يسمى قبل رفع ثيابه إن كان فى غير المكان المعد لقضاء الحاجة ،وإلا فقبل دخوله ،فلو نسى فيهما سمى بقلبه ، ولا يحرك لسانه تعظيما لاسم الله تعالى (قوله بل المندوب) قال فى السراج إنه يأتى بها لئلا يخلو وضوءه عنها ، وقالوا : إنها عند غسل كل عضو مندوبة نهر (قوله وأما الأكل الخ) أى إذا نسيها فى ابتدائه .

واعلم أن الزيلعى ذكر أنه لاتحصل السنة فى الوضوء وقال بخلاف الأكل لأن الوضوء عمل واحد ، بخلاف الأكل فإن كل لقمة فعل مبتدأ . قال فى البحر : ولهذا قال فى الخانية : لو قال كلما أكلت اللحم فلله على أن أتصدق بدرهم فعليه بكل لقمة درهم لأن كل لقمة أكل اه . وذكر فى الفتح أن هذا التعليل يستلزم فى الأكل تحصيل السنة فى الباقى لااستدراك مافات ، وقال شارح المنية : والأولى أنه استدراك لما فات لقوله صلى الله عليه وسلم « إذا أكل أحدكم فنسى أن يذكر اسم الله على طعامه فليقل بسم الله أوله وآخره » رواه أبو داود والترمذى ، ولا حديث فى الوضوء اه أى فلو لم يكن فيه استدراك لما فات لم يكن لقوله أوله فائدة ، ولا يمكن الاستدراك فى الوضوء بقوله بسم الله أوله وآخره ، لأن الحديث وارد فى الأكل ولا حديث فى الوضوء .

وقد يقال: إذا حصل به الاستدراك فى الأكل مع أنه أفعال متعددة يحصل فى الوضوء بالأولى ، لأنه فعل واحد فيستفاد ذلك بدلالة النص لابالقياس ، ويؤيده مانقله العينى فى شرح الهداية عن بعض العلماء أنه إذا سمى فى أثناء الوضوء أجزأه (قوله وليقل بسم الله الخ) أى إذا أراد تحصيل السنة فيما فات وكان الأولى أن يقول مالم يقل .

[تتمة] ماذكره المصنف من أن البداءة بالتسمية سنة هو مختار الطحاوى وكثير من المتأخرين . ورجح فى الهداية ندبها ، قيل وهو ظاهر الرواية نهر. وتعجب صاحب البحر من المحقق ابن الهمام حيث رجح هنا وجوبها ، ثم ذكر فى باب شروط الصلاة أن الحق ماعليه علماؤنا من أنها مستحبة . كيف وقد قال الإمام أحمد : لاأعلم فيها

(و) البداءة (بغسل اليدين) الطاهرتين ثلاثاً قبل الاستنجاء وبعده ، وقيدالاستيقاظ اتفاقى ولذا لم يقل قبل إدخالهما الإناء لئلايتوهم اختصاص السنة بوقت الحاجة ،لأن مفاهيم الكتب حجة ؛

حديثاً ثابتاً (قوله والبداءة بغسل يديه(١)) قال ابن الكمال : السنة تقديم غسل اليد ؛ وأما نفس الغسل ففرض ، وللإشارة إلى هذا المغنى قال البداءة بغسل يديه ولم يقل غسل يديه ابتداء كما قال غيره اه (قوله الطاهرتين) أما غسل النجستين فواجب بحر (قوله ثلاثا) لم يكتف بقول المصنف الآتى وتثليث الغسل ، لأن المتبادر منه أن المراد به غسل الأعضاء الثلاثة فافهم . قال فى الحلية : والظاهر أنه لو نقص غسلهما عن الثلاث كان آتيا بالسنة تاركا لكمالها ، على أنه فى رواية عند أصحاب السنن الأربع لحديث المستيقظ « أنه صلى الله عليه وسلم قال مرتين أو ثلاثا » وقال الترمذى حسن صحيح (قوله قبل الاستنجاء وبعده) قال فى النهر : ولا خفاء أن الابتداء كما يطلق على الحقيقى يطلق على الإضافى أيضا ، وهما سنتان لاواحدة اه (قوله وقيد الاستيقاظ) أى الواقع فى الهداية وغيرها تبعا لحديث الصحيحين « إذا استيقظ أحدكم من منامه فلا يغمس يده فى الإناء حتى يغسلها » ولفظ مسلم « حتى يغسلها ثلاثا ، فإنه لايدرى أين باتت يده » (قوله اتفاقى) أى غير مقصود الذكر للاحتراز عن غيره . قال فى العناية : خص المصنف يعنى صاحب الهداية بالمستيقظ تبركا بلفظ الحديث ، والسنة تشمل المستيقظ وغيره ، وعليه الأكثرون اه . ومنهم من قال إنه مقصود ، وأن غسلهما لغير المستيقظ أدب كما فى السراج . وفى النهر : الأصح الذى عليه الأكثر أنه سنة مطلقا ، لكنه عند توهم النجاسة سنة مؤكدة ، كما إذا نام لاعن استنجاء أوكان على بدنه نجاسة وغير مؤكدة عند عدم توهمها ، كما إذا نام لا عن شىء من ذلك أو لم يكن مستيقظا عن نوم اه ونحوه فى البحر (قوله ولذا) أى لكون القيد اتفاقيا وأن الغسل سنة مطلقا (قوله بوقت الحاجة) أى إلى إدخالهما الإناء . ابن كمال : فيكون مفهومه أنه إذا لم يحتج إلى ذلك ، بأن كان الإناء صغيرا يمكن رفعه والصب منه لايسن غسلهما مع أنه يسن مطلقا (قوله لأن مفاهيم الكتب حجة) علة للتوهم : أى أنه لو قال ذلك لتوهم ماذكر لأن الخ .

مطلب فى دلالة المفهوم

والمفاهيم : جمع مفهوم ، وهو دلالة اللفظ على شىء مسكوت عنه . وهو قسمان : مفهوم الموافقة ، وهو أن يكون المسكوت عنه : أى غير المذكور موافقا للمنطوق : أى المذكور فى الحكم ؛ كدلالة النهى عن التأفيف على حرمة الضرب ، وهذا يسمى عندنا دلالة النص ، وهو معتبر اتفاقا . ومفهوم المخالفة بخلافه وهو أقسام : مفهوم الصفة(٢) والشرط والغاية والعدد واللقب ، وهو معتبر عند الشافعى إلا مفهوم اللقب . قال فى التحرير : والحنفية ينفون مفهوم المخالفة بأقسامه فى كلام الشارح فقط اه . فأفاد أنه فى الروايات ونحوها معتبر بأقسامه حتى مفهوم اللقب ، وهو تعليق الحكم بجامد كقولك : صلاة الجمعة على الرجال الأحرار ، فيفهم منه عدم وجوبها على النساء والعبيد .

وفى شرح التحرير عن شمس الأئمة الكردرى أن تخصيص الشىء بالذكر لايدل على نفى الحكم عما عداه فى خطابات الشارع ، فأما مافى متفاهم الناس وعرفهم وفى المعاملات والعقليات فيدل اه . وتوضيح هذا المحل

---

(١) (قوله بغسل يديه) لعلها نسخته التى كتب عليها ، وإلا فالذى فى نسخ الشارح بغسل اليدين ، اه مصححه .

(٢) (قوله مفهوم الصفة الخ) هو كقوله صلى الله عليه وسلم « فى الغنم السائمة الزكاة » والشرط كقوله « إذا جاء الوقت وجبت الصلاة » والغاية كقوله تعالى - وأتموا الصيام إلى الليل - والعدد كقولهم مثلا : فى خمس وعشرين من الإبل بنت مخاض ، وفى كل خمس شاة ، واللقب سيأتى مثاله اه .

بخلاف أكثر مفاهيم النصوص كذا فى النهر وفيه من الحد" المفهوم معتبر فى الروايات اتفاقا ومنه أقوال الصحابة .
قال : وينبغى تقييده بمايدرك بالرأى لامالا يدرك به اه .

وفى القهستانى عن حدود النهاية : المفهوم معتبر فى نص العقوبة كما فى قوله تعالى — كلا إنهم عن ربهم يومئذ لمحجوبون — وأما اعتباره فى الرواية فأكثرى لا كلى (إلى الرسغين) بالضم مفصل الكف بين الكوع والكرسوع وأما البوع ففى الرجل . قال :

وعظم يلى الإبهام كوع وما يلى لخنصره الكرسوع والرسغ فى الوسط
وعظم يلى إبهام رجل ملقب ببوع فخذ بالعلم واحذر من الغلط

ثم إن لم يمكن رفع الإناء أدخل أصابع يسراه

يطلب من حواشينا على شرح المنار (قوله بخلاف أكثر مفاهيم النصوص) كالآيات والأحاديث لكونها من جوامع الكلم ، فتحتمل فوائد كثيرة تقتضى تخصيص المنطوق بالذكر ، ولذا ترى الخلف يستفيدون منها مالم يدركه السلف ، بخلاف الرواية فإنه قلما يقع فيها تفاوت الأنظار ، والمراد مفاهيم المخالفة . أما مفاهيم الموافقة فمعتبرة مطلقا كما قدمناه ؛ وقيده بالأكثر لأن من النصوص مايعتبر مفهومه كنص العقوبة كما يأتى (قوله وفيه من الحد) أى فى النهر من كتاب الحد عند ذكر الجنايات (قوله فى الروايات) أى عن الأئمة ، والمراد فى أكثرها كما يأتى (قوله ومنه) أى من الذى يعتبر مفهومه اتفاقا ط (قوله تقييده) أى ماذكر من اعتبار المفهوم فى أقوال الصحابة ط (قوله بما يدرك بالرأى) أى ماللعقل فيه مجال وتصرف ط (قوله لامالم يدرك به(٢)) أى لأنه فى حكم المرفوع والمرفوع نص ، والنص لايعتبر مفهومه ط قول ،ولهذا اتفق أصحابنا على تقليد الصحابة فيما لايدرك بالرأى كما فى أقل الحيض ، قالوا : إنه ثلاثة أيام أخذا بقول عمر رضى الله عنه ، لتعين جهة السماع (قوله كما فى قوله تعالى الخ) لأن أهل السنة ذكروا من جملة الأدلة على جواز رؤيته تعالى فى الآخرة هذه الآية حيث جعل الحجب عن الرؤية عقوبة للفجار ، فيفهم منه أن المؤمنين لايحجبون ، وإلا لم يكن ذلك عقوبة للفجار (قوله فأكثرى لاكلى) يحمل عليه مامر عن النهر ، ومن غير الأكثر مامر من تقييد الهداية بالمستيقظ (قوله إلى الرسغين) تثنية رسغ بالسين والصاد ، وبضم فسكون أو بضمتين أفاده فى القاموس (قوله مفصل الكف) على وزن منبر : ملتقى العظمين من الجسد قاموس ، وهو اسم جنس يصدق على مافوق الواحد فلذا ساغ تفسير المثنى به تأمل (قوله قال) أى الشاعر ، وتساهلوا فى حذف فاعله لأنه معلوم لأنه لايقول النظم إلا شاعر ط (قوله لخنصره) أى الشخص المعلوم من المقام ط (قوله فى الوسط) فى بعض النسخ ماوسط : أى ماتوسط بينهما (قوله فخذ بالعلم) الباء زائدة أو أصلية والمفعول محذوف : أى خذ هذه المسائل بعلم لابظن ، لأنه قد يوقع فى الغلط ، أو ضمن خذ معنى الظفر (قوله ثم إن لم يمكن الخ) ثم للترتيب والتراخى فى الأخبار ، لأنه من تتمة أول الكلام .

وفى كيفية الغسل تفصيل ذكره الشارح الخفى منه وترك الظاهر . قال فى النهر : ثم كيفية هذا الغسل أن الإناء إن أمكن رفعه غسل اليمنى ثم اليسرى ثلاثاً ، وإن لم يمكن لكن معه إناء صغير فكذلك ، وإلا أدخل أصابع يده اليسرى مضمومة دون الكف وصب على اليمنى ثم يدخلها ويغسل اليسرى اه . وفى البحر قالوا : يكره إدخال اليد فى الإناء قبل الغسل للحديث وهى كراهة تنزيه ؛ لأن النهى فيه مصروف عن التحريم بقوله « فإنه لايدرى أين باتت يده » فالنهى محمول على الإناء الصغير أو الكبير إذا كان معه إناء صغير ، فلا يدخل اليد أصلا ، وفى

---

(١) (قوله لا ما لم يدرك به) هكذا بخطه ، والذى فى نسخ الشارح لاما لايدرك به اه مصححه .

مضمومة وصب عليها اليمنى لأجل التيامن . ولو أدخل الكف إن أراد الغسل صار الماء مستعملا ، وإن أراد الاغتراف لا ، ولو لم يمكنه الاغتراف بشيء ويداه نجستان تيمم وصلى ولم يعد .

(وهو) سنة كما أن الفاتحة واجبة (ينوب عن الفرض)

الكبير على إدخال الكف ، كذا فى المستصفى وغيره. وفى شرح الأقطع: يكره الوضوء بالماء الذى أدخل المستيقظ يده فيه لاحتمال النجاسة كالماء الذى أدخل الصبي يده فيه اه .

أقول : وظاهر التعليل أنه لو نام مستنجيا ولانجاسة عليه لايكره إدخال يده ولا الوضوء مما أدخل يده فيه لعدم احتمال النجاسة تأمل (قوله وصب على اليمنى) أى ثم يدخلها ويغسل اليسرى كما مر (قوله لأجل التيامن) فيه جواب عما قيل لاحاجة إلى الصب على كل واحدة من كفيه على حدة ، لأنه يمكن غسل الكفين بما صبه على الكف اليمنى كما هو العادة . ورده فى الدرر بأن فيه ترجيحا لعادة العوام على عرف الشرع : أى لأن عرف الشرع البداءة باليمين ، وبأن نقل البلة فى الوضوء من إحدى اليدين أو الرجلين إلى الأخرى لايجوز بخلاف الغسل اه.

أقول : لكن ذكر فى الحلية أن ظاهر الأحاديث الجمع بينهما ، وأنه نص غير علمائنا على أنه لايستحب التيامن هنا كما فى غسل الخدين والمنخرين ومسح الأذنين والخفين إلا إذا تعذر ذلك فحينئذ يقدم اليمين منهما ، والقواعد لاتنبو عنه اه ملخصا ، لكن يشكل عليه مسألة نقل البلة .

وقد يجاب بأن نقل البلة يجوز هنا بدليل ظاهر الأحاديث ، فتكون حينئذ عادة العوام موافقة لعرف الشرع ولذا قال ابن حجر فى التحفة : ويسن غسلهما معا للاتباع انتهى فليتأمل (قوله ولو أدخل الكف الخ) محترز قوله أدخل أصابع يسراه (قوله إن أراد الغسل) أى غسل الكف (قوله صار الماء مستعملا) أى الماء الملاقى للكف إذا انفصل لاجميع الماء بحر ، وفيه كلام طويل سيأتى فى بحث المستعمل (قوله لا) أى لايصير مستعملا ؛ ومثله إذا وقع الكوز فى الحب فأدخل يده إلى المرافق بحر ، وذلك للحاجة وإن وجدت علة الاستعمال وهى رفع الحدث كما أفاده ح (قوله ولو لم يمكنه الاغتراف الخ) فى البحر والنهر عن المضمرات : لو يداه نجستان أمر غيره بالاغتراف والصب . فإن لم يجد أدخل منديلا فيغسل بما تقاطر منه ، فإن لم يجد رفع الماء بفيه ، فإن لم يقدر تيمم وصلى ولا إعادة عليه اه . قال فى البحر : وفى مسألة رفع الماء بفيه اختلاف. والصحيح أنه يصير مستعملا وهو يزيل الخبث اه : أى فيزيل ماعلى يديه من الخبث ثم يغسلهما للوضوء أفاده ط (قوله وهو سنة) أراد بها مطلقها الشامل للمؤكدة وغيرها ح : أى لأنه عند توهم النجاسة سنة مؤكدة ، وعند عدمه غير مؤكدة كما قدمناه (قوله كما أن الفاتحة) أى قراءتها واجبة وتنوب عن الفرض .

واعلم أن ماذكره هنا من أنه سنة تنوب عن الفرض هو مااختاره فى الكافى وتبعه فى الدرر ، وهو أحد أقوال ثلاثة لكنه مخالف لما أشار إليه صدر كلامه حيث عبر بالبداءة بغسل يديه ، فإنه ظاهر فى اختيار القول بأنه فرض ، وتقديمه سنة كما قدمناه عن ابن كمال ، وهذا مااختاره فى الفتح والمعراج والخبازية والسراج ، لقول محمد فى الأصل بعد غسل الوجه ، ثم يغسل ذراعيه ولم يقل يديه ، فلا يجب غسلهما ثانيا.قال فى البحر : وظاهر كلام المشايخ أنه المذهب . وقال السرخسى : الأصح عندى أنه سنة لاتنوب عن الفرض فيعيد غسلهما.

واستشكله فى الذخيرة بأن المقصود التطهير وقد حصل . وأجاب الشيخ إسمعيل النابلسى بأن المراد عدم النيابة من حيث ثواب الفرض لو أتى به مستقلا قصدا ، إذ السنة لاتؤديه ويؤديه اتفاقهم على سقوط الحدث بلا نية اه .

ويسن غسلها أيضاً مع الذراعين .
(والسواك) سنة مؤكدة كما فى الجوهرة عند المضمضة ، وقيل قبلها ، وهو للوضوء عندنا إلا إذا نسيه

وحاصله أن الفرض سقط لـكن فى ضمن الغسل المسنون لاقصدا ، والفرض إنما يثاب عليه إذا أتى به على قصد الفرضية ؛ كمن عليه جنابة قد نسيها واغتسل للجمعة مثلا فإنه يرتفع حدثه ضمنا ولا يثاب ثواب الفرض وهو غسل الجنابة مالم ينوه ، لأنه لاثواب إلا بالنية ، وحينئذ فيسن أن يعيد غسل اليدين عند غسل الذراعين ليكون آتيا بالفرض قصدا ، ولا ينوب الغسل الأول منابه من هذه الجهة وإن ناب منابه من حيث أنه لو لم يعده سقط الفرض ، كما يسقط لو لم ينو أصلا .

ويظهر لى على هذا أنه لا مخالفة بين الأقوال الثلاثة ، لأن القائل بالفرضية أراد أنه يجزئ عن الفرض وأن تقديم هذا الغسل المجزئ عن الفرض سنة ، وهو معنى القول بأنه سنة تنوب عن الفرض . والظاهر أنه على هذين القولين يسن إعادة الغسل لما مر فتتحد الأقوال ، والله تعالى أعلم (قوله ويسن الخ) نقله فى النهر عن الذخائر الأشرفية . وفيه تأييد لما ذكرناه آنفا حيث لم يقيده بأحد الأقوال ، إذ يبعد القول بأن إعادة غسلهما عبث وإسراف فافهم (قوله والسواك) بالكسر : بمعنى العود الذى يستاك به وبمعنى المصدر . قال فى الدرر وهو المراد ههنا فلا حاجة إلى تقدير استعمال السواك اهـ فالمراد الاستياك . قال الشيخ إسمعيل : وبه عبر فى الفتح . وصرح به فى الغاية وغيرها ، ونقله ابن فارس فى مقياس اللغة وهو فى المصباح المنير أيضا . فلا يرد ماقيل إنه لم يوجد فى الكتب المعتبرة اهـ ونقله نوح أفندى أيضا عن الحافظ ابن حجر والعراقى والكرمانى ، قال وكفى بهم حجة (قوله سنة مؤكدة) خبر لمبتدإ محذوف إن قدر قوله والسواك معطوفا على ماقبله لا مبتدأ وعلى العطف فهل هو مرفوع أو مجرور ؟ استظهر فى البحر تبعا للزيلعى الثانى ليفيد أن الابتداء به سنة أيضا . واستظهر فى النهر الأول لترجيح كونه عند المضمضة . ثم قيل إنه مستحب ، لأنه ليس من خصائص الوضوء ، وصححه الزيلعى وغيره وقال فى الفتح إنه الحق ، لـكن فى شرح المنية الصغير : وقد عده القدورى والأكثرون من السنن وهو الأصح اهـ قلت : وعليه المتون (قوله عند المضمضة) قال فى البحر : وعليه الأكثر ، وهو الأولى لأنه أكمل فى الإنقاء (قوله وهو للوضوء عندنا) أى سنة للوضوء . وعند الشافعى للصلاة قال فى البحر وقالوا : فائدة الخلاف تظهر فيمن صلى بوضوء واحد صلوات يكفيه عندنا لاعنده . وعلله السراج الهندى فى شرح الهداية بأنه إذا استاك للصلاة ربما يخرج دم وهو نجس بالإجماع وإن لم يكن ناقضا عند الشافعى (قوله إلا إذا نسيه الخ) ذكره فى الجوهرة ومفاده أنه لو أتى به عند الوضوء لا يسن له أن يأتى به عند الصلاة ، لـكن فى الفتح عن الغزنوية : ويستحب فى خمسة مواضع : اصفرار السن ، وتغير الرائحة ، والقيام من النوم ، والقيام إلى الصلاة ، وعند الوضوء ؛ لـكن قال فى البحر : ينافيه مانقلوه من أنه عندنا للوضوء لا للصلاة ، ووفق فى النهر بحمل مافى الغزنوية على مافى الجوهرة أى أنه للوضوء . وإذا نسيه يكون مندوبا للصلاة لا للوضوء ، وهذا ماأشار إليه الشارح ، لـكن قال الشيخ إسمعيل : فيه نظر بالنظر إلى تعليل السراج الهندى المتقدم اهـ .

أقول : هذا التعليل عليل ؛ فقد رد بأن ذاك أمر متوهم مع أنه لمن يثابر عليه لايدمى . ويظهر لى التوفيق ، بأن معنى قولهم هو للوضوء عندنا بيان ماتحصل به الفضيلة الواردة فيما رواه أحمد من قوله صلى الله عليه وسلم « صلاة بسواك أفضل من سبعين صلاة بغير سواك » أى أنها تحصل بالإتيان به عند الوضوء . وعند الشافعى لاتحصل إلا بالإتيان به عند الصلاة . فعندنا كل صلاة صلاها بذلك الوضوء لها هذه الفضيلة خلافا له ، ولا يلزم

فيندب للصلاة ؛ كما يندب لاصفرار سن وتغير رائحة وقراءة قرآن ؛ وأقله ثلاث فى الأعالى وثلاث فى الأسافل (بمياه) ثلاثة .

(و) ندب إمساكه (بيمناه) وكونه ليناً ، مستويا بلا عقد ، فى غلظ الخنصر وطول شبر . ويستاك عرضاً لاطولا ، ولا مضطجعا فإنه يورث كبر الطحال ، ولا يقبضه فإنه يورث الباسور ، ولا يمصه

من هذا نفى استحبابه عندنا لكل صلاة أيضا حتى يحصل التنافى . وكيف لايستحب للصلاة التى هى مناجاة الرب تعالى مع أنه يستحب للاجتماع بالناس .

قال فى إمداد الفتاح : وليس السواك من خصائص الوضوء ، فإنه يستحب فى حالات : منها تغير الفم ، والقيام من النوم وإلى الصلاة ، ودخول البيت ، والاجتماع بالناس ، وقراءة القرآن ؛ لقول أبى حنيفة : إن السواك من سنن الدين فتستوى فيه الأحوال كلها اه . وفى القهستانى : ولا يختص بالوضوء كما قيل ، بل سنة على حدة على مافى ظاهر الرواية . وفى حاشية الهداية أنه مستحب فى جميع الأوقات ، ويؤكد استحبابه عند قصد التوضؤ فيسن أو يستحب عند كل صلاة اه وممن صرح باستحبابه عند الصلاة أيضا الحلبى فى شرح المنية الصغير ، وفى هدية ابن العماد أيضا وفى التاترخانية عن التتمة : ويستحب السواك عندنا عند كل صلاة ووضوء وكل مايغير الفم وعند اليقظة اه فاغتنم هذا التحرير الفريد (قوله وأقله الخ) أقول : قال فى المعراج : ولا تقدير فيه ، بل يستاك إلى أن يطمئن قلبه بزوال النكهة واصفرار السن ، والمستحب فيه ثلاث بثلاث مياه اه . والظاهر أن المراد لاتقدير فيه من حيث تحصيل السنة ، وإنما تحصل باطمئنان القلب ، فلو حصل بأقل من ثلاث فالمستحب إكمالها كما قالوا فى الاستنجاء بالحجر (قوله فى الأعالى) ويبدأ من الجانب الأيمن ثم الأيسر وفى الأسافل كذلك بحر (قوله بمياه ثلاثة) بأن يبله فى كل مرة (قوله وندب إمساكه بيمناه) كذا فى البحر والنهر ، قال فى الدرر لأنه المنقول المتوارث اه . وظاهره أنه منقول عن النبى صلى الله عليه وسلم ، لكن قال محشيه العلامة نوح أفندى : أقول : دعوى النقل تحتاج إلى نقل ولم يوجد . غاية مايقال إن السواك إن كان من باب التطهير استحب باليمين كالمضمضة ، وإن كان من باب إزالة الأذى فباليسرى ، والظاهر الثانى كما روى عن مالك . واستدل للأول بماورد فى بعض طرق حديث عائشة « أنه صلى الله عليه وسلم كان يعجبه التيامن فى ترجله وتنعله وطهوره وسواكه » ورد بأن المراد البداءة بالجانب الأيمن من الفم اه ملخصا . وفى البحر والنهر والسنة فى كيفية أخذه أن يجعل الخنصر أسفله والإبهام أسفل رأسه وباقى الأصابع فوقه كما رواه ابن مسعود (قوله وكونه لينا) كذا فى الفتح . وفى السراج : يستحب أن يكون السواك لا رطبا يلتوى لأنه لايزيل القلح وهو وسخ الأسنان ، ولا يابسا يجرح اللثة وهى منبت الأسنان اه ؛ فالمراد أن رأسه الذى هو محل استعماله يكون لينا : أى لافى غاية الخشونة ولا غاية النعومة تأمل (قوله بلا عقد) فى شرح درر البحار : قليل العقد (قوله فى غلظ الخنصر) كذا فى المعراج ، وفى الفتح الأصبع (قوله وطول شبر) الظاهر أنه فى ابتداء استعماله ، فلا يضر نقصه بعد ذلك بالقطع منه لتسويته تأمل ، وهل المراد شبر المستعمل أو المعتاد ؟ الظاهر الثانى لأنه محمل الإطلاق غالبا (قوله ويستاك عرضا لاطولا) أى لأنه يجرح لحم الأسنان . وقال الغزنوى : طولا وعرضا . والأكثر على الأول بحر ، لكن وفق فى الحلية بأنه يستاك عرضا فى الأسنان وطولا فى اللسان جمعا بين الأحاديث ، ثم نقل عن الغزنوى أنه يستاك بالمداراة خارج الأسنان وداخلها أعلاها وأسفلها ورءوس الأضراس وبين كل سنين (قوله ولا يقبضه) أى بيده على خلاف الهيئة المسنونة (قوله ولا يمصه) بضم الميم كيخص ، وأما بلع الريق بلا مص ، ففى الحلية قال الحكيم

فإنه يورث العمى ثم يغسله وإلا فيستاك الشيطان به ، ولا يزاد على الشبر وإلا فالشيطان يركب عليه . ولا يضعه بل ينصبه وإلا فخطر الجنون قهستانى . ويكره بمؤذ ، ويحرم بذى سم .

ومن منافعه أنه شفاء لما دون الموت ، ومذكر للشهادة عنده . وعند فقده أو فقد أسنانه تقوم الخرقة الخشنة أو الأصبع مقامه ، كما يقوم العلك مقامه للمرأة مع القدرة عليه .

(وغسل الفم) أى استيعابه ، ولذا عبر بالغسل

الترمذى : وابلع ريقك أول ماتستاك فإنه ينفع الجذام والبرص وكل داء سوى الموت ، ولا تبلع بعده شيئا فإنه يورث الوسوسة ، يرويه زياد بن علاقة اه (قوله ولا يضعه الخ) أى لايلقيه عرضا بل ينصبه طولا . قال القهستانى : وموضع سواكه صلى الله عليه وسلم من أذنه موضع القلم من أذن الكاتب ، وأسوكة أصحابه خلف آذانهم كما قال الحكيم الترمذى ، وكان بعضهم يضعه فى طى عمامته اه (قوله وإلا فخطر الجنون) فإنه يروى عن سعيد بن جبير قال : من وضع سواكه بالأرض فجن من ذلك فلا يلومن إلا نفسه ، حلية عن الحكيم الترمذى (قوله ويكره بمؤذ) قال فى الحلية : وذكر غير واحد من العلماء كراهته بقضبان الرمان والريحان اه . وفى شرح الهداية للعينى : روى الحارث فى مسنده عن ضمير بن حبيب قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن السواك بعود الريحان وقال إنه يحرك عرق الجذام » وفى النهر : ويستاك بكل عود إلا الرمان والقصب . وأفضله الأراك ثم الزيتون . روى الطبرانى « نعم السواك الزيتون من شجرة مباركة ، وهو سواكى وسواك الأنبياء من قبلى » .

مطلب فى منافع السواك

(قوله ومن منافعه الخ) فى الشرنبلالية عن حاشية صحيح البخارى للفارضى : أن منها أنه يبطئ بالشيب ، ويحد البصر . وأحسنها أنه شفاء لما دون الموت ، وأنه يسرع فى المشى على الصراط اه . ومنها مافى شرح المنية وغيره أنه مطهرة للفم ، ومرضاة للرب ، ومفرحة للملائكة ، ومجلاة للبصر ، ويذهب البخر والحفر ، ويبيض الأسنان ، ويشد اللثة ، ويهضم الطعام ، ويقطع البلغم ، ويضاعف الصلاة ، ويطهر طريق القرآن ، ويزيد فى الفصاحة ، ويقوى المعدة ، ويسخط الشيطان ، ويزيد فى الحسنات ، ويقطع المرة ، ويسكن عروق الرأس ووجع الأسنان ، ويطيب النكهة ، ويسهل خروج الروح . قال فى النهر : ومنافعه وصلت إلى نيف وثلاثين منفعة ، أدناها إماطة الأذى ، وأعلاها تذكير الشهادة عند الموت ، رزقنا الله ذلك بمنه وكرمه (قوله عنده) أى عند الموت (قوله أو الأصبع) قال فى الحلية : ثم بأى أصبع استاك لابأس به . والأفضل أن يستاك بالسبابتين ، يبدأ بالسبابة اليسرى ثم باليمنى ، وإن شاء استاك بإبهامه اليمنى والسبابة اليمنى ، يبدأ بالابهام من الجانب الأيمن فوق وتحت ، ثم بالسبابة من الأيسر كذلك (قوله كما يقوم العلك مقامه) أى فى الثواب إذا وجدت النية . وذلك أن المواظبة عليه تضعف أسنانها فيستحب لها فعله بحر ، وظاهره أنه لا يتقيد بحال المضمضة ط (قوله ولذا عبر بالغسل) أفاد أن الاستيعاب يفاد بالغسل دون المضمضة والاستنشاق ، وفيه نظر فإنهما كذلك ، فالمضمضة اصطلاحا استيعاب الماء جميع الفم . وفى اللغة التحريك . والاستنشاق اصطلاحا إيصال الماء إلى المارن . ولغة من النشق ، وهو جذب الماء ونحوه بريح الأنف إلى داخله بحر . وأجيب بأن المراد ماقاله الزيلعى ، وهو أن السنة فيهما المبالغة ، والغسل أدل على ذلك .

وأورد أن المبالغة المذكورة ليست نفس الاستيعاب ، على أن المبالغة سنة أخرى ، فالتعبير عنها وعن أصلها

أو للاختصار (بمياه) ثلاثة (والأنف) ببلوغ الماء المارن (بمياه) وهماسنتان مؤكدتان مشتملتان على سنن خمس : الترتيب، والتثليث ، وتجديد الماء ، وفعلهما باليمنى (والمبالغة فيهما) بالغرغرة ، ومجاوزة المارن (لغير الصائم) لاحتمال الفساد ؛ وسر تقديمهما اعتبار أوصاف الماء ، لأن لونه يدرك بالبصر ، وطعمه بالفم ،وريحه بالأنف .

ولو عنده ماء يكفي للغسل مرة معهما وثلاثاً بدونهما غسل مرة .

ولو أخذ ماء فضمض ببعضه واستنشق بباقيه أجزأه ، وعكسه لا . وهل يدخل أصبعه فى فه وأنفه ؟

بعبارة واحدة يوهم أنهما سنة واحدة وليس كذلك نهر . وأيضا لايناسب ذلك من صرح بسنية المبالغة كالمصنف .
قلت : فالأحسن أن يقال : إن التعبير بغسل الفم والأنف أدل على الاستيعاب من المضمضة والاستنشاق بالنظر إلى المعنى اللغوى تأمل (قوله أو للاختصار) أورد عليه أن الاختصار مطلوب مالم يفوّت فائدة مهمة ، فإن المضمضة إدارة الماء فى الفم ثم مجه ، والغسل لايدل على ذلك . وأجاب فى النهر بأن كون المج شرطا فيها هو رواية عن الثانى . والأصح أنه ليس بشرط ، لما فى الفتح : لو شرب الماء عبا أجزأه عن المضمضة ،وقيل لا ، ومصا لايجزيه . هذا ، وأبدى العينى وجها ثالثا هو التنبيه على حديهما (قوله بمياه) إنما قال بمياه ولم يقل ثلاثا ليدل على أن المسنون التثليث بمياه جديدة أفاده فى المنح ط (قوله المارن) هو مالان من الأنف قاموس (قوله وهما سنتان مؤكدتان) فلو تركهما أثم على الصحيح سراج . قال فى الحلية : لعله محمول على ما إذا جعل الترك عادة له من غير عذر كما قالوا مثله فى ترك التثليث كما يأتى (قوله مشتملتان) أى مشتمل كل منهما على سنن خمس ، وباعتبارهما تكون السنن اثنتى عشرة سنة فافهم ؟ نعم قد يقال الترتيب سنة واحدة فيهما تأمل (قوله والتثليث) فى البحر عن المعراج أن ترك التكرار مع الإمكان لا يكره ، وأيده فى الحلية « بأنه ثبت عنه صلى الله عليه وسلم أنه تمضمض واستنشق مرة » كما أخرجه أبو داود ، ثم قال : وينبغى تقييده بما إذا لم يجعل الترك عادة له (قوله وتجديد الماء) أى أخذه ماء جديدا فى كل مرة فيهما (قوله وفعلهما باليمنى) أى ويمخط ويستنثر باليسرى كما فى المنية والمعراج (قوله والمبالغة فيهما)هى السنة الخامسة . وفى شرح الشيخ إسمعيل عن شرح المنية : والظاهر أنها مستحبة (قوله بالغرغرة) أى فى المضمضة ، ومجاوزة المارن فى الاستنشاق ، وقيل المبالغة فى المضمضة تكثير الماء حتى يملأ الفم : قال فى شرح المنية : والأول أشهر (قوله وسر تقديمهما) أى حكمة تقديمهما على فرائض الوضوء (قوله اعتبار أوصاف الماء) على حذف مضاف : أى الوقوف على تمام أوصاف الماء، فإن أوصافه اللون والطعم والريح ، فاللون يرى بالبصر ، وبهما يحصل تمام الأوصاف التى قد تعرض له فافهم (قوله ولو عنده ماء الخ) فى شرح الزاهدى عن الشفاء : المضمضة والاستنشاق سنتان مؤكدتان ، من تركهما يأثم . قال الزاهدى : وبهذا تبين أن من عنده ماء للوضوء مرة معهما وثلاثا بدونهما فإنه يتوضأ مرة معهما اهـ كذا فى الحلية أى لأنهما آكد من التثليث بدليل الإثم بتركهما ، لكن قدمنا حمل الإثم على اعتياد الترك بلا عذر ، على أن التثليث كذلك كما يأتى . والأحسن قول ح « لأن النبى صلى الله عليه وسلم ورد عنه ترك التثليث حيث غسل مرة مرة وقال : هذا وضوء لايقبل الله الصلاة إلا به ، ولم يرد عنه ترك المضمضة والاستنشاق (قوله أجزأه) أى عن أصل المضمضة والاستنشاق ، وفاته سنية التجديد (قوله وعكسه) أى بأن قدم الاستنشاق لايجزيه لصيرورة الماء مستعملا بحر أى لأن مافى الأنف لايمكن إمساكه ، بخلاف مافى الفم ، والمراد لايجزيه عن المضمضة ، وإلا فالاستنشاق صح

الأولى نعم قهستانى (وتخليل اللحية) لغير المحرم بعد التثليث ، ويجعل ظهر كفه إلى عنقه (و) تخليل (الأصابع) اليدين بالتشبيك والرجلين

وإن فاته الترتيب تأمل (قوله الأولى نعم) ظاهره ولو تسوك، لاحتمال أن يتحلل من أجزاء السواك شيء أو يبقى أثر طعام لا يخرجه السواك، وليحرر ط (قوله وتخليل اللحية) هو تفريق شعرها من أسفل إلى فوق بحر ، وهو سنة عند أبي يوسف ، وأبو حنيفة ومحمد يفضلانه . ورجح فى المبسوط قول أبي يوسف كما فى البرهان شرنبلالية . وفى شرح المنية : والأدلة ترجحه وهو الصحيح اه . قال فى الحلية : والظاهر أن هذا كله فى الكثة ، أما الخفيفة فيجب إيصال الماء إلى ما تحتها اه وجزم به الشرنبلالى فى متنه (قوله لغير المحرم) أما المحرم فمكروه نهر (قوله بعد التثليث) أى تثليث غسل الوجه إمداد (قوله ويجعل ظهر كفه إلى عنقه) نقله العلامة نوح أفندى عن بعض الفضلاء بلفظ : وينبغى أن يجعل الخ . وكتب فى الهامش إنه الفاضل البرجندى .

وقال فى المنح : وكيفيته على وجه السنة أن يدخل أصابع اليد فى فروجها التى بين شعراتها من أسفل إلى فوق بحيث يكون كف اليد الخارج وظهرها إلى المتوضىء اه :

أقول : لكن روى أبو داود عن أنس « كان صلى الله عليه وسلم إذا توضأ أخذ كفا من ماء تحت حنكه فخلل به لحيته وقال بهذا أمرنى ربى » ذكره فى البحر وغيره ، والمتبادر منه إدخال اليد من أسفل بحيث يكون كف اليد لداخل من جهة العنق وظهرها إلى خارج ، ليمكن إدخال الماء المأخوذ فى خلال الشعر ، ولا يمكن ذلك على الكيفية المارة فلا يبقى لأخذه فائدة فليتأمل : وما فى المنح عزاه إلى الكفاية . والذى رأيته فى الكفاية هكذا وكيفيته : أن يخلل بعد التثليث من حيث الأسفل إلى فوق اه :

ثم اعلم أن هذا التخليل باليد اليمنى كما صرح به فى الحلية ، وهو ظاهر . وقال فى الدرر : إنه يدخل أصابع يديه فى خلال لحيته ، وهو خلاف ما مر فتدبر (قوله وتخليل الأصابع) هو سنة مؤكدة اتفاقا سراج : وما فى الشرنبلالية من ذكر الخلاف إنما ذكره فى تخليل اللحية كما قدمناه فافهم : قال فى البحر : وقيده فى السراج : أى التخليل بأن يكون بماء متقاطر فى تخليل الأصابع ولم يقيده فى تخليل اللحية اه .

أقول : قد علمت من الحديث المار التقييد فى تخليل اللحية بأخذ كف من ماء . وفى البحر ويقوم مقامه : أى تخليل الأصابع الإدخال فى الماء ولو لم يكن جاريا . وفيه عن الظهيرية أن التخليل إنما يكون بعد التثليث لأنه سنة التثليث اه .

قلت : لكن ذكر فى الحلية عند ذكره استيعاب الأعضاء بالغسل فى كل مرة أنه يؤخذ منه استنان تثليثه ؛ ثم روى عن الدارقطنى والبيهقى بإسناد صحيح جيد عن عثمان رضى الله عنه « أنه توضأ فخلل بين أصابع قدميه ثلاثا وقال : رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فعل كما فعلت» (قوله اليدين) أى أصابع اليدين ط (قوله بالتشبيك) نقله فى البحر بصيغة قيل . وكيفيته كما قاله الرحمتى : أن يجعل ظهر البطن لئلا يكون أشبه باللعب (قوله والرجلين الخ) ذكر هذه الكيفية فى المعراج وغيره ، وقال بذلك ورد الخبر ، وكذا ذكرها القدورى مروية مع تقييد التخليل بكونه من أسفل .

وتعقب فى الفتح ورود هذه الكيفية بقوله والله أعلم به ، ومثله فيما يظهر أمر اتفاق لا سنة مقصودة . قال تلميذه ابن أمير حاج الحلبى فى الحلية شرح المنية : لكن الذى فى سنن ابن ماجه عن المستورد بن شداد قال « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم توضأ فخلل أصابع رجليه بخنصره » وأما كونه بخنصر يده اليسرى

بخنصر يده اليسرى بادئاً بخنصر رجله اليمنى وهذا بعد دخول الماء خلالها ، فلومنضمة فرض (وتثليث الغسل) المستوعب ؛ ولا عبرة للغرفات ، ولو اكتفى بمرة إن اعتاده أثم وإلا لا ، ولو زاد لطمأنينة القلب

وكونه من أسفل فالله أعلم به . ويشكل كونه بخنصر اليسرى أنه من الطهارة ، والمستحب فى فعلها اليمين . ولعل الحكمة فى كونه بالخنصر كونها أدق الأصابع فهى بالتخليل أنسب ، وفى كونه من أسفل أنه أبلغ فى إيصال الماء اه ثم نقل ندب هذه الكيفية عن الشافعى .

قلت : ويجاب عن قوله ويشكل الخ بأن الرجلين محل الوسخ والقذر ، ولذا سيذكر الشارح أن من الآداب غسلهما باليسار (قوله بادئا) أى وخاتما بخنصر رجله اليسرى ، لأن خنصر الرجل اليمنى هى يمنى أصابعها وإبهام اليسرى كذلك : أى والتيامن سنة أو مستحب أفاده فى الحلية . قال فى البحر : وقولهم من أسفل إلى فوق يحتمل شيئين : أن يبدأ من أسفل إلى فوق أى من ظهر القدم أو من باطنه كما جزم به فى السراج ، والأول أقرب اه أى فيدخل خنصره من جهة ظهر القدم ، فيخلل من أسفل صاعدا إلى فوق لامن جهة باطنه (قوله وهذا) أى كون التخليل سنة (قوله فرض) أى التخليل لأنه حينئذ لايمكن إيصال الماء إلابه فافهم (قوله وتثليث الغسل) أى جعله ثلاثا ، فمجموع الثانية والثالثة سنة واحدة ، قال فى الفتح : وهو الحق ، لكن صحح فى السراج أنهما سنتان مؤكدتان . قال فى النهر : وهو المناسب لاستدلالهم على السنية « بأنه عليه الصلاة والسلام لما أن توضأ مرتين مرتين قال : هذا وضوء من يضاعف له الأجر مرتين ، ولما أن توضأ ثلاثا ثلاثا قال : هذا وضوئى ووضوء الأنبياء من قبلى ، فمن زاد على هذا أو نقص فقد تعدى وظلم » فجعل للثانية جزاء مستقلا ،وهذا يؤذن باستقلالها لا أنها جزء سنة حتى لايثاب عليها وحدها اه . وقيد بالغسل إذ لايطلب تثليث المسح كما يأتى (قوله المستوعب) فلو غسل فى المرة الأولى وبقى موضع يابس ثم فى المرة الثانية أصاب الماء بعضه ، ثم فى الثالثة أصاب الجميع لايكون غسلا للأعضاء ثلاثا حلية عن فتاوى الحجة (قوله ولا عبرة للغرفات) أى الغير المستوعبة. قال فى البحر: والسنة تكرار الغسلات المستوعبات لا الغرفات اه .

بقى إذا لم يستوعب إلا فى الثالثة كما قلنا ، هل يحسب الكل غسلة واحدة فيعيد الغسل مرتين ، أو يعيد غسل مالم يصبه الماء فقط ، والمتبادر من عبارة البحر الأول، وليحرر (قوله وإن اعتاده أثم) قال فى النهر : ولو اقتصر على الأولى ففى إثمه قولان ، قيل يأثم لترك السنة المشهورة ، وقيل لا لأنه قد أتى بما أمر به كذا فى السراج ، واختار فى الخلاصة أنه إن اعتاده أثم وإلا لا ، وينبغى أن يكون هذا القول محمل القولين اه .

أقول : لكن فى الخلاصة لم يصرح بالإثم ، وإنما قال إن اعتاده كره وهكذا نقله فى البحر ، نعم هو موافق لما قدمناه عن شرح التحرير من حمل اللوم والتضليل لترك السنة المؤكدة على الترك مع الإصرار بلا عذر ، وقدمنا أيضا تصريح صاحب البحر بأن الظاهر من كلام أهل المذهب أن الإثم منوط بترك الواجب والسنة المؤكدة على الصحيح ، ولايخفى أن التثليث حيث كان سنة مؤكدة وأصر على تركه يأثم وإن كان يعتقده سنة . وأما حملهم الوعيد فى الحديث على عدم رؤية الثلاث سنة كما يأتى فذلك فى الترك ولو مرة بدليل ماقلنا . وبه اندفع مافى البحر من ترجيح القول بعدم الإثم لو اقتصر على مرة بأنه لو أثم بنفس الترك لما احتيج إلى هذا الحمل اه وأقره فى النهر وغيره ، وذلك لأنه مع عدم الإصرار محتاج إليه فتدبر (قوله وإلا) أى وإن لم يعتده بأن فعله أحيانا أو فعله لعزة الماء أو لعذر البرد أو لحاجة لايكره خلاصة (قوله ولو زاد الخ) أشار إلى أن الزيادة مثل النقصان فى المنع عنها بلا عذر (قوله لطمأنينة القلب) لأنه أمر بترك مايريبه إلى مالا يريبه ، وينبغى أن يقيد هذا بغير الموسوس ،

أو لقصد الوضوء على الوضوء لا بأس به ، وحديث « فقد تعدى » محمول على الاعتقاد ،

أما هو فيلزمه قطع مادة الوسواس عنه وعدم التفاته إلى التشكيك لأنه فعل الشيطان وقد أمرنا بمعاداته ومخالفته رحمتى ، ويؤيده ماسنذكره قبيل فروض الغسل عن التاترخانية أنه لو شك فى بعض وضوئه أعاده إلا إذا كان بعد الفراغ منه ، أو كان الشك عادة له فإنه لايعيده ولو قبل الفراغ قطعا للوسوسة عنه اه .

مطلب فى الوضوء على الوضوء

(قوله أو لقصد الوضوء على الوضوء) أى بعد الفراغ من الأول بحر . وفى التاترخانية عن الناطفى : لو زاد على الثلاث فهو بدعة ، وهذا إذا لم يفرغ من الوضوء ؛ أما إذا فرغ ثم استأنف الوضوء فلا يكره بالاتفاق اه ومثله فى الخلاصة .

وعارض فى البحر دعوى الاتفاق بما فى السراج من أنه مكروه فى مجلس واحد . وأجاب فى النهر بأن مامر فيما إذا أعاده مرة واحدة ، ومافى السراج فيما إذا كرره مرارا ، ولفظه فى السراج: لو تكرر الوضوء فى مجلس واحد مرارا لم يستحب ، بل يكره لما فيه من الإسراف فتدبر اه .

قلت : لكن يرد مافى شرح المنية الكبير حيث قال : وفيه إشكال لإطباقهم على أن الوضوء عبادة غير مقصودة لذاتها فإذا لم يؤدّ به عمل مما هو المقصود من شرعيته كالصلاة وسجدة التلاوة ومس المصحف ينبغى أن لايشرع تكزاره قربة لكونه غير مقصود لذاته فيكون إسرافا محضا ، وقد قالوا فى السجدة لما لم تكن مقصودة لم يشرع التقرب بها مستقلة وكانت مكروهة وهذا أولى اه .

أقول : ويؤيده ماقاله ابن العماد فى هديته : قال فى شرح المصابيح : وإنما يستحب الوضوء إذا صلى بالوضوء الأول صلاة كذا فى الشرعة والقنية اه وكذا ماقاله المناوى فى شرح الجامع الصغير للسيوطى عند حديث «من توضأ على طهر كتب له عشر حسنات » من أن المراد بالطهر الوضوء الذى صلى به فرضا أو نفلا كما بينه فعل راوى الخبر وهو ابن عمر ، فمن لم يصلّ به شيئا لايسن له تجديده اه . ومقتضى هذا كراهته وإن تبدل المجلس مالم يؤدّ به صلاة أو نحوها لكن ذكر سيدى عبد الغنى النابلسى أن المفهوم من إطلاق الحديث مشروعيته ولو بلا فصل بصلاة أو مجلس آخر ولا إسراف فيما هو مشروع ، أما لو كرره ثالثا أو رابعا فيشترط لمشروعيته الفصل بما ذكر وإلا كان إسرافا محضا اه فتأمل .

مطلب كلمة لا بأس قد تستعمل فى المندوب

(قوله لابأس به) لأنه نور على نور وقد أمر بترك مايريبه إلا مالايريبه معراج ، وفى هذا التعليل لف ونشر مشوش ، وفيه إشارة إلى أن ذلك مندوب ، فكلمة لا بأس وإن كان الغالب استعمالها فيما تركه أولى ، لكنها قد تستعمل فى المندوب كما صرح به فى البحر من الجنائز والجهاد فافهم (قوله وحديث فقد تعدى الخ) جواب عما يرد على قوله لا بأس به ، وقد تقدم الحديث فى عبارة النهر . قال فى البحر : واختلف فى معنى قوله عليه الصلاة والسلام « فمن زاد على هذا » على أقوال ؟ فقيل على الحد المحدود ، وهو مردود بقوله عليه الصلاة والسلام « من استطاع منكم أن يطيل غرته فليفعل» والحديث فى المصابيح ، وإطالة الغرة تكون بالزيادة على الحد المحدود ، وقيل على أعضاء الوضوء ، وقيل الزيادة على العدد والنقص عنه . والصحيح أنه محمول على الاعتقاد دون نفس

ولعل كراهة تكراره فى مجلس تنزيهية ، بل فى القهستانى معزياً للجواهر الإسراف فى الماء الجارى جائز ، لأنه غير مضيع ، فتأمل (ومسح كل رأسه مرة)

الفعل ، حتى لو زاد أو نقص واعتقد أن الثلاث سنة لايلحقه الوعيد كذا فى البدائع ، واقتصر عليه فى الهداية ؛ وفى الحديث لف ونشر ، لأن التعدى يرجع إلى الزيادة والظلم إلى النقصان اه :

أقول : وصريح مافى البدائع أنه لاكراهة فى الزيادة والنقصان مع اعتقاد سنية الثلاث ، ولذا ذكر فى البدائع أيضاً أن ترك الإسراف والتقتير مندوب ، ويوافقه مافى التاترخانية لايكره إلا أن يرى السنة فى الزيادة ، وهو مخالف لما مر ، من أنه لو اكتفى بمرة واعتاده أثم ، ولما سيأتى بعد ورقة من أن الإسراف مكروه تحريما ومنه الزيادة على الثلاث ، ولهذا فرّع فى الفتح وغيره على القول بحمل الوعيد على اعتقاد سنية الزيادة أو النقص بقوله « فلو زاد » لقصد الوضوء على الوضوء ، أو لطمأنينة القلب عند الشك ، أو نقص لحاجة لابأس به ، فإن مفاد هذا التفريع أنه لو زاد أو نقص بلا غرض صحيح يكره وإن اعتقد سنية الثلاث ، وبه صرح فى الحلية فقال وهل لو زاد على الثلاث من غير قصد لما ذكر يكره ؟ الظاهر نعم لأنه إسراف اه لكن لو كان قصده بالزيادة الوضوء على الوضوء ، إنما تنتفى الكراهة إذا كان بعد الفراغ من الأول وصلى به أو تبدل المجلس على مامر وإلا فلا ، وعلى كل فيحتاج إلى التوفيق بين مافى البدائع وغيره : ويمكن التوفيق بما قدمناه من أنه إذا فعل ذلك مرة لايكره مالم يعتقده سنة ، وإن اعتاده وأصر عليه يكره وإن اعتقد سنية الثلاث إلا إذا كان لغرض صحيح ، هذا ماظهر لفهمى القاصر فتدبره (قوله ولعل الخ) جواب عما أورده فى البحر من أن قولهم لو نوى الوضوء على الوضوء لابأس به مخالف لما فى السراج من أن تكراره فى مجلس مكروه ، وحمله على اختلاف المجلس بعيد .

وحاصل الجواب حمل الكراهة على التنزيهية ، فلا تنافى قولهم لابأس به ، لأن غالب استعمالها فيما تركه أولى .

أقول : وفى هذا الجواب نظر ، لما قدمناه من تعليلهم بأنه نور على نور ، فهى مستعملة فى المندوب لافيما تركه أولى ، فالأحسن الجواب بما قدمناه عن النهر من أن المكروه تكراره فى مجلس مرارا ، (قوله بل فى القهستانى الخ) ترقّ فى الجواب ، وهو مخالف لما سيأتى من أن الإسراف مكروه ولو بماء النهر ، ولذا قال تأمل ، ويأتى تمام الكلام عليه :

مطلب قد يطلق الجائز على مالا يمتنع شرعا فيشمل المكروه

وقد يقال أطلق الجائز وأراد به مايعم المكروه . ففى الحلية عن أصول ابن الحاجب أنه قد يطلق ويراد به مالا يمتنع شرعا وهو يشمل المباح والمكروه والمندوب والواجب اه لكن الظاهر أن المراد المكروه تنزيها ، لأن المكروه تحريما ممتنع شرعا منعا لازما .

مطلب فى تصريف قولهم معزيا

(قوله معزيا) يقال عزوته وعزيته لغة : إذا نسبته صحاح ، فهو اسم مفعول من اليائى اللام أصله معزوى فقلبت الواو ياء ثم أدغمت ، ويجوز أخذه من الواو أيضاً ، فإن القياس فيه معزوّ مثل مغزوّ ، لكنه قد تقلب الواوان فيه ياءين وهو فصيح كما نص عليه التفتازانى فى شرح التصريف (قوله مرة) لو قال بدله بماء واحد كما فى المنية لكان أولى لما فى الفتح . روى الحسن عن أبى حنيفة فى المجرد إذا مسح ثلاثا بماء واحد كان مسنونا اه وعليه

مستوعبة ، فلو تركه وداوم عليه أثم (وأذنيه) معا ولو (بمائه)

حل فى الهداية وغيرها ما استدل به الشافعى من رواية التثليث جمعا بين الأحاديث . ولا يقال إن الماء يصير مستعملا بالمرة الأولى فكيف يسن التكرار ؟ لما فى شرح المنية من أنهم اتفقوا على أن الماء مادام فى العضو لايكون مستعملا (قوله مستوعبة) هذا سنة أيضا كما جزم به فى الفتح ، ثم نقل عن القنية أنه إذا داوم على ترك الاستيعاب بلا عذر يأثم ، قال وكأنه لظهور رغبته عن السنة قال الزيلعى وتكلموا فى كيفية المسح . والأظهر أن يضع كفيه وأصابعه على مقدم رأسه ويمدهما إلى القفا على وجه يستوعب جميع الرأس ثم يمسح أذنيه بأصبعيه اه . وما قيل من أنه يجافى المسبحتين والإبهامين ليمسح بهما الأذنين والكفين ليمسح بهما جانبى الرأس خشية الاستعمال ، فقال فى الفتح لاأصل له فى السنة ، لأن الاستعمال لايثبت قبل الانفصال ، والأذنان من الرأس .

[تنبيه] لو مسح ثلاثا بمياه ، قيل يكره ، وقيل إنه بدعة ، وقيل لابأس به . وفى الخانية لايكره ولا يكون سنة وَلا أدباً ، قال فى البحر وهو الأولى إذ لادليل على الكراهة اه .

قلت : لكن استوجبه فى شرح المنية القول بالكراهة وذكرت مايؤيده فيما علقته على البحر فراجعه(١) وسيأتى فى المتن عده من المنهيات (قوله وأذنيه) أى باطنهما بباطن السبابتين وظاهرهما بباطن الإبهامين قهستانى (قوله معا) أى فلا تيامن فيهما كما سيذكره (قوله ولو بمائه) قال فى الخلاصة : لو أخذ للأذنين ماء جديدا فهو حسن ، وذكره منلا مسكين رواية عن أبى حنيفة .

قال فى البحر : فاستفيد منه أن الخلاف بيننا وبين الشافعى فى أنه إذا لم يأخذ ماء جديداً ومسح بالبلة الباقية هل يكون مقيما للسنة ؟ فعندنا نعم ، وعنده لا . أما لو أخذ ماء جديدا مع بقاء البلة فإنه يكون مقيما للسنة اتفاقا اه وأقره فى النهر .

أقول : مقتضاه أن مسح الأذنين بماء جديد أولى مراعاة للخلاف ليكون آتيا بالسنة اتفاقا ، وهو مفاد تعبير الشارح بلو الوصلية تبعاً للشرنبلالى وصاحب البرهان ، وهذا مبنى على تلك الرواية ، لكن تقييد سائر المتون بقولهم بمائه يفيد خلاف ذلك وكذا تقرير شراح الهداية وغيرها ، واستدلالهم بفعله عليه الصلاة والسلام « أنه أخذ غرفة فمسح بها رأسه وأذنيه » وبقوله « الأذنان من الرأس » وكذا جوابهم عما روى أنه صلى الله عليه وسلم أخذ لأذنيه ماء جديداً بأنه يجب حمله على أنه لفناء البلة قبل الاستيعاب جمعا بين الأحاديث ، ولو كان أخذ الماء الجديد مقيما للسنة لما احتيج إلى ذلك .

وفى المعراج عن الخبازية : ولا يسن تجديد الماء فى كل بعض من أبعاض الرأس ، فلا يسن فى الأذنين بل أولى لأنه تابع اه وفى الحلية : السنة عندنا وعند أحمد أن يكون بماء الرأس خلافا لمالك والشافعى وأحمد فى رواية اه وفى التاترخانية : ومن السنة مسحهما بماء الرأس ، ولا يأخذ لهما ماء جديداً اه . وفى الهداية والبدائع : وهو سنة بماء الرأس ، قال فى العناية أى لابماء جديد ، ومثله فى شرح المجمع . وفى شرح الهداية للعينى استيعاب الرأس بالمسح بماء واحد سنة ، ولا يتم بدونهما حيث جعلتا من الرأس أى كما فى الحديث المار . وفى شرح الدرر للشيخ إسمعيل : ولو أفردا بالمسح بماء جديد كما قال الشافعى لصارا أصلين وذا لايجوز اه فقد ظهر لك أن مامشى عليه الشارح مخالف للرواية المشهورة التى مشى عليها أصحاب المتون والشروح الموضوعة لنقل المذهب ، هذا ماظهر لى .

(١) أقول : حاصل ما ذكرته هناك أن أئمتنا ثبت عندهم أن السنة المسح مرة من فعله عليه الصلاة والسلام فالتثليث زائد ، وقد قال عليه الصلاة والسلام « فمن زاد على هذا أو نقص فقد تعدى وظلم » الإشارة ترجع إلى ما ثبت من فعله صلى الله عليه وسلم اه منه .

لكن لومس عمامته فلابد من ماء جديد (والترتيب) المذكور فى النص . وعند الشافعى رضى الله عنه فرض وهو مطالب بالدليل (والولاء) بكسر الواو: غسل المتأخر أو مسحه قبل جفاف الأول بلا عذر :

ولم أر من نبه على ذلك فتدبره ، ثم بعد مدة رأيت المصنف نبه عليه فى شرحه على زاد الفقير حيث قال بعد ذكره عبارة الخلاصة السابقة مانصه ؛ قلت قوله : ولو فعل فحسن مشكل ، لأنه يكون خلاف السنة ، وخلاف السنة كيف يكون حسنا ، والله أعلم اهـ (قوله لكن الخ) ذكره فى شرح المنية ، ولعله محمول على ما إذا انعدمت البلة بمس العمامة . قال فى الفتح : وإذا انعدمت البلة لم يكن بد من الأخذ اهـ .

وقد يقال : لابد من الأخذ مطلقا ، لأنه بمس العمامة يحصل الانفصال فيحكم على البلة بالاستعمال ، وعلى هذا ينبغى أن يقال لو مسح رأسه بيديه ثم رفعهما قبل مسح الأذنين فلابد من أخذ ماء جديد ولو كانت البلة باقية تأمل (قوله المذكور فى النص) أى الترتيب الذكرى فى آية الوضوء . وفيه إشارة إلى أنه ليس المراد فى قول الكنز وغيره والترتيب المنصوص النص الأصولى ، بل المراد به المذكور ، إذ ليس فى الآية مايفيد الترتيب ؛ فلم يكن منصوصا عليه فيها (قوله وهو مطالب بالدليل) أى أنه لاحاجة لنا إلى الدليل على عدم الافتراض ، لأنه الأصل ومدعيه مطالب به ولم يوجد وقد علم الترتيب من فعله عليه الصلاة والسلام فقلنا بسنيته أفاده فى البحر (قوله والولاء) اسم مصدر(١) والمصدر الموالاة . قال الحموى : لاتتحقق الموالاة إلا بعد غسل الوجه اهـ وفيه تأمل ، إذ ماذكره إنما يتجه أن لو كانت الموالاة معتبرة فى جانب فرائض الوضوء فقط ، وهو خلاف الظاهر ط عن أبى السعود (قوله بكسر الواو) أى مع المد ، وهو لغة : التتابع . قال ط : وأما بفتحها فهو صفة توجب لمن قامت به التعصيب لمن أعتقه مثلا (قوله غسل المتأخر الخ) عرفه الزيلعى بغسل العضو الثانى قبل جفاف الأول . زاد الحدادى مع اعتدال الهواء والبدن وعدم العذر . وعرفه الأكمل فى التقرير بالتتابع فى الأفعال من غير أن يتخللها جفاف عضو مع اعتدال الهواء ، وظاهره أنه لو جف العضو الأول بعد غسل الثانى لم يكن ولاء . وعلى الأول يكون ولاء ، قال فى البحر : وهو الأولى .

وفى النهر : الظاهر لايكون ولاء ، لما فى المعراج عن الحلوانى أن تجفيف الأعضاء قبل غسل القدمين فيه ترك الولاء فيحمل الثانى فى كلام الزيلعى على مابعد الأول اهـ أى فيراد بالثانى جميع مابعد الأول لامايليه فقط ، ولا يخفى بعده ؛ لما فى السراج : حده أن لايجف الماء عن العضو قبل أن يغسل مابعده . وفى شرح المنية : هو أن يغسل كل عضو على أثر الذى قبله ولا يفصل بينهما بحيث يجف السابق .

ولا يخفى أيضا أن مامر عن الحلوانى صادق على التعريفين ، وأن حمل التعريف الثانى على الأول أقرب من عكسه ، بأن يراد من قوله من غير أن يتخللها جفاف عضو : أى من غير أن يجف عضو قبل غسل مابعده ، وكذا قال فى غرر الأفكار : هو غسل عضو قبل جفاف متقدمه اهـ وعليه يحمل كلام الشارح بدليل قوله تبعا لابن كمال أو مسحه فإنه كما يشمل مسح الخف يشمل مسح الرأس ، فلا يمكن حمل المتأخر فى كلامه على جميع مابعد الأول حقيقة فافهم ، نعم مامشى عليه فى النهر هو المتبادر من تعريف الدرر . هذا وقد عرفه فى البدائع بأن لايشتغل بين أفعال الوضوء بما ليس منه . ولا يخفى أن هذا أعم من التعريفين السابقين من وجه ، ثم قال : وقيل هو أن لايمكث فى أثنائه مقدار مايجف فيه العضو .

---

(١) قوله (والولاء اسم مصدر الخ) فيه نظر ، بل الظاهر أنه مصدر لوالى كالموالاة لقول الخلاصة : للفاعل الفعال والمفاعلة، تأمل اهـ مصححه .

حتى لو فنى ماؤه فمضى لطلبه لابأس به ومثله الغسل والتيمم وعند مالك فرض؛ ومن السنن الدلك وترك الإسراف وترك لطم الوجه بالماء وغسل فرجها الخارج (ومستحبه) ويسمى مندوبا وأدبا

أقول: يمكن جعل هذا توضيحا لما مر ؛ بأن يقال المراد جفاف العضو حقيقة أو مقداره ، وحينئذ فيتجه ذكر المسح ، فلو مكث بين مسح الجبيرة أو الرأس وبين مابعده بمقدار مايجف فيه عضو مغسول كان تاركا للولاء ، ويؤيده اعتبارهم الولاء فى التيمم أيضا كما يأتى قريبا مع أنه لاغسل فيه ، فاغتنم هذا التحرير (قوله حتى لو فنى ماؤه الخ) بيان للعذر (قوله لابأس به) أى على الصحيح سراج (قوله ومثله الغسل والتيمم) أى إذا فرق بين أفعالهما لعذر لابأس به كما فى السراج ، ومفاده اعتبار سنية الموالاة فيهما (قوله ومن السنن) أتى بمن للإشارة إلى أنه بقى غيرها : ففى الفتح : ومن السنن الترتيب بين المضمضة والاستنشاق ، والبداءة من مقدم الرأس ومن رؤوس الأصابع فى اليدين والرجلين اهـ . وذكر فى المواهب بدل الأول التيامن ومسح الرقبة ، ثم قال : وقيل الأربعة مستحبة (قوله الدلك) أى بإمرار اليد ونحوها على الأعضاء المغسولة حلية . وعده فى الفتح من المندوبات ، ولم يتابعه عليه فى البحر والنهر ، نعم تابعه المصنف فيما سيأتى (قوله وترك الإسراف) عده فى الفتح من المندوبات أيضا ولم يتابع أيضا بل صرح فى النهر بضعفه وقال إنه سنة مؤكدة لإطلاق النهى عن الإسراف اهـ ويأتى تمامه (قوله وترك لطم الوجه بالماء) جعله فى الفتح أيضا من المندوبات ، وسيصرح المصنف كالزيلعى بكراهته . قال فى البحر : فيكون تركه سنة لاأدباً ، لكن قال فى النهر إنه مكروه تنزيها (قوله وغسل فرجها الخارج) أقول : فى تقييده بالمرأة نظر ، فقد عد فى المنية الاستنجاء من سنن الوضوء . وفى النهاية أنه من سنن الوضوء . بل أقواها لأنه مشروع لإزالة النجاسة الحقيقية وسائر السنن لإزالة الحكمية . وجعل فى البدائع سنن الوضوء على أنواع : نوع يكون قبله ، ونوع فى ابتدائه ، ونوع فى أثنائه ؛ وعد من الأول الاستنجاء بالحجر ، ومن الثانى الاستنجاء بالماء .

مطلب لافرق بين المندوب والمستحب والنفل والتطوع

(قوله ويسمى مندوباً وأدباً) زاد غيره ونفلا وتطوعا ، وقد جرى على ماعليه الأصوليون ، وهو المختار من عدم الفرق بين المستحب والمندوب والأدب كما فى حاشية نوح أفندى على الدرر ؛ فيسمى مستحبا من حيث أن الشارع يحبه ويؤثره ، ومندوبا من حيث أنه بين ثوابه وفضيلته ؛ من ندب الميت : وهو تعديد محاسنه ، ونفلا من حيث أنه زائد على الفرض والواجب ويزيد به الثواب ، وتطوعا من حيث أن فاعله يفعله تبرعا من غير أن يأمر به حتما اهـ من شرح الشيخ إسمعيل على البرجندى . وقد يطلق عليه اسم السنة وصرح القهستانى بأنه دون سنن الزوائد . قال فى الإمداد : وحكمه الثواب على الفعل وعدم اللوم على الترك اهـ .

مطلب ترك المندوب هل يكره تنزيها وهل يفرق بين التنزيه وخلاف الأولى

وهل يكره تنزيها ، فى البحر لا ، ونازعه فى النهر بما فى الفتح من الجنائز والشهادات أن مرجع كراهة التنزيه خلاف الأولى . قال : ولا شك أن ترك المندوب خلاف الأولى اهـ .

أقول : لكن أشار فى التحرير إلى أنه قد يفرق بينهما ، بأن خلاف الأولى ماليس فيه صيغة نهى كترك صلاة الضحى بخلاف المكروه تنزيها ، نعم قال فى الحلية إن هذا أمر يرجع إلى الاصطلاح والتزامه غير لازم . والظاهر تساويهما كما أشار إليه الامشى اهـ لكن قال الزيلعى فى الأكل يوم الأضحى قبل الصلاة : المختار أنه

وفضيلة ، وهو مافعله النبى صلى الله عليه وسلم مرة وتركه أخرى وما أحبه السلف (التيامن) فى اليدين والرجلين ولو مسحا لاالأذنين والخدين، فيلغز أى عضوين لايستحب التيامن فيهما؟ (ومسح الرقبة) بظهر يديه (لاالحلقوم) لأنه بدعة .

(ومن آدابه) عبر بمن لأن له آدابا أخر أوصلها فى الفتح إلى نيف وعشرين وأوصلتها فى الخزائن إلى نيف وستين

ليس بمكروه، ولكن يستحب أن لايأكل . وقال فى البحر هناك : ولا يلزم من ترك المستحب ثبوت الكراهة إذ لابد لها من دليل خاص اه :

أقول : وهذا هو الظاهر ، إذ لاشبهة أن النوافل من الطاعات كالصلاة والصوم ونحوهما فعلها أولى من تركها بلا عارض . ولا يقال إن تركها مكروه تنزيها ، وسيأتى تمامه إن شاء الله تعالى فى مكروهات الصلاة (قوله وفضيلة) أى لأن فعله يفضل تركه فهو بمعنى فاضل؛ أو لأنه يصير فاعله ذا فضيلة بالثواب ط (قوله وهو الخ) يرد عليه مارغب فيه عليه الصلاة والسلام ولم يفعله؛ فالأولى مافى التحرير أن ماواظب عليه مع ترك ما بلا عذر سنة ، ومالم يواظب عليه مندوب ومستحب وإن لم يفعله بعد مارغب فيه اه بحر (قوله التيامن) أى البداءة باليمين ، لما فى الكتب الستة «كان عليه الصلاة والسلام يحب التيامن فى كل شىء حتى فى طهوره وتنعله وترجله وشأنه كله » الطهور هنا بضم الطاء، والترجل: مشط الشعر در منتقى. وحقق فى الفتح أنه سنة لثبوت المواظبة. قال فى النهر: لكن قدمنا أنها تفيد السنية إذا كانت على وجه العبادة لا العادة . سلمنا أنها هنا كانت على وجه العبادة، لكن عدم الاختصاص ينافيها كما قاله بعض المتأخرين اه أى عدم اختصاصها بالوضوء المستفاد من قوله وشأنه كله ينافى كونه سنة له ولو كانت على وجه العبادة فيكون مندوبا فيه كما فى التنعل والترجل . قلت : يرد عليه المواظبة على النية والسواك بلا اختصاص بالوضوء مع أنهما من سننه تأمل (قوله ولو مسحا) أى كما فى التيمم والجبيرة ، وأما الخف فلم أر من ذكر التيامن فيه ، وإنما قالوا فى كيفيته : أن يضع أصابع يده اليمنى على مقدم خفه الأيمن وأصابع اليسرى على مقدم خفه الأيسر ويمدهما إلى الساق ، وظاهره عدم التيامن تأمل (قوله لاالأذنين) أى فيمسحهما معا إن أمكنه ،حتى إذا لم يكن له إلا يد واحدة أو بإحدى يديه علة ولا يمكنه مسحهما معا يبدأ بالأذن اليمنى ثم اليسرى ط عن الهندية (قوله ومسح الرقبة) هو الصحيح ، وقيل إنه سنة كما فى البحر وغيره (قوله بظهر يديه) أى لعدم استعمال بلتهما بحر ، فقول المنية بماء جديد لاحاجة إليه كما فى شرحها الكبير ، وعبر فى المنية بظهر الأصابع ولعله المراد هنا (قوله لأنه بدعة) إذ لم يرد فى السنة (قوله إلى نيف وستين) عبارته فى الدر المنتقى إلى نيف وسبعين . والنيف بتشديد الياء وقد تخفف : مازاد على العقد إلى أن يبلغ العقد الثانى قاموس :

مطلب فى تتميم مندوبات الوضوء

واعلم أن المذكور منها هنا متنا وشرحا نيف وعشرون ، ولنذكر مابقى منها من الفتح والخزائن ؛ فمنها كما فى الفتح ترك الإسراف والتقتير وترك التمسح بخرقة يمسح بها موضع الاستنجاء واستقاؤه الماء بنفسه والمبادرة إلى ستر العورة بعد الاستنجاء ونزع خاتم عليه اسمه تعالى أو اسم نبيه حال الاستنجاء وكون آنيته من خزف وأن يغسل عروة الإبريق ثلاثا ووضعه على يساره ، وإن كان إناء يغترف منه فعن يمينه ووضع يده حالة الغسل على عروته لارأسه ، وذكر الشهادتين عند كل عضو ، واستصحاب النية فى جميع أفعاله ، وأن لايلطم وجهه بالماء

(استقبال القبلة وذلك أعضائه) فى المرة الأولى (وإدخال خنصره) المبلولة (صماخ أذنيه) عند مسحهما (وتقديمه على الوقت لغير المعذور) وهذه إحدى المسائل الثلاث المستثناة من قاعدة الفرض أفضل من النفل ،

وملء آنيته استعدادا ، والامتخاط باليسرى، والتأنى ، وإمرار اليد على الأعضاء المغسولة والدلك اه لكن قدمنا أن الأول والأخير سنة ، ولعل المراد بما قبله إمرارها عليه مبلولة قبل الغسل تأمل . زاد فى البحر وغسل ماتحت الحاجب والشارب والتوضؤ فى مكان طاهر لأن لماء الوضوء حرمة والبدء بأعلى الوجه وأطراف الأصابع ومقدم الرأس ، لكن قدمنا أن الأخيرين سنة . وزاد فى الإمداد : ودخوله الخلاء مستور الرأس ، وعدم التوضؤ بماء مشمس ، وأن لايستخلص إناء لنفسه ، وترك النظر للعورة ، وإلقاء البصاق والمخاط فى الماء ، وأن لاينقصه عن مد ، وغسل الفم والأنف باليمنى . وزاد فى المنية الوضوء على الوضوء وعدم نفخه فى الماء حال غسل الوجه ، والتشهد عند غسل كل عضو . وزاد فى الخزائن وترك التكلم حال الاستنجاء ، وترك استقبال القبلة واستدبارها فى الخلاء ، واستقبال عين الشمس والقمر واستدبارهما وترك مس فرجه بعد فراغه ، والاستنجاء باليسار ، ومسحها بعده على نحو حائط ، وغسلها بعد ذلك ، ورش الماء على الفرج وعلى السروال بعد الوضوء والترضؤ من متوضأ العامة ، وإفراغ الماء بيمينه فقد بلغت نيفاً وسبعين كما قدمناه عن الدر المنتقى ، وقدمنا أن ترك المندوب مكروه تنزيها فيزاد ترك مايكره فعله . ولا يخفى أن مامرمنه ماهو من آداب الوضوء ومنه ماهو من آداب مقدماته وبهذا تزيد على ماذكر بكثير ، فإنه بقى للاستنجاء آداب كثيرة ستأتى (قوله وذلك أعضائه) علمت مافيه، وقوله فى المرة الأولى عزاه فى النهر إلى المنية ، لكنه لم يذكره فى المنية هنا وإنما ذكره فى الغسل ، وعلله فى الشرح بقوله ليعم الماء البدن فى المرتين الأخيرتين اه لكن قال فى الحلية الظاهر أنه قيد اتفاقى (قوله وتقديمه الخ) لأن فيه انتظار الصلاة ، ومنتظر الصلاة كمن هو فيها بالحديث الصحيح وقطع طمع الشيطان عن تثبيطه عنها شرح المنية الكبير . وفى الحلية : وعندى أنه من آداب الصلاة لا الوضوء ، لأنه مقصود لفعل الصلاة اه (قوله وهذه) أى مسألة تقديمه على الوقت .

مطلب الفرض أفضل من النفل إلا فى مسائل

(قوله المستثناة من قاعدة الفرض أفضل من النفل) هذا الأصل لاسبيل إلى نقضه بشىء من الصور ، لأنا إذا حكمنا على ماهية بأنها خير من ماهية أخرى ، كالرجل خير من المرأة لم يمكن أن تفضلها الأخرى بشىء من تلك الحيثية ، فإن الرجل إذا فضل المرأة من حيث إنه رجل لم يمكن أن تفضله المرأة من حيث إنها غير الرجل وإلا تتكاذب القضيتان وهذا بديهى، نعم قد تفضل المرأة رجلا مّا من جهة غير الذكورة والأنوثة اه حموى .

أقول : فعلى هذا لااستثناء حقيقة لاختلاف جهة الأفضلية :

بيان ذلك أن الوضوء للصلاة قبل الوقت يساوى الواقع بعده من حيث امتثال الأمر وسقوط الواجب به ، وإنما للأول فضيلة التقديم ، وكذا إنظار المعسر واجب دفعاً لأذاه بالمطالبة وفى إبرائه ذلك مع زيادة إسقاط الدين عنه بالكلية ، فللإبراء زيادة فضيلة الإسقاط ، وكذلك إفشاء السلام سنة لإظهار التوادّ بين المسلمين وفى رده ذلك أيضاً ، لكن وجب الرد لما يلزم على تركه من العداوة والتباغض ، فإفشاؤه أفضل من حيث ابتداء المفشى له بإظهار المودة فله فضيلة التقدم ؛ ففى المسائل الثلاث إنما فضل النفل على الفرض لامن جهة الفرضية بل من جهة أخرى ، كصوم المسافر فى رمضان فإنه أشق من صوم المقيم فهو أفضل مع أنه سنة ، وكالتبكير إلى

لأن الوضوء قبل الوقت مندوب وبعده فرض :

الثانية : إبراء المعسر مندوب أفضل من إنظاره الواجب :

الثالثة : الابتداء بالسلام سنة أفضل من رده ، وهو فرض ، ونظمه من قال :

الفرض أفضل من تطوع عابد حتى ولو قد جاء منه بأكثر

إلا التطهر قبل وقت وابتدا ء للسلام كذاك إبرا معسر

(وتحريك خاتمه الواسع) ومثله القرط وكذا الضيق إن علم وصول الماء وإلا فرض (وعدم الاستعانة بغيره) إلا لعذر . وأما استعانته عليه الصلاة والسلام بالمغيرة فلتعليم الجواز (و) عدم (التكلم بكلام الناس) إلا لحاجة

صلاة الجمعة فإنه أفضل من الذهاب بعد النداء مع أنه سنة والثانى فرض ، وكمن اضطر إلى شربة ماء أو أكل لقمة فدفعت له أكثر مما اضطر إليه فدفع ما اضطر إليه واجب والزائد نفل ثوابه أكثر من حيث أن نفعه أكثر وإن كان دفع قدر الضرورة أفضل من حيث امتثال الأمر ، وكذا من وجب عليه درهم فدفع درهمين أو وجبت عليه أضحية فضحى بشاتين ، وعلى هذا فقد يزاد على المسائل الثلاث من كل ماهو نفل اشتمل على الواجب وزاد ، لكن تسميته نفلا من حيث تلك الزيادة ، أما من حيث مااشتمل عليه من الواجب فهو واجب وثوابه أكثر من حيث تلك الزيادة ، فلا تنخرم حينئذ القاعدة المأخوذة مما صح عنه صلى الله عليه وسلم كما فى صحيح البخارى حكاية عن الله تعالى « وما تقرب إلىّ عبدى بشىء أحب إلىّ مما افترضت عليه » ومما ورد فى صحيح ابن خزيمة أن الواجب يفضل المندوب بسبعين درجة وإن استشكله فى شرح التحرير ، فاغتنم ذلك فإنه من فيض الفتاح العليم ثم رأيت بعض المحققين من الشافعية نبه على ماقلته ، ولله الحمد (قوله لأن الوضوء الخ) ومثله التيمم لغير راجى الماء كما سيأتى فى محله عن الرملى (قوله أفضل من رده) وقيل أجر الرد أكثر لأنه فرض ، حموى عن كراهية العلامى (قوله ولو) الواو زائدة أو عاطفة على محذوف تقديره حتى إن جاء بمثله ، والأول أولى ط (قوله منه) متعلق بأكثر والضمير للفرض ، أو متعلق بجاء والضمير للتطوع ط (قوله بأكثر) جره بالكسرة لأجل الروىّ (قوله وابتداء) ألف ابتداء من المصراع الأول وهمزته المنونة من المصراع الثانى (قوله إبرا) بالقصر للضرورة (قوله ومثله القرط) أى فى الغسل ، وإلا فلا مدخل له هنا ، لأنه مايعلق فى الأذن قاموس .

مطلب فى مباحث الاستعانة فى الوضوء بالغير

(قوله وأما استعانته عليه الصلاة والسلام الخ) كذا فى البزازية ، ومفاده أن الاستعانة مكروهة حتى احتيج إلى هذا الجواب . وظاهر مافى شرح المنية أنه لا كراهة أصلا إذا كانت بطيب قلب ومحبة من المعين من غير تكليف من المتوضىء ، وعليه مشى فى هدية ابن العماد ، لكن ذكر فى الحلية أحاديث كثيرة من الصحيحين وغيرهما فيها التصريح بصب الماء عليه بطلبه وبدونه ، ثم قال : وفعله صلى الله عليه وسلم فى مثل هذا محمول على الجواز الذى لاتجامعه الكراهة ، لأن الجزم بعدم ارتكابه المكروه من غير معارض واقع فى حقه ، نعم قد يكون الفعل منه بياناً للجواز لكن بعد قيام الدليل المقتضى للكراهة ، فإذا لم يقم لم يصح أن يقال بالكراهة ، ثم يعلل ماورد من الفعل بأنه بيان للجواز ، ولم يوجد دليل معتبر يفيد الكراهة هنا ، وإنما ورد فى حديث ضعيف أن عمر رضى الله عنه قال : إنى لاأحب أن يعيننى على وضوئى أحد . وورد أنه صلى الله عليه وسلم كان لايكل طهوره إلى أحد وهو ضعيف أيضاً ، ولو ثبت لايقوى على معارضة الأحاديث المارة مع احتمال أن المراد أنه هو الذى يباشر غسل

تفوته (والجلوس فى مكان مرتفع) تحرزا عن الماء المستعمل . وعبارة الكمال : وحفظ ثيابه من التقاطر ، وهى أشمل (والجمع بين نية القلب وفعل اللسان) هذه رتبة وسطى بين من سن التلفظ بالنية ومن كرهه لعدم نقله عن السلف (والتسمية) كما مر (عند غسل كل عضو) وكذا الممسوح (والدعاء بالوارد عنده) أى عند كل عضو ، وقد رواه ابن حبان وغيره عنه عليه الصلاة والسلام من طرق .

أعضائه ومسحها بنفسه ، لأن الظاهر أنه من السنن المؤكدة ، فيكره للشخص أن يفعل له ذلك غيره بلا عذر ، ولعل ذلك هو المراد من قول الاختيار يكره أن يستعين فى وضوئه بغيره إلا عند العجز ، ليكون أعظم لثوابه وأخلص لعبادته اه ملخصا .

وحاصله أن الاستعانة فى الوضوء إن كانت بصب الماء أو استقائه أو إحضاره فلا كراهة بها أصلا ولو بطلبه وإن كانت بالغسل والمسح فتكره بلا عذر ، ولذا قال فى التاترخانية : ومن الآداب أن يقوم بأمر الوضوء بنفسه ولو استعان بغيره جاز بعد أن لايكون الغاسل غيره بل يغسل بنفسه (قوله تحرزاً الخ) لوقوع الخلاف فى نجاسته ولأنه مستقذر ، ولذا كره شربه والعجن به على القول الصحيح بطهارته (قوله أشمل) أى أعم لأنه قد يكون مستعليا ولا يتحفظ ط (قوله هذه) أى الطريقة التى مشى عليها المصنف حيث جعل التلفظ بالنية مندوباً لاسنة ولا مكروها (قوله والتسمية كما مر) أى من الصيغة الواردة ، وهى « بسم الله العظيم ، والحمد لله على دين الإسلام » وزاد فى المنية التشهد هنا أيضاً تبعا للمحيط وشرح الجامع لقاضيخان . قال فى الحلية : وعن البراء ابن عازب عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « مامن عبد يقول حين يتوضأ بسم الله ثم يقول بكل عضو أشهد أن لاإله إلا الله وحده لاشريك له وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ، ثم يقول حين يفرغ : اللهم اجعلنى من التوابين واجعلنى من المتطهرين إلا فتحت له ثمانية أبواب الجنة يدخل من أيها شاء ، فإن قام من وقته ذلك فصلى ركعتين يقرأ فيهما ويعلم مايقول انفتل من صلاته كيوم ولدته أمه ثم يقال له استأنف العمل » رواه الحافظ المستغفرى ، وقال حديث حسن اه (قوله والدعاء بالوارد) فيقول بعد التسمية عند المضمضة : اللهم أعنى على تلاوة القرآن وذكرك وشكرك وحسن عبادتك ، وعند الاستنشاق : اللهم أرحنى رائحة الجنة ولا ترحنى رائحة النار ، وعند غسل الوجه : اللهم بيض وجهى يوم تبيض وجوه وتسود وجوه ، وعند غسل يده اليمنى : اللهم أعطنى كتابى بيمينى وحاسبنى حسابا يسيرا ، وعند غسل اليسرى : اللهم لاتعطنى كتابى بشمالى ولا من وراء ظهرى ، وعند مسح رأسه : اللهم أظلنى تحت عرشك يوم لاظل إلا ظل عرشك ، وعند مسح أذنيه : اللهم اجعلنى من الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه ، وعند مسح عنقه : اللهم أعتق رقبتى من النار ، وعند غسل رجله اليمنى : اللهم ثبت قدمىّ على الصراط يوم تزل الأقدام ، وعند غسل اليسرى : اللهم اجعل ذنبى مغفوراً وسعيى مشكوراً ، وتجارتى لن تبور ، كما فى الإمداد والدرر وغيرهما ، وثم روايات أخر ذكرها فى الحلية وغيرها ، وسيأتى أنه يصلى على النبى صلى الله عليه وسلم بعد غسل كل عضو ، فصار مجموع مايذكر عند كل عضو التسمية والشهادة والدعاء والصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم ، لكن قال صاحب الهداية فى مختارات النوازل : ويسمى عند غسل كل عضو أو يدعو بالدعاء المأثور فيه أو يذكر كلمة الشهادة أو يصلى على النبى صلى الله عليه وسلم ، فأتى فى الجميع بأو ، ولكن رأيت فى الحلية عن المختارات ويدعو بالواو وبأو فى البواقى فليراجع (قوله من طرق) أى يقوى بعضها بعضا فارتقى إلى مرتبة الحسن ط .

أقول : لكن هذا إذا كان ضعفه لسوء حفظ الراوى الصدوق الأمين أو لإرسال أو تدليس أو جهالة حال .

قال محقق الشافعية الرملى : فيعمل به فى فضائل الأعمال وإن أنكره النووى .

[فائدة] شرط العمل بالحديث الضعيف عدم شدة ضعفه ، وأن يدخل تحت أصل عام ، وأن لايعتقد سنية ذلك الحديث .

وأما الموضوع فلا يجوز العمل به بحال ولا روايته إلا إذا قرن ببيانه (والصلاة والسلام على النبى بعده) أى بعد الوضوء ، لكن فى الزيلعى أى بعد كل عضو (وأن يقول بعده) أى الوضوء (اللهم اجعلنى من التوابين

أما لو كان لفسق الراوى أو كذبه فلا يؤثر فيه موافقة مثله له ولا يرتقى بذلك إلى الحسن كما صرح به فى التقريب وشرحه ، فحينئذ يحتاج إلى الكشف عن حال الراوين لهذا الحديث ، لكن ظاهر عملهم به أنه ليس من القسم الأخير كما يتضح (قوله فيعمل به) أى بهذا الحديث . وعبارة الرملى كما فى الشرنبلالية العمل بالحديث الضعيف الخ (قوله فى فضائل الأعمال) أى لأجل تحصيل الفضيلة المترتبة على الأعمال . قال ابن حجر فى شرح الأربعين لأنه إن كان صحيحا فى نفس الأمر فقد أعطى حقه من العمل وإلا لم يترتب على العمل به مفسدة تحليل ولا تحريم ولا ضياع حق الغير ، وفى حديث ضعيف « من بلغه عنى ثواب عمل فعمله حصل له أجره وإن لم أكن قلته » أو كما قال اﻫ ط . قال السيوطى : ويعمل به أيضا فى الأحكام إذا كان فيه احتياط (قوله وإن أنكره النووى) حلى الرملى كما فى الشرنبلالية إنكاره له من جهة الصحة ، قال : أما باعتبار وروده من الطرق المتقدمة فلعله لم يثبت عنده ذلك أو لم يستحضره حينئذ (قوله فائدة) إلى قوله وأما الموضوع من كلام الرملى (قوله عدم شدة ضعفه) شديد الضعف هو الذى لايخلو طريق من طرقه عن كذاب أو متهم بالكذب قاله ابن حجر ط :

مطلب فى بيان ارتقاء الحديث الضعيف إلى مرتبة الحسن

قلت : مقتضى عملهم بهذا الحديث أنه ليس شديد الضعف فطرقه ترقيه إلى الحسن (قوله وأن لايعتقد سنية ذلك الحديث) أى سنية العمل به . وعبارة السيوطى فى شرح التقريب : الثالث أن لايعتقد عند العمل به ثبوته بل يعتقد الاحتياط ، وقيل لايجوز العمل به مطلقا ، وقيل يجوز مطلقا اﻫ (قوله وأما الموضوع) أى المكذوب على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهو محرم إجماعا بل قال بعضهم إنه كفر . قال عليه الصلاة والسلام « من قال علىّ مالم أقل فليتبوأ مقعده من النار » ط (قوله بحال) أى ولو فى فضائل الأعمال . قال ط أى حيث كان مخالفا لقواعد الشريعة ، وأما لو كان داخلا فى أصل عام فلا مانع منه لا لجعله حديثا بل لدخوله تحت الأصل العام اﻫ تأمل (قوله إلا إذا قرن) أى ذلك الحديث المروىّ ببيانه أى بيان وضعه ، أما الضعيف فتجوز روايته بلا بيان ضعفه ، لكن إذا أردت روايته بغير إسناد فلا تقل قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كذا وما أشبهه من صيغ الجزم ، بل قل روى كذا وبلغنا كذا أو ورد أو جاء أو نقل عنه وما أشبهه من صيغ التمريض ، وكذا ماشك فى صحته وضعفه كما فى التقريب (قوله أى بعد الوضوء) فسر الضمير بذلك مع تبادر مافى الزيلعى ، لأن المصنف فى شرحه فسره بذلك وهو أدرى بمراده (قوله وأن يقول بعده) زاد فى المنية وغيرها أو فى خلاله ، لكن قال فى الحلية : إن الوارد فى السنة بعده متصلا بما تقدم من ذكر الشهادتين كما هو فى رواية الترمذى اﻫ . وزاد فى المنية : وأن يقول بعد فراغه « سبحانك اللهم وبحمدك ، أشهد أن لاإله إلا أنت ، أستغفرك وأتوب إليك ، وأشهد أن محمدا عبدك ورسولك ناظرا إلى السماء » (قوله التوابين) هم الذين كلما أذنبوا تابوا ، والمتطهرون الذين لاذنب لهم ؛

واجعلنى من المتطهرين ، وأن يشرب بعده من فضل وضوئه) كماء زمزم (مستقبل القبلة قائما) أو قاعدا ، وفيا عداهما يكره قائماً تنزيها ؛

زاد فى المنية « واجعلنى من عبادك الصالحين ، واجعلنى من الذين لاخوف عليهم ولا هم يحزنون » (قوله وأن يشرب بعده من فضل وضوئه) بفتح الواو : مايتوضأ به درر ، والمراد شرب كله أو بعضه كما فى شرح المنية وشرح الشرعة ، ويقول عقبه كما فى المنية : اللهم اشفنى بشفائك ، وداونى بدوائك ، واعصمنى من الوهل والأمراض والأوجاع : قال فى الحلية : والوهل هنا بالتحريك : الضعف والفزع ، ولم أقف على هذا الدعاء مأثوراً ، وهو حسن اه :

بقى شىء ، وهو أن الشرب من فضل الوضوء فيما لو توضأ من إناء كإبريق مثلا ، أما لو توضأ من نحو حوض فهل يسمى مافيه فضل الوضوء فيشرب منه أولا ؟ فليحرر . هذا ، وفى الذخيرة عن فتاوى أبى الليث الماء الموضوع للشرب لايتوضأ به مالم يكن كثيرا ، والموضوع للوضوء يجوز الشرب منه ، ثم نقل عن ابن الفضل أنه كان يقول بالعكس ، فعلى هذا هل له الشرب من فضل الوضوء لأنه من توابعه أم لا ؟ والظاهر الأول تأمل (قوله كماء زمزم) التشبيه فى الشرب مستقبلا قائما لافى كونه بعد الوضوء فلذا قال ط : الأولى تأخيره عن قوله قائما .

مطلب فى مباحث الشرب قائما

(قوله أو قاعداً) أفاد أنه مخير فى هذين الموضعين ، وأنه لاكراهة فيهما فى الشرب قائما بخلاف غيرهما ، وأن المندوب هنا هو الشرب من فضل الوضوء لابقيد كونه قائما خلاف مااقتضاه كلام المصنف ، لكن قال فى المعراج قائما ، وخيره الحلوانى بين القيام والقعود . وفى الفتح : قيل وإن شاء قاعداً . وأقره فى البحر ، واقتصر على ماذكره المصنف فى المواهب والدرر والمنية والنهر وغيرها . وفى السراج : ولا يستحب الشرب قائما إلا فى هذين الموضعين ، فاستفيد ضعف مامشى عليه الشارح كما نبه عليه ح وغيره (قوله وفيا عداهما يكره الخ) أفاد أن المقصود من قوله قائما عدم الكراهة لادخوله تحت المستحب ولذا زاد قوله أو قاعداً .

واعلم أنه ورد فى الصحيحين أنه صلى الله عليه وسلم قال « لايشربنّ أحد منكم قائماً ، فمن نسى فليستقئ » وفيهما « أنه شرب من زمزم قائماً » وروى البخارى عن على رضى الله عنه « أنه بعد ماتوضأ قام فشرب فضل وضوئه وهو قائم ، ثم قال : إن ناسا يكرهون الشرب قائما ، وإن النبى صلى الله عليه وسلم صنع مثل ماصنعت » وأخرج ابن ماجه والترمذى عن كبشة الأنصارية رضى الله عنها « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل عليها وعندها قربة معلقة فشرب منها وهو قائم فقطعت فم القربة تبتغى بركة موضع فى رسول الله صلى الله عليه وسلم » وقال الترمذى حسن صحيح غريب ، فلذا اختلف العلماء فى الجمع ؛ فقيل إن النهى ناسخ للفعل ، وقيل بالعكس ، وقيل إن النهى للتنزيه والفعل لبيان الجواز . وقال النووى : إنه الصواب . واعترضه فى الحلية بحديث علىّ المار حيث أنكر على القائلين بالكراهة ، وبما أخرجه الترمذى وغيره ، وحسنه عن ابن عمر « كنا نأكل فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن نمشى ونشرب ونحن قيام » قال : وجنح الطحاوى إلى أنه لابأس به ، وأن النهى لخوف الضرر لاغير ، كما روى عن الشعبى قال : إنما كره الشرب قائماً لأنه يؤذى . قال فى الحلية : فالكراهة على ماصوبه النووى شرعية يثاب على تركها ، وعلى هذا إرشادية لايثاب على تركها . ثم استشكل مامر من استثناء الموضعين : أى الشرب من ماء زمزم ومن فضل الوضوء وكراهة ماعداهما ، بأنه لايتمشى على

وعن ابن عمر « كنا نأكل على عهد النبي صلى الله عليه وسلم ونحن نمشي ونشرب ونحن قيام » ورخص للمسافر شربه ماشيا .

ومن الآداب تعاهد موقيه وكعبيه وعرقوبيه وأخمصيه ، وإطالة غرته وتحجيله ، وغسل رجليه بيساره ،

قول من هذه الأقوال ، نعم على ماجنح إليه الطحاوى يستفاد الجواز مطلقاً إن أمن الضرر ، أما الندب فلا ، إلا أن يقال يفيد الندب فى فضل الوضوء ماأخرجه الترمذى فى حديث على ، وهو « أنه قام بعد ما غسل قدميه فأخذ فضل طهوره فشربه وهو قائم ثم قال : أحببت أن أريكم كيف كان طهور رسول الله صلى الله عليه وسلم » وفيه حديث « إن فيه شفاء من سبعين داء أدناها البهر » لكن قال الحفاظ إنه واه اه ملخصا ، والبهر بالضم فسره فى الخلاصة بتتابع النفس ، وفى القاموس إنه انقطاع النفس من الإعياء .

والحاصل أن انتفاء الكراهة فى الشرب قائما فى هذين الموضعين محل كلام فضلا عن استحباب القيام فيهما ، ولعل الأوجه عدم الكراهة إن لم نقل بالاستحباب ، لأن ماء زمزم شفاء وكذا فضل الوضوء .

وفى شرح هدية ابن العماد لسيدى عبد الغنى النابلسى : ومما جربته أنى إذا أصابنى مرض أقصد الاستشفاء بشرب فضل الوضوء فيحصل لى الشفاء ، وهذا دأبى اعتمادا على قول الصادق صلى الله عليه وسلم فى هذا الطب النبوى الصحيح (قوله وعن ابن عمر الخ) أخرجه الطحاوى وأحمد وابن ماجه والترمذى وصححه حلية ، وقصد بذكره بيان حكم الأكل ، لكن أخرج أحمد ومسلم والترمذى عن أنس عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه نهى أن يشرب الرجل قائما » قال قتادة : قلت لأنس فالأكل ، فقال ذلك أشر وأخبث . وفى الجامع الصغير للسيوطى « نهى عن الشرب قائماً والأكل قائماً » ولعل النهى لأمر طبى أيضا كما مر فى الشرب . وفى الفصل الحادى والثلاثين من فصول العلامى : وكره الأكل والشرب فى الطريق والأكل نائما وماشيا ، ولا بأس بالشرب قائماً ، ولا يشرب ماشيا ، ورخص ذلك للمسافر اه (قوله ورخص الخ) ليس من تتمة الحديث (قوله تعاهد موقيه) تثنية موق : هو آخر العين من جهة الأنف أى لاحتمال وجود رمص ، وقدمنا أنه يجب غسل ما تحته إن بقى خارجا بتغميض العين وإلا فلا (قوله وكعبيه الخ) هما العظمان الناتئان فى الرجل . والعرقوب : العصب الغليظ الذى فوق العقب . والأخمص : من باطن القدم مالم يصب الأرض قاموس .

مطلب فى الغرة والتحجيل

(قوله وإطالة غرته وتحجيله) لما فى الصحيحين عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « إن أمتى يدعون يوم القيامة غرا محجلين من آثار الوضوء ، فمن استطاع منكم أن يطيل غرته فليفعل » وفى رواية « فمن استطاع منكم فليطل غرته وتحجيله » حلية ؛ وبه علم أن قول الشارح وتحجيله بالجر عطفا على غرته . وفى البحر : وإطالة الغرة تكون بالزيادة على الحد المحدود . وفى الحلية : والتحجيل يكون فى اليدين والرجلين ، وهل له حد ؟ لم أقف فيه على شىء لأصحابنا .

ونقل النووى اختلاف الشافعية فيه على ثلاثة أقوال : الأول أنه يستحب الزيادة فوق المرفقين والكعبين بلا توقيت . الثانى إلى نصف العضد والساق . الثالث إلى المنكب والركبتين . قال : والأحاديث تقتضى ذلك كله اه . ونقل ط الثانى عن شرح الشرعة مقتصرا عليه (قوله وغسل رجليه بيساره) لعل المراد به دلكهما باليسار ، لما قدمناه أنه يندب إفراغ الماء بيمينه ، ثم رأيت فى شرح الشيخ إسمعيل قال : يفرغ الماء بيمينه على رجليه ويغسلها بيساره اه . وأخرج السيوطى فى الجامع الصغير عن أبى هريرة رضى الله عنه « إذا توضأ أحدكم فلا يغسل

وبلهما عند ابتداء الوضوء فى الشتاء والتمسح بمنديل ، وعدم نفض يده ، وقراءة سورة القدر وصلاة ركعتين ، فى غير وقت كراهة .

(ومكروهه : لطم الوجه)

أسفل رجليه بيده اليمنى » (قوله وبلهما الخ) أى الرجلين ، لكن فى البحر عند الكلام على غسل الوجه عن خلف بن أيوب أنه قال : ينبغى للمتوضئ فى الشتاء أن يبل أعضاءه بالماء شبه الدهن ثم يسيل الماء عليها ، لأن الماء يتجافى عن الأعضاء فى الشتاء اه .

مطلب فى التمسح بمنديل

(قوله والتمسح بمنديل) ذكره صاحب المنية فى الغسل . وقال فى الحلية : ولم أر من ذكره غيره ، وإنما وقع الخلاف فى الكراهة ؛ ففى الخانية : ولا بأس به للمتوضئ والمغتسل . روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان يفعله ، ومنهم من كره ذلك ومنهم من كرهه للمتوضئ دون المغتسل . والصحيح ماقلنا ، إلا أنه ينبغى أن لايبالغ ولايستقصى فيبقى أثر الوضوء ، على أعضائه اه وكذا وقع بلفظ لابأس فى خزانة الأكمل وغيرها . وعزاه فى الخلاصة إلى الأصل اه مافى الحلية ، ثم ذكر أدلة الأقوال الثلاثة والقائلين بها من السلف وأطال وأطنب كما هو دأبه رحمه الله تعالى ، وقدمنا عن الفتح أن من المندوبات ترك التمسح بخرقة يمسح بها موضع الاستنجاء أى التى يمسح بها ماء الاستنجاء لاستقذارها ، وليس فيه مايفيد ترك التمسح بغيرها فافهم (قوله وعدم نفض يده) لحديث « لاتنفضوا أيديكم فى الوضوء ، فإنها مراوح الشيطان » ذكره فى المعراج لكنه حديث ضعيف كما ذكره المناوى ، بل قد ثبت فى الصحيحين عن ميمونة رضى الله عنها « أنها جاءته بخرقة بعد الغسل فردها وجعل ينفض الماء بيده » تأمل (قوله وقراءة سورة القدر) لأحاديث وردت فيها ذكرها الفقيه أبو الليث فى مقدمته . لكن قال فى الحلية : سأل عنها شيخنا الحافظ ابن حجر العسقلانى ؛ فأجاب بأنه لم يثبت منها شىء عن النبى صلى الله عليه وسلم ، لا من قوله ولا من فعله ، والعلماء يتساهلون فى ذكر الحديث الضعيف والعمل به فى فضائل الأعمال اه (قوله وصلاة ركعتين) لما رواه مسلم وأبو داود وغيرهما « مامن أحد يتوضأ فيحسن الوضوء ويصلى ركعتين يقبل بقلبه ووجهه عليهما إلا وجبت له الجنة » حلية (قوله فى غير وقت كراهة) هى الأوقات الخمسة : الطلوع وما قبله ، والاستواء والغروب وما قبله بعد صلاة العصر ، وذلك لأن ترك المكروه أولى من فعل المندوب كما فى شرح المنية ط .

[تتمة] ينبغى أن يزاد فى المندوبات أن لا يتطهر من ماء أو تراب من أرض مغضوب عليها كآبار ثمود ، فقد نص الشافعية على كراهة التطهير منها ، بل نص الحنابلة على المنع منه ، وظاهره أنه لايصح عندهم ، ومراعاة الخلاف عندنا مطلوبة ، وكذا يقال فى التطهير بفضل ماء المرأة كما يأتى قريبا فى المنهيات ، والله أعلم .

مطلب فى تعريف المكروه ، وأنه قد يطلق على الحرام والمكروه تحريما وتنزيها

(قوله ومكروهه) هو ضد المحبوب ؛ قد يطلق على الحرام كقول القدورى فى مختصره : ومن صلى الظهر فى منزله يوم الجمعة قبل صلاة الإمام ولاعذر له كره له ذلك . وعلى المكروه تحريما : وهو ماكان إلى الحرام أقرب ، ويسميه محمد حراما ظنيا . وعلى المكروه تنزيها : وهو ماكان تركه أولى من فعله ، ويرادف خلاف الأولى كما قدمناه .

أو غيره (بالماء) تنزيها، والتقتير (والإسراف) ومنه الزيادة على الثلاث (فيه) تحريما لو بماء النهر والمملوك له. أما الموقوف على من يتطهر به ومنه ماء المدارس ،

وفى البحر : من مكروهات الصلاة المكروه فى هذا الباب نوعان : أحدهما ماكره تحريما ، وهو المحمل عند إطلاقهم الكراهة كما فى زكاة فتح القدير ، وذكر أنه فى رتبة الواجب لايثبت إلا بما يثبت به الواجب يعنى بالظنى الثبوت . ثانيهما المكروه تنزيها ، ومرجعه إلى ماتركه أولى، وكثيرا مايطلقونه كما فى شرح المنية ،فحينئذ إذا ذكروا مكروها فلابد من النظر فى دليله ،فإن كان نهيا ظنيا يحكم بكراهة التحريم إلا لصارف للنهى عن التحريم إلى الندب ، فإن لم يكن الدليل نهيا بل كان مفيدا للترك الغير الجازم فهى تنزيهية اهـ (قوله أو غيره) أى غير الوجه من الأعضاء كما فى الحاوى، ولعل المصنف اقتصر على الوجه لما له من مزيد الشرف (قوله تنزيها) لما قدمنا عن الفتح من أن تركه أدب . قال فى الحلية لأنه يوجب انتضاح الماء المستعمل على ثيابه وتركه أولى ، وأيضا هو خلاف التؤدة والوقار ، فالنهى عنه نهى أدب اهـ (قوله والتقتير) أى بأن يقرب إلى حد الدهن ويكون التقاطر غير ظاهر ، بل ينبغى أن يكون ظاهرا ليكون غسلا بيقين فى كل مرة من الثلاث شرح المنية :

مطلب في الإسراف فى الوضوء

(قوله والإسراف) أى بأن يستعمل منه فوق الحاجة الشرعية ،لما أخرج ابن ماجه وغيره عن عبد الله بن عمرو ابن العاص « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بسعد وهو يتوضأ فقال : ماهذا السرف ؟ فقال : أفى الوضوء إسراف ؟ فقال نعم وإن كنت على نهر جار » حلية (قوله ومنه) أى من الإسراف الزيادة على الثلاث أى فى الغسلات مع اعتقاد أن ذلك هو السنة لما قدمناه من أن الصحيح أن النهى محمول على ذلك ، فإذا لم يعتقد ذلك وقصد الطمأنينة عند الشك ، أو قصد الوضوء على الوضوء بعد الفراغ منه فلا كراهة كما مر تقريره (قوله فيه) أى فى الماء (قوله تحريما الخ) نقل ذلك فى الحلية عن بعض المتأخرين من الشافعية وتبعه عليه فى البحر وغيره ، وهو مخالف لما قدمناه عن الفتح من عده ترك التقتير والإسراف من المندوبات ، ومثله فى البدائع وغيرها ، لكن قال فى الحلية : ذكر الحلوانى أنه سنة ، وعليه مشى قاضى خان ، وهو وجيه اهـ واستوجهه فى البحر أيضا وكذا فى النهر . قال : والمراد بالسنة المؤكدة لإطلاق النهى عن الإسراف ، وجعل فى المنتقى الإسراف من المنهيات فتكون تحريمية ، لأن إطلاق الكراهة مصروف إلى التحريم وبه يضعف جعله مندوبا .

أقول : قد تقدم أن النهى عنه فى حديث « فمن زاد على هذا أو نقص فقد تعدى وظلم »محمول على الاعتقاد عندنا كما صرح به فى الهداية وغيرها . وقال فى البدائع إنه الصحيح ، حتى لو زاد أو نقص واعتقد أن الثلاث سنة لا يلحقه الوعيد ، وقدمنا أنه صريح فى عدم كراهة ذلك يعنى كراهة تحريم ، فلا ينافى الكراهة التنزيهية ، فما مشى عليه هنا فى الفتح والبدائع وغيرهما من جعل تركه مندوبا مبنى على ذلك التصحيح فيكره تنزيها،ولاينافيه عده من المنهيات كما عد منها لطم الوجه بالماء ، فإن المكروه تنزيها منهى عنه حقيقة اصطلاحا ومجازا لغة كما فى التحرير . وأيضا فقد عده فى الخزانة السمرقندية من المنهيات ، لكن قيده بعدم اعتقاد تمام السنة بالثلاث كما نقله الشيخ إسمعيل، وعليه يحمل قول من جعل تركه سنة ، وليست الكراهة مصروفة إلى التحريم مطلقا كما ذكرناه آنفا ، على أن الصارف للنهى عن التحريم ظاهر ،فإن من أسرف فى الوضوء بماء النهر مثلا مع عدم اعتقاد سنية ذلك ، نظير من ملأ إناء من النهر ثم أفرغه فيه ، وليس فى ذلك محذور سوى أنه عبث لافائدة فيه ، وهو فى الوضوء زائد على المأمور به فلذا سمى فى الحديث إسرافا :

فحرام (وتثليث المسح بماء جديد) أما بماء واحد فمندوب أو مسنون .

ومن منتهياته التوضؤ بفضل ماء المرأة وفى موضع نجس ، لأن لماء الوضوء حرمة ، أو فى المسجد إلا فى إناء أو فى موضع أعد لذلك ، وإلقاء النخامة ، والامتخاط فى الماء .

قال فى القاموس : الإسراف التبذير أو ما أنفق فى غير طاعة ، ولا يلزم من كونه زائدا على المأمور به وغير طاعة أن يكون حراما ، نعم إذا اعتقد سنيته يكون قد تعدى وظلم لاعتقاده ماليس بقربة قربة ، فلذا حمل علماؤنا النهى على ذلك ، فحينئذ يكون منهيا عنه ويكون تركه سنة مؤكدة ، ويؤيده ماقدمه الشارح عن الجواهر من أن الإسراف فى الماء الجارى جائز لأنه غير مضيع ، وقدمنا أن الجائز قد يطلق على مالا يمتنع شرعا فيشمل المكروه تنزيها ، وبهذا التقرير تتوافق عباراتهم . وأما ماذكره الشارح هنا فقد علمت أنه ليس من كلام مشايخ المذهب فلا يعارض ماصرحوا به وصححوه ، هذا ما ظهر لى فى هذا المقام والسلام (قوله فحرام) لأن الزيادة غير مأذون بها ، لأنه إنما يوقف ويساق لمن يتوضأ الوضوء الشرعى ولم يقصد إباحتها لغير ذلك حلية . وينبغى تقييده بما ليس بجار كالذى فى صهريج أو حوض أو نحو إبريق ، أما الجارى كماء مدارس دمشق وجوامعها فهو من المباح كماء النهر كما أفاده الرحمتى (قوله ومن منهياته) يشمل المكروه تنزيها فإنه منهى عنه اصطلاحا حقيقة كما قدمناه عن التحرير آنفا ، فافهم (قوله التوضؤ الخ) قال فى السراج : ولا يجوز للرجل أن يتوضأ ويغتسل بفضل المرأة اهـ ومفاده أنه يكره تحريما . وعند الإمام أحمد إذا اختلت امرأة مكلفة بماء قليل كخلوة نكاح وتطهرت به فى خلوتها طهارة كاملة عن حدث لايصح لرجل أو خنثى أن يرفع به حدثه كما هو مسطور فى متون مذهبه ، وهو أمر تعبدى ؛ لما رواه الخمسة « أنه صلى الله عليه وسلم نهى أن يتوضأ الرجل بفضل طهور المرأة » قال فى [غرر الأفكار شرح درر البحار] فى فصل المياه بعد ماذكر المسألة : ولنا ماروى مسلم « أن ميمونة قالت : اغتسلت من جفنة ففضلت فيها فضلة ، فجاء النبى صلى الله عليه وسلم يغتسل ، فقلت : إنى قد اغتسلت منه ، فقال : الماء ليس عليه جنابة » وما روى أحمد منسوخ بهذا اهـ .

أقول : مقتضى النسخ أنه لايكره تحريما عندنا بل ولا تنزيها ، وهو مخالف لما مر عن السراج . وفيه أن دعوى النسخ تتوقف على العلم بتأخر الناسخ ، ولعله مأخوذ من قول ميمونة إنى قد اغتسلت ، فإنه يشعر بعلمها بالنهى قبله فيكون الناسخ متأخرا ، والله أعلم . وقد صرح الشافعية بالكراهة فينبغى كراهته وإن قلنا بالنسخ مراعاة للخلاف ، فقد صرحوا بأنه يطلب مراعاة الخلاف ، وقد علمت أنه لايجوز التطهير به عند أحمد .

[تنبيه] ينبغى كراهة التطهير أيضا أخذا مما ذكرنا وإن لم أره لأحد من أئمتنا بماء أو تراب من كل أرض غضب عليها إلا بئر الناقة بأرض ثمود ، فقد صرح الشافعية بكراهته ولايباح عند أحمد . قال فى شرح المنتهى الحنبلى : لحديث ابن عمر « إن الناس نزلوا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم على الحجر أرض ثمود فاستقوا من آبارها وعجنوا به العجين ، فأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يهريقوا مااستقوا من آبارها ويعلفوا الإبل العجين ، وأمرهم أن يستقوا من البئر التى كانت تردها الناقة » حديث متفق عليه . قال : وظاهره منع الطهارة به ، وبئر الناقة هى البئر الكبيرة التى يردها الحجاج فى هذه الأزمنة اهـ (قوله والامتخاط) معطوف على إلقاء ، وقوله فى الماء متعلق بأحدهما على التنازع .

(وينقضه خروج) كل خارج (نجس) بالفتح ويكسر (منه) أى من المتوضئ الحى معتادا أولا ، من السبيلين أولا (إلى مايطهر) بالبناء للمفعول : أى يلحقه حكم التطهير .

مطلب نواقض الوضوء

(قوله وينقضه الخ) النقض فى الجسم : فك تأليفه ، وفى غيره إخراجه عن إفادة المقصود منه كاستباحة الصلاة فى الوضوء بحر ، وأفاد بقوله خروج نجس أن الناقض خروجه لاعينه بشرط الخروج ، واستظهر فى الفتح الثانى بما حاصله أن الطهارة ترتفع بضدها وهى النجاسة القائمة بالخارج ، لأن الضد هو المؤثر فى رفع ضده ، وبحث فيه شرح المنية الكبير فراجعه (قوله كل خارج) لعل فائدته التعميم من أول الأمر لئلا يتوهم اختصاص النجس بالمعتاد أو الكثير تأمل (قوله بالفتح ويكسر) أشار إلى أن الفتح أولى، لقول صدر الشريعة : والرواية النجس بفتح الجيم وهو عين النجاسة ، وأما بكسرها فما لايكون طاهرا ، هذا اصطلاح الفقهاء . وأما فى اللغة فيقال : نجس الشيء ينجس فهو نجس ونجس اه ، فهما لغة مالا يكون طاهرا : أى سواء كان نجس العين أو عارض النجاسة كالحصاة الخارجة من الدبر ، والناقض فى الحقيقة النجاسة العارضة لها ، فكان الفتح أولى من هذه الجهة أيضا وإن قال فى البحر إنه بالكسر أعم تأمل ؛ ثم على الفتح يكون بدلا من قوله خارج لاصفة لأنه اسم جامد ، بخلاف المكسور فإنه بمعنى متنجس تأمل (قوله أى من المتوضئ) تفسير للضمير أخذا من المقام والمتوضئ من اتصف بالوضوء ، واحترز بالحى عن الميت ، فإنه لو خرجت منه نجاسة لم يعد وضوءه بل يغسل موضعها فقط ، إذ لو كان الخروج حدثا لكان الموت كذلك إذ هو فوقه : وتمامه فى النهر (قوله معتادا) كالبول والغائط ، أولا كالدودة والحصاة ، وهذا تعميم لقوله نجس نبه به على خلاف الإمام مالك حيث قيده بالمعتاد كما نبه بما بعده على خلاف الإمام الشافعى حيث قيده بالخارج من السبيلين (قوله أى يلحقه حكم التطهير) فائدة ذكر الحكم دفع ورود داخل العين وباطن الجرح ، إذ حقيقة التطهير فيهما ممكنة ، وإنما الساقط حكمه نهر وسراج . ويظهر منه أن الكلام فى جرح يضره الغسل بالماء ، فلو لم يضر نقض ماسال فيه لأن حكم التطهير وهو وجوب غسله غير ساقط ؛ والمراد بالتطهير مايعم الغسل والمسح فى الغسل أو فى الوضوء كما ذكره ابن الكمال ، ليشمل مالو سال إلى محل يمكن مسحه دون غسله للعذر كما أشار إليه فى الحلية أيضا . وزاد فى شرح المنية الكبير بعد قوله فى الغسل أو فى الوضوء قوله أو فى إزالة النجاسة الحقيقية ؛ لئلا يرد مالو افتصد وخرج منه دم كثير ولم يتلطخ رأس الجرح فإنه ناقض مع أنه لم يسل إلى مايلحقه حكم التطهير لأنه سال إلى المكان دون البدن ، وبزيادة ذلك لايرد لأن المكان يجب تطهيره فى الجملة للصلاة عليه ، ولهذا عمم فى البحر مايلحقه حكم التطهير بقوله من بدن وثوب ومكان .

أقول : يرد عليه مالوسال إلى نهر ونحوه مما لايصلى عليه ، ومالومص العلق أو القراد الكبير وامتلأ دما فإنه ناقض كما سيأتى متنا ، فالأحسن مافى النهر عن بعض المتأخرين من أن المراد السيلان ولو بالقوة : أى فإن دم الفصد ونحوه سائل إلى مايلحقه حكم التطهير حكما تأمل .

ثم اعلم أن المراد بالحكم الوجوب كما صرح به غير واحد . زاد فى الفتح أو الندب ، وأيده فى الحلية وتبعه فى البحر بقولهم : إذا نزل الدم إلى قصبة الأنف نقض ، وليس ذلك إلا لكون المبالغة فى الاستنشاق لغير الصائم مسنونة ، وحدها أن يصل الماء إلى مااشتد من الأنف : ورده فى النهر بأن المراد بالقصبة مالان من الأنف ، ولذا عبر به الزيلعى كالهداية ، ومعلوم أن مالان يجب تطهيره لايندب ، فلا حاجة إلى زيادة الندب .

ثم المراد بالخروج من السبيلين مجرد الظهور وفى غيرهما عين السيلان ولو بالقوة ، لما قالوا : لو مسح الدم كلما خرج ولو تركه لسال نقض وإلا لا ، كما لو سال فى باطن عين أو جرح أو ذكر ولم يخرج . وكدمع وعرق إلا عرق مدمن الخمر فناقض على ماسيذكره المصنف ، ولنا فيه كلام (و) خروج غير نجس مثل (ريح أو دودة

أقول : صرح فى غاية البيان بأن الرواية مسطورة فى كتب أصحابنا بأنه إذا وصل إلى قصبة الأنف ينتقض وإن لم يصل إلى مالان خلافا لزفر ، وأن قول الهداية ينتقض إذا وصل إلى مالان بيان لاتفاق أصحابنا جميعا أى لتكون المسألة على قول زفر أيضاً ، قال لأن عنده لا ينتقض مالم يصل إلى مالان لعدم الظهور قبله . فهذا صريح فى أن المراد بالقصبة مااشتد ، فاغتنم هذا التحرير المفرد الملخص مما علقناه على البحر ومن رسالتنا المسماة [الفوائد المخصصة بأحكام كى الحمصة] (قوله مجرد الظهور) من إضافة الصفة إلى الموصوف : أى الظهور المجردة عن السيلان ، فلو نزل البول إلى قصبة الذكر لاينقض لعدم ظهوره ، بخلاف القلفة فإنه بنزوله إليها ينقض الوضوء ، وعدم وجوب غسلها للحرج ، لا لأنها فى حكم الباطن كما قاله الكمال ط (قوله عين السيلان) اختلف فى تفسيره ؛ ففى المحيط عن أبى يوسف أن يعلو وينحدر . وعن محمد إذا انتفخ على رأس الجرح وصار أكثر من رأسه نقض . والصحيح لا ينقض اه . قال فى الفتح بعد نقله ذلك : وفى الدراية جعل قول محمد أصح ومختار السرخسى الأول وهو الأولى اه . أقول : وكذا صححه قاضى خان وغيره . وفى البحر تحريف تبعه عليه ح فاجتنبه (قوله لما قالوا) علة للمبالغة ط (قوله لو مسح الدم كلما خرج الخ) وكذا إذا وضع عليه قطنا أو شيئا آخر حتى ينشف ثم وضعه ثانيا وثالثا فإنه يجمع جميع مانشف ، فإن كان بحيث لو تركه سال نقض . وإنما يعرف هذا بالاجتهاد وغالب الظن ، وكذا لو ألقى عليه رمادا أو ترابا ثم ظهر ثانيا فتربه ثم وثم فإنه يجمع . قالوا : وإنما يجمع إذا كان فى مجلس واحد مرة بعد أخرى ، فلو فى مجالس فلا تاترخانية ، ومثله فى البحر .

أقول : وعليه فما يخرج من الجرح الذى ينز دائما وليس فيه قوة السيلان ولكنه إذا ترك يتقوى باجتماعه ويسيل عن محله فإذا نشفه أو ربطه بخرقة وصار كلما خرج منه شىء تشربته الخرقة ينظر ، إن كان ماتشربته الخرقة فى ذلك المجلس شيئا فشيئا بحيث لو ترك واجتمع أسال بنفسه نقض وإلا لا ، ولا يجمع مافى مجلس إلى مافى مجلس آخر ، وفى ذلك توسعة عظيمة لأصحاب القروح ولصاحب كى الحمصة ، فاغتنم هذه الفائدة ، وكأنهم قاسوها على القىء ؛ ولما لم يكن هنا اختلاف سبب تعين اعتبار المجلس فتنبه (قوله كما لو سال) تشبيه فى عدم النقض ، لأنه فى هذه المواضع لايلحقه حكم التطهير كما قدمناه (قوله أو جرح) بضم الجيم قاموس ، أما بالفتح فهو المصدر (قوله ولم يخرج) أى لم يسل .

أقول : وفى السراج عن الينابيع : الدم السائل على الجراحة إذا لم يتجاوز . قال بعضهم : هو طاهر حتى لو صلى رجل بجنبه وأصابه منه أكثر من قدر الدرهم جازت صلاته وبهذا أخذ الكرخى وهو الأظهر . وقال بعضهم نجس ، وهو قول محمد اه ومقتضاه أنه غير ناقض ، لأنه بقى طاهرا بعد الإصابة ، إن المعتبر خروجه إلى محل يلحقه حكم التطهير من بدن صاحبه(١) فليتأمل (قوله وكدمع) أى بلا علة كما سيأتى ، وهو معطوف على قوله كما لو سال (قوله على ماسيذكره المصنف) أى فى مسائل شتى آخر الكتاب (قوله ولنا فيه كلام) نقله ح . وحاصله أنه قول ضعيف وتخريج غريب فلا يعول عليه ط (قوله وخروج الخ) عطف على قوله خروج كل خارج (قوله مثل ريح) فإنها تنقض لأنها منبعثة عن محل النجاسة لا لأن عينها نجسة ، لأن الصحيح أن عينها

---

(١) (قوله من بدن صاحبه) متعلق بخروجه : أى سيلانه من بدن صاحبه ، وليس صفة لمحل حتى يرد عليه أنه لو أصاب عضوا آخر من المجروح يكون مقتضاه أن الحكم مخالف لمسألة الأجنبى مع أنه لا فرق بينهما فأمل اه .

أو حصاة من دبر لا) خروج ذلك من جرح ،ولا خروج (ريح من قبل) غير مفضاة أما هي فيندب لها الوضوء وقيل يجب ، وقيل لو منتنة (وذكر) لأنه اختلاج ؛حتى لو خرج ريح من الدبر وهو يعلم أنه لم يكن من الأعلى فهو اختلاج فلا ينقض، وإنما قيد بالريح لأن خروج الدودة والحصاة منهما ناقض إجماعا كما فى الجوهرة (ولا) خروج (دودة من جرح أو أذن أو أنف) أو فم (وكذا لحم سقط منه) لطهارتهما وعدم السيلان فيما عليهما وهو مناط النقض (والمخرج) بعصر .

(والخارج) بنفسه (سيان) فى حكم النقض على المختار كما فى البزازية ،قال لأن فى الإخراج خروجا فصار كالفصد :

طاهرة ،حتى لو لبس سراويل مبتلة أو ابتل من أليتيه الموضع الذى تمر به الريح فخرج الريح لا يتنجس ، وهو قول العامة . وما نقل عن الحلوانى من أنه كان لا يصلى بسراويله فورع منه بحر (قوله من دبر) وكذا من ذكر أو فرج فى الدودة والحصاة بالإجماع كما سيذكره الشارح لما عليهما من النجاسة كما اختاره الزيلعى أو لتولد الدودة من النجاسة كما فى البدائع . وعلى الثانى فعطف أو دودة من عطف الخاص على العام لدخوله تحت قوله خروج نجس إلى مايطهر ، وكذا عطفها وعطف الحصاة على التعليل الأول لتحقق خروج الخارج النجس وهو ماعليهما ؛ وعلى كل فقوله أو دودة(١) معطوف بالنظر إلى كلام الشارح على قوله وخروج غير نجس لا على ريح فتدبر (قوله لا خروج ذلك) أى المذكور من الثلاثة . قال ح : وهو يقتضى أن الريح تخرج من الجرح وهو كذلك كما فى القهستانى . وحكم الدودة مكرر مع قول المصنف بعد ودودة من جرح ط (قوله أما هى الخ) أى المفضاة : وهى التى اختلط سبيلها : أى مسلك البول والغائط ، فيندب لها الوضوء من الريح : وعن محمد يجب احتياطاً . وبه أخذ أبو حفص ، ورجحه فى الفتح بأن الغالب فى الريح كونها من الدبر : ومن أحكامها أنه لا يحلها الزوج الثانى للأول مالم تحبل لاحتمال الوطء فى الدبر ، وأنه لا يحل وطؤها إلا إن أمكن الإتيان فى القبل بلا تعد ؛ وأما التى اختلط مسلك بولها ووطئها فينبغى أن لا تكون كذلك ، لأن الصحيح عدم النقض بالريح الخارجة من الفرج، ولأنه لا يمكن الوطء فى مسلك البول أفاده فى البحر (قوله وقيل لو منتنة) أى لأن نتنها دليل أنها من الدبر: وعبارة الشيخ إسمعيل : وقيل إن كان مسموعا أو ظهر نتنه فهو حدث وإلا فلا (قوله وذكر) لا حاجة إلى ذكره مع شمول القبل إياه كما يشهد له استعمالها اهـ ح (قوله لأنه اختلاج) أى ليس بريح حقيقة ،ولو كان ريحا فليست بمنبعثة عن محل النجاسة فلا تنقض كما قدمناه (قوله وهو يعلم) أى يظن ، لأن الظن كاف فى هذا الباب ح أى الظن الغالب . وقال الرحمتى : شرط العلم بعدم كونه من الأعلى ، فأفاد النقض عند الاشتباه تبعاً للحلبى فى شرح المنية . وفى المنح عن الخلاصة : مناط النقض العلم بكونه من الأعلى فلا نقض مع الاشتباه ، وهو موافق للفقه، والحديث الصحيح « حتى يسمع صوتاً أو يشم ريحا » وبه يعلم أنه من الأعلى (قوله منهما) أى من القبل والذكر (قوله لطهارتهما) أى الدودة واللحم وطهارة اللحم بالنسبة إليه ، فقد قالوا : ماأبين من الحى كميتته إلا فى حق نفسه حتى لا تفسد صلاته إذا حمله ط . وفى بعض النسخ بضمير المفردة (قوله وهو) أى السيلان من غير السبيلين مناط النقض : أى علته ط (قوله والمخرج بعصر) أى ماأخرج من القرحة بعصرها وكان لو لم تعصر لا يخرج شىء مساو للخارج بنفسه خلافا لصاحب الهداية وبعض شراحها وغيرهم كصاحب الدرر والملتقى (قوله سيان) تثنية سى ، وبها استغنى عن تثنية سواء كما فى المغنى (قوله فى حكم النقض) الإضافة للبيان ط (قوله قال) أى صاحب البزازية ط (قوله لأن فى الإخراج خروجا) جواب عما وجه به القول بعدم النقض بالمخرج من أن الناقض

---

(١) (قوله أو دودة) كذا بالأصل المقابل على خط المؤلف ، والذى فى المتن : ولا دودة اهـ مصححه .

وفى الفتح عن الكافى أنه الأصح ، واعتمده القهستانى . وفى القنية وجامع الفتاوى إنه الأشبه ، ومعناه أنه الأشبه بالمنصوص رواية والراجح دراية ؛ فيكون الفتوى عليه .

(و) ينقضه (قىء ملأ فاه) بأن يضبط بتكلف (من مرة) بالكسر : أى صفراء (أو علق) أى سوداء ؛ وأما العلق النازل من الرأس فغير ناقض (أو طعام أو ماء) إذا وصل إلى معدته وإن لم يستقر ،

خروج النجس وهذا إخراج . والجواب أن الإخراج مستلزم للخروج فقد وجد ، لكن قال فى العناية : إن الإخراج ليس بمنصوص عليه وإن كان يستلزمه ، فكان ثبوته غير قصدى ولا معتبر به اه . وفيه أنه لاتأثير يظهر للإخراج وعدمه بل لكونه خارجا نجسا وذلك يتحقق مع الإخراج كما يتحقق مع عدمه . فصار كالفصد ؛ كيف وجميع الأدلة الموردة من السنة والقياس تفيد تعليق النقض بالخارج النجس وهو ثابت فى المخرج اه فتح . واستوجهه تلميذه ابن أميرحاج فى الحلية ، وكذا شارح المنية والمقدسى . وارتضى فى البحر مافى العناية حيث ضعف به مافى الفتح .

ولك أن تجعل مافى الفتح مضعف له كما قررناه بناء على أن الناقض الخارج النجس لاالخروج . وفى حاشية الرملى : لايذهب عنك أن تضعيف العناية لايصادم قول شمس الأئمة ، وهو الأصح (قوله واعتمده القهستانى) حيث جعل القول بعدم النقض فاسدا لأنه يلزم منه أنه لو أخرج الريح أو الغائط أو غيرهما من السبيلين لكان غير ناقض اه (قوله ومعناه الخ) نقله فى الأشبه عن البزازية ، وقدمناه فى رسم المفتى (قوله بالمنصوص رواية) أى بالذى نص عليه من جهة الرواية للأدلة الموردة من السنة أو بالفروع المروية عن المجتهد (قوله والراجح دراية) بالرفع عطفا على الأشبه : أى الراجح من جهة الدراية : أى إدراك العقل بالقياس على غيره كمسألة الفصد ومص العلقة فإنها مما لاخلاف فيه ، وكإخراج الريح ونحوه ، وهذا التقرير معنى ماقدمناه آنفا عن الفتح : فالمراد بالرواية النصوص من السنة أومن المجتهد ، وبالدراية القياس فافهم (قوله فيكون) تفريع على قوله ومعناه الخ إذ هو من عبارة البزازية فافهم (قوله وينقضه قىء) أفرده بالذكر مع دخوله فى خروج نجس لمخالفته له فى حد الخروج ، وأما السيلان فى غير السبيلين فمستفاد من الخروج نهر (قوله بأن يضبط) أى يمسك بتكلف ، وهذا مامشى عليه فى الهداية والاختيار والكافى والخلاصة ، وصححه فخر الإسلام وقاضى خان . وقيل مالا يقدر على إمساكه . قال فى البدائع : وعليه اعتمد الشيخ أبو منصور وهو الصحيح . وفى الحلية : الأول : الأشبه (قوله بالكسر) أى مع تشديد الراء المهملة ، وهى أحد الأخلاط الأربعة : الدم ، والمرة السوداء والمرة الصفراء ، والبلغم اه غاية البيان (قوله أو علق الخ) العلق لغة : دم منعقد كما هو أحد معانيه ، لكن المراد به هنا سوداء محترقة كما فى الهداية وليس بدم حقيقة كما فى الكافى ، ولهذا اعتبر فيه ملء الفم ، وإلا فخروج الدم ناقض بلا تفصيل بين قليله وكثيره على المختار اه أخى جلبى وغيره (قوله فغير ناقض) أى اتفاقاً كما فى شرح المنية . وذكر فى الحلية أن الظاهر أن الكثير منه وهو ماملأ الفم ناقض .

والحاصل أنه إما أن يكون من الرأس أو من الجوف ، علقا أو سائلا ، فالنازل من الرأس إن علقا لم ينقض اتفاقاً ، وإن سائلا نقض اتفاقاً . والصاعد من الجوف إن علقا فلا اتفاقاً مالم يملأ الفم ، وإن سائلا فعنده ينقض مطلقاً . وعند محمد لامالم يملإ الفم كذا فى المنية وشرحها والتاترخانية .

وذكر فى البحر قول أبى يوسف مع الإمام وقال : واختلف التصحيح ، فصحح فى البدائع قولهما . قال وبه أخذ عامة المشايخ . وقال الزيلعى إنه المختار ، وصحح فى المحيط قول محمد وكذا فى السراج معزيا إلى الزجيز اه .

وهو نجس مغلظ ولو من صبي ساعة ارتضاعه هو الصحيح لمخالطة النجاسة ذكره الحلبي :

ولو هو في المرىء فلا نقض اتفاقا كقيء حية أو دود كثير لطهارته في نفسه ، كماء فم النائم فإنه طاهر مطلقا به يفتى ، بخلاف ماء فم الميت فإنه نجس كقيء عين خمر أو بول وإن لم ينقض لقلته لنجاسته بالأصالة لا بالمجاورة (لا) ينقضه قيء من (بلغم) على المعتمد (أصلا) إلا المخلوط بطعام فيعتبر الغالب ، ولو استويا فكل على حدة (و) ينقضه (دم) مائع من جوف أو فم

واعلم أنه وقع في عبارة كل من البحر والنهر والزيلعي إيهام ، وبما نقلناه من الحاصل يتضح المرام (قوله وهو نجس مغلظ) هذا ما صرحوا به في باب الأنجاس ، وصحح في المجتبى أنه مخفف. قال في الفتح : ولا يعرى عن إشكال ، وتمامه في النهر (قوله هو الصحيح) مقابله ما في المجتبى عن الحسن أنه لا ينقض لأنه طاهر حيث لم يستحل ، وإنما اتصل به قليل القيء فلا يكون حدثاً . قال في الفتح : قيل وهو المختار . ونقل في البحر تصحيحه عن المعراج وغيره (قوله ذكره الحلبي) أي في شرح المنية الكبير ، حيث قال : والصحيح ظاهر الرواية أنه نجس لمخالطته النجاسة وتداخلها فيه بخلاف البلغم اهـ .

أقول : وحيث صحح القولان فلا يعدل عن ظاهر الرواية ، ولذا جزم به الشارح (قوله ولو هو في المريء) محترز قوله إذا وصل إلى معدته قال ح : المريء بفتح الميم مهموز الآخر ، مجرى الطعام والشراب اهـ (قوله لطهارته في نفسه) أفرد الضمير لأن العطف بأو ، ط . وينبغي النقض إذا ملأ الفم على القول بنجاسته بحر ونهر ، ولكن سيأتي في باب المياه أن الحية البرية تفسد الماء إذا ماتت فيه ، ومقتضاه أنها نجسة فلعل ما هنا محمول على ما إذا كانت صغيرة جداً بحيث لا يكون لها دم سائل ، لأنها حينئذ لا تفسد الماء فتكون طاهرة كالدود (قوله في نفسه) أي وما عليه قليل لا يملأ الفم فلا يعتبر ناقضا ط (قوله مطلقا) أي سواء كان من الرأس أو من الجوف ، أصفر منتناً أو لا (قوله به يفتى) كذا في البحر عن التجنيس : أي خلافا لما اختاره أبو نصر ، من أنه لو صعد من الجوف أصفر منتناً كان كالقيء ولقول أبي يوسف إنه نجس (قوله كقيء عين خمر أو بول) أي بأن شرب خمراً أو بولا ثم قاء نفس الخمر أو البول (قوله وإن لم ينقض لقلته الخ) أي وإن لم يكن ناقضاً لأجل قلته لو فرض قليلا فهو أيضا نجس لنجاسته بالأصالة ، بخلاف قيء نحو طعام فإنه إنما ينجس بالمجاورة إذا كان كثيراً ملأ الفم ، فلا ينقض القليل منه ولا ينجس (قوله لقلته) علة لقوله لم ينقض ، وقوله لنجاسته علة لقوله بخلاف ح . والأولى جعله علة لتشبيهه بماء فم الميت فافهم (قوله أصلا) أي سواء كان صاعدا من الجوف أو نازلا من الرأس ح خلافاً لأبي يوسف في الصاعد من الجوف وإليه أشار بقوله على المعتمد ، ولو أخره لكان أولى (قوله فيعتبر الغالب) فإن كانت الغلبة للطعام وكان بحال لو انفرد ملأ الفم نقض ، وإن كانت الغلبة للبلغم وكان بحال لو انفرد ملأ الفم كانت المسألة على الإختلاف اهـ تاترخانية (قوله فكل على حدة) فإن كان كل منهما ملأ الفم انتقض الوضوء بالطعام اتفاقا وإلا فلا اتفاقا ، ولا يضم أحدهما إلى الآخر فلا يعتبر ملء الفم منهما جميعاً (قوله مائع) احتراز عن العلق ، وقد مر (قوله من جوف أو فم) هو ظاهر كلام الشارحين وكذا صرح ابن ملك بأن الخارج من الجوف إذا غلبه البزاق لا ينقض اتفاقا ، وظاهر كلام الزيلعي أنه ينقض وإن قل ولا يخفى عدم صحته لمخالفته المنقول مع عدم تعقل فرق بين الخارج من الفم والخارج من الجوف المختلطين بالبزاق بحر ، وعبارة النهر هنا مقلوبة ، فتنبه .

ورد الرحمتي ما في البحر بأن كلام ابن ملك لا يعارض كلام الزيلعي لعلو مرتبة الزيلعي ، وبأن قوله مع عدم

(غلب على بزاق) حكما للغالب (أو ساواه) احتياطا (لا) ينقضه (المغلوب بالبزاق) والقيح كالدم والاختلاط بالمخاط كالبزاق .

(وكذا ينقضه علقة مصت عضوا وامتلأت من الدم ، ومثلها القرادان) كان (كبيرا) لأنه حينئذ (يخرج منه دم مسفوح) سائل (وإلا) تكن العلقة والقراد كذلك (لا) ينقض (كبعوض وذباب) كما فى الخانية لعدم الدم المسفوح . وفى القهستانى : لانقض مالم يتجاوز الورم ؛ ولو شــد بالرباط إن نفذ البلل للخارج نقض

تعقل فرق الخ يقال عليه هو متعقل واضح ، لأن المغلوب الخارج من الفم لم يخرج بقوة نفسه بل بقوة البزاق فلم يكن ناقضاً كما عللوه بذلك ، والخارج من الجوف قد خرج بقوة نفسه ، لأنه لم يختلط بالبزاق إلا بعد خروجه من الجوف ، لأن البزاق لايخرج من الجوف بل محله الفم انتهى ، وحينئذ فإطلاق الشارحين محمول على غير الخارج من الجوف ، فلا يكون كلام الزيلعى مخالفاً للمنقول ، والله أعلم (قوله غلب على بزاق) بالزاى والسين والصاد كما فى شرح المنية ، وعلامة كون الدم غالباً أو مساوياً أن يكون البزاق أحمر ، وعلامة كونه مغلوبا أن يكون أصفر بحر ط (قوله احتياطا) أى لاحتمال السيلان وعدمه فرجح الوجود احتياطا ، بخلاف ما إذا شك فى الحدث لأنه لم يوجد إلا مجرد الشك ولا عبرة له مع اليقين بحر عن المحيط (قوله والقيح كالدم) قال العلامة الشيخ إسماعيل لم أقف لأحد على ذكر علامة الغلبة وعدمها فيه (قوله والاختلاط بالمخاط الخ) وما نقل عن الثانى من جواهر الفتاوى فضعيف ، نعم حكى فى البزازية كراهة الصلاة على خرقته عندهما للإخلال بالتعظيم .

وفى المنية : انتثر فسقط من أنفه كتلة دم لم ينتقض اه أى لما تقدم من أن العلق خرج عن كونه دماً [illegible] وانجماده شرح (قوله علقة) دويبة فى الماء تمص الدم قاموس (قوله وامتلأت) كذا فى الخانية . وقال لأنها لو شقت يخرج منها دم سائل اه . والظاهر أن الامتلاء غير قيد ، لأن العبرة للسيلان كما أفاده ط (قوله القراد) كغراب دويبة قاموس (قوله كذلك) أى بأن لم تكن العلقة امتلأت بحيث لايسيل دمها ولم يكن القراد كبيراً (قوله وفى القهستانى الخ) محل ذكر هذه المسألة والتى بعدها عند قوله وينقضه خروج نجس إلى يطهر ح (قوله لانقض الخ) أى لو تورم رأس جرح فظهر به قيح ونحوه لاينتقض مالم يتجاوز الورم ، لأنه لايجب غسل موضع الورم فلم يتجاوز إلى موضع يلحقه حكم التطهير اه فتح عن المبسوط : أى إذا كان يضره غسل ذلك المتورم ومسحه ، وإلا فينبغى أن ينتقض ، فليتنبه لذلك حلية (قوله ولو شد الخ) قال فى البدائع : ولو ألقى على الجرح الرماد أو التراب فتشرب فيه أو ربط عليه رباطاً فابتل الرباط ونفذ قالوا يكون حدثاً لأنه سائل ، وكذا لو كان الرباط ذا طاقين فنفذ إلى أحدهما لما قلنا اه . قال فى الفتح : ويجب أن يكون معناه إذا كان بحيث لولا الربط سال ، لأن القميص لو تردد على الجرح فابتل لاينجس مالم يكن كذلك لأنه ليس بحدث اه أى وإن فحش كما فى المنية ، ويأتى .

مطلب فى حكم كى الحمصة

[تنبيه] علم مما هنا ومما مر من أنه لافرق بين الخارج والمخرج حكم كى الحمصة ، وهو أنه إذا كان الخارج منه دماً أو قيحاً أو صديداً وكان بحيث لوترك لم يسل وإنما هو مجرد رشح ونداوة لاينقض وإن عم الثوب وإلا نقض بمجرد ابتلال الرباط ، ولا تنس ماقدمناه من أنه إنما يجمع إذا كان فى مجلس ، ثم إن كان الخارج ماء صافيا فهو كالدم . وعن الحسن أنه لاينقض . والصحيح الأول كما ذكره قاضيخان ، لكن فى الثانى توسعة لمن به جدرى أو جرب كما قاله الإمام الحلوانى ، ولا بأس بالعمل به هنا عند الضرورة .

(ويجمع متفرق القئ) ويجعل كقئ واحد (لاتحاد السبب) وهو الغثيان عند محمد وهو الأصح ، لأن الأصل إضافة الأحكام إلى أسبابها إلا لمانع كما بسط فى الكافى :

(و) كل (ماليس بحدث) أصلا بقرينة زيادة الباء كقيء قليل ودم لو ترك لم يسل (ليس بنجس) عند الثانى وهو الصحيح رفقا بأصحاب القروح خلافا لمحمد. وفى الجوهرة : يفتى بقول محمد لو المصاب مائعا :

وأما ماقيل(١) من أن العصابة مادامت على الكي لاينتقض الوضوء ، وإن امتلأت قيحاً ودماً لم يسل من أطرافها أو تحل فيوجد فيها مافيه قوة السيلان لولا الربط فينتقض حين الحل لاقبله لمفارقتها موضع الجراحة ، فقد أوضحنا مافيه فى رسالتنا [الفوائد المخصصة بأحكام كى الحمصة] (قوله ويجمع متفرق القيء الخ) أى لو قاء متفرقا بحيث لو جمع صار ملء الفم ؛ فأبو يوسف يعتبر اتحاد المجلس ، فإن حصل ملء الفم فى مجلس واحد نقض عنده وإن تعدد الغثيان . ومحمد يعتبر اتحاد السبب وهو الغثيان اھ درر . وتفسير اتحاده أن يقىء ثانيا قبل سكون النفس من الغثيان ، فإن بعد سكونها كان مختلفا بحر ؛ والمسألة رباعية، لأنه إما أن يتحد فينتقض اتفاقا ، أو يتعدد فلا اتفاقاً ، أو يتحد السبب فقط أو المجلس فقط ، وفيهما الخلاف (قوله وهو الغثيان) أى مثلا ، فانه قد يكون بنحو ضرب وتنكيس بعد امتلاء المعدة اھ غنيمى : وضبطه الحموى بفتح الغين المعجمة والثاء المثلثة والياء المثناة التحتية وبضم الغين وسكون الثاء ، من غثت نفسه : هاجت واضطربت صرح به فى الصحاح ، والمراد هنا أمر حادث فى مزاج الإنسان منشؤه تغير طبعه من إحساس النتن المكروه اھ ط عن أبى السعود (قوله إضافة الأحكام) كالنقض ووجوب سجود التلاوة ط (قوله إلى أسبابها) كالغثيان والتلاوة ط أى لا إلى مكانها لأنه فى حكم الشرط والحكم لايضاف إلى الشرط (قوله إلا لمانع) أى إلا إذا تعذرت إضافتها إلى الأسباب فتضاف إلى المحال كما فى سجدة التلاوة إذا تكرر سببها فى مجلس واحد إذ لو اعتبر السبب وانتفى التداخل(٢) لأن كل تلاوة سبب وتمامه فى البحر ، وهنا كلام نفيس يطلب من شرح الشيخ إسمعيل على الدرر (قوله أصلا) أى فى كل وقت ، فلا يرد الخارج من المحدث ، ومن أصحاب الأعذار ، لأن انتفاء الانتقاض يختص بوقت خاص قهستانى أى فهذا ليس بحدث مع أنه نجس ، فلذا أخرجه بقوله أصلا المستفاد من زيادة الباء التى هى لتأكيد نفى الخبر .

وقد يقال : المراد مايخرج من بدن المتطهر وهو المتبادر ؛ وأما مايخرج من بدن المعذور فهو حدث ، لكن لايظهر أثره إلا بخروج الوقت كما صرحوا به (قوله ليس بنجس) أى لايعرض له وصف النجاسة بسبب خروجه بخلاف القليل من قئ عين الخمر أو البول فإنه وإن لم يكن حدثاً لقلته لكنه نجس بالأصالة لا بالخروج ، هذا ماظهر لى تأمل (قوله وهو الصحيح) كذا فى الهداية والكافى . وفى شرح الوقاية إنه ظاهر الرواية عن أصحابنا الثلاثة اھ إسماعيل (قوله مائعا) أى كالماء ونحوه ، أما فى الثياب والأبدان فيفتى بقول أبى يوسف .

[تتمة] ماذكره المصنف قضية سالبة كلية لامهملة لأن ما للعموم ، وكل مادل عليه فهو سور الكلية كما فى المطول وغيره فتنعكس بعكس النقيض إلى قولنا كل نجس حدث ، لأنه جعل نقيض الثانى أولا ونقيض الأول ثانياً مع بقاء الكيف والصدق بحاله . وما فى الدراية من أنها لاتنعكس ، فلا يقال مالا يكون نجساً لايكون حدثا لأن النوم والجنون والإغماء وغيرها حدث وليست بنجسة اھ يريد به العكس المستوى لأنه جعل الجزء الأول

---

(١) (قوله وأما ما قيل) القائل سيدى عبد الغنى النابلسى اھ منه .
(٢) (قوله وانتفى التداخل) هكذا فى نسخة المؤلف . وفى بعض النسخ لا نتفى الخ ، ولعله الأظهر اھ مصححه .

(و) ينقضه حكما (نوم يزيل مسكه) أى قوته الماسكة بحيث تزول مقعدته من الأرض ، وهو النوم على أحد جنبيه أو وركيه أو قفاه أو وجهه (وإلا) يزل مسكه (لا) ينقض وإن تعمده فى الصلاة أو غيرها على المختار كالنوم قاعدا ولو مستندا إلى مالو أزيل لسقط على المذهب وساجدا على الهيئة المسنونة ولو فى غير الصلاة

ثانيا والثانى أولا مع بقاء الصدق والكيف بحالهما ، والسالبة الكلية تنعكس فيه سالبة كلية أيضاً وتمامه فى شرح الشيخ إسماعيل (قوله وينقضه حكما) نبه على أن هذا شروع فى الناقض الحكمى بعد الحقيقى بناء على أن عينه غير ناقض بل مالا يخلو عنه النائم ، وقيل ناقض . ورجح الأول فى السراج ، وبه جزم الزيلعى ، بل حكى فى التوشيح الاتفاق عليه :

مطلب نوم من به انفلات ريح غير ناقض

وأقول : ينبغى أن يكون عينه ناقضا اتفاقا فيمن فيه انفلات ريح ، إذ مالا يخلو عنه النائم لو تحقق وجوده لم ينقض فالمتوهم أولى نهر .

قلت : فيه نظر ، والأحسن مافى فتاوى ابن الشلبى ، حيث قال : سئلت عن شخص به انفلات ريح هل ينقض وضوءه بالنوم ؟ فأجبت بعدم النقض ، بناء على ماهو الصحيح من أن النوم نفسه ليس بناقض ، وإنما الناقض مايخرج . ومن ذهب إلى أن النوم نفسه ناقض لزمه النقض (قوله نوم) هو فترة طبيعية تحدث للإنسان بلا اختيار منه تمنع الحواس الظاهرة والباطنة عن العمل مع سلامتها واستعمال العقل مع قيامه ، فيعجز العبد عن أداء الحقوق بحر (قوله بحيث) حيثية تقييد : أى كائنا من هذه الجهة وبهذا الاعتبار .

مطلب لفظ حيث موضوع للمكان ويستعار لجهة الشىء

وفى التلويح لفظ حيث موضوع للمكان استعير لجهة الشىء واعتباره ، يقال الموجود من حيث إنه موجود أى من هذه الجهة وبهذا الاعتبار اهـ ؛ فالمراد زوال القوة الماسكة من هذه الجهة التى ذكرها بعد وفسرها بقوله وهو النوم الخ ، فلا يرد أنه قد تزول المقعدة ولا يحصل النقض كالنوم فى السجود (قوله وهو) أى ماتزول به المسكة المذكورة (قوله أو وركيه) الورك بالفتح والكسر وككتف مافوق الفخذ مؤنثة جمعه أوراك قاموس ، ويلزم من الميل على أحد الوركين سواء اعتمد على المرفق أولا زوال مقعدته عن الأرض ، وهو المراد بقول الكنز ومتورك حيث عده ناقضاً كما فى البحر اهـ ح . أقول : وهو غير المتورك الآتى قريباً (قوله على المختار) نص عليه فى الفتح ، وهو قيد فى قوله فى الصلاة . قال فى شرح الوهبانية : ظاهر الرواية أن النوم فى الصلاة قائما أو قاعدا أو ساجدا لايكون حدثا سواء غلبه النوم أو تعمده . وفى جوامع الفقه أنه فى الركوع والسجود لاينقض ولو تعمده ولكن تفسد صلاته اهـ (قوله كالنوم) مثال للنوم الذى لايزيل المسكة ط (قوله لو أزيل لسقط) أى لو أزيل ذلك الشىء لسقط النائم فالجملة الشرطية صفة لشىء (قوله على المذهب) أى على ظاهر المذهب عن أبى حنيفة وبه أخذ عامة المشايخ ، وهو الأصح كما فى البدائع ، واختار الطحاوى والقدورى وصاحب الهداية النقض ، ومشى عليه بعض أصحاب المتون ، وهذا إذا لم تكن مقعدته زائلة عن الأرض وإلا نقض اتفاقا كما فى البحر وغيره (قوله وساجدا) وكذا قائما وراكعا بالأولى ، والهيئة المسنونة بأن يكون رافعا بطنه عن فخذيه مجافياً عضديه عن جنبيه كما فى البحر . قال ط : وظاهره أن المراد الهيئة المسنونة فى حق الرجل لا المرأة (قوله ولو فى غير الصلاة) مبالغة على قوله على الهيئة المسنونة لا على قوله وساجدا ، يعنى أن كونه على الهيئة المسنونة قيد فى عدم النقض ولو

على المعتمد ذكره الحلبي ، أو متوركا أو محتبيا ورأسه على ركبتيه أو شبه المنكب أو فى محمل أو سرج أو إكاف ولو الدابة عريانا ، فإن حال الهبوط نقض وإلا لا .

ولو نام قاعدا يتمايل فسقط ، إن انتبه حين سقط فلا نقض

فى الصلاة ، وبهذا التقرير يوافق كلامه ماعزاه إلى الحلبي فى شرح المنية كما سيظهر (قوله على المعتمد) اعلم أنه اختلف فى النوم ساجدا ؛ فقيل لايكون حدثاً فى الصلاة وغيرها ، وصححه فى التحفة ، وذكر فى الخلاصة أنه ظاهر المذهب . وقيل يكون حدثا ، وذكر فى الخانية أنه ظاهر الرواية ، لكن فى الذخيرة أن الأول هو المشهور . وقيل إن سجد على غير الهيئة المسنونة كان حدثاً وإلا فلا . قال فى البدائع : وهو أقرب إلى الصواب إلا أنا تركنا هذا القياس فى حالة الصلاة للنص كذا فى الحلية ملخصاً ، وصحح الزيلعي مافى البدائع فقال : إن كان فى الصلاة لاينتقض وضوءه لقوله عليه الصلاة والسلام « لاوضوء على من نام قائما أو راكعا أو ساجدا » وإن كان خارجها فكذلك فى الصحيح إن كان على هيئة السجود وإلا ينتقض اه وبه جزم فى البحر وكذلك العلامة الحلبي فى شرح المنية الكبير ، ونقل فيه عن الخلاصة أيضاً أن سجود السهو والتلاوة وكذا الشكر عندهما كسجود الصلاة ، قال لاطلاق لفظ ساجدا فى الحديث ، فيترك به القياس فيما هو سجود شرعا ، ويبقى ماعداه على القياس فينقض إن لم يكن على وجه السنة اه . لكن اعتمد فى شرحه الصغير ماعزاه إليه الشارح من اشتراط الهيئة المسنونة فى سجود الصلاة وغيرها . وذكر فى شرح الوهبانية أنه قيد به فى المحيط وقال وهو الصحيح ومشى عليه فى [نور الإيضاح] وأما قوله فى النهر إنه لم يوجد فى المحيط الرضوى ؛ ففيه أن محيط رضى الدين ثلاثة نسخ كبير وصغير وأوسط ، على أنه قد يكون المراد محيط السرخسى ، والله أعلم .

[تتمة] لو نام المريض وهو يصلى مضطجعا قيل لاتنتقض طهارته كالنوم فى السجود ، والصحيح النقض كما فى الفتح وغيره . زاد فى السراج وبه نأخذ (قوله أو متوركا) بأن يلصق قدميه من جانب ويلصق أليتيه بالأرض فتح (قوله أو محتبيا) بأن جلس على أليتيه ونصب ركبتيه وشد ساقيه إلى نفسه بيديه أو بشيء يحيط من ظهره عليهما شرح المنية (قوله ورأسه على ركبتيه) غير قيد وإنما زاده للرد على الإتقاني فى [غاية البيان] حيث فسر الاتكاء الناقض للوضوء بهذه الهيئة . قال فى شرح المنية : هذه الهيئة لاتعرف فى اللغة اتكاء قطعاً ، وإنما تسمى احتباء ، وإنما سماها الإتقاني بذلك ، وتبعه فيه من لاخبرة له ولا فقه عنده اه (قوله أو شبه المنكب) أى على وجهه وهو كما فى شروح الهداية أن ينام واضعاً أليتيه على عقبيه وبطنه على فخذيه ، ونقل عدم النقض به فى الفتح عن الذخيرة أيضاً ، ثم نقل عن غيرها لو نام متربعا ورأسه على فخذيه نقض . قال : وهذا يخالف مافى الذخيرة ، واختار فى شرح المنية النقض فى مسألة الذخيرة لارتفاع المقعدة وزوال التمكن . وإذا نقض فى التربع مع أنه أشد تمكنا فالوجه الصحيح النقض هنا ، ثم أيده بما فى الكفاية عن المبسوطين من أنه لو نام قاعدا ووضع أليتيه على عقبيه وصار شبه المنكب على وجهه . قال أبو يوسف عليه الوضوء (قوله أو فى محمل) أى إلا إذا اضطجع فيه حلية (قوله أو إكاف) بلدون ياء : برذعة الحمار وهو ككتاب وغراب والمصدر الإيكاف ط عن القاموس ، وأفاد الشارح أن النوم فى سرج وإكاف لاينقض حال الصعود وغيره ، وبه صرح فى المنية (قوله عريانا) قال فى المغرب : فرس عرى لاسرج عليه ولا لبد وجمعه أعراء ، ولا يقال فرس عريان اه . قلت : لكن فى القاموس فرس عرى بالضم بلا سرج ، واعرورى فرساً : ركبه عريانا (قوله نقض) لتجافى المقعدة عن ظهر الدابة حلية (قوله وإلا) بأن كان حال الصعود أو الاستواء منية (قوله حين سقط) أى عند إصابة الأرض بلا

به يفتى كناعس يفهم أكثر ماقيل عنده . والعته لاينقض كنوم الأنبياء عليهم الصلاة والسلام ، وهل ينقض إغماؤهم وغشيهم ؟ ظاهر كلام المبسوط نعم .

(و) ينقضه (إغماء) ومنه الغشي

فصل شرح منية ، وكذا قبل السقوط أو فى حال السقوط ؛ أما لو استقر ثم انتبه نقض لأنه وجد النوم مضطجعاً حلية (قوله به يفتى) كذا فى الخلاصة . وقيل إن ارتفعت مقعدته قبل انتباهه نقض وإن لم يسقط . وفى الخانية عن شمس الأئمة الحلوانى أنه ظاهر المذهب ، وعليه مشى فى [نور الإيضاح] قال فى شرح المنية : والأول أولى لأنه لايتم الاسترخاء بعد مزايلة المقعدة حيث انتبه فورا (قوله كناعس) أى إذا كان غير متمكن ، وقوله يفهم عبر به فى البحر معزياً إلى شروح الهداية وعبر فى السراج والزيلعى والتاترخانية بيسمع . وفى الخانية : النعاس لاينقض الوضوء ، وهو قليل نوم لايشتبه عليه أكثر مايقال عنده . قال الرحمتى : ولا ينبغى أن يغتر الإنسان بنفسه لأنه ربما يستغرقه النوم ويظن خلافه (قوله والعته) هو آفة توجب الاختلال بالعقل بحيث يصير مختلط الكلام فاسد التدبير إلا أنه لايضرب ولا يشتم بحر (قوله لاينقض) قال فى البحر بعد نقله أقوال الأصوليين فى حكم العته : وظاهر كلام الكل الاتفاق على صحة أدائه العبادات ، أما من جعله مكلفا بها فظاهر ، وكذا من جعله كالصبى العاقل ؛ وقد صرحوا بصحة عبادات الصبى ، فيفهم منه أن العته لاينقض الوضوء .

مطلب نوم الأنبياء غير ناقض

(قوله كنوم الأنبياء) قال فى البحر : صرح فى القنية بأنه من خصوصياته صلى الله عليه وسلم(١) ولذا ورد فى الصحيحين « أن النبى صلى الله عليه وسلم نام حتى نفخ ثم قام إلى الصلاة ولم يتوضأ » لما ورد فى حديث آخر «إن عينى تنامان ولا ينام قلبى » .

ولا يشكل عليه ماورد فى الصحيح من « أنه صلى الله عليه وسلم نام ليلة التعريس حتى طلعت الشمس » لأن القلب يقظان يحس بالحدث وغيره مما يتعلق بالبدن ويشعر به القلب ، وليس طلوع الفجر والشمس من ذلك ولا هو مما يدرك بالقلب ، وإنما يدرك بالعين وهى نائمة ، وهذا هو المشهور فى كتب المحدثين والفقهاء كذا فى شرح التهذيب اهـ .

وأجاب القاضى عياض فى الشفاء بأجوبة أخر ، منها أن ذلك إخبار عن أغلب أحواله ، أو أنه لاينام نوما مستغرقا ناقضاً للوضوء (قوله ظاهر كلام المبسوط نعم) كذا فى شرح الشيخ إسماعيل عن شرح الكنز لابن الشلبى. قال بعض الفضلاء : فيه أن علة عدم النقض بنومهم هى حفظ قلوبهم منه ، وهذه العلة موجودة حالة إغمائهم . قال فى المواهب اللدنية : نبه السبكى على أن إغماءهم يخالف إغماء غيرهم ، وإنما هو عن غلبة الأوجاع للحواس الظاهرة دون القلب ، وقد ورد «تنام أعينهم لاقلوبهم» فإذا حفظت قلوبهم من النوم الذى هو أخف من الإغماء فنه بالأولى اهـ ابن عبد الرزاق . وفى القهستانى : لانقض من الأنبياء عليهم الصلاة والسلام ، ومقتضاه التعميم فى كل النواقض ، لكن نقل ط عن شرح الشفاء لملاعلى القارى الإجماع على أنه صلى الله عليه وسلم فى نواقض الوضوء كالأمة إلا ماصح من استثناء النوم اهـ (قوله وينقضه إغماء) هو كما فى التحرير : آفة فى القلب أو الدماغ تعطل القوى المدركة والمحركة عن أفعالها مع بقاء العقل مغلوباً نهر (قوله ومنه الغشى) بالضم والسكون: تعطل

---

(١) (قوله بأنه من خصوصياته صلى الله عليه وسلم) لعله من خصوصياتهم كما نقله ط عن القنية اهـ .

(وجنون وسكر) بأن يدخل فى مشيه تمايل ولو بأكل الحشيشة (وقهقهة) هى مايسمع جيرانه

القوى المحركة والحساسة لضعف القلب من الجوع أو غيره قهستانى ، زاد فى شرح الوهبانية بفتح فسكون وبكسرتين مع تشديد الياء ، وكونه نوعا من الإغماء موافق لما فى القاموس وحدود المتكلمين . قال فى النهر إلا أن الفقهاء يفرقون بينهما كالأطباء اه أى بأنه إن كان ذلك التعطل لضعف القلب واجتماع الروح إليه بسبب يخنقه فى داخله فلا يجد منفذاً فهو الغشى ، وإن لامتلاء بطون الدماغ من بلغم فهو الإغماء . ثم لماكان سلب الاختيار فى الإغماء أشد من النوم كان ناقضاً على أى هيئة كان ، بخلاف النوم إسماعيل (قوله والجنون(١)) صاحبه مسلوب العقل ، بخلاف الإغماء فإنه مغلوب ، والإطلاق دال على أن القليل من كل منهما ناقض لأنه فوق النوم مضطجعا قهستانى (قوله وسكر) هو حالة تعرض للإنسان من امتلاء دماغه من الأبخرة المتصاعدة من الخمر ونحوه ، فيتعطل معه العقل المميز بين الأمور الحسنة والقبيحة إسماعيل عن البرجندى (قوله يدخل) أى به . قال فى النهر : واختلف فى حده هنا وفى الأيمان والحدود ؛ فقال الإمام إنه سرور يزيل العقل فلا يعرف به السماء من الأرض ولا الطول من العرض وخوطب زجراً له . وقالا بل يغلب عليه فيهذى فى أكثر كلامه ، ولا شك أنه إذا وصل إلى هذه الحالة فقد دخل فى مشيته اختلال ، والتقييد بالأكثر يفيد أن النصف من كلامه لو استقام لايكون سكران وقد رجحوا قولهما فى الأبواب الثلاثة . قال فى حدود الفتح : وأكثر المشايخ على قولهما ، واختاروه للفتوى ؛ وفى نواقض المجتبى الصحيح قولهما اه أى فلا يشترط فى حده أن يصل إلى أن لايعرف الأرض من السماء (قوله ولو بأكل الحشيشة) ذكره فى النهر بحثاً ، واستدل له بما فى شرح الوهبانية من أنهم حكموا بوقوع طلاقه إذا سكر منها زجراً له . قال الشيخ إسماعيل : ولا يخفى أن قول البرجندى من الخمر ونحوه شامل له إذا تعطل العقل وقول البحر بمباشرة بعض الأسباب(٢) اه .

[فرع] المصروع إذا أفاق عليه الوضوء تاترخانية (قوله وقهقهة) قيل إنها من الأحداث ، وقيل لا وإنما وجب الوضوء بها عقوبة وزجرا . وفائدة الخلاف فى مس المصحف يجوز على الثانى لا الأول كما فى المعراج . قال فى النهر : وينبغى أن يظهر أيضاً فى كتابة القرآن ، وأما حل الطواف بهذا الوضوء ففيه تردد ، وإلحاق الطواف بالصلاة يؤذن بأنه لايجوز فتدبره . ورجح فى البحر القول الثانى بموافقته للقياس ، لأنها ليست خارجا نجساً بل هى صوت كالكلام والبكاء وبموافقته للأحاديث المروية فيها ، إذ ليس فيها إلا الأمر بإعادة الوضوء والصلاة ، ولا يلزم منه كونها حدثاً اه وأيده فى النهر بقول المصنف وغيره بالغ ولو كانت حدثاً لاستوى فيها البالغ وغيره ، وبترجيحهم عدم النقض بقهقهة النائم أى لعدم الجناية منه كالصبى .

أقول : ثم لايخفى أن معنى القول الثانى بطلان الوضوء بالقهقهة فى حق الصلاة زجرا كبطلان الإرث بالقتل وإن لم يبطل فى حق غيرها لعدم الحدث ؛ وليس معناه أن الوضوء لم يبطل وإنما أمر باعادته زجرا ، حتى يرد أنه يلزمه أنه لو صلى به صحت الصلاة مع الحرمة ووجوب الإعادة فيكون مخالفا لأصل المذهب فافهم (قوله هى ما يسمع جيرانه) قال فى البحر : هى فى اللغة معروفة ، وهى أن يقول قه قه . واصطلاحا ما يكون مسموعا له ولجيرانه بدت أسنانه أولا اه . وفى المنية : وحد القهقهة قال بعضهم : ما يظهر القاف والهاء ويكون مسموعا له ولجيرانه . وقال بعضهم ، إذا بدت نواجذه ومنعه من القراءة اه لكن قال فى الحلية : لم أقف على التصريح

(١) (قوله والجنون) هكذا بخطه ، والذى فى الشارح وجنون بالتنكير اه مصححه .

(٢) (قوله وقول البحر بمباشرة بعض الأسباب) أى كذلك ، يعنى أنه شامل له كقول البرجندى ، فى كلامه حذف تأمل اه مصححه

(بالغ) ولو امرأة سهوا (يقظان) فلا يبطل وضوء صبي ونائم بل صلاتهما ، به يفتى (يصلي) ولو حكما كالباني (بطهارة صغرى) ولو تيمما (مستقلة) فلا يبطل وضوء في ضمن الغسل ؛ لكن رجح في الخانية والفتح والنهر النقض عقوبة له وعليه الجمهور كما في الذخائر الأشرفية (صلاة كاملة) ولو عند السلام عمدا فإنها تبطل الوضوء لا الصلاة ، خلافا لزفر كما حرره في الشرنبلالية .

ولو قهقه إمامه أو أحدث عمدا ثم قهقه المؤتم

باشتراط إظهار القاف والهاء لأحد ، بل الذي توارد عليه كثير من المشايخ كصاحب المحيط والهداية والكافي وغيرهم ما يكون مسموعا له ولجيرانه . وظاهره التوسع في إطلاق القهقهة على ماله صوت وإن عرى عن ظهور القاف والهاء أو أحدهما اهـ واحترز به عن الضحك ، وهو لغة أعم من القهقهة . واصطلاحا ما كان مسموعا له فقط فلا ينقض الوضوء بل يبطل الصلاة . وعن التبسم وهو مالاصوت فيه أصلا بل تبدو أسنانه فقط فلا يبطلهما ؛ وتمامه في البحر ؛ ولم أر من قدر الجواز بشيء ، ومقتضى تعريف الضحك بما كان مسموعا له فقط أن القهقهة مايسمعها غيره من أهل مجلسه فهم جيرانه لا خصوص من عن يمينه أو عن يساره ، لأن كل ما كان مسموعا له يسمعه من عن يمينه أو يساره تأمل (قوله ولو امرأة) لأن النساء شقائق الرجال في التكاليف ط . ولا يرد أن قوله بالغ صفة للمذكر لأنه لا يقال جارية بالغ كما في القاموس (قوله سهوا) أي ولو سهوا ، فهو من مدخول المبالغة وكذا النسيان . وذكر في المعراج فيهما روايتين ، ورجح في البحر رواية النقض ، وبها جزم الزيلعي في النسيان ولم يذكر السهو فافهم (قوله به يفتى) لما قدمناه من أن النقض للزجر والعقوبة والصبي والنائم ليسا من أهلها ، وصرحوا بأن القهقهة كلام فتفسد صلاتهما ، وثم أقوال أخر صحح بعضها مبسوطة في البحر (قوله كالباني) أي من سبقه الحدث في الصلاة ، فأراد أن يبني على صلاته فقهقه في الطريق بعد الوضوء ينتقض وضوءه ، وهو إحدى روايتين ، وبه جزم الزيلعي . قال في البحر : قيل وهو الأحوط ، ولا نزاع في بطلان صلاته اهـ (قوله مستقلة) تصريح بمفهوم قوله صغرى ، فإنه يفهم أنه ولو كان يصلي بطهارة كبرى وهي الغسل لاينتقض الوضوء الذي ضمنها ، فكان الأخصر حذفه ، إلا أن يقال احترز بصغرى عن نفس طهارة الغسل فلا يلزمه إعادته ، وبمستقلة عن الصغرى التي في ضمنه فتأمل (قوله والفتح والنهر) لأنه ذكر في الفتح عن المحيط أنه الصحيح ، وعبر عن مقابله بقيل . وفي النهر ذكر أنه الذي رجحه المتأخرون ، وحيث لم يتعقبه مع اقتصاره عليه وجزمه به اقتضى ترجيحه له ، ولذا لم يعز ترجيحه إلى البحر لكونه ذكر القولين حيث قال على قول عامة المشايخ لا تنقض . وصحح المتأخرون كقاضيخان النقض مع اتفاقهم على بطلان صلاته اهـ (قوله عقوبة له) لإساءته في حال مناجاته لربه تعالى (قوله وعليه الجمهور) أي من المتأخرين كما علمت (قوله كاملة) أي ذات ركوع وسجود : أو ما يقوم مقامهما من الإيماء لعذر ، أو راكبا يومئ بالنفل أو بالفرض حيث يجوز فلا تنقض في صلاة جنازة وسجدة تلاوة أي خارج الصلاة ، لكن يبطلان ، ولا لو كان راكبا يومئ بالتطوع في المصر أو القرية لعدم جواز الصلاة عنده خلافا للثاني بحر (قوله ولو عند السلام) أي قبله وبعد التشهد درر ، وكذا لو في سجود السهو بحر عن المحيط (قوله عمدا) أي ولو كانت القهقهة عمدا . وفيه رد على صاحب الدرر حيث قال إلا أن يتعمد ، وسيأتي في باب الحدث في الصلاة التصريح بفساد الوضوء بالقهقهة عمدا بعد القعود قدر التشهد لوجودها في حرمة الصلاة (قوله لا الصلاة) لأنه لم يبق من فرائضها شيء وترك السلام لا يضر في الصحة إمداد (قوله خلافا لزفر) حيث قال لا تبطل الوضوء كالصلاة شرنبلالية (قوله ولو قهقه إمامه الخ) أي بعد القعود قدر التشهد (قوله ثم قهقه المؤتم) أما لو قهقه قبل إمامه أو معه بطل وضوءه دون صلاته لوجودها في حرمة الصلاة

ولو مسبوقا فلا نقض ، بخلافها بعد كلامه عمدا فى الأصح .

ومن مسائل الامتحان — ولو نسى البانى المسح فقهقه قبل قيامه للصلاة انتقض لا بعده لبطلانها بالقيام إليها (ومباشرة فاحشة) بتماس الفرجين ولو بين المرأتين والرجلين مع الانتشار (للجانبين) المباشر والمباشر ولو بلا بلل على المعتمد .

سراج (قوله ولو مسبوقا) رد على الدرر (قوله فلا نقض) أى لوضوء المؤتم ، لأن قهقهته وقعت بعد بطلان صلاته بقهقهة إمامه خلافا لهما فى المسبوق حيث قالا لا تفسد صلاته ويقوم إلى قضاء ما فاته : وفى فساد صلاته اللاحق روايتان عن أبى حنيفة سراج (قوله بخلافها) أى بخلاف قهقهة المأموم بعد كلام الإمام عمدا ، وكذا بعد سلامه عمدا لأنهما قاطعان للصلاة لا مفسدان إذ لم يفوتا شرطها وهو الطهارة ، فلم يفسد بهما شيء من صلاة المأموم ، فينتقض وضوءه بقهقهته ، أما حدثه عمدا وكذا قهقهته عمدا فمفوتان للطهارة فيفسد جزء يلاقيانه فيفسد من صلاة المأموم كذلك فتكون قهقهة المأموم بعد الخروج من الصلاة فلا تنقض ، وتمامه فى حاشية نوح أفندى (قوله فى الأصح) مقابله ما فى الخلاصة حيث صحح عدم فساد الطهارة بقهقهة المأموم بعد كلام الإمام أو سلامه عمدا . قال فى الفتح : ولو قهقه بعد كلام الإمام عمدا فسدت كسلامه على الأصح على خلاف ما فى الخلاصة اهـ : أقول : وما فى الفتح صححه فى الخانية أيضا (قوله الامتحان) أى اختبار ذهن الطالب (قوله المسح) أى مسح الخف أو الرأس أو الجبيرة . قال ط : وكذا لو نسى غسل بعض أعضائه إذ المسح ليس قيدا على ما يظهر (قوله قبل قيامه للصلاة) أى قبل شروعه فيها كأن قهقه حال رجوعه (قوله انتقض) فإنه فى الصلاة حكما ، وهذا على ما جزم به الزيلعى من إحدى الروايتين من انتقاض طهارة البانى لو قهقه فى الطريق كما قدمناه (قوله لا بعده) أى لا ينتقض لو قهقه بعد قيامه لها أى شروعه فيها ، لأنه لما شرع فيها وهو ذاكر أنه لم يمسح فقد بطلت صلاته فتكون قهقهته بعد خارج الصلاة فلا تنقض . ووجه الامتحان فيها أنه يقال أى قهقهة تنقض الوضوء قبل الشروع فى الصلاة حقيقة لا بعده (قوله ومباشرة) مأخوذة من البشرة وهى ظاهر الجلد (قوله فاحشة) المراد بالفحش الظهور لا الذى نهى عنه الشارع ، إذ قد تكون بين الرجل وامرأته ، أو المعنى فاحشة أن لو كانت مع الأجنبية أو باعتبار أغلب صورها لأنها تكون بين المرأتين والرجلين والرجل والغلام ثم هى من الناقض الحكمى ط (قوله بتماس الفرجين) أى من غير حائل من جهة القبل أو الدبر شرح المنية . ثم المنقول أن ظاهر الرواية عدم اشتراطه . وفى الينابيع : روى الحسن اشتراط التماس وهو أظهر ، وصححه الإسبيجابى ، وفى الزيلعى أنه الظاهر اهـ أى من جهة الدراية لا الرواية ، أفاده فى البحر . ويشترط أن يكون تماس الفرجين من شخصين مشتهين ، بدليل ماسيذكره الشارح فى الغسل أنه لا يجب الغسل بوطء صغيرة غير مشتهاة ولا ينتقض الوضوء الخ تأمل (قوله مع الانتشار) هذا فى حق نقض وضوئه لا وضوئها ، فإنه لا يشترط فى نقضه انتشار آلة الرجل قنية : وفى الشرنبلالية زاد الكمال فى تفسيرها المعانقة وتبعه صاحب البرهان فقال وهى أن يتجردا معا متعانقين متماسى الفرجين (قوله للجانبين) فينتقض وضوء المرأة ، وما فى الحلية حيث قال إنى لم أقف عليه إلا فى المنية ، وفيه تأمل رده فى البحر والنهر (قوله على المعتمد) وهو قولهما ، لأنها لا تخلو عن خروج مذى غالبا ، وهو كالمتحقق فى مقام وجوب الاحتياط إقامة للسبب الظاهر مقام الأمر الباطن : وقال محمد : لا تنقض مالم يظهر شيء ، وصححه فى الحقائق ورده فى البحر والنهر بما نقله فى الحلية عن التحفة من أن الصحيح قولهما وهو المذكور فى المتون :

قلت : لكن فى الحلية قال بعد مانقل تصحيح قولهما . ولقائل أن يقول الأظهر وجه محمد ، فقوله أوجه ملم

(لا) ينقضه (مس ذكر) لكن يغسل يده ندبا (وامرأة) وأمرد ، لكن يندب للخروج من الخلاف لاسيما للإمام ، لكن بشرط عدم لزوم ارتكاب مكروه مذهبه .

(كما) لاينقض (لو خرج من أذنه) ونحوها كعينه وثديه (قيح) ونحوه كصديد وماء سرة وعين (لابوجع وإن) خرج (به) أي بوجع (نقض) لأنه دليل الجرح ، فدمع من بعينه

يثبت دليل سمعي يفيد ما قالاه اهـ : وفي شرح الشيخ إسمعيل عن شرح البرجندي: وأكثر الكتب متظافرة على أن الصحيح المفتي به قول محمد ، وعدم ذكر صاحب الهداية لها في النواقض يشعر باختياره اهـ تأمل (قوله لكن يغسل يده ندبا) لحديث « من مس ذكر فليتوضأ » أي ليغسل يده جمعا بينه وبين قوله صلى الله عليه وسلم « هل هو إلا بضعة منك » ، حين سئل عن الرجل يمس ذكره بعد ما يتوضأ »وفي رواية في الصلاة أخرجه الطحاوي وأصحاب السنن إلا ابن ماجه وصححه ابن حبان . وقال الترمذي : إنه أحسن شيء يروى في هذا الباب وأصح . ويشهد له ما أخرجه الطحاوي عن مصعب بن سعد قال : كنت أخذا على أبي المصحف فاحتككت فأصبت فرجي ؟ فقلت نعم ، فقال قم فاغسل يدك ، وقد ورد تفسير الوضوء بمثله في الوضوء مما مسته النار . وتمامه في الحلية والبحر .

أقول : ومفاده استحباب غسل اليد مطلقا لما هو مفاد إطلاق المبسوط خلافا لما استفاده في البحر من عبارة البدائع من تقييده بما إذا كان مستنجيا بالحجر كما أوضحه في النهر .

مطلب في ندب مراعاة الخلاف إذا لم يرتكب مكروه مذهبه

(قوله لكن يندب الخ) قال في النهر : إلا أن مراتب الندب تختلف بحسب قوة دليل المخالف وضعفه .

(قوله لكن بشرط) استدراك على مافهم من الكلام من أن الإمام يراعي مذهب من يقتدي به سواء كان في هذه المسألة أو في غيرها ، وإلا فالمراعاة في المذكور هنا ليس فيها ارتكاب مكروه مذهبه اهـ ح . بقي هل المراد بالكراهة هنا مايعم التنزيهية ؟ توقف فيه ط . والظاهر نعم ، كالتغليس في صلاة الفجر فإنه السنة عند الشافعي مع أن الأفضل عندنا الإسفار فلا يندب ومراعاة الخلاف فيه ، وكصوم يوم الشك فإنه الأفضل عندنا . وعند الشافعي حرام ، ولم أر من قال يندب عدم صومه مراعاة للخلاف ، وكالاعتماد وجلسة الاستراحة السنة عندنا تركهما ، ولو فعلهما لا بأس كما سيأتي في محله ، فيكره فعلهما تنزيها مع أنهما سنتان عند الشافعي (قوله وصديد(١)) في المغرب : صديدا الجرح ماؤه الرقيق المختلط بالدم (قوله وعين) أي وماء عين : وهو الدمع وقت الرمد . وفي بعض النسخ وغيره بدل وعين : أي غير ماء السرة كماء نفطة وجرح (قوله لا بوجع) تقييد لعدم النقض بخروج ذلك ، وعدم النقض هو ماهشي عليه الدرر والجوهرة والزيلعي معزيا للحلواني . قال في البحر : وفيه نظر ، بل الظاهر إذا كان الخارج قيحا أو صديدا لنقض ، سواء كان مع وجع أو بدونه لأنهما لايخرجان إلا عن علة ، نعم هذا التفصيل حسن فيما إذا كان الخارج ماء ليس غير اهـ ، وأقره في الشرنبلالية ،وأيده بعبارة الفتح الجرح والنفطة وماء الثدي والسرة والأذن إذا كان لعلة سواء على الأصح اهـ فالضمير في كان للماء فقط فهو مؤيد لكلام البحر . وفيه إشارة إلى أن الوجع غير قيد بل وجود العلة كاف ، ومابحثه في البحر مأخوذ من الحلية ، واعترضه في النهر بقوله لم لايجوز أن يكون القيح الخارج من الأذن عن جرح برأ ، وعلامته عدم التألم

---

(١) (قوله وصديد) هكذا بخطه ، والذي في نسخ الشارح كصديد بكاف التشبيه اهـ مصححه .

رمد أو عمش ناقض ، فإن استمر صار ذا عذر مجتبي ، والناس عنه غافلون .

(كما) ينقض (لو حشا إحليله بقطنة وابتل الطرف الظاهر) هذا لو القطنة عالية أو محاذية لرأس الإحليل

فالحصر ممنوع اهـ: أى الحصر بقوله لايخرجان إلا عن علة . وأنت خبير بأن الخروج دليل العلة ولو بلا ألم، وإنما الألم شرط للماء فقط ، فإنه لايعلم كون الماء الخارج من الأذن أو العين أو نحوهما دما متغيرا إلا بالعلة والألم دليلها بخلاف نحو الدم والقيح ، ولذا أطلقوا فى الخارج من غير السبيلين كالدم والقيح والصديد أنه ينقض الوضوء ، ولم يشترطوا سوى التجاوز إلى موضع يلحقه حكم التطهير ، ولم يقيدوه فى المتون ولا فى الشروح بالألم ولا بالعلة ، فالتقييد بذلك فى الخارج من الأذن مشكل لمخالفته لإطلاقهم (قوله وعمش(١)) هو ضعف لرؤية مع سيلان الدمع فى أكثر الأوقات درر وقاموس (قوله ناقض الخ) قال فى المنية : وعن محمد إذا كان فى عينيه رمد وتسيل الدموع منها آمره بالوضوء لوقت كل صلاة لأنى أخاف أن يكون مايسيل منها صديدا فيكون صاحب العذر اهـ . قال فى الفتح : وهذا التعليل يقتضى أنه أمر استحباب ، فإن الشك والاحتمال لايوجب الحكم بالنقض ، إذ اليقين لايزول بالشك ، نعم إذا علم بإخبار الأطباء أو بعلامات تغلب ظن المبتلى يجب اهـ : قال فى الحلية : ويشهد له قول الزاهدى عقب هذه المسألة : وعن هشام فى جامعه إن كان قيحا فكالمستحاضة وإلا فكالصحيح اهـ . ثم قال فى الحلية : وعلى هذا ينبغى أن يحمل على ما إذا كان الخارج من العين متغيرا اهـ .

أقول : الظاهر أن ما استشهد به رواية أخرى لايمكن حمل مامر عليها ، بدليل قول محمد لأنى أخاف أن يكون صديدا ، لأنه إذا كان متغيرا يكون صديدا أو قيحا فلا يناسبه التعليل بالخوف ، وقد استدرك فى البحر على ما فى الفتح بقوله لكن صرح فى السراج بأنه صاحب عذر فكان الأمر للإيجاب اهـ ويشهد له قول المجتبى ينتقض وضوءه (قوله مجتبى) عبارته : الدم والقيح والصديد وماء الجرح والنفطة وماء البثرة والثدى والعين والأذن لعلة سواء على الأصح ، وقولهم والعين والأذن لعلة دليل على أن من رمدت عينه فسال منها ماء بسبب الرمد ينتقض وضوءه وهذه مسألة الناس عنها غافلون اهـ . وظاهره أن المدار على الخروج لعلة وإن لم يكن معه وجع تأمل . وفى الخانية الغرب فى العين بمنزلة الجرح فيما يسيل منه فهو نجس . قال فى المغرب : والغرب عرق فى مجرى الدمع يسقى فلا ينقطع مثل الباسور . وعن الأصمعى : بعينه غرب إذا كانت تسيل ولا تنقطع دموعها . والغرب بالتحريك : ورم فى المآقى ، وعلى ذلك صح التحريك والتسكين فى الغرب اهـ .

أقول : وقد سئلت عمن رمد وسال دمعه ثم استمر سائلا بعد زوال الرمد وصار يخرج بلا وجع ، فأجبت بالنقض أخذا مما مر(٢) لأن عروضه مع الرمد دليل على أنه لعلة وإن كان الآن بلا رمد ولا وجع خلافا لظاهر كلام الشارح فتدبر (قوله إحليله) بكسر الهمزة مجرى البول من الذكر بحر (قوله هذا) أى النقض بما ذكر ، ومراده بيان المراد من الطرف الظاهر بأنه ما كان عاليا عن رأس الإحليل أو مساويا له : أى ما كان خارجا من رأسه زائدا عليه أو محاذيا لرأسه لتحقق خروج النجس بابتلاله ؛ بخلاف ما إذا ابتل الطرف وكان متسفلا عن رأس الإحليل أى غائبا فيه لم يحاذه ولم يعل فوقه ، فإن ابتلاله غير ناقض إذ لم يوجد خروج فهو كابتلال الطرف الآخر

---

(١) (قوله قوله وعمش) كذا بالأصل المقابل على خط المؤلف . والذى فى نسخ الشرح أو عمش ، وكذا قوله عينيه بالتثنية مع إرجاع ضمير منها إليه بالإفراد اهـ مصححه .

(٢) (قوله أخذا مما مر الخ) أى من مسألة الصديد ، بناء على ما قاله صاحب البحر وأنت خبير بأن هناك فرقا جليا بين ما هنا وبين ما هناك ، فإن كون الصديد ناشئا عن العلة ظاهر ، وأما الدمع فليس بلازم أن يكون عن علة اهـ .

وإن متسفلة عنه لاينقض ، وكذا الحكم فى الدبر والفرج الداخل (وإن ابتل) الطرف (الداخل لا) ينقض ولو سقطت؛فإن رطبة انتقض وإلا لا؛وكذا لو أدخل أصبعه فى دبره ولم يغيبها ، فإن غيبها أو أدخلها عند الاستنجاء بطل وضوءه وصومه .

الذى فى داخل القصبة (قوله والفرج الداخل) أما لو احتشت فى الفرج الخارج فابتلّ داخل الحشو انتقض . سواء نفذ البلل إلى خارج الحشو أولا للتيقن بالخروج من الفرج الداخل وهو المعتبر فى الانتقاض . لأن الفرج الخارج بمنزلة القلفة ، فكما ينتقض بما يخرج من قصبة الذكر إليها وإن لم يخرج منها كذلك بما يخرج من الفرج الداخل إلى الفرج الخارج وإن لم يخرج من الخارج اه شرح المنية (قوله لاينقض) لعدم الخروج (قوله ولو سقطت الخ) أى لو خرجت القطنة من الإحليل رطبة انتقض لخروج النجاسة وإن قلت ، وإن لم تكن رطبة أى ليس بها أثر للنجاسة أصلا فلا نقض؛ كما لو أقطر الدهن فى إحليله فعاد ، بخلاف مايغيب فى الدبر فإن خروجه ينقض وإن لم يكن عليه رطوبة لأنه التحق بما فى الأمعاء وهى محل القذر بخلاف قصبة الذكر ؛ وكذا لو خرج الدهن من الدبر بعد ما احتقن به ينقض بلا خلاف كما يفسد الصوم كما فى شرح المنية . قلت : لكن فساد الصوم بالاحتقان بالدهن لا بخروجه كما لايخفى وإن أوهم كلامه خلافه (قوله ولم يغيبها) لكن الصحيح أنه تعتبر البلة أو الرائحة ذكره فى المنتقى لأنه ليس بداخل من كل وجه ، ولهذا لا يفسد صومه فلا ينتقض وضوءه اه حلية عن شارح الجامع لقاضيخان ، فإذا وجدت البلة أو الرائحة ينقض . وفى المنية : وإن أدخل المحقنة ثم أخرجها وإن لم يكن عليها بلة لم ينقض ، والأحوط أن يتوضأ اه . وفى شرحها : وكذا كل شىء يدخله وطرفه خارج غير الذكر (قوله فإن غيبها) قال فى شرح المنية : وكل شىء غيبه ثم خرج ينقض وإن لم يكن عليه بلة لأنه التحق بما فى البطن ولذا يفسد الصوم ، بخلاف ماإذا كان طرفه خارجا اه .

وفى شرح الشيخ إسمعيل عن الينابيع : وكل شىء غيبه فى دبره ثم أخرجه أو خرج بنفسه ينقض الوضوء والصوم ، وكل شىء أدخل بعضه وطرفه خارج لاينقضهما انتهى .

أقول : على هذا ينبغى أن تكون الأصبع كالمحقنة فيعتبر فيها البلة لأن طرفها يبقى خارجا لاتصالها باليد . إلا أن يقال لما كانت عضوا مستقلا فإذا غابت اعتبرت كالمنفصل ، لكن ماسيأتى فى الصوم مطلق فإنه سيأتى أنه لو أدخل عودا فى مقعدته وغاب فسد صومه وإلا فلا ، وإن أدخل أصبعه فالمختار أنها لو مبتلة فسد وإلا فلا تأمل . ولذا قال فى البدائع هذا يدل على أن استقرار الداخل فى الجوف شرط فساد الصوم (قوله بطل وضوءه وصومه) أى فى المسألتين ، لكن بطلان الصوم فى الأولى خلاف المختار إلا أن يفرق بين مجرد إدخال الأصبع وتغيبها ويحتاج إلى نقل صريح ، فإن ماذكروه فى الصوم مطلق كما علمت ، ولهذا قال ط : إن فى كلامه لفا ونشرا مرتبا فبطلان الوضوء يرجع إلى قوله ولو غيبها ، وقوله وصومه يرجع إلى قوله أو أدخلها عند الاستنجاء .

قلت : لكن لو أدخلها عند الاستنجاء ينتقض وضوءه أيضا ، لأنها لاتخلو من البلة إذا خرجت كما فى شرح الشيخ إسمعيل عن الواقعات وكذا فى التاترخانية ، لكن نقل فيها أيضا عن الذخيرة عدم النقض ، والذى يظهر هو النقض لخروج البلة معها :

والحاصل أن الصوم يبطل بالدخول والوضوء بالخروج ، فإذا أدخل عودا جافا ولم يغيبه لايفسد الصوم لأنه ليس بداخل من كل وجه ومثله الأصبع ، وإن غيب العود فسد لتحقق الدخول ، وكذا لو كان هو أو الأصبع مبتلا لاستقرار البلة فى الجوف ، وإذا أخرج العود بعد ماغاب فسد وضوءه مطلقا ؛ وإن لم يغب ، فإن عليه

[فروع] يستحب للرجل أن يحتشى إن رابه الشيطان ، ويجبّ إن كان لاينقطع إلا به أقدر مايصلى . باسورى خرج دبره ، إن أدخله بيده انتقض وضوءه ، وإن دخل بنفسه لا ؛ وكذا لو خرج بعض الدودة فدخلت .
من المذكره رأسان فالذى لايخرج منه البول المعتاد بمنزلة الجرح .
الخنثى غير المشكل فرجه الآخر كالجروح ، والمشكل ينتقض وضوءه بكل .
منكر الوضوء هل يكفر إن أنكر الوضوء للصلاة ؟ نعم ، ولغيرها لا .
شك فى بعض وضوئه أعاد ماشك فيه لو فى خلاله ولم يكن الشك عادة له وإلا لا .
ولو علم أنه لم يغسل عضوا وشك فى تعيينه غسل رجله اليسرى لأنه آخر العمل .
ولو أيقن بالطهارة وشك بالحدث أو بالعكس أخذ باليقين ، ولو تيقنهما وشك فى السابق فهو متطهر ، ومثله المتيمم .

بلة أو فيه رائحة فسد الوضوء وإلا فلا (قوله بيده) أو بخرقة بحر (قوله انتقض) لأنه يلتزق بيده شىء من النجاسة بحر : أى فيتحقق خروجها (قوله لا) أى لاينتقض لعدم تحقق الخروج ، لكن ذكر بعده فى البحر عن الحلوانى أنه إن تيقن خروج الدبر تنتقض طهارته بخروج النجاسة من الباطن إلى الظاهر اهـ وبه جزم فى الإمداد (قوله وكذا) أى فى عدم النقض . وهذا ذكره فى البحر عن التوشيح تخريجا على مسألة الباسورى (قوله فدخلت) الأولى حذفه ليكون التشبيه فى طرفى الإدخال والدخول ط (قوله من لذكره الخ) فيه إيجاز ، وأصل العبارة كما فى الخانية : لو كان بذكر الرجل جرح له رأسان : أحدهما يخرج منه الذى يسيل فى مجرى البول ، والثانى مالا يسيل فيه ؛ فالأول بمنزلة الإحليل إذا ظهر البول على رأسه ينقض وإن لم يسل ، ولا وضوء فى الثانى مالم ينزل (قوله فرجه الآخر) أى المحكوم بزيادته على أصل خلقته (قوله كالجرح) أى لاينقض الوضوء مايخرج منه مالم يسل خانية ، وبه جزم فى الفتح وغيره ، لكن قال الزيلعى : وأكثرهم على إيجاب الوضوء عليه . قال فى النهر : إلا أن الذى ينبغى التعويل عليه هو الأول (قوله بكل) أى بالخارج من كل بمجرد الظهور عملا بالأحوط كما فى التوضيح ط (قوله منكر الوضوء) أو وجوبه (قوله نعم) لإنكاره النص القطعى وهو آية — إذا قمتم — والإجماع (قوله ولغيرها لا) ظاهره ولو لمس المصحف لوقوع الخلاف فى تفسير آيته كما مر ط (قوله شك فى بعض وضوئه) أى شك فى ترك عضو من أعضائه (قوله وإلا لا) أى وإن لم يكن فى خلاله بل كان بعد الفراغ منه وإن كان أول ماعرض له الشك أو كان الشك عادة له ؛ وإن كان فى خلاله فلا يعيد شيئا قطعا للوسوسة عنه كما فى التاترخانية وغيرها (قوله غسل رجله اليسرى) قال فى الفتح : ولا يخفى أن المراد إذا كان الشك بعد الفراغ . وقياسه أنه لو كان فى أثناء الوضوء يغسل الأخير ؛ كما إذا علم أنه لم يغسل رجليه عينا وعلم أنه ترك فرضا مما قبلهما وشك فى أنه ماهو يمسح رأسه . والفرق بين هذه والمسألة التى قبلها أنه لاتيقن بترك شىء هناك أصلا اهـ (قوله ولو أيقن بالطهارة الخ) حاصله أنه إذا علم سبق الطهارة وشك فى عروض الحدث بعدها أو بالعكس أخذ باليقين وهو السابق . قال فى الفتح إلا إن تأيد اللاحق ؛ فعن محمد علم المتوضئ دخول الخلاء للحاجة وشك فى قضائها قبل خروجه عليه الوضوء ، أو علم جلوسه للوضوء بإناء وشك فى إقامته قبل قيامه لا وضوء اهـ (قوله وشك بالحدث) أى الحقيق أو الحكمى ليشمل مالو شك هل نام وهل نام متمكنا أولا ؟ أو زالت إحدى أليتيه وشك هل كان ذلك قبل اليقظة أو بعدها ؟ اهـ حموى (قوله فهو متطهر) لأن الغالب أن الطهارة بعد الحدث ط ، لكن فى حاشية الحموى [عن فتح المدبر] للعلامة محمد السمديسى : من تيقن بالطهارة والحدث وشك فى السابق يؤمر بالتذكر فيما قبلهما ، فإن كان محدثا

ولو شك فى نجاسة ماء أو ثوب أو طلاق أو عتق لم يعتبر ، وتمامه فى الأشباه .

(وفرض الغسل) أراد به مايعم العملى كما مر ، وبالغسل المفروض كما فى الجوهرة ، وظاهره عدم شرطية غسل فمه وأنفه فى المسنون كذا البحر ، يعنى عدم فرضيتها فيه وإلا فهما شرطان فى تحصيل السنة (غسل) كل (فمه) ويكفى الشرب عبا ،

فهو الآن متطهر ، لأنه تيقن الطهارة بعد ذلك الحدث وشك فى انتقاضها ، لأنه لايدرى هل الحدث الثانى قبلها أو بعدها وإن كان متطهرا ؛ فإن كان يعتاد التجديد فهو الآن محدث لأنه متيقن حدثا بعد تلك الطهارة وشك فى زواله لأنه لايدرى هل الطهارة الثانية متأخرة عنه أم لا ؟ بأن يكون والى بين الطهارتين اه . قال الحموى : ومنه يعلم مافى كلام المصنف يعنى صاحب الأشباه من القصور (قوله وأو شك الخ) فى التاترخانية : من شك فى إنائه أو ثوبه أو بدنه أصابته نجاسة أولا فهو طاهر مالم يستيقن ، وكذا الآبار والحياض والحباب الموضوعة فى الطرقات ويستقى منها الصغار والكبار والمسلمون والكفار ؛ وكذا مايتخذه أهل الشرك أو الجهلة من المسلمين كالسمن والخبز والأطعمة والثياب اه ملخصا .

[فرع] لو شك فى السائل من ذكره أماء هو أم بول . إن قرب عهده بالماء أو تكرر مضى وإلا أعاد ، بخلاف مالو غلب على ظنه أنه أحدهما فتح :

مطلب فى أبحاث الغسل

(قوله وفرض الغسل) الواو للاستئناف أو للعطف على قوله أركان الوضوء والفرض بمعنى المفروض . والغسل بالضم اسم من الاغتسال ، وهو تمام غسل الجسد ؛ واسم لما يغتسل به أيضاً ، ومنه فى حديث ميمونة « فوضعت له غسلا » مغرب ، لكن قال النووى إنه بالفتح أفصح وأشهر لغة ، والضم هو الذى تستعمله الفقهاء بحر (قوله مايعم العملى) أى ليشمل المضمضة والاستنشاق فإنهما ليسا قطعيين ، لقول الشافعى بسنيتهما اه ح (قوله كما مر) أى فى الوضوء ، وقدمنا هناك بيانه (قوله وبالغسل المفروض) أى غسل الجنابة والحيض والنفاس سراج فأل للعهد (قوله يعنى الخ) مأخوذ من المنح : قال ط : والمراد بعدم الفرضية أن صحة الغسل المسنون لاتتوقف عليهما ، وأنه لايحرم عليه تركهما . وظاهر كلامه أنهما إذا تركا لايكون آتيا بالغسل المسنون ، وفيه نظر ؛ لأنه من الجائز أن يقال إنه أتى بسنة وترك سنة ، كما إذا تمضمض وترك الاستنشاق اه .

أقول : فيه أن الغسل فى الاصطلاح غسل البدن ، واسم البدن يقع على الظاهر والباطن إلا مايتعذر إيصال الماء إليه أو يتعسر كما فى البحر ، فصار كل من المضمضة والاستنشاق جزءا من مفهومه فلا توجد حقيقة الغسل الشرعية بدونهما ، ويدل عليه أنه فى البدائع ذكر ركن الغسل وهو إسالة الماء على جميع مايمكن إسالته عليه من البدن من غير حرج ، ثم قسم صفة الغسل إلى فرض وسنة ومستحب ، فلو كانت حقيقة الغسل الفرض تخالف غيره لما صح تقسيم الغسل الذى ركنه ماذكر إلى الأقسام الثلاثة ، فيتعين كون المراد بعدم الفرضية هنا عدم الإثم كما هو المتبادر من تفسير الشارح لاعدم توقف الصحة عليهما ، لكن فى تعبيره بالشرطية نظر لما علمت من ركنيتهما فتدبر (قوله غسل كل فمه الخ) عبر عن المضمضة والاستنشاق بالغسل لإفادة الاستيعاب أو للاختصار كما قدمه فى الوضوء ، ومر الكلام عليه ، ولكن على الأول لاحاجة إلى زيادة كل (قوله ويكفى الشرب عبا) أى لامصاً فتح وهو بالغين المهملة ، والمراد به هنا الشرب بجميع الفم ، وهذا هو المراد بما فى الخلاصة ، إن شرب على غير وجه السنة يخرج عن الجنابة وإلا فلا ، وبما قيل إن كان جاهلا جاز وإن كان عالما فلا : أى لأن

لأن المج ليس بشرط فى الأصح (وأنفه) حتى ماتحت الدرن (و) باقى (بدنه) لكن فى المغرب وغيره : البدن من المنكب إلى الألية ، وحينئذ فالرأس والعنق واليد والرجل خارجة لغة داخلة تبعا شرعا (لادلكه) لأنه متمم، فيكون مستحبا لاشرطا ، خلافا لمالك .

(ويجب) أى يفرض (غسل) كل مايمكن من البدن بلا حرج مرة كأذن و (سرة وشارب وحاجب و) أثناء (لحية) وشعر رأس ولو متبلدا لما فى — فاطهروا — من المبالغة (وفرج خارج) لأنه كالفم لاداخل لأنه باطن ، ولا تدخل أصبعها فى قبلها ، به يفتى (لا) يجب (غسل ما فيه حرج كعين) وإن اكتحل بكحل نجس (وثقب انضم و) لا (داخل قلفة)

الجاهل يعب والعالم يشرب مصاً كما هو السنة (قوله لأن المج) أى طرح الماء من الفم ليس بشرط للمضمضة ، خلافا لما ذكره فى الخلاصة ، نعم هو الأحوط من حيث الخروج عن الخلاف ، وبلعه إياه مكروه كما فى الحلية (قوله حتى ماتحت الدرن) قال فى الفتح : والدرن اليابس فى الأنف كالخبز الممضوغ والعجين يمنع اه وهذا غير الدرن الآتى متنا ، وقيد باليابس لما فى شرح الشيخ إسمعيل أن فى الرطب اختلاف المشايخ كما فى القنية عن المحيط (قوله لكن) استدراك على ظاهر المتن حيث أطلق البدن على الجسد ، لأن المراد مايعم الأطراف . والذى فى القاموس البدن محركة : من الجسد ماسوى الرأس ط (قوله فى المغرب) بميم مضمومة فغين معجمة ساكنة : اسم كتاب فى اللغة للإمام المطرزى تلميذ الإمام الزمخشرى ذكر فيه الألفاظ اللغوية الواقعة فى كتب فقهائنا ، وله كتاب أكبر منه سماه المعرب بالعين المهملة (قوله خلافا لمالك) وهو رواية عن أبى يوسف أيضاً كما فى الفتح (قوله أى يفرض) أى ليس المراد بالواجب المصطلح عليه (قوله وشارب وحاجب) أى بشرة وشعراً وإن كثف بالإجماع كما فى النية (قوله لما فى « فاطهروا » من المبالغة) علة لقوله ويجب ، وكان الأولى تأخيره عن قوله وفرج خارج الخ أى لأنها صيغة مبالغة تقتضى وجوب غسل مايكون من ظاهر البدن ولو من وجه كالأشياء المذكورة دون . بيان ذلك أنه أمر من باب التفعيل مصدره اطهر بكسر الهمزة وفتح الطاء وضم الهاء المشددتين أصله تطهر قلبت التاء ثم أدغمت ثم جئ بهمزة الوصل ومجرده طهر بالتخفيف وزيادة البناء تدل على زيادة المعنى ، ولصاحب البحر هنا كلام خارج عن الانتظام أوضحناه فيما علقناه عليه (قوله لاداخل) أى لايجب غسل فرج داخل (قوله ولا تدخل إصبعها) أى لايجب ذلك كما فى الشرنبلالية ح . أقول : وهو مأخوذ من قول الفتح ولا يجب إدخالها الأصبع فى قبلها وبه يفتى اه فافهم . وفى التتارخانية : ولا تدخل المرأة أصبعها فى فرجها عند الغسل . وعن محمد أنه إن لم تدخل الأصبع فليس بتنظيف ، والمختار هو الأول اه فقول الشرنبلالية تبعا للفتح لايجب إدخالها رد لهذه الرواية . وظاهره أن المراد بها الوجوب وهو بعيد تأمل (قوله كعين) لأن فى غسلها من الحرج مالا يخفى ، لأنها شحم لاتقبل الماء ، وقد كف بصر من تكلف له من الصحابة ، كابن عمر وابن عباس بحر . ومفاده عدم وجوب غسلها على الأعمى خلافا للحانوتى حيث بناه على أن العلة أنه يورث العمى ، ولهذا نقل أبو السعود عن العلامة سرى الدين أن العلة الصحيحة كونه يضر وإن لم يورث العمى ، فيسقط حتى عن الأعمى اه (قوله وإن اكتحل الخ) الظاهر أنها شرطية ، وجوابها محذوف تقديره لايجب غسلها فهو استئناف لبيان مسألة أخرى ، لأن الغسل المذكور قبل غسل نجاسة حكمية وهذا غسل نجاسة حقيقية فلا يصح جعل إن وصلية تأمل (قوله وثقب انضم) قال فى شرح المنية : وإن انضم الثقب بعد نزع القرط وصار بحال إن أمر عليه الماء يدخله وإن غفل لا فلا بد من إمراره ولا يتكلف لغير الإمرار من إدخال عود ونحوه فإن الحرج مدفوع اه (قوله وداخل قلفة) القلفة والغلفة

يندب هو الأصح قاله الكمال ، وعلله بالحرج فسقط الإشكال . وفى المسعودى إن أمكن فسخ القلفة بلا مشقة يجب وإلا لا (وكفى ، بل أصل ضفيرتها) أى شعر المرأة المضفور للحرج ، أما المنقوض فيفرض غسل كله اتفاقا ولو لم يبتل أصلها يجب نقضها مطلقا هو الصحيح ؛ ولو ضرها غسل رأسها تركته ، وقيل تمسحه

بالقاف وبالغين : الجلدة التى يقطعها الخاتن يجوز فيها فتح القاف وضمها ، وزاد الأصمعى فتح القاف واللام حلية (قوله فسقط الإشكال) أى إشكال الزيلعى ، حيث قال لايجب لأنه خلقة كقصبة الذكر وهذا مشكل ، لأنه إذا وصل البول إلى القلفة ينتقض الوضوء فجعلوه كالخارج فى هذا الحكم وفى حق الغسل كالداخل اهـ .

ووجه السقوط أن علة عدم وجوب غسلها الحرج : أى أن الأصل وجوب الغسل إلا أنه سقط للحرج وإنما يرد الإشكال على التعليل بكونها خلقة ، ولهـذا قال فى الفتح والأصح الأول : أى كون عدم الوجوب للحرج لالكونه خلقة وقال قبله فى نواقض الوضوء بعد ذكره الإشكال ، لكن فى الظهيرية إنما علله بالحرج لابالخلقة وهو المعتمد ، فلا يرد الإشكال اهـ (قوله وفى المسعودى الخ) مشى عليه فى الإمداد ، وبه يحصل التوفيق بين القولين ، لأنه إذا أمكن فسخها أى بأن أمكن قلبها وظهور الحشفة منها فلا حرج فى غسلها فيجب ، وإلا بأن لم يكن فيها سوى ثقب يخرج منه البول فلا يجب للحرج ، لكن أورد فى الحلية أن هذا الحرج يمكنه إزالته بالختان ثم قال : اللهم إلا إذا كان لايطيقه ، بأن أسلم وهو شيخ ضعيف (قوله ضفيرتها) المراد الجنس الصادق بجميع الضفائر ط (قوله للحرج) والأصل فيه مارواه مسلم وغيره عن أم سلمة قالت . قلت : « يارسول الله إنى امرأة أشد ضفر رأسى أفأنقضه لغسل الجنابة ؟ فقال : لا ؛ إنما يكفيك أن تحثى على رأسك ثلاث حثيات ثم تفيضين عليك الماء فتطهرين » ومقتضى هذا الحديث عدم وجوب الإيصال إلى الأصول فتح . لكن فى المبسوط : وإنما شرط تبليغ الماء أصول الشعر لحديث حذيفة فإنه كان يجلس إلى جنب امرأته إذا اغتسلت فيقول ياهذه أبلغى الماء أصول شعرك وشؤون رأسك ، وهى مجمع عظام الرأس ذكره القاضى عياض بحر . واستفيد من الإطلاق أنه لايجب غسل ظاهر المسترسل إذا بلغ الماء أصول الشعر ، وبه صرح فى المنية ، وعزاه فى الحلية إلى الجامع الحسامى والخلاصة ، ثم قال : وممن نص أيضاً على أن غسل ظاهر المسترسل من ذوائبها موضوع عنها البزدوى والصدر الشهيد ، وعبر عنه بالصحيح فى المحيط الرهانى ، ومشى عليه فى الكافى والذخيرة اهـ (قوله اتفاقا) كذا فى شرح المنية ، وفيه نظر لأن فى المسألة ثلاثة أقوال كما فى البحر والحلية . الأول الاكتفاء بالوصول إلى الأصول ولو منقوضاً ، وظاهر الذخيرة أنه ظاهر المذهب ، ويدل عليه ظاهر الأحاديث الواردة فى هذا الباب . الثانى التفصيل المذكور ومشى عليه جماعة منهم صاحب المحيط والبدائع والكافى . الثالث وجوب بل الذوائب مع العصر وصحح ، وتمام تحقيق هذه الأقوال فى الحلية وحال فيها آخراً إلى ترجيح القول الثانى ، وهو ظاهر المتون (قوله ولو لم يبتل أصلها) بأن كان متلبداً أو غزيرا إمداد أو مضفورا ضفرا شديدا لاينفذ فيه الماء ط (قوله مطلقا) قال ح لم يظهر لى وجه الإطلاق اهـ وقال ط أى سواء كان فيه حرج أم لا ، وقوله هو الصحيح مقابله أنه لابد من عصر الشعر ثلاثاً بعد غسله منقوضاً أو معقوصا اهـ :

أقول : كان ينبغى للشارح أن يقول يجب غسلها بدل قوله يجب نقضها ، فقوله مطلقا معناه سواء كان مضفورا أولا ، وقوله هو الصحيح احتراز عن القول الأول والثالث من الأقوال الثلاثة فتدبر :

[تنبيه] يؤخذ من مسألة الضفيرة أنه لايجب غسل عقد الشعر المنعقد بنفسه ، لأن الاحتراز عنه غير ممكن ، ولو من شعر الرجل ، ولم أر من نبه عليه من علمائنا تأمل ، وإذا نتف شعرة لم تغسل فالظاهر وجوب غسل محلها

ولا تمنع نفسها عن زوجها ، وسيجىء فى التيمم (لا) يكفى بل (ضفيرته) فينقضها وجوبا (ولو علويا أو تركيا) لإمكان حلقه .

(ولا يمنع) الطهارة (ونيم) أى خرء ذباب وبرغوث لم يصل الماء تحته (وحناء) ولو جرمه ، به يفتى (ودرن ووسخ) عطف تفسير ، وكذا دهن ودسومة (وتراب) وطين ولو (فى ظفر مطلقا) أى قرويا أو مدنيا فى الأصح بخلاف نحو عجين

(و) لايمنع (ماعلى ظفر صباغ و) لا (طعام بين أسنانه) أو فى سنه المجوف به يفتى . وقيل إن صلبا منع ، وهو الأصح .

لانتقال الحكم إليه تأمل (قوله ولا تمنع نفسها) أى خوفا من وجوب الغسل عليها إذا وطئها لأنه حقه ، ولها مندوحة عن غسل رأسها (قوله وسيجىء فى التيمم) أى فى آخره (قوله ولو علوياً أو تركياً) هو الصحيح لعدم الضرورة وللإحتياط : وفى رواية لايجب نظراً إلى العادة كما فى شرح المنية (قوله لإمكان حلقه) أى بخلاف المرأة فإنها منهية عنه بالحديث فلا يمكنها شرعا فافهم (قوله ونيم الخ) ظاهر الصحاح والقاموس أن الونيم مختص بالذباب نوح أفندى ، وهذا بالنظر إلى اللغة ، وإلا فالمراد هنا مايشمل البرغوث لأنه أولى بالحكم (قوله لم يصل الماء تحته)لأن الاحتراز عنه غير ممكن حلية (قوله به يفتى) صرح به فى المنية عن الذخيرة فى مسألة الحناء والطين والدرن معللا بالضرورة . قال فى شرحها ولأن الماء ينفذه لتخلله وعدم لزوجته وصلابته ، والمعتبر فى جميع ذلك نفوذ الماء ووصوله إلى البدن اه لكن يرد عليه أن الواجب الغسل وهو إسالة الماء مع التقاطر كما مر فى أركان الوضوء . والظاهر أن هذه الأشياء تمنع الإسالة فالأظهر التعليل بالضرورة ، ولكن قد يقال أيضاً إن الضرورة فى درن الأنف أشد منها فى الحناء والطين لندورهما بالنسبة إليه مع أنه تقدم أنه يجب غسل(١)ماتحته فينبغى عدم الوجوب فيه أيضا تأمل (قوله عطف تفسير) لقول القاموس : الدرن الوسخ ، وأشار بهذا إلى أن المراد بالدرن هنا المتولد من الجسد ، وهو مايذهب بالدلك فى الحمام ؛ بخلاف الدرن الذى يكون من مخاط الأنف ، فإنه لو يابساً يجب إيصال الماء إلى ماتحته كما مر (قوله وكذا دهن) أى كزيت وشيرج ، بخلاف نحوشحم وسمن جامد (قوله ودسومة) هى أثر الدهن . قال فى الشرنبلالية قال المقدسى : وفى الفتاوى دهن رجليه ثم توضأ وأمر الماء على رجليه ولم يقبل الماء للدسومة جاز لوجود غسل الرجلين اه (قوله فى الأصح) مقابله قول بعضهم يجوز للقروى ، لأن درنه من التراب والطين فينفذه الماء لاللمدنى لأنه من الودك شرح المنية .(قوله بخلاف نحو عجين) أى كعلك وشمع وقشر سمك وخبز ممضوغ متلبد جوهرة ، لكن فى النهر : ولو فى أظفاره طين أو عجين فالفتوى على أنه مغتفر قروياً كان أو مدنياً اه نعم ذكر الخلاف فى شرح المنية فى العجين واستظهر المنع لأن فيه لزوجة وصلابة تمنع نفوذ الماء (قوله به يفتى) صرح به فى الخلاصة وقال ، لأن الماء شىء لطيف يصل تحته غالباً اه ويرد عليه ماقدمناه آنفا ومفاده عدم الجواز إذا علم أنه لم يصل الماء تحته ، قال فى الحلية وهو أثبت (قوله إن صلبا) بضم الصاد المهملة وسكون اللام وهو الشديد حلية : أى إن كان ممضوغا مضغا متأكدا ، بحيث تداخلت أجزاؤه وصار له لزوجة وعلاكة كالعجين شرح المنية (قوله وهو الأصح) صرح به فى شرح المنية وقال لامتناع نفوذ الماء مع عدم

---

(١) (قوله أنه يجب غسل الخ) فيه أنه لا يقال ذلك مع وجود النص بخلافه ، وإنما يلزم التأمل فى وجه الفرق ، ويظهر أن علة عدم منع الطهارة فى هذه الأشياء الضرورة مع وجود وصول الماء ولو بغير التقاطر ، بخلاف درن الأنف فإن الضرورة وجدت فيه إلا أن الوصول لم يوجد ، وهذا هو الفرق ، ويؤيده اكتفاؤهم بتحريك الخاتم الضيق مع أنه يمنع الإسالة تأمل اه .

(ولو) كان (خاتمه ضيقا نزعه أو حركه) وجوبا (كقرط ، ولو لم يكن بثقب أذنه قرط فدخل الماء فيه) أى الثقب (عند مروره) على أذنه (أجزأه كسرة وأذن دخلهما الماء ، وإلا) يدخل (أدخله) ولو بأصبعه ، ولا يتكلف بخشب ونحوه ، والمعتبر غلبة ظنه بالوصول .

[فروع] نسي المضمضة أو جزءا من بدنه فصلى ثم تذكر ، فلو نفلا لم يعد لعدم صحة شروعه .

عليه غسل وثمة رجال لايدعه وإن رأوه ، والمرأة بين رجال أو رجال ونساء تؤخره لابين نساء فقط . واختلف فى الرجل بين رجال ونساء أو نساء فقط كما بسطه ابن الشحنة . وينبغى لها أن تتيمم وتصلى لعجزها شرعا عن الماء ، وأما الاستنجاء فيترك مطلقا ، والفرق لايخفى .

الضرورة والحرج اه . ولا يخفى أن هذا التصحيح لاينافى ماقبله فافهم (قوله كقرط) بالضم مايعلق فى شحمة الأذن (قوله ولا يتكلف) أى بعد الإمرار كما قدمناه عن شرح المنية (قوله لعدم صحة شروعه) أى والنفل إنما تلزم إعادته بعد صحة الشروع فيه قصداً ، وسكت عن الفرض لظهور أنه يلزمه الإتيان به مطلقا (قوله لايدعه وإن رأوه) عزاه فى القنية إلى الوبرى . قال فى شرح المنية : وهو غير مسلم ،لأن ترك المنهى مقدم على فعل المأمور وللغسل خلف وهو التيمم فلا يجوز كشف العورة لأجله عند من لايجوز نظره إليها بخلاف الختان ، وتمامه فيه . وكذا استشكله فى الحلية بما فى النهاية عن الجامع الصغير للإمام التمرتاشى عن الإمام البقالى : لو كان عليه نجاسة لايمكن غسلها إلا بإظهار عورته يصلى معها ، لأن إظهارها منهى عنه والغسل مأمور به . وإذا اجتمعا كان النهى أولى اه وأطال فى ذلك فراجعه (قوله واختلف الخ) ظاهره يقتضى أن المسألة نصت فى المذهب . وقد وقع فيها خلاف ، وليس كذلك كما ستقف عليه ط (قوله كما بسطه ابن الشحنة) أى فى شرح الوهبانية ، حيث نقل عن شرحها لناظمها أنه لم يقف فيها على نقل ، وأن القياس أن يؤخر الرجل بين النساء أو بين الرجال والنساء ، وأيده ابن الشحنة بما فى المبسوط من أن نظر الجنس إلى الجنس مباح فى الضرورة لافى حالة الاختيار وأنه أخف من نظر الجنس إلى خلاف الجنس اه هذا :

وقال ح : واعلم أنه ينبغى أن لاتكشف الخنثى للاستنجاء ولا للغسل عند أحد أصلا لأنها إن كشفت عند رجل احتمل أنها أنثى ، وإن عند أنثى احتمل أنها ذكر ، فصار الحاصل أن مريد الاغتسال إما ذكر أو أنثى أو خنثى ، وعلى كل فإما بين رجال أو نساء أو خناثى أو رجال ونساء أو رجال وخناثى أو نساء وخناثى أو رجال ونساء وخناثى فهو أحد وعشرون ، يغتسل فى صورتين منها وهما رجل بين رجال وامرأة بين نساء ، ويؤخر فى تسع عشرة صورة اه (قوله وينبغى لها) أى للمرأة ، ومثلها فيما يظهر الرجل حيث قلنا إنه يؤخر أيضاً ، ولا يخفى أن تأخير الغسل لايقتضى عدم التيمم ، فإن المبيح له وهو العجز عن الماء قد وجد فافهم .

بقى هنا شئ لم يذكره ، وهو أنه هل تجب إعادة تلك الصلاة فى هذه المسألة وفى مسألة النهاية السابقة ، قال فى الحلية فيه تأمل ، والأشبه الإعادة تفريعا على ظاهر المذهب فى الممنوع من إزالة الحدث بصنع العباد إذا تيمم وصلى اه وسيذكر الشارح فى التيمم أن المحبوس إذا صلى بالتيمم إن فى المصر أعاد وإلا فلا ، واستظهر الرحمتى عدم الإعادة ، قال لأن العذر لم يأت من قبل المخلوق ، فإن المانع لها الشرع والحياء وهما من الله تعالى ، كما قالوا لو تيمم لخوف العدو ، فإن توعده على الوضوء أو الغسل يعيد لأن العذر أتى من غير صاحب الحق ، ولو خاف بدون توعد من العدو فلا لأن الخوف أوقعه الله تعالى فى قلبه ، فقد جاء العذر من قبل صاحب الحق فلا تلزمه الإعادة اه (قوله مطلقا) أى سواء كان بين رجال أو نساء أو بينهما ط (قوله والفرق لايخفى) الفرق صحة الصلاة

(وسننه) كسنن الوضوء سوى الترتيب . وآدابه كآدابه سوى استقبال القبلة لأنه يكون غالبا مع كشف عورة وقالوا : لو مكث فى ماء جار أو حوض كبير أو مطر قدر الوضوء والغسل :

مع الحقيقية فيما إذا لم تكن أكثر من قدر الدرهم ، وعدم صحتها مع الحكمية رأساً اهـ ح : زاد فى شرح الوهبانية أن الغسل فرض فلا يترك لكشف العورة : بخلاف الاستنجاء فإنه سنة وتركها أولى من الكشف الحرام .

واعترض الحموى الفرق الأول بأن الحكمية قد يعفى عن قليلها أيضاً ، فإن الجبيرة يجوز ترك المسح عليها وإن لم يضر المسح عند الإمام مع أن تحتها حدثاً اهـ وفيه نظر لأن رفع الحدث لايتجزأ فيكون غسل باقى الجسد رافعا لجميع الحدث وصار كأنه غسل ماتحتها حكما ، نعم الفرق الثانى غير مؤثر لما علمت من أنه لايجوز كشف العورة لغسل النجاسة مع أنه فرض ومن تقديم النهى على الأمر إذا اجتمعا ، فالظاهر أن مافى القنية ضعيف ، والله أعلم .

مطلب سنن الغسل

(قوله وسننه) أفاد أنه لاواجب له ط . وأما المضمضة والإستنشاق فهما بمعنى الفرض لأنه يفوت الجواز بفوتهما ، فالمراد بالواجب أدنى نوعيه كما قدمناه فى الوضوء (قوله كسنن الوضوء) أى من البداءة بالنية والتسمية والسواك والتخليل والدلك والولاء الخ وأخذ ذلك فى البحر من قوله ثم يتوضأ (قوله سوى الترتيب) أى المعهود فى الوضوء ، وإلا فالغسل له ترتيب آخر بينه المصنف بقوله بادئا الخ ط عن أبى السعود . أقول : ويستثنى الدعاء أيضا فإنه مكروه كما فى نور الإيضاح (قوله وآدابه كآدابه) نص عليه فى البدائع . قال الشرنبلالى : ويستحب أن لايتكلم بكلام مطلقاً ، أما كلام الناس فلكراهته حال الكشف ، وأما الدعاء فلأنه فى مصب المستعمل ومحل الأقذار والأوحال اهـ :

أقول : قد عدّ التسمية من سنن الغسل فيشكل على ماذكره تأمل . واستشكل فى الحلية عموم ذلك بما فى صحيح مسلم عن عائشة رضى الله عنها قالت « كنت أغتسل أنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم من إناء بينى وبينه واحد ، فيبادرنى حتى أقول دع لى دع لى » وفى رواية النسائى « يبادرنى وأبادره حتى يقول دعى لى وأقول أنا دع لى » ثم أجاب بحمله على بيان الجواز أو أن المسنون تركه مالا مصلحة فيه ظاهرة اهـ :

أقول : أو المراد الكراهة حال الكشف فقط كما أفاده التعليل السابق ، والظاهر من حاله عليه الصلاة والسلام أنه لايغتسل بلا ساتر (قوله مع كشف عورة) فلو كان متزرا فلا بأس به كما فى شرح المنية والإمداد (قوله أو حوض كبير أو مطر) هذا ذكره فى البحر بحثاً قياسا على الماء الجارى ، وهو مأخوذ من الحلية ، لكن فى شرح هدية ابن العماد لسيدى عبد الغنى النابلسى مايخالف ذلك ، حيث قال : إن ظاهر التقييد بالجارى أن الراكد ولو كثيرا ليس كذلك باعتبار أن جريان الماء على بدنه قائم مقام التثليث فى الصب ولا كذلك الراكد ، وربما يقال إن انتقل فيه من موضع إلى آخر مقدار الوضوء والغسل فقد أكمل السنة اهـ وهو كلام وجيه : والظاهر أن الانتقال غير قيد بل التحرك كاف ولا يقال إن الحوض الكبير فى حكم الجارى فلا فرق . لأنا نقول هو مثله فى عدم قبوله النجاسة لامطلقا (قوله قدر الوضوء والغسل) انظر هل المراد قدر زمنهما لو كان يصب الماء عليه بنفسه أو مقدار مايتحقق فيه جريان الماء على الأعضاء بلحظات يسيرة يتحقق فيها غسل أعضاء الوضوء مرتبة ثلاثا مع غسل باقى الجسد كذلك ؟ لم أره لأئمتنا :

فقد أكمل السنة (البداءة بغسل يديه وفرجه) وإن لم يكن به خبث اتباعا للحديث (وخبث بدنه إن كان) عليه خبث لئلا يشيع (ثم يتوضأ) أطلقه فانصرف إلى الكامل ، فلا يؤخر قدميه واو فى مجمع الماء لما أن المعتمد طهارة الماء المستعمل ، على أنه لايوصف بالاستعمال إلا بعد انفصاله عن كل البدن لأنه فى الغسل كعضو واحد ،

وذكر الشافعية الموجبون ترتيب غسل الأعضاء فى الوضوء أن المتوضئ لو غطس فى ماء ومكث قدر الترتيب صح وإلا فلا ، وصحح النووى الصحة بلا مكث ، لأن الترتيب يحصل فى لحظات لطيفة . وقال العلامة ابن حجر فى التحفة بعد ذكره سنن الغسل : ويكفى فى راكد تحرك جميع البدن ثلاثا وإن لم ينقل قدمه إلى محل آخر على الأوجه ، لأن كل حركة توجب مماسة ماء لبدنه غير الماء الذى قبلها اه ملخصا .

والذى يظهر لى أنه لو كان فى ماء جار يحصل سنة التثليث والترتيب والوضوء بلا مكث ولا تحرك ولو فى ماء راكد فلابد من التحرك ، أو الانتقال القائم مقام الصب فيحصل به ماذكرنا ، وقد صرح فى الدرر بأنه لو لم يصب لم يكن الغسل مسنونا اه (قوله البداءة بغسل يديه) ظاهر كلام المصنف كالهداية وغيرها أن هذا الغسل غير الغسل الذى فى الوضوء (قوله وفرجه) أى ثم فرجه ؛ بأن يفيض الماء بيده اليمنى عليه فيغسله باليسرى ثم ينقيه والفرج قبل الرجل والمرأة ، وقد يطلق على الدبر أيضا كما قال المطرزى اه قهستانى : أى فيشمل القبل والدبر وهو المراد هنا (قوله وإن لم يكن به خبث) رد على الزيلعى وابن الكمال (قوله اتباعاً للحديث) وهو ماروى الجماعة عن ميمونة رضى الله عنها قالت « وضعت للنبى صلى الله عليه وسلم ماء يغتسل به ، فأفرغ على يديه فغسلهما مرتين أو ثلاثا ، ثم أفرغ بيمينه على شماله فغسل مذاكيره ، ثم دلك يده بالأرض ، ثم تمضمض واستنشق ، ثم غسل وجهه ويديه ، ثم غسل رأسه ثلاثا ، ثم أفرغ على جسده ، ثم تنحى عن مقامه فغسل قدميه » فتح (قوله وخبث بدنه) أى لو قليلا كما يظهر من التعليل . وأفاد أن السنة نفس البداءة بغسل النجاسة ، وأما نفس غسلها فلابد منه ولو قليلة فيما يظهر لتنجس الماء بها ، فلا يرتفع الحدث عما تحتها مالم تزل كما بحثه سيدى عبد الغنى وقال لم أجد من تعرض له من أئمتنا .

أقول : ورأيته فى شرح والده الشيخ إسمعيل على الدرر والغرر ذكره جازما به ، لكنه لم يعزه إلى أحد ، والله تعالى أعلم (قوله فانصرف إلى الكامل) أى بجميع سننه ومندوباته كما فى البحر ، قال : ويمسح فيه رأسه وهو الصحيح . وفى البدائع أنه ظاهر الرواية (قوله ولو فى مجمع الماء) أى ولو كان واقفا فى محل يجتمع فيه ماء الغسل ، وهذا القول هو ظاهر إطلاق المتن كالكنز وغيره ، وهو ظاهر ماأخرجه البخارى من حديث عائشة « ثم توضأ وضوءه للصلاة » وبه أخذ الشافعى ، وقيل يؤخر مطلقا ، وهو ظاهر إطلاق الأكثر وإطلاق حديث ميمونة المتقدم ، وقيل بالتفصيل إن كان فى مجمع الماء فيؤخر وإلا فلا ، وصححه فى المجتبى ، وجزم به فى الهداية والمبسوط والكافى . قال فى البحر : ووجه التوفيق بين الحديثين والظاهر أن الاختلاف فى الأولوية لافى الجواز (قوله لما أن الخ) جواب عن قول المشايخ القائلين بالتأخير إنه لافائدة فى تقديم غسلهما لأنهما يتلوثان بالغسلات بعد فيحتاج إلى غسلهما ثانياً .

وحاصل الجواب أنه لاحاجة إلى غسلهما ثانياً لأن المفتى به طهارة الماء المستعمل ، ولهذا قال المندى : إن هذا إنما يتأتى على رواية نجاسته (قوله على أنه الخ) ترق فى الجواب ، وحاصله منع كون الماء مستعملا لما ذكره الشارح ، فما دامت رجلاه فى الماء لايحكم عليه بالاستعمال لعدم تحقق الإنفصال فإذا خرج من الماء حكم باستعماله ولم يصبه منه شىء بعد خروجه ، فلا حاجة إلى إعادة غسل الرجلين :

فحينئذ لاحاجة إلى غسلهما ثانياً إلا إذا كان ببدنه خبث ، ولعل القائلين بتأخير غسلهما إنما استحبوه ليكون البدء والختم بأعضاء الوضوء ، وقالوا : لو توضأ أولا لايأتى به ثانياً لأنه لايستحب وضوءان للغسل إتفاقا ، أما لو توضأ بعد الغسل واختلف المجلس على مذهبنا أو فصل بينهما بصلاة كقول الشافعية فيستحب (ثم يفيض الماء) على كل بدنه ثلاثا مستوعبا من الماء المعهود فى الشرع للوضوء والغسل وهو ثمانية أرطال ، وقيل : المقصود عدم

واعلم أنه اختلفت الرواية فى تجزى الطهارة وعدمه . وفائدة الاختلاف أنه لو تمضمض الجنب أو غسل يديه هل يحل له القراءة ومس المصحف ؟ فعلى رواية التجزى نعم ، وعلى رواية عدمه لاوهى الصحيحة ، لأن زوال الجنابة موقوف على غسل الباقى ، وما ذكره الشارح من أن الماء لايصير مستعملا إلا بعد الإنفصال متفق عليه كما صرح به فى البحر فيصح بناؤه على كل من هاتين الروايتين فافهم .

ثم اعلم أيضا أن ماذكره الشارح يصح دفعاً للقول بأنه لافائدة فى تقديم غسلهما على رواية نجاسة الماء المستعمل أيضا ، إذ لايحكم باستعماله ونجاسته إلا بعد الانفصال ؛ فلا حاجة إلى غسلهما ثانياً على هذه الرواية أيضا ، ولصاحب النهر هنا كلام فيه نظر من وجوه أوضحناها فيما علقناه على البحر (قوله إلا إذا كان الخ) أى فيلزمه إعادة غسلهما للنجاسة فقط (قوله ولعل القائلين الخ) ذكره فى البحر بحثاً ونقله فى الحلية عن القرطبى ، ثم قال: وعلى هذا يغسلهما ثانياً مطلقا سواء أصابهما طين أو كانتا فى مجمع الماء أولا ولا (قوله لأنه لايستحب الخ) قال العلامة نوح أفندى : بل ورد مايدل على كراهته . أخرج الطبرانى فى الأوسط عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من توضأ بعد الغسل فليس منا » اه تأمل . والظاهر أن عدم استحبابه لو بقى متوضئاً إلى فراغ الغسل ، فلو أحدث قبله ينبغى إعادته . ولم أره ، فتأمل (قوله واختلاف المجلس) كذا فى البحر ، وقدمنا الكلام عليه فى بحث الوضوء (قوله ثم يفيض) أتى بثم للإشارة إلى الترتيب ، وإنما لم يقل ثم يتمضمض ويستنشق ثم يفيض للإشارة إلى أن فعلهما فى الوضوء كاف عن فعلهما فى الغسل ؛ فالسنة نابت مناب الفرض ط . ومعنى يفيض : يصب . قال فى الدرر : حتى لو لم يصب لم يكن الغسل مسنونا وإن زال الحدث اه وهذا لو كان فى ماء راكد ، أما لو مكث فى ماء جار قام الجريان مقام الصب كما علم مما قدمناه قريبا (قوله على كل بدنه) زاد كل لدفع توهم عدم إعادة غسل أعضاء الوضوء لرفع الحدث عنها ط .

أقول : لم أر من صرح بأنه يسن ذلك ، وإنما يفهم ذلك من عباراتهم ، ونظيره مامر فى الوضوء من أنه يسن إعادة غسل اليدين عند غسل الذراعين (قوله ثلاثا) الأولى فرض والثنتان سنتان على الصحيح سراج (قوله مستوعبا) أى فى كل مرة لتحصل سنة التثليث ط .

مطلب فى تحرير الصاع والمد والرطل

(قوله وهو ثمانية أرطال) أى بالبغدادى ، وهى صاع عراقى . وهو أربعة أمداد ، كل مد رطلان ، وبه أخذ أبو حنيفة . والصاع الحجازى خمسة أرطال وثلث ، وبه أخذ الصاحبان والأئمة الثلاثة ، فالمد حينئذ رطل وثلث ، والرطل مائة وثلاثون درهما وقيل مائة وثمانية وعشرون درهما وأربعة أسباع درهم وتمامه فى الحلية .

قلت : والصاع العراقى نحو نصف مدّ دمشقى ، فإذا توضأ واغتسل به فقد حصل السنة (قوله وقيل المقصود الخ) الأصوب حذف قيل لما فى الحلية أنه نقل غير واحد إجماع المسلمين على أن مايجزئ فى الوضوء والغسل غير مقدر بمقدار . ومافى ظاهر الرواية من أن أدنى مايكفى فى الغسل صاع ، وفى الوضوء مد للحديث المتفق عليه

الإسراف . وفى الجواهر لا إسراف فى الماء الجارى ، لأنه غير مضيع وقد قدمناه عن القهستانى .(بادئا بمنكبه الأيمن ثم الأيسر ثم برأسه ثم) على (بقية بدنه مع دلكه) ندباً ، وقيل يثنى بالرأس ، وقيل يبدأ بالرأس وهو الأصح. وظاهر الرواية والأحاديث . قال فى البحر وبه يضعف تصحيح الدرر .

(وصح نقل بلة عضو إلى) عضو (آخر فيه) بشرط التقاطر (لا فى الوضوء) لما مرّ أن البدن كله كعضو واحد .

(وفرض) الغسل (عند) خروج (منى) من العضو وإلا فلا يفرض اتفاقاً لأنه فى حكم الباطن (منفصل عن مقره) هو صلب الرجل وترائب المرأة ، ومنيه أبيض ومنيها أصفر ؛ فلو اغتسلت فخرج منها منى ، إن منيها

« كان صلى الله عليه وسلم يتوضأ بالمد ، ويغتسل بالصاع إلى خمسة أمداد » ليس بتقدير لازم ، بل هو بيان أدنى القدر المسنون اهـ . قال فى البحر : حتى إن من أسبغ بدون ذلك أجزأه ، وإن لم يكفه زاد عليه لأن طباع الناس وأحوالهم مختلفة كذا فى البدائع اهـ وبه جزم فى الإمداد وغيره (قوله وفى الجواهر الخ) قدمنا الكلام عليه فى الوضوء مستوفى (قوله ثم الأيسر) أى ثلاثا أيضا ، وقوله ثم برأسه : أى يغسله مع بقية البدن ثلاثا أيضا كما فى الحلية وغيرها ، خلافا لما يفيده كلام المتن من غسله الرأس وحده (قوله ثم على بقية بدنه) أى ثم يفيض على بقية بدنه ، وإنما قدر الشارح لفظة على ولم يبقه معطوفا على مجرور الباء المتعلقة بقوله بادئاً لعدم صحة المعنى ، لأن ذلك ختام (قوله مع دلكه) قيده فى المنية بالمرة الأولى ، وعلله فى الحلية بكونها سابقة فى الوجود فهى بالدلك أولى (قوله ندبا) عده فى الإمداد من السنن ، ويؤيده مامر فى الوضوء (قوله وقيل يثنى بالرأس) أى يبدأ بالأيمن ثلاثا ثم بالرأس ثلاثا ثم بالأيسر ثلاثا حلية (قوله وقيل يبدأ بالرأس) أى ثم بقية البدن درر (قوله وظاهر الرواية) كذا عبر فى النهر ، والذى فى البحر وغيره التعبير بظاهر الهداية (قوله والأحاديث) قال الشيخ إسمعيل وفى شرح البرجندى وهو الموافق لعدة أحاديث أوردها البخارى فى صحيحه اهـ فافهم (قوله تصحيح الدرر) هو مامشى عليه المصنف فى متنه هنا (قوله وصح نقل بلة) بكسر الباء أبو السعود (قوله إلى عضو آخر) مفاده أنه لو اتحد العضو صح فى الوضوء أيضا كما صرح به القهستانى (قوله فيه) أى فى الغسل . قال فى القنية : فلو وضع الجنب إحدى رجليه على الأخرى فى الغسل تطهر السفلى بماء العليا بخلاف الوضوء ، لأن البدن فى الجنابة كعضو واحد اهـ (قوله بشرط التقاطر) صرح به فى فتح القدير (قوله لما مر) أى قريباً فى قوله لأنه فى الغسل كعضو واحد ، وهو علة لقوله صح ولقوله لا فى الوضوء لأنه يفهم منه أن أعضاء الوضوء ليست كعضو واحد فافهم . قال ط : وقدم الشارح أنه يجوز مسح الرأس ببلل باق بعد غسل لامسح وهو ليس بنقل (قوله وفرض الغسل) الظاهر أنه أراد بالفرض مايعم العلمى والعملى ، لأنه عند رؤية مستيقظ بللا ليس مما ثبت بدليل لاشبهة فيه كما نبه عليه فى الحلية ولذا خالف فيه أبو يوسف كما سيأتى (قوله عند خروج) لم يقل بخروج لأن السبب هو مالا يحل مع الجنابة كما اختاره فى الفتح وسيذكره الشارح فى قوله وعند انقطاع حيض ونفاس ، ولو قال وبعد خروج لكان أظهر لأنه لايجب قبل السبب (قوله منى) أى فى الخارج منه ، بخلاف مالو خرج من المرأة منى الرجل كما يأتى ، وشمل مايكون به بلوغ المراهق على ماسيذكره المصنف (قوله من العضو) هو ذكر الرجل وفرج المرأة الداخل احترازا عن خروجه من مقره ولم يخرج من العضو بأن بقى فى قصبة الذكر أو الفرج الداخل ، أما لو خرج من جرح فى الخصية بعد انفصاله عن مقره بشهوة فالظاهر افتراض الغسل . وليراجع (قوله وترائب المرأة) أى عظام صدرها كما فى الكشاف (قوله ومنيه أبيض الخ) وأيضا منيه خاثر ومنيها رقيق (قوله إن منيها) أى

أعادت الغسل لا الصلاة وإلا لا (بشهوة) أى لذة ولو حكما كمحتلم ، ولم يذكر الدفق ليشمل منى المرأة ، لأن الدفق فيه غير ظاهر ؛ وأما إسناده إليه أيضاً فى قوله تعالى — خلق من ماء دافق — الآية فيحتمل التغليب فالمستدل بها كالقهستانى تبعا لأخى جلبى غير مصيب تأمل ولأنه ليس بشرط عندهما خلافا للثانى ولذا قال (وإن لم يخرج من رأس الذكر (بها) وشرطه أبو يوسف ، وبقوله يفتى فى ضيف خاف ريبة أو استحى كما فى المستصفى .
وفى القهستانى والتاترخانية معزيا للنوازل : وبقول أبى يوسف نأخذ ، لأنه أيسر على المسلمين ، قلت

يقينا ، فلو شكت فيه فلا تعيد الغسل اتفاقا للاحتمال ، والأولى الإعادة على قولهما احتياطا نوح أفندى (قوله لا الصلاة) كما أن الرجل لا يعيد ما صلى إذا خرج منه بقية المنى بعد الغسل اتفاقا كما فى الفتح ، لكن قال فى المبتغى : بخلاف المرأة ، يعنى أنها تعيد تلك الصلاة ، وفيه نظر ظاهر ؛ والذى يظهر أنها كالرجل كذا فى الحلية وتبعه فى البحر . وأجاب المقدسى بحمل قوله بخلاف المرأة على أنها لا تعيد أصلا أى لا الغسل ولا الصلاة ، لأن ما يخرج منها يحتمل أنه ماء الرجل اهـ . أقول : أى إذا لم تعلم أنه ماؤها (قوله وإلا لا) أى وإن لم يكن منيها بل منى الرجل لا تعيد شيئا وعليها الوضوء رملى عن التاترخانية (قوله بشهوة) متعلق بقوله منفصل ، احترز به عما لو انفصل بضرب أو حمل ثقيل على ظهره ، فلا غسل عندنا خلافا للشافعى كما فى الدرر (قوله كمحتلم) فإنه لا لذة له يقينا لفقد إدراكه ط فتأمل . وقال الرحمتى : أى إذا رأى البلل ولم يدرك اللذة لأنه يمكن أنه أدركها ثم ذهل عنها فجعلت اللذة حاصلة حكما (قوله ولم يذكر الدفق) إشارة إلى الاعتراض على الكنز حيث ذكره ، فإنه فى البحر زيف كلامه وجعله متناقضا . وقد أجبنا عنه فيما علقناه على البحر . ولا يخفى أن المتبادر من الدفق هو سرعة الصب من رأس الذكر لا من مقره .
وأما ما أجاب به فى النهر عن الكنز من أنه يصح كونه دافقاً من مقره بناء على قول ابن عطية إن الماء يكون دافقاً أى حقيقة لا مجازا ، لأن بعضه يدفق بعضا ، فقد قال صاحب النهر نفسه : إنى لم أر من عرج عليه فافهم (قوله غير ظاهر) أى لاتساع محله (قوله وأما إسناده الخ) أى إسناد الدفق إلى منى المرأة أيضاً أى كإسناده إلى منى الرجل (قوله فيحتمل التغليب) أى تغليب ماء الرجل لأفضليته على ماء المرأة (قوله فالمستدل بها) أى بالآية على أن فى منيها دفقا أيضاً (قوله تأمل) لعله يشير إلى إمكان الجواب ، لأن كون الدفق منها غير ظاهر يشعر بأن فيه دفقا وإن لم يكن كالرجل ، أفاده ابن عبد الرزاق (قوله ولأنه) معطوف على قوله ليشمل ، والضمير للدفق بالمعنى الذى ذكرناه فافهم (قوله ولذا قال الخ) أى لكون الدفق ليس شرطا . قال المصنف وإن لم يخرج بها : أى بشهوة ، فإن عدم اشتراط الخروج بها مستلزم لعدم اشتراط الدفق ، إذ لا يوجد الدفق بدونها (قوله وشرطه أبو يوسف) أى شرط الدفق ، وأثره الخلاف يظهر فيما لو احتلم أو نظر بشهوة فأمسك ذكره حتى سكنت شهوته ثم أرسله فأنزل وجب عندهما لا عنده ، وكذا لو خرج منه بقية المنى بعد الغسل قبل النوم أو البول أو المشى الكثير نهر أى لا بعده ، لأن النوم والبول والمشى يقطع مادة الزائل عن مكانه بشهوة فيكون الثانى زائلا عن مكانه بلا شهوة فلا يجب الغسل اتفاقاً زيلعى ، وأطلق المشى كثير ، وقيده فى المجتبى بالكثير وهو أوجه ، لأن الخطوة والخطوتين لا يكون منهما ذلك حلية وبحر . قال المقدسى : وفى خاطرى أنه عين له أربعون خطوة فلينظر اهـ (قوله خاف ريبة) أى تهمة (قوله وبقول أبى يوسف نأخذ) أى فى الضيف وغيره . وفى الذخيرة أن الفقيه أبا الليث وخاف بن أيوب أخذا بقول أبى يوسف . وفى جامع الفتاوى أن الفتوى على قوله إسمعيل (قوله قلت الخ) ظاهره الميل إلى اختيار ما فى النوازل ، ولكن أكثر الكتب على خلافه حتى البحر والنهر ، ولا سيما قد ذكروا أن قوله قياس وقولهما استحسان وأنه الأحوط ، فينبغى الافتاء بقوله فى مواضع الضرورة فقط تأمل .

ولا سيما فى الشتاء والسفر .

وفى الخانية : خرج منى بعد البول وذكره منتشر لزمه الغسل . قال فى البحر : ومحله إن وجد الشهوة ،وهو تقييد قولهم بعدم الغسل بخروجه بعد البول (و) عند (إيلاج حشفة) هى مافوق الختان (آدمى) احترازعن الجنى يعنى إذا لم تنزل وإذا لم يظهر لها فى صورة الآدمى كما فى البحر (أو) إيلاج (قدرها من مقطوعها) ولو لم يبق منه

وفى شرح الشيخ إسمعيل عن المنصورية قال الإمام قاضيخان : يؤخذ بقول أبى يوسف فى صلوات ماضية فلا تعاد ، وفى مستقبلة لايصلى مالم يغتسل اه .

[تنبيه] إذا لم يتدارك مسك ذكره حتى نزل المنى صار جنبا بالاتفاق ، فإذا خشى الريبة يتستر بإيهام أنه يصلى بغير قراءة ونية وتحريمة فيرفع يديه ويقوم ويركع شبه المصلى إمداد (قوله ومحمله) أى مافى الخانية . قال فى البحر : ويدل عليه تعليله فى التجنيس بأن فى حالة الانتشار وجد الخروج والانفصال جميعا على وجه الدفق والشهوة اه . وعبارة المحيط كما فى الحلية : رجل بال فخرج من ذكره منى ، إن كان منتشرا فعليه الغسل لأن ذلك دلالة خروجه عن شهوة (قوله وهو) أى مافى الخانية (قوله تقييد قولهم) أى فيقال إن عدم وجوب الغسل بخروجه بعد البول اتفاقا إذا لم يكن ذكره منتشرا فلو منتشرا وجب لأنه إنزال جديد وجد معه الدفق والشهوة .

أقول : وكذا يقيد عدم وجوبه بعدم النوم والمشى الكثير (قوله وعند إيلاج) أى إدخال ، وهذا أعم من التعبير بالتقاء الختانين لشموله الدبر أيضا (قوله هى مافوق الختان) كذا فى القاموس . زاد الزيلعى من رأس الذكر . وفى حاشية نوح أفندى : هى رأس الذكر إلى الختان ، وهو : أى الختان موضع قطع جلد القلفة اه فموضع القطع غير داخل فى الحشفة كما فى شرح الشيخ إسمعيل ، ومثله فى القهستانى . وفى شرح المنية الحشفة الكمرة .

أقول : هذا هو المراد بما فوق الختان ، وأما كون المراد بها من رأس الذكر إلى الختان فالظاهر أنه لا يقول به أحد ، لأن ذلك نحو نصف الذكر ، فيلزم عليه أن لايجب الغسل حتى يغيب نصف الذكر (قوله احتراز عن الجنى) ففى المحيط : لو قالت معى جنى يأتينى مرارا وأجد ما أجد إذا جامعنى زوجى لا غسل عليها لإنعدام سببه وهو الإيلاج أو الاحتلام ذرر . ووقع فى البحر والفتح وغيرهما يأتينى فى النوم مرارا . وظاهره أنه رؤية منام ، لكن ضبطه الشيخ إسمعيل بالياء المثناة التحتية لا بالنون .

أقول : يدل عليه قوله فى الحلية : هذا إذا كان واقعا فى اليقظة ، فلو فى المنام فلا شك أن له من التفصيل مالاحتلام (قوله يعنى إذا لم تنزل) قيد به فى الفتح حيث قال ؛ ولايخفى أنه مقيد بما إذا لم تر الماء ، فإن رأته صريحا وجب كأنه احتلام اه . قال فى البحر : وقد يقال ينبغى وجوب الغسل من غير إنزال لوجود الإيلاج ، لأنها تعرف أنه يجامعها كما لايخفى اه .

أقول إن كان هذا مناما فهو غير صحيح ، وإلا فإن ظهر لها بصورة آدمى فهو البحث الآتى وإلا فهو أصل المسألة ، والمنقول فيها عدم الوجوب لعدم سببه كما علمت ، والبحث فى المنقول غير مقبول (قوله وإذا لم يظهر لها الخ) هو بحث لصاحب البحر وسبقه إليه صاحب الحلية ، لكنه تردد فيه فقال : أما إذا ظهر فى صورة آدمى وكذا إذا ظهر للرجل جنية فى صورة آدمية فوطئها وجب الغسل لوجود المجانسة الصورية المفيدة لكمال السببية ، اللهم إلا أن يقال هذا إنما يتم لو لم توجد بينهما مباينة معنوية فى الحقيقة ، ومن ثم علل به بعضهم حرمة التناكح بينهما فينبغى أن لا يجب الغسل إلا بالإنزال كما فى البهيمة والميتة ، نعم لو لم يعلم مافى نفس الأمر إلا بعد الوطء وجب الغسل فيما يظهر لانتفاء مايفيد قصور السببية (قوله من مقطوعها) أى من ذكر مقطوع الحشفة .

قدرها . قال فى الأشباه : لم يتعلق به حكم ، ولم أره (فى أحد سبيلى آدمى) حى (يجامع مثله) سيجىء محترزه (عليهما) أى الفاعل والمفعول (لو) كانا (مكلفين) ولو أحدهما مكلفا فعليه فقط دون المراهق ، لكن يمنع من الصلاة حتى يغتسل ويؤمر به ابن عشر تأديبا (وإن) وصلية (لم ينزل) منياً بالإجماع ، يعنى لو فى دبر غيره ، أما فى دبر نفسه فرجح فى النهر عدم الوجوب إلا بالإنزال : ولا يرد الخنثى المشكل فإنه لاغسل عليه بإيلاجه فى قبل أو دبر ولا على من جامعه إلا بالإنزال ،

بقى لو كان مقطوع البعض منها هل يناط الحكم بالباقى منها أم يقدر من الذكر قدر ماذهب منها كما يقدر منه لو كان الذاهب كلها لم أره فتأمل (قوله قال فى الأشباه الخ) جواب لو وعبارته فى أحكام غيبوبة الحشفة من الفن الثانى : وإن لم يبق قدرها لم يتعلق به شىء من الأحكام ويحتاج إلى نقل لكونها كلية ولم أره الآن اه . ونقل ط عن المقدسى أنه يفهم من التقييد بقدرها أنه لايتعلق بذلك حكم ويفتى به عند السؤال اه أى لأن مفاهيم الكتب معتبرة كما تقدم (قوله آدمى) احتراز عن البهيمة كما يأتى ، وعن الجنية كما مر (قوله سيجىء محترزه) أى محترز ماذكر من القيود الثلاثة (قوله مكلفين) أى عاقلين بالغين (قوله ولو أحدهما الخ) لكن لو كانت هى المكلفة فلا بد أن يكون الصبى ممن يشتهى وإلا فلا يجب عليها أيضا كما يأتى فى الشرح (قوله تأديبا) فى الخانية وغيرها يؤمر به اعتيادا وتخلقا كما يؤمر بالصلاة والطهارة . وفى القنية قال محمد وطىء صبية يجامع مثلها يستحب لها أن تغتسل كأنه لم ير جبرها وتأديبها على ذلك . وقال أبو على الرازى : تضرب على الاغتسال وبه نقول ، وكذا الغلام المراهق يضرب على الصلاة والطهارة اه (قوله بالإجماع) لما فى الصحيحين من حديث أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا جلس بين شعبها الأربع ثم جهدها فقد وجب الغسل ، أنزل أو لم ينزل » وأما قوله عليه الصلاة والسلام « إنما الماء من الماء » فمنسوخ بالإجماع ، ووجوبه على المفعول به فى الدبر بالقياس احتياطا ، وتمامه فى شرح المنية (قوله يعنى الخ) تقييد لقوله فى أحد سبيلى آدمى فإنه شامل لدبر نفس المولج (قوله فرجح فى النهر الخ) هو أحد قولين حكاهما فى القنية وغيرها . قال فى النهر : والذى ينبغى أن يعول عليه عدم الوجوب إلا بالإنزال ، إذ هو أولى من الصغيرة والميتة فى قصور الداعى ، وعرف بهذا عدم الوجوب بإيلاج الإصبع (قوله ولا يرد) أى على إطلاق المصنف الحشفة وأحد السبيلين (قوله فإنه لا غسل عليه الخ) أى لجواز كونه امرأة ، وهذا الذكر منه زائد فيكون كالإصبع وأن يكون رجلا ففرجه كالجرح فلا يجب بالإيلاج فيه الغسل بمجرده :

قلت : ويشكل عليه معاملة الخنثى بالأضر فى أحواله ، وعليه يلزمه الغسل فليتأمل اه إمداد :

أقول : سيذكر الشارح هذا الإشكال آخر الكتاب فى كتاب الخنثى وسنوضح الجواب(١) هناك إن شاءالله تعالى وذكرناه هنا فيما علقناه على البحر (قوله ولا على من جامعه) أى فى قبله ، فلو جامعه رجل فى دبره وجب الغسل عليهما كما أفاده ط أى لعدم الإشكال فى الدبر ، وكذا لا إشكال فيما لو جامع وجومع لتحقق جنابته بأحد

---

(١) (قوله وسنوضح الجواب) حاصله أن معاملته بالأضر والأحوط ليس دائما ، بل قد يكون مستحبا فى مواضع منها هذه ووجهه أن إشكاله أورث شبهة وهى لا ترفع الثابت بيقين كالطهارة هنا بخلاف نحو توريثه ، لأن شرط الإرث تحقق سببه فيعامل فيه بالأضر لعدم تحقق ما يثبت له الأنفع ، يدل عليه ما فى غاية البيان إذا وقف فى صف النساء أحب إلى أن يعيد الصلاة كذا قال محمد فى الأصل ، لأن المسقط وهو الأداء معلوم ، والمفسد وهو المحاذاة موهوم ؛ وإن قام فى صف الرجال يعيد من عن يمينه ويساره وخلفه استحبابا بالتوهم المحاذاة اه منه

لأن الكلام في حشفة وسبيلين محققين (و) عند (رؤية مستيقظ) خرج رؤية السكران والمغمى عليه المذى منياً أو مذيا (وإن لم يتذكر الاحتلام) إلا إذا علم أنه مذى أو شك أنه مذى أو ودى أو كان ذكره منتشراً قبيل النوم فلا غسل

الفعلين (قوله لأن الكلام) علة لقوله ولا يرد (قوله وسبيلين) أى وأحد سبيلين ، فهو على تقدير مضاف دل عليه كلام المتن السابق ، ولهذا قال محققين أى الحشفة وأحد السبيلين فافهم ، والأحسن إبدال السبيلين بالقبل كما فى البحر ، لأن السبيل يشمل الدبر ، وهو من الخنثى محقق (قوله وعند رؤية مستيقظ) أى بفخذه أو ثوبه بحر ، والمراد بالرؤية العلم ليشمل الأعمى ، والمرأة كالرجل كما فى القهستانى (قوله خرج رؤية السكران والمغمى عليه المذى) أى بعد إفاقتهما بحر . والفرق أن النوم مظنة الاحتلام فيحال عليه ، ثم يحتمل أنه منى رق بالهواء أو للغذاء فاعتبرناه منيا احتياطا ، ولا كذلك السكران والمغمى عليه لأنه لم يظهر فيهما هذا السبب بحر . وقوله المذى مفعول رؤية وهما موجودان فى بعض النسخ ولا بد منهما ،لأن برؤية المنى يجب الغسل كما صرح به فى منية وغيرها . قال ط :وأشار به أى بالتقييد بالمذى إلى أن فى مفهوم المستيقظ تفصيلا. وما أحسن ماصنع ولاتكنف فيه اه فافهم (قوله منيا أو مذيا) اعلم أن هذه المسألة على أربعة عشر وجها ، لأنه إما أن يعلم أنه منى أو مذى أو ودى أو شك فى الأولين أو فى الطرفين أو فى الأخيرين أو فى الثلاثة ، وعلى كل إما أن يتذكر احتلاما أولا فيجب الغسل اتفاقا فى سبع صور منها وهى مااذا علم أنه مذى،أو شك فى الأولين أو فى الطرفين أو فى الأخيرين أو فى الثلاثة مع تذكر الاحتلام فيها ، أو علم أنه منى مطلقا . ولا يجب اتفاقا فيما إذا علم أنه ودى مطلقا . وفيما إذا علم أنه مذى أو شك فى الأخيرين مع عدم تذكر الاحتلام؛ويجب عندهما فيما إذا شك فى الأولين أو فى الطرفين أو فى الثلاثة احتياطا ، ولا يجب عند أبى يوسف للشك فى وجود الموجب . واعلم أن صاحب البحر ذكر ثنتى عشرة صورة وزدت الشك فى الثلاثة تذكر أولا أخذا من عبارته اه ح .

أقول : إذا عرفت هذا فاعلم أن المصنف اقتصر على بعض الصور ، ولايلزم أن يكون ماسكت عنه مخالفا فى الحكم لما ذكره كما لايخفى فافهم . نعم قوله أو مذيا يقتضى أنه إذا علم أنه مذى ولم يتذكر احتلاما يجب الغسل وقد علمت خلافه . وعبارة النقاية كعبارة المصنف ، وأشار القهستانى إلى الجواب حيث فسر قوله أو مذيا بقوله أى شيئا شك فيه أنه منى أو مذى ، لأنا لانوجب الغسل بالمذى أصلا بل بالمنى ، إلا أنه قد يرق بإطالة الزمان . فالمراد ماصورته صورة المذى لاحقيقته كما فى الخلاصة اه فليس فيه مخالفة لما تقدم فافهم (قوله وإن لم يتذكر الاحتلام) من الحلم بالضم والسكون اسم لما يراه النائم ثم غلب على مايراه من الجماع نهر .

واعلم أنه اختلف فى الواو فى نظير هذا التركيب ، فقيل إنها للحال أى والحال أنه إن لم يتذكر الاحتلام يجب الغسل ، ويفهم وجوبه إذا تذكر بالأولى ، وقيل للعطف على مقدر : أى إن تذكر وإن لم يتذكر (قوله إلا إذا علم الخ) استثناء من قوله أو مذيا مع تقييده لعدم تذكر الاحتلام ، لأنه هو المنطوق ، سواء جعلت الواو للحال أو للعطف ، لكن على جعلها للحال أظهر ، إذ ليس فى الكلام شىء مقدر ، ولو جعلت للعطف ربما يتوهم أن الاستثناء مفروض على عدم التذكر المنطوق ، ومع التذكر المقدر فلا يصح قوله الآتى اتفاقا .

ثم اعلم أن الشارح قد أصلح عبارة المصنف ، فإن قوله أو مذيا يحتمل أن يكون المراد به أنه رأى مذيا حقيقة بأن علم أنه مذى ، أو أنه رأى مذيا صورة بأن رأى بللا وشك فى أنه مذى أو ودى ، أوشك أنه مذى أو منى ، فاستثنى ماعدا الأخير وصار قوله أو مذيا مفروضا فيما إذا شك أنه مذى أو منى فقط كما قدمناه فهذه الصورة

عليه اتفاقا كالودى ، لكن فى الجواهر إلا إذا نام مضطجعا أو تيقن أنه منى أو تذكر حلما فعليه الغسل والناس عنه غافلون (لا) يفترض (إن تذكر ولو مع اللذة) والإنزال (ولم ير) على رأس الذكر (بللا) إجماعا (وكذا المرأة) مثل الرجل على المذهب.

ولو وجد بين الزوجين ماء ولا مميز ولا تذكر ولا نام قبلهما غيرهما اغتسلا (أولج حشفته) أو قدرها

يجب فيها الغسل وإن لم يتذكر الاحتلام لكن بقيت هذه صادقة بما إذا كان ذكره منتشرا قبل النوم أولا ، مع أنه إذا كان منتشرا لايجب الغسل فاستثناه أيضا ، فصار جملة المستثنيات ثلاث صور لايجب فيها الغسل اتفاقاً مع عدم تذكر الاحتلام كما قلنا ، وبهذا الحل الذى هو من فيض الفتاح العليم ظهر أن هذه المتعاطفات مرتبطة ببعضها وأن الاستثناء فيها كلها متصل ، ولله در هذا الشارح الفاضل ، فكثيرا ماتخفى إشارته على المعترضين وإن كانوا من الماهرين ، فافهم (قوله كالودى) فإنه لاغسل فيه اتفاقاً وإن تذكر كما مر (قوله لكن فى الجواهر الخ) استدراك على المسألة الثالثة .

وحاصله أنه أطلق عدم الغسل فيها تبعا لكثير ، وهو مقيد بثلاثة قيود : أن يكون نومه قائما أو قاعداً ، أو أن لايتيقن أنه منى ، وأن لايتذكر حلما ، فإذا فقد واحد منها بأن نام مضطجعا أو تيقن أو تذكر وجب الغسل .

وقد ذكر المسألة فى منية المصلى فقال : وإن استيقظ فوجد فى إحليله بللا ولم يتذكر حلما ، إن كان ذكره منتشراً قبل النوم فلا غسل عليه ، وإن كان ساكنا فعليه الغسل ، هذا إذا نام قائما أو قاعدا ، أما إذا نام مضطجعا أو تيقن أنه منى فعليه الغسل ، وهذا مذكور فى المحيط والذخيرة . وقال شمس الأئمة الحلوانى هذه مسألة يكثر وقوعها والناس عنها غافلون اه .

والحاصل أن الانتشار قبل النوم سبب لخروج المذى ، فما يراه يحمل عليه مالم يتذكر حلما ويعلم أنه منى أو يكن نام مضطجعا لأنه سبب للاسترخاء والاستغراق فى النوم الذى هو سبب الاحتلام ؛ لكن ذكر فى الحلية أنه راجع الذخيرة والمحيط البرهانى فلم ير تقييد عدم الغسل بما إذا نام قائماً أو قاعدا ، ثم بحث وقال إن الفرق بينه وبين النوم مضطجعا غير ظاهر (قوله أو تيقن) عبر به تبعاً للمنية ؛ ولو عبر بالعلم لكان أولى لأن المراد غلبة الظن والعلم يطلق عليها . وعبارة الخانية فى هذه المسألة إلا أن يكون أكبر رأيه أنه منى فيلزمه الغسل اه (قوله ولو مع اللذة والإنزال) أى مع تذكرهما ؛ وليس المراد أنه أنزل لأن الموضوع أنه لم ير بللا ط (قوله وكذا المرأة الخ) فى البحر عن المعراج : لو احتلمت المرأة ولم يخرج الماء إلى ظهر فرجها عن محمد يجب . وفى ظاهر الرواية لايجب ، لأن خروج منيها إلى فرجها الخارج شرط لوجوب الغسل عليها وعليه الفتوى (قوله ولو وجد الخ) حاصله أنه لو وجد الزوجان فى فراشهما منياً ولم يتذكرا احتلاما ، فقيل إن كان أبيض غليظاً فمنى الرجل ؛ وإن كان أصفر رقيقاً فمنى المرأة . وقال فى الظهيرية بعد حكايته لهذا القول : والأصح أنه يجب عليهما احتياطاً ، وعزا هذا الثانى فى الحلية إلى ابن الفضل ؛ وقال : ومشى عليه فى المحيط والخلاصة ، واستظهر فى الفتح الجمع بين القولين ، فقيد الوجوب عليهما بعدم التذكر وعدم المميز من غلظ ورقة أو بياض وصفرة ؛ ثم قال : فلا خلاف إذن ، واستحسنه فى الحلية وأقره فى البحر ، لكن فى شرح المنية أن المميز يختلف باختلاف المزاج والأغذية فلا عبرة به ، والاحتياط هو الأول (قوله ولا نام قبلهما غيرهما) ذكره فى الحلية بحثا وتبعه فى البحر قال : فلو كان قد نام عليه غيرهما وكان المنى المرئى يابسا فالظاهر أنه لايجب الغسل على واحد منهما .

(ملفوفة بخرقة ، إن وجد لذة) الجماع (وجب) الغسل (وإلا لا) على الأصح ، والأحوط الوجوب (و)عند (انقطاع حيض ونفاس) هذا وما قبله من إضافة الحكم إلى الشرط : أى يجب عنده لا به ، بل بوجوب الصلاة أو إرادة مالا يحل كما مر (لا) عند (مذى أو ودى) بل الوضوء منه ومن البول جميعاً على الظاهر

[تنبيه] التقييد بالزوجين صريح فى أن غيرهما لايجب عليه رملى على البحر . أقول : الظاهر أنه اتفاقى جريا على الغالب ولذا قال ط : الأجنبى والأجنبية كذلك ، وكذا لو كانا رجلين أو امرأتين ، فالظاهر اتحاد الحكم (قوله إن وجد لذة الجماع) أى بأن كانت الخرقة رقيقة بحيث يجد حرارة الفرج واللذة بحر (قوله وإلا لا) أى مالم ينزل (قوله على الأصح) وقال بعضهم : يجب لأنه يسمى مولجا . وقال بعضهم : لايجب بحر : وظاهر القولين الإطلاق (قوله والأحوط الوجوب) أى وجوب الغسل فى الوجهين بحر وسراج .

أقول : والظاهر أنه اختيار للقول الأول من القولين ؛ وبه قالت الأئمة الثلاثة كما فى شرح الشيخ إسماعيل عن عيون المذاهب ، وهو ظاهر حديث « إذا التقى الختانان وغابت الحشفة وجب الغسل » (قوله هذا إلخ) الإشارة إلى إسناد فرضية الغسل إلى الانقطاع ، لأن المعنى وفرض عند انقطاع حيض ونفاس وأراد بما قبله إسناد الفرضية إلى خروج المنى والإيلاج ورؤية المستيقظ ، وأراد بالإضافة الإسناد والتعليق : أى إسناد فرضية الغسل إلى هذه الأشياء ، وتعليقها عليها مجاز من إسناد الحكم ، وهو هنا الفرضية إلى الشرط ، وهو هنا هذه المذكورات وليس من إسناد الحكم إلى سببه كما هو الأصل (قوله أى يجب عنده) أى عند تحقق الانقطاع ونحوه مما ذكر بعده (قوله بل بوجوب الصلاة) أى عند ضيق الوقت ، وقوله أو إرادة مالا يحل : أى عند عدم ضيق الوقت قال فى الشرنبلالية : واختلف فى سبب وجوب الغسل . وعند عامة المشايخ إرادة فعل مالا يحل فعله مع الجنابة وقيل وجوب مالا يحل معها . والذى يظهر أنه إرادة فعل مالا يحل إلا به عند عدم ضيق الوقت أو عند وجوب مالا يصح معها ، وذلك عند ضيق الوقت لما قال فى الكافى إن سبب وجوب الغسل الصلاة أو إرادة مالا يحل فعله مع الجنابة والإنزال والالتقاء شرط اهـ (قوله كما مر) أى فى الوضوء ، وقدمنا الكلام عليه هناك (قوله لاعند مذى) أى لايفرض الغسل عند خروج مذى كظبى بمعجمة ساكنة وياء مخففة على الأفصح ، وفيه الكسر مع التخفيف والتشديد ، وقيل هما لحن ماء رقيق أبيض يخرج عند الشهوة لابها ؛ وهو فى النساء أغلب ، قيل هو منهن يسمى القذى بمفتوحتين نهر (قوله أو ودى) بمهملة ساكنة وياء مخففة عند الجمهور ، وحكى الجوهرى كسر الدال مع تشديد الياء . قال ابن مكى : ليس بصواب . وقال أبو عبيد إنه الصواب وإعجام الدال شاذ : ماء ثخين أبيض كدر يخرج عقب البول نهر (قوله بل الوضوء منه الخ) أى بل يجب الوضوء منه أى من الودى ومن البول جميعاً ، وهذا جواب عما يقال إن الوجوب بالبول السابق على الودى فكيف يجب به . وبيان الجواب أن وجوبه بالبول لاينافى الوجوب بالودى بعده ، حتى لو حلف لايتوضأ من رعاف فرعف ثم بال أو بالعكس فتوضأ فالوضوء منهما فيحنث ، وكذا لو حلفت لاتغتسل من جنابة فجومعت وحاضت فاغتسلت فهو منهما ، وهذا ظاهر الرواية بحر . وذكر أربعة أجوبة أخر : منها أن الودى مايخرج بعد الاغتسال من الجماع وبعد البول ، وهو شئ لزج كذا فسره فى الخزانة والتبيين ، فالإشكال إنما يرد على من اقتصر فى تفسيره على مايخرج بعد البول (قوله على الظاهر) أى إن قلنا إن وجوب الوضوء منه ومن البول بناء على ظاهر الرواية من مسألتى اليمين السابقين وذكر المحقق فى الفتح أن الوضوء من الحدث السابق وأن السبب الثانى لم يوجب شيئا لاستحالة تحصيل الحاصل إلا إذا وقعا معا كأن رعف وبال معا كما قرره الآمدى ، قال وهو معقول يجب قبوله هو قول الجرجانى من مشايخنا .

(و) لاعند (إدخال أصبع ونحوه) كذكر غير آدمى وذكر خنثى وميت وصبى لا يشتهى وما يصنع من نحو خشب (فى الدبر أو القبل) على المختار (و) لاعند (وطء بهيمة أو ميتة أو صغيرة غير مشتهاة) بأن تصير مفضاة بالوطء وإن غابت الحشفة ولا ينتقض الوضوء ، فلا يلزم إلا غسل الذكر قهستانى عن النظم ،وسيجىء أن رطوبة الفرج طاهرة عنده فتنبه (بلا إنزال) لقصور الشهوة

والحق أن لاتنافى بين كون الحدث بالأول فقط وبين الحنث ، لأنه لايلزم بناؤه على تعدد الحدث بل على العرف ، والعرف أن يقال لمن توضأ بعد بول ورعاف توضأ منهما (قوله غير آدمى) كجنى وقرد وحمار (قوله خنثى) أى مشكل (قوله وما يصنع) أى على صورة الذكر (قوله فى الدبر) متعلق بإدخال (قوله على المختار) قال فى التجنيس : رجل أدخل أصبعه فى دبره وهو صائم اختلف فى وجوب الغسل والقضاء . والمختار أنه لايجب الغسل ولا القضاء ، لأن الأصبع ليس آلة للجماع فصار بمنزلة الخشبة ذكره فى الصوم ، وقيد بالدبر لأن المختار وجوب الغسل فى القبل إذا قصدت الاستمتاع ، لأن الشهوة فيهن غالبة فيقام السبب مقام المسبب دون الدبر لعدمها نوح أفندى :

أقول : آخر عبارة التجنيس عند قوله بمنزلة الخشبة ، وقد راجعتها منه فرأيتها كذلك ، فقوله وقيد الخ من كلام نوح أفندى ، وقوله لأن المختار وجوب الغسل الخ بحث منه سبقه إليه شارح المنية ، حيث قال والأولى أن يجب فى القبل الخ ، وقد نبه فى الإمداد أيضا على أنه بحث من شارح المنية فافهم (قوله ولاعند وطء بهيمة الخ) محترزات قوله فى أحد سبيلى آدمى حى يجامع مثله . وفى القنية برمز أجناس الناطفى فرج البهيمة كفيها لاغسل فيه بغير إنزال ويعزر ، وتذبح البهيمة وتحرق على وجه الاستحباب ، ولا يحرم أكل لحمها به اهـ وسيأتى فى الحدود (قوله بأن تصير مفضاة) أى مختلطة السبيلين . وفى المسألة خلاف ؛ فقيل يجب الغسل مطلقا ، وقيل لامطلقا . والصحيح أنه إذا أمكن الإيلاج فى محل الجماع من الصغيرة ولم يفضها فهى ممن تجامع فيجب الغسل سراج :

أقول : لايخفى أن الوجوب مشروط بما إذا زالت البكارة لأنه مشروط فى الكبيرة كما يأتى قريبا ففيها بالأولى ، فقوله فى البحر قد يقال إن بقاء البكارة دليل على عدم الإيلاج فلا يجب الغسل كما اختاره فى النهاية فيه نظر ، فتدبر (قوله قهستانى) أقول : عبارته وطء البهيمة والميتة غير ناقض للوضوء بلا إنزال فلا يلزم إلا غسل الذكر كما فى صوم النظم اهـ وكأن الشارح قاس الصغيرة عليهما تأمل . ويؤخذ من هذا أن المباشرة الفاحشة الناقضة للوضوء لابد أن تكون بين مشتهيين كما قدمناه (قوله وسيجىء) أى فى باب الأنجاس .

مطلب فى رطوبة الفرج

(قوله الفرج) أى الداخل ، أما الخارج فرطوبته طاهرة باتفاق بدليل جعلهم غسله سنة فى الوضوء ، ولو كانت نجسة عندهما لفرض غسله اهـ ح :

أقول : قد يقال إن النجاسة مادامت فى محلها لا عبرة لها ، ولذا كان الاستنجاء سنة للرجال والنساء فى غير الغسل مع أن الخارج نجس باتفاق ، فلا تدل سنية الغسل على الطهارة فتدبر ، نعم يدل على الاتفاق كونه له حكم خارج البدن ، فرطوبته كرطوبة الفم والأنف والعرق الخارج من البدن (قوله فتنبه) أشار به إلى أن ما فى النظم مبنى على قولهما ، فلا تغفل وتظن من جزمه به أنه متفق عليه (قوله لقصور الشهوة) أى التى أقيمت مقام الإنزال فى وجوب الغسل عند الإيلاج ، لكن يرد عليه لو جامع عجوزا شوهاء لاتشتهى أصلا ، ويظهر لى الجواب

أما به فيحال عليه . (كما) لاغسل (لو أتى عذراء ولم يزل عذرتها) بضم فسكون البكارة فإنها تمنع التقاء الختانين إلا إذا حبلت لإزالها ، وتعيد ما صلت قبل الغسل كذا قالوا ، وفيه نظر ، لأن خروج منيها من فرجها الداخل شرط لوجوب الغسل على المفتى به ولم يوجد قاله الحلبى :

(ويجب) أى يفرض (على الأحياء) المسلمين (كفاية) إجماعا (أن يغسلوا) بالتخفيف (الميت) المسلم إلا الخنثى المشكل فييمم (كما يجب على من أسلم جنباً أو حائضاً) أو نفساء ولو بعد الانقطاع على الأصح كما فى الشرنبلالية عن البرهان ، وعلله ابن الكمال ببقاء الحدث الحكمى

بأنها قد ثبت لها وصف الاشتهاء فيما مضى فيبقى حكمه الآن مادامت حية كما ذكروه فى مسألة المحاذاة فى الصلاة ، بخلاف البهيمة والميتة والصغيرة تأمل ، وهذا علة لعدم وجوب الغسل فيما تقدم (قوله أمابه) أى أما فعل هذه الأشياء المصاحب للإنزال فيحال وجوب الغسل على الإنزال ط (قوله تمنع التقاء الختانين) أى ختان الرجل : وهو موضع القطع ، وختان المرأة : وهو موضع قطع جلدة منها كعرف الديك فوق الفرج ، فإذا غابت الحشفة فى الفرج فقد حاذى ختانه ختانها، وتمام بيانه فى البحر (قوله إلا إذا حبلت) فيكون دليل إزالها فيلزمها الغسل قال أبو السعود : وكذا يلزمه لأنه دليل إزاله أيضا وإن خفى عليه (قوله قبل الغسل) أى لو لم تكن اغتسلت ، لأنه ظهر أنها صلت بلا طهارة (قوله قاله الحلبى) أى فى شرحه الصغير . وقال فى الكبير : ولا شك أنه مبنى على وجوب الغسل عليها بمجرد انفصال منيها إلى رحمها ، وهو خلاف الأصح الذى هو ظاهر الرواية(قوله أى يفترض) أشار به إلى أنه ليس المراد بالوجوب هنا المصطلح عليه عندنا فكان الأولى فيه وفيما بعده التعبير بيفترض اهـ ح ومن صرح بالفرضية هنا صاحب الوافى والسروج وابن الهمام مع نقله الإجماع عليه، لكن علل فى البحر بأن هذا الذى سموه واجبا يفوت الجواز بفوته. قال الشارح فى الخزائن: قلت هذا التعليل يفيد أنه فرض عملى لا اعتقادى . وهو كذلك لأنه ليس ثابتا بدليل قطعى ولا متفقا عليه ، فلعلهم عبروا بالواجب للإشعار بانحطاط رتبة هذا عن ذاك فتأمل اهـ قلت : لكن هذا ظاهر فيما عدا غسل الميت فتأمل (قوله كفاية) أى بحيث لو قام به بعضهم سقط عن باقيهم وإلا أثموا كلهم إن علموا به ، وهل يشترط لسقوطه عن المكلفين النية استظهر فى جنائز الفتح نعم ، ونقل فى البحر عن الخانية وغيرها خلافه (قوله إجماعا) قيد لقوله يفرض . قال فى البحر: وما نقله مسكين من قوله وقيل غسل الميت سنة مؤكدة ، ففيه نظر بعد نقل الإجماع (قوله بالتخفيف) أى تخفيف السين ، وهو من الغسل بالفتح : قال فى السراج : يقال ، غسل الجمعة وغسل الجنابة بضم الغين وغسل الميت وغسل الثوب بفتحها . وضابطه أنك إذا أضفت إلى المغسول فتحت ، وإذا أضفت إلى غير المغسول ضممت اهـ (قوله الميت) بالتخفيف وبالتشديد ضد الحى ، أو المخفف الذى مات والمشدد الذى لم يمت بعد أفاده فى القاموس (قوله المسلم) أما الكافر إذا لم يوجد له إلا وليه المسلم فيسيل عليه الماء كالخرقة النجسة من غير ملاحظة السنة ط (قوله فييمم) وقيل يغسل بثيابه ، والأول أولى بحر ونهر (قوله كما يجب) أى يفرض بحر (قوله ولو بعد الانقطاع) أى انقطاع الحيض والنفاس ، لكن فى دخول ذلك فى كلام المصنف نظر ،لأن الحائض من اتصفت بالحيض وبعد انقطاعه لاتسمى حائضا ، ولذا قال فى الشرنبلالية إن فيه إشارة إلى أنها لو انقطع حيضها ثم أسلمت لاغسل عليها (قوله على الأصح) مقابله ماقيل إنها لو أسلمت بعد الانقطاع لاغسل عليها بخلاف الجنب ؛ والفرق أن صفة الجنابة باقية بعد الإسلام فكأنه أجنب بعده ، والانقطاع فى الحيض هو السبب ولم يتحقق بعد ، فلذا لو أسلمت قبل الانقطاع لزمها (قوله وعلله) أى علل الأصح (قوله ببقاء الحدث الحكمى) حاصله منع الفرق بين الحيض والجنابة ، لأن التحقيق أن الانقطاع شرط لوجوب الغسل لاسبب :

(أو بلغ لا بسن) بل بإنزال أو حيض ، أو ولدت ولم تر دماً أو أصاب كل بدنه نجاسة أو بعضه وخفى مكانها (فى الأصح) راجع للجميع :

وفى التاترخانية معزيا للعتابية والمختار وجوبه على مجنون أفاق :

قلت : وهو يخالف ما يأتى متنا ، إلا أن يحمل أنه رأى منيا ، وهل السكران والمغمى عليه كذلك ؟ يراجع

(وإلا) بأن أسلم طاهراً أو بلغ بالسن (فمندوب .

وسن لصلاة جمعة و) لصلاة (عيد)

ومبنى الفرق على أنه لايثبت لها بالحيض والنفاس حدث حكمى يستمر مثل الجنابة وهو ممنوع ، بدليل أن المسافرة لو تيممت بعد الانقطاع خرجت من الحيض ، فإذا وجدت الماء وجب عليها الغسل فصارت بمنزلة الجنب فقد ثبت لها حدث حكمى بعد الانقطاع ، هذا خلاصة ماحققه ابن الكمال ، وقد حقق فى الحلية هذا المقام بما لامزيد عليه (قوله بل بإنزال) عام فى الغلام والجارية والحيض قاصر عليها كالولادة ط ، وقيل لو بلغ بالإنزال لايجب عليه ، بخلاف مالو بلغت بالحيض كما فى البحر (قوله أو ولدت ولم تر دما) هذا قول الإمام ، وبه أخذ أكثر المشايخ . وعند أبى يوسف ، وهو رواية عن محمد لاغسل عليها لعدم الدم ، وصححه فى التبيين والبرهان كما بسطه فى الشرنبلالية ، ومشى عليه فى نور الإيضاح ؛ لكن فى السراج أن المختار الوجوب احتياطا ، وهو الأصح انتهى (قوله أو أصاب الخ) كذا عده بعضهم هنا من الاغتسالات المفروضة . قال فى الحلية : ولا يخفى أنه ليس مما نحن فيه ، فعدّه من ذلك سهو اه أى لأن الكلام فى النجاسة الحكمية لا الحقيقية (قوله راجع للجميع) فيه نظر ، فقد ذكر العلامة نوح أفندى الاتفاق على وجوب الغسل على من أسلمت حائضا قبل الانقطاع وعلى من بلغت بالحيض ، وسيذكر الشارح فى باب الأنجاس أن المختار أنه لو خفى محل النجاسة يكفى غسل طرف الثوب أو البدن .

هذا ، وفى بعض النسخ هنا مانصه : وفى التاترخانية معزيا للعتابية : والمختار وجوبه على مجنون أفاق : قلت : وهو يخالف ما يأتى متنا ، إلا أن يحمل أنه رأى منيا ، وهل السكران والمغمى عليه كذلك يراجع اه قيل وهذا ثابت فى نسخة الشارح الأصلية ساقط من النسخة المصححة .

أقول : ويؤيد هذا الحمل مافى التاترخانية أيضا عن السراجية : المجنون إذا أجنب ثم أفاق لاغسل عليه اه وكأنه مبنى على القول بعدم الغسل على من أسلم جنبا لعدم التكليف وقت الجنابة ، لكن الأصح خلافه كما علمت فلذا كان المجنون كذلك ؛ وقوله وهل السكران والمغمى عليه كذلك أى فى جريان الخلاف فيهما لو رأيا منيا لعدم التكليف وقال يراجع لعدم رؤيته ذلك . وفى التاترخانية : أغشى عليه فأفاق ووجد مذيا أو منيا فلا غسل عليه اه ومقتضاه جريان الخلاف أيضاً ، إلا أن يقال المراد أنه رأى بللا شك أنه منى أو مذى ، وقدم الشارح عند قوله ورؤية مستيقظ أنه خرج رؤية السكران والمغمى عليه المذى ، وقدمنا هناك عن المنية وغيرها أن برؤية المنى يجب الغسل (قوله بأن أسلم طاهرا) أى من الجنابة والحيض والنفاس : أى بأن كان اغتسل أو أسلم صغيراً تأمل (قوله أو بلغ بالسن) أى بلا رؤية شىء ، وسن البلوغ على المفتى به خمس عشرة سنة فى الجارية والغلام كما سيأتى فى محله (قوله وسن الخ) هو من سنن الزوائد ، فلا عتاب بتركه كما فى القهستانى . وذهب بعض مشايخنا إلى أن هذه الاغتسالات الأربعة مستحبة أخذاً من قول محمد فى الأصل إن غسل الجمعة حسن : وذكر فى شرح المنية أنه الأصح وقواه فى الفتح ، لكن استظهر تلميذه ابن أمير حاج فى الحلية استنانه للجمعة لنقل المواظبة عليه ، وبسط ذلك

هو الصحيح كما فى غرر الأذكار وغيره .

وفى الخانية لو اغتسل بعد صلاة الجمعة لايعتبر إجماعا ؛ ويكفى غسل واحد لعيد وجمعة اجتمعا مع جنابة كما لفرضى جنابة وحيض (و) لأجل (إحرام و) فى جبل (عرفة) بعد الزوال .

مع بيان دلائل عدم الوجوب . والجواب عما يخالفها فى البحر وغيره (قوله هو الصحيح) أى كونه للصلاة هو الصحيح ، وهو ظاهر الرواية . ابن كمال : وهو قول أبى يوسف . وقال الحسن بن زياد : إنه لليوم ، ونسب إلى محمد . والخلاف المذكور جار فى غسل العيد أيضا كما فى القهستانى عن التحفة ؛ وأثر الخلاف فيمن لاجمعة عليه لو اغتسل وفيمن أحدث بعد الغسل وصلى بالوضوء نال الفضل عند الحسن لاعند الثانى . قال فى الكافى : وكذا فيمن اغتسل قبل الفجر وصلى به ينال عند الثانى لاعند الحسن ، لأنه اشتراط إيقاعه فيه إظهاراً لشرفه ومزيد اختصاصه عن غيره كما فى النهر ، قيل وفيمن اغتسل قبل الغروب . واستظهر فى البحر ماذكره الشارح عن الخانية من أنه لايعتبر إجماعا ، لأن سبب مشروعيته دفع حصول الأذى من الرائحة عند الاجتماع ، والحسن وإن قال هو لليوم ، لكن بشرط تقدمه على الصلاة ؛ ولا يضر تخلل الحدث بينه وبين الغسل(١)عنده . وعند أبى يوسف يضر اه ولسيدى عبد الغنى النابلسى هنا بحث نفيس ذكره فى شرح هداية ابن العماد . حاصله أنهم صرحوا بأن هذه الاغتسالات الأربعة للنظافة لاللطهارة مع أنه لو تخلل الحدث تزداد النظافة بالوضوء ثانياً ، ولئن كانت للطهارة أيضا فهى حاصلة بالوضوء ثانيا مع بقاء النظافة ، فالأولى عندى الإجزاء وإن تخلل الحدث ، لأن مقتضى الأحاديث الواردة فى ذلك طلب حصول النظافة فقط اه .

أقول : ويؤيده طلب التبكير للصلاة ؛ وهو فى الساعة الأولى أفضل وهى إلى طلوع الشمس ، فربما يعسر مع ذلك بقاء الوضوء إلى وقت الصلاة ولا سيما فى أطول الأيام ، وإعادة الغسل أعسر — وما جعل عليكم فى الدين من حرج — وربما أداه ذلك إلى أن يصلى حاقنا وهو حرام ، ويؤيده أيضا مافى المعراج : لو اغتسل يوم الخميس أو ليلة الجمعة استنّ بالسنة لحصول المقصود وهو قطع الرائحة اه (قوله كما فى غرر الأذكار) هو شرح درر البحار المؤلف فى مذاهب الأئمة الأربعــة الكبار ومذاهب الصاحبين على طريقة مجمع البحرين مع غاية الإيجاز والاختصار للعلامة القونوى الحنفى ، وقد ذكر فى آخره ، أنه ألفه فى نحو شهر ونصف سنة ٧٤٦ وعندى شرح عليه للعلامة محمد الشهير بالشيخ البخارى سماه غرر الأفكار ، وعليه شرح للعلامة قاسم قطلوبغا تلميذ ابن الهمام ولعله الذى نقل عنه الشارح (قوله وغيره) كالهداية وصدر الشريعة والدرر وشروح المجمع والزيلعى (قوله اجتمعا مع جنابة) أقول : وكذا لو كان معهما كسوف واستسقاء ، وهذا كله إذا نوى ذلك ليحصل له ثواب الكل تأمل (قوله ولأجل إحرام) أى بحج أو عمرة أو بهما إمداد ، ولا أظن أحداً قال إنه لليوم فقط نهر (قوله وفى جبل عرفة الخ) أراد بالجبل مايشمل السهل من كل مايصح الوقوف فيه ، وإنما أقحم لفظ جبل إشارة إلى أن الغسل للوقوف نفسه لالدخول عرفات ولا لليوم .

مطلب يوم عرفة أفضل من يوم الجمعة

وما فى البدائع من أنه يجوز أن يكون على الاختلاف أيضاً : أى أن يكون للوقوف أو لليوم كما فى الجمعة ، رده فى الحلية بأن الظاهر أنه للوقوف . قال : وما أظن أن أحداً ذهب إلى استنانه ليوم عرفة بلا حضور عرفات اه

---

(١) (قوله وبين الغسل) كذا بخطه ، ولعل صوابه وبين الصلاة كما هو فى نسخة أخرى اه .

(ونُدب لمجنون أفاق) وكذا المغمى عليـه ، كذا فى غرر الأذكار ، وهل السكران كذلك ؟ لم أره (وعند حجامة وفى ليلة براءة) وعرفة (وقدر) إذا رآها (وعند الوقوف بمزدلفة غداة يوم النحر) للوقوف (وعند دخول منى يوم النحر) لرمى الجمرة (و) كذا لبقية الرمى، و (عند دخول مكة لطواف الزيارة، ولصلاة كسوف) وخسوف (واستسقاء وفزع وظلمة وريح شديد) وكذا لدخول المدينة ، ولحضور مجمع الناس ، ولمن لبس ثوبا جديداً أو غسل ميتا أو يراد قتله ، ولتائب من ذنب ، ولقادم من سفر، ولمستحاضة انقطع دمها (ثمن ماء اغتسالها ووضوئها عليه) أى الزوج ولو غنية

وأقره فى البحر والنهر ، لكن قال المقدسى فى شرحه على نظم الكنز أقول : لايستبعد أن يقول أحد بسنيته لليوم لفضيلته ، حتى لو حلف بطلاق امرأته فى أفضل أيام العام تطلق يوم عرفة ، ذكره ابن ملك فى شرح المشارق :

وقد وقع السؤال عن ذلك فى هـذه الأيام ودار بين الأقوام ، وكتب بعضهم بأفضلية يوم الجمعة والنقل بخلافه اهـ (قوله وهل السكران كذلك) الظاهر نعم ، وما قدمه الشارح على مافى بعض النسخ فيما إذا رأى منيا ، أما هنا فالمراد إذا لم ير منياً كما فى المجنون والمغمى عليه فلا تكرار فافهم (قوله وعند حجامة) أى عند الفراغ منها إمداد لشبهة الخلاف بحر (قوله وفى ليلة براءة) هى ليلة النصف من شعبان (قوله وعرفة) أى فى ليلتها تاترخانية وقهستانى ، وظاهر الإطلاق شموله للحاج وغيره (قوله إذا رآها) أى يقيناً أو عملا باتباع ماورد فى وقتها لإحيائها إمداد (قوله غداة يوم النحر) أى صبيحتها (قوله لرمى الجمرة) مفاده أنه لايسن لنفس دخول منى ، فلو أخر الرمى إلى اليوم الثانى لم يندب لأجل الدخول ، وهو خلاف المتبادر من المتن ومخالف لما فى شرح الغزنوية حيث جعل غسل الرمى فى يوم النحر غير غسل دخول منى يوم النحر (قوله وعند دخول مكة) استظهر فى الحلية سنيته لنقل المواظبة (قوله لطواف الزيارة) لم يقيد بذلك فى الفتح والبحر، بل جعل فى شرح درر البحار كلا من دخول مكة والطواف قسما برأسه ؛ ونصه : وجب للاستسقاء والكسوف ، ودخول مكة والوقوف بمزدلفة ، ورمى الجمار والطواف :

[تنبيه] ظهر مما ذكرنا أن الأغسال يوم النحر خمسة ، وهى : الوقوف بمزدلفة، ودخول منى، ورمى الجمرة ودخول مكة ، والطواف ؛ ويظهر لى أنه ينوب عنها غسل واحد بنيته لها كما ينوب عن الجمعة والعيد وتعدادها لايقتضى عدم ذلك تأمل (قوله وظلمة) أى نهاراً إمداد (قوله ولحضور مجمع الناس) عزاه فى البحر إلى النووى وقال لم أجده لأئمتنا :

أقول : وفى معراج الدراية قيل يستحب الاغتسال لصلاة الكسوف وفى الاستسقاء وفى كل ما كان فى معنى ذلك كاجتماع الناس (قوله ولمن لبس ثوباً جديدا) عزاه فى الخزائن إلى النتف (قوله أو غسل ميتا) للخروج من الخلاف كما فى الفتح (قوله أو يراد قتله الخ) عزا هذه المذكورات فى الخزائن إلى الحلبى من خزانة الأكمل (قوله ولمستحاضة انقطع دمها) .وكذا المحتلم أراد معاودة أهله على ماسيأتى ، وكذا لمن بلغ بسن أو أسلم طاهراً كما مر ، فقد بلغت نيفاً وثلاثين . قال فى الإمداد: ويندب غسل جميع بدنه أو ثوبه إذا أصابته نجاسة وخفى مكانها اهـ وفيه مامر مع مخالفته لما قدمه الشارح تبعا للبحر وغيره ، لكن قدمنا أن الشارح سيذكر فى الأنجاس أن المختار أنه يكفى غسل طرف الثوب ، فما فى الإمداد مبنى عليه فتدبر (قوله ثمن ماء اغتسالها) أى من جنابة أو حيض انقطع لعشرة أو أقل . وفصل فى السراج بين انقطاع الحيض لعشرة فعليها لاحتياجها إلى الصلاة، ولأقل فعليه لاحتياجه إلى الوطء . قال فى البحر : وقد يقال : إن مايحتاج إليه مما لابد لها منه واجب عليه ، سواء كان هو محتاجا إليه أولا ، فالأوجه الإطلاق اهـ (قوله ولو غنية) وبه ظهر ضعف مافى الخلاصة من أن ثمن ماء الوضوء عليها لو غنية

كما فى الفتح ، لأنه لابد لها منه فصار كالشرب ، فأجرة الحمام عليه :

ولو كان الاغتسال لا عن جنابة وحيض بل لإزالة الشعث . والتفت قال شيخنا الظاهر لايلزمه :

(ويحرم به)الحدث (الأكبر دخول مسجد) لامصلى عيد وجنازة ورباط ومدرسة ، ذكره المصنف وغيره فى الحيض وقبيل الوتر ، لكن فى وقف القنية : المدرسة إذا لم يمنع أهلها الناس من الصلاة فيها فهى مسجد (ولو للعبور) خلافا للشافعى (إلا لضرورة) حيث لايمكنه غيره .

وإلا فإما أن ينقله إليها أو يدعها تنقله بنفسها ، بحر من باب النفقة (قوله فأجرة الحمام عليه) ذكره فى نفقة البحر بحثاً ، قال لأنه ثمن ماء الاغتسال ، لكن له منعها من الحمام حيث لم تكن نفساء اهـ وما بحثه نقله الرملى عن جامع الفصولين فلذا جزم به الشارح فافهم (قوله الشعث والتفت) محركان ،والأول انتشار الشعر واغبراره لقلة التعهد ، والثانى بمعنى الوسخ والدرن ، وسوّى بينهما فى القاموس.واعترضه الشاهينى فى مختصره (قوله قال شيخنا) أى العلامة خير الدين الرملى فى حاشيته على المنح (قوله الظاهر لايلزمه) لأنه لايكون كماء الشرب حتى يكون له حكم النفقة بل للتزين للزوج فيكون كالطيب رحمتى : والظاهر أنه لو أمرها بإزالته لايلزمها إلا إذا دفع لها من ماله تأمل (قوله لامصلى عيد وجنازة) فليس لهما حكم المسجد فى ذلك وإن كان لهما حكمه فى صحة الاقتداء وإن لم تتصل الصفوف ،ومثلهما فناء المسجد، وتمامه فى البحر (قوله ورباط) هو خانكاه الصوفية ح وهو معلوم

وفى كلام ابن وفا نفعنا الله به مايفيد أنها بالقاف فإنه قال الخنق فى اللغة : التضييق ،والخانق : الطريق الضيق ومنه سميت الزاوية التى يسكنها صوفية الروم الخانقاه لتضييقهم على أنفسهم بالشروط التى يلتزمونها فى ملازمتها ويقولون فيها أيضاً من غاب عن الحضور غاب نصيبه إلا أهل الخوانق وهى مضايق اهـ ط .

ووجه تسميتها رباطا أنها من الربط : أى الملازمة على الأمر ، ومنه سمى المقام فى ثغر العدو رباطا . ومنه قوله تعالى — وصابروا ورابطوا — ومعناه انتظار الصلاة بعد الصلاة ، لقوله عليه الصلاة والسلام «فذلكم الرباط» أفاده فى القاموس (قوله لكن الخ) فى هذا الاستدراك نظر ، لأن كلام القنية فى مسجد المدرسة لافى المدرسة نفسها ، لأنه قال المساجد التى فى المدارس مساجد لأنهم لايمنعون الناس من الصلاة فيها ، وإذا غلقت يكون فيها جماعة من أهلها اهـ :

وفى الخانية دار فيها مسجد لايمنعون الناس من الصلاة فيها ، إن كانت الدار لو أغلقت كان له جماعة ممن فيها فهو مسجد جماعة تثبت له أحكام المسجد من حرمة البيع والدخول وإلا فلا وإن كانوا لايمنعون الناس من الصلاة فيه (قوله ولو للعبور) أى المرور ، لما أخرجه أبو داود وغيره عن عائشة قالت « جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم وبيوت أصحابه شارعة فى المسجد ، فقال : وجهوا هذه البيوت ، فإنى لاأحل المسجد لحائض ولا جنب » والمراد بعابرى سبيل فى الآية المسافرون كما هو منقول عن أهل التفسير ؛ فالمسافر مستثنى من النهى عن الصلاة بلا اغتسال ، ثم بين فى الآية أن حكمه التيمم ، وتمام الأدلة من السنة وغيرها مبسوط فى البحر . وفيه : وقد علم أن دخوله صلى الله عليه وسلم المسجد جنباً ومكثه فيه من خواصه ، وكذا هو من خواص علىّ رضى الله عنه كما ورد من طرق ثقات تدل على أن الحديث صحيح كما ذكره الحافظ ابن حجر . وأما القول بجوازه لأهل البيت وكلبس الحرير لهم فهو اختلاق من الشيعة (قوله إلا لضرورة) قيد به فى الدرر وكذا فى عيون المذاهب للكاكى شارح الهداية وكذا فى شرح درر البحار (قوله حيث لايمكنه غيره) كأن يكون باب بيته إلى المسجد درر أى ولا يمكنه تحويله ولا يقدر على السكنى فى غيره بحر :

ولو احتلم فيه ، إن خرج مسرعا تيمم ندبا ، وإن مكث نخوف فوجوبا ، ولا يصلي ولا يقرأ :

(و) يحرم به (تلاوة قرآن) ولو دون آية على المختار (بقصده) فلو قصد الدعاء أو الثناء أو افتتاح أمر أو التعليم ولقن كلمة كلمة

قات : يدل عليه الحديث المار ، ومن صوره مافى العناية عن المبسوط : مسافر مر بمسجد فيه عين ماء وهو جنب ولا يجد غيره فإنه يتيمم لدخول المسجد عندنا اه (قوله تيمم ندباً الخ) أفاد ذلك فى النهر توفيقا بين إطلاق مايفيد الوجوب وما يفيد الندب :

أقول : والظاهر أن هذا فى الخروج ، أما فى الدخول فيجب كما يفيده مانقلناه آنفاً عن العناية ، ويحمل عليه أيضاً مافى درر البحار من قوله : ولا نجيز العبور فى المسجد بلا تيمم :

ثم رأيت فى الحلية عن المحيط مايؤيده حيث قال : ولو أصابته جنابة فى المسجد ، قيل لايباح له الخروج من غير تيمم اعتباراً بالدخول ، وقيل يباح اه فجعل الخلاف فى الخروج دون الدخول ، والوجه فيه ظاهر لايخفى على الماهر ، وعليه فالظاهر وجوبه على من كان بابه إلى المسجد وأراد المرور فيه تأمل (قوله ولا يصلى ولا يقرأ) لأنه لم ينو به عبادة مقصودة ، وهذا دفع للقول بأن له أن يصلى به كما بسطه فى الحلية .

[تتمة] ذكر فى الدرر عن التاترخانية أنه يكره دخول المحدث مسجدا من المساجد وطوافه بالكعبة اه . وفى القهستانى : ولا يدخله من على بدنه نجاسة ، ثم قال : وفى الخزانة : وإذا فسا فى المسجد لم ير بعضهم به بأسا. وقال بعضهم : إذا احتاج إليه يخرج منه ، وهو الأصح اه (قوله تلاوة قرآن) أى ولو بعد المضمضة كما يأتى ، وفى حكمه منسوخ التلاوة على ما سنذكره (قوله ولو دون آية) أى من المركبات لا المفردات ، لأنه جوّز للحائض المعلمة تعليمه كلمة كلمة ، يعقوب باشا (قوله على المختار) أى من قولين مصححين ثانيهما أنه لايحرم مادون آية ، ورجحه ابن الهمام بأنه لايعد قارئا بما دون آية فى حق جواز الصلاة فكذا هنا واعترضه فى البحر تبعا للحلية بأن الأحاديث لم تفصل بين القليل والكثير ، والتعليل فى مقابلة النص مردود اه . والأول قول الكرخى ، والثانى قول الطحاوى :

أقول : ومحله إذا لم تكن طويلة ، فلو كانت طويلة كان بعضها كآية لأنها تعدل ثلاث آيات ذكره فى الحلية عن شرح الجامع لفخر الإسلام (قوله فلو قصد الدعاء) قال فى العيون لأبى الليث : قرأ الفاتحة على وجه الدعاء أو شيئا من الآيات التى فيها معنى الدعاء ولم يرد القراءة لا بأس به : وفى الغاية : أنه المختار ، واختاره الحلوانى ؛ لكن قال الهندوانى : لا أفتى به وإن روى عن الإمام ، واستظهره فى البحر تبعا للحلية فى نحو الفاتحة لأنه لم يزل قرآنا لفظا ومعنى معجزا متحدى به ، بخلاف نحو — الحمد لله — ونازعه فى النهر بأن كونه قرآنا فى الأصل لايمنع من إخراجه عن القرآنية بالقصد ، نعم ظاهر التقييد بالآيات التى فيها معنى الدعاء يفهم أن ماليس كذلك كسورة أبى لهب لايؤثر فيها قصد غير القرآنية ، لكن لم أر التصريح به فى كلامهم اه :

مطلب يطلق الدعاء على مايشمل الثناء

أقول : وقد صرحوا بأن مفاهيم الكتب حجة ، والظاهر أن المراد بالدعاء مايشمل الثناء ، لأن الفاتحة نصفها ثناء ونصفها الآخر دعاء ، فقول الشارح أو الثناء من عطف الخاص على العام (قوله أو افتتاح أمر) كقوله بسم الله لافتتاح العمل تبركا ، بدائع (قوله أو التعليم) فرق بعضهم بين الحائض والجنب بأن الحائض مضطرة لأنها لاتقدر على رفع حدثها بخلاف الجنب ، والمختار أنه لافرق نوح (قوله ولقن كلمة كلمة) هو المراد بقول المنية

حل فى الأصح ، حتى لو قصد بالفاتحة الثناء فى الجنازة لم يكره إلا إذا قرأ المصلى قاصدا الثناء فإنها تجزيه لأنها فى محلها ، فلا يتغير حكمها بقصده (ومسه) مستدرك بما بعده ، وهو وما قبله ساقط من نسخ الشرح ، وكأنه لأنه ذكره فى الحيض .

(و) يحرم به (طواف) لوجوب الطهارة فيه (و) يحرم (به) أى بالأكبر (وبالأصغر) مس مصحف : أى مافيه آية كدرهم وجدار ، وهل مس نحو التوراة كذلك ؟ ظاهر كلامهم لا (إلا بغلاف متجاف) غير مشرز

حرفا حرفا كما فسره به فى شرحها ، والمراد مع القطع بين كل كلمتين ، وهذا على قول الكرخى ، وعلى قول الطحاوى تعلم نصف آية نهاية وغيرها . ونظر فيه فى البحر بأن الكرخى قائل باستواء الآية وما دونها فى المنع . وأجاب فى النهر بأن مراده بمادونها مابه يسمى قارئا وبالتعليم كلمة كلمة لا يعد قارئا اه ويؤيده ماقدمناه عن اليعقوبية . بقى مالو كانت الكلمة آية كـ ص ـ و ـ ق ـ نقل نوح أفندى عن بعضهم أنه ينبغى الجواز . أقول : وينبغى عدمه فى ـ مدهامتان ـ تأمل (قوله حتى لو قصد الخ) تفريع على مضمون ماقبله من أن القرآن يخرج عن القرآنية بقصد غيره (قوله إلا إذا قصد الخ(١)) استثناء من المضمون المذكور أيضا ، والمراد المصلى الصلاة الكاملة ذات الركوع والسجود (قوله فإنها تجزيه) الضمائر ترجع إلى القراءة المعلومة من المقام أو إلى الفاتحة ط (قوله فلا يتغير حكمها) وهو سقوط واجب القراءة بها (قوله بقصده) أى الثناء (قوله ومسه) أى مس القرآن وكذا سائر الكتب السماوية . قال الشيخ إسمعيل : وفى المبتغى : ولا يجوز مس التوراة والإنجيل والزبور وكتب التفسير اه وبه علم أنه لايجوز مس القرآن المنسوخ تلاوة وإن لم يسم قرآنا متعبدا بتلاوته ، خلافا لما بحثه الرملى ؛ فإن التوراة ونحوها مما نسخ تلاوته وحكمه معا فافهم (قوله مستدرك) أى مدرك بالاعتراض . والمعنى أنه معترض بما بعده من قول المصنف وبه وبالأصغر مس مصحف فإنه يغنى عنه . وفيه أنه لا يعترض بالمتأخر على المتقدم لوقوعه فى مركزه ط : أى بل بالعكس (قوله ساقط) لم يسقط فيما رأيناه من نسخ الشرح إلا قوله ومسه ح (قوله لوجوب الطهارة فيه) حتى لو لم يكن ثمة مسجد لايحل فعله بدونها وتمامه فى البحر . قال الرحمتى : وكان المناسب أن يذكره : أى الطواف مع مابعده ، لأنه كما تجب الطهارة فيه من الحدث الأكبر تجب من الأصغر كما سيأتى ، وصرح به ابن أمير حاج فى عد الواجبات . قال والطهارة فيه من الحدث الأكبر والأصغر اه (قوله مس مصحف) المصحف بتثليث الميم والضم فيه أشهر ، سمى به لأنه أصحف : أى جمع فيه الصحائف حلية (قوله أى مافيه آية الخ) أى المراد مطلق ما كتب فيه قرآن مجازا ، من إطلاق اسم الكل على الجزء ، أو من باب الإطلاق والتقييد . قال ح : لكن لايحرم فى غير المصحف إلا بالمكتوب : أى موضع الكتابة كذا فى باب الحيض من البحر ، وقيد بالآية لأنه لو كتب مادونها لايكره مسه كما فى حيض القهستانى . وينبغى أن يجرى هنا ماجرى فى قراءة مادون آية من الخلاف ، والتفصيل المارين هناك بالأولى ، لأن المس يحرم بالحدث ولو أصغر ، بخلاف القراءة فكانت دونه تأمل (قوله ظاهر كلامهم لا) قال فى النهر : وظاهر استدلالهم بقوله تعالى ـ لا يمسه إلا المطهرون ـ بناء على أن الجملة صفة للقرآن يقتضى اختصاص المنع به اه لكن قدمنا آنفا عن المبتغى أنه لايجوز ، وكذا نقله ح عن القهستانى عن الذخيرة ثم قال : وليس بعد النقل إلا الرجوع إليه ، واستدلالهم بالآية لاينفيه بل ربما تلحق سائر الكتب السماوية بالقرآن دلالة لاشتراك الجميع فى وجوب التعظيم كما لايخفى ، نعم ينبغى أن يخص بما لم يبدل كما سيأتى نظيره اه (قوله غير مشرز) أى غير مخيط به ، وهو تفسير للمتجافى قال فى المغرب

---

(١) (قوله إلا إذا قصد الخ) هكذا بخطه ، والذى فى نسخ الشارح إلا إذا قرأ المصلى قاصدا الخ ، هو كذلك فى نسخة أخرى اهـ مصححه .

أو بصرة به ، يفتى : وحل قلبه بعود :

واختلفوا فى مسه بغير أعضاء الطهارة وبما غسل منها وفى القراءة بعد المضمضة ، والمنع أصح :

(ولا يكره النظر إليه) أى القرآن (لجنب وحائض ونفساء) لأن الجنابة لاتحل العين (ك) ما لاتكره (أدعية) أى تحريما ، وإلا فالوضوء لمطلق الذكر مندوب ، وتركه خلاف الأولى ، وهو مرجع كراهة التنزيه .

(ولا) يكره (مس صبى لمصحف ولوح) ولا بأس بدفعه إليه وطلبه منه للضرورة ، إذ الحفظ فى الصغر كالنقش فى الحجر :

مصحف مشرز أجزاؤه مشدود بعضها إلى بعض من الشيرازة وليست بعربية اه فالمراد بالغلاف ما كان منفصلا كالخريطة وهى الكيس ونحوها ، لأن المتصل بالمصحف منه حتى يدخل فى بيعه بلا ذكر . وقيل المراد به الجلد المشرز وصححه فى المحيط والكافى ، وصحح الأول فى الهداية وكثير من الكتب ، وزاد فى السراج أن عليه الفتوى. وفى البحر أنه أقرب إلى التعظيم . قال : والخلاف فيه جار فى الكم أيضا . ففى المحيط لايكره عند الجمهور ، واختاره فى الكافى معللا بأن المس اسم للمباشرة باليد بلا حائل . وفى الهداية أنه يكره هو الصحيح لأنه تابع له ، وعزاه فى الخلاصة إلى عامة المشايخ ، فهو معارض لما فى المحيط فكان هو أولى اه .

أقول : بل هو ظاهر الرواية كما فى الخانية ، والتقييد بالكم اتفاقى فإنه لايجوز مسه ببعض ثياب البدن غير الكم كما فى الفتح عن الفتاوى . وفيه قال لى بعض الإخوان : أيجوز بالمنديل الموضوع على العنق ؟ قلت : لا أعلم فيه نقلا . والذى يظهر أنه إن تحرك طرفه بحركته لايجوز وإلا جاز ، لاعتبارهم إياه تبعا له كبدنه فى الأول دون الثانى فيما لو صلى وعليه عمامة بطرفها الملقى نجاسة مانعة ، وأقره فى النهر والبحر (قوله أو بصرة) راجع للدرهم ، والمراد بالصرة ما كانت من غير ثيابه التابعة له (قوله وحل قلبه بعود) أى تقليب أوراق المصحف بعود ونحوه لعدم صدق المس عليه (قوله بغير أعضاء الطهارة) هذا لايظهر إلا فى الأصغر ، وأما فى الأكبر فالأعضاء كلها أعضاء طهارة ط أى فالخلاف إنما هو فى المحدث لافى الجنب ، لأن الحدث يحل جميع أعضائه (قوله وبما غسل منها) أى من الأعضاء بناء على الاختلاف فى تجزى الطهارة وعدمه فى حق غير الصلاة (قوله والمنع أصح) كذا فى شرح الزاهدى . وظاهره أن المقابل صحيح يجوز الإفتاء به ط ، لكن فى السراج : والصحيح أنه لايجوز ، لأن بذلك لاترتفع جنابته ، ومثله فى البحر فليس أفعل التفضيل على بابه (قوله لأن الجنابة لا تحل العين) تقدم مايفيد أن الجنابة تحلها وسقط غسلها للحرج ط ، والأولى أن يعلل بعدم المس كما قال ح ، لأنه لم يوجد فى النظر إلا المحاذاة (قوله وإلا) أى إن لم يكن المراد بالكراهة المنفية كراهة التحريم لامطلق الكراهة (قوله مندوب) فقد نص فى أذان الهداية على استحباب الوضوء لذكر الله تعالى (قوله وهو مرجع كراهة التنزيه) أى فلذا قيد بقوله أى تحريما ، وقصد بذلك الرد على قول البحر ، وترك المستحب لايوجب الكراهة ، وقدمنا الكلام على ذلك فى مندوبات الوضوء (قوله ولا يكره مس صبى الخ) فيه أن الصبى غير مكلف ، والظاهر أن المراد لا يكره لوليه أن يتركه يمس ، بخلاف مالو رآه يشرب خمرا مثلا فإنه لا يحل له تركه (قوله ولا بأس بدفعه إليه) أى لابأس بأن يدفع البالغ المتطهر المصحف إلى الصبى ، ولا يتوهم جوازه مع وجود حدث البالغ ح (قوله للضرورة) لأن فى تكليف الصبيان وأمرهم بالوضوء حرجا بهم ، وفى تأخيره إلى البلوغ تقليل حفظ القرآن درر قال ط وكلامهم(١) يقتضى منع الدفع والطلب من الصبى إذا لم يكن معلما (قوله إذ الحفظ الخ)

---

(١) (قوله قال ط وكلامهم الخ) فيه أن المدار على تحقق العلة فى الصبى ، ولا يشترط وجودها فى كل فرد ، فحينئذ يبقى كلامهم على إطلاقه ، ولا يجوز تخصيصه بالصبى المعلم اه .

(و) لاتكره (كتابة قرآن والصحيفة أو اللوح على الأرض عند الثانى) خلافا لمحمد. وينبغى أن يقال إن وضع على الصحيفة مايحول بينها وبين يده يؤخذ بقول الثانى وإلا فبقول الثالث قاله الحلبى.

(ويكره له قراءة توراة وإنجيل وزبور) لأن الكل كلام الله وما بدل منها غير معين. وجزم العينى فى شرح المجمع بالحرمة وخصها فى النهر بما لم يبدل (لا) قراءة (قنوت) ولا أكله وشربه بعد غسل يد وفم، ولا معاودة

تنوير على دعوى الضرورة المبيحة لتعجيل الدفع قبل الكبر، وقوله كالنقش فى الحجر: أى من حيث الثبات والبقاء. قال الشارح فى الخزائن: وهذا حديث أخرجه البيهقى فى المدخل، لكن بلفظ «العلم فى الصغر كالنقش فى الحجر» ومما أنشد نفطويه لنفسه:

أرانى أنسى ماتعلمت فى الكبر ... ولست بناس ماتعلمت فى الصغر
وما العلم إلا بالتعلم فى الصبا ... وما الحلم إلا بالتحلم فى الكبر
وما العلم بعد الشيب إلا تعسف ... إذا كل قلب المرء والسمع والبصر
ولو فلق القلب المعلم فى الصبا ... لأبصر فيه العلم كالنقش فى الحجر

اه فتال

(قوله خلافا لمحمد) حيث قال أحب إلى أن لايكتب لأنه فى حكم الماس للقرآن حلية عن المحيط. قال فى الفتح: والأول أقيس، لأنه فى هذه الحالة ماس بالقلم وهو واسطة منفصلة فكان كثوب منفصل إلا أن يمسه بيده (قوله وينبغى الخ) يؤخذ هذا مما ذكرناه عن الفتح، ووفق ط بين القولين بما يرفع الخلاف من أصله بحمل قول الثانى على الكراهة التحريمية، وقول الثالث على التنزيهية بدليل قوله أحب إلى الخ (قوله على الصحيفة) قيد بها لأن نحو اللوح لايعطى حكم الصحيفة، لأنه لايحرم إلا مس المكتوب منه ط (قوله قاله الحلبى) هو شيخ إبراهيم الحلبى صاحب متن الملتقى وشارح المنية (قوله ويكره له الخ) الأولى لهم أى للجنب والحائض والنفساء.

هذا، وصحح فى الخلاصة عدم الكراهة. قال فى شرح المنية: لكن الصحيح الكراهة، لأن ما بدل منه بعض غير معين وما لم يبدل غالب وهو واجب التعظيم والصون. وإذا اجتمع المحرم والمبيح غلب المحرم. وقال عليه الصلاة والسلام «دع مايريبك إلى مالا يريبك» وبهذا ظهر فساد قول من قال يجوز الاستنجاء بما فى أيديهم من التوراة والإنجيل من الشافعية فإنه مجازفة عظيمة لأن الله تعالى لم يخبرنا بأنهم بدلوها عن آخرها وكونه منسوخا لايخرجه عن كونه كلام الله تعالى كالآيات المنسوخة من القرآن اه. واختار سيدى عبد الغنى مافى الخلاصة. وأطال فى تقريره، ثم قال: وقد نهينا عن النظر فى شىء منها سواء نقلها إلينا الكفار أو من أسلم منهم (قوله بما لم يبدل) أما ماعلم أنه مبدل لو كتب وحده يجوز مسه كزعمهم أن من التوراة هذه شريعة مؤبدة مادامت السموات والأرض. قال فى شرح التحرير: وقد ذكر غير واحد أنه قيل أول من اختلقه لليهود ابن الراوندى ليعارض به دعوى نبينا محمد صلى الله عليه وسلم (قوله لا قراءة قنوت) هذا ظاهر المذهب. وعن محمد أنه يكره احتياطا لأن له شبهة القرآن لاختلاف الصحابة، لأن أبيا(١) جعله سورتين من القرآن من أوله إلى اللهم إياك نعبد سورة. ومن هنا إلى آخره أخرى لكن الفتوى على ظاهر الرواية لأنه ليس بقرآن قطعا ويقينا بالإجماع فلا شبهة توجب الاحتياط المذكور، نعم يستحب الوضوء لذكر الله تعالى وتمامه فى الحلية (قوله بعد غسل يد وفم) أما قبله فلا ينبغى لأنه يصير شاربا للماء المستعمل وهو مكروه تنزيها ويده لاتخلو عن النجاسة فينبغى غسلها ثم يأكل بدائع

---

(١) (قوله لأن أبيا الخ) أقول: وفى صلاة القنية روى أن أبى بن كعب كتب فى مصحفه مائة وست عشرة سورة فزاد فيه سورتين دعاء الوتر لأنه سمع النبى صلى الله عليه وسلم يقرؤهما فى دعاء الوتر فظن أنهما من القرآن، ثم رجع إلى الإمام المجمع عليه فعلمه أن ذلك كان وهما منه، والقرآن ما تضمنه الإمام وهو مصحف عثمان بن عفان رضى الله عنه بإجماع الصحابة اه منه.

أهله قبل اغتساله إلا إذا احتلم لم يأت أهله . قال الحلبي : ظاهر الأحاديث إنما يفيد الندب لا لنفي الجواز المفاد من كلامه .

(والتفسير كمصحف لا الكتب الشرعية) فإنه رخص مسها باليد لا التفسير كما في الدرر عن مجمع الفتاوى . وفي السراج : المستحب أن لا يأخذ الكتب الشرعية بالكم أيضا تعظيما ، لكن في الأشباه من قاعدة : إذا اجتمع الحلال والحرام رجح الحرام .

وفي الخزانة وإن ترك لا يضره . وفي الخانية لا بأس به . وفيها ، واختلف في الحائض ، قيل كالجنب ، وقيل لا يستحب لها لأن الغسل لا يزيل نجاسة الحيض عن الفم واليد ، وتمامه في الحلية (قوله لم يأت أهله) أي مالم يغتسل لئلا يشاركه الشيطان كما أفاده ركن الإسلام . وفي البستان قال ابن المقنع ، يأتي الولد مجنونا أو بخيلا إسمعيل (قوله قال الحلبي الخ) هو العلامة محمد بن أمير حاج الحلبي شارح المنية والتحرير الأصولي (قوله ظاهر الأحاديث الخ) يشعر بأنه وردت في الاحتلام أحاديث والحال أنا لم نقف فيه على حديث واحد . والذي ورد « أنه صلى الله عليه وسلم دار على نسائه في غسل واحد » وورد « أنه طاف على نسائه واغتسل عند هذه وعند هذه » فقلنا باستحبابه . وأما الاحتلام فلم يرد فيه شيء من القول والفعل ، على أنه من جهة الفعل محال ، لأن الأنبياء صلوات الله عليهم وسلامه معصومون عنه . غاية مايقال إنه لما دل الدليل على استحباب الغسل لمن أراد المعاودة علم استحبابه للجنب إذا أراد ذلك سواء كانت الجنابة من الجماع أو الاحتلام اهـ نوح أفندي وهو كلام حسن ، إلا أن عبارة الحلبي ليس فيها الاستدلال بالأحاديث على الندب ، وإنما نفي الدليل على الوجوب ، والشارح تابع صاحب البحر في عزو هذه العبارة إليه . ونص عبارة الحلبي في الحلية بعد نقله جملة أحاديث : فيستفاد من هذه الأحاديث أن المعاودة من غير وضوء ولا غسل بين الجماعين أمر جائز ، وأن الأفضل أن يتخللها الغسل أو الوضوء ثم قال بعد نقله الفرع المذكور عن المبتغى بالغين المعجمة ، وهو قوله إلا إذا احتلم لم يأت أهله ، هذا إن لم يحمل على الندب غريب ثم لا دليل فيها يظهر يدل على الحرمة اهـ (قوله من كلامه) أي كلام المبتغى وليس في عبارة الشارح مايرجع إليه هذا الضمير (قوله والتفسير كمصحف) ظاهره حرمة المس كما هو مقتضى التشبيه وفيه نظر ، إذ لا نص فيه بخلاف المصحف ، فالمناسب التعبير بالكراهة كما عبر غيره (قوله لا الكتب الشرعية) قال في الخلاصة : ويكره مس المحدث المصحف كما يكره للجنب ، وكذا كتب الأحاديث والفقه عندهما . والأصح أنه لا يكره عنده اهـ . قال في شرح المنية : وجه قوله أنه لا يسمى ماسا للقرآن لأن مافيها منه بمنزلة التابع اهـ ومشى في الفتح على الكراهة فقال : قالوا : يكره مس كتب التفسير والفقه والسنن لأنها لا تخلو عن آيات القرآن ، وهذا التعليل يمنع من شروح النحو(١) اهـ (قوله لكن في الأشباه الخ) استدراك على قوله والتفسير كمصحف ، فإن مافي الأشباه صريح في جواز مس التفسير ، فهو كسائر الكتب الشرعية ، بل ظاهره أنه قول أصحابنا جميعا ، وقد صرح بجوازه أيضا في شرح درر البحار . وفي السراج عن الإيضاح أن كتب التفسير لا يجوز مس موضع القرآن منها ، وله أن يمس غيره وكذا كتب الفقه إذا كان فيها شيء من القرآن ، بخلاف المصحف فإن الكل فيه تبع للقرآن اهـ .

والحاصل أنه لا فرق بين التفسير وغيره من الكتب الشرعية على القول بالكراهة وعدمه ، ولهذا قال في النهر : ولا يخفى أن مقتضى مافي الخلاصة عدم الكراهة مطلقا ، لأن من أثبتها حتى في التفسير نظر إلى مافيها من الآيات ، ومن نفاها نظر إلى أن الأكثر ليس كذلك ، وهذا يعم التفسير أيضا ، إلا أن يقال إن القرآن فيه أكثر من غيره اهـ

---

(١) قوله من شروح النحو ، هكذا بالأصل المقابل على نسخة المؤلف ، ولعله مس شروح النحو أو على حذف مضاف اهـ مصححه .

وقد جوّز أصحابنا مس كتب التفسير للمحدث ، ولم يفصلوا بين كون الأكثر تفسيراً أو قرآنا ، ولو قيل به اعتبارا للغالب لكان حسنا .

قلت : لكنه يخالف مامر فتدبر .

[فروع) المصحف إذا صار بحال لايقرأ فيه يدفن كالمسلم ، ويمنع النصرانى من مسه ، وجوزه محمد إذا اغتسل ولا بأس بتعليمه القرآن والفقه عسى يهتدى . ويكره وضع المصحف تحت رأسه إلا للحفظ والمقلمة على الكتاب إلا للكتابة . ويوضع النحو ثم التعبير

أى فيكره مسه دون غيره من الكتب الشرعية ، كما جرى عليه المصنف تبعا للدرر ، ومشى عليه فى الحاوى القدسى وكذا فى المعراج والتحفة فتلخص فى المسألة ثلاثة أقوال . قال ط : وما فى السراج أوفق بالقواعد اه .

أقول : الأظهر والأحوط القول الثالث : أى كراهته فى التفسير دون غيره لظهور الفرق ، فإن القرآن فى التفسير أكثر منه فى غيره ، وذكره فيه مقصود استقلالا لاتبعا ، فشبهه بالمصحف أقرب من شبهه ببقية الكتب والظاهر أن الخلاف فى التفسير الذى كتب فيه القرآن بخلاف غيره كبعض نسخ الكشاف تأمل (قوله ولو قيل به) أى بهذا التفصيل ، بأن يقال إن كان التفسير أكثر لايكره ، وإن كان القرآن أكثر يكره . والأولى إلحاق المساواة بالثانى ، وهذا التفصيل ربما يشير إليه ماذكرناه عن النهر ، وبه يحصل التوفيق بين القولين (قوله قلت لكنه الخ) استدراك على قوله ولو قيل به الخ :

وحاصله : أن مامر فى المتن مطلق ، فتقييد الكراهة بما إذا كان القرآن أكثر مخالف له ، ولا يخفى أن هذا الاستدراك غير الأول ، لأن الأول كان على كراهة مس التفسير وهذا على تقييد الكراهة فافهم (قوله فتدبر) لعله يشير به إلى أنه يمكن ادعاء تقييد إطلاق المتن بما إذا لم يكن التفسير أكثر ، فلا ينافى دعوى التفصيل (قوله يدفن) أى يجعل فى خرقة طاهرة ويدفن فى محل غير ممتهن لايوطأ . وفى الذخيرة وينبغى أن يلحد له ولا يشق له لأنه يحتاج إلى إهالة التراب عليه ، وفى ذلك نوع تحقير إلا إذا جعل فوقه سقفا بحيث لايصل التراب إليه فهو حسن أيضا اه .

وأما غيره من الكتب فسيأتى فى الحظر والإباحة أنه يمحى عنها اسم الله تعالى وملائكته ورسله ويحرق الباقى ولا بأس بأن تلقى فى ماء جار كما هى أو تدفن وهو أحسن اه (قوله كالمسلم) فانه مكرم ، وإذا مات وعدم نفعه يدفن وكذلك المصحف ، فليس فى دفنه إهانة له ، بل ذلك إكرام خوفا من الامتهان (قوله ويمنع النصرانى) فى بعض النسخ الكافر ، وفى الخانية الحربى أو الذمى (قوله من مسه) أى المصحف بلا قيده السابق (قوله وجوّزه محمد إذا اغتسل) جزم به فى الخانية بلا حكاية خلاف . قال فى البحر : وعندهما يمنع مطلقا (قوله ويكره وضع المصحف الخ) وهل التفسير والكتب الشرعية كذلك ؟ يحرر ط .

أقول : الظاهر نعم كما تفيده المسألة التالية ، ثم رأيته فى كراهية العلامى (قوله إلا للحفظ) أى حفظه من سارق ونحوه :

[تنبيه] سئل بعض الشافعية عمن اضطر إلى مأكول ولا يتوصل إليه إلا بوضع المصحف تحت رجله . فأجاب : الظاهر الجواز لأن حفظ الروح مقدم ولو من غير الآدمى ، ولذا لو أشرفت سفينة على الغرق واحتيج إلى الإلقاء ألقى المصحف حفظا للروح والضرورة تمنع كونه امتهاناً ، كما لو اضطر إلى السجود لصنم حفظا لروحه (قوله والمقلمة) أى الدواة (قوله إلا للكتابة) الظاهر أن ذلك عند الحاجة إلى الوضع (قوله ويوضع الخ) أى على سبيل الأولوية رعاية للتعظيم (قوله النحو) أى كتبه واللغة مثله كما فى البحر (قوله ثم التعبير) أى تعبير الرؤيا كابن سيرين

ثم الكلام ثم الفقه ثم الأخبار والمواعظ ثم التفسير :

تكره إذابة درهم عليه آية إلا إذا كسره .

رقية فى غلاف متجاف لم يكره دخول الخلاء به ، والاحتراز أفضل .

يجوز رمى براية القلم الجديد ، ولا ترمى براية القلم المستعمل لاحترامه كحشيش المسجد وكناسته لايلقى فى موضع يخل بالتعظيم .

ولا يجوز لف شيء فى كاغد فيه فقه ، وفى كتب الطب يجوز ، ولو فيه اسم الله أو الرسول فيجوز محوه ليلف فيه شيء ، ومحو بعض الكتابة بالريق يجوز ، وقد ورد النهى فى محو اسم الله بالبزاق ، وعنه عليه الصلاة والسلام « القرآن أحب إلى الله تعالى من السموات والأرض ومن فيهن » :

يجوز قربان المرأة فى بيت فيه مصحف مستور .

بساط أو غيره كتب عليه الملك لله يكره بسطه واستعماله لاتعليقه للزينة .

وينبغى أن لايكره كلام الناس مطلقا ، وقيل : يكره مجرد الحروف والأول أوسع ، وتمامه فى البحر ، وكراهية القنية .

وابن شاهين لأفضليته لكونه تفسيرا لما هو جزء من ستة وأربعين جزءا من النبوة وهو الرؤيا ط (قوله ثم الفقه) لعل وجهه أن معظم أدلته من الكتاب والسنة فيكثر فيه ذكر الآيات والأحاديث ، بخلاف علم الكلام فإن ذلك خاص بالسمعيات منه فقط تأمل (قوله ثم الأخبار والمواعظ) عبارة البحر عن القنية : الأخبار والمواعظ والدعوات المروية اهـ . والظاهر أن المروية صفة للكل أى المروية عن النبى صلى الله عليه وسلم (قوله ثم التفسير) قال فى البحر : والتفسير فوق ذلك ، والتفسير الذى فيه آيات مكتوبة فوق كتب القراءة . زاد الرملى عن الحاوى والمصحف فوق الجميع (قوله إلا إذا كسره) فحينئذ لايكره ، كما لايكره مسه لتفرق الحروف أو لأن الباقى دون آية (قوله رقية الخ) الظاهر أن المراد بها مايسمونه الآن بالهيكل والحمائلى المشتمل على الآيات القرآنية ، فإذا كان غلافه منفصلا عنه كالمشمع ونحوه جاز دخول الخلاء به ومسه وحمله للجنب : ويستفاد منه أن ماكتب من الآيات بنية الدعاء والثناء لايخرج عن كونه قرآنا ، بخلاف قراءته بهذه النية فالنية تعمل فى تغيير المنطوق لاالمكتوب اهـ من شرح سيدى عبد الغنى (قوله لاحترامه) أى بسبب ماكتب به من أسماء الله تعالى ونحوها ، على أن الحروف فى ذاتها لها احترام (قوله لايلقى) أى ماذكر من الحشيش والكناسة (قوله فى كاغد) هو القرطاس معربا قاموس ، وهو بفتح الغين المعجمة كما نقل عن المصباح (قوله فيجوز محوه) المحو : إذهاب الأثر كما فى القاموس . قال ط : وهل إذا طمس الحروف بنحو حبر يعد محوا يحرر (قوله ومحو بعض الكتابة) ظاهره ولو قرآنا ، وقيد بالبعض لإخراج اسم الله تعالى ط (قوله وقد ورد النهى الخ) فهو مكروه تحريما ؛ وأما لعقه بلسانه وابتلاعه فالظاهر جوازه ط (قوله ومن فيهن) ظاهره يعم النبى صلى الله عليه وسلم ، والمسألة ذات خلاف ، والأحوط الوقف ، وعبر بمن الموضوعة للعاقل لأن غيره تبع له ، ولعل ذكر هذا الحديث للإشارة إلى أن القرآن يلحق باسم الله تعالى فى النهى عن محوه بالبزاق ، فيخص قوله ومحو بعض الكتابة الخ بغير القرآن أيضا ، فليتأمل ط (قوله مستور) ظاهره عدم جوازه إذا لم يشترط :

أقول : وعبارة الخانية : ولا بأس بالخلوة والمجامعة فى بيت فيه مصحف ، لأن بيوت المسلمين لاتخلو من ذلك (قوله مطلقا) أى سواء استعمل أو علق (قوله وتمامه فى البحر) حيث قال وقيل يكره حتى الحروف

قلت : وظاهره انتفاء الكراهة بمجرد تعظيمه وحفظه علق أولا زين به أولا ، وهل مايكتب على المراوح وجدر الجوامع كذا يحرر .

باب المياه

جمع ماء بالمد ويقصر ، أصله موه قلبت الواو ألفا والهاء همزة ، وهو جسم لطيف سيال به حياة كل نام (يرفع الحدث) مطلقا (بماء مطلق) هو مايتبادر عند الإطلاق (كماء سماء وأودية وعيون وآبار وبحار وثلج مذاب بحيث يتقاطر وبرد وجمد وندا ، هذا تقسيم باعتبار مايشاهد وإلا فالكل من السماء ، لقوله تعالى — ألم تر أن الله أنزل من السماء ماء — الآية ، والنكرة

المفردة . ورأى بعض الأئمة شبانا يرمون إلى هدف كتب فيه أبو جهل لعنه الله فنهاهم عنه ، ثم مر بهم وقد قطعوا الحروف فنهاهم أيضا وقال : إنما نهيتكم فى الإبتداء لأجل الحروف فإذا يكره مجرد الحروف ، لكن الأول أحسن وأوسع اهـ . قال سيدى عبد الغنى : ولعل وجه ذلك أن حروف الهجاء قرآن نزلت على هود عليه السلام كما صرح بذلك الإمام القسطلانى فى كتابه [الإشارات فى علم القرا آت] اهـ (قوله قلت وظاهره الخ) كذا يوجد فى بعض النسخ أى ظاهر قوله لاتعليقه للزينة (قوله يحرر) أقول : فى فتح القدير : وتكره كتابة القرآن وأسماء الله تعالى على الدراهم والمحاريب والجدران وما يفرش اهـ ، والله تعالى أعلم .

باب المياه

شروع فى بيان ماتحصل به الطهارة السابق بيانها والباب لغة : مايتوصل منه إلى غيره . واصطلاحا : اسم لطائفة مختصة من العلم مشتملة على فصول ومسائل غالبا (قوله جمع ماء) هو جمع كثرة ويجمع جمع قلة على أمواه بحر (قوله ويقصر) أشار بتغيير التعبير إلى قلته ولذا قال فى النهر وعن بعضهم قصره ط (قوله والهاء همزة) وقد تبقى على حالها فيقال ماه بالهاء كما فى القاموس (قوله به حياة كل نام) أى زائد من حيوان أو نبات ولا يرد أن الماء الملح ليس فيه حياة ، لأن ذلك عارض والأصل فيه العذوبة كما فى حاشية أبى السعود أى لأن أصله من ماء السماء كما يأتى (قوله مطلقا) أى سواء كان أكبر أو أصغر (قوله هو مايتبادر عند الإطلاق) أى مايسبق إلى الفهم بمطلق قولنا ماء ولم يقم به خبث ولا معنى يمنع جواز الصلاة فخرج الماء المقيد والماء المتنجس والماء المستعمل بحر . وظاهره أن المتنجس والمستعمل غير مقيد مع أنه منه ، لكن عند العالم بالنجاسة والاستعمال ، ولذا قيد بعض العلماء التبادر بقوله بالنسبة للعالم بحاله .

واعلم أن الماء المطلق أخص من مطلق ماء لأخذ الإطلاق فيه قيدا ، ولذا صح إخراج المقيد به . وأما مطلق ماء ، فعناه أى ماء كان ، فيدخل فيه المقيد المذكور ، ولا يصح إرادته هنا (قوله كماء سماء) الإضافة للتعريف بخلاف الماء المقيد فإن القيد لازم له لايطلق الماء عليه بدونه كماء الورد بحر (قوله وأودية) جمع واد (قوله وآبار) بمد الهمزة وفتح الباء بعدها ألف وبقصر الهمزة وإسكان الباء بعدهاهمزة ممدودة بألف جمع بئر شرح المنية (قوله بحيث يتقاطر) وعن الثانى الجواز مطلقاً ، والأصح قولهما نهر (قوله وبرد وجمد) أى مذابين أيضا (قوله وندا) بالفتح والقصر . قال فى الإمداد : هو الطل ، وهو ماء على الصحيح ، وقيل نفس دابة اهـ . أقول : وكذا الزلال . قال ابن حجر : وهو مايخرج من جوف صورة توجد فى نحو الثلج كالحيوان وليست بحيوان ، فإن تحقق كان نجسا لأنه قىء اهـ ، نعم لايكون نجسا عندنا مالم يعلم كونه حيوانا دمويا أما رفع الحدث به فلا يصح وإن كان غير دموى (قوله فالكل) أى كل المياه المذكورة بالنظر إلى ما فى نفس الأمر (قوله والنكرة) جواب عما يقال

ولو مثبتة فى مقام الامتنان تعم (وماء زمزم) بلاكراهـة ، وعن أحمد يكره (وبماء قصد تشميسه بلاكراهة) وكراهته عند الشافعى طبية ، وكره أحمد المسخن بالنجاسة

(و) يرفع (بماء ينعقد به ملح لابماء) حاصل بذوبان (ملح) لبقاء الأول على طبيعته الأصلية ، وانقلاب الثانى إلى طبيعة الملحية (و) لا (بعصير نبات) أى معتصر من شجر أو ثمر لأنه مقيد (بخلاف مايقطر

إن ماء فى الآية نـكرة فى سياق الإثبات فلا تعم . وبيان الجواب أن النكرة فى الإثبات قد تعم لقرينة لفظية ، كما إذا وصفت بصفة عامة مثل — ولعبد مؤمن خير — أو غير لفظية مثل — علمت نفس — ومثل : تمرة خير من جرادة وهنا كذلك ، فإن السياق للامتنان وهو تعداد النعم من المنعم ، فيفيد أن المراد أنزل من السماء كل ماء فسلكه ينابيع لابعض الماء حتى يفيد أن بعض مافى الأرض ليس من السماء ، لأن كمال الامتنان فى العموم ، ويستدل بالآية أيضا على طهارته إذ لامنة بالنجس (قوله بلاكراهة) أشار بذلك إلى فائدة التصريح به مع دخوله فى قوله وآبار ، وسيذكر الشارح فى آخر كتاب الحج أنه يكره الاستنجاء بماء زمزم لاالإغتسال اهـ ، فاستفيد منه أن نفى الكراهة خاص فى رفع الحدث بخلاف الخبث (قوله قصد تشميسه) قيـد اتفاقى ، لأن المصرح به فى كتب الشافعية أنه لو تشمس بنفسه كذلك (قوله وكراهته الخ) أقول : المصرح به فى شرحى ابن حجر والرملى على المنهاج أنها شرعية تنزيهية لاطبية ، ثم قال ابن حجر : واستعماله يخشى منه البرص كما صح عن عمر رضى الله عنه؛ واعتمده بعض محققى الأطباء لقبض زهومته على مسام البدن فتحبس الدم ، وذكر شروط كراهته عندهم ، وهى أن يكون بقطر حار وقت الحر فى إناء منطبع غير نقد ، وأن يستعمل وهو حار .

أقول : وقدمنا فى مندوبات الوضوء عن الإمـداد أن منها أن لايكون بمـاء مشمس ، وبه صرح فى الحلية مستدلا بما صح عن عمر من النهى عنه ، ولذا صرح فى الفتح بكراهته ، ومثله فى البحر . وقال فى معراج الدراية وفى القنية : وتـكره الطهارة بالمشمس ، لقوله صلى الله عليه وســلم لعائشة رضى الله عنها حين سخنت المـاء بالشمس « لاتفعلى ياحميراء ، فإنه يورث البرص » وعن عمر مثله : وفى رواية لايكره ، وبه قال أحمد ومالك . والشافعى : يكره إن قصد تشميسه . وفى الغاية : وكره بالمشمس فى قطر حار فى أوان منطبعة ، واعتبار القصد ضعيف ، وعدمه غير مؤثر اهـ مافى المعراج ، فقد علمت أن المعتمد الـكراهة عنـدنا لصحة الأثر وأن عدمها رواية . والظاهر أنها تنزيهية عندنا أيضا ، بدليل عده فى المندوبات ، فلا فرق حينئذ بين مذهبنا ومذهب الشافعى ، فاغتنم هذا التحرير (قوله لبقاء الأول الخ) هذا الفرق أبداه صاحب الدرر بعد مانقل الأولى عن عيون المذاهب والثانية عن الخلاصة واعترضه محشيه العلامة نوح أفندى بأن عبارة الخلاصة : ولو توضأ بماء الملح لايجوز قال فى البزازية لأنه على خلاف طبع المـاء ، لأنه يجمد صيفا ويذوب شتاء . وقال الزيلعى : ولا يجوز بمـاء الملح ، وهو مايجمد فى الصيف ويذوب فى الشتاء عكس المـاء ، وأقره صاحب البحر والعلامة المقدسى ، ومقتضاه أنه لايجوز بمـاء الملح مطلقا : أى سواء انعقد ملحا ثم ذاب أولا ؟ وهو الصواب عندى اهـ ملخصا (قوله أى معتصر) إشارة إلى أن عصير اسم مفعول (قوله من شجر) ينبغى أن يعمم بمـا له ساق أولا ، ليشمل الريباس وأوراق الهندبا وغير ذلك كما فى البرجندى إسمعيل (قوله أو ثمر) بمثلثة نهر كالعنب

من الكرم) أو الفواكه (بنفسه) فإنه يرفع الحدث ، وقيل لا وهو الأظهر كما فى الشرنبلالية عن البرهان، واعتمده القهستانى فقال : والاعتصار يعم الحقيقى والحكمى كماء الكرم ، وكذا ماء الدابوغة والبطيخ بلا استخراج ، وكذا نبيذ التمر (و) لا بماء (مغلوب ب)شىء (طاهر) الغلبة إما بكمال الامتزاج بتشرب نبات أو بطبخ بما لا يقصد به التنظيف ، وإما بغلبة المخالط ؛ فلو جامداً فبثخانة مالم يزل الاسم كنبيذ تمر

مطلب فى حديث « لاتسموا العنب الكرم »

(قوله من الكرم) أخرج السيوطى « لاتسموا العنب الكرم » زاد فى رواية « الكرم قلب المؤمن » وذلك لأن هذه اللفظة تدل على كثرة الخير والمنافع فى المسمى بها وقلب المؤمن هو المستحق لذلك ، وهل المراد النهى عن تخصيص شجر العنب بهذا اللفظ وأن قلب المؤمن أولى به منه فلا يمنع من تسميته بالكرم، أو المراد أن تسميته بها مع اتخاذ الخمر المحرم منه وصف بالكرم والخير لأصل هذا الشراب الخبيث المحرم وذلك ذريعة إلى مدح المحرم ، وتهييج النفوس إليه محتمل اهـ مناوى، وجزم فى القاموس بالاحتمال الأول ، وفى شرح الشرعة بالثانى (قوله وهو الأظهر) وهو المصرح به فى كثير من الكتب واقتصر عليه فى الخانية والمحيط . وصدر به فى البدائع وذكر الجواز بقيل . وفى الحلية أنه الأوجه لكمال الامتزاج بحر ونهر . وقال الرملى فى حاشية المنح : ومن راجع كتب المذهب وجد أكثرها على عدم الجواز فيكون المعوّل عليه ، فما فى هذا المتن مرجوح بالنسبة إليه اهـ (قوله والاعتصار الخ) فالمراد به الخروج ط (قوله وكذا ماء الدابوغة الخ) أى كماء الكرم فى الخلاف وفى أن الأظهر عدم جواز رفع الحدث بها ولم أجد فيما عندى من كتب اللغة لفظ الدابوغة فليراجع ح . ونقل بعض المحشين عن كتب الطب أن البطيخ الأخضر يقال له الحبحب والدابوغة والدابوقة ، قال : وعلى هــذا يتعين حمل البطيخ فى كلام الشارح على الأصفر المسمى بالخربز (قوله وكذا نبيذ التمر) أى فى أن الأظهر فيه عدم الجواز أيضا . وفصله عما قبله لأنه ليس منه بل من قسم المغلوب الذى زال اسمه كما يذكره قريبا (قوله ولا بماء مغلوب) التقييد بالمغلوب بناء على الغالب ، وإلا فقد يمنع التساوى فى بعض الصور كما يأتى (قوله الغلبة الخ) اعلم أن العلماء اتفقوا على جواز رفع الحدث بالماء المطلق وعلى عدمه بالماء المقيد ، ثم الماء إذا اختلط به طاهر لايخرجه عن صفة الإطلاق مالم يغلب عليه وبيان الغلبة اختلفت فيه عبارات فقهائنا . وقد اقتحم الإمام فخر الدين الزيلعى التوفيق بينها بضابط مفيد أقره عليه من بعده من المحققين كابن الهمام وابن أمير حاج وصاحب الدرر والبحر والنهر والمصنف والشارح وغيرهم ، وهو ماذكره الشارح بأوجز عبارة وألطف إشارة (قوله بتشرب نبات الخ) بدل من قوله بكمال الامتزاج أو متعلق بمحذوف حالا منه وهذا يشمل ماخرج بعلاج أولا كما مر (قوله بما لا يقصد به التنظيف) كالمرق وماء الباقلا أى الفول فإنه يصير مقيدا سواء تغير شىء من أوصافه أولا ، وسواء بقيت فيه رقة الماء أولا فى المختار كما فى البحر . واحترز عما إذا طبخ فيه مايقصد به المبالغة فى النظافة كالأشنان ونحوه فإنه لايضر مالم يغلب عليه فيصير كالسويق المخلوط لزوال اسم الماء عنه كما فى الهداية (قوله وإما بغلبة الخ) مقابل قوله إما بكمال الإمتزاج (قوله فبثخانة) أى فالغلبة بثخانة الماء : أى بانتفاء رقته وجريانه على الأعضاء زيلعى وأفاد فى الفتح أن المناسب أن لايذكر هذا القسم ، لأن الكلام فى الماء وهذا قد زال عنه اسم الماء كما أشار إليه كلام الهداية السابق (قوله مالم يزل الاسم) أى فإذا زال الاسم لايعتبر فى منع التطهر به الثخانة بل يضر وإن بقى على رقته وسيلانه وهذا زاده فى البحر على ماذكره الزيلعى . أقول : لكن يرد عليه ماقدمناه عن الفتح تأمل (قوله كنبيذ تمر) ومثله الزعفران إذا خالط الماء وصار بحيث يصبغ به فليس بماء مطلق من غير نظر إلى الثخانة ، وكذا إذا

ولو مائعا ، فلو مباينا لأوصافه فبتغير أكثرها ، أو موافقا كلبن فبأحدها أو مماثلا كمستعمل فبالأجزاء ، فإن المطلق أكثر من النصف جاز التطهير بالكل وإلا لا ، وهذا يعم الملقى والملاقى ؛ ففى الفساقى يجوز التوضؤ مالم يعلم تساوى المستعمل على ماحققه فى البحر والنهر والمنح .

قلت : لكن الشرنبلالى فى شرحه للوهبانية فرّق بينهما ، فراجعه متأملا .

طرح فيه زاج أو عفص وصار ينقش به لزوال اسم الماء عنه أفاده فى البحر ، وسينبه عليه الشارح (قوله ولو مائعاً) عطف على قوله فلو جامدا .

ثم المائع إما مباين لجميع الأوصاف : أعنى الطعم واللون والريح كالخل ، أو موافق فى بعض مباين فى بعض ، أو مماثل فى الجميع وذكر تفصيله وأحكامه (قوله فبتغير أكثرها) أى فالغلبة بتغير أكثرها وهو وصفان ، فلا يضر ظهور وصف واحد فى الماء من أوصاف الخل مثلا (قوله كلبن) فإنه موافق للماء فى عدم الرائحة مباين فى الطعم واللون وكماء البطيخ أى بعض أنواعه ، فإنه موافق له فى عدم اللون والرائحة مباين له فى الطعم . هذا وفى حاشية الرملى على البحر أن المشاهد فى اللبن مخالفته للماء فى الرائحة (قوله فبأحدها) أى فغلبته بتغير أحد الأوصاف المذكورة كالطعم أو اللون فى اللبن وكالطعم فقط فى البطيخ فافهم (قوله كمستعمل) أى على القول بطهارته وكالماء الذى يؤخذ بالتقطير من لسان الثور وماء الورد المنقطع الرائحة بحر (قوله وإلا لا) أى وإن لم يكن المطلق أكثر ، بأن كان أقل أو مساويا لايجوز (قوله وهذا) أى ماذكر من اعتبار الأجزاء فى المستعمل يعم الملقى بالبناء للمفعول أى ماكان مستعملا من خارج ثم أخذ وألقى فى الماء المطلق وخلط به والملاقى أى والذى لاقى العضو من الماء المطلق القليل بأن انغمس فيه محدث أو أدخل يده فيه .

مطلب فى مسألة الوضوء من الفساقى

(قوله ففى الفساقى) أى الحياض الصغار يجوز التوضؤ منها مع عدم جريانها ، وهو تفريع على ماذكره من التعميم ، ومن جملة الفساقى مغطس الحمام وبرك المساجد ونحوها مما لم يكن جاريا ولم يبلغ عشرا فى عشر ، فعلى هذا القول يجوز فيها الاغتسال والوضوء مالم يعلم أن الماء الذى لاقى أعضاء المتطهرين ساوى المطلق أو غاب عليه (قوله على ماحققه فى البحر الخ) حيث استدل على ذلك باطلاقهم المفيد للعموم كما مر ، وبقول البدائع : الماء القليل إنما يخرج عن كونه مطهرا باختلاط غير المطهر به إذا كان غير المطهر غالبا كماء الورد واللبن لامغلوبا ، وههنا الماء المستعمل مايلاقى البدن ولا شك أنه أقل من غير المستعمل فكيف يخرج به من أن يكون مطهرا اه ونحوه فى الحلية لابن أميرحاج .

وفى فتاوى الشيخ سراج الدين قارى الهداية التى جمعها تلميذه المحقق ابن الهمام سئل عن فسقية صغيرة يتوضأ فيها الناس وينزل فيها الماء المستعمل وفى كل يوم ينزل فيها ماء جديد هل يجوز الوضوء فيها ؟ أجاب إذا لم يقع فيها غير الماء المذكور لايضر اه يعنى وأما إذا وقعت فيها نجاسة تنجست لصغرها ، وقد استدل فى البحر بعبارات أخر لاتدل له كما يظهر للمتأمل لأنها فى الملقى ، والنزاع فى الملاقى كما أوضحناه فيما علقناه عليه فلذا اقتصرنا على ماذكرنا (قوله فرق بينهما) أى بين الملقى والملاقى حيث قال : وما ذكر من أن الاستعمال بالجزء الذى يلاقى جسده دون باقى الماء فيصير ذلك الجزء مستهلكا فى كثير فهو مردود لسريان الاستعمال فى الجميع حكما ، وليس كالغالب يصب القليل من الماء فيه اه

(ويجوز) رفع الحدث (بما ذكر وإن مات فيه) أى الماء ولو قليلا (غير دموى

وحاصله الرد على مامر عن البدائع بأن المحدث إذا انغمس أو أدخل يده فى الماء صار مستعملا لجميع الماء حكما وإن كان المستعمل حقيقة هو الملاقى للعضو فقط بخلاف مالو ألقى فيه المستعمل القليل فإنه لايحكم على الجميع بالإستعمال ، لأن المحدث لم يستعمل شيئا منه حتى يدّعى ذلك ، وإنما المستعمل حقيقة وحكما هو ذلك الملقى فقط .

وملخصه : أن الملقى لايصير به الماء مستعملا إلا بالغلبة ؛ بخلاف الملاقى فإن الماء يصير مستعملا كله بمجرد ملاقاة العضو له .

ورد ذلك فى البحر بأنه لامعنى للفرق المذكور ، لأن الشيوع والاختلاط فى الصورتين سواء ، بل لقائل أن يقول إلقاء الغسالة من خارج أقوى تأثيرا من غيره لتعين المستعمل فيه اه و لذلك أمر الشارح بالتأمل .

واعلم أن هذه المسألة مما تحيرت فيها أفهام العلماء الأعلام ووقع فيها بينهم النزاع وشاع وذاع . وألف فيها العلامة قاسم رسالة سماها [رفع الاشتباه عن مسألة المياه] حقق فيها عدم الفرق بين الملقى والملاقى : أى فلا يصير الماء مستعملا بمجرد الملاقاة ، بل تعتبر الغلبة فى الملاقى كما تعتبر فى الملقى ، ووافقه بعض أهل عصره . وتعقبه غيرهم منهم تلميذه العلامة عبد البر بن الشحنة فرد عليه برسالة سماها [زهر الروض فى مسألة الحوض] وقال : لاتغتر بما ذكره شيخنا العلامة قاسم .

ورد عليه أيضا فى شرحه على الوهبانية ، واستدل بما فى الخانية وغيرها لو أدخل يده أو رجله فى الإناء لتبرد يصير الماء مستعملا لإنعدام الضرورة وبما فى الأسرار للإمام أبى زيد الدبوسى حيث ذكر مامر عن البدائع . ثم قال : إلا أن محمدا يقول لما اغتسل فى الماء القليل صار الكل مستعملا حكما اه ومن هنا نشأ الفرق السابق ، وبه أفتى العلامة ابن الشلبى ، وانتصر فى البحر للعلامة قاسم وألف رسالة سماها [الخير الباقى فى الوضوء من الفساقى] وأجاب عما استدل به ابن الشحنة بأنه مبنى على القول الضعيف بنجاسة الماء المستعمل ، ومعلوم أن النجاسة ولو قليلة تفسد الماء القليل ، وأقره العلامة الباقانى والشيخ إسمعيل النابلسى وولده سيدى عبد الغنى وكذا فى النهر والمنح ، وعلمت أيضا موافقته للمحقق ابن أميرحاج وقارىء الهداية ، وإليه يميل كلام العلامة نوح أفندى ، ثم رأيت الشارح فى الخزائن مال إلى ترجيحه وقال إنه الذى حرره صاحب البحر بعد اطلاعه على كتب المذهب ونقله عباراتها المضطربة ظاهرا ، وعلى ماألف فى هذا الخصوص من الرسائل وأقام على هذه الدعوى الصادقة البينة العادلة ، وقد حررت فى ذلك رسالة حافلة كافلة بذلك متضمنة لتحقيق ماهنالك ، وبلغنى أن شيخنا الشيخ شرف الدين الغزى محشى الأشباه مال إلى ذلك كذلك اه ملخصا :

قلت : وفى ذلك توسعة عظيمة ولا سيما فى زمن انقطاع المياه عن حياض المساجد وغيرها فى بلادنا ولكن الاحتياط لايخفى ، فينبغى لمن يبتلى بذلك أن لايغسل أعضاءه فى ذلك الحوض الصغير بل يغترف منه ويغسل خارجه وإن وقعت الغسالة فيه ليكون من الملقى لامن الملاقى الذى فيه النزاع ، فإن هذا المقام فيه للمقال مجال والله تعالى أعلم بحقيقة الحال (قوله ويجوز) أى يصح وإن لم يحل فى نحو الماء المغصوب وهو أولى هنا من إرادة الحل وإن كان الغالب إرادة الأول فى العقود والثانى فى الأفعال فافهم (قوله بما ذكر) أى من أقسام الماء المطلق (قوله غير دموى) المراد مالا دم له سائل ، لما فى القهستانى أن المعتبر عدم السيلان لاعدم أصله ؛ حتى لو وجد حيوان له دم جامد لاينجس اه : أقول : وكذا دم القملة والبرغوث فإنه غير سائل ، وخرج الدموى سواء كان دمه من

كزنبور) وعقرب وبق : أى بعوض ، وقيل : بق الخشب . وفى المجتبى : الأصح فى علق مص الدم أنه يفسد ومنه يعلم حكم بق ، وقراد وعلق .

وفى الوهبانية دود القز وماؤه وبزره وخرؤه طاهر كدودة متولدة من نجاسة (ومائى مولد)

نفسه أو مكتسبا بالمص كالعلق فإنه يفسد الماء كما يأتى، والمراد الدموى غير المائى بدليل ذكره المائى بعده (قوله كزنبور) بضم الزاى ، وهو أنواع ؛ منها النحل نهر (قوله أى بعوض) فى البحر وغيره أنه كبار البعوض ؛ لكن فى القاموس : البقة البعوضة ، ودويبة مفرطحة : أى عريضة حمراء منتنة . والظاهر أن الثانى هو المراد بقرله وقيل بق الخشب ، ويؤيده عبارة الحلية؛ وقد يسمي به الفسفس فى بعض الجهات : وهو حيوان كالقراد شديد النتن . وعبارة السراج: وقيل الكتان . وفى القاموس: الكتان دويبة حمراء لساعة اه . والظاهر أنه الفسفس (قوله ومنه يعلم الخ) أصل عبارة المجتبى ومنه يعلم حكم القراد والحلم اه أى يعلم أن الأصح أنه مفسد . وقال فى النهر : والترجيح فى العلق ترجيح فى البق ، إذ الدم فيها مستعار اه أى مكتسب، فأدرج الشارح البق فى عبارة المجتبى مع أنه بحث لصاحب النهر ، وفيه نظر للفرق الظاهر بين البق والعلق ، لأن دم العلق وإن كان مستعارا لكنه سائل ولذا ينقض الوضوء ، بخلاف دم البق فإنه لا ينقض كالذباب لعدم الدم المسفوح كما مر فى محله ، وقد علمت أن الدموى المفسد ماله دم سائل ، وعلى هذا ينبغى تقييد العلق والقراد هنا بالكبير إذ الصغير لا ينقض الوضوء كما مر ، فينبغى أن لا يفسد الماء أيضا لعدم السيلان (قوله وعلق) كذا فى أكثر النسخ وفى بعضها وحلم ؛ وهى الصواب الموافقة لعبارة المجتبى : وهو جمع حلمة بالتحريك . وفى النهر عن المحيط : الحلمة ثلاثة أنواع : قراد وحنانة(١) وحلم ؛ فالقراد أصغر والحنانة أوسطها ، والحلمة أكبرها ولهادم سائل اه . وذكر فى القاموس أنها تطلق على الصغير وعلى الكبير من الأضداد ، وعلى دودة تقع فى جلد الشاة ، فإذا دبغ وهى موضعها (قوله دود القز) أى الذى يتولد منه الحرير (قوله وماؤه) يحتمل أن يكون المراد به مايوجد فيما يهلك منه قبل إدراكه ، وهو شبيه باللبن ، أو الذى يغلى فيه عند حله حريرا . وعندى أن المراد الأول لما فى الصيرفية : لو وطىء دود القز فأصاب ثوبه أكثر من قدر الدرهم تجوز صلاته معه اه من شرح ابن الشحنة (قوله وبزره) أى بيضه الذى فيه الدود (قوله وخرؤه) لم يجزم بطهارته فى الوهبانية ، بل قال : وفى خرء دود القز خلاف ، ومثله فى شرحها (قوله كدودة الخ) فإنها طاهرة ولو خرجت من الدبر ، والنقض إنما هو لما عليها لا لذاتها ط ، وقدمنا قولا بنجاستها ؛ وعلى الأول فإذا وقعت فى الماء لا ينجس لكن لو بعد غسلها كما قيد فى البزازية فما فى القنية من أنه ينجس محمول على ماقبل الغسل (قوله ومائى مولد) عطف على قوله غير دموى : أى مايكون توالده ومثواه فى الماء سواء كانت له نفس سائلة أو لا فى ظاهر الرواية بحر عن السراج : أى لأن ذلك ليس بدم حقيقة وغرف فى الخلاصة المائى بما لو استخرج من الماء يموت من ساعته ، وإن كان يعيش فهو مائى وبرى فجعل بين المائى والبرى قسما آخر وهو مايكون مائيا وبريا ؛ لكن لم يذكر له حكما على حدة . والصحيح أنه ملحق بالمائى لعدم الدموية شرح المنية .

أقول : والمراد بهذا القسم الآخر مايكون توالده فى الماء ولا يموت من ساعته لو أخرج منه كالسرطان

---

(١) (قوله وحنانة الخ) هكذا بالأصل وحاشية الطحاوى، وليس له وجود فى القاموس ولا فى الصحاح ولا فى المصباح ولا فى حياة الحيوان ، ولعله محرف عن الحمنانة بزيادة ميم اه مصححه .

ولو كلب الماء وخنزيره (كسمك وسرطان) وضفدع إلا بريآ له دم سائل ، وهو مالا سترة له بين أصابعه ، فيفسد فى الأصح كحية برية ، إن لها دم وإلا لا (وكذا) الحكم (لو مات) ماذكر (خارجه وبقى فيه) فى الأصح ، فلو تفتت فيه نحو ضفدع جاز الوضوء به لاشربه لحرمة لحمه .

(وينجس) الماء القليل (بموت مائى معاش برى مولد) فى الأصح (كبط وإوز) .

وحكم سائر المائعات كالماء فى الأصح ، حتى لو وقع بول فى عصير عشر فى عشر لم يفسد ، ولو سال دم رجله مع العصير لاينجس خلافا لمحمد ذكره الشمنى وغيره (وبتغير أحد أوصافه) من لون أو طعم أو ريح (ينجس) الكثير ولو جاريا إجماعا ، أما القليل فينجس وإن لم يتغير خلافا لمالك

والضفدع ، بخلاف مايتوالد فى البر ويعيش فى الماء كالبط والإوز كما يأتى (قوله ولو كلب الماء وخنزيره) أى بالإجماع خلاصة ، وكأنه لم يعتبر القول الضعيف المحكى فى المعراج أفاده فى البحر (قوله كسمك)أى بسائر أنواعه ولو طافيا خلافا للطحاوى كما فى النهر (قوله وسرطان) بالتحريك ، ومنافعه كثيرة بسطها فى القاموس (قوله وضفدع) كزبرج وجعفر وجندب ودرهم وهذا أقل أو مردود قاموس (قوله فيفسد فى الأصح) وعليه ما جزم به فى الهداية من عدم الإفساد بالضفدع البرى وصححه فى السراج محمول على مالا دم له سائل كما فى البحر والنهر عن الحلية (قوله كحية برية) أما المائية فلا تفسد مطلقا كما علم مما مر وكالحية البرية الوزغة لو كبيرة لها دم سائل منية (قوله وإلا لا) أى وإن لم يكن للضفدع البرية والحية البرية دم سائل فلا يفسد (قوله ماذكر) أى من مائى المولد وغير الدموى ط (قوله لحرمة لحمه) لأنه قد صارت أجزاؤه فى الماء فيكره الشرب تحريما كما فى البحر (قوله القليل) أما الكثير فيأتى حكمه بعد (قوله فى الأصح) ، أى من الروايتين ، لأن له نفسا سائلة ، واتفقت الروايات على الإفساد فى غير الماء كذا فى شرح الجامع لقاضيخان فما فى المجتبى من تصحيح عدم الإفساد به غير ظاهر نهر (قوله كبط وإوز) فسر فى القاموس كلا منهما بالآخر فهما مترادفان ، والإوز بكسر ففتح وزاى مشددة وقد تحذف الهمزة .

مطلب حكم سائر المائعات كالماء فى الأصح

(قوله وحكم سائر المائعات الخ) فكل مالا يفسد الماء لا يفسد غير الماء وهو الأصح محيط وتحفة ، والأشبه بالفقه بدائع اه بحر ، وفيه من موضع آخر وسائر المائعات كالماء فى القلة والكثرة ، يعنى كل مقدار لو كان ماء تنجس ، فإذا كان غيره ينجس اه ومثله فى الفتح (قوله فى عصير) أى فى حوض فيه عصير ط (قوله لم يفسد) أى مالم يظهر أثر النجاسة (قوله مع العصير) أى والعصير يسيل ولم يظهر فيه أثر الدم كما فى المنية عن المحيط (قوله لاينجس) أى ويحل شربه لأنه جعل فى حكم الماء فتستهلك فيه النجاسة ، بخلاف مسألة الضفدع المتقدمة تأمل (قوله خلافا لمحمد) أفاد أن هذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف وبه صرح فى المنية (قوله وبتغير) عطف على قوله بموت مائى المتعلق بقوله قبله وينجس ، وقوله بنجس جار ومجرور متعلق بقوله تغير ، وقوله الكثير فاعل ينجس الذى تعلق به قوله بتغير ، وقيد بالكثير صلاحا لعبارة المتن لأن الكلام فى القليل ولا يصح إرادته هنا ، ويوجد فى بعض النسخ ينجس الكثير بصيغة المضارع وهو تحريف ، وكأن المحشين لم تقع لهم نسخة صحيحة فاعترضوا على مارأوا فافهم (قوله خلافا لمالك) فإن ماهو قليل عندنا لاينجس عنده مالم يتغير ، والقليل عنده ماتغير ، والكثير بخلافه . وعند الشافعى : الكثير مابلغ القلتين ، والقليل مادونه . وأما عندنا فسيأتى الفرق بينهما

(لا لو تغير ب)طول (مكث) فلوعلم نتنه بنجاسة لم يجز ، ولوشك فالأصل الطهارة والتوضؤ من الحوض أفضل من النهر رغما للمعتزلة .

والأدلة مبسوطة فى البحر (قوله لالو تغير الخ) أى لاينجس لو تغير فهو عطف على قوله وينجس لاعلى(١) قوله بموت فتأمل ممعنا (قوله فلو علم الخ) صرح به لزيادة التوضيح وإلا فهو داخل تحت قول المصنف وبتغير أحد أوصافه بنجس (قوله ولو شك الخ) أى ولا يلزمه السؤال بحر ، وفيه عن المبتغى بالغين وبرؤية آثار أقدام الوحوش عند الماء القليل لايتوضأ به ، ولو مر سبع بالركية وغلب على ظنه شربه منها تنجس وإلا فلا اه وينبغى حمل الأول على ما إذا غلب على ظنه أن الوحوش شربت منه بدليل الفرع الثانى وإلا فمجرد الشك لايمنع لما فيه الأصل أنه يتوضأ من الحوض الذى يخاف قذرا ولا يتيقنه ، وينبغى حمل التيقن المذكور على غلبة الظن والخوف على الشك أو الوهم كما لايخفى اه .

مطلب فى أن التوضى من الحوض أفضل رغما للمعتزلة

وبيان الجزء الذى لايتجزأ

الجزء الذى لايتجزأ : جوهر ذو وضع لايقبل الانقسام أصلا لابحسب الخارج ولابحسب الوهم ، أو الفرض العقلى ، تتألف الأجسام من أفراده بانضمام بعضها إلى بعض اه تعريفات السيد اه منه :

(قوله والتوضؤ من الحوض أفضل الخ) أى لأن المعتزلة لايجيزونه من الحياض فنرغمهم بالوضوء منها قال فى الفتح : وهذا إنما يفيد الأفضلية لهذا العارض ، ففى مكان لايتحقق يكون النهر أفضل اه .

بقى الكلام فى وجه منع المعتزلة ذلك ؛ ففى المعراج قيل مسألة الحوض بناء على الجزء الذى لايتجزأ ، فإنه عند أهل السنة موجود فى الخارج فتتصل أجزاء النجاسة إلى جزء لا يمكن تجزئته فيكون باقى الحوض طاهرا . وعند المعتزلة والفلاسفة هو معدوم ، فيكون كل الماء مجاورا للنجاسة ، فيكون الحوض نجسا عندهم ، وفى هذا التقرير نظر اه :

أقول : وتوضيح ذلك أن الجزء الذى لا يتجزأ عبارة عن الجوهر الفرد الذى لايقبل الانقسام أصلا ، وهو ماتتألف الأجسام من أفراده بانضمام بعضها إلى بعض ، وهو ثابت عند أهل السنة ، فكل جسم يتناهى بالانقسام إليه ، فإذا وقعت فى الحوض الكبير نجاسة وفرضنا انقسامها إلى أجزاء لاتتجزأ ، وقابلها من الماء الطاهر مثلها يبقى الزائد عليها طاهرا فلا يحكم على الماء كله بالنجاسة . وعند الفلاسفة : هو معدوم ؛ بمعنى أن كل جسم قابل لانقسامات غير متناهية ، فكل جزء من النجاسة قابل للقسمة وكذا الماء الطاهر ، فلا يوجد جزء من الطاهرة إلا ويقابله جزء من النجاسة لعدم تناهى القسمة فتتصل أجزاء النجاسة بجميع أجزاء الماء الطاهر فيحكم عليه كله بأنه نجس ، ولعل وجه النظر فى هذا التقرير أنه لو كانت المسألة مبنية على ذلك لزم أن لايحكم بنجاسة مادون عشر فى عشر أيضا إلا إذا غلبت النجاسة عليه أو ساوته لبقاء الزائد على الطهارة فلا يحكم على الكل بالنجاسة . وأيضا فالتعبير بالنجاسة مبنى على خلاف المعتمد من طهارة الماء المستعمل :

---

(١) (قوله فهو عطف على قوله وينجس لاعلى الخ) وجهه أن قوله بطول مكث متعلق بقوله تغير وتغير فعل ، وبموت الباء فيه متعلقة بقوله ينجس ، فمعمول ينجس فى الحقيقة هو موت المجرور توصل إليه الفعل بواسطة الباء ، فلو جعل قوله لو تغير معمولا لينجس المذكور لزم عطفه على معموله وهو موت المجرور فيلزم تسلط الباء عليه ، ولا تدخل الباء على غير الأسماء ، اللهم إلا أن يلحظ عطفه على الباء ومجرورها اه منه .

وكذا يجوز بماء خالطه طاهر جامد مطلقا (كأشنان وزعفران) لكن فى البحر عن القنية : إن أمكن الصبغ به لم يجز كنبيذ تمر (وفاكهة وورق شجر) وإن غير كل أوصافه (الأصح إن بقيت رقته) أى واسمه لما مر .

(و) يجوز (بجار وقعت فيه نجاسة ، و) الجارى (هو مايعد جاريا) عرفا ، وقيل مايذهب بتبنة ، والأول أظهر ، والثانى أشهر (وإن) وصلية (لم يكن جريانه بمدد) فى الأصح ،

على أن المشهور أن الخلاف فى مسألة الجزء الذى لايتجزأ بين المسلمين وحكماء الفلاسفة ، فنفاه الفلاسفة وبنوا عليه قدم العالم وعدم حشر الأجساد وغير ذلك من أنواع الإلحاد ، وأثبته المسلمون لرد ذلك ، لأن مادة العالم إذا تناهت بالانقسام إليه يكون ذلك الجزء حادثا محتاجا إلى موجد وهو الله تعالى كما بين ذلك فى محله . وأما المعتزلة فلم يخالفوا أهل السنة فى شىء من ذلك وإلا لكفروا قطعا مع أنهم من أهل قبلتنا ومقلدون فى الفروع لمذهبنا ، فالأولى ماقيل من بناء المسألة على أن الماء يتنجس عندهم بالمجاورة . وعندنا لا بل بالسريان ، وذلك يعلم بظهور أثرها فيه ، فما لم يظهر لايحكم بالنجاسة بناء على أن المستعمل نجس ، هذا ماظهر لى فى تقرير هذا المحل . فاغتنمه فإنك لاتكاد تجده موضحا كذلك فى غير هذا الكتاب ، والله أعلم بالصواب (قوله بماء) بالمد والتنوين (قوله خالطه طاهر جامد) أى بدون طبخ كما مر ويأتى (قوله مطلقا) أى سواء كان المخالط من جنس الأرض كالتراب أو يقصد بخلطه التنظيف كالأشنان والصابون أو يكون شيئا آخر كالزعفران عند الإمام منح (قوله كأشنان) بالضم والكسر قاموس (قوله لم يجز) لأن اسم الماء زال عنه نظير النبيذ كما قدمناه (قوله وإن غير كل أوصافه) لأن المنقول عن الأساتذة أنهم كانوا يتوضئون من الحياض التى تقع فيها الأوراق مع تغيير كل الأوصاف من غير نكير نهر عن النهاية (قوله فى الأصح) مقابله ماقيل إنه إن ظهر لون الأوراق فى الكف لايتوضأ به لكن يشرب ، والتقييد بالكف إشارة إلى كثرة التغير ، لأن الماء قد يرى فى محله متغيرا لونه ، لكن لو رفع منه شخص فى كفه لايراه متغيرا تأمل (قوله لما مر) أى فى قوله ، فلو جامدا فبثخانة مالم يزل الاسم (قوله وقعت فيه نجاسة) يشمل المرئية كالجيفة ، ويأتى قريبا تمامه (قوله عرفا) تمييز أو منصوب بنزع الخافض : أى يعد من جهة العرف أو فى العرف تأمل (قوله والأول أظهر) أى وأصح كما فى البحر والنهر ، لتعويله على العرف وجريانه على قاعدة الإمام من النظر إلى المبتلى به ط ، لكن استشكل بأنه لا يتعين أصلا لتعدده واختلافه بتعدد العادين واختلافهم (قوله والثانى أشهر) لوقوعه فى كثير من الكتب حتى المتون . وقال صدر الشريعة وتبعه ابن الكمال : إنه الحد الذى ليس فى دركه حرج ، لكن قد علمت أن الأول أصح ، والعرف الآن أنه متى كان الماء داخلا من جانب وخارجا من جانب آخر يسمى جاريا وإن قل الداخل ، وبه يظهر الحكم فى برك المساجد ومغطس الحمام مع أنه لا يذهب بتبنه ، والله أعلم .

مطلب الأصح أنه لايشترط فى الجريان المدد

(قوله فى الأصح) نقل تصحيحه فى البحر عن السراج الوهاج وعن شرح الهداية للسراج الهندى ، وقواه بعد مانقل عن الفتح اختيار خلافه .

أقول : ويزيده قوة أيضا مامر من أنه لو سال دم رجله مع العصير لاينجس خلافا لمحمد . وفى الخزانة إناءان ماء أحدهما طاهر والآخر نجس فصبا من مكان عال فاختلطا فى الهواء ثم نزلا طهر كله ، ولو أجرى ماء الإناءين فى الأرض صار بمنزلة ماء جار اهـ ونحوه فى الخلاصة . ونظم المسألة المصنف فى منظومته تحفة الأقران . وفى الذخيرة :

فلو سد النهر من فوق فتوضأ رجل بما يجرى بلا مدد جاز لأنه جار ، وكذا لو حفر نهرا من حوض صغيرا وصب رفيقه الماء فى طرف ميزاب وتوضأ فيه وعند طرفه الآخر إناء يجتمع فيه الماء جاز توضؤه به ثانيا وثم وثم وتمامه فى البحر (إن لم ير) أى يعلم (أثره) فلو فيه جيفة أو بال فيه رجال فتوضأ آخر من أسفله جاز مالم ير فى الجرية أثره (وهو) إما (طعم أو لون أو ريح) ظاهره يعم الجيفة وغيرها ، وهو مارجحه الكمال . وقال تلميذه قاسم إنه المختار ، وقواه فى النهر ، وأقره المصنف . وفى القهستانى عن المضمرات عن النصاب : وعليه الفتوى ؛ وقيل إن جرى عليها نصفه فأكثر لم يجز وهو أحوط .

لو أصابت الأرض نجاسة فصب عليها الماء فجرى قدر ذراع طهرت الأرض والماء طاهر بمنزلة الماء الجارى ، ولو أصابها المطر وجرى عليها طهرت ، ولو كان قليلا لم يجر فلا (قوله فلو سد الخ) تفريع على الأصح وتأييد له .

واعلم أن هذه المسائل مبنية على القول بنجاسة الماء المستعمل ، وكذا نظائرها كما صرح به فى الفتح والبحر والحلية وغيرها ، فالتفريغ صحيح ، لأنه حينئذ من جنس وقوع النجاسة فى الماء الجارى فافهم (قوله وكذا لو حفر نهرا الخ) أى وأجرى الماء فى ذلك النهر وتوضأ به حال جريانه فاجتمع الماء فى مكان ، فحفر رجل آخر نهرا من ذلك المكان وأجرى الماء فيه وتوضأ به حال جريانه فاجتمع فى مكان آخر ففعل ثالث كذلك جاز وضوء الكل إذا كان بين المكانين مسافة وإن قلت ذكره فى المحيط وغيره . وحد ذلك أن لا يسقط الماء المستعمل إلا فى موضع جريان الماء فيكون تابعا للجارى خارجا من حكم الاستعمال ، وتمامه فى شرح المنية (قوله وثم) الواو داخلة على محذوف معطوف عليه بثم ، فلم يدخل حرف العطف على مثله ، أى وجاز توضؤه ثالثا ثم رابعا وخامسا ثم سادسا والقصد التكثير ط (قوله أى يعلم) فسره به ليشمل الطعم واللون أيضا اهـ ح (قوله أثره) الأولى أثرها أى النجاسة ، لكنه ذكر ضميرها لتأولها بالواقع . وفى شرح هدية ابن العماد لسيدى عبد الغنى : الظاهر أن المراد بهذه الأوصاف أوصاف النجاسة لا الشىء المتنجس كماء الورد والخل مثلا ، فلو صب فى ماء جار يعتبر أثر النجاسة التى فيه لا أثره نفسه لطهارة المائع بالغسل ، إلى أن قال ولم أر من نبه عليه ، وهو مهم فاحفظه (قوله فلو فيه جيفة الخ) أشار إلى ماقدمناه من شمول النجاسة المرئية وغيرها فيعتبر ظهور الأثر فى كل منهما (قوله من أسفله) أى أسفل المكان الذى وقعت فيه الجيفة أو البول ط (قوله فى الجرية) بالفتح اسم للمرة من الجرى : أى الدفعة الواحدة ، وأما بالكسر فذكر فى القاموس أنها مصدر ، وهو غير مناسب هنا ، لأن الأثر يظهر فى العين لا فى الحدث فافهم (قوله ظاهره يعم الجيفة وغيرها) أى ظاهر إطلاق المصنف للنجاسة كغيره من المتون ، وهذا يغنى عنه ماقبله ؛ فالأولى حذفه والاقتصار على مابعده (قوله وهو مارجحه الكمال الخ) وأيده تلميذ العلامة ابن أمير حاج فى الحلية ، وكذا أيده سيدى عبد الغنى بما فى عمدة المفتى من أن الماء الجارى يطهر بعضه بعضا ، وبما فى الفتح وغيره من أن الماء النجس إذا دخل على ماء الحوض الكبير لاينجسه ولو كان غالبا على ماء الحوض . قال : فالجارى بالأولى ، وتمامه فى شرحه (قوله وقيل الخ) الأول قول أبى يوسف وهذا قولهما كما فى السراج ، ومشى عليه فى المنية وقواه شارحها الحلبى . وأجاب عما فى الفتح وفى البحر أنه الأوجه وهو المذكور فى أكثر الكتب وصححه صاحب الهداية فى التجنيس للتيقن بوجود النجاسة فيه ، بخلاف غير المرئية لأنه إذا لم يظهر أثرها علم أن الماء ذهب بعينها ، وأيده العلامة نوح أفندى . واعترض على ما فى النهر ، وأطال الكلام وأوضح المرام .

والحاصل أنهما قولان مصححان ثانيهما أحوط كما قال الشارح . قال فى المنية : وعلى هذا ماء المطر إذا جرى

فى الميزاب وعلى السطح عذرات فالماء طاهر ، وإن كانت العذرة عند الميزاب أو كان الماء كله أو نصفه أكثره يلاقى العذرة فهو نجس وإلا فطاهر اه ؛ وعلى مارجحه الكمال قال فى الحلية : ينبغى أن لا يعتبر فى مسألة السطح سوى تغير أحد الأوصاف اه .

أقول : وعلى هذا الخلاف مافى ديارنا من أنهار المساقط التى تجرى بالنجاسات وترسب فيها لكنها فى النهار يظهر فيها أثر النجاسة وتتغير ، ولا كلام فى نجاستها حينئذ . وأما فى الليل فإنه يزول تغيرها فيجرى فيها الخلاف المذكور لجريان الماء فيها فوق النجاسة . قال فى خزانة الفتاوى : ولو كان جميع بطن النهر نجسا ، فإن كان الماء كثيرا لايرى ماتحته فهو طاهر وإلا فلا . وفى الملتقط قال بعض المشايخ : الماء طاهر وإن قل إذا كان جاريا اه .

تنبيه مهم فى طرح الزبل فى القساطل

قد اعتيد فى بلادنا إلقاء زبل الدواب فى مجارى الماء إلى البيوت لسد خلل تلك المجارى المسماة بالقساطل فيترسب فيها الزبل ويجرى الماء فوقها فهو مثل مسألة الجيفة ، وفى ذلك حرج عظيم إذا قلنا بالنجاسة . والحرج مدفوع بالنص . وقد تعرض لهذه المسألة العلامة الشيخ عبد الرحمن العمادى مفتى دمشق فى كتابه [هدية ابن العماد] واستأنس لها ببعض فروع ، وبالقاعدة المشهورة من أن المشقة تجلب التيسير ، وبما فرعوا عليها كما ذكره فى الأشباه .

وقد أطال الكلام سيدى عبد الغنى النابلسى فى شرحه على هذه المسألة بما حاصله أنه إذا رسب الزبل فى القساطل ولم يظهر أثره فالماء طاهر ، وإذا وصل إلى الحياض فى البيوت متغيرا ونزل فى حوض صغير أو كبير فهو نجس وإن زال تغيره بنفسه ، لأن الماء النجس لايطهر بتغيره بنفسه إلا إذا جرى بعد ذلك بماء صاف فإنه حينئذ يطهر ، فإذا انقطع الجريان بعد ذلك ، فإن كان الحوض صغيرا والزبل راسب فى أسفله تنجس ، مالم يصر الزبل حمأة وهى الطين الأسود فإنه إذا جرى بعد ذلك بماء صاف ثم انقطع لايتنجس ، وهذا كله بناء على نجاسة الزبل عندنا . وعن زفر : روث مايؤكل لحمه طاهر . وفى المبتغى بالغين المعجمة : الأرواث كلها نجسة إلا رواية عن محمد أنها طاهرة للبلوى ، وفى هذه الرواية توسعة لأرباب الدواب فقلما يسلمون عن التلطخ بالأرواث والأخثاء فتحفظ هذه الرواية اه كلام المبتغى . وإذا قلنا بذلك هنا لايبعد ، لأن الضرورة داعية إلى ذلك ، كما أفتوا بقول محمد بطهارة الماء المستعمل للضرورة ونحو ذلك . وفى شرح العباب لابن حجر بناء على قول الإمام الشافعى : إذا ضاق الأمر اتسع ، أنه لايضر تغير أنهر الشام بما فيها من الزبل ولو قليلة لأنه لايمكن جريها المضطر إليه الناس إلا به اه. وظاهره أن المعفو عنه عنده أثر الزبل لا عينه اه ماقى شرح الهدية ملخصا موضحا .

أقول : ولا يخفى أن الضرورة داعية إلى العفو عن العين أيضا ، فإن كثيرا من المحلات البعيدة عن الماء فى بلادنا يكون ماؤها قليلا ، وفى أغلب الأوقات يستصحب الماء عين الزبل ويرسب فى أسفل الحياض ، وكثيرا ماينقص الحوض بالاستعمال منه أو ينقطع الماء عنه فلا يبقى جاريا ولا سيما عند كرى الأنهر وانقطاع الماء بالكلية أياما فإذا منعوا من الانتفاع بتلك الحياض لما فيها من الزبل يلزمهم الحرج الشديد كما هو مشاهد ، فاحتياجهم إلى التوسعة أشد من احتياج أرباب الدواب . وقد قال فى شرح المنية : المعلوم من قواعد أئمتنا التسهيل فى مواضع الضرورة والبلوى العامة كما فى مسألة آبار الفلوات ونحوها اه أى كالعفو عن نجاسة المعفور عن طين الشارع الغالب عليه النجاسة وغير ذلك ، نعم فى بعض الأوقات يزداد التغير فينزل الماء إلى الحوض أخضر وفيه عين الزبل فينجس

وألحقوا بالجارى حوض الحمام لو الماء نازلا والغرف متدارك ؛ كحوض صغير يدخله الماء من جانب ويخرج من آخر يجوز التوضى من كل الجوانب مطلقا ، به يفتى ؛ وكعين هى خمس فى خمس ينبع الماء منه ، به يفتى قهستانى معزيا للتتمة .

(وكذا) يجوز (براكد) كثير (كذلك)

الحوض لو صغيرا وإن كان جاريا لأن جريانه بماء نجس ولا ضرورة إلى الاستعمال منه فى تلك الحالة فينتظر صفاؤه ثم يعفى عما فى القساطل وما فى أسفل الحوض ، لما علمت من الضرورة من أن المشقة تجلب التيسير ، ومن أنه إذا ضاق الأمر اتسع ، والله تعالى أعلم (قوله وألحقوا بالجارى حوض الحمام) أى فى أنه لا ينجس إلا بظهور أثر النجاسة .

أقول : وكذا حوض غير الحمام لأنه فى الظهيرية ذكر هذا الحكم فى حوض أقل من عشر فى عشر، ثم قال : وكذلك حوض الحمام اه فليحفظ (قوله والغرف متدارك) جملة حالية أى متتابع ، وتفسيره كما فى البحر وغيره أن لا يسكن وجه الماء فيما بين الغرفتين (قوله ويخرج من آخر) أى بنفسه أو بغير لما فى التاترخانية : لو كان يدخله الماء ولا يخرج منه لكن فيه إنسان يغتسل ويخرج الماء باغتساله من الجانب الآخر متداركا لاينجس اه .

مطلب لو أدخل الماء من أعلى الحوض وخرج من أسفله فليس بجار

ثم إن كلامهم ظاهره أن الخروج من أعلاه ، فلو كان يخرج من ثقب فى أسفل الحوض لايعد جاريا ، لأن العبرة بوجه الماء بدليل اعتبارهم فى الحوض الطول والعرض لا العمق ، واعتبارهم الكثرة والقلة فى أعلاه فقط كما سيذكره الشارح .

وفى المنية إذا كان الماء يجرى ضعيفا ينبغى أن يتوضأ على الوقار حتى يمر عنه الماء المستعمل ، ولم أر المسألة صريحا ، نعم رأيت فى شرح سيدى عبد الغنى فى مسألة خزانة الحمام التى أخبر أبو يوسف برؤية فأرة فيها قال : فيه إشارة إلى أن ماء الخزانة إذا كان يدخل من أعلاها ويخرج من أنبوب فى أسفلها فليس بجار اه . وفى شرح المنية يطهر الحوض بمجرد مايدخل الماء من الأنبوب ويفيض من الحوض هو المختار لعدم تيقن بقاء النجاسة فيه وصيرورته جاريا اه . وظاهر التعليل الاكتفاء بالخروج من الأسفل لكنه خلاف قوله ويفيض ، فتأمل وراجع (قوله مطلقا) أى سواء كان أربعا فى أربع أو أكثر . وقيل لو أكثر يتنجس ، لأن الماء المستعمل يستقر فيه إلا أن يتوضأ فى موضع الدخول أو الخروج كما فى المنية .

وظاهر الإطلاق أيضا أنه إذا علم عدم خروج الماء المستعمل لضعف الجرى لايضر وليس كذلك لما فى المنية عن الخانية . والأصح أن هذا التقدير غير لازم ، فإن خرج الماء المستعمل من ساعته لكثرة الماء وقوته يجوز وإلا فلا اه وأقره الشارحان ، وزاد فى الحلية قوله ولاشك أنه حسن ، لكن قال فى التاترخانية بعد مامر : وحكى عن الحلوانى أنه قال إن كان يتحرك الماء من جريانه يجوز .

وأجاب ركن الإسلام السعدى بالجواز مطلقا لأنه ماء جار والجارى يجوز التوضؤ به وعليه الفتوى اه . ثم هذا كما فى الحلية مبنى على نجاسة الماء المستعمل . وأما على الأصح المختار فيجوز الوضوء مالم يغلب على ظنه أن مايغترفه أو نصفه فصاعدا ماء مستعمل اه . أقول : لكن إذا وقع فيه نجاسة حقيقة كان التفريع على حاله (قوله وكعين الخ) يغنى عنه الإطلاق السابق كما أفاده ح (قوله ينبع الماء منه) أى من العين وذكر الضمير باعتبار المكان (قوله معزيا للتتمة) فيه أن عبارة القهستانى كما فى الزاهدى وغيره (قوله وكذا يجوز) أى رفع الحدث (قوله براكد) الركود :

أى وقع فيه نجس لم ير أثره ولو فى موضع وقوع المرئية ، به يفتى بحر :

(والمعتبر) فى مقدار الراكد (أكبر رأى المبتلى به فيه ، فإن غلب على ظنه عدم خلوص) أى وصول (النجاسة إلى الجانب الآخر جاز وإلا لا) هذا ظاهر الرواية عن الإمام ، وإليه رجع محمد ، وهو الأصح كما

السكون والثبات قاموس (قوله أى وقع فيه نجس الخ) شمل مالو كان النجس غالبا ، ولذا قال فى الخلاصة : الماء النجس إذا دخل الحوض الكبير لاينجس الحوض وإن كان الماء النجس غالبا على ماء الحوض ، لأنه كلما اتصل الماء بالحوض صار ماء الحوض غالبا عليه اه (قوله لم ير أثره) أى من طعم أو لون أو ريح ، وهذا القيد لابد منه وإن لم يذكر فى كثير من المسائل الآتية فلا تغفل عنه ، وقدمنا أن المراد من الأثر أثر النجاسة نفسها دون ما خالطها كخل ونحوه (قوله به يفتى) أى بعدم الفرق بين المرئية وغيرها ، وعزاه فى البحر إلى شرح المنية عن النصاب ، وأراد بشرح المنية الحلية لابن أمير حاج ، وقد ذكر عبارة النصاب فى مسألة الماء الجارى لاهنا .

على أنه يشكل عليه مافى شرح المنية للحلبى عن الخلاصة أنه فى المرئية ينجس موضع الوقوع بالإجماع . وأما فى غيرها ، فقيل كذلك : وقيل لا اه ومثله فى الحلية ، وكذا فى البدائع ، لكن عبر بظاهر الرواية بدل الإجماع قال : ومعناه أن يترك من موضع النجاسة قدر الحوض الصغير ثم يتوضأ اه . وقدره فى الكفاية بأربعة أذرع فى مثلها . وقيل يتحرى ، فإن وقع تحريه أن النجاسة لم تخلص إلى هذا الموضع توضأ منه . قال فى الحلية : قلت وهو الأصح اه وكذا جزم فى الخانية بتنجس موضع المرئية بلا نقل خلاف ، ثم نقل القولين فى غير المرئية وصحح فى المبسوط أولهما ، وصحح فى البدائع وغيرها ثانيهما نعم . قال فى الخزائن : والفتوى على عدم التنجس مطلقا إلا بالتغير بلا فرق بين المرئية وغيرها لعموم البلوى ، حتى قالوا : يجوز الوضوء من موضع الاستنجاء قبل التحرك كما فى المعراج عن المجتبى اه .

وقال فى الفتح : وعن أبى يوسف أنه كالجارى لاينجس إلا بالتغير ، وهو الذى ينبغى تصحيحه ، فينبغى عدم الفرق بين المرئية وغيرها ، لأن الدليل إنما يقتضى عند الكثرة عدم التنجس إلا بالتغير من غير فصل اه .

فقد ظهر أن ماذكره الشارح مبنى على ظاهر هذه الرواية عن أبى يوسف حيث جعله كالجارى ، وقدمنا عنه أنه اعتبر فى الجارى ظهور الأثر مطلقا ، وأنه ظاهر المتون وكذا قال فى الكنز هنا ، وهو كالجارى ، ومثله فى الملتقى . وظاهره اختيار هذه الرواية ، فلذا اختارها فى الفتح واستحسنها فى الحلية لموافقتها لما مر عنه فى الجارى . قال : ويشهد له مافى سنن ابن ماجه عن جابر رضى الله عنه قال : « انتهيت إلى غدير فإذا فيه حمار ميت فكففنا عنه حتى انتهى إلينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إن الماء لاينجسه شىء فاستقينا وأروينا وحملنا » اه وهذا وارد على نقل الإجماع السابق ، والله أعلم (قوله فى مقدار الراكد) يغنى عنه قول المصنف فيه المتعلق بالمعتبر ، فالأولى ذكره بعده تفسيرا لمرجع الضمير (قوله أكبر رأى المبتلى به) أى غلبة ظنه لأنها فى حكم اليقين ، والأولى حذف أكبر ليظهر التفصيل بعده ط (قوله وإلا لا) صادق بما إذا غلب على ظنه الخلوص أو اشتبه عليه الأمران لكن الثانى غير مراد ، لما فى التاترخانية : وإذا اشتبه الخلوص فهو كما إذا لم يخلص اه فافهم (قوله وإليه رجع محمد) أى بعد ماقال بتقديره بعشر فى عشر ، ثم قال : لا أوقت شيئا كما نقله الأئمة الثقات عنه بحر (قوله وهو الأصح) زاد فى الفتح : وهو الأليق بأصل أبى حنيفة : أعنى عدم التحكم بتقدير فيما لم يرد فيه تقدير شرعى ، والتفويض فيه إلى رأى المبتلى ، بناء على عدم صحة ثبوت تقديره شرعا اه . وأما تقديره بالقلتين كما قاله الشافعى فحديثه غير ثابت كما قاله ابن المدينى ، وضعفه الحافظ ابن عبد البر وغيره ، وأطال الكلام عليه فى الفتح والبحر

فى الغاية وغيرها ، وحقق فى البحر أنه المذهب ، وبه يعمل ، وأن التقدير بعشر فى عشر لايرجع إلى أصل يعتمد عليه ، ورد ماأجاب به صدر الشريعة .

لكن فى النهر : وأنت خبير بأن اعتبار العشر أضبط ولا سيما فى حق من لارأى له من العوام ، فلذا أفتى

وغيرهما من المطولات (قوله وحقق فى البحر أنه المذهب) أى المروى عن أئمتنا الثلاثة وأكثر من النقول الصريحة فى ذلك : أى فى أن ظاهر الرواية عن أئمتنا الثلاثة تفويض الخلوص إلى رأى المبتلى به بلا تقدير بشىء ، ثم قال: وعلى تقدير عدم رجوع محمد عن تقديره بعشر فى عشر لايستلزم تقديره إلا فى نظره ، وهو لايلزم غيره لأنه لما وجب كونه مما استكثره المبتلى فاستكثار واحد لايلزم غيره ، بل يختلف باختلاف مايقع فى قلب كل ، وليس هذا من الصور التى يجب فيها على العامى تقليد المجتهد ذكره الكمال اه .

أقول : لكن ذكر فى الهداية وغيرها أن الغدير العظيم مالا يتحرك أحد طرفيه بتحريك الطرف الآخر . وفى المعراج أنه ظاهر المذهب ، وفى الزيلعى ، قيل يعتبر بالتحريك ، وقيل بالمساحة . وظاهر المذهب الأول ، وهو قول المتقدمين حتى قال فى البدائع والمحيط : اتفقت الرواية عن أصحابنا المتقدمين أنه يعتبر بالتحريك ، وهو أن يرتفع وينخفض من ساعته لابعد المكث ، ولا يعتبر أصل الحركة . وفى التاترخانية أنه المروى عن أئمتنا الثلاثة فى الكتب المشهورة اه وهل المعتبر حركة الغسل أو الوضوء أو اليد ؟ روايات ثانيها أصح لأنه الوسط كما فى المحيط والحاوى القدسى ، وتمامه فى الحلية وغيرها . ولا يخفى عليك أن اعتبار الخلوص بغلبة الظن بلا تقدير بشىء مخالف فى الظاهر لاعتباره بالتحريك ، لأن غلبة الظن أمر باطنى يختلف باختلاف الظانين ، وتحرك الطرف الآخر أمر حسى مشاهد لايختلف مع أن كلا منهما منقول عن أئمتنا الثلاثة فى ظاهر الرواية ، ولم أر من تكلم على ذلك ، ويظهر لى التوفيق بأن المراد غلبة الظن بأنه لو حرك لوصل إلى الجانب الآخر إذا لم يوجد التحريك بالفعل فليتأمل (قوله ورد الخ) حاصله أن صدر الشريعة بنى تقديره بالعشر على أصل وهو قوله صلى الله عليه وسلم «من حفر بئرا فله حولها أربعون ذراعا» فيكون له حريمها من كل جانب عشرة ، فيمنع غيره من حفر بئر فى حريمها لئلا ينجذب الماء إليها وينقص ماء الأولى ، ويمنع أيضا من حفر بالوعة فيه لئلا تسرى النجاسة إلى البئر ، ولا يمنع فيما وراء الحريم وهو عشر فى عشر . قال : فعلم أن الشرع اعتبر العشر فى العشر فى عدم سراية النجاسة . ورده فى البحر بأن الصحيح فى الحريم أنه أربعون من كل جانب ، وبأن قوام الأرض أضعاف قوام الماء فقياسه عليها فى عدم السراية غير مستقيم ، وبأن المختار المعتمد فى البعد بين البئر والبالوعة نفوذ النجاسة ، وهو يختلف بصلابة الأرض ورخاوتها (قوله لكن فى النهر الخ) قد تعرض لهذا فى البحر أيضا ، ثم رده بأنه إنما يعمل بما صح من المذهب لابفتوى المشايخ ، والوجه مع صاحب البحر . وإذا اطلعت على كلامهما جزمت بذلك أفاده ط .

أقول : وهو الذى حط عليه كلام المحقق ابن الهمام وتلميذه العلامة ابن أمير حاج ، لكن ذكر بعض المحشين عن شيخ الإسلام العلامة سعد الدين الديرى فى رسالته [القول الراق فى حكم ماء الفساق] أنه حقق فيها مااختاره أصحاب المتون من اعتبار العشر ورد فيها على من قال بخلافه ردا بليغا ، وأورد نحو مائة نقل ناطقة بالصواب إلى أن قال :

وإذا كنت فى المدارك غرا ثم أبصرت حاذقا لاتمارى
وإذا لم تر الهلال فسلم لأناس رأوه بالأبصار

لايخفى أن المتأخرين الذين أفتوا بالعشر كصاحب الهداية وقاضيخان وغيرهما من أهل الترجيح هم أعلم بالمذهب

به المتأخرون الأعلام : أى فى المربع بأربعين ، وفى المدوّر بستة وثلاثين ، وفى المثلث من كل جانب خمسة عشر وربعا وخمسا بذراع الكرباس ، ولو له طول لاعرض لكنه يبلغ عشرا فى عشر جاز تيسيرا ، ولو أعلاه عشرا

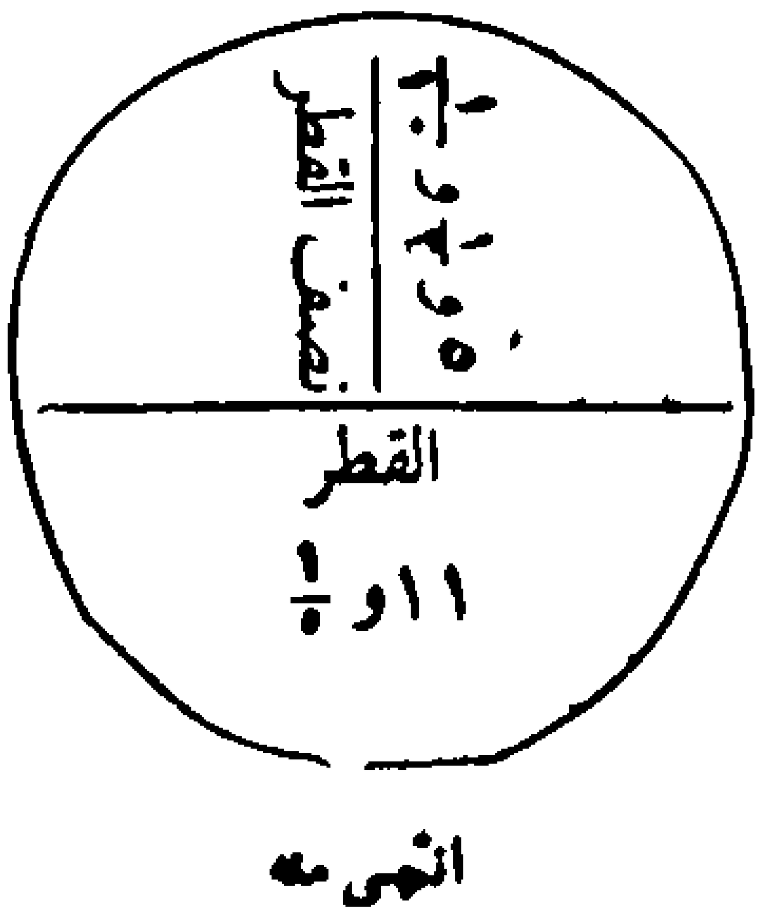
منا فعلينا اتباعهم ، ويؤيده ماقدمه الشارح فى رسم المفتى ، وأما نحن فعلينا اتباع مارجحوه وما صححوه ، كما لو أفتونا فى حياتهم (قوله أى فى المربع الخ) أشار إلى أن المراد من اعتبار العشر فى العشر مايكون وجهه مائة ذراع سواء كان مربعا ، وهومايكون كل جانب من جوانبه عشرة وحول الماء أربعون ووجهه مائة ، أوكان مدورا أو مثلثا ؛ فإن كلا من المدور والمثلث إذا كان على الوصف الذى ذكره الشارح يكون وجهه مائة ، وإذا ربع يكون عشرا فى عشر فافهم (قوله وفى المدور بستة وثلاثين) أى بأن يكون دوره ستة وثلاثين ذراعا وقطره(١)أحد عشر ذراعا وخمس ذراع ، ومساحته أن تضرب نصف القطر وهو خمسة ونصف وعشر فى نصف الدور وهو ثمانية عشر يكون مائة ذراع وأربعة أخماس ذراع اهـ سراج ، وما ذكره هو أحد أقوال خمسة . وفى الدرر عن الظهيرية هو الصحيح ، وهو مبرهن عليه عند الحساب . وللعلامة الشرنبلالى رسالة سماها [الزهر النضير على الحوض المستدير] أوضح فيها البرهان المذكور مع رد بقية الأقوال ، ولخص ذلك فى حاشيته على الدرر (قوله وربعا وخمسا) فى بعض النسخ أو خمساً بأو لابالواو ، وهى الأصوب بناء على الاختلاف فى التعبير ، فإن بعضهم كنوح أفندى عبر بالربع وبعضهم كالشرنبلالى فى رسالته عبر بالخمس ، وهو الذى مشى عليه فى السراج حيث قال : فإن كان مثلثاً فإنه يعتبر أن يكون كل جانب منه خمسة عشر ذراعا وخمس ذراع حتى تبلغ مساحته مائة ذراع ، بأن تضرب أحد جوانبه فى نفسه ، فما صح أخذت ثلثه وعشره فهو مساحته .

بيانه أن تضرب خمسة عشر وخمسا فى نفسه يكون مائتين وإحدى وثلاثين وجزءا من خمسة وعشرين جزءا من ذراع ، فثلثه على التقريب سبعة وسبعون ذراعا ، وعشره على التقريب ثلاثة وعشرون فذلك مائة ذراع وشىء قليل لايبلغ عشر ذراع اهـ .

أقول : وعلى التعبير بالربع يبلغ ذلك الشىء القليل نحو ربع ذراع فالتعبير بالخمس أولى كما لايخفى فكان ينبغى للشارح الاقتصار عليه فافهم (قوله بذراع الكرباس) بالكسر : أى ثياب القطن ، ويأتى مقداره .

[تنبيه] لم يذكر مقدار العمق إشارة إلى أنه لاتقدير فيه فى ظاهر الرواية وهو الصحيح بدائع ، وصحح فى الهداية أن يكون بحال لاينحسر بالاغتراف : أى لاينكشف ، وعليه الفتوى معراج . وفى البحر الأول أوجه لما عرف من أصل أبى حنيفة اهـ وقيل أربع أصابع مفتوحة ، وقيل مابلغ الكعب ، وقيل شبر ، وقيل ذراع ، وقيل ذراعان قهستانى (قوله لكنه يبلغ الخ) كأن يكون طوله خمسين وعرضه ذراعين مثلا فإنه لو ربع صار عشرا فى عشر (قوله جاز تيسيرا) أى جاز الوضوء منه بناء على نجاسة الماء المستعمل ، أو المراد جاز وإن وقعت فيه نجاسة ، وهذا أحد قولين ، وهو المختار كما فى الدرر عن عيون المذاهب والظهيرية وصححه فى المحيط والاختيار

الدرر ٣٦



انتهى منه

(١) (قوله وقطره الخ) القطر : هو الخط المار على المركز حتى ينتهى إلى جانبى المحيط ونصفه هو هذا القاطع لنصفه بالمشاهدة بهذه الصورة .

وأسفله أقل جاز حتى يبلغ الأقل ، ولو بعكسه فوقع فيه نجس لم يجز حتى يبلغ العشر ؛ ولو جمد ماؤه فثقب ، إن الماء منفصلا عن الجمد جاز لأنه كالمسقف ، وإن متصلا لا لأنه كالقصعة حتى لو ولغ فيه كلب تنجس

وغيرهما ، واختار في الفتح القول الآخر وصححه تلميذه الشيخ قاسم ،لأن مدار الكثرة على عدم خلوص النجاسة إلى الجانب الآخر ، ولا شك في غلبة الخلوص من جهة العرض ، ومثله لو كان له عمق بلا سعة أي بلا عرض ولا طول لأن الاستعمال من السطح لا من العمق : وأجاب في البحر بأن هذا وإن كان الأوجه ، إلا أنهم وسعوا الأمر على الناس وقالوا بالضم كما أشار إليه في التجنيس بقوله تيسيرا على المسلمين اه . وعلله بعضهم بأن اعتبار الطول لا ينجسه واعتبار العرض ينجسه فيبقى طاهرا على أصله للشك في تنجسه ، وتمامه في حاشية نوح أفندى ، وبه فارق ماله عمق بلا سعة (قوله حتى يبلغ الأقل) أي وإذا بلغ الأقل فوقعت فيه نجاسة تنجس كما في المنية ، وتشمل النجاسة الماء المستعمل على القول بنجاسته ، ولذا قال في البحر وإن نقص حتى صار أقل من عشرة في عشرة لا يتوضأ فيه ولكن يغترف منه ويتوضأ اه .

أما على القول بطهارته فهي مسألة التوضؤ من الفساق ، وفيها الكلام المار فافهم ، ثم لو امتلأ بعد وقوع النجاسة بقي نجساً ، وقيل لا ، منية . ووجه الثاني غير ظاهر حلية .

قال في شرح المنية : فالحاصل أن الماء إذا تنجس حال قلته لا يعود طاهرا بالكثرة ، وإن كان كثيرا قبل اتصاله بالنجاسة لا ينجس بها ، ولو نقص بعد سقوطها فيه حتى صار قليلا فالمعتبر قلته وكثرته وقت اتصاله بالنجاسة ، سواء وردت عليه أو ورد عليها هذا هو المختار اه .وقوله أو ورد عليها يشير إلى ما اختاره في الخلاصة والخانية من أن الماء إن دخل من مكان نجس أو اتصل بالنجاسة شيئا فشيئا فهو نجس ،وإن دخل من مكان طاهر واجتمع حتى صار عشرا في عشر ثم اتصل بالنجاسة لا ينجس (قوله ولو بعكسه) بأن كان أعلاه لا يبلغ عشرا في عشر وأسفله يبلغها (قوله حتى يبلغ العشر) فإذا بلغها جاز وإن كان ما في أعلاه أكثر مما في أسفله أي مقداراً لا مساحة . وفي البحر عن السراج الهندي أنه الأشبه اه :

أقول : وكأنهم لم يعتبروا حالة الوقوع هنا ، لأن ما في الأسفل في حكم حوض آخر بسبب كثرته مساحة وأنه لو وقعت فيه النجاسة ابتداء لم تضره بخلاف المسألة الأولى تدبر .

وهذه يلغز فيها فيقال : ماء كثير وقعت فيه نجاسة تنجس ثم إذا قل طهر . بقي ما لو وقعت فيه النجاسة ثم نقص في المسألة الأولى أو امتلأ في الثانية قال ح : لم أجد حكمه . وأقول: هذا عجيب، فإنه حيث حكمنا بطهارته ولم يعرض له ما ينجسه هل يتوهم نجاسته ، نعم لو كانت النجاسة مرئية وكانت باقية فيه أو امتلأ قبل جفاف أعلى الحوض تنجس . أما إذا كانت غير مرئية أو مرئية وأخرجت منه أو امتلأ بعد ما حكم بطهارة جوانب أعلاه بالجفاف فلا ، إذ لا مقتضى للنجاسة ، هذا ما ظهر لي (قوله ولو جمد ماؤه) أي ماء الحوض الكبير :ءأي وجه الماء منه (قوله فثقب) أي ولم تبلغ مساحة الثقب عشرا في عشر (قوله منفصلا عن الجمد) أي متسفلا عنه غير متصل به بحيث لو حرك تحرك (قوله وإن متصلا لا) أي لا يجوز الوضوء منه ، وهو قول نصير والإسكاف . وقال ابن المبارك وأبو حفص الكبير : لا بأس به ، وهذا أوسع ، والأول أحوط . وقالوا : إذا حرك موضع الثقب تحريكا بليغا يعلم عنده أن ما كان راكدا ذهب . وهذا ماء جديد يجوز بلا خلاف اه بدائع . وفي الخانية إن حرك الماء عند إدخال كل عضو مرة جاز اه . والظاهر أن القول الأول هو الأشبه كما مر عن السراج الهندي ثم رأيته في المنية صرح بأن الفتوى عليه . وفي الحلية أن هذا مبني على نجاسة الماء المستعمل (قوله تنجس) أي

لا لو وقع فيه فمات لتسفله :
ثم المختار طهارة المتنجس بمجرد جريانه ، وكذا البئر وحوض الحمام :

موضع الثقب دون المتسفل ؛ فلو ثقب فى موضع آخر وأخذ الماء منه وتوضأ جاز كما فى التاتارخانية (قوله لا لو وقع فيه الخ) أى لاينجس موضع الثقب ، لأن الموت يحصل غالباً بعد التسفل ولا ماتحته لكثرته ، لكن فى تصوير المسألة بوقوع الكلب نظر لتنجس الثقب بملاقاة الماء لفمه وأنفه ولذا صوّرها فى المنية بوقوع الشاة .

وفى شرحها إذا علم أن الموت حصل فى الثقب قبل التسفل منه ، أو كان الحيوان الواقع متنجسا يتنجس مافى الثقب .

مطلب يطهر الحوض بمجرد الجريان

(قوله بمجرد جريانه) أى بأن يدخل من جانب ويخرج من آخر حال دخوله وإن قل الخارج بحر . قال ابن الشحنة : لأنه صار جارياً حقيقة ، وبخروج بعضه رفع الشك فى بقاء النجاسة فلا تبقى مع الشك اهـ . وقيل لايطهر حتى يخرج قدر مافيه ، وقيل ثلاثة أمثاله بحر ؛ فلو خرج بلا دخول كأن ثقب منه ثقب فليس بجار ، ولا يلزم أن يكون الحوض ممتلئا فى أول وقت الدخول ، لأنه إذا كان ناقصا فدخله الماء حتى امتلأ وخرج بعضه طهر أيضا كما لو كان ابتداء ممتلئا ماء نجسا كما حققه فى الحلية ، وذكر فيها أن الخارج من الحوض نجس قبل الحكم عليه بالطهارة اهـ .

أقول : هو ظاهر على القولين الأخيرين ، لأنه قبل خروج المثل أو ثلاثة الأمثال لم يحكم بطهارة الحوض ، فيظهر كون الخارج نجساً . وأما على القول المختار فقد حكم بالطهارة بمجرد الخروج فيكون الخارج طاهرا تأمل ، ثم رأيته فى الظهيرية ونصه : والصحيح أنه يطهر وإن لم يخرج مثل مافيه ، وإن رفع إنسان من ذلك الماء الذى خرج وتوضأ به جاز اهـ فلله الحمد ، لكن فى الظهيرية أيضا حوض نجس امتلأ ماء وفار ماؤه على جوانبه وجف جوانبه لايطهر ، وقيل يطهر اهـ . وفيها : ولو امتلأ فتشرب الماء فى جوانبه لايطهر مالم يخرج الماء من جانب آخر اهـ . وفى الخلاصة : المختار أنه يطهر وإن لم يخرج مثل مافيه ، فلو امتلأ الحوض وخرج من جانب الشط على وجه الجريان حتى بلغ المشجرة يطهر ، أما قدر ذراع أو ذراعين فلا اهـ فليتأمل (قوله وكذا البئر وحوض الحمام) أى يطهران من النجاسة بمجرد الجريان ، وكذا مافى حكمه من العرف المتدارك كما مر .

مطلب فى إلحاق نحو القصعة بالحوض

[تنبيه] هل يلحق نحو القصعة بالحوض ؟ فإذا كان فيها ماء نجس ثم دخل فيها ماء جار حتى طف من جوانبها هل تطهر هى والماء الذى فيها كالحوض أم لا لعدم الضرورة فى غسلها ؟ توقفت فيه مدة ، ثم رأيت فى خزانة الفتاوى : إذا فسد ماء الحوض فأخذ منه بالقصعة وأمسكها تحت الأنبوب فدخل الماء وسال ماء القصعة فتوضأ به لايجوز اهـ .

وفى الظهيرية فى مسألة الحوض : لو خرج من جانب آخر لايطهر مالم يخرج مثل مافيه ثلاث مرات كالقصعة عند بعضهم . والصحيح أنه يطهر وإن لم يخرج مثل مافيه اهـ ، فالظاهر أن مافى الخزانة مبنى على خلاف الصحيح ، يؤيده مافى البدائع بعد حكايته الأقوال الثلاثة فى جريان الحوض حيث قال مانصه : وعلى هذا حوض الحمام أو الأوانى إذا تنجس اهـ . ومقتضاه أنه على القول الصحيح تطهر الأوانى أيضا بمجرد الجريان ، وقد علل

هذا ، وفى القهستانى : والمختار ذراع الكرباس وهو سبع قبضات فقط ، فيكون ثمانيا فى ثمان بذراع زماننا

فى البدائع هذا القول بأنه صار ماء جاريا ولم نستيقن ببقاء النجاسة فيه ، فاتضح الحكم ولله الحمد : وبقى شىء آخر(١) سئلت عنه ، وهو أن دلوا تنجس فأفرغ فيه رجل ماء حتى امتلأ وسال من جوانبه هل يطهر بمجرد ذلك أم لا ؟ والذى يظهر لى الطهارة ، أخذا مما ذكرناه هنا ومما مر من أنه لايشترط أن يكون الجريان بمدد ؛ وما يقال إنه لايعد فى العرف جاريا ممنوع لما مر من أنه لو سال دم رجله مع العصير لاينجس ، وكذا ماذكره الشارح بعده من أنه لو حفر نهرا من حوض صغير أو صب الماء فى طرف الميزاب الخ وكذا ماذكرناه هناك عن الخزانة والذخيرة من المسائل ، فكل هذا اعتبروه جاريا فكذا هنا . وأخبرنى شيخنا حفظه الله تعالى أن بعض أهل عصره فى حلب أفتى بذلك حتى فى المائعات وأنهم أنكروا عليه ذلك .

وأقول : مسألة العصير تشهد لما أفتى به ، وقد مر أن حكم سائر المائعات كالماء فى الأصح . فالحاصل أن ذلك له شواهد كثيرة ، فمن أنكره وادعى خلافه يحتاج إلى إثبات مدعاه بنقل صريح لابمجرد أنه لو كان كذلك لذكروه فى تطهير المائعات كالزيت ونحوه .

على أنى رأيت بعد ذلك فى القهستانى أول فصل النجاسات مايدل عليه ، حيث ذكر أن المائع كالماء والدبس وغيرهما طهارته إما بإجرائه مع جنسه مختلطا به كما روى عن محمد كما فى التمرتاشى ، وإما بالخلط مع الماء كما إذا جعل الدهن فى الخابية ثم صب فيه ماء مثله وحرك ثم ترك حتى يعلو وثقب أسفلها حتى يخرج الماء هكذا يفعل ثلاثا فإنه يطهر كما فى الزاهدى الخ ، فهذا صريح بأنه يطهر بالإجراء نظير ماقدمناه عن الخزانة وغيرها ، من أنه لو أجرى ماء إناءين أحدهما نجس فى الأرض أوصبهما من علو فاختلطا طهرا بمنزلة ماء جار ، نعم على ماقدمناه عن الخلاصة من تخصيص الجريان بأن يكون أكثر من ذراع أو ذراعين يتقيد بذلك هنا ، لكنه مخالف لإطلاقهم من طهارة الحوض بمجرد الجريان ، هذا ماظهر لفكرى السقيم — وفوق كل ذى علم عليم — .

مطلب فى مقدار الذراع وتعيينه

(قوله والمختار ذراع الكرباس) وفى الهداية أن عليه الفتوى ، واختاره فى الدرر والظهيرية والخلاصة والخزانة . قال فى البحر : وفى الخانية وغيرها : ذراع المساحة وهو سبع قبضات فوق كل قبضة أصبع قائمة : وفى المحيط والكافى أنه يعتبر فى كل زمان ومكان ذراعهم : قال فى النهر : وهو الأنسب .

قلت : لكن رده فى شرح المنية بأن المقصود من هذا التقدير غلبة الظن بعدم خلوص النجاسة ، وذلك لايختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة (قوله وهو سبع قبضات فقط) أى بلا أصبع قائمة ، وهذا مافى الولوالجية . وفى البحر أن فى كثير من الكتب أنه ست قبضات ليس فوق ، كل قبضة أصبع قائمة فهو أربع وعشرون أصبعا بعدد حروف « لاإله إلا الله محمد رسول الله » والمراد بالأصبع القائمة ارتفاع الإبهام كما فى [غاية البيان] اه والمراد بالقبضة أربع أصابع مضمومة نوح ، أقول : وهو قريب من ذراع اليد ، لأنه ست قبضات وشىء ، وذلك شبران (قوله فيكون ثمانيا فى ثمان) كأنه نقل ذلك عن القهستانى ولم يمتحنه ، وصوابه : فيكون عشرا فى ثمان .

---

(١) (قوله وبقى شىء الخ) أقول : رأيت بعد كتابتى لهذا المحل فى حاشية الأشباه والنظائر فى آخر الفن الأول للعلامة الكفيرى التى تلقاها من شيخنا الشيخ إسمعيل الحائك مفتى دمشق ما نصه : مسألة إذا كان فى الكوز ماء متنجس فصب عليه ماء طاهر حتى جرى الماء من الأنبوب بحيث بعد جريانا ولم يتغير الماء فإنه يحكم بطهارته اه منه .

ثمان قبضات وثلاث أصابع على القول المفتى به بالمعشر أى ولو حكما ليعم ماله طول بلا عرض فى الأصح ، وكذا بئر عمقها عشر فى الأصح ، وحينئذ فلو ماؤها بقدر العشر لم ينجس كما فى المنية ، وحينئذ فعمق خمس أصابع تقريبا ثلاثة آلاف وثلثمائة واثنا عشر منا من الماء الصافى ، ويسعه غدير كل ضلع منه طولا وعرضا وعمقا ذراعان وثلاثة أرباع ذراع ونصف أصبع تقريبا كل ذراع أربع وعشرون أصبعا اه. قلت وفيه كلام، إذ المعتمد عدم اعتبار العمق أو حده فتبصر .

(ولا يجوز بماء) بالمد (زال طبعه) وهو السيلان والإرواء والإنبات (ب) سبب (طبخ كمرق) وماء باقلاء إلا بما قصد به التنظيف كأشنان وصابون فيجوز إن بقى رقته

وبيان ذلك أن القبضة أربع أصابع ، وإذا كان ذراع زمانهم ثمان قبضات وثلاث أصابع يكون خمسا وثلاثين أصبعا ، وإذا ضربت العشر فى ثمان بذلك الذراع تبلغ ثمانين فاضربها فى خمس وثلاثين تبلغ ألفين وثمانمائة أصبع ، وهى مقدار عشر فى عشر بذراع الكرباس المقدر بسبع قبضات ، لأن الذراع حينئذ ثمانية وعشرون أصبعا . والعشر فى عشر بمائة ، فإذا ضربت ثمانية وعشرين فى مائة تبلغ ذلك المقدار .

وأما على ماقاله الشارح فلا تبلغ ذلك ؛ لأنك إذا ضربت ثمانيا فى ثمان تبلغ أربعا وستين . فإذا ضربتها فى خمس وثلاثين تبلغ ألفين ومائتين وأربعين أصبعا وذلك ثمانون ذراعا بذراع الكرباس والمطلوب مائة . فالصواب ماقلناه فافهم (قوله ولو حكما الخ) تكرار مع قوله ولو له طول لاعرض الخ ط (قوله عمقها) بالفتح وبالضم وبضمتين قعر البئر ونحوها قاموس (قوله فى الأصح) ذكره فى المجتبى والتمرتاشى والإيضاح والمنتقى . وعزاه فى القنية إلى شرح صدر القضاة وجمع التفاريق ، وهو متوغل فى الإغراب ، مخالف لما أطلقه جمهور الأصحاب كما فى شرح الوهبانية (قوله وحينئذ) أى إذا اعتبر العمق بلا سعة (قوله بقدر العشر) أى بقدر المربع الذى هو عشر فى عشر (قوله وحينئذ) الأولى حذفه لإغناء ماقبله عنه (قوله فعمق الخ) حاصله أنه إذا كان عشر فى عشر عمقه خمس أصابع تقريبا كان ماؤه ثلاثة آلاف الخ ، وقدمنا الأقوال فى مقدار العمق ، وليس فيها قول بتقديره بخمس أصابع (قوله وثلثمائة) فى بعض النسخ وثمانمائة ، والموافق لما فى القهستانى الأول (قوله منا) قال فى القاموس : المن كيل أو ميزان أو رطلان كالمنا جمعه أمنان وجمع المنا أمناء . والرطل بالفتح ويكسر : اثنتا عشرة أوقية ، والأوقية أربعون درهما (قوله فعمق خمس أصابع الخ) الأولى اعتباره بالأربع لأنه المنقول كما قدمناه عن القهستانى ولأنه أسهل ، وعليه فيبلغ فى المربع ماطوله وعرضه وعمقه ذراعان ونصف ذراع وأصبع وثلث أصبع ، وفى المثلث ماطوله وعرضه ثلاثة أذرع وخمسة أسداس ذراع ، وعمقه ذراعان ونصف ذراع وأصبع وثلث أصبع ، وفى المدور ماقطره وعمقه ذراعان وإحدى وعشرون أصبعا وخمسة أسداس أصبع ، ووزن ذلك الماء بالقلل سبعة عشر قلة وثلث خمس قلة ، والقلة مائتان وخمسون رطلا بالعراق كل رطل مائة وثمانية وعشرون درهما وأربعة أسباع درهم ، وجملة ذلك بالرطل الشامى فى زماننا سبعمائة رطل وأحد وستون رطلا وعشر أواق وأحد وخمسون درهما وثلاثة أسباع درهم ، كل رطل سبعمائة درهم وعشرون درهما (قوله زال طبعه) أى وصفه الذى خلقه الله تعالى عليه ط (قوله والإنبات) اقتصر الوانى عليه لاستلزامه الإرواء دون العكس ، فإن الأشربة تروى ولا تنبت والماء الملح طبعه الإنبات إلا أنه عدم منه لعارض كالماء الحار ط (قوله بسبب طبخ) أى بغيره ، فمجرد تسخين الماء بدون خلط لايسمى طبخا ط عن أبى السعود : أى لأن الطبخ هو الإنضاج استواء قاموس (قوله وماء باقلاء) أى فول ، وهو مخفف مع المد ومشدد ويخفف مع القصر كما فى القاموس ورسم الأول بالألف والثانى بالياء (قوله إن بقى رقته) أما لو صار كالسويق المخلوط فلا لزوال اسم الماء عنه كما قدمناه عن الهداية .

(أو) بماء (استعمل لـ)أجل (قربة) أى ثواب ولو مع رفع حدث أومن مميز أو حائض لعادة عبادة أوغسل ميت أو يد لأكل أو منه بنية السنة (أو) لأجل (رفع حدث) ولو مع قربة كوضوء محدث

مبحث الماء المستعمل

(قوله أو بماء استعمل الخ) اعلم أن الكلام فى الماء المستعمل يقع فى أربعة مواضع: الأول فى سببه، وقد أشار إليه بقوله لقربة أو رفع حدث. الثانى فى وقت ثبوته، وقد أشار إليه بقوله إذا استقر فى مكان. الثالث فى صفته: وقد بينها بقوله طاهر. الرابع فى حكمه، وقد بينه بقوله لامطهر اه بحر.

مطلب فى تفسير القربة والثواب

(قوله أى ثواب) قدمنا فى سنن الوضوء أن القربة فعل مايثاب عليه بعد معرفة من يتقرب إليه به وإن لم يتوقف على نية كالوقف والعتق: فى البحر عن شرح النقاية أنها ماتعلق به حكم شرعى وهو استحقاق الثواب اه.

وفى شرح الأشباه للبيرى قال علماؤنا: ثواب العمل فى الأخرى عبارة عما أوجبه الله للعبد جزاء لعمله، فتفسير الشارح القربة بالثواب من تفسير الشىء بحكمه، وهو شائع فى كلامهم كما مر، وهو المتبادر من تعبير المصنف بلام التعليل: أى لأجل نيل قربة، نعم لو قال المصنف فى قربة لتعين تفسيرها بالفعل فافهم (قوله ولو مع رفع حدث) يشير به وبقوله الآتى ولو مع قربة إلى أن أو فى قوله أو رفع حدث مانعة الخلو لامانعة الجمع لأن القربة ورفع الحدث قد يجتمعان، وقد ينفرد كل منهما عن الآخر كما سيظهر، فبينهما عموم وخصوص وجهى (قوله أو من مميز) أى إذا توضأ يريد به التطهير كما فى الخانية وهو معلوم من سياق الكلام، وظاهره أنه لو لم يرد به ذلك لم يصر مستعملا تأمل (قوله أو حائض الخ) قال فى النهر: قالوا بوضوء الحائض يصير مستعملا لأنه يستحب لها الوضوء لكل فريضة وأن تجلس فى مصلاها قدرها كى لاتنسى عادتها، ومقتضى كلامهم اختصاص ذلك بالفريضة، وينبغى أنها لو توضأت لتهجد عادى أو صلاة ضحى وجلست فى مصلاها أن يصير مستعملا، ولم أره لهم اه وأقره الرملى وغيره، ووجهه ظاهر فلذا جزم به الشارح، فأطلق العبادة تبعا لجامع الفتاوى فإنه قال: يستحب لها أن تتوضأ فى وقت الصلاة وتجلس فى مسجدها تسبح وتهلل مقدار أدائها لئلا تزول عادة العبادة (قوله أو غسل ميت) معطوف على رفع حدث وكون غسالته مستعملة هو الأصح، وإنما أطلق محمد نجاستها لأنها لاتخلو عن النجاسة غالبا بحر.

أقول: قد يقال إنه مبنى على ماهو قول العامة، واعتمده فى البدائع من أن نجاسة الميت نجاسة خبث لأنه حيوان دموى لانجاسة حدث، وعليه فلا حاجة إلى تأويل كلام محمد وسنوضحه فى أول فصل البئر، ويجوز عطفه على مميز أى ولو من أجل غسل ميت لأنه يندب الوضوء من غسل الميت كما مر (قوله بنية السنة) قيد به فى البحر أخذا من قول المحيط لأنه أقام به قربة لأنه سنة اه. قال فى النهر: وعليه فينبغى اشتراطه فى كل سنة كغسل الفم والأنف ونحوهما، وفى ذلك تردد اه. قال الرملى: ولا تردد فيه، حتى لو لم يكن جنبا وقصد بغسل الفم والأنف ونحوهما مجرد التنظيف لا لإقامة القربة لايصير مستعملا (قوله أو لأجل رفع حدث) مفاد اللام أنه قصد رفع الحدث فيكون قربة أيضا مع أن المراد ماهو أعم كما أفاده الشارح بقوله ولو مع قربة، فكان الأولى أن يقول أو فى رفع حدث تأمل (قوله كوضوء محدث) فإنه إن كان منويا اجتمع فيه الأمران، وإلا كما لو كان

ولو للتبرد ؛ فلو توضأ متوضئ لتبرد أو تعليم أو لطين بيده لم يصر مستعملا اتفاقا ؛ كزيادة على الثلاث بلانية قربة ، وكغسل نحو فخذ أو ثوب طاهر أو دابة تؤكل (أو) لأجل (إسقاط فرض) هو الأصل فى الاستعمال كما نبه

للتبرد فرفع الحدث فقط (قوله ولو للتبرد) قيل فيه خلاف محمد بناء على أنه لايستعمل عنده إلا بإقامة القربة أخذا من قوله فيما لو انغمس فى البئر لطلب الدلو بأن الماء طهور . قال السرخسى : والصحيح عنده استعماله بإزالة الحدث إلا للضرورة كمسألة البئر ، وتمامه فى البحر (قوله فلو توضأ متوضئ الخ) محترز قول المصنف لأجل قربة أو رفع حدث ، لكن أورد أن تعليم الوضوء قربة فينبغى أن يصير الماء مستعملا . وأجاب فى البحر وتبعه فى النهر وغيره بأن التوضؤ نفسه ليس قربة بل التعليم وهو أمر خارج عنه ولذا يحصل بالقول (قوله أو لطين) أى ونحوه كوسخ لعدم إزالة الحدث وإقامة القربة ، وكذا لو وصلت شعر آدمى بذؤابتها فغسلته لم يصر مستعملا لأنه لم يبق له حكم البدن ، بخلاف مالو غسل رأس مقتول قد بان منه وتمامه فى البحر .

[فائدة] قال سيدى عبد الغنى : الظاهر أن المحدث تكفيه غسلة واحدة عن الطين ونحوه وعن الحدث بخلاف النجاسة كما قدمناه (قوله بلانية قربة) بأن أراد الزيادة على الوضوء الأول ، وفيه اختلاف المشايخ . أما لو أراد بها ابتداء الوضوء صار مستعملا بدائع : أى إذا كان بعد الفراغ من الوضوء الأول وإلا كان بدعة كما مر فى محله ، فلا يصير الماء مستعملا ، وهذا أيضا إذا اختلف المجلس وإلا فلا لأنه مكروه بحر ، لكن قدمنا أن المكروه تكراره فى مجلس مرارا (قوله نحو فخذ) أى مما ليس من أعضاء الوضوء وهو محدث لاجنب ، وقيل يصير مستعملا بناء على القول بحلول الحدث الأصغر بكل البدن وغسل الأعضاء رافع عن الكل تخفيفا ، والراجح خلافه أفاده فى النهر ، وأفاد سيدى عبد الغنى أن الظاهر أن المراد بأعضاء الوضوء مايشمل المسنونة مع نية فعل السنة تأمل (قوله أو ثوب طاهر) أى ونحوه من الجامدات كالقدور والقصاع والثمار قهستانى (قوله أو دابة تؤكل) كذا فى البحر عن المبتغى . قال سيدى عبد الغنى : وتقييده بالمأكولة فيه نظر ، لأن غيرها كذلك لاتنجس الماء ولا تسلب طهوريته كالحمار والفأرة وسباع البهائم التى لم يصل الماء إلى فمها اهـ وذكر الرحمتى نحوه (قوله أو لأجل إسقاط فرض) فيه مافى قوله أو لأجل رفع حدث ، وهذا سبب ثالث للاستعمال زاده فى الفتح أخذا من مسألة الحب المذكورة ، ومن تعليلها المنقول عن الإمام بسقوط الفرض لأنه ليس بقربة لعدم النية ولا رفع حدث لعدم تجزيه كما يأتى (قوله هو الأصل فى الاستعمال) أى هو الأصل الذى بنى عليه الحكم بتدنس الماء . قال فى الفتح لأن المعلوم من جهة الشارع أن الآلة التى تسقط الفرض وتقام بها القربة تتدنس كمال الزكاة تدنس بإسقاط الفرض حتى جعل من الأوساخ ، ثم قال بعده : والذى نعقله أن كلا(١) من التقرب والإسقاط مؤثر فى التغير ، ألا ترى أنه انفرد وصف التقرب فى صدقة التطوع وأثر التغير حتى حرمت على النبى صلى الله عليه وسلم فعرفنا أن كلا أثر تغيرا شرعيا اهـ .

أقول : ومقتضاه أن القربة أصل أيضا ، بخلاف رفع الحدث لأنه لايتحقق إلا فى ضمن القربة أو إسقاط الفرض أو فى ضمنهما فكان فرعا ، وبهذا ظهر أنه يستغنى بهما عنه ، فيكون المؤثر فى الاستعمال الأصلين فقط

---

(١) (قوله والذى نعقله أن كلا الخ) قال ط : إنما استعمل الماء بالقربة كالوضوء على الوضوء ، لأنه لما نوى القربة فقد ازداد طهارة فلا تكون طهارة جديدة إلا بإزالة النجاسة الحكمية حكما ، فصارت الطهارة على الطهارة وعن الحدث سواء أفاده فى البحر اهـ .

قال شيخنا : فلعل هذا لاحاجة إلى قول الكمال والذى نعقله الخ لرجوع التقرب إلى إسقاط الفرض ، لأن وجه الاستعمال بإسقاط الفرض انتقال النجاسة الحكمية له ، وهذا المعنى موجود فى التقرب أيضا حكما اهـ .

عليه الكمال ، بأن يغسل بعض أعضائه أو يدخل يده أو رجله فى حب لغير اغتراف ونحوه فإنه يصير مستعملا لسقوط الفرض اتفاقا وإن لم يزل حدث عضوه أو جنابته مالم يتم لعدم تجزيهما زوالا وثبوتا على المعتمد . قلت: وينبغى أن يزاد أو سنة ليعم المضمضة والاستنشاق ، فتأمل (إذا انفصل عن عضو وإن لم يستقر) فى شىء على المذهب ، وقيل إذا استقر ، ورجح للحرج . ورد بأن مايصيب منديل المتوضىء وثيابه عفو اتفاقا وإن كثر (وهو طاهر)

فيقال : هو ماستعمل فى قربة سواء كان معها رفع حدث أو إسقاط فرض ، أو لا ولا ، أو فى إسقاط فرض سواء كان معه قربة أو رفع حدث ، أو لا ولا ، هذا ماظهر لى من فيض الفتاح العليم فاغتنمه (قوله بأن يغسل) أى المحدث أو الجنب بعض أعضائه : أى التى يجب غسلها احتراز عن غسل المحدث نحو الفخذ كما مر . ثم الظاهر أنه أراد الغسل بنية رفع الحدث ليغاير قوله أو يدخل يده الخ . قال فى البزازية : وإن أدخل الكف للغسل فسد تأمل ، ثم فى الخلاصة وغيرها إن كان أصبعا أو أكثر دون الكف لايضر . قال فى الفتح : ولا يخلو من حاجته إلى تأمل وجهه (قوله فى حب) بالمهملة : الجرة ، أو الضخمة منها قاموس (قوله لغير اغتراف) بل للتبرد أو غسل يده من طين أو عجين ، فلو قصد الاغتراف ونحوه كاستخراج كوز لم يصر مستعملا للضرورة (قوله فإنه يصير مستعملا) المراد أن مااتصل بالعضو وانفصل عنه مستعمل على مامر ويأتى (قوله لسقوط الفرض) أى فلا يلزمه إعادة غسل ذلك العضو عند غسل بقية الأعضاء ، وهذا التعليل منقول عن الإمام كما مر . فلا يقال إن العلة زوال الحدث زوالا موقوفا كذا فى البحر ، على أن الأصل التعليل بما هو الأصل ، وقد علمت أن زوال الحدث فرع (قوله وإن لم يزل الخ) كان الأولى إسقاط إن وزيادة أنه لم توجد نية القربة كما فعل فى البحر ، ليكون بيانا لوجه زيادة هذا السبب الثالث ، وأنه لايغنى عنه ماقبله من السببين كما قدمناه ، وما فى النهر من أنه إنما تتم زيادته بتقدير أن إسقاط الفرض لاثواب فيه وإلا كان قربة اعترضه ط بأن إسقاط الفرض لايتوقف على النية ولا ثواب بدونها ، فكيف يمكن أن يكون قربة (قوله جنابته) أى جنابة العضو المغسول فى صورة الحدث الأكبر (قوله مالم يتم) أى مالم يغسل بقية الأعضاء (قوله على المعتمد) قال الشيخ قاسم فى حواشى المجمع : الحدث يقال بمعنيين: بمعنى المانعية الشرعية عما لايحل بدون الطهارة ، وهـذا لايتجزأ بلا خلاف عند أ حنيفة وصاحبيه ؛ وبمعنى النجاسة الحكمية ، وهذا يتجزأ ثبوتا وارتفاعا بلا خلاف أيضا وصيرورة الماء مستعملا بإزالة الثانية اهـ :

أقول : والظاهر أنه أراد يتجزى الثانى ثبوتا كما فى الحدث الأصغر بالنسبة للأكبر فإنه يحل بعض أعضاء البدن ، وفى عدم تجزى الأول بلا خلاف نظر لما قدمه الشارح من الخلاف فى جواز القراءة ومس المصحف بعد غسل الفم واليد تأمل (قوله وينبغى أن يزاد أو سنة) فيه أن السنة لاتقام إلا بنيتها فيدخل فى قوله لأجل قربة ، وإن قصد بغسل نحو الفم والأنف مجرد التنظيف لم يصر مستعملا كما مر عن الرملى فلم توجد السنة ، ثم رأيته فى حاشية ح ، ثم قال : وكأنه إلى هذا أشار بقوله فتأمل (قوله وقيل إذا استقر) أى بشرط أن يستقر فى مكان من أرض أو كف أو ثوب ويسكن عن التحرك ، وحذفه لأنه أراد بالاستقرار التام منه وهذا قول طائفة من مشايخ بلخ ، واختاره فخر الإسلام وغيره : وفى الخلاصة وغيرها أنه المختار إلا أن العامة على الأول وهو الأصح ، وأثر الخلاف يظهر فيما لو انفصل فسقط على إنسان فأجراه عليه صح على الثانى لا الأول نهر :

قلت : وقد مر أن أعضاء الغسل كعضو واحد ، فلو انفصل منه فسقط على عضو آخر من أعضاء المغتسل فأجراه عليه صح على القولين (قوله ورجح للحرج) لأنه لو قيل باستعماله بالانفصال فقط لتنجس ثوب المتوضىء على القول بنجاسة الماء المستعمل ، وفيه حرج عظيم كما فى غاية البيان (قوله عفو اتفاقا) أى لامؤاخذة فيه حتى عند القائل بالنجاسة للضرورة كما فى البدائع وغيرها (قوله وهو طاهر الخ) رواه محمد عن الإمام وهذه الرواية

ولو من جنب وهو الظاهر، لكن يكره شربه والعجن به تنزيها للاستقذار، وعلى رواية نجاسته تحريما (و) حكمه أنه (ليس بطهور) لحدث بل لخبث على الراجح المعتمد.
[فرع] اختلف فى محدث انغمس فى بئر لدلو

هى المشهورة عنه، واختارها المحققون، قالوا عليها الفتوى، لافرق فى ذلك بين الجنب والمحدث. واستثنى الجنب فى التجنيس إلا أن الإطلاق أولى وعنه التخفيف والتغليظ، ومشايخ العراق نفوا الخلاف وقالوا إنه طاهر عند الكل. وقد قال فى المجتبى: صحت الرواية عن الكل أنه طاهر غير طهور، فالاشتغال بتوجيه التغليظ والتخفيف مما لاجدوى له نهر، وقد أطال فى البحر فى توجيه هذه الروايات، ورجح القول بالنجاسة من جهة الدليل لقوته (قوله وهو الظاهر) كذا فى الذخيرة أى ظاهر الرواية، وممن صرح بأن رواية الطهارة ظاهر الرواية وعليها الفتوى فى الكافى(١) والمصفى كما فى شرح الشيخ إسمعيل (قوله لكن الخ) دفع لما قد يتوهم من عدم كراهة شربه على رواية الطهارة، ومثل الشرب التوضؤ فى المسجد من غير ماأعد له. وفى البحر عن الخانية: لو توضأ فى إناء فى المسجد جاز عندهم (قوله وعلى) متعلق بيكره محذوفا معطوف على يكره المذكور (قوله تحريما) قال فى البحر: ولا يخفى أن الكراهة على رواية الطهارة، أما على رواية النجاسة فحرام، لقوله تعالى — ويحرم عليهم الخبائث — والنجس منها اه. وأجاب الشارح تبعاً للنهر وأقره النهر بحمل الكراهة على التحريمية، لأن المطلق منها ينصرف إليها. قلت: ويؤيده أن نجاسة المستعمل على القول بها غير قطعية ولذا عبروا بالكراهة فى لحم الحمار ونحوه. [فرع] الماء إذا وقعت فيه نجاسة فإن تغير وصفه لم يجز الانتفاع به بحال وإلا جاز كبل الطين وسقى الدواب بحر عن الخلاصة (قوله ليس بطهور) أى ليس بمطهر (قوله على الراجح) مرتبط بقوله بل لخبث: أى نجاسة حقيقية، فإنه يجوز إزالتها بغير الماء المطلق من المائعات خلافا لمحمد.

مطلب مسألة البير جحط

(قوله فرع الخ) هذا ماعبر عنه فى الكنز وغيره بقوله ومسألة البئر جحط فأشار بالجيم إلى ما قال الإمام إن الرجل والماء نجسان، وبالحاء إلى ماقال الثانى إنهما بحالهما، وبالطاء إلى ماقال الثالث من طهارتهما. ثم اختلف التصحيح فى نجاسة الرجل على الأول، فقيل للجنابة فلا يقرأ القرآن، وقيل لنجاسة الماء المستعمل فيقرأ إذا غسل فاه واستظهره فى الخانية. قلت: ومبنى الأول على تنجس الماء لسقوط فرض الغسل عن بعض الأعضاء بأول الملاقاة قبل تمام الانغماس، والثانى على أنه بعد الخروج من الجنابة كما يفيده مافى البحر عن الخانية وشروح الهداية، وينبغى على الأول أن تكون النجاسة نجاسة الماء أيضا لا الجنابة فقط تأمل، ومبنى قول الثانى على اشتراط الصب فى الخروج من الجنابة فى غير الماء الجارى وما فى حكمه، ومبنى قول الثالث على عدم اشتراطه ولم يصر الماء مستعملا للضرورة، كذا قرره فى البحر وغيره (قوله فى محدث) أى حدثا أصغر أو أكبر جنابة أو حيضا أو نفاساً بعد انقطاعهما، أما قبل الانقطاع وليس على أعضائهما نجاسة فهما كالطاهر إذا انغمس للتبرد لعدم خروجها من الحيض، فلا يصير الماء مستعملا بحر عن الخانية والخلاصة، وتمامه فى ح (قوله فى بئر) أى دون عشر فى عشر ح أى وليست جارية (قوله لدلو) أى لاستخراجه، وقيد به لأنه لو كان للاغتسال صار مستعملا اتفاقا قال فى النهر: أى بين الإمام، والثالث لما مر من اشتراط الصب على قول الثانى اه. وذكره فى البحر بحثا.

---

(١) (قوله فى الكافى الخ) هكذا بخطه، ولعل الأولى أن يقول صاحب الكافى الخ أو نحو ذلك تأمل اه مصححه.

أو تبرد مستنجيا بالماء ولا نجس عليه ولم ينو ولم يتدلك ، والأصح أنه طاهر والماء مستعمل لاشتراط الانفصال للاستعمال ، والمراد أن ماانصل بأعضائه وانفصل عنها مستعمل لاكل الماء على مامر .

أقول : والظاهر أن اشتراط الصب على قول الثانى عند عدم النية لقيامه مقامها كما يدل عليه مايأتى من تصريحه بقيام التدلك مقامها فتدبر (قوله أو تبرد) تبع فى ذكره صاحب البحر والنهر ، بناء على ماقيل إنه عند محمد لايصير الماء مستعملا إلا بنية القربة ، وقدمنا أن ذلك خلاف الصحيح عنده وأن عدم الاستعمال فى مسألة البئر عنده هى الضرورة ولا ضرورة فى التبرد فلذا اقتصر فى الهداية على قوله لطلب الدلو (قوله مستنجيا بالماء) قيد به لأنه لو كان بالأحجار تنجس كل الماء اتفاقا كما فى البزازية نهر :

قلت : وفى دعوى الاتفاق نظر ، فقد نقل فى التاترخانية اختلاف التصحيح فى التنجس وعدمه : أى بناء على أن الحجر مخفف أو مطهر ، ورجح فى الفتح الثانى ، نعم الذى فى أكثر الكتب ترجيح الأول كما أفاده فى تنوير البصائر ، وتمام الكلام عليه سيأتى فى فصل الاستنجاء إن شاء الله تعالى (قوله ولا نجس عليه) عطف عام على خاص ، فلو كان على بدنه أو ثوبه نجاسة تنجس الماء اتفاقاً (قوله ولم ينو) أى الاغتسال ، فلو نواه صار مستعملا بالاتفاق إلا فى قول زفر سراج ، وهذا مؤيد لما قدمناه من أنه عند الثانى مستعمل أيضا ، والمراد أنه لم ينو بعد انغماسه فى الماء فلا ينافى قوله لدلو أفاده ط (قوله ولم يتدلك) كذا فى المحيط والخلاصة ، وظاهره أنه لو نزل للدلو وتدلك فى الماء صار مستعملا اتفاقاً لأن التدلك فعل منه قائم مقام النية فصار كما لو نزل للاغتسال بحر ونهر فتنبه ، وقيده فى شرح المنية الصغير بما إذا لم يكن تدلكه لإزالة الوسخ (قوله والأصح الخ) هذا القول غير الأقوال الثلاثة المارة المرموز إليها بجحط ذكره فى الهداية رواية عن الإمام : قال فى البحر : وعن أبى حنيفة أن الرجل طاهر ، لأن الماء لايعطى له حكم الاستعمال قبل الانفصال من العضو : قال الزيلعى والهندى وغيرهما تبعا لصاحب الهداية : وهـــذه الرواية أوفق الروايات أى للقياس . وفى فتح القدير وشرح المجمع أنها الرواية المصححة ، ثم قال فى البحر : فعلم أن المذهب المختار فى هذه المسألة أن الرجل طاهر والماء طاهر غير طهور ؛ أما كون الرجل طاهرا فقد علمت تصحيحه ، وأما كون الماء المستعمل كذلك على الصحيح فقد علمته أيضا مما قدمناه اهـ ومثله فى الحلية ، وبه علم أن هذا ليس قول محمد ، لأن عنده لايصير الماء مستعملا للضرورة كما مر . وأما الإمام فلم يعتبر الضرورة هنا بل حكم باستعماله لسقوط الفرض كما تقدم تقريره ، ولو اعتبر الضرورة لم يصح الخلاف المرموز له ، نعم ذكر فى البحر عن الجرجانى أنه أنكر الخلاف إذ لانص فيه وأنه لايصير مستعملا ، كما لو اغترف الماء بكفه للضرورة بلا خلاف

أقول : وهو خلاف المشهور فى كتب المذهب من إثبات الخلاف ومن أن الذى اعتبر الضرورة هو محمد فقط وكان غيره لم يعتبر هنا لندرة الاحتياج إلى الانغماس ، بخلاف الاحتياج إلى الاغتراف باليد فافهم (قوله والمراد الخ) صرح به فى الحلية والبحر والنهر ، ورده العلامة المقدسى فى شرح نظم الكنز بأنه تأويل بعيد جدا ، وقوله على مامر : أى من أنه لافرق بين الملقى والملاقى ، وهـــذه مسألة الفساقى ، وقد علمت مافيها من المعترك العظيم بين العلماء المتأخرين :

(وكل إهاب) ومثله المثانة والكرش . قال القهستانى : فالأولى وما (دبغ) ولو بشمس (وهو يحتملها طهر) فيصلى به ويتوضأ منه (ومالا) يحتملها (فلا) وعليه (فلا يطهر جلد حية) صغيرة ذكره الزيلعى ، أما قيصها فطاهر (وفأرة) كما أنه لايطهر بذكاة

مطلب فى أحكام الدباغة

(قوله وكل إهاب الخ) الإهاب : بالكسر اسم للجلد قبل أن يدبغ من مأكول أو غيره جمعه أهب بضمتين ككتاب وكتب ، فإذا دبغ سمى أديما وصرما وجرابا كما فى النهاية ، وإنما ذكر المصنف الدباغة فى بحث المياه وإن كان المناسب ذكرها فى تطهير النجاسات استطراد ، إما لصلوح الإهاب بعد دبغه أن يكون وعاء للمياه كما فى النهر وغيره ، وإليه أشار الشارح بقوله ويتوضأ منه ، أو لأن الدبغ(١) مطهر فى الجملة كما فى القهستانى ، أو لأنه فى قوة قولنا يجوز الوضوء بما وقع فيه إهاب دبغ كما نقل عن حواشى عصام (قوله ومثله المثانة والكرش) المثانة موضع البول ، والكرش : بالكسر وككتف لكل مجتر بمنزلة المعدة للإنسان قاموس ، ومثله الأمعاء . وفى البحر عن التجنيس : أصلح أمعاء شاة ميتة فصلى وهى معه جاز ، لأنه يتخذ منها الأوتار وهو كالدباغ ، وكذلك لو دبغ المثانة فجعل فيها لبن جاز ، وكذلك الكرش إن كان يقدر على إصلاحه . وقال أبو يوسف فى الإملاء إنه لايطهر لأنه كاللحم اهـ (قوله فالأولى وما دبغ) أى حيث كان الحكم غير قاصر على الإهاب . فالأولى الإتيان بما الدالة على العموم ط (قوله دبغ) الدباغ مايمنع النتن والفساد . والذى يمنع على نوعين : حقيقى كالقرظ والشب والعفص ونحوه . وحكمى كالتتريب والتشميس والإلقاء فى الريح ، ولو جف ولم يستحل لم يطهر زيلعى : والقرظ بالظاء المعجمة لابالضاد : ورق شجر السلم بفتحتين . والشب بالباء الموحدة وقيل بالثاء المثلثة ، وذكر الأزهرى أنه تصحيف ، وهو نبت طيب الرائحة مر الطعم يدبغ به ، أفاده فى البحر (قوله ولو بشمس) أى ونحوه من الدباغ الحكمى ، وأشار به إلى خلاف الإمام الشافعى وإلى أنه لافرق بين نوعى الدباغة فى سائر الأحكام . قال البحر إلا فى حكم واحد ، وهو أنه لو أصابه الماء بعد الدباغ الحقيقى لايعود نجسا باتفاق الروايات ، وبعد الحكمى فيه روايتان اهـ . والأصح عدم العود قهستانى عن المضمرات ، وقيد الخلاف فى مختارات النوازل بما إذا دبغ بالحكمى قبل الغسل بالماء . قال : فلو بعده لاتعود نجاسته اتفاقا (قوله هو يحتملها) أى الدباغة المأخوذة من دبغ . وأفاد فى البحر أنه لاحاجة إلى هذا القيد ، لأن قوله وكل إهاب لايتناول مالا يحتمل الدباغة كما صرح به فى الفتح (قوله طهر) بضم الهاء والفتح أفصح حموى (قوله فيصلى به الخ) أفاد طهارة ظاهره وباطنه لإطلاق الأحاديث الصحيحة خلافا لمالك ، لكن إذا كان جلد حيوان ميت مأكول اللحم لايجوز أكله ، وهو الصحيح لقوله تعالى — حرمت عليكم الميتة — وهذا جزء منها . وقال عليه الصلاة والسلام فى شاة ميمونة رضى الله عنها «إنما يحرم من الميتة أكلها» مع أمره لهم بالدباغ والانتفاع ، أما إذا كان جلد مالا يؤكل فإنه لايجوز أكله إجماعا ، لأن الدباغ فيه ليس بأقوى من الذكاة ، وذكاته لاتبيحه فكذا دباغه ، بحر عن السراج (قوله وعليه) أى وبناء على ماذكر من أن مالا يحتمل الدباغة لايطهر (قوله جلد حية صغيرة) أى لها دم ، أما مالا دم لها فهى طاهرة ، لما تقدم أنها لو وقعت فى الماء لاتفسده أفاده ح (قوله أما قيصها) أى الحية كما فى البحر عن السراج ، وظاهره ولو كبيرة . قال الرحمتى : لأنه لاتحله الحياة ، فهو كالشعر والعظم (قوله وفأرة) بالهمزة وتبدل ألفا (قوله بذكاة) بالذال المعجمة : أى ذبح

(١) (قوله أو لأن الدبغ الخ) فيه أن هذا لايصلح وجها لاستطراد ذكرها هنا ، على أن القهستانى لم يذكره لذلك ، بل ذكره لاستحقاقه الذكر فى باب تطهير الأنجاس اهـ .

لتقيدهما بما يحتمله (خلا) جلد (خنزير) فلا يطهر ، وقدم لأن المقام للإهانة (وآدمى) فلا يدبغ لكرامته ، ولو دبغ طهر وإن حرم استعماله ،حتى لو طحن عظمه فى دقيق لم يؤكل فى الأصح احتراما . وأفاد كلامه طهارة جلد كلب وفيل وهو المعتمد .

(وما) أى إهاب (طهر به) بدباغ

(قوله لتقيدهما) أى الذكاة والدباغ بما يحتمله أى يحتمل الدباغ ، وكان الأولى إفراد الضمير ليعود على الذكاة فقط ، لأن تقيد الدباغ بذلك مصرح به قبله . وعبارة البحر عن التجنيس : لأن الذكاة إنما تقام مقام الدباغ فيما يحتمله .

وفى أبى السعود عن خط الشرنبلالى : الذى يظهر لى الفرق بين الذكاة والدباغة لخروج الدم المسفوح بالذكاة وإن كان الجلد لايحتمل الدباغة اهـ . قلت : لكن أكثر الكتب على عدم الفرق كما يأتى (قوله خلا جلد خنزير الخ) قيل إن جلد الآدمى كجلد الخنزير فى عدم الطهارة بالدبغ لعدم القابلية ، لأن لهما جلودا مترادفة بعضها فوق بعض فالاستثناء منقطع . وقيل إن جلد الآدمى إذا دبغ طهر ، لكن لايجوز الانتفاع به كسائر أجزائه ، كما نص عليه فى الغاية ، وحينئذ فلا يصح الاستثناء .

وأجيب بأن معنى طهر جاز استعماله والعلاقة السببية والمسببية لااللزوم كما قيل ، إذ لايلزم من الطهارة جواز الانتفاع كما علمته ، لكن علة عدم الانتفاع بهما مختلفة ، ففى الخنزير لعدم الطهارة ، وفى الآدمى لكرامته كما أشار إليه الشارح . قال فى النهر : وهذا مع مافيه من العدول عن المعنى الحقيقى أولى اهـ أى لموافقته المنقول فى المذهب وإلى اختياره أشار الشارح بقوله ولو دبغ طهر . قال ط : وإنما قدر جلد لأن الكلام فيه لافى كل الماهية (قوله فلا يطهر) أى لأنه نجس العين ، بمعنى أن ذاته بجميع أجزائه نجسة حيا وميتا ، فليست نجاسته لما فيه من الدم كنجاسة غيره من الحيوانات ، فلذا لم يقبل التطهير فى ظاهر الرواية عن أصحابنا إلا فى رواية عن أبى يوسف ذكرها فى المنية (قوله وقدم الخ) لما كانت البداءة بالشىء وتقديمه على غيره تفيد الاهتمام بشأنه وشرفه على مابعده بين أن ذلك فى غير مقام الإهانة ،أما فيه فالأشرف يؤخر كقوله تعالى ــ لهدمت صوامع ــ الآية ، لأن الهدم إهانة فقدمت صوامع الصابئة أو الرهبان وبيع النصارى وصلوات اليهود أى كنائسهم ، وأخرت مساجد المسلمين لشرفها وهنا الحكم بعدم الطهارة إهانة كذا قيل . أقول : وإنما تظهر هذه النكتة على أن الاستثناء من الطهارة لامن جواز الاستعمال الثابت للمستثنى منه فإن عدمه الثابت للمستثنى ليس بإهانة (قوله وإن حرم استعماله) أى استعمال جلده أو استعمال الآدمى بمعنى أجزائه وبه يظهر التفريع بعده (قوله احتراما) أى لانجاسة (قوله وأفاد كلامه) حيث لم يستثن من مطلق الإهاب سوى الخنزير والآدمى (قوله وهو المعتمد) أما فى الكلب فبناء على أنه ليس بنجس العين ، وهو أصح التصحيحين كما يأتى . وأما فى الفيل فكذلك كما هو قولهما ، وهو الأصح خلافا لمحمد ، فقد روى البيهقى وأنه صلى الله عليه وسلم كان يمتشط بمشط من عاج » وفسره الجوهرى وغيره بعظم الفيل . قال فى الحلية : وخطىء الخطابى فى تفسيره له بالذبل اهـ . والذبل بالذال المعجمة : جلد السلحفاة البحرية أو البرية أو عظم ظهر دابة بحرية قاموس . وفى الفتح : هذا الحديث يبطل قول محمد بنجاسة عين الفيل (قوله بدباغ) بدل من الضمير المجرور بإعادة الجار ، فلا يطهر بذكاة مالا يطهر بالدباغ مما لايحتمله كما مر ، فلو صلى ومعه جلد حية مذبوحة أكثر من قدر الدرهم لاتجوز صلاته كما فى المحيط والخانية والولوالجية . وما فى الخلاصة من أن الحية والفأرة وكل مالايكون سؤره نجسا لو صلى بلحمه مذبوحا تجوز مشكل كما فى الفتح وتمامه فى الحلية .

(طهر بذكاة) على المذهب (لا) يطهر (لحمه على) قول (الأكثر إن) كان (غير مأكول) هذا أصح مايفتى به وإن قال فى الفيض الفتوى على طهارته (وهل يشترط) لطهارة جلده (كون ذكاته شرعية) بأن تكون من الأهل فى المحل بالتسمية (قيل نعم ، وقيل لا، والأول أظهر) لأن ذبح المجوسى وتارك التسمية عمدا كلا ذبح (وإن صحح الثانى) صححه الزاهدى فى القنية والمجتبى، وأقره فى البحر .

[فرع] مايخرج من دار الحرب كسنجاب إن علم دبغه بطاهر فطاهر ، أو بنجس فنجس ، وإن شك فغسله أفضل .

قلت: وعليه فلو صلى ومعه ترياق فيه لحم حية مذبوحة لاتجوز صلاته لو أكثر من درهم، وصرح فى الوهبانية بأنه لايؤكل ، وهو ظاهر فتنبه . وخرج الخنزير فإنه لايطهر بالدباغ كما مر ، فلا يطهر بالذكاة كما فى المنية ، والظاهر أن الآدمى كذلك وإن قلنا بطهارة جلده بالدباغ ، فلو ذبح ولم تثبت له الشهادة ثم وقع فى ماء قليل قبل تغسيله أفسده ولم أر من صرح به، نعم رأيت فى صيد غرر الأفكار أن الذكاة لاتعمل فى الخنزير والآدمى كما لاتعمل الدباغة فى جلدهما تأمل (قوله على المذهب) أى ظاهر المذهب كما فى البدائع بحر ، لحديث « لاتنتفعوا من الميتة بإهاب » رواه أصحاب السنن ، والإهاب مالم يدبغ . فيدل توقف الانتفاع قبل الدبغ على عدم كونها ميتة : أى والذكاة ليست إماتة أفاده فى شرح المنية ، وقيل إنما يطهر جلده بالذكاة إذا لم يكن سؤره نجسا (قوله لايطهر لحمه) أى لحم الحيوان ذى الإهاب ، فالضمير عائد إلى «ما» على تقدير مضاف أو بدونه والإضافة لأدنى مناسبة تأمل (قوله هذا أصح مايفتى به) أفاد أن مقابله مصحح أيضاً ، فقد صححه فى الهداية والتحفة والبدائع . ومشى عليه المصنف فى الذبائح كالكنز والدرر ، والأول مختار شراح الهداية وغيرهم . وفى المعراج أنه قول المحققين . وما ذكره الشارح عبارة مواهب الرحمن. وقال فى شرحه المسمى بالبرهان بعد كلام: فجاز أن تعتبر الذكاة مطهرة لجلده للاحتياج إليه للصلاة فيه وعليه ، ولدفع الحر والبرد وستر العورة بلبسه دون لحمه لعدم حل أكله المقصود من طهارته ، وتمامه فى حاشية نوح .

والحاصل أن ذكاة الحيوان مطهرة لجلده ولحمه إن كان الحيوان مأكولا ، وإلا فإن كان نجس العين فلاتطهر شيئا منه ، وإلا فإن كان جلده لايحتمل الدباغة فكذلك ، لأن جلده حينئذ يكون بمنزلة اللحم ،وإلا فيطهر جلده فقط ، والآدمى كالخنزير فيا ذكر تعظيا له (قوله من الأهل) هو أن يكون الذابح مسلما حلالا خارج الحرم أو كتابياً (قوله فى المحل) أى فيا بين اللبة واللحيين . وهذه الذكاة الاختيارية . والظاهر أن مثلها الضرورية فى أى موضع اتفق حلية ، وإليه يشير كلام القنية قهستانى (قوله بالتسمية) أى حقيقة أو حكما بأن تركها ناسياً (قوله والأول أظهر) وهو المذكور فى كثير من الكتب بحر (قوله لأن ذبح المجوسى) أى ومن فى معناه ممن لم يكن أهلا كالوثنى والمرتد والمحرم (قوله كلا ذبح) لحكم الشرع بأنه ميتة فيا يؤكل (قوله وإن صحح الثانى) يوهم أن الأول لم يصحح مع أنه فى القنية نقل تصحيح القولين فكان الأولى أن يزيد أيضا (قوله وأقره فى البحر) حيث ذكر أنه فى المعراج نقل عن المجتبى والقنية تصحيح الثانى ، ثم قال وصاحب القنية هو صاحب المجتبى، وهو الإمام الزاهدى المشهور علمه وفقهه ، ويدل على أن هذا هو الأصح أن صاحب النهاية ذكر هذا الشرط : أى كون الذكاة شرعية بصيغة قيل معزيا إلى الخانية اهـ (قوله كسنجاب) بالكسر : أى جلده (قوله فنجس) أى فلا تجوز الصلاة فيه مالم يغسل منية (قوله فغسله أفضل) لأن الأخذ بما هو الوثيقة فى موضع الشك أفضل إذا لم يؤد إلى الحرج ، ومن هنا قالوا لابأس بلبس ثياب أهل الذمة والصلاة فيها ، إلا الإزار والسراويل فإنه تكره الصلاة فيها

(وشعر الميتة) غير الخنزير على المذهب (وعظمها وعصبها) على المشهور (وحافرها وقرنها) الخالية عن الدسومة وكذا كل مالا تحله الحياة حتى الأنفحة واللبن على الراجح

لقربها من موضع الحدث وتجوز ،لأن الأصل الطهارة ،وللتوارث بين المسلمين فى الصلاة بثياب الغنائم قبل الغسل، وتمامه فى الحلية . ونقل فى القنية أن الجلود التى تدبغ فى بلدنا ولا يغسل مذبحها ، ولا تتوقى النجاسات فى دبغها ويلقونها على الأرض النجسة ولا يغسلونها بعد تمام الدبغ فهى طاهرة يجوز اتخاذ(١)الخفاف والمكاعب وغلاف الكتب والمشط والقراب والدلاء رطبا ويابسا اه .

أقول : ولا يخفى أن هذا عند الشك وعدم العلم بنجاستها (قوله وشعر الميتة الخ) مع ماعطف عليه خبره قوله الآتى طاهر ، لما مر من حديث الصحيحين ، من قوله عليه الصلاة والسلام فى شاة ميمونة « إنما حرم أكلها » وفى رواية «لحمها» ، فدل على أن ماعدا اللحم لايحرم فدخلت الأجزاء المذكورة ، وفيها أحاديث أخر صريحة فى البحر وغيره ، ولأن المعهود فيها قبل الموت الطهارة فكذا بعده ؛ لأنه لايحلها . وأما قوله تعالى — من يحيي العظام — الآية ، فجوابه مع تعريف الموت بأنه وجودى أو عدمى ، أطال فيه صاحب البحر فراجعه ، وذكر ذلك فى بحث المياه لإفادة أنه إذا وقع فيها لاينجسها . وفى القهستانى : الميتة مازالت روحه بلا تذكية (قوله على المذهب) أى على قول أبى يوسف الذى هو ظاهر الرواية أن شعره نجس،وصححه فى البدائع ورجحه فى الاختيار. فلو صلى ومعه منه أكثر من قدر الدرهم لاتجوز ، ولو وقع فى ماء قليل نجسه ، وعند محمد لاينجسه أفاده فى البحر. وذكر فى الدرر أنه عند محمد طاهر ، لضرورة استعماله أى للخرازين . قال العلامة المقدسى : وفى زماننا استغنوا عنه أى فلا يجوز استعماله لزوال الضرورة الباعثة للحكم بالطهارة نوح أفندى (قوله على المشهور) أى من طهارة العصب كما جزم به فى الوقاية والدرر وغيرهما ، بل ذكر فى البدائع وتبعه فى الفتح أنه لاخلاف فيه ، لكن تعقبه فى البحر بأنه فى غاية البيان ذكر فيه روايتين إحداهما أنه طاهر لأنه عظم ، والأخرى أنه نجس لأن فيه حياة ، والحس يقع به ، وصحح فى السراج الثانية (قوله الخالية عن الدسومة) قيد للجميع كما فى القهستانى،فخرج الشعر المنتوف وما بعده إذا كان فيه دسومة (قوله وكذا كل مالا تحله الحياة) وهو ما لايتألم الحيوان بقطعه كالريش والمنقار والظلف (قوله حتى الإنفحة) بكسر الهمزة وقد تشدد الحاء وقد تكسر الفاء. والمنفحة والبنفحة: شىء واحد يستخرج من بطن الجدى الراضع أصفر فيعصر فى صوفة فيغلظ به الجبن ، فإذا أكل الجدى فهو كرش ، وتفسير الجوهرى الأنفحة بالكرش سهو قاموس بالحرف فافهم (قوله على الراجح) أى الذى هو قول الإمام ، ولم أر من صرح بترجيحه ، ولعله أخذه من تقديم صاحب الملتقى له وتأخيره قولهما كما هو عادته فيما يرجحه . وعبارته مع الشرح : وأنفحة الميتة ولو مائعة ولبنها طاهر كالمذكاة خلافا لهما لتنجسهما بنجاسة المحل . قلنا نجاسته لاتؤثر فى حال الحياة إذ اللبن الخارج من بين فرث ودم طاهر ، فكذا بعد الموت اه .

ثم اعلم أن الضمير فى قول الملتقى ولبنها عائد على الميتة ، والمراد به اللبن الذى فى ضرعها ، وليس عائدا على الأنفحة كما فهم المحشى حيث فسرها بالجلدة ، وعزا إلى الملتقى طهارتها لأن قول الشارح ولو مائعة صريح بأن المراد بالأنفحة اللبن الذى فى الجلدة ، وهو الموافق لما مر عن القاموس ، وقوله لتنجسها الخ صريح فى أن جلدتها نجسة ، وبه صرح فى الحلية حيث قال بعد التعليل المار : وقد عرف من هذا أن نفس الوعاء نجس بالاتفاق اه ، ولدفع هذا الوهم غير العبارة فى مواهب الرحمن فقال : وكذا لبن الميتة وأنفحتها ونجساها وهو الأظهر إلا أن تكون

---

(١) (قوله يجوز اتخاذ الخ) لعله سقط من قلمه صلة اتخاذ وهو لفظ منها ، اه مصححه .

(وشعر الإنسان) غير المنتوف (وعظمه) وسنه مطلقا على المذهب .

واختلف فى أذنه ، ففى البدائع نجسة ، وفى الخانية لا ، وفى الأشباه : المنفصل من الحى كميتته إلا فى حق صاحبه فطاهر وإن كثر . ويفسد الماء بوقوع قدر الظفر من جلده لا بالظفر (ودم سمك طاهر)

جامدة فتطهر بالغسل اه . وأفاد ترجيح قولهما وأنه لاخلاف فى اللبن على خلاف ما فى الملتقى والشرح فافهم (قوله وشعر الإنسان) المراد به ما أبين منه حياً وإلا فطهارة ما على الإنسان مستغنية عن البيان وطهارة الميت مندرجة فى بيان الميتة كذا نقل عن حواشى عصام ، والأولى إسقاط حياً . وعن محمد فى نجاسة شعر الآدمى وظفره وعظمه روايتان ، والصحيح الطهارة سراج (قوله غير المنتوف) أما المنتوف فنجس بحر ، والمراد رؤوسه التى فيها الدسومة .

أقول : وعليه فما يبقى بين أسنان المشط ينجس الماء القليل إذا بل فيه وقت التسريح ، لكن يؤخذ من المسألة الآتية كما قال ط أن ما خرج من الجلد مع الشعر إن لم يبلغ مقدار الظفر لا يفسد الماء تأمل (قوله مطلقا) أى سواء كان سنه أو سن غيره من حى أو ميت قدر الدرهم أو أكثر حمله معه أو أثبته مكانه كما يعلم من الحلية والبحر (قوله على المذهب) قال فى البحر : المصرح به فى البدائع والكافى وغيرهما أن سن الآدمى طاهرة على ظاهر المذهب وهو الصحيح لأنه لادم فيها ، والمنجس هو الدم بدائع . وما فى الذخيرة وغيرها من أنها نجسة ضعيف اه (قوله ففى البدائع نجسة) فإنه قال : ما أبين من الحى إن كان جزءا فيه دم كاليد والأذن والأنف ونحوها فهو نجس بالإجماع ، وإلا كالشعر والظفر فطاهر عندنا اه ملخصاً (قوله وفى الخانية لا) حيث قال : صلى وأذنه فى كمه أو أعادها إلى مكانها تجوز صلاته فى ظاهر الرواية اه ملخصاً . وعلله فى التجنيس بأن ما ليس بلحم لا يحله الموت فلا يتنجس بالموت أى والقطع فى حكم الموت :

واستشكله فى البحر بما مر عن البدائع . وقال فى الحلية : لاشك أنها مما تحلها الحياة ولا تعرى عن اللحم ، فلذا أخذ الفقيه أبو الليث بالنجاسة وأقره جماعة من المتأخرين اه .

وفى شرح المقدسى قلت : والجواب عن الإشكال أن إعادة الأذن وثباتها إنما يكون غالباً بعود الحياة إليها فلا يصدق أنها مما أبين من الحى لأنها بعود الحياة إليها صارت كأنها لم تبن ، ولو فرضنا شخصاً مات ثم أعيدت حياته معجزة أو كرامة لعاد طاهرا اه .

أقول : إن عادت الحياة إليها فهو مسلم ، لكن يبقى الإشكال لو صلى وهى فى كمه مثلا . والأحسن ما أشار إليه الشارح من الجواب بقوله وفى الأشباه الخ وبه صرح فى السراج(١) فما فى الخانية من جواز صلاته ولو الأذن فى كمه لطهارتها فى حقه لأنها أذنه فلا ينافى ما فى البدائع بعد تقييده بما فى الأشباه (قوله المنفصل من الحى) أى مما تحله الحياة كما مر ، والمراد الحى حقيقة وحكما احترازاً عن الحى بعد الذبح ، كما سيأتى بيانه آخر كتاب الذبائح إن شاء الله تعالى . وفى الحلية عن سنن أبى داود والترمذى وابن ماجه وغيرها وحسنه الترمذى « ما قطع من البهيمة وهى حية فهو ميت » اه (قوله ويفسد الماء) أى القليل (قوله من جلده) أى أو لحمه مختارات النوازل . زاد فى البحر عن الخلاصة وغيرها : أو قشره وإن كان قليلا مثل ما يتناثر من شقوق الرجل ونحوه لا يفسد الماء (قوله لا بالظفر) أى لأنه عصب بحر . وظاهره أنه لو كان فيه دسومة فحكمها كالجلد واللحم تأمل (قوله ودم سمك طاهر)

---

(١) (قوله وبه صرح فى السراج) أى حيث قال والأذن المقطوعة والسن المقطوعة طاهرتان فى حق صاحبهما وإن كانتا أكثر من قدر الدرهم الخ اه منه .

واعلم أنه (ليس الكلب بنجس العين) عند الإمام، وعليه الفتوى وإن رجح بعضهم النجاسة كما بسطه ابن الشحنة ، فيباع ويؤجر ويضمن ، ويتخذ جلده مصلى ودلوا ، ولو أخرج حيا ولم يصب فمه الماء لايفسد ماء البئر ولا الثوب بانتفاضه ولا بعضه مالم ير ريقه ولا صلاة حامله ولو كبيرا ، وشرط الحلواني شد فمه . ولا خلاف في نجاسة لحمه وطهارة شعره .

أولى من قول الكنز إنه معفو عنه لأنه ليس بدم حقيقة بدليل أنه يبيض فى الشمس والدم يسود بها زيلعى (قوله ليس الكلب بنجس العين) بل نجاسته بنجاسة لحمه ودمه ، ولا يظهر حكمها وهو حى مادامت فى معدنها كنجاسة باطن المصلى فهو كغيره من الحيوانات (قوله وعليه الفتوى) وهو الصحيح والأقرب إلى الصواب بدائع وهو ظاهر المتون بحر . ومقتضى عموم الأدلة فتح (قوله فيباع الخ) هذه الفروع بعضها ذكرت أحكامها فى الكتب هكذا وبعضها بالعكس ، والتوفيق بالتخريج على القولين كما بسطه فى البحر ، وما فى الخانية من تقييد البيع بالمعلم فالظاهر أنه على القول الثانى ، بدليل أنه ذكر أنه يجوز بيع السنور وسباع الوحش والطير معلما كان أولا تأمل (قوله ويؤجر) الظاهر تقييده بالمعلم ولو لحراثة لوقوع الإجارة على المنافع . ولذا عقبه فى عمدة المفتى بقوله : والسنور لايجوز لأنه لايعلم (قوله ويضمن) أى لو أتلفه إنسان ضمن قيمته لصاحبه (قوله ولا الثوب بانتفاضه) وما فى الولوالجية وغيرها إذا خرج الكلب من الماء وانتفض فأصاب ثوب إنسان أفسده لالو أصابه ماء المطر ، لأن المبتل فى الأول جلده وهو نجس وفى الثانى شعره وهو طاهر اه فهو على القول بنجاسة عينه كما فى البحر ويأتى تمامه قريباً (قوله ولا بعضه) أى عض الكلب الثوب (قوله مالم ير ريقه) فالمعتبر رؤية البلة وهو المختار نهر عن الصيرفية ، وعلامتها ابتلال يده بأخذه ، وقيل لو عض فى الرضا نجسه لأنه يأخذ بشفته الرطبة لافى الغضب لأخذه بأسنانه (قوله ولا صلاة حامله الخ) قال فى البدائع : قال مشايخنا : من صلى وفى كمه جرو تجوز صلاته ، وقيده الفقيه أبو جعفر الهندوانى بكونه مشدود الفم اه .

وفى المحيط : صلى ومعه جرو كلب أو مالا يجوز الوضوء بسؤره قيل لم يجز ، والأصح أنه إن كان فمه مفتوحا لم يجز ، لأن لعابه يسيل فى كمه فينجس لو أكثر من قدر الدرهم ولو مشدودا بحيث لايصل لعابه إلى ثوبه جاز ، لأن ظاهر كل حيوان طاهر لايتنجس إلا بالموت ، ونجاسة باطنه فى معدنه فلا يظهر حكمها كنجاسة باطن المصلى اه .

والأشبه إطلاق الجواز عند أمن سيلان القدر المانع قبل الفراغ من الصلاة كما هو ظاهر مافى البدائع حلية . وأشار الشارح بقوله ولو كبيرا إلى أن التقييد بالجرو لصحة التصوير بكونه فى كمه كما فى النهر وشرح المقدسى لا لما ظنه فى البحر من أن الكبير مأواه النجاسات فلا تصح صلاة حامله ، فإنه يرد عليه كما قال المقدسى أن الصغير كذلك .

ثم الظاهر أن التقييد بالحمل فى الكم مثلا لإخراج مالو جلس الكلب على المصلى فإنه لايتقيد بربط فمه ، لما صرح به فى الظهيرية من أنه لو جلس على حجره صبى ثوبه نجس وهو يستمسك بنفسه أو وقف على رأسه حمام نجس جازت صلاته اه تأمل (قوله وشرط الحلوانى) صوابه الهندوانى كما مر ، وهو الموجود فى البحر والنهر وغيرهما (قوله ولا خلاف فى نجاسة لحمه) ولذا اتفقوا على نجاسة سؤره المتولد من لحمه ، ففى القول بطهارة عينه طهارة ذاته مادام حيا ، وطهارة جلده بالدباغ والزكاة ، وطهارة مالا تحله الحياة من أجزائه كغيره من السباع (قوله وطهارة شعره) أخذه فى البحر من المسألة المارة آنفا عن الولوالجية فانها مبنية على القول بنجاسة عينه ،

(والمسك طاهر حلال) فيؤكل بكل حال (وكذا نافجته) طاهرة (مطلقا على الأصح) فتح ، وكذا الزباد أشباه لاستحالته إلى الطيبية .

وقد صرح فيها بطهارة شعره . ومما فى السراج أن جلد الكلب نجس وشعره طاهر هو المختار اه لأن نجاسة جلده مبنية على نجاسة عينه ، فقد اتفق القول بنجاسة عينه ، والقول بعدمها على طهارة شعره .

ويفهم من عبارة السراج أن القائلين بنجاسة عينه اختلفوا فى طهارة شعره ، والمختار الطهارة وعليه يبتنى ذكر الاتفاق ، لكن هذا مشكل لأن نجاسة عينه تقتضى نجاسة جميع أجزائه ، ولعل مافى السراج محمول على ما إذا كان ميتا(١) لكن ينافيه مامر عن الولوالجية ، نعم قال فى المنح : وفى ظاهر الرواية أطلق ولم يفصل : أى أنه لو انتفض من الماء فأصاب ثوب إنسان أفسده سواء كان البلل وصل إلى جلده أولا ، وهذا يقتضى نجاسة شعره فتأمل .

مطلب فى المسك والزباد والعنبر

(قوله طاهر حلال) لأنه وإن كان دما فقد تغير فيصير طاهرا كرماد العذرة خانية ، والمراد بالتغير الاستحالة إلى الطيبية وهى من المطهرات عندنا ، وزاد قوله حلال لأنه لايلزم من الطهارة الحل كما فى التراب منح : أى فإن التراب طاهر ولايحل أكله . قال فى الحلية : وقد صح عن النبى صلى الله عليه وسلم « إن المسك أطيب الطيب كما رواه مسلم ، وحكى النووى إجماع المسلمين على طهارته وجواز بيعه (قوله فيؤكل بكل حال) أى فى الأطعمة والأدوية لضرورة أولا . وفى القاموس أنه مقوّ للقلب ، مشجع للسوداوى ، نافع للخفقان والرياح الغليظة فى الأمعاء والسموم والسدد باهى (قوله وكذا نافجته) بكسر الفاء وفتح الجيم : وهى جلدة يجمع فيها المسك معرب نافه اه شيخ إسمعيل عن بعض الشروح ، لكن قال فى المنح فاؤها مفتوحة فى أكثر كتب اللغة (قوله مطلقا) أى من غير فرق بين رطبها ويابسها ، وبين ما انفصل من المذبوحة وغيرها ، وبين كونها بحال لو أصابها الماء فسدت أولا اه إسمعيل عن مفتاح السعادة ، وبه ظهر أن مافى الدرر من أنها لو كانت رطبة من غير المذبوحة ليست بطاهرة على خلاف الأصح (قوله فتح) وكذا فى الزيلعى وصدر الشريعة والبحر (قوله وكذا الزباد أشباه) أى فى قاعدة : المشقة تجلب التيسير ، وكذا العنبر كما فى الدر المنتقى ، وذكر فى الفتح والحلية طهارة الزباد بحثا ولم يجدا فيه نقلا ، لكن فى شرح الأشباه للعلامة البيرى قال فى خزانة الروايات ناقلا عن جواهر الفتاوى : الزباد طاهر . ولايقال إنه عرق الهرة وإنه مكروه ، لأنه وإن كان عرقا إلا أنه تغير وصار طاهرا بلا كراهة .

وفى شرح المواهب : سمعت جماعة من الثقات من أهل الخبرة بهذا يقولون إنه عرق سنور ، فعلى هذا يكون طاهرا . وفى المنهاجية من مختصر المسائل : المسك طاهر ، لأنه وإن كان دما لكنه تغير ، وكذا الزباد طاهر ، وكذا العنبر . وفى ألغاز ابن الشحنة ، قيل : إن المسك والعنبر ليسا بطاهرين ، لأن المسك من دابة حية ، والعنبر خرء دابة فى البحر ، وهذا القول لايعوّل عليه ولا يلتفت إليه كما صرح به قاضيخان . وأما العنبر فالصحيح أنه عين فى البحر بمنزلة القير وكلاهما طاهر من أطيب الطيب اه ملخصا . وفى تحفة ابن حجر : وليس العنبر روثا خلافا لمن زعمه ، بل هو نبات فى البحر اه . وللعلامة البيرى رسالة سماها [السؤال والمراد فى جواز استعمال المسك والعنبر والزباد]

---

(١) (قوله ما إذا كان ميتا الخ) أى إذا كان ميتا يكون جلده نجسا وشعره طاهرا على المختار ، ويكون ما فى السراج جاريا على القول بطهارة عينه ، وعلى هذا يبطل قول المحشى ويفهم من عبارة السراج الخ ، نعم يبقى الإشكال المستدرك به ، وحينئذ فلا خلاف فى طهارة شعره حيا وميتا نجس العين أو طاهرها اه .

(وبول مأكول) اللحم (نجس) نجاسة مخففة ، وطهره محمد (ولا يشرب) بوله (أصلا) لا للتداوى ولا لغيره عند أبي حنيفة .

[فروع] اختلف فى التداوى بالمحرم ، وظاهر المذهب المنع كما فى رضاع البحر ، لكن نقل المصنف ثمة وهنا عن الحاوى : وقيل يرخص إذا علم فيه الشفاء ولم يعلم دواء آخر كما رخص الخمر للعطشان ، وعليه الفتوى

(قوله وطهره محمد) أى لحديث العرنيين الذين رخص لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يشربوا من أبوال الإبل لسقم أصابهم ، وعليه فلا يفسد الماء مالم يغلب عليه فيخرجه عن الطهورية ، والمتون على قولهما ، ولذا قال فى الإمداد : والفتوى على قولهما (قوله لا للتداوى ولا لغيره) بيان للتعميم فى قوله أصلا (قوله عند أبى حنيفة) وأما عند أبي يوسف فإنه وإن وافقه على أنه نجس لحديث « استنزهوا من البول » إلا أنه أجاز شربه للتداوى ، لحديث العرنيين . وعند محمد يجوز مطلقا . وأجاب الإمام عن حديث العرنيين بأنه عليه الصلاة والسلام عرف شفاءهم به وحيا ولم يتيقن شفاء غيرهم ، لأن المرجع فيه الأطباء وقولهم ليس بحجة ، حتى لو تعين الحرام مدفعا للهلاك يحل كالميتة والخمر عند الضرورة ، وتمامه فى البحر .

مطلب فى التداوى بالمحرم

(قوله اختلف فى التداوى بالمحرم) ففى النهاية عن الذخيرة يجوز إن علم فيه شفاء ولم يعلم دواء آخر . وفى الخانية فى معنى قوله عليه الصلاة والسلام « إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم » كما رواه البخارى أن مافيه شفاء لا بأس به ، كما يحل الخمر للعطشان فى الضرورة ، وكذا اختاره صاحب الهداية فى التجنيس فقال : لو رعف فكتب الفاتحة بالدم على جبهته وأنفه جاز للاستشفاء ، وبالبول أيضا إن علم فيه شفاء لا بأس به ، لكن لم ينقل وهذا لأن الحرمة ساقطة عند الاستشفاء كحل الخمر والميتة للعطشان والجائع اهـ من البحر . وأفاد سيدى عبد الغنى أنه لا يظهر الاختلاف فى كلامهم لاتفاقهم على الجواز للضرورة ، واشتراط صاحب النهاية العلم لا ينافيه اشتراط من بعده الشفاء ولذا قال والدى فى شرح الدرر : إن قوله لا للتداوى محمول على المظنون وإلا فجوازه باليقينى اتفاق كما صرح به فى المصفى اهـ .

أقول : وهو ظاهر موافق لما مر فى الاستدلال ، لقول الإمام : لكن قد علمت أن قول الأطباء لا يحصل به العلم . والظاهر أن التجربة يحصل بها غلبة الظن دون اليقين إلا أن يريدوا بالعلم غلبة الظن وهو شائع فى كلامهم تأمل (قوله وظاهر المذهب المنع) محمول على المظنون كما علمته (قوله لكن نقل المصنف الخ) مفعول نقل قوله وقيل يرخص الخ والاستدراك على إطلاق المنع ، وإذا قيد بالمظنون فلا استدراك : ونص مافى الحاوى القدسى : إذا سال الدم من أنف إنسان ولا ينقطع حتى يخشى عليه الموت وقد علم أنه لو كتب فاتحة الكتاب أو الإخلاص بذلك الدم على جبهته ينقطع فلا يرخص له فيه ؛ وقيل يرخص كما رخص فى شرب الخمر للعطشان وأكل الميتة فى المخمصة ، وهو الفتوى اهـ (قوله ولم يعلم دواء آخر) هذا المصرح به فى عبارة النهاية كما مر وليس فى عبارة الحاوى ، إلا أنه يفاد من قوله كما رخص الخ لأن حل الخمر والميتة حيث لم يوجد مايقوم مقامهما أفاده ط . قال : ونقل الحموى أن لحم الخنزير لا يجوز التداوى به وإن تعين ، والله تعالى أعلم .

فصل فى البئر

(إذا وقعت نجاسة) ليست بحيوان ولو مخففة أو قطرة بول أو دم أو ذنب فأرة لم يشمع ، فلو شمع ففيه مافى الفأرة (فى بئر دون القدر الكثير) على مامر ، ولا عبرة للعمق على المعتمد (أو مات فيها) أو خارجها وألقى فيها ولو فأرة يابسة على المعتمد إلا الشهيد النظيف والمسلم المغسول ، أما الكافر فينجسها

فصل فى البئر

لما ذكر تنجس الماء القليل بوقوع نجس فيه حتى يراق كله أردفه ببيان مسائل الآبار ، لأن منها مايخالف ذلك لابتنائها على متابعة الآثار دون القياس . قال فى الفتح : فإن القياس إما أن لاتطهر أصلا كما قال شر ٧ لعدم الإمكان لاختلاط النجاسة بالأوحال والجدران والماء ينبع شيئا فشيأ ، وإما أن لاتتنجس حيث تعذر الاحتراز أو التطهير ، كما نقل عن محمد أنه قال : اجتمع رأيى ورأى أبي يوسف أن ماء البئر فى حكم الجارى لأنه ينبع من أسفل ويؤخذ من أعلاه فلا ينجس كحوض الحمام . قلنا : وما علينا أن ننزح منها دلاء أخذا بالآثار ، ومن الطريق أن يكون الإنسان فى يد النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضى الله عنهم كالأعمى فى يد القائد اه ثم ذكر بعده الآثار الواردة بأسانيدها فراجعه . وفى البحر عن النووى : البئر مونثة مهموزة ، ويجوز تخفيفها من بأرت أى حفرت وجمعها فى القلة أبؤر وآبار بهمزة بعد الباء فيهما ، ومن العرب من يقلب الهمزة فى أبآر وينقلها فيقول آبار وجمعها فى الكثرة بئار بكسر فهمزة (قوله ليست بحيوان) قيد بذلك لأن المصنف بين أحكام الحيوان بخصوصه وفصلها (قوله ولو مخففة) لأن أثر التخفيف وهو العفو عما دون الربع لايظهر فى الماء ، وأفاد ط أنه لو أصاب هذا الماء ثوبا فالظاهر أنه لاتعتبر هذه النجاسة بالمخففة (قوله أو قطرة بول) أى ولو بول مأكول اللحم كما مر ، وسيأتى استثناء مالا يمكن الاحتراز عنه كبول الفأرة (قوله لم يشمع) أى لم يجعل فى محل القطع منه الذى لاينفك عن بلة نجسة مايمنع إصابة الماء كشمع ونحوه (قوله ففيه مافى الفأرة) نقله فى البحر عن السراج ، أى فالواجب فيه نزح عشرين دلوا مالم ينتفخ أو يتفسخ (قوله على مامر) أى من أن المعتبر فيه أكبر رأى المبتلى به أو ماكان عشرا فى عشر (قوله على المعتمد) مقابله مامر من أنه لو كان عمقها عشرة فى عشرة فهى فى حكم الكثير ، وقدمنا أن تصحيح هذا القول غريب مخالف لما أطلقه الجمهور ، ولذا قال فى البحر : لايخفى أن هذا التصحيح لو ثبت لانهدمت مسائل أصحابنا المذكورة فى كتبهم اه وما قواه به المقدسى رده نوح أفندى (قوله ولو فأرة يابسة على المعتمد) وما فى خزانة الفتاوى من أنها لاتنجس البئر لأن اليبس دباغة ضعيف كما فى البحر وأوضحه فى الحلية (قوله النظيف) أى من نجاسة ودم سائل كما فى الحلية وسيأتى فى النجاسات أنه يعفى عن دم الشهيد مادام عليه ، ومفاده أنه لو كان عليه دم لاينجس الماء ، ولذا قال فى الخانية : ولو وقع الشهيد فى الماء القليل لايفسده إلا إذا سال منه الدم اه ، لكن الظاهر أن معناه أنه لو خرج منه دم سائل ينجس الماء احترازا عما إذا كان ماخرج منه ليس فيه قوة السيلان ، وليس معناه أنه سال منه الدم فى الماء تأمل ، نعم ينبغى تقييد التنجيس بما عليه مما فيه قوة السيلان بما إذا تحلل فى الماء ، أما لو لم ينفصل عنه فلا ينجس تأمل (قوله والمسلم المغسول) أما قبل غسله فنصوا على أنه يفسد الماء القليل ولا تصح صلاة حامله ، وبذلك استدل فى المحيط على أن نجاسة الميت نجاسة خبث لأنه حيوان دموى فينجس بالموت كغيره من الحيوانات لا لنجاسة حدث ، وصححه فى الكافى ، ونسبه فى البدائع إلى عامة المشايخ كما فى جنائز البحر .

أقول : وهذا يؤيد ماحملنا عليه كلام محمد فى الأصل من أن غسالة الميت نجسة ، ويضعف مامر من تصحيح

مطلقا كسقط (حيوان دموى) غير مائى لما مر (وانتفخ) أو تمعط (أوتفسخ) ولوتفسخه خارجها ثم وقع فيها ذكره الوالى (ينزح كل مائها) الذى كان فيها وقت الوقوع ذكره ابن الكمال (بعد إخراجه) لا إذا تعذر كخشبة أو خرقة متنجسة فينزح الماء إلى حد لا يملأ نصف الدلو يطهر الكل تبعا؛ ولو نزح بعضه ثم زاد فى الغد نزح قدر الباقى

أنها مستعملة فافهم (قوله مطلقا) أى غسل أولا. وفى جنائز البحر: واتفقوا على أن الكافر لا يطهر بالغسل، وأنه لا تصح صلاة حامله بعده اه:

أقول: وهذا مؤيد أيضا للقول بأن نجاسة الميت للخبث لا للحدث، ومؤيد لما قلناه آنفا فافهم (قوله كسقط) أطلقه تبعا للبحر والقهستانى. وقيده فى الخانية بما إذا لم يستهل(١) قال: فإنه يفسد الماء القليل وإن غسل، أما إذا استهل فحكمه حكم الكبير إن وقع بعد ماغسل لا يفسد اه وعلى هذا حكم صلاة حامله كما فى الخانية أيضا، وفيها أيضا البيضة الرطبة أو السخلة إذا وقعت من الدجاجة أو الشاة فى الماء لا تفسده اه فافهم (قوله لما مر) أى فى باب المياه من أن غير الدموى كزنبور وعقرب لا يفسد الماء وكذا مائى المولد كسمك وسرطان فهو تعليل للقيدين فافهم (قوله وانتفخ) أى تورم وتغير عن صفة الحيوان قهستانى، وقوله أو تمعط: أى سقط شعره، وقوله أو تفسخ: أى تفرقت أعضاؤه عضوا عضوا، ولا فرق بين الصغير والكبير كالفأرة والآدمى والفيل، لأنه تنفصل بلته وهى نجسة مائعة، فصارت كقطرة خمر، ولهذا لو وقع ذنب فأرة ينزح الماء كله بحر، وبه ظهر أنه لو جرح الحيوان بلا تفسخ ونحوه ينزح الجميع كما فى الفتح وإن قطعة منه كتفسخه، ولهذا قال فى الخانية: قطعة من لحم الميتة تفسده (قوله ينزح كل مائها) أى دون الطين لو رود الآثار بنزح الماء، لكن لا يطين المسجد بطينها احتياطا بحر (قوله الذى كان فيها وقت الوقوع) فلو زاد بعده قبل النزح لا يجب نزح الزائد وهو أحد قولين وسيأتى اعتبار وقت النزح، وعليه فيجب نزح الزائد ويأتى تمامه.

بقى لو لم يكن فيها القدر الواجب وقت الوقوع ثم زاد وبلغه هل يعتبر وقت الوقوع أيضا؟ ظاهر كلامه نعم، وقد ذكر فى البحر أنه لو بلغه بعد النزح لا ينزح منه شىء (قوله بعد إخراجه) إذ النزح قبله لا يفيد لأن الواقع سبب للنجاسة ومع بقائه لا يمكن الحكم بالطهارة بحر (قوله إلا إذا تعذر الخ) كذا فى السراج. واعترضه فى البحر بأن هذا إنما يستقيم فيما إذا كانت البئر معينا لا تنزح وأخرج منها المقدار المعروف، أما إذا كانت غير معين فإنه لا بد من إخراجها لوجوب نزح جميع الماء اه:

أقول: قد يتعذر الإخراج وإن كان الواجب نزح الجميع، لأن الواجب الإخراج قبل النزح لا بعده كما علمته (قوله متنجسة) نعت لكل من الخشبة والخرقة، وإنما أفرده للعطف بأو التى هى لأحد الشيئين، وأشار بقوله متنجسة إلى أنه لا بد من إخراج عين النجاسة كلحم ميتة وخنزير اه ح. قلت: فلو تعذر أيضا ففى القهستانى عن الجواهر: لو وقع عصفور فيها فعجزوا عن إخراجه فما دام فيها فنجسة فتترك مدة يعلم أنه استحال وصار حمأة، وقيل مدة ستة أشهر اه (قوله فينزح) بالباء الموحدة متعلق بيطهر بعده ط (قوله يطهر الكل) أى من الدلو والرشاء والبكرة ويد المستقى تبعا، لأن نجاسة هذه الأشياء بنجاسة البئر فتطهر بطهارتها للحرج كدن الخمر يطهر تبعا إذا صار خلا، وكيد المستنجى تطهر بطهارة المحل، وكعروة الإبريق إذا كان فى يد المستنجى نجاسة رطبة

---

(١) أقول وجه مسألة السقط أنه إذا لم يستهل لا يعطى حكم الآدمى من كل وجه ولذا لا يصلى عليه، ولو كان يطهر بالغسل لصلى عليه فهو فى حكم الجيفة من سائر الحيوانات، بخلاف ما إذا استهل: أى علمت منه علامة الحياة بعد الولادة فإنه كالكبير كما ذكره، كذا ظهر لى اه منه.

فى الصحيح خلاصة ، قيد بالموت لأنه لو أخرج حياً وليس بنجس العين ولا به حدث أو خبث لم ينزح شىء إلا أن يدخل فمه الماء فيعتبر بسؤره ، فإن نجسا نزح الكل وإلا لا هو الصحيح ، نعم يندب عشرة فى المشكوك لأجل الطهورية كذا فى الخانية ، زاد فى التاترخانية : وعشرين فى الفأرة ، وأربعين فى سنور ؛ ودجاجة مخلاة كآدمى محدث ،

فجعل يده عليها كلما صب على اليد فإذا غسل اليد ثلاثا طهرت العروة بطهارة اليد بحر (قوله خلاصة) ومثله فى الخانية ، وهو مبنى على أنه لا يشترط التوالى وهو المختار كما فى البحر والقهستانى (قوله وليس بنجس العين الخ) أى بخلاف الخنزير ، وكذا الكلب على القول الآخر فإنه ينجس البئر مطلقا ، وبخلاف المحدث فإنه يندب فيه نزح أربعين كما يذكره ، وبخلاف ما إذا كان على الحيوان خبث أى نجاسة وعلم بها فإنه ينجس مطلقا . قال فى البحر : وقيدنا بالعلم لأنهم قالوا فى البقر ونحوه يخرج حيا لا يجب نزح شىء وإن كان الظاهر اشتمال بولها على أفخاذها ، لكن يحتمل طهارتها بأن سقطت عقب دخولها ماء كثيرا مع أن الأصل الطهارة اهـ ، ومثله فى الفتح (قوله لم ينزح شىء) أى وجوبا ؛ لما فى الخانيه : لو وقعت الشاة وخرجت حية ينزح عشرون دلوا لتسكين القلب لا للتطهير . حتى لو لم ينزح وتوضأ جاز ، وكذا الحمار والبغل لو خرج حيا ولم يصب فمه الماء ، وكذا ما يؤكل لحمه من الإبل والبقر والغنم والطيور والدجاجة المحبوسة اهـ ومثله فى مختارات النوازل (قوله كذا فى الخانية) أقول : لم أره فى الخانية ، وإنما الذى فيها أنه ينزح فى البغل والحمار جميع الماء إذا أصاب فمه الماء ، وكذا فى البحر معزيا إليها وإلى غيرها ؛ ومثله فى الدرر ، وعزاه شارحها إلى المبتغى ، وكذا فى البدائع والقهستانى والإمداد والحاوى القدسى ومختارات النوافل والبزازية وغيرها . وقال فى المنية : كذا روى عن أبى يوسف ، وقال شارحها الحلبى : ولم يرو عن غيره خلافه اهـ . وفى الفتح : وإن أدخل فمه الماء نزح الكل فى النجس ، وكذا تظافر كلامهم فى المشكوك اهـ . وفى الجوهرة : وكذا كل ما سؤره نجس أو مشكوك يجب نزح الكل . وفى السراج : وسؤر البغل والحمار ينزح كل الماء لأنه لم يبق طهورا ، وكذا علله فى الحلية بقوله لصيرورة الماء مشكوكا ، وهو غير محكوم بطهوريته على ما هو الأصح ، بخلاف المكروه فإنه غير مسلوب الطهورية ومثله فى الفتح ، لكن فى البحر عن المحيط : لو وقع سؤر الحمار فى الماء يجوز التوضؤ به ما لم يغلب عليه لأنه طاهر غير طهور كالماء المستعمل عند محمد اهـ .

قلت : لكنه خلاف ما تظافر عليه كلامهم كما علمت وإن مشى عليه الشارح فيما سيأتى فى الأسآر وسننبه عليه . والحاصل أنه إذا أصاب فم الحمار الماء صار مشكوكا فينزح الكل كالذى سؤره نجس . قال فى شرح المنية لاشتراكهما فى عدم الطهورية وإن افترقا من حيث الطهارة ، فإذا لم ينزح ربما يتطهر به أحد ، والصلاة به وحده غير مجزئة فينزح كله اهـ . قال فى الحلية : وهذا بخلاف ما إذا لم يصب فمه الماء ، فإن الصحيح أنه لا يصير الماء مشكوكا فيه كما فى التحفة ، وإنما ينزح منه عشرون دلوا كالشاة كما فى الخانية اهـ .

أقول : وبه يظهر أن قول النهر لكن فى الخانية الصحيح أنه فى البغل والحمار لا يصير مشكوكا ، فلا يجب نزح شىء ، نعم يندب نزح عشرة ، وقيل نزح عشرين منشؤه اشتباه حالة وصول فمه الماء بحالة عدم الوصول ، وتبعه الشارح فتنبه ، ثم رأيت شيخ مشايخنا الرحمتى نبه على ذلك كما ذكرته (قوله كآدمى محدث) أى أنه ينزح فيه أربعون كما عزاه فى التاترخانية إلى فتاوى الحجة ، ثم عزا إلى الغياثية أنه ينزح فيه الجميع .

وفى شرح الوهبانية : والتحقيق النزح للجميع عند الإمام ، والثانى على القول بنجاسة الماء المستعمل ؛ وقيل أربعون عنده : ومذهب محمد أنه يسلبه الطهورية ، وهو الصحيح عند الشيخين ، فينزح منه عشرون ليصير طهورا ، وتمامه فيه ، والمراد بالمحدث ما يشمل الجنب .

ثم هذا إن لم تكن الفأرة هاربة من هر، ولا الهر هاربا من كلب ، ولا الشاة من سبع ، فإن كان نزح كله مطلقا كما في الجوهرة ، لكن في النهر عن المجتبى الفتوى على خلافه لأن في بولها شكا .

(وإن تعذر) نزح كلها لكونها معينا (فبقدر مافيها) وقت ابتداء النزح قاله الحلبي (يؤخذ ذلك بقول رجلين عدلين لهما بصارة بالماء) به يفتى ،

واستشكل في البدائع نزح العشرين بأن الماء المستعمل طاهر فلم يضر ما لم يغلب على المطلق كسائر المائعات ، ثم قال : ويحتمل أن يقال طهارته غير مقطوع بها للخلاف فيها ، بخلاف سائر المائعات فينزح أدنى ماورد به الشرع وذلك عشرون احتياطا اه .

قلت : وهذه المسألة تؤيد القول بعدم الفرق بين الملقى والملاقي في الماء المستعمل، وأن المستعمل مالاقى الأعضاء فقط ولا يشيع في جميع ماء البئر ، وإلا لوجب نزح الجميع لأنه إذا وجب نزحه في المشكوك في طهوريته ففي المستعمل المحقق عدم طهوريته بالأولى، وتؤيد ما قاله صاحب البحر من أن الفروع التي استدل بها القائلون باستعمال كل الماء مبنية على رواية نجاسة الماء المستعمل ، والله أعلم .

[تتمة] نقل في الذخيرة عن كتاب الصلاة للحسن أن الكافر إذا وقع في البئر وهو حي نزح الماء . وفي البدائع أنه رواية عن الإمام ، لأنه لايخلو من نجاسة حقيقية أو حكمية ، حتى لو اغتسل فوقع فيها من ساعته لاينزح منها شيء . أقول : ولعل نزحها للاحتياط تأمل (قوله لأن بولها شكا) وقد مر أنهم لم يعتبروا احتمال النجاسة في الشاة ونحوها، ثم هذا الجواب بناء على القول بأن بول الهرة والفأرة ينجس البئر ، وفيه كلام يأتي (قوله وإن تعذر) كذا عبر في الهداية وغيرها . وقال في شرح المنية : أي بحيث لايمكن إلا بحرج عظيم اه فالمراد به التعسر ، وبه عبر في الدرر (قوله لكونها معينا) القياس معينة ، لأن البئر مؤنث سماعي إلا أنهم ذكروها حملا على اللفظ ، أو لأن فعيلا بمعنى مفعول يستوى فيه المذكر والمؤنث : أو على تقدير ذات معين وهو الماء يجرى على وجه الأرض اه حلية ، وليس المراد أنها جارية لما يأتي ، بل كما قال في البحر إنهم كلما نزحوا نبع منها مثل ما نزحوا أو أكثر (قوله وقت ابتداء النزح قاله الحلبي) أي في شرح المنية معزيا إلى الكافي ، وقيل وقت وقوع النجاسة وهو ما قدمه الشارح عن ابن الكمال ، وعليه جرى ابن الكمال هنا أيضا ومثله في الإمداد ويشير إليه قول الهداية ينزح مقدار ماكان فيها . وفي التاترخانية عن المحيط : لو زاد قبل النزح ، فقيل ينزح مقدار ماكان فيها وقت الوقوع ، وقيل وقت النزح . قال في الخانية : وثمرة ذلك فيما إذا نزح البعض ثم وجده في الغد أكثر مما ترك ، فقيل ينزح الكل، وقيل مقدار مابقي عند الترك هو الصحيح . قال في شرح المنية : هذه الثمرة بناء على اعتبار وقت النزح لاوقت الوقوع ، فعلم أن الصحيح مافي الكافي اه .

أقول : فيه بحث ، بل الثمرة على القولين ، لأن المراد أنها ثمرة الخلاف ، فالظاهر أن مافي الخانية تصحيح للقول باعتبار وقت الوقوع ، لأن حاصل الخلاف أنه هل يجب نزح الزائد على ماكان وقت الوقوع أولا، فالقائل بأن المعتبر وقت النزح أراد أنه يجب نزح ما زاد سواء كانت الزيادة قبل ابتداء النزح أو قبل انتهائه فنبه في الخانية على صورة الزيادة قبل انتهاء النزح لخفائها ، وصرح بأن الصحيح نزح مقدار مابقي وقت الترك : أي فلا يجب نزح الزائد ، فهذا تصحيح للقول باعتبار وقت الوقوع ، وأنه لايجب نزح مازاد بعده ، فعلم أنه تصحيح لخلاف مافي الكافي ، هذا ما ظهر لي فتدبره (قوله بقول رجلين الخ) فإن قالا إن مافيها ألف دلو مثلا نزح كذا في شرح المنية (قوله به يفتى) وهو الأصح كافي ودرر ، وهو الصحيح ، وعليه الفتوى . ابن كمال : وهو المختار معراج ،

وقيل يفتى بمائة إلى ثلثمائة وهذا أيسر ، وذاك أحوط .

(فإن أخرج الحيوان غير منتفخ ولا متفسخ) ولا متمعط (فإن) كان (كآدمى) وكذا سقط

وهو الأشبه بالفقه هداية ، أى الأشبه بالمعنى المستنبط من الكتاب والسنة ، لأن الأخذ بقول الغير فيما لم يشتهر من الشرع فيه تقدير . قال تعالى — فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لاتعلمون — كما فى إجزاء الصيد والشهادة عناية (قوله وقيل الخ) جزم به فى الكنز والملتقى ، وهو مروى عن محمد وعليه الفتوى خلاصة وتاترخانية عن النصاب وهو المختار معراج عن العتابية ، وجعله فى العناية رواية عن الإمام وهو المختار والأيسر كما فى الاختيار ، وأفاد فى النهر أن المائتين واجبتان والمائة الثالثة مندوبة ، فقد اختلف التصحيح والفتوى . وضعف هذا القول فى الحلية وتبعه فى البحر بأنه إذا كان الحكم الشرعى نزح الجميع فالاقتصار على عدد مخصوص يتوقف على دليل سمعى يفيده وأين ذلك بل المأثور عن ابن عباس وابن الزبير خلافه حين أفتيا بنزح الماء كله حين مات زنجى فى بئر زمزم وأسانيد ذلك الأثر مع دفع ماأورد عليها مبسوطة فى البحر وغيره . قال فى النهر : وكأن المشايخ إنما اختاروا ماعن محمد لانضباطه كالعشر تيسيرا كما مراه . قلت : لكن مروياتى أن مسائل الآبار مبنية على اتباع الآثار ، على أنهم قالوا إن محمدا أفتى بما شاهد فى آبار بغداد فانها كثيرة الماء وكذا ماروى عن الإمام من نزح مائة فى مثل آبار الكوفة لقلة مائها فيرجع إلى القول الأول لأنه تقدير ممن له بصارة وخبرة بالماء فى تلك النواحى لالكون ذلك لازما فى آبار كل جهة ، والله أعلم (قوله وذاك) أى مافى المتن أحوط للخروج عن الخلاف ولموافقته للآثار (قوله طهرت (١)) أى إذا لم يظهر أثر النجاسة (قوله كما مر) أى فى قوله ويجوز بجار وقعت فيه نجاسة (قوله وسيجىء) أى بعد أسطر (قوله فإن أخرج الحيوان) أى الميت (قوله كآدمى) أى مما عادله فى الجثة كالشاة والكلب كما فى البحر (قوله وكذا سقط الخ) أفاد أن ماذكروا فيه نزحا مقدرا لافرق بين كبيره وصغيره ، لكن قال الشيخ إسمعيل : وأما ولد الشاة إذا كان صغيرا فكالسنور كما تشعر به عباراتهم كما فى البرجندى اه وكذا قال ولده سيدى عبد الغنى . الظاهر أن الآدمى إذا خرج من أمه صغيرا أو كان سقطا فهو كالسنور لأن العبرة بالمقدار فى الجثة لافى الاسم اه .

قلت : لكن قدمنا عن الخانية أن السقط إن استهل فحكمه كالكبير إن وقع فى الماء بعد ماغسل لايفسده ، وإن لم يستهل أفسد وإن غسل ، وتقدم أيضا أن ذنب الفأرة لو شمع ففيه مافى الفأرة ، ثم رأيت فى القهستانى قال : فلو وقع فيها سقط ينزح كل الماء . وعن أبى حنيفة أن الجدى كالشاة . وعنه أنه والسخلة كالدجاجة كما فى الزاهدى اه .

فعلم أن فى الجدى روايتين . والظاهر أن مثله السخلة وهى ولد الشاة ، وإلحاق السقط بالكبير يؤيد الأولى منهما ، وتقييد الشارح الإوز بالكبير تبعا للخلاصة وقال فيها : أما الصغير فكالحمامة يؤيد الثانية . وفى السراج أن الإوزة عند الإمام كالشاة فى رواية وكالسنور فى أخرى اه .

أقول : وهذا المقام يحتاج إلى تحرير وتدبر ، فاعلم أن المأثور كما ذكره أئمتنا هو نزح الكل فى الآدمى والأربعين فى الدجاجة والعشرين فى الفأرة فلذا كانت المراتب ثلاثة كما سنذكره . وعن هذا أورد فى المستصفى أن مسائل الآبار مبنية على اتباع الآثار ، والنص ورد فى الفأرة والدجاجة والآدمى فكيف يقاس ماعدلها بها ، ثم أجاب بأنه بعد مااستحكم هذا الأصل صار كالذى ثبت على وفق القياس فى حق التفريع عليه . واعترضه فى البحر بأنه ظاهر

---

(١) (قوله وقوله طهرت) وكذا قوله كما مر ، وقوله وسيجىء للاثنها لاوجود لها فيما بيدى من نسخ الشارح فليحرر اه مصححه

وسخلة وجدى وإوز كبير (نزح كله، وإن) كان (كحمامة) وهرة (نزح أربعون من الدلاء) وجوباً إلى ستين ندباً (وإن) كان (كعصفور) وفأرة (فعشرون) إلى ثلاثين كما مر ، وهذا يعم المعين وغيرها ، بخلاف نحو صهريج وحب حيث يهراق الماء كله لتخصيص الآبار بالآثار بحر ونهر . قال المصنف فى حواشيه على الكنز : ونحوه فى النتف ؛ ونقل عن القنية أن حكم الركية كالبئر . وعن الفوائد أن الحب المطمور أكثره فى الأرض كالبئر،

فى أن فيه للرأى مدخلا وليس كذلك وقال : فالأولى أن يقال إنه إلحاق بطريق الدلالة لابالقياس كما اختاره فى المعراج اه .

إذا علمت ذلك ظهر لك أن ماورد بالنص من الثلاثة المذكورة لم يفرق بين صغيره وكبيره فى ظاهر الرواية وقوفا مع النص ، ولهذا لم يختلفوا فى السقط بخلاف ما ألحق بذلك كالشاة والإوزة ، فإنه قد يقال إن صغيره ككبيره أيضا تبعا للملحق به . وقد يقال بالفرق اعتبارا للجثة . فلذا وقع فيه الاختلاف ، هذا ماظهر لى من فيض الفتاح العليم فاغتنمه (قوله كما مر) أى بأن يقال العشرون للوجوب والزائد للندب .

[تنبيه] ظاهر اقتصار المصنف على ما ذكره يفيد أن المراتب ثلاث ، لأنها الواردة فى النص كما قدمناه . وروى الحسن عن الإمام أن فى القراد الكبير والفأرة الصغيرة عشر دلاء ، وأن فى الحمامة ثلاثين بخلاف الهرة فالمراتب خمس ، لكن الذى فى المتون هو الأول وهو ظاهر الرواية كما فى البحر والقهستانى (قوله وهذا) أى نزح الأربعين أو العشرين لتطهير البئر (قوله بخلاف نحو صهريج وحب الخ) الصهريج : الحوض الكبير يجتمع فيه الماء قاموس . والحب : أى بضم الحاء المهملة الخابية الكبيرة صحاح ، وأراد بذلك الرد على من أفتى بنزح عشرين فى فأرة وقعت فى صهريج ، كما نقله فى النهر عن بعض أهل عصره متمسكا بما اقتضاه إطلاقهم من عدم الفرق بين المعين وغيرها . ورده فى النهر تبعا للبحر بما فى البدائع والكافى وغيرهما من أن الفأرة لو وقعت فى الحب يهراق الماء كله . قال : ووجهه أن الاكتفاء بنزح البعض فى الآبار على خلاف القياس بالآثار فلا يلحق بها غيرها ، ثم قال : وهذا الرد إنما يتم بناء على أن الصهريج ليس من مسمى البئر فى شىء اه أى فإذا ادعى دخوله فى مسمى البئر لايكون مخالفا للآثار ، ويؤيده ماقدمناه من أن البئر مشتقة من بأرت : أى حفرت . والصهريج : حفرة فى الأرض لاتصل اليد إلى مائها ، بخلاف العين والحب والحوض ، وإليه مال العلامة المقدسى فقال : ما استدل به فى البحر لايخفى بعده ، وأين الحب من الصهريج لاسيما الذى يسع ألوفا من الدلاء اه لكنه خلاف ما فى النتف (قوله يهراق الماء كله) أقول : وهل يطهر بمجرد ذلك أم لابد من غسله بعده ثلاثا : والظاهر الثانى ، ثم رأيته فى التاترخانية قال مانصه : وفى فتاوى الحجة سئل عبد الله بن المبارك عن الحب المركب فى الأرض تنجس ، قال : يغسل ثلاثا ، ويخرج الماء منه كل مرة فيطهر ، ولا يقلع الحب اه (قوله ونحوه فى النتف) مقول القول : أى نحو مافى البحر والنهر . قال ابن عبد الرزاق : ولم أره فى كتاب النتف اه .

أقول : رأيت فى النتف مانصه : وأما البئر فهى التى لها مواد من أسفلها اه أى لها مياه تمدها وتنبع من أسفلها ، ولا يخفى أنه على هذا التعريف يخرج الصهريج والحب والآبار التى تملأ من المطر أو من الأنهار ، فهو مثل ما فى البحر والنهر (قوله ونقل) أى المصنف ، وهو تأييد لما أفتى به ذلك العصرى (قوله أن حكم الركية الخ) الركية على وزن عطية قال ح : هى البئر كما فى القاموس ، لكن فى العرف(١) هى بئر يجتمع ماؤها من المطر اه : أى

---

(١) (قوله العرف) وفى نسخة المغرب اه منه .

وعليه فالصهريج والزير الكبير ينزح منه كالبئر فاغتنم هذا التحرير اهـ (بدلو وسط) وهو دلو تلك البئر، فإن لم يكن فايسع صاعا وغيره تحتسب به ويكفي ملء أكثر الدلو ونزح ماوجد وإن قل وجريان بعضه وغوران قدر الواجب.

(وما بين حمامة وفأرة) في الجثة (كفأرة) في الحكم (كما أن مابين دجاجة وشاة كدجاجة) فألحق بطريق الدلالة بالأصغر، كما أدخل الأقل في الأكثر كفأرة مع هرة، ونحو الهرتين كشاة اتفاقا ونحو الفأرتين كفأرة، والثلاث إلى الخمس كهرة، والست كشاة على الظاهر.

فهي بمعنى الصهريج (قوله عليه) أي وبناء على مانقله عن القنية والفوائد (قوله والزير الكبير) أي الذي هو بمعنى الحب المذكور في الفوائد. قال في القاموس: الزير بالكسر الدنّ. والدن بالفتح: الراقود العظيم أو أطول من الحب أو أصغر، له عسعس أي ذنب لايقعد إلا أن يحفر له (قوله ينزح منه كالبئر) أي فيقتصر في الحمامة على أربعين، وفي الفأرة على عشرين.

أقول: وهذا مسلم في الصهريج دون الزير لخروجه عن مسمى البئر، وكون أكثره مطمورا: أي مدفونا في الأرض لايدخله فيه لا عرفا ولا لغة كما قدمناه؛ وما في الفوائد معارض بإطلاق مامر عن البدائع والكافي وغيرهما، وفرق ظاهر بينه وبين الصهريج كما قدمناه عن المقدسي فافهم. وقال المصنف في منظومته [تحفة الأقران]:

مطمورة أكثرها في الأرض … كالبئر في النزح وهذا مرضي
قال به بعض أولي الأبصار … وليس مرضيا لدى الكبار
فإنّ نزح البعض مخصوص بما … في البئر عند جمع جلّ العلما

(قوله وهو دلو تلك البئر) هذا هو ظاهر الرواية كما في البحر، وقيده محشيه الرملي بما إذا لم يكن دلوها المعتاد كبيرا جدا فلا يجب العدد المذكور: قال: وهو الذي يقتضيه نظر الفقيه اهـ. ثم إن الشارح قد تبع صاحب البحر في تفسيره الوسط بذلك، وفيه نظر لأنه قول آخر وبه يشعر كلام الزيلعي وغيره.

وفي البدائع: اختلف في الدلو، فقيل المعتبر دلو كل بئر يستقى به منها صغيرا كان أو كبيرا، وروى عن أبي حنيفة أنه قدر صاع، وقيل المعتبر هو المتوسط بين الصغير والكبير اهـ، وقوله صغيرا كان أو كبيرا ربما يخالف مابحثه الرملي تأمل (قوله فإن لم يكن الخ) أي هذا إن كان لها دلو، فإن لم يكن فالمعتبر دلو يسع صاعا، وهذا التفصيل استظهره في البحر وقال هو ظاهر مافي الخلاصة وشرح الطحاوي والسراج (قوله وغيره) أي غير الدلو المذكور بأن كان أصغر أو أكبر يحتسب به، فلو نزح القدر الواجب بدلو واحد كبير أجزأ، وهو ظاهر المذهب لحصول المقصود بحر (قوله ويكفي ملء أكثر الدلو) فلو كان منحرفا، فإن كان يبقى أكثر مافيه كفى وإلا لا، بزازية وقهستاني (قوله ونزح ما وجد) أي ويكفي أيضا نزح ماوجد فيها وهو دون القدر الواجب، حتى لو زاد بعد النزح لايجب نزح شيء؛ كما قدمناه عن البحر (قوله وجريان بعضه) أي يكفي أيضا بأن حفرلها منفذ يخرج منه بعض الماء كما في الفتح (قوله وغوران قدر الواجب) وإذا عاد لايعود نجسا إن جف أسفله في الأصح، وإلا عاد كما في البحر عن السراج (قوله بطريق الدلالة) أي دلالة النص، وهي دلالة منطوقه على ماسكت عنه بالأولى أو بالمساواة، كدلالة حرمة التأفيف وأكل مال اليتيم على حرمة الضرب والإتلاف كما أوضحناه في حواشينا على شرح المنار للشارح، وأشار بذلك إلى الجواب عما قدمناه عن المتصفي (قوله كفأرة مع هرة) أي فإن ماتتا نزح أربعون وإلا فلا نزح، وإن ماتت الفأرة فقط أو جرحت أو بالت فيه نزح الكل سراج، وبقي من الأقسام موت الهرة فقط، ولا شك أن فيه أربعين نهر (قوله ونحوه الهرتين) أي ما كان مقدارهما في الجثة (قوله ونحو الفأرتين) أي لو كانتا كهيئة الدجاجة إلا في رواية عن محمد أن فيهما حينئذ أربعين بحر (قوله على الظاهر) أي

(ويحكم بنجاستها) مغلظة (من وقت الوقوع إن علم ، وإلا فمذ يوم وليلة إن لم ينتفخ ولم يتفسخ) وهذا (فى حق الوضوء) والغسل ؛ وما عجن به فيطعم للكلاب ؛ وقيل يباع من شافعى ، أما فى حق غيره كغسل ثوب فيحكم بنجاسته فى الحال

ظاهر الرواية كما فى البحر ، وهو قول محمد . وعند أبى يوسف : الخمس إلى التسع كهرة ،والعشر كشاة ، وجزم فى المواهب بقول محمد ونفى الثانى فأفاد ضعفه (قوله مغلظة) بيان لصفة النجاسة ، وقد مر أن التخفيف لا يظهر أثره فى الماء (قوله من وقت الوقوع)أى وقوع ما مات فيها (قوله إن علم) أى الوقت أو غلب على الظن قهستانى ، ومنه ما إذا شهد رجلان بوقوعها يوم كذا كما فى السراج (قوله وإلا) أى بأن لم يعلم أو لم يغلب على الظن نهر (قوله وهذا) أى الحكم بنجاسة البئر يوما وليلة ط (قوله فى حق الوضوء والغسل) أى من حيث إعادة الصلاة يعنى المكتوبة والمنذورة والواجبة وسنة الفجر اهـ حلية ، وسيأتى أن سنة الفجر إنما تقضى إذا فاتت مع الفرض فى يومها قبل الزوال فافهم (قوله وما عجن به) معطوف على الوضوء (قوله فيطعم للكلاب) لأن ما تنجس باختلاط النجاسة به والنجاسة مغلوبة لا يباح أكله ويباح الانتفاع به فيما وراء الأكل كالدهن النجس يستصبح به إذا كان الطاهر غالبا فكذا هذا حلية عن البدائع ، ويفهم منه أن العجين ليس بقيد فغيره من الطعام والشراب مثله . تأمل (قوله وقيل يباع من شافعى) لأنه يرى أن الماء لا ينجس إذا بلغ قلتين ، لكن فى الذخيرة : وعن أبى يوسف لا يطعم بنى آدم اهـ ، ولهذا عبر عنه الشارح بقيل وجزم بالأول كصاحب البدائع ، ولعل وجهه أنه فى اعتقاد الحنفى نجس ،ولا ينظر إلى اعتقاد غيره ،ولذا لو استفتاه عنه لا يفتيه إلا بما يعتقده (قوله أما فى حق غيره) أى غير ما ذكر من الوضوء والغسل والعجين (قوله فيحكم بنجاسته) الأولى بنجاستها أى البئر كما عبر فى البحر وقوله فى الحال : أى حال وجود الفأرة مثلا ، لا من يوم وليلة ولا من وقت غسل الثياب ، ولهذا قال الزيلعى : أى من غير إسناد لأنه من باب وجود النجاسة فى الثوب ، حتى إذا كانوا غسلوا الثياب بمائها لم يلزمهم إلا غسلها فى الصحيح اهـ وعزاه فى البحر إلى المحيط أيضا . واعترضه بعض محشى صدر الشريعة بأنه إذا حكم بنجاسة البئر فى الحال يلزم أن لا تتنجس الثياب التى غسلت بمائها قبله ، فلا يلزم غسلها فلا معنى لقوله لا يلزم إلا غسلها اهـ وكذا اعترضه فى الحلية بما حاصله أنه إذا لزم غسل الثياب لكونها ،غسلت بماء هذا البئر فكيف لم يحكم على الثياب بالنجاسة مستندا إلى وقت غسلها المتيقن حصوله قبل وجود الفأرة ، وإنما اقتصر على وقت وجودها مع أنه لا يتجه على قول الإمام ، لأنه يوجب مع الغسل الإعادة ، ولا على قولهما لأنهما لا يوجبان غسل الثوب أصلا اهـ . وأقره فى البحر والنهر وغيرهما .

وأقول وبالله تعالى التوفيق : ما قاله الزيلعى مخالف لإطلاق المتون قاطبة ، فإنهم حكموا بالنجاسة ولم يفصلوا بين الوضوء والثوب . وفى الهداية ومختصر القدورى : أعادوا صلاة يوم وليلة إذا كانوا توضئوا منها وغسلوا كل شىء أصابه ماؤها اهـ .

وفى شرح الجامع الصغير لقاضيخان : إن كانت منتفخة أعادوا صلاة ثلاثة أيام ولياليها ،وما أصاب الثوب منه فى الثلاثة أفسده ، وإن عجن منه لم يؤكل خبزه اهـ ومثله فى المنية وشرحها . ثم رأيت بعض محشى صدر الشريعة نقل ما نقلناه قال إنه المذكور فى إعلام المعتبرات والمشهور فى الرواية عن أبى حنيفة اهـ ، فقد ظهر أن الصواب عدم الاقتصار على الحال وبه يزول الإشكال ، نعم أشار فى الدرر إلى أن ما قاله الزيلعى ملفق من قول الإمام وقولهما حيث قال بعد نقله كلام الزيلعى : يؤيده ما قال فى معراج الدراية أن الصباغى كان يفتى بهذا انتهى

وهذا لو تطهر عن حدث أو غسل عن خبث ، وإلا لم يلزم شيء إجماعا جوهرة .

(ومذ ثلاثة أيام) بلياليها (إن انتفخ أو تفسخ) استحسانا . وقالا : من وقت العلم فلا يلزمهم شيء قبله ، قيل وبه يفتى .

[فرع] وجد في ثوبه منياً أو بولا أو دما أعاد من آخر احتلام

أى بهذا التفصيل . قال فى البحر : كان الصباغى يفتى بقول أبى ح فيما يتعلق بالصلاة وبقولهما فيما سواه . كذا فى معراج الدراية اه .

وأقول : لايخفى أن مقتضى ماأفتى به الصباغى أن تجب إعادة الصلاة ولا يجب غسل الثياب ، وهذا عكس ماقاله الزيلعى فأين التأييد ؟ نعم يظهر هذا التأييد على ماقال بعضهم إن حرف الاستثناء فى عبارة الزيلعى زائد : أقول : وكذا وجدته ساقطا فى نسخة قديمة مصححة، وكذا وجدته فى نسختى مضروبا عليه ، وقد ظهر بما قررناه أن ماذكره الشارح من التفصيل تابع فيه الزيلعى ، وهو مخالف لما فى عامة المعتبرات مع مافيه من الإشكالات، فلا يعوّل عليه وإن أقره فى البحر والمنح ، ولهذا لم يعرّج عليه فى فتح القدير ، فاغتنم هذا التحرير الذى هو من منح العليم الخبير (قوله وهذا لو تطهر الخ) الإشارة فى عبارة الجوهرة إلى عبارة القدورى التى قدمناها ، ثم إن ماذكره فى الجوهرة عزاه إلى شيخه موفق الدين ، ثم قال : والمعنى فيه أن الماء صار مشكوكا فى طهارته ونجاسته ، فإن كانوا محدثين بيقين لم يزل حدثهم بماء مشكوك فيه ، وإن كانوا متوضئين لاتبطل صلاتهم بماء مشكوك فى نجاسته لأن اليقين لايرتفع بالشك اه .

أقول : هذا أيضا مخالف لإطلاق عبارات المعتبرات من لزوم إعادة الصلاة وغسل كل شيء أصابه ماؤها فى تلك المدة فإنه يشمل الإعادة عن حدث وغيره والغسل لثوب أو بدن من حدث أو نجاسة أو شرب أو غيره . وأيضا يناقضه مسألة العجين فإنه يلزم عليه أن يكون طاهرا حلالا لكونه كان طاهرا فلا تزول طهارته بماء مشكوك فيه مع أنه مخالف لما صرحوا به فى عامة كتب المذهب . وأيضا فقد رجحوا قول الإمام بحكمه بالنجاسة من يوم أو ثلاثة أيام فإنه الاحتياط فى أمر العبادة ، ولا يخفى أن هذا التفصيل خلاف الاحتياط ، فكان العمل على مافى كتب المذهب أولى .

مطلب مهم فى تعريف الاستحسان

(قوله استحسانا) الاستحسان كما قال الكرخى : قطع المسألة عن نظائرها لما هو أقوى ، وذلك الأقوى هو دليل يقابل القياس الجلى الذى تسبق إليه أفهام المجتهدين نصاً كان أو إجماعا أو قياسا خفيا ، وتمامه فى فتاوى العلامة قاسم (قوله وقالا الخ) قولهما هو القياس الجلى ، وبيان وجه كل فى المطولات (قوله فلا يلزمهم) أى أصحاب البئر شيء من إعادة الصلاة أو غسل ماأصابه ماؤها كما صرح به الزيلعى وصاحب البحر والفيض وشارح المنية ، فقول الدرر بل غسل ماأصابه ماؤها ، قال فى الشرنبلالية : لعل الصواب خلافه (قوله قبله) أى قبل العلم بالنجاسة (قوله قيل وبه يفتى) قائله صاحب الجوهرة . وقال العلامة قاسم فى تصحيح القدورى : قال فى فتاوى العتابى : قولهما هو المختار .

قلت : لم يوافق على ذلك ، فقد اعتمد قول الإمام البرهانى والنسفى والموصلى وصدر الشريعة ، ورجح دليله فى جميع المصنفات ، وصرح فى البدائع بأن قولهما قياس ، وقوله استحسان ، وهو الأحوط فى العبادات اه (قوله أعاد من آخر احتلام الخ) لف ونشر مرتب . وفى بعض النسخ من آخر نوم وهو المراد بالاحتلام ، لأن

وبول ورعاف :

ولو وجد فى جبته فأرة ميتة ، فإن لاثقب فيها أعاد مذ وضع القطن وإلا فثلاثة أيام لو منتفخة أو ناشفة ، وإلا فيوم وليلة :

(ولا نزح) فى بول فأرة فى الأصح فيض ، ولا (بخرء حمام وعصفور) وكذا سباع طير فى الأصح لتعذر صونها عنه (و) لا (بتقاطر بول كرؤوس إبر وغبار نجس) .

النوم سببه كما نقله فى البحر (قوله ورعاف) هذا ظاهر إذا وقع له رعاف ولم يبينوا حكم ما إذا لم يقع اه ولأجل هذا ، والله تعالى أعلم .

روى ابن رستم أن الدم لايعيد فيه لأن دم غيره قد يصيبه ، فالظاهر أن الإصابة لم تتقدم زمان وجوده ، بخلاف المنى لأن منى غيره لايصيب ثوبه ، فالظاهر أنه منيه ، فيتعين وجوده من وقت وجود سبب خروجه حتى لو كان الثوب مما يلبسه هو وغيره يستوى فيه حكم المنى والدم . واختار فى المحيط مارواه ابن رستم ذكره فى البحر وقوله فالظاهر أن الإصابة الخ لايظهر فى الجاف ط . وفى السراج : لو وجد فى ثوبه نجاسة مغلظة أكثر من قدر الدرهم ولم يعلم بالإصابة لم يعد شيئا بالإجماع وهو الأصح اه .

قلت : وهذا يشمل الدم ، فيقتضى أن الأصح عدم الإعادة مطلقا تأمل (قوله لو منتفخة أو ناشفة الخ) ذكره فى النهر بحثاً فقال بعد قولهم فثلاثة أيام : وينبغى على قياس ماسبق تقييده بكونها منتفخة أو ناشفة وإن لم يكن أعاد يوما وليلة اه (قوله فى بول فأرة فى الأصح) وسيذكر فى الأنجاس أن عليه الفتوى ، وأن خرأها لايفسد مالم يظهر أثره ، وأن بول السنور عفو فى غير أوانى الماء وعليه الفتوى اه .

أقول : وفى الخانية أن بول الهرة والفأرة وخرأهما نجس فى أظهر الروايات يفسد الماء والثوب اه ولعلهم رجحوا القول بالعفو للضرورة (قوله بخرء) بالفتح والضم كما فى المغرب (قوله حمام وعصفور) أى ونحوهما مما يؤكل لحمه من الطيور سوى الدجاج والإوز (قوله فى الأصح) راجع إلى قوله وكذا سباع طير أى مما لايؤكل لحمه من الطيور ، وهذا ماصححه فى المبسوط ، وصحح قاضيخان فى جامعه النجاسة بحر (قوله لتعذر صونها) أى البئر عنه : أى عن الخرء المذكور :

ومفاد التعليل أنه نجس معفو عنه للضرورة ، وفيه اختلاف المشايخ ، لكن الذى اختاره فى الهداية وكثير من الكتب أنه ليس بنجس عندنا للإجماع العملى على اقتناء الحمامات فى المسجد الحرام من غير نكير مع العلم بما يكون منها كما فى البحر . قال : ولم يذكروا لهذا الخلاف فائدة مع اتفاقهم على سقوط حكم النجاسة اه .

قلت : يمكن أن تظهر فى التعاليق ، وكذا إذا رماه فى الماء قصداً فإنه لاضرورة فى ذلك لكونه بفعله . وما فى النهر من أنها يمكن أن تظهر فيما لو وجدها على ثوب وعنده ماهو خال عنها لاتجوز الصلاة فيه على العفو لانتفاء الضرورة وتجوز على الطهارة اه . قال ط : فيه نظر ، إذ مقتضاه عدم جواز التطهر فيه بهذا الماء حيث وجد غيره (قوله ولا بتقاطر بول الخ) تبع فيه صاحب الدرر ، وأشار فى الفيض إلى ضعفه ، وذكر القهستانى فى الأنجاس أنه إن وقع فى الماء نجسه فى الأصح ، وكذا ذكره الحدادى عن الكفاية معللا بأن طهارة الماء آكد ، وبأنه لاحرج فى الماء : أى بخلاف البدن والثوب ، وبه جزم الشارح فى الأنجاس أيضاً ، فعلم أن كلام المصنف مبنى على القول الضعيف كما نبه عليه العلامة نوح أفندى (قوله كرؤوس إبر) ومثل الرؤوس الجهة الأخرى ط ، وسيأتى إشباع الكلام على هذه المسألة فى باب الأنجاس (قوله وغبار نجس) بالإضافة وعدمها ، وفى الجيم الفتح والكسر ط

للعفو عنهما (وبعرتى إبل وغنم ، كما) يعنى (لو وقعتا فى محلب) وقت الحلب (فرميتا) فورا قبل تفتت وتلون، والتعبير بالبعرتين اتفاقى ، لأن ما فوق ذلك كذلك ، ذكره فى الفيض وغيره ، ولذا قال (قبل القليل المعفو عنه مايستقله الناظر والكثير بعكسه وعليه الاعتماد) كما فى الهداية وغيرها ، لأن أبا حنيفة لايقدر شيئا بالرأى .

(قوله وبعرتى إبل وغنم) أى لاتزح بهما ، وهذا استحسان . قال فى الفيض : فلا ينجس إلا إذا كان كثيرا ، سواء كان رطباً أو يابسا ، صحيحا أو منكسرا : ولا فرق بين أن يكون للبئر حاجز كالمدن أولا كالفلوات هو الصحيح اه . وفى التاترخانية : ولم يذكر محمد فى الأصل روث الحمار والخثى . واختلفوا فيه ؛ فقيل ينجس ولو قليلا أو يابسا ، وقيل لو يابسا فلا ، وأكثرهم على أنه لو فيه ضرورة وبلوى لاينجس وإلا نجس اه .

مطلب فى الفرق بين الروث والخثى والبعر والخرء والنجو والعذرة

[فائدة] قال نوح أفندى : الروث للفرس والبغل والحمار ، والخثى بكسر فسكون للبقر والفيل ، والبعر للإبل والغنم ، والخرء للطيور ، والنجو للكلب ، والعذرة للإنسان (قوله فى محلب) بكسر الميم : مايحلب فيه قاموس (قوله وقت الحلب) فلو وقعت فى غير زمان الحلب فهو كوقوعها فى سائر الأوانى فتنجس فى الأصح ، لأن الضرورة إنما هى زمان الحلب ، لأن من عادتها أن تبعر ذلك الوقت ، والاحتراز عنه عسير ، ولا كذلك غيره اه شارح منية (قوله قبل تفتت وتلون) قال فى العناية تبعاً للخانية : فلو تفتتت أو أخذ اللبن لونها ينجس اه فتال (قوله والتعبير بالبعرتين) أى فى مسألتى البئر والمحلب كما أفاده فى الشرنبلالية عن الفيض (قوله اتفاقى) اعلم أن بعضهم فهم من تقييد محمد فى الجامع الصغير بالبعرة أو البعرتين أنه احتراز عن الثلاث بناء على أن مفهوم العدد فى الرواية معتبر . قال فى البحر : وهذا الفهم إنما يتم لو اقتصر محمد على ذلك مع أنه قال لايفسد مالم يكن كثيرا فاحشاً والثلاث ليس بكثير فاحش، كذا نقل عبارة الجامع فى المحيط وغيره اه فأشار الشارح إلى أن قول المصنف وبعرتى إبل وغنم المراد منه القليل لاخصوص الثنتين ، وحمل قوله وقيل الخ على بيان حد القليل والكثير ليفيد أن ذلك ليس قولا آخر كما قد يتوهم ، وإنما عبر عنه المصنف بقوله وقيل ليفيد وقوع الخلاف فى حده ، فإن فيه أقوالا أصح منها قولان ، أرجحهما هذا ، والثانى أن مالا يخلو دلو عن بعرة فهو كثير ، صححه فى النهاية وعزاه إلى المبسوط فافهم (قوله ذكر فى الفيض) لم يصرح فى الفيض بهذه العبارة وإنما يفهم من قوله إلا إذا كان كثيرا كما قدمناه (قوله وعليه الاعتماد) وصححه فى البدائع والكافى وكثير من الكتب بحر ، وفى الفيض : وبه يفتى (قوله لايقدّر الخ) أى أن عادة الإمام رحمه الله تعالى أن ماكان محتاجا إلى تقدير بعدد أو مقدار مخصوص ولم يرد فيه نص لايقدره بالرأى ، وإنما يفوضه إلى رأى المبتلى، فلذا كان هذا القول أرجح (قوله البعد الخ) اختلف فى مقدار البعد المانع من وصول نجاسة البالوعة إلى البئر ؛ ففى رواية خمسة أذرع ،وفى رواية سبعة . وقال الحلوانى: المعتبر الطعم أو اللون أو الريح، فإن لم يتغير جاز وإلا لا ولو كان عشرة أذرع. وفى الخلاصة والخانية : والتعويل عليه ، وصححه فى المحيط بحر :

والحاصل أنه يختلف بحسب رخاوة الأرض وصلابتها ، ومن قدّره اعتبر حال أرضه .

[فرع] البعد بين البئر والبالوعة بقدر مالا يظهر للنجس أثر (ويعتبر سؤر بمسئر) اسم فاعل من أسأر : أى أبقى لاختلاطه بلعابه (فسؤر آدمى مطلقا) ولو جنباً أو كافرا أو امرأة، نعم يكره سؤرها للرجل كعكسه للاستلذاذ واستعمال ريق الغير ، وهو لايجوز مجتبى (ومأكول لحم) ومنه الفرس فى الأصح ومثله مالا دم له (طاهر الفم)

مطلب فى السؤر

(قوله ويعتبر سؤر بمسئر) لما فرغ من بيان فساد الماء وعدمه باعتبار وقوع نفس الحيوانات فيه ذكرها باعتبار مايتولد منها . والسؤر بالضم مهموز العين : بقية الماء التى يبقيها الشارب فى الإناء أو فى الحوض ثم استعير لبقية الطعام وغيره ، والجمع الأسآر والفعل أسأر : أى أبقى مما شرب بحر وغيره ، وظاهر القاموس أن السؤر حقيقة فى مطلق البقية، والمعنى أن السؤر يعتبر بلحم مسئره طاهرا فسؤره طاهرا، أو نجسا فنجس، أو مكروها فمكروه ، أو مشكوكا فمشكوك ابن ملك (قوله اسم الفاعل من أسأر) أى مسئر اسم فاعل قياسى ، مأخوذ من مصدر أسأر أو سأر كمنع . واسم فاعلهما السماعى سآر كسحار ، والقياسى جائز كما فى القاموس (قوله لاختلاط بلعابه) علة ليعتبر : أى ولعابه متولد من لحمه، فاعتبر به طهارة ونجاسة وكراهة وشكا منح اه ط (قوله ولو جنبا الخ) بيان للإطلاق .

فإن قيل ينبغى أن يتنجس سؤره على القول بنجاسة المستعمل لسقوط الفرض بهذا الشرب على الراجح. قلنا المستعمل هو المشروب لا مابقى . ولو سلم فلا يستعمل للحرج كإدخال اليد فى الحب لكوز ، وتمامه فى البحر (قوله أو كافرا) لأنه عليه الصلاة والسلام أنزل بعض المشركين فى المسجد على ما فى الصحيحين، فالمراد بقوله تعالى — إنما المشركون نجس — النجاسة فى اعتقادهم بحر . ولا يشكل نزح البئر به لو أخرج حيا، لأن ذلك لما عليه فى الغالب من النجاسة الحقيقية أو الحكمية كما قدمناه (قوله أو امرأة) أى ولو حائضا أو نفساء ، لما روى مسلم وغيره عن عائشة رضى الله عنها قالت « كنت أشرب وأنا حائض فأناوله النبى صلى الله عليه وسلم فيضع فاه على موضع فى » بحر (قوله نعم يكره سؤرها الخ) أى فى الشرب لافى الطهارة بحر . قال الرملى : ويجب تقييده بغير الزوجة والمحارم اه .

وأورد بعضهم على قول البحر لافى الطهارة مامر فى الوضوء من أنه يكره التوضى بفضل ماء المرأة، والمراد به السؤر . أقول : المراد به الماء الذى توضأت به فى خلوتها كما أوضحناه فيما مر ، فتدبر (قوله للاستلذاذ) قال شيخنا : ويستفاد منه كراهة الخلاق الأمرد إذا وجد المحلوق رأسه من اللذة مايزيد على مالو كان ملتحيا اه، فكراهة التكبيس وغمز الرجلين واليدين من الأمرد فى الحمام بالأولى ط (قوله واستعمال ريق الغير) اعترضه أبو السعود بأنه يشمل سؤر الرجل لرجل والمرأة للمرأة ، فالظاهر الاقتصار على التعليل الأول كما فعل فى النهر اه أى لأنه صلى الله عليه وسلم كان يشرب ويعطى الإناء لمن عن يمينه ويقول «الأيمن فالأيمن» نعم عبر فى المنح بالأجنبية ، وفيه نظر أيضا . والذى يظهر أن العلة الاستلذاذ فقط ، ويفهم منه أنه حيث لا استلذاذ كراهة ولا سيما إذا كان يعافه (قوله مجتبى) أى قبيل كتاب الوصايا. وكان المناسب ذكره قبل التعليل لأنى لم أره فى المجتبى (قوله ومأكول لحم) أى سوى الجلالة منه فإنه مكروه كما يأتى (قوله ومنه الفرس فى الأصح) وهو ظاهر الرواية عن الإمام وهو قولهما ، وكراهة لحمه عنده لاحترامه لأنه آلة الجهاد لا لنجاسته ، فلا يؤثر فى كراهة سؤره بحر . والفرس اسم جنس كالحمار فيعم الذكر والأنثى ط (قوله ومثله ماء لادم له) أى سائل سواء كان يعيش فى الماء أو فى غيره ط

قيد للكل (طاهر) طهور بلا كراهة .

(و) سؤر (خنزير وكلب وسباع بهائم) ومنه الهرة البرية (وشارب خمر فور شربها) ولو شاربه طويلا لايستوعبه اللسان فنجس ولو بعد زمان (وهرة فور أكل فأرة نجس) مغلظ (و) سؤر هرة (ودجاجة مخلاة) وإبل وبقر جلالة ،

عن البحر (قوله قيد للكل) أى للآدمى والمأكول اللحم ولا دم له ط (قوله طاهر) أى فى ذاته طهور : أى مطهر لغيره من الأحداث والأخباث ط (قوله وسؤر خنزير) قدر لفظ سؤر إشارة إلى أن لفظ خنزير مجرور بمضاف حذف وأبقى عمله وهو قليل ، والأولى رفعه لقيامه مقام المضاف . قال الزيلعى : ولا يجوز عطفه على المجرور قبله ، لأنه يلزم منه(١) العطف على معمولى عاملين مختلفين كما أوضحه فى البحر (قوله وسباع بهائم) هى ما كان يصطاد بنابه كالأسد والذئب والفهد والنمر والثعلب والفيل والضبع وأشباه ذلك سراج (قوله فور شربها) أى بخلاف ما إذا مكث ساعة ابتلع ريقه ثلاث مرات بعد لحس شفتيه بلسانه وريقه ثم شرب فإنه لاينجس ، ولا بد أن يكون المراد إذا لم يكن فى بزاقه أثر الخمر من طعم أو ريح اه حلية (قوله لايستوعبه اللسان) أى لايتمكن أن يعمه بريقه (قوله ولو بعد زمان) أى ولو كان شربه الماء بعد زمان طويل . وفى أنجاس التاترخانية عن الحاوى : وقيل إذا كان الإناء مملوءا ينجس الماء والإناء بملاقاة فمه وإلا فلا اه أى لأنه إذا لم يكن مملوءا يكون الماء واردا على الشارب فإذا ابتلعه يكون كالجارى (قوله فور أكل فأرة) فإن مكثت ساعة ولحست فمها فمكروه منية . ولا ينجس عندهما . وقال محمد : ينجس لأن النجاسة لا تزول عنده إلا بالماء ، وينبغى أن لا ينجس على قوله إذا غابت غيبة يجوز معها شربها من ماء كثير حلية (قوله مغلظ) وفى رواية عن الثانى أن سؤر مالا يؤكل كبول مايؤكل ، والذى يظهر ترجيح الأول بحر (قوله مخلاة) بتشديد اللام : أى مرسلة تخالط النجاسات ويصل منقارها إلى ماتحت قدميها ، أما التى تحبس فى بيت وتعلف فلا يكره سؤرها لأنها لا تجد عذرات غيرها حتى تجول فيها وهى فى عذرات نفسها لا تجول بل تلاحظ الحب بينه فتلتقطه كما حققه فى الفتح ، وتمامه فى البحر (قوله وإبل وبقر جلالة) أى تأكل النجاسة اذا جهل حالها ، فإن علم حال فمها طهارة ونجاسة فسؤرها مثله اه مقدسى .

أقول : الظاهر أنه أراد بالجلالة غير التى أنتن لحمها من أكل النجاسة ، إذ لو أنتن فالظاهر الكراهة بلا تفصيل لأنهم صرحوا بأنها لايضحى بها كما يأتى فى الأضحية . قال فى شرح الوهبانية : وفى المنتقى الجلالة المكروهة التى إذا قربت وجدت منها رائحة ، فلا تؤكل ولا يشرب لبنها ولا يعمل عليها ، ويكره بيعها وهبتها وتلك حالها ، وذكر البقالى أن عرقها نجس اه وصرح المصنف فى الحظر والإباحة أنه يكره لحم الأتان والجلالة . قال الشارح هناك : وتحبس الجلالة حتى يذهب نتن لحمها . وقدر بثلاثة أيام لدجاجة ، وأربعة لشاة ، وعشرة لإبل وبقر على الأظهر ؛ ولو أكلت النجاسة وغيرها بحيث لم ينتن لحمها حلت اه وبه علم أن الجلالة التى يكره سؤرها هى التى لا تأكل إلا النجاسة حتى أنتن لحمها لأنها حينئذ غير مأكولة ، ولذا قال فى الجوهرة : فإن كانت تخلط أو أكثر علفها علف الدواب لايكره سؤرها اه .

---

(١) (قوله لأنه يلزم الخ) أى لأن الكلب معطوف على الآدمى وهو معمول المضاف أعنى سؤر ، ونجس معطوف على طاهر وهو معمول المبتدإ أعنى سؤر ، فكان فيه العطف على معمولين وهما الآدمى ، وطاهر لعاملين وهما المضاف والمبتدأ ، هذا إذا كان المضاف عاملا فى المضاف إليه ، أما إذا كان العامل هو الإضافة فلا إشكال أنه من باب العطف على معمول عاملين مختلفين اه بحر . وأشار بقوله فلا إشكال إلى أن فى التقرير السابق إشكالا ، لأنه مبنى على تنزيل اختلاف العمل منزلة اختلاف العامل ، لأن العامل وهو سؤر واحد فى الحقيقة لكن عمله فى المضاف إليه وفى الخبر مختلف ، فكأنه عاملان اه منه

فالأحسن ترك دجاجة ليعم الإبل والبقر والغنم قهستانى (وسباع طير) لم يعلم ربها طهارة منقارها (وسواكن بيوت) طاهر للضرورة (مكروه) تنزيها فى الأصح

قلت : بقى شىء ، وهو أن الغالب أن الإبل تجتر كالغنم وجرتها نجسة كسرقينها كما سيأتى ، ومقتضاه أن يكون سؤرها مكروها وإن لم تكن جلالة ولم أر من تعرّض له ، وإنما المفهوم من إطلاقهم عدم الكراهة فليتأمل (قوله لم يعلم ربها طهارة منقارها) لما روى الحسن عن أبى حنيفة : إن كان هذا الطير لايتناول الميتة مثل البازى الأهلى ونحوه لايكره الوضوء وإنما يكره فى الذى يتناول الميتة ، وروى عن أبى يوسف أيضا مثله حلية (قوله وسواكن بيوت) أى مما له دم سائل كالفأرة والحية والوزغة ، بخلاف مالا دم له كالخنفس والصرصر والعقرب فإنه لايكره كما مر ، وتمامه فى الإمداد (قوله طاهر للضرورة) بيان ذلك أن القياس فى الهرة نجاسة سؤرها لأنه مختلط بلعابها المتولد من لحمها النجس ، لكن سقط حكم النجاسة اتفاقا بعلة الطواف المنصوصة بقوله صلى الله عليه وسلم إنها ليست بنجسة ، إنها من الطوافين عليكم والطوافات ، أخرجه أصحاب السنن الأربعة وغيرهم ، وقال الترمذى حسن صحيح ؛ يعنى أنها تدخل المضايق ولازمه شدة المخالطة بحيث يتعذر صونَ الأوانى منها ، وفى معناها سواكن البيوت للعلة المذكورة ؛ فسقط حكم النجاسة للضرورة وبقيت الكراهة لعدم تحاميها النجاسة ، وأما المخلاة فلعابها طاهر فسؤرها كذلك ، لكن لما كانت تأكل العذرة كره سؤرها ولم يحكم بنجاسته للشك ، حتى لو علمت النجاسة فى فمها تنجس ، ولو علمت الطهارة انتفت الكراهة .

وأما سباع الطير فالقياس نجاسة سؤرها كسباع البهائم بجامع حرمة لحمها ، والاستحسان طهارته لأنها تشرب بمنقارها وهو عظم طاهر ، بخلاف سباع البهائم لأنها تشرب بلسانها المبتلّ بلعابها النجس ، لكن لما كانت تأكل الميتة غالبا أشبهت المخلاة فكره سؤرها ، حتى لو علم طهارة منقارها انتفت الكراهة هكذا قرروا ، وبه علم أن طهارة السؤر فى بعض هذه المذكورات ليست للضرورة بل على الأصل فتنبه (قوله مكروه) لجواز كونها أكلت نجاسة قبيل شربها .

وأفاد فى الفتح أنه لو احتمل تطهيرها فمها زالت الكراهة حيث قال : ويحمل إصغاؤه صلى الله عليه وسلم الإناء للهرة على زوال ذلك التوهم ، بأن كانت فى مرأى منه فى زمان يمكن فيه غسلها فمها بلعابها . وأما على قول محمد فيمكن بمشاهدة شربها من ماء كثير أو مشاهدة قدومها عن غيبة يجوز معها ذلك ، فيعارض هذا التجويز بتجويز أكلها نجسا قبيل شربها فيسقط فتبقى الطهارة دون كراهة ، لأن الكراهة ماجاءت إلا من ذلك التجويز وقد سقط ، وعلى هذا لاينبغى إطلاق كراهة أكل فضلها والصلاة إذا لحست عضوا قبل غسله كما أطلقه شمس الأئمة وغيره ، بل يقيد بثبوت ذلك التوهم ؛ أما لو كان زائلا بما قلنا فلا اهـ وأقره فى البحر وشرح المقدسى ، وهو خلاف ماقدمناه عن المنية تأمل (قوله تنزيها) قيد به لئلا يتوهم التحريم :

مطلب الكراهة حيث أطلقت فالمراد منها التحريم

قال فى البحر : واعلم أن المكروه إذا أطلق فى كلامهم فالمراد منه التحريم إلا أن ينص على كراهة التنزيه ، فقد قال المصنف فى المصفى : لفظ الكراهة عند الإطلاق يراد بها التحريم . قال أبو يوسف : قلت لأبى حنيفة : إذا قلت فى شىء أكرهه فما رأيك فيه ؟ قال : التحريم اهـ (قوله فى الأصح) الخلاف إنما هو فى سؤر الهرة : قال فى البحر : وأما سؤر الدجاجة المخلاة فلم أر من ذكر خلافا فى المراد من الكراهة ، بل ظاهر كلامهم أنها

إن وجد غيره وإلا لم يكره أصلا كأكله لفقير (و) سؤر (حمار) أهلي ولوذكرا فى الأصح (وبغل) أمه حمارة ، فلو فرساً أو بقرة فطاهر كمتولد من حمار وحشي وبقرة ، ولا عبرة بغلبة الشبه

كراهة التنزيه بلا خلاف لأنها لاتتحامى النجاسة ، وكذا فى سباع الطير وسواكن البيوت اهـ (قوله كأكله لفقير) أى أكل سؤرها : أى موضع فمها ، وماسقط منه من الخبز ونحوه من الجامدات لأنه لايخلو من لعابها . وليس المراد أكل مابقى أى مما لم يخالطه لعابها بخلاف المائع كما أوضحه فى الحلية . وأفاد الشارح كراهته لغنى لأنه يجد غيره ، وهذا عند توهم نجاسة فمها كما قدمناه عن الفتح قريبا .

[فرع] تكره الصلاة مع حمل ماسؤره مكروه كالهرة اهـ بحر عن التوشيح .

قلت : وينبغى تقييده بالتوهم أيضا كما علمته مما مر ، ويظهر منه كراهة الصلاة بثوب أصابه السؤر المكروه كما ذكره فى الحلية :

مطلب : ست تورث النسيان

[نكتة] قيل ست تورث النسيان : سؤر الفأرة ، وإلقاء القملة وهى حية ، والبول فى الماء الراكد ، وقطع القطار ، ومضغ العلك ، وأكل التفاح ، ومنهم من ذكره حديثا ، لكن قال أبو الفرج بن الجوزى إنه حديث موضوع بحر وحلية ، وإطلاق التفاح هنا موافق لما فى كتب الطب من أنه أكله مورث للنسيان . وقيد بعضهم الحديث مقيدا التفاح بالحامض :

[تتمة] زاد بعضهم : مما يورث النسيان أشياء : منها العصيان ، والهموم والأحزان بسبب الدنيا ، وكثرة الاشتغال بها ، وأكل الكزبرة الرطبة ، والنظر إلى المصلوب ، والحجم فى نقرة القفا ، واللحم المالح ، والخبز الحامى ، والأكل من القدر ، وكثرة المزح ، والضحك بين المقابر ، والوضوء فى محل الاستنجاء ، وتعميم السراويل أو العمامة ، ونظر الجنب إلى السماء ، وكنس البيت بالخرق ، ومسح وجهه أو يديه بذيله ، ونفض الثوب فى المسجد ، ودخوله باليسرى وخروجه باليمنى ، واللعب بالمذاكير أو الذكر حتى ينزل ، والنظر إليه والبول فى الطريق أو تحت شجرة مثمرة أو فى الماء الراكد أو فى الرماد ، والنظر إلى الفرج أو فى مرآة الحجام ، والامتشاط بالمشط المكسور وغير ذلك ، ولسيدى عبد الغنى فيها رسالة (قوله أهلى) أما الوحشى فمأكول فلا شك فى سؤره ولا كراهة (قو له فى الأصح) قاله قاضيخان ، ومقابله القول بنجاسته لأنه ينجس فمه بشم البول. قال فى البدائع : وهو غير سديد لأنه أمر موهوم لايغلب وجوده فلا يؤثر فى إزالة الثابت بحر (قوله أمه حمارة) قال فى القاموس : الحمارة بالهاء الأتان فافهم ، وهذا القيد صرح به غير واحد منهم السروجى فى شرح الهداية . قال : إذا نزا الحمار على الرمكة أى الفرس لايكره لحم البغل المتولد بينهما ، فعلى هذا لايصير سؤره مشكوكا فيه اهـ ؛ والمراد لايكره لحمه عندهما إلحاقا له بالفرس ، وعنده يكره كالفرس ، إلا أن سؤره لا يكون مشكوكا اتفاقا كما هو الصحيح فى سؤر الفرس ؛ وكذا البغل الذى أمه بقرة يحل لحمه اتفاقا ولا يكون سؤره مشكوكا لكن ينافى هذا قول صاحب الهداية والبغل من نسل الحمار فيكون بمنزلته ، فإنه لايعيد اعتبار الأب إلا أن الأصل فى الحيوانات الإلحاق بالأم كما صرحوا به فى غير موضع ، شرح المنية ونحوه فى النهر . قال فى الحلية : قلت : ويمكن أن يقال مافى الهداية مخرّج على مذهب الإمام خاصــة فيما إذا كان أبوه حمارا وأمه فرسا ، تغليبا لجانب التحريم على الإباحة احتياطا (قوله فطاهر) الأولى قول ابن ملك عن الغاية فطهور لأن الولد يتبع الأم اهـ (قوله ولا عبرة بغلبة الشبه) رد على ما قاله مسكين من أن التبعية للأم محلها ما إذا لم يغلب شبهه بالأب

لتصريحهم بحل أكل ذئب ولدته شاة اعتباراً للأم ، وجواز الأكل يستلزم طهارة السؤر كما لايخفى ، وما نقله المصنف عن الأشباه من تصحيح عدم الحل قال شيخنا إنه غريب (مشكوك فى طهوريته لا فى طهارته) حتى لو وقع فى ماء قليل اعتبر بالأجزاء ، وهل يطهر النجس ؟

(قوله لتصريحهم الخ) صرح فى الهداية وغيرها فى الأضحية بجواز الأضحية به حيث قال : والمولود بين الأهل والوحشى يتبع الأم لأنها الأصل فى التبعية ، حتى إن نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد اه تأمل (قوله اعتبارا للأم) لأنها الأصل فى الولد لانفصاله منها وهو حيوان متقوم ، ولا ينفصل من الأب إلا ماء مهينا ، ولهذا يتبعها فى الرق والحرية ؛ وإنما أضيف الآدمى إلى أبيه تشريفا له ، وصيانة له عن الضياع ، وإلا فالأصل إضافته إلى الأم كما فى البدائع (قوله عن الأشباه) صوابه عن الفوائد التاجية ط ، وكذا نقله فى الأشباه عنها فى قاعدة : إذا اجتمع الحلال والحرام (قوله عدم الحل) أى عدم حل أكل ذئب ولدته شاة (قوله قال شيخنا) يريد الرملى عند الإطلاق ط (قوله إنه غريب) أى لمخالفته المشهور فى كلامهم من إطلاق أن العبرة للأم ، وقد ذكر القولين المصنف فى منظومته تحفة الأقران فى الأضحية فقال :

نتيجة الأهلىّ والوحشىّ تلحق بالأم على المرضى
ومثله نتيجة المحرم مع المباح يا أخىّ فاعلم
هذا هو المشهور بين العلما والحظر فى هذا حكوه فاعلما

(قوله مشكوك فى طهوريته) هذا هو الأصح ، وهو قول الجمهور ، ثم قيل سببه تعارض الأخبار فى لحمه ، وقيل اختلاف الصحابة فى سؤره ، والأصح ما قاله شيخ الإسلام : إن الحمار أشبه الهرة لوجوده فى الدور والأفنية ، لكن الضرورة فيه دون الضرورة فيها لدخولها مضايق البيت فأشبه الكلب والسباع ، فلما ثبتت الضرورة من وجه دون وجه واستوى مايوجب الطهارة والنجاسة تساقطا للتعارض فصير إلى الأصل ، وهو هنا شيئان : الطهارة فى الماء ، والنجاسة فى اللعاب ، وليس أحدهما بأولى من الآخر ، فبقى الأمر مشكلا نجسا من وجه طاهرا من آخر ، وتمامه فى البحر .

لايقال : كلب الصيد والحراسة كذلك لأنه معارض بالنص كما أفاده فى السعدية (قوله لا فى طهارته) أى ولا فيهما جميعا كما قيل أيضا ، هذا مع اتفاقهم أنه على ظاهر الرواية لاينجس الثوب والبدن والماء ولا يرفع الحدث ، فلهذا قال فى كشف الأسرار : إن الاختلاف لفظى ، لأن من قال الشك فى طهوريته فقط أراد أن الطاهر لا يتنجس به ووجب الجمع بينه وبين التراب ، لا أنه ليس فى طهارته شك أصلا ، لأن الشك فى طهوريته إنما نشأ من الشك فى طهارته اه بحر .

قلت : ويؤيده ما مر عن شيخ الإسلام ، فإنه صريح فى أن الشك فى الطهارة (قوله اعتبر بالأجزاء) أى كالماء المستعمل عند محمد ، فيجوز الوضوء بالماء مالم يغلب عليه محيط ، وكان الوجه أن يقول مالم يساوه لما علمته فى مسألة الفساق بحر . هذا ، وفى السراج بعد نقله عن الوجيز : واعترض الصيرفى عليه حيث قال : وهذا بعيد ، لأنه إذا جوز الوضوء بالماء الذى يختلط بالسؤر إذا كان أكثر كان أيضا يجوز الوضوء بالسؤر ، لأنه أكثر من اللعاب اه .

أقول : ويؤيده ما قدمناه عن الفتح من أنه تظافر كلامهم على أنه ينزح منه جميع ماء البئر ، وقدمنا النقول فيه ، وأن اعتباره بالأجزاء مخالف لذلك ، وقد صرحوا بأن العمل بما عليه الأكثر ، وبه يظهر أن ما هنا غير

قولان (فيتوضأ به) أو يغتسل (ويتيمم) أى يجمع بينهما احتياطا فى صلاة واحدة لا فى حالة واحدة (إن فقد ماء) مطلقا (وصح تقديم أيهما شاء) فى الأصح .

ولو تيمم وصلى ثم أراقه لزمه إعادة التيمم والصلاة لاحتمال طهوريته .

(ويقدم التيمم على نبيذ التمر على المذهب) المصحح المفتى به ،

معتبر فتدبر (قوله قولان) قد علمت أن الشك فى الطهورية ناشئ عن الشك فى الطهارة ، والنجس الثابت بيقين لا يرتفع إلا بطاهر بيقين ، فافهم وتأمل (قوله فى صلاة واحدة الخ) يعنى أن الشرط أن لا تخلو الصلاة الواحدة عنهما وإن لم يوجد الجمع بينهما فى حالة واحدة ، حتى لو توضأ به وصلى ثم أحدث وتيمم وصلى تلك الصلاة جاز هو الصحيح . لأن المطهر أحدهما لا المجموع ، فإن كان السؤر صحت ولغت صلاة التيمم . أو التيمم فبالعكس نهر .

فإن قيل : يلزم من هذا أداء الصلاة بلا طهارة فى إحدى المرتين وهو مستلزم للكفر فينبغى وجوب الجمع بينهما فى أداء واحد . قلنا : كل منهما مطهر من وجه دون وجه ، فلا يكون الأداء بلا طهارة من كل وجه . فلا يلزمه الكفر ، كما لو صلى حنفى بعد نحو الحجامة لا تجوز صلاته ولا يكفر للاختلاف . بخلاف ما لو صلى بعد البول ، بحر عن المعراج . والظاهر أن الأولى الجمع بينهما فى أداء واحد للتباعد عن هذه الشبهة . ثم رأيت فى الشرنبلالية نقل عن شيخه الشمس المحبى أنه لو صلى بالوضوء ثم بالتيمم . فإن لم يحدث بينهما كره فعله فى الأولى دون الثانية ، وإن أحدث كره فيهما ، ووجهه ظاهر فتدبر ، وبه ظهر أن قول النهر فيما مر ثم أحدث غير قيد . نعم يفهم منه أنه لو لم يحدث يصح بالأولى لأن الصلاة الثانية تكون بالطهارتين .

وفى النهر عن الفتح : واختلف فى النية بسؤر الحمار ، والأحوط أن ينوى اه : أى الأحوط القول بوجوبها . فقد قدمنا فى بحث النية عن البحر عن شرح المجمع والنقاية معزيا إلى الكفاية أنها شرط فيه وفى نبيذ التمر (قوله إن فقد ماء مطلقا) أما إذا وجده تعين المصير إليه ، ولو وجده بعد ما توضأ بالسؤر وتيمم لا يصلى ما لم يتوضأ به ، ولو لم يتوضأ به حتى فقده ومعه السؤر أعاد التيمم لا الوضوء بالسؤر ، تاترخانية (قوله فى الأصح) والأفضل تقديم الوضوء رعاية لقول زفر بلزومه إمداد (قوله ثم أراقه) أما لو أراقه أولا حتى صار عادما للماء لا يلزمه ، بل عن نصير بن يحيى أن من لم يجد إلا سؤر الحمار يهريقه ثم يتيمم . قال الصفار : وهو قول جيد ، بحر عن جامع المحبوبى (قوله لاحتمال طهوريته) أى فتحتمل الصلاة البطلان فتعاد .

وفى الزيلعى : متيمم رأى سؤر حمار وهو فى الصلاة أتمها ثم توضأ به وأعادها لاحتمال البطلان اه (قوله ويقدم التيمم على نبيذ التمر) اعلم أنه روى فى النبيذ عن الإمام ثلاث روايات :

الأولى : وهى قوله الأول أنه يتوضأ به ويستحب أن يضيف إليه التيمم .

الثانية الجمع بينهما كسؤر الحمار ، وبه قال محمد ، ورجحه فى غاية البيان .

والثالثة التيمم فقط ، وهو قوله الأخير ، وقد رجع إليه ، وبه قال أبو يوسف والأئمة الثلاثة ، واختاره الطحاوى ، وهو المذهب المصحح المختار المعتمد عندنا بحر .

إذا علمت ذلك ظهر لك أن ظاهر كلام المصنف مبنى على الرواية الثانية ، وبه تظهر مناسبة ذكره فى بحث السؤر ، لكن ينافيه قوله على المذهب : فيتعين حمل قوله ويقدم الخ على التقدم فى الرتبة لا فى الزمان : أى أن التيمم رتبته التقدم على الوضوء بالنبيذ ، فلا يقتصر على الوضوء به ، ولا يجمع بينهما مع سبق التيمم . قال فى النهر :

لأن المجتهد إذا رجع عن قول لايجوز الأخذ به :

(و) حكم (عرق كسؤر) فعرق الحمار إذا وقع فى الماء صار مشكلا على المذهب كما فى المستصفى . وفى المحيط : عرق الجلالة عفو فى الثوب والبدن . وفى الخانية أنه طاهر على الظاهر :

ومحل الخلاف ما إذا ألقى فى الماء تميرات حتى صار حلوا رقيقا غير مطبوخ ولا مسكر ؛ فإن لم يحل فلا خلاف فى جواز الوضوء به ، أو أسكر فلا خلاف فى عدم الجواز ، أو طبخ فكذلك فى الصحيح كما فى المبسوط ، ورجح غيره الجواز ، إلا أن الأول أولى لموافقته لما مر من الضابط أى المذكور فى المياه (قوله لأن المجتهد الخ) علة لكون ما ذكر هو المذهب المفتى به دون غيره فافهم (قوله وحكم عرق كسؤر) أى العرق من كل حيوان حكمه كسؤره لتولد كل منهما من اللحم كذا قالوا : ولاخفاء أن المتولد هو اللعاب أى لا السؤر، لكن أطلق عليه للمجاورة نهر (قوله فعرق الحمار الخ) أفرده بالتنصيص عليه لأن بعضهم كصاحب المنية استثناه فقال إلا أن عرق الحمار طاهر عند أبى حنيفة فى الروايات المشهورة كما ذكره القدورى . وقال شمس الأئمة الحلوانى : نجس إلا أنه جعل عفوا فى الثوب والبدن للضرورة . قال فى شرح المنية : وهذا الاستثناء إنما يصح على القول بأن الشك فى الطهارة .

فإذا قيل إن سؤر الحمار مشكوك فى طهارته ونجاسته وعرق كل شىء كسؤره صح أن يقال إلا أن عرق الحمار طاهر : أى من غير شك ، لأنه صلى الله عليه وسلم ركب الحمار معروريا فى حر الحجاز والغالب أنه يعرق ولم يرو أنه عليه الصلاة والسلام غسل بدنه أو ثوبه منه اهـ ، ومعروريا حال من الفاعل ولو كان من المفعول لقيل معرورى كذا فى المغرب .

قلت : وليس المعنى أنه عليه الصلاة والسلام ركب وهو عريان كما يوهمه كلام النهر وغيره ، إذ لايخفى بعده ، بل المراد أنه ركب حال كونه معروريا الحمار فهو اسم فاعل من أعرورى المتعدى حذف مفعوله للعلم به ، يقال اعرورى الفرس : ركبه عريا فتنبه (قوله صار مشكلا) يعنى صار الماء به مشكلا : أى فى الطهورية ، فيجمع بينه وبين التيمم كما فى لعابه ، ويجوز شربه من ذلك الماء كما فى السراج (قوله وفى المحيط الخ) هذا مأخوذ من القهستانى ، ونصه : وفى الزبدة أن عرق الجلالة كالحمار والبغل وغيرهما نجس . وفى قاضيخان أن عرقهما طاهر فى ظاهر الرواية . وفى المحيط عن الحلوانى نجس لكنه عفو فى البدن والثوب . وعن أبى حنيفة أن عرق الحمار نجاسة غليظة ، وعنه أنه خفيفة اهـ كلام القهستانى .

وحاصله أنه ذكر فى عرق الحمار والبغل ثلاث روايات عن الإمام كما صرح به فى شرح المنية أنه طاهر ، وهو ماقال قاضيخان إنه ظاهر الرواية وهى الرواية المشهورة كما قدمناه عن المنية . ونجس مغلظ . ونجس مخفف ، وكلام الحلوانى محتمل للأخيرتين إلا أنه أسقط حكم النجاسة فى البدن والثوب ، وقدمنا عن المنية تعليله بالضرورة : أى ضرورة ركوبه :

إذا علمت ذلك ظهر لك أن الكلام فى عرق الحمار والبغل لافى الجلالة ، وأن ضمير عرقهما فى عبارة القهستانى عن قاضيخان ضمير مثنى راجع إلى البغل والحمار . والظاهر أن نسخة القهستانى التى وقعت للشارح بضمير المفرد لا المثنى فأرجع الضمير إلى الجلالة وليس كذلك . وقد راجعت عبارة قاضيخان فرأيتها بضمير التثنية العائد إلى ماذكره قبله من البغل والحمار ، ولم أر فيها ذكر الجلالة أصلا ، وكذا مانقله فى المحيط عن الحلوانى ليس فى الجلالة بل فى البغل والحمار ، بدليل ماقدمناه عن المنية من عبارة الحلوانى ، وهو المتعين فى عبارة القهستانى بعد ضمير التثنية ، وقد ذكرنا أحكام الجلالة عند قوله وإبل وبقر جلالة ، ونقلنا التصريح عن البقالى بأن عرقها

باب التيمم

ثلث به تأسياً بالكتاب وهو من خصائص هذه الأمة بلا ارتياب .

(هو) لغة : القصد . وشرعا (قصد صعيد) شرط القصد لأنه النية (مطهر) خرج الأرض المتنجسة إذا جفت فإنها كالماء المستعمل (واستعماله)

نجس ، وبه صرح الشارح فى مسائل شتى آخر الكتاب ، وهو محمول على التى أنتن لحمها كما قدمنا ، فاغتنم هذا التحرير الذى هو من منح العليم الخبير ، الحمد لله على نعمائه وتواتر آلائه .

باب التيمم

(قوله ثلث به) أى جعله ثالثا للوضوء والغسل : أى ذكره بعدهما اقتداء بالكتاب العزيز أعنى قوله تعالى — ياأيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة — الآية فإنه ثلث به فيها ، وأيضا فهو خلف عنهما . والخلف يتبع الأصل (قوله وهو الخ) دليله قوله صلى الله عليه وسلم « أعطيت خمسا لم يعطهن أحد من الأنبياء قبلى : نصرت بالرعب مسيرة شهر . وجعلت لى الأرض » وفى رواية « ولأمتى مسجدا وطهورا ، فأيما رجل من أمتى أدركته الصلاة فليصل وأحلت لى الغنائم ولم تحل لأحد قبلى . وأعطيت الشفاعة . وكان النبى يبعث إلى قومه خاصة وبعثت إلى الناس عامة » رواه الشيخان وغيرهما ، بل قال السيوطى إنه متواتر ، فلذا قال الشارح بلا ارتياب . وفيه رمز إلى ما فى اختصاص هذه الأمة بالوضوء كما قدمناه فى محله (قوله هو لغة القصد) أى مطلق القصد . ومنه قوله تعالى — ولا تيمموا الخبيث — بخلاف الحج فإنه القصد إلى معظم كما فى البحر (قوله وشرعا الخ) قال فى البحر : واصطلاحا على مافى شروح الهداية القصد إلى الصعيد الطاهر للتطهير ، وعلى مافى البدائع وغيره استعمال الصعيد فى عضوين مخصوصين على قصد التطهير بشرائط مخصوصة . وزيف الأول بأن القصد شرط لاركن . والثانى بأنه لايشترط استعمال جزء من الأرض حتى يجوز بالحجر الأملس ، فالحق أنه اسم لمسح الوجه واليدين عن الصعيد الطاهر ، والقصد شرط لأنه النية اهـ وهـذا ماحققه فى الفتح (قوله شرط القصد الخ) بالبناء للمجهول . وفيه تورك على المصنف ، لأن تركيبه يقتضى أن حقيقته القصد فنبه على أنه شرط ، وكذا الصعيد ، وكونه مطهرا كما أفاده ح فافهم (قوله خرج الخ) ولذا لم يقل طاهر كامر عن شروح الهداية ، لأن هذه الأرض طاهرة غير مطهرة (قوله واستعماله الخ) هذا هو التعريف الثانى الذى قدمناه عن البدائع ؛ وأراد بالصفة المخصوصة ماسيأتى ، أو مامر من كونه فى عضوين مخصوصين بشرائط مخصوصة ، وقوله لأجل إقامة القربة هو معنى مامر عن البدائع من قوله على قصد التطهير ، وقول الشارح حقيقة أو حكما الخ جواب عن الإيراد المار على هذا التعريف ، إذ لايخفى أن الحجر الأملس جزء من الأرض استعمل فى العضوين للتطهير ، إذ ليس المراد بالاستعمال أخذ جزء منها بل جعله آلة للتطهير ، وعليه فهو استعمال حقيقة وهو ظاهر كلام النهر ، فلا حاجة إلى قوله أو حكما كما أفاده ط ، وبما قررناه ظهر لك أن المصنف ذكر التعريفين المنقولين عن المشايخ . والظاهر أنه قصد جعلهما تعريفا واحدا إذ لابد فى الألفاظ الاصطلاحية المنقولة عن اللغوية أن يوجد فيها المعنى اللغوى غالبا ، ويكون المعنى الاصطلاحى أخص من اللغوى ، ولذا عرّف المشايخ الحج بأنه قصد خاص بزيادة أوصاف مخصوصة ، ومامر من الإيراد على ذلك بأن القصد شرط يظهر لى أنه غير وارد ، لأن الشرط هو قصد عبادة مقصودة إلى آخر مايأتى لاقصد نفس الصعيد ، على أن المعانى الشرعية لاتوجد بدون شروطها ؛ فمن صلى بلا طهارة مثلا

حقيقة أو حكما ليعم التيمم بالحجر الأملس (بصفة مخصوصة) هذا يفيد أن الضربتين ركن ، وهو الأصح الأحوط (ل) أجل (إقامة القربة) خرج التيمم للتعليم فإنه لايصلى به .

وركنه شيئان : الضربتان ، والاستيعاب :

وشرطه ستة : النية ، والمسح ، وكونه بثلاث أصابع فأكثر ، والصعيد ، وكونه مطهرا ، وفقد الماء .

لم توجد منه صلاة شرعا فلابد من ذكر الشروط حتى يتحقق المعنى الشرعى فلذا قالوا بشرائط مخصوصة كما مر.

ولما كان الاستعمال وهو المسح المخصوص للوجه واليدين من تمام الحقيقة الشرعية ذكره مع القصد تتميما للتعريف فاغتنم هذا التحرير المنيف (قوله بصفة مخصوصة) وهى مافى البدائع عن أبى يوسف قال : سألت أبا حنيفة عن التيمم ، فقال : التيمم ضربتان : ضربة للوجه وضربة لليدين إلى المرفقين ، فقلت : كيف هو ؟ فضرب بيديه على الصعيد فأقبل بهما وأدبر ثم نفضهما ثم مسح بهما وجهه ثم أعاد كفيه على الصعيد ثانيا فأقبل بهما وأدبر ثم نفضهما ثم مسح بذلك ظاهر الذراعين وباطنهما إلى المرفقين ، ثم قال فى البدائع : وقال بعض مشايخنا : ينبغى أن يمسح بباطن أربع أصابع يده اليسرى ظاهر يده اليمنى من رؤوس الأصابع إلى المرفق ، ثم يمسح بكفه اليسرى دون الأصابع باطن يده اليمنى من المرفق إلى الرسغ ؛ ثم يمر بباطن إبهامه اليسرى على ظاهر إبهامه اليمنى ، ثم يفعل باليد اليسرى كذلك ، وهذا الأقرب إلى الاحتياط لما فيه من الاحتراز عن استعمال التراب المستعمل بالقدر الممكن اه ملخصا ، ومثله فى الحلية عن التحفة والمحيط وزاد الفقهاء (قوله وهو الأصح الأحوط) هذا ماذهب إليه السيد أبو شجاع ، وصححه الحلوانى ، وفى النصاب : وهذا استحسان وبه نأخذ ، وهو الأحوط . وقيل ليسا بركن ، وإليه ذهب الإسبيجابى وقاضيخان ، وإليه مال فى البحر والبزازية والإمداد . وقال فى الفتح إنه الذى يقتضيه النظر ، ولأن المأمور به فى الآية المسح ليس غير ، ويحمل قوله صلى الله عليه وسلم « التيمم ضربتان » إما على إرادة الضربة أعم من كونها على الأرض أو على العضو مسحا أو أنه خرج مخرج الغالب اه وأقره فى الحلية ، ورجحه فى شرح الوهبانية . وقال العلامة ابن الكمال : والمراد بيان كفاية الضربتين لأنه لابد منهما ، كيف وقد ذكر فى كتاب الصلاة : لو كنس داراً أو هدم حائطاً أو كال حنطة فأصاب وجهه وذراعيه غبار لم يجزه ذلك عن التيمم حتى يمر يده عليه اه أى أو يحرك وجهه ويديه بنيته كما سيأتى عن الخلاصة . وقال فى النهر : المراد الضرب أو مايقوم مقامه ، وعليه مشى الشارح فيما سيأتى ، وتظهر ثمرة الخلاف كما فى البحر فيما لو ضرب يديه فقبل أن يمسح أحدث ، وفيما إذا نوى بعد الضرب ، وفيما إذا ألقت الريح الغبار على وجهه ويديه فمسح بنية التيمم أجزأه على الثانى دون الأول (قوله لأجل إقامة القربة) أى لأجل عبادة مقصودة لاتصح بدون الطهارة كما سيأتى بيانه (قوله فإنه لايصلى به) لأن التعليم يحصل بالقول فلا يتوقف على الطهارة (قوله والاستيعاب) الذى يظهر لى أن الركن هو المسح لأنه حقيقة التيمم كما مر ، والاستيعاب شرط لأنه مكمل له ، والشارح عكس ذلك ، ثم رأيت التصريح فى كلامهم بما ذكرته (قوله وشرطه ستة) بل تسعة كما سيأتى (قوله بثلاث أصابع فأكثر) هو معنى قوله فى البحر باليد أو بأكثرها ، فلو مسح بأصبعين لايجوز ولو كرر حتى استوعب ، بخلاف مسح الرأس فإنه إذا مسحها مراراً بأصبع أو أصبعين بماء جديد لكل حتى صار قدر ربع الرأس صح اه إمداد وبحر .

قلت : لكن فى التاترخانية : ولو تمعك بالتراب بنية التيمم فأصاب التراب وجهه ويديه أجزأه لأن المقصود قد حصل اه فعلم أن اشتراط أكثر الأصابع محله حيث مسح بيده تأمل (قوله والصعيد) كونه شرطا لاينافى عدم تحقق الحقيقة الشرعية بدونه كما علم مما قررناه سابقا فافهم (قوله وفقد الماء) أى ولو حكما ليشمل نحو المرض

وسننه ثمانية : الضرب بباطن كفيه ، وإقبالهما ، وإدبارهما ، ونفضهما ؛ وتفريج أصابعه ،وتسمية ، وترتيب وولاء . وزاد ابن وهبان فى الشروط الإسلام ، فزدته وضممت سننه الثمانية فى بيت آخر ، وغيرت شطر بيته الأول فقلت :

والاسلام شرط عذر ضرب ونية　　ومسح وتعميم صعيـد مطهر
وسننه سمى وبطن وفرجن　　ونفض ورتب وال أقبل وتدبر

فافهم (قوله وسننه ثمانية) بل ثلاثة عشر كما سنذكره (قوله الضرب بباطن كفيه) أقول : ذكر فى الذخيرة أنه أشار محمد إلى ذلك ولم يصرح به ثم قال فى الذخيرة بعد أسطر : والأصح أنه يضرب بباطنهما وظاهرهما على الأرض، وهذا يصير رواية أخرى غير ماأشار إليه محمد اه. وقد اقتصر فى الحلية على نقل عبارة الذخيرة الأولى واقتصر الشمنى على نقل الثانية فظن فى البحر المخالفة فى النقل عن الذخيرة وكأنه لم يراجع الذخيرة ، وبه يعلم أن الواو فى قوله وظاهرهما على حقيقتها لا بمعنى أو خلافا لما فهمه فى البحر، ولقوله فى النهر إن الجواز حاصل بأيهما كان نعم الضرب بالباطن سنة اه فإن صريح الذخيرة كون الضرب بكل من الظاهر والباطن هو السنة فى الأصح . وقد ظهر أن ماذكره الشارح تبعا للنهر خلاف الأصح فتدبر (قوله وإقبالهما وإدبارهما) أى بعد وضعهما على التراب نهر،وكذا يقال فى التفريج ط (قوله ونفضهما) أى مرة ، وروى مرتين ، وليس باختلاف فى المعنى . لأن المقصود تناثر التراب إن حصل بمرة فيها وإلا فبمرتين بدائع ؛ ولذا قال فى الهداية : وينفضهما بقدر مايتناثر التراب كى لا يصير مثله اه بحر. قال الرملى : فعلى هذا إذا لم يحصل بمرتين ينفض ثلاثا وهكذا اه . ويظهر من هذا أنه حيث لاتراب أصلا لايسن النفض تأمل (قوله وتفريج أصابعه) تعليلهم سنية التفريج بدخول الغبار أثناء أصابعه يفيد أنه لو ضرب على حجر أملس لايفرج إلا أن يقال العلة تراعى فى الجنس اه ح (قوله وتسمية) الظاهر أنها على صيغة ماذكر فى الوضوء والعطف بالواو لا يفيد ترتيبا فلا يرد أن التسمية تكون عند الضرب ط (قوله وترتيب) أى كما ذكر فى القرآن ط (قوله وولاء) بكسر الواو : أى مسح المتأخر عقب المتقدم بحيث لو كان الاستعمال بالماء لايجف المتقدم ط (قوله وزاد ابن وهبان الخ) فيه أن اشتراط النية يغنى عنه لأنها لا تصح من كافر ، إلا أن يقال صرح به وإن استلزمته النية للتوضيح اه ح . وقد أسقط ابن وهبان كون المسح بثلاثة أصابع وعدها ستة أيضا حيث قال :

وعـذرك شرط ضربتان ونيـة　　والاسلام والمسح الصعيد المطهر

وكأنه أراد بالشرط مالابد منه حتى سمى الضربتين شرطا وإلا فهما ركن (قوله فزدته) هذا يقتضى أنه زاد على الستة المتقدمة الإسلام ، فصار المجموع سبعة مع أنه ترك فى البيت من الستة كونه بثلاثة أصابع فأكثر ، وزاد الضرب والتعميم : أى الاستيعاب فصارت ثمانية ، وأطلق الشرط على الأخيرين بناء على ماقلناه آنفا فافهم (قوله وغيرت شطر بيته الأول) بيته هو ماقدمناه، ولا يخفى أن التغيير وقع فى الشطرين (قوله والاسلام) بنقل حركة الهمزة إلى اللام للوزن (قوله عذر) بإسقاط التنوين للضرورة (قوله سمى) بإشباع حركة الميم (قوله وبطن) أى اضرب بباطن الكفين على الأرض ، وقد علمت ماهو الأصح .

[تتمة] زاد فى نور الإيضاح فى الشروط شرطين آخرين :

الأول انقطاع ماينافيه من حيض أو نفاس أو حدث .

والثانى زوال مايمنع المسح على البشرة كشمع وشحم ، لكن يغنى عن الثانى الاستيعاب كما لايخفى . وزاد فى المنية طلب الماء إذا غلب على ظنه أن هناك ماء ، وسيذكره المصنف بقوله ويطلبه غلوة إن ظن قربه .

(من عجز) مبتدأ خبره تيمم (عن استعمال الماء) المطلق الكافى لطهارته لصلاة تفوت إلى خلف (لبعده)

وزاد سيدى عبد الغنى فى السنن ثلاثة :
الأولى التيامن كما فى جامع الفتاوى والمجتبى .
الثانية خصوص الضرب على الصعيد لموافقته للحديث . قال فى الخانية : ذكر فى الأصل أنه يضع يديه على الصعيد . وفى بعض الروايات يضرب يديه على الصعيد ، وهذا أولى ليدخل التراب فى أثناء الأصابع اه :
الثالثة أن يكون المسح بالكيفية المخصوصة التى قدمناها عن البدائع . وفى الفيض : ويخلل لحيته وأصابعه ، ويحرك الخاتم والقرط كالوضوء والغسل اه .
قلت : لكن فى الخانية أن تخليل الأصابع لابد منه ليتم الاستيعاب . وقال فى البحر : وكذا نزع الخاتم أو تحريكه اه فبقى تخليل اللحية من السنن ، فصار المزيد أربعة ؛ ويزاد خامسة ، وهى كون الضرب بظاهر الكفين أيضا كما علمت تصحيحه ، ولم أر من ذكر السواك فى السنن مع أنهم ذكروه فى الوضوء والغسل ، فينبغى ذكره تأمل .
فالحاصل أن ركن التيمم شيئان : الضرب أو مايقوم مقامه ، ومسح العضوين .
وشرطه تسعة : وهى الستة التى فى بيت الشارح ، وكون المسح بأكثر اليد ، وزوال ماينافيه ، وطلب الماء لوظن قربه .
وسننه ثلاثة عشر : الثمانية التى نظمها ؛ والخمسة التى ذكرناها آنفا ، وقد نظمت جميع ذلك فقلت :

ومسح وضرب ركنه العذر شرطه ... وقصد وإسلام صعيد مطهر
وتطلاب ماء ظن تعميم مسحه ... بأكثر كف فقدها الحيض يذكر
وسن خصوص الضرب نقض تيامن ... وكيفية المسح التى فيه تؤثر
وسم ورتب والى بطن وظهرن ... وخلل وفرج فيه أقبل وتدبر

(قوله من عجز) العجز على نوعين : عجز من حيث الصورة والمعنى ، وعجز من حيث المعنى فقط ، فأشار إلى الأول بقوله لبعده ، وإلى الثانى بقوله أو المرض ، أفاده فى البحر . وفيه عن المحيط المسافر يطأ جاريته وإن علم أنه لا يجد الماء ، لأن التراب شرع طهورا حال عدم الماء ؛ ولا تكره الجنابة حال وجوده فكذا حالة عدمه اه (قوله مبتدأ) المبتدأ لفظ من فقط ، لكن لما كان الصلة والموصول كالشىء الواحد تسمح فى إطلاق المبتدإ عليهما ط (قوله المطلق) قيد به لأن غيره كالعدم (قوله الكافى لطهارته) أى من الخبث والحدث الأصغر أو الأكبر ، فلو وجد ماء يكفى لإزالة الحدث أو غسل النجاسة المانعة غسلها وتيمم عند عامة العلماء ، وإن عكس وصلى فى النجس أجزأه وأساء خانية ، ولو تيمم أولا ثم غسلها يعيد التيمم لأنه تيمم وهو قادر على الوضوء محيط ، ونظر فيه فى البحر بما سنذكره مع جوابه . وفى القهستانى : إذا كان للجنب ماء يكفى لبعض أعضائه أو للوضوء تيمم ولم يجب عليه صرفه إليه ، إلا إذا تيمم للجنابة ثم أحدث فإنه يجب عليه الوضوء لأنه قدر على ماء كاف ، ولايجب عليه التيمم لأنه بالتيمم خرج عن الجنابة إلى أن يجد ماء كافيا للغسل ، كذا فى شرح الطحاوى وغيره اه (قوله لصلاة) متعلق بقوله لطهارته أو باستعمال ، واحترز بها عن النوم ورد السلام ونحوه مما يأتى فإنه لا يشترط له العجز (قوله تفوت إلى خلف) كالصلوات الخمس فإن خلفها قضاؤها ، وكالجمعة فإن خلفها الظهر ، واحترز به عما لا يفوت إلى خلف كصلاة الجنازة والعيد والكسوف والسنن والرواتب فلا يشترط لها العجز كما سيأتى (قوله لبعده) الضمير يرجع إلى من ط ، وقيد بالبعد لأنه عند عدمه لا يتيمم وإن خاف خروج الوقت فى صلاة لها خلف خلافا لزفر ، وسيذكر الشارح أن الأحوط أن يتيمم ويصلى ثم يعيد .

ولو مقيما فى المصر (ميلا) أربعة آلاف ذراع ، وهو أربع وعشرون أصبعا ، وهى ست شعيرات ظهر لبطن ، وهى ست شعرات بغل (أو لمرض) يشتد أو يمتد بغلبة ظن أو قول حاذق مسلم ولو بتحرك ،أو لم يجد من توضئه ، فإن وجد ولو بأجرة مثل وله ذلك لايتيمم فى ظاهر المذهب كما فى البحر .

ويتفرع على هذا الاختلاف ما لو ازدحم جمع على بئر لا يمكن الاستقاء منها إلا بالمناوبة أو كانوا عراة ليس معهم إلا ثوب يتناوبونه وعلم أن النوبة لاتصل إليه إلا بعد الوقت فإنه لايتيمم ولا يصلى عاريا بل يصبر عندنا ، وكذا لو اجتمعوا فى مكان ضيق ليس فيه إلا موضع يسع أن يصلى قائما فقط يصبر ويصلى قائما بعد الوقت ، كعاجز عن القيام والوضوء فى الوقت ويغلب على ظنه القدرة بعده ، وكذا من معه ثوب نجس وماء يلزمه غسل الثوب وإن خرج الوقت : بحر ملخصا عن التوشيح (قوله ولو مقيما) لأن الشرط هو العدم فأينما تحقق جاز التيمم ، نص عليه فى الأسرار بحر (قوله ميلا) هو المختار فى المقدار هداية ، وهو أقرب الأقوال بدائع . والمعتبر غلبة الظن فى تقديره إمداد وغيره . والميل فى كلام العرب منتهى مد البصر : وقيل للأعلام المبنية فى طريق مكة أميال لأنها بنيت كذلك كما فى الصحاح والمغرب ، والمراد هنا ثلث الفرسخ .والفرسخ ربع البريد(١) (قوله أربعة آلاف ذراع) كذا فى الزيلعى والنهر والجوهرة . وقال فى الحلية إنه المشهور كما نقله غير واحد منهم السروجى فى غايته اﻫ . وفى شرح العينى ومسكين والبحر عن الينابيع أنه أربعة آلاف خطوة . قال الرملى : والأول هو المعول عليه ، وما فى الشرنبلالية من التوفيق بينهما بأن يراد بالذراع ما فيه أصبع قائمة عند كل قبضة فيبلغ ذراعا ونصفا بذراع العامة اﻫ ، فيه نظر لضبطهم الذراع بما ذكره الشارح (قوله وهو) أى الذراع بعدد حروف لا إله إلا الله المرسومة (قوله ظهر لبطن) أى يلصق ظهر كل شعيرة لبطن الأخرى . وفى بعض النسخ ظهرا بالنصب على الحال موافقا لما فى كثير من الكتب : أى ملصقا (قوله يشتد) أى يزيد فى ذاته ، وقوله أو يمتد : أى يطول زمنه ، وكذا لو كان صحيحا خاف حدوث مرض كما فى القهستانى ، وهو معلوم من قول المصنف أو برد (قوله بغلبة ظن) أى عن أمارة أو تجربة شرح المنية (قوله أو قول حاذق مسلم) أى إخبار طبيب حاذق مسلم غير ظاهر الفسق ، وقيل عدالته شرط شرح المنية (قوله ولو بتحرك) متعلق بيشتد اﻫ ح ، ولا مانع من تعلقه بيمتد أيضا لأن التحرك يكون سببا فى الامتداد أيضا ط . وفى البحر : ولا فرق عندنا بين أن يشتد بالتحرك كالمبطون أو بالاستعمال كالجدرى (قوله أو لم يجد) أى أو كان لا يخاف الاشتداد ولا الامتداد ، لكنه لا يقدر بنفسه ولم يجد من يوضئه (قوله كما فى البحر) حاصل ما فيه أنه إن وجد خادما : أى من تلزمه طاعته كعبده وولده وأجيره لا يتيمم اتفاقا ، وإن وجد غيره ممن لو استعان به أعانه ولو زوجته ، فظاهر المذهب أنه لا يتيمم أيضا بلا خلاف . وقيل على قول الإمام يتيمم ، وعلى قولهما لا ؛ كالخلاف فى مريض لايقدر على الاستقبال أو التحول من الفراش النجس ووجد من يوجهه أو يحوله لأن عنده لا يعتبر المكلف قادرا بقدرة الغير . والفرق على ظاهر المذهب أن المريض يخاف عليه زيادة الوجع فى قيامه وتحوله لافى الوضوء اﻫ .

---

(١) وفى ذلك يقول بعضهم ، قيل إنه ابن الحاجب :

إن البريد من الفراسخ أربع ... ولفرسخ فثلاث أميال ضعوا
والميل ألف أى من الباعات قل ... والباع أربع أذرع فتتبع
ثم الذراع من الأصابع أربع ... من بعدها العشرون ثم الأصبع
ست شعيرات فظهر شعيرة ... منها إلى بطن لأخرى توضع
ثم الشعيرة ست شعرات فقل ... من شعر بغل ليس فيها مدفع اﻫ منه .

وفيه : لايجب على أحد الزوجين توضىء صاحبه وتعهده ، وفى مملوكه يجب (أو برد) يهلك الجنب أو يمرضه ولو فى المصر إذا لم تكن له أجرة حمام ولا مايدفئه ، وما قيل إنه فى زماننا يتحيل بالعدة فمما لم يأذن به الشرع ؛ نعم إن كان له مال غائب يلزمه الشراء نسيئة وإلا لا (أو خوف عدو) كحية أو نار على نفسه ولو من فاسق أو حبس غريم أو ماله

أقول : حاصل الفرق أن زيادة المرض حاصلة بالأول لا بالثانى ، لأن فرض المسألة أنه لايخاف الاشتداد ولا الامتداد ، فلم يكن عاجزا حقيقة فيلزمه الاستعانة على وضوئه ، ولا يجوز له التيمم بخلاف الأول لأنه عاجز حقيقة فلا تلزمه الاستعانة ، وفيه نظر فإنه فى الثانى وإن لم يخف الزيادة لكنه لا يقدر بنفسه فهو عاجز حقيقة أيضا ، وليس المبيح للتيمم هو خصوص زيادة المرض تأمل(١) وفى البحر : وظاهر ما فى التجنيس أنه لوله مال يستأجر به أجيرا لايتيمم قل الأجر أو كثر . وفى المبتغى خلافه ، والظاهر عدم الجواز لو قليلا اه ؛ والمراد بالقليل أجرة المثل كما بحثه فى النهر والحلية وبه جزم الشارح (قوله وفيه) أى البحر حيث قال : لما كان على السيد تعاهد العبد فى مرضه كان على عبده أن يتعاهده فى مرضه ، والزوجة لما لم يكن عليه أن يعاهدها فى مرضها فيما يتعلق بالصلاة لا يجب عليها ذلك إذا مرض ، فلايعد قادرا بفعلها اه لكن قدمنا أن ظاهر المذهب أنه لايجوز له التيمم إن كان لو استعان بالزوجة تعينه وإن لم يكن ذلك واجبا عليها (قوله توضىء) بالتاء الفوقية فى أوله وفى آخره همزة قبلها ياء ممدودة مصدر وضأ بالتشديد مثل فرح تفريحا (قوله يجب) أى يجب عليه أن يوضىء مملوكه وكذا عكسه وهو ظاهر (قوله يهلك الجنب أو يمرضه) قيد بالجنب ، لأن المحدث لا يجوز له التيمم للبرد فى الصحيح خلافا لبعض المشايخ كما فى الخانية والخلاصة وغيرهما . وفى المصفى أنه بالإجماع على الأصح ، قال فى الفتح وكأنه لعدم تحقق ذلك فى الوضوء عادة اه .

واستشكله الرملى بما صححه فى الفتح وغيره فى مسألة المسح على الخف من أنه لو خاف سقوط رجله من البرد بعد مضى مدته يجوز له التيمم . قال : وليس هذا إلا تيمم المحدث لخوفه على عضوه ، فيتجه ما فى الأسرار من اختيار قول بعض المشايخ .

أقول : المختار فى مسألة الخف هو المسح لا التيمم كما سيأتى فى محله إن شاء الله تعالى ، نعم مفاد التعليل بعدم تحقق الضرر فى الوضوء عادة أنه لو تحقق جاز فيه أيضا اتفاقاً ، ولذا مشى عليه فى الإمداد لأن الحرج مدفوع بالنص ، وهو ظاهر إطلاق المتون (قوله ولو فى المصر) أى خلافا لهما (قوله ولامايدفئه) أى من ثوب يلبسه أو مكان يأويه . قال فى البحر : فصار الأصل أنه متى قدر على الاغتسال بوجه من الوجوه لايباح له التيمم إجماعا (قوله وماقيل الخ) أى قال بعضهم : إن الخلاف مبنى على أن أجر الحمام فى زمان الإمام كان يؤخذ قبل الدخول أما فى زمانهما فإنه يؤخذ بعده ، فإذا عجز عن الأجرة دخل ثم يتعلل بالعسرة وبعد الإعطاء (قوله فمما لم يأذن به الشرع) فإن الحمامى لو علم حاله لايرضى بدخوله ، ففيه تغرير وهو غير جائز . قال فى البحر تبعا للحلية : ومن ادعى إباحته فضلا عن تعينه فعليه البيان (قوله نعم الخ) عزاه فى البحر إلى الحلية وأقره (قوله على نفسه) متعلق بخوف ط (قوله ولو من فاسق) بأن كان عند الماء وخافت المرأة منه على نفسها بحر ، والأمرد فى حكمها كما لايخفى (قوله أو حبس غريم) بأن كان صاحب الدين عند الماء وخاف المديون المفلس من الحبس بحر ، ومفهومه أنه لو لم يكن معسرا لايجوز لأنه ظالم بالمطل (قوله أو ماله) عطف على نفسه ح ، ولم أر من قدر المال

---

(١) (قوله زيادة المرض تأمل) فرق شيخنا بين المسألتين بأنه حيث خيف زيادة المرض فى الأول جعلناه غير قادر بقدرة الغير مطلقا به ، بخلاف الثانية وإن كان العجز موجودا فى المسألتين اه .

ولو أمانة :

ثم إن نشأ الخوف بسبب وعيد عبد أعاد الصلاة وإلا لا لأنه سماوى (أو عطش) ولو لكلبه أو رفيق القافلة حالا أو مآلا ، وكذا العجين ، أو إزالة نجس كما سيجىء : وقيده ابن الكمال عطش دوابه بتعذر حفظ الغسالة بعدم الإناء .

وفى السراج للمضطر أخذه قهرا وقتاله ،

بمقدار ، وسنذكر عن التاترخانية مايفيد تقديره بدرهم ، كما يجوز له قطع الصلاة (قوله ولو أمانة) عد الأمانة ماله باعتبار وضع اليد عليها ط (قوله ثم إن نشأ الخوف الخ) اعلم أن المانع من الوضوء إن كان من قبل العباد: كأسير منعه الكفار من الوضوء، ومحبوس فى السجن ، ومن قيل له إن توضأت قتلتك جاز له التيمم ويعيدالصلاة إذا زال المانع كذا فى الدرر والوقاية : أى وأما إذاكان من قبل الله تعالى كالمرض فلا يعيد .

ووقع فى الخلاصة وغيرها : أسير منعه العدو من الوضوء والصلاة يتيمم ويصلى بالإيماء ثم يعيد ، فقيد بالإيماء لأنه منع من الصلاة أيضا : فلو منع من الوضوء فقط صلى بركوع وسجود كما هو ظاهر الدرر ، أفاده نوح أفندى :

ثم اعلم أنه اختلف فى الخوف من العدو هل هو من الله تعالى فلا إعادة ، أو من العبد فتجب ؟ ذهب فى المعراج إلى الأول ، وفى النهاية إلى الثانى ، ووفق فى البحر بحمل الثانى على ما إذا حصل وعيد من العبد نشأ منه الخوف فكان من قبل العباد ، وحمل الأول على ما إذا لم يحصل ذلك أصلا بل حصل خوف منه فكان من قبل الله تعالى لتجرده عن مباشرة السبب وإن كان الكل منه تعالى خلقا وإرادة . قال : ثم رأيت فى الحلية صرح بما فهمته وأقره فى النهر وغيره ، وهذا ما أشار إليه الشارح رحمه الله ، وقدم الشارح فى الغسل أن المرأة بين رجال تتيمم ، وقدمنا أن الرجل كذلك، وأن الظاهر أنه لا إعادة عليه ولا عليها ، لأن المانع شرعى وهو كشف العورة عند من لا يحل له رؤيتها والمانع منه الحياء وخوف الله تعالى وهما من الله تعالى لا من قبل العباد .

[فرع] فى البحر عن المبتغى بالغين المعجمة : أجير لا يجد الماء إلا فى نصف ميل لا يعذر فى التيمم ، وإن لم يأذن له المستأجر تيمم وأعاد ، ولو صلى صلاة أخرى وهو يذكر هذه تفسد (قوله أو عطش) معطوف على عدو : أى لأنه مشغول بحاجته والمشغول بالحاجة كالمعدوم بحر (قوله ولو لكلبه) قيده فى البحر والنهر بكلب الماشية والصيد ، ومفاده أنه لو لم يكن كذلك لا يعطى هذا الحكم . والظاهر أن كلب الحراسة للمنزل مثلهما ط (قوله أو رفيق القافلة) سواء كان رفيقه المخالط له أو آخر من أهل القافلة بحر ، وعطش دابة رفيقه كعطش دابته نوح (قوله حالا أو مآلا) ظرف لعطش أو له ولرفيق على التنازع كما قال ح : أى الرفيق فى الحال أو من سيحدث له . قال سيدى عبد الغنى : فمن عنده ماء كثير فى طريق الحاج أو غيره وفى الركب من يحتاج إليه من الفقراء يجوز له التيمم بل ربما يقال إذا تحقق احتياجهم يجب بذله إليهم لإحياء مهجهم (قوله وكذا العجين) فلو احتاج إليه لاتخاذ المرقة لا يتيمم ، لأن حاجة الطبخ دون حاجة العطش بحر (قوله أو إزالة نجس) أى أكثر من قدر الدرهم كما قدمناه . وفى الفيض : لو معه مايغسل بعض النجاسة لا يلزمه اهـ .

قلت : وينبغى تقييده بما إذا لم تبلغ أقل من قدر الدرهم ، فإذا كان فى طرفى ثوبه نجاسة وكان إذا غسل أحد الطرفين بقى مافى الطرف الآخر أقل من قدر الدرهم يلزمه فافهم (قوله كما سيجىء) أى فى النواقض (قوله بعدم الإناء) متعلق بتعذر ط (قوله للمضطر أخذه) أى إذا امتنع صاحب الماء من دفعه وهو غير محتاج إليه للعطش وهناك مضطر إليه للعطش كان له أخذه منه قهرا وله أن يقاتله سراج .

فإن قتل رب الماء فهدر وإن المضطر ضمن بقود أو دية (أو عدم آلة) طاهرة يستخرج بها الماء ولو شاشاً وإن نقص بإدلائه أو شقه نصفين قدر قيمة الماء ، كما لو وجد من ينزل إليه بأجر (تيمم) لهذه الأعذار كلها ، حتى لو تيمم لعدم الماء ثم مرض مرضاً يبيح التيمم لم يصل بذلك التيمم

قلت : وينبغي تقييده بما إذا امتنع من دفعه مجانا أو بالثمن ، وللمضطر ثمنه ،وسيأتى فى فصل الشرب أن له أن يقاتله بالسلاح . قال الشارح هناك تبعا للمنح والزيلعي : هذا فى غير المحرز بالأوانى ، وإلا قاتله بغير سلاح إذا كان فيه فضل عن حاجته لملكه له بالإحراز ،فصار نظير الطعام . وقيل فى البئر ونحوها الأولى أن يقاتله بغير سلاح لأنه ارتكب معصية ، فكان كالتعزير كما فى الكافى اهـ (قوله فإن قتل) بالبناء للمجهول (قوله فهدر) أى لاقصاص فيه ولا دية ولا كفارة سراج ، وينبغى أن يضمن المضطر قيمة الماء شرنبلالية (قوله بقود) أى بقصاص إن كان القتل عمدا كأن قتله بمحدد (قوله أودية) أى إن كان شبه عمد أو خطأ أو جرى مجرى الخطأ ، والدية على العاقلة وعلى القاتل الكفارة أفاده فى البحر ط قال فى السراج : وإن كان صاحب الماء محتاجا إليه للعطش فهو أولى به من غيره ، فإن احتاج إليه الأجنبي للوضوء لم يلزمه بذله ، ولا يجوز للأجنبي أخذه منه قهرا (قوله طاهرة) أما النجسة فكالعدم (قوله ولو شاشا) أى ونحوه مما يمكن إدلاؤه واستخراج الماء به قليلا وعصره (قوله وإن نقص إلى قوله تيمم) نقله فى التوشيح عن كتب الشافعية ، ثم قال : وهذا كله موافق لقواعدنا ،وأقره فى البحر ، وكذا أقره فى النهر وغيره ،وهو ظاهر ؛ ولكن رأيت فى التاترخانية ما يخالفه حيث قال : قال القاضى الإمام فخر الدين : إن نقصت قيمة المنديل قدر درهم تيمم وليس عليه أن يرسله ، ولو أقل فلا ؛ كما لو رأى المصلى من يسرق ماله ، فإن كان قدر درهم يقطع الصلاة وإلا فلا كذا هنا اهـ .

وأنت خبير بأن ما ذكره الشافعية أقرب إلى القواعد ، لأنه لو وجد الماء يباع يلزمه شراؤه بثمن المثل ولو كانت قيمته أكثر من درهم ، ولكن الرجوع إلى المنقول فى المذهب بعد الظفر به أولى ، ولعل وجه الفرق أن الشراء وإن كثر ثمنه لايسمى إتلافا لأنه مبادلة بعوض ،بخلاف إتلاف المنديل ونحوه بالإدلاء أو بالشق فإنه إتلاف بلا عوض وهو منهى شرعا .

وإذا جاز قطع الصلاة بعد الشروع فيها لأجل درهم علم أن الدرهم قدر معتبر له خطر فلا يجوز إتلافه فيما له عنه مندوحة لأنه عادم للماء شرعا فيتيمم .

وإذا جاز له التيمم فيما إذا كان نقصان القيمة أكثر من قيمة الماء وجعل عادما للماء مراعاة لحقه يجعل عادما للماء هنا أيضا مراعاة لحقه وحق الشرع فى الامتناع عن الإتلاف المنهى عنه ، هذا ما ظهر لفهمى السقيم ، والله العليم (قوله أو شقه) أى إذا كان لايصل إلى الماء بدونه (قوله قدر قيمة الماء) أى وآلة الاستقاء كما ذكره فى البحر فى صورة الشق ؛ والظاهر أن صورة الإدلاء كذلك تأمل (قوله بأجر) أى أجر المثل فيلزمه ولم يجز التيمم وإلا جاز بلا إعادة بحر عن التوشيح (قوله كلها) أى كل واحد منها (قوله حتى لو تيمم الخ) أشار بالتفريع المذكور إلى أن كل عذر منها إنما يسمى عذرا مادام موجودا ، فلوزال بطل حكمه وإن وجد بعده عذر آخر لما سيأتى أنه ينقضه زوال ما أباحه فافهم (قوله ثم مرض الخ) صادق بثلاث صور : أن يكون وجد الماء قبل المرض أو بعده أو بقى عادما له ، ولا شبهة أنه فى الأولى يبطل التيمم ، وأما الثالثة فالظاهر أنه لايبطل لعدم زوال ما أباحه ، ولأن اختلاف السبب لايظهر إلا إذا زال الأول . والظاهر أن المراد الثانية فقط ، فإذا تيمم لفقد الماء ثم مرض ثم وجد الماء بعده لايصلى بالتيمم السابق لأنه كان لفقد الماء ، والآن هو واجد له فبطل تيممه لزوال ما أباحه وإن

لأن اختلاف أسباب الرخصة يمنع الاحتساب بالرخصة الأولى وتصير الأولى كأن لم تكن ، جامع الفصولين فليحفظ (مستوعبا وجهه) حتى لو ترك شعرة أو وترة منخره لم يجز (ويديه) فينزع الخاتم والسوار أو يحرك ، به يفتى (مع مرفقيه) فيمسحه الأقطع (بضربتين) ولو من غيره أو مايقوم مقامهما ، لما فى الخلاصة وغيرها : لو حرك

كان له مبيح آخر فى الحال ، ونظيره ما ذكره فى البحر فى النواقض بقوله : فاذا تيمم للمرض أو للبرد مع وجود الماء ثم فقد الماء ثم زال المرض أو البرد ينتقض لقدرته على استعمال الماء وإن لم يكن الماء موجودا اه . ومثله فى النهر .

أقول : لكن يشكل عليه مافى البدائع لو مر المتيمم على ماء لايستطيع النزول إليه لخوف عدو أو سبع لاينتقض تيممه كذا ذكره محمد بن مقاتل الرازى ، وقال هذا قياس قول أصحابنا لأنه غير واجد للماء معنى فكان ملحقا بالعدم اه ومثله فى المنية ، إذ لايخفى أن خوف العدو سبب آخر غير الذى أباح له التيمم أولا ، فإن الظاهر فى فرض المسألة أنه تيمم أولا لفقد الماء ، اللهم إلا أن يجاب بأن السبب الأول هنا باق ، وفيه بحث(١) فليتأمل (قوله لأن اختلاف أسباب الرخصة الخ) الرخصة هنا التيمم ، وأسبابها ماتقدم من الأعذار المذكورة ، وسنحقق هذه القاعدة فى باب الإيلاء (قوله جامع الفصولين) هو كتاب معتبر لابن قاضى سماوة ، جمع فيه بين فصول العمادى وفصول الاستروشنى ، وقد ذكر هذه المسألة فيه فى الفصل الرابع والثلاثين فى أحكام المرضى (قوله مستوعبا) أى يتيمم تيمما مستوعبا فهو صفة لمصدر محذوف ، وهو أولى من جعله حالا فيفيد أنه ركن ، وعلى الحالية يصير شرطا خارجا عن الماهية ، لأن الأحوال شروط على ما عرف أفاده فى البحر (قوله حتى لو ترك شعرة) قال فى الفتح : يمسح من وجهه ظاهر البشرة والشعر على الصحيح اه وكذا العذار ، والناس عنه غافلون بحتبى ، وما تحت الحاجبين فوق العينين محيط كذا فى البحر (قوله أو وترة منخره) هى التى بين المنخرين ابن كمال ، لكن فى القاموس : الوترة محركة حرف المنخر ، والوتيرة : حجاب مابين المنخرين (قوله ويديه) عطف بالواو دون ثم إشارة إلى أن الترتيب فيه ليس بشرط كأصله بحر ، والحكم فى اليد الزائدة كالوضوء ط (قوله فينتزع الخاتم الخ) قال فى الخانية : ولو لم يحرك الخاتم ، إن كان ضيقا ، وكذا المرأة السوار لم يجز اه ومثله فى الولوالجية . ووجهه أن التحريك مسح لما تحته ، إذ الشرط المسح لا وصول التراب فافهم ، لكن التقييد بالضيق يفهم أنه لو كان واسعا لايلزم تحريكه . والظاهر أنه يقال فيه ما سنذكره فى التخليل (قوله به يفتى) أى بلزوم الاستيعاب كما فى شرح الوقاية ، وهو الصحيح خانية وغيرها ، وهو ظاهر الرواية زيلعى ، ومقابله ماروى أن الأكثر كالكل (قوله فيمسحه) أى المرفق المفهوم من المرفقين ط (قوله الأقطع) أى من المرفق إن بقى شىء منه ولو رأس العضد ، لأن المرفق مجموع رأسى العظمين رحمتى ، فلو كان القطع فوق المرفقين لايجب اتفاقا ط (قوله بضربتين) متعلق بتيمم أو بمستوعبا أفاده فى النهر ، وإنما آثر عبارة الضرب على عبارة الوضع لكونها مأثورة ، وإلا فهى ليست بضربة لازب ؛ فإن محمدا قد نبه فى بعض روايات الأصول على أن الوضع كاف ، والمراد بيان كفاية الضربتين لا أنه لابد فى التيمم منهما ابن كمال وقدمناه ، تمام عبارته : ونبه على أن فائدة العدد أنه لايحتاج إلى ضربة ثالثة كما يأتى (قوله ولو من غيره) فلو أمر غيره بأن ييممه جاز بشرط أن ينوى الآمر بحر . قال ط : وظاهره أنه يكفى من الغير ضربتان ، وهو خلاف مايأتى عن القهستانى (قوله أو مايقوم مقامها) أى خلافا لأبى شجاع ، وقدمنا الكلام عليه مع ثمرة الخلاف (قوله لما فى الخلاصة) عبارتها كما فى البحر : ولو أدخل رأسه فى موضع الغبار بنية التيمم يجوز ، ولو

---

(١) (قوله وفيه بحث) وجهه أنه إذا تيمم أولا لبعده عن الماء فهو فاقد له حقيقة ، وبخوف العدو فقد معنى ، فالحقيق قد زال وأعقبه المعنوى ، فلا فرق بينه وبين المرض إذا وجد بعد الفقد الحقيقى اه منه .

رأسه أو أدخله فى موضع الغبار بنية التيمم جاز والشرط وجود الفعل منه (ولو جنباً أو حائضا) طهرت لعادتها (أو نفساء بمطهر

انهدم الحائط وظهر الغبار فحرك رأسه ونوى التيمم جاز ، والشرط وجود الفعل منه اهـ : أى الشرط فى هذه الصورة وجود الفعل منه وهو المسح أو التحريك وقد وجد ، فهو دليل على أن الضرب غير لازم كما مر ، وفعل غيره بأمره قائم مقام فعله فهو منه فى المعنى فافهم (قوله طهرت لعادتها) اعلم أنه قال فى الظهيرية : وكما يجوز التيمم للجنب لصلاة الجنازة والعيد فكذلك يجوز للحائض إذا طهرت من الحيض إذا كان أيام حيضها عشرا ، وإن كان أقل فلا اهـ .

وقال فى البحر : والذى يظهر أن هذا التفصيل غير صحيح ، بدليل ما اتفقوا عليه من أنه إذا انقطع لأقل من عشرة فتيممت لعدم الماء وصلت جاز للزوج وطؤها الخ .

وأجاب فى النهر بحمل مافى الظهيرية على ما إذا انقطع لأقل من عادتها ، لما سيأتى فى الحيض من أنه حينئذ لايحل قربانها وإن اغتسلت فضلا عن التيمم اهـ .

أقول : لايخفى أن قول الظهيرية إذا كان أيام حيضها عشرا ظاهر فى أن ذلك عادتها ، فهذا الحمل بعيد ، ثم ظهر لى بتوفيق الله تعالى أن كلام الظهيرية صحيح لاإشكال فيه .

وبيان ذلك أن التيمم لخوف فوت صلاة الجنازة أو العيد يصح مع وجود الماء لأنها تفوت لاإلى خلف كما يأتى ، وهذا فى المحدث ظاهر ، وكذا فى الجنب .

وأما الحائض فإذا طهرت لتمام العشرة فقد خرجت من الحيض ولم يبق معها سوى الجنابة فهى كالجنب .

وأما إذا انقطع دمها لدون العشرة فلا تخرج من الحيض مالم يحكم عليها بأحكام الطاهرات ، بأن تصير الصلاة دينا فى ذمتها أو تغتسل أو تتيمم بشرطه كما سيأتى فى بابه ، وقولهم أو تتيمم بشرطه أرادوا به التيمم الكامل المبيح لصلاة الفرائض ، وهو مايكون عند العجز عن استعمال الماء .

وأما التيمم لصلاة جنازة أو عيد خيف فوتها فغير كامل لأنه يكون مع حضور الماء ولهذا لاتصح صلاة الفرض به ولا صلاة جنازة حضرت بعده ، فعلمنا بذلك أنها لو تيممت لذلك لم تخرج من الحيض ، لأن ذلك التيمم غير كامل . ولا يصح ذلك التيمم لقيام المنافى بعد وهو الحيض وعدم وجود شرطه وهو فقد الماء ، نعم لو تيممت لذلك مع فقد الماء حكم عليها بالطهارة وجازت صلاتها به من الفرائض وغيرها لأنه تيمم كامل ؛ ومراد الظهيرية التيمم الناقص ، وهو مايكون مع وجود الماء ، فالتفصيل الذى ذكره فى الحائض صحيح لاغبار عليه ، كأنه فى البحر ظن أن مراده التيمم الكامل وليس كذلك كما لايخفى .

بقى الكلام فى عبارة الشارح ، فقوله طهرت لعادتها فى غير محله لأن قول المصنف ولوجنبا أو حائضا مفروض فى التيمم الكامل الذى يكون عند فقد الماء والحائض يصح تيممها عندفقد الماء إذا طهرت لتمام العشرة أو لدونها ، ويجب عليها أن تغتسل أو تتيمم عند فقد الماء سواء انقطع لتمام عادتها أو لدون عادتها كما سيأتى فى بابه ، ويأتى فيه أنه إذا انقطع لتمام العادة يحل لزوجها قربانها كما لو انقطع لتمام العشرة ، وإن لدون عادتها لايحل له قربانها ، فالتقييد بالعادة فى كلام الشارح إنما يفيد بالنظر إلى القربان فقط ، فكان الواجب إسقاطه لإيهامه أنه لو كان لدون العادة لايصح تيممها مع أنه يجب عليها إذا فقدت الماء لوجود الصلاة عليها كما علمت . والذى أوقعه عبارة النهر المبنية على ما فهمه صاحب النهر من كلام الظهيرية فافهم (قوله بمطهر) متعلق بتيمم ، ويجوزأن يتعلق بمستوعبا ، وجعله القهستانى صفة لضربتين فهو متعلق بمحذوف : أى ملتصقتين بمطهر نهر .

من جنس الأرض وإن لم يكن عليه نقع) أى غبار ، فلو لم يدخل بين أصابعه لم يحتج إلى ضربة ثالثة للتخلل . وعن محمد يحتاج إليها ، نعم لو يمم غيره يضرب ثلاثا للوجه واليمنى واليسرى قهستانى (وبه مطلقا) عجز عن التراب أولا لأنه تراب رقيق . (فلا يجوز) بلؤلؤ ولو مسحوقا لتولده من حيوان البحر ، ولا بمرجان

قلت : والأخير أولى ، لئلا يلزم تعلق حرفى جر بمعنى واحد بمتعلق واحد ، إلا أن نجعل الباء فى بضربتين للتعدية وفى بمطهر للملابسة أو بالعكس تأمل . وتعبيره بمطهر أولى من تعبيرهم بطاهر ، لإخراج الأرض المتنجسة إذا جفت كما قدمه الشارح :

وأما إذا تيمم جماعة من محل واحد فيجوز كما سيأتى فى الفروع لأنه لم يصر مستعملا ، إذ التيمم انما يتأدى بما التزق بيده لابما فضل كالماء الفاضل فى الإناء بعد وضوء الأول ، وإذا كان على حجر أملس فيجوز بالأولى نهر (قوله من جنس الأرض) الفارق بين جنس الأرض وغيره أن كل مايحترق بالنار فيصير رمادا كالشجر والحشيش أو ينطبع ويلين كالحديد والصفر والذهب والزجاج ونحوها فليس من جنس الأرض ابن كمال عن التحفة (قوله نقع) بفتح فسكون كما قال تعالى — فأثرن به نقعا — (قوله لم يحتج الخ) أى بل يخلل من غير ضربة . وليس المراد أنه لايخلل أصلا لأن الاستيعاب من تمام الحقيقة . قال الزيلعى : ويجب تخليل الأصابع إن لم يدخل بينها غبار . وفى الهندية : والصحيح أنه لايمسح الكف وضربها يكفى أفاده ط .

أقول : والظاهر أن ماتحت الخاتم الواسع إن إصابه الغبار لايلزم تحريكه وإلا لزم كالتخليل المذكور (قوله وعن محمد يحتاج إليها) لأن عنده لايجوز التيمم بلا غبار ، فحيث لم يدخل بين الأصابع لابد منها على قوله (قوله وهو(١)) أى الغير (قوله يضرب ثلاثا) أى لكل واحد من الأعضاء ضربة ، وهذا نقله القهستانى عن العمانى وهو كتاب غريب ، والمشهور فى الكتب المتداولة الإطلاق ، وهو الموافق للحديث الشريف « التيمم ضربتان » إلا أن يكون المراد إذا مسح يد المريض بكلتا يديه ، فحينئذ لاشبهة فى أنه يحتاج إلى ضربة ثالثة يمسح بها يده الأخرى (قوله وبه مطلقا) أى ويتيمم بالنقع مطلقا خلافا لأبى يوسف ؛ فعنده لايتيمم به إلا عند العجز بحر ، ولا يجوز عنده إلا التراب والرمل نهر ، وما فى الحاوى القدسى من أنه هو المختار غريب مخالف لما اعتمده أصحاب المتون رملى (قوله فلا يجوز بلؤلؤ الخ) تفريع على قوله من جنس الأرض (قوله لتولده من حيوان البحر) قال الشيخ داود الطبيب فى تذكرته : أصله دود يخرج فى نيسان فاتحا فمه للمطر حتى إذا سقط فيه انطبق وغاص حتى يبلغ آخره (قوله ولا بمرجان الخ) كذا قال فى الفتح ، وجزم فى البحر والنهر بأنه سهو وأن الصواب الجواز به كما فى عامة الكتب .

وقال المصنف فى منحه : أقول : الظاهر أنه ليس بسهو ، لأنه إنما منع جواز التيمم به ، لما قام عنده من أنه ينعقد من الماء كاللؤلؤ ؛ فإن كان الأمر كذلك فلا خلاف فى منع الجواز ، والقائل بالجواز إنما قال به لما قام عنده من أنه من جملة أجزاء الأرض ، فإن كان كذلك فلا كلام فى الجواز .

والذى دل عليه كلام أهل الخبرة بالجواهر أن له شبهين : شبها بالنبات ، وشبها بالمعادن ، وبه أفصح ابن الجوزى فقال : إنه متوسط بين عالمى النبات والجماد ، فيشبه الجماد بتحجره ، ويشبه النبات بكونه أشجارا نابتا فى قعر البحر ذوات عروق وأغصان خضر متشعبة قائمة اه .

---

(١) (قوله وهو) ليست كلمة هو بهذا المحل فى نسخ الشارح التى بيدى فليحرر اه مصححه .

لشبهه بالنبات لكونه أشجاراً نابتة فى تعر البحر على ماحرره المصنف ، ولا (بمنطبع) كفضة وزجاج (ومترمد) بالاحتراق إلا رماد الحجر فيجوز كحجر مدقوق أو مغسول ، وحائط مطين أو مجصص ، وأوان من طين غير مدهونة ، وطين غير مغلوب بماء لكن، لاينبغى التيمم به قبل خوف فوات وقت لئلا يصير مثلة بلا ضرورة (ومعادن) فى محالها فيجوز التراب عليها ، وقيده الإسبيجابى بأن يستبين أثر التراب بمد يده عليه ، وإن لم يستبن لم يجز ؛ وكذا

أقول : وحاصله الميل إلى ماقاله فى الفتح لعدم تحقق كونه من أجزاء الأرض . ومال محشيه الرملى إلى مافى عامة الكتب من الجواز ، وكان وجهه أن كونه أشجارا فى قعر البحر لاينافى كونه من أجزاء الأرض ،لأن الأشجار التى لايجوز التيمم عليها هى التى تترمد بالنار ، وهذا حجر كباقى الأحجار يخرج فى البحر على صورة الأشجار ، فلهذا جزموا فى عامة الكتب بالجواز فيتعين المصير إليه .

وأما فى الفتح فينبغى حمله على معنى آخر ، وهو ماقاله فى القاموس من أن المرجان صغار اللؤلؤ ، ثم رأيته منقولا عن العلامة المقدسى فقال : مراده صغار اللؤلؤ كما فسر به فى الآية فى سورة الرحمن ، وهو غير ماأرادوه فى عامة الكتب اه ، وبه ظهر أن قول الشارح لشبهه للنبات الخ فى غير محله ، بل العلة على ماحررناه تولده من حيوان البحر ، وأما مايخرج فى قعر البحر فيجوز وإن أشبه النبات ، فاغتنم هذا التحرير (قوله ولا بمنطبع) هو مايقطع ويلين كالحديد منح (قوله وزجاج) أى المتخذ من الرمل وغيره بحر (قوله ومترمد) أى مايحترق بالنار فتصير رمادا بحر (قوله إلا رماد الحجر) كجص وكلس (قوله كحجر) تنظير لا تمثيل (قوله أو مغسول) مبالغة فى عدم اشتراط التراب (قوله غير مدهونة) أو مدهونة بصبغ هو من جنس الأرض كما يستفاد من البحر كالمدهونة بالطفل والمغرة ط (قوله غير مغلوب بماء) أما إذا صار مغلوبا بالماء فلا يجوز التيمم به بحر، بل يتوضأ به حيث كان رقيقا سيالا يجرى على العضو رملى ، وسيذكر أن المساوى كالمغلوب (قوله لكن لا ينبغى الخ) هذا ماحرره الرملى وصاحب النهر من عبارة الولوالجية ، خلافا لما فهمه منها فى البحر من عدم الجواز قبل خوف خروج الوقت ، وظاهره أنه أراد به عدم الصحة :

وحاصل مافى الولوالجية أنه إذا لم يجد إلا الطين لطخ ثوبه منه فإذا جف تيمم به ، وإن ذهب الوقت قبل أن يجف لايتيمم به عند أبى يوسف ، لأن عنده لا يجوز إلا بالتراب أو الرمل . وعند أبى حنيفة إن خاف ذهاب الوقت تيمم به لأن التيمم بالطين عنده جائز ، وإلا فلا كى لايتلطخ بوجهه فيصير مثلة اه وبه يظهر معنى ماذكره الشارح (قوله ومعادن) جمع معدن كمجلس: منبت الجواهر من ذهب ونحوه قاموس (قوله فى محالها) أى مادامت فى الأرض لم يصنع منها شىء ، وبعد السبك لايجوز زيلعى (قوله فيجوز الخ) أى إذا كانت الغلبة للتراب كما فى الحلية عن المحيط ، ولعل من أطلق بناه على أنها مادامت فى محالها تكون مغلوبة بالتراب ، بخلاف ما إذا أخلصت للسبك ، لأن العادة إخراج التراب منها فافهم . وأفاد أن ذات المعدن لايجوز التيمم به ، قال فى البحر لأنه ليس بتبع للماء وحده حتى يقوم مقامه ولا للتراب كذلك ، وإنما هو مركب من العناصر الأربعة فليس له اختصاص بشىء منها حتى يقوم مقامه (قوله وقيده الإسبيجابى الخ) كذا فى النهر ، وظاهره أن الضمير راجع إلى التيمم بالمعادن ، لكن إذا كانت مغلوبة بالتراب لايحتاج إلى هذا القيد . وعبارة الإسبيجابى كما فى البحر : ولو أن الحنطة أو الشىء الذى لايجوز عليه التيمم إذا كان عليه التراب فضرب يده عليه وتيمم ينظر ، إن كان يستبين أثره بمده عليه جاز وإلا فلا (قوله وكذا الخ) قال فى البحر بعد عبارة الإسبيجابى التى ذكرناها : وبهذا يعلم

كل مالا يجوز التيمم عليه كحنطة وجوخة فليحفظ .

(والحكم للغالب) لو اختلط تراب بغيره كذهب وفضة ولو مسبوكين وأرض محترقة، فلو الغلبة لتراب جاز وإلا لا خانية ، ومنه علم حكم التساوى (وجاز قبل الوقت ولأكثر من فرض ، و) جاز (لغيره) كالنفل لأنه بدل مطلق عندنا لاضرورى :

(و) جاز (لخوف فوت صلاة جنازة) أى كل تكبيراتها

حكم التيمم على جوخة أو بساط عليه غبار ، فالظاهر عدم الجواز لقلة وجود هذا الشرط فى نحو الجوخة فليتنبه له اه . وقال محشيه الرملى : بل الظاهر التفصيل ، إن استبان أثره جاز وإلا فلا لوجود الشرط خصوصا فى ثياب ذوى الأشغال اه وهو حسن فلذا جزم به الشارح .

وفى التاترخانية : وصورة التيمم بالغبار أن يضرب بيديه ثوبا أو نحوه من الأعيان الطاهرة التى عليها غبار ، فإذا وقع الغبار على يديه تيمم أو ينفض ثوبه حتى يرتفع غباره فيرفع يديه فى الغبار فى الهواء . فإذا وقع الغبار على يديه تيمم اه .

قلت : وقيد بالأعيان الطاهرة لما فى التاترخانية أيضا إذا تيمم بغبار الثوب النجس لايجوز إلا إذا وقع الغبار بعد ماجف الثوب (قوله ولو مسبوكين) هذا إنما يظهر إذا كان يمكن سبكهما بترابهما الغالب عليهما ، والظاهر أنه غير ممكن ، ولذا قال الزيلعى كما قدمناه إنه بعد السبك لا يجوز التيمم . وفى البحر عن المحيط : ولو تيمم بالذهب والفضة : إن كان مسبوكا لايجوز ، وإن لم يكن مسبوكا وكان مختلطا بالتراب والغلبة للتراب جاز اه ، نعم إذا كانا مسبوكين وكان عليهما غبار يجوز التيمم بالغبار الذى عليهما كما فى الظهيرية : أى إن كان يظهر أثره بمده عليه كما مر ولكن لاينظر فيه إلى الغلبة ، فكان عليه أن يقول لو غير مسبوكين ليوافق كلامهم (قوله وأرض محترقة) أى احترق ماعليها من النبات واختلط الرماد بترابها ،فحينئذ يعتبر الغالب . أما إذا أحرق ترابها من غير مخالط له حتى صارت سوداء جاز ، لأن المتغير لون التراب لا ذاته ط (قوله فلو الغلبة الخ) بيان لقوله والحكم للغالب (قوله ومنه)أى من قوله وإلا لا ،فإن نفى الغلبة صادق بما إذا كان التراب مغلوبا أو مساويا فافهم (قوله وجاز قبل الوقت) أقول : بل هو مندوب كما هو صريح عبارة البحر ، وقل من صرح به رملى (قوله وجاز لغيره) أى لغير الفرض (قوله لأنه بدل الخ) أى هو عندنا بدل مطلق عند عدم الماء ويرتفع به الحدث إلى وقت وجود الماء ، وليس ببدل ضرورى مبيح مع قيام الحدث حقيقة كما قال الشافعى ،فلا يجوز قبل الوقت ولا يصلى به أكثر من فرض عنده ، لكن اختلف عندنا فى وجه البدلية فقالا : بين الآلتين : أى الماء والتراب . وقال محمد : بين الفعلين : أى التيمم والوضوء ، ويتفرع عليه جواز اقتداء المتوضىء بالمتيمم فأجازاه ومنعه ، وسيأتى بيانه فى باب الإمامة إن شاء الله تعالى، وتمامه فى البحر (قوله وجاز لخوف فوت صلاة جنازة) أى ولو كان الماء قريبا .

ثم اعلم أنه اختلف فيمن له حق التقدم فيها ؛ فروى الحسن عن أبى حنيفة أنه لايجوز للولى لأنه ينتظر ولو صلوا له حق الإعادة ، وصححه فى الهداية والخانية وكافى النسفى . وفى ظاهر الرواية : يجوز للولى أيضا لأن الانتظار فيها مكروه ، وصححه شمس الأئمة الحلوانى : أى سواء انتظروه . أولا قال فى البرهان : إن رواية الحسن هنا أحسن لأن مجرد الكراهة لايقتضى العجز المقتضى لجواز التيمم ، لأنها ليست أقوى من فوات الجمعة والوقتية مع عدم جوازه لهما ، وتبعه شيخ مشايخنا المقدسى فى شرح نظم الكنز لابن الفصيح اه ملخصا من حاشية نوح أفندى (قوله أى كل تكبيراتها) فإن كان يرجو أن يدرك البعض لايتيمم لأنه يمكنه أداء الباقى وحده ، بحر عن البدائع

ولو جنبا أو حائضاً ، ولو جيء بأخرى إن أمكنه التوضي بينهما ثم زال تمكنه أعاد التيمم وإلا لا ، به يفتى (أو) فوت (عيد) بفراغ إمام أو زوال شمس (ولو) كان يبنى (بناء) بعد شروعه متوضئا وسبق حدثه (بلا فرق بين كونه إماما أولا) فى الأصح ، لأن المناط خوف الفوت لا إلى بدل ، فجاز لكسوف وسنن رواتب ولو سنة

والقنية (قوله أو حائضا) وكذا النفساء إذا انقطع دمها على العادة ط .

أقول : لابد فى الحائض لانقطاع دمها لأكثر الحيض ، وإلا فإن لتمام العادة فلا بد أن تصير الصلاة دينا فى ذمتها أو تغتسل أو يكون تيممها كاملا ، بأن يكون عند فقد الماء . أما التيمم لخوف فوت الجنازة أو العيد فغير كامل . وقدمنا قريبا تمام تحقيق المسألة فافهم (قوله به يفتى) أى بهذا التفصيل كما فى المضمرات . وعند محمد يعيد على كل حال قهستانى (قوله أو زوال شمس) هذا إذا كان إماما أو مأموما .

واعلم أنه سيأتى أن صلاة العيد تؤخر لعذر فى الفطر للثانى ، وفى الأضحى للثالث ، فإذا اجتمع الناس فى اليوم الأول قبيل الزوال والإمام بغير وضوء وكان بحيث لو توضأ زالت الشمس ، فهل يكون ذلك عذرا ويؤخر ولا يتيمم أم يتيمم ولا يؤخر ؟ لكن قول الشارح لأن المناط خوف الفوت لا إلى بدل يقتضى التأخير فليراجع اهـ ح .

أقول : سيصرح الشارح هناك بأنها قضاء فى اليوم الثانى ولم يجعلوها هنا كالوقتية التى يخلفها القضاء ، بل صرحوا بمخالفتها لها ، وبأنها تفوت بزوال الشمس ، فيعلم منه أنها لا تؤخر لما ذكره ، هذا ما ظهر لى فتأمله وانظر ماعلقناه على البحر(١) (قوله ولو كان يبنى بناء) كذا فى النهر ، وفيه إشارة إلى أن قوله بناء مفعول مطلق ، ويحتمل جعله حالا . أى ولو كان تيممه فى حال كونه بانيا ، ويجوز كونه مفعولا لأجله كما تقتضيه عبارة الدرر ، لكنه مبنى على ماارتضاه المحقق الرضى من أنه لايلزم فيه أن يكون فعلا قلبيا (قوله بعد شروعه متوضئا الخ) فى المسألة تفصيل مبسوط فى البحر .

وحاصله ماذكره القهستانى بقوله : إن سبق الحدث فى المصلى قبل الصلاة ، فإن رجا إدراك شىء منها بعد الوضوء لايتيمم ، وإن شرع ، فإن خاف زوال الشمس تيمم بالإجماع ، وإلا فإن رجا إدراكه لايتيمم ، وإلا فإن شرع به تيمم إجماعا ، وإن شرع بالوضوء فكذلك عنده خلافا لهما اهـ وهو محمول على ما إذا خاف خروج الوقت إذا ذهب يتوضأ وإلا فلابد من الوضوء لأمن الفوات لأنه يمكنه إكمال صلاته بعد سلام إمامه تأمل ، وقد اقتصروا فى تصوير مسألة البناء على صلاة العيد ، وذكر فى الإمداد أنه ليس للاحتراز عن الجنازة لأن العلة فيهما واحدة (قوله فى الأصح) يرجع إلى قوله بعد شروعه متوضئا وإلى قوله بلا فرق ، ومقابل الأصح فى الأول قولهما ، ومقابله فى الثانى ماروى الحسن عن الإمام أن الإمام لايتيمم ط (قوله لأن المناط) أى الذى تعلق به الحكم المذكور وهو التيمم لخوف فوت الصلاة بلا بعد عن الماء (قوله فجاز لكسوف الخ) تفريع على التعليل ، ومراده به مايعم الخسوف ط وهذا إلى قوله وحدها ذكره العلامة ابن أمير حاج الحلبى فى الحلية بحثا ، وأقره فى البحر والنهر (قوله وسنن رواتب) كالسنن التى بعد الظهر والمغرب والعشاء والجمعة إذا أخرجها بحيث لو توضأ فات وقتها فله التيمم . قال ط : والظاهر أن المستحب كذلك لفوته بفوت وقته ، كما إذا ضاق وقت

---

(١) (قوله وانظر ما علقناه على البحر) الذى علقناه عليه ، هو أنه قد يقال : إنها لما كانت تصلى بجمع حافل ، فلو أخرت لهذا العذر ربما يؤدى إلى فوتها بالكلية ، بخلاف ما إذا أخرت لعذر فتنة أو عدم ثبوت رؤية الهلال إلا بعد الزوال ، فإن كل الناس يستعدون لصلاتها فى اليوم الثانى ، وعدم تصريحهم بأن ذلك من الأعذار التى تؤخر لأجلها دليل على أنه ليس منها تأمل اهـ منه .

فجر خاف فوتها وحدها ، ولنوم وسلام ورده وإن لم تجز الصلاة به . قال فى البحر : وكذا لكل ما لا تشترط له الطهارة لما فى المبتغى . وجاز لدخول مسجد مع وجود الماء وللنوم فيه وأقره المصنف ، لكن فى النهر : الظاهر أن مراد المبتغى للجنب فسقط الدليل .

الضحى عنه وعن الوضوء فيتيمم له (قوله وخاف فوتها وحدها) أى فيتيمم على قياس قولهما ؛ أما على قياس قول محمد فلا لأنها إذا فاتته لاشتغاله بالفريضة مع الجماعة يقضيها بعد ارتفاع الشمس عنده ، وعندهما لا يقضيها أصلا بحر .

وصورة فوتها وحدها لو وعده شخص بالماء أو أمر غيره بنزحه له من بئر وعلم أنه لو انتظره لا يدرك سوى الفرض يتيمم للسنة ثم يتوضأ للفرض ويصلى قبل الطلوع ، وصوّرها شيخنا بما إذا فاتت مع الفرض وأراد قضاءها ولم يبق إلى زوال الشمس مقدار الوضوء وصلاة ركعتين فيتيمم ويصليها قبل الزوال لأنها لا تقضى بعده ، ثم يتوضأ ويصلى الفرض بعده ، وذكر لها ط صورتين أخرتين(١) (قوله ولنوم الخ) أى عند وجود الماء لأن الكلام فيه ، ولما قرره فى البحر من أن التيمم عند وجود الماء يجوز لكل عبادة تحل بدون الطهارة ولكل عبادة تفوت لا إلى خلف ، وبين القاعدتين عموم وجهى يجتمعان فى رد السلام مثلا فإنه يحل بدون طهارة ويفوت لا إلى خلف ، وتنفرد الأولى فى مثل دخول المسجد للمحدث فإنه يحل بدون الطهارة من الحدث الأصغر ولا يصدق عليه أنه يفوت لا إلى خلف ، وتنفرد الثانية فى مثل صلاة الجنازة فإنها تفوت لا إلى خلف ولا تحل بدون الطهارة ح . لكن القاعدة الأولى محل بحث كما تطلع عليه (قوله وإن لم تجز الصلاة به) أى فيقع طهارة لما نواه له فقط كما فى الحلية ، لأن التيمم له جهتان : جهة صحته فى ذاته ، وجهة صحة الصلاة به ، فالثانية متوقفة على العجز عن الماء ، وعلى نية عبادة مقصودة لا تصح بدون طهارة كما سيأتى بيانه . وأما الأولى فتحصل بنية أى عبادة كانت ، سواء كانت مقصودة لا تصح إلا بالطهارة كالصلاة وكالقراءة للجنب ، أو غير مقصودة كذلك كدخول المسجد للجنب ، أو تحل بدونها كدخوله للمحدث ، أو مقصودة وتحل بدون طهارة كالقراءة للمحدث . فالتيمم فى كل هذه الصور صحيح فى ذاته كما أوضحه ح (قوله وكذا لكل مالا تشترط له الطهارة) أى يجوز له التيمم مع وجود الماء ، وهذه إحدى القاعدتين السابقتين ، وفيها نظر سيظهر (قوله لكن فى النهر الخ) استدراك على استدلال البحر بعبارة المبتغى على إحدى القاعدتين المذكورتين ، وهى جواز التيمم عند وجود الماء لكل عبادة تحل بدون الطهارة .

وبيان الاستدراك أن الدليل إنما يتم بناء على إرادة الدخول للمحدث ليكون مما لا تشترط له الطهارة ، وإذا كان مراده الجنب سقط الدليل ، لأنه لا يحل له الدخول بدونها ، لكن كون المراد الجنب نظر فيه العلامة ح بأنه لا يخلو إما أن يكون الماء الموجود خارج المسجد وهو باطل أى لعدم جواز دخوله جنبا مع وجود الماء خارجه ، وإما أن يكون الماء داخله وهو صحيح ولكنه بعيد من عبارته بدليل قوله وللنوم فيه اهـ وعليه فالظاهر أن مراد المبتغى دخول المحدث فيتم الدليل .

لكن لقائل أن يقول : إنّ مراد المبتغى أن الجنب إذا وجد ماء فى المسجد وأراد دخوله للاغتسال يتيمم ويدخل ، ولو كان نائما فيه فاحتلم والماء خارجه وخشى من الخروج يتيمم وينام فيه إلى أن يمكنه الخروج . قال فى المنية : وإن احتلم فى المسجد تيمم للخروج إذا لم يخف ، وإن خاف يجلس مع التيمم ولا يصلى ولا يقرأ اهـ

---

(١) (قوله أخرتين) هكذا بخطه ، وصوابه أخريين اهـ مصححه .

قلت : وفى المنية وشرحها : تيممه لدخول مسجد ومس مصحف مع وجود الماء ليس بشىء بل هو عدم لأنه ليس لعبادة يخاف فوتها ، لكن فى القهستانى عن المختار : المختار جوازه مع الماء لسجدة التلاوة ، لكن سيجىء تقييده بالسفر لا الحضر . ثم رأيت فى الشرعة وشروحها مايؤيد كلام البحر ، قال : فظاهر البزازية جوازه لتسع مع وجود الماء وإن لم تجز الصلاة به :

قلت : بل لعشر بل أكثر ، لما مر من الضابط

ويؤيد ماقلناه أن نفس النوم فى المسجد ليس عبادة حتى يتيمم له وإنما هو لأجل مكثه فى المسجد أو لأجل مشيه فيه للخروج (قوله قلت الخ) اعتراض على البحر أيضا ، لأن عبارة المنية شاملة لدخول المسجد للمحدث وهو مما لاتشترط له الطهارة فينافى مافى البحر ، لكن أجاب ح بتخصيص الدخول بالجنب فلا تنافى :

أقول : ولا يخفى أنه خلاف المتبادر ، ولذا علله فى شرح المنية بماذكره الشارح ، وعلله أيضا بقوله لأن التيمم إنما يجوز ، ويعتبر فى الشرع عند عدم الماء حقيقة أو حكما ولم يوجد واحد منهما فلا يجوز اه . فيفيد أن التيمم لما لم تشترط له الطهارة غير معتبر أصلا مع وجود الماء إلا إذا كان مما يخاف فوته لا إلى بدل ، فلو تيمم المحدث للنوم أو لدخول المسجد مع قدرته على الماء فهو لغو ، بخلاف تيممه لرد السلام مثلا لأنه يخاف فوته لأنه على الفور ولذا فعله صلى الله عليه وسلم ، وهذا الذى ينبغى التعويل عليه (قوله لكن فى القهستانى الخ) استدراك على مايفهم من كلام البحر من أن ماتشترط له الطهارة لايتيمم له مع وجود الماء ، وعلى مايفهم من كلام المنية من أن كل عبادة لايخاف فوتها لا يتيمم لها ط . قال ح : وهو نقل ضعيف مصادم للقاعدة ، لأن سجدة التلاوه لاتحل إلا بالطهارة وتفوت إلى خلف اه .

أقول : بل لاتفوت ، لأنها لا وقت لها إلا إذا كانت فى الصلاة ، ولهذا نقل القهستانى أيضا عن القدورى فى شرحه أنها لا يتيمم لها ، وعلله فى الخلاصة بما قلنا (قوله لكن سيجىء) أى فى الفروع ، وهذا استدراك على الاستدراك ، وهذا التقييد مذكور فى القهستانى أيضا بعد ورقتين نقلا عن شرح الأصل معللا بعدم الضرورة فى الحضر : أى لوجود الماء فيه بخلاف السفر ، فأفاد أن جوازه عند فقد الماء ، فينافى مانقله عن المختار من جوازه مع وجود الماء كما لايخفى فافهم (قوله فى الشرعة) أى شرعة الإسلام للعلامة أبى بكر البخارى ط (قوله وشروحها) رأيت ذلك منقولا فى شرح الفاضل على زاده ط (قوله قال) أى فى الشرعة وشروحها (قوله فظاهر البزازية الخ) هذا غير ظاهر ، لأن عبارة البزازية : ولو تيمم عند عدم الماء لقراءة قرآن عن ظهر قلب أو من المصحف أو لمسه أو لدخول المسجد أو خروجه أو لدفن أو لزيارة قبر أو الأذان أو الإقامة لايجوز أن يصلى به عند العامة ، ولو عند وجود الماء لاخلاف فى عدم الجواز اه ، فإن قوله لاخلاف فى عدم الجواز أى عدم جواز الصلاة به ظاهر فى عدم صحته فى نفسه عند وجود الماء فى هذه المواضع ، لأن من جملتها التيمم لمس المصحف ، ولا شبهة فى أنه عند وجود الماء لايصح أصلا ، ولما مر عن المنية وشرحها من أنه مع وجود الماء ليس بشى بل هو عدم :

والحاصل أن مابحثه فى البحر من صحة التيمم لهذه الأشياء مع وجود الماء لا بد لها من دليل ، وليس فى شىء مما ذكره الشارح مايدل عليها بل فيه مايدل على خلافها كما علمت ، وأما عبارة المبتغى فقد علمت مافيها ، فالظاهر عدم الصحة إلا فيما يخاف فوته كما قررناه قبل فتدبر (قوله وإن لم تجز الصلاة به) لأن جوازها به يشترط له فقد الماء أو خوف الفوت لا إلى بدل بعد أن يكون المنوى عبادة مقصودة لاتصح بدون طهارة ، ولم يوجد ذلك فى شىء مما ذكر (قوله قلت بل لعشر الخ) من هنا إلى قوله قلت وظاهره ساقط فى بعض النسخ ، وذكر ابن عبد الرزاق

أنه يجوز لكل مالا تشترط الطهارة له ولو مع وجود الماء؛ وأما ماتشترط له فيشترط فقد الماء كتيمم لمس مصحف فلا يجوز لواجد الماء . وأما للقراءة، فإن محدثا فكالأول أو جنباً فكالثانى .

وقالوا : لو تيمم لدخول مسجد أو لقراءة ولو من مصحف أو مسه أو كتابته أو تعليمه أو لزيارة قبور أو عيادة مريض أو دفن ميت أو أذان أو إقامة أو إسلام أو سلام أو رده لم تجز الصلاة به عند العامة ، بخلاف صلاة جنازة أو سجدة تلاوة فتاوى شيخنا خير الدين الرملى . قلت : وظاهره أنه يجوز فعل ذلك فتأمل .

أنه من ملحقات الشارح على نسخته الثانية (قوله أنه يجوز) بدل من ما أومن الضابط (قوله ولو مع وجود الماء) غير مسلم كما علمت (قوله فلا يجوز) أى التيمم لمس مصحف ، سواء كان عن حدث أو عن جنابة (قوله فكالأول) أى كالذى لا تشترط له الطهارة فيتيمم له مع وجود الماء ط (قوله فكالثانى) وهو ماتشترط له الطهارة ط (قوله لم تجز الصلاة به) أى لفقد الشرط ، وهو أمران : كون المنوى عبادة مقصودة ، وكونها لا تحل إلا بالطهارة .

أما فى دخول المسجد فى المحدث فقد الأمران ، وفى الجنب فقد الأول ؛ وأما فى القراءة للمحدث فلفقد الثانى ، ولا يراد الجنب هنا لما تقدم قريبا من قوله أو جنبا فكالثانى : أى فتجوز الصلاة به .

وأما المس مطلقا فلفقد الأول والكتابة كالمس إلا إذا كتب والصحيفة على الأرض على مامر ؛ فإذا تيمم لذلك كانت العلة فقد الأمرين . والتعليم إن كان من محدث فلفقد الثانى ، وإن كان من جنب وكان كلمة كلمة فلفقد الثانى أيضا وعارض التعليم لا يخرجه عن كونه قراءة ، ولا يراد الجنب هنا إذا لم يكن التعليم كلمة كلمة لما مر . وأما زيارة القبور وعيادة المريض ودفن الميت والسلام ورده فلفقد الثانى . وأما الأذان بالنسبة إلى الجنب فلفقد الأول وللمحدث فلفقد الأمرين . وأما الإقامة مطلقا فلفقد الأول . وأما الإسلام فجرى فيه على مذهب أبى يوسف القائل بصحته فى ذاته اهـ ح .

أقول : لا يصح عد الإسلام هنا لأنه يوهم صحة تيممه له ، لكن لا تجوز الصلاة به وليس ذلك قولا لأحد من علمائنا الثلاثة ، لأنه عند أبى يوسف يصح فى ذاته وتجوز الصلاة به عنده كما صرح به فى البحر . وأما عندهما فلا يصح أصلا ؛ وهو الأصح كما فى الإمداد وغيره فافهم (قوله بخلاف صلاة جنازة) أى فإن تيممها تجوز به سائر الصلوات لكن عند فقد الماء ، وأما عند وجوده إذا خاف فوتها فإنما تجوز به الصلاة على جنازة أخرى إذا لم يكن بينهما فاصل كما مر ، ولا يجوز به غيرها من الصلوات أفاده ح (قوله أو سجدة تلاوة) أى فتصح الصلاة بالتيمم لها عند عدم الماء ، أما عند وجوده فلا يصح التيمم لها لما علمت من أنها تفوت إلى بدل ط (قوله وظاهره الخ) أى ظاهر قوله لم تجز الصلاة به أن التيمم لهذه المذكورات الثلاث عشرة التى لا تشترط لها الطهارة صحيح فى نفسه يجوز فعله .

ووجه ظهور ذلك أنه لو لم يكن صحيحا فى نفسه لكان المناسب أن يقال لم يصح التيمم لها أو لم يجز لأنه أعم .

وأقول : إن كان مراده الجواز عند فقد الماء فهو مسلم وإلا فلا ، والظاهر أن مراده الثانى موافقا لما قدمه عن البحر ، ولقوله فظاهر البزازية جوازه لتسع مع وجود الماء الخ وقدمنا أنه غير ظاهر وأنه لابد له من نقل يدل عليه ولم يوجد وأن استدلال البحر بما فى المبتغى لا يفيد ، نعم مايخاف فوته بلا بدل من هذه المذكورات يجوز مع وجود الماء نظير الجنازة لأنه فاقد للماء حكما فيشمله النص ، بخلاف مالا يخاف فوته منها فلا يجوز أصلا ، لأن النص ورد بمشروعية التيمم عند فقد الماء فلا يشرع عند وجوده حقيقة وحكما ، ولعله لهذا أمر بالتأمل فافهم

(لا) يتيمم (لفوت جمعة ووقت) ولو وترا لفواتها إلى بدل ، وقيل يتيمم لفوات الوقت . قال الحلبي : فالأحوط أن يتيمم ويصلي ثم يعيده .

(ويجب) أي يفترض (طلبه) ولو برسوله (قدر غلوة) ثلثمائة ذراع من كل جانب ، ذكره الحلبي .

(قوله لفواتها) أي هذه المذكورات إلى بدل ؛ فبدل الوقتيات والوتر القضاء ، وبدل الجمعة الظهر فهو بدلها صورة عند الفوات وإن كان في ظاهر المذهب هو الأصل ، والجمعة خلف عنه خلافا لزفر كما في البحر (قوله وقيل يتيمم الخ) هو قول زفر . وفي القنية أنه رواية عن مشايخنا بحر ، وقدمنا ثمرة الخلاف (قوله قال الحلبي) أي البرهان إبراهيم الحلبي في شرحه على المنية ، وذكر مثله العلامة ابن أمير حاج الحلبي في الحلية شرح المنية حيث ذكر فروعا عن المشايخ ، ثم قال ماحاصله : ولعل هذا من هؤلاء المشايخ اختيار لقول زفر لقوة دليله ، وهو أن التيمم إنما شرع للحاجة إلى أداء الصلاة في الوقت فيتيمم عند خوف فوته . قال شيخنا ابن الهمام(١) ولم يتجه لهم عليه سوى أن التقصير جاء من قبله فلا يوجب الترخيص عليه ، وهو إنما يتم إذا أخر لالعذر اه .

وأقول : إذا أخر لالعذر فهو عاص . والمذهب عندنا أنه كالمطيع في الرخص ، نعم تأخيره إلى هذا الحد عذر جاء من قبل غير صاحب الحق ، فينبغي أن يقال يتيمم ويصلي ثم يعيد الوضوء ، كمن عجز بعذر من قبل العباد ، وقد نقل الزاهدي في شرحه هذا الحكم عن الليث بن سعد . وقد ذكر ابن خلكان أنه كان حنفي المذهب ، وكذا ذكره في [الجواهر المضية في طبقات الحنفية] اه ما في الحلية .

قلت : وهذا قول متوسط بين القولين ، وفيه الخروج عن العهدة بيقين فلذا أقره الشارح ، ثم رأيته منقولا في التاترخانية عن أبي نصر بن سلام وهو من كبار الأئمة الحنفية قطعا ، فينبغي العمل به احتياطا ولا سيما وكلام ابن الهمام يميل إلى ترجيح قول زفر كما علمته ، بل قد علمت من كلام القنية أنه رواية عن مشايخنا الثلاثة ، ونظير هذا مسألة الضيف الذي خاف ريبة فإنهم قالوا يصلي ثم يعيد ، والله تعالى أعلم (قوله ويجب) أي على المسافر ، لأن طلب الماء في العمرانات أو في قربها واجب مطلقا بحر (قوله طلبه) أي الماء (قوله ولو برسوله) وكذا لو أخبره من غير أن يرسله ، بحر عن المنية (قوله ثلثمائة ذراع) أي إلى أربعمائة ، درر وكافي وسراج ومبتغى .

مطلب في تقدير الغلوة

(قوله ذكره الحلبي) أي البرهان إبراهيم . وعبارته في شرحيه على المنية الكبير والصغير : فيطلب يمينا ويسارا قدر غلوة من كل جانب ، وهي ثلثمائة خطوة إلى أربعمائة ، وقيل قدر رمية سهم اه .

وفيه مخالفة لما عزاه إليه الشارح من وجهين : الأول تفسير الغلوة بالخطا لا بالأذرع . والثاني الاكتفاء بالطلب يمينا ويسارا ، وهو الموافق لقول الخانية يفرض الطلب يمينا ويسارا قدر غلوة ، وظاهره كما في الشيخ إسمعيل عن البرجندي أنه لا يجب في جانب الخلف والقدام ، نعم في الحقائق ينظر يمينه وشماله وأمامه ووراءه غلوة . قال في البحر : وظاهره أنه لا يلزمه المشي بل يكفيه النظر في هذه الجهات وهو في مكانه إذا كان حواليه لا يستتر عنه .

---

(١) (قوله ولم يتجه لهم عليه الخ) أي أن الفقهاء ردوا على زفر ولم يتوجه لهم في الرد عليه سوى أنهم قالوا إن من أخر الصلاة إلى آخر الوقت كان مقصرا ، وتقصيره جاء من قبله فلا يستحق الترخيص له بجواز التيمم ، ولكن هذا الرد على زفر إنما يتم لو أخر لالعذر فيلزمهم أن يرخصوا له التيمم لو أخر لعذر ، على أنه لو أخر بلا عذر لا يتجه أيضا ، لأن غايته أنه عاص بالتأخير والعاصي عندنا كالمطيع في ثبوت الترخص له اه منه .

وفى البدائع: الأصح طلبه قدر مالا يضر بنفسه ورفقته بالانتظار (إن ظن) ظنا قويا (قربه) دون ميل بأمارة أو إخبار عدل (وإلا) يغلب على ظنه قربه (لا) يجب بل يندب إن رجا وإلا لا؛ ولو صلى بتيمم وثمة من يسأله ثم أخبره بالماء أعاد وإلا لا:

(وشرط له) أى للتيمم فى حق جواز الصلاة به (نية عبادة) ولو صلاة جنازة

وقال فى النهر: بل معناه أنه يقسم الغلوة على هذه الجهات، فيمشى من كل جانب مائة ذراع، إذ الطلب لايتم بمجرد النظر اهـ. وفى الشرنبلالية عن البرهان أن قدر الطلب بغلوة من جانب ظنه اهـ.

قلت: لكن هذا ظاهر أن ظنه فى جانب خاص، أما لو ظن أن هناك ماء دون ميل ولم يترجح عنده أحد الجوانب يطلبه فيها كلها حتى جهة خلفه إلا إذا علم أنه لاماء فيه حين مروره عليه، ولكن هل يقسم الغلوة على الجهات أو لكل جهة غلوة؟ محل تردد. والأقرب الأول كما مر عن النهر، وصريح مامر عن شرح المنية خلافه، ولكن الظاهر أنه لايلزمه المشى إلا إذا لم يمكنه كشف الحال بمجرد النظر فتدبر (قوله وفى البدائع الخ) اعتمده فى البحر (قوله ورفقته) الأولى أو رفقته، لأن ضرر أحدهما كاف كما هو غير خاف ح.

مطلب في الفرق بين الظن وغلبة الظن

(قوله ظنا قويا) أى غالبا. قال فى البحر عن أصول اللامشى: إن أحد الطرفين إذا قوى وترجح على الآخر ولم يأخذ القلب ماترجح به ولم يطرح الآخر فهو الظن، وإذا عقد القلب على أحدهما وترك الآخر فهو أكبر الظن وغالب الرأى (قوله دون ميل) ظرف لقوله قربه، وقيد به لأن الميل وما فوقه بعيد لايوجب الطلب (قوله بأمارة) أى علامة كرؤية خضرة أو طير (قوله أو إخبار عدل) قال فى شرح المنية: ويشترط فى المخبر أن يكون مكلفا عدلا وإلا فلابد معه من غلبة الظن حتى يلزم الطلب لأنه من الديانات (قوله وإلا يغلب على ظنه) بأن شك أو ظن ظنا غير قوى نهر (قوله وإلالا) أى إن لم يرج الماء لايطلبه لعدم الفائدة بحر عن المبسوط (قوله أعاد وإلالا) أى وإن لم يخبره بعد ماسأله لايعيد الصلاة زيلعى وبدائع، لكن فى البحر عن السراج: ولو تيمم من غير طلب وكان الطلب واجبا وصلى ثم طلبه فلم يجده وجبت عليه الإعادة عندهما خلافا لأبى يوسف اهـ. ومفاده أنه تجب الإعادة هنا وإن لم يخبره (قوله فى حق جواز الصلاة) أما فى حق صحته فى نفسه فيكفى فيه نية ماقصده لأجله من أى عبادة كانت عند فقد الماء، وعند وجوده يصح لعبادة تفوت لاإلى خلف كما قدمناه (قوله نية عبادة) قدمنا فى الوضوء تعريف النية وشروطها. وفى البحر: وشرطها أن ينوى عبادة مقصودة الخ أو الطهارة أو استباحة الصلاة أو رفع الحدث أو الجنابة، فلا تكفى نية التيمم على المذهب، ولا تشترط نية التمييز بين الحدث والجنابة خلافا للجصاص اهـ، ويأتى تمام الكلام عليه قريبا.

قلت: وتقدم فى الوضوء أنه تكفى نية الوضوء، فما الفرق بينه وبين نية التيمم تأمل، ولعل وجه الفرق أنه لما كان بدلا عن الوضوء أو عن آلته على مامر من الخلاف ولم يكن مطهرا فى نفسه إلا بطريق البدلية لم يصح أن يجعل مقصودا بخلاف الوضوء فإنه طهارة أصلية.

والأقرب أن يقال: إن كل وضوء تستباح به الصلاة، بخلاف التيمم فإن منه مالا تستباح به، فلا يكفى للصلاة التيمم المطلق، ويكفى الوضوء المطلق، هذا ماظهر لى، والله أعلم (قوله ولو صلاة جنازة) قال فى البحر: لايخفى أن قولهم بجواز الصلاة بالتيمم لصلاة الجنازة محمول على ماإذا لم يكن واجدا للماء كما قيده فى الخلاصة

أو سجدة تلاوة لاشكر فى الأصح (مقصودة) خرج دخول مسجد ومس مصحف (لاتصح) أى لاتحل ليعم قراءة القرآن للجنب (بدون طهارة) خرج السلام ورده (فلغا تيمم كافر لاوضوءه) لأنه ليس بأهل للنية ، فما يفتقر إليها لايصح منه . وصح تيمم جنب بنية الوضوء

بالمسافر . أما إذا تيمم لها مع وجوده لخوف الفوت فإن تيممه يبطل بفراغه منها اهـ لكن فى إطلاق بطلانه نظر بدليل أنه لو حضره جنازة أخرى قبل إمكان إعادة التيمم له أن يصلى عليها به ، فالأولى أن يقول فإن تيممه لم يصح إلا لما نواه وهو صلاة الجنازة فقط بدليل أنه لايجوز له أن يصلى به ولا أن يمس المصحف ولا يقرأ القرآن جنبا ، كذا قرره شيخنا حفظه الله تعالى (قوله فى الأصح) هذا بناء على قول الإمام إنها مكروهة ، أما على قولهما المفتى به أنها مستحبة فينبغى صحته وصحة الصلاة به أفاده ح (قوله مقصودة) المراد بها مالا تجب فى ضمن شىء آخر بطريق التبعية ، ولا ينافى هذا مافى كتب الأصول من أن سجدة التلاوة غير مقصودة ، لأن المراد هنا أنها شرعت ابتداء تقرباً إلى الله تعالى ، لاتبعا لغيرها ، بخلاف دخول المسجد ومس المصحف، والمراد بما فى الأصول أن هيئة السجود ليست مقصودة لذاتها عند التلاوة بل لاشتمالها على التواضع ، وتمامه فى البحر (قوله خرج دخول مسجد الخ) أى ولو لجنب ، بأن كان الماء فى المسجد وتيمم لدخوله للغسل ، فلا يصلى به كما مر ؛ وخرج أيضاً الأذان والإقامة .

ولا يقال : دخول المسجد عبادة للاعتكاف ، لأن العبادة هى الاعتكاف والدخول تبع له ، فكان عبادة غير مقصودة كما فى البحر (قوله ليعم قراءة القرآن للجنب) قيد بالجنب ، لأن قراءة المحدث تحل بدون الطهارة ، فلا يجوز أن يصلى بذلك التيمم ، بخلاف الجنب ، وهـــذا التفصيل جعله فى البحر هو الحق ، خلافا لمن أطلق الجواز ، ولمن أطلق المنع .

وأشار الشارح إلى أن القراءة عبادة مقصودة ، وجعلها فى البحر جزء العبادة ، فزاد فى الضابط بعد قوله مقصودة أو جزءها لإدخالها .

واعترضه فى النهر بأنه لاحاجة إليه ، لأن وقوع القراءة جزء عبادة من وجه لاينافى وقوعها عبادة مقصودة من وجه آخر ، ألا ترى أنهم أدخلوا سجود التـــلاوة فى المقصودة مع أنه جزء من العبادة التى هى الصلاة اهـ (قوله خرج السلام ورده) أى فلا يصلى بالتيمم لهما ولو عند فقد الماء ، وكذا قراءة المحدث وزيارة القبور . وأما الإسلام فلا يصح ذكره هنا لأنه عند أبى يوسف يصلى به وعندهما لايصح أصلا كما نبهنا عليه سابقا ، فن عده هنا لم يصب (قوله فلغا الخ) تفريع على اشتراط النية : أى لما شرطناها فيه ، ومن شرائط صحتها الإسلام :

لغا تيمم الكافر سواء نوى عبادة مقصودة لاتصح إلا بالطهارة أولا ، وصح وضوءه لعدم اشتراط النية فيه ، ولما لم يشترطها زفر سوّى بينهما نهر (قوله بنية الوضوء) يريد به طهارة الوضوء ، لما علمت من اشتراط نية التطهير بحر . وأشار إلى أنه لاتشترط نية التمييز بين الحدثين خلافا للجصاص كما مر ، فيصح التيمم عن الجنابة بنية رفع الحدث الأصغر كما فى العكس تأمل ، لكن رأيت فى شرح المصنف على زاد الفقير مانصه وقال فى الوقاية : إذا كان به حدثان كالجنابة وحدث يوجب الوضوء ينبغى أن ينوى عنهما ، فإن نوى عن أحدهما لايقع عن الآخر لكن يكفى تيمم واحد عنهما اهـ . فقوله لكن يكفى ، يعنى لو تيمم الجنب عن الوضوء كفى وجازت صلاته ولا يحتاج أن يتيمم للجنابة وكذا عكسه ، لكن لايقع تيممه للوضوء عن الجنابة ، ولهذا قال الرازى : وإن وجد ماء يكفى لغسل أعضائه مرة بطل فى المختار لأن تيممه للوضوء وقع له لاللجنابة وإن كفى عنهما فتأمل اهـ مافى شرح

به يفتى : (وندب لراجيه) رجاء قوياً (آخر الوقت) المستحب ، ولو لم يؤخر وتيمم وصلى جاز إن كان بينه وبين الماء ميل وإلا لا :

(صلى) من ليس فى العمران بالتيمم

الزادى (قوله به يفتى) كذا فى الحلية عن النصاب (قوله رجاء قوياً) المراد به غلبة الظن . ومثله التيقن كما فى الخلاصة وإلا فلا يؤخر ، لأن فائدة الانتظار أداء الصلاة بأكمل الطهارتين بحر (قوله آخر الوقت) برفع آخر على أنه نائب فاعل ندب وأصله النصب على الظرفية ؛ ولا يصح نصبه على أن يكون فى ندب ضمير يعود على الصلاة هو نائب الفاعل ، لأنه كان يجب تأنيث الضمير ، نعم هو جائز فى الشعر فافهم ؛ ولا على أن ضميره عائد على التيمم ، لأن آخر الوقت محل الوضوء لا التيمم لأنه فرض المسألة (قوله المستحب) هذا هو الأصح . وقيل وقت الجواز ، وقيل إن كان على ثقة من الماء فإلى آخر وقت الجواز ، وإن على طمع فإلى آخر وقت الاستحباب سراج . وفى البدائع : يؤخر إلى مقدار مالو لم يجد الماء لأمكنه أن يتيمم ويصلى فى الوقت . وفى التاترخانية عن المحيط : ولا يفرط فى التأخير حتى لا تقع صلاة فى وقت مكروه . واختلفوا فى تأخير المغرب ؛ فقيل لا يؤخر ، وقيل يؤخر اهـ :

والحاصل أنه إذا رجا الماء يؤخر إلى آخر الوقت المستحب بحيث لا يقع فى كراهة ، وإن كان لا يرجو الماء يصلى فى الوقت المستحب كوقت الإسفار فى الفجر والإبراد فى ظهر الصيف ونحو ذلك على مابين فى محله ، لكن ذكر شراح الهداية وبعض شراح المبسوط أنه إن كان لا يرجو الماء يصلى فى أول الوقت ، لأن أداء الصلاة فيه أفضل ، إلا إذا تضمن التأخير فضيلة لا تحصل بدونه كتكثير الجماعة ، ولا يتأتى هذا فى حق من فى المفازة . فكان التعجيل أولى كما فى حق النساء لأنهن لا يصلين بجماعة .

وتعقبهم الإتقانى فى غاية البيان بأنه سهو منهم بتصريح أئمتنا باستحباب تأخير بعض الصلوات بلا اشتراط جماعة :

وأجاب فى السراج بأن تصريحهم محمول على ما إذا تضمن التأخير فضيلة وإلا لم يكن له فائدة ، فلا يكون مستحبا ، وانتصر فى البحر للإتقانى بما فيه نظر كما أوضحناه فيما علقناه عليه . والذى يؤيد كلام الشراح أن ماذكره أئمتنا من استحباب الإسفار بالفجر والإبراد بظهر الصيف معلل بأن فيه تكثير الجماعة وتأخير العصر لاتساع وقت النوافل وتأخير العشاء لما فيه من قطع السمر المنهى عنه ، وكل هذه العلل مفقودة فى حق المسافر ، لأنه فى الغالب يصلى منفرداً ، ولا يتنفل بعد العصر ، ويباح له السمر بعد العشاء كما سيأتى ، فكان التعجيل فى حقه أفضل وقولهم كتكثير الجماعة مثال للفضيلة لا حصر فيها .

[تنبيه] فى المعراج عن المجتبى : يتخالج فى قلبى فيما إذا كان يعلم أنه إن أخر الصلاة إلى آخر الوقت بقرب من الماء بمسافة أقل من ميل لكن لا يتمكن من الصلاة بالوضوء فى الوقت الأولى أن يصلى فى أول الوقت مراعاة لحق الوقت وتجنباً عن الخلاف اهـ واستحسنه فى الحلية (قوله من ليس فى العمران) أى سواء كان مسافراً أو مقيما منح ، ولنوح أفندى عن شرح الجامع لفخر الإسلام . أما من فى العمران فتجب عليه الإعادة ، لأن العمران يغلب فيه وجود الماء فكان عليه طلبه فيه ، وكذا فيما قرب منه كما قدمناه . والظاهر أن الأخبية بمنزلة العمران ، لأن إقامة الأعراب فيها لا تتأتى بدون الماء فوجوده غالب فيها أيضا . وعليه فيشكل قولهم سواء كان مسافرا

(ونسى الماء فى رحله) وهو مما ينسى عادة (لاإعادة عليه) ولو ظن فناء الماء أعاد اتفاقا كما لو نسيه فى عنقه أو ظهره أو فى مقدمه راكباً أو مؤخره سائقا أو نسى ثوبه وصلى عريانا أو فى ثوب نجس أو مع نجس ومعه مايزيله أو توضأ بماء نجس أو صلى محدثا ثم ذكر أعاد إجماعاً (ويطلبه) وجوباً على الظاهر

أو مقيما فليتأمل(١) (قوله ونسى الماء) أوشك كما فى السراج نهر .

أقول : هو سبق قلم ، لأن عبارة السراج : هكذا قيد بالنسيان احترازاً عما إذا شك أو ظن أن ماءه قد فنى فصلى ثم وجده فإنه يعيد إجماعاً (قوله فى رحله) الرحل للبعير كالسرج للدابة ، ويقال لمنزل الإنسان ومأواه رحل أيضاً ومنه نسى الماء فى رحله مغرب ، لكن قولهم لوكان الماء فى مؤخرة الرحل يفيد أن المراد بالرحل الأول بحر .

وأقول : الظاهر أن المراد به مايوضع فيه الماء عادة ، لأنه مفرد مضاف فيعم كل رحل سواء كان منزلا أو رحل بعير ، وتخصيصه بأحدهما مما لابرهان عليه نهر (قوله وهو مما ينسى عادة) الجملة حالية ، ومحترزه قوله كما لو نسيه فى عنقه الخ (قوله لاإعادة عليه) أى إذا تذكره بعد مافرغ من صلاته ، فلو تذكر فيها يقطع ويعيد إجماعاً سراج ، وأطلق فشمل مالو تذكر فى الوقت أو بعده كما فى الهداية وغيرها خلافا لما توهمه فى المنية ، ومالو كان الواضع للماء فى الرحل هو أو غيره بعلمه بأمره أو بغير أمره خلافا لأبى يوسف ؟ أما لو كان غيره بلا علمه فلا إعادة اتفاقاً حلية (قوله أعاد اتفاقاً) لأنه كان عالما به وظهر خطأ الظن حلية ؛ وكذا لو شك كما قدمناه عن السراج ، وهو مفهوم بالأولى (قوله فى عنقه) أى عنق نفسه (قوله أوفى مقدمه الخ) أى مقدم رحله؛ واحترز به عما لو نسيه فى مؤخره راكباً أو مقدمه سائقاً فإنه على الاختلاف ، وكذا إذا كان قائداً مطلقاً بحر (قوله أومع نجس) بفتح الجيم : أى بأن كان حاملا له أوفى بدنه وكان أكثر من الدرهم ، وهو معطوف على قوله أو نسى والظرف متعلق بصلى محذوفا لعلمه من المقام ، ولا يصح عطفه على عرياناً ليتعلق بصلى المذكور المقيد بقوله نسى ثوبه لأن نسيان الثوب هنا لادخل له (قوله ثم ذكر) أى بعد مافعل جميع ماذكر ناسياً (قوله أعاد إجماعاً) راجع إلى الكل ، لكن فى الزيلعى أن مسألة الصلاة فى ثوب نجس أو عرياناً على الاختلاف وهو الأصح اهـ (قوله ويطلبه وجوبا على الظاهر) أى ظاهر الرواية عن أصحابنا الثلاثة كما سيذكره مع تعليله، وكونه ظاهر الرواية عنهم أخذه فى البحر من قول المبسوط عليه أن يسأله إلا على قول الحسن بن زياد إن فى سؤاله مذلة ورد به مافى الهداية وغيرها من أنه يلزمه عندهما لاعنده ، ووفق فى شرح المنية الكبير بأن الحسن رواه عن أبى حنيفة فى غير ظاهر الرواية وأخذ هو به ، فاعتمد فى المبسوط ظاهر الرواية ؛ واعتمد فى الهداية رواية الحسن لكونها أنسب بمذهب أبى حنيفة من عدم اعتبار القدرة بالغير .

أقول : وبقول الإمام جزم فى المجمع والملتقى والوقاية وابن الكمال أيضا، وقال : هذا على وفق مافى الهداية والإيضاح والتقريب وغيرها . وفى التجريد : ذكر محمدا مع أبى حنيفة . وفى الذخيرة عن الجصاص أنه لاخلاف ، فإن قوله فيما إذا غلب على ظنه منعه إياه ، وقولهما عند غلبة الظن بعدم المنع اهـ :

أقول : وقد مشى على هذا التفصيل فى الزيادات والكافى، وهو قريب من قول الصفار: إنه يجب فى موضع لايعز فيه ، إذ لايخفى أنه حينئذ لايغلب على الظن المنع . وقال فى شرح المنية : إنه المختار . وفى الحلية إنه الأوجه لأن الماء غير مبذول غالباً فى السفر خصوصا فى موضع عزته ، فالعجز متحقق مالم يظن الدفع اهـ .

---

(١) (قوله أو مقيما فليتأمل) أى حيث طال الإقامة بدون ماء ، فلا معنى لهذا التعميم ؛ لأن المقيم فى غير العمران لا تطول إقامته بدون الماء اهـ شيخنا رحمه الله تعالى .

من رفيقه (ممن هو معه ، فإن منعه) ولو دلالة بأن استهلكه (تيمم) لتحقق عجزه .

(وإن لم يعطه إلا بثمن مثله) أو بغبن يسير (وله ذلك) فاضلا عن حاجته (لايتيمم ولو أعطاه بأكثر) يعنى بغبن فاحش وهو ضعف قيمته فى ذلك المكان (أو ليس له) ثمن (ذلك تيمم) .

وأما للعطش فيجب على القادر شراؤه بأضعاف قيمته إحياء لنفسه ، وإنما يعتبر المثل فى تسعة عشر موضعاً مذكورة فى الأشباه ، وقبل طلبه الماء (لايتيمم على الظاهر) أى ظاهر الرواية عن أصحابنا . لأنه مبذول عادة كما فى البحر عن المبسوط ، وعليه الفتوى ؛

وحيث نص الإمام الجصاص على التوفيق بما ذكرا رتفع الخلاف ، ولا يبعد حمل مافى المبسوط عليه كما سنشير إليه ، والله الموفق (قوله من رفيقه) الأولى حذفه وإبقاء المتن على عمومه ط . ولذا قال نوح أفندى وغيره ذكر الرفيق جرى مجرى العادة ، وإلا فكل من حضر وقت الصلاة فحكمه كذلك رفيقا كان أو غيره اهـ .

وقد يقال : أراد بالرفيق من معه من أهل القافلة . وهو مفرد مضاف فيعم ، ثم خصصه بقوله ممن هو معه ، والظاهر أنه لو كانت القافلة كبيرة يكفيه النداء فيها إذ يعسر الطلب من كل فرد وطلب رسوله كطلبه نظير ما مر (قوله ممن هو) أى الماء الكافى للتطهير (قوله بثمن مثله) أى فى ذلك الموضع بدائع . وفى الخانية : فى أقرب المواضع من الموضع الذى يعز فيه الماء : قال فى الحلية : والظاهر الأول ، إلا أن لايكون للماء فى ذلك الموضع قيمة معلومة كما قالوا فى تقويم الصيد (قوله وله ذلك) أى وفى ملكه ذلك الثمن . وقدمنا أنه لو له مال غائب وأمكنه الشراء نسيئة وجب ، بخلاف مالو وجد من يقرضه لأن الأجل لازم ولا مطالبة قبل حلوله بخلاف القرض بحر (قوله فاضلا عن حاجته) أى من زاد ونحوه من الحوائج اللازمة حلية . قلت : ومنها قضاء دينه تأمل (قوله لايتيمم) لأن القدرة على البدل قدرة على الماء بحر (قوله وهو ضعف قيمته) هذا مافى النوادر ، وعليه اقتصر فى البدائع والنهاية ، فكان هو الأولى بحر ، لكنه خاص بهذا الباب لما يأتى فى شراء الوصى أن الغبن الفاحش مالا يدخل تحت تقويم المقومين اهـ . أقول : هو قول هنا أيضاً . وفى شرح المنية أنه الأوفق (قوله فى ذلك المكان) مبنى على مانقلناه عن البدائع .

[تنبيه] لو ملك العارى ثمن الثوب ، قيل لايجب شراؤه ، وقيل يجب كالماء سراج . وجزم بالثانى فى المواهب (قوله ثمن ذلك) الأولى حذف ثمن لأن اسم الإشارة راجع إليه لا إلى الماء ط (قوله وأما للعطش) أى هذا الحكم فى الشراء للوضوء وأما الخ (قوله مذكورة فى الأشباه) أى فى أواخرها ، وليست مما نحن فيه . فلا يلزمنا ذكرها هنا (قوله وقبل طلبه الخ) مفهوم قوله ويطلبه وجوبا الخ ح .

وفى النهر اعلم أن الرائى للماء مع رفيقه ، إما أن يكون فى الصلاة أو خارجها ، وفى كل إما أن يغلب على ظنه الإعطاء أو عدمه أو شك ، وفى كل إما أن يسأله أولا ، وفى كل إما أن يعطيه أولا . فهى أربعة وعشرون ، فإن فى الصلاة وغلب على ظنه الإعطاء قطع وطلب ؛ فإن لم يعطه بقى تيممه ؛ فلو أتمها ثم سأل ، فإن أعطاه استأنف وإلا تمت ، كما لو أعطاه بعد الإباء ، وإن غلب على ظنه عدمه أو شك لايقطع ؛ فلو أعطاه بعد ما أتمها بطلت وإلا لا ؛ وإن خارجها ، فإن صلى بالتيمم بلا سؤال فعلى ماسبق . فلو سأل بعدها وأعطاه أعاد وإلا لا سواء ظن الإعطاء أو المنع أوشك ، وإن منعه ثم أعطاه لا وبطل تيممه ، ولا يتأتى فى هذا القسم ظن ولا شك اهـ (قوله لأنه مبذول عادة) أى غالباً ، وفيه إشارة إلى أنه لو كان فى موضع يعز فيه ويغلب على الظن منعه وعدم بذله أنه يجوز التيمم لتحقق العجز كما قدمناه فلا ينافى ماقدمناه من التوفيق ، ولذا قال فى المجتبى : الغالب عدم الضنة بالماء ، حتى لو كان فى موضع تجرى عليه الضنة لايجب الطلب منه (قوله وعليه) أى بناء على ظاهر الرواية

فيجب طلب الدلو والرشا ، وكذا الانتظار لو قال له حتى استقى ، وإن خرج الوقت ، ولو كان فى الصلاة إن ظن الإعطاء قطع ، وإلا لا . لكن فى القهستانى عن المحيط : إن ظن إعطاء الماء أو الآلة وجب الطلب وإلا لا .

(والمحصور فاقد) الماء والتراب (الطهورين) بأن حبس فى مكان نجس ولا يمكنه إخراج تراب مطهر ، وكذا العاجز عنهما لمرض (يؤخرها عنده . وقالا : يتشبه) بالمصلين وجوباً ، فيركع ويسجد

فيجب الخ . وقد نقل الوجوب فى النهر عن المعراج ، ثم قال : لكن لايجب كما فى الفتح وغيره . وفى السراج قيل يجب الطلب إجماعا ، وقيل لايجب اه . وينبغى أن يكون الأول بناء على الظاهر ، والثانى على مافى الهداية اه أى من اختيار رواية الحسن كما قدمناه :

قلت : وهو توفيق حسن ؛ فلذا أشار إليه الشارح حيث جعل الوجوب مبنياً على الظاهر ، لكن يخالفه مافى المعراج فإنه قال : ولو كان مع رفيقه دلو يجب أن يسأله بخلاف الماء اه ومثله فى التاترخانية فليتأمل :

ثم الأظهر وجوب الطلب كالماء كما فى المواهب ، واقتصر عليه فى الفيض الموضوع لنقل الراجح المعتمد كما قال فى خطبته : وينبغى تقييده بما إذا غلب على ظنه الإعطاء كالماء إلا أن يفرق بأنه ليس مما تشح به النفوس فى السفر ، بخلاف الماء تأمل (قوله وكذا الانتظار) أى يجب انتظاره للدلو إذا قال الخ لكن هذا قولهما . وعنده لايجب بل يستحب أن ينتظر إلى آخر الوقت ؛ فإن خاف فوت الوقت تيمم وصلى ، وعلى هذا لو كان مع رفيقه ثوب وهو عريان فقال انتظر حتى أصلى وأدفعه إليك :

وأجمعوا : أنه إذا قال : أبحت لك مالى لتحج به أنه لايجب عليه الحج :

وأجمعوا أنه فى الماء ينتظر وإن خرج الوقت . ومنشأ الخلاف أن القدرة على ماسوى الماء هل تثبت بالإباحة فعنده لا ، وعندهما نعم كذا فى الفيض والفتح والتاترخانية وغيرها ، وجزم فى المنية بقول الإمام . وظاهر كلامهم ترجيحه . وفى الحلية : والفرق للإمام أن الأصل فى الماء الإباحة والحظر فيه عارض فيتعلق الوجوب بالقدرة الثابتة بالإباحة ، ولا كذلك ماسواه ، فلا يثبت إلا بالملك كما فى الحج اه فتنبه (قوله إن ظن الإعطاء قطع) أى إن غلب على ظنه . قال فى النهر : فلا تبطل بل يقطعها ؛ فإن لم يفعل ، فإن أعطاه بعد الفراغ أعاد وإلا لا كما جزم به الزيلعى وغيره فما جزم به فى الفتح من أنها تبطل ففيه نظر . نعم ذكر فى الخانية عن محمد أنها تبطل بمجرد الظن ؛ فمع غلبته أولى وعليه يحمل مافى الفتح اه (قوله لكن فى القهستانى) استدراك على المتن كما هو سياق القهستانى ، فكان الواجب تقديمه(١) ثم الجواب عن المحيط أنه غير ظاهر الرواية ح :

قلت : وقد علمت التوفيق بما قدمناه عن الجصاص ، من أنه لاخلاف فى الحقيقة ؛ فقول المصنف ويطلبه الخ أى إن ظن الإعطاء ، بأن كان فى موضع لايعز فيه الماء وقدمناه عن شروح المنية أنه المختار ، وأنه الأوجه ، فتنبه .

مطلب فاقد الطهورين

(قوله فاقد) بالرفع صفة المحصور ، واللام فيه للعهد الذهنى فيكون فى حكم النكرة وبالنصب على الحال ، كذا رأيته بخط الشارح (قوله ولا يمكن إخراج تراب مطهر) أما لو أمكنه بنقر الأرض أو الحائط بشىء فإنه يستخرج ويصلى بالإجماع ، بحر عن الخلاصه . قال ط : وفيه أنه يلزم التصرف فى مال الغير بلا إذنه (قوله يؤخرها عنده) لقوله عليه الصلاة والسلام « لاصلاة إلا بطهور » سراج (قوله وقالا يتشبه بالمصلين) أى احتراما للوقت .

---

(١) (قوله فكان الواجب تقديمه) أى عند قوله ويطلبه من هو معه الخ وقال شيخنا : الأحسن صنيع الشارح ليكون استدراكا على قوله فيجب طلب الدلو والرشا حيث ذكر من غير فصل بين القاتل وعدمه ، نعم لو قدمه على قوله ولو كان فى الصلاة الخ لكان أولى ، وهذا ظاهر اه .

إن وجد مكانا يابسا وإلا يومئ قائما ثم يعيد كالصوم (به يفتى وإليه صح رجوعه) أى الإمام كما فى الفيض ، وفيه أيضاً (مقطوع اليدين والرجلين إذا كان بوجهه جراحة يصلى بغير طهارة) ولا يتيمم (ولا يعيد على الأصح) وبهذا ظهر أن تعمد الصلاة بلا طهر غير مكفر فليحفظ وقد مر ، وسيجئ فى صلاة المريض .

[فروع] صلى المحبوس بالتيمم ، إن فى المصر أعاد وإلا لا .

هل يتيمم لسجدة ؟ إن فى السفر نعم وإلا لا .

الماء المسبل فى الفلاة لايمنع التيمم مالم يكن كثيراً ، فيعلم أنه للوضوء أيضا ويشرب ما للوضوء .

الجنب أولى بمباح من حائض أو محدث وميت ،

قال ط : ولا يقرأ كما فى أبى السعود ، سواء كان حدثه أصغر أو أكبر اه . قلت : وظاهره أنه لاينوى أيضا لأنه تشبه لاصلاة حقيقية تأمل (قوله إن وجد مكانا يابسا) أى لأمنه من التلوث ، لكن فى الحلية : الصحيح على هذا القول أنه يومئ كيفما كان ، لأنه لو سجد صار مستعملا للنجاسة (قوله كالصوم) أى فى مثل الحائض إذا طهرت فى رمضان ، فإنها تمسك تشبها بالصائم لحرمة الشهر ثم تقضي . وكذا المسافر إذا أفطر فأقام (قوله مقطوع اليدين) أى من فوق المرفقين والكعبين وإلا مسح محل القطع كما تقدم ، لكن سيأتى فى آخر صلاة المريض بعد حكاية المصنف ما ذكره هنا ، وقيل لاصلاة عليه ، وقيل يلزمه غسل موضع القطع (قوله إذا كان بوجهه جراحة) وإلا مسحه على التراب إن لم يمكنه غسله (قوله ولا يعيد على الأصح) لينظر الفرق بينه وبين فاقد الطهورين لمرض ، فإنه يؤخر أو يتشبه على الخلاف المذكور آنفا كما علمت مع اشتراكهما فى إمكان القضاء بعد البرء وكون عذرهما سماويا تأمل (قوله وبهذا ظهر الخ) رد لما فى الخلاصة وغيرها عن أبى على السغدى ، من أنه لو صلى فى الثوب النجس أو إلى غير القبلة لايكفر لأنها جائزة حالة العذر . أما الصلاة بلا وضوء فلا يؤتى بها بحال فيكفر . قال الصدر الشهيد : وبه نأخذ اه .

ووجه الرد أنها جائزة فى مسألة المقطوع المذكورة ، فحيث كانت علة عدم الإكفار الجواز حالة العذر لزم القول به فى الصلاة بلا وضوء فافهم (قوله وقد مر) أى فى أول كتاب الطهارة ، وقدمنا هناك عن الحلية البحث فى هذه العلة وأن علة الإكفار إنما هى الاستخفاف (قوله أعاد) لأنه مانع من قبل العباد (قوله وإلا لا) عللوه بأن الغالب فى السفر عدم الماء . قال فى الحلية : وهذا يشير إلى أنه لو كان بحضرته أو بقرب منه ماء تجب الإعادة لتمحض كون المنع من العبد (قوله إن فى السفر نعم) لما علمت (قوله وإلا لا) لعدم الضرورة قهستانى عن شرح الأصل ، ولعل وجهه أنه إذا فقد الماء وقت التلاوة يجده بعدها ، لأن الحضر مظنة الماء فلا ضرورة ، بخلاف السفر فإن الغالب فيه فقد الماء ، وبتأخيرها إلى وجوده عرضة نسيانها تأمل (قوله المسبل) أى الموضوع فى الحباب لأبناء السبيل (قوله لايمنع التيمم) لأنه لم يوضع للوضوء بل للشرب ، فلا يجوز الوضوء به وإن صح (قوله مالم يكن كثيرا) قال فى شرح المنية : الأولى الاعتبار بالعرف لابالكثرة ، إلا إذا اشتبه (قوله أيضا) أى كالشرب (قوله ويشرب ماللوضوء) مقابل المسألة الأولى ، لأنه يفهم منها أن المسبل للشرب لايتوضأ به ، فذكر أن ماسبل للوضوء يجوز الشرب منه ، وكان الفرق أن الشرب أهم لأنه لإحياء النفوس بخلاف الوضوء ، لأنه له بدلا فيأذن صاحبه بالشرب منه عادة ، لأنه أنفع . هذا ، وقد صرح فى الذخيرة بالمسألتين كما هنا ، ثم قال : وقال ابن الفضل بالعكس فيهما . قال فى شرح المنية : والأول أصح (قول الجنب أولى بمباح الخ) هذا بالإجماع تاترخانية : أى ويتيمم الميت ليصلى عليه ، وكذا المرأة والمحدث ويقتديان به ، لأن الجنابة أغلظ من الحدث والمرأة لاتصلح

ولو لأحدهم فهو أولى ولو مشتركا ينبغي صرفه للميت .

جاز تيمم جماعة من محل واحد .

حيلة جواز تيمم من معه ماء زمزم ولا يخاف العطش أن يخلطه بما يغلبه أو يهبه على وجه يمنع الرجوع .

(وناقضه ناقض الأصل) ولو غسلا .

إماما . لكن في السراج أن الميت أولى لأن غسله يراد للتنظيف وهو لايحصل بالتراب اهـ تأمل . ثم رأيت بخط الشارح عن الظهيرية أن الأول أصح وأنه جزم به صاحب الخلاصة وغيره اهـ . وفي السراج أيضا لو كان يكفي للمحدث فقط كان أولى به ، لأنه يرفع حدثه (قوله فهو أولى) لأنه أحق بملكه سراج (قوله ينبغي صرفه للميت) أي ينبغي لكل منهم أن يصرف نصيبه للميت حيث كان كل واحد لايكفيه نصيبه ، ولا يمكن الجنب ولا غيره أن يستقل بالكل لأنه مشغول بحصة الميت ، وكون الجنابة أغلظ لايبيح استعمال حصة الميت فلم يكن الجنب أولى ، بخلاف مالو كان الماء مباحا فإنه حيث أمكن به رفع الجنابة كان أولى فافهم .

[تتمة] قال في المعراج : والأب أولى من ابنه . لجواز تملكه مال ابنه اهـ (قوله جاز) لأنه لم يصر مستعملا ، إنما المستعمل ماينفصل عن العضو بعد المسح قياسا على الماء شرح المنية . ونحوه ماقدمناه عن النهر ، وهو المذكور في الحلية فافهم (قوله ولا يخاف العطش) إذ لو خافه لايحتاج إلى حيلة لاشتغاله بحاجته الأصلية . والظاهر أن عطش غيره من أهل القافلة كعطشه وإن كان لايسقيهم منه ، إذ لو اضطر أحدهم إليه وجب دفعه له فيما يظهر ، ولذا جاز له قتاله كما مر (قوله بما يغلبه) أي بشيء يخرجه عن كونه ماء مطلقا كماء ورد أو سكر مثلا (قوله أو يهبه) أي ممن يثق بأنه يرده عليه بعد ذلك فافهم (قوله على وجه يمنع الرجوع) كذا ذكره في شرح المنية ، لقول قاضيخان : إن قولهم الحيلة أن يهبه من غيره ويسلمه ليس بصحيح عندي ، لأنه إذا تمكن من الرجوع كيف يجوز له التيمم ؟ قال في شرح المنية : وهو الفقه بعينه ، والحيلة الصحيحة أن يخلطه الخ .

قلت : لكن يدفع هذا قوله على وجه يمنع الرجوع : أي بأن تكون الهبة بشرط العوض . وأيضا فقد أجاب في الفتح بأن الرجوع في الهبة مكروه وهو مطلوب العدم شرعا ، فيجوز أن يعتبر الماء معدوما في حقه لذلك وإن قدر عليه . قال في الحلية : وهو حسن .

أقول : على أن الرجوع في الهبة يتوقف على الرضا أو القضاء . لكن قد يقال إنه ماوهبه إلا ليسترده والموهوب منه لايمنعه إذا طلبه الواهب وذلك يمنع التيمم . والجواب : أنه يسترده بهبة أو شراء لا بالرجوع فلا يلزم المكروه ، والموهوب منه إذا علم بالحيلة يمتنع من دفعه للوضوء . تأمل (قوله وناقضه ناقض الأصل الخ) أي ماجعل التيمم بدلا عنه من وضوء أو غسل .

واعلم أن كل مانقض الغسل مثل المني نقض الوضوء ويزيد الوضوء بأنه ينتقض بمثل البول ، فالتعبير بناقض الوضوء كما في الكنز يشمل ناقض الغسل . فيساوي التعبير بناقض الأصل كما في البحر .

واعترضه المصنف في منحه بما حاصله أنه وإن نقض تيمم الوضوء كل مانقض الغسل . لكن لاينقض تيمم الغسل كل مانقض الوضوء . لأنه إذا تيمم عن جنابة ثم بال مثلا فهذا ناقض للوضوء لاينتقض به تيمم الغسل بل تنتقض طهارة الوضوء التي في ضمنه . فتثبت له أحكام الحدث لا أحكام الجنابة فقد وجد ناقض الوضوء ولم ينتقض تيمم الجنابة . فظهر أن التعبير بناقض الأصل أولى من ناقض الوضوء لشموله التيمم عن الحدثين فأين المساواة ؟ اهـ لكن في عبارة المصنف في المنح حذف المضاف من بعض المواضع فذكرناه ليزول الاشتباه فافهم

فلو تيمم للجنابة ثم أحدث صار محدثا لاجنباً ، فيتوضأ وينزع خفيه ثم بعده يمسح عليه مالم يمر بالماء ، فمع فى عبارة صدر الشريعة بمعنى بعد كما فى — إن مع العسر يسرا — فافهم .

(وقدرة ماء) ولو إباحة فى صلاة (كاف لطهره) ولو مرة مرة (فضل عن حاجته)

(قوله فلو تيمم الخ) تفريع صحيح دل عليه كلام المتن ، لأن منطوق عبارة المتن أنه لو تيمم عن حدث انتقض بناقض أصله وهو الوضوء وذلك كل ما نقض الوضوء والغسل كما مر ، ولو تيمم عن جنابة انتقض بناقض أصله وهو الغسل ، ومفهومه أنه لاينتقض بغير ناقض أصله ، ففرع على هذا المفهوم كما هو عادته فى مواضع لاتحصى أنه إذا تيمم الجنب ثم أحدث لاينتقض تيممه عن الجنابة ، لأن الحدث لاينقض أصله وهو الغسل . فلا يصير جنبا وإنما يصير محدثا بهذا الحدث العارض فافهم (قوله فيتوضأ الخ) تفريع على التفريع : أى وإذا صار محدثا فيتوضأ حيث وجد مايكفيه للوضوء فقط ولو مرة مرة ، ولكن لو كان لبس الخف بعد ذلك التيمم وقبل الحدث ينزعه ويغسل لأن طهارته بالتيمم ناقصة معنى ، ولا يمسح إلا إذا لبسه على طهارة تامة وهى طهارة الوضوء لاطهارة التيمم على ماسيأتى ؛ نعم بعد ماتوضأ أو غسل رجليه يمسح لأنه ليس على وضوء كامل ، والمسح للحدث لالالجنابة إلا إذا مر بالماء الكافى للغسل فحينئذ لايمسح بل يبطل تيممه من أصله ويعود جنبا على حاله الأول ؛ فلو جاوز الماء ولم يغتسل يتيمم للجنابة ، ثم إذا أحدث ووجد مايكفيه للوضوء فقط توضأ ونزع الخف وغسل ، لأن الجنابة لايمنعها الخف كما سيأتى ، ثم بعده يمسح مالم يمر بالماء وهكذا (قوله فمع الخ) تفريع على قوله فيتوضأ ، حيث أفاد أنه إذا وجد ماء يكفيه للوضوء فقط إنما يتوضأ به إذا أحدث بعد تيممه عن الجنابة ، أما لو وجده وقت التيمم قبل الحدث لايلزمه عندنا الوضوء به عن الحدث الذى مع الجنابة لأنه عبث ، إذ لابد له من التيمم ؛ وعلى هذا فقول صدر الشريعة : إذا كان للجنب ماء يكفى للوضوء لاالغسل يجب عليه التيمم لاالوضوء خلافا للشافعى . أما إذا كان مع الجنابة حدث يوجب الوضوء يجب عليه الوضوء ، فالتيمم للجنابة بالاتفاق اه مشكل ، لأن الجنابة لاتنفك عن حدث يوجب الوضوء وقد قال أولا يجب عليه التيمم لاالوضوء ؛ فقوله ثانيا يجب عليه الوضوء تناقض وجوابه كما قال القهستانى أن مع فى قوله مع الجنابة بمعنى بعد .

ولما كان فى هذا التفريع والجواب دقة وخفاء ودفع لاعتراضات المحشين على صدر الشريعة أمر بالتفهم ، ولله در هذا الشارح على هذه الرموز التى هى مفاتيح الكنوز (قوله ولو إباحة) مفعول مطلق : أى ولو أباحه مالكه له إباحة كان قادراً أو تمييز أو حال : أي ولو وجدت القدرة من جهة الإباحة أو فى حال الإباحة وأطلقه فشمل مالو كانوا جماعة . والماء المباح يكفى أحدهم فقط ، فينتقض تيمم الكل لتحقق الإباحة فى حق كل منهم ، بخلاف مالو وهب لهم فقبضوه لأنه لايصيب كلا منهم مايكفيه ، وتمامه فى الفتح (قوله فى صلاة) من مدخول المبالغة : أى ولو كانت القدرة أو الإباحة فى صلاة ينتقض التيمم وتبطل الصلاة التى هو فيها ، إلا إذا كان الماء سؤر حمار فإنه يمضى فيها ثم يعيدها بسؤر الحمار ، لما مر أنه لايلزم الجمع بينهما فى فعل واحد ، فما فى المنية من أنها تفسد غير صحيح كما ذكره الشارحان :

ولو صلى بالتيمم ثم وجد الماء فى الوقت لايعيد منية : أى إلا إذا كان العذر المبيح من قبل العباد فيعيد ولو بعد الوقت كما مر ، فتنبه حلية (قوله كاف لطهره) أى للوضوء لو محدثا ، وللاغتسال ولو جنبا . واحترز به عما إذا كان يكفى لبعض أعضائه أو يكفى للوضوء وهو جنب ، فلا يلزمه استعماله عندنا ابتداء كما مر ، فلاينتقض كما فى الحلية (قوله ولو مرة مرة) فلو غسل به كل عضو مرتين أو ثلاثا فنقص عن إحدى رجليه انتقض تيممه

كعطش وعجن وغسل نجس مانع ولمعة جنابة . لأن المشغول بالحاجة وغير الكافى كالمعدوم (لا) تنقضه (ردة وكذا) ينقضه (كل ما يمنع وجوده التيمم إذا وجد بعده) لأن ماجاز بعذر بطل بزواله ، فلو تيمم لمرض بطل ببرئه أو لبرد بطل بزواله

والحاصل أن كل ما يمنع وجوده التيمم نقض وجوده التيمم (ومالا) يمنع وجوده التيمم في الابتداء (فلا)

هو المختار ، لأنه لو اقتصر على المرة كفاه . بحر عن الخلاصة (قوله وغسل نجس مانع) فلو لم يكفه يلزمه أيضا تقليل النجاسة كما يفهم من تعليلهم فى كثير من الشروح ، لكن فى الخلاصة أنه لايلزمه بحر: أى إلا إذا أمكن أن يبقى أقل من قدر الدرهم كما بحثناه فيما مر فيلزمه ولا ينتقض تيممه (قوله ولمعة جنابة) أى لو اغتسل وبقيت على بدنه لمعة لم يصبها الماء فتيمم لها ثم أحدث فتيمم له ثم وجد مايكفيها فقط فإنه يغسلها به : ولا يبطل تيممه للحدث .

ثم اعلم أن هذه المسألة على خمسة أوجه :

الأول : أن يكفيهما معا فيغسلها ويتوضأ ويبطل تيممه لهما .

الثانى : أن لايكفى واحداً منهما . فيبقى تيممه لهما ويغسل به بعض اللمعة لتقليل الجنابة .

الثالث : أن يكفى اللمعة فقط وقدمناه .

الرابع : عكسه . فيتوضأ به ويبقى تيممه لها على حاله :

الخامس : أن يكفى أحدهما بمفرده غير معين فيغسل به اللمعة .ولا ينتقض تيمم الحدث عند أبى يوسف . وعند محمد ينتقض ويظهر أن الأول أوجه ، وهذا إذا وجد الماء بعد ماتيمم للحدث ، فلو قبله فعلى خمسة أوجه أيضا فنى الوجه الأول : يغسلها ويتوضأ للحدث . وفى الثانى: يتيمم للحدث ويغسل به بعض اللمعة إن شاء . وفى الثالث: يغسلها ويتيمم للحدث . وفى الرابع : يتوضأ ويبقى تيممه لها . وفى الخامس: كالثالث لأن الجنابة أغلظ ،لكن فى رواية يلزمه غسلها قبل التيمم للحدث ليصير عادما للماء . وفى رواية يخير اهـ ملخصا من الحلية ، وعلى الرواية الأولى اقتصر فى المنية (قوله لأن المشغول الخ) ارتكب فى التعليل النشر المشوش ط (قوله كالمعدوم) ولذا جاز له التيمم ابتداء . وقد اعترض بهذا فى البحر تبعا للحلية على قولهم لو كان بثوبه نجاسة فتيمم أولا ثم غسلها يعيد التيمم إجماعا . لأنه تيمم وهو قادر على الوضوء . فقال : فيه نظر ،بل الظاهر جواز التيمم مطلقا ،لأن المستحق الصرف إلى جهة معدوم حكما كمسألة اللمعة : أى على رواية التخيير .

قلت : لكن فرق فى السراج بينهما بأنه هنا قادر على ماء لو توضأ به جاز ، بخلاف مسألة اللمعة لأنه عاد جنبا برؤية الماء اهـ . وهو فرق حسن دقيق فتدبره (قوله لاتنقضه ردة) أى فيصلى به إذا أسلم ، لأن الحاصل بالتيمم صفة الطهارة والكفر لاينافيها كالوضوء ، والردة تبطل ثواب العمل لازوال الحدث شرح النقاية (قوله بطل ببرئه الخ) أى لقدرته على استعمال الماء وإن لم يكن الماء موجودا بحر ، وكذا لو تيمم لعدم الماء ثم مرض كما قدمه عن جامع الفصولين . وقدمنا الكلام عليه مع مافى المقام من الإشكال (قوله والحاصل) أراد به التنبيه على أن ذلك قاعدة كلية تغنى عن ذكر قدرة الماء الكافى فافهم (قوله وما لايمنع الخ) وذلك كوجود الماء عند المريض العاجز عن استعماله (قوله فى الابتداء) متعلق بوجوده أو بالتيمم (قوله بعد ذلك) متعلق بوجوده واسم الإشارة عائد على التيمم ، والتيمم بالنصب مفعول بنقض . وعبارة الشارح فى الخزائن : فلا ينقض وجوده بعده ذلك التيمم وهى أظهر (قوله ولو قال) يعنى بعد قوله وناقضه ناقض الأصل (قوله فلو تيمم الخ) ذكره القهستانى بحثا بقوله ينبغى أن ينتقض تيممه لأنه قدر على الماء حكما . ويؤيده ماقال الزاهدى إن عدم الماء شرط الابتداء

ينقض وجوده بعد ذلك التيمم ؛ ولو قال وكذا زوال ماأباحه : أى التيمم لكان أظهر وأخصر ، وعليه فلوتيمم لبعد ميل فسار فانتقص انتقض فليحفظ .

(ومرور ناعس) متيمم عن حدث أو نائم غير متمكن متيمم عن جنابة (على ماء) كاف (كمستيقظ) فينتقض ، وأبقيا تيممه وهو الرواية المصححة عنه المختارة للفتوى ؛ كما لو تيمم وبقربه ماء لايعلم به كما فى البحر وغيره ، وأقره المصنف (تيمم لو) كان (أكثره) أى أكثر أعضاء الوضوء عدداً وفى الغسل مساحة (مجروحا) أو به جدرى اعتباراً للأكثر (وبعكسه يغسل) الصحيح ويمسح الجريح (و) كذا (إن استويا غسل الصحيح)

فكان شرط البقاء اهـ ولظهوره جزم به الشارح (قوله فانتقص) أى البعد عن ميل بسبب السير وهو بالصاد المهملة وقوله انتقض : أى التيمم وهو بالضاد المعجمة ففيه جناس (قوله ومرور ناعس الخ) مبتدأ خبره قوله كمستيقظ منح ، والناعس هو الذى يعى أكثر مايقال عنده ولم تزل قوته الماسكة ط :

واعلم أن مرور الناعس على الماء ينقض تيممه سواء كان عن حدث أو عن جنابة متمكنا أولا . ومرور النائم مثله ، لكن لو كان غير متمكن مقعدته وكان تيممه عن حدث يكون الناقض النوم لا المرور كما يعلم من البحر . وبه يعلم مافى كلام الشارح ، فكان الصواب أن يقول ومرور ناعس مطلقا أو نائم متيمم عن جنابة أو عن حدث وكان متمكنا فافهم.(قوله فينتقض) نتيجة التشبيه بالمستيقظ (قوله وأبقيا تيممه) أى أبقى الصاحبان تيممه لعجزه عن استعمال الماء (قوله وهو) أى قول الصاحبين الرواية المصححة عنه . أى عن الإمام ، وهو متعلق بالرواية . ورأيت بخط الشارح فى هامش الخزائن أنه صححها فى التجنيس وشرح المنية ونكت العلامة قاسم تبعا للكمال ، واختارها فى البرهان والبحر والنهر وغيرها اهـ وجزم بها فى المنية . وقال فى الحلية : كذا فى غير كتاب من الكتب المذهبية المعتبرة ، وهو المتجه . قال شيخنا ابن الهمام : وإذا كان أبو حنيفة يقول فى المستيقظ حقيقة على شاطئ نهر لايعلم به يجوز تيممه فكيف يقول فى النائم حقيقة بانتقاض تيممه اهـ . ونقل فى الشرنبلالية عن البرهان موافقة ابن الهمام ، ثم أجاب عنه فراجعها ، ومشى فى الهداية وغيرها على مافى المتن (قوله المختارة للفتوى) عبارة البحر فى الفتاوى (قوله أى أكثر أعضاء الوضوء الخ) الأولى أن يقول أى أكثر أعضائه فى الوضوء الخ ، لأن الضمير فى أكثره عائد على الرجل المتيمم مع تقدير مضاف وهو الأعضاء الصادقة على أعضاء الوضوء وغيرها تأمل .

هـذا ، وقد اختلفوا فى حد الكثرة ؛ فمنهم من اعتبرها فى نفس العضو ، حتى لو كان أكثر كل عضو من الأعضاء الواجب غسلها جريحا تيمم وإن كان صحيحا يغسل : وقيل فى عدد الأعضاء حتى لو كان رأسه ووجهه ويداه مجروحة دون رجليه مثلا تيمم ، وفى العكس لا اهـ درر البحار . قال فى البحر : وفى الحقائق المختار الثانى ، ولا يخفى أن الخلاف فى الوضوء ؛ أما فى الغسل فالظاهر اعتبار أكثر البدن مساحة اهـ ، وما استظهره أقره عليه أخوه فى النهر ونقله نوح أفندى عن العلامة قاسم فلذا جزم به الشارح (قوله جدرى) بضم الجيم وفتحها مع فتح الدال شرح المنية (قوله اعتباراً للأكثر) علة لقوله تيمم ط (قوله وبعكسه) وهو مالو كان أكثر الأعضاء صحيحا يغسل الخ ، لكن إذا كان يمكنه غسل الصحيح بدون إصابة الجريح وإلا تيمم حلية ، فلو كانت الجراحة بظهره مثلا وإذا صب الماء سال عليها يكون مافوقها فى حكمها فيضم إليها كما بحثه الشرنبلالى فى الإمداد وقال لم أره ، وما ذكرناه صريح فيه (قوله ويمسح الجريح) أى إن لم يضره وإلا عصبها بخرقة ومسح فوقها خانية وغيرها ومفاده كما قال ط أنه يلزمه شد الخرقة إن لم تكن موضوعة (قوله وكذا الخ) فصله بكذا ، إشارة إلى أنه هو الذى فيه

من أعضاء الوضوء، ولا رواية فى الغسل (ومسح الباقى) منها (وهو) الأصح لأنه (أحوط) فكان أولى وصحح فى الفيض وغيره التيمم ، كما يتيمم لو الجرح بيديه وإن وجد من يوضيه خلافا لهما :

(ولا يجمع بينهما) أى تيمم وغسل ، كما لايجمع بين حيض وحبل أو استحاضة أو نفاس ، ولا بين نفاس واستحاضة أو حيض ، ولا زكاة وعشر أو خراج

الاختلاف الآتى (قوله ولا رواية فى الغسل) أى لارواية فى صورة المساواة عن أئمتنا الثلاثة ، وإنما فيها اختلاف المشايخ ؛ فقيل يتيمم كما لو كان الأكثر جريحا لأن غسل البعض طهارة ناقصة والتيمم طهارة كاملة ، وقيل يغسل الصحيح ويمسح الجريح كعكس الأولى لأن الغسل طهارة حقيقية بخلاف التيمم . واختلف الترجيح والتصحيح كما فى الحلية ، ورجح فى البحر تصحيح الثانى بأنه أحوط وتبعه فى المتن :

ثم اعلم أنى لم أر من خص نفى الرواية فى صورة المساواة بالغسل كما فعل الشارح . ثم رأيت فى السراج مانصه : وفى العيون عن محمد إذا كان على اليدين قروح لايقدر على غسلها وبوجهه مثل ذلك تيمم ، وإن كان فى يديه خاصة غسل ولا يتيمم ، وهذا يدل على أنه يتيمم مع جراحة النصف انتهى كلام السراج ، فقد وجدت الرواية عن محمد فى الوضوء ؛ فقولهم لارواية : أى فى الغسل كما قال الشارح ، لكن يرد على الشارح أنه جعل حكم المساواة فى الوضوء الغسل والمسح . والذى فى العيون التيمم فتدبر (قوله منها) أى من أعضاء الوضوء بناء على ماقاله ، وعلمت مافيه (قوله وهو الأصح) صححه فى الخانية والمحيط بحر (قوله وغيره) كالخلاصة والفتح والزيلعى والاختيار والمواهب (قوله لو الجرح بيديه) أى ولا يمكنه إدخال وجهه ورجليه فى الماء ، فلو أمكنه فعل بلا تيمم كما لايخفى ، فلا ينافى ماقدمناه عن العيون (قوله وإن وجد من يوضيه) أى بناء على مامر من أنه لايعد قادرا بقدرة غيره عند الإمام ، لكن عبر عن هذا فى القنية والمبتغى بقيل جازما بالتفصيل ، وهو الموافق لما مر فى المريض العاجز ، من أنه لو وجد من يعينه لايتيمم فى ظاهر الرواية ، فتنبه لذلك :

[تتمة] لو بأكثر أعضاء الوضوء جراحة يضرها الماء وبأكثر مواضع التيمم جراحة يضرها التيمم لايصلى . وقال أبو يوسف : يغسل ماقدر عليه ويصلى ويعيد ، زيلعى (قوله ولا يجمع بينهما) لما فيه من الجمع بين البدل والمبدل ، بخلاف الجمع بين التيمم وسؤر الحمار ، لأن الفرض يتأدى بأحدهما لابهما فجمعنا بينهما للشك بحر (قوله وغسل) بفتح الغين ليعم الطهارتين ح (قوله كما لايجمع) عدم الجمع فى جميع مايأتى بمعنى المعاقبة من الطرفين أى كلما وجد واحد امتنع وجود آخر ، وليس المراد عدم الجمع ولو من أحد الطرفين ، لأن ذلك لاينحصر فى عدد كالحيض مع الصلاة أو الصوم أو الحج ، وكذا العبادات بأسرها مع الكفر ونحو ذلك (قوله بين حيض وحبل أو استحاضة أو نفاس) أى لايجمع بين الحيض وبين واحد من الثلاثة المعطوفات عليه ، بل كلما وجد الحيض لايوجد واحد منها ، وكلما وجد واحد منها لايوجد الحيض ، وكذا يقال فيا بعده ، وقوله ولا بين نفاس واستحاضة أو حيض ، قيل كذا فى أصل نسخة الشارح . وفى بعض النسخ : أو حبل بدل قوله أو حيض وعليه فلا تكرار ، لكن فيه كما قال ط : إن النفاس قد يجتمع مع الحبل فى التوأم الثانى ، لما ذكروه من أن النفاس من الأول :

والحاصل أن الاحتمالات ستة : ثلاثة فيها الحيض مع غيره ، واثنان نفاس مع غيره ، والسادس حبل مع استحاضة . قال ح : وتركه الشارح لأن الجمع فيه صحيح (قوله ولا زكاة وعشر أو خراج) لأن كل ماكان الواجب فيه الزكاة لايجب فيه عشر ولا خراج ، وهو ظاهر وكذا عكسه ، كما لو أدى عشر الخارج من الأرض العشرية أو أدى خراج الأرض الخراجية من الخارج منها ونوى به قيا بنى التجارة وحال عليه الحول فلا زكاة فيه

أو فطرة ، ولا عشر مع خراج ، ولا فدية وصوم أو قصاص ،ولاضمان وقطع أو أجر ،ولاجلد مع رجم أو نفى ، ولا مهر ومتعة وحد أو ضمان إفضائها أو موتها من جماعه ، ولا مهر مثل وتسمية ، ولا وصية وميراث وغيرها مما سيجىء فى محله إن شاء الله تعالى .

وكذا لو شرى أرضاً خراجية أو عشرية ناويا التجارة بها وحال الحول لما سيذكره الشارح فى كتاب الزكاة ، من أنه لاتصح نية التجارة فيما خرج من أرضه العشرية أو الخراجية لئلا يجتمع الحقان ،وكذا لو شرى أرضاً خراجية ناوياً التجارة أو عشرية وزرعها لاتكون للتجارة لقيام المانع اهـ (قوله أو فطرة) فعبيد الخدمة فيها الفطرة ولا زكاة، وعبيد التجارة إذا حال عليها الحول فيها الزكاة ولا فطرة ح (قوله ولا عشر مع خراج) أى إن كانت الأرض عشرية ففيها عشر الخارج ، وإن خراجية فالخراج :

واعلم أن الاحتمالات فى هذه الأربعة ستة أيضاً : ثلاثة فى اجتماع الزكاة مع غيرها ، وواحد فى العشر مع الخراج ، واثنان فى الفطرة مع العشر أو مع الخراج تركهما لعدم تصورهما أفاده ح (قوله ولا فدية وصوم) فمن وجب عليه الصوم لاتلزمه فدية ، ومن وجبت عليه الفدية لايجب عليه الصوم مادام عاجزاً . أما إذا قدر فإنه يصوم ، لكن لايبقى ماأداه فدية ، لأن شرطها العجز الدائم فلا جمع أفاده ط (قوله أو قصاص) أى ولا بين فدية أى كفارة وقصاص ، فأراد بالفدية مايشمل الكفارة ،والأولى التعبير بها كما فى البحر فافهم ،وذلك لأن القصاص فى العمد والكفارة فى غيره ، فمتى وجب أحدهما لم يجب الآخر (قوله ولا ضمان وقطع) فإن السارق إذا قطع أولا لايضمن العين الهالكة أو المستهلكة ، وإذا ضمن القيمة أولا لم يقطع بعده لملكه مستنداً إلى وقت الأخذ . نعم يجتمع مع القطع ضمان النقصان فيما إذا شق الثوب قبل إخراجه لكنه ضمان إتلاف لاضمان مسروق فلم يجب الضمان بما وجب به القطع فافهم (قوله أو أجر) أى ولا ضمان وأجر ؛ كما لو استأجر دابة ليركبها ففعل وجب الأجر ولا ضمان وإن عطبت ، ولو أركبها غيره فعطبت ضمنها ولا أجر عليه . وأما إذا استأجرها لحمل مقدار فحمل أكثر منه ولاتطيق ذلك فعطبت فعليه الأجرلأجل الحمل والضمان لأجل الزيادة فلم يجب الضمان بماوجب به الأجر بل بغيره (قوله ولا جلد مع رجم) لأن الجلد للبكر والرجم للمحصن (قوله أو نفى) المراد به تغريب عام كما فسره الشافعى . وأما إذاكان بمعنى الحبس فيجتمع مع الجلد أفاده ح ، والمراد أن البكر إذا جلد لاينفى مالم يره الإمام فله فعله سياسة ،وليس المراد أنه إذا نفى لايجلد ، فنى عده هنا نظر تأمل (قوله ولا مهر ومتعة) فإن المطلقة قبل الدخول إن سمى لها مهر فلها نصفه وإلا فالمتعة حينئذ ، وهذا فى المتعة الواجبة ، أما المستحبة فتجتمع مع المهر (قوله وحد) أى ولا مهر وحد ، بل إن كان الوطء زنا فالحد ولا مهر ، وإلا فالمهر ولا حد ح (قوله أو ضمان إفضائها) أى ولا مهر وضمان إفضائها فيما إذا وطئ زوجته فأفضاها لايجب ضمان الإفضاء عند أبى حنيفة ومحمد ، ومثله المهر مع الموت من الوطء ح ، وهذا لو بالغة مختارة مطيقة لوطئه وإلا لزمه ديتها كاملة كما حرره الشرنبلالى فى شرح الوهبانية ؛ ثم هذا أيضاً فى ذكره هنا نظر ، إذ ليس المراد أنه إذا لزمه الضمان فى الزوجة لايلزمه مهرها فعدم الاجتماع من أحد الطرفين فقط ، وسيأتى إن شاء الله تعالى فى الجنايات قبيل باب الشهادة فى القتل مالو كان ذلك بأجنبية ، وأنه بإفضائها مكرهة يلزمه الحدوأرش الإفضاء وهوثلث الديةإن كانت تستمسك بولها وإلا فكل الدية فافهم (قوله من جماعه) أى جماع الزوج لها (قوله ولا مهر مثل وتسمية) لأنه إذا سمى الجائز من المهر وجب ، وإن لم يسم أصلا أو سمى مالا يجوز كخنزير وخمر وجب مهر المثل ط (قوله ولا وصية وميراث) فمن يستحق الوصية لايستحق الميراث وكذا بالعكس :. أى فيما إذا كان ممن يرد عليه ، أما إذا أوصى أحد الزوجين للآخر ولا وارث غيره اجتمعا حينئذ ،وكذا يجتمعان إذا أجاز بقية الورثة (قوله وغيرها مما سيجىء) ذكر الحموى

(من به وجع رأس لايستطيع معه مسحه) محدثا ولا غسله جنباً فني الفيض عن غريب الرواية يتيمم ، وأفتى قارئ الهداية أنه (يسقط) عنه (فرض مسحه) ولو عليه جبيرة ، فني مسحها قولان ، وكذا يسقط غسله فيمسحه ولو على جبيرة إن لم يضره وإلا سقط أصلا وجعل عادما لذلك العضو حكما كما فى المعدوم حقيقة .

باب المسح على الخفين

فى شرحه على الكنز جملة :

منها : القصاص مع الدية وأجر القسمة مع نصيبه ، فمن يستحق الأجرة على قسمة الدار المشتركة لايجوز أن يكون له نصيب منها وبالعكس . والظهر مع الجمعة ، فمن كان الواجب عليه الظهر كالمسافر لاتجب عليه الجمعة وكذا بالعكس . والشهادة مع اليمين ، فمتى لزم أحد الخصمين البينة لايلزم الآخر اليمين وبالعكس تأمل : وأما من أحد الطرفين فيتصور فيما إذا ادعى وأقام البينة فلا يحلف المدعى عليه ، وكذا لايحلف الشهود على المعتمد ، وفيما إذا أقام شاهدا واحدا وحلف فلا يقبل شاهد ويمين عندنا .

ومنها : النكاح مع ملك اليمين ، فمن كان يطأ بالنكاح لايمكن أن يكون مالكا للرقبة وبالعكس إلا أن يعقد على أمته للاحتياط ، والأجر مع الشركة فى حمل المشترك نظير أجرة القسمة ، والحد مع قيمة أمة مملوكة زنى بها فقتلها على قول أبى يوسف . وأما عندهما فيجب الحد بالزنا والقيمة بالقتل ، وهو مامشى عليه المصنف فى الحدود ، والحد مع قيمة إفضاء أمة مملوكة زنى بها فأفضاها فى بعض الصور على ماسيأتى تفصيله فى الحدود إن شاء الله تعالى . والظاهر أن هذا إذا لم يكن الوطء بشبهة ، فلو كان بشبهة لاحد بل تجب القيمة فى الصورتين :

ومنها : القيمة مع الثمن ، فإن البيع لو صحيحا وجب الثمن ، ولو فاسدا وتعذر رده على البائع وجبت قيمته والحد مع اللعان وأجر نظر الناظر إذا عمل مع العملة فى الدار الموقوفة فإن له أجر العمل لا النظارة اهـ ح موضحا ، فهذه أحد عشر موضعا والذى فى الشرح ثلاثة وعشرون فالمجموع أربعة وثلاثون .

أقول : وزدت الرهن مع الإجارة فيما إذا رهن شيئاً ثم آجره أو بالعكس أو مع الإعارة كذلك ، والمساقاة مع الشركة ، والغسل مع المسح على الخف فى إحدى الرجلين ، والحج مع العمرة للمكى ، والنكاح مع أجرة الرضاع . ثم رأيت الشرنبلالى زاد فى الإمداد القتل مع الوصية أو مع الميراث وخرق خف مع آخر ، والتتبع ينفى الحصر (قوله محدثا) حال من فاعل يستطيع (قوله وأفتى قارئ الهداية الخ) هو العلامة سراج الدين شيخ المحقق ابن الهمام ، وما أفتى به نقله فى البحر عن الجلابى ، ونظمه العلامة ابن الشحنة فى شرحه على الوهبانية وقال إنها مهمة نظمتها لغرابتها وعدم وجودها فى غالب الكتب (قوله قولان) ذكر فى النهر عن البدائع مايفيد ترجيح الوجوب ، وقال : وهو الذى ينبغى التعويل عليه اهـ بل قال فى البحر : والصواب الوجوب ؛ ويأتى تمامه فى آخر الباب الآتى (قوله وكذا يسقط غسله) أى غسل الرأس من الجنابة (قوله ولو على جبيرة) ويجب شدها إن لم تكن مشدودة ط أى إن أمكنه (قوله وإلا) أى بأن ضره المسح عليها ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

باب المسح على الخفين

ترجم به مع أنه زاد عليه المسح على الجبيرة ، ولا عيب فيه بل المعيب لو ترجم لشىء ونقص عنه ، وثنى الخف لأنه لايجوز المسح على خف واحد بلا عذر كما سيأتى . وفى البحر وغيره . إنما سمى خفا لخفة الحكم به من الغسل إلى المسح .

أخره لثبوته بالسنة . وهو لغة إمرار اليد على الشيء . وشرعا إصابة البلة لخف مخصوص فى زمن مخصوص . والخف شرعا : الساتر للكعبين فأكثر من جلد ونحوه .

(شرط مسحه) ثلاثة أمور :

الأول (كونه ساتر) محل فرض الغسل (القدم مع الكعب) أو يكون نقصانه أقل من الخرق المانع . فيجوز على الزربول لو مشدودا إلا أن يظهر قدر ثلاثة أصابع ،

أقول فيه : إنه موضوع لغوى قبل ورود الشرع . وقد نقل الرملى أن المسح عليه من خصائص هذه الأمة فكيف يعلل به للوضع السابق عليه ؟ إلا أن يجاب بأن الواضع هو الله تعالى كما هو قول الأشعرى ، وهو تعالى عالم بما يشرعه على لسان نبيه صلى الله عليه وسلم تأمل (قوله أخره) أى عن التيمم لثبوته بالسنة فقط على الصحيح كما سيأتى . والتيمم ثابت بالكتاب كما مر ، وبالسنة أيضا فكان أولى بالتقديم وإن اشتركا فى الترخص بهما . وأيضا التيمم بدل عن الكل وهذا عن البعض .

ثم إن إبداء الشارح نكتة التأخير للتذكير وإلا فيكفى مامر ، لأنه قد بين وجه تأخير التيمم عما قبله ، ويعلم منه وجه تأخير المسح عنه فتدبر ، نعم يحتاج إلى إبداء وجه ذكره عقبه بلا فاصل ، وهو أن كلا منهما شرع رخصة وموقتا ومسحا وبدلا (قوله وهو لغة) الضمير راجع إلى المسح فقط ، وباعتبار تسلطه على قوله وشرعا راجع إلى المسح المقيد بالمجاز على طريقة شبه الاستخدام ؛ فإن المسح من حيث هو غيره من حيث القيد ، أفاده ح (قوله إصابة البلة) بكسر الباء : أى الندوة قاموس ، وشمل مالو كانت بيد أو غيرها كمطر . وفى المنية عن المحيط : لو توضأ ومسح ببلة بقيت على كفيه بعد الغسل يجوز ، ولومسح رأسه ثم مسح خفيه ببلة بقيت بعد المسح لايجوز اه أى لأن المستعمل فى الأولى ماسال على العضو وانفصل ، وفى الثانية ماأصاب الممسوح وهو باق فى الكف (قوله لخف مخصوص) اللام زائدة لتقوية العامل لضعفه بكونه فرعا عن الفعل فى العمل ، والخف المخصوص مافيه الشروط الآتية (قوله فى زمن مخصوص) وهو يوم وليلة للمقيم وثلاثة أيام بلياليها للمسافر . ويوجد فى بعض النسخ زيادة فى محل مخصوص، والمراد به أن يكون على ظاهرهما ط (قوله فأكثر) أى مما فوقهما من الساق . ولا حاجة إليه لأنه خارج عن مسمى الخف الشرعى تأمل (قوله ونحوه) أى مما اجتمع فيه الشروط الآتية ط (قوله شرط مسحه) أى مسح الخف المفهوم من الخفين ، وأل فيه للجنس الصادق بالواحد والاثنين ، ولم يقل مسحهما لأنه قد يكون واحدا لذى رجل واحدة (قوله ثلاثة أمور الخ) زاد الشرنبلالى : لبسهما على طهارة. وخلو كل منهما عن الخرق المانع ، واستمساكهما على الرجلين من غير شد ، ومنعهما وصول الماء إلى الرجل ، وأن يبقى من القدم قدر ثلاثة أصابع اه .

قلت : ويزاد كون الطهارة المذكورة غير التيمم ، وكون الماسح غير جنب ، وسيأتى بيان جميع ذلك فى محاله (قوله القدم) بدل من محل ح (قوله أو يكون) منصوب بأن مقدرة والمنسبك معطوف على كون الأول ط فهو نظير قوله تعالى — أو يرسل رسولا — (قوله نقصانه) أى نقصان الخف الواحد لو كان واحداً أو كل واحد من الاثنين قال ط : فلا يعتبر المجتمع منهما (قوله الخرق) بالضم : الموضع المقطوع ، وبالفتح المصدر ح . والأظهر إرادة الأول ط (قوله فيجوز على الزربول) بفتح الزاى وسكون الراء : هو فى عرف أهل الشام مايسمى مركوبا فى عرف أهل مصر اه ح وهذا تفريع على مافهم مما قبله من أن النقصان عن القدر المانع لايضره ط (قوله لو مشدوداً) لأن شده بمنزلة الخياطة وهو مستمسك بنفسه بعد الشد كالخف المخيط بعضه ببعض فافهم . وفى البحر

وجوّز مشايخ سمرقند ستر الكعبين باللفافة .

عن المعراج : ويجوز على الجاروق المشقوق على ظهر القدم وله أزرار يشدها عليه تسده لأنه كغير المشقوق ، وإن ظهر من ظهر القدم شيء فهو كخروق الخف اه :

قلت : والظاهر أنه الخف الذى يلبسه الأتراك فى زماننا (قوله وجوز الخ) فى البحر عن الخلاصة المسح على الجاروق إن كان يستر القدم ولا يرى منه ولا من الكعب إلا قدر أصبع أو أصبعين يجوز ، وإلا يكن كذلك ولكن ستر القدم بجلد، إن كان الجلد متصلا بالجاروق بالخرز جاز أيضا ، وإن شد بشيء فلا ، ولو ستر القدم باللفافة جوزه مشايخ سمرقند ولم يجوزه مشايخ بخارى اه .

قال ح : والحق ماعليه مشايخ بخارى ، لأن المذهب أنه لايجوز المسح على الخف الذى لايستر الكعبين إلا إذا خيط به ثخين كجوخ كما ذكره فى الإمداد ، فما ذكره الشارح ضعيف اه .

أقول : أى لأن المتبادر من اللفافة أنها مايلف على الرجل غير مخروز بالخف ، فيكون حكمها حكم الرجل، بخلاف ماإذا كانت متصلة بالخف فتكون تبعا له كبطانته .

وإذا حمل كلام السمرقنديين على ما إذا كانت متصلة فلا نسلم أنه ضعيف ، لما فى البحر والزيلعى وغيرهما : لو انكشفت الظهارة وفى داخلها بطانة من جلد أو خرقة مخروزة بالخف لايمنع اه وهذا إذا بلغ قدر ثلاث أصابع وكأنه لم يقيد به للعلم به كذا فى الحلية .

وفى المجتبى إذا بدا قدر ثلاث أصابع من بطانة الخف دون الرجل ، قال الفقيه أبو جعفر : الأصح أنه يجوز المسح عند الكل لأنه كالجورب المنعل اه .

وفى شرح المنية الكبير بعد كلام طويل قال : علم من هذا أن مايعمل من الجوخ يجوز المسح عليه لو كان ثخينا بحيث يمكن أن يمشى معه فرسخا من غير تجليد ولا تنعيل ، وإن كان رقيقا فمع التجليد أو التنعيل، ولو كان كما يزعم بعض الناس أنه لايجوز المسح عليه مالم يستوعب الجلد جميع مايستر القدم إلى الساق لما كان بينه وبين الكرباس فرق ، وأطال فى تحقيق ذلك فراجعه .

[تنبيه] يؤخذ من هذا أن من انفتق عنه الخف من بطانة متصلة به لايشترط فيها أن تكون ثخينة بدليل ذكرهم الخرقة ، فإنها لاتكون غالباً إلا رقيقة .

ويؤخذ منه أيضاً أنه يجوز المسح على المسمى فى زماننا بالقلشين إذا خيط فوق جورب رقيق ساتر وإن لم يكن جلد القلشين واصلا إلى الكعبين كما هو صريح مانقلناه عن شرح المنية :

مطلب فى المسح على الخف الحنفى القصير عن الكعبين إذا خيط بالشخشير

ويعلم أيضا مما نقلناه جواز المسح على الخف الحنفى إذا خيط بما يستر الكعبين كالسروال المسمى بالشخشير كما قاله سيدى عبد الغنى ، وله فيه رسالة .

ورأيت رسالة للشارح رحمه الله تعالى رد فيها على من قال بالجواز مستنداً فى ذلك إلى أنهم لم يذكروا جواز المسح على الجوربين إذا كانا رقيقين منعلين لاشتراطهم إمكان السفر ، ولا يتأتى فى الرقيق .

والظاهر أنه أراد الرد على سيدى عبد الغنى فإنه عاصره ،فإنه ولد قبل وفاة الشارح بثمانية وثلاثين سنة ،وأنت خبير بالفرق الواضح بين الجورب الرقيق المنعل أسفله بالجلد وبين الخف القصير عن الكعبين المستورين بما اتصل به من الجوخ الرقيق لأنه يمكن فيه السفر وإن كان قصيراً، بخلاف الجورب المذكور . على أن قول شرح

(و) الثانى (كونه مشغولا بالرجل) ليمنع سراية الحدث ، فلو واسعا فمسح على الزائد ولم يقدم قدمه إليه لم يجز ، ولا يضر رؤية رجله من أعلاه .

(و) الثالث (كونه مما يمكن متابعة المشى) المعتاد (فيـــه) فرسخا فأكثر ،

المنية : وإن كان رقيقاً فمع التجليد أو التنعيل الخ صريح فى الجواز على الرقيق المنعل أو المجلد إذا كان النعل أو الجلد قويا يمكن السفر به :

ويعلم منه الجواز فى مسألة الخف الحنفى المذكورة بالأولى ، وقد علمت أن مذهب السمرقنديين إنما يسلم ضعفه لو كانت اللفافة غير مخروزة وإلا فلا يحمل كلام السمرقنديين عليه ، ويكون حينئذ فى المسألة قولان ، ولم نر من مشايخ المذهب ترجيح أحدهما على الآخر ، بل وجدنا فروعاً تؤيد قول السمرقنديين كما علمت ، وسنذكر مايؤيده أيضاً .

ثم رأيت رسالة أخرى لسيدى عبد الغنى رد فيها على رسالة الشارح وسماها [الرد الوفى على جواب الحصكفى فى مسألة الخف الحنفى] وحقق فيها ماقاله فى رسالته الأولى المسماة [ببغية المكتفى فى جواز المسح على الخف الحنفى] وبين فيها أن مااستدل به الشارح فى رسالته لايدل له ، لأن التنصيص على الشىء لاينفى ماعداه ، إلى غير ذلك مما ينبغى مراجعته ، ولكن لايخفى أن الورع فى الاحتياطى ، وإنما الكلام فى أصل الجواز وعدمه . والله تعالى أعلم (قوله والثانى كونه) أى كون الخف ، والمراد محل المسح منه كما يفيده التفريع الآتى (قوله ولم يقدم قدمه إليه لم يجز) لأنه لما مسح على الموضع الخالى من القدم لم يقع المسح فى محله وهو ظهر القدم كما يأتى فلم يمنع سراية الحدث إلى القدم ، فلو قدم قدمه إليه ومسح جاز كما فى الخلاصة . وفيها أيضا : ولو أزال رجله من ذلك الموضع أعاد المسح ، ونقله فى التجنيس عن أبى علىّ الدقاق . ثم قال : وفيه نظر ولم يذكر وجهه .

قال ح : وقد ذكر شيخنا السيد(١) رحمه الله تعالى وجهه بقوله : وجه النظر أنهم اعتبروا خروج أكثر القدم من موضع يمكن المسح عليه ، وههنا وإن خرجت من موضع مسح عليه لم تخرج من موضع يمكن المسح عليه اهـ (قوله ولا يضر الخ) الأولى ذكره عند الكلام على الشرط الأول كما فعله فى الدرر ونور الإيضاح ليكون إشارة إلى أن المراد ستره للكعبين من الجوانب لا من الأعلى ، ونبه على ذلك الخلاف الإمام أحمد فيه . قال فى درر البحار : وعند أحمد إذا كان الخف واسعاً بحيث يرى الكعب لايجوز المسح (قوله المشى المعتاد) بأن لايكون فى غاية السرعة ولا فى غاية البطء ، بل يكون وسطا . ونظيره ماقالوه فى السير المعتاد فى مدة السفر لقصر الصلاة (قوله فرسخا فأكثر) تقدم أن الفرسخ ثلاثة أميال اثنا عشر ألف خطوة ، وعبر فى السراج معزيا إلى الإيضاح بمسافة السفر ، وبه جزم فى النقاية : وقال القهستانى : أى الشرعى كما هو المتبادر ، ويدل عليه كلام المحيط ويخالفه كلام حاشية الهداية حيث قال : مايمكن المشى فيه فرسخا فأكثر اهـ :

أقول : ويمكن أن يكون محمل القولين على اختلاف الحالتين ، ففى حالة الإقامة يعتبر الفرسخ لأن المقيم لايزيد مشيه عادة فى يوم وليلة على هذا المقدار : أى المشى لأجل الحوائج التى تلزم لأغلب الناس ، وفى حالة السفر يعتبر مدته :

ويقرب منه مااعتبره الشافعية من التقدير بمتابعة المشى للمقيم يوما وليلة وللمسافر ثلاثة أيام ولياليها اعتبارا بمدة المسح ، لكن قد يقال لما ثبت أن هذا الخف صالح للمسح عليه للمقيم قطع النظر عن حالة السفر ، لأن المسافر

---

(١) (قوله شيخنا السيد) هو العلامة المحقق السيد على الضرير السيواسى اهـ منه .

فلم يجز على متخذ من زجاج وخشب أو حديد (وهو جائز) فالغسل أفضل إلا لتهمة فهو أفضل ، بل ينبغى وجوبه على من ليس معه إلا مايكفيه ، أو خاف فوت وقت أو وقوف عرفة بحر . وفى القهستانى أنه رخصة مسقطة للعزيمة ، ولهذا لو صب الماء فى خفه بنية الغسل ينبغى أن يصير آثما

فى الغالب يكون راكباً ولا يزيد مشيه غالباً على مقدار الفرسخ ، فالأظهر اعتبار الفرسخ فى حقهما ، ويحمل قول من قال بمسافة السفر على السفر اللغوى دون الشرعى كما يشير إليه كلام القهستانى السابق تأمل .

[تنبيه] المتبادر من كلامهم أن المراد من صلوحه لقطع المسافة أن يصلح لذلك بنفسه من غير لبس المداس فوقه فإنه قد يرق أسفله ويمشى به فوق المداس أياما وهو بحيث لو مشى به وحده فرسخا تخرق قدر المانع ، فعلى الشخص أن يتفقده ويعمل به بغلبة ظنه .

وقد وقع اضطراب بين بعض العصريين فى هذه المسألة والظاهر ما قدمته وهو الأحوط أيضا ، وقد تأيد ذلك عندى برؤيا رأيت فيها النبى صلى الله عليه وسلم بعد تحرير هذا المحل بأيام فسألته عن ذلك ، فأجابنى صلى الله عليه وسلم بأنه إذا رق الخف قدر ثلاث أصابع منع المسح ، وكان ذلك فى ذى القعدة سنة ١٢٣٤ ولله الحمد ، ثم رأيت التصريح بذلك فى كتب الشافعية (قوله فلم يجز الخ) وكذا لو لف على رجله خرقة ضعيفة لم يجز المسح ، لأنه لاتنقطع به مسافة السفر اه سراج عن الإيضاح (قوله فالغسل أفضل) وجه التفريع أنه لو كان المسح أفضل لكان المناسب أن يقول وهو مستحب ، فعدوله إلى قوله وهو جائز يفيد أن الغسل أفضل منه لأنه أشق على البدن (قوله إلا لتهمة) أى لنفيها عنه ، لأن الروافض والخوارج لايرونه ، وإنما يرون المسح على الرجل ، فإذا مسح الخف انتفت التهمة ، بخلاف ما إذا غسل فإن الروافض قد يغسلون تقية ويجعلون الغسل قائما مقام المسح فيشتبه الحال فى الغسل فيتهم أفاده ح .

ثم إن ما ذكره الشارح نقله القهستانى عن الكرمانى ، ثم قال : لكن فى المضمرات وغيره أن الغسل أفضل ، وهو الصحيح كما فى الزاهدى اه .

وفى البحر عن التوشيح ، وهذا مذهبنا ، وبه قال الشافعى ومالك . وقال الرستغفنى من أصحابنا : المسح أفضل ، وهو أصح الروايتين عن أحمد ، إما لنفى التهمة ، أو للعمل بقراءة الجر ، وتمامه فيه (قوله بل ينبغى الخ) أصل البحث لصاحب البحر ، فإنه نقل ذلك عن كتب الشافعية ، ثم قال : وقواعدنا لاتأباه (قوله إلا مايكفيه) أى يكفى المسح فقط ، بأن كان لو غسل به رجليه لايكفيه للوضوء ، ولو توضأ به ومسح كفاه (قوله أو خاف) عطف على صلة من (قوله أو وقوف) أى أنه إذا غسل رجليه يدرك الصلاة ، لكن يخاف فوت الوقوف بعرفة ، وإذا مسح يدركهما جميعا يجب المسح ، بل لو كان بحيث لو صلى فاته الوقوف قدم الوقوف للمشقة كما فى النهر ، لكنه أحد قولين حكاهما العبادى فى مناسكه (قوله رخصة) هى مابنى على أعذار العباد ، ويقابلها العزيمة ، وهى ماكان أصلها غير مبنى على أعذار العباد ، وهو الأصح فى تعريفهما بحر (قوله مسقطة للعزيمة) أى مسقطة لمشروعيتها ، فلا تبقى العزيمة مشروعة فإذا أراد تحصين العزيمة مع بقاء سبب الرخصة يأثم ، لكنه قد لايتأتى له تحصيلها ، كما إذا نوى الظهر أربعا فى السفر فإنه لايتأتى له جعل الأربعة فرضا ، بل الفرض الأوليان إذا قعد القعدة الأولى ؛ وإثمه حينئذ لبناء النفل على الفرض ، وقد يتأتى له تحصيلها كغسل الرجلين مادام متخففا أفاده ح عن شيخه السيد . ثم قال : واحترز بقوله مسقطة عن رخصة الترفية ، فان العزيمة تبقى فيها مشروعة مع بقاء سبب الرخصة كالصوم فى السفر (قوله ينبغى أن يصير آثما) أى لما علمت من أن العزيمة لم تبق مشروعة مادام متخففا ، بخلاف ما إذا نزع وغسل لزوال سبب الرخصة :

(بسنة مشهورة) فمنكره مبتدع ، وعلى رأى الثانى كافر :
وفى التحفة ثبوته بالإجماع ، بل بالتواتر

هذا وقد بحث العلامة الزيلعى فى جعلهم المسح رخصة إسقاط بأن المنصوص عليه فى عامة الكتب أنه لو خاض ماء بخفه فانغسل أكثر قدميه بطل المسح ؛ وكذا لو تكلف غسلهما من غير نزع أجزأه عن الغسل حتى لا يبطل بمضى المدة ، قال فعلم أن العزيمة مشروعة مع الخف اهـ .

ودفعه فى الفتح بمنع صحة هذا الفرع ، لاتفاقهم على أن الخف اعتبر شرعا مانعا سراية الحدث إلى القدم فتبقى القدم عن طهارتها ويحل الحدث بالخف فيزال بالمسح ، فيكون غسل الرجل فى الخف وعدمه سواء فى أنه لم يزل به الحدث لأنه فى غير محله .

واعترض أيضا فى الدرر على الزيلعى مع تسليم صحة الفرع المذكور بما أشار إليه الشارح من أن المشروعية فى قولهم : إن المسح رخصة مسقطة لمشروعية العزيمة ، ليس المراد بها الصحة كما فهمه الزيلعى فاعترضهم بالفرع المذكور ، وإنما المراد بها الجواز المترتب عليه الثواب ، فالمتخفف مادام متخففا لا يجوز له الغسل ، حتى إذا تكلف وغسل بلا نزع أثم ، وإن أجزأه عن الغسل ، وإذا نزع وزال الترخص صار الغسل مشروعا يثاب عليه . وقد انتصر البرهان الحلبى فى شرحه على المنية للإمام الزيلعى . وأجاب عما فى الفتح والدرر . وبينا ما فى كلامه من النظر فيما علقناه على البحر .

والحاصل أن ماذكره الزيلعى من الفرع المذكور تبعا لعامة الكتب مسلم بل صححه غير واحد كما سيذكره الشارح فى النواقض ، وما ذكره فى الفتح من منع صحته موافق لما نقله الزاهدى وغيره ، واستظهره فى السراج ؛ ومشى عليه المصنف فيما سيأتى ، ويأتى الكلام عليه فافهم (قوله بسنة) متعلق بقوله جائز . وهى لغة : الطريقة والعادة . واصطلاحا فى العبادات النافلة ، وفى الأدلة وهو المراد هنا ماورى عنه صلى الله عليه وسلم قولا أو فعلا أو تقريرا لأمر عاينه ، والمسح روى قولا وفعلا .

مطلب تعريف الحديث المشهور

(قوله مشهورة) المشهور فى أصول الحديث مايرويه أكثر من اثنين فى كل طبقة من طبقات الرواة ولم يصل إلى حد التواتر . وفى أصول الفقه مايكون من الآحاد فى العصر الأول : أى عصر الصحابة ثم ينقله فى العصر الثانى وما بعده قوم لايتوهم تواطؤهم على الكذب ، فإنه كان كذلك فى العصر الأول أيضا فهو المتواتر ، وإن لم يكن كذلك فى العصر الثانى أيضا فهو الآحاد . وبه علم أن المشهور عند الأصوليين قسيم للآحاد والمتواتر . وأما عند المحدثين فهو قسم من الآحاد ، وهو مالم يبلغ رتبة التواتر :

والذى وقع الخلاف فى تبديع منكره أو تكفيره هو المشهور المصطلح عند الأصوليين لاعند المحدثين فافهم (قوله وعلى رأى الثانى كافر) أى بناء على جعله المشهور قسما من المتواتر ، لكن قال فى التحرير ، والحق الاتفاق على عدم الإكفار بإنكار المشهور لآحادية أصله ، فلم يكن تكذيبا له عليه الصلاة والسلام بل ضلالة لتخطئة المجتهدين (قوله وفى التحفة) أى للإمام محمد السمرقندى التى شرحها تلميذه الكاشانى بشرح عظيم سماه البدائع (قوله بالإجماع) ولا عبرة بخلاف الرافضة . وأما من لم يره كابن عباس وأبى هريرة وعائشة رضى الله عنهم فقد صح رجوعه ح (قوله بل بالتواتر الخ) ليس هذا من عبارة التحفة ، بل عزاه القهستانى إلى ابن حجر :

رواته أكثر من ثمانين منهم العشرة قهستاني . وقيل بالكتاب ورد بأنه غير مغيا بالكعبين إجماعا فالجر بالجوار (لمحدث) ظاهره عدم جوازه لمجدد الوضوء ، إلا أن يقال لما حصل له القربة بذلك صار كأنه محدث (لاجنب) وحائض ، والمنفى لايلزم تصويره ،وفيه أن النفى الشرعي يفتقر إلى إثبات عقلى ،

ثم الظاهر أن هذا بناء على أن ذلك العدد يفيد اليقين والعلم الضرورى ، ويرفع تهمة الكذب بالكلية ، وكأن الإمام توقف فى إفادته ذلك أولم يثبت عنده هذا العدد ، ولذا قال : أخاف الكفر على من لم ير المسح على الخفين ، لأن الآثار التى جاءت فيه فى حيز التواتر (قوله رواته) أى من الصحابة رضى الله عنهم أجمعين (قوله وقيل بالكتاب) أى بقراءة الجرفى - وأرجلكم - بناء على إرادة المسح بها ، لعطفها على الممسوح جمعا بينها وبين قراءة النصب المراد بها الغسل لعطفها على المغسول (قوله فالجر بالجوار) أى كما فى قوله تعالى - عذاب يوم محيط - وحور عين - المعطوف على - ولدان مخلدون - لاعلى - أكواب - إذلا يطوف عليهم الولدان بالحور ونظيره فى القرآن والشعر كثير ؛ فهو فى المعنى معطوف على المنصوب ، وإنما عدل عن النصب للتنبيه على أنه ينبغى أن يقتصد فى صب الماء عليهما ويغسلا غسلا خفيفا شبيها بالمسح كما فى الدرر وغيره (قوله لمحدث) متعلق بقوله جائز ، وشمل المرأة كما سيصرح به . قال فى غرر الأفكار : والمحدث حقيقة عرفية فيمن أصابه حدث يوجب الوضوء (قوله ظاهره الخ) البحث والجواب للقهستانى .

وأقول : قد يقال إن جوازه المجدد الوضوء تعلم بالأولى ،لأن مارفع المحدث الحقيقى يحصل به تجديد الطهارة بالأولى ، على أن قوله لا جنب يدل بالمقابلة على أن المحدث احتراز عن الجنب فقط تأمل .

مطلب إعراب قولهم إلا أن يقال

(قوله إلا أن يقال) استثناء مفرغ من أعم الظروف ،لأن المصادر قد تقع ظروفا ، نحو آتيك طلوع الفجر : أى وقت طلوعه والمصدر المنسبك هنا من هذا القبيل فالمعنى ظاهره كما ذكر فى جميع الأوقات إلا وقت قولنا لما حصل الخ ، كذا أفاده المحقق صدر الشريعة فى أوائل التوضيح (قوله والمنفى لايلزم تصويره) أى لايلزم أن يجعل له صورة يمكن حصولها فى الذهن (قوله وفيه الخ) البحث للقهستانى :

بيانه أن النفى الشرعي : أى الذى استفيد من الشرع يتوقف على إمكان تصور مانفى به عقلا ، وإلا لم يكن مستفادا من الشرع بل من العقل ، كقولنا : لاتجتمع الحركة مع السكون ، وصوروا له صورا منها لو تيمم الجنب ثم لبس الخف ثم أحدث ووجد ماء يكفى للوضوء فقط لايمسح ، لأن الجنابة سرت إلى القدمين والتيمم ليس طهارة كاملة ، ومثله الحائض إذا انقطع دمها . واعترضه فى المجتبى بأن ما ذكر غير صحيح ، لأن الجنابة لاتعود على الأصح اه .

أقول : أى لاتعود إلى أعضاء الوضوء ولا غيرها ، لأنه لم يقدر على الماء الكافى والجنابة لاتتجزأ ، فهو محدث حقيقة لاجنب ، وليس الكلام فيه ؛ فاعتراض البحر على المجتبى بأنه عاد جنبا برؤية الماء غير وارد كما لايخفى ، فالصحيح فى تصويره مافى المجتبى فيما إذا توضأ ولبس ثم أجنب ليس له أن يشد خفيه فوق الكعبين ثم يغتسل ويمسح اه أو يغتسل قاعدا واضعا رجليه على شىء مرتفع ثم يمسح ومثله الحائض ، ولكن لايتأتى إلا على قول أبى يوسف من أن أقل الحيض عنده يومان وأكثر الثالث ، فإذا كانت المرأة مسافرة وتوضأت ابتداء مدة السفر ولبست الخف ثم حاضت هذا المقدار فقد بقى من المدة نحو خمس ساعات فلا يجوز لها أن تمسح فيها . وأما على قولهما فلا يتصور ،لأن أقل مدة الحيض ثلاثة أيام فتنقضى فيها مدة المسح كما أوضحه فى البحر ولم يذكر التفصيله :

ثم ظاهره جواز مسح مغتسل جمعة ونحوه، وليس كذلك على مافى المبسوط . ولا يبعد أن يجعل فى حكمه فالأحسن لمتوضئ لالمغتسل :

والسنة أن يخطه (خطوطا بأصابع) يد (مفرجة) قليلا (يبدأ من) قبل (أصابع رجله) متوجها (إلى) أصل (الساق) ومحله (على ظاهر خفيه) من رؤوس أصابعه

وصورتها كما فى البحر أنها لبست على طهارة ثم نفست وانقطع قبل ثلاثة مسافرة أو قبل يوم وليلة مقيمة (قوله ثم ظاهره) أى ظاهر قوله لاالجنب ثم هذا الكلام الخ للقهستانى (قوله وليس كذلك الخ) عبارة القهستانى : وينبغى أن لايجوز على مافى المبسوط اه ، ومفاده أنه فى المبسوط ذكره بلفظ ينبغى لاعلى سبيل الجزم فلذا قواه بقوله ولا يبعد وإلا لم يحتج إلى ذلك (قوله ولا يبعد الخ) أى لايبعد أن يجعل غسل الجمعة فى حكم غسل الجنابة ، يعنى أن كلام المبسوط غير بعيد اه ح . ووجهه أن ماهية الغسل المسنون هى ماهية غسل الجنابة . وهى غسل جميع ما يمكن غسله من البدن؛ فقوله لاالجنب نفى لمشروعية المسح فى الغسل سواء كان عن جنابة أو غيرها؛ كما أن إثبات مشروعيته للمحدث هو إثبات لمشروعيته فى الوضوء سواء كان عن حدث أو غيره ،لأن ماهية الوضوء فى حقهما واحدة أركانا وسننا كما قلنا فى الغسل (قوله فالأحسن الخ) أى الأحسن تعبير المصنف بذلك ليشمل المتوضىء مجدد الوضوء ، والمغتسل مغتسل الجمعة ، والعيد بلا تأويل فى العبارة (قوله والسنة الخ) أفاد أن إظهار الخطوط ليس بشرط وهو ظاهر الرواية ، بل هو شرط السنة فى المسح .

وكيفيته كما ذكره قاضيخان فى شرح الجامع الصغير أن يضع أصابع يده اليمنى على مقدم خفه الأيمن وأصابع يده اليسرى على مقدم خفه الأيسر من قبل الأصابع ، فاذا تمكنت الأصابع يمدها حتى ينتهى إلى أصل الساق فوق الكعبين ، لأن الكعبين يلحقهما فرض الغسل ويلحقهما سنة المسح ، وإن وضع الكفين مع الأصابع كان أحسن هكذا روى عن محمد اه بحر :

أقول : وظاهره أن التيامن فيه غيره مسنون كما فى مسح الأذنين . وفى الحلية : والمستحب أن يمسح بباطن اليد لابظاهرها (قوله قليلا) ذكره فى البحر عن الخلاصة (قوله ومحله) زاده على المتن ، ليعلم أن ذلك شرط (قوله على ظاهر خفيه) قيد به ، إذ لايجوز المسح على الباطن والعقب والساق درر (قوله من رؤوس أصابعه) ظاهره أن الأصابع لها دخل فى محل المسح ، حتى لو مسح عليها صح إن حصل قدر الفرض .

وذكر فى البحر أنه مفاد مافى الكنز وغيره من المتون والشروح ؛ وعلى مافى أكثر الفتاوى لا يجوز ، لأنهم قالوا : وتفسير المسح أن يمسح على ظاهر قدميه مابين أطراف الأصابع إلى الساق ، فهذا يفيد أن الأصابع غير داخلة فى المحلية ، وبه صرح فى الخانية فليتنبه لذلك اه ملخصا .

واعترضه فى النهر بأن مافى الفتاوى يفيد دخولها ، لأن أطرافها أواخرها أى رؤوسها ، يوافقه قول المبتغى ظهر القدم من رؤوس الأصابع إلى معقد الشراك .

أقول : ومافى النهر هو مافهمه فى الحلية من عبارة الفتاوى فقال : إن مؤدى رؤوس الأصابع وما بين أطراف الأصابع واحد ، لأن أطرافها هى رؤوسها ، ثم قال : نعم فى الذخيرة : وتفسير المسح على الخفين أن يمسح على ظهر قدميه مابين الأصابع إلى الساق . وعن الحسن عن أبى حنيفة المسح على ظهر قدميه من أطراف الأصابع إلى الساق اه فالأصابع على ماذكره فى الذخيرة أولا غير داخلة فى المحلية ، وعليه مافى شرح الطحاوى : لو مسح موضع الأصابع لايجوز ، وبه صرح فى الخانية ، وعلى رواية الحسن داخلة ، ويظهر أنها الأولى ، ويشهد لها حديث جابر

إلى معقد الشراك؛ ويستحب الجمع بين ظاهر وباطن طاهر (أو جرموقيه) ولو فوق خف

المروى فى الأوسط للطبرانى من« أنه صلى الله عليه وسلم مسح من مقدم الخفين إلى أصل الساق مرة وفرج بين أصابعه» فلذا مشى عليها أصحاب الفتاوى اه:

أقول: والحاصل أن فى المسألة اختلاف الرواية، وحيث كانت رواية الدخول هى المفاد من عبارات المتون والشروح، وكذا من أكثر الفتاوى كما علمت كان الاعتماد عليها أولى، فلذ اختارها الشارح تبعا للنهر والحلية فافهم (قوله إلى معقد الشراك) أى المحل الذى يعقد عليه شراك النعل بالكسر أى سيره، فالمراد به المفصل الذى فى وسط القدم ويسمى كعبا، ومنه قولهم فى الإحرام: يقطع الخفين أسفل من الكعبين، ثم إن قوله من رؤوس أصابعه إلى معقد الشراك هو عبارة المبتغى كما قدمناه، والمراد به بيان محل الفرض اللازم، وإلا فالسنة أن ينتهى إلى أصل الساق كما قدمناه عن شرح الجامع، فلا مخالفة بينهما كما لايخفى فافهم (قوله ويستحب الجمع الخ) المراد بالباطن أسفل مما يلى الأرض لا مايلى البشرة كما حققه فى شرح المنية، خلافا لما فى الفتح.

هذا وما ذكره الشارح تبع فيه صاحب النهر، حيث قال: لكن يستحب عندنا الجمع بين الظاهر والباطن فى المسح، إلا إذا كان على باطنه نجاسة كذا فى البدائع اه.

وأقول: الذى رأيته فى نسختى البدائع نقله عن الشافعى، فإنه قال: وعن الشافعى أنه لو اقتصر على الباطن لايجوز، والمستحب عنده الجمع الخ، فضمير الغيبة راجع إلى الشافعى، وهكذا رأيته فى التاترخانية.

وقال فى الحلية: المذهب عند أصحابنا أن ماسوى ظهر القدم من الخف ليس بمحل للمسح لا فرضا ولا سنة، وبه قال أحمد.

وقال الشافعى: يسن مسحهما: وقال فى البحر وفى المحيط: ولايسن مسح باطن الخف مع ظاهره خلافا للشافعى، لأن السنة شرعت مكملة للفرائض، والإكمال إنما يتحقق فى محل الفرض لافى غيره اه. وفى غيره نفى الاستحباب وهو المراد اه كلام البحر: أى وفى غير المحيط قال: لايستحب، وهو المراد من قول المحيط لايسن.

وفى معراج الدراية: السنة عند الشافعى ومالك مسح أعلى الخف وأسفله، لما روى «أنه صلى الله عليه وسلم مسح أعلى الخف وأسفله» وعندنا وأحمد لامدخل لأسفله فى المسح، لحديث على رضى الله عنه: «لو كان الدين بالرأى لكان أسفل الخف أولى بالمسح عليه من ظاهره، وقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح على الخفين على ظاهرهما» رواه أبو داود وأحمد والترمذى، وقال حديث حسن صحيح، وما رواه الشافعى شاذ لا يعارض هذا مع أنه ضعفه أهل الحديث، ولهذا قيل إنه يحمل على الاستحباب إن ثبت. وعن بعض مشايخنا يستحب الجمع اه.

فقد ظهر أن استحباب الجمع قول لبعض مشايخنا، لا كما نقله فى النهر من أنه المذهب، فتنبه لذلك والله الحمد (قوله أو جرموقيه) بضم الجيم: جلد يلبس فوق الخف لحفظه من الطين وغيره على المشهور قهستانى، ويقال له الموق، وليس غيره كما أفاده فى البحر (قوله ولو فوق خف) أفاد جواز المسح عليهما منفردين أيضا وهذا لو كانا من جلد، فلو من كرباس لايجوز ولو فوق الخف إلا أن يصل بلل المسح إلى الخف، ثم الشرط أن يكونا بحيث لو انفردا يصح مسحهما، حتى لو كان بهما خرق مانع لايجوز المسح عليهما سراج، وأن يلبسهما قبل أن يمسح على الخفين وقبل أن يحدث، فلو كان مسح على الخفين أو أحدث بعد لبسهما ثم لبس الجرموقين لايجوز المسح عليهما اتفاقا، لأنهما حينئذ لايكونان تبعا للخف، صرح بهذا الشرط فى السراج وشروح المجمع ومنية المصلى

أو لفافة ، ولا اعتبار بما في فتاوى الشاذى ، لأنه رجل مجهول لايقلد فيما خالف النقول (أو جوربيه) ولو من غزل أو شعر (الثخينين) بحيث يمشى فرسخا ويثبت على الساق بنفسه ولا يرى ماتحته ولا يشف إلا أن ينفذ إلى الخف قدر الغرض .

وغيرها ، ومقتضاه أنه لو توضأ ثم لبس الخف ثم جدد الوضوء قبل الحدث ومسح على الخف ثم لبس الجرموق لايجوز له المسح لاستقرار الحكم على الخف فلا يصير الجرموق تبعا .

وعبارة الشارح فى الخزائن : وهذا إذا كانا صالحين للمسح أو رقيقين ينفذ إلى الخف قدر الفرض ولم يكن أحدث ولا مسح على خفيه قبل ما أحدث ذكره ابن الكمال وابن ملك اه . هذا وفى البحر والخف على الخف كالجرموق عندنا فى سائر أحكامه خلاصة (قوله أو لفافة)أى سواء كانت ملفوفة على الرجل تحت الخف أوكانت مخيطة ملبوسة تحته كما أفاده فى شرح المنية (قوله ولا اعتبار بما فى فتاوى الشاذى) بالذال المعجمة على مارأيته فى النسخ ، لكن الذى رأيته بخط الشارح فى خزائن الأسرار بالدال المهملة ، ثم الذى فى هذه الفتاوى هو مانقله عنها فى شرح المجمع من التفصيل ، وهو أن مايلبس من الكرباس المجرد تحت الخف يمنع المسح على الخف لكونه فاصلا وقطعة كرباس تلف على الرجل لاتمنع لأنه غير مقصود باللبس ، وقد أطال فى رده فى شرح المنية والدرر والبحر لتمسك جماعة به من فقهاء الروم ، قال ح : وقد اعتنى يعقوب باشا بتحقيق هذه المسألة فى كراسة مبينا للجواز لما سأله السلطان سليم خان (قوله أوجوربيه) الجورب لفافة الرجل قاموس ، وكأنه تفسير باعتبار اللغة ، لكن العرف خص اللفافة بما ليس بمخيط والجورب بالمخيط ، ونحوه الذى يلبس كما يلبس الخف شرح المنية (قوله ولو من غزل أو شعر) دخل فيه الجوخ كما حققه فى شرح المنية . وقال : وخرج عنه ما كان من كرباس بالكسر :ـ وهو الثوب من القطن الأبيض ؛ ويلحق بالكرباس كل ما كان من نوع الخيط كالكتان والإبريسم ونحوهما . وتوقف ح فى وجه عدم جواز المسح عليه إذا وجد فيه الشروط الأربعة التى ذكرها الشارح .

وأقول : الظاهر أنه إذا وجدت فيه الشروط يجوز ، وأنهم أخرجوه لعدم تأتى الشروط فيه غالبا ، يدل عليه مافى كافى النسفى حيث علل عدم جواز المسح على الجورب من كرباس بأنه لايمكن تتابع المشى عليه ، فإنه يفيد أنه لو أمكن جاز ، ويدل عليه أيضا مافى ط عن الخانية أن كل ما كان فى معنى الخف فى إدمان المشى عليه وقطع السفر به ولو من لبد رومى يجوز المسح عليه اه (قوله على الثخينين) أى اللذين ليسا مجلدين ولا منعلين نهر ، وهذا التقييد مستفاد من عطف مابعده عليه ، وبه يعلم أنه نعت للجوربين فقط كما هو صريح عبارة الكنز . وأما شروط الخف فقد ذكرها أول الباب ، ومثله الجرموق ، ولكونه من الجلد غالبا لم يقيده بالثخانة المفسرة بما ذكره الشارح ، لأن الجلد الملبوس لايكون إلا كذلك عادة (قوله بحيث يمشى فرسخا) أى فأكثر كما مر ، وفاعل يمشى ضمير يعود على الجورب والإسناد إليه مجازى ، أو على اللابس له والعائد محذوف أى به (قوله بنفسه) أى من غير شد ط (قوله ولايشف) بتشديد الفاء ، من شف الثوب : رق حتى رأيت ماوراءه ، من باب ضرب مغرب :

وفى بعض الكتب : ينشف بالنون قبل الشين ، من نشف الثوب العرق كسمع ونصر شربه قاموس ، والثانى أولى هنا لئلا يتكرر مع قوله تبعا للزيلعى ولا يرى ماتحته ، لكن فسر فى الخانية الأول بأن لايشف الجورب الماء إلى نفسه كالأديم والصرم ، وفسر الثانى بأن لايجاوز الماء إلى القدم وكأن تفسيره الأول مأخوذ من قولهم اشتف مافى الإناء شربه كله كما فى القاموس ، وعليه فلا تكرار فافهم (قوله إلا أن ينفذ) أى من البلل ، وهذا راجع

ولو نزع موقيه أعاد مسح خفيه . ولو نزع أحدهما مسح الخف والموق الباقى . ولو أدخل يده تحتهما ومسح خفيه لم يجز .

(والمنعلين) بسكون النون : ماجعل على أسفله جلدة (والمجلدين مرة ولو امرأة) أو خنثى (ملبوسين على طهر) فلو أحدث ومسح بخفيه أو لم يمسح فلبس موقه لايمسح عليه (تام)

إلى الجرموق لا الجورب ، لأن العادة فى الجورب أن يلبس وحده أو تحت الخف لافوقه (قوله مسح الخف والموق الباقى) أى يمسح الخف البادى ويعيد المسح على الموق الباقى لانتقاض وظيفتهما كنزع أحد الخفين ، لأن انتقاض المسح لايتجزأ بحر ، وهذا ظاهر الرواية .

وروى الحسن أنه يمسح على الخف البادى لاغير . وعن أبى يوسف : ينزع الموق الباقى ويمسح الخفين خانية (قوله لم يجز) هذا إذا لم يكن فى الموقين خرق مانع ، فلو كان قال فى المبتغى له المسح على الخف أو على الجرموق لأنهما كخف واحد ، لكن بحث فى الحلية وتبعه فى البحر بأنه ينبغى أن لايجوز إلا على الخف ، لما علم أن المنخرق خرقا مانعا وجوده كعدمه ، فكانت الوظيفة للخف فلا يجوز على غيره ، وبه صرح فى السراج كما قدمناه (قوله بسكون النون) أى من باب الأفعال من أفعل ، لكن صرح فى القاموس بمجيئه من باب التفعيل ، فقول الصحاح يقال أنعلت خفى ودابتى ولا تقل نعلت أى بالتخفيف بل يقال بالتشديد فيكون من باب التفعيل على وفق مافى القاموس ، وحينئذ فلا منافاة ، وقول المغرب أفعل الخف ونعله أى بالتشديد فلا منافاة أيضا ، خلافا لما فى النهر فافهم (قوله ماجعل على أسفله جلدة) أى كالنعل للقدم ، وهذا ظاهر الرواية ، وفى رواية الحسن مايكون إلى الكعب ابن كمال (قوله والمجلدين) المجلد ماجعل الجلد على أعلاه وأسفله ، ابن كمال .

[تنبيه] ماذكره المصنف من جوازه على المجلد والمنعل متفق عليه عندنا ، أما الثخين فهو قولهما . وعنه أنه رجع إليه وعليه الفتوى . كذا فى الهداية وأكثر الكتب بحر .

هذا وفى حاشية أخى جلبى على صدر الشريعة أن التقييد بالثخين مخرج لغير الثخين ولو مجلدا ، ولم يتعرض له أحد :

قال : والذى تلخص عندى أنه لايجوز المسح عليه إذا جلد أسفله فقط أو مع مواضع الأصابع بحيث يكون محل الفرض الذى هو ظهر القدم خاليا عن الجلد بالكلية ، لأن منشأ الاختلاف بين الإمام وصاحبيه اكتفاؤهما بمجرد الثخانة وعدم اكتفائه بها ، بل لابد عنده مع الثخانة من النعل أو الجلد اهـ وقد أطال فى ذلك .

أقول : بل هو مأخوذ من كلام المصنف ، وكذا من قول الكنز وغيره ، وعلى الجورب المجلد والمنعل والثخين فإن مفاده أن المجلد لا يتقيد بالثخانة ، وقدمنا عن شرح المنية أنه لا يشترط استيعاب الجلد جميع مايستر القدم على خلاف مايزعمه بعض الناس . وقال فى شرح المنية أيضا : صرح فى الخلاصة بجواز المسح على المجلد من الكرباس اهـ .

ويؤخذ من هذا ومما قبله أنه لو كان محل المسح وهو ظهر القدم مجلدا مع أسفله أنه يجوز المسح عليه كما قدمناه عن سيدى عبد الغنى فى الخف الحنفى المخيط بالشخشير . ولا يعكر عليه اشتراطهم أن يثبت على الساق بنفسه ، لأن ذاك فى الجورب الثخين الغير المجلد والمنعل كما فى النهر وغيره (قوله مرة) قيد للمسح المفهوم ، فلا يسن تكراره كمسح الرأس بحر (قوله ولو امرأة) تعميم لقوله لمحدث أو لفاعل يبدأ (قوله ملبوسين) حال من قوله خفيه وما عطف عليه ط (قوله لايمسح عليه) لأنه لم يلبس على طهارة ، فعليه أن يمسح على الخف لاستقرار

خرج الناقص حقيقة كلمعة ، أو معنى كتيمم ومعذور فإنه يمسح فى الوقت فقط إلا إذا توضأ ولبس على **الانقطاع** الصحيح (عند الحدث) .

فلو تخفف المحـــدث ثم خاض الماء فابتل قدماه ثم تمم وضوءه ثم أحدث جاز أن يمسح (يوما وليلة لمقيم ، وثلاثة أيام ولياليها لمسافر) .

وابتداء المدة (من وقت الحدث) فقد يمسح المقيم ستا ، وقد لايتمكن إلا من أربع ، كمن توضأ وتخفف قبل

حكم المسح عليه كما قدمناه (قوله خرج الناقص) أقول : وخرج أيضا مالو توضأ الجنب ثم تخفف ثم أحدث ثم غسل باقى بدنه لايمسح. أما على الصحيح من عدم تجزى الحدث ثبوتا وزوالا فظاهر. وأما على مقابله، فلعدم التمام ، ولم أر من تعرض لهذه المسألة من أئمتنا تأمل ، وتعلم بالأولى من قوله كلمعة (قوله كلمعة) يعنى كطهر بقيت فيه لمعة من الأعضاء لم يصبها الماء قبل لبس الخف (قوله كتيمم) أى أن اللبس لو كان بعد التيمم فوجد بعده الماء لايجوز المسح على الخف بل يجب الغسل (قوله ومعذور) أى وطهر معذور ، فهو على تقدير مضاف (قوله فإنه الخ) الضمير للمعذور ؛ وهذا بيان لوجه كون طهره ناقصا .

ثم إنه لايخلو إما أن يكون العذر منقطعا وقت الوضوء واللبس معا أو موجودا فيهما ؛ أو منقطعا وقت الوضوء موجودا وقت اللبس أو بالعكس فهى رباعية ؛ ففى الأول حكمه كالأصحاء لوجود اللبس على طهارة كاملة فنع سراية الحدث للقدمين ؛ وفى الثلاثة الباقية يمسح فى الوقت فقط ؛ فإذا خرج نزع وغسل كما فى البحر ؛ لكن ماذكره من نقصان طهارة التيمم والمعذور تبع فيه الزيلعى . قال فى النهر : وعورض بأنه لانقص فيهما مابقى شرطهما ، وإنما لم يمسح المتيمم بعد رؤية الماء والمعذور بعد الوقت لظهور الحدث السابق حينئذ على القدم، والمسح إنما يزيل ماحل بالممسوح لا بالقدم ، ولذا جوّزنا لذى العذر المسح فى الوقت كلما توضأ لحدث غير الذى ابتلى به إذا كان السيلان مقارنا للوضوء واللبس (قوله عند الحدث) متعلق بقوله تام ؛ فيعتبر كون الطهر تاما وقت نزول الحدث ، لأن الخف يمنع سراية الحدث إلى القدم، فيعتبر تمام الطهر وقت المنع لا وقت اللبس خلافا للشافعى (قوله جاز أن يمسح) لوجود الشرط ،وهو كونهما ملبوسين على طهر تام وقت الحدث، ومثله مالوغسل رجليه ثم تخفف ثم تمم الوضوءأو غسل رجلا فخففها ثم الأخرى كذلك كما فى البحر، بخلاف مالو توضأ ثم أحدث قبل وصول الرجل إلى قدم الخف فإنه لايمسح كما ذكره الشافعية ، وهو ظاهر (قوله يوما وليلة) العامل فيهما الضمير فى قوله وهو جائز لعوده على المسح أو المسح فى قوله شرط مسحه أفاده ط (قوله وابتداء المدة) قدّره ليفيد أن من فى كلام المصنف ابتدائية وأن الجار والمجرور خبر لمبتدإ محذوف هو ذلك المقدر ط (قوله من وقت الحدث) أى لامن وقت المسح الأول كما هو رواية عن أحمد ، ولامن وقت اللبس كما حكى عن الحسن البصرى ، وتمامه فى البحر .

وذكر الرملى أن صريح كلام البحر أن المدة تعتبر من أول وقت الحدث لامن آخره كما هو عند الشافعية : وما قلناه أولى ، لأنه وقت عمل الخف،ولم أر من ذكر فيه خلافا عندنا اهـ.

وعليه فلو كان حدثه بالنوم فابتداء المدة من أول مانام لامن حين الاستيقاظ ، حتى لو نام أو جن أو أغمى عليه مدته بطل مسحه (قوله ستا) صورته لبس الخف على طهارة ثم أحدث وقت الإسفار ثم توضأ ومسح وصلى قبيل الشمس ثم صلى الصبح فى اليوم الثانى عقب الفجر : ح ، وقد يصلى سبعا على الاختلاف بحر : أى الاختلاف بين الإمام وصاحبيه ؛ بأن أحدث فيما بين المثلين ثم صلى الظهر فى اليوم الأول على قول الإمام بعد المثل، والعصر

الفجر فلما طلع صلى فلما تشهد أحدث :

(لا) يجوز (على عمامة وقلنسوة وبرقع وقفازين) لعدم الحرج :

(وفرضه) عملا (قدر ثلاث أصابع اليد) أصغرها طولا وعرضا من كل رجل لامن الخف فمنعوا فيه مد الأصبع فلومسح برؤوس أصابعه وجافى أصولها لم يجز إلاأن يبتل من الخف عندالوضع قدر الفرض، قاله المصنف . ثم قال : وفى الذخيرة أن الماء متقاطرا جاز وإلا لا ،

أيضا بعد المثلين ، وفى اليوم الثانى صلى الظهر قبل المثل (قوله فلما تشهد أحدث) فإنه لايمكنه صلاة الصبح فى اليوم الثانى لبطلانها بانقضاء مدة المسح فى القعدة كما سيأتى فى الاثنى عشرية (قوله لاعلى عمامة الخ) العمامة معروفة وتسمى الشاش فى زماننا . والقلنسوة : بفتح القاف واللام والواو وسكون النون وضم السين فى آخرها هاء التأنيث مايلبس على الرأس ويتعمم فوقه . والبرقع : بضم الباء الموحدة وسكون الراء وضم القاف وفتحها آخرها عين مهملة مايلبس على الوجه فيه خرقان للعينين . والقفاز بضم القاف وتشديد الفاء بألف ثم زاى شيء يلبس على اليدين يحشى بقطن ويزر على الساعدين اهـ ح (قوله لعدم الحرج) علة لقوله لايجوز . وأيضا ماورد فى ذلك شاذ لايزاد به على الكتاب العزيز الآمر بالغسل ومسح الرأس ، بخلاف ماورد فى الخف . وقال الإمام محمد فى موطئه : بلغنا أن المسح على العمامة كان ثم ترك كما فى الحلية (قوله عملا) أى فرضه من جهة العمل لا الإعتقاد ، وهو أعلى قسمى الواجب كما قدمنا تقريره فى الوضوء : وسيجىء (قوله قدر ثلاث أصابع) أشار إلى أن الأصابع غير شرط ، وإنما الشرط قدرها شرنبلالية : فلو أصاب موضع المسح ماء أو مطر قدر ثلاث أصابع جاز ، وكذا لو مشى فى حشيش مبتل بالمطر . وكذا بالطل فى الأصح . وقيل لايجوز لأنه نفس دابة فى البحر يجذبه الهواء بحر (قوله أصغرها) بدل من الأصابع ط أو نعت ، وأفرده لأن الغالب فى أفعل التفضيل المضاف إلى معرفة عدم المطابقة فافهم (قوله طولا وعرضا) كذا فى شرح المنية : أى فرضه قدر طول الثلاث أصابع وعرضها : قال فى البحر : ماعن البدائع : ولو مسح بثلاث أصابع منصوبة غير موضوعة ولا ممدودة لايجوز بلا خلاف بين أصحابنا (قوله من كل رجل) أى فرضه هذا القدر كائنا من كل رجل على حدة قال فى الدرر : حتى لو مسح على إحدى رجليه مقدار أصبعين وعلى الأخرى مقدار خمس أصابع لم يجز (قوله لا من الخف) لما قدمه أنه لو واسعا فمسح على الزائد ولم يقدم قدمه إليه لم يجز ولما يأتى من قوله ولو قطع قدمه الخ (قوله فمنعوا الخ) شروع فى التفريع على ماقبله من القيود (قوله مد الأصبع) أى جرها على الخف حتى يبلغ مقدار ثلاث أصابع ، وظاهره ولو مع بقاء البلة لأنها تصير مستعملة تأمل . وفى الحلية : وكذا الأصبعان ، بخلاف مالو مسح بالإبهام والسبابة مفتوحتين مع مابينهما من الكف أو مسح بأصبع واحدة ثلاث مرات فى ثلاثة مواضع وأخذ لكل مرة ماء فيجوز لأنه بمنزلة ثلاث أصابع وكذا لو مسح بجوانبها الأربع فى الصحيح ، والظاهر تقييده بوقوعه فى أربعة مواضع اهـ (قوله لم يجز إلا أن يبتل الخ) كذا فى المنية . قال الزاهدى : قلت أو كانت تنزل البلة إليها عند المد اهـ وهذا هو المراد بكونه متقاطرا حلية ، فأفاد أن الشرط إما الابتلال المذكور أو التقاطر . قال فى شرح المنية : لأن البلة تصير مستعملة أولا بمجرد الإصابة فتصير مستعملة ثانيا فى الفرض، بخلاف ما إذا كان متقاطرا لأن التى مسح بها ثانيا غير الأولى، وبخلاف إقامة السنة فيما إذا وضع الأصابع ثم مدها ولم يكن متقاطرا ، لأن النفل يغتفر فيه ما لا يغتفر فى الفرض وهو تابع له فيؤدى ببلته تبعا ضرورة عدم شرعية التكرار ، وتمامه فيه (قوله ثم قال الخ) قد علمت أن الشرط أحد الأمرين فلا منافاة بين النقلين ، لأن المدار على عدم المسح ببلة مستعملة (قوله وإلا لا) صحح فى الخلاصة

ولو قطع قدمه، إن بقى من ظهره قدر الفرض مسح وإلا غسل كمن قطع من كعبه، ولوله رجل واحدة مسحها.
وجاز مسح خف مغصوب خلافا للحنابلة، كما جاز غسل رجل مغصوبة إجماعا.
(والخرق الكبير) بموحدة أو مثلثة (وهو قدر ثلاث أصابع القدم الأصاغر) بكمالها ومقطوعها يعتبر بأصابع مماثلة (يمنعه) إلا أن يكون فوقه خف آخر أو جرموق فيمسح عليه، وهذا لو الخرق على غير أصابعه وعقبه ويرى ماتحته، فلو عليها اعتبر الثلاث ولو كبارا،

الجواز مطلقا والتفصيل أولى كما فى الحلية والبحر (قوله من ظهره) أى القدم، وقيد به لأنه محل المسح، فلا اعتبار بما يبقى من العقب ط (قوله وإلا غسل) أى غسل المقطوعة والصحيحة أيضا، لئلا يلزم الجمع بين الغسل والمسح (قوله من كعبه) أى من المفصل لوجوب غسله كما فى المنية، فيغسل الرجل الأخرى ولا يمسح (قوله رجل واحدة) بأن كانت الأخرى مقطوعة من فوق الكعب (قوله مسحها) لعدم الجمع (قوله خف مغصوب) المراد به المستعمل على وجه محرم سواء كان غصبا أو سرقة أو اختلاسا ط (قوله رجل مغصوبة) إطلاق الغصب على ذلك مساهلة. وصورته استحق قطع رجله لسرقة أو قصاص فهرب وصار يتوضأ عليها ط (قوله والخرق) بضم الخاء: الموضع، ولا يصح هنا الفتح لأنه مصدر، ولا يلائمه الوصف بالكبير. ثم رأيت ط نبه على ذلك أيضا فافهم، ثم المراد به ماكان تحت الكعب، فالخرق فوقه لايمنع لأن الزائد على الكعب لا عبرة به زيلعى (قوله بموحدة أو مثلثة) أى يجوز قراءة الكبير بالباء الموحدة: أى التى لها نقطة واحدة، ويجوز أن يقرأ الكثير بالثاء المثلثة التى لها ثلاث نقط، وهذا بالنظر إلى أصل الرواية والسماع، وإلا فالمرسوم فى المتن الأول.
وفى النهر وغيره عن شيخ الإسلام خواهر زاده أنه الأصح، لأن الكم المنفصل تستعمل فيه الكثرة والقلة، وفى المتصل الكبر والصغر، ولا شك أن الخف كم متصل.
وفى المغرب: الكثرة خلاف القلة، وتجعل عبارة عن السعة، ومنه قولهم: الخرق الكثير، ومفاده استعمال الكثرة فى المتصل، وكأن الكثير الشائع هو الأول (قوله وهو قدر ثلاث أصابع) يعنى طولا وعرضا، بأن سقطت جلدة مقدار ثلاث أصابع وعرضها كذا فى حاشية يعقوب باشا على صدر الشريعة فليحفظ (قوله أصابع القدم الأصاغر) صححه فى الهداية وغيرها واعتبر الأصاغر للاحتياط. وروى عن الإمام اعتبار أصابع اليد بحر، وأطلق الأصابع لأن فى اعتبارها مضمومة أو مفرجة اختلافا قهستانى (قوله بكمالها) هو الصحيح، خلافا لما رجحه السرخسى من المنع بظهور الأنامل وحدها شرح المنية. والأنامل: رؤوس الأصابع، وهو صادق بما إذا كانت الأصابع تخرج منه بتمامها، لكن لايبلغ هو قدرها طولا وعرضا (قوله بأصابع مماثلة) أى بأصابع شخص غيره مماثل له فى القدم صغرا وكبرا، والتقييد بالمماثلة أفاده فى النهر.
ورد على البحر اختياره القول باعتبار أصابع نفسه لو قائمة على القول باعتبار أصابع غيره لتفاوتها فى الصغر والكبر، بأن تقديم الزيلعى الأول يفيد أن عليه المعول وبأنه بعد اعتبار المماثلة لاتفاوت، وبأن الاعتبار بالموجود أولى. وأفاد ح أن مافى النهر يرجع بعد التأمل إلى مافى البحر (قوله فيمسح عليه) أى على الخف الآخر أو الجرموق لأن العبرة للأعلى حيث لم تتقرر الوظيفة على الأسفل (قوله وهذا) أى التقدير بالثلاث الأصاغر (قوله فلو عليها الخ) تفريع على القيود الثلاثة على سبيل النشر المرتب (قوله اعتبر الثلاث) أى التى وقعت فى مقابلة الخرق لأن كل أصبع أصل فى موضعها فلا تعتبر بغيرها، حتى لو انكشف الإبهام مع جارتها وهما قدر ثلاث أصابع من أصغرها يجوز المسح وإن كان مع جارتيها لا يجوز اهـ زيلعى ودرر وغيرهما، وصححه فى التتمة كما فى البحر

ولو عليه اعتبر بدو أكثره، ولو لم ير القدر المانع عند المشي لصلابته لم يمنع وإن كثر، كما لو انفتقت الظهارة دون البطانة (وتجمع الخروق في خف) واحد (لا فيهما) بشرط أن يقع فرضه على الخف نفسه لا على ماظهر من خرق يسير.

(وأقل خرق يجمع ليمنع) المسح الحالي والاستقبالي كما ينقض الماضوي قهستاني: قلت: ومر أن ناقض التيمم يمنع ويرفع كنجاسة وانكشاف حتى انعقادها كما سيجيء فليحفظ (ماتدخل فيه المسلة لاما دونه) إلحاقا له بمواضع الخرز (بخلاف نجاسة) متفرقة

(قوله ولو عليه) أي العقب اعتبر بدو: أي ظهور أكثره، كذا ذكره قاضيخان وغيره، وكذا لو كان الخرق تحت القدم اعتبر أكثره كما في الاختيار، ونقله الزيلعي عن الغاية بلفظ قيل. قال في البحر: وظاهر الفتح اختيار اعتبار ثلاث أصابع مطلقا، وهو ظاهر المتون كما لايخفى حتى في العقب؛ وهو اختيار السرخسي. والقدم من الرجل: مايطأ عليه الإنسان من الرسغ إلى مادون ذلك، وهي مؤنثة. والعقب: بكسر القاف مؤخر القدم اهـ (قوله عند المشي) أي عند رفع القدم كما في شرح المنية الصغير، سواء كان لايرى عند الوضع على الأرض أيضا أو يرى عند الوضع فقط، وأما بالعكس فيهما فيمنع، أفاده ح، وإنما اعتبر حال المشي لاحال الوضع لأن الخف للمشي يلبس درر (قوله كما لو انفتقت الظهارة الخ) بأن كان في داخلها بطانة من جلد أو خرقة مخروزة بالخف فإنه لايمنع زيلعي، وقدمناه (قوله وتجمع الخروق الخ) اختار في الفتح بحثا عدم الجمع، وقواه تلميذه في الحلية بموافقته لما روى عن أبي يوسف من عدم الجمع مطلقا، واستظهره في البحر؛ لكن ذكر قبله أن الجمع هو المشهور في المذهب. وقال في النهر: إطباق عامة المتون والشروح عليه مؤذن بترجيحه (قوله لافيهما) أي لو كان في كل واحد من الخفين خروق غير مانعة لكن إذا جمعها تكون مثل القدر المانع لاتمنع ويصح المسح اهـ ح (قوله بشرط الخ) متعلق بصحة المسح التي تضمنها قوله لافيهما كما قررناه أفاده ح، وهذا الشرط استظهار من صاحب الحلية، ونقل عبارته في البحر وأقره عليه، ولظهور وجهه جزم به الشارح (قوله فرضه) أي فرض المسح، وهو قدر ثلاثة أصابع (قوله على الخف نفسه) لأن المسح إنما يجب عليه لا على الرجل، ولا ينافيه ماقدمه من قوله من كل رجل لامن الخف؛ لأن معناه أنه لابد أن يقع المسح بالثلاث على المحل الشاغل للرجل من الخف لا على المحل الخالي عن الرجل الزائدة عليها (قوله المسح الحالي) أي الذي يراد وقوعه حالا؛ والاستقبالي أي الذي يراد إيقاعه فيما بعد الزمن الحاضر ط (قوله كما ينقض الماضوي) بأن عرض بعد المسح (قوله ومر) أي في التيمم في قوله: كل مانع منع وجوده التيمم نقض وجوده التيمم (قوله أن ناقض التيمم) أي مايبطله (قوله يمنع ويرفع) أي يمنع وقوعه في الحال أو الاستقبال ويرفع الواقع قبله؛ فالرفع يقتضي الوجود بخلاف المنع.

وحاصل المعنى أن مبطل التيمم مثل الخرق المبطل للمسح في أنه يمنعه ابتداء ويرفعه انتهاء (قوله كنجاسة) تنظير لا تمثيل ح. والمعنى أن النجاسة المانعة تمنع الصلاة ابتداء وترفعها عروضا ومثلها الانكشاف ط (قوله حتى انعقادها) أي الصلاة وهو منصوب لكونه معطوفا بحتى على المفعول به المقدر في الكلام، تقديره: كنجاسة وانكشاف فإنهما يمنعان الصلاة ويرفعانها حتى انعقادها، والمراد بانعقادها التحريمة، وإنما غيابا لتحريمة لما أنها شرط وينبني على شرطيتها عدم اشتراط الشروط لها لكن الصحيح اشتراط الشروط لها لا لكونها ركنا بل لشدة اتصالها بالأركان كما سيأتي ح، وإنما أطلق الانعقاد الذي هو صحة الشروع على التحريمة لأنها شرط فيه أفاده ط (قوله كما سيجيء) أي في باب شروط الصلاة من أنه يشترط للتحريمة مايشترط للصلاة ط (قوله المسلة) بكسر الميم: الإبرة العظيمة صحاح (قوله إلحاقا له) أي لما دون المسلة بمواضع الخرز التي هي معفوة اتفاقا ط (قوله متفرقة)

(وانكشاف عورة) وطيب محرم (وأعلام ثوب من حرير) فإنها تجمع مطلقا .
(واختلاف فى) جمع خروق (أذنى أضحية) وينبغى ترجيح الجمع احتياطا (وناقضه ناقض الوضوء) لأنه بعضه (ونزع خف) ولو واحدا (ومضى) المدة وإن لم يمسح (إن لم يخش) بغلبة الظن (ذهاب رجله من برد)

أى فى خف أو ثوب أو بدن أو مكان أو فى المجموع ح (قوله وانكشاف عورة) فإنه إذا تعدد فى مواضع منها، فإن بلغ ربع أدناها منع كما سيأتى أفاده ح (قوله وطيب محرم) فإنه يجمع فى أكثر من عضو بالأجزاء حتى يبلغ عضوا كما سيأتى ح (قوله وأعلام ثوب) أى إذا كان فى عرض الثوب أعلام من حرير تجمع . فإذا زادت على أربع أصابع تحرم ، لكن سيذكر الشارح فى فصل اللبس من كتاب الحظر والإباحة أن ظاهر المذهب عدم جمع المتفرق ، فذكر أعلام الثوب هنا مبنى على خلاف ظاهر المذهب (قوله فإنها) أى هذه الأربعة تجمع مطلقا : أى سواء كان التفرق فى موضع واحد أو فى مواضع ح وذلك لوجود القدر المانع . وأما الخرق فى الخف فإنما منع لامتناع قطع المسافة معه ، وهذا المعنى مفقود فيما إذا لم يكن فى كل خف مقدار ثلاث أصابع كما أشار إليه فى الهداية (قوله واختلاف الخ) فقيل تجمع فى أذنين حتى تبلغ أكثر أذن واحدة فيمنع . وقيل لاتجمع إلا فى أذن واحدة كما فى الخف ح (قوله وينبغى الخ) قاله فى المنح .

مطلب نواقض المسح

(قوله ونزع خف) أراد به مايشمل الانتزاع ، وإنما نقض لسراية الحدث إلى القدم عند زوال المانع (قوله ولو واحدا) لأن الانتقاض لايتجزأ ، وإلا لزم الجمع بين الغسل والمسح ، وأشار إلى أن المراد بالخف جنسه الصادق بالواحد والاثنين (قوله ومضى المدة) للأحاديث الدالة على التوقيت . ثم إن الناقض فى هذا والذى قبله حقيقة هو الحدث السابق ، لكن لظهوره عندهما أضيف النقض إليهما مجازاً بحر (قوله وإن لم يمسح) كأن لبس الخف ثم أحدث بعده ثم مضت المدة بعد الحدث ولم يمسح فيها ليس له المسح (قوله إن لم يخش الخ) يعنى إذا انقضت مدة المسح وهو مسافر ويخاف ذهاب رجله من البرد لو نزع خفيه جاز المسح ، كذا فى الكافى وعيون المذاهب اهـ درر . قال ح : ومفهومه أنه إن خشى لاينتقض بالمضى ، بل إن أحدث بعد ذلك فتوضأ يعمهما بالمسح كالجبيرة ، وعدم الانتقاض بالمضى مع الخوف فى هذه نظير عدم بطلان الصلاة الذى هو الأصح فى مسألة مضى المدة فى الصلاة مع عدم الماء اهـ .

أقول : وظاهره أنه إذا مضت المدة ولم يحدث يبقى حكم مسحه السابق فلا يلزمه تجديد المسح ، ويؤيده مسألة الصلاة الآتية حيث يمضى فيها ، وكذا مافى السراج عن الوجيز : إذا انقضت المدة وهو يخاف الضرر من البرد إذا نزعهما جاز له أن يصلى به ، فإن ظاهره أنه يصلى بلا مسح جديد ، لكن فى المعراج : لو مضت وهو يخاف البرد على رجله يستوعبه بالمسح كالجبائر ويصلى ، وعليه فعدم الانتقاض المفهوم من المتن معناه عدم لزوم الغسل وجواز المسح بعد ذلك ، فلا ينافى بطلان حكم المسح السابق ، وهذا هو المفهوم من عبارة الدرر المارة :

فالحاصل أن المسألة مصورة فيما إذا مضت مدة المسح وهو متوضئ وخاف إن نزع الخف لغسل رجليه من البرد وإلا أشكل تصوير المسألة ؛ لأنه إذا خاف على رجليه يلزم منه الخوف على بقية الأعضاء فإنها ألطف من الرجلين ، وإذا خاف ذلك يكون عاجزاً عن استعمال الماء فيلزمه العدول إلى التيمم بدلا عن الوضوء بتمامه . ولا يحتاج إلى مسح الخف أصلا مع التيمم حيث تحققت الضرورة المبيحة له ، إلا أن يجاب عن الإشكال بأنهم بنوا ذلك على ماقالوه من أنه لايصح التيمم لأجل الوضوء ، وقدمنا مافيه فى بابه فراجعه .

للضرورة ، فيصير كالجبيرة فيستوعبه بالمسح ولا يتوقف ، ولذا قالوا : لوتمت المدة وهو فى صلاته ولا ماء مضى فى الأصح ، وقيل تفسد ويتيمم وهو الأشبه (وبعدهما) أى النزع والمضى (غسل المتوضئ رجليه لاغير) لحلول الحدث السابق قدميه إلا لمانع كبرد فيتيمم حينئذ (وخروج أكثر قدميه) من الخف الشرعى وكذا إخراجه (نزع)

هذا ، وقال ح أيضا : والذى ينبغى أن يفتى به فى هذه المسألة انتقاض المسح بالمضى واستئناف مسح آخر يعم الخف كالجبائر ؛ وهو الذى حققه فى فتح القدير اه .

أقول : الذى حققه فى الفتح بحثا لزوم التيمم دون المسح فإنه بعد مانقل عن جوامع الفقه والمحيط أنه إن خاف البرد فله أن يمسح مطلقا أى بلا توقيت : قال مانصه : فيه نظر ، فإن خوف البرد لاأثر له فى منع السراية ، كما أن عدم الماء لايمنعها ؛ فغاية الأمر أنه لا ينزع ، لكن لايمسح بل يتيمم لخوف البرد اه وأقره فى شرح المنية وأطنب فى حسنه ؛ وهو صريح فى انتقاض المسح لسراية الحدث ، فلا يصلى به إلا بعد التيمم لاالمسح ، ولكن المنقول هو المسح لا التيمم ، كما مر عن الكافى وعيون المذاهب والجوامع والمحيط ، وبه صرح الزيلعى وقاضيخان والقهستانى عن الخلاصة ، وكذا فى التاترخانية والولوالجية والسراج عن المشكل ، وكذا فى مختارات النوازل لصاحب الهداية ، وبه صرح أيضا فى المعراج والحاوى القدسى بزيادة جعله كالجبيرة ، وعليه مشى فى الإمداد . وقد قال العلامة قاسم : لاعبرة بأبحاث شيخنا يعنى ابن الهمام إذا خالفت المنقول فافهم (قوله للضرورة) علة لعدم النقض المفهوم من قوله إن لم يخش (قوله فيستوعبه) أى على ماهو الأولى أو أكثره ، وهذا إنما يتم إذا كان مسمى الجبيرة يصدق عليه اه فتح :

وأجاب فى البحر بأن مفاد مافى المعراج الاستيعاب ، وأنه ملحق بالجبائر لاجبيرة حقيقة اه أى فالمراد بتشبيهه بالجبيرة فى الاستيعاب لمنع كونه مسح خف لاأنه جبيرة حقيقة ليجوز مسح أكثره (قوله مضى فى الأصح) كذا فى الخانية معللا بأنه لافائدة فى النزع لأنه للغسل اه وعلى هذا فالمستثنى من النقض بمضى المدة مسألتان : وهما إذا خاف البرد أوكان فى الصلاة ولا ماء كما فى السراج (قوله وهو الأشبه) قال الزيلعى : واستظهره فى الفتح بأن عدم الماء لايصلح منعا لسراية الحدث بعد تمام المدة فيتيمم ما لا للرجلين بل للكل ؛ لأن الحدث لايتجزأ كمن غسل ابتداء الأعضاء إلا رجليه وفنى الماء فيتيمم للحدث القائم به فإنه على حاله مالم يتم الكل وتمامه فيه ، وهو تحقيق حسن فرّع عليه فى الفتح ما قاله فى المسألة الأولى ، لكن علمت الفرق بينهما ، وهو أنه يلزم عليه صحة التيمم فى الوضوء لخوف البرد ، أما هنا فإنه لفقد الماء وهو جائز بخلافه هناك (قوله غسل المتوضئ رجليه لاغير) ينبغى أن يستحب غسل الباقى أيضا ، مراعاة للولاء المستحب ، وخروجا من خلاف مالك كما قاله سيدى عبد الغنى وسبقه إلى هذا فى اليعقوبية ، ثم رأيته فى الدر المنتقى عن الخلاصة مصرحا بأن الأولى إعادته (قوله لحلول الحدث السابق) أورد أنه لاحدث موجود حتى يسرى ، لأن الحدث السابق حل بالخف وبالمسح قد زال ، فلا يعود إلا بخارج نجس ونحوه . وأجيب بجواز أن يعتبر الشارع ارتفاعه بمسح الخف مقيدا بمدة منعه نهر (قوله فيتيمم) مبنى على ما قدمناه عن الفتح وعلمت مافيه ، على أن الشارح مشى أولا على خلافه حيث ألحقه بالجبيرة (قوله من الخف الشرعى) أى الذى اعتبره الشرع لازما بحيث لايجوز المسح على أنقص منه وهو الساتر للكعبين فقط : قال ابن الكمال : فالسبق خارج عن حد الخف المعتبر فى هذا الباب ، فخروج القدم إليه خروج عن الخف (قوله وكذا إخراجه) تصريح بما فهم من الخروج بالأولى ، لأن فى الإخراج خروجا مع زيادة وهى القصد

فى الأصح اعتباراً للأكثر ، ولا عبرة بخروج عقبه ودخوله ؛ وما روى من النقض بزوال عقبه فمقيد بما إذا كان بنية نزع الخف؛أما إذا لم يكن: أى زوال عقبه بنيته بل لسعة أو غيرها فلا ينقض بالإجماع كما يعلم من البرجندى معزياً للنهاية وكذا القهستانى . لكن باختصار ، حتى زعم بعضهم أنه خرق الإجماع فتنبه .

(وينتقض) أيضاً (بغسل أكثر الرجل فيه) لو دخل الماء خفه ، وصححه غير واحد .

(وقيل لا) ينتقض وإن بلغ الماء الركبة (وهو الأظهر) كما فى البحر عن السراج ، لأن استتار القدم بالخف يمنع سراية الحدث إلى الرجل ، فلا يقع هذا غسلا معتبرا ، فلا يوجب بطلان المسح نهر ، فيغسلهما ثانيا بعد المدة

(قوله فى الأصح) صححه فى الهداية وغيرها ، وبه جزم فى الكنز والملتقى . وعن محمد إن بقى أقل من قدر محل الفرض نقض وإلا لا ، وعليه أكثر المشايخ كافى ومعراج ، وصححه فى النصاب بحر (قوله اعتباراً للأكثر) أى تنزيلا له منزلة الكل (قوله وما روى) أى عن أبى حنيفة (قوله بزوال عقبه) أى خروجه من الخف إلى الساق . والمراد أكثر العقب كما صرح به فى المنية والبحر وغيرهما ، وعللوه بأنه حينئذ لايمكن معه متابعة المشى المعتاد ، واختاره فى البدائع والفتح والحلية والبحر ، ومشى عليه فى الوقاية والنقاية (قوله فمقيد الخ) أى فلا ينافى قوله ولا عبرة بخروج عقبه ، لأن المراد خروجه بنفسه بلا قصد ، والمراد من المروى الإخراج (قوله أو غيرها) لعل المراد به ما إذا كان غير واسع لكن أخرجه غيره أو هو فى نومه (قوله فلا ينقض بالإجماع) وإلا وقع الناس فى الحرج البين نهاية (قوله وكذا القهستانى) أى وكذا يعلم من القهستانى معزيا للنهاية أيضا (قوله لكن باختصار) نص عبارته : هذا كله إذا بدا له أن ينزع الخف فيحركه بنيته ، وأما إذا زال لسعة أو غيره فلا ينتقض بالإجماع كما فى النهاية (قوله أنه) أى القهستانى خرق الإجماع أى بسبب اختصاره ط أى لأنه يوهم النقض بمجرد التحريك بنيته مع أنه لانقض ، مالم يخرج العقب أو أكثره إلى الساق بنيته .

وأما إرجاع الضمير فى أنه إلى القول بالنقض بخروج العقب من غير نية فلا يناسبه التعبير بالزعم لأنه موافق لقول الشارح فلا ينقض بالإجماع ويلزمه التكرار أيضا . وظاهر كلام الشارح فى شرحه على الملتقى أن الضمير راجع إلى ما روى ، وعليه فقوله حتى زعم بعضهم غاية لقوله فمقيد ، وعبارته فى شرح الملتقى هكذا حتى زعم بعضهم أنه خرق الإجماع وليس كذلك ، بل هو من الحسن والاحتياط بمكان ؛ إذ ملخصه أن خروج أكثر القدم ناقض كإخراجه ، وإخراج أكثر العقب ناقض لاخروجه ، فهو على القول به ناقض آخر فتدبر اه أى لأن القول بالنقض بأكثر العقب يلزم منه القول بالنقض بأكثر القدم (قوله لو دخل الماء خفه) فى بعض النسخ أدخل ، ولا فرق بينهما فى الحكم كما أفاده ح وقدمناه (قوله وصححه غير واحد) كصاحب الذخيرة والظهيرية ، وقدمنا عن الزيلعى أنه المنصوص عليه فى عامة الكتب ، وعليه مشى فى نور الإيضاح وشرح المنية (قوله وهو الأظهر) ضعيف تبع فيه البحر ، وقدمنا رده أول الباب ح ، ونص فى الشرنبلالية أيضاً على ضعفه ، وما قيل من أنه مختار أصحاب المتون لأنهم لم يذكروه فى النواقض فيه نظر لأن المتون لايذكر فيها إلا أصل المذهب ، وهذه المسألة من تخريجات المشايخ واحتمال كونها من اختلاف الرواية لايكفى فى جعلها من مسائل المتون ، نعم اختار فى الفتح هذا القول لما ذكره الشارح من التعليل وتبعه تلميذه ابن أمير حاج فى الحلية ، وقواه بأنه نظير مالو أدخل يده تحت الجرموقين ومسح على الخفين فإنه لايجوز لوقوع المسح فى غير محل الحدث (قوله فيغسلهما ثانياً) تفريع على القول الثانى وبيان لثمرة الخلاف ، وقد علمت اختيار صاحب الفتح لهذا القول ، لكن وافق القول الأول بعدم لزوم الغسل ثانياً ، وخالفه فى الحلية لأنه عند انقضاء المدة أو النزع يعمل الحدث السابق عمله فيحتاج إلى مزيل ، لأن

أو النزع كما مر .

وبقى من نواقضه الحرق ، وخروج الوقت للمعذور .

(مسح مقيم) بعد حدثه (فسافر قبل تمام يوم وليلة) فاو بعده نزع (مسح ثلاثا ، ولو أقام مسافر بعد مضى مدة مقيم نزع وإلا أتمها) لأنه صار مقيما .

(وحكم مسح جبيرة) هى عيدان يجبر بها الكسر (وخرقة قرحة وموضع فصد) وكىّ (ونحو ذلك) كعصابة جراحة ولو برأسه

الغسل السابق لايعمل فى حدث طارئ بعده . وأجيب بأن الغسل السابق وجد بعد حدث حقيقة ، لـكنه إنما لم يعمل للمنع وهو الخف ، فإذا زال المانع ظهر عمله الآن تأمل .

[تنبيه] تظهر الثمرة أيضاً فى أنه إذا توضأ ثم غسل رجليه إلى الكعبين داخل الخفين ولم ينزعهما تحسب له مدة المسح من أول حدث بعد هذا الوضوء على القول الأول ، وأما على الثانى فتحسب له من أول حدث بعد الوضوء الأول (قوله كما مر) أى أن هذا الغسل حيث لم يقع معتبرا كان لغوا بمنزلة العدم ، فصار نظير ماتقدم من أنه إذا لم يغسل ونزع أو مضت المدة غسل رجليه لاغير ، أو أن المراد يغسلهما إن لم يخش ذهاب رجله من برد كما مر . فافهم (قوله وبقى من نواقضه الحرق الخ) قد علم ذلك من كلامه سابقا ، حيث قال فى الحرق كما ينقض الماضوى ، وقال فى المعذور فإنه يمسح فى الوقت فقط . لـكن ذاك استطراد ، فلذا أعاد ذكرهما فى محلهما لتسهيل ضبط النواقض وأنها بلغت ستة فافهم ، نعم أورد سيدى عبد الغنى أن خروج الوقت للمعذور ناقض لوضوئه كله لالمسحه فقط فهو داخل فى ناقض الوضوء ، وقدمنا أن مسألة المعذور رباعية فلا تغفل .

[تتمة] فى التاترخانية عن الأمالى فيمن أحدث وعلى بعض أعضاء وضوئه جبائر فتوضأ ومسحها ثم تخفف ثم برئ لزمه غسل قدميه ، ولو لم يحدث بعد لبسه الخف حتى برىء وألقى الجبائر وغسل موضعها ثم أحدث فإنه يتوضأ ويمسح على الخفين اهـ أى لأنه فى الأولى ظهر حكم الحدث السابق ، فلم يكن لابس الخف على طهارة بخلاف الثانية ، وينبغى عد هذا من النواقض فتصير سبعة (قوله مسح مقيم) قيد بمسحه لا للاحتراز زعما إذا سافر المقيم قبل المسح فإنه معلوم بالأولى ، بل للتنبيه على خلاف الشافعى (قوله بعد حدثه) بخلاف مالو مسح لتجديد الوضوء فإنه لاخلاف فيه (قوله فسافر) بأن جاوز العمران مريداً له نهر ، وفيه مسألة عجيبة فراجعه (قوله فلو بعده) أى بعد التمام نزع وتوضأ إن كان محدثا ، وإلا غسل رجليه فقط ط (قوله مسح ثلاثا) أى تم مدة السفر لأن الحكم المؤقت يعتبر فيه آخر الوقت ، ملتقى وشرحه (قوله قرحة) بمعنى الجراحة . قال فى القاموس : وقد يراد بها ما يخرج فى البدن من بثور ، وفى القاف الضم والفتح نهر (قوله وموضع) بالجر عطفا على قرحة ط (قوله كعصابة جراحة) العصابة بالـكسر ما يعصب به ، وكأنه خص القرحة بالمعنى الثانى ، أو أراد بخرقتها مايوضع عليها كاللزقة فلا تـكرار أفاده ط (قوله ولو برأسه) خصه بالذكر لما فى المبتغى أنه لايجب المسح لأنه بدل عن الغسل ولابدل له اهـ . والصواب خلافه ، لأن المسح على الرأس أصل بنفسه لابدل ، غير أنه إن بقى من الرأس مايجوز المسح عليه مسح عليه وإلا فعلى العصابة كما فى البدائع ، أفاده فى البحر .

أقول : قوله والصواب خلافه يفيد أن كلام المبتغى خطأ أى بناء على ما فهمه من معنى البدلية وهو بعيد . والظاهر أن معنى قول المبتغى لأنه بدل الخ أن المسح على الجبيرة بدل عن الغسل ، وإذا وجب مسح الجبيرة على الرأس الذى وظيفته المسح لزم أن يكون المسح على الجبيرة بدلا عن المسح لاعن الغسل ، والمسح لابدل له ،

(كغسل لما تحتها) فيكون فرضا يعني عمليا لثبوته بظني، وهذا قولهما، وإليه رجع الإمام خلاصة، وعليه الفتوى شرح مجمع. وقدمنا أن لفظ الفتوى آكد في التصحيح من المختار والأصح والصحيح.

فالمناسب حينئذ قول النهر: إن ما في البدائع يفيد ترجيح الوجوب، وهو الذي ينبغي التعويل عليه اه أي بناء على منع قوله المسح بدل عن الغسل، وقد أوضح منع البدلية في البحر فراجعه.

(قوله فيكون فرضا) أي حيث لم يضره كما سيأتي.

مطلب الفرق بين الفرض العملي والقطعي والواجب

(قوله يعني عمليا) دفع لما يقتضيه ظاهر التشبيه، لأن الغسل فرض قطعي، والفرض العملي ما يفوت الجواز بفوته كمسح ربع الرأس، وهو أقوى نوعي الواجب، فهو فرض من جهة العمل، ويلزم على تركه ما يلزم على تركه الفرض من الفساد، لا من جهة العلم والاعتقاد، فلا يكفر بجحده كما يكفر بجحد الفرض القطعي، بخلاف النوع الآخر من الواجب كقراءة الفاتحة، فإنه لا يلزم من تركه الفساد ولا من جحوده الإكفار (قوله لثبوته بظني) وهو ما رواه ابن ماجه عن علي رضي الله عنه قال «انكسرت إحدى زندي فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأمرني أن أمسح على الجبائر» وهو ضعيف، ويتقوى بعدة طرق، ويكفي ما صح عن ابن عمر رضي الله عنهما «أنه مسح على العصابة» فإنه كالمرفوع، لأن الأبدال لا تنصب بالرأي بحر (قوله وإليه رجع الإمام الخ) اعلم أن صاحب المجمع ذكر في شرحه أنه مستحب عنده واجب عندهما، وقيل واجب عنده فرض عندهما، وقيل الوجوب متفق عليه، وهذا أصح، وعليه الفتوى اه. وفي المحيط: ولا يجوز تركه ولا الصلاة بدونه عندهما.

والصحيح أنه عنده واجب لا فرض، فتجوز الصلاة بدونه، وكذا صححه في التجريد والغاية والتجنيس وغيرها. ولا يخفى أن صريح ذلك فرض أي عمل عندهما واجب عنده، فقد اتفق الإمام وصاحباه على الوجوب بمعنى عدم جواز التركة، لكن عندهما يفوت الجواز بفوته فلا تصح الصلاة بدونه أيضا، وعنده يأثم بتركه فقط مع صحة الصلاة بدونه، ووجوب إعادتها، فهو أراد الوجوب الأدنى، وهما أرادا الوجوب الأعلى. ويدل عليه ما في الخلاصة أن أبا حنيفة رجع إلى قولهما بعدم جواز الترك فقيد بعدم جواز الترك، لأنه لم يرجع إلى قولهما بعدم صحة الصلاة بتركه أيضا، فلا ينافي ما مر مع تصحيح أنه واجب عنده لا فرض، وعليه فقوله في شرح المجمع وقيل الوجوب متفق عليه، معناه عدم جواز الترك لرجوع الإمام عن الاستحباب إليه، فليس المراد به الاتفاق على الوجوب بمعنى واحد، هذا ما ظهر لي.

ثم رأيت نوح أفندي نقله عن العلامة قاسم في حواشيه على شرح المجمع بقوله: معنى الوجوب مختلف؛ فعنده يصح الوضوء بدونه وعندهما هو فرض عملي يفوت الجواز بفوته اه ولله الحمد، فاغتنم هذا التحرير الفريد، فقد خفي على الشارح والمصنف في المنح وصاحب البحر والنهر وغيرهم فافهم.

هذا، وقد رجح في الفتح قول الإمام بأنه غاية ما يفيده الوارد في المسح عليها، فعدم الفساد بتركه أقعد بالأصول اه لكن قال تلميذه العلامة قاسم في حواشيه إن قوله أقعد بالأصول وقولهما أحوط. وقال في العيون: الفتوى على قولهما اه (قوله وقدمنا الخ) جواب عما في المحيط وغيره من تصحيح أنه واجب عنده لا فرض حتى تجوز الصلاة بدونه: أي أن هذا التصحيح لا يعارض لفظ الفتوى، لأنه أقوى، وهذا مبني على ما فهم تبعا لغيره من اتحاد معنى الوجوب في عبارة شرح المجمع، وأن المراد به الفرض العملي عند الكل، وقد علمت خلافه وأنه

ثم إنه يخالف مسح الخف من وجوه ذكر منها ثلاثة عشر، فقال (فلا يتوقف) لأنه كالغسل حتى يؤم الأصحاء، ولو بدلها بأخرى أو سقطت العليا لم يجب إعادة المسح بل يندب (ويجمع) مسح جبيرة رجل (معه) أى مع غسل الأخرى لا مسح خفها بل خفيه.

(ويجوز) أى يصح مسحها (ولو شدت بلا وضوء) وغسل دفعا للحرج (ويترك) المسح كالغسل (إن ضر وإلا لا) يترك (وهو) أى مسحها (مشروط بالعجز عن مسح) نفس الموضع (فإن قدر عليه فلا مسح) عليها. والحاصل لزوم غسل المحل ولو بماء حار، فإن ضر مسحه، فإن ضر مسحها، فإن ضر سقط أصلا.

(ويمسح) نحو (مفتصد وجريح على كل عصابة)

لاتعارض بين كلامهم (قوله ثم إنه) أى مسح الجبيرة وثم للتراخى فى الذكر (قوله ذكر منها) أفاد أنها أكثر وهو كذلك (قوله فلا يتوقف) أى بوقت معين وإلا فهو موقت بالبرء بحر (قوله حتى يؤم الأصحاء) لأنه ليس بذى عذر ط ولم يظهر لى وجه هذا التفريع هنا، ثم رأيته فى [خزائن الأسرار] ذكر التفريع بعد قوله الآتى لا مسح خفها بل خفيه بقوله لأن طهارته كاملة حتى يؤم الأصحاء اه وهو ظاهر لأن عدم الجمع بين مسح الجبيرة ومسح الخف مبنى على أن مسحها كالغسل كما نذكره (قوله ولو بدلها الخ) هذان الوجهان زادهما الشارح على الثلاثة عشر المذكورة فى المتن (قوله لم يجب) وعن الثانى أنه يجب المسح على العصابة الباقية نهر (قوله مسح خفها الخ) أى لا يجمع مسح جبيرة رجل مع مسح خف الأخرى الصحيحة، لأن مسح الجبيرة حيث كان كالغسل يلزم منه الجمع بين الغسل والمسح، بل لابد من تخفيف الجريحة أيضا ليمسح على الخفين، لكن لو لم يقدر على مسح الجبيرة له المسح على خف الصحيحة صرح به فى التاترخانية: أى لأنه كذاهب إحدى الرجلين (قوله بلا وضوء وغسل) بضم الغين بقرينة الوضوء، وهذا هو الثالث، ولا يتكرر على قوله الآتى والمحدث والجنب الخ لأن هذا فيما إذا شدها على الحدث أو الجنابة، وذاك فيما إذا أحدث أو أجنب بعد شدها أفاده ح (قوله ويترك المسح كالغسل) أى يترك المسح على الجبيرة كما يترك الغسل لما تحتها، وهذا هو الرابع ح (قوله إن ضر) المراد الضرر المعتبر لا مطلقه، لأن العمل لا يخلو عن أدنى ضرر وذلك لا يبيح الترك ط عن شرح المجمع (قوله وإلا لا يترك) أى على الصحيح المفتى به كما مر (قوله وهو الخ) هذا الخامس (قوله عن مسح نفس الموضع) أى وعن غسله، وإنما تركه لأن العجز عن المسح يستلزم العجز عن الغسل ح (قوله ولو بماء حار) نص عليه فى شرح الجامع لقاضيخان، واقتصر عليه فى الفتح، وقيده بالقدرة عليه. وفى السراج أنه لا يجب، والظاهر الأول بحر (قوله نحو مفتصد الخ) قال فى البحر: ولا فرق بين الجراحة وغيرها كالكى والكسر، لأن الضرورة تشمل الكل.

مطلب فى لفظ كل إذا دخلت على منكر أو معرف

(قوله على كل عصابة) أى على كل فرد من أفرادها سواء كانت عصابة تحتها جراحة وهى بقدرها أو زائدة عليها كعصابة المفتصد، أو لم يكن تحتها جراحة أصلا بل كسر أو كى، وهذا معنى قول الكنز كان تحتها جراحة أولا، لكن إذا كانت زائدة على قدر الجراحة، فإن ضره الحل والغسل مسح الكل تبعا وإلا فلا، بل يغسل ما حول الجراحة ويمسح عليها لا على الخرقة، مالم يضره مسحها فيمسح على الخرقة التى عليها ويغسل حواليها وما تحت الخرقة الزائدة، لأن الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها كما أوضحه فى البحر عن المحيط والفتح: ويحتمل أن يكون مراد المصنف أن المسح يجب على كل العصابة ولا يكفى على أكثرها، لكن ينافيه أنه سيصرح بأنه لا يشترط الاستيعاب فى الأصح فيتناقض كلامه وأنه كان الأولى حينئذ تعريف العصابة، لأن الغالب فى كل عند عدم القرينة

مع فرجتها في الأصح (إن ضره) الماء (أو حلها) ومنه أن لايمكنه ربطها بنفسه ولا يجد من يربطها .

(انكسر ظفره فجعل عليه دواء أو وضعه على شقوق رجله أجرى الماء عليه) وإن قدر وإلا مسحه وإلا تركه .

(و) المسح (يبطله سقوطها عن برء) وإلا لا (فإن) سقطت (في الصلاة استأنفها ، وكذا) الحكم (لو) سقط الدواء أو (برأ موضعها ولم تسقط) مجتبى ، وينبغي تقييده بما إذا لم يضر إزالتها ، فإن ضره فلا ، بحر :

(والرجل والمرأة والمحدث والجنب في المسح عليها وعلى توابعهما سواء) اتفاقا .

أنها إذا دخلت على منكر أفادت استغراق الأفراد ، وإذا دخلت على معرف أفادت استغراق الأجزاء ، ولذا يقال كل رمان مأكول ، ولا يقال كل الرمان مأكول ، لأن قشره لايؤكل ، ومن غير الغالب مع القرينة — كذلك يطبع الله على كل قلب متكبر — كل الطعام كان حلا — وحديث « كل الطلاق واقع إلا طلاق المعتوه والمغلوب على عقله » فافهم (قوله مع فرجتها في الأصح) أي الموضع الذي لم تستره العصابة بين العصابة فلا يجب غسله ، خلافا لما في الخلاصة ، بل يكفيه المسح كما صححه في الذخيرة وغيرها ، إذ لو غسل ربما تبتل جميع العصابة وتنفذ البلة إلى موضع الجرح ، وهذا من الحسن بمكان نهر (قوله إن ضره الماء) أي الغسل به أو المسح على المحل ط (قوله أو أحلها) أي ولو كان بعد البرء بأن التصقت بالمحل بحيث يعسر نزعها ط ، لكن حينئذ يمسح على الملتصق ويغسل ماقدر على غسله من الجوانب كما مر ؛ ثم المسألة رباعية كما أشار إليه في الخزائن ، لأنه إن ضره الحل يمسح ، سواء ضره أيضا المسح على ماتحتها أولا ، وإن لم يضره الحل ، فإما أن لايضره المسح أيضا فيحلها ويغسل مالايضره ويمسح مايضره ، وإما أن يضره المسح فيحلها ويغسل كذلك ثم يمسح الجرح على العصابة . إذ الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها اهـ (قوله ومنه) أي من الضرر ط (قوله ولايجد من يربطها) ذكر ذلك في الفتح ، ولم يذكره في الخانية . قال الشيخ إسمعيل : والذي يظهر أن مافي الخانية مبني على قول الإمام : إن وسع الغير لايعد وسعا ، وما في الفتح هو قولهما اهـ (قوله فجعل عليه دواء) أي كعلك أو مرهم أو جلدة مرارة بحر (قوله أجرى الماء عليه) لم يشرطه في الأصل من غير ذكر خلاف ، وشرطه الحلواني ، وعزاه في المنح إلى عامة الكتب المعتمدة (قوله وإلا مسحه) هل يكتفي بمسح أكثره لكونه كالجبيرة أم لابد من الاستيعاب ؟ فليراجع اهـ ح (قوله والمسح يبطله الخ) هذا هو الوجه السادس ، لأن سقوط الخف يبطل المسح بلا شرط ح (قوله سقوطها) أي الجبيرة أو الخرقة ، وكذا سقوط الدواء خزائن ، وعزا الأخير في هامش الخزائن إلى التاترخانية وصدر الشريعة ، وسيصرح به الشارح هنا أيضا (قوله عن برء) بالفتح عند أهل الحجاز والضم عند غيرهم : أي بسبب صحة العضو قهستاني ؛ فعن بمعنى الباء ، مثل — وما ينطق عن الهوى — أو بمعنى اللام مثل — وما نحن بتاركي آلهتنا عن قولك — أو بمعنى بعد ؛ مثل — عما قليل ليصبحن نادمين — (قوله وإلا لا) أي بأن سقطت لاعن برء ، وهذا تصريح بمفهوم كلام المصنف ، وهو الوجه السابع (قوله استأنفها) أي الصلاة أي بعد غسل الموضع لأنه ظهر حكم الحدث السابق على الشروع فصار كأنه شرع من غير غسل ذلك الموضع ، وهذا إذا سقطت عن برء قبل القعود قدر التشهد ، فلو عن غير برء مضى في صلاته أو بعد القعود ، فهي إحدى المسائل الاثني عشرية الآتية كما في البحر (قوله وكذا الحكم) أي من التفصيل بين السقوط عن برء وعدمه ط (قوله أو برأ موضعها ولم تسقط) هو الثامن ؛ بخلاف الخف فان العبرة فيه للنزع بالفعل (قوله فإن ضره) أي إزالتها لشدة لصوقها به ونحوه بحر .

[فرع] في جامع الجوامع : رجل به رمد فداواه وأمر أن لايغسل فهو كالجبيرة شرنبلالية (قوله والمحدث والجنب الخ) هو التاسع (قوله عليها) أي الجبيرة ، وعلى توابعها : كخرقة القرحة ، وموضع الفصد والكي ط

(ولا يشترط) فى مسحها (استيعاب وتكرار فى الأصح، فيكفى مسح أكثرها) مرة، به يفتى (وكذا لايشترط) فيها (نية) اتفاقا بخلاف الخف فى قول، وما فى نسخ المتن رجع عنه المصنف فى شرحه.

باب الحيض

(قوله فى الأصح) قيد لعدم اشتراط الاستيعاب والتكرار: أى بخلاف الخف فإنه لايشترط فيه ذلك بالاتفاق، وهذا العاشر والحادى عشر. وأفاد الرحمتى أن قوله وتكرار من قبيل • علفتها تبنا وماء باردا • أى ولا يسن تكرار، لأن مقابل الأصح أنه يسن تكرار المسح، لأنه بدل عن الغسل والغسل يسن تكراره فكذا بدله. قال فى المنح: ويسن التثليث عند البعض إذا لم تكن على الرأس اه وهذا بخلاف مسح الخف فلا يسن تكراره إجماعا (قوله فيكفى مسح أكثرها) لما كان نفى الاستيعاب صادقا بمسح النصف وما دونه مع أنه لايكفى بين مابه الكفاية. وهذا بخلاف مسح الخف فهو الوجه الثانى عشر (قوله وكذا لايشترط فيها نية) هو الثالث عشر.

واعلم أن الشارح زاد على هذه الثلاثة عشر وجها: وجهين كما قدمناه، وزاد فى البحر ستة: إذا سقطت عن برء لايجب إلا غسل موضعها (١) إذا كان على وضوء، بخلاف الخف فإنه يجب غسل الرجلين. وإذا مسحها ثم شد عليها أخرى جاز المسح على الفوقانى، بخلاف الخف إذا مسح عليه لايجوز المسح على الفوقانى. وإذا دخل الماء تحتها لايبطل المسح، وإذا كان الباقى من العضو المعصوب أقل من ثلاث أصابع كاليد المقطوعة جاز المسح عليها. بخلاف الخف. الخامس أن مسح الجبيرة ليس ثابتا بالكتاب اتفاقا. السادس أنه يجوز تركه فى رواية بخلاف الخف. وزاد فى النهر وجها: وهو أنه ليس خلفا عن غسل ماتحتها ولابدلا، بخلاف الخف فإنه خلف: والبدل مالايجوز عند القدرة على الأصل كالتيمم. والخلف مايجوز. قال ح: وزدت وجها، وهو أن مسح الجبيرة يجوز ولو كانت على غير الرجلين بخلاف الخف اه وزاد الرحمتى أربعة أخرى: أنه يمسح على الجريح وغيره والخف مختص بالقدم، وأن المسح على خرق الخف ولو صغيرا لايكفى، والمسح على طرفى الفرجة بين طرفى المنديل يجزئ، وأن محل المسح من الخف مكان معين وهو صدر القدم بخلاف الجبيرة، وأن المفروض فى مسح الخف مقدر بثلاث أصابع لا أكثره ولا جميعه.

أقول: فالمجموع سبعة وعشرون وجها، وزدت عشرة أخرى: وهى أن الجبيرة على الرجل لايشترط فيها إمكان متابعة المشى عليها، ولا ثخانتها، ولا كونها مجلدة، ولا سترها للمحل، ولا منعها نفوذ الماء، ولا استمساكها بنفسها، ولا يبطلها خرق كبيرة، وليس غسل ماتحتها أفضل من المسح.

وإذا سقطت عن برء وخاف إن غسل رجله أن تسقط من البرد يتيمم، بخلاف الخف. والعاشر إذا غمسها فى إناء يريد به المسح عليها لم يجز وأفسد الماء، بخلاف الخف ومسح الرأس فلا يفسد، ويجوز عند الثانى خلافا لمحمد كما فى المنظومة وشرحها الحقائق. والفرق للثانى أن المسح يتأدى بالبلة فلا يصير الماء مستعملا: ويجوز المسح، أما مسح الجبيرة فكالغسل لما تحته، والله أعلم.

باب الحيض

اعلم أن باب الحيض من غوامض الأبواب خصوصا المتحيرة وتفاريعها، ولهذا اعتنى به المحققون، وأفرده محمد فى كتاب مستقل، ومعرفة مسائله من أعظم المهمات لما يترتب عليها ما لا يحصى من الأحكام: كالطهارة،

---

(١) (قوله لا يجب إلا على غسل موضعها) قدمنا أنه لو كانت فى أعضاء الوضوء وشدها وهو محدث ثم توضأ ومسحها ثم لبس الخف ثم برأ لزمه غسل قدميه، فتنبه اه منه.

عنون به لكثرته وأصالته ، وإلا فهى ثلاثة : حيض ، ونفاس ، واستحاضة .

(هو) لغة: السيلان. وشرعا: على القول بأنه من الأحداث: مانعية شرعية بسبب الدم المذكور. وعلى القول بأنه من الأنجاس (دم من رحم) خرج الاستحاضة ، ومنه ماتراه صغيرة وآيسة ومشكل (لا لولادة) خرج النفاس .

وسببه ابتداء ابتلاء الله لحواء لأكل الشجرة .

والصلاة ، والقراءة ، والصوم والاعتكاف ، والحج ، والبلوغ ، والوطء ، والطلاق ، والعدة ، والاستبراء ، وغير ذلك . وكان من أعظم الواجبات لأن عظم منزلة العلم بالشىء بحسب منزلة ضرر الجهل به . وضرر الجهل بمسائل الحيض أشد من ضرر الجهل بغيرها ، فيجب الاعتناء بمعرفتها وإن كان الكلام فيها طويلا ، فإن المحصل يتشوق إلى ذلك ، ولا التفات إلى كراهة أهل البطالة. ثم الكلام فيه فى عشرة مواضع : فى تفسيره لغة وشرعا ، وسببه ، وركنه ، وشرطه ، وقدره ، وألوانه ، وأوانه ، ووقت ثبوته . والأحكام المتعلقة به بحر (قوله عنون به) أى جعل الحيض عنوانا على مايذكر فى هذا الباب من النفاس والاستحاضة وما يتبعهما ط (قوله لكثرته) أى كثرة وقوعه بالنسبة إلى أخويه (قوله وأصالته) أى ولكونه أصلا فى هذا الباب فى بيان الأحكام ، والأصل يطلق على الكثير الغالب (قوله وإلا) أى وإن لم نقل إنه عنون به وحده لما ذكر لكان المناسب ذكر غيره أيضا ، فإن الدماء المبحوث عنها هنا ثلاثة (قوله وإلا فاستحاضة(١)) أى وإن لم يكن واحدا منهما فهو استحاضة ، وخص ما عداهما بالاستحاضة للرد على من سمى ما تراه الصغيرة دم فساد لا استحاضة (قوله هو لغة السيلان) يقال حاض الوادى : إذا سال ، وسمى حيضا لسيلانه فى أوقاته (قوله بأنه من الأحداث) أى إن مسماه الحدث الكائن من الدم كالجنابة اسم للحدث الخاص لا للماء الخاص بحر (قوله مانعية شرعية) أى صفة شرعية مانعة عما تشترط له الطهارة ، كالصلاة ، ومس المصحف ، وعن الصوم ، ودخول المسجد ، والقربان بسبب الدم المذكور (قوله وعلى القول الخ) ظاهر المتون اختياره ، قيل ولا ثمرة لهذا الاختلاف (قوله دم) شمل الدم الحقيقى والحكمى بحر : أى كالطهر المتخلل بين الدمين ، فلا يرد أنه يلزم عليه أن لا تسمى المرأة حائضا فى غير وقت درور الدم فافهم (قوله خرج الاستحاضة) أى بناء على أن المراد بالرحم وعاء الولد لا الفرج ، خلافا لما فى البحر . وخرج دم الرعاف والجراحات وما يخرج من دبرها وإن ندب إمساك زوجها عنها واغتسالها منه ، وما يخرج من رحم غير الآدمية كالأرنب والضبع والخفاش ، قالوا : ولا يحيض غيرها من الحيوانات نهر ، وكان الأولى للمصنف أن يقول رحم امرأة كما فى الكنز لإخراج الأخير (قوله ومنه) أى من الاستحاضة ، وذكر الضمير نظرا لكونها دما ط (قوله صغيرة) هى كما يأتى : من لم تبلغ تسع سنين على المعتمد (قوله وآيسة) سيأتى بيانها متنا وشرحا (قوله ومشكل) أى خنثى مشكل . قال فى الظهيرية ما نصه : الخنثى المشكل إذا خرج منه المنى والدم فالعبرة للمنى دون الدم اهـ وكأنه لأن المنى لا يشتبه بغيره ، بخلاف الحيض فيشتبه بالاستحاضة اهـ ح ، وهل اعتباره فى زوال الإشكال أو فى لزوم الغسل منه فقط لأنه يستوى فيه الذكر والأنثى فلا يدل على الذكورة فليراجع . وعلى الثانى فوجه تسمية الشارح هذا الدم استحاضة ظاهر بخلافه على الأول فتأمل (قوله ابتلاء الله لحواء الخ) أى وبقى فى بناتها إلى يوم القيامة ، وما قيل إنه أول ما أرسل الحيض على بنى إسرائيل فقد رده البخارى بقوله

---

(١) (قوله وإلا فاستحاضة) هكذا بخطه . والذى فى نسخ الشارح التى بيدى : وإلا فهى ثلاثة حيض ونفاس واستحاضة الخ ، وليحرر اهـ مصححه .

وركنه بروز الدم من الرحم . وشرطه تقدم نصاب الطهر ولو حكما ، وعدم نقصه عن أقله وأوانه بعد التسع . ووقت ثبوته بالبروز ، فبه تترك الصلاة ولو مبتدأة فى الأصح ، لأن الأصل الصحة ، والحيض دم صحة شمنى .

و (أقله ثلاثة أيام بلياليها) الثلاث ، فالإضافة لبيان العدد المقدر بالساعات الفلكية لا للاختصاص ، فلا يلزم كونها ليالى تلك الأيام ؛ وكذا قوله (وأكثره عشرة) بعشر ليال ، كذا رواه الدارقطنى وغيره .

(والناقص) عن أقله

وحديث النبي صلى الله عليه وسلم أكبر ، وهو ما رواه عن عائشة رضى الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الحيض « هذا شئ كتبه الله على بنات آدم » قال النووى : أى إنه عام فى جميع بنات آدم (قوله وركنه بروز الدم من الرحم) أى ظهوره منه إلى خارج الفرج الداخل ، فلو نزل إلى الفرج الداخل فليس بحيض فى ظاهر الرواية ، وبه يفتى قهستانى . وعن محمد بالإحساس به . وثمرته فيما لو توضأت ووضعت الكرسف ثم أحست بنزول الدم إليه قبل الغروب ثم رفعته بعده تقضى الصوم عنده خلافا لهما ، يعنى إذا لم يحاذ حرف الفرج الداخل فإن حاذته البلة من الكرسف كان حيضا ونفاسا اتفاقا وكذا الحدث بالبول اهـ بحر (قوله نصاب الطهر) أى خمسة عشر يوما فأكثر (قوله ولو حكما) كما إذا كانت بين الحيضتين مشغولة بدم الاستحاضة فإنها طاهرة حكما اهـ ح (قوله وعدم نقصه) أى الدم عن أقله وهو ثلاثة أيام كما يأتى ط (قوله بالبروز) أى بوجود الركن على ما بينا (قوله فبه) أى فبالبروز تترك الصلاة وتثبت بقية الأحكام ، ولكن هذا ما دام مستمرا لما سيأتى من أنه لو انقطع لدون أقله تتوضأ وتصلى الخ (قوله ولو مبتدأة) أى التى لم يسبق لها حيض فى سن بلوغها ، وأقله فى المختار تسع ، وعليه الفتوى : أى فإنها تترك الصلاة والصوم عند أكثر مشايخ بخارى . وعن أبى حنيفة : لا تترك حتى يستمر ثلاثة أيام بحر (قوله لأن الأصل الصحة) أى صحة لمرض الجسم ، والمقتضى للاستحاضة عارض ، وهذا تعليل لقوله فبه تترك الصلاة الخ ط (قوله أقله) أى مدة أقله أو أقل مدته على طريق الاستخدام قهستانى : أى حيث رجع الضمير إلى الحيض بمعنى المدة ط أو أقل الحيض ، وقوله ثلاثة بالرفع على الوجهين الأولين ، وبالنصب على الظرفية على الثالث فافهم (قوله فالإضافة الخ) أى إن إضافة الليالى إلى ضمير الأيام الثلاث لبيان أن المراد مجرد كونها ثلاثا لا كونها ليالى تلك الأيام ، فلو رأته فى أول النهار يكمل كل يوم بالليلة المستقبلة ، ولذا صرح الشارح بلفظ الثلاث ، فالتفريع عليه ظاهر فافهم (قوله بالساعات) وهى اثنتان وسبعون ساعة ؛ والفلكية هى التى كل ساعة منها خمس عشرة درجة وتسمى المعتدلة أيضا . واحترز به عن الساعات اللغوية ، ومعناها الزمان القليل ، وعن الساعات الزمانية وتسمى المعوجة وهى التى كل ساعة منها جزء من اثنى عشر جزءا من اليوم الذى هو من طلوع الشمس إلى غروبها ، أو الليل الذى هو من غروب الشمس إلى طلوعها ، فتارة تساوى الفلكية كما فى يومى الحمل والميزان ، وتارة تزيد عليها كما فى أيام البروج الشمالية وليالى البروج الجنوبية ، وتارة تنقص عنها كما فى ليالى البروج الشمالية وأيام البروج الجنوبية ح .

ثم اعلم أنه لا يشترط استمرار الدم فيها بحيث لا ينقطع ساعة ، لأن ذلك لا يكون إلا نادرا بل انقطاعه ساعة أو ساعتين فصاعدا غير مبطل ، كذا فى المستصفى بحر : أى لأن العبرة لأوله وآخره كما سيأتى (قوله كذا رواه الدارقطنى وغيره) الإشارة إلى تقدير الأقل والأكثر ، وقد روى ذلك عن ستة من الصحابة بطرق متعددة فيها مقال يرتفع بها الضعيف إلى الحسن ، كما بسط ذلك الكمال والعينى فى شرح الهداية ، ولخصه فى البحر (قوله والناقص الخ) أى ولو بيسير . قال القهستانى : فلو رأت المبتدأة الدم حين طلع نصف قرص الشمس وانقطع

٩

(والزائد) على أكثره أو أكثر النفاس أو على العادة وجاوز أكثرهما .

(وما تراه) صغيرة دون تسع على المعتمد وآيسة على ظاهر المذهب و (حامل) ولو قبل خروج أكثر الولد (استحاضة . وأقل الطهر) بين الحيضتين أو النفاس والحيض (خمسة عشر يوما) ولياليها إجماعا (ولا حد لأكثره) وإن استغرق العمر (إلا عند) الاحتياج إلى (نصب عادة لها إذا استمر) بها (الدم) فيحد لأجل العدة بشهرين ، به يفتى ،

فى اليوم الرابع حين طلع ربعه كان استحاضة إلى أن يطلع نصفه ، فحينئذ يكون حيضا . والمعتادة بخمسة مثلا إذا رأت الدم حين طلع نصفه وانقطع فى الحادى عشر حين طلع ثلثاه فالزائد على الخمسة استحاضة ، لأنه زاد على العشرة بقدر السدس اهـ أى سدس القرص (قوله والزائد على أكثره) أى فى حق المبتدأة . أما المعتادة فما زاد على عادتها ويجاوز العشرة فى الحيض والأربعين فى النفاس يكون استحاضة كما أشار إليه بقوله أو على العادة الخ . أما إذا لم يتجاوز الأكثر فيهما ، فهو انتقال للعادة فيهما . فيكون حيضا ونفاسا رحمتى (قوله وآيسة) هذا إذا لم يكن دما خالصا على ما سيأتى (قوله ولوقبل خروج أكثر الولد) حق العبارة أن يقال ولو بعد خروج أقل الولد (قوله استحاضة) خبر قوله والناقص وما عطف عليه (قوله بين الحيضتين الخ) أى الفاصل بين ذلك ، ولم يذكر أقل الطهر الفاصل بين النفاسين وذلك نصف حول كما سيأتى (قوله أو النفاس والحيض) هذا إذا لم يكن فى مدة النفاس ، لأن الطهر فيها لا يفصل عند الإمام سواء قل أو كثر ، فلا يكون الدم الثانى حيضا كما سنذكره (قوله وإن استغرق العمر) صادق بثلاث صور :

الأولى أن تبلغ بالسن وتبقى بلا دم طول عمرها ، فتصوم وتصلى ويأتيها زوجها وغير ذلك أبدا . وتنقضى عدتها بالأشهر .

الثانية أن ترى الدم عند البلوغ ، أو بعده أقل من ثلاثة أيام ثم يستمر انقطاعه ، وحكمها كالأولى .

الثالثة أن ترى ما يصلح حيضا ثم يستمر انقطاعه ، وحكمها كالأولى ، إلا أنها لاتنقضى لها عدة إلا بالحيض إن طرأ الحيض عليها قبل سن الإياس ، وإن لم يطرأ فبالأشهر من ابتداء سن الإياس ، كما فى العدة اهـ ح (قوله فيحد) الفاء فصيحة : أى إذا علمت أن الطهر لاحد لأكثره إلا فى زمن استمرار الدم فيحد الخ .

ثم اعلم أن تقييده بالعدة خاص بالمحيرة وتقييده بالشهرين خاص بها وبالمعتادة فى بعض صورها كما يظهر قريبا (قوله به يفتى) مقابله أقوال .

ففى النهاية عن المحيط مبتدأة رأت عشرة دما وسنة طهرا ثم استمر بها الدم . قال أبو عصمة : حيضها وطهرها ما رأت ، حتى إن عدتها تنقضى إذا طلقت بثلاث سنين وثلاثين يوما .

وقال الإمام الميدانى : بتسعة عشر شهرا إلا ثلاث ساعات ، لجواز وقوع الطلاق فى حالة الحيض ، فتحتاج لثلاثة أطهار كل طهر ستة أشهر إلا ساعة ، وكل حيضة عشرة أيام . وقيل طهرها أربعة أشهر إلا ساعة ، والحاكم الشهيد قدره بشهرين ، والفتوى عليه لأنه أيسر اهـ .

قلت : وفى العناية أن قول الميدانى عليه الأكثر . وفى التاترخانية : هو المختار ، ثم لا يخفى أن هذا الخلاف إنما هو فى المعتادة لا مطلقا ، بل فى صورة ما إذا كان طهرها ستة أشهر فأكثر ، ولا فى المبتدأة التى استمر بها الدم واحتيج إلى نصب عادة لها فإنه لاخلاف فيها كما يأتى خلافا لما يفيده كلام الشارح .

وعم كلامه المبتدأة والمعتادة .

ومن نسيت عادتها وتسمى المحيرة والمضلة ، وإضلالها إما بعدد أو بمكان

مبحث فى مسائل المتحيرة

(قوله وعم كلامه المبتدأة الخ) قال العلامة البركوى فى رسالته المؤلفة فى الحيض : المبتدأة من كانت فى أول حيض أو نفاس . والمعتادة : من سبق منها دم وطهر صحيحان أو أحدهما . والمضلة وتسمى الضالة والمتحيرة : من نسيت عادتها . ثم قال فى الفصل الرابع فى الاستمرار : إذا وقع فى المبتدأة فحيضها من أول الاستمرار عشرة وطهرها عشرون ، ثم ذلك دأبها ونفاسها أربعون ثم عشرون طهرها إذ لايتوالى نفاس وحيض، ثم عشرة حيضها ثم ذلك دأبها . وإن وقع فى المعتادة فطهرها وحيضها ما اعتادت فى جميع الأحكام إن كان طهرها أقل من ستة أشهر . وإلا فترد إلى ستة أشهر إلا ساعة وحيضها بحاله ، وإن رأت مبتدأة دما وطهرا صحيحين ثم استمر الدم تكون معتادة وعلمت حكمها . مثاله : مراهقة رأت خمسة دما وأربعين طهرا ثم استمر الدم خمسة من أول الاستمرار حيض لا تصلى ولا تصوم ولا توطأ وكذا سائر أحكام الحيض ، ثم الأربعون طهرها ، تفعل هذه الثلاثة وغيرها من أحكام الطهارات . ثم قال فى فصل المتحيرة : ولا يقدر طهرها وحيضها إلا فى حق العـدة فى الطلاق . فيقدر حيضها بعشرة وطهرها بستة أشهر إلا ساعة ، فتنقضى عدتها بتسعة عشر شهرا وعشرة أيام غير أربع ساعات اهـ .

والحاصل أن المبتدأة إذا استمر دمها فحيضها فى كل شهر عشرة وطهرها عشرون كما فى عامة الكتب ، بل نقل نوح أفندى الاتفاق عليه . خلافا لما فى الإمداد من أن طهرها خمسة عشر . والمعتادة ترد إلى عادتها فى الطهر ما لم يكن ستة أشهر فإنها ترد إلى ستة أشهر غير ساعة كالمتحيرة فى حق العدة فقط ، وهذا على قول الميدانى الذى عليه الأكثر كما قدمناه . وأما على قول الحاكم الشهيد فترد إلى شهرين كما ذكره الشارح . وظهر أن التقدير بالشهرين أو بالستة أشهر إلا ساعة خاص بالمتحيرة والمعتادة التى طهرها ستة أشهر . أما المبتدأة والمعتادة التى طهرها دون ذلك فليسا كذلك . وأن تقدير الطهر فى المتحيرة لأجل العـدة فقط . وأما غيرها فلم يقيدوا طهرها بكونه للعدة . بل المصرح به فى المعتادة أن طهرها عام فى جميع الأحكام كما مر ، وهـذا خلاف ما يفيده كلام الشارح فافهم .

[تتمة] لم أر ما لو رأت المتحيرة فى العدد والمكان أقل الطهر ثم استمر بها الدم ، والظاهر أن حكمها فى الاستمرار حكم المبتدأة (قوله إما بعدد) أى عدد أيامها فى الحيض مع علمها بمكانها من الشهر أنها فى أوله أو آخره مثلا . قال فى التاترخانية : وإن علمت أنها تطهر فى آخر الشهر ولم تدر عدد أيامها توضأت لوقت كل صلاة إلى العشرين لأنها تتيقن الطهر فيها ثم فى سبعة بعدها تتوضأ كذلك للشك فى الحيض والطهر ، وتترك الصلاة فى الثلاثة الأخيرة لتيقنها بالحيض فيها ثم تغتسل فى آخر الشهر لعلمها بالخروج من الحيض فيه ، وإن علمت أنها ترى الدم إذا جاوز العشرين ولم تدركم كانت أيامها تدع الصلاة ثلاثة بعد العشرين ثم تصلى بالغسل إلى آخر الشهر اهـ ومثله فى رسالة البركوى فافهم (قوله أو بمكان) أى علمت عدد أيام حيضها ونسيت مكانها على التعيين . والأصل أنها إذا أضلت أيامها فى ضعفها أو أكثر فلا تيقن فى يوم منها بحيض ، بخلاف ما إذا أضلت فى أقل من الضعف . مثلا إذا أضلت ثلاثة فى خمسة تتيقن بالحيض فى الثالث فإنه أول الحيض أو آخره .

أو بهما ، كما بسط فى البحر والحاوى

وحاصله أنها تتحرى ، ومتى ترددت بين حيض ودخول فيه وطهر تتوضأ لكل صلاة، وإن بينهما والدخول فيه تغتسل لكل صلاة

فنقول : إن علمت أن أيامها ثلاثة فأضلتها فى العشرة الأخيرة من الشهر ولا تدرى فى أى موضع من العشرة ولا رأى لها فى ذلك تصلى ثلاثة أيام من أول العشرة بالوضوء لوقت كل صلاة للتردد بين الطهر والحيض ثم تصلى بعدها إلى آخر الشهر بالغسل لوقت كل صلاة للتردد بين الطهر والخروج من الحيض وإن أربعة فى عشرة تصلى أربعة من أول العشرة بالوضوء ثم بالاغتسال إلى آخر العشرة لما قلنا وقس عليه الخمسة ، وإن ستة فى عشرة تتيقن بالحيض فى الخامس والسادس ، فتترك فيهما الصلاة وتصلى فى الأربعة التى قبلهما بالوضوء وفى التى بعدهما بالغسل ؛ وإن سبعة فى عشرة تتيقن بالحيض فى أربعة بعد الثلاثة الأول ، وإن ثمانية فيها تتيقن به فى ستة بعد الأولين؛ وإن تسعة فيها تتيقن به فى ثمانية بعد الأول ، فتترك الصلاة فى المتيقن وتصلى بالوضوء فيما قبله وبالغسل فيما بعده لما قلنا بركوى وتاترخانية (قوله أو بهما) أى العدد والمكان . بأن لم تعلم عدد أيامها ولا مكانها من الشهر ، وحكمها ما ذكره بعده (قوله وحاصله الخ) أى حاصل حكم المضلة بأنواعها فقد صرح البركوى بأنه حكم الإضلال العام (قوله أنها تتحرى) أى إن وقع تحريها على طهر تعطى حكم الطاهرات . وإن كان على حيض تعطى حكمه اهـ ح أى لأن غلبة الظن من الأدلة الشرعية درر (قوله ومتى ترددت) أى إن لم يغلب ظنها على شىء فعليها الأخذ بالأحوط فى الأحكام بركوى (قوله بين حيض الخ) أى لم يترجح عندها أنها متلبسة بالحيض أو أنها داخلة فيه أو أنها طاهرة بل تساوت الثلاثة فى ظنها . والظاهر أن قوله ودخول فيه لا فائدة فيه ؛ ولذا لم يذكره فى البحر (قوله تتوضأ لكل صلاة) لأنها لما احتمل أنها طاهرة وأنها حائض فقد استوى فعل الصلاة وتركها فى الحل والحرمة والباب باب العبادة ، فيحتاط فيها وتصلى لأنها إن صلتها وليست عليها يكون خيرا من أن تتركها وهى عليها تاترخانية ، ثم إن عبارة البحر والتاترخانية والبركوية تتوضأ لوقت كل صلاة فتنبه (قوله وإن بينهما) أى بين الحيض والطهر كما فى البحر ، وقوله والدخول فيه : أى فى الطهر ،وعبر فى البحر بالخروج عن الحيض وهو بمعناه .

ومثال هـــذه القاعدة والتى قبلها : امرأة تذكر أن حيضها فى كل شهر مرة وانقطاعه فى النصف الأخير ولا تذكر غير ذلك ، فإنها فى النصف الأول تتردد بين الحيض والطهر وفى الثانى بينهما والدخول فى الطهر . وأما إذا لم تذكر شيئا أصلا فهى مرددة فى كل زمان بين الطهر والحيض ، فحكمها حكم التردد بينهما والدخول فى الطهر (قوله تغتسل لكل صلاة) لجواز أنه وقت الخروج من الحيض والدخول فى الطهر كما فى البحر .

قال فى التاترخانية : وعن الفقيه أبى سهل أنها إذا اغتسلت فى وقت صلاة وصلت ثم اغتسلت فى وقت الأخرى أعادت الأولى قبل الوقتية ، وهكذا تصنع فى وقت كل صلاة احتياطا اهـ لاحتمال حيضها فى وقت الأولى وطهرها قبل خروجه ، فيلزمها القضاء احتياطا ، واختاره البركوى .

[تنبيه] تعبير الشارح بقوله لكل صلاة موافق لما فى البحر والفتح ، وعبر البركوى فى رسالته بقوله لوقت كل صلاة وقال فى حواشيه عليها هذا استحسان ، والقياس أن تغتسل فى كل ساعة لأنه ما من ساعة إلا ويحتمل أنه وقت خروجها من الحيض . وقال السرخسى فى المحيط والنسفى : الصحيح أنها تغتسل لكل صلاة، وفيما قالاه حرج بين مع أن الاحتمال باق بما قالاه لجواز الانقطاع فى أثناء الصلاة أو بعد الغسل قبل الشروع فيها ، فاختر نا

وتترك غير مؤكدة ومسجدا وجماعة وتصوم رمضان ، ثم تقضى عشرين يوما إن علمت بدايته ليلا وإلا فاثنين وعشرين ، وتطوف لركن ثم تعيده بعد عشرة ولصدر ولا تعيده ، وتعتد لطلاق بسبعة أشهر على المفتى به

الاستحسان ، وقد قال به البعض ، وقدمه برهان الدين فى المحيط وتداركنا ذلك الاحتمال باختيار قول أبى سهل أنها تعيد كل صلاة فى وقت أخرى قبل الوقتية ، فتتيقن بالطهارة فى إحداهما لو وقعت فى طهر اه . أقول : وهو تحقيق بالقبول حقيق (قوله وتترك غير مؤكدة الخ) متعلق بقوله وإن بينهما الخ ذكره ح و ط .

أقول : وهو تخصيص بلا مخصص ، إذ لافرق يظهر ويحتاج إلى نقل فليراجع ، وإنما لاتترك السنن المؤكدة ومثلها الواجب بالأولى ، لكونها شرعت جبرا لنقصان يمكن فى الفرائض ، فيكون حكمها حكم الفرائض .

ثم اعلم أنها تقرأ فى كل ركعة الفاتحة وسورة قصيرة ، وتقرأ فى الأخريين من الفرض الفاتحة فى الصحيح ، وتقرأ القنوت وسائر الدعوات بركوية وغيرها (قوله ومسجدا وجماعا) أى تتركهما ، بأن لاتدخل المسجد أى إلا لطواف كما يعلم مما بعده ، ولا تمكن زوجها من جماعها ، وكذا لاتمس المصحف ولا تصوم تطوعا ، وإن سمعت سجدة فسجدت للحال سقطت لأنها لو طاهرة صح أداؤها وإلا لم تلزمها ، وإن أخرتها أعادتها بعد عشرة أيام للتيقن بالأداء فى الطهر فى إحدى المرتين ، وإن كانت عليها صلاة فائتة فقضتها فعليها إعادتها بعد عشرة أيام قبل أن تزيد على خمسة عشر وإلا احتمل عود حيضها تاترخانية وبركوية وبحر (قوله ثم تقضى عشرين يوما) أى لاحتمال أن الحيض عشرة أيام فى رمضان وعشرة أيام فى العشرين التى قضتها اه ح (قوله إن علمت بدايته ليلا) لأنه إن بدا ليلا ختم ليلا وبين الليلتين عشرة ، فلم يفسد من صومها سوى عشرة أيام فى رمضان وعشرة فى القضاء ح (قوله وإلا) أى وإن علمت بدايته نهاراً ، وذلك لأنه إن بدا نهاراً ختم نهار حادى عشر الأول ، فيفسد أحد عشر يوما من صومها فى رمضان ، ومثلها فى القضاء ح . ومثله ما إذا لم تعلم شيئاً كما فى الخزائن .

ثم اعلم أن هذا إن علمت أنها تحيض فى كل شهر مرة ، وإلا فإن لم تعلم أن ابتداء حيضها بالليل أو بالنهار ، أو علمت أنه بالنهار وكان رمضان كاملا قضت اثنين وثلاثين(١) إن قضت موصولا برمضان : أى فى ثانى شوال وإن مفصولا فثمانية وثلاثين ، وإن كان رمضان ناقصاً تقضى فى الوصل اثنين وثلاثين وفى الفصل سبعة وثلاثين ، وإن علمت أن ابتداءه بالليل والشهر كامل تقضى فى الوصل والفصل خمسة وعشرين ، وإن كان ناقصا ففى الوصل عشرين وفى الفصل أربعة وعشرين ، وتمام المسائل فى البركوية وتوجيهها فى شرحنا عليها وكذا فى البحر ، لكن فيه تحريف وسقط فليتنبه له (قوله ولصدر) بالتحريك : هو طواف الوداع ، وهو واجب على غير المكى ، وسكت عن طواف التحية لأنه سنة فتتركه (قوله ولا تعيده) لأنها إن كانت طاهرة فقد سقط ، وإلا فلا يجب على الحائض بحر (قوله وتعتد لطلاق) وقيل لا يقدر لعدتها طهر ولا تنقضى عدتها أبدا (قوله على المفتى به) أى على القول السابق المفتى به من أنه يقدر طهرها للعدة بشهرين ، فتنقضى بسبعة أشهر لاحتياجها إلى ثلاثة أطهار بستة أشهر وثلاث حيضات بشهر .

---

(١) (قوله قضت اثنين وثلاثين الخ) أى لجواز حيضها فى أوله نهارا ، فيفسد أحد عشر وفى آخره ، فتفسد خمسة ويوم العيد سادس حيضها فلا تصومه ، ثم لا يجزيها خمسة بعده ، ثم تجزى أربعة عشر ، ثم يجزى فى يومين والجملة اثنان وثلاثون .
وأما لو فصلت فلا يجزيها صومها فى أحد عشر من رمضان ، ثم يجزى فى أربعة عشر ، ثم لا يجزى فى احد عشر ، ثم يجزى فى يوم والجملة ثمانية وثلاثون . وعلى هذا التخريج اه منه .

(وما تراه) من لون ككدرة وتربية (فى مدته) المعتادة (سوى بياض خالص) قيل هو شىء يشبه الخيط الأبيض (ولو) المرئى (طهرا متخللا)

وكتب الشارح فى هامش الخزائن مانصه : قوله وعليه الفتوى ، كذا فى النهاية والعناية والكفاية وفتح القدير ، واختاره فى البحر ، وجزم به فى النهر اه لكن فى السراج عن الصيرفى : إنما تنقضى عدتها بسبعة أشهر وعشرة أيام إلا ساعة ، لأنه ربما يكون طلقها فى أول الحيض فلا يحتسب بتلك الحيضة فتحتاج إلى ثلاثة أطهار وهى ستة أشهر وعشرة أيام إلا ساعة ، وهى الساعة التى مضت من الحيض الذى وقع فيه الطلاق (قوله ككدرة وتربية) اعلم أن ألوان الدماء ستة : هذان والسواد والحمرة والصفرة والخضرة .

ثم الكدرة ما هو كالماء الكدر ، والتربية نوع من الكدرة على لون التراب بتشديد الياء وتخفيفها بغير همزة نسبة إلى الترب بمعنى التراب ، والصفرة كصفرة القز والتبن أو السن على الاختلاف ؛ ثم المعتبر حالة الرؤية لا حالة التغير ؛ كما لو رأت بياضاً فاصفر باليبس أو رأت حمرة أو صفرة فابيضت باليبس . وأنكر أبو يوسف الكدرة فى أول الحيض دون آخره ، ومنهم من أنكر الخضرة . والصحيح أنها حيض من ذوات الأقراء دون الآيسة . وبعضهم قال : فيما عدا السواد والحمرة لو وجدته عجوز على الكرسف فهو حيض إن كانت مدة وضعه قريبة وإلا فلا .

مطلب لو أفتى مفت بشىء من هذه الأقوال فى مواضع الضرورة طلبا للتيسير كان حسنا

وفى المعراج عن فخر الأئمة : لو أفتى مفت بشىء من هذه الأقوال فى مواضع الضرورة طلباً للتيسير كان حسنا اه وخصه بالضرورة لأن هذه الألوان كلها حيض فى أيامه لما فى موطأ مالك « كان النساء يبعثن إلى عائشة بالدرجة فيها الكرسف فيه الصفرة من دم الحيض لتنظر إليه فتقول : لاتعجلن حتى ترين القصة البيضاء تريد بذلك الطهر من الحيض » اه والدرجة : بضم الدال وفتح الجيم خرقة ونحوها تدخلها المرأة فى فرجها لتعرف أزال الدم أم لا . والقصة : بفتح القاف وتشديد الصاد المهملة الجصة ؛ والمعنى أن تخرج الدرجة كأنها قصة لايخالطها صفرة ولا تربية ؛ وهو مجاز عن الانقطاع .

وفى شرح الوقاية : وضع الكرسف مستحب للبكر فى الحيض وللثيب فى كل حال ، وموضعه موضع البكارة ، ويكره فى الفرج الداخل اه .

وفى غيره أنه سنة للثيب فى الحيض مستحب فى الطهر ، ولو صلتا بدونه جاز اه ملخصا من البحر وغيره . والكرسف : بضم الكاف والسين المهملة بينهما راء ساكنة القطن . وفى اصطلاح الفقهاء : ما يوضع على فم الفرج (قوله فى مدته) احتراز عما تراه الصغيرة ، وكذا الآيسة فى كل ماتراه مطلقا أو سوى الدم الخالص على ماسيأتى (قوله المعتادة) احتراز عما زاد على العادة وجاوز العشرة فإنه ليس بحيض (قوله ولو المرئى طهراً الخ) مرادهم بالطهر هنا النقاء بالمد : أى عدم الدم .

ثم اعلم أن الطهر المتخلل بين الدمين إذا كان خمسة عشر يوما فأكثر يكون فاصلا بين الدمين فى الحيض اتفاقاً فما بلغ من كل من الدمين نصاباً جعل حيضاً ، وأنه إذا كان أقل من ثلاثة أيام لايكون فاصلا وإن كان أكثر من الدمين اتفاقاً .

واختلفوا فيما بين ذلك على ستة أقوال كلها رويت عن الإمام أشهرها ثلاثة :

بين الدمين (فيها حيض) لأن العبرة لأوله وآخره وعليه المتون فليحفظ . ثم ذكر أحكامه بقوله (يمنع صلاة)

الأولى : قول أبي يوسف إن الطهر المتخلل بين الدمين لايفصل، بل يكون كالدم المتوالى بشرط إحاطة الدم لطرفى الطهر المتخلل، فيجوز بداية الحيض بالطهر وختمه به أيضا، فلو رأت مبتدأة يوما دما وأربعة عشر طهرا ويوما دما فالعشرة الأولى حيض ، ولو رأت المعتادة قبل عادتها يوما دماً وعشرة طهراً ويوماً دماً فالعشرة التى لم تر فيها الدم حيض إن كانت عادتها وإلا ردت إلى أيام عادتها :

الثانية : أن الشرط إحاطة الدم لطرفى مدة الحيض، فلا يجوز بداية الحيض بالطهر ولا ختمه به ؛ فلو رأت مبتدأة يوما دماً وثمانية طهراً ويوما دماً فالعشرة حيض؛ ولو رأت معتادة قبل عادتها يوما دماً وتسعة طهراً ويوما دماً لا يكون شيء منه حيضاً ، وكذا النفاس على هذا الاعتبار .

الثالثة : قول محمد إن الشرط أن يكون الطهر مثل الدمين أو أقل فى مدة الحيض ، فلوكان أكثر فصل ، لـكن ينظر إن كان فى كل من الجانبين مايمكن أن يجعل حيضا فالسابق حيض، ولو فى أحدهما فهو الحيض والآخر استحاضة ، وإلا فالـكل استحاضة . ولا يجوز بدء الحيض بالطهر ولا ختمه به ؛ فلو رأت مبتدأة يوما دما ويومين طهراً ويوما دماً فالأربعة حيض ، لأن الطهر المتخلل دون ثلاث وهو لايفصل اتفاقا كما مر ؛ ولو رأت يوما دماً وثلاثة طهراً ويومين دما فالستة حيض للاستواء ؛ ولو رأت ثلاثة دما وخمسة طهراً ويوما دما فالثلاثة حيض لغلبة الطهر فصار فاصلا والمتقدم أمكن جعله حيضا ، هذا خلاصة مافى شروح الهداية وغيرها . وقد صحح قول محمد فى المبسوط والمحيط ، وعليه الفتوى . وفى الهداية الأخذ بقول أبى يوسف أيسر اهـ وكثير من المتأخرين أفتوا به لأنه أسهل على المفتى والمستفتى سراج ، وهو الأولى فتح ، وهو قول أبى حنيفة الآخر نهاية : وأما الرواية الثانية ؛ ففى البحر قد اختارها أصحاب المتون ، لـكن لم تصحح فى الشروح .

[تتمة] الطهر المتخلل بين الأربعين فى النفاس لايفصل عند أبى حنيفة سواء كان خمسة عشر أو أقل أو أكثر ، ويجعل إحاطة الدمين بطرفيه كالدم المتوالى ، وعليه الفتوى . وعندهما الخمسة عشر تفصل، فلو رأت بعد الولادة يوما دما وثمانية وثلاثين طهرا ويوما دما ؛ فعنده الأربعون نفاس ، وعندهما الدم الأول ؛ ولو رأت من بلغت بالحبل بعد الولادة خمسة دما ثم خمسة عشر طهراً ثم خمسة دما ثم خمسة عشر طهراً ثم استمر الدم ؛ فعنده نفاسها خمسة وعشرون ؛ وعندهما نفاسها الخمسة الأولى وحيضها الخمسة الثانية ، وتمامه فى التاترخانية (قوله فيها) أى فى مدة الحيض (قوله حيض) خبر المبتدإ وهو قوله وما تراه (قوله وعليه المتون) أى على أن الشرط فى جعل الطهر المتخلل بين الدمين حيضا كون الدمين المحيطين به فى مدة الحيض لا فى مدة الطهر (قوله فليحفظ) أشار إلى أن اختيار أصحاب المتون له ترجيح .

أقول : لـكنه تصحيح التزامى ؛ وقد صرح العلامة قاسم بأن التصحيح الصريح مقدم على الالتزامى (قوله ثم ذكر أحكامه) أى بعضها ؛ وإلا فقد أوصلها فى البحر إلى اثنين وعشرين : منها أنه يمنع صحة الطهارة إلا التى يقصد بها التنظيف كأغسال الحج ، ولا يحرمها لقولهم يستحب لها أن تتوضأ كل صلاة وتقعد على مصلاها تسبح وتهلل وتـكبر بقدر أدائها كى لا تنسى عادتها . وفى رواية يكتب لها ثواب أحسن صلاة كانت تصلى ؛ وأنه يمنع الاعتكاف ، ويمنع صحته ، ويفسده إذا طرأ عليه ، ويمنع وجوب طواف الصدر ، ويحرم الطلاق ؛ وتبلغ به الصبية ؛ ويتعلق به انقضاء العدة والاستبراء ،ويوجب الغسل بشرط الانقطاع ، ولا يقطع التتابع فى صوم كفارة القتل والفطر ، بخلاف كفارة اليمين ونحوها ، وكل أحكامه تتعلق بالنفاس إلا خمسة أو سبعة على ماسيأتى (قوله يمنع) أى الحيض وكذا النفاس خزائن (قوله صلاة) أى يمنع صحتها ويحرمها ، وهل يمنع وجوبها لعلم

مطلقا ولو سجدة شكر (وصوما) وجماعا (وتقضيه) لزوما دونها للحرج .

ولو شرعت تطوّعا فيهما فحاضت قضتهما خلافا لما زعمه صدر الشريعة بحر .

وفى الفيض : لو نامت طاهرة وقامت حائضة حكم بحيضها مذ قامت وبعكسه مذ نامت احتياطا .

(و) يمنع حل (دخول مسجد

فائدته وهى الأداء أو القضاء أم لا ؟ وتسقط للحرج خلاف ، وعامتهم على الأول ؛ وبسطنا الكلام على ذلك فيما علقناه على البحر (قوله مطلقا) أى كلا أو بعضا لأن منع الشيء منع لأبعاضه نهر (قوله ولو سجدة شكر) أى أو تلاوة فيمنع صحتهما ويحرمهما بحر (قوله وصوما) أى يحرمه ويمنع صحته لاوجوبه فلذا تقضيه (قوله وجماعا) أى يحرمه ، وكذا مافى حكمه كما يأتى (قوله وتقضيه) أى الصوم على التراخى فى الأصح خزائن . وعزاه فى هامشها إلى منلا مسكين وغيره (قوله للحرج) علة لقوله دونها : أى لأن فى قضاء الصلاة حرجا بتكررها فى كل يوم وتكرر الحيض فى كل شهر ، بخلاف الصوم فإنه يجب فى السنة شهرا واحدا ، وعليه انعقد الإجماع لحديث عائشة فى الكتب الستة ، وتمامه فى البحر . وفيه وهل يكره لها قضاء الصلاة ؟ لم أره صريحا . وينبغى أن يكون خلاف الأولى . قال فى النهر : يدل عليه قولهم : لو غسل رأسه بدل المسح كره اه تأمل .

وهل يكره لها التشبه بالصوم أم لا ؟ مال بعض المحققين إلى الأول ، لأن الصوم لها حرام فالتشبه به مثله . واعترض بأنه يستحب لها الوضوء والقعود فى مصلاها وهو تشبه بالصلاة اه تأمل (قوله ولو شرعت تطوعا فيهما) أى فى الصلاة والصوم ؛ أما الفرض ففى الصوم تقضيه دون الصلاة وإن مضى من الوقت مايمكنها أداؤها فيه لأن العبرة عندنا لآخر الوقت كما فى المنبع (قوله فحاضت) أى فى أثنائهما (قوله قضتهما) للزومهما بالشروع (قوله خلافا لما زعمه صدر الشريعة) أى من أنه يجب قضاء نفل الصلاة لا نفل الصوم ط (قوله بحر) ذكره فى البحر قبيل قول المتن والطهر المتخلل بين الدمين فى المدة حيض ونفاس ؛ ونقل التسوية بينهما عن الفتح والنهاية والاسبيجابى ؛ ثم قال : فتبين أن مافى شرح الوقاية من الفرق بينهما غير صحيح اه ح (قوله وبعكسه) أى عكس التصوير المذكور ، بأن نامت حائضا وقامت طاهرة : أى وضعت الكرسف ونامت فلما أصبحت رأت عليه الطهر لا عكس الحكم ، لأنه بينه بقوله مذ نامت : أى حكم بحيضها من حين نامت فافهم (قوله احتياطا) أى فى الصورتين ، فتقضى العشاء فيهما إن لم تكن صلتها كما فى البحر ؛ حتى لو نامت قبل انقضاء الوقت ثم انتبهت بعد خروجه حائضا يجب عليها قضاء تلك الصلاة لأنا جعلناها طاهرة فى آخر الوقت حيث لم نحكم بحيضها إلا بعد خروجه ، ولو نامت حائضا وانتبهت طاهرة بعد الوقت يجب عليها قضاء تلك الصلاة التى نامت عنها لأنا جعلناها طاهرة من حين نامت ، وحيث حكمنا بطهارتها فى آخر الوقت وجب القضاء ، ولأن الدم حادث ، والأصل فيه أن يضاف إلى أقرب أوقاته فتجعل حائضا مذ قامت ؛ والانقطاع عدم وهو الأصل فلا يحكم بخلافه إلا بدليل ولم يعلم درور الدم فى نومها فجعلت طاهرة مذ نامت ، فقد ظهر أن الاحتياط فى الوجهين لا فى العكس فقط رحمتى فافهم ، نعم فى قول الشارح وبعكسه مذ نامت إيهام ، والمراد أنه يحكم بأنها كانت حائضا حين نومها وطهرت قبل خروج الوقت ، ولو قال حكم بطهرها مذ نامت وكذا فى عكسه لكان أوضح (قوله ويمنع حل) قدر لفظة حل هنا وفيما بعده ، لأن ماقبله المنع فيه من الحل والصحة فلذا أطلق المنع فيه (قوله دخول مسجد) أى ولو مسجد مدرسة أو دار لايمنع أهلهما الناس من الصلاة فيه وكانا لو أغلقا يكون له جماعة منهم وإلا فلا تثبت له أحكام المسجد كما قدمناه فى بحث الغسل عن الخانية والقنية . وخرج مصلى العيد والجنازة وإن كان لهما حكم المسجد

و) حل (الطواف) ولو بعد دخولها المسجد وشروعها فيه (وقربان ماتحت إزار) يعنى مابين سرة وركبة ولو بلا شهوة، وحل ماعداه مطلقا . وهل يحل النظر ومباشرتها له ؟ فيه تردد

فى صحة الاقتداء مع عدم اتصال الصفوف ، وأفاد منع الدخول ولو للمرور ،وقدم فى الغسل تقييده بعدم الضرورة بأن كان بابه إلى المسجد ولا يمكنه تحويله ولا السكنى فى غيره ، وذكرنا هناك أن الظاهر حينئذ أنه يجب التيمم للمرور أخذا مما فى العناية عن المبسوط :

مسافر مر بمسجد فيه عين ماء وهو جنب ولا يجد غيره فإنه يتيمم لدخول المسجد عندنا اه وكذا لو مكث فى المسجد خوفا من الخروج ، بخلاف مالو احتلم فيه وأمكنه الخروج مسرعا فإنه يندب له التيمم لظهور الفرق بين الدخول والخروج (قوله وحل الطواف) لأن الطهارة له واجبة فيكره تحريما وإن صح كما فى البحر وغيره. (قوله ولو بعد دخولها المسجد) أى ولو عرض الحيض بعد دخولها المسجد فعدم الحل ذاتى له لا لعلة دخول المسجد ط ، حتى لو لم يكن فى المسجد لايحل نهر (قوله وقربان ما تحت إزار) من إضافة المصدر إلى مفعوله ، والتقدير : ويمنع الحيض قربان زوجها ماتحت إزارها كما فى البحر (قوله يعنى ما بين سرة وركبة) فيجوز الاستمتاع بالسرة وما فوقها والركبة وماتحتها ولو بلا حائل ، وكذا بما بينهما بحائل بغير الوطء ولو تلطخ دما ، ولا يكره طبخها ولا استعمال مامسته من عجين أو ماء أو نحوهما إلا إذا توضأت(١) بقصد القربة كما هو المستحب فإنه يصير مستعملا .

وفى الولوالجية : ولا ينبغى أن يعزل عن فراشها لأن ذلك يشبه فعل اليهود بحر .

وفى السراج : يكره أن يعزلها فى موضع لايخالطها فيه .

هذا ،واعلم أن المصرح به عندنا فى كتاب الحظر والإباحة أن الركبة من العورة، ومقتضاه كما أفاده الرحمتى حرمة الاستمتاع بالركبة لاستدلالهم هنا بقوله عليه الصلاة والسلام «مادون الإزار» ومحله العورة التى يدخل فيها الركبة تأمل (قوله مطلقا) أى بشهوة أولا (قوله وهل يحل النظر) أى بشهوة ، وهذا كالاستثناء من عموم حل ماعدا القربان ، وأصل التردد لصاحب البحر حيث ذكر أن بعضهم عبر بالاستمتاع فيشمل النظر ، وبعضهم بالمباشرة فلا يشمله ومال إلى الثانى ، ومال أخوه فى النهر إلى الأول ، وانتصر العلامة ح للأول .

وأقول : فيه نظر فإن من عبر بالمباشرة : أى التقاء البشرة ساكت عن النظر ،ومن عبر بالاستمتاع مانع للنظر، فيؤخذ به لتقدمه على المفهوم ، على أنه نقل فى الحقائق فى باب الاستحسان عن التحفة والخانية : يجتنب الرجل من الحائض ماتحت الإزار عند الإمام . وقال محمد : يجتنب شعار الدم يعنى الجماع فقط .

ثم اختلفوا فى تفسير قول الإمام : قيل لايباح الاستمتاع من النظر ونحوه بما دون السرة إلى الركبة ويباح ماوراءه ، وقيل يباح مع الإزار اه .

ولايخفى أن الأول صريح فى عدم حل النظر إلى ماتحت الإزار ،والثانى قريب منه ،وليس بعد النقل إلا الرجوع إليه فافهم (قوله ومباشرتها له)سبب تردده فى المباشرة تردد البحر فيها ،حيث قال : ولم أر لهم حكم مباشرتها له: ولقائل أن يمنعه بأنه لما حرم تمكينها من استمتاعه بها حرم فعلها به بالأولى . ولقائل أن يجوزه بأن حرمته عليه لكونها حائضا ، وهو مفقود فى حقه فحل لها الاستمتاع به ، ولأن غاية مسها لذكره أنه استمتاع بكفها وهو جائز قطعا اه . واستظهر فى النهر الثانى : لكن فيما إذا كانت مباشرتها له بما بين سرته وركبته ، كما إذا وضعت

---

(١) (قوله إلا إذا توضأت الخ) أى لقصد القربة المستحبة من الجلوس قدر أداء فرض الصلاة الخ عزائن ، وقد مثله قبل لعو ورقة اه منه .

(وقراءة قرآن) بقصده (ومسه) ولو مكتوباً بالفارسية فى الأصح (إلا بغلافه) المنفصل كما مر (وكذا) يمنع (حمله) كلوح وورق فيه آية .

(ولا بأس) لحائض وجنب (بقراءة أدعية ومسها وحملها وذكر الله تعالى، وتسبيح) وزيارة قبور، ودخول مصلى عيد (وأكل وشرب بعد مضمضة ، وغسل يد) وأما قبلهما فيكره لجنب

يدها على فرجه كما اقتضاه كلام البحر ، لا إذا كانت بمابين سرتها وركبتها ؛ كما إذا وضعت فرجها على يده فهذا كما ترى تحقيق لكلام البحر لا اعتراض عليه فافهم ، وهو تحقيق وجيه لأنه يجوز له أن يلمس بجميع بدنه حتى بذكره جميع بدنها إلا ماتحت الإزار ، فكذا هي لها أن تلمس بجميع بدنها إلا ماتحت الإزار جميع بدنه حتى ذكره ، وإلا فلو كان لمسها لذكره حراما لحرم عليها تمكينه من لمسه بذكره لما عدا ماتحت الإزار منها ، وإذا حرم عليه مباشرة ما تحت إزارها حرم عليها تمكينه منها فيحرم عليها مباشرتها له بما تحت إزارها بالأولى (قوله وقراءة قرآن) أى ولو دون آية من المركبات لا المفردات ، لأنه جوز للحائض المعلمة تعليمه كلمة كلمة كما قدمناه ، وكالقرآن التوراة والإنجيل والزبور كما قدمه المصنف (قوله بقصده) فلو قرأت الفاتحة على وجه الدعاء أو شيئا من الآيات التى فيها معنى الدعاء ولم ترد القراءة لا بأس به كما قدمناه عن العيون لأبى الليث وأن مفهومه أن ماليس فيه معنى الدعاء كسورة أبى لهب لايؤثر فيه قصد غير القرآنية (قوله ومسه) أى القرآن ولو فى لوح أو درهم أو حائط ، لكن لا يمنع إلا من مس المكتوب ، بخلاف المصحف فلا يجوز مس الجلد وموضع البياض منه . وقال بعضهم : يجوز ، وهذا أقرب إلى القياس ، والمنع أقرب إلى التعظيم كما فى البحر : أى والصحيح المنع كما نذكره . ومثل القرآن سائر الكتب السماوية كما قدمناه عن القهستانى وغيره وفى التفسير والكتب الشرعية خلاف مر (قوله إلا بغلافه المنفصل) أى كالجراب والخريطة دون المتصل كالجلد المشرز هو الصحيح ، وعليه الفتوى ، لأن الجلد تبع له سراج ، وقدمنا أن الخريطة الكيس .

أقول : ومثلها صندوق الربعة ، وهل مثلها كرسى المصحف إذا سمر به؟ يراجع (قوله وكذا يمنع حمله) تبع فيه صاحب البحر حيث ذكره عند تعداد أحكام الحيض . وفيه أنه إن أراد به حمله استقلالا أغنى عنه ذكر المس ، أو تبعا فلا يمنع منه .

ففى الحلية عن المحيط : لو كان المصحف فى صندوق فلا بأس للجنب أن يحمله ، وفيها قالوا : لا بأس بأن يحمل خرجا فيه مصحف . وقال بعضهم : يكره . أخذ زمام الإبل التى عليها المصحف . قال المحبوبى : ولكنه بعيد ، وهو كما قال اهـ .

أقول : وقد يقال يمكن تصوير الحمل بدون مس وتبعية كحمله مربوطا بخيط مثلا ، لكن الظاهر جوازه تأمل (قوله فيه آية) قيد بالآية لأنه لو كتب مادون الآية لم يكره مسه كما فى القهستانى ح (قوله ولا بأس) يشير إلى أن وضوء الجنب لهذه الأشياء مستحب كوضوء المحدث وقد تقدم ح أى لأن مالا بأس فيه يستحب خلافه ، لكن استثنى من ذلك ط الأكل والشرب بعد المضمضة والغسل ، بدليل قول الشارح وأما قبلهما فيكره (قوله بقراءة أدعية الخ) شمل دعاء القنوت ، وهو ظاهر المذهب كما قدمناه (قوله فيكره لجنب) لأنه يصير شاربا للماء المستعمل : أى وهو مكروه تنزيها ، ويده لاتخلو عن النجاسة فينبغى غسلها ثم يأكل بدائع . وظاهر التعليل أن استحباب المضمضة لأجل الشرب وغسل اليد لأجل الأكل ، فلا يكره الشرب بلا غسل يد ولا الأكل بلا مضمضة ، وعليه ففى كلام المتن لف ونشر مشوش ، لكن قال فى الخلاصة : إذا أراد الجنب أن يأكل

لاحائض مالم تخاطب بغسل ، ذكره الحلبي :
(ولا يكره) تحريما (مس قرآن بكم) عند الجمهور تيسيرا ، وصحح في الهداية الكراهة ، وهو أحوط .
(ويحل وطؤها إذا انقطع حيضها لأكثره) بلا غسل وجوباً بل ندبا .
(وإن) انقطع لدون أقله تتوضأ وتصلي في آخر الوقت ، وإن (لأقله) فإن لدون عادتها لم يحل ، وتغتسل وتصلي وتصوم احتياطا ؛ وإن لعادتها ، فإن كتابية حل في الحال وإلا (لا) يحل (حتى تغتسل) أو تتيمم بشرطه

فالمستحب له أن يغسل يديه ويتمضمض اه تأمل . وذكر في الحلية عن أبي داود وغيره « أنه عليه الصلاة والسلام إذا أراد أن يأكل وهو جنب غسل كفيه » وفي رواية مسلم « يتوضأ وضوءه للصلاة » (قوله لا حائض) في الخانية قيل إنها كالجنب . وقيل لايستحب ، لأن الغسل لايزيل نجاسة الحيض عن الفم واليد ، بخلاف الجنابة اه .

أقول : ينبغي أن يستحب لها غسل اليد للأكل بلا خلاف لأنه يستحب للطاهر فهي أولى ، ولذا قال في الخلاصة : إذا أرادت أن تأكل تغسل يديها ، وفي المضمضة خلاف (قوله مالم تخاطب بغسل) أي لا يكره لها مدة عدم خطابها التكليفي بالغسل ، وذا إنما يكون بعد الطهارة من الحيض (قوله الكراهة) أي التحريمية ط (قوله وهو أحوط) وقدمنا عن الخانية أنه ظاهر الرواية ، وعزاه في الخلاصة إلى عامة المشايخ . قال في البحر : فكان أولى ، وقدمنا عن الفتح أن التقييد بالكم اتفاقي فإنه لا يجوز مسه بغير الكم أيضا من بعض ثياب البدن (قوله إذا انقطع حيضها لأكثره) مثله النفاس ، وحل الوطء بعد الأكثر ليس بمتوقف على انقطاع الدم صرح به في العناية والنهاية وغيرهما ، وإنما ذكره ليبني عليه مابعده قال ط : ويؤخذ منه جواز الوطء حال نزول دم الاستحاضة اه وقدمنا عن البحر أنه يجوز الاستمتاع بما بين السرة والركبة بحائل بغير الوطء ولو تلطخ دما اه وهذا في الحائض ، فيدل على جواز وطء المستحاضة وإن تلطخ دما ، وسيأتي مايؤيده فافهم (قوله وجوبا) منصوب بعامل محذوف أي بلاغسل يجب وجوبا ، ومثله قوله بل ندبا (قوله بل ندبا) لأن قراءة حتى يطهرن بالتشديد تقتضي حرمة الوطء إلى غاية الاغتسال فحملناها على ماإذا كان أيامها أقل من عشرة دفعا للتعارض بين القراءتين ، فظاهره يورث شبهة فلهذا لايستحب ، نوح عن الكافي (قوله لدون أقله) أي أقل الحيض وهو ثلاثة أيام (قوله في آخر الوقت) أي وجوبا بركوي ، والمراد آخر الوقت المستحب دون المكروه كما هو ظاهر سياق كلام الدرر وصدر الشريعة. قال ط : وأهمل الشارح حكم الجماع ، ويظهر عدم حله بدليل مسألة الانقطاع على الأقل وهو دون العادة .

قلت : قد يفرق بين تحقق الحيض وعدمه ، وانظر مانذكره قبيل قوله والنفاس لأم التوأمين (قوله وإن ولأقله) اللام بمعنى بعد ط (قوله لم يحل) أي الوطء وإن اغتسلت ، لأن العود في العادة غالب بحر (قوله وتغتسل وتصلي) أي في آخر الوقت المستحب ، وتأخيره إليه واجب هنا أما في صورة الانقطاع لتمام العادة فإنه مستحب كما في النهاية والفتح وغيرهما (قوله احتياطا) علة للأفعال الثلاثة (قوله وإن لعادتها) وكذا لو كانت مبتدأة درر (قوله حل في الحال) لأنه لا اغتسال عليها لعدم الخطاب ، فإن أسلمت بعد الانقطاع لا تتغير الأحكام ، وتمامه في البحر (قوله حتى تغتسل) قد علمت أنه يستحب لها تأخيره إلى آخر الوقت المستحب دون المكروه . قال في المبسوط : نص عليه محمد في الأصل . قال : إذا انقطع في وقت العشاء تؤخر إلى وقت يمكنها أن تغتسل فيه وتصلي قبل انتصاف الليل ، وما بعد نصف الليل مكروه بحر (قوله بشرطه) هو فقد الماء والصلاة به على الصحيح كما يعلم من النهر وغيره ، وبهذا ظهر أن المراد التيمم الكامل المبيح للصلاة مع الصلاة به أيضا ، ولعل وجه شرطهم

(أو يمضى عليها زمن يسع الغسل) ولبس الثياب (والتحريمة) يعنى من آخر وقت الصلاة لتعليلهم بوجوبها فى ذمتها ، حتى و طهرت فى وقت العيد لابد أن يمضى وقت الظهر كما فى السراج ، وهل تعتبر التحريمة فى الصوم ؟

الصلاة به هو أن من شروط التيمم عدم الحيض ، فإذا صلت به وحكم الشرع بصحة صلاتها يكون حكما بصحة تيممها وبأنها تخرج به من الحيض ، كما يحكم بخروجها من الحيض ، وبقائها بمنزلة الجنب فيما إذا انقطع لتمام العشرة أو صارت الصلاة دينا فى ذمتها لحكم الشرع عليها بحكم من أحكام الطاهرات ، ولهذا يحل لزوجها أن يقربها وإن لم تغتسل كما يأتى تقريره .

وقد ظهر بما قررناه صحة ما ذكره فى الظهيرية من أنه يجوز للحائض التيمم لصلاة الجنازة والعيد إذا طهرت من الحيض إذا كان أيام حيضها عشرة وإن كان أقل فلا اه فشرط لجواز تيممها لصلاة الجنازة أو العيد انقطاع الحيض لتمام العشرة لأن المراد بهذا التيمم هو التيمم الناقص الذى يكون عند وجود الماء لخوف فوت صلاة تفوت لا إلى بدل ، وإنما كان ناقصا لأنه لايصلى به الفرض ، بل يبطل بعد الفراغ من تلك الصلاة ، حتى لو حضرت جنازة أخرى لايصح الصلاة عليها بهذا التيمم على مامر تقريره فى محله ، وإذا كان هذا التيمم ناقصا فلا تخرج به الحائض من الحيض لما علمت من اعتبار التيمم بشرطه مع الصلاة معه :

وأما إذا انقطع حيضها لتمام العشرة فيجوز تيممها لصلاة الجنازة أو العيد ، لأنها خرجت من الحيض بالانقطاع المذكور ، فلو انقطع لأقل من العشرة لايجوز لها أن تتيمم للجنازة أو العيد مع وجود الماء . ولا تصح الصلاة به لأنه ناقص لاتخرج به من الحيض . ومن شروط صحة التيمم عدم المنافى ، والحيض مناف لصحته .

أما إذا انقطع لتمام العشرة فقد خرجت من الحيض وصارت كالجنب فيصح تيممها المذكور كما يصح من الجنب ، فكلام الظهيرية صحيح لاغبار عليه كما أوضحناه هنا وفى باب التيمم ، لكن ينبغى تقييد قوله وإلا فلا بما إذا انقطع لدون العشرة ولم تصر الصلاة دينا فى ذمتها ، إذ لو انقطع لدون العشرة ولتمام عادتها ومضى عليها وقت صلاة خرجت من الحيض ، وجاز لزوجها قربانها ، فينبغى صحة تيممها للجنازة تأمل (قوله يسع الغسل) أى مع مقدماته كالاستقاء وخلع الثوب والتستر عن الأعين . وفى شرح البزدوى : ولم يذكروا أن المراد به الغسل المسنون أو الفرض ، والظاهر الفرض لأنه يثبت به رجحان جانب الطهارة اه كذا فى شرح التحرير لابن أمير حاج (قوله والتحريمة) وهى « الله » عند أبى حنيفة و « الله أكبر » عند أبى يوسف ، والفتوى على الأول كما فى المضمرات قهستانى (قوله يعنى من آخر وقت الصلاة الخ) اعلم أنه إذا انقطع دم الحائض لأقل من عشرة وكان لتمام عادتها فإنه لايحل وطؤها إلا بعد الاغتسال أو التيمم بشرطه كما مر ، لأنها صارت طاهرة حقيقة أو بعد أن تصير الصلاة دينا فى ذمتها ، وذلك بأن ينقطع ويمضى عليها أدنى وقت صلاة من آخره ، وهو قدر مايسع الغسل واللبس والتحريمة ، سواء كان الانقطاع قبل الوقت أو فى أوله أو قبيل آخره بهذا القدر ؛ فإذا انقطع قبل الظهر مثلا أو فى أول وقته لايحل وطؤها حتى يدخل وقت العصر ، لأنها لما مضى عليها من آخر الوقت ذلك القدر صارت الصلاة دينا فى ذمتها ، لأن المعتبر فى الوجوب آخر الوقت ، وإذا صارت الصلاة دينا فى ذمتها صارت طاهرة حكما ، لأنها لاتجب فى الذمة إلا بعد الحكم عليها بالطهارة ، وكذا لو انقطع فى آخره وكان بين الانقطاع وبين وقت العصر ذلك القدر فله وطؤها بعد دخول وقت العصر لما قلنا . أما إذا كان بينهما دون ذلك فلا يحل إلا بعد الغروب لصيرورة صلاة العصر دينا فى ذمتها دون صلاة الظهر ، لأنها لم تدرك من وقتها ما يمكنها الشروع فيه .

فإذا علمت ذلك ظهر لك أن عبارة المصنف موهمة ولبست على إطلاقها ، لأنها توهم أنه يحل بمضى ذلك

الأصح لا ، وهي من الطهر مطلقا ، وكذا الغسل لو لأكثره وإلا فمن الحيض ؛

القدر سواء كان في وقت صلاة أو في وقت مهمل وهو مابعد الطلوع إلى الزوال ، وسواء كان في أول الوقت أو في آخره مع أنه لاعبرة للوقت المهمل ولا لأول وقت الصلاة كما صرح به ابن الكمال ودل عليه التعليل بوجوبها دينا في ذمتها ، فإنها لاتجب كذلك إلا بخروج وقتها خلافا لما غلط فيه بعضهم كما نبه عليه في الفتح والبحر ، فلذا قال الشارح : يعني من آخر وقت الصلاة للاحتراز عنهما ، وأتى بالعناية التي يؤتى بها في موضع الخفاء لما ذكرنا من الإيهام ؛ ولو عبر المصنف كما عبر البركوي بقوله أو تصير صلاة دينا في ذمتها لكان أخصر وأظهر، ولكنه قصد التنبيه على ما به تصير الصلاة دينا في ذمتها ، وهو مضى هذا الزمان من آخر الوقت ، ثم هذا كله إذا لم يتم أكثر المدة قبل الغسل كما في البركوية ، فلوتم لها عشرة أيام قبل خروج الوقت والغسل لايحتاج إلى مضى هذا الزمن .

[تنبيه] إنما حل وطؤها بعد الحكم عليها بالطهارة بصيرورة الصلاة دينا في ذمتها ، لأنها صارت كالجنب وخرجت من الحيض حكما ، وبه يعلم أنه يجوز لها قراءة القرآن كما نقله ط عن البرجندي ؛ بخلاف ما إذا اغتسلت ؛ وحيث صارت كالجنب فينبغي أن يجوز لها التيمم لصلاة جنازة أو عيد خافت فوتها ، كما يجوز ذلك للجنب كما قررناه آنفا (قوله الأصح لا) أي فلو انقطع قبل الصبح في رمضان بقدر مايسع الغسل فقط لزمها صوم ذلك اليوم ، ولا يلزمها قضاء العشاء مالم تدرك قدر تحريمة الصلاة أيضا ، وهذا ماصححه في المجتبى .

ونقل بعده في البحر عن التوشيح والسراج أنه لايجزيها صوم ذلك اليوم إذا لم يبق من الوقت قدر الاغتسال والتحريمة لأنه لايحكم بطهارتها إلا بهذا ، وإن بقي قدرهما يجزيها لأن العشاء صارت دينا عليها ، وأنه من حكم الطاهرات فحكم بطهارتها ضرورة اه ونحوه في الزيلعي . وقال في البحر : وهذا هو الحق فيما يظهر اه . قال في النهر : وفيه نظر ، ولم يبين وجهه .

أقول : ولعله أن الصوم يمكن إنشاؤه في النهار ، فلا يتوقف وجوبه على إدراكها أكثر مما يزيد على قدر الغسل ، بخلاف الصلاة لكن فيه أنه لو أجزأها الصوم بمجرد إدراك قدر الغسل لزم أن يحكم بطهارتها من الحيض، لأن الصوم لا يجزئ من الحائض، ولزم أن يحل وطؤها لو كانا مسافرين في رمضان مع أنه خلاف ماأطبقوا عليه من أنه لا يحل مالم تجب الصلاة دينا في ذمتها ، ولا تجب إلا بإدراك الغسل والتحريمة ؛ فالذي يظهر ماقال في البحر أنه الحق . ثم لايخفى أن لبس الثياب مثل التحريمة إذ لا تجب الصلاة بدونه كما مر، لكن هذا على القول باشتراط التحريمة لا على ماصححه الشارح تبعا للمجتبى فافهم (قوله وهي) أي التحريمة : أي زمانها من الطهر : أي من زمنه (قوله مطلقا) أي سواء كان الانقطاع لأكثر الحيض أو لدون ذلك خ (قوله وكذا الغسل) أي الغسل مثل التحريمة في أنه من الطهر لو الانقطاع لأكثره ولو لأقله فلا ، بل هو من الحيض ، لكن هذا في حق القربان ، والانقطاع الرجعة وجواز التزوج بآخر لا في حق جميع الأحكام ؛ ألا ترى أنها إذا طهرت عقب غيبوبة الشفق ثم اغتسلت عند الفجر الكاذب ثم رأت الدم في الليلة السادسة عشر بعد زوال الشفق فهو طهر تام وإن لم يتم خمسة عشر من وقت الاغتسال اه بحر عن المجتبى : أي لو انقطع دمها لتمام العشرة حل لزوجها قربانها قبل الغسل، لأن زمن الغسل حينئذ من الطهر فصار واطئا في الطهر ، وكذا تنقطع الرجعة بمجرد طهرها بتمام العشرة في الحيضة الثالثة لو كانت مطلقة طلاقا رجعيا . ويجوز لها التزوج بآخر لأنها بانت من الأول بانقضاء العدة .

وأما لو كان الانقطاع لدون العشرة ولتمام عادتها فلا تثبت هذه الأحكام مالم تغتسل ، لأن زمن الغسل حينئذ من الحيض ، فلو وطئها زوجها قبل الغسل كان واطئا في زمن الحيض ، وكذا لا تنقضي عدتها مالم تغتسل ،

فتقضى إن بقى بعد الغسل والتحريمة ولو لعشرة فقدر التحريمة فقط لئلا تزيد أيامه على عشرة فليحفظ (و) وطؤها (يكفر مستحله) كما جزم به غير واحد، وكذا مستحل وطء الدبر عند الجمهور مجتبى (وقيل لا) يكفر فى المسألتين، وهو الصحيح خلاصة (وعليه المعول) لأنه حرام لغيره، ولما يجىء فى المرتد أنه لا يفتى بتكفير مسلم كان فى كفره خلاف ولو رواية ضعيفة، ثم هو كبيرة لو عامدا مختارا عالما بالحرمة لا جاهلا أو مكرها أو ناسيا فتلزمه التوبة؛

وأما فى حق بقية الأحكام فلا يشترط الغسل، ففى مثل الصلاة أو الصوم يجب عليها وإن لم تغتسل لكن بشرط إدراك زمن التحريمة (قوله فتقضى الخ) أى إذا علمت أن زمن التحريمة من الطهر مطلقا وأن زمن الغسل من الحيض فى الانقطاع لأقله فتقضى الصلاة إن بقى قدر الغسل والتحريمة. فلا يكفى إدراك قدر الغسل فقط، بل لابد من إدراك قدر التحريمة أيضا: أى ولبس الثياب كما مر (قوله ولو لعشرة الخ) أى ولو انقطع لعشرة. فتقضى الصلاة إن بقى قدر التحريمة فقط.

والحاصل أن زمن الغسل من الحيض لو انقطع لأقله لأنها إنما تطهر بعد الغسل، فإذا أدركت من آخر الوقت قدر مايسع الغسل فقط لم يجب عليها قضاء تلك الصلاة لأنها لم تخرج من الحيض فى الوقت. بخلاف ما إذا كان يسع التحريمة أيضا؛ لأن التحريمة من الطهر فيجب القضاء. وأما إذا انقطع لأكثره فإنها تخرج من الحيض بمجرد ذلك، فيكون زمن الغسل من الطهر وإلا لزم أن تزيد مدة الحيض على العشرة. فإذا أدركت من آخر الوقت قدر التحريمة وجب القضاء وإن لم تتمكن من الغسل، لأنها أدركت بعد الخروج من الحيض جزءا من الوقت. وإنما حل الوطء فى الانقطاع لأكثره مطلقا لتوقفه على الخروج من الحيض وقد وجد. بخلاف وجوب الصلاة لتوقفه على إدراك جزء آخر بعده (قوله ووطؤها) أى الحائض قال فى الشرنبلالية: ولم أر حكم وطء النفساء من حيث التكفير، أما الحرمة فصرح بها اهـ.

واعترضه الشارح فى هامش الخزائن بقوله وأقول: قد قدم قبل ذلك أن النفساء كالحائض فى الأحكام وقال فى الجوهرة والسراج الوهاج والضياء المعنوى وغيرها: وحكم النفاس حكم الحيض فى كل شىء إلا فيما استثنى: وهذا صريح فى إفادة هذا الحكم لهذه المسألة لأنها ليست مما استثنى كما لا يخفى على المتتبع فتنبه اهـ. أقول: والمستثنيات سبع ستأتى (قوله كما جزم به غير واحد) أى جماعة ذو وعدد منهم صاحب المبسوط والاختيار والفتح كما فى البحر (قوله وكذا مستحل وطء الدبر) أى دبر الحليلة، أما دبر الغلام فالظاهر عدم جريان الخلاف فى التكفير وإن كان التعليل الآتى يظهر فيه ط: أى قوله لأنه حرام لغيره.

أقول: وسيأتى فى كتاب الإكراه أن اللواطة أشد حرمة من الزنا، لأنها لم تبح بطريق ما، لكون قبحها عقليا، ولذا لا تكون فى الجنة على الصحيح اهـ (قوله خلاصة) لم يذكر فى البحر عن الخلاصة مسألة وطء الدبر (قوله فلعله يفيد التوفيق (١)) أى بحمل القول بكفره على استحلال اللواطة بغير المذكورين والقول بعدمه عليهم (قوله لأنه حرام لغيره) أى حرمته لا لعينه، بل لأمر راجع إلى شىء خارج عنه وهو الإيذاء.

قال فى البحر عن الخلاصة: من اعتقد الحرام حلالا أو على القلب يكفر إذا كان حراما لعينه وثبتت حرمته بدليل قطعى. أما إذا كان حراما لغيره بدليل قطعى أو حراما لعينه بإخبار الآحاد لا يكفر إذا اعتقده حلالا اهـ ومثله فى شرح العقائد النسفية (قوله ثم هو) أى وطء الحائض (قوله لا جاهلا الخ) هو على سبيل اللف والنشر المشوش. والظاهر أن الجهل إنما ينفى كونه كبيرة لا أصل الحرمة، إذ لا عذر بالجهل بالأحكام فى دار الإسلام، أفاده ط

---

(١) (قوله فلعله يفيد التوفيق) هكذا بخطه، ولا وجود لذلك فى نسخ الشارح التى بيدى، فليحرر.

ويندب تصدقه بدينار أو نصفه . ومصرفه كزكاة وهل على المرأة تصدق ؟ قال فى الضياء : الظاهر لا .
(ودم استحاضة) حكمه (كرعاف دائم) وقتاً كاملا (لايمنع صوما وصلاة) ولو نفلا (وجماعا) لحديث « توضئى وصلى وإن قطر الدم على الحصير » .

(قوله ويندب الخ) لما رواه أحمد وأبو داود والترمذى والنسائى عن ابن عباس مرفوعا « فى الذى يأتى امرأته وهى حائض ، قال : يتصدق بدينار أو نصف دينار » ثم قيل إن كان الوطء فى أول الحيض فبدينار أو آخره فبنصفه ، وقيل بدينار لو الدم أسود وبنصفه لو أصفر . قال فى البحر : ويدل له مارواه أبو داود والحاكم وصححه « إذا واقع الرجل أهله وهى حائض ، إن كان دما أحمر فليتصدق بدينار ، وإن كان أصفر فليتصدق بنصف دينار » اه (قوله قال فى الضياء الخ) أى الضياء المعنوى شرح مقدمة الغزنوى ، وأصل البحث للحدادى فى السراج ، ويؤيده ظاهر الأحاديث . وظاهرها أيضا أنه لافرق بين كونه جاهلا بحيضها أولا .

[تتمة] تثبت الحرمة بإخبارها وإن كذبها فتح وبركوى . وحرر فى البحر أن هذا إذا كانت عفيفة أو غلب على الظن صدقها أما لو فاسقة ولم يغلب صدقها ؛ بأن كانت فى غير أوان حيضها لايقبل قولها اتفاقا (قوله وقتا كاملا) ظرف لقوله دائم ، الأولى عدم ذكر هذا القيد : أى قيد الدوام لأنه فى حكمه فى الدوام وعدمه ط (قوله لايمنع صوما الخ) أى ولا قراءة ومس مصحف ودخول مسجد ؛ وكذا لا تمنع عن الطواف إذا أمنت من اللوث . قهستانى عن الخزانة ط .

مطلب فى حكم وطء المستحاضة ومن بذكره نجاسة

(قوله وجماعا) ظاهره جوازه فى حال سيلانه وإن لزم منه تلويث ، وكذا هو ظاهر غيره من المتون والشروح وكذا قولهم : يجوز مباشرة الحائض فوق الإزار وإن لزم منه التلطخ بالدم ، وتمامه فى ط :

وأما مافى شرح المنية فى الأنجاس من أن التلوث بالنجاسة مكروه فالظاهر حمله على ما إذا كان بلا عذر والوطء عذرا . ألا ترى أنه يحل على القول بأن رطوبة الفرج نجسة مع أن فيه تلوثا بالنجاسة ؛ فتخصيص الحل بوقت عدم السيلان يحتاج إلى نقل صريح ولم يوجد ، بل قدمنا عن شروح الهداية التصريح بأن حل الوطء بعد أكثر الحيض غير متوقف على الانقطاع فافهم .

[تنبيه] أفتى بعض الشافعية بحرمة جماع من تنجس ذكره قبل غسله إلا إذا كان به سلس فيحل كوطء المستحاضة مع الجريان ؛ ويظهر أنه عندنا كذلك ، لما فيه من التضمخ بالنجاسة بلا ضرورة لإمكان غسله ، بخلاف وطء المستحاضة ووطء السلس تأمل .

وبقى ما لو كان مستنجيا بغير الماء ، فى فتاوى ابن حجر أن الصواب التفصيل ، وهو أنه إن كان لعدم الماء جاز له الوطء للحاجة ، وإلا فلا . قال : وروى أحمد بسند ضعيف « أن رجلا قال : يارسول الله لرجل يغيب لايقدر على الماء أيجامع أهله؟ قال نعم » اه ملخصا (قوله لحديث توضئى) فإنه ثبت به حكم الصلاة عبارة ، وحكم الصوم والجماع دلالة اه منح ودرر وإبدال الدلالة (١) بالإشارة لايخفى مافيه على من له معرفة بالأصول فافهم

---

(١) (قوله وإبدال الدلالة) تعريض بالحلبى حيث قال وحل الصوم والجماع بالإشارة . وفيه أن الاستدلال بإشارة النص كما تقرر فى الأصول هو العمل بما ثبت بنظمه لغة ، لكنه غير مقصود ولا سيق له النص كما فى قوله تعالى — وعلى المولود له رزقهن — الآية ، سيق لإثبات النفقة ، وفى ذكر المولود له إشارة إلى أن النسب للآباء . وأما الثابت بدلالة النص ، فما ثبت بمعنى النص لغة كالنهى عن التأفيف يوقف به على حرمة الضرب بدون الاجتهاد لأنه أولى ، وهكذا هنا فإنه سيق لبيان صحة الصلاة مع هذا العذر مع أنها تشترط لها الطهارة ، فيوقف بذلك على حكم الصوم والجماع بالأولى لعدم اشتراط الطهارة عن الحدث لهما اه منه .

(والنفاس) لغة : ولادة المرأة . وشرعا (دم) فلو لم تره هل تكون نفساء ؟ المعتمد نعم (ويخرج) من رحم . فلوولدته من سرتها إن سال الدم من الرحم فنفساء وإلا فذات جرح وإن ثبت له أحكام الولد (عقب ولد) أو أكثره ولو متقطعا عضوا عضوا لا لأقله ، فتتوضأ إن قدرت أو تتيمم وتومئ بصلاة ولا تؤخر ، فما عذر الصحيح القادر ؟ .

وحكمه كالحيض فى كل شىء إلا فى سبعة ذكرتها فى الخزائن وشرحى للملتقى : منها أنه (لاحد لأقله) إلا إذا احتيج إليه لعدة كقوله إذا ولدت فأنت طالق ، فقالت مضت عدتى ؛ فقدره الإمام بخمسة وعشرين

ثم الحديث مذكور فى الهداية ، وظاهر الفتح أنه لم يجده بهذا اللفظ ، وذكر عن سنن ابن ماجه « أنه صلى الله عليه وسلم قال لفاطمة بنت أبى حبيش : اجتنبى الصلاة أيام محيضك ثم اغتسلى وتوضئى لكل صلاة وإن قطر الدم على الحصير » ثم تكلم على سنده ، ثم قال : وهو فى البخارى بدون « وإن قطر الدم على الحصير » (قوله والنفاس) بالكسر قاموس (قوله فلو لم تره) أى بأن خرج الولد جافا بلا دم (قوله المعتمد نعم) وعليه فيعمم فى الدم . فيقال دم حقيقة أو حكما كما فى القهستانى (قوله من سرتها) عبارة البحر : من قبل سرتها ؛ بأن كان ببطنها جرح فانشقت وخرج الولد منها اه (قوله فنفساء) لأنه وجد خروج الدم من الرحم عقب الولادة بحر (قوله وإلا) أى بأن سال الدم من السرة (قوله وإن ثبت له أحكام الولد) أى فتنقضى به العدة وتصير الأمة أم ولد . ولو علق طلاقها بولادتها وقع لوجود الشرط بحر عن الظهيرية (قوله فتتوضأ الخ) تفريع على قوله لا لأقله ط (قوله وتومى بصلاة) أى إن لم تقدر على الركوع والسجود . قال فى البحر عن الظهيرية : ولو لم تصل تكون عاصية لربها ثم كيف تصلى ؟ قالوا يؤتى بتدر فيجعل القدر تحتها أو يحفر لها وتجلس هناك وتصلى كى لا تؤذى ولدها اه . (قوله فما عذر الصحيح القادر) استفهام إنكارى : أى لا عذر له فى الترك أو التأخير . قال فى منية المصلى : فانظر وتأمل هذه المسألة هل تجد عذرا لتأخير الصلاة ؟ واويلاه لتاركها (قوله إلا فى سبعة (١)) هى البلوغ والاستبراء والعدة ، وأنه لا حد لأقله ، وأن أكثره أربعون ، وأنه يقطع التتابع فى صوم الكفارة ، وأنه لا يحصل به الفصل بين طلاق السنة والبدعة اه خ فقوله البلوغ الخ لأنه لا يتصور به لأن البلوغ قد حصل بالحبل قبل ذلك

وصورته فى الاستبراء إذا اشترى جارية حاملا فقبضها ووضعت عنده ولدا وبقى ولد آخر فى بطنها . فالدم الذى بين الولدين نفاس ، ولا يحصل الاستبراء إلا بوضع الولد الثانى .

وصورة العدة : إذا قال لامرأته إذا ولدت فأنت طالق فولدت ثم قالت مضت عدتى فإنها تحتاج إلى ثلاث حيض ماخلا النفاس كما سيأتى بيانه اه سراج (قوله بخمسة وعشرين) لأنه لو قدر بأقل لأدى إلى نقض العادة عند عود الدم فى الأربعين ؛ لأن من أصل الإمام أن الدم إذا كان فى الأربعين فالطهر المتخلل لا يفصل طال أو قصر ، حتى لو رأت ساعة دما وأربعين إلا ساعتين طهرا ثم ساعة دما كان الأربعون كلها نفاسا ، وعليه الفتوى :

---

(١) (قوله إلا فى سبعة) أقول : نظم السبعة ابن عبد الرزاق فى شرحه فقال :

حكم النفاس بحكم حيض قرروا ... فى كل شىء غير سبع تذكر
لا ينقضى استدادها به ولا ... بلوغها أيضا بــه يعتبر
والفصل بــين سنة التطليق ... والبدعة قالوا ليس فيه يظهر
وليس فى أقله حد وفى ... أكثره قــل أربعــون حرروا
وليس ذا بقاطع تتابعا ... فى الصوم كفارة تعتبر
فى وهكذا استبراؤها ليس له ... تعلق بــه وذا مشتهر اه منه .

مع ثلاث حيض والثانى بأحد عشر والثالث بساعة .

(وأكثره أربعون يوما) كذا رواه الترمذى وغيره ، ولأن أكثره أربعة أمثال أكثر الحيض .

(والزائد) على أكثره (استحاضة) لو مبتدأة ؛ أما المعتادة فترد لعادتها وكذا الحيض ، فإن انقطع على أكثرهما أو قبله

كذا فى الخلاصة نهر : أى فلو قدر بأقل من خمس وعشرين ثم كان بعده أقل الطهر خمس عشر ثم عاد الدم كان نفاسا فيلزم نقض العادة ، بخلاف ما لو قدر بخمسة وعشرين ، لأن ماعداه يكون حيضا لكونه بعد تمام الأربعين (قوله مع ثلاث حيض) فأدنى مدة تصدق فيها عنده خمسة وثمانون يوما : خمسة وعشرين نفاس ، وخمسة عشر طهر ، ثم ثلاث حيض كل حيضة خمسة أيام ، وطهران بين الحيضتين ثلاثون يوما ، وهذا رواية محمد عنه . وفى رواية الحسن عنه : لاتصدق فى أقل من مائة يوم لتقديره كل حيضة بعشرة أيام ، وتمامه فى السراج (قوله والثانى بأحد عشر) أى وقدر أبو يوسف أقل النفاس بأحد عشر يوما ليكون أكثر من أكثر الحيض ، فأدنى مدة تصدق فيها عنده خمسة وستون يوما ، أحد عشر نفاس ، وخمسة عشر طهر ، وثلاث حيض بتسعة أيام بينهما طهران بثلاثين يوما ح (قوله والثالث بساعة) أى قدره محمد بساعة فتصدق فى أربعة وخمسين يوما وساعة : خمسة عشر طهر ، ثم ثلاث حيض بتسعة ، ثم طهران ثلاثون . قال فى المنظومة النسفية :

أدنى زمان عنده تصدق   فيه التى بعد الولاد تطلق
هى الثمانون بخمس تقرن   ومائة فيما رواه الحسن
والخمس والستون عند الثانى   وحط إحدى عشرة الشيبانى   اه

وهذا كله فى الحرة النفساء ، وأما الأمة وغير النفساء فسيأتى حكمها فى العدة إن شاء الله تعالى (قوله كذا رواه الترمذى وغيره) أى بالمعنى . قال فى الفتح : روى أبو داود والترمذى وغيرهما عن أم سلمة قالت « كانت النفساء تقعد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أربعين يوما » وأثنى البخارى على هذا الحديث . وقال النووى : حديث حسن ، وصححه الحاكم . وروى الدارقطنى وابن ماجه عن أنس « أنه صلى الله عليه وسلم وقت للنفساء أربعين يوما إلا أن ترى الطهر قبل ذلك » وروى هذا من عدة طرق لم تخل عن الطعن ، لكنه يرتفع بكثرتها إلى الحسن اه ملخصا (قوله ولأن أكثره الخ) يعنى بالإجماع كما فى البحر ، حتى إن من جعل أكثر الحيض خمسة عشر يجعل أكثر النفاس ستين ح (قوله لو مبتدأة) يعنى إنما يعتبر الزائد على الأكثر استحاضة فى حق المبتدأة التى لم تثبت لها عادة ، أما المعتادة فترد لعادتها أى ويكون ما زاد على العادة استحاضة ، لاما زاد على الأكثر فقط (قوله فترد لعادتها) أطلقه ، فشمل ما إذا كان ختم عادتها بالدم أو بالطهر ، وهذا عند أبى يوسف . وعند محمد : إن ختم بالدم فكذلك ، وإن بالطهر فلا .

وبيانه ماذكر فى الأصل : إذا كان عادتها فى النفاس ثلاثين يوما فانقطع دمها على رأس عشرين يوما وطهرت عشرة أيام تمام عادتها فصلت وصامت ، ثم عاودها الدم فاستمر بها حتى جاوز الأربعين ذكر أنها مستحاضة فيما زاد على الثلاثين ، ولا يجزيها صومها فى العشرة التى صامت فيلزمها القضاء . أما على مذهب محمد فنفاسها عشرون ، فلا تقضى ما صامت بعدها ، بحر عن البدائع (قوله وكذا الحيض) يعنى إن زاد على عشرة فى المبتدأة فالزائد استحاضة وترد المعتادة لعادتها ط (قوله فإن انقطع على أكثرهما) محترز قوله الزائد ط (قوله أو قبله) أى وقبل الأكثر وزاد على العادة . قال فى البحر : وقيد بكونه زاد على الأكثر ، لأنه لو زاد على العادة ولم يزد على الأكثر

فالكل نفاس. وكذا حيض إن وليه طهر تام وإلا فعادتها وهي تثبت وتنتقل بمرة، به يفتى. وتمامه فيما علقناه على الملتقى.
(والنفاس لأم توأمين من الأول)

فالكل حيض اتفاقا بشرط أن يكون بعده طهر صحيح (قوله إن وليه طهر تام) قال في البحر: وإنما قيدنا به لأنها لو كانت عادتها خمسة أيام مثلا من أول كل شهر فرأت ستة أيام. فإن السادس حيض أيضا. فإن طهرت بعد ذلك أربعة عشر يوما ثم رأت الدم فإنها ترد إلى عادتها وهي خمسة واليوم السادس استحاضة، فتقضي ما تركت فيه من الصلاة، كذا في السراج اه.

قال ح: وصورته في النفاس كانت عادتها في كل نفاس ثلاثين ثم رأت مرة إحدى وثلاثين ثم طهر أربعة عشر ثم رأت الحيض، فإنها ترد إلى عادتها وهي الثلاثون ويحسب اليوم الزائد من الخمسة عشر التي هي طهر (قوله وهي تثبت وتنتقل بمرة) أشار إلى أن ما رأته ثانيا بعد الطهر التام يصير عادة لها. وهذا مثال الانتقال بمرة. ومثال الثبوت مبتدأة رأت دما وطهر الصحيحين ثم استمر بها الدم فعادتها في الدم والطهر ما رأت فترد إليه. لكن قدمنا عن البركوي تقييده بما إذا كان طهرها أقل من ستة أشهر. وإلا فترد إلى ستة أشهر إلا ساعة وحيضها بحاله (قوله به يفتى) هذا قول أبي يوسف خلافا لهما.

ثم الخلاف في العادة الأصلية. وهي أن ترى دمين متفقين وطهرين متفقين على الولاء أو أكثر. لا جعلية بأن ترى أطهارا مختلفة ودماء كذلك فإنها تنتقض برؤية المخالف اتفاقا نهر. وتمام بيان ذلك في فتح وغيره وقد نبه البركوي في هامش رسالته على أن بحث انتقال العادة من أهم مباحث الحيض لكثرة وقوعه وصعوبة فهمه وتعسر إجرائه.

وذكر في الرسالة أن الأصل فيه أن المخالفة للعادة إن كانت في النفاس. فإن جاوز الدم الأربعين والعادة باقية ترد إليها والباقي استحاضة. وإن لم يجاوز انتقلت العادة إلى ما رأته والكل نفاس؛ وإن كانت في الحيض، فإن جاوز العشرة. فإن لم يقع في زمان العادة نصاب انتقلت زمانا والعدد بحاله يعتبر من أول ما رأت. وإن وقع فالواقع في زمانها فقط حيض والباقي استحاضة، فإن كان الواقع مساويا لعادتها عددا فالعادة باقية وإلا انتقلت العادة عددا إلى ما رأته ناقصا، وإن لم يجاوز العشرة فالكل حيض. فإن لم يتساويا صار الثاني عادة وإلا فالعدد بحاله، ثم ذكر لذلك أمثلة أوضح بها المقام، فراجعها مع شرحنا عليها (قوله وتمامه الخ) ذكر فيه ما قدمناه آنفا عن السراج، فالضمير راجع إلى مجموع ما ذكره لا إلى مسألة الانتقال فقط. إذ لم يذكر فيها أزيد مما هنا فافهم.

[تتمة] اختلفوا في المعتادة، هل تترك الصلاة والصوم بمجرد رؤيتها الزيادة على العادة؟ قيل لا لاحتمال الزيادة على العشرة، وقيل نعم استصحابا للأصل. وصححه في النهاية والفتح وغيرهما، وكذا الحكم في النفاس.

واختلفوا في المبتدأة أيضا. والصحيح أنها تترك بمجرد رؤيتها الدم كما في الزيلعي. والاحتياط أن لا يأتيها زوجها حتى يتيقن حالها نوح أفندي (قوله والنفاس لأم توأمين) بفتح التاء وسكون الواو وفتح الهمزة تثنية توأم: اسم ولد إذا كان معه آخر في بطن واحد قهستاني (قوله من الأول) والمرئي عقيب الثاني: إن كان في الأربعين فمن نفاس الأول وإلا فاستحاضة(١) وقيل إذا كان بينهما أربعون يجب عليها نفاس من الثاني. والصحيح هو الأول

---

(١) روى أن أبا يوسف قال للإمام: أرأيت لو كان بين الولدين أربعون يوما؟ قال: هذا لا يكون، قال: فإن كان؟ قال لا نفاس لها من الثاني وإن رغم أنف أبي يوسف، ولكنها تغتسل وقت أن تضع الولد الثاني وتصلي وهو الصحيح كما في الضياء وغيره اه من هامش الخزائن بخطه اه منه.

هما ولدان بينهما دون نصف حول وكذا الثلاثة ولو بين الأول والثالث أكثر منه فى الأصح .

(و) انقضاء (العدة من الأخير وفاقا) لتعلقه بالفراغ (وسقط) مثلث السين : أى مسقوط (ظهر بعض خلقه كيد أو رجل) أو أصبع أو ظفر أو شعر . ولا يستبين خلقه إلا بعد مائة وعشرين يوما (ولد) حكما (فتصير المرأة (به نفساء والأمة أم ولد ويحنث به) فى تعليقه وتنقضى به العدة ، فإن لم يظهر له شىء

نهاية وبحر . ثم ماذكره المصنف قولهما . وعند محمد وزفر النفاس من الثانى والأول استحاضة . وثمرة الخلاف فى النهر (قوله وفاقا) أشار إلى أن فى المسألة الأولى خلافا كما ذكرنا (قوله لتعلقه بالفراغ) أى لتعلق انقضاء العدة بفراغ الرحم وهو لايفرغ إلا بخروج كل مافيه ط (قوله مثلث السين) أى يجوز فيه تحريكها بالحركات الثلاث ، قال القهستانى : والكسر أكثر .

مطلب فى أحوال السقط وأحكامه

(قوله أى مسقوط) الذى فى البحر التعبير بالساقط وهو الحق لفظا ومعنى ؛ أما لفظا فلأن سقط لازم لايبنى منه اسم المفعول . وأما معنى فلأن المقصود سقوط الولد سواء سقط بنفسه أو أسقطه غيره ح (قوله ولا يستبين خلقه الخ) قال فى البحر : المراد نفخ الروح وإلا فالمشاهد ظهور خلقه قبلها اه وكون المراد به ما ذكر ممنوع . وفد وجهه فى البدائع وغيرها بأنه يكون أربعين يوما نطفة وأربعين علقة وأربعين مضغة . وعبارته فى عقد الفرائد قالوا : يباح لها أن تعالج فى استنزال الدم مادام الحمل مضغة أو علقة ولم يخلق له عضو ، وقدروا تلك المدة بمائة وعشرين يوما ، وإنما أباحوا ذلك لأنه ليس بآدمى اه كذا فى النهر .

أقول : لكن يشكل على ذلك قول البحر : إن المشاهد ظهور خلقه قبل هذه المدة ، وهو موافق لما فى بعض روايات الصحيح « إذا مر بالنطفة ثنتان وأربعون ليلة بعث الله إليها ملكا فصوّرها وخلق سمعها وبصرها وجلدها » وأيضا هو موافق لما ذكره الأطباء(١) .

فقد ذكر الشيخ داود فى تذكرته أنه يتحول عظاما مخططة فى اثنين وثلاثين يوما إلى خمسين ، ثم يجتذب الغذاء ويكتسى اللحم إلى خمس وسبعين . ثم تظهر فيه الغاذية والنامية ويكون كالنبات إلى نحو المائة ، ثم يكون كالحيوان النائم إلى عشرين بعدها فتنفخ فيه الروح الحقيقية الإنسانية اه ملخصا .

نعم نقل بعضهم أنه اتفق العلماء على أن نفخ الروح لايكون إلا بعد أربعة أشهر أى عقبها كما صرح به جماعة. وعن ابن عباس أنه بعد أربعة أشهر وعشرة أيام وبه أخذ أحمد ، ولا ينافى ذلك ظهور الخلق قبل ذلك ، لأن نفخ الروح إنما يكون بعد الخلق . وتمام الكلام فى ذلك مبسوط فى شرح الحديث الرابع من الأربعين النووية ، فراجعه (قوله والأمة أم ولد) أى إن ادعاه المولى . قهستانى عن شرح الطحاوى (قوله ويحنث به فى تعليقه) أى بقع

---

(١) ذكر الشيخ داود الأنطاكى فى التذكرة فى بحث الحبل أن أطوار الحمل سبعة : الأول الماء إلى أسبوع ثم يغالف بعده الغشاء الخارج ، ويلتئم داخله ، ويتحول إلى النطفة وهو الطور الثانى وترسم فيه الامتدادات إلى ستة عشر يوما ، فيكون علقة حمراء وهو الثالث ، ثم مضغة وهو الرابع ويرسم فى وسطها شكل القلب ثم الدماغ فى رأس سبعة وعشرين يوما ثم يتحول عظاما مخططة مفصلة فى اثنين وثلاثين يوما ، وهى أقل مدة يتخلق فيها الذكور إلى خمسين يوما لا أقل ولا أكثر وهو الطور الخامس ، ثم يجتذب الغذاء ويكتسى اللحم إلى خمس وسبعين يوما وهو الطور السادس . ثم يتحول خلقا آخر مغايرا لما سبق ، وتمتلئ تجاويفه بالغريزية بل النامية الطبيعية ، وهذا يكون كالنبات إلى نحو المائة ، ثم يكون كالحيوان النائم إلى عشرين بعدها فتنفخ فيه الروح الحقيقية قال : وبهذا يرتفع الخلاف بين الفلاسفة حيث حكموا بنفخ الروح فى رأس سبعين ، وبين ما ذكره الشارع صلى الله عليه وسلم ، فإن الروح الطبيعية وهى حاصلة للنبات ، والثانى الروح التى تستقل بها الإنسانية اه ملخصا اه منه .

فليس بشيء ، والمرئى حيض إن دام ثلاثا وتقدمه طهر تام وإلا استحاضة ، ولو لم يدر حاله ولا عدد أيام حملها ودام الدم تدع الصلاة أيام حيضها بيقين ثم تغتسل ثم تصلى كمعذور .

(ولا يحد إياس بمدة ، بل هو أن تبلغ من السن مالا تحيض مثلها فيه)

المعلق من الطلاق والعتاق وغيرهما بولادته ، بأن قال إن ولدت فأنت طالق أو حرة قهستانى (قوله فليس بشيء) قال الرملى فى حاشية المنح بعد كلام : وحاصله : أنه إن لم يظهر من خلقه شيء فلا حكم له من هذه الأحكام ، وإذا ظهر ولم يتم فلا يغسل ولا يصلى عليه ولا يسمى ، وتحصل له هذه الأحكام ، وإذا تم ولم يستهل أو استهل وقبل أن يخرج أكثره مات فظاهر الرواية لا يغسل أو لا يسمى ، والمختار خلافه كما فى الهداية ، ولا خلاف فى عدم الصلاة عليه وعدم إرثه ويلف فى خرقة ويدفن وفاقا . وإذا خرج كله أو أكثره حيا ثم مات فلا خلاف فى غسله والصلاة عليه وتسميته ، ويرث ويورث إلى غير ذلك من الأحكام المتعلقة بالآدمى الحى الكامل اهـ .

قلت : لكن قوله والمختار خلافه إنما هو فيمن لم يتم خلقه ، أما من تم فلا خلاف فى أنه يغسل كما سيأتى تحريره فى الجنائز إن شاء الله تعالى (قوله والمرئى) أى الدم المرئى مع السقط الذى لم يظهر من خلقه شيء (قوله وتقدمه) أى وجد قبله بعد حيضها السابق ، ليصير فاصلا بين الحيضتين . وزاد فى النهاية قيدا آخر ، وهو أن يوافق تمام عادتها ، ولعله مبنى على أن العادة لا تنتقل بمرة ، والمعتمد خلافه فتأمل (قوله وإلا استحاضة) أى إن لم يدم ثلاثا وتقدمه طهر تام ، أو دام ثلاثا ولم يتقدمه طهر تام ، أو لم يدم ثلاثا ولا تقدمه طهر تام ح (قوله ولو لم يدر حاله الخ) أى لا يدرى أمستبين هو أم لا ؟ بأن أسقطت فى المخرج واستمر بها الدم ، فإذا كان مثلا حيضها عشرة وطهرها عشرين ونفاسها أربعين ، فإن أسقطت من أول أيام حيضها تترك الصلاة عشرة بيقين لأنها إما حائض أو نفساء ثم تغتسل وتصلى عشرين بالشك لاحتمال كونها نفساء أو طاهرة ثم تترك الصلاة عشرة بيقين لأنها إما نفساء أو حائض ، ثم تغتسل وتصلى عشرين بيقين لاستيفاء الأربعين ، ثم بعد ذلك دأبها حيضها عشرة وطهرها عشرون ، وإن أسقطت بعد أيام حيضها فإنها تصلى من ذلك الوقت قدر عادتها فى الطهر بالشك ثم تترك قدر عادتها فى الحيض بيقين .

وحاصل هذا كله أنه لا حكم للشك ، ويجب الاحتياط اهـ من البحر وغيره ، وتمام تفاريع المسألة فى التاترخانية ، ونبه فى الفتح على أن فى كثير من نسخ الخلاصة غلطا فى التصوير من النساخ (قوله ولا عدد أيام حملها) هذا زاده فى النهر بقوله : وكان ينبغى أن يقال ولم تعلم عدد أيام حملها بانقطاع الحيض عنها ، أما لو لم تره مائة وعشرين يوما ثم أسقطته فى المخرج كان مستبين الخلق اهـ (قوله تدع الصلاة أيام حيضها بيقين) أى فى الأيام التى لا تتيقن فيها بالطهر ، فيشمل ما يحتمل المرئى فيها أنه حيض أو نفاس كالعشرة الأولى من الأربعين والعشرة الأخيرة وما تيقن أنه حيض فقط ، وقوله ثم تغتسل الخ : أى فى الأيام التى تتردد فيها بين النفاس والطهر أو تتيقن فيها بالطهر فقط ، فلله در هذا الشارح فقد أدى جميع ما قدمناه عن البحر وغيره مع زيادة ما فى النهر ، وأن صلاتها صلاة المعذور بأوجز عبارة فافهم .

مطلب فى أحكام الآيسة

(قوله ولا يحد إياس بمدة) هذا رواية عن أبى حنيفة كما فى عدة الفتح عن المحيط ح .

ثم إن الإياس مأخوذ من اليأس وهو القنوط ضد الرجاء : قال المطرزى : أصله إيئاس على وزن إفعال من أيأسه : إذا جعله يائسا منقطع الرجاء ، فكأن الشرع جعلها منقطعة الرجاء عن رؤية الدم ، حذفت الهمزة التى

فإذا بلغته وانقطع دمها حكم بإياسها (فما رأته بعد الانقطاع حيض) فيبطل الاعتداد بالأشهر وتفسد الأنكحة.

(وقيل يحد بخمسين سنة وعليه المعول) والفتوى فى زماننا مجتبى وغيره (تيسيرا) وحده فى العادة بخمس وخمسين . قال فى الضياء : وعليه الاعتماد (وما رأته بعدها) أى المدة المذكورة (فليس بحيض فى ظاهر المذهب) إلا إذا كان دما خالصا فحيض حتى يبطل به الاعتداد بالأشهر ، لكن قبل تمامها لا بعده حتى لاتفسد الأنكحة . وهو المختار للفتوى جوهرة وغيرها ، وسنحققه فى العدة .

هى عين الكاملة تخفيفا اه نوح (قوله مثلها) قال فى الفتح فى باب العدة : يمكن أن يكون المراد المماثلة فى تركيب البدن والسمن والهزال اه. ويقال لابد أن يعتبر مع ذلك جنسها لما ذكره بعد الفتح عن محمد أنه قدره فى الروميات بخمس وخمسين وفى غيرهن بستين . وربما يعتبر القطر أيضا، فليحرر رحمتى (قوله فإذا بلغته) فلو لم تبلغه وانقطع دمها فعدتها بالحيض ، لأن الطهر لاحد لأكثره رحمتى .

وعليه فالمرضع التى لاترى الدم فى مدة إرضاعها ، لاتنقضى عدتها إلا بالحيض كما سيأتى التصريح به فى باب العدة .

وقال فى السراج : سئل بعض المشايخ عن المرضعة إذا لم تر حيضا فعالجته حتى رأت صفرة فى أيام الحيض قال : هو حيض تنقضى به العدة اه (قوله وانقطع دمها) أما لو بلغته والدم يأتيها فليست بآيسة ، ومعناه إذا رأت الدم على العادة لأنه حينئذ ظاهر فى أنه ذلك المعتاد ، وعود العادة يبطل الإياس ، ثم فسر بعضهم هذا بأن تراه سائلا كثيرا احترازا عما إذا رأت بلة يسيرة ونحوه ، وقيدوه بأن يكون أحمر أو أسود ، فلو أصفر أو أخضر أو تربية لايكون حيضا ، ومنهم من لم يتصرف فيه فقال : إذا رأته على العادة الجارية وهو يفيد أنها إذا كانت عادتها قبل الإياس أصفر فرأته كذلك أو علقا فرأته كذلك كان حيضا اه فتح من العدة ، والذى يظهر هو الثانى رحمتى (قوله حكم بإياسها) فائدة هذا الحكم الاعتداد بالأشهر إذا لم تر فى أثنائها دما الخ (قوله وحده) أى المصنف فى باب العدة . قال فى البحر : وهو قول مشايخ بخارى وخوارزم ح وبخط الشارح فى هامش الخزائن . قال قاضيخان وغيره : وعليه الفتوى . وفى نكت العلامة قاسم عن المفيد أنه المختار ، ومثله فى الفيض وغيره اه (قوله أى المدة المذكورة) وهى الخمسون أو الخمسة والخمسون ط (قوله فليس بحيض) ولايبطل به الاعتداد بالأشهر ط (قوله دما خالصا) أى كالأسود والأحمر القانى درر . قال الرحمتى : وتقدم عن الفتح أنه لو لم يكن خالصا وكانت عادتها كذلك قبل الإياس يكون حيضا (قوله حتى يبطل) تفريع على الاستثناء (قوله لكن قبل تمامها) أى تمام العدة بالأشهر لابعده : أى بعد تمام الاعتداد ط (قوله وسنحققه فى العدة) عبارته هناك : آيسة اعتدت بالأشهر ثم عاد دمها على جارى العادة أو حبلت من زوج آخر بطلت عـدتها وفسد نكاحها واستأنفت بالحيض ، لأن شرط الخليفة تحقق الإياس عن الأصل وذلك بالعجز إلى الموت ، وهو ظاهر الرواية كما فى الغاية ، واختاره فى الهداية فتعين المصير إليه قاله فى البحر بعد حكاية ستة أقوال مصححة ، وأقره المصنف ، لكن اختار البهنسى ما اختاره الشهيد أنها إن رأته قبل تمام الأشهر استأنفت لابعدها .

قلت : وهو مااختار صدر الشريعة ومنلا خسرو والباقانى ، وأقره المصنف فى باب الحيض ، وعليه فالنكاح جائز ، وتعتد فى المستقبل بالحيض كما صححه فى الخلاصة وغيرها ، وفى الجوهرة والمجتبى أنه الصحيح المختار ، وعليه الفتوى . وفى تصحيح القدورى : وهـذا التصحيح أولى من تصحيح الهداية ، وفى النهر أنه أطال الروايات اه ح .

(وصاحب عذر من به سلس) بول لايمكنه إمساكه (أو استطلاق بطن أو انفلات ريح أو استحاضة) أو بعينه رمد أو عمش أو غرب ، وكذا كل مايخرج بوجع ولو من أذن وثدى وسرة (إن استوعب عذره تمام وقت صلاة مفروضة) بأن لايجد فى جميع وقتها زمنا يتوضأ ويصلى فيه خاليا عن الحدث (ولو حكما) لأن الانقطاع اليسير ملحق بالعدم (وهذا شرط) العذر (فى حق الابتداء ، وفى) حق (البقاء كفى وجوده فى جزء من الوقت) ولو مرة (وفى) حق الزوال يشترط (استيعاب الانقطاع) تمام الوقت (حقيقة) لأنه الانقطاع الكامل .
(وحكمه الوضوء) لاغسل ثوبه

مطلب فى أحكام المعذور

(قوله وصاحب عذر) خبر مقدم ، وقوله من به سلس بول مبتدأ مؤخر لأنه معرفة والأول نكرة فافهم ، قال فى النهر : قيل السلس بفتح اللام نفس الخارج ، وبكسرها من به هذا المرض (قوله لايمكنه إمساكه) أما إذا أمكنه خرج عن كونه صاحب عذر كما يأتى ط (قوله أو استطلاق بطن) أى جريان مافيه من الغائط (قوله أو انفلات ريح) هو من لايملك جمع مقعدته لاسترخاء فيها نهر (قوله أو بعينه رمد) أى ويسيل منه الدمع ، ولم يقيد بذلك لأنه الغالب (قوله أو عمش) ضعف الرؤية مع سيلان الدمع فى أكثر الأوقات ح عن القاموس (قوله أو غرب) قال المطرزى : هو عرق فى مجرى الدمع يسقى فلا ينقطع مثل الباسور . وعن الأصمعى : بعينه غرب إذا كانت تسيل ولا تنقطع دموعها . والغرب بالتحريك : ورم فى المآق اه فافهم (قوله وكذا كل مايخرج بوجع الخ) ظاهره يعم الأنف إذا زكم ط ، لكن صرحوا بأن ماء فم النائم طاهر ولو منتنا فتأمل . وعبارة شرح المنية : كل مايخرج بعلة فالوجع غير قيد كما مر . وفى المجتبى : الدم والقيح والصديد وماء الجرح والنفطة وماء البثرة والثدى والعين والأذن لعلة سواء على الأصح اه وقدمنا فى نواقض الوضوء عن البحر وغيره أن التقييد بالعلة ظاهر فيما إذا كان الخارج من هذه المواضع ماء فقط ، بخلاف ما إذا كان قيحا أو صديدا ، وقدمنا هناك أيضا بقية المباحث المتعلقة بالدمع فراجعها (قوله مفروضة) احترز به عن الوقت المهمل كما بين الطلوع والزوال فإنه وقت لصلاة غير مفروضة وهى العيد والضحى كما سيشير إليه ، فلو استوعبه لايصير معذورا وكذا لو استوعبه الانقطاع لايكون برءا ، أفاده الرحمتى (قوله ولو حكما) أى ولو كان الاستيعاب حكما بأن انقطع العذر فى زمن يسير لايمكنه فيه الوضوء والصلاة فلا يشترط الاستيعاب الحقيقى فى حق الابتداء كما حققه فى الفتح والدرر ، خلافا لما فهمه الزيلعى كما بسطه فى البحر ، قال الرحمتى : ثم هل يشترط أن لايمكنا مع سننهما أو الاقتصار على فرضهما ؟ يراجع اه . أقول : الظاهر الثانى ، تأمل (قوله فى حق الابتداء) أى فى حق ثبوته ابتداء (قوله فى جزء من الوقت) أى من كل وقت بعد ذلك الاستيعاب إمداد (قوله ولو مرة) أى ليعلم بها بقاؤه إمداد (قوله وفى حق الزوال) أى زوال العذر ، وخروج صاحبه عن كونه معذورا (قوله تمام الوقت حقيقة) أى بأن لايوجد العذر فى جزء منه أصلا فيسقط العذر من أول الانقطاع ، حتى لو انقطع فى أثناء الوضوء أو الصلاة ودام الانقطاع إلى آخر الوقت الثانى يعيد ؛ ولو عرض بعد دخول وقت فرض انتظر إلى آخره ، فإن لم ينقطع يتوضأ ويصلى ثم إن انقطع فى أثناء الوقت الثانى يعيد تلك الصلاة ، وإن استوعب الوقت الثانى لايعيد لثبوت العذر حينئذ من وقت العروض اه بركوية ، ونحوه فى الزيلعى والظهيرية . وذكر فى البحر عن السراج أنه لو انقطع بعد الفراغ من الصلاة أو بعد القعود قدر التشهد لايعيد لزوال العذر بعد الفراغ : كالمتيمم إذا رأى الماء بعد الفراغ من الصلاة (قوله وحكمه) أى العذر أو صاحبه (قوله الوضوء) أى مع القدرة عليه وإلا فالتيمم (قوله لاغسل ثوبه) أى إن لم يفد كما يأتى

ونحوه (لـكل فرض) اللام للوقت كما فى ــ لدلوك الشمس ــ (ثم يصلى) به (فيه فرضا ونفلا) فدخل الواجب بالأولى (فإذا خرج الوقت بطل) أى ظهر حدثه السابق ؛ حتى لو توضأ على الانقطاع ودام إلى خروجه لم يبطل بالخروج مالم يطرأ حدث آخر أو يسيل كمسألة مسح خفه .

وأفاد أنه لو توضأ بعد الطلوع ولو لعيد أو ضحى لم يبطل إلا بخروج وقت الظهر .

(وإن سال على ثوبه) فوق الدرهم (جاز له أن لا يغسله إن كان لو غسله تنجس قبل الفراغ منها) أى الصلاة (وإلا) يتنجس قبل فراغه (فلا) يجوز ترك غسله ، هو المختار للفتوى ،

متنا (قوله ونحوه) كالبدن والمكان ط (قوله اللام للوقت) أى فالمعنى لوقت كل صلاة ، بقرينة قوله بعده فإذا خرج الوقت بطل ، فلا يجب لـكل صلاة خلافا للشافعى أخذا من حديث « توضئى لكل صلاة » قال فى الإمداد: وفى شرح مختصر الطحاوى : روى أبو حنيفة عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لفاطمة بنت أبى حبيش: «توضئى لوقت كل صلاة » ولا شك أنه محكم لأنه لا يحتمل غيره بخلاف حديث « لـكل صلاة » فإن لفظ الصلاة شاع استعماله فى لسان الشرع والعرف فى وقتها فوجب حمله على المحكم وتمامه فيه (قوله ثم يصلى به) أى بالوضوء فيه : أى فى الوقت (قوله فرضا) أى أىّ فرض كان نهر : أى فرض الوقت أو غيره من الفوائت (قوله بالأولى) لأنه إذا جاز له النفل وهو غير مطالب به يجوز له الواجب المطالب به بالأولى ، أفاده ح ، أو لأنه إذا جاز له الأعلى والأدنى يجوز الأوسط بالأولى (قوله فإذا خرج الوقت بطل) أفاد أن الوضوء إنما يبطل بخروج الوقت فقط لا بدخوله خلافا لزفر ، ولا بكل منهما خلافا للثانى ، وتأتى ثمرة الخلاف (قوله أى ظهر حدثه السابق) أى السابق على خروج الوقت،وأفاد أنه لا تأثير للخروج فى الانتقاض حقيقة ، وإنما الناقض هو الحدث السابق بشرط الخروج ، فالحدث محكوم بارتفاعه إلى غاية معلومة ، فيظهر عندها مقتصرا لا مستندا ، كما حققه فى الفتح(قوله حتى لو توضأ الخ) تفريع على قوله أى ظهر حدثه السابق ، فإن معناه أنه يظهر حدثه الذى قارن الوضوء أو الذى طرأ عليه بأن توضأ على السيلان أو وجد السيلان بعده فى الوقت أى فأما إذا توضأ على الانقطاع ودام إلى الخروج فلا حدث بل هو طهارة كاملة ، فلا يبطل بالخروج (قوله مالم يطرأ الخ) أى فإنه بعد الخروج لو طرأ : أى عرض له حدث آخر أو سال حدثه يبطل وضوءه بذلك الحدث ، فهو كالصحيح فى ذلك فتدبر (قوله كمسألة مسح خفه) أى التى قدمها فى باب المسح على الخفين بقوله إنه: أى المعذور يمسح فى الوقت فقط إلا إذا توضأ ولبس على الانقطاع فـكالصحيح اهـ وقدمنا أنها رباعية ، لأنه إما أن يتوضأ ويلبس على الانقطاع أو يوجد الحدث مع الوضوء أو مع اللبس أو معهما ، فهو كالصحيح فى الصورة الأولى فقط التى استثناها من المسح فى الوقت فقط وهى المرادة هنا فلما كان حكم هذه المسألة معلوما حيث صرح فيها بأنه كالصحيح أى أنه يمسح فى الوقت وخارجه إلى انتهاء مدة المسح أراد أن يبين أن من توضأ على الانقطاع ودام إلى خروجه فهو كالصحيح أيضا ، فإذا خرج الوقت لا يبطل وضوءه مالم يطرأ حدث آخر ، فتشبيه مسألة الوضوء بمسألة المسح من حيث أن كلا منهما حكمه كالصحيح ، وإن كان حكمهما مختلفا من حيث أنه فى الأولى يبطل وضوءه بطروّ الحدث بعد الوقت ولا يبطل مسحه بذلك فى مدة المسح ؛ بمعنى أنه لا يلزمه نزع الخف والغسل بعد الوقت ، بخلاف الصور الثلاث من الرباعية فافهم (قوله وأفاد) أى بقوله فإذا خرج الوقت بطل، فإن المراد به وقت الفرض لا المهمل (قوله لم يبطل إلا بخروج وقت الظهر) أى خلافا لزفر وأبى يوسف حيث أبطلاه بدخوله وإن توضأ قبل الطلوع بطل أيضا بالطلوع خلافا لزفر فقط لعدم الدخول ، وإن توضأ قبل العصر له بطل اتفاقا لوجود الخروج والدخول والأصل مامر (قوله هو المختار للفتوى) وقيل لا يجب غسله أصلا ، وقيل إن كان مفيدا

وكذا مريض لايبسط ثوباً إلا تنجس فورا له تركه (و) المعذور (إنما تبقى طهارته فى الوقت) بشرطين (إذا) توضأ لعذره و (لم يطرأ عليه حدث آخر ، أما إذا) توضأ لحدث آخر وعذره منقطع ثم سال أو توضأ لعذره ثم (طرأ) عليه حدث آخر ، بأن سال أحد منخريه أوجرحيه أوقرحتيه ولو من جدرى ثم سال الآخر (فلا)تبقى طهارته .

[فروع] يجب رد عذره أو تقليله بقدر قدرته ولو بصلاته موميا ،

بأن لايصيبه مرة أخرى يجب . وإن كان يصيبه المرة بعد الأخرى فلا . واختاره السرخسي بحر .

قلت : بل فى البدائع أنه اختيار مشايخنا . وهو الصحيح اه فان لم يمكن التوفيق بحمله على مافى المتن فهو أوسع على المعذورين . ويؤيد التوفيق مافى الحلبة عن الزاهدى عن البقالى : لو علمت المستحاضة أنها او غسلته يبقى طاهرا إلى أن تصلى يجب بالإجماع . وإن علمت أنه يعود نجسا غسلته عند أبى يوسف دون محمد اه لكن فيما عن الزاهدى أيضا عن قاضى صدر أنه لو يبقى طاهرا إلى أن تفرغ من الصلاة ولايبقى إلى أن يخرج الوقت . فعندنا تصلى بدون غسله خلافا للشافعى ، لأن الرخصة عندنا مقدرة بخروج الوقت وعنده بالفراغ من الصلاة اه لكن هذا قول ابن مقاتل الرازى ، فإنه يقول يجب غسله فى وقت كل صلاة قياسا على الوضوء . وأجاب عنه فى البدائع بأن حكم الحدث عرفناه بالنص ونجاسة الثوب ليست فى معناه فلا تلحق به (قوله وكذا مريض الخ) فى الخلاصة مريض مجروح تحته ثياب نجسة ، إن كان بحال لايبسط تحته شيء إلا تنجس من ساعته له أن يصلى على حاله . وكذا لو لم يتنجس الثانى إلا أنه يزداد مرضه له أن يصلى فيه بحر من باب صلاة المريض . والظاهر أن المراد بقوله من ساعته أن يتنجس نجاسة مانعة قبل الفراغ من الصلاة كما أشار إليه الشارح بقوله وكذا (قوله والمعذور الخ) تقييد لما علم مما مر من أن وضوءه يبقى مادام الوقت باقيا (قوله ولم يطرأ) بالهمز . قال فى المغرب : وطرأ علينا فلان : جاء من بعيد فجأة ، من باب منع ومصدره الطروء . وقولهم طرى الجنون . والطارى خلاف الأصلى . فالصواب الهمزة ، وأما الطريان فخطأ أصلا اه فافهم (قوله أما إذا توضأ لحدث آخر) أى لحدث غير الذى صار به معذورا وكان حدثه منقطعا كما فى شرح المنية : أما إذا كان حدثه غير منقطع وأحدث حدثا آخر ثم توضأ فلا ينتقض بسيلان عذره كما هو ظاهر التقييد ، لأن وضوءه وقع لهما . ثم إن ماذكره الشارح محترز قوله إذا توضأ لعذره .

ووجه النقض فيه بالعذر أن الوضوء لم يقع له فكان عدما فى حقه بدائع ؛ وكذا لو توضأ على الانقطاع ودام إلى خروج الوقت ثم جدد الوضوء فى الوقت الثانى ثم سال انتقض . لأن تجديد الوضوء وقع من غير حاجة فلا يعتد به ، بخلاف ماإذا توضأ بعد السيلان زيلعى (قوله أو توضأ لعذره الخ) محترز قوله ولم يطرأ عليه حدث آخر .

ووجه النقض فيه كما فى البدائع أن هذا حدث جديد لم يكن موجودا وقت الطهارة . فكان هو والبول والغائط سواء اه (قوله بأن سال أحد منخريه) أما لو سال منهما جميعا ثم انقطع أحدهما فهو على وضوئه مابقى الوقت ، لأن طهارته حصلت لهما جميعا ، والطهارة متى وقعت لعذر لايضرها السيلان مابقى الوقت ، فبقى هو صاحب عذر بالمنخر الآخر . وعلى هذا صاحب القروح إذا انقطع السيلان عن بعضها بدائع (قوله ولو من جدرى) بضم الجيم وفتح الدال ط وبخط الشارح فى هامش الخزائن : قوله أو قرحتيه يشمل من به جدرى سال منها ماء فتوضأ ثم سال منها قرحة أخرى فإنه ينتقض ، لأن الجدرى قروح متعددة فصار بمنزلة جرحين فى موضعين من البدن أحدهما لا يرقأ لو توضأ لأجله ثم سال الآخر كما فى شرح المنية اه (قوله فلا تبقى طهارته) جواب أما (قوله أو تقليله) أى إن لم يمكنه رده بالكلية (قوله ولو بصلاته مومئا) أى كما إذا سال عند السجود ولم يسل بدونه فيومئ قائما

وبرده لايبقى ذا عذر بخلاف الحائض .

ولا يصلى من به انفلات ريح خلف من به سلس بول ، لأن معه حدثا ونجسا .

باب الأنجاس

جمع نجس بفتحتين . وهو لغة يعم الحقيقى والحكمى . وعرفا يختص بالأول :

أو قاعدا ، وكذا لو سال عند القيام يصلى قاعدا ، بخلاف من لو استلقى لم يسل فإنه لا يصلى مستلقيا اه بركوية (قوله وبرده لايبقى ذا عذر) قال فى البحر : ومتى قدر المعذور على رد السيلان برباط أو حشو أو كان لو جلس لايسيل ولو قام سال وجب رده ، وخرج برده عن أن يكون صاحب عذر ، ويجب أن يصلى جالسا بإيماء إن سال بالميلان ، لأن ترك السجود أهون من الصلاة مع الحدث اه :

واستفيد من هذا أن صاحب كى الحمصة غير معذور لإمكان رد الخارج برفعها ط ، وهذا إذا كان الخارج منه فيه قوة السيلان بنفسه لو ترك وكان إذا رفعها ينقطع سيلانه أو كان يمكنه ربطه بما يمنعه من السيلان والنش كنحو جلد ، أما إذا كان لاينقطع فى الوقت برفعها ولا يمكنه الربط المذكور فهو معذور، وقدمنا بقية الكلام فى نواقض الوضوء(١) (قوله بخلاف الحائض) لأن الشرع اعتبر دم الحيض كالخارج حيث جعلها حائضا وكان القياس خلافه لانعدام دم الحيض حسا اه حلية ، وهذا إذا منعته بعد نزوله إلى الفرج الخارج كما أفاده البركوى ، لما مر أنه لايثبت الحيض إلا بالبروز لا بالاحساس به خلافا لمحمد ، فلو أحست به فوضعت الكرسف فى الفرج الداخل ومنعته من الخروج فهى طاهرة كما لو حبس المنى فى القصبة (قوله لأن معه حدثا ونجسا) أى بخلاف المقتدى ، فإن معه انفلات الريح وهو حدث فقط . وظاهر التعليل جواز عكس هذه الصورة ، وبه صرح الشارح فى باب الإمامة ، لكن صرح فى النهر هناك بعدم الجواز ، وبأن مجرد اختلاف العذر مانع .

أقول : ويوافقه ماصرح به فى السراج والتبيين والفتح وغيرها ، من أن اقتداء المعذور بالمعذور صحيح إن اتحد عذرهما ، وأوضحه فى شرح المنية فراجعه ، وسيأتى تمامه فى محله إن شاء الله تعالى ، وهو سبحانه وتعالى أعلم .

باب الأنجاس

أى باب بيانها وبيان أحكامها وتطهير محالها . وقدم الحكمية لأنها أقوى ، لكون قليلها يمنع جواز الصلاة اتفاقا ولا يسقط وجوب إزالتها بعذر بحر عن النهاية .

أقول : فيه أن الحكمية لاتتجزأ على الأصح ، فمن بقيت عليه لمعة فهو محدث فلا توصف بالقلة ، وقد تسقط بعذر كما مر أول الطهارة فيمن قطعت يداه ورجلاه وبوجهه جراحة فإنه يصلى بلا وضوء ولا تيمم ولا إعادة عليه (قوله بفتحتين) كذا فى العناية ، ثم قال : وهو كل مستقذر ، وهو فى الأصل مصدر ثم استعمل اسما اه لكن الصحيح ماقاله تاج الشريعة إنه جمع نجس بكسر الجيم ، لما فى العباب : النجس ضد الطاهر ، والنجاسة ضد الطهارة وقد نجس ينجس كسمع يسمع وكرم يكرم ، وإذا قلت رجل نجس بكسر الجيم تنيث وجمعت وبفتحها لم تثن ولم تجمع وتقول رجل ورجلان ورجال وامرأة ونساء نجس اه وتمامه فى شرح الهداية للعينى . وحاصله أن الأنجاس ليس جمعا لمفتوح الجيم بل لمكسورها (قوله يعم الحقيقى والحكمى) والخبث يخص الأول والحدث الثانى بحر ،

---

(١) قال فى البزازية : إذا قدرت المستحاضة أو ذو الجرح أو المفتصد على منع دم بربط وعلى منع النش بخرقة الربط لزم وكان كالأصحاء ، فإن لم يقدر على منع النش فهو ذو عذر اه منه .

(يجوز رفع نجاسة حقيقية عن محلها) ولو إناء أو مأكولا علم محلها أولا (بماء ولو مستعملا) به يفتى (وبكل مائع طاهر قالع) للنجاسة ينعصر بالعصر (كخل وماء ورد) حتى الريق ، فتطهر أصبع وثدى تنجس بلحس ثلاثا (بخلاف نحو لبن) كزيت لأنه غير قالع ، وما قيل إن اللبن وبول مايؤكل مزيل فخلاف المختار .

(ويطهر خف ونحوه) كنعل (تنجس بذى جرم)

فلو قال المصنف رفع خبث بدل قوله رفع نجاسة حقيقية كان أخصر اه ح (قوله يجوز الخ) عبر بالجواز لأنه أطلق فى قوله عن محلها ولم يقيده ببدن المصلى وثوبه ومكانه كما قيده فى الهداية فعبر بالوجوب ، ولأن المقصود كما قال ابن الكمال بيان جواز الطهارة بما ذكر أى من الماء وكل مائع الخ لا بيان وجوبها حالة الصلاة فإنه من مسائل باب شروط الصلاة اه .

على أن الوجوب كما قال فى الفتح مقيد بالإمكان وبما إذا لم يرتكب ماهو أشد ، حتى لو لم يتمكن من إزالتها إلا بابداء عورته للناس يصلى معها لأن كشف العورة أشد ، فلو أبداها للإزالة فسق ، إذ من ابتلى بين محظورين عليه أن يرتكب أهونهما اه وقدم الشارح فى الغسل من الجنابة أنه لايدعه وإن رآه الناس ، وقدمنا ما فيه من البحث هناك (قوله ولو إناء أو مأكولا) أى كقصعة وأدهان ، وهذا حيث أمكن لقوله آخر الباب حنطة طبخت فى خمر لا تطهر أبدا (قوله أولا) كما لو تنجس طرف من ثوبه ونسيه فيغسل طرفا منه ولو بلا تحر كما سيأتى مع مافيه من الكلام (قوله بماء) يستثنى منه الماء المشكوك على أحد القولين كما مر فى الأسآر (قوله به يفتى) أى خلافا لمحمد ، لأنه لايجيز إزالة النجاسة الحقيقية إلا بالماء المطلق بحر ، لكن فيه أنهم ذكروا أن الطهارة بالانقلاب على قول محمد تأمل (قوله وبكل مائع) أى سائل ، فخرج الجامد كالثلج قبل ذوبه أفاده ط .

[تنبيه] صرح فى الحلية فى بحث الاستنجاء بأنه تكره إزالة النجاسة بالمائع المذكور لما فيه من إضاعة المال عند عدم الضرورة (قوله طاهر) فبول مايؤكل لايطهر محل النجاسة اتفاقا ، بل ولا يزيل حكم الغليظة فى المختار فلو غسل به الدم بقيت نجاسة الدم لأنه ماازداد الثوب به إلا شرا ، ولو حلف مافيه دم أى نجاسة دم يحنث ، وعلى الضعيف لا ، وكذا الحكم فى الماء المستعمل على القول بنجاسته ، وتمامه فى النهر (قوله قالع) أى مزيل (قوله ينعصر بالعصر) تفسير لقالع لاقيد آخر اه ح (قوله فتطهر أصبع الخ) عبارة البحر : وعلى هذا فرعوا طهارة الثدى إذا قاء عليه الولد ثم رضعه حتى زال أثر القىء ، وكذا إذا لحس أصبعه من نجاسة حتى ذهب الأثر أو شرب خمرا ثم تردد ريقه فى فيه مرارا طهر ، حتى لو صلى صحت . وعلى قول محمد لا اه وقدمنا فى الأسآر عن الحلية أنه لابد أن يزول أثر الخمر من الريق فى كل مرة . وفى الفتح : صبى ارتضع ثم قاء فأصاب ثياب الأم إن كان ملء الفم فنجس ، فإذا زاد على قدر الدرهم منع . وروى الحسن عن الإمام أنه لايمنع مالم يفحش لأنه لم يتغير من كل وجه وهو الصحيح ؛ وقدمنا مايقتضى طهارته (قوله مزيل) لم يقل مطهر لما علمت من أن بول المأكول لايطهر اتفاقا ؛ وإنما الخلاف فى إزالته للنجاسة الكائنة (قوله فخلاف المختار) وعلى ضعفه فالمراد باللبن مالا دسومة فيه بحر (قوله ويطهر خف ونحوه) احتراز عن الثوب والبدن ؛ فلا يطهران بالدلك إلا فى المنى ؛ وتمامه فى البحر ؛ وأطلقه فشمل ماإذا أصاب النجس موضع الوطء وما فوقه ؛ وهو الصحيح كافى حاشية الحموى (قوله كنعل) ومثله الفرو اه ح عن القهستانى والحموى : أى من غير جانب الشعر ؛ وقيد النعل فى النهر بغير الرقيق ؛ ولم أره لغيره .

وأما قول البحر : قيده أبو يوسف بغير الرقيق ؛ فالمراد به النجس ذو الجرم ؛ ومثل له فى المعراج بالخمر والبول ، فالضمير فى عبارة البحر للنجس لا للنعل (قوله بذى جرم) أى وإن كان رطبا على قول الثانى ؛ وعليه

هو كل مايرى بعد الجفاف ولو من غيرها كخمر وبول أصابه تراب ، به يفتى بدلك يزول به أثرها (وإلا) جرم لها كبول (فيغسل ، و) يطهر (صقيل) لامسام له (كمرآة) وظفر وعظم وزجاج وآنية مدهونة أو خراطي وصفائح فضة غير منقوشة بمسح يزول به أثرها مطلقا ؛ به يفتى .

أكثر المشايخ ؛ وهو الأصح المختار ؛ وعليه الفتوى لعموم البلوى ؛ ولإطلاق حديث أبي داود « إذا جاء أحدكم المسجد فلينظر ، فإن رأى في نعله أذى أو قذرا فليمسحه وليصل فيهما(١) » كما في البحر وغيره (قوله هو كل مايرى بعد الجفاف) أي على ظاهر الخف كالعذرة والدم ، ومالا يرى بعد الجفاف فليس بذي جرم بحر ، ويأتي تمامه قريبا (قوله ولو من غيرها) أي ولو كان الجرم المرئي من غير النجاسة (قوله كخمر وبول الخ) أي بأن ابتل الخف بخمر فمشى به على رمل أو رماد فاستجسد فمسحه بالأرض حتى تناثر طهر . وهو الصحيح بحر عن الزيلعي .

أقول : ومفاده أن الخمر والبول ليس بذي جرم مع أنه قد يرى أثره بعد الجفاف ، فالمراد بذي الجرم ماتكون ذاته مشاهدة بحس البصر ، وبغيره مالا تكون كذلك كما سنذكره مع ما فيه من البحث عند قوله وكذا يطهر محل نجاسة مرئية (قوله بدلك) أي بأن يمسحه مسحا قويا ط ، ومثل الدلك الحك والحت على مافي الجامع الصغير . وفي المغرب : الحت القشر باليد أو العود (قوله يزول به أثرها) أي إلا أن يشق زواله نهر (قوله وألا جرم لها) أي وإن كانت النجاسة المفهومة من المقام لاجرم لها (قوله فيغسل) أي الخف . قال في الذخيرة : والمختار أن يغسل ثلاث مرات ويترك في كل مرة حتى ينقطع التقاطر وتذهب النداوة ، ولا يشترط اليبس (قوله صقيل) احترز به عن نحو الحديد إذا كان عليه صدأ أو منقوشا ، وبقوله لامسام له عن الثوب الصقيل فإن له مساما(٢) ح عن البحر (قوله وآنية مدهونة) أي كالزبدية الصينية حلبية (قوله أو خراطي) بفتح الخاء المعجمة والراء المشددة بعدها ألف وكسر الطاء المهملة آخره ياء مشددة نسبة إلى الخراط ، وهو خشب يخرطه الخراط فيصير صقيلا كالمرآة ح (قوله بمسح) متعلق بيطهر ، وإنما اكتفى بالمسح لأن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يقتلون الكفار بسيوفهم ثم يمسحونها ويصلون معها ولأنه لاتتداخله النجاسة ، وما على ظهره يزول بالمسح بحر (قوله مطلقا) أي سواء أصابه نجس له جرم أولا ، رطبا كان أو يابسا على المختار للفتوى ، شرنبلالية عن البرهان .

قال في الحلية : والذي يظهر أنها لو يابسة ذات جرم تطهر بالحت والمسح بما فيه بلل ظاهر من خرقة أو غيرها حتى يذهب أثرها مع عينها ، ولو يابسة ليست بذات جرم كالبول والخمر فبالمسح بما ذكرناه لاغير ، ولو رطبة ذات جرم أولا فبالمسح بخرقة مبتلة أولا .

[تنبيه] بقي مما يطهر بالمسح موضع الحجامة ؛ ففي الظهيرية إذا مسحها بثلاث خرق رطبات نظاف أجزأه عن الغسل ، وأقره في الفتح ، وقاس عليه ماحول محل الفصد إذا تلطخ ويخاف من الإسالة السريان إلى الثقب . قال في البحر : وهو يقتضي تقييد مسألة المحاجم بما إذا خاف من الإسالة ضررا والمنقول مطلق اهـ .

أقول : وقد نقل في القنية عن نجم الأئمة الاكتفاء فيها بالمسح مرة واحدة إذا زال بها الدم ، لكن في الخانية لو مسح موضع الحجامة بثلاث خرق مبلولة يجوز إن كان الماء متقاطرا اهـ .

والظاهر أن هذا مبني على قول أبي يوسف في المسألة بلزوم الغسل كما نقله عنه في الحلية عن المحيط ، يدل عليه

---

(١) (قوله وليصل فيهما) هكذا بخطه ، ولعله فيها ؛ أي النعل ، وليحرر لفظ الحديث تأمل اهـ مصححه .

(٢) (قوله فإن له مساما) هكذا بخطه ، ولعل صوابه مسام بحذف الألف لكونه على صيغة منتهى الجموع كما لايخفى اهـ مصححه

(و) تطهر (أرض) بخلاف نحو بساط (بيبسها) أى جفافها ولو بريح (وذهاب أثرها كلون) وريح (ل)أجل (صلاة) عليها (لالتيمم) بها ، لأن المشروط لها الطهارة وله الطهورية .

(و) حكم (آجر) ونحوه كلبن (مفروش وخص) بالخاء تحجيرة سطح (وشجر وكلأ قائمين فى أرض كذلك)

مافى الخانية قبل هذه المسألة عن أبى جعفر على بدنه نجاسة فمسحها بخرقة مبلولة ثلاثا يطهر لو الماء متقاطرا على بدنه اه فإنه مع التقاطر يكون غسلا لامسحا ، لما فى الولوالجية أصابه نجاسة فبل يده ثلاثا ومسحها ، إن كانت البلة من يده متقاطرة جاز لأنه يكون غسلا وإلا فلا (قوله بخلاف نحو بساط) أى وحصير وثوب وبدن مما ليس أرضا ولا متصلا بها اتصال قرار (قوله بيبسها) لما فى سنن أبى داود باب طهور الأرض إذا يبست وساق بسنده عن ابن عمر قال « كنت أبيت فى المسجد فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وكنت شاباً عزبا ، وكانت الكلاب تبول وتقبل وتدبر فى المسجد ولم يكونوا يرشون شيئا من ذلك » اه ولو أريد تطهيرها عاجلا يصب عليها الماء ثلاث مرات وتجفف فى كل مرة بخرقة طاهرة ؛ وكذا لو صب عليها الماء بكثرة حتى لايظهر أثر النجاسة شرح المنية وفتح . وهل الماء فى الصورة الثانية نجس أم طاهر ؟ يفهم من قول البحر صب عليها الماء كثيرا ثم تركها حتى نشفت طهرت أنه نجس ، لأنه علق طهارتها بنشافها أى يبسها ، وبه صرح فى التتارخانية عن الحجة حيث قال : ويتنجس الموضع الذى انتقل الماء إليه . وفى البدائع مايدل عليه . والظاهر أن هذا حيث لم يصر الماء جاريا عرفا ، أما لو جرى بعد انفصاله عن محلها ولم يظهر فيه أثرها فينبغى أن يكون طاهرا لأن الجارى لايتنجس وإن لم يكن له مدد مالم يظهر فيه الأثر ، يدل عليه مافى الذخيرة .

وعن الحسن بن أبى مطيع : إذا صب عليها الماء فجرى قدر ذراع طهرت الأرض والماء طاهر ، بمنزلة الماء الجارى .

وفى المنتقى أصابها المطر غالباً وجرى عليها فذلك مطهر لها ، ولو قليلا لم يجر عليها لم تطهر ، فيغسل قدميه وخفيه يريد به إذا كان المطر قليلا ومشى عليها اه فهـذا نص فى المقصود ولله الحمد ، وسنذكر آخر الفصل تمام ذلك (قوله أى جفافها) المراد به ذهاب الندوة ، وفسر الشارح به لأنه المشروط دون اليبس كما دلت عليه عبارات الفقهاء قهستانى، وصرح به ابن الكمال عن الذخيرة (قوله ولو بريح) أشار إلى أن تقييد الهداية وغيرها بالشمس اتفاق فإنه لافرق بين الجفاف بالشمس أو النار أو الريح كما فى الفتح وغيره (قوله كلون وريح) أدخلت الكاف الطعم ، وبه صرح فى البحر والذخيرة وغيرهما (قوله وله الطهورية) لأن الصعيد علم قبل التنجس طاهرا وطهورا وبالتنجس علم زوال الوصفين ثم ثبت بالجفاف شرعا أحدهما أعنى التطهير فيبقى الآخر على ماعلم من زواله ، وإذا لم يكن طهورا لايتيمم به اه فتح (قوله مفروش) أما لو موضوعا غير مثبت فيها ينقل ويحول فلا بد من الغسل ، لأن الطهارة بالجفاف إنما وردت فى الأرض ومثل هذا لايسمى أرضا عرفا ، ولذا لايدخل فى بيع الأرض حكما لعدم اتصاله بها على جهة القرار فلا يلحق بها شارح المنية . زاد فى الحلية : وإذا قلع المفروش بعد ذلك هل يعود نجسا فيه روايتان . قلت : والأشبه عـدم العود اه . وفى البحر عن الخلاصة أنه المختار (قوله بالخاء) أى المعجمة المضمومة والصاد المهملة المشددة (قوله تحجيرة سطح) من الحجر بالفتح : وهو المنع ، وفسره فى الدرر تبعاً لصدر الشريعة بالسترة التى تكون على السطوح أى لأنها تمنع من النظر إلى من هو خلفها ، وفسره فى المغرب والصحاح بالبيت من القصب (قوله وكلأ) بوزن جبل . قال فى المغرب : هو اسم لما يرعاه الدواب رطبا كان

أى كأرض ، فيطهر بجفاف وكذا كل ماكان ثابتا فيها لأخذه حكمها باتصاله بها فالمنفصل يغسل لاغير ، إلا حجرا خشنا كرحى فكأرض .

(ويطهر منى) أى محله (يابسٌ بفرك) ولا يضر بقاء أثره (إن طهر رأس حشفة) كأن كان مستنجيا بماء . وفى المجتبى ، أولج فنزع فأنزل لم يطهر إلا بغسله لتلوثه بالنجس انتهى

أو يابساً (قوله وكذا الخ) ومثله الحصا إذاكان متداخلا فى الأرض كما فى المنية . وفى التاترخانية : أما إذاكان على وجه الأرض لايطهر اهـ . والظاهر أن التراب لايتقيد بذلك ، وإلا لزم تقييد الأرض التى تطهر باليبس بما لا تراب عليها تأمل (قوله إلا حجرا خشنا الخ) فى الخانية مانصه : الحجر إذا أصابته النجاسة ، إن كان حجرا يتشرب النجاسة كحجر الرحى يكون يبسه طهارة ، وإن كان لايتشرب لايطهر إلا بالغسل اهـ ومثله فى البحر .

وبحث فيه فى شرح المنية فقال هـذا بناء على أن النص الوارد فى الأرض معقول المعنى ، لأن الأرض تجذب النجاسة والهواء يجففها فيقاس عليه مايوجد فيه ذلك المعنى الذى هو الاجتذاب ، ولكن يلزم منه أن يطهر اللبن والآجر بالجفاف وذهاب الأثر وإن كان منفصلا عن الأرض لوجود التشرب والاجتذاب اهـ . وعلى هذا استظهر فى الحلية حمل مافى الخانية على الحجر المفروش دون الموضوع ، وهـذا هو المتبادر من عبارة الشرنبلالية ، لكن يرد عليه أنه لايظهر فرق حينئذ بين الخشن وغيره ، فالأولى حمله على المنفصل كما هو المفهوم المتبادر من عبارة الخانية والبحر .

ويجاب عما بحثه فى شرح المنية بأن اللبن والآجر قد خرجا بالطبخ والصنعة عن ماهيتهما الأصلية بخلاف الحجر فإنه على أصل خلقته فأشبه الأرض بأصله ، وأشبه غيرها بانفصاله عنها ، فقلنا إذا كان خشنا فهو فى حكم الأرض لأنه لايتشرب النجاسة ، وإن كان أملس فهو فى حكم غيرها لأنه لايتشرب النجاسة ، والله أعلم (قوله بفرك) هو الحك باليد حتى يتفتت بحر (قوله ولا يضر بقاء أثره) أى كبقائه بعـد الغسل بحر (قوله إن طهر رأس حشفة) قيل هو مقيد أيضا بما إذا لم يسبقه مذى ، فإن سبقه فلا يطهر إلا بالغسل . وعن هذا قال شمس الأئمة الحلوانى : مسألة المنى مشكلة ، لأن كل فحل يمذى ثم يمنى إلا أن يقال إنه مغلوب بالمنى مستهلك فيه فيجعل تبعا اهـ وهـذا ظاهر ، فإنه إذا كان كل فحل كذلك وقد طهره الشرع بالفرك يابساً يلزم أنه اعتبر مستهلكا للضرورة ، بخلاف ماإذا بال فلم يستنج بالماء حتى أمنى لعدم الملجىء اهـ فتح : وما فى البحر من أن ظاهر المتون الإطلاق فإن المذى لم يعف عنه إلا لكونه مستهلكا لا للضرورة فكذا البول ، رده فى النهر بأن الأصل أن لايجعل النجس تبعاً لغيره إلا بدليل وقد قام فى المذى دون البول اهـ . قال الشيخ إسماعيل وهو وجيه كما لايخفى اهـ. وقال العلامة نوح : والحق أن المذى إنما عفى عنه للضرورة لا للاستهلاك ، ثم أطال فى رد مافى حاشيـة أخى جلبى من أن اللائق بحال المسلم أن لايكتفى بالفرك فى المنى أبدا ، لأن القيود المعتبرة فيه مما يستحيل رعايتها عادة فراجعـه (قوله كأن كان مستنجيا بماء) أى بعد البول ، واحترز عن الاستنجاء بالحجر لأنه مقلل للنجاسة لاقالع لها كما مر فى مسألة البئر : قال فى شرح المنية : ولو بال ولم يستنج بالماء ، قيل لايطهر المنى الخارج بعده بالفرك قاله أبو إسحاق الحافظ ، وهكذا روى الحسن عن أصحابنا . وقيل إن لم ينتشر البول على رأس الذكر ولم يجاوز الثقب يطهر به وكذا إن انتشر ولكن خرج المنى دفقا لأنه لم يوجد مروره على البول الخارج ، ولا أثر لمروره عليه فى الداخل لعدم الحكم بنجاسته اهـ .

وحاصله كما قال نوح أفندى : إما أن ينتشر كل من البول والمنى أولا ولا ، أو البول فقط ، أو المنى فقط ، فنى الأول لايطهر بالفرك وفى الثلاثة الأخيرة يطهر (قوله لتلوثه بالنجس) قد يقال بناء على القول المار آنفا إنه

أى برطوبة الفرج ، فيكون مفرعا على قولهما بنجاستها ؛ أما عنده فهى طاهرة كسائر رطوبات البدن جوهرة (وإلا) يكن يابسا أولا رأسها طاهرا (فيغسل) كسائر النجاسات ولو دما عبيطا على المشهور (بلا فرق بين منيه) ولو رقيقا لمرض به (ومنيها) ولا بين منى آدمى وغيره كما بحثه الباقانى (ولا بين ثوب) ولو جديدا أو مبطنا

إذا خرج المنى ولم ينتشر على رأس الذكر لاتلوث فيه أفاده ط (قوله برطوبة الفرج) أى الداخل بدليل قوله أولج. وأما رطوبة الفرج الخارج فطاهرة اتفاقا اهـ ح . وفى منهاج الإمام النووى رطوبة الفرج ليست بنجسة فى الأصح . قال ابن حجر فى شرحه : وهى ماء أبيض متردد بين المذى والعرق يخرج من باطن الفرج الذى لايجب غسله ، بخلاف مايخرج مما يجب غسله فإنه طاهر قطعا ، ومن وراء باطن الفرج فإنه نجس قطعا ككل خارج من الباطن كالماء الخارج مع الولد أو قبيله اهـ وسنذكر فى آخر باب الاستنجاء أن رطوبة الولد طاهرة وكذا السخلة والبيضة (قوله أما عنده) أى عند الإمام ، وظاهر كلامه فى آخر الفصل الآتى أنه المعتمد (قوله أولا رأسها طاهرا) أو مانعة الخلو مجوزة الجمع ، فيصدق بما إذا كان يابسا ورأسها غير طاهر ، أو رطبا ورأسها طاهر ، أو لم يكن يابسا ولا رأسها طاهرا . وفى بعض النسخ بالواو بدل أو ، وهو سهو من الناسخ اهـ ح .

أقول : لاسهو بل غاية مايلزمه أنه تصريح ببعض الصور وهو صورة الجمع دون صورتى الانفراد فافهم (قوله ولو دما عبيطا) بالعين المهملة : أى طريا مغرب وقاموس : أى ولو كانت النجاسة دما عبيطا فإنها لاتطهر إلا بالغسل على المشهور لتصريحهم بأن طهارة الثوب بالفرك إنما هو فى المنى لافى غيره بحر ، فما فى المجتبى لو أصاب الثوب دم عبيط فيبس فحته طهر كالمنى فشاذ نهر ، وكذا مافى القهستانى عن النوازل أن الثوب يطهر عن العذرة الغليظة بالفرك قياسا على المنى اهـ نعم لو خرج المنى دما عبيطا فالظاهر طهارته بالفرك (قوله بلا فرق) أى فى فركه يابسا وغسله طريا (قوله ومنيها) أى المرأة كما صححه فى الخانية ، وهو ظاهر الرواية عندنا كما فى مختارات النوازل ، وجزم فى السراج وغيره بخلافه ، ورجحه فى الحلية بما حاصله أن كلامهم متظافر على أن الاكتفاء بالفرك فى المنى استحسان بالأثر على خلاف القياس ، فلا يلحق به إلا مافى معناه من كل وجه ، والنص ورد فى منى الرجل ومنى المرأة ليس مثله لرقته وغلظ منى الرجل ، والفرك إنما يؤثر زوال المفروك أو تقليله وذلك فيما له جرم ، والرقيق المائع لايحصل من فركه هذا الغرض فيدخل منى المرأة إذا كان غليظا ويخرج منى الرجل إذا كان رقيقا لعارض اهـ

أقول : وقد يؤيد ماصححه فى الخانية بما صح عن عائشة رضى الله عنها «كنت أحك المنى من ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يصلى» ولا خفاء أنه كان من جماع لأن الأنبياء لاتحتلم ، فيلزم اختلاط منى المرأة به ، فيدل على طهارة منيها بالفرك بالأثر لا بالإلحاق فتدبر (قوله كما بحثه الباقانى) لعله فى شرحه على النقاية . وأما فى شرحه على الملتقى فلم أجده فيه ، وسبقه إلى ذلك القهستانى فقال : والمنى شامل لكل حيوان فينبغى أن يطهر به اهـ أى بالفرك .

وفى حاشية أبى السعود : لافرق بين منى الآدمى وغيره كما فى الفيض والقهستانى أيضا ، خلافا لما نقله الحموى عن السمرقندى من تقييده بمنى الآدمى اهـ .

أقول : المنقول فى البحر والتاترخانية أن منى كل حيوان نجس ، وأما عدم الفرق فى التطهير فحتاج إلى نقل ، وما مر عن السمرقندى متجه ولذا قال ح إن الرخصة وردت فى منى الآدمى على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره ، فإن الحق دلالة يحتاج إلى بيان أن منى غير الآدمى خصوصا منى الخنزير والكلب والفيل الداخل فى عموم كلامه فى معنى منى الآدمى ودونه خرط القتاد اهـ .

فى الأصح (وبدن على الظاهر) من المذهب ، ثم هل يعود نجسا ببله بعد فركه ؟ المعتمد لا ، وكذا كل ماحكم بطهارته بغير مائع . وقد أنهيت فى الخزائن المطهرات إلى نيف وثلاثين ، وغيرت نظم ابن وهبان فقلت :

ورأيت فى بعض الهوامش عن شرح النقاية للبرجندى أنه قال : قد ذكروا أن الحكمة فى تطهير الثوب من المنى بالفرك عموم البلوى وعدم تداخله الثوب . فبالنظر إلى الأول لايكون حكم غيره من سائر الحيوانات كذلك اهـ.

[تنبيه] نجاسة المنى عندنا مغلظة سراج ، والعلقة والمضغة نجسان كالمنى نهاية وزيلعى ، وكذا الولد إذا لم يستهل . لما فى الخانية لو سقط فى الماء أفسده وإن غسل ، وكذا لو حمله المصلى لاتصح صلاته بحر . وأما مانقله فى البحر بعد ذلك عن الفتح من أن العلقة إذا صارت مضغة تطهر فمشكل ، إلا أن يجاب بحمله على ما إذا نفخت فيها الروح واستمرت الحياة إلى الولادة تأمل (قوله بغير مائع) أى كالدلك فى الخف ، والجفاف فى الأرض ، والدباغة الحكمية فى الجلد ، وغوران الماء فى البئر ، والمسح فى الصقيل . قال فى البحر بعد سوق عباراتهم فيها : فالحاصل أن التصحيح والاختيار قد اختلف فى كل مسألة منها كما ترى ، فالأولى اعتبار الطهارة فى الكل كما يفيده أصحاب المتون حيث صرحوا بالطهارة فى كل ، واختاره فى الفتح . ولا يرد المستنجى بالحجر إذا دخل الماء فإنه ينجسه ، لأن غير المائع لم يعتبر مطهرا فى البدن إلا فى المنى اهـ أى فالحجر لايطهر محل الاستنجاء من البدن ، وإنما هو مقلل فلذا نجس الماء بخلاف الدلك ونحوه فإنه مطهر ، ومقتضاه أن الخف لو وقع فى ماء قليل لاينجسه . ثم رأيت فى التجنيس قال : ولو ألقى تراب هذه الأرض بعد ماجف فى الماء هل ينجس؟ هو على هاتين الروايتين اهـ أى فعلى رواية الطهارة لاينجس ، وقدمنا أن الآجرة إذا تنجست فجفت ثم قلعت فالمختار عدم العود (قوله وقد أنهيت فى الخزائن الخ) ونصها ذكروا أن التطهير يكون بغسل وجرى الماء على نحو بساط ، ودخوله من جانب وخروجه من آخر بحيث يعد جاريا ، وغسل طرف ثوب نسى محل نجاسته ، ومسح صقيل ، ومسح نطع ، وموضع محجمة وفصد بثلاث خرق ، وجفاف أرض ، ودلك خف ، وفرك منى ، واستنجاء بنحو حجر ، ونحت ملح وخشبة ، وتقور نحو سمن جامد بأن لايستوى من ساعته ، وذكاة ودبغ ونار وندف قطن تنجس أقله ، وقسمة مثلى ، وغسل وبيع وهبة . وأكل لبعضه(١) وانقلاب عين ، وقلبها بجعل أعلى الأرض أسفل ، ونزح بئر وغورانها ، وغوران قدر الواجب وجريانها ، وتخلل خمر ، وكذا تخليلها عندنا ، وغلى اللحم عند الثانى ، ونضح بول صغير عند الشافعى ، فهذه نيف وثلاثون وفى بعضها مسامحة اهـ .

ووجه المسامحة ما أوضحه فى النهر ، من أنه لاينبغى عد التقور (٢) لأن السمن الجامد لم يتنجس كله ، بل ما ألقى منه فقط ولا قلب الأرض لبقاء النجاسة فى الأسفل ، وكذا القسمة والأربعة بعدها ؛ وإنما يجوز الانتفاع لوقوع الشك فى بقاء النجاسة فى الموجود وكذا الندف ، ومن عده شرط كون النجس مقدارا قليلا يذهب بالندف وإلا فلا يطهر كما فى البزازية اهـ .

أقول : ومثل التقور النحت ، على أن فى كثير من هذه المسائل تداخلا ، ولا ينبغى ذكر نضح بول الصبى الصغير بالماء لأنه ليس مذهبنا .

هذا ، وقد زاد بعضهم نفخ الروح بناء على ماقدمناه آنفا عن الفتح ، وزاد بعضهم التمويه كالسكين إذا موه : أى سقى بماء نجس يموه بماء طاهر ثلاثا فيطهر ، وكذا لحس اليد ونحوها (قوله وغيرت نظم ابن وهبان) حيث قال فصل المعاياة ملغزا :

---

(١) (قوله لبعضه) تنازع فيه كل من غسل بيع وهبة وأكل اهـ منه .

(٢) (قوله التقور) بالقاف ، وقول المحقق : بمعنى غوران البئر ، وقول شارح الوهبانية الآتى التقور هو بالقاف : بمعنى تقوير السمن الجامد اهـ منه .

وغسل ومسح والجفاف مطهر ... ونحت وقلب العين والحفر يذكر
ودبغ وتخليل ذكاة تخلل ... وفرك ودلك والدخول التغوّر
تصرفه في البعض ندف ونزحها ... ونار وغلى غسل بعض تقور

(و) يطهر (زيت) تنجس (بجعله صابونا) به يفتى للبلوى . كتنور رش بماء نجس

وآخر دون الفرك والندف والجفا ... ف والنحت قلب العين والغسل يطهر
ولا دبغ تخليل ذكاة تخلل ... ولا المسح والنزح الدخول التغور

وزاد شارحها بيتا فقال :

وأكل وقسم غسل بعض ونحله (١) ... وندف وغلى بيع بعض تقور ا هـ

وأراد بقوله وآخر الحفر : أي ماشيء آخر من المطهرات غير هذه المذكورات (قوله وقلب العين) كانقلاب الخنزير ملحا كما سيأتي متنا (قوله الحفر) أي قلب الأرض بجعل الأعلى أسفل (قوله وتخليل) أي تخليل الخمر بإلقاء شيء فيها وهو كالتخلل بنفسها . وهما داخلان في انقلاب العين كما يعلم من البحر . قال في الفتح : ولو صب ماء في خمر أو بالعكس ثم صار خلا طهر في الصحيح ، بخلاف ما لو وقعت فيها فأرة ثم أخرجت بعد ما تخللت في الصحيح لأنها تنجست بعد التخلل . بخلاف مالو أخرجت قبله اهـ وكذا لو وقعت في العصير أو ولغ فيه كلب ثم تخمر ثم تخلل لا يطهر هو المختار ، بحر عن الخلاصة .

وفي الخانية : خمر صب في قدر الطعام ثم صب فيه الخل وصار حامضا بحيث لا يمكن أكله لحموضته حموضة الخل لابأس بأكله ، وعلى هذا كل ماصب فيه الخل وصار خلا . وكذا لو وقعت فأرة في خمر واستخرجت قبل التفسخ ثم صارت خلا ؛ فلو بعده لا يحل .

والخل النجس إذا صب في خمر فصار خلا يكون نجسا لأن النجس لم يتغير وإذا ألقي في الخمر رغيف أو بصل ثم صار الخمر خلا فالصحيح أنه طاهر اهـ وسيأتي شيء من ذلك في الفروع آخر الفصل الآتي (قوله ذكاة) أي ذبح حيوان فإنه يطهر الجلد ، وكذا اللحم ولو من غير مأكول على أحد التصحيحين كما مر في محله (قوله والدخول) أي دخول الماء الطاهر في الحوض الصغير النجس مع خروجه من جانب آخر وإن قل في الصحيح كما مر (قوله التغور) أي غوران ماء البئر قدر ما يجب نزحه منها مطهر لها كالنزح كما تقدم (قوله تصرفه في البعض) أي من نحو حنطة تنجس بعضها ، والتصرف يعم الأكل والبيع والهبة والصدقة أفاده ح . وهذه المسألة ستأتي متنا ، وينبغي تقييد التصرف بأن يكون بمقدار ما تنجس منها أو أكثر لا أقل ، كما يتقيده ما قدمناه في الندف عن النهر (قوله ونزحها) أي نزح البئر (قوله ونار) كما لو أحرق موضع الدم من رأس الشاة بحر . وله نظائر تأتي قريبا : ولا تظن أن كل ما دخلته النار يطهر كما بلغني عن بعض الناس أنه توهم ذلك ؛ بل المراد أن ما استحالت به النجاسة بالنار أو زال أثرها بها يطهر ، ولذا قيد ذلك في المنية بقوله في مواضع (قوله وغلى) أي بالنار كغلي الدهن أو اللحم ثلاثا على ما سيأتي بيانه (قوله غسل بعض) أي بعض نحو ثوب تنجس شيء منه كما سيأتي الكلام عليه (قوله تقور) أي تقوير نحو سمن جامد من جوانب النجاسة ؛ فهو من استعمال مصدر اللازم في المتعدي كالطهارة بمعنى التطهير كما أفاده الحموي . وخرج بالجامد المائع ، وهو ما ينضم بعضه إلى بعض فإنه ينجس كله ما لم يبلغ القدر الكثير على ما مر اهـ فتح : أي بأن كان عشرا في عشر ، وسيأتي كيفية تطهيره إذا تنجس (قوله ويطهر زيت الخ) قد

---

(١) (قوله ونحله) أي هبته ، من نحل الشيء : وهبه اهـ منه

لابأس بالخبز فيه (كطين تنجس فجعل منه كوز بعد جعله على النار) يطهر إن لم يظهر فيه أثر النجس بعد الطبخ ذكره الحلبي .

(وعفا) الشارع (عن قدر درهم) وإن كره تحريما ؛ فيجب غسله ، وما دونه تنزيها فيسن ، وفوقه مبطل

ذكر هذه المسألة العلامة قاسم فى فتاواه ، وكذا ماسيأتى متنا وشرحها من مسائل التطهير بانقلاب العين ، وذكر الأدلة على ذلك بما لامزيد عليه ، وحقق ودقق كما هو دأبه رحمه الله تعالى ، فليراجع :

ثم هذه المسألة قد فرعوها على قول محمد بالطهارة بانقلاب العين الذى عليه الفتوى واختاره أكثر المشايخ خلافا لأبى يوسف كما فى شرح المنية والفتح وغيرهما . وعبارة المجتبى : جعل الدهن النجس فى صابون يفتى بطهارته لأنه تغير والتغير يطهر عند محمد ، ويفتى به للبلوى اهـ وظاهره أن دهن الميتة كذلك لتعبيره بالنجس دون المتنجس إلا أن يقال هو خاص بالنجس لأن العادة فى الصابون وضع الزيت دون بقية الأدهان تأمل ثم رأيت فى شرح المنية ما يؤيد الأول حيث قال : وعليه يتفرع مالو وقع إنسان أو كلب فى قدر الصابون فصار صابونا يكون طاهرا لتبدل الحقيقة اهـ .

ثم اعلم أن العلة عند محمد هى التغير وانقلاب الحقيقة وأنه يفتى به للبلوى كما علم مما مر ، ومقتضاه عدم اختصاص ذلك الحكم بالصابون ، فيدخل فيه كل ماكان فيه تغير وانقلاب حقيقة وكان فيه بلوى عامة ، فيقال : كذلك فى الدبس المطبوخ إذا كان زبيبه متنجسا ولا سيما أن الفأر يدخله فيبول ويبعر فيه وقد يموت فيه ، وقد بحث كذلك بعض شيوخ مشايخنا فقال : وعلى هذا إذا تنجس السمسم ثم صار طحينة يطهر ، خصوصا وقد عمت به البلوى ، وقاسه على ما إذا وقع عصفور فى بئر حتى صار طينا لايلزم إخراجه لاستحالته .

قلت : لكن قد يقال : إن الدبس ليس فيه انقلاب حقيقة لأنه عصير جمد بالطبخ ؛ وكذا السمسم إذا درس واختلط دهنه بأجزائه ففيه تغير وصف فقط ؛ كلبن صار جبنا ، وبر صار طحينا ، وطحين صار خبزا ؛ بخلاف نحو خمر صار خلا ، وحمار وقع فى مملحة فصار ملحا ، وكذا دردى خمر صار طرطيرا ، وعذرة صارت رمادا أو حمأة ، فإن ذلك كله انقلاب حقيقة إلى حقيقة أخرى لا مجرد انقلاب وصف كما سيأتى ، والله أعلم (قوله رش بماء نجس) أى أو بال فيه صبى أو مسح بخرقة مبتلة نجسة ، حلية (قوله لابأس بالخبز فيه) أى بعد ذهاب البلة النجسة بالنار وإلا تنجس كما فى الخانية (قوله ذكره الحلبى) وعلله بقوله لاضمحلال النجاسة بالنار وزوال أثرها (قوله وعفا الشارع) فيه تغيير للفظ المتن ، لأنه كان مبنيا للمجهول ، لكنه قصد التنبيه على أن ذلك مروى لا لمحض قياس فقط .

قال فى شرح المنية : ولنا أن القليل عفو إجماعا ، إذ الاستنجاء بالحجر كاف بالإجماع وهو لايستأصل النجاسة ، والتقدير بالدرهم مروى عن عمر وعلى وابن مسعود ، وهو مما لايعرف بالرأى فيحمل على السماع اهـ :

وفى الحلية : التقدير بالدرهم وقع على سبيل الكناية عن موضع خروج الحدث من الدبر كما أفاده إبراهيم النخعى بقوله إنهم استكرهوا ذكر المقاعد فى مجالسهم فكنوا عنه بالدرهم ، ويعضده ما ذكره المشايخ عن عمر أنه سئل عن القليل من النجاسة فى الثوب فقال : إذا كان مثل ظفرى هذا لايمنع جواز الصلاة ، قالوا(١) وظفره كان قريبا من كفنا (قوله وإن كره تحريما) أشار إلى أن العفو عنه بالنسبة إلى صحة الصلاة به ، فلا ينافى الإثم كما

---

(١) (قوله قالوا الخ) يقربه ما قالوا فى علم الثوب إنه يحل إذا كان عرض أربع أصابع ، فقيل المراد من أصابع السلف كأصابع عمر رضى الله عنه فإنها قدر شبرنا اهـ منه .

فيفرض ، والعبرة لوقت الصلاة لا الإصابة على الأكثر نهر

استنبطه فى البحر من عبارة السراج ، ونحوه فى شرح المنية فإنه ذكر ما ذكره الشارح من التفصيل ، وقد نقله أيضا فى الحلية عن الينابيع ، لكنه قال بعده : والأقرب أن غسل الدرهم وما دونه مستحب مع العلم به والقدر على غسله ، فتركه حينئذ خلاف الأولى ، نعم الدرهم غسله آكد مما دونه ، فتركه أشد كراهة كما يستفاد من غير ما كتاب من مشاهير كتب المذهب .

ففى المحيط : يكره أن يصلى ومعه قدر درهم أو دونه من النجاسة عالما به لاختلاف الناس فيه . زاد فى مختارات النوازل قادرا على إزالته ، وحديث « تعاد الصلاة من قدر الدرهم من الدم » لم يثبت ، ولو ثبت حمل على استحباب الإعادة توفيقا بينه وبين مادل عليه الإجماع على سقوط غسل المخرج بعد الاستجمار من سقوط قدر الدرهم من النجاسة مطلقا اه ملخصا .

أقول : ويؤيده قوله فى الفتح والصلاة مكروهة مع ما لايمنع ، حتى قيل لو علم قليل النجاسة عليه فى الصلاة يرفضها مالم يخف فوت الوقت أو الجماعة اه ومثله فى النهاية والمحيط كما فى البحر ، فقد سوّى بين الدرهم وما دونه فى الكراهة ورفض الصلاة ، ومعلوم أن مادونه لايكره تحريما إذ لاقائل به ، فالتسوية فى أصل الكراهة التنزيهية وإن تفاوتت فيهما ، ويؤيده تعليل المحيط للكراهة باختلاف الناس فيه إذ لايستلزم التحريم . وفى النتف مانصه : فالواجبة إذا كانت النجاسه أكثر من قدر الدرهم ، والنافلة إذا كانت مقدار الدرهم وما دونه . وما فى الخلاصة من قوله وقدر الدرهم لايمنع ، ويكون مسيئا وإن قل ، فالأفضل أن يغسلها ولا يكون مسيئا اه لايدل على كراهة التحريم فى الدرهم لقول الأصوليين إن الإساءة دون الكراهة ، نعم يدل على تأكد إزالته على مادونه فيوافق مامر عن الحلية ولا يخالف مافى الفتح كما لايخفى ، ويؤيد إطلاق أصحاب المتون قولهم وعفى قدر الدرهم فإنه شامل لعدم الإثم فتقدم هذه النقول على مامر عن الينابيع ، والله تعالى أعلم (قوله والعبرة لوقت الصلاة) أى لو أصاب ثوبه دهن نجس أقل من قدر الدرهم ثم انبسط وقت الصلاة فزاد على الدرهم ، قيل يمنع وبه أخذ الأكثرون كما فى البحر عن السراج : وفى المنية وبه يؤخذ ، وقال شارحها : وتحقيقه أن المعتبر فى المقدار من النجاسة الرقيقة ليس جوهر النجاسة بل جوهر المتنجس عكس الكثيفة فليتأمل اه . وقيل لايمنع اعتبار الوقت الإصابة . قال القهستانى : وهو المختار ، وبه يفتى ، وظاهر الفتح اختياره أيضا . وفى الحلية : وهو الأشبه عندى ، وإليه مال سيدى عبد الغنى . وقال : فلو كانت أزيد من الدرهم وقت الإصابة ثم جفت فخفت فصارت أقل منعت .

هذا ، وفى البحر وغيره : ولايعتبر نفوذ المقدار إلى الوجه الآخر لوالثوب واحدا ، بخلاف ما إذا كان ذا طاقين كدرهم متنجس الوجهين اه . وما فى الخانية من أن الصحيح عدم المنع فى الدرهم لأنه واحد . وفى الخلاصة أنه المختار . قال فى الحلية : الحق أن الذى يظهر خلافه ، لأن نفس مافى أحد الوجهين لاينفذ إلى الآخر ، فلم تكن النجاسة متحدة بل متعددة وهو المناط اه .

[تتمة] قال فى الفتح وغيره : ثم إنما يعتبر المانع مضافا إلى المصلى ، فلو جلس الصبى أو الحمام المتنجس فى حجره جازت صلاته لو الصبى مستمسكا بنفسه ، لأنه هو الحامل لها ، بخلاف غير المستمسك كالرضيع الصغير حيث يصير مضافا إليه ، وبحث فيه فى الحلية بأنه لا أثر فيما يظهر للاستمساك ، لأن المصلى فى المعنى حامل للنجاسة ، ومن ادعاه فعليه البيان ٥

أقول : وهو قوى ، لكن المنقول خلافه . وروى بإسناد حسن عن أنس رضى الله تعالى عنه قال « رأيت

(وهو مثقال) عشرون قيراطا (في) نجس (كثيف) له جرم (وعرض مقعر الكف) وهو داخل مفاصل أصابع اليد (في رقيق من مغلظة كعذرة) آدمي . وكذا كل ماخرج منه موجبا لوضوء أو غسل مغلظ (وبول غير مأكول ولو من صغير لم يطعم) إلا بول الخفاش وخرأه

رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي والحسن على ظهره ، فإذا سجد نحاه » ولا يخفى أن الصغير لايخلو عن النجاسة عادة ، فهو مؤيد للمنقول (قوله وهو مثقال) هذا هو الصحيح ، وقيل يعتبر في كل زمان درهمه بحر . وأفاد أن الدرهم هنا غيره في باب الزكاة فإنه هناك ماكان كل عشرة منه وزن سبعة مثاقيل (قوله في نجس كثيف) لما اختلف تفسير محمد للدرهم ، فتارة فسره بعرض الكف وتارة بالمثقال اختلف المشايخ فيه ، ووفق الهندواني بينهما بما ذكره المصنف . واختاره كثير منهم ، وصححه الزيلعي والزاهدي ، وأقره في الفتح لأن إعمال الروايتين إذا أمكن أولى . وتمامه في البحر والحلية ، ومقتضاه أن قدر الدرهم من الكثيفة لو كان منبسطا في الثوب أكثر من عرض الكف لايمنع كما ذكره سيدى عبد الغني (قوله له جرم) تفسير للكثيف ، وعد منه في الهداية الدم ، وعده قاضيخان مما ليس له جرم ، ووفق في الحلية بحمل الأول على ما إذا كان غليظا ، والثاني على ما إذا كان رقيقا . قال : وينبغي أن يكون المني كذلك اهـ فالمراد بذي الجرم ماتشاهد بالبصر ذاته لا أثره كما مر ويأتي (قوله وهو داخل مفاصل أصابع اليد) قال منلا مسكين : وطريق معرفته أن تغرف الماء باليد ثم تبسط ، فما بقي من الماء فهو مقدار الكف (قوله من مغلظة) متعلق بقوله عفى ط أو بمحذوف صفة لكثيف ورقيق : أي كائنين من نجاسة مغلظة . وقال في الدرر متعلق بقدر الدرهم .

ثم اعلم أن المغلظ من النجاسة عند الإمام ماورد فيه نص لم يعارض بنص آخر ، فإن عورض بنص آخر فمخفف كبول مايؤكل لحمه ، فإن حديث استنزهوا البول (١) يدل على نجاسته ، وحديث العرنيين يدل على طهارته . وعندهما ما اختلف الأئمة في نجاسته فهو مخفف ، فالروث مغلظ عنده لأنه عليه الصلاة والسلام سماه ركسا ولم يعارضه نص آخر . وعندهما مخفف، لقول مالك بطهارته لعموم البلوى ، وتمام تحقيقه في المطولات (قوله كعذرة) تمثيل للمغلظة (قوله وكذا الخ) يرد عليه الريح فإنه طاهر ط أي على الصحيح .

وقد يقال : إن الكلام في الكثيف والرقيق والريح ليس منهما فليتأمل ، أو يقال : ماقي كل ما واقعة على النجس ، لأن المراد بيان التغليظ .

مطلب في طهارة بوله صلى الله عليه وسلم

[تنبيه] صحح بعض أئمة الشافعية طهارة بوله صلى الله عليه وسلم وسائر فضلاته ، وبه قال أبو حنيفة كما نقله في المواهب اللدنية عن شرح البخاري للعيني . وصرح به البيري في شرح الأشباه . وقال الحافظ ابن حجر : تظافرت الأدلة على ذلك . وعد الأئمة ذلك من خصائصه صلى الله عليه وسلم . ونقل بعضهم عن شرح المشكاة لمنلا على القاري أنه قال اختاره كثير من أصحابنا ، وأطال في تحقيقه في شرحه على الشمايل في باب ماجاء في تعطره عليه الصلاة والسلام (قوله مغلظ) لاحاجة إليه مع قوله كذا ط . (قوله لم يطعم) بفتح الياء : أي لم يأكل فلابد من غسله ، واكتفى الإمام الشافعي بالنضح في بول الصبي ط والجواب عما استدل به في المطولات (قوله إلا بول الخفاش) بوزن رمان : وهو الوطواط ، سمي به لصغر عينه وضعف بصره قاموس . وفي البدائع وغيره : بول

---

(١) (قوله استنزهوا البول هكذا بخطه ، والمعروف في الحديث « استنزهوا من البول » وليحرر اهـ مصححه .

فطاهر ، وكذا بول الفأرة لتعذر التحرز عنه ، وعليه الفتوى كما فى التاترخانية ، وسيجىء آخر الكتاب أن خرأها لايفسد مالم يظهر أثره .

وفى الأشباه بول السنور فى غير أوانى الماء عفو . وعليه الفتوى (ودم) مسفوح من سائر الحيوانات إلا دم شهيد مادام عليه ، ومابقى فى لحم مهزول وعروق وكبد وطحال وقلب ومالم يسل . ودم سمك

الخفافيش وخرؤها ليس بنجس لتعذر صيانة الثوب والأوانى عنها، لأنها تبول من الهواء وهى فأرة طيارة فلهذا تبول اه ومقتضاه أن سقوط النجاسة للضرورة ، وهو متجه على القول بأنه لايؤكل ، كما عزاه فى الذخيرة إلى بعض المواضع معللا بأن له نابا ومشى عليه فى الخانية ، لكن نظر فيه فى غاية البيان بأن ذا الناب إنما ينهى عنه إذا كان يصطاد بنابه : أى وهذا ليس كذلك .

وفى المبتغى : قيل يؤكل ، وقيل لا . ونقل العبادى من الشافعية عن محمد أنه حلال ، وعليه فلا إشكال فى طهارة بوله وخرئه ، وتمامه فى الحلية . أقول ، وعليه يتمشى قول الشارح فطاهر وإلا كان الأولى أن يقول فعفو عنه فافهم .

مبحث فى بول الفأرة وبعرها وبول الهرة

(قوله وكذا بول الفأرة الخ) اعلم أنه ذكر فى الخانية أن بول الهرة والفأرة وخرأها نجس فى أظهر الروايات يفسد الماء والثوب . ولو طحن بعر الفأرة مع الحنطة ولم يظهر أثره يعفى عنه للضرورة . وفى الخلاصة : إذا بالت الهرة فى الإناء أو على الثوب تنجس ، وكذا بول الفأرة ، وقال الفقيه أبو جعفر : ينجس الإناء دون الثوب اه . قال فى الفتح : وهو حسن لعادة تخمير الأوانى ، وبول الفأرة فى رواية لابأس به . والمشايخ على أنه نجس لخفة الضرورة بخلاف خرئها ؛ فإن فيه ضرورة فى الحنطة اه .

والحاصل أن ظاهر الرواية نجاسة الكل . لكن الضرورة متحققة فى بول الهرة فى غير المائعات كالثياب . وكذا فى خرء الفأرة فى نحو الحنطة دون الثياب والمائعات . وأما بول الفأرة فالضرورة فيه غير متحققة إلا على تلك الرواية المارة التى ذكر الشارح أن عليها الفتوى ، لكن عبارة التاترخانية : بول الفأرة وخرؤها نجس . وقيل بولها معفو عنه . وعليه الفتوى . وفى الحجة الصحيح أنه نجس اه ولفظ الفتوى وإن كان آكد من لفظ الصحيح إلا أن القول الثانى هنا تأيد بكونه ظاهر الرواية فافهم ، لكن تقدم فى فصل البئر أن الأصح أنه لاينجسه . وقد يقال : إن الضرورة فى البئر متحققة . بخلاف الأوانى لأنها تخمر كما مر فتدبر (قوله إلا دم شهيد) أى ولو مسفوحا كما اقتضاه كلامه وكلام البحر (قوله مادام عليه) فلو حمله المصلى جازت صلاته إلا إذا أصابه منه ؛ لأنه زال عن المكان الذى حكم بطهارته حموى . ونحوه فى الحلية (قوله وما بقى فى لحم الخ) يوهم أن هذه الدماء طاهرة ولو كانت مسفوحة وليس بمراد . فهى خارجة بقيد المسفوح كما هو صريح كلام البحر . وأفاده ح . وفى البزازية : وكذا الدم الباقى فى عروق المذكاة بعد الذبح . وعن الإمام الثانى أنه يفسد الثوب إذا فحش ولا يفسد القدر للضرورة أو الأثر ؛ فإنه كان يرى فى برمة عائشة رضى الله عنها صفرة دم العنق والدم الخارج من الكبد . لو من غيره فنجس . وإن منه فطاهر . وكذا الدم الخارج من اللحم المهزول عند القطع . إن منه فطاهر وإلا فلا . وكذا دم مطلق اللحم ودم القلب . قال القاضى : الكبد والطحال طاهران قبل الغسل . حتى لو طلى به وجه الخف وصلى به جاز اه (قوله ومالم يسل) أى من بدن الإنسان بحر ، لكن فى حواشى الحموى أن التقييد بالإنسان اتفاقى . لأن الظاهر أن غيره كذلك (قوله ودم سمك) لأنه ليس بدم حقيقة ، لأنه إذا يبس يبيض والدم يسود ؛ وشمل

وقمل وبرغوث وبق . زاد في السراج وكتان . وهي كما في القاموس كرمان: دويبة حمراء لساعة ، فالمستثنى اثنا عشر (وخمر) وفي باقي الأشربة روايات التغليظ والتخفيف والطهارة . ورجح في البحر الأول . وفي النهر الأوسط .

(وخرء) كل طير لايذرق في الهواء كبط أهلي (ودجاج) أما مايذرق فيه ، فإن مأكولا فطاهر وإلا فمخفف (وروث وخثي) أفاد بهما نجاسة خرء كل حيوان غير الطيور . وقالا : مخففة . وفي الشرنبلالية قولهما أظهر ،

السمك الكبير إذا سال منه شيء في ظاهر الرواية بحر (قوله وقمل وبرغوث وبق) أي وإن كثر بحر ومنية . وفيه تعريض بما عن بعض الشافعية أنه لايعفى عن الكثير منه ، وشمل ما كان في البدن والثوب تعمد إصابته أولا اهـ حلية . وعليه فلو قتل القمل في ثوبه يعفى عنه ، وتمامه في الحلية . ولو ألقاه في زيت ونحوه لاينجسه ، لما مر في كتاب الطهارة من أن موت مالا نفس له سائلة في الإناء لاينجسه . وفي الحلية البرغوث بالضم والفتح قليل (قوله كرمان) هو الثمر المعروف (قوله دويبة) بضم ففتح فسكون للياء المثناة وتشديد للباء الموحدة تصغير دابة (قوله لساعة) أي شديدة اللسع : وهو العض وتمامه في ح (قوله وخمر) هذا مافي عامة المتون . وفي القهستاني عن فتاوى الديناري قال الإمام خواهر زاده الخمر تمنع الصلاة وإن قلت ، بخلاف سائر النجاسات اهـ (قوله وفي باقي الأشربة) أي المسكرة ولو نبيذا على قول محمد المفتى به ط (قوله وفي النهر الأوسط) واستدل بما في المنية: صلى وفي ثوبه دون الكثير الفاحش من السكر أو المنصف تجزيه في الأصح . قال ح : وهو نص في التخفيف ، فكان هو الحق لأن فيه الرجوع إلى الفرع المنصوص في المذهب . وأما ترجيح صاحب البحر فبحث منه اهـ .

قلت : لكن في القهستاني : وأما سوى الخمر من الأشربة المحرمة فغليظة في ظاهر الرواية خفيفة على قياس قولهما اهـ : فأفاد أن التخفيف مبنى على قولهما أي لثبوت اختلاف الأئمة ، فإن السكر والمصنف وهو الباذق قال بحلهما الإمام الأوزاعي .

ويظهر لي التوفيق بين الروايات الثلاث بأن رواية التغليظ على قول الإمام ، ورواية التخفيف على قولهما ، ورواية الطهارة خاصة بالأشربة المباحة . وينبغي ترجيح التغليظ في الجميع ، يدل عليه مافي غرر الأفكار من كتاب الأشربة حيث قال : وهذه الأشربة عند محمد وموافقيه كخمر بلا تفاوت في الأحكام ، وبهذا يفتى في زماننا اهـ فقوله بلا تفاوت في الأحكام يقتضى أنها مغلظة فتدبر (قوله لايذرق) بالذال المعجمة أو بالزاي ح عن القاموس (قوله كبط أهلي) أما إن كان يطير ولايعيش بين الناس فكالحمامة بحر عن البزازية ، وجعله كالحمامة موافق لرواية الكرخي كما يأتي (قوله ودجاج) بتثليث الدال يقع على الذكر والأنثى حلية (قوله فإن مأكولا) كحمام وعصفور (قوله فطاهر) وقيل معفو عنه لو قليلا لعموم البلوى ، والأول أشبه ، وهو ظاهر البدائع والخانية حلية (قوله وإلا فمخفف) أي وإلا يكن مأكولا كالصقر والبازي والحدأة ، فهو نجس مخفف عنده مغلظ عندهما ، وهذه رواية الهندواني . وروى الكرخي أنه طاهر عندهما مغلظ عند محمد ، وتمامه في البحر ويأتي (قوله وروث وخثي) قدمنا في فصل البئر أن الروث للفرس والبغل والحمار ، والخثي بكسر فسكون للبقر والفيل ، والبعر للإبل والغنم ، والخرء للطيور ، والنجو للكلب ، والعذرة للإنسان (قوله أفاد بهما نجاسة خرء كل حيوان) أراد بالنجاسة المغلظة ، لأن الكلام فيها ولانصراف الاطلاق إليها كما يأتي ، ولقوله وقالا مخففة ، وأراد بالحيوان ماله روث أو خثي : أي سواء كان مأكولا كالفرس والبقر ، أولا كالحمار وإلا فخرء الآدمي وسباع البهائم متفق على تغليظه كما في الفتح والبحر وغيرهما فافهم (قوله وفي الشرنبلالية الخ) عزاه فيها إلى [مواهب الرحمن] لكن في النكت للعلامة قاسم إن قول الإمام بالتغليظ رجحه في المبسوط وغيره اهـ ولذا جرى عليه أصحاب المتون

وطهرهما محمد آخرا للبلوى ، وبه قال مالك .

(ولو أصابه من) نجاسة (غليظة و) نجاسة (خفيفة جعلت الخفيفة تبعا للغليظة) احتياطا كما فى الظهيرية ، ثم متى أطلقوا النجاسة فظاهره التغليظ .

(وعفى دون ربع) جميع بدن و (ثوب) ولو كبيرا هو المختار ، ذكره الحلبى ، ورجحه فى النهر على التقدير

(قوله وطهرهما محمد آخرا) أى فى آخر أمره حين دخل الرى مع الخليفة ورأى بلوى الناس من امتلاء الطرق والخانات بها ، وقاس المشايخ على قوله هذا طين بخارى فتح (قوله وبه قال مالك) فيه أنه يقول : ما أكل لحمه فبوله ورجيعه طاهر فقط ؛ فلا يقول بطهارة روث الحمار ط (قوله كما فى الظهيرية) ونصها على مافى البحر : وإن أصابه بول الشاة وبول الآدمى تجعل الخفيفة تبعا للغليظة اه وظاهره ولو الخفيفة أكثر من الغليظة كما قاله ط .

قلت : لكن فى القهستانى : تجمع النجاسة المتفرقة فتجعل الخفيفة غليظة إذا كانت نصفا أو أقل من الغليظة كما فى المنية اه . ونحوه مافى القنية : نصف النجاسة الخفيفة ونصف الغليظة يجمعان اه .

ويمكن أن يقال : معنى الأول أنه إذا اختلطت الخفيفة بالغليظة جعلت تبعا للغليظة ، فإذا زادت على الدرهم منعت الصلاة كما لو اختلطت الغليظة بماء طاهر ؛ ومعنى الثانى أنه إذا كان كل منهما فى موضع ولم يبلغ كل منهما بانفراده القدر المانع ، فترجح الغليظة لو كانت أكثر أو مساوية للخفيفة ، فإذا زاد مجموعهما على الدرهم منع . ولو كانت الخفيفة أكثر ترجحت فإذا بلغ مجموعهما ربع الثوب منع .

والحاصل أنه إن اختلطا ترجح الغليظة مطلقا وإلا فإن تساويا أو زادت الغليظة فكذلك وإلا ترجح الخفيفة . فاغتنم هذا التحرير (قوله ثم متى أطلقوا النجاسة الخ) أى كإطلاقهم النجاسة فى الأسآر النجسة وفى جلد الحية وإن كانت مذبوحة لأن جلدها لايحتمل الدباغة اه بحر (قوله فظاهره التغليظ) هو لصاحب البحر حيث قال : والظاهر أنها مغلظة وأنها المرادة عند إطلاقهم (قوله دون) بالرفع نائب فاعل عفى (قوله وثوب) أى ونحوه كالخف فإنه يعتبر فيه قدر الربع ، والمراد ربع مادون الكعبين لاما فوقهما لأنه زائد على الخف اه خانية (قوله ولو كبيرا الخ) اعلم أنهم اختلفوا فى كيفية اعتبار الربع على ثلاثة أقوال : فقيل ربع طرف أصابته النجاسة . كالذيل والكم والدخريص(١) إن كان المصاب ثوبا ، وربع العضو المصاب كاليد والرجل إن كان بدنا ، وصححه فى التحفة والمحيط والمجتبى والسراج . وفى الحقائق : وعليه الفتوى ، وقيل ربع جميع الثوب والبدن وصححه فى المبسوط وهو ماذكره الشارح ، وقيل ربع أدنى ثوب تجوز فيه الصلاة كالمئزر . قال الأقطع : وهذا أصح ماروى فيه اه لكنه قاصر على الثوب ، فقد اختلف التصحيح كما ترى ، لكن ترجح الأول بأن الفتوى عليه ، ووفق فى الفتح بين الأخيرين بأن المراد اعتبار ربع الثوب الذى هو عليه سواء كان ساترا لجميع البدن أو أدنى ماتجوز فيه الصلاة اه وهو حسن جدا ، ولم ينقل القول الأول أصلا بحر (قوله ورجحه فى النهر) أى بأنه ظاهر كلام الكنز وبتصحيح المبسوط له ، وبأن المانع هو الكثير الفاحش ، ولا شك أن ربع المصاب ليس كثيرا فضلا عن أن يكون فاحشا اه .

أقول : تصحيح المبسوط معارض بتصحيح غيره ، والمراد بالكثير الفاحش ما كثر بالنسبة إلى المصاب ؛ فربع الثوب كثير بالنسبة إلى الثوب ، وربع الذيل أو الكم مثلا كثير بالنسبة إلى الذيل أو الكم ، وكذا ربع أدنى ثوب تجوز فيه الصلاة كثير بالنسبة إليه كما صرح بذلك فى الفتح (قوله وإن قال الخ) فيه نظر لأن لفظ الفتوى

---

(١) (قوله والدخريص) هو بكسر الدال المهملة وسكون الخاء المعجمة وبالصاد المهملة ، قيل معرب ، وقيل عربى . وهو عنه العرب البنيقة ؛ والدخرص والدخروصة لغة والجمع دخارص كما فى المصباح اه من شرح الشيخ إسمعيل اه منه .

بربع المصاب كيد وكم وإن قال فى الحقائق وعليه الفتوى (من) نجاسة (مخففة كبول مأكول) ومنه الفرس ، وطهره محمد (وخرء طير) من السباع أو غيرها (غير مأكول) وقيل طاهر وصحح ؛ ثم الخفة إنما تظهر فى غير الماء فليحفظ (و) عفى (دم سمك ولعاب بغل وحمار) والمذهب طهارتها (وبول انتضح كرؤوس إبر) وكذا

آكد من لفظ الأصح ونحوه منح ، ومفاده ترجيح القول بربع المصاب وهو مفاد مامر عن البحر ، لكن اعترضه الخير الرملى بأن هذا القول يؤدى إلى التشديد لا إلى التخفيف فإنه قد لا يبلغ ربع المصاب الدرهم فيلزم جعله مانعا فى المخففة مع أنه معفو عنه فى المغلظة إذ لو كان المصاب الأنملة من البدن يلزم القول بمنع ربعها على القول بمنع ربع المصاب اه . وفيه نظر لأن مقتضى قولهم كاليد والرجل اعتبار كل من اليد والرجل بتمامه عضوا واحدا فلا يلزم ماقال تأمل (قوله ومنه الفرس) أى من المأكول ، وإنما نبه عليه لئلا يتوهم أنه داخل فى غير المأكول عند الإمام فيكون مغلظا لأن الإمام إنما كره لحمه تنزيها أو تحريما على اختلاف التصحيح لأنه آلة الجهاد ، لا لأن لحمه نجس بدليل أن سؤره طاهر اتفاقا كما فى البحر (قوله وطهره محمد) الضمير لبول المأكول الشامل للفرس ح (قوله وصحح) صححه فى المبسوط وغيره وهو رواية الكرخى كما مر ، وروى الهندوانى النجاسة ، وصححه الزيلعى وغيره قال فى البحر : والأولى اعتماده لموافقته للمتون ، ولذا قال فى الحلية إنه أوجه (قوله ثم الخفة إنما تظهر فى غير الماء) اقتصر فى الكافى على ظهورها فى الثياب . قال فى البحر : والبدن كالثياب فلذا عمم الشارح ، لكن الظاهر من كلام الكافى الاحتراز عن المائعات لا عن خصوص الماء .

والحاصل أن المائع متى أصابته نجاسة خفيفة أو غليظة وإن قلت تنجس ولا يعتبر فيه ربع ولا درهم ، نعم تظهر الخفة فيما إذا أصاب هذا المائع ثوبا أو بدنا فيعتبر فيه الربع كما أفاده الرحمتى ، واستثنى ح خرء طير لا يؤكل بالنسبة إلى البئر فإنه لا ينجسها لتعذر صونها عنه كما تقدم فى البئر (قوله وعفى دم سمك) صرح بالفعل إشارة إلى أن قول المصنف ودم سمك الخ معطوف على قوله دون ربع ثوب (قوله والمذهب طهارتها) إنما قال ذلك لأن المتن يقتضى نجاستها بناء على ماروى عن أبى يوسف من نجاسة دم السمك الكبير نجاسة غليظة ، وسؤر الحمار والبغل نجاسة خفيفة كما ذكره فى هامش الخزائن . والمذهب أن دم السمك طاهر لأنه دم صورة لا حقيقة وأن سؤر هذين طاهر قطعا ، والشك فى طهوريته فيكون لعابهما طاهرا (قوله وبول انتضح) أى ترشش ، وشمل بوله وبول غيره بحر ، وكالبول الدم على ثوب القصاب حلية عن الحاوى القدسى ، وظاهر التقييد بالقصاب أى اللحام أنه لا يعفى عنه فى ثوب غير القصاب ، لأن العلة الضرورة ولا ضرورة لغيره ، وتأمله مع قول البحر المار وشمل بوله وبول غيره (قوله كرؤوس إبر) بكسر الهمزة جمع إبرة احتراز عن المسلة كما فى شرح المنية والفتح (قوله وكذا جانبها الآخر) أى خلافا لأبى جعفر الهندوانى حيث منع بالجانب الآخر وغيره من المشايخ قالوا لا يعتبر الجانبان ، واختاره فى الكافى حلية ؛ فرؤوس الإبل تمثيل للتقليل كما فى القهستانى عن الطلبة ، لكن فيه أيضا عن الكرمانى أن هذا مالم ير على الثوب وإلا وجب غسله إذا صار بالجمع أكثر من قدر الدرهم اه وكذا نبه عليه فى شرح المنية فقال : والتقييد بعدم إدراك الطرف ذكره المعلى فى نوادره عن أبى يوسف .

مطلب إذا صرح بعض الأئمة بقيد لم يصرح غيره بخلافه وجب اتباعه

وإذا صرح بعض الأئمة بقيد لم يرد عن غيره منهم تصريح بخلافه يجب أن يعتبر سيما والموضع موضع احتياط ولا حرج فى التحرز عن مثله ، بخلاف مالا يرى كما فى أثر أرجل الذباب ، فإن فى التحرز عنه حرجا ظاهرا اه .
أقول : الذى يظهر لى أن هذا التقييد موافق لقول الهندوانى ، وقد علمت تصريح غيره من المشايخ بخلافه

جانبها الآخر وإن كثر بإصابة الماء للضرورة ، لكن لو وقع فى ماء قليل نجسه فى الأصح ، لأن طهارة الماء

لأن مقدار الجانب الآخر من الإبرة يدركه الطرف ، ثم رأيت فى الحلية ذكر أن مافى غاية البيان من أن التقييد برؤوس الإبر احتراز عن رؤوس المسال هو بما عن الهندوانى أشبه ، ولعله المراد بما فى نوادر المعلى اهـ وهذا عين مافهمته، ولله الحمد .

والحاصل أن فى المسألة قولين مبنيين على الاختلاف فى المراد من قول محمد كرؤوس الإبر :

أحدهما أنه قيد احترز به عن رأسها من الجانب الآخر وعن رؤوس المسال ، ويؤيده رواية المعلى عن أبى يوسف من التقييد بما لا يدركه الطرف .

ثانيهما أنه غير قيد وإنما هو تمثيل للتقليل ، فيعفى عنه سواء كان مقدار رأسها من جانب الخرز أو من جانب الثقب ، ومثله ما كان كرأس المسلة ، وقد علمت أنه فى الكافى اختار القول الثانى ، ولكن ظاهر المتون والشروح اختيار الأول لأن العلة الضرورة قياسا على ماعمت به البلوى مما على أرجل الذباب فإنه يقع على النجاسة ثم يقع على الثياب . قال فى النهاية : ولا يستطاع الاحتراز عنه ، ولا يستحسن لأحد استعداد ثوب لدخول الخلاء ، وروى أن محمد بن على زين العابدين تكلف لبيت الخلاء ثوبا ثم تركه ، وقال : لم يتكلف لهذا من هو خير منى يعنى رسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفاء رضى الله عنهم اهـ .

وقد يقال : إن قول المتون كرؤوس الإبر اتباع لعبارة محمد لا للاحتراز عن الجانب الآخر ، ولذا لم يجعله للاحتراز إلا الهندوانى ، وخالفه غيره من المشايخ معللين بدفع الحرج ، ولا شك فى وجود الحرج فى ذلك فلذا اختاره فى الكافى اتباعا لما عليه أكثر المشايخ . وقال فى متن مواهب الرحمن : وعفى عن رشاش بول كرؤوس الإبر ، وقيل يعتبره أى أبو يوسف إن رؤى أثره ، فأفاد بقيل ضعف اعتبار مايدركه الطرف وهو رواية المعلى السابقة .

وقد ظهر مما قررناه أن الخلاف فيما يرى أثره وهو مايدركه الطرف ، وأن الأرجح العفو عنه وعدم اعتباره كما مشى عليه الشارح ، وظهر أن المراد به ما كان مثل رأس الإبرة من الجانب الآخر لا أكبر من ذلك . وظهر أيضا أن مالا يدركه الطرف ما كان مثل رؤوس الإبر وأرجل الذباب فإنه لا يدركه الطرف المعتدل مالم يقرب إليه جدا أى مع مغايرة لون الرشاش للون الثوب ، وإلا فقد لا يرى أصلا . وينبغى أنه لو شك أنه يدركه بالطرف أم لا أنه يعفى عنه اتفاقا لأن الأصل طهارة الثوب وشك فيما ينجسه ، هذا ما ظهر لى فى هذا المحل ، والله أعلم (قوله نجسه فى الأصح) قال فى الحلية : ثم لو وقع هذا الثوب المنتضح عليه البول مثل رؤوس الإبر فى الماء القليل هل ينجس؟ ففى الخلاصة عن أبى جعفر : لقائل أن يقول ينجس ، ولقائل أن يقول لا ينجس ، وهذا فرع مسألة الاستنجاء يعنى لو استنجى بغير الماء ثم ابتل ذلك الموضع ثم أصاب من ذلك ثوبه أو بدنه ، فالمختار أنه يتنجس إن كان أكثر من قدر الدرهم اهـ . ثم ذكر فى الحلية عن الكفاية مايفيد أن الكلام فيما يرى أثره ، ثم قال وهو المتجه اهـ ويدل عليه ماقدمناه من اختيار أكثر المشايخ عدم اعتبار رؤوس الإبر من الجانبين خلافا للهندوانى . وقول الخلاصة المار : المختار أنه ينجس إن كان أكثر من قدر الدرهم غير ظاهر لأن الماء ينجسه ماقل وكثر ، فإذا لم ينجس بأقل من الدرهم لا ينجس بالأكثر منه .

ثم اعلم أن وقوع الرشاش فى الماء ابتداء مثل وقوع هذا الثوب فيه كما فى السراج وغيره . هذا ، وفى القهستانى عن التمرتاشى إن استبان أثره على الثوب بأن تدركه العين أو على الماء بأن ينفرج أو يتحرك فلا عبرة به ، وعن الشيخين أنه معتبر اهـ وظاهره أن المعتمد عدم اعتبار ماظهر أثره فى الثوب والماء ، وفى ذلك تأييد لما قدمناه فافهم

آكد جوهرة :
وفى القنية : لو اتصل وانبسط وزاد على قدر الدرهم ينبغى أن يكون كالدهن النجس إذا انبسط ، وطين شارع

(قوله جوهرة) ومثله فى القهستانى ، وقدمناه عن الفيض أيضا خلافا لما مشى عليه المصنف تبعاً للدرر فى فصل البئر فافهم ، نعم يؤيده مانقله القهستانى آنفا عن التمرتاشى ، والله أعلم (قوله لو اتصل وانبسط) أى مايصيب الثوب مثل رؤوس الإبر كما هو عبارة القنية ونقلها فى البحر فافهم (قوله ينبغى أن يكون كالدهن الخ) أى فيكون مانعا للصلاة . ووجه إلحاقه بالدهن أن كلا منهما كان أولا غير مانع ثم منع بعد زيادته على الدرهم ، لكن قد يفرق بينهما بأن البول الذى كرؤوس الإبر اعتبر كالعدم للضرورة ولم يعتبروا فيه قدر الدرهم بدليل مافى البحر أنه معفو عنه للضرورة وإن امتلأ الثوب اه ومعلوم أن مايملأ الثوب يزيد على الدرهم ، وكذا قول الشارح وإن كثر بإصابة الماء ، فإنه لافرق بين كثرته بالماء وبين اتصال بعضه ببعض . ونظيره ماليس فيه قوة السيلان من الخارج من الجسد فإنه ساقط الاعتبار وإن كثر وعم الثوب ، وقد صرح فى الحلية بعين ماقلنا فقال : ماليس بكثير من النجاسة منه ماهو مهدر الاعتبار فلا يجمع بحال . وعليه مافى الحاوى القدسى أن ماأصاب من رش البول مثل رؤوس الإبر ، ونحوه الدم على ثوب القصاب ، ومالا ينقض الوضوء من بلة الجرح أو القىء معفو عنه وإن كثر . وما فى المحيط من أنه لو أصاب موضع ذلك الرش ماء فإنه لاينجسه اه نعم لو كان الرش مما يدرك بالطرف بأن كان أكبر من رؤوس الإبر من الجانب الآخر على مامر فإنه يجمع ويمنع وإن كان فى مواضع متفرقة كما يعلم مما قدمناه عن القهستانى عن الكرمانى :

وفى القهستانى أيضا . لو أصاب قدر مايرى من النجاسة أثوابا عمامة وقميصا وسراويل مثلا منع الصلاة إذا كان بحيث إذا جمع صار أكثر من قدر الدرهم اه لكن كلام القنية صريح فى أن الذى يجمع ويمنع ماكان مثل رؤوس الإبر كما قدمناه ، فيرد عليه ماعلمته من أن ماكان كذلك فهو مهدر الاعتبار ولا ينفعه هذا التأويل ، فافهم واغتنم هذا التحرير .

مطلب فى العفو عن طين الشارع

(قوله وطين شارع) مبتدأ خبره قوله عفو والشارع الطريق ط . وفى الفيض : طين الشوارع عفو وإن ملأ الثوب للضرورة ولو مختلطا بالعذرات وتجوز الصلاة معه اه وقدمنا أن هذا قاسه المشايخ على قول محمد آخرا بطهارة الروث والخثى ، ومقتضاه أنه طاهر لكن لم يقبله الإمام الحلوانى كما فى الخلاصة . قال فى الحلية : أى لايقبل كونه طاهراً وهو متجه ، بل الأشبه المنع بالقدر الفاحش منه إلا لمن ابتلى به بحيث يجىء ويذهب فى أيام الأوحال فى بلادنا الشامية لعدم انفكاك طرقها من النجاسة غالباً مع عسر الاحتراز ، بخلاف من لايمر بها أصلا فى هذه الحالة فلا يعفى فى حقه حتى إن هذا لايصلى فى ثوب ذاك اه .

أقول : والعفو مقيد بما إذا لم يظهر فيه أثر النجاسة كما نقله فى الفتح عن التجنيس . وقال القهستانى : إنه الصحيح ، لكن حكى فى القنية قولين وارتضاها ؛ فحكى عن أبى نصر الدبوسى أنه طاهر إلا إذا رأى عين النجاسة ، وقال : وهو صحيح من حيث الرواية وقريب من حيث المنصوص ؛ ثم نقل عن غيره فقال : إن غلبت النجاسة لم يجز ، وإن غلب الطين فطاهر . ثم قال : وإنه حسن عند المنصف دون المعاند اه . والقول الثانى مبنى على القول بأنه إذا اختلط ماء وتراب وأحدهما نجس فالعبرة للغالب ، وفيه أقوال ستأتى فى الفروع .
والحاصل أن الذى ينبغى أنه حيث كان العفو للضرورة وعدم إمكان الاحتراز أن يقال بالعفو وإن غلبت

وبخار نجس ، وغبار سرقين ، ومحل كلاب ، وانتضاح غسالة لاتظهر مواقع قطرها فى الإناء عفو (وماء) بالمد (ورد) أى جرى (على نجس نجس) إذا ورد كله أو أكثره ولو أقله ،

النجاسة مالم ير عينها لو أصابه بلا قصد وكان ممن يذهب ويجيء ، وإلا فلا ضرورة . وقد حكى فى القنية أيضا قولين فيما لو ابتلت قدماه مما رش فى الأسواق الغالبة النجاسة ، ثم نقل أنه لو أصاب ثوبه طين السوق أو السكة ثم وقع الثوب فى الماء تنجس (قوله وبخار نجس) فى الفتح مرت الريح بالعذرات وأصاب الثوب . إن وجدت رائحتها تنجس ، لكن نقل فى الحلية أن الصحيح أنه لاينجس ؛ وما يصيب الثوب من بخارات النجاسة . قيل ينجسه ، وقيل لاوهو الصحيح . وفى الحلية : استنجى بالماء وخرج منه ريح لاينجس عند عامة المشايخ وهو الأصح ، وكذا إذاكان سراويله مبتلا .

وفى الخانية ماء الطابق نجس قياساً لااستحسانا : وصورته : إذا أحرقت العذرة فى بيت فأصاب ماء الطابق ثوب إنسان لايفسده استحساناً مالم يظهر أثر النجاسة فيه ، وكذا الإصطبل إذاكان حاراً . وعلى كونه طابق أو كان فيه كوز معلق فيه ماء فترشح ، وكذا الحمام لو فيها نجاسات فعرق حيطانها وكوانها وتقاطر . قال فى الحلية والظاهر العمل بالاستحسان ، ولذا اقتصر عليه فى الخلاصة ، والطابق : الغطاء العظيم من الزجاج أو اللبن اهـ .

مطلب العرق الذى يستقطر من دردى الخمر نجس حرام ، بخلاف النوشادر

وقال فى شرح المنية : والظاهر أن وجه الاستحسان فيه الضرورة لتعذر التحرز ، وعليه فلو استقطرت النجاسة فمائيتها نجسة لانتفاء الضرورة فبقى القياس بلا معارض ، وبه يعلم أن مايستقطر من دردى الخمر وهو المسمى بالعرق فى ولاية الروم نجس حرام كسائر أصناف الخمر اهـ .

أقول : وأما النوشادر المستجمع من دخان النجاسة فهو طاهر كما يعلم ممامر . وأوضحه سيدى عبد الغنى فى رسالة سماها [إتحاف من بادر إلى حكم النوشادر] (قوله وغبار سرقين) بكسر السين : أى زبل ويقال سرجين كما فى القاموس. قال فى القنية راقما : لاعبرة للغبار النجس إذا وقع فى الماء إنما العبرة للتراب اهـ ونظمه المصنف فى أرجوزته وعلله فى شرحها بالضرورة (قوله ومحل كلاب) فى المنية مشى كلب على الطين فوضع رجل قدمه على ذلك الطين تنجس ، وكذا إذا مشى على ثلج رطب ولو جامداً فلا اهـ . قال فى شرحها : وهذا كله بناء على أن الكلب نجس العين ، وقد تقدم أن الأصح خلافه ذكره ابن الهمام اهـ ومثله فى الحلية (قوله وانتضاح غسالة الخ) ذكر المسألة فى شرح المنية الصغير عن الخانية ، وقد رأيتها فى الخانية ذكرها فى بحث الماء المستعمل ، لكن غسالة النجاسة كغسالة الحدث بناء على القول بنجاسة الماء المستعمل ، ويدل لها ماقدمناه عن القهستانى عن التمرتاشى . وفى الفتح : وما ترشش على الغاسل من غسالة الميت مما لايمكنه الامتناع عنه مادام فى علاجه لاينجسه لعموم البلوى ، بخلاف الغسلات الثلاث إذا استنقعت فى موضع فأصابت شيئا نجسته اهـ أى بناء على ماعليه العامة من أن نجاسة الميت نجاسة خبث لاحدث كما حررناه فى أول فصل البئر ، واحترز بالثلاث عن الغسالة فى المرة الرابعة فإنها طاهرة (قوله وماء) مبتدأ خبره قوله نجس بالكسر ونجس الأول بالفتح. قال القهستانى : ويجوز فيه الكسر (قوله أى جرى) فسر الورود به ليتأتى له التفصيل والخلاف اللذان ذكرهما ، وإلا فالورود أعم لأنه يشمل ما إذا جرى عليها وهى على أرض أو سطح وما إذا صب فوقها فى آنية بدون جريان . وأيضا فإن الجريان أبلغ من الصب المذكور ، فصرح به مع علم حكم الصب منه بالأولى دفعا لتوهم عدم إرادته فافهم ، نعم كان الأولى إبقاء المتن على ظاهره لأنه إشارة إلى خلاف الشافعى حيث حكم بطهارة الوارد دون المورود . وأيضا فإن الجارى فيه تفصيل

لا كجيفة في نهر أو نجاسة على سطح ، لكن قدمنا أن العبرة للإثر (كعكسه) أى إذا وردت النجاسة على الماء تنجس الماء إجماعا ، لكن لا يحكم بنجاسته إذا لاقى المتنجس مالم ينفصل فليحفظ (لا) يكون نجسا (رماد قذر) وإلا لزم نجاسة الخبز في سائر الأمصار (و) لا (ملح كان حمارا) أو خنزيرا ولا قذر وقع في بئر فصار

وهو أنه إذا جرى على نجاسة فأذهبها واستهلكها ولم يظهر أثرها فيه فإنه لا ينجس كما قدمناه في طهارة الأرض المتنجسة ، وتقدم مايدل عليه في باب المياه عند الكلام على تعريف الماء الجارى ، وتقدم هناك أن الجارى لا ينجس مالم يظهر فيه أثر النجاسة ، وأنه يسمى جاريا وإن لم يكن له مدد ، وأنه لو صب ماء في ميزاب فتوضأ به حال جريانه لا ينجس على رواية نجاسة المستعمل ، وأنه لو سال دم رجله مع العصير لا ينجس خلافا لمحمد ، وقدمنا عن الخزانة والخلاصة : إناءان ماء أحدهما طاهر والآخر نجس فصبا من مكان عال فاختلطا في الهواء ثم نزلا طهر كله ، ولو أجرى ماء الإناءين في الأرض صار بمنزلة ماء جار اه . وقال في الضياء من فصل الاستنجاء : ذكر في الواقعات الحسامية لو أخذ الإناء فصب الماء على يده للاستنجاء فوصلت قطرة بول إلى الماء النازل قبل أن يصل إلى يده ، قال بعض المشايخ لا ينجس لأنه جار فلا يتأثر بذلك . قال حسام الدين : هذا القول ليس بشيء وإلا لزم أن تكون غسالة الاستنجاء غير نجسة . قال في المضمرات : وفيه نظر : والفرق أن الماء على كف المستنجي ليس بجار ، ولئن سلم فأثر النجاسة يظهر فيه ، والجارى إذا ظهر فيه أثر النجاسة صار نجسا والماء النازل من الإناء قبل وصوله إلى الكف جار ولا يظهر فيه أثر القطرة ، فالقياس أن لا يصير نجسا ، وما قاله حسام الدين احتياط اه ، ويؤيد عدم التنجس ماذكرناه من الفروع ، والله أعلم ، وهذا بخلاف مسألة الجيفة فإن الماء الجارى عليها لم يذهب بالنجاسة ولم يستهلكها ، بل هي باقية في محلها وعينها قائمة على أن فيها اختلافا ، ولهذا استدرك الشارح بقوله ولكن قدمنا أن العبرة للأثر ، فاغتنم تحرير هذه المسألة فإنك لا تجده في غير هذا الكتاب والحمد لله الملك الوهاب (قوله كجيفة في نهر الخ) أى فإنها إذا ورد عليها كل الماء أو أكثره فهو نجس ، ولو أقله فطاهر (قوله لكن قدمنا الخ) أى في بحث المياه ، وقدمنا الكلام في ذلك مستوفى فتذكره بالمراجعة (قوله أى إذا وردت النجاسة) سواء كانت مجردة أو مصحوبة بثوب ح (قوله على الماء) أى القليل (قوله إجماعاً) أى منا ومن الشافعي ، بخلاف المسألة الأولى كما يظهر قريبا (قوله لكن الخ) استدراك على قوله تنجس فإنه يقتضى تنجس الماء بمجرد وضع الثوب مثلا فيه كما يتنجس بمجرد وقوع العذرة مثلا ، فاحترز بالمتنجس عن عين النجاسة كالعذرة أفاده ح (قوله مالم ينفصل) أى الماء أو الشيء المتنجس . قال في البحر : اعلم أن القياس يقتضى تنجس الماء بأول الملاقاة للنجاسة ، لكن سقط للضرورة سواء كان الثوب في إجانة وأورد الماء عليه أو بالعكس عندنا ، فهو طاهر في المحل نجس إذا انفصل ، سواء تغير أو لا ، وهذا في الماءين اتفاقاً ، أما الثالث فهو نجس عنده لأن طهارته في المحل ضرورة تطهيره وقد زالت طاهر عندهما إذا انفصل .

والأولى في غسل الثوب النجس وضعه في الإجانة من غير ماء ثم صب الماء عليه لا وضع الماء أولا خروجا من خلاف الإمام الشافعي فإنه يقول بنجاسة الماء اه . ولا فرق على المعتمد بين الثوب المتنجس والعضو اه ط (قوله قذر) بفتح القاف والذال المعجمة ، والمراد به العذرة والروث كما عبر في المنية (قوله وإلا) أى وإن لا نقل أنه لا يكون نجسا ، وظاهره أن العلة الضرورة ، وصريح الدرر وغيرها أن العلة هي انقلاب العين كما يأتي ، لكن قدمنا عن المجتبى أن العلة هذه وأن الفتوى على هذا القول للبلوى ، فمفاده أن عموم البلوى علة اختيار القول بالطهارة المعللة بانقلاب العين فتدبر (قوله كان حماراً أو خنزيراً) أفاد أن الحمار مثال لا قيد احترازى ، وأشار

حمأة لانقلاب العين، به يفتى (وغسل طرف ثوب) أو بدن (أصابت نجاسة محلا منه ونسى) المحل (مطهر له وإن) وقع الغسل (بغير تحرّ) وهو المختار :

ثم لو ظهر وأنها فى طرف آخر هل يعيد؟ فى الخلاصة نعم ، وفى الظهيرية المختار أنه لايعيد إلا الصلاة التى هو

باطلاقه إلى أنه لايلزم وقوعه وهو حى ، فإنه لو وقع فى المملحة بعد موته فهو كذلك كما فى شرح المنية (قوله حمأة) بفتح الحاء المهملة وسكون الميم وفتح الهمزة وبهاء التأنيث . قال فى القاموس : الطين الأسود المنتن ح (قوله لانقلاب العين) علة للكل ،وهذا قول محمد،وذكر معه فى الذخيرة والمحيط أبا حنيفة حلية. قال فى الفتح: وكثير من المشايخ اختاروه ، وهو المختار لأن الشرع رتب وصف النجاسة على تلك الحقيقة وتنتفى الحقيقة بانتفاء بعض أجزاء مفهومها فكيف بالكل ؟ فإن الملح غير العظم واللحم ، فإذا صار ملحا ترتب حكم الملح . ونظيره فى الشرع النطفة نجسة وتصير علقة وهى نجسة وتصير مضغة فتطهر ،والعصير طاهر فيصير خمراً فينجس ويصير خلا فيطهر ، فعرفنا أن استحالة العين تستتبع زوال الوصف المرتب عليها اهـ .

[تنبيه] يجوز أكل ذلك الملح والصلاة على ذلك الرماد كما فى المنية وغيرها . وما فيها من أنه لو وقع ذلك الرماد فى الماء فالصحيح أنه ينجس فليس بصحيح إلا على قول أبى يوسف كما ذكره الشارحان .

[تنبيه آخر] مقتضى مامر ثبوت انقلاب الشىء عن حقيقته كالنحاس إلى الذهب ، وقيل إنه غير ثابت لأن قلب الحقائق محال والقدرة لاتتعلق بالمحال ، والحق الأول بمعنى أنه تعالى يخلق بدل النحاس ذهبا على ماهو رأى المحققين ، أو بأن يسلب عن أجزاء النحاس الوصف الذى به صار نحاساً ،ويخلق فيه الوصف الذى يصير به ذهبا على ماهو رأى بعض المتكلمين من تجانس الجواهر واستوائها فى قبول الصفات ، والمحال إنما هو انقلابه ذهباً مع كونه نحاسا لامتناع كون الشىء فى الزمن الواحد نحاسا وذهباً ، ويدل على ثبوته بأحد هذين الاعتبارين كما اتفق عليه أئمة التفسير قوله تعالى — فإذا هى حية تسعى — وإلا لبطل الإعجاز . ويبتنى على هذا القول أن علم الكيمياء الموصل إلى ذلك القلب يجوز لمن علمه علماً يقينياً أن يعلمه ويعمل به . أما على القول الثانى فلا لأنه غش ، وتمامه فى تحفة ابن حجر ، وقدمنا فى صدر الكتاب زيادة على ذلك (قوله ونسى المحل) بالبناء للمجهول ، ثم إن النسيان يقتضى سبق العلم ، والظاهر أنه غير قيد وأنه لو علم أنه أصاب الثوب نجاسة وجهل محلها فالحكم كذلك ولذا عبر بعضهم بقوله واشتبه محلها تأمل (قوله هو المختار) كذا فى الخلاصة والفيض ، وجزم به فى النقاية والوقاية والدرر والملتقى ، ومقابله القول بالتحرى والقول بغسل الكل ، وعليه مشى فى الظهيرية ومنية المفتى ، واختاره فى البدائع احتياطا قال : لأن موضع النجاسة غير معلوم ، وليس البعض أولى من البعض اهـ ويؤيده مانقله نوح أفندى عن المحيط من أن ماقالوه مخالف لما ذكره هشام عن محمد من أنه لايجوز التحرى فى ثوب واحد اهـ وعللوا القول المختار بوقوع الشك بعد الغسل فى بقاء النجاسة وقاسوه على مافى السير الكبير إذا فتحنا حصنا وفيهم ذمى لايعرف لايجوز قتلهم لقيام المانع بيقين ، فلو قتل البعض أو أخرج حل قتل الباقى للشك فى قيام المحرم فكذا هنا :

واستشكله فى الفتح بأن الشك الطارئ لايرفع حكم اليقين السابق وأطال فى تحقيقه . وأجاب عنه فى شرح المنية وأطال فى تحقيقه أيضا ، ويأتى ملخصه قريبا (قوله وفى الظهيرية الخ) هذا سهو من الشارح تبع فيه النهر ؛ وعبارة البحر هكذا : وفى الظهيرية إذا رأى على ثوبه نجاسة ولا يدرى متى أصابته ، ففيه تقاسيم واختلافات ؛

فيها (كما لو بال حمر) خصها لتغليظ بولها اتفاقا (على) نحو (حنطة تدوسها فقسم أو غسل بعضه) أو ذهب بهبة أو أكل أو بيع كما مر (حيث يطهر الباقي) وكذا الذاهب لاحتمال وقوع النجس فى كل طرف كمسألة الثوب(وكذا يطهر محل نجاسة) أما عينها فلا تقبل الطهارة (مرئية) بعد جفاف كدم (بقلعها) أى بزوال عينها وأثرها ولو بمرة أو بما فوق ثلاث فى الأصح ،

والمختار عند أبى حنيفة أنه لايعيد إلا الصلاة التى هو فيها اهـ ح (قوله حمر) بضمتين جمع حمار (قوله خصها الخ) أى فيعلم الحكم فى غيرها بالدلالة ابن كمال (قوله فقسم الخ) الظاهر تقييده بما إذا كان الذاهب منه قدر ماتنجس منه إن علم قدره كما قدمناه (قوله كما مر) أى فى الأبيات المتقدمة حيث عبر بقوله تصرفه فى البعض وهو مطلق ط (قوله لاحتمال الخ) أى أنه يحتمل كل واحد من القسمين أعنى الباقى والذاهب أو المغسول أن تكون النجاسة فيه فلم يحكم على أحدهما بعينه ببقاء النجاسة فيه ، وتحقيقه أن الطهارة كانت ثابتة يقينا لمحل معلوم وهو جميع الثوب مثلا ثم ثبت ضدها وهو النجاسة يقينا لمحل مجهول ، فإذا غسل بعضه وقع الشك فى بقاء ذلك المجهول وعدمه لتساوى احتمالى البقاء وعدمه ، فوجب العمل بما كان ثابتا يقينا للمحل المعلوم ، لأن اليقين فى محل معلوم لايزول بالشك ، بخلاف اليقين لمحل مجهول ، وتمام تحقيقه فى شرح المنية الكبير (قوله أما عينها) أشار به إلى فائدة قوله محل حيث زاده على عبارة الكنز . ولا يرد طهارة الخمر بانقلابها خلا والدم بصيرورته مسكا ، لأن عين الشىء حقيقته وحقيقة الخمر والدم ذهبت وخلفتها أخرى ، وإنما يرد ذلك لو قلنا ببقاء حقيقة الخمر والدم مع الحكم بطهارتها تأمل (قوله بعد جفاف) ظرف لمرئية ليطهر ح ، وقيد به لأن جميع النجاسات ترى قبله ، وتقدم أن ماله جرم هو مايرى بعد الجفاف فهو مساو للمرئية ، وقد عدّ منه فى الهداية الدم ، وعده قاضيخان مما لاجرم له ، وقدمنا عن الحلية التوفيق بحمل الأول على ما إذا كان غليظا والثانى على ما إذا كان رقيقا . وقال فى غاية البيان : المرئية مايكون مرئيا بعد الجفاف كالعذرة والدم ، وغير المرئية مالا يكون مرئيا بعد الجفاف كالبول ونحوه اهـ . وفى تتمة الفتاوى وغيرها : المرئية مالها جرم ، وغيرها مالا جرم لها كان لها لون أم لا اهـ وبه يظهر أن مراد غاية البيان بالمرئى مايكون ذاته مشاهدة بحس البصر ، وبغيره مالا يكون كذلك ، فلا يخالف كلام غيره ، ويرشد إليه أن بعض الأبوال قد يرى له لون بعد الجفاف أفاده فى الحلية ، ويوافقه التوفيق المار ، لكن فيه نظر لأنه يلزم عليه أن الدم الرقيق والبول الذى يرى لونه من النجاسة الغير المرئية وأنه يكتفى فيها بالغسل ثلاثا بلا اشتراط زوال الأثر مع أن المفهوم من كلامهم أن غير المرئية مالا يرى له أثر أصلا لاكتفائهم فيها بمجرد الغسل ، بخلاف المرئية المشروط فيها زوال الأثر ، فالمناسب مافى غاية البيان وأن مراده بالبول مالا لون له وإلا كان من المرئية (قوله بقلعها) فيه إيماء إلى عدم اشتراط العصر ، وهو الصحيح على مايعلم من كلام الزيلعى حيث ذكر بعد الإطلاق أن اشتراط العصر رواية عن محمد ، وعليه فما يبقى فى اليد من البلة بعد زوال عين النجاسة طاهر تبعا لطهارة اليد فى الاستنجاء بطهارة المحل ، وله نظائر كعروة الإبريق تطهر بطهارة اليدين ، وعلى هذا إذا أصاب خفيه فى الاستنجاء من الماء المتنجس فإنهما يطهران بطهارة المحل تبعا حيث لم يكن بهما خرق اهـ أبو السعود عن شيخه (قوله وأثرها) يأتى بيانه قريبا (قوله ولو بمرة) يعنى إن زال عين النجاسة بمرة واحدة تطهر ، سواء كانت تلك الغسلة الواحدة فى ماء جار أو راكد كثير أو بالصب أو فى إجانة ، أما الثلاثة الأول فظاهر ، وأما الإجانة فقد نص عليها فى الدرر حيث قال : غسل المرئية عن الثوب فى إجانة حتى زالت طهر اهـ ح (قوله أو بما فوق ثلاث) أى إن لم تزل العين والأثر بالثلاث يزيد عليها إلى أن تزول مالم يشق زوال الأثر (قوله فى الأصح) قيد لقوله ولو بمرة : قال القهستانى :

ولم يقل بغسلها ليعم نحو دلك وفرك :

(ولا يضر بقاء أثر) كلون وريح (لازم) فلا يكلف فى إزالته إلى ماء حار أو صابون ونحوه ، بل يطهر ماصبغ أو خضب بنجس بغسله ثلاثا ، والأولى غسله

وهذا ظاهر الرواية ، وقيل يغسل بعد زوالها مرة ، وقيل مرتين . وقيل ثلاثا كما فى الكافى اه (قوله ليعم نحو دلك وفرك) أى دلك خف وفرك منى ، وأراد بنحوه نظائر ذلك مما يزيل العين من المطهرات بدون غسل : كدبغ جلد ، ويبس أرض ؛ ومسح سيف ؛ لكن يرد عليه مالوجفت على البدن أو الثوب وذهب أثرها فقد زالت عينها ومع ذلك لاتطهر . وأجيب بأنه قد أشار إلى اشتراط المطهر بقوله يطهر ، ففهم منه أنه لابد من مطهر كذا فى الجوهرة ، وفيه نظر (قوله كلون وريح) الكاف استقصائية ، لأن المراد بالأثر هو ماذكر فقط كما فسره به فى البحر والفتح وغيرهما ، وأما الطعم فلابد من زواله ، لأن بقاءه يدل على بقاء العين كما نقل عن البرجندى . واقتصر القهستانى على تفسير الأثر بالريح فقط ، وظاهره أنه يعفى عن الرائحة بعد زوال العين وإن لم يشق زوالها وفى البحر أنه ظاهر مافى غاية البيان .

أقول : وهو صريح مانقله نوح أفندى عن المحيط حيث قال لو غسل الثوب عن الخمر ثلاثا ورائحتها باقية طهر وقيل لامالم تزل الرائحة (قوله لازم) أى ثابت وهو نعت لأثر (قوله حار) بالحاء المهملة أى مسخن (قوله ونحوه) أى كحرض وأشنان (قوله بل يطهر الخ) إضراب انتقالى ط (قوله بنجس) بكسر الجيم أى متنجس إذ لو كان بعين النجاسة كالدم وجب زوال عينه وطعمه وريحه ولا يضر بقاء لونه كما هو ظاهر من مسألة المبتة أفاده ح .

مطلب فى حكم الصبغ والاختضاب بالصبغ أو الحناء النجسين

(قوله والأولى غسله الخ) اعلم أنه ذكر فى المنية أنه لو أدخل يده فى الدهن النجس أو اختضبت المرأة بالحناء النجس أو صبغ الثوب بالصبغ النجس ثم غسل كل ثلاثا طهر ، ثم ذكر عن المحيط أنه يطهر إن غسل الثوب حتى يصفو الماء ويسيل أبيض اه . وفى الخانية إذا وقعت النجاسة فى صبغ فإنه يصبغ به الثوب ثم يغسل ثلاثا فيطهر كالمرأة إذا اختضبت بحناء نجس اه . وذكر مسألة الحناء فى موضع آخر مطلقة أيضا ، ثم قال : وينبغى أن لايطهر مادام يخرج الماء ملونا بلون الحناء ، فعلم أن اشتراط صفو الماء إما قول ثان كما يشعر به كلام المحيط ، أو هو تقييد لإطلاق القول الأول وبيان له كما يشعر به قول الخانية وينبغى ، وعلى كل فكلام المحيط والخانية يشعر باختيار ذلك الشرط ، ولذا اقتصر على ذكره فى الفتح .

هذا : وقد ذكر سيدى عبد الغنى كلاما حسنا سبقه إليه صاحب الحلية . وهو أن مسألة الاختضاب أو الصبغ بالحناء أو الصبغ النجسين وغمس اليد فى الدهن النجس مبنية فى الأصل على أحد قولين إما على أن الأثر الذى يشق زواله لايضر بقاؤه ، وإما على ماروى عن أبى يوسف من أن الدهن يطهر بالغسل ثلاثا بأن يجعل فى إناء فيصب عليه الماء ثم يرفع ويراق الماء ، وهكذا ثلاث مرات فإنه يطهر ، وعليه الفتوى خلافا لمحمد كما فى شرح المنية ؛ فمن بنى ذلك على الأول اشترط فى هذه المسألة صفو الماء ليكون اللون الباقى أثرا شق زواله فيعفى عنه وإن كان ربما نفض على ثوب آخر أو ظهر فى الماء عند غسله فى وقت آخر ، والقول باشتراط غسله ثلاثا بعد صفو الماء ضعيف ، ومن بنى على الثانى اكتفى بالغسل ثلاثا ؛ لأن الحناء والصبغ والدهن المتنجسات تصير طاهرة بالغسل ثلاثا فلا يشترط بعد ذلك خروج الماء صافيا اه وقد أطال فى الحلية فى تحقيق ذلك كما هو دأبه ثم جنح إلى البناء على الأول وقال إنه الأشبه فليكن التعويل عليه فى الفتوى اه ولا يخفى أنه ترجيح لما فى المحيط والخانية والفتح ،

إلى أن يصفو الماء ولا يضر أثر دهن إلا دهن ودك ميتة لأنه عين النجاسة حتى لايدبغ به جلد

فكان على الشارح الجزم به إذ لم نر من رجح خلافه فافهم ، ثم قال سيدى عبد الغنى : وهذا بخلاف المصبوغ بالدم كالثياب الحمر التى تجاب فى زماننا من ديار بكر ، فلا تطهر أبدا مالم يخرج الماء صافيا ويعفى عن اللون ، ومن هذا القبيل المصبوغ بالدودة فإنها ميتة يتجمد فيها الدم النجس مالم تكنْ من دود يتولد فى الماء فتكون طاهرة ، لكن بيعها باطل ، ولا يضمن متلفها ، ولا يملك ثمنها بالقبض لأن الميتة ليست بمال اه ملخصا .

أقول : الذى يظهر أن هذه الدودة إن كانت غير مائية المولد وكان لها دم سائل فهى نجسة وإلا فطاهرة فلا يحكم بنجاستها قبل العلم بحقيقتها . وأما حكم بيعها فينبغى جوازه كما أجازوا بيع السرقين للانتفاع به وكذا بيع دود القز وبيضه لأنه مال يضمن به وهو المفتى به ، وكذا بيع النحل والعلق مع تصريحهم بأنه لايجوز بيع الهوام ، وهذه الدودة عند أهل زماننا من أعز الأموال وأنفسها والضنة بها أكثر من دود القز : وقد سمعت أن الدودة نوعان نوع منها حيوانى يختنق بالخل أو بالخمر ، ونوع منها نباتى والأجود فى الصبغ الأول ، والله أعلم .

مطلب فى حكم الوشم

[تنبيه مهم] يستفاد مما مر حكم الوشم فى نحو اليد ، وهو أنه كالاختضاب أو الصبغ بالمتنجس ، لأنه إذا غرزت اليد أو الشفة مثلا بإبرة ثم حشى محلها بكحل أو نيلة ليخضر تنجس الكحل بالدم ، فإذا جمد الدم والتأم الجرح بقى محله أخضر ، فإذا غسل طهر لأنه أثر يشق زواله لأنه لايزول إلا بسلخ الجلد أو جرحه ، فإذا كان لايكلف بإزالة الأثر الذى يزول بماء حار أو صابون فعدم التكليف هنا أولى ، وقد صرح به فى القنية فقال : ولو اتخذ فى يده وشما لايلزمه السلخ اه لكن فى الذخيرة : لو أعاد سنه ثانيا ونبت وقوى ، فإن أمكن قلعه بلا ضرر قلعه وإلا فلا وتنجس فمه ، ولا يؤم أحدا من الناس اه أى بناء على نجاسة السن وهو خلاف ظاهر المذهب . وقال العلامة البيرى : ومنه يعلم حكم الوشمة ، ولا ريب فى عدم جواز كونه إماما بجامع النجاسة . ثم نقل عن شرح المشارق للعلامة الأكمل أنه قيل يصير ذلك الموضع نجسا ، فإن لم يمكن إزالته إلا بالجرح فإن خيف منه الهلاك أو فوات عضو لم تجب وإلا وجبت ، وبتأخيره يأثم والرجل والمرأة فيه سواء اه .

أقول : وعليه لو أصاب ماء قليلا أو مائعا نجسه ، لكن تعبير الأكمل بقيل يفيد عدم اعتماده ، وهو مذهب الشافعية ، فالظاهر أنه نقله عنهم . والفرق بين الوشمة وبين السن على القول بنجاستها ظاهر فان السن عين النجاسة والوشمة أثر ، فإن ادعى أن بقاء اللون دليل على بقاء العين رد بأن الصبغ والاختضاب كذلك فيلزم عدم طهارته ، وإن فرق بأن الوشمة امتزجت باللحم والتأمت معه بخلاف الصبغ نقول : إن ما تداخل فى اللحم لايؤمر بغسله كما لو تشربت النجاسة فى يده مثلا ، وما على سطح الجلد مثل الحناء والصبغ ، وقد صرحوا بأنه لو اكتحل بكحل نجس لايجب غسله ولما جرح صلى الله عليه وسلم فى أحد جاءت فاطمة رضى الله عنها فأحرقت حصيرا وكمدت به حتى التصق بالجرح فاستمسك الدم .

وفى مفسدات الصلاة من خزانة الفتاوى : كسر عظمه فوصل بعظم الكلب ولا ينزع إلا بضرر جازت الصلاة ، ثم قال لو فى يده تصاوير ويؤم الناس لاتكره إمامته اه : وفى الفتاوى الخيرية من كتاب الصلاة سئل فى رجل على يده وشم هل تصح صلاته وإمامته معه أم لا ؟ أجاب نعم تصح صلاته وإمامته بلا شبهة ، والله أعلم اه (قوله إلا دهن ودك ميتة) الأولى أن يقول إلا ودك دهن ميتة لأن الودك الدسم كما فى القاموس (قوله حتى لايدبغ به جلد) أى لايحل ذلك وإن كان لو دبغ ثم غسل طهر ، قال فى القنية : الكيمخت المدبوغ بدهن الخنزير إذا

بل يستصبح به فى غير مسجد .

(و) يطهر محل (غيرها) أى غير مرئية (بغلبة ظن غاسل) لو مكلفا وإلا فستعمل (طهارة محلها) بلاعدد به يفتى .

(وقدر) ذلك لموسوس (بغسل وعصر ثلاثا) أو سبعا (فيما ينعصر) مبالغا بحيث لايقطر ، ولو كان لوعصره

غسل يطهر ، ولا يضر بقاء الأثر . وفى الخلاصة : وإذا دبغ الجلد بالدهن النجس يغسل بالماء ويطهر والتشرب عفو اه (قوله بل يستصبح به الخ) ظاهر ماسيأتى فى باب البيع الفاسد أنه لايحل الانتفاع به أصلا ، وإنما هذا فى الدهن المتنجس فقط يؤيده مافى صحيح البخارى عن جابر أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح يقول وهو بمكة : « إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام ، فقيل : يارسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس ؟ قال : لا ، هو حرام الحديث» (قوله وإلا فستعمل) أى وإن لم يكن الغاسل مكلفا ، بأن كان صغيرا أو مجنونا يعتبر ظن المستعمل للثوب لأنه هو المحتاج إليه زيلعى (قوله طهارة) بالنصب مفعول ظن (قوله بلا عدد به يفتى) كذا فى المنية . وظاهره أنه لو غلب على ظنه زوالها بمرة أجزأه ، وبه صرح الإمام الكرخى فى مختصره ، واختاره الإمام الإسبيجابى . وفى غاية البيان أن التقدير بالثلاث ظاهر الرواية . وفى السراج اعتبار غلبة الظن مختار العراقيين ، والتقدير بالثلاث مختار للبخاريين ، والظاهر الأول إن لم يكن موسوسا وإن كان موسوسا فالثانى اه بحر : قال فى النهر وهو توفيق حسن اه وعليه جرى صاحب المختار ، فإنه اعتبر غلبة الظن إلا فى الموسوس ، وهو ما مشى عليه المصنف ، واستحسنه فى الحلية وقال : وقد مشى الجم الغفير عليه فى الاستنجاء :

أقول : وهذا مبنى على تحقق الخلاف ، وهو أن القول بغلبة الظن غير القول بالثلاث . قال فى الحلية : وهو الحق ، واستشهد له بكلام الحاوى القدسى والمحيط .

أقول : وهو خلاف مافى الكافى مما يقتضى أنهما قول واحد ، وعليه مشى فى شرح المنية فقال : فعلم بهذا أن المذهب اعتبار غلبة الظن وأنها مقدرة بالثلاث لحصولها به فى الغالب وقطعا للوسوسة وأنه من إقامة السبب الظاهر مقام المسبب الذى فى الإطلاع على حقيقته عسر كالسفر مقام المشقة اه وهو مقتضى كلام الهداية وغيرها واقتصر عليه فى الإمداد ، وهو ظاهر المتون حيث صرحوا بالثلاث ، والله أعلم (قوله لموسوس) قدره اختيارا لما مشى عليه فى السراج وغيره بناء على تحقق الخلاف ، وإلا فكلام المصنف تبعاً للدرر كعبارة الكافى والهداية وغيرهما ظاهر فى خلافه والموسوس بكسر الواو لأنه محدث بما فى ضميره ، ولا يقال بالفتح ولكن موسوس له أو إليه : أى يلقى إليه الوسوسة : وهى حديث النفس كما فى المغرب (قوله ثلاثا) قيد للغسل والعصر معا على سبيل التنازع أو للعصر فقط . ويفهم منه تثليث الغسل ، فإنه إذا عصر مرة بحيث لايبقى التقاطر لايعصر مرة أخرى إلا بعد أن يغسل اه نوح ، ثم اشتراط العصر ثلاثا هو ظاهر الرواية عن أصحابنا . وعن محمد فى غير رواية الأصول يكتفى به فى المرة الأخيرة : وعن أبى يوسف أنه ليس بشرط شرح المنية (قوله أوسبعا) ذكره فى الملتقى والاختيار ، وهذا على جهة الندب خروجا من خلاف الإمام أحمد رحمه الله تعالى . ويندب أن تكون إحداهن بتراب خروجا من خلافه وخلاف الشافعى أيضا لو النجاسة كلبية (قوله فيما ينعصر) أى تقييد الطهارة بالعصر إنما هو فيما ينعصر ويأتى محترزه متنا (قوله بحيث لايقطر) تصوير للمبالغة فى العصر ط . وظاهر إطلاقه أن المبالغة فيه شرط فى جميع المرات ، وجعلها فى الدرر شرطا للمرة الثالثة فقط ، وكذا فى الإيضاح لابن الكمال وصدر الشريعة وكافى النسفى

غيره قطر طهر بالنسبة إليه دون ذلك الغير ، ولو لم يبالغ لرقته هل يطهر ؟ الأظهر نعم للضرورة :
(و) قدر (بتثليث جفاف) أى انقطاع تقاطر (فى غيره) أى غير منعصر مما يتشرب النجاسة وإلا فبقلعها

وعزاه فى الحلية إلى فتاوى أبى الليث وغيرها ، ثم قال وينبغى اشتراطها فى كل مرة كما هو ظاهر الخانية حيث قال غسل الثوب ثلاثا وعصره فى كل مرة وقوته أكثر من ذلك ولم يبالغ فيه صيانة للثوب لايجوز اه تأمل (قوله طهر بالنسبة إليه) لأن كل أحد مكلف بقدرته ووسعه ولا يكاف أن يطلب من هو أقوى ليعصر ثوبه شرح المنية قال فى البحر خصوصاً على قول أبى حنيفة إن قدرة الغير غير معتبرة وعليه الفتوى (قوله الأظهر نعم للضرورة) كذا فى النهر عن السراج : أى لئلا يلزم إضاعة المال قال فى البحر : لكن اختار فى الخانية عدم الطهارة اه .

قلت : وبه جزم فى الدرر ، وعليه فالظاهر أنه يعطى حكم مالاينعصر من تثليث الجفاف (قوله بتثليث جفاف) أى جفاف كل غسلة من الغسلات الثلاث وهذا شرط فى غير البدن ونحوه ، أما فيه فيقوم مقامه توالى الغسل ثلاثا قال فى الحلية : والأظهر أن كلا من التوالى والجفاف ليس بشرط فيه ، وقد صرح به فى النوازل وفى الذخيرة مايوافقه اه وأقره فى البحر . وفى الخانية إذا جرى ماء الاستنجاء تحت الخف ولم يدخل فيه لابأس به ، ويطهر الخف تبعا كما قلنا فى عروة الإبريق إذا أخذها بيد نجسة وغسل يده ثلاثا تطهر العروة تبعا لليد (قوله أى انقطاع تقاطر) زاد القهستانى وذهاب النداوة . وفى التاترخانية : حد التجفيف أن يصير بحال لاتبتل منه اليد ، ولا يشترط صيرورته يابسا جدا اه ثم هل يلزم ذهاب أثر شق زواله ؟ ذكر فى الحلية أن مفاد مافى المنية عن المحيط نعم بخلاف الثوب وقال : والتفرقة بينهما لاتعرى عن شيء اه وأقره فى البحر والنهر ، لكن فى شرح المنية تعقب مافى المحيط ثم قال : فالحاصل أن زوال الأثر شرط فى كل موضع مالم يشق كيفما كان التطهير وبأى شيء كان فليحفظ ذلك اه ونحوه فى حاشية الوانى على الدرر (قوله أى غير منعصر) أى بأن تعذر عصره كالخزف أو تعسر كالبساط أفاده فى شرح المنية (قوله مما يتشرب النجاسة الخ) حاصله كما فى البدائع أن المتنجس إما أن لايتشرب فيه أجزاء النجاسة أصلا كالأوانى المتخذة من الحجر والنحاس والخزف العتيق ، أو يتشرب فيه قليلا كالبدن والخف والنعل أو يتشرب كثيراً ؛ ففى الأول طهارته بزوال عين النجاسة المرئية أو بالعدد على مامر ؛ وفى الثانى كذلك لأن الماء يستخرج ذلك القليل فيحكم بطهارته ؛ وأما فى الثالث ، فإن كان مما يمكن عصره كالثياب فطهارته بالغسل والعصر إلى زوال المرئية وفى غيرها بتثليثهما ، وإن كان مما لاينعصر كالحصير المتخذ من البردى ونحوه إن علم أنه لم يتشرب فيه بل أصاب ظاهره يطهر بإزالة العين أو بالغسل ثلاثا بلا عصر ، وإن علم تشربه كالخزف الجديد والجلد المدبوغ بدهن نجس والحنطة المنتفخة بالنجس ؛ فعند محمد لايطهر أبداً ، وعند أبى يوسف ينقع فى الماء ثلاثا ويجفف كل مرة ، والأول أقيس ، والثانى أوسع اه وبه يفتى درر .

قال فى الفتح : وينبغى تقييد الخزف العتيق بما إذا تنجس رطباً وإلا فهو كالجديد ، لأنه يشاهد اجتذابه اه وقالوا فى البساط النجس إذا جعل فى نهر ليلة طهر قال فى البحر : والتقييد بالليلة لقطع الوسوسة وإلا فالمذكور فى المحيط أنه إذا أجرى عليه الماء إلى أن يتوهم زوالها طهر لأن إجراء الماء يقوم مقام العصر اه ولم يقيده بالليلة اه ومثله فى الدر المنتقى عن الشمنى وابن الكمال ، ولوموه الحديد بالماء النجس يموه بالطاهر ثلاثا فيطهر خلافا لمحمد ، فعنده لايطهر أبدا وهذا فى الحمل فى الصلاة أما لو غسل ثلاثا ثم قطع به نحو بطيخ أو وقع فى ماء قليل لاينجسه فالغسل يطهر ظاهره إجماعاً ، وتمامه فى شرح المنية (قوله وإلا فبقلعها) المناسب فبغسلها ، لأن الكلام فى غير المرئية : أى مالايتشرب النجاسة مما لاينعصر يطهر بالغسل ثلاثا ولو بدفعة بلا تجفيف كالخزف والآجر

كما مر ، وهذا كله إذا غسل فى إجانة ؛ أما لو غسل فى غدير أو صب عليه ماء كثير ، أو جرى عليه الماء طهر مطلقا بلا شرط عصر وتجفيف وتكرار غمس هو المختار .

المستعملين كما مر وكالسيف والمرآة ، ومثله مايتشرب فيه شيء قليل كالبدن والنعل كما قدمناه آنفا (قوله وهذا كله) أى الغسل والعصر ثلاثا فيما ينعصر وتثليث الجفاف فى غيره ط (قوله فى إجانة) بالكسر والتشديد : إناء تغسل فيه الثياب والجمع أجاجين مصباح : أى إن هذا المذكور إنما هو إذا غسل ثلاثا فى إجانة واحدة أوفى ثلاث إجانات . قال فى الإمداد والمياه الثلاثة متفاوتة فى النجاسة ، فالأولى يطهر ماأصابته بالغسل ثلاثا ، والثانية بثنتين والثالثة بواحدة ، وكذا الأوانى الثلاثة التى غسل فيها واحدة بعد واحدة ، وقيل يطهر الإناء الثالث بمجرد الإراقة والثانى بواحدة ، والأول بثنتين اه .

بقى لو غسل فى إجانة واحدة قال فى الفيض : تغسل الإجانة بعد الثلاث مرة اه وشمل كلامه مالو غسل العضو فى الإجانة فإنه يطهر عندهما . وقال أبو يوسف : لايطهر مالم يصب عليه الماء ، وعلى هذا الخلاف لو أدخله فى حباب الماء ولو فى خوابى خل يخرج من الثالثة طاهراً عند أبى حنيفة ؛ خلافا لهما ، لاشتراط محمد فى غسل النجاسة الماء ، واشتراط أبى يوسف الصب بدائع (قوله أما لو غسل الخ) نقل هذه الجملة فى البحر عن السراج وتابعه من بعده حتى الشرنبلالى ، وقد صرح فى شرح المنية عند قوله روى عن أبى يوسف أن الجنب إذا اتزر فى الحمام وصب الماء على جسده ثم على الإزار يحكم بطهارة الإزار ، وإن لم يعصر . وفى المنتقى : شرط العصر على قول أبى يوسف بما نصه تقدم أن هذا ظاهر الرواية على قول الكل ، ولو غمس الثوب فى نهر جار مرة وغصره يطهر وهذا قول أبى يوسف فى غير ظاهر الرواية ، وذكر فى الأصل وهو ظاهر الرواية أنه يغسل ثلاثا ويعصر فى كل مرة . وعن محمد فى غير ظاهر الرواية أنه يغسلها أى النجاسة الغير المرئية ثلاثا ويعصر فى المرة الثالثة ، وقد تقدم أنه غير رواية الأصول . وقال فى الفتح : لايخفى أن المروى عن أبى يوسف فى الإزار لضرورة ستر العورة ، فلا يلحق به غيره ، ولا تترك الروايات الظاهرة فيه اه .

أقول : لكن قد علمت أن المعتبر فى تطهير النجاسة المرئية زوال عينها ولو بغسلة واحدة ولو فى إجانة كما مر ، فلا يشترط فيها تثليث غسل ولا عصر ، وأن المعتبر غلبة الظن فى تطهير غير المرئية بلا عدد على المفتى به أو مع شرط التثليث على مامر ، ولا شك أن الغسل بالماء الجارى وما فى حكمه من الغدير أو الصب الكثير الذى يذهب بالنجاسة أصلا ويخلفه غيره مراراً بالجريات أقوى من الغسل فى الإجانة التى على خلاف القياس ، لأن النجاسة فيها تلاقى الماء وتسرى معه فى جميع أجزاء الثوب فيبعد كل البعد التسوية بينهما فى اشتراط التثليث ، وليس اشتراطه حكما تعبديا حتى يلتزم وإن لم يعقل معناه ، ولهذا قال الإمام الحلوانى على قياس قول أبى يوسف فى إزار الحمام : إنه لو كانت النجاسة دما أو بولا وصب عليه الماء كفاه وقول الفتح إن ذلك لضرورة ستر العورة كما مر رده فى البحر بما فى السراج ، وأقره فى النهر وغيره (قوله فى غدير) أى ماء كثير له حكم الجارى (قوله أو صب عليه ماء كثير) أى بحيث يخرج الماء ويخلفه غيره ثلاثا ، لأن الجريان بمنزلة التكرار والعصر هو الصحيح سراج (قوله بلا شرط عصر) أى فيما ينعصر ، وقوله وتجفيف أ ، فى غيره ، وهذا بيان للإطلاق (قوله هو المختار) عبارة السراج : وأما حكم الغدير : فإن غمس الثوب فيه ثلاثا وقلنا بقول البلخيين وهو المختار فقد روى عن أبى حفص الكبير أنه يطهر وإن لم يعصر . وقيل يشترط العصر كل مرة ، وقيل مرة واحدة اه .

وحاصله : اشتراط الغمس فى الغدير ثلاثا عندهم مع اختلافهم فى العصر فتنبه .

ويطهر لبن وعسل ودبس ودهن يغلى ثلاثا ولحم طبخ بخمر يغلى وتبريد ثلاثا ، وكذا دجاجة ملقاة حاله على الماء للنتف قبل شقها فتح . وفى التجنيس : حنطة طبخت فى خمر لاتطهر أبدا ، به يفتى . ولو انتفخت من بول

مطلب فى تطهير الدهن والعسل

(قوله ويطهر لبن وعسل الخ) قال فى الدرر : لو تنجس العسل فتطهيره أن يصب فيه ماء بقدره فيغلى حتى يعود إلى مكانه ، والدهن يصب عليه الماء فيغلى فيعلو الدهن الماء فيرفع بشىء هكذا ثلاث مرات اهـ وهذا عند أبى يوسف خلافا لمحمد ، وهو أوسع ، وعليه الفتوى كما فى شرح الشيخ إسمعيل عن جامع الفتاوى : وقال فى الفتاوى الخيرية : ظاهر كلام الخلاصة عدم اشتراط التثليث ، وهو مبنى على أن غلبة الظن مجزئة عن التثليث وفيه اختلاف تصحيح ، ثم قال : إن لفظة : فيغلى ذكرت فى بعض الكتب . والظاهر أنها من زيادة الناسخ ، فإنا لم نر من شرط لتطهير الدهن الغليان مع كثرة النقل فى المسألة والتتبع لها إلا أن يراد به التحريك مجازا ، فقد صرح فى مجمع الرواية وشرح القدورى أنه يصب عليه مثله ماء ويحرك فتأمل اهـ أو يحمل على ما إذا جمد الدهن بعد تنجسه . ثم رأيت الشارح صرح بذلك فى الخزائن فقال : والدهن السائل يلقى فيه الماء ، والجامد يغلى به حتى يعلو الخ ثم اشتراط كون الماء مثل العسل أو الدهن موافق لما فى شرح المجمع عن الكافى ، ولم يذكره فى الفتح والبحر . وذكر القهستانى عن بعض المفتين الاكتفاء فى العسل والدبس بالخمس قال لأن فى بعض الروايات قدراً من الماء .

قلت : يحتمل أن قدراً مصحف عن قدره بالضمير فيوافق ماذكرناه عن شرح المجمع ، وبه يسقط ما نقله عن بعض المفتين .

هذا وفى القنية عن ركن الأئمة الصباغى أنه جرب تطهير العسل بذلك فوجده مراً : وذكر فى الخلاصة أنه لو ماتت الفأرة فى دن النشاء يطهر بالغسل إن تناهى أمره وإلا فلا (قوله ولحم طبخ الخ) فى الظهيرية : ولو صبت الخمرة فى قدر فيها لحم إن كان قبل الغليان يطهر اللحم بالغسل ثلاثا ، وإن بعده فلا . وقيل يغلى ثلاثا كل مرة بماء طاهر ويجفف فى كل مرة ، وتجفيفه بالتبريد اهـ بحر .

قلت : لكن يأتى قريبا أن المفتى به الأول : وفى الخانية : إذا صب الطباخ فى القدر مكان الخل خمرا غلطا فالكل نجس لايطهر أبداً ، وما روى عن أبى يوسف أنه يغلى ثلاثا لايؤخذ به ، وكذا الحنطة إذا طبخت فى الخمر لاتطهر أبداً . وعندى إذا صب فيه الخل وترك حتى صار الكل خلا لابأس به اهـ فما مشى عليه الشارح هنا ضعيف (قوله وكذا دجاجة الخ) قال فى الفتح إنها لاتطهر أبداً لكن على قول أبى يوسف تطهر ، والعلة والله أعلم تشربها النجاسة بواسطة الغليان ، وعليه اشتهر أن اللحم السميط بمصر نجس ، لكن العلة المذكورة لاتثبت مالم يمكث اللحم بعد الغليان زمانا يقع فى مثله التشرب والدخول فى باطن اللحم ، وكل منهما غير محقق فى السميط حيث لايصل إلى حد الغليان ، ولا يترك فيه إلا مقدار ماتصل الحرارة إلى ظاهر الجلد لتنحل مسام الصوف ، بل لو ترك يمنع انقلاع الشعر ، فالأولى فى السميط أن يطهر بالغسل ثلاثا فإنهم لايتحرسون فيه عن النجس ، وقد قال شرف الأئمة بهذا فى الدجاجة والكرش والسميط اهـ وأقره فى البحر (قوله وفى التجنيس) هو اسم كتاب لصاحب الهداية قال فيه إن هذا الكتاب لبيان ما استنبطه المتأخرون ، ولم ينص عليه المتقدمون وعبارته هنا : ولو طبخت الحنطة فى الخمر ، قال أبو يوسف : تطبخ ثلاثا بالماء وتجفف فى كل مرة ، وكذلك اللحم : وقال أبو حنيفة : إذا طبخت فى الخمر لاتطهر أبداً ، وبه يفتى اهـ أى إلا إذا جعلها فى خل كما نقله بعضهم عن مختصر المحيط ، وقدمناه عن الخانية فافهم (قوله ولو انتفخت من بول الخ) إن كان هذا قول

نقعت وجففت ثلاثا . ولو عجن خبز بخمر صب فيه خل حتى يذهب أثره فيطهر .

فصل الاستنجاء

إزالة نجس عن سبيل ، فلا يسن من ريح وحصاة ونوم وفصد (وهو سنة) مؤكدة مطلقا : وما قيل من افتراضه لنحو حيض ومجاوزة مخرج فتسامح .

أبي يوسف ، فظاهر وإن كان قول الإمام ، فقد يفرق بينه وبين طبخها بالخمر بزيادة التشرب بالطبخ ، ثم لايمكن هنا تطهيرها بجعلها فى الخل ، لأن البول لاينقلب خلا بخلاف الخمر (قوله وجففت) ظاهره أن المراد التجفيف إلى أن يزول الانتفاخ فى كل مرة (قوله فيطهر) لانقلاب مافيه من أجزاء الخمر خلا ، والله أعلم .

فصل الاستنجاء

بإضافة فصل إلى الاستنجاء ، وهو خبر لمبتدأ محذوف ، وإنما ذكره فى الأنجاس مع أنه من سنن الوضوء كما قدمناه لأنه إزالة نجاسة عينية كما فى البحر (قوله إزالة نجس الخ) عرفه فى المغرب بأنه مسح موضع النجو : وهو مايخرج من البطن أو غسله . وأورد عليه فى البحر أنه يشمل الاستنجاء من الحصاة مع أنه لايسن كما صرح به فى السراج ، فلذا عدل عنه الشارح . وأيضا فإنه لايشمل مالو أصاب المخرج نجاسة أجنبية أكثر من الدرهم مع أنه يطهر بالحجر كما مشى عليه الشارح فيما يأتى ؛ وجزم به فى الإمداد ، ويأتى تمام الكلام عليه (قوله فلا يسن من ريح) لأن عينها طاهرة ، وإنما نقضت لانبعاثها عن موضع النجاسة اهـ ح ولأن بخروج الريح لايكون على السبيل شىء فلا يسن منه بل هو بدعة كما فى المجتبى بحر (قوله وحصاة) لأنه إن لم يكن عليها بلل أو كان ولم يتلوث منه الدبر فهى خارجة بقوله عن سبيل وإن تلوث منها فالاستنجاء حينئذ للنجاسة لاللحصاة اهـ ح (قوله ونوم) لأنه ليس بنجس أيضا اهـ ح (قوله وفصد) أى الدم الذى على موضع الفصد ، لأنه وإن كان نجسا لكنه ليس على السبيل ليزال عنه اهـ ح (قوله وهو سنة مؤكدة) صرح به فى البحر عن النهاية ثم عزاه أيضا إلى الأصل وعلله فى الكافى بمواظبته عليه صلى الله عليه وسلم . ونقل فى الحلية الأحاديث الدالة على المواظبة وما يصرفها عن الوجوب فراجعه ، وعليه فيكره تركه كما فى الفتح مستدركا على مافى الخلاصة من نفى الكراهة ونحوه فى الحلية ، وأوضح المقام الشيخ إسمعيل(١) فى شرحه على الدرر فراجعه ، ثم رأيته فى البدائع صرح بالكراهة (قوله مطلقا) سواء كان الخارج معتاداً أم لا رطبا أم لا ط وسواء كان بالماء أو بالحجر ، وسواء كان من محدث أو جنب أو حائض أونفساء على ماذكره هنا (قوله وما قيل الخ) دفع لما يخالف الإطلاق المذكور ، والقائل بذلك صاحب السراج والاختيار وخزانة الفقه والحاوى القدسى والزيلعى وغيرهم وأقرهم فى الحلية ، واعترضهم فى البحر بأنه تسامح لأنه من باب إزالة الحدث إن لم يكن على المخرج شىء ، وإن كان فهو من باب إزالة النجاسة الحقيقية اهـ .

---

(١) (قوله وأوضح المقام الشيخ إسمعيل) أقول : عبارة الشيخ إسمعيل هكذا قيل ، وكان ينبغى أن يكره تركه كسائر السنن المؤكدة غير أنها : أى الكراهة سقطت بقوله عليه الصلاة والسلام « من استجمر فليوتر ، فمن فعل فحسن ، ومن لا فلا حرج » .

قلت جاز أن يكون قوله ومن لا فلا حرج متصلا بالإيتار دون الاستجمار : أى من لم يوتر فلا حرج ، ومواظبة النبى صلى الله عليه وسلم تقتضى كراهة الترك ، فلا يترك بهذا الدليل المحتمل .ولو سلم أنه متصل بالاستجمار أى من ترك الاستجمار فلا حرج عليه فنفى الحرج من تاركه ، والسنة هو الاستنجاء بالماء أو بالأحجار لا بالأحجار خاصة . على أن نفى الحرج لايوجب نفى الكراهة وإلا لزم أن لايكون سؤر الهرة مكروها ، لأن سقوط نجاسة سؤرها ليس إلا لدفع الحرج ، فلو كان فى الكراهة حرج أيضا لسقطت الكراهة كما سقطت النجاسة ، إلا أن يقال قوله ومن لا فلاحرج تنصيص بنفى الحرج ، والمنصوص ينصرف إلى الكامل ، ولا يكمل إلا بانتفاء الكراهة ، بخلاف الهرة فإن انتفاء الحرج فيها ليس بمنصوص فلا ينصرف إلى الكامل ، كذا فى شرح الدهلوى اهـ منه .

(وأركانه) أربعة شخص (مستنج . و) شيء (مستنجى به) كماء وحجر (و) نجس (خارج) من أحد السبيلين . وكذا لو أصابه من خارج وإن قام من موضعه

أقول : لاشك أن غسل ماعلى المخرج فى الجنابة يسمى إزالة نجس عن سبيل ، فقد صدق عليه تعريف الاستنجاء وإن كان فرضا . وأما إذا تجاوزت النجاسة مخرجها ، فإن كان المراد به غسل المتجاوز إذا زاد على الدرهم . فكونه تسامحا ظاهر لأنه لايصدق عليه التعريف المذكور وإن كان المراد غسل ماعلى المخرج عند التجاوز بناء على قول محمد الآتى فلا تسامح يدل عليه مافى الاختيار من أن الاستنجاء على خمسة أوجه : اثنان واجبان :

أحدهما : غسل نجاسة المخرج فى الغسل من الجنابة والحيض والنفاس كى لاتشيع فى بدنه .

والثانى : إذا تجاوزت مخرجها يجب عند محمد قل أوكثر وهو الأحوط لأنه يزيد على قدر الدرهم ، وعندهما يجب إذا جاوزت قدر الدرهم . لأن ماعلى المخرج سقط اعتباره . والمعتبر ماوراءه .

والثالث : سنة . وهو إذا لم تتجاوز النجاسة مخرجها .

والرابع : مستحب . وهو ماإذا بال ولم يتغوط فيغسل قبله .

والخامس : بدعة . وهو الاستنجاء من الريح اه (قوله وأركانه) قال المصنف فى شرحه ولم أسبق إلى بيانها فيما علمت اه وفيه تسامح . لأن هذه الأربعة شروط للوجود فى الخارج لاأركان ، لما فى الحلية : ركن الشئ جانبه الأقوى . وفى الاصطلاح : ماهية الشيء أو جزء منها يتوقف تقومها عليه ، فالشرط والركن متباينان ، لاعتبار الخروج عن ماهية المشروط فى ماهية الشرط ، وكون الركن نفس الشيء أو جزأه الداخل فيه اه . قال ح وحقيقة الاستنجاء الذى هو إزالة نجس عن سبيل لاتتقوم ولا بواحد من هذه الأربعة .

فإن قلت : قد ذكر النجس فى التعريف فهو من أجزاء الماهية قلت : أجزاء التعريف الإزالة وإضافتها إلى النجس لانفس النجس كما صرحوا به فى قولهم : العمى عدم البصر . فإن أجزاء التعريف العدم وإضافته إلى البصر لانفس البصر . ومثله يقال فى قوله عن سبيل . فإن جزء التعريف الإزالة المتعلقة بالسبيل لاالسبيل . وإلا لزم أن تكون الذوات أجزاء من المعنى . وللزم أن يقال أركان التيمم متيمم متيمم به الخ . وكذا فى الوضوء وغيره اه (قوله ونجس خارج الخ) أى ولو غير معتاد كدم أو قيح خرج من أحد السبيلين فيطهر بالحجارة على الصحيح زيلعى . وقيل لايطهر إلا بالماء . وبه جزم فى السراج نهر (قوله وكذا لو أصابه من خارج) أى فيطهر بالحجارة . وقيل الصحيح أنه لايطهر إلا بالغسل زيلعى . قال فى البحر : وقد نقلوا هذا التصحيح هنا بصيغة التمريض . فالظاهر خلافه اه قال نوح أفندى : ويوهم أنهم نقلوه فى جميع الكتب بها مع أن شارح المجمع والنقاية نقلاه عن القنية بلونها اه :

أقول : يؤيده أن الاكتفاء بالحجارة وارد على خلاف القياس للضرورة ، والضرورة فيما يكثر لافيما يندر كهذه الصورة . ثم رأيت مابحثته فى الحلية حيث نقل مافى القنية ، ثم قال وهو الأحسن ، لأن ماورد على خلاف القياس يقتصر فيه على الوارد اه لكن ذكر المصنف فى شرح زاد الفقير أن مانقله الزيلعى وغيره عن القنية غير موجود فيها . وأنه ذكر فى الفتاوى الكبرى ومختارات النوازل أن الأصح طهارته بالمسح ، وبه أخذ الفقيه أبو الليث اه (قوله وإن قام) أى المستنجى من موضعه فإنه يطهر بالحجر أيضا قال فى السراج : قيل إنما يجزئ الحجر إذا كان الغائط رطبا لم يجف ولم يقم من موضعه . أما إذا قام من موضعه أوجف الغائط فلا يجزيه إلا الماء لأنه بقيامه قبل أن يستنجى بالحجر يزول الغائط عن موضعه ويتجاوز مخرجه . وبجفافه لايزيله الحجر فوجب الماء فيه اه .

على المعتمد (ومخرج) دبر أو قبل (بنحوحجر) مما هو عين طاهرة قالعة لاقيمة لها كمدر (منق) لأنه المقصود، فيختار الأبلغ والأسلم عن التلويث ، ولا يتقيد بإقبال وإدبار شتاء وصيفا (وليس العدد) ثلاثا (بمسنون فيه) بل مستحب (والغسل) بالماء إلى أن يقع فى قلبه

أقول : والتحقيق أنه إن تجاوز عن موضعه بالقيام أكثر من الدرهم أوجف بحيث لايزيله الحجر فلابد من الماء إذا أراد إزالته (قوله على المعتمد) كأنه أخذه من جزمه به فى البحر، وتعبير السراج عن مقابله بقيل (قوله مما هو عين طاهرة الخ) قال فى البدائع : السنة هو الاستنجاء بالأشياء الطاهرة من الأحجار والأمداد والتراب والخرق البوالى اه (قوله لاقيمة لها) يستثنى منه المـاء كما فى حاشية أبى السعود (قوله كمدر) بالتحريك : قطع الطين اليابس قاموس، ومثله الجدار إلا جدار غيره كالوقف ونحوه كما فى شرح النقاية للقارى ، لـكن ذكر فى البحر هنا جوازه بالجدار مطلقا، وذكر فى باب مايجوز من الإجارة أن للمستأجر الاستنجاء بالحائط ولو الدار مسبلة اه . قال شيخنا : وتزول المخالفة بحمل الأول على ما إذا لم يكن مستأجرا أبو السعود .

مطلب إذا دخل المستنجى فى ماء قليل

(قوله منق) بتشديد القاف مع فتح النون أو تخفيفها مع سكونها من التنقية أو الانقاء : أى منظف . نهر الأفكار . قال فى السراج : ولم يرد به حقيقة الإنقاء بل تقليل النجاسة اه ولذا يتنجس المـاء القليل إذا دخله المستنجى . ولقائل منعه لجواز اعتبار الشرع طهارته بالمسح كالنعل ، وقدمنا حكاية الروايتين فى نحو المنى إذا فرك ثم أصابه الماء،وأن المختار عدم عوده نجسا ، وقياسه أن يجريا أيضا هنا ، وأن لايتنجس الماء على الراجح . وأجمع المتأخرون على أنه لايتنجس بالعرق ، حتى لو سال منه وأصاب الثوب أو البدن أكثر من قدر الدرهم لايمنع ، ويدل على اعتبار الشرع طهارته بالحجر مارواه الدارقطنى وصححه « أنه صلى الله عليه وسلم نهى أن يستنجى بروث أو عظم ، وقال إنهما لايطهران » اه ملخصا من الفتح ، وتبعه فى البحر . قال فى النهر : وهذا هو المناسب لما فى الـكتاب . وفى القهستانى وهو الأصح . ونقل فى التاترخانية اختلاف التصحيح ، لـكن قدمنا قبيل بحث الدباغة أن المشهور فى الـكتب تصحيح النجاسة ، والله تعالى أعلم (قوله لأنه المقصود) أى لأن الإنقاء هو المقصود من الاستنجاء كما فى الهداية وغيرها (قوله ولا يتقيد الخ) أى بناء على ماذكر من أن المقصود هو الإنقاء ، فليس له كيفية خاصة ،وهذا عند بعضهم . وقيل كيفيته فى المقعدة فى الصيف للرجل إدبار الحجر الأول والثالث وإقبال الثانى ، وفى الشتاء بالعكس ، وهكذا تفعل المرأة فى الزمانين كما فى المحيط ، وله كيفيات أخر فى النظم والظهيرية وغيرهما ، وفى الذكر أن يأخذه بشماله ويمره على حجر أو جدار أو مدر كما فى الزاهدى اه قهستانى . واختار ماذكره الشارح فى المجتبى والفتح والبحر . وقال فى الحلية : إنه الأوجه . وقال فى شرح المنية : ولم أر لمشايخنا فى حق القبل للمرأة كيفية معينة فى الاستنجاء بالأحجار اهـ . قلت : بل صرح فى الغزنوية بأنها تفعل كما يفعل الرجل إلا فى الاستبراء فإنها لااستبراء عليها ، بل كما فرغت من البول والغائط تصبر ساعة لطيفة ثم تمسح قبلها ودبرها بالأحجار ثم تستنجى بالماء اه (قوله بل مستحب) أشار إلى أن المراد نفى السنة المؤكدة لأصلها ، لما ورد من الأمر بالاستنجاء بثلاثة أحجار ، ولم نقل إن الأمر للوجوب كما قال الإمام الشافعى ، لأن قوله عليه الصلاة والسلام « من استجمر فليوتر ، فمن فعل فحسن ، ومن لافلا حرج » دليل على عدم الوجوب ، فحمل الأمر على الاستحباب توفيقا،وتمام الـكلام فى الحلية وشرح الهداية للعينى (قوله والغسل بالماء) أى المطلق وإن صح عندنا بمافى معناه من كل مائع طاهر مزيل فإنه يكره،لما فيه من إضاعة المال بلاضرورة كما فى الحلية (قوله إلى أن يقع الخ)

نه طهر مالم يكن موسوسا فيقدر بثلاث كما مر (بعده) أى الحجر (بلا كشف عورة) عند أحد ، أما معه فيتركه كما مر ؛ فلو كشف له صار فاسقا لا لو كشف لاغتسال أو تغوط كما بحثه ابن الشحنة (سنة) مطلقا به يفتى سراج (ويجب) أى يفرض غسله (إن جاوز المخرج نجس) مائع

هذا هو الصحيح . وقيل يشترط الصب ثلاثا ، وقيل سبعا ، وقيل عشرا ، وقيل فى الإحليل ثلاثا ، وفى المقعدة خمسا خلاصة (قوله فيقدر بثلاث) وقيل بسبع للحديث الوارد فى ولوغ الكلب ، معراج عن المبسوط (قوله كما مر) أى فى تطهير النجاسة الغير المرئية قال فى المعراج : لأن البول غير مرئى ، والغائط وإن كان مرئيا فالمستنجى لايراه ، فكان بمنزلته اه (قوله عند أحد) أى ممن يحرم عليه جماعه ولو أمته المجوسية أو التى زوجها للغير أفاده ح (قوله أما معه) أى مع الكشف المذكور أو مع الأحد (قوله فيتركه) أى الاستنجاء بالماء وإن تجاوزت المخرج وزادت على قدر الدرهم ولم يجد ساترا أو لم يكفوا بصرهم عنه بعد طلبه منهم ، فحينئذ يقللها بنحو حجر ويصلى . وهل عليه الإعادة ؟ الأشبه نعم ، كما إذا منع عن الاغتسال بصنع عبد فتيمم وصلى كما مر ،أفاده فى الحلية ، وذكرنا خلافه فى بحث الغسل فراجعه (قوله كما مر) أى قبيل سنن الغسل،حيث قال وأما الاستنجاء فيتركه مطلقا اه أى سواء كان ذكرا أو أنثى أو خنثى ، بين رجال أو نساء أو خناثى ، أو رجال ونساء ، أو رجال وخناثى ، أو نساء وخناثى ، أو رجال ونساء وخناثى ، فهى إحدى وعشرون صورة اهـ ح (قوله فلو كشف له الخ) أى للاستنجاء بالماء قال نوح أفندى لأن كشف العورة حرام ، ومرتكب الحرام فاسق ، سواء تجاوز النجس المخرج أولا ، وسواء كان المجاوز أكثر من الدرهم أو أقل ، ومن فهم غير هذا فقد سها لما فى شرح المنية عن البزازية أن النهى راجع على الأمر (قوله لا لو كشف الخ) أما التغوط فظاهر لإنه أمر طبيعى ضرورى لاانفكاك عنه ، وأما الاغتسال فقد ذكره قبيل سنن الغسل ، وبينا هناك أن الصور إحدى وعشرون لايغتسل فيها إلا فى صورتين : وهما رجل بين رجال وامرأة بين نساء ، فيجب حمل كلامه عليهما فقط اهـ ح أى لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف وقد نقل فى البحر لزوم الاغتسال فى الصورتين المذكورتين عن شرح النقاية ،وقدمنا هناك نقله عن القنية وأن شارح المنية قال إنه غير مسلم،لأن ترك المنهى مقدم على فعل المأمور وللغسل خلف وهو التيمم ، وقد مر تمامه فراجعه (قوله سنة مطلقا) أى فى زماننا وزمان الصحابة ،لقوله تعالى — فيه رجال يحبون أن يتطهروا والله يحب المطهرين — قيل لما نزلت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ياأهل قباء إن الله أثنى عليكم فماذا تصنعون عند الغائط؟ قالوا : نتبع الغائط الأحجار ثم نتبع الأحجار الماء » فكان الجمع سنة على الإطلاق فى كل زمان ، وهو الصحيح ، وعليه الفتوى ، وقيل ذلك فى زماننا لأنهم كانوا يبعرون اهـ إمداد .

ثم اعلم أن الجمع بين الماء والحجر أفضل ، ويليه فى الفضل الاقتصار على الماء ، ويليه الاقتصار على الحجر وتحصل السنة بالكل وإن تفاوت الفضل كما أفاده فى الإمداد وغيره (قوله ويجب أى يفرض غسله) أعاد الضمير على الغسل دون الاستنجاء لأن غسل ماعدا المخرج لايسمى استنجاء ، وفسر الوجوب بذلك لأن المراد بالمجاوزة مازاد من الدرهم بقرينة مابعده ، ولقوله فى المجتبى لايجب الغسل بالماء إلا إذا تجاوز ماعلى نفس المخرج وما حوله من موضع الشرج وكان المجاوز أكثر من قدر الدرهم اهـ ولذا قيد الشارح النجس بقوله مائع . والشرج بالشين المعجمة والجيم : مجمع حلقة الدبر الذى ينطبق كما فى المصباح (قوله إن جاوز المخرج) يشمل الإحليل ؛ فى التاترخانية : وإذا أصاب طرف الإحليل من البول أكثر من الدرهم يجب غسله هو الصحيح . ولو مسحه بالمدر ، قيل يجزئه قياسا على المقعدة ، وقيل لا ، وهو الصحيح اهـ .

ويعتبر القدر المانع لصلاة (فيما وراء موضع الاستنجاء) لأن ما على المخرج ساقط شرعا وإن كثر ، ولهذا لاتكره الصلاة معه .

(وكره) تحريما (بعظم وطعام وروث)

أقول : والظاهر أنه لو أصاب قلفة الأقلف القدر المانع فحكمه كذلك .

[تنبيه] مقتضى اقتصارهم على المخرج أى وما حوله من موضع الشرج كما قدمناه آنفا عن المجتبى أنه يجب غسل المجاوز لذلك .وإن لم يجاوز الغائط الصفحة وهى ماينضم من الأليتين عند القيام والبول الحشفة خلافا للشافعية حيث اكتفوا بالحجر إن لم يجاوز ذلك (قوله ويعتبر الخ) أى خلافا لمحمد .

والحاصل أن ماجاوز المخرج إن زاد على الدرهم فى نفسه يفترض غسله اتفاقا ،وإن زاد بضم ماعلى المخرج إليه لايفرض عندهما بناء على أن ماعلى المخرج فى حكم الباطن عندهما فيسقط اعتباره مطلقا حتى لايضم إلى ماعلى بدنه من النجس . وعند محمد يفرض غسله بناء على أن ماعلى المخرج فى حكم الظاهر عنده فلا يسقط اعتباره ويضم . لأن العفوعنه لايستلزم كونه فى حكم الباطن بدليل وجوب غسله فى الجنابة والحيض ،وفيما لوأصابه نجس من غيره على الصحيح اه نوح عن البرهان . والصحيح قولهما قاسم .

قلت : وعليه الكنز والمصنف ، واستوجبه فى الحلية قول محمد ،وأيده بكلام الفتح حيث بحث فى دليلهما . وبقول الغزنوى فى مقدمته قال أصحابنا : من استجمر بالأحجار وأصابته نجاسة يسيرة لم تجز صلاته ، لأنه إذا جمع زاد على الدرهم اه وقدمنا عن الاختيار أنه الأحوط ، وعليه فالواجب ليس غسل المتجاوز بعينه ولا الجميع ، بل المتجاوز أو ماعلى المخرج كما حرره فى الحلية أى لأنه او ترك أحدهما وهو درهم أو أقل كان عفوا . ثم قال : إن قولهم بوجوب غسل قدر الدرهم لقربه من الفرض وهو الزائد على قدر الدرهم ، الظاهر أنه من تصرفات بعض المشايخ ، وأنه غير مأثور عن أصحاب المذهب ،لأن الحكم الشرعى لايثبت بمجرد الرأى اه وقدمنا عنه فى الأنجاس نحو ذلك (قوله لصلاة) متعلق بالمانع (قوله ولهذا الخ) استدلال على سقوط اعتبار ما على المخرج ،وفيه أن ترك غسل ماعلى المخرج إنما لايكره بعد الاستجمار كما عرفته لامطلقا ، فالدليل أخص من المدعى وتمامه فى الحلية (قوله وكره تحريما الخ) كذا استظهره فى البحر للنهى الوارد فى ذلك : أى فيما ذكره فى الكنز بقوله لابعظم وروث وطعام ويمين .

أقول : أما العظم والروث فالنهى ورد فيهما صريحا فى صحيح مسلم « لما سأله الجن الزاد فقال : لكم كل عظم ذكر اسم الله عليه ، يقع فى أيديكم أوفر ما كان لحما وكل بعرة علف لدوابكم ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم فلا تستنجوا بهما فإنهما طعام إخوانكم » وعلل فى الهداية للروث بالنجاسة ، وإليه يشير قوله صلى الله عليه وسلم فى حديث آخر « إنها ركس » لكن الظاهر أن هذا لايفيد التحريم ، ومثله يقال فى الاستنجاء بحجر استنجى به إلا أن يكون فيه نهى أيضا . قال فى الحلية : وإذا ثبت النهى فى مطعوم الجن وعلف دوابهم ففى مطعوم الإنس وعلف دوابهم بالأولى . وأما اليمين فهو فى الصحيحين أيضا «إذا بال أحدكم فلايأخذن ذكره بيمينه ولايستنجى بيمينه » وأما الآجر والخزف فعلله فى البحر بأنه يضر المقعدة ،فإن تيقن الضررفظاهر وإلا فالظاهر عدم الكراهة التحريمية ، وقد قال فى الحلية : لم أقف على نص يفيد النهى عن الاستنجاء بهما . وأما الشىء المحترم فلما ثبت فى الصحيحين من النهى عن إضاعة المال : وأما حق الغير ولو جدار مسجد أو ملك آدمى فلما فيه من التعدى المحرم وأما الفحم فعلله فى البحر بأنه يضر المقعدة كالزجاج والخزف ، وفيه ما علمته ، نعم فى الحلية روى أبو داود

يابس كعذرة يابسة وحجر استنجى به إلا بحرف آخر (وآجر وخزف وزجاج و) شئ محترم (كخرقة ديباج ويمين) ولا عذر بيسراه ، فلو مشلولة ولم يجد ماء جاريا ولا صابا ترك الماء ، ولو شلتا

عن ابن مسعود رضى الله تعالى عنهما قال « قدم وفد الجن على النبى صلى الله عليه وسلم فقالوا : يامحمد إنه أمتك أن يستنجوا بعظم أوروثة أوحممة ، فإن الله سبحانه وتعالى جعل لنا فيها رزقا ، قال : فنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك » قال أبو عبيد : والحمم : الفحم اه :

[تنبيه] استفيد من حديث مسلم السابق أنه لو كان عظم ميتة لا يكره الاستنجاء به تأمل (قوله يابس) قيد به ، لأنه لما كان لاينفصل منه شيء صح الاستنجاء به لأنه يجفف ما على البدن من النجاسة الرطبة بحر : أى بخلاف الرطب فإنه لايجفف فلا يصح به أصلا (قوله استنجى به) بالبناء للمجهول (قوله إلا بحرف آخر) أى لم تصبه النجاسة (قوله وآجر) بالمد الطوب المشوى (قوله وخزف) بفتح الخاء المعجمة والزاى بعدها فاء . فى القاموس : هو مايعمل من طين يشوى بالنار حتى يكون فخارا حلية ، وفسره فى الإمداد بصغار الحصا ، والظاهر أنه أراد الخذف بالذال المعجمة الساكنة لأنه كما فى القاموس : الرمى بحصاة أو نواة أو نحوهما بالسبابتين ، فيكون أطلق المصدر على اسم المفعول تأمل (قوله وشيء محترم) أى ماله احترام واعتبار شرعا ، فيدخل فيه كل متقوم إلا الماء كما قدمناه ، والظاهر أنه يصدق بما يساوى فلسا لكراهة إتلافه كما مر ، ويدخل فيه جزء الآدمى ولو كافرا أو ميتا ولذا لايجوز كسر عظمه ، وصرح بعض الشافعية بأن من المحترم جزء حيوان متصل به (١) . ولو فأرة ، بخلاف المنفصل عن حيوان غير آدمى اه . وينبغى أن يدخل فيه كناسة مسجد ، ولذا لاتلقى فى محل ممتهن ، ودخل أيضا ماء زمزم كما قدمناه أول فصل المياه ، ويدخل أيضا الورق . قال فى السراج : قيل إنه ورق الكتابة ، وقيل ورق الشجر وأيهما كان فإنه مكروه اه وأقره فى البحر وغيره ، وانظر ما العلة فى ورق الشجر ، ولعلها كونه علفا للدواب أو نعومته فيكون ملوثا غير مزيل ، وكذا ورق الكتابة لصقالته وتقومه ، وله احترام أيضا لكونه آلة لكتابة العلم ، ولذا علله فى التاترخانية بأن تعظيمه من أدب الدين . وفى كتب الشافعية : لايجوز بما كتب عليه شيء من العلم المحترم كالحديث والفقه وماكان آلة لذلك . أما غير المحترم كفلسفة وتوراة وإنجيل علم تبدلهما وخلوهما عن اسم معظم فيجوز الاستنجاء به اه . ونقل القهستانى الجواز بكتب الحكميات عن الأسنوى من الشافعية وأقره . قلت : لكن نقلوا عندنا أن للحروف حرمة ولو مقطعة . وذكر بعض القراء أن حروف الهجاء قرآن أنزلت على هود عليه السلام ، ومفاده الحرمة بالمكتوب مطلقا ، وإذا كانت العلة فى الأبيض كونه آلة للكتابة كما ذكرناه يؤخذ منها عدم الكراهة فيما لايصلح لها إذا كان قالعا للنجاسة غير متقوم كما قدمناه من جوازه بالخرق البوالى ، وهل إذا كان متقوما ثم قطع منه قطعة لاقيمة لها بعد القطع يكره الاستنجاء بها أم لا الظاهر الثانى لأنه لم يستنج بمتقوم ، نعم قطعه لذلك الظاهر كراهته لو بلا عذر ، بأن وجد غيره لأن نفس القطع إتلاف ، والله تعالى أعلم .

[تنبيه] ينبغى تقييد الكراهة فيما له قيمة بما إذا أدى إلى إتلافه ، أما لو استنجى به من بول أو منى مثلا وكان يغسل بعده فلا كراهة إلا إذا كان شيئا ثمينا تنقص قيمته بغسله كما يفعل فى زماننا بخرقة المنى ليلة العرس تأمل (قوله ولا صابا) أما لو وجد صابا كخادم وزوجة لايتركه كما فى الإمداد ، وتقدم فى التيمم الكلام على القادر

---

(١) (قوله متصل به) هكذا بخطه ولعل الأصوب متصلا بالنصب صفة جزء الواقع اسم إن ، اللهم إلا أن يجعل اسمها ضمير الشأن أو أنه رسم على لغة ربيعة تأمل اه مصححه .

سقط أصلا كريض ومريضة لم يجدا من يحل جماعه (وفحم وعلف حيوان) وحق غير وكل ماينتفع به (فلوفعل أجزأه) مع الكراهة لحصول الإنقاء ، وفيه نظر لما مر أنه سنة لاغير ، فينبغي أن لا يكون مقيما لها بالمنهى عنه (كما كره) تحريما (استقبال قبلة واستدبارها لـ) لأجل (بول أو غائط) فلو للاستنجاء لم يكره (ولو فى بنيان) لإطلاق النهى (فإن جلس مستقبلا لها) غافلا (ثم ذكره انحرف) ندبا لحديث الطبرى « من جلس

بقدرة الغير فراجعه (قوله سقط أصلا) أى بالماء والحجر (قوله كمريض الخ) فى التاترخانية : الرجل المريض إذا لم تكن له امرأة ولا أمة وله ابن أو أخ وهو لايقدر على الوضوء قال يوضئه ابنه أو أخوه غير الاستنجاء فإنه لايمس فرجهوسقط عنه ، والمرأة المريضة إذا لم يكن لها زوج وهى لاتقدر على الوضوء ولها بنتأو أخت توضئها ويسقط عنها الاستنجاء اه ولا يخفى أن هذا التفصيل يجرى فيمن شلت يداهلأنه فى حكم المريض(قوله وحق غير) أى كحجره ومائه المحرز لو بلا إذنه ومنه المسبل للشرب فقط وجدار ولو لمسجد أودار وقف لم يملك منافعها كما مر (قوله وكل ماينتفع به) أى لإنسى أو جنى أو دوابهما ، وظاهره ولو مما لايتلف بأن كان يمكن غسله (قوله مع الكراهة) أى التحريمية فى المنهى عنه والتنزيهية فى غيره كما علم مما قررناه أولا ، وما ذكره الزاهدى عن النظم من أنه يستنجى بثلاثة أمدار ، فإن لم يجد فبا لأحجار ، فإن لم يجد فبثلاثة أكف من تراب لابما سواها من الخرق والقطن ونحوهما ، لأنه روى فى الحديث أنه يورث الفقر اه . قال فى الحلية إنه غير ظاهر الوجه مع مخالفته لعامة الكتب ،وكذا قوله لابما سواها الخ فإن المكروه المتقوم لامطلقا ، وما ذكره من الحديث الله أعلم به اه ملخصا (قوله وفيه نظر الخ)كذا فى البحر : وأجاب فى النهر بأن المسنون إنما هو الإزالة ونحو الحجر لم يقصد بذاته بل لأنه مزيل،غاية الأمر أن الإزالة بهذا الخاص منهى وذا لاينفى كونه مزيلا . ونظيره لوصلى السنة فى أرض مغصوبة كان آتيا بها مع ارتكاب المنهى عنه اه .

قلت : وأصل الجواب مصرح به فى كافى النسفى حيث قال لأن النهى فى غيره، فلا ينفى مشروعيته كما لو توضأ بماء مغصوب أو استنجى بحجر مغصوب .

قلت : والظاهر أنه أراد بالمشروعية الصحة ، لكن يقال عليه إن المقصود من السنة الثواب وهو مناف للنهى ، بخلاف الفرض فإنه مع النهى يحصل به سقوط المطالبة ، كمن توضأ بماء مغصوب فإنه يسقط به الفرض وإن أثم ، بخلاف ما إذا جدد به الوضوء فالظاهر أنه وإن صح لم يكن له ثواب (قوله استقبال قبلة) أى جهتها كما فى الصلاة فيما يظهر. ونص الشافعية على أنه لو استقبلها بصدره وحول ذكره عنها وبال لم يكره بخلاف عكسه اه أى فالمعتبر الاستقبال بالفرج ، وهو ظاهر قول محمد فى الجامع الصغير يكره أن يستقبل القبلة بالفرج فى الخلاء ، وهل يلزمه التحرى لو اشتبهت عليه كما فى الصلاة الظاهر نعم ، ولوهبت ريح عن يمين القبلة ويسارها وغلب على ظنه عود النجاسة عليه فالظاهر أنه يتعين عليه استدبار القبلة حيث أمكن ، لأن الاستقبال أفحش ، والله أعلم (قوله واستدبارها) هوالصحيح : وروى عن أبى حنيفة أنه يحل الاستدبار (قوله لم يكره) أى تحريما ،لما فى المنية أن تركه أدب ، ولما مر فى الغسل أن من آدابه أن لايستقبل القبلة لأنه يكون غالبا مع كشف العورة، حتى لو كانت مستورة لابأس به ،ولقولهم يكره مد الرجلين إلى القبلة فى النوم وغيره عمدا ، وكذا فى حال مواقعة أهله .

مطلب القول المرجح على الفعل

(قوله لإطلاق النهى) وهوقوله صلى الله عليه وسلم « إذا أتيتم الغائط فلا تستقبلوا القبلة ولاتستدبروها ، ولكن شرقوا أو غربوا » رواه الستة ،وفيه رد لرواية حل الاستدبار ، ولقول الشافعى بعدم الكراهة فى البنيان أخذا من

يبول قبالة القبلة فذكرها فانحرف عنها إجلالا لها لم يقم من مجلسه حتى يغفر له» (إن أمكنه وإلا فلا) بأس. (وكذا يكره) هذه نعم التحريمية والتنزيهية (للمرأة إمساك صغير لبول أو غائط نحو القبلة) وكذا مد رجله إليها (واستقبال شمس وقمر لهما) أى لأجل بول أو غائط (وبول وغائط فى ماء ولو جاريا) فى الأصح وفى البحر.

قول ابن عمر رضى الله تعالى عنهما «رقيت يوما على بيت حفصة فرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقضى حاجته مستقبل الشام مستدبر الكعبة» رواه الشيخان. ورجح الأول بأنه قول وهذا فعل، والقول أولى لأن الفعل يحتمل الخصوصية والعذر وغير ذلك، وبأنه محرم وهذا مبيح، والمحرم مقدم وتمامه فى شرح المنية (قوله قبالة) بضم القاف بمعنى تجاه قاموس اهـ ط (قوله فانحرف عنها) أى بجملته أو بقبله حتى خرج عن جهتها والكلام مع الإمكان، فليس فى الحديث دلالة على أن المنهى استقبال العين كما لايخفى فافهم (قوله حتى يغفر له) أى تقصيره فى عدم تثبته حتى غفل واستقبلها، أو المراد غفران ما شاء الله تعالى من ذنوبه الصغائر — إن الحسنات يذهبن السيآت — (قوله وإلا فلا بأس) أى وإن لم يمكنه فلا بأس، والمراد نفى الكراهة أصلا. ويحتمل أن المعنى وإن لم ينحرف مع الإمكان فلا بأس كما فى النهاية (١) وحينئذ فالمراد به خلاف الأولى كما هو الشائع فى استعماله، وإلى ذلك أشار الشارح أولا بقوله ندبا (قوله هذه الخ) الإشارة إلى الكراهة المذكورة فى الأشياء الآتية: أى بخلاف كراهة الاستقبال والاستدبار فإنها تحريمية كما نص عليه أولا، وأراد دفع ما قد يتوهم أن كل هذه الأشياء الآتية مثلها بمقتضى ظاهر التشبيه (قوله إمساك صغير) هذه الكراهة تحريمية لأنه قد وجد الفعل من المرأة ط (قوله وكذا مد رجله) هى كراهة تنزيهية ط، لكن قال الرحمتى: سيأتى فى كتاب الشهادات أنه بمد الرجل إليها ترد شهادته، وهذا يقتضى التحريم فليحرر اهـ (قوله واستقبال شمس وقمر) لأنهما من آيات الله الباهرة، وقيل لأجل الملائكة الذين معهما سراج. ونقل سيدى عبد الغنى عن المفتاح: ولا يقعد مستقبلا للشمس والقمر، ولا مستدبرا لهما للتعظيم اهـ.

أقول: والظاهر أن الكراهة هنا تنزيهية مالم يرد نهى، وهل الكراهة هنا فى الصحراء والبنيان كما فى القبلة أم فى الصحراء فقط؟ وهل استقبال القمر نهارا كذلك؟ لم أره. والذى يظهر أن المراد استقبال عينهما مطلقا لاجهتهما ولا ضوئهما، وأنه لو كان ساتر يمنع عن العين ولو سحابا فلا كراهة، وأن الكراهة إذا لم يكونا فى كبد السماء وإلا فلا استقبال للعين، ولم أره أيضا مايحرر نقلا، ثم رأيت فى نور الإيضاح قال واستقبال عين الشمس والقمر (قوله فى ماء ولو جاريا الخ) لما روى جابر بن عبد الله عن النبى صلى الله عليه وسلم «أنه نهى أن يبال فى الماء الراكد» رواه مسلم والنسائى وابن ماجه، وعنه قال «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبال فى الماء الجارى» رواه الطبرانى فى الأوسط بسند جيد. والمعنى فيه أنه يقذره، وربما أدى إلى تنجيسه. وأما الراكد القليل فيحرم البول فيه لأنه ينجسه ويتلف ماليته ويغر غيره باستعماله، والتغوط فى الماء أقبح من البول، وكذا إذا بال فى إناء ثم صبه فى الماء أو بال بقرب النهر فجرى إليه، فكله مذموم قبيح منهى عنه. قال النووى فى شرح مسلم: وأما انغماس المستنجى بحجر فى ماء قليل، فهو حرام لتنجيس الماء وتلطخه بالنجاسة، وإن كان جاريا فلا بأس به، وإن كان راكدا فلا تظهر كراهته لأنه ليس فى معنى البول ولا يقاربه، لكن اجتنابه أحسن اهـ كذا فى الضياء المعنوى شرح مقدمة الغزنوى (قوله وفى البحر الخ) ذكره فى بحث المياه توفيقا بصيغة ينبغى:

---

(١) (قوله كما فى النهاية) عبارة النهاية: ولو غفل عن ذلك وجلس يقضى حاجته ثم وجد نفسه كذلك فلا بأس، لكن إن أمكنه الانحراف ينحرف فإنه عد ذلك من موجبات الرحمة، فإن لم يفعل لم يكن به بأس اهـ منه.

أنها فى الراكد تحريمية ، وفى الجارى تنزيهية (وعلى طرف نهر أو بئر أو حوض أو عين أو تحت شجرة مثمرة أو فى زرع أو فى ظل) ينتفع بالجلوس فيه (ويجنب مسجد ومصلى عيد ، وفى مقابر ، وبين دواب ، وفى طريق) الناس (و) فى (مهب ريح وجحر فأرة أو حية أو نملة وثقب) زاد العينى : وفى موضع يعبر عليه أحد أو يقعد عليه ، ويجنب طريق أو قافلة أو خيمة ، وفى أسفل الأرض إلى أعلاها والتكلم عليهما

[تنبيه] ينبغى أن يستثنى من ذلك ماإذا كان فى سفينة فى البحر ، فلا يكره له البول والتغوط فيه للضرورة ، ومثله بيوت الخلاء فى دمشق ونحوها فإن ماءها يجرى دائما ، ولم يبلغنا عن أحد من السلف منع قضاء الحاجة بها ، ولعل وجهه أن الماء الجارى بها بعد نزوله من الجرن إلى الأسفل لم تبق له حرمة الماء الجارى لقرب اتصاله بالنجاسة فلا تظهر فيه العلة المارة للكراهة لأنه لم يبق معدا للانتفاع به نعم ذكر سيدى عبد الغنى فى شرح الطريقة المحمدية أنه يظهر المنع من اتخاذ بيوت الخلاء فوق الأنهار الطاهرة ، وكذا إجراء مياه الكنف إليها بخلاف إجرائها إلى النهر الذى هو مجمع المياه النجسة ، وهو المسمى بالمالح ، والله تعالى أعلم (قوله وعلى طرف نهر الخ) أى وإن لم تصل النجاسة إلى الماء لعموم نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن البراز فى الموارد ولما فيه من إيذاء المارين بالماء . وخوف وصولها إليه ، كذا فى الضياء عن النووى (قوله أو تحت شجرة مثمرة) أى لإتلاف الثمر وتنجيسه إمداد . والمتبادر أن المراد وقت الثمرة ، ويلحق به ماقبله بحيث لايأمن زوال النجاسة بمطر أو نحوه ، كجفاف أرض من بول . ويدخل فيه الثمر المأكول وغيره ولو مشموما لاحترام الكل والانتفاع به ، ولذا قال فى الغزنوية : ولا على خضرة ينتفع الناس بها (قوله أو فى ظل) لقوله صلى الله عليه وسلم « اتقوا الملاعن الثلاثة : البراز فى الموارد . وقارعة الطريق ، والظل » رواه أبو داود وابن ماجه (قوله ينتفع بالجلوس فيه) ينبغى تقييده بما إذا لم يكن محلا للاجتماع على محرم أو مكروه وإلا فقد يقال يطلب ذلك لدفعهم عنه ، ويلحق بالظل فى الصيف محل الاجتماع فى الشمس فى الشتاء (قوله وفى مقابر) لأن الميت يتأذى بما يتأذى به الحى والظاهر أنها تحريمية ، لأنهم نصوا على أن المرور فى سكة حادثة فيها حرام ، فهذا أولى ط (قوله وبين دواب) لخشية حصول أذية منها ولو بتنجس بنحو مشيها (قوله وفى مهب ريح) لئلا يرجع الرشاش عليه (قوله وجحر) بتقديم الجيم على المهملة هو مايحتفره الهوام والسباع لأنفسها قاموس ، لقول قتادة رضى الله عنه « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبال فى الجحر ، قالوا لقتادة مايكره من البول فى الجحر ؟ قال : يقال إنه مساكن الجن » رواه أحمد وأبو داود والنسائى ، وقد يخرج عليه من الجحر مايلسعه أو يرد عليه بوله . ونقل أن سعد بن عبادة الخزرجى رضى الله عنه قتلته الجن لأنه بال فى جحر بأرض حوران ، وتمامه فى الضياء (قوله وثقب) الخرق النافذ قاموس ، وهو بالفتح واحد الثقوب ، وبالضم جمع ثقبة كالثقب بفتح القاف اهـ مختار ، ثم هذا يغنى عنه ماقبله ، وهذا فى غير المعد لذلك كبالوعة فيما يظهر (قوله زاد العينى الخ) أقول : ينبغى أن يزاد أيضا البول على مامنع من الاستنجاء به لاحترامه كالعظم ونحوه كما صرح به الشافعية (قوله يعبر عليه أحد) هذا أعم من طريق الناس (قوله ويجنب طريق أو قافلة) قيد ذلك فى الغزنوية بقوله : والهواء يهب من صوبه إليها قال فى الضياء : أى إلى الطريق أو القافلة ، والواو للحال اهـ (قوله وفى أسفل الأرض الخ) أى بأن يقعد فى أسفلها ويبول إلى أعلاها فيعود الرشاش عليه (قوله والتكلم عليهما) أى على البول والغائط ، قال صلى الله عليه وسلم « لايخرج الرجلان يضربان الغائط كاشفين عن عورتهما يتحدثان فإن الله تعالى يمقت على ذلك » رواه أبو داود والحاكم وصححه ، ويضربان الغائط : أى يأتيانه ، والمقت وهو البغض وإن كان على المجموع : أى مجموع كشف العورة والتحدث فبعض موجبات المقت مكروه إمداد .

(وأن يبول قائما أو مضطجعا أو مجردا من ثوبه بلا عذر أو) يبول (فى موضع يتوضأ) هو (أو يغتسل فيه) لحديث «لايبولن أحدكم فى مستحمه فإن عامة الوسواس منه» :

[فروع] يجب الاستبراء بمشى

[تنبيه] عبارة الغزنوية ولا يتكلم فيه : أى فى الخلاء . وفى الضياء عن بستان أبى الليث يكره الكلام فى الخلاء وظاهره أنه لايختص بحال قضاء الحاجة : وذكر بعض الشافعية أنه المعتمد عندهم ، وزاد فى الإمداد ولا يتنحنح أى إلا بعذر ، كما إذا خاف دخول أحد عليه اهـ . ومثله بالأولى مالو خشى وقوع محذور بغيره ؟ ولو توضأ فى الخلاء لعذر هل يأتى بالبسملة ونحوها من أدعيته مراعاة لسنة الوضوء أو يتركها مراعاة للمحل ؟ والذى يظهر الثانى لتصريحهم بتقديم النهى على الأمر تأمل (قوله وأن يبول قائما) لما ورد من النهى عنه ، ولقول عائشة رضى الله عنها « من حدثكم أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يبول قائما فلا تصدقوه ، ماكان يبول إلا قاعدا » رواه أحمد والترمذى والنسائى وإسناده جيد . قال النووى فى شرح مسلم : وقد روى فى النهى أحاديث لاتثبت ولكن حديث عائشة ثابت فلذا قال العلماء يكره إلا لعذر ، وهى كراهة تنزيه لاتحريم. وأما بوله(١) صلى الله عليه وسلم فى السباطة التى بقرب الدور فقد ذكر عياض أنه لعله طال عليه مجلس حتى حفزه البول فلم يمكنه التباعد اهـ أو لما روى « أنه صلى الله عليه وسلم بال قائما لجرح بمأبضه » بهمزة ساكنة بعد الميم وباء موحدة : وهو باطن الركبة ، أو لوجع كان بصلبه والعرب كانت تستشفى به ، أو لكونه لم يجد مكانا للقعود ، أو فعله بيانا للجواز وتمامه فى الضياء (قوله أو مضطجعا أو مجردا) لأنهما من عمل اليهود والنصارى غزنوية (قوله بلا عذر) يرجع إلى جميع ماقبله ط (قوله ويتوضأ هو) قدر هو ليوافق الحديث ويثبت حكم غيره بطريق الدلالة أفاده ح (قوله لحديث الخ) لفظه كما فى البرهان عن أبى داود « لايبولن أحدكم فى مستحمه ثم يغتسل أو يتوضأ فيه ، فإن عامة الوسواس منه » والمعنى موضعه الذى يغتسل فيه بالحميم ، وهو فى الأصل الماء الحار ، ثم قيل للإغتسال بأى مكان استحمام ؛ وإنما نهى عن ذلك إذا لم يكن له مسلك يذهب فيه البول أو كان المكان صلبا فيوهم المغتسل أنه أصابه منه شىء فيحصل به الوسواس كما فى نهاية ابن الأثير اهـ مدنى :

مطلب فى الفرق بين الاستبراء والاستنقاء والاستنجاء

(قوله يجب الاستبراء الخ) هو طلب البراءة من الخارج بشىء مما ذكره الشارح حتى يستيقن بزوال الأثر. وأما الاستنقاء فهو طلب النقاوة ، وهو أن يدلك المقعدة بالأحجار أو بالأصابع حالة الاستنجاء بالماء . وأما الاستنجاء فهو استعمال الأحجار أو الماء ، هذا هو الأصح فى تفسير هذه الثلاثة كما فى الغزنوية : وفيها أن المرأة كالرجل إلا فى الاستبراء فإنه لااستبراء عليها ، بل كما فرغت تصبر ساعة لطيفة ثم تستنجى ، ومثله فى الإمداد : وعبر بالوجوب تبعا للدرر وغيرها ، وبعضهم عبر بأنه فرض وبعضهم بلفظ ينبغى وعليه فهو مندوب كما صرح به بعض الشافعية ، ومحله إذا أمن خروج شىء بعده فيندب ذلك مبالغة فى الاستبراء أو المراد الاستبراء بخصوص هذه الأشياء من نحو المشى والتنحنح ، أما نفس الاستبراء حتى يطمئن قلبه بزوال الرشح فهو فرض وهو المراد بالوجوب ، ولذا قال الشرنبلالى : يلزم الرجل الاستبراء حتى يزول أثر البول ويطمئن قلبه . وقال : عبرت باللزوم لكونه أقوى من الواجب لأن هذا يفوت الجواز لفوته فلا يصح له الشروع فى الوضوء حتى يطمئن بزوال

---

(١) (قوله وأما بوله الخ) هو مارواه الشيخان عن حذيفة رضى الله عنه وأنه صلى الله عليه وسلم أتى سباطة قوم فبال قائما والسباطة هى ملقى التراب والقمامة لكونه بفناء الدور ، وإضافتها إلى القوم ليست بإضافة ملك بل كانت مواتا مباحة فى محلتهم ضياء اهـ منه .

أو تنحنح أو نوم على شقه الأيسر ، ويختلف بطباع الناس .

ومع طهارة المغسول تطهر اليد ؛ ويشترط إزالة الرائحة عنها وعن المخرج إلا إذا عجز ، والناس عنه غافلون استنجى المتوضئ ، إن على وجه السنة بأن أرخى انتقض وإلا لا .

الرشح اه (قوله أو تنحنح) لأن العروق ممتدة من الحلق إلى الذكر وبالتنحنح تتحرك وتقذف مافى مجرى البول اه ضياء (قوله ويختلف الخ) هذا هو الصحيح ، فمن وقع فى قلبه أنه صار طاهرا جاز له أن يستنجى ، لأن كل أحد أعلم بحاله ضياء .

قلت : ومن كان بطىء الاستبراء فليفتل نحو ورقة مثل الشعيرة ويحتشى بها فى الإحليل فإنها تتشرب مابقى من أثر الرطوبة التى يخاف خروجها ، وينبغى أن يغيبها فى المحل لئلا تذهب الرطوبة إلى طرفها الخارج ، وللخروج من خلاف الشافعى . وقد جرب ذلك فوجد أنفع من ربط المحل لكن الربط أولى إذا كان صائما لئلا يفسد صومه على قول الإمام الشافعى (قوله ومع طهارة المغسول تطهر اليد) هذا مختار الفقيه أبى جعفر ، وقيل يجب غسلها لأنها تتنجس بالاستنجاء ، وقيل يسن وهذا هو الصحيح كما مر فى سنن الوضوء نوح . ونقل فى القنية أنه لو استنجى بالماء وبيده خيط مشدود لايطهر بطهارة اليد مالم يمر اليد بالخيط إمرارا بليغا (قوله ويشترط الخ) قال فى السراج : وهل يشترط فيه ذهاب الرائحة ؟ قال بعضهم نعم ، فعلى هذا لايقدر بالمرات بل يستعمل الماء حتى تذهب العين والرائحة . وقال بعضهم : لايشترط بل يستعمل حتى يغلب على ظنه أنه قد طهر وقدروه بالثلاث اه والظاهر أن الفرق بين القولين أنه على الأول يلزمه شم يده حتى يعلم زوال الرائحة وعلى الثانى لايلزمه بل يكفى غلبة الظن تأمل (قوله بأن أرخى الخ) لعل وجهه أنه يخرج بإرخائه نفسه الشرج الداخل وهو لايخلو عن رطوبة النجاسة ثم رأيته منقولا عن خط البزازى فى هامش نسختى البزازية مع التصريح بأن المراد بوجه السنة ماذكره الشارح من الإرخاء ، وبه اندفع مافهمه فى الحلية من بناء القول بالنقض ، على أن المراد بوجه السنة هو إدخال الأصبع فى الدبر ، فرد ذلك بأنه قد نص غير واحد من أعيان المشايخ الكبار على أنه لايدخل الأصبع فى الاستنجاء .

[تتمة] إذا أراد أن يدخل الخلاء ينبغى أن يقوم قبل أن يغلبه الخارج ولا يصحبه شىء عليه اسم معظم ولا حاسر الرأس ولا مع القلنسوة بلا شىء عليها ، فإذا وصل إلى الباب يبدأ بالتسمية قبل الدعاء هو الصحيح فيقول : بسم الله ، اللهم إنى أعوذ بك من الخبث والخبائث ، ثم يدخل باليسرى ولا يكشف قبل أن يدنو إلى القعود ، ثم يوسع بين رجليه ويميل على رجله اليسرى ، ولا يفكر فى أمر الآخرة كالفقه والعلم ، فقد قيل : إنه يمنع منه شىء أعظم منه ولا يرد سلاما ولا يجيب مؤذنا ، فإن عطس حمد الله تعالى بقلبه ، ولا ينظر إلى عورته ولا إلى مايخرج منه ، ولا يبزق فى البول ، ولا يطيل القعود فإنه يولد الباسور ، ولا يمتخط ، ولا يتنحنح ، ولا يكثر الالتفات ولا يعبث ببدنه ، ولا يرفع بصره إلى السماء وينكس رأسه حياء مما ابتلى به ويدفن الخارج ، ويجتهد فى الاستفراغ منه ، فإذا فرغ يعصر ذكره من أسفله إلى الحشفة ، ثم يمسح بثلاثة أحجار ثم يستر عورته قبل أن يستوى قائما ثم يخرج برجله اليمنى ويقول : غفرانك ، الحمد لله الذى أذهب عنى مايؤذينى ، وأمسك علىّ ماينفعنى ثم يستبرئ فإذا استيقن بانقطاع أثر البول يقعد للاستنجاء بالماء موضعا آخر ، ويبدأ بغسل يديه ثلاثا ويقول قبل كشف العورة بسم الله العظيم وبحمده ، والحمد لله على دين الإسلام . اللهم اجعلنى من التوابين ، واجعلنى من المتطهرين الذين لاخوف عليهم ولاهم يحزنون ، ثم يفيض الماء باليمنى على فرجه ، ويعلى الإناء ، ويغسل فرجه باليسرى ، ويبدأ بالقبل ثم الدبر ، ويرخى مقعدته ثلاثا ، ويدلك كل مرة ، ويبالغ فيه مالم يكن صائما فينشف بخرقة قبل أن يجمعه

نام أو مشى على نجاسة ، إن ظهر عينها تنجس وإلا لا ؛
ولو وقعت فى نهر فأصاب ثوبه ، إن ظهر أثرها تنجس وإلا لا .

لف طاهر فى نجس مبتل بماء

كى لايصل الماء إلى جوفه فيفطر ، ثم يدلك يده على حائط أو أرض طاهرة ثم يغسلها ثلاثا ، ثم يقوم وينشف فرجه بخرقة نظيفة ، فإن لم تكن معه يمسح بيده مرارا حتى لاتبقى إلا بلة يسيرة ، ويلبس سراويله ويرش فيه الماء أو يحشو بقطنة إن كان يريبه الشيطان ، ويقول : الحمدلله الذى جعل الماء طهورا والإسلام نورا ، وقائدا ودليلا إلى الله وإلى جنات النعيم : اللهم حصن فرجى ، وطهـر قلبى ، ومحص ذنوبى اهـ ملخصا من الغزنوية والضياء (قوله نام) أى فعرق ، وقوله أو مشى : أى وقدمه مبتلة (قوله على نجاسة) أى يابسة لما فى متن الملتقى لو وضع ثوبا رطبا على ماطين بطين نجس جاف لاينجس ، قال الشارح : لأن بالجفاف تنجذب رطوبة الثوب من غير عكس بخلاف ماإذا كان الطين رطبا اهـ (قوله إن ظهر عينها) المراد بالعين مايشمل الأثر لأنه دليل على وجودها لو عبر به كما فى نور الإيضاح لكان أولى (قوله تنجس) أى فيعتبر فيه القدر المانع كما مر فى محله (قوله ولو وقعت) أى النجاسة فى نهر : أى ماء جار ، بأن بال فيه حمار فأصاب الرشاش ثوب إنسان اعتبر الأثر ، بخلاف ماإذا بال فى ماء راكد فإنه إذا أصابه من الرشاش أكثر من الدرهم منع كما فى الخانية ، لكن ذكر فيها أنه لو ألقيت عذرة فى الماء فأصابه منه اعتبر الأثر ، فأطلق ولم يفصل بين الجارى وغـيره ، ولعل إطلاقه محمول على ماذكره فى التفصيل ، ويؤيده أنه المتبادر من كلام صاحب الهداية فى مختارات النوازل(١) اللهم إلا أن يفرق بين البول والعذرة بأنه إذا أصاب البول الماء الراكد يترجح الظن بأن الرشاش من البول لصدمه الماء ، بخلاف ماإذا كان جاريا فإن كلا منهما يصدم الآخر ، فيحتمل أنه من الماء فلذا اعتبر الأثر . وأما فى العذرة ، فالرشاش المتطاير إنما هو من الماء قطعا سواء كان راكدا أو جاريا ، ولـكنه يحتمل أن يكون من الماء الذى أصاب العذرة أو من غيره تطاير بقوة وقعها فيعتبر فيه الأثر ، لأن الأصل الطهارة ، هذا ماظهر لى ، والله تعالى أعلم .

هذا ، وقد ذكر فى المنية وغيرها عن ابن الفضل التنجيس فى الجارى وغيره ، وأن اختيار أبى الليث عدمه . قال فى شرح المنية : أى فى الجارى وغيره ، وهو الأصح لأن اليقين لايزول بالشك ، ولأن الغالب أن الرشاش المتصاعد إنما هو من أجزاء الماء لامن أجزاء الشىء الصادم ، فيحكم بالغالب مالم يظهر خلافه اهـ فتأمل ، فإن كون ذلك هو الغالب محل نظر .

بقى شىء ، وهو أنه هل المراد بالراكد القليل أو الكثير ؟ لم أره صريحا . وقال ح : الظاهر الأول ، وإلا لما كان معنى لتفصيل قاضيخان . ويفهم من تعليل شرح المنية للأصح أن الماء القليل لاينجس فى آن وقوع النجاسة حتى لو أخذ ماء من الجانب الآخر عقب الوقوع بلا فاصل يكون طاهرا لأنهم لم يحكموا بسريان النجاسـة إلى الرشاش لعلم زمان تسرى فيـه مع قربه من النجاسة ، فعدم نجاسة الطرف المقابل لطرف وقوع النجاسة فى آن الوقوع أولى تأمل تظفر اهـ .

قلت : وعلى ماذكرناه من الفرق يظهر لتفصيل الخانية معنى ، فلا يدل على أن المراد بالراكد القليل فتأمل (قوله لف طاهر الخ) اعلم أنه إذا لف طاهر جاف فى نجس مبتل واكتسب الطاهر منه اختلف فيه المشايخ ،

---

(١) (قوله فى مختارات النوازل) أقول : ونص عبارة مختارات النوازل هكذا : الحمار إذا بال فى الماء الجارى فأصاب رشاشة الثوب لايفسده مالم يتيقن أنه بول ، وكذا لو رمى نجاسة فى الماء فانتضح منه فأصاب الثوب ، وإن كان الماء راكدا يفسده اهـ منه .

إن بحيث لو عصر قطر تنجس وإلا لا :

ولو لف فى مبتل بنحو بول ، إن ظهر نداوته أو أثره تنجس وإلا لا .

فأرة وجدت فى خمر فرميت فتخلل ، إن متفسخة تنجس وإلا لا .

وقع خمر فى خل ، إن قطرة لم يحل إلا بعد ساعة ، وإن كوزا حل فى الحال إن لم يظهر أثره .

فقيل يتنجس الطاهر . واختار الحلوانى أنه لايتنجس إن كان الطاهر بحيث لايسيل منه شىء ولا يتقاطر لو عصر وهو الأصح كما فى الخلاصة وغيرها ، وهو المذكور فى عامة كتب المذهب متونا وشروحا . وفتاوى فى بعضها بلا ذكر خلاف ، وفى بعضها بلفظ الأصح، وقيده فى شرح المنية بما إذا كان النجس مبلولا بالماء لا بنحو البول ، وبما إذا لم يظهر فى الثوب الطاهر أثر النجاسة ، وقيده فى الفتح أيضا بما إذا لم ينبع من الطاهر شىء عند عصره ليكون مااكتسبه مجرد ندوة لأنه قد يحصل بلىّ الثوب وعصره نبع رؤوس صغار ليس لها قوة السيلان ثم ترجع إذا حل الثوب ، ويبعد فى مثله الحكم بالطهارة مع وجود المخالطة حقيقة . قال فى البرهان بعد نقله مافى الفتح : ولا يخفى منه أنه لايتيقن بأنه مجرد ندوة إلا إذا كان النجس الرطب هو الذى لايتقاطر بعصره إذ يمكن أن يصيب الثوب الجاف قدر كثير من النجاسة ولا ينبع منه شىء بعصره كما هو مشاهد عند البداية بغسله . فيتعين أن يفتى بخلاف ماصححه الحلوانى اه وأقره الشرنبلالى . ووجهه ظاهر .

والحاصل أنه على ماصححه الحلوانى : العبرة للطاهر المكتسب إن كان بحيث لو انعصر قطر تنجس وإلا لا ، سواء كان النجس المبتلّ يقطر بالعصر أولا . وعلى مافى البرهان العبرة للنجس المبتل إن كان بحيث لو عصر قطر تنجس الطاهر سواء كان الطاهر بهذه الحالة أولا ، وإن كان بحيث لم يقطر لم يتنجس الطاهر وهذا هو المفهوم(١) من كلام الزيلعى فى مسائل شتى آخر الكتاب ، مع أن المتبادر من عبارة المصنف هناك كالكنز وغيره خلافه ، بل كلام الخلاصة والخانية والبزازية وغيرها صريح بخلافه ، وسيأتى تمام الكلام هناك إن شاء الله تعالى (قوله إن بحيث لو عصر الخ) المتبادر منه عود الضمائر الثلاث إلى الطاهر ، فيوافق ماصححه الحلوانى . ويحتمل عود الضمير فى عصر وقطر إلى النجس ، والضمير فى تنجس إلى الطاهر فيوافق مافى البرهان والشرنبلالية والزيلعى فافهم (قوله ولو لف الخ) محترز قوله مبتل بماء ، وهذا مأخوذ من شرح المنية ، وقال لأن النداوة حينئذ عين النجاسة وإن لم يقطر بالعصر .

أقول : أنت خبير بأن الماء المجاور للنجاسة حكمه حكمها من تغليظ أو تخفيف ، فلا يظهر الفرق بين المبتل ببول أو بماء أصابه بول تأمل (قوله إن متفسخة تنجس) لأنه ينفصل منها أجزاء بسبب الانتفاخ ، وانقلاب الخمر خلا لا يوجب انقلاب الأجزاء النجسة طاهرة اه ح . قال فى الخانية : وكذا الكلب إذا وقع فى عصير ثم تخمر ثم تخلل لايحل أكله ، لأن لعاب الكلب أقام فيه وأنه لايصير خلا (قوله وإلا لا) أى لايتنجس الخل لعدم بقاء شىء بعد التخلل ، والفأرة وإن كانت نجسة قبل التخلل مثل الخمر ، لكن النجس لايؤثر فى مثله ، فإذا ألقيت ثم تخلل الخمر طهر بانقلاب العين ، بخلاف ماإذا وقعت فى بئر فإنها تنجسه لملاقاتها الماء الطاهر فتؤثر فيه ويجب النزح وإن لم تتفسخ. ولا يرد ماإذا تفسخت فى الخمر ، لما علمت من أن ذلك الأثر بعد التخلل لاينقلب خلا فيؤثر فى طهارة الخل فافهم (قوله وقع خمر فى خل الخ) وجهه كما فى الخانية أنه فى الكوز لما زالت الرائحة عرف التغير

---

(١) (قوله وهذا هو المفهوم الخ) وذلك حيث علل لعدم التنجس بقوله لأنه إذا لم يتقاطر منه بالعصر لاينفصل منه شىء ، وإنما يبتل مايجاوره بالنداوة وبذلك لايتنجس به اه فإن الضمائر البارزة كلها عائدة على النجس ، فيفهم منه أنه المعتبر فى التقاطر وعدمه دون الطاهر اه منه .

فأرة وجدت فى قمقمة ولم يدر هل ماتت فيها أو فى جرة أو فى بئر يحمل على القمقمة :
ثلاث قرب من سمن وعسل ودبس أخذ من كل حصة وخلط فوجد فيه فأرة نضعها فى الشمس ، فإن خرج منها الدهن فسمن ، وإلا فإن بقى بحال الجمد فالعسل أو متلطخا فالدبس :
يعمل بخبر الحرمة فى الذبيحة ، وبخبر الحل فى ماء وطعام :
يتحرى فى ثياب أقلها طاهر وفى أوان أكثرها طاهر لاأقلها ، بل يحكم بالأغلب إلا لضرورة شرب .
يحرم أكل لحم أتنن لانحو سمن ولبن :

وعرف أنه صار خلا . وأما فى القطرة فإنها لا رائحة لها فلا يعرف التغير . ويحتمل أنها باقية فى الحال فلا يحكم بحله . قال القاضى : الإمام يحكم ظنه إن كان غالب ظنه أنه صار خلا طهر وإلا فلا اه (قوله فأرة وجدت الخ) صورته ملأ جرة من بئر ثم ملأ قمقمة من تلك الجرة ثم وجدت فى القمقمة فأرة ، وفى نهاية الحديث القمقمة مايسخن فيه الماء من نحاس وغيره ويكون ضيق الرأس اه (قوله يحمل على القمقمة) هذا من باب الحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات اه ح . وفى الفتح : أخذ من حب ثم من حب آخر ماء وجعل فى إناء ثم وجد فى الإناء فأرة ، فإن غاب ساعة فالنجاسة للإناء ، وإلا فإن تحرى ووقع تحريه على أحد الحبين عمل به ، وإن لم يقع على شيء فللحب الأخير ، وهذا إذا كانا لواحد ، فلو لاثنين كل منهما يقول ماكانت فى حبي فكلاهما طاهر (قوله فإن خرج منها الدهن) أى من جوفها ، أو المراد مما يلاقى جلدها (قوله فقربته(١)) أى هى النجسة ، وكذا يقدر فيما بعده (قوله وإلا) أى وإن لم يخرج منها الدهن ، فإن بقى ماعليها بحال الجمد بفتح الجيم والميم : أى جامدا فهو دليل أنه عسل ، لأن العسل إذا أصابته الشمس تلاحمت أجزاؤه وتماسك بعضها ببعض ، بخلاف الدبس فإنه ينقطع بعضه عن بعض بحرارة الشمس أفاده ح . بقى ما إذا لم يظهر الحال بذلك ، وينبغى أن يفصل فيه كما قدمناه آنفا عن الفتح (قوله يعمل بخبر الحرمة الخ) أى إذا أخبره عدل بأن هذا اللحم ذبيحة مجوسى أو ميتة وعدل آخر أنه ذبيحة مسلم لا يحل ، لأنه لما تهاتر الخبران بقى على الحرمة الأصلية لايحل إلا بالذكاة ، ولو أخبرا عن ماء وتهاترا بقى على الطهارة الأصلية اه إمداد . وظاهره أنه بعد التهاتر فى الصورتين لا يعتبر التحرى وسنذكر مايخالفه فى الحظر والإباحة قبل فصل اللبس عن شراح الهداية وغيرهم ، فراجعه هناك (قوله أقلها طاهر) كما لو اختلط ثوب طاهر مع ثوبين نجسين وكذا بالعكس بالأولى (قوله لا أقلها) مثله التساوى فإنه لايتحرى فيه أيضا كما سيذكره الشارح فى الحظر والإباحة ، وذكر هناك أن اختلاط الذبيحة الذكية والميتة كحكم الأوانى :

ثم الفرق بين الثياب والأوانى كما فى الإمداد أن الثوب لا خلف له فى ستر العورة ، بخلاف الماء فى الوضوء والغسل فإنه يخلفه التيمم . وأما فى حق الشرب فيتحرى مطلقا لأنه لا خلف له ، ولهذا قال إلا لضرورة شرب .

ثم اعلم أن ماذكره الشارح هنا فى مسألتى الثياب والأوانى موافق لما فى نور الإيضاح ومواهب الرحمن ، ويخالفه مافى الذخيرة وغيرها مما حاصله أنه إن غلب الطاهر فى الأوانى أو الثياب أو الذبائح تحرى فى حالتى الاختيار والاضطرار اعتبارا للغالب ، وإلا ففى الاختيار لايتحرى فى الكل ، وفى الاضطرار يتحرى فى الكل إلا فى الأوانى لغير الوضوء والغسل ، وسيأتى بسطه فى الحظر والإباحة إن شاء الله تعالى ، وهذا بخلاف ما إذا طلق من نسائه امرأة أو أعتق من إمائه أمة فإنه لايجوز له أن يتحرى لوطء ولابيع وإن كانت الغيبة للحلال ، وتمامه فى الولوالجية وغيرها من كتاب التحرى فراجعه (قوله يحرم أكل لحم أتنن) عزاه فى التاترخانية إلى مشكل الآثار للطحاوى :

---

(١) (قوله فقربته) هكذا بخطه ولعلها نسخته ، والا فنسخ الشارح التى بأيدى فسمن الخ اهـ مصححه .

شعير فى بعر أو روث صلب يؤكل بعد غساه ، وفى خثى لا .
مرارة كل حيوان كبوله وجرته كزبله :
حكم العصير حكم الماء .
رطوبة الفرج طاهرة خلافا لهما ، العبرة للطاهر من تراب أو ماء اختلطا ، به يفتى .

قال ح : أى لأنه يضر لا لأنه نجس . وأما نحو اللبن المنتن فلا يضر ذكره الشرنبلالى فى شرح كراهية الوهبانية اه .

قلت : ونقل فى التاترخانية عن صلاة الجلابى أنه إذا اشتد تغيره تنجس ، ثم نقل التوفيق بحمل الأول على ما إذا لم يشتد، ومثله فى القنية ، لكن فى الحموى عن النهاية أن الاستحالة إلى فساد لاتوجب النجاسة لامحالة اه. وفى التاترخانية : دود لحم وقع فى مرقة لاينجس ولا تؤكل المرقة إن تفسخ الدود فيها اه أى لأنه ميتة وإن كان طاهرا . قلت : وبه يعلم حكم الدود فى الفواكه والثمار (قوله شعير الخ) فى التاترخانية : إذا وجد الشعير فى بعر الإبل والغنم يغسل ويجفف ثلاثا ويؤكل ، وفى أخثاء البقر لايؤكل . قال فى الفتح لأنه لا صلابة فيه . ثم نقل فى التاترخانية عن الكبرى أن الصحيح التفصيل بالانتفاخ وعدمه ، ويستوى فيه البعر والخثى اه أى إن انتفخ لايؤكل فيهما وإلا أكل فيهما ، وبحث نحوه فى شرح المنية ، وبما ذكرنا علم أن قوله صلب مرفوع صفة ثانية لشعير فافهم (قوله مرارة كل حيوان كبوله) أى فإن كان بوله نجسا مغلظا أو مخففا فهى كذلك خلافا ووفاقا . ومن فروعه ماذكروا : لو أدخل فى أصبعه مرارة مأكول اللحم يكره عنده لأنه لايبيح التداوى ببوله ، لا عند أبى يوسف لأنه يبيحه . وفى الذخيرة والخانية أن الفقيه أبا الليث أخذ بالثانى للحاجة . وفى الخلاصة وعليه الفتوى. قلت : وقياس قول محمد لايكره مطلقا لطهارة بوله عنده اه حلية (قوله وجرته كزبله) أى كسرقينه ، وهى بكسر الجيم . وقد تفتح : مايجره أى يخرجه البعير من جوفه إلى فه فيأكله ثانيا كما فى المغرب والقاموس ، وعلله فى التجنيس بأنه واراه جوفه ، ألا ترى إلى مايوارى جوف الإنسان بأن كان ماء ثم قاءه فحكمه حكم بوله اه وهو يقتضى أنه كذلك وإن قاء من ساعته ؛ لكن قال بعده فى الصبى ارتضع ثم قاء فأصاب ثياب الأم ، إن زاد على الدرهم منع . وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه لايمنع مالم يفحش لأنه لم يتغير من كل وجه فكأن نجاسته دون نجاسة البول لأنها متغيرة من كل وجه وهو الصحيح اه كذا فى فتح القدير . وظاهره الميل إلى إعطاء الجرة حكم هذا القىء أخذا من التعليل (قوله حكم العصير حكم الماء) أى فى أنه تزال به النجاسة الحقيقية وأنه إذا كان عشرا فى عشر لاينجس بوقوع النجاسة فيه كما فى الماء اه ح فى أنه لو عصر العنب وهو يسيل فأدمى رجله ولم يظهر أثر الدم لا ينجس عند أبى حنيفة وأبى يوسف كما فى المنية عن المحيط (قوله رطوبة الفرج طاهرة) ولذا نقل فى التاترخانية أن رطوبة الولد عند الولادة طاهرة ، وكذا السخلة إذا خرجت من أمها ، وكذا البيضة فلا يتنجس بها الثوب ولا الماء إذا وقعت فيه ، لكن يكره التوضؤ به للاختلاف ، وكذا الأنفحة هو المختار . وعندهما يتنجس ، وهو الاحتياط اه . قلت : وهذا إذا لم يكن معه دم ولم يخالط رطوبة الفرج مذى أو منى من الرجل أو المرأة (قوله العبرة للطاهر الخ) هذا ماعليه الأكثر فتح ، وهو قول محمد ، والفتوى عليه بزازية ؛ وقيل العبرة للماء إن كان نجسا فالطين نجس وإلا فطاهر ؛ وقيل العبرة للتراب ، وقيل للغالب ، وقيل أيهما كان نجسا فالطين نجس ؛ واختاره أبو الليث وصححه فى الخانية وغيرها وقواه فى شرح المنية وحكم بفساد بقية الأقوال تأمل ، وصححه فى المحيط أيضا ، وعلله بأن النجاسة لا تزول عن أحدهما بالاختلاط ، بخلاف السرقين إذا جعل

مشى فى حمام ونحوه لاينجس ، مالم يعلم أنه غسالة نجس :
لاينبغى أخذ الماء من الأنبوبة لأنه يصير الماء راكدا :
التبكير إلى الحمام ليس من المروءة ، لأن فيه إظهار «قلوب الكناية .
ثياب الفسقة وأهل الذمة طاهرة :
ديباج أهل فارس نجس ، لجعلهم فيه البول لبريقه : .
رأى فى ثوب غيره نجسا مانعا ، إن غلب على ظنه أنه لوأخبره أزالها وجب وإلالا ، فالأمر بالمعروف على هذا :
حمل السجادة فى زماننا أولى احتياطا ، لما ورد أول « مايسأل عنه فى القبر الطهارة » وفى الموقف « الصلاة » .

فى الطين للتطيين لاينجس ؛ لأن فيه ضرورة إلى إسقاط نجاسته لأنه لايتهيأ إلا به حلية (قوله مشى فى حمام ونحوه) أى كما لو مشى على ألواح مشرعة بعد مشى من برجله قذر لا يحكم بنجاسة رجله مالم يعلم أنه وضع رجله على موضعه للضرورة فتح : وفيه عن التنجيس : مشى فى طين أو أصابه ولم يغسله وصلى تجزيه مالم يكن فيه أثر النجاسة لأنه المانع إلا أن يحتاط ؛ أما فى الحكم فلا يجب (قوله لأنه يصير الماء راكدا) أى لأنه بأخذه له من الأنبوبة يمنع نزوله إلى الحوض فيصير راكدا وربما كان على يده نجاسة أو على يد غيره فأدخلها فى الحوض فى هذه الحالة فيتنجس فينبغى إذا أراد الأخذ أن يأخذ من الحوض ؛ لأن الماء إذا كان نازلا والعرف متداركا فهو فى حكم الجارى (قوله التبكير إلى الحمام) أى الدخول إليه أول الغداة بلا ضرورة (قوله لأن فيه إظهار مقلوب الكناية) أراد به النيك : أى الجماع ، ولم يقل مقلوب الكين مع أنه قلب حقيق لزيادة التباعد عن التصريح به ، لأنه مما يطلب كتمانه ، ولذا كان من أسمائه السر كما فى القاموس : وعبارة الفيض إذ فيه إبداء مايجب إخفاؤه : والظاهر أنه يحب بالحاء ، ولذا قال العلامة الرملى : وأما مانهى عنه صلى الله عليه وسلم فهو السباع أى على وزن كتاب : وهو المفاخرة بالجماع وإفشاء الرجل مايجرى بينه وبين زوجته فذاك ليس من هذا القبيل بل النهى يقتضى التحريم اه (قوله ثياب الفسقة الخ) قال فى الفتح : وقال بعض المشايخ : تكره الصلاة فى ثياب الفسقة لأنهم لايتقون الخمور . قال المصنف : يعنى صاحب الهداية : الأصح أنه لايكره لأنه لم يكره من ثياب أهل الذمة إلا السراويل مع استحلالهم الخمر ، فهذا أولى اه (قوله لجعلهم فيه البول) إن كان كذلك لاشك أنه نجس تاترخانية (قوله إن غلب على ظنه) عبارة الخانية إن كان فى قلبه :

مطلب فى الأمر بالمعروف

(قوله فالأمر بالمعروف على هذا) كذا فى الخانية ، وفى فصول العلامى وإن علم أنه لايتعظ ولاينزجر بالقول ولا بالفعل ولو بإعلام سلطان أو زوج أو والد له قدرة على المنع لا يلزمه ولا يأثم بتركه ، لكن الأمر والنهى أفضل ، وإن غلب على ظنه أنه يضر به أو يقتله لأنه يكون شهيدا قال تعالى — أقم الصلاة وأمر بالمعروف وانه عن المنكر واصبر على ما أصابك — أى من ذل أو هوان إذا أمرت — إن ذلك من عزم الأمور — أى من حق الأمور ، ويقال من واجب الأمور اه وتمامه فيه .

مطلب فى أول مايحاسب به العبد

(قوله لما ورد الخ) أى فى قوله صلى الله عليه وسلم « اتقوا البول فإنه أول مايحاسب به العبد فى القبر » رواه الطبرانى باسناد حسن ، وفى قوله صلى الله عليه وسلم « أول مايحاسب به العبد يوم القيامة من عمله صلاته

كتاب الصلاة

شروع فى المقصود بعد بيان الوسيلة ، ولم تخل عنها شريعة مرسل . ولما صارت قربة بواسطة الكعبة كانت دون الإيمان لامنه ، بل من فروعه :

وهى لغة الدعاء ، فنقلت شرعا إلى الأفعال المعلومة وهو الظاهر ، لوجودها بدون الدعاء فى الأمى والأخرس (هى فرض عين على كل مكلف)

قال العراقى فى شرح الترمذى : ولا يعارضه حديث الصحيح « إن أول مايقضى بين الناس يوم القيامة فى الدماء » لحمل الأول على حق الله تعالى على العبد ، والثانى على حقوق الآدميين فيما بينهم .

فإن قيل أيهما يقدم ؟ فالجواب أن هذا أمر توقيفى ، وظواهر الأحاديث دالة على أن الذى يقع أولا المحاسبة على حقوق الله تعالى قبل حقوق العباد ، كذا فى شرح العلقمى على الجامع الصغير ، ولا يخفى مافى ذكر الشارح لهذه الجملة قبيل كتاب الصلاة من رعاية التناسب وحسن الختام .

كتاب الصلاة

(قوله شروع الخ) بيان لوجه تأخيرها عن الطهارة ، وتقدم فى الطهارة وجه تقديمها على غيرها (قوله ولم تخل عنها شريعة مرسل) أى عن أصل الصلاة . قيل الصبح صلاة آدم ، والظهر لداود ، والعصر لسليمان ، والمغرب ليعقوب ، والعشاء ليونس عليهم السلام ، وجمعت فى هذه الأمة ، وقيل غير ذلك (قوله بواسطة الكعبة(١)) أى بواسطة استقبالها ؛ وانظر لماذا خصص هذا الشرط مع أنها لم تصر قربة إلا باجتماع سائر شرائطها ط .

وقد يقال : المراد أنها صارت قربة بواسطة تعظيم الكعبة فإنه سبحانه أمر باستقبالها تعظيما لها ، وفى ذلك تعظيم له سبحانه بواسطة تعظيمها ، أفاده شيخنا حفظه الله تعالى (قوله دون الإيمان) لأنه قربة بلا واسطة (قوله لامنه بل من فروعه) أى باعتبار الفعل ، وأما بالنظر لحكمها وهو الافتراض فهى منه ، لأن من متعلق التصديق بما جاء به رسول الله صلى الله عليه وسلم ط وأشار الشارح إلى خلاف من يقول إن الأعمال من الإيمان كالبخارى وغيره (قوله وهى لغة الدعاء) أى حقيقتها ذلك ، وهو ماعليه الجمهور ، وجزم به الجوهرى وغيره لأنه الشائع فى كلامهم قبل ورود الشرع بالأركان المخصوصة ، وقيل إنها حقيقة فى تحرك الصلوين بالسكون : العظمان الناتئان فى أعالى الفخذين اللذان عليهما الأليتان ، مجاز لغوى فى الأركان المخصوصة ، لأن المصلى يحركهما فى ركوعه وسجوده ، استعارة تصريحية فى المرتبة الثانية فى الدعاء تشبيها للداعى فى تخشعه بالراكع والساجد ، وتمامه فى النهر (قوله فنقلت الخ) اختلف الأصوليون فى الألفاظ الدالة على معان شرعية كالصلاة والصوم ، أهى منقولة عن معانيها اللغوية إلى حقائق شرعية : أى بأن لم يبق المعنى الأصلى مرعيا أم مغيرة : أى بأن يبقى ويزاد عليه قيود شرعية قيل بالأول ، واستظهره فى الغاية معللا بأنها توجد بدون الدعاء فى الأمى وقيل بالثانى وأنه إنما زيد على الدعاء باقى الأركان المخصوصة ، وأطلق الجزء على الكل كما فى النهر (قوله وهو الظاهر) الضمير للنقل المفهوم من نقلت ، وقوله لوجودها علة الظهور اهـ ح ، وعلله فى البحر بأن الدعاء ليس من حقيقتها شرعا أى بناء على أنه خلاف القراءة . قال فى النهر : وهو ممنوع . قلت : فيه نظر ، لأن الذى من حقيقتها قراءة آية وإن لم تكن دعاء تأمل (قوله هى) أى الصلاة الكاملة ، وهى الخمس المكتوبة (قوله على كل مكلف) أى بعينه ، ولذا سمى فرض

---

(١) (قوله بواسطة الكعبة) يعنى أن العبد أمر بالتوجه بجسمه إلى الكعبة اهـ منه .

بالإجماع . فرضت فى الإسراء ليلة السبت سابع عشر رمضان قبل الهجرة بسنة ونصف ، وكانت قبله صلاتين قبل طلوع الشمس وقبل غروبها شمنى (وإن وجب ضرب ابن عشر عليها بيد لابخشبة) لحديث « مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع ، واضربوهم عليها وهم أبناء عشر » قلت والصوم كالصلاة على الصحيح كما فى صوم القهستانى معزيا للزاهدى وفى خظر الاختيار أنه يؤمر بالصوم والصلاة وينهى عن شرب الخمر ليألف الخير ويترك الشر (ويكفر جاحدها) لثبوتها بدليل قطعى (وتاركها عمدا مجانة) أى تكاسلا فاسق (يحبس حتى يصلى) لأنه يحبس لحق العبد فحق الحق أحق ، وقيل يضرب حتى يسيل منه الدم .

عين ، بخلاف فرض الكفاية فإنه يجب على جملة المكلفين كفاية ، بمعنى أنه لو قام به بعضهم كفى عن الباقين وإلا أثموا كلهم . ثم المكلف هو المسلم البالغ العاقل ولو أنثى أو عبدا (قوله بالإجماع) أى وبالكتاب والسنة (قوله فرضت فى الإسراء الخ) نقله أيضا الشيخ إسمعيل فى الأحكام شرح درر الحكام ، ثم قال : وحاصل ما ذكره الشيخ محمد البكرى نفعنا الله تعالى ببركاته فى الروضة الزهراء أنهم اختلفوا فى أى سنة كان الإسراء بعد اتفاقهم على أنه كان بعد البعثة . فجزم جمع بأنه كان قبل الهجرة بسنة ، ونقل ابن حزم الإجماع عليه ، وقيل بخمس سنين ، ثم اختلفوا فى أى الشهور كان ؟ فجزم ابن الأثير والنووى فى فتاويه بأنه كان فى ربيع الأول . قال النووى : ليلة سبع وعشرين ، وقيل فى ربيع الآخر ، وقيل فى رجب وجزم به النووى فى الروضة تبعا للرافعى ، وقيل فى شوال . وجزم الحافظ عبد الغنى القدسى فى سيرته بأنه ليلة السابع والعشرين من رجب ، وعليه عمل أهل الأمصار اهـ (قوله وإن وجب الخ) هذا مبالغة على مفهوم قوله كل مكلف كأنه قال ولا يفترض على غير المكلف وإن وجب أى على الولى ضرب ابن عشر ، وذلك ليتخلق بفعلها ويعتاده لا لافتراضها ح . وظاهر الحديث أن الأمر لابن سبع واجب كالضرب . والظاهر أيضا أن الوجوب بالمعنى المصطلح عليه لابمعنى الافتراض لأن الحديث ظنى فافهم (قوله بيد) أى ولا يجاوز الثلاث ، وكذلك المعلم ليس له أن يجاوزها قال عليه الصلاة والسلام لمرداس المعلم « إياك أن تضرب فوق الثلاث ، فإنك إذا ضربت فوق الثلاث اقتص الله منك » اهـ إسمعيل عن أحكام الصغار للأستروشنى ، وظاهره أنه لايضرب بالعصا فى غير الصلاة أيضا (قوله لابخشبة) أى عصا ، ومقتضى قوله بيد أن يراد بالخشبة ماهو الأعم منها ومن السوط أفاده ط (قوله لحديث الخ) استدلال على الضرب المطلق ، وأما كونه لابخشبة فلأن الضرب بها ورد فى جناية المكلف اهـ ح وتمام الحديث « وفرقوا بينهم فى المضاجع » رواه أبوداود والترمذى ، ولفظه « علموا الصبى الصلاة ابن سبع ، واضربوه عليها ابن عشر » وقال حسن صحيح ، وصححه ابن خزيمة والحاكم والبيهقى اهـ إسمعيل . والظاهر أن الوجوب بعد استكمال السبع والعشر بأن يكون فى أول الثامنة والحادية عشر كما قالوا فى مدة الحضانة (قوله قلت الخ) مراده من هذين النقلين بيان أن الصبى ينبغى أن يؤمر بجميع المأمورات وينهى عن جميع المنهيات اهـ ح .

أقول : وقد صرح فى أحكام الصغار بأنه يؤمر بالغسل إذا جامع وبإعادة ماصلاه بلا وضوء لالو أفسد الصوم لمشقته عليه (قوله مجانة) بالتخفيف . قال فى المغرب : الماجن الذى لايبالى ما صنع وما قيل له ، ومصدره المجون والمجانة اسم منه والفعل من باب طلب اهـ (قوله أى تكاسلا) تفسير مراد اهـ ح (قوله فحق الحق أحق) لايقال : إن حقه تعالى مبنى على المسامحة لأنه لاتسامح فى شىء من أركان الإسلام اهـ إسمعيل (قوله وقيل يضرب) قاله الإمام المحبوبى ح عن المنح . وظاهر الحلية أنه المذهب فإنه قال : وقال أصحابنا فى جماعة منهم الزهرى لايقتل

وعند الشافعي يقتل بصلاة واحدة حدا ، وقيل كفرا (ويحكم بإسلام فاعلها) بشروط أربعة أن يصلي في الوقت (مع جماعة) مؤتما متمما وكذا لو أذن في الوقت

بل يعذر (١) ويحبس حتى يموت أو يتوب (قوله وعند الشافعي يقتل) وكذا عند مالك وأحمد ، وفي رواية عن أحمد ، وهي المختارة عند جمهور أصحابه أنه يقتل كفرا ، وبسط ذلك في الحلية (قوله ويحكم بإسلام فاعلها الخ) يعني أن الكافر إذا صلى بجماعة يحكم بإسلامه عندنا خلافا للشافعي لأنها مخصوصة بهذه الأمة ، بخلاف الصلاة منفردا لوجودها في سائر الأمم ، قال عليه الصلاة والسلام « من صلى صلاتنا ، واستقبل قبلتنا فهو منا » قالوا المراد صلاتنا بالجماعة على الهيئة المخصوصة اهـ درر ، وهو طرف من حديث طويل أخرجه البخاري وغيره إذ أنه قال فهو المسلم إسمعيل (قوله بشروط أربعة) قيد الإمام الطرسوسي في أنفع الوسائل كون الصلاة في مسجد ، وعليه فالشروط خمسة ، لكن قال في شرح درر البحار في مسجد أو غيره (قوله في الوقت) لأنها صلاة المؤمنين الكاملة . وظاهره أنه لو أدرك منها ركعة لا يكفي لعدم كونها في الوقت ، وإن كانت أداء فهي غير كاملة فليس المراد من قوله في الوقت الأداء ، بل الأخص منه فافهم (قوله مؤتما) تقييد لقوله مع جماعة احتراز عما لو كان إماما قال ط لأن الائتمام يدل على اتباع سبيل المؤمنين ، بخلاف ما لو كان إماما فإنه يحتمل نية الانفراد فلا جماعة اهـ .

أقول : الاحتمال المذكور موجود في المؤتم أيضا ، فالأولى أن يقال الإمام متبوع غير تابع والمؤتم تابع لإمامه ملتزم لأحكامه ، وما قيد به الشارح مأخوذ من النظم الآتي تبعا للمجمع ودرر البحار ، وصرح بمفهومه في عقد الفرائد فقال : صلى إماما يحكم بإسلامه ، نقله الشيخ إسمعيل (قوله متمما) فلو صلى خلف إمام وكبر ثم أفسد لم يكن إسلاما شرح الوهبانية عن المنتقى .

مطلب فيما يصير الكافر به مسلما من الأفعال

(قوله وكذا لو أذن في الوقت) لما ذكر مسألة الصلاة ، أراد تتميم الأفعال التي يصير بها الكافر مسلما فذكر أن منها الأذان في الوقت لأنه من خصائص ديننا وشعار شرعنا ، ولذا قيده في المنح تبعا للبحر بكون الأذان في المسجد ، فليس الحكم عليه بالإسلام لإتيانه بالشهادتين في ضمن الأذان ليكون من الإسلام بالقول ، لأنه لا فرق حينئذ بين أن يكون في الوقت أو خارجه بل هو من الإسلام بالفعل ، ولذا صرح ابن الشحنة بأنه يحكم بإسلامه بالأذان في الوقت وإن كان عيسويا يخصص رسالة نبينا صلى الله عليه وسلم إلى العرب ، لأن مايصير به الكافر مسلما قسمان : قول وفعل ؛ فالقول مثل كلمتي الشهادتين ، فصل فيه أئمتنا لكونه محل اشتباه واحتمال بين العيسوي وغيره ، فقالوا لابد مع الشهادتين ، في العيسوي من أن يتبرأ من دينه لأنه يعتقد أنه صلى الله عليه وسلم رسول الله إلى العرب ، فيحتمل أنه أراد ذلك بخلاف غيره فلا يحتاج إلى التبري ، وأما الفعل فكلامهم يدل على أنه لا فرق فيه بين العيسوي وغيره كما حققه الإمام الطرسوسي أيضا خلافا لما فهمه ابن وهبان ؛ ثم قال ابن الشحنة أيضا : وأما الأذان خارج الوقت فلا يكون إسلاما من العيسوي لأنه يكون من الأقوال ، فلابد فيه حينئذ من التبري من دينه اهـ .

قلت : وكذا لايكون إسلاما من غير العيسوي أيضا لما نقله قبله عن الغاية وغيرها ، من أن الكافر لو أذن

---

(١) (قوله بل يعذر) هكذا بخطه بالذال المعجمة وصوابه يعزر بالزاي ، من التعزير ، وهو التأديب دون الحد كما في المصباح اهـ مصححه .

أو سجد للتلاوة أو زكى السائمة صار مسلما ، لا لو صلى فى غير الوقت أو منفردا أو إماما ، أو أفسدها أو فعل بقية العبادات لأنها لاتختص بشريعتنا ، ونظمها صاحب النهر فقال :

وكافر فى الوقت صلى باقتدا   متمما صلاته لامفسدا
وأذن ايضا

فى غير الوقت لايصير به مسلما لأنه يكون مستهزئا ، فتحصل من هذا أن الأذان فى الوقت من الإسلام بالفعل ، فلا فرق فيه بين كافر ، والأذان خارجه من الإسلام بالقول ، لكنه لما احتمل الاستهزاء لم يصر به الكافر مسلما مع أنه لو كان عيسويا يزيد أنه فقد شرطه وهو التبرى ، فافهم واغتنم هذا التحرير . بقى هل يشترط فى الأذان فى الوقت المداومة أم يكفى مرة ؟ يأتى الكلام فيه (قوله أو سجد للتلاوة) أى عند سماع آية سجدة بزازية : أى لأنها من خصائصنا ، فإنه سبحانه وتعالى أخبر عن الكفار بأنهم إذا قرئ عليهم القرآن لايسجدون (قوله أو زكى السائمة) قيده الطرسوسى فى نظم الفوائد بزكاة الإبل . واعترضه ابن وهبان بأنه لاخصوصية لذلك ، وبأنه قال فى الخانية وإن صام الكافر أو حج أو أدى الزكاة لايحكم بإسلامه فى ظاهر الرواية اهـ وأقره ابن الشحنة وصاحب النهر ، فعلم أن ماذكره الشارح خلاف ظاهر الرواية أيضا (قوله لا لو صلى الخ) محترز القيود السابقة فى الصلاة على طريق اللف والنشر المرتب (قوله أو منفردا) لأنه لايختص بشريعتنا ابن الشحنة عن المنتقى . وفى الذخيرة أن هذا قول أبى حنيفة ، ومن مشايخنا من نفى الخلاف بحمل قوله على ما إذا صلى وحده بلا أذان ولا إقامة فلا يحكم بإسلامه اتفاقا ، وحمل قولهما على ما إذا صلى وحده وأتى بهما فيحكم باسلامه اتفاقا لأنه مختص بشريعتنا اهـ .

قلت : لكن فى هذا التوفيق نظر لما نقله ابن الشحنة عن صاحب الكافى من أنه لابد من وجود العبادة على أكمل الوجوه ليظهر الاختصاص بهذه الشريعة اهـ ومعلوم أن الانفراد نقصان (قوله أو إماما) قدمنا وجهه (قوله أو فعل بقية العبادات) قال فى البحر فى باب التيمم : الأصل أن الكافر متى فعل عبادة ، فان كانت موجودة فى سائر الأديان لايكون به مسلما كالصلاة منفردا والصوم والحج الذى ليس بكامل والصدقة . ومتى فعل ما اختص بشرعنا ، فلو من الوسائل كالتيمم فكذلك ، وإن من المقاصد أو من الشعائر كالصلاة بجماعة والحج الكامل والأذان فى المسجد وقراءة القرآن يكون به مسلما إليه أشار فى المحيط وغيره اهـ .

أقول : ذكر فى الخانية أنه بالحج لايحكم بإسلامه فى ظاهر الرواية كما مر . ثم ذكر أنه روى أنه إن حج على الوجه الذى يفعله المسلمون يكون مسلما ، وإن لبى ولم يشهد المناسك أو شهد المناسك ولم يلب لم يكن مسلما اهـ . فعلم أن هذه الرواية غير ظاهر الرواية ، وأشار فى الوهبانية إلى ضعفها وإليه يشير إطلاق النظم الآتى وكأن وجهه أن الحج موجود فى غير شريعتنا حتى إن الجاهلية كانوا يحجون . لكن قد يقال : إن الحج على هذه الكيفية الخاصة لم يوجد فى غير شريعتنا فصار مثل الصلاة إذا وجدت فيها الشروط الأربعة السابقة ، لأنها من خواص شريعتنا على وجه الكمال ، فكذا الحج الكامل وإلا فما الفرق بينهما . والظاهر أنه لاتنافى بين ظاهر الرواية وبين الرواية الثانية إذا جعلت الثانية مفسرة لبيان المراد من ظاهر الرواية . وهو الحج الغير الكامل فتأمل . وفى فتاوى الشيخ قاسم عن خلاصة النوازل لأبى الليث قال : وكذا لو رآه يتعلم القرآن أو يقرؤه لم يكن بذلك مسلما اهـ . قلت : وهذا أظهر مما ذكره فى البحر لما قالوا لايمنع الكافر من تعلم القرآن لعله يهتدى فافهم (قوله ونظمها صاحب النهر الخ) أى قبيل باب قضاء الفوائت (قوله صلى باقتداء) أى بجماعة مقتديا (قوله وأذن ايضا) بإسقاط همزة أيضا للضرورة ح ، ثم إن الذى رأيته فى النهر غير هذا البيت ، ونصه :

أو بالأذان معلنا فيه أتى   أو قد سجد عند سماع ما أتى   اهـ

معلنا أو زكى سوائما كأن سجد
تزكى فسلم لا بالصلاة منفرد ولاالزكاة والصيام الحج زد

(وهى عبادة بدنية محضة ، فلا نيابة فيها أصلا) أى لابالنفس كما صحت فى الصوم بالفدية للفانى . لأنها إنما

ومعنى أتى الثانى ورد عن الله تعالى ، وهذا البيت أحسن لما فيه من اشتراط كون الأذان فى الوقت لأن ضمير فيه عائد على الوقت المذكور فى البيت الأول ، ومن أن المراد سجود التلاوة ، ومن إسقاط مسألة الزكاة لما علمت من أنها خلاف ظاهر الرواية وأن صاحب النهر اعترض على الطرسوسى فى ذكرها وقال لم أرها لغيره بل المذكور فى الخانية أنه لايحكم بإسلامه بالزكاة فى ظاهر الرواية (قوله معلنا) المراد به أن يسمعه من تصح شهادته عليه بالإسلام لا أن يؤذن على صومعة أو سطح يسمعه خلق كثير . ولذا لو كان فى السفر صح كما فى سير البزازية حيث قال : وإن شهدوا على الذمى أنه كان يؤذن ويقيم كان مسلما سواء كان فى السفر أو الحضر وإن قالوا سمعناه يؤذن فى المسجد فلا حتى يقولوا هو مؤذن لأنه يكون ذلك عادة له فيكون مسلما اهـ وعزاه فى شرح الوهبانية إلى محمد ، ثم ظاهر هذا يفيد أنه لابد أن يكون عادة له ، لكن قال فى أذان البحر ينبغى أن يكون ذلك فى العيسوية أما غيرهم فينبغى أن يكون مسلما بنفس الأذان اهـ .

قلت : لكن قد علمت أن الإسلام بالأفعال لافرق فيه بين كافر وكافر خلافا لما فهمه ابن وهبان . فيمكن أن يجعل ذلك تقييدا لكون الأذان فى الوقت إسلاما أو يكون ذلك رواية محمد فقط تأمل وراجع (قوله كأن سجد) بسكون الدال للضرورة أو للوصل بنية الوقف وأن مصدرية أى كسجوده . والمراد سجود التلاوة ح (قوله تزكى) تكملة للوزن وهو حال من ضمير سجد : أى كسجوده للتلاوة حال كونه متطهرا عن أرجاس الكفر ح (قوله فسلم) خبر كافر ح . وزيدت الفاء لوقوع المبتدإ نكرة موصوفة بفعل أريد بها العموم . لأن المراد أى كافر كان عيسويا أو غيره كما قدمنا تقريره . وهذا من المواضع التى يجوز فيها زيادة الفاء فى الخبر كقولك : رجل يسألنى فله درهم فافهم (قوله منفرد) بالسكون على لغة ربيعة ح وسكت عن بقية محترزات قيود الصلاة (قوله والزكاة(١)) أى زكاة غير السوائم وعلى إنشاد البيت الثانى على الوجه الذى نقلناه عن النهر . فالمراد بالزكاة جميع أنواعها كما هو مقتضى إطلاق الخانية عن ظاهر الرواية (قوله الحج) بالنصب مفعول مقدم لقوله زد وتقدم بيانه (قوله بدنية محضة) أى بخلاف الزكاة فإنها مالية محضة ، وبخلاف الحج فإنه مركب منهما لما فيه من العمل بالبدن وإنفاق المال (قوله فلا نيابة فيها أصلا) لأن المقصود من العبادة البدنية إتعاب البدن وقهر النفس الأمارة بالسوء ولا يحصل بفعل النائب ؛ بخلاف المالية فتجرى فيها النيابة مطلقا : أى حالة الاختيار والاضطرار لحصول المقصود من إغناء الفقير وتنقيص المال بفعل النائب . وبخلاف المركبة فتجرى فيها النيابة حالة العجز نظرا إلى معنى المشقة بتنقيص المال لا لحالة الاختيار نظرا إلى إتعاب البدن كما قرروه فى باب الحج عن الغير (قوله أى لابالنفس الخ) بيان لتعميم النفى المستفاد من قوله أصلا (قوله فى الحج) متعلق بقوله صحت ، وكذا قوله فى الصوم (قوله بالفدية) متعلق بالضمير المستتر فى صحت لرجوعه إلى النيابة التى هى مصدر : أى كما صحت النيابة بالفدية ، ويدل عليه تعلق قوله بالنفس بقوله نيابة المذكور فى المتن .

واعلم أن صحة الفدية فى الصوم للفانى مشروطة باستمرار عجزه إلى الموت . فلو قدر قبله قضى كما سيأتى فى كتاب الصوم اهـ ح (قوله لأنها) أى الفدية . وقوله لم يوجد : أى إذن الشرع بالفدية فى الصلاة ح وهذا تعليل

---

(١) (قوله والزكاة) هكذا بخطه ، والذى فى نسخ الشارح ولا الزكاة اهـ مصححه .

تجوز بإذن الشرع ولم يوجد (سببها) ترادف النعم ثم الخطاب ثم الوقت أي (الجزء) (الأول) منه إن (اتصل به الأداء وإلا فما) أي جزء من الوقت (يتصل به) الأداء (وإلا) يتصل الأداء بجزء (ف)(السبب) هو (الجزء الأخير) ولو ناقصا، حتى تجب على مجنون ومغمى عليه أفاقا، وحائض ونفساء طهرتا

لعدم جريان النيابة فى الصلاة بالمال. وفيه إشارة إلى الفرق بين الصلاة والصوم، فإن كلا منهما عبادة بدنية محضة وقد صحت النيابة فى الصوم بالفدية للشيخ الفانى دون الصلاة. ووجه الفرق أن الفدية فى الصوم إنما أثبتناها على خلاف القياس اتباعا للنص، ولذا سماها الأصوليون قضاء بمثل غير معقول، لأن المعقول قضاء الشيء بمثله، ولم نثبتها فى الصلاة لعدم النص.

فإن قلت: قد أوجبتم الفدية فى الصلاة عند الإيصاء بها من العاجز عنها، فقد أجريتم فيها النيابة بالمال مع عدم النص، ولا يمكن أن يكون ذلك بالقياس على الصوم، لأن ماخالف القياس فعليه غيره لايقاس. قلت: ثبوت الفدية فى الصوم يحتمل أن يكون معللا بالعجز وأن لايكون؛ فباعتبار تعليله به يصح قياس الصلاة عليه لوجود العلة فيهما، وباعتبار عدمه لايصح، فلما حصل الشك فى العلة قلنا بوجوب الفدية فى الصلاة احتياطا، لأنها إن لم تجزه تكون حسنة ماحية لسيئة، فالقول بالوجوب أحوط، ولذا قال محمد تجزئه إن شاء الله تعالى، ولو كان بطريق القياس لما علقه بالمشيئة كما فى سائر الأحكام الثابتة بالقياس، هذا خلاصة ماأوضحناه فى حواشينا على شرح المنار للشارح (قوله سببها ترادف النعم الخ) يعنى أن سبب الصلاة الحقيقى هو ترادف النعم على العبد، لأن شكر المنعم واجب شرعا وعقلا. ولما كانت النعم واقعة فى الوقت جعل الوقت سببا بجعل الله تعالى وخطابه حيث جعله سببا للوجوب كقوله تعالى — أقم الصلاة لدلوك الشمس — فكان الوقت هو السبب المتأخر، وتمام تحقيق هذه المسألة فى المطولات الأصولية (قوله أى الجزء الأول الخ) إذ لو كان السبب هو الكل لزم تقدم المسبب على السبب أو وجوب الأداء بعد وقته فتعين البعض، ولا يجوز أن يكون ذلك البعض أول الوقت عينا للزوم عدم الوجوب على من صار أهلا للصلاة فى آخر الوقت بقدر مايسعها، ولا آخر الوقت عينا لأنه يلزم أن لايصح الأداء فى أوله لامتناع التقدم على السبب، فتعين كونه الجزء الذى يتصل به الأداء ويليه الشروع لأن الأصل فى السبب هو الاتصال بالمسبب كما فى شرح المنار لابن نجيم (قوله وإلا فما يتصل به) ماهنا عامة شاملة للجزء الأخير، فقوله بعد ذلك وإلا فالجزء الأخير تكرار، وكذا قوله سببها جزء أول اتصل به الأداء. والأخصر أن يقول: سببها جزء اتصل به الأداء من الوقت وإلا فجملته اهـ ح وسبقه إليه ابن نجيم فى شرح المنار (قوله هو الجزء الأخير) وهو مايتمكن فيه من عقد التحريمة فقط عندنا. وعند زفر مايتمكن من الأداء فيه، وأجمعوا أن خيار التأخير إلى أن لايسع إلا جميع الصلاة، حتى لو أخر عنه يأثم اهـ ابن نجيم (قوله ولو ناقصا) أى إذا اتصل الأداء بآخر الوقت كان هو السبب، ولو كان ناقصا كوقت اصفرار الشمس فيصح أداء العصر فيه؛ لأنه لما اتصل الأداء فيه صار هو السبب وهو مأمور بأدائه فيكون أداؤه كما وجب بخلاف عصر أمسه كما يأتى (قوله حتى تجب) بالرفع، لأنه تفريع على قوله فالسبب هو الجزء الأخير (قوله أفاقا) أى فى آخر الوقت ولو بقدر مايسع التحريمة عند علمائنا الثلاثة، خلافا لزفر كما فى شرح التحرير لابن أميرحاج: أى فيجب عليهما القضاء لاحتياجهما إلى الوضوء لأن الجنون أو الإغماء ينقضه وليس فى الوقت مايسعه، وعلم منه أنه لو أفاقا وفى الوقت مايسع أكثر من التحريمة تجب عليهما صلاته بالأولى، وأنه لو لم يبق منه مايسع التحريمة لم تجب عليهما صلاته كما مر فى الحيض إذا انقطع للعشرة.
قال ح: وهذا إذا زاد الجنون والإغماء على خمس صلوات وإلا وجب عليهما صلاة ذلك الوقت ولو لم يبق منه مايسع التحريمة بل وما قبله من الصلوات أيضا كما سيأتى (قوله طهرتا) أى ولو كان الباقى من الوقت مقدار مايسع

وصبي بلغ ، ومرتد أسلم وإن صليا فى أول الوقت (وبعد خروجه يضاف) السبب (إلى جملته) ليثبت الواجب بصفة الكمال وأنه الأصل حتى يلزمهم القضاء فى كامل هو الصحيح (وقت) صلاة (الفجر) قدمه لأنه لاخلاف فى طرفيه ، وأول من صلاه آدم

التحريمة إذا كان الانقطاع على العشرة أو الأربعين ، فإن كان أقل والباقى قدر الغسل مع مقدماته كالاستقاء وخلع الثوب والتستر عن الأعين والتحريمة فعليهما القضاء وإلا فلا اه شرح التحرير (قوله وصبي بلغ) أى وكان بين بلوغه وآخر الوقت مايسع التحريمة أو أكثر كما يفهم من كلامهم فى الحائض التى طهرت على العشرة ح (قوله ومرتد أسلم) أى إذا كان بين إسلامه وآخر الوقت مايسع التحريمة كما فى الحائض المذكورة ، وحكم الكافر الأصلى حكم المرتد ، وإنما خصه بالذكر ليصح قوله وإن صليا أول الوقت . وصورتها فى المرتد أن يكون مسلما أول الوقت فيصلى الفرض ثم يرتد ثم يسلم فى آخر الوقت ح (قوله وإن صليا فى أول الوقت) يعنى أن صلاتهما فى أوله لاتسقط عنهما الطلب والحالة هذه . أما فى الصبى فلكونها نفلا ، وأما فى المرتد فلحبوطها بالارتداد ح . وفى البحر عن الخلاصة : غلام صلى العشاء ثم احتلم ولم ينتبه حتى طلع الفجر عليه إعادة العشاء هو المختار ، وإن انتبه قبله عليه قضاء العشاء إجماعا ، وهى واقعة محمد سألها أبا حنيفة فأجابه بما قلنا اه (قوله وبعد خروجه) أى خروج الوقت بلا صلاة (قوله ليثبت الواجب الخ) لأنه لو لم يضف إلى جملة الوقت وقلنا بتعين الجزء الأخير للسببية لزم ثبوت الواجب بصفة النقص فى بعض الصور كما فى وقت العصر (قوله وأنه الأصل) الواو للحال وهمزة إن مكسورة ح والضمير يرجع إلى ثبوت الواجب بصفة الكمال المترتب على كون السبب هو جملة الوقت ط (قوله حتى يلزمهم) أى المجنون ومن ذكر بعده ، وكذا غيرهم ممن خرج عليه الوقت ولم يصل فيه (قوله هو الصحيح) مقابله ماقيل إن المجنون ونحوه لو أفاق أو طهر أو أسلم فى ناقص كان ذلك الوقت الناقص هو السبب فى حقهم . لتعذر إضافة السبب إلى جملة الوقت لعدم أهليتهم للوجوب فى جميع أجزائه فيجوز لهم القضاء فى ناقص آخر لأنه كذلك وجب . والصحيح أنه لايجوز لأنه لانقصان فى الوقت نفسه وإنما هو فى الأداء فيه ، لما فيه من التشبه بعبدة الشمس كما حققه فى التحرير وسيأتى تمامه (قوله لأنه لاخلاف فى طرفيه) أى الطرفين الآتيين . قال فى الحلية : نعم فى كون العبرة بأول طلوعه أو استطارته أو انتشاره اختلاف المشايخ كما فى شرح الزاهدى عن المحيط . وفى خزانة الفتاوى عن شرح السرخسى على الكافى وذكر فيها أن الأول أحوط والثانى أوسع اه . قال فى البحر : والظاهر الأخير لتعريفهم الفجر الصادق به كما يأتى . ورده فى النهر بأن الظاهر الأول ، لما فى حديث جبريل الذى هو أصل الباب « ثم صلى بى الفجر » يعنى فى اليوم الأول « حين بزق وحرم الطعام على الصائم » وبزق : بمعنى بزغ ، وهو أول طلوعه اه ومثله فى الشرنبلالية . وزاد : ولا ينافيه التعريف لأن من شأنه الانتشار فلا يتوقف على انتشاره بأن يكون بعد مضى جانب منه بدليل لفظ الحديث . قال ح : وأظن أن الاستطارة والانتشار بمعنى واحد كما يفيده كلام الشارح الآتى فهما قولان لاثلاثة اه .

وبما تقرر علم أن المراد أنه لاخلاف فى أوله وهو أصل طلوع الفجر الثانى ، وإنما الخلاف فى المراد من الطلوع . وأما عدم الخلاف فى آخره فلما صرح به الطحاوى وابن المنذر من أن عليه اتفاق المسلمين . قال فى الحلية : فلا يلتفت إلى ماعن الإصطخرى من الشافعية ، من أنه إذا أسفر الفجر يخرج الوقت وتصير الصلاة بعده إلى الطلوع قضاء اه . وبه يندفع قول القهستانى : إن نفى الخلاف فى الطرفين من عدم التتبع (قوله وأول من صلاه آدم) أى حين أهبط من الجنة وجن عليه الليل ولم يكن رآه قبل فخاف ، فلما انشق الفجر صلى ركعتين شكراً لله تعالى ،

وأول الخمس وجوبا . وقدم محمد الظهر لأنه أولها ظهورا وبيانا . ولا يخفى توقف وجوب الأداء على العلم بالكيفية فلذا لم يقض نبينا صلى الله عليه وسلم الفجر صبيحة ليلة الإسراء . ثم هل كان قبل البعثة متعبدا بشرع أحد ؟ المختار عندنا لا ، بل كان يعمل بما ظهر له من الكشف الصادق من شريعة إبراهيم وغيره . وصح تعبده فى حراء بحر

فلذا قدمه فى الذكر عناية (قوله وأول الخمس وجوبا) قال الرحمتى : الظاهر أن أولها وجوبا العشاء ، لأن الوجوب بآخر الوقت والإسراء كان ليلا (قوله لأنه أولها ظهورا) أى أول الخمس ، بناء على أن إمامة جبريل إنما كانت فى الظهر صبيحة الإسراء : وأن إمامته له فى الصبح كانت فى غير صبيحتها ، والمسألة فيها روايتان أشهرهما البداءة بالظهر كما فى أبى السعود (قوله ولا يخفى الخ) جواب سؤال . حاصله أن الصبح إذا كان أول الخمس وجوبا فكيف تركه النبى صلى الله عليه وسلم صبيحة الإسراء مع وجوبه عليه ليلا .

وبيان الجواب أنه وإن كان واجبا لايجب الأداء قبل العلم بالكيفية لأن الخطاب بالمجمل قبل البيان يفيد الابتلاء باعتقاد الحقية فى الحال ، وإنما يجب العمل بعد البيان كما ذكره الأصوليون ، فلا يلزم من الوجوب وجوب الأداء ، ونظيره يجب الصوم على المعذور بلا وجوب أداء . وأما الجواب بأنه صلى الله عليه وسلم كان نائما ولا وجوب على النائم . ففى النهر أنه مردود للإجماع على أن المعذور بنوم ونحوه يلزمه القضاء اهـ .

[فرع] لايجب انتباه النائم فى أول الوقت ، ويجب إذا ضاق الوقت ، نقله البيرى فى شرح الأشباه عن البدائع من كتب الأصول ، وقال : ولم نره فى كتب الفروع فاغتنمه اهـ .

قلت : لكن فيه نظر لتصريحهم بأنه لايجب الأداء على النائم اتفاقا فكيف يجب عليه الانتباه . روى مسلم فى قصة التعريس عن أبى قتادة أنه صلى الله عليه وسلم قال « ليس فى النوم تفريط ، إنما التفريط أن تؤخر صلاة حتى يدخل وقت الأخرى » وأصل النسخة التنبيه بدل الانتباه ، وسنذكر فى الأيمان أنه لو حلف أنه ما أخر صلاة عن وقتها وقد نام فقضاها ، قيل لايحنث واستظهره الباقانى ، لكن فى البزازية الصحيح أنه إن كان نام قبل دخول الوقت وانتبه بعده لايحنث ، وإن كان نام بعد دخوله حنث اهـ فهذا يقتضى أنه بنومه قبل الوقت لايكون مؤخرا وعليه فلا يأثم وإذا لم يأثم لايجب انتباهه ، إذ لو وجب لكان مؤخرا لها وآثما ، بخلاف ما إذا نام بعد دخول الوقت ، ويمكن حمل ما فى البيرى عليه .

مطلب فى تعبده عليه الصلاة والسلام قبل البعثة

(قوله متعبدا) بكسر الباء . فى القاموس : تعبد تنسك اهـ ح . وظاهر قوله فى شرح التحرير أى مكلفا أنه بالفتح لكن الأظهر الأول لأنه بالفتح يقتضى الأمر ، والكلام فيما قبل البعثة تأمل (قوله المختار عندنا لا) نسبه فى التقرير الأكملى إلى محققى أصحابنا قال لأنه عليه الصلاة والسلام قبل الرسالة فى مقام النبوة لم يكن من أمة نبى قط الخ ، وعزاه فى النهر أيضا إلى الجمهور ، واختار المحقق ابن الهمام فى التحرير أنه كان متعبدا بما ثبت أنه شرع يعنى لاعلى الخصوص وليس هو من قومهم ، وقدمنا تمامه فى أوائل كتاب الطهارة (قوله وصح تعبده فى حراء) بكسر الحاء المهملة وتخفيف الراء يصرف ويمنع من الصرف ، وحكى فيه الفتح والقصر وكذلك حكم قباء ونظمه بعضهم بقوله :

حـرا وقبا ذكر وأنثهما معـا ومد أو اقصر واصرفن وامنع الصرفا

وهو جبل بينه وبين مكة ثلاثة أميال . قال فى المواهب اللدنية : وروى ابن إسحاق وغيره « أنه عليه الصلاة

(من) أول (طلوع الفجر الثانى) وهو البياض المنتشر المستطير لا المستطيل (إلى) قبيل (طلوع ذكاء) بالضم غير منصرف اسم الشمس (ووقت الظهر من زواله) أى ميل ذكاء عن كبد السماء (إلى بلوغ الظل مثليه) وعنه مثله ، وهو قولهما وزفر والأئمة الثلاثة . قال الإمام الطحاوى : وبه نأخذ . وفى غرر الأذكار : وهو المأخوذ به . وفى البرهان : وهو الأظهر . لبيان جبريل . وهو نص فى الباب . وفى الفيض : وعليه عمل الناس اليوم . وبه يفتى (سوى فئ)

والسلام كان يخرج إلى حراء فى كل عام شهرا يتنسك فيه » قال : وعندى أن هذا التعبد يشتمل على أنواع من الانعزال عن الناس والانقطاع إلى الله والأفكار . وعن بعضهم : كانت عبادته عليه الصلاة والسلام فى حراء التفكر اه ملخصا (قوله من أول طلوع الخ) زاد لفظ أول اختيارا لما دل عليه الحديث كما قدمناه (قوله وهو البياض الخ) لحديث مسلم والترمذى واللفظ له « لايمنعنكم من سحوركم أذان بلال ولا الفجر المستطيل ولكن الفجر المستطير » فالمعتبر الفجر الصادق وهو الفجر المستطير فى الأفق : أى الذى ينتشر ضوءه فى أطراف السماء لا الكاذب وهو المستطيل الذى يبدو طويلا فى السماء كذنب السرحان أى الذئب ثم يعقبه ظلمة .

[فائدة] ذكر العلامة المرحوم الشيخ خليل الكاملى فى حاشيته على رسالة الإسطرلاب لشيخ مشايخنا العلامة المحقق على أفندى الداغستانى أن التفاوت بين الفجرين وكذا بين الشفقين الأحمر والأبيض إنما هو بثلاث درج اه (قوله إلى قبيل) كذا أقحمه فى النهر ، والظاهر أنه مبنى على دخول الغاية ، لكن التحقيق عدمه لكونها غاية مد كما سبق(١) فلا حاجة إلى ذلك اه إسمعيل (قوله بالضم) أى وبالمد كما فى القاموس ح (قوله من زواله) الأولى من زوالها ط (قوله عن كبد السماء) أى وسطها بحسب مايظهر لنا ط (قوله إلى بلوغ الظل مثليه) هذا ظاهر الرواية عن الإمام نهاية ، وهو الصحيح بدائع ومحيط وينابيع ، وهو المختار غياثية ، واختاره الإمام المحبوبى . وعول عليه النسفى وصدر الشريعة تصحيح قاسم ، واختاره أصحاب المتون ، وارتضاه الشارحون ، فقول الطحاوى وبقولهما نأخذ لايدل على أنه المذهب ، وما فى الفيض من أنه يفتى بقولهما فى العصر والعشاء مسلم فى العشاء فقط على مافيه ، وتمامه فى البحر (قوله وعنه) أى عن الإمام ح . وفى رواية عنه أيضا أنه بالمثل يخرج وقت الظهر ولا يدخل وقت العصر إلا بالمثلين ذكرها الزيلعى وغيره ، وعليها فما بين المثل والمثلين وقت مهمل (قوله مثله) منصوب ببلوغ المقدر والتقدير . وعن الإمام إلى بلوغ الظل مثله ح (قوله وهو نص فى الباب) فيه أن الأدلة تكافأت ولم يظهر ضعف دليل الإمام ، بل أدلته قوية أيضا كما يعلم من مراجعة المطولات وشرح المنية : وقد قال فى البحر : لايعدل عن قول الإمام إلى قولهما أو قول أحدهما إلا لضرورة من ضعف دليل أو تعامل ، بخلافه كالمزارعة وإن صرح المشايخ بأن الفتوى على قولهما كما هنا (قوله وعليه عمل الناس اليوم) أى فى كثير من البلاد ، والأحسن مافى السراج عن شيخ الإسلام أن الاحتياط أن لايؤخر الظهر إلى المثل ، وأن لايصلى العصر حتى يبلغ المثلين ليكون مؤديا للصلاتين فى وقتهما بالإجماع ، وانظر هل إذا لزم من تأخيره العصر إلى المثلين فوت الجماعة يكون الأولى التأخير أم لا ، والظاهر الأول بل يلزم لمن اعتقد رجحان قول الإمام تأمل . ثم رأيت فى آخر شرح المنية ناقلا عن بعض الفتاوى أنه لو كان إمام محلته يصلى العشاء قبل غياب الشفق الأبيض فالأفضل أن يصليها وحده بعد البياض (قوله سوى فئ) بوزن شئ : وهو الظل بعد الزوال ، سمى به لأنه فاء أى رجع من جهة المغرب إلى المشرق ، وما قبل الزوال إنما يسمى ظلا ، وقد يسمى به مابعده أيضا ولا يسمى

---

(١) (قوله كما سبق) أى فى الوضوء فى قوله تعالى — إلى المرافق — اه منه .

يكون للأشياء قبيل (الزوال) ويختلف باختلاف الزمان والمكان، ولو لم يجد مايغرز اعتبر بقامته وهي ستة أقدام بقدمه من طرف إبهامه (ووقت العصر منه إلى) قبيل (الغروب) فلو غربت ثم عادت هل يعود الوقت بالظاهر؛ نعم

ماقبل الزوال فيئا أصلا سراج ونهر (قوله يكون للأشياء قبيل الزوال) أشار إلى أن إضافة الفيء إلى الزوال لأدنى ملابسة لحصوله عند الزوال فلا تعد إضافته إليه تسامحا درر ، أى خلافا لشرح المجمع من أنها تسامح ، وتبعه فى النهر ، لأن التسامح كما قال بعض المحققين استعمال اللفظ فى غير ماوضع له لالعلاقة ، وهـذه الإضافة مجاز فى الإسناد لأن الفيء إنما يسند حقيقة للأشياء كالشاخص ونحوه لاللزوال .

قلت : لكن يرد أن الظل لايسمى فيئاً إلا بعد الزوال كما علمت ، وبه اعترض الزيلعى على التعبير بفيء الزوال أى فهو مجاز لغوى عن الظل ، وإسناده إلى الزوال مجاز عقلى كما علمت لالغوى أيضا . ولا تسامح لأنه ليس فيه استعمال كلمة فى غير ماوضعت له ، والظاهر أنه مراد القهستانى حيث جعل فى الكلام مجازين فافهم (قوله ويختلف باختلاف الزمان والمكان) أى طولا وقصرا وانعداما بالكلية كما أوضحه ح (قوله ولو لم يجد مايغرز) أشار إلى أنه إن وجد خشبة يغرزها فى الأرض قبل الزوال وينتظر الظل مادام متراجعا إلى الخشبة فإذا أخذ فى الزيادة حفظ الظل الذى قبلها فهو ظل الزوال ح . وعن محمد : يقوم مستقبل القبلة ، فما دامت الشمس على حاجبه الأيسر فالشمس لم تزل وإن صارت على حاجبه الأيمن فقد زالت ، وعزاه فى المفتاح إلى الإيضاح قائلا إنه أيسر مما سبق عن المبسوط من غرز الخشبة إسمعيل (قوله اعتبر بقامته) أى بأن يقف معتدلا فى أرض مستوية حاسرا عن رأسه خالعا نعليه مستقبلا للشمس أو لظله ويحفظ ظل الزوال كما مر، ثم يقف فى آخر الوقت ويأمر من يعلم له على منتهى ظله علامة ، فإذا بلغ الظل طول القامة مرتين أو مرة سوى ظل الزوال فقد خرج وقت الظهر ودخل وقت العصر ، وإن لم يعلم علامة يكيل بدلها ستة أقدام ونصفا بقدمه وقيل سبعة (قوله من طرف إبهامه) حال من قوله بقدمه ، أشار به إلى الجمع بين القولين ، لأنه قيل إن قامة كل إنسان ستة أقدام ونصف بقدمه . وقال الطحاوى وعامة المشايخ : سبعة أقدام . قال الزاهدى : ويمكن الجمع بينهما بأن يعتبر سبعة أقدام من طرف سمت الساق وستة ونصف من طرف الإبهام ، وإليه أشار البقالى اهـ حلية .

أقول : بيانه إذا وقف الواقف على رجله اليسرى ثم نقل اليمنى ووضع عقبها عند طرف إبهام اليسرى ثم نقل اليسرى كذلك وهكذا ست مرات ، فإن بدأ بالاعتبار من طرف سمت الساق ، يعنى من طرف عقب اليسرى التى كان واقفا عليها أولا كان سبعة أقدام ، وإن بدأ بالاعتبار من طرف إبهامها كان ستة أقدام ونصف قدم .

ووجه ذلك أن المطلوب أخذ طول ارتفاع القامة ، ومبدأ ارتفاعها من جهة الوجه عند نصف القدم ومن جهة القفا عند طرف العقب ، فمن لاحظ الأول اعتبر نصف القدم التى كان واقفا عليها وقدر القامة بستة أقدام ونصف ومن لاحظ الثانى اعتبر القدم المذكورة بتمامها وقدر بسبعة ؛ وعلى كل فالمراد واحد ، وهـذا الذى قررناه هو الموافق لما رأيته فى بعض كتب الميقات . وحاصله إن حسب كل القدم التى كان واقفا عليها كان سبعة أقدام ، وإن حسب نصفها كان ستة أقدام ونصفا فافهم (قوله منه) أى من بلوغ الظل مثليه على رواية المتن .

مطلب لو ردت الشمس بعد غروبها

(قوله الظاهر نعم) بحث لصاحب النهر حيث قال : ذكر الشافعية أن الوقت يعود ، لأنه عليه الصلاة والسلام نام فى حجر علىّ رضى الله عنه حتى غربت الشمس ، فلما استيقظ ذكر له أنه فاتته العصر فقال : اللهم إنه كان فى طاعتك وطاعة رسولك فارددها عليه ، فردت حتى صلى العصر ، وكان ذلك بخيبر ، والحديث صححه الطحاوى

وهي الوسطى على المذهب (و) وقت (المغرب منه إلى) غروب (الشفق وهو الحمرة) عندهما، وبه قالت الثلاثة وإليه رجع الإمام كما فى شروح المجمع وغيرها، فكان هو المذهب (و) وقت (العشاء والوتر منه إلى الصبح، و) لكن

وعياض، وأخرجه جماعة منهم الطبرانى بسند حسن، وأخطأ من جعله موضوعا كابن الجوزى وقواعدنا لا تأباه اهـ قال ح: كأنه نظير الميت إذا أحياه الله تعالى فإنه يأخذ ما بقى من ماله فى أيدى ورثته فيعطى له حكم الأحياء، وانظر هل هذا شامل لطلوع الشمس من مغربها الذى هو من العلامات الكبرى للساعة؟ اهـ. قال ط: والظاهر أنه لا يعطى هذا الحكم لأنه إنما يثبت إذا أعيدت فى آن غروبها كما هو واقعة الحديث، أما طلوعها من مغربها فهو بعد مضى الليل بتمامه اهـ.

قلت: على أن الشيخ إسمعيل رد ما بحثه فى النهر تبعا للشافعية، بأن صلاة العصر بغيبوبة الشفق تصير قضاء ورجوعها لا يعيدها أداء، وما فى الحديث خصوصية لعلى كما يعطيه قوله عليه الصلاة والسلام «إنه كان فى طاعتك وطاعة رسولك» اهـ.

قلت: ويلزم على الأول بطلان صوم من أفطر قبل ردها وبطلان صلاته المغرب لو سلمنا عود الوقت بعودها للكل، والله تعالى أعلم.

مطلب فى الصلاة الوسطى

(قوله وهي الوسطى على المذهب) أى المنقول عن أئمتنا الثلاثة. وقال الترمذى وغيره: إنه قول أكثر العلماء من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وغيرهم؛ وسميت وسطى لأنها بين صلاتين من صلاة الليل وصلاتين من صلاة النهار، وتمام الاستدلال على هذا القول من الأحاديث الصحيحة مبسوط فى أول الحلية. قال ح: وهذا قول من ثلاثة وعشرين قولا مذكورة فى الوهبانية وشرحها (قوله وإليه رجع الإمام) أى إلى قولهما الذى هو رواية عنه أيضا، وصرح فى المجمع بأن عليها الفتوى، ورده المحقق فى الفتح بأنه لا يساعده رواية ولا دراية الخ. وقال تلميذه العلامة قاسم فى تصحيح القدورى: إن رجوعه لم يثبت، لما نقله الكافة من لدن الأئمة الثلاثة إلى اليوم من حكاية القولين، ودعوى عمل عامة الصحابة بخلافه خلاف المنقول. قال فى الاختيار: الشفق البياض، وهو مذهب الصديق ومعاذ بن جبل وعائشة رضى الله عنهم. قلت: ورواه عبد الرزاق عن أبى هريرة وعن عمر ابن عبد العزيز، ولم يرو البيهقى الشفق الأحمر إلا عن ابن عمر، وتمامه فيه. وإذا تعارضت الأخبار والآثار فلا يخرج وقت المغرب بالشك كما فى الهداية وغيرها. قال العلامة قاسم: فثبت أن قول الإمام هو الأصح، ومشى عليه فى البحر مؤيدا له بما قدمناه عنه، من أنه لا يعدل عن قول الإمام إلا لضرورة من ضعف دليل أو تعامل بخلافه كالمزارعة، لكن تعامل الناس اليوم فى عامة البلاد على قولهما، وقد أيده فى النهر تبعا للنقاية والوقاية والدرر والإصلاح ودرر البحار والإمداد والمواهب وشرحه البرهان وغيرهم مصرحين بأن عليه الفتوى. وفى السراج: قولهما أوسع وقوله أحوط، والله أعلم.

[تنبيه] قدمنا قريبا أن التفاوت بين الشفقين بثلاث درج كما بين الفجرين فليحفظ (قوله منه) أى من غروب الشفق على الخلاف فيه بحر (قوله ولكن الخ) جواب عن سؤال مقدر تقديره لم لا يجوز تقديمه بعد دخول وقته. أجاب بأنه إنما لا يجوز للترتيب لا لكون الوقت لم يدخل، وهذا على قوله وعلى قولهما لأنه تبع للعشاء، وأثر الخلاف يظهر فيما لو قدم الوتر عليها ناسيا أو تذكر أنه صلاها فقط على غير وضوء لا يعيده عنده،

(لا) يصح أن (يقدم عليها الوتر) إلا ناسيا (لوجوب الترتيب) لأنهما فرضان عند الإمام (وفاقد وقتهما) كبلغار ، فإن فيها يطلع الفجر قبل غروب الشفق فى أربعينية الشتاء (مكلف بهما فيقدر لهما)

وعندهما بعيد نهر ، ولم يتعرض للمسقط الثالث وهو كون الفوائت ستا فليراجع رحمتى (قوله لوجوب الترتيب) أى لزومه فإنه فرض عملى ط (قوله لأنهما فرضان عند الإمام) لكن العشاء قطعى والوتر عملى ، وهذا تعليل للحكمين المذكورين فى المتن : الأول كون مابين غيبوبة الشفق والفجر وقتا لهما معا . الثانى لو صلاه قبلها ، فإن ناسيا سقط الترتيب ه وإن عامدا فهو باطل موقوف على ماسيأتى تفصيله فى قضاء الفوائت ح .

مطلب فى فاقد وقت العشاء كأهل بلغار

(قوله كبلغار) بضم الباء الموحدة فسكون اللام وألف بين الغين المعجمة والراء ، لكن ضبطه فى القاموس بلا ألف . وقال : والعامة تقول بلغار : وهى مدينة الصقالبة ضاربة فى الشمال شديدة البرد اه (قوله فإن فيها يطلع الفجر قبل غروب الشفق) مقتضاه أنه فقد وقت العشاء والوتر فقط وليس كذلك ، بل فقد وقت الفجر أيضا ، لأن ابتداء وقت الصبح طلوع الفجر ، وطلوع الفجر يستدعى سبق الظلام ولا ظلام مع بقاء الشفق أفاده ح :

أقول : الخلاف المنقول بين مشايخ المذهب إنما هو فى وجوب العشاء والوتر فقط ، ولم نر أحدا منهم تعرض لقضاء الفجر فى هذه الصورة ؛ وإنما الواقع فى كلامهم تسميته فجرا لأن الفجر عندهم اسم للبياض المنتشر فى الأفق موافقا للحديث الصحيح كما مر بلا تقييد بسبق ظلام . على أنا لا نسلم عدم الظلام هنا ، ثم رأيت ط ذكر نحوه (قوله فى أربعينية الشتاء) صوابه فى أربعينية الصيف كما فى الباقانى . وعبارة البحر وغيره : فى أقصر ليالى السنة وتمامه فى ح . وقول النهر : فى أقصر أيام السنة سبق قلم ، وهو الذى أوقع الشارح (قوله فيقدر لهما) هذا موجود فى نسخ المتن المجردة ساقط من المنح ، ولم أر من سبقه إليه سوى صاحب الفيض ، حيث قال : ولو كانوا فى بلدة يطلع فيها الفجر قبل غيبوبة الشفق لايجب عليهم صلاة العشاء لعدم السبب ، وقيل يجب ويقدر الوقت اه . بقى الكلام فى معنى التقدير ، والذى يظهر من عبارة الفيض أن المراد أنه يجب قضاء العشاء ، بأن يقدر أن الوقت أعنى سبب الوجوب قد وجد كما يقدر وجوده فى أيام الدجال على ما يأتى لأنه لايجب بدون السبب ، فيكون قوله ويقدر الوقت جوابا عن قوله فى الأول لعدم السبب :

وحاصله أنا لانسلم لزوم وجود السبب حقيقة بل يكفى تقديره كما فى أيام الدجال . ويحتمل أن المراد بالتقدير المذكور هو ما قاله الشافعية من أنه يكون وقت العشاء فى حقهم بقدر مايغيب فيه الشفق فى أقرب البلاد إليهم ، والمعنى الأول أظهر ، كما يظهر لك من كلام الفتح الآتى حيث ألحق هذه المسألة بمسألة أيام الدجال ، ولأن هذه المسألة نقلوا فيها الاختلاف بين ثلاثة من مشايخنا وهم البقالى والحلوانى والبرهان الكبير ؛ فأفتى البقالى بعدم الوجوب ، وكان الحلوانى يفتى بوجوب القضاء ثم وافق البقالى لما أرسل إليه الحلوانى من يسأله عمن أسقط صلاة من الخمس أيكفر ؟ فأجاب السائل بقوله : من قطعت يداه أو رجلاه كم فروض وضوئه ؟ فقال له : ثلاث ، لفوات المحل ، قال فكذلك الصلاة ، فبلغ الحلوانى ذلك فاستحسنه ورجع إلى قول البقالى بعدم الوجوب . وأما البرهان الكبير فقال بالوجوب ، لكن قال فى الظهيرية وغيرها : لا ينوى القضاء فى الصحيح لفقد وقت الأداء . واعترضه الزيلعى بأن الوجوب بدون السبب لايعقل ، وبأنه إذا لم ينو القضاء يكون أداء ضرورة ، وهو

ولا ينوى القضاء لفقد وقت الأداء ، به أفتى البرهان الكبير ، واختاره الكمال . وتبعه ابن الشحنة فى ألغازه فصححه ، فزعم المصنف أنه المذهب (وقيل لا) يكلف بهما لعدم سببهما ، وبه جزم فى الكنز والدرر والملتقى ، وبه أفتى البقالى ، ووافقه الحلوانى والمرغينانى ، ورجحه الشرنبلالى والحلبى ، وأوسعا المقال ومنعا ماذكره الكمال

أى الأداء فرض الوقت ولم يقل به أحد ، إذ لايبقى وقت العشاء بعد طلوع الفجر إجماعا اﻫ . وأيضا فإن من جملة بلادهم مايطلع فيها الفجر كما غربت الشمس كما فى الزيلعى وغيره ، فلم يوجد وقت قبل الفجر يمكن فيه الأداء :

إذا علمت ذلك ظهر لك أن من قال بالوجوب يقول به على سبيل القضاء لاالأداء ، ولو كان الاعتبار بأقرب البلاد إليهم لزم أن يكون الوقت الذى اعتبرناه لهم وقتا للعشاء حقيقة بحيث تكون العشاء فيه أداء مع أن القائلين عندنا بالوجوب صرحوا بأنها قضاء وبفقد وقت الأداء : وأيضا لو فرض أن فجرهم يطلع بقدر مايغيب الشفق فى أقرب البلاد إليهم لزم اتحاد وقتى العشاء والصبح فى حقهم ، أو أن الصبح لايدخل بطلوع الفجر .

إن قلنا : إن الوقت للعشاء فقط ولزم أن تكون العشاء نهارية لايدخل وقتها إلا بعد طلوع الفجر ، وقد يؤدى أيضا إلى أن الصبح إنما يدخل وقته بعد طلوع شمسهم وكل ذلك لايعقل ، فتعين ماقلنا فى معنى التقدير مالم يوجد نقل صريح بخلافه . وأما مذهب الشافعية فلا يقضى على مذهبنا ، ثم رأيت فى الحلية ذكر ماذكره الشافعية ثم اعترضه بأن ظاهر حديث الدجال يفيد التقدير فى خصوص ذلك البلد ، لأن الوقت يختلف باختلاف كثير من الأقطار ، وهذا مؤيد لما قلنا ولله الحمد فافهم (قوله ولا ينوى القضاء الخ) قد علمت ماأورده الزيلعى عليه من أنه يلزم من عدم نية القضاء أن يكون أداء ضرورة الخ ، فيتعين أن يحمل كلام البرهان الكبير على وجوب القضاء كما كان يقول به الحلوانى :

وقد يقال : لامانع من كونها لاأداء ولا قضاء كما سمى بعضهم ماوقع بعضها فى الوقت أداء وقضاء ، لكن المنقول عن المحيط وغيره أن الصلاة الواقع بعضها فى الوقت وبعضها خارجه يسمى ماوقع منها فى الوقت أداء ، وما وقع خارجه يسمى قضاء اعتبارا لكل جزء بزمانه فافهم (قوله فزعم المصنف الخ) أى حيث جزم به ، وعبر عن مقابله بقيل ولذا نسبه فى الإمداد إلى الوهم (قوله وأوسعا المقال) أى كل من الشرنبلالى والبرهان الحلبى لكن الشرنبلالى نقل كلام البرهان الحلبى برمته فلذا نسب إليه الإيساع (قوله ومنعا ماذكره الكمال) أما الذى ذكره الكمال فهو قوله ومن لايوجد عندهم وقت العشاء أفتى البقالى بعدم الوجوب عليهم لعدم السبب كما يسقط غسل اليدين من الوضوء عن مقطوعهما من المرفقين ، ولا يرتاب متأمل فى ثبوت الفرق بين عدم محل الفرض وبين عدم سببه الجعلى الذى جعل علامة على الوجوب الخفى الثابت فى نفس الأمر وجواز(١) تعدد المعرفات للشىء فانتفاء الوقت انتفاء المعرف ، وانتفاء الدليل على الشىء لايستلزم انتفاءه لجواز دليل آخر وقد وجد ، وهو ماتواطأت عليه أخبار الإسراء من فرض الله تعالى الصلوات خمسا بعد ماأمر أولا بخمسين ، ثم استقر الأمر على

---

(١) (قوله وجواز) بالجر عطفا على ثبوت المجرور بفى ، وقوله انتفاء الدليل مبتدأ ، وقوله على الشىء متعلق بالدليل ، وقوله لايستلزم خبر المبتدإ والضمير المستتر فيه عائد عليه ، وقوله انتفاءه مفعول يستلزم وضميره المنصوب(١) عائد على الشىء ، وقوله لجواز علة لقوله لايستلزم ، وقوله وهو عائد على قوله دليل آخر ، وقوله وما روى معطوف على قوله ماتواطأت ، وقوله وكذا قال صلى الله عليه وسلم معطوف عليه أيضا اﻫ منه

---

(١) (قوله وضميره المنصوب) هكذا بخطه ، وصوابه وضميره المجرور كما لايخفى اﻫ مصححه

: :

الخمس شرعا عاما لأهل الآفاق لاتفصيل بين قطر وقطر ، وما روى « أنه صلى الله عليه وسلم ذكر الدجال ، قلنا : مالبثه فى الأرض ؟ قال أربعون يوما ، يوم كسنة ، ويوم كشهر ، ويوم كجمعة ، وسائر أيامه كأيامكم ، قلنا يارسول الله فذلك اليوم الذى كسنة أتكفينا فيه صلاة يوم ؟ قال : لا ، اقدروا له » رواه مسلم ، فقد أوجب أكثر من ثلثمائة عصر قبل صيرورة الظل مثلا أو مثلين وقس عليه ، فاستفدنا أن الواجب فى نفس الأمر خمس على العموم ، غير أن توزيعها على تلك الأوقات عند وجودها ولا يسقط بعدمها الوجوب ، وكذا قال صلى الله عليه وسلم « خمس صلوات كتبهن الله على العباد » اهـ . وأما الذى ذكره البرهان الحلبى فى شرح المنية فهو قوله والجواب أن يقال : كما استقر الأمر على أن الصلوات خمس ، فكذا استقر الأمر على أن للوجوب أسباباً وشروطا لايوجد بدونها ، وقولك شرعا عاما الخ إن أردت أنه عام على كل من وجد فى حقه شروط الوجوب وأسبابه سلمناه ولا يفيدك لعدم بعض ذلك فى حق من ذكر ، وإن أردت أنه عام لكل فرد من أفراد المكلفين فى كل فرد من أفراد الأيام مطلقا فهو ظاهر البطلان ، فإن الحائض لو طهرت بعد طلوع الشمس لم يكن الواجب عليها فى ذلك اليوم إلا أربع صلوات ، وبعد خروج وقت الظهر لم يجب عليها فى ذلك اليوم إلا ثلاث صلوات وهكذا ، ولم يقل أحد إنه إذا طهرت فى بعض اليوم أو فى أكثره مثلا يجب عليها تمام صلوات اليوم والليلة لأجل أن الصلوات فرضت على كل مكلف .

فإن قلت : تخلف الوجوب فى حقها لفقد شرطه وهو الطهارة من الحيض . قلنا لك : كذلك تخلف الوجوب فى حق هؤلاء لفقد شرطه وسببه وهو الوقت ، وأظهر من ذلك الكافر إذا أسلم بعد فوات وقت أو أكثر من اليوم مع أن عدم الشرط وهو الإسلام فى حقه مضاف إليه لتقصيره بخلاف هؤلاء ولم يقل أحد يجب عليه تمام صلوات ذلك اليوم لافتراض الصلوات خمساً على كل مكلف فى كل يوم وليلة ، والقياس على مافى حديث الدجال غير صحيح لأنه لامدخل للقياس فى وضع الأسباب ، ولئن سلم فإنما هو فيما لايكون على خلاف القياس ، والحديث ورد على خلاف القياس ، فقد نقل الشيخ أكمل الدين فى شرح المشارق عن القاضى عياض أنه قال : هذا حكم مخصوص بذلك الزمان شرعه لنا صاحب الشرع ، ولو وكلنا فيه لاجتهادنا لكانت الصلاة فيه عند الأوقات المعروفة واكتفينا بالصلوات الخمس اهـ . ولئن سلم القياس فلا بد من المتناواة ولا مساواة ، فإن مانحن فيه لم يوجد زمان يقدر للعشاء فيه وقت خاص . والمفاد من الحديث أنه يقدر لكل صلاة وقت خاص بها ليس هو وقتا لصلاة أخرى ، بل لايدخل وقت مابعدها قبل مضى وقتها المقدر لها ، وإذا مضى صارت قضاء كما فى سائر الأيام فكأن الزوال وصيرورة الظل مثلا أو مثلين وغروب الشمس وغيبوبة الشفق وطلوع الفجر موجودة فى أجزاء ذلك الزمان تقديرا بحكم الشرع ولا كذلك هنا إذ الزمان الموجود إما وقت للمغرب فى حقهم أو وقت للفجر بالإجماع فكيف يصح القياس ؟ . وعلم بما ذكرنا عدم الفرق بين من قطعت يداه أو رجلاه من المرفقين والكعبين وبين هذه المسألة كما ذكره البقالى ، ولذا سلمه الإمام الحلوانى ورجع إليه مع أنه الخصم فيه إنصافا منه ، وذلك لأن الغسل سقط ثم لعدم شرطه لأن المحال شروط ، فكذا هنا سقطت الصلاة لعدم شرطها بل وسببها أيضاً ، وكما لم يقم هناك دليل يجعل ماوراء المرفق إلى الإبط وما فوق الكعب بمقدار القدم خلفا عنه فى وجوب الغسل ، كذلك لم يرد دليل يجعل جزءا من وقت المغرب أو من وقت الفجر أو منهما خلفا عن وقت العشاء ، وكما أن الصلوات خمس بالإجماع على المكلفين كذا فرائض الوضوء على المكلفين لاتنقص عن أربع بالإجماع لكن لابد من وجود جميع أسبابه

قلت : ولايساعده حديث الدجال لأنه وإن وجب أكثر من ثلثمائة ظهر

الوجوب وشرائطه في جميع ذلك ، فليتأمل المنصف ، والله سبحانه وتعالى الموفق اه كلام البرهان الحلبي . وقد كر عليه الفاضل المحشى بالنقض ، وانتصر للمحقق بمـا يطول ؛ فمن جملة ذلك أنه قال : إن مافعلناه ليس من باب القياس بل من باب الإلحاق دلالة ، وقول البرهان الحلبي إن مانحن فيه لم يوجد زمان يقدر للعشاء فيه وقت خاص ممنوع ، وذلك لأن من يقدر يجعل لكل صلاة وقتاً يختص بها لايشاركها فيه غيرها اه :

أقول : لايخفى أن القائلين بالوجوب عندنا لم يجعلوا لتلك الصلاة وقتا خاصاً بها بحيث يكون فعلها فيه أداء وخارجها(١) قضاء كما هو فى أيام الدجال ، لأن الحلوانى قال بوجوبها قضاء ، والبرهان الكبير قال : لاينوى القضاء لعـدم وقت الأداء ، وبه صرح فى الفتح أيضاً ، فأين الإلحاق دلالة مع عدم المساواة ؟ فلو كان بطريق الإلحاق أو القياس لجعلوا لها وقتا خاصاً بها تكون فيه أداء ، وإنما قدروه موجودا لإيجاب فعلها بعد الفجر وليس معنى التقدير ماقاله الشافعية كما علمت وإلا لزم كونها فيه أداء وقد علمت قول الزيلعى إنه لم يقل به أحد : أى بكونها أداء ، لأنه لايبقى وقت العشاء بعد الفجر .

والأحسن فى الجواب عن المحقق الكمال ابن الهمام أنه لم يذكر حديث الدجال ليقيس عليه مسألتنا أو يلحقها به دلالة ، وإنما ذكره دليلا على افتراض الصلوات الخمس وإن لم يوجد السبب افتراضاً عاما ، لأن قوله وماروى معطوف على قوله ماتواطأت عليه أخبار الإسراء ، وما أورده عليه من عدم الافتراض على الحائض والكافر يجاب عنه بما قاله المحشى من ورود النص بإخراجهما من العموم .

هذا ، وقد أقر ماذكره المحقق تلميذاه العلامتان المحققان ابن أمير حاج والشيخ قاسم .

والحاصل أنهما قولان مصححان ، ويتأيد القول بالوجوب بأنه قال به إمام مجتهد وهو الإمام الشافعى كما نقله فى الحلية عن المتولى عنه (قوله ولا يساعده) الضمير راجع إلى ماذكره الكمال ح (قوله حديث الدجال) هو ماقدمناه فى كلام الكمال . قال الأسنوى : فيستثنى هذا اليوم مما ذكر فى المواقيت ، ويقاس اليومان التاليان له . قال الرملى فى شرح المنهاج : ويجرى ذلك فيما لو مكثت الشمس عند قوم مدة اه ح . قال فى إمداد الفتاح قلت : وكذلك يقدر لجميع الآجال كالصوم والزكاة والحج والعدة وآجال البيع والسلم والإجارة ، وينظر ابتداء اليوم فيقدر كل فصل من الفصول الأربعة بحلسب مايكون كل يوم من الزيادة والنقص كذا فى كتب الأئمة الشافعية ، ونحن نقول بمثله إذ أصل التقدير مقول به إجماعا فى الصلوات اه .

مطلب فى طلوع الشمس من مغربها

[تنبيه] ورد فى حديث مرفوع أن الشمس إذا طلعت من مغربها تسير إلى وسط السماء ثم ترجع ثم بعد ذلك تطلع من المشرق كعادتها . قال الرملى الشافعى فى شرح المنهاج : وبه يعلم أنه يدخل وقت الظهر برجوعها . لأنه بمنزلة زوالها ، ووقت العصر إذا صار ظل كل شئ مثله ، والمغرب بغروبها . وفى هذا الحديث أن ليلة طلوعها من مغربها تطول بقدر ثلاث ليال ، لكن ذلك لايعرف إلا بعد مضيها لانبهامها على الناس ، فحينئذ قياس مامر أنه يلزم قضاء الخمس ، لأن الزائد ليلتان فيقدران عن يوم وليلة وواجبهما الخمس اه (قوله لأنه وإن وجب) علة لعدم المساعدة ح (قوله أكثر من ثلثمائة ظهر الخ) فيه أن الوارد أن اليوم كسنة فما قبل الزوال نحو نصف سنة ولا يتكرر فيه الظهر هذا العدد ، فالمناسب تعبير الكمال بما مر من قوله فقد وجب أكثر من ثلثمائة عصر قبل صيرورة الظل مثلا أو مثلين لكنه ظاهر فى المثلين لأنه قريب من خمسة أسداس النهار بخلاف المثل ، والأظهر قوله

---

(١) (قوله وخارجها) هكذا بخطه ، ولعل الأصوب وخارجه : أى الوقت ، تأمل اه مصححه .

مثلا قبل الزوال ليس كمسألتنا ؛ لأن المفقود فيه العلامة لا الزمان ، وأما فيها فقد فقد الأمران .

(والمستحب) للرجل (الابتداء) فى الفجر (بإسفار والختم به) هو المختار بحيث يرتل أربعين آية ثم يعيده بطهارة لو فسد . وقيل يؤخر جدا لأن الفساد موهوم (إلا الحاج بمزدلفة) فالتغليس أفضل كمرأة مطلقا . وفى غير الفجر الأفضل لها انتظار فراغ الجماعة (وتأخير ظهر الصيف) بحيث يمشى فى الظل (مطلقا) كذا فى المجمع وغيره : أى بلا اشتراط

فى الشرنبلالية وإن وجب أكثر من ثلثمائة عشاء مثلا قبل طلوع الفجر (قوله مثلا) أى أن الصبح والعصر والمغرب والعشاء والوتر كذلك ح (قوله فيه) أى فى حديث الدجال (قوله وأما فيها) أى فى مسألتنا . وفى بعض النسخ فيهما : أى فى العشاء والوتر (قوله فقد فقد الأمران) أى العلامة ، وهى غيبوبة الشفق قبل الفجر والزمان المعلم وهو ماتقع الصلاة فيه أداء ضرورة أن الزمان الموجود قبل الفجر هو زمان المغرب وبعده هو زمان الصبح فلم يوجد الزمان الخاص بالعشاء ، وليس المراد فقد أصل الزمان كما لايخفى ، نعم إذا قلنا بالتقدير هنا يكون الزمان موجودا تقديرا كما فى يوم الدجال ، فلا يرد على المحقق ، والله تعالى أعلم .

[تتمة] لم أر من تعرض عندنا لحكم صومهم فيما إذا كان يطلع الفجر عندهم كما تغيب الشمس أو بعده بزمان لايقدر فيه الصائم على أكل مايقيم بنيته ، ولا يمكن أن يقال بوجوب موالاة الصوم عليهم ، لأنه يؤدى إلى الهلاك . فإن قلنا بوجوب الصوم يلزم القول بالتقدير ، وهل يقدر ليلهم بأقرب البلاد إليهم كما قاله الشافعية هنا أيضا ، أم يقدر لهم بما يسع الأكل والشرب ، أم يجب عليهم القضاء فقط دون الأداء ؟ كل محتمل ، فليتأمل . ولا يمكن القول هنا بعدم الوجوب أصلا كالعشاء عند القائل به فيها ، لأن علة عدم الوجوب فيها عند القائل به عدم السبب ، وفى الصوم قد وجد السبب وهو شهود جزء من الشهر وطلوع فجر كل يوم ، هذا ماظهر لى ، والله تعالى أعلم (قوله للرجل) يأتى محترزه (قوله فى الفجر) أى صلاة الفرض . وفى صلاة السنة قولان كما يأتى للشارح ط (قوله بإسفار) أى فى وقت ظهور النور وانكشاف الظلمة ؛ سمى به لأنه يسفر : أى يكشف عن الأشياء خلافا للأئمة الثلاثة ، لقوله عليه الصلاة والسلام « أسفروا بالفجر فإنه أعظم للأجر » رواه الترمذى وحسنه . وروى الطحاوى بإسناد صحيح « ما اجتمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على شىء ما اجتمعوا على التنوير بالفجر » وتمامه فى شرح المنية وغيرها (قوله أربعين آية) أى إلى ستين (قوله ثم يعيده بطهارة) أى يعيد الفجر : أى صلاته مع ترتيل القراءة المذكورة ويعيد الطهارة لو فسد بفسادها أو ظهر فساده بعدمها ناسيا .

والحاصل أن حد الإسفار أن يمكنه إعادة الطهارة ولو من حدث أكبر كما فى النهر والقهستانى وإعادة الصلاة على الحالة الأولى قبل الشمس (قوله وقيل يؤخر جدا) قال فى البحر : وهو ظاهر إطلاق الكتاب أى الكنز ، لكن لايؤخرها بحيث يقع الشك فى طلوع الشمس اهـ لكن فى القهستانى الأصح الأول ح (قوله مطلقا) أى ولو فى غير مزدلفة لبناء حالهن على الستر وهو فى الظلام أتم (قوله وتأخير ظهر الصيف)سيذكر أنه يلحق به الخريف ، وسنذكر مايخالفه (قوله بحيث يمشى فى الظل) عبارة البحر والنهر وغيرهما : وحده أن يصلى قبل المثل وهى أولى لما أن مثل حيطان مصر يحدث الظل فيها سريعا لعلوها ح . وقد يقال : إن اعتبار المشى فى الظل بيان لأول ذلك الوقت المستحب ، وماق البحر وغيره بيان لمنتهاه . وفى ط عن الحيموى عن الخزانة : الوقت المكروه فى الظهر أن يدخل فى حد الاختلاف ، وإذا أخره حتى صار ظل كل شىء مثله فقد دخل فى حد الاختلاف (قوله أى بلا اشتراط الخ) تفسير للإطلاق . وعبارة ابن ملك فى شرح المجمع : أى سواء كان يصلى الظهر وحده

شدة حر وحرارة بلد وقصد جماعة ، وما فى الجوهرة وغيرها من اشتراط ذلك منظور فيه (وجمعة كظهر أصلا واستحبابا) فى الزمانين لأنها خلفه (و) تأخير (عصر) صيفا وشتاء توسعة للنوافل (مالم يتغير ذكاء) بأن لاتحار العين فيها فى الأصح

أو بجماعة اه أى لرواية البخارى «كان صلى الله عليه وسلم إذا اشتد البرد بكر بالصلاة ، وإذا اشتد الحر أبرد بالصلاة » والمراد الظهر ، وقوله صلى الله عليه وسلم « إن شدة الحر من فيح جهنم ، فإذا اشتد فأبردوا بالصلاة» متفق عليه ، وليس فيه تفصيل . وتمامه فى الزيلعى وغيره (قوله وما فى الجوهرة وغيرها) كالسراج حيث قال فيهما وإنما يستحب الإبراد بثلاثة شرائط : أن يصلى بجماعة فى مسجد جماعة ، وأن يكون فى البلاد الحارة ، وأن يكون فى شدة الحر . وقال الشافعى : إن صلى فى بيته قدمها ، وإن فى المسجد بجماعة أخرها اه (قوله منظور فيه) تبع فى التنظير فيه صاحب البحر اعتمادا على الإطلاق . وأورد المحشى عليه : مالو كان فى موضع تقام الجماعة فيه فى أول الوقت فقط ، فإنه لو قلنا يستحب له التأخير يلزم ترك الجماعة التى يعاقب على تركها على المشهور لأجل المستحب والقواعد تأباه ، ويدل له كراهتهم تأخير العشاء إلى مازاد على النصف ، وعللوه بتقليل الجماعة ، فنى مسألتنا ينبغى أن يكون التأخير حراما حيث تحقق فوت الجماعة اه . ونقل بعضهم مثله عن شرح نظم الكنز للشيخ موسى الطرابلسى وقال على أنه صرح صاحب البحر فيما تقدم أنه لو شرع فى الصلاة مع نجاسة قدر الدرهم وخشى فوت الجماعة يمضى على صلاته اه أى مع أن إزالتها مسنونة أو واجبة ولم تترك الجماعة لأجلها .

أقول : قد يجاب بأن قول البحر لافرق بين أن يصلى بجماعة أولا ، معناه أنه يندب له التأخير سواء أراد أن يصلى بجماعة أو منفردا بأن كان لاتتيسر له الجماعة ، وليس فيه مايقتضى أنه يؤخر وإن لزم فوت الجماعة كما لايخفى ، فالتنظير فى كلام الجوهرة والسراج فى محله ، لأن ماذكراه من الشروط الثلاثة هى مذهب الشافعية صرحوا بها فى كتبهم ، نعم ذكر شراح الهداية وغيرهم فى باب التيمم أن أداء الصلاة فى أول الوقت أفضل إلا إذا تضمن التأخير فضيلة لاتحصل بدونه كتكثير الجماعة ، ولهذا كان أولى للنساء أن يصلين فى أول الوقت لأنهن لايخرجن إلى الجماعة كذا فى مبسوطى شمس الأئمة وفخر الإسلام اه . والمتبادر منه أنه إذا لم يقصد الصلاة بالجماعة لايستحب له التأخير هنا ، إذ ليس فيه فضيلة ، لكن اعترضهم هناك صاحب غاية البيان بأن أئمتنا صرحوا باستحباب تأخير بعض الصلوات بلا اشتراط جماعة وأن ماذكروه فى التيمم مفهوم والصريح مقدم عليه وقدمنا الكلام عليه ثم فراجعه (قوله أصلا) أى من جهة أصل وقت الجواز ، وما وقع فى آخره من الخلاف (قوله واستحباباً فى الزمانين) أى الشتاء والصيف ح ، لكن جزم فى الأشباه من فن الأحكام أنه لايسن لها الإبراد . وفى جامع الفتاوى لقارئ الهداية : قيل إنه مشروع لأنها تؤدى فى وقت الظهر وتقوم مقامه . وقال الجمهور : ليس بمشروع لأنها تقام بجمع عظيم ، فتأخيرها مفض إلى الحرج ولا كذلك الظهر وموافقة الخلف لأصله من كل وجه ليس بشرط اه (قوله لأنها خلفه) علمت جوابه . على أن القول الثانى وهو المشهور أنها فرض مستقل آكد من الظهر (قوله توسعة للنوافل) أى لكراهتها بعد صلاة العصر . وقال الإمام الطحاوى بعد ذكره ماروى فى التأخير والتعجيل : لم نجد فى هذه الآثار مما صحت إلا مايدل على تأخير العصر : ولم نجد مايدل منها على التعجيل إلا ما عارضه غيره فاستحببنا التأخير . ولو خلينا النظر لكان تعجيل الصلوات كلها أفضل ولكن اتباع ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مما تواترت به الأخبار أولى . وقد روى عن أصحابه مايدل عليه ثم ساق ذلك . وتمامه فى الحلية (قوله فى الأصح) صححه فى الهداية وغيرها . وفى الظهيرية إن أمكنه إطالة النظر فقد تغيرت وعليه

(و) تأخير (عشاء إلى ثلث الليل) قيده فى الخانية وغيرها بالشتاء ، أما الصيف فيندب تعجيلها (فإن أخرها إلى مازاد على النصف) كره لتقليل الجماعة ؛ أما إليه فمباح (و) أخر (العصر إلى اصفرار ذكاء) فلو شرع فيه قبل التغير فمده إليه لايكره (و) أخر (المغرب إلى اشتباك النجوم) أى كثرتها (كره)

الفتوى . وفى النصاب وغيره : وبه نأخذ ، وهو قول أئمتنا الثلاثة ومشايخ بلخ وغيرهم كذا فى الفتاوى الصوفية وفيها : وينبغى أن لايؤخر تأخيرا لايمكن المسبوق قضاء مافاته اه. وقيل حد التغير أن يبقى للغروب أقل من رمح، وقيل أن يتغير الشعاع على الحيطان كما فى الجوهرة ، ابن عبد الرزاق (قوله وتأخير عشاء) أطلقه، وظاهر مافى الهداية التقييد بعدم فوت الجماعة ، ويؤخذ من كلام المصنف فى مسألة يوم الغيم شرنبلالية (قوله إلى ثلث الليل) كذا فى الكنز والمختار والخلاصة وغيرها . وعبارة القدورى إلى ماقبل ثلث الليل، وهما روايتان كما فى الشرنبلالية عن البرهان ، فلا حاجة إلى التوفيق بما فى البحر ولا بما فى الدرر (قوله قيده فى الخانية الخ) وفى الهداية : وقيل فى الصيف يعجل كى لاتتقلل الجماعة (قوله كره) أى تحريما كما يأتى تقييده فى المتن ، أو تنزيها وهو الأظهر كما نذكره عن الحلية (قوله لتقليل الجماعة) يفيد أن المصلى فى بيته يؤخرها لعدم الجماعة فى حقه، تأمل رملى : أى لو أخرها لايكره (قوله أما إليه فمباح) أى أما تأخيرها إلى النصف فمباح لتعارض دليل الندب وهو قطع السمر المنهى، ودليل الكراهة وهو تقليل الجماعة فثبتت الإباحة كما أفاده فى الهداية وغيرها . قلت : لكن نقل فى الحلية عن خزانة الأكمل استحباب التأخير إلى النصف وقال إنه الأوجه دليلا للأحاديث الصحيحة وساقها ، وقال : اختاره أكثر أهل العلم من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم والتابعين وغيرهم كما ذكره الترمذى اه .

[تنبيه] أشرنا إلى أن علة استحباب التأخير فى العشاء هى قطع السمر المنهى عنه وهو الكلام بعدها قال فى البرهان : ويكره النوم قبلها والحديث بعدها لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عنهما إلا حديثا فى خير ، لقوله صلى الله عليه وسلم « لاسمر بعد الصلاة » يعنى العشاء الأخيرة « إلا لأحد رجلين : مصل أو مسافر » وفى رواية « أو عرس » اه . وقال الطحاوى: إنما كره النوم قبلها لمن خشى عليه فوت وقتها أو فوت الجماعة فيها، وأما من وكل نفسه إلى من يوقظه فيباح له النوم اه . وقال الزيلعى : وإنما كره الحديث بعدها لأنه ربما يؤدى إلى اللغو أو إلى تفويت الصبح أو قيام الليل لمن له عادة به ، وإذا كان لحاجة مهمة فلا بأس ، وكذا قراءة القرآن والذكر وحكايات الصالحين والفقه والحديث مع الضيف اه . والمعنى فيه أن يكون اختتام الصحيفة بالعبادة ، كما جعل ابتداؤها بها ليمحى مابينهما من الزلات ، ولذا كره الكلام قبل صلاة الفجر ، وتمامه فى الإمداد .

ويؤخذ من كلام الزيلعى أنه لو كان لحاجة لايكره وإن خشى فوت الصبح لأنه ليس فى النوم تفريط وإنما التفريط على من أخرج الصلاة عن وقتها كما فى حديث مسلم ، نعم لو غلب على ظنه تفويت الصبح لايحل لأنه يكون تفريطا تأمل (قوله وأخر العصر) معطوف على فعل الشرط ، والمراد باصفرار ذكاء تغيرها بالمعنى السابق (قوله فيه) أى فى العصر بمعنى صلاته (قوله لايكره) لأن الاحتراز عن الكراهة مع الإقبال على الصلاة متعذر فجعل عفوا بحر (قوله إلى اشتباك النجوم) هو الأصح . وفى رواية لايكره مالم يغب الشفق بحر : أى الشفق الأحمر لأنه وقت مختلف فيه فيقع فى الشك . وفى الحلية بعد كلام : والظاهر أن السنة فعل المغرب فورا وبعده مباح إلى اشتباك النجوم فيكره بلا عذر اه . قلت : أى يكره تحريما ، والظاهر أنه أراد بالمباح مالا يمنع فلا ينافى كراهة التنزيه ، ويأتى تمامه قريبا (قوله أى كثرتها) قال فى الحلية : واشتباكها أن يظهر صغارها وكبارها حتى لا يخفى منها شئ ، فهو عبارة عن كثرتها وانضمام بعضها إلى بعض اه (قوله كره) يرجع إلى المسائل الثلاثة قبله ط

أى التأخير لا الفعل لأنه مأمور به (تحريما) إلا بعذر كسفر ، وكونه على أكل (و) تأخير (الوتر إلى آخر الليل لواثق بالانتباه) وإلا فقبل النوم ، فإن فاق وصلى نوافل والحال أنه صلى الوتر أول الليل فإنه الأفضل .

(والمستحب تعجيل ظهر شتاء) يلحق به الربيع ، وبالصيف الخريف (و) تعجيل (عصر وعشاء يوم غيم ، و) تعجيل (مغرب مطلقا) وتأخيره قدر ركعتين يكره تنزيها

(قوله أى التأخير لاالفعل) فيه كلام يأتى (قوله تحريما) كذا فى البحر عن القنية ، لكن فى الحلية أن كلام الطحاوى يشير إلى أن الكراهة فى تأخير العشاء تنزيها وهو الأظهر اه (قوله إلا بعذر الخ) ظاهره رجوعه إلى الثلاثة أيضا لكن ذكر فى الإمداد فى تأخير العصر إلى الاصفرار عن المعراج أنه لايباح التأخير لمرض وسفر اه ومثله فى الحلية واقتصر فى الإمداد وغيره على ذكره الاستثناء فى المغرب ، وعبارته إلا من عذر كسفر ومرض وحضور مائدة أو غيم اه :

قلت : وينبغى عدم الكراهة فى تأخير العشاء لمن هو فى ركب الحاج ؛ ثم إن للمسافر والمريض تأخير المغرب للجمع بينها وبين العشاء فعلا كما فى الحلية وغيرها : أى بأن تصلى فى آخر وقتها والعشاء فى أول وقتها . وهو محمل ماروى من جمعه صلى الله عليه وسلم بينهما سفرا كما سيأتى (قوله وكونه على أكل) أى لكراهة الصلاة مع حضور طعام تميل إليه نفسه ، ولحديث « إذا أقيمت الصلاة وحضر العشاء فابدءوا بالعشاء » رواه الشيخان (قوله وتأخير الوتر الخ) أى يستحب تأخيره ، لقوله صلى الله عليه وسلم « من خاف أن لايوتر من آخر الليل فليوتر أوله ومن طمع أن يقوم آخره فليوتر آخر الليل ، فإن صلاة آخر الليل مشهودة وذلك أفضل » رواه مسلم والترمذى وغيره وتمامه فى الحلية . وفى الصحيحين « اجعلوا آخر صلاتكم وترا » والأمر للندب بدليل ماقبله بحر (قوله فإن فاق الخ(١)) أى إذا أوتر قبل النوم ثم استيقظ يصلى ماكتب له ، ولا كراهة فيه بل هو مندوب ، ولا يعيد الوتر ، لكن فاته الأفضل المفاد بحديث الصحيحين إمداد .

ولا يقال : إن من لم يثق بالانتباه فالتعجيل فى حقه أفضل كما فى الخانية ، فإذا انتبه بعد ماعجل يتنفل ولا تفوته الأفضلية . لأنا نقول : المراد بالأفضلية فى الحديث السابق هى المترتبة على ختم الصلاة بالوتر وقد فاتت ، والتى حصلها هى أفضلية التعجيل عند خوف الفوات على التأخير فافهم وتأمل (قوله يلحق به الربيع الخ) قاله فى البحر بحثا ، وقال لم أره . وتعقبه فى الإمداد بما فى مجمع الروايات من أنه كذلك فى الربيع والخريف ، يعجل بها إذا زالت الشمس ، فبحث البحر مخالف للمنقول (قوله يوم غيم) أى لئلا يقع العصر فى التغير وتقل الجماعة فى العشاء على احتمال المطر والطين . وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يندب التأخير فى كل الأوقات ، واختاره الإتقانى . وفى شرح المجمع ودرر البحار والضياء أنه الأحوط لجواز الأداء بعد الوقت لا قبله : أى وفى تعجيله احتمال وقوعه قبله . وقد يجاب بأن المراد بالتعجيل تأخيرهما قليلا بعد العلم بدخول الوقت ، ولهذا قال فى الحلية : المستحب تقديمهما يوم غيم على وقتهما المستحب يوم غيره تأمل (قوله مطلقا) أى شتاء وصيفا ، وليس المراد من الإطلاق يوم غيم أم لا وإن أوهمته عبارته لأنه غير المنصوص عليه ط (قوله يكره تنزيها) أفاد أن المراد بالتعجيل أن لا يفصل بين الأذان والإقامة بغير جلسة أو سكتة على الخلاف . وأن مافى القنية من استثناء التأخير القليل محمول على مادون الركعتين ، وأن الزائد على القليل إلى اشتباك النجوم مكروه تنزيها ، وما بعده تحريما إلا بعذر كما مر . قال فى شرح المنية : والذى اقتضته الأخبار كراهة التأخير إلى ظهور النجم وماقبله مسكوت عنه ،

---

(١) (قوله فإن فاق الخ) هكذا بخطه ، والذى فى نسخ الشارح أفاق بالهمزة ، وهو الصواب الموافق لما فى المصباح والقاموس اه مصححه .

(وتأخير غيرهما فيه) هذا فى ديار يكثر شتاؤها ويقل رعاية أوقاتها ، أما فى ديارنا فيراعى الحكم الأول وحكم الأذان كالصلاة تعجيلا وتأخيرا (وكره) تحريما ، وكل ما لا يجوز مكروه (صلاة) مطلقا (ولو) قضاء أو واجبة أو نفلا أو (على جنازة وسجدة تلاوة

فهو على الإباحة وإن كان المستحب التعجيل اه ونحوه ما قدمناه عن الحلية وما فى النهر من أن ما فى الحلية مبنى على خلاف الأصح : أى المذكور فى المبتغى بقوله يكره تأخير المغرب فى رواية . وفى أخرى : لا ، ما لم يغب الشفق . والأصح الأول إلا لعذر اه فيه نظر لأن الظاهر أن المراد بالأصح التأخير إلى ظهور النجم أو إلى غيبوبة الشفق . فلا ينافى أنه إلى ماقبل ذلك مكروه تنزيها لترك المستحب وهو التعجيل تأمل (قوله وتأخير غيرهما فيه) أى فى يوم غيم يؤخر الفجر كباقى الأيام ، ويؤخر الظهر والمغرب بحيث يتيقن وقوعهما بعد الوقت قبل مجىء الوقت المكروه كما فى الإمداد . قال فى النهر : أما الفجر فلتكثير الجماعة ، وأما غيره فلمخافة الوقوع قبل الوقت (قوله هذا) أى ماذكر من التعجيل فى يوم غيم والتأخير فيه (قوله ويقل رعاية أوقاتها) أى بعدم ظهور الشمس أو التوقيت بالساعات الفلكية ونحو ذلك ط (قوله فيراعى الحكم الأول) أى المتقدم ، وهو تأخير العصر مطلقا والعشاء إلى ثلث الليل وتعجيل ظهر الشتاء الخ . قال أبو السعود : وهذا البحث للعينى ، وأقره صاحب النهر ط.

مطلب يشترط العلم بدخول الوقت

[تتمة] يشترط لصحة الصلاة دخول الوقت واعتقاد دخوله كما فى نور الإيضاح وغيره ؛ فلو شك فى دخول وقت العبادة فأتى بها فبان أنه فعلها فى الوقت لم يجزه كما فى الأشباه فى بحث النية ، ويكفى فى ذلك أذان الواحد لو عدلا . وإلا تحرى وبنى على غالب ظنه ، لما صرح به أئمتنا من أنه يقبل قول العدل فى الديانات ؛ كالإخبار بجهة القبلة والطهارة والنجاسة والحل والحرمة ، حتى لو أخبره ثقة ولو عبدا أو أمة ، أو محدودا فى قذف بنجاسة الماء . أو حل الطعام وحرمته قبل ولو فاسقا . أو مستورا يحكم رأيه فى صدقه أو كذبه ويعمل به ، لأن غالب الرأى بمنزلة اليقين ، بخلاف خبر الذمى حيث لا يقبل اه ومثله الصبى والمعتوه العاقلان فى الأصح ، ولا يخفى أن الإخبار عن دخول الوقت من العبادات . فيجرى فيه هذا التفصيل ؛ والله تعالى أعلم . ثم رأيت فى كتاب القول لمن ٧ عن معين الحكام ما نصه : المؤذن يكفى إخباره بدخول الوقت إذا كان بالغا عاقلا عالما بالأوقات مسلما ذكرا ويعتمد على قوله اه . وفى صيام القهستانى : وأما الإفطار فلا يجوز بقول واحد بل بالمثنى . وظاهر الجواب أنه لا بأس به إذا كان عدلا صدقه الخ (قوله وحكم الأذان كالصلاة الخ) لأنه سنة لها فيتبعها (قوله وكره الخ) أورد أن بعض الصلوات لا تنعقد فى هذه الأوقات فلا يناسبه التعبير بالكراهة . وأجاب عنه فى شرح المنية تبعا للفتح بجوابين ، حيث قال : استعمل الكراهة هنا بالمعنى اللغوى فيشمل عدم الجواز وغيره مما هو مطلوب العدم ، أو هو بالمعنى العرفى والمراد كراهة التحريم لما عرف من أن النهى الظنى الثبوت غير المصروف عن مقتضاه يفيد كراهة التحريم ؛ وإن كان قطعى الثبوت فالتحريم وهو فى مقابلة الفرض فى الرتبة وكراهة التحريم فى رتبة الواجب والتنزيه فى رتبة المندوب ؛ والنهى الوارد هنا من الأول فكان الثابت به كراهة التحريم ، وهى إن كانت لنقصان فى الوقت منعت الصحة فيما سببه كامل وإلا أفادت الصحة مع الإساءة اه وقد أشار الشارح إلى الجوابين مقدما الثانى منهما على الأول (قوله مطلقا) فسره بما بعده (قوله أو على جنازة) أى إذا حضرت فى ذلك الوقت وكذا قوله وسجدة تلاوة أى إذا تليت فيه وإلا فلا كراهة كما سيذكره الشارح (قوله وسجدة تلاوة) منصوب

وسهو) لاشكر ، قنية (مع شروق) إلا العوام فلا يمنعون من فعلها لأنهم يتركونها . والأداء الجائز عند البعض أولى من الترك كما فى القنية وغيرها (واستواء) إلا يوم الجمعة على قول الثانى

عطفا على الجار والمجرور الذى هو خبر كان المقدرة ح . والأحسن رفعه عطفا على صلاة نائب فاعل كره ليكون مقابلا للصلاة لأن سجدة التلاوة ليست صلاة حقيقة فافهم (قوله وسهو) حتى لوسها فى صلاة الصبح أوفى قضاء فائتة بعد العصر فطلعت الشمس أو احمرت عقب السلام سقط عنه سجود السهو ؛ لأنه لجبر النقصان المتمكن فى الصلاة ؛ فجرى مجرى القضاء وقد وجب كاملا فلا يتأدى فى ناقص حلية (قوله لا شكر قنية) هذا مذكور فى غير محله . والمناسب ذكره عقب قوله الآتى وسجدة تلاوة ، لأن عبارة القنية يكره أن يسجد شكرا بعد الصلاة فى الوقت الذى يكره فيه النفل ولا يكره فى غيره اه .

وفى النهر أن سجدة الشكر لنعمة سابقة ينبغى أن تصح أخذا من قولهم لأنها وجبت كاملة وهذه لم تجب اه فتحصل من كلام النهر مع كلام القنية أنها تصح مع الكراهة : أى لأنها فى حكم النافلة . ثم قال فى النهر عن المنح : وأما ما يفعل عقب الصلاة من السجدة فمكروه إجماعا لأن العوام يعتقدون أنها واجبة أو سنة اه أى وكل جائز أدى إلى اعتقاده ذلك كره (قوله مع شروق) وما دامت العين لا تحار فيها فهى فى حكم الشروق كما تقدم فى غيره أنه الأصح كما فى البحر ح .

أقول : ينبغى تصحيح مانقلوه عن الأصل للإمام محمد من أنه مالم ترتفع الشمس قدر رمح فهى فى حكم الطلوع لأن أصحاب المتون مشوا عليه فى صلاة العيد حيث جعلوا أول وقتها من الارتفاع ولذا جزم به هنا فى الفيض ونور الإيضاح (قوله فلا يمنعون من فعلها) أفاد أن المستثنى المنع لا الحكم بعدم الصحة عندنا فالاستثناء منقطع والضمير للصلاة والمراد بها صلاة الصبح (قوله عند البعض) أى بعض المجتهدين كالإمام الشافعى هنا (قوله كما فى القنية وغيرها) وعزاه صاحب المصفى إلى الإمام حميد الدين عن شيخه الإمام المحبوبى وإلى شمس الأئمة الحلوانى ، وعزاه فى القنية إلى الحلوانى والنسفى فسقط ماقيل إن صاحب القنية بناه على مذهب المعتزلة من أن العامى له الخيار من كل مذهب مايهواه . والصحيح عندنا أن الحق واحد ، وأن تتبع الرخص فسق اه (قوله واستواء) التعبير به أولى من التعبير بوقت الزوال لأن وقت الزوال لاتكره فيه الصلاة إجماعا بحر عن الحلية : أى لأنه يدخل به وقت الظهر كما مر . وفى شرح النقاية للبرجندى : وقد وقع فى عبارات الفقهاء أن الوقت المكروه هو عند انتصاف النهار إلى أن تزول الشمس ولا يخفى أن زوال الشمس إنما هو عقيب انتصاف النهار بلافصل . وفى هذا القدر من الزمان لايمكن أداء صلاة فيه ، فلعل المراد أنه لاتجوز الصلاة بحيث يقع جزء منها فى هذا الزمان ؛ أو المراد بالنهار هو النهار الشرعى وهو من أول طلوع الصبح إلى غروب الشمس ، وعلى هذا يكون نصف النهار قبل الزوال بزمان يعتد به اه إسمعيل ونوح وحموى .

وفى القنية : واختلف فى وقت الكراهة عند الزوال . فقيل من نصف النهار إلى الزوال لرواية أبى سعيد عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه نهى عن الصلاة نصف النهار حتى تزول الشمس » قال ركن الدين الصباغى : وما أحسن هذا لأن النهى عن الصلاة فيه يعتمد تصوّرها فيه اه وعزا فى القهستانى القول بأن المراد انتصاف النهار العرفى إلى أئمة ماوراء النهر ، وبأن المراد انتصاف النهار الشرعى وهو الضحوة الكبرى إلى الزوال إلى أئمة خوارزم (قوله إلا يوم الجمعة) لما رواه الشافعى فى مسنده « نهى عن الصلاة نصف النهار حتى تزول الشمس إلا يوم الجمعة »

المصحح المعتمد ، كذا فى الأشباه . ونقل الحلبى عن الحاوى أن عليه الفتوى (وغروب ، إلا عصر يومه) فلا يكره فعله لأدائه كما وجب

قال الحافظ ابن حجر : فى إسناده انقطاع ، وذكر البيهقى له شواهد ضعيفة إذا ضمت قوى اه (قوله المصحح المعتمد) اعترض بأن المتون والشروح على خلافه (قوله ونقل الحلبى) أى صاحب الحلية العلامة المحقق ابن أمير حاج عن الحاوى : أى الحاوى القدسى كما رأيته فيه ، لكن شراح الهداية انتصروا لقول الإمام . وأجابوا عن الحديث المذكور بأحاديث النهى عن الصلاة وقت الاستواء فإنها محرمة : وأجاب فى الفتح بحمل المطلق على المقيد ، وظاهره ترجيح قول أبى يوسف ، ووافقه فى الحلية كما فى البحر ، لكن لم يعوّل عليه فى شرح المنية والإمداد ، على أن هذا ليس من المواضع التى يحمل فيها المطلق على المقيد كما يعلم من كتب الأصول . وأيضا فإن حديث النهى صحيح رواه مسلم وغيره فيقدم بصحته ، واتفاق الأئمة على العمل به وكونه حاظرا ، ولذا منع علماؤنا عن سنة الوضوء وتحية المسجد وركعتى الطواف ونحو ذلك ، فإن الحاظر مقدم على المبيح .

[تنبيه] علم مما قررناه المنع عندنا وإن لم أره مما ذكره الشافعية من إباحة الصلاة فى الأوقات المكروهة فى حرم مكة استدلالا بالحديث الصحيح « يابنى عبد مناف لاتمنعوا أحدا طاف بهذا البيت وصلى أية ساعة شاء من ليل أو نهار » فهو مقيد عندنا بغير أوقات الكراهة ، لما علمته من منع علمائنا عن ركعتى الطواف فيها وإن جوزوا نفس الطواف فيها خلافا لمالك كما صرح به فى شرحه اللباب ، والله أعلم . ثم رأيت المسألة عندنا قال فى الضياء مانصه : وقد قال أصحابنا : إن الصلاة فى هذه الأوقات ممنوع منها بمكة وغيرها اه . ورأيت فى البدائع أيضا مانصه : ماورد من النهى إلا بمكة شاذ لايقبل فى معارضة المشهور ، وكذا رواية استثناء يوم الجمعة غريب فلا يجوز تخصيص المشهور به اه ولله الحمد (قوله وغروب) أراد به التغير كما صرح به فى الخانية حيث قال عند احمرار الشمس إلى أن تغيب ، بحر وقهستانى (قوله إلا عصر يومه) قيد به لأن عصر أمسه لايجوز وقت التغير لثبوته فى الذمة كاملا ، لاستناد السببية فيه إلى جميع الوقت كما مر (قوله فلايكره فعله) لأنه لايستقيم إثبات الكراهة للشىء مع الأمر به ؛ وقيل الأداء أيضا مكروه اه كافى النسفى .

والحاصل أنهم اختلفوا فى أن الكراهة فى التأخير فقط دون الأداء أو فيهما ، فقيل بالأول ونسبه فى المحيط والإيضاح إلى مشايخنا ، وقيل بالثانى وعليه مشى فى شرح الطحاوى والتحفة والبدائع والحاوى وغيرها على أنه المذهب بلا حكاية خلاف ، وهو الأوجه لحديث مسلم وغيره عن أنس رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « تلك صلاة المنافق ؛ يجلس يرقب الشمس حتى إذا كانت بين قرنى الشيطان قام ينقر أربعا لا يذكر الله فيها إلا قليلا » اه حلية ؛ وتبعه فى البحر . ولايخفى أن كلام الشارح ماش على الأول لا الثانى ، فافهم . قال فى القنية : ويستوفى سنة القراءة لأن الكراهة فى التأخير لا فى الوقت اه (قوله لأدائه كما وجب) لأن السبب هو الجزء الذى يتصل به الأداء ، وهو هنا ناقص فقد وجب ناقصا فيؤدى كذلك . وأما عصر أمسه فقد وجب كاملا ، لأن السبب فيه جميع الوقت حيث لم يحصل الأداء فى جزء منه ، لكن الصحيح الذى عليه المحققون أنه لانقصان فى ذلك الجزء نفسه بل فى الأداء فيه لما فيه من التشبه بعبدة الشمس ، ولما كان الأداء واجبا فيه تحمل ذلك النقصان ؛ أما إذا لم يؤد فيه والحال أنه لانقص فى الوقت أصلا وجب الكامل ، ولهذا كان الصحيح وجوب القضاء فى كامل على من بلغ أو أسلم فى ناقص ولم يصلّ فيه كما تقدم .

والحاصل كما فى الفتح أن معنى نقصان الوقت نقصان ما اتصل به من فعل الأركان المستلزم للتشبه بالكفار ،

بخلاف الفجر ، والأحاديث تعارضت فتساقطت كما بسطه صدر الشريعة .

(وينعقد نفل بشروع فيها) بكراهة التحريم (لا) ينعقد (الفرض) وما هو ملحق به كواجب

فالوقت لانقص فيه ، بل هو كغيره من الأوقات إنما النقص فى الأركان فلا يتأدى بها ماوجب كاملا ، وهذا أيضا مؤيد للقول بأن الكراهة فى التأخير والأداء خلاف ماشى عليه الشارح ، وما ذكره فى النهر بحثا لبعض الطلبة مذكور مع جوابه فى شرح المنية وغيره ، وأوضحناه فيما علقناه على البحر (قوله بخلاف الفجر الخ) أى فإنه لايؤدى فجر يومه وقت الطلوع ، لأن وقت الفجر كله كامل فوجبت كاملة ، فتبطل بطرو الطلوع الذى هو وقت فساد .

قال فى البحر : فإن قيل : روى الجماعة عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدركها ، ومن أدرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك الصبح » أجيب بأن التعارض لما وقع بينه وبين النهى عن الصلاة فى الأوقات الثلاثة رجعنا إلى القياس كما هو حكم التعارض ، فرجحنا حكم هذا الحديث فى صلاة العصر وحكم النهى فى صلاة الفجر ، كذا فى شرح النقاية اه .

على أن الإمام الطحاوى قال : إن الحديث منسوخ بالنصوص الناهية ، وادعى أن العصر يبطل أيضا كالفجر وإلا لزم العمل ببعض الحديث وترك بعضه بمجرد قولنا طرأنا قص على كامل فى الفجر بخلاف عصر يومه مع أن النقص قارن العصر ابتداء والفجر بقاء فيبطل فيهما . وأجاب فى البرهان بأن هذا الوقت سبب لوجوب العصر حتى يجب على من أسلم أو بلغ فيه ويستحيل أن يكون سببا للوجوب ولا يصح الأداء فيه . وتمامه فى حاشية نوح (قوله وينعقد نفل الخ) لما كان قوله وكره شاملا للمكروه حقيقة والممنوع أتى بهذه الجملة بيانا لما أجمله ط .

واعلم أن مايسمى صلاة ولو توسعا إما فرض أو واجب أو نفل ، والأول عملى وقطعى ؛ فالعملى الوتر ، والقطعى كفاية وعين ؛ فالكفاية صلاة الجنازة ، والعين المكتوبات الخمس والجمعة والسجدة الصلبية ؛ والواجب إما لعينه ، وهو مالا يتوقف وجوبه على فعل العبد ، أو لغيره وهو مايتوقف عليه ؛ فالأول الوتر فإنه يسمى واجبا كما يسمى فرضا عمليا وصلاة العيدين وسجدة التلاوة ، والثانى سجدتا السهو وركعتا الطواف وقضاء نفل أفسده والمنذور ؛ والنفل سنة مؤكدة وغير مؤكدة .

واعلم أن الأوقات المكروهة نوعان : الأول الشروق والاستواء والغروب . والثانى مابين الفجر والشمس . وما بين صلاة العصر إلى الاصفرار ؛ فالنوع الأول لاينعقد فيه شيء من الصلوات التى ذكرناها إذا شرع بها فيه ، وتبطل إن طرأ عليها إلا صلاة جنازة حضرت فيها وسجدة تليت آيتها فيها وعصر يومه والنفل والنذر المقيد بها وقضاء ماشرع به فيها ثم أفسده ، فتنعقد هذه الستة بلا كراهة أصلا فى الأولى منها ، ومع الكراهة التنزيهية فى الثانية والتحريمية فى الثالثة ، وكذا فى البواقى ، لكن مع وجوب القطع والقضاء فى وقت غير مكروه . والنوع الثانى ينعقد فيه جميع الصلوات التى ذكرناها من غير كراهة ، إلا النفل والواجب لغيره فإنه ينعقد مع الكراهة ، فيجب القطع والقضاء فى وقت غير مكروه اه ح مع بعض تغيير (قوله لاينعقد الفرض) أشار إلى مافى الخانية من نواقض الوضوء حيث قال : لوشرع فى فريضة عند الطلوع أو الغروب سوى عصر يومه لم يكن داخلا فى الصلاة ، فلا تنتقض طهارته بالقهقهة ، بخلاف ما لو شرع فى التطوع اه (قوله كواجب) عبارة القهستانى : كالفرائض والواجبات الفائتة ، فقيد بالفائتة احترازا عما وجب فيها كالتلاوة والجنازة . بقى لو شرع فى صلاة العيد هل يكون

لعينه كوتر (وسجدة تلاوة ، وصلاة جنازة تليت) الآية (فى كامل وحضرت) الجنازة (قبل) لوجوبه كاملا فلا يتأدى ناقصا ، فلو وجبتا فيها لم يكره فعلهما : أى تحريما . وفى التحفة : الأفضل أن لاتؤخر الجنازة .

(وصح) مع الكراهة (تطوع بدأ به فيها ونذر أداء فيها) وقد نذره فيها (وقضاء تطوع بدأ به فيها فأفسده لوجوبه ناقصا) ثم ظاهر الرواية وجوب القطع والقضاء فى كامل كما فى البحر . وفيه عن البغية : الصلاة فيها على النبى صلى الله عليه وسلم أفضل من قراءة القرآن وكأنه لأنها من أركان الصلاة ، فالأولى ترك ماكان ركنا لها.

(وكره نفل) قصدا

داخلا فى الصلاة نفلا أم لاتنعقد أصلا ؟ الظاهر الأول ، وسيصرح به فى بابها ،لأن وقتها من ارتفاع الشمس قدر رمح فقبل وقتها لم تجب فتكون نفلا تأمل (قوله لعينه) هذا التقييد غير صحيح فإنه يقتضى أن الواجب لغيره ينعقد فى هذه الأوقات وليس كذلك كما صرح به فى البحر والقهستانى والنهر خلافا لما فى نور الإيضاح ،أفاده ح (قوله وسجدة تلاوة الخ) معطوف على وتر فى عبارة الشارح وأصله الرفع فى عبارة المتن عطفا على الفرض . قال الشارح فى الخزائن : وسجود السهو كالتلاوة ، فيتركه لو دخل وقت الكراهة اه وقدمناه (قوله وصلاة جنازة) فيه أنها تصح مع الكراهة كما فى البحر عن الاسبيجابى وأقره فى النهر اه ح .

قلت : لكن مامشى عليه المصنف هو الموافق لما قدمناه عن ح فى الضابط وللتعليل الآتى وهو ظاهر الكنز والملتقى والزيلعى ، وبه صرح فى الوافى وشرح المجمع والنقاية وغيرها (قوله فلو وجبتا فيها) أى بأن تليت الآية فى تلك الأوقات أو حضرت فيها الجنازة (قوله أى تحريما) أفاد ثبوت الكراهة التنزيهية (قوله وفى التحفة الخ) هو كالاستدراك على مفهوم قوله أى تحريما ، فإنه إذا كان الأفضل عدم التأخير فى الجنازة فلا كراهة أصلا ، ومافى التحفة أقره فى البحر والنهر والفتح والمعراج لحديث « ثلاث لايؤخرن : منها الجنازة إذا حضرت » وقال فى شرح المنية : والفرق بينها وبين سجدة التلاوة ظاهر ، لأن التعجيل فيها مطلوب مطلقا إلا لمانع ؛ وحضورها فى وقت مباح مانع من الصلاة عليها فى وقت مكروه ، بخلاف حضورها فى وقت مكروه وبخلاف سجدة التلاوة ، لأن التعجيل لايستحب فيها مطلقا اه أى بل يستحب فى وقت مباح فقط فثبتت كراهة التنزيه فى سجدة التلاوة دون صلاة الجنازة (قوله وصح تطوع بدأ به فيها) تكرار محض مع قوله وينعقد نفل بشروع فيها اه ح . وقد يجاب بأن المراد أنه يصح أداؤه فيها ويخرج به عن العهدة مع الكراهة ، ومامر بيان لأصل الانعقاد وصحة الشروع فيه بحيث لوقهقه انتقض وضوءه بخلاف الفرض كما قدمناه عن الخانية تأمل (قوله وقد نذره فيها) أى والحال أنه قد نذر إيقاعه فيها : أى فى هذه الأوقات الثلاثة : أى فى أحدها ، أما لو نذره مطلقا فلا يصح أداؤه فيها (قوله لوجوبه) أى ما ذكر من المسائل الثلاثة (قوله كما فى البحر) وقال أيضا : وقول الزيلعى والأفضل أن يصلى فى غيره ضعيف (قوله عن البغية) بضم الباء الموحدة وكسرها : الشىء المبتغى : أى المطلوب ، وهو هنا علم كتاب هو مختصر القنية ذكره فى البحر فى باب شروط الصلاة ح (قوله الصلاة فيها) أى فى الأوقات الثلاثة ، وكالصلاة الدعاء والتسبيح كما هو فى البحر عن البغية (قوله وكأنه الخ) من كلام البحر (قوله فالأولى) أى فالأفضل ليوافق كلام البغية فإن مفاده أنه لاكراهة أصلا ، لأن ترك الفاضل لاكراهة فيه (قوله وكره نفل الخ) شروع فى النوع الثانى من نوعى الأوقات المكروهة وفيما يكره فيها ، والكراهة هنا تحريمية أيضا كما صرح به فى الحلية ولذا عبر فى الخانية والخلاصة بعدم الجواز . والمراد عدم الحل لاعدم الصحة كما لايخفى (قوله قصدا) احترز به عما لو صلى تطوعا فى آخر الليل فلما صلى ركعة طلع الفجر فإن الأفضل إتمامها ، لأن وقوعه فى التطوع بعد الفجر لا عن قصد

ولو تحية مسجد (وكل ماكان واجبا) لا لعينه بل (لغيره) وهو مايتوقف وجوبه على فعله (كمنذور . وركعتى طواف) وسجدتى سهو (والذى شرع فيه) فى وقت مستحب أو مكروه (ثم أفسده و) لو سنة الفجر (بعد صلاة فجرو) صلاة (عصر) ولو المجموعة بعرفة (لا) يكره (قضاء فائتة و) لو وترا أو (سجدة تلاوة وصلاة جنازة وكذا) الحكم من كراهة نفل وواجب لغيره لافرض وواجب لعينه (بعد طلوع فجر سوى سنته) لشغل الوقت به

ولا ينوبان عن سنة الفجر على الأصح (قوله ولو تحية مسجد) أشار به إلى أنه لا فرق بين ماله سبب أولا كما فى البحر خلافا للشافعى فيما له سبب كالرواتب وتحية المسجد ط (قوله وكل ماكان واجبا الخ) أى ماكان ملحقا بالنفل ، بأن ثبت وجوبه بعارض بعد ماكان نفلا (قوله على فعله) أى فعل العبد . والأولى إظهاره مثلا المنذور يوقف على النذر وركعتا الطواف على الطواف وسجدتا السهو على ترك الواجب الذى هو من جهته اه ط .

ويرد عليه سجود التلاوة فإنه يتوقف وجوبه على التلاوة . وأجاب فى الفتح بأن وجوبه فى التحقيق متعلق بالسماع لا بالاستماع ولا بالتلاوة وذلك ليس فعلا من المكلف بل وصف خلق فيه . بخلاف النذر والطواف والشروع فإنها فعله ولولاه لكانت الصلاة نفلا اه . قال فى شرح المنية : لكن الصحيح أن سبب الوجوب فى حق التالى التلاوة دون السماع وإلا لزم عدم الوجوب على الأصم بتلاوته اه ونحوه فى البحر .

وقد يجاب بأنه وإن كان بفعله لكنه ليس أصله نفلا ، لأن التنفل بالسجدة غير مشروع فكانت واجبة بإيجاب الله تعالى لا بالتزام العبد ، وتمامه فى شرح المنية (قوله وركعتى طواف) ظاهره ولو كان الطواف فى ذلك الوقت المكروه ولم أره صريحا ، ويدل عليه ما أخرجه الطحاوى فى شرح الآثار عن معاذ بن عفراء « إنه طاف بعد العصر أو بعد صلاة الصبح ولم يصل ، فسئل عن ذلك فقال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صلاة بعد الصبح حتى تطلع الشمس ، وعن صلاة بعد العصر حتى تغرب الشمس » ثم رأيته مصرحا به فى الحلية وشرح اللباب (قوله وسجدتى سهو) أقول : تبع فيه صاحب المجتبى ، ولم يظهر لى معناه هل هو على إطلاقه أو مقيد ببعض الصلوات فإنه لاوجه لكراهة سجود السهو فيما لوصلى الفجر أو العصر وسها فيهما ، وكذا لوقضى بعدهما فائتة وسها فيها فإنه إذا حل له أداء تلك الصلاة كيف لايحل له سجود السهو الواجب فيها؟ ولعله اشتبه النوع الثانى من الأوقات بالنوع الأول ، فإن ذكر سجود السهو نحو النوع الأول صحيح وقد مر ، بخلاف ذكره هنا . إلا أن يقال : إنه مقيد ببعض الصلوات وهى التى تكره فى هذا النوع كالنفل والواجب لغيره ، فكما يكره فعلها يكره سجود السهو فيها ، ثم رأيت الرحمتى جزم بأن ذلك سهو . فتأمل وراجع (قوله ولو سنة الفجر) أى ولو كان الذى شرع فيه ثم أفسده سنة الفجر فإنه لايجوز على الأصح ، وما قيل من الحيل مردود كما سيأتى (قوله بعد صلاة فجر وعصر) متعلق بقوله وكره أى وكره نفل الخ بعد صلاة فجر وعصر : أى إلى ماقبيل الطلوع والتغير بقرينة قوله السابق لاينعقد الفرض الخ ، ولذا قال الزيلعى هنا : المراد بما بعد العصر قبل تغير الشمس ، وأما بعده فلا يجوز فيه القضاء أيضا وإن كان قبل أن يصلى العصر اه (قوله ولو المجموعة بعرفة) عزاه فى المعراج إلى المجتبى . وفى القنية إلى مجد الأئمة الترجمانى وظهير الدين المرغينانى ، وذكره فى الحلية بحثا ، وقال لم أره صريحا ، وتبعه فى البحر (قوله ولو وترا) لأنه على قوله واجب يفوت الجواز بفوته ، وهو معنى الفرض العملى ، وعلى قولهما سنة مخالفة لغيرها من السنن ولذا قالا لاتصح من قعود ، وعن هذا قال فى القنية : الوتر يقضى بعد الفجر بالإجماع بخلاف سائر السنن (قوله أو سجدة تلاوة) لوجوبها بإيجابه تعالى لابفعل العبد كما علمته فلم تكن فى معنى النفل (قوله لشغل الوقت به) أى بالفجر أى بصلاته ، ففى العبارة استخدام ط أى لأن المراد بالفجر الزمن لا الصلاة ،

تقديرا ، حتى لو نوى تطوعا كان سنة الفجر بلا تعيين (وقبل) صلاة (مغرب) لكراهة تأخيره إلا يسيرا (وعند خروج إمام)

ثم هذا علة لقوله وكره . وفيه جواب عما أورد من أن قوله صلى الله عليه وسلم « لا صلاة بعد العصر حتى تغرب الشمس ، ولا صلاة بعد الفجر حتى تطلع الشمس » رواه الشيخان يعم النفل وغيره : وجوابه أن النهي هنا لا لنقصان في الوقت بل ليصير الوقت كالمشغول بالفرض فلم يجز النفل ، ولا ما ألحق به مما ثبت وجوبه بعارض بعد ما كان نفلا دون الفرائض وما في معناها ، بخلاف النهي عن الأوقات الثلاثة فإنه لمعنى في الوقت وهو كونه منسوبا للشيطان فيؤثر في الفرائض والنوافل ، وتمامه في شروح الهداية (قوله حتى لو نوى الخ) تفريع على ما ذكره من التعليل: أي وإذا كان المقصود كون الوقت مشغولا بالفرض تقديرا وسنته تابعة له ، فإذا تطوع انصرف تطوعه إلى سنته لئلا يكون آتيا بالمنهي عنه فتأمل (قوله بلا تعيين) لأن الصحيح المعتمد عدم اشتراطه في السنن الرواتب ، وأنها تصح بنية النفل وبمطلق النية ؛ فلو تهجد بركعتين يظن بقاء الليل فتبين أنهما بعد الفجر كانتا عن السنة على الصحيح فلا يصليها بعده للكراهة أشباه (قوله وقبل صلاة المغرب) عليه أكثر أهل العلم ، منهم أصحابنا ومالك ، وأحد الوجهين عن الشافعي ؛ لما ثبت في الصحيحين وغيرهما مما يفيد أنه صلى الله عليه وسلم كان يواظب على صلاة المغرب بأصحابه عقب الغروب ، ولقول ابن عمر رضي الله عنهما « ما رأيت أحدا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يصليهما » رواه أبو داود وسكت عنه والمنذري في مختصره وإسناده حسن . وروى محمد عن أبي حنيفة عن حماد أنه سأل إبراهيم النخعي عن الصلاة قبل المغرب ، قال : فنهى عنها ، وقال : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبا بكر وعمر لم يكونوا يصلونها . وقال القاضي أبو بكر بن العربي : اختلف الصحابة في ذلك ولم يفعله أحد بعدهم . فهذا يعارض ما روي من فعل الصحابة ومن أمره صلى الله عليه وسلم بصلاتهما ، لأنه إذا اتفق الناس على ترك العمل بالحديث المرفوع لا يجوز العمل به لأنه دليل ضعفه على ما عرف في موضعه ولو كان ذلك مشتهرا بين الصحابة لما خفي على ابن عمر ، أو يحمل ذلك على أنه كان قبل الأمر بتعجيل المغرب ، وتمامه في شرحي المنية وغيرهما (قوله لكراهة تأخيره) الأولى تأخيرها أي الصلاة ، وقوله إلا يسيرا أفاد أنه ما دون صلاة ركعتين بقدر جلسة ، وقدمنا أن الزائد عليه مكروه تنزيها ما لم تشتبك النجوم ، وأفاد في الفتح وأقره في الحلية والبحر أن صلاة ركعتين إذا تجوز فيها لا تزيد على اليسير فيباح فعلهما ، وقد أطال في تحقيق ذلك في الفتح في باب الوتر والنوافل .

[تنبيه] يجوز قضاء الفائتة وصلاة الجنازة وسجدة التلاوة في هذا الوقت بلا كراهة ، ويبدأ بصلاة المغرب ثم بالجنازة ثم بالسنة ، ولعله لبيان الأفضلية . وفي الحلية : الفتوى على تأخير صلاة الجنازة عن سنة الجمعة ، فعلى هذا تؤخر عن سنة المغرب لأنها آكد اهـ بحر . وصرح في الحاوي القدسي بكراهة المنذورة وقضاء ما أفسده والفائتة لغير صاحب ترتيب ، وهو تقييد حسن وبقي ركعتا الطواف فتكره أيضا كما صرح به في الحلية ويفهم من كلام المصنف أيضا ، فإن قوله وقبل صلاة مغرب معطوف على قوله بعد طلوع فجر ، فيكره في الثاني جميع ما يكره في الأول ، نعم صرح في شرح اللباب أنه لو طاف بعد صلاة العصر يصلي ركعتيه قبل سنة المغرب كالجنازة (قوله وعند خروج إمام) لحديث الصحيحين وغيرهما « إذا قلت لصاحبك أنصت والإمام يخطب فقد لغوت » فإذا نهى عن الأمر بالمعروف وهو فرض فما ظنك بالنفل ؟ وهذا قول الجمهور من أهل العلم كما قاله ابن بطال منهم أصحابنا ومالك ، وذكره ابن أبي شيبة عن عمر وعثمان وعلي وابن عباس وغيرهم من التابعين ، فما روي مما

من الحجرة أو قيامه للصعود إن لم يكن له حجرة (لخطبة) ما ، وسيجىء أنها عشر (إلى تمام صلاته ، بخلاف فائتة فإنها لاتكره ، وقيدها المصنف فى الجمعة بواجبة الترتيب وإلا فيكره ، وبه يحصل التوفيق بين كلامى النهاية والصدر (وكذا يكره تطوع عند إقامة صلاة مكتوبة) أى إقامة إمام مذهبه

يدل على الجواز كان قبل التحريم فلا يعارض أدلة المنع ، وتمام الأدلة فى شرحى المنية وغيرهما ، ثم هذا معطوف على ماقبله فيكره فيه مايكره فيه كما بينا (قوله لخطبة ما) أتى بما لتعميم الخطبة ، وشمل مإذا كان ذلك قبلها وبعدها ، سواء أمسك الخطيب عنها أم لا ، بحر (قوله وسيجىء أنها عشر) أى فى باب العيدين ، وهى : خطبة جمعة وفطر وأضحى ، وثلاث خطب الحج ، وختم ونكاح ، واستسقاء وكسوف ، والمراد تعداد الخطب المشروعة فى الجملة ، وإلا فخطبة الكسوف مذهب الشافعى ، والظاهر عدم كراهة التنفل فيها عند الإمام لعدم مشروعيتها عنده ، وبه صرح فى الحلية ، وكذا خطبة الاستسقاء مذهب الصاحبين ، فيقال فيها كذلك . وقد يجاب بما فى القهستانى حيث نقل رواية عن الإمام بمشروعية خطبة الكسوف ، ولعل من ذكرها كالخانية وغيرها جنح إلى هذه الروايه ، فصح كونها عشرا عندنا . ولا يخفى أن قوله خروج إمام من الحجرة وقيامه للصلاة قيد فيما يناسب منها وهو ماعدا خطبة النكاح وخطبة ختم القرآن فافهم . وعلة الكراهة فى الجميع تفويت لاستماع الواجب فيها كما صرح به فى المجتبى (قوله وقيدها) أى قيد الفائتة التى لاتكره حال الخطبة ط (قوله بين كلامى النهاية والصدر) فإن صدر الشريعة يقول تكره الفائتة ، وصاحب النهاية يقول لاتكره كما فى شرح المصنف ح (قوله عند إقامة صلاة مكتوبة) أطلقها مع أنه قيدها فى الخانية والخلاصة ، وأقره فى الفتح وغيره من الشراح بيوم الجمعة ، وتبعهم فى شرح المنية وقال : وأما فى غير الجمعة فلا يكره بمجرد الأخذ بالإقامة مالم يشرع الإمام فى الصلاة ويعلم أنه يدركه فى الركعة الأولى وكان غير مخالط للصف بلا حائل . والفرق أنه فى الجمعة لكثرة الاجتماع لايمكن غالباً بلا مخالطة للصف اه ملخصا ، وسيأتى فى باب إدراك الفريضة .

مطلب فى تكرار الجماعة والاقتداء بالمخالف

(قوله أى إقامة إمام مذهبه) قال الشارح فى هامش الخزائن : نص على هذا مولانا منلا على شيخ القراء بالمسجد الحرام فى شرحه على لباب المناسك اه وهو مبنى على أنه لايكره تكرار الجماعة فى مسجد واحد ، وسيذكر فى الأذان ، وكذا فى باب الإمامة مايخالفه . وقد ألف جماعة من العلماء رسائل فى كراهة مايفعل فى الحرمين الشريفين وغيرهما من تعدد الأئمة والجماعات ، وصرحوا بأن الصلاة مع أول إمام أفضل ، ومنهم صاحب المنسك المشهور العلامة الشيخ رحمة الله السندى تلميذ المحقق ابن الهمام .

فقد نقل عنه العلامة الخير الرملى فى باب الإمامة أن بعض مشايخنا سنة إحدى وخمسين وخمسمائة أنكر ذلك منهم الشريف الغزنوى ، وأن بعض المالكية فى سنة خمسين وخمسمائة أفتى بمنع ذلك على المذاهب الأربعة ، ونقل عن جماعة من علماء المذاهب إنكار ذلك أيضا اه لكن ألف العلامة الشيخ إبراهيم البيرى شارح الأشباه رسالة سماها [الأقوال المرضية] أثبت فيها الجواز وكراهة الاقتداء بالمخالف ، لأنه وإن راعى مواضع الخلاف لايترك مايلزم من تركه مكروه مذهبه : كالجهر بالبسملة ، والتأمين ، ورفع اليدين ، وجلسة الاستراحة ، والصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم فى القعدة الأولى ، ورؤيته السلام الثانى سنة ، وغير ذلك مما تجب فيه الإعادة عندنا أو تستحب ، وكذا ألف العلامة الشيخ على القارى رسالة سماها [الاهتداء فى الاقتداء] أثبت فيها الجواز ، لكن

لحديث « إذا أقيمت الصلاة فلا صلاة إلا المكتوبة » (إلا سنة فجر إن لم يخف فوت جماعتها) ولو بإدراك تشهدها، فإن خاف تركها أصلا ، وما ذكر من الحيل مردود؛ وكذا يكره غير المكتوبة عند ضيق الوقت (وقبل صلاة العيدين مطلقا ، وبعدها بمسجد لاببيت) فى الأصح (وبين صلاتى الجمع بعرفة ومزدلفة) وكذا بعدهما كامر (وعند مدافعة الأخبثين) أو أحدهما أو الريح (ووقت حضورطعام تاقت نفسه إليه ، و) كذا كل (مايشغل باله

نى فيها كراهة الاقتداء بالمخالف إذا راعى فى الشروط والأركان فقط ، وسيأتى تمامه إن شاء الله تعالى فى باب الإمامة (قوله لحديث الخ) رواه مسلم وغيره . قال ط : ويستثنى من عمومه الفائتة واجبة الترتيب فإنها تصلى مع الإقامة (قوله إلا سنة فجر) لما روى الطحاوى وغيره عن ابن مسعود أنه دخل المسجد وأقيمت الصلاة فصلى ركعتى الفجر فى المسجد إلى أسطوانة وذلك بمحضر حذيفة وأبى موسى ، ومثله عن عمر وأبى الدرداء وابن عباس وابن عمر كما أسنده الحافظ الطحاوى فى شرح الآثار ، ومثله عن الحسن ومسروق والشعبى شرح المنية (قوله ولو بإدراك تشهدها) مشى فى هذا على ماعتمده المصنف والشرنبلالى تبعا للبحر ، لكن ضعفه فى النهر واختار ظاهر المذهب من أنه لايصلى السنة إلا إذا علم أنه يدرك ركعة ، وسيأتى فى باب إدراك الفريضة ح . قلت : وسنذكر هناك تقوية ماعتمده المصنف عن ابن الهمام وغيره (قوله تركها أصلا) أى لايقضيها قبل الطلوع ولا بعده ، لأنها لاتقضى إلا مع الفرض إذا فات ، وقضى قبل زوال يومها ح (قوله وما ذكر من الحيل) وهى أن يشرع فيها فيقطعها قبل الطلوع ، أو يشرع فيها ثم يشرع فى الفرض من غير قطعها ثم يقضيها قبل الطلوع .

ورده من وجهين : الأول أن الأمر بالشروع للقطع قبيح شرعا وفى كل منهما قطع . والثانى أن فيه فعل الواجب لغيره فى وقت الفجر وأنه مكروه كما تقدم ح (قوله وكذا يكره غير المكتوبة) أل فيه للعهد : أى المكتوبة الوقتية ، فشملت الكراهة النفل والواجب والفائتة ولو كان بينها وبين الوقتية ترتيب ، وكذلك أل فى الوقت العهد : أى الوقت المعهود الكامل وهو المستحب ، لما سيأتى فى باب قضاء الفوائت من أن الترتيب يسقط بضيق الوقت المستحب ؛ ولو قال وكذا يكره غير الوقتية عند ضيق الوقت المستحب لكان أولى ، أفاده ح .

[تنبيه] رأيت بخط الشارح فى هامش الخزائن : ولو تنفل ظانا سعة الوقت ثم ظهر أنه إن أتم شفعا يفوت الفرض لايقطع كما لو تنفل ثم خرج الخطيب ، كذا فى آخر شرح المنية اهـ فتأمل (قوله مطلقا) أى سواء كان فى المسجد أو فى البيت بقرينة التفصيل فى مقابله ح (قوله فى الأصح) رد على من يقول لايكره فى البيت مطلقا سواء كان قبلها أو بعدها ، وعلى من يقول لايكره بعدها مطلقا سواء كان فى المسجد أو فى البيت ح (قوله وبين صلاتى الجمع) أى جمع العصر مع الظهر تقديما فى عرفة ، وجمع المغرب مع العشاء تأخيرا فى مزدلفة (قوله وكذا بعدهما) ضمير التثنية راجع إلى صلاتى الجمع الكائن بعرفة فقط لابمزدلفة أيضا وإن أوهمه كلامه لعدم كراهة النفل بعد صلاتى الجمع بمزدلفة ، ويدل على أن هذا مراده قوله كما مر : أى قريبا فى قوله ولو المجموعة بعرفة ، فلو قدم قوله وكذا بعدهما كما مر على قوله ومزدلفة سلم من الإيهام ؛ ولو أسقط أصلا لسلم من التكرار ح . وذكر الرحمتى مايفيد ثبوت الخلاف عندنا فى كراهة التنفل بعد صلاتى المغرب والعشاء فى المزدلفة ، لكن الذى جزم به فى شرح اللباب أنه يصلى سنة المغرب والعشاء والوتر بعدهما وقال كما صرح به مولانا عبد الرحمن الجامى فى منسكه تأمل (قوله تاقت نفسه إلخ) أى اشتاقت ح عن القاموس ، وأفهم أنه إذا لم تشتق إليه لاكراهة ، وهو ظاهر ط (قوله وما يشغل إلخ) بفتح الغين المعجمة . والبال : القلب ، وهذا من عطف العام على الخاص

عن أفعالها ويخل بخشوعها) كائنا ما كان . فهذه نيف وثلاثون وقتا ؛ وكذا تكره فى أماكن كفوق كعبة وفى طريق ومزبلة ومجزرة

لشموله للمدافعة وحضور الطعام ؛ وإنما نص عليهما لوقوع التنصيص عليهما بخصوصهما فى الأحاديث . أفاده فى الحلية فافهم (قوله ويخل بخشوعها) عطف لازم على ملزوم فافهم . قال ط : ومحل الخشوع القلب . وهو فرض عند أهل الله تعالى ؛ وورد فى الحديث أن الإنسان ليس له من صلاته إلا بقدر ما استحضر فيها . فتارة يكون له عشرها أو أقل أو أكثر .

مطلب فى إعراب كائنا ما كان

(قوله كائنا ما كان) فى هذا التركيب أعاريب ذكرتها فى رسالتى المسماة [بالفوائد العجيبة فى إعراب الكلمات الغريبة] أظهرها أن كائنا مصدر الناقصة(١) حال وفيه ضمير يعود على الشاغل هو اسمها وما خبرها وهى نكرة موصوفة بكان التامة : أى حال كون الشاغل شيئا متصفا بصفة الوجود ، والمعنى تعليق الكراهة على أى شاغل وجد،لابقيد زائد على قيد الوجود (قوله فهذه نيف وثلاثون وقتا) النيف بفتح النون وكسر التحتية مشددة وقد تخفف وفى آخره فاء : مازاد على العقد إلى أن يبلغ العقد الثانى كما فى القاموس . والمراد هنا ثلاثة وثلاثون على مايظهر ، وهى : الشروق الاستواء الغروب . بعد صلاة فجر أو عصر . قبل صلاة فجر أو مغرب . عند الخطبة العشرة ، عند إقامة مكتوبة وضيق وقتها . قبل صلاة عيد فطر وبعدها فى مسجد ، وقبل صلاة عيد أضحى وبعدها فى مسجد بين صلاتى جمع عرفة وبعدهما بين جمع مزدلفة ، عند مدافعة بول أو غائط أو كل منهما أو ريح . عند طعام يتوقه ، عند كل مايشغل البال وما بعد نصف الليل لأداء العشاء لاغير . عند اشتباك نجوم لأداء المغرب فقط .

واعلم أنا قدمنا أن النهى فى الثلاثة الأول لمعنى فى الوقت ؛ ولهذا أثر فى الفرض والنفل وفى البواقى لمعنى فى غيره ، ولهذا أثر فى النوافل دون الفرائض ومافى معناها وبه صرح فى العناية وغيرها . لكن كون النهى فى البواقى مؤثرا فى النوافل إنما يظهر إذا لم يتعلق بخصوص صلاة الوقت كما فى الأخيرين . فإن المكروه فيهما الصلاة الوقتية فقط دون غيرها ، فإن فى تأخير العشاء إلى مابعد النصف تقليل الجماعة . وفى تأخير المغرب إلى الاشتباك تشبها باليهود كما صرحوا به وذلك خاص بهما ، وقدمنا أن الصحيح أنه لاكراهة فى الوقت نفسه ؛ وأن الأوجه كما حققه فى البحر تبعاً للحلية كون الكراهة فى كل من التأخير والأداء لا فى التأخير فقط فافهم (قوله وكذا تكره الخ) لما ذكر الكراهة فى الزمان استطرد ذكر الكراهة فى المكان . وإلا فمحل ذلك مكروهات الصلاة (قوله كفوق كعبة الخ(٢)) أى لما فيه من ترك تعظيمها المأمور به ،وقوله وفى طريق لأن فيه منع الناس من المرور وشغله بما ليس له لأنها حق العامة للمرور ، ولما رواه ابن ماجه والترمذى عن ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يصلى فى سبعة مواطن : فى المزبلة ، والمجزرة ، والمقبرة ، وقارعة الطريق ، وفى الحمام .

---

(١) (قوله أن كائنا مصدر الناقصة الخ) هكذا بخطه ، ولا يخفى مافى هذه العبارة من النظر فتدبر اه مصححه .

(٢) أقول : قد عقد الحديث العلامة نجم الدين الطرسوسى فى منظومته الفوائد فقال :

نهى الرسول أحمد خير البشر   عن الصلاة فى بقاع تعتبر
معاطن الجمال ثم مقبره   مزبلة طريق ثم مجزره
وفوق بيت الله والحمام   والحمد لله على التمام   اه منه

ومقبرة ومغتسل وحمام وبطن واد ومعاطن إبل وغنم

ومعاطن الإبل ،وفوق ظهر بيت الله » اه . ومعاطن الإبل: مباركها جمع معطن: اسم مكان ، والمزبلة بفتح الميم مع فتح الباء وضمها : ملقى الزبل ، والمجزرة بفتح الميم مع فتح الزاى وضمها أيضا : موضع الجزارة أى فعل الجزار أى القصاب إمداد (قوله ومقبرة) مثلث الباء ح . واختلف فى علته، فقيل لأن فيها عظام الموتى وصديدهم وهو نجس وفيه نظر(١) وقيل لأن أصل عبادة الأصنام اتخاذ قبور الصالحين مساجد ، وقيل لأنه تشبه باليهود ، وعليه مشى فى الخانية ، ولا بأس بالصلاة فيها إذا كان فيها موضع أعد للصلاة وليس فيه قبر ولا نجاسة كما فى الخانية ولا قبلته إلى قبر حلية (قوله ومغتسل) أى موضع الاغتسال فى بيته تأمل (قوله وحمام) لمعنيين : أحدهما أنه مصب الغسالات . والثانى أنه بيت الشياطين ؛ فعلى الأول إذا غسل منه موضعا لا تكره ، وعلى الثانى تكره ، وهو الأولى لإطلاق الحديث إلا لخوف فوت الوقت ونحوه إمداد ، لكن فى الفيض أن المفتى به عدم الكراهة . وأما الصلاة خارجه أى موضع جلوس الحمامى ، ففى الخانية لا بأس بها . وفى الحلية أنه يتفرع على المعنى الثانى الكراهة خارجه أيضا ، وفيها أيضا : لو هجر الحمام ، قيل يحتمل بقاء الكراهة استصحاباً لما كان ، ويحتمل زوالها لأن الشيطان كان يألفه لما فيه من كشف العورات ونحو ذلك والأول أشبه ، ولو لم يسق إليه الماء ولم يستعمل فالأشبه عدمها لأنه مشتق من الحميم : وهو الماء الحار ولم يوجد فيه . وعليه لو اتخذ دارا للسكن كهيئة الحمام لم تكره الصلاة أيضا اه .

مطلب تكره الصلاة فى الكنيسة

[تنبيه] يؤخذ من التعليل بأنه محل الشياطين كراهة الصلاة فى معابد الكفار لأنها مأوى الشياطين كما صرح به الشافعية . ويؤخذ مما ذكروه عندنا ، ففى البحر من كتاب الدعوى عند قول الكنز : ولا يحلفون فى بيت عباداتهم . فى التاترخانية يكره للمسلم الدخول فى البيعة والكنيسة ، وإنما يكره من حيث إنه مجمع الشياطين لا من حيث أنه ليس له حق الدخول اه قال فى البحر : والظاهر أنها تحريمية لأنها المرادة عند إطلاقهم ، وقد أفتيت بتعزير مسلم لازم الكنيسة مع اليهود اه فإذا حرم الدخول فالصلاة أولى ، وبه ظهر جهل من يدخلها لأجل الصلاة فيها (قوله وبطن واد) أى ما انخفض من الأرض ، فإن الغالب احتواؤه على نجاسة يحملها إليه السيل أو تلقى فيه ط (قوله ومعاطن إبل وغنم) كذا فى الأحكام للشيخ إسمعيل عن الخزانة السمرقندية ، ثم نقل عن الملتقط أنها لا تكره فى مرابض الغنم إذا كان بعيدا من النجاسة . وفى الحلية قال صلى الله عليه وسلم ، « صلوا فى مرابض الغنم ولا تصلوا فى أعطان الإبل » رواه الترمذى وقال حسن صحيح . وأخرج أبو داود « سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصلاة فى مبارك الإبل ؟ فقال : لا تصلوا فى مبارك الإبل فإنها من الشياطين . وسئل عن الصلاة فى مرابض الغنم فقال ؛ صلوا فيها فإنها خلقت من بركة » وأخرجه مسلم مختصرا . ومعاطن الإبل : وطنها ثم غلب على مبركها حول الماء . والأولى الإطلاق كما هو ظاهر الحديث . ومرابض الغنم : مواضع مبيتها اه . والظاهر أن معنى كون الإبل من الشياطين أنها خلقت على صفة تشبههم من النفور والإيذاء ، فلا يأمن المصلى من أن تنفر وتقطع عليه صلاته كما قاله بعض الشافعية أى فيبقى باله مشغولا خصوصا حال سجوده ، وبهذا فارقت الغنم . ويظهر من التعليل أنه لا كراهة فى معاطن الإبل الطاهرة حال غيبتها .

---

(١) (قوله وفيه نظر) لعل وجهه أن الاستحالة عندنا مطهرة اه منه .

وبقر . زاد فى الكافى : ومرابط دواب وإصطبل وطاحون وكنيف وسطوحها ومسيل واد وأرض مغصوبة أو للغير لو مزروعة أومكروبة وصحراء فلا سترة لمار .

ويكره النوم قبل العشاء والكلام المباح بعدها وبعد طلوع الفجر إلى أدائه ؛ ثم لا بأس بمشيه لحاجته ، وقيل يكره إلى طلوع ذكاء ، وقيل إلى ارتفاعها فيض (ولا جمع بين فرضين فى وقت بعذر) سفر ومطر خلافا للشافعى ، ومارواه

[تنبيه] استشكل بعضهم التعليل بأنها خلقت من الشياطين بما ثبت أن المصطفى صلى الله عليه وسلم كان يصلى النافلة على بعيره . وفرق بعضهم بين الواحد وكونها مجتمعة بما طبعت عليه من النفار المفضى إلى تشويش القلب بخلاف الصلاة على المركوب منها اه شبراملسى على شرح المنهاج للرملى (قوله وبقر) لم أر من ذكره عندنا ، نعم ذكر بعض الشافعية أن نحو البقر كالغنم ، وخالفه بعضهم (قوله ومرابط دواب الخ) ذكر هذه السبعة فى الحاوى القدسى (قوله وإصطبل) موضع الخيل ، وعطفه على ماقبله من عطف الخاص على العام ط (قوله وطاحون) لعل وجهه شغل البال بصوتها تأمل (قوله وسطوحها) يحتمل عود الضمير على الأربعة المذكورة أو على الكنيف وحده ، وأنثه باعتبار البقعة المعدة لقضاء الحاجة ، ولعل وجهه أن السطوح له حكم ماتحته من بعض الجهات كسطوح المسجد (قوله ومسيل واد) يغنى عنه قوله وبطن واد ، لأن المسيل يكون فى بطن الوادى غالبا ط :

مطلب فى الصلاة فى الأرض المغصوبة ودخول البساتين وبناء المسجد فى أرض الغصب

(قوله وأرض مغصوبة أو للغير) لاحاجة إلى قوله أو للغير إذ الغصب يستلزمه ، اللهم إلا أن يراد الصلاة بغير الإذن وإن كان غير غاصب ، أفاده أبو السعود ط . وعبارة الحاوى القدسى : والأرض المغصوبة ، فإن اضطر بين أرض مسلم وكافر يصلى فى أرض المسلم إذا لم تكن مزروعة ، فلو مزروعة أو لكافر يصلى فى الطريق اه أى لأن له فى الطريق حقا كما فى مختارات النوازل ، وفيها : تكره فى أرض الغير لو مزروعة أو مكروبة إلا إذا كانت بينهما صداقة أو رأى صاحبها لايكرهه فلا بأس اه .

[تنبيه] نقل سيدى عبد الغنى عن الأحكام لوالده الشيخ إسمعيل أن النزول فى أرض الغير ، إن كان لها حائط أو حائل يمنع منه وإلا فلا ، والمعتبر فيه العرف اه قال يعنى عرف الناس بالرضا وعدمه ، فلا يجوز الدخول فى أيام الربيع إلى بساتين الوادى بدمشق إلا بإذن أصحابها ، فما يفعله العامة من هدم الجدران وخرق السياج فهو أمر منكر حرام . ثم قال : وفى شرح المنية للحلبى : بنى مسجدا فى أرض غصب لابأس بالصلاة فيه . وفى الواقعات بنى مسجدا على سور المدينة لاينبغى أن يصلى فيه لأنه حق العامة فلم يخلص لله تعالى كالمبنى فى أرض مغصوبة اه ثم قال : ومدرسة السليمانية فى دمشق مبنية فى أرض المرجة التى وقفها السلطان نور الدين الشهيد على أبناء السبيل بشهادة عامة أهل دمشق والوقف يثبت بالشهرة ، فتلك المدرسة خولف فى بنائها شرط وقف الأرض الذى هو كنص الشارع ، فالصلاة فيها مكروهة تحريما فى قول ، وغير صحيحة له فى قول آخر كما نقله فى جامع الفتاوى ، وكذا ماؤها مأخوذ من نهر مملوك ، ومن هذا القبيل حجرة اليمانين فى الجامع الأموى ، ولا حول ولا قوة إلا بالله اه (قوله بلا سترة لمارّ) أى ساتر يستر المار عن المصلى ، وسيأتى الكلام عليها إن شاء الله تعالى فى باب مايفسد الصلاة وما يكره ح (قوله ويكره النوم الخ) قدمنا الكلام عليه (قوله إلى ارتفاعها) أى قدر رمح أو رمحين (قوله وما رواه) أى من الأحاديث الدالة على التأخير كحديث أنس « أنه صلى الله عليه وسلم كان إذا عجل السير يؤخر الظهر إلى وقت العصر فيجمع بينهما ، ويؤخر المغرب حتى يجمع بينها وبين العشاء » وعن ابن مسعود مثله .

محمول على الجمع فعلا لا وقتا (فإن جمع فسد لو قدم) الفرض على وقته (وحرم لو عكس) أى أخره عنه (وإن صح) بطريق القضاء (إلا الحاج بعرفة ومزدلفة) كما سيجىء . ولا بأس بالتقليد عند الضرورة لكن بشرط

ومن الأحاديث الدالة على التقديم وليس فيها صريح سوى حديث أبى الطفيل عن معاذ « أنه عليه الصلاة والسلام كان فى غزوة تبوك إذا ارتحل قبل زيغ الشمس أخر الظهر إلى العصر فيصليهما جميعا ، وإذا ارتحل بعد زيغ الشمس صلى الظهر والعصر ثم سار . وكان إذا ارتحل قبل المغرب أخر المغرب حتى يصليها مع العشاء ، وإذا ارتحل بعد المغرب عجل العشاء فصلاها مع المغرب » (قوله محمول الخ) أى ما رواه مما يدل على التأخير محمول على الجمع فعلا لا وقتا : أى فعل الأولى فى آخر وقتها والثانية فى أول وقتها ، ويحمل تصريح الراوى بخروج وقت الأولى على التجوز كقوله تعالى - فإذا بلغن أجلهن - أى قاربن بلوغ الأجل أو على أنه ظن ، ويدل على هذا التأويل ما صح عن ابن عمر « أنه نزل فى آخر الشفق فصلى المغرب ثم أقام العشاء وقد توارى الشفق ، ثم قال : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا عجل به السير صنع هكذا » وفى رواية « ثم انتظر حتى غاب الشفق وصلى العشاء » كيف وقد قال صلى الله عليه وسلم « ليس فى النوم تفريط ، إنما التفريط فى اليقظة ، بأن تؤخر صلاة إلى وقت الأخرى » رواه مسلم ، وهذا قاله وهو فى السفر . وروى مسلم أيضا عن ابن عباس « أنه صلى الله عليه وسلم جمع بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء بالمدينة فى غير خوف ولا مطر . لئلا تحرج أمته » وفى رواية « ولا سفر » والشافعى لا يرى الجمع بلا عذر . فما كان جوابه عن هذا الحديث فهو جوابنا . وأما حديث أبى الطفيل الدال على التقديم فقال الترمذى فيه إنه غريب . وقال الحاكم إنه موضوع . وقال أبو داود : ليس فى تقديم الوقت حديث قائم . وقد أنكرت عائشة على من يقول بالجمع فى وقت واحد . وفى الصحيحين عن ابن مسعود « والذى لا إله غيره ما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة قط إلا لوقتها إلا صلاتين جمع بين الظهر والعصر بعرفة ، وبين المغرب والعشاء بجمع (١) » ويكفى فى ذلك النصوص الواردة بتعيين الأوقات من الآيات والأخبار ، وتمام ذلك فى المطولات كالزيلعى وشرح المنية . وقال سلطان العارفين سيدى محيى الدين نفعنا الله به : والذى أذهب إليه أنه لا يجوز الجمع فى غير عرفة ومزدلفة ، لأن أوقات الصلاة قد ثبتت بلا خلاف . ولا يجوز إخراج صلاة عن وقتها إلا بنص غير محتمل ، إذ لا ينبغى أن يخرج عن أمر ثابت بأمر محتمل . هذا لا يقول به من شم رائحة العلم . وكل حديث ورد فى ذلك فمحتمل أنه يتكلم فيه مع احتمال أنه صحيح . لكنه ليس بنص اهـ كذا نقله عنه سيدى عبد الوهاب الشعرانى فى كتابه [الكبريت الأحمر فى بيان علوم الشيخ الأكبر] (قوله فإن جمع الخ) تفصيل أجمله أولا بقوله : ولا جمع الصادق بالفساد أو الحرمة فقط ط (قوله إلا الحاج) استثناء من قوله ولا جمع ط (قوله بعرفة) بشرط الإحرام والسلطان أو نائبه والجماعة فى الصلاتين ، ولا يشترط كل ذلك فى جمع المزدلفة ط . قلت : إلا الإحرام على أحد القولين فيه (قوله عند الضرورة) ظاهره أنه عند عدمها لا يجوز ، وهو أحد قولين . والمختار جوازه مطلقا ولو بعد الوقوع كما قدمناه فى الخطبة ط . وأيضا عند الضرورة لا حاجة إلى التقليد كما قال بعضهم مستندا لما فى المضمرات : المسافر إذا خاف اللصوص أو قطاع الطريق ولا ينتظره الرفقة جاز له تأخير الصلاة لأنه بعذر . ولو صلى بهذا العذر بالإيماء وهو يسير جاز اهـ لكن الظاهر أنه أراد بالضرورة ما فيه نوع مشقة تأمل (قوله لكن بشرط الخ) فقد شرط الشافعى لجمع التقديم ثلاثة شروط : تقديم الأولى ، ونية الجمع قبل الفراغ منها ، وعدم الفصل بينهما بما يعد فاصلا عرفا . ولم يشترط فى جمع التأخير سوى نية الجمع قبل خروج الأولى نهر . ويشترط

---

(١) (قوله بجمع) اسم للمزدلفة اهـ منه .

أن يلتزم جميع مايوجبه ذلك الإمام ، لما قدمنا أن الحكم الملفق باطل بالإجماع .

باب الأذان

(هو) لغة الإعلام . وشرعا (إعلام مخصوص) لم يقل بدخول الوقت ليعم الفائتة وبين يدى الخطيب (على وجه مخصوص بألفاظ كذلك) أى مخصوصة (سببه ابتداء أذان جبريل) ليلة الإسراء وإقامته حين إمامته عليه الصلاة والسلام ، ثم رؤيا عبد الله بن زيد أذان الملك النازل من السماء فى السنة الأولى من الهجرة . وهل هو جبريل ؟

أيضا أن يقرأ الفاتحة فى الصلاة ولو مقتديا . وأن يعيد الوضوء من مس فرجه أو أجنبية وغير ذلك من الشروط والأركان المتعلقة بذلك الفعل . والله تعالى أعلم .

باب الأذان

لما كان الوقت سببا كما مر قدمه . وذكر الأذان بعده لأنه إعلام بدخوله (قوله هو لغة الإعلام) قال فى القاموس آذنه الأمر وبه : أعلمه ، وأذن تأذينا : أكثر الإعلام اه فالأذان اسم مصدر لأن الماضى هنا أذن المضاعف ومصدره التأذين ح (قوله وشرعا إعلام مخصوص) أى إعلام بالصلاة . قال فى الدرر : ويطلق على الألفاظ المخصوصة اه أى التى يحصل بها الإعلام ، من إطلاق اسم المسبب على السبب إسمعيل . وإنما لم يعرفه بالألفاظ المخصوصة لأن المراد الأذان للصلاة ، ولو عرف بها لدخل الأذان للمولود ونحوه على ما يأتى (قوله ليعم الفائتة الخ) أى ليعم الأذان أذان الفائتة والأذان بين يدى الخطيب . وليعلم أيضا الأذان فى آخر ظهر الصيف أفاده ح أى لأن العلم بالوقت فيها سابق عليه . ولقائل أن يقول : لو صرح كغيره بالوقت لم يرد ما ذكر لأن الأصل فى مشروعية الأذان الإعلام بدخول الوقت كما يعلم مما يأتى ، فيكون التعريف بناء على ماهو الأصل فيه وإلا لزم أنه لو أذن لنفسه أو بين جماعة مخصوصين أرادوا الصلاة عالمين بدخول الوقت لايسمى أذانا شرعا لعدم الإعلام أصلا مع أنه مشروع فتدبر (قوله على وجه مخصوص) أى من الترسل والاستدارة والالتفاف وعدم الترجيع واللحن ونحو ذلك من أحكامه الآتية (قوله بألفاظ كذلك) أشار إلى أنه لايصح بالفارسية وإن علم أنه أذان وهو الأظهر . والأصح كما فى السراج (قوله أذان جبريل الخ) فى حاشية الشبراملسى على شرح المنهاج للرملى عن شرح البخارى لابن حجر أنه وردت أحاديث تدل على أن الأذان شرع بمكة قبل الهجرة : منها للطبرانى « أنه لما أسرى بالنبى صلى الله عليه وسلم أوحى الله إليه الأذان فنزل به فعلمه بلالا » وللدارقطنى فى الإفراد من حديث أنس « أن جبريل أمر النبى صلى الله عليه وسلم بالأذان حين فرضت الصلاة » وللبزار وغيره من حديث على قال « لما أراد الله أن يعلم رسوله الأذان أتاه جبريل بدابة يقال لها البراق فركبها فقال : الله أكبر الله أكبر ، وفى آخره : ثم أخذ الملك بيده فأم أهل السماء » . والحق أنه لايصح شىء من هذه الأحاديث اه .

وذكر فى فتح القدير حديث البزار ثم قال : وهو غريب ومعارض للخبر الصحيح أن بدء الأذان كان بالمدينة على ما فى مسلم « كان المسلمون حين قدموا المدينة يجتمعون ويتحينون الصلاة وليس ينادى لها أحد فتكلموا فى ذلك فقال بعضهم ننصب راية » الحديث (قوله ثم رؤيا عبد الله بن زيد الخ) ذكر القصة بتمامها ح عن السراج وساقها فى الفتح بأسانيدها . وفى هذه القصة أن عمر رضى الله عنه رأى تلك الليلة مثل ما رأى عبد الله بن زيد .

واستشكل إثباته بالرؤيا بأن رؤيا غير الأنبياء لاينبنى عليها حكم شرعى . وأجيب باحتمال مقارنة الوحى

قيل وقيل (و) سببه (بقاء دخول الوقت . وهو سنة) للرجال فى مكان عال (مؤكدة) هى كالواجب فى لحوق الإثم (للفرائض) الخمس (فى وقتها ولو قضاء) لأنه سنة للصلاة حتى يبرد به

لذلك . قال فى حاشية المنهاج عن الحافظ ابن حجر : ويؤيده مارواه عبد الرزاق وأبو داود فى المراسيل « أن عمر لما رأى الأذان جاء ليخبر النبى صلى الله عليه وسلم فوجد الوحى قد ورد بذلك ، فما راعه إلا أذان بلال ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم سبقك بذلك الوحى » ثم قال : وعلى تقدير صحة حديث إن جبزيل حين أراد أن يعلمه الأذان أتاه بالبراق الخ فيمكن أنه علمه ليأتى له فى ذلك الموطن ، ولا يلزم مشروعيته لأهل الأرض اه . وأجاب ح بأنه ظن أنه من خصوصيات تلك الصلاة ، وهو قريب من الأول (قوله وسببه بقاء) تمييز محول عن المضاف إليه : أى سبب بقائه واستمراره ط أى الذى يتجدد طلب الأذان عند تجدده (قوله للرجال) أما النساء فيكره لهن الأذان وكذا الإقامة ، لما روى عن أنس وابن عمر من كراهتهما لهن ، ولأن مبنى حالهن على الستر ورفع صوتهن حرام إمداد ، ثم الظاهر أنه يسن للصبى إذا أراد الصلاة كما يسن للبالغ وإن كان فى كراهة أذانه لغيره كلام كما سيأتى فافهم (قوله فى مكان عال) فى القنية : ويسن الأذان فى موضع عال والإقامة على الأرض ، وفى أذان المغرب اختلاف المشايخ ، والظاهر أنه يسن المكان العالى فى المغرب أيضاً كما سيأتى . وفى السراج : وينبغى للمؤذن أن يؤذن فى موضع يكون أسمع للجيران ، ويرفع صوته ، ولا يجهد نفسه لأنه يتضرر اه بحر .

قلت : والظاهر أن هذا فى مؤذن الحى ، أما من أذن لنفسه أو لجماعة حاضرين فالظاهر أنه لا يسن له المكان العالى لعدم الحاجة تأمل (قوله هى كالواجب) بل أطلق بعضهم اسم الواجب عليه ، لقول محمد : لو اجتمع أهل بلدة على تركه قاتلهم عليه ، ولو تركه واحد ضربته وحبسته . وعامة المشايخ على الأول والقتال عليه ، لما أنه من أعلام الدين وفى تركه استخفاف ظاهر به . قال فى المعراج وغيره : والقولان متقاربان ، لأن المؤكدة فى حكم الواجب فى لحوق الإثم بالترك . يعنى وإن كان مقولا بالتشكيك نهر . واستدل فى الفتح على الوجوب بأن عدم الترك مرة دليل الوجوب . قال : ولا يظهر كونه على الكفاية وإلا لم يأثم أهل بلده بالاجتماع على تركه إذا قام به غيرهم : أى من أهل بلدة أخرى . واستظهر فى البحر كونه سنة على الكفاية بالنسبة إلى كل أهل بلدة ، بمعنى أنه إذا فعل فى بلدة سقطت المقاتلة عن أهلها . قال : ولو لم يكن على الكفاية بهذا المعنى لكان سنة فى حق كل أحد وليس كذلك ، إذ أذان الحى يكفينا كما سيأتى اه . قال فى النهر : ولم أر حكم البلدة الواحدة إذا اتسعت أطرافها كمصر . والظاهر أن أهل كل محلة سمعوا الأذان ولو من محلة أخرى يسقط عنهم لا أن لم يسمعوا اه (قوله للفرائض الخمس الخ) دخلت الجمعة بحر ، وشمل حالة السفر والحضر والانفراد والجماعة . قال فى مواهب الرحمن ونور الإيضاح ولو منفردا أداء أو قضاء سفرا أو حضرا اه لكن لا يكره تركه لمصلى فى بيته فى المصر ، لأن أذان الحى يكفيه كما سيأتى . وفى الإمداد أنه يأتى به ندبا ، وسيأتى تمامه فافهم ، ويستثنى ظهر يوم الجمعة فى المصر لمعذور وما يقضى من الفوائت فى مسجد كما سيذكره (قوله ولو قضاء) قال فى الدرر لأنه وقت القضاء وإن فات وقت الأداء لقوله صلى الله عليه وسلم « فليصلها إذا ذكرها فان ذلك وقتها » أى وقت قضائها اه وهذا إذا لم يقضها فى المسجد على ما سيأتى (قوله لأنه الخ) تعليل لشمول القضاء ، ويظهر منه أن المراد من وقتها وقت فعلها وبه صرح القهستانى . لكن فى التاترخانية ينبغى أن يؤذن فى أول الوقت ويقيم فى وسطه حتى يفرغ المتوضئ من وضوئه والمصلى من صلاته والمعتصر من قضاء حاجته اه والظاهر أنه أراد أول الوقت المستحب لما يأتى قريبا (قوله حتى يبرد به) بالبناء للمجهول ، وأشمل منه قوله المارّ فى الأوقات . وحكم الأذان كالصلاة تعجيلا وتأخيرا .

لا للوقت (لا) يسن (لغيرها) كعيد (فيعاد أذان وقع) بعضه (قبله) كالإقامة خلافا للثانى فى الفجر (بتربيع تكبير فى ابتدائه) وعن الثانى ثنتين وبفتح راء أكبر والعوام يضمونها روضة ، لكن فى الطلبة معنى قوله عليه الصلاة والسلام «الأذان جزم» أى مقطوع المد، فلا تقول آلله أكبر لأنه استفهام وإنه لحن شرعى ، أو مقطوع حركة

قال نوح أفندى : وفى المجتبى عن المجرد قال أبو حنيفة : يؤذن للفجر بعد طلوعه ، وفى الظهر فى الشتاء حين زوال الشمس ، وفى الصيف يبرد ، وفى العصر يؤخر مالم يخف تغير الشمس ، وفى العشاء يؤخر قليلا بعد ذهاب البياض اه . قال القهستانى بعده : ولعل المراد بيان الاستحباب وإلا فوقت الجواز جميع الوقت اه .
وحاصله أنه لايلزم الموالاة بين الأذان والصلاة بل هى الأفضل ، فلو أذن أوله وصلى آخره أتى بالسنة تأمل .

مطلب فى المواضع التى يندب لها الأذان فى غير الصلاة(١)

(قوله لايسن لغيرها) أى من الصلوات وإلا فيندب للمولود . وفى حاشية البحر للخير الرملى : رأيت فى كتب الشافعية أنه قد يسن الأذان لغير الصلاة ، كما فى أذن المولود ، والمهموم ، والمصروع ، والغضبان ، ومن ساء خلقه من إنسان أو بهيمة ، وعند مزدحم الجيش ، وعند الحريق ، قيل وعند إنزال الميت القبر قياسا على أول خروجه للدنيا ، لكن رده ابن حجر فى شرح العباب ، وعند تغول الغيلان : أى عند تمرد الجن بخبر صحيح فيه . أقول : ولا بعد فيه عندنا اه أى لأن ماصح فيه الخبر بلا معارض فهو مذهب للمجتهد وإن لم ينص عليه ، لما قدمناه فى الخطبة عن الحافظ ابن عبد البر ، والعارف الشعرانى عن كل من الأئمة الأربعة أنه قال إذا صح الحديث فهو مذهبى ، على أنه فى فضائل الأعمال يجوز العمل بالحديث الضعيف كما مر أول كتاب الطهارة ، هذا ، وزاد ابن حجر فى التحفة الأذان والإقامة خلف المسافر . قال المدنى : أقول وزاد فى شرعة الإسلام لمن ضل الطريق فى أرض قفر : أى خالية من الناس . وقال المنلا على فى شرح المشكاة قالوا : يسن للمهموم أن يأمر غيره أن يؤذن فى أذنه فإنه يزيل الهم ، كذا عن على رضى الله عنه ، ونقل الأحاديث الواردة فى ذلك فراجعه اه (قوله كعيد) أى ووتر وجنازة وكسوف واستسقاء وتراويح وسنن رواتب لأنها اتباع للفرائض والوتر وإن كان واجبا عنده لكنه يؤدى فى وقت العشاء ، فاكتفى بأذانه لا لكون الأذان لها على الصحيح كما ذكره الزيلعى اه بحر فافهم ، لكن فى التعليل قصور لاقتضائه سنية الأذان لما ليس تبعا للفرائض كالعيد ونحوه ، فالمناسب التعليل بعدم وروده فى السنة تأمل (قوله وقع بعضه) وكذا كله بالأولى ، ولو لم يذكر البعض لتوهم خروجه فقصد بذكره التعميم لا التخصيص (قوله كالإقامة) أى فى أنها تعاد إذا وقعت قبل الوقت ، أما بعده فلا تعاد ، مالم يبطل الفصل أو يوجد قاطع كأكل على ماسيذكره فى الفروع (قوله خلافا للثانى) هذا راجع إلى الأذان فقط ، فإن أبا يوسف يجوز الأذان قبل الفجر بعد نصف الليل ح (قوله وعن الثانى ثنتين) أى روى عن أبى يوسف أنه يكبر فى ابتدائه تكبيرتين كبقية كلماته ، فيكون الأذان عنده ثلاث عشرة كلمة ، وهى رواية عن محمد والحسن قهستانى عن الزاهدى ، ونقل عن مالك أيضا (قوله وبفتح راء أكبر إلى قوله ولا ترجيع) نقل أنه ملحق بخط الشارح على

---

(١) ولبعضهم :

سن الأذان لست قد نظمتهم … فى نظام شعر لمن يحفظهم انتفعا
فرض الصلاة وفى أذن الصغير وفى … وقت الحريق والحرب الذى وقعا
خلف المسافر والغيلان إذ ظهرت … فاحفظ لستة من الدين الله شرعا

قلت : وزاد أربعة نظمتها بقولى :

وزد أربعة ذو هم او غضب … مسافر ضل فى قفر ومن صرعا

الآخر للوقف ، فلا يقف بالرفع لأنه لحن لغوى فتاوى الصيرفية من الباب السادس والثلاثين (ولا ترجيع)

هامش نسخته الأولى ، وفى مجموعة الحفيد الهروى مانصه : فائدة : فى روضة العلماء قال ابن الأنبارى : عوام الناس يضمون الراء فى أكبر ، وكان المبرد يقول الأذان سمع موقوفا فى مقاطيعه ، والأصل فى أكبر تسكين الراء فحولت حركة ألف اسم الله إلى الراء كما فى — الم الله — وفى المغنى : حركة الراء فتحة وإن وصل بنية الوقف، ثم قيل هى حركة الساكنين ولم يكسر حفظا لتفخيم الله، وقيل نقلت حركة الهمزة وكل هذا خروج، عن الظاهر والصواب أن حركة الراء ضمة إعراب ، وليس لهمزة الوصل ثبوت فى الدرج فتنقل حركتها ، وبالجملة الفرق بين الأذان وبين — الم الله — ظاهر فإنه ليس لـ — الم الله — حركة إعراب أصلا ، وقد كانت لكلمات الأذان إعرابا إلا أنه سمعت موقوفة اهـ .

مطلب فى الكلام على حديث « الأذان جزم »

وفى الإمداد : ويجزم الراء أى يسكنها فى التكبير قال الزيلعى : يعنى على الوقف ، لكن فى الأذان حقيقة ، وفى الإقامة ينوى الوقف اهـ أى للحدر ، وروى ذلك عن النخعى موقوفا عليه ، ومرفوعا إلى النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « الأذان جزم ، والإقامة جزم ، والتكبير جزم » اهـ .

قلت : والحاصل أن التكبيرة الثانية فى الأذان ساكنة الراء للوقف حقيقة ورفعها خطأ ، وأما التكبيرة الأولى من كل تكبيرتين منه وجميع تكبيرات الإقامة، فقيل محركة الراء بالفتحة على نية الوقف، وقيل بالضمة إعرابا، وقيل ساكنة بلا حركة على ماهو ظاهر كلام الإمداد والزيلعى والبدائع وجماعة من الشافعية . والذى يظهر الإعراب لما ذكره الشارح عن الطلبة ، ولما قدمناه، ولما فى الأحاديث المشتهرة للجراحى أنه سئل السيوطى عن هذا الحديث ، فقال : هو غير ثابت كما قال الحافظ ابن حجر ، وإنما هو من قول إبراهيم النخعى ، ومعناه كما قال جماعة منهم الرافعى وابن الأثير أنه لايمد .

وأغرب المحب الطبرى فقال : معناه لايمد ولا يعرب آخره ، وهذا الثانى مردود بوجوه :

أحدها : مخالفته لتفسير الراوى عن النخعى ، والرجوع إلى تفسيره أولى كما تقرر فى الأصول .

ثانيها : مخالفته لما فسره به أهل الحديث والفقه .

ثالثها : إطلاق الجزم على حذف الحركة الإعرابية ، ولم يكن معهودا فى الصدر الأول ، وإنما هو اصطلاح حادث فلا يصح الحمل عليه اهـ وتمام الكلام عليه هناك فراجعه ، على أن الجزم فى الاصطلاح الحادث عند النحويين حذف حركة الإعراب للجازم فقط لامطلقا . ثم رأيت لسيدى عبد الغنى رسالة فى هذه المسألة سماها تصديق من أخبر بفتح راء الله أكبر أكثر فيها النقل .

وحاصلها أن السنة أن يسكن الراء من الله أكبر الأول أو يصلها بالله أكبر الثانية ، فإن سكنها كفى وإن وصلها نوى السكون فحرك الراء بالفتحة ، فإن ضمها خالف السنة لأن طلب الوقف على أكبر الأول صيره كالساكن أصالة فحرك بالفتح (قوله ولا ترجيع) الترجيع : أن يخفض صوته بالشهادتين ثم يرجع فيرفعه بهما لاتفاق الروايات على أن بلالا لم يكن يرجع ، وما قيل إنه رجع لم يصح ، ولأنه ليس فى أذان الملك النازل بجميع طرقه، ولما فى أبى داود عن ابن عمر قال « إنما كان الأذان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مرتين مرتين والإقامة مرة مرة » الحديث ، ورواه ابن خزيمة وابن حبان . قال ابن الجوزى وإسناده صحيح ، وما روى من الترجيع فى أذان أبى محذورة يعارضه ما رواه الطبرانى عنه أنه قال « ألقى على رسول الله صلى الله عليه وسلم الأذان حرفا حرفا : الله أكبر

فإنه مكروه ملتقى (ولا لحن فيه) أى تغنى بغير كلماته فإنه لايحل فعله وسماعه كالتغنى بالقرآن وبلا تغيير حسن، وقيل لابأس به فى الحيعلتين (ويترسل فيه) بسكتة بين كل كلمتين. ويكره تركه. وتندب إعادته (ويلتفت فيه) وكذا فيها مطلقا، وقيل إن المحل متسعا (يمينا ويسارا) فقط، لئلا يستدبر القبلة (بصلاة وفلاح) ولو وحده أو لمولود، لأنه سنة الأذان مطلقا (ويستدير فى المنارة) لو متسعة ويخرج رأسه منها (ويقول) ندبا

الله أكبر الخ » ولم يذكر ترجيعا، وبقى ماقدمناه بلا معارض، وتمامه فى الفتح وغيره (قوله فإنه مكروه ملتقى) ومثله فى القهستانى. خلافا لما فى البحر من أن ظاهر كلامهم أنه مباح لاسنة ولا مكروه. قال فى النهر: ويظهر أنه خلاف الأولى. وأما الترجيع بمعنى التغنى فلا يحل فيه اهـ وحينئذ فالكراهة المذكورة تنزيهية (قوله أى تغنى) لايجوز أن يكون مبنيا على الفتح، لأن ما بعد أى التفسيرية عطف بيان، وعطف البيان لايجوز بناؤه على الفتح تركيبا مع اسم لا، بل يجوز فيه الرفع اتباعا لمحل لا مع اسمها والنصب اتباعا لمحل اسمها. لكن يمنع هنا من النصب مانع وهو عدم رسمه بالألف، فتعين الرفع مع ما فيه من إثبات الياء الذى هو مرجوح. فإن المنقوص المجرد عن أل يترجح حذف يائه فى الرسم كالوقف إذا كان مرفوعا أو مجرورا، وفى المحلى بها بالعكس اهـ ح.

قلت: ويمنع أيضا من بنائه على الفتح وجود الفاصل، وهو أى، وقد عللوا امتناع الفتح فى عطف النسق فى نحو: لارجل وامرأة بوجود الفاصل وهو الواو فافهم (قوله بغير كلماته) أى بزيادة حركة أو حرف أو مد أو غيرها فى الأوائل والأواخر قهستانى (قوله وبلا تغيير حسن) أى والتغنى بلا تغيير حسن، فإن تحسين الصوت مطلوب. ولا تلازم بينهما بحر وفتح (قوله وقيل) أى قال الحلوانى: لابأس بإدخال المد فى الحيعلتين لأنهما غير ذكر. وتعبيره بلا بأس يدل على أن الأولى عدمه (قوله ويترسل) أى يتمهل (قوله بسكتة) أى تسع الإجابة ... منلا على القارى، وهذه السكتة بعد كل تكبيرتين لابينهما كما أفاده فى الإمداد أخذا من الحديث. وبه صرح فى التاتارخانية (قوله وتندب إعادته) أى لو ترك الترسل (قوله ويلتفت) أى يحول وجهه لاصدره قهستانى. ولا قدميه نهر (قوله وكذا فيها مطلقا) أى فى الإقامة سواء كان المحل متسعا أولا (قوله لئلا يستدبر) تعليل لقوله فقط: أى انته عن القول بالالتفات خلفا لئلا يستدبر المؤذن أو المقيم القبلة ح (قوله بصلاة وفلاح) لف ونشر مرتب، يعنى يلتفت فيهما يمينا بالصلاة ويسارا بالفلاح، وهو الأصح كما فى القهستانى عن المنية، وهو الصحيح كما فى البحر والتبيين. وقال مشايخ مرو: يمنة ويسرة فى كل، كذا فى القهستانى ح. قال فى الفتح: والثانى أوجه. ورده الرملى بأنه خلاف الصحيح المنقول عن السلف (قوله ولو وحده الخ) أشار به إلى رد قول الحلوانى: إنه لايلتفت، لعدم الحاجة إليه ح. وفى البحر عن السراج أنه من سنن الأذان، فلا يخل المنفرد بشىء منها، حتى قالوا فى الذى يؤذن للمولود ينبغى أن يحول (قوله مطلقا) للمنفرد وغيره والمولود وغيره ط (قوله ويستدير فى المنارة) يعنى إن لم يتم الإعلام بتحويل وجهه مع ثبات قدميه، ولم تكن فى زمنه صلى الله عليه وسلم مئذنة بحر.

مطلب فى أول من بنى المنائر للأذان

قلت: وفى شرح الشيخ إسمعيل عن الأوائل للسيوطى: أن أول من رقى منارة مصر للأذان شرحبيل بن عامر المرادى وبنى سلمة المنائر للأذان بأمر معاوية ولم تكن قبل ذلك. وقال ابن سعد بالسند إلى أم زيد بن ثابت كان بيتى أطول بيت حول المسجد، فكان بلال يؤذن فوقه من أول ما أذن إلى أن بنى رسول الله صلى الله عليه وسلم مسجده فكان يؤذن بعد على ظهر المسجد، وقد رفع له شىء فوق ظهره (قوله ويخرج رأسه منها) أى من

(بعد فلاح أذان الفجر : الصلاة خير من النوم مرتين) لأنه وقت نوم (ويجعل) ندبا (أصبعيه فى) صماخ (أذنيه) فأذانه بدونه حسن ، وبه أحسن (والإقامة كالأذان) فيما مر (لكن هى) أى الإقامة وكذا الإمامة (أفضل منه) فتح (ولا يضع)

كوتها اليمنى آتيا بالصلاة ، ثم يذهب ويخرج رأسه من الكوة اليسرى آتيا بالفلاح درر وغيرها ، وهذا إذا كانت بكوات ، أما منارات الروم ونحوها فالجانب كالكوة إسمعيل (قوله بعد فلاح الخ) فيه رد على من يقول إن محله بعد الأذان بتمامه ، وهو اختيار الفضلى ، بحر عن المستصفى (قوله الصلاة خير من النوم) إنما كان النوم مشاركا للصلاة فى أصل الخيرية ، لأنه قد يكون عبادة ؛ كما إذا كان وسيلة إلى تحصيل طاعة أو ترك معصية ، أو لأن النوم راحة فى الدنيا والصلاة راحة فى الآخرة ، فتكون أفضل بحر (قوله لأنه وقت نوم) أى فخص بزيادة إعلام دون العشاء ، فإن النوم قبلها مكروه ونادر ط (قوله ويجعل أصبعيه الخ) لقوله صلى الله عليه وسلم لبلال رضى الله عنه « اجعل أصبعيك فى أذنيك فإنه أرفع لصوتك » وإن جعل يديه على أذنيه فحسن ، لأن أبا محذورة رضى الله عنه ضم أصابعه الأربعة ووضعها على أذنيه وكذا إحدى يديه على ماروى عن الإمام إمداد وقهستانى عن التحفة (قوله فأذانه الخ) تفريع على قوله ندبا . قال فى البحر : والأمر أى فى الحديث المذكور للندب بقرينة التعليل ، فلذا لو لم يفعل كان حسنا .

فإن قيل : ترك السنة كيف يكون حسنا ؟ . قلنا : إن الأذان معه أحسن ، فإذا تركه بقى الأذان حسنا كذا فى الكافى اهـ فافهم (قوله فيما مر) قيد به لئلا يرد عليه أن ترك الإقامة يكره للمسافر دون الأذان ، وأن المرأة تقيم ولا تؤذن ، وأن الأذان آكد فى السنية منها كما يأتى ؛ وأراد بما مر أحكام الأذان العشرة المذكورة فى المتن ، وهى أنه سنة للفرائض ، وأنه يعاد إن قدم على الوقت ، وأنه يبدأ بأربع تكبيرات ، وعدم الترجيع ، وعدم اللحن والترسل والالتفات والاستدارة ، وزيادة : الصلاة خير من النوم فى أذان الفجر ، وجعل أصبعيه فى أذنيه ، ثم استثنى من العشرة ثلاثة أحكام لاتكون فى الإقامة فأبدل الترسل بالحدر والصلاة خير من النوم بقد قامت الصلاة ، وذكر أنه لايضع أصبعيه فى أذنيه ، فبقيت الأحكام السبعة مشتركة . ويرد عليه الاستدارة فى المنارة فإنها لاتكون فى المنارة ، فكان عليه أن يتعرض لذلك اهـ ح .

والحاصل أن الإقامة تخالف الأذان فى الأربعة مما مر ، وتخالفه أيضا فى مواضع ستأتى مفرقة (قوله لكن هى أفضل منه) نقله فى البحر عن الخلاصة بلاذكر خلاف . وذكر فى الفتح أيضا أنه صرح ظهير الدين فى الحواشى نقلا عن المبسوط بأنها آكد من الأذان : أى لأنه يسقط فى مواضع دون الإقامة كما فى حق المسافر ومابعد أولى الفوائت وثانية الصلاتين بعرفة ، وقوله وكذا الإمامة علله فى الفتح بقوله لمواظبته صلى الله عليه وسلم عليها وكذا الخلفاء الراشدون ، وقول عمر : لولا الخليفى لأذنت ، لايستلزم تفضيله عليها بل مراده لأذنت مع الإمامة لا مع تركها ، فيفيد أن الأفضل كون الإمام هو المؤذن ، وهذا مذهبنا وعليه كان أبو حنيفة اهـ .

أقول : وهو أحد قولين مصححين عند الشافعية والثانى أن الأذان أفضل ، وبقى قول بتساويهما ، وقد حكى الثلاثة فى السراج . ثم إن ما استدل به على أفضلية الإمامة على الأذان يدل على أفضليتها أيضا على الإقامة ، لأن السنة أن يقيم المؤذن فافهم .

[تنبيه] مقتضى أفضلية الإقامة على الأذان كونها واجبة عند من يقول بوجوبه ، ولم أر من صرح به ، إلا أن يقال إن القول بوجوبه لما أنه من الشعائر بخلافها ، على أن السنة قد تفضل الواجب كما مر أول كتاب الطهارة

المقيم (أصبعيه فى أذنيه) لأنها أخفض (ويحدر) بضم الدال : أى يسرع فيها ، فلو ترسل لم يعدها فى الأصح (ويزيد : قد قامت الصلاة بعد فلاحها مرتين) وعند الثلاثة هى فرادى (ويستقبل) غير الراكب (القبلة بهما) ويكره تركه تنزيها ، ولو قدم فيهما مؤخرا أعاد ماقدم فقط (ولا يتكلم فيهما) أصلا ولو رد سلام ، فإن تكلم استأنفه (ويثوّب) بين الأذان والإقامة فى الكل للكل بماتعارفوه (ويجلس بينهما) بقدر مايحضر الملازمون مراعيا لوقت الندب (إلا فى المغرب)

فتأمل، ثم رأيت صاحب البدائع عدّ من واجبات الصلاة الأذان والإقامة (قوله المقيم) أى الذى يقيم الصلاة (قوله لم يعدها فى الأصح) بخلاف مالو حدر فى الأذان حيث تندب إعادته كما مر ، لأن تكرار الأذان مشروع أى كما فى يوم الجمعة ، بخلاف الإقامة . وعليه فما فى الخانية من أنه يعيد الإقامة مبنى على خلاف الأصح ، وتمامه فى النهر (قوله مرتين) راجع إلى : قد قامت ، وإلى الفلاح ط (قوله وعند الثلاثة هى فرادى) أى الإقامة . والأولى ذكره عند قوله وهى كالأذان ح . ودليل الأئمة الثلاثة مارواه البخارى « أمر بلال أن يشفع الأذان ويوتر الإقامة » وهو محمول عندنا على إيتار صوتها بأن يحدر فيها توفيقا بينه وبين النصوص الغير المحتملة . وقد قال الطحاوى : تواترت الآثار عن بلال أنه كان يثنى الإقامة حتى مات ، وتمامه فى البحر وغيره (قوله غير الراكب) عبارة الإمداد : إلا أن يكون راكبا مسافرا لضرورة السير ، لأن بلالا أذن وهو راكب ثم نزل وأقام على الأرض ويكره الأذان راكبا فى الحضر فى ظاهر الرواية . وعن أبى يوسف : لابأس به كما فى البدائع اه (قوله بهما) أى بالأذان والإقامة ، لكن مع الالتفات بصلاة وفلاح كما مر (قوله تنزيها) لقول المحيط : الأحسن أن يستقبل بحر ونهر (قوله أعاد ماقدم فقط) كما لو قدم الفلاح على الصلاة يعيده فقط أى ولا يستأنف الأذان من أوله (قوله ولو رد سلام) أو تشميت عاطس أو نحوهما لافى نفسه ، ولابعد الفراغ على الصحيح سراج وغيره . قال فى البحر ومنه التنحنح إلا لتحسين صوته (قوله استأنفه) إلا إذا كان الكلام يسيرا خانية (قوله ويثوّب) التثويب : العود إلى الإعلام بعد الإعلام درر . وقيد بتثويب المؤذن لما فى القنية عن الملتقط : لاينبغى لأحد أن يقول لمن فوقه فى العلم والجاه حان وقت الصلاة سوى المؤذن ، لأنه استفضال لنفسه اه بحر . قلت ، وهذا خاص بالتثويب للأمير ونحوه على قول أبى يوسف فافهم (قوله بين الأذان والإقامة) فسره فى رواية الحسن بأن يمكث بعد الأذان قدر عشرين آية ثم يثوب ثم يمكث كذلك ثم يقيم بحر (قوله فى الكل) أى كل الصلوات لظهور التوانى فى الأمور الدينية . قال فى العناية : أحدث المتأخرون التثويب بين الأذان والإقامة على حسب ماتعارفوه فى جميع الصلوات سوى المغرب مع إبقاء الأول يعنى الأصل وهو تثويب الفجر ، وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن اه (قوله للكل) أى كل أحد ، وخصه أبو يوسف بمن يشتغل بمصالح العامة كالقاضى والمفتى والمدرس ، واختاره قاضيخان وغيره نهر (قوله بما تعارفوه) كتنحنح ، أو قامت قامت ، أو الصلاة الصلاة ، ولو أحدثوا إعلاماً مخالفاً لذلك جاز نهر عن المجتبى (قوله ويجلس بينهما) لو قدمه على التثويب لكان أولى ، لئلا يوهم أن الجلوس بعده نهر (قوله إلا فى المغرب) قال فى الدرر : هذا استثناء من يثوب ويجلس ، لأن التثويب لإعلام الجماعة وهم فى المغرب حاضرون لضيق الوقت اه . واعترضه فى النهر بأنه مناف لقول الكل فى الكل . قال الشيخ إسمعيل : وليس كذلك ، لما مر عن العناية من استثناء المغرب فى التثويب ، وبه جزم فى غرر الأذكار والنهاية والبرجندى وابن ملك وغيرها اه .

قلت : قد يقال : مافى الدرر مبنى على رواية الحسن من أنه يمكث قدر عشرين آية ثم يثوب كما قدمناه ،

فيسكت قائما قدر ثلاث آيات قصار ، ويكره الوصل إجماعا :

[فائدة] التسليم بعد الأذان حدث فى ربيع الآخر سنة سبعمائة وإحدى وثمانين فى عشاء ليلة الاثنين ، ثم يوم الجمعة ، ثم بعد عشر سنين حدث فى الكل إلا المغرب ، ثم فيها مرتين ، وهو بدعة حسنة .

(و) يسن أن (يؤذن ويقيم لفائتة) رافعا صوته لو بجماعة أو صحراء لا ببيته منفردا (وكذا) يسنان (لأولى الفوائت) لا لفاسدة

أما لو ثوب فى المغرب بلا فاصل فالظاهر أنه لامانع منه ، وعليه يحمل مافى النهر فتدبر (قوله فيسكت قائما) هذا عنده ، وعندهما يفصل بجلسة كجلسة الخطيب ، والخلاف فى الأفضلية ، فلو جلس لايكره عنده ، ويستحب التحول للإقامة إلى غير موضع الأذان ، وهو متفق عليه ، وتمامه فى البحر (قوله سنة ٧٨١) كذا فى النهر عن حسن المحاضرة للسيوطى ، ثم نقل عن القول البديع للسخاوى أنه فى سنة ٧٩١ وأن ابتداءه كان فى أيام السلطان الناصر صلاح الدين بأمره (قوله ثم فيها مرتين) أى فى المغرب كما صرح به فى الخزائن ، لكن لم ينقله فى النهر ، ولم أره فى غيره ، وكأن ذلك كان موجودا فى زمن الشارح ، أو المراد به مايفعل عقب أذان المغرب ثم بعده بين العشاءين ليلة الجمعة والاثنين ، وهو المسمى فى دمشق تذكيرا كالذى يفعل قبل أذان الظهر يوم الجمعة ، ولم أر من ذكره أيضاً (قوله وهو بدعة حسنة) قال فى النهر عن القول البديع : والصواب من الأقوال أنها بدعة حسنة . وحكى بعض المالكية الخلاف أيضاً فى تسبيح المؤذنين فى الثلث الأخير من الليل وأن بعضهم منع من ذلك ، وفيه نظر اه ملخصا .

مطلب فى أذان الجوق

[فائدة أخرى] ذكر السيوطى أن أول من أحدث أذان اثنين معا بنو أمية اه . قال الرملى فى حاشية البحر : ولم أر نصا صريحا فى جماعة الأذان المسمى فى ديارنا بأذان الجوق هل هو بدعة حسنة أو سيئة ؟ وذكره الشافعية بين يدى الخطيب . واختلفوا فى استحبابه وكراهته . وأما الأذان الأول فقد صرح فى النهاية بأنه المتوارث حيث قال فى شرح قوله وإذا أذن المؤذنون الأذان الأول ترك الناس البيع ، ذكر المؤذنين بلفظ الجمع إخراجاً للكلام مخرج العادة ، فإن المتوارث فيه اجتماعهم لتبلغ أصواتهم إلى أطراف المصر الجامع اه . ففيه دليل على أنه غير مكروه ، لأن المتوارث لايكون مكروها ، وكذلك نقول فى الأذان بين يدى الخطيب فيكون بدعة حسنة إذ مارآه المؤمنون حسنا فهو حسن اه ملخصا .

أقول : وقد ذكر سيدى عبد الغنى المسألة كذلك أخذا من كلام النهاية المذكور ، ثم قال : ولا خصوصية للجمعة إذ الفروض الخمسة تحتاج للإعلام (قوله لو بجماعة الخ) أى فى غير المسجد بقرينة مايذكره قريبا من أنه لايؤذن فيه للفائتة ، ثم هذا قيد لقوله رافعا صوته ، وقد ذكره فى البحر بحثا وقال ولم أره فى كلام أئمتنا . واستدل لرفع المنفرد فى الصحراء بحديث الصحيح « إذا كنت فى غنمك أو باديتك فأذنت للصلاة فارفع صوتك بالنداء فإنه لايسمع مدى صوت المؤذن إنس ولا جن ولا مدر إلا شهد له يوم القيامة » اه وأقره فى النهر .

أقول : يخالفه مافى القهستانى من أنه يجب يعنى يلزم الجهر بالأذان لإعلام الناس ، فلو أذن لنفسه خافت لأنه الأصل فى الشرع كما فى كشف المنار اه . على أن مااستدل به يفيد رفع الصوت للمنفرد فى بيته أيضا لتكثير الشهود يوم القيامة ، إلا أن يقال المراد المبالغة فى رفع الصوت ، والمؤذن فى بيته يرفع دون ذلك فوق مايسمع نفسه ، وعليه يحمل مافى القهستانى فليتأمل (قوله لالفاسدة) أى إذا أعيدت فى الوقت ، وإلا كانت فائتة ط .

(ويخير فيه للباقى) لو فى مجلس وفعله أولى ، ويقيم للكل (ولا يسن) ذلك (فيما تصليه النساء أداء وقضاء) ولو جماعة كجماعة صبيان وعبيد ، ولا يسنان أيضا لظهر يوم الجمعة فى مصر (ولا فيما يقضى من الفوائت فى مسجد) فيها لأن فيه تشويشا وتغليظا (ويكره قضاؤها فيه) لأن التأخير معصية فلا يظهرها بزازية .

(ويجوز) بلا كراهة (أذان صبي مراهق وعبد)

وفى المجتبى : قوم ذكروا فساد صلاة صلوها فى المسجد فى الوقت قضوها بجماعة فيه ولا يعيدون الأذان والإقامة ، وإن قضوها بعد الوقت قضوها فى غير ذلك المسجد بأذان وإقامة اهـ لـكن سيأتى أن الإقامة تعاد لو طال الفصل (قوله فيه) أى فى الأذان (قوله لو فى مجلس) أما لو فى مجالس ، فإن صلى فى مجلس أكثر من واحدة فـكذلك وإلا أذن وأقام لها (قوله وفعله أولى) لأنه اختلفت الروايات فى قضائه صلى الله عليه وسلم مافاته يوم الخندق ، ففى بعضها أنه أمر بلالا فأذن وأقام للكل ، وفى بعضها أنه اقتصر على الإقامة فيما بعد الأولى ، فالأخذ بالزيادة أولى خصوصا فى باب العبادات ، وتمامه فى الإمداد (قوله ويقيم للكل) أى لايخير فى الإقامة للباقى ، بل يكره تركها كما فى نور الإيضاح .

[تتمة] يأتى فى صلاتى الجمع بعرفة بأذان واحد وإقامتين وبمزدلفة بأذان وإقامة ، واختار الطحاوى أنه كعرفة ، ورجحه ابن الهمام كما سيأتى فى بابه إن شاء الله . وبقى لو جمع بين فائتة ومؤداة لم أره ، ويظهر لى أنه يأتى بأذانين وإقامتين ، والفرق بينه وبين الجمع بمزدلفة لايخفى (قوله ولا يسن ذلك) أى الأذان والإقامة ، وأفرد الضمير على تأويل المذكور ح ،وأراد بنفى السنية الكراهة فى المواضع الثلاثة المذكورة كما يعلم من الإمداد (قوله ولو جماعة) أخذه من قول الفتح ، لأن عائشة أمتهن بغير أذان ولا إقامة حين كانت جماعتهن مشروعة وهذا يقتضى أن المنفردة أيضا كذلك ،لأن تركهما لما كان هو السنة حال شرعية الجماعة كان حال الانفراد أولى اهـ قلت : وهو ظاهر مافى السراج أيضا ، وكان الأولى للشارح أن يقول ولو منفردة ، لأن جماعتهن الآن غير مشروعة فتفطن (قوله كجماعة صبيان وعبيد) لأنها غير مشروعة ، فلا يشرعان فيها كتكبير التشريق عقبها ، بحر عن الزيلعى (قوله فى مصر) شمل المعذور وغيره زيلعى . وفى القرى لايكره بكل حال ظهيرية : أى لاقبل أداء الجمعة فى غيرها ولا بعده ، لقوله وقيل بعد أداء الجمعة لايكره فى المصر (قوله لأن فيه تشويشا الخ) إنما يظهر أن لو كان الأذان لجماعة ، أما إذا كان منفردا ويؤذن بقدر مايسمع نفسه فلا ط . وفى الإمداد أنه إذا كان التفويت لأمر عام فالأذان فى المسجد لايكره لانتفاء العلة كفعله صلى الله عليه وسلم ليلة التعريس اهـ لـكن ليلة التعريس كانت فى الصحراء لافى المسجد (قوله لأن التأخير معصية) إنما يظهر أيضا فى الجماعة لا المنفرد ط أى لأن المنفرد يخافت فى أذانه كما قدمناه عن القهستانى . على أنه إذا كان التفويت لأمر عام لايكره ذلك للجماعة أيضا ، لأن هذا التأخير غير معصية .

هذا ، ويظهر من التعليل أن المكروه قضاؤها مع الاطلاع عليها ولو فى غير المسجد كما أفاده فى المنح فى باب قضاء الفوائت (قوله بلا كراهة) أى تحريمية لأن التنزيهية ثابتة لما فى البحر عن الخلاصة أن غيرهم أولى منهم اهـ ح .

أقول : وقدمنا أول كتاب الطهارة الـكلام فى أن خلاف الأولى مكروه أولا فراجعه (قوله صبى مراهق) المراد به العاقل وإن لم يراهق كما هو ظاهر البحر وغيره ، وقيل يكره لـكنه خلاف ظاهر الرواية كما فى الإمداد وغيره ، وعلى هذا يصح تقريره فى وظيفة الأذان بحر (قوله وعبد وأعمى الخ) إنما لم يكره أذانهم ، لأن قولهم مقبول فى الأمور الدينية فيكون ملزما فيحصل به الإعلام ، بخلاف الفاسق اهـ زيلعى . قلت : يرد عليه الصبى ،

ولا يحل إلا بإذن كأجير خاص (وأعمى وولد زنى وأعرابى) وإنما يستحق صواب المؤذنين إذا كان عالما بالسنة والأوقات ولو غير محتسب ، بحر .

(ويكره أذان جنب وإقامته وإقامة محدث لا أذانه) على المذهب (و) أذان (امرأة) وخنثى (وفاسق) ولو عالما ، لكنه أولى بإمامة وأذان من جاهل تقى (وسكران) ولو بمباح

فإن قوله غير مقبول فى الأمور الدينية فى الأصح كما قدمناه قبل الباب ،ومقتضاه أن لايحصل به الإعلام كالفاسق تأمل ، ويأتى تمام الكلام فى ذلك (قوله ولا يحل إلا بإذن) ذكره فى البحر بحثا فقال : وينبغى أن العبد إن أذن لنفسه لايحتاج إلى إذن سيده ، وإن أراد أن يكون مؤذنا للجماعة لم يجز إلا بإذن سيده ، لأن فيه إضرارا بخدمته لأنه يحتاج إلى مراعاة الأوقات ، ولم أره فى كلامهم اه (قوله كأجير خاص) هو بحث لصاحب النهر ، حيث قال : وينبغى أن يكون الأجير الخاص كذلك لايحل أذانه إلا بإذن مستأجره اه .

قلت : بل صرحوا بأنه ليس له أن يؤدى النوافل اتفاقاً . واختلفوا فى السنن كما سنذكره فى الإجارات إن شاء الله تعالى ، وهذا مؤيد لبحث البحر أيضا ،فإن العبد مملوك المنافع والرقبة أيضا بخلاف الأجير (قولهوأعمى) لاير د عليه أذان ابن أم مكتوم الأعمى ، فإنه كان معه من يحفظ عليه أوقات الصلاة ، ومتى كان ذلك يكون تأذينه وتأذين البصير سواء ، ذكره شيخ الإسلام معراج ، وهذا بناء على ثبوت الكراهة فيه ، وقد مرالكلام فيه وإلا فلا ورود (قوله عالما بالسنة والأوقات) أى سنة الأذان وأوقاته المطلوبة على مامر بيانه .

مطلب فى المؤذن إذا كان غير محتسب فى أذانه

(قوله ولو غير محتسب) رد على مافى الفتح حيث قال : لو لم يكن عالما بأوقات الصلاة لم يستحق ثواب المؤذنين كما فى الخانية ، ففى أخذ الأجرة أولى، ورده فى النهر تبعاًللبحر بأن فى أذان الجاهل جهالة موقعة فى الغرر، بخلاف غير المحتسب على أن عدم حل أخذ الأجرة على الأذان والإمامة رأى المتقدمين ، والمتأخرون يجوزون ذلك على ماسيأتى فى الإجارات اه .

أقول : لايلزم من حل الأجرة المعلل بالضرورة حصول الثواب ولا سيما إذاكان لولا الأجرة لايؤذن فإنه يكون عمله للدنيا وهو رياء ، لأنه لم يحتسب عمله لوجه الله تعالى ، فهو كمهاجر أم قيس ، وإذا كان الجاهل المحتسب لاينال ذلك الأجر فهذا بالأولى . كيف وقد ورد فى عدة أحاديث التقييد بالمحتسب: منها مارواه الطبرانى فى الكبير كما فى الفتح « ثلاثة على كثبان المسك يوم القيامة ،لايهولهم الفزع الأكبر ،ولايفزعون حين يفزع الناس: رجل علم القرآن فقام به يطلب وجه الله وما عنده . ورجل ينادى فى كل يوم وليلة خمس صلوات يطلب وجه الله وما عنده . ومملوك لم يمنعه رق الدنيا عن طاعة ربه » نعم قد يقال : إن كان قصده وجه الله تعالى لكنه بمراعاته للأوقات والاشتغال به يقل اكتسابه عما يكفيه لنفسه وعياله ، فيأخذ الأجرة لئلا يمنعه الاكتساب عن إقامة هذه الوظيفة الشريفة ، ولولا ذلك لم يأخذ أجرا فله الثواب المذكور ، بل يكون جمع بين عبادتين: وهما الأذان ،والسعى على العيال ، وإنما الأعمال بالنيات (قوله ويكره أذان جنب)لأنه يصير داعيا إلى مالايجيب إليه ، وإقامته أولى بالكراهة ، وصرح فى الخانية بأنه تجب الطهارة فيه عن أغلظ الحدثين . وظاهرأن الكراهة تحريمية بحر (قوله على المذهب) راجع لقوله وإقامة محدث لاأذانه . وأما الجنب فيكرهان منه رواية واحدة كما فى البحر ح (قوله بإمامة وأذان) الأول منصوص عليه ، والثانى ألحقه به فى النهر بحثا (قوله من جاهل تقى) أى حيث لم يوجد عالم تقى (قوله ولو بمباح)

كمعتوه وصبي لايعقل (وقاعد إلا إذا أذن لنفسه) وراكب إلا لمسافر (ويعاد أذان جنب) ندبا، وقيل وجوبا (لا إقامته) لمشروعية تكراره فى الجمعة دون تكرارها (وكذا) يعاد (أذان امرأة ومجنون ومعتوه وسكران وصبي لايعقل) لا إقامتهم لما مر ، ويجب استقبالهما لموت مؤذن وغشيه وخرسه وحصره ، ولا ملقن وذهابه للوضوء لسبق حدث خلاصة ، لكن عبر فى السراج بيندب ، وجزم المصنف بعدم صحة أذان مجنون ومعتوه وصبي لايعقل . قلت : وكافر وفاسق لعدم قبول قوله فى الديانات .

كشربه الخمر لإساغة لقمة ، وأشار إلى أنه لايلزم من السكر الفسق فلا تكرار (قوله كمعتوه) ومثله المجنون ح (قوله ويعاد أذان جنب الخ) زاد القهستانى : والفاجر والراكب والقاعد والماشى ، والمنحرف عن القبلة . وعلل الوجوب فى الكل بأنه غير معتد به والندب بأنه معتد به إلا أنه ناقص ، قال وهو الأصح كما فى التمرتاشى (قوله لما مر) أى من قوله لمشروعية تكراره (قوله لموت مؤذن) لم يقل ومقيم ، لأن المؤذن هو المقيم شرعا كما يأتى فافهم (قوله وغشيه) بضم الغين وسكون الشين المعجمتين : تعطل القوى المحركة والحاسة لضعف القلب من الجوع وغيره كما قدمناه فى الوضوء عن القهستانى ح (قوله وحصره) مصدر من باب فرح : العى فى المنطق ح عن القاموس (قوله ولا ملقن) الواو للحال ح (قوله وذهابه للوضوء) لكن الأولى أن يتممهما ثم يتوضأ ، لأن ابتداءهما مع الحدث جائز ، فالبناء أولى بدائع (قوله خلاصة) ونحوه فى الخانية . قال فى الفتح : فإن حمل الوجوب على ظاهره احتيج إلى الفرق بين نفس الأذان فإنه سنة وبين استقباله بعد الشروع فيه .

وقد يقال فيه : إذا شرع فيه ثم قطع تبادر إلى ظن السامعين أن قطعه للخطأ فينتظرون الأذان الحق . وقد تفوت بذلك الصلاة إلا أن هذا يقتضي وجوب الإعادة فيمن مر أنه يعاد أذانهم إلا الجنب أى لعدم الاعتماد على قولهم؛ ولو قال قائل فيهم إن علم الناس حالهم وجبت ولا استحبت ليقع فعل الأذان معتبرا وعلى وجه السنة لم يبعد ، وعكسه فى الخمسة المذكورة فى الخلاصة اهـ .

أقول : يظهر لى أن المراد بالوجوب اللزوم فى تحصيل سنة الأذان ، وأن المراد أنه إذا عرض للمؤذن مايمنعه عن الإتمام وأراد آخر أن يؤذن يلزمه استقبال الأذان من أوله إن أراد إقامة سنة الأذان ، فلو بنى على مامضى من أذان الأول لم يصح فلذا قال فى الخانية : لو عجز عن الإتمام استقبل غيره اهـ أى لئلا يكون آتيا ببعض الأذان (قوله وجزم المصنف الخ) أى حيث قال فيما مر قيدنا بالمراهق لأن أذان الصبى الذى لايعقل غير صحيح كالمجنون والمعتوه اهـ فافهم ، وهذا ذكره فى البحر بحثا فترجح عند المصنف فجزم به ؛ ويؤيده مافى شرح المنية من أنه يجب إعادة أذان السكران والمجنون والصبى غير العاقل ، لعدم حصول المقصود ، لعدم الاعتماد على قولهم اهـ (قوله قلت وكافر وفاسق) ذكر الفاسق هنا غير مناسب ؛ لأن صاحب البحر جعل العقل والإسلام شرط صحة . والعدالة والذكورة والطهارة شرط كمال . وقال : فأذان الفاسق والمرأة والجنب صحيح ، ثم قال : وينبغى أن لايصح أذان الفاسق بالنسبة إلى قبول خبره والاعتماد عليه أى لأنه لايقبل قوله فى الأمور الدينية فلم يوجد الإعلام كما ذكره الزيلعى .

وحاصله أنه يصح أذان الفاسق وإن لم يحصل به الإعلام : أى الاعتماد على قبول قوله فى دخول الوقت ، بخلاف الكافر وغير العاقل فلا يصح أصلا ، فتسوية الشارح بين الكافر والفاسق غير مناسبة .

ثم اعلم أنه ذكر فى الحاوى القدسي من سنن المؤذن : كونه رجلا عاقلا ، صالحا ، عالما بالسنن والأوقات ، مواظبا عليه ، محتسبا ، ثقة متطهرا مستقبلا ، وذكر نحوه فى الإمداد ؛ ومقتضاه أن العقل غير شرط لصحة الأذان

(وكره تركهما) معا (لمسافر) ولو منفردا (وكذا تركها) لا تركه

فيصح أذان غير العاقل كالمجنون والمعتوه والسكران ، كما يصح أذان الفاسق والمرأة والجنب ، ويدل عليه ما فى البدائع من أنه يكره أذان المجنون والسكران وأن الأحب إعادته فى ظاهر الرواية ، وأنه يكره أذان المرأة والصبى العاقل . ويجزى حتى لايعاد لحصول المقصود وهو الإعلام . وروى عن الإمام أنه تستحب إعادة أذان المرأة اه وعلى هذه الرواية مشى الزيلعى . وذكر فى البدائع أيضا أن أذان الصبى الذى لايعقل لايجزى ويعاد، لأن مايصدر لاعن عقل لايعتد به كصوت الطيور اه . فحصلت المنافاة بين ما جزم به المصنف تبعا للبحر، وكذا ماقدمناه عن شرح المنية من عدم صحة أذان غير العاقل كالمجنون والمعتوه والسكران ، وبين مافى الحاوى والبدائع من صحة أذان الكل سوى صبى لايعقل .

والذى يظهر لى فى التوفيق : هو أن المقصود الأصلى من الأذان فى الشرع الإعلام بدخول أوقات الصلاة ثم صار من شعار الإسلام فى كل بلدة أو ناحية من البلاد الواسعة على مامر ، فمن حيث الإعلام بدخول الوقت وقبول قوله لابد من الإسلام والعقل والبلوغ والعدالة ، وقدمنا قبل هذا الباب عن معين الحكام مانصه : المؤذن يكفى إخباره بدخول الوقت إذا كان بالغا عاقلا عالما بالأوقات مسلما ذكرا ويعتمد على قوله اه .. والظاهر أن قوله ذكرا غير قيد لقبول خبر المرأة ، فحينئذ يقال إذا اتصف المؤذن بهذه الصفات يصح أذانه وإلا فلا يصح من حيث الاعتماد عليه فى دخول الوقت ، وقدمنا أيضا قبل هذا الباب أنه فى الفاسق والمستور يحكم رأيه فى صدقه وكذبه ويعمل به ، بخلاف الكافر والصبى والمعتوه فإنه لايقبل أصلا . وأما من حيث إقامة الشعار النافية للإثم عن أهل البلدة فيصح أذان الكل سوى الصبى الذى لايعقل ، لأن من سمعه لايعلم أنه مؤذن بل يظنه يلعب ، بخلاف الصبى العاقل لأنه قريب من الرجال ، ولذا عبر عنه الشارح بالمراهق وكذا المرأة فإن بعض الرجال قد يشبه صوته صوت المراهق والمرأة ، فإذا أذن المراهق أو المرأة وسمعه السامع يعتد به ، وكذا المجنون أو المعتوه أو السكران فإنه رجل من الرجال ، فإذا أذن على الكيفية المشروعة قامت به الشعيرة لأنه إذا سمعه غير العالم بحاله يعده مؤذنا ، وكذا الكافر ؛ فباعتبار هذه الحيثية صارت الشروط المذكورة كلها شروط كمال ، لأن المؤذن الكامل هو الذى تقام بأذانه الشعيرة ويحصل به الإعلام ، فيعاد أذان الكل ندبا على الأصح كما قدمناه عن القهستانى . ثم الظاهر أن الإعادة إنما هى فى المؤذن الراتب ، أما لو حضر جماعة عالمون بدخول الوقت وأذن لهم فاسق أو صبى يعقل لايكره ولا يعاد أصلا لحصول المقصود تأمل .

[تنبيه] يؤخذ مما قدمناه من أنه لايحصل الإعلام من غير العدل ولا يقبل قوله أنه لايجوز الاعتماد على المبلغ الفاسق خلف الإمام كما نبه عليه بعض الشافعية ، فتنبه لهذه الدقيقة ، والله أعلم (قوله لمسافر) أى سفرا لغويا أو شرعيا كما فى أبى السعود ط (قوله ولو منفردا) لأنه إن أذن وأقام صلى خلفه من جنود الله مالا يرى طرفاه ، رواه عبد الرزاق . وبهذا ونحوه عرف أن المقصود من الأذان لم ينحصر فى الإعلام، بل كل منه ومن الإعلان بهذا الذكر نشرا لذكر الله ودينه فى أرضه ، وتذكير العباد من الجن والإنس الذين لايرى شخصهم فى الفلوات فتح .

وفى تعبير الشارح بالمنفرد إشارة إلى أنه لايعطى له حكم الإمام من كل وجه ، ولذا قال فى التاترخانية عن الفتاوى والعتابية : ولو أذن وأقام فى الصحراء وهو منفرد فحكمه حكم المنفرد فى أنه يجمع بين التسميع والتحميد ، وكذا فى الجهر والمخافتة اه (قوله لا تركه) الظاهر أن المراد نفى الكراهة الموجبة للإساءة ، وإلا فقد صرح فى الكنز بعد ذلك بندبه للمسافر وللمصلى فى بيته فى المصر : قال فى البحر : ليكون الأداء على هيئة الجماعة اه ولما علمت

لحضور الرفقة (بخلاف مصلّ) ولو بجماعة (فى بيته بمصر) أو قرية لها مسجد ؛ فلا يكره تركهما إذ أذان الحى يكفيه (أو) مصل (فى مسجد بعد صلاة جماعة فيه) بل يكره فعلهما وتكرار الجماعة إلا فى مسجد على طريق فلا بأس بذلك جوهرة (أقام غير من أذن بغيبته) أى المؤذن (لايكره مطلقا) وإن بحضوره كره إن لحقه وحشة ،

من أنه ليس المقصود منه الإعلام فقط (قوله لحضور الرفقة) أى إن كان ثم جماعة وإلا فالأمر أظهر (قوله ولو بجماعة) وعن أبى حنيفة : لو اكتفوا بأذان الناس أجزأهم وقد أساءوا ففرق بين الواحد والجماعة فى هذه الرواية بحر (قوله فى بيته) أى فيما يتعلق بالبلد من الدار والكرم وغيرهما قهستانى . وفى التفاريق : وإن كان فى كرم أو ضيعة يكتفى بأذان القرية أو البلدة إن كان قريبا وإلا فلا . وحد القرب أن يبلغ الأذان إليه منها اهـ إسمعيل . والظاهر أنه لايشترط سماعه بالفعل تأمل (قوله لها مسجد) أى فيه أذان وإقامة ، وإلا فحكمه كالمسافر صدر الشريعة (قوله إذ أذان الحى يكفيه) لأن أذان المحلة وإقامتها كأذانه وإقامته ، لأن المؤذن نائب أهل المصر كلهم كما يشير إليه ابن مسعود حين صلى بعلقمة والأسود بغير أذان ولا إقامة ، حيث قال : أذان الحى يكفينا ، وممن رواه سبط ابن الجوزى فتح : أى فيكون قد صلى بهما حكما ، بخلاف المسافر فإنه صلى بدونهما حقيقة وحكما لأن المكان الذى هو فيه لم يؤذن فيه أصلا لتلك الصلاة كافى . وظاهره أنه يكفيه أذان الحى وإقامته وإن كانت صلاته فى آخر الوقت تأمل ، وقد علمت تصريح الكنز بندبه للمسافر وللمصلى فى بيته فى المصر ، فالمقصود من كفاية أذان الحى نفى الكراهة المؤثمة . قال فى البحر : ومفهومه أنه لو لم يؤذنوا فى الحى يكره تركهما للمصلى فى بيته ، وبه صرح فى المجتبى ؛ وأنه لو أذن بعض المسافرين سقط عن الباقين كما لايخفى (قوله وتكرار الجماعة) لما روى عبدالرحمن بن أبى بكر عن أبيه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج من بيته ليصلح بين الأنصار فرجع وقد صلى فى المسجد بجماعة ، فدخل رسول الله صلى الله عليه وسلم فى منزل بعض أهله فجمع أهله فصلى بهم جماعة » ولو لم يكره تكرار الجماعة فى المسجد لصلى فيه . وروى عن أنس « أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا إذا فاتتهم الجماعة فى المسجد صلوا فى المسجد فرادى » ولأن التكرار يؤدى إلى تقليل الجماعة ، لأن الناس إذا علموا أنهم تفوتهم الجماعة يتعجلون فتكثر وإلا تأخروا اهـ بدائع . وحينئذ فلو دخل جماعة المسجد بعد ما صلى أهله فيه فإنهم يصلون وحدانا ، وهو ظاهر الرواية ظهيرية . وفى آخر شرح المنية : وعن أبى حنيفة لو كانت الجماعة أكثر من ثلاثة يكره التكرار وإلا فلا . وعن أبى يوسف إذا لم تكن على الهيئة الأولى لاتكره وإلا تكره وهو الصحيح ، وبالعدول عن المحراب تختلف الهيئة كذا فى البزازية اهـ . وفى التاترخانية عن الولوالجية : وبه نأخذ ، وسيأتى فى باب الإمامة إن شاء الله تعالى لهذه المسألة زيادة كلام (قوله إلا فى مسجد على طريق) هو ماليس له إمام ومؤذن راتب فلا يكره التكرار فيه بأذان وإقامة ، بل هو الأفضل خانية (قوله فلا بأس بذلك) الأولى حذفه لما علمت أنه الأفضل فافهم (قوله جوهرة) لم أره فيها وإنما ذكره فى السراج (قوله مطلقا) أى لحقه وحشة أولا (قوله كره إن لحقه وحشة) أى بأن لم يرض به ، وهذا اختيار خواهر زاد ، ومشى عليه فى الدرر والخانية لكن فى الخلاصة : إن لم يرض به يكره ، وجواب الرواية أنه لابأس به مطلقا اهـ .

قلت : وبه صرح الإمام الطحاوى فى مجمع الآثار معزيا إلى أئمتنا الثلاثة . وقال فى البحر : ويدل عليه إطلاق قول المجمع : ولا نكرهها من غيره ، فما فى شرحه لابن ملك من أنه لو حضر ولم يرض يكره اتفاقا فيه نظر اهـ وكذا يدل عليه إطلاق الكافى معللا بأن كل واحد ذكر ، فلا بأس بأن يأتى بكل واحد رجل آخر ، ولكن

كما كره مشيه فى إقامته (ويجيب) وجوبا ، وقال الحلوانى ندبا ، والواجب الإجابة بالقدم (من سمع الأذان) ولو جنبا لا حائضا ونفساء وسامع خطبة وفى صلاة جنازة وجماع ، ومستراح وأكل وتعليم علم وتعلمه ،

الأفضل أن يكون المؤذن هو المقيم اه أى لحديث « من أذن فهو يقيم » وتمامه فى حاشية نوح (قوله كما كره الخ) ذكره فى روضة الناطفى .

واختلفوا عند إتمامها : أى عند : قد قامت الصلاة ؛ فقيل يتمها ماشيا ، وقيل فى مكانه إماما كان المؤذن أو غيره ، وهو الأصح كما فى البدائع . وقصر فى السراج الخلاف على ما إذا كان إماما ، فلو غيره يتمها فى موضع البداءة بلا خلاف نهر (قوله وقال الحلوانى ندبا الخ) أى قال الحلوانى: إن الإجابة باللسان مندوبة والواجبة هى الإجابة بالقدم . قال فى النهر : وقوله بوجوب الإجابة بالقدم مشكل ، لأنه يلزم عليه وجوب الأداء فى أول الوقت وفى المسجد إذ لا معنى لإيجاب الذهاب دون الصلاة . وما فى شهادات المجتبى : سمع الأذان وانتظر الإقامة فى بيته لا تقبل شهادته مخرج على قوله كما لا يخفى . وقد سألت شيخنا الأخ(١) عن هذا فلم يبد جوابا اه .

مطلب فى كراهة تكرار الجماعة فى المسجد

أقول وبالله التوفيق : ما قاله الإمام الحلوانى مبنى على ما كان فى زمن السلف من صلاة الجماعة مرة واحدة وعدم تكرارها كما هو فى زمنه صلى الله عليه وسلم وزمن الخلفاء بعده ، وقد علمت أن تكرارها مكروه فى ظاهر الرواية إلا فى رواية عن الإمام ورواية عن أبى يوسف كما قدمناه قريبا ، وسيأتى أن الراجح عند أهل المذهب وجوب الجماعة وأنه يأثم بتفويتها اتفاقا : وحينئذ يجب السعى بالقدم لا لأجل الأداء فى أول الوقت أو فى المسجد ، بل لأجل إقامة الجماعة وإلا لزم فوتها أصلا أو تكرارها فى مسجد إن وجد جماعة أخرى وكل منهما مكروه فلذا قال بوجوب الإجابة بالقدم .

لا يقال : يمكنه أن يجمع بأهله فى بيته : فلا يلزم شىء من المحذورين . لأنا نقول : إن مذهب الإمام الحلوانى أنه بذلك لا ينال ثواب الجماعة وأنه يكون بدعة ومكروها بلا عذر ، نعم قد علمت أن الصحيح أنه لا يكره تكرار الجماعة إذا لم تكن على الهيئة الأولى ، وسيأتى فى الإمامة أن الأصح أنه لو جمع بأهله لا يكره وينال فضيلة الجماعة لكن جماعة المسجد أفضل ، فاغتنم هذا التحرير الفريد ، ويأتى له قريبا بعض مزيد (قوله من سمع الأذان) يفهم منه أنه لو لم يسمع لصمم أو لبعد أنه لا يجيب ، وهو ظاهر الحديث الآتى « إذا سمعتم الأذان » حيث علق على السماع ، وقد صرح بعض الشافعية بأنه الظاهر ، وبأنه يجيب فى جميعه إذا لم يسمع إلا بعضه (قوله ولو جنبا) لأن إجابة المؤذن ليست بأذان ، بحر عن الخلاصة (قوله لا حائضا ونفساء) لأنهما ليسا من أهل الإجابة بالفعل فكذا بالقول إمداد : أى بخلاف الجنب فإنه مخاطب بالصلاة ، ولأن حدثه أخف من الحيض والنفاس لإمكان إزالته سريعا (قوله وسامع خطبة) أى خطبة كانت ط ، وهذا وما بعده معطوف على قوله حائضا (قوله وفى صلاة جنازة) سقط من بعض النسخ لفظ صلاة موافقا لما فى البحر عن المجتبى ، وعبارة الإمداد : وصلاة ولو جنازة (قوله ومستراح) أى بيت الخلاء (قوله وتعليم علم) أى شرعى فيما يظهر ، ولذا عبر فى الجوهرة بقراءة الفقه (قوله بخلاف قرآن) لأنه لا يفوت جوهرة ، ولعله لأن تكرار القراءة إنما هو للأجر فلا يفوت بالإجابة ، بخلاف التعلم ، فعلى هذا لو يقرأ تعليما أو تعلما لا يقطع سائحانى .

---

(١) (قوله شيخنا الأخ) المراد بشيخه أخوه الشيخ زين بن نجيم صاحب البحر اه منه .

بخلاف قرآن (بأن يقول) بلسانه (كمقالته) إن سمع المسنون منه ، وهو ماكان عربيا لالحن فيه . ولو تكرر أجاب الأول (إلا فى الحيعلتين) فيحوقل (وفى : الصلاة خير من النوم) فيقول : صدقت وبررت . ويندب القيام عند سماع الأذان بزازية ، ولم يذكر

[تنبيه] هل يجيب بعد الفراغ من هذه المذكورات أم لا ؟ ينبغى أنه إن لم يطل الفصل فنعم ، وإن طال فلا ، أخذا مما يأتى ، لكن صرح فى الفيض بأنه لو سلم على المؤذن أو المصلى أو القارئ أو الخطيب ؛ فعن أبى حنيفة لايلزمه الرد بعد الفراغ ، بل يرد فى نفسه . وعن محمد : يرد بعده . وعن أبى يوسف : لايرد مطلقا ، هو الصحيح . وأجمعوا أن المتغوط لايلزمه مطلقا اهـ تأمل (قوله كمقالته) أى مثلها فى القول لافى الصفة من رفع صوت ونحوه (قوله إن سمع المسنون منه) الظاهر أن المراد ماكان مسنونا جميعه ، فمن لبيان الجنس لا للتبعيض ، فلو كان بعض كلماته غير عربى أو ملحونا لاتجب عليه الإجابة فى الباقى ، لأنه حينئذ ليس أذانا مسنونا ، كما لو كان كله كذلك ، أو كان قبل الوقت ، أو من جنب أو امرأة . ويحتمل أن المراد ماكان مسنونا من أفراد كلماته ، فيجيب المسنون منها دون غيره ، وهو بعيد تأمل ، لأنه يستلزم استماعه والإصغاء إليه . وقد ذكر فى البحر أنهم صرحوا بأنه لايحل سماع المؤذن إذا لحن كالقارئ ، وقدمنا أنه لايصح بالفارسية وإن علم أنه أذان فى الأصح .

بقى هل يجيب أذان غير الصلاة كالأذان للمولود ؟ لم أره لأئمتنا ، والظاهر نعم ، ولذا يلتفت فى حيعلته كما مر ، وهو ظاهر الحديث ، إلا أن يقال : إن أل فيه للعهد ، وهل يجيب الترجيع إذا سمعه من شافعى بناء على اعتقاده أنه سنة ؟ محل تردد كما تردد بعض الشافعية فيمن سمع الإقامة من حنفى يثنيها ، واستوجه بعضهم أنه لايجيب فى الزيادة كما لو زاد فى الأذان تكبيرا ، لكن قياسه على الزيادة فيه نظر ، لأنه لاقائل بها ، بخلاف مانحن فيه فإنه مجتهد فيه تأمل (قوله ولو تكرر) أى بأن أذن واحد بعد واحد ، أما لو سمعهم فى آن واحد من جهات فسيأتى (قوله أجاب الأول) سواء كان مؤذن مسجده أو غيره ، بحر عن الفتح بحثا . ويفيده مافى البحر أيضا عن التفاريق : إذا كان فى المسجد أكثر من مؤذن أذنوا واحدا بعد واحد ، فالحرمة للأول اهـ لكنه يحتمل أن يكون مبنيا على أن الإجابة بالقدم ، أو على أن تكراره فى مسجد واحد يوجب أن يكون الثانى غير مسنون ، بخلاف ما إذا كان من محلات مختلفة تأمل . ويظهر لى إجابة الكل بالقول لتعدد السبب وهو السماع كما اعتمده بعض الشافعية (قوله فيحوقل) أى يقول « لاحول ولا قوة إلا بالله » وزاد فى عمدة المفتى « ماشاء الله كان » وخير بينهما فى الكافى . وفصل فى المحيط بأن يأتى بالحوقلة مكان الصلاة ، وبالمشيئة مكان الفلاح إسماعيل ، والمختار الأول نوح أفندى . ثم إن الإتيان بالحوقلة وإن خالف ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام « فقولوا مثل مايقول » لكنه ورد فيه حديث مفسر لذلك رواه مسلم ، واختار فى الفتح الجمع بينهما عملا بالأحاديث ، قال : فإنه ورد فى بعضها صريحا « إذا قال حى على الصلاة قال حى على الصلاة الخ » وقولهم إنه يشبه الاستهزاء لايتم ، إذ لامانع من اعتباره مجيبا بهما داعيا نفسه مخاطبا لها ، وقد رأينا من مشايخ السلوك من كان يجمع بينهما فيدعو نفسه ثم يتبرأ من الحول والقوة ليعمل بالحديثين ، وقد أطال فى ذلك وأقره فى البحر والنهر وغيرهما . قلت : وهو مذهب سلطان العارفين سيدى محيى الدين ، نص عليه فى الفتوحات المكية (قوله فيقول صدقت وبررت) بكسر الراء الأولى وحكى فتحها : أى صرت ذابر : أى خير كثير ، قيل يقوله للمناسبة ، ولورود خبر فيه . ورد بأنه غير معروف . وأجيب بأن من حفظ حجة على من لم يحفظ . ونقل الشيخ إسماعيل عن شرح الطحاوى زيادة « وبالحق نطقت » (قوله بزازية) كذا نقله فى النهر ولم أره فيها ، فلتراجع نسخة أخرى ، نعم رأيت فيها سمع وهو يمشى ، فالأفضل أن يقف للإجابة ليكون فى مكان واحد اهـ (قوله ولم يذكر الخ) هو لصاحب النهر .

هل يستمر إلى فراغه أو يجاب ، ولو لم يجبه حتى فرغ لم أره . وينبغى تداركه إن قصر الفصل ، ويدعو عند فراغه بالوسيلة لرسول الله صلى الله عليه وسلم (ولو كان فى المسجد حين سمعه ليس عليه الإجابة ، ولو كان خارجه أجاب) بالمشى إليه (بالقدم ، ولو أجاب باللسان لابه لا يكون مجيبا) وهذا (بناء على أن الإجابة المطلوبة بقدمه لابلسانه) كما هو قول الحلوانى ، وعليه (فيقطع قراءة القرآن لو) كان يقرأ (بمنزله ، ويجيب) لو أذان مسجده كما يأتى (ولو بمسجد لا)

قلت : ويحتمل أن يراد بالقيام الإجابة بالقدم . وقد أخرج السيوطى عن أبى نعيم فى الحلية بسند فيه مقال « إذا سمعتم النداء فقوموا فإنها عزمة من الله » قال شارحه المناوى : أى اسعوا إلى الصلاة ، أو المراد بالنداء الإقامة . والعزمة بالفتح : الأمر (قوله لم أره الخ) البحث لصاحب البحر ، وصرح به ابن حجر فى شرح المنهاج ، حيث قال : فلو سكت حتى فرغ كل الأذان ثم أجاب قبل فاصل طويل كفى فى أصل سنة الإجابة كما هو ظاهر اه .

واستفيد من هذا أن المجيب لايسبق المؤذن بل يعقب كل جملة منه بجملة منه . قال فى الفتح : وفى حديث عمر بن أبى أمامة التنصيص على ذلك اه .

قلت : وظاهره أنه لاتكفى المقارنة ، لأن الجواب يعقب الكلام بخلاف متابعة المقتدى للإمام الخ (قوله ويدعو الخ) أى بعد أن يصلى على النبى صلى الله عليه وسلم ، لما رواه مسلم وغيره « إذا سمعتم المؤذن فقولوا مثل ما يقول ثم صلوا على ، فإنه من صلى على صلاة صلى الله عليه بها عشرا ثم سلوا لى الوسيلة فإنها منزلة فى الجنة لا تنبغى إلا لعبد مؤمن من عباد الله ، وأرجو أن أكون أنا هو ، فمن سأل الله لى الوسيلة حلت له الشفاعة » وروى البخارى وغيره « من قال حين يسمع النداء : اللهم رب هذه الدعوة التامة والصلاة القائمة آت محمدا الوسيلة والفضيلة ، وابعثه مقاما محمودا الذى وعدته حلت له شفاعتى يوم القيامة » وزاد البيهقى فى آخره « إنك لاتخلف الميعاد » وتمامه فى الإمداد والفتح . قال ابن حجر فى شرح المنهاج : وزيادة والدرجة الرفيعة وختمه بيا أرحم الراحمين لا أصل لهما اه .

[تتمة] يستحب أن يقال عند سماع الأولى من الشهادة : صلى الله عليك يارسول الله ، وعند الثانية منها : قرت عينى بك يارسول الله ، ثم يقول : اللهم متعنى بالسمع والبصر بعد وضع ظفرى الإبهامين على العينين فإنه عليه السلام يكون قائدا له إلى الجنة ، كذا فى كنز العباد اه قهستانى ، ونحوه فى الفتاوى الصوفية . وفى كتاب الفردوس « من قبل ظفرى إبهامه عند سماع أشهد أن محمدا رسول الله فى الأذان أنا قائده ومدخله فى صفوف الجنة » وتمامه فى حواشى البحر للرملى عن المقاصد الحسنة للسخاوى ، وذكر ذلك الجراحى وأطال ، ثم قال : ولم يصح فى المرفوع من كل هذا شىء . ونقل بعضهم أن القهستانى كتب على هامش نسخته أن هذا مختص بالأذان ، وأما فى الإقامة فلم يوجد بعد الاستقصاء التام والتتبع (قوله ولو كان فى المسجد الخ) هو مقابل قوله بأن يقول كمقالته ط (قوله أجاب بالمشى إليه) أى لئلا تفوته الجماعة فيأثم كما قررناه آنفا فافهم (قوله وهذا) راجع إلى قوله ولو كان فى المسجد الخ ح (قوله المطلوبة) أى طلب إيجاب كما قدمه (قوله لابلسانه) أى لأن الإجابة به مندوبة على هذا القول كما مر (قوله فيقطع قراءة القرآن) الظاهر أن المراد المسارعة للإجابة وعدم القعود لأجل القراءة لإخلال القعود بالسعى الواجب . وإلا فلا مانع من القراءة ماشيا ، إلا أن يراد يقطعها ندبا للإجابة باللسان أيضا ، لكن لايناسبه التفريع ولا قوله ولو بمسجد لا . لما علمت من أن الحلوانى قائل بندبها باللسان فافهم (قوله ويجيب) أى بالقدم (قوله لو أذان مسجده كما يأتى) أى عن التاترخانية ، وهذا ساقط من بعض النسخ (قوله ولو بمسجد لا)

لأنه أجاب بالحضور ، وهذا متفرع على قول الحلوانى ،وأما عندنا فيقطع ويجيب بلسانه مطلقا ، والظاهر وجوبها باللسان لظاهر الأمر فى حديث « إذا سمعتم المؤذن فقولوا مثل ما يقول » كما بسط فى البحر ،وأقره المصنف ،وقواه فى النهر ناقلا عن المحيط وغيره ؛ بأنه على الأول لا يرد السلام ولا يسلم ولايقرأ بل يقطعها ويجيب ، ولا يشتغل بغير الإجابة . قال : وينبغى أن لايجيب بلسانه اتفاقا فى الأذان بين يدى الخطيب ؛ وأن يجيب بقدمه اتفاقا فى الأذان الأول يوم الجمعة لوجوب السعى بالنص . وفى التاترخانية إنما يجيب أذان مسجده . وسأل ظهير الدين عمن سمعه فى آن من جهات ماذا يجب عليه ؟

أى لايجب قطعها بالمعنى الذى ذكرناه آنفا ، فلا ينافى ماقدمه من أن إجابة اللسان مندوبة عند الحلوانى فافهم (قوله وهذا متفرع على قول الحلوانى) تكرار محض مع قوله وعليه فيقطع الخ ط (قوله والظاهر وجوبها باللسان الخ) كذا قاله فى فتح القدير معللا بأنه لم تظهر قرينة تصرف الأمر عن الوجوب . ونازعه فى شرح المنية بما فى آخر الحديث ، من قوله عليه الصلاة والسلام « ثم صلوا علىّ فإن من صلى علىّ الخ » لأن مثله من الترغيبات فى الثواب يستعمل فى المستحب غالبا اه :

أقول : فيه نظر ، لأن ما ذكر إنما هو للصلاة وسؤال الوسيلة لإجابة المدعى وجوبها ، والقران فى النظم لايوجد القران فى الحكم كما تقرر فى الأصول ، نعم أخرج الإمام أبو جعفر الطحاوى فى كتابه [شرح الآثار] بسنده إلى عبد الله رضى الله عنه قال « كنا مع النبى صلى الله عليه وسلم فى بعض أسفاره فسمع مناديا وهو يقول : الله أكبر الله أكبر ، فقال صلى الله عليه وسلم على الفطرة ، فقال أشهد أن لا إله إلا الله ، فقال صلى الله عليه وسلم خرج من النار » فابتدرناه فإذا صاحب ماشية أدركته الصلاة فنادى بها . قال أبو جعفر : فهذا رسول الله صلى الله عليه وسلم قال غير ما قال المنادى ، فدل أن الأمر للاستحباب والندب كأمره بالدعاء فى أدبار الصلوات ونحوه اه فهذه قرينة صارفة للأمر عن الوجوب ، وبه تأيد ما صرح به جماعة من أصحابنا . من عدم وجوب الإجابة باللسان وأنها مستحبة . وهذا ظاهر فى ترجيح قول الحلوانى ، وعليه مشى فى الخانية والفيض . ويدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم « إذا سمعت النداء فأجب داعى الله » وفى رواية « فأجب ، وعليك السكينة » ويكفى فى ترجيحه الأدلة على وجوب الجماعة ، فإنك علمت أن قول الحلوانى مبنى على أن الإجابة لقصد الجماعة . والذى ينبغى تحريره فى هذا المحل أن الإجابة باللسان مستحبة وأن الإجابة بالقدم واجبة إن لزم من تركها تفويت الجماعة ، وإلا بأن أمكنه إقامتها بجماعة ثانية فى المسجد أول بيته لاتجب ، بل تستحب مراعاة لأول الوقت والجماعة الكثيرة فى المسجد بلا تكرار ، هذا ما ظهر لى (قوله بأنه) متعلق بقواه ؛ ولو قال وفرع عليه فى النهر بأنه على الأول الخ لكان أولى ط :

أقول : نعم قواه فى النهر بما أورده على قول الحلوانى من الإشكال بلزوم الأداء فى أول الوقت وفى المسجد ، وقد علمت اندفاعه (قوله على الأول) أى القول بوجوب الإجابة باللسان (قوله لايرد السلام) لم أره فى النهر ، وإنما رأيته فى البحر . وقال فى المعراج : وفى التحفة : وينبغى للسامع أن لايتكلم ولا يشتغل بشىء فى حالة الأذان والإقامة ولا يرد السلام أيضا ، لأن الكل يخل بالنظم اه .

أقول : يظهر من هذا أن قوله لايرد السلام ليس للوجوب ، وأنه يتفرع على القولين وإلا لزم وجوب ذلك فى الإقامة مع أن أصل إجابة الإقامة مستحبة كما يأتى فضلا عن وجوب ما ذكر فيها ، لأنه لاينافى الإجابة ، فإنه يمكن أن يجيب ثم يرد السلام ، أو يسلم مثلا عند سكتات المؤذن ، لكنه لاينبغى لأنه يخل بالنظم . لأن المشروع

قال : إجابة أذان مسجده بالفعل (ويجيب الإقامة) ندبا إجماعا (كالأذان) ويقول عند: قد قامت الصلاة : أقامها الله وأدامها (وقيل لا) يجيبها ، وبه جزم الشمنى .

[فروع] صلى السنة بعدالإقامة أوحضر الإمام بعدها لايعيدها بزازية . وينبغى إن طال الفصل أو وجد مايعد قاطعا كأكل أن تعاد .

دخل المسجد والمؤذن يقيم قعد إلى قيام الإمام فى مصلاه .

رئيس المحلة لاينتظر مالم يكن شريرا والوقت متسع .

يكره له أن يؤذن فى مسجدين .

ولاية الأذان والإقامة لبانى المسجد مطلقا وكذا الإمامة لو عدلا .

إجابة لاحشو فيها . ولعله إنما لم يجب رد السلام وإن قلنا إنه لاينال الإجابة أو قلنا بعدم وجوبها لأن السلام عليه فى هذه الحالة غير مشروع كالسلام على القارئ والمؤذن ، فلذا لم يجب رده كما قدمناه (قوله قال) أى فى النهر (قوله إنما يجيب أذان مسجده) أى بالقدم ، وهو متفرع على قول الحلوانى كما أشار إليه الشارح سابقا بقوله كما يأتى ط (قوله قال إجابة أذان مسجده بالفعل) قال فى الفتح : وهذا ليس مما نحن فيه ، إذ مقصود السائل: أى مؤذن يجيب باللسان استحبابا أو وجوبا ، والذى ينبغى إجابة الأول سواء كان مؤذن مسجده أو غيره ، فإن سمعهم معا أجاب معتبرا كون إجابته لمؤذن مسجده ، ولو لم يعتبر ذلك جاز ، وإنما فيه مخالفة الأولى اهـ ملخصا .

أقول : والظاهر أن عدول الإمام ظهير الدين إلى ما قال من باب أسلوب الحكيم ميلا منه إلى مذهب الحلوانى، ثم رأيت الرحمتى أجاب بذلك (قوله إجماعا) قيد لقوله ندبا : أى إن القائلين بإجابتها أجمعوا على الندب ولم يقل أحد منهم بالوجوب كما قيل فى الأذان ، فلا ينافى قوله وقيل لا فافهم (قوله ويقول الخ) أى كما رواه أبو داود بزيادة « ما دامت السموات والأرض ، وجعلنى من صالحى أهلها » (قوله وبه جزم الشمنى) حيث قال : ومن سمع الإقامة لا يجيب ، ولا بأس أن يشتغل بالدعاء اهـ . ويمكن حمله على نفى الوجوب بدليل قول الخلاصة ليس عليه جواب الإقامة أو المراد إذا سمع قد قامت الصلاة لايجيب بلفظها ، أفاده الشيخ إسمعيل (قوله وينبغى الخ) البحث لصاحب النهر .

أقول : قال فى آخر شرح المنية : أقام المؤذن ولم يصل الإمام ركعتى الفجر يصليهما ولا تعاد الإقامة ، لأن تكرارها غير مشروع إذا لم يقطعها قاطع من كلام كثير أو عمل كثير مما يقطع المجلس فى سجدة التلاوة اهـ (قوله قعد) ويكره له الانتظار قائما ، ولكن يقعد ثم يقوم إذا بلغ المؤذن حى على الفلاح انتهى هندية عن المضمرات (قوله فى مسجدين) لأنه إذا صلى فى المسجد الأول يكون متنفلا بالأذان فى المسجد الثانى . والتنفل بالأذان غير مشروع ، ولأن الأذان للمكتوبة وهو فى المسجد الثانى يصلى النافلة ، فلا ينبغى أن يدعو الناس إلى المكتوبة وهو لايساعدهم فيها اهـ بدائع (قوله مطلقا) أى عدلا أولا . وفى الأشباه : ولد البانى وعشيرته أولى من غيرهم اهـ . وسيجىء فى الوقف أن القوم إذا عينوا مؤذنا وإماما وكان أصلح مما نصبه البانى فهو أولى ، وذكره فى الفتح عن النوازل وأقره اهـ مدنى .

الأفضل كون الإمام هو المؤذن . وفى الضياء « أنه عليه الصلاة والسلام أذن فى سفر بنفسه وأقام وصلى الظهر » وقد حققناه فى الخزائن .

باب شروط الصلاة

هى ثلاثة أنواع :

شرط انعقاد : كنية ، وتحريمة ، ووقت ، وخطبة . وشرط دوام ، كطهارة وستر عورة ، واستقبل قبلة . وشرط بقاء ، فلا يشترط فيه تقدم ولا مقارنة بابتداء الصلاة وهو القراءة ، فإنه ركن فى نفسه شرط فى غيره

مطلب هل باشر النبى صلى الله عليه وسلم الأذان بنفسه ؟

(قوله الأفضل الخ) أى لقول عمر رضى الله عنه : لولا الخليفى لأذنت : أى مع الإمامة كما قدمناه . وفى السراج أن أبا حنيفة كان يباشر الأذان والإقامة بنفسه (قوله وقد حققناه فى الخزائن) حيث قال بعد ماهنا : هذا ، وفى شرح البخارى لابن حجر ٧ ومما يكثر السؤال عنه : هل باشر النبى صلى الله عليه وسلم الأذان بنفسه . وقد أخرج الترمذى « أنه عليه الصلاة والسلام أذن فى سفر وصلى بأصحابه » وجزم به النووى وقواه ، ولكن وجد فى مسند أحمد من هذا الوجه « فأمر بلالا فأذن » فعلم أن فى رواية الترمذى اختصارا . وأن معنى قوله ، أذن أمر بلالا كما يقال أعطى الخليفة العالم الفلانى كذا وإنما باشر العطاء غيره اهـ .

باب شروط الصلاة

أى شروط جوازها وصحتها ، لاشروط الوجوب : كالتكليف والقدرة والوقت . ولا شرط للوجود كالقدرة المقارنة للفعل ، والمراد أيضا الشروط الشرعية لا العقلية كالحياة للعلم ، ولا الجعلية كدخول الدار المعلق به الطلاق (قوله هى ثلاثة أنواع الخ) كذا قرره فى السراج .

وبيان ذلك أن شرط الانعقاد ما يشترط وجوده فى ابتداء الصلاة متقدما عليها أو مقارنا لها سواء استمر إلى آخرها أم لا ، فالوقت والخطبة متقدمان عليها ، والنية والتحريمة مقارنان لها . وأما شرط الدوام فهو مايشترط وجوده فى ابتداء الصلاة مستمرا إلى آخرها . وأما شرط البقاء فقد فسره فى السراج بما يشترط وجوده حالة البقاء ولا يشترط فيه التقدم ولا المقارنة اهـ أى فقد يوجد فيه التقدم والمقارنة ، وقد لايوجد .

ولا يخفى أن هذه الأقسام متداخلة وبينها عموم وخصوص مطلق ، فتجتمع فى الطهارة والستر والاستقبال فإنها من حيث اشتراط وجودها فى ابتداء الصلاة شرط انعقاد ، ومن حيث اشتراط دوامها أيضا شرط دوام ، ومن حيث اشتراط وجودها فى حالة البقاء شرط بقاء ، وتجتمع أيضا فى الوقت بالنسبة إلى صلاة الصبح والجمعة والعيدين فإنه يشترط فى ابتدائها وانتهائها وحالة البقاء ، حتى لو خرج قبل تمامها بطلت . وينفرد شرط الانعقاد عن شرط الدوام وعن شرط البقاء فى الوقت بالنسبة إلى بقية الصلوات فإنه شرط انعقاد فقط إذ لايشترط دوامه ولا وجوده حالة البقاء . وينفرد شرط البقاء فى القراءة فإنه يحدث فى أثنائها ويستمر إلى انتهائها ، ومثلها رعاية الترتيب فى فعل غير مكرر كالقعدة الأخيرة ، حتى لو تذكر سجدة صلبية أو تلاوية فأتى بها بعد القعدة لزمه إعادتها (قوله فإنه ركن فى نفسه الخ) كذا فى القهستانى . واعترض بأن الركن ما كان داخل الماهية ، والشرط ما كان خارجا عنها وبينهما تناف . ولاوجه لتخصيص كونه شرطا فى غيره بسبب وجوده فى كل الأركان تقديرا ، لأن كل

لوجوده فى كل الأركان تقديرا ، ولذا لم يجز استخلاف الأمى .

ثم الشرط لغة العلامة اللازمة . وشرعا مايتوقف عليه الشيء ولا يدخل فيه (هى) ستة (طهارة بدنه) أي جسده لدخول الأطراف فى الجسد دون البدن فليحفظ (من حدث) بنوعيه ، وقدمه لأنه أغلظ (وخبث) مانع كذلك (وثوبه) وكذا مايتحرك بحركته أو يعد حاملا له كصبي عليه نجس إن لم يستمسك بنفسه منع وإلا لا

ركن كذلك ، نعم قسموا الركن إلى أصلي وزائد ، وهو ماقد يسقط بلا ضرورة ، ومثلوا له بالقراءة فإنها تسقط عن المقتدى فسميت ركنا فى حالة وزائدا فى حالة أخرى ، لأن الصلاة ماهية اعتبارية فيجوز أن يعتبرها الشارع تارة بأركان وأخرى بأقل منها (قوله لو جوده) أى القراءة وذكر باعتبار الشرط ، وهو علة لكونه شرطا ط (قوله لم يجز استخلاف الأمى) أى ولو فى التشهد لعدم وجود الشرط فيه . ولا يقال : إنه مفقود فى المأموم، لأنه موجود حكما ، لأن قراءة الإمام له قراءة ط (قوله ثم الشرط الخ) أى بالسكون وجمعه شروط ، وأما بالفتح فجمعه أشراط ، ومنه — فقد جاء أشراطها — وقد فسر الأول فى القاموس بإلزام الشيء والتزامه فى البيع ونحوه ، والثانى بالعلامة ؛ ومقتضاه أن الأول لايفسر لغة بالعلامة وهو ظاهر الصحاح أيضا ، والمنقول فى كتب الفقه عن اللغة خلافه ، ولعل الفقهاء وقفوا على تفسيره بذلك ، وبعضهم عبر بالشرائط . واعترض بأنه جمع شريطة : وهى مشقوقة الأذن . ووقع فى النهر(١) هنا وهم فاجتنبه (قوله ولايدخل فيه) اعلم أن المتعلق بالشيء إما أن يكون داخلا فى ماهيته فيسمى ركنا كالركوع فى الصلاة ، أو خارجا عنه ؛ فإما أن يؤثر فيه كعقد النكاح للحل فيسمى علة ، أولا يؤثر ؛ فإما أن يكون موصلا إليه فى الجملة كالوقت فيسمى سببا ، أو لايوصل إليه ؛ فإما أن يتوقف الشيء عليه كالوضوء للصلاة فيسمى شرطا أو لايتوقف كالأذان فيسمى علامة كما بسطه البرجندى ، فكان عليه أن يزيد ولا يؤثر فيه ولا يوصل إليه فى الجملة إسمعيل (قوله هى ستة) ذكر القهستانى أنها أكثر من عشرة : فإن منها القراءة على مامر ، وتقديمها على الركوع ، والركوع على السجود ، ومراعاة مقام الإمام والمقتدى ، وعدم تذكر الفائتة لذى ترتيب ، وعدم محاذاة امرأة اه . قلت : وكذا منها الوقت كما مر :

قال فى الإمداد : وقد ترك ذكره فى عدة من المعتبرات كالقدورى والمختار والهداية والكنز مع ذكرهم له أول كتاب الصلاة ، وكان ينبغى لهم ذكره هنا ليتنبه المتعلم على أنه من الشروط كما فى مقدمة أبى الليث ومنية المصلى ، وكذا يشترط اعتقاد دخوله ؛ فلو شك لم تصح صلاته وإن ظهر أنه قد دخل اه (قوله لدخول الأطراف الخ) علة لتفسير البدن بالجسد تفسير مراد ، لأن البدن اسم لما سوى الرأس والأطراف كاليدين والرجلين (قوله لأنه أغلظ) لأنه ليس له قليل يعفى عنه بخلاف الخبث . قال ط : وإنما صرف الماء الكافى لأحدهما للخبث لأجل تحصيل الطهارتين : المائية فى الخبث ، والترابية فى الحدث (قوله كذلك) أى بنوعيه : وهما الغليظة والخفيفة ح (قوله وثوبه) أراد مالابس البدن ، فدخل القلنسوة والخف والنعل ط عن الحموى (قوله وكذا ما) أى شيء متصل به يتحرك بحركته كمنديل طرفه على عنقه وفى الآخر نجاسة مانعة إن تحرك موضع النجاسة بحركات الصلاة منع وإلا ، بخلاف مالم يتصل كبساط طرفه نجس وموضع الوقوف والجبهة طاهر فلا يمنع مطلقا أفاده ح عن الشرنبلالى (قوله كصبى) أى وكسقف وظلة وخيمة نجسة تصيب رأسه إذا وقف (قوله إن لم يستمسك) الأولى حذف إن وجوابها لأنه تمثيل للمحمول ، فحق التعبير أن يقول كصبى عليه نجس لايستمسك بنفسه ط (قوله وإلا لا) أى

---

(١) (قوله ووقع فى النهر الخ) أى حيث قال الشروط جمع شرط محركا ، بمعنى العلامة لغة اه منه .

كجنب وكلب إن شد فمه فى الأصح (ومكانه) أى موضع قدميه أو إحداهما إن رفع الأخرى وموضع سجوده اتفاقا فى الأصح، لا موضع يديه وركبتيه على الظاهر إلا إذا سجد على كفه كماسيجىء (من الثانى) أى الخبث، لقوله تعالى — وثيابك فطهر — فبدنه ومكانه أولى

وإن كان يستمسك بنفسه لايمنع لأن حمل النجاسة حينئذ ينسب إليه لا إلى المصلى (قوله كجنب) تنظير لا تمثيل، أى فإن الجنابة أيضا تنسب إلى المحمول لا إلى المصلى، ولو كان تمثيلا للزم اشتراط أن يكون الجنب مستمسكا بنفسه بأن لايكون زمنا مثلا مع أنه غير نجس حقيقة، فلو حمل المصلى جنبا لا يمنع صلاته مطلقا، لأن نجاسته حكمية فافهم (قوله وكلب إن شد فمه) لو قال وكلب إن لم يسل منه مايمنع الصلاة لكان أولى، لأنه لو علم عدم السيلان أو سال منه دون القدر المانع لايبطل الصلاة وإن لم يشد فمه أفاده ح، وقدمنا نحوه قبيل فصل البئر عن الحلية، ويؤيده مافى البحر عن الظهيرية: لو جلس على المصلى صبى ثوبه نجس وهو يستمسك بنفسه أو حمام نجس جازت صلاته، لأن الذى على المصلى مستعمل للنجس، فلم يصر المصلى حاملا للنجاسة اهـ.

أقول: والظاهر أن مسألة الكلب مبنية على أرجح التصحيحين، من أنه ليس بنجس العين، بل هو طاهر الظاهر كغيره من الحيوانات سوى الخنزير فلا ينجس إلا بالموت ونجاسة باطنه فى معدنها فلا يظهر حكمها كنجاسة باطن المصلى؛ كما لو صلى حاملا بيضة مذرة صار محها(١) دما جاز، لأنه فى معدنه، والشىء مادام فى معدنه لايعطى له حكم النجاسة، بخلاف مالو حمل قارورة مضمومة(٢) فيها بول فلا تجوز صلاته لأنه فى غير معدنه كما فى البحر عن المحيط (قوله فى الأصح) رد لمن يقول بمنع الصلاة مطلقا كما فى البحر، وكأنه مبنى على نجاسة عينه اهـ ح (قوله ومكانه) فلا تمنع النجاسة فى طرف البساط ولو صغيرا فى الأصح؛ ولو كان رقيقا وبسطه على موضع نجس، إن صلح ساترا للعورة تجوز الصلاة كما فى البحر عن الخلاصة.

وفى القنية: لو صلى على زجاج يصف ماتحته قالوا جميعا يجوز اهـ. وأما لو صلى على لبنة أو آجرة أو خشبة غليظة أو ثوب مخيط مضرب أو غير مضرب فسيأتى الكلام عليه فى باب مفسدات الصلاة إن شاء الله تعالى (قوله أى موضع قدميه) هذا باتفاق الروايات بحر، وأفاد أنه لو كانت تقع ثيابه على أرض نجسة عند السجود لايضر (قوله إن رفع الأخرى) أى التى تحتها نجاسة مانعة (قوله اتفاقا فى الأصح) وفى رواية عن الإمام: لايشترط طهارة موضع السجود اهـ ح أى بناء على رواية جواز الاقتصار على الأنف فى السجود، فلا يشترط طهارة موضع الأنف، لأنه أقل من الدرهم كما فى شرح المنية، لكن لو سجد على نجس؛ فعندهما تفسد الصلاة، وعند أبى يوسف تفسد السجدة، فإذ أعادها على طاهر صحت عنده لا عندهما، والأولى ظاهر الرواية كما فى الحلية (قوله على الظاهر) أى ظاهر الرواية كما فى البحر، لكن قال فى منية المصلى: قال فى العيون: هذه رواية شاذة اهـ. وفى البحر: واختار أبو الليث أن صلاته تفسد، وصححه فى العيون اهـ. وفى النهر: وهو المناسب لإطلاق عامة المتون، وأيده بكلام الخانية. قلت: وصححه فى متن المواهب ونور الإيضاح والمنية وغيرها، فكان عليه المعول. وقال فى شرح المنية: وهو الصحيح، لأن اتصال العضو بالنجاسة بمنزلة حملها وإن كان وضع ذلك العضو ليس بفرض (قوله إلا إذا سجد على كفه) فيشترط طهارة ماتحته لأنه موضع يده بل لأنه موضع السجود ط أى كما إذا سجد على كمه وتحته نجاسة (قوله كماسيجىء) أى فى سنن الصلاة ح (قوله من الثانى) زيادة توضيح. قال فى النهر: ولم يذكره

---

(١) (قوله محها) المح بالضم وبالحاء المهملة: خالص كل شىء، وصفرة البيض كالمحة، أو مافى البيض كله اهـ قاموس اهـ منه.

(٢) (قوله مضمومة) هكذا بخطه بالضاد المعجمة، وصوابه بالصاد المهملة: أى مسدودة بالصمام بالكسر، كما يؤخذ من القاموس اهـ مصححه.

لأنهما ألزم (و) الرابع (ستر عورته) ووجوبه عام ولو فى الخلوة على الصحيح إلالغرض صحيح ، وله لبس ثوب نجس فى غيرصلاة (وهى للرجل ماتحت سرته إلى ما تحت ركبته) وشرط أحمد ستر أحد منكبيه أيضا . وعن مالك هى القبل والدبر فقط (وماهوعورة منه عورة من الأمة) ولوخنثى أومدبرة أومكاتبة أوأم ولد (مع ظهرها وبطنها

فى الكنز، لأن طهارة الثوب والمكان من حدث لايخطرببال ، ولذا قدم قوله من حدث وخبث : إذلوأخره لاقتضى أن يكون قيدا فى الكل اه (قوله لأنهما ألزم) أى أشد ملازمة للمصلى من الثوب ، لأنه يمكن أن يصلى بدونه :

مطلب فى ستر العورة

(قوله والرابع ستر عورته) أى ولو بما لا يحل لبسه كثوب حرير وإن أثم بلا عذر ، كالصلاة فى الأرض المغصوبة ، وسيذكر شروط الستر والساتر (قوله ووجوبه عام) أى فى الصلاة وخارجها (قوله ولو فى الخلوة) أى إذا كان خارج الصلاة يجب الستر بحضرة الناس إجماعا وفى الخلوة على الصحيح . وأما لو صلى فى الخلوة عريانا ولو فى بيت مظلم وله ثوب طاهر لا يجوز إجماعا كما فى البحر : ثم إن الظاهر أن المراد بما يجب ستره فى الخلوة خارج الصلاة هو مابين السرة والركبة فقط ، حتى إن المرأة لايجب عليها ستر ماعدا ذلك وإن كان عورة يدل عليه مافى باب الكراهية من القنية ، حيث قال : وفى غريب الرواية يرخص للمرأة كشف الرأس فى منزلها وحدها ، فأولى لها لبس خمار رقيق يصف ماتحته عند محارمها اه لكن هذا ظاهر فيما يحل نظره للمحارم أما غيره كبطنها وظهرها هل يجب ستره فى الخلوة ؟ محل نظر ، وظاهر الإطلاق نعم فتأمل (قوله على الصحيح) لأنه تعالى وإن كان يرى المستور كما يرى المكشوف لكنه يرى المكشوف تاركا للأدب والمستور متأدبا ، وهذا الأدب واجب مراعاته عند القدرة عليه . هذا ، وماذكره الزيلعى من أن عامتهم لم يشترطوا الستر عن نفسه فذاك فى الصلاة كما يأتى بيانه عند ذكر المصنف له ، فليس فيه تصحيح لخلاف ماهنا فافهم (قوله إلا لغرض صحيح) كتغوط واستنجاء. وحكى فى القنية أقوالا إلا فى تجرده للاغتسال منفردا : منها أنه يكره ، ومنها أنه يعذر إن شاء الله ، ومنها لا بأس به ، ومنها يجوز فى المدة اليسيرة ، ومنها يجوز فى بيت الحمام الصغير (قوله وله لبس ثوب نجس الخ) نقله فى البحر عن المبسوط ، ثم ذكر أنه فى البغية تلخيص القنية ذكر فيه خلافا . قال ط : ولم يتعرض لحكم تلويثه بالنجاسة . والظاهر أنه مكروه لأنه اشتغال بما لايفيد ، وإذا كان مفسدا للثوب حرم ، وما فى ح لا يعول عليه اه وقد مر فى الاستنجاء كراهته بخرقة متقومة فبالثوب أولى ، فتلويثه بلا حاجة أشد فى الأولوية (قوله للرجل) احتراز عن المرأة الأمة والحرة ، وعن الصبى كما سيأتى (قوله ماتحت سرته) هو ماتحت الخط الذى يمر بالسرة ويدور على محيط بدنه بحيث يكون بعده عن مواقعه فى جميع جوانبه على السواء ، كذا فى البرجندى اه إسمعيل ؛ فالسرة ليست من العورة درر (قوله إلى ماتحت ركبته) نادما ، لما قيل : إن تحت من الظروف التى لاتتصرف حموى ، فالركبة من العورة لرواية الدارقطنى « ماتحت السرة إلى الركبة من العورة » لكنه محتمل ، والاحتياط فى دخول الركبة ، ولحديث على رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الركبة من العورة » وتمامه فى شرح المنية (قوله وشرط أحمد الخ) هو شرط عنده فى صلاة الفرض لرواية الصحيحين « لايصلى الرجل فى الثوب الواحد ليس على عاتقه منه شىء » وعندنا ستر المنكبين مستحب (قوله ولو خنثى) قال فى النهر : الخنثى المشكل الرقيق كالأمة ، والحر كالحرة (قوله أو مكاتبة) ومثلها المستسعاة التى أعتق بعضها عند الإمام ح (قوله مع ظهرها وبطنها) البطن : مالان من المقدم ، والظهر مايقابله من المؤخر كذا فى الخزائن . وقال الرحمتى : الظهر ماقابل البطن من تحت الصدر إلى السرة جوهرة : أى فما حاذى الصدر ليس من الظهر

و) أما (جنبها) فتبع لها، ولو أعتقها مصلية ، إن استترت كما قدرت صحت وإلا لأعلمت بعتقه أولا على المذهب . قال : إن صليت صلاة صحيحة فأنت حرة قبلها فصلت بلا قناع ينبغي إلغاء القبلية ووقوع العتق كما رجحوه فى الطلاق الدورى (وللحرة) ولو خنثى (جميع بدنها) حتى شعرها النازل فى الأصح (خلا الوجه والكفين) فظهر الكف عورة على المذهب (والقدمين)

الذى هو عورة اه . ومقتضى هذا أن الصدر وماقابله من الخلف ليس من العورة وأن الثدى أيضا غير عورة ، وسيأتى فى الحظر والإباحة أنه يجوز أن ينظر من أمة غيره ماينظر من محرمه ، ولا شبهة أنه يجوز النظر إلى صدر محرمه وثديها ، فلا يكون عورة منها ولا من الأمة ، ومقتضى ذلك أنه لايكون عورة فى الصلاة أيضا ، لكن فى التاترخانية : لوصلت الأمة ورأسها مكشوفة جازت بالاتفاق ، ولوصلت وصدرها وثديها مكشوف لايجوز عند أكثر مشايخنا اه . وقد يقال : إن صدر الأمة عورة فى الصلاة لا خارجها ، لكنه مخالف للمذكور فى عامة الكتب من الاقتصار على ذكر البطن والظهر ، وقد مر تفسيرهما ، ولايخفى أن الصدر غيرهما فينبغى أن يكون المعتمد أنه ليس بعورة مطلقا (قوله وأما جنبها) مجرور فى المتن ،فجعله الشارح بإدخال أما مرفوعا على أنه مبتدأ وحينئذ فهو مفرد لامثنى كما فى بعض النسخ وإلا لقال الشارح وأما جنباها اه ح (قوله فتبع لهما) قال فى القنية : الجنب تبع البطن ، ثم رمز وقال : الأوجه أن مايلى البطن تبع له، وما يلى الظهر تبع له اه وقصد الشارح إصلاح عبارة المتن ، فإن ظاهرها يشعر بأن الجنب عضو مستقل مع أنه تبع لغيره وتظهر ثمرة ذلك فيما يأتى . لكن ذكر فى القنية أيضا قبل مامر : لو رفعت يديها للشروع فى الصلاة فانكشف من كميها ربع بطنها أو جنبها لا يصح شروعها اه ومقتضاه أن الجنب عضو مستقل، فهو قول آخر إلا أن تكون أو بمعنى الواو تأمل (قوله كماقدرت) أى فورا قبل أداء ركن بعمل قليل ؛ وقيد بالقدرة، إذ لو عجزت عن الستر لم تبطل صلاتها كما فى البحر (قوله وإلا) بأن سترت بعمل كثير أو بعد ركن لاتصح صلاتها بحر (قوله على المذهب) رد على الزيلعى تبعا للظهيرية حيث قيد الفساد بأداء ركن بعد العلم بالعتق، فإن كثيرا من فروع المذهب من نظائر هذه المسألة تدل على عدم اشتراط العلم كما بسطه فى البحر (قوله ينبغى الخ) أصل البحث لصاحب البحر ، وأقره عليه أخوه صاحب النهر (قوله كما رجحوه فى الطلاق الدورى) وهو أن يقول لامرأته : إن طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثا ، فإذا نجز عليها طلاقا فقد وجد الشرط فيقع الثلاث قبله ، ووقوعها قبله يقتضى عدم وقوعه ، فالقول بوقوعه باطل ؛ فإذا ألغينا القبلية صار كأنه قال إن طلقتك فأنت طالق ثلاثا ، فإذا طلق وقع عليها واحدة بتنجيزه وثنتان من الثلاث بتعليقه ح (قوله حتى شعرها) بالرفع عطفا على جميع ح (قوله النازل) أى عن الرأس ، بأن جاوز الأذن ، وقيد به إذ لا خلاف فيما على الرأس (قوله فى الأصح) صححه فى الهداية والمحيط والكافى وغيرها ، وصحح فى الخانية خلافه مع تصحيحه لحرمة النظر إليه ، وهو رواية المنتقى ، واختاره الصدر الشهيد ، والأول أصح وأحوط كما فى الحلية عن شرح الجامع لفخر الإسلام ، وعليه الفتوى كما فى المعراج (قوله فظهر الكف عورة) قال فى معراج الدراية مانصه : اعترض بأن استثناء الكف لايدل على أن ظهر الكف عورة ، لأن الكف لغة يتناول الظاهر والباطن ، ولهذا يقال ظهر الكف(١) وأجيب بأن الكف عرفا واستعمالا لا يتناول ظهره اه فظهر أن التفريع مبنى على الاستعمال العرفى لااللغوى فافهم (قوله على المذهب)أى ظاهر الرواية . وفى مختلفات قاضيخان

---

(١) (قوله ولهذا يقال ظهر الكف) أى بالإضافة إلى الكف ، وجعل بعضهم الإضافة دليلا على أنه ليس من الكف ، إذ لو كان من الكف لزم إضافة الجزء إلى كله ، وفيه نظر لأنه يقال رأس زيد ويد زيد اه منه .

على المعتمد وصوتها على الراجح وذراعيها على المرجوح (وتمنع) المرأة الشابة (من كشف الوجه بين رجال) لا لأنه عورة بل (لخوف الفتنة) كمسه وإن أمن الشهوة ، لأنه أغلظ ، ولذا ثبت به حرمة المصاهرة كما يأتى

وغيرها أنه ليس بعورة ، وأيده فى شرح المنية بثلاثة أوجه . وقال : فكان هو الأصح وإن كان غير ظاهر الرواية ، وكذا أيده فى الحلية ، وقال : مشى عليه فى المحيط وشرح الجامع لقاضيخان اهـ واعتمده الشرنبلالى فى الإمداد (قوله على المعتمد) أى من أقوال ثلاثة مصححة ، ثانيها عورة مطلقا ، ثالثها عورة خارج الصلاة لا فيها . أقول : ولم يتعرض لظهر القدم . وفى القهستانى عن الخلاصة : اختلفت الروايات فى بطن القدم اهـ وظاهره أنه لا اخـــلاف فى ظاهره ، ثم رأيت فى مقدمة المحقق ابن الهمام المسماة بزاد الفقير قال بعد تصحيح أن انكشاف ربع القدم مانع ، ولو انكشف ظهر قدمها لم تفسد ، وعزاه المصنف التمرتاشى فى شرحها المسمى إعانة الحقير إلى الخلاصة ، ثم نقل عن الخلاصة عن المحيط أن فى باطن القدم روايتين ، وأن الأصح أنه عورة ثم قال : أقول : فاستفيد من كلام الخلاصة أن الخلاف إنما هو فى باطن القدم ؛ وأما ظاهره فليس بعورة بلا خلاف ولهذا جزم المصنف بعدم الفساد بانكشافه ، لكن فى كلام العلامة قاسم إشارة إلى أن الخلاف ثابت فيه أيضا ، فإنه قال بعد نقله : إن الصحيح أن انكشاف ربع القدم يمنع الصلاة ، قال لأن ظهر القدم محل الزينة المنهى عن إبدائها ، قال تعالى — ولا يضربن بأرجلهن ليعلم مايخفين من زينتهن — اهـ كلام المصنف (قوله وصوتها) معطوف على المستثنى يعنى أنه ليس بعورة ح (قوله على الراجح) عبارة البحر عن الحلية أنه الأشبه . وفى النهر وهو الذى ينبغى اعتماده . ومقابله مافى النوال : نغمة المرأة عورة ، وتعلمها القرآن من المرأة أحب . قال عليه الصلاة والسلام « التسبيح للرجال ، والتصفيق للنساء » فلا يحسن أن يسمعها الرجل اهـ : وفى الكافى : ولا تلبى جهرا لأن صوتها عورة ، ومشى عليه فى المحيط فى باب الأذان بحر . قال فى الفتح : وعلى هذا لو قيل إذا جهرت بالقراءة فى الصلاة فسدت كان متجها ، ولهذا منعها عليه الصلاة والسلام من التسبيح بالصوت لإعلام الإمام بسهوه إلى التصفيق اهـ وأقره البرهان الحلبى فى شرح المنية الكبير ، وكذا فى الإمداد ؛ ثم نقل عن خط العلامة المقدسى : ذكر الإمام أبو العباس القرطبى فى كتابه فى السماع : ولا يظن من لا فطنة عنده أنا إذا قلنا صوت المرأة عورة أنا نريد بذلك كلامها ، لأن ذلك ليس بصحيح ، فإنا نجيز الكلام مع النساء للأجانب ومحاورتهن عند الحاجة إلى ذلك ، ولا نجيز لهن رفع أصواتهن ولا تمطيطها ولا تليينها وتقطيعها ، لما فى ذلك من استمالة الرجال إليهن وتحريك الشهوات منهم ، ومن هذا لم يجز أن تؤذن المرأة اهـ . قلت : ويشير إلى هذا تعبير النوازل بالنغمة (قوله وذراعيها) معطوف على المستثنى ح (قوله على المرجوح) قال فى المعراج عن المبسوط : وفى الذراع روايتان ، والأصح أنها عورة اهـ . قال فى البحر : وصحح بعضهم أنه عورة فى الصلاة لا خارجها ، والمذهب مافى المتون لأنه ظاهر الرواية (قوله وتمنع المرأة الخ) أى تنهى عنه وإن لم يكن عورة (قوله بل لخوف الفتنة) أى الفجور بها قاموس أو الشهوة . والمعنى تمنع من الكشف لخوف أن يرى الرجال وجهها فتقع الفتنة ، لأنه مع الكشف قد يقع النظر إليها بشهوة (قوله كمسه) أى كما يمنع الرجل من مس وجهها وكفها وإن أمن الشهوة الخ . قال الشارح فى الحظر والإباحة : وهذا فى الشابة ، أما العجوز التى لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها إن أمن اهـ . ثم كان المناسب فى التعبير ذكر مسألة المس بعد مسألة النظر ، بأن يقول : ولا يجوز النظر إليه بشهوة كمسه وإن أمن الشهوة الخ ، لأن كلا من النظر والمس مما يمنع الرجل عنه ، والكلام فيما تمنع هى عنه (قوله لأنه أغلظ) أى من النظر وهو علة لمنع المس عند أمن الشهوة أى بخلاف النظر فإنه عند الأمن لا يمنع ط (قوله ثبت به)

فى الحظر (ولا يجوز النظر إليه بشهوة كوجه أمرد) فإنه يحرم النظر إلى وجهها ووجه الأمرد إذا شك فى الشهوة ، أما بدونها فيباح ولو جميلا كما اعتمده الكمال : قال : فحل النظر منوط بعدم خشية الشهوة مع عدم العورة . وفى السراج : لا عورة للصغير جدا ، ثم مادام لم يشته فقبل ودبر

أى بالمس المقارن للشهوة ، بخلاف النظر لغير الفرج الداخل ، فلا تثبت به حرمة المصاهرة مطلقا ط (قوله ولا يجوز النظر إليه بشهوة) أى إلا لحاجة كقاض أو شاهد يحكم أو يشهد عليها لا لتحمل الشهادة ، وكخاطب يريد نكاحها فينظر ولو عن شهوة بنية السنة لاقضاء الشهوة ، وكذا مريد شرائها أو مداواتها إلى موضع المرض بقدر الضرورة كما سيأتى فى الحظر ، والتقييد بالشهوة يفيد جوازه بدونها ، لكن سيأتى فى الحظر تقييده بالضرورة وظاهره الكراهة بلا حاجة داعية . قال فى التاترخانية : وفى شرح الكرخى النظر إلى وجه الأجنبية الحرة ليس بحرام ، ولكنه يكره لغير حاجة اهـ (قوله بشهوة) لم أر تفسيرها هنا ، والمذكور فى المصاهرة أنه فيمن ينتشر بالانتشار أو زيادته إن كان موجودا ، وفى المرأة والفانى بميل القلب . والذى تفيده عبارة مسكين فى الحظر أنها ميل القلب مطلقا ، ولعله الأنسب هنا اهـ ط .

قلت : يؤيده ما فى القول المعتبر فى بيان النظر لسيدى عبد الغنى بيان الشهوة التى هى مناط الحرمة أن يتحرك قلب الإنسان ويميل بطبعه إلى اللذة ، وربما انتشرت آلته إن كثر ذلك الميلان ، وعدم الشهوة أن لا يتحرك قلبه إلى شىء من ذلك بمنزلة من نظر إلى ابنه الصبيح الوجه وابنته الحسناء اهـ وسيأتى تمام الكلام على ذلك فى كتاب الحظر والإباحة .

مطلب فى النظر إلى وجه الأمرد

(قوله كوجه أمرد) هو الشاب الذى طر شاربه ولم تنبت لحيته قاموس . قال فى الملتقط : الغلام إذا بلغ مبلغ الرجال ولم يكن صبيحا فحكمه حكم الرجال ، وإن كان صبيحا فحكمه حكم النساء ، وهو عورة من فرقه إلى قدمه . قال السيد الإمام أبو القاسم : يعنى لا يحل النظر إليه عن شهوة . وأما الخلوة والنظر إليه لا عن شهوة لا بأس به ، ولهذا لم يؤمر بالنقاب اهـ .

أقول : وهذا شامل لمن نبت عذاره ، بل بعض الفسقة يفضله على الأمرد خالى العذار . والظاهر أن طرور الشارب وبلوغه مبلغ الرجال غير قيد ، بل هو بيان لغايته وأن ابتداءه من حين بلوغه سنا تشتهيه النساء ، أو لو كان صغيرة لاشتهيت فيه للرجال ، والمراد من كونه صبيحا أن يكون جميلا بحسب طبع الناظر ولو كان أسود ، لأن الحسن يختلف باختلاف الطبائع : ويستفاد من تشبيه وجه المرأة بوجه الأمرد أن حرمة النظر إليه بشهوة أعظم إنما لأن خشية الفتنة به أعظم منها ، ولأنه لا يحل بحال ، بخلاف المرأة كما قالوا فى الزنى واللواطة ، ولذا بالغ السلف فى التنفير منهم وسموهم الأنتان لاستقذارهم شرعا . قال بعضهم : قال ابن القطان : أجمعوا على أنه يحرم النظر إلى غير الملتحى بقصد التلذذ بالنظر وتمتع البصر بمحاسنه . وأجمعوا على جوازه بغير قصد اللذة والناظر مع ذلك آمن الفتنة (قوله فإنه يحرم الخ) أتى بالفاء لأنه دليل على المتن ، لأنه إذا حرم مع الشك فى وجودها ففى وجودها بالفعل أولى ح (قوله كما اعتمده الكمال) أى بناء على مايظهر من عبارته المنقولة عقب هذا بقوله قال الخ ، وكان المناسب أن يقول حيث قال (قوله لا عورة للصغير جدا) وكذا الصغيرة كما فى السراج ، فيباح النظر والمس كما فى المعراج . قال ح : وفسره شيخنا بابن أربع فما دونها ، ولم أدر لمن عزاه اهـ .

ثم تغلظ إلى عشر سنين ، ثم كبالغ . وفى الأشباه : يدخل على النساء إلى خمسة عشر سنة حسب (ويمنع) حتى انعقادها (كشف ربع عضو) قدر أداء ركن بلا صنعه (من) عورة غليظة أو خفيفة

أقول : قد يؤخذ مما فى جنائز الشرنبلالية ونصه : وإذا لم يبلغ الصغير والصغيرة حد الشهوة يغسلهما الرجال والنساء ، وقدره فى الأصل بأن يكون قبل أن يتكلم اهـ (قوله ثم تغلظ) قيل المراد أنه يعتبر الدبر وما حوله من الأليتين ، والقبل وما حوله ، يعنى أنه يعتبر فى عورته ماغلظ من الكبير ، ويحتمل أنهما قبل ذلك من المخفف فالنظر إليهما عند عدم الاشتهاء أخف إليهما من النظر بعد ، وليحرر ط (قوله ثم كبالغ) أى عورته تكون بعد العشرة كعورة البالغين . وفى النهر : كان ينبغى اعتبار السبع لأمرهما بالصلاة إذا بلغا هذا السن اهـ ط .

أقول : سيأتى فى الحظر أن الأمة إذا بلغت حد الشهوة لاتعرض على البيع فى إزار واحد يستر مابين السرة والركبة لأن ظهرها وبطنها عورة اهـ فقد أعطوها حكم البالغة من حين بلوغ حد الشهوة .

واختلفوا فى تقدير حد الشهوة ، فقيل سبع ، وقيل تسع ، وسيأتى فى باب الإمامة تصحيح عدم اعتباره بالسن ، بل المعتبر أن تصلح للجماع ، بأن تكون عبلة ضخمة ، وهذا هو المناسب اعتباره هنا فتدبر (قوله إلى خمسة عشر) صوابه خمس عشرة ، لأن المعدود مؤنث مذكور اهـ ح . ولا يخفى أن الغاية غير داخلة وإلا فهو بالغ بالسن فلا يحل له النظر والدخول لأنه مكلف ، كما لو بلغ بالاحتلام ولو فيما قبل ذلك .

[تتمة] سيأتى فى الحظر أن الذمية كالرجل الأجنبى فى الأصح ، فلا تنظر إلى بدن المسلمة ، وإن كل عضو لايجوز النظر إليه قبل الانفصال لايجوز بعده كشعر عانته وشعر رأسها ، وعظم ذراع حرة ميتة ، وساقها وقلامة ظفر رجلها دون يدها ، وأن النظر إلى ملاءة الأجنبية بشهوة حرام ، وسيأتى تمام الفوائد المتعلقة بذلك هناك (قوله ويمنع الخ) هذا تفصيل ماأجمله بقوله وستر عورته ح (قوله حتى انعقادها) منصوب عطفا على محذوف أى ويمنع صحة الصلاة حتى انعقادها . والحاصل أنه يمنع الصلاة فى الابتداء ، ويرفعها فى البقاء ح (قوله قدر أداء ركن) أى بسنته منية . قال شارحها : وذلك قدر ثلاث تسبيحات اهـ وكأنه قيد بذلك حملا للركن على القصير منه للاحتياط ، وإلا فالقعود الأخير والقيام المشتمل على القراءة المسنونة أكثر من ذلك ، ثم ماذكره الشارح قول أبى يوسف . واعتبر محمد أداء الركن حقيقة ، والأول المختار للاحتياط كما فى شرح المنية ، واحترز عما إذا انكشف ربع عضو أقل من قدر أداء ركن فلا يفسد اتفاقا ، لأن الانكشاف الكثير فى الزمان القليل عفو كالانكشاف القليل فى الزمن الكثير ، وعما إذا أدى مع الانكشاف ركنا فإنها تفسد اتفاقا قال ح : واعلم أن هذا التفصيل فى الانكشاف الحادث فى أثناء الصلاة ، أما المقارن لابتدائها فإنه يمنع انعقادها مطلقا اتفاقا بعد أن يكون المكشوف ربع العضو ، وكلام الشارح يوهم أن قوله قدر أداء ركن قيد فى منع الانعقاد أيضا اهـ (قوله بلا صنعه) فلو به فسدت فى الحال عندهم قنية قال ح : أى وإن كان أقل من أداء ركن اهـ . وفى الخانية إذا طرح المقتدى فى الزحمة أمام الإمام ، أو فى صف النساء أو مكان نجس ، أو حولوه عن القبلة أو طرحوا إزاره ، أو سقط عنه ثوبه ، أو انكشفت عورته ، ففيما إذا تعمد ذلك فسدت صلاته وإن قل ، وإلا فإن أدى ركنا فكذلك ، وإلا فإن مكث بعذر لاتفسد فى قولهم ، وإلا ففى ظاهر الرواية عن محمد تفسد اهـ لكن فى الخانية أيضا مايدل على عدم اشتراط قوله بلا صنع ، فإنه قال لو تحول إلى مكان نجس ، إن لم يمكث على النجاسة قدر أدنى ركن جازت صلاته وإلا فلا ، وكذا فى منية المصلى . قال : وكذا إن رفع نعليه وعليهما قذر مانع إن أدى معهما ركنا فسدت وذكر نحو ذلك فى الحلية عن الذخيرة والبدائع وغيرهما . ثم قال : والأشبه الفساد مع التعمد إلا لحاجة كرفع نعله

على المعتمد (والغليظة قبل ودبر وما حولهما ، والخفيفة ماعدا ذلك) من الرجل والمرأة ، وتجمع بالأجزاء لو فى عضو واحد ، وإلا فبالقدر ؛ فإن بلغ ربع أدناها كأذن منع (والشرط سترها عن غيره) ولو حكما كمكان مظلم

لخوف الضياع مالم يؤد ركنا كما فى الخلاصة ، وتمامه فيما علقناه على البحر (قوله على المعتمد) رد على الكرخى حيث قال : المانع فى الغليظة مازاد على الدرهم قياسا على النجاسة المغلظة ، كذا فى البحر (قوله والغليظة الخ) لايظهر فرق بينها وبين الخفيفة إلا من حيث أن حرمة النظر إليها أشد .

وفى الظهيرية : حكم العورة فى الركبة أخف منه فى الفخذ ، فلو رأى غيره مكشوف الركبة ينكر عليه برفق ولا ينازعه إن لج . وفى الفخذ بعنف ولا يضربه إن لج . وفى السوأة يؤدبه على ذلك إن لج اهـ . قال فى البحر : وهو يفيد أن لكل مسلم التعزير بالضرب فإنه لم يقيده بالقاضى (قوله ماعدا ذلك) أفرد اسم الإشارة وإن تعدد المشار إليه بتأويل المذكور .

[تتمة] أعضاء عورة الرجل ثمانية : الأول الذكر وما حوله . الثانى الأنثيان وما حولهما . الثالث الدبر وما حوله . الرابع والخامس الأليتان . السادس والسابع الفخذان مع الركبتين . الثامن مابين السرة إلى العانة مع مايحاذى ذلك من الجنبين والظهر والبطن .

وفى الأمة ثمانية أيضا : الفخذان مع الركبتين ، والأليتان والقبل مع ماحوله ، والدبر كذلك ، والبطن والظهر مع مايليهما من الجنبين .

وفى الحرة هذه الثمانية ، ويزاد فيها ستة عشر : الساقان مع الكعبين ، والثديان المنكسران ، والأذنان ، والعضدان مع المرفقين ، والذراعان مع الرسغين والصدر ، والرأس ، والشعر ، والعنق ، وظهر الكفين . وينبغى أن يزاد فيها أيضا الكتفان ولا يجعلان مع الظهر عضوا واحداً ، بدليل أنهم جعلوا ظهر الأمة عورة دون كتفيها وكذلك بطنا القدمين عورة فى رواية أى وهى الأصح كماقدمناه عن إعانة الحقير للمصنف ، فتصير ثمانية وعشرين كذا حرره ح .

قلت : وقدمنا عن التاترخانية أن صدر الأمة وثديها عورة ، وقدمنا أيضا عن القنية أن جنبيها عورة مستقلة على أحد قولين ، وعليه فتزاد الأمة خمسة على الثمانية المارة فتصير أعضاؤها ثلاثة عشر ، والله تعالى أعلم (قوله بالأجزاء) المراد بها الكسور المصطلح عليها فى الحساب وهى النصف والربع والثلث الخ . مثاله انكشف ثمن فخذه من موضع وثمن ذلك الفخذ من موضع آخر يجمع الثمن إلى الثمن حسابا فيكون ربعا فيمنع ، ولو انكشف ثمن من موضع من فخذه ونصف ثمن ذلك الفخذ من موضع آخر لايمنع ح (قوله وإلا فبالقدر) أى المساحة ، فإن بلغ المجموع بالمساحة ربع أدناها : أى أدنى الأعضاء المنكشف بعضها ، كما لو انكشف نصف ثمن الفخذ ونصف ثمن الأذن من المرأة فإن مجموعهما بالمساحة أكثر من ربع الأذن التى هى أدنى العضوين المنكشفين ، وهذا التفصيل ذكره ابن ملك فى شرح المجمع موافقا لما فى الزيادات ، وقوله فى البحر أنه تفصيل لادليل عليه ممنوع كما حققه فى النهر . قلت : وعلى هذا التفصيل أعنى اعتبار ربع أدنى الأعضاء المنكشفة لاربع مجموعها مشى فى القنية والحلية وشرح الوهبانية والإمداد وشرح زاد الفقير للمصنف ، خلافا للزيلعى وإن تبعه فى الفتح والبحر فتدبر ، وقد أوضحنا ذلك فيما علقناه على البحر (قوله عن غيره) أى عن رؤية غيره من الجوانب لامن الأسفل ، وقوله ولو حكما : أى ولو كانت الرؤية حكمية ؛ كما فى المكان المظلم أو المكان الخالى فإن العورة فيها مرئية حكما ؛ فيشترط فيها سترها فيه ، ولا يصح كون المعنى ولو كان الستر حكما لأنه يصير المعنى يشترط ستر العورة ولو كان

(لا) سترها (عن نفسه) به يفتى ، فلو رآها من زيقه لم تفسد وإن كره (وعادم ساتر) لايصف ماتحته ، ولا يضر التصاقه وتشكله ولو حريرا أو طينا يبقى إلى تمام صلاة أو ماء كدر إلا صافيا إن وجد غيره .

ذلك الستر المشروط حكما ، وإذا ستر العورة فى الظلمة بثوب كان ذلك سترا حقيقة وحكما لا فى حكم الشرع فقط فافهم (قوله به يفتى) لأنه روى عن أبى حنيفة وأبى يوسف نصا أنه لاتفسد صلاته كما فى المنية وغيرها (قوله فلو رآها من زيقه) أى ولو حكما بأن كان بحيث لو نظر رآها كما فى البحر ، وزيق القميص بالكسر : ماأحاط بالعنق منه قاموس (قوله وإن كره) لقوله فى السراج فعليه أن يزره ، لما روى عن سلمة بن الأكوع قال «كنت يارسول الله أصلى فى قميص واحد . فقال : زره عليك ولو بشوكة» بحر . ومفاده الوجوب المستلزم تركه للكراهة ، ولا ينافيه مامر من نصهما على أنها لاتفسد ، فكان هذا هو المختار ، كما فى شرح المنية ، وتمامه فيما علقناه على البحر (قوله لايصف ماتحته) بأن لايرى منه لون البشرة احترازا عن الرقيق ونحو الزجاج (قوله ولا يضر التصاقه) أى بالألية مثلا ، وقوله وتشكله من عطف المسبب على السبب . وعبارة شرح المنية : أما لو كان غليظا لايرى منه لون البشرة إلا أنه التصق بالعضو وتشكل بشكله فصار شكل العضو مرئيا فينبغى أن لايمنع جواز الصلاة لحصول الستر اه . قال ط : وانظر هل يحرم النظر إلى ذلك المتشكل مطلقا أو حيث وجدت الشهوة ؟ اه . قلت : سنتكلم على ذلك فى كتاب الحظر ، والذى يظهر من كلامهم هناك هو الأول (قوله ولو حريرا) تعميم للساتر . قال فى الإمداد لأن فرض الستر أقوى من منع لبس الحرير فى هذه الحالة (قوله أو ماء كدرا) أى بحيث لاترى منه العورة (قوله إن وجد غيره) قيد فى عدم إجزاء الستر بالصافى ، ومفهومه أنه إن لم يجد غيره وجب الستر به ، وكأنه لأن فيه تقايل الانكشاف اه ح .

قلت : ومفهومه أيضا كما اقتضاه سياق الكلام فى عادم الساتر أنه لا يجوز فى الماء الكدر إذا وجد ساترا مع أن كلام السراج والبحر يفيد الجواز مطلقا ، ثم رأيت صاحب النهر صرح بذلك حيث قال : إن الفرق بين الصافى وغيره يؤذن بأن له ثوبا ، إذ العادم له يستوى فى حقه الصافى وغيره اه لكن قوله يستوى فيه الصافى وغيره فيه نظر ، لأنه إذا جاز الستر بالماء الكدر مع القدرة على ساتر غيره صار ساترا حقيقة فيتعين عند العجز عن ساتر غيره ، لأن الماء الصافى غير ساتر وإلا لجاز عند عدم العجز . هذا ، وذكر فى البحر أنه لايصح تصوير الصلاة فى الماء إلا فى صلاة الجنازة ، وعلله فى النهر بأنه إذا كان له ثوب وصلى فى الماء الكدر لايجوز له الإيماء للفرض : أى لقدرته على أن يصلى خارج الماء بالثوب بركوع وسجود ، لكن قال الشيخ إسمعيل : ولى فى الكلامين نظر لإمكان تصوير ركوعه وسجوده فى الماء الكدر بحيث لايظهر من بدنه شىء إذا سد منافذه ، بل مايفعله الغطاس فى استخراج الغريق أبلغ من ذلك اه .

أقول : إن فرض إمكان ذلك فقد يقال لايبقى ذلك ساترا لأنه حين سجوده وارتفاع الماء فوقه لايصير مستورا ، ويصير كما لو صلى عريانا تحت خيمة مستورة الجوانب كلها أو فى مكان مظلم ، أو كما لو دخل فى كيس مثلا وصلى فيه ، فإن الظاهر أنه لاتصح صلاته بخلاف مالو أخرج رأسه من الكيس وصلى لأنه يصير مستورا ، كما لو وقف فى الماء الكدر ورأسه خارج وصلى على الجنازة . ثم رأيت فى الحاوى والزاهدى من كتاب الكراهية والاستحسان مانصه : والمريض إذا لم يخرج رأسه من اللحاف لايجوز صلاته لأنه كالعارى اه أى إذا صلى تحت اللحاف وهو مكشوف العورة بالإيماء لاتصح لأنه غير مستور العورة ، وهذا يؤيد مابحثناه فى مسألة الكيس ، ولله الحمد .

وهل تكفيه الظلمة ؟ في مجمع الأنهر بحثا ، نعم في الاضطرار لا الاختيار (يصلي قاعدا) كما في الصلاة ، وقيل مادا رجليه (موميا بركوع وسجود ، وهو أفضل من صلاته) قاعدا يركع ويسجد و (قائما) بإيماء أو (بركوع وسجود) لأن الستر أهم من أداء الأركان (ولو أبيح له ثوب) ولو بإعارة (ثبتت قدرته) هو الأصح ، ولو وعد به ينتظر مالم يخف فوت الوقت هو الأظهر كراجي ماء

والحاصل أن الشرط هو ستر عورة المصلي لاستر ذات المصلي ، فمن اختفى في خلوة أو ظلمة أو خيمة وهو عريان فذاته مستورة وعورته مكشوفة وذلك لايسمى ساترا ، ومثله لو غطس في ماء كدر فتأمل (قوله وهل تكفيه الظلمة الخ) لايظهر لهذا الكلام ثمرة لأنه حيث فقد الساتر صلى كيف كان أي في ظلمة أو في ضوء ولعل مراده ماذكره في البحر . وعبارته : والأفضل أن يصلي قاعدا ببيت أو صحراء في ليل أو نهار . قال : ومن المشايخ من خصه بالنهار ، أما بالليل فيصلي قائما ، لأن ظلمة الليل تستر عورته . ورد بأنه لاعبرة بها . ورد بالفرق بين حالة الاختيار والاضطرار اهـ ط (قوله في مجمع الأنهر) هو شرح الملتقى لشيخي زاده ح (قوله كما في الصلاة) كذا قاله في منية المصلي . قال في البحر : فعليه يختلف في الرجل والمرأة ، فهو يفترش وهي تتورك (قوله وقيل مادا رجليه) أي ويضع يديه على عورته الغليظة والأول أولى لأنه أكثر سترا مع مافي هذا من مد الرجلين إلى القبلة بحر وحلية ، لكن في شرح المنية الكبير أن الثاني أولى لزيادة الستر فيه وهو المذكور في شروح الهداية وغيرها اهـ . قلت : وهو الصواب لأن من جعل مقعدته على رجليه كما في تشهد الصلاة تظهر عورته الغليظة حالة الإيماء للركوع والسجود أكثر ممن جعل مقعدته على الأرض كما هو محسوس مشاهد ، ولو جلس متربعا يظهر منه القبل فلذا اغتفروا مد رجليه نحو القبلة ، فلا جرم أنه مشى عليه شراح الهداية وغيرهم كصاحب الذخيرة والسراج والدرر والتبيين ونور الإيضاح والخلاف في الأولوية كما لايخفى ، ونبه عليه في النهر (قوله وقائما بإيماء) كذا في القهستاني عن الزاهدي ، ونقله في البحر عن ملتقى البحار . وقال : وظاهر الهداية أنه لايجوز ، ثم ذكر بعد نحو ورقة بحثا رجح به مافي الهداية ، والبحث مأخوذ من الحلية فراجعه . وقال في البحر أيضا : وينبغي أن يكون هذا دون الرابع في الفضل : أي دون القيام بركوع وسجود للاختلاف في صحته وإن كان ستر العورة في الرابع أكثر اهـ .

قلت : فكان الأولى للشارح تأخيره عن الرابع ليكون الذكر في الأربعة على وفق الترتيب في الأفضلية (قوله لأن الستر أهم الخ) أي لأنه فرض في الصلاة وخارجها ، والأركان فرائض الصلاة لاغير وقد أتى ببدلها وإنما جاز القيام لأنه وإن ترك فرض الستر فقد كمل الأركان الثلاثة بدائع ، وأراد بالأركان الثلاثة القيام والركوع والسجود ، وظاهره أنه لايجوز الإيماء قائما ، لأن فيه ترك فرض الستر بلا تكميل للثلاثة ، ومن هنا نشأ ترجيح صاحب البحر والحلية لظاهر مامر عن الهداية (قوله ولو أبيح له ثوب الخ) في التاترخانية : ولو كان بحضرته من له ثوب يسأله ، فإن لم يعطه صلى عريانا ، ولو وجد في خلال صلاته ثوبا استقبل اهـ وظاهره لزوم السؤال ، لكن ينبغي تقييده بما إذا غلب على ظنه عدم المنع كما في المتيمم (قوله هو الأظهر) كذا في شرح المنية الصغير ، وقدمنا في التيمم عن الفتح وغيره أنه لو وعد بدلو أو ثوب يستحب له التأخير مالم يخف فوت الوقت عنده . وعندهما يجب وإن خاف فوته ؛ كما لو وعد بالماء فإنه ينتظر اتفاقا ، وقدمنا أن ظاهر كلامهم ترجيح قول الإمام وبه جزم في المنية ، وتقدم أيضا أنه يندب لراجي الماء أن يؤخر إلى آخر الوقت المستحب (قوله كراجي ماء) أي كمن رجا حصول الماء فإنه يندب له أن يؤخر إلى آخر الوقت المستحب كما مر في التيمم ، وهذا تنظير لاقياس ،

وطهارة مكان ، وهل يلزمه الشراء بثمن مثله ؟ ينبغى ذلك .(ولو وجد ما) أى ساترا (كله نجس) ليس بأصلى كجلد ميتة لم يدبغ (فإنه لايستر به فيها) اتفاقا بل خارجها ؛ ذكره الوانى (أو أقل من ربعه طاهر ندب صلاته فيه) وجاز الإيماء كما مر ، وحتم محمد لبسه ، واستحسنه فى الأسرار وبه قالت الثلاثة (ولو) كان (ربعه طاهرا صلى فيه حتما) إذ الربع كالكل ، وهذا إذا لم يجد مايزيل به النجاسة أو يقللها ؛ فيتحتم لبس أقل ثوبيه نجاسة .

والضابط أن من ابتلى ببليتين فإن تساويا خير وإن اختلفا اختار الأخف :

حتى يرد أن الظاهر قياس مسألة الثوب على الماء الموعود فيجب الانتظار وإن فات الوقت فافهم (قوله وثوب ومكان(١)) فإنه إذا رجا وجود الثوب يؤخر مالم يخف فوت الوقت كطهارة المكان قنية : أى كما إذا كان محبوسا مثلا فى مكان نجس ويرجو رجاء قويا الخروج منه فإنه يؤخر مالم يخف الفوت ، والظاهر أن هذا التأخير مستحب أيضا كنظائره المارة (قوله ينبغى ذلك) أى قياسا على الماء ، والبحث للبحر وتبعه فى النهر وقال ولم يذكروه . وأقول : قدمنا المسألة منقولة عن السراج وأن فيها قولين . وفى تيمم مواهب الرحمن : ويجب أن يشترى الماء والثوب بمثل الثمن إن فضل عن نفقته لابزيادة غبن فاحش ، ولله الحمد (قوله ليس بأصلى الخ) أى ليس بأصلى النجاسة وإنما المراد مانجاسته عارضة كالبول والدم كما فى النهر ، لكن فى كون جلد الميتة نجس الأصل نظر ، لأن نجاسته عارضة بالموت تأمل (قوله فإنه لايستر به فيها) لأن نجاسته أغلظ لعدم زوالها بالماء بحر (قوله بل خارجها) ظاهره وجوب الستر به حيث لم يجد غيره ، وقد مر أول الباب أن له لبس ثوب نجس فى غير صلاة (قوله ندب صلاته فيه) أى بالقيام والركوع والسجود ح (قوله وجاز الإيماء كما مر) أى عاريا بأن فعل إحدى الصور الأربع السابقة ولو قال وجاز أن يفعل كما مر لكان أولى ط أى لأن بعض تلك الصور لا إيماء فيها (قوله واستحسنه فى الأسرار) لكن نازعه فى الفتح (قوله إذ الربع كالكل) أى يقوم مقامه فى مواضع كما فى حلق المحرم ربع رأسه ، وكما فى كشف العورة (قوله وهذا إذا لم يجد الخ) فإن وجد فى الصورتين وجب استعماله كما فى البحر (قوله فيتحتم لبس أقل ثوبيه نجاسة) تبع فيه صاحب النهر : وليس على إطلاقه لما فى الحلية إن كانت النجاسة فى كل منهما غليظة فقالوا : إن لم تبلغ فى كل منهما الربع تخير ، والمستحب الصلاة فى أقلهما نجاسة ، وإن بلغت الربع فى أحدهما فقط تعين الآخر ، وإن زاد عليه فى كل منهما ولم تبلغ ثلاثة أرباع تخير . وإن بلغتها فى أحدهما واستوعبت الآخر تعين ماربعه طاهر ، وإن كانت النجاسة خفيفة لم أره ، ومقتضى التخريج على مامر أن يتخير مالم تزد فى أحدهما على ثلاثة أرباعه أو تستوعبه وإلا تعين ماربعه فصاعدا طاهر اهـ ، وذكر نحوه ح عن الهندية والزيلعى والخلاصة (قوله ببليتين) أى بفعل إحداهما غير عين لابفعلهما معا (قوله فإن تساويا) أى من حيث المنع من الصلاة بلا مرجح معتبر ، وإن لم يستويا فى قدر النجاسة ، وقوله أو اختلفا : أى بأن كان مافى أحدهما مانعا دون مافى الآخر أو كان مافى كل منهما مانعا لكن وجد فى أحدهما مرجح يقيمه مقام الكل كطهارة الربع أو نجاسته ، وبهذا التقرير ينطبق الضابط على ماذكرناه من الفروع فإذا كانت النجاسة فى كل منهما أكثر من قدر الدرهم لكن لم تبلغ الربع تخير ، وإن كانت فى أحدهما أكثر من الآخر لتساويهما فى المنع بلا مرجح ، بخلاف ما إذا بلغت ربع أحدهما لترجحه بإقامتهم الربع مقام الكل ، وتقرير الباقى ظاهر مما قلنا فافهم (قوله اختار الأخف) نظيره جريح لو سجد سال جرحه وإلا لا فإنه يصلى قاعدا موميا لأن ترك السجود أهون من الصلاة مع الحدث لجواز تركه اختيارا فى التنفل

---

(١) (قوله ومكان) هكذا بخطه ، والذى فى نسخ الشارح (وطهارة مكان) وهو أظهر تأمل اهـ مصححه .

(ولو وجدت) الحرة البالغة (ساترا يستر بدنها مع ربع رأسها يجب سترهما) فلو تركت ستر رأسها أعادت بخلاف المراهقة ؛ لأنه لما سقط بعذر الرق فبعذر الصبا أولى (ولو) كان يستر (أقل من ربع الرأس لا) يجب بل يندب ، لكن قوله (ولو وجد) المكلف (مايستر به بعض العورة وجب استعماله) ذكره الكمال . زادالحلبي : وإن قل يقتضي وجوبه مطلقا فتأمل (ويستر القبل والدبر) أولا (فإن وجد مايستر أحدهما) قيل (يستر الدبر) لأنه أفحش في الركوع والسجود . وقيل القبل حكاهما في البحر بلا ترجيح . وفي النهر : الظاهر أن الخلاف في الأولوية والتعليل يفيد أنه لو صلى بالايماء تعين ستر القبل ثم فخذه ثم بطن المرأة وظهرها ثم الركبة ثم الباقي على السواء .

على الدابة زيلعي (قوله لأنه لما سقط الخ) الأولى التعليل بقوله عليه الصلاة والسلام « لاتصلي حائض بغير قناع » لأن تعليله يفهم أن كل ماسقط ستره بعذر الرق كالكتفين والساقين يسقط بالصبا وليس كذلك أفاده ح تأمل . وفي أحكام الصغار للاستروشني : وجواز صلاة الصغيرة بغير قناع استحسان لأنه لاخطاب مع الصبا . والأحسن أن تصلي بقناع ، لأنها إنما تؤمر بالصلاة للتعود ، فتؤمر على وجه يجوز أداؤها بعد البلوغ ، ثم قال : المراهقة إذا صلت بغير قناع لاتؤمر بالإعادة استحسانا ، وإن صلت بغير وضوء تؤمر ، ولو صلت عريانة تعيد ، وفي كل موضع تعيد البالغة الصلاة ، فهي تعيد على سبيل الاعتياد اه (قوله لايجب) لأن مادون الربع لايعطى له حكم الكل ، والستر أفضل تقليلا للانكشاف زيلعي ، ومثله في الحلية عن المحيط والخلاصة والكافي (قوله زاد الحلبي) أي في شرحه الصغير ح (قوله مطلقا) أي سواء كان يستر الربع أو الأقل ط (قوله فتأمل) أشار إلى إمكان الجواب بحمل كلام الكمال على غير الرأس لأنه أخف بدليل صحة صلاة المراهقة مع كشف الرأس دون غيره أفاده ح .

أقول : والأحسن الجواب بحمل أل في العورة على جنس الأفراد لاجنس الأجزاء : أي إذا وجد مايستر بعض أفراد العورة ، بأن كان يستر أصغرها كالقبل أو الدبر دون أكبرها وجب استعماله بدليل قوله بعده ويستر القبل والدبر الخ ، وقوله في المعراج : ولو وجد مايستر به بعض العورة ستر القبل والدبر بالاتفاق اه وهو معنى مافي البحر عن المبتغى إن كان عنده قطعة يستر بها أصغر العورات فسدت وإلا فلا اه . وحينئذ فلا منافاة بين كلامهم ، إذ ليس فيه على هذا الحمل مايقتضي وجوب ستر مادون ربع عضو من العورة حتى يخالف ماقدمناه عن الزيلعي والمحيط والخلاصة والكافي من أن مادون الربع لايعطى له حكم الكل . وأما قول الحلبي وإن قل فيحتاج لنقل ، وإلا فلا يعارض كلام أئمة المذهب ، اللهم إلا أن يراد مايستر عضوا كاملا كالدبر مثلا ، وإلا فلو وجدت المرأة مايستر مابين السرة والركبة وعندها خرقة قدر الظفر مثلا يبعد كل البعد إلزامها بالستر بها ، هذا ماظهر لي من فيض الفتاح العليم (قوله وقيل القبل) لأنه يستقبل به القبلة ولأنه لايستر بغيره والدبر يستر بالأليتين بحر عن السراج (قوله والتعليل) أي للقول الأول بأنه أفحش الخ وهو مراد صاحب النهر بقوله والتعليل الثاني لأن ماذكره الشارح أولا ذكره في النهر ثانيا فافهم (قوله بالإيماء) عبارة النهر قاعدا بالإيماء (قوله تعين ستر القبل) لعدم العلة ، وهي زيادة الفحش في الركوع والسجود .

أقول : وهذا إنما يظهر لو قعد متربعا ، أما لو قعد مادا رجليه إلى القبلة أو قعد كالمتشهد كما مشى عليه فيما مر يتعين ستر الدبر ، لأنه يمكنه جعل الذكر والخصيتين تحت الفخذين . وأما الدبر فإنه ينكشف حالة الإيماء فيتعين ستره تأمل (قوله ثم فخذه) بالنصب عطفا على قول المتن القبل والدبر : وعبارة شرح المنية : ويقدم في الستر

(وإذا لم يجد) المكلف المسافر (مايزيل به نجاسته) أو يقللها لبعده ميلا أو لعطش (صلى معها) أو عاريا (ولا إعادة عليه) وينبغي لزومها لو العجز عن مزيل وعن ساتر بفعل العباد كما مر فى التيمم ؛ ثم هذا للمسافر ؛ لأن للمقيم يشترط طهارة الساتر وإن لم يملكه قهستانى (و) الخامس (النية) بالإجماع (وهى الإرادة) المرجحة لأحد المتساويين أى إرادة الصلاة لله تعالى على الخلوص

ماهو أغلظ كالسوأتين ثم الفخذ ثم الركبة . وفى المرأة بعد الفخذ البطن والظهر ثم الركبة ثم الباقى على السواء اه . وأفاد بقوله كالسوأتين أن ستر نحو الألية والعانة مثلهما ، فيقدم على الفخذ فافهم (قوله أو يقللها) كذا فى شرح المنية ، والظاهر تقييده بما يقللها عن الدرهم أو عن ربع الثوب ، وإلا فلو كانت أكثر من الدرهم ودون الربع وإذا قللها تبقى أكثر من الدرهم لايجب التقليل لما مر عن الحلية وغيرها من أنه لو له ثوبان لم تبلغ نجاسة كل الربع بتخيير فتدبر (قوله لبعده ميلا) صرح به فى السراج ، وأشار به إلى أن عدم الوجود يكون حقيقة وحكما (قوله أو لعطش) أى خوفه حالا أو مآلا على نفسه أو على من تلزمه مؤنته فإنه لايلزمه إزالة تلك النجاسة شراح المنية ، ومثله خوف العدو وعدم وجود ثمنه ونحو ذلك كما فى الأحكام عن البرجندى (قوله صلى معها أو عاريا) أى إن كان الطاهر أقل من ربع الثوب وإلا تعينت صلاته به كمامر (قوله ولا إعادة عليه) أى إذا وجد المزيل وإن بقى الوقت قهستانى (قوله وينبغى) البحث لصاحب الحلية ، وقال : ولعلهم لم يذكروه هنا للعلم به مما مر فى التيمم ، وتبعه فى البحر وغيره فافهم (قوله عن مزيل) أى للنجاسة فى مسألتنا ، وقوله وعن ساتر أى للعورة فى المسألة التى قبلها (قوله كما مر) أى نظير ما مر فى باب التيمم مما ذكروه من التفصيل فى عدم القدرة على الماء فافهم (قوله ثم هذا للمسافر) الأولى أن يقول : وقيدنا بالمسافر وكأنه يشير بهذا إلى رد ما فى شرح المنية من أن التقييد بالمسافر باعتبار الغالب ، إذ لافرق بينه وبين غيره (قوله لأن للمقيم الخ) اسم أن ضمير الشان محذوف ، وللمقيم يتعلق بيشترط . والجملة خبر أن ، وضمير يملكه للساتر . وعبارة القهستانى هكذا : والتقييد بالمسافر لأن للمقيم اشتراط طهارة مايستر العورة وإن لم يمكنه كما فى النظم وغيره اه ح . قلت : فأسقط الشارح لفظ طهارة .
وحاصل المعنى أنه لاتصح صلاة المقيم بساتر نجس وإن لم يملك الطاهر بناء على أن المقيم لايتحقق عجزه عن الماء أو غيره من المائعات المزيلة ، لأن المصر ونحوه مظنة وجود ذلك ولذا لم يجز له التيمم فى المصر، لكن هذا قولهما ، والمفتى به قوله حيث تحقق العجز كما مر ، ومقتضاه أن يكون هنا كذلك فافهم .

بحث النية

(قوله بالإجماع) أى لابقوله تعالى — وما أمروا إلا ليعبدوا الله مخلصين له الدين — فإن المراد بالعبادة هنا التوحيد ، ولا بقوله عليه الصلاة والسلام « إنما الأعمال بالنيات » لأن المراد ثوابها ولا تعرض فيه للصحة وتمامه فى ح (قوله وهى الإرادة) النية : لغة العزم ، والعزم هو الإرادة الجازمة القاطعة ، والإرادة صفة توجب تخصيص المفعول بوقت وحال دون غيرهما : أى ترجح أحد المستويين وتخصصه بوقت وحال أى كيفية وحالة مخصوصة ، وبه علم أن النية ليست مطلق الإرادة ، بل هى الإرادة الجازمة (قوله المرجحة) نعت للإرادة قصد به تفسيرها ح (قوله أى إرادة الصلاة الخ) لما عرف مطلق النية بين المعنى المراد بها هنا الذى هو من شروط الصلاة ، وإلا فالنية غير خاصة بالصلاة . قال ط : والمراد بقوله على الخلوص الإخلاص لله تعالى على معنى أنه لايشرك معه غيره فى العبادة اه :

(لا) مطلق (العلم) فى الأصح، ألا ترى أن من علم الكفر لايكفر، ولو نواه يكفر (والمعتبر فيها عمل القلب اللازم للإرادة) فلا عبرة للذكر باللسان إن خالف القلب لأنه كلام لانية إلا إذا عجز عن إحضاره لهموم أصابته فيكفيه اللسان مجتبى (وهو) أى عمل القلب (أن يعلم) عند الإرادة (بداهة) بلا تأمل (أىّ صلاة يصلى) فلو لم يعلم إلا بتأمل لم يجز (والتلفظ) عند الإرادة (بها مستحب) هو المختار ،

أقول : هذا يوهم أنها لاتصح مع الرياء مع أن الإخلاص شرط للثواب لاللصحة ، كما سيأتى فى الفروع أنه لو قيل لشخص صل الظهر ولك دينار فصلى بهذه النية ينبغى أن يجزيه وأنه لا رياء فى الفرائض فى حق سقوط الواجب ، فهذا يقتضى صحة الشروع مع عدم الإخلاص فليتأمل . ثم رأيت الحموى فى حواشى الأشباه اعترضه بقوله : فيه أن هذا إنما يستقيم فى عبادة يترتب عليها ثواب لا المنهيات المترتب عليها عقاب اﻫ (قوله لامطلق العلم الخ) أى ليست النية مطلق العلم بالمنوىّ : أى سواء كان مع قصد وإرادة جازمة أولا . وهذا ردٌّ على ماعن محمد ابن سلمة من أنه إذا علم عند الشروع أى صلاة يصلى فهذا القدر نية ، وكذا فى الصوم كما أوضحه فى الدرر . قال فى الأحكام : لكن فى المفتاح وشرح ابن ملك أن مراد ذلك القائل أن من قصد صلاة فعلم أنها ظهر أو عصر أو نفل أو قضاء يكون ذلك نية فلا يحتاج إلى نية أخرى للتعيين إذا وصلها بالتحريمة ، وفيما أورده لم يوجد قصد إلى الكفر ، وهذا القائل لم يدّع أن مطلق العلم بشىء يكون نية ، فلا يرد عليه الاعتراض اﻫ .

قلت : وحاصله أن النية التى هى الإرادة الجازمة لما كانت لاتتحقق إلا بتصور المراد وعلمه وكان ذلك شرطا لصحتها شرعا ولازما لها لغة اقتصر عليه (قوله والمعتبر فيها عمل القلب) أى أن الشرط الذى تتحقق به النية ويعتبر فيها شرعا العلم بالشىء بداهة الناشئ ذلك العلم عن الإرادة الجازمة لامطلق العلم ولا مجرد القول باللسان .

والحاصل أن معنى النية المعتبر فى الشرع هو العلم المذكور ، وهذا معنى مانقل عن ابن سلمة كما قدمناه ، وأما قولهم لايصح تفسير النية بالعلم فالمراد به مطلق العلم الخالى عن القصد بقرينة الاعتراض المار فافهم ، لكن فى جعل العلم من أعمال القلب مسامحة ، لأن العلم من الكيفيات النفسانية كما حقق فى موضعه (قوله إن خالف القلب) فلو قصد الظهر وتلفظ بالعصر سهوا أجزأه كما فى الزاهدى قهستانى (قوله فيكفيه اللسان) أى بدلا عن النية .

واعترضه فى الحلية بأنه يلزم عليه نصب الإبدال بالرأى لأنه إذا سقط الشرط للعجز فقد يسقط إلى بدل كما فى التيمم أو بلا بدل كستر العورة ، وقد يسقط المشروط كما فى العاجز عن الطهورين فإثبات أحد هذه الاحتمالات لابد له من دليل ، وأين هو هنا فلا يجوز اﻫ موضحا وأقره فى البحر ، ويؤيده ماسيأتى فى الفصل الآتى من أن العاجز عن النطق لايلزمه تحريك لسانه للتكبير أو القراءة فى الصحيح لتعذر الأصل فلا يلزم غيره إلا بدليل اﻫ .

وأجاب الحموى بأنه صار أصلا لابدلا . وأقول نصب الأصل أبلغ من البدل فلا يجوز بالرأى بالأولى ، ولايبعد القول بسقوط الأداء عمن وصل إلى هذه الحالة ، فإن من لايمكنه معرفة أى صلاة يصلى بمنزلة المجنون وسيذكر المصنف فى باب صلاة المريض أنه لو اشتبه على المريض أعداد الركعات أو السجدات لنعاس يلحقه لايلزمه الأداء (قوله أن يعلم عند الإرادة الخ) قال الزيلعى : وأدناه أن يصير بحيث لو سئل عنها أمكنه أن يجيب من غير فكر اﻫ . واعترضه فى البحر بأن هـذا قول ابن سلمة ومقتضاه لزوم الاستحضار فى أثناء الصلاة وعند الشروع . والمذهب جوازها بنية متقدمة بشرطها المتقدم وإن لم يقدر على الجواب بلا تفكر اﻫ .

أقول : أنت خبير بما قدمناه بأن قول ابن سلمة هو لزوم الاستحضار عند الشروع ، وليس فى كلام الزيلعى اشتراط ذلك ، بل هو بيان لأدنى العلم المعتبر فى النية اللازم لها سواء تقدمت أو قارنت الشروع ، ولدفع هـذا

وتكون بلفظ الماضي ولو فارسيا لأنه الأغلب في الإنشاءات ، وتصح بالحال قهستاني (وقيل سنة) يعني أحبه السلف أو سنه علماؤنا ، إذ لم ينقل عن المصطفى ولا الصحابة ولا التابعين ، بل قيل بدعة . وفي المحيط يقول : اللهم إني أريد أن أصلي صلاة كذا فيسرها لي وتقبلها مني ، وسيجيء في الحج (وجاز تقديمها على التكبيرة) ولو قبل الوقت . وفي البدائع : خرج من منزله يريد الجماعة فلما انتهى إلى الإمام كبر ولم تحضره النية جاز ،

التوهم قال الشارح عند الإرادة أي النية ثم رأيت ط نبه على ذلك (قوله وتكون بلفظ الماضي) مثل نويت صلاة كذا (قوله لأنه) أي الماضي (قوله في الإنشاءات) كالعقود والفسخ ط (قوله وتصح بالحال) أي المضارع المنوي به الحال مثل أصلي صلاة كذا (قوله وقيل سنة) عزاه في التحفة والاختيار إلى محمد ، وصرح في البدائع بأنه لم يذكره محمد في الصلاة بل في الحج فحملوا الصلاة على الحج ، واعترضهم في الحلية بما ذكره جماعة من مشايخنا من أن الحج لما كان مما يمتد وتقع فيه العوارض والموانع ويحصل بأفعال شاقة استحب فيه طلب التيسير والتسهيل ، ولم يشرع مثله في الصلاة لأن وقتها يسير اه فهذا صريح في نفي قياس الصلاة على الحج اه وأقره في البحر وغيره (قوله يعني الخ) أشار به للاعتراض على المصنف بأن معنى القولين واحد سمي مستحبا باعتبار أنه أحبه علماؤنا ، وسنة باعتبار أنه طريقة حسنة لهم لا طريقة للنبي صلى الله عليه وسلم كما حرره في البحر ح (قوله إذ لم ينقل الخ) في الفتح عن بعض الحفاظ لم يثبت عنه صلى الله عليه وسلم من طريق صحيح ولا ضعيف أنه كان يقول عند الافتتاح أصلي كذا ولا عن أحد من الصحابة والتابعين ، زاد في الحلية : ولا عن الأئمة الأربع ، بل المنقول أنه صلى الله عليه وسلم كان إذا قام إلى الصلاة كبر (قوله بل قيل بدعة) نقله في الفتح . وقال في الحلية : ولعل الأشبه أنه بدعة حسنة عند قصد جمع العزيمة ، لأن الإنسان قد يغلب عليه تفرق خاطره ، وقد استفاض ظهور العمل به في كثير من الأعصار في عامة الأمصار فلا جرم أنه ذهب في المبسوط والهداية والكافي إلى أنه إن فعله ليجمع عزيمة قلبه فحسن ، فيندفع ما قيل إنه يكره اه (قوله وفي المحيط يقول الخ) هذا مقابل قوله ويكون بلفظ الماضي الخ وأشار بقوله كما سيجيء في الحج أي من أنه يقول فيه : اللهم إني أريد الحج فيسره لي وتقبله مني إلى أن ذلك مقيس عليه ، وفيه ما علمت . وقال في الحلية : ولو سلم أن ذلك يفيد استنانها في الصلاة فإنما يفيد كونها بهذا اللفظ لا بنحو نويت أو أنوي كما عليه عامة المتلفظين بها ما بين عامي وغيره اه وحاصله أنه خلاف المستفيض فلا يقبل (قوله ولو قبل الوقت) ذكر في الحلية عن ابن هبيرة أنه قال : أبو حنيفة وأحمد يجوز تقديم النية للصلاة بعد دخول الوقت وقبل التكبير ما لم يقطعها بعمل اه ثم قال : ولم أقف على التصريح باشتراط الوقت ، وهو إن صح مشكل فإن المذهب أن النية شرط لا يشترط مقارنتها فلا يضر إيجادها قبل الوقت واستصحابها إلى وقت الشروع بعد دخوله كغيرها من الشروط اه وتبعه في البحر والنهر .

أقول : إن كان المراد باستصحابها عدم عزوبها عن قلبه إلى وقت الشروع كما اقتضاه قوله واستصحابها إلى وقت الشروع ، ففيه أن هذه نية مقارنة ، والكلام في النية المتقدمة بلا اشتراط استصحابها إلى وقت الشروع كما اقتضاه ما نقله الشارح عن البدائع ، وهذه لا تصح إذا عزبت عنه قبل الوقت ، لأن النية وإن لم تشترط مقارنتها للشروع يشترط عدم المنافي لها ، ولا يخفى أن عدم دخول الوقت مناف لنية فرض الوقت لأنه لا يفرض قبل دخول وقته فليتأمل (قوله جاز) وأما اشتراطهم عدم الفاصل بين النية والتكبير فالمراد به ما كان من أعمال الدنيا كما في التاترخانية . وفي البحر : المراد به الفاصل الأجنبي ، وهو ما لا يليق بالصلاة كالأكل والشرب والكلام ، لأن هذه الأفعال تبطل الصلاة فتبطل النية ، وأما المشي والوضوء فليس بأجنبي ، ألا ترى أن من أحدث في صلاته له

ومفاده جواز تقديم الاقتداء أيضا فليحفظ (مايوجد) بينهما (قاطعها من عمل غير لائق بصلاة) وهو كل مايمنع البناء وشرط الشافعي قرانها فيندب عندنا (ولا عبرة بنية متأخرة عنها) على المذهب ، وجوزه الكرخي إلى الركوع (وكفى مطلق نية الصلاة) وإن لم يقل لله (لنفل وسنة) راتبة (وتراويح) على المعتمد ، إذ تعيينها بوقوعها وقت

أن يفعل ذلك ولا يمنعه من البناء اه (قوله ومفاده) أى مفاد مافى البدائع جواز تقديم نية الاقتداء على الوقت كنية الصلاة ، أو المراد تقديمها على شروع الإمام ، ويأتى تمام الكلام على ذلك . ثم إن هذا المفاد ذكره فى النهر بحثا وقال : ولم أر فيه غير ماعلمت : أى لم ير فيه نقلا صريحا غير مايفيده كلام البدائع (قوله بينهما) أى بين النية والتكبيرة (قوله وهو كل مايمنع البناء) أى يمنع الذى سبقه الحدث من البناء على ماصلى احترازا عن المشى والوضوء ، لكن فى هذه الكلية نظر ، لأن القراءة تمنع البناء أيضاً ، والظاهر أنها لاتفصل بين النية والتكبيرة فالأولى ذكر منع البناء على سبيل الاستيضاح كما نقلناه عن البحر آنفا (قوله وشرط الشافعي قرانها) أى جمعها مع التكبير وبه قال الطحاوى ومحمد بن سلمة .

مطلب فى حضور القلب والخشوع

وفى شرح المقدمة الكيدانية للعلامة القهستانى : يجب حضور القلب عند التحريمة ، فلو اشتغل قلبه بتفكر مسألة مثلا فى أثناء الأركان فلا تستحب الإعادة : وقال البقالى : لم ينقص أجره إلا إذا قصر ، وقيل يلزم فى كل ركن ولا يؤاخذ بالسهو لأنه معفو عنه ، لكنه لم يستحق ثوابا كما فى المنية ، ولم يعتبر قول من قال لاقيمة لصلاة من لم يكن قلبه فيها معه ، كما فى الملتقط والخزانة والسراجية وغيرها :

واعلم أن حضور القلب فراغه عن غير ماهو ملابس له ، وهو ههنا العلم بالعمل بالفعل والقول الصادرين عن المصلى وهو غير التفهم ؛ فإن العلم بنفس اللفظ غير العلم بمعنى اللفظ اه (قوله ولا عبرة بنية متأخرة) لأن الجزء الخالى عن النية لايقع عبادة فلا ينبنى الباقى عليه ، وفى الصوم جوزت للضرورة بهنسى ، حتى لو نوى عند(١) قوله الله قبل أكبر لايجوز ، لأن الشروع يصح بقوله الله فكأنه نوى بعد التكبير ، حلية عن البدائع (قوله إلى الركوع) فيه أن الكرخى لم ينص على الركوع ولا غيره ، وإنما اختلفوا فى التخريج على قوله فى أنه ينتهى إلى الثناء أو الركوع أو الرفع منه أو القعود أفاده ح (قوله وكفى الخ) أى بأن يقصد الصلاة بلا قيد نفل أو سنة أو عدد (قوله لنفل) هذا بالاتفاق (قوله وسنة) ولو سنة فجر ، حتى لو تهجد بركعتين ثم تبين أنها بعد الفجر نابتا عن السنة ، وكذا لو صلى أربعا ووقعت الأخريان بعد الفجر ، وبه يفتى خلاصة ، وكذا الأربع المنوى بها آخر ظهر أدركته عند الشك فى صحة الجمعة ، فإذا تبين صحتها ولا ظهر عليه نابت عن سنة الجمعة على قول الجمهور لأنه يلغو الوصف ويبقى الأصل ، وبه تتأدى السنة كما بسطه فى الفتح ، وأقره فى البحر والنهر ، وهذا بخلاف مالو قام فى الظهر للخامسة فضم سادسة لاتنوبان عن سنة الظهر لعدم كون الشروع مقصودا (قوله على المعتمد) أى من قولين مصححين ، وإنما اعتمد هذا لما فى البحر من أنه ظاهر الرواية وجعله فى المحيط قول عامة المشايخ ورجحه فى الفتح ونسبه إلى المحققين (قوله أو تعيينها(٢) الخ) لأن السنة ما واظب عليها النبى صلى الله عليه وسلم فى محل مخصوص ، فإذا أوقعها المصلى فيه فقد فعل الفعل المسمى سنة ، والنبى صلى الله عليه وسلم لم يكن ينوى السنة بل

---

(١) (قوله عند) لعله عقب اه منه .

(٢) (قوله أو تعيينها) هكذا بخطه ، والذى فى نسخ الشارح (إذ تعيينها) وهو الصواب فتأمل اه مصححه .

الشروع ، والتعيين أحوط (ولا بد من التعيين عند النية) فلو جهل الفرضية لم يجز ؛ ولو علم ولم يميز الفرض من غيره ، إن نوى الفرض فى الكل جاز ،وكذا لو أم غيره فيا لا سنة قبلها (لفرض) أنه ظهر أو عصر قرنه باليوم أو الوقت أولا

الصلاة لله تعالى وتمام تحقيقه فى الفتح (قوله والتعيين) أى بالنية أحوط : أى لاختلاف الصحيح بحر (قوله ولا بد من التعيين الخ) فلو فاتته عصر فصلى أربع ركعات عما عليه وهو يرى أن عليه الظهر لم يجز كما لو صلاها قضاء عما عليه وقد جهله ، ولذا قال أبو حنيفة فيمن فاتته صلاة واشتبهت عليه إنه يصلى الخمس ليتيقن اه فتح أى لأنه لا يمكنه تعيين هذه الفائتة إلا بذلك : وفى الأشباه : ولا يسقط التعيين بضيق الوقت ، لأنه لو شرع فيه متنفلا صح وإن كان حراما اه (قوله عند النية) أى سواء تقدمت على الشروع أو قارنته ، فلو نوى فرضا معينا وشرع فيه نسى فظنه تطوعا فأتمه على ظنه فهو على مانوى كما فى البحر (قوله فلو جهل الفرضية) أى فرضية الخمس إلا أنه كان يصليها فى مواقيتها لم يجز وعليه قضاؤها ، لأنه لم ينو الفرض إلا إذا صلى مع الإمام ونوى صلاة الإمام بحر عن الظهيرية (قوله ولو علم الخ) أى علم فرضية الخمس لكنه لايميز الفرض من السنة والواجب (قوله جاز) أى صح فعله (قوله وكذا لو أم غيره الخ) يعنى أن من لايميز الفرض من غيره إذا نوى الفرض فى الكل جاز كونه إماما أيضا فيصح الاقتداء به ، لكن فى صلاة لاسنة قبلها : أى فى صلاة لم يصل قبلها مثلها فى عدد الركعات ، لأنه لو صلى قبلها مثلها سقط عنه الفرض وصار ما بعده نفلا فلا يصح اقتداء المفترض به (قوله لفرض) متعلق بالتعيين : قال فى الأشباه : ولم أر حكم نية الفرض العين فى فرض العين وفرض الكفاية فى فرض الكفاية وأما المعادة لترك واجب فلا شك أنها جابرة لا فرض ، فعليه ينوى كونها جابرة . وأما على القول بأن الفرض لا يسقط إلا بها فلا خفاء فى اشتراط نية الفرضية اه : ونقل البيرى عن الإمام السرخسى أن الأصح القول الثانى (قوله أنه ظهر) بفتح الهمزة مفعول التعيين أو على حذف الجار : أى بأنه (قوله قرنه باليوم أو الوقت أولا) أى لم يقرنه بشىء منهما ؛ وشمل إطلاقه فى هذه الثلاثة ما إذا كان ذلك فى الوقت أو خارجه مع علمه بخروجه أو مع الجهل ، فالمسائل تسع من ضرب ثلاثة فى ثلاثة ، أما إن قرنه باليوم بأن نوى ظهر اليوم فيصح فى الصور الثلاث كما سيذكره الشارح . وأما إن قرنه بالوقت بأن نوى ظهر الوقت ، فإن كان فى الوقت صح قولا واحدا ، وإن كان خارجه مع العلم بخروجه فيصح أيضا على مافهمه الشرنبلالى من عبارة الدرر فى حاشيته عليها ، لأن وقت العصر ليس له ظهر فيراد به الظهر الذى يقضى فى هذا الوقت ، وإن كان خارجه مع الجهل فلا يصح كما فى الفتح والخانية والخلاصة وغيرها ، وبه جزم المصنف والشارح فيما سيأتى ، وهو الذى فهمه فى النهر من عبارة الزيلعى خلافا لما فهمه منها فى البحر ، وهو ما اقتضاه إطلاق الشارح هنا من أنه يصح . ونقل فى المنية عن المحيط أنه المختار ، لكن رده فى شرح المنية ، بل قال فى الحلية إنه غلط ، والصواب ما فى المشاهير(١) من أنه لايصح . وأما إذا لم يقرنه بشىء بأن نوى الظهر وأطلق ، فإن كان فى الوقت ففيه قولان مصححان قيل لا يصح لقبول الوقت ظهر يوم آخر ، وقيل يصح لتعين الوقت له ، ومشى عليه فى الفتح والمعراج والأشباه ، واستظهره فى العناية : ثم قال : وأقول الشرط المتقدم ، وهو أن يعلم بقلبه أى صلاة يصلى يحسم مادة هذه المقالات وغيره فإن العمدة عليه لحصول التمييز به وهو المقصود اه وإن كان خارجه مع الجهل بخروجه : ففى النهر أن ظاهر ما فى الظهيرية أنه يجوز على الأوجح ،

---

(١) (قوله المشاهير) هكذا فى النسخة المجموع منها ، والذى بخطه كلمة أخرى مع سواد المداد معظم حروفها فالتمست اه مصححه

هو الأصح (ولو) الفرض (قضاء) لكنه يعين ظهر يوم كذا على المعتمد، والأسهل نية أول ظهر عليه أو آخر ظهر . وفي القهستاني عن المنية : لا يشترط ذلك في الأصح ، وسيجيء آخر الكتاب (وواجب) أنه وتر أو نذر أو سجود تلاوة وكذا شكر ، بخلاف سهو

وإن كان مع العلم به فبحث ح أنه لا يصح وخالفه ط . قلت : وهو الأظهر ، لما مر عن العناية . وأما إذا نوى فرض اليوم أو فرض الوقت فسيأتي بأقسامه التسع فافهم (قوله هو الأصح) قيد لقوله أولا : أي إذا نوى الظهر ولم يقرنه باليوم أو الوقت وكان في الوقت فالأصح الصحة كما في الظهيرية ، وكذا في الفتح وغيره كما قدمناه ، وهو رد على ما في الخلاصة من أنه لا يصح كما نقله في البحر والنهر لا على ما في الظهيرية فافهم (قوله لكنه يعين الخ) أي يعين الصلاة ويومها أشباه ، وهذا عند وجود المزاحم ، أما عند عدمه فلا؛ كما لو كان في ذمته ظهر واحد فائت فإنه يكفيه أن ينوي ما في ذمته من الظهر الفائت وإن لم يعلم أنه من أي يوم حلية فافهم (قوله على المعتمد) مقابله ما في المحيط من أنه إذا سقط الترتيب بكثرة الفوائت تكفيه نية الظهر لا غير اهـ أي لا يلزم تعيين اليوم قياسا على الصوم (قوله والأسهل الخ) أي فيما إذا وجد المزاحم كظهرين من يومين جهل تعيينهما (قوله لا يشترط ذلك) أي نية أول ظهر أو آخره بل تكفيه نية الظهر لا غير كما مر عن المحيط (قوله وسيجيء) أي ما صححه القهستاني في آخر الكتاب في مسائل شتى متنا تبعا لمتن الكنز . ونقل الشارح هناك عن الأشباه أنه مشكل ومخالف لما ذكره أصحابنا كقاضيخان وغيره ، والأصح الاشتراط . قلت : وكذا صححه في متن الملتقى هناك ، فقد اختلف التصحيح والاشتراط أحوط ، وبه جزم في الفتح هنا (قوله وواجب) بالجر عطفا على قوله لفرض ، وقد عد منه في البحر قضاء ما أفسده من النفل والعيدين وركعتي الطواف ، وزاد في الدرر الجنازة ، لكن في الأشباه والخطبة لا يشترط لها نية الفرضية وإن شرطنا لها النية لأنه لا يتنفل بها ، وينبغي أن تكون صلاة الجنازة كذلك لأنها لا تكون إلا فرضا كما صرحوا به ، ولذا لا تعاد نفلا اهـ ويؤيده نصهم على أنه ينوي فيها الصلاة لله تعالى والدعاء للميت ولم يذكروا تعيين الفرضية (قوله إنه وتر) أشار إلى أنه لا ينوي فيه أنه واجب للاختلاف فيه زيلعي : أي لا يلزمه تعيين الوجوب ، وليس المراد منعه من أن ينوي وجوبه ، لأنه إن كان حنفيا ينبغي أن ينويه ليطابق اعتقاده وإن كان غيره لا تضره تلك ، ذكره في البحر في باب الوتر .

ثم اعلم أن ما في شرح العيني من قوله : وأما الوتر فالأصح أنه يكفيه مطلق النية مشكل لأن ظاهره أنه يكفيه نية مطلق الصلاة كالنفل ، إلا أن يحمل على ما ذكرناه عن الزيلعي من إطلاق نية الوتر ، ولذا قال يكفيه مطلق النية ، ولم يقل مطلق نية الصلاة ، وبينهما فرق دقيق ، ففيه إشارة خفية إلى ما قلنا فتدبر (قوله أو نذر) هو قد يكون منجزا أو معلقا على نحو شفاء مريض أو قدوم غائب فالظاهر أنه لا بد من تعيينه بذلك لاختلاف أسبابه واختلاف أنواع ما علق عليه بدليل عدم الاكتفاء في الفرض بدون تخصيصه بنحو الظهر أفاده ح . قلت : هذا إنما يظهر عند وجود المزاحم ، كما لو كان عليه نذر منجز ومعلق أو نذران علقا على أمرين ، وإلا فلا كما قدمناه آنفا عن الحلية في قضاء الفائتة فافهم (قوله أو سجود تلاوة) إلا إذا تلاها في الصلاة وسجدها فورا ، ولا يجب تعيين السجدات التلاوية لو تكررت التلاوة كما سيأتي في بابه إن شاء الله تعالى (قوله وكذا شكر بخلاف سهو) الذي رأيته في النهر بحثا عكس ما ذكره الشارح ، ولعل الأوجه ما هنا بالنسبة إلى سجود الشكر فقط ، لأن السجود قد يكون لسبب كالتلاوة والشكر ، وقد يكون بدونه كما يفعله العوام بعد الصلاة وهو مكروه كما نص عليه الزاهدي ، فلما وجد المزاحم لا بد من التعيين لبيان السبب وإلا كان مكروها اتفاقا . ويبتنى على ذلك ما لو نام في ذلك السجود أو تيمم

(دون) تعيين (عدد ركعاته) لحصولها ضمنا ، فلايضر الخطأ فى عددها (وينوى) المقتدى (المتابعة) لم يقل أيضا لأنه لو نوى الاقتداء بالإمام أو الشروع فى صلاة الإمام ولم يعين الصلاة صح فى الأصح وإن لم يعلم بها لجعله نفسه تبعا لصلاة الإمام ، بخلاف مالو نوى صلاة الإمام وإن انتظر تكبيره فى الأصح لعدم نية الاقتداء إلا فى جمعة وجنازة وعيد على المختار

لأجله ، فإن كان سجودا مشروعا تنتقض طهارته وتصح صلاته بذلك التيمم ، وإلا فلا كما ذكروه فى ثمرة الاختلاف بين الإمام وصاحبيه فى مشروعية سجدة الشكر وعدمها ، فظهر أنه لابد من تعيينها ليتميز المشروع عن غيره

لايقال : إن النفل لايشترط فيه التعيين كما مر ، وسجدة الشكر على القول بمشروعيتها نفل فلا يشترط تعيينها أيضا . لأنا نقول : هذا خارج عن هذا الحكم بدليل أن الصلاة عبادة فى ذاتها ولا تنتفى عنها المشروعية إلا بسبب عارض ، بخلاف السجود خارج الصلاة فإنه ليس عبادة فى نفسه بل بعارض شكر أو تلاوة مثلا ، فطلق الصلاة ينصرف إلى النفل المشروع فلذا لم يشترط تعيينه بخلاف مطلق السجود فإنه ينصرف إلى غير المشروع لأنه لم يشرع إلا بسبب فلا بد من تعيين ذلك السبب ليكون مشروعا وليتميز عن غيره من المزاحمات له فى المشروعية من تلاوة وسهو فافهم ، هذا ماظهر لفهمى القاصر :

وأما سجود السهو فأفاد ح أنه لما كان جابر النقص واجب فى الصلاة كان بدله ، ولا يشترط نية أبعاض الصلاة فكذلك بدله اهـ . ثم رأيت فى الأشباه قال : ولا تصح صلاة مطلقا إلا بنية ثم قال : وسجود التلاوة كالصلاة ، وكذا سجدة الشكر وسجود السهو اهـ ولعل هذا هو الأظهر .

[تتمة] لم يذكر السجدة الصلبية ، وحكمها أنه يجب نيتها إذا فصل بينها وبين محلها بركعة ، فلو بأقل فلا كما فى الفتاوى الهندية فتأمل (قوله فلا يضر الخطأ فى عددها) الظاهر أن الخطأ غير قيد . وفى الأشباه : الخطأ فيما لا يشترط له التعيين لايضر ، كتعيين مكان الصلاة وزمانها وعدد الركعات ؛ ومنه إذا عين الأداء فبان أن الوقت قد خرج أو القضاء فبان أنه باق اهـ . ونقل فى جامع الفتاوى عن الخانية أن الأفضل أن ينوى أعداد الركعات ، ثم قال : وقيل يكره التلفظ بالعدد لأنه عبث لا حاجة إليه اهـ ولايخلو القول الثانى عن تأمل (قوله وينوى المقتدى) أما الإمام فلا يحتاج إلى نية الإمامة كما سيأتى (قوله لم يقل أيضا) أى كما فى الكنز والملتقى وغيرهما (قوله صح فى الأصح) كذا نقله الزيلعى وغيره بحر .

قلت : لكن ذكر المسألة الأولى فى الخانية وقال : لا يجوز ، لأن الاقتداء بالإمام كما يكون فى الفرض يكون فى النفل . وقال بعضهم : يجوز اهـ : قال فى شرح المنية : فظهر أن الجواز قول البعض وعدمه هو المختار .

أقول : يؤيده قول المتون ينوى المتابعة أيضا ، وكذا قول الهداية ينوى الصلاة ومتابعة الإمام ، ومثله فى المجمع وكثير من الكتب ، بل قال فى المنبع إنه بالإجماع . وأما المسألة الثانية فلا تخالف مافى المتون لأن فيها التعيين مع المتابعة ، ولهذا قال فى الخانية لأنه لما نوى الشروع فى صلاة الإمام صار كأنه نوى فرض الإمام مقتديا به اهـ فتدبر ومقتضاه أنه صح شروعه وصار مقتديا وإن لم يصرح بنية الاقتداء ، لكن فى الفتح إذا نوى الشروع فى صلاة الإمام قال ظهير الدين ينبغى أن يزيد على هذا واقتديت به (قوله وإن لم يعلم بها) أى بصلاة الإمام (قوله تبعا لصلاة الإمام) الأولى تبعا للإمام كما عبر الزيلعى (قوله لعدم نية الاقتداء) علة لقوله بخلاف الخ . أما فى الأول فلأنه إنما عين الصلاة فقط ولا يلزم منه نية الاقتداء . وأما الثانى فلأن الانتظار قد يكون للاقتداء وقد يكون بحكم العادة فلا يصير مقتديا بالشك كما فى البدائع : وقيل إذا انتظر ثم كبر صح ، واستحسنه فى شرح المنية لقيامه مقام النية .

لاختصاصها بالجماعة .

(ولو نوى فرض الوقت) مع بقائه (جاز إلا فى الجمعة) لأنها بدل (إلا أن يكون عنده) فى اعتقاده (أنها فرض الوقت) كما هو رأى البعض فتصح :

(ولو نوى ظهر الوقت فلو مع بقائه) أى الوقت (جاز) ولو فى الجمعة (ولو مع عدمه) بأن كان قد خرج

قلت : لايخفى أن الكلام عند عدم خطور الاقتداء فى قلبه وقصده له وإلا كانت النية موجودة حقيقية (قوله إلا فى جمعة) استثناء من المتن : أى فيكفيه التعيين عن نية الاقتداء أو من قوله ، بخلاف مالو نوى صلاة الإمام (قوله وجنازة وعيد) نقلهما فى الأحكام عن عمدة المفتى (قوله لاختصاصها) أى الثلاثة المذكورة بالجماعة فتكون نيتها متضمنة لنية الاقتداء . قال فى الأحكام : لكن فى صلاة الجنازة بحث ، إلا أن يقال : لما كانت لاتتكرر وكان الحق للولى فى الإمامة لم تكن إلا مع الإمام اه فعلى هذا يقيد ذلك بغير الولى ، فلو أم بها من لا ولاية له ثم حضر الولى لابد له مع التعيين من نية الاقتداء بذلك الإمام وإلا كان شارعا فى صلاة نفسه ، لأن له الإعادة ولو منفردا فلا اختصاص فى حقه (قوله ولو نوى فرض الوقت الخ) اعلم أنه يتأتى هنا تسع مسائل أيضا كما ذكرناه سابقا ، لأنه إما أن يقرن الفرض بالوقت أو باليوم أو يطلق ، وفى كل إما أن يكون فى الوقت أو خارجه مع العلم بخروجه أو مع عدمه ، فإن قرنه باليوم بأن نوى فرض اليوم لايصح بأقسامه الثلاث ، لأن فرض اليوم متنوع ، ومثله مالو أطلق . وإن قرنه بالوقت ، فإن فى الوقت جاز وهو ماذكره المصنف ، وإن خارجه مع العلم بخروجه فقال ح لا يجوز .

قلت : وهو المتبادر من قول الأشباه عن البناية(١) لو نوى فرض الوقت بعد ماخرج الوقت لايجوز ، وإن شك فى خروجه جاز اه لكنه خلاف مايفهم من قول الزيلعى الآتى وهو لايعلمه فليتأمل ، وإن كان مع عدم العلم بخروجه لايجوز لقول الزيلعى : يكفيه أن ينوى ظهر الوقت مثلا أو فرض الوقت والوقت باق لوجود التعيين . ولو كان الوقت قد خرج وهو لايعلمه لايجوز لأن فرض الوقت فى هذه الحالة غير الظهر اه .

وفى التاترخانية : وإن صلى بعد خروج الوقت وهو لا يعلمه فنوى فرض الوقت لايجوز وهو الصحيح ، لكن يخالفه قول الأشباه المار آنفا وإن شك فى خروجه جاز . وقد يجاب بأنه مبنى على خلاف الصحيح . وأما الجواب بالتفرقة بين الشك وعدم العلم ففيه نظر ، لأن من لم يعلم خروج وقت الظهر مثلا ونوى فرض الوقت يكون مراده وقت الظهر لأنه يظن بقاءه ومع هذا قلنا الصحيح أنه لايجوز ، فمن شك فى بقائه وخروجه يكون أولى بعدم الجواز فافهم (قوله لأنها بدل) أى لأن فرض الوقت عندنا الظهر لا الجمعة ، ولكن قد أمر بالجمعة لإسقاط الظهر ، ولذا لو صلى الظهر قبل أن تفوته الجمعة صحت عندنا خلافا لزفر والثلاثة وإن حرم الاقتصار عليها شرح المنية ، لكن سيأتى فى الجمعة اعتماد أنها أصل لا بدل ، وهو ضعيف كما سنوضحه هناك إن شاء الله تعالى (قوله فى اعتقاده) تفسير لقوله عنده ، فهو على حذف أى ط (قوله ولو فى الجمعة) كذا فى الشرنبلالية ، ولم يظهر لى وجهه اه ح .

أقول : لعل المراد أنه لو نوى المعذور ظهر الوقت يوم الجمعة جاز : أى بلا فرق بين أن يكون اعتقاده أنها فرض الوقت أولا ، فتظهر فائدة ذكره هنا . وأما نية الظهر فى صلاة الجمعة فلا تصح كما فى الأحكام عن النافع . وفيه عن فيض الغفار شرح المختار : لو نوى ظهر الوقت غير الجمعة إن فى الوقت جاز على الصحيح ، فقوله

---

(١) (قوله عن البناية) هو شرح الهداية لشيخ الإسلام العينى رحمه الله اه منه .

(وهو لايعلمه لا) يصح فى الأصح ومثله فرض الوقت ، فالأولى نية ظهر اليوم لجوازه مطلقا لصحة القضاء بنية الأداء كعكسه هو المختار

فى غير الجمعة احتراز عن الجمعة (قوله وهو لايعلمه) أى لايعلم خروجه ، ومفهومه أنه لو علمه يصح كما قدمناه عن الشرنبلالية (قوله لايصح فى الأصح) بل قدمنا عن الحلية أنه هو الصواب خلافا لما فهمه فى البحر وإن رجحه المحشى (قوله ومثله فرض الوقت) أى مثل ظهر الوقت فى أنه بعد خروج الوقت وهو لايعلمه لايصح فى الأصح كما قدمناه آنفا عن التاترخانية والزيلعى ، خلافا لما فى الأشباه فإنه خلاف الأصح كما علمت فافهم (قوله لجوازه مطلقا) أى وإن كان الوقت قد خرج لأنه نوى ماعليه ، وهو مخلص لمن يشك فى خروج الوقت اهـ زيلعى أى بخلاف ظهر الوقت ، لأن الظهر لايخرج عن كونه ظهر اليوم بخروج الوقت ، ويخرج عن كونه ظهر الوقت بخروجه لصحة تسميته ظهر اليوم لاظهر الوقت لأن الوقت ليس له إذ اللام للعهد لا للجنس فلا يضاف إليه اهـ شرح المنية .

مطلب يصح القضاء بنية الأداء وعكسه

(قوله لصحة القضاء بنية الأداء الخ) هذا التعليل إنما يظهر إذا نوى الأداء ، أما إذا تجردت نيته فلا اهـ ط والمناسب مافى الأشباه عن الفتح : لو نوى الأداء على ظن بقاء الوقت فتبين خروجه أجزأه وكذا عكسه ، ثم مثل له ناقلا عن كشف الأسرار بقوله : كنية من نوى أداء ظهر اليوم بعد خروج الوقت على ظن أن الوقت باق ، وكنية الأسير الذى اشتبه عليه رمضان فتحرى شهرا وصامه بنية الأداء فوقع صومه بعد رمضان ، وعكسه كنية من نوى قضاء الظهر على ظن أن الوقت قد خرج ولم يخرج بعد ، وكنية الأسير الذى صام رمضان بنية القضاء على ظن أنه قد مضى والصحة فيه باعتبار أنه أتى بأصل النية ، ولكن أخطأ فى الظن والخطأ فى مثله معفو عنه اهـ .

أقول : ومعنى كونه أتى بأصل النية أنه قد عين فى قلبه ظهر اليوم الذى يريد صلاته فلا يضر وصفه له بكونه أداء أو قضاء ، بخلاف ماإذا نوى صلاة الظهر قضاء وهو فى وقت الظهر ولم ينو صلاة هذا اليوم لايصح عن الوقتية لأنه بنية القضاء صرفه عن هذا اليوم ولم توجد منه نية الوقتية حتى يلغو وصفه بالقضاء فلم يوجد التعيين ، وكذا لو نواه أداء وكانت عليه ظهر فائتة لايصح عنها وإن كان قد صلى الوقتية لما قلنا .

مطلب مضى عليه سنوات وهو يصلى الظهر قبل وقتها

وبهذا ظهر الجواب عن مسألة ذكرها بعض الشافعية ، وهى : لو مضى عليه سنوات وهو يصلى الظهر قبل وقتها فهل عليه قضاء ظهر واحدة أو الكل ؟ فأجاب بعضهم بالأول بناء على أنه لاتشترط نية القضاء فتكون صلاة كل يوم قضاء لما قبله ، وخالفه غيره . ووفق بعض المحققين منهم بأنه إن نوى كل يوم صلاة ظهر مفروضة عليه بلا تقييد بالتى ظن دخول وقتها الآن تعين ماقاله الأول ، وإن نواها عن التى ظن دخول وقتها الآن وعبر عنها بالأداء أولا تعين الثانى لصرفه لها عن الفائتة بقصده الوقتية اهـ .

ولا يخفى أن هذا التفصيل موافق لقواعد مذهبنا ، أما الأول فلما قدمناه عن الزيلعى فيمن نوى ظهر اليوم بعد خروجه من أنه يصح لأنه نوى ماعليه ولم يوجد المزاحم هنا حتى يلزمه تعيين يوم الفائتة فيكفيه نية ما فى ذمته كما مر عن الحلية ، وأما الثانى فلما قررناه آنفا . ثم رأيت التصريح بذلك عندنا فى الصوم ، وهو : لو صام الأسير بالتحرى سنين ثم تبين أنه صام فى كل سنة قبل شهر رمضان ، فقيل يجوز صومه فى كل سنة عما قبلها ، وقيل

(ومصلى الجنازة ينوى الصلاة لله تعالى ، و) ينوى أيضا (الدعاء للميت) لأنه الواجب عليه فيقول أصلى لله داعيا للميت (وإن اشتبه عليه الميت) ذكر أم أنثى (يقول نويت صلى مع الإمام على من يصلى عليه) الإمام ، وأفاد فى الأشباه بحثا أنه لو نوى الميت الذكر فبان أنه أنثى أو عكسه لم يجز ،

لا . قال فى البحر : وصحح فى المحيط أنه إن نوى صوم رمضان مبهما يجوز عن القضاء ، وإن نوى عن السنة مفسرا فلا اه . قال فى البدائع : ومثل له أبو جعفر بمن اقتدى بالإمام على ظن أنه زيد فإذا هو عمرو صح ؛ ولو اقتدى بزيد فإذا هو عمرو لم يصح ، لأنه فى الأول اقتدى بالإمام إلا أنه أخطأ فى ظنه فلا يقدح : وفى الثانى اقتدى بزيد فإذا لم يكن زيدا تبين أنه لم يقتد بأحد ، فكذا هنا إذا نوى صوم كل سنة عن الواجب عليه تعلقت نية الواجب بما عليه لا بالأولى والثانية إلا أنه ظن أنه للثانية فأخطأ فى ظنه فيقع عن الواجب عليه لا عما ظن انتهى .

وحاصله أنه إذا نوى الصوم الواجب عليه لابقيد كونه عن سنة مخصوصة صح عن السنة الماضية وإن كان يظن أنه لما بعدها فاغتنم هذا التحرير (قوله ومصلى الجنازة) شروع فى بيان التعيين فى صلاة الجنازة ط (قوله ينوى الصلاة لله الخ) كذا فى المنية . قال فى الحلية وفى المحيط الرضوى والتحفة والبدائع : ينبغى أن ينوى صلاة الجمعة وصلاة العيدين وصلاة الجنازة وصلاة الوتر ، لأن التعيين يحصل بهذا اه . وأما ماذكره المصنف فليس بضربة لازب . ويمكن أن يكون إشارة إلى أنه لاينوى الدعاء للميت فقط نظرا إلى أنه لا ركوع فيها ولا سجود ولا قراءة ولا تشهد اه .

أقول : وهذا أظهر مما فى جامع الفتاوى ، من أنه لابد مما ذكره المصنف ، وأنه لو كان الميت ذكرا فلا بد من نيته فى الصلاة ، وكذلك الأنثى والصبى والصبية ؛ ومن لم يعرف أنه ذكر أو أنثى يقول : نويت أن أصلى الصلاة على الميت الذى يصلى عليه الإمام اه فليتأمل ، ويأتى قريبا مايؤيد الأول . هذا ، وذكر ح بحثا أنه لابد من تعيين السبب وهو الميت أو الأكثر ، فإن أراد الصلاة على جنازتين نواهما معا أو على إحداهما فلا بد من تعيينها . ويؤيده مايذكره الشارح عن الأشباه (قوله لأنه الواجب عليه) كذا قاله الزيلعى وتبعه فى البحر والنهر ، ووجهه ماذهب إليه المحقق ابن الهمام حيث قالوا : المفهوم من كلامهم أن أركانها الدعاء والقيام والتكبير ، لقولهم إن حقيقتها هى الدعاء وهو المقصود منها اه . وفى النتف هى فى قول أبى حنيفة وأصحابه دعاء على الحقيقة وليست بصلاة لأنه لا قراءة فيها ولا ركوع ولا سجود اه فحيث كان حقيقتها الدعاء كان وجوبها باعتبار الدعاء فيها وإن قلنا أنه ليس بركن فيها على مااختاره فى البحر وغيره كما سيأتى فى الجنائز ، وحينئذ فالضمير فى قوله لأنه الواجب يعود على الدعاء . أما على القول بالركنية فظاهر ، وإنما خص من بين سائر أركانها لأنه المقصود منها ، وأما على القول بالسنية فلأن المراد بالدعاء ماهية الصلاة لانفس الدعاء الموجود فيها ، لما علمت من أن حقيقتها الدعاء لأن المصلى شافع للميت ، فهو داع له بنفس هذه الصلاة وإن لم يتلفظ بالدعاء ، فكأنه قيل لأن الصلاة هى الواجبة عليه ، هكذا ينبغى حل هذا المحل فافهم (قوله فيقول الخ) بيان للنية الكاملة اه ح :

قلت : وفى جنائز الفتاوى الهندية عن المضمرات أن الإمام والقوم ينوون ويقولون نويت أداء هذه الفريضة عبادة لله تعالى متوجها إلى الكعبة مقتديا بالإمام ؛ ولو تفكر الإمام بالقلب أنه يؤدى صلاة الجنازة يصح ؛ ولو قال المقتدى اقتديت بالإمام يجوز اه وبه ظهر أن الصيغة التى ذكرها المصنف غير لازمة فى نيتها بل يكفى مجرد نيته فى قلبه أداء صلاة الجنازة كما قدمناه عن الحلية ، وأنه لايلزمه تعيين الميت أنه ذكر أو أنثى خلافا لما مر عن جامع الفتاوى (قوله لم يجز) لأن الميت كالإمام ، فالخطأ فى تعيينه كالخطأ فى تعيين الإمام اه ح أى لأنه لما عين

وأنه لايضر تعيين عدد الموتى إلا إذا بان أنهم أكثر لعدم نية الزائد (والإمام ينوى صلاته فقط) و (لا) يشترط لصحة الاقتداء نية (إمامة المقتدى) بل لنيل الثواب عند اقتداء أحد به قبله كما بحثه فى الأشباه (لو أم رجالا) فلا يحنث

لزم ماعينه وإن كان أصل التعين غير لازم على ماعرفته آنفا . وفى ط عن البحر : ولو نوى الصلاة عليه يظنه فلانا فإذا هو غيره يصح ؛ ولو نوى الصلاة على فلان فإذا هو غيره لايصح ؛ ولو على هذا الميت الذى هو فلان فإذا هو غيره جاز لأنه عرفه بالإشارة فلغت التسمية اهـ . وعليه فينبغى تقييد عدم الجواز فى مسألتنا بما إذا لم يشر إليه تأمل (قوله وأنه لايضر الخ) أى إذا عين عددهم لايضره التعيين المذكور فى حالة من الأحوال سواء وافق ماعين أو خالفه إلا إذا كانوا أكثر مما عين ، وهذا معنى صحيح لهذا التركيب لاشىء فيه سوى التغيير فى وجوه الحسان فافهم (قوله إلا إذا بان الخ) هذا ظاهر إذا كان إماما ، فلو مقتديا(١) وقال أصلى على ماصلى عليه الإمام وهم عشرة فظهر أنهم أكثر لايضره ، وينبغى أن يقيد عدم الإجزاء بما إذا قال : أى الإمام أصلى على العشرة الموتى مثلا ، أما إذا قال أصلى على هؤلاء العشرة فبان أنهم أكثر فلا كلام فى الجواز لوجود الإشارة اهـ بيرى (قوله لعدم نية الزائد) لايقال : مقتضاه أن تصح الصلاة على القدر الذى عينه عددا . لأنا نقول : لما كان كل يوصف بكونه زائدا على المعين بطلت ط (قوله والإمام ينوى صلاته فقط الخ) لأنه منفرد فى حق نفسه بحر : أى فيشترط فى حقه مايشترط فى حق المنفرد من نية صلاته على الوجه المار بلا شىء زائد بخلاف المقتدى ، فالمقصود دفع ماقد يتوهم من أنه كالمقتدى يشترط له نية الإمامة كما يشترط للمقتدى نية الاقتداء لاشتراكهما فى الصلاة الواحدة . والفرق أن المقتدى يلزمه الفساد من جهة إمامه فلابد من التزامه كما يشترط للإمام نية إمامة النساء لذلك كما يأتى .

والحاصل ماقاله فى الأشباه من أنه لايصح الاقتداء إلا بنيته ، وتصح الإمامة بدون نيتها خلافا للكرخى وأبى حفص الكبير اهـ لكن يستثنى من كانت إمامته بطريق الاستخلاف فإنه لايصير إماما مالم ينو الإمامة بالاتفاق كما نص عليه فى المعراج فى باب الاستخلاف ، وسيأتى هناك (قوله بل لنيل الثواب) معطوف على قوله لصحة الاقتداء أى بل يشترط نية إمامة المقتدى لنيل الإمام ثواب الجماعة ، وقوله عند اقتداء أحد به متعلق بنيته التى هى نائب فاعل يشترط المقدر بعد ، بل وقوله لاقبله معطوف عليه : أى لايشترط لنيله الثواب نية الإمامة قبل الاقتداء ، بل يحصل بالنية عنده أو قبله ؛ فقوله لاقبله نفى لاشتراط نيل الثواب بوجود النية قبله لانفى للجواز ، ولا يخفى أن نفى الاشتراط لاينافى الجواز فافهم (قوله لو أم رجالا) قيد لقوله ولا يشترط الخ (قوله فلا يحنث الخ) تفريع على قوله ولا يشترط . قال فى البحر : لأن شرط الحنث أن يقصد الإمامة ولم يوجد مالم ينوها اهـ لكن قال فى الأشباه : ولو حلف أن لايؤم أحدا فاقتدى به إنسان صح الاقتداء ، وهل يحنث ؟ قال فى الخانية : يحنث قضاء لاديانة إلا إذا أشهد قبل الشروع فلا حنث قضاء ، وكذا لو أم الناس هذا الحالف فى صلاة الجمعة صحت وحنث قضاء ، ولا يحنث أصلا إذا أمهم فى صلاة الجنازة وسجد سجدة التلاوة ، ولو حلف أن لايؤم فلانا فأم الناس ناويا أن لايؤمه ويؤم غيره فاقتدى به فلان حنث وإن لم يعلم به اهـ أى لأنه إذا كان إماما لغيره كان إماما له أيضا إلا إذا نوى أن يؤم الرجال دون النساء فلا يجزيهن كما فى النتف .

بقى وجه حنثه قضاء فى الصورة الأولى أن الإمامة تصح بدون نية كما قدمناه ولذا صحت منه الجمعة مع أن شرطها الجماعة ، لكن لما كان لايلزمه الحنث بدون التزامه لم يحنث ديانة إلا بنية الإمامة ، كذا ظهر لى فتأمل

---

(١) (قوله فلو مقتديا الخ) أى لو كان المقتدى عين وأخطأ فى التعيين هو المقتدى دون الإمام فحكمه ماذكر ، فاعترض بعض المحشين بأن نيته تابعة لنية إمامه وقد عين إمامه العشرة فصلاته غير صحيحة لعدم صحة صلاة إمامه كما هو ظاهر لكنه ناشئ من عدم التأمل اهـ منه .

فى لايؤم أحدا مالم ينو الإمامة (وإن أم نساء ، فإن اقتدت به) المرأة (محاذية لرجل فى غير صلاة جنازة ، فلابد) لصحة صلاتها (من نية إمامتها) لئلا يلزم الفساد بالمحاذاة بلا التزام (وإن لم تقتد محاذية اختلف فيه) فقيل يشترط وقيل لا كجنازة إجماعا ، وكجمعة وعيد على الأصح خلاصة وأشباه ، وعليه إن لم تحاذ أحدا تمت صلاتها وإلا لا (ونية استقبال القبلة ليست بشرط مطلقا) على الراجح ، فما قيل : لو نوى بناء الكعبة أو المقام أو محراب مسجده لم يجز مفرع على المرجوح (كنية تعيين الإمام فى صحة الاقتداء) فإنها ليست بشرط ؛ فلو ائتم به يظنه زيدا فإذا هو بكر صح إلا إذا عينه باسمه فبان غيره إلا إذا عرفه بمكان كالقائم فى المحراب

(قوله فى غير صلاة جنازة) أما فيها فلايشترط نية إمامتها إجماعاً كما يذكره (قوله لصحة صلاتها) الأنسب بالمقام لصحة اقتدائها (قوله من نية إماميتها) أى وقت الشروع ، لابعده كما سيذكره فى باب الإمامة . ويشترط حضورها عند النية فى رواية ، وفى أخرى لا : واستظهرها فى البحر (قوله لئلا يلزم الخ) حاصله أنه لو صح اقتداؤه بلا نية لزم عليه إفساد صلاته إذا حاذته بدون التزامه وذلك لايجوز ، والتزامه إنما هو بنية إمامتها (قوله بالمحاذاة) أى عند وجود شرائطها الآتية فى باب الإمامة (قوله كجنازة) فإنه لايشترط لصحة اقتداء المرأة فيها نية إمامتها إجماعا ، لأن المحاذاة فيها لاتفسدها (قوله على الأصح) حكوا مقابله عن الجمهور (قوله وعليه) أى على القول بأنه لايشترط لصحة اقتدائها نية إمامتها فيصح اقتداؤها لكن إن لم تتقدم بعد ولم تحاذ أحدا من إمام أو مأموم بقى اقتداؤها وتمت صلاتها ، وإلا : أى وإن تقدمت وحاذت أحدا لايبقى اقتداؤها ولا تتم صلاتها كما فى الحلية فليس ذلك شرطا فى الجمعة والعيد فقط فافهم (قوله مطلقا) أى للقريب المشاهد وغيره لأن إصابة الجهة تحصل بلا نية العين وهى شرط ، فلا يشترط لها النية كباقى الشرائط (قوله على الراجح) مقابله ماقيل إن الفرض إصابة العين للقريب والبعيد ولا يمكن ذلك للبعيد إلا من حيث النية فانتقل ذلك إليها (قوله لم يجز) لأن المراد بالكعبة العرصة لا البناء والمحراب علامة عليها ، والمقام : هو الحجر الذى كان يقوم عليه الخليل عليه الصلاة والسلام عند بناء البيت (قوله مفرع على المرجوح) كذا فى البحر عن الحلية وهو ظاهر ، لأن من اشترط نية الكعبة لايجوز الصلاة بدونها ، فإذا نوى غيرها لاتجوز الصلاة عنده بالأولى ، وقد علمت أن الكعبة اسم للعرصة . فإذا نوى البناء أو المحراب أو المقام فقد نوى غير الكعبة ؛ أما على القول الراجح من أنه لاتشترط نيتها فلا يضر نية غيرها بعد وجود الاستقبال الذى هو الشرط ، لكن اعترضه الشيخ إسمعيل بأنه غير مسلم لما فى البدائع من أن الأفضل أن لاينوى الكعبة ، لاحتمال أن لاتحاذى هذه الجهة الكعبة فلا تجوز صلاته اه فإن مفهومه أنه إذا استقبل غير مانوى لاتجوز صلاته ، لكن لايخفى أنه ليس فيه دلالة ، على أنه إذا نوى البناء ونحوه لاتجوز صلاته بل يدل على أن الأفضل عدم ذلك ، فما ذكره الشارح تبعا للبحر والحلية صحيح فافهم ، نعم ذكر فى شرح المنية أن نية القبلة وإن لم تشترط ، لكن عدم نية الإعراض عنها شرط اه وعليه فهو مفرع على الراجح (قوله صح) لأنه نوى الاقتداء بالإمام الموجود فلا يضره ظنه ، بخلاف اسمه قال فى الحلية : لأن العبرة لما نوى لا لما يرى اه ويظهر منه أن مثله مالو اعتقد أنه زيد لأنه جازم بالاقتداء بهذا الإمام فافهم .

مطلب إذا اجتمعت الإشارة والتسمية

(قوله إلا إذا عينه باسمه) أى لم ينو الاقتداء بالإمام الموجود ، وإنما نوى الاقتداء بزيد سواء تلفظ باسمه أولا ، لما فى المنية إلا إذا قال اقتديت بزيد أو نوى الاقتداء بزيد اه فإذا ظهر أنه عمرو لايصح الاقتداء ، لأن العبرة لما نوى حلية : أى وهو قد نوى الاقتداء بغير هذا الإمام الحاضر (قوله إلا إذا عرفه) استثناء من عدم الصحة التى تضمنها الاستثناء الأول (قوله كالقائم فى المحراب) أى نوى الاقتداء بالإمام القائم فى المحراب الذى

أو إشارة كهذا الإمام الذى هو زيد ، إلا إذا أشار بصفة مختصة كهذا الشاب فإذا هو شيخ فلا يصح وبعكسه يصح لأن الشاب يدعى شيخا لعلمه . وفى المجتبى نوى أن لا يصلى إلا خلف من هو على مذهبه فإذا هو غيره لم يجز .

[فائدة] لما كان الاعتبار للتسمية عندنا لم يختص ثواب الصلاة فى مسجده عليه الصلاة والسلام بما كان فى زمنه

هو زيد فإذا هو غيره جاز أشباه ، لأن أل يشاربها إلى الموجود فى الخارج أو الذهن ، وعلى كل فقد نوى الاقتداء بالإمام الموجود فلغت التسمية (قوله أو إشارة) أى باسمها الموضوع لها حقيقة ، وإنما جاز لأنه عرفه بالإشارة فلغت التسمية كما فى الخانية وغيرها (قوله إلا إذا أشار الخ) استثناء من قوله أو إشارة (قوله فلا يصح) أورد عليه أن فى هذه الصورة اجتمعت الإشارة مع التسمية ، فكان ينبغى أن تلغو التسمية كما لغت فى هذا الإمام الذى هو زيد وفى هذا الشيخ . والجواب أن إلغاء التسمية ليس مطلقا قال فى الهداية من باب المهر : الأصل أن المسمى إذا كان من جنس المشار إليه يتعلق العقد بالمشار إليه ، لأن المسمى موجود فى المشار ذاتا والوصف يتبعه وإن كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى ، لأن المسمى مثل المشار إليه وليس بتابع له ، والتسمية أبلغ فى التعريف من حيث أنها تعرف الماهية والإشارة تعرف الذات اهـ(١) قال الشارحون هذا الأصل متفق عليه فى النكاح والبيع والإجارة وسائر العقود اهـ .

إذا عرفت ذلك فاعلم أن زيدا وعمرا جنس واحد من حيث الذات وإن اختلفا من حيث الأوصاف والمشخصات لأن الملحوظ إليه فى العلم هو الذات ، ففى قوله هذا الإمام الذى هو زيد فظهر أن المشار إليه عمرو يكون قد اختلف المسمى والمشار إليه ، فلغت التسمية وبقيت الإشارة معتبرة لكونهما من جنس واحد ؛ فصح الاقتداء . وأما الشيخ والشاب فهما من الأوصاف الملحوظ فيها الصفات دون الذات ، ومعلوم أن صفة الشيخوخة تباين صفة الشباب فكانا جنسين ؛ فإذا قال هذا الشاب فظهر أنه شيخ لا يصح الاقتداء لأنه وصفه بصفة خاصة لا يوصف بها من بلغ سن الشيخوخة ، فقد خالفت الإشارة التسمية مع اختلاف الجنس ، فلغت الإشارة واعتبرت التسمية بالشاب ، فيكون قد اقتدى ، بغير موجود ، كمن اقتدى بزيد فبان غيره . وأما إذا قال هذا الشيخ فظهر أنه شاب فإنه يصح لأن الشيخ صفة مشتركة فى الاستعمال بين الكبير وفى السن الكبير فى القدر كالعالم وبالنظر إلى المعنى الثانى يصح أن يسمى الشاب شيخا ، فقد اجتمعت الصفتان فى المشار إليه لعدم تخالفهما فلم يبلغ أحدهما فيصح الاقتداء . ونظيره لو قال هذه الكلبة طالق أو هذا الحمار حر تطلق المرأة ويعتق العبد كما صرحوا به مع أن المشار إليه وهو المرأة والعبد من غير جنس المسمى وهو الكلبة والحمار ، لكن لما كان فى مقام الشتم يطلق الكلب والحمار على الإنسان مجازا لم يحصل اختلاف الجنس فلم تلغ الإشارة ، هذا ما ظهر لفهمى السقيم من فيض الفتاح العليم (قوله وفى المجتبى الخ) وجهه أنه لما نوى الاقتداء بإمام مذهبه فإذا هو غيره فقد نوى الاقتداء بمعلوم كما قدمناه عن المنية فيما إذا نوى الاقتداء بزيد فإذا هو غيره :

مطلب ما زيد فى المسجد النبوى هل يأخذ حكمه ؟

(قوله فائدة لما كان الخ) استنبط هذه الفائدة من مسألة الاقتداء شيخ الإسلام العينى فى شرح البخارى كما فى أحكام الإشارة من الأشباه . وأصل ذلك قوله صلى الله عليه وسلم فى الحديث الصحيح « صلاة فى مسجدى

---

(١) (قوله انتهى) تمام عبارة الهداية بعد قوله والإشارة تعرف الذات : ألا ترى أن من اشترى فصا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف الجنس ؛ ولو اشترى على أنه يا قوت أحمر فإذا هو أخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس اهـ .

فليحفظ (و) السادس (استقبال القبلة) حقيقة أو حكما كعاجز ، والشرط حصوله لاطلبه ، وهو شرط زائد للإبتلاء يسقط للعجز ، حتى لو سجد للكعبة نفسها كفر (فللمكى) وكذا المدنى

هذا خير من ألف صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام » ومعلوم(١) أنه قد زيد فى المسجد النبوى ؛ فقد زاد فيه عمر ثم عثمان ثم الوليد ثم المهدى ، والإشارة بهذا إلى المسجد المضاف المنسوب إليه صلى الله عليه وسلم ، ولا شك أن جميع المسجد الموجود الآن يسمى مسجده صلى الله عليه وسلم ، فقد اتفقت الإشارة والتسمية على شيء واحد ، فلم تلغ التسمية ، فتحصل المضاعفة المذكورة فى الحديث فيما زيد فيه . وخصها الإمام النووى بما كان فى زمنه صلى الله عليه وسلم عملا بالإشارة . وأما حديث « لو مد مسجدى هذا إلى صنعاء كان مسجدى » فقد اشتد ضعف طرقه ، فلا يعمل به فى فضائل الأعمال كما ذكره السخاوى فى المقاصد الحسنة ، وكان وجهه أنه جعل الإشارة لخصوص البقعة الموجودة يومئذ فلم تدخل فيها الزيادة ، ولابد فى دخولها من دليل .

قلت : ويؤيده ماسيأتى فى الأيمان من باب اليمين بالدخول عن البدائع : لو قال لأدخل هذا المسجد فزيد فيه حصة فدخلها لم يحنث مالم يقل مسجد بنى فلان فيحنث ، وكذا الدار لأنه عقد يمينه على الإضافة وذلك موجود فى الزيادة .

وقد يجاب بأن مانحن فيه من قبيل الثانى ، ويؤيده أن فى بعض طرق الحديث بدون اسم الإشارة ، وعلى ذكرها فهى لالتخصيص البقعة بل لدفع أن يتوهم دخول غير المسجد المدنى من بقية المساجد التى تنسب إليه صلى الله عليه وسلم التى ذكرها أصحاب السير ، والله تعالى أعلم .

مبحث فى استقبال القبلة

(قوله واستقبال القبلة) أى الكعبة المشرفة ، وليس منها الحجر بالكسر والشاذروان ، لأن ثبوتهما منها ظنى وهو لايكتفى به فى القبلة احتياطا وإن صح الطواف فيه مع الحرمة كما سيأتى إن شاء الله تعالى فى الحج (قوله كعاجز) أى كاستقبال عاجز عنها لمرض أو خوف عدو أو اشتباه ، فجهة قدرته أو تحريه قبلة له حكما (قوله والشرط حصوله لاتحصيله(٢)) أشار إلى أن السين والتاء فيه ليست للطلب ، لأن الشرط هو المقابلة لاطلبها إلا إذا توقف حصولها عليه كما فى الحلية (قوله وهو شرط زائد) أى ليس مقصودا لأن المسجود له هو الله تعالى ط أو المراد أنه قد يسقط بلا ضرورة كما فى الصلاة على الدابة خارج المصر ، ونظيره مامر فى تفسير الركن الزائد كالقراءة فكان المناسب للشارح أن يقول قد يسقط بلا عجز بدل قوله يسقط للعجز ، وإلا فكل الشروط كذلك (قوله للابتلاء) علة لمحذوف أى شرطه الله تعالى لاختبار المكلفين ، لأن فطرة المكلف المعتقد استحالة الجهة عليه تعالى تقتضى عدم التوجه فى الصلاة إلى جهة مخصوصة فأمرهم على خلاف ماتقتضيه فطرتهم اختبارا لهم هل يطيعون أولا كما فى البحر ح . قلت : وهذا كما ابتلى الله تعالى الملائكة بالسجود لآدم حيث جعله قبلة لسجودهم (قوله حتى لو سجد الخ) تفريع على كون الاستقبال شرطا زائدا ، يعنى لما كان المسجود له هو الله تعالى والتوجه إلى الكعبة مأمورا به كما تقدم كان السجود لنفس الكعبة كفرا ح (قوله فللمكى) أى فالشرط له أى لصلاته ،

---

(٢) (قوله ومعلوم الخ) لبعضهم فى ذلك :

تحقيق ذا المسجد زاده عمر ... وبعده عثمان حيثما استمر

وبعده الوليد ثم المهدى ... ودام هكذا إلى ذا العهد ... اه منه

(٣) (قوله لا تحصيله) لعلها نسخته ، وإلا فالذى فى نسخ الشارح التى بيدى : لا طلبه والمآل واحد اه مصححه .

لثبوت قبلتها بالوحي (إصابة عينها) يعم المعاين وغيره لكن في البحر أنه ضعيف .
والأصح أن من بينه وبينها حائل كالغائب ، وأقره المصنف قائلا : والمراد بقولي فللمكي مكي يعاين الكعبة (ولغيره) أي غير معاينها (إصابة جهتها) بأن يبقى شيء من سطح الوجه مسامتا للكعبة أو لهوائها ، بأن يفرض

وكذا قوله ولغيره أو اللام فيهما بمعنى على أن فالواجب عليه (قوله لثبوت قبلتها) أي قبلة المدينة المنورة المفهومة من قوله وكذا المدني.

وأورد أنه لايلزم من ثبوتها بالوحي أن تكون على عين الكعبة لاحتمال كونها على الجهة (قوله يعم المعاين وغيره) أي المكي المشاهد للكعبة والذي بينه وبينها حائل كجدار ونحوه ، فيشترط إصابة العين ؛ بحيث لو رفع الحائل وقع استقباله على عين الكعبة (قوله وأقره المصنف) أي في المنح ، لكن قال في شرحه على زاد الفقير إطلاق المتون والشروح والفتاوى يدل على أن المذهب الراجح عدم الفرق بين ماإذا كان بينهما حائل أولا اهـ .
وفي الفتح : وعندي في جواز التحري مع إمكان صعوده إشكال ، لأن المصير إلى الدليل الظني وترك القاطع مع إمكانه لايجوز ، وقدقال في الهداية : والاستخبار فوق التحري ، فإذا امتنع المصير إلى ظني لإمكان ظني أقوى منه فكيف يترك اليقين مع الظن اهـ (قوله بأن يبقى الخ) في كلامه إيجاز لايفهم منه المراد ، فاعلم أولا أن السطح في اصطلاح علماء الهندسة ماله طول وعرض لاعمق ، والزاوية القائمة هي إحدى الزاويتين المتساويتين الحادثتين عن جنبي خط مستقيم قام على خط مستقيم هكذا قائمة | قائمة ، وكلتاهما قائمتان ، ويسمى الخط القائم على الآخر عموداً ، فإن لم تتساويا فما كانت أصغر من القائمة تسمى زاوية حادة ، وما كانت أكبر تسمى زاوية منفرجة هكذا حادة ／ منفرجة .

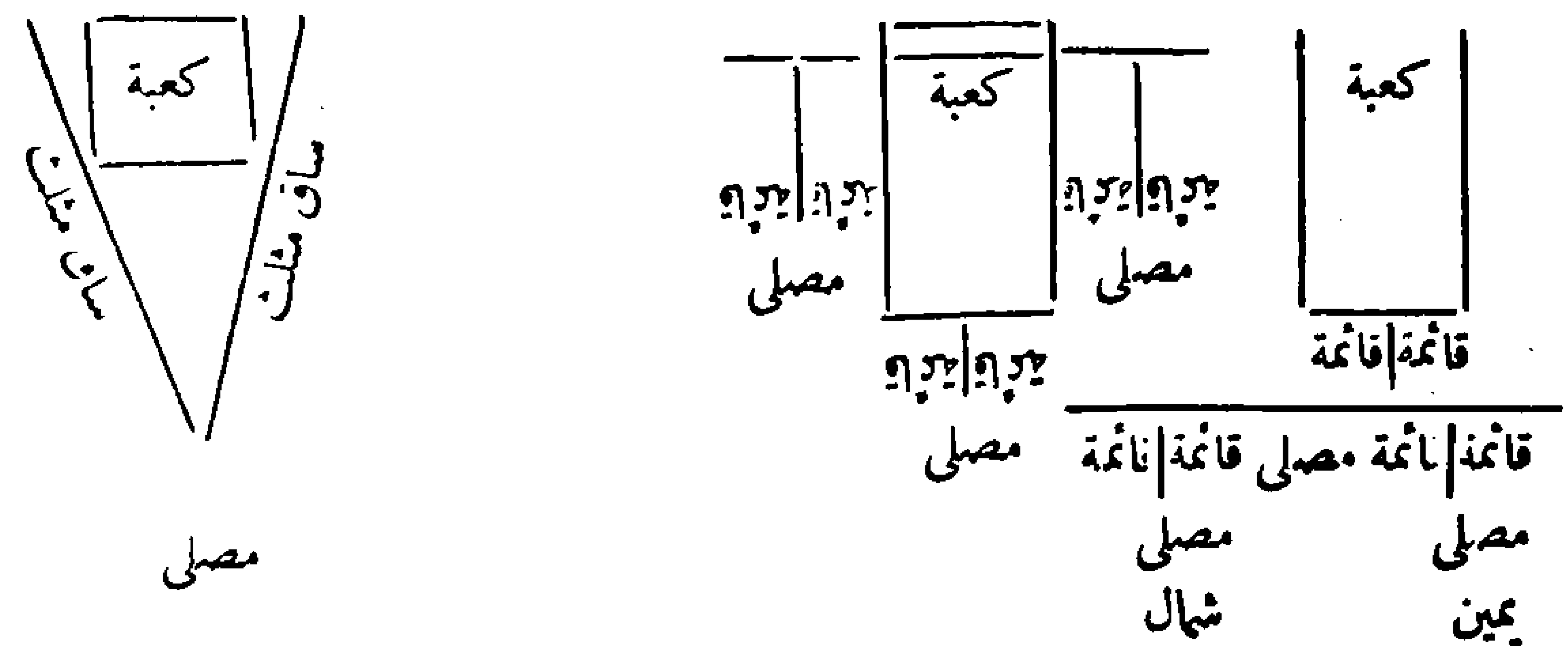
ثم اعلم أنه ذكر في المعراج عن شيخه أن جهة الكعبة هي الجانب الذي إذا توجه إليه الإنسان يكون مسامتا للكعبة أو هوائها تحقيقا أو تقريبا ؛ ومعنى التحقيق أنه لو فرض خط من تلقاء وجهه على زاوية قائمة إلى الأفق يكون ماراً على الكعبة أو هوائها ؛ ومعنى التقريب أن يكون منحرفا عنها أو عن هوائها بما لاتزول به المقابلة بالكلية ، بأن يبقى شيء من سطح الوجه مسامتا لها أو لهوائها .

وبيانه أن المقابلة في مسافة قريبة تزول بانتقال قليل من اليمين أو الشمال مناسب لها ، وفي البعيدة لاتزول إلا بانتقال كثير مناسب لها فإنه لو قابل إنسان آخر في مسافة ذراع مثلا تزول تلك المقابلة بانتقال أحدهما يمينا بذراع وإذا وقعت بقدر ميل أو فرسخ لاتزول إلا بمائة ذراع أو نحوها ، ولما بعدت مكة عن ديارنا بعدا مفرطا تتحقق المقابلة إليها في مواضع كثيرة في مسافة بعيدة ؛ فلو فرضنا خطا من تلقاء وجه مستقبل الكعبة على التحقيق في هذه البلاد ثم فرضنا خطا آخر يقطعه على زاويتين قائمتين من جانب يمين المستقبل وشماله لاتزول تلك المقابلة والتوجه بالانتقال إلى اليمين والشمال على ذلك الخط بفراسخ كثيرة ، فلذا وضع العلماء القبلة في بلاد قريبة على سمت واحد اهـ ونقله في الفتح والبحر وغيرهما وشروح المنية وغيرها ، وذكره ابن الهمام في زاد الفقير .

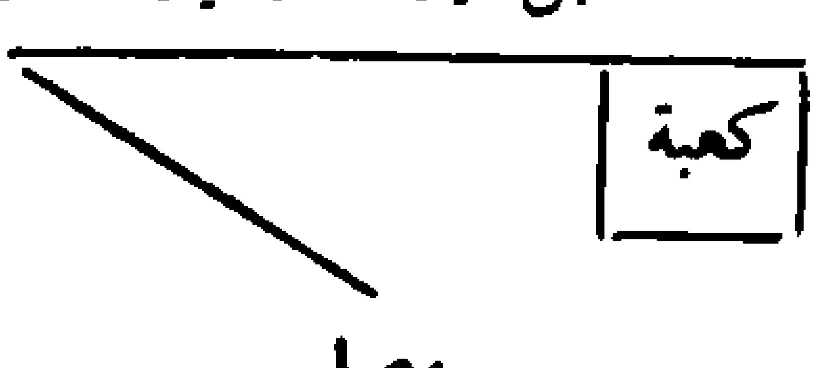
وعبارة الدرر هكذا : وجهتها أن يصل الخط الخارج من جبين المصلي إلى الخط المار بالكعبة على استقامة بحيث يحصل قائمتان . أو نقول : هو أن تقع الكعبة فيما بين خطين يلتقيان في الدماغ فيخرجان إلى العينين كساقي مثلث ، كذا قال النحرير التفتازاني في شرح الكشاف ، فيعلم منه أنه لو انحرف عن العين انحرافاً لاتزول منه المقابلة بالكلية جاز ، ويؤيده ماقال في الظهيرية : إذا تيامن أوتيا سر تجوز ، لأن وجه الإنسان مقوس ، لأن عند التيامن أو التياسر يكون أحد جوانبه إلى القبلة اهـ كلام الدرر ، وقوله في الدرر على استقامة متعلق بقوله يصل لأنه لو وصل إليه معوجا لم تحصل قائمتان بل تكون إحداهما حادة والأخرى منفرجة كما بينا . ثم إن الطريقة

من تلقاء وجه مستقبلها حقيقة فى بعض البلاد خط على زاوية قائمة إلى الأفق مارا على الكعبة ، وخط آخر يقطعه على زاويتين قائمتين يمنة ويسرة منح .
قلت : فهذا معنى التيامن والتياسر

التى فى المعراج هى الطريقة الأولى التى فى الدرر ، إلا أنه فى المعراج جعل الخط الثانى ماراً على المصلى على ماهو المتبادر من عبارته ، وفى الدرر جعله ماراً على الكعبة ، وتصوير الكيفيات الثلاث على الترتيب هكذا :



(قوله منح) فيه أن عبارة المنح هى حاصل ماقدمناه عن المعراج ، وليس فيها قوله مارا على الكعبة . بل هو المذكور فى صورة الدرر . ويمكن أن يراد أنه مار عليها طولا لاعرضاً فيكون هو الخط الخارج من جبين المصلى والخط الآخر الذى يقطعه هو المار عرضا على المصلى أو على الكعبة فيصدق بما صورناه أولا وثانياً . ثم إن اقتصاره على بعض عبارة المنح أدى إلى قصر بيانه على المسامتة تحقيقا ، وهى استقبال العين دون المسامتة تقديراً ، وهى استقبال الجهة مع أن المقصود الثانية ، فكان عليه أن يحذف قوله من تلقاء وجه مستقبلها حقيقة فى بعض البلاد (قوله قالت الخ) قد علمت أنه لو فرض شخص مستقبلا من بلده لعين الكعبة حقيقة : بأن يفرض الخط الخارج من جبينه واقعا على عين الكعبة فهذا مسامت لها تحقيقا ، ولو أنه انتقل إلى جهة يمينه أو شماله بفراسخ كثيرة وفرضنا خطاً مارا على الكعبة من المشرق إلى المغرب وكان الخط الخارج من جبين المصلى يصل على استقامة إلى هذا الخط المار على الكعبة فإنه بهذا الانتقال لازول المقابلة بالكلية ، لأن وجه الإنسان مقوس ، فهما تأخر يمينا أو يساراً عن عين الكعبة يبقى شىء من جوانب وجهه مقابلا لها ، ولاشك أن هذا عند زيادة البعد ، أما عند القرب فلا يعتبر كما مر ، فقول الشارح هذا معنى التيامن والتياسر : أى إن ماذكره من قوله بأن يبقى شىء من سطح الوجه الخ مع فرض الخط على الوجه الذى قررناه هو المراد بما فى الدرر عن الظهيرية من التيامن والتياسر : أى ليس المراد منه أن يجعل الكعبة عن يمينه أو يساره ، إذ لاشك حينئذ فى خروجه عن الجهة بالكلية ، بل المفهوم مما قدمناه عن المعراج والدرر من التقييد بحصول زاويتين قائمتين عند انتقال المستقبل لعين الكعبة يمينا أو يساراً أنه لايصح لو كانت إحداهما حادة والأخرى منفرجة بهذه الصورة :



والحاصل أن المراد بالتيامن والتياسر الانتقال عن عين الكعبة إلى جهة اليمين أو اليسار لاالإنحراف ، لكن وقع فى كلامهم مايدل على أن الانحراف لايضر ، ففى القهستانى : ولا بأس بالانحراف إنحرافاً لازول به المقابلة بالكلية ، بأن يبقى شىء من سطح الوجه مسامتا للكعبة اهـ .

فى عبارة الدرر ، فتبصر وتعرف بالدليل ؛ وهو فى القرى والأمصار محاريب الصحابة والتابعين ، وفى المفاوز والبحار النجوم كالقطب

وقال فى شرح زاد الفقير : وفى بعض الكتب المعتمدة فى استقبال القبلة إلى الجهة أقاويل كثيرة ، وأقربها إلى الصواب قولان : الأول أن ينظر فى مغرب الصيف فى أطول أيامه ومغرب الشتاء فى أقصر أيامه فليدع الثلثين فى الجانب الأيمن والثلث فى الأيسر والقبلة عند ذلك ، ولو لم يفعل هكذا وصلى فيما بين المغربين يجوز ، وإذا وقع خارجاً منها لايجوز بالاتفاق اه ملخصا .

وفى منية المصلى عن أمالى الفتاوى : حد القبلة فى بلادنا يعنى سمرقند : مابين المغربين مغرب الشتاء ومغرب الصيف ، فإن صلى إلى جهة خرجت من المغربين فسدت صلاته اه وسيأتى فى المتن فى مفسدات الصلاة أنها تفسد بتحويل صدره عن القبلة بغير عذر ، فعلم أن الانحراف اليسير لايضر ، وهو الذى يبقى معه الوجه أو شىء من جوانبه مسامتا لعين الكعبة أو لهوائها ، بأن يخرج الخط من الوجه أو من بعض جوانبه ويمر على الكعبة أو هوائها مستقيما ، ولا يلزم أن يكون الخط الخارج على استقامة خارجا من جبهة المصلى بل منها أو من جوانبها كما دل عليه قول الدرر من جبين المصلى ، فإن الجبين طرف الجبهة وهما جبينان ، وعلى ماقررناه يحمل مافى الفتح والبحر عن الفتاوى من أن الانحراف المفسد أن يجاوز المشارق إلى المغارب اه فهذا غاية ماظهر لى فى هذا المحل ، والله تعالى أعلم (قوله فتبصر) أشار إلى دقة ملحظه الذى قررناه وإلى عدم الاستعجال بالاعتراض ومع هذا نسبوه إلى عدم الفهم فافهم (قوله محاريب الصحابة والتابعين) فلا يجوز التحرى معها زيلعى ، بل علينا اتباعهم خانية ولا يعتمد على قول الفلكى العالم البصير الثقة إن فيها انحرافاً خلافا للشافعية فى جميع ذلك كما بسطه فى الفتاوى الخيرية ، فإياك أن تنظر إلى مايقال إن قبلة أموى دمشق وأكثر مساجدها المبنية على سمت قبلته فيها بعض انحراف وإن أصح قبلة فيها قبلة جامع الحنابلة الذى فى سفح الجبل ، إذ لاشك أن قبلة الأموى من حين فتح الصحابة ومن صلى منهم إليها وكذا من بعدهم أعلم وأوثق وأدرى من فلكى لاندرى هل أصاب أم أخطأ ، بل ذلك يرجح خطاه وكل خير فى اتباع من سلف (قوله كالقطب) هو أقوى الأدلة ، وهو نجم صغير فى بنات نعش الصغرى بين الفرقدين والجدى ، إذا جعله الواقف خلف أذنه اليمنى كان مستقبلا القبلة إن كان بناحية الكوفة وبغداد وهمدان ، ويجعله من بمصر على عاتقه الأيسر ، ومن بالعراق على كتفه الأيمن ؛ ومن باليمن قبالته مما يلى جانبه الأيسر ، ومن بالشام وراءه بحر . قال ابن حجر : وقيل ينحرف بدمشق وما قاربها إلى الشرق قليلا اه .

وذكر الشراح للقبلة علامات أخر غالبها مبنية على سمت بلادهم ، منها ماقدمناه عن شرح زاد الفقير والمنية فإنها علامة لقبلة سمرقند وماكان على سمتها . وفى حاشية الفتال قال البرجندى : ولا يخفى أن القبلة تختلف باختلاف البقاع ؛ وما ذكروه يصح بالنسبة إلى بقعة معينة ، وأمر القبلة إنما يتحقق بقواعد الهندسة والحساب ، بأن يعرف بعد مكة عن خط الاستواء وعن طرف المغرب ثم بعد البلد المفروض كذلك ثم يقاس بتلك القواعد ليتحقق سمت القبلة اه لكن قال القهستانى : ومنهم من بناه على بعض العلوم الحكمية إلا أن العلامة البخارى قال فى الكشف إن أصحابنا لم يعتبروه اه . وأفاد فى النهر أن دلائل النجوم معتبرة عند قوم وعند آخرين ليست بمعتبرة قال : وعليه إطلاق عامة المتون اه .

أقول : لم أر فى المتون مايدل على عدم اعتبارها ، ولنا تعلم مانهتدى به على القبلة من النجوم ، وقال تعالى

وإلا فمن الأهل العالم بها ممن لو صاح به سمعت

ـ والنجوم لتهتدوا بها(١) ـ على أن محاريب الدنيا كلها نصبت بالتحرى حتى منى كما نقله فى البحر ، ولا يخفى أن أقوى الأدلة النجوم . والظاهر أن الخلاف فى عدم اعتبارها إنما هو عند وجود المحاريب القديمة ، إذ لايجوز التحرى معها كما قدمناه ، لئلا يلزم تخطئة السلف الصالح وجماهير المسلمين ، بخلاف ماإذا كان فى المفازة فينبغى وجوب اعتبار النجوم ونحوها فى المفازة لتصريح علمائنا وغيرهم بكونها علامة معتبرة ، فينبغى الاعتماد فى أوقات الصلاة وفى القبلة ، على ماذكره العلماء الثقات فى كتب المواقيت ، وعلى ماوضعوه لها من الآلات كالربع والاصطرلاب فإنها إن لم تفد اليقين تفد غلبة الظن للعالم بها ، وغلبة الظن كافية فى ذلك .

ولا يرد على ذلك ماصرح به علماؤنا من عدم الاعتماد على قول أهل النجوم فى دخول رمضان ، لأن ذاك مبنى على أن وجوب الصوم معلق برؤية الهلال ، لحديث « صوموا لرؤيته » وتوليد الهلال ليس مبنيا على الرؤية بل على قواعد فلكية ، وهى وإن كانت صحيحة فى نفسها ، لكن إذا كانت ولادته فى ليلة كذا فقد يرى فيها الهلال وقد لايرى ؛ والشارع علق الوجوب على الرؤية بالقبلة لاعلى الولادة ، هذا ماظهر لى ، والله أعلم (قوله وإلا فمن الأهل) أى وإن لم يكن ثمة محاريب قديمة فيسأل من يعلم بالقبلة ممن تقبل شهادته من أهل ذلك المكان ممن يكون بحضرته بأن يكون بحيث لو صاح به سمعه ، أما غير العالم بها فلا فائدة فى سؤاله ، وأما غير مقبول الشهادة كالكافر والفاسق والصبى فلعدم الاعتداد باخباره فيما هو من أمور الديانات مالم يغلب على الظن صدقه كما فى القهستانى ، ويقبل فيها قول الواحد العدل كما فى النهاية ؛ وأما إذا لم يكن من أهل ذلك المكان فلأنه يخبر عن اجتهاد فلا يترك اجتهاده باجتهاد وغيره ، وأما إذا لم يكن بحضرته من أهل المسجد أحد فإنه يتحرى ولا يجب عليه قرع الأبواب كما سيأتى ؛ وظاهر التقييد بالأهل أن وجوب السؤال خاص بالحضر ، فلو فى مفازة لايجب . وفى البدائع مايخالفه حيث قال : فإن كان عاجزا بالاشتباه وهو أن يكون فى المفازة فى ليلة مظلمة ولا علم له بالأمارات الدالة على القبلة ، فإن كان بحضرته من يسأله عنها لايجوز له أن يتحرى ، بل يجب أن يسأل لما قلنا أى من أن السؤال أقوى من التحرى اهـ وشرط فى الذخيرة كون المخبر فى المفازة عالما حيث نقل عن الفقيه أبى بكر أنه سئل عمن فى المفازة فأخبره رجلان أن القبلة فى جانب ووقع تحريه إلى جانب آخر ، فقال : إن كان فى رأيه أنهما يعلمان ذلك يأخذ بقولهما لامحالة وإلا فلا اهـ وشرط فى الخانية والتجنيس كونهما من أهل ذلك الموضع حيث قال : فإن لم يكونا من أهل ذلك الموضع وهما مسافران مثله لايلتفت إلى قولهما لأنهما يقولان بالاجتهاد ، فلا يترك اجتهاده باجتهاد غيره اهـ والظاهر أن المراد من اشتراط كونهما من أهل ذلك الموضع كونهما عالمين بالقبلة ، لأن الكلام فى المفازة ولا أهل لها ، إلا أن يراد كونهما من أهل الأخبية فهما من أهله والأهل له علم أكثر من غيره ، فلاينافى مامر عن الذخيرة ، حتى لو كانا من أهله ولا علم لهما لايلتفت إلى قولهما ، فالمناط إنما هو العلم ، فقد يكونان مسافرين مثله ولكن لهما معرفة بالقبلة فى ذلك المكان بكثرة التكرار أو بطريق آخر من طرق العلم مما يفوق على تحرى المتحرى .

ثم اعلم أن مانقلناه آنفا عن البدائع من قوله فى ليلة مظلمة الخ يقتضى أن الاستدلال بالنجوم فى المفازة مقدم على السؤال المقدم على التحرى ، فصار الحاصل أن الاستدلال على القبلة فى الحضر إنما يكون بالمحاريب القديمة ، فإن لم توجد فبالسؤال من أهل ذلك المكان وفى المفازة بالنجوم ، فإن لم يكن لوجود غيم أو لعدم معرفته بها فبالسؤال من العالم بها ، فإن لم يكن فيتحرى ، وكذا يتحرى لو سأله عنها فلم يخبره ، حتى لو أخبره بعد ماصلى

(١) التلاوة (وهو الذى جعل لكم النجوم لتهتدوا بها) اهـ مصححه .

(والمعتبر) فى القبلة (العرصة لا البناء) فهى من الأرض السابعة إلى العرش (وقبلة العاجز عنها) لمرض وإن وجد موجها عند الإمام أو خوف مال : وكذا كل من سقط عنه الأركان

لايعيد كما فى المنية . وفيها : لو لم يسأله وتحرى ، إن أصاب جاز وإلا لا . وكذا الأعمى اه ومسائل التحرى ستأتى : ورجح فى البحر مافى الظهيرية ، من أنه لو صلى فى المفازة بالتحرى والسماء مصحية لـكنه لايعرف النجوم فتبين أنه أخطأ لايجوز لأنه لاعذر لأحد فى الجهل بالأدلة الظاهرة كالشمس والقمر وغيرهما . أما دقائق علم الهيئة وصور النجوم الثوابت فهو معذور فى الجهل بها اه (قوله والمعتبر فى القبلة الخ) أى أن الذى يجب استقباله أو استقبال جهته هو العرصة ، وهى لغة : كل بقعة بين الدور واسعة لابناء فيها كما فى الصحاح وغيره والمراد بها هنا تلك البقعة الشريفة (قوله لاالبناء) أى ليس المراد بالقبلة الكعبة التى هى البناء المرتفع على الأرض ، ولذا لو نقل البناء إلى موضع آخر وصلى إليه لم يجز ، بل تجب الصلاة إلى أرضها كما فى الفتاوى الصوفية عن الجامع الصغير .

مطلب كرامات الأولياء ثابتة

وفى البحر عن عدة الفتاوى : الكعبة إذا رفعت عن مكانها لزيارة أصحاب الكرامة ففى تلك الحالة جازت الصلاة إلى أرضها اه . وفى المجتبى : وقد رفع البناء فى عهد ابن الزبير على قواعد الخليل وفى عهد الحجاج ليعيدها على الحالة الأولى والناس يصلون اه فتال : وما ذكره فى البحر نقله فى التاترخانية عن الفتاوى العتابية قال الخير الرملى : وهذا صريح فى كرامات الأولياء ، فيرد به على من نسب إمامنا إلى القول بعدمها ، وسيأتى تمام الكلام على ذلك فى باب ثبوت النسب (قوله فهى من الأرض السابعة إلى العرش) صرح بذلك فى الفتاوى الصوفية معزيا للحجنة ، ثم قال : فلو صلى فى الجبال العالية والآبار العميقة السافلة جاز كما جاز على سطحها وفى جوفها فتال ، فلو كان المعتبر البناء لا العرصة لم يجز ذلك ، فالتفريع صحيح فافهم (قوله عند الإمام) لأن القادر بقدرة الغير عاجز عنده ، لأن العبد يكلف بقدرة نفسه لابقدرة غيره خلافا لهما ، فيلزمه عندهما التوجه إن وجد موجها ، وبقولهما جزم فى المنية والمنح والدرر والفتح بلا حكاية خلاف . وهذا بخلاف مالو عجز عن الوضوء ووجد من يوضئه حيث يلزمه ، ولا يجوز له التيمم اتفاقا فى ظاهر المذهب ، وقيل على الخلاف أيضا ، وقدمنا الفرق فى باب التيمم فراجعه . وإذا كان له مال ووجد أجيرا بأجرة مثله هل يلزمه أن يستأجره عندهما كما قالوه فى التيمم أم لا : لم أر من ذكره وينبغى اللزوم ، ثم رأيته فى شرح الشيخ إسمعيل عن الروضة ، لـكن بتقييد كون الأجرة دون نصف درهم ، فلو طلب نصف درهم أو أكثر لايلزمه ، والظاهر أن المراد به أجر المثل كما فسروه بذلك فى التيمم كما قدمناه هناك (قوله أو خوف مال) أى خوف ذهابه بسرقة أو غيرها إن استقبل ، وسواء كان المال ملكا له أو أمانة قليلا أو كثيرا ط ولم يعزه إلى أحد فليراجع ، نعم سيأتى فى مفسدات الصلاة أنه يجوز قطع الصلاة لضياع ماقيمته درهم له أو لغيره (قوله وكذا كل من سقط عنه الأركان) أى تكون قبلته جهة قدرته أيضا . فقال فى البحر : ويشمل أى العذر ما إذا كان على لوح فى السفينة يخالف الغرق إذا انحرف إليها ، وما إذا كان فى طين وردغة لايجد على الأرض مكانا يابسا أو كانت الدابة جموحا لو نزل لايمكنه الركوب إلا بمعين أو كان شيخا كبيرا لايمكنه أن يركب إلا بمعين ولا يجده ، فكما تجوز له الصلاة على الدابة ولو كانت فرضا وتسقط عنه الأركان كذلك يسقط عنه التوجه إلى القبلة إذا لم يمكنه ولا إعادة عليه إذا قدر اه فيشترط فى جميع ذلك عدم إمكان الاستقبال ، ويشترط فى الصلاة على الدابة يقافها إن قدر ، وإلا بأن خاف الضرر كأن تذهب القافلة وينقطع فلا يلزمه إيقافها

(جهة قدرته) ولو مضطجعا بإيماء لخوف رؤية عدو ولم يعد ، لأن الطاعة بحسب الطاقة (ويتحرى) هو بذل المجهود لنيل المقصود (عاجز عن معرفة القبلة) بما مر (فإن ظهر خطؤه لم يعد) لمامر (وإن علم به فى صلاته أو تحول رأيه) ولو فى سجود سهو (استدار وبنى) حتى لو صلى كل ركعة لجهة جاز ولو بمكة أو مسجد مظلم ، ولا يلزمه قرع أبواب

ولا استقبال القبلة كما فى الخلاصة ، وأوضحه فى شرح المنية الكبير والحلية ، وقيد فى الحلية مسألة الصلاة على الدابة للطين بما إذا عجز عن النزول ، فإن قدر نزل وصلى واقفا بالإيماء زاد الزيلعى : وإن قدر على القعود دون السجود أومأ قاعدا ، وأنه لو كانت الأرض ندية مبتلة بحيث لايغيب وجهه فى الطين صلى على الأرض وسجد ، وسيأتى تمام الكلام على الصلاة على الدابة فى باب الوتر والنوافل إن شاء الله تعالى (قوله ولو مضطجعا الخ) تعميم لقدرة : أى يتوجه العاجز إلى أى جهة قدر ولو كان مضطجعا . قال الزيلعى : ويستوى فيه : أى فى العجز الخوف من عدو أو سبع أو لص ، حتى إذا خاف أن يراه إن توجه إلى القبلة جاز له أن يتوجه إلى أى جهة قدر . ولو خاف أن يراه العدو إن قعد صلى مضطجعا بالإيماء ، وكذا الهارب من العدو راكبا يصلى على دابته اهـ (قوله ولم يعد) لأن هذه الأعذار سماوية حتى الخوف من عدو ، لأن الخوف لم يحصل بمباشرة أحد ، بخلاف المقيد إذ صلى قاعدا فإنه يعيد عندهما لا عند أبى يوسف كما فى شرح المنية ، ومر تحقيق ذلك فى التيمم . فينبغى أن يعيد هنا أيضا ، إذ لافرق بين صلاته قاعدا أو إلى غير القبلة ، لأن القيد عذر من جهة العبد ، لأنه بمباشرة المخلوق تأمل .

مطلب مسائل التحرى فى القبلة

(قوله هو) أى التحرى المفهوم من فعله (قوله بما مر) متعلق بمعرفة ، والذى مر هو الاستدلال بالمحاريب والنجوم والسؤال من العالم بها ، فأفاد أنه لا يتحرى مع القدرة على أحد هذه ، حتى لو كان بحضرته من يسأله فتحرى ولم يسأله إن أصاب القبلة جاز لحصول المقصود وإلا فلا ، لأن قبلة التحرى مبنية على مجرد شهادة القلب من غير أمارة وأهل البلد لهم علم بجهة القبلة المبنية على الأمارات الدالة عليها من النجوم وغيرها فكان فوق الثابت بالتحرى ، وكذا إذا وجد المحاريب المنصوبة فى البلدة أو كان فى المفازة والسماء مصحية وله علم بالاستدلال بالنجوم لايجوز له التحرى ؛ لأن ذلك فوقه ، وتمامه فى الحلية وغيرها . واستفيد مما ذكر أنه بعد العجز عن الأدلة المارة عليه أن يتحرى ولا يقلد مثله ؛ لأن المجتهد لايقلد مجتهدا ، وإذا لم يقع تحريه على شئ فهل له أن يقلد ؟ لم أره (قوله فإن ظهر خطؤه) أى بعد ماصلى (قوله لما مر) وهو كون الطاعة بحسب الطاقة (قوله وإن علم به) أى بخطئه فافهم (قوله أو تحوّل رأيه) أى بأن غلب على ظنه أن الصواب فى جهة أخرى فلا بد أن يكون اجتهاده الثانى أرجح ، إذ الأضعف كالعدم ، وكذا المساوى فيما يظهر ترجيحا للأول بالعمل عليه تأمل (قوله استدار وبنى) أى على ما بقى (١) من صلاته ، لما روى « أن أهل قباء كانوا متوجهين إلى بيت المقدس فى صلاة الفجر فأخبروا بتحويل القبلة فاستداروا إلى القبلة ، وأقرهم النبى صلى الله عليه وسلم على ذلك » وأما إذا تحول رأيه فلأن الاجتهاد المتجدد لاينسخ حكم ماقبله فى حق مامضى شرح المنية ، وينبغى لزوم الاستدارة على الفور ؛ حتى لو مكث قدر ركن فسدت (قوله ولو بمكة) بأن كان محبوسا ولم يكن بحضرته من يسأل فصلى بالتحرى ثم تبين أنه أخطأ بحر ، وهذا هو الأوجه ، وعليه اقتصر فى الخانية حلية (قوله ولا يلزمه قرع أبواب) فى الخلاصة إذا لم يكن فى المسجد

---

(١) (قوله أى على ما بقى) هكذا بخطه ، ولعل صوابه أى على ما مضى ، تأمل اهـ مصححه .

ومس جدران ولو أعمى ، فسواه رجل بنى ولم يقتد الرجل به ولا بمتحر تحرى ؛ ولو ائتم بمتحر بلا تحر لم يجز إن أخطأ الإمام ، ولو سلم فتحول رأى مسبوق ولاحق استدار المسبوق واستأنف اللاحق، ومن لم يقع تحريه على

قوم والمسجد فى مصر فى ليلة مظلمة ، قال الإمام النسفى فى فتاواه جاز اه . وفى الكافى : ولا يستخرجهم من منازلهم . قال ابن الهمام : والأوجه أنه إذا علم أن للمسجد قوما من أهله مقيمين غير أنهم ليسوا حاضرين فيه وقت دخوله وهم حوله فى القرية وجب طلبهم ليسألهم قبل التحرى، لأن التحرى معلق بالعجز عن تعرف القبلة بغيره اه : ولا منافاة بين هذا وبين مامر عن الخلاصة والكافى ، لأن المراد إذا لم يكونوا داخل المنازل ولم يلزم الحرج من طلبهم بتعسف الظلمة والمطر ونحوه شرح المنية (قوله ومس جدران) لأن الحائط لو كانت منقوشة لايمكنه تمييز المحراب من غيره ، وعسى أن يكون ثم هامة مؤذية فجاز له التحرى بحر عن الخانية ، وهذا إنما يصح فى بعض المساجد، فأما فى الأكثر فيمكن تمييز المحراب من غيره فى الظلمة بلا إيذاء، فلا يجوز التحرى إسمعيل عن المفتاح (قوله ولو أعمى الخ) قال فى شرح المنية : ولو صلى الأعمى ركعة إلى غير القبلة فجاء رجل فسواه إلى القبلة واقتدى به، إن وجد الأعمى وقت الشروع من يسأله فلم يسأله لم تجز صلاتهما وإلا جازت صلاة الأعمى دون المقتدى، لأن عنده أن إمامه بان صلاته على الفاسد وهو الركعة الأولى اه ومثله فى الفيض والسراج ، ومفاده أن الأعمى لايلزمه إمساس المحراب إذا لم يجد من يسأله ،وأنه لو ترك السؤال مع إمكانه وأصاب القبلة جازت صلاته وإلا فلا كما قدمناه عن المنية (قوله ولا بمتحر تحول) أى إلى القبلة مع علم المقتدى بحالته الأولى : وعبارته فى الخزائن : كمن تحرى فأخطأ ثم علم فتحول لم يقتد به من علم بحاله اه أى لعلمه بأن الإمام كان على الخطأ فى أول الصلاة بحر . ومفاده أنه لو تحول بالتحرى أيضا إلى جهة ظنها القبلة جاز للآخر الاقتداء به إن تحرى مثله وإلا فهى المسألة الآتية تأمل (قوله بمتحر) متعلق بائتم ، وقوله بلا تحر متعلق بمحذوف حال من فاعل ائتم (قوله لم يجز) أى اقتداؤه إن ظهر أن الإمام مخطئ، لأن الصلاة عند الاشتباه من غير تحر إنما تجوز عند ظهور الإصابة كما مر ويأتى؛ وأما صلاة الإمام فهى صحيحة لتحريه ،وإن أصاب الإمام جازت صلاتهما كما فى شرح المنية (قوله استدار المسبوق الخ) لأنه منفرد فيما يقضيه ، بخلاف اللاحق لأنه مقتد فيما يقضيه ، والمقتدى إذا ظهر له وهو وراء الإمام أن القبلة غير الجهة التى يصلى إليها الإمام لايمكنه إصلاح صلاته ، لأنه إن استدار خالف إمامه فى الجهة قصدا وهو مفسد وإلا كان متما صلاته إلى ماهو غير القبلة عنده وهو مفسد أيضا فكذلك اللاحق شرح المنية :

بقى ما إذا كان لاحقا ومسبوقا . وحكمه أنه إن قضى مالحق به أولا ثم ماسبق به ، فإن تحول رأيه فى قضاء مالحق به استأنف ، وإن تحول فى قضاء ماسبق به استدار ، وأما إن قضى ماسبق به أولا ثم مالحق به ، فإن تحول رأيه فيما لحق به استأنف ، وإن تحول فيما سبق به ، فإن استمر على رأيه إلى شروعه فيما لحق به استأنف وهذا كله ظاهر ، وأما إن لم يستمر إلى شروعه فيما لحق به بأن تحول رأيه قبل قضاء ما لحق به إلى جهة إمامه ففيه تردد : والظاهر أنه يستدير تأمل ح وأقره ط والرحمتى (قوله ومن لم يقع تحريه الخ) فى البحر والحلية وغيرهما عن فتاوى العتابى تحرى فلم يقع تحريه على شىء ، قيل يؤخر ، وقيل يصلى إلى أربع جهات ، وقيل يخير اه . ورجح فى زاد الفقير الأول حيث جزم به ، وعبر عن الأخيرين بقيل ، واختار فى شرح المنية الوسط وقال إنه الأحوط ، ونقل ح عن الهندية عن المضمرات أنه الأصوب ، فلهذا اختاره الشارح . وظاهر كلام القهستانى ترجيح الأخير وهو الذى يظهر لى فإنه قال لو تحرى ولم يتيقن بشىء فصلى إلى أى جهة شاء كانت جائزة ولو أخطأ فيه ، وقيل إن لم يقع تحريه على شىء أخر الصلاة ، وقيل يصلى إلى الجهات الأربع كما فى الظهيرية اه ومفاده أن معنى التخيير أنه يصلى

شيء صلى لكل جهة مرة احتياطا ، ومن تحول رأيه لجهته الأولى استدار ، ومن تذكر ترك سجدة من الأولى استأنف (وإن شرع بلا تحر لم يجز وإن أصاب) لتركه فرض التحرى إلا إذا علم إصابته بعد فراغه فلا يعيد اتفاقا ، بخلاف

مرة واحدة إلى أى جهة أراد من الجهات الأربع ، وبه صرح الشافعية والحنابلة . وأما مافى شرح المنية الكبير من تفسيره بقوله ، وقيل يخير إن شاء أخر وإن شاء صلى الصلاة أربع مرات إلى أربع جهات ، فالظاهر أنه من عنده لأن عبارة فتاوى العتابى السابقه ليس فيها هذه الزيادة . ويرد عليه (١) أنه إذا صلى إلى الجهات الأربع يلزم عليه الصلاة ثلاث مرات إلى غير القبلة يقينا ، وهو منهى عنه ، وترك المنهى مقدم على فعل المأمور ولذا يصلى بالنجاسة إذا لزم من غسلها كشف العورة عند الأجانب على أن المأمور به هنا ساقط لأن التوجه إلى القبلة إنما يؤمر به عند القدرة عليه وقبلة المتحرى هى جهة تحريه . ولما لم يقع تحريه على شيء استوت فى حقه الجهات الأربع فيختار واحدة منها ويصلى إليها وتصح صلاته وإن ظهر خطؤه فيها ، لأنه أتى بما فى وسعه ، وهذا الوجه يقوى القول الأخير وهو التخيير على المعنى الذى ذكرناه عن القهستانى . ويضعف ما اختاره الشارح وادعى أنه الاحتياط فتدبر ذلك بإنصاف ، وللقول الأول الذى اختاره الكمال فى زاد الفقير وجه ظاهر أيضا ، وهو أنه لما كانت القبلة عند عدم الدليل عليها هى جهة التحرى ولم يقع تحريه على شيء صار فاقد الشرط صحة الصلاة فيؤخرها كفاقد الطهورين . لكن القول الأخير وهو وجوب الصلاة فى الوقت مع التخيير إلى أى جهة شاء أحوط كما لو وجد ثوبا أقل من ربعه طاهر ، ولعموم قوله تعالى — فأينما تولوا فثم وجه الله — فإنه قيل نزل فى مسألة اشتباه القبلة ، وظاهر ماقدمناه عن القهستانى اختياره وبه يشعر كلام البحر ، وهو مذهب الشافعية والحنابلة كما مر .

مطلب إذا ذكر فى مسأله ثلاثة أقوال فالأرجح الأول أو الثالث لا الوسط

وقدمنا أول الكتاب عن المستصفى أنه إذا ذكر فى مسألة ثلاثة أقوال فالأرجح الأول أو الثالث لا الوسط والله أعلم (قوله استدار) قال فى شرح المنية : واختلف المتأخرون فيما إذا تحول رأيه فى الثالثة أو الرابعة إلى الجهة الأولى ، قيل يتم الصلاة ، وقيل يستقبل كذا فى الخلاصة ، والأول أوجه اهـ ولذا قدمه فى الخانية لأنه يقدم الأشهر ، وجزم به القهستانى وتبعه الشارح (قوله استأنف) لأنه إن سجدها إلى الجهة الثانية فقد سجدها إلى غير قبلة لأنها جزء من الركعة الأولى والجهة الثانية ليست قبلة للركعة الأولى بجميع أجزائها وإن سجدها إلى الجهة الأولى فقد انحرف عما هو قبلته الآن اهـ ح (قوله وإن شرع) الضمير راجع إلى العاجز : أى إذا اشتبهت عليه القبلة وعجز عن معرفتها بالأدلة المارة فقبلته جهة تحريه ، فلو شرع بلا تحر لم تجز صلاته مالم يتيقن بعد فراغه أنه أصاب القبلة لأن الأصل عدم الاستقبال استصحابا للحال ، فإذا تبين يقينا أنه أصاب ثبت الجواز من الابتداء وبطل الاستصحاب ، حتى لو كان أكبر رأيه أنه أصاب فالصحيح أنه لايجوز كما فى الحلية عن الخانية ؛ ولو تيقن فى أثناء صلاته لايجوز خلافا لأبى يوسف لأن حاله بعد العلم أقوى وبناء القوى على الضعيف لايجوز (قوله بخلاف الخ) أى لو وقع تحريه على جهة وصلى إلى غيرها فإنه يستأنف مطلقا : أى سواء علم أنه أصاب أو أخطأ فى الصلاة أو بعدها أو لم يظهر شيء . وعن

---

(١) (قوله ويرد عليه أنه الخ) أجاب عنه شيخنا بأن صلاته إلى أى جهة من الجهات الأربع لم تكن صلاة لغير القبلة من كل وجه ، كما قدمه المحشى عن البحر فيمن فقد الماء المطلق ووجد سؤر الحمار فإنه يجمع بينهما فى صلاة واحدة لا فى حالة واحدة ، حيث قال : فإن قيل يلزم من هذا أداء الصلاة بلا طهارة فى إحدى المرتين وهو مستلزم للكفر فينبغى الجمع بينهما فى أداء واحد . قلنا : كل منهما مطهر من وجه دون وجه ، فلا يكون الأداء بلا طهارة من كل وجه ، فلا يلزمه الكفر اهـ .

مخالف جهة تحريه فإنه يستأنف مطلقا كمصلٍّ على أنه محدث أو ثوبه نجس أو الوقت لم يدخل فبان بخلافه لم يجز . (صلى جماعة عنـد اشتباه القبلة) فلو لم تشتبه إن أصاب جاز (بالتحرى) مع إمام (وتبين أنهم صلوا إلى جهات مختلفة ، فمن تيقن) منهم (مخالفة إمامه فى الجهة) أو تقدم عليه (حالة الأداء) أما بعده فلا يضر (لم تجز صلاته) لاعتقاده خطأ إمامه ولتركه فرض المقام (ومن لم يعلم ذلك فصلاته صحيحة) كما لو لم يتعين الإمام ، بأن رأى رجلين يصليان فائتم بواحد لابعينه .

أبي حنيفة أنه يخشى عليه الكفر . وعن الثانى يجزيه إن أصاب ، وبالأول يفتى فيض . والفرق لهما أن مافرض لغيره يشترط حصوله لاتحصيله لكن مع عدم اعتقاد الفساد وعدم الدليل عليه ، ومخالفة جهة تحريه اقتضت اعتقادفساد صلاته فصار كما لو صلى . وعنده أنه محدث أو أن ثوبه نجس أو أن الوقت لم يدخل فبان بخلاف ذلك لايجزيه فى ذلك كله لأن عنده أن مافعله غيرجائز بخلاف صورة عدم التحرى فإنه لم يعتقد الفساد بل هو شاك فيه وفى علمه فإذا ظهرت إصابته بعد التمام أزال أحد الاحتمالين وتقرر الآخر بلا لزوم بناء القوى على الضعيف ، بخلاف ماإذا علم الإصابة قبل التمام كما فى شرح المنية (قوله أو ثوبه) بالنصب عطفا على اسم إن ومثله الوقت ح (قوله فلو لم تشتبه الخ) ذكره هنا استطرادا ، وكان ينبغى ذكره عند قول المصنف وإن شرع بلا تحر ، لأنه مفروض فيما إذا اشتبهت عليه القبلة كما قدمناه ، فيكون قوله فلو لم تشتبه بيانا لمفهومه .

ثم إن مسائل التحرى تنقسم باعتبار القسمة العقلية إلى عشرين قسما ، لأنه إما أن لايشك ولا يتحرى أو شك وتحرى أو لم يتحر أو تحرى بلا شك وكل وجه على خمسة ؛ لأنه إما أن يظهرصوابه أو خطؤه فى الصلاة أو خارجها أو لايظهر . أما الأول فإن ظهر خطؤه فسدت مطلقا أو صوابه قبل الفراغ قيل هو كذلك لأنه قوى حاله والأصح لا ، ولو بعده أو لم يظهر أو كان أكبر رأيه الإصابة فكذلك لاتفسد ، وحكم الثانى الصحة فى الوجوه كلها ، وحكم الثالث الفساد فى الوجوه كلها ، أو لو أكبر رأيه أنه أصاب على الأصح إلا إذا علم يقينا بالإصابة بعد الفراغ . والرابع لاوجود له خارجا كذا فى النهر . وقد ذكر المصنف الثانى بقوله : ويتحرى عاجز ، والثالث بقوله : وإن شرع بلا تحر ، وذكر الشارح الأول بقوله : فلو لم تشتبه الخ لكن كان عليه أن يقول إن ظهر خطؤه فسدت وإلا فلا ، وقد حذف الرابع لعدم وجوده ، هذا هو الصواب فى تقرير هذا المحل فافهم (قوله مع إمام) أما لوصلوا منفردين صحت صلاة الكل ، ولا يتأتى فيه التفصيل (قوله فمن تيقن منهم) التيقن غير قيد ، بل غلبة الظن كافية يدل عليه مافى الفيض حيث قال : وإن صلوا بجماعة تجزيهم إلا صلاة من تقدم على إمامه أو علم بمخالفة إمامه فى صلاته ، وكذا لو كان عنده أنه تقدم على الإمام أو صلى إلى جانب آخر غير ماصلى إليه إمامه اهـ (قوله حالة الأداء) ظرف لقوله تيقن مخالفة إمامه فى الجهة مع قطع النظر عن قوله أو تقدمه عليه ، لأنه إذا تقدم على إمامه لم يجز سواء علم بذلك حالة الأداء أو بعده بخلاف مخالفته لإمامه فى الجهة فإنه لايضر إلا إذا علم بها حالة الأداء كما دلت عليه عبارة الفيض التى ذكرناها آنفا ، ومثلها قوله فى الملتقى جازت صلاة من لم يتقدمه ، بخلاف من تقدمه أو علم حاله وخالفه اهـ . وفى متن الغرر إن لم يعلم مخالفة إمامه ولم يتقدمه جاز وإلا فلا (قوله لاعتقاده الخ) نشر رتب ح (قوله كما لو لم يتعين الإمام الخ) تبع فى ذلك النهر عن المعراج . ونص عبارة المعراج : وقال بعض أصحابه أى الشافعى عليهم الإعادة ، لأن فعل الإمام فى اعتقادهم متردد بين الخطأ والصواب ، ولو لم يتعين الإمام بأن رأى رجلين يصليان فنوى الاقتداء بواحد لابعينه لايجوز ، فكذا إذا لم يتعين فعل الإمام اهـ وبه ظهر أن المناسب حذف هذه المسألة بالكلية إذ لامدخل لها هنا إلا على قول بعض الشافعية القائلين بأنه لاتصح صلاة من جهل حال إمامه قياسا على مالو جهل عينه فافهم :

[فروع] النية عندنا شرط مطلقا ولو عقبها بمشيئة ، فلو مما يتعلق بأقوال كطلاق وعتاق بطل وإلا لا .
ليس لنا من ينوى خلاف مايؤدى إلا على قول محمد فى الجمعة وهو ضعيف .

فروع فى النية

(قوله فروع) كان المناسب ذكر هذه الفروع عند الكلام على النية قبيل استقبال القبلة كما فعل فى الخزائن (قوله النية عندنا شرط مطلقا) أى فى كل العبادات باتفاق الأصحاب لاركن وإنما وقع الاختلاف بينهم فى تكبيرة الإحرام ، والمعتمد أنها شرط كالنية ، وقيل بركنيتها أشباه وإنما قال مطلقا ليشمل صلاة الجنازة بخلاف تكبيرة الإحرام فإنها ركن فيها اتفاقا كما سيأتى فى بابه ح واستثنى فى الأشباه من العبادات الإيمان والتلاوة والأذكار والأذان فإنها لاتحتاج إلى نية كما فى شرح البخارى للعينى وكل مالا يكون إلا عبادة لايحتاج إلى النية كما فى شرح ابن وهبان قال وكذا النية لاتحتاج إلى نية اه ويستثنى أيضا ماكان شرطا للعبادة إلا التيمم ولا إستقبال القبلة على قول الكرخى المشترط نيته والمعتمد خلافه وكذا ماكان جزء عبادة كمسح الخف والرأس وغير ذلك (قوله فلو مما يتعلق) أى فلو كان هو أى المنوى المدلول عليه بالنية مما يتعلق بالأقوال كقوله أنت طالق وأنت حر إن شاء الله بطل ؛ لأن الطلاق أو العتق لايتعلق بالنية بل بالقول ، حتى لو نوى طلاقها أو عتقه لايصح بدون لفظ .

قال ح . فإن قلت : وقوع الطلاق متعلق بلفظ أنت طالق ولا عبرة بالنية لأنه صريح . قلت هذا مسلم فى القضاء ، وأما فى الديانة فهى معتبرة ، حتى إذا نوى به الطلاق من وثاق لايقع ديانة اه .

أقول : وكذا صرح بذلك فى البحر والأشباه ، وعليه فالفرق بين الصريح والكناية أن الأول لايحتاج إلى النية فى القضاء فقط ويحتاج إليها ديانة ، والثانى يحتاج إليها فيهما ، لكن احتياج الأول إلى النية ديانة معناه أن لاينوى به غير معناه العرفى ، فلو نوى الطلاق من الوثاق : أى القيد لايقع لصرفه اللفظ عن معناه . أما إذا قصد التلفظ بأنت طالق مخاطبا به زوجته ولم يقصد به الطلاق ولا غيره فالظاهر الوقوع قضاء وديانة ، لأن اللفظ حقيقة فيه ، وبدليل أنه لو صرح بالعدد لايدين ، كما لو نوى الطلاق عن العمل فيقع قضاء وديانة (قوله وإلا لا) أى وإلا يكن المنوى مما يتعلق بالأقوال كالصوم لايبطل بالمشيئة لأنه يتعلق بمجرد النية القابية بدون قول ، فلو نوى الصوم وقال إن شاء الله لايبطل . قال فى الأشباه : ولو علقها أى نية الصوم بالمشيئة صحت ، لأنها إنما تبطل الأقوال والنية ليست منها اه (قوله إلا على قول محمد فى الجمعة) فعنده لايدرك الجمعة إلا بإدراك ركعة مع الإمام ؛ فلو اقتدى بعد مارفع الإمام رأسه من ركوع الثانية ينوى جمعة ويتمها ظهرا عنده ، فقد نوى الجمعة ولم يؤدها ، وأدى الظهر ولم ينوه ، وهو مذهب الشافعى . وعندنا يتمها جمعة متى صح اقتداؤه بالإمام ولو فى سجود السهو على القول بفعله فيها .

ونقض الحموى الحصر بمسائل ينوى فيها خلاف مايؤدى منها مالو طاف بنية التطوع فى أيام النحر وقع عن الفرض ، وما لو صام يوم الشك تطوعا فظهر أنه من رمضان كان منه ، وما لو تهجد بركعتين فظهر أن الفجر طالع ينوبان عن سنة الفجر . وما لو صام عن كفارة ظهار أو إفطار فقدر على العتق يمضى فى صوم النفل . وما لو نذر صوم يوم بعينه فصامه بنية النفل يقع عن النذر كما فى جامع التمرتاشى اه .

أقول : قد يجاب بأن المراد النية التى هى شرط الصحة ، فالمعنى ليس لنا من يلزمه أن ينوى خلاف مايؤدى إلا فى مسألة على أن أكثر هذه المسائل ليس فيها المخالفة بين المنوى والمؤدى إلا من حيث الصفة بخلاف الجمعة

المعتمد أن العبادة ذات الأفعال تنسحب نيتها على كلها .

افتتح خالصا ثم خالطه الرياء اعتبر السابق ، والرياء أنه لو خلا عن الناس لايصلى فلو معهم يحسنها ووحده لا فله ثواب أصـــل الصلاة ، ولا يترك لخوف دخول الرياء لأنه أمر موهوم ، لارياء فى الفرائض فى حق سقوط الواجب .

قيل لشخص صل الظهر ولك دينار فصلى بهذه النية ينبغى أن تجزئه ولا يستحق الدينار .

فإنها مخالفة للظهر ذاتا وصفة فتدبر (قوله المعتمد أن العبادة الخ) مقابله مافى الأشباه عن المجتبى ، من أنه لابد من نية العبادة فى كل ركن فافهم . واحترز بذات الأفعال عما هى فعل واحد كالصوم ، فإنه لاخلاف فى الاكتفاء بالنية فى أوله .

ويرد عليه الحج فإنه ذو أفعال منها طواف الإفاضة لابد فيه من أصل نية الطواف وإن لم يعينه عن الفرض ، حتى لو طاف نفلا فى أيامه وقع عنه . والجواب أن الطواف عبادة مستقلة فى ذاته كما هو ركن للحج ، فباعتبار ركنيته يندرج فى نية الحج فلا يشترط تعيينه ، وباعتبار استقلاله اشترط فيه أصل نية الطواف ، حتى لو طاف هاربا أو طالباً لغريم لايصح بخلاف الوقوف بعرفة فإنه ليس بعبادة إلا فى ضمن الحج فيدخل فى نيته ، وعلى هذا الرمى والحلق والسعى . وأيضا فإن طواف الإفاضة يقع بعد التحلل بالحلق حتى أنه يحل له سوى النساء ، وبذلك يخرج من الحج من وجه دون وجه فاعتبر فيه الشبهان (قوله اعتبر السابق) لعل وجهه أن الصلاة عبادة واحدة غير متجزئة فالنظر فيها إلى ابتدائها فإذا شرع فيها خالصا ثم عرض عليه الرياء فهى باقية لله تعالى على الخلوص وإلا لزم أن يكون بعضها له وبعضها لغيره مع أنها واحدة ، نعم لو حسن بعضها رياء فالتحسين وصف زائد لايثاب به ويؤخذ مما ذكرنا أنه لو افتتحها مرائيا ثم أخلص اعتبر السابق . وهذا بخلاف مالو كان عبادة يمكن تجزئتها كقراءة واعتكاف ، فإن الجزء الذى دخله الرياء له حكمه والخالص له حكمه (قوله والرياء أنه الخ) أى الرياء الكامل المحبط للثواب عن أصل العبادة أو لتضعيفه وإلا فالتحسين لأجل الناس رياء أيضا بدليل أنه لايثاب عليه ، وإنما يثاب على أصل العبادة ، وسيأتى فى فصل إذا أراد الشروع فى الصلاة أنه لو أطال الركوع لإدراك الجائى ، قال أبو حنيفة أخاف عليه أمرا عظيما يعنى الشرك الخفى وهو الرياء كما سيأتى تحقيقه ، وقوله ولا يترك الخ : أى لو أراد أن يصلى أو يقرأ فخاف أن يدخل عليه الرياء فلا ينبغى أن يترك لأنه أمر موهوم أشباه عن الولوالجية .

وقد سئل العارف المحقق شهاب الدين بن السهروردى عما نصه : ياسيدى إن تركت العمل أخلدت إلى البطالة وإن عملت داخلنى العجب فأيهما أولى ؟ فكتب جوابه : اعمل واستغفر الله من العجب اه فتأمل (قوله لارياء فى الفرائض فى حق سقوط الواجب) أى أن الرياء لايبطل الفرض وإن كان الإخلاص من جملة الفرائض . قال فى مختارات النوازل : وإذا صلى رياء وسمعة تجوز صلاته فى الحكم لوجود شرائطه وأركانه ولكن لايستحق الثواب والذى فى الذخيرة خلافه ، قال الفقيه أبو الليث فى النوازل قال بعض مشايخنا الرياء لايدخل فى شىء من الفرائض وهذا هو المذهب المستقيم أن الرياء(١) لايفوت أصل الثواب ، وإنما يفوت تضاعف الثواب اه بيرى على الأشباه وسيأتى تمام الكلام على هذه المسألة فى كتاب الحظر والإباحة (قوله قيل لشخص الخ) قال فى الأشباه : وهذه المسألة ليست منصوصة فى مذهبنا ، وصرح بها النووى وقواعدنا لاتأباها ، أما الإجزاء فلأنه لارياء فى الفرائض فى حق سقوط الواجب ، وأما عدم استحقاق الدينار فلأنه استئجار على واجب ، ولا يستحق به الأجرة كالأب

---

(١) (قوله وهذا هو المذهب المستقيم أن الرياء الخ) لعل فى الكلام سقطا والأصل وأن الرياء الخ تأمل اه .

الصلاة لإرضاء الخصوم لاتفيد ، بل يصلى لله ، فإن لم يعف خصمه أخذ من حسناته جاء « أنه يؤخذ لدانق ثواب سبعمائة صلاة بالجماعة » ولو أدرك القوم فى الصلاة ولم يدر أفرض أم تراويح ينوى الفرض ، فإن هم فيه صح وإلا تقع نفلا ، ولو نوى فرضين كمكتوبة وجنازة فللمكتوبة ، ولو مكتوبتين فللوقتية ولو فائتتين فللأولى لو من أهل الترتيب وإلا لغا فليحفظ ، ولو فائتة ووقتية فللفائتة لو الوقت متسعا ، ولو فرضا ونفلا

إذا استأجر ابنه للخدمة لايستحق عليه الأجرة ، لأن خدمته واجبة عليه اه ح (قوله الصلاة لإرضاء الخصوم لاتفيد الخ) لم يتعرض لكون ذلك جائزا ، وظاهر مختارات النوازل أن ذلك لايجوز حيث قال : ينبغى أن لايفعل ذلك ، ولعل ذلك من إلقاء المبطلين اه :

وفى الولوالجية : إذا صلى لوجه الله تعالى فإن كان له خصم لم يجر بينه وبينه عفو أخذ من حسناته ودفع إليه فى الآخرة نوى أو لم ينو ، وإن لم يكن له خصم أو كان وجرى بينهما عفو لم يدفع إليه من حسناته شىء نوى أو لم ينو اه بيرى . وعلى هذا فالمراد بالصلاة المذكورة أن ينوى الصلاة لله تعالى لأجل أن يرضى عنه أخصامه وعدم جوازه لكونه بدعة بخلاف الصلاة لتحية المسجد أو نحوها من المندوبات . وأما لو صلى ووهب ثوابها للخصوم فإنه يصح لأن العامل له أن يجعل ثواب عمله لغيره عندنا كما سيأتى فى باب الحج عن الغير إن شاء الله تعالى (قوله جاء) أى فى بعض الكتب أشباه عن البزازية ، ولعل المراد بها الكتب السماوية أو يكون ذلك حديثا نقله العلماء فى كتبهم . والدانق بفتح النون وكسرها : سدس الدرهم ، وهو قيراطان ، والقيراط خمس شعيرات . ويجمع على دوانق ودوانيق ، كذا فى الاخسترى حموى (قوله ثواب سبعمائة صلاة بالجماعة) أى من الفرائض . لأن الجماعة فيها : والذى فى المواهب عن القشيرى سبعمائة صلاة مقبولة ولم يقيد بالجماعة . قال شارح المواهب : ماحاصله هذا لاينافى أن الله تعالى يعفو عن الظالم ويدخله الجنة برحمته ط ملخصا (قوله وإلا تقع نفلا) أى غير نائب فى حقه عن ركعتين من التراويح لوقوعها قبل صلاة العشاء ووقت التراويح بعد صلاة العشاء على المعتمد ط (قوله فللمكتوبة) أى لقوتها لفرضيتها عينا . ولكونها صلاة حقيقة والجنازة كفاية وليست بصلاة مطلقة (قوله ولو مكتوبتين) أى إحداهما وقتية والأخرى لم يدخل وقتها ، كما لو نوى فى وقت الظهر ظهر هذا اليوم وعصره كذا فى شرح المنية وشرح الأشباه للبيرى ، ويدل عليه قوله الآتى ولو فائتة ووقتية الخ (قوله فللوقتية) علل له فى المحيط بأن الوقتية واجبة للحال وغيرها لا اه وهو يفيد أنه ليس بصاحب ترتيب وإلا فالفائتة أولى كما لايخفى بحر .

أقول : هذه الإفادة إنما تتم لو أريد بالمكتوبتين مايشمل الوقتية مع الفائتة وليس كذلك ، بل المراد بهما الوقتية مع التى لم يدخل وقتها كما علمت (قوله ولو فائتتين فللأولى) وكذا لو وقتيتين كالظهر والعصر فى عرفة كما بحثه البيرى . وقال ح : لأن العصر وإن صحت فى وقت الظهر فى ذلك اليوم إلا أن الظهر واجبة التقديم عليها للترتيب فكانتا بمنزلة فائتتين لم يسقط الترتيب بينهما كما هو ظاهر (قوله لو من أهل الترتيب الخ) تبع فيه البحر أخذا من تعليل المحيط للمسألة بأن الثانية لاتجوز إلا بعد قضاء الأولى . قال فى البحر : وهو إنما يتم فيما إذا كان الترتيب بينهما واجبا اه .

أقول : ماذكره فى البحر مأخوذ من الحلية ، لكنه فى الحلية قال بعده : بقى مالو لم يكن الترتيب بينهما واجبا ويمكن أيضا أن يقال أنها للأولى لأن تقديمها أولى اه وجزم بذلك الحلبى فى شرحه الصغير حيث قال فللأولى منهما لترجحها بالسبق وإن لم يكن صاحب ترتيب اه فافهم (قوله فللفائتة لو الوقت متسعا) وأما إذا خاف ذهاب وقت الحاضرة فإنه يجزيه جنتا حتى يكون عليه قضاء الفائتة كما فى الأجناس بيرى . هذا ، وقال ح بعد قوله لو الوقت

فللفرض ، ولو نافلتين كسنة فجر وتحية مسجد فعنهما ،

متسعا أى وكان بينهما ترتيب إذ لو كان متسعا ولم يكن بينهما ترتيب لغت نيته كما صرح به فى البحر اه وأقول لم يصرح بذلك فى البحر فى هذه المسألة نعم صرح به فى شرح المنية بحثا وبحث فى الحلية خلافه فافهم :
ثم اعلم أن ماذكره الشارح من قوله فللفائتة الخ عزاه فى الفتح إلى المنتقى ، ومثله فى السراج ، وعزاه فى البحر إلى المنية وذكر قبله أنه لايصير شارعا فى واحدة منها ثم قال : وأفاد فى الظهيرية أن فيها روايتين اه .
أقول : وكذا ذكر أولا فى الخلاصة عن الجامع الكبير أنه لايصير شارعا فى واحدة منهما ثم قال وفى المنتقى يصير شارعا فى الأولى اه فتكون رواية . وقال الإمام الفارسى فى شرحه على تلخيص الجامع الكبير للخلاطى حيث قال فى شرح قوله : ناوى الفرضين معا لاغ فى الصلاة إلحاقاً للدفع بالرفع فى التنافى متنفل فى غيرها الخ : أى نية الفرضين معا إن كانت فى الصلاة كانت لغوا عندهما ، وهو رواية الحسن عن الإمام :
وصورته لو كبر ينوى ظهرا وعصرا عليه من يوم أو يومين عالما بأولها أولا فلا يصير شارعا فى واحد منهما للتنافى بدليل أنه لو طرأ أحدهما على الآخر رفعه وأبطله أصلا ، حتى لو شرع فى الظهر ينوى عصرا عليه بطلت الظهر وصح شروعه فى العصر ، فإذاكان لكل منهما قوة رفع الأخرى بعد ثبوتها يكون لها قوة دفعها عن المحل قبل استقرارها بالأولى ، لأن الدفع أسهل من الرفع ، وهذا على أصل محمد ، وكذا على أصل أبى يوسف ، لأن الترجيح عنده إما بالحاجة إلى التعيين وإما بالقوة وقد استويا فى الأمرين ، ثم إطلاق الفرضين يتناول ما وجب بإيجاب الله تعالى كالمكتوبة ، أو بإيجاب العبد كالمنذور أداء وقضاء ، وما ألحق به كفاسد النفل سواء كانا من جنس واحد كالظهرين والجنازتين والمنذورتين أو من جنسين كالظهر مع العصر أو مع النذر أو مع الجنازة ،وقيل إن ناوى الفرضين فى الصلاة متنفل عندهما خلافا لمحمد وإن كانت نية الفرضين فى غير الصلاة كالزكاة والصوم والحج والكفارة كانت معتبرة ويكون متنفلا إلا فى كفارتين من جنس واحد فيكون مفترضا اه ملخصا وتمامه فيما علقناه على البحر ، فعلم أن رواية الجامع الكبير مخالفة لرواية المنتقى فلا يصير شارعا فى الصلاة أصلا إذا جمع فى النية بين فرضين كل منهما قضاء أو أحدهما أداء والآخر قضاء أو لم يدخل وقته أو جنازة أو منذور أو غيره من الواجبات ، وقيل يصير متنفلا فلم تعتبر القوة على رواية الجامع إلا فيما إذا جمع بين فرض وتطوع فإنه يكون مفترضا عندهما لقوته : وقال محمد : إن كانت فى الصلاة تلغو فلا يصير شارعا فيهما ، وإن كانت فى صوم أو زكاة أو حج نذر مع تطوع يكون متنفلا ، بخلاف حجة الإسلام والتطوع فإنه مفترض اتفاقا كما أوضحه الفارسى فى شرحه ، والله أعلم (قوله فللفرض) أى خلافا لمحمد كما علمته آنفا (قوله ولو نافلتين) قد تطلق النافلة على مايشمل السنة وهو المراد هنا (قوله فعنهما) ذكره فى الأشباه ثم قال : ولم أرحكم ما إذا نوى سنتين كما إذا نوى فى يوم الاثنين صومه عنه وعن يوم عرفة إذا وافقه فإن مسألة التحية إنما كانت ضمنا للسنة لحصول المقصود اه أى فكذا الصوم عن اليومين وأيده العلامة البيرى بأنه يجزيه الصوم فى الواجبين ، ففى غيرهما أولى لما فى خزانة الأكمل : لو قال لله على أن أصوم رجب ثم صام عن كفارة ظهار شهرين متتابعين أحدهما رجب أجزأه ، بخلاف مالو كان أحدهما رمضان ، ولو نذر صوم جميع عمره ثم وجب صوم شهرين عن ظهار أو أوجب صوم شهر بعينه ثم قضى فيه صوم رمضان جاز من غير أن يلحقه شىء اه لكن ليس فى هذا جمع بين نيتين بل هو نية واحدة أجزأت عن صومين ، ولم يذكر الشارح هذه المسألة لأن كلامه فى الصلاة ولا تتأتى فيها .
ويمكن تصويره فيما لونوى سنة العشاء والتهجد بناء على مارجحه ابن الهمام من أن التهجد فى حقنا سنة

ولو نافلة وجنازة فنافلة ، ولا تبطل بنية التطلع مالم يكبر بنية مغايرة ، ولو نوى فى صلاته الصوم صح .

باب صفة الصلاة

شروع فى المشروط بعد بيان الشرط : هى لغة : مصدر . وعرفا : كيفية مشتملة على فرض وواجب وسنة ومندوب

لامستحب (قوله فنافلة) لأنها صلاة مطلقة وتلك دعاء (قوله ولا تبطل بنية القطع) وكذا بنية الانتقال إلى غيرها ط (قوله مالم يكبر بنية مغايرة) بأن يكبر ناويا النفل بعد شروع الفرض وعكسه ، أو الفائتة بعد الوقتية وعكسه ، أو الاقتداء بعد الانفراد وعكسه . وأما إذا كبر بنية موافقة كأن نوى الظهر بعد ركعة الظهر من غير تلفظ بالنية فإن النية الأولى لا تبطل ويبنى عليها . ولو بنى على الثانية فسدت الصلاة ط (قوله الصوم) ونحوه الاعتكاف ولكن الأولى عدم الاشتغال بغير ما هو فيه ط ، والله أعلم .

باب صفة الصلاة

(قوله شروع فى المشروط) هذا يفيد أن المراد بالصفة الأوصاف النفسية للصلاة وهى الأجزاء العقلية التى هى أجزاء الهوية من القيام والركوع والسجود ، لأن ذلك هو المشروط ؛ وسيأتى أن الأولى خلافه ط (قوله هى لغة مصدر) يقال وصف الشىء وصفا وصفة نعته ، والصفة كالعلم والسواد قاموس .

وفى تعريفات السيد : الوصف عبارة عما دل على الذات باعتبار معنى هو المقصود من جوهر حروفه ، أى يدل على الذات بصيغته كأحمر ، فإنه بجوهر حروفه يدل على معنى مقصود وهو الحمرة . فالوصف والصفة مصدران كالوعد والعدة . والمتكلمون فرقوا بينهما فقالوا ، الوصف يقوم بالواصف والصفة تقوم بالموصوف اه لكن كلام القاموس يدل على إطلاق الصفة على ما قام بالموصوف لغة أيضا ، فالصفة تكون مصدرا واسما والوصف مصدر فقط . قال فى الفتح والبحر . ولاينكر أنه قد يطلق الوصف ويراد الصفة ، وبهذا لايلزم الاتحاد لغة إذ لاشك فى أن الوصف مصدر اه : وظاهره أن الوصف قد يستعمل اسما بمعنى الصفة مجازا لالغة فلا يلزم اتحادهما ، خلافا لما قيل إنهما فى اللغة بمعنى واحد (قوله وعرفا كيفية الخ) مبنى على عرف المتكلمين ، وإلا فقد علمت أن الصفة تكون فى اللغة مصدرا واسما وهذا تعريف لصفة أجزاء الصلاة خاصة لا لمطلق الصفة . قال ح : فيكون على حذف مضاف تقديره صفة أجزاء الصلاة ، فبعض الأجزاء صفته الفرضية كالقيام ، وبعضها الوجوب كالتشهد ، وبعضها السنية كالثناء ، وبعضها الندب كنظره إلى موضع سجوده فى القيام ، وإنما قدرنا المضاف لأن المقام مقام بيان صفة الأجزاء لا صفة نفس الصلاة اه وهذا أولى مما فى الفتح من أن المراد بالصفة هنا الأوصاف النفسية لها وهى الأجزاء العقلية التى هى أجزاء الهوية الخارجية من القيام الجزئى والركوع والسجود كذا فى النهر . قال ط : ووجه الأولوية أنه لايشمل الواجبات والسنن والمندوبات اه وفيه نظر ، فإن الواجبات وغيرها مما يطلب من المصلى فعله أجزاء الصلاة إذ ليس المراد بالأجزاء ما يتوقف عليه صحتها ، ولعل وجه الأولوية أن الصفة ما قام بالموصوف والأجزاء هى التى قامت بها صفة الفرضية والوجوب ونحوهما فليست هى الصفة بل الموصوف .

وقد يجاب بأن المراد أن هذه الأجزاء هى أوصاف المصلى وتنسب إلى الصلاة لكونها أجزاء الهوية الخارجية التى صارت بها الصلاة فى الخارج هى هى ، وعليه فالإضافة فى صفة الصلاة بيانية ، أو المراد بالصفة الجزء مجازا لقيامة بالكل ويدل عليه قوله فى الكفاية والمعراج إن الإضافة فيه من إضافة الجزء إلى الكل ، لأن كل صفة مما يأتى جزء الصلاة الخ فهذا مؤيد لما قاله فى الفتح ، ويدل عليه أيضا أن المراد من هذا الباب بيان هذه الأجزاء

(من فرائضها) التى لاتصح بدونها (التحريمة) قائما (وهى شرط) فى غير جنازة على القادر به يفتى ، فيجوز بناء النفل على النفل وعلى الفرض وإن كره لافرض على فرض أو نفل على الظاهر ، ولاتصالها بالأركان روعى لها الشروط

المتنوعة إلى فرض وواجب وسنة لابيان نفس الفرضية والوجوب والسنية التى هى صفات هذه الأجزاء إذ بيانها فى كتب الأصول لا الفروع تأمل :

مطلب قد يطلق الفرض على ما يقابل الركن وعلى ماليس بركن ولا شرط

(قوله من فرائضها) جمع فريضة أعم من الركن الداخل الماهية والشرط الخارج عنها ، فيصدق على التحريمة والقعدة الأخيرة والخروج بصنعه على ماسيأتى، وكثيرا ما يطلقون الفرض على مايقابل الركن كالتحريمة والقعدة ، وقدمنا فى أوائل كتاب الطهارة عن شرح المنية أنه قد يطلق الفرض على ما ليس بركن ولا شرط كترتيب القيام والركوع والسجود والقعدة ، وأشار بمن التبعيضية إلى أن لها فرائض أخر كما سيأتى فى قول الشارح وبقى من الفروض الخ أفاده ح (قوله التى لاتصح بدونها) صفة كاشفة إذ لاشىء من الفروض ما تصح الصلاة بدونه بلا عذر (قوله التحريمة) المراد بها جملة ذكر خالص مثل الله أكبر كما سيأتى مع بيان شروطها العشرين نظما . والتحريم جعل الشيء محرما ، سميت بها لتحريمها الأشياء المباحة قبل الشروع بخلاف سائر التكبيرات والتاء فيها للمبالغة قهستانى وهو الأظهر برجندى ، وقيل للوحدة ، وقيل للنقل من الوصفية إلى الاسمية (قوله قائما) هو أحد شروطها العشرين الآتية ، وسيذكره المصنف فى الفصل الآتى (قوله وهى شرط) وإنما لم يذكرها مع الشروط المارة لاتصالها بها بمنزلة الباب للدار أفاده فى السراج (قوله فى غير جنازة) أما فيها فهى ركن اتفاقا كبقية تكبيراتها كما سيأتى فى بابه ح (قوله على القادر) متعلق بشرط لتضمنه معنى الفرض : أى وهى شرط مفترض عليه ح . أما الأمى والأخرس لو افتتحا بالنية جاز لأنهما أتيا بأقصى ما فى وسعهما بحر عن المحيط ، وسيأتى تمام الكلام على ذلك فى الفصل الآتى (قوله به يفتى) الضمير راجع إلى الحكم عليها بالشرطية ، وهو مضمون النسبة الإيقاعية فى قوله وهى شرط (قوله فيجوز بناء النفل على النفل) تفريع على كون التحريمة شرطا ، لكن كونها شرطا يقتضى صحة بناء أى صلاة على تحريمة أى صلاة ، كما يجوز بناء أى صلاة على طهارة أى صلاة ، وكذا بقية الشروط ، لكن منعنا بناء الفرض على غيره ، لا لأن التحريمة ركن ، بل لأن المطلوب فى الفرض تعيينه وتمييزه عن غيره بأخص أوصافه وجميع أفعاله وأن يكون عبادة على حدة ، ولو بنى على غيره لكان مع ذلك الغير عبادة واحدة كما فى بناء النفل على النفل : قال فى البحر : فإنه يكون صلاة واحدة بدليل أن القعود لايفترض إلا فى آخرها على الصحيح ، وقولهم إن كل ركعتين من النفل صلاة لايعارضه لأنه فى أحكام دون أخرى اهـ ح (قوله وعلى الفرض) لأن الفرض أقوى فيستتبع النفل لضعفه ط (قوله وإن كره) يعنى أنه مع صحته مكروه ، لأن فيه تأخير السلام وعدم كون النفل بتحريمة مبتدأة ح وهذا فى العمد ، إذ لوسها بعد قعدة الفرض فزاد خامسة يضم سادسة بلا كراهة (قوله على الظاهر) أى ظاهر المذهب خلافا لصدر الإسلام حيث قال بالجواز فيهما كما فى البحر ، لكن ذكر فى النهاية بعد عزوه الجواز فى بناء الفرض على مثله إلى صدر الإسلام أن بناء الفرض على النفل لم نجد فيه رواية ، ثم قال : ولكن يجب أن لايجوز حتى على قول صدر الإسلام لأنه جوّز بناء المثل ، فلا يجوز بناء الأقوى على الأدنى ، ولأن الشىء يستتبع مثله أو دونه لاماهو أقوى إلى آخر ماأطال به ، وتبعه فى المعراج والعناية ، وبهذا ظهر عدم صحة قول النهر . ولا خلاف فى جواز بناء النفل على النفل والفرض عليه فتنبه (قوله ولاتصالها الخ) علة مقدمة على المعلول ، وهو قوله روعى لها الشروط ، وهذا حاصل عبارة البرهان الآتية ، وهو جواب عن

وقد منعه الزيلعى ثم رجع إليه بقوله ولئن سلم ، نعم فى التلويح تقديم المنع على التسليم أولى ، لكن نقول الاحتياط

سؤال مقدر ، وهو أنها إذا كانت شرطاً فلم روعى لها الشروط والشروط تراعى للأركان . والجواب إنما روعيت الشروط لها من الطهارة والاستقبال ونحوهما لالكونها ركنا للصلاة بل لاتصالها بالقيام الذى هو ركن الصلاة (قوله وقد منعه الزيلعى) أى منع ماذكر من قوله روعى لها الشروط حيث قال فى الرد على الشافعى القائل بركنية التحريمة ، وقوله يشترط لها مايشترط للصلاة ممنوع فإنه لو أحرم حاملا للنجاسة فألقاها عند فراغه منها أو مكشوف العورة فسترها عند فراغه من التكبير بعمل يسير أو شرع فى التكبير قبل ظهور الزوال مثلا ثم ظهر عند فراغه منها أو منحرفا عن القبلة فاستقبلها عند الفراغ منها جاز ، ولئن سلم فإنما يشترط لما يتصل به من الأداء ، لالأن التحريمة من الصلاة اه .

(قوله ثم رجع إليه) أى إلى القول بمراعاة الشروط لها بقوله ولئن سلم الخ ، فإنه وإن كان على سبيل التنزل مع الخصم ، لكن قوله فإنما يشترط لما يتصل به من الأداء الخ صريح فى لزوم مراعاة الشروط وقتها لالها بل لاتصالها بالقيام الذى هو ركن اتفاقا ، ونظير ذلك قولك لانسلم أن الحركة تجتمع مع السكون ، ولئن سلم يلزم اجتماع الضدين ، فقولك ولئن سلم كلام فرضى قصد به مابعده ، فعلم أن الزيلعى أراد بهذا الكلام لزوم مراعاة الشروط وقت التحريمة لاتصالها بالقيام الذى هو ركن الصلاة ، وعليه فلو أحرم حاملا للنجاسة فألقاها عند فراغه من التحريمة لا تصح صلاته لاتصال النجاسة بجزء من القيام ، وكذا بقية المسائل المارة فى عبارة الزيلعى ، ولو لم يكن مراده ذلك لم يصح تفريعه على فرض التسليم المذكور ، فثبت أن مامنعه أولا رجع إليه ثانيا فافهم (قوله نعم) تصديق لما فعله الزيلعى من تقديم المنع على التسليم جريا على قواعد علماء المناظرة ، وقوله فى التلويح الخ تأييد له ، وقصد بذلك الرد على من قدم التسليم على المنع عكس مافعله الزيلعى كما يعلم من كلام البحر . فراجعه فافهم (قوله لكن نقول الخ) استدراك على المنع وتأييد لما رجع إليه الزيلعى بأنه الاحتياط ، وقوله وعبارة البرهان الخ تقوية للاستدراك ، لأن قول البرهان وإنما اشترط لها الخ صريح فى مراعاة الشروط لها وإن لم تكن ركنا لاتصالها بالقيام الذى هو ركن الصلاة . وقال الشارح فى خزائن الأسرار : ظاهر كلام الهداية والكافى وشروح المجمع وغيرها صريح فى اشتراط وجود شروط الصلاة حين التحريمة لكونها ركنا بل لاتصالها بالأركان ، وقد منع الزيلعى الاشتراط أولا الخ .

بحث القيام

وحاصل كلام الشارح اختيار مراعاة الشروط وقت التحريمة وإن لم تكن ركنا لقولهم فى الجواب عن استدلال الشافعى على ركنيتها بمراعاة الشروط لها إن هذه الشروط لم تراع لأجلها بل لما اتصل بها من القيام فإن ظاهره أنهم سلموا لزوم المراعاة وقتها ، لكن منعوا أن تكون المراعاة لأجلها ، وعليه فلا يصح الشروع فى الصلاة لو شرع بالتحريمة حاملا لنجاسة فألقاها قبل الفراغ منها ، وكذا فى بقية الفروع المارة . وأقول : هذا خلاف مادل عليه كلام الشارحين من تصريحهم بصحة الشروع فى هذه الفروع ، حتى إن العلامة السكاكى صرح فى معراج الدراية بأن ثمرة الخلاف بيننا وبين الشافعى فى التحريمة تظهر فى جواز بناء النفل على الفرض . وتظهر أيضا فيما إذا كبر وفى يده نجاسة فألقاها عند فراغه منها إلى آخر الفروع المارة وقال آخرها لاتفسد صلاته عندنا ، ونحوه فى السراج ، لكنه جعل الخلاف بين الإمامين ومحمد ، ولعله رواية عن محمد ، فإن المشهور أن القائل بركنية

خلافه . وعبارة البرهان : وإنما اشترط لها مااشترط للصلاة لاباعتبار ركنيتها ، بل باعتبار اتصالها بالقيام الذى هو ركنها (ومنها القيام) بحيث لو مد يديه لاينال ركبتيه ومفروضه وواجبه ومسنونه ومندوبه بقدر القراءة فيه ، فلو

التحريمة هو الشافعى وبعض أصحابنا . وعبارة فتح القدير هكذا : قوله ومراعاة الشرائط الخ يتضمن منع قوله يشترط لها ، فيقال : لانسلم أنه يشترط لها بل هو لما يتصل بها من الأركان لالنفسها ، ولذا قلنا لو تحرم حامل نجاسة لو مكشوف العورة أو قبل ظهور الزوال أو منحرفا فألقاها واستتر بعمل يسير وظهر الزوال واستقبل مع آخر جزء من التحريمة جاز . وذكر فى الكافى أنها عند بعض أصحابنا ركن اه وهو ظاهر كلام الطحاوى ، فيجب على قول هؤلاء أن لاتصح هذه الفروع اه كلام الفتح ، فانظر كيف فهم أن مراد صاحب الهداية تسليم صحة هذه الفروع ، وأنه لايشترط وجود شروط الصلاة وقت التحريمة وأن عدم صحتها إنما هو على القول بركنيتها ونحن لانقول به ، وهذا خلاف مافهمه الشارح من كلام الهداية والكافى وغيرهما كما قدمناه عن الخزائن ، وكذا كلام البحر والنهر صريح فى صحة هذه الفروع ؛ فحيث كان هذا هو المنقول فليس لنا عنه عدول ، وحينئذ فمعنى قولهم فى الجواب إن مراعاة الشروط ليست لها بل لما اتصل بها من القيام أن شروط الصلاة من الطهارة وغيرها لاتجب للتحريمة أصلا ، وإنما تجب للقيام المتصل بها أى المتصل بآخرها عند انتهاء التلفظ بها لاللقيام المتصل بابتدائها إلى انتهائها حتى يلزم مراعاة الشروط لها فى ضمن القيام المذكور كما فهمه الشارح من قول البرهان : وإنما اشترط لها ، فإن قوله لها يفيد ماذكره الشارح ، لكنه غير مراد بدليل صحة الفروع المذكورة عندنا ؛ أو يقال : معناه أن الشروط التى يراعيها المصلى وقت التحريمة ليست لها ، بل لما اتصل بها من الأركان .

وحاصله أنه لما كان الغالب من حال المصلى مراعاة الشروط وقتها صار منشأ لتوهم أن ذلك للتحريمة فبينوا أولا أن ذلك للقيام المتصل بها ثم حققوا ذلك بأن ذكروا صورا يمكن فيها عدم اقتران التحريمة بالشروط . وعبارة الهداية : ومراعاة الشرائط لما يتصل بها من القيام . قال فى الكفاية : والدليل أن من وقع فى البحر ولم يصل الماء إلى أعضاء وضوئه فكبر وغمس فى الماء ورفع وصلى بالإيماء تجوز صلاته وإن كان حال التكبير غير متوضئ اه فهذا أيضا صريح فى أن الشروط إنما تجب مراعاتها مع الفراغ منها عند أول جزء من القيام المتصل بآخر التحريمة فالشروط تراعى له فى وقته لالها تبعا له . ويمكن حمل كلام الزيلعى المار على هذا أيضا بأن يجعل قوله لما يتصل متعلقا بقوله يشترط صلة له لاعلة حتى يكون المعنى يشترط فى التحريمة لأجل مايتصل الخ ، وحينئذ فيتوافق كلامهم ويتضح مرامهم ، هذا ماظهر لى فى تحقيق هذا المقام والسلام (قوله ومنها القيام) يشمل التام منه وهو الانتصاب مع الاعتدال وغير التام وهو الانحناء القليل بحيث لاتنال يداه ركبتيه ، وقوله بحيث الخ صادق بالصورتين أفاده ط . ويكره القيام على أحد القدمين فى الصلاة بلا عذر ، وينبغى أن يكون بينهما مقدار أربع أصابع اليد لأنه أقرب إلى الخشوع ، هكذا روى عن أبى نصر الدبوسى إنه كان يفعله كذا فى الكبرى . وما روى أنهم ألصقوا الكعاب بالكعاب أريد به الجماعة أى قام كل واحد بجانب الآخر كذا فى فتاوى سمرقند ، ولو قام على أصابع رجليه أو عقبيه بلا عذر يجوز ، وقيل لا ، حكى القولين فى القنية ، وتمامه فى شرح الشيخ إسمعيل (قوله بقدر القراءة فيه) ذكره فى الشرنبلالية بحثا ، لكن عزاه فى الخزائن إلى الحاوى ، وحينئذ فهو بقدر آية فرض وبقدر الفاتحة وسورة واجب وبطوال المفصل وأوساطه وقصاره فى محالها مسنون والزيادة على ذلك فى نحو تهجد مندوب ، لكن فى أواخر الفن الثالث من الأشباه . قال أصحابنا : لو قرأ القرآن كله فى الصلاة وقع فرضا ، ولو أطال الركوع والسجود فيها وقع فرضا اه ومقتضاه أنه لو أطال القيام يقع فرضا أيضا ، فينافى هذا التقدير . وقد يجاب بأن هذا

كنذر قائما فركع ولم يقف صح ، لأن ماأتى به القيام إلى أن يبلغ الركوع يكفيه قنية (فى فرض) وملحق به كنذر وسنة فجر فى الأصح (لقادر عليه) وعلى السجود ، فلو قدر عليه دون السجود ندب إيماؤه قاعدا ، وكذا من يسيل جرحه لو سجد . وقد يتحتم القعود كمن يسيل جرحه إذا قام أو يسلس بوله أو يبدو ربع عورته أو يضعف

قبل إيقاعه أما بعده فالكل فرض ، كما أن القراءة قبل إيقاعها نوعت إلى فرض وواجب وسنة وبعده يكون الكل فرضاً . وتظهر ثمرة ذلك فى الثواب والعقاب ، فإذا قرأ أكثر من آية يثاب ثواب الفرض ، وإذا ترك القراءة لايعاقب على ترك الزائد على الآية ، هذا ماظهر لى فتأمله (قوله فركع) أى وقرأ فى هويه قدر الفرض أو كان أخرس أو مقتديا أو أخر القراءة (قوله إلى أن يبلغ الركوع) أى يبلغ أقل الركوع بحيث تنال يداه ركبتيه . وعبارته فى الخزائن عن القنية إلى أن يصير أقرب إلى الركوع (قوله كنذر) أطلقه فشمل النذر المطلق وهو الذى لم يعين فيه القيام ولا القعود ، وهذا أحد قولين والثانى التخيير ط وأبدل النذر فى الخزائن بالواجب ، ويدخل فيه قضاء ما أفسده من النوافل فهل يفترض فيه القيام لوجوبه أم لا إلحاقاً له بأصله؟ توقف فيه ط والرحمتى (قوله وسنة فجر فى الأصح) أما على القول بوجوبها فظاهر ، وأما على القول بسنيتها فمراعاة للقول بالوجوب . ونقل فى مراقى الفلاح أن الأصح جوازها من قعود ط .

أقول : لكن فى الحلية عند الكلام على صلاة التراويح لو صلى التراويح قاعدا بلا عذر ، قيل لاتجوز قياساً على سنة الفجر فإن كلا منهما سنة مؤكدة ، وسنة الفجر لاتجوز قاعداً من غير عذر بإجماعهم كما هو رواية الحسن عن أبى حنيفة كما صرح به فى الخلاصة فكذا التراويح ، وقيل يجوز والقياس على سنة الفجر غير تام فإن التراويح دونها فى التأكيد فلا تجوز التسوية بينهما فى ذلك . قال قاضيخان وهو الصحيح اهـ (قوله القادر عليه) فلو عجز عنه حقيقة وهو ظاهر أو حكما كما لو حصل له به ألم شديد أو خاف زيادة المرض وكالمسائل الآتية فى قوله وقد يتحتم القعود الخ فإنه يسقط ، وقد يسقط مع القدرة عليه فيما لو عجز عن السجود كما اقتصر عليه الشارح تبعا للبحر . ويزاد مسألة أخرى وهى الصلاة فى السفينة الجارية فإنه يصلى فيها قاعدا مع القدرة على القيام عند الإمام (قوله فلو قدر عليه) أى على القيام وحده أو مع الركوع كما فى المنية (قوله ندب إيماؤه قاعدا) أى لقربه من السجود ، وجاز إيماؤه قائما كما فى البحر . وأوجب الثانى زفر والأئمة الثلاثة لأن القيام ركن فلا يترك مع القدرة عليه .

ولنا أن القيام وسيلة إلى السجود للخرور ، والسجود أصل لأنه شرع عبادة بلا قيام كسجدة التلاوة والقيام لم يشرع عبادة وحده ، حتى لو سجد لغير الله تعالى يكفر بخلاف القيام . وإذا عجز عن الأصل سقطت الوسيلة كالوضوء مع الصلاة والسعى مع الجمعة ، وما أورده ابن الهمام أجاب عنه فى شرح المنية ثم قال : ولو قيل إن الإيماء أفضل للخروج من الخلاف لكان موجها ولكن لم أر من ذكره (قوله وكذا) أى يندب إيماؤه قاعدا مع جواز إيمائه قائما لعجزه عن السجود حكما لأنه لو سجد لزم فوات الطهارة بلا خلف ، ولو أومأ كان الإيماء خلفا عن السجود (قوله وقد يتحتم القعود الخ) أى يلزمه الإيماء قاعدا لخلفيته عن القيام الذى عجز عنه حكما ، إذ لو قام لزم فوت الطهارة أو الستر أو القراءة أو الصوم بلا خلف ، حتى لو لم يقدر على الإيماء قاعدا كما كان بحال لو صلى قاعدا يسيل بوله أو جرحه ، ولو صلى مستلقيا لايسيل منه شىء فإنه يصلى قائما بركوع وسجود كما نص عليه فى المنية . قال شارحها لأن الصلاة بالاستلقاء لاتجوز بلا عذر كالصلاة مع الحدث فيترجح مافيه الإتيان بالأركان . وعن محمد أنه يصلى مضطجعا ولا إعادة فى شىء مما تقدم إجماعا اهـ (قوله أو بسلس) من باب

عن القراءة أصلا أو عن صوم رمضان ، ولو أضعفه عن القيام الخروج لجماعة صلى فى بيته قائما ، به يفتى خلافا للأشباه (ومنها القراءة) لقادر عليها كما سيجيء وهو ركن زائد عند الأكثر لسقوطه بالاقتداء بلا خلف (ومنها

تعب ط (قوله أصلا) أما لو قدر على بعض القراءة إذا قام فإنه يلزمه أن يقرأ مقدار قدرته والباقى قاعدا ، شرح المنية (قوله الخروج لجماعة) أى فى المسجد ، وهو محمول على ما إذا لم تتيسر له الجماعة فى بيته ، أفاده أبو السعود ط (قوله به يفتى) وجهه أن القيام فرض بخلاف الجماعة ، وبه قال مالك والشافعى ، خلافا لأحمد بناء على أن الجماعة فرض عنده ، وقيل يصلى مع الإمام قاعدا عندنا لأنه عاجز إذ ذاك ، ذكره فى المحيط ، وصححه الزاهدى شرح المنية ، وثم قول ثالث مشى عليه فى المنية ، وهو أنه يشرع مع الإمام قائما ثم يقعد فإذا جاء وقت الركوع يقوم ويركع أى إن قدر ، وما مشى عليه الشارح تبعا للنهر جعله فى الخلاصة أصح وبه يفتى : قال فى الحلية : ولعله أشبه ، لأن القيام فرض فلا يجوز تركه للجماعة التى هى سنة بل يعد هذا عذراً فى تركها اه وتبعه فى البحر :

مبحث القراءة

(قوله ومنها القراءة) أى قراءة آية من القرآن ، وهى فرض عملى فى جميع ركعات النفل والوتر وفى ركعتين من الفرض كما سيأتى متنا فى باب الوتر والنوافل . وأما تعيين القراءة فى الأوليين من الفرض فهو واجب ، وقيل سنة لا فرض كما سنحققه فى الواجبات . وأما قراءة الفاتحة والسورة أو ثلاث آيات فهى واجبة أيضا كما سيأتى :

[فرع] قد تفرض القراءة فى جميع ركعات الفرض الرباعى كما لو استخلف مسبوقا بركعتين وأشار له أنه لم يقرأ فى الأوليين كما سيأتى فى باب الاستخلاف (قوله كما سيجيء) أى فى الفصل الآتى مع بيان حكم القراءة بغير العربية أو بالشواذ أو بالتوارة والإنجيل :

مبحث الركن الأصلى والركن الزائد

(قوله لسقوطه بالاقتداء بلا خلف) فى هذا التعليل إشارة إلى ماذكره فى البحر من أن الركن الزائد هو ما يسقط فى بعض الصور من غير تحقق ضرورة ، والركن الأصلى ما لا يسقط إلا لضرورة .

وأورد على تسمية الركن زائدا أن الركن ما كان داخل الماهية فكيف يوصف بالزيادة . وأجيب بأنه ركن من حيث قيام ذلك الشىء به فى حالة وانتفاؤه بانتفائه ، وزائد من حيث قيامه بدونه فى حالة أخرى ، فالصلاة ماهية اعتبارية فيجوز أن يعتبرها الشارع تارة بأركان وأخرى بأقل منها :

وأورد على تفسير الركن الزائد بما مر أنه يلزم عليه تسمية غسل الرجل ركنا زائدا فى الوضوء . وأجيب بأن الزائد ما إذا سقط لا يخلفه بدل والمسح بدل الغسل ، ومثله بقية أركان الصلاة فإنها تسقط إلى خلف فليست بزوائد بخلاف القراءة .

وأورد أن قراءة الإمام خلف عن قراءة المقتدى ، لقوله صلى الله عليه وسلم « من كان له إمام فقراءة الإمام له قراءة » وأجاب ح بأن المراد بالخلف خلف يأتى به من فاته الأصل وههنا ليس كذلك اه وهو أحسن مما فى ط من أنه ليس المراد فى الحديث الخلفية بل المراد أن الشارع منعه عن القراءة واكتفى بقراءة الإمام عنه اه . قال فى النهر : ولقائل أن يقول لانسلم سقوط القراءة بلا ضرورة ليلزم كونها زائدا إذ سقوطها لضرورة الاقتداء ومن هنا ادعى ابن ملك أنه ركن أصلى اه . أقول : ولقائل أن يقول لانسلم أن الاقتداء ضرورة إذ الضرورة العجز المبيح لترك أداء الركن والمقتدى قادر على القراءة غير أنه ممنوع عنها شرعا والمنع لايسمى عجزا إلا بتأويل : وقد خالف ابن ملك الجم الغفير فى ذلك كما قاله فى البحر فلا تعتبر مخالفته ، والله تعالى أعلم .

الركوع) بحيث لو مد يديه نال ركبتيه (ومنها السجود) بجبهته وقدميه، ووضع أصبع واحدة منهما شرط، وتكراره تعبد ثابت بالسنة كعدد الركعات

بحث الركوع والسجود

(قوله بحيث لو مد يديه الخ) كذا فى السراج. وفى شرح المنية: هو طأطأة الرأس أى خفضه، لكن مع انحناء الظهر لأنه هو المفهوم من موضوع اللغة، فيصدق عليه قوله تعالى — اركعوا — وأما كماله فبانحناء الصلب حتى يستوى الرأس بالعجز وهو حد الاعتدال فيه اه لكن ضعفه فى شرح المختار حيث قال: الركوع يتحقق بما ينطلق عليه الاسم لأنه عبارة عن الانحناء، وقيل إن كان إلى حال القيام أقرب لايجوز، وإن كان إلى حال الركوع أقرب جاز اه. وتمامه فى الإمداد، وما اختاره فى شرح المختار هو الموافق لما قرره علماؤنا فى كتب الأصول. وفى شرح الشيخ إسمعيل عن المحيط وإن طأطأ رأسه فى الركوع قليلا ولم يعتدل فظاهر الجواب عن أبى حنيفة أنه يجوز. وروى الحسن أنه إن كان إلى الركوع أقرب يجوز، وإن كان إلى القيام أقرب لايجوز اه. وفى حاشية الفتال عن البرجندى: ولو كان يصلى قاعدا ينبغى أن يحاذى جبهته قدام ركبتيه ليحصل الركوع اه. قلت: ولعله محمول على تمام الركوع، وإلا فقد علمت حصوله بأصل طأطأة الرأس أى مع انحناء الظهر تأمل (قوله ومنها السجود) هو لغة: الخضوع قاموس، وفسره فى المغرب بوضع الجبهة فى الأرض. وفى البحر: حقيقة السجود وضع بعض الوجه على الأرض مما لاسخرية فيه، فدخل الأنف وخرج الخد والذقن، وأما إذا رفع قدميه فى السجود فإنه مع رفع القدمين بالتلاعب أشبه منه بالتعظيم والإجلال اه وتمامه فيما علقناه عليه (قوله بجبهته) أى حيث لاعذر بها. وأما جواز الاقتصار على الأنف فشرطه العذر على الراجح كما سيأتى. قال ح: ثم إن اقتصر على الجبهة فوضع جزءا منها وإن قل فرض ووضع أكثرها واجب (قوله وقدميه) يجب إسقاطه، لأن وضع أصبع واحدة منهما يكفى كما ذكره بعد ح. وأفاد أنه لو لم يضع شيئا من القدمين لم يصح السجود وهو مقتضى ماقدمناه آنفا عن البحر، وفيه خلاف سنذكره فى الفصل الآتى (قوله وتكراره تعبد) أى تكرار السجود أمر تعبدى: أى لم يعقل معناه على قول أكثر المشايخ تحقيقا للابتلاء، وقيل ثنى ترغيما للشيطان حيث لم يسجد مرة فنحن نسجد مرتين، وتمامه فى البحر.

مطلب هل الأمر التعبدى أفضل أو المعقول المعنى؟

[فائدة] سئل المصنف فى آخر فتاواه التمرتاشية: هل التعبدى أفضل أو معقول المعنى؟ أجاب لم أقف عليه لعلمائنا سوى قولهم فى الأصول: الأصل فى النصوص التعليل، فإنه يشير إلى أفضلية المعقول، ووقفت لى ذلك فى فتاوى ابن حجر. قال: قضية كلام ابن عبد السلام أن التعبدى أفضل لأنه بمحض الانقياد، بخلاف ماظهرت علته فإن ملابسه قد يفعله لتحصيل فائدته، وخالفه البلقينى فقال: لاشك أن معقول المعنى من حيث الجملة أفضل لأن أكثر الشريعة كذلك، وبالنظر للجزئيات قد يكون التعبدى أفضل كالوضوء وغسل الجنابة فإن الوضوء أفضل، وقد يكون المعقول أفضل كالطواف والرمى فإن الطواف أفضل اه.

وفى الحلية عند الكلام على فرائض الوضوء: وقد اختلف العلماء فى أن الأمور التعبدية هل شرعت لحكمة عند الله تعالى وخفيت علينا أو لا؟ والأكثرون على الأول وهو المتجه لدلالة استقراء عادة الله تعالى على كونه سبحانه جالبا للمصالح دارئا للمفاسد، فما شرعه إن ظهرت حكمته لنا قلنا إنه معقول وإلا قلنا إنه تعبدى، والله سبحانه العليم الحكيم (قوله ثابت بالسنة) أى وبالإجماع بحر، وهذا لأن الأمر بالسجود فى الآية لا يدل على تكراره ؟

(ومنها القعود الأخير) والذى يظهر أنه شرط لأنه شرع للخروج كالتحريمة للشروع ، وصحح فى البدائع أنه ركن زائد لحنث من حلف لايصلى بالرفع من السجود . وفى السراجية لايكفر منكره (قدر) أدنى قراءة (التشهد) إلى عبده ورسوله بلا شرط موالاة وعدم فاصل ؛ لما فى الولوالجية : صلى أربعا وجلس لحظة فظنها ثلاثا فقام ثم تذكر فجلس ثم تكلم ، فإن كلا الجلستين قدر التشهد صحت وإلا لا (ومنها الخروج بصنعه)

(قوله ومنها القعود الأخير) عبر بالأخير دون الثانى ليشمل قعدة الفجر وقعدة المسافر لأنها أخيرة وليست ثانية كذا فى الدراية ، والمراد وصفه بأنه واقع آخر الصلاة وإلا فالأخير يقتضى سبق غيره . وعليه لو قال آخر عبد أملكه فهو حر فملك عبدا لم يعتق فليتأمل إمداد .

بحث القعود الأخير

(قوله والذى يظهر الخ) اختلف فى القعدة الأخيرة قال بعضهم : هى ركن أصلى . وفى كشف البزدوى أنها واجبة لافرض ، لكن الواجب هنا فى قوة الفرض فى العمل كالوتر . وفى الخزانة أنها فرض وليست بركن أصلى بل هى شرط للتحليل . وجزم بأنها فرض فى الفتح والتبيين . وفى الينابيع أنه الصحيح . وأشار إلى الفرضية الإمام المحبوبى فى مناسك الجامع الصغير ولذلك من حلف لايصلى يحنث بالرفع من السجود دون توقف على القعدة ، فهى فرض لاركن . إذا الركن هو الداخل فى الماهية . وماهية الصلاة تتم بدون القعدة ، ثم قال : فعلم أنه إنما شرعت لأجل الاستراحة والفرض أدنى حالا من الركن ، لأن الركن يتكرر . فعدم التكرار دليل على عدم الركنية ، والفقه فيه أن الصلاة أفعال موضوعة للتعظيم ، وأصل التعظيم بالقيام ، ويزداد بالركوع ويتناهى بالسجود ، فكانت القعدة مرادة للخروج من الصلاة . فكانت لغيرها لالعينها فلم تكن من الركن ، وتمامه فى شرح الدرر للشيخ إسمعيل . قال فى البحر : ولم أر من تعرض لثمرة الخلاف : أى فى أنها ركن أولا ، وبين فى الإمداد الثمرة بأنه لو أتى بالقعدة نائما تعتبر على القول بشرطيتها لاركنيتها . وعزاه إلى التحقيق . والأصح عدم اعتبارها كما فى شرح المنية .

قلت : وهذا يؤيد القول بأنها ركن زائد لاشرط . خلافا لما مشى عليه الشارح تبعا للنهر (قوله لأنه شرع للخروج) فيه أن ماشرع لغيره قد يكون ركنا كالقيام فإنه شرع وسيلة للركوع والسجود ، حتى لو عجز عنهما يومىء قاعدا وإن قدر على القيام (قوله لحنث من حلف الخ) فيه أن القراءة ركن زائد مع أنه لو حلف لايصلى وصلى ركعة بلا قراءة لايحنث . فلا دلالة فى ذلك على أن القعدة ركن زائد ، بل يدل على أنها شرط ، فالمناسب للشارح أن يعكس بأن يذكر هذا دليلا للشرطية ، ويذكر ما قبله هنا دليلا للركنية تأمل (قوله لايكفر منكره) الظاهر أن المراد منكر فرضيته . لأنه قيل بوجوبه كما فى القهستانى . وأما منكر أصل مشروعيته فينبغى أن يكفر لثبوته بالإجماع ، بل معلوم من الدين بالضرورة أفاده ح ويؤيده ماقالوا فى السنن الرواتب من لم يرها حقا كفر (قوله قدر أدنى قراءة التشهد) أى أدنى زمن يقرأ فيه ، بأن يكون قدر أسرع مايكون من التلفظ به مع تصحيح الألفاظ ، وليس المراد أن له فى نفسه أدنى وأعلى ط (قوله إلى عبده ورسوله) أشار به إلى أن المراد به التشهد الواجب بتمامه . قال فى شرح المنية : والمراد من التشهد التحيات إلى عبده ورسوله هو الصحيح ، لامازعم البعض أنه لفظ الشهادتين فقط اهـ (قوله وعدم فاصل) عطف تفسير على ماقبله .

بحث الخروج بصنعه

(قوله ومنها الخروج بصنعه الخ) أى بصنع المصلى أى فعله الاختيار ، بأى وجه كان من قول أو فعل ينافى الصلاة بعد تمامها كما فى البحر ، وذلك بأن يبنى على صلاته صلاة ما فرضا أو نفلا ، أو يضحك قهقهة ، أو يحدث

كفعله المنافى لها بعدتمامها وإن كره تحريما : والصحيح أنه ليس بفرض اتفاقا قاله الزيلعى وغيره وأقره المصنف ، وفى المجتبى وعليه المحققون : وبقى من الفروض تمييز المفروض ، وترتيب القيام على الركوع ،

عمدا ، أو يتكلم ، أو يذهب ، أو يسلم تاترخانية ، ومنه ما لو حاذته امرأة لأن المحاذاة مفاعلة فكان الفعل موجودا من الرجل بصنعه كوجوده من المرأة وإن لم يكن للرجل فيه اختيار ، وتمامه فى النهاية ، واحترز بصنعه عما لو كان سماويا كأن سبقه الحدث (قوله كفعله المنافى لها) الأولى التعبير بالباء بدل الكاف ليكون تفسيرا نقوله بصنعه ، إلا أن يقال أراد بالخروج بصنعه الخروج بلفظ السلام حملا للمطلق على الكمال ، لأنه الواجب ، وبقوله كفعله الخ ماعداه ، ويدل عليه قوله وإن كره تحريما فإنه لايكره إلا فيما عدا السلام فافهم ؛ واحترز بالمنافى عن نحو قراءة وتسبيح (قوله بعد تمامها) أى بعد قعوده الأخير قدر التشهد ، وقيد به لأن إتيانه بالمنافى قبله يبطلها اتفاقا ح (قوله والصحيح الخ) اعلم أن كون الخروج بصنعه فرضا غير منصوص عن الإمام ، وإنما استنبطه البردعى عن المسائل الاثنى عشرية الآتية قبيل باب مفسدات الصلاة ، فإن الإمام لما قال فيها بالبطلان مع أن أركان الصلاة تمت ولم يبق إلا الخروج دل على أنه فرض ، وصاحباه لما قالا فيها بالصحة كان الخروج بالصنع ليس فرضا عندهما . ورده الكرخى بأنه لاخلاف بينهم فى أنه ليس بفرض ، وأن هذا الاستنباط غلط من البردعى ، لأنه لو كان فرضا كما زعمه لاختص بما هو قربة وهو السلام ؛ وإنما حكم الإمام بالبطلان فى الاثنى عشرية لمعنى آخر ، وهو أن العوارض فيها مغيرة للفرض ، فاستوى فى حدوثها أول الصلاة وآخرها ، فإن رؤية المتيمم بعد القعدة الماء مغيرة للفرض ، لأنه كان فرضه التيمم فتغير فرضه إلى الوضوء . وكذا بقية المسائل ، بخلاف الكلام فإنه قاطع لامغير ، والحدث العمد والقهقهة ونحوهما مبطلة لامغيرة ، وتمامه فى ح :

هذا ، وقد انتصر العلامة الشرنبلالى للبردعى فى رسالة المسائل البهية الزكية على الاثنى عشرية بأنه قد مشى على افتراض الخروج بصنعه صاحب الهداية ، وتبعه الشراح وعامة المشايخ وأكثر المحققين والإمام النسفى فى الوافى والكافى والكنز وشروحه وإمام أهل السنة الشيخ أبو منصور الماتريدى (قوله وعليه) أى على الصحيح الذى هو قول الكرخى المقابل لقول البردعى .

وفائدة الخلاف بينهما تظهر فيما إذا سبقه حدث بعد قعوده قدر التشهد إذا لم يتوضأ ويبن ويخرج بصنعه ، بطلت على تخريج البردعى ، وصحت على تخريج الكرخى ط (قوله تمييز المفروض) فسره ط بأن يميز السجدة الثانية عن الأولى بأن يرفع ولو قليلا ، أو يكون إلى القعود أقرب ، قولان مصححان . ونقل الشرنبلالى أصحية الثانى ، وفسره ح بأن المراد بالتمييز تمييز ما فرض عليه من الصلوات عما لم يفرض عليه ، حتى لو لم يعلم فرضية الخمس إلا أنه كان يصليها فى وقتها لايجزيه ؛ ولو علم أن البعض فرض والبعض سنة ونوى الفرض فى الكل ، أو لم يعلم ونوى صلاة الإمام عند اقتدائه فى الفرض جاز ؛ ولو علم الفرض دون مافيه من فرائض وسنن جازت صلاته أيضا كذا فى البحر ؛ فليس المراد المفروض من أجزاء كل صلاة أى بأن يعلم أن القراءة فيها فرض وأن التسبيح سنة وهكذا خلافا لما يوهمه مافى متن نور الإيضاح وإن كان فى شرحه فسره بما يرفع الإيهام .

أقول : كان ينبغى للشارح عدم ذكره ذلك كما فعل فى الخزائن ، لأنه على التفسير الأول يكون بمعنى افتراض السجدة الثانية لأنها لاتتحقق بدون رفع ، وقد مر ذكر السجود . وعلى التفسير الثانى يرجع إلى اشتراط التعيين فى النية ، وقد صرح به فى بحث النية (قوله وترتيب القيام على الركوع الخ) أى تقديمه عليه ، حتى لو ركع ثم قام لم يعتبر ذلك الركوع ، فإن ركع ثانيا صحت صلاته لوجود الترتيب المفروض ولزمه سجود السهو لتقديمه الركوع

والركوع على السجود ، والقعود الأخير على ماقبله ، وإتمام الصلاة ، والانتقال من ركن إلى آخر ، ومتابعته لإمامه فى الفروض وصحة صلاة إمامه فى رأيه ، وعدم تقدمه عليه ، وعدم مخالفته فى الجهة ، وعدم تذكر فائتة وعدم محاذاة امرأة بشرطهما ، وتعديل الأركان عند الثانى والأئمة الثلاثة . قال العينى : وهو المختار وأقره المصنف

المفروض ، وكذا تقديم الركوع على السجود؛ حتى لو سجد ثم ركع ، فإن سجد ثانيا صحت لما قلنا، وقوله والقعود الأخير الخ أى يفترض إيقاعه بعد جميع الأركان؛ حتى لو تذكر بعده سجدة صلبية سجدها وأعاد القعود وسجد للسهو، ولو ركوعا قضاه مع مابعده من السجود ، أو قياما أو قراءة صلى ركعة كما حرره فى البحر ، وكان الأولى أن يقول وترتيب القعود الخ كما فعل فى الخزائن ، ليعلم أنه فرض آخر ، ولأن الترتيب فيه بمعنى التأخير عكس ما قبله ولم يذكر تقديم القراءة على الركوع لأنه سيذكره فى الواجبات ، وسيأتى هناك تمام الكلام على ذلك كله (قوله وإتمام الصلاة والانتقال الخ) قال فى الفتح : وقد عدّ من الفرائض إتمامها والانتقال من ركن إلى ركن ، قيل لأن النص الموجب للصلاة يوجب ذلك، إذلاوجود للصلاة بدون إتمامها وذلك يستدعى الأمرين اهـ . والظاهر أن المراد بالإتمام عدم القطع ، وبالانتقال المذكور الانتقال عن الركن للإتيان بركن بعده ، إذ لايتحقق ما بعده إلا بذلك . وأما الانتقال من ركن إلى آخر بلا فاصل بينهما فواجب، حتى لو ركع ثم ركع يجب عليه سجود السهو، لأنه لم ينتقل من الفرض وهو الركوع إلى السجود بل أدخل بينهما أجنبيا وهو الركوع الثانى كما فى شرح المنية ، وينبغى إبدال الركن بالفرض كما عبر فى المنية ليشمل الانتقال من السجود إلى القعدة بناء على ما استظهره من أنها شرط لاركن زائد ، لكن قدمنا ترجيح خلافه فافهم، ثم إن عد الإتمام والانتقال المذكورين من الفروض يغنى عنه ماذكره المصنف من الفروض (قوله ومتابعته لإمامه فى الفروض) أى بأن يأتى بها معه أو بعده، حتى لو ركع إمامه ورفع فركع هو بعده صح، بخلاف ما لو ركع قبل إمامه ورفع ثم ركع إمامه ولم يركع ثانيا مع إمامه أو بعده بطلت صلاته ، فالمراد بالمتابعة عدم المسابقة، نعم متابعته لإمامه بمعنى مشاركته له فى الفرائض معه لاقبله ولابعده واجبة كما سيذكره فى الفصل الآتى عند قوله واعلم أن مما يبتنى على لزوم المتابعة الخ ، واحترز بالفروض عن الواجبات والسنن ، فإن المتابعة فيها ليست بفرض فلا تفسد الصلاة بتركها (قوله وصحة صلاة إمامه فى رأيه) لأن العبرة لرأى المأموم صحة وفسادا على المعتمد ؛ فلو اقتدى بشافعى مس ذكره أو امرأة صحت لالو خرج منه دم ط وسيأتى بيانه فى باب الوتر (قوله وعدم تقدمه عليه) أى بالعقب، فيصدق بما لو حاذاه أو تأخر عنه وإلا فسدت (قوله وعدم مخالفته فى الجهة) على تقدير مضاف أى عدم علمه مخالفة إمامه فى الجهة حالة التحرى والشرط عدم العلم فى وقت الاقتداء، حتى لولم يعلم إلا بعد تمام الصلاة صحت كما مر فى محله، وقيدنا بحالة التحرى لأنه يجوز مخالفته لجهة إمامه قصدا فى داخل الكعبة أو خارجها ، كما لو حلقوا حولها .

مطلب قصدهم بإطلاق العبارات أن لايدعى علمهم إلا من زاحمهم عليه

قال الرحمتى : وأطلق اعتمادا على ماتقدم وبأتى كما هو عادتهم فى الإطلاق اعتمادا على التقييد فى محله . قال فى البحر : وقصدهم بذلك أن لايدعى علمهم إلا من زاحمهم عليه بالركب، وليعلم أنه لايحصل إلا بكثرة المراجعة وتتبع عباراتهم والأخذ عن الأشياخ اهـ فافهم (قوله بشرطهما) أما الأول ، فهو أن يكون صاحب ترتيب وفى الوقت سعة : وأما الثانى ، فهو أن تكون المحاذاة فى صلاة مطلقة مشتركة تحريمة وأداء ونوى الإمام إمامتها على ما سيأتى ح : والشرط وإن وقع فى كلامه مفردا إلا أنه مضاف فيعم أبو السعود (قوله وتعديل الأركان) سيأتى تفسيره عند

وبسطناه فى الخزائن .

(وشرط فى أدائها) أى هذه الفرائض ، قلت : وبه بلغت نيفا وعشرين : وقد نظم الشرنبلالى فى شرحه للوهبانية للتحريمة عشرين شرطا ولغيرها ثلاثة عشر فقال :

ذكره له فى واجبات الصلاة (قوله وبسطناه فى الخزائن) حيث قال بعد قوله وهو المختار. قلت: لكنه غريب لم أر من عرّج عليه. والذى رجحه الجم الوجوب وحمل فى الفتح وتبعه فى البحر قول الثانى على الفرض العملى فيرتفع الخلاف.

قلت : أنى يرتفع وقد صرح فى السهو بفساد الصلاة بتركه عنده خلافا لهما فتنبه اه وهو مأخوذ من النهر .

أقول : والذى دعا صاحب البحر إلى هذا الحمل هو التفصى عن إشكال قوى ، وهو أن أبا يوسف أثبت الفرضية بحديث المسىء صلاته وهو خبر آحاد ، والدليل القطعى أمر بمطلق الركوع والسجود : فيلزم الزيادة على النص الخاص بخبر الواحد وأبو يوسف لايقول به ، وإذا حمل قوله بفرضية تعديل الأركان على الفرض العملى الذى هو أعلى قسمى الواجب اندفع الإشكال وارتفع الخلاف . ويرد عليه ماعلمته . وبيانه أن الفرض العملى هو الذى يفوت الجواز بفوته كتقدير مسح الرأس بالربع فيلزم فساد الصلاة بترك التعديل المذكور عند أبى يوسف وهما لايقولان به ، فالخلاف باق ، ويلزم الزيادة على النص أيضا ؛ لأن مقتضى النص الاكتفاء بمسمى ركوع وسجود فالإشكال باق أيضا ، لكن أجاب بعض المحققين عن الإشكال بجواب حسن ذكرته فيما علقته على البحر ، وهو أن المراد بالركوع والسجود فى الآية عندهما معناهما اللغوى : وهو معلوم لايحتاج إلى البيان . فلو قلنا بافتراض التعديل لزم الزيادة على النص بخبر الواحد . وعند أبى يوسف معناهما الشرعى وهو غير معلوم فيحتاج إلى البيان .

مطلب مجمل الكتاب إذا بين بالظنى فالحكم بعده مضاف إلى الكتاب

وقد صرح فى العناية بأن المجمل من الكتاب إذا لحقه البيان بالظنى كان الحكم بعده مضافا إلى الكتاب لا إلى البيان فى الصحيح ، ولذا قلنا بفرضية القعدة الأخيرة المبينة بخبر الواحد ، ولم نقل بفرضية الفاتحة بخبر الواحد أيضا ، لأن قوله تعالى — فاقرءوا ماتيسر — خاص لامجمل اه ملخصا .

والحاصل أن الركوع والسجود خاصان عندهما مجملان عنده ، وبهذا يندفع الإشكال من أصله ، لكن يبقى الخلاف على حاله ، والله أعلم (قوله أى هذه الفرائض) أى المذكور فى المتن ، لأن الضمير فى كلام المصنف راجع إليها ، ويشمل القعدة الأخيرة على القول بركنيتها كما قدمناه من ثمرة الخلاف (قوله قلت وبه) أى وبذكر هذا الفرض وهو الاختيار الآتى فى المتن ، وكان عليه أن يذكر هذا قبيل قوله ولها واجبات فيسلم من عود الضمير على المتأخر الموجب لركاكة التركيب ح (قوله نيفا وعشرين) النيف بالتشديد كهين ويخفف : مازاد على العقد إلى أن يبلغ العقد الثانى ، وأراد هنا أحدا وعشرين ثمانية تقدمت فى المتن وهذا تاسعها واثنى عشر فى الشرح بجعل ترتيب القعود فرضا مستقلا كما قدمناه فافهم (قوله فى شرحه للوهبانية) وكذا فى رسالته المسماة در الكنوز فإنه ذكر فيها هذا النظم وزاد عليه نظم الواجبات والسنن والمندوبات ومسائل أخر وشرح الجميع .

بحث شروط التحريمة

(قوله للتحريمة عشرين شرطا) بعضها فيما يتعلق بلفظها ، وباقيها شروط للصلاة اشترطت لها على ما اختاره الشارح لاتصالها بالأركان ، وقدمنا الكلام عليه (قوله ولغيرها) أى غير التحريمة وهو الصلاة والكل فى الحقيقة

شروط لتحريم حظيت بجمعها ... مهذبة حسنا مدى الدهر تزهر
دخـول لوقت واعتقاد دخوله ... وستر وطهر والقيام المحرر
ونية إتباع الإمام ونطقـه ... وتعيين فرض أو وجوب فيذكر
بجملة ذكر خالص عن مراده ... وبسملة عرباء إن هو يقدر

(قوله شروط) شروط لصحة الصلاة ، إلا أن هذه الثلاثة عشر لا مدخل فيها للتحريمة فلذا فصلها عما قبلها مبتدأ سوّغ الابتداء به وصفه بقوله (لتحريم) وبقوله (حظيت) بالبناء للمجهول(١) وتاء الخطاب أو التكلم أى أعطيت حظوة بالضم أو الكسر : أى مكانة أو حظا (بجمعها مهذبة) منقاة مصلحة منصوب على الحال من الهاء (حسنا) بفتح أوله ممدودا قصر للضرورة حال أيضا أو مرفوع على الوصفية أيضا ، أو بالضم والقصر منصوب على التميز (مدى الدهر) ظرف لقوله (تزهر) من باب منع : أى تتلألأ وتضىء (دخول) خبر المبتدإ (لوقت) أى وقت المكتوبة إن كانت التحريمة لها (واعتقاد دخوله) أو مايقوم مقام الاعتقاد من غلبة الظن ، فلو شرع شاكا فيه لاتجزيه وإن تبين دخوله (وستر) العورة (وطهر) من حدث ونجاسة مانعة فى بدن وثوب ومكان وكذا يشترط اعتقاد ذلك ؛ فلو صلى على أنه محدث أو أن ثوبه مثلا نجس فبان خلافه لم يجز كما مر عند قوله وإن شرع بلا تحر الخ . قال ح : وينبغى أن يكون الستر كذلك (والقيام) القادر فى غير نفل وفى سنة فجر (المحرر) بأن لاتنال يداه ركبتيه كما مر ، فلو أدرك الإمام راكعا فكبر منحنيا لم تصح تحريمته (ونية اتباع الإمام) أنت خبير بأن هذا شرط لصحة الاقتداء لا لصحة التحريمة ، لأنه إذا لم ينو المتابعة صح شرعه منفردا ، لكنه إذا ترك القراءة أصلا تبطل صلاته ، نعم يشترط لصحة التحريمة نية مطلق الصلاة ولم يذكره ، فكان ينبغى أن يقول ونيته أصل الصلاة ، إلا أن يقال اتباع بالرفع بإسقاط العاطف فيكون بيانا لأنه يشترط أن يكون بتحريمته تابعا لإمامه لاسابقا عليه (ونطقه) اعترض بأن النطق ركن التحريمة فكيف يكون شرطا ؟ وأجيب بأن المراد نطقه على وجه خاص ، وهو أن يسمع بها نفسه ، فمن همس بها أو أجراها على قلبه لا تجزيه ، وكذا جميع أقوال الصلاة من ثناء وتعوّذ وبسملة وقراءة وتسبيح وصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم ، وكعتاق وطلاق ويمين كما أفاده الناظم ط (وتعيين فرض) أى أنه ظهر أو عصر مثلا (أو وجوب) كركعتى الطواف والعيدين والوتر والمنذور وقضاء نفل أفسده ، واحترز به عن النفل فإنه يصح بمطلق النية حتى التراويح على المعتمد كما مر فى بحث النية (فيذكر) أى ينطلق ، وأعاده ليعلق به قوله (بجملة ذكر) كالله أكبر ، فلا يصير شارعا بأحدهما فى ظاهر الرواية على ماسيأتى فى أول الفصل الآتى (خالص عن مراده) أى غير مشوب بحاجته ، فلا يصح باستغفار نحو : اللهم اغفر لى ، بخلاف اللهم فقط ، فإنه يصح فى الأصح كيا ألله كما سيأتى (وبسملة) بالجر عطفا على مراده : أى وخالص عن بسملة : فلا يصح الافتتاح بها فى الصحيح كما نقله الناظم عن العناية ، وكذا بتعوّذ وحوقلة كما سيأتى (عرباء) نعت لجملة : أى بجملة عربية (إن هو يقدر) على الجملة العربية ، فلا يصح شروعه بغيرها إلا إذا عجز فيصح بالفارسية كالقراءة ، لكن سيأتى أنه يصح الشروع بغير العربية وإن قدر عليها

---

(١) (قوله حظيت بالبناء للمجهول الخ) مقتضاه أنه معتد ، وهو مخالف لما فى المصباح والقاموس . ونص الأول : حظى عند الناس يحظى من باب تعب حظة وزان عدة وحظوة بضم الحاء وكسرها ، إذا أحبوه ورفعوا منزلته فهو حظى على فعيل الخ . وفى الثالث حظى كل واحد من الزوجين عند صاحبه كرضى واحتظى الخ فليحرر اه مصححه .

وعن ترك ها وأولهاء جلالة ... وعن مدِّ همزات وباء بأكبر
وعن فاصل فعل كلام مباين ... وعن سبق تكبير ومثلك يعذر
فدونك هذى مستقيا لقبلة ... لعلك تحظى بالقبول وتشكر
فجملتها العشرون بل زيد غيرها ... وناظمها يرجو الجواد فيغفر
وأزكى صلاة مع سلام لمصطفى ... ذخيرة خلق الله للدين ينصر
وألحقتها من بعد ذاك لغيرها ... ثلاثة عشر للمصلين تظهـر
قيامك فى المفروض مقدار آية ... وتقرأ فى ثنتين منـه تخير

اتفاقا بخلاف القراءة وأن هذا مما يشتبه على كثيرين حتى الشرنبلالى فى كل كتبه (وعن ترك هاو) عطف على قوله عن مراده ، وكذا المجرورات بعن الآتية (أو لهاء جلالة) قال الناظم : المراد بالهاوى الألف الناشىء بالمد الذى فى اللام الثانية من الجلالة ، فإذا حذفه الحالف أو الذابح أو المكبر للصلاة أو حذف الهاء من الجلالة اختلف فى انعقاد يمينه وحل ذبيحته وصحة تحريمته ، فلا يترك احتياطا (وعن مد همزات) أى همزة الله وهمزة أكبر إطلاقا للجمع على مافوق الواحد ، لأنه يصير استفهاما ، وتعمده كفر ، فلا يكون ذكرا ، فلا يصح الشروع به ، وتبطل الصلاة به لو حصل فى أثنائها فى تكبيرات الانتقالات (وباء بأكبر) أى وخالص عن مد باء أكبر ، لأنه يكون جمع كبر وهو الطبل ، فيخرج عن معنى التكبير ، أو هو اسم للحيض أو للشيطان ، فتثبت الشركة ، فتعدم التحريمة قاله الناظم (وعن فاصل) بين النية والتحريمة (فعل كلام) بدلان من فاصل على حذف العاطف من الثانى (مباين) نعت لفاصل ، فإذا نوى ثم عبث بثيابه أو بدنه كثيرا ، أو أكل مابين أسنانه وهو قدر الحمصة ، أو تناول من خارج ولو قليلا ، أو شرب ، أو تكلم وإن لم يفهم ، أو تنحنح بلا عذر ثم كبر وقد غابت النية عن قلبه لم يصح شروعه . واحترز عن غير المباين ، كما لو توضأ ومشى إلى المسجد بعد النية كما مر فى محله (وعن سبق تكبير) على النية خلافا للكرخى كما مر ، أو سبق المقتدى الإمام به ، فلو فرغ منه قبل فراغ إمامه لم يصح شروعه ، والأول أولى لما مر فى توجيه قوله اتباع الإمام (ومثلك يعذر) بفتح أوله وضم ثالثه(١) مبنيا للفاعل ، يعنى أنت تعذر إذا رأيت معنى بعيد المأخذ من اللفظ فإنك من خيار الناس ، وخير الناس من يعذر ، فالمراد التماس العذر من المطلع على نظمه ط : أى لأن ضيق النظم يلجىء إلى التعبير ببعيد المعنى (فدونك) أى خذ (هذى) المذكورات (مستقيا لقبلة) إلا لعذر أو لتنفل راكب خارج مصر (لعلك تحظى بالقبول وتشكر) بالبناء للفاعل أو المفعول (فجملتها العشرون بل زيد غيرها) كنية مطاق الصلاة وتمييز المفروض كما مر واعتقاد طهارته من حدث أو خبث (وناظمها يرجو الجواد) كجراد : كثير الجود (فيغفر) أى فهو يغفر لراجيه (وألحقتها من بعد ذاك) المذكور من البيان (لغيرها) أى غير التحريمة وهو الصلاة (ثلاثة عشر) بإسكان الشين لغة فى فتحها وبالتنوين للضرورة ط (للمصلين) متعلق بقوله (تظهر) وهى (قيامك) عند عدم عذر (فى المفروض) أى فى الصلاة المفروضة ، وكذا ماألحق بها من الواجب وسنة الفجر ، وذكر الضمير باعتبار كون الصلاة فعلا (مقدار آية) على قول الإمام المعتمد ط (وتقرأ فى ثنتين منه) أى من المفروض : أى ركعاته (تخير) أى متخيرا فى إيقاع القراءة فى أى ركعتين منه ، والمقام لبيان الفرائض : فلا يرد أن تعيين القراءة فى الأولين واجب

---

(١) (قوله وضم ثالثه) كذا بالأصل المقابل على خط المؤلف ، والذى فى المصباح أنه من باب ضرب ويقتضيه صنيع القاموس اه مصححه .

وفى ركعات النفل والوتر فرضها ... ومن كان مؤتما فمن تلك يحظر
وشرط سجود فالقرار لجبهة ... وقرب قعود حد فصل محرر
وبعد قيام فالركوع فسجدة ... وثانية قد صح عنها تؤخر
على ظهر كف أو على فضل ثوبه ... إذا تطهر الأرض الجواز مقرر
سجودك فى عال فظهر مشارك ... لسجدتها عند ازدحامك يغفر
أداؤك أفعال الصلاة بيقظة ... : . : : . :

(وفى ركعات النفل والوتر فرضها) أى فرض القراءة كائن فى جميع ركعات النفل ، لأن كل ركعتين منه صلاة على حدة والوتر لأنه شابه السنن من حيث أنه لايؤذن له ولايقام .

واعلم أن حكم المنذور حكم النفل ، حتى لو نذر أربع ركعات بتسليمة واحدة لزمه القراءة فى أربعها ، لأنه نفل فى نفسه ووجوبه عارض ح (ومن كان مؤتما فمن تلك) القراءة التى قلنا إنها فرض (يحظر) أى يمنع ، فتكره له تحريما ، لأن قراءة الإمام له قراءة ، فالقراءة فرض على غير المؤتم ، فهذا فى موقع الاستثناء مما قبله (وشرط سجود) مبتدأ ومضاف إليه (فالقرار) خبر بزيادة الفاء (لجبهة) أى يفترض أن يسجد على مايجد حجمه بحيث أن الساجد لو بالغ لايتسفل رأسه أبلغ مما كان عليه حال الوضع ، فلا يصح على نحو الأرز والذرة ، إلا أن يكون فى نحو جوالق ، ولاعلى نحو القطن والثلج والفرش إلا إن وجد حجم الأرض بكبسه (وقرب قعود حد فصل محرر) يعنى الحد الفاصل بين السجدتين أن يكون إلى القعود أقرب وهو الرابع من الثلاثة عشر ، هذا البيت ساقط من بعض النسخ ، وذكره الناظم فى در الكنوز مؤخرا عن الذى بعده ، وهو الأنسب (وبعد قيام فالركوع فسجدة) أى يفترض بعد القيام الركوع ، وكذا السجود ، وكذا الترتيب المفاد بالبعدية وبالفاء : أى يفترض ترتيب القيام على الركوع والركوع على السجود كما مر (وثانية) مبتدأ (قد صح) جملة معترضة (عنها) متعلق بقوله (تؤخر) والجملة خبر المبتدإ ، يعنى والسجدة الثانية يصح أن تؤخر عن السجدة الأولى إلى آخر الصلاة ، لأن مراعاة الترتيب بينهما واجبة كما سيأتى . والأوضح فى إفادة هذا المعنى أن يقال وثانية قد صح فيها التأخر .

وحاصل كلامه أن مراعاة الترتيب بين المتكرر فى كل الصلاة فرض كالقيام والركوع والسجود ، بخلاف المتكرر فى كل ركعة كالسجدتين (على ظهر) متعلق بقوله فسجدة ، كذا قاله الناظم . والأولى تعلقه بقوله الآتى الجواز (كف) أى كف نفسه (أو على فضل ثوبه أو على كور عمامته (إذا تطهر الأرض) التى تحت الكف أو فاضل الثوب (الجواز مقرر) لكن يكره إن كان بلا عذر كما سيأتى .

وحاصل البيت أن الفرض الثامن طهارة موضع السجود ولو كان على شيء متصل بالمصلى ككفه وثوبه ، لأنه باتصاله لايعد حائلا بينه وبين النجاسة (سجودك) مبتدأ (فى) أى على مكان (عال) أى مرتفع عن حد الجواز المقدر بنصف ذراع الذى لايغتفر بلا ضرورة السجود على أرفع منه (فظهر) الأولى الإتيان بالواو ، وتكون بمعنى أو أى وسجودك على ظهر مصلى صلاتك (مشارك) لك (لسجدتها) اللام بمعنى فى : أى بشرط أن يكون ساجدا مثلك ، لكن سجوده على الأرض (عند ازدحامك) متعلق بقوله سجودك أو بقوله (يغفر) والجملة خبر المبتدإ .

وحاصل البيت بيان الفرض التاسع ، وهو أن لا يكون سجوده على مرتفع عن نصف ذراع إلا لضرورة زحمة (أداؤك) مبتدأ وخبره محذوف دل عليه خبر المبتدإ الآتى (أفعال الصلاة) أى أركانها (بيقظة) وسيأتى

وتمييز مفروض عليك مقرر
ويختم أفعال الصلاة قعوده وفى صنعه عنها الخروج محرر

(الاختيار) أى الاستيقاظ ، أما لو ركع أو سجد ذاهلا كل الذهول أجزأه (فإن أتى بها) أو بأحدها بأن قام أو قرأ أو ركع أو سجد أو قعد الأخير (نائما لايعتد) بما أتى (به) بل يعيده ولو القراءة أو القعدة على الأصح ، وإن لم يعده تفسد لصدوره لاعن اختيار ، فكان وجوده كعدمه والناس عنه غافلون ،

الكلام عليه قريبا (وتمييز مفروض) مبتدأ أى تمييز الخمس المفروضة عن غيرها وتقدم بيانه ، وكان ينبغى ذكره فى شروط التحريمة (عليك) متعلق بمحذوف خبر المبتدإ أو بقوله (مقرر) وهو الخبر (ويختم أفعال الصلاة قعوده) فاعل يختم (وفى صنعه) وفى بمعنى الباء وهو متعلق بالخروج ، وكذا قوله (عنها) أى عن الصلاة (الخروج) مبتدأ خبره قوله (محرر) قال الناظم : والخروج بصنع المصلى فرض عند الإمام الأعظم ، وهو المحرر عند المحققين من أئمتنا ، وقد بسطنا الكلام عليه فى رسالة سميتها [المسائل البهية الزكية على الاثنى عشرية] اه وتقدم بعض الكلام على ذلك ، والله الموفق . (قوله الاختيار) بالرفع على أنه نائب فاعل شرط السابق فى كلام المصنف (قوله أى الاستيقاظ) تفسير باللازم لأنه يلزم من الاستيقاظ الاختيار ح ، وإنما فسر به ليشير إلى أن ما يحصل مع الغفلة والسهو لاينافى الاختيار فلذا قال أما لو ركع الخ رحمتى (قوله ذاهلا كل الذهول) بأن كان قلبه مشغولا بشىء فإنه لاشك أنه أتى بالركوع والسجود باختياره ولكنه غافل عنهما ؛ ونظيره الماشى ، فإن رجليه وكثيرا من أعضائه يتحرك بمشيه المختار له ولا شعور له بذلك . قال ح : والظاهر أن الناعس كالذاهل فليراجع (قوله أو قعد الأخير) صفة لمفعول مطلق محذوف أى أو قعد القعود الأخير ح (قوله بل يعيده) وهل يسجد للسهو لتأخير الركن : الظاهر نعم ، فراجعه رحمتى (قوله على الأصح) أما فى القراءة فهو ما اختاره فخر الإسلام وصاحب الهداية وغيرهما ، ونص فى المحيط والمبتغى على أنه الأصح ، لأن الاختيار شرط أداء العبادة ولم يوجد حالة النوم . وقال الفقيه أبو الليث : يعتد بها ، لأن الشرع جعل النائم كالمستيقظ فى حق الصلاة ، والقراءة ركن زائد يسقط فى بعض الأحوال ، فجاز أن يعتد بها فى حالة النوم ، واستوجهه فى الفتح . وأجاب عن تعليل القول الأول بقوله والاختيار المشروطة قد وجد فى ابتداء الصلاة ، وهو كاف ؛ ألا ترى أنه لو ركع وسجد ذاهلا عن فعله كل الذهول أنه تجزيه اه .

قال فى شرح المنية : والجواب أنا نمنع كون الاختيار فى الابتداء كافيا ، ولا نسلم أن الذاهل غير مختار اه . على أنه يلزم من الاكتفاء بالاختيار فى الابتداء أنه لو ركع وسجد حالة النوم يجزيه ، وقد قال فى المبتغى : ركع وهو نائم لايجوز إجماعا ، وصريح كلام ابن أمير حاج فى الحلية ترجيح كلام الفقيه للجواب الذى ذكره شيخه فى الفتح حتى رد به ما فى المبتغى ، ثم قال : وقد عرف من هذا أيضا جواز القيام فى حالة النوم أيضا وإن نص بعضهم على عدم جوازه اه . وتبعه فى البحر ، لكن قد علمت ما فى كلام الفتح بما نقلناه عن شرح المنية ، فالأولى اتباع المنقول ، والله أعلم .

وأما فى القعدة فقد ذكر فى الحلية عن التحقيق للشيخ عبد العزيز البخارى أنه لا نص فيها عن محمد ، وأنه قيل إنها يعتد بها ، وقيل لا . ورجح فى الحلية الأول بناء على ما قدمه من جواب شيخه وقال إنه اقتصر عليه فى جامع الفتاوى اه واقتصر على الثانى فى المنية . وقال شارحها الشيخ إبراهيم : إنه الأصح . وفى المنح أنه المشهور ، وبه جزم الشرنبلالى فى نظمه المار وفى نور الإيضاح (قوله تفسد) أى الصلاة (قوله لصدوره) أى ما أتى به

فلو أتى النائم بركعة تامة تفسد صلاته لأنه زاد ركعة وهى لاتقبل الرفض ، ولو ركع أو سجد فنام فيه أجزأه لحصول الرفع (منه) والوضع بالاختيار (ولها واجبات) لاتفسد بتركها وتعاد وجوبا فى العمد والسهو إن لم يسجد له ، وإن لم يعدها يكون فاسقا

(قوله فلو أتى) أى فى حالة النوم (قوله ولو ركع الخ) تفريع على مفهوم قوله فإن أتى بها نائما لايعتدّ به فإنه يفيد أنه لو نام بعد ماركع أو سجد اعتد به (قوله لحصول الرفع والوضع) كذا فى الحلية والبحر عن المحيط، والأظهر ذكر الانحناء بدل الرفع . وقال ط : هذا بناء على اشتراط الرفع فى الركوع ؛ أما على القول بأنه سنة أو واجب فلا يظهر .

مطلب واجبات الصلاة

(قوله ولها واجبات) قدمنا فى أوائل كتاب الطهارة الفرق بين الفرض والواجب، وتقسيم الواجب إلى قسمين : أحدهما وهو أعلاهما يسمى فرضا عمليا ، وهو مايفوت الجواز بفوته كالوتر . والآخر مالا يفوت بفوته ، وهو المراد هنا . وحكمه استحقاق العقاب بتركه ، وعدم إكفار جاحده ، والثواب بفعله . وحكمه فى الصلاة ماذكره الشارح . والواجب قد يطلق على الفرض القطعى كصوم رمضان واجب (قوله لاتفسد بتركها) أشار به إلى الرد على القهستانى حيث قال : تفسد ولا تبطل اهـ . قال الحموى فى شرح الكنز : والفرق بينهما أن الفاسد مافات عنه وصف مرغوب ، والباطل مافات عنه شرط أو ركن . وقد يطلق الفاسد بمعنى الباطل مجازا اهـ . ووجه الرد أن أئمتنا لم يفرقوا فى العبادات بينهما وإنما فرقوا فى المعاملات ح (قوله وتعاد وجوبا) أى بترك هذه الواجبات أو واحد منها : وما فى الزيلعى والدرر والمجتبى من أنه لو ترك الفاتحة يؤمر بالإعادة لالو ترك السورة ، رده فى البحر بأن الفاتحة وإن كانت آكد فى الوجوب للاختلاف فى ركنيتها دون السورة لكن وجوب الإعادة حكم ترك الواجب مطلقا لا الواجب المؤكد ، وإنما تظهر الآكدية فى الإثم لأنه مقول بالتشكيك اهـ .

قلت : وينبغى تقييد وجوب الإعادة بما إذا لم يكن الترك لعذر كالأمى أو من أسلم فى آخر الوقت فصلى قبل أن يتعلم الفاتحة فلا تلزمه الإعادة تأمل (قوله إن لم يسجد له) أى للسهو ، وهذا قيد لقوله والسهو ، إذ لاسجود فى العمد ، قيل إلا فى أربعة لو ترك القعدة الأولى عمدا أو شك فى بعض الأفعال فتفكر عمدا حتى شغله ذلك عن ركن أو أخر إحدى سجدتى الركعة الأولى إلى آخر الصلاة عمدا أو صلى على النبى صلى الله عليه وسلم فى القعدة الأولى عمدا . وزاد بعضهم خامسا وهو : لو ترك الفاتحة عمدا فيسجد فى ذلك كله ويسمى سجود عذر ، ولم يستثن الشارح ذلك لما سيأتى تضعيفه فى باب سجود السهو . ورده العلامة قاسم أيضا بأنا لانعلم له أصلا فى الرواية ولا وجها فى الدراية ، وهل تجب الإعادة بترك سجود السهو لعذر ، كما لو نسيه أو طلعت الشمس فى الفجر ؟ لم أره فليراجع . والذى يظهر الوجوب كما هو مقتضى إطلاق الشارح ، لأن النقصان لم ينجبر بجابر ، وإن لم يأثم بتركه فليتأمل .

مطلب المكروه تحريما من الصغائر ، ولا تسقط به العدالة إلا بالإدمان

(قوله يكون فاسقا) أقول : صرح العلامة ابن نجيم فى رسالته المؤلفة فى بيان المعاصى : بأن كل مكروه تحريما من الصغائر ، وصرح أيضا بأنهم شرطوا لإسقاط العدالة بالصغيرة الإدمان عليها ، ولم يشرطوه فى فعل مايخل بالمروءة وإن كان مباحا . وقال أيضا إنهم أسقطوها بالأكل فوق الشبع مع أنه صغيرة ، فينبغى اشتراط الإصرار

آثما ، وكذا كل صلاة أديت مع كراهة التحريم تجب إعادتها . والمختار أنه جابر للأول ،

عليه . قال : وجوابه أن المسقط لها به بناء على أن كل ذنب يسقطها ولو صغيرة بلا إدمان ، كما أفاده فى المحيط البرهانى وليس بمعتمد اه وبه ظهر أن كلام الشارح هنا مبنى على خلاف المعتمد .

مطلب كل صلاة أديت مع كراهة التحريم تجب إعادتها

(قوله وكذا كل صلاة الخ) الظاهر أنه يشمل نحو مدافعة الأخبثين مما لم يوجب سجودا أصلا ، وأن النقص إذا دخل فى صلاة الإمام ولم يجبر وجبت الإعادة على المقتدى أيضا وأنه يستثنى منه الجمعة والعيد إذا أديت مع كراهة التحريم إلا إذا أعادها الإمام والقوم جميعا فليراجع ح .

أقول : وقد ذكر فى الإمداد بحثا أن كون الإعادة بترك الواجب واجبة لايمنع أن تكون الإعادة مندوبة بترك سنة اه ونحوه فى القهستانى ، بل قال فى فتح القدير : والحق التفصيل بين كون تلك الكراهة كراهة تحريم فتجب الإعادة أو تنزيه فتستحب اه :

بقى هنا شىء ، وهو أن صلاة الجماعة واجبة على الراجح فى المذهب أو سنة مؤكدة فى حكم الواجب كما فى البحر وصرحوا بفسق تاركها وتعزيره ، وأنه يأثم ، ومقتضى هذا أنه لو صلى مفردا يؤمر بإعادتها بالجماعة ، وهو مخالف لما صرحوا به فى باب إدراك الفريضة من أنه لو صلى ثلاث ركعات من الظهر ثم أقيمت الجماعة يتم ويقتدى متطوعا ، فإنه كالصريح فى أنه ليس له إعادة الظهر بالجماعة مع أن صلاته منفردا مكروهة تحريما أو قريبة من التحريم ، فيخالف تلك القاعدة ، إلا أن يدعى تخصيصها بأن مرادهم بالواجب والسنة التى تعاد بتركه ماكان من ماهية الصلاة وأجزائها فلا يشمل الجماعة لأنها وصف لها خارج عن ماهيتها ، أو يدعى تقييد قولهم يتم ويقتدى متطوعا بما إذا كانت صلاته منفردا لعذر كعدم وجود الجماعة عند شروعه فلا تكون صلاته منفردا مكروهة ، والأقرب الأول ، ولذا لم يذكروا الجماعة من جملة واجبات الصلاة لأنها واجب مستقل بنفسه خارج عن ماهية الصلاة ، ويؤيده أيضا أنهم قالوا يجب الترتيب فى سور القرآن ، فلو قرأ منكوسا أثم لكن لايلزمه سجود السهو ، لأن ذلك من واجبات القراءة لامن واجبات الصلاة كما ذكره فى البحر فى باب السهو ، لكن قولهم كل صلاة أديت مع كراهة التحريم يشمل ترك الواجب وغيره ، ويؤيده ماصرحوا به من وجوب الإعادة بالصلاة فى ثوب فيه صورة بمنزلة من يصلى وهو حامل الصنم .

[تنبيه] قيد فى البحر فى باب قضاء الفوائت وجوب الإعادة فى أداء الصلاة مع كراهة التحريم بما قبل خروج الوقت ، أما بعده فتستحب ، وسيأتى الكلام فيه هناك إن شاء الله تعالى مع بيان الاختلاف فى وجوب الإعادة وعدمه ، وترجيح القول بالوجوب فى الوقت وبعده (قوله والمختار أنه) أى الفعل الثانى جابر للأول بمنزلة الجبر بسجود السهو وبالأول يخرج عن العهدة وإن كان على وجه الكراهة على الأصح ، كذا فى شرح الأكمل على أصول البزدوى ، ومقابله مانقلوه عن أبى اليسر من أن الفرض هو الثانى ، واختار ابن الهمام الأول قال لأن الفرض لايتكرر ، وجعله الثانى يقتضى عدم سقوطه بالأول ، إذ هو لازم ترك الركن لاالواجب إلا أن يقال المراد أن ذلك امتنان من الله تعالى إذ يحتسب الكامل وإن تأخر عن الفرض لما علم سبحانه أنه سيوقعه اه يعنى أن القول بكون الفرض هو الثانى يلزم عليه تكرار الفرض ، لأن كون الفرض هو الثانى دون الأول يلزم منه عدم سقوطه بالأول وليس كذلك ، لأن عدم سقوطه بالأول إنما يكون بترك فرض لابترك واجب ، وحيث استكمل الأول

لأن الفرض لايتكرر (وهى) على ماذكره أربعة عشر (قراءة فاتحة الكتاب) فيسجد للسهو بترك أكثرها لا أقلها، لكن فى المجتبى يسجد بترك آية منها وهو أولى

قلت: وعليه فكل آية واجبة ككل تكبيرة عيد وتعديل ركن وإتيان كل وترك تكرير كل كما يأتى فليحفظ (وضم) أقصر (سورة) كالكوثر أو ماقام مقامها، وهو ثلاث آيات قصار، نحو — ثم نظر — ثم عبس وبسر ثم أدبر واستكبر — وكذا لو كانت الآية أو الآيتان تعدل ثلاثا قصارا ذكره الحلبى

فرائضه لاشك فى كونه مجزئا فى الحكم وسقوط الفرض به وإن كان ناقصا بترك الواجب، فإذا كان الثانى فرضا يلزم منه تكرار الفرض، إلا أن يقال الخ فافهم (قوله على ماذكره) وإلا فهى أكثر من ذلك بكثير كما سيأتى بيانه (قوله قراءة فاتحة الكتاب) هذا إذا لم يخف فوت الوقت وإلا اكتفى بآية واحدة فى جميع الصلوات وخص البزدوى الفجر به كما فى القنية إسمعيل (قوله بترك أكثرها) يفيد أن الواجب الأكثر، ولا يعرى عن تأمل بحر: وفى القهستانى أنها بتمامها واجبة عنده؛ وأما عندهما فأكثرها، ولذا لايجب السهو بنسيان الباقى كما فى الزاهدى، فكلام الشارح جار على قولهما ط (قوله وهو أولى) لعله للمواظبة المفيدة للوجوب ط (قوله وعليه) أى وبناء على مافى المجتبى فكل آية واجبة، وفيه نظر، لأن الظاهر أن مافى المجتبى مبنى على قول الإمام بأنها بتمامها واجبة وذكر الآية تمثيل لاتقييد، إذ بترك شىء منها آية أو أقل ولو حرفا لايكون آتيا بكلها الذى هو الواجب، كما أن الواجب ضم ثلاث آيات، فلو قرأ دونها كان تاركا للواجب أفاده الرحمتى (قوله ككل تكبيرة عيد) وهى ست تكبيرات كما سيأتى فى محله ح (قوله وتعديل ركن) عطف على تكبيرة: أى وككل تعديل ركن ومثله تعديل القومة وتعديل الجلسة على مايأتى قريبا ح (قوله وإتيان كل الخ) بالرفع عطفا على كل الأول أو بالجر عطفا على كل الثانى، والمراد أن من الواجبات إتيان كل فرض أو واجب فى محله، وترك تكرير كل منهما، وأفاد هذا المراد بقوله كما يأتى أى فى آخر الواجبات (قوله وترك تكرير كل) هكذا فى بعض النسخ، وعلمت المراد منه: والذى فى عامة النسخ: وترك كل بإسقاط تكرير. وتوجيهه بأن يجعل قوله ككل تكبيرة تنظير الآية فى قوله يسجد بترك آية؛ والمعنى كما يسجد بترك كل تكبيرة عيد بمفردها، وترك كل تعديل ركن بمفرده، وترك إتيان كل من التكبيرات أو التعديلات جملة، وكذا بترك كل هذه المذكورة جملة، ولا يخفى مافيه (قوله تعدل ثلاثا قصارا) أى مثل — ثم نظر — الخ وهى ثلاثون حرفا، فلو قرأ آية طويلة قدر ثلاثين حرفا يكون قد أتى بقدر ثلاث آيات، لكن سيأتى فى فصل يجهر الإمام أن فرض القراءة آية وأن الآية عرفا طائفة من القرآن مترجمة أقلها ستة أحرف ولو تقديرا كلم يلد إلا إذا كانت كلمة فالأصح علم الصحة اه ومقتضاه أنه لو قرأ آية طويلة قدر ثمانية عشر حرفا يكون قد أتى بقدر ثلاث آيات:

وقد يقال: إن المشروع ثلاث آيات متوالية على النظم القرآنى مثل — ثم نظر — الخ ولا يوجد ثلاث متوالية أقصر منها، فالواجب إما هى أو مايعدلها من غيرها لامايعدل ثلاثة أمثال أقصر آية وجدت فى القرآن، ولذا قال تعدل ثلاثا قصارا ولم يقل تعدل ثلاثة أمثال أقصر آية. على أن فى بعض العبارات تعدل أقصر سورة فليتأمل، وسنذكر فى فصل الجهر زيادة فى هذا البحث (قوله ذكره الحلبى) أى فى شرحه الكبير على المنية: وعبارته: وإن قرأ ثلاث آيات قصارا أو كانت الآية أو الآيتان تعدل ثلاث آيات قصار خرج عن حد الكراهة المذكورة يعنى كراهة التحريم: قال الشارح فى شرحه على الملتقى: ولم أره لغيره وهو مهم فيه يسر عظيم لدفع كراهة التحريم اه ٥

(فى الأولين من الفرض) وهل يكره فى الأخريين ؟ المختار لا (و) فى (جميع) ركعات (النفل) لأن كل شفع منه صلاة (و) كل (الوتر) احتياطا وتعيين القراءة (فى الأولين) من الفرض على المذهب (وتقديم الفاتحة

قلت : قد صرح به فى الدرر أيضا حيث قال :. وثلاث آيات قصار تقوم مقام الصورة وكذا الآية الطويلة اه ومثله فى الفيض وغيره : وفى التاترخانية : لو قرأ آية طويلة كآية الكرسى أو المداينة البعض فى ركعة والبعض فى ركعة اختلفوا فيه على قول أبى حنيفة ، قيل لايجوز لأنه ماقرأ آية تامة فى كل ركعة ، وعامتهم على أنه يجوز لأن بعض هذه الآيات يزيد على ثلاث قصار أو يعدلها فلا تكون قراءته أقل من ثلاث آيات اه وهذا يفيد أن بعض الآية كالآية فى أنه إذا بلغ قدر ثلاث آيات قصار يكفى (قوله فى الأولين) تنازع فيه قراءة وضم فى قول المصنف قراءة فاتحة الكتاب وضم سورة لأن الواجب فى الأولين كل منهما فافهم (قوله وهل يكره) أى ضم السورة (قوله المختار لا) أى لايكره تحريما بل تنزيها لأنه خلاف السنة . قال فى المنية وشرحها : فإن ضم السورة إلى الفاتحة ساهيا يجب عليه سجدتا السهو فى قول أبى يوسف لتأخير الركوع عن محله وفى أظهر الروايات لايجب لأن القراءة فيهما مشروعة من غير تقدير ، والاقتصار على الفاتحة مسنون لاواجب اه . وفى البحر عن فخر الإسلام أن السورة مشروعة فى الأخريين نفلا . وفى الذخيرة أنه المختار . وفى المحيط وهو الأصح اه والظاهر أن المراد بقوله نفلا الجواز ، والمشروعية بمعنى عدم الحرمة فلا ينافى كونه خلاف الأولى كما أفاده فى الحلية .

مطلب كل شفع من النفل صلاة

(قوله لأن كل شفع منه صلاة) كأنه والله أعلم لتمكنه من الخروج على رأس الركعتين ، فإذا قام إلى شفع آخر كان بانيا صلاة على تحريمة صلاة ، ومن ثمة صرحوا بأنه لو نوى أربعا لايجب عليه بتحريمتها سوى الركعتين فى المشهور عن أصحابنا ، وأن القيام إلى الثالثة بمنزلة تحريمة مبتدأة ، حتى إن فساد الشفع الثانى لايوجب فساد الشفع الأول ، وقالوا : يستحب الاستفتاح فى الثالثة والتعوذ ، وتمامه فى الحلية ، وسيأتى أيضا فى باب الوتر والنوافل . قال ح : ولا ينافيه عدم افتراض القعدة الأولى فيه الذى هو الصحيح لأن الكل صلاة واحدة بالنسبة إلى القعدة كما فى البحر عند قول الكنز فرضها التحريمة (قوله احتياطا) أى لما ظهرت آثار السنية فيه ، من أنه لايؤذن له ولا يقام أعطيناه حكم السنة فى حق القراءة احتياطا ح (قوله وتعيين القراءة فى الأولين) لايتكرر هذا مع قوله قبله فى الأولين ، لأن المراد هنا القراءة ولو آية فتعيين القراءة مطلقا فيهما واجب وضم السورة مع الفاتحة واجب آخر ط (قوله من الفرض) أى الرباعى أو الثلاثى ، وكذا فى جميع الفرض الثنائى كالفجر والجمعة ومقصورة السفر (قوله على المذهب) اعلم أن فى محل القراءة المفروضة فى الفرض ثلاثة أقوال :

الأول أن محلها الركعتان الأوليان عينا ، وصححه فى البدائع . الثانى أن محلها ركعتان منها غير عين : أى فيكون تعيينها فى الأولين واجبا ، وهو المشهور فى المذهب . الثالث أن تعيينها فيهما أفضل ، وعليه مشى فى غاية البيان وهو ضعيف ، والقولان الأولان اتفقا على أنه لو قرأ فى الأخريين فقط يصح ، ويلزمه سجود السهو لو ساهيا لكن سببه على الأول تغيير الفرض عن محله وتكون قراءته قضاء عن قراءته فى الأولين ، وسببه على الثانى ترك الواجب وتكون قراءته فى الأخريين أداء كذا فى نوافل البحر وفيه من سجود السهو .

واختلفوا فى قراءته فى الأخريين : هل هى قضاء أو أداء ، فذكر القدورى أنها أداء لأن الفرض القراءة فى ركعتين غير عين : وقال غيره : إنها قضاء فى الأخريين استدلالا بعدم صحة اقتداء المسافر بالمقيم بعد خروج الوقت ، وإن لم يكن قرأ الإمام فى الشفع الأول ولو كانت فى الأخريين أداء لجاز لأنه يكون اقتداء المفترض

على كل (السورة) وكذا ترك تكريرها قبل سورة الأولين (ورعاية الترتيب)

بالمفترض فى حق القراءة فلما لم يجز علم أنها قضاء وأن الأخريين خلتا عن القراءة وبوجوب القراءة على مسبوق أدرك إمامه فى الأخريين ولم يكن قرأ فى الأولين كذا فى البدائع اه .

أقول : لى ههنا إشكال ، وهو أنه لاخلاف عندنا فى فرضية القراءة فى الصلاة ، وإنما الكلام فى تعيين محلها وحاصل الأقوال الثلاثة أن تعيينها فى الأولين فرض أو واجب أو سنة ، وقد علمت تصحيح القول الأول وحينئذ فلا يخلو إما أن يراد أنه فرض قطعى أو فرض عملى وهو مايفوت الجواز بفوته . وعلى كل يلزم من عدم القراءة فى الأولين فساد الصلاة ، كما لو أخر الركوع عن السجود ولا قائل بذلك عندنا فيتعين المصير إلى القول بالوجوب الذى عليه المتون . والذى يظهر لى أن فى المسألة قولين فقط ، وأن القول الأول والثانى واحد ؛ فقولهم محلها الركعتان الأوليان عينا معناه أن التعيين فيهما واجب ، وهو المراد بالقول الثانى ، فيكون تأخير القراءة إلى الأخريين قضاء مثل تأخير السجدة من الركعة الأولى إلى آخر الصلاة ، ويقابل ذلك القول بأن تعيين الأولين أفضل ، وعليه فالقراءة فى الأخريين أداء لاقضاء ، وهما القولان اللذان ذكرهما صاحب البحر فى سجود السهو عن البدائع ؛ ويدل لذلك أن صاحب المنية ذكر من واجبات الصلاة تعيين القراءة فى الأولين فقال فى الحلية : وهذا عند القائلين بأن محلها الركعتان الأوليان عينا ، وقد عرفت أنه الصحيح ، وعليه مشى فى الخلاصة والكافى وأما عند القائلين بأن محلها ركعتان منها بغير أعيانهما ، فظاهر قولهم إن القراءة فى الأولين أفضل أنه ليس بواجب بل الظاهر أنه سنة ، وغير خاف أن ثمرة الخلاف تظهر فى وجوب سجود السهو إذا تركها فى الأولين أو فى إحداهما سهوا لتأخير الواجب سهوا عن محله ، وعلى السنة لايجب اه ملخصا ، وهو صريح فى أن الأقوال اثنان لاثلاثة ، وفى أن المراد بالقول بأن محل القراءة الأوليان عينا هو الوجوب لا الافتراض ، وظهر بهذا أن صاحب البحر لم يصب فى بيان الأقوال ولا فى التفريع عليها كما لم يصب من نقل عبارته على غير وجهها ، وبما قررناه ارتفع الإشكال واتضح الحال .

والحاصل أنه قيل إن محل القراءة ركعتان من الفرض غير عين ، وكونها فى الأولين أفضل ، وقيل إن محلها الأوليان منه عينا فيجب كونها فيهما ، وهو المشهور فى المذهب الذى عليه المتون وهو المصحح ، وعلمت تأييده بما مر فى عبارة البحر عن البدائع من مسألة المسافر والمسبوق . وقال القهستانى : إنه الصحيح من مذهب أصحابنا فلا جرم قال الشارح على المذهب فافهم . الحمد لله على التوفيق ، والهداية إلى أقوم طريق (قوله على كل السورة) حتى قالوا لو قرأ حرفا من السورة ساهيا ثم تذكر يقرأ الفاتحة ثم السورة ، ويلزمه سجود السهو بحر ، وهل المراد بالحرف حقيقته أو الكلمة ، يراجع . ثم رأيت فى سهو البحر قال بعد مامر : وقيده فى فتح القدير بأن يكون مقدار مايتأدى به ركن اه أى لأن الظاهر أن العلة هى تأخير الابتداء بالفاتحة والتأخير اليسير ، وهو مادون ركن معفو عنه . تأمل . ثم رأيت صاحب الحلية أيد مابحثه شيخه فى الفتح من القيد المذكور بما ذكروه من الزيادة على التشهد فى القعدة الأولى الموجبة للسهو بسبب تأخير القيام عن محله ، وأن غير واحد من المشايخ قدرها بمقدار أداء ركن . (قوله وكذا ترك تكريرها الخ) فلو قرأها فى ركعة من الأولين مرتين وجب سجود السهو لتأخير الواجب وهو السورة كما فى الذخيرة وغيرها ، وكذا لو قرأ أكثرها ثم أعادها كما فى الظهيرية ، أما لو قرأها قبل السورة مرة وبعدها مرة فلا يجب كما فى الخانية ، واختاره فى المحيط والظهيرية والخلاصة ، وصححه الزاهدى لعدم لزوم التأخير لأن الركوع ليس واجبا بإثر السورة ، فإنه لو جمع بين سور بعد الفاتحة لايجب عليه شىء ، كذا فى البحر

بين القراءة والركوع و (فيما يتكرر) أما فيما لا يتكرر ففرض كما مر

هنا وفى سجود السهو . قال فى شرح المنية : وقيد بالأولين لأن الاقتصار على مرة فى الأخريين ليس بواجب ، حتى لايلزمه سجود السهو بتكرار الفاتحة فيهما سهوا ، ولو تعمده لايكره مالم يؤد إلى التطويل على الجماعة أو إطالة الركعة على ماقبلها اهـ (قوله بين القراءة والركوع) يعنى فى الفرض الغير الثنائى ؛ ومعنى كونه واجبا أنه لو ركع قبل القراءة صح ركوع هذه الركعة ، لأنه لايشترط فى الركوع أن يكون مترتبا على قراءة فى كل ركعة ، بخلاف الترتيب بين الركوع والسجود مثلا فإنه فرض ، حتى لو سجد قبل الركوع لم يصح سجود هذه الركعة ، لأن أصل السجود يشترط ترتبه على الركوع فى كل ركعة كترتب الركوع على القيام كذلك ، لأن القراءة لم تفرض فى جميع ركعات الفرض ، بل فى ركعتين منه بلا تعيين ؛ أما القيام والركوع والسجود فإنها معينة فى كل ركعة نعم القراءة فرض ومحلها القيام من حيث هو ، فإذا ضاق وقتها بأن لم يقرأ فى الأولين صار الترتيب بينها وبين الركوع فرضا لعدم إمكان تداركه ، ولكن فرضية هذا الترتيب عارضة بسبب التأخير ، فلذا لم ينظروا إليه ، واقتصروا على أن الترتيب بينها واجب ، لأن إيقاع القراءة فى الأولين واجب ، هذا توضيح ماحققه فى الدرر .

والحاصل أن الترتيب المذكور واجب فى الركعتين الأولين ، وثمرته فيما لو أخر القراءة إلى الأخريين وركع فى كل من الأولين بلا قراءة أصلا ، أما لو قرأ فى الأولين صار الترتيب فرضا حتى لو تذكر السورة راكعا فعاد وقرأها لزم إعادة الركوع ، لأن السورة التحقت بما قبلها وصارت القراءة كلها فرضا فيلزم تأخير الركوع عنها ، ويظهر من هذا أن هذا الترتيب واجب قبل وجود القراءة فرض بعدها نظيره قراءة السورة فإنها قبل قراءتها تسمى واجبا وبعدها تسمى فرضاً ، وحينئذ فيكون الأصل فى هذا الترتيب الوجوب ، وفرضيته عارضة كعروضها فيما لو أخر القراءة إلى الأخريين ، لكن قد يقال إن هذا الترتيب يغنى عنه وجوب تعيين القراءة فى الأولين ، إلا أن يقال لما كان هذا التعيين لايحصل إلا بهذا الترتيب جعلوه واجبا آخر فتدبر (قوله أما فيما لايتكرر) أى فى كل الصلاة أو فى كل ركعة ففرض ، وذلك كترتيب القيام والركوع والسجود والقعود الأخير كما علمته آنفا ، ومر أيضا عند قوله وبقى من الفروض ، وبيناه هناك :

ولا يرد على إطلاقه أن القراءة مما لايتكرر فى كل ركعة مع أن ترتيبها على الركوع غير فرض ، لأن مراده بما لايتكرر ماعداها بقرينة تصريحه قبيله بوجوب ترتيبها فلا مناقضة فى كلامه فافهم .

فإن قلت : ذكر فى الكافى النسفى من باب سجود السهو أنه يجب بأشياء منها تقديم ركن بأن ركع قبل أن يقرأ أو سجد قبل أن يركع ، لأن مراعاة الترتيب واجبة عندنا خلافا لزفر ، فإذا ترك الترتيب فقد ترك الواجب اهـ . ووقع نظيره فى الذخيرة مع أنه فى الكافى ذكر هنا أن ترتيب القيام على الركوع والركوع على السجود فرض ، لأن الصلاة لاتوجد إلا بذلك اهـ :

قلت : أجاب فى البحر بأن قولهم هنا إن الترتيب شرط ، معناه أن الركن الذى قدمه يلغو ويلزمه إعادته مرتبا ، حتى إذا سجد قبل الركوع لايعتد بهذا السجود بالإجماع كما صرح به فى النهاية فيشترط إعادته ، وقولهم فى سجود السهو إن الترتيب واجب ، معناه أن الصلاة بعد إعادة ماقدمه لاتفسد بترك الترتيب صورة الحاصل بزيادة ماقدمه :

والحاصل أن افتراض الترتيب بمعنى افتراض إعادة ماقدمه ووجوبه بمعنى إيجاب عدم الزيادة ، لأن زيادة مادون ركعة لاتفسد الصلاة فكان واجبا لافرضا بخلاف الأول ، وقد خفى هذا على صدر الشريعة حتى ظن أن

(فى كل ركعة كالسجدة) أو فى كل الصلاة كعدد ركعاتها ،

الترتيب واجب مطلقا إلا فى تكبيرة الافتتاح والقعدة الأخيرة ، وهو عجيب لما علمت من كلام النهاية (قوله كالسجدة) الكاف استقصائية إذ لم يتكرر فى الركعة سواها ومثله الكاف فى قوله كعدد ح ، والمراد بها السجدة الثانية من كل ركعة ، فالترتيب بينها وبين مابعدها واجب . قال فى شرح المنية حتى لو ترك سجدة من ركعة ثم تذكرها فيما بعدها من قيام أو ركوع أو سجود فإنه يقضيها ولا يقضى مافعله قبل قضائها مما هو بعد ركعتها من قيام أو ركوع أو سجود ، بل يلزمه سجود السهو فقط ، لكن اختلف فى لزوم قضاء ماتذكرها فقضاها فيه ، كما لو تذكر وهو راكع أو ساجد أنه لم يسجد فى الركعة التى قبلها فإنه يسجدها ، وهل يعيد الركوع أو السجود المتذكر فيه ، ففى الهداية أنه لاتجب إعادته بل تستحب معللا بأن الترتيب ليس بفرض بين مايتكرر من الأفعال وفى الخانية أنه يعيده وإلا فسدت صلاته ، معللا بأنه ارتفض بالعود إلى ماقبله من الأركان لأنه قبل الرفع منه يقبل الرفض ، بخلاف مالو تذكر السجدة بعد مارفع من الركوع لأنه بعد ماتم بالرفع لايقبل الرفض اهـ . ومثله فى الفتح :

قال فى البحر : فعلم أن الاختلاف فى الإعادة ليس بناء على اشتراط الترتيب وعدمه ، بل على أن الركن المتذكر فيه هل يرتفض بالعود إلى ماقبله من الأركان أولا اهـ تأمل(١) والمعتمد مافى الهداية ، فقد جزم به فى الكنز وغيره فى آخر باب الاستخلاف ، وصرح فى البحر بضعف مافى الخانية : هذا ، والتقييد بالترتيب بينها وبين مابعدها للاحتراز عما قبلها من ركعتها ، فإن الترتيب بين الركوع والسجود من ركعة واحدة شرط كما مر ؛ ونبه عليه فى الفتح (قوله أو فى كل الصلاة كعدد ركعاتها) أى أن الترتيب بين الركعات واجب : قال الزيلعى فإن مايقضيه بعد فراغ الإمام أول صلاته عندنا ، ولو كان الترتيب فرضا لكان آخراً اهـ .

ورده فى البحر بأنه لايصح أن يدخل تحت الترتيب الواجب ، إذ لاشىء على المسبوق ولا نقص فى صلاته أصلا ، فلذا اقتصر فى الكافى على المتكرر فى كل ركعة اهـ وكأنه فهم أن مراد الزيلعى أن الترتيب المذكور واجب على المسبوق وليس كذلك ، بل مراده أنه واجب على غيره بدليل مسألة المسبوق :

وبيان ذلك أنه لو اقتدى فى ثالثة الرباعية مثلا لايجوز له أن يصلى أول صلاة إمامه الذى فاته ، ولو فعل فسدت صلاته لانفراده فى موضع الاقتداء ، بل يجب عليه متابعته فيما أدركه ، ثم إذا سلم يقضى مافاته وهو أول صلاته إلا من حيث القعدات فقد وجب على المسبوق عكس الترتيب ، ولو كان الترتيب فرضا لكان مايقضيه آخر صلاته حقيقة من كل وجه فلا يقرأ السورة ولا يجهر . والدليل على ماقلنا من أن مراد الزيلعى وجوب الترتيب على غير المسبوق مافى الفتح حيث قال أو فى كل الصلاة كالركعات إلا لضرورة الاقتداء حيث يسقط به الترتيب فإن المسبوق يصلى آخر الركعات قبل أولها اهـ فمن ظن أن كلام الفتح مخالف لكلام الزيلعى فقد وهم ؛ نعم كلام الفتح أظهر فى المراد فافهم .

فإن قلت : وجوب الشىء إنما يصح إذا أمكن ضده وعدم الترتيب بين الركعات غير ممكن ، فإن المصلى كل ركعة أتى بها أولا فهى الأولى وثانياً فهى الثانية وهكذا .

---

(١) (قوله تأمل) وجه التأمل أن كلام الهداية صريح فى أن الإعادة مبنية على أن الترتيب ليس بفرض ، وقد يجاب بأن الخلاف من الطرفين ليس مبنيا على ما ذكره ، لأن الخلاف من طرف الهداية مبنى على أن الترتيب ليس بركن ، والخلاف من طرف الخانية ليس مبنيا على أنه ركن بل على الارتفاض اهـ منه .

حتى لو نسي سجدة من الأولى قضاها ولو بعد السلام قبل الكلام لكنه يتشهد ثم يسجد للسهو ثم يتشهد ، لأنه يبطل بالعود إلى الصلبية والتلاوية ،

قلت : يمكن ذلك لأنه من الأمور الاعتبارية التي تبتني عليها أحكام شرعية إذا وجد معها مايقتضيها ، فإذا صلى من الفرض الرباعي ركعتين وقصد أن يجعلهما الأخيرتين فهو لغو إلا إذا حقق قصده ، بأن ترك فيهما القراءة وقرأ فيما بعدهما ، فحينئذ يبتني عليه أحكام شرعية وهي وجوب الإعادة والإثم لوجود مايقتضي تلك الأحكام ولهذا اعتبر الشارع صلاة المسبوق غير مرتبة من حيث الأقوال فأوجب عليه عكس الترتيب مع أن كل ركعة أتى بها أولا فهي الأولى صورة لكنها في الحكم ليست كذلك ؛ فكما أوجب الشارع عليه عكس الترتيب بأن أمره بأن يفعل مايبتنى على ذلك من قراءة وجهر كذلك أمر غيره بالترتيب بأن يفعل مايقتضيه ، بأن يقرأ أولا ويجهر ويسر ، وإذا خالف يكون قد عكس الترتيب حكما ، ولهذا عبر المصنف كالكنز وغيره بقوله ورعاية الترتيب : أي ملاحظته باعتبار الإتيان بما يجب أولا في الأول أو آخراً في الآخر .

والحاصل أن المصلي إما منفرد أو إمام أو مأموم ، فالأولان يظهر فيهما ثمرة الترتيب بما ذكرنا ، ولو سلمنا عدم ظهور الثمرة فيهما تظهر في المأموم ، فإنه إما مدرك أو مسبوق فقط أو لاحق فقط أو مركب على ماسيأتي بيانه في محله :

أما المدرك فهو تابع لإمامه فحكمه حكمه . وأما المسبوق فقد علمت أن اللازم عليه عكس الترتيب .

وأما اللاحق فالواجب عليه الترتيب بعكس المسبوق . وعند زفر الترتيب فرض عليه ، فإذا أدرك بعض صلاة الإمام فنام فعليه أن يصلي أولا مانام فيه بلا قراءة ثم يتابع الإمام ، فلو تابعه أولا ثم صلى مانام فيه بعد سلام الإمام جاز عندنا وأثم لتركه الواجب . وعند زفر لاتصح صلاته : قال في السراج عن الفتاوى : المسبوق إذا بدأ بقضاء مافاته فإنه تفسد صلاته وهو الأصح ، واللاحق إذا تابع الإمام قبل قضاء مافاته لاتفسد خلافا لزفر اهـ :

وأما المركب كما لو اقتدى في ثانية الفجر فنام إلى أن سلم الإمام ، فهذا لاحق ومسبوق ولم يصل شيئاً فيصلي أولا الركعة التي نام فيها بلا قراءة ثم التي سبق بها بقراءة ، وإن عكس صح وأثم لتركه الترتيب الواجب فيجب عليه إعادة الصلاة ، سواء كان عامداً لأدائها مع كراهة التحريم أو ساهيا لعدم إمكان الجبر بسجود السهو ، لأن ختام صلاته وقع بما لحق فيه ، واللاحق ممنوع عن سجود السهو لأنه خلف الإمام حكما فثبت بهذا أن اللاحق بنوعيه قد أوجبوا عليه الترتيب كما ألزموا المسبوق بعكسه ، وليس ذلك إلا من حيث الاعتبار والحكم لامن حيث الصورة فافهم (قوله حتى لو نسي الخ) تفريع على قوله كالسجدة (قوله من الأولى) ليس بقيد ، وخصها لبعدها من الآخر ط (قوله قبل الكلام) المراد قبل إتيانه بمفسد ط (قوله لكنه يتشهد) أي يقرأ التشهد إلى عبده ورسوله فقط ويتمه بالصلوات والدعوات في تشهد السهو على الأصح ط (قوله ثم يتشهد) أي وجوبا ، وسكت عن القعدة لأن التشهد يستلزمها لأنه لايوجد إلا فيها تأمل (قوله لأنه يبطل الخ) أي لأن التشهد يعني مع القعدة بقرينة قوله أما السهوية فترفع التشهد لاالقعدة ح : أما بطلان القعدة بالعود إلى الصلبية : أي السجدة التي هي من صلب الصلاة أي جزء منها ، فلاشتراط الترتيب بين القعدة وما قبلها لأنها لاتكون أخيرة إلا بانتمام سائر الأركان وأما بطلانها بالعود إلى التلاوية فقال ط لأن التلاوية لما وقعت في الصلاة أعطيت حكم الصلبية ، بخلاف ماإذا تركها

أما السهوية فترفع التشهد لا القاعدة ، حتى لو سلم بمجرد رفعه منها لم تفسد ، بخلاف تلك السجدتين (. وتعديل الأركان) أى تسكين الجوارح قدر تسبيحة فى الركوع والسجود ، وكذا فى الرفع منهما على ما اختاره الكمال ،

أصلا . وقال الرحمتى لأنها تابعة للقراءة التى هى ركن فأخذت حكم القراءة فلزم تأخير القعدة عنها (قوله أما السهوية) أى السجدة السهوية ، والمراد الجنس لأنها سجدتان ط (قوله فترفع التشهد) أى تبطله لأنه واجب مثلها فتجب إعادته ، وإنما لا ترفع القعدة لأنها ركن فهى أقوى منها (قوله بمجرد رفعه منها) أى من السهوية بلا قعود ولا تشهد لم تفسد صلاته ، لأن القعدة الركن لم ترتفع فلا تفسد صلاته بترك التشهد الواجب (قوله بخلاف تلك السجدتين) أى الصلبية والتلاوية ؛ فإنه لو سلم بمجرد رفعه منهما تفسد صلاته لرفعهما القعدة .

مطلب قد يشار إلى المثنى باسم الإشارة الموضوع للمفرد

[تنبيه] قد يشار إلى المثنى باسم الإشارة الموضوع للمفرد كما هنا ومثله قوله تعالى — عوان بين ذلك — أى بين الفارض والبكر ، وقول الشاعر :

إن للخير وللشر مدى وكلا ذلك وجه وقبل

فافهم (قوله وتعديل الأركان) هو سنة عندهما فى تخريج الجرجانى ، وفى تخريج الكرخى واجب حتى تجب سجدتا السهو بتركه كذا فى الهداية ، وجزم بالثانى فى الكنز والوقاية والملتقى ، وهو مقتضى الأدلة كما يأتى قال فى البحر : وبهذا يضعف قول الجرجانى (قوله وكذا فى الرفع منهما) أى يجب التعديل أيضا فى القومة من الركوع والجلسة بين السجدتين . وتضمن كلامه وجوب نفس القومة والجلسة أيضا لأنه يلزم من وجوب التعديل فيهما وجوبهما (قوله على ما اختاره الكمال) قال فى البحر : ومقتضى الدليل وجوب الطمأنينة فى الأربعة أى فى الركوع والسجود وفى القومة والجلسة ، ووجوب نفس الرفع من الركوع والجلوس بين السجدتين للمواظبة على ذلك كله وللأمر فى حديث المسىء صلاته ، ولما ذكره قاضيخان من لزوم سجود السهو بترك الرفع من الركوع ساهيا وكذا فى المحيط ، فيكون حكم الجلسة بين السجدتين كذلك ، لأن الكلام فيهما واحد ، والقول بوجوب الكل هو مختار المحقق ابن الهمام وتلميذه ابن أمير حاج ، حتى قال إنه الصواب ، والله الموفق للصواب اهـ .

مطلب لا ينبغى أن يعدل عن الدراية إذا وافقتها رواية

وقال فى شرح المنية ولا ينبغى أن يعدل عن الدراية(١) أى الدليل إذا وافقتها رواية على ما تقدم عن فتاوى قاضيخان ، ومثله ما ذكر فى القنية من قوله : وقد شدد القاضى الصدر فى شرحه فى تعديل الأركان جميعها تشديدا بليغاً فقال : وإكمال كل ركن واجب عند أبى حنيفة ومحمد . وعند أبى يوسف والشافعى فريضة ، فيمكث فى الركوع والسجود وفى القومة بينهما حتى يطمئن كل عضو منه ، هذا هو الواجب عند أبى حنيفة ومحمد ، حتى لو تركها أو شيئا منها ساهيا يلزمه السهو ولو عمدا يكره أشد الكراهة ، ويلزمه أن يعيد الصلاة وتكون معتبرة فى حق سقوط الترتيب ونحوه ، كمن طاف جنباً تلزمه الإعادة ، والمعتبر هو الأول كذا هذا اهـ .

والحاصل أن الأصح رواية ودراية وجوب تعديل الأركان ، وأما القومة والجلسة وتعديلهما فالمشهور فى المذهب السنية ، وروى وجوبها ، وهو الموافق للأدلة ، وعليه الكمال ومن بعده من المتأخرين وقد علمت قول تلميذه إنه الصواب . وقال أبو يوسف بفرضية الكل ، واختاره فى المجمع والعينى ورواه الطحاوى عن

---

(١) (قوله الدراية) المراد بالدراية بالدال المهملة : فى أوانها العلم الحاصل من أحد النصوص الشرعية الصحيحة اهـ منه .

لكن المشهور أن مكمل الفرض واجب ومكمل الواجب سنة ، وعند الثانى الأربعة فرض (والقعود الأول) ولو فى نفل فى الأصح وكذا ترك الزيادة فيه على التشهد ، وأراد بالأول غير الأخير .

أئمتنا الثلاثة . وقال فى الفيض إنه الأحوط اه وهو مذهب مالك والشافعى وأحمد ، وللعلامة البركلى رسالة سماها معدل الصلاة أوضح المسألة فيها غاية الإيضاح ، وبسط فيها أدلة الوجوب ، وذكر مايترتب على ترك ذلك من الآفات وأوصلها إلى ثلاثين آفة ومن المكروهات الحاصلة فى صلاة يوم وليلة ، وأوصلها إلى أكثر من ثلثمائة وخمسين مكروها ، فينبغى مراجعتها ومطالعتها (قوله لكن المشهور الخ) استدراك على قوله وكذا فى الرفع منهما .

وحاصله أن وجوب تعديل الركوع والسجود ظاهر موافق للقاعدة المشهورة ، لأن التعديل مكمل لهما ، أما وجوب تعديل القومة والجلسة فغير ظاهر ، لأن القومة والجلسة إذا كانتا واجبتين على مااختاره الكمال يلزم أن يكون التعديل فيهما سنة ، لأن مكمل الواجب يكون سنة ، فهذه القاعدة لاتوافق مختار الكمال ، لأنه الوجوب فى الكل ، ولا مارواه الطحاوى عنهم لأنه الفرض فى الكل ، ولا ماهو المشهور عن أبى حنيفة ومحمد ، لأنه إما السنية فى الكل على تخريج الجرجانى أو الوجوب فى تعديل الأركان ، والسنية فى الباقى على تخريج الكرخى ، لأنه فصل كما فى شرح المنية وغيره بين الطمأنينة فى الركوع والسجود وبين القومة والجلسة . بأن الأولى مكملة للركن المقصود لذاته وهو الركوع والسجود والأخيرتين مكملتان للركن المقصود لغيره وهو الانتقال(١) فكانتا سنتين إظهارا للتفاوت بين المكملين اه فافهم . وأجاب ح بأنه لايضر مخالفة القاعدة حيث اقتضاها الدليل .

أقول : على أن ماذكره الشارح من القاعدة مأخوذ من الدرر . واعترضه فى العزمية بأنه ليس له وجه صحة . قال : ولعل منشأه ما فى الخلاصة من أن الواجب إكمال للفرائض والسنن إكمال للواجبات والآداب إكمال للسنن . ولا يذهب عليك أنه ليس معناه ذلك فليتدبر اه أى لأن معناه أن الواجب شرع لإكمال الفرائض الخ لا أن كل ما يكمل الفرض يكون واجبا وهكذا (قوله وعند الثانى الأربعة فرض) أى عملى يفوت الجواز بفوته كما قدمنا بيانه فى آخر بحث الفرائض (قوله ولو فى نفل) لأنه وإن كان كل شفع منه صلاة على حدة حتى افترضت القراءة فى جميعه ، لكن القعدة إنما فرضت للخروج من الصلاة ، فإذا قام إلى الثالثة تبين أن ماقبلها لم يكن أوان الخروج من الصلاة فلم تبق القعدة فريضة ، وتمامه فى ح عن وتر البحر (قوله فى الأصح) خلافا لمحمد فى افتراضه عن قعدة كل شفع نفل ، وللطحاوى والكرخى فى قولهما إنها فى غير النفل سنة ، لكن فى النهر قال فى البدائع : وأكثر مشايخنا يطلقون عليه اسم السنة إما لأن وجوبه عرف بها أو لأن المؤكدة فى معنى الواجب ، وهذا يقتضى رفع الخلاف (قوله وكذا ترك الزيادة فيه على التشهد) ضمير فيه لا يصح إرجاعه للتشهد خلافا لمن وهم وإن كان ترك الزيادة فيه أى فى أثناء كلماته واجبا أيضا كترك الزيادة عليه أى بعد تمامه كما سيأتى فيتعين ما قاله ح من إرجاعه للقعود الأول : أى فى الفرض والسنة المؤكدة لأنها فى النفل مطلوبة ، وأقل الزيادة المفوتة للواجب مقدار : اللهم صل على محمد فقط على المذهب كما سيأتى فى الفصل الآتى (قوله وأراد بالأول غير الأخير) ليشمل ما إذا صلى ألف ركعة من النفل بتسليمة واحدة ، فإن ماعدا القعود الأخير واجب ، ومفهومه فرضية كل قعود أخير فى أى صلاة كانت ، ويستثنى منه القعود الذى بعد سجود السهو فإنه واجب لا فرض ، لما سيأتى

---

(١) (قوله وهو الانتقال) أى الانتقال من ركن إلى ركن الذى مر عده فى الفرائض ، وهو ركن مقصود لغيره ، لأن افتراض الانتقال من الركوع مثلا لأجل الإتيان بالسجود ، إذ لو دام راكعا لم يتحقق السجود كما قد مناه هناك وهو دون الفرض المقصود لذاته ، فيكون مكمله سنة ومكمل الأول واجبا إظهارا للتفاوت بينهما اه منه .

لكن يرد عليه لو استخلف مسافر سبقه الحدث مقيما فإن القعود الأول فرض عليه . وقد يجاب بأنه عارض (والتشهدان) ويسجد للسهو بترك بعضه ككله وكذا فى كل قعدة فى الأصح إذ قد يتكرر عشرا ؛ كمن أدرك الإمام فى تشهدى المغرب وعليه سهو فسجد معه وتشهد ثم تذكر سجود تلاوة فسجد معه وتشهد ثم سجد للسهو وتشهد معه ثم قضى الركعتين بتشهدين ووقع له كذلك .

قلت : ومثل التلاوية تذكر الصلبية ؛ فلو فرضنا تذكرها أيضا لهما زيد أربع

من أنه يرفع التشهد لا القعدة ، ومعلوم أن التشهد يستلزم القعدة فهى واجبة ح (قوله وقد يجاب بأنه عارض) أى بسبب الاستخلاف ، فإن المسافر يفترض قعوده على رأس الركعتين لأنه آخر صلاته والمقيم بالاستخلاف قام مقامه فتفترض عليه هذه القعدة كالقعدة الثانية ، قيل ويجاب بهذا أيضا عن المسبوق ، كما لو اقتدى بالإمام فى ثانية المغرب فإن القعود الثانى مما عدا الأخير فرض عليه بمتابعة الإمام .

وحاصله أن قعود الإمام الأخير يفترض على المسبوق بمتابعته لإمامه فهو عارض بالاقتداء . وأقول : هذا مخالف لما فى البحر والنهر من قولهما أراد بالأول ماليس بآخر إذ المسبوق بثلاث فى الرباعية يقعد ثلاث قعدات والواجب منها ماعدا الأخيرة اهـ ويدل عليه ما سيأتى فى الإمامة من أن المسبوق لو قام قبل السلام قبل قعود إمامه قدر التشهد ، فإن قرأ فى قيامه قدر ما تجوز به الصلاة بعد فراغ الإمام من التشهد جازت صلاته وإلا فلاوسيأتى تمام بيانه ، فلو كان القعود فرضا عليه لما صح هذا التفصيل ولبطلت صلاته مطلقا فافهم (قوله والتشهدان)أى تشهد القعدة الأولى وتشهد الأخيرة والتشهد المروى عن ابن مسعود لايجب بل هو أفضل من المروى عن ابن عباس وغيره خلافا لما بحثه فى البحر كما سيأتى فى الفصل الآتى (قوله بترك بعضه ككله) قال فى البحر : من باب سجود السهو فإنه يجب سجود السهو بتركه ولو قليلا فى ظاهر الرواية لأنه ذكر واحد منظوم ، فترك بعضه كترك كله اهـ (قوله وكذا فى كل قعدة) أشار به إلى التورك على المتن فى تعبيره بالتثنية ، إذ لو أفرد لكان اسم جنس شاملا لكل تشهد كما أشار إليه فى البحر ح (قوله فى الأصح) مقابله ما قيل إنه فيما عدا الأخيرة سنة (قوله فى تشهدى المغرب) أى اقتدى به فى التشهد الأول من تشهدى المغرب فيكون قد أدركه فى التشهدين ، وقوله وعليه أى على الإمام سهو فسجد أى المأموم معه أى مع الإمام لوجوب المتابعة عليه وتشهد أى المأموم مع الإمام ، لأن سجود السهو يرفع التشهد ثم تذكر : أى الإمام سجود تلاوة فسجد أى المأموم مع الإمام ، لأن سجود التلاوة يرفع القعدة ثم سجد أى المأموم مع الإمام للسهو ، لأن سجود السهو لا يعتد به إلا إذا وقع خاتما لأفعال الصلاة وتشهد أى المأموم مع الإمام لأن سجود السهو يرفع التشهد ثم قضى أى المأموم الركعتين بتشهدين ، لما قدمنا من أن المسبوق يقضى آخر صلاته من حيث الأفعال ، فمن هذه الحيثية ما صلاه مع الإمام آخر صلاته ، فإذا أتى بركعة مما عليه كانت ثانية صلاته فيقعد ثم يأتى بركعة ويقعد اهـ ح (قوله ووقع له) أى للمأموم كذلك أى مثل ما وقع للإمام بأن سها فيما يقضيه فسجد له وتشهد ثم تذكر سجود تلاوة فسجده وتشهد ثم سجد للسهو وتشهد لما ذكرنا ح (قوله ومثل التلاوية تذكر الصلبية) أى فى إبطال القعدة قبلها وإعادة سجود السهو (قوله لهما) أى للإمام والمأموم (قوله زيد أربع) وذلك بأن تذكر الإمام الصلبية بعد القعدة الخامسة فسجدها المأموم معه وتشهد لارتفاع القعدة ثم سجد معه للسهو وتشهد لما قدمنا ، ووقع مثل ذلك للمأموم فتصير أربع عشرة قعدة ، لكن هذا إنما يكون إذا تراخى تذكر الصلبية عن التلاوية كما هو المفروض ، أو بالعكس بأن تراخى تذكر التلاوية عن الصلبية ، وأما إذا تذكرهما معا ، فإما أن يتذكر قبل القعدة الأخيرة أو بعدها قبل تشهد

أخر لما مر ، ولو فرضنا تعمد التلاوية والصلبية لهما أيضا زيد ست أيضا ، ولو فرضنا إدراكه للإمام ساجدا ولم يسجدهما معه فمقتضى القواعد أنه يقضيهما

سجود السهو أوبعده ، فإن تذكرهما قبل القعدة الأخيرة فليس هناك إلا ثلاث قعدات ، وإن تذكرهما بعدها قبل تشهد سجود السهو فأربع ، وإن بعده فخمس ، ومثله فى المأموم فتكون عشرة

ثم اعلم أنه إذا تذكرهما معا يجب الترتيب بينهما ، فإن كانت التلاوية من ركعة والصلبية من تلك الركعة أو مما بعدها وجب تقديم التلاوية ، وإن كانت من ركعة قبلها قدم الصلبية كما فى البحر من باب سجود السهو ح (قوله لما مر) أى من أنه يسجد للسهو بعد التلاوية ح (قوله تعدد التلاوية والصلبية) يعنى مرتين فقط المرة المتقدمة وهذه ح (قوله زيد ست أيضا) صورته تذكر بعدالقعدة السابعة صلبية أخرى فسجدها وتشهد ثم قبل أن يسجد للسهو ، تذكر تلاوية أخرى أيضا فسجدها وتشهد ثم سجد للسهو وتشهد فهذه ثلاث ، ومثله المأموم فهذه ست ، وأما إذا لم يتذكر التلاوية إلا بعد تشهد سجود السهو فإنها تصير ثمانى صور اه ح .

أقول : والذى فى غالب النسخ زيد ستون . وصورته : أن يتذكر بعد القعدة السابعة صلبيتين أخريين على التعاقب ويسجد بعد كل منهما فهذه أربع ، ثم يتذكر بقية آيات السجدة واحدة بعد واحدة وهى ثلاث عشرة آية ، ويسجد بعد كل منهما فهذه ست وعشرون ، فالمجموع ثلاثون . وإذا وقع مثله للمأموم تصير ستين ثم إذا ضم إليها الأربع عشرة التى قدمها الشارح والأربع الآتية فى قوله عقيبه ولو فرضنا تبلغ ثمانية وسبعين وهى المشار إليها فى قوله الآتى فى ثمانية وسبعين كما مر ، فالصواب ما فى غالب النسخ (قوله ولو فرضنا إدراكه الخ) صورته أدرك الإمام وهو فى السجدة الأولى من الركعة الثانية وقعد من غير سجود معه ح (قوله فمقتضى القواعد أنه يقضيهما) مراده بالقواعد الواحدة بناء على أن أل الجنسية تبطل الجمعية ، وتلك القاعدة هى أن من فاته شيء من الصلاة بعد اقتدائه أعاده كاللاحق وهذا فى حكمه ح .

أقول : عموم هذه القاعدة على هذا الوجه لم أر من ذكره ، نعم وجوب فعل هاتين السجدتين مع الإمام مسلم لوجوب المتابعة وإن لم تحسبا له من الركعة التى يقضيها . وأما لزوم قضائهما ، فإن أراد به أنه يأتى بهما فى الركعة التى يقضيها فمسلم أيضا ، وأما إن أراد أنه يأتى بهما زيادة على الركعة المذكورة كما هو المتبادر من كلامه فيحتاج إلى نقل ، والمنقول وجوب المتابعة وأنه يقضى ركعة تامة فقط . قال فى البحر قبيل باب قضاء الفوائت : وصرح فى الذخيرة بأن المتابعة فيهما واجبة ، ومقتضاه أنه لو تركهما لا تفسد صلاته ، وقد توقفنا فى ذلك مدة حتى رأيته فى التجنيس . وعبارته : رجل انتهى إلى الإمام وقد سجد سجدة فكبر ونوى الاقتداء به ومكث قائما حتى قام الإمام ولم يتابعه فى السجدة ثم تابعه فى بقية الصلاة فلما فرغ الإمام قام وقضى ما سبق به تجوز الصلاة إلا أنه يصلى تلك الركعة الفائتة بسجدتيها بعد فراغ الإمام وإن كانت المتابعة حين يشرع واجبة فى تلك السجدة اه كلام البحر . فقد صرحوا بوجوب المتابعة ولم يذكروا أنه يصلى ركعة تامة ويسجد فيها ثلاث سجدات أو أربع (١) قضاء عما لم يتابع فيه ، على أن الواجب هو المتابعة وهى لا يمكن قضاؤها بعد فواتها لأن السجود لم يجب عليه لذاته لأنه غير محسوب من صلاته ، وإنما وجب عليه لئلا يخالف إمامه ، نعم صرحوا بوجوب سجدتى السهو فيما لو اقتدى بإمام عليه سهو قبل أن يسجد ولم يتابع إمامه فيه فانه يأتى بالسجدتين بعد فراغه استحسانا . لأن فى تحريمته نقصانا لا ينجبر إلا بسجدتين ، وبقى النقصان لانعدام الجابر كذا قالوا ، وهذه العلة لا توجد هنا . إذ لا نقصان

---

(١) (قوله أو أربع) هكذا بخطه ، ولعل الأصوب أو أربعا تأمل اه مصححه .

فيزاد أربع أخر فتدبر ، ولم أر من نبه على ذلك ، والله أعلم (ولفظ السلام) مرتين فالثانى واجب على الأصح) برهان ، دون عليكم ؛ وتنقضى قدوة بالأول قبل عليكم على المشهور عندنا وعليه الشافعية خلافا للتكملة (و) قراءة (قنوت الوتر) وهو مطلق الدعاء وكذا تكبير قنوته وتكبيرة ركوع الثالثة زيلعى

فى تحريمته هنا لأن النقصان جاءه هناك من قبل إمامه ، هذا ما ظهر لى فافهم (قوله فيزاد أربع أخر) وهذا أيضا مفروض فيما إذا تذكر إحداهما بعد تشهد السهو فسجدها وتشهد ثم سجد للسهو وتشهد ثم تذكر الأخرى فسجدها وتشهد ثم سجد للسهو وتشهد ، وأما إذا تذكرهما معا فعلى التفصيل المتقدم(١) فى التلاوية والصلبية ، فصار مجموع القعدات على ماذكره أربعا وعشرين ، وعلى ماذكرنا من الثمان فى تعدد التلاوية والصلبية ستا وعشرين ح.

أقول : هذا على نسخة زيد ست ، أما على نسخة زيد ستون فهى ثمانية وسبعون كما قررناه على وفق كلامه الآتى ، لكن قد علمت أن زيادة الأربع الأخيرة غير مسلمة لعدم وجوب قضاء السجدتين مالم يوجد نقل صريح ، فالباقى أربع وسبعون ، نعم على ما قرره ح من الثمان فى تعدد التلاوية والصلبية يزاد سجدتان على ماذكره الشارح ، فيكون الحاصل ستا وسبعين (قوله ولفظ السلام) فيه إشارة إلى أن لفظا آخر لا يقوم مقامه ولوكان بمعناه حيث كان قادرا عليه ، بخلاف التشهد فى الصلاة حيث لا يختص بلفظ العربى ، بل يجوز بأى لسان كان مع قدرته على العربى ، ولذا لم يقل ولفظ التشهد وقال ولفظ السلام ، لكن هذه الإشارة يخالفها صريح المنقول ، فإنه سيأتى أن الزيلعى نقل الإجماع أن السلام لايختص بلفظ العربى؛ كذا فى بعض نسخ البحر (قوله على الأصح) رقيل سنة فتح (قوله دون عليكم) فليس بواجب عندنا (قوله فاوائتم به إلى قوله ذكره الرملى الشافعى) وجد فى بعض النسخ وليس فى نسخة الشارح التى رجع إليها فتال (قوله وتنقضى قدوة بالأول) أى بالسلام الأول . قال فى التجنيس : الإمام إذا فرغ من صلاته فلما قال السلام جاء رجل واقتدى به قبل أن يقول عليكم لا يصير داخلا فى صلاته ، لأن هذا سلام ؛ ألا ترى أنه لو أراد أن يسلم على أحد فى صلاته ساهيا فقال السلام ثم علم فسكت تفسد صلاته اه رحمتى (قوله خلافا للتكملة) أى لشارح التكملة حيث صحح أن التحريمة إنما تنقطع بالسلام الثانى كما وجد قبله فى بعض النسخ (قوله وقراءة قنوت الوتر) أقحم لفظ قراءة إشارة إلى أن المراد بالقنوت الدعاء لاطول القيام كما قيل ، وحكاهما فى المجتبى ، وسيجىء فى محله : ابن عبد الرزاق : ثم وجوب القنوت مبنى على قول الإمام : وأما عندهما فسنة ، فالخلاف فيه كالخلاف فى الوتر كما سيأتى فى بابه (قوله وهو مطلق الدعاء) أى القنوت الواجب يحصل بأى دعاء كان فى النهر . وأما خصوص : اللهم إنا نستعينك فسنة فقط ، حتى لو أتى بغيره جاز إجماعا (قوله وكذا تكبير قنوته) أى الوتر .

قال فى البحر فى باب سجود السهو : ومما ألحق به . أى بالقنوت تكبيره ؛ وجزم الزيلعى بوجوب السجود بتركه . وذكر فى الظهيرية أنه لو تركه لارواية فيه ، وقيل يجب السجود اعتبارا بتكبيرات العيد ، وقيل لا اه : وينبغى ترجيح عدم الوجوب لأنه الأصل ، ولا دليل عليه ، بخلاف تكبيرات العيد اهـ (قوله وتكبيرة ركوع الثالثة زيلعى) كذا عزاه إلى الزيلعى فى النهر ، وتبعه الشارح . قال السيد أبو السعود فى حواشى مسكين فى باب سجود السهو : قال شيخنا : هذا سهو ، لعدم وجوده فى الزيلعى ، لا فى الصلاة ولا فى السهو ، ولعله سبق نظره إلى ما ذكره الزيلعى بقوله ولو ترك التكبيرة التى بعد القراءة قبل القنوت سجد للسهو ، فتوهم أن هذه

---

(٢) (قوله فعلى التفصيل المتقدم) أى بين أن يتذكرهما قبل القعدة الأخيرة أو بعدها قبل تشهد سجود السهو أو بعده اه منه .

(وتكبيرات العيدين) وكذا أحدها وتكبير ركوع ركعته الثانية كلفظ التكبير فى افتتاحه لكن الأشبه وجوبه فى كل صلاة بحر ، فليحفظ (والجهر) للإمام (والإسرار) للكل (فيما يجهر) فيه (ويسر) وبقى من الواجبات إتيان كل واجب أو فرض فى محله ، فلو أتم القراءة فمكث متفكرا سهوا ثم ركع أو تذكر السورة راكعا فضمها قائما أعاد الركوع وسجد للسهو وترك تكرير ركوع وتثليث

تكبيرة الثالثة من الوتر وليس كذلك وإنما هى تكبيرة القنوت اه وكذا نبه الرحمتى على أنه لم يجده فيه (قوله وتكبيرات العيدين) هى ست تكبيرات فى كل ركعة ثلاثة (قوله وكذا أحدها) أفاد أن كل تكبيرة واجب مستقل ط (قوله كلفظ التكبير فى افتتاحه) أى افتتاح العيد دون بقية الصلوات كما فى المستصفى ونور الإيضاح (قوله لكن الأشبه وجوبه) أى وجوب لفظ التكبير فى كل صلاة حتى يكره تحريما الشروع بغير الله أكبر ، كذا فى شرحه على الملتقى (قوله والجهر للإمام) اللام بمعنى على، مثل — وإن أسأتم فلها — واحترز به عن المنفرد فإنه يخير بين الجهر والإسرار، وقوله والإسرار للكل : أى الإمام والمنفرد ، وقوله فيما يجهر ويسر لف ونشر. يعنى أن الجهر يجب على الإمام فيما يجهر فيه وهو صلاة الصبح والأوليان من المغرب والعشاء وصلاة العيدين والجمعة والتراويح والوتر فى رمضان ، والإسرار يجب على الإمام والمنفرد فيما يسر فيه وهو صلاة الظهر والعصر والثالثة من المغرب والأخريان من العشاء وصلاة الكسوف والاستسقاء كما فى البحر ، ولكن وجوب الإسرار على الإمام بالاتفاق ، وأما على المنفرد فقال فى البحر إنه الأصح وذكر فى الفصل الآتى أنه ظاهر من المذهب وفيه كلام ستعرفه هناك (قوله فلو أتم القراءة) فى بعض النسخ : فلو أتم الفاتحة ؛ وهذا مثال لتأخير الفرض وهو الركوع هنا عن محله (قوله أو تذكر السورة الخ) مثال لتأخير الواجب وهو السورة عن محله لفصله بين الفاتحة والسورة بأجنبى وهو الركوع المرفوض لوقوعه فى أثناء القراءة ؛ لأنه لما قرأ السورة التحقت بالفرض وبعد وجود القراءة يصير الترتيب بينها وبين الركوع فرضا ؛ بخلافه قبل وجودها فانه يكون واجبا كما قدمنا تحقيقه فى بحث القيام ؛ وسيأتى له زيادة تحقيق آخر فى فصل القراءة والفرق بين القراءة وبين القنوت حيث لايعود له ، وقيد بتذكر السورة لأنه لو قرأها ثم عاد فقرأ سورة أخرى لاينتقض ركوعه كما فى سهو الحلية عن الزاهدى وغيره (قوله أعاد الركوع) مختص بالمسألة الثانية ، وقوله وسجد للسهو راجع للمسألتين ، وفى التركيب حزازة ؛ ولو قال فضمها قائما وأعاد الركوع سجد للسهو لسلم من هذا ح (قوله وترك تكرير ركوع الخ) بالرفع عطفا على إتيان ، لأن فى زيادة ركوع أو سجود تغيير المشروع ، لأن الواجب فى كل ركعة ركوع واحد وسجدتان فقط ، فإذا زاد على ذلك فقد ترك الواجب ، ويلزم منه ترك واجب آخر وهو مامر ، أعنى إتيان الفرض فى محله ، لأن تكرير الركوع فيه تأخير السجود عن محله وتثليث السجود فيه تأخير القيام ، أو القعدة وكذا القعدة فى آخر الركعة الأولى أو الثالثة فيجب تركها ، ويلزم من فعلها أيضا تأخير القيام إلى الثانية أو الرابعة عن محله ، وهذا إذا كانت القعدة طويلة ، أما الجلسة الخفيفة التى استحبها الشافعى فتركها غير واجب عندنا ، بل هو الأفضل كما سيأتى ، وهكذا كل زيادة بين فرضين يكون فيها ترك واجب بسبب تلك الزيادة ؛ ويلزم منها ترك واجب آخر وهو تأخير الفرض الثانى عن محله .

والحاصل أن ترك هذه المذكورات فى كلام الشارح واجب لغيره وهو إتيان كل واجب أو فرض فى محله الذى ذكره أولا ، فإن ذلك الواجب لا يتحقق إلا بترك هذه المذكورات فكان تركها واجبا لغيره ، لأنه يلزم من الإخلال بهذا الواجب الإخلال بذاك الواجب ، فهو نظير عدهم من الفرائض الانتقال من ركن إلى ركن فإنه

فرض لغيره كما قدمنا بيانه ؛ فلا تكرار فى كلامه فافهم (قوله وكل زيادة الخ) بجر كل عطفا على تكرير من عطف العام على الخاص ، ويدخل فى الزيادة السكوت ؛ حتى لو شك فتفكر سجد للسهو كما مر ، وقوله بين الفرضين غير قيد، فتدخل الزيادة بين فرض وواجب كالزيادة بين التشهد الأول والقيام إلى الركعة الثالثة كما مر . والظاهر أن منه قراءة التشهد بعد السجدة الثانية بلا تأخير ، حتى لو رفع من السجدة وقعد ساكتا يلزمه السهو ، ومنه يعلم مايفعله كثير من الناس حين يمد المبلغ تكبير القعدة فلا يشرعون بقراءة التشهد إلا بعد سكوته فليتنبه ؛ قال ط : استفيد منه أنه لو أطال قيام الركوع أو الرفع بين السجدتين أكثر من تسبيحة بقدر تسبيحة ساهيا يلزمه سجود السهو فليتنبه له اه ولم يعزه إلى أحد،نعم ذكر نحوه ابن عبد الرزاق فى شرحه على هذا الشرح فقال كإطالة وقوفه بعد الرفع من الركوع اه ولم يعزه أيضا ، ولم أر ذلك لغيرهما ، ويحتاج إلى نقل صريح ، نعم رأيت فى سجود السهو من الحلية عن الذخيرة والتتمة نقلا عن غريب الرواية أنه ذكر البلخى فى نوادره عن أبى حنيفة : من شك فى صلاته فأطال تفكره فى قيامه أو ركوعه أو قومته أو سجوده أو قعدته لاسهو عليه ، وإن فى جلوسه بين السجدتين فعليه السهو ؛ لأن له أن يطيل اللبث فى جميع ماوصفنا إلا فيما بين السجدتين وفى القعود فى وسط الصلاة اه وقوله لاسهو عليه مخالف للمشهور فى كتب المذهب، ولكن هذه رواية غريبة نادرة فليتأمل . ورأيت فى البحر فى باب الوتر عند قول الكنز ويتبع المؤتم قانت الوتر لا الفجر أن طول القيام فى الرفع من الركوع ليس بمشروع (قوله وإنصات المقتدى) فلو قرأ خلف إمامه كره تحريما ولا تفسد فى الأصح كما سيأتى قبيل باب الإمامة ولا يلزمه سجود سهو لو قرأ سهوا لأنه لاسهو على المقتدى، وهل يلزم المتعمد الإعادة جزم ح وتبعه ط بوجوبها، وانظر ماقدمناه أول الواجبات .

مطلب مهم فى تحقيق متابعة الإمام

(قوله ومتابعة الإمام) قال فى شرح المنية : لاخلاف فى لزوم المتابعة فى الأركان الفعلية إذ هى موضوع الاقتداء. واختلف فى المتابعة فى الركن القولى وهو القراءة ؛ فعندنا لايتابع فيها بل يستمع وينصت وفيما عدا القراءة من الأذكار يتابعه .

والحاصل أن متابعة الإمام فى الفرائض والواجبات من غير تأخير واجبة ، فإن عارضها واجب لاينبغى أن يفوته بل يأتى به ثم يتابع ، كما لو قام الإمام قبل أن يتم المقتدى التشهد فإنه يتمه ثم يقوم لأن الإتيان به لايفوت المتابعة بالكلية ، وإنما يؤخرها ، والمتابعة مع قطعه تفوته بالكلية ، فكان تأخير أحد الواجبين مع الإتيان بهما أولى من ترك أحدهما بالكلية ، بخلاف ما إذا عارضها سنة ، كما لو رفع الإمام قبل تسبيح المقتدى ثلاثا فالأصح أنه يتابعه لأن ترك السنة أولى من تأخير الواجب اه ملخصا . ثم ذكر ماحاصله أنه تجب متابعته للإمام فى الواجبات فعلا ، وكذا تركا إن لزم من فعله مخالفته الإمام فى الفعل كتركه القنوت أو تكبيرات العيد أو القعدة الأولى أو سجود السهو أو التلاوة فيتركه المؤتم أيضا ،وأنه ليس له أن يتابعه فى البدعة والمنسوخ ، وما لاتعلق له بالصلاة فلا يتابعه لو زاد سجدة أو زاد على أقوال الصحابة فى تكبيرات العيدين أو على أربع فى تكبير الجنازة أو قام إلى الخامسة ساهيا ، وأنه لاتجب المتابعة فى السنن فعلا وكذا تركا فلايتابعه فى ترك رفع اليدين فى التحريمة والثناء وتكبير الركوع والسجود والتسبيح فيهما والتسميع ، وكذا لايتابعه فى ترك الواجب القولى الذى لايلزم من فعله المخالفة

في وجب فعلى كالتشهد والسلام وتكبير التشريق ، بخلاف القنوت وتكبيرات العيدين ، إذ يلزم من فعلهما المخالفة فى الفعل وهو القيام مع ركوع الإمام اه .

فعلم من هذا أن المتابعة ليست فرضا ، بل تكون واجبة فى الفرائض والواجبات الفعلية ، وتكون سنة فى السنن وكذا فى غيرها عند معارضة سنة ، وتكون خلاف الأولى إذا عارضها واجب آخر أو كانت فى ترك لا يلزم من فعله مخالفة الإمام فى واجب فعلى كرفع اليدين للتحريمة ونظائره ، وتكون غير جائزة إذا كانت فى فعل بدعة أو منسوخ أو مالا تعلق له بالصلاة أو فى ترك ما يلزم من فعله مخالفة الإمام فى واجب فعلى .

ويشكل على هذا مافى شرح القهستانى على المقدمة الكيدانية من قوله إن المتابعة فرض كما فى الكافى وغيره وأنها شرط فى الأفعال دون الأذكار كما فى المنية اه وكذا مافى الفتح والبحر وغيرهما من باب سجود السهو من أن المؤتم لو قام ساهيا فى القعدة الأولى يعود ويقعد ، لأن القعود فرض عليه بحكم المتابعة ، حتى قال فى البحر : ظاهره أنه لو لم يعد تبطل صلاته لترك الفرض . وقال فى النهر : والذى ينبغى أن يقال إنها واجبة فى الواجب فرض فى الفرض اه .

أقول : الذى يظهر أنهم أرادوا بالفرض الواجب ، وكون المتابعة فرضا فى الفرض لا يصح على إطلاقه ، لما صرحوا به من أن المسبوق لو قام قبل قعود إمامه قدر التشهد فى آخر الصلاة تصح صلاته إن قرأ ما تجوز به الصلاة بعد قعود الإمام قدر التشهد وإلا لا مع أنه لم يتابع فى القعدة الأخيرة ، فلو كانت المتابعة فرضا فى الفرض مطلقا لبطلت صلاته مطلقا ، نعم تكون المتابعة فرضا ؛ بمعنى أن يأتى بالفرض مع إمامه أو بعده ، كما لو ركع إمامه فركع معه مقارنا أو معاقبا وشاركه فيه أو بعد مارفع منه ، فلو لم يركع أصلا أو ركع ورفع قبل أن يركع إمامه ولم يعده معه أو بعده بطلت صلاته .

والحاصل أن المتابعة فى ذاتها ثلاثة أنواع : مقارنة لفعل الإمام مثل أن يقارن إحرامه لإحرام إمامه وركوعه لركوعه وسلامه لسلامه ، ويدخل فيها ما لو ركع قبل إمامه ودام حتى أدركه إمامه فيه . ومعاقبة لابتداء فعل إمامه مع المشاركة فى باقيه . ومتراخية عنه ، فمطلق المتابعة الشامل لهذه الأنواع الثلاثة يكون فرضا فى الفرض ، وواجبا فى الواجب ، وسنة فى السنة عند عدم المعارض أو عدم لزوم المخالفة كما قدمناه . ولا يشكل مسألة المسبوق المذكورة ، لأن القعدة وإن كانت فرضا لكنه يأتى بها فى آخر صلاته التى يقضيها بعد سلام إمامه ، فقد وجدت المتابعة المتراخية فلذا صحت صلاته ، والمتابعة المقيدة بعدم التأخير والتراخى الشاملة للمقارنة والمعاقبة لا تكون فرضا بل تكون واجبة فى الواجب وسنة فى السنة عند عدم المعارضة وعدم لزوم المخالفة أيضا ، والمتابعة المقارنة بلا تعقيب ولا تراخ سنة عنده لا عندهما ، وهذا معنى مافى المقدمة الكيدانية حيث ذكر المتابعة من واجبات الصلاة ثم ذكرها فى السنن ، ومراده بالثانية المقارنة كما ذكره القهستانى فى شرحها .

إذا علمت ذلك ظهر لك أن من قال إن المتابعة فرض أو شرط كما فى الكافى وغيره أراد به مطلقها بالمعنى الذى ذكرناه ، ومن قال إنها واجبة كما فى شرح المنية وغيره أراد به المقيدة بعدم التأخير ، ومن قال إنها سنة أراد به المقارنة ، الحمد لله على توفيقه ، وأسأله هداية طريقه .

يعنى فى المجتهد فيه لافى المقطوع بنسخه أو بعدم سنيته كقنوت فجر ، وإنما تفسد بمخالفته فى الفروض كما بسطناه فى الخزائن . قلت : فبلغت أصولها

مطلب المراد بالمجتهد فيه

(قوله يعنى فى المجتهد فيه) المراد بالمجتهد فيه ماكان مبنيا على دليل معتبر شرعا بحيث يسوغ للمجتهد بسببه مخالفة غيره ، حتى لو كان مما يدخل تحت الحكم وحكم به حاكم يراه نفذ حكمه ، وإذا رفع حكمه إلى حاكم آخر لايراه وجب عليه إمضاؤه ، بخلاف ما إذا كان قولا مخالفا للكتاب كحل متروك التسمية عمدا أو السنة المشهورة كالاكتفاء بشاهد ويمين ونحو ذلك مما سيجئ فى كتاب القضاء إن شاء الله تعالى فإنه لايسمى مجتهدا فيه ،حتى إذا رفع حكمه إلى من لايراه ينقضه ولا يمضيه . وأفاد وجوب المتابعة فى المتفق عليه بالأولى وعدم جوازها فيما كان بدعة أولا تعلق له بالصلاة كما لو زاد سجدة أو قام إلى الخامسة ساهيا كما مر عن شرح المنية . ومثال ماتجب فيه المتابعة مما يسوغ فيه الاجتهاد ما ذكره القهستانى فى شرح الكيدانية عن الجلابى بقوله كتكبيرات العيد وسجدتى السهو قبل السلام والقنوت بعد الركوع فى الوتر اه والمراد بتكبيرات العيد ما زاد على الثلاث فى كل ركعة مما لم يخرج عن أقوال الصحابة ، كما لو اقتدى بمن يراها خمسا مثلا كشافعى ، ومثل لما لايسوغ الاجتهاد فيه فى شرح الكيدانية عن الجلابى أيضا بقوله : كالقنوت فى الفجر والتكبير الخامس فى الجنازة ورفع اليدين فى تكبير الركوع وتكبيرات الجنازة ، قال فالمتابعة فيها غير جائزة اه لكن رفع اليدين فى تكبيرات الجنازة قال به كثير من علمائنا كأئمة بلخ ، فكونه مما لايسوغ الاجتهاد فيه محل نظر ، ولهذا قال الخير الرملى فى حاشية البحر فى باب الجنازة : إنه يستفاد من هذا : أى مما قاله أئمة بلخ أن الأولى متابعة الحنفى للشافعى بالرفع إذا اقتدى به ، ولم أره اه أى فإن اختلاف أئمتنا فيه دليل على أنه مجتهد فيه فتأمل ؛ وقال الأولى ولم يقل يجب لأن المتابعة إنما تجب فى الواجب أو الفرض وهذا الرفع غير واجب عند الشافعى (قوله لافى المقطوع بنسخه) كما لو كبر فى الجنازة خمسا ، فإن الآثار اختلفت فى فعله صلى الله عليه وسلم ، فروى الخمس والسبع والتسع وأكثر من ذلك ، إلا أن آخر فعله كان أربعا ، فكان ناسخا لما قبله كما فى الإمداد (قوله كقنوت فجر) فإنه إما مقطوع بنسخه على تقدير أنه كان سنة أو بعدم سنيته على تقدير أنه كان دعاء على قوم شهرا كما فى الفتح من النوافل ؛ فهو مثال للمقطوع بنسخه أو بعدم سنيته على سبيل البدل ح (قوله وإنما تفسد) أى الصلاة بمخالفته فى الفروض المراد بالمخالفة هنا عدم المتابعة أصلا بأنواعها الثلاثة المارة ، والفساد فى الحقيقة إنما هو بترك الفرض لابترك المتابعة ، لكن أسند إليها لأنه يلزم منها تركه ، وخص الفرض لأنه لافساد بترك الواجب أو السنة (قوله فى الخزائن) ونصه : وجوب المتابعة ليس على إطلاقه ، بل هى تارة تفرض وتارة تجب وتارة لاتجب ، ففى وتر الفتح إنما تجب المتابعة فى الفعل المجتهد فيه لافى المقطوع بنسخه أو بعدم كونه سنة من الأصل كقنوت الفجر . وفى العناية إنما يتبعه فى المشروع دون غيره : وفى البحر : المخالفة فيما هو من الأركان أو الشرائط مفسدة لافى غيرها اه :

مطلب سنن الصلاة

(قوله قلت فبلغت أصولها الخ) تفريع على مازاد من الواجبات على مافى المتن ، وذلك أن فى الفاتحة ست آيات ، وقد عدها فى المتن واجبا واحدا ، وكذا تكبيرات العيد ست وعدها واحدا فيزاد عليه عشرة ، وتعديل الأركان عده واحدا وهو واجب فى الركوع والسجود والرفع من كل منهما فيزاد ثلاثة فهى ثلاثة عشر ، والرابع عشر

نيفا وأربعين ، وبالبسط أكثر من مائة ألف إذ أحدها ينتج ٣٩٠ من ضرب خمسة قعدة المغرب بتشهدها وترك نقص منه أو زيادة فيه أو عليه فى ٧٨ كما مر ، التتبع ينفى الحصر فتبصر ، فيلغز أى واجب يستوجب ٣٩٠ واجبا (وسننها) ترك السنة

ترك تكرير الفاتحة قبل سورة الأوليين ، والخامس عشر والسادس عشر رعاية الترتيب بين القراءة والركوع وفيما تكرر فى كل الصلاة ، والسابع عشر ترك الزيادة على التشهد ، والثامن عشر والتاسع عشر تكبيرة القنوت وتكبيرة ركوعه ، والعشرون والحادى والعشرون تكبيرة ركوع ثانية العيد ولفظا التكبير فى الافتتاح . ثم ذكر سبعة تحت قوله وبقى من الواجبات الخ فهذه ثمانية وعشرون كلها صريحة فى كلامه زيادة على ما فى المتن من الأربعة عشر ، فتبلغ اثنين وأربعين واجبا بدون ضرب وبسط فلذا سماها أصولا (قوله وبالبسط أكثر من مائة ألف) أقول : أكثرها صور عقلية لاخارجية كما ستعرفه (قوله إذ أحدها) المراد به التشهد ، وهو واحد من جهة النوع : أى إنه واحد من نوع الواجبات النيف وأربعين ، وإلا فهو فى الحقيقة متعدد ، لأن هذا الواحد هو المضروب فيه وهو ثمانية وسبعون تشهدا (قوله من ضرب خمسة) أى خمس واجبات هى قعدة المغرب الأولى مع تشهدها وترك نقص من كلماته وترك زيادة فيه : أى فى أثناء كلماته ، لأنه ذكر منظوم لايجوز أن يزاد فيه أجنبي عنه وترك زيادة عليه أى بعد تمامه ، وهذا لايكون واجبا إلا فى القعدة الأولى من غير النوافل (قوله فى ثمانية وسبعين) متعلق بضرب ، وقوله كما مر : أى فى كلامه حيث ذكر أن التشهد قد يتكرر عشرا ثم زاد أربعا ثم ستين ثم أربعا فبلغت ثمانية وسبعين تشهدا كما أوضحناه فيما مر ؛ وإذا ضربتها فى الخمسة الواجبات التى ذكرها هنا بلغت ثلثمائة وتسعين .

وبيان ذلك أن التشهد فى نفسه واجب ويجب له القعدة وأن يترك نقصا منه وزيادة فيه أو عليه فهذه خمس واجبات تجب فى كل صورة من الصور الثمانية والسبعين المارة فتبلغ ما ذكر ، وأراد بالواجب مايشمل الفرض لأن هذه الصور ليست كل قعداتها واجبة بل الواجب منها ما كان قعدة أولى أو بعد سجود سهو . أما ما كان قعدة أخيرة أو بعد سجدة صلبية أو تلاوية فإنها فرض والفرض قد يطلق عليه لفظ الواجب . فهذا واجب واحد من نوع الواجبات النيف وأربعين المارة وهو التشهد استلزم ثلثمائة وتسعين واجبا فيصلح لغزا . ثم هذه الواجبات تشتمل على أكثر من مائة سجدة مابين سهوية وصلبية وتلاوية كل سجدة منها يجب فيها ثلاث واجبات : الطمأنينة ووضع اليدين ووضع الركبتين على ما اختاره الكمال ورجحه فى البحر وغيره ، وإذا ضربت ثلاثة فى مائة تبلغ ثلثمائة ، وكذا يجب بين كل سجدتى سهو الرفع والطمأنينة فيه فتبلغ أكثر من ثلثمائة ، وإذا ضم ذلك إلى مامر تبلغ أكثر من سبعمائة ، وإذا ضربتها فى بقية النيف وأربعين المارة تبلغ أكثر من ثمانمائة وعشرين ألفا وسبعمائة ، وكل واحد منها يستلزم تركه سجدتى سهو وتشهداً وقعدة ، وكل سجدة يجب فيها الطمأنينة والرفع بينهما والطمأنينة فيه ؛ والتشهد للسهو يجب فيه ترك نقص منه وزيادة فيه . أما الزيادة عليه فتجوز فهذه عشر واجبات ، فإذا ضربتها فى ثمانية وعشرين ألفا وسبعمائة بلغت مائتى ألف وسبعة وثمانين ألفا ، وإذا نظرت إلى أن متابعة المقتدى لإمامه واجبة فى الفرائض النيف وعشرين وفى الواجبات النيف وأربعين وجملة ذلك نيف وستون ، فإذا ضربتها فيما مر بلغت أكثر من سبعة عشر ألف ألف ومائتى ألف وعشرين ألفا ، وبقى واجبات أخر لم يذكرها ؛ كالسجود على الأنف ، وعدم القراءة فى الركوع ، وعدم القيام قبل التشهد أو قبل السلام ، وغير ذلك مما تبلغ جملته بالضرب عددا كثيرا أكثرها صور عقلية كما يظهر ذلك لمن أراد ضياع وقته ، ولولا ضرورة بيان كلام الشارح لكان الإعراض عن ذلك أولى (قوله وسننها) تقدم الكلام فى الوضوء على السنة وتعريفها وتقسيمها إلى سنة هدى وسنة زوائد ، والفرق بين الثانية وبين المستحب والمندوب ، وما فى ذلك من الأسئلة وغير ذلك ، فراجعه

لايوجب فسادا ولاسهوا بل إساءة لو عامدا غير مستخف. وقالوا الإساءة أدون من الكراهة ، ثم هى على ماذكره ثلاثة وعشرون (رفع اليدين للتحريمة) فى الخلاصة إن اعتاد تركه أثم (ونشر الأصابع) أى تركها بحالها

(قوله لايوجب فسادا ولا سهوا) أى بخلاف ترك الفرض فإنه يوجب الفساد ، وترك الواجب فإنه يوجب سجود السهو (قوله لو عامدا غير مستخف) فلو غير عامد فلا إساءة أيضا بل تندب إعادة الصلاة كماقدمناه فى أول بحث الواجبات . ولو مستخفا كفر ؛ لما فى النهر عن البزازية : لو لم ير السنة حقا كفر لأنه استخفاف اه .

ووجهه أن السنة أحد الأحكام الشرعية المتفق على مشروعيتها عند علماء الدين ، فإذا أنكر ذلك ولم يرها شيئا ثابتا ومعتبرا فى الدين يكون قد استخف بها واستهانها وذلك كفر تأمل .

مطلب فى قولهم الإساءة دون الكراهة

(قوله وقالوا الخ) نص على ذلك فى التحقيق وفى التقرير الأكملى من كتب الأصول ، لكن صرح ابن نجيم فى شرح المنار بأن الإساءة أفحش من الكراهة ، وهو المناسب هنا لقول التحرير : وتاركها يستوجب إساءة : أى التضليل واللوم . وفى التلويح ترك السنة المؤكدة قريب من الحرام ، وقد يوفق بأن مرادهم بالكراهة التحريمية والمراد بها فى شرح المنار التنزيهية ، فهى دون المكروه تحريما وفوق المكروه تنزيها ، ويدل على ذلك مافى النهر عن الكشف الكبير معزيا إلى أصول أبى اليسر : حكم السنة أن يندب إلى تحصيلها ويلام على تركها مع لحوق إثم يسير اه. وعن هذا قال فى البحر : إن الظاهر من كلامهم أن الإثم منوط بترك الواجب أو السنة المؤكدة لتصريحهم بإثم من ترك سنن الصلوات الخمس على الصحيح ، وتصريحهم بإثم من ترك الجماعة مع أنها سنة على الصحيح . ولا شك أن الإثم بعضه أشد من بعض فالإثم لتارك السنة المؤكدة أخف منه لتارك الواجب اه ملخصا . وظاهره حصول الإثم بالترك مرة ، ويخالفه مافى شرح التحرير أن المراد الترك بلا عذر على سبيل الإصرار ، وكذا مايأتى قريبا عن الخلاصة ؛ وكذا مامر فى سنن الوضوء من أنه لو اكتفى بالغسل مرة ، إن اعتاده أثم وإلا لا ، وكذا مافى شرح الكيدانية عن الكشف ، وقال محمد فى المصرين على ترك السنة بالقتال ، وأبو يوسف بالتأديب اه فيتعين حمل الترك فيما مر عن البحر على الترك على سبيل الإصرار توفيقا بين كلامهم (قوله على ماذكره) وإلا فهى أكثر كما سيأتى ، وقد عد منها الشرنبلالى فى مقدمته نور الإيضاح إحدى وخمسين (قوله ثلاثة وعشرون) أنث لفظ العدد لحذف المعدود ح (قوله للتحريمة) أى قبلها ، وقيل معها كما سيذكره الشارح فى الفصل الآتى (قوله فى الخلاصة الخ) حكى فى الخلاصة أولا خلافا ، قيل يأثم ، وقيل لا. ثم قال : والمختار إن اعتاده أثم لا إن كان أحيانا اه وجزم به فى الفيض وكذا فى المنية . قال شارحها : يأثم لا لنفس الترك ، بل لأنه استخفاف وعدم مبالاة بسنة واظب عليها النبى صلى الله عليه وسلم مدة عمره ، وهذا مطرد فى جميع السنن المؤكدة اه والتعليل المذكور مأخوذ من الفتح . ورده فى البحر بقوله بعد ماقدمناه عنه .

فالحاصل أن القائل بالإثم فى ترك الرفع بناه على أنه من سنن الهدى فهو سنة مؤكدة ، والقائل بعدمه بناه على أنه من سنن الزوائد بمنزلة المستحب الخ .

قلت : لكن كونه سنة مؤكدة لا يستلزم الإثم بتركه مرة واحدة بلا عذر ، فيتعين تقييد الترك بالاعتياد والإصرار توفيقا بين كلامهم كما قدمناه ، فإن الظاهر أن الحامل على الإصرار على الترك هو الاستخفاف بمعنى التهاون وعدم المبالاة ، لا بمعنى الاستهانة والاحتقار ، وإلا كان كفرا كما مر خلافا لما فهمه فى النهر فتدبر (قوله أى تركها بحالها) قال فى الحلية : ظن بعضهم أنه أراد بالنشر تفريج الأصابع وهو غلط ، بل أراد به النشر

(وأن لايطأطىء رأسه عند التكبير) فإنه بدعة (وجهر الإمام بالتكبير) بقدرحاجته للإعلام بالدخول والانتقال. وكذا بالتسميع والسلام . وأما المؤتم والمنفرد فيسمع نفسه (والثناء والتعوذ والتسمية والتأمين)

عن الطى" يعنى برفعهما منصوبتين لامضمومتين حتى تكون الأصابع مع الكشف مستقبلة للقبلة . ثم لا يخفى أنه لاتتوقف السنة على ضم الأصابع أولا ، بل لو كانت منشورة غير متفرجة كل التفريج ولا مضمومة كل الضم ثم رفعها كذلك مستقبلا بهما القبلة فقد أتى بالسنة اه (قوله وأن لايطأطىء رأسه) أى لايخفضه . والمسألة فى البحر عن المبسوط (قوله بقدر حاجته للإعلام الخ) وإن زاد كره ط .

قلت : هذا إذا لم يفحش كما سيأتى بيانه إن شاء الله تعالى فى آخر باب الإمامة عند قوله وقائم بقاعد . وأشار بقوله والانتقال إلى أن المراد بالتكبير هنا مايشمل تكبير الإحرام وغيره ، وبه صرح فى الضياء .

مطلب فى التبليغ خلف الإمام

ثم اعلم أن الإمام إذا كبر للافتتاح فلا بد لصحة صلاته من قصده بالتكبير الإحرام ، وإلا فلا صلاة له إذا قصد الإعلام فقط ؛ فإن جمع بين الأمرين بأن قصد الإحرام والإعلان للإعلام فذلك هو المطلوب منه شرعا . وكذلك المبلغ إذا قصد التبليغ فقط خاليا عن قصد الإحرام فلا صلاة له ولا لمن يصلى بتبليغه فى هذه الحالة لأنه اقتدى بمن لم يدخل فى الصلاة ، فإن قصد بتكبيره الإحرام مع التبليغ للمصلين فذلك هو المقصود منه شرعا ، كذا فى فتاوى الشيخ محمد بن محمد الغزى(١) الملقب بشيخ الشيوخ . ووجهه أن تكبيرة الافتتاح شرط أوركن فلابد فى تحققها من قصد الإحرام أى الدخول فى الصلاة . وأما التسميع من الإمام والتحميد من المبلغ وتكبيرات الانتقالات منهما إذا قصد بما ذكر الإعلام فقط فلا فساد للصلاة ، كذا فى [القول البليغ فى حكم التبليغ] للسيد أحمد الحموى ، وأقره السيد محمد أبو السعود فى حواشى مسكين . والفرق أن قصد الإعلام غير مفسد كما لو سبح ليعلم غيره أنه فى الصلاة . ولما كان المطلوب هو التكبير على قصد الذكر والإعلام ، فإذا محض قصد الإعلام فكأنه لم يذكر ، وعدم الذكر فى غير التحريمة غير مفسد . وقد أشبعنا الكلام على هذه المسألة فى رسالتنا المسماة [تنبيه ذوى الأفهام على حكم التبليغ خلف الإمام] هذا ، وسيأتى فى أول الفصل أنه لو نوى بتكبيرة الإحرام تكبيرة الركوع لغت نيته وصح شروعه لأن المحل له ، ومقتضاه أنه لو نوى بها الإعلام صح أيضا ، على أن الصحيح أنها شرط لا ركن ، والشرط يلزم حصوله لا تحصيله ؛ لكن سيأتى جوابه ، ثم هذا كله إذا قصد الإعلام بنفس التكبيرة ، أما إذا قصد بها التحريمة وقصد بالجهر بها الإعلام ، بأن كان لولا الإعلام لم يجهر وأنه يأتى بها ولو لم يجهر فهو المطلوب كما مر ؛ والزائد على قدر الحاجة كما هو مكروه للإمام يكره للمبلغ . وفى حاشية أبى السعود : واعلم أن التبليغ عند عدم الحاجة إليه بأن بلغهم صوت الإمام مكروه . وفى السيرة الحلبية : اتفق الأئمة الأربعة على أن التبليغ حينئذ بدعة منكرة أى مكروهة وأما عند الاحتياج إليه فستحب ، ومانقل عن الطحاوى : إذا بلغ القوم صوت الإمام فبلغ المؤذن فسدت صلاته لعدم الاحتياج إليه فلا وجه له ؛ إذ غايته أنه رفع صوته بما هو ذكر بصيغته . وقال الحموى : وأظن أن هذا النقل مكذوب على الطحاوى فإنه مخالف للقواعد اه (قوله والتسمية) وقيل إنها واجبة وسيأتى تمام الكلام عليه وعلى بقية السنن المذكورة فى الفصل الآتى (قوله والتأمين) أى عقب قراءة الفاتحة ، قال فى المنية : وإذا قال الإمام ولا الضالين قال آمين اه . ولا يخفى أن هذا هو المفهوم

---

(١) (قوله الغزى) أقول : ليس هذا صاحب المتن ، فإنه محمد بن عبد الله الغزى التمرتاشي اه منه .

وكونهن (سرا ، ووضع يمينه على يساره) وكونه (تحت السرة) للرجال ، لقول على رضى الله عنه : من السنة وضعهما تحت السرة ، ولخوف اجتماع الدم رؤوس الأصابع (وتكبيز الركوع و) كذا (الرفع منه) بحيث يستوى قائما (والتسبيح فيه ثلاثا) وإلصاق كعبيه (وأخذ ركبتيه بيديه) فى الركوع (وتفريج أصابعه) للرجل ، ولا يندب التفريج إلا هنا ولا الضم إلا فى السجود (وتكبير السجود و) كذا نفس (الرفع منه) بحيث يستوى جالسا (و) كذا (تكبيره ، والتسبيح فيه ثلاثا ، ووضع يديه وركبتيه) فى السجود ، فلا تلزم طهارة مكانهما عندنا مجمع ،

لكل أحد ، فما قيل لو ترك الفاتحة وقرأ نحو – ربنا لاتؤاخذنا – الآية هل يسن التعوذ والتسمية والتأمين اه ففيه نظر بالنسبة إلى توقفه فى التأمين ، فإن الوارد فى التأمين عقب القراءة خاص بقراءة الفاتحة ؛ وأما التعوذ والتسمية فغير خاصين بها ، والظاهر أنه يأتى بهما تأمل (قوله وكونهن سرا) جعل سرا خبر الكون المحذوف ، ليفيد أن الإسرار بها سنة أخرى ، فعلى هذا سنية الإتيان بها تحصل ولو مع الجهر بها ط عن أبى السعود (قوله وكونه الخ) قدر الكون لما ذكرنا قبله (قوله للرجال) سيأتى فى الفصل بيان محترزه وكيفيته (قوله ولخوف الخ) بيان لحكمة عدم الإرسال (قوله وكذا الرفع منه) أشار إلى أن الرفع مرفوع بالعطف على تكبير: قال فى البحر : ولا يجوز جره لأنه لايكبر فيه وإنما يأتى بالتسميع اه لكن سنذكر فى الفصل الآتى القول بأنه سنة فيه أيضا للحديث « أنه عليه الصلاة والسلام كان يكبر عند كل رفع وخفض » وعلى تأويل الحديث بأن المراد بالتكبير ذكر فيه تعظيم يقال مثله هنا فيجوز الجر لئلا يفوت المصنف ذكر التسميع فى السنن ، لكن يفوته ذكر نفس الرفع ، فالتأويل فى عبارة الكنز أظهر كما أوضحناه فى حواشينا على البحر : هذا ، وتقدم أن مختار الكمال وغيره رواية وجوب الرفع من الركوع والسجود والطمأنينة فيهما ، وأنه الموافق للأدلة وإن كان المشهور فى المذهب رواية السنية (قوله والتسبيح فيه) الأولى ذكره بعد قوله وتكبير الركوع كما لايخفى ، ونظيره مايأتى فى السجود ح (قوله ثلاثا) فلو تركه أو نقصه كره تنزيها كما سيأتى (قوله وإلصاق كعبيه) أى حيث لاعذر (قوله للرجل) أى سنة للرجل فقط ، وهذا قيد للأخذ والتفريج ، لأن المرأة تضع يديها على ركبتيها وضعا ولاتفرج أصابعها كما فى المعراج فافهم ، وسيأتى فى الفصل أنها تخالف الرجل فى خمسة وعشرين (قوله وكذا نفس الرفع منه) زاد لفظة نفس لئلا يتوهم أنه على تقدير مضاف : أى تكبيز الرفع ، فيتكرر مع قوله وكذا تكبيره أو للإشارة إلى أن أصل الرفع سنة كما فى الزيلعى ، حتى إنه لو سجد على شىء ثم نزع من تحت جبهته وسجد ثانيا على الأرض جاز وإن لم يرفع ، لكنه خلاف ماصححه فى الهداية بقوله والأصح أنه إذا كان إلى السجود أقرب لا يجوز لأنه يعد ساجدا ، وإذا كان إلى الجلوس أقرب جاز لأنه يعد جالسا اهـ . وإذا كان الرفع المذكور فرضا فالمسنون منه أن يكون بحيث يستوى جالسا فلذا قيده الشارح بذلك ، لكنه يتكرر مع قوله الآتى والجلسة ، فالأصوب إسقاط قوله بحيث يستوى جالسا ، ويكون مراد المصنف بالرفع أصله بدون استواء جريا على القول بسنيته ، وبالجلسة الآتية الاستواء فلا تكرار ، وقد مر تصحيح وجوبها ، وسيأتى تمام الكلام عليه فى الفصل الآتى (قوله ووضع يديه وركبتيه) هو ماصرح به كثير من المشايخ ، واختار الفقيه أبو الليث الافتراض ، ومشى عليه الشرنبلالى ، والفتوى على عدمه كما فى التجنيس والخلاصة ، واختار فى الفتح الوجوب لأنه مقتضى الحديث مع المواظبة . قال فى البحر : وهو إن شاء الله تعالى أعدل الأقوال لموافقته الأصول اهـ . وقال فى الحلية : وهو حسن ماش على القواعد المذهبية ثم ذكر مايؤيده (قوله فلا تلزم) لأن وضعهما ليس بفرض فإذا وضعهما على نجس كان كعدم الوضع أصلا ،

لاإذا سجد على كفه كما مر (وافتراش رجله اليسرى) فى تشهد الرجل (والجلسة) بين السجدتين، ووضع يديه فيها على فخذيه كالتشهد للتوارث ، وهذا مما أغفله أهل المتون والشروح كما فى إمداد الفتاح للشرنبلالى . قلت : ويأتى معزيا للمنية فافهم (والصلاة على النبى) فى القعدة الأخيرة . وفرض الشافعى قول : اللهم صل على محمد ونسبوه إلى الشذوذ ومخالفة الإجماع (والدعاء) بما يستحيل سؤاله من العباد ، وبقى بقية تكبيرات الانتقالات حتى تكبيرات القنوت على قول ، والتسميع للإمام ، والتحميد لغيره ، وتحويل الوجه يمنة ويسرة للسلام

(ولها آداب) تركه لايوجب إساءة ولا عتابا كترك سنة الزوائد، لكن فعله أفضل (نظره إلى موضع سجوده حال قيامه ، وإلى ظهر قدميه حال ركوعه،

فلا يضر ، وهذا هو المشهور ، لكن قدمنا فى شروط الصلاة عن المنية أن عدم اشتراط طهارة مكانهما رواية شاذة ، وأن الصحيح أنه يفسد الصلاة كما فى متن المواهب ونور الإيضاح والمنية . وفى النهر : وهو المناسب لإطلاق عامة المتون ، وأيده بكلام الخانية . وفى شرح المنية وهو الصحيح ، لأن اتصال العضو بالنجاسة بمنزلة حملها وإن كان وضع ذلك العضو ليس بفرض اه (قوله إلا إذا سجد على كفه) أى على ما هو متصل به ككفه وفاضل ثوبه ، لا لاشتراط طهارة ماتحت الكف أو الثوب بل لاشتراط طهارة محل السجود ، وما اتصل به لايصلح فاصلا فكأنه سجد على النجاسة (قوله وافترش(1) رجله اليسرى) أى مع نصب اليمنى سواء كان فى القعدة الأولى أو الأخرى ، لأنه عليه الصلاة والسلام فعله كذلك ، وما ورد من توركه عليه الصلاة والسلام محمول على حال كبره وضعفه ، وكذا يفترش بين السجدتين كما فى فتاوى الشيخ قاسم عن أبو السعود ومثله فى شرح الشيخ إسمعيل البرجندى (قوله فى تشهد الرجل) أى هو سنة فيه ؛ بخلاف المرأة فإنها تتورك كما سيأتى (قوله ووضع يديه فيها) أى فى الجلسة (قوله فافهم) لعله يشير به إلى أنه يؤخذ من كلامهم أيضا ، لأن هذه الجلسة مثل جلسة التشهد ، ولوكان فيها مخالفة لها لبينوا ذلك كما بينوا أن الجلسة الأخيرة تخالف الأولى فى التورك ، فلما أطلقوها علم أنها مثلها ، ولهذا قال القهستانى هنا : ويجلس أى الجلوس المعهود (قوله ونسبوه) أى نسبه قوم من الأعيان منهم الطحاوى وأبو بكر الرازى وابن المنذر والخطابى والبغوى وابن جرير الطبرى ، لكن نقل عن بعض الصحابة والتابعين مايوافق الشافعى بحر (قوله والدعاء الخ) أى قبل السلام ، وسيأتى فى آخر الفصل الآتى الكلام عليه وعلى مايفعله بعد السلام من قراءة وتسبيح وغيرهما (قوله لغيره) أى لمؤتم ومنفرد، لكن سيأتى أن المعتمد أن المنفرد يجمع بين التسميع والتحميد وكذا الإمام عندهما وهو رواية عن الإمام جزم بها الشرنبلالى فى مقدمته (قوله وتحويل الوجه يمنة ويسرة للسلام) ويسن البداءة باليمين ، ونية الإمام الرجال والحفظة وصالحى الجن إلى آخر ماسيأتى فى الفصل ، وخفض الثانية عن الأولى ، ومقارنته لسلام الإمام ، وانتظار المسبوق سلام الإمام كذا فى نور الإيضاح ، وقدمنا أنه أوصل السنن إلى إحدى وخمسين لكن عد بعضها فى الضياء من المستحبات .

آداب الصلاة

(قوله ولها آداب) جمع أدب ، وهو فى الصلاة مافعله رسول الله صلى الله عليه وسلم مرة أو مرتين ولم يواظب عليه كالزيادة على الثلاث فى تسبيحات الركوع والسجود كذا فى غاية البيان والعناية وغيرهما . وعرفه فى أول الحلية بتعاريف متعددة ، وقال : والظاهر مساواته للمندوب (قوله تركه) أى ترك الأدب الذى تضمنه لفظ جمعه (قوله كترك سنة الزوائد) هى السنن الغير المؤكدة ، كسيره عليه الصلاة والسلام فى لباسه وقيامه وقعوده وترجله

---

(1) (قوله وافترش) هكذا بخطه ، والذى فى نسخ الشارح وافتراش بصيغة المصدر وهو الأنسب بسابقه ولاحقه اه مصححه .

وإلى أرنبة أنفه حال سجوده ، وإلى حجره حال قعوده . وإلى منكبه الأيمن والأيسر عند التسليمة الأولى والثانية) لتحصيل الخشوع (وإمساك فمه عند التثاؤب) فائدة لدفع التثاؤب مجربة ولو بأخذ شفتيـــه بسنه (فإن لم يقدر غطاه) بظهر (يده) اليسرى ، وقيل باليمنى لو قائما وإلا فبيسراه مجتبى (أو كمه) لأن التغطية بلا ضرورة مكروهة (وإخراج كفيه من كميه عند التكبير) للرجل إلا لضرورة كبرد (ودفع السعال ما استطاع)

وتنعله . ويقابلها سنن الهدى التي هي من أعلام الدين كالأذان والجماعة ، ويقابل النوعين النفل ، ومنه المندوب والمستحب والأدب . وقدمنا تحقيق ذلك في سنن الوضوء (قوله وإلى أرنبة أنفه) أي طرفه قاموس (قوله وإلى حجره) بكسر الحاء والجيم والراء المهملة : مابين يديك من ثوبك قاموس . وقال أيضا : الحجر مثلثة المنع ، وحضن الإنسان ؛ والمناسب هنا الأول لأنه فسر الحضن بما دون الإبط إلى الكشح أو الصدر والعضدان ، وفسر الكشح بما بين الخاصرة إلى الضلع الجنب(١) واستظهر في العزمية ضبطه بضم ففتح فزاي معجمة : جمع حجزة ، وهي معقد الإزار ، ولا يخفى بعده (قوله لتحصيل الخشوع) علة للجميع ،لأن المقصود الخشوع وترك التكليف ، فإذا تركه صار ناظراً إلى هذه المواضع قصد أولا ، وفي ذلك حفظ له عن النظر إلى مايشغله ، وفي إطلاقه شمول المشاهد للكعبة لأنه لايأمن مايلهيه ، وإذا كان في الظلام أو كان بصيراً يحافظ على عظمة الله تعالى لأن المدار عليها ، وتمامه في الإمداد. وإذا كان المقصود الخشوع ، فإذا كان في هذه المواضع ماينافيه يعدل إلى مايحصله فيها .

[تنبيه] المنقول في ظاهر الرواية أن يكون منتهى بصره في صلاته إلى محل سجوده كما في المضمرات ، وعليه اقتصر في الكنز وغيره . وهذا التفصيل من تصرفات المشايخ كالطحاوي والكرخي وغيرهما ، كما يعلم من المطولات (قوله وإمساك فمه عند التثاؤب) بالهمز ، وأما الواو فغلط كما في المغرب وغيره ، وسيأتي في باب مايفسد الصلاة أو يكره أنه يكره ولو خارجها ، لأنه من الشيطان والأنبياء محفوظون منه (قوله ولو بأخذ شفتيه بسنه) في بعض النسخ شفته بصيغة المفرد وهي أحسن ، لأن المتيسر لدفع التثاؤب هو أخذ الشفة السفلى وحدها ثم رأيت التقييد بها في الضياء (قوله بظهر يده اليسرى) كذا في الضياء المعنوي ، ومثله في الحلية في باب السنن، والشارح عزا المسألة إلى المجتبى مع أن المنقول في البحر والنهر والمنح عن المجتبى أنه يغطي فاه بيمينه ، وقيل بيمينه في القيام وفي غيره بيساره اهـ وهكذا في شرح الشيخ إسمعيل. وعبارة الشارح في الخزائن : أي بظهر يده اليمنى الخ فالمناسب إبدال اليسرى باليمنى (قوله وقيل الخ) كأنه لأن التغطية ينبغي أن تكون باليسرى كالامتخاط ، فإذا كان قاعداً يسهل ذلك عليه ولم يلزم منه حركة اليدين ، بخلاف ما إذا كان قائما فإنه يلزم من التغطية باليسرى حركة اليمين أيضا لأنها تحتها اهـ ح (قوله لأن التغطية الخ) علة لكونه لايغطي بيده أو كمه إلا عند عدم إمكان كظم فيه ، ولذا قال في الخلاصة : أما إذا أمكنه بأخذ شفتيه بسنه فلم يفعل وغطى فاه بيده أو ثوبه يكره ، هكذا روى عن أبي حنيفة اهـ :

[فائدة] رأيت في شرح تحفة الملوك المسمى بهدية الصعلوك مانصه : قال الزاهدي: الطريق في دفع التثاؤب أن يخطر بباله أن الأنبياء عليهم الصلاة والسلام ماتثاءبوا قط . قال القدوري : جربناه مراراً فوجدناه كذلك اهـ. قلت : وقد جربته أيضا فوجدته كذلك (قوله عند التكبير) أي تكبير الإحرام (قوله ودفع السعال ما استطاع) فيه أنه لايخلو إما أن يكون المراد السعال المضطر إليه فلا يمكن دفعه أو غيره ، فدفعه واجب لأنه مفسد :

---

(١) (قوله الضلع الجنب) هكذا بخطه ، والذي رأيته في عدة نسخ من القاموس : الضلع الخلف ، فليحرر اهـ مصححه .

لأنه بلا عذر مفسد فيجتنبه (والقيام) لإمام ومؤتم (حين قيل حي على الفلاح) خلافا لزفر . فعنده عند حي على الصلاة ابن كمال (إن كان الإمام بقرب المحراب وإلا فيقوم كل صف ينتهي إليه الإمام على الأظهر) وإن دخل من قدام قاموا حين يقع بصرهم عليه إلا إذا أقام الإمام بنفسه فى مسجد فلا يقفوا حتى يتم إقامته ظهيرية ، وإن خارجه قام كل صف ينتهي إليه بحر (وشروع الإمام) فى الصلاة (مذ قيل قد قامت الصلاة) ولو أخر حتى أتمها لابأس به إجماعا ، وهو قول الثانى والثلاثة . وهو أعدل المذاهب كما فى شرح المجمع لمصنفه . وفى القهستانى معزيا للخلاصة أنه الأصح .

[فرع] لولم يعلم مافى الصلاة من فرائض وسنن أجزأه قنية .

فصـــــــل

(وإذا أراد الشروع فى الصلاة كبر) لو قادرا (للافتتاح) أى قال وجوبا الله أكبر

وقد يقال : المراد به ماتدعو إليه الطبيعة مما يظن إمكان دفعه . فهذا يستحب أن يدفعه ماأمكن إلى أن يخرج منه بلا صنعه أو يندفع عنه فليتأمل ، ثم رأيته فى الحلية أجاب بحمله على غير المضطر إليه إذا كان عذر يدعو إليه فى الجملة ولا سيما إذا كان ذا حروف ، لما فيه من الخروج عن الخلاف اه والمراد بالعذر تحسين الصوت أو إعلام أنه فى الصلاة فسيأتى فى مفسدات الصلاة أن التنحنح لأجل ذلك لايفسد فى الصحيح . وعلى هذا فالمراد بالسعال التنحنح تأمل (قوله حين قيل حى على الفلاح) كذا فى الكنز ونور الإيضاح والإصلاح والظهيرية والبدائع وغيرها . والذى فى الدرر متنا وشرحا عند الحيعلة الأولى ، يعنى حين يقال حى على الصلاة اه وعزاه الشيخ إسمعيل فى شرحه إلى عيون المذاهب والفيض والوقاية والنقاية والحاوى والمختار اه. قلت : واعتمده فى متن الملتقى . وحكى الأول بقيل ، لكن نقل ابن الكمال تصحيح الأول . ونص عبارته قال فى الذخيرة : يقوم الإمام والقوم إذا قال المؤذن حى على الفلاح عند علمائنا الثلاثة . وقال الحسن بن زياد وزفر : إذا قال المؤذن قد قامت الصلاة قاموا إلى الصف وإذا قام مرة ثانية كبروا ، والصحيح قول علمائنا الثلاثة اه (قوله خلافا لزفر الخ) هذا النقل غير صحيح وغير موافق لعبارة ابن كمال التى ذكرناها ، وقد راجعت الذخيرة فرأيته حكى الخلاف كما نقله ابن كمال عنها ، ومثله فى البدائع وغيره (قوله وإلا الخ) أى وإن لم يكن الإمام بقرب المحراب ، بأن كان فى موضع آخر من المسجد أو خارجه ودخل من خلف ح (قوله فى مسجد) الأولى تعريفه باللام (قوله فلا يقفوا) الأنسب فلا يقفون بإثبات النون على أن لانافية لاناهية (قوله وإن خارجه) محترز قوله فى مسجد (قوله بحر) لم أره فيه بل فى النهر (قوله وشروع الإمام) وكذا القوم ، لأن الأفضل عند أبى حنيفة مقارنتهم له كما سيأتى (قوله لابأس به إجماعا) أى لأن الخلاف فى الأفضلية فنفى البأس أى الشدة ثابت فى كلا القولين وإن كان الفعل أولى فى أحدهما (قوله وهو) أى التأخير المفهوم من قوله أخر (قوله أنه الأصح) لأن فيه محافظة على فضيلة متابعة المؤذن وإعانة له على الشروع مع الإمام (قوله فرع الخ) تقدم بيانه فى بحث النية ، وكذا فى هـــذا الباب عند قوله وبقى من الفروض الخ (قوله قنية) يعنى ذكره الإمام الزاهدى فى قنية الفتاوى ، ونقل ط عبارته فافهم ، والله تعالى أعلم .

فصـــــل

أى فى بيان تأليف الصلاة إلى انتهائها على الوجه المتوارث من غير تعرض غالباً لوصف أفعالها بفريضة أوغيرها للعلم به مما مر (قوله لو قادراً) سيأتى محترزه فى قوله ويلزم العاجز الخ (قوله للافتتاح) فلو قصد الإعلام فقط لم يصر شارعا كما قدمناه ، ويأتى تمامه (قوله أى قال وجوبا الله أكبر) قال فى الحلية عند قول المنية : ولا دخول

ولا يصير شارعا بالمبتدإ فقط كالله ولا بأكبر فقط هو المختار ، فلو قال الله مع الإمام وأكبر قبله أو أدرك الإمام راكعا فقال الله قائما وأكبر راكعا لم يصح فى الأصح ؛ كما لو فرغ من الله قبل الإمام؛ ولو ذكر الاسم بلا صفة صح عند الإمام خلافا لمحمد (بالحذف) إذ مد أحد الهمزتين مفسد، وتعمده كفر وكذا الباء فى الأصح. ويشترط كونه (قائما) فلو وجد الإمام راكعا فكبر منحنيا ، إن إلى القيام أقرب صح

فى الصلاة إلا بتكبيرة الافتتاح، وهى قوله: الله أكبر، أو الله الأكبر ، أو الله الكبير ، أو الله كبير الخ. وعن مالك الأول لأنه المتوارث . وأجيب بأنه يفيد السنية أو الوجوب ونحن نقول به ، فإن الأصح أنه يكره الافتتاح بغير الله أكبر عند أبى حنيفة كما فى التحفة والذخيرة والنهاية وغيرها وتمامه فى الحلية ؛ وعليه فلو افتتح بأحد الألفاظ الأخيرة لايحصل الواجب فافهم (قوله ولا يصير شارعا بالمبتدإ) لأن الشرط الإتيان بجملة تامة كما مر فى النظم. ولا يخفى أن الإتيان بالواو أحسن من الفاء التفريعية ، لأن ماقبله بيان للواجب وهذا بيان للشرط فلا يصح التفريع فافهم (قوله هو المختار) وهو قول محمد وظاهر الرواية عن أبى حنيفة ، وكذا قول أبى يوسف لما سيأتى من اختصاص الصحة عنده بالألفاظ الخمسة ح (قوله فلو قال الخ) بيان لثمرة الخلاف وتفريع على المختار (قوله قبله) أى قبل فراغه ح (قوله قائما) أى حقيقة وهو الانتصاب، أو حكما وهو الانحناء القليل بأن لاتنال يداه ركبتيه ح (قوله فى الأصح) أى بناء على ظاهر الرواية . وأفاد أنه كما لايصح اقتداؤه لايصير شارعا فى صلاة نفسه أيضا وهو الأصح كما فى النهر عن السراج (قوله قبل الإمام) أى قبل شروعه (قوله ولو ذكر الاسم) مكرر بما قبله فإن المراد بالصفة الخبر ومع ذلك هو ضعيف مبنى على غير ظاهر الرواية أفاده ح (قوله إذ مد أحد الهمزتين مفسد الخ) اعلم أن المد إن كان فى الله ، فإما فى أوله أو وسطه أو آخره، فإن كان فى أوله لم يصر به شارعا وأفسد الصلاة لو فى أثنائها، ولا يكفر إن كان جاهلا لأنه جازم والإكفار للشك فى مضمون الجملة ؛ وإن كان فى وسطه، فإن بالغ حتى حدث ألف ثانية بين اللام والهاء كره، قيل والمختار أنها لاتفسد، وليس ببعيد وإن كان فى آخره فهو خطأ ولا يفسد أيضا ، وقياس عدم الفساد فيهما صحة الشروع بهما ؛ وإن كان المد فى أكبر ، فإن فى أوله فهو خطأ مفسد ، وإن تعمده قيل يكفر للشك ، وقيل لا . ولا ينبغى أن يختلف فى أنه لايصح الشروع به ، وإن فى وسطه أفسد ، ولا يصح الشروع به . وقال الصدر الشهيد : يصح ، وينبغى تقييده بما إذا لم يقصد به المخالفة كما نبه عليه محمد بن مقاتل . وفى المبتغى : لايفسد لأنه إشباع وهو لغة قوم ، وقيل يفسد لأن أكبار اسم ولد إبليس اهـ ؛ فإن ثبت أنه لغة فالوجه الصحة؛ وإن فى آخره فقد قيل يفسد الصلاة، وقياسه أن لايصح الشروع به أيضا كذا فى الحلية ملخصا ، وتمام أبحاث هذه المسألة فى البحر والنهر عند قوله وكبر بلا مد وركع . أقول : وينبغى الفساد بمد الهاء لأنه يصير جمع لاه كما صرح به بعض الشافعية، تأمل (قوله وتعمده) أى تعمد مد الهمزة من لفظ الجلالة أو أكبر كفر ، لكونه استفهاما يقتضى أن لايثبت عنده كبرياء الله تعالى وعظمته ، كذا فى الكفاية . والأحسن قول المبسوط خيف عليه الكفر إن كان قاصداً، على أن الأكمل اعترضهم فى العناية بأنه يجوز أن تكون للتقرير فلا كفر ولا فساد . لكن يجاب بأن قصد التقرير لايدفع الفساد ، لما فى شرح المنية من أن الإنسان لايصلح أن يقرر نفسه ؛ وإن قرر غيره لزم الفساد لأنه خطاب اهـ. وعلى هذا فينبغى أن يقال إن تعمد المد لايكفر إلا إذا قصد به الشك لانتفاء احتمال التقرير . وأما الفساد وعدم صحة الشروع فثابتان وإن لم يتعمد المد أو الشك لأنه تلفظ بمحتمل للكفر فصار خطأ شرعا ، ولهذا قال فى الحلية إن مناط الفساد ذكر الصورة الاستفهامية فلا يفترق الحال بين كونه عالما بمعناها أولا بدليل الفساد بكلام النائم (قوله وكذا الباء فى الأصح) صححه فى شرح المنية (قوله قائما) أى فى الفرض مع القدرة على القيام ح (قوله إن إلى القيام أقرب) بأن لاتنال يداه ركبتيه كما مر.

ولغت نية تكبيرة الركوع .

[فروع] كبر غير عالم بتكبير إمامه ، إن أكبر رأيه أنه كبر قبله لم يجز وإلا جاز محيط ؛ ولو أراد بتكبيره التعجب أو متابعة المؤذن لم يصر شارعا ، ويجزم الراء لقوله صلى الله عليه وسلم « الأذان جزم ، والإقامة جزم ، والتكبير جزم » منح ، ومر فى الأذان (و) إنما (يصير شارعا بالنية عند التكبير لابه) وحده ولا بها وحدها بل بهما (ولا يلزم العاجز عن النطق) كأخرس وأمى (تحريك لسانه) وكذا فى حق القراءة هو الصحيح

وفى شرح الشيخ إسمعيل عن الحجة : إذا كبر فى التطوع حالة الركوع للافتتاح لايجوز ، وإن كان التطوع يجوز قاعداً اه .

قلت : والفرق بينه وبين ما لو كبر للتطوع قاعدا أن القعود الجائز خلف عن القيام من كل وجه ، أما الركوع فله حكم القيام من وجه دون وجه ، ولذا لوقرأ فيه لم يجز تأمل (قوله ولغت نية تكبيرة الركوع) أى لو نوى بهذه التكبيرة الركوع ولم ينو تكبيرة الافتتاح لغت نيته وانصرفت إلى تكبيرة الافتتاح . لأنه لما قصد بها الذكر الخالص دون شىء خارج عن الصلاة وكانت التحريمة هى المفروضة عليه لكونها شرطا انصرفت إلى الفرض ، لأن المحل له وهو أقوى من النفل ؛ كما لو نوى بقراءة الفاتحة الذكر والثناء ، إذا أوصف الركن جنبا وللصدر طاهرا انصرف الثانى إلى الركن ، بخلاف ما إذا قصد بالتكبيرة الإعلام فقط فإنه لا يكون قاصدا للذكر ، فصار كلاما أجنبيا عن الصلاة فلا يصح شروعه كما مر (قوله وإلاجاز) أى بأن كان أكبر رأيه أنه بعد الإمام أو بعده أولم يكن له رأى أصلا ، والجواز فى الثالثة لحمل أمره على الصواب ، ولكن الأحوط كما فى شرح المنية أن يكبر ثانيا ليقطع الشك باليقين . ووقع فى الفتح هنا سهو نبه عليه فى النهر (قوله ولو أراد الخ) ذكر المسألة الأولى فى ألغاز الأشباه ، والثانية ذكرها المصنف متنا فى الذبائح (قوله لم يصر شارعا) لأن التعجب والإجابة أجنبيان عن الصلاة مفسدان لها ؛ ففى شرح الشيخ إسمعيل فى مفسدات الصلاة : لو قال اللهم صل على محمد أو الله أكبر ، وأراد به الجواب تفسد صلاته بالإجماع ؛ ولو أجاب المؤذن تفسد أيضا ، وإن أذن فى صلاته تفسد إذا أراد الأذان اه (قوله ويجزم الراء الخ) أى يسكنها .

مطلب فى حديث الأذان جزم

قال فى الحلية : ثم اعلم أن المسنون جزم التكبير سواء كان للافتتاح أو فى أثناء الصلاة ، قالوا : لحديث إبراهيم النخعى موقوفا عليه ومرفوعا « الأذان جزم ، والإقامة جزم ، والتكبير جزم » قال فى الكافى : والمراد الإمساك عن إشباع الحركة والتعمق فيها والإضراب عن الهمز المفرط والمد الفاحش ، ثم الهاء ترفع بلا خلاف ، وأما الراء ففى المضمرات عن المحيط إن شاء بالرفع أو بالجزم . وفى المبتغى الأصل فيه الجزم ، لقوله صلى الله عليه وسلم « التكبير جزم ، والتسميع جزم » اه (قوله ومر فى الأذان) وقدمنا بقية الكلام عليه هناك فراجعه (قوله وإنما يصير شارعا بالنية عند التكبير) كذا فى البحر عن حج الزيلعى ، والمراد بالتكبير مطلق الذكر .

والمعنى أن النية لما كانت شرطا لصحة الصلاة وكانت التحريمة شرطا أيضا على الصحيح وكانت النية سابقة على التحريمة مدامة إلى وجودها حقيقة أو حكما ، بأن عزبت عن قلبه ولم يوجد بعدها فاصل أجنبى ربما توهم أن الشروع يكون بها وحدها ، فبين أن الشروع إنما يكون بها عند وجود التحريمة (قوله بل بهما) أى إنه لما لم تستقل النية بكون الشروع بها وحدها بل توقف على التحريمة صار الشروع بهما لابأحدهما ، كما أن المحرم بالحج

لتعذر الواجب ، فلا يلزم غيره إلا بدليل فتكفي النية ، لكن ينبغي أن يشترط فيها القيام وعدم تقديمها لقيامها مقام التحريمة ولم أره . ثم في الأشباه في قاعدة التابع تابع فالمفتى به لزومه في تكبيرة وتلبية لا قراءة (ورفع يديه) قبل التكبير ، وقيل معه (ماسا بإبهاميه شحمتي أذنيه) هو المراد بالمحاذاة لأنها لا تتيقن إلا بذلك ، ويستقبل بكفيه القبلة ، وقيل خديه (والمرأة) ولو أمة كما في البحر لكن في النهر عن السراج أنها هنا كالرجل

إذا نوى الحج لا يصير شارعا به مالم يلب ، فلو نوى ولم يلب أولبى ولم ينو لم يصر محرما فافهم (قوله لتعذر الواجب) وهو التحريك بلفظ التكبير والقراءة (قوله لكن ينبغي الخ) بيانه أن النية إذا كانت تكفي عن التحريمة اقتضى ذلك قيام النية مقام التحريمة ، وإذا قامت مقامها لزم مراعاة شروط التحريمة في النية فيشترط في النية حينئذ القيام وعدم تقديمها لقيامها مقام التحريمة لا لذاتها ، لأن غير العاجز عن النطق لو نوى الصلاة قاعداً ثم قام وأحرم صح ، وكذا لو قدم النية ، كما قالوا : لو توضأ في بيته قاصداً الصلاة مع الجماعة ثم خرج ولم تحضره النية وقت الدخول مع الإمام صحت مالم يوجد فاصل أجنبي من كلام ونحوه ؛ ويغتفر ذلك المشي ، هذا تقرير كلامه ، وهو متابع في هذا البحث لصاحب النهر ، وقد أقره المحشون ، ولا يخفى ما فيه فإن النية شرط مستقل والتحريمة شرط آخر كبقية الشروط ، وإذا سقط شرط لعذر واكتفى بما سواه من الشروط لا يلزم أن يكون قد أقيم شرط آخر مقامه ، لأن الشروط لا تنصب بالرأي ، ولذا قال تبعا لغيره : فلا يلزم غيره إلا بدليل ؛ وذلك إذا عجز عن القيام أو عن استعمال الماء أقيم القعود والتراب مقامهما للدليل ، بخلاف العجز عن ستر العورة فإنه لا دليل على إقامة شيء مقامه ، فسقط بالكلية واكتفى بما سواه . وإذا كان تحريك اللسان غير قائم مقام النطق لعدم الدليل فكيف تقام النية مقامه بلا دليل مع أن التحريك أقرب إلى النطق من النية (قوله ثم في الأشباه) أقول : عبارة الأشباه على ما رأيته في عدة نسخ : ومما خرج أي عن القاعدة الأخرس يلزمه تحريك اللسان في تكبيرة الافتتاح والتلبية على القول به ، وأما بالقراءة فلا على المختار اه . وفي بعض النسخ على المفتى به بدل قوله على القول به : والأولى أحسن ، لموافقتها لما ذكره صاحب الأشباه في بحره عند قوله فرضها التحريمة ، حيث نقل تصحيح عدم الوجوب في التحريمة ، وجزم به في المحيط ؛ ولكن يحتاج إلى الفرق بين التحريمة والتلبية ، فإنه نص محمد على أنه شرط في التلبية . وقال في المحيط : يستحب كما في الصلاة ، كذا في شرح لباب المناسك ، ثم قال قلت : فينبغي أن لا يلزمه في الحج بالأولى ، لأن القراءة فرض قطعي والتلبية أمر ظني (قوله قبل التكبير وقيل معه) الأول نسبه في المجمع إلى أبي حنيفة ومحمد . وفي غاية البيان إلى عامة علمائنا . وفي المبسوط إلى أكثر مشايخنا ، وصححه في الهداية . والثاني اختاره في الخانية والخلاصة والتحفة والبدائع والمحيط ، بأن يبدأ بالرفع عند بداءته التكبير ويختم به عند ختمه ، وعزاه البقالي إلى أصحابنا جميعا ، ورجحه في الحلية . وثمة قول ثالث وهو أنه بعد التكبير ، والكل مروي عنه عليه الصلاة والسلام ، وما في الهداية أولى كما في البحر والنهر ، ولذا اعتمده الشارح فافهم (قوله هو المراد بالمحاذاة) أي الواقعة في كتب ظاهر الرواية وبعض روايات الأحاديث كما بسطه في الحلية ، ووفق بينها وبين روايات الرفع إلى المنكبين ، بأن الثاني إذا كانت اليدان في الثياب للبرد كما قاله الطحاوي أخذا من بعض الروايات ، وتبعه صاحب الهداية وغيره ، واعتمد ابن الهمام التوفيق بأنه عند محاذاة اليدين للمنكبين من الرسغ تحصل المحاذاة للأذنين بالإبهامين ، وهو صريح رواية أبي داود . قال في الحلية : وهو قول الشافعي ، ومشى عليه النووي . وقال في شرح مسلم إنه المشهور من مذهب الجماهير (قوله ويستقبل الخ) ذكره في المنية وشرحها (قوله أنها) أي الأمة هنا أي في الرفع ، وهذا حكاه في القنية بقيل ، فالمعتمد ما في البحر تبعا

وفى غيره كالحرة (ترفع) بحيث يكون رؤوس أصابعها (حذاء منكبيها) وقيل كالرجل (وصح شروعه) أيضا مع كراهة التحريم (بتسبيح وتهليل) وتحميد وسائر كلم التعظيم الخالصة له تعالى ولو مشتركة كرحيم وكريم فى الأصح ، وخصه الثانى بأكبر وكبير منكرا ومعرفا . زاد فى الخلاصة والكبار مخففا ومثقلا (كما صح لو شرع بغير عربية) أى لسان كان ، وخصه البردعى بالفارسية لمزيتها بحديث «لسان أهل الجنة العربية والفارسية الدرية» بتشديد الراء قهستانى

للحلية (قوله وفى غيره) كالركوع والسجود والقعود (قوله وقيل كالرجل) روى الحسن عن أبى حنيفة أنها : أى المرأة ترفع يديها حذو أذنيها كالرجل ، لأن كفيها ليستا بعورة حلية ، وما فى المتن صححه فى الهداية ، وقال : وعلى هذا تكبير القنوت والعيدين والجنازة (قوله أيضا الخ) أى كما صح شروعه بالتكبير السابق صح أيضا بالتسبيح ونحوه ، لكن مع كراهة التحريم ، لأن الشروع بالتكبير واجب ، وقدمنا أن الواجب لفظ الله أكبر من بين ألفاظ التكبير الآتية . وقال فى الخزائن هنا ، وهل يكره الشروع بغير الله أكبر ؟ تصحيحان . والراجح أنه مكروه تحريما ، وأن وجوبه عام لاخاص بالعبد كما حرره فى البحر للمواظبة التى لم تقترن بترك اهـ (قوله وسائر كلم التعظيم) كالله أجل أو أعظم ، أو الرحمن أكبر ، أولا إله إلا الله ، أو تبارك الله لأن التكبير الوارد فى الأدلة مثل ــ وربك فكبر ــ معناه التعظيم والإجلال فيه ، وتمامه فى شرح المنية (قوله الخالصة) أى عن شائبة الدعاء وحاجة نفسه كما سيأتى (قوله له تعالى) متعلق بالتعظيم لابالخالصة وإلا ناقض قوله ولو مشتركة . والأولى حذفه بالكلية تأمل (قوله فى الأصح) خلافا لما فى الذخيرة والخانية من تخصيصه بالخاص ، والخلاف مقيد بما إذا لم يقرنه بما يزيل الاشتراك ، أما إذا قرنه به كالرحيم بعباده صح اتفاقا ، كما إذا قرنه بما يفسد الصلاة لا يصح اتفاقا كالعالم بالموجود والمعدوم أو بأحوال الخلق كما فى الحلية ، وأشار إليه فى البزازية ، أفاد فى البحر والنهر (قوله وخصه الثانى) فلا يصح الشروع عنده إلا بهذه الألفاظ المشتقة من التكبير . والصحيح قولهما كما فى النهر والحلية عن التحفة والزاد (قوله والكبار) أى بضم الكاف بمعنى الكبير كما فى القاموس : والظاهر أنه يجوز تنكيره عند أبى يوسف كما جاز فى الأكبر والكبير ، فليراجع ح (قوله وخصه البردعى الخ) ضعيف . والبردعى بالدال المهملة على الأكثر : أحمد بن الحسين ، وفارس : اسم قلعة نسب إليها قوم ، والمراد بها لغتهم ، وهى أشرف اللغات وأشهرها بعد العربية وأقربها إليها أبو السعود ط (قوله بحديث) متعلق بمزيتها (قوله والفارسية الدرية) قال فى المغرب : الفارسية الدرية الفصيحة نسبت إلى در وهو الباب بالفارسية اهـ وهو بفتح الدال المهملة والراء الساكنة ، وإذا نسبت إلى ثنائى وضعا إن كان ثانيه حرفا صحيحا جاز فيه التضعيف وعدمه ، فتقول فى كم كمى وكمى بالتخفيف أو التشديد ، وإن كان حرف لين لزم تضعيفه كما أوضحه الأشمونى فى شرح الألفية فافهم ، فالظاهر أن ضبط القهستانى الدرية بالتشديد غير لازم .

مطلب الفارسية

وأفاد ح عن ابن كمال أن الفارسية خمس لغات : فهلوية ، كان يتكلم بها الملوك فى مجالسهم . ودرية يتكلم بها من بباب الملك . وفارسية يتكلم بها الموابذة(١) . ومن كان مناسباً لهم . وخورسية ، وهى لغة خوزستان ، يتكلم بها الملوك والأشراف فى الخلاء وموضع الاستفراغ وعند التعرى للحمام . وسريانية منسوبة إلى سوريان ، وهو

---

(١) (قوله يتكلم بها الموابذة) فى القاموس موبذان مفرد ، ومعناه فقيه : الفرس أو حاكم المجوس وجمعه موابذة وهذه التاء فاء العجمة اهـ .

وشرطا عجزه ، وعلى هذا الخلاف الخطبة وجميع أذكار الصلاة ، وأما ماذكره بقوله (أو آمن أو لبى أو سلم أو سمى عند ذبح) أو شهد عند حاكم أو رد سلاما ، ولم أر لو شمت عاطسا (أو قرأ بها عاجزا) فجائز إجماعا ، قيد القراءة بالعجز لأن الأصح رجوعه إلى قولهما وعليه الفتوى . قلت : وجعل العينى الشروع كالقراءة لاسلف له فيه ولا سند له يقويه ، بل جعله فى التاترخانية كالتلبية يجوز اتفاقا ، فظاهره كالمتن رجوعهما إليه لاهو إليهما فاحفظه ، فقد اشتبه على كثير من القاصرين

العراق اه (قوله وشرطا عجزه) أى عن التكبير بالعربية ، والمعتمد قوله ط بل سيأتى مايفيد الاتفاق على أن العجز غير شرط على مافيه (قوله وجميع أذكار الصلاة) فى التتارخانية عن المحيط : وعلى هذا الخلاف لو سبح بالفارسية فى الصلاة أو دعا أو أثنى على الله تعالى أو تعوذ أو هلل أو تشهد أو صلى على النبى صلى الله عليه وسلم بالفارسية فى الصلاة أى يصح عنده ، لكن سيأتى كراهة الدعاء بالأعجمية (قوله وأما ماذكره الخ) أى مما هو خارج عن أذكار الصلاة ، وجواب أما قوله الآتى فجائز إجماعاً (قوله أو آمن) بمد الهمزة من الإيمان كما فى البحر ح ، وقوله أو سلم أى سلم على غيره . وفى بعض النسخ أسلم من الإسلام ، وعليه يكون أمن بالتشديد من التأمين ، والنسخة الأولى أولى ، لأنها الموافقة لما رأيته بخط الشارح فى الخزائن ، ولأن التأمين من أذكار الصلاة إلا أن يكون من أمان الكفار فإنه سيأتى فى كتاب الجهاد متنا أنه يصح بأى لغة كان (قوله ولم أر الخ) لايظهر فرق بينه وبين رد السلام ح (قوله قيد القراءة بالعجز) أشار إلى أن قوله عاجزاً حال من فاعل قرأ فقط دون ماقبله (قوله وعليه الفتوى) وفى الهداية وشرح المجمع لمصنفه ، وعليه الاعتماد (قولهوجعل) بالرفع مبتدأ خبره قوله لاسلف له فيه الخ (قوله كالقراءة) أى فى اشتراط العجز فيه أيضا وفى أن الإمام رجع(١) بذلك إلى قولهما ، لأن العجز عندهما شرط فى جميع أذكار الصلاة كما مر (قوله لاسلف له فيه) أى لم يقل به أحد قبله ، وإنما المنقول أنه رجع إلى قولهما فى اشتراط القراءة بالعربية إلا عند العجز . وأما مسألة الشروع فالمذكور فى عامة الكتب حكاية الخلاف فيها بلا ذكر رجوع أصلا . وعبارة المتن كالكنز وغيره كالصريحة فى ذلك حيث اعتبر العجز قيدا فى القراءة فقط (قوله ولا سند له يقويه) أى ليس له دليل يقوى مدعاه ، لأن الإمام رجع إلى قولهما فى اشتراط القراءة بالعربية ، لأن المأمور به قراءة القرآن ، وهو اسم للمنزل باللفظ العربى المنظوم هذا النظم الخاص ، المكتوب فى المصاحف ، المنقول إلينا نقلا متواتراً ، والأعجمى إنما يسمى قرآنا مجازاً ، ولذا يصح نفى اسم القرآن عنه ، فلقوة دليل قولهما رجع إليه . أما الشروع بالفارسية فالدليل فيه للإمام أقوى ، وهو كون المطلوب فى الشروع الذكر والتعظيم ، وذلك حاصل بأى لفظ كان وأى لسان كان ، نعم لفظ الله أكبر واجب للمواظبة عليه لافرض (قوله بل جعله فى التاترخانية كالتلبية) نص عبارتها : وفى شرح الطحاوى : ولو كبر بالفارسية أو سمى بالفارسية عند الذبح أولبى عند الإحرام بالفارسية أو بأى لسان سواء كان يحسن العربية أولا جاز بالاتفاق اه (قوله كالمتن) حيث لم يقيد الشروع بالعجز كما قيد به القراءة (قوله رجوعهما إليه الخ) أى أنهما رجعا إلى قوله بصحة الشروع بالفارسية بلا عجز كما رجع هو إلى قولهما بعدم الصحة فى القراءة فقط ، لافى الشروع أيضا كما توهمه العينى ، لكن كونهما رجعا إلى قوله فى الشروع لم ينقله أحد ، وإنما المنقول حكاية الخلاف

---

(١) (قوله وفى أن الإمام الخ) قال الفتال فى حاشيته : ورأيت بخط الشارح على هامش نسخة العينى فى هذا المحل : اعلم أيها الواقف على هذا الكلام أن رجوع الإمام إنما ثبت فى القراءة بالفارسية فقط ، ولم يثبت رجوعه فى تكبيرة الافتتاح ، بل هى كغيرها من أذكار الصلاة على الخلاف ، كما حرره شراح المجمع وكتب الأصول وعامة الكتب المعتبرة ، وصريح هذا المتن يعنى الكنز يفيده كعامة المتون ؛ فلا عليك من العينى وإن تبعه الشرنبلالى فى عامة كتبه فتنبه . حرره علاء الدين عفى عنه اه منه .

حتى الشرنبلالى فى كل كتبه فتنبه (لا) يصح (إن أذّن بها على الأصح) وإن علم أنه أذان ذكره الحدادى ، واعتبر الزيلعى التعارف :

[فروع] قرأ بالفارسية أو التوراة أو الإنجيل ، إن قصة تفسد ، وإن ذكرا لا ؛ وألحق به فى البحر الشاذ ، لكن فى النهر : الأوجه أنه لايفسد ولا يجزىء

كما قدمناه ، وأما مافى التاترخانية فغير صريح فى تكبير الشروع ، بل هو محتمل لتكبير التشريق أو الذبح ، بل هذا أولى لأنه قرنه مع الأذكار الخارجة عن الصلاة ، وأما عبارة المتن فهى مبنية على قول الإمام ؛ فالحاصل أن ماأورده على العينى فى دعوى رجوعه إلى قولهما يرد عليه فى دعواه رجوعهما إلى قوله (قوله حتى الشرنبلالى) أى اشتبه عليه ذلك أيضا ، فحتى ابتدائية والخبر محذوف لاعاطفة ، لأنا لم نعهد من هذا الشارح الفاضل قلة الأدب مع العلماء حتى يجعل الشرنبلالى من القاصرين .

مطلب فى حكم القراءة بالفارسية أو التوراة والإنجيل

واعلم أن الشارح نفسه خفى عليه ذلك فتبع العينى فى شرحه على الملتقى. وفى الخزائن: بل خفى أيضا على البرهان الطرابلسى فى متنه مواهب الرحمن حيث قال: والأصح رجوعه إليهما فى عدم جواز الشروع والقراءة بالفارسية لغير العاجز عن العربية (قوله واعتبر الزيلعى التعارف) وبه جزم فى الهداية ، وأقره الشراح ، وفى الكفاية عن المبسوط: روى الحسن عن أبى حنيفة أنه لو أذن بالفارسية والناس يعلمون أنه أذان جاز وإلا لم يجز لأن المقصود وهو الإعلام لم يحصل (قوله قرأ بالفارسية) أى مع القدرة على العربية (قوله أو التوراة الخ) بالنصب عطفا على مفعول قرأ المحذوف وهو القرآن ح (قوله إن قصة الخ) اختار هذا التفصيل فى الفتح توفيقا بين القولين وهما ماقاله فى الهداية من أنه لاخلاف فى عدم الفساد إذا قرأ معه بالعربية ماتجوز به الصلاة ، وما قاله النجم النسفى وقاضيخان من أنها تفسد عندهما فقال فى الفتح : والوجه إذا كان المقروء من مكان القصص والأمر والنهى أن تفسد بمجرد قراءته لأنه حينئذ متكلم بكلام غير قرآن ، بخلاف ما إذا كان ذكرا أو تنزيها فإنها تفسد إذا اقتصر على ذلك بسبب إخلاء الصلاة عن القراءة اهـ وتبعه فى البحر ، وقواه فى النهر فلذا جزم به الشارح .

مطلب فى حكم القراءة بالشاذ

(قوله وألحق به فى البحر الشاذ) أى فجعله على هذا التفصيل توفيقا بين القول بالفساد به والقول بعدمه (قوله لكن فى النهر الخ) حيث قال: عندى بينهما فرق ، وذلك أن الفارسى ليس قرآنا أصلا لانصرافه فى عرف الشرع إلى العربى ، فإذا قرأ قصة صار متكلما بكلام الناس ، بخلاف الشاذ فإنه قرآن إلا أن فى قرآنيته شكا فلا تفسد به ولو قصة ، وحكوا الاتفاق فيه على عدمه ، فالأوجه مافى المحيط من تأويله قول شمس الأئمة بالفساد بما إذا اقتصر عليه اهـ أى فيكون الفساد لتركه القراءة بالمتواتر لا للقراءة بالشاذ ، لكن يرد عليه أن القرآن هو مالا شك فيه ، وأن الصلاة يمنع فيها عن غير القراءة والذكر قطعا ، وما كان قصة ولم تثبت قرآنيته لم يكن قراءة ولا ذكرا فيفسد ؛ بخلاف ماإذا كان ذكرا فإنه وإن لم تثبت قرآنيته لم يكن كلاما لكونه ذكرا ، لكن إن اقتصر عليه تفسد ، وإن قرأ معه من المتواتر ماتجوز به الصلاة فلا ، فهذا ماوفق به فى البحر ، ويتعين حمل كلام المحيط عليه فتأمل ، وفى منظومة ابن وهبان :

كالتهجى . وتجوز كتابة آية أو آيتين بالفارسية لاأكثر ، ويكره كتب تفسيره تحته بها (ولو شرع ب) مشوب بحاجته كتعوذ وبسملة وحوقلة و (اللهم اغفرلى أو ذكرها عند الذبح لم يجز ،بخلاف اللهم) فقط فإنه يجوز فيهما فى الأصح كيا ألله (ووضع) الرجل (يمينه على يساره تحت سرته

وإن قرأ المكتوب فى الصحف الألى إذا كان كالتسبيح ليس يغير

والصحف الأولى جمع صحيفة : المراد بها التوراة والإنجيل والزبور ، وتمام الكلام فى شروح الوهبانية .

مطلب بيان المتواتر والشاذ

[تتمة] القرآن الذى تجوز به الصلاة بالاتفاق هو المضبوط فى مصاحف الأئمة التى بعث بها عثمان رضى الله عنه إلى الأمصار ، وهو الذى أجمع عليه الأئمة العشرة ،وهذا هو المتواتر جملة وتفصيلا ، فما فوق السبعة إلى العشرة غير شاذ ، وإنما الشاذ ماوراء العشرة وهو الصحيح ، وتمام تحقيق ذلك فى فتاوى العلامة قاسم (قوله كالتهجى) قال فى الوهبانية :

وليس التهجى فى الصلاة بمفسد ولا يجزئ عن واجب الذكر فاذكروا

والمسألة فى القنية . قال الشرنبلالى فى شرحها : صورتها شخص قال فى صلاته : س ب ح ا ن ا ل ل ه بالتهجى أو قال ا ع و ذ ب ا ل ل ه م ن ا ل ش ى ط ا ن لاتفسد ، لكن فى البزازية خلافه حيث قال : تفسد بتهجيه قدر القراءة ، لأنه من كلام الناس اه وهذا ذكره البزازى فى كتاب الطلاق . قال ابن الشحنة : ووجهه ظاهر لكنه ذكر فى كتاب الصلاة نحو مافى القنية اه . ونص فى الإمداد فى باب سجود التلاوة عن التجنيس والخانية أنه لايجب به السجود ولا يجزئ عن القراءة فى الصلاة لأنه لم يقرأ القرآن ولا يفسد لأنه الحروف التى فى القرآن اه . وظاهر الرسم المذكور أن المراد قراءة مسميات الحروف لاأسماؤها ، مثل سين باء حاء ألف نون ، وهل حكمها كذلك؟ لم أره (قوله وتجوز الخ) فى الفتح عن الكافى : إن اعتاد القراءة بالفارسية أو أراد أن يكتب مصحفا بها يمنع ، وإن فعل فى آية أو آيتين لا ، فإن كتب القرآن وتفسير كل حرف وترجمته جاز اه (قوله ويكره الخ) مخالف لما نقلناه عن الفتح آنفا ، لكن رأيت بخط الشارح فى هامش الخزائن عن حظر المجتبى : ويكره كتب التفسير بالفارسية فى المصحف كما يعتاده البعض ، ورخص فيه الهندوانى ، والظاهر أن الفارسية غير قيد (قوله بمشوب) أى مخلوط (قوله وبسملة) علله فى الذخيرة بأن البسملة للتبرك ، فكأنه قال : بارك لى فى هذا الأمر . وظاهر كلام الزيلعى ترجيحه . وفى الحلية أنه الأشبه. ونقل فى النهر تصحيحه عن السراج وفتاوى المرغينانى . ونقل فى البحر عن المجتبى والمبتغى الجواز ، ورجحه بأنها ذكر خالص بدليل جوازها على الذبيحة المشروط فيها الذكر الخالص اهوجزم به فى المنظومة الوهبانية ، وعزاه إلى الإمام ونقله فى شرحها عن الإمام الحلوانى وظهير الدين المرغينانى والقاضى عبد الجبار وشهاب الإمامى ، وجعل الأول قول الصاحبين توفيقا بين الروايات فافهم (قوله وحوقلة) أى لأنها دعاء فى المعنى ، فكأنه قال : اللهم حولنى عن معصيتك وقونى على طاعتك ، لأنه لاحول ولا قوة إلا بك يا الله (قوله أو ذكرها) أى ذكر اللهم اغفر لى (قوله فى الأصح) كذا فى الحلية عن المحيط والذخيرة وغيرهما ، خلافا لما صححه فى الجوهرة ، وهذا بناء على مذهب سيبويه من أن أصله ياألله فحذفت يا وعوض عنها الميم . وعند الكوفيين أصله ياألله أمنا بخير فحذفت الجملة إلا الميم فيكون دعاء لاثناء . ورد بقوله تعالى — اللهم إن كان هذا هو الحق — الآية ، وتمامه فى ح (قوله كيا ألله) فإن به يصح

آخذا رسغها بخنصره وإبهامه) هو المختار ، وتضع المرأة والخنثى الكف على الكف تحت ثديها (كما فرغ من التكبير) بلا إرسال في الأصح (وهو سنة قيام) ظاهره أن القاعد لايضع ولم أره . ثم رأيت في مجمع الأنهر : المراد من القيام ماهو الأعم ، لأن القاعد يفعل كذلك (له قرار

الشروع اتفاقا خزائن (قوله آخذا رسغها) أي مفصلها وهو بضم فسكون أو بضمتين كما في القاموس (قوله بخنصره وإبهامه) أي يحلق الخنصر والإبهام على الرسغ ويبسط الأصابع الثلاث كما في شرح المنية ونحوه في البحر والنهر والمعراج والكفاية والفتح والسراج وغيرها . وقال في البدائع : ويحلق إبهامه وخنصره وبنصره ويضع الوسطى والمسبحة على معصمه ، وتبعه في الحلية ، ومثله في شرح الشيخ إسمعيل عن المجتبى (قوله هو المختار) كذا في الفتح والتبيين ، وهذا استحسنه كثير من المشايخ ليكون جامعا بين الأخذ والوضع المرويين في الأحاديث وعملا بالمذهب احتياطا كما في المجتبى وغيره . قال سيدى عبد الغني في شرح هدية ابن العماد : وفي هذا نظر ، لأن القائل بالوضع يريد وضع الجميع ، والقائل بالأخذ يريد أخذ الجميع ، فأخذ البعض ووضع البعض ليس أخذا ولا وضعا ، بل المختار عندي واحد منهما موافقة للسنة اه . قلت : وهذا البحث منقول ؛ ففي المعراج بعد نقله مامر عن المجتبى والمبسوط والظهيرية : وقيل هذا خارج عن المذاهب والأحاديث فلا يكون العمل به احتياطا اه. ثم رأيت الشرنبلالي ذكر في الإمداد هذا الاعتراض ، ثم قال : قلت : فعلى هذا ينبغي أن يفعل بصفة أحد الحديثين في وقت وبصفة الآخر في غيره ليكون جامعا بين المرويين حقيقة اه .

أقول : يرد عليه أنه في كل وقت عمل بأحدهما يكون تاركا فيه العمل بالآخر والوارد في الأحاديث ذكر في بعضها الوضع وفي بعضها الأخذ بلا بيان الكيفية . والذي استحسنه المشايخ فيه العمل بهما جميعا ، إذ لاشك أن في الأخذ وضعا وزيادة . والقاعدة الأصولية أنه متى أمكن الجمع بين المتعارضين ظاهرا لايعدل عن أحدهما فتأمل (قوله الكف على الكف) عزاه في هامش الخزائن إلى الغزنوية (قوله تحت ثديها) كذا في بعض نسخ المنية ، وفي بعضها على ثديها . قال في الحلية : وكان الأولى أن يقول على صدرها كما قاله الجم الغفير لا على ثديها وإن كان الوضع على الصدر قد يستلزم ذلك بأن يقع بعض ساعد كل يد على الثدي ، لكن هذا ليس هو المقصود بالإفادة (قوله كما فرغ) هذه كاف المبادرة تتصل بما نحو : سلم كما تدخل ، نقلها في مغني اللبيب (قوله بلا إرسال) هو ظاهر الرواية . وروى عن محمد في النوادر أنه يرسلهما حالة الثناء ، فإذا فرغ منه يضع بناء على أن الوضع سنة القيام الذي له قرار في ظاهر المذهب وسنة القراءة عند محمد حلية (قوله في مجمع الأنهر) ومثله في شرح النقاية لمنلا على القاري ، كما نقله في حاشية المدني في باب الوتر والنوافل (قوله ماهو الأعم) أي من القيام الحقيقي والحكمي ، فإن القعود في النافلة وفي الفريضة وما ألحق بها لعذر كالقيام ط . والظاهر أن الاضطجاع كذلك لأنه خلف عن القيام رحمتي (قوله قرار الخ) اعلم أنه جعل في البدائع الأصل على قولهما الذي هو ظاهر المذهب أن الوضع سنة قيام له قرار كما مر : وبعضهم جعل الأصل على قولهما أنه سنة قيام فيه ذكر مسنون وإليه ذهب الحلواني والسرخسي وغيرهما . وفي الهداية أنه الصحيح ، ومشى عليه في المجمع وغيره ، وقد جمع في البحر بين الأصلين فجعلهما أصلا واحدا ، وتبعه تلميذه المصنف مع أن صاحب الحلية نقل عن شيخ الإسلام أنه ذكر في موضع أنه على قولهما يرسل في قومة الركوع وفي موضع آخر أنه يضع ، ثم وفق بأن منشأ ذلك اختلاف الأصلين ، لأن في هذه القومة ذكرا مسنونا وهو التسميع أو التحميد كما مشى عليه في الملتقط اه فهذا كما ترى يقتضي تغايرهما ، ويؤيده كلام السراج الآتي كما سنذكره ، ولهذا أيضا لما قال في الهداية ويرسل في القومة اعترضه في الفتح بأنه إنما يتم إذا قيل بأن التحميد والتسميع ليس سنة فيها ، بل في الانتقال إليها ، لكنه خلاف ظاهر

فيه ذكر مسنون فيضع حالة الثناء ، وفى القنوت وتكبيرات الجنازة لا) يسن (فى قيام بين ركوع وسجود) لعدم القرار (و) لابين (تكبيرات العيد) لعدم الذكر مالم يطل القيام فيضع سراجية (وقرأ) كما كبر (سبحانك اللهم تاركا) وجل ثناؤك إلا فى الجنازة (مقتصرا عليه) فلا يضم : وجهت وجهى إلا فى النافلة ، ولا تفسد بقوله — وأنا أول المسلمين — فى الأصح (إلا إذا) شرع الإمام فى القراءة سواء (كان مسبوقا) أو مدركا (و) سواء كان (إمامه يجهر بالقراءة) أولا (ف) إنه (لايأتى به) لما فى النهر عن الصغرى : أدرك الإمام فى القيام يثنى مالم يبدأ بالقراءة ، وقيل فى المخافتة يثنى ، ولو أدركه راكعا

النصوص الخ ، نعم قيد منلا مسكين الذكر بالطويل ، وبه يندفع الاعتراض عن الهداية ، لكن إذا كان الذكر طويلا يلزم منه كون القيام له قرار فيرجع إلى ماقاله فى البحر فليتأمل (قوله فيه ذكر مسنون) أى مشروع فرضا كان أو واجبا أو سنة إسمعيل عن البرجندى (قوله لعدم القرار) ليس على إطلاقه ، لقولهم إن مصلى النافلة ولو سنة يسن له أن يأتى بعد التحميد بالأدعية الواردة نحو « ملء السموات والأرض » الخ واللهم اغفر لى وارحمنى بين السجدتين نهر ، ومقتضاه أنه يعتمد بيديه فى النافلة ، ولم أر من صرح به تأمل لكنه مقتضى إطلاق الأصلين المارين . ومقتضاه أنه يعتمد أيضاً فى صلاة التسابيح ، ثم رأيته ذكره ط والرحمتى والسائحانى بحثا (قوله مالم يطل القيام فيضع) أى فإن أطاله لكثرة القوم فإنه يضع ، وهذا مبنى على أن الأصل أنه سنة قيام له قرار لاعلى أنه سنة قيام فيه ذكر مسنون ، وهذا أيضا يدل على أنهما أصلان لاأصل واحد كما ذكرنا (قوله سبحانك اللهم) شرح ألفاظه فى البحر والإمداد وغيرهما (قوله تاركا الخ) هو ظاهر الرواية بدائع لأنه لم ينقل فى المشاهير كافى ، فالأولى تركه فى كل صلاة محافظة على المروى بلا زيادة وإن كان ثناء على الله تعالى بحر وحلية . وفيه إشارة إلى أن قوله فى الهداية لايأتى به فى الفرائض لامفهوم له ، لكن قال صاحب الهداية فى كتابه مختارات النوازل : وقوله «وجل ثناؤك» لم ينقل فى الفرائض فى المشاهير ، وما روى فيه فهو فى صلاة التهجد اه (قوله إلا فى الجنازة) ذكره فى شرح المنية الصغير ، ولم يعزه إلى أحد ، ولم أره لغيره سوى ماقدمناه عن الهداية ومختارات النوازل (قوله مقتصرا) اسم فاعل حال من فاعل قرأ أو اسم مفعول حال من مفعوله وهو سبحانك الخ ح (قوله إلا فى النافلة) لحمل ماورد فى الأخبار عليها فيقرؤه فيها إجماعا ، واختيار المتأخرين أنه يقوله قبل الافتتاح معراج . وفى المنية : وعندهما يقوله قبل الافتتاح يعنى قبل النية ولا يقوله بعد النية بالإجماع اه ، لكن فى الحلية : الحق أن قراءته قبل النية أو بعدها قبل التكبير لم تثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم ولا عن أصحابه اه . وفى الخزائن : وما ورد محمول على النافلة بعد الثناء فى الأصح اه . وقال فى هامشه : مصحح فى الزاهدى وغيره (قوله فى الأصح) وقيل تفسد لأنه كذب . ورده فى البحر تبعا للحلية بما ثبت فى صحيح مسلم من الروايتين بكل منهما ، وبأنه إنما يكون كذبا إذا كان مخبرا عن نفسه لاتاليا ، فلو مخبرا فالفساد عند الكل اه (قوله لما فى النهر الخ) تعليل لتحويل الشارح عبارة المصنف ، لأن قضية المتن الإتيان بالثناء فى المخافتة وإن بدأ الإمام بالقراءة ، وهو ضعيف لتعبير الصغرى عنه بقيل . ووجهه أنه إذا امتنع عن القراءة فبالأولى أن يمتنع عن الثناء . وأقول : ماذكره المصنف جزم به فى الدرر . وقال فى المنح : وصححه فى الذخيرة وفى المضمرات وعليه الفتوى اه ومشى عليه فى منية المصلى والشارح فى الخزائن وشرح الملتقى . واختاره قاضيخان حيث قال : ولو أدرك الإمام بعد ماإشتغل بالقراءة قال ابن الفضل لايثنى . وقال غيره يثنى ، وينبغى التفصيل ، إن كان الإمام يجهر لايثنى ، وإن كان يسر يثنى اه وهو مختار شيخ الإسلام خواهرزاده ، وعلله فى الذخيرة بما حاصله أن الاستماع فى غير حالة الجهر ليس بفرض بل يسن تعظيما

أو ساجدا، إن أكبر رأيه أنه يدركه أتى به (و) كما استفتح (تعوذ) بلفظ أعوذ على المذهب (سرا) قيد للاستفتاح أيضا فهو كالتنازع (لقراءة) فلوتذكره بعد الفاتحة تركه، ولو قبل إكمالها تعوذ . وينبغي أن يستأنفها ذكره الحلبي . ولا يتعوّذ التلميذ إذا قرأ على أستاذه ذخيرة : أي لايسن، فليحفظ (فيأتي به المسبوق عند قيامه لقضاء مافاته) لقراءته (لاالمقتدى) لعدمها (ويؤخر) الإمام التعوذ (عن تكبيرات العيد) لقراءته بعدها

للقراءة فكان سنة غير مقصودة لذاتها وعدم قراءة المؤتم في غير حالة الجهر لالوجوب الإنصات بل لأن قراءة الإمام له قراءة . وأما الثناء فهو سنة مقصودة لذاتها . وليس ثناء الإمام ثناء للمؤتم . فإذا تركه يلزم ترك سنة مقصودة لذاتها للإنصات الذى هوسنة تبعا بخلاف تركه حالة الجهراه فكان المعتمد ماشى عليه المصنف . فافهم (قوله أو ساجداً) أى السجدة الأولى كما فى المنية ، وأشار بالتقييد براكعا أو ساجدا إلى أنه لو أدركه فى إحدى القعدتين فالأولى أن لايثنى لتحصيل فضيلة زيادة المشاركة فى القعود ، وكذا لو أدركه فى السجدة الثانية . وتمامه فى شرح المنية (قوله بلفظ أعوذ) أى لابلفظ أستعيذ وإن مشى عليه فى الهداية . وتمامه فى البحر والزيلعى (قوله فهو كالتنازع) لأن سراً حال من الثناء والتعوذ فكانا متعلقين به فأشبه التنازع الذى هو تعلق عاملين فأكثر باسم وعدل عن قول النهر فهو من التنازع ، لما فى همع الهوامع من أنه يقع فى كل معمول إلا المفعول له والتمييز وكذا الحال خلافا لابن معطى أفاده ح (قوله ذكره الحلبى) أى فى شرح المنية بقوله والتعوّذ إنما هو عند افتتاح الصلاة فلو نسيه حتى قرأ الفاتحة لايتعوّذ بعد ذلك ، كذا فى الخلاصة ، ويفهم منه أنه لو تذكر قبل إكمالها يتعوّذ ، وحينئذ ينبغى أن يستأنفها اه وهذا الفهم فى غير محله لأن قول الخلاصة حتى قرأ الفاتحة معناه شرع فى قراءتها إذ بالشروع فات محل التعوذ ، وإلا لزم رفض الفرض للسنة ، ولزم أيضا ترك الواجب . فإن قراءة الفاتحة أو أكثرها مرة ثانية موجبة للسهو : على أنه فى شرح المنية أيضا بعد مامر بنحو ورقة ونصف قال : وذكر الفقيه أبو جعفر فى النوادر إن كبر وتعوذ ونسى الثناء لايعيد ، وكذا إن كبر وبدأ بالقراءة ونسى الثناء والتعوذ والتسمية لفوات محلها ، ولا سهو عليه ذكره الزاهدى اه فقوله وبدأ بالقراءة الخ مؤيدا لما قلنا فافهم (قوله ولايتعوذ الخ) محترز قوله لقراءة . قال فى البحر : وقيد بقراءة القرآن للإشارة إلى أن التلميذ لايتعوذ إذا قرأ على أستاذه كما نقله فى الذخيرة : وظاهره أن الاستعاذة لم تشرع إلا عند قراءة القرآن أو فى الصلاة ، وفيه نظر ظاهر اه . قال فى النهر : وأقول ليس مافى الذخيرة فى المشروعية وعدمها بل فى الاستنان وعدمه اه أى فتسن لقراءة القرآن فقط وإن كانت تشرع فى غيرها فى جميع مايخشى فيه الوسوسة ، وإلى هذا أشار الشارح بقوله أى لايسن . لكن فى هذا الجواب نظر فإنها تسن أيضا قبل دخول الخلاء لكن بلفظ أعوذ بالله من الخبث والخبائث تأمل . ثم إن عبارة الذخيرة هكذا إذا قال الرجل — بسم الله الرحمن الرحيم — فإن أراد به قراءة القرآن يتعوذ قبله للآية ، وإن أراد افتتاح الكلام كما يقرأ التلميذ على الأستاذ لايتعوذ قبله لأنه لايريد به قراءة القرآن ؛ ألا يرى لو أن رجلا أراد أن يشكر فيقول — الحمد لله رب العالمين — لايحتاج إلى التعوذ قبله ، وعلى هذا الجنب إن أراد بذلك القراءة لم يجز أو افتتاح الكلام جاز اه ملخصا .

وحاصله أنه إذا أراد أن يأتى بشىء من القرآن كالبسملة والحمدلة ، فإن قصد به القراءة تعوذ قبله وإلا فلا ، كما لو أتى بالبسملة فى افتتاح الكلام كالتلميذ حين يبسمل فى أول درسه للعلم فلا يتعوذ ، وكما لو قصد بالحمدلة الشكر ، وكذا إذا تكلم بغير ماهو من القرآن فلا يسن التعوذ بالأولى فكلام الذخيرة فى التعوذ قبل الكلام لافى غيره من الأفعال ، فلا ينافى استنانه قبل الخلاء فافهم (قوله فيأتى به المسبوق الخ) فذكر المصنف ثلاث مسائل

(و) كما تعوذ (سمى) غير المؤتم بلفظ البسملة ، لامطلق الذكر كما فى ذبيحة ووضوء (سرا فى) أول (كل ركعة) ولو جهرية (لا) تسن (بين الفاتحة والسورة مطلقا) ولو سرية ، ولا تكره اتفاقا ، وما صححه الزاهدى من وجوبها

تفريعا على قوله لقراءة بناء على قول أبى حنيفة ومحمد أن التعوذ تبع للقراءة . أما عند أبى يوسف فهو تبع للثناء، فعنده يأتى به المسبوق بعد الثناء مرتين حال اقتدائه وعند قيامه للقضاء؛ ويأتى به المقتدى المدرك لأنه يثنى كما يأتى به الإمام والمنفرد، ويأتى به الإمام والمقتدى فى العيد بعد الثناء قبل التكبيرات ، ومشى عليه فى المنية . وفى الخلاصة أنه الأصح ، لكن مختار قاضيخان والهداية وشروحها والكافى والاختيار وأكثر الكتب هو قولهما إنه تبع للقراءة وبه نأخذ شرح المنية (قوله وكما تعوذ سمى) فلو سمى قبل التعوذ أعاده بعده لعدم وقوعها فى محلها، ولو نسيها حتى فرغ من الفاتحة لايسمى لأجلها لفوات محلها حلية وبحر، ولا مفهوم لقوله حتى فرغ كما تقدم فافهم (قوله غير المؤتم) هو الإمام والمنفرد ، إذ لادخل للمقتدى لأنه لايقرأ بدليل أنه قدم أنه لايتعوذ بحر (قوله كما فى ذبيحة ووضوء) فإن المراد بالتسمية فيهما مطلق الذكر فهو تمثيل للمنفى (قوله سرا فى أول كل ركعة) كذا فى بعض النسخ وسقط سرا من بعضها ولابد منه. قال فى الكفاية عن المجتبى : والثالث أنه لايجهر بها فى الصلاة عندنا خلافا للشافعى ، وفى خارج الصلاة اختلاف الروايات والمشايخ فى التعوذ والتسمية ، قيل يخفى التعوذ دون التسمية . والصحيح أنه يتخير فيهما ولكن يتبع إمامه من القراء وهم يجهرون بهما إلا حمزة فإنه يخفيهما اه (قوله ولو جهرية) رد على مافى المنية من أن الإمام لايأتى بها إذا جهر، بل إذا خافت فإنه غلط فاحش بحر، وأوله فى شرحها بأنه لايأتى بها جهرا (قوله لاتسن) مقتضى كلام المتن أن يقال لايسمى ، لكنه عدل عنه لإبهامه الكراهة ، بخلاف نفى السنية . ثم إن هذا قولهما وصححه فى البدائع . وقال محمد: تسن إن خافت لا إن جهر بحر، ونسب ابن الضياء فى شرح الغزنوية الأول إلى أبى يوسف فقط فقال: وهذا قول أبى يوسف . وذكر فى المصفى أن الفتوى على قول أبى يوسف أنه يسمى فى أول كل ركعة ويخفيها . وذكر فى المحيط : المختار قول محمد، وهو أن يسمى قبل الفاتحة وقبل كل سورة فى كل ركعة .

مطلب لفظة الفتوى آكد وأبلغ من لفظة المختار

وفى رواية الحسن بن زياد أنه يسمى فى الركعة الأولى لاغير ، وإنما اختير قول أبى يوسف لأن لفظة الفتوى آكد وأبلغ من لفظة المختار ، ولأن قول أبى يوسف وسط وخير الأمور أوسطها كذا فى شرح عمدة المصلى اه مافى شرح الغزنوية . ووقع فى النهر هنا خطأ وخلل فى النقل أيضا عن شرح الغزنوية فاجتنبه فافهم .

مطلب قراءة البسملة بين الفاتحة والسورة حسن

(قوله ولا تكره اتفاقا) ولهذا صرح فى الذخيرة والمجتبى بأنه إن سمى بين الفاتحة والسورة المقروءة سرا أو جهرا كان حسنا عند أبى حنيفة ، ورجحه المحقق ابن الهمام وتلميذه الحلبى لشبهة الاختلاف فى كونها آية من كل سورة بحر (قوله وما صححه الزاهدى من وجوبها) يعنى فى أول الفاتحة ، وقد صححه الزيلعى أيضا فى سجود السهو ، ونقل فى الكفاية عبارة الزاهدى وأقرها . وقال فى شرح المنية إنه الأحوط ، لأن الأحاديث الصحيحة تدل على مواظبته عليه الصلاة والسلام عليها ، وجعله فى الوهبانية قول الأكثرين : أى بناء على قول الحلوانى إن

ضعفه فى البحر (وهى آية) واحدة (من القرآن) كله (أنزلت للفصل بين السور) فما فى النمل بعض آية إجماعا (وليست من الفاتحة ولا من كل سورة) فى الأصح ، فتحرم على الجنب (ولم تجز الصلاة بها) احتياطا (ولم يكفر جاحدها لشبهة) اختلاف مالك (فيها ، و) كما سمى (قرأ المصلى لو إماما أو منفردا الفاتحة .

أكثر المشايخ على أنها من الفاتحة ، فإذا كانت منها تجب مثلها لـكن لم يسلم كونه قول الأكثر (قوله ضعفه فى البحر) حيث قال فى سجود السهو إن هذا كله مخالف لظاهر المذهب المذكور فى المتون والشروح والفتاوى من أنها سنة لا واجب فلا يجب بتركها شىء .

قال فى النهر : والحق أنهما قولان مرجحان إلا أن المتون على الأول اه . أقول : أى إن الأول مرجح من حيث الرواية ، والثانى من حيث الدراية ، والله أعلم (قوله وهى آية) أى خلافا لقول مالك وبعض أصحابنا إنها ليست من القرآن أصلا . قال القهستانى : ولم يوجد فى حواشى الكشاف والتلويح أنها ليست من القرآن فى المشهور من مذهب أبى حنيفة اه أى بل هو قول ضعيف عندنا (قوله أنزلت للفصل) وذكرت فى أول الفاتحة للتبرك (قوله فما فى النمل بعض آية) وأولها — إنه من سليمان — وآخرها — وأتونى مسلمين — وهو تفريع على قوله أنزلت للفصل (قوله وليست من الفاتحة) قال فى النهر : فيه رد لقول الحلوانى أكثر المشايخ على أنها من الفاتحة . ومن ثم قيل بوجوبها ، وجعله فى الذخيرة رواية الثانى عن الإمام ، وبه أخذ وهو أحوط اه ومانقله عن الحلوانى ذكره القهستانى عن المحيط والذخيرة والخلاصة وغيرها (قوله ولا من كل سورة) أى خلافا لقول الشافعى إنها آية من كل سورة ماعدا براءة (قوله فى الأصح) قيد لقوله وليست من الفاتحة ، وكان ينبغى ذكره عقبه ليكون إشارة إلى قول الحلوانى المتقدم لا إلى قول الشافعى ، إذ لم تجر عادتهم بذكر التصحيح للإشارة إلى مذهب الغير بل فى المرجح فى المذهب ، ولم أر لأحد من مشايخنا القول بأنها آية من كل سورة ، وإنما عزاه فى البحر وغيره إلى الشافعى فتنبه فافهم (قوله فتحرم على الجنب) أى ونحوه فى معناه كالحائض والنفساء ، وهذا لو على قصد التلاوة (قوله احتياطا) علة للمسألتين ، وذلك أن مذهب الجمهور أنها من القرآن لتواترها فى محلها ، وخالف فى ذلك مالك فكان الاحتياط حرمتها على الجنب نظرا إلى مذهب الجمهور ، وعدم جواز الاقتصار عليها فى الصلاة نظرا إلى شبهة الخلاف ، لأن فرض القراءة ثابت بيقين فلا يسقط بما فيه شبهة (قوله ولم يكفر جاحدها الخ) جواب عما قيل من الإشكال فى التسمية إنها إن كانت متواترة لزم تكفير منكرها وإلا فليست قرآنا . والجواب كما فى التحرير أن القطعى إنما يكفر منكره إذا لم تثبت فيه شبهة قوية كإنكار ركن ، وهنا قد وجدت وذلك لأن من أنكرها كمالك ادعى عدم تواتر كونها قرآنا فى الأوائل وأن كتابتها فيها لشهرة استنان الافتتاح بها فى الشرع . والمثبت يقول : إجماعهم على كتابتها مع أمرهم بتجريد المصاحف يوجب كونها قرآنا ، والاستنان لايسوغ الإجماع لتحققه فى الاستعاذة . والحق أنها من القرآن لتواترها فى المصحف ، وهو دليل كونها قرآنا ، ولا نسلم توقف ثبوت القرآنية على تواتر الأخبار بكونها قرآنا ، بل الشرط فيما هو قرآن تواتره فى محله فقط وإن لم يتواتر كونه فى محله من القرآن اه وقوله ولا نسلم الخ رد لما تضمنه كلام المنكر من أن تواترها فى محلها لايستلزم كونها قرآنا ، بل لابد من تواتر الأخبار بقرآنيتها .

والحاصل أن تواترها فى محلها أثبت أصل قرآنيتها ، وأما كونها قرآنا متواترا فهو متوقف على تواتر الأخبار به ولذلك لم يكفر منكرها ، بخلاف غيرها لتواتر الأخبار بقرآنيته . ووقع فى البحر هنا اضطراب وخلل بينته فيما علقته عليه ، وبما قررناه يعلم أنه كان على الشارح أن يبقى المتن على حاله ويسقط قوله اختلاف مالك ليكون جوابا

و) قرأ بعدها وجوبا(سورة أو ثلاث آيات) ولو كانت الآية أو الآيتان تعدل ثلاث آيات قصارا انتفت كراهة التحريم ذكره الحلبي . ولا تنتفي التنزيهية إلا بالمسنون (وأمن) بمد وقصروإمالة ولا تفسد بمد مع تشديد أوحذف ياء بل بقصر مع أحدهما أو بمد معهما ، وهذا مما تفردت بتحريره (الإمام سرا كمأموم ومنفرد) ولو في السرية إذا سمعه

عن إنكار مالك أيضا قرآنيتها . لأن الشبهة لم تثبت بإنكاره ، بل هي ثابتة قبله من جهة أخرى فتدبر (قوله وقرأ بعدها وجوبا) الوجوب يرجع إلى القراءة والبعدية . وأشار إلى أنه يلزم بتركها الإعادة لو عامدا كالفاتحة خلافا لما في التبيين والدرر . لأن الفاتحة وإن كانت آكد للاختلاف في ركنيتها إلا أنه يظهر في الإثم لافي وجوب الإعادة كما قدمناه أول بحث الواجبات (قوله سورة) أشار إلى أن الأفضل قراءة سورة واحدة ؛ ففي جامع الفتاوى : روى الحسن عن أبي حنيفة أنه قال : لا أحب أن يقرأ سورتين بعد الفاتحة في المكتوبات ، ولو فعل لايكره ، وفي النوافل لابأس به (قوله إلا بالمسنون) وهو القراءة من طوال المفصل في الفجر والظهر ، وأوساطه في العصر والعشاء . وقصاره في المغرب ط (قوله وأمن)هو سنة للحديث الآتي المتفق عليه كما في شرح المنية وغيره . واتفقوا على أنه ليس من القرآن كما في البحر (قوله بمد) هي أشهرها وأفصحها وقصر وهي مشهورة ، ومعناه استجب ط (قوله وإمالة) أي في المد لعدم تأتيها في القصر ح ، وحقيقة الإمالة أن ينحي بالفتحة نحو الكسر فتميل الألف إن كان بعدها ألف نحو الياء أشموني (قوله ولا تفسد الخ) أشار به إلى أن الكلام في نفي الفساد لافي تحصيل السنة . فإن السنة لاتحصل إلا بالثلاثة الأول كما أفاده ط (قوله بمد مع تشديد أو حذف ياء) أي حالة كون المد مصاحبا لأحدهما لا لكل منهما ، ففيه صورتان :

الأولى : المد مع التشديد بلا حذف . فلا يفسد على المفتي به عندنا لأنه لغة فيها حكاها الواحدي ولأنه موجود في القرآن . ولأن له وجها ، كما قال الحلواني : إن معناه ندعوك قاصدين إجابتك ، لأن معنى آمين قاصدين . وأنكر جماعة من مشايخنا كونها لغة وحكم بفساد الصلاة بحر .

والصورة الثانية : المد مع حذف الياء بلا تشديد لوجوده في قوله تعالى — وبلك آمن — كما في الإمداد ، فأو في كلامه لمنع الجمع فقط . لأنه لو أتى بالمد جامعا بين التشديد والحذف تفسد كما نبه عليه بعد ؛ ولو كانت لمنع الخلو أيضا بأن أتى بالمد خاليا عن التشديد والحذف لزم التكرار لأنه اللغة الفصحى المتقدمة فافهم (قوله بل بقصر مع أحدهما) أي مع التشديد بلا حذف الياء وهو آمين لعدم وجوده في القرآن أو مع حذف الياء بلا تشديد وهو أمن . وفيه نظر لوجوده في قوله تعالى — فإن أمن — ح أي ولذلك لم يذكره في البحر والنهر .

هذا . وذكر في الحلية الأول لغة ضعيفة فقال : وقصرها وتشديد الميم حكاها بعضهم عن ابن الأنباري واستضعفت . ويظهر أن الأشبه فسادالصلاة بها اه (قوله أو بمد معهما) أي مع التشديد وحذف الياء وهو آمن فإنه مفسد لعدم وجوده في القرآن .

وحاصل ماذكره ثمانية أوجه : خمسة صحيحة ، وثلاثة مفسدة ، وبقي تاسع وهو أمن بالقصر مع التشديد والحذف ، وهو مفسد لعدم وجوده في القرآن ؛ ولو قال الشارح وبمد أو قصر معهما لاستوفى ح .

قلت : وقد ذكر هذا التاسع مع الثامن في البحر، وقال : ولا يبعدفساد الصلاة فيهما (قوله الإمام سرا) أشار بالأول إلى خلاف مالك في تخصيص المؤتم بالتأمين دون الإمام ، وهو رواية الحسن عن الإمام ، وبالثاني إلى خلاف الشافعي أنه يأتي بها كل منهما جهرا ، وقوله كمأموم ومنفرد محل اتفاق فلذا أتى بالكاف (قوله ولو في السرية)

ولو من مثله فى نحو جمعة وعيد . وأما حديث « إذا أمن الإمام فأمنوا » فمن التعليق بمعلوم الوجود . فلا يتوقف على سماعه منه ، بل يحصل بتمام الفاتحة بدليل « إذا قال الإمام ولا الضالين فقولوا آمين » (ثم) كما فرغ (يكبر) مع الانحطاط (للركوع) .

ولا يكره وصل القراءة بتكبيرة ، ولو بقى حرف أو كلمة فأتمه حال الانحناء لابأس به عند البعض . منية المصلى (ويضع يديه) معتمدا بهما (على ركبتيه ويفرج أصابعه) للتمكن . ويسن أن يلصق كعبيه

أى لإطلاق الأمر فى الحديث الآتى ، وهذا راجع إلى المأموم ، وكان ينبغى ذكره عقبه . وقيل لا يؤمن المأموم فى السرية ولو سمع الإمام لأن ذلك الجهر لا عبرة به (قوله ولو من مثله) أى من مقتد مثله : بأن كان مثله قريب من الإمام يسمع قراءته فأمن ذلك المقتدى تأمين مثله القريب من الإمام فيؤمن لأن المناط العلم بتأمين الإمام (قوله فى نحو جمعة وعيد) أشار بنحو إلى أن التقييد بالجمعة والعيد كما وقع فى الجوهرة غير قيد كما بحثه فى الشرنبلالية بقوله ينبغى أن لايختص بهما بل الحكم فى الجماعة الكثيرة كذلك (قوله وأما حديث الخ) هو مارواه الشيخان « إذا أمن الإمام فأمنوا فإنه من وافق تأمينه تأمين الملائكة غفر له ماتقدم من ذنبه » وهو مفيد تأمينهما لكن فى حق الإمام بالإشارة لأن النص لم يسق له ، وفى حق المأموم بالعبارة لأنه سيق لأجله بحر . ثم مراد الشارح الجواب عن قول الشافعى : إن الحديث دليل على جهر الإمام بالتامين لأنه علق تأمينهم بتأمينه . والجواب أن موضع التأمين معلوم فإذا سمع لفظة — ولا الضالين — كفى لأن الشارع طلب من الإمام التأمين بعده . فصار من التعليق بمعلوم الوجود ، وتمام الأدلة فى المطولات ، ويظهر من هذا أن من كان بعيدا عن الإمام لايسمع قراءته أصلا لايؤمن كما فى البحر : أى لعدم سماعه موضع التأمين ، اللهم إلا أن يسمع من مثله كما مر فى السرية (قوله فقولوا آمين) تمام الحديث « فإن الملائكة تقول آمين ، فمن وافق تأمينه تأمين الملائكة غفر له ماتقدم من ذنبه » رواه عبدالرزاق والنسائى وابن حبان حلية . وفى شرح مسلم للنووى : الصحيح الصواب أن المراد الموافقة للملائكة فى وقت التأمين ؛ وقيل فى الصفة والخشوع والإخلاص ؛ ثم قيل هم الحفظة . وقيل غيرهم لقوله صلى الله عليه وسلم فى الحديث الآخر « فوافق قوله قول أهل السماء » (قوله مع الانحطاط) أفاد أن السنة كون ابتداء التكبير عن الخرور وانتهائه عند استواء الظهر . وقيل إنه يكبر قائما ، والأول هو الصحيح كما فى المضمرات وتمامه فى القهستانى (قوله ولا يكره الخ) مثاله أن يقول — وأما بنعمة ربك فحدث — الله أكبر بكسر الثاء المثلثة لالتقاء الساكنين ح . وفى القهستانى : وفى قوله ثم يكبر دلالة على أنه لايصل التكبير بالقراءة وهذا رخصة والأفضل الوصل . وفى شرح المنية : وعن أبى يوسف أنه قال ربما وصلت وربما تركت اه . وذكر فى التاترخانية تفصيلا حسنا : وهو أنه إذا كان آخر السورة ثناء مثل — وكبره تكبيرا — فالوصل أولى وإلا فالفصل أولى مثل — إن شانئك هو الأبتر — فيقف ويفصل ثم يكبر للركوع (قوله لا بأس به عند البعض) أشار بهذا إلى أن هذا القول خلاف المعتمد المشار إليه بقوله أولا ثم كما فرغ يكبر مع الانحطاط فإنه ظاهر فى أنه يتم القراءة جميعها وبعد الفراغ منها ينحط للركوع مكبرا ، والأول أصح كما فى المنية فيكون الشارح قد نبه على القولين وأن الأول هو المعتمد والثانى ضعيف بأوجز عبارة وألطف إشارة ؛ فليس فى كلامه إهمال كما لايخفى على ذوى الكمال فافهم (قوله ويسن أن يلصق كعبيه) قال السيد أبو السود وكذا فى السجود أيضا وسبق فى السنن أيضا اه والذى سبق هو قوله وإلصاق كعبيه فى السجود سنة در اه ولا يخفى أن هذا سبق نظر . فإن شارحنا لم يذكر ذلك لا فى الدر المختار ولا فى الدرر المنتقى ولم أره لغيره أيضا فافهم ، نعم ربما يفهم ذلك من أنه إذا كان السنة فى الركوع إلصاق الكعبين ولم يذكروا تفريجهما بعده فالأصل بقاؤهما ملصقين فى حالة السجود أيضا تأمل .

وينصب ساقيه (ويبسط ظهره) ويسوى ظهره بعجزه (غير رافع ولا منكس رأسه ويسبح فيه) وأقله (ثلاثا) فلو تركه أو نقصه كره تنزيها ؛ وكره تحريما

هذا ، وكان ينبغي أن يذكر لفظ يسن عند قوله ويضع يديه ليعلم أن الوضع والاعتماد والتفريج والإلصاق والنصب والبسط والتسوية كلها سنن كما فى القهستانى : قال : وينبغي أن يزاد مجافيا عضديه مستقبلا أصابعه فإنهما سنة كما فى الزاهدى اه . قال فى المعراج وفى المجتبى : هذا كله فى حق الرجل ، أما المرأة فتنحنى فى الركوع يسيرا ولا تفرج ولكن تضم وتضع يديها على ركبتيها وضعا وتحنى ركبتيها ولا تجافى عضديها لأن ذلك أستر لها : وفى شرح الوجيز : الخنثى كالمرأة اه (قوله وينصب ساقيه) فجعلهما شبه القوس كما يفعله كثير من العوام مكروه بحر (قوله وأقله ثلاثا) أى أقله يكون ثلاثا أو أقله تسبيحه ثلاثا . وهذا أولى من جعل ثلاثا خبرا عن أقله بنزع الخافض : أى فى ثلاث ، لأن نزع الخافض سماعى ومع هذا فهو بعيد جدا فافهم ، ويحتمل أن يكون أقله خبرا لمبتدإ محذوف والواو للحال والتقدير ويسبح فيه ثلاثا وهو أقله : أى والحال أن الثلاث أقله ، وسوغ مجيء الحال من النكرة تقديمها على صاحبها وهذا الوجه أفاده شيخنا حفظه الله تعالى (قوله كره تنزيها) أى بناء على أن الأمر بالتسبيح للاستحباب بحر : وفى المعراج وقال أبو مطيع البلخى تلميذ أبى حنيفة : إن الثلاث فرض . وعند أحمد يجب مرة كتسبيح السجود والتكبيرات والتسميع والدعاء بين السجدتين ، فلو تركه عمدا بطلت ، ولو سهوا لا . وفى القهستانى : وقيل يجب اه وهذا قول ثالث عندنا . وذكر فى الحلية أن الأمر به والمواظبة عليه متظافران على الوجوب ، فينبغى لزوم سجود السهو أو الإعادة لو تركه ساهيا أو عامدا ، ووافقه على هذا البحث العلامة إبراهيم الحلبى فى شرح المنية أيضا . وأجاب فى البحر بأنه عليه الصلاة والسلام لم يذكره للأعرابى حين علمه ، فهذا صارف للأمر عن الوجوب ، لكن استشعر فى شرح المنية ورود هذا فأجاب عنه بقوله : ولقائل أن يقول إنما يلزم ذلك أن لو لم يكن فى الصلاة واجب خارج عما علمه الأعرابى وليس كذلك ، بل تعيين الفاتحة وضم السورة أو ثلاث آيات ليس مما علمه للأعرابى ، بل ثبت بدليل آخر فلم لا يكون هذا كذلك ؟ اه .

والحاصل أن فى تثليث التسبيح فى الركوع والسجود ثلاثة أقوال عندنا ، أرجحها من حيث الدليل الوجوب تخريجا على القواعد المذهبية . فينبغي اعتماده كما اعتمد ابن الهمام ومن تبعه رواية وجوب القومة والجلسة والطمأنينة فيهما كما مر . وأما من حيث الرواية فالأرجح السنية لأنها المصرح بها فى مشاهير الكتب ، وصرحوا بأنه يكره أن ينقص عن الثلاث وأن الزيادة مستحبة بعد أن يختم على وتر خمس أو سبع أو تسع مالم يكن إماما فلا يطول ، وقدمنا فى سنن الصلاة عن أصول أبى اليسر أن حكم السنة أن يندب إلى تحصيلها ويلام على تركها مع حصول إثم يسير ، وهذا يفيد أن كراهة تركها فوق التنزيه وتحت المكروه تحريما . وبهذا يضعف قول البحر إن الكراهة هنا للتنزيه لأنه مستحب وإن تبعه الشارح وغيره فتدبر .

[تنبيه] السنة فى تسبيح الركوع سبحان ربى العظيم إلا إن كان لا يحسن الظاء فيبدل به الكريم لئلا يجرى على لسانه العزيم فتفسد به الصلاة كذا فى شرح درر البحار ، فليحفظ فإن العامة عنه غافلون حيث يأتون بدل الظاء بزاى مفخمة .

مطلب فى إطالة الركوع للجائى

(قوله وكره تحريما) لما فى البدائع والذخيرة عن أبى يوسف قال : سألت أبا حنيفة وابن أبى ليلى عن ذلك فكرهاه . وقال أبو حنيفة : أخشى عليه أمرا عظيما يعنى الشرك . وروى هشام عن محمد أنه كره ذلك أيضا ،

إطالة ركوع أو قراءة لإدراك الجائى : أى إن عرفه وإلا فلا بأس به ، ولو أراد التقرب إلى الله تعالى لم يكره اتفاقا لـكنه نادر وتسمى مسألة الرياء ، فينبغي التحرز عنها .

(و) اعلم أنه مما يبتنى على لزوم المتابعة فى الأركان أنه (لو رفع الإمام رأسه) من الركوع أو السجود (قبل أن يتم المأموم التسبيحات) الثلاث

وكذا روى عن مالك والشافعي فى الجديد ، وتوهم بعضهم من كلام الإمام أنه يصير مشركا فأفتى بإباحة دمه وليس كذلك ، وإنما أراد الشرك فى العمل لأن أول الركوع كان لله تعالى وآخره للجائى ولا يكفر . لأنه ما أراد التذلل والعبادة له ، وتمامه فى الحلية والبحر (قوله إطالة ركوع أو قراءة) وكذا القعود الأخير قبل السلام . وذكر فى السراج أن فيه خلافا ، وأشار إلى أن الـكلام فى المصلى : فلو انتظر قبل الصلاة فنى أذان البزازية لو انتظر الإقامة ليدرك الناس الجماعة يجوز لواحد بعد الاجتماع لا إلا إذا كان داعرا شريرا اه (قوله أى إن عرفه) عزاه فى شرح المنية إلى أكثر العلماء أى لأن انتظاره حينئذ يكون للتودد إليه لا للتقرب والإعانة على الخير (قوله وإلا فلا بأس) أى وإن لم يعرفه فلا بأس به لأنه إعانة على الطاعة ، لـكن يطوّل مقدار مالا يثقل على القوم بأن يزيد تسبيحة أو تسبيحتين على المعتاد ، ولفظة لا بأس تقيد فى الغالب أن تركه أفضل . وينبغى أن يكون هنا كذلك ، فإن فعل العبادة لأمر فيه شبهة عدم إخلاصها لله تعالى لا شك أن تركه أفضل : لقوله عليه الصلاة والسلام « دع مايريبك إلى مالا يريبك » ولأنه وإن كان إعانة على إدراك الركعة ففيه إعانة على التكاسل وترك المبادرة والتهيؤ للصلاة قبل حضور وقتها ، فالأولى تركه شرح المنية (قوله ولو أراد التقرب إلى الله تعالى) أى خاصة من غـير أن يتخالج قلبه شيء سوى التقرب حتى ولا الإعانة على إدراك الركعة : فيكون حينئذ هو الأفضل ، لـكنه فى غاية الندرة .

ويمكن أن يراد بالتقرب الإعانة على إدراك الركعة لما فيه من إعانة عباد الله على طاعته فيكون الأفضل تركه لما فيه من الشبهة التى ذكرناها شرح المنية ملخصا .

أقول : قصد الاعانة على إدراك الركعة مطلوب ، فقد شرعت إطالة الركعة الأولى فى الفجر اتفاقا وكذا فى غيره على الخلاف إعانة للناس على إدراكها لأنه وقت نوم وغفلة كما فهم الصحابة ذلك من فعله عليه الصلاة والسلام . وفى المنية : ويكره للإمام أن يعجلهم عن إكمال السنة : ونقل فى الحلية عن عبد الله بن المبارك وإسحق وإبراهيم والثورى أنه يستحب للإمام أن يسبح خمس تسبيحات ليدرك من خلفه الثلاث اه . فعلى هذا إذا قصد إعانة الجائى فهو أفضل بعد أن لا يخطر بباله التودد إليه ولا الحياء منه ونحوه ، ولهذا نقل فى المعراج عن الجامع الأصغر أنه مأجور ، لقوله تعالى — وتعاونوا على البر والتقوى — وفى أذان التاترخانية قال : وفى المنتقى أن تأخير المؤذن وتطويل القراءة لإدراك بعض الناس حرام ، هذا إذا مال لأهل الدنيا تطويلا وتأخيرا يشق على الناس .

فالحاصل أن التأخير القليل لإعانة أهل الخير غير مكروه اه قال ط : ويظهر أن من التقرب إطالة الإمام الركوع لإدراك مكبر لو رفع الإمام رأسه قبل إدراكه يظن أنه أدرك الركعة ، كما يقع لـكثير من العوام فيسلم مع الإمام بناء على ظنه ولا يتمكن الإمام من أمره بالإعادة أو الإتمام (قوله واعلم الخ) قدمنا فى بحث الواجبات الـكلام على المتابعة بما لا مزيد عليه ، وحققنا هناك أن المتابعة بمعنى عدم التأخير واجبة فى الفرائض والواجبات وسنة فى السنن ، فالتقييد بالأركان هنا فيه نظر ، على أن الرفع من الركوع أو السجود واجب أو سنة . وأيضا فإن المتابعة لم يتعرض لها المصنف هنا حتى يكون كلامه مبنيا عليها ، بل كان ينبغى بناء قوله وجب متابعته على قوله

(وجب متابعته) وكذا عكسه فيعود ولا يصير ذلك ركوعين (بخلاف سلامه) أو قيامه لثالثة (قبل تمام المؤتم التشهد) فإنه لايتابعه بل يتمه لوجوبه ، ولو لم يتم جاز ؛ ولو سلم والمؤتم فى أدعية التشهد تابعه لأنها سنة والناس عنه غافلون (ثم يرفع رأسه من ركوعه مسمعا) فى الولوالجية لو أبدل النون لاما تفسد ، وهل يقف بجزم أو تحريك ؟

ويسبح فيه ثلاثا فإنه سنة على المعتمد المشهور فى المذهب لا فرض ولا واجب كما مر ، فلا يترك المتابعة الواجبة لأجلها تأمل (قوله وجب متابعته) أي فى الأصح من الروايتين كما فى البحر (قوله وكذا عكسه) وهو أن يرفع المأموم رأسه من الركوع أو السجود قبل أن يتم الإمام التسبيحات ح (قوله فيعود) أى المقتدى لوجوب متابعته لإمامه فى إكمال الركوع وكراهة مسابقته له : فلو لم يعد ارتكب كراهة التحريم (قوله ولا يصيرذلك ركوعين) لأن عوده تتميم للركوع الأول لا ركوع مستقل ح (قوله فإنه لا يتابعه الخ) أى ولو خاف أن تفوته الركعة الثالثة مع الإمام كما صرح به فى الظهيرية ، وشمل بإطلاقه مالواقتدى به فى أثناءالتشهد الأول أو الأخير ، فحين قعد قام إمامه أو سلم ، ومقتضاه أنه يتم التشهد ثم يقوم ولم أره صريحا ، ثم رأيته فى الذخيرة ناقلا عن أبى الليث : المختار عندى أنه يتم التشهد وإن لم يفعل أجزأه اه ولله الحمد (قوله لوجوبه) أى لوجوب التشهد كما فى الخانية وغيرها ، ومقتضاه سقوط وجوب المتابعة كما سنذكره وإلا لم ينتج المطلوب فافهم (قوله ولو لم يتم جاز) أى صح مع كراهة التحريم كما أفاده ح ، ونازعه ط والرحمتى ، وهو مفاد ما فى شرح المنية حيث قال : والحاصل أن متابعة الإمام فى الفرائض والواجبات من غير تأخير واجبة فإن عارضها واجب لا ينبغى أن يفوته بل يأتى به ثم يتابعه ، لأن الإتيان به لا يفوت المتابعة بالكلية وإنما يؤخرها ، والمتابعة مع قطعه تفوته بالكلية ، فكان تأخير أحدالواجبين مع الإتيان بهما أولى من ترك أحدهما بالكلية . بخلاف ما إذا عارضتها سنة لأن ترك السنة أولى من تأخير الواجب اه .

أقول : ظاهره أن إتمام التشهد أولى لا واجب ، لكن لقائل أن يقول إن المتابعة الواجبة هنا معناها عدم التأخير فيلزم من إتمام التشهد تركها بالكلية ، فينبغى التعليل بأن المتابعة المذكورة إنما تجب إذا لم يعارضها واجب ، كما أن رد السلام واجب ؛ ويسقط إذا عارضه وجوب استماع الخطبة ، ومقتضى هذا أنه يجب إتمام التشهد ، لكن قد يدعى عكس التعليل فيقال إتمام التشهد واجب إذا لم يعارضه وجوب المتابعة نعم قولهم لايتابعه يدل على بقاء وجوب الإتمام وسقوط المتابعة لتأكد ما شرع فيه على ما يعرض بعده ، وكذا ما قدمناه عن الظهيرية ، وحينئذ فقولهم ولو لم يتم جاز معناه صح مع الكراهة التحريمية ، ويدل عليه أيضا تعليلهم بوجوب التشهد إذ لو كانت المتابعة واجبة أيضا لم يصح التعليل كما قدمناه فتدبر (قوله فى أدعية التشهد) يشمل الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم وبه صرح فى شرح المنية (قوله مسمعا) أى قائلا سمع الله لمن حمده ، وأفاد أنه لايكبر حالة الرفع خلافا لما فى المحيط من أنه سنة وإن ادعى الطحاوى تواتر العمل به ، لما روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم وأبا بكر وعمر وعليا وأبا هريرة رضى الله تعالى عنهم كانوا يكبرون عند كل خفض ورفع » فقد أجاب فى المعراج بأن المراد بالتكبير الذكر الذى فيه تعظيم لله تعالى جمعا بين الروايات والآثار والأخبار اه (قوله لوأبدل النون لاما) بأن قال لمل حمده تفسد ، لكن فى منية المصلى فى بحث زلة القارئ يرجى أن لا تفسد قال الحلبى فى شرحها لقرب المخرج ، والظاهر أن حكمه حكم الألثغ اه . واستحسنه صاحب القنية ، بل قال فى الحلية : وقد ذكر الحلوانى أن من الصحابة من رواه عن النبى صلى الله عليه وسلم وهى لغة بعض العرب ، ثم نقل عن الحدادى اختلاف المشايخ

قولان (ويكتفى به الإمام) وقالا يضم التحميد سرا (و) يكتفى (بالتحميد المؤتم) وأفضله: اللهم ربنا ولك الحمد، ثم حذف الواو، ثم حذف اللهم فقط (ويجمع بينهما لو منفردا) على المعتمد يسمع رافعا ويحمد مستويا (ويقوم مستويا) لما مر من أنه سنة أو واجب أو فرض (ثم يكبر) مع الخرور (ويسجد واضعا ركبتيه) أولا لقربهما من الأرض (ثم يديه) إلا لعذر (ثم وجهه)

فى الفساد بإبدال النون لاما فى — أنعمت — وفى — دينكم — وفى — المنفوش — (قوله قولان) فمن قال إن الهاء فى حمده للسكت يقف بالجزم، أو أنها كناية أى ضمير يقولها بالتحريك والإشباع. وفى الفتاوى الصوفية: المستحب الثانى اه خزائن. وذكر الشارح فى مختصر الفتاوى الصوفية أن ظاهر المحيط التخيير، ثم قال أو هى اسم لا ضمير فلا تسكن بحال، وهذا الوجه أبلغ لأن الإظهار فى أسماء الله تعالى أفخم من الإضمار، كذا فى تفسير البستى. زاد فى المحيط ولأن تحريك الهاء أثقل وأشق، وأفضل العبادة أشقها اه ملخصا.

والحاصل أن القواعد تقتضى إسكانها إذا كانت للسكت، وإن كانت ضميرا فلا تحرك إلا فى الدرج. فيحتمل أن يكون مراد القائل بتحريكها فى الوقف الروم المشهور عند القراء. وإذا ثبت أن هو من أسمائه تعالى كما ذكره بعض الصوفية لا يصح إسكان الهاء بحال، بل لا بد من ضمها وإشباعها لتظهر الواو الساكنة. وللسيدى عبد الغنى رسالة حقق فيها مذهب السادة الصوفية فى أن هو علم بالغلبة فى اصطلاحهم عليه تعالى، وأنه اسم ظاهر لا ضمير؛ ونقله عن جماعة منهم العصام فى حاشية البيضاوى، والفاسى فى شرح الدلائل، والإمام الغزالى. والعارف الجيلى وغيرهم، لكن كونه المراد هنا خلاف الظاهر، ولهذا قال فى المعراج عن الفوائد الحميدية الهاء فى حمده للسكت والاستراحة لا للكناية كذا نقل عن الثقات. وفى المستصفى أنها للكناية. وقال فى التاترخانية: وفى الأنفع الهاء للسكت والاستراحة. وفى الحجة أنه يقولها بالجزم ولا يبين الحركة ولا يقول هو اه (قوله وقالا يضم التحميد) هو رواية عن الإمام أيضا، وإليه مال الفضلى والطحاوى وجماعة من المتأخرين معراج عن الظهيرية واختاره فى الحاوى القدسى، ومشى عليه فى نور الإيضاح، لكن المتون على قول الإمام (قوله ثم حذف اللهم) أى مع إثبات الواو، وبقى رابعة وهى حذفهما والأربعة فى الأفضلية على هذا الترتيب كما أفاده بالعطف بثم (قوله على المعتمد) أى من أقوال ثلاثة مصححة. قال فى الخزائن: وهو الأصح كما فى الهداية والمجمع والملتقى، وصحح فى المبسوط أنه كالمؤتم، وصحح فى السراج معزيا لشيخ الإسلام أنه كالإمام. قال الباقانى: والمعتمد الأول اه (قوله يسمع) بتشديد الميم كما فى يحمد ح أى لكونهما من التسميع والتحميد. قال ط ولا يتعين التشديد فى الثانى بخلاف الأول، إذ لو خفف لأفاد خلاف المراد (قوله مستويا) هو للتأكيد، فإن مطلق القيام إنما يكون باستواء الشقين، وإنما أكد لغفلة الأكثرين عنه فليس بمستدرك كما ظن قهستانى، أو للتأسيس والمراد منه التعديل كما أفاده فى العناية (قوله لما مر من أنه سنة) أى على قولهما، أو واجب أى على ما اختاره الكمال وتلميذه، أو فرض أى على ما قاله أبو يوسف، ونقله الطحاوى عن الثلاثة ط (قوله ثم يكبر) أتى بثم للإشعار بالإطمئنان فإنه سنة أو واجب على ما اختاره الكمال (قوله مع الخرور) بأن يكون ابتداء التكبير عند ابتداء الخرور وانتهاؤه عند انتهائه شرح المنية، ويخر للسجود قائما مستويا لا منحنيا لئلا يزيد ركوعا آخر يدل عليه ما فى التاترخانية: لو صلى فلما تكلم تذكر أنه ترك ركوعا، فإن كان صلى صلاة العلماء الأتقياء أعاد، وإن صلى صلاة العوام فلا لأن العالم التقى ينحط للسجود قائما مستويا والعامى ينحط منحنيا وذلك ركوع، لأن قليل الانحناء محسوب من الركوع اه تأمل (قوله واضعا ركبتيه ثم يديه) قدمنا الخلاف فى أنه سنة أو فرض أو واجب وأن الأخير أعدل

مقدما أنفه لما مر (بين كفيه) اعتبارا لآخر الركعة بأولها ضاما أصابع يديه لتتوجه للقبلة (ويعكس نهوضه وسجد بأنفه) أى على ماصلب منه (وجبهته) حدها طولا من الصدغ إلى الصدغ ، وعرضا من أسفل الحاجبين إلى القحف ؛ ووضع أكثرها واجب ، وقيل فرض كبعضها وإن قل .

(وكره اقتصاره) فى السجود (على أحدهما) ومنعا الاكتفاء بالأنف بلا عذر وإليه صح رجوعه وعليه الفتوى كما حررناه فى شرح الملتقى

الأقوال ، وهو اختيار الكمال ، ويضع اليمنى منهما أولا ثم اليسرى كما فى القهستانى ، لكن الذى فى الخزائن واضعا ركبتيه ثم يديه إلا أن يعسر عليه لأجل خف أوغيره فيبدأ باليدين ويقدم اليمنى اه ومثله فى البدائع والتاترخانية والمعراج والبحر وغيرها ، ومقتضاه أن تقديم اليمنى إنما هو عند العذر الداعى إلى وضع اليدين أولا ، وإنه لاتيامن فى وضع الركبتين ، وهو الذى يظهر لعسر ذلك (قوله مقدما أنفه) أى على جبهته ، وقوله لما مر : أى لقربه من الأرض ، وماذكره مأخوذ من البحر ، لكن فى البدائع : ومنها أى من السنن أن يضع جبهته ثم أنفه. وقال بعضهم أنفه ثم جبهته اه ومثله فى التاترخانية والمعراج عن شرح الطحاوى ، ومقتضاه اعتماد تقديم الجبهة وأن العكس قول البعض تأمل (قوله بين كفيه) أى بحيث يكون إبهاماه حذاء أذنيه كما فى القهستانى . وعند الشافعى يضع يديه حذومنكبيه . والأول فى صحيح مسلم . والثانى فى صحيح البخارى : واختار المحقق ابن الهمام سنية كل منهما بناء على أنه عليه الصلاة والسلام فعل كلا أحيانا قال : إلا أن الأول أفضل ،لأن فيه زيادة المجافاة المسنونة اه وأقره شراح المنية والشرنبلالى (قوله اعتبار لآخر الركعة بأولها) فكما يجعل رأسه بين يديه عند التحريمة فكذا عند السجود سراج عن المبسوط ،وباقى الركعات ملحقة بأولاها التى فيها التحريمة (قوله ضاما أصابع يديه) أى ملصقا جنبات بعضها ببعض قهستانى وغيره ، ولا يندب الضم إلا هنا ولا التفريج إلا فى الركوع كما فى الزيلعى وغيره (قوله لتتوجه للقبلة) فإنه لو فرّجها يبقى الإبهام والخنصر غير متوجهين ، وهذا التعليل عزاه فى هامش الخزائن إلى الشمنى وغيره . قال : وعلله فى البحر بأن فى السجود تنزل الرحمة وبالضم ينال أكثر (قوله ويعكس نهوضه) أى يرفع فى النهوض من السجدة وجهه أولا ثم يديه ثم ركبتيه ، وهل يرفع الأنف قبل الجبهة : أى على القول بأنه يضعه قبلها قال فى الحلية : لم أقف على صريح فيه (قوله أى على ماصلب منه)وأما مالان منه فلايجوز الاقتصار عليه بإجماعهم بحر (قوله حدها طولا الخ) الصدغ : بضم الصاد مابين العين والأذن . والقحف : بالكسر العظم فوق الدماغ قاموس ، وهذا الحد عزاه فى هامش الخزائن إلى شرح المنية عن التجنيس ، ثم قال : وقيل هى ما اكتنفه الجبينان ، وقيل هى ما فوق الحاجبين إلى قصاص الشعر وهذا أوضح ، والمعنى واحد اه (قوله ووضع أكثرها واجب الخ) اختلف هل الفرض وضع أكثر الجبهة أم بعضها وإن قل ؟ قولان ، أرجحهما الثانى ، نعم وضع أكثر الجبهة واجب للمواظبة كما حرره فى البحر . وفى المعراج : وضع جميع أطراف الجبهة ليس بشرط إجماعا ، فإذا اقتصر على بعض الجبهة جاز وإن قل ، كذا ذكره أبو جعفر خزائن (قوله كبعضها وإن قل) لما كان وضع ما دون الأكثر متفقا على فرضيته جعله مشبها به . وحاصله أن صاحب هذا القيل ألحق الأكثر بما دونه فى الفرضية (قوله كما حررناه فى شرح الملتقى) حيث قال وإليه صح رجوع الإمام كما فى الشرنبلالية عن البرهان ، وعليه الفتوى كما فى المجمع وشروحه ،والوقاية وشروحها ، والجوهرة ، وصدر الشريعة ، والعينى ، والبحر والنهر وغيرها اه وذكر العلامة قاسم فى تصحيحه أن قولها رواية عنه وأن عليها الفتوى .

هذا ، وقد استشكله المحقق فى الفتح بأن القول بعدم جواز الاقتصار على الأنف يلزم منه الزيادة على الكتاب

وفيه يفترض وضع أصابع القدم

بخبر الواحد؛ يعني حديث « أمرت أن أسجد على سبعة أعظم » وقال : الحق أن مقتضاه ومقتضى المواظبة الوجوب فلو حمل قوله على كراهة التحريم وقولهما على وجوب الجمع لارتفع الخلاف ، وأقره فى شرح المنية وكذا فى البحر وزاد أن الدليل يقتضى وجوب السجود على الأنف أيضا كما هو ظاهر الكنز والمصنف ، فإن الكراهة عند الإطلاق للتحريم ، وبه صرح في المفيد والمزيد ، فما فى البدائع والتحفة والاختيار من عدم كراهة ترك السجود على الأنف ضعيف اهـ وهذا الذى حط عليه كلام صاحب الحلية فقال بعد ما أطال فى الاستدلال : فالأشبه وجوب وضعهما معا ، وكراهة ترك وضع كل تحريما ،وإذا كان الدليل ناهضا به فلا بأس بالقول به اهـ والله سبحانه أعلم (قوله وفيه الخ) أى فى شرح الملتقى ، وكذا قال فى الهداية . وأما وضع القدمين فقد ذكر القدورى أنه فرض فى السجود اهـ فإذا سجد ورفع أصابع رجليه لايجوز ، كذا ذكره الكرخى والجصاص . ولو وضع إحداهما جاز . قال قاضيخان : ويكره . وذكر الإمام التمرتاشى أن اليدين والقدمين سواء فى عدم الفرضية . وهو الذى يدل عليه كلام شيخ الإسلام فى مبسوطه . وكذا فى النهاية والعناية . قال فى المجتبى : قلت ظاهر ما فى مختصر الكرخى والمحيط والقدورى أنه إذا رفع إحداهما دون الأخرى لايجوز . وقد رأيت فى بعض النسخ فيه روايتان هذه على رواية الجواز برفع إحداهما فى الفيض والخلاصة وغيرهما . فصار فى المسألة ثلاث روايات : الأولى فرضية وضعهما . الثانية فرضية إحداهما . الثالثة عدم الفرضية ، وظاهره أنه سنة. قال فى البحر : وذهب شيخ الإسلام إلى أن وضعهما سنة فتكون الكراهة تنزيهية اهـ . وقد اختار فى العناية هذه الرواية الثالثة وقال إنها الحق . وتبعه فى الدرر . ووجهه أن السجود لايتوقف تحققه على وضع القدمين فيكون افتراض وضعهما زيادة على الكتاب بخبر الواحد ، لكن رده فى شرح المنية وقال إن قوله هو الحق بعيد عن الحق وبضده أحق ، إذ لا رواية تساعده والدراية تنفيه ، لأن ما لا يتوصل إلى الفرض إلا به فهو فرض ، وحيث تظافرت الروايات عن أئمتنا بأن وضع اليدين والركبتين سنة ،ولم ترد رواية بأنه فرض تعين وضع القدمين أو إحداهما للفرضية ،ضرورة التوصل إلى وضع الجبهة ، وهذا لو لم ترد به عنهم رواية كيف والروايات فيه متوافرة اهـ . ويؤيده ما فى شرح المجمع لمصنفه حيث استدل على أن وضع اليدين والركبتين سنة بأن ماهية السجدة حاصلة بوضع الوجه والقدمين على الأرض الخ وكذا ما فى الكفاية عن الزاهدى من أن ظاهر الرواية ماذكر فى مختصر الكرخى ، وبه جزم فى السراج فقال : لو رفعهما فى حال سجوده لايجزيه ، ولو رفع إحداهما جاز . وقال فى الفيض : وبه يفتى .

هذا ، وقال فى الحلية : والأوجه على منوال ماسبق هو الوجوب لما سبق من الحديث اهـ أى على منوال ماحققه شيخه من الاستدلال على وجوب وضع اليدين والركبتين ، وتقدم أنه أعدل الأقوال فكذا هنا . فيكون وضع القدمين كذلك ، واختاره أيضا فى البحر والشرنبلالية .

قلت : ويمكن حمل كل من الروايتين السابقتين عليه بحمل ماذكره الكرخى وغيره من عدم الجواز برفعهما على عدم الحل لاعدم الصحة . وكذا نفى التمرتاشى وشيخ الإسلام فرضية وضعهما لاينافى الوجوب . وتصريح القدورى بالفرضية يمكن تأويله فإن الفرض قد يطلق على الواجب تأمل ، وما مر عن شرح المنية للبحث فيه مجال ، لأن وضع الجبهة لايتوقف تحققه على وضع القدمين ، بل توقفه على الركبتين واليدين أبلغ . فدعوى فرضية وضع القدمين دون غيرهما ترجيح بلا مرجح ، والروايات المتظافرة إنما هى فى عدم الجواز كما يظهر من كلامهم فى الفرضية ، وعدم الجواز صادق بالوجوب كما ذكرنا . ولم ينقل التعبير بالفرضية إلا عن القدورى . ولهذا والله أعلم

ولو واحدة نحو القبلة وإلا لم تجز ، والناس عنه غافلون (كما يكره تنزيها بكور عمامته) إلا بعذر (وإن صح عندنا) (بشرط كونه على جبهته) كلها أو بعضها كما مر (أما إذا كان) الكور (على رأسه فقط وسجد عليه مقتصرا) أى ولم تصب الأرض جبهته ولا أنفه على القول به (لا) يصح لعدم السجود على محله وبشرط طهارة المكان وأن يجد حجم الأرض

قال فى البحر وذكر القدورى أن وضعهما فرض ، وهوضعيف اه .

والحاصل أن المشهور فى كتب المذهب اعتماد الفرضية ، والأرجح من حيث الدليل والقواعد عدم الفرضية ، ولذا قال فى العناية والدرر : إنه الحق . ثم الأوجه حمل عدم الفرضية على الوجوب ، والله أعلم (قوله ولو واحدة) صرح به فى الفيض (قوله نحو القبلة) قال فى البزازية : والمراد بوضع القدم هنا وضع الأصابع أو جزء من القدم وإن وضع أصبعا واحدة أو ظهر القدم بلا أصابع ، إن وضع مع ذلك إحدى قدميه صح وإلا لا اه . قال فى شرح المنية بعد نقله ذلك : وفهم منه أن المراد بوضع الأصابع توجيهها نحو القبلة ليكون الاعتماد عليها ، وإلا فهو وضع ظهر القدم ، وقد جعلوه غير معتبر ، وهذا مما يجب التنبه له ، فإن أكثر الناس عنه غافلون اه .

أقول : وفيه نظر ، فقد قال فى الفيض : ولو وضع ظهر القدم دون الأصابع ، بأن كان المكان ضيقا أو وضع إحداهما دون الأخرى لضيقه جاز ، كما لو قام على قدم واحد وإن لم يكن المكان ضيقا يكره اه فهذا صريح فى اعتبار وضع ظاهر القدم ، وإنما الكلام فى الكراهة بلا عذر ، لكن رأيت فى الخلاصة أن وضع إحداهما بإن الشرطية بدل أو العاطفة اه لكن هذا ليس صريحا فى اشتراط توجيه الأصابع ، بل المصرح به أن توجيهها نحو القبلة سنة يكره تركها ، كما فى البرجندي والقهستانى ، وسيأتى تمامه عند تعرض المصنف له قريبا (قوله تنزيها) لما كان فى المتن اشتباه فإنه جعل الكراهة فى الاقتصار على أحدهما . وفى السجود على الكور واحدة ، وهى فى الأولى تحريمية وفى الثانية تنزيهية ؛ أشار إلى توضيحه ، وقد أفاده فى البحر ط (قوله بكور) الباء بمعنى على كما فى أبى السعود ، وهو بفتح الكاف كما فى القاموس . والذى فى الشبراملسى على المواهب عن عصام أنه بالضم ، وبالفتح شاذ ، وهو دور العمامة ط (قوله بشرط كونه) أى كون الكور الذى سجد عليه على الجبهة لافوقها . ولما كان الكور مفردا مضافا يعم ربما يتوهم أنه إذا كانت العمامة ذات أكوار : كور منها على الجبهة ،وكورمنها أرفع منه على الرأس ، وهكذا إنه يصح السجود على أى كورمنها نبه على دفعه بقوله بشرط الخ وهذا معنى قوله فى الشرنبلالية أى دور من أدوارها نزل على جبهته ، لاجملتها كما يفعله بعض من لاعلم عنده اه ، فقوله لاجملتها معناه ماقلناه ، وليس معناه أنه إذا كان على الجبهة أكثر من كور واحد لايصح السجود عليه حتى يعترض عليه بأن العلة وجدان الحجم فلا يتقيد بكور واحد ، فإن هذا المعنى لايتوهمه أحد ، ويدل على أن مراد الشرنبلالى ماقلناه آخر عبارته حيث قال قد نبهنا بما ذكرنا تنبيها حسنا ، وهو أن صحة السجود على الكور إذا كان على الجبهة أو بعضها . أما إذا كان على الرأس فقط وسجد عليه ولم تصب جبهته الأرض على القول بتعيينها ولاأنفه على مقابله لاتصح اه فافهم (قوله كما مر) أى فى قوله وقيل فرض كبعضها وإن قل ح (قوله أى ولم تصب) الأولى حذف الواو لأنه بيان لقوله مقتصرا ط (قوله على القول به) أى بجواز الاقتصار على الأنف (قوله على محله) أى محل السجود الذى هو الجبهة والأنف (قوله وبشرط) معطوف على قول المصنف بشرط (قوله وأن يجد حجم الأرض) تفسيره أن الساجد لو بالغ لاينسفل رأسه أبلغ من ذلك ، فصح على طنفسة وحصير وحنطة وشعير وسرير وعجلة إن كانت على الأرض لاعلى ظهر حيوان كبساط مشدود بين أشجار ، ولا على أرز أوذرة

والناس عنه غافلون :

(ولو سجد على كمه أو فاضل ثوبه صح لو المكان) المبسوط عليه ذلك (طاهرا) وإلا لا ، مالم يعد سجوده على طاهر فيصح اتفاقا ، وكذا حكم كل متصل ولو بعضه

إلا فى جوالق أو ثلج إن لم يلبده وكان يغيب فيه وجهه ولا يجد حجمه ، أو حشيش إلا إن وجد حجمه . ومن هنا يعلم الجواز على الطراحة القطن ، فإن وجد الحجم جاز وإلا فلا بحر (قوله والناس عنه غافلون) أى عن اشتراط وجود الحجم فى السجود على نحو الكور والطراحة ، كما يغفلون عن اشتراط السجود على الجبهة فى كور العمامة (قوله صح) أى لأن اعتبار الكم تبعا للمصلى يقتضى عدم اعتباره حائلا فيصير كأنه سجد بلا حائل . ولا يجوز مس المصحف بكمه كما لايجوز بكفه (قوله المبسوط عليه ذلك) الإشارة إلى الكم أو فاضل الثوب (قوله وإلا لا) أى وإن لم يكن طاهرا فلا يصح فى الأصح وإن كان فى المرغينانى صحح الجواز فإنه ليس بشىء فتح (قوله فيصح اتفاقا) أى إن أعاد سجوده على طاهر صح اتفاقا ، ولم أر نقل هذه المسألة بخصوصها ، وإنما رأيت فى السراج مايدل عليها حيث قال : إن كانت النجاسة فى موضع سجوده ؛ فعن أبى حنيفة روايتان إحداهما أن صلاته لاتجوز لأن السجود ركن كالقيام ، وبه قال أبو يوسف ومحمد وزفر ، لأن وضع الجبهة عندهم فرض والجبهة أكثر من قدر الدرهم ، فإذا استعمله فى الصلاة لم تجز ، وإن أعاد تلك السجدة على موضع طاهر جاز عند أصحابنا الثلاثة . وعند زفر لايجوز إلا باستئناف الصلاة . والرواية الثانية عن أبى حنيفة أن صلاته جائزة ، لأن الواجب عنده فى السجود أن يسجد على طرف أنفه وذلك أقل من قدر الدرهم اه . فقوله وإن أعاد الخ يدل على ما ذكره الشارح بالأولى ، لأن هذا فى السجود على النجس بلا حائل ، لكن فى المنية وشرحها مايخالفه ، فإنه قال : ولو سجد على شىء نجس تفسد صلاته سواء أعاد سجوده على طاهر أولا عندهما . وقال أبو يوسف : إن أعاده على طاهر لاتفسد ، وهذا بناء على أنه بالسجود على النجس تفسد السجدة لا الصلاة عنده . وعندهما تفسد الصلاة لفساد جزئها وكونه لاتجزى اه ملخصا . وفى إمداد الفتاح : لايصح لو أعاده على طاهر فى ظاهر الرواية . وروى عن أبى يوسف الجواز اه والخلاف على هذا الوجه هو المذكور فى المجمع والمنظومة والكافى والدرر والمواهب وغيرها ، وكذا فى بحث النهى من كتب الأصول كالمنار والتحرير وأصول فخر الإسلام . وأما على الوجه الذى ذكره فى السراج فقد عزاه فى شرح التحرير إلى شرح القدورى على مختصر الكرخى ، وعزاه فى الحلية إلى الزاهدى والمحيط عن النوادر معللا بأن الوضع ليس باستعمال للنجاسة حقيقة ، فانحطت درجته عن الحمل فلم يفسد لكنه لم يقع معتدا به اه لكن يكفينا كون مافى السراج رواية النوادر ، وما فى عامة الكتب هو ظاهر الرواية كما مر عن الإمداد ، وبه صرح فى الحلية والبدائع ، ويؤيده ماصرحوا به بلا نقل خلاف من اشتراط طهارة الثوب والبدن والمكان ، فلو وقف ابتداء على مكان نجس لاتنعقد صلاته . وفى الخانية : إذا وقف المصلى على مكان طاهر ثم تحول إلى مكان نجس ثم عاد إلى الأول إن لم يمكث على النجاسة مقدار مايمكنه فيه أداء أدنى ركن جازت صلاته وإلا فلا اه وهذا كله إذا كان السجود أو القيام على النجاسة بلا حائل منفصل ، وقد علمت مما قدمناه عن الفتح عدم اعتبارهم الحائل المتصل حائلا لتبعيته للمصلى ، ولذا لو قام على النجاسة وهو لابس خفا لم تصح صلاته وكذلك السجود ، ولو اعتبر حائلا لصحت سجدته بدون إعادتها على طاهر ؛ فعلم أن ما ذكره الشارح مبنى على مافى السراج ، وقد علمت أنه خلاف ما فى عامة كتب المذهب وخلاف ظاهر الرواية ، والله أعلم (قوله وكذا حكم كل متصل) أى يصح السجود عليه بشرط طهارة ماتحته (قوله ولو بعضه الخ) كذا أطلقت

كـكفه فى الأصح وفخذه لو بعذر لاركبته ، لكن صحح الحلبي أنها كفخذه (وكره) بسط ذلك (إن لم يكن ثمة تراب أو حصاة) أو حر أو برد لأنه ترفع (وإلا) يكن ترفعا ، فإذا لم يخف أذى (لا) بأس به فيكره تنزيها ، وإن خافه كان مباحا :

وفى الزيلعي : إن لدفع تراب عن وجهه كره ، وعن عمامته لا ، وصحح الحلبي عدم كراهة بسط الخرقة ولو بسط القباء جعل كتفه تحت قدميه وسجد على ذيله لأنه أقرب للتواضع (وإن سجد للزحام على ظهر) هل هو قيد احترازى(١) لم أره (مصل صلاته) التى هو فيها (جاز) للضرورة (وإن لم يصلها) بل صلى غيرها أو لم يصل أصلا

الصحة فى كثير من الـكتب . وزاد فى القنية أنه يكره أى لما فيه من مخالفة المأثور . وقال فى الفتح: ينبغى ترجيح الفساد على الـكف والفخذ . قال فى شرح المنية : وما فى القنية هو الوسط أى وخير الأمور أوسطها (قوله وفخذه لو بعذر) أى بزحمة كما فى المنية ؛ لـكن قال فى الحلية : والذى ينبغى أنه إنما يجوز بالعذر الشرعى المجوّز للإيماء به باعتبار مافى ضمنه من الإيماء به ، كما قلنا فيما لو رفع إلى وجهه شيئا يسجد عليه وخفض رأسه ، ومن المعلوم أن الزحام ليس بعذر مجوز للإيماء بالسجود اهـ :

قلت : الظاهر أنه مجوز له ، فإن مايأتى من تجويزه على ظهر مصل صلاته يفيده تأمل. والظاهر أن هذه المسألة مفروضة على تقدير الإمكان ، وإلا فالسجود على الفخذ غير ممكن عادة (قوله لا ركبته) أى بعذر أو بدونه ، لـكن يكفيه الإيماء لو بعذر زيلعى وغيره (قوله إنها كفخذه) أى فيصح بعذر ، والخلاف مبنى على أن الشرط فى السجود وضع أكثر الجبهة أو بعضها وإن قل ، ومعلوم أن الركبة لا تستوعب أكثر الجبهة ؛ وقد علمت أن الأصح هو الثانى ، فلذا صحح الحلبى الجواز ح (قوله وكره بسط ذلك) أى ماذكر من الحائل المتصل به ؛ أما المنفصل فلا يكره كما يأتى (قوله لأنه ترفع) أى تـكبر فيـكره تحريما إن قصد ذلك (قوله وإلا يكن ترفعا) أى وإن لم يكن قصد بذلك ترفعا ، وكان ينبغى التصريح فيما قبله بقصد الترفع حتى تظهر المقابلة ،ثم مراد الشارح بهذا وما بعده التوفيق بين عباراتهم ؛ ففى بعضها يكره ، وفى بعضها لا بأس به ،وفى بعضها لايكره فأشار إلى حمل كل منها على حالة كما وفق به فى البحر تبعا للحلية (قوله كره) أى لأنه دليل قصد الترفع ، بخلافه عن العمامة فإنه لصيانة المال (قوله وصحح الحلبي الخ) حيث قال وأما على الخرقة ونحوها فالصحيح عدم الـكراهة ، ففى الحديث الصحيح «أنه عليه الصلاة والسلام كان تحمل له الخمرة فيسجد عليها» وهى حصير صغيرة من الخوص؟ ويحكى عن الإمام أنه سجد فى المسجد الحرام على الخرقة فنهاه رجل ، فقال له الإمام من أين أنت ؟ فقال : من خوارزم ، فقال الإمام : جاء التـكبير من ورائى : أى تتعلمون منا ثم تعلمونا ، هل تصلون على البوارى فى بلادكم ؟ قال نعم ، فقال : تجوّز الصلاة على الحشيش ولا تجوزها على الخرقة .

والحاصل أنه لاكراهة فى السجود على شىء مما فرش على الأرض مما لايتحرك بحركة المصلى بالإجماع الخ اهـ ولـكن الأفضل عندنا السجود على الأرض أو على ماتنبته كما فى نور الإيضاح ومنية المصلى (قوله لأنه أقرب للتواضع) أى لقربه من الأرض . وعلل فى البزازية أيضا بأن الذيل فى مساقط الزبل وطهارة موضع القدمين فى القيام شرط وفاقا ، وموضع السجدة مختلف لأنها تتأتى بالأنف وهو أقل من الدرهم اهـ (قوله لم أره) أصل التوقف للشرنبلالى وهذا بناء على القول الشارط أن يكون السجود على ظهر مصل صلاته ، وهو الذى مشى عليه

---

(١) (قول الشارح هل هو قيد احترازى الخ) أى لم يدر تقييد المتون بالظاهر اتفاقى فيوافق ماسينقله أم احترازى ؟ فيكون فى المسألة قولان اهـ .

أو كان فرجة (لا) يصح ، وشرط فى الكفاية كون ركبتى الساجد على الأرض . وشرط فى المجتبى سجود المسجود عليه على الأرض فالشروط خمسة ، لكن نقل القهستانى الجواز ولو الثانى على ظهر الثالث وعلى ظهر غير المصلى بل على ظهر كل مأكول بل على غير الظهر كالفخذين للعذر (ولو كان موضع سجوده أرفع من موضع القدمين بمقدار لبنتين منصوبتين جاز) سجوده (وإن أكثر لا) إلا لزحمة كما مر ، والمراد لبنة بخارى ، وهى ربع ذراع عرض ستة أصابع ، فقدار ارتفاعهما نصف ذراع ثنتا عشرة أصبعا ، ذكره الحلبى (ويظهر عضديه) فى غير زحمة (ويباعد بطنه عن فخذيه) ليظهر كل عضو بنفسه ، بخلاف الصفوف فإن المقصود اتحادهم حتى كأنهم جسد واحد (ويستقبل بأطراف أصابعه رجليه القبلة ، ويكره إن لم يفعل) ذلك ،

فى المتن كالوقاية والملتقى والكمال وابن الكمال والخلاصة والواقعات وغيرها ، ولا يخفى أن مفاهيم الكتب معتبرة وأما ماسيأتى عن القهستانى من عدم اشتراط الظهر وعدم اشتراط المشاركة فى الصلاة فهو قول آخر مخالف لما فى عامة الكتب ، على أنه ليس فى القهستانى عدم اشتراط الظهر فافهم (قوله وشرط فى المجتبى الخ) عبر عنه فى المعراج بقيل (قوله لكن الخ) استدراك على المجتبى . وعبارة القهستانى : هذا إذا كان ركبتاه على الأرض وإلا فلا يجزيه(١) وقيل لايجزيه وإن كان سجود الثانى على ظهر الثالث كما فى جمعة الكفاية . وفى الكلام إشارة إلى أن المستحب التأخير إلى أن يزول الزحام كما فى الجلابى ، وإلى أنه لايجوز غير الظهر ، لكن فى الزاهدى : يجوز على الفخذين والركبتين بعذر على المختار ، وعلى اليدين والكمين مطلقا . وإلى أنه لايجوز على ظهر غير المصلى كما قال الحسن ، لكن فى الأصل أنه يجوز كما فى المحيط . وفى تيمم الزاهدى: يجوز على ظهر كل مأكول ه (قوله وعلى غير ظهر المصلى) أى بأن سجد على أليتيه أو على عقب رجله ، لكن ليس هذا موجودا(٢) فى عبارة القهستانى كما علمته (قوله بل على غير الظهر كالفخذين) أى فخذى نفسه كما مر (قوله ولو كان الخ) المسألة مذكورة فى عامة المتداولات كما فى القهستانى والحلية ، وعزاها فى المعراج إلى مبسوط شيخ الإسلام . وكان ينبغى للمصنف تقديمها على المسألة التى قبلها ، لأن تلك مستثناة من هذه كما أشار إليه الشارح (قوله منصوبتين) أى موضوعة إحداهما فوق الأخرى (قوله جاز سجوده) الظاهر أنه مع الكراهة لمخالفته للمأثور من فعله صلى الله عليه وسلم (قوله كما مر) أى فى السجود على الظهر فإنه أرفع من نصف ذراع ح (قوله عرضه ستة أصابع) أى مقدار بعرض ستة أصابع مضموم بعضها إلى بعض لا بطولها (قوله ثنتا عشرة أصبعا) بدل من نصف ذراع ح ، فالمراد بالذراع ذراع الكرباس وهو ذراع اليد شبران تقريبا كما قررناه فى بحث المياه (قوله ذكره الحلبى) أى ذكر تحديد نصف الذراع بذلك . وقد توقف فى الحلية فى مقداره وفى وجه التحديد به فقال الله أعلم بذلك (قوله فى غير زحمة) جعله قيد الإظهار العضدين فقط تبعا للمجتبى . قال فى البحر أخذا من الحلية وهذا أولى مما فى الهداية والكافى والزيلعى من أنه إذا كان فى الصف لايجافى بطنه عن فخذيه لأن الإيذاء لايحصل من مجرد المحاذاة ، وإنما يحصل من إظهار العضدين اه (قوله ويكره إن لم يفعل ذلك) كذا فى التجنيس لصاحب الهداية . وقال الرملى فى حاشية البحر : ظاهره أنه سنة ، وبه صرح فى زاد الفقير اه :

---

(١) (قوله وقيل لايجزيه الخ) فى العبارة سقط ، ولعل أصلها هكذا : وقيل لايجوز إذا كان سجود الثانى على ظهر الثالث ، وقيل يجوز وإن كان سجود الثانى على ظهر الثالث اه .

(٢) (قوله لكن ليس هذا موجودا الخ) هذا ماذكره أولا بقوله على أنه ليس فى القهستانى عدم اشتراط الظهر ، وفيه نظر ، فإن القهستانى ذكر المسألة بقوله لكن فى الزاهدى يجوز على الفخذين والركبتين بعذر الخ ، وهذا على النسخة التى كتب عليها المحشى ؛ وأما نسخة الشارح التى بأيدينا فليس فيها تقديم لفظ غير كما ترى ؛ وقد ذكر القهستانى المسألة على هذه النسخة بقوله لكن فى الأصل الخ اه.

كما يكره لو وضع قدما ورفع أخرى بلا عذر (ويسبح فيه ثلاثا) كما مر (والمرأة تنخفض) فلا تبدى عضديها (وتلصق بطنها بفخذيها) لأنه أستر ، وحررنا فى الخزائن أنها تخالف الرجل فى خمسة وعشرين

قلت : ونقل الشيخ إسمعيل التصريح بأنه سنة عن البرجندى والحاوى ، ومثله فى الضياء المعنوى والقهستانى عن الجلابى . وقال فى الحلية : ومن سنن السجود أن يوجه أصابعه نحو القبلة ، لما فى صحيح البخارى وسنن أبى داود عن أبى حميد رضى الله عنه فى صفة صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم « فإذا سجد وضع يديه غير مفترش ولا قابضهما ، واستقبل بأطراف أصابع رجليه إلى القبلة » اه وقدمنا أن فى وضع القدم ثلاث روايات : الفرضية والوجوب ، والسنية ، وأن المراد بوضع القدم وضع أصابعها ولو واحدة ، وأن المشهور فى كتب المذهب الرواية الأولى ، وأن ابن أمير حاج رجح فى الحلية الثانية ، وصرح هنا بأن توجيه الأصابع نحو القبلة سنة ، فثبت ماقدمناه من أن الخلاف السابق فى أصل الوضع لا فى التوجيه ، وأن التوجيه سنة عندنا قولا واحدا ، خلافا لما مشى عليه الشارح تبعا لشرح المنية ، ويؤيد ماقلناه أن المحقق ابن الهمام قال فى زاد الفقير ومنها : أى من سنن الصلاة توجيه أصابع رجليه إلى القبلة ووضع الركبتين ، واختلف فى القدمين اه فهذا صريح فيما قلناه حيث جزم بأن توجيه الأصابع سنة ، وذكر الخلاف فى أصل وضع القدمين : أى هل هو سنة أو فرض أو واجب؟ فاغتنم هذا التحرير فإنى لم أر من نبه عليه ، والحمد لله رب العالمين .

[تنبيه] تقدم فى الركوع أنه يسن إلصاق الكعبين ، ولم يذكروا ذلك فى السجود ، وقدمنا أنه ربما يفهم منه أن السجود كذلك إذا لم يذكروا تفريجهما بعد الركوع فالأصل بقاؤهما هنا كذلك تأمل (قوله كما مر) أى نظير مامر فى تسبيح الركوع من أقله ثلاث ، وأنه لو تركه أو نقصه كره تنزيها ، وقدمنا الخلاف فى ذلك (قوله فلا تبدى عضديها) كتب فى هامش الخزائن أن هذا رد على الحلبى ، حيث جعل الثانى تفسيرا للانخفاض مع أن الأصل فى العطف المغايرة تنبه اه (قوله وحررنا فى الخزائن الخ) وذلك حيث قال تنبيه ذكر الزيلعى أنها تخالف الرجل فى عشر ، وقد زدت أكثر من ضعفها : ترفع يديها حذاء منكبيها ، ولا تخرج يديها من كميها ، وتضع الكف على الكف تحت ثديها ، وتنحنى فى الركوع قليلا ، ولا تعقد ولا تفرج فيه أصابعها بل تضمها وتضع يديها على ركبتيها ، ولا تحنى ركبتيها ، وتنضم فى ركوعها وسجودها ، وتفترش ذراعيها ، وتتورك فى التشهد وتضع فيه يديها تبلغ رؤوس أصابعها ركبتيها ، وتضم فيه أصابعها ، وإذا نابها شىء فى صلاتها تصفق ولا تسبح ، ولا تؤم الرجل ، وتكره جماعتهن ، ويقف الإمام وسطهن ، ويكره حضورها الجماعة ، وتؤخر مع الرجال ، ولا جمعة عليها ، لكن تنعقد بها ، ولا عيد ، ولا تكبير تشريق ، ولا يستحب أن تسفر بالفجر ، ولا تجهر فى الجهرية ، بل لو قيل بالفساد بجهرها لأمكن بناء على أن صوتها عورة . وأفاده الحدادى أن الأمة كالحرة إلا فى الرفع عند الإحرام فإنها كالرجل اه .

أقول : وقوله ولا تحنى ركبتيها صوابه وتحنى بدون لا كما قدمناه عن المعراج عند قول الشارح فى الركوع ويسن أن يلصق كعبيه ، وقوله تبلغ رؤوس أصابعها ركبتيها مبنى على القول بأن الرجل يضع يديه فى التشهد على ركبتيه . والصحيح أنهما سواء كما سنذكره ، وقوله لكن تنعقد بها ، صوابه لكن تصح منها إذ لا عبرة بالنساء والصبيان فى جماعة الجمعة والشرط فيهم ثلاثة رجال ، وقدمنا أيضا عن المعراج عن شرح الوجيز أن الخنثى كالمرأة .

وحاصل ماذكره أن المخالفة فى ست وعشرين : وذكر فى البحر أنها لاتنصب أصابع القدمين كما ذكره

(ثم يرفع رأسه مكبرا ويكفي فيه) مع الكراهة (أدنى مايطلق عليه اسم الرفع) كما صححه فى المحيط لتعلق الركنية بالأدنى كسائر الأركان ، بل لو سجد على لوح فنزع فسجد بلا رفع أصلا صح . وصحح فى الهداية أنه إن كان إلى القعود أقرب صح وإلا لا ، ورجحه فى النهر والشرنبلالية ثم السجدة الصلاتية تتم بالرفع(١) عند محمد وعليه الفتوى كالتلاوية اتفاقا مجمع (ويجلس بين السجدتين مطمئنا) لما مر . ويضع يديه على فخذيه كالتشهد منية المصلى (وليس بينهما ذكر مسنون ، وكذا) ليس (بعد رفعه من الركوع) دعاء . وكذا لا يأتى فى ركوعه وسجوده بغير التسبيح (على المذهب) وما ورد

فى المجتبى ؛ ثم هذا كله فيما يرجع إلى الصلاة ، وإلا فالمرأة تخالف الرجل فى مسائل كثيرة مذكورة فى أحكامات الأشباه فراجعها (قوله مع الكراهة) أى أشد الكراهة كما فى شرح المنية (قوله بل لو سجد الخ) المناسب هنا التفريع ، لأن هذا مفرع على القول بأن الرفع سنة وإن كانت السجدة الثانية فرضا لتحققها بدونه فى هذه الصورة وكذا يتفرع على القول بالوجوب الذى رجحه فى الفتح والحلية . بخلاف القول بالفرضية الذى صححه فى الهداية فافهم (قوله صح وإلا لا) علله فى الهداية بأن ماقرب من الشىء يعطى حكمه (قوله ورجحه فى النهر الخ) قال فى الخزائن : وفى الشرنبلالية عن البرهان أنه الأصح عن الإمام . وفى النهر أنه الذى ينبغى التعويل عليه . وعليه اقتصر الباقانى اهـ (قوله تتم بالرفع عند محمد) وعند أبى يوسف بالوضع . وثمرة الخلاف فيما لو أحدث وهو ساجد فذهب وتوضأ يعيد السجدة عند محمد لا عند أبى يوسف ، وفيما إذا لم يقعد على الرابعة وأحدث فى السجدة الأولى من الخامسة توضأ وقعد عند محمد وبطلت عند أبى يوسف ح .

أقول : وانظر قول أبى يوسف المذكور مع قوله بفرضية القعدة بين السجدتين والطمأنينة فيها فإنه يقتضى فرضية الرفع فتأمل . ثم ظهر أن الرفع المذكور فرض مستقل عنده لا متمم للسجدة . كذا أفاده شيخنا حفظه الله تعالى (قوله كالتلاوية) حتى لو تكلم فيها أو أحدث فعليه إعادتها ابن ملك عن الخانية (قوله مطمئنا) أى بقدر تسبيحة كما فى متن الدرر والسراج ، وهل هذا بيان لأكثره أو لأقله ؟ الظاهر الأول بدليل قول المصنف وليس بينهما ذكر مسنون ، وقدمنا فى الواجبات عن ط أنه لو أطال هذه الجلسة أو قومة الركوع أكثر من تسبيحة بقدر تسبيحة ساهيا يلزمه سجود السهو اهـ وقدمنا مافيه تأمل (قوله لما مر) أى من أنه سنة أو واجب أو فرض ح (قوله وليس بينهما ذكر مسنون) قال أبو يوسف : سألت الإمام أيقول الرجل إذا رفع رأسه من الركوع والسجود اللهم اغفر لى ؟ قال : يقول ربنا لك الحمد وسكت ، ولقد أحسن فى الجواب إذ لم ينه عن الاستغفار نهر وغيره .

أقول : بل فيه إشارة إلى أنه غير مكروه ، إذ لو كان مكروها لنهى عنه كما ينهى عن القراءة فى الركوع والسجود وعدم كونه مسنونا لاينافى الجواز كالتسمية بين الفاتحة والسورة ، بل ينبغى أن يندب الدعاء بالمغفرة بين السجدتين خروجا من خلاف الإمام أحمد لإبطاله الصلاة بتركه عامدا ولم أر من صرح بذلك عندنا ، لكن صرحوا باستحباب مراعاة الخلاف ، والله أعلم (قوله وماورد الخ) فمن الوارد فى الركوع والسجود مافى صحيح مسلم « أنه صلى الله عليه وسلم كان إذا ركع قال : اللهم لك ركعت وبك آمنت ولك أسلمت خشع لك سمعى وبصرى ومخى وعظمى وعصبى ، وإذا سجد قال : اللهم لك سجدت وبك آمنت ولك أسلمت ، سجد وجهى للذى

---

(١) (قول الشارح الصلاتية تتم بالرفع الخ) نظرا للفرق بين التلاوية والصلاتية ، ولعل وجهه أن التلاوية عبادة مستقلة لابد فيها من بداية ونهاية بخلاف تلك اهـ .

محمول على النفل (ويكبر ويسجد) ثانية (مطمئنا ويكبر للنهوض) على صدور قدميه (بلا اعتماد وقعود) استراحة ولو فعل لابأس . ويكره تقديم إحدى رجليه عند النهوض (والركعة الثانية كالأولى) فيما مر (غير أنه لايأتى بثناء ولا تعوذ فيها) إذ لم يشرعا إلا مرة :

(ولا يسن) مؤكدا (رفع يديه إلا فى) سبع مواطن كما ورد ، بناء على أن الصفا والمروة واحد نظراً للسعى

خلقه وصوّره وشق سمعه وبصره تبارك الله أحسن الخالقين » والوارد فى الرفع من الركوع أنه كان يزيد « ملء السموات والأرض وملء ماشئت من شيء بعد أهل الثناء والمجد أحق ماقال العبد وكلنا لك عبد لامانع لما أعطيت ولا معطى لما منعت ، ولا ينفع ذا الجد منك الجد » رواه مسلم وأبو داود وغيرهما ، وبين السجدتين « اللهم اغفر لى وارحمنى وعافنى واهدنى وارزقنى » رواه أبو داود ، وحسنه النووى وصححه الحاكم ، كذا فى الحلية (قوله محمول على النفل) أى تهجدا أو غيره خزائن . وكتب فى هامشه : فيه رد على الزيلعى حيث خصه بالتهجد اهـ . ثم الحمل المذكور صرح به المشايخ فى الوارد فى الركوع والسجود ، وصرح به فى الحلية فى الوارد فى القومة والجلسة وقال على أنه إن ثبت فى المكتوبة فليكن فى حالة الانفراد ، أو الجماعة والمأمومون محصورون لايتثقلون بذلك كما نص عليه الشافعية ، ولا ضرر فى التزامه وإن لم يصرح به مشايخنا فإن القواعد الشرعية لا تنبو عنه . كيف(١) والصلاة والتسبيح والتكبير والقراءة كما ثبت فى السنة اهـ (قوله بلا اعتماد الخ) أى على الأرض قال فى الكفاية : أشار به إلى خلاف الشافعى فى موضعين : أحدهما يعتمد بيديه على ركبتيه عندنا وعنده على الأرض . والثانى الجلسة الخفيفة . قال شمس الأئمة الحلوانى : الخلاف فى الأفضل حتى لو فعل كما هو مذهبنا لابأس به عند الشافعى ، ولو فعل كما هو مذهبه لا بأس به عندنا كذا فى المحيط اهـ . قال فى الحلية : والأشبه أنه سنة أو مستحب عند عدم العذر ، فيكره فعله تنزيها لمن ليس به عذر اهـ وتبعه فى البحر وإليه يشير قولهم لا بأس فإنه يغلب فيما تركه أولى .

أقول : ولا ينافى هذا ماقدمه الشارح فى الواجبات حيث ذكر منها ترك قعود قبل ثانية ورابعة ، لأن ذاك محمول على القعود الطويل ، ولذا قيدت الجلسة هنا بالخفيفة تأمل (قوله فيما مر) أى من الأركان والواجبات والسنن بحر (قوله ولا يسن مؤكدا) قيد به لئلا يرد الرفع فى الدعاء والاستسقاء ، لما سيأتى أنه مستحب (قوله إلا فى سبع) أشار إلى أنه لايرفع عند تكبيرات الانتقالات ، خلافا للشافعى وأحمد ، فيكره عندنا ولا يفسد الصلاة إلا فى رواية مكحول عن الإمام ، وقد أوضح هذه المسألة فى الفتح وشرح المنية (قوله بناء على أن الصفا والمروة واحد الخ) ذكر ذلك توفيقا بين كلام المصنف والنظم الآتى حيث عدها ثمانية ، وبين ماورد فى الحديث من عدها سبعة بأن الوارد نظر فيه إلى السعى المتضمن للصفا والمروة فعدا فيه واحدا ، والمصنف والناظم نظرا إلى أنهما اثنان فصارت ثمانية ، والوارد هو قوله صلى الله عليه وسلم « لاترفع الأيدى إلا فى سبع مواطن : تكبيرة الافتتاح وتكبيرة القنوت ، وتكبيرات العيدين » وذكر الأربع فى الحج ، كذا فى الهداية ، والأربع عند استلام الحجر وعند الصفا والمروة ، وعند الموقفين ، وعند الجمرتين الأولى والوسطى ، كذا فى الكفاية . قال فى فتح القدير : والحديث غريب بهذا اللفظ . وقد روى الطبرانى عن ابن عباس رضى الله عنهما عنه صلى الله عليه وسلم « لاترفع الأيدى إلا فى سبع مواطن : حين يفتتح الصلاة ، وحين يدخل المسجد الحرام فينظر إلى البيت ، وحين يقوم

---

(١) (قوله لاتنبو منه كيف الخ) أى كيف تبعد عنه القواعد والحال أن الصلاة والتسبيح والتكبير مثل الثابت بالسنة ، أى الصلاة والتسبيح الخ موجودة على صفة الثابت بالسنة اهـ .

ثلاثة في الصلاة (تكبيرة افتتاح وقنوت وعيد . و) خمسة في الحج (استلام) الحجر (والصفا . والمروة . وعرفات ، والجمرات) ويجمعها على هذا الترتيب بالنثر « فقعس صمعج » وبالنظم لابن الفصيح :

فتح قنوت عيد استلم الصفا مع مروة عرفات الجمرات

(والرفع بحذاء أذنيه) كالتحريمة (في الثلاثة الأول . و) أما (في الاستلام) والرمي (عند الجمرتين) الأولى والوسطى فإنه (يرفع حذاء منكبيه ويجعل باطنهما نحو) الحجر و (الكعبة . و) أما (عند الصفا والمروة وعرفات) ف(يرفعهما كالدعاء) والرفع فيه ، وفي الاستسقاء مستحب (فيبسط يديه) حذاء صدره (نحو السماء) لأنها قبلة الدعاء ويكون بينهما فرجة ، والإشارة بمسبحته لعذر كبرد يكفي . والمسح بعده على وجهه سنة في الأصح شرنبلالية . وفي وتر البحر : الدعاء أربعة : دعاء رغبة يفعل كما مر . ودعاء رهبة يجعل كفيه لوجهه كالمستغيث من الشيء

على الصفا ، وحين يقوم على المروة ، وحين يقف مع الناس عشية عرفة وبجمع . والمقامين حين يرمي الجمرة . اه . ولا يخفى عليك أن تفسير ماورد بما في الهداية هو الموافق لكلام الشارح . بخلاف ما في الفتح ، إذ ليس فيه عد الصفا والمروة واحدا بل ليس فيه ذكر القنوت والعيد فافهم (قوله وخمسة الحج(١)) أي بناء على عد المصنف والناظم ، أما بناء على مافي الحديث المذكور في الهداية فهي أربع فافهم (قوله وبالنظم) أي من بحر الكامل . وذكرت فيه على ترتيب حروف « فقعس صمعج » ولبعضهم :

إرفع يديك لدى التكبير مفتتحا وقانتا وبه العيدان قد وصفا

وفي الوقوفين ثم الجمرتين معا وفي استلام كذا في مروة وصفا

(قوله كالتحريمة) الأولى إسقاطه لأنها من جملة الثلاثة . ففيه تشبيه الشيء ببعضه تأمل (قوله الأولى والوسطى) أما الأخيرة فلا يدعو بعدها لأن الدعاء بعد كل رمي بعده رمي . ولذا لا يدعو في رمي يوم النحر (قوله نحو الحجر) راجع للاستلام ، وقوله والكعبة راجع للرمي . وفي رواية يرفع يديه في الرمي نحو السماء (قوله كالدعاء) أي كما يرفعهما لمطلق الدعاء في سائر الأمكنة والأزمنة على طبق ماوردت به السنة . ومنه الرفع في الاستسقاء فإنه مستحب كما جزم به في القنية خزائن (قوله فيبسط يديه حذاء صدره) كذا روي عن ابن عباس من فعل النبي صلى الله عليه وسلم ، قنية عن تفسير السمان . ولا ينافيه ما في المستخلص للإمام أبي القاسم السمرقندي أن من آداب الدعاء أن يدعو مستقبلا ويرفع يديه بحيث يرى بياض إبطيه ، لإمكان حمله على حالة المبالغة والجهد . وزيادة الاهتمام كما في الاستسقاء ، لعود النفع إلى العامة ، وهذا على ماعداها ، ولذا قال في حديث الصحيحين « وكان لا يرفع يديه في شيء من دعائه إلا في الاستسقاء فإنه يرفع يديه حتى يرى بياض إبطيه » أي لا يرفع كل الرفع ، كذا في شرح المنية ، ومثله في شرح الشرعة (قوله لأنها قبلة الدعاء) أي كالقبلة للصلاة فلا يتوهم أن المدعو جل وعلا في جهة العلو ط (قوله ويكون بينهما فرجة) أي وإن قلت قنية (قوله الدعاء أربعة الخ) هذا مروي عن محمد ابن الحنفية كما عزاه إليه في البحر عن النهاية ، وكذا في شرح المنية عن المبسوط (قوله دعاء رغبة) نحو طلب الجنة فيفعل كما مر : أي يبسط يديه نحو السماء ح (قوله ودعاء رهبة) نحو طلب النجاة من النار ح (قوله يجعل كفيه لوجهه) الذي في البحر يجعل ظهر كفيه لوجهه ، ومثله في شرح المنية ، فكلمة ظهر سقطت من قلم الشارح ، وهذا معنى ماذكره الشافعية من أنه يسن لكل داع رفع بطن يديه للسماء إن دعا بتحصيل شيء . وظهرهما إن دعا برفعه

---

(١) (قوله وخمسة الحج) هكذا بخطه ، والذي في نسخ الشارح : وخمسة في الحج ، فلعله سقط من قلمه لفظ « في » اه مصححه .

ودعاء تضرع يعقد الخنصر والبنصر ويحلق ويشير بمسبحته . ودعاء الخفية مايفعله فى نفسه :
(وبعد فراغه من سجدتى الركعة الثانية يفترش) الرجل (رجله اليسرى) فيجعلها بين أليتيه (ويجلس عليها وينصب رجله اليمنى ويوجه أصابعه) فى المنصوبة (نحو القبلة) هو السنة فى الفرض والنفل (ويضع يمناه على فخذه اليمنى ويسراه على اليسرى ، ويبسط أصابعه) مفرجة قليلا (جاعلا أطرافها عند ركبتيه) ولا يأخذ الركبة هو الأصح لتتوجه للقبلة (ولا يشير بسبابته عند الشهادة وعليه الفتوى) كما فى الولوالجية والتجنيس وعمدة المفتى وعامة الفتاوى ، لكن المعتمد ماصححه الشراح ولا سيما المتأخرون كالكمال والحلبى والبهنسى والباقانى وشيخ الإسلام الجد وغيرهم أنه يشير لفعله عليه الصلاة والسلام ، ونسبوه لمحمد والإمام ، بل فى متن درر البحار وشرحه غرر

(قوله ودعاء تضرع) أى إظهار الخضوع والذلة لله تعالى من غير طلب جنة ولا خوف من نار ، نحو : إلهى أنا عبدك اليائس الفقير المسكين الحقير ح (قوله ويحلق) أى يحلق الإبهام والوسطى (قوله مايفعله فى نفسه) قال فى شرح المنية : يعنى ليس فيه رفع لأن فى الرفع إعلانا (قوله بين أليتيه) الأظهر تحت أليتيه (قوله فى المنصوبة) أى الأصابع الكائنة فى الرجل المنصوبة . قال فى السراج : يعنى رجله اليمنى ، لأن ماأمكنه أن يوجهه إلى القبلة فهو أولى اه وصرح بأن المراد اليمنى فى المفتاح والخلاصة والخزانة ، فقوله فى الدرر رجليه بالتثنية فيه إشكال لأن توجيه أصابع اليسرى المفترشة نحو القبلة تكلف زائد كما فى شرح الشيخ إسمعيل ، لكن نقل القهستانى مثل مافى الدرر عن الكافى والتحفة ، ثم قال فيوجه رجله اليسرى إلى اليمنى وأصابعها نحو القبلة بقدر الاستطاعة اه تأمل (قوله هو السنة) فلو تربع أو تورك خالف السنة ط (قوله فى الفرض والنفل) هو المعتمد ، وقيل فى النفل يقعد كيف شاء كالمريض (قوله ولا يأخذ الركبة) أى كما يأخذها فى الركوع ، لأن الأصابع تصير موجهة إلى الأرض خلافا للطحاوى ، والنفى للأفضلية لا لعدم الجواز كما أفاده فى البحر (قوله متوركة(١)) بأن تخرج رجلها اليسرى من الجانب الأيمن ، ولا تجلس عليها بل على الأرض (قوله ونسبوه لمحمد والإمام) وكذا نقلوه عن أبى يوسف فى الأمالى كما يأتى ، فهو منقول عن أئمتنا الثلاثة (قوله بل فى متن درر البحار وشرحه الخ) إضراب انتقالى ، لأن فى هذا النقل التصريح بأن ماصححه الشراح هو المفتى به لكن الصواب إسقاط قوله باسطا أصابعه كلها فإنه مخالف لما رأيته فى درر البحار وشرحه . ونص عبارة درر البحار : ولا تعقد(٢) ثلاثة وخمسين ، ولا تشير والفتوى خلافه . وعبارة شرحه غرر الأفكار : ولا تعقد يافقيه ثلاثة وخمسين كما عقدها أحمد موافقا للشافعى فى أحد أقواله ، ونحن لانشير عند التهليل بالسبابة من اليمنى ، بل نبسط الأصابع ، والفتوى : أى المفتى به عندنا خلافه : أى خلاف عدم الإشارة ، وهو الإشارة على كيفية عقد ثلاثة وخمسين كما قال به الشافعى وأحمد . وفى المحيط أنها سنة ، يرفعها عند النفى ، ويضعها عند الإثبات ، وهو قول أبى حنيفة ومحمد ، وكثرت به الآثار والأخبار ، فالعمل به أولى اه فهو صريح فى أن المفتى به هو الإشارة بالمسبحة مع عقد الأصابع على الكيفية المذكورة لامع بسطها فإنه لا إشارة مع البسط عندنا ، ولذا قال فى منية المصلى : فإن أشار يعقد الخنصر والبنصر ويحلق الوسطى بالإبهام ويقيم السبابة . وقال فى شرحها الصغير : وهل يشير عند الشهادة عندنا ؟ فيه اختلاف ؛ صحح فى الخلاصة والبزازية أنه لايشير ، وصحح فى شرح الهداية أنه يشير ، وكذا فى الملتقط وغيره . وصفتها : أن

---

(١) (قوله متوركة) هكذا بخطه ، ولا وجود للفظ فيما بيدى من نسخ الشارح فليحرر اه مصححه .
(٢) (قوله ولا تعقد) مضارع مجزوم بلا الناهية ، وقوله (ولا تشير) مضارع مرفوع ولا نافية ، أشار بالأول إلى خلاف الإمام أحمد ، وبالثانى إلى خلاف الشافعى كما هو اصطلاح مؤلف هذا الكتاب من الإشارة إلى الاختلافات بصيغ الكلام على طريقة صاحب المجمع اه .

الأذكار المفتى به عندنا أنه يشير باسطا أصابعه كلها . وفى الشرنبلالية عن البرهان : الصحيح أنه يشير بمسبحته وحدها ، يرفعها عند النفى ويضعها عند الإثبات .

واحترز بالصحيح عما قيل لايشير لأنه خلاف الدراية والرواية وبقولنا بالمسبحة عما قيل يعقد عند الإشارة اه. وفى العينى عن التحفة الأصح أنها مستحبة .

يحلق من يده اليمنى عند الشهادة الإبهام والوسطى ، ويقبض البنصر والخنصر ، ويشير بالمسبحة ، أو يعقد ثلاثة وخمسين بأن يقبض الوسطى والبنصر والخنصر ، ويضع رأس إبهامه على حرف مفصل الوسطى الأوسط . ويرفع الأصبع عند النفى ويضعها عند الإثبات.اه . وقال فى الشرح الكبير : قبض الأصابع عند الإشارة هو المروى عن محمد فى كيفية الإشارة وكذا عن أبى يوسف فى الأمالى وهذا فرع تصحيح الإشارة . وعن كثير من المشايخ لايشير أصلا ، وهو خلاف الدراية والرواية ؛ فعن محمد أن ماذكره فى كيفية الإشارة قول أبى حنيفة اه ومثله فى فتح القدير :

وفى القهستانى . وعن أصحابنا جميعا أنه سنة ، فيحلق إبهام اليمنى ووسطاها ملصقا رأسها برأسها . ويشير بالسبابة اه فهذه النقول كلها صريحة بأن الإشارة المسنونة إنما هى على كيفية خاصة وهى العقد أو التحليق . وفى رواية بسط الأصابع فليس فيها إشارة أصلا ، ولهذا قال فى الفتح وشرح المنية : وهذا أى ماذكر من الكيفية فرع تصحيح الإشارة : أى مفرع على تصحيح رواية الإشارة ، فليس لنا قول بالإشارة بدون تحليق . وهذا فسرت الإشارة بهذه الكيفية فى عامة الكتب ، كالبدائع والنهاية ومعراج الدراية والذخيرة والظهيرية وفتح القدير وشرحى المنية والقهستانى والحلية والنهر ، وشرح الملتقى للبهنسى معزيا إلى شرح النقاية ، وشرحى درر البحار وغيرها كما ذكرت عباراتهم فى رسالة سميتها [رفع التردد فى عقد الأصابع عند التشهد] وحررت فيها أنه ليس لنا سوى قولين : الأول وهو المشهور فى المذهب بسط الأصابع بدون إشارة . الثانى بسط الأصابع إلى حين الشهادة ، فيعقد عندها ويرفع السبابة عند النفى ويضعها عند الإثبات ، وهذا مااعتمده المتأخرون لثبوته عن النبى صلى الله عليه وسلم بالأحاديث الصحيحة ، ولصحة نقله عن أئمتنا الثلاثة ، فلذا قال فى الفتح : إن الأول خلاف الدراية والرواية :

وأما ماعليه عامة الناس فى زماننا من الإشارة مع البسط بدون عقد فلم أر أحدا قال به سوى الشارح تبعا للشرنبلالى عن البرهان للعلامة إبراهيم الطرابلسى صاحب الإسعاف من أهل القرن العاشر .

وإذا عارض كلامه كلام جمهور الشارحين من المتقدمين والمتأخرين من ذكر القولين فقط فالعمل على ماعليه جمهور العلماء لاجمهور العوام ، فأخرج نفسك من ظلمة التقليد وحيرة الأوهام ، واستضىء بمصباح التحقيق فى هذا المقام ، فإنه من منح الملك العلام (قوله بمسبحته وحدها) فيكره أن يشير بالمسبحتين كما فى الفتح وغيره

مطلب مهم فى عقد الأصابع عند التشهد

(قوله وبقولنا الخ) هذا الاحتراز إنما يصح لو كان القائل بالعقد قائلا بأنه لايشير بمسبحته وهو خلاف الواقع كما هو صريح قوله يعقد عند الإشارة .

والذى تحصل من كلام البرهان قول ملفق من القولين ، وهو الإشارة مع بسط الأصابع بدون عقد . وقد علمت أنه خلاف المنقول فى كتب المذهب وأن مانقله الشارح عن درر البحار وشرحه خلاف الواقع ولعله قول غريب لم نر من قاله ، فتبعه فى البرهان ومشى عليه الناس فى عامة البلدان ، وأما المشهور المنقول فى كتب المذهب

وفى المحيط سنة (ويقرأ تشهد ابن مسعود) وجوبا كما بحثه فى البحر ، لكن كلام غيره يفيد ندبه ، وجزم شيخ الإسلام الجد بأن الخلاف فى الأفضلية ونحوه فى مجمع الأنهر (ويقصد بألفاظ التشهد) معانيها مرادة له على وجه (الإنشاء) كأنه يحيى الله تعالى ويسلم على نبيه وعلى نفسه وأوليائه (لاالإخبار) عن ذلك ذكره فى المجتبى . وظاهره أن ضمير علينا للحاضرين لاحكاية سلام الله تعالى . وكان عليه الصلاة والسلام يقول فيه أنى رسول الله (ولا يزيد فى الفرض (على التشهد فى القعدة الأولى) إجماعا (فإن زاد عامدا كره) فتجب الإعادة (أو ساهيا وجب عليه سجود السهو إذا قال : اللهم صل على محمد) فقط

فهو ما بحثه . والله تعالى أعلم (قوله وفى المحيط سنة) يمكن التوفيق بأنها غير مؤكدة ط (قوله كما بحثه فى البحر حيث قال ثم وقع لبعض الشارحين أنه قال : والأخذ بتشهد ابن مسعود أولى ، فيفيد أن الخلاف فى الأولوية والظاهر خلافه ، لأنهم جعلوا التشهد واجبا وعينوه فى تشهد ابن مسعود فكان واجبا ، ولهذا قال فى السراج ويكره أن يزيد فى التشهد حرفا أو يبتدئ بحرف قبل حرف . قال أبو حنيفة : ولو نقص من تشهده أو زاد فيه كان مكروها لأن أذكار الصلاة محصورة فلا يزاد عليها اهـ . والكراهة عند الإطلاق للتحريم (قوله وجزم الخ) وكذا جزم به فى النهر والخير الرملى فى حواشى البحر ، حيث قال : أقول الظاهر أن الخلاف فى الأولوية ، ومعنى قولهم التشهد واجب : أى التشهد المروى على الاختلاف لاواحد بعينه . وقواعدنا تقتضيه . ثم رأيت فى النهر قريبا مما قلته . وعليه فالكراهة السابقة تنزيهية اهـ .

أقول : ويؤيده ما فى الحلية حيث ذكر ألفاظ التشهد المروية عن ابن مسعود ، ثم قال : واعلم أن التشهد اسم لمجموع هذه الكلمات المذكورة . وكذا لما ورد من نظائرها ، سمى به لاشتماله على الشهادتين الخ (قوله لاالإخبار عن ذلك) أى لايقصد الإخبار . والحكاية عما وقع فى المعراج منه صلى الله عليه وسلم ومن ربه سبحانه ومن الملائكة عليهم السلام . وتمام بيان القصة مع شرح ألفاظ التشهد فى الإمداد فراجعه (قوله للحاضرين) أى من الإمام والمأموم والملائكة . قاله النووى . واستحسنه السروجى نهر (قوله لاحكاية سلام الله تعالى) الصواب : لاحكاية سلام رسول الله صلى الله عليه وسلم ط (قوله يقول فيه أنى رسول الله) نقل ذلك الرافعى من الشافعية ورده الحافظ ابن حجر فى تخريج أحاديثه بأنه لاأصل لذلك ، بل ألفاظ التشهد متواترة عنه صلى الله عليه وسلم أنه كان يقول : « أشهد أن محمدا رسول الله وعبده ورسوله » اهـ ط عن الزرقانى . قال فى التحفة : نعم إن أراد تشهد الأذان صح « لأنه صلى الله عليه وسلم أذن مرة فى سفر فقال ذلك » اهـ .

قلت : وكذلك فى البخارى من حديث سلمة بن الأكوع رضى الله عنه قال « خفت أزواد القوم » الحديث وفيه « فقال صلى الله عليه وسلم : أشهد أن لاإله إلا الله ، وأشهد أنى رسول الله » وهذا كان خارج الصلاة ، قاله لما ظهرت المعجزة على يديه من البركة فى الزاد (قوله ولا يزيد فى الفرض) أى وما ألحق به كالوتر والسنن الرواتب وإن نظر صاحب البحر فيها ولينظر حكم المنذور وقضاء النفل الذى أفسده . والظاهر أنهما فى حكم النفل لأن الوجوب فيهما عارض ط (قوله إجماعا) وهو قول أصحابنا ومالك وأحمد . وعند الشافعى على الصحيح أنها مستحبة فيها للجمهور ما رواه أحمد وابن خزيمة من حديث ابن مسعود « ثم إن كان النبى صلى الله عليه وسلم فى وسط الصلاة نهض حين فرغ من تشهده » قال الطحاوى : من زاد على هذا فقد خالف الإجماع بحر . وعليه فمراد الشارح أن ماذهب إليه الشافعى مخالف للإجماع فافهم (قوله فقط) وقيل لايجب مالم يقل وعلى آل محمد ، ذكره القاضى الإمام ؛ وقيل مالم يؤخر مقدار أداء ركن . وقيل يجب ولو زاد حرفا واحدا ورد الكل فى البحر :

(على المذهب) المفتى به لا لخصوص الصلاة بل لتأخير القيام . ولو فرغ المؤتم قبل إمامه سكت اتفاقا، وأما المسبوق فيترسل ليفرغ عند سلام إمامه ، وقيل يتم ، وقيل يكرر كلمة الشهادة (واكتفى) المفترض (فيما بعد الأوليين بالفاتحة) فإنها سنة على الظاهر ، ولو زاد لابأس به (وهو مخير بين قراءة) الفاتحة وصحح العينى وجوبها (وتسبيح ثلاثا) وسكوت قدرها ، وفى النهاية قدر تسبيحة ، فلا يكون مسيئا بالسكوت (على المذهب) لثبوت التخيير

وذكر أن ما ذكره المصنف هنا هو المختار كما فى الخلاصة . واختاره فى الخانية اهـ وصرح الزيلعى فى السهو بأنه الأصح ، وكلام الحلبى فى شرح المنية الكبير يقتضى ترجيحه أيضا ، لكن ذكر فى شرحه الصغير أن ماذكره القاضى الإمام هو الذى عليه الأكثر ، وهو الأصح . قال الخير الرملى : فقداختلف التصحيح كماترى . وينبغى ترجيح ماذكره القاضى الإمام اهـ تأمل . ثم هذا كله على قول أبى حنيفة . وإلا ففى التاترخانية عن الحاوى أنه على قولهما لايجب السهو مالم يبلغ إلى قوله «حميد مجيد» (قوله على المذهب المفتى به) لم أر من صرح بهذا اللفظ سوى المصنف والشارح ، وإنما الذى رأيته ماعلمته آنفا (قوله بل لتأخير القيام) فيجب عليه السهو ولو سكت كما فى شرح المنية (قوله سكت اتفاقا) لأن الزيادة على التشهد فى التعود الأول غير مشروعة كما مر . فلا يأتى بشىء من الصلوات والدعاء وإن لم يلزم تأخير القيام عن محله ، إذ القعود واجب عليه متابعة لإمامه (قوله فيترسل) أى يتمهل . وهذا ماصححه فى الخانية وشرح المنية فى بحث المسبوق من باب السهو وباقى الأقوال مصحح أيضا . قال فى البحر وينبغى الإفتاء بما فى الخانية كما لايخفى ، ولعل وجهه كما فى النهر أنه يقضى آخر صلاته فى حق التشهد ويأتى فيه بالصلاة والدعاء ، وهذا ليس آخرا . قال ح : وهذا فى قعدة الإمام الأخيرة كما هو صريح قوله ليفرغ عند سلام إمامه ، وأما فيما قبلها من القعدات فحكمه السكوت كما لايخفى اهـ ومثله فى الحلية (قوله وقيل يكرر كلمة الشهادة) كذا فى شرح المنية . والذى فى البحر والحلية والذخيرة يكرر التشهد تأمل (قوله واكتفى المفترض) قيد به لأنه فى النفل والواجب تجب الفاتحة والسورة أو نحوها (قوله على الظاهر) أى ظاهر الرواية . وفيه كلام يأتى قريبا (قوله ولو زاد لابأس) أى لو ضم إليها سورة لابأس به . لأن القراءة فى الأخريين مشروعة من غير تقدير والاقتصار على الفاتحة مسنون لا واجب فكان الضم خلاف الأولى وذلك لاينافى المشروعية . والإباحة بمعنى عدم الإثم فى الفعل والترك كما قدمناه فى أوائل بحث الواجبات . وبه اندفع ماأورده فى النهر هنا على البحر من دعوى المنافاة (قوله وصحح العينى وجوبها) هذا مقابل ظاهر الرواية . وهو رواية الحسن عن الإمام وصححها ابن الهمام أيضا من حيث الدليل ، ومشى عليها فى المنية فأوجب سجود السهو بترك قراءتها ساهيا والإساءة بتركها عمدا . لكن الأصح عدمه لتعارض الأخبار كما فى المجتبى ، واعتمده فى الحلية (قوله وسكوت قدرها) أى قدر ثلاث تسبيحات (قوله وفى النهاية قدر تسبيحة) قال شيخنا : وهو أليق بالأصول حلية : أى لأن ركن القيام يحصل بها لما مر أن الركنية تتعلق بالأدنى (قوله فلا يكون مسيئا بالسكوت على المذهب الخ) اعلم أنهم اتفقوا فى ظاهر الرواية على أن قراءة الفاتحة أفضل ، وعلى أنه لو اقتصر على التسبيح لايكون مسيئا ؛ وأما لو سكت فصرح فى المحيط بالإساءة وقال لأن القراءة فيهما شرعت على سبيل الذكر والثناء ، ولهذا تعينت الفاتحة للقراءة لأن كلها ذكر وثناء ؛ وإن سكت عمدا أساء لترك السنة ، ولو ساهيا لاسهو عليه ؛ وصرح غيره بالتخيير بين الثلاثة فى ظاهر الرواية وعدم الإساءة بالسكوت . قال فى البدائع : والصحيح جواب ظاهر الرواية ، لما روينا عن على وابن مسعود رضى الله تعالى عنهما أنهما كانا يقولان : المصلى بالخيار فى الأخريين ، إن شاء قرأ ، وإن شاء سكت ؛ وإن شاء سبح . وهذا باب لايدرك بالقياس ، فالمروى عنهما كالمروى عن النبى صلى الله عليه وسلم اهـ . وفى الخانية : وعليه الاعتماد . وفى الذخيرة هو الصحيح من الرواية . ورجح ذلك فى الحلية بما لامزيد عليه فارجع إليه .

عن على وابن مسعود وهو الصارف للمواظبة عن الوجوب (ويفعل فى القعود الثانى) الافتراش (كالأول وتشهد) أيضا (وصلى على النبى صلى الله عليه وسلم وصح زيادة فى العالمين

والحاصل أن عند صاحب المحيط يكره السكوت لترك سنة القراءة، فالقراءة عنده سنة، لكن لما شرعت على وجه الذكر حصلت السنة بالتسبيح، فيخير بينهما وهو ما مشى عليه المصنف، فالقراءة أفضل بالنظر إلى التسبيح، وسنة بالنظر إلى السكوت، حتى لو سبح ترك الأفضل، ولو سكت أساء لترك السنة، ومايقوم مقامها وأما عند غير صاحب المحيط فلا يكره السكوت لثبوت التخيير بين الثلاثة، فصارت القراءة أفضل بالنظر إلى التسبيح وإلى السكوت. فقد اتفق الكل على أفضلية القراءة، وإنما اختلفوا فى سنيتها بناء على كراهة السكوت وعدمها وقد علمت أن الصحيح المعتمد التخيير بين الثلاثة. وبه تعلم ما فى عبارة الشارح حيث قال أولا: إن الفاتحة سنة على الظاهر، فإنه مبنى على ما فى المحيط؛ ثم مشى على خلافه حيث اعتمد التخيير الثلاثة، فزاد على المصنف السكوت وقال إنه لا يكون مسيئا به، فاغتنم هذا التحرير الفريد، وما نقلته عن البائع والذخيرة والخانية رأيته فيها وفى غيرها، وذكرت نصوصها فيما علقته على البحر، فلا تعتمد على ما نقل عنها مخالفا لذلك فافهم.

ثم اعلم أن اتفاقهم على أفضلية الفاتحة لا ينافى التخيير إذ لا مانع من التخيير بين الفاضل والأفضل كالحلق مع التقصير.

[تنبيه] ظاهر كلام المتون وغيرها أن الفاتحة مقروءة على وجه القرآن. وفى القهستانى قال علماؤنا إنها تقرأ بنية الثناء لا القراءة اه. ونقل فى المجتبى عن شمس الأئمة أنه الصحيح لكن فى النهاية(١) قال: وعن أبى يوسف يسبح: ولا يسكت. وإذا قرأ الفاتحة فعلى وجه الثناء لا القراءة، وبه أخذ بعض المتأخرين اه. وفى الحلية: لكن قدمنا أن الصواب أن الفاتحة لا تخرج عن القرآنية بالنية (قوله وهو الصارف الخ) حاصله أن حديث الصحيحين عن أبى قتادة: «أنه صلى الله عليه وسلم كان يقرأ فى الظهر والعصر فى الركعتين الأوليين بفاتحة الكتاب وسورتين، وفى الركعتين الأخيرتين بفاتحة الكتاب» يفيد المواظبة على ذلك، وهى بلا ترك دليل الوجوب أن التخيير المروى صارف لها عن الوجوب، لأن له حكم المرفوع كما قدمناه، وبهذا يرد على العينى وابن الهمام (قوله الافتراش) إنما خصه بالذكر للإشارة إلى نفى القول بالتورك كما هو مذهب الشافعى، وإلا فأحكام القعود لا تختص بذلك كما مر فافهم (قوله وصلى على النبى صلى الله عليه وسلم) قال فى شرح المنية: والمختار فى صفتها ما فى الكفاية والقنية والمجتبى قال: سئل محمد عن الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم فقال يقول: اللهم صل على محمد وعلى آل محمد كما صليت على إبراهيم وعلى آل إبراهيم إنك حميد مجيد، وبارك على محمد وعلى آل محمد كما باركت على إبراهيم وعلى آل إبراهيم إنك حميد مجيد، وهى الموافقة لما فى الصحيحين وغيرهما (قوله وصح زيادة فى العالمين) أى مرة واحدة بعد قوله كما باركت الخ. وأما بعد قوله كما صليت فلم تثبت. قال فى الحلية: وفى إفصاح ابن هبيرة حكاية الصلاة المذكورة عن محمد بزيادة فى العالمين بعد قوله كما باركت، وهو فى رواية مالك ومسلم وأبى داود وغيرهم. وفى نسخة من الإفصاح زيادة فى العالمين بعد كما صليت أيضا، وهى مذكورة فى بعض أحاديث هذا الباب. لكن لا يحضرنى الآن من رواها من الصحابة ولا من خرجها من الحفاظ ولا ثبوتها فى نفس الأمر اه

---

(١) قوله (لكن فى النهاية قال الخ) استدراك على ما تقدم، فإنه يفيد أن قراءة الفاتحة بنية الثناء هو المذهب، فاستدرك عليه بأنه ذكر فى النهاية أنه رواية عن أبى يوسف اه.

وتكرار «إنك حميد مجيد» وعدم كراهة الترحم ولو ابتداء . وندب السيادة ، لأن زيادة الإخبار بالواقع عين سلوك الأدب فهو أفضل من تركه ، ذكره الرملي الشافعي وغيره ؛

وأشار الشارح إلى هذا حيث عبر بالزيادة لا بالتكرار فافهم (قوله وتكرار إنك حميد مجيد) استدراك على ما نقله الزيلعي وغيره عن محمد فى كيفية الصلاة المذكورة من الاقتصار على إنك حميد مجيد مرة فى آخرها فقط مع أنه فى الذخيرة نقلها عن محمد مكررة وتقدم أنها فى الصحيحين كذلك .

مطلب فى جواز الترحم على النبي ابتداء

(قوله وعدم كراهة الترحم) عطف على فاعل صح ؛ ومفاده أنه لم يصح ندبه لعدم ثبوته فى صلاة التشهد ، ولذا قال فى شرح المنية : والإتيان بما فى الأحاديث الصحيحة أولى . وقال فى الفيض : فالأولى تركه احتياطا ، وفى شرح المنهاج للرملي قال النووى فى الأذكار : وزيادة وارحم محمدا وآل محمد كما رحمت على إبراهيم بدعة واعترض بورودها فى عدة أحاديث صحح الحاكم بعضها « وترحم على محمد » ورده بعض محقق أهل الحديث بأن ما وقع للحاكم وهم ، وبأنها وإن كانت ضعيفة لكنها شديدة الضعف فلا يعمل بها ، ويؤيده قول أبى زرعة وهو من أئمة الفن بعد أن ساق تلك الأحاديث وبين ضعفها ؛ ولعل المنع أرجح لضعف الأحاديث فى ذلك أى لشدة ضعفها .

وبما تقرر علم أن سبب الإنكار كون الدعاء بالرحمة لم يثبت هنا من طريق يعتد به ، والباب باب اتباع ؛ لا لما قاله ابن عبد البر وغيره من أنه لايدعى له صلى الله عليه وسلم بلفظ الرحمة ، فإن أراد الثانى امتناع ذلك مطلقا فالأحاديث الصحيحة صريحة فى رده فقد صح فى سائر روايات التشهد « السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته » وصح أنه صلى الله عليه وسلم أقر من قال « ارحمنى وارحم محمدا » ولم ينكر عليه سوى قوله «ولا ترحم معنا أحدا» وحصولها لا يمنع طلبها له كالصلاة والوسيلة والمقام المحمود ، لما فيه من عود الفائدة له صلى الله عليه وسلم بزيادة ترقيه التى لا نهاية لها والداعى بزيادة ثوابه على ذلك اه :

والحاصل أن الترحم بعد التشهد لم يثبت وإن كان قد ثبت فى غيره ، فكان جائزا فى نفسه (قوله ولو ابتداء) أى من غير تبعيته لصلاة أو سلام . وذكر فى البحر والحلية أن الكراهة فى الابتداء متفق عليها : وتعقبه فى النهر بأن عبارة الزيلعي فى آخر الكتاب تقتضى أن الخلاف فى الكل ، فإنه قال اختلفوا فى الترحم على النبي صلى الله عليه وسلم بأن يقول : اللهم ارحم محمدا . قال بعضهم : لا يجوز لأنه ليس فيه ما يدل على التعظيم كالصلاة . وقال بعضهم : يجوز ، لأنه عليه الصلاة والسلام كان من أشوق العباد إلى مزيد رحمة الله تعالى ، واختاره السرخسى لوروده فى الأثر ولا عتب على من اتبع . وقال أبو جعفر : وأنا أقول وارحم محمدا للتوارث فى بلاد المسلمين . واستدل بعضهم على ذلك بتفسيرهم الصلاة بالرحمة ؛ واللفظان إذا استويا فى الدلالة صح قيام أحدهما مقام الآخر ، ولذا أقر عليه الصلاة والسلام الأعرابى على قوله « اللهم ارحمنى ومحمدا » اه فافهم (قوله ذكره الرملي الشافعي) أى فى شرحه على منهاج النووى . ونصه : والأفضل الإتيان بلفظ السيادة كما قاله ابن ظهيرة ، وصرح به جمع ، وبه أفتى الشارح لأن فيه الإتيان بما أمرنا به ، وزيادة الإخبار بالواقع الذى هو أدب ، فهو أفضل من تركه وإن تردد فى أفضليته الأسنوى . وأما حديث : لا تسيدونى فى الصلاة فباطل لا أصل له ، كما قاله بعض متأخرى الحفاظ ، وقول الطوسى إنها مبطلة غلط اه .

وما نقل : لاتسودونى فى الصلاة فكذب ، وقولهم لا تسيدونى بالياء لحن أيضا والصواب بالواو ؛ وخص إبراهيم لسلامه علينا ، أو لأنه سمانا المسلمين ، أو لأن المطلوب صلاة يتخذه بها خليلا ، وعلى الأخير فالتشبيه ظاهر أو راجع لآل محمد ، أو المكبه به قد يكون أدنى مثل —مثل نوره كمشكاة — (وهى فرض)

واعترض بأن هذا مخالف لمذهبنا لما مر من قول الإمام من أنه لو زاد فى تشهده أو نقص فيه كان مكروها . قلت : فيه نظر ؛ فإن الصلاة زائدة على التشهد ليست منه ؛ نعم ينبغى على هذا عدم ذكرها فى « وأشهد أن محمدا عبده ورسوله » وأنه يأتى بها مع إبراهيم عليه السلام (قوله لحن أيضا) أى مع كونه كذبا (قوله والصواب بالواو) لأنه واوى العين من ساد يسود ؛ قال الشاعر :

وما سودتنى عامر عن وراثة أبى الله أن أسمو بأم ولا أب

مطلب فى الكلام على التشبيه فى كما صليت على إبراهيم

(قوله وخص إبراهيم الخ) جواب عن سؤال تقديره لم خص التشبيه بابراهيم دون غيره من الرسل الكرام عليهم الصلاة والسلام ؟ فأجاب بثلاثة أجوبة :

الأول أنه سلم علينا ليلة المعراج حيث قال « أبلغ أمتك منى السلام » .

والثانى أنه سمانا المسلمين كما أخبرنا عنه تعالى بقوله — هو سماكم المسلمين من قبل — أى بقوله — ربنا واجعلنا مسلمين لك ومن ذريتنا أمة مسلمة لك — والعرب من ذريته وذرية إسمعيل عليهما السلام ، فقصدنا إظهار فضله مجازاة على هذين الفعلين منه .

والثالث أن المطلوب صلاة يتخذ الله تعالى بها نبينا صلى الله عليه وسلم خليلا كما اتخذ إبراهيم عليه السلام خليلا . وقد استجاب الله تعالى دعاء عباده ؛ فاتخذه الله تعالى خليلا أيضا ؛ فى حديث الصحيحين « ولكن صاحبكم خليل الرحمن » .

وأجيب بأجوبة أخر : منها أن ذلك لأبوته ، والتشبيه فى الفضائل بالآباء مرغوب فيه ، ولرفعة شأنه فى الرسل ، وكونه أفضل بقية الأنبياء على الراجح ، ولموافقتنا إياه فى معالم الملة المشار إليه بقوله تعالى — ملة أبيكم إبراهيم — ولدوام ذكره الجميل المشار إليه بقوله تعالى — واجعل لى لسان صدق فى الآخرين — وللأمر بالاقتداء به فى قوله تعالى — أن اتبع ملة إبراهيم حنيفا — (قوله وعلى الأخير الخ) أى الوجه الثالث ، وهذا أيضا جواب عن السؤال المشهور الذى يورده العلماء قديما وحديثا . وهو : أن القاعدة أن المشبه به فى الغالب يكون أعلى من المشبه فى وجه الشبه مع أن القدر الحاصل من الصلاة والبركة لنبينا صلى الله عليه وسلم ولآله أعلى من الحاصل لإبراهيم عليه السلام وآله بدلالة رواية النسائى «من صلى على واحدة صلى الله عليه عشر صلوات ، وحط عنه عشر سيئات ، ورفعت له عشر درجات » ولم يرد فى حق ابراهيم أو غيره مثل ذلك .

والجواب أن المراد صلاة خاصة يكون بها نبينا صلى الله عليه وسلم خليلا كما اتخذ إبراهيم خليلا ، أو التشبيه راجع لقولنا « وعلى آل محمد » أو أن هذا من غير الغالب ، فإن المشبه به قد يكون مساويا للمشبه أو أدنى منه لكنه يكون أوضح لكونه حسيا مشاهدا ، أو لكونه مشهورا فى وجه الشبه ، فالأول نحو —مثل نوره كمشكاة — وأين يقع نور المشكاة من نوره تعالى ؟ والثانى كما هنا ، فإن تعظيم إبراهيم وآله بالصلاة عليهم واضح بين أهل الملل ، فحسن التشبيه لذلك ، ويؤيده ختم هذا الطلب بقوله : فى العالمين ، وتمامه فى الحلية .

وأجيب بأجوبة أخر : من أحسنها أن التشبيه فى أصل الصلاة لا فى القدر كما فى قوله تعالى — إنا أوحينا إليك

عملا بالأمر فى شعبان ثانى الهجرة (مرة واحدة) اتفاقا (فى العمر) فلو بلغ فى صلاته نابت عن الفرض نهر بحثا .
وفى المجتبى : لايجب على النبى صلى الله عليه وسلم أن يصلى على نفسه

كما أوحينا إلى نوح – و– كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم – وأحسن كما أحسن الله إليك – وفائدة التشبيه تأكيد الطلب : أى كما صليت على إبراهيم فصل على محمد الذى هو أفضل منه ، وقيل الكاف للتعليل (قوله عملا) مفعول لأجله لا تمييز : أى قانا بفرضيتها لأجل العمل بالأمر القطعى الثبوت والدلالة ، فهى فرض عاما وعملا لا عملا فقط كالوتر . وأما ماقاله ابن جرير الطبرى من أن الأمر للاستحباب ، وادعى القاضى عياض الإجماع عليه فهو خلاف الإجماع كما ذكره الفاسى فى شرح دلائل الخيرات (قوله ثانى الهجرة) وقيل ليلة الإسراء ط (قوله مرة واحدة اتفاقا) والخلاف فيما زاد إنما هو فى الوجوب كما يأتى أفاده ح (قوله فاو بلغ فى صلاته الخ) أى بلغ بالسن وإلا بطلت ، على أن عبارة النهر هكذا : لو صلى فى أول باوغه صلاة أجزأته الصلاة فى تشهده عن الفرض ووقعت فرضا ، ولم أر من نبه على هذا ، وقد مر نظيره فى الابتداء بغسل اليدين اه أى حيث ينوب الغسل المسنون عن غسل الجنابة أو الوضوء .

أقول : ورأيت التصريح بذلك فى المنبع شرح المجمع ، حيث قال : وقال أصحابنا : هى فرض العمر إما فى الصلاة أو فى خارجها اه ومثله فى شرح درر البحار والذخيرة .

قال ح : بقى ما إذا صلى فى القعدة الأولى أو فى أثناء أفعال الصلاة ولم يصل فى القعدة ، فالذى يظهر أنه يكون مؤديا للفرض وإن أثم كالصلاة فى الأرض المغصوبة اه لكن ذكر الرحمتى عن العلامة النحريرى أن المكلف لايخرج عن الفرض إلا بنيته فلا بد أن يصلى بنية أدائها عنه لأنها فريضة ، كما قالوا من شروط النية فى الفرض تعيين النية له ، حتى لو صلى ركعتين بعد الفجر لايسقط بها الفرض مالم ينوه اه .

أقول : وفيه نظر لما علمت أنها فرض العمر : أى يفترض فعلها فى العمر مرة كحجة الإسلام . وما كان كذلك فالشرط القصد إلى فعله ، فيصح وإن لم ينو الفرضية لتعينه بنفسه ، كالحج الفرض يصح وإن لم يعين الفرضية . وقد صرحوا أيضا بأن الإسلام يصح بلا نية : أى لأنه فريضة العمر ، فالقياس على صلاة الفجر قياس مع الفارق ، فتدبر .

مطلب لايجب عليه أن يصلى على نفسه صلى الله عليه وسلم

(قوله لايجب على النبى صلى الله عليه وسلم أن يصلى على نفسه) لأنه غير مراد بخطاب صلوا ولا داخل تحت ضميره كما هو المتبادر من تركيب – صلوا عليه – وقال فى النهر : لايجب عليه بناء على أن – ياأيها الذين آمنوا – لايتناول الرسول صلى الله عليه وسلم ، بخلاف – يا أيها الناس – ياعبادى كما عرف فى الأصول اه .

والحكمة فيه والله تعالى أعلم أنها دعاء ، وكل شخص مجبول على الدعاء لنفسه وطلب الخير لها ، فلم يكن فيه كلفة ، والإيجاب من خطاب التكليف لايكون إلا فيما فيه كلفة ومشقة على النفس ومنافرة لطبعها ، ليتحقق الابتلاء كما قرر فى الأصول . وأما قوله تعالى – ادعونى أستجب لكم – ونحوه ، فليس المراد به الإيجاب ، ولذلك ورد فى الحديث القدسى « من شغله ذكرى عن مسألتى أعطيته فوق ماأعطى السائلين » ح ملخصا .

(واختلف) الطحاوى والكرخى (فى وجوبها) على السامع والذاكر (كلما ذكر) صلى الله عليه وسلم (والمختار) عند الطحاوى (تكراره) أى الوجوب (كلما ذكر) ولو اتحد المجلس فى الأصح

مطلب فى وجوب الصلاة عليه كلما ذكر عليه الصلاة والسلام

(قوله فى وجوبها) أى وجوب الصلاة عليه صلى الله عليه وسلم ، ولم يذكر السلام، لأن المراد بقوله تعالى ـ وسلموا ـ أى لقضائه كما فى النهاية عن مبسوط شيخ الإسلام : أى فالمراد بالسلام الانقياد ، وعزاه القهستانى إلى الأكثرين (قوله والذاكر) أى ذاكر اسمه الشريف صلى الله عليه وسلم ابتداء لافى ضمن الصلاة عليه كما صرح به فى شرح المجمع ، وفيه كلام سيأتى (قوله عند الطحاوى) قيد به لأن المختار فى المذهب الاستحباب ، وتبع الطحاوى جماعة من الحنفية ، والحليمى وجماعة من الشافعية ، وحكى عن اللخمي من المالكية وابن بطة من الحنابلة . وقال ابن العربى من المالكية : إنه الأحوط ، كذا فى شرح الفاسى على الدلائل ، ويأتى أنه المعتمد (قوله تكراره أى الوجوب) قيد القرمانى فى شرح مقدمة أبى الليث وجوب التكرار عند الطحاوى بكونه على سبيل الكفاية لا العين ، وقال : فإذا صلى عليه بعضهم يسقط عن الباقين ، لحصول المقصود وهو تعظيمه وإظهار شرفه عند ذكر اسمه صلى الله عليه وسلم اهـ وتمامه فى ح (قوله فى الأصح) صححه الزاهدى فى المجتبى ، لكن صحح فى الكافى وجوب الصلاة مرة فى كل مجلس كسجود التلاوة حيث قال فى باب التلاوة : وهو كمن سمع اسمه عليه الصلاة والسلام مراراً لم تلزمه الصلاة إلا مرة فى الصحيح؛ لأن تكرار اسمه صلى الله عليه وسلم لحفظ سنته التى بها قوام الشريعة ، فلو وجبت الصلاة بكل مرة لأفضى إلى الحرج ، غير أنه يندب تكرار الصلاة بخلاف السجود والتشميت كالصلاة ، وقيل يجب التشميت فى كل مرة إلى الثلاث اهـ .

وحاصله أن الوجوب يتداخل فى المجلس فيكتفى بمرة للحرج كما فى السجود إلا أنه يندب تكرار الصلاة فى المجلس الواحد ، بخلاف السجود ، وما ذكره فى الكافى نقله صاحب المجمع فى شرحه عن شرح فخر الإسلام على الجامع الكبير جازما به ، لكن بدون لفظ التصحيح ، وأنت خبير بأن تصحيح الزاهدى لا يعارض تصحيح النسفى صاحب الكافى ، على أن الزاهدى خالف نفسه حيث قال فى كراهية القنية : وقيل يكفى فى المجلس مرة كسجدة التلاوة ، وبه يفتى اهـ. وأورد الشارح فى الخزائن أن الذى يظهر أن ما فى الكافى مبنى على قول الكرخى اهـ وهذا غير ظاهر ، لأنه يلزم منه أن يكون الكرخى قائلا بوجوب التكرار كلما ذكر إلا فى المجلس المتحد فيجب مرة واحدة ، وأنه لا يبقى الخلاف بينه وبين الطحاوى إلا فيما إذا اتحد المجلس ، والمنقول خلافه . وأورد ابن ملك فى شرح المجمع أن التداخل يوجد فى حق الله تعالى والصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم حقه اهـ . وقد يمنع بأن الوجوب حق الله تعالى لأن المصلى ينوى امتثال الأمر .

مطلب هل نفع الصلاة عائد للمصلى أم له وللمصلى عليه

على أن المختار عند جماعة منهم أبو العباس المبرد وأبو بكر بن العربى أن نفع الصلاة غير عائد له صلى الله عليه وسلم بل للمصلى فقط ، وكذا قال السنوسى فى شرح وسطاه : إن المقصود بها التقرب إلى الله تعالى لا كسائر الأدعية التى يقصد بها نفع المدعو له اهـ. وذهب القشيرى والقرطبى إلى أن النفع لهما ، وعلى كل من القولين فهى عبادة يتقرب بها إلى الله تعالى ، والعبادة لا تكون حق عبد ، ولو سلم أنها حق عبد فيسقط الوجوب للحرج كما مر ، لأن الحرج ساقط بالنص ، ولا حرج فى إبقاء الندب . وقد جزم بهذا القول أيضا المحقق ابن الهمام فى زاد

لا لأن الأمر يقتضي التكرار ، بل لأنه تعلق وجوبها بسبب متكرر وهو الذكر ، فيتكرر بتكرره وتصير دينا بالترك ، فتقضى لأنها حق عبد كالتشميت بخلاف ذكره تعالى (والمذهب استحبابه) أى التكرار وعليه الفتوى ؛ والمعتمد من المذهب قول الطحاوى ، كذا ذكره الباقانى تبعا لما صححه الحلبى وغيره ، ورجحه فى البحر بأحاديث الوعيد : كرغم وإبعاد وشقاء

الفقير فقال : مقتضى الدليل افتراضها فى العمر مرة ، وإيجابها كلما ذكر ، إلا أن يتحد المجلس فيستحب التكرار بالتكرار ، فعليك به اتفقت الأقوال أو اختلفت اه فقد اتضح لك أن المعتمد مافى الكافى . وسمعت قول القنية إنه به يفتى ، وأنت خبير بأن الفتوى آكد ألفاظ التصحيح .

[فرع] السلام يجزى عن الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم هندية عن الغرائب (قوله لا لأن الأمر الخ) مرتبط بقوله والمختار تكراره الخ . وهو جواب عن سؤال . تقريره أن قوله تعالى — صلوا عليه — أمر . والأصل أن الأمر عندنا لايقتضى التكرار ولا يحتمله . والجواب أن التكرار لم يجب بالآية وإلا كان فرضا وخالف الأصل المذكور ، وإنما وجب بأحاديث الوعيد الآتية الدالة على سببية الذكر للوجوب والوجوب يتكرر بتكرار سببه (قوله لأنها حق عبد) علمت آنفا مافيه (قوله كالتشميت) ظاهره أنه يقضى كالصلاة وحرره نقلا ؛ وقدمنا عن الكافى أنه كالصلاة يجب فى المجلس مرة ، وقيل إلى ثلاث ، ومثله فى الفتح والبحر . وفى شرح تلخيص الجامع الأصح أنه إن زاد على الثلاث لايشمته وإنما يجب التشميت إذا حمد العاطس ، وسيأتى تمام الكلام عليه فى باب الحظر والإباحة إن شاء الله تعالى (قوله بخلاف ذكره تعالى) أى فإنه لايقضى إذا فات ، لأنه حق الرب تعالى كما يفهم من تعليل الشارح في مقابله . وفيه أنه لايلزم من كونه حقه تعالى أنه لايقضى بدليل الصوم ونحوه ح . قال الزاهدى : وفي النظم إذا تكرر اسم الله تعالى فى مجلس واحد أو فى مجالس يجب لكل مجلس ثناء على حدة ، ولو تركه لايبقى دينا عليه ، وكذا في الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم ، لكن لو تركها تبقى دينا عليه لأنه لايخلو من تجدد نعم الله تعالى الموجبة للثناء فلا يكون وقت للقضاء كقضاء الفاتحة في الأخريين ، بخلاف الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم اه شرح المنية .

وحاصله أنه لما كان ثناء الله تعالى واجبا كل وقت لايمكن أن يقع مايفعله ثانياً قضاء عما تركه أو لا ، لأن الشيء فى محله لايمكن أن يضايقه غيره عليه .

واعترضه فى البحر ، بأن جميع الأوقات وإن كان وقتا للأداء لكن ليس مطالباً بالأداء لأنه رخص له فى الترك اه أى وإذا لم يكن مطالباً بالأداء يجعل مايأتى به قضاء لأجل تفريغ ذمته ، لكن قد يقال إذا كان الترك رخصة يكون عدمه عزيمة ، وإذا أتى بالعزيمة يكون آتيا بالواجب عليه ويكون أداء ، لأنه الواجب عليه كالمسافر يرخص له الإفطار ، فإذا صام يكون آتيا بالعزيمة وإن لم ينو الفرض ، ومثله قراءة الفاتحة فى الأخريين من الفرض الرباعي يرخص له فى تركها ، وإذا قرأها لاتقع قضاء عما فاته فى الأوليين (قوله وعليه الفتوى) عزاه فى الشرنبلالية إلى شرح المجمع . وفى الخزائن ورجحه السرخسى بأنه المختار للفتوى ، وجعله ابن الساعاتى قول عامة العلماء اه . (قوله والمعتمد من المذهب قول الطحاوى) قال فى الخزائن : وصححه فى التحفة وغيرها ، وجعله فى الحاوى قول الأكثر . وفى شرح المنية أنه الأصح المختار . وقال العينى فى شرح المجمع وهو مذهبى . وقال الباقانى وهو المعتمد من المذهب ، ورجحه فى البحر الخ . (قوله ورجحه فى البحر) أى تبعا لابن أميرحاج عن التحفة والمحيط الرضوى ح (قوله كرغم وإبعاد وشقاء) أخرج كثيرون بسند رجاله ثقات ، ومن ثم قال الحاكم فى المستدرك صحيح

وبخل وجفاء ؛ ثم قال : فتكون فرضا فى العمر ، وواجبا كلما ذكر على الصحيح ، وحراما عند فتح التاجر متاعه ونحوه ، وسنة فى الصلاة ، ومستحبة فى كل أوقات الإمكان ، ومكروهة فى صلاة غير تشهد أخير ؛

الإسناد عن كعب بن عجرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « احضروا المنبر فحضرنا ، فلما ارتقى درجة قال آمين ، ثم ارتقى الثانية وقال آمين ، ثم ارتقى الثالثة وقال آمين ، فلما نزل قلنا : يارسول الله قد سمعنا منك شيئا ماكنا نسمعه ، فقال : إن جبريل عرض على فقال : بعد من أدرك رمضان فلم يغفر له ، فقلت آمين ، فلما رقيت » أى بكسر القاف الثانية « قال بعد من ذكرت عنده فلم يصل عليك ، فقلت آمين ؛ فلما رقيت الثالثة ، قال : بعد من أدرك أبويه الكبر عنده فلم يدخلاه الجنة ، قلت آمين » وفى رواية « فلم يصل عليك فأبعده الله » وفى أخرى صححها الحاكم «رغم أنف رجل » وفى أخرى سندها حسن « شقى عبد ذكرت عنده فلم يصل عليك » من الدر المنضود لابن حجر (قوله وبخل وجفاء) أى فى قوله عليه الصلاة والسلام « البخيل من ذكرت عنده فلم يصل على » رواه الترمذى وقال حسن صحيح شرح المنية ، وقوله عليه الصلاة والسلام « من الجفاء أن أذكر عند الرجل فلا يصلى على » رواه السيوطى فى الجامع الصغير .

(قوله وحراما الخ) الظاهر أن المراد به كراهة التحريم ، لما فى كراهية الفتاوى الهندية إذا فتح التاجر الثوب فسبح الله تعالى أو صلى على النبى صلى الله عليه وسلم يريد به إعلام المشترى جودة ثوبه فذلك مكروه ، وكذا الحارس لأنه يأخذ لذلك ثمنا ، وكذا الفقاعى إذا قال ذلك عند فتح فقاعه على قصد ترويجه وتحسينه يأثم ، وعن هذا يمنع إذا قدم واحد من العظماء إلى مجلس فسبح أو صلى على النبى صلى الله عليه وسلم إعلاما بقدومه حتى يفرج له الناس أو يقوموا له يأثم اه (قوله وسنة فى الصلاة) أى فى قعود أخير مطلقا ، وكذا فى قعود أول فى النوافل غير الرواتب تأمل ، وفى صلاة الجنازة .

مطلب نص العلماء على استحباب الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم فى مواضع

(قوله ومستحبة فى كل أوقات الإمكان) أى حيث لامانع . ونص العلماء على استحبابها فى مواضع : يوم الجمعة وليلتها ، وزيد يوم السبت والأحد والخميس ، لما ورد فى كل من الثلاثة ، وعند الصباح والمساء ، وعند دخول المسجد والخروج منه ، وعند زيارة قبره الشريف صلى الله عليه وسلم ، وعند الصفا والمروة ، وفى خطبة الجمعة وغيرها ، وعقب إجابة المؤذن ، وعند الإقامة ، وأول الدعاء وأوسطه وآخره ، وعقب دعاء القنوت ، وعند الفراغ من التلبية ، وعند الاجتماع والافتراق ، وعند الوضوء ، وعند طنين الأذن ، وعند نسيان الشيء ، وعند الوعظ ونشر العلوم ، وعند قراءة الحديث ابتداء وانتهاء ، وعند كتابة السؤال والفتيا ، ولكل مصنف ودارس ومدرس وخطيب وخاطب ومتزوج ومزوج . وفى الرسائل : وبين يدى سائر الأمور المهمة ، وعند ذكر أو سماع اسمه صلى الله عليه وسلم أو كتابته عند من لايقول بوجوبها ، كذا فى شرح الفاسى على دلائل الخيرات ملخصا ، وغالبها منصوص عليه فى كتبنا (قوله ومكروهة فى صلاة غير تشهد أخير) أى وغير قنوت وتر فإنها مشروعة فى آخره كما فى البحر ، فالأولى استثناؤه أيضاح وكذا فى غير صلاة الجنازة فتسن فيها .

مطلب فى المواضع التى تكره فيها الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم

[تنبيه] تكره الصلاة عليه صلى الله عليه وسلم فى سبعة مواضع : الجماع ، وحاجة الإنسان ، وشهرة المبيع والعثرة ، والتعجب ، والذبح ، والعطاس على خلاف فى الثلاثة الأخيرة شرح الدلائل ، ونص على الثلاثة عندنا

فلذا استثنى في النهر من قول الطحاوى مافى تشهد أول وضمن صلاة عليه لئلا يتسلسل ، بل خصه فى درر البحار بغير الذاكر لحديث « من ذكرت عنده فليحفظ » وإزعاج الأعضاء برفع الصوت جهل وإنما هى دعاء له ، والدعاء يكون بين الجهر والمخافتة كذا اعتمده الباجى فى كنز العفاة ، وحرر أنها قد ترد ككلمة التوحيد مع أنها

فى الشرعة فقال : ولا يذكره عند العطاس ، ولا عند ذبح الذبيحة ، ولا عند التعجب (قوله فلذا استثنى فى النهر الخ) أقول: يستثنى أيضا مالو ذكره أو سمعه فى القراءة أو وقت الخطبة لوجوب الإنصات والاستماع فيهما . وفى كراهية الفتاوى الهندية : ولو سمع اسم النبى صلى الله عليه وسلم وهو يقرأ لايجب أن يصلى ، وإن فعل ذلك بعد فراغه من القرآن فهو حسن ، كذا فى الينابيع ، ولو قرأ القرآن فمر على اسم نبى فقراءة القرآن على تأليفه ونظمه أفضل من الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم فى ذلك الوقت ، فإن فرغ ففعل فهو أفضل وإلا فلاشىء عليه كذا فى الملتقط اه (قوله مافى تشهد أول) أى فى غير النوافل فإنه وإن ذكر فيه اسمه صلى الله عليه وسلم فالصلاة فيه تكره تحريما فضلا عن الوجوب (قوله لئلا يتسلسل) علة للثانى: أى لأن الصلاة عليه لاتخلو من ذكره . فلو قلنا بوجوبها استدعت صلاة أخرى وهلم جرا وفيه حرج . وأما علة الأول فهى ماذكره فى قوله ولذا استثنى : أى ولكراهتها فى تشهد غير أخير استثنى الخ ، وبه علم أن قوله وضمن بالجر عطفا على تشهد مع قطع النظر عن علته بدليل العلة الثانية فإنها للثانى فقط ، وإلا لقال ولئلا يتسلسل بالعطف على العلة الأولى . وبدليل أن العلة الأولى لاتصلح للحكم الثانى (قوله بل خصه فى درر البحار الخ) أى خص قول الطحاوى بالوجوب بغير الذاكر ، دفعا لما أورده بعضهم على الطحاوى من استلزام التسلسل ، لأن الصلاة عليه لاتخلو عن ذكره .

وحاصل الجواب تخصيص الوجوب على السامع فقط لأن أحاديث الوعيد المارة تفيد ذلك . فإن لفظ « البخيل من ذكرت عنده » لايشمل الذاكر ، لأن من الموصولة بمعنى الشخص الذى وقع الذكر فى حضرته فيستدعى أن يكون الذاكر غيره ، وإلا لقيل من ذكرنى . وأجاب ح بأن الذاكر داخل بدلالة المساواة ، وقد يدفع بأن المقصود من الصلاة عليه صلى الله عليه وسلم تعظيمه والذاكر له لايذكره إلا فى مقام التعظيم ، فلا تلزمه الصلاة . بل تلزم السامع لئلا يخل بالتعظيم من كل وجه تأمل ، لكن هذا يشمل الذاكر ابتداء أو فى ضمن الصلاة عليه صلى الله عليه وسلم ، وبه صرح فى غرر الأفكار شرح درر البحار ، فهو قول آخر مخالف لما مشى عليه الشارح أولا من الوجوب على الذاكر والسامع ، وبه صرح ابن الساعاتى فى شرحه على مجمعه ، ولما مشى عليه ابن ملك فى شرح المجمع وتبعه المصنف فى شرحه على زاد الفقير من تخصيصه الوجوب على الذاكر بالذاكر ابتداء لافى ضمن الصلاة عليه صلى الله عليه وسلم . ويظهر لى أن هذا أقرب ، ولا حاجة فى دفع التسلسل إلى تعميم الذاكر ، ثم هذا كله مبنى على تكرار الوجوب فى المجلس الواحد ، وقدمنا ترجيح التداخل والاكتفاء بمرة ، وعليه فإيراد التسلسل من أصله مدفوع (قوله وإزعاج الأعضاء) قال فى الهندية : رفع الصوت عند سماع القرآن والوعظ مكروه ، وما يفعله الذين يدعون الوجد والمحبة لا أصل له ، ويمنع الصوفية من رفع الصوت وتخريق الثياب ، كذا فى السراجية اه (قوله وحرر أنها قد ترد) أى لاتقبل. والقبول ترتب الغرض المطلوب من الشيء على الشيء كترتيب الثواب على الطاعة ، ولا يلزم من استيفاء الطاعة شروطها وأركانها القبول كما صرح به فى الولوالجية ، قال لأن القبول له شرط صعب ، قال الله تعالى — إنما يتقبل الله من المتقين — أى فيتوقف على صدق العزيمة ، وبعد ذلك يتفضل المولى تعالى بالثواب على من يشاء بمحض فضله لابإيجاب عليه تعالى ، لأن العبد إنما يعمل لنفسه والله غنى عن العالمين ، نعم حيث وعد سبحانه وتعالى بالثواب على الطاعة ونحو الألم حتى الشوكة يشاكها بمحض فضله تعالى لابد من

وجوده لوعده الصادق . قال تعالى — أنى لاأضيع عمل عامل منكم — وعلى هذا فعدم القبول لبعض الأعمال إنما هو لعدم استيفاء شروط القبول : كعدم الخشوع فى نحو الصلاة ، أو عدم حفظ الجوارح فى الصوم ، أو عدم طيب المال فى الزكاة والحج ، أو عدم الإخلاص مطلقا ، ونحو ذلك من العوارض . وعلى هذا فعنى أن الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم قد ترد عدم إثابة العبد عليها لعارض كاستعمالها على محرم كما مر ، أو لإتيانه بها من قلب غافل أو لرياء وسمعة ؛ كما أن كلمة التوحيد التى هى أفضل منها لو أتى بها نفاقا أو رياء لاتقبل : وأما إذا خلت من هذه العوارض ونحوها فالظاهر القبول حتما إنجازاً للوعد الصادق كغيرها من الطاعات ، وكل ذلك بفضل الله تعالى ، لكن وقع فى كلام كثيرين مايقتضى القبول مطلقا ؛ ففى شرح المجمع لمصنفه أن تقديم الصلاة عليه صلى الله عليه وسلم على الدعاء أقرب إلى الإجابة لما بعدها من الدعاء ، فإن الكريم لايستجيب بعض الدعاء ويرد بعضه اهـ ومثله فى شرحه لابن ملك وغيره . وقال الفاسى فى شرح الدلائل : قال الشيخ أبو إسحق الشاطبى فى شرح الألفية : الصلاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم مجابة على القطع ، فإذا اقترن بها السؤال شفعت بفضل الله تعالى فيه فقبل ، وهذا المعنى مذكور عن بعض السلف الصالح .

واستشكل كلامه هذا الشيخ السنوسى وغيره ولم يجدوا له مستنداً ، وقالوا : وإن لم يكن له قطع فلا مرية فى غلبة الظن وقوة الرجاء اهـ .

وذكر فى الفصل الأول من دلائل الخيرات قال أبو سليمان الدارانى : من أراد أن يسأل الله حاجته فليكثر بالصلاة(١) على النبى صلى الله عليه وسلم ثم يسأل الله حاجته ، وليختم بالصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم فإن الله يقبل الصلاتين ، وهو أكرم من أن يدع مابينهما اهـ .

مطلب فى أن الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم هل ترد أم لا

قال الفاسى فى شرحه : ومن تمام كلام أبى سليمان عند بعضهم : وكل الأعمال فيها المقبول والمردود إلا الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم فإنها مقبولة غير مردودة . وروى الباجى عن ابن عباس : إذا دعوت الله عز وجل فاجعل فى دعائك الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم فإن الصلاة عليه مقبولة ، والله سبحانه أكرم من أن يقبل بعضا ويرد بعضا ، ثم ذكر نحوه عن الشيخ أبى طالب المكى وحجة الإسلام الغزالى : وقال العراقى : لم أجده مرفوعا ، وإنما هو موقوف على أبى الدرداء : ومن أراد الزيادة على ذلك فليرجع إلى شرح الدلائل .

والذى يظهر من ذلك أن المراد بقبولها قطعا أنها لاترد أصلا مع أن كلمة الشهادة قد ترد فلذا استشكله السنوسى وغيره . والذى ينبغى حمل كلام السلف عليه أنه لما كانت الصلاة دعاء والدعاء منه المقبول ومنه المردود ، وأن الله تعالى قد يجيب السائل بعين مادعاه وقد يجيبه بغيره لمقتضى حكمته خرجت الصلاة من عموم الدعاء ، لأن الله تعالى قال — إن الله وملائكته يصلون على النبى — بلفظ المضارع المفيد للاستمرار التجددى مع الافتتاح بالجملة الاسمية المفيدة للتوكيد وابتدائها بإن لزيادة التوكيد ، وهذا دليل على أنه سبحانه لايزال مصليا على رسوله صلى الله عليه وسلم ، ثم امتن سبحانه على عباده المؤمنين حيث أمرهم بالصلاة أيضا ليحصل لهم بذلك زيادة فضل وشرف وإلا فالنبى صلى الله عليه وسلم مستغن بصلاة ربه سبحانه وتعالى عليه ، فيكون دعاء المؤمن بطلب الصلاة من ربه

(١) (قوله فليكثر بالصلاة) قال الفاسى : الباء زائدة فى المفعول لتوكيد ، ويحتمل أن تكون متعلقة بمحذوف : أى فليكثر الدعاء بالصلاة ، أو يكون فليكثر مضمنا معنى فليلهج ونحو ذلك اهـ منه .

أعظم منها وأفضل ، لحديث الأصبهاني وغيره عن أنس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من صلى علىّ مرة واحدة فتقبلت منه محا الله عنه ذنوب ثمانين سنة » فقيد المأمول بالقبول (ودعا) بالعربية ، وحرم بغيرها نهر لنفسه وأبويه وأستاذه المؤمنين .

تعالى مقبولا قطعا أى مجانا لإخباره سبحانه وتعالى بأنه يصلى عليه ، بخلاف سائر أنواع الدعاء وغيره من العبادات ، وليس فى هذا مايقتضى أن المؤمن يثاب عليها أو لايثاب ، بل معناه أن هذا الطلب والدعاء مقبول غير مردود . وأما الثواب فهو مشروط بعدم العوارض كما قدمناه . فعلم أنه لاإشكال فى كلام السلف ، وأن له سنداً قويا وهو إخباره تعالى الذى لاريب فيه ، فاغتنم هذا التحرير العظيم الذى هو من فيض الفتاح العليم . ثم رأيت الرحمتى ذكر نحوه (قوله فقيد المأمول) أى قيد الثواب الذى يؤمله العبد ويرجوه ، وهو هنا محو الذنوب بالقبول : أى المتوقف على صدق العزيمة وعدم الموانع ، وقد علمت أن هذا لاينافى كون هذا الدعاء مجاباً قطعا .

مطلب فى الدعاء بغير العربية

(قوله وحرم بغيرها) أقول : نقله فى النهر عن الإمام القرافى المالكى معللا باحتماله على ماينافى التعظيم . ثم رأيت العلامة اللقانى المالكى نقل فى شرحه الكبير على منظومته المسماة جوهرة التوحيد كلام القرافى ، وقيد الأعجمية بالمجهولة المدلول أخذاً من تعليله بجواز اشتمالها على ماينافى جلال الربوبية ، ثم قال : واحترز بذلك عما إذا علم مدلولها ، فيجوز استعماله مطلقا فى الصلاة وغيرها ، لأن الله تعالى قال — وعلم آدم الأسماء كلها — — وما أرسلنا من رسول إلا بلسان قومه — اهـ لكن المنقول عندنا الكراهة ؛ فقد قال فى غرر الأفكار شرح درر البحار فى هذا المحل : وكره الدعاء بالعجمية ، لأن عمر نهى عن رطانة الأعاجم اهـ . والرطانة كما فى القاموس : الكلام بالأعجمية ، ورأيت فى الولوالجية فى بحث التكبير بالفارسية أن التكبير عبادة لله تعالى ، والله تعالى لايحب غير العربية ، ولهذا كان الدعاء بالعربية أقرب إلى الإجابة ، فلا يقع غيرها من الألسن فى الرضا والمحبة لها موقع كلام العرب اهـ . وظاهر التعليل أن الدعاء بغير العربية خلاف الأولى ، وأن الكراهة فيه تنزيهية .

هذا ، وقد تقدم أول الفصل أن الإمام رجع إلى قولهما بعدم جواز الصلاة بالقراءة بالفارسية إلا عند العجز عن العربية :

وأما صحة الشروع بالفارسية وكذا جميع أذكار الصلاة فهى على الخلاف ؛ فعنده تصح الصلاة بها مطلقا خلافا لهما كما حققه الشارح هناك . والظاهر أن الصحة عنده لاتنفى الكراهة ، وقد صرحوا بها فى الشروع .

وأما بقية أذكار الصلاة فلم أر من صرح فيها بالكراهة سوى ماتقدم ، ولا يبعد أن يكون الدعاء بالفارسية مكروها تحريما فى الصلاة وتنزيها خارجها ، فليتأمل وليراجع (قوله لنفسه وأبويه وأستاذه المؤمنين) احترز به عما إذا كانوا كفارا فإنه لايجوز الدعاء لهم بالمغفرة كما يأتى ، بخلاف ما لو دعا لهم بالهداية والتوفيق لو كانوا أحياء ، وكان ينبغى أن يزيد ولجميع المؤمنين والمؤمنات كما فعل فى المنية لأن السنة التعميم ، لقوله تعالى — واستغفر لذنبك وللمؤمنين والمؤمنات — وللحديث « من صلى صلاة لم يدع فيها للمؤمنين والمؤمنات فهى خداج » ، كما فى البحر ، ولخبر المستغفرى « مامن دعاء أحب إلى الله من قول العبد : اللهم اغفر لأمة محمد مغفرة عامة » وفى رواية « أنه صلى الله عليه وسلم سمع رجلا يقول : اللهم اغفرلى ، فقال : ويحك لو عممت لاستجيب لك » وفى أخرى « أنه ضرب منكب من قال اغفرلى وارحمنى ، ثم قال له : عم فى دعائك ، فإن بين الدعاء الخاص والعام كما بين السماء والأرض » وفى البحر عن الحاوى القدسى : من سنن القعدة الأخيرة الدعاء بما شاء من صلاح الدين والدنيا لنفسه ولوالديه

ويحرم سؤال العافية مدى الدهر ، أو خير الدارين ودفع شرهما ، أو المستحيلات العادية كنزول المائدة ، قيل والشرعية .

والحق حرمة

وأستاذى وجميع المؤمنين اه قال : وهو يفيد أنه لو قال اللهم اغفرلى ولوالدى وأستاذى لا تفسد مع أن الأستاذ ليس فى القرآن ، فيقتضى عدم الفساد فى اللهم اغفر لزيد (قوله ويحرم سؤال العافية مدى الدهر إلى قوله والحق) هو أيضا من كلام القرافى المالكى ، نقله عنه فى النهر ، ونقله أيضا العلامة اللقانى فى شرح جوهرة التوحيد فقال : الثانى من المحرم أن يسأل المستحيلات العادية وليس نبيا ولا وليا فى الحال : كسؤال الاستغناء عن التنفس فى الهواء ليأمن الاختناق ، أو العافية من المرض أبد الدهر لينتفع بقواه وحواسه أبدا . إذ دلت العادة على استحالة ذلك ، أو ولدا من غير جماع ، أو ثمارا من غير أشجار ، وكذا قوله اللهم أعطنى خير الدنيا والآخرة لأنه محال ، فلا بد من أن يراد الخصوص بغير منازل الأنبياء ومراتب الملائكة ، ولابد أن يدركه بعض الشرور ولو سكرات الموت ووحشة القبر : فكله حرام . الثالث أن يطلب نفى أمر دل السمع على نفيه ، كقوله — ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا — الخ مع أنه عليه الصلاة والسلام قال « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » فهى مرفوعة ، فيكون تحصيل الحاصل وهو سوء أدب ، مثل : أوجب علينا الصلاة والزكاة إلا أن يريد بالخطإ العمد وبما لا يطاق للرزايا والمحن فيجوز اه ملخصا . قال اللقانى : ورد هذا بعضهم بما قدمناه عن العز بن عبد السلام من أنه يجوز الدعاء بما علمت السلامة منه اه ولذا قال الشارح : قيل والشرعية أى لأن أحسن الدعاء ماورد فى القرآن والسنة ، ومنه — ربنا لا تؤاخذنا — الآية فكيف ينهى عنه ، ولو كان الدعاء بتحصيل الحاصل منهيا لما ساغ الدعاء بالصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم ، ولا الدعاء له بالوسيلة ، ولا بقول المؤمن — اهدنا الصراط المستقيم — ولا بلعن الشياطين والكافرين ، ونحو ذلك مما فيه إظهار العجز والعبودية ، أو الرغبة بحب النبى صلى الله عليه وسلم أو حب الدين ، أو النفرة عن فعل الكافرين ونحوهم ؛ بخلاف قول الرجل : اللهم اجعلنى رجلا ونحوه مما لا فائدة فيه ، أو ما فيه تحكم على الله تعالى كطلب ماليس أهلا لنيله ، أو ما كان مستحيلا فإنه من الاعتداء فى الدعاء ، وقد قال الله تعالى — ادعوا ربكم تضرعا وخفية إنه لا يحب المعتدين — وروى عن عبد الله بن مغفل رضى الله تعالى عنه أنه سمع ابنه يقول : اللهم إنى أسألك القصر الأبيض عن يمين الجنة إذا دخلتها ، فقال : يابنى سل الله الجنة وتعوذ به من النار ، فإنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « سيكون فى هذه الأمة قوم يعتدون فى الطهور والدعاء » .

مطلب فى الدعاء المحرم

(قوله والحق الخ) رد على الإمام القرافى ومن تبعه حيث قال : إن الدعاء بالمغفرة للكافر كفر لطلبه تكذيب الله تعالى فيما أخبر به وإن الدعاء لجميع المؤمنين بمغفرة جميع ذنوبهم حرام ، لأن فيه تكذيبا للأحاديث الصحيحة المصرحة بأنه لابد من تعذيب طائفة من المؤمنين بالنار بذنوبهم وخروجهم منها بشفاعة أو بغيرها ، وليس بكفر للفرق بين تكذيب خبر الآحاد والقطعى ، ووافقه على الأول صاحب الحلية المحقق ابن أمير حاج ، وخالفه فى الثانى وحقق ذلك بأنه مبنى على مسألة شهيرة ، وهى أنه هل يجوز الخلف فى الوعيد ؟ فظاهر مافى المواقف والمقاصد أن الأشاعرة قائلون بجوازه لأنه لا يعد نقصا بل جودا وكرما . وصرح التفتازانى وغيره بأن المحققين على عدم جوازه ، وصرح النسفى بأنه الصحيح لاستحالته عليه تعالى ، لقوله — وقد قدمت إليكم بالوعيد ما يبدل القول

الدعاء بالمغفرة للكافر لا لكل المؤمنين كل ذنوبهم بحر (بالأدعية المذكورة فى القرآن والسنة . لا بما يشبه كلام الناس) اضطرب فيه كلامهم ولا سيما المصنف ؛ والمختار كما قاله الحلبى أن ما هو فى القرآن أو فى الحديث لا يفسد .

لدى" — وقوله تعالى — ولن يخلف الله وعده أى وعيده ، وإنما يمدح به العباد خاصة . فهذا الدعاء يجوز على الأول لا الثانى .

مطلب فى خلف الوعيد وحكم الدعاء بالمغفرة للكافر ولجميع المؤمنين

والأشبه ترجح جواز الخلف فى الوعيد فى حق المسلمين خاصة دون الكفار توفيقا بين أدلة المانعين المتقدمة وأدلة المثبتين التى من نصها قوله تعالى — إن الله لا يغفر أن يشرك به ويغفر ما دون ذلك — وقوله : عن إبراهيم — رب اغفرلى ولوالدى" وللمؤمنين يوم يقوم الحساب — وأمر به نبينا صلى الله عليه وسلم بقوله تعالى — واستغفر لذنبك وللمؤمنين والمؤمنات — وفعله عليه الصلاة والسلام كما فى صحيح ابن حبان « أنه صلى الله عليه وسلم قال : اللهم اغفر لعائشة ما تقدم من ذنبها وما تأخر ، ما أسرت وما أعلنت ، ثم قال : إنها لدعائى لأمتى فى كل صلاة » وحاصل هذا القول جواز التخصيص لما دل عليه اللفظ بوضعه اللغوى من العموم فى نصوص الوعيد . ولا ينافى النصوص الصحيحة المصرحة بأن من المؤمنين من يدخل النار ويعاقب فيها على ذنوبه . لأن الغرض جواز مغفرة جميع الذنوب لجميع المؤمنين لا الجزم بوقوعها للجميع ، وجواز الدعاء بها مبنى على جواز وقوعها لا على الجزم بوقوعها ، هذا خلاصة ما أطال به فى الحلية .

وحاصله أن ما دل من النصوص على عدم جواز خلف الوعيد مخصوص بغير المؤمنين فهو جائز عقلا فيجوز الدعاء بشمول المغفرة لهم وإن كان غير واقع للنصوص الصحيحة المصرحة بأنه لا بد من تعذيب طائفة منهم . وجواز الدعاء يبتنى على الجواز عقلا ، لكن يرد عليه أن ما ثبت بالنصوص الصريحة لا يجوز عدمه شرعا . وقد نقل اللقانى عن الأبى والنووى انعقاد الإجماع على أنه لا بد من نفوذ الوعيد فى طائفة من العصاة . وإذا كان كذلك يكون الدعاء به مثل قولنا اللهم لا توجب علينا الصوم والصلاة ، وأيضا يلزم منه جواز الدعاء بالمغفرة لمن مات كافرا أيضا ؛ إلا أن يقال إنما جاز الدعاء للمؤمنين بذلك إظهارا لفرط الشفقة على إخوانه . بخلاف الكافرين . وبخلاف لا توجب علينا الصوم لقبح الدعاء لأعداء الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم وإظهار التضجر من الطاعة ، فيكون عاصيا بذلك لا كافرا على ما اختاره فى البحر وقال إنه الحق ، وتبعه الشارح ، لكنه مبنى على جواز العفو عن الشرك عقلا ، وعليه يبتنى القول بجواز الخلف فى الوعيد ، وقد علمت أن الصحيح خلافه ؛ فالدعاء به كفر لعدم جوازه عقلا ولا شرعا ولتكذيبه النصوص القطعية بخلاف الدعاء للمؤمنين كما علمت . فالحق ما فى الحلية على الوجه الذى نقلناه عنها لا على ما نقله ح فافهم (قوله ودعا بالأدعية المذكورة فى القرآن والسنة) عدل عن قول الكنز بما يشبه القرآن ، لأن القرآن معجز لا يشبهه شىء . وأجاب فى البحر بأنه أطلق المشابهة لإرادته نفس الدعاء لا قراءة القرآن اهـ ومفاده أنه لا ينوى القراءة . وفى المعراج أول الباب : وتكره قراءة القرآن فى الركوع والسجود والتشهد بإجماع الأئمة الأربعة ، لقوله عليه الصلاة والسلام « نهيت أن أقرأ القرآن راكعا أو ساجدا » رواه مسلم اهـ تأمل .

هذا ، وقد ذكر فى الإمداد فى بحث السنن جملة من الأدعية المأثورة ، فيكفى سهولة مراجعتها عن ذكرها هنا .

[تتمة] ينبغى أن يدعو فى صلاته بدعاء محفوظ ، وأما فى غيرها فينبغى أن يدعو بما يحضره ، ولا يستظهر الدعاء لأن حفظه يذهب برقة القلب هندية عن المحيط ، واستظهاره حفظه عن ظهر قلبه (قوله لا يفسد) أى مطلقا ،

وما ليس فى أحدهما إن استحال طلبه من الخلق لا يفسد وإلا يفسد لو قبل قدر التشهد ، وإلا تتم به مالم يتذكر سجدة فلا تفسد بسؤال المغفرة مطلقا ولو لعمى أو لعمرو ، وكذا الرزق مالم يقيده بمال ونحو لاستعماله فى العباد مجازا (ثم يسلم عن يمينه ويساره حتى يرى بياض خده ؛ ولو عكس سلم عن يمينه فقط ، ولو تلقاء وجهه سلم عن يساره أخرى ، ولو نسى اليسار أتى به مالم يستدبر القبلة

سواء استحالي طلبه من العباد كاغفرلى أولا كارزقنى من بقلهاوقثائها وفومها وعدسهاوبصلها . وفيه رد على الفضلى فى اختياره الفساد بما ليس فى القرآن مطلقا ، وعلى مافى الخلاصة من تقييده عدم الفساد بالمستحيل من العباد بما إذا كان مأثورا ، وهو مبنى على قول الفضلى . قال فى النهر : والمذهب الإطلاق (قوله إن استحال طلبه من الخلق) كاغفر لعمى أو لعمرو فلا يفسد وإن لم يكن فى القرآن خلافا للفضلى (قوله وإلا يفسد) مثل اللهم ارزقنى بقلا وقثاء وعدسا وبصلا ، أو ارزقنى فلانة (قوله وإلا تتم به) أى مع كراهة التحريم ط (قوله مالم يتذكر سجدة) أى صلبية ، فتفسد الصلاة لوجود القاطع المانع من إعادتها وهو الدعاء المذكور ، بخلاف التلاوية والسهوية لأنه لاتتوقف صحة الصلاة على سجودهما ، فتتم الصلاة به وإن لم يسجدهما لأنهما واجبتان والصلبية ركن ، بل لو سجدهما فهو لغو لأنه بعد قطع الصلاة ، كما لو سلم وهو ذاكر لسجدة تلاوية أو سهوية تمت صلاته لخروجه منها بعد تمام الأركان . وأما قولهم إن التلاوية كالصلبية فى أنها ترفع القعدة والتشهد ، فذاك فيما إذا فعلهما قبل خروجه من الصلاة بسلام أو كلام بخلاف مانحن فيه ، فذكر التلاوية هنا خطأ صريح كما نبه عليه الرحمتى فافهم (قوله فلا تفسد الخ) تفريع على المختار السابق (قوله مطلقا) أى سواء كان فى القرآن كاغفرلى أولا كاغفر لعمى أو لعمرو ، لأن المغفرة يستحيل طلبها من العباد — ومن يغفر الذنوب إلا الله — وما فى الظهيرية من الفساد به اتفاقا مؤول باتفاق من اختار قول الفضلى ، أو ممنوع بدليل مافى المجتبى ، وفى أقربائى وأعمامى اختلاف المشايخ ، وتمامه فى البحر والنهر (قوله وكذا الرزق) أي لايفسد إذا قيده بما يستحيل من العباد كارزقنى الحج أو رؤيتك بخلاف فلانة ، وجعل هذا التفصيل فى الخلاصة هو الأصح . وفى النهر : وهذا التخريج ينبغى اعتماده اهـ . قلت : وكذا لو أطلقه لأنه فى القرآن — وارزقنا وأنت خير الرازقين — وجعل فى الهداية ارزقنى مفسدا لقولهم رزق الأمير الجند . قال فى الفتح : ورجح عدم الفساد لأن الرازق فى الحقيقة هو الله تعالى ونسبته الى الأمير مجاز : قال فى شرح المنية : لأن الرزق عند أهل السنة ما يكون غذاء للحيوان وليس فى وسع المخلوق إلا إيصال سببه كالمال ، ولذا لو قيده به فقال ارزقنى مالا تفسد بلا خلاف ، وعليه فأكرمنى أو أنعم علىّ ينبغى أن يفسد ، إذ يقال أكرم فلان فلانا وأنعم عليه ، إلا أنه فى المحيط ذكر عن الأصل أنه لايفسد لأن معناه فى القرآن : إذا ماابتلاه فأكرمه(١) ونعمه — وكذا لو قال أمددنى بمال لايفسد ، وأما قوله أصلح أمرى فبالنظر إلى إطلاق الأمر يستحيل طلبه من العباد اهـ ملخصا .

[تنبيه] فى البحر عن فتاوى الحجة : لو قال اللهم العن الظالمين لا يقطع صلاته ، ولو قال اللهم العن فلانا يعنى ظالمه يقطع الصلاة اهـ أى لأنه دعاء بمحرم وإن استحال من العباد فصار كلاما ، أو لأنه غير مستحيل بدليل — فعليهم لعنة الله والملائكة والناس أجمعين — وأما اللعنة على الظالمين فهى فى القرآن فافهم (قوله حتى يرى بياض خده) أى حتى يراه من يصلى خلفه أفاده ح . وفى البدائع : يسن أن يبالغ فى تحويل الوجه فى التسليمتين ، ويسلم عن يمينه حتى يرى بياض خده الأيمن وعن يساره حتى يرى بياض خده الأيسر (قوله ولو عكس) بأن سلم عن يساره أولا عامدا أو ناسيا بحر (قوله فقط) أى فلا يعيد التسليم عن يساره (قوله مالم يستدبر القبلة)

---

(١) (قوله إذا ماابتلاه فأكرمه الخ) هكذا بخطه ، والتلاوة (إذا ماابتلاه ربه فأكرمه ونعمه) اهـ مصححه .

فى الأصح ، وتنقطع به التحريمة بتسليمة واحدة برهان ، وقد مر .

وفى التاترخانية : ماشرع فى الصلاة مثنى فللواحد حكم المثنى ، فيحصل التحليل بسلام واحد كما يحصل بالمثنى وتتقيد الركعة بسجدة واحدة كما تتقيد بسجدتين (مع الإمام) إن أتم التشهد كما مر .

ولا يخرج المؤتم بنحو سلام الإمام بل بقهقهته وحدثه عمدا لانتفاء حرمتها فلا يسلم ؛ ولو أتمه قبل إمامه فتكلم جاز وكره ، فلو عرض مناف تفسد صلاة الإمام فقط (كالتحريمة) مع الإمام . وقالا : الأفضل فيهما بعده

أى أو يتكلم بحر (قوله فى الأصح) مقابله مافى البحر من أنه يأتى به مالم يخرج من المسجد : أى وإن استدبر القبلة . وعدل عنه الشارح لما فى القنية من أن الصحيح الأول ، وعبر الشارح بالأصح بدل الصحيح والخطب فيه سهل (قوله وقد مر) أى فى الواجبات ، حيث قال : وتنقضى قدوة بالأول قبل عليكم على المشهور عندنا خلافا للتكملة اهـ أى فلا يصح الاقتداء به بعدها لانقضاء حكم الصلاة . وهذا فى غير الساهى أما هو إذا سجد له بعد السلام يعود إلى حرمتها ط (قوله مثنى) أى اثنين وإن لم يتكرر فإنه يطلق على هذا كثيرا ، ومنه قوله تعالى : — فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى — أو يراد التكرار باعتبار تعدد الصلوات ، ثم الذى شرع فيها مثنى مع الموالاة السلام والسجود ط . وأما القيام والركوع فإنه وإن تكرر فى الصلاة إلا أنه مع الفاصل ، وليس مرادا هنا (قوله وتتقيد الركعة بسجدة) حتى لو سها فى الفرض فقام قبل القعود الأخير يبطل فرضه إذا قيد الركعة بسجدة (قوله إن أتم) أى المؤتم ، لأن متابعة الإمام فى السلام وإن كانت واجبة فليست بأولى من تمام الواجب الذى هو فيه ح. وهل إتمام التشهد واجب أو أولى ، قدمنا الكلام فيه فيما مر عند قول المصنف ولو رفع الإمام رأسه قبل أن يتم المأموم التسبيحات (قوله ولا يخرج المؤتم) أى عن حرمة الصلاة فعليه أن يسلم ؛ حتى لو قهقه قبله انتقض وضوءه ، وهذا عندهما خلافا لمحمد (قوله بنحو سلام الإمام الخ) أى مما هو متمم لها لا مفسد ، فإنه لو سلم بعد القعدة أو تكلم انتهت صلاته ولم تفسد ، بخلاف القهقهة أو الحدث العمد لانتفاء حرمة الصلاة به لأنه مفسد للجزء الملاقى له من صلاة الإمام فيفسد مقابله من صلاة المؤتم ، لكنه إن كان مدركا فقد حصل المفسد بعد تمام الأركان فلا يضره كالإمام ، بخلاف اللاحق أو المسبوق (قوله عمدا) أما لو كان بلا صنعه فله أن يبنى فيتوضأ ثم يسلم ويتبعه المؤتم (قوله فلا يسلم) أى الإمام أو المؤتم به لخروجه منها اتفاقا ؛ حتى لو قهقه المؤتم لا تنتقض طهارته (قوله ولو أتمه الخ) أى لو أتم المؤتم التشهد ، بأن أسرع فيه وفرغ منه قبل إتمام إمامه فأتى بما يخرجه من الصلاة كسلام أو كلام أو قيام جاز : أى صحت صلاته لحصوله بعد تمام الأركان ، لأن الإمام وإن لم يكن أتم التشهد لكنه قعد قدره ، لأن المفروض من القعدة قدر أسرع مايكون من قراءة التشهد وقد حصل ، وإنما كره للمؤتم ذلك لتركه متابعة الإمام بلا عذر ، فلو به كخوف حدث أو خروج وقت جمعة أو مرور مار بين يديه فلا كراهة كما سيأتى قبيل باب الاستخلاف (قوله فلو عرض مناف) أى بغير صنعه كالمسائل الإثنى عشرية وإلا بأن قهقه أو أحدث عمدا فلا تفسد صلاة الإمام أيضا كما مر (قوله تفسد صلاة الإمام فقط) أى لا صلاة المأموم ، لأنه لما تكلم خرج عن صلاة الإمام قبل عروض المناف لها (قوله مع الإمام) متعلق بالتحريمة ، فإن المراد بها هنا المصدر أى كما يحرم مع الإمام ، وإنما جعل التحريمة مشبها بها ، لأن المعية فيها رواية واحدة عن الإمام ، بخلاف السلام فإن فيه روايتين عنه ، أصحهما المعية ح (قوله وقالا الأفضل فيهما بعده) أفاد أن خلاف الصاحبين فى الأفضلية وهو الصحيح نهر . وقيل فى الجواز حتى لا يصح الشروع بالمقارنة فى إحدى الروايتين عن أبى يوسف ويكون مسيئا عند محمد كما فى البدائع . وفى القهستانى : وقال السرخسى : إن قوله أدق وأجود ،

(قائلا السلام عليكم ورحمة الله) هو السنة ، وصرح الحدادى بكراهة : عليكم السلام (و) أنه (لايقول) هنا (وبركاته) وجعله النووى بدعة ، ورده الحلبى . وفى الحاوى أنه حسن .
(وسن جعل الثانى أخفض من الأول) خصه فى المنية بالإمام وأقره المصنف (وينوى) الإمام بخطابه (السلام على من فى يمينه ويساره) ممن معه فى صلاته ، ولو جنا

وقولهما أرفق وأحوط . وفى عون المروزى : المختار للفتوى فى صحة الشروع قوله وفى الأفضلية قولهما اهـ . وفى التاترخانية عن المنتقى المقارنة على قوله كمقارنة حلقة الخاتم والأصبع . والبعدية على قولهما أن يوصل المقتدى همزة الله براءة أكبر .

مطلب فى وقت إدراك فضيلة الافتتاح

وتظهر فائدة الخلاف فى وقت إدراك فضيلة تكبيرة الافتتاح ؛ فعنده بالمقارنة ، وعندهما إذا كبر فى وقت الثناء ، وقيل بالشروع قبل قراءة ثلاث آيات لو كان المقتدى حاضرا ، وقيل سبع لو غائبا ،وقيل بإدراك الركعة الأولى ، وهذا أوسع وهو الصحيح اهـ وقيل بإدراك الفاتحة وهو المختار خلاصة ، واقتصر على ذكر التحريمة والسلام ، فأفاد أن المقارنة فى الأفعال أفضل بالإجماع ، وقيل على الخلاف كما فى الحلية وغيرها عن الحقائق (قوله هو السنة) قال فى البحر : وهو على وجه الأكمل أن يقول : السلام عليكم ورحمة الله مرتين ، فإن قال السلام عليكم أو السلام أو سلام عليكم أو عليكم السلام أجزأه وكان تاركا للسنة ، وصرح فى السراج بكراهة الأخير اهـ قلت : تصريحه بذلك لاينافى كراهة غيره أيضا مماخالف السنة (قوله وأنه) معطوف على قوله بكراهة لأنه صرح به الحدادى أيضا (قوله هنا) أى فى سلام التحلل ، بخلاف الذى فى التشهد كما يأتى (قوله ورده الحلبى) يعنى المحقق ابن أمير حاج حيث قال فى الحلية شرح المنية بعد نقله قول النووى إنها بدعة ولم يصح فيها حديث بل صح فى تركها غير ماحديث مانصه : لكنه متعقب فى هذا فإنها جاءت فى سنن أبى داود من حديث وائل بن حجر بإسناد صحيح . وفى صحيح ابن حبان من حديث عبد الله بن مسعود ، ثم قال : اللهم إلا أن يجاب بشذوذها وإن صح مخرجها كما مشى عليه النووى فى الأذكار ، وفيه تأمل اهـ (قوله وفى الحاوى أنه حسن) أى الحاوى القدسى . وعبارته : وزاد بعضهم وبركاته وهو حسن اهـ وقال أيضا فى محل آخر : وروى وبركاته (قوله أخفض من الأول) أفاد أنه يخفض صوته بالأول أيضا أى عن الزائد على قدر الحاجة فى الإعلام فهو خفض نسبى ، وإلا فهو فى الحقيقة جهر ، فالمراد أنه يجهر بهما إلا أنه يجهر بالثانى دون الأول ، وقيل إنه يخفض الثانى : أى لايجهر به أصلا . والأصح الأول لحاجة المقتدى إلى سماع الثانى أيضا لأنه لايعلم أنه بعد الأول يأتى به أو يسجد قبله لسهو حصل له ، أفاده فى شرح المنية . وفى البدائع : ومنها أى السنن أن يجهر بالتسليم لو إماما لأنه للخروج عن الصلاة فلا بد من الإعلام اهـ فافهم (قوله وينوى الخ) أى ليكون مقيما للسنة ، فينوى ذلك كسائر السنن ، ولذا ذكر شيخ الإسلام أنه إذا سلم على أحد خارج الصلاة ينوى السنة ،وبه اندفع ماأورده صدر الإسلام من أنه لاحاجة للإمام إلى النية لأنه يجهر ويشير إليهم فهو فوق منية اهـ بحر ملخصا . وجه الدفع أنه لايلزم من الإشارة إليهم بالخطاب حصول النية بإقامة القربة فلا بد منها .

أقول : وأيضا فإن التحلل من الصلاة لما وجب بالسلام كان المقصود الأصلى منه التحلل لا خطاب المصلين فلما لم يكن الخطاب مقصودا أصالة لزمت النية لإقامة السنة الزائدة على التحلل الواجب ، إذ لولاها لبقى السلام لمجرد التحلل دون التحية فتدبر (قوله السلام) مفعول ينوى وهو اسم مصدر بمعنى التسليم (قوله ممن معه فى صلاته)

أو نساء ، أما سلام التشهد فيعم لعدم الخطاب (والحفظة فيهما) بلا نية عدد كالإيمان بالأنبياء ، وقدم القوم لأن المختار أن خواص بنى آدم وهم الأنبياء أفضل من كل الملائكة ، وعوام بنى آدم وهم الأتقياء أفضل من عوام الملائكة ؛ والمراد بالأتقياء من اتقى الشرك فقط كالفسقة كما فى البحر عن الروضة ، وأقره المصنف .

قلت : وفى مجمع الأنهر تبعا للقهستانى : خواص البشر وأوساطه أفضل من خواص الملائكة وأوساطه عند

هذا قول الجمهور ، وقيل من معه فى المسجد ، وقيل إنه يعم كسلام التشهد حلية (قوله أو نساء) صرح به محمد فى الأصل ، وما فى كثير من الكتب من أنه لاينويهن فى زماننا مبنى على عدم حضورهن الجماعة ، فلا مخالفة بينهما لأن المدار على الحضور وعدمه ، حتى لو حضر خنائى أو صبيان نواهم أيضا حلية وبحر ، لكن فى النهر أنه لاينوى النساء وإن حضرن لكراهة حضورهن (قوله فيعم الخ) ولذا ورد «إذا قال العبد السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أصابت كل عبد لله صالح فى السماء والأرض » (قوله والحفظة) بالجر عطفا على من ،ولم يقل الكتبة ليشمل من يحفظ أعمال المكلف وهم الكرام الكاتبون ، ومن يحفظه من الجن وهم المعقبات ، ويشمل كل مصل فإن المميز لا كتبة له ، أفاده فى الحلية والبحر ، وفيه كلام يأتى على أن الكلام هنا فى الإمام ولا يكون صبيا (قوله فيهما) أى فى اليمين واليسار (قوله بلا نية عدد) أى للاختلاف فيه ، فقيل مع كل مؤمن اثنان . وقيل أربعة ، وقيل خمسة ، وقيل عشرة ، وقيل مائة وستون ، وقيل غير ذلك ، وتمامه فى شروح المنية .

مطلب فى عدد الأنبياء والرسل عليهم الصلاة والسلام

(قوله كالإيمان بالأنبياء) لأن عددهم ليس بمعلوم قطعا ، فينبغى أن يقال آمنت بجميع الأنبياء أولهم آدم وآخرهم محمد عليه وعليهم الصلاة والسلام معراج ؛ فلا يجب اعتقاد أنهم مائة ألف وأربعة وعشرون ألفا ، وأن الرسل منهم ثلثمائة وثلاثة وعشرون لأنه خبر آحاد (قوله وقدم القوم)أى المعبر عنهم بمن بدليل عطف الحفظة عليهم والعطف للمغايرة وعبر بالقوم ليخرج الجن فإنهم ليسوا أفضل من الملك وأشار بذلك إلى ماقاله فخر الإسلام من أن للبداءة أثرا فى الاهتمام ولذا قال أصحابنا فى الوصايا بالنوافل : إنه يبدأ بما بدأ به الميت (قوله من اتقى الشرك فقط) الأولى أن يسقط لفظ فقط ، فيصير المعنى من اتقى الشرك سواء اتقى المعاصى أيضا أولا ح (قوله كما فى البحر عن الروضة) أى روضة العلماء للزندوستى حيث قال : أجمعت الأمة على أن الأنبياء أفضل الخليقة وأن نبينا عليه الصلاة والسلام أفضلهم وأن أفضل الخلائق بعد الأنبياء الملائكة الأربعة وحملة العرش والروحانيون ورضوان ومالك ؛ وأن الصحابة والتابعين والشهداء والصالحين أفضل من سائر الملائكة .

واختلفوا بعد ذلك؛ فقال الإمام : سائر الناس من المسلمين أفضل من سائر الملائكة وقالا : سائر الملائكة أفضل اه ملخصا .

مطلب فى تفضيل البشر على الملائكة

وحاصله أنه قسم البشر إلى ثلاثة أقسام: خواص كالأنبياء وأوساط كالصالحين من الصحابة وغيرهم. وعوام كباقى الناس . وقسم الملائكة إلى قسمين: خواص كالملائكة المذكورين وغيرهم كباقى الملائكة. وجعل خواص البشر أفضل من الملائكة خاصهم وعامهم وبعدهم فى الفضل خواص الملائكة فهم أفضل من باقى البشر أوساطهم وعوامهم وبعدهم أوساط البشر فهم أفضل ممن عدا خواص الملائكة ؛وكذلك عوام البشر عند الإمام كأوساطهم فالأفضل عنده خواص البشر، ثم خواص الملك، ثم باقى البشر. وعندهما خواص البشر ثم خواص الملك، ثم أوساط البشر، ثم باقى الملك (قوله قلت الخ) حاصله أن القهستانى جعل كلا من البشر والملك قسمين : خواص وأوساط ، وجعل خواص

أكثر المشايخ . وهل تتغير الحفظة ؟ قولان ، ويفارقه كاتب السيئات عند جماع وخلاء وصلاة : والمختار أن كيفية الكتابة والمكتوب فيه مما استأثر الله بعلمه ، نعم فى حاشية الأشباه تكتب فى رق بلا حرف كثبوتها فى العقل ؛

البشر أفضل من خواص الملك ، وأوساط البشر أفضل من أوساط الملك ، ففى كلامه لف ونشر مرتب ، وسكت عن عوام البشر للخلاف السابق ، وبه ظهر أن هذا غير مخالف لما مر عن الروضة ، نعم قوله عند أكثر المشايخ مخالف لما فى الروضة من دعوى الاتفاق ، وماهنا أولى ، إذ المسألة خلافية ، وهى ظنية أيضا كما نص عليه فى شرح النسفية . بل قال فى شرح المنية : وقد روى التوقف فى هذه المسألة أى مسألة تفضيل البشر على الملك عن جماعة منهم أبو حنيفة لعدم القاطع ، وتفويض علم مالم يحصل لنا الجزم بعلمه إلى عالمه أسلم ، والله أعلم اه :

مطلب هل تتغير الحفظة

(قوله وهل تتغير الحفظة قولان) فقيل نعم . لحديث الصحيحين « يتعاقبون فيكم ملائكة بالليل وملائكة بالنهار . ويجتمعون فى صلاة الصبح وصلاة العصر ، فيصعد الذين باتوا فيكم فيسألهم وهو أعلم بهم كيف تركتم عبادى؟ فيقولون : أتيناهم وهم يصلون وتركناهم وهم يصلون » فنقل عياض وغيره عن الجمهور أنهم الحفظة أى الكرام الكاتبون . واستظهر القرطبى أنهم غيرهم . وقيل لا يتغيران ما دام حيا ، لحديث أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إن الله تبارك وتعالى وكل بعبده المؤمن ملكين يكتبان عمله . فإذا مات قالا ربنا قد مات فلان فتأذن لنا فنصعد إلى السماء ؟ فيقول الله عز وجل : سمائى مملوءة من ملائكتى يسبحونى ؛ فيقولان : فنقيم فى الأرض ؟ فيقول الله تعالى . أرضى مملوءة من خلقى يسبحونى ، فيقولان : فأين نكون ؟ فيقول الله تعالى : قوما على قبر عبدى فكبرانى وهللانى واذكرانى واكتبا ذلك لعبدى إلى يوم القيامة » وتمامه فى الحلية (قوله ويفارقه كاتب السيئات عند جماع وخلاء) تبع فى ذلك صاحب البحر . والمصرح به فى شرح الجوهرة الكبير للقانى أن المفارق له فى هذه الحالة الملكان ، وزاد أنهما يكتبان ما حصل منه بعد فراغه بعلامة يجعلها الله تعالى لهما ولكنه لم يستند فى ذلك إلى دليل . وذكر فى الحلية أن الجزم به يحتاج إلى ثبوت سمعى يفيده . وأما ماروى عن أبى بكر رضى الله عنه أنه كان إذا أراد الدخول فى الخلاء يبسط رداءه ويقول : أيها الملكان الحافظان علىّ اجلسا ههنا فإنى عاهدت الله تعالى أن لا أتكلم فى الخلاء . فذكر شيخنا الحافظ أنه ضعيف اه ح ملخصا (قوله وصلاة) يعنى أن كاتب السيئات يفارق الإنسان فى صلاته لأنه ليس له ما يكتبه ، ذكره القرطبى . ورده فى الحلية كما نقله ح (قوله والمختار الخ) مقابله ما يأتى عن حاشية الأشباه وكذا مافى النهر من أن القلم اللسان ، والمداد الريق (قوله استأثر) أى اختص (قوله نعم الخ) لا يحسن الاستدراك به بعد تصريحه باختيار الأول تأمل (قوله تكتب فى رق) قال فى الحلية : ثم قيل إن الذى يكتب فيه الحفظة دواوين من رق ، كما هو المراد من قوله تعالى — وكتاب مسطور فى رق منشور — فى أحد الأقوال ، لكن المأثور عن على رضى الله عنه و إن لله ملائكة ينزلون بشىء يكتبون فيه أعمال بنى آدم فلم يعين ذلك ، والله سبحانه أعلم اه (قوله بلا حرف كثبوتها فى العقل) يؤيده ماقاله الغزالى فى المكتوب فى اللوح المحفوظ أيضا إنه ليس حروفا ، وإنما هو ثبوت المعلومات فيه كثبوتها فى العقل . قال فى الحلية : لكن صرف اللفظ عن ظاهره يحتاج إلى وجود صارف مع كثرة مافى الكتاب والسنة مما يؤيد الظاهر كقوله تعالى — إنا كنا نستنسخ ماكنتم تعملون — ورسلنا لديهم يكتبون — وكذا ماثبت فى الإسراء من سماعه عليه الصلاة والسلام صريف الأقلام : أى تصويتها فيحمل على ظاهره ، لكن كيفية ذلك وصورته وجنسه

وهو أحد ماقيل فى قوله تعالى — والطور وكتاب مسطور فى رق منشور — وصحح النيسابورى فى تفسيره أنهما يكتبان كل شيء حتى أنينه :

قلت : وفى تفسير الدمياطي يكتب المباح كاتب السيئات ويمحى يوم القيامة . وفى تفسير الكازرونى المعروف بالأخوين : الأصح أن الكافر أيضا تكتب أعماله إلا أن كاتب اليمين كالشاهد على كاتب اليسار . وفى البرهان أن ملائكة الليل غير ملائكة النهار ، وأن إبليس مع ابن آدم بالنهار وولده بالليل . وفى صحيح مسلم « مامنكم من أحد إلا قد وكل الله به قرينه من الجن وقرينه من الملائكة ، قالوا : وإياك يارسول الله ؟ قال : وإياى ، ولكن الله أعاننى عليه فأسلم » روى بفتح الميم وضمها (ويزيد) المؤتم (السلام على إمامه فى التسليمة الأولى إن كان) الإمام (فيها وإلا فى الثانية، ونواه فيهما لو محاذيا، وينوى المنفرد الحفظة فقط) لم يقل الكتبة ليعم المميز. إذ لا كتبة معه؛

مما لا يعلمه إلا الله تعالى أو من أطلعه على شيء من ذلك اهـ ملخصا ، وتمامه فى ح (قوله وهو أحد ماقيل الخ) راجع إلى قوله تكتب فى رق فقط كما أفاده ح ، فراجعه وتأمل (قوله وصحح النيسابورى) نقله فى الحلية عن الحسن ومجاهد والضحاك وغيرهم . وذكر قبله عن الاختيار أن محمدا روى عن هشام عن عكرمة عن ابن عباس أنه قال : الملائكة لا تكتب إلا ما فيه أجر أو وزر (قوله حتى أنينه) هو الصوت الصادر عن طبيعة الشخص فى مرضه لعسره أو لضجره أو لتأسفه على ما فرط فى جانب الله تعالى ، وأشار بهذه الغاية إلى أنهما يكتبان جميع الضروريات أيضا كالتنفس وحركة النبض وسائر العروق والأعضاء . أفاده ح عن اللقانى (قوله يكتب المباح كاتب السيئات) تفسير لما أجمل فى العبارة السابقة حيث نسب فيها كتابة كل شيء إليهما . فأشار هنا إلى تفصيله وبيانه لأن المكتوب ثلاثة أقسام : ما فيه أجر ، وما فيه وزر وما لا ولا فما فيه أجر لكاتب الحسنات . والباقى لكاتب السيآت (قوله ويمحى يوم القيامة) وقيل فى آخر النهار ، وقيل يوم الخميس، وهو مأثور عن ابن عباس والكلبى . وذكر فى الحلية عن الاختيار أن الأكثرين على الأول . وعن بعض المفسرين أنه الصحيح عند المحققين فلذا مشى عليه الشارح (قوله الأصح أن الكافر أيضا تكتب أعماله الخ) أى السيئة . إذ لا حسنة له . وهو مكلف بحقوق العباد والعقوبات اتفاقا ، وبالعبادات أداء واعتقادا ، وهو المعتمد عندنا ، فيعاقب على ترك الأمرين. وتمامه فى ح . ونقل عن اللقانى أن أعمال الكافر التى يظن هو أنها حسنة لا تكتب له إلا إذا أسلم فيكتب له ثوابه من الكفر انتهى . وفى حفظى أن مذهبنا خلافه فليراجع .

مطلب هل يفارقه الملكان

(قوله وفى البرهان الخ) لحديث « يتعاقبون » المتقدم ، والمراد بهم الحفظة الذين هم المعقبات لا الحفظة الذين هم الكتبة لما قدمناه ح (قوله وأن إبليس مع ابن آدم بالنهار) أى مع جميعهم إلا من حفظه الله تعالى منه وأقدره على ذلك ، كما أقدر ملك الموت على نظير ذلك . والظاهر أن هذا غير القرين الآتى لأنه لا يفارق الآدمى فافهم (قوله روى بفتح الميم) بمعنى آمن القرين فصار لا يأمر إلا بخير كالقرين الملك ، وهذا ظاهر الحديث (قوله وضمها) فيكون فعلا مضارعا مفيدا للسلامة من القرين الكافر على طريق الاستمرار التجددى ح . وصحح بعضهم هذه الرواية ورجحها . وفى رواية « فاستسلم » كما فى الشفاء (قوله ويزيد المؤتم الخ) أى يزيد على ماتقدم من نية القوم والحفظة نية إمامه (قوله إن كان الإمام فيها) أى فى التسليمة الأولى : أى فى جهتها (قوله وإلا) صادق بالمحاذاة وليست مرادة لذكرها بعد ح (قوله إذ لا كتبة معه) أفاد أن المراد بالحفظة حفظة ذاته من الأسواء لا حفظة الأعمال ، وهما قولان كما مر ، لكن الصحيح أن حسنات الصبى له ولوالديه ثواب التعليم ، ولذا ذكر

ولعمرى لقد صار هذا كالشريعة المنسوخة لايكاد ينوى أحد شيئا إلا الفقهاء ، وفيهم نظر .

ويكره تأخير السنة إلا بقدر اللهم أنت السلام الخ . قال الحلوانى : لابأس بالفصل بالأوراد ، واختاره الكمال . قال الحلبى : إن أريد بالكراهة التنزيهية ارتفع الخلاف . قلت : وفى حفظى حمله على القليلة ؛ ويستحب أن يستغفر ثلاثا ويقرأ آية الكرسى والمعوذات ويسبح ويحمد ويكبر ثلاثا وثلاثين ؛ ويهلل تمام المائة ويدعو ويختم بسبحان ربك .

اللقانى أنه تكتب حسناته ، فمقتضاه أن له كاتب حسنات (قوله ولعمرى) قسم ، وتقدم الكلام عليه فى خطبة الكتاب (قوله هذا) أى ماذكره من النية . وفى الحلية عن صدر الإسلام : هذا شىء تركه جميع الناس ، لأنه قلما ينوى أحد شيئا . قال فى غاية البيان : وهذا حق لأن النية فى الإسلام صارت كالشريعة المنسوخة ، ولهذا لو سألت ألوف ألوف من الناس : أى شىء نويت بسلامك لا يكاد يجيب أحد منهم بما فيه طائل إلا الفقهاء ؛ وفيهم نظر اه (قوله إلا بقدر اللهم الخ) لما رواه مسلم والترمذى عن عائشة رضى الله تعالى عنها قالت « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يقعد إلا بمقدار مايقول : اللهم أنت السلام ومنك السلام تباركت ياذا الجلال والاكرام » وأما ماورد من الأحاديث فى الأذكار عقيب الصلاة فلا دلالة فيه على الإتيان بها قبل السنة ، بل يحمل على الإتيان بها بعدها ؛ لأن السنة من لواحق الفريضة وتوابعها ومكملاتها فلم تكن أجنبية عنها ، فما يفعل بعدها يطلق عليه أنه عقيب الفريضة ، وقول عائشة بمقدار لايفيد أنه كان يقول ذلك بعينه ، بل كان يقعد بقدر مايسعه ونحوه من القول تقريبا ، فلا ينافى ما فى الصحيحين من « أنه صلى الله عليه وسلم كان يقول فى دبر كل صلاة مكتوبة : لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، له الملك وله الحمد وهو على كل شىء قدير ، اللهم لامانع لما أعطيت ولامعطى لما منعت ولا ينفع ذا الجد منك الجد » وتمامه فى شرح المنية ، وكذا فى الفتح من باب الوتر والنوافل (قوله واختاره الكمال) فيه أن الذى اختاره الكمال هو الأول ، وهو قول البقالى . ورد ما فى شرح الشهيد من أن القيام إلى السنة متصلا بالفرض مسنون ، ثم قال : وعندى أن قول الحلوانى لا بأس لا يعارض القولين ، لأن المشهور فى هذه العبارة كون خلافه أولى ، فكان معناها أن الأولى أن لا يقرأ قبل السنة ، ولو فعل لا بأس ، فأفاد عدم سقوط السنة بذلك ، حتى إذا صلى بعد الأوراد تقع سنة لا على وجه السنة ، ولذا قالوا : لو تكلم بعد الفرض لا تسقط لكن ثوابها أقل ، فلا أقل من كون قراءة الأوراد لا تسقطها اه وتبعه على ذلك تلميذه فى الحلية ، وقال : فتحمل الكراهة فى قول البقالى على التنزيهية لعدم دليل التحريمية ، حتى لو صلاها بعد الأوراد تقع سنة مؤداة ، لكن لافى وقتها المسنون ، ثم قال : وأفاد شيخنا أن الكلام فيما إذا صلى السنة فى محل الفرض لاتفاق كلمة المشايخ على أن الأفضل فى السنن حتى سنة المغرب المنزل أى فلا يكره الفصل بمسافة الطريق (قوله قال الحلبى الخ) هو عين ماقاله الكمال فى كلام الحلوانى من عدم المعارضة ط (قوله ارتفع الخلاف) لأنه إذا كانت الزيادة مكروهة تنزيها كانت خلاف الأولى الذى هو معنى لابأس (قوله وفى حفظى الخ) توفيق آخر بين القولين المذكورين ، وذلك بأن المراد فى قول الحلوانى لا بأس بالفصل بالأوراد : أى القليلة التى بمقدار « اللهم أنت السلام الخ » لما علمت من أنه ليس المراد خصوص ذلك ، بل هو أو ما قاربه فى المقدار بلا زيادة كثيرة فتأمل . وعليه فالكراهة على الزيادة تنزيهية ، لما علمت من عدم دليل التحريمية فافهم ، وسيأتى فى باب الوتر والنوافل مالو تكلم بين السنة والفرض أو أكل أو شرب ، وأنه لا يسن عندنا الفصل بين سنة الفجر وفرضه بالضجعة التى يفعلها الشافعية (قوله والمعوذات) فيه تغليب ، فإن المراد الإخلاص والمعوذتان ط (قوله ثلاثا وثلاثين) تنازع فيه كل من الأفعال الثلاثة قبل .

وفى الجوهرة : ويكره للإمام التنفل فى مكانه لا للمؤتم ؛ وقيل يستحب كسر الصفوف . وفى الخانية يستحب للإمام التحول ليمين القبلة يعنى يسار المصلى لتنفل أو ورد . وخيره فى المنية بين تحويله يمينا وشمالا وأماما وخلفا وذهابه لبيته ، واستقباله الناس بوجهه ولو دون عشرة ،

مطلب فيما لو زاد على العدد الوارد فى التسبيح عقب الصلاة

[تنبيه] لو زاد على العدد، قيل يكره لأنه سوء أدب ، وأيد بأنه كدواء زيد على قانونه أو مفتاح زيد على أسنانه . وقيل لا بل يحصل له الثواب المخصوص مع الزيادة ، بل قيل لا يحل اعتقاد الكراهة . لقوله تعالى — من جاء بالحسنة فله عشر أمثالها — والأوجه إن زاد لنحو شك عذر أو لتعبد فلا لاستدراكه على الشارع وهو ممنوع اهـ ملخصا من تحفة ابن حجر (قوله يكره للإمام التنفل فى مكانه) بل يتحول مخيرا كما يأتى عن المنية ، وكذا يكره مكثه قاعدا فى مكانه مستقبل القبلة فى صلاة لا تطوع بعدها كما فى شرح المنية عن الخلاصة ، والكراهة تنزيهية كما دلت عليه عبارة الخانية (قوله لا للمؤتم) ومثله المنفرد ، لما فى المنية وشرحها : أما المقتدى والمنفرد فإنهما إن لبثا أو قاما إلى التطوع فى مكانهما الذى صليا فيه المكتوبة جاز ، والأحسن أن يتطوعا فى مكان آخر اهـ (قوله وقيل يستحب كسر الصفوف) ليزول الاشتباه عن الداخل المعاين للكل فى الصلاة البعيد عن الإمام ، وذكره فى البدائع والذخيرة عن محمد ، ونص فى المحيط على أنه السنة كما فى الحلية ، وهذا معنى قوله فى المنية : والأحسن أن يتطوعا فى مكان آخر . قال فى الحلية . وأحسن من ذلك كله أن يتطوع فى منزله إن لم يخف مانعا (قوله لتنفل أو ورد) أقول : عبارته فى الخزائن قلت : يحتمل أنه لأجل التنفل أو الورد اهـ فدل على أن ذلك ليس من كلام الخانية . والذى رأيته فى الخانية صريح فى أنه للتنفل (قوله وخيره الخ) الضمير المنصوب للإمام . لكن التخيير الذى فى المنية هو أنه إن كان فى صلاة لا تطوع بعدها ، فإن شاء انحرف عن يمينه أو يساره أو ذهب إلى حوائجه واستقبل الناس بوجهه ، وإن كان بعدها تطوع وقام يصليه يتقدم أو يتأخر أو ينحرف يمينا أو شمالا أو يذهب إلى بيته فيتطوع ثمة اهـ وهذا التخيير لا يخالف ما مر عن الخانية . لأنه لبيان الجواز وذاك لبيان الأفضل . ولذا علله فى الخانية وغيرها بأن لليمين فضلا على اليسار ، لكن هذا لا يخص يمين القبلة ، بل يقال مثله فى يمين المصلى . بل فى شرح المنية أن انحرافه عن يمينه أولى ، وأيده بحديث فى صحيح مسلم . وصحح فى البدائع التسوية بينهما وقال : لأن المقصود من الانحراف وهو زوال الاشتباه أى اشتباه أنه فى الصلاة يحصل بكل منهما . وقدمنا عن الحلية أن الأحسن من ذلك كله تطوعه فى منزله ، لما فى سنن أبى داود بإسناد صحيح « صلاة المرء فى بيته أفضل من صلاته فى مسجدى هذا إلا المكتوبة » قلت : وإلا التراويح كما سيأتى فى باب الوتر والنوافل مع زيادات أخر . ثم إذا شاء الذهاب انصرف من جهة يمينه أو يساره ، فقد صح الأمران عنه صلى الله عليه وسلم وعليه العمل عند أهل العلم كما قاله الترمذى . وذكر النووى أنه عند استواء الجهتين فى الحاجة وعدمها ، فاليمين أفضل لعموم الأحاديث المصرحة بفضل اليمين فى باب المكارم ونحوها كما فى الحلية (قوله ولو دون عشرة) أى أن الاستقبال مطلق لا تفصيل فيه بين عدد وعدد على ما ذكره فى الخلاصة وغيرها . ولا يلتفت إلى ما ذكره بعض شراح المقدمة ، من أن الجماعة إن كانوا عشرة يلتفت إليهم ، لترجح حرمتهم على حرمة القبلة . وإلا فلا لترجح حرمة القبلة على الجماعة ، فإن هذا الذى ذكره لا أصل له فى الفقه ، وهو رجل مجهول لا تشبه ألفاظه ألفاظ أهل الفقه ، فضلا عن أن يقلد فيما ليس له أصل . والذى رواه موضوع كذب على النبى صلى الله عليه وسلم ، بل حرمة المسلم الواحد أرجح من حرمة القبلة ، غير أن الواحد لا يكون خلف الإمام حتى يلتفت إليه ، بل هو عن يمينه .

ما لم يكن بحذائه مصل ولو بعيدا على المذهب .

فصـــــل

(ويجهر الإمام) وجوبا بحسب الجماعة ، فإن زاد عليه أساء ، ولو ائتم به بعد الفاتحة أو بعضها سرا أعادها جهرا بحر ، لـكن فى آخر شرح المنية ائتم به بعد الفاتحة ، يجهر بالسورة إن قصـد الإمامة وإلا فلا يلزمه الجهر

فلو كانا اثنين كانا خلفه فليلتفت إليهما للإطلاق المذكور اهـ. ونازعه فى الإمداد بأنه ذكر ذلك فى مجمع الروايات شرح القدورى عن حاشية البدرية عن أبى حنيفة فليتأمل (قوله ولو بعيدا على المذهب) صرح به فى الذخيرة أخذا من إطلاق محمد فى الأصل قوله إذا لم يـكن بحذائه رجل يصلى ؛ ثم قال فى الذخيرة : هذا هو ظاهر المذهب لأنه إذا كان وجهه مقابل وجه الإمام فى حالة قيامه يكره وإن كان بينهما صفوف. واستظهر ابن أميرحاج فى الحلية خلاف هذا فقال : الذى يظهر أنه إذا كان بين الإمام والمصلى بحذائه رجل جالس ظهره إلى المصلى لا يـكره للإمام استقبال القوم ؛ لأنه إذا كان سترة للمصلى لا يكره المرور وراءه فـكذا هنا ؛ وقد صرحوا بأنه لو صلى إلى وجه إنسان وبينهما ثالث ظهره إلى وجه المصلى لم يكره ، ولعل محمدا لم يقيد بذلك للعلم به اهـ ملخصا فافهم ، والله تعالى أعلم .

فصل فى القراءة

لما فرغ من بيان صفة الصلاة وكيفيتها وفرائضها وواجباتها وسننها ذكر أحكام القراءة فى فصل على حدة لزيادة أحكام تعلقت بها دون سائر الأركان (قوله ويجهر الإمام وجوبا) أى جهرا واجبا على أنه مصدر بمعنى اسم الفاعل ؛ وقوله بحسب الجماعة صفة ثانية للجهر . ولا يخفى أنه لا يلزم من اتصاف الجهر بهذين الوصفين أن يتصف كونه بحسب الجماعة بالوجوب أيضا ، نعم لو جعل حالا من ضمير وجوبا المؤول باسم الفاعل يلزم ذلك، ولا داعى إلى حمل الـكلام على ما يفسد المعنى مع تبادر غيره فافهم (قوله فان زاد عليه أساء) وفى الزاهدى عن أبى جعفر : لو زاد على الحاجة فهو أفضل ، إلا إذا أجهد نفسه أو آذى غيره، قهستانى (قوله أعادها جهرا) لأن الجهر فيما بقى صار واجبا بالاقتداء ، والجمع بين الجهر والمخافتة فى ركعة واحدة شنيع بحر . ومفاده أنه لو ائتم بعد قراءة بعض السورة أنه يعيد الفاتحة والسورة ، فليراجع ح (قوله لـكن الخ) استدراك على قوله ولو ائتم به، وهذا قول آخر . وقد حكى القولين القهستانى حيث قال : إن الإمام لو خافت ببعض الفاتحة أو كلها أو المنفرد ثم اقتدى به رجل أعادها جهرا كما فى الخلاصة ، وقيل لم يعد وجهر فيما بقى من بعض الفاتحة أو السورة كلها أو بعضها كما فى المنية اهـ وعزا فى القنية القول الثانى إلى القاضى عبد الجبار وفتاوى السعدى ، ولعل وجهه أن فيه التحرز عن تـكرار الفاتحة فى ركعة وتأخير الواجب عن محله ، وهو موجب لسجود السهو فـكان مكروها، وهو أسهل من لزوم الجمع بين الجهر والإسرار فى ركعة . على أن كون ذلك الجمع شنيعا غير مطرد لما ذكره فى آخر شرح المنية أن الإمام لو سها فخافت بالفاتحة فى الجهرية ثم تذكر يجهر بالسورة ولا يعيد ، ولو خافت بآية أو أكثر يتمها جهرا ولا يعيد . وفى القهستانى : ولا خلاف أنه إذا جهر بأكثر الفاتحة يتمها مخافتة كما فى الزاهدى اهـ أى فى الصلاة السرية ، وكون القول الأول نقله فى الخلاصة عن الأصل كما فى البحر، والأصل من كتب ظاهر الرواية لا يلزم منه كون الثانى لم يذكر فى كتاب آخر من كتب ظاهر الرواية ، فدعوى أنه ضعيف رواية ودراية غير مسلمة فافهم (قوله إن قصد الإمامة الخ) عزاه فى القنية إلى فتاوى الـكرمانى . ووجهه أن الإمام متفرد

(فى الفجر وأولى العشاءين أداء وقضاء وجمعة وعيدين وتراويح ووتر بعدها) أى فى رمضان فقط للتوارث : قلت : فى تقييده ببعدها نظر لجهره فيه وإن لم يصل التراويح على الصحيح كما فى مجمع الأنهر ، نعم فى القهستانى تبعا للقاعدى لاسهو بالمخافتة فى غير الفرائض كعيد ووتر ، نعم الجهر أفضل (ويسر فى غيرها) وكان عليه الصلاة والسلام يجهر فى الكل ثم تركه فى الظهر والعصر لدفع أذى الكفار ، كافى (كمتنفل بالنهار) فإنه يسر (ويخير المنفرد فى الجهر) وهو أفضل ويكتفى بأدناه (إن أدى) وفى السرية يخافت حتما على المذهب كمتنفل بالليل منفردا ؛ فلو أم جهر لتبعية النفل للفرض زيلعى (ويخافت) المنفرد (حتما) أى وجوبا (إن قضى) الجهرية فى وقت المخافتة ، كأن صلى العشاء بعدطلوع الشمس ، كذا ذكره المصنف بعد عد الواجبات .

فى حق نفسه، ولذا لا يحنث فى لا يؤم أحدا مالم ينو الإمامة ، ولا يحصل ثواب الجماعة إلا بالنية ، ولا تفسد الصلاة بمحاذاة المرأة إلا بالنية كما مر فى بحث النية ، وسيذكر فى باب الوتر عند ذكر كراهة الجماعة فى التطوع على سبيل التداعى أنه لا كراهة على الإمام لو لم ينو الإمامة ، فإذا كان كذلك فكيف تلزمه أحكام الإمامة بدون التزام فافهم (قوله وأولى العشاءين) بفتح الياء الأولى وكسر الثانية قهستانى . والعشاءان : المغرب والعتمة (قوله أى فى رمضان فقط) مأخوذ من المصنف فى المنح ، حيث قال : وقيدنا الوتر بكونه بعد التراويح ؛ لأنه إنما يجهر فى الوتر إذا كان فى رمضان لا فى غيره كما أفاده ابن نجيم فى بحره ، وهو وارد على إطلاق الزيلعى الجهر فى الوتر إذا كان إماما اه فدل كلامه على أن مراده فى متنه بقوله بعدها كونه فى رمضان هو المسنون أعم من أن يكون بعد التراويح أولا ، وبه سقط ما يأتى عن مجمع الأنهر ، لكن يرد عليه أنه يقتضى أنه لو صلى الوتر جماعة فى غير رمضان لا يجهر به وإن لم يكن على سبيل التداعى ، ويحتاج إلى نقل صريح ، وإطلاق الزيلعى يخالفه . وكذا ما يأتى من أن المتنفل بالليل لو أم جهر فتأمل (قوله قلت الخ) علمت أنه غير وارد (قوله نعم فى القهستانى) فيه أن القهستانى صرح بعده بتصحيح خلافه (قوله ويسر فى غيرها) وهو الثالثة من المغرب والأخريان من العشاء ؛ وكذا جميع ركعات الظهر والعصر وإن كان بعرفة خلافا لمالك كما فى الهداية (قوله وهو أفضل) ليكون الأداء على هيئة الجماعة ، ولهذا كان أداؤه بأذان وإقامة أفضل . وروى فى الخبر « أن من صلى على هيئة الجماعة صلت بصلاته صفوف من الملائكة » منح (قوله على المذهب) كذا فى البحر رادا على ما فى العناية من أن ظاهر الرواية أنه مخير .

أقول : مافى العناية صرح به أيضا فى النهاية والكفاية والمعراج . ونقل فى التتارخانية عن المحيط أنه لاسهو عليه إذا جهر فيما يخافت لأنه لم يترك واجبا ، وعلله فى الهداية فى باب سجود السهو بأن الجهر والمخافتة من خصائص الجماعة . وقال الشراح : إنه جواب ظاهر الرواية . وأما جواب رواية النوادر فإنه يلزمه السهو . وفى الذخيرة : إذا جهر فيما يخافت عليه السهو . وفى ظاهر الرواية لاسهو عليه ، نعم صحح فى الدرر تبعا للفتح والتبيين وجوب المخافتة ، ومشى عليه فى شرح المنية والبحر والنهر والمنح . وقال فى الفتح : فحيث كانت المخافتة واجبة على المنفرد ينبغى أن يجب بتركها السجود اه فتأمل (قوله فلو أم) أى فلو صلى المتنفل بالليل إماما جهر ، ومقتضاه أن الوتر فى غير رمضان كذلك لأن كلا منهما تكره فيه الجماعة على سبيل التداعى ، وبدونه لا . وإذا وجب الجهر فى النفل يجب فى الوتر كما أفهمته عبارة الزيلعى أفاده الرحمتى .

مطلب فى الكلام على الجهر والمخافتة

(قوله ويخافت المنفرد الخ) أما الإمام فقد مر أنه يجهر أداء وقضاء (قوله فى وقت المخافتة) قيد به لأنه إن قضى فى وقت الجهر خير كما لا يخفى ح (قوله بعد طلوع الشمس) لأن ماقبلها وقت جهر فيخير فيه ، لكن

قلت : وهكذا ذكره ابن الملك فى شرح المنار من بحث القضاء (على الأصح) كما فى الهداية ، لكن تعقبه غير واحد ورجحوا تخييره كمن سبق بركعة من الجمعة فقام يقضيها يخير (و) أدنى (الجهر إسماع غيره ،و) أدنى

فى بعض نسخ الهداية بعد طلوع الفجر (قوله كما فى الهداية) قال فيها لأن الجهر مختص ، إما بالجماعة حتما أو بالوقت فى حق المنفرد على وجه التخيير ولم يوجد أحدهما (قوله لكن تعقبه غير واحد) قال فى الخزائن : هذا ما صححه فى الهداية ولم يوافق عليه ، بل تعقبه فى الغاية ونظر فيه فى الفتح ، وبحث فيه فى النهاية ، وحرر خسرو أنه ليس بصحيح رواية ولا دراية . وقد اختار شمس الأئمة وفخر الإسلام والإمام التمرتاشى وجماعة من المتأخرين أن القضاء كالأداء . قال قاضيخان : هو الصحيح . وفى الذخيرة والكافى والنهر : هو الأصح . وفى الشرنبلالية : إنه الذى ينبغى أن يعوّل عليه وذكر وجهه اه . وأجيب عن استدلال الهداية بمنع الحصر لجواز أن يكون للجهر المخير سبب آخر وهو موافقة الأداء اه (قوله كمن سبق بركعة من الجمعة الخ) أى أنه إذا قام ليقضيها لايلزمه المخافتة ، بل له أن يجهر فيها ليوافق القضاء الأداء مع أنه قضاها فى وقت المخافتة ، فعلم أن الجهر لم يختص سببه بالجماعة أو بالوقت ، بل له سبب آخر خلافا لما قاله فى الهداية ، فهذه المسألة دليل لما رجحه الجماعة ؛ وبهذا التقرير ظهر وجه اقتصاره على الجمعة وإن كان الحكم كذلك لو سبق بركعة من العشاء ونحوه ، لأن المقصود إثبات الجهر فى القضاء فى وقت المخافتة لامطلقا فافهم (قوله وأدنى الجهر إسماع غيره الخ) اعلم أنهم اختلفوا فى حد وجود القراءة على ثلاثة أقوال :

فشرط الهندوانى والفضلى لوجودها خروج صوت يصل إلى أذنه ، وبه قال الشافعى .

وشرط بشر المريسى وأحمد خروج الصوت من الفم وإن لم يصل إلى أذنه ، لكن بشرط كونه مسموعا فى الجملة ، حتى لو أدنى أحد صماخه إلى فيه يسمع .

ولم يشترط الكرخى وأبو بكر البلخى السماع ، واكتفيا بتصحيح الحروف . واختار شيخ الإسلام وقاضيخان وصاحب المحيط والحلوانى قول الهندوانى ، وكذا فى معراج الدراية . ونقل فى المجتبى عن الهندوانى أنه لايجزيه مالم تسمع أذناه ومن بقربه ، وهذا لايخالف مامر عن الهندوانى ، لأن ماكان مسموعا له يكون مسموعا لمن فى قربه كما فى الحلية والبحر . ثم إنه اختار فى الفتح أن قول الهندوانى وبشر متحدان بناء على أن الظاهر سماعه بعد وجود الصوت إذا لم يكن مانع . وذكر فى البحر تبعا للحلية أنه خلاف الظاهر ، بل الأقوال ثلاثة . وأيد العلامة خير الدين الرملى فى فتاواه كلام الفتح بما لامزيد عليه ، فارجع إليه . وذكر أن كلا من قولى الهندوانى والكرخى مصححان ، وأن ما قاله الهندوانى أصح وأرجح لاعتماد أكثر علمائنا عليه .

وبما قررناه ظهر لك أن ما ذكر هنا فى تعريف الجهر والمخافتة ، ومثله فى سهو المنية وغيره مبنى على قول الهندوانى ، لأن أدنى الحد الذى توجد فيه القراءة عنده خروج صوت يصل إلى أذنه أى ولو حكما : كما لو كان هناك مانع من صمم أو جلبة أصوات أو نحو ذلك ، وهذا معنى قوله أدنى المخافتة إسماع نفسه ، وقوله ومن بقربه تصريح باللازم عادة كما مر . وفى القهستانى وغيره أو من بقربه بأو ، وهو أوضح ، ويبتنى على ذلك أن أدنى الجهر إسماع غيره : أى ممن لم يكن بقربه بقرينة المقابلة ، ولذا قال فى الخلاصة والخانية عن الجامع الصغير : إن الإمام إذا قرأ فى صلاة المخافتة بحيث سمع رجل أو رجلان لايكون جهرا ، والجهر أن يسمع الكل اه أى كل الصف الأول لاكل المصلين ، بدليل مافى القهستانى عن المسعودية أن جهر الإمام إسماع الصف الأول اه :

وبه علم أنه لاإشكال فى كلام الخلاصة ، وأنه لاينافى كلام الهندوانى ، بل هو مفرع عليه بدليل أنه فى المعراج

(المخافتة إسماع نفسه) ومن بقربه ؛ فلو سمع رجل أو رجلان فليس بجهر ، والجهر أن يسمع الكل خلاصة (ويجرى ذلك) المذكور (فى كل مايتعلق بنطق ، كتسمية على ذبيحة ووجوب سجدة تلاوة وعتاق وطلاق واستثناء) وغيرها ؛ فلو طلق أو استثنى ولم يسمع نفسه لم يصح فى الأصح ؛ وقيل فى نحو البيع يشترط سماع المشترى :

(ولو ترك سورة أولى العشاء) مثلا ولو عمدا (قرأها وجوبا) وقيل ندبا

نقله عن الفضلي ، وقد علمت أن الفضلي قائل بقول الهندوانى . فقد ظهر بهذا أن أدنى المخافتة إسماع نفسه أو من بقربه من رجل أو رجلين مثلا ، وأعلاها تصحيح الحروف كما هو مذهب الكرخي ،ولا تعتبر هنا فى الأصح . وأدنى الجهر إسماع غيره ممن ليس بقربه كأهل الصف الأول ، وأعلاه لاحدّ له فافهم ، واغنم تحرير هذا المقام فقد اضطرب فيه كثير من الأفهام (قوله ويجرى ذلك المذكور) يعنى كون أدنى مايتحقق به الكلام إسماع نفسه أومن بقربه (قوله لم يصح فى الأصح) أى الذى هو قول الهندوانى . وأما على قول الكرخي فيصح وإن لم يسمع نفسه لاكتفائه بتصحيح الحروف كما مر (قوله وقيل الخ) قال فى الذخيرة معزيا إلى القاضى علاء الدين فى شرح مختلفاته : الأصح عندى أن بعض التصرفات يكتفى بسماعه ، وفى بعضها يشترط سماع غيره مثلا فى البيع لو أدنى المشترى صماخه إلى فم البائع وسمع يكفى ، ولو سمع البائع نفسه ولم يسمعه المشترى لايكفى ؛ وفيما إذا حلف لايكلم فلانا فناداه من بعيد بحيث لايسمع لا يحنث فى يمينه ، نص عليه فى كتاب الأيمان ، لأن شرط الحنث وجود الكلام معه ولم يوجد اه .

قال فى النهر : أقول : ينبغى أن يكون الحكم كذلك فى كل ما يتوقف تمامه على القبول ولو غير مبادلة كالنكاح اه ولم يعوّل الشارح على هذا القول فعبر عنه بقيل تبعا للفتح ، حيث قال : قيل الصحيح فى البيع الخ وكذا عبر عنه فى الكافى إشارة إلى ضعفه كما فى الشرنبلالية ، لكن الأول ارتضاه فى الحلية والبحر : وهو أوجه بدليل المسألة المنصوصة فى كتاب الأيمان ، لأن الكلام من الكلم وهو الجرح ؛سمى به لأنه يؤثر فى نفس السامع فتكليمه فلانا لايحصل إلا بسماعه ، وكذا اشتراط سماع الشهود كلام العاقدين فى النكاح وسماع التلاوة فى وجوب السجدة على السامع ونحو ذلك مما اشترط فيه سماع الغير تأمل (قوله مثلا) زاده ليعم مالو تركها فى ركعة واحدة ، وهل يأتى بها فى الثالثة أو الرابعة ؟ يحرر ، وليعم غير العشاء كالمغرب فإنه لو تركها فى إحدى أوليها يأتى بها فى الثالثة ، ولو فيهما معا أتى فى الثالثة بفاتحة وسورة وفاتت الأخرى ، ويسجد للسهو لو ساهيا ؛ وليعم الرباعية السرية فإنه يأتى بها فى الأخريين أيضا أفاده ط ، وإنما خص المصنف العشاء بالذكر لمكان قوله جهرا فى الأخريين لاللاحتراز عن غيره ، فلذا أشار الشارح إلى التعميم فافهم (قوله ولو عمدا) هذا ظاهر إطلاق المتون ،وبه صرح فى النهر ، ولم يعزه إلى أحد ، كأنه أخذه من الإطلاق ، وإلا فصنيع الفتاوى والشروح يقتضى أن وضع المسألة فى النسيان تأمل ، أفاده الخير الرملى (قوله وجوبا وقيل ندبا) أشار إلى أن الأصح الوجوب ، وذلك لأن محمدا أشار إليه فى الجامع الصغير ، حيث عبر بقوله قرأها بلفظ الخبر ، وهو آكد من الأمر فى الوجوب ، وصرح فى الأصل بالاستحباب . قال فى غاية البيان : والأصح مافى الجامع الصغير لأنه آخر التصنيفين . ورده فى الفتح بأن مافى الأصل أصرح فيجب التعويل عليه فى الرواية ، وكون الإخبار آكد رده فى البحر بأنه فى إخبار الشارع لافى غيره ، فكان المذهب الاستحباب . قال فى النهر : ولا يخفى أن أمر المجتهد ناشئ عن أمر الشارع فكذا إخباره ، نعم قال فى الحواشى السعدية إنما يكون دليلا إذا كان مستعملا فى الأمر الإيجابى وهو ممنوع . وأقول : لم

(مع الفاتحة جهرا فى الأخريين) لأن الجمع بين جهر ومخافتة فى ركعة شنيع ، ولو تذكرها فى ركوعه قرأها وأعاد الركوع (ولو ترك الفاتحة) فى الأوليين (لا) يقضيها فى الأخريين للزوم تكرارها ،

لايجوز أن يكون المراد الاستحباب وتكون القرينة عليه مافى الأصل كما أريد بما مر من قوله افترش رجله اليسرى ووضع يديه على فخذيه وأمثال ذلك . اه . والحاصل أن اختيار صاحب الفتح والبحر والنهر الندب لأنه صريح كلام محمد (قوله مع الفاتحة) أشار به إلى شيئين :

الأول أنه يقدم الفاتحة ، لأن مع تدخل على المتبوع وهو أحد قولين وينبغى ترجيحه :

والثانى أن الفاتحة واجبة أيضا ، وفيه قولان أيضا ، وينبغى ترجيح عدم الوجوب كما هو الأصل فيها ، أفاده فى البحر والنهر (قوله لأن الجمع الخ) أشار به إلى أن قول المصنف جهرا راجع إلى الفاتحة والسورة معا ، وجعله الزيلعى ظاهر الرواية ، وصححه فى الهداية لما ذكره الشارح ، وصحح التمرتاشى أنه يجهر بالسورة فقط ، وجعله شيخ الإسلام الظاهر من الجواب ، وفخر الإسلام الصواب ، ولا يلزم الجمع الشنيع ، لأن السورة تلتحق بموضعها تقديرا بحر ، ومفاده أن الجمع بين الجهر والمخافتة فى ركعة مكروه اتفاقا إذا كانت القراءة فى محلها غير ملتحقة بما قبلها . ويرد عليه ماقدمناه من الفروع أول الفصل فتأمل :

مطلب تحقيق مهم فيما لو تذكر فى ركوعه أنه لم يقرأ فعاد تقع القراءة فرضا

وفى معنى كون القراءة فرضا وواجبا وسنة

(قوله ولو تذكرها) أى السورة (قوله قرأها) أى بعد عوده إلى القيام (قوله وأعاد الركوع) لأن مايقع من القراءة فى الصلاة يكون فرضا فيرتفض الركوع ويلزمه إعادته ، لأن الترتيب بين القراءة والركوع فرض كما مر بيانه فى الواجبات ، حتى لو لم يعده تفسد صلاته ، بل لو قام لأجل القراءة ثم بدا له فسجد ولم يقرأ ولم يعد الركوع ، قيل تفسد ، وقيل لا .

والفرق بين القراءة وبين القنوت حيث لايعود لأجله لو تذكره فى ركوعه ، ولو عاد لايرتفض هو ما ذكرنا من أن القراءة تقع فرضا ، أما القنوت إذا أعيد يقع واجبا .

وبيان ذلك أن القراءة وإن انقسمت إلى فرض وواجب وسنة إلا أنه مهما أطال يقع فرضا ، وكذا إذا أطال الركوع والسجود على ماهو قول الأكثر والأصح ، لأن قوله تعالى — فاقرءوا ماتيسر — لوجوب أحد الأمرين الآية ، فما فوقها مطلقا ، لصدق ما تيسر على كل فرض ، فمهما قرأ يكون الفرض ، ومعنى الأقسام المذكورة أن جعل الفرض مقدار كذا واجب ، وجعله دون ذلك مكروه ، وجعله فوق ذلك إلى حد كذا سنة ، لا أنه يقع أول آية يقرؤها فرضا وما بعدها إلى حد كذا واجبا ومابعد ذلك إلى حد كذا سنة . لأنا إن اعتبرنا الواجب مابعد الآية الأولى منضما إليها انقلب الفرض واجبا ، وإن اعتبرناه منفردا كان الواجب بعض الفاتحة . وقالوا : الفاتحة واجب ، وكذا الكلام فيما بعد الواجب إلى حد السنة فليتأمل ، كذا فى شرح المنية من باب سجود السهو ، ونحوه فى الفتح ، وهو تحقيق دقيق فاغتنمه (قوله للزوم تكرارها) أى وهو غير مشروع ، وهذا لو قرأها مرتين ، فلو مرة لاتكون قضاء كما فى النهاية لأنها فى محلها ، لكن كتب على مافى النهاية شيخ الإسلام المفتى أبو السعود :

قلت : لايخفى أن قراءة الفاتحة فى الشفع الثانى ليست بواجبة ، بل ذاك على وجه الدعاء فى ظاهر الرواية وإن كانت واجبة على رواية الحسن بن زياد ، فعلى هذا إذا قرأ الفاتحة مرة لم يتعين انصرافها إلى تلك الركعة ،

ولو تذكرها قبل الركوع قرأها وأعاد السورة (وفرض القراءة آية على المذهب) هي لغة : العلامة . وعرفا : طائفة من القرآن مترجمة ، أقلها ستة أحرف ولو تقديرا ، كلم يلد ، إلا إذا كان كلمة فالأصح عدم الصحة وإن كررها مرارا إلا إذا حكم حاكم فيجوز ذكره القهستاني .

ولو قرأ آية طويلة فى الركعتين فالأصح الصحة اتفاقا لأنه يزيد على ثلاث آيات قصار قاله الحلبي .

وأنت خبير بأن بناء ظاهر الرواية : أى الذى هو عدم إعادة الفاتحة فى مسألتنا على رواية الحسن غير حسن اه أى بخلاف السورة ، فإن الشفع ليس بمحل لأداء السورة ، فجاز أن يكون محلا للقضاء . وتمامه فى شرح الشيخ إسمعيل (قوله ولو تذكرها) أى الفاتحة (قوله قبل الركوع) الظاهر أنه ليس بقيد ، حتى لو تذكرها فى الركوع فكذلك لأنه قدم أنه لو تذكر السورة فى الركوع أعادها وأعاد الركوع فالفاتحة أولى لأنها آكد رحمتى (قوله وأعاد السورة) لأنها شرعت تابعة للفاتحة رحمتى (قوله على المذهب) أى الذى هو ظاهر الرواية عن الإمام وفى رواية عنه مايطلق عليه اسم القرآن ولم يشبه قصد خطاب أحد . وجزم القدورى بأنه الصحيح من مذهب الإمام ، ورجحه الزيلعى بأنه أقرب إلى القواعد الشرعية ، لأن المطلق ينصرف إلى الأدنى . وفى البحر : فيه نظر ، بل ينصرف إلى الكامل قلت : وهو مدفوع بأن براءة الذمة لاتتوقف على الكامل وإلا لزم فرضية الطمأنينة فى الركوع والسجود . قال فى شرح المنية : وعلى هذه الرواية لايجزى عنده نحو — ثم نظر — أى لأنه يشبه قصد الخطاب والإخبار تأمل وفى رواية ثالثة عنه وهى قولهما ثلاث آيات قصار أو آية طويلة (قوله وعرفا طائفة من القرآن مترجمة الخ) أى اعتبر لها مبدأ ومقطع ، وهذا التعريف نقله فى الحلية عن حاشية الكشاف لعلاء الدين البهلوانى . ونقل فى النهر عن شرح الشاطبية للجعبرى مايرجع إليه ، وهو أنها قرآن مركب من جمل ولو تقديرا ذو مبدإ ومقطع مندرج فى سورة (قوله ولو تقديرا الخ) أشار إلى الرد على البحر ، حيث اعترض التعريف المذكور بأن — لم يلد — آية ، ولذا جوّز الإمام بها الصلاة ، وهى خمسة أحرف . ووجه الرد أن — لم يلد — أصله لم يولد فهو ستة تقديرا ، لكن الذى رأيته فى الحلية والبحر عن الحواشى المذكورة أقلها ستة أحرف صورة ، فالرد فى غير محله ، نعم فى النهر : قيل إن الآية هى وما بعدها ومن ثم قيل : الإخلاص أربع ، وقيل خمس فيجوز أن يكون مافى الحواشى بناء على الأول (قوله إلا إذا كانت كلمة) استثناء من المتن ، لأنه فى معنى تصح الصلاة بآية (قوله فالأصح عدم الصحة) كذا فى المنية ، وهو شامل لمثل — مدهامتان — ومثل — صٓ — وقٓ — ونٓ — لكن ذكر فى الحلية والبحر أن الذى مشى عليه الإسبيجابى فى الجامع الصغير وشرح الطحاوى وصاحب البدائع الجواز فى — مدهامتان — عنده من غير حكاية خلاف (قوله إلا إذا حكم حاكم) صورته : علق عتق عبده بصلاته صلاة صحيحة فصلى بمدهامتان غير مكررة أو مكررة فترافعا إلى حاكم يرى صحة الصلاة بذلك ، فقضى بعتقه ، فيكون قضاء بصحة الصلاة ضمنا ، فتصح اتفاقا لأن حكم الحاكم فى المجتهد فيه يرفع الخلاف أفاده ح (قوله لأنه يزيد على ثلاث آيات) تعليل للمذهبين ، لأن نصف الآية الطويلة إذا كان يزيد على ثلاث آيات قصار يصح على قولهما فعلى قول أبى حنيفة المكتفى بالآية أولى ح . قال فى البحر : وعلم من تعليلهم أن كون المقروء فى كل ركعة النصف ليس بشرط بل أن يكون البعض يبلغ مايعد بقراءته قارئا عرفا اه .

أقول : وينبغى أن يكون الاكتفاء بما دون الآية مفرعا على الرواية الثانية عن الإمام ، لأن الرواية الأولى التى تقدم أنها ظاهر الرواية لابد من آية تامة تأمل .

[تنبيه] لم أر من قدّر أدنى مايكفى بحد مقدر من الآية الطويلة ، وظاهر كلام البحر كغيره أنه موكول إلى

(وحفظها فرض عين) متعين على كل مكلف (وحفظ جميع القرآن فرض كفاية) وسنة عين أفضل من التنفل وتعلم الفقه أفضل منهما (وحفظ فاتحة الكتاب وسورة واجب على كل مسلم) ويكره نقص شيء من الواجب (ويسن فى السفر مطلقا) أى حالة قرار أو فرار ، كذا أطلق فى الجامع الصغير ، ورجحه فى البحر :

العرف لا إلى عدد حروف أقصر آية ، وعلى هذا لو أراد قراءة قدر ثلاث آيات التى هى واجبة عند الإمام لابد أن يقرأ من الآية الطويلة مقدار ثلاثة أمثال مما يسمى بقراءته قارئا عرفا ، ولذا فرضوا المسألة بآية الكرسى وآية المداينة . وفى التتارخانية والمعراج وغيرهما : لو قرأ آية طويلة كآية الكرسى أو المداينة البعض فى ركعة والبعض فى ركعة اختلفوا فيه على قول أبى حنيفة ، قيل لايجوز لأنه ماقرأ آية تامة فى كل ركعة ، وعامتهم على أنه يجوز لأن بعض هذه الآيات يزيد على ثلاث قصار أو يعدلها فلا تكون قراءته أقل من ثلاث آيات اهـ . لكن التعليل الأخير ربما يفيد اعتبار العدد فى الكلمات أو الحروف ، ويفيد قولهم : لو قرأ آية تعدل أقصر سورة جاز ، وفى بعض العبارات تعدل ثلاثا قصارا أى كقوله تعالى — ثم نظر ثم عبس وبسر ثم أدبر واستكبر — وقدرها من حيث الكلمات عشر ، ومن حيث الحروف ثلاثون ، فلو قرأ — الله لا إله إلا هو الحى القيوم لاتأخذه سنة ولا نوم — يبلغ مقدار هذه الآيات الثلاث ، فعلى ماقلناه لو اقتصر على هذا القدر فى كل ركعة كفى عن الواجب ، ولم أر من تعرض لشىء من ذلك فليتأمل .

مطلب فى الفرق بين فرض العين وفرض الكفاية

(قوله وحفظها) أى الآية فرض عين : أى فرض ثابت على كل واحد من المكلفين بعينه كما أشار إليه فى شرح التحرير حيث فرق بينه وبين فرض الكفاية ، بأن الثانى متحتم مقصود حصوله من غير نظر بالذات إلى فاعله بخلاف الأول فإنه منظور بالذات إلى فاعله حيث قصد حصوله من عين مخصوصة ، كالمفروض على النبى صلى الله عليه وسلم دون أمته ، أو من كل عين عين : أى واحد واحد من المكلفين اهـ . والظاهر أن الإضافة فيهما من إضافة الاسم إلى صفته : كمسجد الجامع ، وحبة الحمقاء : أى فرض متعين : أى ثابت على كل مكلف بعينه ، وفرض الكفاية : معناه فرض ذو كفاية : أى يكتفى بحصوله من أى فاعل كان تأمل (قوله وحفظ جميع القرآن الخ) أقول : لامانع من أن يقال جميع القرآن من حيث هو يسمى فرض كفاية وإن كان بعضه فرض عين وبعضه واجبا ؛ كما أن حفظ الفاتحة يسمى واجبا وإن كانت الآية منها فرضا أى يسقط بها الفرض فافهم .

مطلب السنة تكون سنة عين وسنة كفاية

(قوله وسنة عين) أى يسن لكل واحد من المكلفين بعينه ، وفيه إشارة إلى أن السنة قد تكون سنة عين وسنة كفاية ، ومثاله ماقالوا فى صلاة التراويح إنها سنة عين وصلاتها بجماعة فى كل محلة سنة كفاية (قوله وتعلم الفقه أفضل منهما) أى من حفظ باقى القرآن بعد قيام البعض به ومن التنفل ؛ ومراده بالفقه مازاد على مايحتاج إليه فى دينه وإلا فهو فرض عين ح (قوله وسورة) أى أقصر سورة أو مايقوم مقامها من ثلاث آيات قصار (قوله ويكره الخ) أى تحريما ، كما أنه يكره نقص شىء من السنة تنزيها كما فى شرح الملتقى ط (قوله أى حالة قرار أو فرار) أى حالة أمنة أو عجلة ، وعبر عن العجلة بالفرار بالفاء لأنها فى السفر تكون غالبا من الخوف كما فى شرح الشيخ إسمعيل (قوله كذا أطلق الخ) فيه أن عبارة الجامع لم يصرح فيها بقوله مطلقا ، وإنما ذكر فيها السفر غير مقيد فيفهم منها الإطلاق كسائر عبارات المتون وإلا لم يتأت ادعاء تقييدها بما سيأتى من التفصيل وإنما صرح المصنف بالإطلاق اختيارا لما رجحه شيخه صاحب البحر (قوله ورجحه فى البحر الخ) اعلم أنه ذكر

ورد مافى الهداية وغيرها من التفصيل ، ورده فى النهر ، وحرر أن مافى الهداية هو المحرر (الفاتحة) وجوبا (وأى سورة شاء) وفى الضرورة بقدر الحال (و) يسن (فى الحضر)

فى الهداية أن المسافر يقرأ بفاتحة الكتاب وأي سورة شاء، ثم قال: وهذا إذا كان على عجلة من السير. فإن كان فى أمنة وقرار يقرأ فى الفجر نحو سورة البروج وانشقت لأنه يمكنه مراعاة السنة مع التخفيف.

ورده فى البحر بأنه لاأصل له يعتمد عليه فى الرواية والدراية ، أما الأول فلأن إطلاق المتون تبعا للجامع الصغير يعم حالة الأمن أيضا ، وأما الثانى فلأنه إذا كان على أمن صار كالمقيم ، فينبغى أن يراعى السنة والسفر وإن كان مؤثرا فى التخفيف لكن التحديد بقدر سورة البروج لابد له من دليل ولم ينقل اه وهو ملخص من الحلية . وأجاب فى النهر بما حاصله أن السنة للمقيم فى قراءة الفجر أن تكون من طوال المفصل وأن لاينقص مقدار الآية المقروءة من حيث العدد عن أربعين آية فى الركعتين ، بل تكون من أربعين إلى مائة كما سيأتى مع مالنافيه من البحث ، والمسافر إذا كان فى أمنة وقرار وإن كان مثل المقيم لكن للسفر تأثير فى التخفيف عنه مطلقا . ولذا يجوز له الفطر وإن كان فى أمنة فناسب أن يقرأ نحو سورة البروج والانشقاق مما هو من طوال المفصل وإن لم يبلغ المقدار الخاص ، وهذا معنى قول الهداية لإمكان مراعاة السنة مع التخفيف : أى التخفيف بعدم اعتبار العدد الخاص بعد حصول سنة القراءة من طوال المفصل ، فليس مراده التحديد بعدد آيات السورتين ، بل كونهما من طوال المفصل أى وسنية القراءة فى الفجر من طوال المفصل مسلمة لاتحتاج إلى دليل . ثم إن مافى الهداية قد أقره عليه شراحها والزيلعى وغيره وذلك دليل على تقييد إطلاق مافى المتون والجامع اه .

أقول : هذا إنما يتم إذا كان قول الهداية يقرأ فى الفجر نحو سورة البروج وانشقت معناه أنه يقرأ فى الركعتين واحدة منهما لاكلا منهما ، وإلا لم يحصل تخفيف من حيث العدد ، لأن الانشقاق خمس وعشرون آية والبروج اثنان وعشرون ، ويؤيد ذلك قول المنية يقرأ سورة البروج أو مثلها فإنه ظاهر فى أن المراد قراءة سورة البروج فى الركعتين ، لكن فى كون سورة البروج من طوال المفصل كلام ستعرفه ، فلذا حمل التخفيف فى شرح المنية على جعل الأوسط فى الحضر طويلا فى السفر ، ومثله قول صاحب المجمع فى شرحه فيقرأ بأوساط المفصل رعاية للسنة مع التخفيف ، وعليه مشى فى الشرنبلالية ، لكن هذا الحمل لايناسب مافى الهداية ، لأن الانشقاق من طوال المفصل .

وقد يقال : إن التخفيف من جهة الاكتفاء بسورة واحدة من المفصل فى الركعتين كما اقتضاه ظاهر كلام المنية المذكور ، لأن السنة فى الحضر فى كل ركعة سورة تامة كما يأتى تأمل (قوله وجوبا) أشار به إلى دفع ما أورده فى النهر ، بأنه لو قال بعد الفاتحة أى سورة شاء لكان أولى ، لئلا يوهم أن قراءة الفاتحة سنة فصرح بقوله وجوبا لدفع التوهم المذكور ، لأن المعنى أن سنة القراءة فى السفر أى سورة شاء مضمومة إلى الفاتحة الواجبة ، فالمقصود بيان التخيير فى السور بعد الفاتحة ، وإلا ورد أن السورة واجبة أيضا (قوله وفى الضرورة بقدر الحال) أى سواء كان فى الحضر أو السفر وإطلاقه يشمل الفاتحة وغيرها ، لكن فى الكافى : فإن كان فى السفر فى حالة الضرورة بأن كان على عجلة من السير أو خائفا من عدو أو لص يقرأ الفاتحة وأى سورة شاء؛ وفى الحضر فى حالة الضرورة بأن خاف فوت الوقت يقرأ مالا يفوته الوقت اه .

ولقائل أن يقول : لايختص التخفيف للضرورة بالسورة فقط بل كذلك الفاتحة ، كما إذا اشتد خوفه من عدو فقرأ آية مثلا ولا يكون مسيئا ، كذا فى الشرنبلالية .

لإمام ومنفرد ، ذكره الحلبي ، والناس عنه غافلون (طوال المفصل) من الحجرات إلى آخر البروج (في الفجر والظهر، و) منها إلى آخر — لم يكن — (أوساطه في العصر والعشاء، و) باقيه (قصاره في المغرب) أي في كل ركعة سورة مما ذكر ذكره الحلبي ،

أقول : وقول الكافي بقدر مالا يفوته الوقت يشمل الفاتحة ، فله أن يقرأ في كل ركعة بآية إن خاف فوت الوقت بالزيادة، وهل هو في كل صلاة أو خاص بالفجر ؟ فيه خلاف حكاه في القنية . وقال في آخر شرح المنية وقيل يراعى سنة القراءة في غير الفجر وإن خرج الوقت . والأظهر أن يراعى قدر الواجب في غيرها لأن الإخلال به مفسد عند بعض الأئمة بخلاف خروج الوقت اه أي فإنه في غير الفجر غير مفسد اتفاقا ثم ذكر أن له الاقتصار على الفاتحة وتسبيحة واحدة وترك الثناء والتعوذ في سنة الفجر أو الظهر لو خاف فوت الجماعة ، لأنه إذا جاز ترك السنة لإدراك الجماعة فترك سنة السنة أولى اه (قوله ذكره الحلبي) ونقله الزاهدي في القنية عن المجرد بقوله قال أبو حنيفة : والذي يصلي وحده بمنزلة الإمام في جميع ماوصفنا من القراءة سوى الجهر . قال الزاهدي وهذا نص على أن القراءة المسنونة يستوى فيها الإمام والمنفرد والناس عنه غافلون (قوله طوال المفصل) بكسر الطاء جمع طويل ككريم وكرام ، واقتصر عليه في الصحاح . وأما بالضم فالرجل الطويل كما صرح به ابن مالك في مثلثه والمفصل بفتح الصاد المهملة هو السبع السابع من القرآن ؛ سمي به لكثرة فصله بالبسملة أو لقلة المنسوخ منه ؛ ولهذا يسمى بالمحكم أيضا .

واختلف في أوله . قال في البحر : والذي عليه أصحابنا أنه من الحجرات اه . قال الرملي: نظم ابن أبي شريف الأقوال فيه بقوله :

مفصل قرآن بأوله أتى ... خلاف فصافات وقاف وسبح

وجاثية ملك وصف قتالها ... وفتح ضحى حجراتها ذا المصحح

وزاد السيوطي في الإتقان قولين فأوصلها إلى اثني عشر قولا : الرحمن ، والإنسان (قوله إلى آخر البروج) عزاه في الخزائن إلى شرح الكنز للشيخ باكير ، وقال بعده : وفي النهر لايخفى دخول الغاية في المغيا هنا اه فالبروج من الطوال ، وهو مفاد عبارة الهداية المذكورة آنفا ، لكن مفاد مانقلناه بعدها عن شرح المنية وشرح المجمع أنها من الأوساط ، ونقله في الشرنبلالية عن الكافي بل نقل القهستاني عن الكافي خروج الغاية الأولى والثانية ، وعليه فسورة — لم يكن — من القصار ، وتوقف في ذلك كله صاحب الحلية وقال : العبارة لاتفيد ذلك بل يحتاج إلى ثبت في ذلك من خارج ، والله أعلم أي لأن الغاية تحتمل الدخول والخروج فافهم (قوله في الفجر والظهر) قال في النهر : هذا مخالف لما في منية المصلي من أن الظهر كالعصر ، لكن الأكثر على ماعليه المصنف اه (قوله وباقيه) أي باقي المفصل (قوله أي في كل ركعة سورة مما ذكر) أي من الطوال والأوساط والقصار ، ومقتضاه أنه لانظر إلى مقدار معين من حيث عدد الآيات مع أنه ذكر في النهر أن القراءة من المفصل سنة والمقدار المعين سنة أخرى . ثم قال : وفي الجامع الصغير : يقرأ في الفجر في الركعتين بسورة الفاتحة وقدر أربعين أو خمسين واقتصر في الأصل على الأربعين . وفي المجرد : مابين الستين إلى المائة ، والكل ثابت من فعله عليه الصلاة والسلام ويقرأ في العصر والعشاء خمسة عشر في الركعتين في ظاهر الرواية ، كذا في شرح الجامع لقاضيخان ، وجزم به في الخلاصة . وفي المحيط وغيره يقرأ عشرين وفي المغرب خمس آيات في كل ركعة اه :

أقول : كون المقروء من سور المفصل على الوجه الذي ذكره المصنف هو المذكور في المتون ، كالقدوري

واختار فى البدائع عدم التقدير ، وأنه يختلف بالوقت والقوم والإمام .

وفى الحجة : يقرأ فى الفرض بالترسل حرفا حرفا ، وفى التراويح بين بين ، وفى النفل ليلا له أن يسرع بعد أن يقرأ كما يفهم ، ويجوز بالروايات السبع ، لكن الأولى أن لايقرأ بالغريبة عند العوام صيانة لدينهم (وتطال أولى الفجر على ثانيتها)

والكنز والمجمع والوقاية والنقاية وغيرها ، وحصر المقروء بعدد على ماذكره فى النهر والبحر مما علمته مخالف لما فى المتون من بعض الوجوه كما نبه عليه فى الحلية فإنه لو قرأ في الفجر أو الظهر سورتين من طوال المفصل تزيدان على مائة آية كالرحمن والواقعة ، أو قرأ فى العصر أو العشاء سورتين من أوساط المفصل تزيدان على عشرين أو ثلاثين آية كالغاشية والفجر يكون ذلك موافقا للسنة على مافى المتون لا على الرواية الثانية ، ولا تحصل الموافقة بين الروايتين إلا إذا كانت السورتان موافقتين للعدد المذكور ، ويلزم على مامر عن النهر من أن المقدار المعين سنة أخرى أن تكون قراءة السورتين الزائدتين على ذلك المقدار خارجة عن السنة إلا أن يقتصر من كل سورة منهما على ذلك المقدار مع أنهم صرحوا بأن الأفضل فى كل ركعة الفاتحة وسورة تامة ، فالذى ينبغى المصير إليه أنهما روايتان متخالفتان اختار أصحاب المتون إحداهما ، ويؤيده أنه فى متن الملتقى ذكر أولا أن السنة في الفجر حضرا أربعون آية أو ستون ، ثم قال : واستحسنوا طوال المفصل فيها وفى الظهر الخ . فذكر أن الثانى استحسان فيترجح على الرواية الأولى لتأيده بالأثر الوارد عن عمر رضى الله عنه أنه كتب إلى أبى موسى الأشعرى : أن اقرأ فى الفجر والظهر بطوال المفصل ، وفى العصر والعشاء بأوساط المفصل وفى المغرب بقصار المفصل . قال فى الكافى : وهو كالمروى عن النبى صلى الله عليه وسلم ، لأن المقادير لاتعرف إلا سماعا اه (قوله واختار فى البدائع عدم التقدير الخ) وعمل الناس اليوم على مااختاره فى البدائع رملى . والظاهر أن المراد عدم التقدير بمقدار معين لكل أحد وفى كل وقت ، كما يفيده تمام العبارة ، بل تارة يقتصر على أدنى ماورد كأقصر سورة من طوال المفصل فى الفجر ، أو أقصر سورة من قصاره عند ضيق وقت أو نحوه من الأعذار ، « لأنه عليه الصلاة والسلام قرأ فى الفجر بالمعوذتين لما سمع بكاء صبى خشية أن يشق على أمه » وتارة يقرأ أكثر ماورد إذا لم يمل القوم ، فليس المراد إلغاء الوارد ولو بلا عذر ، ولذا قال فى البحر عن البدائع : والجملة فيه أنه ينبغى للإمام أن يقرأ مقدار مايخف على القوم ولا يثقل عليهم بعد أن يكون على التمام ، وهكذا فى الخلاصة اه (قوله والإمام) أى من حيث حسن صوته وقبحه (قوله وفى الحجة) اسم كتاب من كتب الفتاوى (قوله بين بين) أى بأن تكون بين الترسل والإسراع (قوله ليلا) لعل وجه التقييد به أن عادة المتهجدين كثرة القراءة فى تهجدهم فلهم الإسراع ليحصلوا وردهم من القراءة تأمل (قوله كما يفهم) أى بعد أن يمد أقل مد قال به القراء وإلا حرم لترك الترتيل المأمور به شرعا ط (قوله ويجوز بالروايات السبع) بل يجوز بالعشر أيضا كما نص عليه أهل الأصول ط (قوله بالغريبة) أى بالروايات الغريبة والإمالات ، لأن بعض السفهاء يقولون مالا يعلمون فيقعون فى الإثم والشقاء ، ولا ينبغى للأئمة أن يحملوا العوام على مافيه نقصان دينهم ، ولا يقرأ عندهم مثل قراءة أبى جعفر وابن عامر وعلى بن حمزة والكسائى (١) صيانة لدينهم فلعلهم يستخفون أو يضحكون وإن كان كل القراءات والروايات صحيحة فصيحة ، ومشايخنا اختاروا قراءة أبى عمرو وحفص عن عاصم اه من التتارخانية عن فتاوى الحجة (قوله وتطال الخ) أى يطيلها الإمام وهى مسنونة

(١) (قوله وعلى بن حمزة والكسائى) كذا بالأصل المقابل على خط المؤلف ، ومقتضاه أن الكسائى غير على بن حمزة مع أنه هو كما يفيده ابن خلكان ، فلعل الواو زائدة فليراجع اه مصححه .

بقدر الثلث، وقيل النصف ندبا؛ فلو فحش لابأس به (فقط) وقال محمد: ولى الكل حتى التراويح؛ قيل وعليه الفتوى (وإطالة الثانية على الأولى يكره) تنزيها (إجماعا إن بثلاث آيات) إن تقاربت طولا وقصرا ، وإلا اعتبر الحروف والكلمات .

إجماعا إعانة على إدراك الركعة الأولى، لأن وقت الفجر وقت نوم وغفلة، وقد علم من التقييد بالإمام ومن التعليل أن المنفرد يسوى بين الركعتين فى الجميع اتفاقا شرح المنية .

أقول : وبما مر من أن الإطالة المذكورة مسنونة إجماعا، ومثله فى التتارخانية علم أن مافى شرح الملتقى للبهنسى من أنها واجبة إجماعا غريب أو سبق قلم . وقال تلميذه البقانى فى شرح الملتقى : لم أجده فى الكتب المشهورة فى المذهب (قوله بقدر الثلث) بأن تكون زيادة مافى الأولى على مافى الثانية بقدر ثلث مجموع مافى الركعتين كما فى الكافى حيث قال الثلثان فى الأولى والثلث فى الثانية ، ومثله فى الحلية والبحر والدرر (قوله وقيل النصف) كذا فى الحلية ،عزيا إلى المحبوبى ؛ وحكاه فى البحر عن الخلاصة ،لكن عبارة الخلاصة لاتفيده لأن عبارتها هكذا وحد الإطالة فى الفجر أن يقرأ فى الركعة الثانية من عشرين إلى ثلاثين وفى الأولى من ثلاثين إلى ستين اه .

وأرجع المحشى القول بالنصف إلى القول الأول ، لأن المراد نصف المقروء فى الأولى وهو ثلث المجموع ، فلا وجه لعده مقابلا له ، وأطال فى ذلك فراجعه ، لكن قد يقال إن مراد الخلاصة التخيير بين جعل الزيادة بقدر نصف مافى الأولى أو نصف مافى الثانية ، فإنه إذا قرأ فى الأولى ثلاثين وفى الثانية عشرين فالزيادة بقدر نصف مافى الثانية . ولو قرأ فى الأولى ستين وفى الثانية ثلاثين فالزيادة بقدر نصف مافى الأولى، وبهذا يغاير القول الأول فتأمل (قوله ندبا) راجع للقولين يعنى أن هذا التقدير فى كل بيان للأولى ، فإن لم يراعه فهو خلاف الأولى وهو معنى قوله لا بأس به ح (قوله فلو فحش) بأن قرأ فى الأولى بأربعين وفى الثانية بثلاث آيات لا بأس به ،وبه ورد الأثر كذا فى الذخيرة وغيرها (قوله فقط) لما احتمل أن يكون الفجر مجرد مثال لا للتقييد أردفه بقوله(١) كذا فى النهر (قوله حتى التراويح) عزاه فى الخزائن إلى الخانية . وظاهر هذا أن الجمعة والعيدين على الخلاف كما فى جامع المحبوبى ، لكن فى نظم الزندويستى الاتفاق على تسوية القراءة فيهما ، وأيده فى الحلية بالأحاديث الواردة المقتضية لعدم إطالة الأولى على الثانية فيهما (قوله قيل وعليه الفتوى) قائله فى معراج الدراية ، ومثله فى المجتبى . وفى التتارخانية عن الحجة : وهو المأخوذ للفتوى . وفى الخلاصة إنه أحب ، وجنح إليه فى فتح القدير لما رواه البخارى من « أنه عليه الصلاة والسلام كان يطوّل فى الركعة الأولى : أى من الظهر مالا يطول فى الثانية وهكذا فى العصر ، وهكذا فى الصبح » ونازعه فى شرح المنية بأنه محمول على الإطالة من حيث الثناء والتعوذ ، وبما دون ثلاث آيات ، ضرورة التوفيق بينه وبين مارواه مسلم عن أبى سعيد الخدرى حيث قال : فحزرنا(٢) قيامه فى الظهر فى كل ركعة قدر ثلاثين آية ، فإنه أفاد التسوية بين الركعتين اه . وقال فى الحلية بعد أن حقق دليلهما : فيظهر على هذا أن قولهما أحب لاقوله ، وأن الأولى كون الفتوى على قولهما لا قوله ، وأقره فى البحر والشرنبلالية، واعتمد قولهما فى الكنز والملتقى والمختار والهداية فلذا اعتمده المصنف أيضا (قوله إن تقاربت الخ) ذكر هذا فى الكافى فى المسألة التى قبل هذه ، واعتبره فى شرح المنية فى هذه المسألة أيضا كما يأتى فى عبارته .

---

(١) (قوله أردفه بقوله) أى فقط ، ولعلها سقطت من قلمه ، وليراجع اه مصححه .

(٢) (قوله فحزرنا) بالحاء المهملة ثم الزاى ثم الراء الساكنة : من الحزر ، وهو الظن والتخمين اه منه .

واعتبر الحلبي فحش الطول لاعدد الآيات ، واستثنى فى البحر ماوردت به السنة واستظهر فى النفل عدم الكراهة مطلقا (وإن بأقل لا) يكره ، لأنه عليه الصلاة والسلام

والحاصل أن سنية إطالة الأولى على الثانية وكراهية العكس إنما تعتبر من حيث عدد الآيات إن تقاربت الآيات طولا وقصرا فإن تفاوتت تعتبر من حيث الكلمات ، فإذا قرأ فى الأولى من الفجر عشرين آية طويلة وفى الثانية منها عشرين آية قصيرة تبلغ كلماتها قدر نصف كلمات الأولى فقد حصل السنة ، ولو عكس يكره ، وإنما ذكر الحروف للإشارة إلى أن المعتبر مقابلة كل كلمة بمثلها فى عدة الحروف ، فالمعتبر عدد الحروف لا الكلمات فلو اقتصر الشارح على الحروف أو عطفها على الكلمات كما فعل فى الكافى لكان أولى (قوله واعتبر الحلبى فحش الطول الخ) كما لو قرأ فى الأولى والعصر وفى الثانية الهمزة فرمز فى القنية أولا أنه لايكره ثم رمز ثانيا أنه يكره وقال لأن الأولى ثلاث آيات والثانية تسع ، وتكره الزيادة الكثيرة . وأما ماروى « أنه عليه الصلاة والسلام قرأ فى الأولى من الجمعة بسبح اسم ربك الأعلى وفى الثانية هل أتاك حديث الغاشية » فزاد على الأولى بسبع لكن السبع فى السور الطوال يسير دون القصار لأن الست هنا ضعف الأصل والسبع ثمة أقل من نصفه اه أى أن الست الزائدة فى الهمزة ضعف سورة العصر بخلاف السبع الزائدة فى الغاشية فإنها أقل من نصف سورة الأعلى فكانت يسيرة . قال الحلبى فى شرح المنية : وعلم من كلام القنية أن ثلاث آيات إنما تكره فى السور القصار لظهور الطول فيها بذلك ظهورا بينا وهو حسن إلا أنه ربما يتوهم منه أنه متى كانت الزيادة بما دون النصف لاتكره وليس كذلك بل الذى ينبغى أن الزيادة إذا كانت ظاهرة ظهورا تاما تكره وإلا فلا للزوم الحرج فى التحرز عن الخفية ولورود مثل هذا فى الحديث . ولا تغفل عما تقدم من أن التقدير بالآيات إنما يعتبر عند تقاربها . وأما عند تفاوتها فالمعتبر التقدير بالكلمات أو الحروف وإلا فألم نشرح ثمان آيات — ولم يكن — ثمان آيات ولاشك أنه لو قرأ الأولى فى الأولى والثانية فى الثانية أنه يكره لما قلنا من ظهور الزيادة والطول وإن لم يكن من حيث الآى لكنه من حيث الكلم والحروف وقس على هذا اه كلام شرح المنية للحلبى .

والذى تحصل من مجموع كلامه وكلام القنية أن إطلاق كراهة إطالة الثانية بثلاث آيات مقيد بالسور القصيرة المتقاربة الآيات لظهور الإطالة حينئذ فيها أما السور الطويلة أو القصيرة المتفاوتة فلا يعتبر العدد فيهما بل يعتبر ظهور الإطالة من حيث الكلمات وإن اتحدت آيات السورتين عددا هذا مافهمته ، والله تعالى أعلم (قوله واستثنى فى البحر ماوردت به السنة) أى كقراءته عليه الصلاة والسلام فى الجمعة والعيدين فى الأولى بالأعلى وفى الثانية بالغاشية فإنه ثبت فى الصحيحين مع أن الأولى تسع عشرة آية والثانية ستة وعشرون . وعلى مامر عن شرح المنية لاحاجة إلى الاستثناء لأن هاتين السورتين طويلتان ، ولا تفاوت ظاهر بينهما من حيث الكلمات والحروف ، بل هما متقاربتان (قوله مطلقا) أى وردت به السنة أولا بقرينة ماقبله ، ولأن عبارة البحر هكذا : وقيد بالفرض لأنه يسوى فى السنن والنوافل بين ركعاتها فى القراءة إلا فيما وردت به السنة أو الأثر ، كذا فى منية المصلى . وصرح فى المحيط بكراهة تطويل ركعة من التطوع ونقص أخرى ، وأطلق فى جامع المحبوبى عدم كراهة إطالة الأولى على الثانية فى السنن والنوافل ، لأن أمرها سهل ، واختاره أبو اليسر ، ومشى عليه فى خزانة الفتاوى فكان الظاهر عدم الكراهة اه . فقول البحر : وأطلق فى جامع المحبوبى الخ واستظهاره له قرينة واضحة على أنه أراد خلاف مافى المنية من التقييد بما وردت به السنة نعم كلامه فى إطالة الأولى على الثانية فقط دون العكس ، فكان على الشارح ذكر ذلك عند قوله وتطال أولى الفجر . قال فى شرح المنية : والأصح كراهة إطالة الثانية

صلى بالمعوذتين (ولا يتعين شيء من القرآن لصلاة على طريق الفرضية) بل تعين الفاتحة على وجه الوجوب (ويكره التعيين) كالسجدة و – هل أتى – لفجر كل جمعة، بل يندب قراءتهما أحيانا (والمؤتم لايقرأ مطلقا) ولا الفاتحة فى السرية اتفاقا، وما نسب لمحمد ضعيف كما بسطه الكمال (فإن قرأ كره تحريما) وتصح فى الأصح. وفى درر البحار عن مبسوط خواهر زاده

على الأولى فى النفل أيضا إلحاقا له بالفرض فيما لم يرد به تخصيص من التوسعة كجوازه قاعدا بلا عذر ونحوه. وأما إطالة الثالثة على الثانية والأولى فلا تكره، لما أنه شفع آخر اهـ (قوله صلى بالمعوذتين) يعنى فى صلاة الفجر والسورة الثانية أطول من الأولى بآية. وفى الاحتراز عن هذا التفاوت حرج، وهو مدفوع شرعا فتجعل زيادة مادون ثلاث آيات أو نقصانه كالعدم فلا يكره ح عن الحلية (قوله على طريق الفرضية) أى بحيث لا تصح الصلاة بدونه كما يقول الشافعى فى الفاتحة (قوله ويكره التعيين الخ) هذه المسألة مفرعة على ماقبلها لأن الشارع إذا لم يعين عليه شيئا تيسيرا عليه كره له أن يعين، وعلله فى الهداية بقوله: لما فيه من هجر الباقى وإيهام التفضيل (قوله بل يندب قراءتهما أحيانا) قال فى جامع الفتاوى: وهذا إذا صلى الوتر بجماعة، وإن صلى وحده يقرأ كيف شاء اهـ. وفى فتح القدير: لأن مقتضى الدليل عدم المداومة لا المداومة على العدم كما يفعله حنفية العصر، فيستحب أن يقرأ ذلك أحيانا تبركا بالمأثور، فإن لزوم الإيهام ينتفى بالترك أحيانا، ولذا قالوا: السنة أن يقرأ فى ركعتى الفجر بالكافرون والإخلاص. وظاهر هذا إفادة المواظبة، إذ الإيهام المذكور منتف بالنسبة إلى المصلى نفسه اهـ ومقتضاه اختصاص الكراهة بالإمام.

ونازعه فى البحر بأن هذا مبنى على أن العلة إيهام التفضيل والتعيين، أما على ماعلل به المشايخ من هجر الباقى فلا فرق فى كراهة المداومة بين المنفرد والإمام والسنة والفرض، فتكره المداومة مطلقا، لما صرح به فى غاية البيان من كراهة المواظبة على قراءة السور الثلاث فى الوتر أعم من كونه فى رمضان إماما أولا اهـ. وأجاب فى النهر بأنه قد علل بهما المشايخ. والظاهر أنهما علة واحدة لا علتان، فيتجه مافى الفتح.

أقول: على أنه فى غاية البيان لم يصرح بالتعميم المذكور. وأيضا فإن إيهام هجر الباقى يزول بقراءته فى صلاة أخرى. وأيضا ذكر فى وتر البحر عن النهاية أنه لاينبغى أن يقرأ سورة متعينة على الدوام لئلا يظن بعض الناس أنه واجب اهـ فهذا يؤيد مافى الفتح أيضا.

هذا، وقيد الطحاوى والإسبيجابى الكراهة بما إذا رأى ذلك حتما لايجوز غيره؛ أما لو قرأه للتيسير عليه أو تبركا بقراءته عليه الصلاة والسلام فلا كراهة لكن بشرط أن يقرأ غيرها أحيانا لئلا يظن الجاهل أن غيرها لايجوز. واعترضه فى الفتح بأنه لاتحرير فيه، لأن الكلام فى المداومة اهـ.

وأقول: حاصل معنى كلام هذين الشيخين بيان وجه الكراهة فى المداومة وهو أنه إن رأى ذلك حتما يكره من حيث تغيير المشروع وإلا يكره من حيث إيهام الجاهل، وبهذا الحمل يتأيد أيضا كلام الفتح السابق، ويندفع اعتراضه اللاحق فتدبر (قوله ولا الفاتحة) بالنصب معطوف على محذوف تقديره لا غير الفاتحة ولا الفاتحة، وقوله فى السرية يعلم منه نفى القراءة فى الجهرية بالأولى، والمراد التعريض، بخلاف الإمام الشافعى ويرد مانسب لمحمد (قوله اتفاقا) أى بين أئمتنا الثلاثة (قوله وما نسب لمحمد) أى من استحباب قراءة الفاتحة فى السرية احتياطا (قوله كما بسطه الكمال) حاصله أن محمدا قال فى كتابه الآثار: لانرى القراءة خلف الإمام فى شيء من الصلوات يجهر فيه أو يسر، ودعوى الاحتياط ممنوعة، بل الاحتياط ترك القراءة لأنه العمل بأقوى الدليلين. وقد روى

أنها تفسد ويكون فاسقا ، وهو مروى عن عدة من الصحابة فالمنع أحوط (بل يستمع) إذا جهر (وينصت) إذا أسر ؛ لقول أبي هريرة رضى الله عنه «كنا نقرأ خلف الإمام فنزل — وإذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا — » (وإن) وصلية (قرأ الإمام آية ترغيب أو ترهيب) وكذا الإمام لا يشتغل بغير القرآن ، وما ورد حمل على النفل منفردا كما مر (كذا الخطبة) فلا يأتي بما يفوت الاستماع ولو كتابة أو رد سلام (وإن صلى الخطيب على النبي صلى الله عليه وسلم إلا إذا قرأ آية — صلوا عليه — فيصلى المستمع سرا) بنفسه وينصت بلسانه عملا بأمرى — صلوا — وأنصتوا — (والبعيد) عن الخطيب (والقريب سيان) فى افتراض الإنصات .

(قوله وهو) أى الفساد بالقراءة عن عدة من الصحابة فأقواهما المنع (قوله أنها تفسد) هذا مقابل الأصح المفهوم من تفسد (قوله مروى عن عدة من الصحابة) قال فى الخزائن : وفى الكافى : ومنع المؤتم من القراءة مأثور عن ثمانين نفرا من كبار الصحابة ، منهم المرتضى والعبادلة وقد دون أهل الحديث أساميهم (قوله وينصت إذا أسر) وكذا إذا جهر بالأولى . قال فى البحر : وحاصل الآية أن المطلوب بها أمران الاستماع والسكوت فيعمل بكل منهما ، والأول يخص الجهرية ، والثانى لا فيجرى على إطلاقه فيجب السكوت عند القراءة مطلقا اه (قوله آية ترغيب) أى فى ثوابه تعالى أو ترهيب : أى تخويف من عقابه تعالى ، فلا يسأل الأول ولا يستعيذ من الثانى . قال فى الفتح : لأن الله تعالى وعده بالرحمة إذا استمع ، ووعده حتم ، وإجابة دعاء المتشاغل عنه غير مجزوم بها (قوله وما ورد) أى عن حذيفة رضى الله عنه أنه قال « صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات ليلة إلى أن قال : وما مر بآية رحمة إلا وقف عندها فسأل ، ولا بآية عذاب إلا وقف عندها وتعوذ » وأخرجه أبو داود وتمامه فى الحلية (قوله حمل على النفل منفردا) أفاد أن كلا من الإمام والمقتدى فى الفرض أو النفل ممنوع قال فى الحلية : أما الإمام فى الفرائض فلما ذكرنا من أنه صلى الله عليه وسلم لم يفعله فيها ، وكذا الأئمة من بعده إلى يومنا هذا ، فكان من المحدثات ، ولأنه تثقيل على القوم فيكره . وأما فى التطوع فإن كان فى التراويح فكذلك ؛ وإن كان فى غيرها من نوافل الليل التى اقتدى به فيها واحد أو اثنان فلا يتم ترجح الترك على الفعل ؛ لما روينا : أى من حديث حذيفة السابق ، اللهم إلا إذا كان فى ذلك تثقيل على المقتدى ، وفيه تأمل . وأما المأموم فلأن وظيفته الاستماع والإنصات فلا يشتغل بما يخله ، لكن قد يقال : إنما يتم ذلك فى المقتدى فى الفرائض والتراويح ؛ أما المقتدى فى النافلة المذكورة إذا كان إمامه يفعله فلا لعدم الإخلال بما ذكر ، فليحمل على ما عدا هذه الحالة اه (قوله كما مر) أى نظير ما مر فى فصل ترتيب أفعال الصلاة من حمل ما ورد من الأدعية فى الركوع والرفع منه وفى السجدتين والجلسة بينهما على المتنفل ، وأما مسألتنا هذه فلم تمر فافهم (قوله فلا يأتى بما يفوت الاستماع الخ) سيأتى فى باب الجمعة أن كل ما حرم فى الصلاة حرم فى الخطبة ؛ فيحرم أكل وشرب وكلام ولو تسبيحا أو رد سلام أو أمرا بمعروف إلا من الخطيب ، لأن الأمر بالمعروف منها بلا فرق بين قريب وبعيد فى الأصح ؛ ولا يرد تحذير من خيف هلاكه لأنه يجب لحق آدمى وهو محتاج إليه ، والإنصات لحقه تعالى ، ومبناه على المسامحة والأصح أنه لا بأس ، بأن يشير برأسه أو يده عند رؤية منكر ، وكذا يجب الاستماع لسائر الخطب كخطبة نكاح وختم وعيد على المعتمد اه (قوله وينصت بلسانه) عطف تفسير لقوله بنفسه ، وهذا مروى عن أبى يوسف . وفى جمعة الفتح أنه الصواب (قوله فى افتراض الإنصات) عبر بالافتراض تبعا للهداية . وعبر فى النهر بالوجوب قال ط وهو الأولى ، لأن تركه مكروه تحريما :

[فروع] يجب الاستماع للقراءة مطلقا لأن العبرة لعموم اللفظ :
لابأس أن يقرأ سورة ويعيدها فى الثانية ، وأن يقرأ فى الأولى من محل وفى الثانية من آخر ولو من سورة إن كان بينهما آيتان فأكثر . ويكره الفصل بسورة قصيرة وأن يقرأ منكوسا

فروع فى القراءة خارج الصلاة

(قوله يجب الاستماع للقراءة مطلقا) أى فى الصلاة وخارجها ، لأن الآية وإن كانت واردة فى الصلاة على مامر فالعبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ، ثم هذا حيث لاعذر ؛ ولذا قال فى القنية : صبى يقرأ فى البيت وأهله مشغولون بالعمل يعذرون فى ترك الاستماع إن افتتحوا العمل قبل القراءة وإلا فلا ، وكذا قراءة الفقه عند قراءة القرآن . وفى الفتح عن الخلاصة : رجل يكتب الفقه وبجنبه رجل يقرأ القرآن فلا يمكنه استماع القرآن فالإثم على القارىء وعلى هذا لو قرأ على السطح والناس نيام يأثم اه أى لأنه يكون سببا لإعراضهم عن استماعه، أو لأنه يؤذيهم بإيقاظهم تأمل .

مطلب الاستماع للقرآن فرض كفاية

وفى شرح المنية : والأصل أن الاستماع للقرآن فرض كفاية لأنه لإقامة حقه بأن يكون ملتفتا إليه غير مضيع وذلك يحصل بانصات البعض ، كما فى رد السلام حين كان لرعاية حق المسلم كفى فيه البعض عن الكل ، إلا أنه يجب على القارىء احترامه بأن لايقرأه فى الأسواق ومواضع الاشتغال ، فإذا قرأه فيها كان هو المضيع لحرمته ، فيكون الاثم عليه دون أهل الاشتغال دفعا للحرج ، وتمامه فى ط . ونقل الحموى عن أستاذه قاضى القضاة يحيى الشهير بمنقارى زاده أن له رسالة حقق فيها أن استماع القرآن فرض عين (قوله لابأس أن يقرأ سورة الخ) أفاد أنه يكره تنزيها ، وعليه يحمل جزم القنية بالكراهة ، ويحمل فعله عليه الصلاة والسلام لذلك على بيان الجواز ، هذا إذا لم يضطر ، فإن اضطر بأن قرأ فى الأولى — قل أعوذ برب الناس — أعادها فى الثانية إن لم يختم نهر ، لأن التكرار أهون من القراءة منكوسا بزازية ، وأما لو ختم القرآن فى ركعة فيأتى قريبا أنه يقرأ من البقرة (قوله وأن يقرأ فى الأولى من محل الخ) قال فى النهر : وينبغى أن يقرأ فى الركعتين آخر سورة واحدة لا آخر سورتين فإنه مكروه عند الأكثر اه لكن فى شرح المنية عن الخانية : الصحيح أنه لايكره ، وينبغى أن يراد بالكراهة المنفية التحريمية ، فلا ينافى كلام الأكثر ولا قول الشارح لابأس تأمل ، ويؤيده قول شرح المنية عقب مامر ، وكذا لو قرأ فى الأولى من وسط سورة أو من سورة أولها ثم قرأ فى الثانية من وسط سورة أخرى أو من أولها أو سورة قصيرة الأصح أنه لايكره ، لكن الأولى أن لايفعل من غير ضرورة اه (قوله ولو من سورة الخ) واصل بما قبله أى لو قرأ من محلين ، بأن انتقل من آية إلى أخرى من سورة واحدة لايكره إذا كان بينهما آيتان فأكثر ، لكن الأولى أن لايفعل بلا ضرورة لأنه يوهم الإعراض والترجيح بلا مرجح شرح المنية ، وإنما فرض المسألة فى الركعتين لأنه لو انتقل فى الركعة الواحدة من آية إلى آية يكره وإن كان بينهما آيات بلا ضرورة، فإن سها ثم تذكر يعود مراعاة لترتيب الآيات شرح المنية (قوله ويكره الفصل بسورة قصيرة) أما بسورة طويلة بحيث يلزم منه إطالة الركعة الثانية إطالة كثيرة فلايكره شرح المنية : كما إذا كانت سورتان قصيرتان ، وهذا لو فى ركعتين . أما فى ركعة فيكره الجمع بين سورتين بينهما سور أو سورة فتح . وفى التاترخانية : إذا جمع بين سورتين فى ركعة رأيت فى موضع أنه لابأس به . وذكر شيخ الإسلام لاينبغى له أن يفعل على ماهو ظاهر الرواية اه . وفى شرح المنية : الأولى أن لايفعل فى الفرض ولو فعل لايكره إلا أن يترك بينهما سورة أو أكثر (قوله وأن يقرأ منكوسا) بأن يقرأ فى الثانية

إلا إذا ختم فيقرأ من البقرة . وفى القنية قرأ فى الأولى الكافرون وفى الثانية — ألم تر — أو — تبت — ثم ذكر يتم وقيل يقطع ويبدأ ، ولا يكره فى النفل شيء من ذلك ، وثلاث تبلغ قدر أقصر سورة أفضل من آية طويلة ، وفى سورة وبعض سورة العبرة للأكثر ، وبسطناه فى الخزائن :

باب الإمامة

سورة أعلى مما قرأ فى الأولى ، لأن ترتيب السور فى القراءة من واجبات التلاوة ؛ وإنما جوز للصغار تسهيلا لضرورة التعليم ط (قوله إلا إذا ختم الخ) قال فى شرح المنية : وفى الولوالجية : من يختم القرآن فى الصلاة إذا فرغ من المعوذتين فى الركعة الأولى يركع ثم يقرأ فى الثانية بالفاتحة وشيء من سورة البقرة ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « خير الناس الحال المرتحل » أى الخاتم المفتتح اهـ (قوله وفى الثانية) فى بعض النسخ : وبدأ فى الثانية ، والمعنى عليها (قوله ألم تر أو تبت) أى نكس أو فصل بسورة قصيرة ط (قوله ثم ذكر يتم) أفاد أن التنكيس أو الفصل بالقصيرة إنما يكره إذا كان عن قصد ، فلو سهوا فلا كما فى شرح المنية . وإذا انتفت الكراهة فإعراضه عن التى شرع فيها لاينبغى . وفى الخلاصة افتتح سورة وقصده سورة أخرى فلماقرأ آية أو آيتين أراد أن يترك تلك السورة ويفتتح التى أرادها يكره اهـ . وفى الفتح : ولو كان أى المقروء حرفا واحدا (قوله ولا يكره فى النفل شيء من ذلك) عزاه فى الفتح إلى الخلاصة ، ثم قال : وعندى فى هذه الكلية نظر ؛ فإنه صلى الله عليه وسلم نهى بلالا رضى الله عنه عن الانتقال من سورة إلى سورة وقال له : « إذا ابتدأت سورة فأتمها على نحوها حين سمعه ينتقل من سورة إلى سورة فى التهجد » اهـ .

واعترض ح أيضا بأنهم نصوا بأن القراءة على الترتيب من واجبات القراءة ؛ فلو عكسه خارج الصلاة يكره فكيف لايكره فى النفل ؟ تأمل وأجاب ط بأن النفل لاتساع بابه نزلت كل ركعة منه فعلا مستقلا فيكون كما لو قرأ إنسان سورة ثم سكت ثم قرأ مافوقها ، فلا كراهة فيه (قوله وثلاث) كذا فى بعض النسخ على أنه مبتدأ بتقدير مضاف وما بعده خبر : أى وقراءة ثلاث آيات الخ ، وفى بعضها وبثلاث بزيادة الباء قال ح : أى والصلاة بثلاث آيات الخ (قوله أفضل الخ) لعله لأن التحدى والإعجاز وقع بذلك القدر لابالآية ، والأفضلية ترجع إلى كثرة الثواب ط (قوله وفى سورة) خبر مقدم ، وقوله العبرة للأكثر مبتدأ مؤخر : أى الأكثر آيات كما فى شرح المنية عن الخانية (قوله وبسطناه فى الخزائن) أى بسط ماذكر من هذه الفروع مع زيادة عليها ذكرناها فى أثناء الكلام ، وتمام مسائل أحكام القراءة فى الصلاة وخارجها مبسوط فى شرح المنية وبعضها فى فتح القدير ، والله تعالى أعلم .

باب الإمامة

هى مصدر قولك فلان أم الناس ، صار لهم إماما يتبعونه فى صلاته فقط أو فيها وفى أوامره ونواهيه ، والأول ذو الإمامة الصغرى ، والثانى ذو الإمامة الكبرى ، والباب هنا معقود للأولى .

ولما كانت الثانية من المباحث الفقهية حقيقة لأن القيام بها من فروض الكفاية وكانت الأولى تابعة لها ومبنية عليها تعرض لشيء من مباحثها هنا ، وبسطت فى علم الكلام وإن لم تكن منه بل من متمماته لظهور اعتقادات فاسدة فيها من أهل البدع كالطعن فى الخلفاء الراشدين ونحو ذلك .

هي صغرى وكبرى ، فالكبرى استحقاق تصرف عام على الأنام ، وتحقيقه فى علم الكلام ، ونصبه أهم الواجبات ، فلذا قدموه على دفن صاحب المعجزات :

ويشترط كونه مسلما حرا ذكرا عاقلا بالغا قادرا ، قرشيا لاهاشميا علويا ، معصوما . ويكره تقليد الفاسق ،

مطلب شروط الإمامة الكبرى

(قوله فالكبرى استحقاق تصرف عام على الأنام) أى على الخلق ، وهو متعلق بتصرف لاباستحقاق ، لأن المستحق عليهم طاعة الإمام لاتصرفه ، ولا بعام إذ المتعارف أن يقال عام بكذا لاعليه . وعرفها فى المقاصد بأنها رياسة عامة فى الدين والدنيا خلافة عن النبى صلى الله عليه وسلم لتخرج النبوة ، لكن النبوة فى الحقيقة غير داخلة لأنها بعثة بشرع كما يعلم من تعريف النبى ، واستحقاق النبى التصرف العام إنما هو مترتبة على النبوة ، فهى داخلة فى التعريف دون ماترتبت عليه أعنى النبوة ، وخرج بقيد العموم مثل القضاء والإمارة .

ولما كانت الرياسة عند التحقيق ليست إلا استحقاق التصرف ، إذ معنى نصب أهل الحل والعقد للإمام ليس إلا إثبات هذا الاستحقاق عبر بالاستحقاق ، كذا أفاده العلامة الكمال ابن أبى شريف فى شرحه على كتاب المسايرة لشيخه المحقق الكمال ابن الهمام (قوله ونصبه) أى الإمام المفهوم من المقام (قوله أهم الواجبات) أى من أهمها ، لتوقف كثير من الواجبات الشرعية عليه ، ولذا قال فى العقائد النسفية : والمسلمون لابد لهم من إمام ، يقوم بتنفيذ أحكامهم ، وإقامة حدودهم ، وسد ثغورهم ، وتجهيز جيوشهم ، وأخذ صدقاتهم ، وقهر المتغلبة والمتلصصة وقطاع الطريق ، وإقامة الجمع والأعياد ، وقبول الشهادات القائمة على الحقوق ، وتزويج الصغار والصغائر الذين لاأولياء لهم ، وقسمة الغنائم اه (قوله فلذا قدموه الخ) فإنه صلى الله عليه وسلم توفى يوم الإثنين ودفن يوم الثلاثاء أو ليلة الأربعاء أو يوم الأربعاء ح عن المواهب ، وهذه السنة باقية إلى الآن لم يدفن خليفة حتى يولى غيره ط (قوله ويشترط كونه مسلما الخ) أى لأن الكافر لايلى على المسلم ، ولأن العبد لاولاية له على نفسه فكيف تكون له الولاية على غيره ؟ والولاية المتعدية فرع للولاية القائمة ، ومثله الصبى والمجنون ، ولأن النساء أمرن بالقرار فى البيوت فكان مبنى حالهن على الستر ، وإليه أشار النبى صلى الله عليه وسلم حيث قال « كيف يفلح قوم تملكهم امرأة » وقوله قادرا : أى على تنفيذ الأحكام وإنصاف المظلوم من الظالم ، وسد الثغور وحماية البيضة وحفظ حدود الإسلام ، وجر العساكر ، وقوله قرشيا لقوله صلى الله عليه وسلم « الأئمة من قريش » وقد سلمت الأنصار الخلافة لقريش بهذا الحديث ، وبه يبطل قول الضرارية إن الإمامة تصلح فى غير قريش ، والكعبية إن القرشى أولى بها اه الكل من ح عن شرح عمدة النسفى (قوله لاهاشميا الخ) أى لايشترط كونه هاشميا أى من أولاد هاشم بن عبد مناف كما قالت الشيعة نفيا لإمامة أبى بكر وعمر وعثمان رضى الله تعالى عنهم ، ولا علويا : أى من أولاد على بن أبى طالب كما قال به بعض الشيعة نفيا لخلافة بنى العباس ، ولا معصوما كما قالت الإسماعيلية والاثنا عشرية : أى الإمامية ، كذا فى شرح المقاصد ، وكان الأولى أن يكرر لاليظهر أن كل واحد من هذه الثلاثة قول على حدة ، فإن عبارته توهم أنها قول واحد ح (قوله ويكره تقليد الفاسق) أشار إلى أنه لاتشترط عدالته ، وعدها فى المسايرة من الشروط ، وعبر عنها تبعا للإمام الغزالى بالورع . وزاد فى الشروط العلم والكفاية قال : والظاهر أنها أى الكفاءة أعم من الشجاعة تنتظم كونه إذا رأى وشجاعة كى لايجبن عن الاقتصاص وإقامة الحدود والحروب الواجبة وتجهيز الجيوش ، وهذا الشرط يعنى الشجاعة مما شرطه الجمهور ،

ويعزل به إلا لفتنة . ويجب أن يدعى له بالصلاح وتصح سلطنة متغلب للضرورة ، وكذا صبى .
وينبغى أن يفوض أمور التقليد على وال تابع له والسلطان فى الرسم هو الولد ، وفى الحقيقة هو الوالى لعدم صحة إذنه بقضاء وجمعة كما فى الأشباه عن البزازية ؛ وفيها لو بلغ السلطان أو الوالى يحتاج إلى تقليد جديد :
والصغرى ربط صلاة المؤتم بالإمام

ثم قال : وزاد كثير الاجتهاد فى الأصول والفروع ؛ وقيل لايشترط ولا الشجاعة لندرة اجتماع هذه الأمور فى واحد ويمكن تفويض مقتضيات الشجاعة والحكم إلى غيره أو بالاستفتاء للعلماء . وعند الحنفية ليست العدالة شرطا للصحة فيصح تقليد الفاسق الإمامة مع الكراهة ، وإذا قلد عدلا ثم جار وفسق لاينعزل ؛ ولكن يستحب العزل إن لم يستلزم فتنة ؛ ويجب أن يدعى له ؛ ولا يجب الخروج عليه ؛ كذا عن أبى حنيفة ، وكلمتهم قاطبة فى توجيهه هو أن الصحابة صلوا خلف بعض بنى أمية وقبلوا الولاية عنهم . وفى هذا نظر ؛ إذ لايخفى أن أولئك كانوا ملوكا تغلبوا والمتغلب تصح منه هذه الأمور للضرورة ، وليس من شرط صحة الصلاة خلف إمام عدالته ؛ وصار الحال عند التغلب كما لم يوجد أو وجد ولم يقدر على توليته لغلبة الجورة اهـ كلام المسايرة للمحقق ابن الهمام (قوله ويعزل به) أى بالفسق لو طرأ عليه ؛ والمراد أنه يستحق العزل كما علمت آنفا . ولذا لم يقل ينعزل (قوله وتصح سلطنة متغلب) أى من تولى بالقهر والغلبة بلا مبايعة أهل الحل والعقد وإن استوفى الشروط المارة . وأفاد أن الأصل فيها أن تكون بالتقليد . قال فى المسايرة : ويثبت عقد الإمامة إما باستخلاف الخليفة إياه كما فعل أبو بكر رضى الله تعالى عنه ؛ وإما ببيعة جماعة من العلماء أو جماعة من أهل الرأى والتدبير . وعند الأشعرى : يكفى الواحد من العلماء المشهورين من أولى الرأى ، بشرط كونه بمشهد(١) شهود لدفع الإنكار إن وقع . وشرط المعتزلة خمسة . وذكر بعض الحنفية اشتراط جماعة دون عدد مخصوص اهـ (قوله للضرورة) هى دفع الفتنة ، ولقوله صلى الله عليه وسلم « اسمعوا وأطيعوا ولو أمر عليكم عبد حبشى أجدع » ح (قوله وكذا صبى) أى تصح سلطنته للضرورة ، لكن فى الظاهر لاحقيقة . قال فى الأشباه : وتصح سلطنته ظاهرا قال فى البزازية : مات السلطان واتفقت الرعية على سلطنة ابن صغير له ينبغى أن تفوض أمور التقليد على وال ، ويعد هذا الوالى نفسه تبعا لابن السلطان لشرفه والسلطان فى الرسم هو الابن ، وفى الحقيقة هو الوالى لعدم صحة الإذن بالقضاء والجمعة ممن لاولاية له اهـ أى لأن هذا الوالى لو لم يكن هو السلطان فى الحقيقة لم يصح إذنه بالقضاء والجمعة ، لكن ينبغى أن يقال إنه سلطان إلى غاية وهى بلوغ الابن ، لئلا يحتاج إلى عزله عند تولية ابن السلطان إذا بلغ تأمل (قوله أن يفوض) بالبناء للمجهول والفاعل : هم أهل الحل والعقد على مامر بيانه ، لاالصبى لما علمت من أنه لاولاية له وضمن يفوض معنى يلقى فعدى بعلى وإلا فهو يتعدى بإلى (قوله فى الرسم) أى فى الظاهر والصورة (قوله كما فى الأشباه) أى فى أحكام الصبيان ، وعلمت عبارته (قوله وفيها) أى فى الأشباه عن البزازية أيضا ، وذكر ذلك بعد مامر بنحو ورقة فافهم . وذكر الحموى أن تجديد تقليده بعد بلوغه لايكون إلا إذا عزل ذلك الوالى نفسه لأن السلطان لاينعزل إلا بعزل نفسه وهذا غير واقع اهـ :

قلت قد يقال : إن سلطنة ذلك الوالى ليست مطلقة بل هى مقيدة بمدة صغر ابن السلطان ، فإذا بلغ انتهت سلطنة ذلك الوالى كما قاناه آنفا (قوله ربط الخ) هكذا نقله صاحب النهر عن أخيه صاحب البحر ، ولا يظهر إلا تعريفاً للإقتداء ، وذلك لأن الإمامة مصدر المبنى للمجهول ، لأن الإمام هو المتبع ، ويدل على ذلك تعريف

---

(١) (قوله بمشهد) أى حضور اهـ منه

بشروط عشرة : نية المؤتم الاقتداء ، واتحاد مكانهما وصلاتهما ،

ابن عرفة لها بأنها اتباع الإمام فى جزء من صلاته : أى أن يتبع بفتح الموحدة . وأما الربط المذكور، إن كان مصدر ربط المبنى للمعلوم فهو صفة المؤتم فيكون بمعنى الائتمام أى الاقتداء ، وإن كان مصدر المبنى للمجهول فهو صفة صلاة المؤتم لأنها هى المربوطة ، وعلى كل حال لا يصلح تعريفا للإمامة بل للاقتداء اه ط عن ح .

وأقول : بقى للربط معنى ثالث هو المراد ، وبه يندفع الإيراد ، وهو أن يراد به المعنى الحاصل بالمصدر وهو الارتباط .

وبيان ذلك أن الإمام لا يصير إماما إلا إذا ربط المقتدى صلاته بصلاته ، فنفس هذا الارتباط هو حقيقة الإمامة ، وهو غاية الاقتداء الذى هو الربط بمعنى الفاعل لأنه إذا ربط صلاته بصلاة إمامه حصل له صفة الاقتداء والائتمام وحصل لإمامه صفة الإمامة التى هى الارتباط ، هذا ماظهر لفهمى القاصر ، والله تعالى أعلم (قوله بشروط عشرة) هذه الشروط فى الحقيقة شروط الاقتداء ، وأما شروط الإمامة فقد عدها فى نور الإيضاح على حدة فقال : وشروط الإمامة للرجال الأصحاء ستة أشياء : الإسلام والبلوغ والعقل والذكورة والقراءة والسلامة من الأعذار كالرعاف والفأفأة والتمتمة واللثغ وفقد شرط كطهارة وستر عورة اه . احترز بالرجال الأصحاء عن النساء الأصحاء فلا يشترط فى إمامهن الذكورة ؛ وعن الصبيان فلا يشترط فى إمامهم البلوغ ، وعن غير الأصحاء فلا يشترط فى إمامهم الصحة ، لكن يشترط أن يكون حال الإمام أقوى من حال المؤتم أو مساويا ح .

أقول : قد علمت مما قدمناه أن الإمامة غاية الاقتداء ، فما لم يصح الاقتداء لم تثبت الإمامة ، فتكون الشروط العشرة التى ذكرها الشارح شروطا للإمامة أيضا من حيث توقف الإمامة عليها ، كما أن الستة المذكورة تصلح شروطا للاقتداء أيضا ، إذ لا يصح الاقتداء بدونها ، فالستة عشر كلها شروط لكل من الإمامة والاقتداء ، لكن لما كانت العشرة قائمة بالمقتدى والستة قائمة بالإمام حسن جعل العشرة شروطا للاقتداء والستة شروطا للإمامة فافهم واغتنم تحرير هذا المقام ، وقد نظمت هذه الشروط على هذا الوجه فقلت :

شروط اقتداء عشرة قد نظمتها ... بشعر كعقد الدر جاء منضدا
تأخر مؤتم وعلم انتقال من ... به ائتم مع كون المكانين واحدا
وكون إمام ليس دون تبيعه ... بشرط وأركان ونية الاقتدا
مشاركة فى كل ركن وعلمه ... بحال إمام حل أم سار مبعدا
وأن لا تحاذيه التى معه اقتدت ... وصحة ماصلى الإمام من ابتدا
كذاك اتحاد الفرض هذا تمامها ... وست شروط للإمامة فى المدا
بلوغ وإسلام وعقل ذكورة ... قراءة عجز فقد سلبو به بدا

(قوله نية المؤتم) أى الاقتداء بالإمام ، أو الاقتداء به فى صلاته أو الشروع فيها أو الدخول فيها بخلاف نية صلاة الإمام . وشرط النية أن تكون مقارنة للتحريمة أو متقدمة عليها بشرط أن لا يفصل بينها وبين التحريمة فاصل أجنبى كما تقدم فى النية ح (قوله واتحاد مكانهما) فلو اقتدى راجل براكب أو بالعكس أو راكب براكب دابة أخرى لم يصح لاختلاف المكان ، فلو كانا على دابة واحدة صح لاتحاده كما فى الإمداد ، وسيأتى . وأما إذا كان بينهما حائط فسيأتى أن المعتمد اعتبار الاشتباه لا اتحاد المكان ، فيخرج بقوله وعلمه بانتقالاته ، وسيأتى تحقيق هذه المسألة بما لا مزيد عليه (قوله وصلاتهما) أى واتحاد صلاتهما . قال فى البحر : والاتحاد أن يمكنه الدخول فى صلاته

وصحة صلاة إمامه، وعدم محاذاة امرأة، وعدم تقدمه عليه بعقبه، وعلمه بانتقالاته وبحاله من إقامة وسفر، ومشاركته فى الأركان، وكونه مثله أو دونه فيها، وفى الشرائط كما بسط فى البحر، قيل وثبوتها بـ ــ اركعوا مع الراكعين ــ ومن حكمها نظام الألفة وتعلم الجاهل من العالم (هى أفضل من الأذان) عندنا خلافا للشافعى قاله العينى ،

بنية صلاة الإمام فتكون صلاة الإمام متضمنة لصلاة المقتدى اهـ . فدخل اقتداء المتنفل بالمفترض، لأن من لا فرض عليه لو نوى صلاة الإمام المفترض صحت نفلا ، ولأن النفل مطلق والفرض مقيد، والمطلق جزء المقيد فلا يغايره كما فى شرح المنية . وعبر فى نور الإيضاح بقوله : وأن لا يكون مصليا فرضا غير فرضه اهـ وهو أولى من عبارة الشارح فافهم (قوله وصحة صلاة إمامه) فلو تبين فسادها فسقا من الإمام أو نسيانا لمضى مدة المسح أو لوجود الحدث أو غير ذلك لم تصح صلاة المقتدى لعدم صحة البناء؛ وكذا لو كانت صحيحة فى زعم الإمام فاسدة فى زعم المقتدى لبنائه على الفاسد فى زعمه فلا يصح ، وفيه خلاف وصحح كل . أما لو فسدت فى زعم الإمام وهو لا يعلم به وعلمه المقتدى صحت فى قول الأكثر وهو الأصح لأن المقتدى يرى جواز صلاة إمامه والمعتبر فى حقه رأى نفسه رحمتى (قوله وعدم محاذاة امرأة) أى بشروطها الآتية (قوله وعدم تقدمه عليه بعقبه) فلو ساواه جاز وإن تقدمت أصابع المقتدى لكبر قدمه على قدم الإمام مالم يتقدم أكثر القدم كما سيأتى . وفى إمداد الفتاح : وتقدم الإمام بعقبه عن عقب المقتدى شرط لصحة اقتدائه ، حتى لو كان عقب المقتدى غير متقدم على عقب الإمام لكن قدمه أطول فتكون أصابعه قدام أصابع إمامه تجوز ، كما لو كان المقتدى أطول من إمامه فيسجد أمامه اهـ وقوله حتى الخ يشمل المساواة، فلفظ التقدم الواقع فى المتن غير مقصود رحمتى (قوله وعلمه بانتقالاته) أى بسماع أو رؤية للإمام أو لبعض المقتدين رحمتى وإن لم يتحد المكان ط (قوله وبحاله الخ) أى علمه بحال إمامه من إقامة أو سفر قبل الفراغ أو بعده، وهذا فيما لو صلى الرباعية ركعتين فى مصر أو قرية ، فلو خارجها لا تفسد لأن الظاهر أنه مسافر فلا يحمل على السهو ، وكذا لو أتم مطلقا ، وسيأتى تمامه إن شاء الله تعالى فى صلاة المسافر (قوله ومشاركته فى الأركان) أى فى أصل فعلها أعم من أن يأتى بها معه أو بعده لا قبله ، إلا إذا أدركه إمامه فيها، فالأول ظاهر ، والثانى كما لو ركع إمامه ورفع ثم ركع هو فيصح ، والثالث عكسه فلا يصح إلا إذا ركع وبقى راكعا حتى أدركه إمامه ، فيصح لوجود المتابعة التى هى حقيقة الاقتداء ، وقد حققنا الكلام على المتابعة فى أواخر واجبات الصلاة فراجعه (قوله وكونه مثله أو دونه فيها) أى فى الأركان؛ مثال الأول اقتداء الراكع والساجد بمثله والمومى بهما بمثله ؛ ومثال الثانى اقتداء المومى بالراكع والساجد، واحترز به عن كونه أقوى حالا منه فيها كاقتداء الراكع والساجد بالمومى بهما ح (قوله وفى الشرائط) عطف على فيها : أى وكون المؤتم مثل الإمام أو دونه فى الشرائط ؛ مثال الأول اقتداء مستجمع الشرائط بمثله والعارى بمثله ، ومثال الثانى اقتداء العارى بالمكتسى ، واحترز به عن كونه أقوى حالا منه فيها كاقتداء المكتسى بالعارى ح .

أقول : وفى القنية عن تأسيس النظر : وينبغى أن يجوز اقتداء الحرة بالأمة الحاسرة الرأس اهـ أى لأنه غير عورة فى حق الأمة فهو كرأس الرجل تأمل (قوله كما بسط فى البحر) المراد به ما ذكره من الشروط العشرة ، لكن ليس هذا موجودا فى أصل نسخ البحر ، وإنما يوجد بهامش بعض نسخه معزيا إلى خط مؤلفه (قوله قيل وثبوتها الخ) وقيل معناه اخضعوا مع الخاضعين كما فى البيضاوى ح (قوله نظام الألفة) بتحصيل التعاهد باللقاء فى أوقات الصلوات بين الجيران بحر . والألفة : بضم الهمزة اسم الائتلاف ح عن القاموس (قوله هى أفضل من الأذان) أى على المعتمد ، وقيل بالعكس ، وقيل بالمساواة (قوله خلافا للشافعى) قدمنا فى الأذان عن مذهبه

وقول عمر: لولا الخلافة لأذنت أى مع الإمامة، إذ الجمع أفضل: وقال بعضهم: أخاف إن تركت الفاتحة أن يعاتبنى الشافعى أو قرأتها يعاتبنى أبو حنيفة فاخترت الإمامة.

(والجماعة سنة مؤكدة للرجال) قال الزاهدى: أرادوا بالتأكيد الوجوب إلا فى جمعة وعيد فشرط. وفى التراويح سنة كفاية، وفى وتر رمضان مستحبة على قول. وفى وتر غيره وتطوع على سبيل التداعى مكروهة، وسنحققه. ويكره تكرار الجماعة بأذان وإقامة فى مسجد محلة لا فى مسجد طريق أو مسجد لا إمام له ولا مؤذن

قولين مصححين: الأول كقولنا، والثانى عكسه (قوله وقول عمر الخ) أى لا دلالة فيه على أفضلية الأذان لأن مراده الجمع بينهما، لكن اشتغال الخليفة بأمور العامة يمنعه عن مراقبة الأوقات فلذا اقتصر على الإمامة (قوله وقال بعضهم الخ) ذكره الفخر الرازى فى تفسير سورة المؤمنين. قال فى البحر: وقد كنت أختارها لهذا المعنى بعينه قبل الاطلاع على هذا النقل، والله الموفق اه قلت: ومفاده أنها أفضل من الاقتداء (قوله قال الزاهدى الخ) توفيق بين القول بالسنية والقول بالوجوب الآتى، وبيان أن المراد بهما واحد أخذا من استدلالهم بالأخبار الواردة بالوعيد الشديد بترك الجماعة. وفى النهر عن المفيد: الجماعة واجبة، وسنة لوجوبها بالسنة اه وهذا كجوابهم عن رواية سنية الوتر بأن وجوبها ثبت بالسنة قال فى النهر: إلا أن هذا يقتضى الاتفاق على أن تركها مرة بلا عذر يوجب إثما مع أنه قول العراقيين. والخراسانيون على أنه يأثم إذا اعتاد الترك كما فى القنية اه. وقال فى شرح المنية: والأحكام تدل على الوجوب، من أن تاركها بلا عذر يعزر وترد شهادته، ويأثم الجيران بالسكوت عنه، وقد يوفق بأن ذلك مقيد بالمداومة على الترك كما هو ظاهر قوله صلى الله عليه وسلم «لا يشهدون الصلاة» وفى الحديث الآخر «يصلون فى بيوتهم» كما يعطيه ظاهر إسناد المضارع نحو بنو فلان يأكلون البر: أى عادتهم، فالواجب الحضور أحيانا، والسنة المؤكدة التى تقرب منه المواظبة(1) اه. ويرد عليه ما مر عن النهر، إلا أن يجاب بأن قول العراقيين يأثم بتركها مرة مبنى على القول بأنها فرض عين عند بعض مشايخنا كما نقله الزيلعى وغيره، أو على القول بأنها فرض كفاية كما نقله فى القنية عن الطحاوى والكرخى وجماعة، فإذا تركها الكل مرة بلا عذر أثموا فتأمل (قوله فشرط) بناء على القول بوجوب العيد؛ أما على القول بسنيتها فتسن الجماعة فيها كما فى الحلية والبحر؛ ثم قال فى البحر: ولا يخفى أن الجماعة شرط الصحة على كل من القولين اه أى شرط لصحة وقوعها واجبة أو سنة فافهم (قوله سنة كفاية) أى على كل أهل محلة، لما فى منية المصلى من بحث التراويح، من أن إقامتها بالجماعة سنة على سبيل الكفاية حتى لو ترك أهل محلة كلهم الجماعة فقد تركوا السنة وأساءوا فى ذلك، وإن تخلف من أفراد الناس وصلى فى بيته فقد ترك الفضيلة اه (قوله على قول) وغير مستحبة على قول آخر بل يصليها وحده فى بيته، وهما قولان مصححان، وسيأتى قبيل إدراك الفريضة ترجيح الثانى بأنه المذهب (قوله وفى وتر غيره الخ) كراهة الجماعة فيه هو المشهور، وذكره القدورى فى مختصره، وذكر فى غيره عدم الكراهة، ووفق فى الحلية بحمل الأول على المواظبة والثانى على الفعل أحيانا، وسيأتى تمامه إن شاء الله تعالى (قوله على سبيل التداعى) بأن يقتدى أربعة فأكثر بواحد (قوله وسنحققه) أى قبيل إدراك الفريضة.

[تتمة] قال فى الحلية: وأما الجماعة فى صلاة الخسوف فظاهر كلام الجم الغفير من أهل المذهب كراهتها؛ وفى شرح الزاهدى: وقيل جائزة عندنا لكنها ليست بسنة اه.

مطلب فى تكرار الجماعة فى المسجد

(قوله ويكره) أى تحريما لقول الكافى لا يجوز، والمجمع لا يباح، وشرح الجامع الصغير إنه بدعة كما فى رسالة السندى (قوله بأذان وإقامة الخ) عبارته فى الخزائن: أجمع مما هنا ونصها: يكره تكرار الجماعة فى مسجد محلة

---

(1) (قوله التى تقرب منه المواظبة) أى عليها، أى على الجماعة كما هو مصرح به فى بعض عباراتهم اه.

(وأقلها اثنان) واحد مع الإمام ولو مميزا أو ملكا

بأذان وإقامة ، إلا إذا صلى بهما فيه أولا غير أهله أو أهله لكن بمخافتة الأذان ، ولو كرر أهله بدونهما أوكان مسجد طريق جاز إجماعا ؛ كما فى مسجد ليس له إمام ولا مؤذن ويصلى الناس فيه فوجافوجا ، فإن الأفضل أن يصلى كل فريق بأذان وإقامة على حدة كما فى أمالى قاضيخان اه ونحوه فى الدرر ، والمراد بمسجد المحلة ماله إمام وجماعة معلومون كما فى الدرر وغيرها . قال فى المنبع : والتقييد بالمسجد المختص بالمحلة احتراز من الشارع ، وبالأذان الثانى احتراز عما إذا صلى فى مسجد المحلة جماعة بغير أذان حيث يباح إجماعا اه . ثم قال فى الاستدلال على الإمام الشافعى النافى للكراهة مانصه : ولنا « أنه عليه الصلاة والسلام كان خرج ليصلح بين قوم فعاد إلى المسجد وقد صلى أهل المسجد فرجع إلى منزله فجمع أهله وصلى » ولو جاز ذلك لما اختار الصلاة فى بيته على الجماعة فى المسجد ، ولأن فى الإطلاق هكذا تقليل الجماعة معنى ، فإنهم لايجتمعون إذا علموا أنهم لاتفوتهم .

وأما مسجد الشارع فالناس فيه سواء لااختصاص له بفريق دون فريق اه ومثله فى البدائع وغيرها ، ومقتضى هذا الاستدلال كراهة التكرار فى مسجد المحلة ولو بدون أذان ؛ ويؤيده مافى الظهيرية : لو دخل جماعة المسجد بعد ماصلى فيه أهله يصلون وحدانا وهو ظاهر الرواية اه وهذا مخالف لحكاية الإجماع المارة ، وعن هذا ذكر العلامة الشيخ رحمه الله السندى تلميذ المحقق ابن الهمام فى رسالته أن مايفعله أهل الحرمين من الصلاة بأئمة متعددة وجماعات مترتبة مكروه اتفاقا : ونقل عن بعض مشايخنا إنكاره صريحا حين حضر الموسم بمكة سنة ٥٥١ منهم الشريف الغزنوى : وذكر أنه أفتى بعض المالكية بعدم جواز ذلك على مذهب العلماء الأربعة . ونقل إنكار ذلك أيضا عن جماعة من الحنفية والشافعية والمالكية حضروا الموسم سنة ٥٥١ اهـ وأقره الرملى فى حاشية البحر ، لكن يشكل عليه أن نحو المسجد المكى والمدنى ليس له جماعة معلومون ، فلا يصدق عليه أنه مسجد محلة ، بل هو كمسجد شارع ، وقد مرأنه لا كراهة فى تكرار الجماعة فيه إجماعا فليتأمل .

هذا ، وقدمنا فى باب الأذان عن آخر شرح المنية عن أبى يوسف أنه إذا لم تكن الجماعة على الهيئة الأولى لاتكره وإلا تكره ، وهو الصحيح ، وبالعدول عن المحراب تختلف الهيئة كذا فى البزازية انتهى . وفى التتارخانية عن الولوالجية : وبه نأخذ (قوله وأقلها اثنان) لحديث « اثنان فما فوقهما جماعة » أخرجه السيوطى فى الجامع الصغير ، ورمز لضعفه . قال فى البحر : لأنها مأخوذة من الاجتماع ، وهما أقل ماتتحقق به ، وهذا فى غير جمعة اه أى فإن أقلها فيها ثلاثة صالحون للإمامة سوى الإمام ، ومثلها العيد لقولهم : يشترط لها مايشترط للجمعة صحة وأداء سوى الخطبة فافهم (قوله ولو مميزا) أى ولو كان الواحد المقتدى صبيا مميزا . قال فى السراج : لو حلف لايصلى جماعة وأم صبيا يعقل حنث اه ولاعبرة بغير العاقل بحر .

قال ط : ويؤخذ منه أنه يحصل ثواب الجماعة باقتداء المتنفل بالمفترض ، لأن الصبى متنفل ، ولم أر حكم اقتداء المتنفل بمثله هل يزيد ثوابه على المنفرد فليحرر اه .

قلت : الظاهر نعم إن لم يكن على سبيل التداعى ، لحديث الصحيحين عن أنس رضى الله عنه « أن جدته مليكة دعت رسول الله صلى الله عليه وسلم لطعام صنعته له فأكل منه ، ثم قال : قوموا لأصلى بكم فقمت إلى حصير لنا قد اسود من طول ما لبث (١) فنضحته بماء ، فقام عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم وصففت أنا واليتيم

(١) (قوله مالبث) هكذا بالنسخة المقابلة على خط المؤلف ، والذى فى القسطلانى على البخارى فى باب الصلاة على الحصير لبس بضم اللام وكسر الباء الموحدة ؛ أى استعمل ، ولبس كل شىء بحسبه اه وكذا هو بالسين فى الترمذى وأبى داود اه مصححه .

أو جنيا فى مسجد أو غيره . وتصح إمامة الجنى أشباه (وقيل واجبة وعليه العامة) أى عامة مشايخنا ، وبه جزم فى التحفة وغيرها . قال فى البحر : وهو الراجح عنــد أهل المذهب (فتسن أو تجب) ثمرته تظهر فى الإثم بتركها مرة (على الرجال العقلاء البالغين الأحرار القادرين على الصلاة بالجماعة من غير حرج)

وراءه والعجوز من ورائنا ، فصلى بنا ركعتين ثم انصرف » فلو لم يكن الاقتداء لفضل لما أمرهم به تأمل (قوله فى مسجد أو غيره) قال فى القنية : واختلف العلماء فى إقامتها فى البيت ، والأصح أنها كإقامتها فى المسجد إلا فى الأفضلية اهـ (قوله وتصح إمامة الجنى) لأنه مكلف ، بخلاف إمامة الملك فإنه متنفل ، وإمامة جبريل لخصوص التعليم مع احتمال الإعادة من النبى صلى الله عليه وسلم ط (قوله أشباه) عبارتها فى بحث أحكام الجان : ومنها انعقاد الجماعة بالجن ، ذكره الأسيوطى عن صاحب [آكام المرجان] من أصحابنا ، مستدلا بحديث أحمد عن ابن مسعود فى قصة الجن ، وفيه « فلما قام رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى أدركه شخصان منهم ، فقالا يارسول الله إنا نحب أن تؤمنا فى صلاتنا ، قال : فصفهما خلفه ثم صلى بنا ثم انصرف » ونظير ذلك ماذكره السبكى أن الجماعة تحصل بالملائكة ، وفرّع على ذلك لو صلى فى فضاء بأذان وإقامة منفردا ثم حلف أنه صلى بالجماعة لم يحنث ، ومنها صحة الصلاة خلف الجنى ، ذكره فى آكام المرجان اهـ :

أقول : وما نقله عن السبكى مأخوذ من حديث « إن المسافر إذا اذن وأقام صلى خلفه من جنود الله ما لايرى طرفاه » رواه عبد الرزاق ، ومقتضاه وجوب الجهر عليه ؛ لكن قدمنا فى باب الأذان التصريح عن التارخانية بأن حكمه حكم المنفرد فى الجهر والمخافتة ، وبه يعلم أنه يحنث بحلفه أنه صلى بالجماعة عندنا ولا سيما والأيمان مبنية على العرف عندنا ، وهو منفرد عرفا وشرعا وإلا لأخذ أحكام الإمام على أنه مر فى الفصل السابق أنه لايلزمه الجهر إلا إذا نوى الإمامة ، وكذا مر فى شروط الصلاة أنه لايحنث فى : لايؤم أحدا مالم ينو الإمامة ، وليس فى الحديث التصريح بالاقتداء به وإن كان المراد ذلك ، فلعل انعقاد الجماعة باقتداء الملائكة والجن إنما يستلزم أحكامها إذا كانوا على صورة ظاهرة ، ولهذا لو جامع جنى امرأة ووجدت لذة لايلزمها الاغتسال كما فى الخانية إلا إذا أنزلت كما فى الفتح أو جاءها على صورة آدمى كما فى الحلية ، وكذا يقال فى إمامة الجنى ، والله أعلم (قوله قال فى البحر الخ) وقال فى النهر : هو أعدل الأقوال وأقواها ، ولذا قال فى الأجناس : لاتقبل شهادته إذا تركها استخفافا ومجانة ، إما سهوا أو بتأويل ككون الإمام من أهل الأهواء أو لايراعى مذهب المقتدى فتقبل اهـ ط (قوله ثمرته الخ) هذا بناء على تحقيق الخلاف ، أما على مامر عن الزاهدى فلا خلاف (قوله بتركها مرة) أى بلا عذر ، وهذا عند العراقيين ، وعند الخراسانيين إنما يأثم إذا اعتاده كما فى القنية وقد مر (قوله البالغين) قيد به لأن الرجل قد يراد به مطلق الذكر بالغا أو غيره كما فى قوله تعالى — فان كانوا إخوة رجالا — وكما فى حديث « ألحقوا الفرائض بأهلها ، فما أبقت فلأولى رجل ذكر » ولذا قيد بذكر لدفع أن يراد به البالغ بناء على ما كان فى الجاهلية من عدم توريثهم إلا من استعد للحرب دون الصغار فافهم (قوله الأحرار) فلا تجب على القن ، وسيأتى فى الجمعة لو أذن له مولاه وجبت ، وقيل يخير ورجحه فى البحر اهـ . قلت : وينبغى جريان الخلاف هنا أيضا تأمل (قوله من غير حرج) قيد لكونها سنة مؤكدة أو واجبة ، فبالحرج يرتفع الإثم ويرخص فى تركها ولكنه يفوته الأفضل بدليل « أنه عليه الصلاة والسلام قال لابن أم مكتوم الأعمى لما استأذنه فى الصلاة فى بيته : ما أجد لك رخصة » قال فى الفتح : أى تحصل لك فضيلة الجماعة من غير حضورها لا الإيجاب على الأعمى ، لأنه عليه الصلاة والسلام رخص لعتبان بن مالك فى تركها اهـ لكن فى نور الإيضاح : وإذا انقطع عن الجماعة لعذر من أعذارها

ولو فاتته ندب طلبها فى مسجد آخر إلا المسجد الحرام ونحوه (فلا تجب على مريض ومقعد وزمن ومقطوع يد ورجل من خلاف) أو رجل فقط ، ذكره الحدادى (ومفلوج وشيخ كبير عاجز وأعمى) وإن وجد قائدا (ولا على من حال بينه وبينها مطر وطين

وكانت نيته حضورها لولا العذر يحصل له ثوابها اهـ . والظاهر أن المراد به العذر المانع كالمرض والشيخوخة والفلج ، بخلاف نحو المطر والطين والبرد والعمى تأمل (قوله ولو فاتته ندب طلبها) فلا يجب عليه الطلب فى المساجد بلا خلاف بين أصحابنا ، بل إن أتى مسجدا للجماعة آخر فحسن ، وإن صلى في مسجد حيه منفردا فحسن . وذكر القدورى : يجمع بأهله ويصلى بهم ، يعنى وينال ثواب الجماعة كذا فى الفتح .

واعترض الشرنبلالى بأن هذا ينافى وجوب الجماعة . وأجاب ح بأن الوجوب عند عدم الحرج . وفى تتبعها فى الأماكن القاصية حرج لايخفى مع مافى مجاوزة مسجد حيه من مخالفة قوله صلى الله عليه وسلم « لاصلاة لجار المسجد إلا فى المسجد » اهـ . وفيه أن ظاهر إطلاقه الندب ولو إلى مكان قريب . وقوله مع مافى مجاوزة الخ قد يقال : محله فيما إذا كان فيه جماعة ؛ ألا ترى أن مسجد الحى إذا لم تقم فيه الجماعة وتقام فى غيره لا يرتاب أحد أن مسجد الجماعة أفضل . على أنهم اختلفوا فى الأفضل هل جماعة مسجد حيه أو جماعة المسجد الجامع ؟ كما فى البحر ط .

قلت : لكن فى الخانية وإن لم يكن لمسجد منزله مؤذن فإنه يذهب إليه ويؤذن فيه ويصلى وإن كان واحدا . لأن لمسجد منزله حقا عليه ، فيؤدى حقه مؤذن مسجد لايحضر مسجده أحد . قالوا : هو يؤذن ويقيم ويصلى وحده . وذاك أحب من أن يصلى فى مسجد آخر اهـ : ثم ذكر مامر عن الفتح ، ولعل مامر فيما إذا صلى فيه الناس فيخير . بخلاف ما إذا لم يصل فيه أحد لأن الحق تعين عليه . وعلى كل فقول ط قد يقال الخ غير مسلم . والله أعلم (قوله ونحوه) قال فى القنية : إلا المسجد الحرام ومسجد النبى صلى الله عليه وسلم . وعزاه فى آخر شرح المنية إلى مختصر البحر . ثم قال : وينبغى أن يستثنى المسجد الأقصى أيضا ؛ لأنها فى المسجد الحرام بمائة ألف . وفى مسجده عليه الصلاة والسلام بألف ، وفي المسجد الأقصى بخمسمائة اهـ وينبغى استثناء مسجد الحى على ماقلناه آنفا (قوله ومقعد وزمن) قال فى المغرب : المقعد الذى لاحراك به من داء فى جسده كأن الداء أقعده . وعند الأطباء : هو الزمن ، وبعضهم فرّق وقال : المقعد المتشنج الأعضاء . والزمن الذى طال مرضه . وقال فى فصل الزاى : الزمن الذى طال مرضه زمانا ، وقيل الزمن عن أبى حنيفة المقعد والأعمى والمقطوع اليدين أو إحداهما . والمفلوج والأعرج الذى لايستطيع المشى والأشل اهـ (قوله ومفلوج) هو من به فالج ، وهو استرخاء لأحد شقى الإنسان لانصباب خلط بلغمى تنسد منه مسالك الروح قاموس (قوله وإن وجد قائدا) وكذا الزمن لو كان غنيا له مركب وخادم ، فلا تجب عليهما عنده خلافا لهما ، حلية عن المحيط . وذكر فى الفتح أن الظاهر أنه اتفاق ، والخلاف فى الجمعة لافى الجماعة اهـ لكن المسطور فى الكتب المشهورة خلافه حلية (قوله ولاعلى من حال بينه وبينها مطر وطين) أشار بالحيلولة إلى أن المراد المطر الكثير كما قيده به فى صلاة الجمعة ، وكذا الطين . وفى الحلية ، وعن أبى يوسف : سألت أبا حنيفة عن الجماعة فى طين وردغة ، فقال : لا أحب تركها . وقال محمد فى الموطأ : الحديث رخصة ، يعنى قوله صلى الله عليه وسلم إذا ابتلت النغال فالصلاة فى الرحال » والنعال : هنا الأراضى الصلاب .

وفى شرح الزاهدى عن شرح التمرتاشى : واختلف فى كون الأمطار والثلوج والأوحال والبرد الشديد عذرا وعن أبى حنيفة : إن اشتد التأذى يعذر . قال الحسن : أفادت هذه الرواية أن الجمعة والجماعة فى ذلك سواء ،

وبرد شديد وظلمة كذلك) وريح ليلا لانهارا ، وخوف على ماله ، أو من غريم أو ظالم ، أو مدافعة أحد الأخبثين ، وإرادة سفر ، وقيامه بمريض ، وحضور طعام تتوقه نفسه ذكره الحدادى ، وكذا اشتغاله بالفقه لابغيره ، كذا جزم به الباقانى تبعا للبهنسى : أى إلا إذا واظب تكاسلا فلايعذر ، ويعزر ولو بأخذ المال يعنى بحبسه عنه مدة ولا تقبل شهادته إلا بتأويل بدعة الإمام

ليس على ماظنه البعض أن ذلك عذر فى الجماعة لأنها سنة لا فى الجمعة لأنها من آكد الفرائض اه وفى شرح الشيخ إسمعيل عن ابن الملقن الشافعى : والمشهور أن النعال جمع نعل : وهو ما غلظ من الأرض فى صلابة ، وإنما خصها بالذكر ، لأن أدنى بلل يندبها ، بخلاف الرخوة فإنها تنشف الماء. وقيل النعال الأحذية (قوله وبرد شديد) لم يذكر الحر الشديد أيضا ، ولم أرمن ذكره من علمائنا ، ولعل وجهه إن الحر الشديد إنما يحصل غالبا فى صلاة الظهر ، وقد كفينا مؤنته بسنية الإبراد ، نعم قد يقال : لو ترك الإمام هذه السنة وصلى فى أول الوقت كان الحر الشديد عذرا تأمل (قوله وظلمة كذلك) أى شديدة ، والظاهر أنه لا يكلف إلى إيقاد نحو سراج وإن أمكنه ذلك وأن المراد بشدة الظلمة كونه لا يبصر طريقه إلى المسجد فيكون كالأعمى (قوله وريح) أى شديد أيضا فيما يظهر تأمل ، وإنما كان عذرا ليلا فقط لعظم مشقته فيه دون النهار (قوله وخوف على ماله) أى من لص ونحوه إذا لم يمكنه غلق الدكان أو البيت مثلا ، ومنه خوفه على تلف طعام فى قدر أو خبز فى تنور تأمل ، وانظر هل التقييد بماله للاحتراز عن مال غيره ؟ والظاهر عدمه : لأن له قطع الصلاة له ولاسيا إن كان أمانة عنده كوديعة أو عارية أو رهن مما يجب عليه حفظه تأمل (قوله أو من غريم) أى إذا كان معسرا ليس عنده ما يوفى غريمه وإلا كان ظالما (قوله أو ظالم) يخافه على نفسه أو ماله (قوله الأخبثين) وكذا الريح (قوله وإرادة سفر) أى وأقيمت الصلاة ويخشى أن تفوته القافلة بحر ؛ وأما السفر نفسه فليس بعذر كما فى القنية (قوله وقيامه بمريض) أى يحصل له بغيبته المشقة والوحشة ، كذا فى الإمداد (قوله تتوقه نفسه) أى تشتاقه وتنازعه إليه مصباح ، سواء كان عشاء أو غيره لشغل باله إمداد ، ومثله الشراب ، وقرب حضوره كحضوره فيما يظهر لوجود العلة ، وبه صرح الشافعية (قوله وكذا اشتغاله بالفقه الخ) عبارة نور الإيضاح : وتكرار فقه بجماعة تفوته ، ولم أرهذا القيد لغيره ، ورمز فى القنية لنجم الأئمة فيمن لا يحضرها لاستغراق أوقاته فى تكرير الفقه لا يعذر ولا تقبل شهادته ، ثم رمز له ثانيا أنه يعذر ، بخلاف مكرر اللغة ثم وفق بينهما بحمل الأول على المواظب على الترك تهاونا ، والثانى على غيره ، وهذا ما مشى عليه الشارح فى قوله أى إلا الخ (قوله فلا يعذر ويعزر) الأول بالذال والثانى بالزاى (قوله يعنى بحبسه عنه الخ) صرح بذلك فى البحر عن البزازية قال الرحمتى قالوا : هذا مما يعلم ويكتم ، لأن الظلمة صيادون لأخذ المال متى وقع فى شركهم لا يؤخذ منهم ، وربما يحدثون للإنسان ذنبا لم يفعله توصلا إلى ماله اه .

[تتمة] مجموع الأعذار التى مرت متنا وشرحا عشرون ، وقد نظمتها بقولى :

أعذار ترك جماعة عشرون قد ... أودعتها فى عقد نظم كالدرر
مرض وإقعاد عمى وزمانة ... مطر وطين ثم برد قد أضر
قطع لرجل مع يد أودونها ... فلج وعجز الشيخ قصد للسفر
خوف على مال كذا من ظالم ... أو دائن وشهى أكل قد حضر
والريح ليلا ظلمة تمريض ذى ... ألم مدافعة لبول أو قذر
ثم اشتغال لا بغير الفقه فى ... بعض من الأوقات عذر معتبر

أو عدم مراعاته :

(والأحق بالإمامة) تقديما بل نصبا مجمع الأنهر (الأعلم بأحكام الصلاة) فقط صحة وفسادا بشرط اجتنابه للفواحش الظاهرة ، وحفظه قدر فرض ، وقيل واجب ، وقيل سنة (ثم الأحسن تلاوة) وتجويدا (للقراءة ، ثم الأورع) أى الأكثر اتقاء للشبهات . والتقوى : اتقاء المحرمات (ثم الأسن) أى الأقدم إسلاما ، فيقدم شاب على شيخ أسلم ، وقالوا : يقدم الأقدم ورعا . وفى النهر عن الزاد : وعليه يقاس سائر الخصال ، فيقال : يقدم أقدمهم علما ونحوه ، وحينئذ فقلما يحتاج للقرعة (ثم الأحسن خلقا) بالضم ألفة بالناس (ثم الأحسن وجها) أى أكثرهم تهجدا ، زاد فى الزاد :

(قوله أو عدم مراعاته) أى لمذهب المقتدى فيما يوجب بطلان الصلاة على ما سيأتى بيانه (قوله تقديما) أى على من حضر معه (قوله بل نصبا) أى للإمام الراتب (قوله بأحكام الصلاة فقط) أى وإن كان غير متبحر فى بقية العلوم ، وهو أولى من المتبحر ، كذا فى زاد الفقير عن شرح الإرشاد (قوله بشرط اجتنابه الخ) كذا فى الدراية عن المجتبى . وعبارة الكافى وغيره : الأعلم بالسنة أولى، إلا أن يطعن عليه فى دينه ، لأن الناس لا يرغبون فى الاقتداء به (قوله قدر فرض) أخذه تبعا للبحر من قول الكافى قدر ما تجوز به الصلاة ، بناء على أن تجوز بمعنى تصح لا بمعنى تحل (قوله وقيل واجب) ذكره فى البحر بحثا لكن يمكن أخذه من كلام الكافى ، لأن الجواز يطلق بمعنى الحل ؛ بل قال الشيخ إسمعيل : ينبغى حمل الجواز المذكور على ما يشمل عدم الكراهة ، وحينئذ فيرجع إلى القول الثالث (قوله وقيل سنة) قائله الزيلعى ، وهو ظاهر المبسوط كما فى النهر ، ومشى عليه فى الفتح . قال ط : وهو الأظهر ، لأن هذا التقديم على سبيل الأولوية ؛ فالأنسب له مراعاة السنة (قوله ثم الأحسن تلاوة وتجويدا) أفاد بذلك أن معنى قولهم أقرأ: أى أجود، لا أكثرهم حفظا وإن جعله فى البحر متبادرا ، ومعنى الحسن فى التلاوة أن يكون عالما بكيفية الحروف والوقف وما يتعلق بها قهستانى ط (قوله أى الأكثر اتقاء للشبهات) الشبهة : ما اشتبه حله وحرمته ، ويلزم من الورع التقوى بلا عكس . والزهد : ترك شىء من الحلال خوف الوقوع فى الشبهة ، فهو أخص من الورع ، وليس فى السنة ذكر الورع ، بل الهجرة عن الوطن . فلما نسخت أريد بها هجرة المعاصى بالورع ، فلا تجب هجرة إلا على من أسلم فى دار الحرب ، كما فى المعراج ط (قوله أى الأقدم إسلاما) استنبطه صاحب البحر وتبعه فى النهر من تعليل البدائع ، بأن من امتد عمره فى الإسلام كان أكثر طاعة . أقول : بل الظاهر أن المراد بالأسن الأكبر سنا كما هو فى بعض روايات الحديث « فأكبرهم سنا » وهو المفهوم من أكثر الكتب فيكون الكلام فى المسلم الأصلى ، نعم أخرج الجماعة إلا البخارى « فأقدمهم إسلاما » وعليه فيكون ذلك سببا آخر للترجيح فيمن عرض إسلامه ، فيقدم شاب نشأ فى الإسلام على شيخ أسلم ، أما لو كانا مسلمين من الأصل أو أسلما معا يقدم الأكبر سنا ، لما فى الزيلعى من أن الأكبر سنا يكون أخشع قلبا عادة وأعظم حرمة ورغبة الناس فى الاقتداء به أكثر فيكون فى تقديمه تكثير الجماعة اهـ .

هذا : وما مشى عليه المصنف من تقديم الأورع على الأسن هو المذكور فى المتون وكثير من الكتب ، وعكس فى المحيط (قوله عن الزاد) أى زاد الفقير لابن الهمام (قوله بالضم) أى ضم الخاء ، أما بفتحها فهو المراد بما بعده (قوله أكثرهم تهجدا) تفسير بالملزوم فإنه يلزم من كثرة التهجد حسن الوجه ، لحديث « من كثرت صلاته بالليل حسن وجهه بالنهار » وإن كان ضعيفا عند المحدثين . قال فى البدائع : لا حاجة إلى هذا التكلف ، بل يبقى على ظاهره ، لأن صباحة الوجه سبب لكثرة الجماعة كما فى البحر ح (قوله زاد فى الزاد الخ) أقول : ليس فيه

ثم أصبحهم : أى أسمحهم وجها ، ثم أكثرهم حسبا (ثم الأشرف نسبا) زاد فى البرهان : ثم الأحسن صوتا . وفى الأشباه قبيل ثمن المثل : ثم الأحسن زوجة ، ثم الأكثر مالا ، ثم الأكثر جاها (ثم الأنظف ثوبا) ثم الأكبر رأسا والأصغر عضوا ، ثم المقيم على المسافر ، ثم الحر الأصلى على العتيق ، ثم المتيمم عن حدث على المتيمم عن جنابة .

[فائدة] لايقدم أحد فى التزاحم إلا بمرجح ، ومنه السبق إلى الدرس والإفتاء والدعوى ، فإن استووا فى المجىء أقرع بينهم اهـ كلام الأشباه . وفى الفصل الثانى والثلاثين من حظر التاترخانية : وفى طلبة العلم يقدم السابق ؛ فإن اختلفوا وثمة بينة فيها ، وإلا أقرع كمجيئهم معا كما فى الحرق والغرق إذا لم يعرف الأول ويجعل كأنهم ماتوا معا اهـ وفى محاسن القراء لابن وهبان : وقيل إن لم يكن للشيخ معلوم جاز أن يقدم من شاء ، وأكثر مشايخنا على تقديم الأسبق ، وأول من سنه ابن كثير (فإن استووا يقرع) بين المستويين (أو الخيار إلى القوم) فإن اختلفوا

زيادة . ونص عبارة الزاد بعد الخلق هكذا : فإن تساووا فأصبحهم وجها ، وقيده فى الكافى بمن يصلى بالليل ، فإن تساووا فأشرفهم نسبا الخ (قوله أى أسمحهم وجها) عبارة عن بشاشته فى وجه من يلقاه وابتسامه له ، وهذا يغاير الحسن الذى هو تناسب الأعضاء أفاده ح (قوله ثم أكثرهم حسبا) الظاهر أن الحسب بالباء الموحدة لابالنون ، وهو الذى كتب عليه ابن عبد الرزاق فى شرحه . قال فى البحر : وقدم فى الفتح الحسب على صباحة الوجه اهـ . وفى القاموس : الحسب ما تعده من مفاخر آبائك ، أو المال ، أو الدين ، أو الكرم ، أو الشرف فى الفعل الخ (قوله ثم الأحسن زوجة) لأنه غالبا يكون أحب لها وأعف لعدم تعلقه بغيرها . وهذا مما يعلم بين الأصحاب أو الأرحام أو الجيران ، إذ ليس المراد أن يذكر كل منهم أوصاف زوجته حتى يعلم من هو أحسن زوجة (قوله ثم الأكثر مالا) إذ بكثرته مع ما تقدم من الأوصاف يحصل له القناعة والعفة فيرغب الناس فيه أكثر (قوله ثم الأكبر رأسا الخ) لأنه يدل على كبر العقل يعنى مع مناسبة الأعضاء له ، وإلا فلو فحش الرأس كبرا والأعضاء صغرا كان دلالة على اختلال تركيب مزاجه المستلزم لعدم اعتدال عقله اهـ ح : وفى حاشية أبى السعود ، وقد نقل عن بعضهم فى هذا المقام مالا يليق أن يذكر فضلا عن أن يكتب اهـ وكأنه يشير إلى ماقيل أن المراد بالعضو الذكر (قوله ثم المقيم على المسافر) وقيل هما سواء بحر . وظاهره ولو كان الجماعة مسافرين فليتأمل ، وهذا مادام الوقت باقيا وإلا فلا يصح اقتداء المسافر بالمقيم فى الرباعية كما يأتى (قوله ثم المتيمم عن حدث على المتيمم عن جنابة) كذا أجاب به الحلوانى كما فى التتمة ، وجزم به فى الفيض وجامع الفتاوى ، كذا فى الأحكام للشيخ إسمعيل ، ومثله فى التاترخانية ، ولعل وجهه أن الحدث أخف من الجنابة ، لكن فى منية المفتى : المتيمم عن الجنابة أولى بالإمامة من المتيمم عن حدث ، ونقله فى النهر عنها مقتصرا عليه ، ولعل وجهه أن طهارته أقوى ، لأنها بمنزلة الغسل لا يبطلها الحدث (قوله ومنه) أى من المرجح (قوله والإفتاء) الأولى والاستفتاء (قوله والدعوى) أى بين يدى القاضى (قوله أقرع بينهم) أى إذا تنازعوا . والظاهر أن هذا على سبيل الأولوية (قوله كما فى الحرق والغرق) التشبيه فى أن الترتيب إذا لم يعلم كان كالمعية لا فى القرعة أيضا ، فإنها لاتتأتى فى الحرق والغرق ح (قوله معلوم) أى وظيفة من جهة الواقف أو من الطلبة أفاده ح (قوله جاز أن يقدم من شاء) لأنه له أن لايقرئهم أصلا ح (قوله وأول من سنه ابن كثير) قال السمهودى فى جوهر العقدين : روى « أن أنصاريا جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم يسأله ، وجاء رجل من ثقيف ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : يا أخا ثقيف إن الأنصارى قد سبقك بالمسألة فاجلس كيما نبدأ بحاجة الأنصارى قبل حاجتك » اهـ فعلم منه أنه سنة النبى صلى الله

اعتبر أكثرهم ؛ ولو قدموا غير الأولى أساءوا بلا إثم .

(و) اعلم أن (صاحب البيت) ومثله إمام المسجد الراتب (أولى بالإمامة من غيره) مطلقا (إلا أن يكون معه سلطان أو قاض فيقدم عليه) لعموم ولايتهما ، وصرح الحدادى بتديم الوالى على الراتب (والمستعير والمستأجر أحق من المالك) لما مر .

(ولو أم قوما وهم له كارهون ، إن) الكراهة (لفساد فيه أو لأنهم أحق بالإمامه منه كره) له ذلك تحريما لحديث أبي داود « لايقبل الله صلاة من تقدم قوما وهم له كارهون » (وإن هو أحق لا) والكراهة عليهم .

(ويكره) تنزيها (إمامة عبد) ولو معتقا قهستاني . عن الخلاصة ، ولعله لما قدمناه من تقدم الحر الأصلى ، إذ الكراهة تنزيهية فتنبه (وأعرابى)

عليه وسلم وابن كثير تابع فى ذلك ، وأنه لا فرق بين من له معلوم وغيره ، نعم يمكن الفرق بين ذى المعلوم وغيره فيما إذا حضرا معا رحمتى : أى فيقرع لو له معلوم وإلا يقدم من شاء تأمل (قوله اعتبر أكثرهم) لا يظهر هذا إلا فى المنصب ، وإلا فكل يصلى خلف من يختاره ط لكن فيه تكرار الجماعة وقد مر مافيه (قوله أساءوا بلا إثم) قال فى التتارخانية : ولو أن رجلين فى الفقه والصلاح سواء إلا أن أحدهما أقرأ فقدم القوم الآخر فقد أساءوا وتركوا السنة ولكن لا يأثمون ، لأنهم قدموا رجلا صالحا ، وكذا الحكم فى الإمارة والحكومة ، أما الخلافة وهى الإمامة الكبرى فلا يجوز أن يتركوا الأفضل ، وعليه إجماع الأمة اه فافهم (قوله مطلقا) أى وإن كان غيره من الحاضرين من هو أعلم وأقرأ منه . وفى التتارخانية : جماعة أضياف فى دار نريد أن يتقدم أحدهم ينبغى أن يتقدم المالك ، فإن قدم واحدا منهم لعلمه وكبره فهو أفضل ، وإذا تقدم أحدهم جاز لأن الظاهر أن المالك يأذن لضيفه إكراما له اه (قوله وصرح الحدادى الخ) أفاد أن هذا غير خاص بالسلطان العام الولاية ، ولا بالقاضى الخاص الولاية بالأحكام الشرعية ، بل مثلهما الوالى ، وأن الإمام الراتب كصاحب البيت فى ذلك . قال فى الإمداد : وأما إذا اجتمعوا فالسلطان مقدم ، ثم الأمير ، ثم القاضى ، ثم صاحب المنزل ولو مستأجرا ، وكذا يقدم القاضى على إمام المسجد (قوله والمستعير والمستأجر أحق) لأن الإعارة تمليك المنافع ، والمعير وإن كان له أن يرجع ، بخلاف المؤجر ، لكنه مالم يرجع يبقى المستعير أحق ، والكلام فى ذلك لأنه إذا رجع لم تبق العارية وخرجت المسألة عن موضوعها فافهم (قوله لما مر) أى من قوله لعموم ولايتهما ولكنه غير مناسب ، لأن المراد بعموم الولاية عمومها للناس ، وهذان ليسا كذلك : فكان عليه أن يقول لأن الولاية لهما فى هذه الحالة دون المالك ح (قوله لحديث الخ) هكذا رواه فى النهر بالمعنى ، وعزاه إلى الحلبى صاحب الحلية مع أنه فى الحلية ذكره مطولا ، ونقله فى البحر عنها (قوله والكراهة عليهم) جزم فى الحلية بأن الكراهة الأولى تحريمية للحديث ، وتردد فى هذه (قوله ويكره تنزيها الخ) لقوله فى الأصل : إمامة غيرهم أحب إلىّ ، بحر عن المجتبى والمعراج ، ثم قال : فيكره لهم التقدم ؛ ويكره الاقتداء بهم تنزيها ؛ فإن أمكن الصلاة خلف غيرهم فهو أفضل وإلا فالاقتداء أولى من الانفراد (قوله ولو معتقا) يلزمه استعمال اللفظ فى حقيقته ومجازه ؛ فإن المعتق عبد باعتبار ما كان ؛ اللهم إلا أن يكون من قبيل عموم المجاز بأن يراد بالعبد من اتصف بالرق وقتاما ، سواء كان فى الحال أو فيما مضى ح (قوله ولعله) أى ولعل سبب كراهة المعتق ما قدمناه الخ فإن تقديم الحر الأصلى مندوب إليه ، وتركه مكروه تنزيها ، فلذا قال : إذ الكراهة الخ . وفى نسخة : والعلة أى والعلة فى كراهة إمامة المعتق أن الحر الأصلى أولى بالإمامة منه لأنه نشأ فى الرق مشتغلا بخدمة المولى لم يتفرغ للتعلم رحمتى (قوله وأعرابى) نسبة إلى الأعراب لا واحد له من لفظه ،

ومثله تركمان وأكراد وعامى (وفاسق وأعمى) ونحوه الأعشى نهر (إلا أن يكون) أى غير الفاسق (أعلم القوم) فهو أولى (ومبتدع) أى صاحب بدعة وهى اعتقاد خلاف المعروف عن الرسول

وليس جمعا العرب كما فى الصحاح ، لكن فى الرضى الظاهر أنه جمع قهستانى وهو من يسكن البادية عربيا أو عجميا بحر ، وخصه فى المصباح بأهل البدو من العرب (قوله ومثله الخ) مبنى على أن الأعرابى لا يشمل الأعجمى ، وإلا فالمناسب؛ ومنه : والعلة فى الكل غلبة الجهل (قوله وفاسق) من الفسق : وهو الخروج عن الاستقامة ، ولعل المراد به من يرتكب الكبائر كشارب الخمر ، والزانى وآكل الربا ونحو ذلك ، كذا فى البرجندى إسمعيل؛ وفى المعراج قال أصحابنا : لاينبغى أن يقتدى بالفاسق إلا فى الجمعة لأنه فى غيرها يجد إماما غيره اه. قال فى الفتح وعليه فيكره فى الجمعة إذا تعددت اقامتها فى المصرى على قول محمد المفتى به ، لأنه بسبيل إلى التحول (قوله ونحوه الأعشى) هو سيئ البصر ليلا ونهارا قاموس ، وهذا ذكره فى النهر بحثا أخذا من تعليل الأعمى بأنه لا يتوقى النجاسة (قوله أى غير الفاسق) تبع فى ذلك صاحب البحر : حيث قال : قيد كراهة إمامة الأعمى فى المحيط وغيره بأن لا يكون أفضل القوم ، فإن كان أفضلهم فهو أولى اه ثم ذكر أنه ينبغى جريان هذا القيد فى العبد والأعرابى وولد الزنا ، ونازعه فى النهر بأنه فى الهداية علل للكراهة بغلبة الجهل فيهم ، وبأن فى تقديمهم تنفير الجماعة ، ومقتضى الثانية ثبوت الكراهة مع انتفاء الجهل ، لكن ورد فى الأعمى نص خاص هو استخلافه صلى الله عليه وسلم لابن أم مكتوم وعتبان على المدينة وكانا أعميين ، لأنه لم يبق من الرجال من هو أصلح منهما، وهذا هو المناسب لإطلاقهم واقتصارهم على استثناء الأعمى اه.

وحاصله أن قوله إلا أن يكون أعلم القوم خاص بالأعمى ، أما غيره فلا تنتفى الكراهة بعلمه ، لكن مابحثه فى البحر صرح به فى الاختيار حيث قال : ولو عدمت أى علة الكراهة بأن كان الأعرابى أفضل من الحضرى، والعبد من الحر ، وولد الزنا من ولد الرشدة ، والأعمى من البصير فالحكم بالضد اه ونحوه فى شرح الملتقى للبهنسى وشرح درر البحار ، ولعل وجهه أن تنفير الجماعة بتقديمه يزول إذا كان أفضل من غيره ، بل التنفير يكون فى تقديم غيره . وأما الفاسق فقد عللوا كراهة تقديمه بأنه لا يهتم لأمر دينه ، وبأن فى تقديمه للإمامة تعظيمه ، وقد وجب عليهم إهانته شرعا ، ولا يخفى أنه إذا كان أعلم من غيره لا تزول العلة ، فإنه لا يؤمن أن يصلى بهم بغير طهارة فهو كالمبتدع تكره إمامته بكل حال ، بل مشى فى شرح المنية على أن كراهة تقديمه كراهة تحريم لما ذكرنا قال : ولذا لم تجز الصلاة خلفه أصلا عند مالك ورواية عن أحمد ، فلذا حاول الشارح فى عبارة المصنف وحمل الاستثناء على غير الفاسق ، والله أعلم.

مطلب البدعة خمسة أقسام

(قوله أى صاحب بدعة) أى محرمة ، وإلا فقد تكون واجبة ، كنصب الأدلة للرد على أهل الفرق الضالة ، وتعلم النحو المفهم للكتاب والسنة ومندوبة كإحداث نحو رباط ومدرسة وكل إحسان لم يكن فى الصدر الأول ، ومكروهة كزخرفة المساجد . ومباحة كالتوسع بلذيذ المآكل والمشارب والثياب كما فى شرح الجامع الصغير للمناوى عن تهذيب النووى ، وبمثله فى الطريقة المحمدية للبركلى (قوله وهى اعتقاد الخ) عزاه هذا التعريف فى هامش الخزائن إلى الحافظ ابن حجر فى شرح النخبة ، ولا يخفى أن الاعتقاد يشمل ما كان معه عمل أولا ، فإن من تدين بعمل لابد أن يعتقده كمسح الشيعة على الرجلين وإنكارهم المسح على الخفين ونحو ذلك ، وحينئذ فيساوى تعريف الشمنى لها بأنها ما أحدث على خلاف الحق المتلقى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من علم أو عمل أو حال

لا بمعاندة بل بنوع شبهة وكل من كان من قبلتنا (لايكفربها) حتى الخوارج الذين يستحلون دماءنا وأموالنا وسب الرسول ، وينكرون صفاته تعالى وجواز رؤيته لكونه عن تأويل وشبهة بدليل قبول شهادتهم ، إلا الخطابية ومنا من كفرهم (وإن) أنكر بعض ماعلم من الدين ضرورة (كفر بها) كقوله إن الله تعالى جسم كالأجسام وإنكاره صحبة الصديق

بنوع شبهة واستحسان ، وجعل ديننا قويما وصراطا مستقيما اهـ فافهم (قوله لابمعاندة) أما لو كان معاندا للأدلة القطعية التى لاشبهة له فيها أصلا كإنكار الحشر أو حدوث العالم ونحو ذلك ، فهو كافر قطعا (قوله بل بنوع شبهة) أى وإن كانت فاسدة كقول منكر الرؤية بأنه تعالى لا يرى لجلاله وعظمته (قوله وكل من كان من قبلتنا لايكفربها) أى بالبدعة المذكورة المبنية على شبهة إذ لاخلاف فى كفر المخالف فى ضروريات الإسلام من حدوث العالم وحشر الأجساد ونفى العلم بالجزئيات وإن كان من أهل القبلة المواظب طول عمره على الطاعات كما فى شرح التحرير (قوله حتى الخوارج) أراد بهم من خرج عن معتقد أهل الحق لاخصوص الفرقة الذين خرجوا على الإمام على رضى الله تعالى عنه وكفروه ، فيشمل المعتزلة والشيعة وغيرهم (قوله وسب الرسول) هكذا فى غالب النسخ ، ورأيته كذلك فى الخزائن بخط الشارح ، وفيه أن سابّ الرسول صلى الله عليه وسلم كافر قطعا ، فالصواب وسب أصحاب الرسول ، وقيدهم المحشى بغير الشيخين لما سيأتى فى باب المرتد أن سابهما أو أحدهما كافر .

أقول : ماسيأتى محمول على سبهما بلا شبهة ، لما صرح به فى شرح المنية من أن سابهما أو منكر خلافتهما إذا بناه على شبهة له لايكفر وإن كان قوله كفرا فى حد ذاته ، لأنهم ينكرون حجية الإجماع باتهامهم الصحابة . فكان شبهة فى الجملة وإن كانت باطلة ، بخلاف من ادعى أن عليا إله وأن جبريل غلط ، لأنه ليس عن شبهة واستفراغ وسع فى الاجتهاد ، بل محض هوى ، وتمامه فيه فراجعه : وقد أوضحت هذا المقام فى كتابى [تنبيه الولاة والحكام على أحكام شاتم خير الأنام أو أحد أصحابه الكرام عليه وعليهم الصلاة والسلام] (قوله لكونه عن تأويل الخ) علة لقوله لايكفر بها . قال المحقق ابن الهمام فى أواخر التحرير : وجهل المبتدع كالمعتزلة مانعى ثبوت الصفات زائدة وعذاب القبر والشفاعة وخروج مرتكب الكبيرة والرؤية لايصلح عذرا ، لوضوح الأدلة من الكتاب والسنة الصحيحة ، لكن لايكفر ، إذ تمسكه بالقرآن أو الحديث أو العقل ، وللنهى عن تكفير أهل القبلة والإجماع على قبول شهادتهم ، ولا شهادة لكافر على مسلم ، وعدمه فى الخطابية ليس لكفرهم : أى بل لتدينهم شهادة الزور لمن كان على رأيهم أو حلف أنه محق .

وأورد أن استباحة المعصية كفر . وأجيب إذا كان عن مكابرة وعدم دليل ، بخلاف ماعن دليل شرعى ، والمبتدع مخطئ فى تمسكه لامكابر ، والله أعلم بسرائر عباده اهـ (قوله ومنا من كفرهم) أى منا معشر أهل السنة والجماعة من كفر الخوارج : أى أصحاب البدع ، أو المراد منا معشر الحنفية . وأفاد أن المعتمد عندنا خلافه ، فقد نقل فى البحر عن الخلاصة فروعا تدل على كفر بعضهم . ثم قال : والحاصل أن المذهب عدم تكفير أحد من المخالفين فيما ليس من الأصول المعلومة من الدين ضرورة الخ فافهم (قوله كقوله جسم كالأجسام) وكذا لو لم يقل كالأجسام ، وأما لو قال لا كالأجسام فلا يكفر لأنه ليس فيه إلا إطلاق لفظ الجسم الموهم للنقص فرفعه بقوله لا كالأجسام ، فلم يبق إلا مجرد الإطلاق وذلك معصية ، وتمامه فى البحر (قوله وإنكاره صحبة الصديق) لما فيه من تكذيب قوله تعالى — إذ يقول لصاحبه — ح . وفى الفتح عن الخلاصة : ومن أنكر خلافة الصديق أو عمر فهو كافر اهـ ولعل المراد إنكار استحقاقهما الخلافة ، فهو مخالف لإجماع الصحابة لا إنكار وجودها لهما بحر .

(فلا يصح الاقتداء به أصلا) فليحفظ (وولد الزنا) هذا إن وجد غيرهم وإلا فلا كراهة بحر بحثا .
وفى النهر عن المحيط : صلى خلف فاسق أو مبتدع نال فضل الجماعة ، وكذا تكره خلف أمرد وسفيه ومفلوج ، وأبرص شاع برصه ، وشارب الخمر وآكل الربا ونمام ، ومراء ومتصنع ، ومن أمّ بأجرة قهستانى زاد ابن ملك : ومخالف كشافعى ؟

وينبغى تقييد الكفر بإنكار الخلافة بما إذا لم يكن عن شبهة كما مر عن شرح المنية ، بخلاف إنكار صحبة الصديق تأمل (قوله أصلا) تأكيد ، وليس المراد به فى حالة كذا ولا فى حالة كذا إذ ليس هنا أحوال ح (قوله وولد الزنا) إذ ليس له أب يربيه ويؤدبه ويعلمه فيغلب عليه الجهل بحر ، أو لنفرة الناس عنه (قوله هذا) أى ما ذكر من كراهة إمامة المذكورين (قوله إن وجد غيرهم) أى من هو أحق بالإمامة منهم (قوله بحر بحثا) قد علمت أنه موافق للمنقول عن الاختيار وغيره (قوله نال فضل الجماعة) أفاد أن الصلاة خلفهما أولى من الانفراد ، لكن لا ينال كما ينال خلف تقى ورع ، لحديث « من صلى خلف عالم تقى فكأنما صلى خلف نبى » قال فى الحلية : ولم يجده المخرّجون ، نعم أخرج الحاكم فى مستدركه مرفوعا « إن سركم أن يقبل الله صلاتكم فليؤمكم خياركم ، فإنهم وفدكم فيما بينكم وبين ربكم » اهـ .

مطلب فى إمامة الأمرد

(قوله وكذا تكره خلف أمرد) الظاهر أنها تنزيهية أيضا . والظاهر أيضا كما قال الرحمتى أن المراد به الصبيح الوجه لأنه محل الفتنة ، وهل يقال هنا أيضا : إذا كان أعلم القوم تنتفى الكراهة ، فإن كانت علة الكراهة خشية الشهوة وهو الأظهر فلا ، وإن كانت غلبة الجهل أو نفرة الناس من الصلاة خلفه فنعم فتأمل . والظاهر أن ذا العذار الصبيح المشتهى كالأمرد تأمل .
هذا ، وفى حاشية المدنى عن الفتاوى العفيفية : سئل العلامة الشيخ عبد الرحمن بن عيسى المرشدى عن شخص بلغ من السن عشرين سنة وتجاوز حد الإنبات ولم ينبت عذاره ، فهل يخرج بذلك عن حد الأمردية ، وخصوصا قد نبت له شعرات فى ذقنه تؤذن بأنه ليس من مستديرى اللحى ، فهل حكمه فى الإمامة كالرجال الكاملين أم لا أجاب : سئل العلامة الشيخ أحمد بن يونس المعروف بابن الشلبى من متأخرى علماء الحنفية عن هذه المسألة . فأجاب بالجواز من غير كراهة ، وناهيك به قدوة ، والله أعلم . وكذلك سئل عنها المفتى محمد تاج الدين القلعى فأجاب كذلك اهـ (قوله وسفيه) هو الذى لا يحسن التصرف على مقتضى الشرع أو العقل كما سيذكره فى الحجر ط (قوله ومفلوج وأبرص شاع برصه) وكذلك أعرج يقوم ببعض قدمه ، فالاقتداء بغيره أولى تاترخانية ، وكذا أجذم بيرجندى ، ومجبوب وحاقن ، ومن له يد واحدة فتاوى الصوفية عن التحفة . والظاهر أن العلة النفرة ، ولذا قيد الأبرص بالشيوع ليكون ظاهرا ، ولعدم إمكان إكمال الطهارة أيضا فى المفلوج والأقطع والمجبوب ، ولكراهة صلاة الحاقن أى ببول ونحوه (قوله وشارب الخمر إلى قوله ومتصنع) تكرار مع قول المتن فاسق ح .
والنمام : من ينقل الكلام بين الناس على جهة الإفساد ، وهى من الكبائر . ويحرم على الإنسان قبولها . والمرائى : من يقصد أن يراه الناس ، سواء تكلف تحسين الطاعات أولا . والمتصنع : من يتكلف تحسينها فهو أخص مما قبله ط (قوله ومن أمّ بأجرة) بأن استؤجر ليصلى إماما سنة أو شهرا بكذا ، وليس منه ما شرطه الواقف عليه فإنه صدقة ومعونة له رحمتى : أى يشبه الصدقة ، ويشبه الأجرة كما سيأتى إن شاء الله تعالى فى الوقف : على أن المفتى به مذهب المتأخرين من جواز الاستئجار على تعليم القرآن والإمامة والأذان للضرورة ، بخلاف

لكن فى وتر البحر إن تيقن المراعاة لم يكره ، أو عدمها لم يصح ، وإن شك كره (و)

الاستئجار على التلاوة المجردة وبقية الطاعات مما لاضرورة إليه فإنه لايجوز أصلا كما سنحققه فى كتاب الإجارة إن شاء الله تعالى فافهم (قوله لكن فى وتر البحر الخ) هذا هو المعتمد ، لأن المحققين جنحوا إليه ، وقواعد المذهب شاهدة عليه . وقال كثير من المشايخ: إن كان عادته مراعاة مواضع الخلاف جاز وإلا فلا، ذكره السندى المتقدم ذكره ح .

قلت : وهذا بناء على أن العبرة لرأى المقتدى وهو الأصح ، وقيل لرأى الإمام وعليه جماعة . قال فى النهاية : وهو أقيس وعليه فيصح الاقتداء وإن كان لايحتاط كما يأتى فى الوتر (قوله إن تيقن المراعاة لم يكره الخ) أى المراعاة فى الفرائض من شروط وأركان فى تلك الصلاة وإن لم يراع فى الواجبات والسنن كما هو ظاهر سياق كلام البحر .

مطلب فى الاقتداء بشافعى ونحوه هل يكره أم لا ؟

وظاهر كلام شرح المنية أيضا حيث قال : وأما الاقتداء بالمخالف فى الفروع كالشافعى فيجوز مالم يعلم منه مايفسد الصلاة على اعتقاد المقتدى عليه الإجماع ، إنما اختلف فى الكراهة اه فقيد بالمفسد دون غيره كما ترى . وفى رسالة [الاهتداء فى الاقتداء] لمنلا على القارى : ذهب عامة مشايخنا إلى الجواز إذا كان يحتاط فى موضع الخلاف وإلا فلا . والمعنى أنه يجوز فى المراعى بلا كراهة وفى غيره معها . ثم المواضع المهملة للمراعاة أن يتوضأ من الفصد والحجامة والقىء والرعاف ونحو ذلك ، لافيما هو سنة عنده مكروه عندنا ؛ كرفع اليدين فى الانتقالات ، وجهر البسملة وإخفائها ، فهذا وأمثاله لايمكن فيه الخروج عن عهدة الخلاف ، فكلهم يتبع مذهبه ولا يمنع مشربه اه .

وفى حاشية الأشباه للخير الرملى : الذى يميل إليه خاطرى القول بعدم الكراهة ، إذا لم يتحقق منه مفسد اه . وبحث المحشى أنه إن علم أنه راعى فى الفروض والواجبات والسنن فلا كراهة ، وإن علم تركها فى الثلاثة لم يصح ، وإن لم يدر شيئا كره ، لأن بعض مايجب تركه عندنا يسن فعله عنده فالظاهر أن يفعله ، وإن علم تركها فى الأخيرين فقط ينبغى أن يكره لأنه إذا كره عند احتمال ترك الواجب فعند تحققه بالأولى ، وإن علم تركها فى الثالث فقط ينبغى أن يقتدى به ، لأن الجماعة واجبة فتقدم على ترك كراهة التنزيه اه وسبقه إلى نحو ذلك العلامة البيرى فى رسالته ، حيث ادعى أن الانفراد أفضل من الاقتداء به قال : إذ لاريب أنه يأتى فى صلاته بما تجب الإعادة به عندنا أو تستحب ، لكن رد عليه ذلك غيره فى رسالة أيضا ، وقد أسمعناك مايؤيد الرد ، ثم نقل الشيخ خير الدين عن الرملى الشافعى أنه مشى على كراهة الاقتداء بالمخالف حيث أمكنه غيره ، ومع ذلك هى أفضل من الانفراد ، ويحصل له فضل الجماعة ، وبه أفتى الرملى الكبير ، واعتمده السبكى والأسنوى وغيرهما .

قال الشيخ خير الدين : والحاصل أن عندهم فى ذلك اختلافا ، وكل ما كان لهم علة فى الاقتداء بنا صحة وفسادا وأفضلية كان لنا مثله عليهم ، وقد سمعت ما اعتمده الرملى وأفتى به ، والفقير أقول مثل قوله فيما يتعلق باقتداء الحنفى بالشافعى والفقيه المنصف يسلم ذلك :

وأنا رملى فقه الحنفى   لامرا بعد اتفاق العالمين   اه ملخصا

أى لا جدال بعد اتفاق عالمى المذهبين وهما رملى الحنفية يعنى به نفسه ورملى الشافعية رحمهما الله تعالى ، فتحصل أن الاقتداء بالمخالف المراعى فى الفرائض أفضل من الانفراد إذ لم يجد غيره ، وإلا فالاقتداء بالموافق أفضل .

يكره تحريما (تطويل الصلاة) على القوم زائدا على قدر السنة في قراءة وأذكار رضى القوم أولا لإطلاق الأمر بالتخفيف نهر وفى الشرنبلالية ظاهر حديث معاذ أنه لا يزيد على صلاة أضعفهم مطلقا ، ولذا قال الكمال

مطلب إذا صلى الشافعي قبل الحنفي هل الأفضل الصلاة مع الشافعي أم لا ؟

بقى ما إذا تعددت الجماعات فى المسجد وسبقت جماعة الشافعية مع حضوره نقل ط عن رسالة لابن نجيم أن أفضل الاقتداء بالشافعي ، بل يكره التأخير ، لأن تكرار الجماعة فى مسجد واحد مكروه عندنا على المعتمد ، إلا إذا كانت الجماعة الأولى غير أهل ذلك المسجد ، أو أديت الجماعة على وجه مكروه ، لأنه لا يخلو الحنفي حالة صلاة الشافعي ، إما أن يشتغل بالرواتب لينتظر الحنفي وذلك منهى عنه ، لقوله صلى الله عليه وسلم « إذا أقيمت الصلاة فلا صلاة إلا المكتوبة » وإما أن يجلس وهو مكروه أيضا لإعراضه عن الجماعة من غير كراهة فى جماعتهم على المختار اه ونحوه فى حاشية المدنى عن الشيخ والده الشيخ محمد أكرم وخاتمة المحققين السيد محمد أمين ميزباد شاه والشيخ إسمعيل الشرواني ، فإنهم رجحوا أن الصلاة مع أول جماعة أفضل . قال : وقال الشيخ عبد الله العفيف فى فتاواه العفيفية عن الشيخ عبد الرحمن المرشدى : وقد كان شيخنا شيخ الإسلام مفتى بلد الله الحرام الشيخ على بن جار الله ابن ظهيرة الحنفي لايزال يصلى مع الشافعية عند تقدم جماعتهم وكنت أقتدى به فى الاقتداء بهم اه وخالفهم العلامة الشيخ إبراهيم البيرى بناء على كراهة الاقتداء بهم لعدم مراعاتهم فى الواجبات والسنن ، وأن الانفراد أفضل لو لم يدرك إمام مذهبه ، وخالفهم أيضا العلامة الشيخ رحمة الله السندى تلميذ ابن الهمام فقال : الاحتياط فى عدم الاقتداء به ولو مراعيا ، وكذا العلامة المنلا على القارى فقال بعد ما قدمناه عنه من عدم كراهة الاقتداء بهم : ولو كان لكل مذهب إمام كما فى زماننا فالأفضل الاقتداء بالموافق سواء تقدم أو تأخر ، على ما استحسنه عامة المسلمين وعمل به جمهور المؤمنين من أهل الحرمين والقدس ومصر والشام ، ولا عبرة بمن شذ منهم اه .

والذى يميل إليه القلب عدم كراهة الاقتداء بالمخالف مالم يكن غير مراع فى الفرائض ، لأن كثيرا من الصحابة والتابعين كانوا أئمة مجتهدين وهم يصلون خلف إمام واحد مع تباين مذاهبهم ، وأنه لو انتظر إمام مذهبه بعيدا عن الصفوف لم يكن إعراضا عن الجماعة للعلم بأنه يريد جماعة أكمل من هذه الجماعة . وأما كراهة تعدد الجماعة فى مسجد واحد فقد ذكرنا الكلام عليها أول الباب ، والله أعلم بالصواب (قوله تحريما) أخذه فى البحر من الأمر بالتخفيف فى الحديث الآتى قال : وهو للوجوب إلا لصارف ولإدخال الضرر على الغير اه وجزم به فى النهر (قوله زائدا على قدر السنة) عزاه فى البحر إلى السراج والمضمرات . قال : وذكره فى الفتح بحثا لا كما يتوهمه بعض الأئمة فيقرأ يسيرا فى الفجر كغيرها اه (قوله لإطلاق الأمر بالتخفيف) وهو مافى الصحيحين « إذا صلى أحدكم للناس فليخفف ، فإن فيهم الضعيف والسقيم والكبير ، وإذا صلى لنفسه فليطول ماشاء » وقد تبع الشارح فى ذلك صاحب البحر . واعترضه الشيخ إسمعيل بأن تعليل الأمر بما ذكر يفيد عدم الكراهة إذا رضى القوم : أى إذا كانوا محصورين . ويمكن حمل كلام البحر على غير المحصورين تأمل (قوله وفى الشرنبلالية الخ) مقابل لقوله زائدا على قدر السنة .

وحاصله أنه يقرأ بقدر حال القوم مطلقا : أى ولو دون القدر المسنون ، وفيه نظر ، أما أولا فلأنه مخالف للمنقول عن السراج والمضمرات كما مر ، وأما ثانيا فلأن القدر المسنون لايزيد على صلاة أضعفهم لأنه كان يفعله صلى الله عليه وسلم مع علمه بأنه يقتدى به الضعيف والسقيم ولا يتركه إلا وقت الضرورة ، وأما ثالثا فلأن قراءة

إلا لضرورة ، وصح « أنه عليه الصلاة والسلام قرأ بالمعوذتين فى الفجر حين سمع بكاء صبى » (و) يكره تحريما (جماعة النساء) ولو التراويح فى غير صلاة جنازة (لأنها لم تشرع مكررة ، فلو انفردن تفوتهن بفراغ إحداهن ؛ ولو أمت فيها رجالا لاتعاد لسقوط الفرض بصلاتها إلا إذا استخلفها الإمام وخلفه رجال ونساء فتفسد صلاة الكل (فإن فعلن تقف الإمام

معاذ لما شكاه قومه إلى النبى صلى الله عليه وسلم وقال « أفتان أنت يامعاذ » إنما كانت زائدة على القدر المسنون . قال الكمال فى الفتح : وقد بحثنا أن التطويل هو الزيادة على القراءة المسنونة ، فإنه صلى الله عليه وسلم نهى عنه وقراءته هى المسنونة فلابد من كون مانهى عنه غير ماكان دأبه إلا لضرورة ، وقراءة معاذ لما قال له صلى الله عليه وسلم ماقال كانت بالبقرة على مافى مسلم « أن معاذا افتتح بالبقرة فانحرف رجل فسلم ثم صلى وحده وانصرف » وقوله صلى الله عليه وسلم « إذا أممت بالناس فاقرأ بالشمس وضحاها — وسبح اسم ربك الأعلى — واقرأ باسم ربك — والليل إذا يغشى — » لأنها كانت العشاء ، وإن قوم معاذ كان العذر متحققا فيهم لا كسل منهم فأمر فيهم بذلك لذلك ، كما ذكر « أنه صلى الله عليه وسلم قرأ بالمعوذتين فى الفجر ، فلما فرغ قالوا له أوجزت ، قال : سمعت بكاء صبى فخشيت أن تفتن أمه » اهـ ملخصا .

فقد ظهر من كلامه أنه لاينقص عن المسنون إلا لضرورة كقراءته بالمعوذتين لبكاء الصبى ، وظهر من حديث معاذ أنه لاينقص عن المسنون لضعف الجماعة لأنه لم يعين له دون المسنون فى صلاة العشاء بل نهاه عن الزيادة عليه مع تحقق العذر فى قومه ، فما استظهره الشرنبلالى من الحديث وحمل عليه كلام الكمال غير ظاهر ، نعم ذكر فى البحر فى باب الوتر والنوافل عند الكلام على التراويح معزيا إلى المجتبى أن الحسن روى عن الإمام أنه إذا قرأ فى المكتوبة بعد الفاتحة ثلاث آيات فقد أحسن ولم يسئ اهـ لكنه لاينافى ماقلنا لأنه أحسن بقراءة القدر الواجب ولم يسئ : أى لم يصل إلى كراهة شديدة فتأمل (قوله ويكره تحريما) صرح به فى الفتح والبحر (قوله ولو فى التراويح) أفاد أن الكراهة فى كل ماتشرع فيه جماعة الرجال فرضا أو نفلا (قوله لأنها لم تشرع مكررة الخ) قال فى الفتح واعلم أن جماعتهن لاتكره فى صلاة الجنازة لأنها فريضة وترك التقدم مكروه فدار الأمر بين فعل المكروه لفعل الفرض أو ترك الفرض لتركه فوجب الأول ، بخلاف جماعتهن فى غيرها ، ولو صلين فرادى فقد تسبق إحداهن فتكون صلاة الباقيات نفلا والتنفل بها مكروه ، فيكون فراغ تلك موجبا لفساد الفرضية لصلاة الباقيات كتقييد الخامسة بالسجدة لمن ترك القعدة الأخيرة اهـ ومثله فى البحر وغيره . ومفاده أن جماعتهن فى صلاة الجنازة واجبة حيث لم يكن غيرهن ، ولعل وجهه الاحتراز عن فساد فرضية صلاة الباقيات إذا سبقت إحداهن . وفيه أن الرجال لو صلوا منفردين يلزم فيها مثل ذلك ، فيلزم عليه وجوب جماعتهم فيها مع أن المصرح به أن الجماعة فيها غير واجبة فتأمل (قوله لاتعاد) لأنها لو أعيدت لوقعت نفلا مكروها ط (قوله بصلاتها) قيد به ، لأن الرجال لم تنعقد صلاتهم ح (قوله إلا إذا استخلفها) استثناء من قوله لاتعاد ، وهذا ليس خاصا بالجنازة بل غيرها مثلها (قوله فتفسد صلاة الكل) أما الرجال والإمام فلعدم صحة اقتداء الرجال بالمرأة ، وأما النساء والمقدمة فلأنهن دخلن فى تحريمة كاملة فإذا انتقلن إلى تحريمة ناقصة لم يجز ، كأنهن انتقلن من فرض إلى فرض آخر كما فى البحر ح . وظاهر التعليل يقتضى الفساد ولو كن نساء خلصا ، أفاده أبو السعود ط . والأظهر التعليل بأن الإمام يصير مقتديا بخليفته فتفسد صلاة من خلفه ، بل باستخلافه من لايصلح للإمامة تفسد صلاته ، فكذا من خلفه رحمتى (قوله تقف الإمام) بالمثناة الفوقية لأن فاعله الإمام هو هنا مؤنث حقيقى اهـ . وقال منلا على القارى : يجوز التذكير لأنه

وسطهن) فلو قدمت أثمت إلا الخنثى فيتقدمهن (كالعراة) فيتوسطهم إمامهم . ويكره جماعتهم تحريما فتح (ويكره حضورهن الجماعة) ولو لجمعة وعيد ووعظ (مطلقا) ولو عجوزا ليلا (على المذهب) المفتى به لفساد الزمان، واستثنى الكمال بحثا العجائز المتفانية (كما تكره إمامة الرجل لهن فى بيت ليس معهن رجل غيره ولا محرم منه) كأخته (أو زوجته أو أمته ، أما إذا كان معهن واحد ممن ذكر أو أمهن فى المسجد لا) يكره بحر (ويقف الواحد) ولو صبيا ، أما الواحدة فتتأخر (محاذيا) أى مساويا (ليمين إمامه)

مصدر بمعنى المفعول : أى المقتدى به اه . وفى النهر : هو من يؤتم به ذكرا كان أو أنثى . وفى بعض النسخ الإمامة وترك الهاء هو الصواب لأنه اسم لا وصف اه (قوله وسطهن) فى المغرب الوسط بالتحريك اسم لعين ما بين طرفى الشئ كمركز الدائرة ، وبالسكون اسم مبهم لداخل الدائرة مثلا ، ولذا كان ظرفا والأول يجعل مبتدأ وفاعلا ومفعولا به الخ . وفى ضياء الحلوم: الوسط بالسكون ظرف مكان وبالفتح اسم تقول وسط رأسه دهن بالسكون وفتح الطاء فهذا ظرف ، وإذا فتحت السين رفعت الطاء وقلت وسط رأسه دهن فهذا اسم اه .

قلت : وعليه فيجوز هنا الفتح والسكون لأنها إذا وقفت فى نصف الصف صدق أنها فى الوسط بالسكون وأنها عين الوسط بالتحريك ، ويكون نصبه فى الأول على الظرفية ، وفى الثانى على الحالية لأنه بمعنى متوسطة فافهم (قوله فلو تقدمت) أثمت . أفاد أن وقوفها وسطهن واجب كما صرح به فى الفتح ، وأن الصلاة صحيحة ، وأنها إذا توسطت لا تزول الكراهة ، وإنما أرشدوا إلى التوسط لأنه أقل كراهية من التقدم كما فى السراج بحر (قوله فيتقدمهن) إذ لو صلى وسطهن فسدت صلاته بمحاذاتهن له على تقدير ذكورته ح أى وتفسد صلاتهن أيضا (قوله فيتوسطهم الخ) أشار به إلى أن التشبيه بين العراة والنساء ليس من كل وجه بل فى الانفراد وقيام الإمام فى الوسط وإلا فالعراة يصلون قعودا وهو أفضل والنساء قائمات كما فى البحر (قوله ولو عجوزا ليلا) بيان للإطلاق : أى شابة أو عجوزا نهارا أو ليلا (قوله على المذهب المفتى به) أى مذهب المتأخرين . قال فى البحر : وقد يقال هذه الفتوى التى اعتمدها المتأخرون مخالفة لمذهب الإمام وصاحبيه ، فإنهم نقلوا أن الشابة تمنع مطلقا اتفاقا . وأما العجوز فلها حضور الجماعة عند الإمام إلا فى الظهر والعصر والجمعة أى وعندهما مطلقا ، فالافتاء بمنع العجائز فى الكل مخالف للكل ، فالاعتماد على مذهب الإمام اه قال فى النهر : وفيه نظر ، بل هو مأخوذ من قول الإمام وذلك أنه إنما منعها لقيام الحامل وهو فرط الشهوة بناء على أن الفسقة لا ينتشرون فى المغرب لأنهم بالطعام مشغولون وفى الفجر والعشاء نائمون ؛ فإذا فرض انتشارهم فى هذه الأوقات لغلبة فسقهم كما فى زماننا بل تحريهم إياها كان المنع فيها أظهر من الظهر اه . قلت : ولا يخفى ما فيه من التورية اللطيفة . وقال الشيخ إسمعيل : وهو كلام حسن إلى الغاية (قوله واستثنى الكمال الخ) أى مما أفتى به المتأخرون لعدم العلة السابقة فيبقى الحكم فيه على قول الإمام فافهم (قوله ليس معهن رجل غيره) ظاهره أن الخلوة بالأجنبية لا تنتفى بوجود امرأة أجنبية أخرى وتنتفى بوجود رجل آخر تأمل (قوله كأخته)من كلام الشارح كما رأيته فى عدة نسخ ، وكذا بخطه فى الخزائن حيث كتبه بالأسود وأفاد أن المراد بالمحرم ما كان من الرحم ، لما قالوا من كراهة الخلوة بالأخت رضاعا والصهرة الشابة تأمل (قوله أو زوجته أو أمته) بالرفع عطفا على رجل أو محرم لا بالجر عطفا على أخته ؛ لما علمت أنه ليس من المتن وحينئذ فلا حاجة إلى دعوى تغلب المحرم فافهم (قوله فى المسجد) لعدم تحقق الخلوة فيه ، ولذا لو اجتمع بزوجته فيه لا يعد خلوة كما يأتى رحمتى (قوله أما الواحدة فتتأخر) فلو كان معه رجل أيضا يقيمه عن يمينه والمرأة خلفهما ولو رجلان يقيمهما خلفه والمرأة خلفهما بحر ، وتأخر الواحدة محله إذا اقتدت برجل لا بامرأة مثلها ط عن البرجندى

على المذهب ، ولا عبرة بالرأس بل بالقدم ، فلو صغيرا فالأصح مالم يتقدم أكثر قدم المؤتم لاتفسد ، فلو وقف عن يساره كره (اتفاقا (وكذا) يكره (خلفه على الأصح) لمخالفة السنة (والزائد) يقف (خلفه) فلو توسط اثنين كره تنزيها وتحريما لو أكثر ، ولو قام واحد بجنب الإمام وخلفه صف

(قوله على المذهب) خلافا لما مر عن محمد من أنه يجعل أصابعه عند عقب الإمام بحر ، ويأمره الإمام بذلك : أى بالوقوف عن يمينه ولو بعد الشروع أشار إليه بيده لحديث ابن عباس « أنه قام عن يسار النبى صلى الله عليه وسلم فأقامه عن يمينه » سراج (قوله بل بالقدم) فلو حاذاه بالقدم ووقع سجوده مقدما عليه لكون المقتدى أطول من إمامه لايضر ؛ ومعنى المحاذاة بالقدم المحاذاة بعقبه ، فلا يضر تقدم أصابع المقتدى على الإمام حيث حاذاه بالعقب مالم يفحش التفاوت بين القدمين ، حتى لو فحش بحيث تقدم أكثر قدم المقتدى لعظم قدمه لايصح كما أشار إليه بقوله مالم يتقدم الخ . قال فى البحر : وأشار المصنف إلى أن العبرة إنما هو للقدم لاللرأس ، فلو كان الإمام أقصر من المقتدى يقع رأس المقتدى قدام الإمام يجوز بعد أن يكون محاذيا بقدمه أو متأخرا قليلا ، وكذا فى محاذاة المرأة كما سيأتى ، وإن تفاوتت الأقدام صغرا وكبرا فالعبرة للساق والكعب ، والأصح مالم يتقدم أكثر قدم المقتدى لاتفسد صلاته كما فى المجتبى انتهى ، فما ذكره الشارح ليس مخالفا لما تقدم كما توهم رحمتى فافهم . وفى القهستانى : هذا فى غير المومى ، والعبرة فى المومى للرأس حتى لو كان رأسه خلف إمامه ورجلاه قدام رجليه صح ، وعلى العكس لايصح كما فى الزاهدى وغيره انتهى .

أقول : وينبغى أن لايكون قوله رأسه خلف إمامه قيدا ، بل كذلك إذا ساواه على قياس ماتقدم . وينبغى أيضا أن يكون هذا فى المومى المقتدى بصحيح أو بمومٍ مثله وكان كل منهما قاعدا أو مستلقيا ورجلاه إلى القبلة ، أما لو على جنبه فيشترط كون المؤتم مضطجعا خلف ظهر إمامه ، ولا عبرة للرأس أصلا .

[تنبيه] إفراد القدم فى كلام الشارح كغيره يفيد أن المحاذاة تعتبر بواحدة ، ولم أره صريحا . والظاهر أنه لوكان معتمدا على قدم واحد فالعبرة لها ؛ ولو على القدمين فإن كانت إحداهما محاذية والأخرى متأخرة فلا كلام فى الصحة وإن كانت الأخرى متقدمة فهل يصح نظرا للمحاذية أولا نظرا للمتقدمة ؟ محل نظر . والظاهر الثانى ترجيحا للحاظر على المبيح ، كما قالوا فيما لو كانت إحدى قوائم الصيد فى الحل والأخرى فى الحرم ، وقد رأيت فيه فى كتب الشافعية اختلاف ترجيح .

[فرع] قال فى منية المفتى : اقتدى على سطح وقام بحذاء رأس الإمام ، ذكر الحلوانى أنه لايجوز ، والسرخسى يجوز .

مطلب هل الإساءة دون الكراهة أو أفحش منها ؟

(قوله كره اتفاقا) الظاهر أن الكراهة تنزيهية لتعليلها فى الهداية وغيرها بمخالفة السنة ، ولقوله فى الكافى جاز وأساء ، وكذا نقله الزيلعى عن محمد ، لكن قدمنا فى أول بحث سنن الصلاة اختلاف عبارتهم فى أن الإساءة دون الكراهة أو أفحش منها ، ووفقنا بينها بأنها دون كراهة التحريم ، وأفحش من كراهة التنزيه ، فراجعه (قوله والزائد خلفه) عدل تبعا للوقاية عن قول الكنز والاثنان خلفه لأنه غير خاص بالاثنين ، بل المراد مازاد على الواحد اثنان فأكثر ، نعم يفهم حكم الأكثر بالأولى . وفى القهستانى : وكيفيته أن يقف أحدهما بحذائه والآخر بيمينه إذا كان الزائد اثنين ، ولو جاء ثالث وقف عن يسار الأول ، والرابع عن يمين الثانى والخامس عن يسار الثالث ، وهكذا اهـ . وفيه إشارة إلى أن الزائد لو جاء بعد الشروع يقوم خلف الإمام ويتأخر المقتدى الأول ، ويأتى تمامه قريبا (قوله كره تنزيها) وفى رواية لايكره ، والأولى أصح كما فى الإمداد (قوله وتحريما لو أكثر) أفاد أن

كره إجمالا (ويصف) أى يصفهم الإمام بأن يأمرهم بذلك . قال الشمنى : وينبغى أن يأمرهم بأن يتراصوا ويسدوا الخلل ويسووا مناكبهم ويقف وسطا ،

تقدم الإمام أمام الصف واجب كما أفاده فى الهداية والفتح (قوله كره إجماعا) أى للمؤتم ، وليس على الإمام منها شىء ، ويتخلص من الكراهة بالقهقرى إلى خلف إن لم يكن المحل ضيقاً على الظاهر ، وانظر هذا مع قولهم : لو كان مع الإمام واحد على الدكان والباقى دونه لايكره ، وقد تزول المخالفة بأن تكون الثانية موضوعها إذا كان المؤتم خلفه ط .

أقول : لم أر التصريح بالواحد ، وإنما صرحوا بكراهة انفراد الإمام على الدكان؛ولو كان معه بعض القوم لايكره ، فيمكن التوفيق بحمل البعض على جماعة من القوم ، فلا ينافى ماهنا . وأيضا قد صرحوا بكراهة قيام الواحد وحده وإن لم يجد فرجة تأمل .

[تتمة] إذا اقتدى بإمام فجاء آخر يتقدم الإمام موضع سجوده كذا فى مختارات النوازل . وفى القهستانى عن الجلابى أن المقتدى يتأخر عن اليمين إلى خلف إذا جاء آخر اه . وفى الفتح: ولو اقتدى واحد بآخر فجاء ثالث يجذب المقتدى بعدالتكبير ولو جذبه قبل التكبير لايضره ،وقيل يتقدم الإمام اه ومقتضاه أن الثالث يقتدى متأخرا ومقتضى القول بتقدم الإمام أنه يقوم بجنب المقتدى الأول . والذى يظهر أنه ينبغى للمقتدى التأخر إذا جاء ثالث فإن تأخر وإلا جذبه الثالث إن لم يخش إفساد صلاته ، فإن اقتدى عن يسار الإمام يشير إليهما بالتأخر ، وهو أولى من تقدمه لأنه متبوع ، ولأن الاصطفاف خلف الإمام من فعل المقتدين لا الإمام ، فالأولى ثباته فى مكانه وتأخر المقتدى ، ويؤيده مافى الفتح عن صحيح مسلم قال جابر « سرت مع النبى صلى الله عليه وسلم فى غزوة فقام يصلى فجئت حتى قمت عن يساره فأخذ بيدى فأدارنى عن يمينه ، فجاء ابن صخر حتى قام عن يساره فأخذ بيديه جميعا فدفعنا حتى أقامنا خلفه » اه وهذا كله عند الإمكان وإلا تعين الممكن . والظاهر أيضا أن هذا إذا لم يكن فى القعدة الأخيرة وإلا اقتدى الثالث عن يسار الإمام ولا تقدم ولا تأخر (قوله الخلل) هو انفراج مابين الشيئين قاموس، وهو على وزن جبل ط (قوله ويقف وسطا) قال فى المعراج: وفى مبسوط بكر : السنة أن يقوم فى المحراب ليعتدل الطرفان ، ولو قام فى أحد جانبى الصف يكره ،ولو كان المسجد الصيفى بجنب الشتوى وامتلأ المسجد يقوم الإمام فى جانب الحائط ليستوى القوم من جانبيه ، والأصح ماروى عن أبى حنيفة أنه قال: أكره أن يقوم بين الساريتين أو فى زاوية أو فى ناحية المسجد أو إلى سارية لأنه خلاف عمل الأمة . قال عليه الصلاة والسلام « توسطوا الإمام وسدوا الخلل » ومتى استوى جانباه يقوم عن يمين الإمام إن أمكنه وإن وجد فى الصف فرجة سدها وإلا انتظر حتى يجىء آخر فيقفان خلفه ، وإن لم يجئ حتى ركع الإمام يختار أعلم الناس بهذه المسألة فيجذبه ويقفان خلفه ، ولو لم يجد عالما يقف خلف الصف بحذاء الإمام للضرورة ، ولو وقف منفردا بغير عذر تصح صلاته عندنا خلافا لأحمد اه .

مطلب فى كراهة قيام الإمام فى غير المحراب

[تنبيه] يفهم من قوله أو إلى سارية كراهة قيام الإمام فى غير المحراب ، ويؤيده قوله قبله السنة أن يقوم فى المحراب ، وكذا قوله فى موضع آخر : السنة أن يقوم الإمام إزاء وسط الصف ،ألا ترى أن المحاريب مانصبت إلا وسط المساجد وهى قد عينت لمقام الإمام اه . والظاهر أن هذا فى الإمام الراتب لجماعة كثيرة لئلا يلزم عدم قيامه فى الوسط ، فلو لم يلزم ذلك لايكره تأمل .

[فرع] ذكر فى البدائع فى بحث الصلاة فى الكعبة أن الأفضل للإمام أن يقف فى مقام إبراهيم (قوله وخير صفوف الرجال أولها) لأنه روى فى الأخبار « إن الله تعالى إذا أنزل الرحمة على الجماعة ينزلها أولا على الإمام ، ثم تتجاوز عنه إلى من بحذائه فى الصف الأول ، ثم إلى الميامن ، ثم إلى المياسر ، ثم إلى الصف الثانى » وتمامه فى البحر .

[تنبيه] قال فى المعراج : الأفضل أن يقف فى الصف الآخر إذا خاف إيذاء أحد . قال عليه الصلاة والسلام « من ترك الصف الأول مخافة أن يؤذى مسلما أضعف له أجر الصف الأول » وبه أخذ أبو حنيفة ومحمد ، وفى كراهة ترك الصف الأول مع إمكانه خلاف اه أى لو تركه مع عدم خوف الإيذاء ، وهذا لو قبل الشروع ؛ فلو شرعوا وفى الصف الأول فرجة له خرق الصفوف كما يأتى قريبا .

مطلب فى جواز الإيثار بالقرب

وفى حاشية الأشباه للحموى عن المضمرات عن النصاب : وإن سبق أحد إلى الصف الأول فدخل رجل أكبر منه سنا أو أهل علم ينبغى أن يتأخر ويقدمه تعظيما له اه فهذا يفيد جواز الإيثار بالقرب بلا كراهة خلافا للشافعية . وقال فى الأشباه : لم أره لأصحابنا . ونقل العلامة البيرى فروعا تدل على عدم الكراهة ، ويدل عليه قوله تعالى — ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة — وما فى صحيح مسلم من « أنه عليه الصلاة والسلام أتى بشراب فشرب منه وعن يمينه أصغر القوم وهو ابن عباس وعن يساره أشياخ ، فقال عليه الصلاة والسلام للغلام : أتأذن لى فى أن أعطى هؤلاء ؟ فقال الغلام لا والله ، فأعطاه الغلام » إذ لاريب أن مقتضى طلب الإذن مشروعية ذلك بلا كراهة وإن جاز أن يكون غير أفضل اه .

أقول : وينبغى تقييد المسألة بما إذا عارض تلك القربة ماهو أفضل منها ؛ كاحترام أهل العلم والأشياخ ، كما أفاده الفرع السابق والحديث . فإنهما يدلان على أنه أفضل من القيام فى الصف الأول ، ومن إعطاء الإناء لمن له الحق وهو من على اليمين ، فيكون الإيثار بالقربة انتقالا من قربة إلى ماهو أفضل منها وهو الاحترام المذكور . أما لو آثره على مكانه فى الصف مثلا من ليس كذلك يكون أعرض عن القربة بلا داع ، وهو خلاف المطلوب شرعا ، وينبغى أن يحمل عليه ما فى النهر من قوله : واعلم أن الشافعية ذكروا أن الإيثار بالقرب مكروه كما لو كان فى الصف الأول فلما أقيمت آثر به وقواعدنا لا تأباه اه .

مطلب فى الكلام على الصف الأول

[تنبيه آخر] قال فى البحر فى آخر باب الجمعة : تكلموا فى الصف الأول ، قيل هو خلف الإمام فى المقصورة ، وقيل مايلى المقصورة ، وبه أخذ الفقيه أبو الليث لأنه يمنع العامة عن الدخول فى المقصورة فلا فلا تتوصل العامة إلى نيل فضيلة الصف الأول اه .

أقول : والظاهر أن المقصورة فى زمانهم اسم لبيت فى داخل الجدار القبلى من المسجد كان يصلى فيها الأمراء الجمعة ويمنعون الناس من دخولها خوفا من العدو ، فعلى هذا اختلف فى الصف الأول ، هل هو مايلى الإمام من داخلها أم مايلى المقصورة من خارجها ؟ فأخذ الفقيه بالثانى توسعة على العامة كى لاتفوتهم الفضيلة ، ويعلم منه بالأولى أن مثل مقصورة دمشق التى هى فى وسط المسجد خارج الحائط القبلى يكون الصف بنائها ، كما لاينقطع بالمنبر الذى هو داخلها فيما يظهر ، وصرح به الشافعية ، وعليه فلو وقف فى الصف الثانى داخلها قبل استكمال

فى غير جنازة ثم وثم ؛ ولو صلى على رفوف المسجد إن وجد فى صحنه مكانا كره كقيامه فى صف خلف صف فيه فرجة . قلت : وبالكراهة أيضا صرح الشافعية . قال السيوطى فى [بسط الكف فى إتمام الصف] : وهذا الفعل مفوّت لفضيلة الجماعة الذى هو التضعيف لا لأصل بركة الجماعة ، فتضعيفها غير بركتها ، وبركتها هى عود بركة الكامل منهم على الناقص اهـ :

ولو وجد فرجة فى الأول لا الثانى له خرق الثانى لتقصيرهم ، وفى الحديث « من سد فرجة غفر له » وصح « خياركم ألينكم مناكب فى الصلاة » وبهذا يعلم جهل من يستمسك عند دخول داخل بجنبه فى الصف ويظن أنه رياء كما بسط فى البحر ،

الصف الأول من خارجها يكون مكروها . ويؤخذ من تعريف الصف الأول بما هو خلف الإمام أى لا خلف مقتد آخر أن من قام فى الصف الثانى بحذاء باب المنبر يكون من الصف الأول ، لأنه ليس خلف مقتد آخر ، والله تعالى أعلم (قوله فى غير جنازة) أما فيها فآخرها إظهارا للتواضع لأنهم شفعاء فهو أحرى بقبول شفاعتهم ، ولأن المطلوب فيها تعدد الصفوف ، فلو فضل الأول امتنعوا عن التأخر عند قلتهم رحمتى (قوله ثم وثم) أى ثم الصف الثانى أفضل من الثالث ، وفى الجنازة مايلى الأخير أفضل مما تقدمه رحمتى (قوله كره) لأن فيه تركا لإكمال الصفوف . والظاهر أنه لو صلى فيه المبلغ فى مثل يوم الجمعة لأجل أن يصل صوته إلى أطراف المسجد لايكره (قوله كقيامه فى صف الخ) هل الكراهة فيه تنزيهية أو تحريمية ، ويرشد إلى الثانى قوله عليه الصلاة والسلام « ومن قطعه قطعه الله » ط :

بقى ما إذا رأى الفرجة بعد ما أحرم هل يمشى إليها ؟ لم أره صريحا . وظاهر الإطلاق نعم ، ويفيده مسألة من جذب غيره من الصف كما قدمناه فإنه ينبغى له أن يجيبه لتنتفى الكراهة عن الجاذب ، فمشيه لنفى الكراهة عن نفسه أولى فتأمل . ثم رأيت فى مفسدات الصلاة من الحلية عن الذخيرة إن كان فى الصف الثانى فرأى فرجة فى الأول فمشى إليها لم تفسد صلاته لأنه مأمور بالمراصة . قال عليه الصلاة والسلام « تراصوا فى الصفوف » ولو كان فى الصف الثالث تفسد اهـ أى لأنه عمل كثير . وظاهر التعليل بالأمر أنه يطلب منه المشى إليها تأمل :

[فائدة] قال فى الأشباه : إذا أدرك الإمام راكعا فشروعه لتحصيل الركعة فى الصف الأخير أفضل من وصل الصف اهـ . أما لو لم يدرك الصف الأخير فلا يقف وحده ، بل يمشى إليه إن كان فيه فرجة ، وإن فاتته الركعة كما فى آخر شرح المنية معللا بأن ترك المكروه أولى من إدراك الفضيلة تأمل ، ويشهد له « أن أبا بكرة رضى الله عنه ركع دون الصف ثم دب إليه ، فقال له صلى الله عليه وسلم : زادك الله حرصا ، ولا تعد » (قوله وهذا الفعل مفوت الخ) هذا مذهب الشافعية لأن شرط فضيلة الجماعة عندهم أن تؤدى بلا كراهة ، وعندنا ينال التضعيف ويلزمه مقتضى الكراهة أو الحرمة ، كما لو صلاها فى أرض مغصوبة رحمتى ونحوه فى ط (قوله لتقصيرهم) يفيد أن الكلام فيما إذا شرعوا . وفى القنية قام فى آخر صف وبينه وبين الصفوف مواضع خالية فللداخل أن يمر بين يديه ليصل الصفوف لأنه أسقط حرمة نفسه فلا يأثم المارّ بين يديه ، دل عليه ما فى الفردوس عن ابن عباس عنه صلى الله عليه وسلم « من نظر إلى فرجة فى صف فليسدها بنفسه ؛ فإن لم يفعل فمرّ مارّ فليتخط على رقبته فإنه لاحرمة له » أى فليتخط المار على رقبة من لم يسد الفرجة اهـ (قوله ألينكم مناكب فى الصلاة) المعنى إذا وضع من يريد الدخول فى الصف يده على منكب المصلى لأن له ط عن المناوى (قوله كما بسط فى البحر) أى نقلا عن فتح القدير حيث قال : ويظن أن فسحه له رياء بسبب أن يتحرك لأجله ، بل ذاك إعانة على إدراك الفضيلة وإقامة

لـكن نقل المصنف وغيره عن القنية وغيرها ما يخالفه ، ثم نقل تصحيح عدم الفساد فى مسألة من جذب من الصف فتأخر ، فهل ثم فرق ؟ فليحرر (الرجال) ظاهره يعم العبد (ثم الصبيان) ظاهره تعددهم : فلو واحدا دخل الصف (ثم الخناثى ثم النساء) قالوا : الصفوف الممكنة اثنا عشر ، لـكن لايلزم

لسد الفرجات المأمور بها فى الصف . والأحاديث فى هذا شهيرة كثيرة اه (قوله لـكن نقل المصنف وغيره الخ) استدراك على مااستنبطه فى البحر والفتح من الحديث بأنه مخالف للمنقول فى المسألة . وعبارة المصنف فى المنح بعد أن ذكر : لو جذبه آخر فتأخر الأصح لاتفسد صلاته . وفى القنية : قيل لمصل منفرد تقدم بأمره أو دخل رجل فرجة الصف فتقدم المصلى حتى وسع المكان عليه فسدت صلاته ، وينبغى أن يمكث ساعة ثم يتقدم برأى نفسه ، وعلله فى شرح القدورى بأنه امتثال لغير أمر الله تعالى .

أقول : ماتقدم من تصحيح صلاة من تأخر ربما يفيد تصحيح عدم الفساد فى مسألة القنية . لأنه مع تأخره بجذبه لاتفسد صلاته ولم يفصل بين كون ذلك بأمره أم لا إلا أن يحمل على ماإذا تأخر لابأمره فتكون مسألة أخرى فتأمل اه كلام المصنف .

وحاصله أنه لافرق بين المسألتين إلا أن يدعى حمل الأولى على ماإذا تأخر بمجرد الجذب بدون أمر ، والثانية على ماإذا فسخ له بأمره ، فتفسد فى الثانية لأنه امتثل أمر المخلوق وهو فعل مناف للصلاة بخلاف الأولى (قوله فهل ثم فرق) قد علمت من كلام المصنف أنه لو تأخر بدون أمر فيهما فلا فرق بينهما ويكون التصحيح واردا فيهما وإن تأخر بالأمر فى إحداهما فهناك فرق وهو إجابته أمر المخلوق فيكون موضوع المسألتين مختلفا .

هذا ، وقد ذكر الشرنبلالى فى شرح الوهبانية مامر عن القنية وشرح القدورى ، ثم رده بأن امتثاله إنما هو لأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يضر اه لـكن لايخفى أنه تبقى المخالفة بين الفرعين ظاهرة ، وكأن الشارح لم يجزم بصحة الفرق الذى أبداه المصنف فلذا قال فليحرر ، وجزم فى مكروهات الصلاة وفى مفسداتها بما فى القنية تبعا لشرح المنية . وقال ط : لو قيل بالتفصيل بين كونه امتثل أمر الشارع فلا تفسد وبين كونه امتثل أمر الداخل مراعاة لخاطره من غير نظر لأمر الشارع فتفسد لـكان حسنا (قوله ظاهره يعم العبيد) أشار به إلى أن البلوغ مقدم على الحرية لقوله صلى الله عليه وسلم « ليلينى منكم أولو الأحلام والنهى » أى البالغون خلافا لما نقله ابن أمير حاج حيث قدم الصبيان الاحرار على العبيد البالغين اه ح عن البحر ، نعم يقدم البالغ الحر على البالغ العبد ، والصبى الحر على الصبى العبد ، والحرة البالغة على الأمة البالغة ، والصبية الحرة على الصبية الأمة بحر (قوله فلو واحدا دخل الصف) ذكره فى البحر بحثا ، قال : وكذا لو كان المقتدى رجلا وصبيا يصفهما خلفه لحديث أنس « فصففت أنا واليتيم وراءه والعجوز من ورائنا » وهـذا بخلاف المرأة الواحدة فإنها تتأخر مطلقا كالمتعددات للحديث المذكور (قوله اثنا عشر) لأن المقتدى إما ذكر أو أنثى أو خنثى ، وعلى كل فإما بالغ أولا ، وعلى كل فإما حر أولا اهـ ح فيقدم الأحرار البالغون ثم صبيانهم ، ثم العبيد البالغون ثم صبيانهم ، ثم الأحرار الخناثى الـكبار ثم صغارهم ، ثم الأرقاء الخناثى الـكبار ثم صغارهم ، ثم الحرائر الـكبار ثم صغارهن ، ثم الإماء الكبار ثم صغارهن كما فى الحلية (قوله لـكن لايلزم الخ) جواب عما نقلناه عن الحلية من جعل الخناثى أربعة صفوف لأن المراد بيان الصفوف الممكنة على الترتيب المذكور فى المتن وإن لم يصح كلها ، لما فى الإمداد من أنه لاتصح محاذاة الخنثى مثله ولا تأخره عنه لاحتمال أنوثة المتقدم وأحد المتحاذيين ، ثم قال : فيشترط أن تـكون الخناثى صفا واحدا بين كل اثنين فرجة أو حائل لمنع المحاذاة ، وهذا مما من الله بالتنبيه له اه فما ذكره الشارح جواب

صحة كلها لمعاملة الخناثى بالأضر (وإذا حاذته) ولو بعضو واحد ، وخصه الزيلعى بالساق

لااعتراض فافهم ، وقد ظهر أن الصفوف الصحيحة تسعة لكن ذكر ح أنه سيأتى اشتراط التكليف فى إفساد صلاة من حاذته امرأة ، والخنثى كالمرأة كما فى الإمداد ، والتقدم فى حكم المحاذاة بل هو من أفرادها كما فى البحر فحينئذ فلا يشترط جعل الخناثى صفا واحدا إلا إذا كانوا بالغين فيجعلهم صفا واحدا الأحرار والعبيد سواء بشرط الفرجة أو الحائل . أما الصبيان منهم فيجعل أحرارهم صفا آخر ثم أرقاءهم صفا ثالثا ترجيحا للحرية ، لانعدام الفساد بمحاذاة بعضهم لبعض أو بالتقدم ، بخلاف البالغين منهم ؛ وعليه فتكون الصفوف أحد عشر ، هذا حاصل ماذكره المحشى فافهم .

أقول : وقد صرح فى القنية بأن اقتداء الخنثى بمثله فيه روايتان ، وأن رواية الجواز استحسان لاقياس اه . ويلزم من رواية الجواز أنه لاتفسد صلاته بمحاذاته لمثله ولا بتقدمه عليه بالغا أو غيره ، وعلى هذا فلا حاجة إلى مامر عن الإمداد ، نعم جزم الشارح فيما سيأتى تبعا للبحر برواية عدم الجواز فتأمل (قوله وخصه الزيلعى الخ) حيث قال المعتبر فى المحاذاة الساق والكعب فى الأصح ، وبعضهم اعتبر القدم اه فعلى قول البعض لو تأخرت عن الرجل ببعض القدم تفسد وإن كان ساقها وكعبها متأخرا عن ساقه وكعبه ، وعلى الأصح لاتفسد وإن كان بعض قدمها محاذيا لبعض قدمه بأن كان أصابع قدمها عند كعبه مثلا تأمل .

هذا ، ومقتضى قوله وخصه الزيلعى أن قوله ولو بعض واحد خارج عما ذكره الزيلعى فيكون قولا ثالثا فى المسألة كما فهمه فى البحر . وظاهر كلام الزيلعى أنه ليس فى المسألة قول ثالث وإلا لذكره ، بل المراد بالعضو من المرأة قدمها . ومن الرجل أى عضو كان على ما صرح به فى النهاية ؛ ونصه : شرطنا المحاذاة مطلقا لتتناول كل الأعضاء أو بعضها ، فإنه ذكر فى الخلاصة محالا على فوائد القاضى أبى على النسفى رحمه الله تعالى : المحاذاة أن يحاذى عضو منها عضوا من الرجل ، حتى لو كانت المرأة على الظلة ورجل بحذائها أسفل منها ، إن كان يحاذى الرجل شيئا منها تفسد صلاته ، وإنما عين هذه الصورة لتكون قدم المرأة محاذية للرجل ؛ لأن المراد بقوله أن يحاذى عضو منها هو قدم المرأة لا غير ، فإن محاذاة غير قدمها لشىء من الرجل لايوجب فساد صلاته ، نص على هذا فى فتاوى الإمام قاضيخان فى أواسط فصل من يصح الاقتداء به ومن لايصح . وقال : المرأة إذا صلت مع زوجها فى البيت ، إن كان قدمها بحذاء قدم الزوج لاتجوز صلاتهما بالجماعة ، وإن كان قدماها خلف قدم الزوج إلا أنها طويلة تقع رأس المرأة فى السجود قبل رأس الزوج جازت صلاتهما لأن العبرة للقدم ؛ ألا ترى أن صيد الحرم إذا كان رجلاه خارج الحرم ورأسه فى الحرم يحل أخذه ، وإن كان على العكس لايحل انتهى كلام النهاية ، ونقله فى السراج وأقره ؛ وفى القهستانى : المحاذاة أن تساوى قدم المرأة شيئا من أعضاء الرجل ، فالقدم مأخوذ فى مفهومه على ما نقل عن المطرزى ؛ فمساواة غير قدمها لعضوه غير مفسدة اه . فقد ثبت بما ذكرناه وجود المحاذاة بالقدم فى مسألة الظلة المذكورة خلافا لما زعمه فى البحر ، وأنه لافرق بين التعبير بالعضو وبالقدم ، خلافا لما زعمه فى البحر أيضا ، وأنه لو اقتدت به متأخرة عنه بقدمها صحت صلاتهما وإن لزم منه محاذاة بعض أعضائها لقدمه أو غيره فى حالة الركوع أو السجود ، لأن المانع ليس محاذاة أى عضو منها لأى عضو منه ، ولا محاذاة قدمه لأى عضو منها ، بل المانع محاذاة قدمها فقط لأى عضو منه .

[تنبيه] اعترض فى البحر تفسير المحاذاة بما ذكر هنا الزيلعى بأنه قاصر لأنه لايشمل التقدم ، وقد صرحوا بأن المرأة الواحدة تفسد صلاة ثلاثة إذا وقفت فى الصف ، من عن يمينها ، ومن عن يسارها ، ومن خلفها ؛ فالتفسير

والكعب (امرأة) ولو أمة (مشتهاة) حالا كبنت تسع مطلقا وثمان وسبع لو ضخمة أو ماضيا كعجوز (ولا حائل بينهما) أقله قدر ذراع فى غلظ أصبع ، أو فرجة تسع رجلا (فى صلاة) وإن لم تتحد

الصحيح للمحاذاة مافى المجتبى: المحاذاة المفسدة أن تقوم بجنب الرجل من غير حائل أو قدامه اه . وأجاب فى النهر بأن المرأة إنما تفسد صلاة من خلفها إذا كان محاذيا لها، كما قيده به الزيلعى، وذكره فى السراج أيضا،وصرح به الحاكم الشهيد فى كافيه اه ويأتى تمامه قريبا (قوله امرأة) مفهومه أن محاذاة الخنثى المشكل لاتفسد ، وبه صرح فى التاترخانية (قوله ولو أمة) ومثلها الخنثى كما قدمناه عن الإمداد ح ، ولا وجه للمبالغة بالأمة ولعلها ولو أمه بهاء الضمير ط . وعبارته فى الخزائن: ولو محرمه أو زوجته، وخرج به الأمرد اه (قوله كبنت تسع مطلقا) يفسره لاحقه . قال فى البحر : واختلفوا فى حد المشتهاة ، وصحح الزيلعى وغيره أنه لا اعتبار بالسن من السبع على ماقيل أو التسع ، وإنما المعتبر أن تصلح للجماع بأن تكون عبلة ضخمة . والعبلة : المرأة التامة الخلق اه فكلام الشارح غير معتمد لأنه قد يوجد خصوصا فى هذا الزمان بنت تسع لاتطيق الوطء ط (قوله أو فرجة تسع رجلا) معطوف على حائل لكنه منون لو صفه بالجملة اه ح . وفى معراج الدراية: لو كان بينهما فرجة تسع الرجل أو أسطوانة، قيل لاتفسد ، وكذا إذا قامت أمامه وبينهما هذه الفرجة اه .

واستشكله فى البحر بما اتفقوا على نقله عن أصحابنا ، من أن المرأة تفسد صلاة رجلين من جانبيها ، واحد عن يمينها ، وواحد عن يسارها ، وكذا المرأتان والثلاث ، وكذا تفسد صلاة من خلفها ، فالواحدة تفسد من خلفها صلاة رجل ، ولو كانتا اثنتين فصلاة رجلين ، ولو ثلاثا فصلاة ثلاثة ثلاثة إلى آخر الصفوف ، ولو كن صفا بين الرجال والإمام لايصح اقتداء الرجال . قال : ووجه إشكاله أن الرجل الذى هو خلفها أو الصف الذى هو خلفهن بينه وبينها فرجة قدر مقام الرجل، وقد جعلوا الفرجة كالحائل فيمن عن جانبها أو خلفها، فتعين أن يحمل على ما إذا كان خلفها من غير فرجة محاذيا لها بحيث لايكون بينه وبينها قدر مقام رجل ، ولهذا قال فى السراج : ولو قامت وسط الصف تفسد صلاة واحد عن يمينها وواحد عن يسارها وواحد خلفها بحذائها دون الباقين ، فقد شرط أن يكون من خلفها محاذيا لها للاحتراز عن وجود الفرجة ، وكذا صرح به الزيلعى والحاكم الشهيد اه ملخصا ، وقدمنا نحوه قريبا عن النهر . وأفاد فى النهر أيضا أن اشتراط المحاذاة للفساد ليس خاصا بتقدم المرأة الواحدة بل الصف من النساء كذلك ، أى فحيث لم يحاذهن صفوف الرجال فلا فساد .

والحاصل أن المراد من إفساد صلاة من خلفها أن يكون محاذيا لها من خلفها : أى بأن يكون مسامتا لها غير منحرف عنها يمنة أو يسرة قدر مقام الرجل لامطلق كونه خلفها ، ومراد البحر من تعين الحمل على المحاذاة ما ذكرنا ، وليس مراده بالمحاذاة مافهمه المحشى من قيام الرجل خلفها ، بأن يكون وجهه إلى ظهرها قريبا منها بحيث لايكون بينه وبينها قدر مقام الرجل ، لأن مرادهم أنها تفسد صلاة رجل من الصف الذى خلفها، ولابد من وجود فرجة بين الصفين أكثر من قدر مقام الرجل ، وهذا منشأ الإشكال، وقد استشهد صاحب البحر على جوابه بعبارة السراج وغيرها مما فيه التصريح بالصفوف ، فعلم أن مراده اشتراط محاذاتها لمن خلفها فى الصف المتأخر ، فيتعين حملها على ماذكرناه ، وإلا لزم أن لايفسد الصف سوى صلاة صف واحد من الرجال ، ولا الثلاث سوى صلاة ثلاثة رجال من الصف الذى خلفهن فقط دون باقى الصفوف فافهم (قوله فى صلاة وإن لم تتحد) أشار إلى تعميم الصلاة بما ذكره القهستانى بقوله : فريضة أو نافلة ، واجبة أو سنة : أى تطوّع أو فريضة فى حق الإمام تطوّع فى حق المقتدين . قال : وفيه إشارة إلى أن محاذاة المجنونة لاتفسد ، لأن صلاتها ليست بصلاة فى الحقيقة

كبنيها ظهرا بمصلي عصر على الصحيح سراج ، فإنه يصح نفلا على المذهب بحر ؛ وسيجيء (مطلقة) تخرج الجنازة (مشتركة) فمحاذاة المصلية لمصل ليس فى صلاتها مكروهة لا مفسد(١) فتح (تحريمة) وإن سبقت ببعضها (وأداء) ولو حكما

(قوله على الصحيح) متعلق بمحذوف تقديره فسدت صلاتهما اهـ ح وهذا بناء على قولهما إنه لايبطل أصل الصلاة ببطلان وصفها ، فإذا لم تصح صلاتها ظهرا صحت نفلا ، فهي متحدة من حيث أصل الصلاة وإن زاد عليها الإمام بوصف الفرضية ، فقوله وإن لم تتحد يعني صورة باعتبار نيتها . وأما على قول محمد بأنه يبطل الأصل ببطلان الوصف فلا تفسد صلاة من حاذته لأنها ليست بمصلية ، وقد جعله فى البحر خلاف المذهب ، وسيأتى الكلام فيه . وأما ماق المنح من قوله إنه مفرع على بناء أصل الصلاة عند فساد الاقتداء فكأنه سبق قلم لأن الاقتداء صحيح ، وإنما فسدت نيتها الفرضية وبقى اقتداؤها في أصل صلاة الإمام وهو النفل وإن زاد عليها الإمام بوصف الفرضية كما قلنا أفاده الرحمتي (قوله وسيجيء) أى فى قوله وإذا فسد الاقتداء لايصح بشروعه فى صلاة نفسه (قوله مطلقة) وهي ماعهدها مناجاة للرب سبحانه وتعالى ، وهى ذات الركوع والسجود ، أو الإيماء للعذر بحر (قوله خرج الجنازة) وكذا سجدة التلاوة ، كما فى شرح المنية وغيره . وينبغي إخراجها بقوله فى صلاة ، وينبغى إلحاق سجدة الشكر بها ؛ وكذا سجود السهو لعدم تحقق المحاذاة فيه بالقدم والساق حالة القيام تأمل (قوله فمحاذاة الخ) الأولى ذكره بعد قوله تحريمة كما فعل فى شرح المنية ، لأن الاحتراز عن هذه الصورة بتقييد الاشتراك بالتحريمة كما سنذكره لا بمطلق الاشتراك ؛ وإلا فالاشتراك فى اتحاد الصلاة مثلا موجود فيها (قوله ليس فى صلاتها) بأن صليا منفردين أو مقتديا أحدهما بإمام لم يقتد به الآخر شرح المنية (قوله مكروهة) الظاهر أنها تحريمية لأنها مظنة الشهوة والكراهة على الطارئ ط . قلت : وفى معراج الدراية : وذكر شيخ الإسلام مكان الكراهة الإساءة والكراهة أفحش اهـ (قوله تحريمة) الاشتراك فى التحريمة أن تبنى صلاتها على صلاة من حاذته أو على صلاة إمام من حاذته بحر ، وعلمت محترزه بما ذكرناه آنفا (قوله وإن سبقت ببعضها) أى الصلاة ، فلا يشترط أن تدرك أول الصلاة فى الصبح ، بل لو سبقها بركعة أو ركعتين فحاذته فيما أدركت تفسد عليه بحر ؛ وسواء كبرت قبل المحاذى أو معه أو بعده ح (قوله وأداء) بأن يكون أحدهما إماما للآخر ، أو يكون لهما إمام فيما يؤديانه حقيقة كالمدرك ، أو حكما كاللاحق ح . والأولى أن يقول وتأدية ، لئلا يتوهم مقابلته للقضاء مع أنها تفسد فى كل صلاة نهر

وأورد صدر الشريعة هنا شيئين :

أحدهما أن ذكر الأداء يغني عن التحريمة ، إذ لاتوجد الشركة فى الأداء بدون الشركة فى التحريمة .

ثانيهما أن الشركة فى التحريمة غير شرط ، فإن الإمام إذا استخلف رجلا فاقتدت المرأة بالخليفة وحاذت رجلا ممن اقتدى بالإمام الأول فسدت صلاة الرجل مع أنه لاشركة بينهما فى التحريمة . وأجاب فى النهر عن الأول ، بأنهم ذكروا الشركة فى التحريمة ، لأن الشركة فى الأداء تتوقف عليها . وفرق بين التنصيص على الشيء وبين كونه لازما لشيء . وأجاب عنه أيضا فى شرح المنية بأنه احتراز عما لو اقتدى كل منهما بإمام غير الذى اقتدى به الآخر فى صلاة واحدة لأنهما اشتركا أداء لأنه صدق عليهما أن لهما إماما فيما يؤديانه لكنهما لم يشتركا تحريمة اهـ .

---

(١) (مكروهة لامفسد) كذا بالأصل . وفى بعض النسخ مكروه لا مفسد والأول زيادة التاء اهـ .

كلاحقين بعد فراغ الإمام، بخلاف المسبوقين والمحاذاة فى الطريق (واتحدت الجهة) فلو اختلفت كما فى جوف الكعبة وليلة مظلمة فلا فساد (فسدت صلاته) لو مكلفا وإلا لا (إن نوى) الإمام وقت شروعه لا بعده (إمامتها) وإن لم تكن حاضرة على الظاهر، ولو لوى امرأة معينة أو النساء إلا هذه عملت نيته (وإلا) ينوها (فسدت صلاتها)

أقول: وفيه نظر، لأن المراد أن يكون لهما إمام واحد تأمل. وأجيب عن الثانى بأن الشركة ثابتة بين الإمام والمأموم تقديرا بناء على أن تحريمة الخليفة مبنية على تحريمة الإمام الأول فتحصل المشاركة بينهما تحريمة (قوله كلاحقين) أى أحدهما امرأة، فلو حاذته فى حال الأداء فسدت صلاته ولو بعد فراغ الإمام لاشتراكهما فى الصلاة أداء حكما (قوله بخلاف المسبوقين) محترز قوله وأداء فإنهما وإن اشتركا تحريمة لم يشتركا أداء. لأن المسبوق المنفرد فيما يقضى إلا فى مسائل ليست هذه منها كما سيأتى. ومثله لو كان أحدهما مسبوقا والآخر لاحقا كما أفاده ح. وأما لو كانا مسبوقين لاحقين، فقال فى الفتح: فيه تفصيل، فإنهما لو اقتديا فى الثالثة فأحدثا فذهبا فتوضأ ثم حاذته فى القضاء، إن كان فى الأولى أو الثانية وهى الثالثة والرابعة للإمام تفسد لوجود الشركة فيهما لأنهما فيهما لاحقان وإن حاذته فى الثالثة والرابعة فلا لعدمها لأنهما مسبوقان، وهذا بناء على أن اللاحق المسبوق يقضى وجوبا أولا ما لحق به ثم ماسبق به، وباعتباره تفسد وإن صح عكسه عندنا خلافا لزفر اهـ. قال فى النهر: وينبغى أنه إن نوى قضاء ماسبق به أولا أن ينعكس حكم المسألة اهـ (قوله والمحاذاة فى الطريق) معطوف على المسبوقين: أى لا تفسد أيضا إذا حاذته فى الطريق للطهارة فيما إذا سبقهما الحدث فى الأصح، لأنهما غير مشتغلين بالقضاء بل بإصلاح الصلاة لا بحقيقتها وإن كانا فى حرمتها، إذ حقيقتها قيام وقراءة الخ وليس شئ من ذلك ثابتا فلم توجد الشركة أداء، وتمامه فى الفتح (قوله كما فى جوف الكعبة) قيد به إذ لا تمكن المحاذاة مع اختلاف الجهة فى خارجها فافهم (قوله وليلة مظلمة) بأن صليا بالتحرى كل منهما إلى جهة (قوله فسدت صلاته) جواب قوله وإذا حاذته: أى فسدت صلاته دونها إن لم يكن إماما نهر، فلو كان إماما فسدت صلاة الجميع إلا إذا أشار إليها بالتأخير كما يأتى. قال فى البحر: وأشار بقوله فسدت صلاته إلى أنها لو اقتدت به مقارنة لتكبيره محاذية له وقد نوى إمامتها لم تنعقد تحريمته، وهو الصحيح كما فى الخانية، لأن المفسد للصلاة إذا قارن الشروع منع من الانعقاد (قوله لو مكلفا) لأن فساد صلاة الرجل لكونه هو المخاطب بتأخيرها، فإذا لم يؤخرها فقد ترك فرض المقام. قال فى الفتح: وفيه أى فى هذا التعليل إشارة إلى اشتراط العقل والبلوغ، فإن الخطاب إنما يتعلق بأفعال المكلفين، كذا فى بعض شروح الجامع، فلا تفسد صلاة الصبى بالمحاذاة على هذا اهـ (قوله إن نوى إمامتها) قال فى البحر: هذا القيد مستغنى عنه بذكر الاشتراك السابق. وأقول: غير خاف أنه لا يفهم منه اشتراط النية وإن استلزمه بعد العلم بذلك نهر (قوله لا بعده) ظاهره أن صلاتها مع المحاذى صحيحة فى هذه الصورة: لأنه يغتفر فى البقاء ما لا يغتفر فى الابتداء ط.

أقول: وفى القنية رامزا إلى شرف الأئمة: ونية الإمام إمامة النساء، تعتبر وقت الشروع لا بعده اهـ. وظاهره أن ذلك شرط فى صحة اقتدائهن، فلو نوى إمامة المرأة بعد شروعه لم يصح اقتداؤها فلا تفسد صلاة من حاذته تأمل (قوله على الظاهر) هو استظهار من صاحب البحر بعد حكايته روايتين فى المسألة: ويؤيده أن الفارسى فى شرحه على تلخيص الجامع حكى الاشتراط بقيل (قوله عملت نيته) فلا تفسد المستثناة ولا غير المعينة لعدم صحة اقتدائهما (قوله فسدت صلاتها) ظاهره أنها لا تصير شارعة فى الفرض ولا فى نفل أيضا. وحكى

كما لو أشار إليها بالتأخير فلم تتأخر لتركها فرض المقام فتح . وشرطوا كونها عاقلة ، وكونهما فى مكان واحد فى ركن كامل ، فالشروط عشرة (ومحاذاة الأمرد صبيح) المشتهى (لايفسدها على المذهب) تضعيف لما فى جامع المحبوبى ودرر البحار من الفساد . لأنه فى المرأة غير معاول بالشهوة ، بل بترك فرض المقام كما حققه ابن الهمام .

(ولا يصح اقتداء رجل بامرأة)

فى القنية فى الثانى روايتين : أى بناء على ماسيأتى، من أنه إذا فسد الاقتداء هل يصح شروعه فى صلاة نفسه أم لا ، وسيأتى الكلام عليه .

[تنبيه] ظاهر إطلاقه أنه لا تصح صلاتها بلا نية الإمام إمامتها فى الجمعة والعيدين أيضا ، فالنية شرط فيهما أيضا . قال فى النهر : وبه قال كثير إلا أن الأكثر على عدمه فيهما ، وهو الأصح كما فى الخلاصة ، وجعل الزيلعى الأكثر على الاشتراط ، وأجمعوا على عدمه فى الجنازة اهـ . وظاهر عود الضمير فى صلاتها على المرأة المحاذية أى لإمام أو لمقتد أنها لو اقتدت غير محاذية لأحد صح اقتداؤها وإن لم ينوها إلا إذا نوى إمامة النساء كما فى القهستانى ، وحينئذ فلا يشترط لصحة اقتداء المرأة نية الإمام إمامتها إلا إذا كانت محاذية وإلا فلا يشترط ، وقدم المصنف فى بحث النية أن فيه اختلافا ، وقدمنا هناك عن الحلية أنه يشترط أن لا تتقدم بعد وتحاذى أحدا من إمام أو مأموم ، فإن تقدمت وحاذت لا يبقى اقتداؤها ولا تتم صلاتها اهـ . وذكر فى النهاية هنا أن هذا قول أبى حنيفة الأول . وظاهره أن قوله الأخير اشتراط النية مطلقا . والعمل على المتأخر كما لا يخفى ، ولهذا أطلق فى متن المختار تركه ؛ ولا تدخل المرأة فى صلاة الرجال إلا أن ينويها الإمام ؛ ومثله فى المتن المجمع (قوله كما لو أشار إليها بالتأخير الخ) قال فى الفتح : وفى الذخيرة والمحيط : إذا حاذته بعد ما شرع ونوى إمامتها فلا يمكنه التأخير بالتقدم خطوة أو خطوتين للكراهة فى ذلك ، فتأخيرها بالإشارة وما أشبه ذلك ، فإذا فعل فقد أخر فيلزمها التأخر ، فإن لم تفعل فقد تركت حينئذ فرض المقام فتفسد صلاتها دونه اهـ .

واستفيد من قوله بعد ما شرع أنها لو حضرت قبل شروعه ونوى إمامتها محاذيا لها وقد أشار إليها بالتأخر تفسد صلاته ، فالإشارة بالتأخر إنما تنفع إذا حضرت بعد الشروع ناويا إمامتها . قال ط : والظاهر أن الإمام ليس بقيد اهـ أى فلو حاذت المقتدى بعد الشروع وأشار إليها بالتأخر ولم تتأخر فسدت صلاتها دونه ، وينبغى أن يعد هذا فى الشروط ، بأن يقال : ولم يشر إليها بالتأخر إذا حضرت بعد شروعه ، وينبغى أن يكون هذا فى المرأة البالغة ، أما غيرها فغير مكلفة بفرضية المقام تأمل (قوله وشرطوا كونها عاقلة) مستغنى عنه بقوله فى صلاة ؛ لأن المجنونة لاتنعقد صلاتها نهر ، وقدمناه عن القهستانى (قوله وكونهما فى مكان واحد) حتى لو كان أحدهما على دكان علو قامة والآخر على الأرض لاتفسد صلاته شرح المنية ، وهذا وإن كان معلوما من المحاذاة إلا أن المشايخ ذكروه إيضاحا ، نهر عن المعراج (قوله فى ركن كامل) أى فى أداء ركن بالفعل عند محمد . وعند أبى يوسف مقدار الركن . والذى فى الخانية المحاذاة مفسدة قلت أو كثرت . قال فى البحر : وظاهر إطلاق المصنف اختياره (قوله فالشروط عشرة) بل أكثر بزيادة ما قدمه من كون الذى حاذته مكلفا وبزيادة ماقدمناه من عدم الإشارة إليها بالتأخر إذا حضرت بعد شروعه (قوله والصبيح المشتهى) إنما قيد بذلك لأنه محل الخلاف ، وإلا فغيره لا يفسد بالاتفاق (قوله غير معلول بالشهوة) أى ليست علة الفساد الشهوة ، ولذا أفسدنا بالعجوز الشوهاء وبالمحرم كأمه وبنته ، وأما عدم الفساد فيمن لم تبلغ حد الشهوة كبنت سبع فلقصورها عن درجة النساء، فكان الأمر بتأخيرهن غير شامل لها ظاهرا ، هذا ماظهر لى فتأمله (قوله ولا يصح اقتداء الخ) المراد بالمرأة الأنثى

وخنثى (وصبي مطلقا) ولو في جنازة

الشامل للبالغة وغيرها ؛ كما أن المراد بالخنثى ما يشملهما أيضا . وأما الرجل ، فإن أراد به البالغ اقتضى بمفهومه صحة اقتداء الصبي بالمرأة والخنثى ، وإن أريد به الذكر أفاد عدم صحة اقتداء الصبي بالصبي ، وكلاهما غير واقع ؛ فالصواب في العبارة أن يقال : ولا يصح اقتداء ذكر بأنثى وخنثى ، ولا رجل بصبي ح عن شيخه السيد علي البصير .

أقول : والحاصل أن كلا من الإمام والمقتدي إما ذكر أو أنثى أو خنثى ، وكل منها إما بالغ أو غيره ؛ فالذكر البالغ تصح إمامته للكل ، ولا يصح اقتداؤه إلا بمثله ؛ والأنثى البالغة تصح إمامتها للأنثى مطلقا فقط مع الكراهة ، ويصح اقتداؤها بالرجل وبمثلها وبالخنثى البالغ ، ويكره لاحتمال أنوثته ، والخنثى البالغ تصح إمامته للأنثى مطلقا فقط لا لرجل ولا لمثله ، لاحتمال أنوثته وذكورة المقتدي ، ويصح اقتداؤه بالرجل لا بمثله ، ولا بأنثى مطلقا لاحتمال ذكورته . وأما غير البالغ ؛ فإن كان ذكرا تصح إمامته لمثله من ذكر وأنثى وخنثى ، ويصح اقتداؤه بالذكر مطلقا فقط ، وإن كان أنثى تصح إمامتها لمثلها فقط . أما الصبي فمحتمل ، ويصح اقتداؤها بالكل ، وان كان خنثى تصح إمامته لأنثى مثله لا لبالغة ولا لذكر أو خنثى مطلقا ، ويصح اقتداؤه بالذكر مطلقا فقط ، هذا ما ظهر لي أخذا من القواعد (قوله ولو في جنازة) بيان للإطلاق الراجع إلى الاقتداء بالصبي :

مطلب الواجب كفاية هل يسقط بفعل الصبي وحده؟

قال الاستروشني : الصبي إذا أم في صلاة الجنازة ينبغي أن لا يجوز وهو الظاهر ، لأنها من فروض الكفاية ، وهو ليس من أهل أداء الفرض ، ولكن يشكل برد السلام إذا سلم على قوم فرد صبي جواب السلام اه .

أقول : مقتضى تعليله أنه لا يسقط الوجوب عن البالغين بصلاته على الجنازة وحده فضلا عن كونه إماما . وقد ذكر في شرح التحرير أنه لم يقف على هذا في كتب المذهب ، وإنما ظاهر أصول المذهب عدم السقوط اه أي لقولهم : إن الصبي ليس من أهل الوجوب .

أقول : ويشكل على ذلك مامر من مسألة السلام ، وتصريحهم بجواز أذان الصبي المراهق بلا كراهة مع أنه قيل بأن الأذان واجب ، والمشهور أنه سنة مؤكدة قريبة من الواجب في لحوق الإثم ، وتصريحهم بأنه لو خطب صبي له منشور يوم الجمعة وصلى بالناس بالغ جاز ، وتصريحهم بأنه تحل ذبيحته إذا كان يعقل الذبح والتسمية أي يعلم أنها مأمور بها ، وكذا ماصرح به الاستروشني من أن الصبي إذا غسل الميت جاز اه أي يسقط به الوجوب. فسقوط الوجوب بصلاته على الميت أولى لأنها دعاء وهو أقرب للإجابة من المكلفين . ولعل معنى قولهم إنه ليس من أهل الوجوب أنه غير مكلف به . ولا ينافي ذلك وقوعه واجبا . وسقوط الوجوب عن المكلفين بفعله ، يؤيد ذلك ماصرح به في الفتح من باب المرتد ، من أنهم اتفقوا على أن الصبي لو أقر بالشهادتين يقع فرضا ويلزمه تجديد إقرار آخر بعد البلوغ حتى على قول من ينفي وجوب الإيمان على الصبي ، فصار كالمسافر لا تجب الجمعة عليه ، ولو صلاها سقط فرضه اه .

ولا يقال : إن ذلك في الإسلام لأنه لا يتنفل به فلا يقع إلا فرضا . لأنا نقول : المراد إثبات إنه من أهل أداء الفرض ، وقد ثبت بذلك فيقال مثله في صلاة الجنازة لأنه لا يتنفل بها أيضا ، والاكتفاء بأذانه وخطبته وتسميته ورده السلام دليل على الاكتفاء بصلاته على الجنازة ، نعم يشكل ما لو صلى في الوقت ثم بلغ فيه فإنه يعيدها لوقوع

ونفل على الأصح (وكذا لايصح الاقتداء بمجنون مطبق أو متقطع فى غير حالة إفاقته وسكران) أو معتوه ذكره الحلبي (ولا طاهر بمعذور) هذا (إن قارن الوضوء الحدث أو طرأ عليه) بعده (وصح لو توضأ على الانقطاع وصلى كذلك) كاقتداء بمفتصد أمن خروج الدم؛ وكاقتداء امرأة بمثلها، وصبي بمثله، ومعذور بمثله، وذي عذرين بذي عذر، لاعكسه كذى انفلات ريح بذى سلس، لأن مع الإمام حدثا ونجاسة :

الأولى نفلا . وقد يجاب بأنه لما كان المعتبر آخر الوقت وهو فيه بالغ لزمه إعادتها لوجود سبب الوجوب عليه ، والوقت الذى صلى فيه ليس سببا للوجود فكأنه صلى قبل سبب الوجوب فى حقه فلم يمكن جعلها فرضا . أما صلاة الجنازة فإن سببها حضورها وهو موجود قبل بلوغه فأمكن وقوعها فرضا منه تأمل ، وهذا كله فيما لايشترط فيه البلوغ ، فلا يرد أنه لو حج يلزمه الحج ثانيا بعد البلوغ ، لأن حجة الإسلام من شرطها البلوغ والحرية ، بخلاف الحج النفل . ومن هذا يظهر أنه لاتصح إمامته فى الجنازة أيضا وإن قلنا بصحة صلاته وسقوط الواجب بها عن المكلفين ، لأن الإمامة للبالغين من شروط صحتها البلوغ ، هذا ماظهر لى فى تقرير هذا المحل ، فاغتنمه فإنك لاتظفر به فى غير هذا الكتاب ، والحمد لله الملك الوهاب (قوله ونفل على الأصح) قال فى الهداية : وفى التراويح والسنن المطلقة جوزه مشايخ بلخ ولم يجوزه مشايخنا ، ومنهم من حقق الخلاف فى النفل المطلق بين أبى يوسف ومحمد : والمختار أنه لايجوز فى الصلوات كلها اه ؛ والمراد بالسنن المطلقة السنن الرواتب والعيد فى إحدى الروايتين ، وكذا الوتر والكسوفان والاستسقاء عندهما فتح (قوله بمجنون مطبق) بكسر الباء والنسبة مجازية ، لأن المطبق هو الجنون لا المجنون ، فهو كقولك ضرب مؤلم ، فإن المؤلم هو الضارب لا الضرب ، وإنما لم يصح الاقتداء به لأنه لاصلاة له لعدم تحقق النية ولعدم الطهارة (قوله فى غير حالة إفاقته) وأما فى حالة الإفاقة فيصح كما فى البحر عن الخلاصة : وظاهره أنه لايصح مالم يتحقق إفاقته قبل الصلاة ، حتى لو علم منه جنون وإفاقة ولم يعلم حاله وقت الصلاة لايصح ، وينبغى أنه لو علمت إفاقته بعد جنونه أن يصح ، ولا عبرة باحتمال عود الجنون استصحابا للأصل وهو الصحة ، لأن الجنون مرض عارض (قوله أو معتوه) هو الناقص العقل ، وقيل المدهوش من غير جنون كذا فى المغرب ، وقد جعلوه فى حكم الصبى (قوله ومعذور بمثله الخ) أى إن اتحد عذرهما ، وإن اختلف لم يجز كما فى الزيلعى والفتح وغيرهما . وفى السراج مانصه : ويصلى من به سلس البول خلف مثله :

وأما إذا صلى خلف من به السلس وانفلات ريح لايجوز لأن الإمام صاحب عذرين والمؤتم صاحب عذر واحد اه ومثله فى الجوهرة . وظاهر التعليل المذكور أن المراد من اتحاد العذر اتحاد الأثر لا اتحاد العين ، وإلا لكان يكفيه فى التمثيل أن يقول وأما إذا صلى خلف من به انفلات ريح ، ولكان عليه أن يقول فى التعليل لاختلاف عذرهما ، ولهذا قال فى البحر : وظاهره أن سلس البول والجرح من قبيل المتحد ، وكذا سلس البول واستطلاق البطن اه أى لاتحادهما فى الأثر من حيث أن كلا منهما حدث ونجاسة وإن كان السلس ليس عين الجرح ، لكن اعترض فى النهر ذلك بأنه يقتضى جواز اقتداء ذى سلس بذى انفلات ، وليس بالواقع لاختلاف عذرهما اه وهو مبنى على أن المراد بالاتحاد اتحاد العين ، وهو ظاهر مافى شرح المنية الكبير ، وكذا صرح فى الحلية بأنه لايصح اقتداء ذى سلس بذى جرح لايرقأ أو بالعكس . وقال كما هو المذهب ، فإنه يجوز اقتداء معذور بمثله إذا اتحد عذرهما لا إن اختلف اه . وبه علم أن الأحسن مافى النهر وأنه كان ينبغى للشارح متابعته على عادته ، وأن ما قاله هنا تابع فيه صاحب البحر ، وكذا مامشى عليه فى الخزائن حيث قال : اقتداء المعذور بمثله صحيح إن اتحد عذرهما كذى سلس بمثله أو بذى جرح أو انطلاق ، لا إن اختلف كذى انفلات بذى سلس لأن مع الإمام حدثا

وما فى المجتبى الاقتداء بالمماثل صحيح إلا ثلاثة : الخنثى المشكل والضالة والمستحاضة : أى لاحتمال الحيض ، فلو انتفى صح (و) لا (حافظ آية من القرآن بغير حافظ لها) وهو الأمى ، ولا أمى بأخرس لقدرة الأمى على التحريمة فصح عكسه (و) لا (مستورعورة بعار) فلو أمّ العارى عريانا ولابسين فصلاة الإمام ومماثله جائزة اتفاقا . وكذا ذو جرح بمثله وبصحيح (و) لا (قادر على ركوع وسجود بعاجز عنهما) لبناء القوى على الضعيف (و) لا (مفترض بمتنفل وبمفترض فرضا آخر) لأن اتحاد الصلاتين شرط عندنا . وصح أن معاذا كان يصلى مع النبى

ونجاسة اه فإنه خلاف المذهب كما علمت (قوله وما فى المجتبى) مبتدأ خبره قوله الآتى : أى لاحتمال الحيض أى مافى المجتبى مفسر بكذا (قوله الاقتداء بالمخالف(١)) كذا فى بعض النسخ ، وسقط من بعض النسخ لفظة الاقتداء (قوله أى لاحتمال الحيض) أى واحتمال ذكورة المقتدية وأنوثة الإمام ، ثم إن هذا فى الضالة ظاهر . وقد صرح به فى القنية بقوله : ومن جوز اقتداء الضالة بالضالة فقد غلط غلطا فاحشا لاحتمال اقتدائها بالحائض اه .

وأما فى المستحاضة فمشكل ، لأن المستحاضة حقيقة لاتحتمل أن تكون حائضا كمن تجاوز دمها على عشرة فى الحيض أو أربعين فى النفاس إلا أن يراد بها نحو المبتدأة قبل تمام ثلاثة أيام فإنها تترك الصلاة بمجرد رؤيتها الدم ، فإن تم ثلاثا فيها وإلا قضت ، فهى قبل الثلاث يحتمل حالها الحيض والاستحاضة . وكذا المعتادة إذا تجاوز الدم على عادتها فإنها يحتمل أن ينقطع لعشرة فتكون حائضا أو لأكثر فتكون مستحاضة . فلا يجوز لمثلها الاقتداء بها . قال الرحمتى الذى رأيته فى المجتبى : واقتداء المستحاضة بالمستحاضة يجوز والضالة بالضالة لايجوز كالخنثى المشكل بالمشكل اه وهذه لا إشكال فيها ، ولعل نسخة صاحب البحر محرفة وتبعوه عليها تأمل اه لكن الذى فى القهستانى موافق لما هنا : هذا ، وقد ذكر فى القنية روايتين فى الخنثى المشكل (قوله فلو انتفى) أى الاحتمال ح (قوله بغير حافظ لها) شمل من يحفظها أو أكثر منها ، لكن بلحن مفسد للمعنى لما فى البحر : الأمى عندنا من لايحسن القراءة المفروضة ، وعند الشافعى من لايحسن الفاتحة (قوله ولا أمى بأخرس) أما اقتداء أخرس بأخرس أو أمى بأمى فصحيح ط عن أبى السعود (قوله فصح عكسه) تفريع على التعليل : لأن قدرة الأمى على التحريمة دليل على أنه أقوى حالا من الأخرس فصح اقتداء الأخرس به دون عكسه ، ومفهومه أنه إذا لم يقدر صح اقتداء كل منهما بالآخر تأمل (قوله اتفاقا) بخلاف الأمى إذا أم أميا وقارئا فإن صلاة الكل فاسدة عند الإمام . لأن الأمى يمكن أن يجعل صلاته بقراءة إذا اقتدى بقارئ ، لأن قراءة الإمام له قراءة وليست طهارة الإمام وستره طهارة وسترا للمأموم حكما فافترقا بحر (قوله وكذا ذو جرح بمثله وبصحيح) تبع فى هذا التعبير صاحب البحر . والأولى : مثله وصحيحا ، فإن التقدير . وكذا لو أم ذو جرح مثله وصحيحا ، وأم يتعدى بنفسه ح (قوله بعاجز عنهما) أى بمن يومئ بهما قائما أو قاعدا ، بخلاف ما لو أمكناه قاعدا فيصح كما سيأتى . قال ط : والعبرة للعجز عن السجود ، حتى لو عجز عنه وقدر على الركوع أومأ (قوله وبمفترض فرضا آخر) سواء تغاير الفرضان اسما أو صفة ، كمصلى ظهر أمس بمصلى ظهر اليوم ؛ بخلاف ما إذا فاتتهم صلاة واحدة من يوم واحد فإنه يجوز ؛ وكذا لو صلى ركعتين من العصر فغربت الشمس فاقتدى به آخر فى الأخريين ، لأن الصلاة واحدة وإن كان هذا قضاء للمقتدى جوهرة (قوله لأن اتحاد الصلاتين الخ) قدمنا أول الباب معنى اتحادهما (قوله وصح أن معاذا الخ) أى صح عند أئمتنا وترجح ، وهو جواب عما استدل به الشافعى على جواز الفرض بالنفل ، وهو مافى الصحيحين « أن معاذا كان يصلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عشاء الآخرة ثم يرجع إلى قومه فيصلى بهم تلك الصلاة »

---

(١) (قوله بالمخالف) كذا بخطه ، والذى فى نسخ الشارح بالمماثل ، ولعله الأصوب فتأمل اه .

صلى الله عليه وسلم نفلا وبقومه فرضا (و) لا (ناذر) بمتنفل ، ولا بمفترض ، ولا (بناذر) لأن كلا منهما كمفترض فرضا آخر إلا إذا نذر أحدهما عين منذور الآخر للاتحاد (و) لا (ناذر بحالف) لأن المنذورة أقوى فصح عكسه ، وبحالف ومتنفل ، ومصليا ركعتي طواف كناذرين ؛ ولو اشتركا فى نافلة فأفسداها صح الاقتداء لا إن أفسداها منفردين ؛ ولو صليا الظهر ونوى كل إمامة الآخر صحت لا إن نويا الاقتداء ، والفرق لا يخفى (و) لا (لاحق و) لا (مسبوق بمثلهما) لما تقرر أن الاقتداء فى موضع الانفراد

والجواب أن معاذا لما شكا قومه قال له صلى الله عليه وسلم « يامعاذ لا تكن فتانا ، إما أن تصلى معى ، وإما أن تخفف على قومك » رواه أحمد . قال الحافظ ابن تيمية : فيه دلالة على منع اقتداء المفترض بالمتنفل ، لأنه يدل على أنه متى صلى معه امتنعت إمامته ، وبالإجماع لا تمتنع إمامته بصلاة النفل معه ، فعلم أن الذى كان يصليه مع النبى صلى الله عليه وسلم نفل اهـ . وقال الإمام القرطبي فى المفهم : الحديث يدل على أن صلاة معاذ مع النبى صلى الله عليه وسلم كانت نافلة وكانت صلاته بقومه هى الفريضة ، وتمامه فى خاشية نوح أفندى وفتح القدير (قوله ولا ناذر بمتنفل) لأن النذر واجب فيلزم بناء القوى على الضعيف ح (قوله لأن كلا الخ) علة للأخيرين ، فإن المنذور فرض أو واجب . ورجح الشرنبلالى الأولى فافهم (قوله إلا إذا نذر أحدهما الخ) بأن قال بعد نذر صاحبه نذرت تلك المنذورة التى نذرها فلان شرح المنية (قوله للاتحاد) لأنه لما نذر منذورة صاحبه فكأنهما نذرا صلاة بعينها ، بخلاف ما إذا نذرت كل منهما صلاة لأن ما أوجبه كل منهما بنذره غير ما أوجبه الآخر ، وليس منذور أحدهما أقوى من الآخر (قوله لأن المنذورة أقوى) أى من المحلوف عليها فإنها لا تخرج بالحلف عن كونها نافلة ، ألا ترى أنه باق على التخيير ، إن شاء صلى وبر فى يمينه ، وإن شاء ترك وكفر ، ولذا جاز اقتداء الحالف بالحالف وبالمتنفل ، وما وقع فى المنح تبعا للبحر من أن الوجوب فيها عارض غير صحيح ، ولذا أضرب عنه الشارح رحمتى :

أقول : يؤيد هذا ماصرحوا به فى كتاب الأيمان من أن المحلوف عليه إن كان فرضا وجب البر ، أو معصية وجب الحنث ، أو غيره خير ترجح الحنث ، وإن تساويا ترجح البر تأمل (قوله فصح عكسه) لأن فيه بناء الضعيف على القوى وهو جائز ط (قوله وبحالف) عطف على الناذر الذى تضمنه قوله عكسه ، والتقدير : فصح اقتداء حالف بناذر وبحالف ح . وصورة الحلف بها كما فى الخلاصة أن يقول : والله لأصلين ركعتين بحر ، وإنما صح اقتداء حالف بحالف لما علمته من أنها لا تخرج بالحلف عن كونها نافلة ، فكان اقتداء متنفل بمثله ، وعلله فى شرح المنية بقوله : لأن الواجب هو البر فبقيت الصلاتان نفلا فى نفسهما اهـ تأمل (قوله وبمتنفل) عطف على قوله بحالف أى صح اقتداء الحالف بالمتنفل ، لأن المحلوف عليها نفل ح وقوله فى البحر : وقد يقال إنها واجبة لتحقيق البر فينبغى أن لا تجوز خلف المتنفل اهـ علمت جوابه (قوله ومصليا) تثنية مصل ، وهو مبتدأ خبره قوله كناذرين ، يعنى فلا يصح اقتداء أحدهما بالآخر لاختلاف السبب ، فإن طواف أحدهما غير طواف الآخر كما فى البحر ح . وما فى الخانية من أنه يصح بمنزلة اقتداء المتطوع بالمتطوع الظاهر أنه مبنى على القول بسنية ركعتى الطواف ، ويؤيده مابحثه فى البحر بقوله : وينبغى أن يصح الاقتداء على القول بسنيتهما (قوله صح الاقتداء) أى للاتحاد ، فكان كنذر أحدهما عين مانذره الآخر ح (قوله لا إن أفسداها منفردين) لاختلاف السبب كالناذرين (قوله والفرق لا يخفى) هو أن الإمام منفرد فى حق نفسه ، ولا يصير إماما إلا باقتداء غيره به فبقيا منفردين ، وأما المقتدى فلا تصح صلاته إلا بنية الاقتداء والاقتداء يصح لمن نوى بناء صلاته على غيره (قوله بمثلهما) وكذا لاحق بمسبوق وعكسه ح (قوله الاقتداء فى موضع الانفراد) هذا يجرى فى اقتداء المسبوق بمسبوق أو لاحق ، وقوله كعكسه :

مفسد كعكسه (و) لا (مسافر بمقيم بعد الوقت فيما يتغير بالسفر) كالظهر ، سواء أحرم المقيم بعد الوقت أو فيه ، فخرج فاقتدى المسافر (بل) إن أحرم (فى الوقت) فخرج صح (وأتم) تبعا لإمامه ، أما بعد الوقت فلا يتغير فرضه فيكون اقتداء بمتنفل فى حق قعدة أو قراءة باقتدائه فى شفع أول أو ثان (و) لا (نازل براكب) ولا راكب براكب دابة أخرى ، فلو معه صح (و) لا (غير الألثغ به) أى بالألثغ (على الأصح) كما فى البحر

يعنى الانفراد فى موضع الاقتداء يجرى فى اقتداء اللاحق بلاحق أو مسبوق ، فإن اللاحق إذا قصد الاقتداء بغير إمامه فكأنه انفرد أولا عن إمامه ثم اقتدى فصح أنه انفرد فى موضع الاقتداء ح (قوله ولا مسافر بمقيم الخ) أى ولا يصح اقتداء مسافر بمقيم الخ :

وبيان ذلك أن صلاة المسافر قابلة للإتمام مادام الوقت باقيا ، بأن ينوى الإقامة ، أو بأن يقتدى بمقيم فيصير تبعا لإمامه ويتم لبقاء السبب وهو الوقت . أما إذا خرج الوقت فقد تقررت فى ذمته ركعتين فلا يمكن إتمامها بإقامة أو غيرها ، حتى إنه يقضيها فى بلده ركعتين ، فإذا اقتدى بعد الوقت بمقيم أحرم بعد الوقت أو فيه لا يصح ، لما قلنا ولما يأتى ، بخلاف ما إذا اقتدى به فى الوقت فإنه يتم لما قلنا (قوله فيما يتغير بالسفر) احتراز عن الفجر والمغرب فإنه يصح فى الوقت وبعده لعدم تغيره (قوله فخرج) معطوف على قوله أو فيه . لأن أو العاطفة قائمة مقام عاطف وهو أحرم ، وقوله فاقتدى معطوف على أحرم (قوله بل إن أحرم) أى المسافر المقتدى بالمقيم . وعبر بأحرم بدل اقتدى لينبه على أن مجرد إدراك التحريمة فى الوقت كاف فى صحة الاقتداء ولزوم الإتمام فافهم (قوله فيكون) تفريع على عدم التغير ح (قوله باقتدائه) الباء للتصوير (قوله فى شفع أول أو ثان) نشر مرتب : أى أنه إذا اقتدى بالمقيم فى الشفع الأول يكون اقتداء مفترض بمتنفل فى حق القعدة الأولى . فإنها فرض على المسافر لأنها آخر صلاته نفل فى حق المقيم لأنها أولى فى حقه ، وأطلقوا النفل هنا على ماليس بفرض وهو الواجب . لأن النفل الزيادة والواجب زائد على الفرض ، وإذا اقتدى به فى الشفع الثانى يكون اقتداء مفترض بمتنفل أيضا فى حق القراءة لأنها فرض بالنسبة إلى صلاة المسافر نفل للمقيم ، سواء قرأ المقيم فى الأولين وهو ظاهر ، أو فى الأخريين فقط لأن محلها الأوليان فتلتحق بهما فتخلو الأخريان عنها حكما . ولا يرد اقتداء المتنفل بالمفترض لما فى النهاية من أنها أخذت حكم الفرض تبعا لصلاة الإمام ؛ ولذا لو أفسدها بعد الاقتداء يقضيها أربعا .

[تنبيه] يؤخذ من هذا أنه لو اقتدى مقيمون بمسافر وأتم بهم بلا نية إقامة وتابعوه فسدت صلاتهم لكونه متنفلا فى الأخريين ، نبه على ذلك العلامة الشرنبلالى فى رسالته فى المسائل الاثنى عشرية ؛ وذكر أنها وقعت له ولم يرها فى كتاب . قلت : وقد نقلها الرملى فى باب المسافر عن الظهيرية ، وسنذكرها هناك أيضا (قوله ولا نازل براكب الخ) وكذا عكسه ، والعلة فى هذه المسائل اختلاف المكان ، وإنما صح لو كان معه على دابة واحدة لاتحاده كما فى الإمداد أيضا ؛ ففى اقتداء النازل بالراكب مانع آخر وهو كونه اقتداء من يركع ويسجد بمن يومى بهما إلا إذا كان النازل موميا أيضا . ثم إن هذا دليل على أن اختلاف المكان مانع من الاقتداء وإن لم يكن فيه اشتباه حال الإمام ، لأن الاشتباه إنما يعتبر فى الحائل لا فى اختلاف المكان كما سيأتى تحقيقه بعون الله تعالى فافهم (قوله ولا غير الألثغ به) هو بالثاء المثلثة بعد اللام من اللثغ بالتحريك . قال فى المغرب : هو الذى يتحول لسانه من السين إلى الثاء ، وقيل من الراء إلى الغين أو اللام أو الياء . زاد فى القاموس أو من حرف إلى حرف (قوله على الأصح) أى خلافا لما فى الخلاصة عن الفضلى من أنها جائزة ، لأن مايقوله صار لغة له ، ومثله فى التاترخانية .

عن المجتبى ، وحرر الحلبى وابن الشحنة أنه بعد بذل جهده دائما حتما كالأمى ، فلا يؤم إلا مثله ، ولا تصح صلاته إذا أمكنه الاقتداء بمن يحسنه أو ترك جهده أو وجد قدر الفرض مما لالثغ فيه ، هذا هو الصحيح المختار فى حكم الألثغ ، وكذا من لايقدر على التلفظ بحرف من الحروف أو لايقدر على إخراج الفاء إلا بتكرار (و) اعلم أنه (إذا فسد الاقتداء)

مطلب فى الألثغ

وفى الظهيرية وإمامة الألثغ لغيره تجوز ، وقيل لا ، ونحوه فى الخانية عن الفضلى . وظاهره اعتمادهم الصحة ، وكذا اعتمدها صاحب الحلية ، قال لما أطلقه غير واحد من المشايخ من أنه ينبغى له أن لايؤم غيره ، ولما فى خزانة الأكمل : وتكره إمامة الفأفاء اه ولكن الأحوط عدم الصحة كما مشى عليه المصنف ونظمه فى منظومته تحفة الأقران ، وأفتى به الخير الرملى وقال فى فتاواه : الراجح المفتى به عدم صحة إمامة الألثغ لغيره ممن ليس به لثغة . وأجاب عنه بأبيات ، منها قوله :

إمامة الألثغ للمغاير تجوز عند البعض من أكابر
وقد أباه أكثر الأصحاب لما لغيره من الصواب

وقال أيضا : إمامة الألثغ للفصيح فاسدة فى الراجح الصحيح

(قوله دائما) أى فى آناء الليل وأطراف النهار ، فمادام فى التصحيح والتعلم ولم يقدر عليه فصلاته جائزة ، وإن ترك جهده فصلاته فاسدة كما فى المحيط وغيره . قال فى الذخيرة وإنه مشكل عندى ، لأن ماكان خلقة فالعبد لايقدر على تغييره اه وتمامه فى شرح المنية (قوله حتما) أى بذلا حتما فهو مفروض عليه ط (قوله فلا يؤم إلا مثله) يحتمل أن يراد المثلية فى مطلق اللثغ فيصح اقتداء من يبدل الراء المهملة غينا معجمة بمن يبدلها لاما ، وأن يراد مثلية فى خصوص اللثغ ، فلا يقتدى من يبدلها غينا إلا بمن يبدلها غينا ، وهذا هو الظاهر كاختلاف العذر ، فليراجع ح (قوله إذا أمكنه الاقتداء بمن يحسنه) أى يحسن مايلثغ هو به أو يحسن القرآن ، وهذا مبنى على أن الأمى إذا أمكنه الاقتداء يلزمه ، وفيه كلام ستعرفه . وعلى ماإذا ترك جهده ، لما علمت من أنه مادام فى التصحيح ولم يقدر عليه فصلاته جائزة وإن ترك جهده فصلاته فاسدة ، ولابد أيضا من تقييده بما إذا لم يقدر على قراءة قدر الفرض مما لالثغ فيه ، فإن قدر عليه وقرأه لايلزمه الاقتداء ولا بذل الجهد كما لايخفى (قوله أوترك جهده) أى وصلى غير مؤتم ولم يقدر على قراءة المفروض مما لالثغ فيه ؛ أما لو اقتدى أو قرأ ما الالثغ فيه فإنها تصح وإن ترك جهده (قوله أو وجد قدر الفرض الخ) أى وصلى غير مؤتم ولم يقرأه وإلا صحت . وفى الولوالجية إن كان يمكنه أن يتخذ من القرآن آيات ليس فيها تلك الحروف يتخذ إلا فاتحة الكتاب فإنه لايدع قراءتها فى الصلاة اه (قوله وكذا من لايقدر على التلفظ بحرف من الحروف) عطفه على ماقبله بناء على أن اللثغ خاص بالسين والراء كما يعلم مما مر عن المغرب ، وذلك كالرهمن الرهيم والشيتان الرجيم والآلمين وإياك نأبد وإياك نستئين السرات انأمت ، فكل ذلك حكمه مامر من بذل الجهد دائما وإلا فلا تصح الصلاة به .

مطلب إذا كانت اللثغة يسيرة

[تتمة] سئل الخير الرملى عما إذا كانت اللثغة يسيرة . فأجاب بأنه لم يرها لأئمتنا ، وصرح بها الشافعية بأنه لو كانت يسيرة بأن يأتى بالحرف غير صاف لم تؤثر . قال وقواعدنا لاتأباه اه وبمثله أفتى تلميذ الشارح المرحوم

بأى وجه كان (لايصح شروعه فى صلاة نفسه) لأنه قصد المشاركة وهى غير صلاة الانفراد (على) الصحيح محيط، وادعى فى البحر أنه (المذهب) قال المصنف: لكن كلام الخلاصة يفيد أن هذا قول محمد خاصة.

قلت: وقد ادعى فيما مر بعد تصحيح السراج بخلافه أن المذهب انقلابها نفلا فتأمل، وحينئذ فالأشبه

الشيخ إسمعيل الحائك مفتى دمشق الشام (قوله بأى وجه كان) أى سواء كان لفقد أهلية الإمام للإمامة كالمرأة والصبى ، أو لفقد شرط فيه بالنسبة إلى المقتدى كالمعذور والعارى ، أو لفقد ركن فيه كذلك كالمومى والأمى ، أو لاختلاف الصلاتين كالمتنفل بالمفترض، ونحو ذلك من المسائل المارة (قوله فى صلاة نفسه) أى فى صلاة مستقل بها فى حق نفسه غير تابع فيها للإمام لافرضا ونفلا كما يدل عليه تفصيل الزيلعى كما أفاده ح ، وكذا يدل عليه تعليل الشارح وحكايته للقول بانقلابها نفلا (قوله وهى غير صلاة الانفراد) لأن لها أحكاما غير الأحكام التى قصدها وحاصله: أنه إذا لم يصح شروعه فيما نوى لايصح فى غيره (قوله وادعى فى البحر أنه المذهب) أى ماصححه فى المحيط ومشى عليه المصنف فى متنه (قوله لكن كلام الخلاصة الخ) عبارة الخلاصة : وفى كل موضع لايصح الاقتداء هل يصير شارعا فى صلاة نفسه؟ عند محمد لا. وعندهما يصير شارعا اهـ (قوله قلت وقد ادعى) أى صاحب البحر فيما مر : أى فى مسألة المحاذاة عند قول المتن فى صلاة وقوله بعد تصحيح السراج بخلافه : أى خلاف ما ادعى فى البحر هنا أنه المذهب ، والأولى حذف الباء أو إبدالها بلام التقوية لأنه مفعول تصحيح ؛ وقوله إنه المذهب مفعول ادعى :

والحاصل: أن صاحب البحر نقل فيما مر عن السراج أنه لو اقتدت به المرأة فى الظهر وهو يصلى العصر وحاذته بطلت صلاته على الصحيح ، وقال : لأن اقتداءها وإن لم يصح فرضا يصح نفلا على المذهب، فكان بناء النفل على الفرض اهـ وهو صريح فى أنه إذا فسد الاقتداء بالفرض لم يفسد الشروع ، بل بقى الاقتداء بالنفل ولولا لم تفسد صلاته بمحاذاتها له ، وتصريحه بأن هذا هو المذهب مناقض لما ادعاه من أن المذهب مافى المحيط من عدم صحة الشروع (قوله وحينئذ فالأشبه الخ) أى حين إذا اختلف كلام البحر فى نقل ماهو المذهب ، ولا يمكن إهمال أحد النقلين، فالأشبه بالقواعد مافى الزيلعى مما يناسب كلا منهما ويحصل به التوفيق بينهما ، بحمل ماصححه فى المحيط من عدم صحة الشروع وأصلا على ما إذا كان فساد الاقتداء لفقد شرط أى أو نحوه مما يلزم به فساد صلاة المقتدى وبحمل ماصححه فى السراج من صحة الاقتداء بالنفل وفساد الوصف أعنى الفرضية فقط على ما إذا كان لاختلاف الصلاتين ؛ فلو قهقه فى صلاته هذه لاينتقض وضوءه فى الوجه الأول وينتقض فى الثانى :

ثم اعلم أن ما ادعى الشارح أنه الأشبه قد رده فى البحر ، حيث قال : ويرد هذا التفصيل ماذكره الحاكم فى كافيه من أن المرأة إذا نوت العصر خلف مصلى الظهر لم تجز صلاتها ولم تفسد على الإمام صلاته اهـ فهو صريح فى عدم صحة شروعها لاختلاف الصلاتين . وقال : أى الحاكم فى موضع آخر : رجل قارئ دخل فى صلاة أمى تطوعا أو فى صلاة امرأة أو جنب أو على غير وضوء ثم أفسدها فليس عليه قضاؤها لأنه لم يدخل فى صلاة تامة اهـ :

مطلب الكافى للحاكم جمع كلام محمد فى كتبه التى هى ظاهر الرواية

فعلم بهذا أن المذهب تصحيح المحيط من عدم صحة الشروع ، لأن الكافى جمع كلام محمد فى كتبه التى هى ظاهر الرواية اهـ كلام البحر :

أقول : نعم ظاهر الفرع الأول مؤيد لما فى المحيط ومخالف لما مر عن السراج ، وأما الفرع الثانى فلا ، بل الأمر

مافى الزيلعى أنه متى فسد لفقد شرط كطاهر بمعذور لم تنعقد أصلا ، وإن لاختلاف الصلاتين تنعقد نفلا غير مضمون ، وثمرته الانتقاض بالقهقهة (ويمنع من الاقتداء) صف من النساء بلا حائل قدر ذراع أو ارتفاعهن قدر قامة الرجل ، مفتاح السعادة أو (طريق

فيه بالعكس ، لأن قوله ثم أفسدها صريح فى صحة الشروع ، وقوله لأنه لم يدخل فى صلاة تامة مؤيد لذلك لأنه يفيد دخوله فى صلاة ناقصة أى فى نفل غير مضمون ، ولذا قال ليس عليه قضاؤها ، وفى هذا الفرع رد على مافصله الزيلعى ، لأن الفساد فيه لفقد شرط مع أنه صح شروعه كما علمت . ثم رأيت الرحمتى ذكر نحو ماذكرته ولله الحمد .

والحاصل أن فى المسألة روايتين إحداهما صحة الشروع فى صلاة نفسه وعليها مافى السراج : والفرع الثانى من فرعى الكافى والثانية عدم الصحة أصلا ، وعليها مافى المحيط ، والفرع الأول وهى الأصح كما فى القهستانى عن المضمرات . وذكر فى النهر أن مافى السراج جزم به غير واحد (قوله صف من النساء) المراد به مازاد على ثلاث نسوة فإنه يمنع اقتداء جميع من خلفه وإلا ففيه تفصيل بدليل ماقدمنا حاصله عن البحر ، وهو مااتفقوا على نقله عن أصحابنا ، من أن المرأة الواحدة تفسد صلاة رجلين من جانبيها ورجل خلفها ، والثنتين صلاة اثنين من جانبيهما واثنين خلفهما ، والثلاث صلاة اثنين من جانبيهن وصلاة ثلاثة ثلاثة من خلفهن إلى آخر الصفوف ، ولو كان صف من النساء بين الرجال والإمام لايصح اقتداء الرجال بالإمام ويجعل حائلا (قوله بلاحائل) قيد للمنع ، وقوله أو ارتفاعهن بالجر عطف على حائل . وعبارة مفتاح السعادة : وفى الينابيع ولو كان صف الرجال على الحائط وصف النساء أمامهن أو كان صف النساء على الحائط وصف الرجال خلفهن ، إن كان الحائط مقدار قامة الرجل جازت صلاتهم ، وإن كان أقل فلا ، وإن كان صف تام من النساء وليس بين الصفين حائل تفسد صلاة من خلفهن ولو عشرين صفا ، ولو كان بينهن وبين الرجال فاصل لاتفسد صلاتهم وذلك الحائل مقدار مؤخر الرجل أو مقدار خشبة منصوبة أو حائط قدر ذراع اهـ :

وحاصله أنه إذا كان صف النساء أمام صف الرجال يمنع إلا إذا كان أحد الصفين على حائط مرتفع قدر قامة أو كان بينهما حائل مقدار مؤخر رحل البعير أو خشبة منصوبة أو حائط قدر ذراع ، وهذا مخالف لما فى الخانية والبحر وغيرهما . وهو قوم صلوا على ظهر ظلة فى المسجد وبحذائهم من تحتهم نساء أجزأتهم صلاتهم لعدم اتحاد المكان ، بخلاف ماإذا كان قدامهم نساء فإنها فاسدة لأنه تخلل بينهم وبين الإمام صف من النساء وهو مانع من الاقتداء اهـ . وفى الولوالجية : قوم صلوا على ظهر ظلة المسجد وتحتهم قدامهم نساء لاتجزيهم صلاتهم لأنه تخلل صف من النساء فمنع اقتداءهم وكذا الطريق اهـ فهذا بإطلاقه صريح بأن الارتفاع غير معتبر فى صف النساء وفى المعراج عن المبسوط : فإن كان صف تام من النساء ووراءهن صفوف الرجال فسدت تلك الصفوف كلها استحسانا ، والقياس أن لاتفسد إلا صلاة صف واحد ، ولكن استحسن لحديث عمر مرفوعا وموقوفا عليه « من كان بينه وبين الإمام نهر أو طريق أو صف من النساء فلا صلاة له » اهـ فهذا صريح فى أن الحائل غير معتبر فى صف النساء وإلا لفسدت صلاة الصف الأول من الرجال فقط ، لكونه صار حائلا بين من خلفه وبين صف النساء كما هو القياس ؛ فظهر أن ماذكره الشارح من اعتبار الحائل أو الارتفاع إنما هو فيما دون الصف التام من النساء كالواحدة والثنتين ، أما الصف فهو خارج عن القياس اتباعا للأثر ، هذا ماظهر فتدبر ، والله أعلم (قوله أو طريق) أى نافذ أبو السعود عن شيخه ط . قلت : ويفهم ذلك من التعبير عنه فى عدة كتب بالطريق العام : وفى التتارخانية :

تجرى فيه عجلة) آلة يجرها الثور (أو نهر تجرى فيه السفن) ولو زورقا ولو فى المسجد (أو خلاء) أى فضاء (فى الصحراء) أو فى مسجد كبير جدا كمسجد القدس(يسع صفين) فأكثر إلا إذا اتصلت الصفوف

الطريق فى مسجد الرباط والخان لايمنع ، لأنه ليس بطريق عام (قوله تجرى فيه عجلة) أى تمر ، وبه عبر فى بعض النسخ . والعجلة بفتحتين . وفى الدرر : هو الذى تجرى فيه العجلة والأوقار اه وهو جمع وقر بالقاف . قال فى المغرب : وأكثر استعماله فى حمل البغل أو الحمار كالوسق فى حمل البعير (قوله أو نهر تجرى فيه السفن) أى يمكن ذلك ، ومثله يقال فى قوله تمر فيه عجلة ط . وأما البركة أو الحوض ، فإن كان بحال لو وقعت النجاسة فى جانب تنجس الجانب الآخر لايمنع وإلا منع ، كذا ذكره الصفار إسمعيل عن المحيط .

وحاصله أن الحوض الكبير المذكور فى كتاب الطهارة يمنع أى مالم تتصل الصفوف حوله كما يأتى (قوله ولو زورقا) بتقديم الزاى : السفينة الصغيرة كما فى القاموس . وفى الملتقط : إذا كان كاضيق الطريق يمنع ، وإن بحيث لايكون طريق مثله لايمنع سواء كان فيه ماء أولا . وقال أبو يوسف : النهر الذى يمشى فى بطنه جمل وفيه ماء يمنع ، وإن كان يابسا واتصلت به الصفوف جاز اه إسمعيل (قوله ولو فى المسجد) صرح به فى الدرر والخانية وغيرهما (قوله أو خلاء) بالمد: المكان الذى لاشىء به قاموس(قوله أو فى مسجد كبير جدا الخ) قال فى الإمداد: والفاصل فى مصلى العيد لايمنع وإن كثر . واختلف فى المتخذ لصلاة الجنازة . وفى النوازل : جعله كالمسجد ، والمسجد وإن كبر لايمنع الفاصل إلا فى الجامع القديم بخوارزم، فإن ربعه كان على أربعة آلاف أسطوانة . وجامع القدس الشريف أعنى مايشتمل على المساجد الثلاثة الأقصى والصخرة والبيضاء، كذا فى البزازية اه ومثله فى شرح المنية . وأما قوله فى الدرر : لايمنع من الاقتداء الفضاء الواسع فى المسجد، وقيل يمنع اه فإنه وإن أفاد أن المعتمد عدم المنع لكنه محمول على غير المسجد الكبير جدا كجامع خوارزم والقدس بدليل ماذكرناه ، وكون الراجح عدم المنع مطلقا يتوقف على نقل صريح فافهم .

[تتمة] فى القهستانى : البيت كالصحراء . والأصح أنه كالمسجد ، ولهذا يجوز الاقتداء فيه بلا اتصال الصفوف كما فى المنية اه ولم يذكر حكم الدار فليراجع ، لكن ظاهر التقييد بالصحراء والمسجد الكبير جدا أن الدار كالبيت تأمل . ثم رأيت فى حاشية المدنى عن جواهر الفتاوى أن قاضيخان سئل عن ذلك، فقال: اختلفوا فيه، فقدره بعضهم بستين ذراعا، وبعضهم قال: إن كانت أربعين ذراعا فهى كبيرة وإلا فصغيرة، هذا هو المختار اه .

وحاصله أن الدار الكبيرة كالصحراء والصغيرة كالمسجد ، وأن المختار فى تقدير الكبيرة أربعون ذراعا . وذكر فى البحر عن المجتبى أن فناء المسجد له حكم المسجد ، ثم قال : وبه علم أن الاقتداء من صحن الخانقاه الشيخونية بالإمام فى المحراب صحيح وإن لم تتصل الصفوف ، لأن الصحن فناء المسجد، وكذا اقتداء من بالخلاوى السفلية صحيح ، لأن أبوابها فى فناء المسجد الخ ، ويأتى تمام عبارته . وفى الخزائن : فناء المسجد هو ماأتصل به وليس بينه وبينه طريق اه .

قلت : يظهر من هذا أن مدرسة الكلاسة والكاملية من فناء المسجد الأموى فى دمشق ، لأن بابهما فى حائطه وكذا المشاهد الثلاثة التى فيه بالأولى، وكذا ساحة باب البريد والحوانيت التى فيها (قوله يسع صفين) نعت لقوله خلاء ، والتقييد بالصفين صرح به فى الخلاصة والفيض والمبتغى . وفى الواقعات الحسامية وخزانة الفتاوى : وبه يفتى إسمعيل ، فما فى الدرر من تقييده الخلاء بما يمكن الاصطفاف فيه غير المفتى به تأمل (قوله إلا إذا اتصلت الصفوف) الاستثناء عائد إلى الطريق والنهر دون الخلاء ، لأن الصفوف إذا اتصلت فى الصحراء لم يوجد الخلاء

فيصح مطلقا ، كأن قام فى الطريق ثلاثة ، وكذا اثنان عند الثانى لاواحد اتفاقا ، لأنه لكراهة صلاته صار وجوده كعدمه فى حق من خلفه .

(والحائل لايمنع) الاقتداء (إن لم يشتبه حال إمامه) بسماع أو رؤية ولو من باب مشبك يمنع الوصول فى الأصح (ولم يختلف المكان) حقيقة كمسجد وبيت فى الأصح قنية ، ولا حكما عند اتصال الصفوف ؛ ولو اقتدى من سطح داره المتصلة بالمسجد لم يجز لاختلاف المكان

تأمل ، وكذا لو اصطفوا على طول الطريق صح إذا لم يكن بين الإمام والقوم مقدار ماتمر فيه العجلة ،وكذا بين كل صف وصف كما فى الخانية وغيرها :

[فرع] لو أم فى الصحراء وخلفه صفوف فكبر الصف الثالث قبل الأول يجوز قنية من باب مسائل متفرقة (قوله مطلقا) أى ولو كان هناك طريق أو نهر ح (قوله كأن قام فى الطريق ثلاثة) وصورة اتصال الصفوف فى النهر أن يقفوا على جسر موضوع فوقه أو على سفن مربوطة فيه ح .

أقول : وهذا فى حق من لم يكن محاذيا للجسر ؛ أما لو كان محاذيا له ولم يكن بينه وبين الصف الآخر فضاء كثير يصح الاقتداء . ثم ظاهر إطلاقهم أنه إذا كان على النهر جسر فلا بد من اتصال الصفوف ، ولو كان النهر فى المسجد كما فى جامع دنكز الذى فى دمشق(قوله وكذا اثنان عند الثانى) والأصح قولهما كما فى السراج ، وكذا الاثنان كالجمع عند الثانى فى الجمعة ، وفى المحاذاة حتى لو كن ثنتين تفسدان صلاة اثنين اثنين خلفهما إلى آخر الصفوف . قال فى المنظومة النسفية فى مقالات أبى يوسف :

واثنان فى الجمعة جمع وكذا ... سد الطريق ومحاذاة النسا

[تتمة] صلوا فى الصحراء وفى وسط الصفوف فرجة لم يقم فيها أحد مقدار حوض كبير عشر فى عشر ، إن كانت الصفوف متصلة حوالى الفرجة تجوز صلاة من كان وراءها ، أما لو كانت مقدار حوض صغير لاتمنع صحة الاقتداء كذا فى الفيض ، ومثله فى التاترخانية (قوله بسماع) أى من الإمام أو المكبر تاترخانية (قوله أو رؤية) ينبغى أن تكون الرؤية كالسماع ، لافرق فيها بين أن يرى انتقالات الإمام أو أحد المقتدين ح (قوله فى الأصح) بناء على أن المعتبر الاشتباه وعدمه كما يأتى ، لا إمكان الوصول إلى الإمام وعدمه (قوله ولم يختلف المكان) أى مكان المقتدى والإمام .

وحاصله أنه اشترط عدم الاشتباه وعدم اختلاف المكان ، ومفهومه أنه لو وجد كل من الاشتباه والاختلاف أو أحدهما فقط منع الاقتداء ، لكن المنع باختلاف المكان فقط فيه كلام يأتى(قوله كمسجد وبيت)فإن المسجد مكان واحد ، ولذا لم يعتبر فيه الفصل بالخلاء إلا إذا كان المسجد كبيرا جدا ، وكذا البيت حكمه حكم المسجد فى ذلك لاحكم الصحراء كما قدمناه عن القهستانى . وفى التاترخانية عن المحيط : ذكر السرخسي إذا لم يكن على الحائط العريض باب ولا ثقب ؛ ففى رواية يمنع لاشتباه حال الإمام ، وفى رواية لا يمنع وعليه عمل الناس بمكة ، فإن الإمام يقف فى مقام إبراهيم ، وبعض الناس وراء الكعبة من الجانب الآخر وبينهم وبين الإمام الكعبة ولم يمنعهم أحد من ذلك اهـ . وبهذا يعلم أن المنبر إذا كان مسدودا لا يمنع اقتداء من يصلى بجنبه عند عدم الاشتباه ، خلافا لمن أفتى بالمنع وأمر بفتح باب فيه من علماء الروم (قوله عند اتصال الصفوف) أى فى الطريق أو على جسر النهر ، فإنه مع وجود النهر أو الطريق يختلف المكان ، وعند اتصال الصفوف يصير المكان واحدا حكما فلا يمنع كما مر ، وكأنه أراد بالحائل فى كلام المصنف مايشمل الحائط وغيره كالطريق والنهر ، إذ لو أريد

.درر وبحر وغيرهما وأقره المصنف لكن تعقبه فى الشرنبلالية ونقل عن البرهان وغيره

به الحائط فقط لم يناسب ذكر هذا الكلام هنا تأمل (قوله درر) عبارتها : الحائل بينهما لو بحيث يشتبه به حال الإمام يمنع وإلا فلا ، إلا أن يختلف المكان . قال قاضيخان : إذا قام على الجدار الذى يكون بين داره وبين المسجد ولا يشتبه حال الإمام يصح الاقتداء ، وإن قام على سطح داره وداره متصلة بالمسجد لا يصح اقتداؤه وإن كان لا يشتبه عليه حال الإمام ، لأن بين المسجد وبين سطح داره كثير التخلل فصار المكان مختلفا ، أما فى البيت مع المسجد لم يتخلل إلا الحائط ولم يختلف المكان ، وعند اتحاد المكان يصح الاقتداء إلا إذا اشتبه عليه حال الإمام اهـ .

أقول : حاصل كلام الدرر أن اختلاف المكان مانع مطلقا . وأما إذا اتحد فإن حصل اشتباه منع وإلا فلا . وما نقله عن قاضيخان صريح فى ذلك (قوله لكن تعقبه فى الشرنبلالية الخ) حيث ذكر أن ما نقله عن الخانية من أنه لو قام على سطح داره المتصلة بالمسجد لا يصح الخ خلاف الصحيح ، لما فى الظهيرية من أن الصحيح أنه يصح ؛ ولما فى البرهان من أنه لو كان بينهما حائط كبير لا يمكن الوصول منه إلى الإمام ولكن لا يشتبه حاله عليه بسماع أو رؤية لانتقالاته لا يمنع صحة الاقتداء فى الصحيح ، وهو اختيار شمس الأئمة الحلوانى اهـ .

وحاصل كلام الشرنبلالى أن المعتبر الاشتباه وعدمه فقط دون اختلاف المكان ، فإن حصل الاشتباه منع سواء اتحد المكان أو لا ، وإلا فلا .

واعترضه العلامة نوح أفندى بأن المشهور من مذهب النعمان أن الاقتداء لا يجوز عند اختلاف المكان والمكان فى مسألة الظهيرية مختلف كما صرح به قاضيخان ، فالصحيح أنه لا يصح اهـ .

أقول : ويؤيده أن الشرنبلالى نفسه صرح فى الإمداد بأنه لا يصح اقتداء الراجل بالراكب وعكسه . ولا الراكب بالراكب لاختلاف المكان إلا إذا كان راكبا دابة إمامه ، وكذا ما ذكروه من أن من سبقه الحدث فاستخلف غيره ثم توضأ يلزمه العود إلى مكانه ليتم مع خليفته إن كان بينهما ما يمنع الاقتداء . لئلا يختلف المكان . وأما ما صححه فى الظهيرية فى مسألة السطح فالظاهر أنه بناء على ما إذا كان السطح متصلا بالمسجد . فحينئذ يصح الاقتداء ويكون ما فى الخانية مبنيا على عدم الاتصال المذكور ، بدليل أنه فى الخانية علل للمنع بكثرة التخلل واختلاف المكان : أى لكون صحن الدار فاصلا بين السطح والمسجد فيفيد أنه لولا ذلك لصح الاقتداء . ويؤيده ما فى البدائع حيث قال : لو كان على سطح بجنب المسجد متصل به ليس بينهما طريق فاقتدى به صح اقتداؤه عندنا ، لأنه إذا كان متصلا به صار تبعا لسطح المسجد وسطح المسجد له حكم المسجد ، فهو كاقتدائه فى جوف المسجد إذا كان لا يشتبه عليه حال الإمام اهـ .

فأنت ترى كيف علل الصحة بالاتصال كما علل فى الخانية لعدمها بعدمه . وقد جزم صاحب الهداية فى مختارات النوازل بأن العبرة للاشتباه ؛ ثم قال بعده : وإن قام على سطح داره واقتدى بالإمام إن لم يكن بينهما حائل ولا شارع يصح اهـ فيتعين حمل ما فى الظهيرية على ما إذا لم يكن حائل كما قلنا ، فيصح لاتحاد المكان .

وأما ما نقله الشرنبلالى عن البرهان فليس فيه تصحيح الاقتداء مع اختلاف المكان ، لأنه بتخلل الحائط لا يختلف المكان كما قدمناه عن قاضيخان . وفى التتارخانية : وإن صلى على سطح بيته المتصل بالمسجد ، ذكر شمس الأئمة الحلوانى أنه يجوز ، لأنه إذا كان متصلا بالمسجد لا يكون أشد حالا من منزل بينه وبين المسجد حائط ولو صلى رجل فى مثل هذا المنزل وهو يسمع التكبير من الإمام أو المكبر يجوز ، فكذلك القيام على السطح اهـ

أن الصحيح اعتبار الاشتباه فقط . قلت : وفى الأشباه وزواهر الجواهر ومفتاح السعادة أنه الأصح . وفى النهر عن الزاد أنه اختيار جماعة من المتأخرين .

(وصح اقتداء متوضئ) لاماء معه (بمتيمم) ولو مع متوضئ بسؤر حمار مجتبى (وغاسل بماسح) ولو على جبيرة (وقائم بقاعد) يركع ويسجد ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم صلى آخر صلاته قاعدا وهم قيام وأبو بكر يبلغهم

فقد تحرر بما تقرر أن اختلاف المكان مانع من صحة الاقتداء ولو بلا اشتباه ، وأنه عند الاشتباه لايصح الاقتداء وإن اتحد المكان : ثم رأيت الرحمتى قرر كذلك فاغتنم ذلك (قوله أن الصحيح اعتبار الاشتباه فقط) أى ولاعبرة باختلاف المكان بناء على مافهمه الشرنبلالى وليس ذلك بمراد ، لما علمت من أن اختلاف المكان مانع ، وإنما المراد التوفيق بين رواية الحسن عن الإمام أن الحائط يمنع الاقتداء ورواية الأصل أنه لايمنع ، فقيل إنه بإمكان الوصول منه وعدمه ، واختار شمس الأئمة اعتبار الاشتباه وعدمه ، وهذا هو الذى اختاره جماعة من المتأخرين ، وقدمناه أيضا عن مختارات النوازل والبدائع . قال فى الخانية لأن الاقتداء متابعة ومع الاشتباه لا يمكنه المتابعة : والذى يصحح هذا الاختيار ماروبناه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلى فى حجرة عائشة والناس يصلون بصلاته » ونحن نعلم أنهم ماكانوا متمكنين من الوصول إليه فى الحجرة اهـ (قوله ومفتاح السعادة) فى بعض النسخ زيادة : ومجمع الفتاوى ، والنصاب ، والخانية (قوله وصح اقتداء متوضئ بمتيمم) أى عندهما ، بناء على أن الخليفة عندهما بين الآلتين وهما الماء والتراب والطهارتان سواء . وقال محمد : لايصح فى غير صلاة الجنازة بناء على أن الخليفة عنده بين الطهارتين ، فيلزم بناء القوى على الضعيف ، وتمامه فى الأصول بحر (قوله لا ماء معه) أى مع المقتدى ؛ أما لو كان معه ماء فلا يصح الاقتداء ، وهذا القيد مبنى على فرع إذا رأى المتوضىء المقتدى بمتيمم ماء فى الصلاة لم يره الإمام فسدت صلاته لاعتقاده فساد صلاة إمامه لوجود الماء . وعند زفر لاتفسد ، وينبغى حمل الفساد على ما إذا ظن علم إمامه به لأن اعتقاده فساد صلاة إمامه بذلك ، كذا فى الفتح ، وأقره فى الحلية والبحر ، ونازعه فى النهر ، وتبعه الشيخ إسمعيل بأن الزيلعى علل البطلان بأن إمامه قادر على الماء بإخباره اهـ أى فكان اعتقاده فساد صلاة إمامه مبنيا على القدرة المذكورة . وينبغى كما قال فى الحلية تقييد المسألة بما إذا كان تيممه لفقد الماء ، أما لو كان لعجزه عن استعماله لمرض ونحوه يصح الاقتداء مطلقا ، لأن وجود الماء حينئذ لايبطل تيممه .

[تنبيه] ذكر فى النهر عن المحيط أن المراد بالفساد هنا فساد الوصف ، حتى لو قهقه المقتدى انتقض وضوءه عندهما خلافا لمحمد . قال : وينبغى على مااختاره الزيلعى أن يبطل الأصل أيضا ، إذ الفساد بفقد شرط وهو الطهارة اهـ وتقدم الكلام على ذلك (قوله ولو مع متوضىء بسؤر حمار) أى ولو كان المتيمم جامعا بين التيمم والوضوء بسؤر مشكوك فيه ، ولا وجه للمبالغة هنا ، ومفهومه أنه لو أداها بالوضوء أولا لم يصح الاقتداء به فى أدائها ثانيا بالتيمم وحده ، لعدم تحقق أداء الفرض به أفاده ط (قوله ولو على جبيرة) الأولى قوله فى الخزائن على خف أو جبيرة ، إذ لا وجه للمبالغة هنا أيضا ، لأن المسح على الجبيرة أولى بالجواز ، لأنه كالغسل لما تحته . على أنه استبعد فى النهر شمول ماسح له فجعله مفهوما بالأولى : أى فيدخل دلالة لامنطوقا تأمل (قوله وقائم بقاعد) أى قائم راكع ساجد أو موم ، وهذا عندهما خلافا لمحمد . وقيد القاعد بكونه يركع ويسجد ، لأنه لو كان موميا لم يجز اتفاقا ، والخلاف أيضا فيما عدا النفل ، أما فيه فيجوز اتفاقا ولو فى التراويح فى الأصح كما فى البحر (قوله لأنه صلى الله عليه وسلم الخ)

تكبيره ، وبه علم جواز رفع المؤذنين أصواتهم فى جمعة وغيرها يعنى أصل الرفع ، أما ماتعارفوه فى زماننا فلا يبعد أنه مفسد ، إذ الصياح ملحق بالكلام فتح (وقائم بأحدب) وإن بلغ حدبه الركوع على المعتمد ، وكذا بأعرج

الكلام على ذلك مبسوط فى الفتح وحاشية نوح وغيرهما ، والغرض لنا معرفة الأحكام .

مطلب فى رفع المبلغ صوته زيادة على الحاجة

(قوله إذ الصياح ملحق بالكلام) قال فى الفتح بعده : وسيأتى أنه إذا ارتفع بكاؤه لمصيبة بلغته تفسد ، لأنه تعرض لإظهارها ، ولو صرح بها فقال : وامصيبتاه فسد فهو بمنزلته ، وهنا معلوم أن قصده إعجاب الناس به ، ولو قال : اعجبوا من حسن صوتى وتحريرى فيه أفسد ، وحصول الحروف لازم من التلحين اه ملخصا ، وأقره فى النهر . واستحسنه فى الحلية فقال : وقد أجاد فيما أوضح وأفاد اه ولم أر من تعقبه سوى السيد أحمد الحموى فى رسالته [القول البليغ فى حكم التبليغ] بأنه صرح فى السراج بأن الإمام إذا جهر فوق الحاجة فقد أساء اه والإساءة دون الكراهة ولا توجب الإفساد ، وقياسه على البكاء غير ظاهر ، لأن هذا ذكر بصيغته فلا يتغير بعزيمته والمفسد للصلاة الملفوظ لا عزيمة القلب .

مطلب القياس بعد عصر الأربعمائة منقطع فليس لأحد أن يقيس

على أن القياس بعد الأربعمائة منقطع فليس لأحد بعدها أن يقيس مسألة على مسألة كما ذكره ابن نجيم فى رسائله اه .

أقول : فيه نظر لأن الكمال لم يجعل الفساد مبنيا على مجرد الرفع حتى يرد عليه مافى السراج ، بل بناه على زيادة الرفع الملحق بالصياح ، حيث قال : فإنهم يبالغون فى الصياح زيادة على حاجة الإبلاغ ، والاشتغال بتحريرات النغم إظهارا للصناعة النغمية لا إقامة للعبادة ، والصياح ملحق بالكلام ، وقوله وقياسه الخ كلام ساقط ، لأن ماذكره قول أبى يوسف ، حيث بنى عليه عدم الفساد ، فيما لو فتح المصلى على غير إمامه ، أو أجاب المؤذن ، أو أخبر بما يسره ، فقال : الحمد لله ، أو بما يعجبه فقال : سبحان الله على قصد الجواب ، ونحو ذلك مما سيأتى فى مفسدات الصلاة ، والمذهب الفساد فى الكل ، وهو قولهما لأنه تعليم وتعلم فى الأولى ، وفيما بقى قد أخرج الكلام مخرج الجواب وهو يحتمله ، فإن مناط كونه من كلام الناس عندهما كونه لفظا أفيد به معنى ليس من أعمال الصلاة لا كونه وضع لإفادة ذلك ، وكونه لم يتغير بعزيمته ممنوع ؛ ألا ترى أن الجنب إذا قرأ على قصد الثناء جاز .

وقد أوردوا على أصل أبى يوسف المذكور أشياء ، كما لو قال ـ يايحيى خذ الكتاب ـ لمن اسمه يحيى وغير ذلك مما سيأتى فى محله ، وحيث كان مناط الفساد عندهما كون اللفظ أفيد به معنى ليس من أعمال الصلاة كان ذلك قاعدة كلية يندرج تحتها أفراد جزئية منها مسألتنا هذه إذ لاشك أنه إذا لم يقصد الذكر بل بالغ فى الصياح لأجل تحرير النغم والإعجاب بذلك يكون قد أفاد به معنى ليس من أعمال الصلاة ولا يكون ذلك من القياس بل هو تصريح بما تضمنه كلام المجتهد أو دل عليه دلالة المساواة . فالحق ماقاله المحقق ابن الهمام ومن تابعه من الأعلام كما بسطت ذلك قديما فى رسالة سميتها [تنبيه ذوى الأفهام على حكم التبليغ خلف الإمام] فافهم ، وقدمنا مسائل متعلقة بالتبليغ أيضا فى أول بحث سنن الصلاة فراجعها (قوله وقائم بأحدب) القائم هنا أيضا صادق بالراكع الساجد وبالمومى ح . وفيه عن القاموس : والحدب خروج الظهر ودخول الصدر والبطن من باب فرح اه (قوله على المعتمد) هو قولهما وبه أخذ عامة العلماء خلافا لمحمد . وصحح فى الظهيرية قوله ولا يخفى ضعفه فإنه ليس أدنى حالا من القاعد ؛

وغيره أولى (وموم بمثله) إلا أن يومى الإمام مضطجعا والمؤتم قاعد أو قائما هو المختار (ومتنفل بمفترض فى غير التراويح) فى الصحيح خانية ، وكأنه لأنها سنة على هيئة مخصوصة ، فيراعى وضعها الخاص للخروج عن العهدة .

وتمامه فى البحر (قوله وغيره أولى) مبتدأ وخبر : أى غير الأعرج كما فى البحر ، وغير خاف أن هذا الحكم لايخص الأعرج بل غير ٧ كل من المتيمم والقاعد والأحدب كذلك ح (قوله وموم بمثله) سواء كان الإمام يومى قائما أو قاعدا بحر (قوله إلا أن يومى الخ) فإنه لايجوز لقوة حال المأموم بحر (قوله ومتنفل بمفترض) لايقال : النفل يغاير الفرض ، لأن النفل مطلق والفرض مقيد ، والمطلق جزء المقيد فلا يغايره شرح المنية ، والقراءة فى الأخريين وإن كانت فرضا فى النفل ونفلا فى الفرض إلا أن صلاته بالاقتداء أخذت حكم الفرض تبعا لصلاة الإمام ، ولذا لو أفسدها بعد الاقتداء يقضيها أربعا كما قدمناه عن النهاية .

[تنبيه] قال القهستانى : وفى قوله ومتنفل بمفترض إشارة إلى أنه لاتكره جماعة النفل إذا أدى الإمام الفرض والمقتدى النفل ، وإنما المكروه ما إذا أدى الكل نفلا اهـ . قلت : ويدل له مامر فى حديث معاذ (قوله فى غير التراويح) مافيها فلا يصح الاقتداء بالمفترض على أنها تراويح ، بل يصح على أنها نفل مطلق ح (قوله فى الصحيح خانية) أقول : ذكر ذلك فى الخانية فى باب صلاة التراويح فقال : إن نوى التراويح أو سنة الوقت أو قيام الليل فى رمضان جاز ، وإن نوى الصلاة أو صلاة التطوع اختلف المشايخ فيه كاختلافهم فى سنن المكتوبات . قال بعضهم : يجوز أداء السنن بذلك . وقال بعضهم : لايجوز ، وهو الصحيح لأنها صلاة مخصوصة فيجب مراعاة الصفة للخروج عن العهدة ، وذلك بأن ينوى السنة أو متابعة النبى صلى الله عليه وسلم كما فى المكتوبة ، فعلى هذا إذا صلى التراويح مقتديا بمن يصلى المكتوبة أو بمن يصلى نافلة غير التراويح اختلفوا فيه . والصحيح أنه لايجوز اهـ ومثله فى الخلاصة والظهيرية . واستشكل فى البحر قوله مقتديا بمن يصلى المكتوبة بأنه بناء الضعيف على القوى أى ومقتضاه الجواز . وأجاب فى الشرنبلالية بأن ذلك ليس فى عبارة الخانية . قلت : وكأنه ليس فى نسخته لإسقاط الكاتب ، وإلا فقد رأيته فيها . وأجاب أيضا بأن المراد من نفى الجواز نفى الكمال .

أقول : ولا يخفى بعده ، بل الجواب أنه بنى تصحيح عدم الجواز على القول باشتراط نية التعيين فى السنن الرواتب والتراويح كما هو صريح قوله فعلى هذا الخ .

ولا يخفى أن الإمام حيث كان مفترضا أو متنفلا نفلا آخر لم توجد منه نية التراويح فلا تتأدى بنيته وإن عينها المقتدى كما صرح به العلامة قاسم فى فتاواه . وعلى هذا باقى سنن الرواتب لايصح الاقتداء بها بمفترض أو بمتنفل نفلا آخر ، فالظاهر أن تخصيص التراويح بالذكر فى غير محله ، وإنما خصصها فى الخانية لكون الباب معقودا لها تأمل .

ثم اعلم أن ماذكره المصنف هنا مخالف لما قدمه فى شروط الصلاة بقوله وكفى مطلق نية الصلاة لنفل وسنة وتراويح ، وذكر الشارح هناك أنه المعتمد ، ونقلنا هناك عن البحر أنه ظاهر الرواية وقول عامة المشايخ وصححه فى الهداية وغيرها ، ورجحه فى الفتح ، ونسبه إلى المحققين .

قلت : فعلى هذا يصح الاقتداء فى التراويح وغيرها بمفترض وغيره ، ومثلها سائر السنن الرواتب كما تفيده عبارة الخانية تأمل (قوله وكأنه لأنها سنة الخ) تابع فى ذلك المصنف فى منحه ، وتقدم هذا التعليل فى كلام الخانية على أنه علة لاشتراط نية التعيين فى التراويح وغيرها من السنن ، ومفهوم كلامه أنه أراد بمراعاة الصفة تعيينها ،

[فروع] صح اقتداء متنفل بمتنفل . ومن يرى الوتر واجبا بمن يراه سنة ومن اقتدى فى العصر وهو مقيم بعد الغروب بمن أحرم قبله للاتحاد (وإذا ظهر حدث إمامه) وكذا كل مفسد فى رأى مقتد (بطلت فيلزم إعادتها) لتضمنها صلاة المؤتم صحة وفسادا (كما يلزم الإمام إخبار القوم إذا أمهم وهو محدث أو جنب) أو فاقد شرط

لقوله بأن ينوى السنة أو متابعة النبى صلى الله عليه وسلم فافهم (قوله بمن يراه سنة) أى بشرط أن يصليه بسلام واحد ، لأن الصحيح اعتبار رأى المقتدى ، وعلى مقابله يصح مطلقا . وبقى قول ثالث ، وهو أنه لا يصح مطلقا وتمامه فى ح (قوله وهو مقيم) لأنه لو كان مسافرا لا يصح اقتداؤه بعد خروج الوقت بمقيم فى الرباعية ، وقوله بعد الغروب ظرف لاقتدى ، وقوله بمن متعلق باقتدى ، وقوله أحرم قبله : أى قبل الغروب مقيما كان أو مسافرا اه ح : ونظير هذا من يقتدى فى الظهر معتقدا قول الصاحبين بمن يصليه معتقدا قول الإمام ، ولا يضر التخالف بالأداء والقضاء ط (قوله للاتحاد) أى اتحاد صلاة الإمام مع صلاة المقتدى فى الصور الثلاث ؛ أما فى الأولى فظاهر وأما فى الثانية فلأن ما أتى به كل واحد منهما هو الوتر فى نفس الأمر ، واعتقاد أحدهما سنيته والآخر وجوبه أمر عارض لا يوجب اختلاف الصلاتين . وأما الثالثة فلأن كلا منهما عصر يوم واحد ، نعم صلاة الإمام أداء حيث أحرم قبل الغروب ، وصلاة المقتدى قضاء حيث أحرم بعده ، وهذا القدر من الاختلاف لا يمنع الاقتداء ، ألا ترى أنه يصح الأداء بنية القضاء وبالعكس ح (قوله وإذا ظهر حدث إمامه) أى بشهادة الشهود أنه أحدث وصلى قبل أن يتوضأ أو بإخباره عن نفسه وكان عدلا وإلا ندب كما فى النهر عن السراج .

مطلب المواضع التى تفسد صلاة الإمام دون المؤتم

(قوله وكذا كل مفسد فى رأى مقتد) أشار إلى أن الحدث ليس بقيد ؛ فلو قال المصنف كما فى النهر : ولو ظهر أن بإمامه ما يمنع صحة الصلاة لكان أولى ، ليشمل ما لو أخل بشرط أو ركن ، وإلى أن العبرة برأى المقتدى حتى لو علم من إمامه ما يعتقد أنه مانع والإمام خلافه أعاد ، وفى عكسه لا إذا كان الإمام لا يعلم ذلك ؛ ولو اقتدى بآخر فإذا قطرة دم وكل منهما يزعم أنها من صاحبه أعاد المقتدى لفساد صلاته على كل حال كما فى النهر عن البزازية (قوله بطلت) أى تبين أنها لم تنعقد إن كان الحدث سابقا على تكبيرة الإمام أو مقارنا لتكبيرة المقتدى أو سابقا عليها بعد تكبيرة الإمام . وأما إذا كان متأخرا عن تكبيرة المقتدى فإنها تنعقد أولا ، ثم تبطل عند وجود الحدث ح (قوله فيلزم إعادتها) المراد بالإعادة الإتيان بالفرض بقرينة قوله بطلت ، لا المصطلح عليها وهى الإتيان بمثل المؤدى لخلل غير الفساد (قوله لتضمنها) أى تضمن صلاة الإمام ، والأولى التصريح به وأشار به إلى حديث « الإمام ضامن » إذ ليس المراد به الكفالة ، بل التضمن بمعنى أن صلاة الإمام متضمنة لصلاة المقتدى ولذا اشترط عدم مغايرتهما ، فإذا صحت صلاة الإمام صحت صلاة المقتدى إلا لمانع آخر ، وإذا فسدت صلاته فسدت صلاة المقتدى لأنه متى فسد الشىء فسد ما فى ضمنه (قوله وهو محدث الخ) أى فى اعتقاده ، أما لو كان حدثه ونحوه على اعتقاد المقتدين لا يلزمه الإخبار ، نعم فى التتارخانية عن الحجة : ينبغى للإمام أن يحترز عن ملامسة النساء ومواضع الاختلاف ما استطاع اه (قوله أو فاقد شرط) عطف عام على خاص . قال فى الإمداد : وقيدنا ظهور البطلان بفوات شرط أو ركن إشارة إلى أنه لو طرأ المفسد لا يعيد المقتدى فى صلاته ؛ كما لو ارتد الإمام أو سعى إلى الجمعة بعد ما صلى الظهر بجماعة وسعى هو دونهم فسدت صلاته فقط كما فى العناية ، وكذا لو عاد إلى سجود التلاوة بعد ما تفرقوا كما سنذكره اه .

أو ركن . وهل عليهم إعادتها إن عدلا ، نعم وإلا ندبت ، وقيل لا لفسقه باعترافه ؛ ولو زعم أنه كافر لم يقبل منه لأن الصلاة دليل الإسلام وأجبر عليه (بالقدر الممكن) بلسانه أو (بكتاب أو رسول على الأصح) لو معينين وإلا لايلزمه بحر عن المعراج ، وصحح فى مجمع الفتاوى عدمه مطلقا لكونه عن خطإ معفو عنه ، لكن الشروح مرجحة على الفتاوى .

(وإذا اقتدى أمى وقارئ بأمى) تفسد صلاة الكل للقدرة على القراءة بالاقتداء بالقارئ سواء علم به أولا نواه أولا على المذهب (أو استخلف الإمام أميا فى الأخريين) ولو فى التشهد أما بعده فتصح لخروجه بصنعه (تفسد صلاتهم) لأن كل ركعة صلاة

قلت : ومثله ماسنذكره فى المسائل الاثنى عشرية : لو سلم القوم قبل الإمام بعد ماقعد قدر التشهد ثم عرض له واحد منها فإنها تبطل صلاته وحده ، وكذا إذا سجد هو للسهو ولم يسجد القوم ثم عرض له ذلك كما فى البحر فهذه جملة مسائل تفسد فيها صلاة الإمام مع صحة صلاة المؤتم ، ولا تنتقض القاعدة السابقة بذلك ، لأن هذا الفساد طارئ على صلاة الإمام بعد فراغ الإمامة ، فلا إمام ولا مؤتم فى الحقيقة ، والله أعلم (قوله وهل عليهم إعادتها الخ) أى لو ظهر بطلانها بإخباره ، وهذا تفصيل لقول المصنف فيلزم إعادتها (قوله وقيل لا لفسقه) أى وخبر الفاسق غير مقبول فى الديانات ، وهو محمول على مااذا كان عامدا كما يشير إليه قوله باعترافه وقوله فى النهر عن البزازية : وإن احتمل أنه قال ذلك تورعا أعادوا (قوله لأن الصلاة دليل الإسلام) أى دليل على أنه كان مسلما وأنه كذب بقوله إنه صلى بهم وهو كافر ، وكان ذلك الكلام منه ردة فيجبر على الإسلام . ولا ينافى ذلك مامر أول كتاب الصلاة من أنه لايحكم بإسلامه بالصلاة إلا إذا صلاها فى الوقت مقتديا متمما ، بخلاف مااذا صلاها إماما أو منفردا لأن ذاك فى الكافر الأصلى المعلوم كفره ، وما هنا ليس كذلك ، فإن من جهلنا حاله نشهد له بالإسلام إذا استقبل قبلتنا كما فى الحديث ، بل بمجرد إلقاء السلام كما فى الآية ، ولذا قال لأن الصلاة دليل الإسلام ولم يقل لأنه صار بها مسلما فافهم (قوله بالقدر الممكن) متعلق بإخبار ، وقوله على الأصح متعلق بيلزم (قوله لو معينين) أى معلومين . وقال ح : وإن تعين بعضهم لزمه إخباره (قوله وإلا) أى وإن لم يكونوا معينين كلهم أو بعضهم لايلزمه (قوله وصحح فى مجمع الفتاوى) وكذا صححه الزاهدى فى القنية والحاوى وقال وإليه أشار أبو يوسف (قوله مطلقا) أى سواء كان الفساد مختلفا فيه أو متفقا عليه ، كما فى القنية والحاوى فافهم (قوله لكونه عن خطإ معفو عنه) أى لأنه لم يتعمد ذلك فصلاته غير صحيحة ويلزمه فعلها ثانيا لعلمه بالمفسد : وأما صلاتهم فإنها وإن لم تصح أيضا ، لكن لايلزمهم إعادتها لعدم علمهم ولا يلزمه إخبارهم لعدم تعمده فافهم (قوله لكن الشروح الخ) أى كالمعراج فإنه شرح الهداية ، ونقله فى البحر أيضا عن المجتبى شرح القدورى للزاهدى تأمل (قوله تفسد صلاة الكل) أى عنده : وعندهما صلاة القارئ فقط لأنه تارك فرض القراءة مع القدرة ، وله أن الأمين أيضا تركاها مع القدرة عليها ، إذ كانا قادرين على تقديم القارئ حيث حصل الاتفاق فى الصلاة والرغبة فى الجماعة شرح المنية وأشار بقوله تفسد إلى ماقيل إن القارئ صح شروعه فى صلاة الإمام ، وإذا جاء أوان القراءة تفسد ، وصحح فى الذخيرة عدمه فلا تنتقض طهارته بالقهقهة ، وتمامه فى الزيلعى والبحر (قوله على المذهب) وجهه أن الفرائض لايختلف فيها الحال بين العلم والجهل بحر ، وإذا لم يشترط العلم فالنية أولى زيلعى (قوله فى الأخريين) أى سواء قرأ فى الأوليين أو فى إحداهما أولا ولا ، وفى الأولى خلاف زفر ، ورواية عن أبى يوسف والأخيرتان اتفاقا كما لو استخلفه فى الأوليين ذكره ح فى الباب الآتى (قوله لخروجه بصنعه) وهو الاستخلاف وهو الصحيح ؛

فلا تخلو عن القراءة ولو تقديرا (وصحت لو صلى كل من الأمى والقارئ وحده) فى الصحيح (بخلاف حضور الأمى بعد افتتاح القارئ إذا لم يقتد به وصلى منفردا فإنها تفسد فى الأصح) لما مر

تفسد عنده ،وهى من الاثنى عشرية ح عن العناية (قوله ولو تقديرا) أى ولا تقدير فى حق الأمى لانعدام الأهلية فقد استخلف من لايصلح للإمامة ففسدت صلاتهم . أما صلاة الإمام فلأنه عمل كثير وصلاة القوم مبنية عليها بحر (قوله وصحت الخ) محترز قوله وإذا اقتدى الخ ، واحترز بالصحيح عن قول أبى حازم :لاتجوز صلاة الأمى قياساً على المسألة الأولى لقدرته على القراءة بالاقتداء بالقارئ ، وصحح فى الهداية الأول وقال لأنه لم يظهر منهما رغبة فى الجماعة اهـ .

وحاصله أنه إنما تعتبر قدرته على القراءة بالاقتداء حيث ظهرت منهما رغبة فى الجماعة كما أشار إليه فى الكفاية وظاهره أنه لابد من الرغبة من كل منهما ، حتى لو حصلت من أحدهما لاتكفى ، وبه اندفع مافى ح من أن ماذكر عن الهداية يقتضى أنه لو اقتدى أمى بمثله وصلى قارئ وحده لاتصح صلاة الأميين لظهور رغبتهما فى الجماعة اهـ ويدفعه أيضا مافى الفتح عن الكافى : إذا كان بجواره قارئ ليس عليه طلبه وانتظاره لأنه لاولاية له عليه ليلزمه وإنما تثبت القدرة إذا صادفه حاضرا مطاوعا اهـ .

وفى شرح المنية عن المحيط : إذا كان القارئ على باب المسجد أو بجوار المسجد والأمى فى المسجد يصلى وحده جازت بلا خلاف ، وكذا إذا كان القارئ فى صلاة غير صلاة الأمى جازت ، ولا ينتظر فراغ القارئ بالاتفاق أما لو كان كل منهما فى ناحية من المسجد وصلاتهما متوافقة ، فذكر القاضى أبوحازم أنه لايجوز . وفى رواية يجوز لأنه لم يظهر من القارئ رغبة فى أداء الصلاة بالجماعة اهـ فإذا رغب الأمى فى الجماعة دون القارئ لايلزمه طلبه فيصلى وحده أو يقتدى بأمى آخر راغب ، لأنه لابد من رغبة القارئ أيضا على هذه الرواية الثانية ، وهى التى مر تصحيحها عن الهداية فافهم .

واعلم أن ماصححه الشارح هنا مخالف لما مر له فى الألثغ من أنه متى أمكنه الاقتداء لزمه فتأمل (قوله فإنها تفسد فى الأصح لما مر) أى من قوله للقدرة على القراءة بالاقتداء بالقارئ ، وتصحيح هذه المسألة ذكره فى النهاية ، وهو مخالف لما قبله الذى صححه فى الهداية ، فإن ماقبله شامل لما إذا شرعا معا أو افتتح الأمى أولا ثم القارئ أو بالعكس . ووفق فى الفتح بحمل مافى الهداية على الصورة الأولى والثانية من هذه الثلاث ، وفيه نظر ، فإن تعليل الهداية بعدم ظهور الرغبة فى الجماعة يشمل صورة العكس أيضاً فيخالف مافى النهاية المبنى عن اعتبار القدرة على القراءة بالاقتداء وإن لم تظهر منهما الرغبة فى الجماعة . ويظهر لى أن هذا مبنى على قول القاضى أبى حازم :وذكر العلامة نوح أفندى بعد كلام :

أقول : الذى تحصل لنا من هذا كله أن بعض العلماء ذهبوا إلى أن الموجب لفساد صلاة الأمى ترك القراءة مع القدرة عليها بعد ظهور الرغبة فى الجماعة ، وإليه جنح صاحب الهداية ومن حذا حذوه ، وأن بعضهم ذهبوا إلى أن الموجب لفسادها ترك القراءة مع القدرة عليها بالاقتداء بالقارئ سواء ظهرت الرغبة فى صلاة الجماعة أولا ، وإليه مال صاحب النهاية ومن نحا نحوه .

مطلب الأخذ بالصحيح أولى من الأصح

والتحقيق الأول الذى فى الهداية ، ولهذا انحط كلام أكثر العلماء عليه ، ثم أيده بما مر فى صدر الكتاب عن شرح المنية من أن الأخذ بالصحيح أولى من الأصح ، لأن مقابل الأول فاسد ، ومقابل الثانى صحيح ، فقائل

(و) اعلم أن (المدرك من صلاها كاملة مع الإمام ، واللاحق من فاتته) الركعات (كلها أو بعضها) لكن (بعد اقتدائه) بعذر كغفلة وزحمة وسبق حدث وصلاة خوف ومقيم ائتم بمسافر ، وكذا بلا عذر ؛ بأن سبق إمامه فى ركوع وسجود فإنه يقضى ركعة ،

الأصح موافق قائل الصحيح دون العكس ، والأخذ بما اتفقا على أنه صحيح أولى :

[تتمة] تقدم أنه لايصح اقتداء أمى بأخرس لقدرة الأمى على التحريمة ويصح عكسه ، فالأخرس أسوأ حالا من الأمى ، فتجرى فيه الأحكام المذكورة .

[فرع] سئل العلامة قاسم فى فتاواه عن رجل أخرس أدرك بعض صلاة الإمام وفاته البعض . فأجاب بأن صلاته فاسدة عند الإمام ، جائزة عند أبى يوسف ، وقول الإمام هو الصحيح اهـ ثم رأيت المسألة فى الذخيرة وفرضها فى الأمى.

مطلب فى أحكام المسبوق والمدرك واللاحق

(قوله واعلم أن المدرك الخ) حاصله أن المقتدى أربعة أقسام : مدرك ، ولاحق فقط ، ومسبوق فقط ، ولاحق مسبوق ؛ فالمدرك لايكون لاحقا ولا مسبوقا ، وهذا بناء على تعريفه المدرك تبعاً للبحر والدرر بمن صلاها كاملة مع الإمام : أى أدرك جميع ركعاتها معه ، سواء أدرك معه التحريمة أو أدركه فى جزء من ركوع الركعة الأولى إلى أن قعد معه القعدة الأخيرة ، سواء سلم معه أو قبله ؛ وأما على مافى النهر من تعريفه المدرك بمن أدرك أول صلاة الإمام فإنه قد يكون لاحقا ، وعليه فيقال : المقتدى إما مدرك أو مسبوق ، وكل منهما إما لاحق أولا واعلم أن التفرقة بين المدرك واللاحق اصطلاحية . وفى اللغة : يصدق كل منهما على الآخر .

مطلب فيما لو أتى بالركوع أو السجود أو بهما مع الإمام أو قبله أو بعده

(قوله من فاتته الركعات الخ) المراد بالفوات أنه لم يصلّ جميع صلاته مع الإمام بأن لم يصل معه شيئا منها أو صلى بعضها ، فيدخل فيه المقيم المقتدى بمسافر فإنه لم يفته شىء من صلاة الإمام بعد اقتدائه به ولكنه صلى معه بعض صلاة نفسه فيكون لاحقا فى باقيها ، هذا ماظهر لى فتدبره (قوله بعد اقتدائه) متعلق بقوله فاتته : ثم إن كان اقتداؤه فى أول الصلاة فقد يفوته كلها ، بأن نام عقب اقتدائه إلى آخرها ، وقد يفوته بعضها ، وإن كان اقتداؤه فى الركعة الثانية مثلا فقد فاته بعضها ويكون لاحقا مسبوقا والأول لاحق فقط ، نعم على تعريف النهر المار يكون مدركا لاحقا فافهم (قوله بعذر) متعلق بفاتته أيضاً (قوله وزحمة) بأن زحمه الناس فى الجمعة مثلا فلم يقدر على أداء الركعة الأولى مع الإمام وقدر على الباقى ، فيصليها ثم يتابعه (قوله وسبق حدث) أى لمؤتم ، وكذا الإمام إذا أدى المستخلف بعضها حال الذهاب إلى الوضوء ط (قوله وصلاة خوف) أى فى الطائفة الأولى وأما الثانية فمسبوقة اهـ ح (قوله ومقيم الخ) أى فهو لاحق بالنظر للأخيرتين ، وقد يكون مسبوقا أيضا كما إذا فاته أول صلاة إمامه المسافر ط (قوله فإنه يقضى ركعة) لأن الركوع والسجود قبل الإمام لغو ، فينتقل مافى الركعة الثانية إلى الأولى ، ومافى الثالثة إلى الثانية ، ومافى الرابعة إلى الثالثة ، فبقيت عليه ركعة هو لاحق فيها :

هذا ، وقد ذكر فى الخانية وغيرها المسألة على خمسة أوجه :

الأول : أن يركع ويسجد قبل الإمام(١) وهو ماذكرنا .

---

(١) (قوله الأول أن يركع ويسجد قبل الإمام) لايقال : إن ذلك مفسد لصلاته ، لأن المسبوق إذا انفرد بركعة عن إمامه فسدت صلاته . لأنا نقول : الركوع والسجود ليسا ركعة تامة ، لأن من أركان الركعة القيام أيضا وقد تابع إمامه فيه وإنما خالفه فى مجرد الركوع والسجود اهـ منه

وحكمه كمؤتم فلا يأتي بقراءة ولا سهو ولا يتغير فرضه بنية إقامة ، ويبدأ بقضاء مافاته عكس المسبوق ثم يتابع إمامه إن أمكنه إدراكه وإلا تابعه ، ثم صلى مانام فيه بلا قراءة ، ثم ما سبق به بها إن كان

الثاني : أن يأتي بهما بعده وهو ظاهر .
الثالث : أن يركع معه ويسجد قبله فإنه يقضي ركعتين ، لأنه يلتحق سجدتاه في الثانية بركوعه في الأولى لأنه كان معتبرا ، ويلغو ركوعه في الثانية لوقوعه عقب ركوعه الأول بلاسجود بقي عليه ركعة ، ثم ركوعه في الثالثة مع الإمام معتبر ، ويلتحق به سجوده في رابعة الإمام فيصير عليه الثانية والرابعة فيقضيهما ركعتين ، لأن سجوده في الأولى لغو ، فينتقل سجود الثانية إلى الأولى ، وتبقى الثانية بلا سجود فتبطل ، لأنها بقيت قياما وركوعا بلا سجود ثم لما ركع في الثالثة معه وسجد قبله لغا سجودها ، فإذا فعل في الرابعة كذلك انتقل سجودها إلى الثالثة وبطلت الرابعة ، فقد صلى ركعتين ويقضي ركعتين بلا قراءة .
الرابع : أن يركع قبله ويسجد معه فإنه يقضي أربع ركعات بلا قراءة ، لأن السجود مع الإمام إذا لم يتقدمه ركوع معه غير معتبر .
الخامس : أن يأتي بهما قبله ويدركه الإمام فيهما ، وهو جائز لكنه يكره اه ملخصا .
أقول : وإنما لم ينقل في الوجه الثالث سجود الركعة الثالثة إلى الثانية بل بطلت لأنها لم يبق فيها سوى قيام وركوع حصلا قبل تمام الركعة الأولى ، فلذا بطلت ولم تكمل بسجود الثالثة ؛ كما يؤخذ من فرع في التتارخانية عن الحجة : لو ركع مع الإمام ولم يقدر على السجود حتى قام الإمام فصلى معه الثانية وسجد فيها أربعا فإنه يكون سجدتان منهن للأولى ويعيد الركعة الثانية ، لأن القيام والركوع الثاني لايحسبان من الصلاة لأنهما حصلا قبل تمام الركعة الأولى (قوله وحكمه) أي اللاحق (قوله عكس المسبوق) أي في الفروع الأربعة المذكورة ، فإنه إذا قضى ما فاته يقرأ ويسجد للسهو إذا سها فيه ، ويتغير فرضه لو كان مسافرا ونوى الإقامة ويتابع إمامه قبل قضاء مافاته فافهم ، ويخالف اللاحق في صور أخر مذكورة في النهر . قال في البدائع : ولو توضأ اللاحق وقد فرغ إمامه ولم يقعد في الثانية لايقعد فيها موافقة للإمام فيما هو أعلى من القعدة وهو القيام لأنه خلفه تقديرا (قوله ثم يتابع) عطف على يبدأ (قوله إن أمكنه إدراكه) قيد لقوله ويبدأ ثم يتابع ، وقوله وإلا تابعه الخ تصريح بمفهوم هذا الشرط وليس بصحيح ، والصواب إبدال قوله إن أمكنه إدراكه بقوله إن أدركه مع إسقاط مابعده ؛ وحق التعبير أن يقول ويبدأ بقضاء مافاته بلا قراءة عكس المسبوق ثم يتابع إمامه إن أدركه ثم ماسبق به الخ . في شرح المنية : وحكمه أنه يقضي مافاته أولا ثم يتابع الإمام إن لم يكن قد فرغ اه . وفي النتف : إذا توضأ ورجع يبدأ بما سبقه الإمام به ، ثم إن أدرك الإمام في شيء من الصلاة يصليه معه اه . وفي البحر : وحكمه أنه يبدأ بقضاء مافاته بالعذر ثم يتابع الإمام إن لم يفرغ وهذا واجب لاشرط ، حتى لو عكس يصح ، فلو نام في الثالثة واستيقظ في الرابعة فإنه يأتي بالثالثة بلا قراءة . فإذا فرغ منها صلى مع الإمام الرابعة ، وإن فرغ منها الإمام صلاها وحده بلا قراءة أيضا ؛ فلو تابع الإمام ثم قضى الثالثة بعد سلام الإمام صح وأثم اه ومثله في الشرنبلالية وشرح الملتقى للباقاني ، وهذا المحل مما أغفل التنبيه عليه جميع محشي هذا الكتاب ، والحمد لله ملهم الصواب (قوله ثم ماسبق به بها الخ) أي ثم صلى اللاحق ماسبق به بقراءة إن كان مسبوقا أيضا ، بأن اقتدى في أثناء صلاة الإمام ثم نام مثلا . وهذا بيان للقسم الرابع وهو المسبوق اللاحق . وحكمه أنه يصلي إذا استيقظ مثلا مانام فيه ثم يتابع الإمام فيما أدرك ثم يقضي ما فاته اه . بيانه كما في شرح المنية وشرح المجمع أنه لو سبق بركعة من ذوات الأربع ونام في ركعتين يصلي

مسبوقا أيضا ، ولو عكس صح وأثم لترك الترتيب (والمسبوق من سبقه الإمام بها أو ببعضها وهو منفرد) حتى يثنى ويتعوذ ويقرأ ، وإن قرأ مع الإمام لعدم الاعتداد بها لـكراهتها ، مفتاح السعادة (فيما يقضيه) أى بعد متابعته لإمامه ، فلو قبلها فالأظهر الفساد ، ويقضى أول صلاته فى حق قراءة ، وآخرها فى حق تشهد ؛ فمدرك ركعة

أولا مانام فيه ثم ما أدركه مع الإمام ثم ماسبق به فيصلى ركعة مما نام فيه مع الإمام ويقعد متابعة له لأنها ثانية إمامه (١) ثم يصلى الأخرى مما نام فيه ، ويقعد لأنها ثانيته ثم يصلى التى انتبه فيها ، ويقعد متابعة لإمامه لأنها رابعة ، وكل ذلك بغير قراءة لأنه مقتد ثم يصلى الركعة التى سبق بها بقراءة الفاتحة وسورة والأصل أن اللاحق يصلى على ترتيب صلاة الإمام ، والمسبوق يقضى ماسبق به بعد فراغ الإمام اهـ (قوله ولو عكس) أى بأن يبتدئ بما نام فيه ثم بما سبق ثم بما أدرك ، أو يبتدئ بما سبق ثم بما أدرك ثم بما نام أو يبتدئ بما سبق ثم بما نام ثم بما أدرك ، كما فى شرح المجمع . قلت : وبقى (٢) صورتان من صور العكس أيضا : أن يبتدئ بما أدرك ثم بمانام ثم بما سبق ، أو يبتدئ بما أدرك ثم بما سبق ثم بمانام (قوله صح وأثم) أى خلافا لزفر ؛ فعنده لايصح ، وعندنا يصح ، لأن الترتيب بين الركعات ليس بفرض لأنها فعل مكرر فى جميع الصلاة ، وإنما هو واجب (قوله والمسبوق من سبقه الإمام بها) أى بكل الركعات ، بأن اقتدى به بعد ركوع الأخيرة ، وقوله أو ببعضها : أى ببعض الركعات (قوله حتى يثنى الخ) تفريع على قوله منفرد فيما يقضيه بعد فراغ إمامه ، فيأتى بالثناء والتعوذ لأنه للقراءة ويقرأ لأنه يقضى أول صلاته فى حق القراءة كما يأتى ؛ حتى لو ترك القراءة فسدت .

ومن أحكامه أيضا مامر من أنه لو حاذته مسبوقة معه فى قضاء ماسبقا به لاتفسد صلاته ، وأنه يتغير فرضه بنية الإقامة ، ويلزمه السجود إذا سها فيما يقضيه كما يأتى ، وغير ذلك مما يأتى متنا وشرحا ؛ وقد أوضح أحكامه فى البحر فى الباب الآتى (قوله أى بعد متابعته لإمامه الخ) متعلق بقوله يقضيه : أى أن محل قضائه لما سبق به إنما هو بعد متابعته لإمامه فيما أدركه عكس اللاحق كما مر ، لكن هنا لو عكس بأن قضى ماسبق به ثم تابع إمامه ففيه قولان مصححان . واستظهر فى البحر وتبعه الشارح القول بالفساد قال لموافقته القاعدة : أى قولهم الانفراد فى موضع الاقتداء مفسد كعكسه . لكن فى حاشيته للخير الرملى عن البزازية أن الأول أى عدم الفساد أقوى لسقوط الترتيب . وفى شرح الشيخ إسمعيل عن جامع الفتاوى يجوز عند المتأخرين ، وعليه الفتوى اهـ وبه جزم فى الفيض (قوله ويقضى أول صلاته فى حق قراءة الخ) هذا قول محمد كما فى مبسوط السرخسى ، وعليه اقتصر فى الخلاصة وشرح الطحاوى والإسبيجابى والفتح والدرر والبحر وغيرهم وذكر الخلاف كذلك فى السراج لـكن فى صلاة الجلابى أن هذا قولهما وتمامه فى شرح الشيخ إسمعيل .

---

(١) (قوله لأنها ثانية إمامه) أى بالنظر إلى الركعة الأولى التى صلاها الإمام قبل اقتداء هذا اللاحق به ؛ فلذا يقعد على رأسها كما فعل إمامه اهـ منه .

(٢) (قوله قلت وبقى الخ) حاصله أن صور العكس خمسة فصار جملة الصور الممكنة ستة بهذه الصورة : نام أدرك سبق اهـ منه .

س	د	ن
د	س	ن
س	ن	د
ن	س	د
د	ن	س
س	د	ن

من غير فجر يأتى بركعتين بفاتحة وسورة وتشهد بينهما ، وبرابعة الرباعى بفاتحة فقط ، ولا يقعد قبلها (إلا فى أربع) فكمقتد أخذها (لا يجوز الاقتداء به) وإن صح استخلافه فى حد ذاته لإحالة القضاء ؛ فلا استثناء أصلا كما زعم فى الأشباه ؛ نعم لو نسى أحد المسبوقين يقضى ملاحظا للآخر بلا اقتداء صح (و) ثانيها (يأتى بتكبيرات التشريق إجماعا . و) ثالثها (لو كبر ينوى استئناف صلاته وقطعها يصير مستأنفا وقاطعا) للأولى ، بخلاف المنفرد كماسيجىء (و) رابعها (لو قام إلى قضاء ماسبق به وعلى الإمام سجدتا سهو) ولو قبل اقتدائه (فعليه أن يعود) وينبغى أن يصبر حتى يفهم أنه لاسهو على الإمام ، ولو قام قبل السلام هل يعتد بأدائه ،

وفى الفيض عن المستصفى : لو أدركه فى ركعة الرباعى يقضى ركعتين بفاتحة وسورة ثم يتشهد ثم يأتى بالثالثة بفاتحة خاصة عند أبى حنيفة . وقالا : ركعة بفاتحة وسورة وتشهد ثم ركعتين أولاهما بفاتحة وسورة وثانيتهما بفاتحة خاصة اھ . وظاهر كلامهم اعتماد قول محمد (قوله وتشهد بينهما) قال فى شرح المنية : ولو لم يقعد جاز استحسانا لاقياسا ، ولم يلزمه سجود السهو لكون الركعة أولى من وجه اھ (قوله إلا فى أربع) استثناء من قوله وهو منفرد فيما يقضيه (قوله لايجوز الاقتداء به) وكذا لايجوز اقتداؤه بغيره كما فى الفتح وغيره ، ولا حاجة إلى زيادته لأن المنفرد كذلك (قوله وإن صح استخلافه الخ) أى إذا سبق إمامه حدث فاستخلفه يصح . وذكر هذه المسألة فى الدرر .

واعترضه فى البحر بأن الكلام فى المسبوق حالة القضاء ، ولا يتصور استخلافه فيها . وأجاب عنه فى النهر بما أشار إليه الشارح بقوله فى حد ذاته الخ يعنى أن الضمير فى قوله وإن صح استخلافه عائد إلى المسبوق من حيث هو لابقيد كونه فى حالة القضاء الذى الكلام فيه لأنه فى حالة القضاء لايمكن استخلافه (قوله فلا استثناء أصلا الخ) يعنى أن مافى الأشباه من أن قولهم لايجوز الاقتداء بالمسبوق يستثنى منه أنه يصح استخلافه ليس فى محله ؛ لأن صحة استخلافه إنما هى قبل سلام إمامه وعدم صحة الاقتداء به بعده فلا استثناء . والعجب من صاحب البحر حيث اعترض على الدرر بما مر ، وقد جزم به فى أشباهه (قوله نعم لو نسى الخ) حاصله أنه لو اقتدى اثنان معا بإمام قد صلى بعض صلاته فلما قاما إلى القضاء نسى أحدهما عدد ماسبق به فقضى ملاحظا للآخر بلا اقتداء به صح كما فى الخانية والفتح ، خلافا لظاهر القنية ، ولما مشى عليه فى الوهبانية من الفساد وجزم به فى جامع الفتاوى ، ووفق ابن الشحنة بحمل الثانى على الاقتداء أو بكونه قولا شاذا لايعمل به فافهم (قوله إجماعا) أى مع أن المنفرد لايأتى بها عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ح (قوله بخلاف المنفرد) فإنه لايصير مستأنفا ، لأن الثانية عين الأولى من كل وجه ؛ أما المسبوق فيكون قد انتقل عن صلاة هو منفرد فيها من وجه إلى صلاة وهو منفرد فيها من كل وجه فغايرت الأولى (قوله ولو قبل اقتدائه) متعلق بسهو : أى ولو كان سهو إمامه حصل قبل اقتدائه به لأن السهو أورث نقصانا فى تحريمة الإمام ، وهو قد بنى تحريمته عليها ، فدخل النقصان فى صلاته أيضا ، ولذا لو لم يسجد معه يجب عليه السجود فى آخر صلاته كما يأتى ، لأن ذلك النقصان لايرفعه سواه (قوله فعليه أن يعود) أى مالم يقيد الركعة بسجدة كما يأتى ، وإذا عاد إلى المتابعة ارتفض مافعله من قيام وقراءة وركوع لوقوعه قبل صيرورته منفردا حتى لو بنى عليه من غير إعادته فسدت صلاته كما فى شرح المنية (قوله وينبغى أن يصبر الخ) أى لايقوم بعد التسليمة أو التسليمتين ، بل ينتظر فراغ الإمام بعدهما كما فى الفيض والفتح والبحر . قال الزند ويستى فى النظم يمكث حتى يقوم الإمام إلى تطوعه أو يستند إلى المحراب إن كان لاتطوع بعدها اھ . قال فى الحلية : وليس هذا بلازم ، بل المقصود مايفهم أن لاسهو على الإمام أو يوجد له مابقطع حرمة الصلاة اھ . وقيده فى الفتح بحثا بما

إن قبل قعود الإمام قدر التشهد لا ، وإن بعده نعم . وكره تحريما إلا لعذر : كخوف حدث ، وخروج وقت فجر وجمعة وعيد ومعذور ، وتمام مدة مسح ، ومرور مار بين يديه ؛ فإن فرغ قبل سلام إمامه ثم تابعه فيه صحت (ولو لم يعد كان عليه أن يسجد) للسهو (فى آخر صلاته) استحسانا ، قيد بالسهو ، لأن الإمام لو تذكر سجدة صلبية أو تلاوية فرضت المتابعة ، وهذا كله قبل تقييد ماقام إليه بسجدة ، أما بعده فتفسد في صلبية مطلقا ، وكذا فى تلاوية ، وسهو إن تابع وإلا لا .

إذا اقتدى بمن يرى سجود السهو بعد السلام ، أما إذا اقتدى بمن يراه قبله فلا . واعترضه فى البحر بأن الخلاف بين الأئمة إنما هو فى الأولوية ، فربما اختار الإمام الشافعي أن يسجد بعد السلام عملا بالجائز فلذا أطلقوا استنظاره اهـ . وفيه بعد ، فإن الظاهر مراعاته المستحب فى مذهبه (قوله إن قبل قعود الإمام الخ) قيد بقعود الإمام ، لأنه لو رفع رأسه من السجدة قبل إمامه وقعد قدر التشهد وقام قبل أن يقعد إمامه قدر التشهد لم يعتبر قعوده ، حتى لو كان مدركا وسلم فى هذه الصورة لم تصح صلاته ، ثم المراد بقدر التشهد قدر قراءته إلى عبده ورسوله بأسرع مايكون لاقراءته بالفعل كما مر فى فرائض الصلاة (قوله لا) أى لايعتد بما أداه قبل قعود إمامه من قيام وقراءة ، وإنما يعتد بما أداه بعده . قال فى الفتح ولو قام قبله : أى قبل قدر التشهد ، قال فى النوازل إن قرأ بعد فراغ الإمام من التشهد ما تجوز به الصلاة جاز وإلا فلا ، هذا فى المسبوق بركعة أو ركعتين ، فإن كان بثلاث ، فإن وجد منه قيام بعد تشهد الإمام جاز ، وإن لم يقرأ لأنه سيقرأ فى الباقيتين والقراءة فرض فى ركعتين اهـ وتمامه فى سهو المنية وشرحها ومبنى هذا على أنه لايعتد بقيامه قبل فراغ إمامه فكأنه لم يقم وبعده يعتبر قائما ، فإن وجد منه حينئذ القراءة والقيام جاز وإلا فلا كما فى الرملى (قوله وكره تحريما) أى قيامه بعد قعود إمامه قدر التشهد لوجوب متابعته فى السلام (قوله كخوف حدث) أى خوف سبق الحدث (قوله وخروج) عطف على حدث (قوله وجمعة وعيد ومعذور) معطوفات على فجر ح (قوله وتمام) عطف على حدث وكذا مرور ح (قوله فإن فرغ الخ) أى إذا قام بعد قعود إمامه قدر التشهد فقضى ماسبق به وفرغ قبل سلام إمامه ثم تابعه فى السلام ، قيل تفسد ، وقيل لا ، وعليه الفتوى ، لأنه وإن كان اقتداؤه بعد المفارقة مفسدا ، لكن هذا مفسد بعد الفراغ فهو كتعمد الحدث فى هذه الحالة فتح وبحر . ومقتضى التعليل أن المتابعة إنما كانت فى السلام فقط كما هو ظاهر كلام الشارح أيضا : فلو قصد متابعته فى القعدة والتشهد تفسد لأنه يكون اقتداء قبل الفراغ (قوله ولو لم يعد) مقابل قوله فعليه أن يعود (قوله قيد بالسهو) أى فى قوله وعلى الإمام سجدتا سهو (قوله فرضت المتابعة) لأن المتابعة فى الفرض فرض ؛ أما فى الصلبية فظاهر ، وأما فى التلاوية فلأنها ترفع القعدة والقعدة فرض فالمتابعة فيها فرض اهـ ح .

والحاصل أنه إذا لم يقيد ماقام إليه بسجدة لم يصر منفردا وترتفض ، فلو لم يتابع إمامه فسدت صلاته ، وقد أطلق الفساد هنا فى الفتح وغيره لكن فصل فى الذخيرة فى تذكر التلاوية بأنه إن لم يتابع الإمام فيها ينظر إن وجد منه قيام وقراءة بعد فراغ الإمام من القعدة الثانية مقدار ماتجوز به الصلاة جازت صلاته وإلا فلا ، لأن يعود إمامه إلى التلاوية ارتفعت القعدة فصار كأنه قام إلى قضاء ماسبق به قبل فراغ الإمام من التشهد اهـ ولم يذكر مثل ذلك فى الصلبية لأنها ركن فعدم المتابعة فيها مفسد مطلقا ، بخلاف التلاوية لأنها واجبة تأمل (قوله وهذا كله) أى عود المسبوق ومتابعته لإمامه فى السهوية والصلبية والتلاوية ح (قوله مطلقا) أى تابع أو لم يتابع لأنه انفرد وعليه ركنان السجدة والقعدة وهو عاجز عن متابعته بعد إكمال الركعة فتح وبحر (قوله إن تابع) لما فى المتابعة من رفض مالا يقبل الرفض ح (قوله وإلا لا) أى وإن لم يتابع فيهما لاتفسد ؛ أما فى السهوية فلأنها واجبة ولا ترفع القعدة ؛

ولو سلم ساهيا إن بعد إمامه لزمه السهو وإلا لا . ولو قام إمامه لخامسة فتابعه ، إن بعد القعود تفسد وإلا لا حتى يقيد الخامسة بسجدة . ولو ظن الإمام السهو فسجد له فتابعه فبان أن لا سهو فالأشبه الفساد لاقتدائه فى موضع الانفراد :

باب الاستخلاف

اعلم أن لجواز البناء ثلاثة عشر شرطا : كون الحدث سماوياً من بدنه ، غير موجب لغسل ، ولا نادر وجود

وإنما ترفع التشهد وهو واجب أيضا ، وترك المتابعة فى الواجب لايوجب الفساد ؛ وأما فى التلاوية فلأنها واجبة ورفعها القعدة كان بعد استحكام انفراد المسبوق فلايلزمه اهـ ح أى لايلزمه حكم الإمام فى رفع القعدة ،كما لو ارتد إمامه بعد إتمامها أوراح إلى الجمعة بعد ماصلى بهم الظهر بجماعة ارتفض فى حقه لاحقهم ،وتمامه فى الفتح وسهو البدائع (قوله ولو سلم ساهيا) قيد به لأنه لو سلم مع الإمام على ظن أن عليه السلام معه فهو سلام عمد فتفسد كما فى البحر عن الظهيرية (قوله لزمه السهو) لأنه منفرد فى هذه الحالة ح (قوله وإلا لا) أى وإن سلم معه أو قبله لايلزمه لأنه مقتد فى هاتين الحالتين ح . وفى شرح المنية عن المحيط إن سلم فى الأولى مقارنا لسلامه فلا سهو عليه لأنه مقتد به ، وبعده يلزم لأنه منفرد اهـ . ثم قال : فعلى هذا يراد بالمعية حقيقتها وهو نادر الوقوع اهـ .

قلت : يشير إلى أن الغالب لزوم السجود لأن الأغلب عدم المعية ، وهذا مما يغفل عنه كثير من الناس فليتنبه له (قوله إن بعد القعود) أى قعود الإمام القعدة الأخيرة (قوله تفسد) أى صلاة المسبوق لأنه اقتداء فى موضع الانفراد ، ولأن اقتداء المسبوق بغيره مفسد كما مر (قوله وإلا) أى وإن لم يقعد وتابعه المسبوق لاتفسد صلاته ، لأن ماقام إليه الإمام على شرف الرفض ولعدم تمام الصلاة فإن قيدها بسجدة انقلبت صلاته نفلا ، فإن ضم إليها سادسة ينبغى للمسبوق أن يتابعه ثم يقضى ماسبق به وتكون له نافلة كالإمام ؛ ولا قضاء عليه لو أفسده لأنه لم يشرع فيه قصدا رحمتى (قوله فالأشبه الفساد) وفى الفيض : وقيل لاتفسد وبه يفتى . وفى البحر عن الظهيرية قال الفقيه أبو الليث : فى زماننا لاتفسد ، لأن الجهل فى القراء غالب اهـ والله أعلم .

باب الاستخلاف

مناسبته للإمامة ظاهرة ، ولذا ترجم به عادلا عما فى الهداية وغيرها من الترجمة بباب الحدث فى الصلاة لأنها ترجمة بالسبب لابالحكم ، والأول أولى لأنه ترجمة بالحكم .

ولما كان الاستخلاف مشروطا بكون الحدث غير مانع للبناء ذكر الشارح شروط البناء لأنه فى الحقيقة بناء من الخليفة على ماصلاه الإمام (قوله كون الحدث سماويا) هو مالا اختيار للعبد فيه ولا فى سببه كما يأتى فى الشرح فخرج بالأول مالو أحدث عمدا ، وبالثانى مالو كان بسبب شجة أو عضة أو سقوط حجر من رجل مشى على نحو سطح فافهم (قوله من بدنه) احتراز عما إذا أصابه من خارج نجاسة مانعة . وفيه إطلاق الحدث على النجس وهو تسامح ،على أن النجاسة المانعة من غير سبق حدث تمنع البناء،سواء كانت من بدنه أو من خارج كما فى البحر . وأيضا النجاسة غير داخلة ، لأن الكلام فى الحدث .

وقد يقال احترز به عن الجنون فإنه حدث من غير البدن إذا كان من الجن لامن مرض ، وإلا كان من البدن كالإغماء تأمل (قوله غيرموجب لغسل) خرج ما إذا أنزل بتفكر ونحوه (قوله ولا نادر وجود) خرج نحو القهقهة

ولم يؤد ركنا مع حدث أو مشى ، ولم يفعل منافياً أو فعلا له منه بدّ ، ولم يتراخ بلا عذر كزحمة ، ولم يظهر حدثه السابق كمضى مدة مسحه ، ولم يتذكر فائتة وهو ذو ترتيب ولم يتم المؤتم فى غير مكانه ، ولم يستخلف الإمام غير صالح لها (سبق الإمام حدث) سماوى ، لا اختيار للعبد فيه ولا فى سببه كسفرجلة من شجرة ، وكحدثه من نحو عطاس على الصحيح (غير مانع للبناء) كما قدمناه (ولو بعد التشهد)

والإغماء (قوله ولم يؤدّ ركنا مع حدث) خرج ماإذا سبقه الحدث ساجدا فرفع رأسه قاصدا الأداء أو قرأ ذاهبا (قوله أو مشى) خرج ما إذا قرأ آيبا (قوله ولم يفعل منافيا) خرج ماإذا أحدث عمدا بعد السماوى (قوله أو فعل له منه بد) خرج مالو تجاوزَ ماء غير بئر إلى أبعد منه بأكثر من قدر صفين بلا عذر (قوله ولم يتراخ) أما لو تراخى قدر أداء ركن بعذر كزحمة أو نزول دم فإنه يبنى ، وكذا لو كان حدثه بالنوم فمكث زمانا ثم نبه ، لأن فسادها بالمكث لوجود أداء جزء منها مع الحدث والنائم حال نومه غير مؤدّ شيئا شرح المنية (قوله كمضى مدة مسحه) وكرؤية المتيمم ماء ، وخروج وقت المستحاضة بحر (قوله ولم يتذكر فائتة الخ) أما لو تذكرها فلا يصح بناؤه حتما ، بل قد وقد ، لأنه إن قضاها عقب التذكر كما هو المشروع فسدت الوقتية ، وإن أخرها حتى خرج وقت السادسة لم يبق صاحب ترتيب فصح البناء فافهم (قوله ولم يتم المؤتم فى غير مكانه) المؤتم يشمل الإمام الذى سبقه الحدث واستخلف فإنه مؤتم بخليفته ، فإذا توضأ وكان إمامه لم يفرغ من صلاته فعليه أن يعود ويتم صلاته خلف إمامه إن كان بينهما مايمنع الاقتداء ؛ حتى لو أتم فى مكانه فسدت ، وأما المنفرد فيخير بين العود وعدمه (قوله غير صالح لها) كصبى وامرأة وأمى ، فإذا استخلف أحدهم فسدت صلاته وصلاة القوم ، لأنه عمل كثير ليس من أعمال الصلاة ، وسيأتى تمام الكلام على هذه الشروط كلها (قوله سبق الإمام حدث) أى حقيقة أما لو ظن سبق الحدث ثم ظهر عدمه ، فسيأتى أنه تفسد صلاته وإن لم يخرج من المسجد إذا استخلف لأنه عمل كثير (قوله لا اختيار للعبد فيه الخ) صفة كاشفة لقوله سماوى ح :

أقول : والظاهر من كلامهم أن المراد بالعبد عندهما مايشمل المصلى وغيره : وعند أبى يوسف المراد به المصلى ففى حاشية نوح عن المحيط : لو أصاب المصلى حدث بغير فعله بأن أصابه ببندقة أى من طين فشجته لايبنى عندهما ويبنى عند أبى يوسف لأنه لاصنع له فيه فصار كالسماوى . ولهما أنه حدث حصل بصنع العباد ولا يغلب وجوده ، فلا يلحق بالسماوى ، ولو وقع عليه مدر من سطح أو كان يصلى تحت شجرة فوقع عليه الكمثرى أو السفرجل فشجه أو أصابه شوك المسجد فأدماه ، قيل يبنى لأنه حصل لابصنع العباد ، وقيل على هذا الخلاف ، لأن السقوط بسبب الوضع والإنبات . وقال فى الظهيرية : ولو سقط من السطح مدر فشج رأسه ، إن كان بمرور مار استقبل الصلاة خلافا لأبى يوسف ، وإن كان لابمرور مار ، قيل يبنى بلا خلاف ، وقيل على الاختلاف ، وهو الصحيح اهـ :

قال الخير الرملى بعد كلام الظهيرية : أقول علم به أن الصحيح عدم البناء مطلقا ، ويقاس عليه وقوع السفرجلة ، فإن كان بهزها فعلى الخلاف ، وإلا فقيل يبنى بلا خلاف ، والصحيح أنه على الخلاف اهـ (قوله كسفرجلة الخ) تمثيل للمنفى وهو مافيه اختيار للعبد ، فقد نقل فى البحر الاختلاف فى وقوع سفرجلة أو طوبة من سطح ، ثم نقل تصحيح عدم البناء إذا سبقه الحدث من عطاسه أو تنحنحه . ونقل الرملى عن شرح المنية أن الأظهر عدم البناء فى التنحنح دون العطاس . وما فى الشرنبلالية وتبعه المحشى من أنه فى البحر صحح البناء فيهما ليس بالواقع فافهم (قوله غير مانع للبناء) نعت لحدث ، وخرج به ما إذا كان الحدث مانعا للبناء ، بأن كان الحدث

ليأتى بالسلام (استخلف) أى جاز له ذلك ولو فى جنازة بإشارة أوجر" لمحراب ؛ ولو لمسبوق ، ويشير بأصبع لبقاء ركعة ، وبأصبعين لركعتين ويضع يده على ركبته لترك ركوع . وعلى جبهته لسجود ، وعلى فمه لقراءة ، وعلى جبهته ولسانه لسجود تلاوة أو صدره لسهو (مالم يجاوز الصفوف لوفى الصحراء) مالم يتقدم. فحده السترة أو موضع السجود على المعتمد كالمنفرد (وما لم يخرج من المسجد)

واحدا من أضداد الأشياء الثلاثة عشر ، وهو ما أشار إليه بقوله كما قدمناه ح (قوله ليأتى بالسلام) قال ابن الكمال : صرح بذلك فى الهداية ، وهذا صريح فى أنه لاخلاف للإمامين هنا إذ لاخلاف لهما فى وجوب التسليم اهـ . وأراد به الرد على صدر الشريعة ومنلا خسرو . حيث عللا بأنه لم تتم صلاته ، لأن الخروج بصنعه فرض عنده ولم يوجد . وعندهما تمت : أى فلا يستخلف . ورده فى اليعقوبية أيضا بأن هذا قول بعض المشايخ . وفى كلام صاحب الهداية إشارة إلى أن المختار قول الكرخى . وهو أن الخروج بصنعه ليس بفرض اتفاقا (قوله استخلف) أشار إلى أن الاستخلاف حق الإمام ؛ حتى لو استخلف القوم فالخليفة خليفته ، فمن اقتدى بخليفتهم فسدت صلاته ؛ ولو قدم الخليفة غيره ، إن قبل أن يقوم مقام الأول وهو : أى الأول فى المسجد جاز ، وإن قدم القوم واحدا أو تقدم بنفسه لعدم استخلاف الإمام جاز إن قام مقام الأول قبل أن يخرج من المسجد ؛ ولو خرج منه فسدت صلاة الكل دون الإمام . كذا فى الخانية . ولو تقدم رجلان فالأسبق أولى ، ولو قدمهما القوم فالعبرة للأكثر ، ولو استويا فسدت صلاتهم ، وتمامه فى النهر (قوله أى جاز له ذلك) حتى لو كان الماء فى المسجد فإنه يتوضأ ويبنى ، ولا حاجة إلى الاستخلاف كما ذكره الزيلعى . وإن لم يكن فى المسجد فالأفضل الاستخلاف كما فى المستصفى :

وظاهر المتون أن الاستخلاف أفضل فى حق الكل ، فما فى شرح المجمع لابن الملك من أنه يجب على الإمام الاستخلاف صيانة لصلاة القوم فيه نظر بحر . وقد يجاب عنه بما فى النهر من أنه ينبغى وجوبه عند ضيق الوقت (قوله ولو فى جنازة) هو الأصح نهر عن السراج (قوله بإشارة) متعلق بقوله استخلف . قال فى الفتح : والسنة أن يفعله محدودب الظهر آخذا بأنفه يوهم أنه رعف (قوله ولو لمسبوق) أشار إلى أن استخلاف المدرك أولى كما يأتى مع بيان مايفعله المسبوق (قوله ويشير الخ) هذا إذا لم يعلم الخليفة ، أما إذا علم فلا حاجة إلى ذلك بحر (قوله لسجود) أى لترك سجود ، وكذا مابعده من المعطوف ح (قوله مالم يتقدم الخ) تخصيص لما فى المتن كالهداية . وحاصله أن حده الصفوف إن ذهب يمنة أو يسرة أو خلفا ، وأما إن ذهب أماما فحده السترة أو موضع السجود إن لم تكن له سترة . قال فى الفتح : إنه الأوجه . وفى البدائع إنه الصحيح . قال فى البحر : فما فى الهداية من أن الإمام إذا لم يكن بين يديه سترة فالمعتبر مشيه مقدار الصفوفات خلفه ضعيف اهـ لكن قال الخير الرملى : إن أغلب الكتب على اعتماد مافى الهداية فكيف يكون ضعيفا (قوله كالمنفرد) فإن المعتبر فيه موضع سجوده من الجوانب الأربع ، إلا إذا مشى أمامه وبين يديه سترة فيعطى لداخلها حكم المسجد ، بحر عن البدائع (قوله ومالم يخرج من المسجد) فإذا خرج بطلت الصلاة فلم يصح الاستخلاف ، لو كانت الصفوف متصلة وهو فى أثنائها ، لأن المناط الخروج ، وهذا عندهما . وعند محمد يصح الاستخلاف من خارج ، وبه صرح الكمال وغيره : وفى الخلاصة : جعل الصحة قولهما وعدمها قول محمد ، كذا فى الشرنبلالية ح ، والمراد ببطلان الصلاة صلاة القوم والخليفة دون الإمام فى الأصح كما فى البحر وغيره لأنه صار فى حكم المنفرد .

[تنبيه] فى القنية عن شرح بكر وغيره المساجد العظام ، كمسجد المنصورية ، ومسجد بيت المقدس حكمها

أو الجبانة أو الدار (لو كان يصلى فيه) لأنه على إمامته ما لم يجاوز هذا الحد ولم يتقدم أحد ولو بنفسه مقامه ناوياً الإمامة وإن لم يجاوزه ، حتى لو تذكر فائتة أو تكلم لم تفسد صلاة القوم لأنه صار

حكم الصحراء اه (قوله أو الجبانة) هي المصلى العام فى الصحراء مغرب (قوله أو الدار) كذا أطلقها فى الزيلعي والبحر . والظاهر أن المراد منها الصغيرة ، لما قدمناه فى موانع الاقتداء أن الصغيرة كالمسجد والكبيرة كالصحراء وأن المختار فى تقدير الكبيرة أربعون ذراعا تأمل (قوله لو كان يصلى فيه) أى فى أحد المذكورات ح (قوله مالم يجاوز هذا الحد) أى الصحراء أو المسجد ونحوه : أى فإذا تجاوزه خرج الإمام عن الإمامة وإلا فلا . قال ابن الملك : حتى لو اقتدى به إنسان مادام فى المسجد أو فى الصفوف قبل الوضوء جاز اه (قوله ولم يتقدم أحد ولو بنفسه) أشار إلى أنه يصير خليفة إذا قدمه الإمام أو أحد القوم أو تقدم بنفسه كما قدمناه عن النهر (قوله مقامه) معمول لمحذوف : أى قائما مقامه لا لقوله يتقدم ، إذ لا يقال تقدمت مقام زيد ولا قعدت مجلس عمرو لعدم اتحاد مادتهما.

هذا ، وقيد بقيامه مقامه لأنه لا يصير خليفة قبل ذلك لكن هذا إذا لم ينو الخليفة الإمامة من ساعته لما فى الخانية وغيرها : إمام أحدث فقدم رجلا من آخر الصفوف ثم خرج من المسجد إن نوى الخليفة الإمامة من ساعته صار إماما فتفسد صلاة من كان متقدما عليه فقط ، وإن نوى أن يكون إماما إذا قام مقام الأول وخرج الأول قبل أن يصل الخليفة إلى مكانه فسدت صلاتهم لخلو مكان الإمام عن إمام ، وشرط جواز صلاة الخليفة والقوم أن يصل الخليفة إلى المحراب قبل أن يخرج الإمام من المسجد وإذا نوى الخليفة الإمامة من ساعته وخرج الإمام من المسجد قبل أن يصل الخليفة إلى المحراب لم تفسد صلاتهم لأنه ماخلا المسجد عن الإمام اه (قوله ناويا الإمامة) قيد به لما فى الدراية : اتفقت الروايات على أن الخليفة لا يكون إماما مالم ينو الإمامة ، ومقتضاه أنه لا يكفى قيامه مقام الأول بدون النية (قوله وإن لم يجاوزه الخ) أى يجاوز الحد المذكور وهذا مبالغة على مفهوم قوله ولم يتقدم أحد الخ ، يعنى أنه على إمامته مالم يتقدم أحد إلى مقامه ناويا الإمامة ، فإذا تقدم فقد خرج الأول عن الإمامة وصار مقتديا به وإن لم يجاوز الحد المذكور (قوله حتى لو تذكر الخ) تفريع على المفهوم المذكور ، وهو أنه إذا تقدم أحد إلى مقامه فقد خرج الأول عن الإمامة وصار مقتديا بالخليفة ، سواء تجاوز المسجد ونحوه أولا ، وقوله لأنه صار مقتديا علة لقوله لم تفسد صلاة القوم : أى لأنه خرج عن كونه إماما لهم وإن لم يخرج من المسجد ونحوه فلا يضرهم كلامه أو حدثه العمد ونحوه .

واستشكل ذلك فى البحر بما ذكروا من أنه إذا استخلف لا يخرج الإمام عن الإمامة بمجرده ، ولهذا لو اقتدى به إنسان من ساعته قبل الوضوء فإنه صحيح على الصحيح كما فى المحيط ، ولهذا قال فى الظهيرية والخانية : إن الإمام لو توضأ فى المسجد وخليفته قائم فى المحراب ولم يؤدركنا فإنه يتأخر الخليفة ويتقدم الإمام ، ولو خرج الإمام الأول من المسجد وتوضأ ثم رجع إلى المسجد وخليفته لم يؤد ركنا فالإمام هو الثانى اه .

ووفق فى النهر بحمل ماذكروا على ما إذا لم يقم الخليفة مقام الأول ناويا الإمامة ، وماهنا على ما إذا قام مقامه ونوى الإمامة اه قلت : لكنه يخالفه مافى الظهيرية والخانية :

وقد يجاب بأنه لا يخرج عن الامامة وهو فى المسجد مالم يقم الثانى مقامه ، فإن قام مقامه ناويا لها صار إماما ، لكنه مالم يؤد ركنا لم تتأكد إمامته من كل وجه ، حتى إذا توضأ الأول قبل خروجه من المسجد تنتقل الإمامة إليه لعدم تأكد إمامة الخليفة ، بخلاف ما إذا فعل منافيا أو أدى الثانى ركنا فإن الإمامة تثبت للثانى قطعا بلا انتقال .

[تنبيه] علم مما مر أن شروط الاستخلاف ثلاثة : الأول استجماع شرائط البناء المارة . الثانى أن يكون قبل

مقتديا ، ولو كان الماء فى المسجد لم يحتج للاستخلاف (واستئنافه أفضل) تحرزا عن الخلاف (ويتعين) الاستئناف إن لم يكن تشهد (لجنون أو حدث عمداً) أو خروجه من مسجد بظن حدث (أو احتلام) بنوم أو تفكر أو نظر

مجاوزة الإمام الحد المذكور . الثالث أن يكون الخليفة صالحا للخلافة ، وأن حكم الاستخلاف صيرورة الثانى إماما وخروج الأول عن الإمامة وصيرورته فى حكم المقتدى بالثانى . وأن الثانى إنما يصير إماما ويخرج الأول عن الإمامة بأحد أمرين : إما بقيام الثانى مقام الأول ينوى صلاة الإمام ، أو بخروج الأول عن المسجد ؛ حتى لو استخلف رجلا وهو فى المسجد بعد ولم يقم الخليفة مقامه فهو على إمامته . حتى لو جاء رجل فاقتدى به صح اقتداؤه ، ولو أفسد صلاته فسدت صلاة الجميع ، وتمامه فى البدائع .

[فرع] فى التتارخانية عن الصيرفية ، لو أم قوما على شاهق جبل فألقته الريح ولم يدر أحى أم ميت ولم يستخلفوا أحدا فى الحال فسدت صلاتهم (قوله لم يحتج للاستخلاف) لما مر من أنه جائز لا متعين ولأنه باق على إمامته فلم يخل المسجد عن إمام ، بخلاف ماإذا خرج من المسجد فإن صلاة القوم تفسد لخلو مكانه عن إمام . ويوجد فى بعض النسخ زيادة ، وهى : فلو استخلف لم تفسد صلاته (قوله واستئنافه أفضل) أى بأن يعمل عملا يقطع الصلاة ثم يشرع بعد الوضوء شرنبلالية عن الكافى . وفى حاشية أبى السعود عن شيخه : فلو لم يعمل مايقطع الصلاة بل ذهب على الفور فتوضأ ثم كبر ينوى الاستئناف لم يكن مستأنفا بل بانيا اهـ .

قلت : هذا ظاهر فى المنفرد ، لأن مانواه هو عين صلاته من كل وجه ، بخلاف الإمام أو المقتدى تأمل (قوله إن لم يكن تشهد) يعنى إن لم يكن قعد قدر التشهد ، فلو حصلت بعده لاتفسد صلاته لأنها قد تمت حتى على القول بفرضية الخروج بصنعه ؛ أما فى الحدث العمد فظاهر . وأما فى الجنون والإغماء والاحتلام فلأن الموصوف بها لايخلو عن اضطراب أو مكث يصير به مؤديا جزءا من الصلاة مع الحدث ، وكيفما كان فالصنع منه موجود كما فى البحر وغيره ، لكن اعترض بأن المراد وجود عمل ينافى الصلاة عمدا ولا عمد من هؤلاء كما فى شرح العلامة المقدسى (قوله أو خروجه من مسجد) المراد مجاوزة الحد المتقدم أعم من أن يكون فى صحراء أو مسجد أو جبانة أو دار (قوله بظن حدث) بأن خرج منه شىء فظن أنه دم مثلا . وظاهره أنه لو لم يكن للظن دليل ، بأن شك فى خروج ريح ونحوه يستقبل مطلقا بالانحراف عملا بما هو القياس ، لكن لم أره منقولا بحر . وقيد بظن الحدث لأنه لو ظن أنه افتتح بلا وضوء ، أو أن مدة مسحه انقضت ، أو أن عليه فائتة أو رأى سرابا فظنه ماء وهو متيمم أو حمرة فى ثوبه فظنها نجاسة فانصرف تفسد بالانحراف وإن لم يخرج من المسجد ، لأنه انصرف على سبيل الرفض ولهذا لو تحقق ماتوهمه يستقبل ، وهذا هو الأصل والاستخلاف كالخروج من المسجد ؛ لأنه عمل كثير فتبطل بحر : أى لو استخلف فتبين أنه لم يحدث فسدت صلاته وإن لم يخرج من المسجد لوجود العمل الكثير من غير عذر ، بخلاف ماإذا تحقق ماتوهمه من العذر فإن العمل غير مفسد لقيام العذر فكان الاستخلاف كالخروج من المسجد يحتاج لصحته قصد الإصلاح وقيام العذر ، كذا فى العناية (قوله أو احتلام الخ) الأحسن أو موجب غسل ليشمل الحيض قهستانى وأراد بالاحتلام الإمناء لأن خروج المنى بغير نوم لايسمى احتلاما ، وأفاد أن النوم نفسه غير مفسد لكن هذا إذا كان غير عمد لما فى حاشية نوح أفندى : النوم إما عمدا أولا . فالأول ينقض الوضوء ويمنع البناء . والثانى قسمان : مالا ينقض الوضوء ولايمنع البناء : كالنوم قائما أو راكعا أو ساجدا . وماينقض الوضوء ولا يمنع البناء ؛ كالمريض إذا صلى مضطجعا فنام ينتقض وضوءه على الصحيح وله البناء فغير العمد لايمنع البناء اتفاقا

أو مس بشهوة (أو إغماء أوقهقهة) لندرتها (وكذا) يجوز له أن (يستخلف إذا حصر عن قراءة قدر المفروض) لحديث أبي بكر الصديق رضي الله تعالى عنه ، فإنه لما أحس بالنبي صلى الله عليه وسلم حصر عن القراءة فتأخر فتقدم النبي صلى الله عليه وسلم وأتم الصلاة ، فلو لم يكن جائزاً لما فعله بدائع . وقالا : تفسد ،وبعكس الخلاف لو حصر ببول أو غائط ، ولو عجز عن ركوع وسجود هل يستخلف كالقراءة ؟ لم أره (لخجل) أى لأجل خجل أو خوف اعتراه (ولا) يستخلف إجماعا (لو نسى القراءة أصلا) لأنه صار أمياً (أو أصابه) عطف على المنفى (بول كثير) أى نجس مانع من غير سبق حدثه ،

سواء نقض الوضوء أولا ، بخلاف العمد اه ملخصا (قوله لندرتها) أى ولفعل المنافى فى صورة الحدث العمد (قوله إذا حصر) بكسر ثانيه وبفتح أوله أو ضمه مبنيا للفاعل أو للمفعول ، وبيانه فى البحر (قوله عن قراءة قدر المفروض) فلو قرأ ماتجوز به الصلاة لا يجوز الاستخلاف بالإجماع كما فى الهداية والدرر وكثير من كتب المذهب . قال فى البحر : وذكره فى المحيط بصيغة قيل . وظاهره أن المذهب الإطلاق ، وهو الذى ينبغى اعتماده لما صرحوا به فى فتح المصلى على إمامه بأنها لاتفسد على الصحيح ، سواء قرأ الإمام ماتجوز به الصلاة أولا ،فكذا هنا يجوز الاستخلاف مطلقا اه . وأيده فى الشرنبلالية بما فى شرح الجامع الصغير أن الاستخلاف هنا لايفسد كالفتح ، والفتح لو أفسد فليس لأنه عمل كثير ، بل لأنه غير محتاج إليه وهنا هو محتاج إليه اه. قال فى الشرنبلالية: والاحتياج للإتيان بالواجب أو بالمسنون اه . وبه يندفع مافى النهر من التفرقة بينهما بأن الاستخلاف هنا عمل كثير بلا حاجة. قلت : وقد يقال : الحاجة مسلمة فى الواجب ولذا يستخلف للإتيان بالسلام ؛ أما المسنون فلا. ويمكن حمل قوله فى الهداية ماتجوز به الصلاة على مايشمل الواجب كما قدمنا أول باب الإمامة من حمل قول الكافى بتقديم الأعلم بشرط حفظه ماتجوز به الصلاة على مايشمل عدم الكراهة تأمل (قوله فإنه لما أحس) عبارة البدائع « فإنه كان يصلى بالناس بجماعة بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم فى مرضه الذى توفى فيه فوجد صلى الله عليه وسلم خفة فحضر فلما أحس الخ » (قوله لما فعله) أى النبى صلى الله عليه وسلم ، وماكان جائزا له يكون جائزا لأمته هو الأصل ، لكونه قدوة لهم بدائع (قوله وقالا تفسد) أى لأنه يندر وجوده ، فكان كالجنابة ، وقيل إنه يتمها بلا قراءة عندهما . قال فى البحر : والظاهر أن عنهما روايتين (قوله وبعكس الخلاف) أى فيجوز الاستخلاف عندهما لا عند الإمام ط (قوله لو حصر) أى منع عن المضى فى الصلاة بسبب بول الخ (قوله لم أره) كذا فى شرح الملتقى للباقانى عن بعض الأفاضل بلفظ هذه مسألة لم نظفر بنقلها اه . ورأيت بهامش الخزائن بخط الشارح قلت : ظاهر كلامهم لا لتعليلهم بوروده يعنى الاستخلاف على خلاف القياس اه .

أقول : ويؤيده مافى البحر حيث قال : وقيد بالمنع عنها أى عن القراءة ، لأنه لو أصاب الإمام وجع فى البطن فاستخلف رجلا لم يجز ، فلو قعد وأتم صلاته جاز اه . فأفاد أنه لو عجز عن القيام أو عن الركوع والسجود لوجع يتم قاعدا لجواز اقتداء القائم بالقاعد فلا حاجة إلى الاستخلاف فافهم (قوله ولا يستخلف الخ) أى ولا يبنى لو كان منفردا ، لأنه صار أميا فبطلت صلاة القوم ط عن البحر :

أقول : لم أر هذه العبارة فى البحر ، وكتبت فيما علقته عليه : لم يذكر حكم صلاة القوم ولا حكم صلاته ، أما صلاتهم ففسادها ظاهر ، لأن إمامهم صار أميا . وأما صلاة الإمام ففى الفصل السابع من الذخيرة أن القارئ إذا صلى بعض صلاته فنسى القراءة وصار أميا فسدت عنده ويستقبلها . وعلى قولهما لاتفسد، ويبنى عليها استحسانا وهو قول زفر اه (قوله عطف على المنفى) أى على مادخل عليه حرف النفى فى المتن ، وهو قوله لو نسى

فلو منه فقط بنى (أو كشف عورته فى الاستنجاء) أو المرأة ذراعها للوضوء (إذا لم يضطر له) فلو اضطر لم تفسد (أو قرأ فى حالة الذهاب أو الرجوع) لأدائه ركنا مع حدث أو مشى ، بخلاف تسبيح فى الأصح (أو طلب الماء بالإشارة، أو شراء بالمعاطاة) للمنافاة أو جاوز ماء إلى آخر إلا قدر صفين أو لنسيان أو زحمة أو كونه بئراً ، لأن الاستقاء يمنع البناء على المختار (أومكث قدر أداء ركن) وإن لم ينو الأداء (بعد سبق الحدث) إلا لعذر كنوم ورعاف (وإذا ساغ له البناء توضأ)

(قوله فلو منه) أى من سبق حدثه فقط بنى ، أما لو كان منه ومن خارج فلا يبنى بحر (قوله إذا لم يضطر له الخ) قال فى الخانية : قال الإمام أبو على النسفى : إن لم يجد بدا من ذلك لم تفسد صلاته . وإلا بأن تمكن من الاستنجاء وغسل النجاسة تحت القميص فسدت، وكذا المرأة لها أن تكشف عورتها وأعضاءها فى الوضوء إذا لم تجد بدا من ذلك. وقال بعضهم : إذا كشف عورته فى الوضوء لايبنى ، وكذا المرأة . والصحيح هو الأول ، لأن جواز البناء للمرأة منصوص عليه مع أنها تكشف عورتها فى الوضوء ظاهرا اه . قال نوح أفندى : وصحح الزيلعى الثانى ، والاعتماد على تصحيح قاضيخان أولى ، ولهذا اختاره المصنف يعنى صاحب الدرر اه لكن فى الفتح عن الزيلعى أن الفساد مطلقا ظاهر المذهب (قوله لأدائه ركنا) هذا يقتضى أن الحدث سبقه فى حالة القيام لأن القراءة لاتكون ركنا فى غيره . ثم رأيت فى المعراج عن المجتبى : أحدث فى قيامه فسبح ذاهبا أو جائيا لم تفسد ، ولو قرأ فسدت ، ولو أحدث فى ركوعه أو سجوده لاتفسد بالقراءة اه . ورأيت مثله فى كافى النسفى فليحفظ (قوله مع حدث أو مشى) نشر مرتب ح (قوله فى الأصح) متعلق بقوله قرأ ، وبقوله بخلاف تسبيح ؛ ومقابله كما فى الزيلعى أنه لو قرأ ذاهبا تفسد وآيبا لا ، وقيل بالعكس وقيل لو أحدث راكعا ورفع رأسه قائلا سمع الله لمن حمده لا يبنى اه يعنى وإن أراد بهذا الرفع الانصراف لا الأداء وإلا فسدت وإن لم يسمع كما يعلم مما سيأتى (قوله أو طلب الماء بالإشارة) كذا فى متن الدرر ، ومثله فى الخانية والسراج .

واستشكله الشرنبلالى بمسألة درء المار بالإشارة وبمسألة ما إذا طلب من المصلى شىء فأشار بيده أو رأسه بنعم أو بلا لا تفسد ، وبأن ابن أمير حاج ذكر فى الحلية أن القول بالفساد فى رد المصلى السلام بيده لم يعرف أن أحدا من أهل المذهب نقله بل المنقول عنهم عدمه . وقال فى البحر : إنه الحق ، وإنما ذكره بعض المشايخ استنباطا كما سيأتى بيانه فى الباب الآتى . قال الشرنبلالى : فلا يبعد أن يكون عدم الفساد بطلب الماء بالإشارة كرد السلام وغيره بها . وأجاب الرحمتى بأن طلب الماء بالإشارة وقبوله منه يصير بمجموع ذلك عملا كثيرا لأنه عقد هبة أو إجارة وهو مناف للصلاة كالشراء بالمعاطاة ، وليس هذا كرد السلام بالإشارة لمن تدبر (قوله بالمعاطاة) قيد به لظهور الفساد بالإيجاب والقبول درر (قوله للمنافاة) علة للمسألتين . قال فى الشرنبلالية : وهذا مبنى على أحد تفسيرى العمل الكثير اه وهو مالو رآه راء من بعيد لايشك أنه ليس فى الصلاة (قوله أو لنسيان) هو وما بعده عطف على المستثنى وهو قدر اه ح . قال فى شرح المنية: ولو وجد فى الحوض موضعا للترضى فتجاوز إلى موضع آخر ، إن لعذر كضيق مكان الأول بنى وإلا فلا ، ولو قصد الحوض وفى منزله ماء أقرب منه ، وإن كان البعد قدر صفين لاتفسد ، وإن أكثر فسدت ، وإن كان عادته التوضى من الحوض ونسى الماء الذى فى بيته وذهب إلى الحوض بنى ، ولو كان الماء بعيدا وبقربه بئر يترك البئر، لأن النزح يمنع البناء على المختار ، وقيل لايمنع إن عدم غيره (قوله على المختار) أى وإن لم يكن عنده ماء غيره كما علمت فافهم (قوله إلا لعذر) وكذا لو تفكر فيمن يقدمه للصلاة إذا لم ينو بقيامه حال تفكره الأداء كما فى التتارخانية (قوله توضأ) أى إن وجد ماء وإلا تيمم ،

فورا بكل سنة (وبنى على ما مضى) بلا كراهة (ويتم صلاته ثمة) وهو أولى تقليلا للمشي (أو يعود إلى مكانه) ليتحد مكانها (كمنفرد) فإنه مخير ، وهذا كله (إن فرغ خليفته وإلا عاد إلى مكانه) حتما لو بينهما ما يمنع الاقتداء (كالمقتدى إذا سبقه الحدث . و) اعلم أنه (إن تعمد عملا ينافيها بعد جلوسه قدر التشهد) ولو بعد سبق حدثه (تمت) لتمام فرائضها ، نعم تعاد لترك واجب السلام (ولو) وجد المناف (بلا صنعه) قبل القعود بطلت اتفاقا ، ولو (بعده بطلت) فى المسائل الاثنى عشرية عنده. وقالا : صحت ،

كما يعلم من قولهم فى التيمم أعيد ولو بناء رملى . قلت : بل صرح به فى البدائع هنا ،وقال لأن ابتداء الصلاة بالتيمم جائز فالبناء أولى ، فإن تيمم ثم وجد الماء ، فإن وجده بعد ماعاد إلى مقامه استقبل ، وإن قبله فى الطريق فالقياس كذلك . وفى الاستحسان يتوضأ ويبنى اه (قوله فورا) أى بلا مكث قدر أداء ركن بلا عذر كما علم مما قبله (قوله بكل سنة) أى من سنن الوضوء ، لأن ذلك من باب إكماله فكان من توابعه فيتحمل كما يتحمل الأصل بدائع ، فلو غسل أربعا لايبنى تتارخانية (قوله بلا كراهة) لكن تقدم أن الاستئناف أفضل (قوله كمنفرد) أفاد أن الكلام الأول فى الإمام ، وأما المقتدى فذكره بعده (قوله وهذا كله) أى تخيير الإمام بين العود إلى مكانه وعدمه (قوله وإلا عاد إلى مكانه) أى الذى كان فيه أو قريبا منه مما يصح فيه الاقتداء ،لأنه بالاستخلاف خرج عن الإمامة وصار مقتديا بالخليفة كما مر (قوله لو بينهما مايمنع الاقتداء) لأن شرط الاقتداء اتحاد البقعة بدائع (قوله كالمقتدى) أى أصالة (قوله إن تعمد عملا ينافيها) أى ينافى الصلاة كالقهقهة ؛ فلو تعمدها بعد جلوسه قدر التشهد فصلاته تامة وإن بطل وضوءه لوجودها فى أثناء الصلاة دون وضوء القوم لخروجهم منها بحدث إمامهم ؛ وتمامه فى البحر وسيأتى (قوله ولو بعد سبق حدثه) نص عليه الزيلعى ولم يحك فيه خلافا ، ففيه رد لما فى الحلية من أنها تبطل عنده لعدم الخروج بصنعه لاعندهما : ووجه الرد كما فى البحر أنه إذا أتى بمناف بعد سبق الحدث فقد خرج منها بصنعه (قوله تمت) أى صحت ، إذ لاشك أنها ناقصة لترك الواجب ط (قوله نعم تعاد) أى وجوبا ط (قوله ولو وجد المنافى) أى سوى الحدث السماوى المتقدم لأنه وإن كان منافيا قياسا ؛ لكن الشرع اعتبره غير مناف أفاده ح (قوله بلا صنعه) مقابل قوله أن تعتمد الخ (قوله ولو بعده بطلت) أى بعد القعود قدر التشهد، وشمل مالو سلم الإمام وعليه سهو فعرض واحد مما سيجئ ، فإن سجد بطلت وإلا فلا ؛ ولو سلم القوم قبل الإمام بعد ماقعد قدر التشهد ثم عرض له واحد منها بطلت صلاته دون القوم ، وكذا إذا سجد هو للسهو ولم يسجد القوم ثم عرض له بحر .

المسائل الاثنا عشرية

(قوله فى المسائل الاثنى عشرية) اشتهرت هذه النسبة ، وهى خطأ عند أهل العربية لأن العدد المركب العلمى إنما ينسب إلى صدره فتقول فى خمسة عشر علما لرجل أوغيره خمسى وغير العلمى لاينسب إليه بحر ونهر (قوله عنده) أى عند أبى حنيفة .

ووجه بطلانها عنده على ماخرجه البردعى أن الخروج من الصلاة بصنع المصلى فرض عنده ، لأنه لا يمكن أداء فرض آخر إلا بالخروج من الأولى ، ومالا يتوصل إلى الفرض إلا به يكون فرضا . وقال الكرخى : هذا غلط ،لأن الخروج قد يكون بمعصية كالحدث العمد، ولو كان فرضا لاختص بما هو قربة وهو السلام، فلا خلاف بينهم فى أن الخروج بصنعه ليس فرضا ، وإنما قال الإمام بالبطلان فى هذه المسائل لمعنى آخر ، وهو أن العوارض

ورجحه الكمال . وفى الشرنبلالية : والأظهر قولهما بالصحة فى الاثنى عشرية ، وهى ماذكره بقوله (كما تبطل) لو فرغ بالفاء كما فى الدرر لكان أولى (بقدرة المتيمم على الماء) وأما مسألة رؤية المتوضئ المؤتم بمتيمم الماء ففيها خلاف زفر فقط وتنقلب نفلا (ومضى مدة مسحه إن وجد ماء) ولم يخف تلف رجله من برد ، وإلا فيمضى (على الأصح) كما مر فى بابه (وتعلم أى أمى آية) أى تذكره أو حفظه بلا صنع (ولو كان) الأمى (مقتديا بقارئ على ماعليه الأكثر) لكن فى الظهيرية : صحح الصحة . قال الفقيه : وبه نأخذ (ووجود العارى ساترا)

الآتية مغيرة للفرض كرؤية المتيمم ماء ، فإنه كان فرضه التيمم فتغير إلى الوضوء وكذا بقية المسائل . بخلاف الكلام فإنه قاطع لا مغير والحدث العمد والقهقهة ونحوهما مبطلة لامغيرة . وأيده فى البحر بما فى المجتبى بأن عليه المحققين من أصحابنا ، وبأنه صححه شمس الأئمة لكن قدمنا فى فرائض الصلاة عن المسائل البهية الزكية على الاثنى عشرية للعلامة الشرنبلالى تأييد كلام البردعى بأنه قد مشى على افتراض الخروج بصنعه صاحب الهداية وتبعه الشراح وعامة المشايخ وأكثر المحققين والإمام النسفى فى الوافى والكافى والكنز وشروحه وصاحب المجمع وإمام أهل السنة الشيخ أبو منصور الماتريدى (قوله ورجحه الكمال الخ) أقول : إن الكمال لم يرجح قولهما صريحا وإنما بحث فى توجيه كلام الإمام على ماقاله كل من البردعى والكرخى كما أوضحته فيما علقته على البحر (قوله وفى الشرنبلالية والأظهر قولهما الخ) أقول : عزا ذلك الشرنبلالى فى رسالته إلى البرهان ثم رده بأنه لا وجه لظهوره فضلا عن كونه أظهر لأنه استدل على ذلك بما ليس فيه دلالة عليه . ثم قال الشرنبلالى بعد ما أطال فى رده : ومن المقرر طلب الاحتياط فى صحة العبادة لتبرأ ذمة المكلف بها وليس الاحتياط إلا بقول الإمام الأعظم إنها تبطل اه قلت : وعليه المتون (قوله لكان أولى) لأن كما يوهم أن قوله ولو بلا صنع بعده بطلت مفروض فى غير المسائل الاثنى عشرية مع أنه مخصوص بها وبما ألحق بها من المزايدات الآتية وغيرها (قوله وأما مسألة الخ) جواب عما أورده الزيلعى على الكنز من أن التقييد بالمتيمم غير مفيد لأن المتوضئ خلف المتيمم لو رأى الماء فى صلاته بطلت أيضا لعلمه أن إمامه قادر على الماء بإخباره وصلاة الإمام تامة لعدم قدرته ، فلو قال والمقتدى به لعلمه . وأجاب فى البحر بأن المقتدى لم تبطل صلاته أصلا بل وصفا .

ورده فى النهر بأن المصنف استعمل البطلان بالمعنى الأعم وهو إعدام الفرض بقى الأصل أولا ثم قال : فالأولى ماقاله العينى : إن مسألة المقتدى بمتيمم ليس فيها إلا خلاف زفر ، والخلاف فى هذه المسائل مفروض بين الإمام وصاحبيه اه فقول الشارح وتنقلب نفلا ناظر لجواب البحر أيضا . وقد علمت مافيه أفاده ح (قوله ففيها خلاف زفر) أى حيث قال بعدم الفساد كما قدمناه فى الباب السابق (قوله كما مر فى بابه) ومر أيضا أنه إذا لم يجد ماء لغسل الرجلين بعد تمام مدة المسح وهو فى الصلاة فالأشبه الفساد لسراية الحدث إلى الرجل لأن عدم الماء لايمنع السراية ثم يتيمم له ويصلى قاله الزيلعى ، وتبعه فى فتح القدير وشرح المنية ، وقدمنا أيضا هناك فيما إذا خاف تلف رجليه من البرد بطلان المسح السابق ولزوم استئناف مسح آخر يعم الخف كالجبيرة ، فكان المناسب عدم التقييد بشئ من القيدين (قوله بلا صنع) بأن سمع سورة الإخلاص مثلا من قارئ فحفظها بمجرد السماع ، واحترز به عما لو حفظها بتعليم من القارئ لأنه يكون عملا كثيرا ، وبه يخرج من الصلاة بصنعه فلا يتأتى الخلاف (قوله ولو كان الأمى الخ) أشار إلى أن المراد بالأمى أعم من أن يكون إماما أو منفردا أو مقتديا بأمى أو قارئ (قوله على ماعليه الأكثر) لأن الصلاة بالقراءة حقيقة فوق الصلاة بالقراءة حكما ، فلا يمكنه البناء بحر . وقد يمنع بأنها من المقتدى القارئ ليست إلا حكما نهر (قوله قال الفقيه الخ) هو الإمام أبو الليث ، وصرح بمثل ماهنا فى خزائن

تصح به الصلاة ، ومثله لو صلى بنجاسة فوجد ما يزيلها أو أعتقت الأمة ولم تقتنع فورا (ونزع الماسح خفه) الواحد (بعمل يسير) فلو بكثير تم اتفاقا (وقدرة موم على الأركان ، وتذكر فائتة عليه أو على إمامه وهو صاحب ترتيب) والوقت متسع (وتقديم القارئ أمياً مطلقا ، وقيل لافساد لو كان) استخلافه (بعد التشهد بالإجماع ،

السروجي . وفى الجوهرة : لاتبطل إجماعا رملي . وجزم به فى الولوالجية إسمعيل . قال فى البحر : ووجهه أن قراءة الإمام قراءة له ، فقد تكامل أول الصلاة وآخرها وبناء الكامل على الكامل جائز اهـ (قوله تصح به الصلاة) بأن يكون طاهرا أو نجسا ، وعنده مايطهره به ، أو ليس عنده إلا أن ربعه طاهر نهر ، فلو كان الطاهر أقل أو كان كله نجسا لاتبطل ، لأن المأمور به الستر بالطاهر ، فكان وجوده كعدمه ؛ ولو قال تجب بدل تصح لكان أولى ، لأن عبارته تشمل مالو كان كله نجسا إذ الصلاة تصح فيه مع أنه لو صلى عاريا لاتبطل ، لأنها لاتجب فيه بل هو مخير أبو السعود ط (قوله أو أعتقت الأمة) فى حاشية المدنى قال شيخنا المرحوم السيد محمد أمين ميرغني فى حاشيته على الزيلعي : أقول ذكر كثير من الشراح هذه المسألة ملحقة بالمسائل الاثنى عشرية ، وفيه نظر ، فإن فرض الستر إنما يلزمها مقتصرا من وقت عتقها لامستندا فيكون عدم الستر قاطعا والقاطع فى أوانه منه وفى غير أوانه مبطل ، وههنا فى أوانه لأنه بعد تمام الأركان فصحت صلاتها وإن لم تستتر من ساعتها ، بخلاف العارى إذا وجد ثوبا ، لأن فرض الستر لزمه قبل الشروع ، فكان وجود الثوب فى هذه الحالة مغيرا لما قبله ، فكان مبطلا . وقد ذكر الزيلعي فى باب شروط الصلاة خلاف ماهنا ، حيث قال : ولو أعتقت الأمة فى صلاتها أو بعد ما أحدثت فيها قبل أن تتوضأ أو بعده تقنعت بعمل رفيق من ساعتها وبنت على صلاتها ، وإن أدت ركنا بعد العلم بالعتق بطلت صلاتها . والقياس أن تبطل فى الوجه الأول أيضا كالعريان إذا وجد ثوبا فى صلاته .

وجه الاستحسان أن فرض الستر لزمها فى الصلاة وقد أتت به ، والعريان لزمه قبل الشروع فيها فيستقبل كالمتيمم إذا وجد فيها ماء انتهى . فعلم من كلامه صحة صلاتها لو أعتقت بعد التشهد ولم تستتر اهـ .

أقول : وقد يجاب بأن الأصل فى هذه المسائل أن كل مايفسد الصلاة إذا وجد فى أثنائها بصنع المصلى يفسدها إذا وجد بعد التشهد بلاصنعه ، وهذا المعنى موجود فى مسألتنا هذه .

لايقال : إن ترك التقنع فى الحال مفسد لصلاتها بصنعها . لأنا نقول : الفساد مستند إلى سببه الأول ، وهو لزوم الستر بالعتق ، كما فى نزع الخف بعمل يسير فإنه بصنع المصلى . مع أنهم لم يعتبروه بل اعتبروا السبب السابق وهو لزوم الغسل بالحدث السابق : هذا ماظهر لى فتأمله (قوله خفه الواحد) قال فى المنح : هو أولى مما وقع فى الكنز بلفظ المثنى ، لأن الحكم كذلك فى الواحد ، لما تقرر من أن نزع الخف ناقض (قوله بعمل يسير) بأن كان واسعا لايحتاج فيه إلى المعالجة بالنزع بحر (قوله تم اتفاقا) لأنه خروج بصنعه (قوله وقدرة موم على الأركان) لأن آخر صلاته أقوى ، فلا يجوز بناؤه على الضعيف بحر (قوله وتذكر فائتة الخ) أى تذكر المصلى فائتة عليه إن كان منفردا أو إماما أو على إمامه إن كان مقتديا ، وقوله وهو : أى من عليه الفائتة مطلقا . وفى السراج : ثم هذه الصلاة لا تبطل قطعا عند أبى حنيفة ، بل تبقى موقوفة إن صلى بعدها خمس صلوات وهو يذكر الفائتة تنقلب جائزة اهـ . قال فى البحر : فذكر المصنف لها فى سلك البطلان اعتماد على مايذكره فى باب الفوائت (قوله وتقديم القارئ أميا) أى فيما إذا كان القارئ إماما فسبقه الحدث (قوله مطلقا) أى سواء كان بعد القعود قدر التشهد أو قبله بقرينة القول الآخر . وفيه أن استخلافه قبل التشهد مفسد اتفاقا ، سواء كان فى الركعتين الأوليين أو فى الأخريين ولم يقرأ فى الأوليين أو إحداهما ، وكذا لو قرأ فى كل منهما ، خلافا لزفر ورواية عن أبى يوسف كما مر

وهو الأصح) كما فى الكافى لأنه عمل كثير ، (وطلوع الشمس فى الفجر) وزوالها فى العيد، ودخول وقت من الثلاثة على مصلى القضاء (ودخول وقت العصر) بأن بقى فى قعدته إلى أن صار الظل مثليه (فى الجمعة) بخلاف الظهر فإنها لاتبطل (وزوال عذر المعذور) بأن لم يعد فى الوقت الثانى ، وكذا خروج وقته (وسقوط جبيرة عن برء. و) اعلم أنه (لاتنقلب الصلاة فى هذه المواضع) العشرين (نفلا إذا بطلت إلا) فى ثلاث (فيما إذا تذكر فائتة أوطلعت الشمس أوخرج وقت الظهر فى الجمعة) كما فى الجوهرة. زاد فى الحاوى: والمومى إذا قدر على الأركان

قبل هذا الباب ، وليس هذا مما نحن فيه ، لأن الخلاف فى الاثنى عشرية منصوب بين أبى حنيفة وصاحبيه ، وذلك فيما بعد التشهد فقط ، فالصواب حذف الإطلاق وأن يقول وقيل لافساد بالإجماع اهـ أفاده ح (قوله وهو الأصح) قال فى النهر : واختاره أبو جعفر وفخر الإسلام ، وصححه فى الكافى وغيره . وقال فى الفتح : وهو المختار (قوله لأنه عمل كثير) أى ولا ضرورة إليه هنا لعدم الاحتياج إلى إمام لايصلح نهر (قوله من الثلاثة) وهى الطلوع والاستواء والغروب (قوله بأن بقى الخ) إشارة إلى دفع ما أورده فى الكافى ، من أنه لو شرع قبل بلوغ الظل مثله ثم بلغ بعد القعود لم تبطل اتفاقا ؛ أما عنده فلعدم دخول وقت العصر . وأما عندهما فلعدم قولهما بالفساد فى جميع هذه المسائل . فأجاب بتصوير المسألة بما ذكره ليتحقق الخلاف (قوله بأن لم يعد الخ) أشار إلى أن الأمر موقوف ، فإذا انقطع بعد القعود ودام وقتا كاملا بعد الوقت الذى صلى فيه يظهر أنه انقطاع هو برء فيظهر الفساد عند أبى حنيفة فيقضيها ، وإلا فمجرد الانقطاع لايدل عليه، لأنه لو عاد فى الوقت الثانى فهى صحيحة بحر (قوله وكذا خروج وقته) لأن المعتمد أن طهارة المعذور تبطل بخروج الوقت (قوله العشرين) لأنه زاد على الاثنى عشر ثمانية مسائل ، وهى : وجود ماء يزيل به نجاسة الثوب ، وتقنع الأمة ، وتذكر فائتة على إمامه . وزوال الشمس فى العيد ، ودخول وقت من الأوقات الثلاثة فى القضاء، والثامنة خروج وقت المعذور . وقد حاول فى البحر فأرجع الأولى والثانية إلى مسألة العارى ومسائل دخول الأوقات المكروهة إلى مسألة الطلوع . والأخيرة إلى ظهور الحدث السابق فى مسألة مضى مدة المسح . وبقى مسألة تذكر فائتة على إمامه، وأرجعها المحشى إلى تذكر فائتة عليه ، ومسألة زوال الشمس فى العيد وأرجعها إلى مسألة الطلوع . ولا يخفى ما فى ذلك من التكلف . على أن الفساد فى الأولى والثانية لوجود الماء وزوال الرق لالوجود الثوب ، فإنه كان موجودا قبل ؛ ولو سلم اعتبار التداخل بمثل ما ذكر لزم أن لاتعد مسألة دخول وقت العصر مع مسألة طلوع الشمس ، فإن إحداهما تغنى عن الأخرى ، وأن يقتصر على إحدى المسائل الثلاث وهى قدرة المتيمم على الماء ، ومضى مدة المسح ونزع الخف ، فإن فى كل منها ظهر الحدث السابق بل يمكن التداخل فى غيرها أيضا كما يظهر بالتأمل ، فعلم أنهم لم يعتبروا ذلك ، فلذا زاد الزيلعى بعض المسائل على ما ذكروا ، وتبعه فى الفتح والدرر ، والشيخ شعبان فى شرح المجمع ، وكذا صنع فى الذخيرة كما ذكره الشرنبلالى فى رسالته ، وزاد عليها نحوا من مائة مسألة ، لوجود الجامع بينها وبين ماذكروه ، ووجود الأصل الذى يبتنى عليه البطلان فى الاثنى عشرية ، وهو أن كل مايفسد الصلاة إذا وجد فى أثنائها بصنع المصلى يفسدها أيضا إذا وجد بعد الجلوس الأخير بلا صنعه عند الإمام لاعندهما فافهم (قوله إذا بطلت) المراد بالبطلان كما مر مايشمل بطلان الأصل والوصف أو الوصف فقط (قوله فيما إذا تذكر فائتة) أى عليه أو على إمامه، وقد علمت أن الأمر موقوف فى تذكر الفائتة ولا تنقلب نفلا للحال ح (قوله زاد فى الحاوى الخ) أى الحاوى القدسى قبيل باب صلاة المسافر. أقول : ويشكل عليه ما ذكره أصحاب المتون وغيرهم فى باب صلاة المريض من أنه لو صلى بعض صلاته بإيماء ثم قدر على الركوع والسجود يستأنف الصلاة وذكر الشراح أن ذلك

ويزاد مسألة المؤتم بمتيمم كما قدمنا. والظاهر أن زوالها فى العيد ودخول الأوقات المكروهة فى القضاء كذلك ولم أره (ولو استخلف الإمام لوسبوقا) أو لاحقا أو مقيما وهو مسافر (صح) والمدرك أولى، ولو جهل الكمية قعد فى كل ركعة احتياطا ولو مسبوقا بركعتين فرضنا القعدتين، ولو أشار له أنه لم يقرأ فى الأولين فرضت القراءة فى الأربع (فلو أتم) المسبوق (صلاة قدم مدركا للسلام)،

باتفاق أئمتنا الثلاثة خلافا لزفر وأن هذا الخلاف مبنى على الخلاف فى جواز اقتداء الراكع الساجد بالمومى: فعندنا لايجوز الاقتداء فكذا البناء هنا، وعند زفر يجوز. ولايخفى أن لزوم الاستئناف يقتضى فساد الصلاة من أصلها إلا أن يقال يستأنف لوكانت الصلاة فرضا بمعنى أنه يلزمه إعادة الفرض لكن إطلاقهم لزوم الاستئناف يشمل الفرض والنفل ويدل عليه بناء الخلاف على الخلاف فى جواز الاقتداء بالمومى فانه لايصح فى الفرض ولا فى النفل فليتأمل (قوله ويزاد) أى على ما ينقلب نفلا وليس المراد أنها من المسائل المختلف فيها بين أبى حنيفة وصاحبيه كما قدمناه ح. أقول: حيث كان مراد الشارح ذلك كان عليه أن يتمم ذكر المسائل التى تنقلب فيها الصلاة نفلا فإن منها كما فى الحاوى ترك القعدة الأخيرة وركوع المسبوق وسجوده إذا أدرك الإمام فى السجدة الثانية قبل متابعته فيها (قوله والظاهر الخ) ما استظهره ظاهر لأن الأوقات المكروهة لاتنافى انعقاد النفل ابتداء فكيف بالبقاء أفاده ح وط (قوله وهو مسافر) أى الإمام وهذا قيد لقوله أو مقيما (قوله صح) أى لوجود المشاركة فى التحريمة بحر (قوله والمدرك أولى) لأنه أقدر على إتمام صلاته بحر. وفيه إشارة إلى أن الأولى للإمام أن لايستخلف غير المدرك ولذلك الغير أن لايقبل (قوله ولو جهل الكمية الخ) فيه إجمال: وبيانه كما فى النهر أنه إن علم كمية صلاة الإمام وكانوا كلهم كذلك أى مسبوقين ابتدأ من حيث انتهى إليه الإمام وإلا أتم ركعة وقعد ثم قام وأتم صلاة نفسه ولا يتابعه القوم بل يصبرون إلى فراغه فيصلون ماعليهم وحدانا (١) ويقعد هذا الخليفة على كل ركعة احتياطا، وقيده فى الظهيرية بما إذا سبق الإمام الحدث وهو قائم. قال فى البحر: ولم يبينوا ما إذا سبقه وهو قاعد ولم يعلم الخليفة ما كمية صلاته: وينبغى على قياس ما قالوه أن يصلى الخليفة ركعتين وحده وهم جلوس، فإذا فرغ قاموا وصلى كل أربعا وحده والخليفة مابقى، ولا يشتغلون بالقضاء قبل فراغه.

واعلم أن اللاحق يشير إليهم أن لايتابعوه حتى يفرغ مما فاته، لأن الواجب عليه أن يبدأ بما فاته أولا ثم يتابعونه فيسلم بهم، فلو ترك الواجب قدم غيره ليسلم. وأما المقيم فيقدم بعد الركعتين مسافرا يسلم بهم ثم يقضى المقيمون ركعتين منفردين بلا قراءة، حتى لو اقتدوا به بعد قيامه بطلت (قوله احتياطا) أى للاحتمال فى كل ركعة أنها آخر صلاة الإمام ح (قوله فرضنا القعدتين) لأن القعدة الأولى فرض على إمامه وهو قائم مقامه، والثانية فرض عليه (قوله فرضت القراءة فى الأربع) لأنه لما قرأ فى الركعتين نيابة عن الإمام التحقت بالأولين فخلت الأخريان عن القراءة، فصار كأن الخليفة لم يقرأ فى الأخريين فيلزمه القراءة فيما سبق به أيضا كما هو حكم المسبوق من أنه منفرد فيما يقضيه، وفيها يلغز (٢) أى مصل تفرض عليه القراءة فى أربع ركعات الفرض (قوله قدم مدركا للسلام) أى ليسلم بالقوم، وفيه إيماء إلى أنه لا يقضى ما فاته أولا، فلو فعل ففى فساد صلاته

---

(١) (قوله فيصلون ما عليهم وحدانا) أى لأن من الجائز أن الذى بقى على الإمام آخر الركعات فحين صلى الخليفة تلك الركعة تمت صلاة الإمام، فلو اقتدوا به فيما يقضى هو كان اقتدوا بمسبوق فيما يقضى فتفسد صلاتهم، وإنما قال يصبرون إلى فراغه: أى ولا يشتغلون بالقضاء قبل فراغه، لجواز أن يكون بعض ما يقضى هذا الخليفة مما بقى على الإمام الأول، فيكون القوم انفردوا قبل فراغ إمامهم من جميع الأركان فتفسد صلاتهم، أفاده فى البحر عن الظهيرية اه منه.

(٢) يوضع كالمطالب فوق سطر (٢٧)/.

ثم) لو (أتى بما ينافيها) كضحك (تفسد صلاته دون القوم المدركين) لتمام أركانها (وكذا تفسد صلاة من حاله كحاله) للمنافى فى خلالها (وكذا) تفسد (صلاة الإمام) الأول (المحدث إن لم يفرغ ، فإن فرغ) بأن توضأ ولم يفته شيء لا تفسد فى الأصح ، لما مر أنه كمؤتم (وتفسد صلاة مسبوق) عند الإمام (بقهقهة إمامه وحدثه العمد فى) أى بعد (قعوده قدر التشهد) إلا إذا قيد ركعته بسجدة لتأكد انفراده .

(ولو تكلم) إمامه (أو خرج من مسجده لا) تفسد اتفاقا لأنهما منهيان لامفسدان ، ولذا يلزم المدركين السلام ويقومون فى القهقهة بلا سلام (بخلاف المدرك) فإنه كالإمام اتفاقا (ولو لاحقا، ففى فساد صلاته تصحيحان) صحح فى السراج الفساد .

اختلاف تصحيح ، وقدم الشارح فى الباب السابق أن الأظهر الفساد (قوله ثم لو أتى الخ) أى بعد ما أتم صلاة الإمام سواء قدم مدركا أولا (قوله لتمام أركانها) أى أركان صلاة المدركين فلا يضرها المنافى ، بخلاف ذلك المسبوق ، لأنه بقى عليه ماسبق به فوقع المنافى فى خلال صلاته (قوله الأصح) راجع إلى قوله إن لم يفرغ . قال فى الهداية . والإمام الأول إن كان فرغ لا تفسد صلاته ، وإن لم يفرغ تفسد ، وهو الأصح اه . واحترز بالأصح عن رواية أبى حفص أن صلاته تامة أيضا لأنه مدرك أول الصلاة ، وكأن هذه الرواية غلط من الكاتب لأنه فصل فى المسألة ثم قال فيها إنها تامة ، وظاهر التفصيل المخالفة معراج (قوله لما مر) أى قبيل الاثنى عشرية ح . قال الزيلعى : لأنه لما استخلفه صار مقتديا به فتفسد صلاته بفساد صلاة إمامه ، ولهذا لو صلى ما بقى من صلاته فى منزله قبل فراغ هذا المستخلف تفسد صلاته ، لأن انفراده قبل فراغ الإمام لا يجوز اه وقدمنا تمام الكلام على ذلك عند قوله وإن لم يجاوزه (قوله عند الإمام) وعندهما لاتفسد قياسا على الكلام والخروج من المسجد . ولأبى حنيفة الفرق بين المنهى والمفسد كما يأتى (قوله أى بعد) بيان للمراد ، وإلا فلم يذكروا أن فى تأتى بمعنى بعد ، والأظهر جعله على تقدير مضاف : أى فى آخر قعوده (قوله إلا إذا قيد الخ) بأن قام قبل سلام إمامه وأتى بركعة . والظاهر أن هذا جار أيضا فى المسألة التى قبله فيقيد به قوله وكذا تفسد صلاة من حاله كحاله (قوله لأنهما منهيان الخ) أى متممان للصلاة كما فى الفتح . وفى العناية : المنهى ما اعتبره الشرع رافعا للتحريمة عند فراغ الصلاة كالتسليم والخروج بفعل المصلى اه . وأما القهقهة والحدث العمد فإنهما مفسدان لتفويتهما شرط الصلاة وهو الطهارة ، فيفسدان الجزء الذى يلاقيانه من صلاة الإمام فيفسد مثله من صلاة المقتدى المسبوق . وقد بقى عليه فروض فلا يمكنه بناؤها على الفاسد ، بخلاف الإمام المدرك (قوله ولذا الخ) أى لكون الكلام والخروج من المسجد منهيين لا مفسدين يجب على المقتدين المدركين السلام ، بخلاف مالوقهقه إمامهم أو أحدث عمدا فإنهم يقومون بلا سلام لأنهما مفسدان . وفيها يلغز(١) أى مصل لا سلام عليه . وفى البحر : لو قهقه القوم بعد الإمام فعليه الوضوء دونهم لخروجهم منها بحدثه ، بخلاف قهقهتهم بعد سلامه لأنهم لا يخرجون منها بسلامه فيطلب طهارتهم ، وإن قهقهوا معا أو القوم ثم الإمام فعليهم الوضوء .

فالحاصل أن القوم يخرجون من الصلاة بحدث الإمام عمدا اتفاقا ، ولهذا لايسلمون ولايخرجون منها بسلامه خلافا لمحمد . وأما بكلامه ؛ فعن أبى حنيفة روايتان : فى رواية كالسلام فيسلمون وتنتقض طهارتهم بالقهقهة . وفى رواية كالحدث العمد ، فلا سلام ولا نقض بها ، كذا فى المحيط اه وقدمنا فى نواقض الوضوء عن الفتح أنه لو قهقه بعد كلام الإمام عمدا فسدت طهارته وكسلامه على الأصح على خلاف ما فى الخلاصة ، وصححه فى الخانية أيضا ، ومشى عليه الشارح هناك (قوله بخلاف المدرك) مرتبط بقوله وتفسد صلاة مسبوق بقهقهة إمامه وحدثه

---

(١) يوضع كالمطالب فوق سطر (٢٥)

وفى الظهيرية عدمه : وظاهر البحر والنهر تأييد الأول .

(ولو أحدث الإمام) لاخصوصية له فى هذا المقام (فى ركوعه أو سجوده توضأ وبنى وأعادهما) فى البناء على سبيل الفرض (مالم يرفع رأسه) منهما (مريدا للأداء ، أما إذا رفع) رأسه (مريداً به أداء ركن فلا) يبنى بل تفسد ، ولو لم يرد الأداء فروايتان كما فى الكافى . وفى المجتبى : ويتأخر محدودبا ولا يرفع مستويا فتفسد (ولو تذكر) المصلى (فى ركوعه أو سجوده) أنه ترك (سجدة)* صلبية أو تلاوية فانحط من ركوعه بلا رفع أو رفع من سجوده (فسجدها) عقب التذكر (أعادهما) أى الركوع والسجود (ندبا) لسقوطه بالنسيان وسجد للسهو

العمد (قوله وفى الظهيرية عدمه) قال لأن النائم كأنه خلف الإمام والإمام قد تمت صلاته ، فكذلك صلاة النائم تقديرا اه . قال فى البحر : وفيه نظر ، لأن الإمام لم يبق عليه شىء بخلاف اللاحق (قوله تأييد الأول) أقول : يؤيده أيضا ما جزم به المصنف قبل هذا من فساد صلاة الإمام المحدث إن لم يفرغ وصححه الشارح تبعا للهداية كما مر ، ولايخفى أنه لاحق ، ثم رأيته فى النهر ذكر نحو ذلك (قوله لاخصوصية له) أى للإمام بل المقتدى والمنفرد حكمهما كذلك ، فلو عبر بالمصلى كما فى النهر والعينى والمسكين لكان أولى (قوله على سبيل الفرض) لأن إتمام الركن بالانتقال عند محمد ومع الحدث لا يتحقق . وعند أبى يوسف وإن تم قبل الانتقال ، لكن الجلسة والقومة فرض عنده فلا يتحقق بغير طهارة ، فلا بد من الإعادة على المذهبين ، حتى لو لم يعد تفسد صلاته ح عن الزيلعى (قوله مالم يرفع الخ) مرتبط بقوله بنى ، وهو صادق بثلاث صور : بأن لم يرفع رأسه أصلا بل مشى محدودبا ، أو رفع مريدا للانصراف ، أو لم يرد شيئا أصلا ، ففى هذه الصور يبنى ولا تفسد كما يؤخذ مما يأتى (قوله ولم يرد الأداء) أى برفعه رأسه مسمعا أو مكبرا لأن عبارة الكافى هكذا : ولو سبقه الحدث فى الركوع فرفع رأسه قائلا سمع الله لمن حمده فسدت ، ولو رفع رأسه من السجود وقال الله أكبر مريدا به أداء ركن فسدت وإن لم يرد به الأداء ففيه روايتان عن أبى حنيفة اه . وفى شرح المنية : ولو أحدث راكعا فرفع مسمعا لايبنى ، لأن الرفع محتاج إليه للانصراف ، فمجرده لايمنع ، فلما اقترن به التسميع ظهر قصد الأداء . وعن أبى يوسف : لو أحدث فى سجوده فرفع مكبرا ناويا لتمامه أو لم ينو شيئا فسدت ، لا إن نوى الانصراف اه .

وحاصله أنه برفع رأسه مسمعا أو مكبرا تفسد على رواية أبى يوسف ، سواء أراد به الأداء أولا ، إلا إذا نوى الانصراف ، لأن التسميع أو التكبير الذى هو أمارة قصد الأداء لا يعارض صريح قصد الانصراف ، وأن مجرد الرفع بلا تسميع أو تكبير ولانية أداء غير مفسد لأنه محتاج إليه (قوله فتفسد) أى إن قصد الأداء أو رفع مكبرا ، وإلا خالف ما نقلناه تأمل . الظاهر تقييده أيضا بما إذا رفع مستويا قبل أن ينحرف عن القبلة (قوله ولو تذكر الخ) قيد بالركوع أو السجود ، لأنه لو تذكر السجدة فى القعدة الأخيرة فسجدها أعاد القعدة نهر ، لأنها ماشرعت إلا خاتمة لأفعال الصلاة . واحترز بالسجدة عما لو تذكر فى الركوع أنه لم يقرإ السورة فعاد إليها أعاده ، لأن الترتيب فيه فرض بحر (قوله فانحط من ركوعه) هذا إنما يصح على قول محمد ، وأما على قول أبى يوسف فإنه يعيد الركوع على سبيل الافتراض ، لما أن القومة فرض عنده ح (قوله أو رفع من سجوده) قيد بالرفع لأن الصحيح أن السجود لا يتم إلا بالرفع حتى يصل إلى قرب الجلوس رحمتى فافهم (قوله فسجدها) أفاد أن سجودها عقب التذكر غير واجب ، لما فى البحر عن الفتح : له أن يقضى السجدة المتروكة عقب التذكر ، وله أن يؤخرها إلى آخر الصلاة فيقضيها هناك اه (قوله لسقوطه) أى سقوط وجوب الإعادة المبنى على وجوب الترتيب ، فإن الترتيب فيما شرع مكررا من أفعال الصلاة واجب ، يأثم بتركه عمدا ، ويسقط بالنسيان ، وينجبر

ولو أخرها لآخر صلاته قضاها فقط (ولو أم واحدا) فقط (فأحدث الإمام) أى وخرج من المسجد وإلا فهو على إمامته كما مر (تعين المأموم للإمامة لو صلح لها) أى لإمامة الإمام (بلا نية) لعدم المزاحم (وإلا) يصلح كصبي (فسدت صلاة المقتدى) اتفاقا (دون الإمام على الأصح) لبقاء الإمام إماما والمؤتم بلا إمام (هذا إذا لم يستخلفه. فإن استخلفه فصلاة الإمام والمستخلف) كليهما (باطلة) اتفاقا (ولو أم) رجل (رجلا فأحدثا وخرجا من المسجد تمت صلاة الإمام وبنى على صلاته وفسدت صلاة المقتدى) لما مر.

(أخذه رعاف يمكث إلى انقطاعه ثم يتوضأ ويبنى) لما مر.

باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها

عقب العارض الاضطرارى بالاختيارى (يفسدها التكلم) هو النطق بحرفين أو حرف مفهم: كع وق أمرا

بسجود السهو (قوله ولو أخرها) هو مفهوم قوله عقب التذكر كما فى النهر ح (قوله قضاها فقط) يعنى من غير إعادة ركوع ولا سجود، لا افتراضا، ولا وجوبا، ولا ندبا، بل إن سجدها فى أثناء القعدة الأخيرة أو بعدها أعادها افتراضا لما قدمناه ح. وعليه سجود السهو لترك الترتيب فيما شرع مكررا ط (قوله كما مر) أى قبيل قوله واستئنافه أفضل (قوله تعين المأموم للإمامة) حتى لو أفسد صلاته لم تفسد صلاة هذا الثانى. ولو أفسدها الثانى تفسد صلاة الأول لتحول الإمامة إليه، فإن جاء ثالث واقتدى بهذا الثانى ثم أحدث الثانى صار الثالث إماما لنفسه، فإن أحدث الثالث قبل رجوعهما أو رجوع أحدهما فسدت صلاة الأولين لأنهما صارا مقتديين به، فإذا خرج إمامهما من المسجد تحقق تباين المكان، فيفسد الاقتداء لفوات شرطه وهو اتحاد البقعة. ولو رجع أحدهما فدخل المسجد ثم خرج الثالث جازت صلاتهم لأن الراجع صار إماما لهم لتعينه. ولو رجعا فإن قدم أحدهما الآخر قبل خروج الثالث من المسجد صار هو الإمام وإلا فسدت صلاتهما. لأن أحدهما لم يصر إماما للتعارض بلا مرجح، فبقى الثالث إماما، فإذا خرج فات شرط الاقتداء وهو اتحاد البقعة ففسدت صلاتهما بدائع (قوله بلا نية) متعلق بقوله تعين (قوله على الأصح) وقيل تفسد صلاة الإمام فقط، وقيل صلاتهما ح (قوله لبقاء الإمام إماما الخ) قال فى الذخيرة: لأن تعين الواحد للإمامة إنما كان للحاجة إلى إصلاح الصلاة، وفى جعله إماما ههنا إفسادها، فبقى المقتدى لا إمام له فى المسجد ففسدت صلاته (قوله فإن استخلفه) أى قبل القعود قدر التشهد، وإلا كان خارجا بصنعه ط (قوله لما مر) هو قوله لبقاء الإمام الخ ح (قوله لما مر) أى عند قوله أو مكث قدر أداء ركن بعد سبق الحدث من قوله إلا لعذر كنوم ورعاف ح.

باب ما يفسد الصلاة، وما يكره فيها

الفساد والبطلان فى العبادات سواء، لأن المراد بهما خروج العبادة عن كونها عبادة بسبب فوات بعض الفرائض، وعبروا عما يفوّت الوصف مع بقاء الفرائض من الشروط والأركان بالكراهة، بخلاف المعاملات على ما عرف فى الأصول شرح المنية (قوله عقب العارض الخ) أى إن المفسدات عوارض على الصحة، لكن منها اضطرارى كسبق الحدث المذكور فى الباب السابق، ومنها اختيارى كالتكلم ونحوه مما يأتى هنا، فلذا عقب أحدهما بالآخر، ولم يبين وجه تقديم الأول على الثانى؛ وبينه فى النهر بأن الاضطرار أعرف فى العارضية أى إنه الأصل فى العروض أفاده ح (قوله يفسدها التكلم) أى يفسد الصلاة، ومثلها سجود السهو والتلاوة والشكر على القول ط عن الحموى (قوله هو النطق بحرفين الخ) أى أدنى ما يقع اسم الكلام عليه المركب من حرفين كما

ولو استعطف كلبا أو هرة أوساق حمارا لاتفسد لأنه صوت لاهجاء له (عمده وسهوه قبل قعوده قدر التشهد سيان) وسواء كان ناسيا أو نائما أو جاهلا أو مخطئا أو مكرها

فى القهستانى عن الجلابى . وقال فى البحر وفى المحيط : والنفخ المسموع المهجى مفسد عندهما، خلافا لأبى يوسف. لهما أن الكلام اسم لحروف منظومة مسموعة من مخرج الكلام ، لأن الإفهام بهذا يقع ؛ وأدنى مايقع به انتظام الحروف حرفان انتهى . وينبغى أن يقال إن أدناه حرفان أو حرف مفهم كع أمرا ،وكذا ق ، فإن فساد الصلاة بهما ظاهر اه .

أقول : وقد يقال : إن نحو ع و ق أمرا منتظم من حروف تقديرا غير أنها حذفت لأسباب صناعية ، فهو داخل فى تعريف الكلام المذكور بل هو كلام نحوى ، ولعل الشارح جزم به لذلك ؛ ولم ينبه على أنه بحث لصاحب البحر فتدبر . وقد ظهر من هذا أن الحرف الواحد المهمل لايسمى كلاما ، فلا يدخل فى قول الهندية والزيلعى إن الكلام مفسد قليلا كان أو كثيرا ، كما لايخفى فافهم (قوله ولو استعطف كلبا الخ) أى بما ليس له حروف مهجاة كما صرح به فى الفتاوى الهندية ، ويشير إليه تعليل الشارح بقوله لأنه صوت لاهجاء له اه ح ، لكن فى الجوهرة أن الكلام المفسد مايعرف فى متفاهم الناس ، سواء حصلت به حروف أم لا ، حتى لو قال مايساق به الحمار فسدت اه . وذكر الزيلعى فيه خلافا حيث قال عند قول الكنز والتنحنح بلا عذر . ولو نفخ فى الصلاة ، فإن كان مسموعا تبطل وإلا فلا ،والمسموع ماله حروف مهجاة عند بعضهم نحو أف وتف، وغير المسموع بخلافه، وإليه مال الحلوانى : وبعضهم لايشترط للنفخ المسموع أن يكون له حروف مهجاة، وإليه ذهب خواهر زاده . وعلى هذا إذا نفر طيرا أو غيره أو دعاه بما هو مسموع اه لكن مامر من تعريف الكلام عندهما يؤيد أن المسموع ماله حروف مهجاة، وبه جزم فى البدائع والفيض وشرح المنية والخلاصة ، نعم استشكل الشرنبلالى عدم الفساد بما يساق به الحمار بأنه يصدق عليه تعريف العمل الكثير الآتى (قوله عمده وسهوه الخ) يفيد أن بينهما فرقا بعد القعود مع أنهما سيان أيضا فى أنهما لايفسدان الصلاة ؛ ولو أسقط قوله سيان فيكون عمده وسهوه بدلا من التكلم لسلم من هذا ح (قوله أو ناسيا(١)) أى بأن قصد كلام الناس ناسياً أنه فى الصلاة نهر .

مطلب فى الفرق بين السهو والنسيان

واختلف فى الفرق بين السهو والنسيان ، ففى شرح التحرير لابن أميرحاج : ذهب الفقهاء والأصوليون وأهل اللغة إلى عدم الفرق . وفرّق الحكماء بأن السهو زوال الصورة عن المدركة مع بقائها فى الحافظة ، والنسيان زوالها عنهما معا ، فيحتاج فى حصولها إلى سبب جديد . وقيل النسيان عدم ذكر ماكان مذكورا : والسهو غفلة عما كان مذكورا أو مالم يكن ، فالنسيان أخص منه مطلقا اه (قوله أو نائما) هذه إحدى المسائل التى جعلوا فيها النائم فى حكم اليقظان ، وهى خمس وعشرون ذكرها الشارح فى شرحه على الملتقى نظما (قوله أو جاهلا) بأن لم يعلم أن التكلم مفسد ح (قوله أو مخطئا) بأن أراد قراءة أو ذكرا فجرى على لسانه كلام الناس ، ويأتى بيانه فى مسألة زلة القارئ (قوله أو مكرها) أى بأن أكرهه أحد عليه، ولم يقل أو مضطرا كما لو غلبه سعال أو عطاس أو جشاء لأنه غير مفسد لتعذر الاحتراز عنه . قال فى البحر : ودخل فى التكلم المذكور قراءة التوراة والإنجيل والزبور فإنه يفسد كما فى المجتبى وقال فى الأصل لم يجزه . وعن الثانى : إن أشبه التسبيح جاز اه . قال فى النهر

---

(١) (قوله أو ناسيا) كذا بخطه ، والأولى حذف أو كما هو فى الشرح اه مصححه .

هو المختار ، وحديث « رفع عن أمتى الخطأ » محمول على رفع الإثم ، وحديث ذى اليدين منسوخ بحديث مسلم « إن صلاتنا هـذه لا يصلح فيها شىء من كلام الناس » (إلا السلام ساهيا) للتحليل : أى للخروج من الصلاة (قبل إتمامها على ظن إكمالها) فلا يفسد (بخلاف السلام على إنسان) للتحية ، أو على ظن أنها ترويحة مثلا ، أو سلم قائما فى غير جنازة (فإنه يفسدها) مطلقا ، وإن لم يقل عليكم (ولو ساهيا) فسلام التحية مفسد مطلقا ، وسلام التحليل إن عمدا (ورد السلام) ولو سهوا (بلسانه)

وأقول : يجب حمل مافى المجتبى على المبدل منها إن لم يكن ذكرا أو تنزيها ، وقد سبق أن غير المبدل يحرم على الجنب قراءته اهـ (قوله هو المختار) راجع إلى التعميم المذكور ، لكن لا بالنسبة إلى جميع أفراده بل إلى قوله أو نائما ، فإن فيه خلافا عندنا ، قال فى النهر : وبالفساد به قال كثير من المشايخ ، وهو المختار خلافا لما اختاره فخر الإسلام اهـ . وأما بقية المسائل فلم أر من ذكر فيها خلافا عندنا ، بل فيها خلاف غيرنا (قوله رفع عن أمتى الخطأ) قال فى الفتح : ولم يوجد بهذا اللفظ فى شىء من كتب الحديث ، بل الموجود فيها « إن الله وضع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » رواه ابن ماجه وابن حبان والحاكم ، وقال صحيح على شرطهما ح (قوله على رفع الإثم) وهو الحكم الأخروى ، فلا يراد الدنيوى وهو الفساد لئلا يلزم تعميم المقتضى ح عن البحر (قوله وحديث ذى اليدين) اسمه الخرباق ، وكان فى يديه أو إحداهما طول ، ولفظه « أقصرت الصلاة أم نسيت ؟ قال : لم أنس ولم تقصر ، قال : بل نسيت يارسول الله ، فأقبل على القوم ، فقال : أصدق ذو اليدين ؟ فأومأوا أى نعم » زيلعى ط (قوله منسوخ بحديث مسلم الخ) هو ما أخرجه مسلم من حديث معاوية بن الحكم السلمى قال « بينا أنا أصلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إذ عطس رجل من القوم ، فقلت له : يرحمك الله فرمانى القوم بأبصارهم ، فقلت : واثكل أماه ، ماشأنكم تنظرون إلىّ ؟ فجعلوا يضربون بأيديهم على أفخاذهم ، فلما رأيتهم يصمتونى سكت ، فلما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم دعانى ، فبأبى هو وأمى مارأيت معلما قبله ولا بعده أحسن تعليما منه ، فوالله ماكهرنى ولا ضربنى ولا شتمنى ، ثم قال : إن هذه الصلاة لايصلح فيها شىء من كلام الناس ، إنما هو التسبيح والتكبير وقراءة القرآن » كذا فى الفتح وشرح المنية . ومنع النسخ بأن حديث ذى اليدين رواه أبو هريرة وهو متأخر الإسلام . وأجيب بجواز أن يرويه عن غيره ولم يكن حاضرا ، وتمامه فى الزيلعى . قال فى البحر وهو غير صحيح ، لما فى صحيح مسلم عنه « بينا أنا أصلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم » وساق الواقعة ، وهو صريح فى حضوره ، ولم أر عنه جوابا شافيا اهـ .

أقول : أظن أن صاحب البحر اشتبه عليه حديث ذى اليدين بحديث معاوية بن الحكم الذى نقلناه عن صحيح مسلم فليراجع (قوله ساهيا) يغنى عنه قوله على ظن إكمالها (قوله أو على ظن) معطوف على قوله على إنسان فافهم (قوله أنها ترويحة مثلا) أى بأن كان يصلى العشاء فظن أنها التراويح ، ومثله مالو صلى ركعتين من الظهر فسلم على ظن أنه مسافر أو أنها جمعة أو فجر (قوله أو سلم قائما) أى على ظن أنه أتم الصلاة بحر (قوله فإنه يفسدها) أى فى الصور الثلاث ، أما السلام على إنسان فظاهر ، وأما السلام على ظن أنها ترويحة فلأنه قصد القطع على ركعتين ، بخلاف ما إذا ظن إكمالها فإنه قصد القطع على أربع باعتبار ظنه . وأما السلام قائما فلأنه إنما اغتفر سهوه فى القعود لأن القعود مظنته بخلاف القيام ، ولذلك اغتفر سهوه قائما فى صلاة الجنازة لأن القيام فيها مظنة السلام اهـ ح (قوله مطلقا) فسره قوله وإن لم يقل عليكم وقوله ولو ساهيا ح (قوله فسلام التحية الخ) هذا ماحرره فى البحر بحثا ثم رآه مصرحا به فى البدائع ، ووفق به بين مافى الكنز وغيره من إطلاق الفساد بالسلام وبين مافى المجمع وغيره

لابيده بل يكره على المعتمد ، نعم لو صافح بنية السلام قالوا تفسد ، كأنه لأنه عمل كثير :

وفى النهر عن صدر الدين الغزى :

سلامك مكروه على من ستسمع ... ومن بعد ما أبدى يسن ويشرع
مصل وتال ذاكر ومحدث ... خطيب ومن يصغى إليهم ويسمع
مكرر فقه جالس لقضائه ... ومن بحثوا فى الفقه دعهم لينفعوا
مؤذن أيضا أو مقيم مدرس ... كذا الأجنبيات الفتيات امنع

من تقييده بالعمد ، بحمل الأول على الأول والثانى على الثانى ، ودخل فى قوله إن عمدا مالو ظن أنها ترويحة مثلا فسلم لأنه تعمد السلام كما مر خلافا لمن وهم (قوله لابيده) أى لايفسدها رد السلام بيده ، خلافا لمن عزا إلى أبى حنيفة أنه مفسد فإنه لم يعرف نقله من أحد من أهل المذهب ، وإنما يذكرون عدم الفساد بلا حكاية خلاف ، بل صريح كلام الطحاوى أنه قول أئمتنا الثلاثة ، وكأن هذا القائل فهم من قولهم ولا يرد بالإشارة أنه مفسد كذا فى الحلية لابن أمير حاج الحلبى ، واستدرك فى البحر على قوله فإنه لم يعرف الخ بأنه نقله صاحب المجمع وهو من أهل المذهب المتأخرين ، ومع هذا فالحق أن الفساد ليس بثابت فى المذهب؛ وإنما استنبطه بعض المشايخ مما فى الظهيرية وغيرها من أنه لو صافح بنية التسليم فسدت فقال : فعلى هذا تفسد أيضا إذا رد بالإشارة ، ويدل لعدم الفساد أنه عليه الصلاة والسلام فعله كما رواه أبو داود وصححه فى الترمذى . وصرح فى المنية بأنه مكروه : أى تنزيها ، وفعله عليه الصلاة والسلام لتعليم الجواز فلا يوصف فعله بالكراهة كما حققه فى الحلية اهـ (قوله قالوا تفسد) فيه إيماء إلى ماذكره فى البحر بحثا من أن الظاهر استواء حكم الرد بالمصافحة وباليد وهو عدم الفساد للأحاديث الواردة فى ذلك ، وقوله كأنه الخ فيه إيماء إلى ماذكره فى النهر من أن هذا التعليل أولى من تعليل الزيلعى وغيره بأنه كلام معنى لأن الرد باليد كلام معنى أيضا فتدبر ، وبالله التوفيق ، كذا رأيته بخط الشارح فى هامش الخزائن :

مطلب المواضع التى يكره فيها السلام

(قوله سلامك مكروه) ظاهره التحريم ط ، وسيجىء التصريح بالإثم فى بعضها (قوله ومن بعد ماأبدى الخ) فعل مضارع رباعى : أى أظهر ؛ والمعنى وغير الذى أذكره هنا يسن ، ولا يناقضه قوله والزيادة تنفع لأنه من كلام صاحب النهر كما ستعرفه فافهم (قوله ذاكر) فسره بعضهم بالواعظ لأنه يذكر الله تعالى ويذكر الناس به؛ والظاهر أنه أعم ، فيكره السلام على مشتغل بذكر الله تعالى بأى وجه كان رحمتى (قوله خطيب) يعم جميع الخطب ط (قوله ومن يصغى إليهم) أى إلى من ذكر ولو إلى المصلى إذا جهر ، وهو داخل فى التالى ط (قوله مكرر فقه) أى ليحفظه أو يفهمه (قوله جالس لقضائه) قاس بعض مشايخنا الولاة والأمراء على القاضى . قال شمس الأئمة السرخسى : الصحيح الفرق ، فالرعية يسلمون على الأمراء والولاة ، والخصوم لايسلمون على القضاة؛ والفرق أن السلام تحية الزائرين والخصوم ماتقدموا إلى القاضى زائرين بخلاف الرعية ، فعلى هذا لو جلس القاضى للزيارة فالخصوم يسلمون عليه ، ولو جلس الأمير لفصل الخصومة لايسلمون عليه ، كذا فى الثامن من كراهية التتارخانية ، ومقتضى هذا أن الخصوم إذا دخلوا على المفتى لايسلمون عليه تأمل (قوله ومن بحثوا فى الفقه) عبارة النهر فى العلم ، وفى الضياء مذاكرة العلم ، فيعم كل علم شرعى (قوله أيضا) بوصل الهمزة للضرورة ط (قوله مدرس) أى شيخ درس العلم الشرعى بقرينة ماذكرناه آنفا (قوله الفتيات) جمع فتية : المرأة الشابة ،

ولعاب شطرنج وشبه بخلقهم ‏ ومن هو مع أهل له يتمتع
ودع كافراً أيضا ومكشوف عورة ‏ ومن هو فى حال التغوط أشنع
ودع آكلا إلا إذا كنت جائعا ‏ وتعلم منه أنه ليس يمنع

وقد زدت عليه : المتفقه على أستاذه كما فى القنية ، والمغنى ، ومطير الحمام ، وألحقته فقلت :

كذلك أستاذ مغنٍّ مطير ‏ فهـذا ختام والزيادة تنفع

ومفهومه جوازه على العجوز ، بل صرحوا بجواز مصافحتها عند أمن الشهوة (قوله ولعاب) بضم اللام وتشديد العين المهملة جمع لاعب (قوله وشبه) بكسر الشين : أى مشابه لخلقهم بالضم ، والمراد من يشابههم فى فسقهم من سائر أرباب المعاصى ؛ كمن يلعب بالقمار ، أو يشرب الخمر ، أو يغتاب الناس ، أو يطير الحمام أو يغنى فقد نبه بلعب الشطرنج المختلف فيه على أن مافوقه مثله بالأولى، وسيأتي في الحظر والإباحة أنه يكره السلام على الفاسق لو معلنا وإلا لا اه .

وفى فصول العلامى : ولا يسلم على الشيخ الممازح والكذاب واللاغى ،ولا على من يسبه الناس أو ينظر وجوه الأجنبيات ، ولا على الفاسق المعلن، ولا على من يغنى أو يطير الحمام مالم تعرف توبتهم . ويسلم على قوم فى معصية وعلى من يلعب بالشطرنج ناويا أن يشغلهم عما هم فيه عند أبى حنيفة . وكره عندهما تحقيرا لهم اه . وظاهر قوله مالم تعرف توبتهم أن المراد كراهة السلام عليهم فى غير حالة مباشرة المعصية ، أما فى حالة مباشرتها ففيه الخلاف المذكور (قوله يتمتع) الظاهر منه مايعم مقدمات الجماع ط (قوله ودع كافرا) أى إلا إذا كان لك حاجة إليه فلا يكره السلام عليه كما سيأتى فى باب الحظر والإباحة (قوله ومكشوف عورة) ظاهره ولو الكشف لضرورة ط (قوله حال التغوط) مراده مايعم البول ط (قوله إلا إذا كنت الخ) أنظر ماوجه ذلك ؟ مع أن الكراهة إنما هى فى حالة وضع اللقمة فى الفم، كما يظهر مما فى حظر المجتبى : يكره السلام على العاجز عن الجواب حقيقة كالمشغول بالأكل أو الاستفراغ ، أو شرعا كالمشغول بالصلاة وقراءة القرآن ، ولو سلم لايستحق الجواب اه (قوله وقد زدت عليه المتفقه على أستاذه) كما فى القنية والمغنى ومطير الحمام ، وألحقته فقلت كذلك أستاذ الخ ، هكذا يوجد فى بعض النسخ ، وهو من تتمة عبارة صاحب النهر ، والبيت المذكور من نظمه (قوله كذلك أستاذ) فيه أن الصحابة رضى الله عنهم كانوا يسلمون على النبى صلى الله عليه وسلم ح عن شيخه . والجواب أن المراد السلام عليه فى حالة اشتغاله بالتعليم كما يأتى ، وبه يعلم أنه داخل فى النظم السابق فى قوله مدرس ، وكذا المغنى ومطير الحمام داخلان فى قوله وشبه بخلقهم كما نبهنا عليه ، ولـكن الغرض ذكر ماوقع التصريح به فى كلامهم ،وإلا ففى النظم السابق أشياء متداخلة يغنى ذكر بعضها عن بعض ، وعن هذا زاد شيخ مشايخنا الشهاب أحمد المنينى كما نقله عنه الرحمتى أشياء أخر نظمها بقوله :

وزد عد زنديق وشيخ ممـــازح ‏ ولاغ وكذاب لكذب يشيع
ومن ينظر النسوان فى السوق عامدا ‏ ومن دأبه سب الأنام ويردع
ومن جلسوا فى مسجد لصلاتهم ‏ وتسبيحهم هذا عن البعض يسمع
ولا تنس من لبى هنالك صرحوا ‏ فـكن عارفا ياصاح تحظى وترفع

وصرح فى الضياء بوجوب الرد فى بعضها وبعدمه فى قوله سلام عليكم بجزم الميم (والتنحنح) بحرفين (بلا عذر)

(قوله وصرح فى الضياء الخ) أى نقلا عن روضة الزندويسنى ، وذكر ح عبارته . وحاصلها : أنه يأثم بالسلام على المشغولين بالخطبة أو الصلاة أو قراءة القرآن أو مذاكرة العلم أو الأذان أو الإقامة ، وأنه لايجب الرد فى الأولين لأنه يبطل الصلاة والخطبة كالصلاة ، ويردون فى الباقى لإمكان الجمع بين فضيلتى الرد ، وما هم فيه من غير أن يؤدى إلى قطع شىء تجب إعادته . قال ح : ويعلم من التعليل الحكم فى بقية المسائل المذكورة فى النظم اهـ .

قلت : لكن فى البحر عن الزيلعى مايخالفه فإنه قال : يكره السلام على المصلى والقارئ ، والجالس للقضاء أو البحث فى الفقه أو التخلى ولو سلم عليهم لايجب عليهم الرد لأنه فى غير محله اهـ . ومفاده أن كل محل لايشرع فيه السلام لايجب رده .

مطلب المواضع التى لايجب فيها رد السلام

وفى شرح الشرعة : صرح الفقهاء بعدم وجوب الرد فى بعض المواضع : القاضى إذا سلم عليه الخصمان ، والأستاذ الفقيه إذا سلم عليه تلميذه أو غيره أوان الدرس ، وسلام السائل ، والمشتغل بقراءة القرآن ، والدعاء حال شغله ، والجالسين فى المسجد لتسبيح أو قراءة أو ذكر حال التذكير اهـ . وفى البزازية : لايجب الرد على الإمام والمؤذن والخطيب عند الثانى ، وهو الصحيح اهـ وينبغى وجوب الرد على الفاسق ، لأن كراهة السلام عليه للزجر فلا تنافى الوجوب عليه تأمل .

هذا ، وقد نظم الجلال الأسيوطى المواضع التى لايجب فيها رد السلام ونقلها عنه الشارح فى هامش الخزائن فقال :

رد السلام واجب إلا على ... من فى الصلاة أو بأكل شغلا
أو شرب أو قراءة أو أدعيه ... أو ذكر أو فى خطبة أو تلبيه
أو فى قضاء حاجة الإنسان ... أو فى إقامة أو الأذان
أو سلم الطفل أو السكران ... أو شابة يخشى بها افتتان
أو فاسق أو ناعس أو نائم ... أو حالة الجماع أو تحاكم
أو كان فى الحمام أو مجنونا ... فواحد من بعدها عشرونا

(قوله بجزم الميم) كأنه لمخالفته السنة فعلى هذا لو رفع الميم بلا تنوين ولا تعريف كان كجزم الميم لمخالفته السنة أيضا اهـ ح .

قلت : وقد سمع من العرب سلام عليكم بلا تنوين ، وخرجه فى مغنى اللبيب على حذف أل أو تقدير مضاف : أى سلام الله لكن قال فى الظهيرية : ولفظ السلام : السلام عليكم ، أو سلام عليكم بالتنوين ، وبدون هذين كما يقول الجهال لا يكون سلاما اهـ وذكر فى التتارخانية عن بعض أصحاب أبى يوسف أن سلام الله عليكم دعاء لا تحية ، وسنذكر بقية أبحاث السلام فى كتاب الحظر والإباحة (قوله والتنحنح) هو أن يقول أح بالفتح والضم بحر (قوله بحرفين) يعلم حكم الزائد عليهما بالأولى ، لكن يوهم أن الزائد لو كان بعذر يفسد ، ويخالفه ظاهر مافى النهاية عن المحيط ، من أنه إن لم يكن مدفوعا إليه بل لإصلاح الحلق ليتمكن من القراءة إن ظهر له حروف

أما بهبأن نشأ من طبعه فلا (أو) بلا (غرض صحيح) فلولتحسين صوته أوليهتدى إمامه أوللإعلام أنه فى الصلاة فلا فساد على الصحيح (والدعاء بما يشبه كلامنا) خلافا للشافعى (والأنين) هو قوله « أه » بالقصر (والتأوه) هو قوله آه بالمد (والتأفيف) أف أو تف (والبكاء بصوت) يحصل به حروف (لوجع أو مصيبة) قيد للأربعة إلا لمريض لايملك نفسه عن أنين وتأوه لأنه حينئذ كعطاس وسعال وجشاء وتثاؤب وإن حصل حروف للضرورة (لالذكر جنة أو نار) فلو أعجبته قراءة الإمام فجعل يبكى ويقول بلى أو نعم

نحو قوله اح اح وتكلف لذلك كان الفقيه إسمعيل الزاهد يقول يقطع الصلاة عندهما لأنها حروف مهجاة اه أى والصحيح خلافه كما يأتى (قوله بأن نشأ من طبعه) أى بأن كان مدفوعا إليه (قوله على الصحيح) لأنه يفعله لإصلاح القراءة فيكون من القراءة معنى كالمشى للبناء ؛ فإنه وإن لم يكن من الصلاة لكنه لإصلاحها فتشار منها معنى شرح المنية عن الكفاية ، لكنه لايشمل مالو كان لإعلام أنه فى الصلاة أو ليهتدى إمامه إلى الصواب. والقياس الفساد فى الكل إلا فى المدفوع إليه كما هو قول أبى حنيفة ومحمد لأنه كلام . والكلام مفسد على كل حال كان وكأنهم عدلوا بذلك عن القياس وصححوا عدم الفساد به إذا كان لغرض صحيح لوجود نص ، وعله ما فى الخ عن سنن ابن ماجه عن على رضى الله عنه قال « كان لى من رسول الله صلى الله عليه وسلم مدخلان : مدخل بالليل ومدخل بالنهار ، فكنت إذا أتيته وهو يصلى تنحنح لى » وفى رواية « سبح » وحمنهما فى الحلية على الحالات ، والله تعالى أعلم (قوله والدعاء بما يشبه كلامنا) هو ماليس فى القرآن ولا فى السنة ولا يستحيل طلبه من العباد ، فإن ورد فيهما أو استحال طلبه لم يفسد كما فى البحر عن التجنيس . وتقدم الكلام عليه فى سنن الصلاة فراجعه (قوله خلافا للشافعى) أشار إلى أن فائدة ذكر الدعاء المذكور مع أنه داخل فى الكلام هى التنبيه على محل من الخلاف (قوله والتأوه الخ) قال فى شرح المنية : بأن قال أوه بفتح الهمزة وتشديد الواو مفتوحة وبضم الهمزة وإسكان الواو ، أو قال آه بمد الهمزة اه . وذكر فى الحلية فيه ثلاث عشر لغة ساقها فى البحر (قوله والتأفيف الخ) قال فى الحلية أف اسم فعل لاتضجر ، وفيه لغات انتهت إلى أربعين منها ضم الهمزة مع تثليث الفاء مخففة ومشددة منونة وغير منونة ، وقد تأتى مصدرا يراد به الدعاء بتاء فى آخره وبغير تاء فتنصب بفعل واجب الإضمار وقد تردف حينئذ بتف على الاتباع له ، ومنه قول القائل :

أفا وتفا لمن مودته إن غبت عنه سويعة زالت

إن مالت الريح هكذا وكذا مالت مع الريح أينما مالت اه

وظاهره أن تف ليس من أسماء التأفيف تأمل (قوله والبكا) بالقصر : خروج الدمع . وبالمد : صوت معه كما فى الصحاح ؛ فقوله بصوت للتقييد على الأول ، وللتوضيح على الثانى إسمعيل (قوله يحصل به حروف) كذا فى الفتح والنهاية والسراج . قال فى النهر : أما خروج الدمع بلا صوت أو صوت لاحرف معه فغير مفسد (قوله إلا لمريض الخ) قال فى المعراج : ثم إن كان الأنين مع وجع مما يمكن الامتناع عنه ، فعن أبى يوسف يقطع الصلاة ، وإن كان مما لايمكن لا يقطع . وعن محمد : إن كان المرض خفيفا يقطع وإلا فلا لأنه لا يمكنه القعود إلا بالأنين ، كذا ذكره المحبوبى اه (قوله وإن حصل حروف) أى لهذه المذكورات كلها كما فى المعراج ، لكن ينبغى تقييده بما إذا لم يتكلف إخراج حروف زائدة على ماتقتضيه طبيعة العاطس ونحوه ، كما لو قال فى تثاوبه هاه هاه مكررا لها فإنه منهى عنه بالحديث تأمل ، وأفاد أنه لو لم يحصل له حروف لاتفسد مطلقا ، كما لو سعل وظهر منه صوت من نفس يخرج من الأنف بلا حروف (قوله لا لذكر جنة أو نار) لأن الأنين ، ونحوه إذا كان

أو آرى لاتفسد سراجية لدلالته على الخشوع (و) يفسدها (تشميت عاطس) لغيره (بيرحمك الله ولو من العاطس لنفسه لا) وبعكسه التأمين بعد التشميت (وجواب خبر) سوء

يذكرهما صار كأنه قال : اللهم إنى أسألك الجنة وأعوذ بك من النار ، ولو صرح به لاتفسد صلاته وإن كان من وجع أو مصيبة صار كأنه يقول أنا مصاب فعزونى ، ولو صرح به تفسد ، كذا فى الكافى درر (قوله أو آرى) هى لفظة فارسية بمعنى نعم كما صرح به فى الفتاوى الهندية ، وهو بفتح الهمزة ممدودة وكسر الراء وسكون الياء ح (قوله لدلالته على الخشوع) أفاد أنه لو كان استلذاذا بحسن النغمة يكون مفسدا ط (قوله وتشميت) بالسين والشين المعجمة ، والثانى أفصح درر (قوله لغيره) تبع فيه صاحب النهر ، والأصوب إسقاطه لأن تشميت مصدر مضاف لمفعوله والفاعل محذوف وهو المصلى ، ولكن زاده ليقابله بقوله ولو العاطس لنفسه ، وتأويله أن قوله لغيره بدل من عاطس ، لأن الإضافة فيه على معنى اللام : أى تشميته لعاطس ، فصار المعنى تشميت المصلى لغيره فافهم (قوله بيرحمك الله) قيد به ، لأن السامع لو قال الحمد لله ، فإن عنى الجواب اختلف المشايخ ، أو التعليم فسدت ، أو لم يرد واحد منهما لاتفسد اتفاقا نهر . وصحح فى شرح المنية عدم الفساد مطلقا لأنه لم يتعارف جوابا. قال : بخلاف الجواب السار بها أى بالحمد له للتعارف (قوله ولو من العاطس لنفسه لا) أى لو قال لنفسه يرحمك الله يانفسى لاتفسد ، لأنه لما لم يكن خطابا لغيره لم يعتبر من كلام الناس كما إذا قال يرحمنى الله بحر (قوله وبعكسه التأمين الخ) صورته مافى الظهيرية : رجلان يصليان فعطس أحدهما فقال رجل خارج الصلاة يرحمك الله فقالا جميعا آمين تفسد صلاة العاطس دون الآخر ، لأنه لم يدع له اه أى لم يجبه .

ويشكل عليه مافى الذخيرة : إذا أمن المصلى لدعاء رجل ليس فى الصلاة تفسد صلاته اه وهو يفيد فساد صلاة المؤمن الذى ليس بعاطس وليس ببعيد كما لايخفى بحر . وأجاب فى النهر بأنا لانسلم أن الثانى تأمين لدعائه لانقطاعه بالأول وإلى هذا يشير التعليل اه .

وحاصله : أنه لما كان الدعاء للعاطس تعين تأمينه جوابا للداعى فلم يكن تأمين المصلى الآخر جوابا ، بخلاف ما إذا كان المؤمن واحدا فإنه يتعين تأمينه جوابا كما فى مسألة الذخيرة . وأجاب العلامة المقدسى بحمل مافى الذخيرة على ما إذا دعا له ليكون جوابا ، أما إذا دعا لغيره فلا يظهر كونه جوابا فلا تفسد اه لكن ينافيه ما يذكره الشارح لو دعا لأحد أو عليه فقال أى المصلى آمين تفسد ، وكذا مافى البحر عن المبتغى : لو سمع المصلى من مصل آخر ولا الضالين فقال آمين لاتفسد ، وقيل تفسد وعليه المتأخرون اه فهذا يؤيد ما أجاب به فى النهر ، لأن المؤمن واحد فتعين تأمينه جوابا وإن لم يكن الدعاء له فلذا لم يعرج الشارح على مافى البحر فافهم (قوله وجواب خبر سوء) السوء بضم السين صفة خبر وهو من ساء يسوء سوءا نقيض سر ، والاسترجاع قول — إنا لله وإنا إليه راجعون — ثم الفساد بذلك قولهما خلافا لأبى يوسف كما صححه فى الهداية والكافى ، لأن الأصل عنده أن ما كان ثناء أو قرآنا لايتغير بالنية . وعندهما يتغير كما فى النهاية ، وقيل إنه بالاتفاق ، ونسبه فى غاية البيان إلى عامة المشايخ . وفى الخانية أنه الظاهر ، لكن ذكر فى البحر أنه لو أخبر بخبر يسره فقال الحمد لله فهو على الخلاف ثم قال : ولعل الفرق على قوله أن الاسترجاع لإظهار المصيبة وما شرعت الصلاة لأجله ، والتحميد لإظهار الشكر والصلاة شرعت لأجله اه .

قلت : وهو مأخوذ من الحلية ، وفيه نظر ، إذ لو صح هذا الفرق على قول أبى يوسف لانتقض الأصل المذكور ، فالأولى مافى الهداية وغيرها من أن الفرع الأول على الخلاف أيضا ، ولذا مشى عليه فى شرح المنية

(بالاسترجاع على المذهب) لأنه بقصد الجواب صار ككلام الناس (وكذا) يفسدها (كل ماقصد به الجواب) كأن قيل أمع الله إله فقال لا إله إلا الله، أو مالك فقال — الخيل والبغال والحمير — أو من أين جئت فقال — وبئر معطلة وقصر مشيد — (أو الخطاب ك)قوله لمن اسمه يحيى أو موسى (يايحيى خذ الكتاب بقوة) أو — وما تلك بيمينك ياموسى — (مخاطبا لمن اسمه ذلك) أو لمن بالباب — ومن دخله كان آمنا —

[فروع] سمع اسم الله تعالى فقال جل جلاله أو النبي صلى الله عليه وسلم فصلى عليه ، أو قراءة الإمام فقال صدق الله ورسوله تفسد إن قصد جوابه ، لو سمع ذكر الشيطان فلعنه تفسد وقيل لا ، ولو حوقل لدفع الوسوسة إن لأمور الدنيا تفسد لا لأمور الآخرة ، ولو سقط شيء من السطح

الكبير فليتأمل (قوله على المذهب) رد على مافي الظهيرية من تصحيح عدم الفساد فإنه تصحيح مخالف للمشهور . وعلى مافي المجتبى من أنه لافساد بشيء من الأذكار التي يقصد بها الجواب في قول أبي حنيفة وصاحبيه فإنه مخالف للمتون والشروح والفتاوى ، كذا في الحلية والبحر فافهم (قوله لأنه الخ) بيان لوجه الفساد عندهما ، فإن المناط كونه لفظا أفيد به معنى ليس من أعمال الصلاة لاكونه وضع لإفادة ذلك فتح (قوله كل ماقصد به الجواب) أي عندهما لصيرورة الثناء كلام الناس بالقصد كخروج القراءة بقصد الخطاب ، والجواب بما ليس بثناء مفسد اتفاقا ، كذا في غرر الأفكار ، ومثله في الدرر حيث قال : قيد بالتحميد ونحوه لأن الجواب بما ليس بثناء مفسد اتفاقا اهـ .

قلت : والمراد بما ليس بثناء ماكان من غير القرآن ، أما ماكان منه إذا قصد به الجواب فإنه على الخلاف أيضا ، وإن لم يكن ثناء كقوله — الخيل والبغال والحمير — بدليل ماقدمناه عن النهاية من أن الأصل عند أبي يوسف أن ماكان ثناء أو قرآنا لايتغير بالنية . وعندهما يتغير ، فلو قيل ما مالك ؟ فقال الإبل والبقر والعبيد مثلا فسدت اتفاقا لأنه ليس قرآنا ولا ثناء . أما لو أجاب عن خبر سار بالتحميد أو معجب بالتسبيح أو التهليل لا تفسد عنده لأنه ثناء وإن لم يكن قرآنا . واحترز بقصد الجواب عما لو سبح لمن استأذنه في الدخول على قصد إعلامه أنه في الصلاة كما يأتي ، أو سبح لتنبيه إمامه فإنه وإن لزم تغييره بالنية عندهما إلا أنه خارج عن القياس بالحديث الصحيح « إذا نابت أحدكم نائبة وهو في الصلاة فليسبح » قال في البحر : ومما ألحق بالجواب مافي المجتبى : لو سبح أو هلل يريد زجرا عن فعل أو أمرا به فسدت عندهما اهـ .

قلت : والظاهر أنه لو لم يسبح ولكن جهر بالقراءة لاتفسد لأنه قاصد للقراءة ، وإنما قصد الزجر أو الأمر بمجرد رفع الصوت تأمل (قوله أو الخطاب الخ) هذا مفسد بالاتفاق ، وهو مما أورد نقضا على أصل أبي يوسف فإنه قرآن لم يوضع خطابا لمن خاطبه المصلي وقد أخرجه بقصد الخطاب عن كونه قرآنا وجعله من كلام الناس (قوله كقوله لمن اسمه يحيى أو موسى) يغني عنه قول المصنف مخاطبا لمن اسمه ذلك ، والظاهر أنها تفسد وإن لم يكن المخاطب مسمى بهذا الاسم إذا قصد خطابه ط (قوله أو لمن بالباب الخ) لعل وجه جعله من الخطاب مع أنه ليس فيه أداة نداء ولا خطاب أنه في معنى قوله ادخل (قوله تفسد إن قصد جوابه) ذكر في البحر أنه لو قال مثل ماقال المؤذن ، إن أراد جوابه تفسد وكذا لو لم تكن له نية لأن الظاهر أنه أراد به الإجابة ، وكذلك إذا سمع اسم النبي صلى الله عليه وسلم فصلى عليه فهذا إجابة اهـ .

ويشكل على هذا كله مامر من التفصيل فيمن سمع العاطس فقال الحمد لله تأمل . واستفيد أنه لو لم يقصد الجواب بل قصد الثناء والتعظيم لاتفسد ، لأن نفس تعظيم الله تعالى والصلاة على نبيه صلى الله عليه وسلم لاينافي الصلاة كما في شرح المنية (قوله وقيل لا) جزم به في البحر ، والظاهر أنه مبني على ما إذا لم يقصد الجواب وإلا

فبسمل أو دعا لأحد أو عليه فقال آمين تفسد ولا يفسد الكل عند الثانى . والصحيح قولهما عملا بقصد المتكلم ، حتى لو امتثل أمر غيره فقيل له تقدم فتقدم أو دخل فرجة الصف أحد فوسع له فسدت . بل يمكث ساعة ثم يتقدم برأيه قهستانى معزيا للزاهدى وبروبانى قنية . وقيد بقصد الجواب ، لأنه لو لم يرد جوابه بل أراد إعلامه بأنه فى الصلاة لاتفسد اتفاقا . ابن ملك وملتقى (وفتحه على غير إمامه) إلا إذا أراد التلاوة وكذا الأخذ ، إلا إذا تذكر فتلا قبل تمام الفتح (بخلاف فتحه على إمامه) فإنه لايفسد (مطلقا) لفاتح وآخذ بكل حال ، إلا إذا سمعه المؤتم من غير مصل ففتح به تفسد صلاة الكل ، وينوى الفتح لا القراءة .

أشكل عليه ما مر تأمل (قوله فبسمل) يشكل عليه مافى البحر : لو لدغته عقرب أو أصابه وجع فقال بسم الله ، قيل تفسد لأنه كالأنين ، وقيل لا لأنه ليس من كلام الناس . وفى النصاب : وعليه الفتوى ، وجزم به فى الظهيرية ، وكذا لو قال يارب كما فى الذخيرة اهـ (قوله فقال آمين) قدمنا الكلام فيه قريبا (قوله ولا يفسد الكل) أى إلا بقصد الخطاب كما مر (قوله حتى لو امتثل الخ) هذا امتثال بالفعل ، ومثله ما لو امتثل بالقول ، وهو مافى البحر عن القنية : مسجد كبير يجهر المؤذن فيه بالتكبيرات فدخل فيه رجل أمر المؤذن أن يجهر بالتكبير وركع الإمام للحال فجهر المؤذن . إن قصد جوابه فسدت صلاته (قوله أو دخل فرجة الخ) المعتمد فيه عدم الفساد ط (قوله ومر) أى فى باب الإمامة عند قوله ويصف الرجال ، وقدمنا عن الشرنبلالى عدم الفساد ، وتقدم تمام الكلام عليه هناك (قوله ويأتى) أى فى هذا الباب عند قول المصنف ورد السلام بيده (قوله وفتحه على غير إمامه) لأنه تعلم وتعليم من غير حاجة بحر . وهو شامل لفتح المقتدى على مثله وعلى المنفرد وعلى غير المصلى وعلى إمام آخر ، لفتح الإمام والمنفرد على أى شخص كان إن أراد به التعليم لا التلاوة نهر (قوله وكذا الأخذ) أى أخذ المصلى غير الإمام بفتح من فتح عليه مفسد أيضا كما فى البحر عن الخلاصة . أو أخذ الإمام بفتح من ليس فى صلاته كما فيه عن القنية (قوله إلا إذا تذكر الخ) قال فى القنية : ارتج على الإمام ففتح عليه من ليس فى صلاته وتذكر ، فإن أخذ فى التلاوة قبل تمام الفتح لم تفسد وإلا تفسد ، لأن تذكره يضاف إلى الفتح اهـ بحر قال فى الحلية : وفيه نظر لأنه إن حصل التذكر والفتح معا لم يكن التذكر ناشئا عن الفتح ، ولا وجه لإفساد الصلاة بتأخر شروعه فى القراءة عن تمام الفتح ، وإن حصل التذكر بعد الفتح قبل إتمامه فالظاهر أن التذكر ناشئ عنه ووجبت إضافة التذكر إليه فتفسد بلا توقف للشروع فى القراءة على إتمامه اهـ ملخصا .

قلت : والذى ينبغى أن يقال : إن حصل التذكر بسبب الفتح تفسد مطلقا : أى سواء شرع فى التلاوة قبل تمام الفتح أو بعده لوجود التعلم ، وإن حصل تذكره من نفسه لابسبب الفتح لاتفسد مطلقا ، وكون الظاهر أنه حصل بالفتح لايؤثر بعد تحقق أنه من نفسه لأن ذلك من أمور الديانة لا القضاء حتى يبنى على الظاهر . ألا ترى أنه لو فتح على غير إمامه قاصدا القراءة لا التعليم لاتفسد مع أن ظاهر حاله التعليم ، وكذا لو قال مثل ما قال المؤذن ولم يقصد الإجابة فليتأمل (قوله مطلقا) فسره بما بعده (قوله بكل حال) أى سواء قرأ الإمام قدر ماتجوز به الصلاة أم لا ، انتقل إلى آية أخرى أم لا ، تكرر الفتح أم لا ، هو الأصح نهر (قوله إلا إذا سمعه المؤتم الخ) فى البحر عن القنية : ولو سمعه المؤتم ممن ليس فى الصلاة ففتح به على إمامه يجب أن تبطل صلاة الكل ، لأن التلقين من خارج اهـ وأقره فى النهر . ووجهه أن المؤتم لما تلقن من خارج بطلت صلاته ، فإذا فتح على إمامه وأخذ منه بطلت صلاته ، لكن قال ح : وهذا يقتضى أنه لو سمعه من مصل ولو غير صلاته ففتح به لاتبطل ، وهو باطل كما لايخفى ، إلا أن يراد بقوله من غير مصل أى صلاته اهـ (قوله وينوى الفتح لا القراءة) هو الصحيح ، لأن قراءة المقتدى منهى عنها والفتح على إمامه غير منهى عنه بحر .

(ولو جرى على لسانه نعم) أو آرى (إن كان يعتادها فى كلامه تفسد) لأنه من كلامه (وإلا لا) لأنه قرآن (وأكله وشربه مطلقا) ولو سمسمة ناسيا (إلا إذا كان بين أسنانه مأكول) دون الحمصة كما فى الصوم هو الصحيح قاله الباقانى (فابتلعه) أما المضغ فمفسد كسكر فى فيه يبتاع ذوبه (و) يفسدها (انتقاله من صلاة إلى مغايرتها) ولو من وجه ، حتى لو كان منفردا فكبر ينوى الاقتداء أو عكسه صار مستأنفا بخلاف نية الظهر بعد ركعة الظهر إلا إذا تلفظ بالنية فيصير مستأنفا مطلقا (وقراءته من مصحف)

[تتمة] يكره أن يفتح من ساعته ، كما يكره للإمام أن يلجئه إليه ، بل ينتقل إلى آية أخرى لا يلزم من وصلها ما يفسد الصلاة أو إلى سورة أخرى أو يركع إذا قرأ قدر الفرض كما جزم به الزيلعى وغيره وفى رواية قدر المستحب كما رجحه الكمال بأنه الظاهر من الدليل ، وأقره فى البحر والنهر ، ونازعه فى شرح المنية ، ورجح قدر الواجب لشدة تأكده (قوله أو آرى) كلمة فارسية كما فى شرح المنية ، وهى بمد الهمزة وكسر الراء : بمعنى نعم كما تقدم (قوله لأنه من كلامه) بدليل الاعتياد (قوله لأنه قرآن) هذا ظاهر فى نعم ، وكذا فى آرى على رواية أن القرآن اسم للمعنى ؛ أما على رواية أنه اسم للنظم والمعنى فلا .

[تنبيه] وقع فى ألغاز الأشباه : أى مصل قال نعم ولم تفسد صلاته فقل من اعتاده فى كلامه اهـ . قال فى الخزائن : وفيه اشتباه أى اشتبه عليه الحكم إن لم يكن سبق قلم (قوله مطلقا) أى سواء كان كثيرا أو قليلا عامدا أو ناسيا ، ومثله مالو وقع فى فيه قطرة مطر فابتلعها كما فى البحر (قوله الحمصة) بكسر الحاء وتشديد الميم مكسورة ومفتوحة ح (قوله قاله الباقانى) أى فى شرح الملتقى ونصه : وقال البقالى الصحيح أن كل ما يفسد به الصوم تفسد به الصلاة اهـ . وعليه مشى الزيلعى تبعا للخلاصة والبدائع . قال فى النهر : وجعل فى الخانية هذا قول البعض . وقال بعضهم : مادون ملء الفم لا يفسد ، وفرق بين الصلاة والصوم ، وما فى الزيلعى أولى (قوله أما المضغ فمفسد) أى إن كثر وتقديره بالثلاث المتواليات كما فى غيره كذا فى شرح المنية . وفى البحر عن المحيط وغيره : ولو مضغ العلك كثيرا فسدت ، وكذا لو كان فى فيه إهليلجة فلاكها ، فإن دخل فى حلقه منها شىء يسير من غير أن يلوكها لا تفسد ، وإن كثر ذلك فسدت اهـ (قوله كسكر الخ) أفاد أن المفسد إما المضغ الكثير أو وصول عين المأكول إلى الجوف بخلاف الطعم . قال فى البحر عن الخلاصة : ولو أكل شيئا من الحلاوة وابتلع عينها فدخل فى الصلاة فوجد حلاوتها فى فيه وابتلعها لا تفسد صلاته ، ولو أدخل الفانيد أو السكر فى فيه ولم يمضغه لكن يصلى والحلاوة تصل إلى جوفه تفسد صلاته اهـ (قوله ويفسدها انتقاله الخ) أى بأن ينوى بقلبه مع التكبيرة الانتقال المذكور . قال فى النهر : بأن صلى ركعة من الظهر مثلا ثم افتتح العصر أو التطوع بتكبيرة ، فإن كان صاحب ترتيب كان شارعا فى التطوع عندهما خلافا لمحمد ، أو لم يكن بأن سقط للضيق أو للكثرة صح شروعه فى العصر لأنه نوى تحصيل ما ليس بحاصل فخرج عن الأول ، فمناط الخروج عن الأول صحة الشروع فى المغاير ولو من وجه ، فلذا لو كان منفردا فكبر ينوى الاقتداء أو عكسه أو إمامة النساء فسد الأول وكان شارعا فى الثانى ، وكذا لو نوى نفلا أو واجبا أو شرع فى جنازة فجىء بأخرى فكبر ينويهما أو الثانية يصير مستأنفا على الثانية ، كذا فى فتح القدير اهـ (قوله أو عكسه) بالنصب عطفا على منفردا ح (قوله بخلاف نية الظهر الخ) أى نيته مع التكبيرة كما مر . قال فى البحر : يعنى لو صلى ركعة من الظهر فكبر ينوى الاستئناف للظهر بعينها لا يفسد ما أداه ويحتسب بتلك الركعة ، حتى لو صلى ثلاث ركعات بعدها ولم يقعد فى آخرها حتى صلى رابعة فسدت الصلاة ولغت النية الثانية (قوله مطلقا) أى سواء انتقل إلى المغايرة أو المتحدة ، لأن التلفظ بالنية كلام مفسد للصلاة الأولى ، فصح الشروع

أى مافيه قرآن (مطلقا) لأنه تعلم إلا إذا كان حافظا لما قرأه وقرأ بلا حمل ، وقيل لا تفسد إلا بآية : واستظهره الحلبي وجوزه الشافعي بلا كراهة وهما بها للتشبه بأهل الكتاب : أى إن قصده ؛ فإن التشبه بهم لايكره فى كل شىء ، بل فى المذموم وفيما يقصد به التشبه ، كما فى البحر .

(و) يفسدها (كل عمل كثير) ليس من أعمالها ولا لإصلاحها ، وفيه أقوال خمسة أصحها (مالا يشك) بسببه (الناظر) من بعيد (فى فاعله أنه ليس فيها)

الثانى (قوله أى مافيه قرآن) عممه ليشمل المحراب ، فإنه إذا قرأ مافيه فسدت فى الصحيح بحر (قوله مطلقا) أى قليلا أو كثيرا ، إماما أو منفردا ، أميا لايمكنه القراءة إلا منه أولا (قوله لأنه تعلم) ذكروا لأبى حنيفة فى علة الفساد وجهين .

أحدهما : أن حمل المصحف والنظر فيه وتقليب الأوراق عمل كثير . والثانى أنه تلقن من المصحف فصار كما إذا تلقن من غيره . وعلى الثانى لافرق بين الموضوع والمحمول عنده ، وعلى الأول يفترقان ، وصحح الثانى فى الكافى تبعا لتصحيح السرخسى ؛ وعليه لو لم يكن قادرا على القراءة إلا من المصحف فصلى بلا قراءة ذكر الفضلى أنها تجزيه ، وصحح فى الظهيرة عدمه ، والظاهر أنه مفرع على الوجه الأول الضعيف بحر (قوله إلا إذا كان الخ) لأن هذه القراءة مضافة إلى حفظه لا إلى تلقنه من المصحف ، ومجرد النظر بلا حمل غير مفسد لعدم وجهى الفساد ، وهذا استثناء من إطلاق المصنف ، وهو قول الرازى ، وتبعه السرخسى وأبو نصر الصفار ، وجزم به فى الفتح والنهاية والتبيين . قال فى البحر : وهو وجيه كما لايخفى اهـ فلذا جزم به الشارح (قوله وقيل الخ) تقييد آخر لإطلاق المصنف . وعبارة الحلبي فى شرح المنية : ولم يفرق فى الكتاب بين القليل والكثير ، وقيل لاتفسد مالم يقرأ قدر الفاتحة ، وقيل مالم يقرأ آية ، وهو الأظهر لأنه مقدار ماتجوز به الصلاة عنده (قوله وهما بها) أى وجوزه الصاحبان بالكراهة .

مطلب فى التشبه بأهل الكتاب

(قوله لأن التشبه بهم لايكره فى كل شىء) فإنا نأكل ونشرب كما يفعلون ، بحر عن شرح الجامع الصغير لقاضيخان ، ويؤيده مافى الذخيرة قبيل كتاب التحرى . قال هشام : رأيت على أبى يوسف نعلين مخصوفين بمسامير ، فقلت : أترى بهذا الحديد بأسا ؟ قال لا قلت : سفيان وثور بن يزيد كرها ذلك لأن فيه تشبها بالرهبان ؛ فقال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يلبس النعال التى لها شعر وإنها من لباس الرهبان ، فقد أشار إلى أن صورة المشابهة فيما تعلق به صلاح العباد لايضر ، فإن الأرض مما لايمكن قطع المسافة البعيدة فيها إلا بهذا النوع اهـ وفيه إشارة أيضا إلى أن المراد بالتشبه أصل الفعل : أى صورة المشابهة بلا قصد (قوله ليس من أعمالها) احتراز عما لو زاد ركوعا أو سجودا مثلا فإنه عمل كثير غير مفسد لكونه منها غير أنه يرفض ، لأن هذا سبيل مادون الركعة ط قلت : والظاهر الاستغناء عن هذا القيد على تعريف العمل الكثير بماذكره المصنف تأمل (قوله ولا لإصلاحها) خرج به الوضوء والمشى لسبق الحدث فإنهما لايفسدانها ط . قلت : وينبغى أن يزاد ولا فعل لعذر احترازا عن قتل الحية أو العقرب بعمل كثير على أحد القولين كما يأتى ، إلا أن يقال إنه لاصلاحها لأن تركه قد يؤدى إلى إفسادها تأمل (قوله وفيه أقوال خمسة أصحها ما لايشك الخ) صححه فى البدائع ، وتابعه الزيلعى والولوالجى : وفى المحيط أنه الأحسن . وقال الصدر الشهيد : إنه الصواب : وفى الخانية والخلاصة : إنه اختيار العامة . وقال فى المحيط وغيره : رواه الثلجى عن أصحابنا حلية .

وإن شك أنه فيها أم لا فقليل ، لكنه يشكل بمسألة المس والتقبيل فتأمل (فلا تفسد برفع يديه فى تكبيرات الزوائد على المذهب) وما روى من الفساد فشاذ (و) يفسدها (سجوده على نجس) وإن أعاده على طاهر فى الأصح ، بخلاف يديه وركبتيه على الظاهر (و) يفسدها (أداء ركن) حقيقة

القول الثانى أن ما يعمل عادة باليدين كثير وإن عمل بواحدة كالتعمم وشد السراويل وما عمل بواحدة قليل وإن عمل بهما كحل السراويل ولبس القلنسوة ونزعها إلا إذا تكرر ثلاثا متوالية ، وضعفه فى البحر بأنه قاصر عن إفادة مالا يعمل باليد كالمضغ والتقبيل .

الثالث الحركات الثلاث المتوالية كثير وإلا فقليل :

الرابع مايكون مقصودا للفاعل بأن يفرد له مجلسا على حدة . قال فى التتارخانية : وهذا القائل يستدل بامرأة صلت فلمسها زوجها أو قبلها بشهوة أو مص صبى ثديها وخرج اللبن تفسد صلاتها :

الخامس التفويض إلى رأى المصلى ، فإن استكثره فكثير وإلا فقليل . قال القهستانى : وهو شامل للكل وأقرب إلى قول أبى حنيفة ، فإنه لم يقدّر فى مثله بل يفوض إلى رأى المبتلى اهـ . قال فى شرح المنية : ولكنه غير مضبوط ، وتفويض مثله إلى رأى العوام مما لاينبغى ، وأكثر الفروع أو جميعها مفرع على الأولين . والظاهر أن ثانيهما ليس خارجا عن الأول ، لأن مايقام باليدين عادة يغلب ظن الناظر أنه ليس فى الصلاة ، وكذا قول من اعتبر التكرار ثلاثا متوالية فإنه يغلب الظن بذلك ، فلذا اختاره جمهور المشايخ اهـ (قوله مالايشك الخ) أى عمل لايشك أى بل يظن ظنا غالبا شرح المنية وما بمعنى عمل ، والضمير فى بسببه عائد إليه والناظر فاعل يشك . والمراد به من ليس له علم بشروع المصلى بالصلاة كما فى الحلية والبحر . وفى قول الشارح من بعيد تبعا للبدائع والنهر إشارة إليه ، لأن القريب لايخفى عليه الحال عادة فافهم (قوله وإن شك) أى اشتبه عليه وتردد (قوله لكنه يشكل بمسألة المس والتقبيل) أى مالو مس المصلية بشهوة أو قبلها بدونها فإن صلاتها تفسد ، ولم يوجد منها فعل كما سيأتى فى الفروع مع جوابه ، وأصل الاستشكال لصاحب الحلية وتبعه فى البحر ، فليس المراد صلاة المقبل والماس فإنه لايخفى فسادها على أحد من الناس فافهم (قوله فلا تفسد الخ) تفريع على أصح الأقوال ، خلافا لما روى مكحول عن أبى حنيفة أنه لو رفع يديه عند الركوع وعند الرفع منه تفسد ، لأن المفسد إنما هو العمل الكثير وهو مايظن أن فاعله ليس فى الصلاة ، وهذا الرفع ليس كذلك ، كذا فى الكافى ، نعم يكره لأنه فعل زائد ليس من تمات الصلاة شرح المنية ، وتسميتها تكبيرات الزوائد خلاف المصطلح لأنها فى الاصطلاح تكبيرات العيدين (قوله ويفسدها سجوده على نجس) أى بدون حائل أصلا ، ولو سجد على كفه أو كمه فسد السجود لا الصلاة ، حتى لو أعاده على طاهر جاز كما قدمه الشارح فى فصل إذا أراد الشروع ، لكن قدمنا هناك أن الحائل المتصل لايعتبر حائلا لتبعيته للمصلى ، وإلا لزم أن لايصح السجود معه ولو على طاهر ولزم صحة الصلاة مع القيام على نجاسة تحت خفه ، وتقدم تمام الكلام هنا فراجعه (قوله فى الأصح) وهو ظاهر الرواية كما فى الحلية والبدائع والإمداد . وقال أبو يوسف : إن أعاده على طاهر لاتفسد ، وهذا بناء على أنه بالسجود على النجس تفسد السجدة لا الصلاة عنده . وعندهما تفسد الصلاة لفساد جزئها ، وكونها لاتتجزى كما فى شرح المنية .

ذكر فى السراج رواية ثانية ، وهى أنه لو أعاده على طاهر جاز عند أصحابنا الثلاثة خلافا لزفر ، وقدمنا فى فصل الشروع أن هذه رواية النوادر ، وأن عامة كتب الفروع والأصول على الرواية الأولى (قوله على الظاهر) أى ظاهر الرواية من أن وضع اليدين والركبتين فى السجود غير شرط فترك وضعهما أصلا غير مفسد فكذا وضعهما على

اتفاقا (أو تمكنه) منه بسنة، وهو قدر ثلاث تسبيحات (مع كشف عورة أو نجاسة) مانعة أو وقوع لزحمة فى صف نساء أو أمام إمام (عند الثانى) وهو المختار فى الكل لأنه أحوط قاله الحلبى (وصلاته على مصلى مضرب نجس البطانة) بخلاف غير مضرب ومبسوط على نجس إن لم يظهر لون أو ريح (وتحويل صدره عن القبلة) اتفاقا -

---

نجاسة، لكن قدمنا فى أول باب شروط الصلاة تصحيح الفساد عن عدة كتب. وفى النهر أنه المناسب لإطلاق عامة المتون. وعلله فى شرح المنية بأن اتصال العضو بالنجاسة بمنزلة حملها وإن كان وضع ذلك العضو ليس بفرض وبهذا علم أن مامشى عليه هنا تبعا للدرر ضعيف، كما نبه عليه نوح أفندى (قوله عند الثانى) أى أبى يوسف: وقيل إن أبا حنيفة مع محمد حلية (قوله فى الكل) أى كل المسائل المذكورة من الكشف وما بعده، وقيد ذلك فى شرح المنية فى أواخر الكلام على الشرط الثالث بما إذا كان بغير صنعه. قال: أما إذا حصل شىء من ذلك بصنعه فإن الصلاة تفسد فى الحال عندهم كما فى القنية اهـ ومشى عليه الشارح فى باب شروط الصلاة. وفى الخانية وغيرها مايدل على عدمه. قال فى الحلية: والأشبه الأول، وتقدم هناك تمام الكلام على ذلك فراجعه (قوله وصلاته على مصلى مضرب) أى مخيط، وإنما تفسد إذا كان النجس المانع فى موضع قيامه أو جبهته أو فى موضع يديه أو ركبتيه على مامر. ثم هذا قول أبى يوسف: وعن محمد يجوز. ووفق بعض المشايخ بحمل الأول على كون الثوب مخيطا مضرباً، والثانى على كونه مخيطا فقط، وهو ماكان جوانبه مخيطة دون وسطه لأنه كثوبين أسفلهما نجس وأعلاهما طاهر، فلا خلاف حينئذ، وصححه فى المجمع: ومنهم من حقق الاختلاف، فقال: عند محمد يجوز كيفما كان. وعند أبى يوسف لايجوز. وفى التجنيس: الأصح أن المضرب على الخلاف، ومفهومه أن الأصح فى غير المضرب الجواز اتفاقاً، وهذا قول ثالث:

وفى البدائع بعد حكايته القول الثانى: وعلى هذا لو صلى على حجر الرحى أو باب أو بساط غليظ أو مكعب أعلاه طاهر وباطنه نجس عند أبى يوسف لايجوز نظرا إلى اتحاد المحل، فاستوى ظاهره وباطنه كالثوب الصفيق: وعند محمد يجوز لأنه صلى فى موضع طاهر كثوب طاهر تحته ثوب نجس، بخلاف الثوب الصفيق لأن الظاهر نفاذ الرطوبة إلى الوجه الآخر اهـ. وظاهره ترجيح قول محمد وهو الأشبه. ورجح فى الخانية فى مسألة الثوب قول أبى يوسف بأنه أقرب إلى الاحتياط، وتمامه فى الحلية. وذكر فى المنية وشرحها: إذا كانت النجاسة على باطن اللبنة أو الآجرة وصلى على ظاهرها جاز، وكذا الخشبة إن كانت غليظة بحيث يمكن أن تنشر بصفين فيما بين الوجه الذى فيه النجاسة والوجه الآخر وإلا فلا اهـ. وذكر فى الحلية أن مسألة اللبنة والآجرة على الاختلاف المار بينهما، وأنه فى الخانية جزم بالجواز، وهو إشارة إلى اختياره، وهو حسن متجه، وكذا مسألة الخشبة على الاختلاف، وأن الأشبه الجواز عليها مطلقا، ثم أيده بأوجه فراجعه (قوله مبسوط على نجس الخ) قال فى المنية: وإذا أصابت الأرض نجاسة ففرشها بطين أو جص فصلى عليها جاز وليس هذا كالثوب، ولو فرشها بالتراب ولم يطين، إن كان التراب قليلا بحيث لو استشمه يجد رائحة النجاسة لا تجوز وإلا تجوز اهـ. قال فى شرحها: وكذا الثوب إذا فرش على النجاسة اليابسة؛ فإن كان رقيقا يشف ما تحته أو توجد منه رائحة النجاسة على تقدير أن لها رائحة لايجوز الصلاة عليه، وإن كان غليظا بحيث لا يكون كذلك جازت اهـ.

ثم لا يخفى أن المراد إذا كانت النجاسة تحت قدمه أو موضع سجوده لأنه حينئذ يكون قائما أو ساجدا على النجاسة لعدم صلوح ذلك الثوب لكونه حائلا، فليس المانع هو نفس وجود الرائحة حتى يعارض بأنه لو كان بقربه نجاسة يشم ريحها لا تفسد صلاته فافهم (قوله وتحويل صدره) أما تحويل وجهه كله أو بعضه فمكروه

(بغير عذر) فلو ظن حدثه فاستدبر القبلة ثم علم عدمه إن قبل خروجه من المسجد لاتفسد وبعده فسدت :
[فروع] مشى مستقبل القبلة ، هل تفسد إن قدر صف ثم وقف قدر ركن ثم مشى ووقف كذلك وهكذا لاتفسد ، وإن كثر مالم يختلف المكان ، وقيل لاتفسد حالة العذر مالم يستدبر القبلة استحسانا ذكره القهستاني ،

لا مفسد على المعتمد كما سيأتى فى المكروهات (قوله بغير عذر) قال فى البحر فى باب شروط الصلاة : والحاصل أن المذهب أنه إذا حول صدره فسدت ، وإن كان فى المسجد إذا كان من غير عذر كما عليه عامة الكتب اه وأطلقه فشمل ما لو قل أو كثر ، وهذا باختياره ، وإلا فإن لبث مقدار ركن فسدت وإلا فلا كما فى شرح المنية من فصل المكروهات (قوله فلو ظن حدثه الخ) محترز قوله بغير عذر (قوله لا تفسد) أى عند أبى حنيفة شرح المنية ، وقوله وبعده فسدت : أى بالاتفاق ، لأن اختلاف المكان مبطل إلا لعذر والمسجد مع تباين أكنافه وتنائى أطرافه كمكان واحد ، فلا تفسد مادام فيه إلا إذا كان إماما واستخلف مكانه آخر ثم علم أنه لم يحدث فتفسد وإن لم يخرج من المسجد ، لأن الاستخلاف فى غير موضعه مناف كالخروج من المسجد ، وإنما يجوز عند العذر ولم يوجد ، وكذا لو ظن أنه افتتح بلا وضوء فانصرف ثم علم أنه كان متوضئا تفسد وإن لم يخرج منه ، لأن انصرافه على سبيل الرفض ومكان الصفوف فى الصحراء له حكم المسجد ، وتمامه فى شرح المنية فى آخر الشرط الرابع . وتقدم فى الباب السابق :

[تنبيه] ذكر فى المنية فى باب المفسدات أن لو استدبر القبلة على ظن الحدث ثم تبين خلافه فسدت وإن لم يخرج من المسجد، وعلله فى شرحها بأن استدباره وقع لغير ضرورة إصلاح الصلاة فكان مفسدا اه وهو مخالف لما مر عن عامة الكتب إلا أن يحمل على قولهما أو على الإمام المستخلف تأمل (قوله وإن كثر) أى وإن مشى قدر صفوف كثيرة على هذه الحالة ، وهو مستدرك بقوله وهكذا (قوله مالم يختلف المكان) أى بأن خرج من المسجد أو تجاوز الصفوف ، لو الصلاة فى الصحراء فحينئذ تفسد ، كما لو مشى قدر صفين دفعة واحدة . قال فى شرح المنية : وهذا بناء على أن الفعل القليل غير مفسد مالم يتكرر متواليا ، وعلى أن اختلاف المكان مبطل مالم يكن لإصلاحها ، وهذا إذا كان قدامه صفوف ، أما إن كان إماما فجاوز موضع سجوده ، فإن بقدر مابينه وبين الصف الذى يليه لا تفسد ، وإن أكثر فسدت ، وإن كان منفردا فالمعتبر موضع سجوده ، فإن جاوزه فسدت وإلا فلا . والبيت للمرأة كالمسجد عند أبى على النسفى ، وكالصحراء عند غيره اه .

مطلب فى المشى فى الصلاة

(قوله وقيل لا تفسد حالة العذر) أى وإن كثر واختلف المكان ، لما فى الحلية عن الذخيرة أنه روى وأن أبابرزة(١) رضى الله عنه صلى ركعتين آخذا بقياد فرسه ثم انسل من يده ، فمضى الفرس على القبلة فتبعه حتى أخذ بقياده ثم رجع ناكصا على عقبيه حتى صلى الركتين الباقيتين؛ قال محمد فى السير الكبير : وبهذا نأخذ ثم ليس فى هذا الحديث فصل بين المشى القليل والكثير جهة القبلة ؛ فمن المشايخ من أخذ بظاهره ولم يقل بالفساد قل

---

(١) (قوله أبا برزة) هو نضلة بن عبيد ، أسلم قديما وشهد فتح مكة ، ثم تحول إلى البصرة ثم غزا خراسان ومات بها فى أيام يزيد بن معاوية أو فى آخر خلافة معاوية، كذا ذكره الحافظ ابن عبد البر فى الاستيعاب . وذكر ابن حجر عن ابن سعد أنه كان من ساكنى المدينة ثم البصرة وغزا خراسان . وذكر الخطيب أنه شهد مع على رضى الله عنه قتال الخوارج بالنهروان، وغزا بعد ذلك خراسان فمات بها . وقال أبو على محمد بن على بن حمزة المروزى : قيل إنه مات بنيسابور ، وقيل بالبصرة بمفازة بين سجستان وهراة . وقال خليفة : مات بخراسان بعد سنة أربع وستين .

(٢) فالحاصل من هذه النقول أن ما اشتهر من كونه مدفونا بقرية برزة بدمشق ليس بثابت ، ولعله كان رجلا كنى بكنيته ، والله أعلم ، كذا فى شرح الدرر والغرر للعلامة الشيخ إسمعيل النابلسى والد سيدى والشيخ عبد الغنى النابلسى اه منه .

وهل يشترط فى المفسد الاختبار ؟ فى الخبازية نعم . وقال الحلبى : لا ، فإن من دفع أو جذبته الدابة خطوات أو وضع عليها أو أخرج من مكان الصلاة أو مص ثديها ثلاثا أو مرة ونزل لبنها أو مسها بشهوة أو قبلها بدونها فسدت لا لو قبلته ولم يشتهها . والفرق أن فى تقبيله معنى الجماع .

أو كثر استحسانا . والقياس الفساد إذا كثر ، والحديث خص حالة العذر فيعمل بالقياس فى غيرها . وحكى عن أستاذه الجواز فيما إذا مشى مستقبلا وكان غازيا ، وكذا الخارج وكل مسافر سفره عبادة . وبعض المشايخ أولوا الحديث .

ثم اختلفوا فى تأويله ، فقيل تأويله إذا لم يجاوز الصفوف أو موضع سجوده وإلا فسدت ، وقيل إذا لم يكن متلاحقا بل خطوة ثم خطوة ، فلو متلاحقا تفسد إن لم يستدبر القبلة لأنه عمل كثير ، وقيل تأويله إذا مشى مقدار ما بين الصفين ، كما قالوا فيمن رأى فرجة فى الصف الأول فمشى إليها فسدها ، فإن كان هو فى الصف الثانى لم تفسد صلاته ، وإن كان فى الصف الثالث فسدت اهـ ملخصا . ونص فى الظهيرية على أن المختار أنه إذا كثر تفسد .

هذا ، وذكر فى الحلية أيضا فى فصل المكروهات أن الذى تقتضيه القواعد المذهبية المستندة إلى الأدلة الشرعية ووقع به التصريح فى بعض الصور الجزئية أن المشى لا يخلو إما أن يكون بلا عذر أو بعذر ، فالأول إن كان كثيرا متواليا تفسد وإن لم يستدبر القبلة ، وإن كان كثيرا غير متوال بل تفرق فى ركعات أو كان قليلا ، فإن استدبرها فسدت صلاته للمنافى بلا ضرورة وإلا فلا وكره ، لما عرف أن من أفسد كثيره كره قليله بلا ضرورة . وإن كان بعذر ، فإن كان للطهارة عند سبق الحدث أو فى صلاة الخوف لم يفسدها ولم يكره قل أو كثر استدبر أولا ، وإن كان لغير ماذكر ، فإن استدبر معه فسدت قل أو كثر . وإن لم يستدبر ، فإن قل لم يفسد ولم يكره ، وإن كان كثيرا متلاحقا أفسد . وأما غير المتلاحق ففى كونه مفسدا أو مكروها خلاف وتأمل اهـ ملخصا . وقال فى هذا الباب : والذى يظهر أن الكثير الغير المتلاحق غير مفسد ولا مكروه إذا كان لعذر مطلقا اهـ (قوله وقال الحلبى لا) الظاهر اعتماده للتفريع عليه ط (قوله خطوات) أى ومشى بسبب الدفع أو الجذب ثلاث خطوات متواليات من غير أن يملك نفسه . وفى البحر عن الظهيرية : ولو جذبته الدابة حتى أزالته عن موضع سجوده تفسد اهـ (قوله أو وضع عليها) أى حمله رجل ووضعه على الدابة تفسد ، والظاهر أنه لكونه عملا كثيرا تأمل . وأما لو رفعه عن مكانه ثم وضعه أو ألقاه ثم قام ووقف مكانه من غير أن يتحول عن القبلة فلا تفسد كما فى التتارخانية (قوله أو أخرج من مكان الصلاة) أى مع التحويل عن القبلة كما فى البحر ط . أقول : لم أر ذلك فى البحر ، وأيضا فالتحويل مفسد إذا كان قدر أداء ركن ؛ ولو كان فى مكانه فالظاهر الإطلاق وأن العلة اختلاف المكان لو كان مقتديا أو كونه عملا كثيرا تأمل (قوله أو مص ثديها ثلاثا الخ) هذا التفصيل مذكور فى الخانية والخلاصة ، وهو مبنى على تفسير الكثير بما اشتمل على الثلاث المتواليات ، وليس الاعتماد عليه . وفى المحيط : إن خرج اللبن فسدت لأنه يكون إرضاعا وإلا فلا ، ولم يقيده بعدد ، وصححه فى المعراج حلية وبحر (قوله أو مسها الخ) حق التعبير أن يقول أو مست أو قبلت بالبناء للمجهول كنظائره السابقة لأنه معطوف على دفع الواقع صلة لمن . والمسألة ذكرها فى الخلاصة بقوله : لو كانت المرأة فى الصلاة فجامعها زوجها تفسد صلاتها وإن لم ينزل منى ، وكذا لو قبلها بشهوة أو بغير شهوة أو مسها لأنه فى معنى الجماع . أما لو قبلت المرأة المصلى ولم يشتهها لم تفسد صلاته اهـ (قوله والفرق الخ) قد خفى وجه الفرق على المحقق ابن الهمام . وكذا على صاحب الحلية والبحر . وقال فى شرح المنية وأشار فى الخلاصة إلى الفرق بأن تقبيله فى معنى الجماع يعنى أن الزوج هو الفاعل للجماع فإتيانه بدواعيه

معه حجر فرمى به طائرا لم تفسد ، ولو إنسانا تفسد كضرب ولو مرة ، لأنه مخاصمة أو تأديب أو ملاعبة ، وهو عمل كثير ذكره الحلبي .

بقي من المفسدات ارتداد بقلبه وموت وجنون وإغماء ، وكل موجب لوضوء أو غسل . وترك ركن بلا قضاء

فى معناه ؛ ولو جامعها ولو بين الفخذين تفسد صلاتها ، فكذا إذا قبلها مطلقا لأنه من دواعيه ، وكذا لو مسها بشهوة ، بخلاف المرأة فإنها ليست فاعلة للجماع فلا يكون إتيان دواعيه منها فى معناه مالم يشتهه الزوج .

وفى الخلاصة : لو نظر إلى فرج المطلقة رجعيا بشهوة يصير مراجعا ولا تفسد صلاته ، فى رواية هو المختار . وهذا يشكل على الفرق المذكور لأنه أتى بما هو من دواعى الجماع ولذا صار مراجعا ، إلا أن يقال فساد الصلاة يتعلق بالدواعى التى هى فعل غير النظر والفكر . وأما النظر والفكر فلا يفسدان على مامر ، لعدم إمكان التحرز عنهما بخلاف فعل سائر الجوارح اهـ .

هذا ، وذكر فى البحر عن شرح الزاهدى أنه لو قبل المصلية لاتفسد صلاتها ، ومثله فى الجوهرة ، وعليه فلا فرق (قوله ذكره الحلبي) عبارته مع متن المنية (ولو ضرب إنسانا بيد واحدة) من غير آلة (أو) ضربه (بسوط) ونحوه (تفسد صلاته ، كذا فى المحيط) وغيره ، لأنه مخاصمة أو تأديب أو ملاعبة وهو عمل كثير على التفسير الأول الذى عليه الجمهور اهـ . ثم قال مع المتن فى محل آخر (ولو أخذ المصلى حجرا فرمى به طائرا) ونحوه (تفسد صلاته) لأنه عمل كثير (ولو) كان (معه حجر فرمى به) الطائر أو نحوه (لاتفسد صلاته) لأنه عمل قليل (و) لكن قد (أساء) لاشتغاله بغير الصلاة ؛ ولو رمى بالحجر الذى معه إنسانا ينبغى أن تفسد قياسا على ما إذا ضربه بسوط أو بيده لما فيه من المخاصمة على مامر اهـ .

قلت : لكن فى التتارخانية عن المحيط أن هذا التفصيل خلاف مافى الأصل ، فإن محمدا ذكر فى الأصل أن صلاته تامة ، ولم يفصل بين ما إذا كان الحجر فى يده أو أخذه من الأرض اهـ . وفى الحلية أن ظاهر الخانية يفيد ترجيحه فإنه ذكر الإطلاق ثم حكى التفصيل بقيل (قوله بقى من المفسدات الخ) قلت : بقى منها أيضا : محاذاة المرأة بشروطها ، واستخلافه من لايصلح للإمامة ، وخروجه من المسجد بلا استخلاف ، ووقوفه بعد سبق الحدث قدر ركن ، وأداؤه ركنا مع حدث أو مشى ، وإتمام المقتدى المسبوق بالحدث صلاته فى غير محل الاقتداء ، وكل ذلك تقدم قبل هذا الباب ، وكذا تقدم من ذلك تذكر فائتة لذى ترتيب ، ووجود المنافى بلا صنعة قبل القعدة اتفاقاً ، وبعدها على قول الإمام فى الاثنى عشرية ، لكن بعض هذه يفسد وصف الفرضية لا أصل الصلاة ، كما لو قيد الخامسة بسجدة قبل القعدة الأخيرة (قوله ارتداد بقلبه) بأن نوى الكفر ولو بعد حين أو اعتقد مايكون كفرا ط (قوله وموت) أقول : تظهر ثمرته فى الإمام لو مات بعد القعدة الأخيرة بطلت صلاة المقتدين به ، فيلزمهم استئنافها ، وبطلان الصلاة بالموت بعد القعدة قد ذكره الشرنبلالى من جملة المسائل التى زادها على الاثنى عشرية . ولا تظهر الثمرة فى وجوب الكفارة فيما لو كان أوصى بكفارة صلواته ، لأن المعتبر آخر الوقت ، وهو لم يكن فى آخر الوقت من أهل الأداء فلا تجب عليه . قال فى الخانية : سافر فى آخر الوقت كان عليه صلاة السفر وإن لم يبق من الوقت إلا قدر مايسع فيه بعض الصلاة ، ألا ترى أنه لو مات أو أغمى عليه إغماء طويلا ، أو جن جنونا مطبقا أو حاضت المرأة فى آخر الوقت يسقط كل الصلاة ، فإذا سافر يسقط بعض الصلاة اهـ فافهم (قوله وجنون وإغماء) فإذا أفاق فى الوقت وجب أداؤها ، وبعده يجب القضاء مالم يزد الجنون والإغماء على يوم وليلة كما سيأتى فى آخر صلاة المريض (قوله وكل موجب لوضوء) تبع فيه صاحب النهر ، وفيه أنه قد يكون غير مفسد كالمسبوق بالحدث كما مر ، فالأولى قول البحر : وكل حدث عمد ط (قوله وترك ركن بلا قضاء) كما لو ترك

وشرط بلا عذر ، ومسابقة المؤتم بركن لم يشاركه فيه إمامه كأن ركع ورفع رأسه قبل إمامه ولم يعده معه أو بعده وسلم مع الإمام ومتابعة المسبوق إمامه فى سجود السهو بعد تأكد انفراده ، أما قبله فتجب متابعته وعدم إعادته الجلوس الأخير بعد أداء سجدة صلبية أو تلاوية تذكرها بعد الجلوس ، وعدم إعادة ركن أداه نائما ، وقهقهة إمام المسبوق بعد الجلوس الأخير ، ومنها مد الهمز فى التكبير كما مر ، ومنها القراءة بالألحان إن غير المعنى وإلا لا إلا فى حرف مد ولين إذا فحش وإلا لا بزازية ، ومنها زلة القارىء

سجدة من ركعة وسلم قبل الإتيان بها ، وإطلاق القضاء على ذلك مجاز (قوله بلا عذر) أما به كعدم وجود ساتر أو مطهر للنجاسة وعدم قدرة على استقبال فلا فساد ط (قوله ومسابقة المؤتم الخ) داخل تحت قوله وترك ركن ، وإنما ذكره لأنه أتى بالركن صورة ولكنه لم يعتد به لأجل المسابقة فافهم (قوله كأن ركع الخ) هنا خمس صور وهي : مالو ركع وسجد قبله فى كل الركعات فيلزمه قضاء ركعة بلا قراءة ، ولو ركع معه وسجد قبله لزمه ركعتان ، ولو ركع قبله وسجد معه يقضى أربعا بلا قراءة ، ولو ركع وسجد بعده صح ، وكذا لو قبله وأدركه الإمام فيهما لكنه يكره ، وبيانه فى الإمداد ، وقدمناه فى أواخر باب الإمامة (قوله وسلم مع الإمام) قيد به لأنه قبل السلام ونحوه من كل ماينافى الصلاة لايظهر الفساد لعدم تحقق الترك فافهم (قوله بعد تأكد انفراده) وذلك بأن قام إلى قضاء مافاته بعد سلام الإمام أو قبله بعد قعوده قدر التشهد وقيد ركعته بسجدة ، فإذا تذكر الإمام سجود سهو فتابعه فسدت صلاته (قوله فتجب متابعته) فلولم يتابعه جازت صلاته ، لأن ترك المتابعة فى السجود الواجب لايفسد ، ويسجد للسهو بعد الفراغ من قضائه (قوله وعدم إعادته الجلوس) يرجع إلى ترك الركن وعدم إعادة ركن أداه نائما يرجع إلى ترك الشرط وهو الاختيار ط (قوله وقهقهة إمام المسبوق) أى إذا قهقه الإمام بعد قعوده قدر التشهد تمت صلاته وصلاة المدرك خلفه ، وفسدت صلاة المسبوق خلفه لوقوع المفسد قبل تمام أركانه إلا إذا قام قبل سلام إمامه وقيد الركعة بسجدة ، لتأكد انفراده كما مر فى الباب السابق (قوله فى التكبير) أى تكبير الانتقالات ، أما تكبير الإحرام فلا يصح الشروع به ، والفساد يترتب على صحة الشروع فافهم (قوله كما مر) أى فى باب صفة الصلاة ح (قوله بالألحان) أى بالنغمات ، وحاصلها كما فى الفتح إشباع الحركات لمراعاة النغم (قوله إن غير المعنى) كما لو قرأ — الحمد لله رب العالمين — وأشبع الحركات حتى أتى بواو بعد الدال وبياء بعد اللام والهاء وبألف بعد الراء ، ومثله قول المبلغ رابنا لك الحامد بألف بعد الراء لأن الراب هو زوج الأم كما فى الصحاح والقاموس ، وابن الزوجة يسمى ربيبا (قوله وإلا لا الخ) أى وإن لم يغير المعنى فلا فساد إلا فى حرف مد ولين إن فحش فإنه يفسد ، وإن لم يغير المعنى ، وحروف المد واللين هى حروف العلة الثلاثة الألف والواو والياء إذا كانت ساكنة وقبلها حركة تجانسها ، فلو لم تجانسها فهى حروف علة ولين لامد .

[تتمة] فهم مما ذكره أن القراءة بالألحان إذا لم تغير الكلمة عن وضعها ولم يحصل بها تطويل الحروف حتى لايصير الحرف حرفين ، بل مجرد تحسين الصوت وتزيين القراءة لايضر ، بل يستحب عندنا فى الصلاة وخارجها كذا فى التتارخانية .

مطلب مسائل زلة القارىء

(قوله ومنها زلة القارىء) قال فى شرح المنية : اعلم أن هذا الفصل من المهمات ، وهو مبنى على قواعد ناشئة عن الاختلاف لا كما يتوهم أنه ليس له قاعدة يبنى عليها ، بل إذا علمت تلك القواعد علم كل فرع أنه على أى قاعدة هو مبنى ومخرج ، وأمكن تخريج مالم يذكر فنقول : إن الخطأ إما فى الإعراب أى الحركات والسكون ويدخل فيه تخفيف المشدد وقصر الممدود وعكسهما أو فى الحروف بوضع حرف مكان آخر ، أو زيادته أو نقصه

فلو في إعراب أو تخفيف مشدد وعكسه ، أو بزيادة حرف

أو تقديمه أو تأخيره أو في الكلمات أو في الجمل كذلك(١) أو في الوقف ومقابله . والقاعدة عند المتقدمين أن ماغير المعنى تغييرا يكون اعتقاده كفرا يفسد في جميع ذلك ، سواء كان في القرآن أولا إلا ماكان من تبديل الجمل مفصولا بوقف تام وإن لم يكن التغيير كذلك ، فإن لم يكن مثله في القرآن والمعنى بعيد متغير تغيرا فاحشا يفسد أيضا كهذا الغبار مكان هذا الغراب ، وكذا إذا لم يكن مثله في القرآن ولا معنى له كالسرائل باللام مكان السرائر وإن كان مثله في القرآن والمعنى بعيد ولم يكن متغيرا فاحشا تفسد أيضا عند أبي حنيفة ومحمد ، وهو الأحوط . وقال بعض المشايخ : لاتفسد لعموم البلوى ، وهو قول أبي يوسف وإن لم يكن مثله في القرآن ولكن لم يتغير به المعنى نحو قيامين مكان قوامين فالخلاف على العكس ، فالمعتبر في عدم الفساد عند عدم تغير المعنى كثيرا وجود المثل في القرآن عنده والموافقة في المعنى عندهما ، فهذه قواعد الأئمة المتقدمين . وأما المتأخرون كابن مقاتل وابن سلام وإسمعيل الزاهد وأبي بكر البلخي والهندواني وابن الفضل والحلواني ، فاتفقوا على أن الخطأ في الإعراب لايفسد مطلقا ولو اعتقاده كفرا لأن أكثر الناس لايميزون بين وجوه الإعراب . قال قاضيخان : وماقاله المتأخرون أوسع ، وما قاله المتقدمون أحوط ؛ وإن كان الخطأ بإبدال حرف بحرف ، فإن أمكن الفصل بينهما بلا كلفة كالصاد مع الطاء بأن قرأ الطالحات مكان الصالحات فاتفقوا على أنه مفسد ، وإن لم يمكن إلا بمشقة كالظاء مع الضاد والصاد مع السين فأكثرهم على عدم الفساد لعموم البلوى . وبعضهم يعتبر عسر الفصل بين الحرفين وعدمه . وبعضهم [illegible] قرب المخرج وعدمه ، ولكن الفروع غير منضبطة على شيء من ذلك ، فالأولى الأخذ فيه بقول المتقدمين لانضباط قواعدهم وكون قولهم أحوط وأكثر الفروع المذكورة في الفتاوى منزلة عليه اه ونحوه في الفتح . وسيأتي تمامه (قوله فلو في إعراب) ككسر قواما مكان فتحها وفتح باء تعبد مكان ضمها ، ومثال مايغير — إنما يخشى الله من [illegible] عباده العلماء — بضم هاء الجلالة وفتح همزة العلماء ، وهو مفسد عند المتقدمين .

واختلف المتأخرون ؛ فذهب ابن مقاتل ومن معه إلى أنه لايفسد والأول أحوط وهذا أوسع ، كذا في زاد الفقير لابن الهمام ، وكذا — وعصى آدم ربه — بنصب الأول ورفع الثاني يفسد عند العامة ، وكذا — فساء مطر المنذرين — بكسر الذال — وإياك نعبد — بكسر الكاف و — المصور — بفتح الواو إلا إذا نصب الراء(٢) أو وقف عليها وفي النوازل : لاتفسد في الكل ، وبه يفتى بزازية وخلاصة (قوله أو تخفيف مشدّد) قال في البزازية : إن لم يغير المعنى نحو — قتلوا تقتيلا — لايفسد ، وإن غير نحو — برب الناس — وظللنا عليهم الغمام — إن النفس لأمارة بالسوء — واختلفوا ، والعامة على أنه يفسد اه . وفي الفتح : عامة المشايخ على أن ترك المد والتشديد كالخطإ في الإعراب فلذا قال كثير بالفساد في تخفيف — رب العالمين — و — إياك نعبد — لأن إيا مخففا الشمس ، والأصح لايفسد ، وهو لغة قليلة في إيا المشددة . وعلى قول المتأخرين لايحتاج إلى هذا ، وبناء على هذا — أفسدوها — بمد همزة أكبر على ماتقدم اه (قوله وعكسه) قال في شرح المنية : وحكم تشديد المخفف كحكم عكسه في الخلاف والتفصيل ، فلو قرأ — فعيينا — بالتشديد أو — اهدنا الصراط — بإظهار اللام لاتفسد اه . أقول : وجزم في البزازية بالفساد إذا شدد — أولئك هم العادون — (قوله أو بزيادة حرف) قال في البزازية : ولو زاد حرفا لايغير المعنى لاتفسد عندهما . وعن الثاني روايتان ، كما لو قرأ و : أنهى عن المنكر — بزيادة الياء ، ويتعدّ حدوده يدخلهم نارا :

(١) (قوله كذلك) أي بوضع كلمة أو جملة مكان أخرى أو زيادتها أو نقصها أو تقديمها أو تأخيرها اه منه .

(٢) (قوله إلا إذا نصب الراء) أي لأنه يصير مفعولا به للبارىء ، وإذا وقف على الراء يكون محتملا فلم يتحقق المفسد اه منه .

فأكثر نحو الصراط الذين ، أو بوصل حرف بكلمة نحو إياكنعبد ، أو بوقف وابتداء لم تفسد وإن غير المعنى به يفتى بزازية ، إلا تشديد رب العالمين وإياك نعبد فبتركه تفسد ؛ ولو زاد كلمة أو نقص كلمة أو نقص حرفا ،

وإن غير أفسد مثل : وزرابيب مكان — زرابى مبثوثة — ومثانين مكان مثانى ، وكذا — والقرآن الحكيم — و— إناث لمن المرسلين — بزيادة الواو تفسد اه أى لأنه جعل جواب القسم قسما كما فى الخانية ، لكن فى المنية : وينبغى أن لاتفسد . قال فى شرحها لأنه ليس بتغيير فاحش ولا يخرج عن كونه من القرآن ، ويصح جعله قسما . والجواب محذوف كما فى — والنازعات غرقا — الخ فإن جوابه محذوف اه . أقول : والظاهر أن مثل زرابيب ومثانين يفسد عند المتأخرين أيضا إذا لم يذكروا فيه خلافا (قوله أو بوصل حرف بكلمة الخ) قال فى البزازية : الصحيح أنه لايفسد اه . وفى المنية : لايفسد على قول العامة ، وعلى قول البعض يفسد . وبعضهم فصلوا بأنه إن علم أن القرآن كيف هو إلا أنه جرى على لسانه لاتفسد ، وإن اعتقد أن القرآن كذلك تفسد . قال فى شرحها : والظاهر أن هذا الاختلاف إنما هو عند السكت على — إيا — ونحوها ، وإلا فلا ينبغى لعاقل أن يتوهم فيه الفساد اه .

[تتمة] وأما قطع بعض الكلمة عن بعض ، فأفتى الحلوانى بأنه مفسد . وعامتهم قالوا : لايفسد لعموم البلوى فى انقطاع النفس والنسيان . وعلى هذا لو فعله قصداً ينبغى أن يفسد . وبعضهم قالوا : إن كان ذكر الكلمة كلها مفسداً فذكر بعضها كذلك وإلا فلا . قال قاضيخان : وهو الصحيح . والأولى الأخذ بهذا فى العمد وبقول العامة فى الضرورة وتمامه فى شرح المنية (قوله أو بوقف وابتداء) قال فى البزازية : الابتداء إن كان لايغير المعنى تغييرا فاحشا لايفسد ، نحو الوقف على الشرط قبل الجزاء والابتداء بالجزاء ، وكذا بين الصفة والموصوف ؛ وإن غير المعنى نحو — شهد الله أنه لاإله — ثم ابتدأ — بإلا هو — لايفسد عند عامة المشايخ ، لأن العوام لايميزون ؛ ولو وقف على — وقالت اليهود — ثم ابتدأ بما بعده لاتفسد بالإجماع اه . وفى شرح المنية : والصحيح عدم الفساد فى ذلك كله (قوله وإن غير المعنى به يفتى برازية) ظاهره أنه ذكر ذلك فى البزازية فى جميع مامر وليس كذلك ، وإنما ذكره فى الخطإ فى الإعراب ، وقد ذكرنا لك عبارة البزازية فى جميع مامر فتدبر (قوله إلا تشديد رب الخ) عزاه فى الخانية إلى أبى على النسفى ، ثم قال : وعامة المشايخ على أن ترك التشديد والمد كالخطإ فى الإعراب لايفسد فى قول المتأخرين . وفى البزازية : ولو ترك التشديد فى — إياك — أو — رب العالمين — المختار أنه لايفسد على قول العامة فى جميع المواضع اه وقدمنا عن الفتح أنه الأصح ، فما مشى عليه الشارح ضعيف ، على أنه لاوجه لذكره بعد مشيه على عدم الفساد فيما يغير المعنى ، إذ لافرق تأمل (قوله ولو زاد كلمة) اعلم أن الكلمة الزائدة إما أن تكون فى القرآن أولا ، وعلى كل إما أن تغير أولا ، فإن غيرت أفسدت مطلقا نحو — وعمل صالحا — وكفر — فلهم أجرهم — ونحو — وأما ثمود فهديناهم — وعصيناهم وإن لم تغير ، فإن كان فى القرآن نحو — وبالوالدين إحسانا — وبرا لم تفسد فى قولهم وإلا نحو — فاكهة ونخل — وتفاح — ورمان — وكمثال الشارح الآتى لاتفسد . وعند أبى يوسف تفسد لأنها ليست فى القرآن كذا فى الفتح وغيره (قوله أو نقص كلمة) كذا فى بعض النسخ ولم يمثل له الشارح . قال فى شرح المنية : وإن ترك كلمة — من آية — فإن لم تغير المعنى مثل — وجزاء سيئة — مثلها — بترك سيئة الثانية لاتفسد وإن غيرت ، مثل — فما لهم يؤمنون — بترك لا ، فإنه يفسد عند العامة ؛ وقيل لا ، والصحيح الأول (قوله أو نقص حرفا) اعلم أن الحرف إما أن يكون من أصول الكلمة أولا ، وعلى كل إما أن يغير المعنى أولا فإن غير نحو — خلقنا — بلا خاء أو — جعلنا — بلا جيم تفسد عند أبى حنيفة ومحمد ونحو ماخلق الذكر والأنثى بحذف الواو وقبل ماخلق تفسد ، قالوا : وعلى قول أبى يوسف لاتفسد ، لأن المقروء موجود فى القرآن خانية ، وإن لم يغير كالحذف على وجه الترخيم بشروطه الجائزة فى العربية ، نحو — ياما ل — فى — يامالك — لايفسد إجماعا •

أو قدمه أو بدله بآخر نحو من ثمره إذا أثمر واستحصد — تعالى جد ربنا — انفرجت بدل — انفجرت — إياب بدل — أواب — لم تفسد مالم يتغير المعنى إلا مايشق تمييزه كالضاد والظاء فأكثرهم لم يفسدها وكذا لو كرر كلمة ؛ وصحح الباقانى الفساد إن غير المعنى نحو . رب رب العالمين للإضافة ، كما لو بدل كلمة بكلمة وغير المعنى نحو : إن الفجار لفى جنات ؛ وتمامه فى المطولات .

مطلب إذا قرأ قوله « تعالى جدك » بدون ألف لا تفسد

ومثله حذف الياء من تعالى فى — تعالى جد ربنا — لاتفسد اتفاقا كما فى شرح المنية . ومثله فى التتارخانية بدون حكاية الاتفاق (قوله أو قدمه) قال فى الفتح : فإن غير نحو قوسرة فى — قسورة — فسدت وإلا فلا عند محمد ، خلافا لأبى يوسف اهـ ومثله انفرجت بدل — انفجرت — (قوله أو بدله بآخر) هذا إما أن يكون عجزا كالألثغ وقدمنا حكمه فى باب الإمامة ، وإما أن يكون خطأ ، وحينئذ فإذا لم يغير المعنى ، فإن كان مثله فى القرآن نحو إن المسلمون لايفسد ، وإلا نحو قيامين بالقسط ، وكمثال الشارح لاتفسد عندهما . وتفسد عند أبى يوسف . وإن غير فسدت عندهما ؛ وعند أبى يوسف إن لم يكن مثله فى القرآن ، فلو قرأ أصحاب الشعير بالشين المعجمة فسدت اتفاقا وتمامه فى الفتح (قوله نحو من ثمره الخ) لف ونشر مرتب (قوله إلا مايشق الخ) قال فى الخانية والخلاصة : الأصل فيما إذا ذكر حرفا مكان حرف وغير المعنى إن أمكن الفصل بينهما بلا مشقة تفسد . وإلا يمكن إلا بمشقة كالظاء مع الضاد المعجمتين والصاد مع السين المهملتين والطاء مع التاء قال أكثرهم لاتفسد اهـ . وفى خزانة الأكمل قال القاضى أبو عاصم : إن تعمد ذلك تفسد ، وإن جرى على لسانه أو لايعرف التمييز لاتفسد . وهو المختار حلية وفى البزازية : وهو أعدل الأقاويل ، وهو المختار اهـ .

وفى التتارخانية عن الحاوى : حكى عن الصفار أنه كان يقول : الخطأ إذا دخل فى الحروف لايفسد ، لأن فيه بلوى عامة الناس لأنهم لايقيمون الحروف إلا بمشقة اهـ . وفيها : إذا لم يكن بين الحرفين اتحاد المخرج ولا قربه إلا أن فيه بلوى العامة كالذال مكان الصاد أو الزاى المحض مكان الذال والظاء مكان الضاد لاتفسد عند بعض المشايخ اهـ .

قلت : فينبغى على هذا عدم الفساد فى إبدال الثاء سينا والقاف همزة كما هو لغة عوام زماننا ، فإنهم لايميزون بينهما ويصعب عليهم جدا كالذال مع الزاى ولا سيما على قول القاضى أبى عاصم وقول الصفار . وهذا كله قول المتأخرين ، وقد علمت أنه أوسع وأن قول المتقدمين أحوط قال فى شرح المنية : وهو الذى صححه المحققون وفرعوا عليه ، فاعمل بما تختار ، والاحتياط أولى سيما فى أمر الصلاة التى هى أول مايحاسب العبد عليها (قوله وكذا لو كرر كلمة الخ) قال فى الظهيرية : وإن كرر الكلمة ، إن لم يتغير بها المعنى لاتفسد ، وإن تغير نحو رب العالمين ومالك مالك يوم الدين . قال بعضهم لاتفسد . والصحيح أنها تفسد ، وهذا فصل يجب أن يتأنى فيه لأن فيه دقيقة ، وإنما تقع التفرقة فى هذا بمعرفة المضاف والمضاف إليه اهـ .

قلت : ظاهره أن الفساد منوط بمعرفة ذلك ، فلو كان لايعرفه أو لم يقصد معنى الإضافة وإنما سبق لسانه إلى ذلك أو قصد مجرد تكرير الكلمة لتصحيح مخارج حروفها ينبغى عدم الفساد وكذا لو لم يقصد شيئا لأنه يحتمل الإضافة ، ويحتمل التأكيد ، وعلى احتمال الإضافة يحتمل إضافة الأول إلى محذوف دل عليه مابعده كما هو مقرر فى قولهم : يازيد زيد اليعملات ، وعند الاحتمال ينتفى الفساد لعدم تيقن الخطأ ؛ نعم لو قصد إضافة كل إلى مايليه فلا شك فى الفساد بل يكفر ، هذا ماظهر لى فتأمله (قوله كما لو بدل الخ) هذا على أربعة أوجه ، لأن الكلمة

(ولا يفسدها نظره إلى مكتوب وفهمه) ولو مستفهما وإن كره (ومرور مارّ في الصحراء أو في مسجد كبير بموضع سجوده) في الأصح (أو) مروره (بين يديه) إلى حائط القبلة (في) بيت و (مسجد) صغير ، فإنه كبقعة واحدة (مطلقا) ولو امرأة أو كلباً (أو) مروره (أسفل من الدكان أمام المصلي لو كان يصلي عليها)

التي أتى بها ، إما أن تغير المعنى أولا ، وعلى كل فإما أن تكون في القرآن أولا ، فإن غيرت أفسدت لكن اتفاقا في نحو فلعنة الله على الموحدين وعلى الصحيح في مثال الشارح لوجوده في القرآن ، وقيد الفساد في الفتح وغيره بما إذا لم يقف وقفا تاماً ، أما لو وقف ثم قال — لفي جنات — فلا تفسد، وإذا لم تغير لاتفسد ، لكن اتفاقا في نحو الرحمن الكريم ، وخلافا للثاني في نحو إن المتقين لفي بساتين على مامر ، ومن هذا النوع تغيير النسب نحو مريم ابنة غيلان فتفسد اتفاقا ، وكذا عيسى ابن لقمان لأن تعمده كفر ؛ بخلاف موسى ابن لقمان كما في الفتح ، والله تعالى أعلم (قوله ولو مستفهما) أشار به إلى نفي ماقيل إنه لو مستفهما تفسد عند محمد . قال في البحر : والصحيح عدمه اتفاقا لعدم الفعل منه ولشبهة الاختلاف . قالوا : ينبغي للفقيه أن لايضع جزء تعليقه بين يديه في الصلاة لأنه ربما يقع بصره على مافيه فيفهمه فيدخل فيه شبهة الاختلاف اهـ أي لو تعمده لأنه محل الاختلاف (قوله وإن كره) أي لاشتغاله بما ليس من أعمال الصلاة ، وأما لو وقع عليه نظره بلا قصد وفهمه فلا يكره ط (قوله بموضع سجوده) أي من موضع قدمه إلى موضع سجوده كما في الدرر ، وهذا مع القيود التي بعده إنما هو للإثم ، وإلا فالفساد منتف مطلقا (قوله في الأصح) هو مااختاره شمس الأئمة وقاضيخان وصاحب الهداية ، واستحسنه في المحيط ، وصححه الزيلعي ، ومقابله ماصححه التمرتاشي وصاحب البدائع ، واختاره فخر الإسلام ، ورجحه في النهاية والفتح أنه قدر مايقع بصره على المار لو صلى بخشوع أي راميا ببصره إلى موضع سجوده ؛ وأرجع في العناية الأول إلى الثاني بحمل موضع السجود على القريب منه ، وخالفه في البحر وصحح الأول ، وكتبت فيما علقته عليه عن التجنيس(١) مايدل على مافي العناية فراجعه (قوله إلى حائط القبلة) أي من موضع قدميه إلى الحائط إن لم يكن له سترة ، فلو كانت لايضر المرور وراءها على مايأتي بيانه (قوله في بيت) ظاهره ولو كبيرا . وفي القهستاني : وينبغي أن يدخل فيه أي في حكم المسجد الصغير الدار والبيت (قوله ومسجد صغير) هو أقل من ستين ذراعا ، وقيل من أربعين ، وهو المختار كما أشار إليه في الجواهر قهستاني (قوله فإنه كبقعة واحدة) أي من حيث إنه لم يجعل الفاصل فيه بقدر صفين مانعا من الاقتداء تنزيلاً له منزلة مكان واحد ، بخلاف المسجد الكبير فإنه جعل فيه مانعا فكذا هنا يجعل جميع مابين يدى المصلي إلى حائط القبلة مكانا واحداً . بخلاف المسجد الكبير والصحراء ، فإنه لو جعل كذلك لزم الحرج على المارة ، فاقتصر على موضع السجود ، هذا ماظهر لي في تقرير هذا المحل (قوله ولو امرأة أو كلبا) بيان للإطلاق ، وأشار به إلى الرد على الظاهرية بقولهم : يقطع الصلاة مرور المرأة والكلب والحمار . وعلى أحمد في الكلب الأسود وإلى أن ماروى في ذلك منسوخ كما حققه في الحلية (قوله أو مروره الخ) مرفوع بالعطف على مرور مارّ : أي لايفسدها أيضا مروره ذلك وإن أثم المار ، فقوله بشرط الخ قيد للإثم كما تقدم . قال القهستاني : والدكان الموضع المرتفع كالسطح والسرير وهو بالضم والتشديد في الأصل

---

(١) (قوله عن التجنيس) عبارة التجنيس : والصحيح مقدار منتهى بصره وهو موضع سجوده . وقال أبو نصر مقدار ما بين الصف الأول وبين مقام الإمام وهذا عين الأول ولكن بعبارة أخرى . وفيها قرأنا على شيخنا منهاج الأئمة أن يمر بحيث يقع بصره وهو يصلي صلاة الخاشعين ؛ وهذه العبارة أوضح اهـ ما في التجنيس لصاحب الهداية ، فانظر كيف جعل الكل قولا واحدا ، وإنما الاختلاف في العبارة لا في المعنى ، فهذا دليل واضح على ما قاله المحقق الشيخ أكمل الدين في العناية اهـ منه .

أى الدكان (بشرط محاذاة بعض أعضاء المارّ بعض أعضائه ، وكذا سطح وسرير وكل مرتفع) دون قامة المار وقيل دون السترة كما فى غرر الأذكار (وإن أثم المار)

فارسى معرب كما فى الصحاح ، أو عربى ؛ من دكنت المتاع : إذا نضت بعضه فوق بعض كما فى المقاييس اه (قوله بعض أعضاء المار الخ) قال فى شرح المنية : لايخفى أن ليس المراد محاذاة أعضاء المار جميع أعضاء المصلى فإنه لايتأتى إلا إذا اتحد مكان المرور ومكان الصلاة فى العلو والتسفل بل بعض الأعضاء بعضا ، وهو يصدق على محاذاة رأس المار قدمى المصلى اه لكن فى القهستانى : ومحاذاة الأعضاء للأعضاء يستوى فيه جميع أعضاء المار هو الصحيح ، كما فى التتمة ؛ وأعضاء المصلى كلها كما قاله بعضهم أو أكثرها كما قاله آخرون كما فى الكرمانى . وفيه إشعار بأنه لو حاذى أقلها أو نصفها لم يكره وفى الزاد أنه يكره إذا حاذى نصفه الأسفل النصف الأعلى من المصلى كما إذا كان المار على فرس اه تأمل (قوله وقيل دون السترة) أى دون ذراع . قال فى البحر : وهو غلط ، لأنه لو كان كذلك لما كره مرور الراكب اه ومثله فى الفتح (قوله وإن أثم المار) مبالغة على عدم الفساد ، لأن الإثم لايستلزم الفساد ، وظاهره أنه يأثم وإن لم يكن للمصلى سترة ، وسنذكر مايفيده أيضا ، وأنه لاإثم على المصلى .

لكن قال فى الحلية : وقد أفاد بعض الفقهاء أن هنا صورا أربعا :

الأولى : أن يكون للمار مندوحة عن المرور بين يدى المصلى ولم يتعرض المصلى لذلك ، فيختص المار بالإثم إن مر .

الثانية مقابلتها : وهى أن يكون المصلى تعرض للمرور والمار ليس له مندوحة عن المرور فيختص المصلى بالإثم دون المار .

الثالثة : أن يتعرض المصلى للمرور ويكون للمار مندوحة فيأثمان ، أما المصلى فلتعرضه ، وأما المار فلمروره مع إمكان أن لايفعل .

الرابعة : أن لايتعرض المصلى ولا يكون للمار مندوحة فلا يأثم واحد منهما كذا نقله الشيخ تقى الدين بن دقيق العيد رحمه الله تعالى اه .

قلت : وظاهر كلام الحلية أن قواعد مذهبنا لاتنافيه حيث ذكره وأقره ، وعزا ذلك بعضهم إلى البدائع ولم أره فيها ، ولو كان فيها لم ينقله فى الحلية عن الشافعية فافهم . والظاهر أن من الصورة الثانية مالو صلى عند باب المسجد وقت إقامة الجماعة ، لأن للمار أن يمر على رقبته كما يأتى ، وأنه لو صلى فى أرضه مستقبلا لطريق العامة فهو من الصورة الثالثة ، لأن المار مأمور بالوقوف وإن لم يجد طريقا آخر كما يظهر من إطلاق الأحاديث مالم يكن مضطرا إلى المرور ، هذا إن كان المراد بالمندوحة إمكان الوقوف وإن لم يجد طريقا آخر ، أما إن أريد بها تيسر طريق آخر أو إمكان مروره من خلف المصلى أو بعيداً منه وبعدمها عدم ذلك فحينئذ يقال إن كان للمار مندوحة على هذا التفسير يكون ذلك من الصورة الثالثة أيضا وإلا فمن الصورة الثانية ويؤيد التفسير الأول قوله وأما المار فلمروره مع إمكان أن لايفعل ، وكذا تعليلهم كراهة الصلاة فى طريق العامة بأن فيه منع الناس عن المرور ، فإن مفاده أنه لايجوز لهم المرور وإلا فلا منع ، إلا أن يراد به المنع الحسى لاالشرعى ، وهو الأظهر . وعليه فلو صلى فى نفس طريق العامة لم تكن صلاته محترمة كمن صلى خلف فرجة الصف فلا يمنعون من المرور لتعديه فليتأمل .

[تنبيه] ذكر فى حاشية المدنى لايمنع المار داخل الكعبة وخلف المقام وحاشية المطاف ، لما روى أحمد وأبو داود عن المطلب بن أبى وداعة ، أنه رأى النبى صلى الله عليه وسلم يصلى مما يلى باب بنى سهم والناس يمرون بين يديه

لحديث البزار « لو يعلم المارّ ماذا عليه من الوزر لوقف أربعين خريفا » (فى ذلك) المرور لوبلاحائل ولوستارة ترتفع إذا سجد وتعود إذا قام ولو كان فرجة فللداخل أن يمر على رقبة من لم يسدها ، لأنه أسقط حرمة نفسه فتنبه (ويغرز) ندباً بدائع

وليس بينهما سترة ، وهو محمول على الطائفين فيا يظهر ، لأن الطواف صلاة ، فصار كمن بين يديه صفوف من المصلين انتهى ، ومثله فى البحر العميق ، وحكاه عز الدين بن جماعة عن مشكلات الآثار للطحاوى ، ونقله المنلا رحمه الله فى منسكه الكبير ، ونقله سنان أفندى أيضا منسكه اهـ ، وسيأتى إن شاء الله تعالى تأييد ذلك فى باب الإحرام من كتاب الحج (قوله لحديث البزار الخ) ذكر فى الحلية أن الحديث فى الصحيحين بلفظ « لو يعلم المار بين يدى المصلى ماذا عليه لكان أن يقف أربعين خيراً له من أن يمر بين يديه » قال أبوالنضر أحد رواته لاأدرى قال أربعين يوما أو شهراً أو سنة قال وأخرجه البزار وقال « أربعين خريفا » وفى بعض روايات البخارى « ماذا عليه من الإثم » اهـ والخريف : السنة ، سميت به باعتبار بعض الفصول (قوله فى ذلك) لفظ فى هنا للسببية (قوله ولو ستارة ترتفع) أى تزول بحركة رأسه إذا سجد ، وهذه الصورة ذكرها سعدى جلبى جوابا عن صاحب الهداية حيث اختار أن الحد موضع السجود كما مشى عليه المصنف ، فأورد عليه أنه مع الحائل كجدار أو اسطوانة لايكره والحائل لايمكن أن يكون فى موضع السجود . فأجاب سعدى جلبى بأنه يجوز أن يكون ستارة معلقة إذا ركع أو سجد يحركها رأس المصلى ويزيلها من موضع سجوده ثم تعود إذا قام أو قعد اهـ . وصورته أن تكون الستارة من ثوب أو نحوه معلقة فى سقف مثلا ثم يصلى قريبا منها فإذا سجد تقع على ظهره ويكون سجوده خارجا عنها وإذا قام أو قعد سبلت على الأرض وسترته تأمل (قوله ولو كان فرجة الخ) كان تامة وفرجة فاعلها . قال فى القنية : قام فى آخر الصف فى المسجد بينه وبين الصفوف مواضع خالية فللداخل أن يمر بين يديه ليصل الصفوف لأنه أسقط حرمة نفسه فلا يأثم المار بين يديه ، دل عليه ماذكر فى الفردوس برواية ابن عباس رضى الله تعالى عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « من نظر إلى فرجة فى صف فليسدها بنفسه ، فإن لم يفعل فمرّ مار فليتخطّ على رقبته فإنه لاحرمة له » أى فليتخط المار على رقبة من لم يسد الفرجة اهـ .

قلت : وليس المراد بالتخطى الوطء على رقبته لأنه قد يؤدى إلى قتله ولا يجوز ، بل المراد أن يخطو من فوق رقبته ، وإذا كان له ذلك فله أن يمر من بين يديه بالأولى فافهم . ثم هذه المسألة بمنزلة الاستثناء من قوله وإن أثم المار ، وقد علمت التفصيل المارّ ، ويستثنى أيضا ماقدمناه من داخل الكعبة وخلف المقام وحاشية المطاف :

[تتمة] فى غريب الرواية : النهر الكبير ليس بسترة(١) وكذا الحوض الكبير والبئر سترة أراد المرور بين يدى المصلى ، فإن كان معه شىء يضعه بين يديه ثم يمر ويأخذه ، ولو مر اثنان يقوم أحدهما إمامه ويمر الآخر ويفعل الآخر هكذا يمران ، وإن معه دابة فمر راكبا أثم ، وإن نزل وتستر بالدابة ومر لم يأثم ، ولو مر رجلان متحاذيين فالذى يلى المصلى هو الآثم قنية .

أقول : وإذا كان معه عصا لاتقف على الأرض بنفسها فأمسكها بيده ومر من خلفها هل يكفى ذلك ؟ لم أره (قوله ندبا) لحديث « إذا صلى أحدكم فليصل إلى سترة ، ولا يدع أحدا يمر بين يديه » رواه الحاكم وأحمد وغيرهما ، وصرح فى المنية بكراهة تركها ، وهى تنزيهية . والصارف للأمر عن حقيقته مارواه أبو داود عن الفضل والعباس

---

(١) (قوله ليس بسترة) الظاهر أن هذا مفروض فيما إذا كان فى مسجد صغير ، أما فى المسجد الكبير أو الصحراء فهو وإن لم يكن سترة لكن المكروه هو المرور فى موضع سجوده أو قريبا منه ، ومن مر خلف النهر الكبير يكون بعيدا من المصلى تأمل اهـ منه .

(الإمام) وكذا المنفرد (فى الصحراء) ونحوها (سترة بقدر ذراع) طولا (وغلظ أصبع) لتبدو للناظر (بقربه) دون ثلاثة أذرع (على) حذاء (أحد حاجبيه) مابين عينيه والأيمن أفضل (ولا يكفى الوضع ولا الخط) وقيل يكفى فيخط طولا ، وقيل كالمحراب (ويدفعه) هو رخصة ، فتركه أفضل بدائع . قال الباقانى : فلوضربه فمات لاشىء عليه عند الشافعى رضى الله عنه ، خلافا لنا على مايفهم من كتبنا (بتسبيح)

« رأينا النبى صلى الله عليه وسلم فى بادية لنا يصلى فى صحراء ليس بين يديه سترة » ومارواه أحمد « أن ابن عباس صلى فى فضاء ليس بين يديه شىء » كما فى الشرنبلالية (قوله وكذا المنفرد) أما المقتدى فسترة الإمام تكفيه كما يأتى (قوله ونحوها) أى من كل موضع يخاف فيه المرور . قال فى البحر عن الحلية : إنما قيد بالصحراء لأنها المحل الذى يقع فيه المرور غالبا ، وإلا فالظاهر كراهة ترك السترة فيما يخاف فيه المرور أىّ موضع كان اه (قوله بقدر ذراع) بيان لأقلها ط . والظاهر أن المراد به ذراع اليد كما صرح به الشافعية ، وهو شبران (قوله وغلظ أصبع) كذا فى الهداية ، لكن جعل فى البدائع بيان الغلظ قولا ضعيفا ، وأنه لا اعتبار بالعرض . وظاهره أنه المذهب بحر ، ويؤيده مارواه الحاكم وقال على شرط مسلم أنه صلى الله عليه وسلم قال « يجزى من السترة قدر مؤخرة الرحل ولو بدقة شعرة » ومؤخرة بضم الميم وهمزة ساكنة وكسر الخاء المعجمة : العود الذى فى آخر رحل البعير كما فى الحلية (قوله بقربه) متعلق بقوله يغرز أو بمحذوف صفة لسترة أو حال منها (قوله دون ثلاثة أذرع) الأولى أن يبدل دون بقدر ، لما فى البحر عن الحلية : السنة أن لايزيد مابينه وبينها على ثلاثة أذرع ح . بقى هل هذا شرط لتحصيل سنة الصلاة إلى السترة ، حتى لو زاد على ثلاثة أذرع تكون صلاته إلى غير سترة أم هو سنة مستقلة . لم أره (قوله والأيمن أفضل) صرح به الزيلعى (قوله ولا يكفى الوضع) أى وضع السترة على الأرض إذا لم يمكن غرزها ، وهذا ما اختاره فى الهداية ، ونسبه فى غاية البيان إلى أبى حنيفة ومحمد ، وصححه جماعة منهم قاضيخان معللا بأنه لايفيد المقصود بحر (قوله ولا الخط) أى الخط فى الأرض إذا لم يجد مايتخذه سترة ، وهذا على إحدى الروايتين أنه ليس بمسنون ، ومشى عليه كثير من المشايخ ، واختاره فى الهداية ، لأنه لايحصل به المقصود إذلايظهر من بعيد (قوله وقيل يكفى) أى كل من الوضع والخط : أى يحصل به السنة ، فيسن الوضع كما نقله القدورى عن أبى يوسف ، ثم قيل يضعه طولا لاعرضا ليكون على مثال الغرز . ويسن الخط كما هو الرواية الثانية عن محمد ، لحديث أبى داود « فإن لم يكن معه عصا فليخطّ خطا » وهو ضعيف ، لكنه يجوز العمل به فى الفضائل ، ولذا قال ابن الهمام : والسنة أولى بالاتباع مع أنه يظهر فى الجملة ، إذ المقصود جمع الخاطر بربط الخيال به كى لاينتشر ، كذا فى البحر وشرح المنية . قال فى الحلية : وقد يعارض تضعيفه بتصحيح أحمد وابن حبان وغيرهما له (قوله فيخط طولا الخ) قال فى شرح المنية : وقال أبو داود قالوا : الخط بالطول ، وقالوا بالعرض مثل الهلال اه وذكر النووى أن الأول المختار ليصير شبه ظل السترة بحر .

[تنبيه] لم يذكروا ما إذا لم يكن معه سترة ومعه ثوب أو كتاب مثلا هل يكفى وضعه بين يديه ؟ والظاهر نعم كما يؤخذ من تعليل ابن الهمام المار آنفا ؛ وكذا لو بسط ثوبه وصلى عليه ؛ ثم المفهوم من كلامهم أنه عند إمكان الغرز لايكفى الوضع ، وعند إمكان الوضع لايكفى الخط (قوله ويدفعه) أى إذا مر بين يديه ولم تكن له سترة ، أو كانت ومر بينه وبينها كما فى الحلية والبحر ، ومفاده إثم المار وإن لم تكن سترة كما قدمناه . وفى التاترخانية : وإذا دفعه رجل آخر لابأس به سواء كان فى الصلاة أولا (قوله فلو ضربه الخ) أى إذا لم يمكن دفعه إلا بذلك ، لأن الشافعية صرحوا بأنه يلزم الدافع تحرى الأسهل كما فى دفع الصائل (قوله خلافا لنا الخ) أى أن المفهوم من

أو جهر بقراءة (أو إشارة) ولا يزاد عليها عندنا قهستانى (لابهما) فإنه يكره ، والمرأة تصفق لا ببطن على بطن ، ولو صفق أو سبحت لم تفسد وقد تركا السنة تتارخانية (وكفت سترة الإمام) للكل (ولو عدم المرور والطريق جاز تركها) وفعلها أولى (وكره) هذه

كتب مذهبنا أن ما يقوله الشافعي خلاف قولنا ، فإنهم صرحوا فى كتبنا بأنه رخصة ، والعزيمة عدم التعرض له ، فحيث كان رخصة يتقيد بوصف السلامة ، أفاده الرحمتى ، بل قولهم: ولا يزاد على الإشارة صريح فى أن الرخصة هى الإشارة ، وأن المقاتلة غير مأذون بها أصلا . وأما الأمر بها فى حديث « فليقاتله فإنه شيطان » فهو منسوخ ، لما فى الزيلعي عن السرخسي أن الأمر بها محمول على الابتداء حين كان العمل فى الصلاة مباحا اهـ فإذا كانت المقاتلة غير مأذون بها عندنا كان قتله جناية يلزمه موجبها من دية أو قود فافهم (قوله أو جهر بقراءة) خصه فى البحر بحثا بالصلاة الجهرية وبما يجهر فيه منها ، وعليه فالمراد زيادة رفع الصوت عن أصل جهره ، والظاهر شمول السرية لأن هذا الجهر مأذون فيه فلا يكره . على أن الجهر اليسير عفو ، والمكروه قدر ما تجوز به الصلاة فى الأصح كما فى سهو البحر ، فإذا جهر فى السرية بكلمة أو كلمتين حصل المقصود ولم يلزم المحذور فتدبر (قوله أو إشارة) أى باليد أو الرأس أو العين بحر (قوله ولا يزاد عليها) أى على الإشارة بما ذكر ، فلا يدرأ بأخذ الثوب ولا بالضرب الوجيع كما فى القهستانى عن التمرتاشي . ويؤخذ منه فساد الصلاة لو بعمل كثير ، بخلاف قتل الحية على أحد القولين فيه كما يأتى (قوله لا بهما) أى لا يجمع بين التسبيح والإشارة ، لأن بأحدهما كفاية فيكره كما فى الهداية جازما به خلافا لما فى الشرنبلالية (١) فإنه تحريف لما فى الهداية كما أفاده الشارح فى هامش الخزائن (قوله لا ببطن على بطن) أى بل بظهر أصابع اليمنى على صفحة كف اليسرى كما فى البحر وغيره عن غاية البيان ، لكن لم يظهر وجهه ، إذ ببطن اليمنى على ظهر اليسرى أقل عملا ، فكأن هذا حمل الشارح على تغيير العبارة والتنصيص على محل الكراهة وهو الضرب ببطن على بطن رحمتى (قوله للكل) أى للمقتدين به كلهم ؛ وعليه فلو مر مار فى قبلة الصف فى المسجد الصغير لم يكره إذا كان للإمام سترة ، وظاهر التعميم شمول المسبوق وبه صرح القهستانى ، وظاهره الاكتفاء بها ولو بعد فراغ إمامه ، وإلا فما فائدته؟ وقد يقال: فائدته التنبيه على أنه كالمدرك لا يطلب منه نصب سترة قبل الدخول فى الصلاة وإن كان يلزم أن يصير منفردا بلا سترة بعد سلام إمامه ، لأن العبرة لوقت الشروع وهو وقته كان مستترا بسترة إمامه تأمل

مطلب مكروهات الصلاة

(قوله ولو عدم المرور الخ) أى لو صلى فى مكان لا يمر فيه أحد ولم تواجه الطريق لا يكره تركها ، لأن اتخاذها للحجاب عن المار . قال فى البحر عن الحلية : ويظهر أن الأولى اتخاذها فى هذا الحال وإن لم يكره الترك لمقصود آخر ، وهو كف بصره عما وراءها وجمع خاطره بربط الخيال اهـ . وقيدوا بقولهم ولم يواجه الطريق لأن الصلاة فى نفس الطريق أى طريق العامة مكروهة بسترة وبدونها لأنه أعد للمرور فيه فلا يجوز شغله بما ليس له حق الشغل كما فى المحيط . وظاهره أن الكراهة للتحريم ، وتمامه فى البحر .

---

(١) (قوله خلافا لما فى الشرنبلالية) فإنه قال : وقال فى الهداية : قيل يكره ، فتوهم أن عبارة الهداية قيل بالياء المثناة تحت ، وليس كذلك بل هى بالباء الموحدة متصل بما قبله وهذا لفظها ، ويدرأ بالإشارة أو يدفع بالتسبيح لما روينا من قبل . ويكره الجمع بينهما لأن بأحدهما كفاية اهـ كذا بخط الشارح فى هامش الخزائن اهـ منه .

تعم التنزيهية التى مرجعها خلاف الأولى فالفارق الدليل ، فإن نهيا ظنى الثبوت ولاصارف فتحريمية وإلا فتنزيهية (سدل) تحريما للنهى (ثوبه) أى إرساله بلا لبس معتاد . وكذا القباء بكم إلى وراء ذكره الحلبى ؛ كشد ومنديل يرسله من كتفيه ، فلو من أحدهما لم يكره كحالة عذر وخارج صلاته فى الأصح . وفى الخلاصة : إذا لم يدخل

مطلب فى الكراهة التحريمية والتنزيهية

(قوله هذه تعم التنزيهية الخ) قال فى البحر : والمكروه فى هذا الباب نوعان .

أحدهما : مايكره تحريما وهو المحمل عند إطلاقهم كما فى زكاة الفتح ، وذكر أنه فى رتبة الواجب لايثبت إلا بما يثبت به الواجب ؛ يعنى بالنهى الظنى الثبوت أو الدلالة ، فإن الواجب يثبت بالأمر الظنى الثبوت أو الدلالة .

ثانيهما : المكروه تنزيها ، ومرجعه إلى ماتركه أولى ، وكثيرا ما يطلقونه كما ذكره فى الحلية ، فحينئذ إذا ذكروا مكروها فلابد من النظر فى دليله ، فإن كان نهيا ظنيا يحكم بكراهة التحريم إلا لصارف للنهى عن التحريم إلى الندب ، وإن لم يكن الدليل نهيا بل كان مفيدا للترك الغير الجازم فهى تنزيهية اهـ .

قلت : ويعرف أيضا بلا دليل نهى خاص ، بأن تضمن ترك واجب أو ترك سنة . فالأول مكروه تحريما ، والثانى تنزيها ؛ ولكن تتفاوت التنزيهية فى الشدة والقرب من التحريمية بحسب تأكد السنة ؛ فإن مراتب الاستحباب متفاوتة كمراتب السنة والواجب والفرض ، فكذا أضدادها كما أفاده فى شرح المنية ، وسيأتى فى آخر المكروهات تمام ذلك (قوله وإلا فتنزيهية) راجع إلى قوله فإن نهيا أى وإن لم يكن نهيا بل كان مفيدا للترك الغير الجازم ، وإلى قوله ولا صارف : أى وإن كان نهيا ولكن وجد الصارف له عن التحريم فهى فيهما تنزيهية كما علمته من عبارة البحر فافهم (قوله تحريما للنهى) الأولى تأخيره عن المضاف إليه ط (قوله أى إرساله بلا لبس معتاد) قال فى شرح المنية : السدل هو الإرسال من غير لبس ، ضرورة أن إرسال ذيل القميص ونحوه لايسمى سدلا اهـ ودخل فى قوله ونحوه عذبة العمامة . وقال فى البحر : وفسره الكرخى بأن يجعل ثوبه على رأسه أو على كتفيه ويرسل أطرافه من جانبه إذا لم يكن عليه سراويل اهـ فكراهته لاحتمال كشف العورة ، وإن كان مع السراويل فكراهته للتشبه بأهل الكتاب : فهو مكروه مطلقا ، وسواء كان للخيلاء أو غيره اهـ . ثم قال فى البحر : وظاهر كلامهم يقتضى أنه لافرق بين أن يكون الثوب محفوظا من الوقوع أولا ، فعلى هذا تكره فى الطيلسان الذى يجعل على الرأس ، وقد صرح به فى شرح الوقاية اهـ أى إذا لم يدره على عنقه وإلا فلا سدل (قوله وكذا القباء بكم إلى وراء) أى كالأقبية الرومية التى يجعل لأكمامها خروق عند أعلى العضد إذا أخرج المصلى يده من الخرق وأرسل الكم إلى ورائه مثلا فإنه يكره أيضا لصدق السدل عليه ، لأنه إرخاء من غير لبس ، لأن لبس الكم يكون بادخال اليد فيه ، وتمامه فى شرح المنية (قوله كشد) هو شئ يعتاد وضعه على الكتفين كما فى البحر ، وذلك نحو الشال (قوله فلو من أحدهما لم يكره) مخالف لما فى البحر حيث ذكر فى الشد أنه إذا أرسل طرفا منه على صدره وطرفا على ظهره يكره (قوله وخارج صلاته فى الأصح) أى إذا لم يكن للتكبر فالأصح أنه لايكره . قال فى النهر : أى تحريما وإلا فمقتضى مامر أنه يكره تنزيها اهـ ومامر هو قوله لأنه صنيع أهل الكتاب . قال الشيخ إسمعيل : وفيه بحث ، لأن الظاهر من كلامهم أن تخصيص أهل الكتاب بفعله معتبر فيه كونه فى الصلاة فلا يظهر التشبه وكراهته خارجها اهـ (قوله وفى الخلاصة) استدراك على قوله وكذا القباء الخ ح لكن قال فى شرح المنية وفى الخلاصة : المصلى إذا كان لابسا شقة أو فرجى ولم يدخل يديه اختلف المتأخرون فى الكراهة ، والمختار أنه لايكره ،

يده فى كم الفرجى المختار أنه لايكره . وهل يرسل الكم أو يمسك ؟ خلاف ، والأحوط الثانى قهستانى (و) كره (كفه) أى رفعه ولو لتراب كمشمر كم أو ذيل (وعبثه به) أى بثوبه (وبجسده) للنهى إلا لحاجة ولا بأس به : خارج صلاة (وصلاته فى ثياب بذلة) يلبسها فى بيته (ومهنة) أى خدمة ، إن له غيرها وإلا لا (وأخذ درهم)

ولم يوافقه على ذلك أحد سوى البزازى . والصحيح الذى عليه قاضيخان والجمهور أنه يكره ، لأنه إذا لم يدخل يديه فى كميه صدق عليه اسم السدل لأنه إرسال للثوب بدون أن يلبسه اهـ . قال فى الخزائن : بل ذكر أبو جعفر أنه لو أدخل يديه فى كميه ولم يشد وسطه أو لم يزر أزراره فهو مسىء لأنه يشبه السدل اهـ .

قلت : لكن قال فى الحلية : فيه نظر ظاهر بعد أن يكون تحته قميص : أو نحوه مما يستر البدن ؛ بل اختلف فى كراهة شد وسطه إذا كان عليه قميص ونحوه ؛ ففى العتابية أنه يكره لأنه صنيع أهل الكتاب . وفى الخلاصة لا يكره اهـ وجزم فى نور الإيضاح بعدم الكراهة (قوله والأحوط الثانى) لم يظهر وجهه بل فيه كف الثوب وشغل اليدين عن السنة تأمل رحمتى ، ولذا قال فى البحر ولا يخفى مافيه اهـبل الأحوط لبسه لما مر عن الجمهور من أن عدم إدخال يديه فيه مكروه (قوله أى رفعه) أى سواء كان من بين يديه أو من خلفه عند الانحطاط للسجود بحر ، وحرر الخير الرملى مايفيد أن الكراهة فيه تحريمية (قوله ولو لتراب) وقيل لابأس بصونه عن التراب ، بحر عن المجتبى (قوله كمشمر كم أو ذيل) أى كما لو دخل فى الصلاة وهو مشمر كمه أو ذيله ، وأشار بذلك إلى أن الكراهة لاتختص بالكف وهو فى الصلاة كما أفاده فى شرح المنية ، لكن قال فى القنية : واختلف فيمن صلى وقد شمر كميه لعمل كان يعمله قبل الصلاة أو هيئته ذلك اهـ ومثله ما لو شمر للوضوء ثم عجل لإدراك الركعة مع الإمام . وإذا دخل فى الصلاة كذلك وقلنا بالكراهة فهل الأفضل إرخاء كميه فيها بعمل قليل أو تركهما ؟ لم أره : والأظهر الأول بدليل قوله الآتى ولو سقطت قلنسوته فاعادتها أفضل تأمل .

هذا ، وقيد الكراهة فى الخلاصة والمنية بأن يكون رافعا كميه إلى المرفقين . وظاهره أنه لايكره إلى مادونهما . قال فى البحر : والظاهر الإطلاق لصدق كف الثوب على الكل اهـ ونحوه فى الحلية ، وكذا قال فى شرح المنية الكبير : إن التقييد بالمرفقين اتفاقى . قال : وهذا لو شمرهما خارج الصلاة ثم شرع فيها كذلك ، أما لو شمر وهو فيها تفسد لأنه عمل كثير (قوله وعبثه) هو فعل لغرض غير صحيح قال فى النهاية : وحاصله أن كل عمل هو مفيد للمصلى فلا بأس به . أصله ماروى « أن النبى صلى الله عليه وسلم عرق فى صلاته فسلت العرق عن جبينه » أى مسحه لأنه كان يؤذيه فكان مفيدا . وفى زمن الصيف كان إذا قام من السجود نفض ثوبه يمنة أو يسرة لأنه كان مفيدا كى لاتبقى صورة . فأما ماليس بمفيد فهو العبث اهـ وقوله كى لاتبقى صورة يعنى حكاية صورة الألية كما فى الحواشى السعدية ، فليس نفضه للتراب ؛ فلا يرد مافى البحر عن الحلية من أنه إذا كان يكره رفع الثوب كى لايتترب لايكون نفضه من التراب عملا مفيدا (قوله للنهى) وهو ما أخرجه القضاعى عنه صلى الله عليه وسلم « إن الله كره لكم ثلاثا : العبث فى الصلاة ، والرفث فى الصيام ، والضحك فى المقابر » وهى كراهة تحريم كما فى البحر (قوله إلا لحاجة) كحك بدنه لشىء أكله وأضره . وسلت عرق يؤلمه ويشغل قلبه . وهذا لو بدون عمل كثير . قال فى الفيض : الحك بيد واحدة فى ركن ثلاث مرات يفسد الصلاة إن رفع يده فى كل مرة اهـ .

وفى الجوهرة عن الفتاوى : اختلفوا فى الحك ، هل الذهاب والرجوع مرة أو الذهاب مرة والرجوع أخرى (قوله ولا بأس به خارج صلاة) وأما مافى الهداية من أنه حرام فقال السروجى : فيه نظر ، لأن العبث خارجها بثوبه أو بدنه خلاف الأولى ولا يحرم ، والحديث قيد بكونه فى الصلاة اهـ بحر (قوله وصلاته فى ثياب بذلة)

ونحوه (فى فيه لم يمنعه من القراءة) فلو منعه تفسد (وصلاته حاسرا) أى كاشفا (رأسه للتكاسل) ولا بأس به للتذلل ، وأما للإهانة بها فكفر ولو سقطت قلنسوته فإعادتها أفضل إلا إذا احتاجت لتكوير أو عمل كثير (وصلاته مع مدافعة الأخبثين) أو أحدهما (أو لريح) للنهى

بكسر الباء الموحدة وسكون الذال المعجمة الخدمة والابتذال ، وعطف المهنة عليها عطف تفسير ؛ وهى بفتح الميم وكسرها مع سكون الهاء ، وأنكر الأصمعى الكسر حلية . قال فى البحر ، وفسرها فى شرح الوقاية بما يلبسه فى بيته ولا يذهب به إلى الأكابر والظاهر أن الكراهة تنزيهية اهـ (قوله لم يمنعه من القراءة) قال فى الحلية : الأولى أن يقول بحيث يمنعه من سنة القراءة كما ذكره فى الخلاصة ، حتى لو كان لا يخل بها لا يكره كما فى البدائع ، ثم قول قاضيخان : ولا بأس أن يصلى وفى فيه دراهم أو دنانير لا تمنعه عن القراءة يشير إلى أن الكراهة تنزيهية اهـ (قوله فلو منعه) بأن سكت أو تلفظ بألفاظ لا تكون قرآنا شرح المنية (قوله التكاسل) أى لأجل الكسل ، بأن استثقل تغطيته ولم يرها أمرا مهما فى الصلاة فتركها لذلك ، وهذا معنى قولهم تهاونا بالصلاة وليس معناه الاستخفاف بها والاحتقار لأنه كفر شرح المنية . قال في الحلية : وأصل الكسل ترك العمل لعدم الإرادة ، فلو لعدم القدرة فهو لعجز .

مطلب فى الخشوع

(قوله ولا بأس به للتذلل) قال فى شرح المنية : فيه إشارة إلى أن الأولى أن لا يفعله وأن يتذلل ويخشع بقلبه فإنهما من أفعال القلب اهـ . وتعقبه فى الإمداد بما فى التجنيس من أنه يستحب له ذلك لأن مبنى الصلاة على الخشوع اهـ .

قلت : واختلف فى أن الخشوع من أفعال القلب كالخوف أو من أفعال الجوارح كالسكون أو مجموعهما قال فى الحلية : والأشبه الأول ، وقد حكى إجماع العارفين عليه وأن من لوازمه : ظهور الذل ، وغض الطرف ، وخفض الصوت ، وسكون الأطراف ، وحينئذ فلا يبعد القول بحسن كشفه إذا كان ناشئا عن تحقيق الخشوع بالقلب ، ونص فى الفتاوى العتابية على أنه لو فعله لعذر لا يكره وإلا ففيه التفصيل المذكور فى المتن ، وهو حسن . وعن بعض المشايخ أنه لأجل الحرارة والتخفيف مكروه ، فلم يجعل الحرارة عذرا وليس ببعيد اهـ ملخصا (قوله ولو سقطت قلنسوته الخ) هى ما يلبس فى الرأس كما فى شرح المنية ولفظ قلنسوته ساقط من بعض النسخ ، المسألة ذكرها فى شرح المنية فيما يفسد الصلاة عن الحجة . وفي الدرر عن التارخانية : والظاهر أن أفضلية إعادتها حيث لم يقصد بتركها التذلل على مامر (قوله وصلاته مع مدافعة الأخبثين الخ) أى البول والغائط . قال فى الخزائن : سواء كان بعد شروعه أو قبله ، فإن شغله قطعها إن لم يخف فوت الوقت ، وإن أتمها أثم لما رواه أبو داود « لا يحل لأحد يؤمن بالله واليوم الآخر أن يصلي وهو حاقن حتى يتخفف » أى مدافع البول ، ومثله الحاقب : أى مدافع الغائط والحازق : أى مدافعهما وقيل مدافع الريح اهـ . وما ذكره من الإثم صرح به فى شرح المنية وقال لأدائها مع الكراهة التحريمية .

بقى ما إذا خشى فوت الجماعة ولا يجد جماعة غيرها ، فهل يقطعها كما يقطعها إذا رأى على ثوبه نجاسة قدر الدرهم ليغسلها أولا ، كما إذا كانت النجاسة أقل من الدرهم . والصواب الأول ، لأن ترك سنة الجماعة أولى من الإتيان بالكراهة : كالقطع لغسل قدر الدرهم فإنه واجب ، ففعله أولى من فعل السنة ، بخلاف غسل ما دونه فإنه مستحب فلا يترك السنة المؤكدة لأجله ، كذا حققه فى شرح المنية .

(وعقص شعره) للنهى عن كفه ولو بجمعه أو إدخال أطرافه فى أصوله قبل الصلاة ؛ أما فيها فيفسد (وقلب الحصا) للنهى (إلا لسجوده) التام فيرخص (مرة) وتركها أولى (وفرقعة الأصابع) وتشبيكها ولو منتظرا الصلاة أو ماشياً إليها للنهى ولا يكره خارجها لحاجة (والتخصر) وضع

[تنبيه] ذكر فى الحلية بحثا أن خوف فوت الجنازة كخوف فوت الوقت فى المكتوبة وذكر أن الكراهة جارية فى سائر الصلوات ولو تطوعا (قوله وعقص شعره الخ) أى ضفره وفتله ، والمراد به أن يجعله على هامته ويشده بصمغ ، أو أن يلف ذوائبه حول رأسه كما يفعله النساء فى بعض الأوقات ، أو يجمع الشعر كله من قبل القفا ويشده بخيط أوخرقة كى لا يصيب الأرض إذا سجد ؛ وجميع ذلك مكروه ، ولما روى الطبرانى « أنه عليه الصلاة والسلام نهى أن يصلى الرجل ورأسه معقوص » وأخرج الستة عنه صلى الله عليه وسلم « أمرت أن أسجد على سبعة أعضاء ، وأن لا أكف شعرا ولا ثوبا » شرح المنية ، ونقل فى الحلية عن النووى أنها كراهة تنزيه ، ثم قال : والأشبه بسياق الأحاديث أنها تحريم إلا إن ثبت على التنزيه إجماع فيتعين القول به (قوله أما فيها فيفسد) لأنه عمل كثير بالإجماع شرح المنية (قوله للنهى) هو ما أخرجه عبد الرزاق عن أبى ذر رضى الله عنه : سألت النبى صلى الله عليه وسلم عن كل شىء حتى سألته عن مسح الحصا ، فقال « واحدة أودع » وروى الستة عن معيقيب أنه عليه الصلاة والسلام قال « لا تمسح الحصا وأنت تصلى ، فإن كنت ولا بد فاعلا فواحدة » شرح المنية (قوله إلا لسجوده التام الخ) بأن كان لا يمكنه تمكين جبهته على وجه السنة إلا بذلك ، وقيد بالتام لأنه لو كان لا يمكنه وضع القدر الواجب من الجبهة إلا به تعين ولو أكثر من مرة .

مطلب إذا تردد الحكم بين سنة وبدعة كان ترك السنة أولى

(قوله وتركها أولى) لأنه إذا تردد الحكم بين سنة وبدعة كان ترك السنة راجحا على فعل البدعة مع أنه كان يمكنه التسوية قبل الشروع فى الصلاة بحر (قوله وفرقعة الأصابع) هو غمزها أو مدها حتى تصوت ، وتشبيكها هو أن يدخل أصابع إحدى يديه بين أصابع الأخرى بحر (قوله للنهى) هو مارواه ابن ماجه مرفوعا « لا تفرقع أصابعك وأنت تصلى » وروى فى المجتبى حديثا « أنه نهى أن يفرقع الرجل أصابعه وهو جالس فى المسجد ينتظر الصلاة » وفى رواية «وهو يمشى إليها» وروى أحمد وأبو داود وغيرهما مرفوعا « إذا توضأ أحدكم فأحسن وضوءه ثم خرج عامدا إلى المسجد فلا يشبك بين يديه فإنه فى صلاة » ونقل فى المعراج الإجماع على كراهة الفرقعة والتشبيك فى الصلاة . وينبغى أن تكون تحريمية للنهى المذكور حلية وبحر (قوله ولا يكره خارجها لحاجة) المراد بخارجها ما ليس من توابعها ، لأن السعى إليها والجلوس فى المسجد لأجلها فى حكمها كامر ، لحديث الصحيحين ولا يزال أحدكم فى صلاة مادامت الصلاة تحبسه » وأراد بالحاجة نحو إراحة الأصابع ، فلو لدون حاجة بل على سبيل العبث كره تنزيها والكراهة فى الفرقعة خارجها منصوص عليها ، وأما التشبيك فقال فى الحلية : لم أقف لمشايخنا فيه على شىء ، والظاهر أنه لو لغير عبث بل لغرض صحيح ولو لإراحة الأصابع لا يكره ، فقد صح عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « المؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضا وشبك أصابعه » فإنه لإفادة تمثيل المعنى ، وهو التعاضد والتناصر بهذه الصورة الحسية (قوله والتخصر الخ) لما فى الصحيحين وغيرهما « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الخصر فى الصلاة » وفى رواية « عن الإختصار » وفى أخرى « عن أن يصلى الرجل مختصرا » وفيه تأويلات أشهرها ما ذكره الشارح ، وتمامه فى شرح المنية والبحر . قال فى البحر . والذى يظهر أن الكراهة

اليد على الخاصرة للنهى (ويكره خارجها) تنزيها (والالتفات بوجهه) كله (أو بعضه) للنهى وببصره يكره تنزيها ، وبصدره تفسد كما مر (وقيل) قائله قاضيخان (تفسد بتحويله والمعتمد لا ، وإقعاؤه) كالكلب للنهى

تحريمية فى الصلاة للنهى المذكور اه ولأن فيه ترك سنة الوضع كما فى الهداية ، لكن العلة الثانية لا تقتضى كراهة التحريم ، نعم تقتضى كراهة وضع اليد على عضو آخر غير الخاصرة (قوله للنهى) هو مارواه الترمذى وصححه عن أنس عن النبى صلى الله عليه وسلم « إياك والالتفات فى الصلاة فإن الإلتفات فى الصلاة هلكة ، فإن كان لابد ففى التطوع لافى الفريضة » وروى البخارى أنه صلى الله عليه وسلم قال « هو اختلاس يختلسه الشيطان من صلاة العبد » وقيده فى الغاية بأن يكون لغير عذر ، وينبغى أن تكون تحريمية كما هو ظاهر الأحاديث بحر (قوله وببصره يكره تنزيها) أى من غير تحويل الوجه أصلا . وفى الزيلعى وشرح الملتقى للباقانى أنه مباح ، لأنه صلى الله عليه وسلم كان يلاحظ أصحابه فى صلاته بموق عينيه اه ولا ينافى ماهنا بحمله على عدم الحاجة أو أراد بالمباح ما ليس بمحظور شرعا ، وخلاف الأولى غير محظور تأمل (قوله وبصدره تفسد) أى إذا كان بغير عذر كما مر بيانه فى مفسدات الصلاة (قوله وقيل الخ) قاله فى الخلاصة أيضا . والأشبه ما فى عامة الكتب من أنه مكروه لامفسد وقيد عدم الفساد به فى المنية والذخيرة بما إذا استقبل من ساعته ، قال فى البحر : وكأنه جمع بين ما فى الفتاوى وما فى عامة الكتب بحمل الأول على ما إذا لم يستقبل من ساعته ، والثانى على ما إذا استقبل من ساعته ، وكأنه ناظر إلى أن الأول عمل كثير ، والثانى قليل ، وهو بعيد فإن الاستدامة على هذا القليل لاتجعله كثيرا . وإنما تكثيره تحويل صدره اه .

أقول : يظهر لى أنه إذا أطال التفاته بجميع وجهه يمنة أو يسرة ورآء راء من بعيد لايشك أنه ليس فى الصلاة تأمل (قوله وإقعاؤه الخ) قال فى النهر : لنهيه صلى الله عليه وسلم عن إقعاء الكلب وفسره الطحاوى : بأن يقعد على أليتيه وينصب فخذيه ويضم ركبتيه إلى صدره واضعا يديه على الأرض . والكرخى : بأن ينصب قدميه ويقعد على عقبيه ويضع يديه على الأرض . والأصح الذى عليه العامة هو الأول : أى كون هذا هو المراد بالحديث لا أن ما قاله الكرخى غير مكروه ، وكذا فى الفتح . قال فى البحر : وينبغى أن تكون الكراهة تحريمية على الأول تنزيهية على الثانى .

أقول : إنما كانت تنزيهية على الثانى بناء على أن هذا الفعل ليس باقعاء ، وإنما الكراهة بترك الجلسة المسنونة كما علل به فى البدائع ، ولو فسر الإقعاء بقول الكرخى تعاكست الأحكام اه كلام النهر .

والحاصل أن الإقعاء مكروه لشيئين : للنهى عنه ، ولأن فيه ترك الجلسة المسنونة ، فان فسر بما قاله الطحاوى وهو الأصح كان مكروها تحريما لوجود النهى عنه بخصوصه ؛ وكان بالمعنى الذى قاله الكرخى مكروها تنزيها لترك الجلسة المسنونة لاتحريما لعدم النهى عنه بخصوصه ، وإن فسر بما قاله الكرخى انعكس الحكم المذكور .

قلت : وفى المغرب بعد مافسره بما مر عن الطحاوى قال : وتفسير الفقهاء أن يضع أليتيه على عقبيه بين السجدتين وهو عقب الشيطان اه وعزاه فى البدائع إلى الكرخى وقال : وهو عقب الشيطان الذى نهى عنه فى الحديث اه أى فيما أخرجه مسلم عن عائشة « أنه كان ينهى عن عقب الشيطان ، وأن يفترش الرجل ذراعيه افتراش السبع » وفى رواية عن عقبة الشيطان ، بضم فسكون ، وهو مكروه أيضا كما فى الحلية وغيرها . وقال العلامة قاسم فى فتاواه : وأما نصب القدمين والجلوس على العقبين فمكروه فى جميع الجلسات بلا خلاف نعرفه إلا ماذكره

(وافتراش) الرجل (ذراعيه) للنهى (وصلاته إلى وجه إنسان) كـكراهة استقباله ، فالاستقبال لو من المصلى فالـكراهة عليه وإلا فعلى المستقبل ولو بعيدا ولا حائل (ورد السلام بيده) أو برأسه كما مر .

[فرع] لابأس بتكليم المصلى وإجابته برأسه كما لو طلب منه شيء أو أرى درهما وقيل أجيد فأومأ بنعم أولا أو قيل كم صليتم فأشار بيده أنهم صلوا ركعتين ، أما لو قيل له تقدم فتقـدم أو دخل أحد الصف فوسع له فورا فسدت ذكره الحلبي وغيره ، خلافا لما مر عن البحر .

(و) كره (التربع) تنزيها لترك الجلسة المسنونة (بغير عذر) ولا يكره خارجها لأنه عليه الصلاة والسلام

النووى عن الشافعي فى قول له إنه يستحب بين السجدتين (قوله وافتراش الرجل ذراعيه الخ) أى بسطهما فى حالة السجود ، وقيد بالرجل اتباعاً للحديث المار آنفا ، ولأن المرأة تفترش . قال فى البحر : قيل وإنما نهى عن ذلك لأنها صفة الـكسلان والتهاون بحاله مع مافيه من التشبه بالسباع والكلاب . والظاهر أنها تحريمية للنهى المذكور من غير صارف اه (قوله وصلاته إلى وجه إنسان) ففى صحيح البخارى : وكره عثمان رضى الله تعالى عنه أن يستقبل الرجل وهو يصلى ، وحكاه القاضى عياض عن عامة العلماء ، وتمامه فى الحلية وقال فى شرح المنية : وهو محمل ماروواه البزار عن على « أن النبي عليه الصلاة والسلام رأى رجلا يصلى إلى رجل فأمره أن يعيد الصلاة » ويكون الأمر بالإعادة لإزالة الكراهة لأنه الحـكم فى كل صلاة أديت مع الكراهة وليس للفساد اه . والظاهر أنها كراهة تحريم ، لما ذكر ، ولما فى الحلية عن أبى يوسف قال : إن كان جاهلا علمته ، وإن كان عالما أدبته اه ولأنه يشبه عبادة الصورة (قوله ككراهة استقباله) الضمير للمصلى ، وهو من إضافة المصدر إلى مفعوله ط (قوله ولو بعيدا ولا حائل) قال فى شرح المنية : ولو كان بينهما ثالث ظهره إلى وجه المصلى لايكره لانتفاء سبب الكراهة وهو التشبه بعبادة الصورة اه . وظاهره عدم الـكراهة ولو كانت تقع المواجهة فى حالة القيام كما فى النهر والحلية واستظهره فى الحلية بأن القاعد يكون سترة للمصلى بحيث لايكره المرور وراءه فـكذا هنا يكون حائلا .

قلت : لـكن فى الذخيرة نقل قول محمد فى الأصل : وإن شاء الإمام استقبل الناس بوجهه إذا لم يكن بحذائه رجل يصلى ، ثم قال : ولم يفصل أى محمد بين ماإذا كان المصلى فى الصف الأول أو الأخير ، وهذا هو ظاهر المذهب ، لأنه إذا كان وجهه مقابل وجه الإمام فى حالة قيامه يكره ولو بينهما صفوف اه ثم رأيت الخير الرملى أجاب بما لايدفع الإيراد . والأظهر أن مامر عن شرح المنية مبنى على خلاف ظاهر الرواية فتأمل (قوله كما مر) أى فى مفسدات الصلاة ، وقدمنا أن الـكراهة فيه تنزيهية (قوله وإجابته برأسه) قال فى الإمداد : وبه ورد الأثر عن عائشة رضى الله عنها ، وكذا فى تـكليم الرجل المصلى ، قال تعالى — فنادته الملائـكة وهو قائم يصلى فى المحراب — وهل يجيب السلام بعد السلام من الصلاة ؟ ذكر الخطابى والطحاوى « أن النبي صلى الله عليه وسلم ردّ على ابن مسعود بعد فراغه من الصلاة » كذا فى مجمع الروايات اه (قوله أما لو قيل الخ) هو ماوعد به فيا تقدم قبيل قوله وفتحه على إمامه ، وقدمنا هناك ضعفه عن الشرنبلالية ح (قوله خلافا لما مر عن البحر) أى فى باب الإمامة ح وقدمنا الـكلام عليه هنالك ، فراجعه (قوله لترك الجلسة المسنونة) علة لـكونه مكروها تنزيها إذ ليس فيه نهى خاص ليكون تحريما بحر (قوله بغير عذر) أما به فلا ، لأن الواجب يترك مع العذر فالسنة أولى : وعليه يحمل مافى صحيح ابن حبان « من صلاته عليه الصلاة والسلام متربعاً » أو تعليما للجواز بحر (قوله لأنه عليه الصلاة والسلام الخ) نقله فى شرح المنية عن ابن الهمام . وفى البحر عن صاحب الكنز وغيره ورد به على ماقيل فى وجه الـكراهة أنه فعل الجبابرة ، نعم فى شرح المنية أن الجلوس على الركبتين أولى ، لأنه أقرب إلى التواضع تأمل

وكان جل جلوسه مع أصحابه التربع ، وكذا عمر رضى الله تعالى عنه (والتثاؤب) ولو خارجها ذكره مسكين لأنه من الشيطان والأنبياء محفوظون منه (وتغميض عينيه) للنهى إلا لكمال الخشوع (وقيام الإمام فى المحراب لاسجوده فيه) وقدماه خارجه لأن العبرة للقدم (مطلقا) وإن لم يتشبه حال الإمام إن علل بالتشبه وإن بالاشتباه ولا اشتباه

(قوله والتثاؤب) فى المصباح: التثاؤب بالمد وبالواو عامى . وفى مختار الصحاح: تثاءبت بالمد ولاتقل تثاويت، وهو كما فى الحلية والبحر : التنفس الذى ينفتح منه الفم لدفع البخارات المنفخة فى عضلات الفك ، وهو ينشأ من امتلاء المعدة وثقل البدن اه :

قلت : ولهذا السبب كان من الشيطان كما فى حديث الصحيحين أنه صلى الله عليه وسلم قال « التثاؤب من الشيطان ، فإذا تثاءب أحدكم فليكظم ما استطاع » وفى رواية لمسلم « فليمسك بيده على فيه ، فإن الشيطان يدخله » وهذا إذا لم يمكنه كظمه : أى رده وحبسه ، فقد صرح فى الخلاصة بأنه إن أمكنه عند التثاؤب والحق باليد الكم ، وهذا إذا لم يمكنه كظمه ... أن يأخذ شفته بسنه فلم يفعل وغطى فاه بيده أو بثوبه يكره ، وكذا روى عن أبى حنيفة . قال فى البحر : ووجهه أن تغطية الفم منهى عنها كما رواه أبو داود وغيره ، وإنما أبيحت للضرورة ، ولا ضرورة إذا أمكنه الدفع ، ثم فى المجتبى : يغطى فاه بيمينه ، وقيل بيمينه فى القيام وفى غيره بيساره اه .

قلت : ووجه القيل أظهر لأنه لدفع الشيطان كما مر ، فهو كإزالة الخبث وهى باليسار أولى ، لكن فى حالة القيام لما كان يلزم من دفعه باليسار كثرة العمل بتحريك اليدين كانت اليمنى أولى ، وقدمنا فى آداب الصلاة عن الضياء أنه بظهر اليسرى . وفى الحلية عن بعضهم أنه مخير بينهما وأنه إن سد باليمنى يخير فيه بظاهرها أو باطنها ، وإن باليسرى فبظاهرها اه . ولم أر من تعرض للكراهة هنا هل هى تحريمية أو تنزيهية إلا أنه تقدم فى آداب الصلاة أنه يندب كظم فمه عند التثاؤب ، وحينئذ فترك الكظم مندوب(١) وأما التثاؤب نفسه فإن نشأ من طبيعته بلا صنعه فلا بأس، وإن تعمده ينبغى أن يكره تحريما لأنه عبث ، وقد مر أن العبث مكروه تحريما فى الصلاة وتنزيها خارجها (قوله ولو خارجها) أى لإطلاق الحديث المار ، وتقييده فى بعض الروايات بالصلاة لكون الكراهة فيها أشد فلا تنافى بينهما تأمل (قوله والأنبياء محفوظون منه) قدمنا فى آداب الصلاة أن إخطار ذلك بباله مجرب فى دفع التثاؤب (قوله للنهى) أى فى حديث « إذا قام أحدكم فى الصلاة فلا يغمض عينيه » رواه ابن عدى إلا أن فى سنده من ضعف وعلل فى البدائع بأن السنة أن يرمى ببصره إلى موضع سجوده ، وفى التغميض تركها . ثم الظاهر أن الكراهة تنزيهية ، كذا فى الحلية والبحر ، وكأنه لأن علة النهى مامر عن البدائع ، وهى الصارف له عن التحريم (قوله إلا لكمال الخشوع) بأن خاف فوت الخشوع بسبب رؤية مايفرق الخاطر فلا يكره ، بل قال بعض العلماء إنه الأولى ، وليس ببعيد حلية وبحر (قوله لأن العبرة للقدم) ولهذا تشترط طهارة مكانه رواية واحدة ، بخلاف مكان السجود ، إذ فيه روايتان ، وكذا لو حلف لايدخل دار فلان يحنث بوضع القدمين وإن كان باقى بدنه خارجها والصيد إذا كان رجلاه فى الحرم ورأسه خارجه فهو صيد الحرم ففيه الجزاء بحر (قوله مطلقا) راجع إلى قوله وقيام الإمام فى المحراب ، وفسر الإطلاق بما بعده وكذا سواء كان المحراب من المسجد كما هو العادة المستمرة أولا كما فى البحر (قوله إن علل بالتشبه الخ) قيد للكراهة .

وحاصله أنه صرح محمد فى الجامع الصغير بالكراهة ولم يفصل ، فاختلف المشايخ فى سببها ، فقيل كونه يصير ممتازا عنهم فى المكان لأن المحراب فى معنى بيت آخر وذلك صنيع أهل الكتاب ، واقتصر عليه فى الهداية

---

(١) (قوله وحينئذ فترك الكظم مندوب) هكذا بخطه ، وفيه نظر لا يخفى اه مصححه .

فلا اشتباه فى نفى الكراهة (وانفراد الإمام على الدكان) للنهى ، وقدر الارتفاع بذراع ، ولا بأس بما دونه ، وقيل مايقع به الامتياز وهو الأوجه ذكره الكمال وغيره (وكره عكسه) فى الأصح وهذا كله (عند عدم العذر) كجمعة وعيد ، فلو قاموا على الرفوف والإمام على الأرض

واختاره الإمام السرخسى وقال إنه الأوجه ، وقيل اشتباه حاله على من فى يمينه ويساره ، فعلى الأول يكره مطلقا ، وعلى الثانى لايكره عند عدم الاشتباه ، وأيد الثانى فى الفتح بأن امتياز الإمام فى المكان مطلوب ، وتقدمه واجب وغايته اتفاق الملتين فى ذلك ، وارتضاه فى الحلية وأيده ، لكن نازعه فى البحر بأن مقتضى ظاهر الرواية الكراهة مطلقاً ، وبأن امتياز الإمام المطلوب حاصل بتقدمه بلا وقوف فى مكان آخر ، ولهذا قال فى الولوالجية وغيرها إذا لم يضق المسجد بمن خلف الإمام لاينبغى له ذلك لأنه يشبه تباين المكانين انتهى . يعنى : وحقيقة اختلاف المكان تمنع الجواز فشبهة الاختلاف توجب الكراهة ، والمحراب وإن كان من المسجد فصورته وهيئته اقتضت شبهة الاختلاف اه ملخصا .

قلت : أى لأن المحراب إنما بنى علامة لمحل قيام الإمام ليكون قيامه وسط الصف كما هو السنة ، لالأن يقوم فى داخله ، فهو وإن كان من بقاع المسجد لكن أشبه مكانا آخر فأورث الكراهة ، ولا يخفى حسن هذا الكلام فافهم ، لكن تقدم أن التشبه إنما يكره فى المذموم وفيما قصد به التشبه لامطلقا ، ولعل هذا من المذموم تأمل . هذا وفى حاشية البحر للرملى : الذى يظهر من كلامهم أنها كراهة تنزيه تأمل اه .

[تنبيه] فى معراج الدراية من باب الإمامة : الأصح ماروى عن أبى حنيفة أنه قال : أكره للإمام أن يقوم بين الساريتين أو زاوية أو ناحية المسجد أو إلى سارية لأنه بخلاف عمل الأمة اه . وفيه أيضا : السنة أن يقوم الإمام إزاء وسط الصف ، ألا ترى أن المحاريب مانصبت إلا وسط المساجد وهى قد عينت لمقام الإمام اه . وفى التتارخانية : ويكره أن يقوم فى غير المحراب إلا لضرورة اه ومقتضاه أن الإمام لو ترك المحراب وقام فى غيره يكره ولو كان قيامه وسط الصف ، لأنه خلاف عمل الأمة ، وهو ظاهر فى الإمام الراتب دون غيره والمنفرد ، فاغتنم هذه الفائدة فإنه وقع السؤال عنها ولم يوجد نص فيها (قوله للنهى) وهو ماأخرجه الحاكم « أنه صلى الله عليه وسلم نهى أن يقوم الإمام فوق ويبقى الناس خلفه » وعللوه بأنه تشبه بأهل الكتاب ، فإنهم يتخذون لإمامهم دكانا بحر ، وهذا التعليل يقتضى أنها تنزيهية ، والحديث يقتضى أنها تحريمية ، إلا أن يوجد صارف تأمل رملى .

قلت : لعل الصارف تعليل النهى بما ذكر تأمل (قوله وقيل الخ) هو ظاهر الرواية كما فى البدائع . قال فى البحر والحاصل أن التصحيح قد اختلف والأولى العمل بظاهر الرواية وإطلاق الحديث اه وكذا رجحه فى الحلية (قوله فى الأصح) وهو ظاهر الرواية ، لأنه وإن لم يكن فيه تشبه بأهل الكتاب لكن فيه ازدراء بالإمام حيث ارتفع كل الجماعة فوقه ، أفاده فى شرح المنية ، وكأن الشارح أخذ التصحيح تبعا للدرر من قول البدائع : جواب ظاهر الرواية أقرب إلى الصواب ، ومقابله قول الطحاوى بعد الكراهة لعدم التشبه ، ومشى عليه فى الخانية قائلا : وعليه عامة المشايخ قال ط : ولعل الكراهة تنزيهية لأن النهى ورد فى الأول فقط (قوله وهذا كله) أى الكراهة فى المسائل الثلاث لا كما يتوهم من ظاهر كلام المصنف من قوله عند عدم العذر قيد لقوله وكره عكسه فقط فافهم (قوله كجمعة وعيد) مثال للعذر ، وهو على تقدير مضاف : أى كزحمة جمعة وعيد (قوله فلو قاموا الخ) تفريع على عدم الكراهة عند العذر فى جمعة وعيد . قال فى المعراج : وذكر شيخ الإسلام إنما يكره هذا إذا لم يكن من عذر ، أما إذا كان فلا يكره كما فى الجمعة إذا كان القوم على الرف ، وبعضهم على الأرض لضيق المكان . وحكى

أو فى المحراب لضيق المكان لم يكره لو كان معه بعض القوم فى الأصح، وبه جرت العادة فى جوامع المسلمين ومن العذر إرادة التعليم أو التبليغ كما بسط فى البحر ، وقدمنا كراهة القيام فى صف خلف صف فيه فرجة للنهى ، وكذا القيام منفردا وإن لم يجد فرجة بل يجذب أحدا من الصف ذكره ابن الكمال ، لكن قالوا فى زماننا تركه أولى ، فلذا قال فى البحر : يكره وحده إلا إذا لم يجد فرجة (ولبس ثوب فيه تماثيل) ذى روح ،

الحلوانى عن أبى الليث : لايكره وقيام الإمام فى الطاق عند الضرورة بأن ضاق المسجد على القوم اهـ . وبه علم أن قوله والإمام على الأرض أى ومعه بعض القوم (قوله كما لو كان الخ) محترز قوله وانفراد الإمام على الدكان قال فى البحر : قيد بالانفراد ، لأنه لو كان بعض القوم مع الإمام ، قيل يكره ، والأصح لا وبه جرت العادة فى جوامع المسلمين فى أغلب الأمصار ، كذا فى المحيط اهـ وظاهره أنه لايكره ولو بلا عذر وإلا كان داخلا فيما قبله تأمل (قوله ومن العذر الخ) أى فى الانفراد فى مكان مرتفع ، وهذا حكاه فى البحر تبعا للحلية مذهبا للشافعى وأنه قيل إنه رواية عن أبى حنيفة .

قلت : لكن فى المعراج مانصه : وبقولنا قال الشافعى رحمه الله تعالى إلا إذا أراد الإمام تعليم القوم أفعال الصلاة أو أراد المأموم تبليغ القوم فحينئذ لايكره عندنا اهـ وبه علم أنه كما يكره انفراد الإمام فى مكان عال بلا عذر يكره انفراد المأموم وإن وجدت طائفة مع الإمام فافهم (قوله وقدمنا الخ) أى فى باب الإمامة عند قوله ويصف الرجال حيث قال : ولو صلى على رفوف المسجد إن وجد فى صحنه مكانا كره كقيامه فى صف خلف صف فيه فرجة اهـ ولعله يشير بذلك إلى أنه لولا العذر المذكور كان انفراد المأموم مكروها (قوله لكن قالوا الخ) القائل صاحب القنية فإنه عزا إلى بعض الكتب أتى جماعة ولم يجد فى الصف فرجة قيل يقوم وحده ويعذر ، وقيل يجذب واحدا من الصف إلى نفسه فيقف بجنبه . والأصح ماروى هشام عن محمد أنه ينتظر إلى الركوع ، فإن جاء رجل وإلا جذب إليه رجلا أو دخل فى الصف ، ثم قال فى القنية : والقيام وحده أولى فى زماننا لغلبة الجهل على العوام فإذا جره تفسد صلاته اهـ قال فى الخزائن قلت : وينبغى التفويض إلى رأى المبتلى ، فإن رأى من لايتأذى لدين أو صداقة زاحمه أو عالما جذبه والانفراد اهـ . قلت : وهو توفيق حسن اختاره ابن وهبان فى شرح منظومته (قوله فلذا قال الخ) أى فلم يذكر الجذب لما مر (قوله ولبس ثوب فيه تماثيل) عدل عن قول غيره تصاوير لما فى المغرب : الصورة عام فى ذى الروح وغيره ، والتمثال خاص بمثال ذى الروح ، ويأتى أن غير ذى الروح لايكره قال القهستانى : وفيه إشعار بأنه لاتكره صورة الرأس ، وفيه خلاف كما فى اتخاذها كذا فى المحيط . قال فى البحر : وفى الخلاصة وتكره التصاوير على الثوب صلى فيه أولا انتهى ، وهذه الكراهة تحريمية . وظاهر كلام النووى فى شرح مسلم الإجماع على تحريم تصوير الحيوان ، وقال : وسواء صنعه لما يمتهن أو لغيره ، فصنعته حرام بكل حال ، لأن فيه مضاهاة لخلق الله تعالى ، وسواء كان فى ثوب أو بساط أو درهم وإناء وحائط وغيرها اهـ فينبغى أن يكون حراما لا مكروها إن ثبت الإجماع أو قطعية الدليل بتواتره اهـ كلام البحر ملخصا . وظاهر قوله فينبغى الاعتراض على الخلاصة فى تسميته مكروها .

قلت : لكن مراد الخلاصة اللبس المصرح به فى المتون ، بدليل قوله فى الخلاصة بعد مامر : أما إذا كان فى يده وهو يصلى لايكره وكلام النووى فى فعل التصوير ، ولا يلزم من حرمته حرمة الصلاة فيه بدليل أن التصوير يحرم ، ولو كانت الصورة صغيرة كالتى على الدرهم أو كانت فى اليد أو مستترة أو مهانة مع أن الصلاة بذلك لاتحرم ، بل ولا تكره ، لأن علة حرمة التصوير المضاهاة لخلق الله تعالى ، وهى موجودة فى كل ماذكر . وعلة كراهة

وأن يكون فوق رأسه أو بين يديه أو (بحذائه) يمنة أو يسرة أو محل سجوده (تمثال) ولو في وسادة منصوبة لا مفروشة (واختلف فيما إذا كان) التمثال (خلفه ، والأظهر الكراهة و) لا يكره (لو كانت تحت قدميه) أو محل جلوسه لأنها مهانة (أو في يده) عبارة الشمني بدنه لأنها مستورة بثيابه (أو على خاتمه) بنقش غير مستبين . قال في البحر ومفاده كراهة المستبين لا المستتر بكيس أو صرة أو ثوب آخر ، وأقره المصنف (أو كانت صغيرة) لا تتبين تفاصيل أعضائها للناظر قائماً وهي على الأرض ، ذكره الحلبي (أو مقطوعة الرأس أو الوجه)

الصلاة بها التشبه وهي مفقودة فيما ذكر كما يأتي ، فاغتنم هذا التحرير (قوله فوق رأسه) أي في السقف معراج (قوله تمثال) أي مرسوم في جدار أو غيره أو موضوع أو معلق كما في المنية وشرحها :

أقول : والظاهر أنه يلحق به الصليب وإن لم يكن تمثال ذي روح ، لأن فيه تشبها بالنصارى . ويكره التشبه بهم في المذموم وإن لم يقصده كما مر (قوله منصوبة) أي بحيث لا توطأ ولا يتكأ عليها قال في الهداية : ولو كانت الصورة على وسادة ملقاة أو على بساط مفروش لا يكره لأنها تداس وتوطأ ، بخلاف ما إذا كانت الوسادة منصوبة أو كانت على الستر لأنها تعظيم لها (قوله والأظهر الكراهة) لكنها فيه أيسر لأنه لا تعظيم فيه ولا تشبه معراج . وفي البحر قالوا : وأشدها كراهة ما يكون على القبلة أمام المصلي ، ثم ما يكون فوق رأسه ثم ما يكون عن يمينه ويساره على الحائط ، ثم ما يكون خلفه على الحائط أو الستر اهـ :

قلت : وكأن عدم التعظيم في التي خلفه وإن كانت على حائط أو ستر أن في استدبارها استهانة لها ، فيعارض ما في تعليقها من التعظيم ، بخلاف ما على بساط مفروش ولم يسجد عليها فإنها مستهانة من كل وجه ، وقد ظهر من هذا أن علة الكراهة في المسائل كلها إما التعظيم أو التشبه على خلاف ما يأتي (قوله ولا يكره) قدر لا يكره مع قول المصنف الآتي لا لطول الفصل فيكون الآتي تأكيدا فافهم (قوله تحت قدميه) وكذا لو كانت على بساط يوطأ أو مرفقة يتكأ عليها كما في البحر ، والمرفقة وسادة الاتكاء كما في المغرب (قوله عبارة الشمني الخ) أشار بذلك إلى ما في العبارة الأولى من الإشكال ، وهو أنها إذا كانت في يده تمنعه عن سنة الوضع هو مكروه بغير الصورة فكيف بها ؟ اللهم إلا أن يراد أن لا يمسكها بل تكون معلقة بيده ونحو ذلك ، كذا في شرح المنية ، وأراد بنحو ذلك ما لو كانت مرسومة في يده . وفي المعراج لا تكره إمامة من في يده تصاوير لأنها مستورة الثياب لا تستبين فصارت كصورة نقش خاتم اهـ ومثله في البحر عن المحيط ، وظاهره عدم الكراهة ولو كانت بالوشم ويفيد عدم نجاسته كما أوضحناه في آخر باب الأنجاس فراجعه (قوله غير مستبين) الظاهر أن المراد به ما يأتي في تفسير الصغير تأمل (قوله ومفاده) أي مفاد التعليل بأنها مستورة (قوله لا المستتر بكيس أو صرة) بأن صلى ومعه صرة أو كيس فيه دنانير أو دراهم فيها صور صغار فلا تكره لاستتارها بحر ، ومقتضاه أنها لو كانت مكشوفة تكره الصلاة مع أن الصغيرة لا تكره الصلاة معها كما يأتي ، لكن يكره كراهة تنزيه جعل الصورة في البيت نهر (قوله أو ثوب آخر) بأن كان فوق الثوب الذي فيه صورة ثوب ساتر له فلا تكره الصلاة فيه لاستتارها بالثوب بحر (قوله لا تتبين الخ) هذا أضبط مما في القهستاني حيث قال بحيث لا تبدو للناظر إلا بتبصر بليغ كما في الكرماني ، أو لا تبدو له من بعيد كما في المحيط ثم قال : لكن في الخزانة : إن كانت الصورة مقدار طير يكره ، وإن كانت أصغر فلا اهـ (قوله أو مقطوعة الرأس) أي سواء كان من الأصل أو كان لها رأس ومحي ، وسواء كان القطع بخيط خيط على جميع الرأس حتى لم يبق له أثر ، أو بطليه بمغرة أو بنحته ، أو بغسله لأنها لا تعبد بدون الرأس عادة وأما قطع الرأس عن الجسد بخيط مع بقاء الرأس على حاله فلا ينفي الكراهة لأن من الطيور ما هو مطوق فلا يتحقق القطع بذلك ، وقيد بالرأس لأنه لا اعتبار بإزالة الحاجبين أو العينين لأنها تعبد بدونها وكذا لا اعتبار بقطع اليدين

أو ممحوة عضو لا تعيش بدونه (أو لغير ذى روح لا) يكره لأنها لاتعبد، وخبر جبريل مخصوص بغير المهانة كما بسطه ابن الكمال.
واختلف المحدثون فى امتناع ملائكة الرحمة بما على النقدين : فنفاه عياض، وأثبته النووى.

أو الرجلين بحر (قوله أو ممحوة عضو الخ) تعميم بعد تخصيص، وهل مثل ذلك مالو كانت مثقوبة البطن مثلا. والظاهر أنه لو كان الثقب كبيرا يظهر به نقصها فنعم وإلا فلا ؛ كما لو كان الثقب لوضع عصا تمسك بها كمثل صور الخيال التى يلعب بها لأنها تبقى معه صورة تامة تأمل (قوله أو لغير ذى روح) لقول ابن عباس للسائل « فإن كنت لابد فاعلا فاصنع الشجر ومالا نفس له » رواه الشيخان، ولا فرق فى الشجر بين المثمر وغيره خلافا لمجاهد بحر (قوله لأنها لاتعبد) أى هذه المذكورات وحينئذ فلا يحصل التشبه.

فإن قيل عبد الشمس والقمر والكواكب والشجرة الخضراء. قلنا عبد عينه لا تمثاله، فعلى هذا ينبغى أن يكره استقبال عين هذه الأشياء معراج : أى لأنها عين ماعبد، بخلاف مالو صورها واستقبل صورتها (قوله وخبر جبريل الخ) هو قوله للنبى صلى الله عليه وسلم « إنا لاندخل بيتا فيه كلب ولا صورة » رواه مسلم. وهذا إشارة إلى الجواب عما يقال : إن كانت علة الكراهة فيما مر كون المحل الذى تقع فيه الصلاة لاتدخله الملائكة، لأن شر البقاع بقعة لاتدخلها الملائكة ينبغى أن تكره ولو كانت الصورة مهانة، لأن قوله ولا صورة نكرة فى سياق النفى فتعم، وإن كانت العلة التشبه بعبادتها فلا تكره إلا إذا كانت أمامه أو فوق رأسه. والجواب أن العلة هى الأمر الأول ؛ وأما الثانى فيفيد أشدية الكراهة غير أن عموم النص المذكور مخصوص بغير المهانة ، لما روى ابن حبان والنسائى «استأذن جبريل عليه السلام على النبى صلى الله عليه وسلم فقال : ادخل ؛ فقال : كيف أدخل وفى بيتك ستر فيه تصاوير ؟ فإن كنت لابد فاعلا فاقطع رؤوسها أو اقطعها وسائد أو اجعلها بسطا» ، نعم يرد على هذا ما إذا كانت على بساط فى موضع السجود، فقد مر أنه يكره مع أنها لاتمنع دخول الملائكة وليس فيها تشبه لأن عبدة الأصنام لايسجدون عليها، بل ينصبونها ويتوجهون إليها، إلا أن يقال فيها صورة التشبه بعبادتها حال القيام والركوع وتعظيم لها إن سجد عليها اهـ ملخصا من الحلية والبحر.

أقول : الذى يظهر من كلامهم أن العلة إما التعظيم أو التشبه كما قدمناه، والتعظيم أعم ؛ كما لو كانت عن يمينه أو يساره أو موضع سجوده فإنه لاتشبه فيها بل فيها تعظيم، وماكان فيه تعظيم وتشبه فهو أشد كراهة، ولهذا تفاوتت رتبتها كما مر، وخبر جبريل عليه السلام معلول بالتعظيم بدليل الحديث الآخر وغيره، فعدم دخول الملائكة إنما هو حيث كانت الصورة معظمة، وتعليل كراهة الصلاة بالتعظيم أولى من التعليل بعدم الدخول، لأن التعظيم قد يكون عارضا، لأن الصورة إذا كانت على بساط مفروش تكون مهانة لاتمنع من الدخول، ومع هذا لو صلى على ذلك البساط وسجد عليها تكره، لأن فعله ذلك تعظيم لها. والظاهر أن الملائكة لاتمتنع من الدخول بذلك الفعل العارض ؛ وأما مافى الفتح عن شرح عتاب من أنها لو كانت خلفه أو تحت رجليه لاتكره الصلاة، ولكن تكره كراهة جعل الصورة فى البيت للحديث، فظاهره الامتناع من الدخول ولو مهانة، وكراهة جعلها فى بساط مفروش، وهو خلاف الحديث المخصص كما مر (قوله فى امتناع ملائكة الرحمة) قيد بهم، إذ الحفظة لايفارقون الإنسان إلا عند الجماع والخلاء كذا فى شرح البخارى. وينبغى أن يراد بالحفظة ماهو أعم من الكرام الكاتبين والذين يحفظونه من الجن نهر، وانظر ماقدمناه قبل فصل القراءة (قوله فنفاه عياض) أى وقال : إن الأحاديث مخصصة بحر ، وهو ظاهر كلام علمائنا، فإن ظاهره أن مالا يؤثر كراهة فى الصلاة لايكره إبقاؤه، وقد

(و) كره تنزيها (عد الآى والسور والتسبيح باليد فى الصلاة مطلقا) ولو نفلا، أما خارجها فلا يكره كعده بقلبه أو بغمزه أنامله، وعليه يحمل ماجاء من صلاة التسبيح.

[فرع] لابأس باتخاذ المسبحة لغير رياء كما بسط فى البحر.

صرح فى الفتح وغيره بأن الصورة الصغيرة لاتكره فى البيت. قال: ونقل أنه كان على خاتم أبى هريرة ذبابتان اهـ ولو كانت تمنع دخول الملائكة كره إبقاؤها فى البيت لأنه يكون شر البقاع، وكذا المهانة كما مر، وهو صريح قوله فى الحديث المار «أو اقطعها وسائد، أو اجعلها بسطا» وأما مامر عن شرح عتاب، فقد علمت مافيه.

[تنبيه] هذا كله فى اقتناء الصورة، وأما فعل التصوير فهو غير جائز مطلقا لأنه مضاهاة لخلق الله تعالى كمامر.

[خاتمة] قال فى النهر: جوّز فى الخلاصة لمن رأى صورة فى بيت غيره أن يزيلها؛ وينبغى أن يجب عليه؛ ولو استأجر مصورا فلا أجر له لأن عمله معصية كذا عن محمد، ولو هدم بيتا فيه تصاوير ضمن قيمته خاليا عنها اهـ وسيأتى فى باب متفرقات البيوع متنا وشرحا مانصه (اشترى ثوراً أو فرسا من خزف لأجل استئناس الصبى لايصح) ولا قيمة له (فلا يضمن متلفه، وقيل بخلافه) يصح ويضمن قنية، وفى آخر حظر المجتبى عن أبى يوسف: يجوز بيع اللعبة وأن يلعب بها الصبيان اهـ (قوله وكره تنزيها) كذا عزاه فى البحر إلى الحلية لابن أمير حاج، ثم قال: لكن ظاهر قول النهاية لايباح أنها تحريمية. وأجاب فى النهر بأن المكروه تنزيها غير مباح: أى غير مستوى الطرفين واعترضه الرملى بأن الغالب إطلاقهم غير المباح على المحرم أو المكروه تحريما وإن كان يطلق على ماذكر.

قلت: ويؤيده قول الدرر للنهى عنه، لكن قال محشيه نوح أفندى: لم أجد النهى عنه صريحا فيما عندى من الكتب اهـ ولذا اقتصر غيره على التعليل بأنه ليس من أفعال الصلاة ولو كان فيه نهى خاص لذكروه، نعم ذكر فى الحلية فيما رواه الأصبهانى «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن عدّ الآى فى المكتوبة ورخص فى السبحة» أى النافلة، لكن قال فى الحلية: إن ثبت هذا ترجح القول بعدم الكراهة فى النافلة، وإلا ترجح القول بعدمها مطلقا مرادا بها التنزيهية اهـ وحيث لانهى ثابت يتعين تأويل مافى النهاية بما فى النهر، ولذا مشى عليه الشارح فتدبر (قوله باليد) أى بأصابعه أو بسبحة يمسكها كما فى البحر (قوله ولو نفلا) بيان للإطلاق، وهذا باتفاق أصحابنا فى ظاهر الرواية. وعن الصاحبين فى غير ظاهر الرواية عنهما أنه لابأس به، وقيل الخلاف فى الفرائض ولا كراهة فى النوافل اتفاقا، وقيل فى النوافل ولا خلاف فى الكراهة فى الفرائض نهر.

(قوله فلا يكره) هذا ظاهر الرواية وهو الأصح، وكرهه بعضهم نهر. ويدل للأول ما أخرجه الترمذى وحسن النووى إسناده عن يسيرة(1) قالت: قال لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم «عليكن بالتسبيح والتقديس واعقدن بالأنامل فإنهن مسئولات مستنطقات، ولا تغفلن فتنسين الرحمة» وتمامه فى الحلية (قوله كعده الخ) أى فى الصلاة، وهذا محترز قوله باليد. قال فى البحر: أما الغمز برؤوس الأصابع أو الحفظ بالقلب فهو غير مكروه اتفاقا، والعد باللسان مفسد اتفاقا اهـ وما قيل من أنه يكره بالقلب لإخلاله بالخشوع ففيه نظر ظاهر كما فى الحلية.

مطلب الكلام على اتخاذ المسبحة

(قوله لابأس باتخاذ المسبحة) بكسر الميم: آلة التسبيح. والذى فى البحر والحلية والخزائن بدون ميم. قال فى المصباح: السبحة خرزات منظومة، وهو يقتضى كونها عربية. وقال الأزهرى: كلمة مولدة، وجمعها مثل

---

(1) قوله عن يسيرة بضم الياء المثناة التحتية وفتح السين حلية، اهـ منه.

(لا) يكره (قتل حية أو عقرب) إن خاف الأذى، إذ الأمر للإباحة. لأنه منفعة لنا، فالأولى ترك الحية البيضاء لخوف الأذى (مطلقا) ولو بعمل كثير على الأظهر، لكن صحح الحلبي الفساد.

(و) لايكره (صلاة إلى ظهر قاعد) أو قائم ولو (يتحدث) إلا إذا خيف الغلط بحديثه (و) لا إلى (مصحف

غرفة وغرف اه. والمشهور شرعا إطلاق السبحة بالضم على النافلة. قال فى المغرب: لأنه يسبح فيها. ودليل الجواز مارواه أبو داود والترمذى والنسائى وابن حبان والحاكم وقال صحيح الإسناد عن سعد بن أبى وقاص «أنه دخل مع رسول الله صلى الله عليه وسلم على امرأة وبين يديها نوى أو حصا تسبح به فقال: أخبرك بما هو أيسر عليك من هذا أو أفضل؟ فقال: سبحان الله عدد ماخلق فى السماء، وسبحان الله عدد ماخلق فى الأرض. وسبحان الله عدد مابين ذلك، وسبحان الله عدد ماهو خالق، والحمد لله مثل ذلك، والله أكبر مثل ذلك. ولاإله إلا الله مثل ذلك، ولا حول ولا قوة إلا بالله مثل ذلك: فلم ينهها عن ذلك، وإنما أرشدها إلى ماهو أيسر وأفضل ولو كان مكروها لبين لها ذلك، ولا يزيد السبحة على مضمون هذا الحديث إلا بضم النوى فى خيط. ومثل ذلك لايظهر تأثيره فى المنع، فلا جرم أن نقل اتخاذها والعمل بها عن جماعة من الصوفية الأخيار وغيرهم. اللهم إلا إذا ترتب عليه رياء وسمعة فلا كلام لنا فيه، وهذا الحديث أيضا يشهد لأفضلية هذا الذكر المخصوص على ذكر مجرد عن هذه الصيغة ولو تكرر يسيرا كذا فى الحلية والبحر (قوله لايكره قتل حية أو عقرب) لخبر الشيخين «اقتلوا الأسودين فى الصلاة الحية والعقرب» نهر. وأما قتل القملة والبرغوث فسيأتى (قوله إن خاف الأذى) أى بأن مرت بين يديه وخاف الأذى وإلا فيكره نهاية. وفى البحر عن الحلية: ويستحب قتل العقرب بالنعل اليسرى إن أمكن، لحديث أبى داود كذلك، ويقاس عليه الحية (قوله إذ الأمر للإباحة) جواب عما يقال لم لم يكن قتلهما مستحبا للأمر بالقتل ط (قوله فالأولى الخ) أى حيث كان الأمر بالقتل لمنفعتنا. فما يخشى منه الأذى الأولى تركه وهو قتل الحية البيضاء التى تمشى مستوية لأنها جان لقوله عليه الصلاة والسلام «اقتلوا ذا الطفيتين والأبتر، وإياكم والحية البيضاء فإنها من الجن» كما فى المحيط. وقال الطحاوى: لابأس بقتل الكل «لأن النبى صلى الله عليه وسلم عهد مع الجن أن لايدخلوا بيوت أمته، فإذا دخلوا فقد نقضوا العهد فلا ذمة لهم» والأولى هو الإعذار والإنذار، فيقال: ارجع بإذن الله، فإن أبى قتله اه يعنى الإنذار فى غير الصلاة خر. قال فى الحلية: ووافق الطحاوى غير واحد آخرهم شيخنا، يعنى ابن الهمام فقال:

والحق أن الحل ثابت إلا أن الأولى الإمساك عمافيه علامة الجن لاللحرمة بل لدفع الضرر المتوهم من جهتهم اه. والطفيتان: بضم الطاء المهملة وإسكان الفاء الخطان الأسودان على ظهر الحية. والأبتر: الأفعى، قيل هو جنس كأنه مقطوع الذنب، وقيل صنف أزرق مقطوع الذنب إذا نظرت إليه الحامل ألقت اه (قوله على الأظهر) كذا قاله الإمام السرخسى، وقال لأنه عمل رخص فيه للمصلى، فهو كالمشى بعد الحدث بحر (قوله لكن صحح الحلبى الفساد) حيث قال تبعا لابن الهمام: فالحق فيما يظهر هو الفساد، والأمر بالقتل لايستلزم صحة الصلاة مع وجوده كما فى صلاة الخوف، بل الأمر فى مثله لإباحة مباشرته وإن كان مفسدا للصلاة اه. ونقل كلام ابن الهمام فى الحلية والبحر والنهر وأقروه عليه، وقالوا: إن ماذكره السرخسى رده فى النهاية بأنه مخالف لما عليه عامة رواة شروح الجامع الصغير ومبسوط شيخ الإسلام من أن الكثير لايباح اه (قوله إلى ظهر قاعد الخ) قيد بالظهر احترازا عن الوجه فإنها تكره إليه كما مر، وفى قوله يتحدث إيماء إلى أنه لاكراهة لو لم يتحدث بالأولى، ولذا زاد الشارح «ولو» وفى شرح المنية: أفاد به نفى قول من قال بالكراهة بحضرة المتحدثين، وكذا بحضرة النائمين

أو سيف مطلقا أو شمع أو سراج) أو نار توقد ، لأن المجوس إنما تعبد الجمر لا النار الموقدة قنية (أو على بساط فيه تماثيل إن لم يسجد عليها) لما مر :

[فروع] يكره اشتمال الصماء والاعتجار والتلثم والتنخم وكل عمل قليل بلا عذر ؛ كتعرض لقملة قبل الأذى ،

وما روى عنه عليه الصلاة والسلام « لاتصلوا خلف نائم ولا متحدث » فضعيف . وصح عن عائشة رضى الله عنها قالت « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى من صلاة الليل كلها وأنا معترضة بينه وبين القبلة ، فإذا أراد أن يوتر أيقظني فأوترت » رواه فى الصحيحين ، وهو يقتضى أنها كانت نائمة ، وما فى مسند البزار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « نهيت أن أصلى إلى النيام والمتحدثين » فهو محمول على ما إذا كانت لهم أصوات يخاف منها التغليظ أو الشغل ، وفى النائمين إذا خاف ظهور شيء يضحكه اهـ (قوله مطلقا) أى معلقا أو غير معلق ، وأشار به إلى أن قول الكنز وغيره معلق غير قيد :

وفى شرح المنية : وجه عدم الكراهة أن كراهة استقبال بعض الأشياء باعتبار التشبه بعبادها والمصحف والسيف لم يعبدهما أحد ؛ واستقبال أهل الكتاب للمصحف للقراءة منه لا للعبادة . وعند أبى حنيفة يكره استقباله للقراءة ؛ ولذا قيد بكونه معلقا وكون السيف آلة الحرب مناسب لحال الابتهال إلى الله تعالى ، لأنها حال المحاربة مع النفس والشيطان ، وعن هذا سمى المحراب اهـ (قوله أو شمع) بفتح الميم على الأوجه والسكون ضعيف مع أنه المستعمل قاله ابن قتيبة ، وعدم الكراهة هو المختار كما فى غاية البيان . وينبغى الاتفاق عليه فيما لو كان على جانبيه كما هو المعتاد فى ليالى رمضان بحر : أى فى حق الإمام ؛ أما المقابل لها من القوم فتلحقه الكراهة على مقابل المختار رملى (قوله لأن المجوس الخ) علة للثلاثة قبله ط (قوله قنية) ذكر ذلك فى القنية فى كتاب الكراهية . ونصه : الصحيح أنه لايكره أن يصلى وبين يديه شمع أو سراج لأنه لم يعبدهما أحد والمجوس يعبدون الجمر لا النار الموقدة ، حتى قيل لايكره إلى النار الموقدة اهـ . وظاهره أن المراد بالموقدة التى لها لهب ، لكن قال فى العناية : أن بعضهم قال : تكره إلى شمع أو سراج ، كما لو كان بين يديه كانون فيه جمر أو نار موقدة اهـ . وظاهره أن الكراهة فى الموقدة متفق عليها كما فى الجمر تأمل (قوله لما مر) علة لعدم الكراهة وهو كونها مهانة ح (قوله يكره اشتمال الصماء) لنهيه عليه الصلاة والسلام عنها ، وهى أن يأخذ بثوبه فيخلل به جسده كله من رأسه إلى قدمه ولا يرفع جانبا يخرج يده منه ؛ سمى به لعدم منفذ يخرج منه يده كالصخرة الصماء ، وقيل أن يشتمل بثوب واحد ليس عليه إزار ، وهو اشتمال اليهود زيلعى . وظاهر التعليل بالنهى أن الكراهة تحريمية كما مر فى نظائره (قوله والاعتجار) لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عنه ، وهو شد الرأس ، أو تكوير عمامته على رأسه وترك وسطه مكشوفا . وقيل أن يتنقب بعمامته فيغطى أنفه إما للحر أو للبرد أو للتكبر إمداد ، وكراهته تحريمية أيضا لما مر (قوله والتلثم) وهو تغطية الأنف والفم فى الصلاة ، لأنه يشبه فعل المجوس حال عبادتهم النيران زيلعى . ونقل ط عن أبى السعود أنها تحريمية (قوله والتنخم) هو إخراج النخامة بالنفس الشديد لغير عذر . وحكمه كالتنحنح فى تفصيله كما فى شرح المنية أى فإن كان بلا عذر وخرج به حرفان أو أكثر أفسد . وفى بعض النسخ والتختم ، والمراد به لبس الخاتم فى الصلاة بعمل قليل (قوله وكل عمل قليل الخ) تقدم الفرق بينه وبين الكثير (قوله كتعرض لقملة الخ) قال فى النهر : ويكره قتل القمل عند الإمام . وقال محمد : القتل أحب إلىّ ، رأى ذلك فعل لا بأس به ، ولعل الإمام إنما اختار الدفن لما فيه من التنزه عن إصابة الدم يد القاتل أو ثوبه وإن كان معفوا عنه ، هذا إذا تعرضت القملة ونحوها بالأذى وإلا كره الأخذ فضلا عن غيره ، وهذا كله خارج المسجد ؛ أما فيه فلا بأس

وترك كل سنة ومستحب ، وحمل الطفل ، وما ورد نسخ بحديث « إن فى الصلاة لشغلا » .

بالقتل بشرط تعرضها له بالأذى ، ولا يطرحها فى المسجد بطريق الدفن أو غيره إلا إذا غلب على ظنه أنه يظفر بها بعد الفراغ من الصلاة ، وبهذا التفصيل يحصل الجمع بين ماسبق عن الإمام أنه يدفنها فى الصلاة أى فى غير المسجد ، وبين ماروى عنه أنه لو دفنها فى المسجد أساء اه :

وفى الإمداد عن الينبوع للسيوطى عن ابن العماد ، طرح القمل فى المسجد، إن كان ميتا حرم لنجاسته ، وإن كان حيا ففى كتب المالكية كذلك ، لأن فيه تعذيبا له بالجوع ، بخلاف البرغوث لأنه يأكل التراب ، وعلى هذا يحرم طرح القمل حيا فى غير المسجد أيضا اه . قال فى الإمداد : والمصرح به فى كتبنا أنه لا يجوز إلقاء قشر القملة فى المسجد اه .

قلت : الظاهر أن العلة تقذير المسجد وإلا فالمصرح به عندنا أن مالا نفس له سائلة إذا مات فى الماء لاينجسه .

مطلب فى بيان السنة والمستحب والمندوب والمكروه وخلاف الأولى

(قوله وترك كل سنة ومستحب) السنة قسمان : سنة هدى وهى المؤكدة . وسنة زوائد . والمستحب غيره وهو المندوب ، أوهما قسمان . وقد يطلق عليه سنة ، وقدمنا تحقيق ذلك كله فى سنن الوضوء . قال فى البحر عند قوله وعلى بساط فيه تصاوير : الحاصل أن السنة إن كانت مؤكدة قوية لا يبعد كون تركها مكروها تحريما ، وإن كانت غير مؤكدة فتركها مكروه تنزيها . وأما المستحب أو المندوب فينبغى أن يكره تركه أصلا ، كقولهم يستحب يوم الأضحى أن لا يأكل أولا إلا من أضحيته ، ولو أكل من غيرها لم يكره ، فلم يلزم من ترك المستحب ثبوت الكراهة إلا أنه يشكل عليه قولهم المكروه تنزيها مرجعه إلى خلاف الأولى ، ولا شك أن ترك المستحب خلاف الأولى اه .

أقول : لكن صرح فى البحر فى صلاة العيد عندمسألة الأكل بأنه لايلزم من ترك المستحب ثبوت الكراهة إذ لا بد لها من دليل خاص اه وأشار إلى ذلك فى التحرير الأصولى ، بأن خلاف الأولى ماليس فيه صيغة نهى كترك صلاة الضحى بخلاف المكروه تنزيها اه. والظاهر أن خلاف الأولى أعم ، فكل مكروه تنزيها خلاف الأولى ولا عكس ، لأن خلاف الأولى قد لا يكون مكروها حيث لا دليل خاص كترك صلاة الضحى . وبه يظهر أن كون ترك المستحب راجعا إلى خلاف الأولى لا يلزم منه أن يكون مكروها إلا بنهى خاص ، لأن الكراهة حكم شرعى فلا بد له من دليل ، والله تعالى أعلم (قوله وحمل الطفل) أى لغير حاجة (قوله وما ورد الخ) جواب سؤال هو أنه : كيف يكون مكروها وقد ورد فى الصحيحين وغيرهما عن أبى قتادة « أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يصلى وهو حامل أمامة بنت زينب بنت النبى صلى الله عليه وسلم ، فإذا سجد وضعها ، وإذا قام حملها » وقد أجيب عنه بأجوبة : منها ما ذكره الشارح أنه منسوخ بما ذكره من الحديث ، وهو مردود بأن حديث « إن فى الصلاة لشغلا » كان قبل الهجرة ، وقصة أمامة بعدها . ومنها ما فى البدائع : أنه صلى الله عليه وسلم لم يكره منه ذلك ، لأنه كان محتاجا إليه لعدم من يحفظها ، أو للتشريع بالفعل أن هذا غير مفسد ، ومثله أيضا فى زماننا لا يكره لواحد منا فعله عند الحاجة ، أما بدونها فمكروه اه . وقد أطال المحقق ابن أمير حاج فى الحلية فى هذا المحل ، ثم قال : إن كونه للتشريع بالفعل هو الصواب الذى لا يعدل عنه كما ذكره النووى ، فإنه ذكر بعضهم أنه بالفعل أقوى من القول ، ففعله ذلك لبيان الجواز ، وإن الآدمى طاهر ، وما فى جوفه من النجاسة معفو عنه لكونه

ويباح قطعها لنحو قتل حية ، وند دابة ، وفور قدر ، وضياع ماقيمته درهم له أو لغيره
ويستحب لمدافعة الأخبثين ، وللخروج من الخلاف إن لم يخف فوت وقت أو جماعة .
ويجب لإغاثة ملهوف وغريق وحريق ، لا لنداء أحد أبويه بلا استغاثة

فى معدنه ، وأن ثياب الأطفال وأجسادهم طاهرة حتى تتحقق نجاستها ، وأن الأفعال إذا لم تكن متوالية لا تبطل الصلاة فضلا عن الفعل القليل إلى غير ذلك ، وتمامه فيه .

[تتمة] بقى فى المكروهات أشياء أخر ذكرها فى المنية ونور الإيضاح وغيرهما : منها الصلاة بحضرة مايشغل البال ويخل بالخشوع كزينة ولهو ولعب ، ولذلك كرهت بحضرة طعام تميل إليه نفسه ، وسيأتى فى كتاب الحج قبيل باب القرآن يكره للمصلى جعل نحو نعله خلفه لشغل قلبه . ومنها ما فى الخزائن تغطية الأنف والفم ، والهرولة للصلاة ، والاتكاء على حائط أو عصا فى الفرض بلا عذر لا فى النفل على الأصح ، ورفع يديه عند الركوع ، والرفع منه ، وما روى من الفساد شاذ ، وإتمام القراءة راكعا والقراءة فى غير حالة القيام ؛ ورفع الرأس ووضعه قبل الإمام ، والصلاة فى مظان النجاسة كمقبرة وحمام ؛ إلا إذا غسل موضعا منه ولا تمثال ؛ أو صلى فى موضع نزع الثياب ، أو كان فى المقبرة موضع أعد للصلاة ولا قبر ولا نجاسة فلا بأس كما فى الخانية اه وتقدم تمام هذا فى بحث الأوقات المكروهة . وفى القهستانى : لا تكره الصلاة فى جهة قبر إلا إذا كان بين يديه ؛ بحيث لو صلى صلاة الخاشعين وقع بصره عليه كما فى جنائز المضمرات (قوله ويباح قطعها) أى ولو كانت فرضا كما فى الإمداد (قوله لنحو قتل حية) أى بأن يقتلها بعمل كثير ، بناء على ما مر من تصحيح الفساد به (قوله وند دابة) أى هربها ، وكذا لخوف ذئب على غنم نور الإيضاح (قوله وفور قدر) الظاهر أنه مقيد بما بعده من فوات ماقيمته درهم ؛ سواء كان ما فى القدر له أو لغيره رحمتى (قوله وضياع ما قيمته درهم) قال فى مجمع الروايات : لأن مادونه حقير فلا يقطع الصلاة لأجله ؛ لكن ذكر فى المحيط فى الكفالة أن الحبس بالدانق يجوز ، فقطع الصلاة أولى ، وهذا فى مال الغير ، أما فى ماله لا يقطع ، والأصح جوازه فيهما اه وتمامه فى الإمداد . والذى مشى عليه فى الفتح التقييد بالدرهم (قوله ويستحب لمدافعة الأخبثين) كذا فى مواهب الرحمن ونور الإيضاح ، لكنه مخالف لما قدمناه عن الخزائن وشرح المنية ، من أنه إن كان ذلك يشغله أى يشغل قلبه عن الصلاة وخشوعها فأتمها يأثم لأدائها مع الكراهة التحريمية . ومقتضى هذا أن القطع واجب لا مستحب . ويدل عليه الحديث المار « لا يحل لأحد يؤمن بالله واليوم الآخر أن يصلى وهو حاقن حتى يتخفف » اللهم إلا أن يحمل ماهنا على ما إذا لم يشغله . لكن الظاهر أن ذلك لا يكون مسوغا فليتأمل . ثم رأيت الشرنبلالى بعد ما صرح بندب القطع كما هنا قال : وقضية الحديث توجبه (قوله وللخروج من الخلاف) عبارته فى الخزائن ولإزالة نجاسة غير مانعة لاستحباب الخروج من الخلاف وما هنا أعم لشموله لنحو ما إذا مسته امرأة أجنبية (قوله إن لم يخف الخ) راجع لقوله للخروج الخ . وأما قطعها لمدافعة الأخبثين فقدمنا عن شرح المنية أن الصواب أنه يقطعها وإن فاتته الجمعة كما يقطعها لغسل قدر الدرهم (قوله ويجب) الظاهر منه الافتراض ط (قوله لإغاثة ملهوف) سواء استغاث بالمصلى أو لم يعين أحدا فى استغاثته إذا قدر على ذلك ، ومثله خوف تردى أعمى فى بئر مثلا إذا غلب على ظنه سقوطه إمداد (قوله لا لنداء أحد أبويه الخ) المراد بهما الأصول وإن علوا ، وظاهر سياقه أنه نفى لوجوب الإجابة فيصدق مع بقاء الندب والجواز ط .

قلت : لكن ظاهر الفتح أنه نفى للجواز . وبه صرح فى الإمداد بقوله أى لا قطعها بنداء أحد أبويه من غير

إلا فى النفل ، فإن علم أنه يصلى لا بأس أن لايجيبه ، وإن لم يعلم أجابه .

(ويكره) تحريما (استقبال القبلة بالفرج) ولو (فى الخلاء) بالمد : بيت التغوط ، وكذا استدبارها (فى الأصح (كما كره) لبالغ (إمساك صبى) ليبول (نحوها ، و) كما كره (مد رجليه فى نوم أو غيره إليها) أى عمدا لأنه إساءة أدب قاله منلا ناكير (أو إلى مصحف أو شىء من الكتب الشرعية إلا أن يكون على موضع مرتفع عن

استغاثة وطلب إعانة لأن قطعها لايجوز إلا لضرورة . وقال الطحاوى : هذا فى الفرض ، وإن كان فى نافلة إن علم أحد أبويه أنه فى الصلاة وناداه لا بأس أن لايجيبه ، وإن لم يعلم يجيبه اه (قوله إلا فى النفل) أى فيجيبه وجوبا وإن لم يستغث لأنه ليم عابد بنى إسرائيل على تركه الإجابة . وقال صلى الله عليه وسلم ما معناه . لو كان فقيها لأجاب أمه ، وهذا إن لم يعلم أنه يصلى . فإن علم لاتجب الإجابة . لكنها أولى كما يستفاد من قوله لا بأس الخ . فقوله فإن علم تفصيل الحكم المستثنى ط :

وقد يقال : إن لا بأس هنا لدفع مايتوهم أن عليه بأسا فى عدم الإجابة وكونه عقوقا فلا يفيد أن الإجابة أولى . وسيأتى تمامه فى باب إدراك الفريضة .

مطلب فى أحكام المسجد

(قوله ويكره الخ) لما فرغ من بيان الكراهة فى الصلاة شرع فى بيانها خارجها مما هو من توابعها بحر (قوله تحريما) لما أخرجه الستة عنه صلى الله عليه وسلم « إذا أتيتم الغائط فلا تستقبلوا القبلة ولا تستدبروها ولكن شرقوا أو غربوا » ولهذا كان الأصح من الروايتين كراهة الاستدبار كالاستقبال بحر (قوله استقبال القبلة بالفرج) يعم قبل الرجل والمرأة . والظاهر أن المراد بالقبلة جهتها كما فى الصلاة ، وهو ظاهر الحديث المار وأن التقييد بالفرج يفيد ماصرح به الشافعية أنه لو استقبلها بصدره وحول ذكره عنها لم يكره ، بخلاف عكسه كما قدمناه فى باب الاستنجاء ، وتقدم هناك أن المكروه الاستقبال أو الاستدبار لأجل بول أو غائط ، فلو للاستنجاء لم يكره : أى تحريما . وفى النهاية : ولو غفل عن ذلك وجلس يقضى حاجته ثم وجد نفسه كذلك فلا بأس ، لكن إن أمكنه الانحراف ينحرف فإنه عد ذلك من موجبات الرحمة ، فإن لم يفعل فلا بأس اه وكأنه سقط الوجوب عند الإمكان لسقوطه ابتداء بالنسيان ولخشية التلوث ، وتقدم هناك أيضا كراهة استقبال الشمس والقمر أى لأنهما من الآيات الباهرات ، ولما معهما من الملائكة كما فى السراج ، وقدمنا أن الظاهر أن الكراهة فيه تنزيهية مالم يرد نهى خاص وأن المراد استقبال عينهما لاجهتهما ولا ضوئهما ، وتقدم تمام ذلك كله هناك فراجعه (قوله كما كره لبالغ) الظاهر منه التحريم ط (قوله إمساك صبى ليبول نحوها) أى جهتها لأنه يحرم على البالغ أن يفعل بالصغير مايحرم على الصغير فعله إذا بلغ ، ولذا يحرم على أبيه أن يلبسه حريرا أو حليا لو كان ذكرا أو يسقيه خمرا ونحو ذلك (قوله مد رجليه) أو رجل واحدة ، ومثل البالغ الصبى فى الحكم المذكور ط (قوله أى عمدا) أى من غير عذر أما بالعذر أو السهو فلا ط (قوله لأنه إساءة أدب) أفاد أن الكراهة تنزيهية ط ، لكن قدمنا عن الرحمتى فى باب الاستنجاء أنه سيأتى أنه بمد الرجل إليها ترد شهادته . قال : وهذا يقتضى التحريم فليحرر (قوله إلا أن يكون) ماذكر من المصحف والكتب ؛ أما القبلة فهى إلى عنان السماء (قوله مرتفع) ظاهره ولو كان الارتفاع قليلا ط .

قلت : أى بما تنتفى به المحاذاة عرفا ، ويختلف ذلك فى القرب والبعد ، فإنه فى البعد لاتنتفى بالارتفاع القليل ، والظاهر أنه مع البعد الكثير لا كراهة مطلقا تأمل (قوله غلق باب المسجد) الأفصح إغلاق ، لما فى القاموس :

المحاذاة) فلا يكره قاله الكمال (و) كما كره (غلق باب المسجد) إلا لخوف على متاعه ، به يفتى .

(و) كره تحريما (الوطء فوقه ، والبول والتغوّط) لأنه مسجد إلى عنان السماء (واتخاذه طريقا بغير عذر) وصرح فى القنية بفسقه باعتياده (وإدخال نجاسة فيه) وعليه (فلا يجوز الاستصباح بدهن نجس فيه) ولا تطيينه بنجس (ولا البول) والفصد (فيه ولو فى إناء) ويحرم إدخال صبيان ومجانين حيث غلب تنجيسهم وإلا فيكره

غلق الباب يغلقه لغة ردية فى أغلقه اهـ . قال فى البحر : وإنما كره لأنه يشبه المنع مع الصلاة ، قال تعالى — ومن أظلم ممن منع مساجد الله أن يذكر فيها اسمه — ومن هنا يعلم جهل بعض مدرسى زماننا من منعهم من يدرس فى مسجد تقرر فى تدريسه ، وتمامه فيه (قوله إلا لخوف على متاعه) هذا أولى من التقييد بزماننا ، لأن المدار على خوف الضرر ، فإن ثبت فى زماننا فى جميع الأوقات ثبت كذلك إلا فى أوقات الصلاة ، أو لا فلا ، أو فى بعضها ففى بعضها ، كذا فى الفتح . وفى العناية : والتدبر فى الغلق لأهل المحلة ، فإنهم إذا اجتمعوا على رجل وجعلوه متوليا بغير أمر القاضى يكون متوليا انتهى بحر ونهر (قوله الوطء فوقه) أى الجماع خزائن ؛ أما الوطء فوقه بالقدم فغير مكروه إلا فى الكعبة لغير عذر ، لقولهم بكراهة الصلاة فوقها . ثم رأيت القهستانى نقل عن المفيد كراهة الصعود على سطح المسجد اهـ ويلزمه كراهة الصلاة أيضا فوقه فليتأمل (قوله لأنه مسجد) علة لكراهة ماذكر فوقه . قال الزيلعى : ولهذا يصح اقتداء من على سطح المسجد بمن فيه إذا لم يتقدم على الإمام . ولا يبطل الاعتكاف بالصعود إليه ، ولا يحل للجنب والحائض والنفساء الوقوف عليه ؛ ولو حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها يحنث اهـ (قوله إلى عنان السماء) بفتح العين ، وكذا إلى تحت الثرى كما فى البيرى عن الإسبيجابى . بقى لو جعل الواقف تحته بيتا للخلاء هل يجوز كما فى مسجد محلة الشحم فى دمشق ؟ لم أره صريحا ، نعم سيأتى متنا فى كتاب الوقف أنه لو جعل تحته سردابا بالمصالحة جاز تأمل (قوله واتخاذه طريقا) فى التعبير بالاتخاذ إيماء إلى أنه لا يفسق بمرة أو مرتين ، ولذا عبر فى القنية بالاعتياد نهر . وفى القنية : دخل المسجد فلما توسطه ندم ، قيل يخرج من باب غير الذى قصده ، وقيل يصلى ثم يتخير فى الخروج ، وقيل إن كان محدثا يخرج من حيث دخل إعداما لما جنى اهـ (قوله بغير عذر) فلو بعذر جاز ، ويصلى كل يوم تحية المسجد مرة بحر على الخلاصة : أى إذا تكرر دخوله تكفيه التحية مرة (قوله بفسقه) يخرج عنه بنية الاعتكاف وإن لم يمكث ط عن الشرنبلالى (قوله وإدخال نجاسة فيه) عبارة الأشباه : وإدخال نجاسة فيه يخاف منها التلويث اهـ . ومفاده الجواز لو جافة ، لكن فى الفتاوى الهندية : لايدخل المسجد من على بدنه نجاسة (قوله وعليه فلا يجوز الخ) زاد لفظ عليه إشارة إلى أن ماذكره من قوله فلا يجوز ليس بمصرح به فى كتب المتقدمين ؛ وإنما بناه العلامة قاسم على ماصرحوا به من عدم جواز إدخال النجاسة المسجد ، وجعله مقيدا لقولهم : إن الدهن النجس يجوز الاستصباح به كما أفاده فى البحر (قوله ولا تطيينه بنجس) فى الفتاوى الهندية : يكره أن يطين المسجد بطين قد بل بماء نجس ؛ بخلاف السرقين إذا جعل فيه الطين لأن فى ذلك ضرورة ، وهو تحصيل غرض لايحصل إلا به ، كذا فى السراجية اهـ (قوله والفصد) ذكره فى الأشباه بحثا ، فقال : وأما الفصد فيه فى إناء فلم أره ، وينبغى أن لافرق اهـ : أى لافرق بينه وبين البول ، وكذا لايخرج فيه الريح من الدبر كما فى الأشباه .

واختلف فيه السلف ، فقيل لابأس ، وقيل يخرج إذا احتاج إليه ، وهو الأصح حموى عن شرح الجامع الصغير للتمرتاشى (قوله ويحرم الخ) لما أخرجه المنذرى « مرفوعا جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ، وبيعكم وشراءكم ، ورفع أصواتكم ، وسل سيوفكم ، وإقامة حدودكم ، وجمروها فى الجمع ، واجعلوا على أبوابها المطاهر » بحر

وينبغي لداخله تعاهد نعله وخفه ، وصلاته فيهما أفضل (لا) يكره ماذكر (فوق بيت) جعل (فيه مسجد) بل ولا فيه لأنه ليس بمسجد شرعا .

(و) أما (المتخذ لصلاة جنازة أو عيد) فهو (مسجد فى حق جواز الاقتداء) وإن انفصل الصفوف رفقا بالناس (لا فى حق غيره) به يفتى نهاية (فحل دخوله لجنب وحائض) كفناء مسجد ورباط ومدرسة ومساجد حياض وأسواق لاقوارع .

والمطاهر جمع مطهرة بكسر الميم والفتح لغة : وهو كل إناء يتطهر به كما فى المصباح ، والمراد بالحرمة كراهة التحريم لظنية الدليل . وأما قوله تعالى — أن طهرا بيتى للطائفين — الآية فيحتمل الطهارة من أعمال أهل الشرك تأمل ؛ وعليه فقوله وإلا فيكره أى تنزيها تأمل (قوله وصلاته فيهما) أى فى النعل والخف الطاهرين أفضل مخالفة لليهود تاترخانية : وفى الحديث « صلوا فى نعالكم ، ولاتشبهوا باليهود » رواه الطبرانى كما فى الجامع الصغير رامزا لصحته . وأخذ منه جمع من الحنابلة أنه سنة ولو كان يمشى بها فى الشوارع ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم وصحبه كانوا يمشون بها فى طرق المدينة ثم يصلون بها .

قلت : لكن إذا خشى تلويث فرش المسجد بها ينبغى عدمه وإن كانت طاهرة . وأما المسجد النبوى فقد كان مفروشا بالحصا فى زمنه صلى الله عليه وسلم بخلافه فى زماننا ، ولعل ذلك محمل ما فى عمدة المفتى من أن دخول المسجد متنعلا من سوء الأدب تأمل (قوله لايكره ماذكر) أى من الوطء والبول والتغوط نهر (قوله فوق بيت الخ) أى فوق مسجد البيت : أى موضع أعد للسنن والنوافل ، بأن يتخذ له محراب وينظف ويطيب كما أمر به صلى الله عليه وسلم ، فهذا مندوب لكل مسلم ، كما فى الكرمانى وغيره قهستانى ، فهو كما لو بال على سطح بيت فيه مصحف وذلك لايكره كما فى جامع البرهانى معراج (قوله به يفتى نهاية) عبارة النهاية : والمختار للفتوى أنه مسجد فى حق جواز الاقتداء الخ ، لكن قال فى البحر : ظاهره أنه يجوز الوطء والبول والتخلى فيه ، ولا يخفى ما فيه ، فإن البانى لم يعده لذلك فينبغى أن لايجوز وإن حكمنا بكونه غير مسجد ، وإنما تظهر فائدته فى حق بقية الأحكام ، وحل دخوله للجنب والحائض اهـ . ومقابل هذا المختار ماصححه فى المحيط فى مصلى الجنازة أنه ليس له حكم المسجد أصلا ، وما صححه تاج الشريعة أن مصلى العيد له حكم المساجد ، وتمامه فى الشرنبلالية (قوله كفناء مسجد) هو المكان المتصل به ليس بينه وبينه طريق ، فهو كالمتخذ لصلاة جنازة أو عيد فيما ذكر من جواز الاقتداء وحل دخوله لجنب ونحوه كما فى آخر شرح المنية (قوله ورباط) هو ماينبى لسكنى فقراء الصوفية ، ويسمى الخانقاه والتكية ، رحمتى (قوله ومدرسة) ماينبى لسكنى طلبة العلم ويجعل لها مدرس ومكان للدرس ، لكن إذا كان فيها مسجد فحكمه كغيره من المساجد : فى وقف القنية : المساجد التى فى المدارس مساجد لأنهم لايمنعون الناس من الصلاة فيها ، وإذا أغلقت يكون فيها جماعة من أهلها اهـ . وفى الخانية : دار فيها مسجد لايمنعون الناس من الصلاة فيه ، إن كانت الدار لو أغلقت كان له جماعة ممن فيها فهو مسجد جماعة تثبت له أحكام المسجد من حرمة البيع والدخول وإلا فلا وإن كانوا لايمنعون الناس من الصلاة فيه اهـ (قوله ومساجد حياض) مسجد الحوض مصطبة يجعلونها بجنب الحوض ، حتى إذا توضأ أحد من الحوض صلى فيها اهـ ح (قوله وأسواق) أى غير نافلة يجعلون مصطبة للصلاة فيها ح وذلك كالتى تجعل فى خان التجار (قوله قوارع) أى فإنها ليست كالمذكورات : قال فى أواخر شرح المنية : والمساجد التى على قوارع الطرق ليس لها جماعة راتبة فى حكم المسجد ، لكن لايعتكف فيها اهـ .

(ولا بأس بنقشه خلا محرابه) فإنه يكره ، لأنه يلهى المصلى . ويكره التكلف بدقائق النقوش ونحوها خصوصا فى جدار القبلة قاله الحلبى . وفى حظر المجتبى : وقيل يكره فى المحراب دون السقف والمؤخر انتهى . وظاهره أن المراد بالمحراب جدار القبلة فليحفظ (بجص وماء ذهب) لو (بماله) الحلال (لا من مال الوقف) فإنه حرام (وضمن متوليه لو فعل) النقش أو البياض إلا إذا خيف طمع الظلمة فلا بأس به كافى ، وإلا إذا كان لإحكام البناء أو الواقف فعل مثله لقولهم : إنه يعمر الوقف كما كان ، وتمامه فى البحر .

[فروع] أفضل المساجد مكة ، ثم المدينة ،

مطلب كلمة لا بأس دليل على أن المستحب غيره لأن البأس الشدة

(قوله ولا بأس الخ) فى هذا التعبير كما قال شمس الأئمة : إشارة إلى أنه لا يؤجر ، ويكفيه أن ينجو رأسا برأس اهـ . قال فى النهاية لأن لفظ لا بأس دليل على أن المستحب غيره ؛ لأن البأس الشدة اهـ ولهذا قال فى حظر الهندية عن المضمرات : والصرف إلى الفقراء أفضل وعليه الفتوى اهـ . وقيل يكره لقوله صلى الله عليه وسلم « إن من أشراط الساعة أن تزين المساجد » الحديث . وقيل يستحب ، لما فيه من تعظيم المسجد (قوله لأنه يلهى المصلى) أى فيخل بخشوعه من النظر إلى موضع سجوده ونحوه ، وقد صرح فى البدائع فى مستحبات الصلاة أنه ينبغى الخشوع فيها ، ويكون منتهى بصره إلى موضع سجوده الخ وكذا صرح فى الأشباه أن الخشوع فى الصلاة مستحب . والظاهر من هذا أن الكراهة هنا تنزيهية فافهم (قوله ويكره التكلف الخ) تخصيص لما فى المتن من نفى البأس بالنقش ، ولهذا قال فى الفتح : وعندنا لا بأس به ، ومحمل الكراهة التكلف بدقائق النقوش ونحوه خصوصا فى المحراب اهـ فافهم (قوله ونحوها) كأخشاب ثمينة وبياض بنحو سبيداج اهـ ط (قوله وظاهره الخ) أى ظاهر التعليل بأنه يلهى ، وكذا إخراج السقف والمؤخر ، فإن سببه عدم الإلهاء ، فيفيد أن المكروه جدار القبلة بتمامه ؛ لأن علة الإلهاء لا تخص الإمام ، بل بقية أهل الصف الأول كذلك ، ولذا قال فى الفتاوى الهندية : وكره بعض مشايخنا النقش على المحراب وحائط القبلة لأنه يشغل قلب المصلى اهـ ومثله يقال فى حائط الميمنة أو الميسرة لأنه يلهى القريب منه (قوله لو بماله الحلال) قال تاج الشريعة : أما لو أنفق فى ذلك مالا خبيثا ومالا سببه الخبيث والطيب فيكره ، لأن الله تعالى لا يقبل إلا الطيب ، فيكره تلويث بيته بما لا يقبله اهـ شرنبلالية (قوله إلا إذا خيف الخ) أى بأن اجتمعت عنده أموال المسجد وهو مستغن عن العبارة ، وإلا فيضمنها كما فى القهستانى عن النهاية (قوله وتمامه فى البحر) حيث قال : وقيدوا بالمسجد ، إذ نقش غيره موجب للضمان إلا إذا كان معدا للاستغلال تزيد الأجرة به فلا بأس به ، وأرادوا من المسجد داخله فيفيد أن تزيين خارجه مكروه ؛ وأما من مال الوقف فلا شك أنه لا يجوز للمتولى فعله مطلقا لعدم الفائدة فيه ، خصوصا إذا قصد به حرمان أرباب الوظائف كما شاهدناه فى زماننا .

مطلب فى أفضل المساجد

(قوله أفضل المساجد مكة) أى مسجد مكة ، وكذا مابعده إلى قوله الأقدم ح . وفى تسهيل المقاصد للعلامة أحمد بن العماد أن أفضل مساجد الأرض الكعبة لأنه أول بيت وضع للناس ، ثم المسجد المحيط بها لأنه أقدم مسجد بمكة ثم مسجد المدينة ، لقوله صلى الله عليه وسلم « صلاة فى مسجدى هذا تعدل ألف صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام » حموى ملخصا .

ثم القدس، ثم قبا ، ثم الأقدم، ثم الأعظم، ثم الأقرب، ومسجد أستاذه لدرسه أو لسماع الأخبار أفضل اتفاقا؛ ومسجد حيه أفضل من الجامع . والصحيح أن ماألحق بمسجد المدينة ملحق به في الفضيلة، نعم تحرى الأول أولى، وهو مائة فى مائة ذراع ، ذكره منلاعلى فى شرح لباب المناسك .

ويحرم فيه السؤال ، ويكره الإعطاء مطلقا ، وقيل إن تخطى ،

وفى البيرى : واختلف فى المراد من المسجد الحرام الذى فيه المضاعفة المذكورة ؛ فقيل بقاع الحرام ، وقيل الكعبة وما فى الحجر من البيت ، وقيل الكعبة وما حولها من المسجد ، وجزم به النووى وقال إنه الظاهر . وقال الشيخ ولى الدين العراقى : ولا يختص التضعيف بالمسجد الذى كان فى زمنه صلى الله عليه وسلم ، بل يشمل جميع مازيد فيه ، بل المشهور عند أصحابنا أنه يعم جميع مكة بل جميع حرمها الذى يحرم صيده كما صححه النووى انتهى ما أفاده شيخ مشايخنا محمد بن ظهيرة القرشى الحنفى المكى اه ملخصا .

[تنبيه] هذه المضاعفة خاصة بالفرض لقوله صلى الله عليه وسلم « صلاة أحدكم فى بيته أفضل من صلاته فى مسجدى هذا إلا المكتوبة » وإلا وقع التعارض بينه وبين الحديث الأول ، كذا حكاه ابن رشد المالكى فى القواعد عن أبى حنيفة كما فى الحلية عن غاية السروجى ، وتمامه فيها (قوله ثم القدس) لأنه أحد المساجد الثلاثة التى لاتشد الرحال إلا إليها والمنصوص على المضاعفة فيها (قوله ثم قبا) بالقصر والمد منصرف وغير منصرف والقاف مضمومة ط لأنه المسجد الذى أسس على التقوى من أول يوم (قوله ثم الأقدم ثم الأعظم) كذا فى الحلية عن الأجناس . والذى فى البحر بعد القدس : ثم الجوامع ، ثم مساجد المحال ، ثم مساجد الشوارع لأنها أخف رتبة لأنه لايعتكف فيها إذا لم يكن لها إمام معلوم ومؤذن ، ثم مساجد البيوت لأنه لايجوز الاعتكاف فيها إلا للنساء اه . وفى القهستانى : مساجد الشوارع هى التى بنيت فى الصحارى مما ليس لها مؤذن وإمام راتبان كما فى الجلابى اه .

والحاصل أن بعد القدس الجوامع : أى المساجد الكبيرة الجامعة للجماعة الكثيرة ، لكن الأقدم منها أفضل كمسجد قبا ، ثم الأعظم : أى الأكثر جماعة فالأعظم ، ثم الأقرب فالأقرب . وفى آخر شرح المنية بعد نقله مامر عن الأجناس : ثم الأقدم أفضل لسبقه حكما ، إلا إذا كان الحادث أقرب إلى بيته فإنه أفضل حينئذ لسبقه حقيقة وحكما ، كذا فى الواقعات . وذكر فى الخانية ومنية المفتى وغيرهما أن الأقدم أفضل ، فإن استويا فى القدم فالأقرب ؛ ولو استويا فيهما وقوم أحدهما أكثر ، فإن كان فقيها يقتدى به يذهب للأقل جماعة تكثيرا لها بسببه وإلا تخير . والأفضل اختيار الذى إمامه أفقه وأصلح ، ومسجد حيه وإن قل جمعه أفضل من الجامع وإن كثر جمعه اه ملخصا .

وحاصله أن فى تقديم الأقدم على الأقرب خلافا ، لكن عبارة الخانية هكذا : وإذا كان فى منزله مسجدان يذهب إلى ماكان أقدم الخ . وظاهره أن هذا التفصيل فى مسجد الحى تأمل (قوله أفضل اتفاقا) أى من الأقدم وما بعده لإحرازه فضيلتى الصلاة والسماع ط (قوله ومسجد حيه أفضل من الجامع) أى الذى جماعته أكثر من مسجد الحى ، وهذا أحد قولين حكاهما فى القنية ، والثانى العكس ، وما هنا جزم به فى شرح المنية كما مر ، وكذا فى المصفى والخانية ، بل فى الخانية : لو لم يكن لمسجد منزله مؤذن فإنه يذهب إليه ويؤذن فيه ويصلى ولو كان وحده لأن له حقا عليه فيؤديه (قوله والصحيح الخ) قدمنا الكلام مستوفى على هذه المسألة فى شروط الصلاة قبيل بحث القبلة فراجعه (قوله وقيل إن تخطى) هو الذى اقتصر عليه الشارح فى الحظر حيث قال : فرع يكره إعطاء سائل المسجد إلا إذا لم يتخط رقاب الناس فى المختار ، لأن عليا تصدق بخاتمه فى الصلاة فمدحه الله تعالى بقوله

وإنشاد ضالة أو شعر إلا ما فيه ذكر ، ورفع صوت بذكر إلا للمتفقهة ، والوضوء فيما أعد لذلك ، وغرس الأشجار إلا لنفع

— ويؤتون الزكاة وهم راكعون — ط (قوله وإنشاد ضالة) هى الشىء الضائع وإنشادها السؤال عنها : وفى الحديث « إذا رأيتم من ينشد ضالة فى المسجد فقولوا لاردها الله عليك » .

مطلب فى إنشاد الشعر

(قوله أو شعر الخ) قال فى الضياء المعنوى : العشرون أى من آفات اللسان الشعر سئل عنه صلى الله عليه وسلم فقال : « كلام حسنه حسن وقبيحه قبيح » ومعناه أن الشعر كالنثر يحمد حين يحمد ويذم حين يذم . ولا بأس باستماع نشيد الأعراب ، وهو إنشاد الشعر من غير لحن .

ويحرم هجو مسلم ولو بما فيه ، قال صلى الله عليه وسلم « لأن يمتلىء جوف أحدكم قيحا خير له من أن يمتلىء شعرا » فما كان منه فى الوعظ والحكم وذكر نعم الله تعالى وصفة المتقين فهو حسن ، وما كان من ذكر الأطلال والأزمان والأمم فمباح ، وما كان من هجو وسخف فحرام ، وما كان من وصف الخدود والقدود والشعور فمكروه كذا فصله أبو الليث السمرقندى ، ومن كثر إنشاده وإنشاؤه حين تنزل به مهماته ويجعله مكسبة له تنقص مروءته وترد شهادته اه وقدمنا بقية الكلام على ذلك فى صدر الكتاب قبل رسم المفتى :

هذا ، وقد أخرج الإمام الطحاوى فى شرح مجمع الآثار أنه صلى الله عليه وسلم نهى أن تنشد الأشعار فى المسجد ، وأن تباع فيه السلع ، وأن يتحلق فيه قبل الصلاة ، ثم وفق بينه وبين ماورد أنه صلى الله عليه وسلم وضع لحسان منبرا ينشد عليه الشعر ، بحمل الأول على ما كانت قريش تهجوه به ونحوه مما فيه ضرر ، أو على مايغلب على المسجد حتى يكون أكثر من فيه متشاغلا به . قال : وكذلك النهى عن البيع فيه هو الذى يغلب عليه حتى يكون كالسوق ، لأنه صلى الله عليه وسلم لم ينه عليا عن خصف النعل فيه مع أنه لو اجتمع الناس لخصف النعال فيه كره ، فكذلك البيع وإنشاد الشعر ، والتحلق قبل الصلاة ، فما غلب عليه كره ومالا فلا اه :

مطلب فى رفع الصوت بالذكر

(قوله ورفع صوت بذكر الخ) أقول : اضطرب كلام صاحب البزازية فى ذلك ، فتارة قال : إنه حرام ، وتارة قال إنه جائز . وفى الفتاوى الخيرية من الكراهية والاستحسان : جاء فى الحديث ما اقتضى طلب الجهر به نحو « وإن ذكرنى فى ملأ ذكرته فى ملأ خير منهم » رواه الشيخان . وهناك أحاديث اقتضت طلب الإسرار ، والجمع بينهما بأن ذلك يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال كما جمع بذلك بين أحاديث الجهر والإخفاء بالقراءة : ولا يعارض ذلك حديث « خير الذكر الخفى » لأنه حيث خيف الرياء أو تأذى المصلين أو النيام ، فإن خلا مما ذكر ؛ فقال بعض أهل العلم : إن الجهر أفضل ، لأنه أكثر عملا ، ولتعدى فائدته إلى السامعين ، ويوقظ قلب الذاكر فيجمع همه إلى الفكر ، ويصرف سمعه إليه ، ويطرد النوم ، ويزيد النشاط اه ملخصا ، وتمام الكلام هناك فراجعه . وفى حاشية الحموى عن الإمام الشعرانى : أجمع العلماء سلفا وخلفا على استحباب ذكر الجماعة فى المساجد وغيرها إلا أن يشوش جهرهم على نائم أو مصل أو قارىء الخ (قوله والوضوء) لأن ماءه مستقذر طبعا فيجب تنزيه المسجد عنه ، كما يجب تنزيهه عن المخاط والبلغم بدائع (قوله إلا فيما أعد لذلك) انظر هل يشترط إعداده لذلك من الواقف أم لا : وفى حاشية المدنى عن الفتاوى العفيفية : ولا يظن أن ما حول بئر زمزم يجوز الوضوء أو الغسل من

كتقليل نز ، وتكون للمسجد ، وأكل ، ونوم إلا لمعتكف وغريب ، وأكل نحو ثوم ، ويمنع منه ، وكذا كل

الجنابة فيه ، لأن حريم زمزم يجرى عليه حكم المساجد ، فيعامل بمعاملتها : من تحريم البصاق ، والمكث مع الجنابة فيه ، ومن حصول الاعتكاف فيه ، واستحباب تقديم اليمنى بناء على أن الداخل من مسجد لمسجد يسن له ذلك اه (قوله كتقليل نز) النز : بفتح النون وكسرها وبالزاى المعجمة ، مايتحلب من الأرض من الماء ، يقال : نزت الأرض صارت ذات نز ، كذا فى الصحاح .

مطلب فى الغرس فى المسجد

قال فى الخلاصة : غرس الأشجار فى المسجد لا بأس به إذا كان فيه نفع للمسجد ، بأن كان المسجد ذا نز والأسطوانات لاتستقر بدونها وبدون هذا لايجوز اه . وفى الهندية عن الغرائب : إن كان لنفع الناس بظله ، ولا يضيق على الناس ، ولا يفرق الصفوف لا بأس به ، وإن كان لنفع نفسه بورقه أو ثمره أو يفرق الصفوف ، أو كان فى موضع تقع به المشابهة بين البيعة والمسجد يكره اه .

هذا ، وقد رأيت رسالة للعلامة ابن أمير حاج بخطه متعلقة بغراس المسجد الأقصى رد فيها على من أفتى بجوازه فيه ، أخذا من قولهم : لو غرس شجرة للمسجد فثمرتها للمسجد ، فرد عليه بأنه لا يلزم من ذلك حل الغرس إلا للعذر المذكور ، لأن فيه شغل ما أعد للصلاة ونحوها ، وإن كان المسجد واسعا أو كان فى الغرس نفع بثمرته ، وإلا لزم إيجار قطعة منه ، ولا يجوز إبقاؤه أيضا ، لقوله عليه الصلاة والسلام « ليس لعرق ظالم حق » لأن الظلم وضع الشيء فى غير محله ، وهذا كذلك الخ ما أطال به . ورأيت فى آخر الرسالة بخط بعض العلماء أنه وافقه على ذلك المحقق ابن أبى شريف الشافعى (قوله وأكل ونوم الخ) وإذا أراد ذلك ينبغى أن ينوى الاعتكاف ، فيدخل ويذكر الله تعالى بقدر مانوى ، أو يصلى ثم يفعل ماشاء ، فتاوى هندية (قوله وأكل نحو ثوم) أى كبصل ونحوه مما له رائحة كريهة ، للحديث الصحيح فى النهى عن قربان آكل الثوم والبصل المسجد . قال الإمام العينى فى شرحه على صحيح البخارى قلت : علة النهى أذى الملائكة وأذى المسلمين ، ولا يختص بمسجده عليه الصلاة والسلام ، بل الكل سواء لرواية مساجدنا بالجمع ، خلافا لمن شذ ويلحق بما نص عليه فى الحديث كل ماله رائحة كريهة مأكولا أو غيره ، وإنما خص الثوم هنا بالذكر وفى غيره أيضا بالبصل والكراث لكثرة أكلهم لها ، وكذلك ألحق بعضهم بذلك من بفيه بخر أو به جرح له رائحة ، وكذلك القصاب ، والسماك ، والمجذوم والأبرص أولى بالإلحاق : وقال سحنون لا أرى الجمعة عليهما : واحتج بالحديث ، وألحق بالحديث كل من آذى الناس بلسانه ، وبه أفتى ابن عمر وهو أصل فى نفى كل من يتأذى به . ولا يبعد أن يعذر المعذور بأكل ماله ريح كريهة ، لما فى صحيح ابن حبان عن المغيرة بن شعبة قال « انتهيت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فوجدنى ريح الثوم فقال : « من أكل الثوم » ، فأخذت يده فأدخلتها فوجد صدرى معصوبا ، فقال : إن لك عذرا » وفى رواية الطبرانى فى الأوسط « اشتكيت صدرى فأكلته » ، وفيه : فلم يعنفه صلى الله عليه وسلم ، وقوله صلى الله عليه وسلم « وليقعد فى بيته صريح فى أن أكل هذه الأشياء عذر فى التخلف عن الجماعة . وأيضا هنا علتان : أذى المسلمين وأذى الملائكة ، فبالنظر إلى الأولى يعذر فى ترك الجماعة وحضور المسجد ، وبالنظر إلى الثانية يعذر فى ترك حضور المسجد ولو كان وحده اه ملخصا .

أقول : كونه يعذر بذلك ينبغى تقييده بما إذا أكل ذلك بعذر أو أكل ناسيا قرب دخول وقت الصلاة ،

مؤذ ولو بلسانه وكل عقد إلا لمعتكف بشرطه ، والكلام المباح ؛ وقيده فى الظهيرية بأن يجلس لأجله لكن فى النهر الإطلاق أوجه وتخصيص مكان لنفسه ، وليس له إزعاج غيره منه ولو مدرسا ، وإذا ضاق فللمصلى إزعاج القاعد ولو مشتغلا بقراءة أو درس ، بل ولأهل المحلة منع من ليس منهم عن الصلاة فيه ، ولهم نصب متول

لئلا يكون مباشرا لما يقطعه عن الجماعة بصنعه (قوله وكل عقد) الظاهر أن المراد به عقد مبادلة ليخرج نحو الهبة تأمل : وصرح فى الأشباه وغيرها بأنه يستحب عقد النكاح فى المسجد ، وسيأتى فى النكاح (قوله بشرطه) وهو أن لا يكون للتجارة ، بل يكون مايحتاجه لنفسه أو عياله بدون إحضار السلعة (قوله بأن يجلس لأجله) فإنه حينئذ لا يباح بالاتفاق ، لأن المسجد مابنى لأمور الدنيا . وفى صلاة الجلابى : الكلام المباح من حديث الدنيا يجوز فى المساجد وإن كان الأولى أن يشتغل بذكر الله تعالى ، كذا فى التمرتاشى هندية . وقال البيرى مانصه : وفى المدارك — ومن الناس من يشترى لهو الحديث — المراد بالحديث الحديث المنكر كما جاء « الحديث فى المسجد يأكل الحسنات كما تأكل البهيمة الحشيش » انتهى . فقد أفاد أن المنع خاص بالمنكر من القول ، أما المباح فلا . قال فى المصفى : الجلوس فى المسجد للحديث مأذون شرعا ، لأن أهل الصفة كانوا يلازمون المسجد وكانوا ينامون . ويتحدثون ، ولهذا لايحل لأحد منعه ، كذا فى الجامع البرهانى .

أقول : يؤخذ من هذا أن الأمر الممنوع منه إذا وجد بعد الدخول بقصد العبادة لايتناوله اهـ (قوله الإطلاق أوجه) بحث مخالف للمنقول مع مافيه من شدة الحرج ط (قوله وتخصيص مكان لنفسه) لأنه يخل بالخشوع ، كذا فى القنية : أى لأنه إذا اعتاده ثم صلى فى غيره يبقى باله مشغولا بالأول ، بخلاف ما إذا لم يألف مكانا معينا (قوله وليس له الخ) قال فى القنية : له فى المسجد موضع معين يواظب عليه وقد شغله غيره . قال الأوزاعى : له أن يزعجه ، وليس له ذلك عندنا اهـ أى لأن المسجد ليس ملكا لأحد ، بحر عن النهاية .

قلت : وينبغى تقييده بما إذا لم يقم عنه على نية العود بلا مهلة ، كما لو قام للوضوء مثلا ولا سيما إذا وضع فيه ثوبه لتحقق سبق يده تأمل .

مطلب فيمن سبقت يده إلى مباح

وفى شرح السير الكبير للسرخسى : وكذا كل ما يكون المسلمون فيه سواء كالنزول فى الرباطات ، والجلوس فى المساجد للصلاة ، والنزول بمنى أو عرفات للحج ، حتى لو ضرب فسطاطه فى مكان كان ينزل فيه غيره فهو أحق ، وليس للآخر أن يحوله ، فإن أخذ موضعا فوق ما يحتاجه فللغير أخذ الزائد منه ، فلو طلب ذلك منه رجلان فأراد إعطاء أحدهما دون الآخر فله ذلك ، ولو نزل فيه أحدهما فأراد الذى أخذه أولا وهو غنى عنه أن ينزل فيه آخر فلا لأنه اعترض على يده يد أخرى محقة لاحتياجها ، إلا إذا قال إنما كنت أخذته لهذا الآخر بأمره لا لنفسى ، فإذا حلف على ذلك له إخراجه لأنه تبين أن يده فيه كانت يدا آمرة وحاجة الآمر تمنع غيره من إثبات اليد عليه اهـ ملخصا . قال الخير الرملى : ومثل المسجد مقاعد الأسواق التى يتخذها المحترفون من سبق لها فهو الأحق بها ، وليس لمتخذها أن يزعجه ، إذ لاحق له فيها مادام فيها ، فإذا قام عنها استوى هو وغيره فيها . ومذهب الشافعية بخلافه كما نصوا عليه فى كتبهم اهـ والمراد بها التى لاتضر العامة وإلا أزعج القاعد فيها مطلقا (قوله وإذا ضاق الخ) أقول : وكذا إذا لم يضق ، لكن فى قعوده قطع للصف (قوله بل ولأهل المحلة الخ) قال فى القنية : وكذا لأهل المحلة أن يمنعوا من ليس منهم عن الصلاة فيه إذا ضاق بهم المسجد اهـ (قوله ولهم نصب متول)

وجعل المسجدين واحداً وعكسه لصلاة لاللدرس ، أو ذكر في المسجد عظة وقرآن ، فاستماع العظة أولى ؛ ولا ينبغي الكتابة على جدرانه ، ولا بأس برمي عش خفاش وحمام لتنقيته .

أي ولو بلا نصب قاض كما قدمناه عن العناية (قوله لا لدرس أو ذكر) لأنه مابني لذلك وإن جاز فيه ، كذا في القنية (قوله فاستماع العظة أولى) الظاهر أن هذا خاص بمن لاقدرة له على فهم الآيات القرآنية والتدبر والتدبر في معانيها الشرعية والاتعاظ بمواعظها الحكمية ، إذ لاشك أن من له قدرة على ذلك يكون استماعه أولى بل أوجب ، بخلاف الجاهل فإنه يفهم من المعلم والواعظ مالا يفهمه من القارئ فكان ذلك أنفع له (قوله ولا ينبغي الكتابة على جدرانه) أي خوفا من أن تسقط وتوطأ بحـر عن النهاية (قوله خفاش) كرمان : الوطواط قاموس (قوله لتنقيته) جواب سؤال ؛ حاصله أنه صلى الله عليه وسلم قال « أقروا الطير على مكاناتها » فإزالة العش مخالفة للأمر فأجاب بأنه للتنقية وهي مطلوبة ، فالحديث مخصوص بغير المساجد ط .

تم الجزء الأول ، ويليه الجزء الثاني ، وأوله :

باب الوتر والنوافل

فهرست الجزء الأول

من حاشية رد المحتار على الدر المختار

للعلامة السيد محمد أمين المعروف بابن عابدين

صحيفة

صحيفة

حاشية
رد المحتار

لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين

على

الدر المختار شرح تنوير الأبصار

في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان

المجلد الثاني

دار الفكر
للطباعة والنشر والتوزيع
بيروت

حاشية

رد المحتار

لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين

على

الدر المختار: شرح تنوير الأبصار

في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان

ويليه: تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف

وقد وضع الشرح والمتن بأعلا الصحائف

وبأسفل الصحائف تقارير لبعض العلماء

الجزء الثاني

الطبعة الثانية

١٣٨٦ هـ = ١٩٦٦ م

دار الفكر

١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م

«مَنْ يُرِدِ اللهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ»

«حديث شريف»

بسم الله الرحمن الرحيم

باب الوتر والنوافل

كل سنة نافلة ولا عكس (هو فرض عملا

بسم الله الرحمن الرحيم

باب الوتر والنوافل

الوتر بفتح الواو وكسرها : ضد الشفع . والنوافل جمع نافلة . والنفل فى اللغة : الزيادة . وفى الشريعة زيادة عبادة شرعت لنا لاعلينا ط (قوله كل سنة نافلة) قدمنا قبل هذا الباب فى آخر المكروهات تقسيم السنة إلى مؤكدة وغيرها ، وبسطنا ذلك أيضا فى سنن الوضوء ، والكل يسمى نافلة لأنه زيادة على الفرض لتكميله ، ومراده الاعتذار عن ترك التصريح بالسنن فى الترجمة مع أن الباب معقود لبيانها أيضا (قوله ولا عكس) أى لغويا ، لأن الفقيه بمعزل عن النظر إلى القواعد المنطقية ، فالمراد : وليس كل نافلة سنة ، فإن كل صلاة لم تطلب بعينها نافلة وليست بسنة ، بخلاف ماطلبت بعينها كصلاة الليل والضحى مثلا فافهم (قوله هو فرض عملا) أى يفترض عمله أى فعله بمعنى أنه يعامل معاملة الفرائض فى العمل فيأثم بتركه ويفوت الجواز بفوته ، ويجب ترتيبه وقضاؤه ونحو ذلك ؛ فقوله عملا تمييز محول عن الفاعل .

مطلب فى الفرض العلمى والعملى والواجب

واعلم أن الفرض نوعان : فرض عملا وعلما ، وفرض عملا فقط. فالأول كالصلوات الخمس فإنها فرض من جهة العمل لايحل تركها ويفوت الجواز بفوتها ؛ بمعنى أنه لو ترك واحدة منها لايصح فعل مابعدها قبل قضاء المتروكة ، وفرض من جهة العلم والاعتقاد ؛ بمعنى أنه يفترض عليه اعتقادها حتى يكفر بإنكارها والثانى كالوتر فإنه فرض عملا كما ذكرناه وليس بفرض علما : أى لايفترض اعتقاده ، حتى أنه لايكفر منكره لظنية دليله وشبهة

وواجب اعتقادا وسنة ثبوتا) بهذا وفقوا بين الروايات، وعليه (فلا يكفر) بضم فسكون: أى لا ينسب إلى الكفر (جاحده

الاختلاف فيه، ولذا يسمى واجبا؛ ونظيره مسح ربع الرأس، فإن الدليل القطعى أفاد أصل المسح. وأما كونه قدر الربع فإنه ظنى، لكنه قام عند المجتهد مارجح دليله الظنى حتى صار قريبا من القطعى فسماه فرضا أى عمليا، بمعنى أنه يلزم عمله، حتى لو تركه ومسح شعرة مثلا يفوت الجواز به وليس فرضا علما، حتى لو أنكره لا يكفر بخلاف مالو أنكر أصل المسح:

وبه علم أن الواجب نوعان أيضا، لأنه كما يطلق على هذا الفرض الغير القطعى يطلق على ماهو دونه فى العمل وفوق السنة وهو مالا يفوت الجواز بفوته، كقراءة الفاتحة، وقنوت الوتر وتكبيرات العيدين، وأكثر الواجبات من كل مايجبر بسجود السهو. وقد يطلق الواجب أيضا على الفرض القطعى كما قدمناه عن التلويح فى بحث فرائض الوضوء فراجعه (قوله وواجب اعتقادا) أى يجب اعتقاده، وظاهر كلامهم أنه يجب اعتقاد وجوبه، إذ لو لم يجب عليه اعتقاد وجوبه لما أمكن إيجاب فعله، لأنه لا يجب فعل مالا يعتقده واجبا، ولذا أشكل قولهما بسنيته ووجوب قضائه كما يأتى. ويدل عليه أيضا قول الأصوليين فى الواجب إن حكمه اللزوم عملا لا علما على اليقين؛ فتقولهم على اليقين يفيد أن حكمه اللزوم عملا وعلما على الظن، فيلزمه أن يعلم ظنيته: أى أنه واجب وإلا لغا قولهم على اليقين، وحينئذ فيشكل قول الزيلعى: إن اعتقاد الوجوب ليس بواجب على الحنفى، إلا أن يجاب بأن المراد ليس بفرض، حتى لو لم يعتقد وجوبه لا يكفر، لأن الوجوب يطلق بمعنى الفرض أيضا كما مر فليتأمل (قوله وسنة ثبوتا) أى ثبوته علم من جهة السنة لا القرآن، وهى قوله صلى الله عليه وسلم «الوتر حق، فمن لم يوتر فليس منى، قاله ثلاثا» رواه أبو داود والحاكم وصححه، وقوله صلى الله عليه وسلم «أوتروا قبل أن تصبحوا» رواه مسلم، والأمر للوجوب، وتمامه فى شرح المنية (قوله بين الروايات) أى الثلاث المروية عن أبى حنيفة فإنه روى عنه أنه فرض وأنه واجب وأنه سنة، والتوفيق أولى من التفريق، فرجع الكل إلى الوجوب الذى مشى عليه فى الكنز وغيره. قال فى البحر: وهو آخر أقوال الإمام، وهو الصحيح محيط والأصح خانية، وهو الظاهر من مذهبه مبسوط اهـ. ثم قال: وأما عندهما فسنة عملا واعتقادا ودليلا، لكنها آكد سائر السنن المؤقتة (قوله وعليه الخ) أى على ماذكر من التوفيق؛ فإنه لو حملت رواية الفرض على ظاهرها لزم إكفار جاحده؛ ولو حملت رواية الواجب على ظاهرها، وهو كون المراد بالواجب مايتبادر منه، وهو مالا يفوت الجواز بفوته ولا يعامل معاملة الفرض لزم أن لا يفسد الفجر بتذكره ولا عكسه، ولو حملت رواية السنة على ظاهرها لزم أن لا يقضى وأن يصح قاعداً وراكبا؛ ففى تفريع المصنف لف ونشر مرتب فافهم (قوله فلا يكفر جاحده) أى جاحد أصل الوتر اتفاقا، لأن عدم الإكفار لازم السنية والوجوب كما صرح به فى فتح القدير ح.

قلت: والمراد الجحود مع رسوخ الأدب، كأن يكون لشبهة دليل أو نوع تأويل، فلا ينافيه مايأتى من أنه لو ترك السنن فإن رآها حقا أثم وإلا كفر لأنهم علاوه بأنه ترك استخفافا كما عزاه فى البحر إلى التجنيس والنوازل والمحيط، ولقوله فى شرح المنية: ولا يكفر جاحده إلا إن استخف ولم يره حقا على المعنى الذى مر فى السنن اهـ وأراد بما مر، هو أن يقول هذا فعل النبى صلى الله عليه وسلم وأنا لا أفعله.

مطلب فى منكر الوتر والسنن أو الإجماع

ثم اعلم أنه قال فى الأشباه: ويكفر بإنكار أصل الوتر والأضحية اهـ ومثله فى القنية، ومفهومه أن المراد هنا جحود وجوبه، ويؤيده تعليل الزيلعى بثبوته بخبر الواحد، فإن الثابت بخبر الواحد وجوبه لا أصل مشروعيته

وتذكره في الفجر مفسد له كعكسه) بشرطه خلافا لهما (و) لكنه (يقضى) ولا يصح قاعدا ولا راكباً اتفاقا (وهو ثلاث ركعات بتسليمة) كالمغرب؛ حتى لو نسى القعود لايعود ولو عاد ينبغى الفساد كما سيجىء (و) لكنه (يقرأ في كل ركعة منه فاتحة الكتاب وسورة) احتياطا ،

بل هي ثابتة بإجماع الأمة ومعلومة من الدين ضرورة .

وقد صرح بعض المحققين من الشافعية بأن من أنكر مشروعية السنن الراتبة أو صلاة العيدين يكفر لأنها معلومة من الدين بالضرورة ، وسيأتى فى سنن الفجر أنه يخشى الكفر على منكرها .

قلت : ولعل المراد الإنكار بنوع تأويل وإلا فلا خلاف في مشروعيتها . وقد صرح في التحرير في باب الإجماع بأن منكر حكم الإجماع القطعي يكفر عند الحنفية وطائفة. وقالت طائفة لا ، وصرح أيضا بأن ما كان من ضروريات الدين وهو مايعرف الخواص والعوام أنه من الدين كوجوب اعتقاد التوحيد والرسالة والصلوات الخمس وأخواتها يكفر منكره ، ومالا فلا ؛ كفساد الحج بالوطء قبل الوقوف ،وإعطاء السدس الجدة ونحوه أى مما لايعرف كونه من الدين إلا الخواص .

ولا شبهة أن مانحن فيه من مشروعية الوتر ونحوه يعلم الخواص والعوام أنها من الدين بالضرورة فينبغى الجزم بتكفير منكرها مالم يكن عن تأويل بخلاف تركها ، فإنه إن كان عن استخفاف كما مر يكفر وإلا بأن يكون كسلا أو فسقا بلا استخفاف فلا . هذا ماظهر لى ، والله أعلم (قوله مفسد له) أى للفجر والفجر غير قيد ، بل هو مثال (قوله كعكسه) وهو تذكر الفرض فيه ح (قوله بشرطه) وهو عدم ضيق الوقت وعدم صيرورتها ستا ، وأما عدم النسيان فلا يصح هنا ، لأن فرض المسألة فيما إذا تذكره فى الفجر ، أو تذكر الفجر فيه رحمتى فافهم (قوله خلافا لهما) فلا يحكمان بالفساد لأنه سنة عندهما ط (قوله ولكنه يقضى) لاوجه للاستدراك على قول الإمام وإنما أتى به نظرا إلى قوله اتفاقا بعد حكايته الخلاف فيما قبله : أى أنه يقضى وجوبا اتفاقا ، أما عنده فظاهر وأما عندهما وهو ظاهر الرواية عنهما فلقوله عليه الصلاة والسلام « من نام عن وتر أو نسيه فليصله إذا ذكره » كما فى البحر عن المحيط .

واستشكله فى الفتح والنهر بأن وجوب القضاء فرع وجوب الأداء . وأجاب فى البحر بما ذكر عن المحيط .

قلت : ولا يخفى مافيه ، فإن دلالة الحديث على وجوب القضاء مما يقوّى الإشكال ، إلا أن يجاب بأنهما لما ثبت عندهما دليل السنية قالا به ، ولما ثبت دليل القضاء قالا به أيضا اتباعا للنص وإن خالف القياس (قوله ولا يصح الخ) لأن الواجبات لاتصح على الراحلة بلا عذر . وعندهما وإن كان سنة ، لكن صح عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه كان يتنفل على راحلته من غير عذر فى الليل ، وإذا بلغ الوتر نزل فيوتر على الأرض » بحر عن المحيط ، والقعود كالركوب (قوله اتفاقا) راجع للمسائل الثلاث ح وإنما الخلاف فى خمس : فى تذكره فى الفرض، وعكسه ، وفى قضائه بعد طلوع الفجر ،وصلاة العصر ، وإعادته بفساد العشاء خزائن؛ أى فإنه على القول بسنيته لايلزم فساد الفرض ولا فساده بالتذكر ، ولا يقضى فى الوقتين المذكورين ، ويعاد لو ظهر فساد العشاء دونه (قوله كالمغرب) أفاد به أن القعدة الأولى فيه واجبة ، وأنه لايصلى فيها على النبى صلى الله عليه وسلم ط (قوله حتى لو نسى) تفريع على قوله كالمغرب ، ولو كان كالنفل لعاد قبل أن يقيد ماقام إليه بالسجود ، لأن كل ركعتين من النفل صلاة على حدة ط (قوله لايعود) أى إذا استتم قائما لاشتغاله بفرض القيام (قوله كما سيجىء) أى فى باب سجود السهو ، لكنه رجح هناك عدم الفساد ونقل عن البحر أنه الحق (قوله ولكنه) استدراك على مايتوهم من قوله كالمغرب من أنه لايقرأ السورة فى ثالثته (قوله احتياطا) أي لأن الواجب تردد بين السنة والفرض؛ فبالنظر

والسنة السور الثلاث، وزيادة المعوّذتين لم يخترها الجمهور (ويكبر قبل ركوع ثالثته رافعا يديه) كما مر ثم يعتمد، وقيل كالداعي (وقنت فيه) ويسن الدعاء المشهور، ويصلى على النبي صلى الله عليه وسلم

إلى الأول تجب القراءة في جميعه، وبالنظر إلى الثاني لا فتجب احتياطا شرح المنية (قوله والسنة السور الثلاث) أي الأعلى والكافرون والإخلاص، لكن في النهاية أن التعيين على الدوام يفضي إلى اعتقاد بعض الناس أنه واجب وهو لايجوز، فلو قرأ بما ورد به الآثار أحيانا بلا مواظبة يكون حسنا بحر، وهل ذلك فى حق الإمام فقط أو إذا رأى ذلك حتما لايجوز غيره؟ قدمنا الكلام فيه قبيل باب الإمامة (قوله وزيادة المعوذتين الخ) أي فى الثالثة بعد سورة الإخلاص. قال فى البحر عن الحلية: وما وقع فى السنن وغيرها من زيادة المعوذتين أنكرها الإمام أحمد وابن معين ولم يخترها أكثر أهل العلم كما ذكره الترمذى اه (قوله ويكبر) أي وجوبا وفيه قولان كما مر فى الواجبات، وقدمنا هناك عن البحر أنه ينبغي ترجيح عدمه (قوله رافعا يديه) أي سنة إلى حذاء أذنيه كتكبيرة الإحرام، وهذا كما فى الإمداد عن مجمع الروايات لو فى الوقت، أما فى القضاء عند الناس فلا يرفع حتى لايطلع أحد على تقصيره اه (قوله كما مر) أي فى فصل إذا أراد الشروع فى الصلاة عند قوله ولا يسن رفع اليدين إلا فى سبع (قوله ثم يعتمد) أي يضع يمينه على يساره كما فى حالة القراءة ح (قوله وقيل كالداعي) أي عن أبي يوسف أنه يرفعهما إلى صدره وبطونهما إلى السماء إمداد. والظاهر أنه يبقيهما كذلك إلى تمام الدعاء على هذه الرواية تأمل (قوله وقنت فيه) أي فى الوتر أو الضمير إلى ماقبل الركوع.

واختلف المشايخ فى حقيقة القنوت الذى هو واجب عنده؛ فنقل فى المجتبى أنه طول القيام دون الدعاء، وفى الفتاوى الصغرى العكس، وينبغي تصحيحه بحر. قال فى المغرب: وهو المشهور، وقولهم دعاء القنوت إضافة بيان اه ومثله فى الإمداد. ثم القنوت واجب عنده سنة عندهما كالخلاف فى الوتر كما فى البحر والبدائع، لكن ظاهر مافى غرر الأفكار عدم الخلاف فى وجوبه عندنا، فإنه قال: القنوت عندنا واجب. وعند مالك مستحب. وعند الشافعي من الأبعاض. وعند أحمد سنة تأمل (قوله ويسن الدعاء المشهور) قدمنا فى بحث الواجبات التصريح بذلك عن النهر. وذكر فى البحر عن الكرخي أن القنوت ليس فيه دعاء مؤقت، لأنه روى عن الصحابة أدعية مختلفة، ولأن المؤقت من الدعاء يذهب برقة القلب. وذكر الإسبيجابى أنه ظاهر الرواية. وقال بعضهم: المراد ليس فيه دعاء مؤقت ماسوى: اللهم إنا نستعينك. وقال بعضهم: الأفضل التوقيت، ورجحه فى شرح المنية تبركا بالمأثور اه. والظاهر أن القول الثاني والثالث متحدان، وحاصلهما تقييد ظاهر الرواية بغير المأثور كمايفيده قول الزيلعي. وقال فى المحيط والذخيرة: يعنى من غير قوله اللهم إنا نستعينك الخ واللهم اهدنا الخ اه فلفظ يعنى بيان لمراد محمد فى ظاهر الرواية، فلا يكون هذا القول خارجا عنها، ولذا قال فى شرح المنية: والصحيح أن عدم التوقيت فيما عدا المأثور، لأن الصحابة اتفقوا عليه، ولأنه ربما يجرى على اللسان مايشبه كلام الناس إذا لم يؤقت ثم ذكر اختلاف الألفاظ الواردة فى اللهم إنا نستعينك الخ. ثم ذكر أن الأولى أن يضم إليه اللهم اهدنى الخ وأن ماعدا هذين فلا توقيت فيه، ومنه ماعن ابن عمر «أنه كان يقول بعد عذابك الجد بالكفار ملحق: اللهم اغفر للمؤمنين والمؤمنات والمسلمين والمسلمات، وألف بين قلوبهم، وأصلح ذات بينهم، وانصرهم على عدوك وعدوهم. اللهم العن كفرة الكتاب الذين يكذبون رسلك ويقاتلون أولياءك. اللهم خالف بين كلمتهم، وزلزل أقدامهم، وأنزل عليهم بأسك الذى لايرد عن القوم المجرمين» ومنه ما أخرجه الأربعة وحسنه الترمذي «أنه عليه الصلاة والسلام كان يقول فى آخر وتره: اللهم إنى أعوذ برضاك من سخطك، وبمعافاتك من عقوبتك، وأعوذ

به يفتى ، وصح الجد بالكسر بمعنى الحق ، ملحق بمعنى لاحق ، ونحفد بدال مهملة بمعنى نسرع ، فإن قرأ بذال معجمة فسدت خانية كأنه لأنه كلمة مهملة (مخافتا على الأصح مطلقا) ولو إماما ، لحديث « خير الدعاء الخفى » (وصح الاقتداء فيه) فى غيره أولى إن لم يتحقق منه ما يفسدها فى اعتقاده فى الأصح كما بسطه فى البحر

بك منك ، لاأحصى ثناء عليك ، أنت كما أثنيت على نفسك » وغير ذلك من الأدعية التى لاتشبه كلام الناس . ومن لايحسن القنوت يقول — ربنا آتنا فى الدنيا حسنة — الآية . وقال أبو الليث يقول : اللهم اغفر لى يكررها ثلاثا ، وقيل يقول : يارب ثلاثا ، ذكره فى الذخيرة اه .

أقول : هذا يفيد أن مافى البحر من قوله ذكر الكرخى أن مقدار القيام فى القنوت مقدار سورة — إذا السماء انشقت — وكذا ذكر فى الأصل اه بيان للأفضل ، أو هو مبنى على القول بأن القنوت الواجب هو طول القيام لاالدعاء تأمل .

هذا ، وذكر فى الحلية أن مامر من أنه صلى الله عليه وسلم « كان يقول فى آخر وتره اللهم إنى أعوذ برضاك من سخطك » الخ . جاء فى بعض روايات النسائى « أنه كان يقوله إذا فرغ من صـلاته وتبوأ مضجعه » (قوله وصح الجد) قال فى الحلية والجد فى « إن عذابك الجد » ثابت فى رواية الطحاوى . وفى البحر أنه ثابت فى مراسيل أبى داود ، وبه اندفع قول الشمنى فى شرح النقاية إنه لايقوله (قوله وملحق بمعنى لاحق) مبتدأ ، وخبر وهو بكسر الحاء ، هذا هو المشهور . ونص غير واحد على أنه الأصح ، ويقال بفتحها ذكره ابن قتيبة وغيره . ونص الجوهرى على أنه صواب ، كذا فى الحلية . قلت : بل فى القاموس الفتح أحسن ، أو الصواب تأمل (قوله بمعنى لاحق) أى أنه من ألحق المزيد بمعنى لحق المجرد . وفى الشرنبلالية أن المطرزى صحح أن المراد ملحق الفساق بالكفار الأول أولى احترازا عن الإضمار ، وتمامه فيها .

قلت : ولعل ماصححه المطرزى ، وهو صاحب المغرب تلميذ الزمخشرى وشيخ صاحب القنية بناه على مذهبهم الفاسد مذهب الاعتزال ، من أن عصاة المؤمنين مخلدون فى النار كالكفار (قوله كأنه لأنه كلمة مهملة) كذا فى البحر ، لكن فيه أنه ورد فى صفة البراق « له جناحان يحفد بهما » أى يستعين على السير (قوله على الأصح) كذا فى المحيط . وفى الهداية أنه المختار ، ومقابله مافى الذخيرة ، واستحسنوا الجهر فى بلاد العجم للإمام ليتعلموا . وفصل بعضهم بين أن يعلمه القوم فالأفضل للإمام الإخفاء وإلا فالجهر اه .

قلت : هذا التفصيل لايخرج عما قبله . وفى المنية من اختار الجهر اختاره دون القراءة (قوله ولو إماما) قال فى الخزائن إماما كان أو مؤتما أو منفردا ، أداء أو قضاء ، فى رمضان أو غيره (قوله لحديث الخ) أفاد أن المخافتة ليست واجبة ط (قوله ففى غيره أولى) وجه الأولوية أن النية متحدة فى الفرض والنفل ، بخلاف الوتر ، فهى فيه مختلفة ط أى لأن إمامه ينويه سنة (قوله إن لم يتحقق الخ) فلو رآه احتجم ثم غاب فالأصح أنه يصح الاقتداء به ، لأنه يجوز أن يتوضأ احتياطاً وحسن الظن به أولى بحر عن الزاهدى (قوله كما بسطه فى البحر) حيث ذكر أن الحاصل أنه إن علم الاحتياط منه فى مذهبنا فلا كراهة فى الاقتداء به وإن علم عدمه فلا صحة ، وإن لم يعلم شيئا كره .

مطلب الاقتداء بالشافعى

ثم قال : ظاهر الهداية أن الاعتبار لاعتقاد المقتدى ولا اعتبار لاعتقاد الإمام ، حتى لو اقتدى بشافعى رآه مس امرأة ولم يتوضأ فالأكثر على الجواز وهو الأصح كما فى الفتح وغيره . وقال الهندوانى وجماعة : لايجوز ، ورجحه

(بشافعي) مثلا (لم يفصله بسلام) لأن فصله (على الأصح) فيهما للاتحاد وإن اختلف الاعتقاد (و) لذا (ينوى الوتر لاالوتر الواجب كما في العيدين) للاختلاف (ويأتي المأموم بقنوت الوتر) ولو بشافعي يقنت بعد الركوع

فى النهاية بأنه أقيس ، لأن الإمام ليس بمصل فى زعمه وهو الأصل فلا يصح الاقتداء به . ورد بأن المعتبر فى حق المقتدى رأى نفسه لاغيره ، وأنه ينبغى حمل حال الإمام على التقليد ، لئلا تلزم الحرمة بصلاته بلا طهارة فى زعمه إن قصد ذلك اه . قال فى النهر : وعلى قول الهندوانى يصح الاقتداء وإن لم يحتط اه. وظاهره الجواز وإن ترك بعض الشروط عندنا ، لكن ذكر العلامة نوح أفندى أن اعتبار رأى المقتدى فى الجواز وعدمه متفق عليه ، وإنما الخلاف المار فى اعتبار رأى الإمام أيضا ؛ فالحنفى إذا رأى فى ثوب إمام شافعى منيا لايجوز اقتداؤه به اتفاقا ، وإن رأى نجاسة قليلة جاز عند الجمهور لاعند البعض لأنها مانعة على رأى الإمام ، والمعتبر رأيهما اه وفيه نظر يظهر قريبا . هذا ، وقد بسطنا بقية أبحاث الاقتداء بالمخالف فى باب الإمامة (قوله بشافعى مثلا) دخل فيه من يعتقد قول الصاحبين ، وكذا كل من يقول بسنيته (قوله على الأصح فيهما) أى فى جواز أصل الاقتداء فيه بشافعى وفى اشتراط عدم فصله ، خلافا لما فى الإرشاد من أنه لايجوز أصلا باجماع أصحابنا لأنه اقتداء المفترض بالمتنفل ، وخلافا لما قاله الرازى من أنه يصح وإن فصله ويصلى معه بقية الوتر ، لأن إمامه لم يخرج بسلامه عنده وهو مجتهد فيه ، كما لو اقتدى بإمام قد رعف :

قلت : ومعنى كونه لم يخرج بسلامه أن سلامه لم يفسد وتره ، لأن مابعده يحسب من الوتر ، فكأنه لم يخرج منه ، وهذا بناء على قول الهندوانى بقرينة قوله كما لو اقتدى الخ ، ومقتضاه أن المعتبر رأى الإمام فقط ، وهذا يخالف ماقدمناه آنفا عن نوح أفندى (قوله للاتحاد الخ) علة لصحة الاقتداء. ورد على مامر عن الإرشاد بما نقله أصحاب الفتاوى عن ابن الفضل أنه يصح الاقتداء لأن كلا يحتاج إلى نية الوتر ، فأهدر اختلاف الاعتقاد فى صفة الصلاة ، واعتبر مجرد اتحاد النية اه :

واستشكله فى الفتح بأنه اقتداء المفترض بالمتنفل وإن لم يخطر بخاطره عند النية صفة السنية أو غيرها ، بل مجرد الوتر كما هو ظاهر إطلاق التجنيس لتقرر النفلية فى اعتقاده . ورده فى البحر بما صرح به فى التجنيس أيضا من أن الإمام إن نوى الوتر وهو يراه سنة جاز الاقتداء كمن صلى الظهر خلف من يرى أن الركوع سنة ، وإن نواه بنية التطوع لايصح الاقتداء لأنه يصير اقتداء المفترض بالمتنفل اه ولم يذكر الشارح تعليل اشتراط عدم الفصل بسلام اكتفاء بما أشار إليه قبله من أن الأصح اعتبار اعتقاد المقتدى ، والسلام قاطع فى اعتقاده فيفسد اقتداؤه وإن صح شروعه معه إذ لامانع منه فى الابتداء كما أفاده ح (قوله ولذا ينوى) أى لأجل الاختلاف المفهوم من قوله وإن اختلف الاعتقاد ط (قوله لاالوتر الواجب) الذى ينبغى أن يفهم من قولهم إنه لاينوى أنه واجب أنه لايلزمه تعيين الوجوب لامنعه من ذلك ، لأنه إن كان حنفيا ينبغى أن ينويه ليطابق اعتقاده ، وإن كان غيره فلا تضره تلك النية بحر (قوله للاختلاف) أى فى الوجوب والسنية ، وهو علة للعيدين فقط ، وعلة الوتر قدمها بقوله ولذا لو حذف هذا ماضر لفهمه من الكاف ط (قوله ويأتى المأموم الخ) هذا من المسائل الخمس الآتية التى يفعلها المؤتم إن فعلها الإمام ، وما مشى عليه المصنف تبعا للكنز هو المختار كما فى البحر عن المحيط . وعبارة المحيط كما فى الحلية قال أبو يوسف : يسن أن يقرأ المقتدى أيضا ، وهو المختار ، لأنه دعاء كسائر الأدعية . وقال محمد : لايقرأ بل يؤمن لأن له شبهة القرآن احتياطا اهـ وهو صريح فى أنه سنة للمقتدى لاواجب ، إلا أن يكون مبنيا على مامر عن البحر من أن القنوت سنة عندهما (قوله ولو بشافعى الخ) أى ويقنت بدعاء الاستعانة لادعاء الهداية الذى يدعو به إمامه

لأنه مجتهد فيه (لا الفجر) لأنه منسوخ (بل يقف ساكتا على الأظهر) مرسلا يديه .

(ولو نسيه) أى القنوت (ثم تذكره فى الركوع لايقنت) فيه لفوات محله (ولا يعود إلى القيام) فى الأصح لأن فيه رفض الفرض للواجب (فإن عاد إليه وقنت ولم يعد الركوع لم تفسد صلاته) لكون ركوعه بعد قراءة تامة

لأن المتابعة فى مطلق القنوت لافى خصوص الدعاء كما حرره الشيخ أبو السعود عن الشيخ عبد الحى وإن توقف فيه فى الشرنبلالية (قوله لأنه مجتهد فيه) قدمنا معنى هذا عند قوله فى آخر واجبات الصلاة ومتابعة الإمام ، يعنى فى المجتهد فيه لافى المقطوع بنسخه أو بعدم سنيته كقنوت فجر اه وقدمنا هناك من أمثلة المجتهد فيه سجدتا السهو قبل السلام ، وما زاد على الثلاث فى تكبيرات العيد وقنوت الوتر بعد الركوع . والظاهر أن المراد من وجوب المتابعة فى قنوت الوتر بعد الركوع المتابعة فى القيام فيه لافى الدعاء إن قلنا إنه سنة للمقتدى لاواجب (قوله لأنه منسوخ) فصار كما لو كبر خمسا فى الجنازة حيث لايتابعه فى الخامسة بحر (قوله بل يقف) وقيل يقعد ، وقيل يطيل الركوع ،وقيل يسجد إلىأن يدركه فيه شرنبلالية (قوله،رسلا يديه) لأن الوضع سنة قيام طويل فيه مسنون ، وهذا الذكر ليس بمسنون عندنا :

] تنبيه] قال فى الهداية : دلت المسألة على جواز الاقتداء بالشافعية ، وإذا علم المقتدى منه مايزعم به فساد صلاته كالفصد وغيره لايجزيه انتهى . ووجه دلالتها أنه لو لم يصح الاقتداء لم يصح اختلاف علمائنا فى أنه يسكت أو يتابعه بحر (قوله لفوات محله) لأنه لم يشرع إلا فى محض القيام فلا يتعدى إلى ماهو قيام من وجه دون وجه وهو الركوع . وأما تكبيرة العيد فإنه إذا تذكرها فيه يأتى بها فيه لأنها لم تختص بمحض القيام ، لأن تكبيرة الركوع يؤتى بها فى حال الانحطاط ، وهى محسوبة من تكبيرات العيد بإجماع الصحابة . فإذا جاز واحدة منها فى غير محض القيام من غير عذر جاز أداء الباقى مع قيام العذر بالأولى بحر .

أقول : وهو مأخوذ من الحلية ، وأصله فى البدائع ، لكن ما ذكره من أنه يأتى بتكبيرات العيد فى الركوع وإن صرح به فى البدائع والذخيرة وغيرهما مخالف لما صرح به صاحب البدائع نفسه فى فصل العيد من أن الإمام لو تذكر فى ركوع الركعة الأولى أنه لم يكبر فإنه يعود ويكبر وينتقض ركوعه ولا يعيد القراءة . بخلاف المقتدى لو أدرك الإمام فى الركوع وخاف فوت الركعة فإنه يركع ويكبر فيه . والفرق أن محل التكبيرات فى الأصل القيام المحض ، ولكن ألحقنا الركوع بالقيام فى حق المقتدى لضرورة وجوب المتابعة اه فانظر إلى مابين الكلامين من التدافع ، وعلى ماذكره فى البدائع ثانيا مشى فى شرح المنية . ثم فرق بين التكبير حيث يرفض الركوع لأجله وبين القنوت بكون تكبير العيد مجمعا عليه دون القنوت .

وأقول : قد صرح فى الحلية من باب صلاة العيد ، بأن مافى البدائع ثانيا رواية النوادر وأن ظاهر الرواية أنه لايكبر ويمضى فى صلاته ، وصرح بذلك فى البحر أيضا هناك ؛ وعليه فلا إشكال أصلا ، إذ لافرق بينه وبين القنوت فافهم ، والله أعلم (قوله ولا يعود إلى القيام) إن قلت : هو وإن لم يقنت فقد حصل القيام برفع رأسه من الركوع . قلنا هذه قومة لاقيام فيكون عدم العود إلى القيام كناية عن عدم القنوت بعد الركوع ، لأن القيام لازم القنوت ملزوم ، فأطلق اللازم لينتقل منه إلى الملزوم ح (قوله لأن فيه رفض الفرض للواجب) يعنى وهو مبطل للصلاة على قول ، وموجب للإساءة على قول آخر . والحق الثانى كما يأتى فى باب سجود السهو ح (قوله لكون ركوعه بعد قراءة تامة) أى فلم ينتقض ركوعه ، بخلاف ما لو تذكر الفاتحة أو السورة حيث يعود وينتقض ركوعه ، لأن بعوده صارت قراءة الكل فرضا ، والترتيب بين القراءة والركوع فرض فارتفض ركوعه ، فلو لم

(وسجد للسهو) قنت أولا لزواله عن محله (ركع الإمام قبل فراغ المقتدى) من القنوت قطعه و (تابعه) ولو لم يقرأ منه شيئاً تركه إن خاف فوت الركوع معه بخلاف التشهد لأن المخالفة فيما هو من الأركان أو الشرائط مفسدة لافى غيرها درر (قنت فى أولى الوتر أو ثانيته سهوا لم يقنت فى ثالثته) أما لو شك أنه فى ثانيته أو ثالثته كرره مع القعود فى الأصح . والفرق أن الساهى قنت على أنه موضع القنوت فلا يتكرر ، بخلاف الشاك ورجح الحلبى تكراره لهما ؛ وأما المسبوق

يركع بطلت ، ولو ركع وأدركه رجل فى الركوع الثانى كان مدركا لتلك الركعة بحر ملخصا : أى لأن الركوع الثانى هو المعتبر لارتفاض الأول بالعود إلى القراءة بخلاف العود إلى القنوت ؛ حتى لو عاد وقنت ثم ركع فاقتدى به رجل لم يدرك الركعة ، لأن هذا الركوع لغو ؛ وما نقله ح عن البحر وتبعه ط فيه اختصار مخل فافهم ، وقدمنا فى فصل القراءة بيان كون القراءة تقع فرضا بالعود فراجعه .

[فرع] ترك السورة دون الفاتحة وقنت ثم تذكر يعود ويقرأ السورة ويعيد القنوت والركوع ،معراج وخانية وغيرهما (قوله لزواله عن محله) تعليل لما فهم قبله من الصور الأربع ؛ وهى مالو قنت فى الركوع أو بعد الرفع منه وأعاد الركوع أولا وما إذا لم يقنت أصلا كما حققه ح (قوله قطعه وتابعه) لأن المراد بالقنوت هنا الدعاء الصادق على القليل والكثير ، وما أتى به منه كاف فى سقوط الواجب ، وتكميله مندوب والمتابعة واجبة فيترك المندوب للواجب رحمتى (قوله ولو لم يقرأ الخ) أى لو ركع الإمام ولم يقرإ المقتدى شيئا من القنوت إن خاف فوت الركوع يركع وإلا يقنت ثم يركع خانية وغيرها ، وهل المراد مايسمى قنوتا أو خصوص الدعاء؟ المشهور والظاهر الأول (قوله بخلاف التشهد) أى فإن الإمام لو سلم أو قام للثالثة قبل إتمام المؤتم التشهد فإنه لايتابعه بل يتمه لوجوبه كما قدمه فى فصل الشروع فى الصلاة (قوله لأن المخالفة الخ) هذا التعليل عليل لاقتضائه فرضية المتابعة المذكورة وقدمنا عن شرح المنية أن متابعة الإمام فى الفرائض والواجبات من غير تأخير واجبة ما لم يعارضها واجب ، فلا يفوته بل يأتى به ثم يتابعه ، بخلاف ماإذا عارضها سنة لأن ترك السنة أولى من تأخير الواجب ، وهذا موافق لما قدمناه آنفا . وحينئذ فوجه الفرق بين القنوت والتشهد هو أن قراءة المقتدى القنوت سنة كما قدمنا التصريح به عن المحيط ، والمتابعة فى الركوع واجبة ؛ فإذا خاف فوتها يترك السنة للواجب . وأما التشهد فإتمامه واجب ، لأن بعض التشهد ليس بتشهد فيتمه وإن فاتت المتابعة فى القيام أو السلام ، لأنه عارضها واجب تأكد بالتلبس به قبلها فلا يفوته لأجلها وإن كانت واجبة .

وقد صرح فى الظهيرية بأن المقتدى يتم التشهد إذا قام الإمام إلى الثالثة وإن خاف أن تفوته معه: وإذا قلنا إن قراءة القنوت للمقتدى واجبة ، فإن كان قرأ بعضه حصل المقصود به ، لأن بعض القنوت قنوت ، وإلا فلم يتأكد وتترجح المتابعة فى الركوع للاختلاف فى أن المقتدى هل يقرأ القنوت أم يسكت فافهم (قوله فى ثانيته أو ثالثته) وكذا لوشك أنه فى الأولى أو الثانية أو الثالثة بحر (قوله كرره مع القعود) أى فيقنت ويقعد فى الركعة التى حصل فيها الشك لاحتمال أنها الثالثة ، ثم يفعل كذلك فى التى بعدها لاحتمال أنها هى الثالثة وتلك كانت ثانية (قوله فى الأصح) وقيل لايقنت فى الكل ، لأن القنوت فى الركعة الأولى أو الثانية بدعة . ووجه الأول أن القنوت واجب ، وماتردد بين الواجب والبدعة يأتى به احتياطا ، بحر عن المحيط (قوله ورجح الحلبى تكراره لهما) حيث قال : إلا أن هذا الفرق غير مفيد ، إذ لاعبرة بالظن الذى ظهر خطؤه ، وإذا كان الشاك يعيد لاحتمال أن الواجب لم يقع فى موضعه فكيف لايعيد الساهى بعد ماتيقن ذلك . وقد صرح فى الخلاصة عن الصدر الشهيد بأن الساهى يقنت ثانيا ، فإن

فيقنت مع إمامه فقط ويصير مدركا بإدراك ركوع الثالثة (ولا يقنت لغيره) إلا النازلة فيقنت الإمام فى الجهرية ، وقيل فى الكل .

[فائدة] خمس يتبع فيها الإمام : قنوت ، وقعود أول ، وتكبير عيد ، وسجدة تلاوة ، وسهو .

كان مامر رواية فهى غير موافقة للدراية اهـ قلت : وكذا رجحه فى الحلية والبحر بنحو مامر (قوله فيقنت مع إمامه فقط) لأنه آخر صلاته ، وما يقضيه أولها حكما فى حق القراءة وما أشبهها وهو القنوت ؛ وإذا وقع قنوته فى موضعه بيقين لايكرر لأن تكراره غير مشروع شرح المنية (قوله ولا يقنت لغيره) أى غير الوتر ، وهذا نفى لقول الشافعى رحمه الله إنه يقنت للفجر .

مطلب فى القنوت للنازلة

(قوله إلا لنازلة) قال فى الصحاح : النازلة الشديدة من شدائد الدهر ، ولا شك أن الطاعون من أشد النوازل أشباه (قوله فيقنت الإمام فى الجهرية) يوافقه مافى البحر والشرنبلالية عن شرح النقاية عن الغاية : وإن نزل بالمسلمين نازلة قنت الإمام فى صلاة الجهر ، وهو قول الثورى وأحمد اهـ وكذا مافى شرح الشيخ إسمعيل عن البنانية : إذا وقعت نازلة قنت الإمام فى الصلاة الجهرية ، لكن فى الأشباه عن الغاية : قنت فى صلاة الفجر ، ويؤيده مافى شرح المنية حيث قال بعد كلام : فتكون شرعيته : أى شرعية القنوت فى النوازل مستمرة ، وهو محمل قنوت من قنت من الصحابة بعد وفاته عليه الصلاة والسلام ، وهو مذهبنا وعليه الجمهور . وقال الحافظ أبو جعفر الطحاوى : إنما لايقنت عندنا فى صلاة الفجر من غير بلية ، فإن وقعت فتنة أو بلية فلا بأس به ، فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأما القنوت فى الصلوات كلها للنوازل فلم يقل به إلا الشافعى ، وكأنهم حملوا ماروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قنت فى الظهر والعشاء كما فى مسلم ، وأنه قنت فى المغرب أيضا كما فى البخارى على النسخ لعدم ورود المواظبة والتكرار الواردين فى الفجر عنه عليه الصلاة والسلام اهـ وهو صريح فى أن قنوت النازلة عندنا مختص بصلاة الفجر دون غيرها من الصلوات الجهرية أو السرية . ومفاده أن قولهم بأن القنوت فى الفجر منسوخ معناه نسخ عموم الحكم لانسخ أصله كما نبه عليه نوح أفندى ، وظاهر تقييدهم بالإمام أنه لايقنت المنفرد ، وهل المقتدى مثله أم لا ؟ وهل القنوت هنا قبل الركوع أم بعده ؟ لم أره .

والذى يظهر لى أن المقتدى يتابع إمامه إلا إذا جهر فيؤمن وأنه يقنت بعد الركوع لاقبله ، بدليل أن مااستدل به الشافعى على قنوت الفجر وفيه التصريح بالقنوت بعد الركوع حمله علماؤنا على القنوت للنازلة ، ثم رأيت الشرنبلالى فى مراقى الفلاح صرح بأنه بعده ؛ واستظهر الحموى أنه قبله والأظهر ماقلناه ، والله أعلم . (قوله وقيل فى الكل) قد علمت أن هذا لم يقل به إلا الشافعى ، وعزاه فى البحر إلى جمهور أهل الحديث ، فكان ينبغى عزوه إليهم لئلا يوهم أنه قول فى المذهب (قوله خمس يتبع فيها الإمام) أى يفعلها المؤتم إن فعلها الإمام وإلا فلا ؛ قال فى شرح المنية : والأصل فى هذا النوع وجوب متابعة الإمام فى الواجبات فعلا وكذا تركا ، إن كانت فعلية أو قولية يلزم من فعلها المخالفة فى الفعلى اهـ (قوله قنوت) يخالفه مافى الفتح والظهيرية والفيض ونور الإيضاح ، من أنه لوترك الإمام القنوت يأتى به المؤتم إن أمكنه مشاركة الإمام فى الركوع وإلا تابعه ، وقد أعاد فى الفتح ذكر هذا الفرع قبيل قضاء الفوائت ، ثم أعقبه بما ذكره الشارح هنا معزيا إلى نظم الزندويستى . والذى يظهر التفصيل لأن فيه إحراز الفضيلتين تأمل (قوله وقعود أول) الظاهر أنه ينتظر إمامه إلى أن يصير إلى القيام أقرب لاحتمال عوده قبله ثم يتابعه ، لأن الإمام إذا عاد حينئذ تفسد صلاته على أحد القولين ، ويأثم على القول الآخر ، وليس

وأربعة لايتبع فيها : زيادة تكبير عيد ، أو جنازة ، وركن ، وقيام لخامسة . وثمانية تفعل مطلقا: الرفع لتحريمة والثناء، وتكبير انتقال ، وتسميع ، وتسبيح ، وتشهد ، وسلام ، وتكبير تشريق :

(وسن) مؤكدا (أربع قبل الظهر و) أربع قبل (الجمعة و) أربع (بعدها بتسليمة) فلو بتسليمتين

للمقتدى أن يقعد ثم يتابعه لأنه يكون فاعلا ما يحرم على الإمام فعله ومخالفا له فى عمل فعلى، بخلاف ما إذا قام الإمام قبل فراغ المقتدى من التشهد فإنه يتمه ثم يتابعه ، لأن فى إتمامه متابعة لإمامه فيما فعله الإمام فافهم (قوله وتكبير عيد) أى إذا لم يأت به الإمام فى القيام أو فى الركوع لايأتى به المؤتم فافهم . وبحث فى شرح المنية أنه ينبغى أن يأتى به المؤتم فى الركوع لأنه مشروع فيه ، ولأنه لايكون مخالفا لإمامه فى واجب فعلى . ثم أجاب بأنه إنما شرع فى الركوع للمسبوق تحصيلا لمتابعة الإمام فيما أتى به ، أما هنا ففيه تحصيل لمخالفته . قال : وهذا فى تكبيرات الركعة الثانية ، وأما تكبيرات الأولى ففى الإتيان بها ترك الاستماع والإنصات (قوله وأربعة لايتبع) أى إذا فعلها الإمام لايتبعه فيها القوم . والأصل فى هذا النوع أنه ليس له أن يتابعه فى البدعة والمنسوخ وما لاتعلق له بالصلاة ، شرح المنية (قوله زيادة تكبير عيد) أى إذا زاد على أقوال الصحابة فى تكبيرات العيد وكان المقتدى يسمع التكبير منه بخلاف ما إذا كان يسمعه من المؤذن لاحتمال أن الغلط منــه شرح المنية (قوله أو جنازة) أى بأن زاد على أربع تكبيرات (قوله وركن) كزيادة سجدة ثالثة (قوله وقيام لخامسة) داخل تحت قوله وركن تأمل . قال فى شرح المنية : ثم فى القيام إلى الخامسة إن كان قعد على الرابعة ينتظره المقتدى قاعدا ، فإن سلم من غير إعادة التشهد سلم المقتدى معه وإن قيد الخامسة بسجدة سلم المقتدى وحده ؛ وإن كان لم يقعد على الرابعة . فإن عاد تابعه المقتدى ، وإن قيد الخامسة فسدت صلاتهم جميعا ، ولا ينفع المقتدى تشهده وسلامه وحده اه (قوله وثمانية تفعل مطلقا) أى فعلها الإمام أولا . والأصل فى هذا النوع عدم وجوب المتابعة فى السنن فعلا فكذا تركا ، وكذا الواجب القولى الذى لايلزم من فعله المخالفة فى واجب فعلى كالتشهد وتكبير التشريق ، بخلاف القنوت وتكبيرات العيدين ، إذ يلزم من فعلهما المخالفة فى الفعلى وهو القيام مع ركوع الإمام شرح المنية (قوله الرفع) أى رفع اليدين للتحريمة (قوله والثناء) أى فيأتى به مادام الإمام فى الفاتحة ، وإن كان فى السورة فكذا عند أبى يوسف خلافا لمحمد ، وقد عرف أنه إذا أدركه فى جهر القراءة لايثنى ، كذا فى الفتح : أى بخلاف حالة السر كما مشى عليه المصنف فى فصل الشروع فى الصلاة ، وقدمنا هناك تصحيحه وأن عليه الفتوى فافهم (قوله وتكبير انتقال) أى إلى ركوع أو سجود أو رفع منه (قوله وتسميع) أى إذا تركه الإمام لايترك المؤتم التحميد (قوله وتسبيح) أى فى الركوع والسجود فيأتى به المؤتم مادام الإمام فيهما (قوله وتشهد) أى إذا قعد الإمام ولم يقرإ التشهد يقرؤه المؤتم ، أما لو ترك الإمام القعدة الأولى فإنه يتابعه كما مر (قوله وسلام) أى إذا تكلم الإمام أو خرج من المسجد يسلم المؤتم ، أما إذا أحدث عمدا أو قهقه فإن المؤتم لايسلم لفساد الجزء الأخير من صلاتهما ط .

مطلب فى السنن والنوافل

(قوله وسن مؤكدا) أى استنانا مؤكدا ؛ بمعنى أنه طلب طلبا مؤكدا زيادة على بقية النوافل ، ولهذا كانت السنة المؤكدة قريبة من الواجب فى لحوق الإثم كما فى البحر ، ويستوجب تاركها التضليل واللوم كما فى التحرير : أى على سبيل الإصرار بلا عذر كما فى شرحه ، وقدمنا بقية الكلام على ذلك فى سنن الوضوء (قوله بتسليمة) لما عن عائشة رضى الله عنها « كان النبى صلى الله عليه وسلم يصلى قبل الظهر أربعا ، وبعدها ركعتين ، وبعد المغرب

لم تنب عن السنة، ولذا لو نذرها لايخرج عنه بتسليمتين، وبعكسه يخرج (وركعتان قبل الصبح وبعد الظهر والمغرب والعشاء) شرعت البعدية لجبر النقصان ، والقبلية لقطاع طمع الشيطان (ويستحب أربع قبل العصر ، وقبل العشاء وبعدها بتسليمة) وإن شاء ركعتين ، وكذا بعد الظهر لحديث الترمذى « من حافظ على أربع قبل الظهر وأربع بعدها حرمه الله على النار (وست بعد المغرب) ليكتب من الأوابين (بتسليمة) أو ثنتين أو ثلاث

ثنتين ، وبعد العشاء ركعتين ، وقبل الفجر ركعتين » رواه مسلم وأبو داود وابن حنبل . وعن أبى أيوب « كان يصلى النبى صلى الله عليه وسلم بعد الزوال أربع ركعات ، فقلت : ماهذه الصلاة التى تداوم عليها؟ فقال : هذه ساعة تفتح أبواب السماء فيها ، فأحب أن يصعد لى فيها عمل صالح ، فقلت : أفى كلهن قراءة ؟ قال نعم ، فقلت : بتسليمة واحدة أم بتسليمتين ؟ فقال بتسليمة واحدة » رواه الطحاوى وأبو داود والترمذى وابن ماجه من غير فصل بين الجمعة والظهر ، فيكون سنة كل واحدة منهما أربعا . وروى ابن ماجه باسناده عن ابن عباس « كان النبى صلى الله عليه وسلم يركع قبل الجمعة أربعا لاينفصل فى شىء منهن » وعن أبى هريرة أنه صلى الله عليه وسلم قال « من كان منكم مصليا بعد الجمعة فليصل أربعا » رواه مسلم زيلعى . زاد فى الإمداد : ولقوله صلى الله عليه وسلم « إذا صليتم بعد الجمعة فصلوا أربعا ، فإن عجل بك شىء فصل ركعتين فى المسجد وركعتين إذا رجعت » رواه الجماعة إلا البخارى (قوله لم تنب عن السنة) ظاهره أن سنة الجمعة كذلك ، وينبغى تقييده بعدم المانع للحديث المذكور آنفا ، كذا بحثه فى الشرنبلالية ، وسنذكر مايؤيده بعد نحو ورقتين (قوله ولذا) أى لعدم الإجزاء بتسليمتين لما يكون بتسليمة (قوله لو نذرها) أى الأربع لابقيد كونها سنة . وعبارة الدرر : ولهذا لو نذر أن يصلى أربعا بتسليمة فصلى أربعا بتسليمتين لايخرج عن النذر ، وبالعكس يخرج ، كذا فى الكافى اه وأسقط الشارح قوله بتسليمة إشارة إلى أنه غير قيد كما يظهر مما يأتى عند قول المصنف وقضى ركعتين لو نوى أربعا الخ (قوله لجبر النقصان) أى ليقوم فى الآخرة مقام ماترك منها لعذر كنسيان ، وعليه يحمل الخبر الصحيح أن فريضة الصلاة والزكاة وغيرهما إذا لم تتم تكمل بالتطوع ، وأوله البيهقى بأن المكمل بالتطوع هو ما انتقص من سننها المطلوبة فيها : أى فلا يقوم مقام الفرض للحديث الصحيح « صلاة لم يتمها زيد عليها من سبحتها حتى تتم » فجعل التتميم من السبحة أى النافلة لفريضة صليت ناقصة لا لمتروكة من أصلها . وظاهر كلام الغزالى الاحتساب مطلقا ، وجرى عليه ابن العربى وغيره ؛ لحديث أحمد الظاهر فى ذلك اه من تحفة ابن حجر ملخصا . وذكر نحوه فى الضياء عن السراج وسيذكر فى الباب الآتى أنها فى حقه صلى الله عليه وسلم لزيادة الدرجات (قوله لقطع طمع الشيطان) بأن يقول إنه لم يترك ماليس بفرض فكيف يترك ماهو فرض ط (قوله ويستحب أربع قبل العصر) لم يجعل للعصر سنة راتبة لأنه لم يذكر فى حديث عائشة المار بحر . قال فى الإمداد وخير محمد بن الحسن والقدورى المصلى بين أن يصلى أربعا أو ركعتين قبل العصر لاختلاف الآثار (قوله وإن شاء ركعتين) كذا عبر فى منية المصلى . وفى الإمداد عن الاختيار : يستحب أن يصلى قبل العشاء أربعا وقيل ركعتين ، وبعدها أربعا وقيل ركعتين اه . والظاهر أن الركعتين المذكورتين غير المؤكدتين (قوله حرمه الله على النار) فلا يدخلها أصلا ، وذنوبه تكفر عنه ، وتبعاته يرضى الله تعالى عنه خصماءه فيها . ويحتمل أن عدم دخوله بسبب توفيقه لما لايترتب عليه عقاب ط أو هو بشارة بأنه يختم له بالسعادة فلا يدخل النار (قوله من الأوابين) جمع أواب : أى رجاع إلى الله تعالى بالتوبة والاستغفار (قوله بتسليمة أو ثنتين أو ثلاث) جزم بالأول فى الدرر ، وبالثانى فى الغزنوية ، وبالثالث فى التجنيس كما فى الإمداد ، لكن الذى فى الغزنوية مثل مافى التجنيس ، وكذا فى شرح درر البحار . وأفاد الخير الرملى فى وجه ذلك

والأول أدوم وأشق ، وهل تحسب المؤكدة من المستحب ويؤدى الكل بتسليمة واحدة ؟ اختار الكمال : نعم . وحرر إباحة ركعتين خفيفتين قبل المغرب ؛ وأقره فى البحر والمصنف .

(و) السنن (آكدها سنة الفجر) اتفاقا ، ثم الأربع قبل الظهر فى الأصح . لحديث « من تركها لم تنله شفاعتى » ثم الكل سواء (وقيل بوجوبها ، فلا تجوز صلاتها قاعدا) ولا راكبا اتفاقا (بلا عذر) على الأصح ؛

أنها لما زادت عن الأربع وكان جمعها بتسليمة واحدة خلاف الأفضل ، لما تقرر أن الأفضل رباع عند أبى حنيفة ؛ ولو سلم على رأس الأربع لزم أن يسلم فى الشفع الثالث على رأس الركعتين . فيكون فيه مخالفة من هذه الحيثية ، فكان المستحب فيه ثلاث تسليمات ليكون على نسق واحد . قال : هذا ماظهر لى ، ولم أره لغيرى (قوله الأول أدوم وأشق) لما فيه من زيادة حبس النفس بالقباء على تحريمة واحدة وعطف أشق عطف لازم على ملزوم . وفى كلامه إشارة إلى اختيار الأول ، وقد علمت مافيه (قوله وهل تحسب المؤكدة) أى فى الأربع بعد الظهر وبعد العشاء والست بعد المغرب بحر (قوله اختار الكمال) نعم ذكر الكمال فى فتح القدير أنه وقع اختلاف بين أهل عصره فى أن الأربع المستحبة هل هى أربع مستقلة غير ركعتى الراتبة أو أربع بهما ؟ وعلى الثانى هل تؤدى معهما بتسليمة واحدة أولا ، فقال جماعة لا . واختار هو أنه إذا صلى أربعا بتسليمة أو تسليمتين وقع عن السنة والمندوب ، وحقق ذلك بما لامزيد عليه ، وأقره فى شرح المنية والبحر والنهر (قوله وحرر إباحة ركعتين الخ) فإنه ذكر أنه ذهبت طائفة إلى ندب فعلهما ، وأنه أنكره كثير من السلف وأصحابنا ومالك . واستدل لذلك بما حقه أن يكتب بسواد الأحداق ، ثم قال : والثابت بعد هذا دو نفى المندوبية ، أما ثبوت الكراهة فلا إلا أن يدل دليل آخر ، وماذكر من استلزام تأخير المغرب فقد قدمنا عن القنية استثناء القليل ، والركعتان لايزيد على القليل إذا تجوّز فيهما اه وقدمنا فى مواقيت الصلاة بعض الكلام على ذلك (قوله آكدها سنة الفجر) لما فى الصحيحين عن عائشة رضى الله عنها « لم يكن النبى صلى الله عليه وسلم على شىء من النوافل أشد تعاهدا منه على ركعتى الفجر » وفى مسلم « ركعتا الفجر خير من الدنيا وما فيها » وفى أبى داود « لاتدعوا ركعتى الفجر ولو طردتكم الخيل » بحر (قوله فى الأصح) استحسنه فى الفتح فقال : ثم اختلف فى الأفضل بعد ركعتى الفجر . قال الحلوانى : ركعتا المغرب « فإنه صلى الله عليه وسلم لم يدعهما سفرا ولا حضرا » ثم التى بعد الظهر لأنها سنة متفق عليها ، بخلاف التى قبلها ، لأنها قيل هى للفصل بين الأذان والإقامة ، ثم التى بعد العشاء ، ثم التى قبل الظهر ، ثم التى قبل العصر ، ثم التى قبل العشاء . وقيل بعد العشاء وقبل الظهر وبعده وبعد المغرب كلها سواء . وقيل التى قبل الظهر آكد وصححه الحسن ، وقد أحسن ، لأن نقل المواظبة الصريحة عليها أقوى من نقل مواظبته صلى الله عليه وسلم على غيرها من غير ركعتى الفجر اه (قوله لحديث الخ) قال فى البحر : وهكذا صححه فى العناية والنهاية ، لأن فيها وعيدا معروفا : قال عليه الصلاة والسلام « من ترك أربعا قبل الظهر لم تنله شفاعتى » اه قال ط : ولعله للتنفير عن الترك . أوشفاعته الخاصة بزيادة الدرجات . وأما الشفاعة العظمى فعامة لجميع المخلوقات (قوله وقيل بوجوبها) وهو ظاهر النهاية وغيرها خزائن .

قلت : وإليه يميل كلام البحر ، حيث قال : وقد ذكروا ما يدل على وجوبها ، ثم ساق المسائل التى فرعها المصنف ، ووفق بينه وبين مافى أكثر الكتب من أنها سنة مؤكدة بأن المؤكدة بمعنى الواجب . وأجاب عما ينافيه وكتبناه فيما علقناه عليه مافيه (قوله اتفاقا) أما على القول بالوجوب فظاهر . وأما على القول بالسنية فمراعاة للقول بالوجوب ولآكديتها ط . هذا : وقد ذكر فى البحر الاتفاق عن الخلاصة وأقره ، لكن نازع فيه فى الإمداد

ولا يجوز تركها لعالم صار مرجعا فى الفتاوى (بخلاف باقى السنن) فله تركها لحاجة الناس إلى فتواه (ويخشى الكفر على منكرها ، وتقضى) إذا فاتت معه ، بخلاف الباقى :

(ولو صلى ركعتين تطوعا مع ظن أن الفجر لم يطلع فإذا هو طالع) أو صلى أربعا فوقع ركعتان بعد طلوعه (لاتجزيه عن ركعتيها على الأصح) تجنيس ، لأن السنة ماواظب عليه الرسول بتحريمة مبتدأة :

(وتكره الزيادة على أربع فى نفل النهار ، وعلى ثمان ليلا بتسليمة)

جازما بأن الجواز على القول بالسنية وأن عدمه إنما هو على القول بالوجوب ، واستند فى ذلك إلى مافى الزيلعى والبرهان من التصريح ببناء ذلك على الخلاف . ثم قال : ولا يخفى مافى حكاية الإجماع على عدم الجواز وليس الإجماع إلا على تأكدها اه لكن يخالفه ما نذكره قريبا عن الخانية من الفرق بينهما وبين التراويح ، فى أنها لاتصح قاعدا لأنها سنة مؤكدة بلا خلاف ؛ تأمل (قوله على الأصح) عزاه المصنف فى المنح إلى باب التراويح من الخانية .

أقول : والذى فى الخانية هناك : لو صلى التراويح قاعدا : قيل لا يجوز بلا عذر ، لما روى الحسن عن أبى حنيفة : لو صلى سنة الفجر قاعدا بلا عذر لايجوز فكذا التراويح ، لأن كلا منهما سنة مؤكدة . وقيل يجوز ، وهو الصحيح . والفرق أن سنة الفجر سنة مؤكدة بلا خلاف ، والتراويح دونها فى التأكد ، فلا يجوز التسوية بينهما اه .

فأنت ترى أنه إنما صحح جواز التراويح قاعدا لاعدم جواز الفجر ، نعم مقتضى كلامه تسليم عدم الجواز فى سنة الفجر فتأمل (قوله فله تركها الخ) الظاهر أن معناه أنه يتركها وقت اشتغاله بالإفتاء لأجل حاجة الناس المجتمعين عليه ، وينبغى أنه يصليها إذا فرغ فى الوقت . وظاهر التفرقة بين سنة الفجر وغيرها أنه ليس له ترك صلاة الجماعة لأنها من الشعائر ، فهى آكد من سنة الفجر ، ولذا يتركها لو خاف فوت الجماعة ، وأفاد ط أنه ينبغى أن يكون القاضى وطالب العلم كذلك لاسيما المدرس . أقول : فى المدرس نظر ، بخلاف الطالب إذا خاف فوت الدرس أو بعضه تأمل (قوله ويخشى الكفر على منكرها) أى منكر مشروعيتها إن كان إنكاره لشبهة أوتأويل دليل ، وإلا فينبغى الجزم بكفره لإنكاره مجمعا عليه معلوما من الدين بالضرورة كما قدمناه أول الباب (قوله وتقضى) أى إلى قبيل الزوال ، وقوله معه تنازعه قوله تقضى وفاتت فلا تقضى إلا معه حيث فات وقتها ، أما إذا فاتت وحدها فلا تقضى ، ولا تقضى قبل الطلوع ولا بعد الزوال ولو تبعا على الصحيح أفاده ح وسينبه عليه المصنف فى الباب الآتى (قوله تجنيس) فيه أنه فى التجنيس صحح فى المسألة الأولى الإجزاء معللا بأن السنة تطوع فتتأدى بنية التطوع ، وصحح فى الثانية عدمه معللا بأن السنة ماواظب عليها النبى صلى الله عليه وسلم ، ومواظبته كانت بتحريمة مبتدأة ، نعم عكس صاحب الخلاصة فصحح عدم الإجزاء فى الأولى والإجزاء فى الثانية ولا يخفى مافيه فإنه إذا أجزأت الثانية يلزم إجزاء الأولى بالأولى ، ولذا قال فى النهر : وترجيح التجنيس فى المسألتين أوجه .

مطلب فى لفظة ثمان

(قوله وعلى ثمان) كيمان عدد وليس بنسب ، أو فى الأصل منسوب إلى الثمن ، لأنه الجزء الذى صير السبعة ثمانية فهو ثمنها ، ثم فتحوا أولها لأنهم يغيرون فى النسب وحذفوا منها إحدى ياءى النسب وعوضوا منها الألف كما فعلوا فى المنسوب إلى اليمن ، فتثبت ياؤه عند الإضافة كما تثبت ياء القاضى ، فتقول : ثمانى نسوة وثمانى مائة

لأنه لم يرد (والأفضل فيهما الرباع بتسليمة) وقالا : فى الليل المثنى أفضل ، قيل وبه يفتى (ولا يصلى على النبى صلى الله عليه وسلم فى القعدة الأولى فى الأربع قبل الظهر والجمعة وبعدها) ولو صلى ناسيا فعليه السهو، وقيل لا، شمنى (ولا يستفتح إذا قام إلى الثالثة منها) لأنها لتأكدها أشبهت الفريضة (وفى البواقى من ذوات الأربع يصلى على النبى) صلى الله عليه وسلم (ويستفتح) ويتعوذ ولو نذرا لأن كل شفع صلاة (وقيل) لا يأتى

وتسقط مع التنوين عند الرفع أو الجر ، وتثبت عند النصب قاموس (قوله لأنه لم يرد) أى لم يرد عنه صلى الله عليه وسلم أنه زاد على ذلك . والأصل فيه التوقيف كما فى فتح القدير : أى فما لم يوقف على دليل المشروعية لايحل فعله بل يكره أى اتفاقا كما فى منية المصلى أى من أئمتنا الثلاثة ، نعم وقع الاختلاف بين المشايخ المتأخرين فى الزيادة على الثمانية ليلا ، فقال بعضهم لايكره وإليه ذهب شمس الأئمة السرخسى وصححه فى الخلاصة ، وصحح فى البدائع الكراهة . قال : وعليه عامة المشايخ ، وتمامه فى الحلية والبحر (قوله والأفضل فيهما) أى فى صلاتى الليل والنهار الرباع . وعبارة الكنز : رباع بدون أل ، وهو الأظهر لأنه غير منصرف للوصفية والعدل عن أربع أربع أى ركعات رباع : أى كل أربع بتسليمة (قوله قيل وبه يفتى) عزاه فى المعراج إلى العيون . قال فى النهر : ورده الشيخ قاسم بما استدل به المشايخ للإمام من حديث الصحيحين عن عائشة رضى الله عنها « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لايزيد فى رمضان ولا فى غيره على إحدى عشرة ركعة ، يصلى أربعا لاتسأل عن حسنهن وطولهن، ثم أربعا فلا تسأل عن حسنهن وطولهن ثم يصلى ثلاثا » وكانت التراويح ثنتين تخفيفا ، وحديث « صلاة الليل مثنى مثنى » يحتمل أن يراد به شفع لاوتر ، وترجحت الأربع بزيادة منفصلة لما أنها أكثر مشقة على النفس ، وقد قال صلى الله عليه وسلم « إنما أجرك على قدر نصبك » اه بزيادة ، وتمام الكلام على ذلك فى شرح المنية وغيره (قوله ولا يصلى الخ) أقول : قال فى البحر فى باب صفة الصلاة : إن ماذكر مسلم فيما قبل الظهر ، لما صرحوا به من أنه لايبطل شفعة الشفيع بالانتقال إلى الشفع الثانى منها ، ولو أفسدها قضى أربعا ، والأربع قبل الجمعة بمنزلتها : وأما الأربع بعد الجمعة فغير مسلم فإنها كغيرها من السنن ، فإنهم لم يثبتوا لها تلك الأحكام المذكورة اه ومثله فى الحلية ، وهذا مؤيد لما بحثه الشرنبلالى من جوازها بتسليمتين لعذر (قوله ولو نذرا) نص عليه فى القنية، ووجهه أنه نفل عرض عليه الافتراض أو الوجوب أفاده ط .

(قوله لأن كل شفع صلاة) قدمنا بيان ذلك فى أول بحث الواجبات ، والمراد من بعض الأوجه كما يأتى قريبا (قوله وقيل لا الخ) قال فى البحر : ولا يخفى مافيه ، والظاهر الأول . زاد فى المنح ومن ثم عوّلنا عليه وحكينا مافى القنية بقيل .

مطلب قولهم كل شفع من النفل صلاة ليس مفرداً

[تنبيه] بقى فى المسألة قول ثالث جزم به فى منية المصلى فى باب صفة الصلاة حيث قال : أما إذا كانت سنة أو نفلا فيبتدئ كما ابتدأ فى الركعة الأولى . يعنى يأتى بالثناء والتعوذ ، لأن كل شفع صلاة على حدة اه لكن قال شارحها : الأصح أنه لايصلى ولا يستفتح فى سنة الظهر والجمعة ، وكون كل شفع صلاة على حدة ليس مطردا فى كل الأحكام ، ولذا لو ترك القعدة الأولى لاتفسد خلافا لمحمد . ولو سجد للسهو على رأس شفع لايبنى عليه شفعا آخر لئلا يبطل السجود بوقوعه فى وسط الصلاة ، فقد صرحوا بصيرورة الكل صلاة واحدة حيث حكموا بوقوع السجود وسطا ، فيقال هنا أيضا : لايصلى ولا يستفتح ولا يتعوذ لوقوعه فى وسط الصلاة ، لأن الأصل كون الكل صلاة واحدة للاتصال واتحاد التحريمة ، ومسألة الاستفتاح ونحوه ليست مروية عن المتقدمين وإنما

فى الكل وصححه فى القنية :

(وكثرة الركوع والسجود أحب من طول القيام) كما فى المجتبى ، ورجحه فى البحر ، لكن نظر فيه فى النهر من ثلاثة أوجه . ونقل عن المعراج أن هذا قول محمد ، وأن مذهب الإمام أفضلية القيام وصححه فى البدائع .

قلت : وهكذا رأيته بنسختى المجتبى معزيا لمحمد فقط فتنبه

هى اختيار بعض المتأخرين ، نعم اعتبروا كون كل شفع صلاة على حدة فى حق القراءة احتياطا ، وكذا فى عدم لزوم الشفع الثانى قبل القيام إليه لتردده بين اللزوم وعدمه فلا يلزم بالشك ولذا يقطع على رأس الشفع إذا أقيمت الصلاة أو خرج الخطيب ، وكذا فى بطلان الشفعة وخيار المخيرة بالشروع فى الشفع الآخر ، لأن كلا من الشفعة والخيار متردد بين الثبوت وعدمه فلا يثبت بالشك ، وكذا فى عدم سريان الفساد من شفع إلى شفع ، إذ لا يحكم بالفساد مع الشك اه ملخصا ، لكن قوله وكذا فى بطلان الشفعة وخيار المخيرة غير صحيح ، لما علمت مما قدمناه آنفا عن البحر والحلية من أنهما لايبطلان بالانتقال إلى الشفع الثانى ، وقد صرح نفسه بذلك فى مواقيت الصلاة وعلمت أيضا أن ذلك إنما ذكروه فى سنة الظهر ولم يثبتوه للأربع التى بعد الجمعة (قوله ورجحه فى البحر) حيث جزم بتعارض الأدلة ، كحديث مسلم «عليك بكثرة السجود» وحديث «أقرب مايكون العبد من ربه وهو ساجد» وحديث مسلم أيضاً « أفضل الصلاة طول القنوت » أى طول القيام كما هو رواية أحمد وأبى داود ، ثم قال : والذى ظهر للعبد الضعيف أن كثرة الركوع والسجود أفضل ، لأن القيام إنما شرع وسيلة إليهما ، ولذا سقط عمن عجز عنهما ، ولا تكون الوسيلة أفضل من المقصود ، ولأنه وإن لزم فيه كثرة القراءة لكنها ركن زائد ، بل اختلف فى أصل ركنيتها . وأجمعوا على ركنية الركوع والسجود وأصالتهما ، ولتخلف القيام عن القراءة فيما بعد ركعتى الفرض اه ملخصا (قوله من ثلاثة أوجه) الأول أن القيام وإن كان وسيلة إلا أن أفضلية طوله لكثرة القراءة فيه وهى وإن بلغت كل القرآن تقع فرضا بخلاف التسبيحات . الثانى أن كون القراءة ركنا زائداً مما لا أثر له فى الفضيلة . الثالث أن موضوع المسألة النفل ، وفيه تجب القراءة فى كله اه ملخصا .

قلت : وأما تعارض الأدلة ، فيجاب عنه بأن المراد بالسجود الصلاة . وأقوى دليل أيضا على أفضلية طول القيام « أنه صلى الله عليه وسلم كان يقوم الليل إلا قليلا ، وكان لايزيد على إحدى عشرة ركعة » كما مر فى حديث عائشة (قوله ونقل عن المعراج الخ) اعترض على البحر أيضا حيث قال : اختلف النقل عن محمد فى هذه المسألة فنقل الطحاوى عنه فى شرح الآثار أن طول القيام أحب . ونقل فى المجتبى عنه العكس . ونقل عن أبى يوسف أنه فصل فقال : إذا كان له ورد من الليل بقراءة من القرآن فالأفضل أن يكثر عدد الركعات وإلا فطول القيام أفضل لأن القيام فى الأول لايختلف ويضم إليه زيادة الركوع والسجود اه .

ووجه الاعتراض أن مقتضى كلامه أنه لاقول فى هذه المسألة لإمام المذهب ، بل القولان فيها لمحمد . أقول : ويظهر لى أن رواية أبى يوسف محمل هذين القولين تأمل (قوله وصححه فى البدائع) وعبارته . قال أصحابنا : طول القيام أفضل . وقال الشافعى : كثرة الصلاة أفضل ، والصحيح قولنا . ثم قال : وروى عن أبى يوسف أنه قال إلى آخر مامر ، وظاهر كلامه أن هذا قول أئمتنا الثلاثة حيث لم يتعرض إلا لخلاف الشافعى ، ويؤيده مامر عن الطحاوى (قوله قلت الخ) تأييد لما فى المعراج ، وأمر بالتنبه إشارة إلى ماعلى المصنف من الاعتراض ، حيث تابع شيخه صاحب البحر ، وعدل عما عليه المتون الذى هو قول الإمام المصحح ، بل هو قول الكل كما مر ، ولذا قال الخير الرملى أقول : كيف يخالف الجهابذة تبعا لشيخه ويجعله متنا والمتون موضوعة لنقل المذهب ؟ اه

وهل طول قيام الأخرس أفضل كالقارئ ؟ لم أره .

(ويسن تحية) رب (المسجد ، وهى ركعتان ، وأداء الفرض) أو غيره ، وكذا دخوله بنية فرض أو اقتداء (ينوب عنها) بلا نية ،

والحاصل أن المذهب المعتمد أن طول القيام أحب ، ومعناه كما فى شرح المنية أنه إذا أراد شغل حصة معينة من الزمان بصلاة فإطالة القيام مع تقليل عدد الركعات أفضل من عكسه ، فصلاة ركعتين مثلا فى تلك الحصة أفضل من صلاة أربع فيها ، وهكذا القياس (قوله وهل الخ) البحث لصاحب النهر . والذى يظهر أن كثرة ركوعه وسجوده أفضل ، لأن أفضلية القيام إنما كانت باعتبار القراءة ولا قراءة له اه ح عن بعض الهوامش . وخالفه الرحمتى بأن الأخرس قارئ حكما وله ثواب القارئ ، كما هو الحكم فيمن قصد عبادة وعجز عنها مع أن الطريقة أن العلة إذا وجدت فى بعض الصور تطرد فى باقيها تأمل .

مطلب فى تحية المسجد

(قوله ويسن تحية) كتب الشارح فى هامش الخزائن أن هذا رد على صاحب الخلاصة حيث ذكر أنها مستحبة (قوله رب المسجد) أفاد أنه على حذف مضاف ، لأن المقصود منها التقرب إلى الله تعالى لا إلى المسجد ، لأن الإنسان إذا دخل بيت الملك يحيى الملك لا بيته ، بحر عن الحلية . ثم قال : وقد حكى الإجماع على سنيتها ، غير أن أصحابنا يكرهونها فى الأوقات المكروهة تقديما لعموم الحاظر على عموم المبيح اه (قوله وهى ركعتان) فى القهستانى وركعتان أو أربع ، وهى أفضل لتحية المسجد إلا إذا دخل فيه بعد الفجر أو العصر ، فإنه يسبح ويهلل ويصلى على النبى صلى الله عليه وسلم ، فإنه حينئذ يؤدى حق المسجد ، كما إذا دخل للمكتوبة فإنه غير مأمور بها حينئذ كما فى التمرتاشى اه (قوله وأداء الفرض أو غيره الخ) قال فى النهر : وينوب عنها كل صلاة صلاها عند الدخول فرضا كانت أو سنة . وفى البناية معزياً إلى مختصر المحيط أن دخوله بنية الفرض أو الاقتداء ينوب عنها وإنما يؤمر بها إذا دخله لغير الصلاة اه كلام النهر .

والحاصل أن المطلوب من داخل المسجد أن يصلى فيه ليكون ذلك تحية لربه تعالى : والظاهر أن دخوله بنية صلاة الفرض لإمام أو منفرد أو بنية الاقتداء ينوب عنها إذا صلى عقب دخوله ، وإلا لزم فعلها بعد الجلوس ، وهو خلاف الأولى كما يأتى ، فلو كان دخوله بنية الفرض مثلا لكن بعد زمان يؤمر بها قبل جلوسه ، كما لو كان دخوله لغير صلاة كدرس أو ذكر .

وبما قررناه علم أن مانقله فى النهر عن البناية لايخالف ماقبله ، غايته أنه عبر عن الصلاة بنيتها ، بناء على ماهو الغالب من أن من دخل لأجل الصلاة يصلى ، وليس معناه أن النية المذكورة تكفيه عن التحية وإن لم يصل كما يوهمه ظاهر العبارة كما أفاده ح ، والله أعلم (قوله ينوب عنها بلا نية) قال فى الحلية : لو اشتغل داخل المسجد بالفريضة غير ناو للتحية قامت تلك الفريضة مقام تحية المسجد لحصول تعظيم المسجد ، كما فى البدائع وغيره ، فلو نوى التحية مع الفرض فظاهر مافى المحيط وغيره أنه يصح عندهما . وعند محمد لايكون داخلا فى الصلاة ، فإنهم قالوا : لو نوى الدخول فى الظهر والتطوع يجوز عن الفرض عند أبى يوسف . ورواه الحسن عن أبى حنيفة : وعند محمد لايكون داخلا لأن الفرض مع النفل فى الصلاة جنسان مختلفان لارجحان لأحدهما على الآخر فى التحريمة . فتى نواهما تعارضت النيتان فلغتا . ولأبى يوسف أن الفرض أقوى فتندفع نية الأدنى ، كمن نوى حجة الإسلام والتطوع اه ملخصا ، ومثله فى البحر

وتكفيه لكل يوم مرة ولا تسقط بالجلوس عندنا بحر .
قلت : وفى الضياء عن القوت : من لم يتمكن منها لحدث أو غيره يقول ندبا كلمات التسبيح الأربع أربعا .
(ولو تكلم بين السنة والفرض لايسقطها ولكن ينقص ثوابها)

أقول : الذى يظهرلى أن هذا الخلاف لايجرى فى مسألتنا لأن الفريضة إذا قامت مقام التحية وحصل المقصود بها لم تبق التحية مطلوبة ، لأن المقصود تعظيم المسجد بأى صلاة كانت ، ولا يؤمر بتحية مستقلة إلا إذا دخل لغير الصلاة كما مر ، وحينئذ فإذا نواها مع الفريضة يكون قد نوى ماتضمنته الفريضة وسقط بها ، فلم يكن ناويا جنسا آخر على قول محمد ، بخلاف ما إذا نوى فرض الظهر وسنته مثلا فليتأمل ، بل لقائل أن يقول إن الأولى أن ينويها بذلك الفرض ليحصل له ثوابها أى ينوى بإيقاع ذلك الفرض فى المسجد تحية الله تعالى أو تعظيم بيته لأن سقوطها به وعدم طلبها لايستلزم الثواب بلا قصدها .

ثم رأيت المحقق ابن حجر من الشافعية كتب عند قول المنهاج : وتحصل بفرض أو نفل آخر مانصه : وإن لم ينوها معه . لأنه لم ينتهك حرمة المسجد المقصودة : أى يسقط طلبها بذلك ، أما حصول ثوابها فالوجه توقفه على النية ، لحديث « إنما الأعمال بالنيات » وزعم أن الشارع أقام فعل غيرها مقام فعلها فيحصل : أى الثواب وإن لم ينو بعيد وإن قيل إن كلام المجموع يقتضيه ؛ ولو نوى عدمها لم يحصل شىء من ذلك اتفاقا كما هو ظاهر أخذا مما بحثه بعضهم فى سنة الطواف ، وإنما ضرب نية ظهر وسنة مثلا ، لأنها مقصودة لذاتها بخلاف التحية اهـ . وقوله وإنما ضرب الخ هو عين مابحثته أولا أيضا ولله الحمد ، فإن ماقاله لايخالف قواعد مذهبنا (قوله وتكفيه لكل يوم مرة) أى إذا تكرر دخوله لعذر . وظاهر إطلاقه أنه مخير بين أن يؤديها فى أول المرات أو آخرها ط (قوله ولا تسقط بالجلوس عندنا) فإنهم قالوا فى الحاكم إذا دخل المسجد للحكم إن شاء صلى التحية عند دخوله أو عند خروجه لحصول المقصود كما فى الغاية . وأما حديث الصحيحين « إذا دخل أحدكم المسجد فلا يجلس حتى يصلى ركعتين » فهو بيان للأولى ، لحديث ابن حبان فى صحيحه « يا أبا ذر إن للمسجد تحية ، وإن تحيته ركعتان ، فقم فاركعها » وتمامه فى الحلية (قوله وفى الضياء الخ) عبارته وقال بعضهم : من دخل المسجد ولم يتمكن من تحية المسجد إما لحدث أو لشغل أو نحوه يستحب له أن يقول « سبحان الله ، والحمد لله ، ولاإله إلا الله ، والله أكبر » قاله أبو طالب المكى فى قوت القلوب اهـ وقدمنا نحوه عن القهستانى .

[خاتمة] يستثنى من المساجد المسجد الحرام بالنسبة إلى أول دخول الآفاق(١) الحرم ، فإن تحيته الطواف ، وفيه تأمل ، كذا فى الحلية ، ولعل وجه التأمل إطلاق المسجد فى الحديث المار .

وفى النهر : واتفقوا على أن الإمام لو كان يصلى المكتوبة أو أخذ المؤذن فى الإقامة أنه يتركها ، وأنه يقدم الطواف عليها ، بخلاف السلام على النبى صلى الله عليه وسلم اهـ .

قلت : لكن فى لباب المناسك وشرحه لملاعلى القارى : ولا يشتغل بتحية المسجد لأن تحية المسجد الشريف هى الطواف إن أراده ، بخلاف من لم يرده وأراد أن يجلس حتى يصلى ركعتين تحية المسجد ، إلا أن يكون الوقت مكروها اهـ . وظاهره أنه لايصلى مريد الطواف للتحية أصلا لاقبله ولا بعده ، ولعل وجهه اندراجها فى ركعتيه (قوله ولو تكلم الخ) وكذا لو فصل بقراءة الأوراد ، لأن السنة الفصل بقدر « اللهم أنت السلام الخ » حتى

---

(١) (قوله الآفاقى) هكذا بخطه ، وفيه أنه نسبة إلى جمع أفق ومنعه فى المصباح ، ونص على أنه إنما ينسب إلى المفرد فتقال أفقى بفتحتين وبضمتين اهـ مصححه .

وقيل تسقط (وكذا كل عمل ينافى التحريمة على الأصح) قنية .

وفى الخلاصة : لو اشتغل ببيع أو شراء أو أكل أعادها وبلقمة أو شربة لاتبطل ، ولو جيء بطعام ، إن خاف ذهاب حلاوته أو بعضها تناوله ثم سنن إلا إذا خاف فوت الوقت ، ولو أخرها لآخر الوقت لاتكون سنة وقيل تكون .

[فروع] الإسفار بسنة الفجر أفضل وقيل لا .

لو زاد تقع سنة لافى محلها المسنون كما مرقبيل فصل الجهر بالقراءة (قوله وقيل تسقط) أى فيعيدها لو قبلية ، ولو كانت بعدية فالظاهر أنها تكون تطوعا ، وأنه لايؤمر بها على هذا القول تأمل (قوله وفى الخلاصة الخ) الظاهر أنه استدراك على ماصححه فى المتن تبعا للقنية ، لأن جزم الخلاصة بقوله أعادها يفيد أنها تسقط بقرينة قوله بعده لاتبطل : أى لايبطل كونها سنة فإنه يفيد أن الإعادة لبطلان كونه سنة وإلا لم تصح المقابلة تأمل (قوله ولو جيء بطعام الخ) أفاد أن العمل المنافى إنما ينقص ثوابها أو يسقطها لو كان بلا عذر ،أما لو حضر الطعام وخاف ذهاب لذته لو اشتغل بالسنة البعدية فإنه يتناوله ثم يصليها ، لأن ذلك عذر فى ترك الجماعة ، ففى تأخير السنة أولى إلا إذا خاف فوتها بخروج الوقت فإنه يصليها ثم يأكل ، هذا ماظهر لى (قوله ولو أخرها الخ) أى بلا عذربقرينة ماقبله (قوله وقيل تكون) حكى القولين فى القنية ولم يعبر عن هذا الثانى بقيل بل أخره ، ولا يلزم من ذلك تضعيفه . ويظهر لى أنه الأصح ، وأن القول الأول مبنى على القول بأنها تسقط بالعمل المنافى ، وهو ماحكاه الشارح بقيل إلا أن يدعى تخصيص الخلاف السابق بالسنة القبلية وهذا بالبعدية ، لكن يبعده أنه إذاكان الأصح فىالقبلية أنها لاتسقط ،مع إمكان تداركها بأن تعاد مقارنة للفرض تكون البعدية كذلك بالأولى لعـدم إمكان التدارك فليتأمل (قوله وقيل لا) يؤيده مافى البحر عن الخلاصة : السنة فى ركعتى الفجر قراءة الكافرون والإخلاص ، والإتيان بها أول الوقت وفى بيته ، وإلا فعلى باب المسجد الخ .

مبحث مهم فى الكلام على الضجعة بعد سنة الفجر

وقال فى شرح المنية : وهو الذى تدل عليه الأحاديث عن عائشة قالت « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا سكت المؤذن من صلاة الفجر وتبين له الفجر قام فركع ركعتين خفيفتين ثم اضطجع على شقه الأيمن حتى يأتيه المؤذن للإقامة فيخرج » متفق عليه اه وتمامه فيه .

[تنبيه] صرح الشافعية بسنية الفصل بين سنة الفجر وفرضه بهذه الضجعة أخذا من هـذا الحديث ونحوه . وظاهر كلام علمائنا خلافه حيث لم يذكروها ، بل رأيت فى موطإ الإمام محمد رحمه الله تعالى مانصه : أخبرنا مالك عن نافع ، عن عبد الله بن عمر أنه رأى رجلا ركع ركعتى الفجر ثم اضطجع ، فقال ابن عمر : ماشأنه ؟ فقال نافع قلت : يفصل بين صلاته ، فقال ابن عمر : وأى فصل أفضل من السلام ؟ قال محمد: وبقول ابن عمر نأخذ وهو قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى اه .

وقال شارحه المحقق منلاعلى القارى : وذلك لأن السلام إنما ورد للفصل ، وهو لكونه واجبا أفضل من سائر مايخرج من الصلاة من الفعل والكلام ، وهذا لاينافى ماسبق من « أنه عليه الصلاة والسلام كان يضطجع فى آخر التهجد ، وتارة أخرى بعد ركعتى الفجر فى بيته للاستراحة » اه ثم قال : وقال ابن حجر المكى فى شرح الشمائل: روى الشيخان « أنه صلى الله عليه وسلم كان إذا صلى ركعتى الفجر اضطجع على شقه الأيمن » فتسن هذه الضجعة بين سنة الفجر وفرضه لذلك ، ولأمره صلى الله عليه وسلم كما رواه أبو داود وغيره بسند لابأس به ، خلافا لمن

نذر السنن وأتى بالمنذور فهو السنة ، وقيل لا . أراد النوافل ينذرها ثم يصليها ، وقيل لا . ترك السنن : إن رآها حقاً أثم وإلا كفر .

نازع وهو صريح فى ندبها لمن بالمسجد وغيره ، خلافا لمن خص ندبها بالبيت ، وقول ابن عمر إنها بدعة » وقول النخعى إنها ضجعة الشيطان وإنكار ابن مسعود لها فهو لأنه لم يبلغهم ذلك . وقد أفرط ابن حزم فى قوله بوجوبها وأنها شرط لصلاة الصبح اه. ولا يخفى بعد عدم البلوغ إلى هؤلاء الأكابر الذين بلغوا المبلغ الأعلى لاسيا ابن مسعود الملازم له صلى الله عليه وسلم حضرا وسفرا ، وابن عمر المتفحص عن أحواله صلى الله عليه وسلم فى كمال التتبع والاتباع . فالصواب حمل إنكارهم على العلة السابقة من الفصل أو على فعله فى المسجد بين أهل الفضل ، وليس أمره صلى الله عليه وسلم على تقدير صحته صريحا ولا تلويحا على فعـله بالمسجد ، إذ الحديث كما رواه أبو داود والترمذى وابن حبان عن أبى هريرة « إذا صلى أحدكم ركعتى الفجر فليضطجع على جنبه الأيمن » فالمطلق محمول على المقيد . على أنه لو كان هـذا فى المسجد شائعا فى زمانه صلى الله عليه وسلم لمـا كان يخفى على هؤلاء الأكابر الأعيان اه وأراد بالمقيد مامر من قوله بعد ركعتى الفجر فى بيته .

وحاصله أن اضطجاعه عليه الصلاة والسلام إنما كان فى بيته للاستراحة لاللتشريـع ، وإن صح حديث الأمر بها الدال على أن ذلك للتشريع يحمل على طلب ذلك فى البيت فقط توفيقا بين الأدلة ، والله تعالى أعلم (قوله فهو السنة) لأن النذر لايخرجها عن كونها سنة ؛ كما لو شرع فيها ثم قطعها ثم أداها كانت سنة وزادت وصف الوجوب بالقطع ، نهر عن عقد الفرائد (قوله أراد النوافل) فى القنية : أداء النفل بعد النذر أفضل من أدائه بدون النذر اهـ قال فى البحر : ويشكل عليه مارواه مسلم فى صحيحه من النهى عن النذر ، وهو مرجح لقول من قال لاينذرها ، لـكن بعضهم حمل النهى على النذر المعلق على شرط لأنه يصير حصول الشرط كالعوض للعبادة ، فلم يكن مخلصا . ووجه من قال بنذرها وإن كانت تصير واجبة بالشروع أن الشروع فى النـــذر يكون واجبا فيحصل له ثواب الواجب به بخلاف النفل ، والأحسن عند العبد الضعيف أن لاينذرها خروجا عن عهدة النهى بيقين اه .

مطلب فى الـكلام على حديث النهى عن النذر

أقول : لفظ حديث النهى كما رواه البخارى أيضا فى صحيحه عن ابن عمر « نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن النذر وقال إنه لايرد شيئا وإنما يستخرج به من البخيل » والمتبادر منه إرادة النـذر المعلق ، كإن شفى الله مريضى فلله على كذا . ووجه النهى أنه لم يخلص من شائبة العوض حيث جعل القربة فى مقابلة الشفاء ولم تسمح نفسه بها بدون المعلق عليه مع مافيه من إيهام اعتقاد التأثير للنذر فى حصول الشفاء ، فلذا قال فى الحديث إنه لايرد شيئا الخ فإن هذا الـكلام قد وقع موقع التعليل للنهى ، بخلاف النذر المنجز فإنه تبرع محض بالقربة لله تعالى وإلزام للنفس بما عساها لاتفعله بدونه فيكون قربة . والدليل على أن هذا النذر قربة عندنا ماصرح به فى فتح القدير قبيل كتاب الحج : لو ارتد عقيب نذر الاعتكاف ثم أسلم لم يلزمه وجوب النذر ، لأن نفس النذر بالقربة قربة فيبطل بالردة كسائر القرب اه والمراد به النذر المنجز لما قلنا . على أن بعض شراح البخارى حمل النهى فى الحديث على من يعتقد أن النذر مؤثر فى تحصيل غرضه المعلق عليه . والظاهر أنه أعم ، لقوله « وإنما يستخرج به من البخيل » والله أعلم.

[تنبيه] قيد بالنوافل فأفاد أن الأفضل فى السنن عدم نذرها ، ولعل وجهه أن السنن هى ماكان يفعلها صلى الله عليه وسلم قبل الفرائض أو بعدها ، والمطلوب من اتباعه صلى الله عليه وسلم على الوجه الذى كان يفعلها عليه ولم ينقل أنه كان ينذرها ، ولذا قيل بأنها لاتكون هى السنة ، فالأفضل عدم نذرها ، والله أعلم (قوله وإلا كفر)

والأفضل فى النفل غير التراويح المنزل إلا لخوف شغل عنها ، والأصح أفضلية ما كان أخشع وأخلص . (وندب ركعتان بعد الوضوء) يعنى قبل الجفاف كما فى الشرنبلالية عن المواهب (و) ندب (أربع فصاعدا فى الضحى) على الصحيح من بعد الطلوع إلى الزوال ، ووقتها المختار بعد ربع النهار .

أى بأن استخف فيقول هى فعل النبى صلى الله عليه وسلم وأنا لا أفعله شرح المنية وغيره ، وهذا فى الترك ؛ وأما الإنكار فقدمنا الكلام عليه أول الباب (قوله والأفضل فى النفل الخ) شمل مابعد الفريضة وما قبلها ، لحديث الصحيحين « عليكم الصلاة فى بيوتكم فإن خير صلاة المرء فى بيته إلا المكتوبة » وأخرج أبو داود « صلاة المرء فى بيته أفضل من صلاته فى مسجدى هذا إلا المكتوبة » وتمامه فى شرح المنية ، وحيث كان هذا أفضل يراعى مالم يلزم منه خوف شغل عنها لو ذهب لبيته ، أو كان فى بيته مايشغل باله ويقلل خشوعه ، فيصليها حينئذ فى المسجد لأن اعتبار الخشوع أرجح (قوله غير التراويح) أى لأنها تقام بالجماعة ومحلها المسجد ، واستثنى فى شرح المنية أيضا تحية المسجد ، وهو ظاهر .

أقول : ويستثنى أيضا ركعتا الإحرام والطواف ، فإن الأولى تصلى فى مسجد عند الميقات إن كان كما فى اللباب والثانية عند المقام ، وكذا ركعتا القدوم من السفر بخلاف إنشائه فإنها تصلى فى البيت كما يأتى وكذا نفل المعتكف وكذا مايخاف فوتها بالتأخير وكذا صلاة الكسوف لأنها تصلى بجماعة(١) :

مطلب سنة الوضوء

(قوله وندب ركعتان بعد الوضوء) لحديث مسلم « مامن أحد يتوضأ فيحسن الوضوء ويصلى ركعتين يقبل بقلبه ووجهه عليهما إلا وجبت له الجنة » خزائن ، ومثل الوضوء الغسل كما نقله ط عن الشرنبلالى ، ويقرأ فيهما الكافرون والإخلاص كما فى الضياء ، وانظر هل تنوب عنهما صلاة غيرهما كالتحية أم لا ؟ ثم رأيت فى شرح لباب المناسك أن صلاة ركعتى الإحرام سنة مستقلة كصلاة استخارة وغيرها مما لاتنوب الفريضة منابها ، بخلاف تحية المسجد وشكر الوضوء فإنه ليس لهما صلاة على حدة كما حققه فى الحجة اه .

مطلب سنة الضحى

(قوله وندب أربع الخ) ندبها هو الراجح كما جزم به فى الغزنوية والحاوى والشرعة والمفتاح والتبيين وغيرها ، وقيل لاتستحب ، لما فى صحيح البخارى من إنكار ابن عمر لها اه إسمعيل ، وبسط الأدلة على استحبابها فى شرح المنية ، ويقرأ فيها سورتى الضحى كما فى الشرعة أى سورة — والشمس — وسورة — والضحى — وظاهره الانتصار عليهما ، ولو صلاها أكثر من ركعتين (قوله من بعد الطلوع) عبارة شرح المنية من ارتفاع الشمس (قوله ووقتها المختار) أى الذى يختار ويرجح لفعلها وهذا عزاه فى شرح المنية إلى الحاوى ، وقال : لحديث زيد بن أرقم أن

---

(١) (قوله وكذا صلاة الكسوف لأنها تصلى بجماعة) وجد هنا فى نسخة المؤلف لكن بغير خطه مانصه : وكذا سنة الجمعة القبلية ، لأن الأفضل فى الجمعة التبكير قبل الوقت ؛ فيلزم وقوع سنتها فى المسجد ؛ فصارت جملة المستثنيات تسعة ؛ ولم أر من تعرض لجمعها هكذا من علمائنا ؛ وقد نظمتها بقولى :

نوافلنا فى البيت فاقت على التى تقوم لهـا فى مسجد غير تسعة
صلاة تراويح كسوف تحية وسنة إحرام طواف بكعبة
ونفل اعتكاف أو قدوم مسافر وخائف فوت ثم سنة جمعة

يقول الفقير محمد علاء الدين بن عابدين ابن المؤلف : هكذا وجدت هذه السقطة فى المبيضة فينبغى إلحاقها هنا اه

وفى المنية : أقلها ركعتان وأكثرها اثنى عشر ، وأوسطها ثمان وهو أفضلها كما فى الذخائر الأشرفية ، لثبوته بفعله وقوله عليه الصلاة والسلام . وأما أكثرها فبقوله فقط ، وهذا لو صلى الأكثر بسلام واحد ، أما لو فصل فكل مازاد أفضل كما أفاده ابن حجر فى شرح البخارى .

رسول الله صلى الله عليه وسلم قال« صلاة الأوابين حين ترمض الفصال » رواه مسلم . وترمض بفتح التاء والميم : أى تبرك من شدة الحر فى أخفافها اه (قوله وفى المنية أقلها ركعتان) نقل الشيخ إسمعيل مثله عن الغزنوية والحاوى والشرعة والسمرقندية ، وما ذكره المصنف مشى عليه فى التبيين والمفتاح والدرر . ودليل الأول « أنه صلى الله عليه وسلم أوصى أبا هريرة بركعتين » كما فى صحيح البخارى . ودليل الثانى « أنه صلى الله عليه وسلم كان يصلى الضحى أربعا ويزيد ماشاء الله » رواه مسلم وغيره . والتوفيق ما أشار إليه بعض المحققين أن الركعتين أقل المراتب والأربع أدنى الكمال (قوله وأكثرها اثنا عشر) لما رواه الترمذى والنسائى بسند فيه ضعف أنه صلى الله عليه وسلم قال « من صلى الضحى ثنتى عشرة ركعة بنى الله له قصرا من ذهب فى الجنة » وقد تقرر أن الحديث الضعيف يجوز العمل به فى الفضائل ، شرح المنية . وقيل أكثرها ثمانية ، وعزاه فى الحلية إلى الإمام أحمد ، وعزاه بعض الشافعية إلى الأكثرين (قوله كما فى الذخائر الأشرفية) اسم كتاب لابن الشحنة مؤلف فى الألغاز الفقهية (قوله لثبوته الخ) جواب عما أورد : كيف يكون أوسطها أفضل مع أن الأكثر مشتمل على الأوسط وزيادة وفيه زيادة مشقة ؟ (قوله كما أفاده ابن حجر الخ) حيث قال : ولا يتصور الفرق بين الأفضل والأكثر إلا فيمن صلى الاثنى عشر بتسليمة واحدة فإنها تقع نفلا مطلقا عند من يقول إن أكثر سنة الضحى ثمان ركعات ، فأما إذا فصلها فإنه يكون صلى الضحى ، وما زاد على الثمان يكون له نفلا مطلقا فتكون صلاة اثنى عشر فى حقه أفضل من ثمان لكونه أتى بالأفضل وزاد اه .

أقول : وحاصله أن من قال بأن أكثرها ثمانى ركعات لعدم ثبوت الزيادة عنده لو صلاها اثنتى عشرة بتسليمة لم تقع عن سنة الضحى لنيته خلاف المشروع فالأفضل عنده صلاتها ثمانى ركعات ، وأما على قول من يقول أكثرها اثنتا عشرة ركعة لجواز العمل بالضعيف فى فضائل الأعمال كما مر تكون هى الأفضل ، كما لو فصلها كل ركعتين أو أربع بتسليمة عند الكل .

وملخصه أن كون الثمانية أفضل مبنى على القول بأنها أكثرها لعدم ثبوت الزيادة ، وحينئذ فلا يخفى عليك مافى كلام الشارح حيث مشى على أن أكثرها اثنتا عشرة ركعة وجعل أوسطها أفضل . على أنا لو قلنا إن الثمانية هى الأكثر ، فتقييد أفضليتها على الاثنتى عشرة بما إذا صلى الاثنى عشرة بتسليمة واحدة لتقع نفلا مطلقا لايوافق قواعد مذهبنا ، بل تقع عما نوى على قواعدنا ؛ كما لو صلى الظهر ست ركعات مثلا وقعد على رأس الرابعة فإن الركعتين الزائدتين لاتغير ماقبلها عن صفة الفرضية ، لصحة البناء على تحريمة الفرض والنفل عندنا ، ونية العدد لاتضر ولا تنفع ، فإذا صلى الضحى أكثر من ثمانية يقع الزائد نفلا مطلقا لا الكل بلا فرق بين وصلها وفصلها ؛ نعم فى وصلها كراهة الزيادة على أربع بتسليمة واحدة فى نفل النهار ، وهو مكروه وإن لم يزد على أكثر الضحى ، فلا يظهر حينئذ كون الثمانية أفضل . وقد أجاب بعض الشافعية بأن أفضلية الثمانية للاتباع أى لأنها ثابتة بالأحاديث الصحيحة ، فيترجح فيها الاتباع للشارع بخلاف الزيادة لضعف حديثها ، لكن يرد عليه أن صلاة الأكثر متضمنة للأوسط الذى فيه الاتباع إلا أن يبنى أيضا على القول بأن الثمانية هى الأكثر : وعلى أنه لو صلاها أكثر بتسليمة تقع نفلا مطلقا لا عما نوى أو يقال : معناه أن كل شفع من الثمانية أفضل من كل شفع من الزائد لا بالنظر إلى المجموع فهذا غاية ماتحرر لى هنا ، والله أعلم .

مطلب فى ركعتى السفر

(قوله ركعتا السفر والقدوم منه) عن مقطم بن المقدام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ماخلف أحد عند أهله أفضل من ركعتين يركعهما عندهم حين يريد سفرا » رواه الطبرانى . وعن كعب بن مالك « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لايقدم من السفر إلا نهارا فى الضحى ، فإذا قدم بدأ بالمسجد فصلى فيه ركعتين ثم جلس فيه » رواه مسلم شرح المنية . ومفاده اختصاص صلاة ركعتى السفر بالبيت ، وركعتى القدوم منه بالمسجد وبه صرح الشافعية .

مطلب فى صلاة الليل

(قوله وصلاة الليل) أقول : هى أفضل من صلاة النهار كما فى الجوهرة ونور الإيضاح ، وقد صرحت الآيات والأحاديث بفضلها والحث عليها . قال فى البحر : فنها مافى صحيح مسلم مرفوعا أفضل الصلاة بعد الفريضة صلاة الليل » وروى الطبرانى مرفوعا «لابد من صلاة بليل ولو حلب شاة ، وماكان بعد صلاة العشاء فهو من الليل» وهذا يفيد أن هذه السنة تحصل بالتنفل بعد صلاة العشاء قبل النوم اهـ .

قلت : قد صرح بذلك فى الحلية ، ثم قال فيها بعد كلام : ثم غير خاف أن صلاة الليل المحثوث عليها هى التهجد . وقد ذكر القاضى حسين من الشافعية أنه فى الاصطلاح التطوع بعد النوم ، وأيد بما فى معجم الطبرانى من حديث الحجاج بن عمرو رضى الله عنه قال « يحسب أحدكم إذا قام من الليل يصلى حتى يصبح أنه قد تهجد ، إنما التهجد المرء يصلى الصلاة بعد رقدة» غير أن فى سنده ابن لهيعة وفيه مقال ، لكن الظاهر رجحان حديث الطبرانى الأول لأنه تشريع قولى من الشارع صلى الله عليه وسلم بخلاف هذا ، وبه يتقى ماعن أحمد من قوله قيام الليل من المغرب إلى طلوع الفجر اهـ ملخصا .

أقول : الظاهر أن حديث الطبرانى الأول بيان لكون وقته بعد صلاة العشاء ، حتى لو نام ثم تطوع قبلها لايحصل السنة ، فيكون حديث الطبرانى الثانى مفسرا للأول ، وهو أولى من إثبات التعارض والترجيح ، لأن فيه ترك العمل بأحدهما ، ولأنه يكون جاريا على الاصطلاح ، ولأنه المفهوم من إطلاق الآيات والأحاديث ، ولأن التهجد إزالة النوم بتكلف مثل : تأثم أى تحفظ عن الإثم ؛ نعم صلاة الليل وقيام الليل أعم من التهجد ، وبه يجاب عما أورد على قول الإمام أحمد هذا ماظهر لى ، والله أعلم .

[تنبيه] ظاهر مامر أن التهجد لايحصل إلا بالتطوع ؛ فلو نام بعد صلاة العشاء ثم قام فصلى فوائت لايسمى تهجدا وتردد فيه بعض الشافعية .

قلت : والظاهر أن تقييده بالتطوع بناء على الغالب وأنه يحصل بأى صلاة كانت لقوله فى الحديث المار « وماكان بعد صلاة العشاء فهو من الليل » ثم اعلم أن ذكره صلاة الليل من المندوبات مشى عليه فى الحاوى القدسى . وقد تردد المحقق فى فتح القدير فى كونه سنة أو مندوبا ، لأن الأدلة القولية تفيد الندب ، والمواظبة الفعلية تفيد السنية لأنه صلى الله عليه وسلم إذا واظب على تطوع يصير سنة ؛ لكن هذا بناء على أنه كان تطوعا فى حقه ، وهو قول طائفة . وقالت طائفة : كان فرضا عليه فلا تفيد مواظبته عليه السنية فى حقنا لكن صريح مافى مسلم وغيره عن عائشة أنه كان فريضة ثم نسخ ، هذا خلاصة ماذكره ، ومفاده اعتماد السنية فى حقنا لأنه

وأقلها على مافى الجوهرة ثمان ، ولو جعله أثلاثا فالأوسط أفضل ، ولو أنصافا فالأخير أفضل . وإحياء ليلة العيدين ، والنصف من شعبان ، والعشر الأخير من رمضان ، والأول من ذى الحجة ، ويكون بكل عبادة تعم الليل أو أكثره .

صلى الله عليه وسلم واظب عليه بعد نسخ الفرضية ، ولذا قال فى الحلية : والأشبه أنه سنة (قوله وأقلها على مافى الجوهرة ثمان) قيد بقوله على مافى الجوهرة لأنه فى الحاوى القدسى قال : يصلى ماسهل عليه ولو ركعتين ، والسنة فيها ثمان ركعات بأربع تسليمات اهـ والتقييد بأربع تسليمات مبنى على قول الصاحبين ، وأما على قول الإمام فلا كما ذكره فى الحلية ، وقال فيها أيضا ، وهذا بناء على أن أقل تهجده صلى الله عليه وسلم كان ركعتين ، وأن منتهاه كان ثمانى ركعات أخذا مما فى مبسوط السرخسى . ثم ساق تبعا لشيخه المحقق ابن الهمام الأحاديث الدالة على ماعنده فى المبسوط من منتهاه ، وحديث أبى داود الدال على أن أقل تهجده صلى الله عليه وسلم أربع سوى ثلاث الوتر ، وتمام ذلك فيها فراجعها ، لكن ذكر آخرا عنه صلى الله عليه وسلم « من استيقظ من الليل وأيقظ أهله فصليا ركعتين كتبا من الذاكرين الله كثيرا والذاكرات » رواه النسائى وابن ماجه وابن حبان فى صحيحه والحاكم . وقال المنذرى صحيح على شرط الشيخين اهـ .

أقول : فينبغى القول بأن أقل التهجد ركعتان وأوسطه أربع وأكثره ثمان . والله أعلم (قوله ولو جعله أثلاثا الخ) أى لو أراد أن يقوم ثلثه وينام ثلثيه فالثلث الأوسط أفضل من طرفيه ، لأن الغفلة فيه أتم والعبادة فيه أثقل ولو أراد أن يقوم نصفه وينام نصفه فقيام نصفه الأخير أفضل لقلة المعاصى فيه غالبا ، وللحديث الصحيح « ينزل ربنا إلى سماء الدنيا فى كل ليلة حين يبقى ثلث الليل الأخير ، فيقول : من يدعونى فأستجيب له ؟ من يسألنى فأعطيه من يستغفرنى فأغفر له » ومعنى ينزل ربنا ينزل أمره كما أوله به الخلف وبعض أكابر السلف ، وتمامه فى تحفة ابن حجر ، وذكر أن الأفضل من الثلث الأوسط السدس الرابع والخامس ، للخبر المتفق عليه « أحب الصلاة إلى الله تعالى صلاة داود ، كان ينام نصف الليل ويقوم ثلثه وينام سدسه » اهـ وبه جزم فى الحلية .

[تتمة] ذكر فى الحلية أيضا ماحاصله : أنه يكره ترك تهجد اعتاده بلا عذر ، لقوله صلى الله عليه وسلم لابن عمر « ياعبد الله لاتكن مثل فلان كان يقوم الليل ثم تركه » متفق عليه ، فينبغى للمكلف الأخذ من العمل بما يطيقه كما ثبت فى الصحيحين ، ولذا قال صلى الله عليه وسلم « أحب الأعمال إلى الله أدومها وإن قل » رواه الشيخان وغيرهما .

مطلب فى إحياء ليالى العيدين والنصف وعشر الحجة ورمضان

(قوله وإحياء ليلة العيدين) الأولى ليلتى بالتثنية : أى ليلة عيد الفطر . وليلة عيد الأضحى (قوله والنصف) أى وإحياء ليلة النصف من شعبان (قوله والأول) أى وليالى العشر الأول الخ . وقد بسط الشرنبلالى فى الإمداد ماجاء فى فضل هذه الليالى كلها فراجعه (قوله ويكون بكل عبادة تعم الليل أو أكثره) نقل عن بعض المتقدمين ، قيل هو الإمام أبو جعفر محمد بن على أنه فسر ذلك بنصف الليل وقال « من أحيا نصف الليل فقد أحيا الليل » وذكر فى الحلية أن الظاهر من إطلاق الأحاديث الاستيعاب ، لكن فى صحيح مسلم عن عائشة قالت « ما أعلمه صلى الله عليه وسلم قام ليلة حتى الصباح » فيترجح إرادة الأكثر أو النصف ، لكن الأكثر أقرب إلى الحقيقة مالم يثبت مايقتضى تقديم النصف اهـ .

وفى الإمداد : ويحصل القيام بالصلاة نفلا فرادى من غير عدد مخصوص ، وبقراءة القرآن ، والأحاديث وسماعها ، وبالتسبيح والثناء ، والصلاة والسلام على النبى صلى الله عليه وسلم الحاصل ذلك فى معظم الليل وقيل بساعة منه . وعن ابن عباس رضى الله عنهما بصلاة العشاء جماعة ، والعزم على صلاة الصبح جماعة ، كما قالوه فى إحياء ليلتى العيدين . وفى صحيح مسلم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من صلى العشاء فى جماعة فكأنما قام نصف الليل ، ومن صلى الصبح فى جماعة فكأنما قام الليل كله » اه .

[تتمة] أشار بقوله فرادى إلى ماذكره بعد فى متنه من قوله ويكره الاجتماع على إحياء ليلة من هذه الليالى فى المساجد . وتمامه فى شرحه . وصرح بكراهة ذلك فى الحاوى القدسى . قال : وما روى من الصلوات فى هذه الأوقات يصلى فرادى غير التراويح .

مطلب فى صلاة الرغائب

قال فى البحر : ومن هنا يعلم كراهة الاجتماع على صلاة الرغائب التى تفعل فى رجب فى أولى جمعة منه وأنها بدعة ، وما يحتاله أهل الروم من نذرها لتخرج عن النفل والكراهة فباطل اه .

قلت : وصرح بذلك فى البزازية كما سيذكره الشارح آخر الباب ، وقد بسط الكلام عليها شارحا المنية ، وصرحا بأن ما روى فيها باطل موضوع ، وبسطا الكلام فيها خصوصا فى الحلية ، وللعلامة نور الدين المقدسى فيها تصنيف حسن سماه ردع الراغب عن صلاة الرغائب ، أحاط فيه بغالب كلام المتقدمين والمتأخرين من علماء المذاهب الأربعة .

مطلب فى ركعتى الاستخارة

(قوله ومنها ركعتا الاستخارة) عن جابر بن عبد الله قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلمنا الاستخارة فى الأمور كلها كما يعلمنا السورة من القرآن يقول « إذا هم أحدكم بالأمر فليركع ركعتين من غير الفريضة ، ثم ليقل : اللهم إنى أستخيرك بعلمك ، وأستقدرك بقدرتك ، وأسألك من فضلك العظيم ، فإنك تقدر ولا أقدر ، وتعلم ولا أعلم وأنت علام الغيوب . اللهم إن كنت تعلم أن هذا الأمر خير لى فى دينى ومعاشى وعاقبة أمرى أو قال عاجل أمرى وآجله ، فاقدره لى ويسره لى ثم بارك لى فيه ، وإن كنت تعلم أن هذا الأمر شر لى فى دينى ومعاشى وعاقبة أمرى أو قال عاجل أمرى وآجله فاصرفه عنى واصرفنى عنه ، واقدر لى الخير حيث كان ثم رضنى به ، قال ويسمى حاجته » رواه الجماعة إلا مسلما شرح المنية .

[تتميم] معنى فاقدره اقضه لى وهيئه ، وهو بكسر الدال وبضمها ، وقوله « أو قال عاجل أمرى » شك من الراوى . قالوا : وينبغى أن يجمع بينهما فيقول « وعاقبة أمرى وعاجله وآجله » وقوله « ويسمى حاجته » قال ط : أى بدل قوله « هذا الأمر » اه .

قلت : أو يقول بعده وهو كذا وكذا ، وقالوا الاستخارة فى الحج ونحوه تحمل على تعيين الوقت .

وفى الحلية : ويستحب افتتاح هذا الدعاء وختمه بالحمدلة والصلاة . وفى الأذكار أنه يقرأ فى الركعة الأولى الكافرون ، وفى الثانية الإخلاص اه . وعن بعض السلف أنه يزيد فى الأولى — وربك يخلق ما يشاء ويختار —

وأربع صلاة التسبيح بثلثمائة تسبيحة ، وفضلها عظيم .

إلى قوله – يعلنون – وفي الثانية – وما كان لمؤمن ولا مؤمنة – الآية . وينبغي أن يكررها سبعا ، لما روى ابن السني « يا أنس إذا هممت بأمر فاستخر ربك فيه سبع مرات ، ثم انظر إلى الذي سبق إلى قلبك فإن الخير فيه » ولو تعذرت عليه الصلاة استخار بالدعاء اه ملخصا . وفي شرح الشرعة : المسموع من المشايخ أنه ينبغي أن ينام على طهارة مستقبل القبلة بعد قراءة الدعاء المذكور . فإن رأى في منامه بياضا أو خضرة فذلك الأمر خير ، وإن رأى فيه سوادا أو حمرة فهو شر ينبغي أن يجتنب اه .

مطلب في صلاة التسبيح

(قوله وأربع صلاة التسبيح الخ) يفعلها في كل وقت لا كراهة فيه . أو في كل يوم أو ليلة مرة . وإلا ففي كل أسبوع أو جمعة أو شهر أو العمر ، وحديثها حسن لكثرة طرقه . ووهم من زعم وضعه . وفيها ثواب لا يتناهى ومن ثم قال بعض المحققين : لا يسمع بعظيم فضلها ويتركها إلا متهاون بالدين ، والطعن في ندبها بأن فيها تغييرا لنظم الصلاة إنما يتأتى على ضعف حديثها فإذا ارتقى إلى درجة الحسن أثبتها وإن كان فيها ذلك ، وهي أربع بتسليمة أو تسليمتين ، يقول فيها ثلثمائة مرة « سبحان الله ، والحمد لله ولا إله إلا الله ، والله أكبر » وفي رواية زيادة « ولا حول ولا قوة إلا بالله » يقول ذلك في كل ركعة خمسة وسبعين مرة ؛ فبعد الثناء خمسة عشر ، ثم بعد القراءة وفي ركوعه ، والرفع منه ، وكل من السجدتين ، وفي الجلسة بينهما عشرا عشرا بعد تسبيح الركوع والسجود ، وهذه الكيفية هي التي رواها الترمذي في جامعه عن عبد الله بن المبارك أحد أصحاب أبي حنيفة الذي شاركه في العلم والزهد والورع ، وعليها اقتصر في القنية وقال إنها المختار من الروايتين . والرواية الثانية : أن يقتصر في القيام على خمسة عشر مرة بعد القراءة ، والعشرة الباقية يأتي بها بعد الرفع من السجدة الثانية ، واقتصر عليها في الحاوي القدسي والحلية والبحر ، وحديثها أشهر ، لكن قال في شرح المنية : إن الصفة التي ذكرها ابن المبارك هي التي ذكرها في مختصر البحر ، وهي الموافقة لمذهبنا لعدم الاحتياج فيها إلى جلسة الاستراحة إذ هي مكروهة عندنا اه .

قلت : ولعله اختارها في القنية لهذا ، لكن علمت أن ثبوت حديثها يثبتها وإن كان فيها ذلك ، فالذي ينبغي فعل هذه مرة وهذه مرة .

[تتمة] قيل لابن عباس : هل تعلم لهذه الصلاة سورة قال : التكاثر والعصر والكافرون والإخلاص . وقال بعضهم : الأفضل نحو الحديد والحشر والصف والتغابن للمناسبة في الاسم . وفي رواية عن ابن المبارك : يبدأ بتسبيح الركوع والسجود ثم بالتسبيحات المتقدمة . وقال المعلى : يصليها قبل الظهر هندية عن المضمرات . وقيل لابن المبارك : لو سها فسجد هل يسبح عشرا عشرا قال : لا إنما هي ثلثمائة تسبيحة . قال المنلا علي في شرح المشكاة : مفهومه أنه إن سها ونقص عددا من محل معين يأتي به في محل آخر تكملة للعدد المطلوب اه .

قلت : واستفيد أنه ليس له الرجوع إلى المحل الذي سها فيه وهو ظاهر ، وينبغي كما قال بعض الشافعية أن يأتي بما ترك فيما يليه إن كان غير قصير فتسبيح الاعتدال يأتي به في السجود ، أما تسبيح الركوع فيأتي به في السجود أيضا لا في الاعتدال لأنه قصير .

قلت : وكذا تسبيح السجدة الأولى يأتي به في الثانية لا في الجلسة ، لأن تطويلها غير مشروع عندنا على ما مر

وأربع صلاة الحاجة ، قيل وركعتان . وفي الحاوي أنها اثنا عشر بسلام واحد ، وبسطناه في الخزائن .
(وتفرض القراءة) عملا (في ركعتي الفرض) مطلقا أما تعيين الأوليين فواجب

في الواجبات . وفي القنية : لايعد التسبيحات بالأصابع إن قدر أن يحفظ بالقلب وإلا يغمز الأصابع .

ورأيت للعلامة ابن طولون الدمشقي الحنفي رسالة سماها [ثمر الترشيح في صلاة التراويح] بخطه أسند فيها عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما : أنه يقال فيها بعد التشهد قبل السلام : اللهم إني أسألك توفيق أهل الهدى ، وأعمال أهل اليقين ، ومناصحة أهل التوبة ، وعزم أهل الصبر ، وجد أهل الخشية ، وطلب أهل الرغبة ، وتعبد أهل الورع ، وعرفان أهل العلم حتى أخافك . اللهم إني أسألك مخافة تحجزني عن معاصيك حتى أعمل بطاعتك ؛ وعملا أستحق به رضاك ، حتى أناصحك بالتوبة خوفا منك ، وحتى أخلص لك النصيحة حبا لك ، وحتى أتوكل عليك في الأمور حسن ظن بك ، سبحان خالق النور » اهـ .

مطلب في صلاة الحاجة

(قوله وأربع صلاة الحاجة الخ) قال الشيخ إسمعيل : ومن المندوبات صلاة الحاجة ، ذكرها في التجنيس والملتقط وخزانة الفتاوى وكثير من الفتاوى والحاوي وشرح المنية . أما في الحاوي فذكر أنها ثنتا عشرة ركعة ، وبين كيفيتها بما فيه كلام . وأما في التجنيس وغيره ، فذكر أنها أربع ركعات بعد العشاء وأن في الحديث المرفوع يقرأ في الأولى الفاتحة مرة وآية الكرسي ثلاثا ، وفي كل من الثلاثة الباقية يقرأ الفاتحة والإخلاص والمعوذتين مرة مرة كن له مثلهن من ليلة القدر . قال مشايخنا : صلينا هذه الصلاة فقضيت حوائجنا مذكور في الملتقط والتجنيس وكثير من الفتاوى ، كذا في خزانة الفتاوى . وأما في شرح المنية فذكر أنها ركعتان ، والأحاديث فيها مذكورة في الترغيب والترهيب كما في البحر . وأخرج الترمذي عن عبد الله بن أبي أوفى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من كانت له إلى الله حاجة أو إلى أحد من بني آدم فليتوضأ وليحسن الوضوء ثم ليصل ركعتين ، ثم ليثن على الله تعالى ، وليصل على النبي صلى الله عليه وسلم ، ثم ليقل لا إله إلا الله الحليم الكريم ، سبحان الله رب العرش العظيم ، الحمد لله رب العالمين . أسألك موجبات رحمتك ، وعزائم مغفرتك ، والغنيمة من كل بر ، والسلامة من كل إثم ، لاتدع لي ذنبا إلا غفرته ، ولا هما إلا فرجته ، ولا حاجة هي لك رضا إلا قضيتها يا أرحم الراحمين » اهـ .

أقول : وقد عقد في آخر الحلية فصلا مستقلا لصلاة الحاجة ، وذكر مافيها من الكيفيات والروايات والأدعية وأطال وأطاب كما هو عادته رحمه الله تعالى ، فليراجعه من أراده .

[خاتمة] ينبغي للمسافر أن يصلي ركعتين في كل منزل قبل أن يقعد كما كان يفعل صلى الله عليه وسلم ، نص عليه الإمام السرخسي في شرح السير الكبير . وذكر أيضا أنه إذا ابتلي المسلم بالقتل يستحب أن يصلي ركعتين يستغفر الله تعالى بعدهما ليكون آخر عمله الصلاة والاستغفار . وذكر الشيخ إسمعيل عن شرح الشرعة : من المندوبات صلاة التوبة ، وصلاة الوالدين ، وصلاة ركعتين عند نزول الغيث ، وركعتين في السر لدفع النفاق ، والصلاة حين يدخل بيته ويخرج توقيا عن فتنة المدخل والمخرج ، والله أعلم (قوله عملا) أي تفرض من جهة العمل لا الاعتقاد أيضا ، فلا يكفر جاحدها لوقوع الخلاف فيها ؛ فعند أبي بكر الأصم وسفيان بن عيينة وغيرهما سنة . وعند الحسن البصري وزفر والمغيرة من المالكية فرض في ركعة . وفي رواية عن مالك : فرض في ثلاث . وعند الشافعي وأحمد والصحيح من مذهب مالك فرض في الأربع ، وتمامه في الحلية (قوله مطلقا) أي في الأوليين أو الأخريين أو واحدة وواحدة ط .

على المشهور (وكل النفل) للمنفرد لأن كل شفع صلاة ، لكنه لايعم الرباعية المؤكدة . فتأمل (و) كل (الوتر) احتياطا (ولزم نفل شرع فيه) بتكبيرة الإحرام أو بقيام الثالثة شروعا صحيحا (قصدا)

قلت : وقد تفرض القراءة فى جميع ركعات الفرض الرباعى كما مر فى باب الاستخلاف فيما لو استخلف مسبوقا بركعتين، وأشار لمرأنه لم يقرأ فى الأوليين (قوله على المشهور) رد لما قيل إنها فى الأوليين فرض . وما قيل إنها فيهما أفضل، لكن قدمنا فى واجبات الصلاة أنه لا قائل بالفرضية فى الأوليين . وإنما ذلك فهمه صاحب البحر من بعض العبارات ، وقدمنا تحقيقه هناك فافهم (قوله للمنفرد) أى ولو حكما كالإمام . لانفراده برأيه ، وكونه غير تابع لغيره ، فخرج المقتدى فلا تفرض عليه القراءة فى النفل ولو كان مقتديا بمفترض كما بيناه فى باب الإمامة (قوله لكنه الخ) أى هذا التعليل للزوم القراءة فى كل النفل قاصر لايعم الرباعية المؤكدة . لما قدمه المصنف من أنه لايصلى على النبى صلى الله عليه وسلم فى القعدة الأولى منها ولا يستفتح إذا قام إلى الثالثة . ولو كان كل شفع منها صلاة لصلى واستفتح ؛ وهذا الاعتراض لصاحب البحر .

وقد يجاب عنه بما أشار إليه الشارح هناك من قوله لأنها لتأكدها أشبهت الفريضة . يعنى أن القياس فيها ذلك لكن لما أشبهت الفريضة روعى فيها الجانبان فأوجبوا القراءة فى كل ركعاتها . والعود إلى القعدة إذا تذكرها بعد تمام القيام قبل السجود ، وقضاء ركعتين فقط لو أفسدها على ماهو ظاهر الرواية كما سيأتى نظرا للأصل . ومنعوا من الصلاة والاستفتاح نظرا للشبه كما فعلوا فى الوتر . على أن كون النفل كل شفع منه صلاة ليس على إطلاقه . بل من بعض الأوجه كما مر بيانه . وإلا لزم أن لاتصح رباعية بترك القعدة الأولى منها مع أن الاستحسان أنها تصح اعتبارا لها بالفرض خلافا لمحمد . نعم لو تطوع بست ركعات أو ثمان بقعدة واحدة فالأصح أنه لايجوز كما فى الخلاصة لأنه ليس فى الفرائض ست يجوز أداؤها بقعدة . فيعود الأمر فيه إلى القياس كما فى البدائع وسيأتى فيه تصحيح خلافه أيضا (قوله ولزم نفل الخ) أى لزم المضى فيه . حتى إذا أفسده لزم قضاؤه أى قضاء ركعتين . وإن نوى أكثر على مايأتى ، ثم هذا غير خاص بالصلاة وإن كان المقام لها .

قال فى شرح المنية : اعلم أن الشروع فى نفل العبادة التى تلزم بالنذر ويتوقف ابتداؤها على مابعده فى الصحة سبب لوجوب إتمامه وقضائه إن فسد عندنا وعند مالك . وهو قول أبى بكر الصديق وابن عباس وكثير من الصحابة والتابعين كالحسن البصرى ومكحول والنخعى وغيرهم . فخرج الوضوء وسجدة التلاوة وعيادة المريض وسفر الغزو ونحوها مما لا يجب بالنذر لكونه غير مقصود لذاته . وخرج مالا يتوقف ابتداؤه على ما بعده فى الصحة نحو الصدقة والقراءة ، وكذا الاعتكاف على قول محمد ، ودخل فيه الصلاة والصوم والحج والعمرة والطواف والاعتكاف على قولها اه .

[تنبيه] ظاهر كلامهم أنه يلزم القضاء بمجرد الشروع الصحيح وإن أفسده للحال وفى المعراج عن الصغرى لو أفسد الصوم النفل فى الحال لايلزمه القضاء ، أما لو اختار المضى ثم أفسده عليه القضاء . قلت : وهكذا فى الصلاة ولو شرعت فى النفل ثم حاضت وجب القضاء اه . ومثله فى شرح الشيخ إسماعيل وحمله السيد أبو السعود على النفل المظنون ، وكلام القهستانى يدل عليه ، وكذا كلام المنح كما يأتى (قوله أو بقيام الثالثة) أى وقد أدى الشفع الأول صحيحا ، فإذا أفسد الثانى لزمه قضاؤه فقط ، ولا يسرى إلى الأول لأن كل شفع صلاة على حدة بحر (قوله شروعا صحيحا) احترز به عن اقتدائه متنفلا بنحو أمى أو امرأة كما يأتى، وقوله قصدا احترز به عما لو ظن

إلا إذا شرع متنفلا خلف مفترض ثم قطعه واقتدى ناويا ذلك الفرض بعد تذكره ، أو تطوعا آخر ، أو فى صلاة ظان ، أو أمى ، أو امرأة ، أو محدث يعنى وأفسده فى الحال ؛ أما لو اختار المضى ثم أفسده لزمه القضاء (ولو عند غروب وطلوع واستواء) على الظاهر (فإن أفسده حرم) لقوله تعالى - ولا تبطلوا أعمالكم - (إلا بعذر ،

أن عليه فرضا ثم تذكر خلافه كما يأتى (قوله إلا إذا شرع الخ) أى فلا يلزمه قضاء ماقطعه . ووجهه كما فى البدائع أنه ما التزم إلا أداء هذه الصلاة مع الإمام وقد أداها (قوله بعد تذكره) أى تذكر ذلك الفرض بأنه عليه لم يصله (قوله أو تطوعا آخر) وكذا لو أطلق بأن لم ينو قضاء ماقطعه ولا غيره (قوله أو فى صلاة ظان) معطوف على قوله متنفلا فهو مستثنى أيضا .

وصورته كما فى التتارخانية عن العيون برواية ابن سماعة عن محمد بن الحسن قال : رجل افتتح الظهر وهو يظن أنه لم يصلها فدخل رجل فى صلاته يريد به التطوع ، ثم تذكر الإمام أنه ليس عليه الظهر فرفض صلاته فلا شىء عليه ولا على من اقتدى به اهـ لكن ذكر فى البحر فى باب الإمامة عند قوله وفسد اقتداء رجل بامرأة وصبى أن نفل المقتدى فى هذه الصورة مضمون عليه بالإفساد ، حتى يلزمه قضاؤه بخلاف الإمام اهـ .

ويمكن الجواب بأن مراده بالإفساد إفساد المقتدى صلاته فيلزمه القضاء بإفساده دون إفساد إمامه فلا يخالف ماتقدم لكن المتبادر من كلام السراج أن المراد إفساد الإمام فإنه قال : فلو خرج الظان منها لم يجب عليه قضاؤها بالخروج عند أصحابنا الثلاثة ، ويجب على المقتدى القضاء اهـ . فإما أن يؤول أيضا بما قلنا وإلا فهو رواية ثانية غير ماشى عليها الشارح فافهم (قوله أو أمى الخ) محترز قوله شروعا صحيحا لأن الشروع فى صلاة من ذكر غير صحيح ، وحينئذ فلا محل لاستثنائه إلا بالنظر إلى مجرد المتن ، إذ ليس فيه ذلك القيد فافهم . قال السيد أبو السعود وينبغى فى الأمى وجوب القضاء بناء على ماسبق من أن الشروع يصح ثم تفسد إذا جاء أوان القراءة اهـ (قوله يعنى وأفسده فى الحال) أى حال التذكر ، وهذا راجع إلى مسألة الظان فقط .

قال فى المنح : واحترز بقوله قصدا عن الشروع ظنا ، كما إذا ظن أنه لم يصل فرضا فشرع فيه فتذكر أنه قد صلاه صار ماشرع فيه نفلا لايجب إتمامه حتى لو نقضه لايجب القضاء . وفى الصغرى : هذا إذا أفسد الصوم النفل فى الحال ، أما إذا اختار المضى ثم أفسده فعليه القضاء . قال : وهكذا فى الصلاة ، كذا فى المجتبى اهـ .
أقول : وعزاه بعض المحشين أيضا إلى شرح الجامع للتمرتاشى ، لكن علل فى التجنيس مسألة الصوم بأنه لما مضى عليه صار كأنه نوى المضى عليه فى هذه الساعة ، فإذا كان قبل الزوال صار شارعا فى صوم التطوع فيجب عليه اهـ .

وحاصله أنه إذا اختار المضى على الصوم بعد التذكر وكان فى وقت النية صار بمنزلة إنشاء نية جديدة فيلزمه وهذا لايتأتى فى الصلاة فإلحاقها بالصوم مشكل فليتأمل (قوله أما لو اختار المضى) الظاهر أن ذلك يكون بمجرد القصد ، وفيه ما علمته . ونقل ط عن أبى السعود عن الحموى أنه لايكون مختارا للمضى إلا إذا قيد الركعة بسجدة .
أقول : فهم الحموى ذلك من الفرق بين الصوم والصلاة الآتى قريبا ، وفيه نظر فتدبر (قوله على الظاهر) أى ظاهر الرواية عن الإمام . وعنه أنه لايلزمه بالشروع فى هذه الأوقات اعتبارا بالشروع فى الصوم فى الأوقات المكروهة . والفرق على الظاهر صحة تسميته صائما فيه . وفى الصلاة لا إلا بالسجود ، ولذا حنث بمجرد الشروع فى لايصوم ، بخلاف لايصلى كما سيأتى إن شاء الله تعالى نهر (قوله إلا بعذر) استثناء من قوله حرم : أى أنه عند العذر لايحرم إفساده ، بل قد يباح . وقد يستحب . وقد يجب كما قدمه فى آخر مكروهات الصلاة .

ووجب قضاؤه) ولو فساده بغير فعله ؛ كتيمم رأى ماء ومصلية أو صائمة حاضت .

واعلم أن مايجب على العبد بالتزامه نوعان : مايجب بالقول وهو النذر وسيجئ . وما يجب بالفعل ، وهو الشروع فى النوافل ، ويجمعها قوله :

من النوافل سبع تلزم الشارع أخذا لذلك مما قاله الشارع
صوم صلاة طواف حجه رابع عكوفه عمرة إحرامه السابع

(وقضى ركعتين لو نوى أربعا) غير مؤكدة على اختيار الحلبى وغيره (ونقض

ومن العذر ماإذا كان شروعه فى وقت مكروه . فى البدائع : الأفضل عندنا أن يقطعها وإن أتم فقد أساء ولا قضاء عليه لأنه أداها كما وجبت . فإذا قطعها لزمه القضاء اهـ . قال فى البحر : وينبغى أن يكون القطع واجبا خروجا عن المكروه تحريما ، وليس بإبطال للعمل ، لأنه إبطال ليؤديه على وجه أكمل فلا يعد إبطالا (قوله ووجب قضاؤه) أى ولو قطعه بعذر ولو كان لكراهة الوقت كما علمت . قال فى البحر : ولو قضاه فى وقت مكروه آخر أجزأه لأنها وجبت ناقصة ، وأداها كما وجبت فيجوز ، كما لو أتمها فى ذلك الوقت (قوله وسيجئ) أى فى كتاب الأيمان وذكر فى البحر شيئا من أحكامه هنا فراجعه (قوله ويجمعها) أى النوافل التى تجب بالشروع وضابطها كل عبادة تلزم بالنذر ويتوقف ابتداؤها على مابعده فى الصحة ، كما قدمناه قريبا عن شرح المنية (قوله من النوافل الخ) هذا النظم عزاه السيد أبو السعود إلى صدر الدين بن العز . وهو من النوع المسمى عند المولدين بالمواليا ، وبحره بحر البسيط (قوله قاله الشارع) هو سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم لأنه الذى شرع الأحكام . وفيه مع ماقبله الجناس التام (قوله طواف) أى يلزمه إتمام سبعة أشواط بالشروع فيه بمجرد النية إلا إذا شرع فيه يظن أنه عليه كما فى شرح اللباب (قوله عكوفه) سيذكر الشارح فى باب الاعتكاف نقلا عن المصنف وغيره أن مافى بعض المعتبرات من أنه يلزم بالشروع مفرع على الضعيف : أى على رواية تقدير الاعتكاف النفل بيوم . أما على ظاهر الرواية من أن أقله ساعة فلا يلزم ، بل ينتهى بالخروج من المسجد .

قلت : لكن ذكر فى البدائع أن الشروع فيه ملزم بقدر مااتصل به الأداء ، ولما خرج فما وجب إلا ذلك القدر فلا يلزمه أكثر منه اهـ فتأمل ، نعم سنذكر فى الاعتكاف عن الفتح أن اعتكاف العشر فى رمضان ينبغى لزومه بالشروع (قوله إحرامه) قال فى لباب المناسك : لو نوى الإحرام من غير تعيين حجة أو عمرة صح ولزمه وله أن يجعله لأيهما شاء قبل أن يشرع فى أعمال أحدهما اهـ وبهذا غاير الحج والعمرة وإن استلزماه فاندفع التكرار كما قاله ح (قوله وقضى ركعتين) هو ظاهر الرواية . وصحح فى الخلاصة رجوع أبى يوسف عن قوله أولا بقضاء الأربع إلى قولهما فهو باتفاقهم ، لأن الوجوب بسبب الشروع لم يثبت وضعا بل لصيانة المؤدى وهو حاصل بتمام الركعتين ، فلا تلزم الزيادة بلا ضرورة بحر (قوله لو نوى أربعا) قيد به لأنه لو شرع فى النفل ولم ينو لايلزمه إلا ركعتان اتفاقا . وقيد بالشروع لأنه لو نذر صلاة ونوى أربعا لزمه أربع بلا خلاف كما فى الخلاصة لأن سبب الوجوب فيه هو النذر بصيغته وضعا بحر (قوله على اختيار الحلبى وغيره) حيث قال فى شرح المنية : أما إذا شرع فى الأربع التى قبل الظهر وقبل الجمعة أو بعدها ثم قطع فى الشفع الأول أو الثانى يلزمه قضاء الأربع باتفاق ، لأنها لم تشرع إلا بتسليمة واحدة ، فإنها لم تنقل عنه عليه الصلاة والسلام إلا كذلك ، فهى بمنزلة صلاة واحدة ، ولذا لايصلى فى القعدة الأولى ولا يستفتح فى الثالثة . ولو أخبر الشفيع بالبيع وهو فى الشفع الأول منها فأكمل لاتبطل شفعته ، وكذا المخيرة لايبطل خيارها ، وكذا لو دخلت عليه امرأته وهو فيه فأكمل لاتصح الخلوة ولا

فى) خلال (الشفع الأول أو الثانى) أى وتشهد للأول وإلا يفسد الكل اتفاقا ، والأصل أن كل شفع صلاة إلا بعارض اقتداء أو نذر أو ترك قعود أول (كما) يقضى ركعتين (لو ترك القراءة

يلزمه كمال المهر لو طلقها ، بخلاف مالو كان نفلا آخر فإن هذه الأحكام تنعكس اهـ . وذكر فى البحر أنه اختاره الفضلى وقال فى النصاب إنه الأصح . لأنه بالشروع صار بمنزلة الفرض لكن ذكر فى البحر قبل ذلك أنه لايجب بالشروع فيها إلا ركعتان فى ظاهر الرواية عن أصحابنا لأنها نفل . قلت : وظاهر الهداية وغيرها ترجيحه (قوله فى خلال) قيد به لأنه لو نقض بين آخر القعدة الأولى وبين القيام إلى الثالثة لايلزمه شىء ، لأن الشفع الأول قد تم بالقعدة ، والثانى لم يشرع فيه حينئذ . وقد ذكره المصنف بعد بقوله ولا قضاء لو قعد قدر التشهد ثم نقض (قوله أو الثانى) أى وكذا يقضى ركعتين لو أتم الشفع الأول بقعدته ثم شرع فى الثانى فنقضه فى خلاله قبل القعدة فيقضى الثانى فقط لتمام الأول . لكن ينبغى وجوب إعادة الأول لترك واجب السلام مع عدم انجباره بسجود سهو كما هو الحكم فى كل صلاة أديت مع ترك واجب . ولا يخالف ذلك كلامهم هنا ، لأن كلامهم فى لزوم القضاء وعدمه بناء على الفساد وعدمه والإعادة هى فعل ماأدى صحيحا مع الكراهة مرة ثانية بلاكراهة (قوله أى وتشهد للأول) قيد لقوله أو الثانى ح والمراد بالتشهد التعود قدر التشهد سواء قرأ التشهد أولا ، فهو من إطلاق الحال على المحل (قوله وإلا) أى وإن لم يتشهد للشفع الأول . ونقضه فى خلال الشفع الثانى يفسد الكل ، لأن الشفع الأول إنما يكون صلاة إن وجدت القعدة الأولى . أما إذا لم توجد فالأربع صلاة واحدة بحر وذكره الشارح بقوله أو ترك قعود أول ح (قوله والأصل أن كل شفع صلاة) أى فلا يلزمه بتحريمة النفل أكثر من ركعتين وإن نوى أكثر منهما . وهو ظاهر الرواية عن أصحابنا بحر (قوله إلا بعارض اقتداء) أى اقتداء المتطوع بمن تلزمه الأربع ، كما لو اقتدى بمصلى الظهر ثم قطعها فإنه يقضى أربعا ، سواء اقتدى به فى أولها أو فى القعدة الأخيرة لأنه التزم صلاة الإمام وهى أربع . بحر ونهر عن البدائع (قوله أو نذر) أى لو نذر صلاة ونوى أربعا لزمته بلا خلاف كما قدمناه عن البحر وعلله فى النهاية عن المبسوط بأنه نوى مايحتمله لفظه لتناول اسم الصلاة للركعتين والأربع ، فكأنه قال لله على أن أصلى أربع ركعات اهـ وقد مر قبيل قوله وركعتان قبل الصبح أنه لو نذر أربعا بتسليمة فصلاها بتسليمتين لايخرج عن النذر بخلاف عكسه . ومفاد ماهنا أن نذر الأربع يكفى فى لزومها وإن لم يقيدها بتسليمة ، فلا يخرج عن عهدة النذر بصلاتها بتسليمتين (قوله أو ترك قعود أول) لأن كون كل شفع صلاة على حدة يقتضى افتراض القعدة عقيبه فيفسد بتركها كما هو قول محمد وهو القياس ، لكن عندهما لما قام إلى الثالثة قبل القعدة فقد جعل الكل صلاة واحدة شبيهة بالفرض وصارت القعدة الأخيرة هى الفرض وهو الاستحسان وعليه فلو تطوع بثلاث بقعدة واحدة كان ينبغى الجواز اعتبارا بصلاة المغرب . لكن الأصح عدمه لأنه قد فسد مااتصلت به القعدة وهو الركعة الأخيرة . لأن التنفل بالركعة الواحدة غير مشروع فيفسد ماقبلها . ولو تطوع بست ركعات بقعدة واحدة . قيل يجوز . والأصح لا . فإن الاستحسان جواز الأربع بقعدة اعتبارا بالفرض ، وليس فى الفرض ست ركعات تؤدى بقعدة فيعود الأمر إلى أصل القياس كما فى البدائع .

مبحث المسائل الستة عشرية

[تنبيه] ينبغى أن يستثنى أيضا من الأصل المذكور المؤكدة بناء على اختيار الحلبى وغيره .

(قوله كما يقضى ركعتين الخ) شروع فى مسائل فساد النفل الرباعى بترك القراءة بعد ذكر فساده بغيره وهى المسائل الملقبة بالثمانية ، وبالستة عشرية . والأصل فيها أن صحة الشروع فى الشفع الأول بالتحريمة وفى الثانى بالقيام

فى شفعيه أو تركها فى الأول) فقط (أو الثانى أو إحدى) ركعتى (الثانى أو إحدى) ركعتى (الأول أو الأول وإحدى الثانى لاغير) لأن الأول لما بطل لم يصح بناء الثانى عليه ،

إليه مع بقاء التحريمة والتحريمة لاتبقى عند أبى حنيفة مع ترك القراءة فى ركعتى الشفع الأول فلا يصح الشروع فى الشفع الثانى حتى لايلزمه قضاؤه بإفساده ، بل يقضى الأول فقط لفساد أدائه بترك القراءة بخلاف الترك فى ركعة فإنه يفسد الأداء دون التحريمة ، حتى وجب قضاء الشفع الأول كالترك فى الركعتين ، وصح الشروع فى الثانى. وعند محمد وزفر الترك فى ركعة من الشفع مفسد للتحريمة والأداء كالترك فى ركعتين ، فلا يصح شروعه فى الثانى فلا يلزمه قضاؤه بإفساده ، بل قضاء الأول فقط . وعند أبى يوسف الترك فى ركعة أو ركعتين يفسد الأداء فقط والتحريمة باقية فيصح شروعه فى الثانى مطلقا .

والحاصل أن التحريمة لاتفسد عند أبى يوسف بترك القراءة مطلقا ، وتفسد عند محمد وزفر بتركها مطلقا . وعند الإمام تفسد بتركها أصلا : أى فى الركعتين لا فى ركعة ، ويجمع الأقوال قول الإمام النسفى :

تحريمة النفل لاتبقى إذا تركت ... فيها القراءة أصلا عند نعمان
والترك فى ركعة قد عده زفر ... كالترك أصلا وأيضا شيخ شيبان
وقال يعقوب تبقى كيفما تركت ... فيها القراءة فاحفظـه بإتقان

(قوله فى شفعيه) فيقضى الشفع الأول عندهما لبطلان التحريمة وعدم صحة الشروع فى الثانى . ويقضى أربعا عند أبى يوسف لبقائها عنده وإفساد الأداء فى الشفعين بترك القراءة (قوله فى الأول فقط) أى فيقضى ركعتين إجماعا ، أما عندهما فلفساد التحريمة وعدم صحة الشروع فى الثانى ؛ وأما عند أبى يوسف فإنه وإن صح الشروع فيه فإنه لم يفسد لوجود القراءة فيه ، فيقضى الأول فقط (قوله أو الثانى) أى فيقضيه فقط إجماعا لصحة الأول وصحة الشروع فى الثانى ، وفساد أدائه بترك القراءة فيه (قوله أو إحدى ركعتى الثانى) أى فيقضيه فقط إجماعا أيضا لما قلنا . وتحته صورتان ، لأن الواحدة إما أولى الثانى أو ثانيته (قوله أو إحدى ركعتى الأول) فيه صورتان أيضا : أى فيلزمه قضاؤه فقط إجماعا أيضا لإفساده بترك القراءة فى ركعة منه ، ولفساد التحريمة ، وعدم صحة الشروع فى الثانى عند محمد ، ولبقائها مع صحة أداء الثانى عندهما (قوله أو الأول وإحدى الثانى) تحته صورتان أيضا : أى لو ترك القراءة فى الشفع الأول وفى ركعة من الثانى : أى أولاه أو ثانيته يقضى الشفع الأول عند الإمام ومحمد ، لفساد التحريمة ، وعدم صحة الشروع فى الثانى . وعند أبى يوسف يقضى أربعا لصحة الشروع فى الثانى ، وإفساد الأداء فيهما بترك القراءة (قوله لاغير) يحتمل أنه قيد لقوله وإحدى الثانى . ويحتمل كونه قيدا لهذه الصور : أى يقضى ركعتين فى هذه الصور المذكورة لافى غيرها مما سيأتى . ويحتمل كونه قيد الركعتين أى يقضى ركعتين لاغير فى جميع مامر (قوله لأن الأول الخ) تعليل للزوم قضاء ركعتين لاغير على قول الإمام فى جميع هذه الصورة بالإشارة إلى أصله فيها ، وهو أنه إذا بطل الشفع الأول بترك القراءة فيه أصلا لايصح بناء الشفع الثانى عليه لفساد التحريمة ، ومفهومه أنه إذا لم يبطل الأول يصح بناء الثانى عليه ، ومعلوم أن ترك القراءة فى ركعة أو فى ركعتين بعد صحة الشروع مفسد للأداء وموجب للقضاء ، فأفاد بمنطوق التعليل المذكور وجه قضاء ركعتين لاغير فى قول المصنف لو ترك القراءة فى شفعيه ، وقوله أو تركها فى الأول ، وقوله أو الأول وإحدى الثانى ، لأنه فى هذه

فهذه تسع صور للزوم ركعتين (و) قضى (أربعا) فى ست صور (لو ترك القراءة فى إحدى كل شفع أو فى الثانى وإحدى الأول) وبصورة القراءة فى الكل تبلغ ستة عشر ،

الصور كلها قد أفسد الشفع الأول بترك القراءة فيه أصلا فبطلت التحريمة ولم يصح بناء الشفع الثانى عليه، وحيث لم يصح بناؤه لم يلزمه قضاؤه ، بل لزمه قضاء الأول لاغير . وأفاد بمفهوم التعليل المذكور وجه قضاء ركعتين لاغير فى باقى الصور ، وهى قول المصنف أو الثانى أو إحدى الثانى أو إحدى الأول فإنه فى هذه الصور لم يبطل الشفع الأول عند الإمام فبقيت التحريمة وصح شروعه فى الثانى ، لكنه لما ترك القراءة فيه أو فى ركعة منه لزمه قضاؤه فقط ، ولما ترك القراءة فى ركعة من الأول فقط لزمه قضاؤه فقط لصحة بناء الثانى وصحة أدائه فافهم (قوله فهذه تسع صور) لأن المذكور صريحا فى كلام المصنف ست ، ولكن لفظ إحدى فى المواضع الثلاثة يصدق على الركعة الأولى من الشفع أو الثانية فتزيد ثلاث صور أخرى (قوله لو ترك القراءة فى إحدى كل شفع) أى فى ركعتين من شفعين كل ركعة من شفع بأن تركها فى الأولى مع الثالثة أو الرابعة ، أو فى الثانية مع الثالثة أو الرابعة ، فهذه أربع ، وقوله وإحدى الأول فيه صورتان لأن هذه الواحدة إما أولاه أو ثانيته ، فنى هذه الست يقضى أربعا عندهما ، وركعتين فقط عند محمد بناء على أصله المار من فساد التحريمة بترك القراءة فى ركعة من الشفع الأول ؛ وفى هذه الست قد وجد ذلك ، فلم يصح عنده الشروع فى الشفع الثانى منها ؛ وأما عندهما فلا تفسد التحريمة بذلك فصح الشروع ، فلزم قضاء كل من الشفعين لإفساد أدائهما ، وكون الواجب قضاء أربع ركعات فى الصور الأربع الأول عند أبى حنيفة موافق لأصله المار ، لكن أنكر أبو يوسف على محمد رواية ذلك عن أبى حنيفة وقال : رويت لك عنه أنه يلزمه قضاء ركعتين ، ومحمد لم يرجع عن رواية ذلك عنه ، ونسب أبا يوسف إلى النسيان . وماوراه محمد هو ظاهر الرواية ، واعتمده المشايخ ، وهذه إحدى مسائل ست رواها محمد فى الجامع الصغير عن أبى يوسف عن أبى حنيفة ، وأنكرها أبو يوسف ، وتمامه فى البحر (قوله وبصورة القراءة فى الكل) أى كل الركعات ، وإنما لم يذكروها لأنها صحيحة ، والكلام فيما يلزم قضاؤه للفساد بترك القراءة ، لكن هذه الصورة هى تتمة القسمة العقلية ، لأنه لايخلو إما أن يكون قرأ فى الأربع أو ترك فى الأربع أو فى ثلاث ، وتحته أربع صور فهذه ست ؛ أو ترك فى ركعتين أى فى الأولى مع الثانية أو مع الثالثة أو مع الرابعة أو فى الثانية مع الثالثة أو مع الرابعة ، أو فى الثالثة مع الرابعة ، فهذه ست أيضا ، أو ترك فى واحدة فقط وتحته أربع ، فهذه ست عشرة صورة .

وقد رسمتها فى جدول على هذا الترتيب مشيرا إلى القراءة بالقاف ، وإلى عدمها بلا ، وإلى عدد مايجب قضاؤه فى جانب كل صورة بالعدد الهندى على مذاهب أئمتنا الثلاثة بالترتيب على أصولهم المارة ، فإن كنت أتقنتها يسهل عليك استخراجها ، وصورته هكذا :

لـكن بقى ماإذا لم يقعد ، أو قعد ولم يقم لثالثة ، أو قام ولم يقيدها بسجدة أو قيدها فتنبه وميز المتداخل ، وحكم مؤتم ولو فى تشهد كإمام .

(ولا قضاء لو) نوى أربعا و (قعد قدر التشهد ثم نقض) لأنه لم يشرع فى الثانى (أو شرع) فى فرض (ظانا أنه عليه) فذكر أداءه انقلب نفلا

ابوح	ابوس	محمد				
٠	٠	٠	ق	ق	ق	ق
٢	٤	٢	لا	لا	لا	لا
٢	٤	٢	لا	لا	لا	ق
٢	٤	٢	لا	لا	ق	لا
٤	٤	٢	لا	ق	لا	لا
٤	٤	٢	ق	لا	لا	لا
٢	٢	٢	لا	لا	ق	ق
٤	٤	٢	لا	ق	لا	ق
٤	٤	٢	لا	ق	ق	لا
٤	٤	٢	ق	لا	لا	ق
٤	٤	٢	ق	لا	ق	لا
٢	٢	٢	ق	ق	لا	لا
٢	٢	٢	لا	ق	ق	ق
٢	٢	٢	ق	لا	ق	ق
٢	٢	٢	ق	ق	لا	ق
٢	٢	٢	ق	ق	ق	لا

(قوله لكن بقى ماإذا لم يقعد) صورتها قرأ فى الأولين ولم يقعد القعدة الأولى وأفسد الأخريين . وحكمها أنه يقضى أربعا إجماعا ، كذا فى النهر . وقد ذكره الشارح مرتين : الأولى قوله أى وتشهد للأول وإلا يفسد الكل . الثانية قوله أو ترك قعود أول ح .

قلت : والمراد إفساد الأخريين بترك القراءة لأن الكلام فيه ، وقد أشار الشارح إلى أن ما مر من قضاء ركعتين أو أربع مفروض فيما إذا قعد على رأس الركعتين ، وإلا فعليه قضاء الأربع اتفاقا ، لأنه إذا لم يقعد يسرى فساد الشفع الثانى إلى الأول كما نبه عليه فى البحر تبعا للعناية (قوله أو قعد ولم يقم لثالثة) صورتها : ترك القراءة وقعد ولم يقم . وحكمها أنه يقضى ركعتين، كذا فى النهر ح (قوله أو قام ولم يقيدها بسجدة) صورتها : ترك القراءة فى الشفع الأول ثم قام إلى الركعة الثالثة ثم أفسدها قبل أن يقيد الثالثة بسجدة ، فحكمها أنه يقضى ركعتين عندهما : وعند أبى يوسف أربعا كذا فى النهر ،ومثله ما إذا أفسدها بعدالتقييد بسجدة ح .

أقول : وما نقله ح فى هذه المواضع عن النهر موجود فيه وكأنه ساقط من نسخة ط .

ثم اعلم أن استدراك الشارح بذكر المسألتين الأخيرتين لامحل له هنا ،لأن الكلام فى إفساد أحد الشفعين من الرباعية أو كل منهما بترك القراءة ، أما إفساده بما سوى ذلك فهو ماذكره المصنف قبل بقوله وقضى ركعتين لو نوى أربعا الخ كما نبهنا عليه هناك ، وهاتان المسألتان داخلتان فيه ، فتأمل (قوله فتنبه) لعله أمر بالتنبه إشارة إلى ماقررناه (قوله وميز المتداخل) المراد به مااختلفت صورته واتحد حكمه وهى عبارة العناية ،حيث جعل سبعا من الصور داخلة فى الثمانية الباقية ، وذلك لأن المذكور فى المتن ثمانية صور ، ست يلزم فيها ركعتان ، واثنتان يلزم فيهما أربع ، لـكن الست الأولى تسع فى التفصيل والاثنتان ست ، فهى خمس عشرة اهـ ح (قوله وحكم مؤتم الخ) صورته : رجل اقتدى متنفلا بمتنفل فى رباعى فقرأ الإمام فى إحدى الأولين وإحدى الأخريين ، فـكما يلزم الإمام قضاء الأربع كذلك يلزم المؤتم.ولو اقتدى به فى التشهد ، وقس على ذلك ح (قوله وقعد قدر التشهد) أى وقرأ فى الركعتين (قوله أو شرع ظانا الخ) تصريح بمفهوم قوله سابقا شرع فيه قصدا كما أفاده

غير مضمون لأنه شرع مسقطا لاملتزما (أو) صلى أربعا فأكثر و (لم يقعد بينهما) استحسانا لأنه بقيامه جعلها صلاة واحدة فتبقى واجبة والخاتمة هى الفريضة . وفى التشريح : صلى ألف ركعة ولم يقعد إلا فى آخرها صح خلافا لمحمد ، ويسجد للسهو ولا يثنى ولايتعوذ فليحفظ (ويتنفل مع قدرته على القيام قاعدا) لامضطجعا إلا بعذر (ابتداء و) كذا (بناء) بعد الشروع بلا كراهة

المصنف ط (قوله غيرمضمون) أى لايلزمه قضاؤه لو أفسده فى الحال ، أما لو اختار المضى عليه ثم أفسده لزمه قضاؤه كما قدمه الشارح وقدمنا الكلام عليه ، وكذا لا يجب القضاء على من اقتدى به فيه متطوعا كما فى التاترخانية وقدمنا الكلام فيه أيضا (قوله لأنه شرع مسقطا الخ) أى لأن من ظن أن عليه فرضا يشرع فيه لإسقاط مافى ذمته لا لإلزام نفسه بصلاة أخرى ، فإذا انقلبت صلاته نفلا بتذكر الأداء كانت صلاة لم يلتزمها فلا يلزمه قضاؤها لو أفسدها (قوله أو صلى أربعا) أى وقرأ فى الكل ح (قوله فأكثر) هذا خلاف الأصح كما قدمناه عن البدائع والخلاصة . وفي التتارخانية : لو صلى التطوع ثلاثا ولم يقعد على الركعتين فالأصح أنه يفسد ؛ ولو ستا أو ثمانيا بقعدة واحدة اختلفوا فيه . والأصح أنه يفسد استحسانا وقياسا اهـ لكن صححوا فى التراويح أنه لو صلاها كلها بقعدة واحدة وتسليمة أنها تجزئ عن ركعتين ، فقد اختلف التصحيح (قوله استحسانا) والقياس فساد الشفع الأول كما هو قول محمد بناء على أن كل شفع صلاة فتكون القعدة فيه فرضا (قوله فتبقى واجبة الخ) أى كما فى نظيره من الفرض الرباعى ، فإن القعدة الأولى فيه واجبة لا يبطل بتركها والفريضة التى يبطل بتركها إنما هى الأخيرة (قوله وفى التشريح) فى بعض النسخ الترشيح بتقديم الراء على الشين ، وفى بعضها التوشيح بالواو بدل الراء وهو المشهور : اسم كتاب شرح الهداية للسراج الهندى (قوله صح خلافا لمحمد) لأنه يقول بفساد الشفع بترك قعدته كما هو القياس وقد مر ، لكن قوله صح مبنى على أن مازاد على الأربع كالأربع فى جريان الاستحسان فيه وهو قول لبعض المشايخ ، وقد علمت اختلاف التصحيح فيه (قوله ويسجد للسهو) سواء ترك القعدة عمدا أو سهوا ، نعم فى العمد يسمى سجود عذر ح عن النهر ، وسيأتى أن المعتمد عدم السجود فى العمد ط (قوله ولا يسمى ولا يتعوذ) لأنهما لايكونان إلا فى ابتداء صلاة ، والشفع لا يكون صلاة على حدة إلا إذا قعد للأول ، فلما لم يقعد جعل الكل صلاة واحدة ح (قوله ويتنفل الخ) أى فى غير سنة الفجر فى الأصح كما قدمه المصنف ، بخلاف سنة التراويح لأنها دونها فى التأكد ، فتصح قاعدا وإن خالف المتوارث وعمل السلف كما فى البحر ، ودخل فيه النفل المنذور فإنه إذا لم ينص على القيام لايلزمه القيام فى الصحيح ، كما فى المحيط . وقال فخر الإسلام : إنه الصحيح من الجواب ، وقيل يلزمه واختاره فى الفتح نهر (قوله قاعدا) أى على أى حالة كانت ، وإنما الاختلاف فى الأفضل كما يأتى (قوله لامضطجعا) وكذا لو شرع منحنيا قريبا من الركوع لايصح بحر ، وما ذكره من عدم صحة التنفل مضطجعا عندنا بدون عذر ، نقله فى البحر عن الأكمل فى شرحه على المشارق ، وصرح به فى التتف . وقال الكمال فى الفتح : لاأعلم الجواز فى مذهبنا ، وإنما يسوغ فى الفرض حالة العجز عن القعود ، لكن ذكر فى الإمداد أن فى المعراج إشارة إلى أن فى الجواز خلافا عندنا كما عند الشافعية (قوله ابتداء وبناء) منصوبان على الظرفية الزمانية لنيابتهما عن الوقت : أى وقت ابتداء ووقت بناء ط (قوله وكذا بناء الخ) فصله بكذا لما فيه من خلاف الصاحبين .

قال فى الخزائن : ومعنى البناء أن يشرع قائما ثم يقعد فى الأولى أو الثانية بلا عذر استحسانا خلافا لهما . وهل يكره عنده ؟ الأصح لا . وأما القعود فى الشفع الثانى فينبغى جوازه اتفاقا ، كما لو شرع قاعدا ثم قام ، كذا قاله

فى الأصح كعكسه بحر . وفيه أجر غير النبي صلى الله عليه وسلم على النصف إلا بعذر (ولا يصلى بعد صلاة) مفروضة (مثلها) فى القراءة أو فى الجماعة أو لاتعاد عند توهم الفساد للنهى . وما نقل أن الإمام قضى صلاة عمره ، فإن صح نقول كان يصلى المغرب والوتر أربعا بثلاث قعدات

الحلبي وغيره اه وكتب عند قوله الأصح لافى هامشه : فيه ردّ على الدرر والوقاية والنقاية وغيرها ، حيث جزموا بالكراهة (قوله فى الأصح) راجع إلى قوله بلا كراهة كما علمته فافهم (قوله كعكسه) وهو ما لو شرع قاعدا ثم قام فإنه يجوز اتفاقا وهو فعله صلى الله عليه وسلم كما روت عائشة أنه كان يفتتح التطوع قاعدا فيقرأ ورده حتى إذا بقى عشر آيات ونحوها قام الخ ، وهكذا كان يفعل فى الركعة الثانية .

وفى التجنيس : الأفضل أن يقوم فيقرأ شيئا ثم يركع ليكون موافقا للسنة ؛ ولو لم يقرأ ولكنه استوى قائما ثم ركع جاز ، وإن لم يستو قائما وركع لايجزيه ، لأنه لايكون ركوعا قائما ولا ركوعا قاعدا اه بحر (قوله وفيه) أى فى البحر (قوله أجر غير النبي صلى الله عليه وسلم) أما النبي صلى الله عليه وسلم فمن خصائصه أن نافلته قاعدا مع القدرة على القيام كنافلته قائما ؛ ففى صحيح مسلم عن عبد الله بن عمرو قلت : حدثت يارسول الله أنك قلت : « صلاة الرجل قاعدا على نصف الصلاة وأنت تصلى قاعدا ، قال : أجل ، ولكنى لست كأحد منكم » بحر ملخصا : أى لأنه تشريع لبيان الجواز ؛ وهو واجب عليه (قوله على النصف إلا بعذر) أما مع العذر فلا ينقص ثوابه عن ثوابه قائما، لحديث البخارى فى الجهاد « إذا مرض العبد أو سافر كتب له مثل ماكان يعمل مقيما صحيحا » فتح . وحكى فى النهاية الإجماع عليه . وتعقبه فى البحر بحكاية النووى عن بعضهم أنه على النصف مع العذر أيضا ثم نقل عن المجتبى أن إيماء العاجز أفضل من صلاة القائم لأنه جهد المقل . قال : ولا يخفى مافيه ، بل الظاهر المساواة كما فى النهاية اه :

لكن ذكر القهستانى مافى المجتبى ، ثم قال : لكن فى الكشف أنه قال الشيخ أبو معين النسفى : جميع عبادات أصحاب الأعذار كالمومى وغيره تقوم مقام العبادات الكاملة فى حق إزالة المأثم لافى حق إحراز الفضيلة اه.

أقول : وهو موافق لقول البعض المارّ ، ويؤيده حديث البخارى « من صلى قائما فهو أفضل ، ومن صلى قاعدا فله نصف أجر القائم ، ومن صلى نائما فله نصف أجر القاعد » فإن عموم «من» يدخل فيه العاجز ، ولأن الصلاة نائما لاتصح عندنا بلا عذر وقد جعل له نصف أجر القاعد ، وفى هذا المقام زيادة كلام يطلب مما علقناه على البحر (قوله ولا يصلى الخ) هذا اللفظ رواه ابن أبى شيبة عن عمر . وظاهر كلام محمد أنه عن النبي صلى الله عليه وسلم ومحمد أعلم بذلك منا فتح (قوله فى القراءة الخ) لما كان ظاهر الحديث غير مراد إجماعا لأن الظهر والعصر يصليان بعد سنتهما وجب حمله على أخص الخصوص ؛ ففى الجامع الصغير : أراد لا يصلى بعد الظهر نافلة ركعتين منها بقراءة وركعتين بغير قراءة لتكون مثل الفرض . وقال فخر الإسلام : لو حمل على تكرار الجماعة فى مسجد له أهل أو على قضاء الصلاة عند توهم الفساد لكان صحيحا نهر ، وماذكره عن فخر الإسلام نقله فى البحر أيضا عن شرح الجامع الصغير لقاضيخان :

ثم قال فى البحر : فالحاصل أن تكرار الصلاة إن كان مع الجماعة فى المسجد على هيئته الأولى فمكروه ، وإلا فإن كان فى وقت يكره التنفل فيه بعد الفرض فمكروه كما بعد الصبح والعصر ، وإلا فإن كان الخلل فى المؤدى فإن كان ذلك الخلل محققا إما بترك واجب أو بارتكاب مكروه فغير مكروه بل واجب ، كما صرح به فى الذخيرة وقال إنه لايتناوله النهى ، وإن كان ذلك الخلل غير محقق بل نشأ من وسوسة فهو مكروه اه (قوله للنهى) علة لقوله ولا يصلى الخ ، والنهي هو لفظ الحديث المذكور (قوله ومانقل الخ) جواب عن سؤال وارد على الوجه

(ويقعد فى كل نفله (كما فى التشهد على المختار ، و) يتنفل المقيم (راكبا خارج المصر) محل القصر

الثالث ، فإن هذا المنقول ينافى حمل النهى عليه ، إذ يبعد أن يكون ماصلاه الإمام أولا مشتملا على خلل محقق من مكروه أو ترك واجب، بل الظاهر أنه أعاد ماصلاه لمجرد الاحتياط وتوهم الفساد، فينافى حمل النهى فى مذهبه على الوجه الثالث :

والجواب أولا أنه لم يصح نقل ذلك عن الإمام ، وثانيا أنه لو صح نقول إنه كان يصلى المغرب والوتر أربع ركعات بثلاث قعدات كما نقله فى البحر عن مآل الفتاوى : أى ويكون حينئذ إعادة الصلاة لمجرد توهم الفساد غير مكروه ، ويكون النهى محمولا على غير هذا الوجه ، لكن لما كانت الصلاة على هذا محتملة لوقوعها نفلا والتنفل بالثلاث مكروه نقول إنه كان يضم إلى المغرب والوتر ركعة ، فعلى احتمال صحة ماكان صلاه أولا تقع هذه الصلاة نفلا ، وزيادة القعدة على رأس الثالثة لاتبطلها ، وعلى احتمال فساده تقع هذه فرضا مقتضيا وزيادة ركعة عليها لاتبطلها ، وقد تقرر أن مادار بين وقوعه بدعة وواجبا لايترك ، بخلاف مادار بين وقوعه سنة وواجبا(١) لكن لايخفى عليك أن الجواب عن الإيراد هو الأول ؛ وأما الثانى فهو مقرر له ، لكنه لايجدى لعدم ثبوت صحة النقل ، فالوجه حينئذ كراهة القضاء لتوهم الفساد كما قاله فخر الإسلام وقاضيخان، فكان ينبغى للشارح الاقتصار على الأول . لكن رأيت فى فصل قضاء الفوائت من التتارخانية أن الصحيح جواز هذا القضاء إلا بعد صلاة الفجر والعصر ، وقد فعله كثير من السلف لشبهة الفساد اهـ وعلى هذا لايصح حمل الحديث على الوجه الثالث (قوله ويقعد فى كل نفله الخ) أى لافى حالة التشهد فقط ، وهذه المسألة من تتمة السابقة ، فكان ينبغى ذكرها قبل قوله ولا يصلى الخ (قوله كما فى التشهد) أى تشهد جميع الصلوات ، وأشار به إلى أنه لا خلاف فى حالة التشهد كما فى البحر (قوله على المختار) وهو قول زفر ورواية عن الإمام . قال أبو الليث : وعليه الفتوى : وروى عن الإمام تخييره بين القعود والتربع والاحتباء ، وتمامه فى البحر . وأفاد فى النهر أن الخلاف فى تعيين الأفضل وأنه لاشك فى حصول الجواز على أى وجه كان :

[تنبيه] قيل ظاهر القول المختار أنه فى حال القراءة يضع يديه على فخذيه كما فى حال التشهد ، لكن تقدم فى كلام الشارح فى فصل إذا أراد الشروع عند قوله ووضع يمينه على يساره الخ عن مجمع الأنهر أن المراد من القيام ماهو الأعم ، لأن القاعد يفعل كذلك : أى يضع يمينه على يساره تحت سرته . وفى حاشية المدنى : ويؤيده قول منلا على القارى عند قول النقاية فى كل قيام أى حقيقى أو حكمى ، كما إذا صلى قاعدا .

مطلب فى الصلاة على الدابة

(قوله ويتنفل المقيم راكبا الخ) أى بلا عذر ، أطلق النفل فشمل السنن المؤكدة إلاسنة الفجر كما مر ، وأشار بذكر المقيم إلى أن المسافر كذلك بالأولى ؛ واحترز بالنفل عن الفرض والواجب بأنواعه كالوتر والمنذور وما لزم بالشروع والإفساد وصلاة الجنازة وسجدة تليت على الأرض فلا يجوز على الدابة بلاعذر لعدم الحرج كما فى البحر (قوله راكبا) فلا تجوز صلاة الماشى بالإجماع بحر عن المجتبى (قوله خارج المصر) هذا هو المشهور : وعندهما يجوز فى المصر ، لكن بكراهة عند محمد لأنه يمنع من الخشوع ، وتمامه فى الحلية (قوله محل القصر) بالنصب بدل من خارج المصر . وفائدته شمول خارج القرية وخارج الأخبية ح : أى المحل الذى يجوز للمسافر قصر الصلاة

(١) (قوله بين وقوعه سنة وواجبا) لعل الصواب بدعة بدل واجبا تأمل اهـ .

(مومثا) فلو سجد اعتبر إيماء لأنها إنما شرعت بالإيماء (إلى أى جهة توجهت دابته) ولو ابتداء عندنا أو على سرجه نجس كثير عند الأكثر ، ولو سيرها بعمل قليل لابأس به (ولو افتتح) النفل (راكبا ثم نزل بنى ، وفى عكسه لا) لأن الأول أدى أكمل مما وجب والثانى بعكسه (ولو افتتحها خارج المصر ثم دخل المصر أتم على الدابة) بإيماء (وقيل لا) بل ينزل وعليه الأكثر قاله الحلبى ، وقيل يتم راكبا مالم يبلغ منزله قهستانى ويبنى قائما إلى القبلة أو قاعدا ؛ ولو ركب تفسد لأنه عمل كثير بخلاف النزول

فيه ، وهو الصحيح بحر . وقيل إذا جاوز ميلا ، وقيل فرسخين أو ثلاثة قهستانى (قوله مومثا) بالهمز فى آخره أكثر من الياء . قال فى المغرب تقول : أو مأت إليه لا أوميت ، وقد تقول العرب : أومى بترك الهمزة (قوله فلو سجد) أى على شيء وضعه عنده أو على السرج اعتبر إيماء بعد أن يكون سجوده أخفض (قوله إلى أى جهة توجهت دابته) فلو صلى إلى غير ماتوجهت به دابته لايجوز لعدم الضرورة ، بحر عن السراج (قوله ولو ابتداء عندنا) يعنى أنه لايشترط استقبال القبلة فى الابتداء ، لأنه لما جازت الصلاة إلى غير جهة الكعبة جاز الافتتاح إلى غير جهتها بحر . واحترز عن قول الشافعى رحمه الله تعالى ، فإنه يقول : يشترط فى الابتداء أن يوجهها إلى القبلة كما فى الشرنبلالية ح .

قلت : وذكر فى الحلية عن غاية السروجى أن هذا رواية ابن المبارك ذكرها فى جوامع الفقه ، ثم ذكر بعد سياقه الأحاديث أن الأشبه استحباب ذلك عند عدم الحرج عملا بحديث أنس ثم قال : على أن ابن الملقن الشافعى قال : وعند أبى حنيفة وأبى ثور يفتتح أولا إلى القبلة استحبابا ثم يصلى كيف شاء اهـ (قوله أو على سرجه الخ) مثله الركاب والدابة للضرورة ، وهو ظاهر المذهب ، وهو الأصح ؛ بخلاف ماإذا كانت عليه نفسه فإنه لاضرورة إلى إبقائها ، فسقط مافى النهر من أن القياس يقتضى عدم المنع بما عليه اهـ ط . قلت : وعليه فيخلع النعل النجس (قوله ولو سيرها الخ) ذكره فى النهر بحثا أخذا من قولهم : إذا حرك رجله أو ضرب دابته فلا بأس به إذا لم يكن كثيرا .

قلت : ويدل له أيضا مافى الذخيرة : إن كانت تنساق بنفسها ليس له سوقها وإلا فلو ساقها هل تفسد ؟ قال : إن كان معه سوط فهيبها به ونخسها لاتفسد صلاته (قوله ثم نزل) أى بعمل قليل ، بأن ثنى رجله فانحدر من الجانب الآخر فتح (قوله وفى عكسه) بأن رفع فوضع على الدابة فتح (قوله لأن الأول الخ) وذلك لأن إحرام الراكب انعقد مجوّزا للركوع والسجود لقدرته على النزول ، فإذا أتى بهما صح ، وإحرام النازل انعقد موجبا لهما فلا يقدر على ترك مالزمه من غير عذر بحر (قوله أتم على الدابة) لأنه صح شروعه فيها راكبا ، فصار كما إذا افتتحها ثم تغيرت الشمس فإنه يتمها هكذا تجنيس (قوله وعليه الأكثر) عبر فى البحر وغيره بالكثير . وذكر الرحمتى أن الأول مبنى على قولهما بجوازها فى المصر . والثانى على قوله بقرينة قوله فى التجنيس فى فصل القهقهة : ولو افتتح صلاة التطوع خارج المصر راكبا ثم دخل المصر ثم قهقه لا وضوء عليه عند أبى حنيفة . وعند أبى يوسف عليه اعتبارا للابتداء بالانتهاء اهـ (قوله ويبنى قائما الخ) أى إذا نزل فى مسألتى المتن (قوله ولو ركب الخ) أعاد مسألة المتن السابقة ليذكر لها تعليلا آخر ، لكن ذكر فى البحر أنه رده فى غاية البيان ، بأنه لو رفع المصلى ووضع على السرج لايبنى مع أن العمل لم يوجد فضلا عن العمل الكثير اهـ . وحمل المحشى كلام الشارح على صورة ماإذا افتتح راكبا ثم نزل أى فإنه إذا ركب بعد ذلك تفسد صلاته ، لأن الركوب عمل كثير . قال : فعلى هذا لو حمله شخص ووضعه على الدابة لاتفسد لأنه لم يوجد منه العمل اهـ .

(ولو صلى على دابة فى) شق (محمل وهو يقدر على النزول) بنفسه (لاتجوز الصلاة عليها إذا كانت واقفة إلا أن تكون عيدان المحمل على الأرض) بأن ركز تحته خشبة (وأما الصلاة على العجلة إن كان طرف العجلة على الدابة وهى تسير أولا) تسير (فهى صلاة على الدابة ، فتجوز فى حالة العذر) المذكور فى التيمم (لافى غيرها) ومن العذر المطر ، وطين يغيب فيه الوجه وذهاب الرفقاء ، ودابة لاتركب إلا بعناء أو بمعين ولو محرما ، لأن قدرة الغير لاتعتبر

قلت : لكن قوله لاتفسد يحتاج إلى نقل فليراجع . وأيضا فقول الشارح بخلاف النزول لا محل له على هذا المحمل فتأمل (قوله ولو صلى على دابة الخ) شروع فى صلاة الفرض والواجب على الدابة كما سينبه عليه بقوله هذا كله فى الفرائض .

واعلم أن ماعدا النوافل من الفرض والواجب بأنواعه لايصح على الدابة إلا لضرورة؛ كخوف لص على نفسه أو دابته أو ثيابه لو نزل ، وخوف سبع وطين ونحوه مما يأتى؛ والصلاة على المحمل الذى على الدابة كالصلاة عليها فيومئ عليها بشرط إيقافها جهة القبلة إن أمكنه ، وإلا فبقدر الإمكان . وإذا كانت تسير لا تجوز الصلاة عليها إذا قدر على إيقافها وإلا بأن كان خوفه من عدو يصلى كيف قدر كما فى الإمداد وغيره ، ولا إعادة عليه إذا قدر بمنزلة المريض خانية . واستفيد من التقييد بالإيماء أنه لا اعتبار بالركوع والسجود ، ولذا نقل الشيخ إسمعيل عن المحيط : لاتجوز على المحمل الواقف أو البارك وإن صلى قائما إلا أن يكون عند الخوف فى المفازة بالإيماء اهـ (قوله بنفسه) احترازا عما إذا لم يقدر إلا بمعين ، لأن قدرة الغير لاتعتبر كما سيأتى ، لكن فى شرح الشيخ إسمعيل عن المجتبى : وإن لم يقدر على القيام أو النزول عن دابته أو الوضوء إلا بالإعانة وله خادم يملك منافعه يلزمه فى قولهما . وفى قول أبى حنيفة نظر . والأصح اللزوم فى الأجنبى الذى يطيعه كالماء الذى يعرض للوضوء اهـ ويأتى تمام الكلام فيه (قوله إذا كانت واقفة) وكذا لو سائرة بالأولى ، وإنما قيد به لقوله إلا أن تكون عيدان المحمل الخ كما نص عليه الشرنبلالى ط (قوله عيدان المحمل) أى أرجله التى كأرجل السرير (قوله بأن ركز تحته خشبة) الأولى التعبير بالكاف فإنه تنظير لاتصوير ط وهذا لو بحيث يبقى قرار المحمل على الأرض لا على الدابة فيصير بمنزلة الأرض زيلعى ، فتصح الفريضة فيه قائما كما فى نور الإيضاح (قوله على العجلة) هى مايؤلف مثل المحفة يحمل عليها الأثقال ، مغرب (قوله أولا تسير) كذا فى الزيلعى والخانية ، ومثله فى البحر عن الظهيرية (قوله فهى صلاة على الدابة) أما إذا كانت تسير فظاهر ، وأما إذا كانت لاتسير وكانت على الأرض وطرفها على الدابة فمشكل ، لأنها فى حكم المحمل إذا ركز تحته خشبة ، فتكون كالأرض .

وقد يفرق بأنها إذا كان أحد طرفيها على الأرض والآخر على الدابة لم يصر قرارها على الأرض فقط بل عليها وعلى الدابة ، بخلاف المحمل لأنه إنما تصح الصلاة عليه إذا كان قراره على الأرض فقط بواسطة الخشبة لا على الدابة تأمل ، وسيأتى مالو كان كلها على الأرض (قوله المذكور فى التيمم) بأن يخاف على ماله أو نفسه ، أو تخاف المرأة من فاسق ط (قوله لا فى غيرها) أى فى غير حالة العذر ح (قوله وطين يغيب فيه الوجه) أى أو يلطخه أو يتلف مايبسط عليه ، أما مجرد نداوة فلا تبيح له ذلك ، والذى لا دابة له يصلى قائما فى الطين بالإيماء ، كما فى التجنيس والمزيد إمداد .

مطلب فى القادر بقدرة غيره

(قوله لأن قدرة الغير لاتعتبر) أى عنده . وعندهما تعتبر كما فى البحر : وفى الخانية والكافى : ولو كانت الدابة جموحا لو نزل لايمكنه الركوب إلا بمعين ، أو كان شيخا كبيرا لو نزل لايمكنه أن يركب ولايجد من يعينه

حتى لو كان مع أمه مثلا فى شق محمل وإذا نزل لم تقدر تركب وحدها جاز له أيضا كما أفاده فى البحر ، فليحفظ (وإن لم يكن طرف العجلة على الدابة جاز) لو واقفة لتعليلهم بأنها كالسرير

تجوز الصلاة على الدابة اه . وظاهر المسألة الأولى أنها على قوله . وظاهر الثانية أنها على قولهما إلا أن يرجع قوله ولا يجد من يعينه إلى المسألتين فيكون كل منهما على قولهما تأمل ، وقدمنا قريبا عن المجتبى أن الأصح عنده لزوم النزول لو وجد أجنبيا يطيعه فهو حينئذ بالاتفاق ، وهو مقتضى ماقدمناه أيضا فى باب التيمم من أن العاجز عن استعمال الماء بنفسه لو وجد من تلزمه طاعته كعبده وولده وأجيره لزمه الوضوء اتفاقا ، وكذا غيره ممن لو استعان به أعانه كزوجته فى ظاهر المذهب بخلاف العاجز عن استقبال القبلة أو التحول عن الفراش النجس فإنه لايلزمه عنده . والفرق أنه يخاف عليه زيادة المرض فى إقامته وتحويله لافى الوضوء إلى آخر ماذكرناه هناك ، فراجعه مع ماسنذكره فى باب صلاة المريض . وعلى هذا فلا خلاف فى لزوم النزول عن الدابة والصلاة على الأرض لمن وجد معينا يطيعه ولم يكن مريضا يلحقه بنزوله زيادة مرض . وأما مافى الخانية وغيرها من أنه لو حمل امرأته إلى القرية لها أن تصلى على الدابة إذا كانت لاتقدر على الركوب والنزول اه وهذا محمول على ما إذا لم ينزلها زوجها ، بقرينة مافى المنية من أن المرأة إذا لم يكن معها محرم تجوز صلاتها على الدابة إذا لم تقدر على النزول اه وهذا أولى مما فى البحر من تفريع مافى الخانية على قوله ، وما فى المنية على قولهما لكونه خلاف الظاهر ولمخالفته لما قدمناه ، فاغتنم هذا التحرير (قوله حتى لو كان الخ) تفريع على العذر لاعلى مسألة القدرة بقدرة الغير إلا بتكلف تأمل .

ثم اعلم أن هذه المسألة وقعت لصاحب البحر فى سفر الحج مع أمه ، وذكر أنه لم ير حكمها وأنه ينبغى الجواز ولم أر من تعقبه ، وكتبت فيما علقته عليه أنه قد يقال بخلافه ، لأن الرجل هنا قادر على النزول والعجز من المرأة قائم فيها لافيه إلا أن يقال : إن المرأة إذا لم تقدر على الركوب وحدها يلزم منه سقوط المحمل أو عقر الدابة أو موت المرأة ، فهو عذر راجع إليه كخوفه على نفسه أو ماله .

[تنبيه] بقى شئ لم أر من ذكره ، وهو أن المسافر إذا عجز عن النزول عن الدابة لعذر من الأعذار المارة وكان على رجاء زوال العذر قبل خروج الوقت كالمسافر مع ركب الحاج الشريف ، هل له أن يصلى العشاء مثلا على الدابة أو المحمل فى أول الوقت إذا خاف من النزول ، أم يؤخر إلى وقت نزول الحجاج فى نصف الليل لأجل الصلاة . والذى يظهر لى الأول ، لأن المصلى إنما يكلف بالأركان والشروط عند إرادة الصلاة والشروع فيها ، وليس لذلك وقت خاص ، ولذا جاز له الصلاة بالتيمم أول الوقت وإن كان يرجو وجود الماء قبل خروجه ، وعللوه بأنه قد أداها بحسب قدرته الموجودة عند انعقاد سببها وهو مااتصل به الأداء اه ومسألتنا كذلك ، لكن رأيت فى القنية برمز صاحب المحيط : راكب السفينة إذا لم يجد موضعا للسجود للزحمة ، ولو أخر الصلاة تقل الزحمة فيجد موضعا يؤخرها وإن خرج الوقت على قياس قول أبى حنيفة فى المحبوس إذا لم يجد ماء ولا ترابا نظيفا اه لكن تقدم فى التيمم أن الأصح رجوع الإمام إلى قولهما بأنه لايؤخرها بل يتشبه بالمصلين . ورأيت فى تيمم الحلية عن المبتغى مسافر لايقدر أن يصلى على الأرض لنجاستها وقد ابتلت الأرض بالمطر يصلى بالإيماء إذا خاف فوت الوقت اه ثم قال : وظاهره أنه لايجوز إذا لم يخف فوت الوقت ، وفيه نظر ، بل الظاهر الجواز وإن لم يخف فوت الوقت كما هو ظاهر إطلاقهم ، نعم الأولى أن يصلى كذلك إلا إذا خاف فوت الوقت بالتأخير كما فى الصلاة بالتيمم اه وهذا عين مابحثته أولا فليتأمل (قوله وإن لم يكن الخ) كان المناسب ذكره قبل بيان الأعذار (قوله لو واقفة) كذا قيده فى شرح المنية ولم أره لغيره ، يعنى إذا كانت العجلة على الأرض ولم يكن شئ منها على الدابة وإنما لها

(هذا) كله (فى الفرض) والواجب بأنواعه وسنةالفجر بشرط إيقافها للقبلة إن أمكنه ، وإلا فبقدر الإمكان لئلا يختلف بسيرها المكان (وأما فىالنفل فتجوز علىالمحمل والعجلة مطلقا) فرادى لابجماعة إلا على دابة واحدة ؛ ولو جمع بين نية فرض ونفل ولو تحية (رجح الفرض) لقوته . وأبطلها محمد والأئمة الثلاثة (ولو نذر ركعتين بغير طهر لزماه به عنده) أى أبى يوسف ؛

حبل مثلا تجرها الدابة به تصح الصلاة عليها لأنها حينئذ كالسرير الموضوع على الأرض ، ومقتضى هذا التعليل أنها لو كانت سائرة فى هذه الحالة لاتصح الصلاة عليها بلا عذر وفيه تأمل ، لأن جرها بالحبل وهى على الأرض لايخرج به عن كونها على الأرض ؛ ويفيده عبارة التاترخانية عن المحيط . وهى : لو صلى على العجلة ، إن كان طرفها على الدابة وهى تسير تجوز فى حالة العذر لافى غيرها ، وإن لم يكن طرفها على الدابة جازت ، وهو بمنزلة الصلاة على السرير اه فقوله وإن لم يكن الخ يفيد ماقلنا لأنه راجع إلى أصل المسألة ، وقد قيدها بقوله وهى تسير ولو كان الجواز مقيدا بعدم السير لقيده به فتأمل (قوله هذا كله) أى اشتراط عدم القدرة على النزول ، ووضع خشبة تحت المحمل ، وعدم كون طرف العجلة على الدابة ح (قوله والواجب بأنواعه) أى ماكان واجبا لعينه عينا كالوتر ، أو كفاية كالجنازة أو لغيره ووجب بالقول كالنذر ، أو بالفعل كنفل شرع فيه ثم أفسده ، وكسجدة آيتها تليت على الأرض فافهم (قوله بشرط الخ) أوضحناه فيما مر (قوله لئلا الخ) علة لقوله بشرط إيقافها ح .

والحاصل أن كلا من اتحاد المكان واستقبال القبلة شرط فى صلاة غير النافلة عند الإمكان لايسقط إلا بعذر ، فلو أمكنه إيقافها مستقبلا فعل ، ولذا نقل فى شرح المنية عن الإمام الحلوانى أنه لو انحرفت عن القبلة وهو فى الصلاة لاتجوز صلاته . قال : وينبغى أن يكون الانحراف مقدار ركن اه ؛

قلت : بقى لو أمكنه الإيقاف دون الاستقبال فلا كلام فى لزومه لما ذكره الشارح من العلة ، ولو بالعكس هل يلزمه الاستقبال ؟ لم أره ثم رأيت فى الحلية أنه يلزمه ، وهو ظاهر قول الشارح هنا ، وإلا فبقدر الإمكان : ثم رأيت فى الظهيرية مايدل على خلافه حيث قال : وإن كان فى طين وردغة يخاف النزول يصلى إلى القبلة : قال وعندى هذا إذا كانت الدابة واقفة ، أما إذا كانت سائرة يصلى حيث شاء اه يعنى إذا كان لايمكنه إيقافها لخوف فوت الرفقة مثلا يصلى إلى أى جهة كانت . والظاهر أن الأول أولى ، لأن الضرورة تتقدر بقدرها تأمل (قوله مطلقا) أى سواء كانت واقفة أو سائرة على القبلة أولا ، قادر على النزول أولا ، طرف العجلة على الدابة أولا ح (قوله لابجماعة الخ) أى فى ظاهر الرواية : واستحسن محمد الجواز لو دوابهم بالقرب من دابة الإمام بحيث لايكون بينهم وبينه فرجة إلا بقدر الصف ، قياسا على الصلاة على الأرض ، والصحيح الأول لأن اتحاد المكان شرط ، حتى لو كانا على دابة واحدة فى محمل واحد أو فى شقى محمل جاز بدائع (قوله ولو جمع الخ) تقدمت هذه المسألة مع نظائرها قبيل باب صفة الصلاة (قوله ولو تحية) فيه كلام قدمناه عند الكلام على تحية المسجد (قوله لزماه به) أى لزمه الركعتان بطهر ، وهذا ذكره فى البحر بحثا قياسا على ماقال بغير وضوء :

أقول : ولا حاجة للبحث ، فإن مافى المتن مذكور فى متن المجمع : ووجهه أن الناذر لما أوجب عليه ركعتين أوجبهما بطهارة ، لأن الصلاة لاتكون إلا بها ، وقوله بعده بغير طهر رجوع عما التزمه فلا يصح ابن ملك (قوله أى أبى يوسف) أشار إلى أنه كان ينبغى للمصنف التصريح به لأنه لامرجع للضمير فى عنده لأن المتعارف فى مثله

كما لونذر بغير قراءة أو عريانا أو ركعة . وكذا نصف ركعة عند أبي يوسف . وهو المختار (وأهدره الثالث) أى محمد (أو) نذر عبادة (فى مكان كذا فأداه فى أقل من شرفه جاز) لأن المقصود القربة خلافا لزفر والثلاثة (ولو نذرت عبادة) كصوم وصلاة (فى غد فحاضت فيه يلزمها قضاؤها) لأنه يمنع الأداء لا الوجوب (ولو) نذرتها (يوم حيضها لا) لأنه نذر بمعصية .

(التراويح سنة) مؤكدة لمواظبة الخلفاء الراشدين (للرجال والنساء)

رجوعه لأبى حنيفة إلا إذا كان له مرجع خاص غيره (قوله كما لو نذر بغير قراءة الخ) لأن التزام الشىء التزام لما لايصح إلا به فصار كأنه نذر أن يصلى بقراءة ومستور العورة وركعتين ، لأن الصلاة غير صحيحة مالم تكن شفعا وبقراءة وبثوب ، وكذا لو نذر ثلاثا يلزمه أربع ركعات كما فى المجمع ، وعلله فى شرحه بما قلنا . وأشار بالكاف إلى أن هذه المسائل الثلاث لاخلاف فيها لمحمد . والفرق له بينها وبين المسألة الأولى فى شروح المجمع . وقوله وكذا نصف ركعة : أى يلزمه ركعتان ، لأن ذكر مالا يتجزى ذكر لكله فكأنه نذر ركعة وهو التزام لأخرى أيضا كما علمت (قوله وأهدره الثالث) أى أهدر النذر بغير طهر فقال لايلزمه شىء ، لأنه نذر بمعصية ؛ ومقتضى مافى الفتح أن المعتمد الأول .

[تنبيه] نذر أن يصلى الظهر ثمانية ، أو أن يزكى النصاب عشرا أى بضم العين ، أو حجة الإسلام مرتين لايلزمه الزائد ، لأنه التزام غير المشروع فهو نذر بمعصية بحر . والفرق أن الصلاة بلا قراءة أو عريانا تكون عبادة للمأموم أو أمى ولعادم ثوب ، وكذا بلا طهارة ، لقول أبى يوسف بمشروعيتها لفاقد الطهورين ؛ أفاده فى البحر .

أقول : والتعليل المار بأن التزام الشىء التزام لما لايصح إلا به يغنى عن إبداء الفرق مع شموله للنذر بركعة أو نصفها تأمل (قوله أو نذر الخ) كما لو نذر صلاة بمسجد مكة فأداها فى القدس مثلا أو فى غيره من المساجد جاز لأن المقصود من الصلاة القربة وهى حاصلة فى أى مكان ، وتقدم قبيل باب الوتر أفضل الأماكن (قوله لأنه) أى الحيض المفهوم من فعله السابق (قوله لأنه نذر بمعصية) لأن يوم الحيض مناف للصوم العبادة . بخلاف صوم الغد فإنه باعتبار ذاته قابل للأداء ، ولكن صرف عنه مانع ساوى منع الأداء فوجب القضاء .

مبحث صلاة التراويح

(قوله التراويح) جمع ترويحة ، سميت الأربع بها للاستراحة بعدها خزائن ، وإنما أخرها عن النوافل لكثرة شعبها واختصاصها عنها بأدائها بجماعة وأحكام أخر ، ولذا أفرد لها تأليفا خاصا بأحكامها الإمام حسام الدين ، وتبعه العلامة قاسم (قوله سنة مؤكدة) صححه فى الهداية وغيرها ، وهو المروى عن أبى حنيفة . وذكر فى الاختيار أن أبا يوسف سأل أبا حنيفة عنها وما فعله عمر ، فقال : التراويح سنة مؤكدة ، ولم يتخرجه عمر من تلقاء نفسه ، ولم يكن فيه مبتدعا ؛ ولم يأمر به إلا عن أصل لديه وعهد من رسول الله صلى الله عليه وسلم . ولا ينافيه قول القدورى إنها مستحبة كما فهمه فى الهداية عنه ، لأنه إنما قال يستحب أن يجتمع الناس ، وهو يدل على أن الاجتماع مستحب ، وليس فيه دلالة على أن التراويح مستحبة ، كذا فى العناية . وفى شرح منية المصلى : وحكى غير واحد الإجماع على سنيتها ، وتمامه فى البحر (قوله لمواظبة الخلفاء الراشدين) أى أكثرهم ، لأن المواظبة عليها وقعت فى أثناء خلافة عمر رضى الله عنه ، ووافقه على ذلك عامة الصحابة ومن بعدهم إلى يومنا هذا بلا نكير ، وكيف

إجماعا (ووقتها بعد صلاة العشاء) إلى الفجر (قبل الوتر وبعده) فى الأصح، فلو فاته بعضها وقام الإمام إلى الوتر أوتر معه ثم صلى مافاته .

(ويستحب تأخيرها إلى ثلث الليل) أو نصفه ، ولا تكره بعده فى الأصح (ولا تقضى إذا فاتت أصلا)

لاوقد ثبت عنه صلى الله عليه وسلم « عليكم بسنتى وسنة الخلفاء الراشدين المهديين عضوا عليها بالنواجذ » كما رواه أبو داود بحر (قوله إجماعا) راجع إلى قول المتن سنة للرجال والنساء، وأشار إلى أنه لااعتداد بقول الروافض إنها سنة الرجال فقط على مافى الدرر والكافى أو أنها ليست بسنة أصلا كما هو المشهور عنهم على مافى حاشية نوح ، لأنهم أهل بدعة يتبعون أهواءهم لايعوّلون على كتاب ولا سنة ، وينكرون الأحاديث الصحيحة (قوله بعد صلاة العشاء) قدّر لفظ صلاة إشارة إلى أن المراد بالعشاء الصلاة لاوقتها وإلى مافى النهر من أن المراد مابعد الخروج منها حتى لو بنى التراويح عليها لايصح ، وهو الأصح ؛وكذا بناؤها على سنتها كما فى الخلاصة . قال : فكلهم ألحقوا السنة بالفرض .

[تتمة] تقدم فى بحث النية الاختلاف فى أن السنن لابد فيها من التعيين أو يكفى لها مطلق النية ، والأصح الثانى ، والأحوط الأول ، وتقدم تمام الكلام فيه فراجعه .

هذا ، وهل يشترط أن يجدد فى التراويح لكل شفع نية ؟ ففى الخلاصة : الصحيح نعم لأنه صلاة على حدة وفى الخانية : الأصح لا ، لأن الكل بمنزلة صلاة واحدة كذا فى التتارخانية . وظاهره أن الخلاف فى أصل النية ويظهر لى التصحيح الأول لأنه بالسلام خرج من الصلاة حقيقة فلابد فى دخوله فيها من النية ، ولا شك أنه الأحوط ؛ خروجا من الخلاف ، نعم رجح فى الحلية الثانى إن نوى التراويح كلها عند الشروع فى الشفع الأول كما لو خرج من منزله يريد صلاة الفرض مع الجماعة ولم تحضره النية لما انتهى إلى الإمام (قوله إلى الفجر) هذا آخر وقتها ، ولا خلاف فيه كما فى النهر (قوله فى الأصح) أى من أقوال ثلاثة :

الأول : أن وقتها الليل كله ، قبل العشاء، وبعده، وقبل الوتر وبعده لأنها قيام الليل . قال فى البحر : ولم أر من صححه اه . وظاهره أنه يدخل وقتها من غروب الشمس :

الثانى : أنه مابين العشاء والوتر ، وصححه فى الخلاصة ، ورجحه فى غاية البيان بأنه المأثور المتوارث .

الثالث : مامشى عليه المصنف تبعا للكنز ، وعزاه فى الكافى إلى الجمهور ،وصححه فى الهداية والخانية والمحيط بحر (قوله فلو فاته بعضها الخ) تفريع على الأصح، لكنه مبنى على أن الأفضل فى الوتر الجماعة لا المنزل ، وفيه خلاف سيأتى ، فقوله أوتر معه : أى على وجه الأفضلية ، وكذا على القول الأول من الثلاثة المارة ، وأما على القول الثانى منها فإنه يأتى بما فاته ، وعلله فى الخلاصة بأنه لايمكنه الإتيان به بعد الوتر ، وبما قررناه ظهر أن مافى البحر من جعله التفريع على الثالث كالثانى، صوابه كالأول كما مشى عليه الشارح هنا . وتظهر ثمرة الخلاف أيضا فيما لو صلاها بعد الوتر أو نسى بعضها وتذكر بعد الوتر فصلى الباقى صح على الأول والثالث دون الثانى (قوله ولا تكره بعده فى الأصح) وقيل تكره لأنها تبع للعشاء فصارت كسنة العشاء . والجواب أنها وإن كانت تبعا للعشاء لكنها صلاة الليل والأفضل فيها آخره ، فلا يكره تأخير ماهو من صلاة الليل ، ولكن الأحسن أن لايؤخر إليه خشية الفوات ح عن الإمداد ؛ وما فى البحر من أن الصحيح أنه لا بأس بالتأخير لايدل على ثبوت كراهة التنزيه حتى يجاب عن قول الشارح لايكره بأن المنفى كراهة التحريم ، لأن كلمة لابأس تدل على أن خلافه أولى، وليس كل ماهو خلاف الأولى مكروها تنزيها ، لأن الكراهة لابد لها من دليل خاص كما قررناه مرارا ، بل قد رسالة

ولاوحده فى الأصح (فإن قضاها كانت نفلا مستحبا وليس بتراويح) كسنة مغرب وعشاء (والجماعة فيها سنة على الكفاية) فى الأصح، فلو تركها أهل مسجد أثموا إلا لو ترك بعضهم ، وكل ماشرع بجماعة فالمسجد فيه أفضل قاله الحلبي (وهى عشرون ركعة) حكمته مساواة المكمل للمكمل (بعشر تسليمات) فلو فعلها بتسليمة ؛ فإن قعد لكل شفع صحت بكراهة وإلا نابت عن شفع واحد ، به يفتى

العلامة قاسم وغيرها : والصحيح أنه لابأس به ، وهو المستحب والأفضل لأنها قيام الليل اهـ فافهم (قوله ولاوحده) بيان لقوله أصلا : أى لابجماعة ولا وحده ط (قوله فى الأصح) وقيل يقضيها وحده مالم يدخل وقت تراويح أخرى، وقيل مالم يمض الشهر قاسم (قوله فإن قضاها)أى منفردا بحر (قوله كسنة مغرب وعشاء)أى حكم التراويح فى أنها لاتقضى إذا فاتت الخ كحكم بقية رواتب الليل لأنها منها ،لأن القضاء من خواص الفرض وسنة الفجر بشرطها (قوله والجماعة فيها سنة على الكفاية الخ) أفاد أن أصل التراويح سنة عين ، فلو تركها واحد كره ، بخلاف صلاتها بالجماعة فإنها سنة كفاية ، فلو تركها الكل أساءوا ؛ أما لو تخلف عنها رجل من أفراد الناس وصلى فى بيته فقد ترك الفضيلة ، وإن صلى أحد فى البيت بالجماعة لم ينالوا فضل جماعة المسجد وهكذا فى المكتوبات كما فى المنية وهل المراد أنها سنة كفاية لأهل كل مسجد من البلدة أو مسجد واحد منها أو من المحلة ؟ظاهر كلام الشارح الأول . واستظهر ط الثانى . ويظهر لى الثالث ، لقول المنية : حتى لو ترك أهل محلة كلهم الجماعة فقد تركوا السنة وأساءوا اهـ . وظاهر كلامهم هنا أن المسنون كفاية إقامتها بالجماعة فى المسجد ، حتى لو أقاموها جماعة فى بيوتهم ولم تقم فى المسجد أثم الكل ، وما قدمناه عن المنية فهو فى حق البعض المختلف عنها . وقيل إن الجماعة فيها سنة عين فمن صلاها وحده أساء وإن صليت فى المساجد ، وبه كان يفتى ظهير الدين . وقيل تستحب فى البيت إلا لفقيه عظيم يقتدى به ، فيكون فى حضوره ترغيب غيره . والصحيح قول الجمهور أنها سنة كفاية ، وتمامه فى البحر (قوله وهى عشرون ركعة) هو قول الجمهور ، وعليه عمل الناس شرقا وغربا . وعن مالك ست وثلاثون . وذكر فى الفتح أن مقتضى الدليل كون المسنون منها ثمانية والباقى مستحبا ، وتمامه فى البحر ، وذكرت جوابه فيما علقته عليه (قوله المكمل) بكسر الميم وهو التراويح للمكمل بفتحها وهى الفرائض مع الوتر : ولا مانع أن تكمل الوتر وإن صليت قبله . وفى النهر : ولا يخفى أن الرواتب وإن كملت أيضا إلا أن هذا الشهر لمزيد كماله زيد فيه هذا المكمل فتكمل اهـ ط (قوله وصحت بكراهة) أى صحت عن الكل . وتكره إن تعمد، وهذا هو الصحيح كما فى الحلية عن النصاب وخزانة الفتاوى، خلافا لما فى المنية من عدم الكراهة ؛ فإنه لايخفى مافيه لمخالفته المتوارث مع تصريحهم بكراهة الزيادة على ثمان فى مطلق التطوع ليلا فهنا أولى بحر (قوله به يفتى) لم أر من صرح بهذا اللفظ هنا ، وإنما صرح به فى النهر عن الزاهدى فيما لو صلى أربعا بتسليمة وقعدة واحدة ، وأما إذا صلى العشرين جملة كذلك فقد قاسه عليه فى البحر ، نعم صرح فى الخانية وغيرها بأنه الصحيح مع أنا قدمنا عن البدائع والخلاصة والتتارخانية أنه لو صلى التطوع ثلاثا أو ستا أو ثمانيا بقعدة واحدة فالأصح أنه يفسد استحسانا وقياسا ، وقدمنا وجهه ؛ فقد اختلف التصحيح فى الزائد على الأربعة بتسليمة وقعدة واحدة هل يصح عن شفع واحد أو يفسد ؟ فليتنبه .

[فروع] شكوا هل صلوا تسع تسليمات أو عشرا يصلون تسليمة أخرى فرادى فى الأصح للاحتياط فى إكمال التراويح والاحتراز عن التنفل بالجماعة ، وكذا لو تذكروا تسليمة بعد الوتر عند ابن الفضل . وقال الصدر الشهيد يجوز أن يقال تصلى بجماعة وهو الأظهر لأنه بناء على القول المختار فى وقتها ،ولو سلم الإمام على رأس ركعة ساهيا

(يجلس) ندبا (بين كل أربعة بقدرها وكذا بين الخامسة والوتر) ويخيرون بين تسبيح وقراءة وسكوت وصلاة فرادى ، نعم تكره صلاة ركعتين بعد كل ركعتين (والختم) مرة سنة ومرتين فضيلة وثلاثا أفضل (ولا يترك) الختم (لكسل القوم)

فى الشفع الأول ثم صلى مابقى قيل يقضى الشفع الأول فقط لصحة شروعه فيما بعده ، وقيل يقضى الكل ، لأن سلامه الأول لم يخرجه من حرمة الصلاة لكونه سهوا ، وكذا كل سلام بعده يكون سهوا مبنيا على السهو الأول فقد ترك القعدة على الركعتين فى الأشفاع كلها فتفسد بأسرها إلا إذا تعمد السلام أو فعل بعده ما ينافى الصلاة أو علم أنه سها ، وتمامه فى شرح المنية ويظهر لى أرجحية القول الأول لأن سلامه وإن لم يخرجه لكن تكبيره على قصد الانتقال إلى الشفع الآخر يخرجه عن الأول ثم رأيته فى الحلية قال إنه الأشبه (قوله يجلس) ليس المراد حقيقة الجلوس ، بل المراد الانتظار لأنه يخير بين الجلوس ذاكرا أو ساكتا وبين صلاته نافلة منفردا كما يذكره ، أفاده فى شرح المنية والبحر (قوله ندبا) وما يفيده كلام الكنز من أنه سنة تعقبه الزيلعى بأنه مستحب لا سنة ، وبه صرح فى الهداية (قوله بين كل أربعة) الأوضح قول الكنز بعد كل أربعة أو قول المنية والدرر : بين كل ترويحتين لإبهامه أن الجلسة بعد الشفع الأول من كل أربعة . والجواب أن المراد بين كل أربعة وأربعة فحذف أحد المتعددين كما فى قوله تعالى — لا نفرق بين أحد من رسله — أى بين أحد وأحد ، ولا فساد فى ذلك فافهم (قوله وكذا بين الخامسة والوتر) صرح به فى الهداية واستدرك عليه فى النهر بما فى الخلاصة من أن أكثرهم على عدم الاستحباب وهو الصحيح اه .

أقول : هذا سبق نظر ، فإن عبارة الخلاصة هكذا : والاستراحة على خمس تسليمات اختلف المشايخ فيه وأكثرهم على أنه لا يستحب وهو الصحيح اه فإن مراده بخمس تسليمات خمس أشفاع : أى على الركعة العاشرة كما فسر به فى شرح المنية لا خمس ترويحات كل ترويحة أربع ركعات ، فقد اشتبه على صاحب النهر التسليمة بالترويحة فافهم (قوله بين تسبيح) قال القهستانى : فيقال ثلاث مرات « سبحان ذى الملك والملكوت ، سبحان ذى العزة والعظمة والقدرة والكبرياء والجبروت ، سبحان الملك الحى الذى لا يموت ، سبوح قدوس رب الملائكة والروح ، لا إله إلا الله نستغفر الله ، نسألك الجنة ونعوذ بك من النار » كما فى منهج العباد اه (قوله وصلاة فرادى) أى صلاة أربع ركعات فيزاد ست عشرة ركعة . قال العلامة قاسم : إن زادوها منفردين لا بأس به وهو مستحب ، وإن صلوها بجماعة كما هو مذهب مالك كره الخ . وفى النهر ، وأما الصلاة فقيل مكروهة ، وقيل سنة ، وهو ظاهر مافى السراج ، وأهل مكة يطوفون وأهل المدينة يصلون أربعا اه (قوله نعم تكره الخ) لأن الاستراحة مشروعة بين كل ترويحتين لا بين كل شفعين (قوله والختم مرة سنة) أى قراءة الختم فى صلاة التراويح سنة ، وصححه فى الخانية وغيرها ، وعزاه فى الهداية إلى أكثر المشايخ . وفى الكافى إلى الجمهور ، وفى البرهان : وهو المروى عن أبى حنيفة والمنقول فى الآثار . قال الزيلعى : ومنهم من استحب الختم فى ليلة السابع والعشرين رجاء أن ينالوا ليلة القدر . لأن الأخبار تظاهرت عليها . وقال الحسن عن أبى حنيفة : يقرأ فى كل ركعة عشر آيات ونحوها . وهو الصحيح لأن السنة الختم فيها مرة وهو يحصل بذلك مع التخفيف ، لأن عدد ركعات التراويح فى الشهر ستمائة ركعة وعدد آى القرآن ستة آلاف آية وشىء اه . وما فى الخلاصة من أنه يقرأ فى كل ركعة عشر آيات حتى يحصل الختم فى ليلة السابع والعشرين ونحوه فى الفيض فيه نظر لأن توزيعه عشرا فعشرا يقتضى الختم فى الثلاثين إلا أن يكون مع ضم الوتر . لكن فى الخانية وغيرها ما يفيد تخصيص التراويح . وتمامه فى شرح الشيخ إسمعيل .

لكن فى الاختيار : الأفضل فى زماننا قدر مالا يثقل عليهم ، وأقره المصنف وغيره : وفى المجتبى عن الإمام : لو قرأ ثلاثا قصارا أو آية طويلة فى الفرض فقد أحسن ولم يسئ ، فما ظنك بالتراويح ؟ وفى فضائل رمضان للزاهدى : أفتى أبو الفضل الكرمانى والوبرى أنه إذا قرأ فى التراويح الفاتحة وآية أو آيتين لايكره ، ومن لم يكن عالما بأهل زمانه فهو جاهل (ويأتى الإمام والقوم بالثناء فى كل شفع ، ويزيد) الإمام (على التشهد، إلا أن يمل القوم فيأتى بالصلوات) ويكتفى باللهم صل على محمد لأنه الفرض عند الشافعى (ويترك الدعوات) ويجتنب المنكرات هذرمة القراءة، وترك تعوذ وتسمية ، وطمأنينة ، وتسبيح، واستراحة

وفى شرح المنية : ثم إذا ختم قبل آخر الشهر قيل لايكره له ترك التراويح فيما بقى لأنها شرعت لأجل ختم القرآن مرة قاله أبو على النسفى ، وقيل يصليها ويقرأ فيها ماشاء ذكره فى الذخيرة اهـ (قوله الأفضل فى زماننا الخ) لأن تكثير الجمع أفضل من تطويل القراءة ، حلية عن المحيط . وفيه إشعار بأن هذا مبنى على اختلاف الزمان . فقد تتغير الأحكام لاختلاف الزمان فى كثير من المسائل على حسب المصالح ، ولهذا قال فى البحر : فالحاصل أن المصحح فى المذهب أن الختم سنة لكن لايلزم منه(١) عدم تركه إذا لزم منه تنفير القوم وتعطيل كثير من المساجد خصوصا فى زماننا ، فالظاهر اختيار الأخف على القوم (قوله وفى المجتبى الخ) عبارته على مافى البحر : والمتأخرون كانوا يفتون فى زماننا بثلاث آيات قصار أو آية طويلة حتى لايمل القوم ولا يلزم تعطيلها ، فإن الحسن روى عن الإمام أنه إن قرأ فى المكتوبة بعد الفاتحة ثلاث آيات فقد أحسن ولم يسئ ، هذا فى المكتوبة فما ظنك فى غيرها ؟ اهـ (قوله وآية أو آيتين) أى بقدر ثلاث آيات قصار بدليل عبارة المجتبى ، وإلا فلو دون ذلك كره تحريما لما فى المنية وشرحها فى بحث صفة الصلاة : لو قرأ مع الفاتحة آية قصيرة أو آيتين قصيرتين لم يخرج عن حد كراهة التحريم ، وإن قرأ ثلاثا قصارا أو كانت الآية أو الآيتان تعدل ثلاث آيات قصارا خرج عن حد الكراهة المذكورة ولكن لم يدخل فى حد الاستحباب . وينبغى أن يكون فيه كراهة تنزيه الخ أى لأن السنة قراءة المفصل ، فقوله هنا لايكره أى لاتحريما ولا تنزيها ، وإن كره فى الفرائض تنزيها فافهم .

هذا ، وفى التجنيس : واختار بعضهم سورة الإخلاص فى كل ركعة ، وبعضهم سورة الفيل : أى البداءة منها ثم يعيدها ، وهذا أحسن لئلا يشتغل قلبه بعدد الركعات . قال فى الحلية : وعلى هذا استقر عمل أئمة أكثر المساجد فى ديارنا إلا أنهم يبدءون بقراءة سورة التكاثر فى الأولى والإخلاص فى الثانية ، وهكذا إلى أن تكون قراءتهم فى التاسعة عشر بسورة تبت وفى العشرين بالإخلاص اهـ زاد فى البحر : وليس فيه كراهة فى الشفع الأول من الترويحة الأخيرة بسبب الفصل بسورة واحدة لأنه خاص بالفرائض كما هو ظاهر الخلاصة وغيرها اهـ .

قلت : لكن الأحوط قراءة النصر وتبت فى الشفع الأول من الترويحة الأخيرة ، والمعوذتين فى الشفع الثانى منها ، وبعض أئمة زماننا يقرأ بالعصر والإخلاص فى الشفع الأول من كل ترويحة ، وبالكوثر والإخلاص فى الشفع الثانى (قوله ويزيد الإمام الخ) أى بأن يأتى بالدعوات بحر (قوله ويكتفى باللهم صل على محمد) زاد فى شرح المنية الصغير : وعلى آل محمد ، وكأن الشارح اقتصر على الأول أخذا من التعليل ، لأن الصلاة على الآل لاتفرض عند الشافعى رحمه الله تعالى ، بل تسن عنده فى التشهد الأخير ، وقيل تجب عنده (قوله هذرمة) بفتح الهاء وسكون الذال المعجمة وفتح الراء : سرعة الكلام والقراءة قاموس ، وهو منصوب على البدلية من المنكرات ، ويجوز القطع ح (قوله واستراحة) هى القعدة بعد كل أربع ، وقد مر أنها مندوبة ، وبه يعلم أن المراد بالمنكرات مجموع

---

(١) (قوله لكن لايلزم منه الخ) الضمير فى منه الأول راجع إلى المصحح ، وفى تركه إلى الختم وفى منه الثانى إلى عدم تركه اهـ منه.

(وتكره قاعدا) لزيادة تأكدها ، حتى قيل لاتصح (مع القدرة على القيام) كما يكره تأخير القيام إلى ركوع الإمام للتشبه بالمنافقين .

(ولو تركوا الجماعة فى الفرض لم يصلوا التراويح جماعة) لأنها تبع فمصليه وحده يصليها معه (ولو لم يصلها) أى التراويح (بالإمام) أو صلاها مع غيره (له أن يصلى الوتر معه) بقى لو تركها الكل هل يصلون الوتر بجماعة ؟ فليراجع (ولا يصلى الوتر و) لا (التطوع بجماعة خارج رمضان) أى يكره ذلك

ما ذكر ، إلا أن يراد بها ما يخالف المشروع (قوله وتكره قاعدا) أى تنزيها ، لما فى الحلية وغيرها من أنهم انفقوا على أنه لايستحب ذلك بلا عذر ، لأنه خلاف المتوارث عن السلف (قوله حتى قيل الخ) أى قياسا على رواية الحسن عن الإمام فى سنة الفجر . لأن كلا منهما سنة مؤكدة . والصحيح الفرق بأن سنة الفجر مؤكدة بلا خلاف بخلاف التراويح كما فى الخانية . وقدمنا عبارتها فى بحث سنة الفجر (قوله كما يكره الخ) ظاهره أنها تحريمية للعلة المذكورة . وفى البحر عن الخانية : يكره للمقتدى أن يقعد فى التراويح ، فإذا أراد الإمام أن يركع يقوم ، لأن فيه إظهار التكاسل فى الصلاة والتشبه بالمنافقين قال تعالى — وإذا قاموا إلى الصلاة قاموا كسالى — ط . قال فى الحلية : وفيه إشعار بأنه إذا لم يكن لكسل بل لكبر ونحوه لايكره وهو كذلك اهـ .

[تنبيه] قال فى التتارخانية : وكذا إذا غلبه النوم يكره له أن يصلى بل ينصرف حتى يستيقظ (قوله لأنها تبع) أى لأن جماعتها تبع لجماعة الفرض فإنها لم تقم إلا بجماعة الفرض ، فلو أقيمت بجماعة وحدها كانت مخالفة للوارد فيها فلم تكن مشروعة ؛ أما لو صليت بجماعة الفرض وكان رجل قد صلى الفرض وحده فله أن يصليها مع ذلك الإمام ، لأن جماعتهم مشروعة فله الدخول فيها معهم لعدم المحذور ، هذا ما ظهر لى فى وجهه ، وبه ظهر أن التعليل المذكور لايشمل المصلى وحده . فظهر صحة التفريع بقوله فمصليه وحده الخ فافهم (قوله ولو لم يصلها الخ) ذكر هذا الفرع والذى قبله فى البحر عن القنية ، وكذا فى متن الدرر . لكن فى التتارخانية عن التتمة أنه سأل على بن أحمد عمن صلى الفرض والتراويح وحده أو التراويح فقط هل يصلى الوتر مع الإمام ؟ فقال لا اهـ ثم رأيت القهستانى ذكر تصحيح ماذكره المصنف ، ثم قال : لكنه إذا لم يصل الفرض معه لايتبعه فى الوتر اهـ فقوله ولو لم يصلها أى وقد صلى الفرض معه . لكن ينبغى أن يكون قول القهستانى معه احترازا عن صلاتها منفردا ؛ أما لو صلاها جماعة مع غيره ثم صلى الوتر معه لاكراهة تأمل (قوله بقى الخ) الذى يظهر أن جماعة الوتر تبع لجماعة التراويح وإن كان الوتر نفسه أصلا فى ذاته ، لأن سنة الجماعة فى الوتر إنما عرفت بالأثر تابعة للتراويح ، على أنهم اختلفوا فى أفضلية صلاتها بالجماعة بعد التراويح كما يأتى .

مطلب فى كراهة الاقتداء فى النفل على سبيل التداعى وفى صلاة الرغائب

(قوله أى يكره ذلك) أشار إلى ماقالوا من أن المراد من قول القدورى فى مختصره لايجوز الكراهة لاعدم أصل الجواز ، لكن فى الخلاصة عن القدورى أنه لايكره ، وأيده فى الحلية بما أخرجه الطحاوى عن المسور ابن مخرمة ، قال : دفنا أبا بكر رضى الله تعالى عنه ليلا فقال عمر رضى الله عنه : إنى لم أوتر ، فقام وصفنا وراءه فصلى بنا ثلاث ركعات لم يسلم إلا فى آخرهن . ثم قال : ويمكن أن يقال : الظاهر أن الجماعة فيه غير مستحبة ، ثم إن كان ذلك أحيانا كما فعل عمر كان مباحا غير مكروه . وإن كان على سبيل المواظبة كان بدعة مكروهة لأنه خلاف المتوارث ، وعليه يحمل ماذكره القدورى فى مختصره ، وماذكره فى غير مختصره يحمل على الأول ، والله أعلم اهـ .

قلت : ويؤيده أيضا مافى البدائع من قوله : إن الجماعة فى التطوع ليست بسنة إلا فى قيام رمضان اهـ فإن نفى

على سبيل التداعى ، بأن يقتدى أربعة بواحد كما فى الدرر ، ولا خلاف فى صحة الاقتداء ، إذ لامانع نهر :
وفى الأشباه عن البزازية : يكره الاقتداء فى صلاة رغائب وبراءة وقدر ، إلا إذا قال نذرت كذا ركعة بهذا الإمام جماعة اهـ . قلت : وتتمة عبارة البزازية من الإمامة ، ولا ينبغى أن يتكلف كل هذا التكلف لأمر مكروه :
وفى التتارخانية : لو لم ينو الإمامة لاكراهة على الإمام فليحفظ (وفيه) أى رمضان (يصلى الوتر وقيامه بها) وهل الأفضل فى الوتر الجماعة أم المنزل ؟ تصحيحان ، لكن نقل شارح الوهبانية مايقتضى أن المذهب الثانى ، وأقره المصنف وغيره :

السنية لايستلزم الكراهة ، نعم إن كان مع المواظبة كان بدعة فيكره . وفى حاشية البحر للخير الرملى : علل الكراهة فى الضياء والنهاية بأن الوتر نفل من وجه حتى وجبت القراءة فى جميعها ، وتؤدى بغير أذان وإقامة ، والنفل بالجماعة غير مستحب لأنه لم تفعله الصحابة فى غير رمضان اهـ وهو كالصريح فى أنها كراهة تنزيه تأمل اهـ (قوله على سبيل التداعى) هو أن يدعو بعضهم بعضا كما فى المغرب ، وفسره الوانى بالكثرة وهو لازم معناه (قوله أربعة بواحد) أما اقتداء واحد بواحد أو اثنين بواحد فلا يكره ، وثلاثة بواحد فيه خلاف بحر عن الكافى وهل يحصل بهذا الاقتداء فضيلة الجماعة ؟ ظاهر ماقدمناه من أن الجماعة فى التطوع ليست بسنة يفيد عدمه تأمل . بقى لواقتدى بهواحدأو اثنان ثم جاءت جماعة اقتدوا به . قال الرحمتى : ينبغى أن تكون الكراهة على المتأخرين اهـ.

قلت : وهذا كله لو كان الكل متنفلين ، أما لو اقتدى متنفلون بمفترض فلا كراهة كما نذكره فى الباب الآتى (قوله فى صلاة رغائب) فى حاشية الأشباه للحموى : هى التى فى رجب فى أول ليلة جمعة منه . قال ابن الحاج فى المدخل : وقد حدثت بعد أربعمائة وثمانين من الهجرة ، وقد صنف العلماء كتبا فى إنكارها وذمها وتسفيه فاعلها ، ولا يغتر بكثرة الفاعلين لها فى كثير من الأمصار اهـ وقدمنا بعض الكلام عليها عند قوله وإحياء ليلة العيدين (قوله وبراءة) هى ليلة النصف من شعبان (قوله وقدر) الظاهر أن المراد بها ليلة السابع والعشرين من رمضان ، لما قدمناه عن الزيلعى من أن الأخبار تظاهرت عليها (قوله إلا إذا قال الخ) لأنه لا خروج عنها حينئذ إلا بالجماعة . وظاهر كلام الشارح أن النذر من المقتدين دون الإمام وإلا كان اقتداء الناذر بالناذر وهو لايجوز ثم إن بناء القوى على الضعيف إنما يمنع إذا كانت القوة ذاتية ، فلو عرضت بالنذر كما هنا فلا ، ومن هنا قال فى شرح المنية : النذر كالنفل ط عن أبى السعود (قوله قلت الخ) لم ينقل عبارة البزازية بتمامها ونصها : ولا ينبغى أن يتكلف لالتزام مالم يكن فى الصدر الأول . كل هذا التكلف لإقامة أمر مكروه وهو أداء النفل بالجماعة على سبيل التداعى ، فلو ترك أمثال هذه الصلوات تارك ليعلم الناس أنه ليس من الشعار فحسن اهـ . وظاهره أنه بالنذر لم يخرج عن كونه أداء النفل بالجماعة (قوله وفى التتارخانية الخ) عبارتها نقلا عن المحيط : وذكر القاضى الإمام أبو على النسفى فيمن صلى العشاء والتراويح والوتر فى منزله ثم أم قوما آخرين فى التراويح ونوى الإمامة كره له ذلك ، ولا يكره للمأمومين . ولو لم ينو الإمامة وشرع فى الصلاة فاقتدى الناس به لم يكره لواحد منهما اهـ . قال ط : وهل إذا اقتدى حنفى نوى سنة الجمعة البعدية بشافعى يصلى الظهر بعدها يكره نظرا لاعتقاد الحنفى لأنها نفل عنده على المعتمد أولا يكره نظرا لاعتقاد الإمام ؟ حرره اهـ . ويظهر لى الأول ، لأن الأرجح أن العبرة لاعتقاد المقتدى . وهذه الصلاة فى اعتقاده مكروهة (قوله تصحيحان) رجح الكمال الجماعة « بأنه صلى الله عليه وسلم كان أوتر بهم ثم بين العذر فى تأخره مثل ماصنع فى التراويح » فالوتر كالتراويح ، فكما أن الجماعة فيها سنة فكذلك الوتر بحر . وفى شرح المنية : والصحيح أن الجماعة فيها أفضل إلا أن سنيتها

باب إدراك الفريضة

(شرع فيها أداء) خرج النافلة والمنذورة والقضاء فإنه لايقطعها (منفردا ثم أقيمت) أى شرع فى الفريضة فى مصلاه ،

ليست كسنية جماعة التراويح اه . قال الخير الرملى : وهذا الذى عليه عامة الناس اليوم اه وقواه المحشى أيضا بأنه مقتضى مامر من أن كل ماشرع بجماعة فالمسجد أفضل فيه .

باب إدراك الفريضة

حقيقة هذا الباب مسائل شتى تتعلق بالفرائض فى الأداء الكامل ، وكله مسائل الجامع بحر وفتح ومعراج .

أقول : وهو فى الحقيقة تتميم لباب الإمامة ، ولذا ذكره صاحب الهداية فى كتاب مختارات النوازل عقبه ، وترجمه بفصل إدراك الجماعة وفضيلتها (قوله خرج النافلة الخ) أى خرج بالفريضة النافلة والنذر ، وكذا بالأداء لأن الأداء كما سيذكره فى الباب الآتى فعل الواجب فى وقته ، فالنفل والنذر لاوقت لهما ، والقضاء فعله خارج وقته . قال ح : فقوله فيما سيأتى : والشارع فى نفل لايقطع مطلقاتصريح بالمفهوم (قوله والقضاء) يعنى إذا شرع فى صلاة قضاء ثم شرع الإمام فى الأداء فإنه لا يقطع ، وإنما حملناه على هذا ، لأنه إذا شرع فى قضاء فرض فأقيمت الجماعة فى ذلك الفرض بعينه يقطع كما ذكره فى البحر بحثا ، وجزم به فى إمداد الفتاح اه ح .

أقول : وجزم به المقدسى أيضا ، وأما مانقله عن البحر فلم أره فيه . والذى رأيته فيه معزيا للخلاصة : لو شرع فى قضاء الفوائت ثم أقيمت لايقطع كالنفل والمنذورة كالفائتة اه .

[تنبيه] لو خاف فوت جماعة الحاضرة قبل قضاء الفائتة ، فإن كان صاحب ترتيب قضى ، وإن لم يكن فهل يقضى ليكون الأداء على حسب ماوجب ، وليخرج من خلاف مالك فإن الترتيب لايسقط عنده بالأعذار المذكورة عندنا ، أم يقتدى لإحراز فضيلة الجماعة مع جواز تأخير القضاء وإمكان تلافيه . قال الخير الرملى : لم أره ، ثم نقل عن الشافعية اختلاف الترجيح فيه . واستظهر الثانى :

قلت : ووجهه ظاهر ، لأن الجماعة واجبة عندنا أو فى حكم الواجب ، ولذا يترك لأجلها سنة الفجر التى قيل عندنا بوجوبها ، ومراعاة خلاف الإمام مالك مستحبة ، فلا ينبغى تفويت الواجب لأجل المستحب (قوله أى شرع فى الفريضة) بالبناء للمجهول وفى الفريضة نائب الفاعل : أى شرع فيها الإمام ، وقدمنا فى باب الإمامة أن الاقتداء بالفاسق والأعمى ونحوهما أولى من الانفراد ، وكذا بالمخالف الذى يراعى فى الشروط والأركان : وعليه فيقطع ويقتدى به ، لأن العلة تحصيل فضيلة الجماعة ، فحيث حصلت بلا كراهة ، بأن لم يوجد من هو أولى منهم كان القطع والاقتداء أولى ، وقدمنا اختلاف المتأخرين فيما لو تعددت الجماعات وسبقت جماعة الشافعية فبعضهم على أن الصلاة مع أول جماعة أفضل ، وبعضهم على أن انتظار الاقتداء بالموافق أفضل بناء على كراهة الاقتداء بالمخالف لعدم مراعاته فى الواجبات والسنن وإن راعى فى الفروض ، واستظهرنا هناك عدم كراهة الاقتداء به مالم يعلم منه مفسدا كما مال إليه الخير الرملى ، وأنه لو انتظر إمام مذهبه بعيدا عن الصفوف لم يكن إعراضا عن الجماعة للعلم بأنه يريد جماعة أكمل من هذه الجماعة فعلى هذا لو شرع فى سنة الظهر يتمها أربعا حتى على قول الكمال الآتى :

بقى لو كان مقتديا بمن يكره الاقتداء به ثم شرع من لا كراهة فيه هل يقطع ويقتدى به ؟ استظهر ط أن الأول لو فاسقا لايقطع ، ولو مخالفا وشك فى مراعاته يقطع :

لإقامة المؤذن ولا الشروع فى مكان وهو فى غيره (يقطعها) لعذر إحراز الجماعة كما لو ندت دابته أو فار قدرها ، أو خاف ضياع درهم من ماله ، أو كان فى النفل فجئ بجنازة وخاف فوتها قطعه لإمكان قضائه .

ويجب القطع لنحو إنجاء غريق أو حريق . ولو دعاه أحد أبويه فى الفرض لايجيبه إلا أن يستغيث به : وفى النفل إن علم أنه فى الصلاة فدعاه لايجيبه وإلا أجابه (قائما) لأن القعود مشروط للتحلل ، وهذا قطع لاتحلل ، ويكتفى (بتسليمة واحدة)

أقول : والأظهر العكس ، لأن الثانى كراهته تنزيهية كالأعمى والأعرابى ، بخلاف الفاسق ؛ فإنه استظهر فى شرح المنية أنها تحريمية لقولهم إن فى تقديمه للإمامة تعظيمه وقد وجب علينا إهانته ، بل عند مالك ورواية عن أحمد : لاتصح الصلاة خلفه (قوله لا إقامة المؤذن الخ) مرفوع عطفا على معنى قوله شرع فى الفريضة فى مصلاه ، فكأنه قال المراد بالإقامة الشروع فى الفريضة فى مصلاه لا إقامة المؤذن الخ ح أى فلا يقطع إذا أقام المؤذن وإن لم يقيد الركعة بالسجدة بل يتمها ركعتين كما فى غاية البيان وغيره ، وكذا لو أقيمت فى المسجد وهو فى البيت أو فى مسجد آخر لايقطع مطلقا بحر : أى سواء قيد الركعة بسجدة أولا ، وإن كان فيه إحراز ثواب الجماعة ، لأنه لايوجد مخالفة الجماعة عيانا معراج : أى بخلاف ما إذا كانا فى مسجد واحد فإن فى عدم قطعها مخالفة الجماعة عيانا . وفيه إشارة إلى دفع ما أورده ط من أنهم صرحوا بطلب الجماعة فى مسجد آخر إن فاتته فيما هو فيه وإن الجماعة واجبة ولم تقيد بمسجده وإن القطع للإكمال إكمال ، فلا يظهر الفرق .

وبيان الدفع أن الجماعة وإن كانت مطلوبة واجبة ، لكن عارض وجوبها حرمة القطع فسقط الوجوب وترجح القطع للإكمال إذا كان فى عدم القطع مخالفة الجماعة عيانا ، لأن هذه المخالفة منهية أيضا فصار القطع أولى لذلك . أما إذا لم توجد المخالفة المذكورة يبقى الوجوب ساقطا بحرمة القطع لترجح الحاظر على المبيح وعدم مايرجح جانب المبيح ، هذا ما ظهر لى فتدبره (قوله يقطعها) قال فى المنح : جاز نقض الصلاة منفردا لإحراز الجماعة اهـ . وظاهر التعليل الاستحباب ، وليس المراد بالجواز مستوى الطرفين . وقد يقال إن إحراز الجماعة واجب على أعدل الأقوال فيقتضى وجوب القطع ، وقد يقال إنه عارضه الشروع فى العمل ط (قوله كما لو ندت الخ) أى هربت ، وأشار بذكر هذه المسائل هنا وإن تقدمت فى مكروهات الصلاة قبيل قوله وكره استقبال القبلة إلى ماقالوا من أنه إذا جاز القطع فيها لحطام الدنيا ثم الإعادة من غير زيادة إحسان فجوازه لتحصيله على وجه أكمل أولى ، لأن صلاة الجماعة تفضل صلاة الفذ بخمس وفى رواية بسبع وعشرين درجة (قوله أو خاف ضياع درهم من ماله) قال فى الظهيرية : لم يفصل فى الكتاب بين المال القليل والكثير ، وعامة المشايخ قدروه بدرهم : قال شمس الأئمة السرخسى هذا حسن لولا ما ذكر فى كتاب الحوالة والكفالة أن للطالب حبس غريمه بالدانق فما فوقه ، فإذا جاز حبس المسلم بالدانق فجواز قطع الصلاة مع تمكنه من قضائها أولى . والصحيح أنه لافصل بين ماله ومال غيره اهـ (قوله لإمكان قضائه) هذا التعليل يفيد جواز قطع الفرض للجنازة ح عن الإمداد :

قلت : عارضه : إن الفرض أقوى منها بخلاف النفل ط (قوله ويجب) أى يفترض (قوله لايجيبه) ظاهره الحرمة سواء علم أنه فى الصلاة أولا ط (قوله إلا أن يستغيث به) أى يطلب منه الغوث والإعانة ، وظاهره ولو فى أمر غير مهلك واستغاثه غير الأبوين كذلك ط :

والحاصل أن المصلى متى سمع أحدا يستغيث وإن لم يقصده بالنداء ، أو كان أجنبيا وإن لم يعلم ماحل به أو علم وكان له قدرة على إغاثته وتخليصه وجب عليه إغاثته وقطع الصلاة فرضا كانت أو غيره (قوله لايجيبه) عبارة

هو الأصح غاية (ويقتدى بالإمام) وهذا (إن لم يقيد الركعة الأولى بسجدة أو قيدها) بها (فى غير رباعية أو فيها و) لكن (ضم إليها) ركعة (أخرى) وجوبا ثم يأتم إحرازا للنفل والجماعة (وإن صلى ثلاثا منها) أى الرباعية

التجنيس عن الطحاوى : لابأس أن لايجيبه . قال ح : وهى تقتضى أن الإجابة أفضل تأمل اه .

قلت : ومقتضاه أن إجابته خارج الصلاة واجبة أيضا بالأولى . والظاهر أن محله إذا تأذى منه بترك الإجابة لكونه عقوقا تأمل .

هذا ، وذكر الرحمتى مامعناه أنه لما كان بر الوالدين واجبا وكان مظنة أن يتوهم أنه إذا ناداه أحدهما يكون عليه بأس فى عدم إجابته دفع ذلك بقوله لابأس ترجيحا لأمر الله تعالى بعدم قطع العبادة ، لأن نداءه له مع علمه بأنه فى الصلاة معصية ،ولا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق ،فلا تجوز إجابته ؛بخلاف ماإذا لم يعلم أنه فى الصلاة فإنه يجيبه، لما علم فى قصة جريج الراهب ،ودعاء أمه عليه ،وماناله من العناء لعدم إجابته لها فليس كلمة لابأس هنا لخلاف الأولى ، لأن ذلك غير مطرد فيها ، بل قد تأتى بمعنى يجب ، والظاهر أن هذا منه .

مطلب قطع الصلاة يكون حراما ومباحا ومستحبا وواجبا

[تتمة] نقل عن خط صاحب البحر على هامشه أن القطع يكون حراما ومباحا ومستحبا وواجبا ، فالحرام لغير عذر والمباح إذا خاف فوت مال ، والمستحب القطع للإكمال ، والواجب لإحياء نفس (قوله هو الأصح) وقيل يقعد ويسلم ، لكن ذكر ط أن الظاهر أنه لا خلاف هنا ، وإنما ذكروا الخلاف فيما إذا قام إلى الثالثة ولم يقيدها بسجدة اه وحينئذ فالأولى إرجاع التصحيح إلى قوله بتسليمة واحدة،لكن لم يصرح بذلك فى غاية البيان وإنما قال : لكن يسلم تسليمة واحدة،وبه صرح فى شروح الجامع الصغير،وإن شاء كبر قائما . قال فخر الإسلام وهذا أصح،فإذا كبر قائما ينوى الشروع فى صلاة الإمام تنقطع الأولى فى ضمن شروعه فى صلاة الإمام، ثم هو مخير فى رفع اليدين، كذا قاله الإمام حميد الدين الضرير فى شرحه اه (قوله وهذا إن لم يقيد الخ) حاصل هذه المسألة : شرع فى فرض فأقيم قبل أن يسجد للأولى قطع واقتدى ، فإن سجد لها، فإن فى رباعى أتم شفعا واقتدى مالم يسجد للثالثة، فإن سجد أتم واقتدى متنفلا إلا فى العصر، وإن فى غير رباعى قطع واقتدى مالم يسجد للثانية، فإن سجدلها أتم ولم يقتد اه ح (قوله أو قيدها) عطف على لم يقيد : أى وإن قيدها بسجدة فى غير رباعية كالفجر والمغرب فإنه يقطع ويقتدى أيضا مالم يقيد الثانية بسجدة ، فإن قيدها أتم،ولا يقتدى لكراهة التنفل بعد الفجر،وبالثلاث فى المغرب ، وفى جعلها أربعا مخالفة لإمامه ، فإن اقتدى أتمها أربعا لأنه أحوط لكراهة التنفل بالثلاث تحريما ، ومخالفة الإمام مشروعة فى الجملة كالمسبوق فيما يقضى والمقتدى بمسافر ، وتمامه فى البحر (قوله أو فيها الخ) أى أو قيد الركعة الأولى بسجدة فى الرباعية فإنه أيضا يقتدى ولكن بعد أن يضم إليها ركعة صيانة للركعة المؤداة عن البطلان كما صرحوا به .

مطلب صلاة ركعة واحدة باطلة ، لاصحيحة مكروهة

قال فى البحر : وهو صريح فى أن صلاة ركعة فقط باطلة لا أنها صحيحة مكروهة كما توهمه بعض حنفية العصر اه . وفى النهر أن بطلان هذا التوهم غنى عن البيان (قوله وإن صلى ثلاثا منها) أى بأن قيد الثالثة بسجدة . قال فى البحر : قيد بالثلاث ،لأنه لو كان فى الثالثة ولم يقيدها بسجدة فإنه يقطعها لأنه بمحل الرفض . ويتخير

(أتم) منفردا (ثم اقتدى) بالإمام (متنفلا، ويدرك) بذلك (فضيلة الجماعة) حاوى (إلا فى العصر) فلا يقتدى لكراهة النفل بعده (والشارع فى نفل لا يقطع مطلقا) ويتمه ركعتين (وكذا سنة الظهر و) سنة (الجمعة إذا أقيمت أو خطب الإمام) يتمها أربعا (على) القول (الراجح) لأنها صلاة واحدة، وليس القطع للإكمال بل للإبطال خلافا لما رجحه الكمال

إن شاء عاد وقعد وسلم، وإن شاء كبر قائما ينوى الدخول فى صلاة الإمام، كذا فى الهداية. وفى المحيط: الأصح أنه يقطع قائما بتسليمة واحدة لأن القعود مشروط للتحلل، وهذا قطع وليس بتحلل، فإن التحلل عن الظهر لا يكون على رأس الركعتين، ويكفيه تسليمة واحدة للقطع انتهى: وهكذا صححه فى غاية البيان معزيا إلى فخر الإسلام اه (قوله أتم) أى وجوبا؛ فلو قطع واقتدى كان آثما رملى. وفى القهستانى: وفيه إشارة إلى أنه لا يشتغل بحيلة. مثل أن لا يقعد على الرابعة ويصيرها ستا كما فى المحيط. ومثل أن يصلى الرابعة قاعدا لتنقلب نفلا، لأن الإتمام فرض كما فى المنية اه (قوله ثم اقتدى متنفلا) أى إن شاء، وهو أفضل إمداد.

وأورد أن التنفل بجماعة مكروه خارج رمضان. وأجيب بنعم إذا كان الإمام والقوم متطوعين. أما إذا أدى الإمام الفرض والقوم النفل فلا، لقوله عليه الصلاة والسلام للرجلين «إذا صليتما فى رحالكما ثم أتيتما صلاة قوم فصليا معهم واجعلا صلاتكما معهم سبحة» أى نافلة، كذا فى الكافى بحر (قوله ويدرك بذلك فضيلة الجماعة) الظاهر أن المراد أنه يحصل بذلك الاقتداء فضيلة الجماعة التى هى المضاعفة بخمس أو سبع وعشرين درجة كما لو كان صلى الفريضة مقتديا لأن هذه جماعة مشروعة أيضا إما لاستدراك مافات أولئلا يصير مخالفا للجماعة. ولكن الظاهر أن هذه المضاعفة مضاعفة ثواب النفل لا الفرض فليراجع (قوله حاوى) أى حاوى القدسى كما فى البحر، لا حاوى الحصيرى ولا حاوى الزاهدى (قوله مطلقا) أى سواء قيد الأولى بسجدة أولا (قوله خلافا لما رجحه الكمال) حيث قال: وقيل يقطع على رأس الركعتين، وهو الراجح، لأنه يتمكن من قضائه بعد الفرض. ولا إبطال فى التسليم على الركعتين، فلا يفوت فرض الاستماع والأداء على الوجه الأكمل بلا سبب اه.

أقول: وظاهر الهداية اختياره، وعليه مشى فى الملتقى ونور الإيضاح والمواهب وجمعة الدرر والفيض، وعزاه فى الشرنبلالية إلى البرهان. وذكر فى الفتح أنه حكى عن السعدى أنه رجع إليه لما رآه فى النوادر عن أبى حنيفة وأنه مال إليه السرخسى والبقالى. وفى البزازية أنه رجع إليه القاضى النسفى. وظاهر كلام المقدسى الميل إليه. ونقل فى الحلية كلام شيخه الكمال. ثم قال: وهو كما قال.

هذا، وما رجحه المصنف صرح بتصحيحه الولوالجى وصاحب المبتغى والمحيط ثم الشمنى. وفى جمعة الشرنبلالية: وعليه الفتوى. قال فى البحر، والظاهر ما صححه المشايخ، لأنه لا شك أن فى التسليم على الركعتين إبطال وصف السنية لا لإكمالها، وتقدم أنه لا يجوز، ويشهد لهم إثبات أحكام الصلاة الواحدة للأربع من عدم الاستفتاح والتعوذ فى الشفع الثانى، إلى غير ذلك كما قدمناه اه وأقره فى النهر.

أقول: لكن تقدم فى باب النوافل أنه يقضى ركعتين لو نوى أربعا وأفسده، وأنه ظاهر الرواية عن أصحابنا وعليه المتون، وأنه صحح فى الخلاصة رجوع أبى يوسف إليه، وصرح فى البحر أنه يشمل السنة المؤكدة كسنة الظهر، حتى لو قطعها قضى ركعتين فى ظاهر الرواية، وأن من المشايخ من اختار قول أبى يوسف فى السنن المؤكدة، واختاره ابن الفضل وصححه فى النصاب، وقدمنا هناك أن ظاهر الهداية وغيرها ترجيح ظاهر الرواية، فحيث

(وكره) تحريما للنهى (خروج من لم يصل من مسجد أذن فيه) جرى على الغالب والمراد دخول الوقت أذن فيه أولا (إلا لمن ينتظم به أمر جماعة أخرى) أو كان الخروج لمسجد حيه ولم يصلوا فيه ،أو لأستاذه لدرسه،أو لسماع الوعظ

كانت المتون على ظاهر الرواية من أنه لايلزمه بالشروع فى السنن إلا ركعتان لم تكن فى حكم صلاة واحدة من كل وجه ،ولم يكن فى التسليم على الركعتين إبطالا لها(١)وإبطال وصف السنية لما هو أقوى منه مع إمكان تداركها بالقضاء بعد الفرض لامحذور فيه فتدبر .

ثم اعلم أن هذا كله حيث لم يقم إلى الثالثة ، أما إن قام إليها وقيدها بسجدة، ففى رواية النوادر يضيف إليها رابعة ويسلم ، وإن لم يقيدها بسجدة . قال فى الخانية : لم يذكر فى النوادر . واختلف المشايخ فيه قيل يتمها أربعا ويخفف القراءة وقيل يعود إلى القعدة ويسلم وهذا أشبه اه . قال فى شرح المنية : والأوجه أن يتمها لأنها إن كانت صلاة واحدة فظاهر ، وإن كانت كغيرها من النوافل كل شفع صلاة فالقيام إلى الثالثة كالتحريمة المبتدأة ، وإذا كان أول ماتحرم يتم شفعا فكذا هنا اه .

مطلب فى كراهة الخروج من المسجد بعد الأذان

(قوله وكره تحريما للنهى) وهو مافى ابن ماجه « من أدرك الأذان فى المسجد ثم خرج لم يخرج لحاجة وهو لايريد الرجوع فهومنافق » وأخرج الجماعة إلا البخارى عن أبى الشعثاء قال «كنا مع أبى هريرة فى المسجد، فخرج رجل حين أذن المؤذن للعصر . قال أبو هريرة : أما هذا فقد عصى أبا القاسم » والموقوف فى مثله كالمرفوع بحر (قوله من مسجد أذن فيه) أطلقه، فشمل ما إذا أذن وهو فيه أو دخل بعد الأذان كما فى البحر والنهر (قوله والمراد) بحث لصاحب البحر حيث قال : والظاهر أن مرادهم من الأذان فيه هو دخول الوقت وهو داخله ، سواء أذن فيه أو فى غيره ، كما أن الظاهر من الخروج من غير صلاة عدم الصلاة مع الجماعة ،سواء خرج أو مكث بلاصلاة كما نشاهده من بعض الفسقة ، حتى لو كانت الجماعة يؤخرون لدخول الوقت المستحب كالصبح مثلا فخرج ثم رجع وصلى معهم ينبغى أن لا يكره، ولم أره كله منقولا اه وجزم بذلك كله فى النهر لدلالة كلامهم عليه (قوله إلا لمن ينتظم به أمر جماعة أخرى) بأن كان إماما أو مؤذنا تتفرق الناس بغيبته لأنه ترك صورة تكميل معنى ، والعبرة للمعنى بحر . وظاهر الإطلاق أن له الخروج ولو عند الشروع فى الإقامة ، وبه صرح فى متن الدرر والقهستانى وشرح الوقاية (قوله أو كان الخروج لمسجد حيه الخ) أى وإن لم يكن إماما ولا مؤذنا كما فى النهاية. قال فى البحر : ولا يخفى ما فيه ، إذ خروجه مكروه تحريما والصلاة فى مسجد حيه مندوبة، فلا يرتكب المكروه لأجل المندوب ولا دليل يدل عليه اه .

قلت : لكن تتمة عبارة النهاية هكذا ، لأن الواجب عليه أن يصلى فى مسجد حيه ،ولو صلى في هذا المسجد فلا بأس أيضا لأنه صار من أهله . والأفضل أن لايخرج لأنه يتهم اه ومثله فى المعراج فتأمل ، وقيد بقوله ولم يصلوا فيه تبعا لما فى شروح الهداية لأنه لو صلوا فى مسجد حيه لايخرج نهاية لأنه صار من أهل هذا المسجد بالدخول (قوله أو لأستاذه الخ) معطوف على حيه أى أو لمسجد أستاذه . قال فى المعراج ثم للمتفقه جماعة مسجد أستاذه لأجل درسه أو لسماع الأخبار أو لسماع مجلس ، العامة أفضل بالاتفاق لتحصيل الثوابين اه ومثله فى النهاية ، ظاهره أنه إنما يخرج إذا خشى فوات الدرس أو بعضه وإلا فلا ، وأنه لايتوقف على أن يكون الدرس مما يجب

---

(١) (قوله إبطالا لها) هكذا بخطه ، ولعل صوابه إبطال بالرفع كما لايخفى اه مصححه .

أو لحاجة ومن عزمه أن يعود نهر (و) إلا (لمن صلى الظهر والعشاء) وحده (مرة) فلا يكره خروجه بل تركه للجماعة (إلا عند) الشروع فى (الإقامة) فيكره لمخالفته الجماعة بلا عذر ، بل يقتدى متنفلا لما مر (و) إلا (لمن صلى الفجر والعصر والمغرب مرة) فيخرج مطلقا (وإن أقيمت) لكراهة النفل بعد الأولين، وفى المغرب أحد المحظورين البتيراء أو مخالفة الإمام بالإتمام :

وفى النهر : ينبغى أن يجب خروجه ، لأن كراهة مكثه بلا صلاة أشد :

قلت : أفاد القهستانى أن كراهة التنفل بالثلاث تنزيهية :

تعلمه عليه : وفى حاشية أبى السعود أن ما أورده فى البحر فى مسجد الحى وارد هنا (قوله أو لحاجة الخ) بحث لصاحب النهر أخذه من الحديث المار (قوله بل تركه للجماعة) يعنى أن نفى الكراهة المفهوم من الاستثناء ليس من كل وجه ، بل المراد نفى كراهة الخروج من حيث ذاته ؛ وأما من حيث سببه ، وهو كونه قد صلى تلك الصلاة وحده فإنه مكروه؛ بمعنى أنه لو صلى وحده ليخرج يكره له ذلك،لأن ترك الجماعة مكروه لأنها واجبة أو سنة مؤكدة قريبة منه .

[تنبيه] يعلم من هنا ومن قوله وإن صلى ثلاثا منها أتم ثم اقتدى متنفلا أن من صلى منفردا لايؤمر بالإعادة جماعة مع أنهم قالوا كل صلاة أديت مع كراهة التحريم تجب إعادتها . وزاد ابن الهمام وغيره : ومع كراهة التنزيه تستحب الإعادة ، ولا شك فى كراهة ترك الجماعة على القول بسنيتها أو وجوبها لوجود الإثم على القولين ، إلا أن يجاب بحمل ما هنا على ما إذا تركها بعذر ، وهو خلاف مايتبادر من كلامهم ، وقدمنا تمام الكلام على ذلك فى واجبات الصلاة ، ولم يظهر لى جواب شاف فليتأمل (قوله إلا عند الشروع فى الإقامة الخ) ظاهره الكراهة ولو كان مقيم جماعة أخرى لأن فى خروجه تهمة . قال الشيخ إسمعيل : وهو المذكور فى كثير من الفتاوى ؛ والتهمة هنا نشأت من صلاته منفردا ، فإذا خرج يؤيدها ، بخلاف مامر عن الدرر وشرح الوقاية فهما مسألتان ، فما تقدم فيما إذا كان مقيم جماعة أخرى وخرج عند الإقامة ولم يكن صلى ، وهنا فيما إذا كان صلى وقد اشتبه ذلك على بعض الشراح ، والمراد بمقيم الجماعة من ينتظم به أمرها نحو المؤذن والإمام كما مر ، والمراد به هنا المؤذن ، لأن الإمام لو صلى منفردا لايمكن أن يقيم جماعة أخرى فافهم (قوله لما مر) أى من قوله إحراز للنفل والجماعة ح (قوله وإن أقيمت) بيان للإطلاق ط :

والحاصل أنه لايكره الخروج بعد الأذان لمن كان صلى وحده فى جميع الصلوات إلا فى الظهر والعشاء فإنه يكره الخروج عند الشروع فى الإقامة فقط لاقبله :

[تنبيه] المراد بالإقامة هنا شروع المؤذن فى الإقامة كما فى الهداية لا بمعنى الشروع فى الصلاة كما مر (قوله البتيراء) تصغير البتراء : وهى الركعة الواحدة التى لاثانية لها ، والثلاث تستلزمها ، لكن إن كانت واحدة فقط فهى باطلة كما مر عن البحر وإن كانت ثلاثا بأن سلم مع الإمام ؛ فقيل لايلزمه شىء ، وقيل فسدت ، فيقضى أربعا كما لو نذر ثلاثا كما فى البحر ، وقدمنا عنه أنه لو اقتدى فيها فالأحوط أن يتمها أربعا وإن كان فيه مخالفة الإمام (قوله أشد) أى من التنفل بعد الفجر والعصر ومن البتيراء ، لقول المحيط : لأن مخالفة الجماعة وزر عظيم .

قلت : لكن صرح فى مختارات النوازل بأن الخروج أولى ، لأن هذه المخالفة أقل كراهة تأمل (قوله قلت الخ) وارد على قوله وفى المغرب أحد المحظورين وعلى قوله أشد ، فإنه يقتضى بمفهومه أن الصلاة مع الإمام فيها كراهة شديدة وهى التحريمية ، لكن قال ح : مافى القهستانى مردود ، لأن صاحب الهداية صرح بالكراهة وصاحب

وفى المضمرات : لو اقتدى فيه لأساء (وإذا خاف فوت) ركعتى (الفجر لاشتغاله بسنتها تركها) لكون الجماعة أكمل (وإلا) بأن رجا إدراك ركعة فى ظاهر المذهب . وقيل التشهد واعتمده المصنف والشرنبلالى تبعا للبحر ، لكن ضعفه فى النهر (لا) يتركها بل يصليها عند باب المسجد إن وجد مكانا وإلا تركها، لأن ترك المكروه مقدم على فعل السنة .

غاية البيان بأنها بدعة ، وقاضيخان فى شرح الجامع الصغير بأنها حرام . قال فى البحر : والظاهر مافى الهداية ، لأن المشايخ يستدلون بأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن البتيراء ، وهو من قبيل ظنى الثبوت قطعى الدلالة فيفيد كراهة التحريم على أصولنا (قوله وفى المضمرات الخ) من كلام القهستانى قصد به تأييد ماادعاه من كون الكراهة تنزيهية الذى هو معنى الإساءة اهـ ح.

مطلب هل الإساءة دون الكراهة أو أفحش

قلت : لكن قدمنا فى سنن الصلاة الخلاف فى أن الاساءة دون الكراهة أو أفحش ، ووفقنا بينهما بأنها دون التحريمية وأفحش من التنزيهية (قوله وإذا خاف الخ) علم منه ما إذا غلب على ظنه بالأولى نهر : وإذا تركت لخوف فوت الجماعة فالأولى أن تترك لخوف خروج الوقت ط عن أبى السعود (قوله تركها) أى لايشرع فيها ، وليس المراد بقطعها لما مر أن الشارع فى النفل لايقطعه مطلقا ، فما فى النهر هنا من قوله ولو قيد الثانية منها بالسجدة غير صحيح كما نبه عليه الشيخ إسمعيل (قوله لكون الجماعة أكمل) لأنها تفضل الفرد منفردا بسبع وعشرين ضعفا لاتبلغ ركعتا الفجر ضعفا واحدا منها لأنها أضعاف الفرض ، والوعيد على الترك للجماعة ألزم منه على ركعتى الفجر ، وتمامه فى الفتح والبحر (قوله بأن رجا إدراك ركعة) تحويل لعبارة المتن ، وإلا فالمتبادر منها القول الثانى (قوله وقيل التشهد) أى إذا رجا إدراك الإمام فى التشهد لايتركها بل يصليها ، وإن علم أن تفوته الركعتان معه (قوله تبعا للبحر) فيه أن صاحب البحر ذكر أن كلام الكنز يشمل التشهد ؛ ثم ذكر أن ظاهر الجامع الصغير أنه لو رجا إدراك التشهد فقط يترك السنة . ونقل عن الخلاصة أنه ظاهر المذهب وأنه رجحه فى البدائع . ونقل عن الكافى والمحيط أنه يأتى بها عندهما خلافا لمحمد ، فليس فيه سوى حكاية القولين ، بل ذكر قبل ذلك مايدل على اختياره لظاهر الرواية حيث قال : وإن لم يمكن بأن خشى فوت الركعتين أحرز أحقهما وهو الجماعة (قوله لكن ضعفه فى النهر) حيث قال إنه تخريج على رأى ضعيف اهـ :

قلت : لكن قواه فى فتح القدير بما سيأتى ، من أن من أدرك ركعة من الظهر مثلا فقد أدرك فضل الجماعة وأحرز ثوابها كما نص عليه محمد وفاقا لصاحبيه ، وكذا لو أدرك التشهد يكون مدركا لفضيلتها على قولهم . قال : وهذا يعكر على ماقيل إنه لو رجا إدراك التشهد لايأتى بسنة الفجر على قول محمد . والحق خلافه لنص محمد على ما يناقضه اهـ أى لأن المدار هنا على إدراك فضل الجماعة ، وقد اتفقوا على إدراكه بادراك التشهد ، فيأتى بالسنة اتفاقا كما أوضحه فى الشرنبلالية أيضا ، وأقره فى شرح المنية وشرح نظم الكنز وحاشية الدرر لنوح أفندى وشرحها للشيخ إسمعيل ونحوه فى القهستانى ، وجزم به الشارح فى مواقيت الصلاة (قوله عند باب المسجد) أى خارج المسجد كما صرح به القهستانى . وقال فى العناية ، لأنه لو صلاها فى المسجد كان متنفلا فيه عند اشتغال الإمام بالفريضة وهو مكروه ، فإن لم يكن على باب المسجد موضع للصلاة يصليها فى المسجد خلف سارية من سوارى المسجد ، وأشدها كراهة أن يصليها مخالطا للصف مخالفا للجماعة والذى يلى ذلك خلف الصف من غير حائل اهـ ومثله فى النهاية والمعراج (قوله وإلا تركها) قال فى الفتح : وعلى هذا أى على كراهة صلاتها فى المسجد ينبغى أن لايصلى فيه إذا لم يكن

ثم ماقيل يشرع فيها ثم يكبر للفريضة أو ثم يقطعها ويقضيها ، مردود بأن درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة (ولا يقضيها إلا بطريق التبعية ل) قضاء (فرضها قبل الزوال

عند بابه مكان ، لأن ترك المكروه مقدم على فعل السنة . غير أن الكراهة تتفاوت . فإن كان الإمام فى الصيفى فصلاته إياها فى الشتوى أخف من صلاتها فى الصيفى وعكسه ، وأشد ما يكون كراهة أن يصليها مخالطا للصف كما يفعله كثير من الجهلة اهـ .

والحاصل أن السنة فى سنة الفجر أن يأتى بها فى بيته . وإلا فإن كان عند باب المسجد مكان صلاها فيه . وإلا صلاها فى الشتوى أو الصيفى إن كان للمسجد موضعان . وإلا فخلف الصفوف عند سارية . لكن فيما إذا كان للمسجدموضعان والإمام فى أحدهما ، ذكر فى المحيط أنه قيل لايكره لعدم مخالفة القوم ، وقيل يكره لأنهما كمكان واحد . قال : فإذا اختلف المشايخ فيه فالأفضل أن لايفعل . قال فى النهر : وفيه إفادة أنها تنزيهية اهـ . لكن فى الحلية قلت : وعدم الكراهة أوجه للآثار التى ذكرناها اهـ هذا كله إذا كان الإمام فى الصلاة . أما قبل الشروع فيأتى بها فى أى موضع شاء كما فى شرح المنية . قال الزيلعى : وأما بقية السنن إن أمكنه أن يأتى بها قبل أن يركع الإمام أتى بها خارج المسجد ثم اقتدى ، وإن خاف فوت ركعة اقتدى (قوله ثم ماقيل الخ) قال فى الفتح : وماعن الفقيه إسمعيل الزاهد أنه ينبغى أن يشرع فيها ثم يقطعها فيجب القضاء فيتمكن من القضاء بعد الصلاة ، دفعه الإمام السرخسى بأن ماوجب بالشروع ليس أقوى مما وجب بالنذر . ونص محمد أن المنذور لايؤدى بعد الفجر قبل الطلوع . وأيضا شروع فى العبادة بقصد الإفساد .

فإن قيل : ليؤديها مرة أخرى . قلنا إبطال العمل منهى ، ودرء المفسدة مقدم على جلب المصلحة اهـ وقوله ثم يكبر للفريضة أى ينوى السنة أولا ويكبر ، ثم ينوى الفريضة بقلبه ويكبر بلسانه . فيصير منتقلا عنها إلى الفرض وفى هذا إبطال لها ضمنا ، فالظاهر أنه منهى أيضا فلا يظهر قول العلامة المقدسى إنه لو فعل كذلك ثم قضاها بعد ارتفاع الشمس لايرد شئ مما ذكر اهـ فتأمل . ثم رأيت ماذكره فى شرح المنية قائلا : ويدل عليه قول الكنز فى باب مايفسد الصلاة : وافتتاح العصر أو التطوع بعد ركعة الظهر ، فإنه صريح بأن الظهر يفسد بالشروع فى غيره اهـ .

[تنبيه] قال فى القنية : لو خاف أنه لو صلى سنة الفجر بوجهها تفوته الجماعة ، ولو اقتصر فيها بالفاتحة وتسبيحة فى الركوع والسجود يدركها فله أن يقتصر عليها لأن ترك السنة جائز لإدراك الجماعة . فسنة السنة أولى . وعن القاضى الزرنجرى : لو خاف أن تفوته الركعتان يصلى السنة ويترك الثناء والتعوذ وسنة القراءة ، ويقتصر على آية واحدة ليكون جمعا بينهما ، وكذا فى سنة الظهر اهـ . وفيها أيضا : صلى سنة الفجر وفاته الفجر لايعيد السنة إذا قضى الفجر اهـ (قوله ولا يقضيها إلا بطريق التبعية الخ) أى لايقضى سنة الفجر إلا إذا فاتت مع الفجر فيقضيها تبعا لقضائه لو قبل الزوال ، وما إذا فاتت وحدها فلا تقضى قبل طلوع الشمس بالإجماع ، لكراهة النفل بعد الصبح . وأما بعد طلوع الشمس فكذلك عندهما . وقال محمد : أحب إلىّ أن يقضيها إلى الزوال كما فى الدرر . قيل هذا قريب من الاتفاق ، لأن قوله أحب إلىّ دليل على أنه لو لم يفعل لالوم عليه . وقالا : لايقضى ، وإن قضى فلا بأس به ، كذا فى الخبازية ، ومنهم من حقق الخلاف وقال الخلاف فى أنه لو قضى كان نفلا مبتدأ أو سنة ، كذا فى العناية يعنى نفلا عندهما سنة عنده كما ذكره فى الكافى إسمعيل (قوله لقضاء فرضها) متعلق بالتبعية ، وأشار بتقدير

لابعده فى الأصح) لورود الخبر بقضائها فى الوقت المهمل ، بخلاف القياس فغيره عليه لايقاس (بخلاف سنة الظهر) وكذا الجمعة (فإنه) إن خاف فوت ركعة (يتركها) ويقتدى (ثم يأتى بها) على أنها سنة (فى وقته) أى الظهر (قبل شفعه) عند محمد ،

المضاف إلى أن التبعية فى القضاء فقط ، فليس المراد أنها تقضى بعده تبعا له بل تقضى قبله تبعا لقضائه (قوله لابعده فى الأصح) وقيل تقضى بعد الزوال تبعا ولا تقضى مقصودة إجماعاً كما فى الكافى إسمعيل (قوله لورود الخبر) وهو ماروى « أنه صلى الله عليه وسلم قضاها مع الفرض غداة ليلة التعريس بعد ارتفاع الشمس » كما رواه مسلم فى حديث طويل . والتعريس: نزول المسافر آخر الليل كما ذكره فى المغرب إسمعيل (قوله فى الوقت المهمل) هو ماليس وقت فريضة : وهو مابعد طلوع الشمس إلى الزوال ، وليس عندنا وقت مهمل سواه على الصحيح ، وقيل مثله مابين بلوغ الظل مثله إلى المثلين (قوله بخلاف القياس) متعلق بورود أو بقضائها فافهم ، وذلك لأن القضاء مختص بالواجب لأنه كما سيذكره فى الباب الآتى فعل الواجب بعد وقته فلا يقضى غيره إلا بسمعى ، وهو قد دل على قضاء سنة الفجر فقلنا به ، وكذا ماروى عن عائشة فى سنة الظهر كما يأتى ، ولذا نقول : لاتقضى سنة الظهر بعد الوقت فيبقى ماوراء ذلك على العدم كما فى الفتح (قوله وكذا الجمعة) أى حكم الأربع قبل الجمعة كالأربع قبل الظهر كما لايخفى بحر ، وظاهره أنه لم يره فى البحر منقولا صريحا ، وقد ذكره فى القهستانى ، لكن لم يعزه إلى أحد . وذكر السراج الحانوتى أن هذا مقتضى مافى المتون وغيرها ، لكن قال فى روضة العلماء إنها تسقط لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال « إذا خرج الإمام فلا صلاة إلا المكتوبة» اه رملى .

أقول : وفى هذا الاستدلال نظر ، لأنه إنما يدل على أنها لاتصلى بعد خروجه لاعلى أنها تسقط بالكلية ولا تقضى بعد الفراغ من المكتوبة ، وإلا لزم أن لاتقضى سنة الظهر أيضا ، فإنه ورد فى حديث مسلم وغيره « إذا أقيمت الصلاة فلا صلاة إلا المكتوبة » نعم قد يستدل للفرق بينهما بشىء آخر ، وهو أن القياس فى السنن عدم القضاء كما مر ، وقد استدل قاضيخان لقضاء سنة الظهر بما عن عائشة رضى الله تعالى عنها « أن النبى صلى الله عليه وسلم كان إذا فاتته الأربع قبل الظهر قضاهن بعده » فيكون قضاؤها ثبت بالحديث على خلاف القياس كما فى سنة الفجر ، كما صرح به فى الفتح ، فالقول بقضاء سنة الجمعة يحتاج إلى دليل خاص ، وعليه فتنصيص المتون على سنة الظهر دليل على أن سنة الجمعة ليست كذلك فتأمل (قوله فإنه إن خاف فوت ركعة الخ) بيان لوجه المخالفة بين سنة الظهر وسنة الفجر ، ومفهومه أنه يأتى بها وإن أقيمت الصلاة إذا علم أنه يدرك معه الركعة الأولى بعد أن لايكون مخالطا للصف بلا حائل كما مر .

ويشكل عليه ماتقدم فى أوقات الصلاة من كراهة التطوع عند الإقامة للمكتوبة ، لكن نقلنا هناك عن عدة كتب تخصيص الكراهة المذكورة بإقامة صلاة الجمعة . والفرق أن التنفل عندها لايخلو غالبا عن مخالطة الصفوف لكثرة الزحام ، بخلاف غيرها من المكتوبات (قوله على أنها سنة) أى اتفاقاً . ومافى الخانية وغيرها من أنها نفل عنده سنة عندهما فهو من تصرف المصنفين ، لأن المذكور فى المسألة الاختلاف فى تقديمها أو تأخيرها ، والاتفاق على قضائها ، وهو اتفاق على وقوعها سنة كما حققه فى الفتح وتبعه فى البحر والنهر وشرح المنية (قوله فى وقته) فلا تقضى بعده لاتبعا ولا مقصودا بخلاف سنة الفجر . وظاهر البحر الاتفاق على ذلك ، لكن صرح فى الهداية بأن فى قضائها بعد الوقت تبعا للفرض اختلاف المشايخ ، ولذا قال فى النهر: إن مافى البحر سهو . وأجاب الشيخ إسمعيل بأنه بناه على الأصح (قوله عند محمد) وعند أبى يوسف بعده ، كذا فى الجامع الصغير الحسامى

وبه يفتى جوهرة . وأما ماقبل العشاء فمندوب لايقضى أصلا (ولا يكون مصليا جماعة) اتفاقا (من أدرك ركعة من ذوات الأربع) لأنه منفرد ببعضها (لكنه أدرك فضلها) ولو بإدراك التشهد اتفاقا ، لكن ثوابه دون المدرك لفوات التكبيرة الأولى ، واللاحق كالمدرك لكونه مؤتما حكما (وكذا مدرك الثلاث) لايكون مصليا بجماعة (على الأظهر) . وقال السرخسي : للأكثر حكم الكل ، وضعفه فى البحر .

وفى المنظومة وشرحها : الخلاف على العكس . وفى غاية البيان : يحتمل أن يكون عن كل من الإمامين روايتان ح عن البحر (قوله وبه يفتى) أقول : وعليه المتون ، لكن رجح فى الفتح تقديم الركعتين . قال فى الإمداد : وفى فتاوى العتابى أنه المختار ، وفى مبسوط شيخ الإسلام أنه الأصح ، لحديث عائشة « أنه عليه الصلاة والسلام كان إذا فاتته الأربع قبل الظهر يصليهن بعد الركعتين » وهو قول أبى حنيفة ، وكذا فى جامع قاضيخان اه والحديث قال الترمذى حسن غريب فتح (قوله وأما ماقبل العشاء فمندوب) يعنى قد علم حكم سنة الفجر والظهر والجمعة ولم يبق من النوافل القبلية إلا سنة العصر ، ومن المعلوم أنها لاتقضى لكراهة التنفل بعد صلاة العصر وكذا سنة العشاء ، لكن لاتقضى لأنها مندوبة .

أقول : وفى هذا التعليل نظر لأنه يوهم أن قضاء سنة الفجر والظهر لسنيتهما . ولو كانتا مندوبتين لم تقضيا وليس كذلك ، لأن قضاءهما ثبت بالنص على خلاف القياس ؛ فيبقى ماوراء النص على العدم كما صرح به فى الفتح حتى لو ورد نص فى قضاء المندوب نقول به ، وبهذا ظهر لك مافى قول الإمداد : إن التى قبل العشاء مندوبة فلا مانع من قضائها بعد التى تلى العشاء اه نعم لو قضاها لاتكون مكروهة بل تقع نفلا مستحبا . لا على أنها هى التى فاتت عن محلها كما قالوه فى سنة التراويح (قوله ولا يكون مصليا جماعة الخ) فلو حلف لايصلى الظهر جماعة لايحنث بإدراك ركعة أو ركعتين اتفاقا ؛ وفى الثلاث الخلاف الآتى ، وهذه المسألة موضعها كتاب الأيمان وذكرها هنا كالتوطئة لقوله بل أدرك فضلها ، إذ ربما يتوهم أن بين إدراك الفضل والجماعة تلازما ، فاحتاج إلى دفعه أفاده فى النهر (قوله من ذوات الأربع) ليس قيدا ، إذ الثنائى والثلاثى كذلك ؛ وإنما خصه بالذكر لأجل قوله وكذا مدرك الثلاث ح (قوله لكنه أدرك فضلها) أى الجماعة اتفاقا أيضا لأن من أدرك آخر الشئ فقد أدركه ، ولذا لو حلف لايدرك الجماعة حنث بإدراك الإمام ولو فى التشهد نهر (قوله اتفاقا) أى بين محمد وشيخيه ؛ وإنما خص فى الهداية محمدا بالذكر ، لأن عنده لو أدركه فى تشهد الجمعة لم يكن مدركا للجمعة ، فمقتضاه أن لايدرك فضيلة الجماعة هنا لأنه مدرك للأقل ، فدفع ذلك الوهم بذكر محمد كما أفاده فى الفتح والبحر (قوله دون المدرك) أى الذى أدرك أول صلاة الإمام وحصل فضل تكبيرة الافتتاح معه ؛ فإنه أفضل ممن فاتته التكبيرة ، فضلا عن فاتته ركعة أو أكثر . وقد صرح الأصوليون بأن فعل المسبوق أداء قاصر بخلاف المدرك فإنه أداء كامل (قوله واللاحق كالمدرك) قال فى البحر : وأما اللاحق فصرحوا بأن مايقضيه بعد فراغ الإمام أداء شبيه بالقضاء . وظاهر كلام الزيلعى أنه كالمدرك لكونه خلف الإمام حكما ولهذا لايقرأ فيقتضى أن يحنث فى يمينه لو حلف لايصلى بجماعة ولو فاته مع الإمام الأكثر اه :

قلت : ويؤيده مامر فى باب الاستخلاف ، من أنه لو أحدث الإمام عمدا بعد القعدة الأخيرة تفسد صلاة المسبوق لا المدرك ، وفى اللاحق تصحيحان . وظاهر البحر والنهر هناك تأييد الفساد ، وقدمنا مايقويه أيضا (قوله وكذا مدرك الثلاث) ومدرك الثنتين من الثلاثى كذلك ، وأما مدرك ركعة من الثنائى فالظاهر أنه لا خلاف فيه كما فى مدرك الركعتين من الرباعى (قوله وضعفه فى البحر) أى بما اتفقوا عليه فى الأيمان من أنه لو حلف لا يأكل

(وإذا أمن فوت الوقت تطوع) ماشاء (قبل الفرض وإلا لا) بل يحرم التطوع لتفويته الفرض (ويأتى بالسنة مطلقا (ولو صلى منفردا على الأصح) لكونها مكملات ؛ وأما فى حقه عليه الصلاة والسلام فلزيادة الدرجات، ثم قول الدرر : وإن فاتته الجماعة مشكل بما مر فتدبر .

(ولو اقتدى بإمام راكع فوقف حتى رفع الإمام رأسه لم يدرك) المؤتم (الركعة) لأن المشاركة فى جزء من الركن شرط ولم توجد فيكون مسبوقا فيأتى بها بعد فراغ الإمام ، بخلاف مالو أدركه فى القيام ولم يركع معه فإنه يصير مدركا لها فيكون لاحقا

هذا الرغيف لايحنث إلا بأكل كله ، فإن الأكثر لايقام مقام الكل (قوله وإذا أمن فوت الوقت الخ) أى بأن كان الوقت باقياً لاكراهة فيه كما فى فتح القدير .

ثم اعلم أن عبارة المصنف مساوية لعبارة الكنز . وقال الزيلعي : وهو كلام مجمل يحتاج إلى تفصيل فنقول: إن التطوع على وجهين :سنة مؤكدة وهى الرواتب : وغير مؤكدة وهى مازاد عليها؛والمصلى لايخلو إما أن يؤدى الفرض بجماعة أو منفردا ؛ فإن كان بجماعة فإنه يصلى السنن الرواتب قطعا ، فلا يخير فيها مع الإمكان لكونها مؤكدة، وإن كان يؤديه منفردا فكذلك الجواب فى رواية . وقيل يتخير، والأول أحوط لأنها شرعت قبل الفرض لقطع طمع الشيطان عن المصلى وبعده لجبر نقصان تمكن فى الفرض ، والمنفرد أحوج إلى ذلك ، والنص الوارد فيها لم يفرق فيجرى على إطلاقه ، إلا إذا خاف الفوت لأن أداء الفرض فى وقته واجب؛ وأما مازاد على السنن الرواتب فيتخير المصلى فيه مطلقا اه أى سواء صلى الفرض منفردا أو بجماعة . والظاهر أن المصنف لما رأى هذا الإجمال فى عبارة الكنز زاد عليها قوله ويأتى بالسنة ولو صلى منفردا تصريحا بما أجمله فافهم (قوله مشكل بما مر) أى من أنه إذا خاف فوت ركعتى الفجر مع الإمام يترك سنته وإذا خاف فوت ركعة من الظهر يترك سنته، فكيف يقال إنه يأتى بالسنة وإن فاتته الجماعة . وقد استشكل ذلك المصنف فى المنح،وكذا صاحب النهر والشيخ إسمعيل وهو فى غاية العجب، فإن معنى قوله وإن فاتته الجماعة أى أنه إذا دخل المسجد ورأى الإمام صلى وأراد أن يصلى وحده لفوت الجماعة فإنه يصلى السنة الراتبة لكونها مكملة والمنفرد أحوج إلى ذلك. وعبارة الدرر صريحة فى ذلك ونصها : من فاتته الجماعة فأراد أن يصلى الفرض منفردا فهل يأتى بالسنن ؟ قال بعض مشايخنا : لايأتى بها لأنها إنما يؤتى بها إذا أدى الفرض بالجماعة ، لكن الأصح أن يأتى بها وإن فاتته الجماعة إلا إذا ضاق الوقت فحينئذ يترك اه فتوهم أن المراد أنه يأتى بالسنة وإن لزم من الإتيان بها تفويت الجماعة فى غاية العجب ، وأعجب منه التعجب من أن الشرنبلالى لم يتعرض فى حاشيته على الدرر لبيان هذا الإشكال .

هذا ، وقد قرر الخير الرملى كلام الدرر بنحو ماذكرنا ، ثم قال فافهم ذلك وكن على بصيرة منه ، فإن صاحب النهر والمنح قد خلطا وخبطا فى هذه المسألة خلطا فاحشا (قوله فوقف) وكذا لو لم يقف بل انحط فرفع الإمام قبل ركوعه لايصير مدركا لهذه الركعة مع الإمام فتح : ويوجد فى بعض النسخ : فوقف بلا عذر أى بأن أمكنه الركوع فوقف ولم يركع ، وذلك لأن المسألة فيها خلاف زفر ؛ فعنده إذا أمكنه الركوع فلم يركع أدرك الركعة لأنه أدرك الإمام فيما له حكم القيام (قوله لأن المشاركة) أى أن الاقتداء متابعة على وجه المشاركة ولم يتحقق من هذا مشاركة لا فى حقيقة القيام ولا فى الركوع فلم يدرك معه الركعة إذ لم يتحقق منه مسمى الاقتداء بعد ، بخلاف من شاركه فى القيام ثم تخلف عن الركوع لتحقق مسمى الاقتداء منه بتحقق جزء مفهومه ، فلا ينتقض بعد ذلك بالتخلف لتحقق مسمى اللاحق فى الشرع اتفاقا وهو بذلك وإلا انتفى ، وكذا فى الفتح .

فيأتى بها قبل الفراغ ، ومتى لم يدرك الركوع معه تجب المتابعة فى السجدتين وإن لم تحسبا له ولا تفسد بتركهما . فلو لم يدرك الركعة ولم يتابعه لـكنه إذا سلم الإمام فقام وأتى بركعة فصلاته تامة وقد ترك واجبا نهر عن التجنيس .

(ولو ركع) قبل الإمام (فلحقه إمامه فيه صح) ركوعه ؛ وكره تحريما إن قرأ الإمام قدر الفرض (وإلا لا) يجزيه ؛ ولو سجد المؤتم مرتين والإمام فى الأولى لم تجزه سجدته عن الثانية ، وتمامه فى الخلاصة .

وحاصله أن الاقتداء لايثبت فى الابتداء على وجه يدرك به الركعة مع الإمام إلا بإدراك جزء من القيام أو مما فى حكمه وهو الركوع لوجود المشاركة فى أكثرها فإذا تحقق منه ذلك لايضره التخلف بعده . حتى إذا أدركه فى القيام فوقف حتى ركع الإمام ورفع فركع هو صح لتحقق مسمى الاقتداء فى الابتداء فإن ذلك حقيقة اللاحق وإلا لزم انتفاء اللاحق مع أنه محقق شرعا فافهم (قوله فيأتى بها قبل الفراغ) المراد أنه يأتى بها قبل متابعة الإمام فيما بعدها ، حتى لو تابع الإمام ثم أتى بعد فراغ إمامه بما فاته صح وأثم لترك واجب الترتيب ، وإنما عبر بالفراغ لمقابلته للمسبوق ، فإنه إنما يأتى بما سبق به بعد فراغ إمامه فافهم (قوله ومتى لم يدرك الركوع) أى فى مسألة المتن .

وحاصله أنه إذا لم يدرك الركعة لعدم متابعته له فى الركوع أو لرفع الإمام رأسه منه قبل ركوعه لايجوز له القطع كما يفعله بعض الجهلة لصحة شروعه ، ويجب عليه متابعته فى السجدتين وإن لم تحسبا له كما لو اقتدى به بعد رفعه من الركوع أو وهو ساجد كما فى البحر (قوله وإن لم تحسبا له) أى من الركعة التى فاتته . بل يلزمه الإتيان بها تامة بعد الفراغ (قوله ولا تفسد بتركهما) أى السجدتين ، لأن وجوب الإتيان بهما إنما هو لوجوب متابعة الإمام لئلا يكون مخالفا له ، كما تجب متابعة المسبوق فى القعدة وإن لم تكن على ترتيب صلاته وإلا فهاتان السجدتان ليستا بعض الركعة التى فاتته لأن السجود لايصح إلا مرتبا على ركوع صحيح ، ولذا لزمه الإتيان بركعة تامة (قوله فلو لم يدرك الخ) الأخصر إسقاط هذا والاقتصار على قوله لـكنه إذا سلم الإمام فقام وأتى بركعة الخ (قوله وقد ترك واجبا) هو متابعة الإمام فى السجود عند شروعه ، وليس المراد أنه إذا أتى بركعة تامة بعد سلام الإمام ولم يقض السجدتين أيضا يكون تاركا واجبا كما يوهمه مافهمه الشارح فى واجبات الصلاة ؛ حيث ذكر أن مقتضى القواعد أنه يقضيهما ، لأن ذلك خلاف القواعد ، ويدل على ماقلنا عبارة التجنيس ، فإنه قال : وإذا لم يتابعه فى السجدة ثم تابعه فى بقية الصلاة فلما فرغ الإمام قام وقضى ماسبق به تجوز الصلاة إلا أنه يصلى تلك الركعة الفائتة بسجدتيها بعد فراغ الإمام وإن كانت المتابعة حين شرع واجبة فى تلك السجدة اهـ وقد أوضحنا ذلك هناك فراجعه (قوله صح ركوعه) أى لتحقق الاقتداء بمشاركته فى الابتداء بجزء من القيام ، فلا يضر التخلف بعده كما مر تقريره (قوله وكره تحريما) أى للنهى عن مسابقة الإمام (قوله قدر الفرض) الذى فى الذخيرة ثلاث آيات : أى قدر الواجب . والظاهر أنه غير قيد ، وأنه ينبغى الاكتفاء بقدر الفرض كما بحثه صاحب النهر والخير الرملى ؛ وتبعهما الشارح (قوله وإلا لا) أى وإن لم يلحقه إمامه فيه بأن رفع رأسه قبل أن يركع الإمام أو لحقه ولـكن كان ركوع المقتدى قبل أن يقرأ الإمام مقدار الفرض لايجزيه اهـ ح أى فعليه أن يركع ثانيا وإلا بطلت كما فى الإمداد (قوله ولو سجد المؤتم الخ) أفاد أن الركوع فى كلام المصنف غير قيد، بل المراد كل ركن سبقه المأموم به كما فى البحر (قوله عن الثانية) الأولى حذف عن (قوله وتمامه فى الخلاصة) لم أر هذه المسألة فيها، نعم مافيها ماذكره فى النهر بقوله وذكر فى الخلاصة أن المقتدى لو أتى بالركوع والسجود قبل إمامه فالمسألة على خمسة أوجه : حاصلها أنه إما أن يأتى بهما قبله أو بعده أو بالركوع معه والسجود قبله أو عكسه ؛ أو يأتى بهما قبله ويدرك فى كل الركعات .

باب قضاء الفوائت

لم يقل المتروكات ظنا بالمسلم خيرا، إذ التأخير بلا عذر كبيرة لازول بالقضاء بل بالتوبة أو الحج ،ومن العذر العدو ، وخوف القابلة موت الولد لأنه عليه الصلاة والسلام أخرها يوم الخندق ، ثم الأداء فعل الواجب

فني الأول يقضي ركعة ،وفي الثالث ركعتين ، وفي الرابع أربعا بلا قراءة في الكل ولا شئ عليه في الثاني والخامس، وفيها أيضا المقتدى إذا رفع رأسه من السجدة قبل إمامه فلما أطال الإمام ظن أنه سجد ثانية فسجد معه ، إن نوى بها الأولى أو لم تكن له نية كانت عن السجدة الأولى ؛ وكذا إن نوى الثانية والمتابعة ترجيحا للمتابعة، وتلغو نية غيرها للمخالفة ؛ وإن نوى الثانية لاغير كانت عن الثانية اه . وذكر المحشي توجيه الأولى ، وقدمناه موضحا في أواخر الإمامة، والله أعلم .

باب قضاء الفوائت

اى في بيان أحكام قضاء الفوائت . والأحكام تعم كيفية القضاء وغيرها ط (قوله لم يقل المتروكات الخ) لأن في التعبير بالفوائت إسناد الفوت إليها ، وفيه إشارة إلى أنه لاصنع للمكلف فيه بل هو ملجأ لعذر مبيح بخلاف المتروكات ، لأن فيه إسناد الترك للمكلف ولا يليق به رحمتي ؛ وتقدم أول كتاب الصلاة الكلام في حكم جاحدها وتاركها وإسلام فاعلها (قوله إذ التأخير) علة للعلة ط (قوله لازول بالقضاء) وإنما يزول إثم الترك، فلا يعاقب عليها إذا قضاها وإثم التأخير باق بحر (قوله بل بالتوبة) أى بعد القضاء أما بدونه فالتأخير باق ، فلم تصح التوبة منه ، لأن من شروطها الإقلاع عن المعصية كما لايخفى فافهم (قوله أو الحج) بناء على أن المبرور منه يكفر الكبائر وسيأتي تمامه في الحج إن شاء الله تعالى ط (قوله ومن العذر) أى لجواز تأخير الوقتية عن وقتها، وأما قضاء فوائت فيجوز تأخيره للسعي على العيال كما سيذكره المصنف (قوله العدو) كما إذا خاف المسافر من اللصوص أو قطاع الطريق جاز له أن يؤخر الوقتية لأنه بعذر بحر عن الولوالجية .

قلت : هذا حيث لم يمكنه فعلها أصلا ، أما لوكان راكبا فيصلي على الدابة ولو هاربا ، وكذا لو كان يمكنه صلاتها قاعدا أو إلى غير القبلة وكان بحيث لو قام أو استقبل يراه العدو يصلي بما قدر كما صرحوا به (قوله وخوف القابلة الخ) وكذا خوف أمه إذا خرج رأسه ،وماذكروه من أنها لايجوز لها تأخير الصلاة وتضع تحتها طستا وتصلي فذاك عند عدم الخوف عليه كما لايخفى (قوله يوم الخندق) وذلك « أن المشركين شغلوا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أربع صلوات يوم الخندق حتى ذهب من الليل ماشاء الله تعالى فأمر بلالا فأذن ثم أقام فصلى الظهر ، ثم أقام فصلى العصر ، ثم أقام فصلى المغرب ، ثم أقام فصلى العشاء » ح عن فتح القدير .

مطلب في أن الأمر يكون بمعنى اللفظ ، وبمعنى الصفة
وفي تعريف الأداء والقضاء

(قوله ثم الأداء فعل الواجب الخ) اعلم أنهم صرحوا بأن الأداء والقضاء من أقسام المأمور به ، والأمر قد يراد به لفظه : أعني ما تركب من مادة أم ر ، وقد يراد به الصيغة كأقيموا الصلاة . وهي عند الجمهور حقيقة في الطلب الجازم مجاز في غيره . وأما لفظ الأمر فقد اختلفوا فيه أيضا . والتحقيق وهو مذهب الجمهور أنه حقيقة في الطلب الجازم أو الراجح . فإطلاق لفظ أم ر على الصيغة المستعملة في الوجوب أو الندب حقيقة : فالمندوب

فى وقته وبالتحريمة فقط بالوقت يكون أداء عندنا ، وبركعة عند الشافعى . والإعادة فعل مثله فى وقته لخلل غير الفساد

مأمور به حقيقة وإن كان استعمال الصيغة فيه مجازا ، وبهذا الاعتبار يكون المندوب أداء وقضاء . لكن لما كان القضاء خاصا بما كان مضمونا والنفل لا يضمن بالترك اختص القضاء بالواجب ، ومنه ما شرع فيه من النفل فأفسده فإنه صار بالشروع واجبا فيقضى ، وبهذا ظهر أن الأداء يشمل الواجب والمندوب . والقضاء يختص بالواجب ، ولهذا عرّفهما صدر الشريعة بأن الأداء تسليم عين الثابت بالأمر ، والقضاء تسليم مثل الواجب به ؛ والمراد بالثابت بالأمر ما علم ثبوته بالأمر فيشمل النفل ، لا ما ثبت وجوبه به ، ولم يتقيد بالوقت ليعم أداء غير الموقت كأداء الزكاة والأمانات والمنذورات ؛ وتمام تحقيق ذلك فى التلويح . وبهذا التقرير ظهر أن تعريف الشارح للأداء تبعا للبحر خلاف التحقيق(١) (قوله فى وقته) أى سواء كان ذلك الوقت العمر أو غيره خر .

ولما كان قوله فعل الواجب يقتضى أن لا يكون أداء إلا إذا وقع كل الواجب فى الوقت مع أن وقوع التحريمة فيه كاف أتبعه بقوله وبالتحريمة فقط بالوقت يكون أداء . فقوله بالتحريمة متعلق بيكون والباء للسببية ، والباء فى قوله بالوقت بمعنى فى ؛ ولو قال ثم الأداء ابتداء فعل الواجب فى وقته كما فى البحر لاستغنى عن هذه الجملة اهـ ح وما ذكره من أنه بالتحريمة يكون أداء عندنا هو ما جزم به فى التحرير وذكر شارحه أنه المشهور عند الحنفية ثم نقل عن المحيط أن ما فى الوقت أداء والباقى قضاء ، وذكر ط عن الشارح فى شرحه على الملتقى ثلاثة أقوال فراجعه

مطلب فى تعريف الإعادة

(قوله والإعادة فعل مثله) أى مثل الواجب . ويدخل فيه النفل بعد الشروع به كما مر (قوله فى وقته) الأولى إسقاطه لأنه خارج الوقت يكون إعادة أيضا بدليل قوله وأما بعده فندبا : أى فتعاد ندبا . وقوله غير الفساد زاد فى البحر وعدم صحة الشروع يعنى وغير عدم صحة الشروع ، وتركه الشارح لأنه أراد بالفساد ما هو الأعم من أن تكون منعقدة ثم تفسد أو لم تنعقد أصلا ، ومنه قول الكنز وفسد اقتداء رجل بامرأة ح .

ثم اعلم أن ما ذكر هنا فى تعريف الإعادة هو ما مشى عليه فى التحرير ؛ وذكر شارحه أن التقييد بالوقت قول البعض ، وإلا ففى الميزان الإعادة فى عرف الشرع إتيان بمثل الفعل الأول على صفة الكمال بأن وجب على المكلف فعل موصوف بصفة الكمال فأداه على وجه النقصان . وهو نقصان فاحش يجب عليه الإعادة ، وهو إتيان مثل الأول ذاتا مع صفة الكمال اهـ فإنه يفيد أن ما يفعل خارج الوقت يكون إعادة أيضا كما قال صاحب الكشف ، وأن الإعادة لا تخرج عن أحد قسمى الأداء والقضاء اهـ .

أقول : لكن صريح كلام الشيخ أكمل الدين فى شرحه على أصول فخر الإسلام البزدوى عدم تقييدها بالوقت ، وبكون الخلل غير الفساد ، وبأنها قد تكون خارجة عن القسمين ، لأنه عرفها بأنها فعل ما فعل أولا مع ضرب من الخلل ثانيا ، ثم قال : إن كانت واجبة بأن وقع الأول فاسدا فهى داخلة فى الأداء أو القضاء . وإن لم تكن واجبة بأن وقع الأول ناقصا لا فاسدا فلا تدخل فى هذا التقسيم لأنه تقسيم الواجب وهى ليست بواجبة .

(١) (قوله خلاف التحقيق) قال شيخنا : الظاهر أن ما قاله الشارح تبعا للبحر هو المحقق ، لأن ما ذكره المحشى دليلا على مدعاه لا يفيده غاية ما يفيده إطلاق لفظ الأمر على صيغة طلب الفعل مثلا ، وهل هذا النفل يقال له مأمور به حقيقة؟ مسكوت عنه . وعبارة كثير من الأصوليين مقيدة بالواجب أيضا كما فعل الشارح ، يشهد لهذا وما نقله المحشى نفسه عن الشيخ أكمل الدين حيث قال فى الإعادة : وإن لم تكن واجبة ، بأن وقع الأول ناقصا لا فاسدا لا تدخل فى هذا التقسيم ، لأنه تقسيم الواجب ، وهى ليست بواجبة اهـ وقد أقر الشارح على هذا التعريف العلامة السعدى أيضا اهـ .

لقولهم : كل صلاة أديت مع كراهة التحريم تعاد أى وجوبا فى الوقت ، وأما بعده فندبا ،

وبالأول يخرج عن العهدة ، وإن كان على وجه الكراهة على الأصح فالفعل الثانى بمنزلة الجبر كالجبر بسجود السهو اه (قوله لقولهم الخ) هذا التعليل عليل . إذ قولهم ذلك لايفيد أن ما كان فاسدا لايعاد ولا أن الإعادة مختصة بالوقت بل صرح بعده بأنها بعد الوقت إعادة أيضا . على أن ظاهر قولهم تعاد وجوب الإعادة فى الوقت وبعده ، فالمناسب ما فعله فى البحر حيث جعل قولهم ذلك نقضا للتعريف حيث قيد فى التعريف بالوقت مع أن قولهم بوجوب الإعادة مطلق .

قلت : ويؤيده ما قدمناه عن شرح التحرير وعن شرح أصول البزدوى من التصريح بوقوعها بعد الوقت (قوله أى وجوبا فى الوقت الخ) لم أر من صرح بهذا التفصيل سوى صاحب البحر ، حيث استنبطه من كلام القنية ، حيث ذكر فى القنية عن الوبرى أنه إذا لم يتم ركوعه ولا سجوده يؤمر بالإعادة فى الوقت لا بعده ، ثم ذكر عن الترجمانى أن الإعادة أولى فى الحالين اه . قال فى البحر : فعلى القولين لا وجوب بعد الوقت .

فالحاصل أن من ترك واجبا من واجباتها أو ارتكب مكروها تحريميا لزمه وجوبا أن يعيد فى الوقت ، فإن خرج أثم ولا يجب جبر النقصان بعده . فلو فعل فهو أفضل اه .

أقول : ما فى القنية مبنى على الاختلاف فى أن الإعادة واجبة أولا ، وقدمنا عن شرح أصول البزدوى التصريح بأنها إذا كانت لخلل غير الفساد لا تكون واجبة . وعن الميزان التصريح بوجوبها . وقال فى المعراج : وفى جامع التمرتاشى لو صلى فى ثوب فيه صورة يكره وتجب الإعادة . قال أبو اليسر : هذا هو الحكم فى كل صلاة أديت مع الكراهة . وفى المبسوط ما يدل على الأولوية والاستحباب ، فإنه ذكر أن القومة غير ركن عندهما فتركها لا يفسد ، والأولى الإعادة اه . وقال فى شرح التحرير : وهل تكون الإعادة واجبة ، فصرح غير واحد من شراح أصول فخر الإسلام بأنها ليست بواجبة . وأنه بالأول يخرج عن العهدة وإن كان على وجه الكراهة على الأصح ، وأن الثانى بمنزلة الجبر . والأوجه الوجوب كما أشار إليه فى الهداية ؛ وصرح به النسفى فى شرح المنار ، وهو موافق لما عن السرخسى وأبى اليسر : من ترك الاعتدال تلزمه الإعادة . زاد أبو اليسر : ويكون الفرض هو الثانى . وقال شيخنا المصنف : يعنى ابن الهمام : لا إشكال فى وجوب الإعادة إذ هو الحكم فى كل صلاة أديت مع كراهة التحريم ، ويكون جابرا للأول لأن الفرض لا يتكرر ، وجعله الثانى يقتضى عدم سقوطه بالأول ، وفيه أنه لازم ترك الركن لا الواجب . إلا أن يقال المراد أن ذلك امتنان من الله تعالى ، إذ يحتسب الكامل وإن تأخر عن الفرض لما علم سبحانه أنه سيوقعه انتهى . ومن هذا يظهر أنا إذا قلنا الفرض هو الأول فالإعادة قسم آخر غير الأداء والقضاء . وإن قلنا الثانى فهى أحدهما اه .

أقول : فتلخص من هذا كله أن الأرجح وجوب الإعادة ، وقد علمت أنها عند البعض خاصة بالوقت . وهو ما مشى عليه فى التحرير . وعليه فوجوبها فى الوقت ولا تسمى بعده إعادة ، وعليه يحمل ما مر عن القنية عن الوبرى . وأما على القول بأنها تكون فى الوقت وبعده كما قدمناه عن شرح التحرير وشرح البزدوى ، فإنها تكون واجبة فى الوقت وبعده أيضا على القول بوجوبها . وأما على القول باستحبابها الذى هو المرجوح تكون مستحبة فيهما . وعليه يحمل ما مر عن القنية عن الترجمانى . وأما كونها واجبة فى الوقت مندوبة بعده كما فهمه فى البحر وتبعه الشارح فلا دليل عليه . وقد نقل الخير الرملى فى حاشية البحر عن خط العلامة المقدسى أن ما ذكره فى البحر يجب أن لا يعتمد عليه لإطلاق قولهم : كل صلاة أديت مع الكراهة سبيلها الإعادة اه .

قلت : أى لأنه يشمل وجوبها فى الوقت وبعده : أى بناء على أن الإعادة لا تختص بالوقت . وظاهر ما قدمناه

والقضاء فعل الواجب بعد وقته ، وإطلاقه على غير الواجب كالتي قبل الظهر مجاز (الترتيب بين الفروض الخمسة والوتر أداء وقضاء لازم) يفوت الجواز بفوته ،

عن شرح التحرير ترجيحه ، وقد علمت أيضا ترجيح القول بالوجوب ، فيكون المرجح وجوب الإعادة فى الوقت وبعده ، ويشير إليه ما قدمناه عن الميزان من قوله يجب عليه الإعادة وهو إتيان مثل الأول ذاتا مع صفة الكمال : أى كمال ما نقصه منها ، وذلك يعم وجوب الإتيان بها كاملة فى الوقت وبعده كما مر . ثم هذا حيث كان النقصان بكراهة تحريم لما فى مكروهات الصلاة من فتح القدير أن الحق التفصيل بين كون تلك الكراهة كراهة تحريم فتجب الإعادة أو تنزيه فتستحب اه أى تستحب فى الوقت وبعده أيضا .

[تنبيه] يؤخذ من لفظ الإعادة ومن تعريفها بما مر أنه ينوى بالثانية الفرض ، لأن ما فعل أولا هو الفرض فإعادته فعله ثانيا ؛ أما على القول بأن الفرض يسقط بالثانية فظاهر ؛ وأما على القول الآخر فلأن المقصود من تكريرها ثانيا جبر نقصان الأولى ، فالأولى فرض ناقص ، والثانية فرض كامل مثل الأولى ذاتا مع زيادة وصف الكمال ، ولو كانت الثانية نفلا لزم أن تجب القراءة فى ركعاتها الأربع ، وأن لا تشرع الجماعة فيها ولم يذكروه ، ولا يلزم من كونها فرضا عدم سقوط الفرض بالأولى ، لأن المراد أنها تكون فرضا بعد الوقوع . أما قبله فالفرض هو الأولى .

وحاصله توقف الحكم بفرضية الأولى على عدم الإعادة ، وله نظائر كسلام من عليه سجود السهو يخرجه خروجا موقوفا وكفساد الوقتية مع تذكر الفائتة كما سيأتى ، وكتوقف الحكم بفرضية المغرب فى طريق المزدلفة على عدم إعادتها قبل الفجر ، وبهذا ظهر التوفيق بين القولين ؛ وأن الخلاف بينهما لفظى ، لأن القائل أيضا بأن الفرض هو الثانية أراد به بعد الوقوع ؛ وإلا لزم الحكم ببطلان الأولى بترك ماليس بركن ولا شرط كما مر عن الفتح ، ولزم أيضا أنه يلزمه الترتيب فى الثانية لو تذكر فائتة ، والغالب على الظن أنه لا يقول بذلك أحد . ونظير ذلك القراءة فى الصلاة ، فإن الفرض منها آية والثلاث واجبة والزائد سنة ، وما ذاك إلا بالنظر إلى ما قبل الوقوع ، بدليل أنه لو قرأ القرآن كله فى ركعة يقع الكل فرضا ، وكذا لو أطال القيام أو الركوع أو السجود ، هذا نهاية ما تحرر لى من فتح الملك الوهاب ، فاغتنمه فإنه من مفردات هذا الكتاب ، والله تعالى أعلم بالصواب (قوله والقضاء فعل الواجب الخ) وقيل فعل مثله بناء على المرجوح من أنه يجب بسبب جديد لا بما يجب به الأداء وتمامه فى البحر وكتب الأصول (قوله وإطلاقه الخ) أى كما فى قول المصنف الآتى وقضاء الفرض والواجب والسنة الخ ؛ وقول الكنز : وقضى التى قبل الظهر فى وقته قبل شفعه ؛ وكذا إطلاق الفقهاء القضاء على الحج بعد فساده مجازا ، إذ ليس له وقت يصير بخروجه قضاء كما فى البحر ، وقدمنا وجه كون النفل لا يسمى قضاء وإن قلنا إنه مأمور به حقيقة كما هو قول الجمهور وأنه يسمى أداء حقيقة ، كما إذا أتى بالأربع قبل الظهر ؛ أما إذا أتى بها بعده فهى قضاء ، إذ لا شك أنه ليس وقتها وإن كان وقت الظهر فافهم (قوله أداء وقضاء) الواو بمعنى أو مانعة الخلو ، فيشمل ثلاث صور : ما إذا كان الكل قضاء ، أو البعض قضاء والبعض أداء ، أو الكل أداء كالعشاء مع الوتر ط ودخل فيه الجمعة ، فإن الترتيب بينها وبين سائر الصلوات لازم ، فلو تذكر أنه لم يصل الفجر يصليها ولو كان الإمام يخطب إسمعيل عن شرح الطحاوى (قوله يفوت الجواز بفوته) المراد بالجواز الصحة لا الحل ، وأفاد أن

للخبر المشهور « من نام عن صلاة » وبه يثبت الفرض العملي (وقضاء الفرض والواجب والسنة فرض وواجب وسنة) لف ونشر مرتب، وجميع أوقات العمر وقت للقضاء إلا الثلاثة المنهية كما مر (فلم يجز) تفريع على اللزوم (فجرمن تذكر أنه لم يوتر) لوجوبه عنده (إلا) استثناء من اللزوم فلا يلزم الترتيب (إذا ضاق الوقت المستحب)

المراد بلازم الفرض العملي الذي هو أقوى قسمي الواجب وهو مراد من سماه(١) فرضا كصدر الشريعة ، وشرطا كالمحيط ، وواجبا كالمعراج كما أوضحه فى البحر (قوله للخبر المشهور «من نام عن صلاة») تمام الحديث « أونسيها فلم يذكرها إلا وهو يصلى مع الإمام فليصل التى هو فيها ثم ليقض التى تذكرها ، ثم ليعد التى صلى مع الإمام » خ عن الدرر وذكره فى الفتح باختلاف فى بعض ألفاظه مع بيان من خرجه ، والاختلاف فى توثيق بعض رواته وفى رفعه ووقفه ، وذكر أن دعوى كونه مشهورا مردودة للخلاف فى رفعه فضلا عن شهرته ، وأطال فى ذلك والذى حط عليه كلامه الميل من حيث الدليل إلى قول الشافعي باستحباب الترتيب ورد عليه فى شرح المنية(٢) والبرهان بما لخصه نوح أفندى ، فراجعه إن شئت (قوله وقضاء الفرض الخ) لو قدم ذلك أول الباب أو أخره عن التفريع الآتى لكان أنسب . وأيضا قوله والسنة يوهم العموم كالفرض والواجب ليس كذلك ، فلو قال وما يقضى من السنة لرفع هذا الوهم رملى :

قلت : وأورد عليه الوتر ، فإنه عندهم سنة ، وقضاؤه واجب فى ظاهر الرواية ،لكن يجاب بأن كلامه مبنى على قول الإمام صاحب المذهب (قوله والواجب) كالمنذورة والمحلوف عليها وقضاء النفل الذى أفسده ط (قوله وقت للقضاء) أى لصحته فيها وإن كان القضاء على الفور إلالعذر ط وسيأتى (قوله إلا الثلاثة المنهية) وهى الطلوع والاستواء والغروب ح وهى محل للنفل الذى شرع به فيها ثم أفسده ط (قوله كما مر) أى فى أوقات الصلاة (قوله فلم يجز) أى بل يفسد فسادا موقوفا كما يأتى (قوله من تذكر) أى فى الصلاة أو قبلها (قوله لوجوبه) أى الوتر عنده : أى عند الإمام ، بمعنى أنه فرض عملى عنده (قوله إذا ضاق الوقت) أى عند الفوائت والوقتية ، أما الفوائت بعضها مع بعض فليس لها وقت مخصوص حتى يقال يسقط ترتيبها بضيقه ط ولو لم يمكنه أداء الوقتية إلا مع التخفيف فى قصر القراءة والأفعال يرتب ويقتصر على ما تجوز به الصلاة بحر عن المجتبى : وفى الفتح : ويعتبر الضيق عند الشروع ، حتى لو شرع فى الوقتية مع تذكر الفائتة ، وأطال حتى ضاق لايجوز إلا أن يقطعها ثم يشرع فيها ، ولو شرع ناسيا والمسألة بحالها فتذكر عند ضيقه جازت اه (قوله المستحب) أى الذى لا كراهة فيه قهستانى . وقيل أصل الوقت ، ونسبه الطحاوى إلى الشيخين ، والأول إلى محمد . والظاهر أنه احترز عن وقت تغير الشمس فى العصر ، إذ يبعد القول بسقوط الترتيب إذا لزم تأخير ظهر الشتاء والمغرب مثلا عن أول وقتها ثم رأيت الزيلعى خص الخلاف بالعصر ، ولذا قال فى البحر : وتظهر ثمرته فيما لو تذكر الظهر وعلم أنه لو صلاه يقع قبل التغير ويقع العصر أو بعضه فيه ، فعلى الأول يصلى العصر ثم الظهر بعد الغروب ، وعلى الثانى يصلى الظهر ثم العصر . واختار الثانى قاضيخان فى شرح الجامع : وفى المبسوط أن أكثر مشايخنا على أنه قول علمائنا الثلاثة ، وصحح فى المحيط الأول ، ورجحه فى الظهيرية بما فى المنتقى من أنه إذا افتتح العصر فى وقتها ثم

(١) (قوله وهو مراد من سماه الخ) أى لأن من سماه فرضا لم يرد الفرض الاعتقادى ، إذ لادليل عليه ، لأن كونه فرضا عمليا طعن فى ثبوته فضلا عن الاعتقادى ، ومن عبر بالواجب أراد أقوى نوعيه لأنه حكم ببطلان الصلاة بفوته ، وهو لازم أقوى نوعى الواجب وهو الفرض العملى . ومن عبر بالشرط أراد مايفوت الجواز بفوته ، لأن الشرط الإصلاحى لايسقط بالمسقطات المذكورة اه .

(٢) (قوله ورد عليه فى شرح المنية الخ) حاصله أن من قال بوقفه قال بوقفه على ابن عمر ، ولا ضرر فيه حيث لم تنقل مخالفة أحد من الصحابة له ، وحينئذ فحكمه حكم المرفوع . وأما الطعن فى بعض الرواة فلم يتفق عليه بل وثق أيضا كما عرف به المحقق ، ولايخفى أن الطعن نفى للعدالة ، والتوثيق إثبات ، والإثبات مقدم على النفى ، فحينئذ يصح إثبات الفرض العملى بهذا الحديث ، والله أعلم اه .

حقيقة ، إذ ليس من الحكمة تفويت الوقتية لتدارك الفائتة ؛ ولو لم يسع الوقت كل الفوائت فالأصح جواز الوقتية مجتبى ، وفيه ظن من عليه العشاء ضيق وقت الفجر فصلاها وفيه سعة يكررها إلى الطلوع وفرضه الأخير

احمرت الشمس ثم تذكر الظهر مضى فى العصر . قال : فهذا نص على اعتبار الوقت المستحب اه . قال فى البحر : فحينئذ انقطع اختلاف المشايخ ، لأن المسألة حيث لم تذكر فى ظاهر الرواية وثبتت فى رواية أخرى تعين المصير إليها اه .

أقول : فى هذا الترجيح نظر ، يوضحه ما فى شرح الجامع الصغير لقاضيخان ، حيث قال : إنما وضع المسألة فى العصر لمعرفة آخر الوقت ، فعندنا آخره فى حكم الترتيب غروب الشمس ، وفى حكم جواز تأخير العصر تغير الشمس . وعلى قول الحسن : آخر وقت العصر عند تغير الشمس ؛ فعنده لو تمكن من أداء الصلاتين قبل التغير لزمه الترتيب وإلا فلا . وعندنا إذا تمكن من أداء الظهر قبل التغير ويقع العصر أو بعضه بعد التغير يلزمه الترتيب ، ولو أمكنه أداء الصلاتين قبل الغروب لكن لايمكن الفراغ من الظهر قبل التغير لايلزمه الترتيب . لأن ما بعد التغير ليس وقتا لأداء شىء من الصلوات إلا عصر يومه اه ملخصا . وبه علم أن ما فى المنتقى لاخلاف فيه لأنه لما تذكر الظهر بعد التغير لا يمكنه صلاته فيه ، فلذا لم تفسد العصر وإن كان افتتحها قبل التغير ناسيا ، لأن العبرة لوقت التذكر ما قدمناه آنفا عن الفتح فيما لو أطال الصلاة ثم تذكر الفائتة عند ضيق الوقت . وعلم أيضا أن المسألة ليست مبنية على اختلاف المشايخ بل على اختلاف الرواية فاعتبار أصل الوقت هو قول أئمتنا الثلاثة كما مر عن المبسوط ، وأن عليه أكثر المشايخ ، وهو مقتضى إطلاق المتون ، ولذا جزم به فقيه النفس الإمام قاضيخان بلفظ عندنا ، فاقتضى أنه المذهب ، ولذا نسب القول الآخر إلى الحسن ، نعم صرح فى شرح المنية والزيلعى بأنه رواية عن محمد ، وعليه يحمل ما مر عن الطحاوى ، وقد مر أنه لو تذكر الفجر عند خطبة الجمعة يصليها مع أن الصلاة حينئذ مكروهة ، بل فى التتارخانية أنه يصليها عندهما وإن خاف فوت الجمعة مع الإمام ثم يصلى الظهر . وقال محمد : يصلى الجمعة ثم يقضى الفجر ، فلم يجعلا فوت الجمعة عذرا فى ترك الترتيب . ومحمد جعله عذرا فكذلك هنا اه.وقد ذكر فى التتارخانية عبارة المحيط وليس فيها التصحيح الذى ذكره فى البحر . فالذى ينبغى اعتماده ماعليه أكثر المشايخ من أن المعتبر أصل الوقت عند علمائنا الثلاثة ، والله أعلم (قوله حقيقة) تمييز لنسبة ضاق : أى ضاق فى نفس الأمر لاظنا ، ويأتى محترزه فى قوله ظن من عليه العشاء الخ (قوله إذ ليس من الحكمة الخ) تعليل لقوله فلا يلزم الترتيب إذا ضاق الوقت ، لكنه إنما يناسب اعتبار أصل الوقت . ويمكن أن يجاب بأن معناه تفويت الوقتية عن وقتها المستحب ح . ولايخفى أن هذا لايسمى تفويتا ، بل هو تعليل ذكره المشايخ لما هو المذهب كما قررناه (قوله ولو لم يسع الوقت كل الفوائت) صورته عليه العشاء والوتر مثلا ثم لم يصل الفجر حتى بقى من الوقت مايسع الوتر مثلا وفرض الصبح فقط ولم يسع الصلوات الثلاث فظاهر كلامهم ترجيح أنه لاتجوز صلاة الصبح مالم يصل الوتر . وصرح فى المجتبى بأن الأصح جواز الوقتية ح عن البحر ، لكن قال الرحمتى : الذى رأيته فى المجتبى الأصح أنه لاتجوز الوقتية اه .

قلت : راجعت المجتبى فرأيت فيه مثل ماعزاه إليه فى البحر ، وكذا قال القهستانى جازت الوقتية على الصحيح (قوله يكررها إلى الطلوع) يعنى يعيدها ثانيا وثالثا وهكذا إذا كان فى كل مرة ظن أن الوقت لا يسعهما ثم ظهر فيه سعة إلى أن يظهر بعد إعادة من الإعادات ضيقة حقيقة فيعيد الوقتية ثم يصلى الفائتة ، وإن ظهر بعد إعادته أنه يسعهما صلى الفائتة ثم الوقتية كما فى الفتح (قوله أو نسيت الفائتة) معطوف على قوله ضاق الوقت . وفيه أن فرض

(أو نسيت الفائتة) لأنه عذر (أو فاتت ست اعتقادية) لدخولها فى حد التكرار المقتضى للحرج (بخروج وقت السادسة) على الأصح ولو متفرقة

الكلام فيمن تذكر أنه لم يوتر فكان(١) ينبغي للمصنف حذف التذكر :

وحاصله أنه يسقط الترتيب إذا نسى الفائتة وصلى ماهو مرتب عليها من وقتية أو فائتة أخرى وكذا يسقط بنسيان إحدى الوقتيتين ؛ كما لو صلى الوتر ناسيا أنه لم يصل العشاء ثم صلاها لايعيد الوتر، لقولهم إنه لو صلى العشاء بلا وضوء والوتر والسنة به يعيد العشاء والسنة لا الوتر، لأنه أداه ناسيا أن العشاء فى ذمته فسقط الترتيب أفاده ح :

قلت : ونظيره أيضا مافى البحر عن المحيط : لو صلى العصر ثم تبين له أنه صلى الظهر بلا وضوء يعيد الظهر فقط لأنه بمنزلة الناسى (قوله لأنه عذر) أى لأن النسيان عذر سماوى مسقط للتكليف لأنه ليس فى وسعه بحر (قوله أو فاتت ست) يعنى لايلزم الترتيب بين الفائتة والوقتية ولا بين الفوائت إذاكانت الفوائت ستا ، كذافى النهر. أما بين الوقتيتين كالوتر والعشاء فلا يسقط الترتيب بهذا المسقط كما لايخفى ح . وأطلق الست فشمل ما إذا فاتت حقيقة أو حكما كما فى القهستانى والإمداد :

ومثال الحكمية ما إذا ترك فرضا وصلى بعده خمس صلوات ذاكرا له فإن الخمس تفسد فسادا موقوفا كما سيأتى ؛ فالمتروكة فائتة حقيقة وحكما والخمسة الموقوفة فائتة حكما فقط . وذكر فى الفتح والبحر أنه لو ترك ثلاث صلوات مثلا الظهر من يوم والعصر من يوم والمغرب من يوم ولا يدرى أيتها أولى . قيل يجب الترتيب بين المتروكات ويصليها سبعا ، بأن يصلى الظهر ثم العصر ثم الظهر ، لاحتمال أن يكون ماصلاه أولا هو الآخر فيعيده ثم يصلى المغرب ثم الظهر ثم العصر ثم الظهر لاحتمال كون المغرب أولا فيعيد ماصلاه أولا . وقيل يسقط الترتيب بينهما فيصلى ثلاثا فقط ، وهو المعتمد ، لأن إيجاب الترتيب فيها يلزم منه أن تصير الفوائت كسبع معنى أنه يسقط بست فبالسبع أولى اهـ ملخصا ، وتمامة هناك ، وللشرنبلالى فى هذه المسألة رسالة (قوله اعتقادية) خرج الفرض العملى وهو الوتر ، فإن الترتيب بينه وبين غيره وإن كان فرضا لكنه لايحسب مع الفوائت اهـ ح أى لأنه لاتحصل به الكثرة المفضية للسقوط لأنه من تمام وظيفة اليوم والليلة ، والكثرة لا تحصل إلا بالزيادة عليها من حيث الأوقات أو من حيث الساعات ، ولا مدخل للوتر فى ذلك إمداد (قوله لدخولها فى حد التكرار الخ) لأنه يكون واحد من الفروض مكررا ، فيصلح أن يكون سببا للتخفيف بسقوط الترتيب الواجب بينها أنفسها وبينها وبين أغيارها درر ، إذ لو وجب الترتيب حينئذ لأفضى إلى الحرج (قوله بخروج) متعلق بفائت (قوله على الأصح) احترز به عما صححه الزيلعى من أن المعتبر كون المتخلل بعد الفائتة ستة أوقات لاست صلوات ؛ فلوفاتته صلاة وتذكرها بعد شهر فصلى بعدها وقتية ذاكرا للفائتة أجزأته على اعتبار الأوقات لأن المتخلل بينهما أكثر من ست أوقات ، فسقط الترتيب : أى مع صحة الصلوات التى بينهما لسقوط الترتيب فيها بالنسيان وعلى اعتبار الصلوات لا تجزيه لأن الفائتة واحدة ولا يسقط الترتيب إلا بفوت ست صلوات . وصرح فى المحيط بأنه ظاهر الرواية ، وصححه فى الكافى ، وهو الموافق لما فى المتون ، وبه اندفع ماصححه الزيلعى وغيره ، وتمامه فى البحر ، واحترز به أيضا عما روى عن محمد من اعتبار دخول وقت السادسة ، وعما فى المعراج من اعتبار دخول وقت السابعة كما أوضحه فى البحر (قوله واو متفرقة) أى يسقط الترتيب بصيرورة الفوائت ستا ولو كانت متفرقة ؛

---

(١) (قوله فيمن تذكر أنه لم يوتر فكان الخ) فيه أن موضوع المسألة قوله الترتيب الخ أى هذه الجملة، وقوله فلم يجز الخ تفريع على الجملة المذكورة ، وقوله إلا إذا ضاق الوقت الخ مستثنى من الجملة الأولى لامن قوله فلم يجز حتى يرد ماذكر ، وقوله أو نسيت عطف على ضاق جزما ، فعبارته مستقيمة لاغبار عليها اهـ .

أو قديمة على المعتمد لأنه متى اختلف الترجيح رجح إطلاق المتون بحر (أو ظن ظنا معتبرا) أى يسقط لزوم الترتيب أيضا بالظن المعتبر، كمن صلى الظهر ذاكرا لتركه الفجر فسد ظهره، فإذا قضى الفجر ثم صلى العصر ذاكرا للظهر جاز العصر، إذ لافائتة عليه فى ظنه حال أداء العصر، وهو ظن معتبر لأنه مجتهد فيه.

كما لو ترك صلاة صبح مثلا من ستة أيام وصلى مابينها ناسيا للفوائت (قوله أو قديمة على المعتمد الخ) كما لو ترك صلاة شهر نسقا ثم أقبل على الصلاة ثم ترك فائتة حادثة، فإن الوقتية جائزة مع تذكر الفائتة الحادثة لانضمامها إلى الفوائت القديمة وهى كثيرة فلم يجب الترتيب. وقال بعضهم: إن المسقط الفوائت الحديثة لا القديمة، ويجعل الماضى كأن لم يكن زجرا له عن التهاون بالصلوات، فلا تجوز الوقتية مع تذكرها، وصححه الصدر الشهيد. وفى التجنيس: وعليه الفتوى. وذكر فى المجتبى أن الأول أصح. وفى الكافى والمعراج: وعليه الفتوى، فقد اختلف التصحيح والفتوى كما رأيت، والعمل بما وافق إطلاق المتون أولى بحر (قوله أو ظن ظنا معتبرا الخ) هذا مسقط رابع ذكره الزيلعى، وجزم به فى الدرر، وجعله فى البحر ملحقا بالنسيان وقال إنه ليس مسقطا رابعا كما يتوهم، ثم قال: وذكر شارحو الهداية أن فساد الصلاة إن كان قويا كعدم الطهارة استتبع الصلاة التى بعده وإن كان ضعيفا كعدم الترتيب فلا، وفرعوا عليه فرعين.

أحدهما: لو صلى الظهر بلا طهارة ثم صلى العصر ذاكرا لها أعاد العصر، لأن فساد الظهر قوى فأوجب فساد العصر وإن ظن عدم وجوب الترتيب.

ثانيهما: لو صلى هذه الظهر بعد هذه العصر ولم يعد العصر حتى صلى المغرب ذاكرا لها فالمغرب صحيحة إذا ظن عدم وجوب الترتيب، لأن فساد العصر ضعيف لقول بعض الأئمة بعدمه فلا يستتبع فساد المغرب. وذكر له الإسبيجابى أصلا وهو أنه يلزمه إعادة ماصلاه ذاكرا للفائتة إن كانت الفائتة تجب إعادتها بالإجماع، وإلا فلا إن كان يرى أن ذلك يجزيه اه. قال فى الفتح: ويؤخذ من هذا أن مجرد كون المحل مجتهدا فيه لا يستلزم اعتبار الظن فيه من الجاهل، بل إن كان المجتهد فيه ابتداء لايعتبر الظن، وإن كان مما ينبنى على المجتهد فيه ويستتبعه اعتبر ذلك الظن لزيادة الضعف، ففساد العصر هو المجتهد فيه ابتداء، وفساد المغرب بسبب ذلك فاعتبر اه أى اعتبر فيه الظن من الجاهل. وفيه تصريح بأن محل اعتبار هذا الظن وعدمه فى الجاهل لا العالم بوجوب الترتيب، وتمامه فى النهر.

هذا، وقد اعترض فى البحر مامر من الفرعين بأن المصلى لايخلو إما أن يكون حنفيا فلا عبرة برأيه المخالف لمذهب إمامه فيلزمه المغرب أيضا أو شافعيا فلا يلزمه العصر أيضا، أو عاميا فلا مذهب له بل مذهبه مذهب مفتيه فإن استفتى حنفيا أعادهما أو شافعيا لا يعيدهما، وإن لم يستفت أحدا وصادف الصحة على مذهب مجتهد لا إعادة عليه اه ولا يخفى أنه بحث فى المنقول، فإن مامر عن شروح الهداية من حكم الفرعين مذكور أيضا فى شرح الجامع الصغير للإمام قاضيخان. وذكر فى الذخيرة أنه مروى عن محمد، وعزاه فى التتارخانية إلى الأصل، وقد تبع الشرنبلالى صاحب البحر، لكن قال: إن موضوع المسألة فى عامى لم يقلد مجتهدا ولم يستفت فقيها، فصلاته صحيحة لمصادفتها مجتهدا فيه؛ أما لو كان حنفيا فلا عبرة بظنه المخالف لمذهب إمامه الخ. وفيه نظر، إذ لا فرق حينئذ بين العصر والمغرب لمصادفة كل منهما الصحة على مذهب الشافعى، بل هو محمول على عامى استفتى حنفيا أو التزم التعبد على مذهب أبى حنيفة معتقدا صحته وقد جهل هذا الحكم ثم علم ذلك، ولذا قال فى النهر ما معناه: إن قول البحر لاعبرة برأيه المخالف الخ ممنوع، لأن إمامه قد اعتبر رأيه وأسقط عنه الترتيب بظنه عدم وجوبه، فإذا كان جاهلا ذلك ثم علم لايلزمه إعادة المغرب؛ ولو استفتى حنفيا فأفتاه بالإعادة لم تصح فتواه اه (قوله جاز العصر) أى إن كان يظن أنه يجزيه كما مر، وأطلقه لعلمه من التعليل بعده (قوله لأنه) أى جواز العصر مجتهد فيه

وفى المجتبى : من جهل فرضية الترتيب يلحق بالناسى ، واختاره جماعة من أئمة بخارى ، وعليه يخرّج مافى القنية : صبى بلغ وقت الفجر وصلى الظهر مع تذكره جاز ، ولا يلزم الترتيب بهذا العذر (ولا يعود) لزوم الترتيب (بعد سقوطه بكثرتها) أى الفوائت (يعود الفوائت إلى القلة ب)سبب (القضاء) لبعضها على المعتمد ، لأن الساقط لايعود (وكذا لايعود) الترتيب (بعد سقوطه بباقى المسقطات) السابقة من النسيان والضيق ؛ حتى لو خرج الوقت فى خلال الوقتية لاتفسد وهو مؤد ، هو الأصح مجتبى ، لكن فى النهر والسراج عن الدراية : لو سقط للنسيان والضيق ثم تذكر واتسع الوقت يعود اتفاقا ، ونحوه فى الأشباه فى بيان الساقط لايعود فليحرر :

(وفساد) أصل (الصلاة بترك الترتيب موقوف)

أى يبتنى على المجتهد فيه ابتداء ، وهو جواز الظهر عند الشافعى كما مر تقريره عن الفتح (قوله وفى المجتبى الخ) ليس هذا مسقطا خامسا ، لما علمت من أن الظن السابق إنما يعتبرَ من الجاهل ، بل إنما نقل كلام المجتبى ليشير إلى ماقدمناه عن البحر من أن الظن المعتبر ليس مسقطا رابعا ، لأنه ملحق بالنسيان ، وإنما المسقطات هى الثلاث التى اقتصر عليها أصحاب المتون فافهم (قوله وعليه يخرج مافى القنية) إنما حكم على الصبى بذلك لأن الغالب عليه الجهل كما فى النهر ح .

قلت : لكن فى هذا التخريج خفاء فإن الفجر فائتة بالإجماع فكيف لم يلزمه الترتيب اعتبارا لجهله مع أنها نظير المسألة الأولى السابقة تحت قوله أو ظن ظنا معتبرا : والظاهر أنه مبنى على القول باعتبار ظن الجاهل مطلقا كما يأتى بيانه قريبا (قوله بكثرتها) متعلق بسقوطه ، وقوله بعود الفوائت متعلق بقوله ولا يعود ، وقوله بالقضاء متعلق بقوله بعود الفوائت إلى القلة ط (قوله بسبب القضاء لبعضها) كما إذا ترك رجل صلاة شهر مثلا ثم قضاها إلا صلاة ثم صلى الوقتية ذاكرا لها فإنها صحيحة اه بحر وقيد بقضاء البعض ، لأنه لو قضى الكل عاد الترتيب عند الكل كما نقله القهستانى (قوله على المعتمد) هوأصح الروايتين ، وصححه أيضا فى الكافى والمحيط ، وفى المعراج وغيره ، وعليه الفتوى . وقيل يعود الترتيب ، واختاره فى الهداية . ورده فى الكافى والتبيين ، وأطال فيه البحر (قوله لأن الساقط لايعود) وأما إذا قضى الكل فالظاهر أنه يلزمه ترتيب جديد فلايقال إنه عاد تأمل (قوله مجتبى) عبارته كما فى البحر : ولو سقط الترتيب لضيق الوقت ثم خرج الوقت لايعود على الأصح ، حتى لو خرج فى خلال الوقتية لاتفسد على الأصح وهو مؤد على الأصح لاقاض ، وكذا لو سقط مع النسيان ثم تذكر لايعود اه باختصار (قوله عن الدراية) اقتصار على بعض اسم الكتاب للاختصار ، فإن اسمه معراج الدراية ، وهو شرح الهداية للسكاكى ، وكثيرا مايطلقون عليه لفظ المعراج (قوله فليحرر) التحرير أن الخلاف لفظى فى ضيق الوقت ، فإن مافى المجتبى مصرح بأن عدم العود فيما إذا خرج الوقت . ومافى الدراية مصرح بأن العود فيما إذا اتسع الوقت أى ظهر أن فيه سعة فلا منافاة بينهما ، وكذا فى التذكر بعد النسيان ، فإن مافى المجتبى محمول على ما إذا تذكر بعد الفراغ من الصلاة بدليل أنهم اتفقوا فى المسائل الاثنى عشرية على أنه لو تذكر فائتة وهو يصلى ، فإن كان قبل القعود قدر التشهد بطلت اتفاقا ، وإن كان بعده قبل السلام بطلت عنده لاعندهما . وما فى الدراية محمول على ما إذا تذكر قبل الفراغ منها كذا أفاده ح . ثم قال : وفى التحقيق ضيق الوقت ليس بمسقط حقيقة ، وإنما قدمت الوقتية عند العجز عن الجمع بينهما لقوّتها مع بقاء الترتيب كما صرح به فى البحر عن التبيين . وينبغى أن يقال مثل ذلك فى النسيان ، فعلى هذا لو سقط الترتيب بين فائتة ووقتية لضيق وقت أو نسيان يبقى فيما بعد تلك الوقتية (قوله أصل الصلاة) تبع فيه النهر . والصواب وصف الصلاة . قال فى البحر : وقيد بفساد الفريضة فإنه لايبطل الصلاة

عند أبي حنيفة سواء ظن وجوب الترتيب أولا (فإن كثرت وصارت الفوائت مع الفائتة ستا ظهر صحتها) بخروج وقت الخامسة التي هي سادسة الفوائت ، لأن دخول وقت السادسة غير شرط ، لأنه لو ترك فجر يوم وأدى باقي صلواته انقلبت صحيحة

عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى . وعند محمد رحمه الله تعالى يبطل ، لأن التحريمة عقدت للفرض ، فإذا بطلت الفرضية بطلت التحريمة أصلا . ولهما أنها عقدت لأصل الصلاة بوصف الفرضية فلم يكن من ضرورة بطلان الوصف بطلان الأصل ، كذا في النهاية : وفائدته تظهر في انتقاض الطهارة بالقهقهة ، كذا في العناية اهـ ح (قوله عند أبي حنيفة) وأما عندهما فالفساد بات (قوله سواء ظن وجوب الترتيب أولا) خلافا لما في شرح المجمع عن المحيط ، من أنه لايعيد ماصلاه إذا كان عند المصلي أن الترتيب ليس بواجب ، وإلا أعاد الكل ؛ فقد نص في البحر على ضعفه . وذكر في الفتح أن تعليل قول الإمام يقطع بالإطلاق ، وأقره في النهر :

لايقال : هذا مخالف لما تقدم من أن الترتيب يسقط بالظن المعتبر : وأما الجاهل يلحق بالناسي . لأنا نقول : إن ماهنا مصور فيما إذا ترك صلاة ثم صلى بعدها خمسا ذاكرا للمتروكة ، فظنه عدم وجوب الترتيب هنا غير معتبر ؛ لأنه إنما يعتبر إذا كان الفساد ضعيفا كما مر عن شراح الهداية (١) وفتح القدير فافهم (قوله فإن كثرت) أي الصلاة التي صلاها تاركا فيها الترتيب ، بأن صلاها قبل قضاء الفائتة ذاكرا لها ، وهذا التفريع لبيان قوله موقوف .

وتوضيحه أنه إذا فاتته صلاة ولو وترا فكلما صلى بعدها وقتية وهو ذاكر لتلك الفائتة فسدت تلك الوقتية فسادا موقوفا على قضاء تلك الفائتة ، فإن قضاها قبل أن يصلي بعدها خمس صلوات صار الفساد باتا وانقلبت الصلوات التي صلاها قبل قضاء المقضية نفلا ، وإن لم يقضها حتى خرج وقت الخامسة وصارت الفواسد مع الفائتة ستا انقلبت صحيحة ، لأنه ظهرت كثرتها ودخلت في حد التكرار المسقط للترتيب ، وبيان وجه ذلك في البحر وغيره قال ط : وقيدوا أداء الخمسة بتذكر الفائتة ، فلو لم يتذكرها سقط للنسيان ؛ ولو تذكر في البعض ونسي في البعض يعتبر المذكور فيه ، فإن بلغ خمسا صحت ولا نظر لما نسي فيه لما قلنا (قوله وصارت الفوائت) أي الحكمية . وفي نسخة : الفواسد : أي الموقوفة (قوله بخروج وقت الخامسة الخ) اعلم أن المذكور في عامة الكتب كالمبسوط والهداية والكافي والتبيين وغيرها أن صحة الكل موقوفة على أداء ست صلوات بعد المتروكة . وادعى في البحر أنه خطأ . وحقق في فتح القدير أن الصحة موقوفة على دخول وقت السادسة لا على أدائها . واعترضه في النهر ، بأن دخول وقت السادسة بعد المتروكة غير شرط ، بل المعتبر خروج وقت الخامسة لأنه بذلك تصير الفوائت ستا كما صرح به في معراج الدراية مع بيان أن ماذكر في عامة الكتب من أداء السادسة إنما هو لتصير الفوائت ستا بيقين لا لكونه شرطا ألبتة ، وذكر نحو ذلك العلامة الشرنبلالي في الإمداد عن المعراج أيضا ، ومجمع الروايات والتتارخانية والسغناقي وقاضيخان وحاصل ذلك كله مالخصه الشارح رحمه الله تعالى :

---

(١) (قوله كما مر عن شراح الخ) قد مر فيما نقل عن شراح الهداية التمثيل للفساد الضعيف بعدم الترتيب ، ونقل ذكر الأسبيجابي أنه إذا كانت الفائتة يجب قضاؤها بالإجماع ، وإلا لايعتبر الظن ، ومقتضى هذا أن تفسد أولى الوقتيات هنا فقط ، لأن مابعد الأولى يكون ماقبلها غير مجمع على قضائه ، وهذا مقتضى ماذكره الكمال أيضا حيث قال : بل إن كان المجتهد فيه ابتداء لايعتبر الظن ، وإن كان مما يبتني عليه ويستتبعه اعتبر ذلك الظن ، فإن المجتهد فيه ابتداء في صورة مسئلتنا إنما هو الأولى من الوقتيات ، وما بعده مبني عليها وتابع لها فيكون الظن فيه معتبرا ، وحينئذ تكون هذه المسألة مخالفة لما تقدم اهـ .

وفرق شيخنا بين هذه الصورة وبين ماتقدم ، بأن فيما تقدم لم يكن هناك صلاة مجمع على فسادها حيث أعاد المتروكة ، أما هنا فلم تحصل إعادة المتروكة ، وحيث لم تعد المتروكة يقال في كل الصلوات هي مجتهد فيها ابتداء وليست مبنية على المجتهد فيه اهـ .

بعد طلوع الشمس (وإلا) بأن لم تصر ستا (لا) تظهر صحتها بل تصير نفلا ، وفيها يقال : صلاة تصحح خمسا وأخرى تفسد خمسا :

(ولو مات وعليه صلوات فائتة وأوصى بالكفارة يعطى لكل صلاة نصف صاع من بر) كالفطرة

هذا ، وفى النهر عن المعراج : كان ينبغى أنه لو أدى الخامسة ثم قضى المتروكة قبل خروج وقتها أن لاتفسد المؤديات بل تصح لوقوعها غير جائزة ، وبها تصير الفوائت ستا . والجواب مع كونها فائتة مابقى الوقت إذ احتمال الأداء على وجه الصحة قائم اه (قوله بعد طلوع الشمس) أى من غير توقف على دخول وقت السادسة وهى الظهر خلافا لما فى الفتح ، ولا على أدائها خلافا لما يوهمه ظاهر مافى عامة الكتب (قوله بأن لم تصر ستا) أى بأن قضى الفائتة قبل خروج وقت الخامسة (قوله وفيها يقال الخ) هذا ذكره فى المبسوط ، وهو مبنى على مامشى عليه كعامة الكتب من اشتراط أداء السادسة ، فهذه السادسة إذا أداها صحت الخمسة التى قبلها ، فهى صلاة تصحح خمسا ، والفائتة إذا قضاها قبل أداء السادسة فسدت الخمسة التى قبلها ، فهذه صلاة أخرى تفسد خمسا أما على اعتبار خروج وقت الخامسة كما مشى عليه الشارح فالمصحح والمفسد صلاة واحدة وهى الفائتة ، فإذا قضاها بعد صلاة الخامسة قبل خروج وقتها أفسدت الخمس التى قبلها ، وإذا خرج الوقت ولم يقض صحت الخمس أى تحقق بها صحة الخمس ، وإلا فالمصحح حقيقة هو كثرة الفوائت بخروج وقت الخامسة فافهم (قوله وعليه صلوات فائتة الخ) أى بأن كان يقدر على أدائها ولو بالإيماء ، فيلزمه الإيصاء بها وإلا فلا يلزمه وإن قلت ، بأن كانت دون ست صلوات ، لقوله عليه الصلاة والسلام « فإن لم يستطع فالله أحق بقبول العذر منه » وكذا حكم الصوم فى رمضان إن أفطر فيه المسافر والمريض وماتا قبل الإقامة والصحة ، وتمامه فى الإمداد .

مطلب فى إسقاط الصلاة عن الميت

(قوله يعطى) بالبناء للمجهول : أى يعطى عنه وليه : أى من له ولاية التصرف فى ماله بوصاية أو وراثة فيلزمه ذلك من الثلث إن أوصى ، وإلا فلا يلزم الولى ذلك لأنها عبادة فلابد فيها من الاختيار ، فإذا لم يوص فات الشرط فيسقط فى حق أحكام الدنيا للتعذر ، بخلاف حق العباد فإن الواجب فيه وصوله إلى مستحقه لاغير ، ولهذا لو ظفر به الغريم يأخذه بلا قضاء ولا رضا ، ويبرأ من عليه الحق بذلك إمداد .

ثم اعلم أنه إذا أوصى بفدية الصوم يحكم بالجواز قطعا لأنه منصوص عليه . وأما إذا لم يوص فتطوع بها الوارث فقد قال محمد فى الزيادات إنه يجزيه إن شاء الله تعالى ، فعلق الإجزاء بالمشيئة لعدم النص ، وكذا علقه بالمشيئة فيما إذا أوصى بفدية الصلاة لأنهم ألحقوها بالصوم احتياطا لاحتمال كون النص فيه معلولا بالعجز فتشمل العلة الصلاة وإن لم يكن معلولا تكون الفدية برا مبتدأ يصلح ماحيا للسيئات فكان فيها شبهة ، كما إذا لم يوص بفدية الصوم فلذا جزم محمد بالأول ولم يجزم بالأخيرين ، فعلم أنه إذا لم يوص بفدية الصلاة فالشبهة أقوى .

واعلم أيضا أن المذكور فيما رأيته من كتب علمائنا فروعا وأصولا إذا لم يوص بفدية الصوم يجوز أن يتبرع عنه وليه . والمتبادر من التقييد بالولى أنه لايصح من مال الأجنبى . ونظيره ماقالوه فيما إذا أوصى بحجة الفرض فتبرع الوارث بالحج لايجوز ، وإن لم يوص فتبرع الوارث إما بالحج بنفسه أو بالإحجاج عنه رجلا يجزيه : وظاهره أنه لو تبرع غير الوارث لايجزيه ، نعم وقع فى شرح نور الإيضاح للشرنبلالى التعبير بالوصى أو الأجنبى فتأمل ، وتمام ذلك فى آخر رسالتنا المسماة شفاء العليل فى بطلان الوصية بالختمات والتهاليل (قوله نصف صاع من بر) أى أو من

(وكذا حكم الوتر) والصوم، وإنما يعطى (من ثلث ماله) ولو لم يترك مالا يستقرض وارثه نصف صاع مثلا ويدفعه لفقير ثم يدفعه الفقير للوارث ثم وثم حتى يتم :

دقيقه أو سويقه ، أو صاع تمر أو زبيب أو شعير أو قيمته ، وهي أفضل عندنا لإسراعها بسد حاجة الفقير إمداد . ثم إن نصف الصاع ربع مد" دمشقي من غير تكويم ، بل قدر بمسحه كما سنوضحه فى زكاة الفطر (قوله وكذا حكم الوتر) لأنه فرض عملي عنده خلافا لهما ط . ولا رواية فى سجدة التلاوة أنه يجب أو لايجب كما فى الحجة . والصحيح أنه لايجب كما فى الصيرفية إسمعيل (قوله وإنما يعطى من ثلث ماله) أى فلو زادت الوصية على الثلث لايلزم الولى إخراج الزائد إلا باجازة الورثة . وفى القنية : أوصى بثلث ماله إلى صلوات عمره وعليه دين فأجاز الغريم وصيته لاتجوز ،لأن الوصية متأخرة عن الدين ولم يسقط الدين باجازته اه. وفيها أوصى بصلوات عمره وعمره لايدرى فالوصية باطلة ، ثم رمز إن كان الثلث لايفى بالصلوات جاز ، وإن كان أكثر منها لم يجز اه . والظاهر أن المراد لايفى بغلبة الظن لأن المفروض أن عمره لايدرى وذلك كأن يفى الثلث بنحو عشر سنين مثلا وعمره نحو الثلاثين. ووجه هذا القول الثانى ظاهر، لأن الثلث إذا كان لايفى بصلوات عمره تكون الوصية بجميع الثلث يقينا ويلغو الزائد عليه ، بخلاف ما إذا كان يفى بها ويزيد عليها فإن الوصية تبطل لجهالة قدرها بسبب جهالة قدر الصلوات فتدبر (قوله ولولم يترك مالا الخ) أى أصلا أو كان ما أوصى به لايفى . زاد فى الإمداد: أولم يوص بشىء وأراد الولى التبرع الخ وأشار بالتبرع إلى أن ذلك ليس بواجب على الولى ،ونص عليه فى تبيين المحارم فقال: لايجب على الولى فعل الدور وإن أوصى به الميت لأنها وصية بالتبرع ، والواجب على الميت أن يوصى بما يفى بما عليه إن لم يضق الثلث عنه ،فإن أوصى بأقل وأمر بالدور وترك بقية الثلث للورثة أو تبرع به لغيرهم فقد أثم بترك ماوجب عليه اه.

مطلب فى بطلان الوصية بالختمات والتهاليل

وبه ظهر حال وصايا أهل زماننا ، فإن الواحد منهم يكون فى ذمته صلوات كثيرة وغيرها من زكاة وأضاح وأيمان ويوصى لذلك بدراهم يسيرة ، ويجعل معظم وصيته لقراءة الختمات والتهاليل التى نص علماؤنا على عدم صحة الوصية بها،وأن القراءة لشىء من الدنيا لاتجوز ، وأن الآخذ والمعطى آثمان لأن ذلك يشبه الاستئجار على القراءة ، ونفس الاستئجار عليها لايجوز،فكذا ما أشبهه كما صرح بذلك فى عدة كتب من مشاهير كتب المذهب؛ وإنما أفتى المتأخرون بجواز الاستئجار على تعليم القرآن لاعلى التلاوة ، وعللوه بالضرورة وهى خوف ضياع القرآن،ولاضرورة فى جواز الاستئجار على التلاوة كما أوضحت ذلك فى شفاء العليل ، وسيأتى بعض ذلك فى باب الإجارة الفاسدة إن شاء الله تعالى (قوله يستقرض وارثه نصف صاع مثلا الخ) أى أو قيمة ذلك . والأقرب أن يحسب ماعلى الميت ويستقرض بقدره،بأن يقدّر عن كل شهر أو سنة أو يحتسب مدة عمره بعد إسقاط اثنى عشرة سنة للذكر وتسع سنين للأنثى لأنها أقل مدة بلوغهما ، فيجب عن كل شهر نصف غرارة قمح بالمد الدمشقى مد زماننا ، لأن نصف الصاع أقل من ربع مد،فتبلغ كفارة ست صلوات لكل يوم وليلة نحو مد وثلث،ولكل شهر أربعون مدا وذلك نصف غرارة ، ولكل سنة شمسية ست غرائر ، فيستقرض قيمتها ويدفعها للفقير ثم يستوهبها منه ويتسلمها منه لتتم الهبة ثم يدفعها لذلك الفقير أو لفقير آخر وهكذا، فيسقط فى كل مرة كفارة سنة، وإن استقرض أكثر من ذلك يسقط بقدره وبعد ذلك يعيد الدور لكفارة الصيام ثم للأضحية ثم للأيمان، لكن لا بد فى كفارة الأيمان من عشرة مساكين، ولا يصح أن يدفع للواحد أكثر من نصف صاع فى يوم للنص على العدد فيها، بخلاف فدية الصلاة فإنه يجوز إعطاء

(ولو قضاها ورثته بأمره لم يجز) لأنها عبادة بدنية (بخلاف الحج) لأنه يقبل النيابة، ولو أدى للفقير أقل
من نصف صاع لم يجز ؛ ولو أعطاه الكل جاز ، ولو فدى عن صلاته فى مرضه لا يصح بخلاف الصوم
(ويجوز تأخير الفوائت) وإن وجبت على الفور (لعذر السعى على العيال ؛ وفى الحوائج على الأصح) وسجدة التلاوة

فدية صلوات لواحد كما يأتى . وظاهر كلامهم أنه لو كان عليه زكاة لا تسقط عنه بدون وصية لتعليلهم بعدم وجوبها بدون وصية باشتراط النية فيها لأنها عبادة فلابد فيها من الفعل حقيقة أو حكما ، بأن يوصى بإخراجها فلا يقوم الوارث مقامه فى ذلك . ثم رأيت فى صوم السراج التصريح بجواز تبرع الوارث بإخراجها ، وعليه فلا بأس بإدارة الولى للزكاة ، ثم ينبغى بعد تمام ذلك كله أن يتصدق على الفقراء بشىء من ذلك المال أو بما أوصى به الميت إن كان أوصى (قوله لم يجز) الظاهر أنه بضم الياء من الإجزاء ؛ بمعنى أن الصلاة لا تسقط عن الميت بذلك وكذا الصوم ؛ نعم لو صام أو صلى وجعل ثواب ذلك للميت صح ، لأنه يصح أن يجعل ثواب عمله لغيره عندنا كما سيأتى فى باب الحج عن الغير إن شاء الله تعالى (قوله لأنه يقبل النيابة) لأنه عبادة مركبة من البدن والمال ، فإن العبادة ثلاثة أنواع : مالية ، وبدنية ، ومركبة منهما ؛ فالعبادة المالية كالزكاة تصح فيها النيابة حالة العجز والقدرة . والبدنية كالصلاة والصوم لا تصح فيها النيابة مطلقا : والمركبة منهما كالحج ، إن كان نفلا تصح فيه النيابة مطلقا ، وإن كان فرضا لا تصح إلا عند العجز الدائم إلى الموت ، كما سيأتى بيانه فى الحج عن الغير إن شاء الله تعالى (قوله لم يجز) هذا ثانى قولين حكاهما فى التتارخانية بدون ترجيح . وظاهر البحر اعتماده ، والأول منهما أنه يجوز كما يجوز فى صدقة الفطر (قوله جاز)أى بخلاف كفارة اليمين والظهار والإفطار تتارخانية (قوله ولو فدى عن صلاته فى مرضه لا يصح) فى التتارخانية عن التتمة : سئل الحسن بن على عن الفدية عن الصلاة فى مرض الموت هل تجوز؟ فقال لا . وسئل أبو يوسف عن الشيخ الفانى هل تجب عليه الفدية عن الصلوات كما تجب عليه عن الصوم وهو حى؟ فقال لا اه . وفى القنية: ولا فدية فى الصلاة حالة الحياه بخلاف الصوم اه :

أقول : ووجه ذلك أن النص إنما ورد فى الشيخ الفانى أنه يفطر ويفدى فى حياته ، حتى إن المريض أو المسافر إذا أفطر يلزمه القضاء إذا أدرك أياما أخر وإلا فلا شىء عليه ، فإن أدرك ولم يصم يلزمه الوصية بالفدية عما قدر هذا ما قالوه ، ومقتضاه أن غير الشيخ الفانى ليس له أن يفدى عن صومه فى حياته لعدم النص ومثله الصلاة ، ولعل وجهه أنه مطالب بالقضاء إذا قدر ، ولا فدية عليه إلا بتحقيق العجز عنه بالموت فيوصى بها ، بخلاف الشيخ الفانى فإنه تحقق عجزه قبل الموت عن أداء الصوم وقضائه فيفدى فى حياته ، ولا يتحقق عجزه عن الصلاة لأنه يصلى بما قدر ولو موميا برأسه ، فإن عجز عن ذلك سقطت عنه إذا كثرت ، ولا يلزمه قضاؤها إذا قدر كما سيأتى فى باب صلاة المريض ، وبما قررنا ظهر أن قول الشارح بخلاف الصوم أى فإن له أن يفدى عنه فى حياته خاص بالشيخ الفانى تأمل (قوله ويجوز تأخير الفوائت) أى الكثيرة المسقطة للترتيب (قوله لعذر السعى) الإنفاقة للبيان كذا ويقضى ما قدر بعد فراغه ثم وثم إلى أن تتم (قوله وفى الحوائج) أعم مما قبله أى ما يحتاجه ودفع ضره وأما النفل فقال فى المضمرات : الاشتغال بقضاء الفوائت أولى وأهم من النوافل إلا سنن المفروضة وصلاة الضحى وصلاة التسبيح والصلاة التى رويت فيها الأخبار اه ط أى كتحية المسجد والأربع قبل العصر والست بعد المغرب (قوله وسجدة التلاوة) أى فى خارج الصلاة ؛ أما فيها فعلى الفور قال فى سجود التلاوة عن شرح الزاهدى أداء هذه السجدة فى الصلاة على الفور ، وكذا خارجها عندنا أى على التراخى ، وكذا الخلاف فى قضاء الصلاة والصوم والكفارة والنذور المطلقة والزكاة والحج

والنذر المطلق وقضاء رمضان موسع . وضيق الحلوانى : كذا فى المجتبى (ويعذر بالجهل حربى أسلم ثمة ومكث مدة فلا قضاء عليه) لأن الخطاب إنما يلزم بالعلم أو دليله ولم يوجدا (كما لايقضى مرتد مافاته زمنها) ولا ماقبلها إلا الحج ، لأنه بالردة يصير كالكافر الأصلى (و) لذا (يلزم بإعادة فرض) أداه ثم (ارتد عقبه وتاب) أى أسلم (فى الوقت) لأنه حبط بالردة . قال تعالى – ومن يكفر بالإيمان فقد حبط عمله – وخالف الشافعى بدليل – فيمت وهو كافر – قلنا : أفادت عملين وجزاءين إحباط العمل والخلود فى النار : فالإحباط بالردة . والخلود بالموت عليها ، فليحفظ .

وعن أبى حنيفة روايتان ، وقيل قضاء الصلاة على التراخى اتفاقا ، والأصح عكسه اه (قوله والنذر المطلق) أما المعين بوقت فيجب أداؤه فى وقته إن كان معلقا ، وفى غير وقته يكون قضاء ط (قوله وضيق الحلوانى) قال فى البحر بعد ذلك : وذكر الولوالجى من الصوم أن قضاء الصوم على التراخى ، وقضاء الصلاة على الفور إلا لعذر اه (قوله بالجهل) للأحكام الشرعية كوجوب صوم وصلاة وزكاة (قوله أسلم ثمة) أى هناك أى فى دار الحرب (قوله بالعلم) فإذا بلغه فى دار الحرب رجل واحد فعليه قضاء ماتركه بعده عندهما ، وهو إحدى الروايتين عن الإمام وفى رواية الحسن عنه لايلزمه حتى يخبره رجلان عدلان مسلمان أو رجل وامرأتان ؛ وأما العدالة ففى المبسوط أنها شرط عندهما . وروى أبو جعفر فى غريب الرواية أنها غير شرط عندهما ، حتى إذا أخبره رجل فاسق أو صبى أو امرأة أو عبد فإن الصلاه تلزمه تتارخانية (قوله أو دليله) أى دليل العلم وهو الكون فى دار الإسلام لاشتهار الفرائض فيها ، فمن أسلم فيها لزمه قضاء ماترك (قوله زمنها) منصوب ظرف لقوله فإنه ح والضمير للردة المفهومة من قوله مرتد (قوله ولا ماقبلها) عطف على مافاته ، وأعاد لاالنافية لتأكيد النفى ؛ وعلى هذا يصير المعنى : ولا يعيده ماأداه قبلها بدليل العطف المذكور (١) لأنه مقابل للمعطوف عليه ، وبدليل قوله إلا الحج ، لأن معناه إذا أداه قبلها يقضيه ، ولو كان المعنى أنه لايقضى مافاته قبلها لكان حق التعبير أن يقول أو قبلها عطفا على زمنها العامل فيه قوله فاته وتخالف ما سيأتى فى باب المرتد ، ونقله فى البحر هناك عن الخانية بقوله إذا كان على المرتد قضاء صلوات وصيامات تركها فى الإسلام ثم أسلم ، قال شمس الأئمة الحلوانى : عليه قضاء ماترك فى الإسلام ، لأن ترك الصيام والصلاة معصية ، والمعصية تبقى بعد الردة اه فافهم (قوله إلا الحج) لأن وقته العمر ، فلما حبط بالردة ثم أدرك وقته مسلما لزمه (قوله لأنه بالردة الخ) تعليل للمتن ، ولقوله إلا الحج : أى فإن الكافر الأصلى إذا أسلم لايلزمه قضاء مافاته زمن كفره لعدم خطاب الكفار بالشرائع عندنا كما فى فتح القدير ، بل يلزمه ما أدرك وقته بعد الإسلام ، والحج وقته باق فتلزمه كما يلزمه أداء صلاة أسلم فى وقتها ، فكذا المرتد (قوله ولذا) أى لكونه كالكافر الأصلى (قوله لأنه حبط) أى بطل والأحسن عطفه بالواو على قوله ولذا ، ليكون علة ثانية للزوم الإعادة تأمل(٢) (قوله وخالف الشافعى) أى حيث قال لايلزم الإعادة ، لأن إحباط العمل معلق فى الآية بالموت على الردة (قوله قلنا الخ)

---

(١) (قوله بدليل العطف المذكور) قد يدعى حصول المغايرة باختلاف الزمانين ، وهو كاف فى استقامة العطف ، فحينئذ لايصح أن يكون ماذكره دليلا على مدعاه ، واستثناء الحج لايعين ذلك أيضا إنما يفيد عدم التخصيص بالفائت وتبقى ما عامة ، ثم قال العلامة السندى : ولا مافاته قبلها : أى ما أداه ، وحبط بالردة ، فإنه فائت حكما اه .

(٢) (قوله الإعادة تأمل) بالتأمل ظهر أن ترك الواو وإبقاء العبارة على حالها هو الأحسن ، إذ ربما يتوهم فرق بين المرتد والكافر الأصلى ، بأن الكافر الأصلى لما لم يحصل منه أداء يلزم بالإعادة ، ولا كذلك المرتد المؤدى ، فلدفع هذا التوهم أردفه بقوله لأنه حبط الخ فيكون قوله لأنه الخ علة لكونه كالكافر الأصلى اه .

[فروع] صبي احتلم بعد صلاة العشاء واستيقظ بعد الفجر لزمه قضاؤها .
صلى فى مرضه بالتيمم والإيماء مافاته فى صحته صح ولا يعيد لو صح .
كثرت الفوائت نوى أول ظهر عليه أو آخره ،

حاصل الجواب أن قوله تعالى — ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم فى الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون — فيه ذكر عملين : أحدهما الردة ، والآخر الموت عليها : أى الاستمرار عليها إلى الموت ، وذكر جزاءين ، لكل عمل جزاء على اللف والنشر المرتب ، فإحباط الأعمال جزاء الردة ، والخلود فى النار جزاء الموت عليها ، بدليل أنه فى الآية الأولى علق حبط العمل على مجرد الكفر بما آمن به ، ومثله قوله تعالى — ولو أشركوا لحبط عنهم ما كانوا يعملون — .

مطلب إذا أسلم المرتد هل تعود حسنة أم لا ؟

[تنبيه] مقتضى كون حبط العمل فى الدنيا والآخرة جزاء الردة وإن لم يمت عليها عندنا أنه لو أسلم لاتعود حسناته وإلا كان جزاء لها وللموت عليها معا كما يقوله الشافعي رحمه الله تعالى . وفى البحر والنهر من باب المرتد عن التتارخانية معزيا إلى التتمة : لو تاب المرتد ، قال أبو على وأبو هاشم من أصحابنا تعود حسناته . وقال أبو قاسم الكعبي لا تعود ، ونحن نقول إنه لايعود مابطل من ثوابه ، ولكن تعود طاعته المتقدمة مؤثرة فى الثواب بعد اه ولعل معنى كونها مؤثرة فى الثواب بعد أن الله تعالى يثيبه عليها ثوابا جديدا بعد رجوعه إلى الإسلام غير الثواب الذى بطل ، أو أن الثواب بمعنى الاعتداد بها وعدم مطالبته بفعلها ثانيا وإن حكمنا ببطلانها ، لأن ذلك فضل من الله تعالى تأمل .

وبقى هل يسقط بإسلامه مافعله من المعاصى قبل الردة ؟ مقتضى ماقدمناه عن الخانية أنها لاتسقط ، وهو قول كثير من المحققين . وعند العامة يسقط كما بسطه القهستانى فى باب المرتد ، وهو الظاهر ، لحديث « الإسلام يجب ماقبله » وهو بعمومه يشمل إسلام المرتد ، لكن ينبغى عدم الخلاف فى لزوم قضاء ماتركه فى الإسلام ، وإنما الخلاف فى سقوط إثم التأخير والمطل فى الدين الذى من حقوق العباد ، وسيأتى تحقيقه هناك إن شاء الله تعالى (قوله بعد صلاة العشاء) مصدر مضاف إلى مفعوله : أى بعد أن صلى العشاء (قوله لزمه قضاؤها) لأنها وقعت نافلة ، ولما احتلم فى وقتها صارت فرضا عليه ، لأن النوم لا يمنع الخطاب فيلزمه قضاؤها فى المختار ، ولذا لو استيقظ قبل الفجر لزمه إعادتها إجماعا كما قدمناه أول كتاب الصلاة عن الخلاصة . وفى الظهيرية : حكى عن محمد بن الحسن أنه جاء إلى الإمام أول احتلامه فقال : ماتقول فى غلام احتلم فى الليل بعد ماصلى العشاء هل يعيدها ؟ قال نعم ، فقام محمد إلى زاوية المسجد وأعادها ، وهى أول مسألة تعلمها من الإمام ، فلما رآه يعمل بعلمه تفرس فقال : إن هذا الصبي يصلح ، فكان كما قال اه ملخصا (قوله صح) لأنه مخاطب بقضائها فى ذلك الوقت فيلزمه قضاؤها على قدر وسعه ، أما إذا لم يكن عذر فإنه يلزمه قضاء الفائتة على الصفة التى فاتت عليها ، ولذا يقضى المسافر فائتة الحضر الرباعية أربعا ، ويقضى المقيم فائتة السفر ركعتين لأن القضاء يحكى الأداء إلا لضرورة (قوله كثرت الفوائت الخ) مثاله : لو فاته صلاة الخميس والجمعة والسبت فإذا قضاها لابد من التعيين ، لأن فجر الخميس مثلا غير فجر الجمعة ، فإن أراد تسهيل الأمر ، يقول أول فجر مثلا ، فإنه إذا صلاه يصير مايليه أولا أو يقول آخر فجر ، فإن ماقبله يصير آخرا ، ولا يضره عكس الترتيب لسقوطه بكثرة الفوائت . وقيل لا يلزمه التعيين

وكذا الصوم لو من رمضانين هو الأصح . وينبغي أن لايطلع غيره على قضائه لأن التأخير معصية فلا يظهرها .

باب سجود السهو

من إضافة الحكم إلى سببه وأولاه بالفوائت لأنه لإصلاح مافات وهو والنسيان والشك واحد عند الفقهاء والظن الطرف الراجح والوهم الطرف المرجوح (يجب

أيضا كما فى صوم أيام من رمضان واحد ، ومشى عليه المصنف فى مسائل شتى آخر الكتاب تبعا للكنز وصححه القهستانى عن المنية ، لكن استشكله فى الأشباه وقال إنه مخالف لما ذكره أصحابنا كقاضيخان وغيره والأصح الاشتراط اه .

قلت : وكذا صححه فى الملتقى هناك ، وهو الأحوط ، وبه جزم فى الفتح كما قدمناه فى بحث النية . وجزم به هنا صاحب الدرر أيضا (قوله لومن رمضانين) لأن كل رمضان سبب لصومه فصارا كظهرين من يومين بخلاف صوم يومين من رمضان واحد فيصح وإن لم يعين القضاء عن اليوم الأول أو الثانى منه (قوله وينبغي الخ) تقدم فى باب الأذان أنه يكره قضاء الفائتة فى المسجد ، وعلله الشارح بما هنا من أن التأخير معصية فلا يظهرها . وظاهره أن الممنوع هو القضاء مع الاطلاع عليه . سواء كان فى المسجد أو غيره كما أفاده فى المنح .

قلت : والظاهر أن ينبغي هنا للوجوب وأن الكراهة تحريمية ، لأن إظهار المعصية معصية ، لحديث الصحيحين «كل أمتى معافى إلا المجاهرين ، وإن من الجهار أن يعمل الرجل بالليل عملا ثم يصبح وقد ستره الله فيقول عملت البارحة كذا وكذا وقد بات يستره ربه ويصبح يكشف ستر الله عنه» والله تعالى أعلم .

باب سجود السهو

(قوله من إضافة الحكم إلى سببه) قال فى العناية : وهى الأصل فى الإضافات لأن الإضافة للاختصاص . وأقواه اختصاص المسبب بالسبب اه لكن فيه أن السجود ليس حكما بل هو متعلقه والحكم هنا الوجوب . وأجيب بأنه على تقدير مضاف أى وجوب سجود السهو تأمل (قوله وأولاه بالفوائت) أى قرنه بها على طريق التضمين ولذا عداه بالباء ، وإلا فهو من الولى بمعنى القرب والدنو كما فى القاموس ، فيعدى إلى المفعول الثانى بمن لا بالباء . يقال : أوليت زيدا من عمرو : أى قربته منه (قوله لأنه لإصلاح مافات) أى ماترك من الواجبات فى محله ، كما أن قضاء الفوائت لإصلاح مافات وقته بفعله بعده (قوله وهو) أى السهو (قوله واحد عند الفقهاء) خبر عن هو وماعطف عليه : أى معنى هذه الثلاثة واحد عند الفقهاء . وفى ذكر الشك نظر . وفى البحر عن التحرير لافرق فى اللغة بين النسيان والسهو ، وهو عدم استحضار الشئ فى وقت الحاجة . قال الرملى : وفى جمع الجوامع : السهو الغفلة عن المعلوم ، فيتنبه له بأدنى تنبه . والنسيان زوال المعلوم . وقال الحكماء : السهو زوال الصورة عن المدركة مع بقائها فى الحافظة . والنسيان : زوالهما عنها معا(١) فحينئذ يحتاج فى تحصيلها إلى سبب جديد (قوله والظن الخ)حاصله أن مايخطر بالبال ولم يصل إلى حد اليقين حتى يسمى علما ، ولاتساوت جهتاه حتى يسمى شكا ، بل ترجحت فيه إحداهما على الأخرى ، فالمرجوحة وهم والراجحة ظن ، فإن زاد الرجحان بلا جزم فهو غلبة الظن (قوله يجب له) أى للسهو الآتى بيانه فى قوله بترك واجب سهوا ح . وذكر فى المحيط عن القدورى

---

(١) (قوله زوالهما عنها معا) هكذا بخطه ، ولعل الأوفق بما قبله زوالها عنهما معا : أى زوال الصورة عن المدركة والحافظة تأملها له مصححه .

بعد سلام واحد عن يمينه فقط) لأنه المعهود ، وبه يحصل التحليل وهو الأصح ، بحر عن المجتبي . وعليه لو أتى بتسليمتين سقط عنه السجود ؛ ولو سجد قبل السلام جاز وكره تنزيها . وعند مالك قبله فى النقصان وبعده فى الزيادة ، فيعتبر القاف بالقاف والدال بالدال (سجدتان . و) يجب أيضا (تشهد وسلام) لأن سجود السهو يرفع التشهد

أنه سنة . وظاهر الرواية الوجوب ، وصححه فى الهداية وغيرها لأنه لجبر نقصان تمكن فى الصلاة فيجب كالدماء فى الحج ، ويشهد له الأمر به فى الأحاديث الصحيحة والمواظبة عليه . وظاهر كلامهم أنه لو لم يسجد يأثم بترك الواجب ، ولترك سجود السهو بحر . وفيه نظر ، بل يأثم لترك الجابر فقط ، إذ لا إثم على الساهى ، نعم هو فى صورة العمد ظاهر ، وينبغى أن يرتفع هذا الإثم بإعادتها نهر (قوله بعد سلام) متعلق بمحذوف حال من فاعل يجب لا بيجب ، لما يأتى من أنه لو سجد قبل السلام كره تنزيها ، نعم يصح تعلقه بيجب بالنظر إلى تقييد السلام بالواحد لما يأتى من أنه بعد التسليمتين يسقط السجود (قوله واحد) هذا قول الجمهور ، منهم شيخ الإسلام وفخر الإسلام. وقال فى الكافى : إنه الصواب ، وعليه الجمهور ، وإليه أشار فى الأصل اه إلا أن مختار فخر الإسلام كونه تلقاء وجهه من غير انحراف ، وقيل يأتى بالتسليمتين ، وهو اختيار شمس الأئمة وصدر الإسلام أخى فخر الإسلام ، وصححه فى الهداية والظهيرية والمفيد والينابيع ، كذا فى شرح المنية . قال فى البحر : وعزاه أى الثانى فى البدائع إلى عامتهم ، فقد تعارض النقل عن الجمهور اه (قوله عن يمينه) احتراز عما اختاره فخر الإسلام من أصحاب القول الأول كما علمته . وفى الحلية : اختار الكرخى وفخر الإسلام وشيخ الإسلام وصاحب الإيضاح أن يسلم تسليمة واحدة . ونص فى المحيط على أنه الأصوب . وفى الكافى على أنه الصواب . قال فخر الإسلام : وينبغى على هذا أن لا ينحرف فى هذا السلام ، يعنى فيكون سلامه مرة واحدة تلقاء وجهه . وغيره من أهل هذا القول على أنه يسلم مرة واحدة عن يمينه خاصة اه .

والحاصل أن القائلين بالتسليمة الواحدة قائلون بأنها عن اليمين إلا فخر الإسلام منهم فإنه يقول إنها تلقاء وجهه وهو المصرح به فى شروح الهداية أيضا كالمعراج والعناية والفتح (قوله لأنه المعهود) تعليل لكونه عن يمينه ، وقوله وبه يحصل التحليل تعليل لكونه واحدا ، ويأتى وجهه قريبا (قوله بحر عن المجتبى) عبارة البحر : والذى ينبغى الاعتماد عليه تصحيح المجتبى أنه يسلم عن يمينه فقط . وقد ظن فى البحر وتبعه فى النهر وغيره أن هذا القول قول ثالث بناء على أن جميع أصحاب القول الثانى قائلون بأنه يسلم تلقاء وجهه مع أن القائل منهم بذلك هو فخر الإسلام فقط كما علمته ، وحينئذ فلا حاجة إلى عزو هذا القول إلى المجتبى حتى يرد ماقيل إن تصحيح المجتبى لايوازى ماعليه الجمهور الذى هو الأكثر تصحيحاً والأصوب والصواب فافهم (قوله وعليه لو أتى الخ) هذا جعله فى البحر قولا رابعاً . واستظهر فى النهر أنه مفرع على القول بالواحدة ، وتبعه الشارح ، ويؤيده ماوجهوا به القول بالواحدة من أن السلام الأول لشيئين : للتحليل وللتحية ، والسلام الثانى للتحية فقط أى تحية بقية القوم لأن التحليل لايتكرر ، وهنا سقط معنى التحية عن السلام لأنه يقطع الإحرام فكان ضم الثانى إليه عبثاً ، ولو فعله فاعل لقطع الإحرام . قال فى الحلية بعد عزوه ذلك إلى فخر الإسلام حتى إنه لايأتى بعده بسجود السهو كما نقله فى الذخيرة عن شيخ الإسلام ، ومشى عليه فى الكافى وغيره اه . وفى المعراج قال شيخ الإسلام : لو سلم تسليمتين لايأتى بسجود السهو بعد ذلك لأنه كالكلام اه. قلت : وعليه فيجب ترك التسليمة الثانية (قوله جاز) هو ظاهر الرواية : وفى المحيط : وروى عن أصحابنا أنه لايجزيه ويعيده بحر (قوله فيعتبر الخ) أى قاف قبل لقاف النقصان ودال بعد الدال الزيادة (قوله يرفع التشهد) أى قراءته ، حتى لو سلم بمجرد رفعه من سجدتى السهو صحت صلاته

دون القعدة لقوتها ، بخلاف الصلبية فإنها ترفعهما وكذا التلاوية على المختار . ويأتى بالصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم والدعاء فى القعود الأخير فى المختار ، وقيل فيهما احتياطا (إذا كان الوقت صالحا) فلو طلعت الشمس فى الفجر ، أو احمرت فى القضاء ، أو وجد منه مايقطع البناء بعد السلام سقط عنه فتح . وفى القنية :

ويكون تاركاً للواجب ، وكذا يرفع السلام إمداد (قوله لقوتها) أى لأنها أقوى منه لكونها فرضا (قوله فإنها ترفعهما) أى القعدة والتشهد لأنها أقوى منهما لكونها ركنا ، والقعدة لختم الأركان إمداد ، أو لأن الصلبية ركن أصلى والقعدة ركن زائد كما مر فى باب صفة الصلاة أو لأن القعدة لاتكون إلا آخر الأركان ، وبسجود الصلبية بعدها خرجت عن كونها آخرا (قوله وكذا التلاوية) لأنها أثر القراءة وهى ركن فأخذت حكمها بحر أى تأخذ حكمها بعد سجودها أما قبله فإنها واجبة ؛ حتى لو سلم ولم يسجدها فصلاته صحيحة ، بخلاف الصلبية فإنها ركن أصلى من كل وجه كما سيأتى ، ونظيرها فيما ذكرنا مالو نسى السورة فتذكرها فى الركوع فعاد وقرأها أخذت حكم الفرض وارتفض الركوع فيلزمه إعادته .

[تنبيه] ذكر فى التتارخانية أن العود إلى قراءة التشهد فى القعدة الأخيرة إذا نسيه يرفع القعدة كالعود إلى التلاوية كما ذكره الحلوانى والسرخسى . وذكر ابن الفضل أنه لايرفعها . وفى واقعات الناطفى أن الفتوى عليه اهـ (قوله إذا كان الوقت صالحاً) أى لأداء تلك الصلاة فيه (قوله أو احمرت فى القضاء) كذا فى الفتح والبحر والنهر وغيرها ، ومفهومه أنه لو كان يؤدى العصر فاحمرت الشمس لايسقط سجود السهو ، لأن ذلك الوقت صالح لأداء الصلاة نفسها فكذا لسجود سهوها ، بخلاف الفائتة الواجبة فى كامل ، لكن فى الإمداد عن الدراية التصريح بسقوطه إذا احمرت عقب السلام من فائتة أو حاضرة تحرزا عن الكراهة ، وهذا يقتضى أن القضاء : هنا غير قيد ، ويؤيده مافى القنية : لو صلى العصر وعليه سهو فاصفرت الشمس لايسجد للسهو ، ثم رأيته فى البدائع علل هذا بأن السجدة تجبر النقصان المتمكن فجرى مجرى القضاء وقد وجبت كاملة فلا تقضى بالناقص اهـ تأمل (قوله مايقطع البناء) كحدث عمد وعمل مناف إمداد (قوله بعد السلام) تنازع فيه كل من طلعت واحمرت ووجد كما يفيده كلام الإمداد (قوله سقط عنه) لأنه بالعود إلى السجود يعود إلى حرمة الصلاة وقد فات شرط صحتها بطلوع الشمس فى الفجر ، ومثله خروج وقت الجمعة والعيد ، وكذا إذا وجد مايقطع البناء . وأما فى احمرار الشمس فى القضاء فكذلك . وأما فى الأداء فلئلا يعود إلى الوقت المكروه بعد صحة الصلاة بلا كراهة تأمل . بقى إذا سقط السجود فهل يلزمه الإعادة لكون ماأداه أولا وقع ناقصا بلا جابر . والذى ينبغى أنه إن سقط بصنعه كحدث عمد مثلا يلزمه وإلا فلا تأمل (قوله وفى القنية الخ) أقول : عبارة القنية برمز نجم الأئمة تطوع ركعتين وسها ثم بنى عليه ركعتين يسجد للسهو ، ولو بنى على الفرض تطوعا وقد سها فى الفرض لايسجد اهـ والظاهر أن الفرق هو أن بناء النفل على النفل يصيره صلاة واحدة بخلاف بناء النفل على الفرض ، ولذا كان البناء فيه مكروها ، لأن النفل صلاة أخرى غير الفرض ؛ ولا يمكن أن يكون سجود السهو لصلاة واقعا فى صلاة أخرى مقصودة وإن كانت تحريمة الفرض باقية فلذا لايسجد ، أو لأنه لما بنى النفل عمدا صار مؤخرا للسلام عن محله عمدا ، والعمد لايجبره سجود السهو بل تلزم فيه الإعادة ، وحيث كانت الإعادة واجبة لم يبق السجود واجباً عن سهوه فى الفرض لأنه بالإعادة يأتى بما سها فيه ، والسجود جابر عما فات قائم مقام الإعادة ، فإذا وجبت الإعادة سقط السجود ، فعلى هذا لايرد ماسيأتى من أنه لو قعد فى الرابعة ثم قام وسجد للخامسة ضم إليها سادسة لتصير له الركعتان نفلا ، لأن هذا النفل غير مقصود فكأنه ليس صلاة أخرى ، ولأنه لم يؤخر سلام الفرض عن محله عمدا فلم تكن الإعادة عليه واجبة

لو بنى النفل على فرض سها فيه لم يسجد (بترك) متعلق بيجب (واجب) مما مر فى صفة الصلاة (سهوا) فلاسجود فى العمد، قيل إلا فى أربع : ترك القعدة الأولى ، وصلاته فيه على النبى صلى الله عليه وسلم ، وتفكره عمدا حتى شغله عن ركن ، وتأخير سجدة الركعة الأولى إلى آخر الصلاة نهر (وإن تكرر) لأن تكراره غير مشروع (كركوع) متعلق بترك واجب (قبل قراءة) الواجب لوجوب تقديمها، ثم إنما يتحقق الترك بالسجود: فلو تذكر ولو بعد الرفع من الركوع عاد ثم أعاد الركوع ، إلا أنه فى تذكر الفاتحة

فلزمه سجود السهو، هذا ماظهر لى، والله تعالى أعلم (قوله بترك واجب) أى من واجبات الصلاة الأصلية لا كل واجب إذ لو ترك ترتيب السور لايلزمه شىء مع كونه واجبا بحر . ويرد عليه مالو أخر التلاوية عن موضعها فإن عليه سجود السهو كما فى الخلاصة جازما بأنه لااعتماد على مايخالفه ، وصححه فى الولوالجية أيضاً . وقد يجاب بما مر من أنها لما كانت أثر القراءة أخذت حكمها تأمل . واحترز بالواجب عن السنة كالثناء والتعوذ ونحوهما عن الفرض (قوله قيل إلا فى أربع) أشار إلى ضعفه تبعا لنور الإيضاح لمخالفته للمشهور فى تسميته سجود سهو وإن سماه القائل به سجود عذر . وقد رده العلامة قاسم بأنه لايعلم له أصل فى الرواية ولا وجه فى الدراية اهـ . وأجاب فى الحلية عن وجوب السجود فى مسألة التفكر عمدا بأنه وجب لما يلزم منه من ترك واجب هو تأخير الركن أو الواجب عما قبله فإنه نوع سهو ، فلم يكن السجود لترك واجب عمدا (قوله وتأخير سجدة الركعة الأولى) الظاهر أن هذا القيد اتفاقى عند القائل به ، وإلا فالفرق بين الركعة الأولى وغيرها تحكم، وكذا لايظهر لقوله إلى آخر الصلاة وجه ، لأنه لو أخر إلى الركعة الثانية لكان كذلك عنده على مايظهر ط (قوله وإن تكرر) حتى لو ترك جميع واجبات الصلاة سهوا لايلزمه إلا سجدتان بحر (قوله لأن تكراره غير مشروع) سيأتى أن المسبوق يتابع إمامه فيه ثم إذا قام لقضاء مافاته فسها فيه يسجد أيضا ، فقد تكرر . وأجاب فى البدائع بأن المسبوق فيما يقضى كالمنفرد ، فهما صلاتان حكما وإن كانت التحريمة واحدة . وتمامه فى البحر (قوله متعلق بترك واجب) أى مرتبط به على وجه التمثيل له ، وليس المراد التعلق النحوى ط أى بل هو خبر لمبتدإ محذوف أى وذلك كركوع (قوله لوجوب تقديمها) أى تقديم قراءة الواجب . أما قراءة الفرض فتقديمها على الركوع فرض لاينجبر بسجود السهو

والتحقيق أن تقديم الركوع على القراءة مطلقا موجب لسجود السهو ، لكن إذا ركع ثم قام فقرأ ، فإن أعاد الركوع صحت صلاته وإلا فسدت . أما إذا ركع قبل القراءة أصلا فظاهر . وأما إذا قرأ الفاتحة مثلا ثم ركع فتذكر السورة فعاد فقرأها ولم يعد الركوع فلأن ماقرأه ثانياً التحق بالقراءة الأولى فصار الكل فرضا فارتفض الركوع فإذا لم يعده تفسد صلاته ، نعم إذا كان قرأ الفاتحة والسورة ثم عاد لقراءة سورة أخرى لايرتفض ركوعه كما نقله فى الحلية عن الزاهدى وغيره ، فقد ظهر أن إيقاع الركوع قبل القراءة أصلا أو قبل قراءة الواجب يلزم به سجود السهو ، لكن إذا لم يعد الركوع يسقط سجود السهو لفساد الصلاة ، وإن أعاده صحت ويسجد للسهو .

وعلى هذا التقرير فما قدمه الشارح تبعا لغيره فى واجبات الصلاة حيث عد منها الترتيب بين القراءة والركوع ناظر إلى مجرد التقديم والتأخير مع قطع النظر عن لزوم إعادة ماقدمه ، وما صرح به شراح الهداية وغيرهم من أنه لو قدم الركوع على القراءة تفسد الصلاة ناظر إلى الاكتفاء بما قدمه وعدم إعادته، فلا تنافى بين كلامهم (قوله ثم إنما يتحقق الترك) أى ترك القراءة بمعنى فواتها على وجه لايمكن فيه التدارك (قوله عاد) أى إلى القيام ليقرأ (قوله ثم أعاد الركوع) لأنه لما عاد وقرأ وقعت القراءة فرضا ، ولا ينافيه كون الفرض فيها آية واحدة والزائد واجب وسنة ، لأن معناه أن أقل الفرض آية ويجب أن يجعل ذلك الفرض الفاتحة والسورة . ويسن أن تكون

يعيد السورة أيضا (وتأخير قيام إلى الثالثة بزيادة على التشهد بقدر ركن) وقيل بحرف. وفى الزيلعى: الأصح وجوبه باللهم صل على محمد (والجهر فيما يخافت فيه) للإمام (وعكسه) لكل مصل ّ فى الأصح ، والأصح تقديره (بقدر مايجوز به الصلاة فى الفصلين . وقيل) قائله قاضيخان يجب السهو (بهما) أى بالجهر والمخافتة (مطلقا) أى قل أو كثر

السورة من طوال المفصل أو أوساطه أو قصاره، حتى لو قرأ القرآن كله وقع فرضا، كما أن الركوع بقدر تسبيحة فرض ، وتطويله بقدر ثلاث سنة كما حققه فى شرح المنية ، وقدمناه فى فصل القراءة .

والحاصل أن مايقرؤه يلتحق بما قبل الركوع ويلغو هذا الركوع فتلزم إعادته ،حتى لو لم يعده بطلت صلاته بل ذكر فى شرح المنية أنه لو قام لأجل القراءة ثم بدا له فسجد ولم يقرأ ولم يعد الركوع قال بعضهم: تفسد لأنه لما انتصب قائما للقراءة ارتفض ركوعه وإن كان البعض يقول لاتفسد اه وهذا كله بخلاف مالو تذكر القنوت فى الركوع فالصحيح أنه لايعود ، ولو عاد وقنت لايرتفض ركوعه وعليه السهو ، لأن القنوت إذا أعيد يقع واجبا لافرضا كما فى شرح المنية ، وأما إذا عاد لقراءة سورة أخرى فلا يرتفض ركوعه كما قدمناه لأنه وقع بعد قراءة تامة فكان فى موقعه وكان عوده إلى القراءة غير مشروع ، كما إذا عاد إلى القنوت بل أولى ؛ والله أعلم (قوله يعيد السورة أيضا) أى لتقع القراءة مرتبة (قوله وتأخير قيام الخ) أشار إلى أن وجوب السجود ليس لخصوص الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم ، بل لترك الواجب وهو تعقيب التشهد للقيام بلا فاصل ؛ حتى لو سكت يلزمه السهو كما قدمناه فى فصل إذا أراد الشروع . قال المقدسى : وكما لو قرأ القرآن هنا أو فى الركوع يلزمه السهو مع أنه كلام الله تعالى ، وكما لو ذكر التشهد فى القيام مع أنه توحيد الله تعالى . وفى المناقب أن الإمام رحمه الله رأى النبى صلى الله عليه وسلم فى المنام فقال :كيف أوجبت السهو على من صلى علىّ فقال : لأنه صلى عليك سهوا، فاستحسنه (قوله وفى الزيلعى الخ) جزم به المصنف فى متنه فى فصل إذا أراد الشروع وقال إنه المذهب ؛ واختاره فى البحر تبعا للخلاصة والخانية . والظاهر أنه لاينافى قول المصنف هنا بقدر ركن تأمل ، وقدمنا عن القاضى الإمام أنه لايجب مالم يقل وعلى آل محمد . وفى شرح المنية الصغير أنه قول الأكثر وهو الأصح قال الخير الرملى: فقد اختلف التصحيح كما ترى ، وينبغى ترجيح ماقاله القاضى الإمام اه. وفى التتارخانية عن الحاوى : وعلى قولهما لايجب السهو مالم يبلغ إلى قوله حميد مجيد (قوله والجهر فيما يخافت فيه للإمام الخ) فى العبارة قلب ، وصوابها والجهر فيما يخافت لكل مصل وعكسه للإمام ح وهذا ماصححه فى البدائع والدرر ، ومال إليه فى الفتح وشرح المنية والبحر والنهر والحلية على خلاف مافى الهداية والزيلعى وغيرهما ، من أن وجوب الجهر والمخافتة من خصائص الإمام دون المنفرد .

والحاصل أن الجهر فى الجهرية لايجب على المنفرد اتفاقا، وإنما الخلاف فى وجوب الإخفاء عليه فى السرية، وظاهر الرواية عدم الوجوب كما صرح بذلك فى التتارخانية عن المحيط ، وكذا فى الذخيرة وشروح الهداية كالنهاية والكفاية والعناية ومعراج الدراية . وصرحوا بأن وجوب السهو عليه إذا جهر فيما يخافت رواية النوادر اه فعلى ظاهر الرواية لا سهو على المنفرد إذا جهر فيما يخافت فيه وإنما هو على الإمام فقط (قوله والأصح الخ) صححه فى الهداية والفتح والتبيين والمنية لأن اليسير من الجهر والإخفاء لايمكن الاحتراز عنه ، وعن الكثير يمكن ، ومايصح به الصلاة كثير ، غير أن ذلك عنده آية واحدة ، وعندهما ثلاث آيات هداية (قوله فى الفصلين) أى فى المسألتين مسألة الجهر والإخفاء (قوله قل أو كثر) أى ولو كلمة. قال القهستانى: والمتبادر أن يكون هذا فى صورة

(وهو ظاهر الرواية) واعتمده الحلوانى (على منفردة) متعلق بيجب (ومقتد بسهو إمامه إن سجد إمامه) لوجوب المتابعة (لاسهوه) أصلا (والمسبوق يسجد مع إمامه مطلقا)

أن ينسى أن عليه المخافتة فيجهر قصدا ، وأما إذا علم أن عليه المخافتة فيجهر لتبيين الكلمة فليس عليه شئ اه (قوله وهو ظاهر الرواية) قال فى البحر : وينبغى عدم العدول عن ظاهر الرواية الذى نقله الثقات من أصحاب الفتاوى اه. زاد المصنف فى منحه: وإنما عولنا على الأول تبعا للهداية ، وأنا أعجب من كثير من كمل الرجال كيف يعدل عن ظاهر الرواية الذى هو بمنزلة نص صاحب المذهب إلى ماهو كالرواية الشاذة اه .

أقول : لاعجب من كمل الرجال كصاحب الهداية والزيلعى وابن الهمام حيث عدلوا عن ظاهر الرواية لما فيه من الحرج ، وصححوا الرواية الأخرى للتسهيل على الأمة ، وكم له من نظير ولذا قال القهستانى : ويجب السهو بمخافتة كلمة لكن فيه شدة . وقال فى شرح المنية : والصحيح ظاهر الرواية، وهو التقدير بما تجوز به الصلاة من غير تفرقة ، لأن القليل من الجهر فى موضع المخافتة عفو أيضا ؛ ففى حديث أبى قتادة فى الصحيحين « أنه عليه الصلاة والسلام كان يقرأ فى الظهر فى الأوليين بأم القرآن وسورتين ، وفى الأخريين بأم الكتاب ويسمعنا الآية أحيانا » اه . ففيه التصريح بأن ماصححه فى الهداية ظاهر الرواية أيضا ، فإن ثبت ذلك فلا كلام ، وإلا فوجه تصحيحه ماقلنا وتأيده بحديث الصحيحين ، وقد قدمنا فى واجبات الصلاة عن شرح المنية أنه لاينبغى أن يعدل عن الدراية أى الدليل إذا وافقتها رواية .

[تتمة] قد صرحوا بأنه إذا جهر سهوا بشئ من الأدعية والأثنية ولو تشهدا فإنه لايجب عليه السجود . قال فى الحلية : ولا يعرى القول بذلك فى التشهد عن تأمل اه وأقره فى البحر . هذا ، وقد قدمنا فى فصل القراءة الكلام على حد الجهر فراجعه (قوله متعلق بيجب) أى المذكور أول الباب (قوله إن سجد إمامه) أما لو سقط عن الإمام بسبب من الأسباب بأن تكلم أو أحدث متعمدا أو خرج من المسجد فإنه يسقط عن المقتدى بحر . والظاهر أن المقتدى تجب عليه الإعادة كالإمام إن كان السقوط بفعله العمد لتقرر النقصان بلا جابر من غير عذر تأمل (قوله لوجوب المتابعة) علة لوجوبه على المقتدى بسهو إمامه ، ولأن النقصان دخل فى صلاته أيضا لارتباطها بصلاة الإمام (قوله لابسهوه أصلا) قيل لافائدة لقوله أصلا ، وليس بشئ ، بل هو تأكيد لنفى الوجوب ، لأن معناه لاقبل السلام للزوم مخالفة الإمام ولا بعده لخروجه من الصلاة بسلام الإمام ، لأنه سلام عمد ممن لاسهو عليه كما فى البحر ، لكن قال فى النهر لقائل أن يقول لانسلم أنه يخرج منها بسلامه ، وقد سبق خلاف فيمن لاسهو عليه فكيف بمن عليه السهو ؟ وحينئذ فيمكنه أن يأتى بهذا الجابر اه .

قلت : وقدم الشارح فى نواقض الوضوء أنه لو قهقه بعد كلام الإمام أو سلامه عمدا فسدت طهارته فى الأصح وقدمنا هناك تصحيحه عن الفتح والخانية على خلاف ماصححه فى الخلاصة من عدم الفساد ، ولا شك أن فساد طهارته مبنى على عدم خروجه من الصلاة بسلام إمامه أو كلامه فما هنا مبنى على ماصححه فى الخلاصة ، ولذا قال فى المعراج بعد تعليله المسألة بأنه يخرج بسلام الإمام ، كذا قيل ، وفيه تأمل ، بل الأولى التمسك بما روى ابن عمر عنه صلى الله عليه وسلم « ليس على من خلف الإمام سهو » اه .

[تنبيه] قال فى النهر : ثم مقتضى كلامهم أنه يعيدها لثبوت الكراهة مع تعذر الجابر (قوله والمسبوق يسجد مع إمامه) قيد بالسجود لأنه لايتابعه فى السلام ، بل يسجد معه ويتشهد فإذا سلم الإمام قام إلى القضاء ، فإن سلم فإن كان عامدا فسدت وإلا لا ، ولا سجود عليه إن سلم سهوا قبل الإمام أو معه ؛ وإن سلم بعده لزمه لكونه

سواء كان السهو قبل الاقتداء أو بعده (ثم يقضى مافاته) ولو سها فيه سجد ثانيا (وكذا اللاحق) لـكنه يسجد فى آخر صلاته ، ولو سجد مع إمامه أعاده ، والمقيم خلف المسافر كالمسبوق ، وقيل كاللاحق .

(سها عن القعود الأول من الفرض) ولو عمليا ، أما النفل فيعود مالم يقيد بالسجدة (ثم تذكره عاد إليه) وتشهد ، ولا سهو عليه فى الأصح

منفردا حينئذ بحر ، وأراد بالمعية المقارنة وهو نادر الوقوع كما فى شرح المنية . وفيه : ولو سلم على ظن أن عليه أن يسلم فهو سلام عمد يمنع البناء (قوله سواء كان السهو قبل الاقتداء أو بعده) بيان للإطلاق ، وشمل أيضا ما إذا سجد الإمام واحدة ثم اقتدى به . قال فى البحر : فإنه يتابعه فى الأخرى ولا يقضى قضاء الأولى ، كما لا يقضيهما ولو اقتدى به بعد ماسجدهما (قوله ثم يقضى مافاته) فلو لم يتابعه فى السجود وقام إلى ماسبق به فإنه يسجد فى آخر صلاته استحسانا لأن التحريمة متحدة فجعل كأنها صلاة واحدة بحر وغيره فافهم (قوله ولو سها فيه) أى فيما يقضيه بعد فراغ الإمام يسجد ثانياً لأنه منفرد فيه والمنفرد يسجد لسهوه ، وإن كان لم يسجد مع الإمام لسهوه ثم سها هو أيضا كفته سجدتان عن السهوين ، لأن السجود لا يتكرر ، وتمامه فى شرح المنية (قوله وكذا اللاحق) أى يجب عليه السجود بسهو إمامه لأنه مقتد فى جميع صلاته بدليل أنه لا قراءة عليه ، فلا سجود فيما يقضيه بحر (قوله لـكنه يسجد الخ) أى يبدأ بقضاء مافاته ثم يسجد فى آخر صلاته لأنه التزم متابعة الإمام فيما اقتدى به على نحو مايصلى الإمام ، وإنه اقتدى به فى جميع الصلاة فيتابعه فى جميعها على نحو ماأدى الإمام والإمام أدى الأول فالأول وسجد لسهوه فى آخر صلاته فـكذا اللاحق . وأما المسبوق فقد التزم بالاقتداء به متابعته بقدر ماهو صلاة الإمام وقد أدرك هذا القدر فيتابعه ثم ينفرد بحر (قوله ولو سجد مع إمامه أعاده) لأنه فى غير أوانه ولا تفسد صلاته لأنه مازاد إلا سجدتين ، ولو كان مسبوقا بثلاث ولاحقا بركعة فسجد إمامه للسهو فإنه يقضى ركعة بلا قراءة لأنه لاحق ويتشهد ويسجد للسهو ، لأن ذلك موضع سجود الإمام ثم يصلى ركعة بقراءة ويقعد لأنها ثانية صلاته ولو كان على العكس سجد للسهو بعد الثالثة ، كذا فى المحيط بحر (قوله والمقيم الخ) ذكر فى البحر أن المقيم المقتدى بالمسافر كالمسبوق فى أنه يتابع الإمام فى سجود السهو ثم يشتغل بالإتمام . وأما إذا قام إلى إتمام صلاته وسها فذكر الـكرخى أنه كاللاحق فلا سجود عليه ، بدليل أنه لا يقرأ . وذكر فى الأصل أنه يلزمه السجود ، وصححه فى البدائع لأنه إنما اقتدى بالإمام بقـدر صلاة الإمام ، فإذا انقضت صار منفردا وإنما لا يقرأ فيما يتم لأن القراءة فرض فى الأوليين وقد قرأ الإمام فيهما اهـ . قال فى النهر : وبهذا علم أنه كاللاحق فى حق القراءة فقط اهـ . أقول : وتقدمت بقية مسائل المسبوق واللاحق قبيل باب الاستخلاف (قوله ولو عمليا) كالوتر فلا يعود فيه إذا استتم قائما . وعلى قولهما يعود لأنه من النفل ط (قوله أما النفل فيعود الخ) جزم به فى المعراج والسراج ، وعلله ابن وهبان بأن كل شفع منه صلاة على حدة ولا سيما على قول محمد بأن القعدة الأولى منه فرض فـكانت كالأخيرة ، وفيها يقعد وإن قام . وحكى فى المحيط فيه خلافا ، وكذا فى شرح التمرتاشى ؛ قيل يعود وقيل لا . وفى الخلاصة : والأربع قبل الظهر كالتطوع ، وكذا الوتر عند محمد وتمامه فى النهر ، لـكن فى التتارخانية عن العتابية قيل فى التطوع يعود مالم يقيد بالسجدة ، والصحيح أنه لا يعود اهـ وأقره فى الإمداد لـكن خالفه فى متنه تأمل (قوله مالم يقيد بالسجدة) أى يقيد الركعة التى قام إليها (قوله عاد إليه) أى وجوباً نهر (قوله ولا سهو عليه فى الأصح) يعنى إذا عاد قبل أن يستتم قائماً وكان إلى القعود أقرب فإنه لا سجود عليه في الأصح وعليه الأكثر . واختار فى الولوالجية وجوب السجود ، وأما إذا عاد وهو إلى القيام أقرب فعليه سجود السهو كما فى نور الإيضاح وشرحه بلا حكاية خلاف فيه

(مالم يستقم قائما) فى ظاهر المذهب،وهو الأصح فتح (وإلا) أى وإن استقام قائما (لا) يعود لاشتغاله بفرض القيام (وسجد للسهو) لترك الواجب (فلو عاد إلى القعود) بعد ذلك (تفسد صلاته) لرفض الفرض لما ليس بفرض ، وصححه الزيلعى (وقيل لا) تفسد لكنه يكون مسيئا ويسجد لتأخير الواجب (وهو الأشبه) كما حققه الكمال وهو الحق بحر ، وهذا فى غير المؤتم ؛ أما المؤتم فيعود

وصحح اعتبار ذلك فى الفتح بما فى الكافى إن استوى النصف الأسفل وظهر بعد منحن فهو أقرب إلى القيام ،وإن لم يستو فهو أقرب إلى القعود .

ثم اعلم أن حالة القراءة تنوب عن القيام فى مريض يصلى بالإيماء ، حتى لو ظن فى حالة التشهد الأول أنها حالة القيام فقرأ ثم تذكر لايعود إلى التشهد كما فى البحر عن الولوالجية (قوله فى ظاهر المذهب الخ) مقابله مافى الهداية : إن كان إلى القعود أقرب عاد ولا سهو عليه فى الأصح ، ولو إلى القيام أقرب فلا وعليه السهو ،وهو مروى عن أبى يوسف ، واختاره مشايخ بخارى وأصحاب المتون كالكنز وغيره ومشى فى نور الإيضاح على الأول كالمصنف تبعاً لمواهب الرحمن وشرحه البرهان . قال : ولصريح مارواه أبو داود عنه صلى الله عليه وسلم « إذا قام الإمام فى الركعتين ، فإن ذكر قبل أن يستوى قائماً فليجلس ، وإن استوى قائماً فلا يجلس ويسجد سجدتى السهو » اه .

قلت : لكن قال فى الحلية : إنه نص فيه يفيد تعين العمل به لولا مافى ثبوته من النظر ، فإن فى سنده جابرا الجعفى من علماء الشيعة جارحوه أكثر من موثقيه . وقال الإمام أبو حنيفة فيه : مارأيت أكذب منه ، فلاجرم أن قال شيخنا فى التقريب رافضى ضعيف انتهى فلا تقوم الحجة بحديثه اه (قوله أى وإن استقام قائما) أفاد أن لافى قوله وإلا نافية داخلة على قوله لم يستقم ، وهو نفى أيضا فكان إثباتا أفاده ط (قوله لترك الواجب)وهو القعود (قوله بعد ذلك) أى بعد مااستقام قائما ، ومثله مالإذا عاد بعد ماصار إلى القيام أقرب على الرواية الأخرى ولذا قال فى البحر : ثم لو عاد فى موضع وجوب عدمه اختلفوا فى فساد صلاته ،فهذه العبارة تصدق على الروايتين (قوله لكنه يكون مسيئا) أى ويأثم كما فى الفتح ، فلوكان إماما لايعود معه القوم تحقيقا للمخالفة ،ويلزمه القيام للحال ،شرح المنية عن القنية (قوله لتأخير الواجب) الأولى أن يقول لتأخير الفرض وهو القيام أو لترك الواجب وهو القعود ط (قوله كما حققه الكمال) أى بما حاصله أن ذلك وإن كان لايحل لكنه بالصحة لايخل ،لما عرف أن زيادة مادون ركعة لايفسد ، وقواه فى شرح المنية بما قدمناه آنفا عن القنية فإنه يفيد عدم الفساد بالعود،وأيده فى البحر أيضا بما فى المعراج عن المجتبى لو عاد بعد الانتصاب مخطئا ، قيل يتشهد لنقضه القيام ، والصحيح لا ، بل يقوم ، ولا ينتقض قيامه بقعود لم يؤمر به كن نقض الركوع لسورة أخرى لاينتقض ركوعه اه . وبحث فيه فى النهر فراجعه (قوله وهو الحق بحر) كأن وجهه مامر عن الفتح ، أو مافى المبتغى من أن القول بالفساد غلط لأنه ليس بترك بل هو تأخير ، كما لوسها عن السورة فركع فإنه يرفض الركوع ويعود إلى القيام ويقرأ،وكالوسها عن القنوت فركع فإنه لو عاد وقنت لاتفسد على الأصح اه لكن بحث فيه فى البحر بإبداء الفرق ،وهو أنه إذاعاد وقرأ السورة صارت فرضا فقد عاد من فرض إلى فرض وكذا فى القنوت ، لأن له شبهة القرآنية أو عاد إلى فرض وهو القيام ، لأن كل فرض طوّله يقع فرضا اه . وأقره فى النهر وشرح المقدسى .

أقول : وفيه نظر ، فإن القنوت الذى قيل إنه كان قرآنا فنسخ هو الدعاء المخصوص وهو سنة ، فلا يلزم قراءته بل قد يقرأ غيره ،وكونه عاد إلى فرض وهو القيام ممنوع بل عاد إلى القيام الذى هو الرفع من الركوع بدليل أن الركوع لم يرتفض بعوده لأجل القنوت ،فكان فيه تأخير الفرض لا تركه ،فهو مثل عوده إلى القعود فى مسألتنا نعم بحثه فى عوده إلى القراءة مسلم ، والله أعلم (قوله وهذا فى غير المؤتم الخ) أى ماذكر من منعه عن العود

حتما وإن خاف فوت الركعة لأن القعود فرض عليه بحكم المتابعة سراج . وظاهره أنه لو لم يعد بطلت بحر . قلت : وفيه كلام . والظاهر أنها واجبة فى الواجب فرض فى الفرض نهر ، ولنا فيها رسالة حافلة فراجعها .

(ولوسها عن القعود الأخير) كله أو بعضه (عاد) ويكفى كون كلا الجلستين قدر التشهد (مالم يقيدهابسجدة لأن مادون الركعة محل الرفض وسجد للسهو لتأخير القعود(وإن قيدها)بسجدة عامدا أو ناسيا أو ساهيا أومخطئا (تحوّل فرضه نفلا برفعه) الجبهة عند محمد ،

إلى القعود بعد القيام ؛ والخلاف فى الفساد لو عاد إنما هو فى الإمام والمنفرد ، أما المقتدى الذى سها عن القعود فقام وإمامه قاعد فإنه يلزمه العود ،لأن قيامه قبل إمامه غير معتبر ، فليس فى عوده رفض الفرض ، بل قال فى شرح المنية عن القنية : إن المقتدى لو نسى التشهد فى القعدة الأولى فذكر بعد ماقام عليه أن يعود ويتشهد ، بخلاف الإمام والمنفرد للزوم المتابعة ، كمن أدرك الإمام فى القعدة الأولى فقعد معه فقام الإمام قبل شروع المسبوق فى التشهد فإنه يتشهد تبعا لتشهد إمامه، فكذا هذا اه (قوله وإن خاف فوت الركعة) أى الثالثة مع الإمام ط (قوله وظاهره) أى تعليل السراج بأن القعود فرض ط وكذا تعليل القنية الذى ذكرناه (قوله والظاهر أنها واجبة الخ)لم يبين حكمها فى السنن ، والظاهر السنية لأن السنن المطلوبة فى الصلاة يستوى فيها الإمام والمنفرد والمقتدى غالبا ، وقوله فرض فى الفرض : معناه أن يأتى بذلك الفرض ولو بعد إتيان الإمام لا قبله ، وليس المراد المشاركة فى جزء منه ط .

قلت : وعلى مااستظهره الشارح تبعا للنهر يشكل العود إلى قراءة التشهد بعد التلبس بالقيام الفرض مع إمامه فتأمل (قوله ولنا فيها رسالة حافلة) لم أطلع عليها ؛ ولكن قدمنا فى آخر واجبات الصلاة شيئا من الكلام على المتابعة بما فيه كفاية إن شاء الله تعالى (قوله ولو سها عن القعود الأخير) أراد به القعود المفروض أو ماكان آخر الصلاة ، فيشمل نحو الفجر ، أفاده فى البحر (قوله كله أو بعضه) كما لو جلس جلسة خفيفة أقل من قدر التشهد وإذا عاد احتسبت له الجلسة الأولى ؛ حتى لو كانت كلتا الجلستين بقدر التشهد ثم تكلم جازت صلاته بحر (قوله مالم يقيدها) أى الركعة التى قام إليها ، واحترز به عما إذا سجد لها بلا ركوع فإنه يعود لعدم الاعتداد بهذا السجود كما فى النهر ، ومقتضاه أنه لا بد من أن يكون قد قرأ فيها . وفى الخلاصة خلافه ،ولذا استشكله فى البحر بأن الركعة فى النفل بلا قراءة غير صحيحة ،فكانت زيادة مادون ركعة وهو غير مفسد . قال فى النهر : إلا أن يفرق بأنه قد عهد إتمام الركعة بلا قراءة كما فى المقتدى ، بخلاف الخالية عن الركوع (قوله وسجد للسهو) لم يفصل بين ما إذا كان إلى القعود أقرب أولا ، وكان ينبغى أن لا يسجد فيما إذا كان إليه أقرب كما فى الأولى لما سبق . قال فى الحواشى السعدية : ويمكن أن يفرق بينهما بأن القريب من القعود وإن جاز أن يعطى له حكم القاعد إلا أنه ليس بقاعد حقيقة ، فاعتبر جانب الحقيقة فيما إذا سها عن القعدة الثانية وأعطى حكم القاعد فى السهو عن الأولى إظهارا للتفاوت بين الواجب والفرض نهر (قوله لتأخير القعود)عال فى الهداية بأنه أخر واجبا فقالوا : أراد به القطعى وهو الفرض ، يعنى القعود الأخير ، وهو أولى من حمله على معناه المشهور ، وكون المراد به السلام أو التشهد وإلا أشكل الفرق المار كما نبه عليه فى النهر (قوله عامدا أو ناسيا) أشار إلى مافى البحر من أنه لا فرق فى عدم البطلان عند العود قبل السجود والبطلان إن قيد بالسجود بين العمد والسهو ، ولذا قال فى الخلاصة : فإن قام إلى الخامسة عامدا أيضا لاتفسد مالم يقيد الخامسة بالسجدة عندنا (قوله عند محمد)ظاهره أنه راجع لكل المتن ، فيكون محمد قائلا بتحولها نفلا ، وليس كذلك لبطلان الفريضة ، وكلما بطل الفرض عنده بطل الأصل ، فتعين أن يكون راجعا لقوله برفعه ، فيكون المتن اختار قول أبى حنيفة وأبى يوسف فى عدم بطلان الأصل

وبه يفتى ، لأن تمام الشيء بآخره ، فلو سبقه الحدث قبل رفعه توضأ وبنى خلافا لأبي يوسف ، حتى قال : زه صلاة فسدت أصلحها الحدث والعبرة للإمام ، حتى لو عاد ولم يعلم به القوم حتى سجدوا لم تفسد صلاتهم مالم يتعمدوا السجود .

وفيه يلغز : أي مصل ترك القعود الأخير وقيد الخامسة بسجدة ولم يبطل فرضه ؟ (وضم سادسة) ولو فى العصر والفجر

وقول محمد إن السجدة لاتتم إلا بالرفع اهـ ح . وعليه فضم السادسة مبنى على قولهما فقط كما نص عليه فى الحلية والبدائع ، معللا ببطلان التحريمة عند محمد ، والإيهام الواقع فى كلام الشارح واقع فى كلام المصنف أيضا ، فالأحسن قول الكنز : بطل فرضه برفعه وصارت نفلا ؛ فقوله برفعه متعلق بقوله بطل (قوله لأن تمام الشيء بآخره) أى والرفع آخر السجدة ، إذ الشيء إنما ينتهى بضده ، ولذا لو سجد قبل إمامه فأدركه إمامه فيه جاز ، ولو تمت بالوضع لما جاز ، لأن كل ركن أداه قبل الإمام لايجوز بحر (قوله فلو سبقه الحدث) أى فى مسألة المتن وهذا بيان لثمرة الخلاف فى أن السجدة هل تتم بالوضع أو بالرفع (قوله توضأ وبنى) لأنه بالحدث بطلت السجدة فكأنه لم يسجد فيتوضأ ويبنى لإتمام فرضه إمداد (قوله حتى قال الخ) وذلك لما عرض قول محمد فيها على قول أبى يوسف قال : زه صلاة فسدت يصلحها الحدث ، وهي بكسر الزاى وسكون الهاء : كلمة تقولها الأعاجم عند استحسان الشيء ، وإنما قالها أبو يوسف على سبيل التهكم والتعجب شرح المنية ، وقيل الصواب بالضم والزاى ليست بخالصة بحر عن المغرب ، وقوله فسدت : أى قاربت الفساد ، أو سماها أبو يوسف فاسدة بناء على مذهبه (قوله والعبرة للإمام) أى فى العود قبل التقييد وفى عدمه ط (قوله لم تفسد صلاتهم) لأنه لما عاد الإمام إلى القعدة ارتفض ركوعه فيرتفض ركوع القوم أيضا تبعا له لأنه مبنى عليه ، فبقى لهم زيادة سجدة وذلك لايفسد الصلاة ، بحر عن المحيط ، وهذا إنما يظهر لو ركع الإمام ؛ فلو عاد قبل الركوع وركع القوم وسجدوا فسدت لزيادتهم ركعة على مايظهر . وفى الفتح : ولا يتابعونه إذا قام ، وإذا عاد لايعيدون التشهد ط (قوله مالم يتعمدوا السجود) قيد به لما فى المجتبى : لو عاد الإمام إلى القعود قبل السجود وسجد المقتدى عمدا تفسد ، وفى السهو خلاف ، والأحوط الإعادة اهـ بحر .

أقول : مقتضى التعليل المار بارتفاض ركوع القوم بارتفاض ركوع الإمام أنه لافرق بين العمد وغيره فليتأمل .

[تتمة] يتفرع أيضا على قوله والعبرة للإمام مافى البحر عن الخانية : لو تشهد المقتدى وسلم قبل أن يقيد الخامسة بالسجدة ثم قيدها بها فسدت صلاتهم جميعا (قوله ولو فى العصر والفجر) بناء على أن المراد بالسادسة ركعة زائدة ، وإلا فهى فى الفجر رابعة ، وأتى بالمبالغة للرد على مافى السراج من استثناء العصر ، ومافى قاضيخان من استثناء الفجر لكراهة التنفل بعدهما . واعترضهما فى البحر بأنه فى المسألة الآتية إذا قعد على الرابعة وقيد الخامسة بسجدة يضم سادسة ولو فى الأوقات المكروهة ، ولا فرق بينهما اهـ .

وأورد فى النهر أيضا أنه إذا لم يقعد وبطل فرضه كيف لا يضم فى العصر ولا كراهة فى التنفل قبله ؟ ثم أجاب بأنه يمكن حمله على ما إذا كان يقضى عصرا أو ظهرا بعد العصر .

[تنبيه] لم يصرح بالمغرب كما صرح بالفجر والعصر مع أنه صرح به القهستانى ، ومقتضاه أنه يضم إلى الرابعة خامسة ، لكن فى الحلية : لايضم إليها أخرى لنصهم على كراهة التنفل قبلها ، وعلى كراهته بالوتر مطلقا اهـ .

قلت : ومقتضاه أنه إذا سجد للرابعة يسلم فورا ولا يقعد لها لئلا يصير متنفلا قبل المغرب . وقد يجاب بما يشير

(إن شاء) لاختصاص الكراهة والإتمام بالقصد (ولا يسجد للسهو على الأصح) لأن النقصان بالفساد لا ينجبر (وإن قعد فى الرابعة) مثلا قدر التشهد (ثم قام عاد وسلم) ولو سلم قائما صح ، ثم الأصح أن القوم ينتظرونه ، فإن عاد تبعوه (وإن سجد للخامسة سلموا) لأنه تم فرضه ، إذ لم يبق عليه إلا السلام (وضم إليها سادسة) لو فى العصر ، وخامسة فى المغرب : ورابعة فى الفجر ، به يفتى (لتصير الركعتان له نفلا) والضم هنا آكد ، ولا عهدة لو قطع ، ولا بأس بإتمامه فى وقت كراهة على المعتمد (وسجد للسهو)

إليه الشارح بأن الكراهة مختصة بالتنفل المقصود ، فلا ضرورة إلى قطع الصلاة بالسلام ؛ وأما أنه لا يضم إليها خامسة ، فظاهر لئلا يكون تنفلا بالوتر ، فالأوجه عدم ذكر المغرب كما فعل الشارح . ثم رأيت فى الإمداد قال : وسكت عن المغرب لأنها صارت أربعا فلا يضم فيها (قوله إن شاء) أشار إلى أن الضم غير واجب بل هو مندوب كما فى الكافى تبعا للمبسوط ، وفى الأصل مايفيد الوجوب ، والأول أظهر كما فى البحر (قوله لاختصاص الكراهة الخ) جواب عما قد يقال إن التنفل بعد العصر والفجر مكروه وفى غيرهما وإن لم يكره ، لكن يجب إتمامه بعد الشروع فيه ، فكيف قلت : ولو بعد العصر والفجر ، وقلت إنه مخير إن شاء ضم وإلا فلا؟ والجواب أنه لم يشرع فى هذا النفل قصدا ، وما ذكرته من الكراهة ووجوب الإتمام خاص بالتنفل قصدا ، لكن الضم هنا خلاف الأولى كما يأتى مايفيده (قوله لأن النقصان) أى الحاصل بترك القعدة لاينجبر بسجود السهو .

فإن قلت : إنه وإن فسد فرضا فقد صح نفلا ومن ترك القعدة فى النفل ساهيا وجب عليه سجود السهو فلماذا لم يجب عليه السجود نظرا لهذا الوجه . قلت : إنه فى حال ترك القعدة لم يكن نفلا ، إنما تحققت النفلية بتقييد الركعة بسجدة والضم ؛ فالنفلية عارضة ط (قوله مثلا) أى أو قعد فى ثالثة الثلاثى أو فى ثانية الثنائى ح (قوله ثم قام) أى ولم يسجد (قوله عاد وسلم) أى عاد للجلوس ، لما مر أن مادون الركعة محل للرفض . وفيه إشارة إلى أنه لايعيد التشهد ، وبه صرح فى البحر : قال فى الإمداد : والعود للتسليم جالسا سنة ، لأن السنة التسليم جالسا والتسليم حالة القيام غير مشروع فى الصلاة المطلقة بلا عذر ، فيأتى به على الوجه المشروع ؛ فلو سلم قائما لم تفسد صلاته وكان تاركا للسنة اه (قوله ثم الأصح الخ) لأنه لااتباع فى البدعة ، وقيل يتبعونه مطلقا عاد أولا (قوله فإن عاد) أى قبل أن يقيد الخامسة بسجدة تبعوه : أى فى السلام (قوله إذ لم يبق عليه إلا السلام) أشار به إلى أن معنى تمام فرضه عدم فساده ، وإلا فصلاته ناقصة كما يأتى فى قوله لنقصان فرضه بتأخير السلام ، إليه أشار فى البحر ح (قوله وضم إليها سادسة) أى ندبا على الأظهر ، وقيل وجوبا ح عن البحر (قوله لو فى العصر الخ) أشار إلى أنه لافرق فى مشروعية الضم بين الأوقات المكروهة وغيرها ، لما مر أن التنفل فيها إنما يكره لو عن قصد وإلا فلا ، وهو الصحيح زيلعى وعليه الفتوى مجتبى ، وإلى أنه كما لايكره فى العصر لايكره فى الفجر خلافا للزيلعى ، ولذا سوى بينهما فى الفتح ، وصرح فى التجنيس بأن الفتوى على أنه لافرق بينهما فى عدم كراهة الضم (قوله والضم هنا آكد) لأن فرضه قد تم ، فلو قطع هاتين الركعتين بأن لايسجد للسهو لزم ترك الواجب ؛ ولو جلس من القيام وسجد للسهو لم يؤد سجود السهو على الوجه المسنون ، فلا بد من ضم سادسة ويجلس على الركعتين ويسجد للسهو ؛ بخلاف المسألة الأولى ، لأن الفرضية لم تبق ليحتاج إلى تدارك نقصانها ح عن الدرر (قوله ولا عهدة لو قطع) أى لايلزمه القضاء لو لم يضم وسلم ، لأنه لم يشرع به مقصودا كما مر (قوله ولا بأس الخ) أى لو ضم فى وقت مكروه كالعصر والفجر ، وقيل يكره . والمعتمد المصحح أنه لابأس به . قال فى البحر : بمعنى أن الأولى تركه فظاهره أنه لم يقل أحد بوجوبه ولا باستحبابه اه .

فى الصورتين ، لنقصان فرضه بتأخير السلام فى الأولى وتركه فى الثانية (و) الركعتان (لاينوبان عن السنة الراتبة) بعد الفرض فى الأصح ، لأن المواظبة عليهما إنما كانت بتحريمة مبتدأة ، ولو اقتدى به فيهما صلاهما أيضا ، وإن أفسد قضاهما به يفتى نقاية :

(ولو ترك القعود الأول فى النفل سهوا سجد ولم تفسد استحسانا) لأنه كما شرع ركعتين شرع أربعة أيضا ، وقدمنا أنه يعود مالم يقيد الثالثة بسجدة ، وقيل لا (وإذا صلى ركعتين) فرضا أو نفلا (وسها فيهمافسجد له بعدالسلام

وقد يقال : إن الوقت المكروه لما كان مظنة أن يتوهم أن فى الصلاة فيه بأسا صرحوا بنفى البأس لذلك لا لكون الأولى تركها ، بل الأولى فعلها ، بدليل قولهم : لو تطوّع فصلى ركعة فطلع الفجر فالأولى أن يتمها ، لأنه لم يتنفل بعد الفجر قصدا ، إلا أن يفرق بأن ابتداء الشروع فى التطوّع هنا مقصود فكانت له حرمة ، بخلافه فى مسألتنا ، لكن قد يقال : إن عدم الإتمام هنا يلزم منه ترك السجود الواجب أو فعله لا على الوجه المسنون كما مر فى علة كون الضم هنا آكد ، وعلى هذا فالضم فى المسألة الأولى فى الأوقات المكروهة خلاف الأولى لأنه لا سجود سهو فيها كما مر (قوله فى الصورتين) أى ما إذا لم يسجد للخامسة أو سجد (قوله وتركه فى الثانية) أى ترك سلام الفرض الخاص به ، وهو مالا يكون بينه وبين قعدة الفرض صلاة ، وههنا وإن كان سلامه على رأس الست مخرجا من جميع الصلاة ، لكن فاته السلام المخصوص اهـ ح (قوله والركعتان الخ) لم يذكر حكم ما تحولَ نفلا فى المسألة الأولى هل ينوب عن قبلية الظهر إذا لم يكن صلاها . قال بعض الفضلاء : نعم . واعترض بما ذكر فى تعليل المسألة هنا ، وفيه نظر ، لأن الشروع فيما مر كان بتحريمة مبتدأة غايته أنه انقلب فيه وصف ما شرع فيه قصدا إلى النفلية ، بخلاف الركعتين هنا فإنه لم يشرع فيهما قصدا ولا وجدت لهما تحريمة مبتدأة ، وقد مر فى باب النوافل أنه لو صلى ركعتين من التهجد فظهر وقوعهما بعد طلوع الفجر أجزأتاه عن سنة الفجر فى الصحيح ، بخلاف مالو صلى أربعا فظهر وقوع ركعتين منهما بعد الفجر لأنهما ليستا بتحريمة مبتدأة فتأمل (قوله ولو اقتدى به الخ) أى لو اقتدى شخص بالذى قعد على الرابعة ثم قام وضم سادسة صلاهما : أى الركعتين أيضا : أى مع الأربع . والأولى أن يقول : صلى الأربع أيضا ، لأن صلاة الركعتين محل وفاق ؛ فعند أبى يوسف يصلى ركعتين فقط بناء على أن إحرام الفرض انقطع بالانتقال إلى النفل : وعند محمد ستا وهو الأصح ، لأنه لو انقطعت التحريمة لاحتاج إلى تكبيرة جديدة فصار شارعا فى الكل ح عن البحر ملخصا (قوله وإن أفسد) أى المقتدى الركعتين قضاهما فقط ، لأنه شرع فى هذا النفل قصدا فكان مضمونا عليه ، بخلاف الإمام لشروعه فيه ساهيا ، وهذا كله فيما إذا قعد الإمام فى الرابعة ، فإن لم يقعد يصلى المقتدى ستا ، كما إذا أفسدهما كما فى القهستانى عن المحيط ، لأنه التزم صلاة الإمام وهى ست ركعات نفلا كما فى البحر :

[تتمة] لو اقتدى به مفترض فى قيام الخامسة بعد القعود قدر التشهد لم يصح ولو عاد إلى القعدة ، لأنه لما قام إلى الخامسة فقد شرع فى النفل ، فكان اقتداء المفترض بالمتنفل ولو لم يقعد قدر التشهد صح الاقتداء ، لأنه لم يخرج من الفرض قبل أن يقيدها بسجدة ، بحر عن السراج (قوله سهوا) قيد بالنظر إلى قوله سجد لا إلى قوله ولم تفسد ، وهذه المسألة تقدمت بعينها فى باب النوافل ح ، وقدمنا الكلام عليها هناك فراجعه (قوله وقدمنا) أى عند قول المتن سها عن القعود الأول (قوله وقيل لا) أى لا يعود بعد ما استتم قائما كالفرض ، وقدمنا أنه فى التتارخانية صححه . قال فى شرح المنية : والخلاف فيما إذا أحرم بنية الأربع ، فإن نوى ثنتين عاد اتفاقا (قوله فسجد له) أى للسهو (قوله بعد السلام) وكذا قبله كما يفيده ما يذكره من التعليل ، وكأن المصنف قيد به تبعا

ثم شفع عليه لم يكن له ذلك البناء) أى يكره له تحريما ، أراد بناء لئلا يبطل سجوده بلا ضرورة (بخلاف المسافر) إذا نوى الإقامة ، لأنه لو لم يبن بطلت (ولو فعل ماليس له) من البناء (صح) بناؤه (لبقاء التحريمة ويعيد) هو والمسافر (سجود السهو على المختار) لبطلانه بوقوعه فى خلال الصلاة (سلام من عليه سجود سهو يخرجه) من الصلاة خروجا (موقوفا) إن سجد عاد إليها وإلا لا وعلى هذا (فيصح) الاقتداء به ويبطل وضوءه بالقهقهة ، ويصير فرضه أربعا بنية الإقامة (إن سجد) للسهو فى المسائل الثلاث (وإلا) وإلا يسجد (لا) تثبت الأحكام المذكورة ، كذا فى عامة الكتب ،

للخلاصة ، لكونه السنة فى محل السجود عندنا ، لا لكون البعدية أولى كما قيل فافهم (قوله عليه) أى على ماصلى ط (قوله تحريما) لما يأتى من أن نقض الواجب لايجوز (قوله لئلا يبطل سجوده الخ) ونقض الواجب وإبطاله لايجوز إلا إذا استلزم تصحيحه نقض ماهو فوقه ، بحر عن الفتح : أى كما فى مسألة المسافر الآتية . قال ح : قال شيخنا : هذا فى البناء على النفل . وأما البناء على الفرض ففيه كراهتان أخريان : والأولى تأخير سلام المكتوبة الثانية الدخول فى النفل بلا تحريمة مبتدأة اهـ . قال ط : وهذا الأخير يظهر أيضا فى بناء النفل على مثله إذا كان نوى أولا ركعتين اهـ تأمل (قوله بخلاف المسافر الخ) أى لو كان مسافرا فسجد للسهو ثم نوى الإقامة فله ذلك ، لأنه لو لم يبن وقد لزم الإتمام بنية الإقامة بطلت صلاته ، وفى البناء نقض الواجب وهو أدنى فيتحمل دفعا للأعلى بحر (قوله ويعيد هو) أى من ليس له البناء ، وهو بإطلاقه يشمل المفترض ، ويخالفه ماقدمه أول الباب عن القنية ، من أنه لو بنى النفل على فرض سها فيه لم يسجد ، وقدمنا الكلام عليه (قوله والمسافر) الأولى أن يقول كالمسافر ، لئلا يوهم قوله على المختار إن فيه خلافا مع أنه خلاف مايفهم من البحر ، أفاده ط . قلت : بل صرح به فى الإمداد (قوله على المختار) وقيل لايعيده ، لأنه وقع جابرا حين وقع فيعتد به ح عن الإمداد (قوله يخرجه من الصلاة الخ) هذا عندهما ، وأما عند محمد فإنه لايخرجه منها أصلا ، كما فى البحر وغيره (قوله إن سجد عاد الخ) أفاد أن معنى التوقف أنه يخرجه منها من كل وجه على احتمال أن يعود إلى حرمتها بالسجود بعد خروجه منها . ولهم فيه تفسير آخر وهو أنه قبل السجود يتوقف على ظهور عاقبته ، إن سجد تبين أنه لم يخرجه ، وإن لم يسجد تبين أنه أخرجه من وقت وجوده ، وتمامه فى الفتح (قوله بنية الإقامة) أى بعد السلام وقبل السجود كما هو فرض المسألة ، أما قبل السلام فلا شك فى أنه يصير فرضه أربعا ، لأنه لم يخرج من حرمة الصلاة اتفاقا ، وكذا بعد السلام والسجود ، لأنه فى حرمة الصلاة اتفاقا ؛ أما على قول محمد فظاهر ، وأما على قولهما فلأنه عاد إلى حرمتها بالسجود ، وهذه المسألة الأخيرة هى التى تقدمت فى قوله بخلاف المسافر (قوله كذا فى عامة الكتب) فى بعض النسخ : كذا فى غاية البيان وهى الصواب لأن المذكور فى عامة الكتب كالهداية وشروحها والكافى وقاضيخان وغيرها عدم انتقاض الطهارة ، وعدم صيرورة الفرض أربعا عندهما من غير تفصيل بين العود إلى السجود وعدمه .

وإنما ذكروا هذا التفصيل فى مسألة الاقتداء فقط لعدم إمكانه فى غيرها ؛ أما إجراء التفصيل فى المسائل الثلاث كما فعل المصنف ، فهو مذكور فى غاية البيان ، كما نقله عنها فى البحر ، وكذا فى متن الوقاية والدرر والملتقى ، وقد نبه غير واحد على غلطهم ، وكذا قال القهستانى : إن ماسوى مسألة الاقتداء ليس من فروع الخلاف ، إلا إذا سقط الشرطيتان . وفى الوقاية هنا سهو مشهور اهـ . وأراد بالشرطيتين قوله إن عاد إلى السجود وإلا فلا .

والحاصل أن الصواب فى التعبير أن يقول كما قال ابن الكمال سلام من عليه السهو يخرجه منها خروجا موقوفا عندهما خلافا لمحمد ، فيصح الاقتداء به إن سجد بعد وإلا فلا ، ولا يبطل وضوءه بالقهقهة ، ولا يصير فرضه

وهو غلط فى الأخيرتين . والصواب أنه لايبطل وضوءه ولا يتغير فرضه سجد أولا ، لسقوط السجود بالقهقهة وكذا بالنية ، لئلا يقع فى خلال الصلاة ، وتمامه فى البحر والنهر

أربعا بنية الإقامة اهـ . وعند محمد يصح الاقتداء مطلقا ، ويبطل الوضوء ويصير الفرض أربعا ، فالخلاف فى المسائل الثلاث . لكن المسألة الأولى عندهما على التفصيل المذكور دون الأخيرتين ، فإجراء التفصيل فى المسائل الثلاث كما فعل المصنف غلط مخالف لعامة الكتب (قوله وهو غلط فى الأخيرتين الخ) أى ذكر الشرطيتين ، وهما قوله إن سجد وإلا لاغلط فى المسألتين الأخيرتين ، لأنه عندهما لاتفصيل فيهما ، وإنما التفصيل المذكور فى الأولى فقط كما ذكرنا . أما فى القهقهة فلأنها أوجبت سقوط السجود عند الكل ، لفوات حرمة الصلاة لأنها كلام ، فالحكم النقض عنده وعدمه عندهما كما صرح به فى المحيط وشرح الطحاوى بحر أى لأنه عند محمد لم يخرج بالسلام عن حرمة الصلاة فانتقضت طهارته . وعندهما خرج من كل وجه ، ولا يمكنه أن يعود إلى الصلاة بالسجود لوجود المنافى وهو القهقهة ، لأنها كلام ، كما لو سلم وأحدث عمدا بعده فإن سلامه لم يبق موقوفا بعد الحدث . وأما فى نية الإقامة ، فقال فى المحيط وغيره : إنه لايتغير فرضه ، ويسقط عنه سجود السهو . وفى المعراج سواء سجد أولا ، لأنه لو تغير به لصحت نيته قبله ، ولو صحت لو قعت السجدة فى وسط الصلاة ولا يعتد بها فصار كأنه لم يسجد أصلا ، فلو صحت لصحت بلا سجود بحر ونهر .

وحاصله أنه لو صح سجوده لبطل ، ومايؤدى تصحيحه إلى إبطاله فهو باطل . وفيه دور أيضا ، يوضحه مافى البزازية أنه عندهما خرج من الصلاة ولا يعود إلا بعوده إلى سجود السهو ، ولايمكنه العود إليه إلا بعد تمام الصلاة ولا يمكنه إتمام الصلاة إلا بعد العود إلى السجود فجاء الدور . قال : وبيانه أنه لايمكنه العود إلى سجوده لأن سجوده ما يكون جابرا ، والجابر بالنص هو الواقع فى آخر الصلاة ولا آخر لها قبل التمام ، فقلنا بأنه تمت صلاته وخرج منها قطعا للدور اهـ .

والحاصل أنه حيث لم يمكنه العود إلى السجود لما علمته لم يمكن عوده إلى الصلاة فبقى خارجا منها بالسلام خروجا باتا ، حتى لو سجد وقع لغوا كما لوسجد بعد القهقهة فى المسألة التى قبلها أو بعد الحدث العمد ، ولذا صرح الكمال وغيره من الشراح كصاحب النهاية والعناية وقاضيخان بأنه لايتغير فرضه بنية الإقامة ، لأن النية لم تحصل فى حرمة الصلاة ، فقد ظهر لك بهذا التقرير سقوط ماذكره فى الإمداد منتصرا لما فى غاية البيان فى هذه المسألة بما حاصله أن عدم صحة نية الإقامة إنما هو على تقدير عدم السجود وهو قد سجد ، فتصح نيته لما فى الدراية إذا سجد فنوى الإقامة صحت اهـ فكذلك هنا ، وإلا لزم التناقض . وقول الكمال : إن النية لم تحصل فى حرمة الصلاة غير مسلم ، لتصريحه بأن سلام من عليه السهو لايخرجه منها ، ويلزم صاحب البحر فى قوله لئلا يقع فى خلال الصلاة أن نية الإقامة بعد سجوده لاتصح لوقوع السجود فى خلال الصلاة مع اتفاقهم على صحتها .

أقول : والجواب ماتحققته من أنه إذا سجد وقع لغوا ، فكأنه لم يسجد ، فلم يعد إلى حرمة الصلاة ، فلم تصح نيته ، بخلاف مافى الدراية . فإنه إذا سجد أولا عاد إليها فصحت نيته ، بخلاف ما إذا نوى أولا ثم سجد فإنه لايعود إليها لما علمته من الدور واستلزام صحة السجود بطلانه ، فلا تناقض بين المسألتين . وأما ماذكره الكمال فقد صرح به غيره كما علمت ، وتصريحه بأن سلام من عليه السهو لايخرجه منها : أى خروجا باتا ، بل يخرجه على احتمال العود إن أمكن ، وهنا لم يمكن للمحذور المذكور ، وقوله لم تصح نية الإقامة بعد السجود ويلغو السجود لوقوعه فى خلال الصلاة صحيح ، لأن إلغاء السجود فيه لم يكن بسبب إيجابه المقتضى للدور كما فى مسألتنا ، بل بسبب تصحيح النية

(ويسجد للسهو ولو مع سلامه) ناويا (للقطع) لأن نية تغيير المشروع لغو (مالم يتحول عن القبلة أو يتكلم) لبطلان التحريمة ، ولو نسى السهو أو سجدة صلبية أو تلاوية يلزمه ذلك مادام فى المسجد .

(سلم مصلى الظهر) مثلا (على) رأس (الركعتين توهما) إتمامها (أتمها) أربعا (وسجد للسهو) لأن السلام

فيه الموجبة للإتمام ، وتصحيح النية فيه لايستدعى إيجاب السجود . بخلاف مسألتنا فإن فيها يلزم من صحة النية أن تصح بلا سجود لوقوعه فى وسط الصلاة . ومع عدم السجود لايعود إلا حرمة الصلاة ،وإذا لم يعد إليها لم تصح نية الإقامة ، فيلزم الدور وبعد تقرير هذا الجواب بما ذكرنا . رأيت شيخ مشايخنا الرحمتى ذكر نحوه ولله الحمد فافهم (قوله ويسجد للسهو ولو مع سلامه للقطع) أي قطع الصلاة وعدم العود إليها بالسجود . قيد بالسهو لأنه لو سلم ذاكرا أن عليه سجدة تلاوة أو قراءة التشهد الأخير سقطت عنه ،لأن سلامه عمد فيخرجه من الصلاة . ولا تفسد صلاته لأنه لم يبق عليه ركن من أركان الصلاة بل تكون ناقصة لترك الواجب . وكذا لو سلم وعليه تلاوية وسهوية ذاكرا لها أو للتلاوية سقطتا إلا إذا تذكر أنه لم يتشهد؛ولو سلم وعليه صلبية فقط أو صلبية وسهوية ذاكرا لها أو للصلبية فقط فسدت صلاته ؛ ولو عليه تلاوية أيضا فسلم ذاكرا لها أو للصلبية فسدت أيضا ، وهذا فى الصلبية ظاهر لأنها ركن . وأما فى التلاوية فمقتضى مامر أنها لاتفسد وهو رواية أصحاب الإملاء عن أبى يوسف . لأن سلامه فى حق الركن سلام سهو ، وفى حق الواجب سلام عمد، وكلاهما لايوجب فساد الصلاة . لكن ظاهر الرواية أنها تفسد ، لأن سلام السهو لايخرج ، وسلام العمد يخرج ، فترجح جانب الخروج احتياطا . وما أحسن قول محمد فسدت فى الوجهين : أى فى تذكر التلاوية أو الصلبية ، لأنه لا يستطيع أن يقضى التى كان ذاكرا لها بعد التسليم ،وإذا جعل عليه قضاء التى كان ناسيا لها وجب أن يقضى التى كان ذاكرا لها، وتمام ذلك فى الفتح والبدائع (قوله لبطلان التحريمة) أى بالتحوّل أو التكلم ، وقيل لايقطع بالتحوّل مالم يتكلم أو يخرج من المسجد كما فى الدرر عن النهاية إمداد (قوله ولو نسى السهو الخ) أو فى كلامه مانعة الخلو فيصدق بسبع صور : وهى مالو كان عليه سهوية فقط ، أو صلبية فقط أو تلاوية فقط ، أو كان عليه الثلاثة أو اثنتان منها : أى صلبية مع تلاوية أو سهوية مع إحداهما ، ففى هذه كلها إذا سلم ناسيا لما عليه كله أو لما سوى السهوية لايعد سلامه قاطعا : فإذا تذكر يلزمه ذلك الذى تذكره ويرتب بين السجدات ، حتى لو كان عليه تلاوية وصلبية يقضيهما مرتبا : وهذا يفيد وجوب النية فى المقضى من السجدات كما ذكره فى الفتح ، ثم يتشهد ويسلم ثم يسجد للسهو . وقيدنا بقولنا أو لما سوى السهوية لأنه لو سلم ذاكرا لها ناسيا لغيرها يلزمه أيضا ، لأن السلام مع تذكر سجود السهو لا يقطع . بخلاف تذكر غيرها فإنه يقطع على التفصيل المار قبل ذلك فافهم (قوله مادام فى المسجد) أى وإن تحول عن القبلة استحسانا ، لأن المسجد كله فى حكم مكان واحد ولذا صح الاقتداء فيه وإن كان بينهما فرجة . وأما إذا كان فى الصحراء فإن تذكر قبل أن يجاوز الصفوف من خلفه أو يمينه أو يساره عاد إلى قضاء ما عليه ، لأن ذلك الموضع ملحق بالمسجد،وإن مشى أمامه فالأصح اعتبار موضع سجوده أو سترته إن كان له سترة بين يديه كما فى البدائع والفتح .

[تنبيه] قال هنا مادام فى المسجد وفيما قبله مالم يتحول عن القبلة ،ولعل وجه الفرق أن السلام هنا لما كان سهوا لم يجعل مجرد الانحراف عن القبلة مانعا ؛ولما كان فيما قبله عمدا جعل مانعا على أحد القولين ،وهو مامشى عليه المصنف لما فى البدائع من أن السجود لايسقط بالسلام ولو عمدا إلا إذا فعل فعلا يمنعه من البناء بأن تكلم أو قهقه أو أحدث عمدا أو خرج من المسجد أو صرف وجهه عن القبلة وهو ذاكر له لأنه فات محله وهو تحريمة الصلاة فسقط ضرورة فوات محله اه تأمل (قوله توهما) أى ذا توهم أو متوهما (قوله أتمها أربعا) إلا إذا سلم قائما فى غير جنازة كما قدمه

ساهيا لايبطل ، لأنه دعاء من وجه (بخلاف مالو سلم على ظن) أن فرض الظهر ركعتان ، بأن ظن (أنه مسافر أو أنها الجمعة أو كان قريب عهد بالإسلام فظن أن فرض الظهر ركعتان أو كان فى صلاة العشاء فظن أنها التراويح فسلم) أو سلم ذاكرا أن عليه ركنا حيث تبطل لأنه سلام عمد . وقيل لاتبطل حتى يقصد به خطاب آدمى (والسهو فى صلاة العيد والجمعة والمكتوبة والتطوع سواء) والمختار عند المتأخرين عدمه فى الأولين لدفع الفتنة كما فى جمعة البحر ، وأقره المصنف ، وبه جزم فى الدرر .

(وإذا شك) فى صلاته (من لم يكن ذلك) أى الشك (عادة له) وقيل من لم يشك فى صلاة قط بعد بلوغه

فى مفسدات الصلاة ؛ لأن القيام فى غير الجنازة ليس مظنة للسلام فلا يغتفر السهو فيه (قوله لأنه دعاء من وجه) أى فلذا خالف الكلام حيث كان مبطلا ولو ساهيا (قوله لأنه سلام عمد) استشكل العلامة المقدسى الفرق بينه وبين ماقبله فإنه عمد أيضا .

قلت : وذكر فى شرح المنية الفرق بأنه فى الأول سلم على ظن إتمام الأربع فيكون سلامه سهوا ، وهنا سلم عالما بأنه صلى ركعتين فوقع سلامه عمدا فيكون قاطعا فلا يبنى اه . وفى التتارخانية أن السهو وإن وقع فى أصل الصلاة أوجب فسادها ، وإن فى وصفها فلا ، فالأول كما إذا سلم على الركعتين على ظن أنه فى الفجر أو الجمعة أو السفر ، والثانى كما إذا سلم عليهما على ظن أنها رابعة اه أى لأن العدد بمنزلة الوصف .

والحاصل أنه إذا ظن أنها الفجر مثلا يكون قاصدا لإيقاع السلام على رأس الركعتين فيكون متعمدا للخروج قبل إتمام الصلاة التى شرع فيها ، بخلاف ما إذا سلم على ظن الإتمام فإنه لم يتعمد إلا إيقاعه بعد الأربع ، فوقع قبلها سهوا ؛ وبالجملة فالسلام من حيث ذاته عمد فيهما ، ومن حيث محله مختلف فتدبر (قوله وقيل لاتبطل الخ) ذكره فى البحر بحثا أخذا مما فى المجتبى : لو سلم المصلى عمدا قبل التمام ، قيل تفسد ، وقيل لا حتى يقصد به خطاب آدمى اه فقال فى البحر : فينبغى أن لاتفسد فى هذه المسائل على القول الثانى اه ومثله فى النهر . قال الشيخ إسمعيل وهو ظاهر ، والأول المجزوم به فى كتب عديدة معتمدة اه (قوله عدمه فى الأولين) الظاهر أن الجمع الكثير فيما سواهما كذلك كما بحثه بعضهم ط وكذا بحثه الرحمتى ، وقال خصوصا فى زماننا . وفى جمعة حاشية أبى السعود عن العزمية أنه ليس المراد عدم جوازه ، بل الأولى تركه لئلا يقع الناس فى فتنة اه(قوله وبه جزم فى الدرر) لكنه قيده محشيها الوانى بما إذا حضر جمع كثير ، وإلا فلا داعى إلى الترك ط (قوله وإذا شك) هو تساوى الأمرين بحر وقدمناه (قوله فى صلاته) قال فى فتح القدير : قيد به ، لأنه لوشك بعد الفراغ منها أو بعد ماقعد قدر التشهد لايعتبر إلا إذا وقع فى التعيين فقط ، بأن تذكر بعد الفراغ أنه ترك فرضا وشك فى تعيينه ، قالوا : يسجد سجدة ثم يقعد ثم يصلى ركعتين بسجدتين ثم يقعد ثم يسجد للسهو لاحتمال أن المتروك الركوع فيكون السجود لغوا بدونه ، فلا بد من ركعة بسجدتين اه. قال فى البحر : ولا حاجة إلى هذا الاستثناء ، لأن الكلام فى الشك بعد الفراغ وهذا تيقن ترك ركن غير أنه شك فى تعيينه ، نعم يستثنى مافى الخلاصة : لو أخبره عدل بعد السلام أنك صليت الظهر ثلاثا وشك فى صدقه يعيد احتياطا ، لأن الشك فى صدقه شك فى الصلاة (قوله من لم يكن ذلك عادة له) هذا قول شمس الأئمة السرخسى واختاره فى البدائع ، ونص فى الذخيرة على أنه الأشبه . قال فى الحلية : وهو كذلك . وقال فخر الإسلام : من لم يقع له فى هذه الصلاة ، واختاره ابن الفضل (قوله وقيل الخ) ثمرة الخلاف تظهر فيما لوسها فى صلاته أول مرة واستقبل ثم لم يسه سنين ثم سها ، فعلى قول السرخسى يستأنف ، لأنه لم يكن من عادته وإنما حصل له مرة واحدة ، والعادة إنما هى من المعاودة أى والشرط أن لا يكون معتادا له قبل هذه الصلاة ، وكذا على قول

وعليه أكثر المشايخ بحر عن الخلاصة (كم صلى استأنف) بعمل مناف وبالسلام قاعدا أولى لأنه المحل (وإن كثر) شكه (عمل بغالب ظنه إن كان) له ظن للحرج (وإلا أخذ بالأقل) لتيقنه (وقعد فى كل موضع توهمه موضع قعوده) ولو واجبا لئلا يصير تاركا فرض القعود أو واجبه (و) اعلم أنه (إذا شغله ذلك) الشك فتفكر (قدر

فخر الإسلام، خلافا لما وقع فى السراج من أنه يتحرى كما يتحرى على القول الثالث كما فى البحر . وفى عبارة النهر هنا سهو فاجتنبه (قوله كم صلى) أشار بالكمية إلى أن الشك فى العدد، فلو فى الصفة كما لو شك فى ثانية الظهر أنه فى العصر وفى الثالثة أنه فى التطوع وفى الرابعة أنه فى الظهر، قالوا: يكون فى الظهر، ولا عبرة بالشك وتمامه فى البحر (قوله استأنف بعمل مناف الخ) فلا يخرج بمجرد النية، كذا قالوا . وظاهره أنه لابد من العمل فلو لم يأت بمناف وأكملها على غالب ظنه لم تبطل إلا أنها تكون نفلا ويلزمه أداء الفرض، ولو كانت نفلا ينبغى أن يلزمه قضاؤه وإن أكملها لوجوب الاستئناف عليه بحر، وأقره فى النهر والمقدسى (قوله وإن كثر شكه) بأن عرض له مرتين فى عمره على ماعليه أكثرهم، أو فى صلاته على مااختاره فخر الإسلام . وفى المجتبى: وقيل مرتين فى سنة، ولعله على قول السرخسى بحر ونهر (قوله للحرج) أى فى تكليفه بالعمل باليقين (قوله وإلا) أى وإن لم يغلب على ظنه شئ، فلو شك أنها أولى الظهر أو ثانيته يجعلها الأولى ثم يقعد لاحتمال أنها الثانية ثم يصلى ركعة ثم يقعد لما قلنا ثم يصلى ركعة ويقعد لاحتمال أنها الرابعة ثم يصلى أخرى ويقعد لما قلنا، فيأتى بأربع قعدات قعدتان مفروضتان وهما الثالثة والرابعة، وقعدتان واجبتان؛ ولو شك أنها الثانية أو الثالثة أتمها وقعد ثم صلى أخرى وقعد ثم الرابعة وقعد، وتمامه فى البحر وسيذكر عن السراج أنه يسجد للسهو (قوله ولو واجبا) معطوف على محذوف أى فرضا كان القعود ولو واجبا أو إذا كان فرضا ولو واجبا فكذلك على حذف جواب لو الشرطية فالتعليل ناظر إلى المذكور والمحذوف .

هذا وقول الهداية والوقاية يقعد فى كل موضع يتوهم أنه آخر صلاته يدل على أنه لايقعد على الثانية والثالثة، ولذا نسبه فى الفتح إلى القصور . واعتذر عنه فى البحر بأن فيه خلافا فلعله بناه على أحد القولين وإن كان الظاهر القعود مطلقا اهـ .

قلت: لكن فى القهستانى عن المضمرات أن الصحيح أنه لا يقعد على الثانية والثالثة لأنه مضطر بين ترك الواجب وإتيان البدعة، والأول أولى من الثانى، ثم قال: لكن فيه اختلاف المشايخ اهـ .

أقول: يؤيد مافى الفتح ماصرحوا به فى عدة كتب أن ماتردد بين البدعة والواجب يأتى به احتياطا، بخلاف ماتردد بين البدعة والسنة (قوله واعلم الخ) قال فى المنية وشرحها الصغير: ثم الأصل فى التفكر أنه إن منعه عن أداء ركن كقراءة آية أو ثلاث أو ركوع أو سجود أو عن أداء واجب كالقعود يلزمه السهو لاستلزام ذلك ترك الواجب وهو الإتيان بالركن أو الواجب فى محله وإن لم يمنعه عن شئ من ذلك بأن كان يؤدى الأركان ويتفكر لايلزمه السهو . وقال بعض المشايخ: إن منعه التفكر عن القراءة أو عن التسبيح يجب عليه سجود السهو وإلا فلا، فعلى هذا القول لو شغله عن تسبيح الركوع وهو راكع مثلا يلزمه السجود . وعلى القول الأول لايلزمه وهو الأصح اهـ وبه علم أن قول المصنف ولاتسبيح مبنى على خلاف الأصح وقول البعض ودخل فى قوله أو عن أداء واجب مالو شغله عن السلام لما فى الظهيرية: لو شك بعد ماقعد قدر التشهد أصلى ثلاثا أو أربعا حتى شغله ذلك عن السلام ثم استيقن وأتم صلاته فعليه السهو اهـ . وعلله فى البدائع بأنه أخر الواجب وهو السلام اهـ . وظاهره لزوم السجود وإن كان مشتغلا بقراءة الأدعية أو الصلاة، وهو مبنى على ماقاله شمس الأئمة، من أنه ليس المراد

أداء ركن ولم يشتغل حالة الشك بقراءة ولا تسبيح) ذكره فى الذخيرة (وجب عليه سجود السهو فى) جميع (صور الشك) سواء عمل بالتحرى أو بنى على الأقل فتح لتأخير الركن . لكن فى السراج أنه يسجد للسهو فى أخذ الأقل مطلقا ، وفى غلبة الظن إن تفكر قدر ركن .

[فروع] أخبره عدل بأنه ماصلى أربعا وشك فى صدقه وكذبه أعاد احتياطا . ولو اختلف الإمام والقوم ، فلو الإمام على يقين لم يعد وإلا أعاد بقولهم .

أن يشغله التفكر عن ركن أو واجب فإن ذلك يوجب سجدتى السهو بالإجماع ، وإنما المراد به شغل قلبه بعد أن تكون جوارحه مشغولة بأداء الأركان ، ومثله مافى الذخيرة ، من أنه لو كان فى ركوع أو سجود فطول فى تفكره وتغير عن حاله بالتفكر فعليه سجود السهو استحسانا ، لأنه وإن كان تفكره ليس إلا إطالة القيام أو الركوع أو السجود ، وهذه الأذكار سنة لكنه أخر واجبا أو ركنا لا بسبب إقامة السنة بل بسبب التفكر ، وليس التفكر من أعمال الصلاة اهـ .

قلت ، والحاصل أنه اختلف فى التفكر الموجب للسهو ، فقيل مالزم منه تأخير الواجب أو الركن عن محله بأن قطع الاشتغال بالركن أو الواجب قدر أداء ركن وهو الأصح ، وقيل مجرد التفكر الشاغل للقلب وإن لم يقطع الموالاة ، وهذا كله إذا تفكر فى أفعال هذه الصلاة ، أما لو تفكر فى صلاة قبلها هل صلاها أم لا ، ففى المحيط أنه ذكر فى بعض الروايات أنه لاسهو عليه . وإن أخر فعلا ، كما لو تفكر فى أمر من أمور الدنيا حتى أخر ركنا وفى رواية يلزمه لتمكن النقص فى صلاته لأنه يجب عليه حفظ تلك الصلاة حتى يعلم جواز صلاته هذه بخلاف أعمال الدنيا فإنه لم يجب عليها حفظها . واستظهر فى الحلية هذه الرواية ، وأنه لو لزم ترك الواجب بالتفكر فى أمور الدنيا يلزمه السجود أيضا . واستظهر أيضا القول الأول بأن الملزم للسجود ماكان فيه تأخير الواجب أو الركن عن محله ، إذ ليس فى مجرد التفكر مع الأداء ترك واجب ، وتمام الكلام فيها وفى فتاوى العلامة قاسم (قوله سواء عمل بالتحرى) اى بأن غلب على ظنه أنها الركعة الثانية مثلا ، وقوله أو بنى على الأقل : أى بأن لم يغلب على ظنه شىء وأخذ بالأقل (قوله لكن فى السراج الخ) استدراك على مافى الفتح من لزوم السجود فى الصورتين ، وقوله مطلقا أى سواء تفكر قدر ركن أولا ، وهذا التفصيل هو الظاهر ، لأن غلبة الظن بمنزلة اليقين ، فإذا تحرى وغلب على ظنه شىء لزمه الأخذ به ، ولا يظهر وجه لإيجاب السجود عليه إلا إذا طال تفكره على التفصيل المار ، بخلاف ماإذا بنى على الأقل ، لأن فيه احتمال الزيادة كما أفاد فى البحر (قوله أخبره عدل الخ) تقدم أن الشك خارج الصلاة لا يعتبر ، وأن هذه الصورة مستثناة ، وقيد بالعدل ، إذ لو أخبره عدلان لزمه الأخذ بقولهما ولا يعتبر شكه ، وإن لم يكن المخبر عدلا لا يقبل قوله إمداد . وظاهر قوله أعاد احتياطا الوجوب لكن فى التتارخانية إذا شك الإمام فأخبره عدلان يجب الأخذ بقولهما لأنه لو أخبره عدل يستحب الأخذ بقوله اهـ فتأمل (قوله ولو اختلف الإمام والقوم) أى وقع الاختلاف بينهم وبينه ، كأن قالوا صليت ثلاثا وقال بل أربعا أما لو اختلف القوم والإمام مع فريق منهم ولو واحدا أخذ بقول الإمام ، ولو تيقن واحد بالتمام وواحد بالنقص وشك الإمام والقوم فالإعادة على المتيقن بالنقص فقط ، ولو تيقن الإمام بالنقص لزمهم الإعادة إلا من تيقن منهم بالتمام ، ولو تيقن واحد بالنقص وشك الامام والقوم ، فإن كان فى الوقت فالأولى أن يعيدوا احتياطا ولزمت لو المخبر بالنقص عدلان : من الخلاصة والفتح .

[تتمة] شك الإمام فلحظ إلى القوم ليعلم بهم إن قاموا قام وإلا قعد لابأس به ولا سهو عليه . غلب على ظنه

شك أنها ثانية الوتر أم ثالثته قنت وقعد ثم صلى أخرى وقنت أيضا فى الأصح .
شك هل كبر للإفتتاح أولا ، أو أحدث أولا ، أو أصابه نجاسة أولا ، أو مسح رأسه أولا ، استقبل إن كان أول مرة وإلا لا .

واختلف لو شك فى أركان الحج ، وظاهر الرواية البناء على الأقل ، وعليك بالأشباه فى قاعدة : اليقين لايزول بالشك .

باب صلاة المريض

من إضافة الفعل لفاعله أو محله ومناسبته كونه عارضا سماويا فتأخر سجود التلاوة ضرورة (من تعذر عليه القيام) أى كله (لمرض) حقيقى وحده أن يلحقه بالقيام ضرر به يفتى

فى الصلاة أنه أحدث أو لم يمسح ثم ظهر خلافه ، إن كان أدى ركنا استأنف وإلا مضى تتارخانية (قوله وقنت أيضا فى الأصح) وقيل لايقنت لأن القنوت فى الثانية بدعة . والجواب أن ماتردد بين البدعة والواجب يأتى به احتياطا كما مر . وبقى لو قنت فى الأولى أو الثانية سهوا فقدم المصنف فى باب الوتر أنه لايقنت فى الثالثة ، ومر ترجيح خلافه (قوله شك هل كبر الخ) أى شك فى صلاته ذخيرة وغيرها . وظاهره أن الشك فى جميع هذه المسائل وقع فى الصلاة ، ويدل عليه قول الذخيرة فى آخر العبارة : إن كان ذلك أول مرة استقبل الصلاة وإلا جاز له المضى ، ولا يلزمه الوضوء ولا غسل الثوب اه تأمل . ويخالفه مافى الخلاصة حيث قال : شك فى بعض وضوئه وهو أول شك غسل ماشك فيه ، وإن وقع له كثيرا لم يلتفت إليه ؛ وهذا إذا شك فى خلال وضوئه ، فلو بعد الفراغ منه لم يلتفت إليه اه لكن سئل العلامة قاسم فى فتاويه عمن شك وهو فى صلاته أنه على وضوء أم لا ؟ فأجاب بأنه إن كان أول ماعرض له أعاد الوضوء والصلاة وإلا مضى فى صلاته (قوله وظاهر الرواية البناء على الأقل) كذا عزاه فى البحر إلى البدائع ، ولم أره فيها فليراجع . والذى فى لباب المناسك : ولو شك فى عدد الأشواط فى طواف الركن أعاده ، ولا يبنى على غالب ظنه ؛ بخلاف الصلاة وقيل إذا كان يكثر ذلك يتحرى اه وما جزم به فى اللباب عزاه فى البحر إلى عامة المشايخ ، والله تعالى أعلم .

باب صلاة المريض

قيل المرض مفهومه ضرورى ، إذ لاشك أن فهم المراد منه أجل من قولنا إنه معنى يزول بحلوله فى بدن الحى اعتدال الطبائع الأربع(١) فيئول إلى التعريف بالأخفى نهر (قوله من إضافة الفعل لفاعله أو محله) كل فاعل محل ولا عكس ، فإن المريض محل للصلاة فاعل لها والخشبة محل للحركة وليست فاعلة لها ح (قوله ومناسبته الخ) لم يبين وجه تأخيره عن سجود السهو ، وبينه فى البحر بقوله : والسهو أعم موقعا لشموله المريض والصحيح ، فكانت الحاجة إلى بيانه أمس فقدمه ح (قوله فتأخر الخ) أى وكان حقه أن يذكر مع سجود السهو لمناسبة بينهما فى أن كلا منهما مثل جزء الصلاة ، أو لأن كلا منهما سجود يترتب على أمر يقع فى الصلاة متأخرا عنه ، إلا أن سجود السهو مختص بالصلاة ، وسجود التلاوة يقع خارج الصلاة أيضاً ح (قوله كله) فسره به لما سيأتى فى المتن من قوله وإن قدر على بعض القيام قام ح (قوله لمرض حقيقى الخ) قال فى البحر : أراد بالتعذر التعذر الحقيقى ، بحيث لو قام سقط ، بدليل أنه عطف عليه التعذر الحكمى وهو خوف زيادة المرض .

---

(١) (قوله الطبائع الأربع) هى الصفراء والسوداء والبلغم والدم اه .

(قبلها أو فيها) أى الفريضة (أو) حكمى بأن (خاف زيادته أو بطء برئه بقيامه أو دوران رأسه أو وجد لقيامه ألما شديدا) أو كان لو صلى قائما سلس بوله أو تعذر عليه الصوم كما مر (صلى قاعدا) ولو مستندا إلى وسادة

واختلفوا فى التعذر ؛ فقيل مايبيح الإفطار ، وقيل التيمم ، وقيل بحيث لو قام سقط ، وقيل مايعجزه عن القيام بحوائجه . والأصح أن يلحقه ضرر بالقيام كذا فى النهاية والمجتبى وغيرهما اه فقوله واختلفوا فى التعذر : أى فى غير عبارة المصنف ، لما علمت أن المراد به فى كلامه كالكنز الحقيقى بدليل عطف الحكمى عليه .

وبما تقرر ظهر مافى كلام الشارح حيث جعل الحقيقى والحكمى وصفين للمرض مع أنهما صفتان للتعذر ؛ لأن المرض فيهما حقيقى ؛ وكذا قوله وجده ، إن كان الضمير فيه للمرض الحقيقى ، فليس ذلك تعريفا للمرض بل تعريف المرض ماقدمناه وإن كان للتعذر المذكور ، فقد علمت أن المراد به فى كلام المصنف الحقيقى وهو مالو قام لسقط اللهم إلا أن يعود لمطلق التعذر المبيح للصلاة قاعدا كما هو المراد من قول البحر واختلفوا الخ فافهم : وقد يأتى الحد بمعنى التمييز بين الشيئين ، وعليه فيصح عوده لمطلق المرض : أي القدر المميز بين ماتصح معه الصلاة قاعدا وما لاتصح مايلحقه بالقيام ضرر ، وهو شامل حينئذ لما إذا تعذر القيام حقيقة بالمعنى المار أو حكما . وأما إذا لم يمكن القيام أصلا فهو مفهوم بالأولى (قوله قبلها أو فيها) صفة لمرض ،والمرض العارض فيها سيأتى الكلام عليه فى قول المتن . ولو عرض له مرض فيها ، ولا ينافى قوله أو فيها تقييده بقوله كله ، لأن المراد حينئذ تعذر كل القيام الواقع بعد عروض المرض (قوله أى الفريضة) أراد بها مايشمل الواجب كالوتر وما فى حكمه كسنة الفجر ، احترازا عما عدا ذلك من النوافل ، فإنها تجوز من قعود بلا تعذر قيام (قوله خاف) أى غلب على ظنه بتجربة سابقة أو إخبار طبيب مسلم حاذق إمداد (قوله بقيامه) متعلق بخاف أو بزيادة وبطء على سبيل التنازع (قوله أو وجد لقيامه) أى لأجله ألما شديداً ، وهذا وما قبله وما بعده داخل فى أفراد الضرر المذكور فى قوله وحده الخ فافهم (قوله سلس) كفرح ط (قوله أو تعذر عليه الصوم) الأولى أن يقول للصوم باللام التعليلية أى تعذر القيام لأجل الصيام . وعبارة البحر : ودخل تحت العجز الحكمى مالو صام رمضان صلى قاعدا وإن أفطر صلى قائماً يصوم ويصلى قاعدا (قوله كما مر) أى فى باب صفة الصلاة حيث قال : وقد يتحتم القعود كمن يسيل جرحه إذا قام أو يسلس بوله أو يبدو ربع عورته أو يضعف عن القراءة أصلا أو عن صوم رمضان ولو أضعفه عن القيام الخروج لجماعة صلى فى بيته منفردا به يفتى خلافا للأشباه ح .

أقول : وقدمنا هناك أنه لو لم يقدر على الإيماء قاعدا ، كما لو كان بحال لو صلى قاعدا يسيل بوله أو جرحه ولو مستلقياً لاصلى قائما بركوع وسجود، لأن الاستلقاء لايجوز بلا عذر كالصلاة مع الحدث فيترجح مافيه الإتيان بالأركان كما فى المنية وشرحها . ومن العجز الحكمى أيضاً مالو خرج بعض الولد وتخاف خروج الوقت تصلى بحيث لايلحق الولد ضرر ، وما لو خاف العدو لو صلى قائما أو كان فى خباء لايستطيع أن يقيم صلبه وإن خرج لايستطيع الصلاة لطين أو مطر ومن به أدنى علة فخاف إن نزل عن المحمل بقى فى الطريق يصلى الفرض فى محمله وكذا المريض الراكب ، إلا إذا وجد من ينزله بحر (قوله ولو مستندا الخ) أى إذا لم يلحقه ضرر به بدليل مامر (قوله أو إنسان) عبر فى العناية والفتح وغيرهما بالخادم بدله . قال ح : وفيه أن القادر بقدرة الغير عاجز عند الإمام إلا أن يراد بالغير غير الخادم تأمل اه .

أقول : قدمنا فى باب التيمم أن العاجز عن استعمال الماء بنفسه لو وجد من تلزمه طاعته كعبده وولده وأجيره لزمه الوضوء اتفاقا ، وكذا غيره ممن لو استعان به أعانه فى ظاهر المذهب ، بخلاف العاجز عن استقبال القبلة

أو إنسان فإنه يلزمه ذلك على المختار (كيف شاء) على المذهب لأن المرض أسقط عنه الأركان فالهيئات أولى . وقال زفر : كالمتشهد ، قيل وبه يفتى (بركوع وسجود وإن قدر على بعض القيام) ولو متكئا على عصا أو حائط (قام) لزوما بقدر مايقدر ولو قدر آية أو تكبيرة على المذهب ، لأن البعض معتبر بالكل (وإن تعذرا) ليس تعذرهما شرطا بل تعذر السجود كاف (لاالقيام

أو التحول عن الفراش النجس فإنه لايلزمه عنده . والفرق أنه يخاف عليه زيادة المرض فى إقامته وتحويله اه . ومقتضاه أنه لو لم يخف زيادة المرض يلزمه ذلك ، وقدمنا فى بحث الصلاة على الدابة من باب النوافل عن المجتبى مانصه : وإن لم يقدر على القيام أو النزول عن دابته أو الوضوء إلا بالإعانة وله خادم يملك منافعه يلزمه فى قولهما ، وفى قوله نظر . والأصح اللزوم فى الأجنبى الذى يطيعه كالماء الذى يعرض للوضوء اه . ولا يخفى أن هذا حيث لايلحقه ضرر بالقيام فلا يخالف ماقدمناه آنفا ، وبه ظهر أن المراد بالإنسان من يطيعه أعم من الخادم والأجنبى ، وأما عدم اعتبار القدرة بقدرة الغير عند الإمام فلعله ليس على إطلاقه بل فى بعض المواضع كما قاله ط ولذا قال فى المجتبى : وفى قوله(١) نظر ، أو محمول على ماإذا لم يتيسر له ذلك إلا بكلفة ومشقة فلا يلزمه الانتظار إلى حصوله فليتأمل (قوله كيف شاء) أى كيف تيسر له بغير ضرر من تربع أو غيره إمداد (قوله على المذهب) جزم به فى الغرر ونور الإيضاح ، وصححه فى البدائع وشرح المجمع ، واختاره فى البحر والنهر (قوله فالهيئات أولى) جمع هيئة ، وهى هنا كيفية القعود . قال ط : وفيه أن الأركان إنما سقطت لتعسرها ولا كذلك الهيئات اه تأمل (قوله قيل وبه يفتى) قاله فى التجنيس والخلاصة والولوالجية لأنه أيسر على المريض . قال فى البحر : ولا يخفى مافيه ، بل الأيسر عدم التقييد بكيفية من الكيفيات ، فالمذهب الأول اه . وذكر قبله أنه فى حالة التشهد يجلس كما يجلس للتشهد بالإجماع اه .

أقول : ينبغى أن يقال إن كان جلوسه كما يجلس للتشهد أيسر عليه من غيره أو مساويا لغيره كان أولى وإلا اختار الأيسر فى جميع الحالات ، ولعل ذلك محمل القولين ، والله أعلم (قوله بركوع) متعلق بقوله صلى ط (قوله على المذهب) فى شرح الحلوانى نقلا عن الهندوانى : لو قادر على بعض القيام دون تمامه ، أو كان يقدر على القيام لبعض القراءة دون تمامها يؤمر بأن يكبر قائما ويقرأ ماقدر عليه ثم يقعد إن عجز وهو المذهب الصحيح لايروى خلافه عن أصحابنا ، ولو ترك هذا خفت أن لاتجوز صلاته . وفى شرح القاضى : فإن عجز عن القيام مستويا قالوا يقوم متكئا لايجزيه إلا ذلك ، وكذا لو عجز عن القعود مستويا قالوا يقعد متكئا لايجزيه إلا ذلك ، فقال عن شرح التمرتاشى ونحوه فى العناية بزيادة : وكذلك لو قدر أن يعتمد على عصا أو كان له خادم لو اتكأ عليه قدر على القيام اه (قوله لأن البعض معتبر بالكل) أى أن حكم البعض كحكم الكل ، بمعنى أن من قدر على كل القيام يلزمه ، فكذا من قدر على بعضه (قوله بل تعذر السجود كاف) نقله فى البحر عن البدائع وغيرها . وفى الذخيرة : رجل بحلقه خراج إن سجد سال وهو قادر على الركوع والقيام والقراءة يصلى قاعدا يومئ ؛ ولو صلى قائما بركوع وقعد وأومأ بالسجود أجزأه ، والأول أفضل ، لأن القيام والركوع لم يشرعا قربة بنفسهما ، بل ليكونا وسيلتين إلى السجود اه . قال فى البحر : ولم أر ما إذا تعذر الركوع دون السجود غير واقع اه أى لأنه متى عجز عن الركوع عجز عن السجود نهر . قال ح : أقول على فرض تصوره ينبغى أن لايسقط لأن الركوع وسيلة إليه ، ولا يسقط المقصود عند تعذر الوسيلة ، كما لم يسقط الركوع والسجود عند تعذر القيام (قوله لاالقيام)

---

(١) (قوله وفى قوله) أى الإمام اه منه .

أوما) بالهمز (قاعدا) وهو أفضل من الإيماء قائما لقربه من الأرض (ويجعل سجوده أخفض من ركوعه) لزوما (ولا يرفع إلى وجهه شيئا يسجدعليه) فإنه يكره تحريما (فإن فعل) بالبناء للمجهول ذكره العيني (وهو يخفض برأسه لسجوده أكثر من ركوعه صح) على أنه إيماء لاسجود إلا أن يجد قوة الأرض

معطوف على الضمير المرفوع المتصل فى قوله تعذرا ، وهو ضعيف لكونه فى عبارة المتن بلا فاصل ولا توكيد (قوله أوما) حقيقة الإيماء طأطأة الرأس ، وروى مجرد تحريكها ، وتمامه فى الإمداد عن البحر والمقدسى (قوله أوما قاعدا) لأن ركنية القيام للتوصل إلى السجود فلا يجب دونه ، وهذا أولى من قول بعضهم صلى قاعدا ، إذ يفترض عليه أن يقوم للقراءة ، فإذا جاء أوان الركوع والسجود أوما قاعدا كذا فى النهر .

أقول : التعبير بصلى قاعدا هو مافى الهداية والقدورى وغيرهما ، وأما ماذكره من افتراض القيام فلم أره لغيره فيما عندى من كتب المذهب بل كلهم متفقون على التعليل بأن القيام سقط لأنه وسيلة إلى السجود ، بل صرح فى الحلية بأن هذه المسألة من المسائل التى سقط فيها وجوب القيام مع انتفاء العجز الحقيقى والحكمى اه .

ويلزم على ماقاله أنه لو عجز عن السجود فقط أن يركع قائما وهو خلاف المنصوص كما علمته آنفا ، نعم ذكر القهستانى عن الزاهدى أنه يومئ للركوع قائما وللسجود جالسا ، ولو عكس لم يجز على الأصح اه وجزم به الولوالجى ، لكن ذكر ذلك فى النهر وقال إلا أن المذهب الإطلاق اه أى يومئ قاعدا أو قائما فيهما ، فالظاهر أن ماذكره هنا سهو فتنبه له (قوله وهو أفضل الخ) قال فى شرح المنية : لو قيل إن الإيماء أفضل للخروج من الخلاف لكان موجها ولكن لم أر من ذكره اه (قوله لقربه من الأرض) أى فيكون أشبه بالسجود منح (قوله ويجعل سجوده أخفض الخ) أشار إلى أنه يكفيه أدنى الانحناء عن الركوع وأنه لايلزمه تقريب جبهته من الأرض بأقصى مايمكنه كما بسطه فى البحر عن الزاهدى (قوله فإنه يكره تحريما) قال فى البحر : واستدل للكراهة فى المحيط بنهيه عليه الصلاة والسلام عنه ، وهو يدل على كراهة التحريم اه وتبعه فى النهر .

أقول : هذا محمول على ماإذا كان يحمل إلى وجهه شيئا يسجد عليه ، بخلاف ماإذا كان موضوعا على الأرض يدل عليه مافى الذخيرة حيث نقل عن الأصل الكراهة فى الأول ثم قال فإن كانت الوسادة موضوعة على الأرض وكان يسجد عليها جازت صلاته ، فقد صح أن أم سلمة كانت تسجد على مرفقة(١) موضوعة بين يديها لعلة كانت بها ولم يمنعها رسول الله صلى الله عليه وسلم من ذلك اه فإن مفاد هذه المقابلة والاستدلال عدم الكراهة فى الموضوع على الأرض المرتفع ثم رأيت القهستانى صرح بذلك (قوله بالبناء للمجهول) هذا ليس بلازم وإلا لقال ولا يرفع إلى وجهه شئ اه ح ولعل وجه ماقال الإشارة إلى كراهته سواء كان بفعله أو فعل غيره له (قوله إلا أن يجد قوة الأرض) هذا الاستثناء مبنى على أن قوله : ولا يرفع الخ شامل لما إذا كان موضوعا على الأرض وهو خلاف المتبادر بل المتبادر كون المرفوع محمولا بيده أو يد غيره ، وعليه فالاستثناء منقطع لاختصاص ذلك بالموضوع على الأرض ولذا قال الزيلعى : كان ينبغى أن يقال إن كان ذلك الموضوع يصح السجود عليه كان سجودا وإلا فإيماء اه وجزم به فى شرح المنية . واعترضه فى النهر بقوله وعندى فيه نظر لأن خفض الرأس بالركوع ليس إلا إيماء ومعلوم أنه لايصح السجود بدون الركوع ولو كان الموضوع مما يصح السجود عليه اه .

أقول : الحق التفصيل وهو أنه إن كان ركوعه بمجرد إيماء الرأس من غير انحناء وميل الظهر فهذا إيماء لاركوع فلا يعتبر السجود بعد الإيماء مطلقا وإن كان مع الانحناء كان ركوعا معتبرا حتى إنه يصح من المتطوع القادر

---

(١) قوله (مرفقة) هى المخدة بكسر الميم كما فى الحلية اه منه .

(وإلا) يخفض (لا) يصح لعدم الإيماء (وإن تعذر القعود) ولو حكما (أومأ مستلقيا) على ظهره (ورجلاه نحو القبلة) غير أنه ينصب ركبتيه لكراهة مد الرجل إلى القبلة ويرفع رأسه يسيرا ليصير وجهه إليها (أو على جنبه الأيمن) أو الأيسر ووجهه إليها (والأول أفضل) على المعتمد (وإن تعذر الإيماء) برأسه (وكثرت الفوائت) بأن زادت على يوم وليلة (سقط القضاء عنه) وإن كان يفهم فى ظاهر الرواية (وعليه الفتوى) كما فى الظهيرية . لأن مجرد العقل

على القيام . فحينئذ ينظر إن كان الموضوع مما يصح السجود عليه كحجر مثلا ولم يزد ارتفاعه على قدر لبنة أو لبنتين فهو سجود حقيقى فيكون راكعاً ساجدا لا مومئا حتى إنه يصح اقتداء القائم به وإذا قدر فى صلاته على القيام يتمها قائماً ، وإن لم يكن الموضوع كذلك يكون مومئاً فلا يصح اقتداء القائم به ، وإذا قدر فيها على القيام استأنفها بل يظهر لى أنه لو كان قادرا على وضع شئ على الأرض مما يصح السجود عليه أنه يلزمه ذلك لأنه قادر على الركوع والسجود حقيقة ، ولا يصح الإيماء بهما مع القدرة عليهما بل شرطه تعذرهما كما هو موضوع المسألة (قوله وإلا يخفض) أى لم يخفض رأسه أصلا بل صار يأخذ مايرفعه ويلصقه بجبهته للركوع والسجود أو خفض رأسه لهما لكن جعل خفض السجود مساويا لخفض الركوع لم يصح لعدم الإيماء لهما أو للسجود (قوله وإن تعذر القعود) أى قعوده بنفسه أو مستندا إلى شئ كما مر (قوله ولو حكما) كما لو قدر على القعود ولكن نزع الطبيب الماء من عينيه وأمره بالاستلقاء أياماً أجزأه أن يستلقى ويومئ لأن حرمة الأعضاء كحرمة النفس بحر عن البدائع وسيأتى (قوله ورجلاه نحو القبلة) فى البحر عن الخلاصة متوجها نحو القبلة ورأسه إلى المشرق ورجلاه إلى المغرب اهـ .

أقول : هذا يتصور فى بلادهم المشرقية كبخارى وما والاها فإن قبلتهم لجهة المغرب عكس البلاد المغربية . أما فى بلادنا الشامية ونحوها إذا استلقى متوجها للقبلة يكون المغرب عن يمينه ، والمشرق عن يساره وبه اندفع اعتراض بعض المحققين(١) على مافى الخلاصة (قوله لكراهة الخ) هى كراهة تنزيهية ط (قوله ويرفع رأسه يسيرا) أى يجعل وسادة تحت رأسه لأن حقيقة الاستلقاء تمنع الأصحاء عن الإيماء ، فكيف بالمرضى بحر (قوله الأيمن أو الأيسر) والأيمن أفضل وبه ورد الأثر إمداد (قوله والأول أفضل) لأن المستلقى يقع إيماؤه إلى القبلة والمضطجع يقع منحرفا عنها بحر (قوله على المعتمد) مقابله مافى القنية من أن الأظهر أنه لا يجوز الاضطجاع على الجنب للقادر على الاستلقاء قال فى النهر : وهو شاذ . وقال فى البحر : وهذا الأظهر خفى والأظهر الجواز اهـ وكذا ماروى عن الإمام من أن الأفضل أن يصلى على شقه الأيمن وبه قالت الأئمة الثلاثة ، ورجحه فى الحلية لما ظهر له من قوة دليله مع اعترافه بأن الاستلقاء هو ما فى مشاهير الكتب والمشهور من الروايات (قوله بأن زادت على يوم وليلة) أما لو كانت يوما وليلة أو أقل وهو يعقل ، فلا تسقط بل تقضى اتفاقا وهذا إذا صح ، فلو مات ولم يقدر على الصلاة لم يلزمه القضاء حتى لا يلزمه الإيصاء بها كالمسافر إذا أفطر ومات قبل الإقامة كما فى الزيلعى : قال فى البحر : وينبغى أن يقال محمله ما إذا لم يقدر فى مرضه على الإيماء بالرأس ، أما إن قدر عليه بعد عجزه فإنه يلزمه القضاء وإن كان موسعا لتظهر فائدته فى الإيصاء بالإطعام عنه اهـ .

قلت : وهو مأخوذ من الفتح فإنه قال : ومن تأمل تعليل الأصحاب فى الأصول انقدح فى ذهنه إيجاب القضاء على هذا المريض إلى يوم وليلة حتى يلزمه الإيصاء به إن قدر عليه بطريق وسقوطه إن زاد اهـ (قوله فى ظاهر الرواية) وقيل لا يسقط القضاء بل تؤخر عنه إذا كان يعقل وصححه فى الهداية وهو من أهل الترجيح لكن خالف

---

(١) (قوله بعض المحققين) هو المحقق ابن أمير حاج فى الحلية اهـ منه .

لايكفى لتوجه الخطاب . وأفاد بسقوط الأركان سقوط الشرائط عند العجز بالأولى ولا يعيد فى ظاهر الرواية بدائع : (ولو اشتبه على مريض أعداد الركعات والسجدات لنعاس يلحقه لايلزمه الأداء) ولو أداها بتلقين غيره ينبغى أن يجزيه كذا فى القنية (ولم يوم بعينه وقلبه وحاجبه) خلافا لزفر (ولو عرض له مرض فى صلاته يتم بما قدر) على المعتمد (ولو صلى قاعدا بركوع وسجود فصح بنى ، ولو كان) يصلى (بالإيماء) فصح لايبنى إلا إذا صح قبل أن يومئ

نفسه فى كتابه التجنيس ، فصحح الأول كعامة أهل الترجيح كقاضيخان وصاحب المحيط وشيخ الإسلام وفخر الإسلام ، ومال إليه المحقق ابن الهمام فى عبارته التى نقلناها آنفا ، ومشى عليه المصنف لأنه ظاهر الرواية ولما فى الإمداد من أن القاعدة العمل بما عليه الأكثر .

[تنبيه] جعل فى السراج المسألة على أربعة أوجه إن زاد المرض على يوم وليلة وهو لايعقل فلا قضاء إجماعا وإلا وهو يعقل قضى إذا صح إجماعا ، وإن زاد وهو يعقل أولا وهو لايعقل فعلى الخلاف .

[تتمة] فى البحر عن القنية : ولا فدية فى الصلوات حالة الحياة بخلاف الصوم اه وقدمه الشارح قبيل هذا الباب وأوضحناه ثمة (قوله لايكفى الخ) بل لابد معه من القدرة (قوله وأفاد الخ) الأولى ذكره قبل قوله وإن تعذر الإيماء الخ لأن فيه سقطت الصلاة وفيما قبله سقطت الأركان (قوله سقوط الشرائط) أى كالاستقبال وستر العورة والطهارة من الخبث بخلاف الوقت وكذا الطهارة من الحدث لأن فاقد الطهورين يؤخر عند الإمام ويتشبه عندهما والمتشبه غير مصل أفاده الرحمتى ، لكن سيأتى فى مقطوع اليدين والرجلين تصحيح أنه يصلى بلا طهارة (قوله بالأولى) لأن العجز عن تحصيل الشرائط ليس فوق العجز عن تحصيل الأركان ، فلو لم يقدر المريض على التحول إلى القبلة بنفسه ولا بغيره صلى كذلك ولا إعادة عليه بعد البرء فى ظاهر الجواب كما لو عجز عن الأركان بدائع وتمامه فى البحر ، وسيأتى آخر الباب مالو كان تحته ثياب نجسة (قوله ولا يعيد) أى فى سقوط الشرائط أو الأركان لعذر سماوى ، بخلاف مالو كان من قبل العبد على مامر تفصيله فى الطهارة ، وشمل مالو عجز عن القراءة . وفى البحر عن القنية : ولو اعتقل لسانه يوما وليلة فصلى صلاة الأخرس ثم انطلق لسانه لاتلزمه الإعادة اه ، والظاهر أن قوله يوما وليلة لأنه محل توهم لزوم الإعادة إذ الزائد على ذلك لاتلزم إعادته لدخوله فى حد التكرار (قوله ولو اشتبه على مريض الخ) أى بأن وصل إلى حال لايمكنه ضبط ذلك ، وليس المراد مجرد الشك والاشتباه لأن ذلك يحصل للصحيح (قوله ينبغى أن يجزيه) قد يقال إنه تعليم وتعلم وهو مفسد كما إذا قرأ من المصحف أو علمه إنسان القراءة وهو فى الصلاة ط .

قلت : وقد يقال إنه ليس بتعليم وتعلم بل هو تذكير أو إعلام فهو كإعلام المبلغ بانتقالات الإمام فتأمل (قوله كذا فى القنية) الإشارة إلى ماذكره المصنف والشارح (قوله ولم يوم الخ) الأولى ذكره قبل مسألة القنية لارتباطه بما قبلها ففصله ماوقع فى المتون بعبارة القنية غير مناسب (قوله خلافا لزفر) فعنده يومئ بحاجبه ، فإن عجز فبعينه ، فإن عجز فبقلبه بحر (قوله يتم بما قدر) أى ولو قاعدا ، وطئا أو مستلقيا (قوله على المعتمد) وعن الإمام أنه يستقبل لأن تحريمته انعقدت موجبة للركوع والسجود ، فلا تجوز بالإيماء . قال فى النهر : والصحيح المشهور هو الأول لأن بناء الضعيف على القوى أولى من الإتيان بالكل ضعيفا (قوله بنى) أى على ماصلى فيتم صلاته قائما عندهما . وقال محمد : يستقبل بناء على عدم صحة اقتداء القائم بالقاعد عنده وقد مر نهر (قوله ولو كان يصلى بالإيماء) أى قائما أو قاعدا أو مستلقيا أو مضطجعا كما هو قضية الإطلاق ح (قوله فصح) أى قدر على الركوع والسجود قائما أو قاعدا ح (قوله لايبنى) لأن اقتداء الراكع والساجد بالمومئ لايجوز فكذا البناء درر (قوله إلا إذا صح قبل أن يومئ الخ)

بالركوع والسجود (كما لو كان يومئ مضطجعا ثم قدر على القعـود ، ولم يقدر على الركوع والسجود) فإنه يستأنف (على المختار) لأن حالة القعود أقوى فلم يجز بناؤه على الضعيف (وللمتطوع الاتكاء على شيء) كعصا وجدار (مع الإعياء) أى التعب بلا كراهة وبدونه يكره (و) له (القعود) بلا كراهة مطلقا هو الأصح ذكره الكمال وغيره .

(صلى الفرض فى فلك) جار (قاعدا بلا عذر صح) لغلبة العجز (وأساء) وقالا : لايصح إلا بعذر وهو الأظهر برهان (والمربوطة فى الشط كالشط) فى الأصح (والمربوطة بلجة البحر إن كان الريح يحركها شديدا فكالسائرة وإلا فكالواقفة)

لأنه لم يؤد ركناً بالبناء(١) وإنما هو مجرد تحريمة فلا يكون بناء القوى على الضعيف بحر وهذا ظاهر فيما إذا افتتح قائماً أو قاعدا بقصد الإيماء ثم قدر قبل الإيماء على الركوع والسجود قائما أو راكعا ، أما إذا افتتح مستلقيا أو مضطجعا ثم قدر قبل الإيماء على الركوع والسجود قائما أو قاعدا فإنه يستأنف كما يؤخذ من قول الشارح لأن حالة القعود أقوى ح (قوله ولم يقدر على الركوع والسجود) وكذا لو قدر عليهما بالأولى تأمل (قوله وللمتطوع الخ) لعل وجهه أن التطوع قد يكثر كالتهجد فيؤدى إلى التعب فلم يكره له الاتكاء بخلاف الفرض فإن زمنه يسير وإلا فالمفترض إن عجز فقد مر حكمه وإن تعب فالظاهر أنه لايكره له الاتكاء تأمل (قوله وبدونه يكره) أى اتفاقا لما فيه من إساءة الأدب شرح المنية وغيره ، وظاهره أنه ليس فيه نهى خاص فتكون الكراهة تنزيهية تأمل (قوله وله القعود) أى بعد الافتتاح قائما (قوله بلا كراهة مطلقا) أى بعذر ودونه ؛ أما مع العذر فاتفاقا وأما بدونه فيكره عند الإمام على اختيار صاحب الهداية ، ولا يكره على اختيار فخر الإسلام وهو الأصح . لأنه مخير فى الابتداء بين القيام والقعود فكذا فى الانتهاء وأما الاتكاء فإنه لم يخير فيه ابتداء بلا عذر بل يكره فكذا الانتهاء وأما عندهما فلا يجوز إتمامها قاعدا بلا عذر بعد الافتتاح قائماً وهذا إن قعد فى الركعة الأولى أو الثانية . أما فى الشفع الثانى فينبغى أن يجوز عندهما أيضا فى غير سنة الظهر والجمعة وتمامه فى شرح المنية .

مطلب فى الصلاة فى السفينة

(قوله جار) أى سائر احترازا عن المربوط (قوله قاعدا) أى يركع ويسجد لا موميا اتفاقا بحر (قوله لغلبة العجز) أى لأن دوران الرأس فيها غالب ، والغالب كالمتحقق فأقيم مقامه كالسفر أقيم مقام المشقة والنوم مقام الحدث شرح المنية ولذا ذكروا مسألة الصلاة فى السفينة فى باب صلاة المريض (قوله وأساء) أشار إلى أن القيام أفضل لأنه أبعد عن شبهة الخلاف والخروج أفضل إن أمكنه لأنه أمكن لقلبه بحر وشرح المنية (قوله وهو الأظهر) وفى الحلية بعد سوق الأدلة : والأظهر أن قولهما أشبه فلا جرم أن فى الحاوى القدسى وبه نأخذ اه (قوله والمربوطة فى الشط كالشط) فلا تجوز الصلاة فيها قاعدا اتفاقا . وظاهر مافى الهداية وغيرها الجواز قائما مطلقا أى استقرت على الأرض أولا ، وصرح فى الإيضاح بمنعه فى الثانى حيث أمكنه الخروج إلحاقا لها بالدابة نهر ، واختاره فى المحيط والبدائع بحر ، وعزاه فى الإمداد أيضا إلى مجمع الروايات عن المصفى وجزم به فى نور الإيضاح . وعلى هذا ينبغى أن لاتجوز الصلاة فيها سائرة مع إمكان الخروج إلى البر وهذه المسألة الناس عنها غافلون شرح المنية (قوله فى الأصح) احتراز عن قول البعض بأنه لافرق بينها وبين السائرة كما فى النهر (قوله وإلا فكالواقفة) أى إن لم تحركها الريح

---

(١) (قوله لم يؤد ركنا بالبناء الخ) هكذا نسخة المحشى بالبناء ولعل الصواب بالإيماء تأمل اه .

ويلزم استقبال القبلة عند الافتتاح وكلما دارت ، ولو أم قوما فى فلكين مربوطتين صح وإلا لا (ومن جن أو أغمى عليه) ولو بفزع من سبع أو آدمى (يوما وليلة قضى الخمس وإن زاد وقت صلاة)سادسة (لا) للحرج . ولو أفاق فى المدة ، فإن لإفاقته وقت معلوم قضى وإلا لا (زال عقله ببنج أوخمر) أو دواء لزمه القضاء وإن طالت) لأنه بصنع العباد كالنوم . (ولوقطعت يداه ورجلاه من المرفق والكعب وبوجهه جراحة صلى بغير طهارة ، ولا تيمم ولا يعيد هو الأصح) وقد مر فى التيمم ، وقيل لا صلاة عليه ،

شديداً بل يسيرا فحكمها كالواقفة فلا تجوز الصلاة فيها قاعدا مع القدرة على القيام كما فى الإمداد (قوله ويلزم استقبال القبلة الخ) أى فى قولهم جميعا بحر ،وإن عجز عنه يمسك عن الصلاة إمداد عن مجمع الروايات ولعله يمسك مالم يخف خروج الوقت لما تقرر من أن قبلة العاجز جهة قدرته ، وهذا كذلك وإلا فما الفرق فليتأمل وإنما لزمه الاستقبال لأنها فى حقه كالبيت حتى لايتطوع فيها موميًا مع القدرة على الركوع والسجود بخلاف راكب الدابة كذا فى الكافى شرح المنية (قوله مربوطتين) أى مقرونتين لأنهما بالاقتران صارتا كشىء واحد،وإن كانتا منفصلتين لم يجز لأن تخلل مابينهما بمنزلة النهر وذلك يمنع الاقتداء وإن كان الإمام فى سفينة واقفة والمقتدرون على الشط، فإن بينهما طريق أو قدر نهر عظيم لم يصح بحر ،وتقدم الكلام على الصلاة على الدابة والعجلة فى باب النوافل (قوله ومن جن أو أغمى عليه) الجنون آفة تسلب العقل والإغماء آفة تستره ط (قوله وقت صلاة) مرفوع على أنه فاعل زاد أو منصوب على أنه ظرف لزاد وفاعل زاد ضمير الجنون ح عن القهستانى . واعتبر الزيادة بالأوقات على قول الثالث وهو الأصح وعند الثانى بالساعات وكل رواية عن الإمام ، فإذا أصابه ذلك قبل الزوال ثم أفاق من الغد بعده قبل خروج الوقت سقط القضاء عند الثانى لا الثالث بحر ،والمراد بالساعات الأزمنة لا ماتعارفه أهل النجوم درر أى من كون الساعة خمس عشرة درجة فالمراد عند الثانى الزيادة بشىء من الزمان وإن قل كما فى غرر الأذكار والبرجندى إسمعيل (قوله فإن لإفاقته وقت معلوم) مثل أن يخف عنه المرض عند الصبح مثلا فيفيق قليلا ، ثم يعاوده فيغمى عليه تعتبر هذه الإفاقة فيبطل ماقبلها من حكم الإغماء إذا كان أقل من يوم وليلة وإن لم يكن لإفاقته وقت معلوم لكنه يفيق بغتة فيتكلم بكلام الأصحاء ثم يغمى عليه فلا عبرة بهذه الإفاقة ح عن البحر (قوله لأنه بصنع العباد) أى وسقوط القضاء عرف بالأثر إذا حصل بآفة سماوية فلا يقاس عليه ماحصل بفعله . وعند محمد يسقط القضاء بالبنج والدواء لأنه مباح فصار كالمريض كما فى البحر وغيره ، والظاهر أن عطف الدواء على البنج عطف تفسير وأن المراد شرب البنج لأجل الدواء ،أما لو شربه للسكر فيكون معصية بصنعه كالخمر ، وأنه لو شرب الخمر على وجه مباح كإكراه يكون كالبنج فيجرى فيه الخلاف . ولايرد على التعليل سقوط القضاء بالفزع من سبع أو آدمى كما مر لقولهم إن سببه ضعف قلبه وهو مرض أى فهو سماوى (قوله كالنوم) أى فإنه لايسقط القضاء أيضا لأنه لايمتد يوما وليلة غالبا فلا حرج فى القضاء بخلاف الإغماء لأنه مما يمتد عادة بحر (قوله وبوجهه جراحة) لم يذكره فى الكافى والفتح والبحر والنهر فكان غير قيد كما يأتى (قوله ولا تيمم) عطف خاص على عام (قوله وقيل لاصلاة عليه) اختاره صاحب الدرر فى متنه وشرحه فقال قطعت يداه ورجلاه من المرفق والكعب لاصلاة عليه كذا فى الكافى ، وقيل إن وجد من يوضئه يأمره ليغسل وجهه وموضع القطع ويمسح رأسه وإلا وضع وجهه ورأسه فى الماء أو يمسح وجهه وموضع القطع على جدار فيصلى كذا فى التتارخانية اهـ وقوله : أو يمسح وجهه الخ أى إن لم يقدر على الغسل بالماء بناء على أنه لاجراحة فيه، وبه علم أن قول المصنف بوجهه جراحة ليس بقيد لأن المدار على العجز عن الطهارة ولذا استشهد قاضيخان على مااختاره من سقوط الصلاة عن المريض العاجز عن

وقيل يلزمه غسل موضع القطع .

[فروع] أمكن الغريق الصلاة بالإيماء بلا عمل كثير لزمه الأداء وإلا لا .

أمره الطبيب بالاستلقاء لبزغ الماء من عينه صلى بالإيماء لأن حرمة الأعضاء كحرمة النفس .

مريض تحته ثياب نجسة ، وكلما بسط شيئا تنجس من ساعته صلى على حاله وكذا لو لم يتنجس إلا أنه يلحقه مشقة بتحريكه .

باب سجود التلاوة

من إضافة الحكم إلى سببه (يجب) بسبب (تلاوة آية) أى أكثرها مع حرف السجدة (من أربع عشرة آية)

الإيماء بالرأس وأن مجرد العقل لايكفى لتوجه الخطاب بما ذكره محمد فيمن قطعت يداه من المرفقين ورجلاه من الساقين لاصلاة عليه (قوله وقيل الخ) هو القول الثانى المحكى فى عبارة الدرر (قوله بلا عمل كثير) بأن وجد مايتعلق به أو كان ماهراً فى السباحة بحر (قوله وإلا لا) أى لايلزمه الأداء ويعذر بالتأخير بحر (قوله أمره الطبيب) أى المسلم الحاذق كماذكروه فى الصوم (قوله لبزغ) بفتح الباء الموحدة وسكون الزاى والغين المعجمة . فى القاموس بزغ الحاجم : شرط ، ويجوز أن يكون بالنون والعين المهملة ح (قوله من ساعته) المراد بها أن يكون بحيث لو توضأ وصلى يخرج من النجاسة القدر المانع قبل فراغه من الصلاة كما مر تحريره قبيل باب الأنجاس (قوله إلا أن يلحقه مشقة بتحريكه) عبارة البحر عن الخلاصة إلا أنه يزداد مرضه اهـ .

والظاهر أنه غير قيد كما أشار إليه الشارح بل المراد حصول الضرر والمشقة نظير مامر فى القيام أول الباب ، والله تعالى أعلم .

باب سجود التلاوه

تقدم فى الباب السابق وجه تأخيره عن سجود السهو (قوله من إضافة الحكم إلى سببه) الحكم هو وجوب السجود لاالسجود ، فلو قال من إضافة الفعل إلى سببه لكان أولى أو أن الحكم بمعنى المحكوم به ط (قوله يجب) أى وجوبا موسعا فى غير صلاة كما سيأتى ولا يجب على المحتضر الإيصاء بها وقيل يجب قنية ، والثانى بالقواعد أليق نهر ؛ والظاهر أنه يخرج عنها كصلاة فرض أو صوم يوم لأنه المعهود تأمل رحمتى ثم رأيته مصرحا به فى التتارخانية مع تصحيح عدم الوجوب (قوله بسبب تلاوة) احترز عما لو كتبها أو تهجاها فلا سجود عليه كما سيأتى (قوله أى أكثرها الخ) هذا خلاف الصحيح الذى جزم به فى نور الإيضاح . ففى السراج : وهل تجب السجدة بشرط قراءة جميع الآية أم بعضها فيه اختلاف . والصحيح أنه إذا قرأ حرف السجدة وقبله كلمة أو بعده كلمة وجب السجود وإلا فلا . وقيل لايجب إلا أن يقرأ أكثر آية السجدة مع حرف السجدة ، ولو قرأ آية السجدة كلها إلا الحرف الذى فى آخرها لايجب عليه السجود اهـ لكن قوله : ولو قرأ آية السجدة الخ يقتضى أنه لابد من قراءة الآية بتمامها كما يفهم من إطلاق المتون ويأتى قريبا مايؤيده إلا أن يقال سياق الكلام قرينة على أن المراد بقوله إلا الحرف الخ الكلمة التى فيها مادة السجود وإطلاق الحرف على الكلمة شائع فى عرف القراء (قوله من أربع عشرة آية) بيان لآية فى قوله تلاوة آية .

[تنبيه] : السجود فى سورة النمل عند قوله تعالى — رب العرش العظيم — على قراءة العامة بتشديد « ألا » وعند قوله تعالى — ألا يسجدوا — على قراءة الكسائى بالتخفيف ، وفى ص عند — وحسن مآب — وهو أولى من قول الزيلعى

أربع في النصف الأول وعشر في الثاني (منها أولى الحج) أما ثانيته فصلاتية لاقترانها بالركوع (وص) خلافا للشافعي وأحمد . ونفى مالك سجود المفصل (بشرط سماعها) فالسبب التلاوة وإن لم يوجد السماع ، كتلاوة الأصم

عند — وأناب — لما نذكره وفي حم السجدة عند — وهم لايسأمون — وهو المروى عن ابن عباس ووائل بن حجر ، وعند الشافعي عند — إن كنتم إياه تعبدون — وهو مذهب عليّ ومروى عن ابن مسعود وابن عمر . ورجحنا الأول للاحتياط عند اختلاف مذاهب الصحابة لأنها لو وجبت عند «تعبدون» فالتأخير إلى «لايسأمون» لايضر بخلاف العكس لأنها تكون قبل وجود سبب الوجوب فتوجب نقصانا في الصلاة لو كانت صلاتية ولا نقص فيما قلناه أصلا كذا في البحر عن البدائع إمداد ملخصا ، وقد بين موضع السجود في بقية الآيات فراجعه .

والظاهر أن هذا الاختلاف مبني على أن السبب تلاوة آية تامة كما هو ظاهر إطلاق المتون وأن المراد بالآية مايشمل الآية والآيتين إذا كانت الثانية متعلقة بالآية التي ذكر فيها حرف السجدة ، وهذا ينافي مامر عن السراج من تصحيح وجوب السجود بقراءة حرف السجدة مع كلمة قبله أو بعده . لايقال مافي السراج بيان لموضع أصل الوجوب ومامر عن الإمداد بيان لموضع وجوب الأداء أو بيان لموضع السنة فيه . لأنا نقول إن الأداء لايجب فور القراءة كما سيأتي ومامر في ترجيح مذهبنا من قولهم لأنها تكون قبل وجود سبب الوجوب ، وقد ذكر مثله أيضا في الفتح وغيره يدل على أن الخلاف بيننا وبين الشافعي في موضع أصل الوجوب وأنه لايجب السجود في سورة حم السجدة إلا عند انتهاء الآية الثانية احتياطا كما صرح به في الهداية وغيرها لأن الوجوب لايكون إلا بعد وجود سببه ، فلو سجدها بعد الآية الأولى لايكفي لأنه يكون قبل سببه ، وبه ظهر أن مافي السراج خلاف المذهب الذي مشى عليه الشراح والمتون تأمل (قوله لاقترانها بالركوع) لأن السجدة متى قرنت بالركوع كانت عبارة عن السجدة الصلاتية كما في قوله تعالى — واسجدي واركعي — بدائع (قوله خلافا للشافعي وأحمد) حيث اعتبرا كلا من سجدتي الحج ولم يعتبرا سجدة ص كما في غرر الأفكار (قوله ونفى مالك سجود المفصل) أي من الحجرات إلى الآخر وفيه سورة النجم والانشقاق والعلق فيكون السجود عنده في إحدى عشرة (قوله بشرط سماعها) فلا تجب على من لم يسمعها وإن كان في مجلس التلاوة شرح المنية (قوله فالسبب التلاوة الخ) أي التلاوة الصحيحة وهي الصادرة ممن له أهلية التمييز كما ذكره غير واحد من المشايخ حلية ، وسيأتي محترزه في قول المصنف فلا تجب على كافر الخ :

قلت : وينبغي أن يزاد قيد آخر وهو كونها لاحجر فيها احترازا عن تلاوة المؤتم ومن تلا في ركوعه أو سجوده أو تشهده فإنه لاسجود عليهم بتلاوتهم لحجرهم عنها كما سيأتي .

ثم اعلم أن التلاوة سبب في حق التالي وغيره . واختلف في السماع فقيل هو شرط في حق السامع لا سبب وصححه في الكافي والمحيط والظهيرية ، وقيل هو سبب ثان في حقه ، وإليه ذهب في الهداية والبدائع وسينبه الشارح على ترجيحه .

وذكر في المجتبى أن الموجب للسجدة أحد ثلاثة التلاوة والسماع والإتمام ، وظاهره أنها أسباب ثلاثة وبه صرح في الحلية : واختار المصنف مافي الكافي وزاد عليه سببا آخر وهو الائتمام ، فالسبب عنده شيئان التلاوة والائتمام كما صرح بذلك في المنح ، وصرح أيضا بأن السماع شرط في حق غير التالي وتبعه الشارح في تقرير كلام المتن لكن في كلام الشارح مايفيد أن الائتمام شرط أيضا كالسماع كما يظهر قريبا (قوله وإن لم يوجد السماع) أي بالفعل كما يدل عليه قوله كتلاوة الأصم وإلا فكونه بحيث يسمع نفسه لولا العوارض أو يسمعه من قرب أذنه إلى فمه شرط كما هو مذهب الهندواني وهو الصحيح خلافا للكرخي المكتفي بتصحيح الحروف ح . قلت وبه صرح في الخانية

والسماع شرط فى حق غير التالى ولو بالفارسية إذا أخبر (أو) بشرط (الائتمام) أى الاقتداء (بمن تلاها) فإنه سبب لوجوبها أيضا ، وإن لم يسمعها ولم يحضرها للمتابعة (ولو تلاها المؤتم لم يسجد) المصلى (أصلا) لا فى الصلاة ولا بعدها (بخلاف الخارج) لأن الحجر ثبت لمعينين فلا يعدوهم ، حتى لو دخل معهم سقطت . ولا تجب على من تلا فى ركوعه أو سجوده ، أو تشهده للحجر فيها عن القراءة

(قوله فى حق غير التالى) أى عند فقد الائتمام فإنه لايشترط سماع المؤتم بل ولاحضوره عند تلاوة الإمام كما سيأتى . وإنما ترك التقييد بذلك اعتمادا على ماذكره المصنف عقبه فافهم (قوله ولو بالفارسية) مبالغة على ماأفهمه كلامه من وجوبها على السامع فيعلم وجوبها عليه لو تليت بالعربية بالأولى لاعلى قوله : والسماع شرط إذ لاتظهر فيه الأولوية فافهم (قوله إذا أخبر) أى بأنها آية سجدة سواء فهمها أولا وهذا عند الإمام وعندهما إن علم السامع أنه يقرأ القرآن لزمته وإلا فلا بحر . وفى الفيض وبه يفتى وفى النهر عن السراج أن الإمام رجع إلى قولهما وعليه الاعتماد اه والمراد من قوله : إن علم السامع أن يفهم معنى الآية كما فى شرح المجمع حيث قال : وجبت عليه سواء فهم معنى الآية أولا عنده . وقالا : إن فهمها وجبت وإلافلا لأنه إذا فهم كان سامعا للقرآن من وجه دون وجه اه ملخصا ، أما لو كانت بالعربية فإنه يجب بالاتفاق فهم أولا لكن لايجب على الأعجمى مالم يعلم كما فى الفتح أى وإن لم يفهم (قوله أو بشرط الائتمام) أى إن سجدها الإمام وإلا فلا تلزمه وإن سمعها منه شرح المنية (قوله فإنه سبب) صوابه فإنه شرط ليوافق قوله أو بشرط وقوله أيضا أى كما أن السماع شرط نعم صرح فى المنح بأن السبب شيئان التلاوة والائتمام كما قدمناه وعليه فقوله أو الائتمام معطوف على قوله تلاوة آية . فإن كان مراد الشارح موافقته كان عليه أن يسقط قوله بشرط وإلا كان عليه أن يقول فإنه شرط لوجوبها أيضا (قوله ولم يحضرها) أى بأن تلاها قبل أن يحضر ويقتدى به (قوله للمتابعة) فى البحر عن التجنيس التالى والسامع ينظر كل منهما إلى اعتقاد نفسه فثانية الحج ليست سجدة عندنا خلافا للشافعى لأن السامع ليس بتابع للتالى تحقيقا حتى يلزمه العمل برأيه لأنه لا شركة بينهما اه .

وظاهره أنه يتبعه فيها لو كان فى الصلاة لكونه تابعا تحقيقا أفاده ط وقد تقدم فى واجبات الصلاة أنه تجب المتابعة فى المجتهد فيه لا فى المتطوع بنسخه أو بعدم سنيته كزيادة تكبيرة خامسة فى الجنازة وكقنوت الفجر وتقدم الكلام على ذلك هناك ، والظاهر أن هذه السجدة من المجتهد فيه أى مما للاجتهاد فيه مساغ تأمل (قوله لم يسجد المصلى) أى المصلى صلاته ، سواء كان هو أى المؤتم التالى أو كان إمامه أو مؤتما بإمامه بدليل قول المتن فيما سيأتى ولا من المؤتم لو كان السامع فى صلاته ، والأولى إسقاط المصلى ليعود الضمير على المؤتم التالى لئلا يتكرر قول المصنف الآتى ولا من المؤتم الخ ولأن المصلى يشمل المصلى غير صلاته كإمام غير إمامه ومقتد به ومنفرد مع أنهم كغير المصلى أصلا من قسم الخارج كما أفاده ح أى فإنهم يسجدونها بعد الفراغ من صلاتهم كما سيأتى ذلك فى قول المتن ولو سمع المصلى من غيره لم يسجد فيها بل بعدها ويأتى تمام الكلام على ذلك هناك (قوله لأن الحجر ثبت لمعينين) وهم الإمام ومن معه وفيه أن الإمام غير محجور عليه القراءة فى هذه الصلاة وإنما الحجر على المقتدين به فالأظهر التعليل بما فى شرح المنية وغيرها بأنه إن سجد الإمام يلزم انقلاب المتبوع تابعا وإلا لزم مخالفتهم له بخلاف من ليس معهم فى صلاتهم لعدم حجره بالنظر إليهم لأنه بمنزلة من ليس فى الصلاة فى حقهم (قوله حتى لو دخل) أى الخارج معهم أى فى صلاتهم سقطت السجدة عنه تبعا لهم وظاهره سقوطها عنه ولو دخل فى ركعة أخرى غير ركعة التلاوة (قوله للحجر فيها عن القراءة) قال المرغينانى : وعندى أنها تجب وتتأدى فيه بحر عن الزيلعى .

(بشروط الصلاة) المتقدمة (خلا التحريمة) ونية التعيين ، ويفسدها مايفسدها :

وركنها : السجود أو بدله كركوع مصل وإيماء مريض وراكب (وهى سجدة بين تكبيرتين) مسنونتين

قلت : وفى التشهد بحث مقدسي : أى لأن اندراجها فى الركوع أو السجود ممكن بخلاف التشهد، ويمكن أن يكون المراد بقوله تتأدى فيه أنه يؤديها فى ذلك الموضع الذى تلاها فيه لابعده لكن فى الإمداد وقال المرغينانى : عليه السجود ويتأدى بالركوع والسجود الذى هو فيه كذا فى شرح الديرى فعليه يسجد لو كان تاليا فى التشهد اه .

أقول : هذا يؤيد الأول ثم لايخفى أن القول بوجوبها عليه أظهر لأنه منهى عن القراءة فيها كالجنب لامحجور كالمقتدى ، وقد فرقوا بين الجنب والمقتدى بأن الأول منهى عنها فتجب عليه السجدة لأن النهى لاينافى الوجوب والمقتدى محجور لنفاذ تصرف الإمام عليه وتصرف المحجور لا حكم له ، وأما الحائض فلا تجب عليها بتلاوتها لأنها ليست أهلا للصلاة بخلاف الجنب .

ولا يخفى أن التالى فى ركوعه مثلا أهل للوجوب وليس له إمام يحجر عليه فينبغى ترجيح الوجوب عليه ولعل ذلك وجه اختيار الإمام المرغينانى ، ثم رأيت فى حاشية المدنى نقل عن شيخه ميرغنى فى حاشية الزيلعى أنه رجح كلام المرغينانى بما ذكرنا ولله الحمد. والظاهر أن من هذا القبيل مافى الفيض لو سجد للتلاوة وقرأ فى سجوده آية أخرى لم تجب السجدة تأمل (قوله بشروط الصلاة) لأنها جزء من أجزاء الصلاة فكانت معتبرة بسجدات الصلاة ؛ ولهذا لايجوز أداؤها بالتيمم إلا أن لايجد ماء لأن شرط صيرورة التيمم طهارة حال وجود الماء خشية الفوت ولم توجد لأن وجوبها على التراخى ، وكذا يشترط لها الوقت حتى لو تلاها أو سمعها فى وقت غير مكروه فأداها فى مكروه لاتجزيه لأنها وجبت كاملة إلا إذا تلاها فى مكروه وسجدها فيه أو فى مكروه آخر جاز لأنه أداها كما وجبت وكذا النية لأنها عبادة فلا تصح بدونها بدائع قال فى الحلية إلا إذا كانت فى الصلاة وسجدها على الفور كما صرحوا به وكأنه لأنها صارت جزءا من الصلاة فانسحب عليها نيتها (قوله خلا التحريمة) لأنها لتوحيد الأفعال المختلفة ولم توجد بدائع وحلية وبحر أى فإن الصلاة أفعال مختلفة من قيام وقراءة وركوع وسجود وبالتحريمة صارت فعلا واحدا وأما هذه فماهيتها فعل واحد فاستغنت عن التحريمة فافهم (قوله ونية التعيين) أى تعيين أنها سجدة آية كذا نهر عن القنية ، وأما تعيين كونها عن التلاوة فشرط كما تقدم فى بحث النية من شروط الصلاة إلا إذا كانت فى الصلاة وسجدها فورا كما علمته (قوله ويفسدها مايفسدها) أى مايفسد الصلاة من الحدث العمد والكلام والقهقهة وعليه إعادتها . وقيل هذا قول محمد لأن العبرة عنده لتمام الركن وهو الرفع ، والعبرة عند أبى يوسف للوضع فينبغى أن لايفسدها . وفى الخانية أنها تفسد على ظاهر الجواب اتفاقا إلا أنه لاوضوء عليه فى القهقهة وكذا محاذاة المرأة لاتفسدها كصلاة الجنازة ، ولو نام فيها لاتنتقض طهارته كالصلبية على الصحيح بحر (قوله كركوع مصل)قيد بالمصلى لأنه لو تلاها خارج الصلاة فركع لها لايجزيه قياسا واستحسانا كما فى البدائع وهو المروى فى الظاهر كما فى البزازية خلافا لما سينقله الشارح عن البزازية فإنه تحريف تبع فيه النهر كما ستعرفه فافهم (قوله وإيماء مريض) أى ولو تلاها فى الصحة كما فى شرح المنية (قوله وراكب) أى إذا تلاها أو سمعها راكبا خارج المصر وإن نزل بعدها ثم ركب ، أما لو وجبت على الأرض فإنها لاتجوز على الدابة لأنها وجبت تامة بخلاف العكس كما فى البحر (قوله بين تكبيرتين مسنونتين) أى تكبيرة الوضع وتكبيرة الرفع بحر . وهذا ظاهر الرواية وصححه فى البدائع ، وعن أبى حنيفة لايكبر أصلا. وعنه وعن أبى يوسف يكبر للرفع لاللوضع . وعنه بالعكس حلية قال فى التارخانية : وفى الحجة قال بعض المشايخ لو سجد ولم يكبر يخرج عن العهدة قال فى الحجة وهذا

جهرا وبين قيامين مستحبين (بلا رفع يد وتشهد وسلام وفيها تسبيح السجود) فى الأصح (على من كان) متعلق بيجب (أهلا لوجوب الصلاة) لأنها من أجزائها (أداء) كالأصم إذا تلا (أو قضاء) كالجنب والسكران والنائم (فلا تجب على كافر وصبي ومجنون وحائض ونفساء قرءوا أو سمعوا) لأنهم ليسوا أهلا لها (وتجب بتلاوتهم) يعنى المذكورين (خلا المجنون

يعلم ولا يعمل به لما فيه من مخالفة السلف اه (قوله جهرا) أى يرفع صوته بالتكبير زيلعى ، أى فيسمع نفسه به منفردا ومن خلفه إذا كان معه غيره ط (قوله بين قيامين مستحبين) أى قيام قبل السجود ليكون خرورا وهو السقوط من القيام ، وقيام بعد رفع رأسه وهذا عزاه فى البحر إلى المضمرات وقال إن الثانى غريب وذكر الخير الرملى عن خط المصنف أن صاحب المضمرات عزاه إلى الظهيرية وأنه راجع نسخته الظهيرية فلم يجد القيام الثانى فيها اه .

أقول : قد وجدته فى نسختى ونصه : وإذا رفع رأسه من السجود يقوم ثم يقعد اه وكذا عزاه إليها فى التتارخانية وشرح المنية ، فالظاهر أن فى نسخة المصنف سقطا فتنبه . ووجه غرابته أنه انفرد بذكره صاحب الظهيرية ولذا عزاه من بعده إليها فقط .

[تتمة] : ويندب أن لا يرفع السامع رأسه منها قبل تاليها وليس هو اقتداء حقيقة . ولذا لا يؤمر التالى بالتقدم ولا السامعون بالاصطفاف ولا تفسد سجدتهم بفساد سجدته وفى النوادر يتقدم ويصطفون خلفه وتمامه فى الإمداد (قوله فى الأصح) قال فى فتح القدير : ينبغى أن لا يكون ما صحح على عمومه : فإن كانت السجدة فى الصلاة فإن كانت فريضة قال : سبحان ربى الأعلى أو نفلا قال ماشاء مما ورد كسجد وجهى للذى خلقه وصوره وشق سمعه وبصره بحوله وقوته فتبارك الله أحسن الخالقين ، وقوله : اللهم اكتب لى عندك بها أجرا وضع عنى بها وزرا واجعلها لى عندك ذخرا وتقبلها منى كما تقبلتها من عبدك داود ، وإن كان خارج الصلاة قال كل ما أثر من ذلك اه وأقره فى الحلية والبحر والنهر وغيرها (قوله لأنها من أجزائها) أى من جنس أجزاء الصلاة أو المراد فى بعض المواضع كما إذا تليت فى الصلاة فافهم . قال فى البحر وغيره : فيشترط لوجوبها أهلية وجوب الصلاة من الإسلام والعقل والبلوغ والطهارة من الحيض والنفاس اه (قوله كالأصم) نبه على بعيد الخطور بالبال ليعلم غيره بالأولى ح (قوله إذا تلاها) أما إذا رأى قوما سجدوا فلا تجب عليه إمداد عن التتارخانية (قوله كالجنب) ظاهره أنه ليس أهلا للوجوب أداء وليس كذلك رحمتى نعم السكران والنائم كل منهما ليس أهلا للأداء إذا استوعب الوقت تأمل (قوله والسكران) لأنه اعتبر عقله قائما حكما زجرا له ولهذا تلزمه العبادات كما فى المحيط ومفاده أنه لو سكر من مباح كما لو أساغ به لقمة أو أكره عليه لم تجب عليه إذا تلاها أو سمعها إذا كان بحال لا يميز مايقول وما يسمع حتى أنه لا يتذكره بعد الصحو حلية (قوله والنائم) أى إذا أخبر أنه قرأها فى حالة النوم تجب عليه وهو الأصح تتارخانية وفى الدراية لا تلزمه هو الصحيح إمداد ففيه اختلاف التصحيح ، وأما لزومها على السامع منه أو من المغمى عليه فنقل فى الشرنبلالية أيضا اختلاف الرواية والتصحيح وكذا من المجنون وسيأتى بيانه قريبا (قوله لأنهم ليسوا أهلا لها) أى للصلاة أى لوجوبها بتقدير مضاف ، وفى بعض النسخ : لها أى للأداء والقضاء وهذا ظاهر فى المجنون المطبق ، أما من لم يزد جنونه على يوم وليلة فمقتضاه الوجوب كما سيأتى (قوله وتجب بتلاوتهم) أى وتجب على من سمعهم بسبب تلاوتهم ح (قوله يعنى المذكورين) أى الأصم والنفساء وما بينهما (قوله خلا المجنون) هذا مامشى عليه فى البحر عن البدائع . قال فى الفتح : لكن ذكر شيخ الإسلام أنه لا يجب بالسماع من مجنون

المطبق) فلا تجب بتلاوته لعدم أهليته ، ولو قصرجنونه فكان يوما وليلة أو أقل تلزمه تلا أو سمع ، وإن أكثر لاتلزمه بل تلزم من سمعه على ماحرره منلا خسرو ، لكن جزم الشرنبلالى باختلاف الرواية ونقل الوجوب بالسماع من المجنون عن الفتاوى الصغرى والجوهرة قلت : وبه جزم القهستانى (لا) تجب (بسماعه من الصدى والطير)

أو نائم أو طير لأن السبب سماع تلاوة صحيحة وصحتها بالتميز ، ولم يوجد وهذا التعليل يفيد التفصيل فى الصبى ، فليكن هو المعتبر إن كان مميزا وجب بالسماع منه وإلا فلا اهواستحسنه فى الحاية (قوله المطبق) بالكسر كما فى المغرب وفى القاموس أطبقه غطاه ومنه الجنون المطبق والحمى المطبقة اه والمراد به الملازم الممتد. والذى حرره ابن الهمام فى التحرير وفتح القدير وتبعه فى البحر إن قدر الامتداد المسقط فى الصلوات بصيرورتها ستا عند محمد وفى الصوم باستغراق الشهر ليله ونهاره وفى الزكاة باستغراق الحول اه .

ويظهر منه ومن قول المصنف على من كان أهلا لوجوب الصلاة أن التلاوة كالصلاة فى ذلك لكن المراد به هنا بناء على ماذكره فى الدرر وتبعه الشارح مازاد على يوم وليلة وكان لايزول فإنه جعل الجنون على ثلاث مراتب قاصرا وهو مالا يزيد على يوم وليلة وكاملا غير مطبق وهو مازيد على ذلك لكنه قد يزول وكاملا مطبقا وهو مازيد على ذلك ولا يزول .

والحاصل لصاحب الدرر على ذلك التقسيم هو التوفيق بين كلامهم فإنه نقل عن تلخيص الجامع عدم الوجوب بالسماع من المجنون . وعن الخانية الوجوب وعن النوادر أنه إذا قصر فكان يوما وليلة أو أقل يلزمه السجود تلاها أو سمعها أى وإذا وجبت عليه تجب على من سمعها منه بالأولى ثم ذكر فى الدرر أن القاصر يجب السجود بتلاوته عليه وعلى من سمع منه وهو مافى النوادر والكامل الغير المطبق لايجب عليه بتلاوته بل على سامعه وهو مافى الخانية والمطبق لاتجب عليه ولا على سامعه وهو مافى التلخيص وقد جرى الشارح على هذا التقسيم والتوفيق (قوله فلا تجب بتلاوته) أى على من سمعه كما لاتجب عليه نفسه (قوله لعدم أهليته) يرد عليه الصبى فإنه يجب على من سمعه مع عدم أهليته ط (قوله تلزمه تلا أو سمع) أى لأنه أهل لوجوب قضاء الصلاة وإذا لزمته لزمت من سمع منه بالأولى كما مر . وفى شرح الشيخ إسمعيل : كل من وجب عليه بالسماع من الغير وجب على الغير بالسماع منه بلا عكس (قوله وإن أكثر) أى من يوم وليلة يعنى ولم يكن مطبقا بقرينة المقابلة وهذا ثالث الأقسام (قوله لكن الخ) استدراك على ماحرره خسرو صاحب الدرر وهو مامر . وحاصل ماذكره الشرنبلالى فى حاشيته عليه أن ما ذكره من تقسيم الجنون إلى ثلاثة أقسام مخالف لكلام الأصول بل أنه قسمان فقط مطبق وغيره وأن تفسيره المطبق بما لايزول غير مسلم لأنه مامن ساعة إلا ويرجى زواله وأن فى السماع من المجنون روايتين مصححتين حكاهما فى الجوهرة ، فالوجه فى التوفيق أن يحمل مافى الخانية على رواية وما فى التلخيص على أخرى اه .

أقول : والظاهر أن هاتين الروايتين فى الجنون المطبق وغيره خلافا لما فى حاشية نوح أفندى وشرح الشيخ إسمعيل من تقييده بالمطبق بدليل ماقدمناه عن الفتح وكذا مافى الجوهرة حيث قال : ولو سمعها من نائم أو مغمى عليه أو مجنون ففيه روايتان أصحهما لا يجب اه فإن المجنون غير المطبق ليس أدنى حالا من النائم والمغمى عليه ، فالخلاف الجارى فيهما جار فيه أيضا لكون كل منهم من أهل الوجوب فكان الظاهر الاطلاق بلا تقييد بمطبق أو غيره (قوله ونقل الوجوب الخ) يغنى عنه ماقبله مع أنه يوهم أنه فى الجوهرة اقتصر على الوجوب (قوله من الصدى) هومايجيبك مثل صوتك فى الجبال والصحارى ونحوهما كما فى الصحاح (قوله والطير) هو الأصح زيلعى وغيره ، وقيل تجب . وفى الحجة هو الصحيح تاتارخانية .

ومن كل تال حرفا ولا بالتهجى أشباه (و) لا (من المؤتم لو) كان السامع (فى صلاته) أى صلاة المؤتم بخلاف الخارج كما مر (وهى على التراخى) على المختار ويكره تأخيرها تنزيها، ويكفيه أن يسجد عدد ما عليه بلا تعيين ويكون مؤديا وتسقط بالحيض والردة (إن لم تكن صلوية) فعلى الفور لصيرورتها جزءا منها

قلت: والأكثر على تصحيح الأول وبه جزم فى نور الإيضاح (قوله ومن كل تال حرفا) تكرار مع ما يأتى متنا وكأنه ذكره تنبيها على أن الأولى أن يذكر هنا ح (قوله ولا بالتهجى) لأنه لا يقال قرأ القرآن وإنما قرأ الهجاء ولو فعل ذلك فى الصلاة لم يقطع لأنها الحروف التى فى القرآن ولا تنوب عن القراءة لأنه لم يقرأ القرآن إمداد عن التجنيس والخانية ولا تجب بالكتابة بحر (قوله ولا من المؤتم الخ) أى لا تجب على من سمعها منه سواء كان إمامه أو المقتدين به كما لا تجب عليه نفسه كما مر (قوله بخلاف الخارج) أى عن صلاة المؤتم التالى إماما كان أو مؤتما أو منفردا أو غير مصل أصلا كما قدمناه عند قوله ولو تلا المؤتم ح (قوله على المختار) كذا فى النهر والإمداد، وهذا عند محمد وعند أبى يوسف على الفور هما روايتان عن الإمام أيضا كذا فى العناية قال فى النهر : وينبغى أن يكون محل الخلاف فى الإثم وعدمه حتى لو أداها بعد مدة كان مؤديا اتفاقا لا قاضيا اهـ. قال الشيخ إسمعيل وفيه نظر أى لأن الظاهر من الفور أن يكون تأخيره قضاء .

قلت : لكن سيذكر الشارح فى الحج الإجماع على أنه لو تراخى كان أداء مع أن المرجح أنه على الفور ويأثم بتأخيره فهو نظير ما هنا تأمل (قوله تنزيها) لأنه بطول الزمان قد ينساها ، ولو كانت الكراهة تحريمية لوجبت على الفور وليس كذلك ولذا كره تحريما تأخير الصلاتية عن وقت القراءة إمداد واستثنى من كراهة التأخير ما إذا كان الوقت مكروها كوقت الطلوع .

[فرع] فى التتارخانية : يستحب للتالى أو السامع إذا لم يمكنه السجود أن يقول - سمعنا وأطعنا غفرانك ربنا وإليك المصير - (قوله ويكفيه الخ) مكرر مع ما قدمه فى قوله خلا التحريمة ونية التعيين (قوله وتسقط بالحيض) تبع فى ذلك صاحب النهر حيث قال وصرحوا بأنها لو أخرتها حتى حاضت سقطت وكذا لو ارتدت بعد تلاوتها كذا فى الخانية اهـ. والذى فى الخانية المرأة إذا قرأت آية السجدة فى صلاتها فلم تسجد حتى حاضت سقطت عنها السجدة اهـ ومثله ما سيذكره الشارح عن الخلاصة ، فعلم أن المراد السجدة الصلاتية ، وهى الآتية فى ضمن قول المتن إلا إذا فسدت بغير الحيض الخ فلا محل لذكرها هنا، نعم فى التجنيس ما يدل على سقوطها بالحيض مطلقا. فإنه قال إذا قرأت آية السجدة ولم تسجد لها حتى حاضت سقطت لأن الحيض ينافى وجوبها ابتداء فكذا بقاء وهو نظير المسلم إذا قرأها ثم ارتد سقطت عنه حتى إذا أسلم لا تجب عليه لأن الكفر ينافيه ابتداء فكذا بقاء اهـ فتأمل (قوله والردة) فيه أن وقتها العمر وما بقى وقته لا يسقط عن المرتد إذا أسلم كالحج وكصلاة صلاها فارتد فأسلم فى وقتها فليتأمل. وأجاب بعض الحذاق بأن السبب فى الصلاة قد تحقق بعد الإسلام ولا كذلك سجود التلاوة. وكذلك يعتبر القدرة على الزاد والراحلة فى الحج بعد الإسلام ط . وفيه أن الكلام فى سقوطها عمن لم يسجد لا فى عدم وجوب الإعادة على من سجدها بل ما نحن فيه نظير من ترك صلاة ثم ارتد وقدمنا قبيل سجود السهو أنه يجب عليه بعد الإسلام ما تركه قبل الردة ومقتضى ذلك لزوم السجدة هنا عليه (١) (قوله فعلى الفور) جواب شرط مقدر تقديره فإن كانت

(١) (قوله لزوم السجدة هنا عليه) أقول : قد فرق شيخنا بين المسألتين بأن سبب السجدة هو التلاوة وهو عمل والردة تبطل الأعمال فلما بطلت التلاوة التى هى سبب سقطت السجدة ، بخلاف الصلاة فإن سببها الوقت ، وهو ليس بعمل حتى يقال بطل بالردة وأيضا فى السجدة حصل المنافى وهو الردة قبل صيرورتها دينا عليه بخلاف الصلاة فإنه بمجرد خروج الوقت صارت الصلاة دينا فى ذمته وحصول الردة بعد ذلك لا يسقط تأمل اهـ .

ويأثم بتأخيرها ويقضيها مادام فى حرمة الصلاة ولو بعد السلام فتح ثم هذه النسبة هى الصواب. وقولهم صلاتية خطأ قاله المصنف لكن فى الغاية أنه خطأ مستعمل وهو عند الفقهاء خير من صواب نادر (ومن سمعها من إمام) ولو باقتدائه به (فائتم به قبل أن يسجد الإمام لها سجد معه و) لو ائتم (بعده لا) يسجد أصلا كذا أطلق فى الكنز تبعا للأصل (وإن لم يقتد به) أصلا (سجدها) وكذا لو اقتدى به فى ركعة أخرى على مااختاره البزدوى وغيره وهو ظاهر الهداية (ولو تلاها فى الصلاة سجدها فيها لا خارجها) لما مر. وفى البدائع: وإذا لم يسجد أثم فتلزمه التوبة

صلوية فعلى الفور ح ثم تفسير الفور عدم طول المدة بين التلاوة والسجدة بقراءة أكثر من آيتين أو ثلاث على ماسيأتى حلبة (قوله ويأثم بتأخيرها الخ) لأنها وجبت بما هو من أفعال الصلاة. وهو القراءة وصارت من أجزائها فوجب أداؤها مضيقا كما فى البدائع ولذا كان المختار وجوب سجود السهو لو تذكرها بعد محلها كما قدمناه فى بابه عند قوله بترك واجب فصارت كما لو أخر السجدة الصلبية عن محلها فإنها تكون قضاء، ومثله: مالو أخر القراءة إلى الأخريين على القول بوجوبها فى الأوليين وهو المعتمد. أما على القول بعدمه فيهما فهى أداء فى الأخريين كما حققناه فى واجبات الصلاة فافهم (قوله ولو بعد السلام) أى ناسيا مادام فى المسجد وروى أنه لا يسجد بعد السلام ناسيا تاترخانية (قوله ثم هذه النسبة هى الصواب) أى قول المصنف صلوية برد ألفه واوا وحذف التاء، وإذا كانوا قد حذفوها فى نسبة المذكر إلى المؤنث كنسبة الرجل إلى بصرة فقالوا بصرى لا بصرتى كى لا تجتمع تاءان فى نسبة المؤنث فيقولون بصرتية فكيف بنسبة المؤنث إلى المؤنث فتح (قوله ومن سمعها الخ) السماع غير شرط بالنظر إلى الاقتداء بل الشرط هو الاقتداء، وإن لم يسمعها ولم يحضرها كما قدمه الشارح لكن قيد بالسماع ليتأتى التفصيل الآتى (قوله ولو باقتدائه به) أى ولو صار التالى إماما بسبب اقتداء السامع به بأن تلاها وهو منفرد فاقتدى به (قوله سجد معه) قيد به لأن الإمام لو لم يسجد لا يسجد المأموم وإن سمعها لأنه إن سجدها فى الصلاة وحده خالف إمامه، وإن سجد بعد الفراغ فهى صلاتية لا تقضى خارجها بحر (قوله لا يسجد أصلا) أى لا فى الصلاة ولا بعدها فافهم (قوله كذا أطلق فى الكنز) أى أطلق قوله . ولو ائتم بعده: أى بعد سجود الإمام فشمل ما إذا اقتدى به فى الركعة التى تلا فيها أو بعدها .

قال فى النهر : أما الأول فباتفاق الروايات وأما الثانى : فظاهر إطلاق الأصل أنها كذلك لأنها بالاقتداء صارت صلاتية فلا تقضى خارجها. واختار البزدوى تخصيصه بالأول وحمل الإطلاق عليه وهو ظاهر مافى الهداية اهـ أى حيث قال لأنه صار مدركا لها بإدراك الركعة (قوله وكذا الخ) أى يسجدها ولكن بعد الفراغ من الصلاة وهذا مقابل قوله كذا أطلق فى الكنز وبه جزم فى النقاية وإصلاحها والفتح وشرح المنية وكذا فى المواهب وقال إنه الأظهر وتبعه فى نور الإيضاح وقد علمت أن إطلاق الكنز والأصل محمول عليه وقد صرح صاحب الكنز بحمل إطلاقه عليه فى كتابه الكافى وصاحب الدار أدرى (قوله ولو تلاها) أى المصلى غير المقتدى لقوله قبله ولو تلا المؤتم لم يسجد أصلا (قوله لما مر) أى من قوله لصيرورتها جزءا من الصلاة (قوله وإذا لم يسجد أثم الخ) أفاد أنه لا يقضيها. قال فى شرح المنية وكل سجدة وجبت فى الصلاة ولم تؤد فيها سقطت أى لم يبق السجود لها مشروعا لفوات محله اهـ .

أقول: وهذا إذا لم يركع بعدها على الفور وإلا دخلت فى السجود وإن لم ينوها كما سيأتى وهو مقيد أيضا بما إذا تركها عمدا حتى سلم وخرج من حرمة الصلاة . أما لو سهوا وتذكرها ولو بعد السلام قبل أن يفعل منافيا يأتى بها ويسجد

(إلا إذا فسدت الصلاة بغير الحيض) فلو به تسقط عنها السجدة ذكره فى الخلاصة (فيسجدها خارجها) لأنها لما فسدت لم يبق إلا مجرد التلاوة فلم تكن صلوية ، ولو بعد ماسجدها لم يعدها ذكره فى القنية ، ويخالفه مافى الخانية تلاها فى نفل فأفسده قضاه دون السجدة إلا أن يحمل على ماإذا كان بعد سجودها (وتؤدى بركوع وسجود) غير ركوع الصلاة وسجودها (فى الصلاة وكذا فى خارجها ينوب عنها الركوع) فى ظاهر المروى بزازية (لها) أى للتلاوة (و) تؤدى (بركوع صلاة) إذا كان الركوع (على الفور من قراءة آية) أو آيتين وكذا الثلاث على الظاهر كما فى البحر (إن نواه)

للسهو كما قدمناه (قوله إلا إذا فسدت) أى قبل سجودها والإفساد كالفساد ط (قوله فلو به الخ) ظاهره أن غير الصلاتية لا تسقط بالحيض وقدمنا الكلام فيه (قوله لم يعدها) لأن المفسد لايفسد جميع أجزاء الصلاة وإنما يفسد الجزء المقارن فيمتنع البناء عليه بحر عن التنية (قوله ويخالفه) أى يخالف مافى المتن والبحث والجواب لصاحب النهر (قوله إلا أن يحمل الخ) عبارة الخانية صريحة فى ذلك ونصها مصلى التطوع إذا قرأ آية وسجد لها ثم فسدت صلاته وجب عليه قضاؤها ولا تلزمه إعادة تلك السجدة اهـ ومثله فى الفيض والبزازية (قوله وتؤدى بركوع وسجود) الواو بمعنى أو. قال فى الحلية والأصل فى أدائها السجود وهو أفضل . ولو ركع لها على الفور جاز وإلا لا اهـ أى وإن فات الفور لايصح أن يركع لها ولو فى حرمة الصلاة بدائع أى فلا بد لها من سجود خاص بها كما يأتى نظيره. وفى الحلية ثم إذا سجد أو ركع لها على حدة فورا يعود إلى القيام(١) ويستحب أن لا يعقبه بالركوع بل يقرأ آيتين أو ثلاثا فصاعدا ثم يركع اهـ وإن كانت السجدة آخر السورة يقرأ من سورة أخرى ثم يركع . وتمامه فى الإمداد والبحر (قوله وكذا فى خارجها الخ) هذا ضعيف لما قدمناه عن البدائع من أنه لايجزى لاقياسا ولا استحسانا وما عزاه إلى البزازية تبع فيه صاحب النهر وهو خلل فى النقل لأن الذى رأيته فى نسختين من البزازية هكذا ، وروى فى غير الظاهر أن الركوع ينوب عنها خارج الصلاة أيضا اهـ فسقط من كلامه لفظة غير . وما فى البحر من أن قاضيخان اختار أنه ينوب عنها ففيه إن عبارة الخانية هكذا روى أنه يجوز ذلك ولا يخفى أنه مشعر بتضعيفه لا باختياره فتنبه لذلك (قوله لها أى للتلاوة) لوأخر الشارح قوله سابقا غير ركوع الصلاة وسجودها إلى هنا لكان أولى ط (قوله على الفور الخ) فلو انقطع الفور لا بد لها من سجود خاص بها مادام فى حرمة الصلاة ، وعلله فى البدائع بأنها صارت دينا والدين يقضى بماله لا بما عليه والركوع والسجود عليه فلا يتأدى به الدين اهـ (قوله على الظاهر كما فى البحر) أى عن البدائع والمتبادر من عبارته أنه استظهار من صاحب البدائع ، لا أنه ظاهر الرواية وفى الإمداد الاحتياط قول شيخ الإسلام خواهر زاده بانقطاع الفور بالثلاث. وقال شمس الأئمة الحلوانى: لاينقطع مالم يقرأ أكثر من ثلاث وقال الكمال بن الهمام: قول الحلوانى هو الرواية اهـ.

قلت : وصرح فى شرح المنية بأنه الأصح رواية ، فإن محمدا نص على أنه إذا بقى بعد السجدة آيات من آخر السورة أى كسورة الانشقاق وسورة بنى إسرائيل إن شاء ختم السورة وركع لها وإن شاء سجد لها ثم قام فأكمل السورة ثم ركع اهـ ومثله فى الفتح :

لكن فى البحر عن المجتبى أن الركوع ينوب عنها بشرط النية وأن لا يفصل بثلاث إلا إذا كانت الثلاث من آخر السورة اهـ :

---

(١) (قوله يعود إلى القيام) ظاهر التقييد بقوله على حدة أنه لو أداها فى ضمن ركوع الصلاة أو سجودها لا يستحب التنقل الخ .

أى كون الركوع (لسجود) التلاوة على الراجح (و) تؤدى (بسجودها كذلك) أى على الفور (وإن لم ينو) بالإجماع ، ولو نواها فى ركوعه ولم ينوها المؤتم لم تجزه ويسجد إذا سلم الإمام ويعيد القعدة ، ولو تركها فسدت صلاته كذا فى القنية وينبغى حمله على الجهرية .

نعم لو ركع وسجد لها فورا ناب بلا نية ، ولو سجد لها فظن القوم أنه ركع ، فمن ركع رفضه وسجد لها ، ومن ركع وسجد سجدة أجزأته عنها . ومن ركع وسجد سجدتين فسدت صلاته لأنه انفرد بركعة تامة (ولو سمع المصلى)

ومقتضاه : أن الخلاف فيما فى وسط السورة وأن هذه وفاقية وبه صرح فى الحلية عن الأصل وغيره ، نعم قال بعده إن الفرق ظاهر الوجه. قلت : قد يوجه بأن قراءة الثلاث من آخر السورة لاتفصل لأنها إتمام للسورة وعدم رفض باقيها فكان فى قراءتها زيادة طلب فلم تفصل بخلاف الثلاث من وسط السورة فإنه ليس فيها زيادة طلب لعدم ماذكرنا فعدت فاصلة تأمل (قوله أى كون الركوع لسجود التلاوة) الأولى قول الإمداد أى نوى أداءها فيه اه ثم إن النية محلها عند إرادة الركوع فلو نواها فيه قيل يجوز وقيل لاولو بعد الرفع منه لايجوز بالإجماع بدائع (قوله على الراجح) وقيل لاحاجة إلى النية عند الفور وجعله القهستانى رواية عن محمد (قوله بالإجماع) كذا قال فى البدائع لكن رده فى الفتح بأن الخلاف ثابت أيضا (قوله ولو نواها فى ركوعه) أى عقب التلاوة ح عن البحر (قوله لم تجزه) أى لم تجز نية الإمام المؤتم ولا تندرج فى سجوده وإن نواها المؤتم فيه لأنه لما نواها الإمام فى ركوعه تعين لها أفاده ح .

هذا وفى القهستانى : واختلفوا فى أن نية الإمام كافية كما فى الكافى فلو لم ينو المقتدى لاينوب على رأى فيسجد بعد سلام الإمام ويعيد القعدة الأخيرة كما فى المنية اه (قوله ولو تركها) أى القعدة فسدت صلاته لأن التلاوية ترفعها كالصلبية بخلاف السهوية كما مر فى السهو (قوله وينبغى حمله على الجهرية) البحث لصاحب النهر ولعل وجهه أنه ذكر فى التتارخانية أنه لو تلاها فى السرية فالأولى أن يركع بها لئلا يلتبس الأمر على القوم ، ولو فى الجهرية فالسجود أولى اه فإنه يفيد أن نية الإمام كافية لعدم علمهم بما قرأه الإمام سرا ، ولو لم يجزهم الركوع عنها كان التباس الأمر عليهم أعظم ولم يكن فى ترجيح الركوع له فائدة فيحمل كلام القنية هنا على الجهرية ليكون المؤتم عالما بالتلاوة فإذا ركع إمامه فورا يلزمه أن ينويها فيه احتياطا لاحتمال أن الإمام نواها فيه فإذا لم ينو يسجد بعد سلام إمامه ، أما فى السرية فهو معذور وتكفيه نية إمامه إذ لا علم له بتلاوة إمامه حتى يؤمر بالسجود لها بعد سلام الإمام . وأجاب ح بأنه يمكنه أن يخبره الإمام بعد السلام قبل تكلم المقتدى وخروجه من المسجد أنه قرأها ونواها فى الركوع اه فتأمل والأولى أن يحمل على القول بأن نية الإمام لاتنوب عن نية المؤتم ، والمتبادر من كلام القهستانى السابق أنه خلاف الأصح حيث قال على رأى فتأمل (قوله نعم لو ركع وسجد لها) أى للصلاة فورا ناب أى سجود المقتدى عن سجود التلاوة بلا نية تبعاً لسجود إمامه لما مر آنفا أنها تؤدّى بسجود الصلاة فورا وإن لم ينو ، والظاهر أن المقصود بهذا الاستدراك التنبيه على أنه ينبغى للإمام أن لاينويها فى الركوع لأنه إذا لم ينوها فيه ونواها فى السجود أو لم ينوها أصلا لاشىء على المؤتم لأن السجود هو الأصل فيها بخلاف الركوع فإذا نواها الإمام فيه ولم ينوها المؤتم لم يجزه ، ثم لايخفى أن إرجاع الضمير فى قوله لها إلى التلاوة لايصح إلا بتكلف فلا حاجة إليه فافهم (قوله ولو سجد لها) أى للتلاوة . وفى أغلب النسخ : ولو ركع لها وما هنا هو الصواب الموافق لما فى البحر أفاده ح (قوله لأنه انفرد بركعة) لأن سجدة للتلاوة وسجدة تمت بها الركعة ط (قوله ولو سمع المصلى) أى سواء كان إماما أو مؤتما أو منفردا وقوله من غيره : أى ممن ليس معه فى الصلاة سواء كان إماماً غير إمامه أو مؤتما بذلك الإمام أو منفردا أو غير مصل

السجدة (من غيره لم يسجد فيها) لأنها غير صلاتية (بل) يسجد (بعدها) لسماعها من غير محجور (ولو سجد فيها لم تجزه) لأنها ناقصة للنهى فلا يتأدى بها الكامل (وأعاده) أى السجود لما مر ، إلا إذا تلاها المصلى غير المؤتم ولو بعد سماعها سراج (دونها) أى الصلاة لأن زيادة مادون الركعة لايفسد إلا إذا تابع المصلى التالى فتفسد لمتابعته غير إمامه ولا تجزئه عما سمع تجنيس وغيره (وإن تلاها فى غير الصلاة فسجد ثم دخل الصلاة فتلاها) فيها

أصلا اهـ ح ونحوه فى القهستانى ، وهذا صريح بوجوبها بالسماع من المؤتم بغير إمام السامع بخلاف المؤتم بإمامه لكن صرح فى الإمداد بأنها لاتجب بالسماع من مقتد بإمام السامع أو بإمام آخر اهـ .

نعم فى النهاية وشرح المنية وتجب على من سمعها من المؤتم ممن ليس فى صلاته إجماعاً اهـ وهذا موافق للأول .

وفى البدائع إذا تلاها المؤتم لاتجب عليه فى الصلاة إجماعاً وكذا على الإمام والقوم إذا سمعوها منه . وأما بعد الصلاة فكذلك عندهما . وقال محمد : تلزمهم لتحقق السبب وهو التلاوة الصحيحة فى حق المؤتم والسماع فى حق الإمام والقوم ولذا تلزم من سمع منه وهو ليس فى صلاتهم إلا أنهم لايمكنهم الأداء فيها فتجب خارجها كما لو سمعوا من خارج عنهم ولهما أن هذه السجدة من أفعال هذه الصلاة لأن تلاوة المؤتم محسوبة من صلاته وإن تحملها عنه الإمام فلا تؤدّى بعدها . ومن مشايخنا من علل بأن هذه القراءة منهى عنها فلا حكم لها أو بأنه محجور عليه فيها : فمن علل بالأول يقول : تجب على من سمعها من المؤتم ممن لايشاركه فى صلاته لأنها ليست من أفعال الصلاة فى حقه ومن علل بالأخيرين يقول لاتجب فاختلفوا فيها لاختلاف الطرق اهـ ملخصا والظاهر أن الثانى ضعيف فلم يعتد به فى النهاية حتى نقل فيه الإجماع كما علمته ولعل مافى الإمداد مبنى عليه فتأمل (قوله لأنها غير صلاتية) فإن قيل : السبب فى حق السامع السماع لاالتلاوة وسماعه موجود فى الصلاة فلم تكن أجنبية لكون السبب غير أجنبى ؟ قلنا : السماع ليس من أفعال الصلاة فكان أجنبيا بخلاف التلاوة شرح المنية (قوله لسماعها من غير محجور) قد علمت أن المراد من الغير فى قول المصنف من غيره مايشمل المقتدى بإمام آخر ، فتجب بالسماع منه مع أنه محجور إلا أن يراد المحجور عن التلاوة فى صلاة السامع وهو المقتدى بإمامه لكن علمت أن من علل بالحجر يقول بعدم الوجوب بالسماع من المؤتم مطلقا (قوله للنهى) علة للنقصان وذلك أن الأمر بإتمام الركن الذى هو فيه وانتقاله إلى آخر يقتضى النهى عن الاشتغال بأداء ماوجب بسبب خارج عن الصلاة فيها فالنهى ضمنى كما فى غرر الأفكار (قوله لما مر) من قوله لأنها ناقصة الخ (قوله إلا إذا تلاها الخ) استثناء من قوله وأعاده (قوله غير المؤتم) صادق بالإمام والمنفرد . واحترز عن المؤتم فإنه يسجدها بعد الصلاة ولاتصير صلاتية لأن التى تلاها لايعتد بها فلا تستتبع الخارجية اهـ ح (قوله ولو بعد سماعها) أى إذا تلاها المصلى وسجد لها لا إعادة عليه سواء تلاها قبل سماعها وهو ظاهر الرواية أو بعده وهو أحد روايتين وبه جزم فى السراج بحر (قوله دونها الخ) هو ظاهر الرواية وهو الصحيح . وفى رواية النوادر تبطل به الصلاة وليس بصحيح ، وقيل هو قول محمد وعندهما لايعيد إمداد . والظاهر أن الاعادة واجبة لكراهة التحريم كما هو مقتضى النهى المذكور تأمل (قوله لمتابعته غير إمامه) لأن المصلى سواء كان له إمام أولا إذا تابع أحدا غير إمامه فسدت صلاته والمتابعة هنا وإن كانت ليست اقتداء حقيقة ولذا صح متابعة المرأة فيها وتقدم السامع على التالى لكن المتابعة فى كل شىء بحسبه فلما تحققت المتابعة المعتبرة فى محلها أشبهت الاقتداء الحقيقى فأفسدت الصلاة لأن متابعة المصلى لغير إمامه مفسدة ولذا قال فى البحر بعد عزوه المسألة إلى التجنيس والمجتبى والولوالجية : وقدمنا أن زيادة سجدة واحدة بنية المتابعة لغير إمامه مبطلة لصلاته اهـ (قوله ثم دخل فى الصلاة فتلاها فيها) أى تلا تلك الآية بعينها أيضا فى الصلاة سجد للتلاوة الثانية سجدة أخرى لأن الأقوى

(سجد أخرى) ولو لم يسجد أولا كفته واحدة لأن الصلاتية أقوى من غيرها فتستتبع غيرها وإن اختلف المجلس، ولو لم يسجد فى الصلاة سقطتا فى الأصح وأثم كما مر (ولو كررها فى مجلسين تكررت وفى مجلس) واحد (لا) تتكرر بل كفته واحدة وفعلها بعد الأولى أولى قنية. وفى البحر التأخير أحوط والأصل أن مبناها على التداخل دفعا للحرج

لايكون تبعاً للأضعف (قوله كفته واحدة) هذا ظاهر الرواية: وفى رواية النوادر لاتكفيه الواحدة ومنشأ الخلاف هل بالصلاة يتبدل المجلس أولا نهر (قوله وإن اختلف المجلس) كذا فى النهر عن البدائع ومثله فى الدرر وشرط فى البحر اتحاده قال الرملى فى حواشيه ومثله فى غاية البيان والنهاية والزيلعى، والظاهر أن فيه اختلافا، وينبغى ترجيح مافى البحر اه.

قلت: لكن فى الشرنبلالية مايفيد عدم الخلاف حيث جعل قوله وإن اختلف المجلس مبنيا على فرض تسليم الوجه لرواية النوادر، وهو أن المجلس بالصلاة تبدل حكما لأن مجلس التلاوة غير مجلس الصلاة فلا تستتبع إحداهما الأخرى وأما على الظاهر فالمجلس متحد حقيقة وحكما فلولم يتحد ولو حكما بعمل غير الصلاة لاتجزئه الصلاتية عما قبلها كما فى غاية البيان والزيلعى اه (قوله سقطتا) لأن الخارجية أخذت حكم الصلاتية فسقطت تبعاً لها ح (قوله فى الأصح) وعلى رواية النوادر لاتسقط الخارجة لأن الصلاتية ما استتبعتها على هذه الرواية ح عن الشرنبلالية (قوله كما مر) أى مرتين الأولى: قوله: فيأثم بتأخيرها. والثانية: قوله: أثم فتلزمه التوبة ح.

[تتمة] لم يذكر عكس مسألة المتن أى لو تلاها فى الصلاة فسجدها فيها، ثم أعادها بعد السلام، فقيل تجب أخرى قال الزيلعى: وهذا يؤيد رواية النوادر، وقيل: لاتجب. ووفق الفقيه بحمل الأول على ما إذا تكلم لأن الكلام يقطع حكم المجلس والثانى على ما إذا لم يتكلم وهو الصحيح، فلا تأييد نهر، ولو لم يسجد لها حتى سلم ثم تلاها سجد سجدة واحدة وسقطت عنه الأولى شرح المنية عن الخانية (قوله ولو كررها فى مجلسين تكررت) الأصل أنه لايتكرر الوجوب إلا بأحد أمور ثلاثة: اختلاف التلاوة أو السماع أو المجلس.

أما الأولان: فالمراد بهما اختلاف المتلو والمسموع حتى لو تلا سجدات القرآن كلها أو سمعها فى مجلس أو مجالس وجبت كلها.

وأما الأخير فهو قسمان: حقيقى بالانتقال منه إلى آخر بأكثر من خطوتين كما فى كثير من الكتب، أو بأكثر من ثلاث كما فى المحيط مالم يكن للمكانين حكم الواحد، كالمسجد والبيت والسفينة ولو جارية، والصحراء بالنسبة للتالى فى الصلاة راكبا. وحكمى وذلك بمباشرة عمل يعد فى العرف قطعا لما قبله كما لو تلا ثم أكل كثيرا أو نام مضطجعا أو أرضعت ولدها أو أخذ فى بيع أو شراء أو نكاح، بخلاف ما إذا طال جلوسه أو قراءته أو سبح أو هلل أو أكل لقمة أو شرب شربة أو نام قاعدا أو كان جالسا فقام أو مشى خطوتين أو ثلاثا على الخلاف أو كان قائماً فقعد أو نازلا فركب فى مكانه فلا تتكرر حلية ملخصا (قوله بل كفته واحدة) ولا يندب تكرارها بخلاف الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم كما سيأتى (قوله وفى البحر التأخير أحوط) لأن بعضهم قال إن التداخل فيها فى الحكم لافى السبب، حتى لو سجد للأولى ثم أعادها لزمته أخرى كحد الشرب والزنا نقله فى المجتبى بحر: وأجاب الرملى بأن المبادرة إلى العبادة أولى ولا يمنع منه قول البعض لضعفه ومثله فى شرح الشيخ إسمعيل وقال ولا سيا إذا كان بعض الحاضرين محتمل الذهاب كما يتفق فى الدروس (قوله والأصل أن مبناها) أى السجدة وهذا استحسان والقياس أن تتكرر لأن التلاوة سبب للوجوب شرنبلالية (قوله دفعا للحرج) لأن فى إيجاب

بشرط اتحاد الآية والمجلس (وهو تداخل فى السبب) بأن يجعل الكل كتلاوة واحدة فتكون الواحدة سببا والباقى تبعا لها ، وهو أليق بالعبادة لأن تركها مع وجود سببها شنيع (لا) تداخل (فى الحكم) بأن تجعل كل تلاوة سببا لسجدة فتداخلت السجدات فاكتفى بواحدة لأنه أليق بالعقوبة لأنها للزجر وهو ينزجر بواحدة فيحصل المقصود والكريم يعفو مع قيام سبب العقوبة وأفاد الفرق بقوله (فتنوب الواحدة) فى تداخل السبب (عما قبلها وعما بعدها) ولا تنوب فى تداخل الحكم إلا عما قبلها حتى لو زنى فحد ثم زنى فى المجلس حد ثانيا (و) إسداء (الثوب) ذاهبا وآيبا (وانتقاله من غصن) شجرة (إلى آخر وسبحه فى نهر أو حوض تبديل) للمجلس أو الآية

السجدة لكل تلاوة حرجا خصوصاً للمعلمين والمتعلمين وهومنفى بالنص بحر (قوله بشرط اتحاد الآية والمجلس) أى بأن يكون المكرر آية واحدة فى مجلس واحد ، فلو تلا آيتين فى مجلس واحد أو آية واحدة فى مجلسين فلا تداخل ولم يشترط اتحاد السماع لأنه إنما يكون باتحاد المسموع فيغنى عنه اشتراط اتحاد الآية ، وأشار إلى أنه متى اتحدت الآية والمجلس لايتكرر الوجوب وإن اجتمع التلاوة والسماع ولو من جماعة ففى البدائع لايتكرر ، ولو اجتمع سببا الوجوب وهما التلاوة والسماع بأن تلاها ثم سمعها أو بالعكس أو تكرر أحدهما اه .

وفى البزازية : سمعها من آخر ومن آخر أيضا وقرأها كفت سجدة واحدة فى الأصح لاتحاد الآية والمكان اه ونحوه فى الخانية ، فعلى هذا لو قرأها جماعة وسمعها بعضهم من بعض كفتهم واحدة (قوله وهو تداخل) الضمير راجع إلى عدم التكرار المفهوم من قول المصنف وفى مجلس واحد لا أو إلى التداخل فى عبارة الشارح وهما بمعنى واحد (قوله فتكون الخ) تفريع صحيح لأنه بيان وتوضيح لكيفية جعل الكل كتلاوة واحدة فافهم (قوله لأن تركها الخ) علة لمحذوف تقديره وإنما لم يجعل من التداخل فى الحكم مع تعدد الأسباب أفاده ط (قوله لأنه أليق بالعقوبة) علة للنفى ، وقوله لأنها للزجر الخ علة للعلة . والحاصل أنا لم نقل بالتداخل فى الحكم فى العبادات لما يلزم عليه من الأمر الشنيع وهو ترك العبادة المطلوب تكثيرها مع قيام سببها فجعلنا الكل سببا واحدا لدفع ذلك لأنه أليق بها ؛ أما العقوبات فإن مبناها على الدرء والعفو فلا يلزم من تركها مع قيام سببها الأمر الشنيع بل يحصل المقصود منها فى الدنيا وهو الزجر بعقوبة واحدة مع جواز عفو المولى تعالى فى الآخرة وإن تعدد السبب (قوله وأفاد الفرق) أى بين التداخلين . وجه الفرق أنه لما جعلنا الأولى سببا والباقى تبعاً لها كان أينما سجد سجد بعد السبب بخلافه فى الثانى فإن الأسباب فيه على حالها فلا بد من السجود بعد تمام الأسباب ح (قوله حد ثانيا) أى لوجود سببه مع ظهور أنه لم يحصل المقصود وهو الانزجار عن الزنا بالحد الأول ، بخلاف حد القذف إذا أقيم مرة ثم قذفه مرارا لم يحد لأن العار قد اندفع بالأول لظهور كذبه بحر (قوله ذاهبا وآيبا) أما إذا كان يدير السداء(١) على الدائرة وهو جالس فى مكان واحد فلا يتكرر بحر عن الفتح بحثا وفيه نظر يأتى قريبا (قوله وانتقاله من غصن إلى آخر) أى سواء كان قريبا أو بعيدا على الصحيح . وفى الواقعات الحسامية إن أمكنه الانتقال بدون نزول كفته واحدة لاتحاد المجلس وإلا فلا لاختلافه اه وهذا ما أفتى به شمس الأئمة الحلوانى وغيره من الأئمة ط عن حاشية الزيلعى للشلبى (قوله أو حوض) قال محمد : إن كان عرض الحوض وطوله مثل طول المسجد وعرضه لايتكرر الوجوب والصحيح أنه يتكرر خانية (قوله تبديل للمجلس) أى فى حق التالى أو الآية أى فى حق السامع كذا فى شرحه على الملتقى .

---

(١) (قوله السداء) كذا هو مرسوم بالمد فى الأصل المقابل على خط المؤلف هنا وفيما يأتى . وفى المصباح : السدى وزان الحصى من الثوب خلاف اللحمة وهو مايمد طولا فى النسج اه فمفاده أنه بالقصر اه .

(فتجب) سجدة أو سجدات (أخرى) بخلاف زوايا مسجد وبيت وسفينة سائرة وفعل قليل كأكل لقمتين وقيام

قلت : الظاهر أن يقال أو التلاوة بدل الآية لأن السبب فى حق السامع هو التلاوة كما مر على أنه مخالف لقول المصنف الآتى لاعكسه فإنه مبنى على سببية السماع ،وعليه فكان المناسب التعبير بالسماع . وقد يجاب بأنه مبنى على سببية السماع ولما كان تبدل السماع بتبدل المسموع أتى بقوله أو الآية بدل قوله أو السماع تأمل (قوله فتجب سجدة أو سجدات) أى بقدر تعدد التلاوة ، وقوله أخرى صفة سجدة ويقدر لقوله أو سجدات صفة غيرها أى أخر ففيه حذف الصفة لدليل وإقحام المعطوف بين المعطوف عليه وصفته (قوله بخلاف زوايا مسجد) أى ولو كبيرا على الأوجه وكذا البيت. وفى الخانية والخلاصة إلا إذا كانت الدار كبيرة كدار السلطان اه حلية وظاهر أن الدار التى دونها لها حكم البيت وإن اشتملت على بيوت، ثم قال فى الحلية : ثم الأصل على ما فى الخانية والخلاصة أن كل موضع يصح الاقتداء فيه بمن يصلى فى طرف منه يجعل كمكان واحد ولا يتكرر الوجوب فيه ومالا فلا ، فعلى هذا لو كانت الشجرة أو تسدية الثوب أو التردد فى الدياسة أو حول رحا الطحن ونحو ذلك فيما له حكم المكان الواحد كالمسجد ينبغى أن لايتكرر الوجوب بتكرير التلاوة اه .

قلت : هو بحث وجيه ، لكن ظاهر إطلاقهم خلافه ولعل وجهه أن الانتقال من غصن إلى غصن والتسدية ونحو ذلك أعمال أجنبية كثيرة يختلف بها المجلس حكما كالكلام والأكل الكثير لما مر من أن المجلس يختلف حكما بمباشرة عمل يعد فى العرف قطعا لما قبله ، ولا شك أن هذه الأفعال كذلك وإن كانت فى المسجد أو البيت بل يختلف بها حقيقة لأن المسجد مكان واحد حكما وبهذه الأفعال المشتملة على الانتقال يختلف حقيقة بخلاف الأكل فإن الاختلاف فيه حكمى ، وعلى كل يتكرر الوجوب ولذا قيد فى الواقعات الانتقال من غصن إلى غيره بما إذا احتاج إلى نزول كما قدمناه أى ليكون عملا كثيرا .

والحاصل أن ماله حكم المكان الواحد كالمسجد والبيت لايضر الانتقال فيه بأكثر من ثلاث خطوات مالم يقترن بعمل أجنبى يعد فى العرف قطعا لما قبله كالدياسة والتسدية ،بخلاف مجرد المشى من غير عمل بل إطلاق كلامهم يدل على أن ذلك العمل الأجنبى كالأكل الكثير والبيع والشراء يضر هنا ،ولو بدون مشى وانتقال حيث لم يقيدوه بغير المسجد والبيت ومقتضاه تكرار الوجوب لو فصل بين التلاوتين بعمل دنيوى كخياطة وحياكة ولو كان فى المسجد أو البيت فى مكان واحد ولهذا قال فى البدائع فى تحقيق اختلاف المجلس حكما بالبيع ونحوه؛ ألا ترى أن القوم يجلسون لدرس العلم فيكون مجلس الدرس ثم يشتغلون بالنكاح فيصير مجلس النكاح ، ثم بالبيع ، فيصير مجلس البيع ، ثم بالأكل فيصير مجلس الأكل فصار تبدله بهذه الأفعال كتبدله بالذهاب والرجوع اه .

وعلى هذا فما مر عن الفتح من أنه إذا كان يدير السداء على الدائرة وهو جالس فى مكان واحد ، فلا يتكرر فيه نظر إلا أن يحمل على ما إذا لم يفصل بين التلاوتين بعمل كثير من ذلك،وإلا فما الفرق بين إدارة الدائرة كثيرا وبين الأكل الكثير وإرضاع الولد ونحوهما مما مر أنه يختلف به المجلس . وقد يقال إنه إذا جلس للتسدية وقرأ مرارا لاتكون التسدية فاصلة لكون المجلس لها . وعليه يقال مثله فى الأكل ونحوه فتأمل، هذا ما ظهر لى تحريره فى هذا المحل،والله تعالى أعلم (قوله وفعل قليل) احترز به عن الفعل الكثير الذى يعد قاطعا للمجلس عرفا كما مر بخلاف ما إذا طال جلوسه أو قراءته أو سبح أو هلل كما قدمناه أو وعظ أو درس كما فى التاتارخانية (قوله وقيام) أى

ورد سلام ، وكذا دابة يصلى عليها لأن الصلاة تجمع الأماكن ولو لم يصل تتكرر (كما) تتكرر (لو تبدل مجلس سامع دون تال) حتى لو كررها راكبا يصلى وغلامه يمشى تتكرر على الغلام لاالراكب (لا) تتكرر (فى عكسه) وهو تبدل مجلس التالى دون السامع على المفتى به وهذا يفيد ترجيح سببية السماع وأما الصلاة على الرسول صلى الله عليه وسلم فكذلك عند المتقدمين. وقال المتأخرون: تتكرر إذ لاتداخل فى حقوق العباد ، وأما العطاس فالأصح أنه إن زاد على الثلاث لايشمته خلاصة :

(وكره ترك آية سجدة وقراءة باقى السورة) لأن فيه قطع نظم القرآن

فى محله ، ومثله لو مشى خطوتين أو ثلاثا على مامر (قوله ورد سلام) أى وتشميت عاطس ، بخلاف مالو تكلم كلمات أو شرب جرعات أو عقد نكاحا أو بيعا فإنه لايكفيه بسجدة واحدة شرح المنية (قوله وكذا دابة) أى سائرة ح (قوله لأن الصلاة تجمع الأماكن) ضرورة أن اختلاف المكان يمنع صحة الصلاة ، ومفاده التسوية بين كون التكرار فى ركعة أو أكثر وهو قول أبى يوسف وهو الأصح خلافا لمحمد فإن عنده يتكرر الوجوب بتكرارها فى ركعتين شرح المنية (قوله ولو لم يصل تتكرر) لأن سيرها مضاف إليه حتى يجب عليه ضمان ماأتلفت بخلاف سير السفينة ح عن الدرر (قوله كما تتكرر) أى على السامع دون التالى وفى عكسه بعكسه ط .

والحاصل أن من تكرر مجلسه من سامع أو تال تكرر الوجوب عليه دون صاحبه (قوله وغلامه يمشى) أقول : ومثله لو كان راكبا معه لما فى شرح تلخيص الجامع لو كان المصلى على الدابة فى محمل وكررها مرارا يتحد الوجوب فى حقه ويتعدد فى حق عديله لاختلاف المكان فى حق السامع اه أى إلا إذا اقتدى به . وفى الخانية راكبان كل منهما يصلى صلاة نفسه فتلا أحدهما آية مرتين والآخر آية أخرى مرة وسمع كل من الآخر ؛ فعلى الأول سجدتان إحداهما فى الصلاة لقراءته والأخرى بعد الفراغ لقراءة صاحبه لأنها لا تكون صلاتية وعلى الثانى سجدة فى صلاته لقراءته وسجدتان بعد الفراغ لتلاوتى صاحبه على رواية النوادر وواحدة فى ظاهر الرواية وعليه الاعتماد ، لأن السامع مكانه واحد وكذا التالى اه (قوله تتكرر على الغلام) لتبدل المجلس فى حقه بخلاف الراكب لأن الصلاة تجمع المتفرق ط (قوله لا تتكرر) أى على السامع (قوله على المفتى به) راجع إلى صورة العكس فقط ، ومقابله ما صححه فى الكافى من تكررها على السامع أيضا ، لأن التلاوة هى السبب فى حقه أيضا لكن بشرط السماع ، وصحح فى الهداية والخانية الأول. قال فى الينابيع وعليه الفتوى. قال الفقير وبه نأخذ شرح المنية (قوله وأما الصلاة على الرسول صلى الله عليه وسلم فكذلك) أى كالسجدة تتكرر عند ذكر اسمه الشريف أو سماعه فى مجلسين لافى مجلس ، وكان الأولى ذكر هذه المسألة عند قول المتن ، ولو كررها فى مجلسين الخ كما فعل فى البحر .

قال فى شرح المنية : واعلم أن حكم الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم عند ذكر اسمه على القول بوجوبها كحكم السجدة فى عدم تكرر الوجوب عند اتحاد المجلس ، لكن يندب تكرار الصلاة دون السجود. والفرق أن الصلاة عليه صلى الله عليه وسلم يتقرب بها مستقلة وإن لم يذكر بخلاف السجدة فإنها لايتقرب بها مستقلة من غير تلاوة اه (قوله وقال المتأخرون تتكرر) قال فى البحر وقدمنا ترجيحه اه وتقدم هذا البحث فى فصل إذا أراد الشروع وقدمنا هناك ترجيح الأول وصححه فى الكافى هنا وجزم به ابن الهمام فى زاد الفقير (قوله فالأصح الخ) وقيل مرة وقيل إلى العشر وقيل كلما عطس ح وإنما يجب تشميته إذا حمد الله تعالى كذا فى شرح تلخيص الجامع (قوله فيه الخ) وقال محمد فى الجامع الصغير لأن فيه هجر شىء من القرآن وذلك ليس من أعمال المسلمين ولأنه فرار

وتغيير تأليفه واتباع النظم والتأليف مأمور به بدائع ، ومفاده أن الكراهة تحريمية (لا) يكره (عكسه و) لكن (ندب ضم آية أو آيتين إليها) قبلها أو بعدها لدفع وهم التفضيل إذ الكل من حيث أنه كلام الله فى رتبة وإن كان لبعضها زيادة فضيلة باشتماله على صفاته تعالى واستحسن إخفاؤها عن سامع غير متهيئ للسجود .

واختلف التصحيح فى وجوبها على متشاغل بعمل ولا يسمعها ، والراجح الوجوب زجرا له عن تشاغله عن كلام الله فنزل سامعا لأنه بعرضية أن يسمع (ولو سمع آية سجدة) من قوم (من كل واحد) منهم (حرفا لم يسجد) لأنه لم يسمعها من تال خانية فقد أفاد أن اتحاد التالى شرط .

[مهمة لكل مهمة] فى الكافى :

من السجدة وذلك ليس من أخلاق المؤمنين نهر (قوله وتغيير تأليفه) عطف تفسير ح (قوله مأمور به) قال تعالى ـ فإذا قرأناه فاتبع قرآنه ـ أى تأليفه فتح عن البدائع (قوله ومفاده الخ) هو لصاحب النهر أخذا مما مر عن الجامع الصغير وعن البدائع فافهم (قوله لايكره عكسه) قال فى البدائع لو قرأ آية السجدة من بين السورة لم يضره ذلك لأنها من القرآن وقراءة ماهو من القرآن طاعة كقراءة سورة من بين السور اه .

وظاهره أنه لايكره لا تحريما ولا تنزيها لأنه جعل قراءة الآية كقراءة السورة ولا كراهة فى قراءة سورة واحدة أصلا فكذا الآية الواحدة. وأما قوله : وندب الخ فقد ذكرنا مرارا أن ترك المندوب لايلزم أن يكون مكروها تنزيها إلا بدليل فتأمل هذا وفى البحر : وقيد عدم الكراهة فى الخانية بأن يكون فى غير الصلاة اه أما فيها فمكروه قهستانى :

قلت : وبين وجهه فى الذخيرة حيث قال قالوا ويجب أن يكره فى حالة الصلاة لأن الاقتصار على آية واحدة فى الصلاة مكروه اه ومقتضاه أن الكراهة فيها تحريمية لترك الواجب وهو قراءة ثلاث آيات لا للعلة الآتية فى الشرح (قوله قبلها أو بعدها) أخذ التعميم من قول الخانية إن قرأ معها آية أو آيتين فهو أحب وكذا عبر فى البدائع من أن الإمام محمدا قال أحب إلى أن يقرأ قبلها آية أو آيتين كما فى البحر ، وكأنهم أخذوا التعميم من عموم التعليل إذ دفع الوهم لايختص بما قبلها . والظاهر أن مثل ذلك ما إذا قرأ آية قبلها وآية بعدها وتشمله عبارة الخانية (قوله باشتماله على صفاته تعالى) فزيادة الفضيلة باعتبار المذكور لاباعتباره من حيث هو قرآن بحر وحينئذ فلايشكل ماورد من تفضيل بعضه على بعض كما ورد من أن سورة الإخلاص تعدل ثلث القرآن ونحو ذلك (قوله واستحسن إخفاؤها الخ) لأنه لو جهر بها لصار موجبا عليهم شيئا ربما يتكاسلون عن أدائه فيقعون فى المعصية فإن كانوا متهيئين جهر بها بحر عن البدائع قال فى المحيط بشرط أن يقع فى قلبه أن لايشق عليهم أداء السجدة فإن وقع أخفاها اه وينبغى أنه إذا لم يعلم بحالهم أن يخفيها نهر (قوله واختلف التصحيح الخ) أقول : صحح عدم الوجوب فى الذخيرة والتتارخانية كذا فى القهستانى عن المحيط ومشى عليه فى الحلية :

نعم قال المصنف فى المنح : اختلف المشايخ فى وجوب السجود والصحيح الوجوب قال بعض الأفاضل وهو مشكل لأن السماع فى حق السامع شرط أو سبب للوجوب ولم يوجد ، فلايوجد الوجوب الذى هو المشروط أو المسبب وجوابه أن الأصح عدم الوجوب ، كما فى مجمع الفتاوى فليكن هو المعتمد . وعلى تقدير كون المعتمد الوجوب فجوابه أن المتشاغل نزل سامعا لأنه بعرضية أن يسمع واللائق به أن يكاف به زجرا له عن تشاغله عن كلام الله جل جلاله اه مافى المنح ملخصا (قوله من كل واحد حرفا) لما تقدم أن الموجب للسجدة تلاوة أكثر الآية مع حرف السجدة والظاهر أن المراد بالحرف الكلمة ويكون الحرف الحقيقى مفهوما بالأولى ح وقدمنا تمام الكلام عليه (قوله فقد أفاد) أى صاحب الخانية بتعليله المذكور ط (قوله مهمة لكل مهمة) أى هذه فائدة مهمة أى ينبغى أن يصرف المسلم

قيل من قرأ آى السجدة كلها فى مجلس وسجد لكل منها كفاه الله ما أهمه وظاهره أنه يقرؤها ولاء ثم يسجد، ويحتمل أن يسجد لكل بعد قراءتها وهو غيره مكروه كما مر .

وسجدة الشكر : مستحبة به يفتى

همته إلى تعلمها لأجل دفع كل مهمة أى كل حادثة تهمه وتحزنه (قوله آى السجدة) بمد الهمزة جمع آية (قوله ولاء) بالكسر والمد. وفى بعض النسخ أولا والمعنى واحد وهو أنه أولا يسردها متوالية ثم يسجد للكل أربع عشرة سجدة (قوله ويحتمل الخ) جواب عما أورد الكمال من أنه إذا قرأها فى مجلس واحد يلزم عليه تغيير نظم القرآن وقد مر أن اتباع النظم مأمور به. وأجاب فى البحر بأن قراءة آية من السورة غير مكروه كما مر تعليله عن البدائع وفيه نظر لأن مامر فى قراءة آية واحدة ، أما إذا قرأ آيات السجدة وضم بعضها إلى بعض يلزم عليه تغيير النظم وإحداث تأليف جديد كما نقله الرملى عن المقدسى ، فلذا أجاب الشارح تبعا للنهر بحمل مافى الكافى على ما إذا سجد لكل آية بعد قراءتها فإنه لا يكره لأنه لا يلزم منه تغيير النظم لحصول الفصل بين كل آيتين بالسجود، بخلاف ما إذا قرأها ولاء ثم سجد لها فهذا يكره .

قلت : لكن تقدم قبيل فصل القراءة أنه يستحب عقب الصلاة قراءة آية الكرسى والمعوذات، فلو كان ضم آية إلى آية من محل آخر مكروها لزم كراهة ضم آية الكرسى إلى المعوذات لتغيير النظم مع أنه لا يكره قطعاً بدليل أن كل مصل يقرأ الفاتحة وسورة أخرى أو آيات أخر، ولو كان ذلك تغييرا للنظم لكره. فالأحسن الجواب بما فى شرح المنية من أن تغيير النظم إنما يحصل بإسقاط بعض الكلمات أو الآيات من السورة لا بذكر كلمة أو آية، فكما لا يكون قراءة سور متفرقة من أثناء القرآن مغيرا للتأليف والنظم لا يكون قراءة آية من كل سورة مغيرا له اه :

وحاصله : أن المكروه إسقاط آية السجدة من السورة مع ضم مابعدها إلى ماقبلها لأنه تغيير النظم، أما ضم آيات متفرقة فلا يكره كما لا يكره ضم سور متفرقة بدليل ما ذكرناه من القراءة فى الصلاة ، وحينئذ فلا كراهة فى قراءة آيات السجدة ولاء فيحمل كلام الكافى على ظاهره والله تعالى أعلم .

مطلب فى سجدة الشكر

(قوله وسجدة الشكر) كان الأولى تأخير الكلام عليها بعد إنهاء الكلام على سجدة التلاوة ط وهى لمن تجددت عنده نعمة ظاهرة أو رزقه الله تعالى مالا أو ولدا أو اندفعت عنه نقمة ونحو ذلك يستحب له أن يسجد لله تعالى شكرا مستقبل القبلة يحمد الله تعالى فيها ويسبحه ثم يكبر فيرفع رأسه كما فى سجدة التلاوة سراج (قوله به يفتى) هو قولهما. وأما عند الإمام فنقل عنه فى المحيط أنه قال لا أراها واجبة ، لأنها لو وجبت لوجب فى كل لحظة لأن نعم الله تعالى على عبده متواترة وفيه تكليف ما لا يطاق . ونقل فى الذخيرة عن محمد عنه أنه كان لا يراها شيئا وتكلم المتقدمون فى معناه؛ فقيل لا يراها سنة ، وقيل شكرا تاما لأن تمامه بصلاة ركعتين كما فعل عليه الصلاة والسلام يوم الفتح ، وقيل أراد نفى الوجوب ، وقيل نفى المشروعية وأن فعلها مكروه لا يثاب عليه بل تركه أولى وعزاه فى المصفى إلى الأكثرين فإن كان مستند الأكثرين ثبوت الرواية عن الإمام به فذاك وإلا فكل من عبارتيه السابقتين محتمل والأظهر أنها مستحبة كما نص عليه محمد لأنها قد جاء فيها غير ما حديث وفعلها أبو بكر وعمر ، وعلى فلا يصح الجواب عن فعله صلى الله عليه وسلم بالنسخ كذا فى الحلية ملخصا، وتمام الكلام فيها وفى الإمداد

لكنها تكره بعد الصلاة لأن الجهلة يعتقدونها سنة أو واجبة وكل مباح يؤدى إليه فمكروه: ويكره للإمام أن يقرأها فى مخافتة ونحو جمعة وعيد إلا أن تكون بحيث تؤدى بركوع الصلاة أو سجودها ولو تلا على المنبر سجد وسجد السامعون .

باب صلاة المسافر

من إضافة الشيء إلى شرطه أو محله، ولايخفى أن التلاوة عارض هو عبادة والسفر عارض مباح إلا بعارض

فراجعهما . وفى آخر شرح المنية: وقد وردت فيه روايات كثيرة عنه عليه الصلاة والسلام فلا يمنع عنه لما فيه من الخضوع وعليه الفتوى. وفى فروق الأشباه: سجدة الشكر جائزة عنده لا واجبة وهومعنى ما روى عنه أنها ليست مشروعة وجوبا وفيها من القاعدة الأولى والمعتمد أن الخلاف فى سنيتها لا فى الجواز اه (قوله لكنها تكره بعد الصلاة) الضمير للسجدة مطلقا. قال فى شرح المنية آخر الكتاب عن شرح القدورى للزاهدى: أما بغير سبب فليس بقربة ولا مكروه ، وما يفعل عقيب الصلاة فمكروه لأن الجهّال يعتقدونها سنة أو واجبة وكل مباح يؤدى إليه فمكروه انتهى .

وحاصله أن ما ليس لها سبب لا تكره ما لم يؤد فعلها إلى اعتقاد الجهلة سنيّتها كالتى يفعلها بعض الناس بعد الصلاة ورأيت من يواظب عليها بعد صلاة الوتر ويذكر أن لها أصلا وسندا فذكرت له ماهنا فتركها ثم قال فى شرح المنية : وأما ما ذكر فى المضمرات أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لفاطمة رضى الله تعالى عنها : « ما من مؤمن ولا مؤمنة يسجد سجدتين إلى آخر ما ذكر » . فحديث موضوع باطل لا أصل له (قوله فمكروه) الظاهر أنها تحريمية لأنه يدخل فى الدين ماليس منه ط (قوله ويكره للإمام الخ) لأنه إن ترك السجود لها فقد ترك واجبا وإن سجد يشتبه على المقتدين شرح المنية (قوله ونحو جمعة وعيد) أشار بنحو إلى أن الظهر مثلا لو أديت بجمع عظيم فهى كذلك أفاده ح (قوله إلا أن تكون الخ) بأن كانت فى آخر السورة أو قريبا منه أو فى الوسط وركع لها فورا كما مر بيانه قال ح : لكن ينبغى أن لا ينويها فى الركوع لما فيه من المحذور المتقدم عن القنية أى أنه يلزم المؤتم إذا لم ينوها فيه أيضا أن يأتى بها بعد سلام الإمام ويعيد القعدة (قوله سجد) أى فوقه أو تحته تتارخانية (قوله وسجد السامعون) أى لاغيرهم بخلاف الصلاة تتارخانية. وفى البدائع : ولوتلاها الإمام على المنبر يوم الجمعة سجدها وسجدها معه من سمعها لما روى وأنه عليه الصلاة والسلام تلا سجدة على المنبر فنزل وسجد وسجد الناس معه » اه والله تعالى أعلم .

باب صلاة المسافر

قدر الشارح صلاة لأنها المقصودة من الباب . والسفر لغة قطع المسافة من غير تقدير، والمراد سفر خاص وهو الذى تتغير به الأحكام من قصر الصلاة وإباحة الفطر وامتداد مدة المسح إلى ثلاثة أيام وسقوط وجوب الجمعة والعيدين والأضحية وحرمة الخروج على الحرة من غير محرم ط عن العناية (قوله من إضافة الشىء) أى الصلاة إلى شرطه أى المسافر فإنه شرط لها ح. وفيه أن الشرط السفر لا المسافر ط عن الحموى (قوله أو محله) فإن المسافر محل لها أو من إضافة الفعل إلى فاعله وقد قدمنا فى أول باب صلاة المريض أن كل فاعل محل ولا عكس ح (قوله ولا يخفى) شروع فى وجه تأخيره عن التلاوة ويعلم منه المناسبة وهى العروض فى كل ط أى العروض المكتسب بخلاف السهو والمرض فإن كلا منهما عارض سماوى (قوله إلا بعارض) استثناء من قوله عبادة وقوله مباح «

فالذا أخر ؛ وسمى به لأنه يسفر عن أخلاق الرجال .
(من خرج من عمارة موضع إقامته) من جانب خروجه وإن لم يجاوز من الجانب الآخر . وفى الخانية : إن كان

أى الأصل فى التلاوة العبادة إلا بعارض نحو رياء أو سمعة أو جنابة فتكون معصية وفى السفر الإباحة إلا بعارض نحو حج أو جهاد فيكون طاعة أو نحو قطع طريق فيكون معصية (قوله فلذا أخر) أى لكون الأصل فيه الإباحة فإنه دون ما الأصل فيه العبادة (قوله لأنه يسفر) بفتح الياء من الثلاثى ط عن القهستانى (قوله عن أخلاق الرجال) أو لأنه يسفر عن وجه الأرض أى يكشف ، وعليهما فالمفاعلة بمعنى أصل الفعل ويجوز أن تكون على بابها باعتبار أن السفر لا يكون إلا من اثنين فأكثر غالبا فكل منهما يسفر عن أخلاق صاحبه أو أنه ينكشف للأرض وهى تنكشف له ح (قوله من خرج من عمارة موضع إقامته) أراد بالعمارة ما يشمل بيوت الأخبية لأن بها عمارة موضعها .

قال فى الإمداد : فيشترط مفارقتها ولو متفرقة وإن نزلوا على ماء أو محتطب يعتبر مفارقته كذا فى مجمع الروايات ، ولعله مالم يكن محتطبا واسعا جدا اهـ وكذا ما لم يكن الماء نهرا بعيد المنبع ، وأشار إلى أنه يشترط مفارقة ماكان من توابع موضع الإقامة كربض المصر وهو ما حول المدينة من بيوت ومساكن فإنه فى حكم المصر وكذا القرى المتصلة بالربض فى الصحيح ، بخلاف البساتين ، ولو متصلة بالبناء لأنها ليست من البلدة ولو سكنها أهل البلدة فى جميع السنة أو بعضها ، ولا يعتبر سكنى الحفظة والأكرة اتفاقا إمداد .

وأما الفناء وهو المكان المعد لمصالح البلد كركض الدواب ودفن الموتى وإلقاء التراب ، فإن اتصل بالمصر اعتبر مجاوزته وإن انفصل بغلوة أو مزرعة فلا كما يأتى ، بخلاف الجمعة فتصح إقامتها فى الفناء ولو منفصلا بمزارع لأن الجمعة من مصالح البلد بخلاف السفر كما حققه الشرنبلالى فى رسالته وسيأتى فى بابها ، والقرية المتصلة بالفناء دون الربض لا تعتبر مجاوزتها على الصحيح كما فى شرح المنية .

أقول : إذا علمت ذلك ظهر لك أن ميدان الحصا فى دمشق من ربض المصر وأن خارج باب الله إلى قرية القدم من فنائه لأنه مشتمل على الجبانة المتصلة بالعمران وهو معد لنزول الحاج الشريف فإنه قد يستوعب نزولهم من الجبانة إلى ما يحاذى القرية المذكورة فعلى هذا لا يصح القصر فيه للحجاج وكذا المرجة الخضراء فإنها معدة لقصر الثياب وركض الدواب ونزول العساكر ما لم يجاوز صادر الباز بناء على ما حققه الشرنبلالى فى رسالته من أن الفناء يختلف باختلاف كبر المصر وصغره فلا يلزم تقديره بغلوة كما روى عن محمد ولا بميل أو ميلين كما روى عن أبى يوسف (قوله من جانب خروجه الخ) قال فى شرح المنية : فلا يصير مسافرا قبل أن يفارق عمران ما خرج منه من الجانب الذى خرج ، حتى لو كان ثمة محلة منفصلة عن المصر ، وقد كانت متصلة به لا يصير مسافرا ما لم يجاوزها ، ولو جاوز العمران من جهة خروجه وكان بحذائه محلة من الجانب الآخر يصير مسافرا إذ المعتبر جانب خروجه اهـ وأراد بالمحلة فى المسألتين ماكان عامرا أما لو كانت المحلة خرابا ليس فيها عمارة فلا يشترط مجاوزتها فى المسألة الأولى ولو متصلة بالمصر كما لا يخفى ، فعلى هذا لا يشترط مجاوزة المدارس التى فى سفح قاسيون إلا ما كان له أبنية قائمة كمسجد الأفرم والناصرية ، بخلاف ما صار منها بساتين ومزارع كالأبنية التى فى طريق الربوة ثم لا بد أن تكون المحلة فى المسألة الثانية من جانب واحد ، فلو كان العمران من الجانبين فلا بد من مجاوزته لما فى الإمداد لو حاذاه من أحد جانبيه فقط لا يضره كما فى قاضيخان وغيره اهـ والظاهر أن محاذاة الفناء المتصل كمحاذاة العمران ، بقى هل المراد بالجانب البعيد أو ما يشمل القريب ؟ وعليه فلينظر فيما لو خرج من جهة المرجة الخضراء

بين الفناء والمصر أقل من غلوة وليس بينهما مزرعة يشترط مجاوزته وإلا فلا (قاصدا) ولو كافرا ، ومن طاف الدنيا بلا قصد لم يقصر (مسيرة ثلاثة أيام ولياليها) من أقصر أيام السنة ولا يشترط سفر كل يوم إلى الليل

فوق الشرف الأعلى من الطريق فإن المرجة أسفل منه وهى من الفناء كما ذكرناه ، وأما هو فإنه بعد مجاوزة تربة البرامكة ليس من الفناء مع أنه منفصل عن العمران بمزارع وفيه مزارع فهل يشترط أن يجاوز ما يحاذيه من المرجة لقربها منه أم لا ؟ فليحرر . والظاهر اشتراط مجاوزته لأن ذلك من جانب خروجه لا من جانب آخر (قوله أقل من غلوة) هى ثلثمائة ذراع إلى أربعمائة هو الأصح بحر عن المجتبى (قوله قاصدا) أشار به مع قوله خرج إلى أنه لو خرج ولم يقصد أو قصد ولم يخرج لا يكون مسافرا ح .

قال فى البحر : وأشار إلى أن النية لا بد أن تكون قبل الصلاة ، ولذا قال فى التجنيس : إذا افتتح الصلاة فى السفينة حال إقامته فى طرف البحر فنقلتها الريح ونوى السفر يتم صلاة المقيم عند أبى يوسف خلافا لمحمد لأنه اجتمع فى هذه الصلاة ما يوجب الأربع وما يمنع فرجحنا ما يوجب الأربع احتياطا اه وإنما يشترط قصده لو كان مستقلا برأيه ، فلو تابعا لغيره فالاعتبار بنية المتبوع كما سيأتى وعليه خرّج فى البحر ما فى التجنيس لو حمله آخر وهو لا يدرى أين يذهب معه يتم حتى يسير ثلاثا فيقصر لأنه لزمه القصر من حين حمل ؛ ولو صلى قصرا من يوم الحمل صح إلا إذا سار به أقل من ثلاث لأنه تبين أنه مقيم وفى الأول أنه مسافر اه وأشار إلى أن الخروج مع قصد السفر كاف وإن رجع قبل تمامه كما يأتى ؛ حتى لو سار يوما ولم يكن صلى فيه لعذر ثم رجع يقضيه قصرا كما أفتى به العلامة قاسم (قوله ولو كافرا) فيه أنه يشمل الصبى أيضا مع أنه سيأتى فى الفروع ما يدل على أن نيته السفر غير معتبرة كما سنبينه هناك (قوله بلا قصد) بأن قصد بلدة بينه وبينها يومان للإقامة بها فلما بلغها بدا له أن يذهب إلى بلدة بينه وبينها يومان وهلم جرا . ح . قال فى البحر : وعلى هذا قالوا أمير خرج مع جيشه فى طلب العدو ولم يعلم أين يدركهم فإنه يتم وإن طالت المدة أو المكث ؛ أما فى الرجوع فإن كانت مدة سفر قصر اه (قوله مسيرة ثلاثة أيام ولياليها) الأولى حذف الليالى كما فعل فى الكنز والجامع الصغير إذ لا يشترط السير فيها مع الأيام ولذا قال فى الينابيع المراد بالأيام النهار لأن الليل للاستراحة فلا يعتبر اه نعم لو قال أو لياليها بالعطف بأو لكان أولى للإشارة إلى أنه يصح قصد السفر فيها وأن الأيام غير قيد فتأمل (قوله من أقصر أيام السنة) كذا فى البحر والنهر وعزاه فى المعراج إلى العتابى وقاضيخان وصاحب المحيط ، وبحث فيه فى الحلية بأن الظاهر إبقاؤها على إطلاقها بحسب ما يصادفه من الوقوع فيها طولا وقصرا واعتدالا إن لم تقدر بالمعتدلة التى هى الوسط اه .

قلت : والمعتدلة هى زمان كون الشمس فى الحمل أو الميزان وعليها مشى القهستانى ثم قال وفى شرح الطحاوى أن بعض مشايخنا قدروه بأقصر أيام السنة (قوله ولا يشترط الخ) إذ لابد للمسافر من النزول للأكل والشرب والصلاة ولأكثر النهار حكم كله فإن المسافر إذا بكر فى اليوم الأول وسار إلى وقت الزوال حتى بلغ المرحلة فنزل بها للاستراحة وبات بها ثم بكر فى اليوم الثانى وسار إلى ما بعد الزوال ونزل ثم بكر فى اليوم الثالث ومشى إلى الزوال فبلغ المقصد قال شمس الأئمة السرخسى : الصحيح أنه يصير مسافرا عند النية كما فى الجوهرة والبرهان إمداد ومثله فى البحر والفتح وشرح المنية .

أقول : وفى قوله حتى بلغ المرحلة إشارة إلى أنه لابد أن يقطع فى ذلك اليوم الذى ترك فى أوله الاستراحات المرحلة المعتادة التى يقطعها فى يوم كامل مع الاستراحات ، وبهذا يظهر لك أن المراد من التقدير بأقصر أيام السنة إنما هو فى البلاد المعتدلة التى يمكن قطع المرحلة المذكورة فى معظم اليوم من أقصر أيامها ، فلا يرد أن أقصر أيام

بل إلى الزوال ولا اعتبار بالفراسخ على المذهب (بالسير الوسط مع الاستراحات المعتادة) حتى لو أسرع فوصل في يومين قصر ، ولو لموضع طريقتان أحدهما مدة السفر والآخر أقل قصر فى الأول لا الثانى .

(صلى الفرض الرباعى ركعتين) وجوبا لقول ابن عباس : إن الله فرض على لسان نبيكم صلاة المقيم أربعا

السنة فى بلاد بلغار قد يكون ساعة أو أكثر أو أقل فيلزم أن يكون مسافة السفر فيها ثلاث ساعات أو أقل لأن القصر الفاحش غير معتبر كالطول الفاحش والعبارات حيث أطلقت تحمل على الشائع الغالب دون الخفى النادر ويدل على ما قلنا ما فى الهداية ، وعن أبى حنيفة التقدير بالمراحل وهو قريب من الأول اه .

قال فى النهاية : أى التقدير بثلاث مراحل قريب من التقدير بثلاثة أيام لأن المعتاد من السير فى كل يوم مرحلة واحدة خصوصا فى أقصر أيام السنة كذا فى المبسوط اه وكذا ما فى الفتح من أنه قيل يقدر بأحد وعشرين فرسخا وقيل بثمانية عشر وقيل بخمسة عشر وكل من قدر منها اعتقد أنه مسيرة ثلاثة أيام اه أى بناء على اختلاف البلدان فكل قائل قدّر ما فى بلده من أقصر الأيام أو بناء على اعتبار أقصر الأيام أو أطولها أو المعتدل منها وعلى كل فهو صريح بأن المراد بالأيام ما تقطع فيها المراحل المعتادة فافهم (قوله بل إلى الزوال) فإن الزوال أكثر النهار الشرعى الذى هو من الفجر إلى الغروب وهو نصف النهار الفلكى الذى هو من الطلوع إلى الغروب ، ثم إن من الفجر إلى الزوال فى أقصر أيام السنة فى مصر وما ساواها فى العرض سبع ساعات إلا ربعا فمجموع ثلاثة أيام عشرون ساعة وربع ، ويختلف بحسب اختلاف البلدان فى العرض ح .

قلت : ومجموع الثلاثة أيام فى دمشق عشرون ساعة إلا ثلث ساعة تقريبا لأن من الفجر إلى الزوال فى أقصر الأيام عندنا ست ساعات وثلثى ساعة إلا درجة ونصفا ، وإن اعتبرت ذلك بالأيام المعتدلة كان مجموع الثلاثة أيام اثنين وعشرين ساعة ونصف ساعة تقريبا لأن من الفجر إلى الزوال سبع ساعات ونصفا تقريبا (قوله ولا اعتبار بالفراسخ) الفرسخ ثلاثة أميال والميل أربعة آلاف ذراع على ما تقدم فى باب التيمم (قوله على المذهب) لأن المذكور فى ظاهر الرواية . اعتبار ثلاثة أيام كما فى الحلية وقال فى الهداية : هو الصحيح احترازا عن قول عامة المشايخ من تقديرها بالفراسخ .

ثم اختلفوا فقيل : أحد وعشرون ، وقيل : ثمانية عشر ، وقيل : خمسة عشر ، والفتوى على الثانى لأنه الأوسط . وفى المجتبى فتوى أئمة خوارزم على الثالث . وجه الصحيح أن الفراسخ تختلف باختلاف الطريق فى السهل والجبل والبر والبحر بخلاف المراحل معراج (قوله بالسير الوسط) أى سير الإبل ومشى الأقدام ويعتبر فى الجبل بما يناسبه من السير لأنه يكون صعودا وهبوطا ومضيقا ووعرا فيكون مشى الإبل والأقدام فيه دون سيرهما فى السهل .

وفى البحر يعتبر اعتدال الريح على المفتى به إمداد فيعتبر فى كل ذلك السير المعتاد فيه وذلك معلوم عند الناس فيرجع إليهم عند الاشتباه بدائع ؛ وخرج سير البقر بجر العجلة ونحوه لأنه أبطأ السير كما أن أسرعه سير الفرس والبريد بحر (قوله فوصل) أى إلى مكان مسافته ثلاثة أيام بالسير المعتاد بحر . وظاهره أنه كذلك لو وصل إليه فى زمن يسير بكرامة لكن استبعده في الفتح بانتفاء مظنة المشقة وهى العلة فى القصر (قوله قصر فى الأول) أى ولو كان اختار السلوك فيه بلا غرض صحيح خلافا للشافعى كما فى البدائع (قوله صلى الفرض الرباعى) خبر من فى قوله من خرج ، واحترز بالفرض عن السنن والوتر وبالرباعى عن الفجر والمغرب (قوله وجوبا) فيكره الإتمام عندنا حتى روى عن أبى حنيفة أنه قال : من أتم الصلاة فقد أساء وخالف السنة شرح المنية ، وفيه تفصيل سيأتى فافهم (قوله لقول ابن عباس إن الله فرض الخ) لفظ الحديث على ما فى الفتح عن صحيح مسلم « فرض الله

والمسافر ركعتين ، ولذا عدل المصنف عن قولهم قصر لأن الركعتين ليستا قصرا حقيقة عندنا بل هما تمام فرضه والإكمال ليس رخصة فى حقه بل إساءة .

قلت : وفى شروح البخارى أن الصلوات فرضت ليلة الإسراء ركعتين سفرا وحضرا إلا المغرب فلما هاجر عليه الصلاة والسلام واطمأن بالمدينة زيدت إلا الفجر لطول القراءة فيها والمغرب لأنها وتر النهار فلما استقر فرض الرباعية خفف فيها فى السفر عند نزول قوله تعالى - فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة - وكان قصرها فى السنة الرابعة من الهجرة وبهذا تجتمع الأدلة اهـ كلامهم فليحفظ (ولو) كان (عاصيا بسفره) لأن القبح المجاور لا يعدم المشروعية (حتى يدخل موضع مقامه) إن سار مدة السفر ، وإلا فيتم بمجرد نية العود لعدم استحكام

الصلاة على لسان نبيكم صلى الله عليه وسلم فى الحضر أربع ركعات وفى السفر ركعتين وفى الخوف ركعة » اهـ وفيه وفى حديث عائشة فى الصحيحين قالت « فرضت الصلاة ركعتين ركعتين فأقرت صلاة السفر وزيد فى صلاة الحضر » وفى لفظ للبخارى قالت « فرضت الصلاة ركعتين ركعتين ، ثم هاجر النبى صلى الله عليه وسلم ففرضت أربعا وتركت صلاة السفر على الأول » (قوله لأن الركعتين الخ) بدل من قوله ولذا عدل المصنف. قال فى البحر : ومن مشايخنا من لقب المسألة بأن القصر عندنا عزيمة والإكمال رخصة. قال فى البدائع : وهذا التلقيب على أصلنا خطأ لأن الركعتين فى حقه ليستا قصرا حقيقة عندنا بل هما تمام فرض المسافر والإكمال ليس رخصة فى حقه بل إساءة ومخالفة للسنة ولأن الرخصة اسم لما تغير عن الحكم الأصلى بعارض إلى تخفيف ويسر ولم يوجد معنى التغيير فى حق المسافر رأسا إذ الصلاة فى الأصل فرضت ركعتين ثم زيدت فى حق المقيم كما روته عائشة رضى الله تعالى عنها ، وفى حق المقيم وجد التغيير لكن إلى الغلظ والشدة لا إلى السهولة واليسر فلم يكن ذلك رخصة فى حقه أيضا ولو سمى فهو مجاز لوجود بعض معانى الحقيقة وهو التغيير انتهى (قوله لأنها وتر النهار) إنما سميت بذلك لقربها من النهار بوقوعها عقبه وإلا فهى ليلية لا نهارية تأمل (قوله وبهذا تجتمع الأدلة) أى فإن بعضها يدل على أن صلاة ركعتين فى السفر أصل وبعضها على أن ذلك عارض فإذا حملت الأدلة على اختلاف الأزمان زال التعارض ، لكن لا يخفى أن ما نقله شراح البخارى من الجمع بما ذكر مبنى على مذهب الشافعى من أنها قصر لا إتمام ، لأن العمل على ما استقر عليه الأمر وهو على هذا الجمع فرضيتها أربعا سفرا وحضرا ثم قصرها فى السفر وهذا خلاف مذهبنا .

وينافى هذا الجمع ما قدمناه من حديث عائشة المتفق عليه فإنه يدل على أن صلاة السفر لم يزد فيها أصلا. وأما الآية فالمراد بالقصر فيها قصر هيئة الصلاة وفعلها وقت الخوف كما أوضحه فى شرح المنية وغيره فافهم (قوله ولو كان عاصيا بسفره) أى بسبب سفره بأن كان مبنى سفره على المعصية كما لو سافر لقطع طريق مثلا ، وهذا فيه خلاف الشافعى رحمه الله وهذا بخلاف العاصى فى السفر بأن عرضت المعصية فى أثنائه فإنه محل وفاق (قوله لأن القبح المجاور الخ) هو ما يقبل الانفكاك ، كالبيع وقت النداء فإنه قبح لترك السعى وهو قابل للانفكاك إذ قد يوجد ترك السعى بدون البيع ، وبالعكس فكذا هنا لإمكان قطع الطريق والسرقة مثلا بلا سفر وبالعكس بخلاف القبيح لعينه وضعا كالكفر أو شرعا كبيع الحر فإنه يعدم المشروعية ، وتمام بيانه فى كتب الأصول (قوله حتى يدخل موضع مقامه) أى الذى فارق بيوته سواء دخله بنية الاجتياز أو دخله لقضاء حاجة لأن مصره متعين للإقامة فلا يحتاج إلى نية جوهرة ، ودخل فى موضع المقام ما ألحق به كالربض كما أفاده القهستانى (قوله إن سار الخ) قيد لقوله حتى يدخل أى إنما يدوم على القصر إلى الدخول إن سار ثلاثة أيام (قوله وإلا فيتم الخ) أى ولو فى المفازة

السفر (أو ينوى) ولو فى الصلاة إذا لم يخرج وقتها ولم يك لاحقا (إقامة نصف شهر) حقيقة أو حكما لما فى البزازية وغيرها: لو دخل الحاج الشام وعلم أنه لا يخرج إلا مع القافلة فى نصف شوال أتم لأنه كناوى الإقامة (بموضع) واحد (صالح لها) من مصر أو قرية أو صحراء دارنا وهو من أهل الأخبية (فيقصر إن نوى) الإقامة (فى أقل منه) أى فى نصف شهر (أو) نوى (فيه

وقياسه أن لا يحل فطره فى رمضان ولو بينه وبين بلده يومان لأنه يقبل النقض قبل استحكامه إذ لم يتم علة فكانت الإقامة نقضاً للسفر العارض ، لا إبتداء علة للإتمام أفاده فى الفتح ، ثم بحث فقال : ولو قيل العلة مفارقة البيوت قاصدا مسيرة ثلاثة أيام لا استكمال سفره ثلاثة أيام بدليل ثبوت حكم السفر بمجرد ذلك وقد تمت العلة لحكم السفر ، فيثبت حكمه ما لم تثبت علة حكم الإقامة احتاج إلى الجواب اهـ .

ولما قوى البحث عند صاحب البحر وخفى عليه الجواب قال : الذى يظهر أنه لابد من دخوله المصر مطلقا. واعترضه فى النهر بأن إبطال الدليل المعين لا يستلزم إبطال المدلول اهـ .

أقول : ويظهر لى فى الجواب أن العلة فى الحقيقة هى المشقة وأقيم السفر مقامها ولكن لا تثبت عليتها إلا بشرط ابتداء وشرط بقاء، فالأول مفارقة البيوت قاصدا مسيرة ثلاثة أيام، والثانى استكمال السفر ثلاثة أيام. فإذا وجد الشرط الأول ثبت حكمها ابتداء فلذا يقصر بمجرد مفارقة العمران ناوياً ولا يدوم إلا بالشرط الثانى فهو شرط لاستحكامها علة فإذا عزم على ترك السفر قبل تمامه بطل بقاؤها علة لقبولها النقض قبل الاستحكام ومضى فعله فى الابتداء على الصحة لوجود شرطه ولذا لو لم يصل لعذر ثم رجع يقضيها مقصورة كما قدمناه فتدبره (قوله ولو فى الصلاة) شمل ما إذا كان فى أولها أو وسطها أو آخرها أو كان منفردا أو مقتديا مدركا أو مسبوقا بحر . وشمل ما إذا كان عليه سجود سهو ونوى الإقامة قبل السلام والسجود أو بعدهما ؛ أما لو نواها بينهما فلا تصح نيته بالنسبة لهذه الصلاة فلا يتغير فرضها إلى الأربع كما أوضحناه فى بابه فافهم (قوله إذا لم يخرج وقتها) أى قبل أن ينوى الإقامة لأنه إذا نواها بعد صلاة ركعة ثم خرج الوقت تحول فرضه إلى الأربع ؛ أما لو خرج الوقت وهو فيها ثم نوى الإقامة فلا يتحول فى حق تلك الصلاة كما فى البحر عن الخلاصة (قوله ولم يك لاحقا) أما اللاحق إذا أدرك أول الصلاة والإمام مسافر فأحدث أو نام فانتبه بعد فراغ الإمام ونوى الإقامة لم يتم لأن اللاحق فى الحكم كأنه خلف الإمام إذا فرغ الإمام فقد استحكم الفرض فلا يتغير فى حق الإمام فكذا فى حق اللاحق بحر عن الخلاصة . فقيد حكم اللاحق بكونه بعد فراغ الإمام وقد تركه الشارح (قوله حقيقة أو حكما) تعميم لقوله ينوى (قوله لو دخل الحاج) أى فى أول شوال أو قبله ح . والمراد بالحاج الرجل القاصد الحج (قوله وعلم الخ) أى علم أن القافلة إنما تخرج بعد خمسة عشر يوما وعزم أن لا يخرج إلا معهم بحر عن المحيط ، وإنما كان ذلك نية للإقامة حكما لا حقيقة لأنه نوى الخروج بعد خمسة عشر يوما وهى متضمنة نية الإقامة تلك المدة تأمل (قوله بموضع) متعلق بإقامة فى كلام المصنف لا كلام الشارح لئلا يخرج عن كونه شرطا لصحة النية (قوله صالح لها) هذا إن سار ثلاثة أيام وإلا فتصح ولو فى المفازة، وفيه من البحث ما قدمناه بحر وقدمنا جوابه .

والحاصل أن نية الإقامة قبل تمام المدة تكون نقضاً للسفر كنية العود إلى بلده والسفر قبل استحكامه يقبل النقض (قوله أو صحراء دارنا) احتراز عن صحراء دار أهل الحرب فحكمه حينئذ كحكم العسكر الداخل فى أرضهم ط (قوله وهو من أهل الأخبية) قيد فى قوله أو صحراء دارنا وهذا هو الأصح كما سيأتى متنا مع بيان محترزه (قوله فى أقل منه) ظاهره ولو بساعة واحدة وهذا شروع فى محترز ما تقدم ط (قوله أو نوى فيه) أى

لكن فى غير صالح) أو كنحو جزيرة أو نوى فيه لكن (بموضعين مستقلين كمكة ومنى) فلو دخل الحاج مكة أيام العشر لم تصح نيته لأنه يخرج إلى منى وعرفة فصار كنية الإقامة فى غير موضعها وبعد عوده من منى تصح كالو نوى مبيته بأحدهما أو كان أحدهما تبعا للآخر بحيث تجب الجمعة على ساكنه للاتحاد حكما (أو لم يكن مستقلا برأيه) كعبد وامرأة (أو دخل بلدة ولم ينوها) أى مدة الإقامة (بل ترقب السفر) غدا أو بعده (ولو بقى) على ذلك (سنين) إلا أن يعلم تأخر القافلة نصف شهر كما مر (وكذا)

فى نصف شهر (قوله كبحر(١)) قال فى المجتبى والملاح مسافر إلا عند الحسن وسفينته أيضا ليست بوطن اه بحر. وظاهره ولو كان ماله وأهله معه فيها ثم رأيته صريحا فى المعراج (قوله أو جزيرة) أى ليس لها أهل يسكنونها (قوله أو نوى فيه) أى فى صالح لها (قوله بموضعين مستقلين) لافرق بين المصرين والقريتين والمصر والقرية بحر (قوله فلو دخل الخ) هو ضد مسألة دخول الحاج الشام فإنه يصير مقيما حكما وإن لم ينو الإقامة وهذا مسافر حكما وإن نوى الإقامة لعدم انقضاء سفره مادام عازما على الخروج قبل خمسة عشر يوما أفاده الرحمتى .

قيل : هذه المسألة كانت سببا لتفقه عيسى بن أبان وذلك أنه كان مشغولا بطلب الحديث قال : فدخلت مكة فى أول العشر من ذى الحجة مع صاحب لى وعزمت على الإقامة شهرا فجعلت أتم الصلاة فلقينى بعض أصحاب أبى حنيفة فقال لى : أخطأت فإنك تخرج إلى منى وعرفات ، فلما رجعت من منى بدا لصاحبى أن يخرج وعزمت على أن أصاحبه ، وجعلت أقصر الصلاة فقال لى صاحب أبى حنيفة : أخطأت فإنك مقيم بمكة فما لم تخرج منها لاتصير مسافرا ، فقلت : أخطأت فى مسألة فى موضعين فرحلت إلى مجلس محمد واشتغلت بالفقه قال فى البدائع : وإنما أوردنا هذه الحكاية ليعلم مبلغ العلم فيصير مبعثة للطلبة على طلبه اه بحر .

أقول : ويظهر من هذه الحكاية أن نيته الإقامة لم تعمل عملها إلا بعد رجوعه لوجود خمسة عشر يوما بلا نية خروج فى أثنائها ، بخلاف ماقبل خروجه إلى عرفات لأنه لما كان عازما على الخروج قبل تمام نصف شهر لم يصر مقيما ، ويحتمل أن يكون جدد نية الإقامة بعد رجوعه وبهذا سقط ماأورده العلامة القارى فى شرح اللباب من أن فى كلام صاحب الإمام تعارضا حيث حكم أولا بأنه مسافر وثانيا بأنه مقيم مع أن المسألة بحالها ، والمفهوم من المتون أنه لو نوى فى إحداهما نصف شهر صح فحينئذ لايضره خروجه إلى عرفات إذ لايشترط كونه نصف شهر متواليا بحيث لايخرج فيه اه ملخصا .

ووجه السقوط أن التوالى لا يشترط إذا لم يكن من عزمه الخروج إلى موضع آخر لأنه يكون ناويا الإقامة فى موضعين ، نعم بعد رجوعه من منى صحت نيته لعزمه على الإقامة نصف شهر فى مكان واحد ، والله أعلم (قوله كما لو نوى مبيته بأحدهما) فإن دخل أولا الموضع الذى نوى المقام فيه نهارا لايصير مقيما ، وإن دخل أولا مانوى المبيت فيه يصير مقيما ثم بالخروج إلى الموضع الآخر لايصير مسافرا لأن موضع إقامة الرجل حيث يبيت به حلية (قوله أو كان أحدهما تبعا للآخر) كالقرية التى قربت من المصر بحيث يسمع النداء على مايأتى فى الجمعة وفى البحر لو كان الموضعان من مصر واحد أو قرية واحدة فإنها صحيحة لأنهما متحدان حكما ألا ترى أنه لو خرج إليه مسافرا لم يقصر اه ط (قوله بحيث تجب) حيثية تفسير للتبعية ح (قوله أو لم يكن مستقلا برأيه) عطف على قوله إن نوى أقل منه وصورته نوى التابع الإقامة ولم ينوها المتبوع أو لم يدر حاله فإنه لايتم اه ح والمسألة ستأتى مع بيان شروطها والخلاف فيها (قوله أو دخل بلدة) أى لقضاء حاجة أو انتظار رفقة (قوله ولم ينوها) وكذا إذا نواها وهو مترقب للسفر كما فى البحر لأن حالته تنافى عزيمته (قوله كما مر) أى فى مسألة دخول الحاج الشام

---

(١) هذا قول المتن ، والذى فى الشرح (كنحو جزيرة) اه مصححه .

يصلى ركعتين (عسكر دخل أرض حرب أو حاصر حصناً فيها) بخلاف من دخلها بأمان فإنه يتم (أو) حاصر (أهل البغى فى دارنا فى غير مصر مع نية الإقامة مدتها) للتردد بين القرار والفرار (بخلاف أهل الأخبية) كعرب وتركمان (نووها) فى المفازة فإنها تصح (فى الأصح) وبه يفتى إذاكان عندهم من الماء والكلأ مايكفيهم مدتها لأن الإقامة أصل إلا إذا قصدوا

(قوله أو حاصر حصنا فيها) أشار به إلى أنه لافرق فى المحاصرة بين أن تكون للمدينة أوالحصن بعد مادخلوا المدينة كما فى البحر ، ومثل ذلك لو كانت المحاصرة للمصر على سطح البحر فإن لسطح البحر حكم دار الحرب حموى عن شرح النظم الهاملى ط (قوله فإنه يتم) لأن أهل الحرب لا يتعرضون له لأجل الأمان بحر عن النهاية ط (قوله فى غير مصر) بدل من قوله فى دارنا أو متعلق بمحذوف على أنه حال من فاعل حاصر لامتعلق بحاصر لئلا يلزم تعلق حرفى جر متحدى اللفظ والمعنى بعامل واحد .

ثم اعلم : أن التقييد بغير المصر وقع فى الجامع الصغير والهداية والكنز وغيرها وهو يوهم صحة نية الإقامة ولو نزلوا فى المصر وحاصروا حصنا فيه قال فى المعراج لأن إطلاق ما ذكر فى المبسوط يدل على أنه ليس كذلك وأطال فى بيانه وكذا نص فى العناية على أنه ليس بقيد(١) كما يقتضيه التعليل الآتى وذكر عبارته الشرنبلالى ومشى عليه فى متنه (قوله للتردد بين القرار والفرار) الأول بالقاف والثانى بالفاء أى فكانت حالتهم تنافى عزيمتهم والإطلاق شامل لما إذا كانت الشوكة لعسكرنا لاحتمال وصول المدد للعدو أو وجود مكيدة كما فى الفتح وفى البحر عن التجنيس إذا غلبوا على مدينة الحرب إن اتخذوها دارا أتموا وإلا بل أرادوا الإقامة بها شهرا أو أكثر قصروا لبقائها دار حرب وهم محاربون فيها بخلاف الأول اه .

[تنبيه] لو انفلت الأسير من الكفار وتوطن فى غار ونوى الإقامة فيه نصف شهر لم يصر مقيما كما لو علموا بإسلامه فهرب منهم يريد مسيرة السفر لم تعتبر نيته كذا فى الخلاصة والخانية . ووجه الأول كما يفيده كلام الفتح كون حاله مترددا لأنه إذا وجد الفرصة قبل تمام المدة خرج ، وأما الثانى فمشكل(٢) وحمله فى شرح المنية على أن المراد من قولهم لم تعتبر نيته أى نية الإقامة لا نية السفر وإلا فقد صرح فى التتارخانية عن المحيط بأنه يقصر وكذا جعل فى الذخيرة حكم المسألة الثانية كالأولى فأفاد لزوم القصر فيهما (قوله الأخبية) جمع خباء ككساء قال فى المغرب : هو الخيمة من الصوف (قوله كعرب) المناسب قول غيره كأعراب لما فى المغرب : العرب هم الذين استوطنوا المدن والقرى العربية ، والأعراب أهل البدو (قوله فى الأصح) وقيل يقصرون لأنه ليس موضع الإقامة حينئذ (قوله لأن الإقامة أصل) علة لقوله فإنها تصح أى نيتهم الإقامة قال فى البحر : وظاهر كلام البدائع أن أهل الأخبية لا يحتاجون إلى نية الإقامة فإنه جعل المفاوز لهم كالأمصار والقرى لأهلها ولأن الإقامة للرجل أصل ، والسفر عارض وهم لا ينوون السفر وإنما ينتقلون من ماء إلى ماء ومن مرعى إلى آخر اه (قوله بينهما) أى بين

---

(١) (قوله على أنه ليس بقيد الخ) قال شيخنا نقلا عن الرحمتى : الظاهر إبقاء التقييد على حاله لأن الغلبة تكون لأهل العدل غالبا لقلة أهل البغى بالنسبة ، والظاهر من حال المسلمين أن يعدوا أهل العدل ثم قال شيخنا وأيضا المبسوط ليس ما يعمل بإطلاقه وإفادة التعليل للإطلاق لاتقدح فى التقييد اه تأمل .

(٢) (قوله فمشكل) قال شيخنا : لا إشكال أصلا بل يقال فيه إن حالته منافية لعزيمته لأنه إما أن لايدركه أهل الحرب فيمضى أو يدركوه فيمنعوه والغالب إدراكهم إياه لأنه حيث كانت الدار لهم تكون سطوتهم قائمة اه وهو وجيه جدا وحينئذ فيقصر ولعل فى المسألة روايتين فيحمل مافى التتارخانية على القائلة بالإتمام اه .

موضعا بينهما مدة السفر فيقصرون إن نووا سفرا وإلا لا ولو نوى غيرهم الإقامة معهم لم يصح فى الأصح :
والحاصل أن شروط الإتمام ستة : النية ، والمدة ، واستقلال الرأى ، وترك السير ، واتحاد الموضع ، وصلاحيته ، قهستانى :
(فلو أتم مسافر إن قعد فى) القعدة (الأولى تم فرضه و) لكنه (أساء) لو عامداً لتأخير السلام وترك واجب القصر وواجب تكبيرة افتتاح النفل وخلط النفل بالفرض ، وهذا لايحل كما حرره القهستانى بعد أن فسر أساء بأثم واستحق النار (وما زاد نفل) كمصلى الفجر أربعا (وإن لم يقعد بطل فرضه) وصار الكل نفلا لترك القعدة

موضعهم والموضع الذى قصدوه (قوله إن نووا سفرا) فيه مسامحة مع قوله إلا إذا قصدوا ح (قوله لم يصح فى الأصح) وروى عن أبى يوسف أنه يصير مقيما ح عن البحر (قوله والحاصل) أى من كلام المصنف لكن اشتراط ترك السير لم يعلم من كلام المصنف تأمل (قوله ستة) زاد فى الحلية شرطا آخر وهو أن لاتكون حالته منافية لعزيمته قال كما صرحوا به فى مسائل اه أى كمسألة من دخل بلدة لحاجة ومسألة العسكر فافهم . ثم هذه شروط الإتمام بعد تحقق مدة السفر وإلا فلا ، فلو عزم على الرجوع إلى بلده قبل سيره ثلاثة أيام على قصد قطع السفر فإنه يتم كما مر وكذا لو رجع إلى بلدته لأخذ حاجة نسيها كما سنذكره (قوله وترك السير) أى إذا كان فى مفازة ونوى الإقامة فيما سيدخله من مصر أو قرية أما لو وجدت هذه الأمور وقد دخل مصرا أو قرية وهو يسير لطلب منزل أو نحوه فينبغى أن تصح نيته حلية (قوله وصلاحيته) أى صلاحية الموضع للإقامة (قوله إن قعد الخ) لأن القعدة على رأس الركعتين فرض على المسافر لأنها آخر صلاته . قال فى البحر : وأشار إلى أنه لابد أن يقرأ فى الأولين ، فلو ترك فيهما أو فى إحداهما وقرأ فى الأخريين لم يصح فرضه اه .

وأطلقه فشمل ما إذا نوى أربعا أو ركعتين خلافا لما أفاده فى الدرر من اشتراط النية ركعتين لما فى الشرنبلالية من أنه لا يشترط نية عدد الركعات ولما صرح به الزيلعى فى باب السهو من أن الساهى لو سلم للقطع يسجد لأنه نوى تغيير المشروع فتلغو ، كما لو نوى الظهر ستا أو نوى مسافر الظهر أربعا أفاده أبو السعود عن شيخه .

قلت : لكن ذكر فى الجوهرة أنه يصح عند أبى يوسف ولا يصح عند محمد (قوله لتأخير السلام) مقتضى ما قدمه فى سجود السهو أن يقول لتركه السلام فإنه ذكر أنه إذا صلى خامسة بعد القعود الأخير يضم إليها سادسة ويسجد للسهو لتركه السلام ، وإن تذكر وعاد قبل أن يقيد الخامسة بسجدة يسجد للسهو لتأخيره السلام أى سلام الفرض ومسألتنا نظير الأولى لا الثانية أفاده الرحمتى قلت : لكن ما هنا أظهر (قوله وترك واجب القصر) الإضافة بيانية أى واجب هو القصر أو من إضافة الصفة للموصوف كجرد قطيفة أى القصر الواجب وفيه التصريح بأنه غير فرض كما قدمنا ما يفيده عن شرح المنية ، ولو كان الواجب هنا بمعنى الفرض لما صح وإن قعد فافهم ثم إن ترك واجب القصر مستلزم لترك السلام وتكبيرة النفل وخلط النفل بالفرض ، وظاهر كلامه أنه يأثم بتركه زيادة على إثمه بهذه اللوازم تأمل (قوله وواجب تكبيرة الخ) لأن بناء النفل على الفرض مكروه وهذا هو خلط النفل بالفرض رحمتى لكن قول الشارح وخلط النفل بالفرض يقتضى أنه غير ما قبله ويلزمه أن افتتاح النفل بتكبيرة مستأنفة واجب مع أن بناء النفل على النفل غير مكروه أفاده ط (قوله وهذا) أى ما ذكر من اللوازم الأربعة ط (قوله بعد أن فسر أساء بأثم) وكذا صرح فى البحر بتأثيمه ، فعلم أن الإساءة هنا كراهة التحريم رحمتى (قوله واستحق النار) أى إذا لم يتب أو يعف عنه العزيز الغفار ط (قوله وصار الكل نفلا) أى بتقييده الثالثة بسجدة لتمكنه من العود قبلها وهذا عندهما بناء على أنه إذا بطل الوصف لايبطل الأصل خلافا لمحمد (قوله لترك القعدة)

المفروضة إلا إذا نوى الإقامة قبل أن يقيد الثالثة بسجدة لـكنه يعيد القيام والركوع لوقوعه نفلا فلا ينوب عن الفرض ولو نوى فى السجدة صار نفلا (وصح اقتداء المقيم بالمسافر فى الوقت وبعده فإذا قام) المقيم (إلى الإتمام لايقرأ) ولا يسجد للسهو (فى الأصح) لأنه كاللاحق والقعدتان فرض عليه وقيل لا ، قنية (وندب للإمام) هذا يخالف الخانية وغيرها أن العلم بحال الإمام شرط لـكن فى حاشية الهداية للهندى الشرط العلم بحاله فى الجملة لافى حال الابتداء .

علة لبطلان الفرض، ثم القعدة وإن كانت فرضا فى النفل أيضا لـكنه إذا لم يأت بها فى آخر الشفع تصير الخاتمة هى الفرض كما بيناه فى باب النوافل (قوله إلا إذا نوى الإقامة قبل أن يقيد الثالثة بسجدة) أى فإنه إذا نواها حينئذ صحت نيته وتحول فرضه إلى الأربع . ثم إن كان قرأ فى الأوليين تخير فيها فى الأخريين وإلا قرأ قضاء عن الأوليين وهذا كله سواء قعد القعدة الأولى أولا فالاستثناء فى كلامه راجع إلى المسألتين؛ وأما إذا نوى بعد أن قيد الثالثة بسجدة، فإن كان قعد القعدة الأولى فقد علمت أنه تم فرضه بالركعتين فلا يتحول ويضيف إليها أخرى ولو أفسدها لاشئ عليه، وإن لم يقعد بطل فرضه، ويضم إليها أخرى لتصير الأربع نافلة خلافا لمحمد كما مر هذا خلاصة مانقله ط عن البحر وقد أفاد بهذا الاستثناء أن قول المصنف بطل فرضه أى بطلانا موقوفا لاباتا وإلا لم تصح نية (قوله فلا ينوب) أى النفل (قوله ولو نوى فى السجدة) أى سجدة الثالثة صار نفلا وهذا جرى على مذهب أبى يوسف من أن السجدة تتم بالوضع . والصحيح مذهب محمد من أنها لاتتم إلا بالرفع، ففى هذه الصورة ينقلب فرضه أربعا فى الأصح اهـ ح أى سواء قعد القعدة الأولى أولا وأما على قول أبى يوسف فإن قعد تم فرضه بالركعتين وإلا انقلب الكل نفلا، فقوله صار نفلا خاص بما إذا لم يقعد (قوله فإذا قام المقيم الخ) أى بعد سلام الإمام المسافر. فلو قام قبله فنوى الإمام الإقامة قبل أن يقيد المأموم ركعته بسجدة رفض ماأتى به وتابعه وإن لم يفعل فسدت وإن نوى بعده لايتابعه ولو تابعه فسدت كما فى الفتح (قوله فى الأصح) كذا فى الهداية والقول بوجوب القراءة كوجوب السهو ضعيف ، والاستشهاد له بوجوب السهو استشهاد بضعيف موهم أنه مجمع عليه شرنبلالية (قوله وقيل لا) أى قيل إن القعدة الأولى ليست فرضاً عليه اهـ ح (قوله أن العلم) بفتح الهمزة بدل من الخانية على حذف مضاف أى كلام الخانية ح .

ثم وجه المخالفة أنه إذا كان يشترط لصحة الاقتداء العلم بحال الإمام من كونه مسافرا أو مقيما لايكون لقول الإمام أتموا صلاتكم فائدة لأن المتبادر أن الشرط لابد من وجوده فى الاقتداء واتفاقهم على استحباب قول الإمام ذلك لرفع التوهم ينافى اشتراط العلم بحاله فى الابتداء (قوله لـكن الخ) أورد ذلك سؤالا فى النهاية والسراج والتتارخانية ثم أجابوا بما يرجع إلى ذلك الجواب . وحاصله : تسليم اشتراط العلم بحال الإمام ولـكن لايلزم كونه فى الابتداء فحيث لم يعلموا ابتداء بحاله كان الإخبار مندوبا وحينئذ فلا مخالفة فافهم وإنما لم يجب مع كون إصلاح صلاتهم يحصل به وما يحصل به ذلك فهو واجب على الإمام لأنه لم يتعين ، فإنه ينبغى أن يتموا ثم يسألونه كما فى البحر أو لأنه إذا سـلم على الركعتين فالظاهر من حاله أنه مسافر حملا له على الصلاح ، فيكون ذلك مندوبا لاواجبا لأنه زيادة إعلام كما فى العناية .

أقول : لـكن حمل حاله على الصلاح ينافى اشتراط العلم ، نعم ذكر فى البحر عن المبسوط والقنية ماحاصله : أنه إذا صلى فى مصر أو قرية ركعتين ، وهم لايدرون حاله فصلاتهم فاسدة وإن كانوا مسافرين لأن الظاهر من

وفى شرح الإرشاد ينبغى أن يخبرهم قبل شروعه وإلا فبعد سلامه (أن يقول) بعد التسليمتين فى الأصح (أتموا صلاتكم فإنى مسافر) لدفع توهم أنه سها، ولو نوى الإقامة لالتحقيقها بل ليتم صلاة المقيمين لم يصر مقيما، وأما اقتداء المسافر بالمقيم فيصح فى الوقت ويتم لابعده فيما يتغير لأنه اقتداء المفترض بالمتنفل فى حق القعدة لو اقتدى فى الأولين أو القراءة لو فى الأخريين

حال من كان فى موضع الاقامة أنه مقيم والبناء على الظاهر واجب حتى يتبين خلافه، أما إذا صلى خارج المصر لاتفسد، ويجوز الأخذ بالظاهر وهو السفر فى مثله اهـ.

والحاصل أنه يشترط العلم بحال الإمام إذا صلى بهم ركعتين فى موضع إقامة وإلا فلا (قوله قبل شروعه) أى لاحتمال أن يكون معه من لايعرف حاله فيتكلم لاعتقاده فساد صلاته قبل إخبار الإمام بعد السلام (قوله فى الأصح) وقيل بعد التسليمة الأولى، قال المقدسى وينبغى ترجيحه فى زماننا ط (قوله لم يصر مقيما) فلو أتم المقيمون صلاتهم معه فسدت لأنه اقتداء المفترض بالمتنفل ظهيرية أى إذا قصدوا متابعته أما لو نووا مفارقته ووافقوه صورة فلا فساد أفاده الخير الرملى (قوله وأما اقتداء المسافر بالمقيم) هذا عكس مسألة المتن وقد ذكره فى الكنز وغيره لكن استغنى المصنف عنه لذكره إياه فى باب الإمامة (قوله فيصح فى الوقت ويتم) أى سواء بقى الوقت أو خرج قبل إتمامها لتغير فرضه بالتبعية لاتصال المغير بالسبب وهو الوقت، ولو أفسده صلى ركعتين لزوال المغير، بخلاف مالو اقتدى به متنفلا حيث يصلى أربعا إذا أفسده لأنه التزم صلاة الإمام وتصير القعدة الأولى واجبة فى حق المقتدى المسافر أيضا، حتى لو تركها الإمام ولو عامدا وتابعه المسافر لاتفسد صلاته على ماعليه الفتوى، وقيل تفسد كذا فى السراج ولا وجه له يظهر نهر (قوله لابعده) أى لايصح اقتداؤه بعد خروج الوقت لعدم تغيره لانقضاء السبب وهذا إذا كانت فائتة فى حق الإمام والمأموم فلو فى حق الإمام فقط يصح كما لو اقتدى حنفى فى الظهر بشافعى أو بمن يرى قولهما بعد المثل قبل المثلين كما فى السراج قال فى البحر: وهو قيد حسن لكن الأولى اشتراط كونها فائتة فى حق المأموم فقط سواء فاتت الامام أولا كمن صلى ركعة من الظهر مثلا فخرج الوقت فاقتدى به مسافر فإنها فائتة فى حق المسافر لاالمقيم اهـ أى فلا يصح الاقتداء لكن فوتها فى حق المأموم فقط ليس هو الشرط وحده لأن فوتها فى حقهما معا كذلك بالأولى (قوله فيما يتغير) متعلق بيصح المقدر فى قوله لابعده، واحترز به عن الاقتداء بعد الوقت فى الصلاة التى لاتتغير فى السفر كالثنائية والثلاثية فإنه يصح. وفى البحر هذا القيد مفهوم من قوله صح وأتم بل لاحاجة إليه أصلا لأن السفر مؤثر فى الرباعى فقط (قوله فى حق القعدة) فإنها تصير فرضاً فى حق المأموم وغير فرض فى حق الإمام وهو المراد بالنفل لأنه ماقابل الفرض فيدخل فيه القعدة الواجبة بحر (قوله أو القراءة الخ) لأن قراءة الإمام فى الأخريين نافلة فى حقه فرض فى حق المأموم، فلو لم يقرأ فى الأوليين واقتدى به فى الشفع الثانى ففيه روايتان ومقتضى المتون عدم الصحة مطلقا. قال فى المحيط: لأن القراءة فى الأخريين قضاء عن الأوليين والقضاء يلتحق بمحله فلا يبقى للأخريين قراءة اهـ بحر.

[تنبيه] زاد الزيلعى أو التحريمة وعزاه فى السراج إلى الحواشى فيدخل فيه مالو اقتدى به فى القعدة الأخيرة فإنه لايصح لأن تحريمته اشتملت على نفلية القعدة الأولى والقراءة بخلاف الإمام (١) وهذا معنى قول السراج لأن تحريمة المأموم اشتملت على الفرض لاغير وقوله فى البحر: إنه ليس بظاهر ليس بظاهر وتمامه فى النهر؛ أقول: وعليه فذكر التحريمة يغنى عن ذكر القعدة والقراءة لشمول التعليل بها للاقتداء فى جميع أجزاء

---

(١) (قوله بخلاف الإمام الخ) هكذا بنسخة المؤلف، لعل الصواب: المأموم تأمل اهـ.

(ويأتى) المسافر (بالسنن) إن كان (فى حال أمن وقرار وإلا) بأن كان فى خوف وفرار (لا) يأتى بها هو المختار لأنه ترك لعذر، تجنيس، قيل إلا سنة الفجر (والمعتبر فى تغيير الفرض آخر الوقت) وهو قدر مايسع التحريمة (فإن كان) المكلف (فى آخره مسافرا وجب ركعتان وإلا فأربع) لأنه المعتبر فى السببية عند عدم الأداء قبله (الوطن الأصلى) هو موطن ولادته أو تأهله أو توطنه

الصلاة لا فى القعدة الأخيرة فقط (قوله ويأتى المسافر بالسنن) أى الرواتب، ولم يتعرض للقراءة لذكره لها فى فصل القراءة حيث قال فى المتن: ويسن فى السفر مطلقا الفاتحة وأى سورة شاء، وتقدم أنه فرق فى الهداية بين حالة القرار والفرار، وتقدم الكلام فيه وقال فى التتارخانية ويخفف القراءة فى السفر فى الصلوات فقد صح «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قرأ فى الفجر فى السفر الكافرون والاخلاص» وأطول الصلاة قراءة الفجر وأما التسبيحات فلا ينقصها عن الثلاث اهـ (قوله هو المختار) وقيل الأفضل الترك ترخيصا، وقيل الفعل تقربا. وقال الهندوانى: الفعل حال النزول والترك حال السير، وقيل يصلى سنة الفجر خاصة، وقيل سنة المغرب أيضا بحر قال فى شرح المنية والأعدل ماقاله الهندوانى اهـ.

قلت: والظاهر أن مافى المتن هو هذا وأن المراد بالأمن والقرار النزول وبالخوف والفرار السير لكن قدمنا فى فصل القراءة أنه عبر عن الفرار بالعجلة لأنها فى السفر تكون غالبا من الخوف تأمل (قوله والمعتبر فى تغيير الفرض) أى من قصر إلى إتمام وبالعكس (قوله وهو) أى آخر الوقت قدر مايسع التحريمة كذا فى الشرنبلالية والبحر والنهر، والذى فى شرح المنية تفسيره بما لايبقى منه قدر ما يسع التحريمة وعند زفر بما لايسع فيه أداء الصلاة (قوله وجب ركعتان) أى وإن كان فى أوله مقيما وقوله: وإلا فأربع أى وإن لم يكن فى آخره مسافرا بأن كان مقيما فى آخره فالواجب أربع. قال فى النهر: وعلى هذا قالوا لو صلى الظهر أربعا ثم سافر أى فى الوقت فصلى العصر ركعتين ثم رجع إلى منزله لحاجة فتبين أنه صلاهما بلا وضوء صلى الظهر ركعتين والعصر أربعا لأنه كان مسافرا فى آخر وقت الظهر ومقيما فى العصر (قوله لأنه) أى آخر الوقت (قوله عند عدم الأداء قبله) أى قبل الآخر.

والحاصل أن السبب هو الجزء الذى يتصل به الأداء أو الجزء الأخير إن لم يؤد قبله وإن لم يؤد حتى خرج الوقت فالسبب هو كل الوقت. قال فى البحر: وفائدة إضافته إلى الجزء الأخير اعتبار حال المكلف فيه، فلو بلغ صبى أو أسلم كافر أو أفاق مجنون، أو طهرت الحائض أو النفساء فى آخره لزمتهم الصلاة ولو كان الصبى قد صلاها، فى أوله وبعكسه لوجن أو حاضت أو نفست فيه لفقد الأهلية عند وجود السبب، وفائدة إضافته إلى الكل عند خلوه عن الأداء أنه لايجوز قضاء عصر الأمس فى وقت التغير وتمام تحقيقه فى كتب الأصول.

مطلب فى الوطن الأصلى ووطن الإقامة

(قوله الوطن الأصلى) ويسمى بالأهلى ووطن الفطرة والقرار ح عن القهستانى (قوله أو تأهله) أى تزوجه. قال فى شرح المنية: ولو تزوج المسافر ببلد ولم ينو الإقامة به فقيل لايصير مقيما، وقيل يصير مقيما؛ وهو الأوجه ولو كان له أهل ببلدتين فأيتهما دخلها صار مقيما، فإن ماتت زوجته فى إحداهما وبقى له فيها دور وعقار قيل لا يبقى وطنا له إذ المعتبر الأهل دون الدار كما لو تأهل ببلدة واستقرت سكنا له وليس له فيها دار وقيل تبقى اهـ (قوله أو توطنه) أى عزم على القرار فيه وعدم الارتحال وإن لم يتأهل، فلو كان له أبوان ببلد غير مولده وهو بالغ

(يبطل بمثله) إذا لم يبق له بالأول أهل ، فلو بقي لم يبطل بل يتم فيهما (لاغير و) يبطل (وطن الإقامة بمثله و) بالوطن (الأصلي و) بإنشاء (السفر) والأصل أن الشيء يبطل بمثله ،وبما فوقه لابما دونه ولم يذكر وطن السكنى وهو مانوى فيه أقل من

ولم يتأهل به فليس ذلك وطنا له إلا إذا عزم على القرار فيه وترك الوطن الذي كان له قبله شرح المنية (قوله يبطل بمثله) سواء كان بينهما مسيرة سفر أولا ، ولاخلاف في ذلك كما في المحيط قهستاني ،وقيد بقوله بمثله لأنه لو انتقل منه قاصدا غيره ثم بدا له أن يتوطن في مكان آخر فمر بالأول أتم لأنه لم يتوطن غيره نهر (قوله إذا لم يبق له بالأول أهل) أي وإن بقي له فيه عقار قال في النهر : ولو نقل أهله ومتاعه وله دور في البلد لا تبقى وطنا له وقيل تبقى كذا في المحيط وغيره (قوله بل يتم فيهما) أي بمجرد الدخول وإن لم ينو إقامة ط (قوله ويبطل وطن الإقامة) يسمى أيضا الوطن المستعار والحادث وهو ماخرج إليه بنية إقامة نصف شهر سواء كان بينه وبين الأصلي مسيرة السفر أولا ، وهذا رواية ابن سماعة عن محمد وعنه أن المسافة شرط والأول هو المختار عند الأكثرين ، قهستاني (قوله بمثله) أي سواء كان بينهما مسيرة سفر أولا قهستاني (قوله وبالوطن الأصلي) كما إذا توطن بمكة نصف شهر ثم تأهل بمنى ، أفاده القهستاني (قوله وبإنشاء السفر) أي منه وكذا من غيره إذا لم يمر فيه عليه قبل سير مدة السفر . قال في الفتح : إن السفر الناقض لوطن الإقامة ماليس فيه مرور على وطن الإقامة أو ما يكون المرور فيه به بعد سير مدة السفر اهـ .

أقول : ويوضح ذلك مافي الكافي والتتارخانية : خراساني قدم بغداد ليقيم بها نصف شهر ومكي قدم الكوفة كذلك ثم خرج كل منهما إلى قصر ابن هبيرة فإنهما يتمان في طريق القصر لأن من بغداد إلى الكوفة أربعة أيام والقصر متوسط بينهما ، فإن أقاما في القصر نصف شهر بطل وطنهما ببغداد والكوفة لأنه مثله ؛ فإن خرجا بعده من القصر إلى الكوفة يتمان أيضا فإن أقاما بها يوما مثلا ثم خرجا منها إلى بغداد وقصدا المرور بالقصر يتمان إلى القصر وفيه ومنه إلى بغداد لأنه صار وطن إقامة لهما فإذا قصدا الدخول فيه لم يصح سفرهما إذا لم يقصدا مسيرة سفر حتى لو لم يقصدا الدخول فيه قصرا كما لوخرجا من الكوفة لقصدهما مسيرة السفر وأن المكي حين خرج من كوفة قصد بغداد أو الخراساني الكوفة والتقيا بالقصر وخرجا إلى الكوفة ليقيما فيها يوما ثم رجعا إلى بغداد قصرا إلى الكوفة وكذا إلى بغداد لقصد كل منهما مسيرة سفر أما الخراساني فلأنه ماض على سفره وأما المكي فلأن وطنه بالكوفة انتقض بإنشاء السفر والقصر إذا لم يكن وطنا لهما فقصد المرور به لا يمنع صحة السفر اهـ وأفاد قوله : وأما المكي الخ أن إنشاء السفر من وطن الإقامة مبطل له وإن عاد إليه ولذا قال في البدائع لو أقام خراساني بالكوفة نصف شهر ثم خرج منها إلى مكة فقبل أن يسير ثلاثة أيام عاد إلى الكوفة لحاجة فإنه يقصر لأن وطنه قد بطل بالسفر اهـ .

والحاصل : أن إنشاء السفر يبطل وطن الإقامة إذا كان منه أما لو أنشأه من غيره فإن لم يكن فيه مرور على وطن الإقامة أو كان ولكن بعد سير ثلاثة أيام فكذلك ، ولو قبله لم يبطل الوطن بل يبطل السفر لأن قيام الوطن مانع من صحته والله أعلم (قوله والأصل أن الشيء يبطل بمثله) كما يبطل الوطن الأصلي بالوطن الأصلي ووطن الإقامة بوطن الإقامة ووطن السكنى بوطن السكنى ، وقوله : وبما فوقه أي كما يبطل وطن الإقامة بالوطن الأصلي وكما يبطل وطن السكنى بالوطن الأصلي وبوطن الإقامة ، وينبغي أن يزيد وبضده كبطلان وطن الإقامة أو السكنى بالسفر فإنه في البحر علل لذلك بقوله لأنه ضده (قوله لا بما دونه) كما لم يبطل الوطن الأصلي بوطن الإقامة

نصف شهر لعدم فائدته، وما صوره الزيلعي رده في البحر (والمعتبر نية المتبوع) لأنه الأصل (لا التابع كامرأة) وفاها مهرها المعجل

ولا بوطن السكنى ولا بإنشاء السفر وكما لم يبطل وطن الإقامة بوطن السكنى ح (قوله وماصوره الزيلعي) حيث قال: رجل خرج من مصره إلى قرية لحاجة ولم يقصد السفر ونوى أن يقيم فيها أقل من خمسة عشر يوما فإنه يتم فيها لأنه مقيم ثم خرج من القرية لا للسفر ثم بدا له أن يسافر قبل أن يدخل مصره وقبل أن يقيم ليلة في موضع آخر فسافر فإنه يقصر ولو مر بتلك القرية ودخلها أتم لأنه لم يوجد مايبطله مما هو فوقه أو مثله اهـ ح (قوله رده في البحر) بأن السفر باق لم يوجد مايبطله وهو مبطل لوطن السكنى على تقدير اعتباره لأن السفر يبطل وطن الإقامة فكيف لايبطل وطن السكنى، فقوله لأنه لم يوجد مايبطله ممنوع اهـ .

قال ح : واعترضه شيخنا بأن المبطل لها سفر مبتدأ منهما. وأما إذا خرج منهما إلى مادون مدة السفر ثم أنشأ سفرا فإنهما لايبطلان فإذا مر بهما أتم اهـ ونقل الخير الرملي مثله عن خط بعضهم وأقره .

قال ح : وهو وجيه فإن من نوى الإقامة بموضع نصف شهر ثم خرج منه لايريد السفر ثم عاد مريدا سفرا ومر بذلك أتم مع أنه أنشأ سفرا بعد اتخاذه هذا الموضع دار إقامة، فثبت أن إنشاء السفر لايبطل وطن الإقامة إلا إذا أنشأ السفر منه فليكن وطن السكنى كذلك فما صوره الزيلعي صحيح ومن تصويره علمت أنه لابد أن يكون بين الوطن الأصلي وبين وطن السكنى أقل من مدة السفر وكذا بين وطن الإقامة ووطن السكنى اهـ .

أقول : قد علمت أن السفر المبطل للوطن لايختص بالمنشأ منه بل يكون بالمنشأ من غيره إذا لم يكن فيه مرور عليه قبل سير ثلاثة أيام لكن هنا فيه مرور على الوطن قبل سير مدة السفر وقد أيد في الظهيرية قول عامة المشايخ باعتبار وطن السكنى بأن الإمام السرخسي ذكر مسألة تدل عليه. وهي: كوفي خرج إلى القادسية لحاجة وبينهما دون مسيرة السفر ثم خرج منها إلى الحيرة يريد الشام حتى إذا كان قريبا منها بدا له الرجوع إلى القادسية ليحمل ثقله منها ويرتحل إلى الشام ولايمر بالكوفة أتم حتى يرتحل من القادسية استحسانا لأنها كانت له وطن السكنى، ولم يظهر له بقصد الحيرة وطن سكنى آخر مالم يدخلها فيبقى وطنه بالقادسية ولا ينتقض بهذا الخروج كما لو خرج منها لتشييع جنازة ونحوه اهـ ملخصا .

أقول : ويمكن أن يوفق بين القولين بأن وطن السكنى إن كان اتخذه بعد تحقق السفر لم يعتبر اتفاقا وإلا اعتبر اتفاقا، فإذا دخل المسافر بلدة ونوى أن يقيم بها يوما مثلا ثم خرج منها ثم رجع إليها قصر فيها كما كان يقصر قبل خروجه، وعليه يحمل كلام المحققين لقول البحر إنهم قالوا لافائدة فيه لأنه يبقى فيه مسافرا على حاله فصار وجوده كعدمه اهـ فقولهم لأنه يبقى فيه مسافرا على حاله ظاهر في أنه كان مسافرا قبل اتخاذه وطنا، وما قاله عامة المشايخ محمول على ما إذا اتخذه وطنا قبل سفره كما صوّره الزيلعي والإمام السرخسي، هذا ماظهر لي والله أعلم (قوله لأنه الأصل) فهو المتمكن من الإقامة والسفر (قوله وفاها مهرها المعجل) وإلا فلا تكون تبعا لأن لها أن تحبس نفسها عن الزوج للمعجل دون المؤجل ولاتسكن حيث يسكن بحر .

قلت: وفيه أن هذا شرط لثبوت إخراجها وسفره بها على أحد القولين وكلامنا بعده ولهذا قال في شرح المنية والأوجه أنها تبع مطلقا لأنها إذا خرجت معه للسفر لم يبق لها أن تتخلف عنه اهـ .

وقد يجاب : بأنها إذا ثبت لها حبس نفسها عن إخراجها من بلدها لأجل استيفاء معجلها فكذا يثبت لها إذا

(وعبد) غير مكاتب (وجندى) إذا كان يرتزق من الأمير أو بيت المال (وأجير) وأسير وغريم وتلميذ (مع زوج ومولى وأمير ومستأجر) لف ونشر مرتب .

قلت : فقيد المعية ملاحظ فى تحقق التبعية مع ملاحظة شرط آخر محقق لذلك وهو الارتزاق فى مسألة الجندى ووفاء المهر فى المرأة وعدم كتابة العبد، وبه بان جواب حادثة جزيرة كريد سنة ثمانين وألف (ولابد من علم التابع بنية المتبوع ؛ فلو نوى المتبوع الإقامة ولم يعلم التابع فهو مسافر حتى يعلم على الأصح) وفى الفيض وبه يفتى كما فى المحيط وغيره دفعا للضرر عنه ، فما فى الخلاصة عبد أم مولاه فنوى المولى الإقامة إن أتم صحت صلاتهما وإلا لا مبنى على خلاف الأصح

وصلت إلى بلدة أو قرية فتصح نيتها الإقامة بها لأنها حينئذ غير تبع له وإن كانت تبعا له فى المفازة (قوله غير مكاتب) قال فى البحر : وأطلق فى العبد فشمل القن والمدبر وأم الولد، وأما المكاتب فينبغى أن لا يكون تبعا لأن له السفر بغير إذن المولى فلا تلزمه طاعته اه (قوله إذا كان يرتزق من الأمير أو بيت المال) اقتصر فى القنية وغيرها على الأول. وقال فى شرح المنية وكذا إذا كان رزقه من بيت المال وقد أمره السلطان بالخروج مع الأمير فهو تابع له نعم فى الذخيرة أن المتطوع بالجهاد لا يكون تبعا للوالى وهو ظاهر اه. ودخل تحت الجندى الأمير مع الخليفة بحر عن الخلاصة (قوله وأجير) أى مشاهرة أو مسانهة كما فى التتارخانية ؛ أما لو كان مياومة بأن استأجره كل يوم بكذا فإن له فسخها إذا فرغ النهار فالعبرة لنيته . قال فى البحر : وأما الأعمى مع قائده فإن كان القائد أجيرا فالعبرة لنية الأعمى ، وإن متطوعا تعتبر نيته (قوله وأسير) ذكر فى المنتقى أن المسلم إذا أسره العدو إن كان مقصده ثلاثة أيام قصر وإن لم يعلم سأله فإن لم يخبره وكان العدو مقيما أتم وإن كان مسافرا قصر ؛ وينبغى أن يكون هذا إذا تحقق أنه مسافر وإلا يكون كمن أخذه الظالم لا يقصر إلا بعد السفر ثلاثا وكذا ينبغى أن يكون حكم كل تابع يسأل متبوعه فإن أخبره عمل بخبره وإلا عمل بالأصل الذى كان عليه من إقامة وسفر حتى يتحقق خلافه وتعذر السؤال بمنزلة السؤال مع عدم الإخبار شرح المنية (قوله وغريم) أى موسر . قال فى البحر عن المحيط : ولو دخل مسافر مصرا فأخذه غريمه وحبسه فإن كان معسرا قصر لأنه لم ينو الإقامة ولا يحل للطالب حبسه وإن كان موسرا إن عزم أن يقضى دينه أو لم يعزم شيئا قصر وإن عزم واعتقد أن لا يقضيه أتم اه. وقوله إن عزم أن يقضى أى قبل خمسة عشر يوما كما فى الفتح (قوله وتلميذ) أى إذا كان يرتزق من أستاذه رحمتى، والمراد به مطلق المتعلم مع معلمه الملازم له لا خصوص طالب العلم مع شيخه.

قلت : ومثله بالأولى الابن البار البالغ مع أبيه تأمل (قوله ومستأجر) كان على الشارح أن يقول وآسر ودائن وأستاذ ح (قوله قلت) تلخيص لحاصل ما تقدم ليبنى عليه حكم الحادثة (قوله وبه بان جواب حادثة جزيرة كريد) بكسر الكاف المعجمة المتوسطة بين الكاف العربية وبين الجيم ح .

والحادثة : هى تفرق الجيش لما صار عليهم من الغلبة والهزيمة حتى تشتتوا فى كل جانب وفاتت المعية والارتزاق فصار كل مستقلا بنفسه وزالت التبعية رحمتى (قوله على الأصح) وقيل يلزمه الإتمام كالعزل الحكمى أى بموت الموكل وهو الأحوط كما فى الفتح وهو ظاهر الرواية كما فى الخلاصة بحر (قوله دفعا للضرر عنه) لأنه مأمور بالقصر منهى عن الإتمام فكان مضطرا ، فلو صار فرضه أربعا بإقامة الأصل بلا علمه لحقه ضرر عظيم من جهة غيره بكل وجه وهو مدفوع شرعا ، بخلاف الوكيل فإن له أن لا يبيع فيمكنه دفع الضرر بالامتناع ، فإذا باع بناء على ظاهر أمره كان الضرر ناشئا منه من وجه ومن الموكل من وجه فيصح العزل حكما لا قصدا بحر ملخصا عن المحيط وشرح الطحاوى (قوله مبنى على خلاف الأصح) قال فى البحر : وكذا إن كان مع مولاه فى السفر فباعه من مقيم والعبد

(والقضاء يحكى) أى يشابه (الأداء سفرا وحضرا) لأنه بعد ماتقرر لايتغير غير أن المريض يقضى فائتة الصحة فى مرضه بما قدر .

[فروع] سافر السلطان قصر .

تزوج المسافر ببلد صار مقيما على الأوجه .

طهرت الحائض وبقى لمقصدها يومان تم فى الصحيح كصبى بلغ بخلاف كافر أسلم .

عبد مشترك بين مقيم ومسافر إن تهايآ قصر فى نوبة المسافر وإلا يفرض عليه القعود الأول ويتم احتياطا

فى الصلاة ينقلب فرضه أربعا حتى لو سلم على رأس الركعتين كان عليه إعادة تلك الصلاة مبنى على غير الصحيح إن فرض عدم علم العبد أو على قول الكل إن علم اه (قوله والقضاء الخ) المناسب ذكر هذه المسألة مع قوله والمعتبر فى تغيير الفرض آخر الوقت لأنها من فروعه (قوله سفرا وحضرا) أى فلو فاتته صلاة السفر وقضاها فى الحضر يقضيها مقصورة كما لو أداها وكذا فائتة الحضر تقضى فى السفر تامة (قوله لأنه بعد ماتقرر) أى بخروج الوقت، فإن الفرض بعد خروج وقته لايتغير عما وجب أما قبله فإنه قابل للتغير بنية الإقامة أو إنشاء السفر وباقتداء المسافر بالمقيم (قوله غير أن المريض الخ) قال فى النتح: ولايشكل على هذا المريض إذا فاتته صلاة فى مرضه الذى لايقدر فيه على القيام فإنه يجب أن يقضيها فى الصحة قائما لأن الوجوب بقيد القيام غير أنه رخص له أن يفعلها حالة العذر بقدر وسعه إذ ذاك فحين لم يؤدها حالة العذر زال سبب الرخصة فتعين الأصل ولذلك يفعلها المريض قاعدا إذا فاتت عن زمن الصحة ، أما صلاة المسافر فإنها ليست إلا ركعتين ابتداء ومنشأ الغلط اشتراك لفظ الرخصة اه (قوله سافر السلطان قصر) أى إذا نوى السفر يصير مسافرا ويقصر. قال فى شرح المنية: قيل هذا إذا لم يكن فى ولايته أما إذا طاف فى ولايته فلا يقصر والأصح أنه لافرق لأن النبى صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين قصروا حين سافروا من المدينة إلى مكة ومراد القائل لايقصر هو ماصرح به فى البزازية من أنه إذا خرج لتفحص أحوال الرعية وقصد الرجوع متى حصل مقصوده ولم يقصد مسيرة سفر حتى أنه فى الرجوع يقصر لو كان من مدة سفر ولا اعتبار لمن علل بأن جميع الولاية بمنزلة مصره لأن هذا تعليل فى مقابلة النص مع عدم الرواية عن أحد من الأئمة الثلاثة فلا يسمع اه (قوله صار مقيما على الأوجه) أى بنفس التزوج وإن لم يتخذه وطنا أو لم ينو الإقامة خمسة عشر يوما، وأما المسافرة فإنها تصير مقيمة بنفس التزوج اتفاقا كما فى القهستانى ح وحكى الزيلعى هذا الوجه بقيل فظاهره ترجيح المقابل فقد اختلف الترجيح ط :

أقول : قد يقال لايصير مقيما إذا كان مراده الخروج قبل نصف شهر تأمل (قوله تم فى الصحيح) كذا فى الظهيرية . قال ط وكأنه لسقوط الصلاة عنها فيما مضى لم يعتبر حكم السفر فيه فلما تأهلت للأداء اعتبر من وقته (قوله كصبى بلغ) أى فى أثناء الطريق وقد بقى لمقصده أقل من ثلاثة أيام فإنه يتم ولا يعتبر مامضى لعدم تكليفه فيه ط (قوله بخلاف كافر أسلم) أى فإنه يقصر. قال فى الدرر لأن نيته معتبرة فكان مسافرا من الأول بخلاف الصبى فإنه من هذا الوقت يكون مسافرا، وقيل يتمان، وقيل يقصران اه والمختار الأول كما فى البحر وغيره عن الخلاصة. قال فى الشرنبلالية : ولا يخفى أن الحائض لاتنزل عن رتبة الذى أسلم فكان حقها القصر مثله اه. وأجاب فى نهج النجاة بأن مانعها سماوى بخلافه اه أى وإن كان كل منهما من أهل النية بخلاف الصبى ، لكن منعها من الصلاة ماليس بصنعها فلغت نيتها من الأول، بخلاف الكافر فإنه قادر على إزالة المانع من الابتداء فصحت نيته (قوله عبد الخ) أى إذا سافر العبد مع سيديه فنوى أحدهما الإقامة (قوله وإلا) أى وإن لم يتهايآ فى خدمته يفرض عليه القعود على

ولا يأتم بمقيم أصلا وهو مما يلغز .
قال لنسائه : من لم تدر منكن كم ركعة فرض يوم وليلة فهي طالق فقالت إحداهن عشرون والثانية سبعة عشر والثالثة خمسة عشر والرابعة إحدى عشر لم يطلقن لأن الأولى ضمت الوتر والثانية تركته والثالثة ليوم الجمعة والرابعة للمسافر ، والله أعلم .

باب الجمعة

بتثليث الميم وسكونها (هي فرض) عين (يكفر جاحدها) لثبوتها بالدليل القطعي كما حققه الكمال وهي فرض مستقل آكد من الظهر

رأس الركعتين ويتم احتياطا لأنه مسافر من وجه مقيم من وجه شرح المنية (قوله ولا يأتم الخ) في شرح المنية وعلى هذا فلا يجوز له الاقتداء بالمقيم مطلقا فليعلم هذا اه أي لا في الوقت ولا بعده ولا في الشفع الأول ولا الثاني ولعل وجهه كما أفاده شيخنا أن مقتضى كونه يتم احتياطا أن تكون القعدة الثانية في حقه فرضا إلحاقا له بالمقيم، وقد قلنا إن القعدة الأولى فرض عليه أيضا إلحاقا له بالمسافر فإذا اقتدى بمقيم يلزم اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة الأولى اه .

أقول : لكن قول شارح المنية وعلى هذا الخ يظهر منه أنه تفريع من عنده على وجه البحث وإلا فالذي رأيته منقولا في التاترخانية عن الحجة أنه إن لم يكن بالمهايأة وهو في أيديهما فكل صلاة يصليها وحده يصلي أربعا ويقعد على رأس الركعتين ويقرأ في الأخريين وكذا إذا اقتدى بمسافر يصلي معه ركعتين وفي قراءته في الركعتين اختلاف: وأما إذا اقتدى بمقيم فإنه يصلي أربعا بالاتفاق اه (قوله وهو مما يلغز) أي من جهات فيقال : أي شخص يصلي فرضه أربعا ويفترض عليه القعود الأول كالثاني وأي شخص لا يصح اقتداؤه بالمقيم في الوقت ، وأي شخص ليس بمقيم ولا مسافر؟ ويقال في صورة التهايؤ: أي شخص يتم يوما ويقصر يوما ط (قوله لأن الأولى ضمت الوتر) وهي صادقة لأنه فرض عملي ويحمل الفرض في كلام الزوج على ما يلزم ليعم فعله العملي ط (قوله والثالثة ليوم الجمعة) أي قالت ذلك العدد لفروض يوم الجمعة القطعية ولم تنظر إلى الوتر وكذا الرابعة والله تعالى أعلم .

باب الجمعة

مناسبته للسفر أن في كل منهما تنصيف الصلاة ابتداء لعارض لكنه هنا في خاص وهو الظهر وفي السفر في عام وهو كل رباعية فلذا قدم (قوله بالدليل القطعي) وهو قوله تعالى – يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الآية(١)– وبالسنة والإجماع (قوله كما حققه الكمال) وقال بعد ذلك وإنما أكثرنا فيه نوعا من الإكثار لما نسمع عن بعض الجهلة أنهم ينسبون إلى مذهب الحنفية عدم افتراضها ، ومنشأ غلطهم قول القدوري ومن صلى الظهر يوم الجمعة في منزله ولا عذر له كره وجازت صلاته وإنما أراد حرم عليه وصحت الظهر لما سيأتي (قوله آكد من الظهر) أي لأنه ورد فيها من التهديد ما لم يرد في الظهر ، من ذلك قوله صلى الله عليه وسلم « من ترك الجمعة ثلاث مرات من غير ضرورة طبع الله على قلبه » رواه أحمد والحاكم وصححه ، فيعاقب على تركها أشد من الظهر ويثاب

---

(١) (قوله تعالى – يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا – الآية الخ) قال شيخنا : اختلف في المراد من الذكر هل هو الصلاة أو الخطبة؟ وعلى كل فالأمر يفيد فرضية الصلاة أما على تفسيره بالصلاة فظاهر ، وأما على التفسير الثاني فبالأولى وذلك لأن الخطبة لم تقصد لذاتها بل هي من توابع الصلاة ألا ترى أنها شرط للصلاة وحيث فرض السعي للتابع فلأن يفرض للمتبوع المقصود أولى ، وفرضية السعي للشيء تستلزم كون ذلك الشيء فرضا ضرورة اه .

وليست بدلا عنه كما حرره الباقانى معزياً لسرى الدين بن الشحنة. وفى البحر: وقد أفتيت مرارا بعدم صلاة الأربع بعدها بنية آخر ظهر خوف اعتقاد عدم فرضية الجمعة وهو الاحتياط فى زماننا. وأما من لا يخاف عليه مفسده منها فالأولى أن تكون فى بيته خفية.

(ويشترط لصحتها) سبعة أشياء:

الأول: (المصر وهو مالا يسع أكبر مساجده أهله المكلفين بها) وعليه فتوى أكثر الفقهاء مجتبى لظهور التوانى فى الأحكام، وظاهر المذهب أنه كل موضع له أمير وقاض

عليها أكثر ولأن لها شروطا ليست للظهر تأمل (قوله وليست بدلا عنه الخ) تصريح بمفهوم قوله وهى فرض مستقل لكن هذا مخالف لما قدمه المصنف فى بحث النية من باب شروط الصلاة. وعبارته مع الشرح: ولو نوى فرض الوقت مع بقائه جاز إلا فى الجمعة لأنها بدل إلا أن يكون عنده فى اعتقاده أنها فرض الوقت كما هو رأى البعض فتصح اهـ:

وكتبنا هناك عن شرح المنية أن فرض الوقت عندنا الظهر لا الجمعة ولكن قد أمر بالجمعة لإسقاط الظهر ولذا لو صلى الظهر قبل أن تفوته الجمعة صحت عندنا خلافا لزفر والثلاثة وإن حرم الاقتصار عليها اهـ.

والحاصل: أن فرض الوقت عندنا الظهر وعند زفر الجمعة كما صرح به فى الفتح وغيره فيما سيأتى حتى الباقانى فى شرح الملتقى، وأما مانقله عنه فلعله ذكره فى شرحه عن النقاية وبما ذكرناه ظهر ضعفه (قوله وفى البحر الخ) سيأتى الكلام على ذلك عند قول المصنف وتؤدى فى مصر واحد بمواضع كثيرة (قوله ويشترط الخ) قال فى النهر: ولها شرائط وجوب وأداء منها: ماهو فى المصلى. ومنها ماهو فى غيره والفرق أن الأداء لا يصح بانتفاء شروطه ويصح بانتفاء شروط الوجوب ونظمها بعضهم فقال:

وحر صحيح بالبلوغ مذكر ... مقيم وذو عقل لشرط وجوبها

ومصر وسلطان ووقت وخطبة ... وإذن كذا جمع لشرط أدائها

ط عن أبى السعود (قوله مالا يسع الخ) هذا يصدق على كثير من القرى ط (قوله المكلفين بها) احترز به عن أصحاب الأعذار مثل النساء والصبيان والمسافرين ط عن القهستانى (قوله وعليه فتوى أكثر الفقهاء الخ) وقال أبو شجاع: هذا أحسن ماقيل فيه. وفى الولوالجية وهو صحيح بحر، وعليه مشى فى الوقاية ومتن المختار وشرحه وقدمه فى متن الدرر على القول الآخر وظاهره ترجيحه وأيده صدر الشريعة بقوله لظهور التوانى فى أحكام الشرع سيما فى إقامة الحدود فى الأمصار (قوله وظاهر المذهب الخ) قال فى شرح المنية والحد الصحيح مااختاره صاحب الهداية أنه الذى له أمير وقاض ينفذ الأحكام ويقيم الحدود وتزييف صدر الشريعة له عند اعتذاره عن صاحب الوقاية حيث اختار الحد المتقدم بظهور التوانى فى الأحكام مزيف بأن المراد القدرة على إقامتها على ماصرح به فى التحفة عن أبى حنيفة أنه بلدة كبيرة فيها سكك وأسواق ولها رساتيق وفيها وال يقدر على إنصاف المظلوم من الظالم بحشمته وعلمه أو علم غيره يرجع الناس إليه فيما يقع من الحوادث وهذا هو الأصح اهـ إلا أن صاحب الهداية ترك ذكر السكك والرساتيق لأن الغالب أن الأمير والقاضى الذى شأنه القدرة على تنفيذ الأحكام وإقامة الحدود لا يكون إلا فى بلد كذلك اهـ (قوله له أمير وقاض) أى مقيمان فلا اعتبار بقاض يأتى أحيانا يسمى قاضى الناحية ولم يذكر المفتى اكتفاء بذكر القاضى لأن القضاء فى الصدر الأول كان وظيفة المجتهدين حتى لو لم يكن الوالى والقاضى مفتيا اشترط المفتى كما فى الخلاصة. وفى تصحيح القدورى: أنه يكتفى بالقاضى عن الأمير شرح الملتقى. قال الشيخ إسماعيل:

يقدر على إقامة الحدود كما حررناه فيما علقناه على الملتقى : وفى القهستانى : إذن الحاكم ببناء الجامع فى الرستاق إذن بالجمعة اتفاقا على ماقاله السرخسى وإذا اتصل به الحكم صار مجمعا عليه فليحفظ (أو فناؤه) بكسر الفاء (وهو ما) حوله (اتصل به) أولا

ثم المراد من الأمير من يحرس الناس ويمنع المفسدين ويقوى أحكام الشرع كذا فى الرقائق . وحاصله أن يقدر على إنصاف المظلوم من الظالم كما فسره به فى العناية اه (قوله يقدر الخ) أفرد الضمير تبعا للهداية لعوده على القاضى لأن ذلك وظيفته بخلاف الأمير لما مر، وفى التعبير بيقدر رد على صدر الشريعة كما علمته. وفى شرح الشيخ إسمعيل عن الدهلوى ليس المراد تنفيذ جميع الأحكام بالفعل، إذ الجمعة أقيمت فى عهد أظلم الناس وهو الحجاج وأنه ما كان ينفذ جميع الأحكام، بل المراد والله أعلم اقتداره على ذلك اه ونقل مثله فى حاشية أبى السعود عن رسالة العلامة نوح أفندى:

أقول : ويؤيده أنه لو كان الإخلال بتنفيذ بعض الأحكام مخلا بكون البلد مصرا على هذا القول الذى هو ظاهر الرواية لزم أن لاتصح جمعة فى بلدة من بلاد الإسلام فى هذا الزمان بل فيما قبله من أزمان فتعين كون المراد الاقتدار على تنفيذ الأحكام ، ولكن ينبغى إرادة أكثرها وإلا فقد يتعذر على الحاكم الاقتدار على تنفيذ بعضها لمنع ممن ولاه وكما يقع فى أيام الفتنة من تعصب سفهاء البلد بعضهم على بعض أو على الحاكم بحيث لايقدر على تنفيذ الأحكام فيهم لأنه قادر على تنفيذها فى غيرهم وفى عسكره على أن هذا عارض فلا يعتبر، ولذا لو مات الوالى أو لم يحضر لفتنة ولم يوجد أحد ممن له حق إقامة الجمعة نصب العامة لهم خطيبا للضرورة كما سيأتى مع أنه لا أمير ولا قاضى ثمة أصلا وبهذا ظهر جهل من يقول لاتصح الجمعة فى أيام الفتنة مع أنها تصح فى البلاد التى استولى عليها الكفار كما سنذكره فتأمل (قوله كما حررناه الخ) هو حاصل ماقدمناه عن شرح المنية (قوله وفى القهستانى الخ) تأييد للمتن وعبارة القهستانى تقع فرضا فى القصبات والقرى(١) الكبيرة التى فيها أسواق قال أبو القاسم : هذا بلا خلاف إذا أذن الوالى أو القاضى ببناء المسجد الجامع وأداء الجمعة لأن هذا مجتهد فيه فإذا اتصل به الحكم صار مجمعا عليه ، وفيما ذكرنا إشارة إلى أنه لاتجوز فى الصغيرة التى ليس فيها قاض ومنبر وخطيب كما فى المضمرات والظاهر أنه أريد به الكراهة لكراهة النفل بالجماعة ؛ ألا ترى أن فى الجواهر لو صلوا فى القرى لزمهم أداء الظهر وهذا إذا لم يتصل به حكم ، فإن فى فتاوى الدينارى إذا بنى مسجد فى الرستاق بأمر الإمام فهو أمر بالجمعة اتفاقا على ماقال السرخسى اه فافهم والرستاق القرى كما فى القاموس .

[تنبيه] فى شرح الوهبانية : قضاة زماننا يحكمون بصحة الجمعة عند تجديدها فى موضع بأن يعلق الواقف عتق عبده بصحة الجمعة فى هذا الموضع وبعد إقامتها فيه بالشروط يدعى المعلق عتقه على الواقف المعلق بأنه علق عتقه على صحة الجمعة فى هذا الموضع وقد صحت ووقع العتق فيحكم بعتقه فيتضمن الحكم بصحة الجمعة ويدخل مالم يأت من الجمع تبعا اه قال فى النهر وفى دخول مالم يأت نظر فتدبر اه :

أقول : الجواب عن نظره أن الحكم بصحة الجمعة مبنى على كون ذلك الموضع محلا لإقامتها فيه وبعد ثبوت صحتها فيه لافرق فيه بين جمعة وجمعة فتدبر . وظاهر مامر عن القهستانى أن مجرد أمر السلطان أو القاضى ببناء المسجد وأدائها فيه حكم رافع للخلاف بلا دعوى وحادثة. وفى قضاء الأشباه أمر القاضى حكم كقوله سلم المحدود إلى المدعى والأمر بدفع الدين والأمر بحبســه الخ وأفتى ابن نجيم بأن تزويج القاضى الصغيرة حكم رافع للخلاف ليس لغيره نقضه (قوله وإذا اتصل به الحكم الخ) قد علمت أن عبارة القهستانى صريحة فى أن مجرد الأمر رافع للخلاف بناء على أن مجرد أمره حكم (قوله أولا) زاده للإشارة إلى أن قول المصنف ما اتصل به ليس قيداً احترازيا كما فى

---

(١) (قوله : تقع فرضا فى القصبات والقرى) القصبات : جمع قصبة وهى القرية فيكون عطف القرى عليه عطف تفسير اه .

كما حرره ابن الكمال وغيره (لأجل مصالحه) كدفن الموتى وركض الخيل والمختار للفتوى تقديره بفرسخ ذكره الولوالجى .

(و) الثانى : (السلطان) ولو متغلبا أو امرأة فيجوز أمرها بإقامتها لا إقامتها (أو مأمورة بإقامتها) ولو عبدا

الشرنبلالية (قوله كما حرره ابن الكمال) حيث قال واعتبر بعضهم قيد الانفصال . وقد خطأه صاحب الذخيرة قائلا فعلى قول هذا القائل لا تجوز إقامة الجمعة ببخارى فى مصلى العيد لأن بين المصلى وبين المصر مزارع ووقعت هذه المسألة مرة وأفتى بعض مشايخ زماننا بعدم الجواز ولكن هذا ليس بصواب فإن أحدا لم ينكر جواز صلاة العيد فى مصلى العيد ببخارى لا من المتقدمين ولا من المتأخرين . وكما أن المصر أو فناءه شرط جواز الجمعة فهو شرط جواز صلاة العيد اه (قوله والمختار للفتوى الخ) اعلم أن بعض المحققين أهل الترجيح أطلق الفناء عن تقديره بمسافة وكذا محرر المذهب الإمام محمد وبعضهم قدره بها وجملة أقوالهم فى تقديره ثمانية أقوال أو تسعة غلوة ميل ميلان ثلاثة فرسخ فرسخان ثلاثة سماع الصوت سماع الأذان والتعريف أحسن من التحديد لأنه لا يوجد ذلك فى كل مصر وإنما هو بحسب كبر المصر وصغره . بيانه أن التقدير بغلوة أو ميل لا يصح فى مثل مصر لأن القرافة والترب التى تلى باب النصر يزيد كل منهما على فرسخ من كل جانب ، نعم هو ممكن لمثل بولاق فالقول بالتحديد بمسافة يخالف التعريف المتفق على ما صدق عليه بأنه المعد لمصالح المصر فقد نص الأئمة على أن الفناء ما أعد لدفن الموتى وحوائج المصر كركض الخيل والدواب وجمع العساكر والخروج للرمى وغير ذلك وأى موضع يحد بمسافة يسع عساكر مصر ويصلح ميدانا للخيل والفرسان ورمى النبل والبندق البارود واختبار المدافع وهذا يزيد على فراسخ فظهر أن التحديد بحسب الأمصار اه ملخصا من [تحفة أعيان الغنى بصحة الجمعة والعيدين فى الفنا] لعلامة الشرنبلالى وقد جزم فيها بصحة الجمعة فى مسجد سبيل علان الذى بناه بعض أمراء زمانه وهو فى فناء مصر بينه وبينها نحو ثلاثة أرباع فرسخ وشىء

مطلب فى صحة الجمعة بمسجد المرجة والصالحية فى دمشق

أقول : وبه ظهر صحتها فى تكية السلطان سليم بمرجة دمشق ، وكذا فى مسجده بصالحية دمشق فإنها من فناء دمشق بما فيها من التربة بسفح الجبل وإن انفصلت عن دمشق بمزارع لكنها قريبة لأنها على ثلث فرسخ من البلدة ، وإن اعتبرت قرية مستقلة فهى مصر على تعريف المصنف على أن مسجدها مبنى بأمر السلطان ؛ وكذا مسجدها القديم المشهور بمسجد الحنابلة الذى بناه الملك الأشرف وأمره كاف فى صحتها على ما مر تأمل (قوله أو امرأة) اعلم أن المرأة لا تكون سلطانا إلا تغلبا لما تقدم فى باب الإمامة من اشتراط الذكورة فى الإمام ، فكان على الشارح أن يقول ولو امرأة أى ولو كان ذلك المتغلب امرأة ح ، والمراد بالمتغلب من فقد فيه شروط الإمامة وإن رضيه القوم وفى الخلاصة : والمتغلب الذى لا عهد له أى لا منشور له إن كان سيرته فيما بين الرعية سيرة الأمراء ويحكم بينهم بحكم الولاة تجوز الجمعة بحضرته بحر اه ط (قوله بإقامتها) أى إقامة الجمعة وقوله لا إقامتها أى لا إقامة المرأة الجمعة ح (قوله أو مأمورة بإقامتها) أى الجمعة ، وشمل الأمر دلالة قال فى البحر : ولا خفاء فى أن من فوّض إليه أمر العامة فى مصر له إقامتها وإن لم يفوضها السلطان إليه صريحا كما فى الخلاصة والعبرة لأهلية النائب وقت الصلاة لا وقت الاستنابة حتى لو أمر الصبى والذمى وفوّض إليهما الجمعة فبلغ وأسلم لهما إقامتها لأنه فوّضها إليهما صريحا بخلاف ما إذا لم يصرح ، لكن ظاهر الخانية أن هذا قول البعض وأن الراجح عدم الفرق لوقوع التفويض باطلا ، وعليه فالمعتبر الأهلية وقت الاستنابة اه ملخصا .

ولى عمل ناحية وإن لم تجز أنكحته وأقضيته :

(واختلف فى الخطيب المقرر من جهة الإمام الأعظم أو) من جهة (نائبه هل يملك الاستنابة فى الخطبة؟ فقيل لا مطلقا) أى لضرورة أولا إلا أن يفوض إليه ذلك (.وقيل إن لضرورة جاز) وإلا لا (وقيل نعم) يجوز (مطلقا) بلا ضرورة لأنه على شرف الفوات لتوقته فكان الأمر به إذناً بالاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء (وهو الظاهر) من عباراتهم . فى البدائع : كل من ملك الجمعة ملك إقامة غيره وفى النجعة فى تعداد الجمعة لابن جرباش إنما يشترط الإذن

قلت : لكن فى رسالة الشرنبلالى عن الخلاصة ،ماىصه العبرة للأهلية وقت إقامتها لا وقت الإذن بها وإن وقع فى بعض العبارات مايقتضى خلافه اه (قوله وإن لم تجز أنكحته وأقضيته) لأنهما يعتمدان الولاية : ولا ولاية له على نفسه فضلا عن غيره ولأن شرط القضاء الحرية ط (قوله واختلف الخ) ليس ذلك اختلافا بين مشايخ المذهب من أهل التخريج أو الترجيح بل هو اختلاف بين المتأخرين فى فهم عبارات مشايخ المذهب .

مطلب فى جواز استنابة الخطيب

[illegible] الاستنابة) أى بلا إذن من السلطان أما بالإذن فلا خلاف فيه (قوله فقيل لا مطلقا) قائله [illegible] حيث قال إن الاستخلاف لايجوز للخطبة أصلا ولا للصلاة ابتداء بل بعد ما أحدث الإمام إلا إذا كان مأذونا من السلطان بالاستخلاف اه (قوله وقيل إن لضرورة جاز الخ) قائله ابن كمال باشا حيث قال إن كان ذلك لضرورة كشغله عن إقامة الجمعة فى وقتها جاز التفويض إلى غيره وإلا لا أى وإن لم يكن ذلك لضرورة أصلا أو كان لعذر لكن يمكن إزالة عذره وإقامة الجمعة بعده قبل خروج الوقت لايجوز التفويض إلى خطيب آخر ثم قال : وإقامة الجمعة عبارة عن أمرين الخطبة والصلاة والموقوف على الإذن هو الأول دون الثانى ، فالمراد من الاستخلاف لإقامة الجمعة الاستخلاف للخطبة لا للصلاة كما توهمه البعض اه منح ملخصا (قوله وقيل نعم الخ) قائله قاضى القضاة محب الدين ابن جرباش منح وبه قال شارح المنية البرهان إبراهيم الحلبى وكذا صاحب البحر والنهر والشرنبلالى والمصنف والشارح (قوله بلا ضرورة) الأولى أن يقول : ولو بلا ضرورة ليتضح معنى الإطلاق ط. قال فى الإمداد بعد كلام : وإذا علمت جواز الاستخلاف للخطبة والصلاة مطلقا بعذر وبغير عذر حال الحضرة والغيبة وجواز الاستخلاف للصلاة دون الخطبة وعكسه فاعلم أنه إذا استناب لمرض ونحوه فالنائب يخطب ويصلى بهم والأمر فيه ظاهر . وأما إذا استخلف للصلاة فقط لسبق حدث ، فإما أن يكون بعد شروعه فيها أو قبله فإن كان بعده فكل من صلح للاقتداء به يصح استخلافه وأما إذا كان قبله بعد الخطبة فيشترط كون الخليفة قد شهد الخطبة أو بعضها مع أهليته للاقتداء به اه (قوله لأنه الخ) هذه عبارة الهداية فى كتاب أدب القاضى أى لأن أداء الجمعة على شرف الفوات لتوقته بوقت يفوت الأداء بانقضائه درر عن شرح الهداية أى فيكون ذلك إذناً بالاستخلاف دلالة لعلمه بما يعترى المأمور من العوارض المانعة من إقامتها كمرض وحدث كما فى البدائع (قوله ولا كذلك القضاء) فإنه يحصل فى أى وقت كان فلم يكن الأمر به إذنا بالاستخلاف دلالة (قوله كل من ملك الخ) هو صريح فى جواز استنابة الخطيب مطلقا أو كالصريح بحر (قوله النجعة) بضم النون وسكون الجيم طلب الكلإ فى موضعه قاموس وهى هنا علم الكتاب ح (قوله لابن جرباش) بضم الجيم والراء ح وهو أحد شيوخ مشايخ صاحب البحر (قوله إنما يشترط الإذن الخ) حاصله أن الإذن من السلطان إنما يشترط فى أول مرة ، فإذا أذن بإقامتها لشخص كان له أن يأذن لغيره وذلك الغير له أن يأذن لآخر وهلم جرا ، وليس المراد أن السلطان إذا أذن بإقامتها فى مسجد صار كل شخص أو كل خطيب مأذونا بأن يقيمها فى ذلك المسجد يكون إذن

لإقامتها عند بناء المسجد ، ثم لايشترط بعد ذلك بل الإذن مستصحب لكل خطيب وتمامه فى البحر وما قيده الزيلعى لادليل له ، وما ذكره منلاخسرو وغيره رده ابن الكمال فى رسالته خاصة برهن فيها على الجواز بلا شرط وأطنب فيها وأبدع ولكثير من الفوائد أودع .

من السلطان أو من مأذونه كما يوهمه ظاهر كلامه ، ويدل على ذلك نص عبارة ابن جرباش التى نقلها عنه فى البحر وهى قوله بعد كلام ؛ وإذ قد عرفت هذا فيتمشى عليه مايقع فى زماننا هذا من استئذان السلطان فى إقامة الجمعة فيما يستجد من الجوامع فإن إذنه بإقامتها فى ذلك الموضع لربه مصحح لإذن رب الجامع لمن يقيمه خطيبا ولإذن ذلك الخطيب لمن عساه أن يستنيبه الخ .

وحاصله أنه لاتصح إقامتها إلا لمن أذن له السلطان بواسطة أو بدونها . أما بدون ذلك فلا كما هو صريح مايذكره الشارح عن السراجية ، نعم وقع فى فتاوى ابن الشلبى مايوهم ما أوهمه كلام الشارح حيث سئل عن ثغر فيه جوامع لها خطباء ليس لأحد منهم إذن صريح من السلطان مع علم السلطان بذلك الثغر وبإقامة الجمع والأعياد فى جوامعه فهل يكون ذلك إذنا دلالة ؟ فأجاب بأن أمور المسلمين محمولة على السداد ، وقد جرت العادة بأن من بنى جامعا وأراد إقامة الجمعة استأذن الإمام فإذا وجد الإذن أول مرة فقد حصل به الغرض والإذن بعد ذلك اه ملخصا لكن يمكن حمله على مامر أى فلا يشترط إذن السلطان ثانيا بل كل خطيب له أن يستنيب للاكتفاء بالإذن أول مرة والله أعلم . (قوله وما قيده الزيلعى) أى من أنه لايجوز له الاستخلاف إلا إذا أحدث قال فى البحر لادليل عليه والظاهر من عباراتهم الإطلاق اه :

قلت : وماذكره الزيلعى تبعه عليه منلاخسرو وصاحب الدرر كما قدمناه عنه لكنه ناقض نفسه حيث قال بعده ولا ينبغى أن يصلى غير الخطيب لأن الجمعة مع الخطبة كشىء واحد فلا ينبغى أن يقيمها اثنان وإن فعل جاز اه وهذا يكون باستخلاف الخطيب ، ثم قال أيضا خطب صبى بإذن السلطان وصلى بالغ جاز كذا فى الخلاصة اه قال الشرنبلالى فى رسالته : فهذا نص منه على جواز الاستخلاف للصلاة قبل الشروع فيها من غير سبق الحدث كما قدمنا من النصوص بمثله اه وفيه نظر سنذكره آخر الباب .

[تنبيه] أجاب بعضهم عن الزيلعى بأن كلامه مبنى على القول بالاستنابة عند الضرورة وهذا عجيب فإن هذا القول لابن كمال باشا كما علمت والأقوال الثلاثة المذكورة فى المتن ليست منقولة فى المذهب بل هى اختلاف من المتأخرين بعد الزيلعى فكيف يبنى كلامه على أحدها على أن اشتراط الاستنابة بالضرورة إنما هو للخطبة لا للصلاة كما قدمناه فى عبارة ابن كمال والكلام هنا فى الصلاة لأن سبق الحدث لا يستوجب الاستنابة فى الخطبة لصحتها معه فافهم (قوله وما ذكره منلا خسرو) أى من أنه ليس له الاستنابة إلا إذا فوض إليه ذلك ح قلت : وهو القول الأول فى المتن (قوله رده ابن الكمال) وكذا رده فى شرح المنية والبحر والنهر والمنح والإمداد وغيرها (قوله بلا شرط) أى بلا شرط الإذن من السلطان واستند فى ذلك إلى أشياء منها مافى الخلاصة أن له أن يستخلف وإن لم يكن فى منشور الإمامة الاستخلاف اه. قال فى شرح المنية وعلى هذا عمل الأمة من غير نكير اه . نعم اشترط ابن كمال فى هذه الرسالة لجواز الاستخلاف أن يكون لضرورة وهو القول الثانى فى المتن كما قدمناه وبنى على ذلك فساد مايفعل فى زماننا حيث يحضرون أى السلاطين فى الجامع بلا عذر ويستخلفون الغير فى إقامة الجمعة اه .

وقد رد عليه الشرنبلالى فى رسالة بما فى التتارخانية عن المحيط : إمام خطب فتولى غيره وشهد الخطبة ولم يعزل

وفى مجمع الأنهر : أنه جائز مطلقا فى زماننا لأنه وقع فى تاريخ خمس وأربعين وتسعمائة إذن عام وعليه الفتوى.
وفى السراجية : لو صلى أحد بغير إذن الخطيب لايجوز إلا إذا اقتدى به من له ولاية الجمعة ، ويؤيد ذلك أنه يلزم أداء النفل بجماعة وأقره شيخ الإسلام .
(مات والى مصر فجمع خليفته أو صاحب الشرط) بفتحتين حاكم السياسة (أو القاضي المأذون له فى ذلك

الأول ولكن أمر رجلا أن يصلى الجمعة بالناس فصلى جاز لأنه لما شهد الخطبة فكأنما خطب بنفسه ولو أن القادم الذى تولى شهد خطبة الأول وسكت عنه حتى صلى بالناس وهو يعلم بقدومه فصلاته جائزة لأنه على ولايته مالم يظهر العزل اه قال فهذا نص فى صحة صلاة الأصيل بحضرة نائبه لعلمه بعزله اه .

أقول : وفيه نظر لأن الأول ليس نائبا عنه بل هو باق على ولايته لأن قوله مالم يظهر العزل معناه مالم يعزله بالفعل وليس المراد به علمه بالعزل وإلا ناقض قوله قبله ، وهو يعلم بقدومه ، والأوضح فى الرد مافى البدائع عن النوادر أنه يصير معزولا إذا علم بحضور الثانى ، وأن الثانى إذا أمر الأول بإتمام الخطبة يجوز وإلا بل سكت حتى أتمها أو حضر بعد فراغ الأول من الخطبة لا تجوز الجمعة لأنها خطبة سلطان معزول ، بخلاف ما إذا لم يعلم بحضور الثانى حتى خطب وصلى والأول ساكت لأنه لايعزل إلا بالعلم كالوكيل اه فهذا صريح فى صحة الخطبة والصلاة من النائب بحضرة الأصيل . وذكر فى منية المفتى : صلى أحد بغير إذن الخطيب لم يجز إلا إذا اقتدى به من له ولاية الجمعة اه ومثله ما يذكره الشارح عن السراجية فتأمل (قوله أنه) أى الاستخلاف جائز مطلقا أى سواء كان لضرورة أولا كما يعلم من عبارة مجمع الأنهر ح (قوله إذن عام) أى لكل خطيب أن يستنيب لا لكل شخص أن يخطب فى أى مسجد أراد ح .

أقول : لكن لايبقى إلى اليوم الإذن بعد موت السلطان الآذن بذلك إلا إذا أذن به أيضا سلطان زماننا نصره الله تعالى كما بينته فى تنقيح الحامدية وسنذكر فى باب العيد عن شرح المنية مايدل عليه أيضا فتنبه (قوله وعليه الفتوى) لعل المراد فتوى أهل زمانه فليس ذلك تصحيحا معتبرا إذ ليسوا من أهل التصحيح (قوله لو صلى أحد بغير إذن الخطيب لايجوز) ظاهره أن الخطيب خطب بنفسه والآخر صلى بلا إذنه ومثله مالو خطب بلا إذنه لما فى الخانية وغيرها : خطب بلا إذن الإمام والإمام حاضر لم يجز اه. ولا ينافيه ماقدمناه عن التتارخانية من أنه لما شهد الخطبة فكأنما خطب بنفسه لأن الخطبة هناك كانت ممن له ولايتها كما قدمناه (قوله إلا إذا اقتدى به من له ولاية الجمعة) شمل الخطيب المأذون وذلك لأن الاقتداء به إذن دلالة بخلاف مالو حضر ولم يقتد وعليه تحمل عبارة الخانية السابقة ثم إذا كان حضوره بدون اقتداء لم يعتبر إذنا يفهم منه أنه لاتجوز خطبة غيره بلا إذن بالأولى خلافا لمن فهم منه الجواز أفاده ط (قوله ويؤيد ذلك الخ) أى يؤيد الجواز إذا اقتدى به بناء على أن اقتداءه به دليل الإذن لأنهم وإن نووها جمعة لكن بدون شرطها تنعقد نفلا . فلو لم يكن اقتداؤه إذنا يلزم أن يكون مؤديا معهم النفل بجماعة وهو غير جائز وفعل المسلم إنما يحمل على الكمال فيكون اقتداؤه إجازة لفعله لأن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق ، ونظيره إذا أجاز نكاح الفضولى بالفعل يجوز ومجرد حضوره وسكوته وقت العقد لايدل على الرضا فافهم (قوله مات والى مصر) وكذا لو لم يحضر بسبب الفتنة بدائع (قوله فجمع) بتشديد الميم أى صلى الجمعة خليفته أى من عهد إليه قبل موته أو المراد من كان يخلفه ويقوم مقامه إذا غاب أو من أقامه أهل البلد خليفة بعده إلى أن يأتيهم وال آخر (قوله أو صاحب الشرط) جمع شرطى كترك وجهنى قاموس وفى المغرب : الشرطية بالسكون والحركة خيار الجند وأول كتيبة تحضر الحرب والجمع شرط وصاحب الشرطة . فى باب الجمعة يراد به أمير البلدة كأمير بخارى وقيل هذا على عادتهم لأن أمور الدين والدنيا كانت حينئذ إلى صاحب الشرطة فأما الآن فلا اه (قوله أو القاضى المأذون له فى ذلك)

جاز) لأن تفويض أمر العامة إليهم إذن بذلك دلالة فلقاضى القضاة بالشام أن يقيمها وأن يولى الخطباء بلا إذن صريح ولا تقرير الباشا ، وقالوا يقيمها أمير البلد ثم الشرطى ثم القاضى ثم من ولاه قاضى القضاة (ونصب العامة الخطيب (غير معتبر مع وجود من ذكر) أما مع عدمهم فيجوز للضرورة

قيد به لما فى الخلاصة ليس للقاضى إقامتها إذا لم يؤمر ولصاحب الشرط وإن لم يؤمر وهذا فى عرفهم. قال فى الظهيرية أما اليوم فالقاضى يقيمها لأن الخلفاء يأمرون بذلك ، قيل أراد به قاضى القضاة الذى يقال له قاضى الشرق والغرب فأما فى زماننا فالقاضى وصاحب الشرط لا يوليان ذلك اهـ .

قال فى البحر : وعلى هذا فلقاضى القضاة بمصر أن يولى الخطباء ولا يتوقف على إذن . كما أن له أن يستخلف للقضاء ، وإن لم يؤذن له مع أن القاضى ليس له الاستخلاف إلا بإذن السلطان لأن تولية قاضى القضاة إذن بذلك دلالة كما صرح به فى الفتح ولا يتوقف ذلك على تقرير الحاكم المسمى بالباشا لكن فى التجنيس أن فى إقامة القاضى روايتين وبرواية المنع يفتى فى ديارنا إذا لم يؤمر به ولم يكتب فى منشوره . ويمكن حمل ما فى التجنيس على ما إذا لم يول قاضى القضاة أما إن ولى أغنى هذا اللفظ عن التنصيص عليه نهر (قوله فلقاضى القضاة بالشام الخ) أخذه من كلام البحر كما علمت لكن فيه أن قاضى القضاة (١) الذى له ذلك هو قاضى المشرق والمغرب كما مر عن الظهيرية . وأما قاضى الشام ومصر فان ولايته مستمدة من ذلك القاضى العام ، وكونه مأذونا بالاستخلاف أى استخلاف نواب عنه فى بلدة وتوابعها لا يلزم منه إذنه بإقامة الجمعة بخلاف ذلك القاضى العام الذى أذن له السلطان بإقامة مصالح الدين ونصب القضاة فى سائر البلدان ولذا يسمى قاضى القضاة ويدل على ذلك أنه جرت العادة فى هذه الدولة العثمانية أن كل من تولى خطابة لا بد أن يرسل إلى جهة السلطان حفظه الله تعالى ليقرره فيها ، فلو كان القاضى أو الباشا مأذونا بإقامتها لصح أن يولى الخطيب .

والحاصل : أن المدار على الإذن وإنما يعلم ذلك من جهته فإن قال إنى مأذون بذلك صدق لأن مجرد تولية القضاة أو الإمارة مثلا لا يكون إذنا بإقامتها على المفتى به كما مر عن التجنيس إلا إذا فوض السلطان إليه أمور الدنيا والدين كما كان فى زمانهم كما مر عن المغرب والظهيرية . ثم رأيت فى نهج النجاة معزيا إلى رسالة للمصنف : لا يخفى أن هذا إنما يستقيم فى قاض فوض له الأمور العامة ، أما من فوض له السلطان قضاة بلدة ليحكم فيها بما صح من مذهب إمامه فلا لعدم الإذن له صريحا أو دلالة اهـ وهذا صريح فيما قلناه والله أعلم (قوله وقالوا يقيمها الخ) تقييد لعبارة المتن فإنه لم يبين فيها ترتيبهم والمعنى أنهم مرتبون كترتيب العصبات فى ولاية التزويج فيقيمها الأبعد عند غيبة الأقرب أو موته لا بحضرته إلا بإذنه ، هذا ما ظهر لى وهو مفاد ما فى البحر عن النجعة فراجعه ، لكن تقديم الشرطى على القاضى مخالف لما صرحوا به فى صلاة الجنازة من تقديم القاضى على الشرطى فتأمل (قوله مع وجود من ذكر) أى إذا كانوا مأذونين كما مر من أن من ذكر له إقامتها بالإذن العام أما فى زماننا فغير مأذونين (قوله فيجوز للضرورة) ومثله ما لو منع السلطان (٢) أهل مصر أن يجمعوا إضرارا وتعنتا فلهم أن يجمعوا على رجل يصلى بهم الجمعة أما إذا أراد أن يخرج ذلك المصر من أن يكون مصرا لسبب من الأسباب فلا كما فى البحر ملخصا عن الخلاصة .

---

(١) (قوله فيه أن قاضى القضاة الخ) فيه أن المدار على عموم التفويض فى أمور الدين والدنيا ولو فى بلدة واحدة ألا ترى إلى أمير البلدة المفوض إليه أمور الدين فإنه يقيمها ولا يشترط فيه عموم إمارته للمشرق والمغرب اهـ .

(٢) (قوله ما لو منع السلطان الخ) ونقل شيخنا من عقد اللآلى أنه لو تعذر الاستئذان من السلطان كما فى هذا الزمان من عدم التفات السلاطين لمثل تلك الأمور فاجتمعت الناس على شخص ليصلى بهم جاز اهـ .

(وجازت) الجمعة (بمنى فى الموسم) فقط (لـ) وجود (الخليفة) أو أمير الحجاز أو العراق أو مكة ووجود الأسواق والسكك وكذا كل أبنية نزل بها الخليفة وعدم التعييد بمنى للتخفيف (لا) تجوز (لأمير الموسم) لقصور ولايته على أمور الحج حتى لو أذن له جاز (ولا بعرفات) لأنها مفازة (وتؤدى فى مصر واحد بمواضع كثيرة) مطلقا

[تتمة]: فى معراج الدراية عن المبسوط البلاد التى فى أيدى الكفار بلاد الإسلام لا بلاد الحرب لأنهم لم يظهروا فيها حكم الكفر بل القضاة والولاة مسلمون يطيعونهم عن ضرورة أو بدونها وكل مصر فيه وال من جهتهم يجوز له إقامة الجمع والأعياد والحد وتقليد القضاة لاستيلاء المسلم عليهم ، فلو الولاة كفارا يجوز للمسلمين إقامة الجمعة ويصير القاضى قاضيا بتراضى المسلمين ويجب عليهم أن يلتمسوا واليا مسلما اهـ (قوله فى الموسم) أى موسم الحاج وهو سوقهم ومجتمعهم . من الوسم : وهو العلامة مغرب (قوله فقط) أى فلا تصح فى منى فى غير أيام اجتماع الحاج فيها لفقد بعض الشروط (قوله لوجود الخليفة) أى السلطان الأعظم قاموس (قوله وأمير الحجاز) وهو السلطان بمكة كذا فى الدرر أى شريف مكة الحاكم فى مكة والمدينة والطائف وما يلى ذلك من أرض الحجاز (قوله أو العراق) كأمير بغداد بناء على أنه مأذون بذلك (قوله أو مكة) مكرر مع أمير الحجاز إلا أن يراد به أخص منه (قوله وكذا كل أبنية الخ) قال فى العناية : وفى كلام الهداية إشارة إلى أن الخليفة والسلطان إذا طاف فى ولايته كان عليه الجمعة فى كل مصر يكون فيه يوم الجمعة لأن إمامة غيره إنما تجوز بأمره فإمامته أولى وإن كان مسافرا اهـ .

أقول : مقتضاه أن الجواز فى قول المصنف وجازت بمنى فى معنى الوجوب مع أن من شروط وجوبها الإقامة ولا يلزم من جواز إمامة الخليفة فيها وجوبها عليه إذا كان مسافراً ولا أن يأمر مقيما بإقامتها ، ولا يلزم أيضا من كون المصر من جملة ولايته أن يصير مقيما بوصوله إليه إلا على قول ضعيف كما قدمناه فى الباب السابق تأمل . ثم رأيت صاحب الحواشى السعدية اعترضه بقوله دلالة ما ذكره على ما ادّعاه من وجوب الجمعة على الخليفة إذا طاف ولايته غير ظاهرة اهـ وبه ظهر أن الجواز فى كلام المصنف على معناه ويدل عليه ما فى فتح القدير من قوله والخليفة وإن كان قصد السفر للحج فالسفر إنما يرخص فى الترك لا أنه يمنع صحتها اهـ فافهم (قوله وعدم التعييد بمنى) أى عدم إقامة العيد بها لا لكونها ليست بمصر بل للتخفيف على الحاج لاشتغالهم بأمور الحج من الرمى والحلق والذبح فى ذلك اليوم بخلاف الجمعة لأنه لا يتفق فى كل سنة هجوم الجمعة فى أيام الرمى أما العيد فإنه فى كل سنة مراج ، وأيضا فإن الجمعة تبقى إلى آخر وقت الظهر والغالب فراغ الحاج من أعمال الحج قبل ذلك بخلاف وقت العيد ، ومقتضى هذا أن الجمعة إذا أقيمت بمنى أن يجب على المقيمين من أهل مكة إذا خرجوا للحج خلافا لما بحثه فى شرح المنية بل الظاهر وجوب إقامتها عليهم تأمل .

[تنبيه] ظاهر التعليل وجوب العيد فى مكة وقد ذكر البيرى فى كتاب الأضحية أنه هو ومن أدركه من المشايخ لم يصلوها فيها ، قال والله أعلم ما السبب فى ذلك اهـ .

قلت : لعل السبب أن من له ولاية إقامتها يكون حاجا فى منى (قوله لا تجوز لأمير الموسم) هو المسمى أمير الحاج كما فى مجمع الأنهر . أقول : كانت عادة سلاطين بنى عثمان أيدهم الله تعالى أنهم يرسلون أميرا يولونه أمور الحاج فقط غير أمير الشام والآن جعلوا أمير الشام والحاج واحداً فعلى هذا لا فرق بين أمير الموسم وأمير العراق لأن كلا منهما له ولاية عامة . فإذا كان من عموم ولايته إقامة الجمعة فى بلده يقيمها فى منى أيضا بخلاف من كان أميرا على الحاج فقط ويوضح ما ذكرناه قول الشارح تبعاً لغيره لقصور ولايته الخ فافهم (قوله لأنها مفازة) أى برية لا أبنية فيها بخلاف منى (قوله مطلقا) أى سواء كان المصر كبيرا أولا وسواء فصل بين جانبيه نهر كبير

على المذهب ، وعليه الفتوى شرح المجمع للعينى وإمامة فتح القدير دفعا للحرج ، وعلى المرجوح فالجمعة لمن سبق تحريمة ، وتفسد بالمعية والاشتباه ، فيصلى بعدها آخر ظهر وكل ذلك خلاف المذهب ، فلا يعول عليه كما حرره فى البحر . وفى مجمع الأنهر معزياً للمطلب ، والأحوط نية آخر ظهر أدركت وقته

كبغداد أولا وسواء قطع الجسر أو بقى متصلا وسواء كان التعدد فى مسجدين أو أكثر هكذا يفاد من الفتح ، ومقتضاه أنه لا يلزم أن يكون التعدد بقدر الحاجة كما يدل عليه كلام السرخسى الآتى (قوله على المذهب) فقد ذكر الإمام السرخسى أن الصحيح من مذهب أبى حنيفة جواز إقامتها فى مصر واحد فى مسجدين وأكثر وبه نأخذ لإطلاق « لاجمعة إلا فى مصر » شرط المصر فقط ، وبما ذكرنا اندفع ما فى البدائع من أن ظاهر الرواية جوازها فى موضعين لا فى أكثر وعليه الاعتماد اه فإن المذهب الجواز مطلقا بحر (قوله دفعا للحرج) لأن فى إلزام اتحاد الموضع حرجا بينا لاستدعائه تطويل المسافة على أكثر الحاضرين ولم يوجد دليل عدم جواز التعدد بل قضية الضرورة عدم اشتراطه لاسيما إذا كان مصرا كبيرا كمصرنا كما قاله الكمال ط (قوله وعلى المرجوح) هو ما مر عن البدائع من عدم الجواز فى أكثر من موضعين (قوله لمن سبق تحريمة) وقيل يعتبر بالسبق الفراغ ، وقيل بهما ، والأول أصح بحر عن القنية أى أصح عند صاحب القول المرجوح . قال فى الحلية وكنت قد راجعت شيخنا يعنى الكمال فى هذا كتابة فكتب إلى « وأما السبق فلا شك عندى فى اعتباره بالخروج ، وهل يعتبر معه الدخول محل تردد فى خاطرى لأن سبق كذا هو بتقدم دخول(١) تمامه فى الوجود أو بتقدم انقضائه كل محتمل اه .

مطلب فى نية آخر ظهر بعد صلاة الجمعة

(قوله فيصلى بعدها آخر ظهر) تفريعه على المرجوح يفيد أنه على الراجح من جواز التعدد لا يصليها بناء على ما قدمه عن البحر من أنه أفتى بذلك مراراً خوف اعتقاد عدم فرضية الجمعة . وقال فى البحر : إنه لا احتياط فى فعلها لأنه العمل بأقوى الدليلين اه .

أقول : وفيه نظر بل هو الاحتياط بمعنى الخروج عن العهدة بيقين لأن جواز التعدد وإن كان أرجح وأقوى دليلا ، لكن فيه شبهة قوية لأن خلافه مروى عن أبى حنيفة أيضا ، واختاره الطحاوى والتمرتاشى وصاحب المختار ، وجعله العتابى الأظهر وهو مذهب الشافعى والمشهور عن مالك وإحدى الروايتين عن أحمد كما ذكره المقدسى فى رسالته [نور الشمعة فى ظهر الجمعة] بل قال السبكى من الشافعية إنه قول أكثر العلماء ولا يحفظ عن صحابى ولا تابعى تجويز تعددها اه وقد علمت قول البدائع إنه ظاهر الرواية . وفى شرح المنية عن جوامع الفقه أنه أظهر الروايتين عن الإمام قال فى النهر وفى الحاوى القدسى وعليه الفتوى . وفى التكملة للرازى وبه نأخذ اه فهو حينئذ قول معتمد فى المذهب لا قول ضعيف ولذا قال فى شرح المنية الأولى هو الاحتياط لأن الخلاف فى جواز التعدد وعدمه قوى وكون الصحيح الجواز للضرورة للفتوى لا يمنع شرعية الاحتياط للتقوى اه .

قلت : على أنه لو سلم ضعفه فالخروج عن خلافه أولى فكيف مع خلاف هؤلاء الأئمة ، وفى الحديث المتفق عليه « فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه » ولذا قال بعضهم فيمن يقضى صلاة عمره مع أنه لم يفته منها شىء لا يكره لأنه أخذ بالاحتياط . وذكر فى القنية أنه أحسن إن كان فى صلاته خلاف المجتهدين ويكفينا خلاف من مر

---

(١) (قوله بتقدم دخول الخ) أى دخول جلته ، بمعنى أنه ابتدأ أولا وختم كذلك بخلاف تقدم الانقضاء فإن المدار فيه على أولية الختم فقط اه .

لأن وجوبه عليه بآخر الوقت فتنبه

ونقل المقدسى عن المحيط: كل موضع وقع الشك فى كونه مصرا ينبغى لهم أن يصلوا بعد الجمعة أربعا بنية الظهر احتياطا حتى إنه لو لم تقع الجمعة موقعها يخرجون عن عهدة فرض الوقت بأداء الظهر ومثله في الكافى وفى القنية لما ابتلى أهل مرو بإقامة الجمعتين فيها مع اختلاف العلماء فى جوازهما أمر أئمتهم بالأربع بعدها حتما احتياطاً اه. ونقله كثير من شراح الهداية وغيرها وتداولوه وفى الظهيرية وأكثر مشايخ بخارى عليه ليخرج عن العهدة بيقين.

ثم نقل المقدسى عن الفتح أنه ينبغى أن يصلى أربعا ينوى بها آخر فرض أدركت وقته ولم أؤده إن تردد فى كونه مصرا أو تعددت الجمعة، وذكر مثله عن المحقق ابن جرباش. قال ثم قال: وفائدته الخروج عن الخلاف المتوهم أو المحقق وإن كان الصحيح صحة التعداد فهى نفع بلا ضرر ثم ذكر ما يوهم عدم فعلها ودفعه بأحسن وجه. وذكر فى النهر أنه لاينبغى التردد فى ندبها على القول بجواز التعدد خروجا عن الخلاف اه وفى شرح الباقانى هو الصحيح:

وبالجملة فقد ثبت أنه ينبغى الإتيان بهذه الأربع بعد الجمعة، لكن بقى الكلام فى تحقيق أنه واجب أو مندوب قال المقدسى: ذكر ابن الشحنة عن جده التصريح بالندب، وبحث فيه بأنه ينبغى أن يكون عند مجرد التوهم، أما عند قيام الشك والاشتباه فى صحة الجمعة فالظاهر الوجوب، ونقل عن شيخه ابن الهمام مايفيده وبه يعلم أنها هل تجزى عن السنة أم لا؟ فعند قيام الشك لا وعند عدمه نعم، ويؤيد التفصيل تعبير التمرتاشى بلابد وكلام القنية المذكور اه وتمام تحقيق المقام فى رسالة المقدسى وقد ذكر شذرة منها فى إمداد الفتاح، وإنما أطلنا فى ذلك لدفع مايوهمه كلام الشارح تبعا للبحر من عدم فعلها مطلقا:

نعم إن أدى إلى مفسدة لاتفعل جهارا والكلام عند عدمها ولذا قال المقدسى نحن لا نأمر بذلك أمثال هذه العوام بل ندل عليه الخواص ولو بالنسبة إليهم اه والله تعالى أعلم (قوله لأن وجوبه عليه بآخر الوقت) قال فى الحلية: فى هذا التعليل نظر فإن المذهب أن الظهر يجب بزوال الشمس وجوبا موسعا إلى وقت العصر غير أن السبب هو الجزء الذى يتصل به الأداء، فإن لم يؤد إلى آخر الوقت تعين الجزء الأخير للسببية اه.

أقول: يمكن أن يجاب بأن قوله والأحوط نية آخر ظهر أدركت وقته هو أحوط بالنسبة إلى ما إذا نوى آخر ظهر وجب على أداؤه أو ثبت فى ذمتى فإن ذلك لايفيده لو ظهر عدم صحة الجمعة لأن وجوب أدائه أو ثبوته فى ذمته لايكون إلا فى آخر الوقت أو بعده.

نعم لو قال وجب على يفيده لأن الوجوب بدخول الوقت بخلاف وجوب الأداء على ماحققه فى التوضيح من الفرق بين الوجوب ووجوب الأداء، لكن الأولى أن يزيد ولم أصله أو ولم أؤده كما مر عن الفتح لأنه إذا كان عليه ظهر فائت وكانت هذه الجمعة صحيحة فى نفس الأمر ينصرف مانوى إلى ماعليه وبدون هذه الزيادة لاينصرف إليه بل يقع نفلا لأن آخر ظهر أدركه هو ظهر يوم الجمعة لما مر من أن الوقت عندنا للظهر أصالة فى يوم الجمعة خلافا لزفر، وكذا إذا قلنا إن ظهر الجمعة سقط عنه بصلاة الجمعة لأنه يصير آخر ظهر أدركه ظهر يوم الخميس فلا ينصرف إلى ظهر فائت عليه قبله إلا إذا زاد قوله ولم أصله ولعل الشارح أشار إلى هذا بقوله فتنبه فافهم.

[تتمة] قال فى شرح المنية الصغير: والأولى أن يصلى بعد الجمعة سنتها ثم الأربع بهذه النية أى نية آخر ظهر أدركته ولم أصله ثم ركعتين سنة الوقت، فإن صحت الجمعة يكون قد أدى سنتها على وجهها وإلا فقد صلى الظهر

(و) الثالث (وقت الظهر فتبطل) الجمعة (بخروجه) مطلقا ولو لاحقا بعذر نوم أو زحمة على المذهب لأن الوقت شرط الأداء لاشرط الافتتاح .

(و) الرابع : (الخطبة فيه) فلو خطب قبله وصلى فيه لم تصح .

(و) الخامس : (كونها قبلها) لأن شرط الشيء سابق عليه (بحضرة جماعة تنعقد) الجمعة (بهم ولو) كانوا (صما أو نياما فلو خطب وحده لم يجز على الأصح) كما فى البحر عن الظهيرية

مع سنته وينبغى أن يقرأ السورة مع الفاتحة فى هذه الأربع إن لم يكن عليه قضاء فإن وقعت فرضا فالسورة لاتضر وإن وقعت نفلا فقراءة السورة واجبة اه أى وأما إذا كان عليه قضاء فلا يضم السورة لأن هذه الأربع فرض على كل حال .

قلت: وحاصله أنه يصلى بعد الجمعة عشر ركعات أربعا سنتها وأربعا آخر ظهر وركعتين سنة الوقت : أى لاحتمال أن الفرض هو الظهر فتقع الركعتان سنته البعدية . والظاهر أنه يكفى نية آخر ظهر عن الأربع سنة الجمعة إذا صحت الجمعة لأن المعتمد عدم اشتراط التعيين فى السنن، وإن لم تصح فالفرض هو الظهر وتقع الأربع التى صلاها قبل الجمعة عن سنة الظهر القبلية لكن لطول الفصل بصلاة الجمعة وسماع الخطبة يصلى أربعا أخرى فالأولى صلاة العشرة (قوله فتنبه) فى بعض النسخ قنية وهى صحيحة لأن ماذكره هو نص عبارة القنية (قوله وقت الظهر)فيه أن الوقت سبب لاشرط وأنه لا بد منه فى سائر الصلوات. والجواب أنه سبب للوجوب وشرط لصحة المؤدى وشرطيته للجمعة ليست كشرطيته لغيرها فإنه بخروج الوقت لا تبقى صحة للجمعة لا أداء ولا قضاء بخلاف غيرها سعدية (قوله مطلقا) أى ولو بعد القعود قدر التشهد كما فى طلوع الشمس فى صلاة الفجر كما مر بيانه فى المسائل الاثنى عشرية (قوله على المذهب) رد لما فى النوادر من أن المقتدى إذا زحمه الناس فلم يستطع الركوع والسجود حتى فرغ الإمام ودخل وقت العصر فإنه يتم الجمعة بغير قراءة ح عن البحر (قوله الخطبة فيه) أى فى الوقت وهذا أحسن من قول الكنز والخطبة قبلها إذ لا تنصيص فيه على اشتراط كونها فى الوقت .

[تنبيه] فى البحر عن المجتبى يشترط فى الخطيب أن يتأهل للإمامة فى الجمعة اه لكن ذكر قبله مايخالفه حيث قال وقد علم من تفاريعهم أنه لايشترط فى الإمام أن يكون هو الخطيب وقد صرح فى الخلاصة بأنه لو خطب صبى بإذن السلطان وصلى الجمعة رجل بالغ يجوز اه وسيذكر الشارح أن هذا هو المختار .

[تتمة] لم يقيد الخطبة بكونها بالعربية اكتفاء بما قدمه فى باب صفة الصلاة من أنها غير شرط ولو مع القدرة على العربية عنده خلافا لهما حيث شرطاها إلا عند العجز كالخلاف فى الشروع فى الصلاة (قوله والخامس كونها قبلها) أى بلا فاصل كثير على ما سيأتى وهى شرط الانعقاد فى حق من ينشىء التحريمة للجمعة لا كل من صلاها فلذا قالوا لو أحدث الإمام فقدم من لم يشهدها جاز لأنه بأن تحريمته على تلك التحريمة المنشأة فلو أفسدها الخليفة فالقياس أن لايستقبل بهم الجمعة لكن استحسنوا الجواز لأنه لما قام مقام الأول التحق به حكما، ولو كان الأول أحدث قبل الشروع فقدم من لم يشهدها لم يجز فتح ملخصا (قوله تنعقد الجمعة بهم) بأن يكونوا ذكورا بالغين عاقلين ولو كانو معذورين بسفر أو مرض (قوله ولو كانوا صما أو نياما) أشار إلى أنه لايشترط لصحتها كونها مسموعة لهم بل يكفى حضورهم حتى لو بعدوا عنه أو ناموا أجزأت والظاهر أنه يشترط كونها جهرا بحيث يسمعها من كان عنده إذا لم يكن به مانع شرح المنية (قوله على الأصح الخ) عزا تصحيحه فى الحلية أيضا إلى المعراج والمبتغى بالغين وجزم به فى البدائع والتبيين وشرح المنية . قال فى الحلية لكن هذا إحدى الروايتين عن أئمتنا الثلاثة

لأن الأمر بالسعي للذكر ليس إلا لاستماعه والمأمور جمع. وجزم في الخلاصة بأنه يكفي حضور واحد (وكفت تحميدة أو تهليلة أو تسبيحة) للخطبة المفروضة مع الكراهة وقالا : لابد من ذكر طويل وأقله قدر التشهد الواجب (بنيتها، فلو حمد لعطاسه) أو تعجبا (لم ينب عنها على المذهب) كما في التسمية على الذبيحة، لكنه ذكر في الذبائح أنه ينوب فتأمل (ويسن خطبتان) خفيفتان وتكره زيادتهما على قدر سورة من طوال المفصل (بجلسة بينهما) بقدر ثلاث آيات على المذهب وتاركها مسيء على الأصح، كتركه قراءة قدر ثلاث آيات ويجهر بالثانية لا كالأولى

والأخرى أنها غير شرط حتى لو خطب وحده جاز وأفاد شيخنا يعني الكمال اعتمادها (قوله لأن الأمر بالسعي(١) ليس إلا لاستماعه) كذا قال في النهر وفيه أن الشرط الحضور كما مر لا السماع فكان المناسب أن يقول لأن المأمور بالسعي جمع تأمل (قوله وجزم في الخلاصة الخ) مشى عليه في نور الإيضاح وقال في شرحه وإنما أتبعناه لأنه منطوق فيقدم على المفهوم اه أي يفهم من قولهم يشترط حضور جماعة أنه لا يصح بحضور واحد وقول صاحب الخلاصة لو حضر واحد أو اثنان وخطب وصلى بالثلاثة جاز منطوق. وفيه نظر فإن جعل حضور الجماعة شرطا منطوق أيضا لأن الجماعة من الاجتماع فتنافي الوحدة وقد جعلت شرطا والشرط مايلزم من عدمه العدم تأمل (قوله وكفت تحميدة الخ) شروع في ركن الخطبة بعد بيان شروطها وذلك لأن المأمور به في آية ـ فاسعوا ـ مطلق الذكر الشامل للقليل، والكثير والمأثور عنه صلى الله عليه وسلم لا يكون بيانا لعدم الإجمال في لفظ الذكر (قوله مع الكراهة) ظاهر القهستاني أنها تنزيهية تأمل (قوله وأقله الخ) في العناية وهو مقدار ثلاث آيات عند الكرخي، وقيل مقدار التشهد من قوله التحيات لله إلى قوله عبده ورسوله (قوله بنيتها) أي نية الخطب (قوله أو تعجبا) الأولى أن يقول أو سبح تعجبا ط (قوله على المذهب) وروى عن الإمام أنه تجزيه ح (قوله لكنه ذكر) أي المصنف حيث قال ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في الأصح بخلاف الخطبة اه فإن مفاده أن حمد العطاس يكفي لها. قال ح: ويمكن أن يجاب بأنه مبني على الرواية التي قدمناها (قوله ويسن خطبتان) لا ينافي مامر من أن الخطبة شرط لأن المسنون هو تكرارها مرتين والشرط إحداهما (قوله على المذهب) وقال الطحاوي بقدر ما يمس موضع جلوسه من المنبر بحر (قوله وتكره زيادتهما الخ) عبارة القهستاني وزيادة التطويل مكروهة (قوله كتركه قراءة قدر ثلاث آيات) أي يكره الاقتصار في الخطبة على نحو تسبيحة وتهليلة مما لا يكون ذكرا طويلا قدر ثلاث آيات، أو قدر التشهد الواجب وليس المراد أن ترك قراءة ثلاث آيات مكروه لأن المصرح به في الملتقى والمواهب ونور الإيضاح وغيرها أن من السنن قراءة آية وقال في الإمداد وفي المحيط : يقرأ في الخطبة سورة من القرآن أو آية فالأخبار قد تواترت « أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرأ القرآن في خطبته » لا تخلو عن سورة أو آية ثم قال : وإذا قرأ سورة تامة يتعوذ ثم يسمي قبلها وإن قرأ آية قيل يتعوذ ثم يسمي وأكثرهم قالوا يتعوذ ولا يسمي والاختلاف في القراءة في غير الخطبة كذلك اه ملخصا وبه علم أن الاقتصار على الآية غير مكروه فتدبر.

مطلب في قول الخطيب قال الله تعالى ـ أعوذ بالله من الشيطان الرجيم ـ

[تنبيه] جرت العادة إذا قرأ الخطيب الآية أنه يقول قال الله تعالى بعد(٢) أعوذ بالله من الشيطان الرجيم من عمل صالحا ـ الخ وفيه إيهام أن أعوذ بالله من مقول الله تعالى، وبعضهم يتباعد عن ذلك فيقول قال الله تعالى

---

(١) (قوله لأن الأمر بالسعي) أي للذكر كما هو مصرح به في الشرح اه مصححه.

(٢) (قوله قال الله تعالى بعد الخ) أي يقول هذا اللفظ الذي من جملته لفظ بعد وليس لفظ بعد ظرفا ليقول كما يتوهم اه.

ويبدأ بالتعوذ سرا . ويندب ذكر الخلفاء الراشدين والعمين لا الدعاء للسلطان وجوزه القهستانى، ويكره تحريما وصفه بما ليس فيه، ويكره تكلمه فيها إلا لأمر بمعروف لأنه منها ،

كلاما أتلوه بعد قولى أعوذ بالله الخ ولكن فى حصول سنة الاستعاذة بذلك نظر لأن المطلوب إنشاء الاستعاذة ولم تبق كذلك بل صارت محكية مقصودا بها لفظها وذلك ينافى الإنشاء كما لايخفى. فالأولى أن لايقول قال الله تعالى ولشيخ مشايخنا العلامة إسمعيل الجراحى شارح البخارى رسالة فى هذه المسألة لايحضرنى الآن ماقاله فيها فراجعها (قوله ويبدأ) أى قبل الخطبة الأولى بالتعوذ سرا ثم بحمد الله تعالى والثناء عليه والشهادتين والصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم والعظة والتذكير والقراءة قال فى التجنيس والثانية كالأولى إلا أنه يدعو للمسلمين مكان الوعظ قال فى البحر وظاهره أنه يسن قراءة آية فيها كالأولى اه .

[تنبيه] مايفعله بعض الخطباء من تحويل الوجه جهة اليمين وجهة اليسار عند الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم فى الخطبة الثانية لم أر من ذكره والظاهر أنه بدعة ينبغى تركه لئلا يتوهم أنه سنة. ثم رأيت فى منهاج النووى قال : ولايلتفت يمينا وشمالا فى شىء منها قال ابن حجر فى شرحه لأن ذلك بدعة اه ويؤخذ ذلك عندنا من قول البدائع ومن السنة أن يستقبل الناس بوجهه ويستدبر القبلة لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يخطب هكذا اه (قوله والعمين) هما حمزة والعباس رضى الله تعالى عنهما .

[لطيفة] سمعت من بعض شيوخى أنه كان يقول إن الخطباء يلحنون هنا مرتين حيث يقولون وارض عن عمى نبيك الحمزة والعباس بإدخال أل على حمزة وإبقاء منع صرفه مع أنه لم يسمع دخول أل عليه وإذا دخلت يصرف (قوله وجوزه القهستانى الخ) عبارته ثم يدعو لسلطان الزمان بالعدل والإحسان متجنبا فى مدحه عما قالوا إنه كفر وخسران كما فى الترغيب وغيره اه وأشار الشارح بقوله وجوز إلى حمل قوله ثم يدعو الخ على الجواز لا الندب لأنه حكم شرعى لابد له من دليل. وقد قال فى البحر: إنه لايستحب لما روى عن عطاء حين سئل عن ذلك فقال: إنه محدث وإنما كانت الخطبة تذكيرا اه. ولاينافى ذلك ماقدمه الشارح فى باب الإمامة من وجوب الدعاء له بالصلاح لأن الكلام فى نفى استحبابه فى خصوص الخطبة بل لا مانع من استحبابه فيها كما يدعى لعموم المسلمين فإن فى صلاحه صلاح العالم. وما فى البحر من أنه محدث لاينافيه فإن سلطان هذا الزمان أحوج إلى الدعاء له ولأمرائه بالصلاح والنصر على الأعداء . وقد تكون البدعة واجبة أو مندوبة على أنه ثبت(١) أن أبا موسى الأشعرى وهو أمير الكوفة كان يدعو لعمر قبل الصديق فأنكر عليه تقديم عمر فشكى إليه فاستحضر المنكر فقال إنما أنكرت تقديمك على أبى بكر فبكى واستغفره والصحابة حينئذ متوفرون لايسكتون على بدعة إلا إذا شهدت لها قواعد الشرع ولم ينكر أحد منهم الدعاء بل التقديم فقط ، وأيضا فإن الدعاء للسلطان على المنابر قد صار الآن من شعار السلطنة فمن تركه يخشى عليه ولذا قال بعض العلماء: لو قيل إن الدعاء له واجب لما فى تركه من الفتنة غالبا لم يبعد كما قيل به فى قيام الناس بعضهم لبعض . والظاهر أن منع المتقدمين مبنى على ماكان فى زمانهم من المجازفة فى وصفه مثل السلطان العادل الأكرم شاهنشاه الأعظم مالك رقاب الأمم. فى كتاب الردة من التتارخانية : سأل الصفار : هل يجوز ذلك ؟ فقال لا لأن بعض ألفاظه كفر وبعضها كذب وقال أبو منصور: من قال للسلطان الذى

---

(١) (قوله على أنه ثبت الخ) قضية كلامه الاستدلال بهذا الأثر على جواز الدعاء للسلطان وفيه نظر فإنه إنما يفهم جواز ذكر الخلفاء الراشدين فى الخطبة، ولا ينبغى أن يقاس عليهم غيرهم من السلاطين بل هو دليل على ما تقدم من قول الشارح ويندب ذكر الخلفاء الراشدين ، والله أعلم اه .

ومن السنة جلوسه فى مخدعه عن يمين المنبر ولبس السواد وترك السلام من خروجه إلى دخوله فى الصلاة : وقال الشافعى : إذا استوى على المنبر سلم مجتبى (وطهارة وستر) عورة (قائما) وهل هى قائمة مقام ركعتين ؟ الأصح لا ، ذكره الزيلعى بل كشطرها فى الثواب ؛ ولو خطب جنبا ثم اغتسل وصلى

بعض أفعاله ظلم عادل فهو كافر، وأما شاهنشاه فهو من خصائص الله تعالى بدون وصف الأعظم لايجوز وصف العباد به وأما مالك رقاب الأمم فهو كذب اهـ .

قال فى البزازية : فلذا كان أئمة خوارزم يتباعدون عن المحراب يوم العيد والجمعة اهـ أما ما اعتيد فى زماننا من الدعاء للسلاطين العثمانية أيدهم الله تعالى كسلطان البرين والبحرين وخادم الحرمين الشريفين فلا مانع منه، والله تعالى أعلم (قوله فى مخدعه) هو الخلوة التى تكون فى المسجد قال السيوطى فى حاشيته على سنن أبى داود . المخدع هو البيت الصغير الذى يكون داخل البيت الكبير وميمه تضم وتفتح اهـ . وفى القاموس: المخدع كمنبر الخزانة اهـ مدنى (قوله عن يمين المنبر) قيد لمخدعه . قال فى البحر : فإن لم يكن فى جهته أو ناحيته وتكره صلاته فى المحراب قبل الخطبة (قوله ولبس السواد) اقتداء بالخلفاء وللتوارث فى الأعصار والأمصار بحر عن الحاوى القدسى .

قلت : الظاهر أن هذا خاص بالخطيب وإلا فالمنصوص أنه يستحب فى الجمعة والعيدين لبس أحسن الثياب وفى شرح الملتقى من فصل اللباس: ويستحب الأبيض وكذا الأسود لأنه شعار بنى العباس ودخل عليه الصلاة والسلام مكة وعلى رأسه عمامة سوداء اهـ . وفى رواية لابن عدى كان له عمامة سوداء يلبسها فى العيدين ويرخيها خلفه (قوله وترك السلام) ومن الغريب ما فى السراج أنه يستحب للإمام إذا صعد المنبر وأقبل على الناس أن يسلم عليهم لأنه استدبرهم فى صعوده اهـ بحر .

قلت : وعبارته فى الجوهرة ويروى أنه لا بأس به لأنه استدبرهم فى صعوده (قوله وطهارة وستر عورة قائما) جعل الثلاثة فى شرح المنية واجبات مع أنه نفسه صرح فى متن الملتقى بسنية الطهارة والقيام كما فى كثير من المعتبرات، وأما ستر العورة فصرح بأنه سنة أيضا فى نور الإيضاح والمواهب، وصرح فى المجمع وغيره بكراهة ترك الثلاثة ولعل معنى سنية الستر مع كونه واجبا خارجها ولو فى خلوة على الصحيح إلا لغرض صحيح هو الاعتداد بها وعدم وجوب إعادتها لو انكشفت عورته بهبوب ريح ونحوه وكذا الطهارة من الجنابة واجبة لدخول المسجد ولو بلا خطبة فتصح خطبته وإن أثم له متعمدا ، ويدل على ما قلناه ما فى البدائع حيث قال والطهارة سنة عندنا لا شرط حتى أن الامام إذا خطب جنبا أو محدثا فإنه يعتبر شرطا(١) لجواز الجمعة اهـ. وفى الفيض ولو خطب محدثا أو جنبا جاز ويأثم إثم إقامة الخطيب فى المسجد اهـ وبه ظهر أن معنى السنية مقابل الشرط من حيث صحة الخطبة بدونه وإن كان فى نفسه واجبا كما قلنا ونظير ذلك عده من واجبات الطواف لأجل إيجاب الدم بتركه مع أنه واجب فى جميع مشاهد الحج لكن لا يجب الدم بتركه إلا فى الطواف هذا ما ظهر لى فاغتنمه قال فى شرح المنية : فإن قيل : من المعلوم يقينا أنه عليه الصلاة والسلام لم يخطب قط بدون ستر وطهارة . قلنا: نعم ولكن لكون ذلك دأبه وعادته وأدبه ولا دليل على أنه إنما فعله لخصوص الخطبة (قوله الأصح لا) ولذا لا يشترط لها سائر شروط الصلاة كالاستقبال والطهارة وغيرهما (قوله بل كشطرها فى الثواب) هذا تأويل لما ورد به الأثر من أن الخطبة كشطر الصلاة فإن مقتضاه أنها قامت مقام ركعتين من الظهر كما قامت الجمعة مقام ركعتين منه

---

(١) قوله (فإنه يعتبر شرطا) أى ما فعله الإمام من الخطبة جنبا أو محدثا يعتبر ويعتد به من حيث كونه شرطا لصحة الجمعة بمعنى انه يجزى ويكفى وإن كان مرتكبا لمحرم لو كان بلا عذر اهـ منه .

جاز ، ولو فصل بأجنبي فإن طال بأن رجع لبيته فتغدى أو جامع واغتسل استقبل خلاصة : أى لزوما لبطلان الخطبة سراج ، لكن سيجيء أنه لايشترط اتحاد الإمام والخطيب .

(و) السادس : (الجماعة) وأقلها ثلاثة رجال (ولو غير الثلاثة الذين حضروا) الخطبة (سوى الإمام) بالنص لأنه لابد من الذاكر وهو الخطيب وثلاثة سواه بنص — فاسعوا إلى ذكر الله — (فإن نفروا قبل سجوده) وقالا قبل التحريمة (بطلت وإن بقى ثلاثة) رجال ولذا أتى بالتاء (أو نفروا بعد سجوده) أو عادوا وأدركوه راكعاً أو نفروا بعد الخطبة وصلى بآخرين (لا) تبطل (وأتمها) جمعة .

(و) السابع : (الإذن العام)

فيشترط لها شروط الصلاة كما هو قول الشافعى (قوله جاز) أى ولا يعد الغسل فاصلا لأنه من أعمال الصلاة ولكن الأولى إعادتها كما لو تطوع بعدها أو أفسد الجمعة أو فسدت بتذكر فائتة فيها كما فى البحر (قوله فإن طال) الظاهر أنه يرجع فى الطول إلى نظر المبتلى ط (قوله لكن سيجيء الخ) استدراك على لزوم إعادة الخطبة يعنى قد لاتلزم الإعادة بأن يستنيب شخصا قبل أن يرجع لبيته (قوله وأقلها ثلاثة رجال) أطلق فيهم فشمل العبيد والمسافرين والمرضى والأميين والخرسى لصلاحيتهم للإمامة فى الجمعة ، أما لكل أحد أو لمن هو مثلهم فى الأمى والأخرس فصلحا أن يقتديا بمن فوقهما ، واحترز بالرجال عن النساء والصبيان فإن الجمعة لاتصح بهم وحدهم لعدم صلاحيتهم للإمامة فيها بحال بحر عن المحيط (قوله ولو غير الثلاثة الذين حضروا الخطبة) أى على رواية اشتراط حضور ثلاثة فى الخطبة أما على رواية عدم الاشتراط أصلا أو أنه يكفى حضور واحد فأظهر (قوله سوى الإمام) هـذا عند أبى حنيفة ورجح الشارحون دليله واختاره المحبوبى والنسفى كذا فى تصحيح الشيخ قاسم (قوله بنص فاسعوا) لأن طلب الحضور إلى الذكر متعلقا بلفظ الجمع وهو الواو يستلزم ذاكرا فلزم أن يكون مع الإمام جمع وتمامه فى شرح المنية (قوله فان نفروا) أى بعد شروعهم معه نهر والمقصود من هذا التفريع بيان أن هذا الشرط وهو الجماعة لايلزم بقاؤه إلى آخر الصلاة خلافا لزفر لأنه شرط انعقاد لاشرط دوام كالخطبة : أى شرط انعقاد التحريمة عندهما وشرط انعقاد الأداء عند أبى حنيفة ولا يتحقق الأداء إلا بوجود تمام الأركان وهى القيام والقراءة والركوع والسجود ، فلو نفروا بعد التحريمة قبل السجود فسدت الجمعة ويستقبل الظهر عنده وعندهما يتم الجمعة وتمامه فى البحر وغيره (قوله ولذا) أى لكون المراد الرجال أتى بالتاء فأفاد أنه لو بقى ثلاثة من النساء أو الصبيان ولو كان معهم رجل أو رجلان لايعتبر ؛ فلو قال فإن نفر واحد منهم لكان أولى أفاده فى البحر . بقى أن يقال إن المعدود إذا حذف يجوز تذكير العدد وتأنيثه فلا دلالة على اشتراط الذكورية من لفظ ثلاثة ولو سلم فإنما تدل التاء على مطلق الذكورية لابقيد الرجولية ط فالأظهر والأخصر أن يقول : وإن بقوا ليعود ضميره على ماعاد عليه ضمير نفروا الأول وهو ثلاثة رجال (قوله أو عادوا) وكذا لو وقفوا إلى أن ركع فأحرموا وأدركوه فيه كما فى البحر (قوله وأدركوه راكعا) تقييد حسن موافق لما فى الخلاصة خلافا لما يوهمه ظاهر البحر كما فى النهر (قوله أو نفروا الخ) يغنى عنه قوله أولا ولو غير الثلاثة الخ ط (قوله وأتمها جمعة) أى ولو وحده فيما إذا لم يعودوا ولم يأت غيرهم (قوله الإذن العام) أى أن يأذن للناس إذنا عاما بأن لايمنع أحدا ممن تصح منه الجمعة عن دخول الموضع الذى تصلى فيه وهذا مراد من فسر الإذن العام بالاشتهار وكذا فى البرجندى إسمعيل وإنما كان هذا شرطا لأن الله تعالى شرع النداء لصلاة الجمعة بقوله — فاسعوا إلى ذكر الله — والنداء للاشتهار وكذا تسمى جمعة لاجتماع الجماعات فيها فاقتضى أن تكون الجماعات كلها مأذونين بالحضور تحقيقا لمعنى الاسم بدائع .

من الإمام، وهو يحصل بفتح أبواب الجامع للواردين كاف فلا يضر غلق باب القلعة لعدو أو لعادة قديمة لأن الإذن العام مقرر لأهله وغلقه لمنع العدو لا المصلى ، نعم لو لم يغلق لكان أحسن كما فى مجمع الأنهر معزياً لشرح عيون المذاهب قال : وهذا أولى مما فى البحر والمنح فليحفظ (فلو دخل أمير حصنا) أو قصره (وأغلق بابه) وصلى بأصحابه (لم تنعقد) ولو فتحه وأذن للناس بالدخول جاز وكره ، فالإمام فى دينه ودنياه إلى العامة محتاج ، فسبحان من تنزه عن الاحتياج .

واعلم أن هذا الشرط لم يذكر فى ظاهر الرواية ولذا لم يذكره فى الهداية بل هو مذكور فى النوادر ومشى عليه فى الكنز والوقاية والنقاية والملتقى وكثير من المعتبرات (قوله من الإمام) قيد به بالنظر إلى المثال الآتى وإلا فالمراد الإذن من مقيمها لما فى البرجندى من أنه لو أغلق جماعة باب الجامع وصلوا فيه الجمعة لا تجوز إسمعيل (قوله وهو يحصل الخ) أشار به إلى أنه لا يشترط صريح الإذن ط (قوله للواردين) أى من المكلفين بها فلا يضر منع نحو النساء لخوف الفتنة ط (قوله لأن الإذن العام مقرر لأهله) أى لأهل القلعة لأنها فى معنى الحصن والأحسن عود الضمير إلى المصر المفهوم من المقام لأنه لا يكفى الإذن لأهل الحصن فقط بل الشرط الإذن للجماعات كلها كما مر عن البدائع (قوله وغلقه لمنع العدو الخ) أى أن الإذن هنا موجود قبل غلق الباب لكل من أراد الصلاة والذى يضر إنما هو منع المصلين لا منع العدو (قوله لكان أحسن) لأنه أبعد عن الشبهة لأن الظاهر اشتراط الإذن وقت الصلاة لا قبلها لأن النداء للاشتهار كما مر وهم يغلقون الباب وقت النداء أو قبيله فمن سمع النداء وأراد الذهاب إليها لا يمكنه الدخول فالمنع حال الصلاة متحقق ولذا استظهر(١) الشيخ إسمعيل عدم الصحة ثم رأيت مثله فى نهج النجاة معزيا إلى رسالة العلامة عبد البر بن الشحنة والله أعلم (قوله وهذا أولى مما فى البحر والمنح) ما فى البحر والمنح هو ما فرعه فى المتن بقوله فلو دخل أمير حصنا أى أنه أولى من الجزم بعدم الانعقاد (قوله أو قصره) كذا فى الزيلعى والدرر وغيرهما ، وذكر الوانى فى حاشية الدرر أن المناسب للسياق أو مصره بالميم بدل القاف :

قلت : ولا يخفى بعده عن السياق . وفى الكافى التعبير بالدار حيث قال : والإذن العام وهو أن تفتح أبواب الجامع ويؤذن للناس ، حتى لو اجتمعت جماعة فى الجامع وأغلقوا الأبواب وجمعوا لم يجز وكذا السلطان إذا أراد أن يصلى بحشمه فى داره فإن فتح بابها وأذن للناس إذنا عاماً جازت صلاته شهدتها العامة أولا وإن لم يفتح أبواب الدار وأغلق الأبواب وأجلس البوابين ليمنعوا عن الدخول لم تجز لأن اشتراط السلطان للتحرز عن تفويتها على الناس وذا لا يحصل إلا بالإذن العام اهـ .

قلت : وينبغى أن يكون(٢) محل النزاع ما إذا كانت لا تقام إلا فى محل واحد، أما لو تعددت فلا لأنه لا يتحقق التفويت كما أفاده التعليل تأمل (قوله لم تنعقد) يحمل على ما إذا منع الناس فلا يضر إغلاقه لمنع عدو أو لعادة كما مر ط :

قلت : ويؤيده قول الكافى وأجلس البوابين الخ فتأمل (قوله وأذن للناس الخ) مفاده اشتراط علمهم بذلك وفى منح الغفار وكذا أى لا يصح لو جمع فى قصره لحشمه ولم يغلق الباب ولم يمنع أحدا إلا أنه لم يعلم الناس بذلك اهـ (قوله وكره) لأنه لم يقض حق المسجد الجامع زيلعى ودرر (قوله فالإمام الخ) ذكره فى المجتبى :

---

(١) (قوله ولذا استظهر الخ) ظاهر كلام المحشى اعتبار هذا البحث لكن قال شيخنا المعتبر كلام الشارح وإن حصل الغلق وقت الصلاة لأن الأبحاث لا يعمل بها إذا كان المنصوص بخلافها اهـ .

(٢) (قوله وينبغى أن يكون الخ) هذا بحث منه لا يصادم إطلاق عبارات الفقهاء ومن المعلوم أن الحكم يفاد من التعليل فالحق الإطلاق وعدم الانعقاد وإن تعددت اهـ .

(وشرط لافتراضها) تسعة تختص بها (إقامة بمصر) وأما المنفصل عنه فإن كان يسمع النداء تجب عليه عند محمد وبه يفتى كذا فى الملتقى ، وقدمنا عن الولوالجية تقديره بفرسخ ورجح فى البحر اعتبار عوده لبيته بلا كلفة (وصحة) وألحق بالمريض الممرض والشيخ الفانى (وحرية) والأصح وجوبها على مكاتب ومبعض

مطلب فى شروط وجوب الجمعة

(قوله تختص بها) إنما وصف التسعة بالاختصاص لأن المذكور فى المتن أحد عشر لكن العقل والبلوغ منها ليسا خاصين كما نبه عليه الشارح اهـ ح (قوله إقامة) خرج به المسافر ، وقوله : بمصر أخرج الإقامة فى غيره إلا ماستثنى بقوله فإن كان يسمع النداء ح (قوله يسمع النداء) أى من المنابر بأعلى صوت كما فى القهستانى (قوله وقدمنا الخ) فيه أن مامر عن الولوالجية فى حد الفناء الذى تصح إقامة الجمعة فيه والكلام هنا فى حد(١) المكان الذى من كان فيه يلزمه الحضور إلى المصر ليصليها فيه نعم فى التتارخانية عن الذخيرة أن من بينه وبين المصر فرسخ يلزمه حضور الجمعة وهو المختار للفتوى (قوله ورجح فى البحر الخ) هو مااستحسنه فى البدائع وصحح فى مواهب الرحمن قول أبى يوسف بوجوبها على من كان داخل حد الإقامة أى الذى من فارقه يصير مسافرا وإذا وصل إليه يصير مقيما وعلله فى شرحه المسمى بالبرهان بأن وجوبها مختص بأهل المصر والخارج عن هذا الحد ليس أهله اهـ .

قلت : وهو ظاهر المتون . وفى المعراج أنه أصح ماقيل . وفى الخانية المقيم فى موضع من أطراف المصر إن كان بينه وبين عمران المصر فرجة من مزارع لاجمعة عليه وإن بلغه النداء وتقدير البعد بغلوة أو ميل ليس بشىء هكذا رواه أبو جعفر عن الإمامين وهو اختيار الحلوانى وفى التتارخانية ثم ظاهر رواية أصحابنا لاتجب إلا على من يسكن المصر أو مايتصل به فلا تجب على أهل السواد ولو قريبا وهذا أصح ماقيل فيه اهـ وبه جزم فى التجنيس . قال فى الإمداد : تنبيه قد علمت بنص الحديث والأثر والروايات عن أئمتنا الثلاثة واختيار المحققين من أهل الترجيح أنه لاعبرة ببلوغ النداء ولا بالغلوة والأميال فلا عليك من مخالفة غيره وإن صحح اهـ .

أقول : وينبغى تقييد مافى الخانية والتتارخانية بما إذا لم يكن فى فناء المصر لما مر أنها تصح إقامتها فى الفناء ولو منفصلا بمزارع فإذا صحت فى الفناء لأنه ملحق بالمصر يجب على من كان فيه أن يصليها لأنه من أهل المصر كما يعلم من تعليل البرهان والله الموفق (قوله وصحة) قال فى النهر فلا تجب على مريض ساء مزاجه وأمكن فى الأغلب علاجه فخرج المقعد والأعمى ولذا عطفهما عليه فلا تكرار فى كلامه كما توهمه فى البحر اهـ فلو وجد المريض مايركبه ففى القنية هو كالأعمى على الخلاف إذا وجد قائدا ، وقيل لايجب عليه اتفاقا كالمقعد ، وقيل هو كالقادر على الشىء فتجب فى قولهم وتعقبه السروجى بأنه ينبغى تصحيح عدمه لأن فى التزامه الركوب والحضور زيادة المرض .

قلت : فينبغى تصحيح عدم الوجوب إن كان الأمر فى حقه كذلك حلية (قوله وألحق بالمريض الممرض) أى من يعول المريض وهذا إن بقى المريض ضائعاً بخروجه فى الأصح حلية وجوهرة (قوله والأصح الخ) ذكره فى السراج قال فى البحر ولا يخفى مافيه اهـ أى لوجود الرق فيهما والمراد بالمبعض من أعتق بعضه وصار يسعى كما فى الخانية

(١) (قوله والكلام هنا فى حد الخ) محصل عبارته الاعتراض على الشارح بذكر عبارة الولوالجية هنا مع أن الموضوع مختلف . وأجاب شيخنا بأن هذا الاختلاف لايضر لأنه يلزم من كون هذا المكان تصح إقامة الجمعة فيه أن تجب على ساكنه فيكون نقل الشارح حينئذ مناسبا ويؤيد هذا الجواب ماقاله المحشى نفسه بعد بحثا بقوله فإذا صحت فى الفناء وهو ملحق بالمصر يجب على من كان فيه أن يصليها اهـ .

وأجير ويسقط من الأجر بحسابه لو بعيدا وإلا لا ؛ ولو أذن له مولاه وجبت وقيل يخير جوهرة ورجح فى البحر التخيير (وذكورة) محققة (وبلوغ وعقل) ذكره الزيلعى وغيره وليسا خاصين (ووجود بصر) فتجب على الأعور (قدرته على المشى) جزم فى البحر بأن سلامة أحدهما له كاف فى الوجوب لكن قال الشمنى وغيره: لا تجب على مفلوج الرجل ومقطوعها (وعدم حبس و) عدم (خوف و) عدم (مطر شديد) ووحل وثلج ونحوهما (وفاقدها) أى هذه الشروط

(قوله وأجير) مفاده أنه ليس للمستأجر منعه وهو أحد قولين ، وظاهر المتون يشهد له كما فى البحر (قوله بحسابه لو بعيدا) فإن كان قدر ربع النهار حط عنه ربع الأجرة وليس للأجير أن يطالبه من الربع المحطوط بمقدار اشتغاله بالصلاة تاترخانية (قوله ولو أذن له مولاه) أى بالصلاة وليس المراد المأذون بالتجارة فإنه لا يجب عليه اتفاقا كما يعلم من عبارة البحر ح (قوله ورجح فى البحر التخيير) أى بأنه جزم به فى الظهيرية وبأنه أليق بالقواعد اهـ.

قلت : ويؤيده أنه فى الجوهرة أعاد المسألة فى الباب الآتى وجزم بعدم وجوبها عليه حيث ذكر أن من لا تجب عليه الجمعة لا تجب عليه العيد إلا المملوك فإنها تجب عليه إذا أذن له مولاه لا الجمعة لأن لها بدلا يقوم مقامها فى حقه وهو الظهر بخلاف العيد ثم قال : وينبغى أن لا تجب عليه كالجمعة لأن منافعه لا تصير مملوكة له بالإذن فحاله بعده كحاله قبله ؛ ألا ترى أنه لو حج بالإذن لا تسقط عنه حجة الإسلام اهـ ولا يخفى أنه إذا لم تجب عليه يخير لأنه فرع عدم الوجوب ، وفى البحر أيضا : وهل يحل له الخروج إليها أو إلى العيدين بلا إذن مولاه ؟ ففى التجنيس إن علم رضاه أو رآه فسكت حل ، وكذا إذا كان يمسك دابة المولى عند الجامع ولا يخل بحقه فى الإمساك له ذلك فى الأصح (قوله محققة) ذكره فى النهر بحثا لإخراج الخنثى المشكل ونقله الشيخ إسمعيل عن البرجندى قيل معاملته بالأضر تقتضى وجوبها عليه .

أقول : فيه نظر بل تقتضى عدم خروجه إلى مجامع الرجال ولذا لا تجب على المرأة فافهم (قوله وليسا خاصين) أى بالجمعة بل هما شرطا التكليف بالعبادات كلها كالإسلام على أن الجنون يخرج بقيد الصحة لأنه مرض ، بل قال الشاعر :

• وأصعب أمراض النفوس جنونها • (قوله فتجب على الأعور) وكذا ضعيف البصر فيما يظهر أما الأعمى فلا وإن قدر على قائد متبرع أو بأجرة وعندهما إن قدر على ذلك تجب وتوقف فى البحر فيما لو أقيمت وهو حاضر فى المسجد . وأجاب بعض العلماء بأنه إن كان متطهرا فالظاهر الوجوب لأن العلة الحرج وهو منتف :

وأقول : بل يظهر لى وجوبها(١) على بعض العميان الذى يمشى فى الأسواق ويعرف الطرق بلا قائد ولا كلفة ويعرف أى مسجد أراده بلا سؤال أحد لأنه حينئذ كالمريض القادر على الخروج بنفسه بل ربما تلحقه مشقة أكثر من هذا تأمل (قوله وقدرته على المشى) فلا تجب على المقعد وإن وجد حاملا اتفاقا خانية لأنه غير قادر على السعى أصلا فلا يجرى فيه الخلاف فى الأعمى كما نبه عليه القهستانى (قوله أحدهما) أى أحد الرجلين ح والمناسب إحداهما (قوله لكن الخ) أجاب السيد أبو السعود بحمل ما فى البحر على العرج الغير المانع من المشى وما هنا على المانع منه (قوله وعدم حبس) ينبغى تقييده بكونه مظلوما كمديون معسر ، فلو موسرا قادرا على الأداء حالا وجبت (قوله وعدم خوف) أى من سلطان أو لص . نح . قال فى الإمداد : ويلحق به المفلس إذا خاف الحبس كما جاز له التيمم به (قوله ووحل وثلج) أى شديدين (قوله ونحوهما) أى كبرد شديد كما قدمناه فى باب الإمامة (قوله أى هذه الشروط)

---

(١) (قوله بل يظهر لى وجوبها الخ) الحق عدم الوجوب وإن انتفت المشقة لأن علل الفقه لا يشترط اطرادها بل يبنى الحكم فيه على الغالب ؛ ألا ترى المسافر فإنه لم يقل أحد بوجوب الصوم عليه وإن انتفت المشقة اهـ .

أو بعضها (إن) اختار العزيمة و (صلاها وهو مكلف) بالغ عاقل (وقعت فرضا) عن الوقت لئلا يعود على موضوعه بالنقض وفى البحر هى أفضل إلا للمرأة (ويصلح للإمامة فيها من صلح لغيرها فجازت لمسافر وعبد ومريض وتنعقد) الجمعة (بهم) أى بحضورهم بالطريق الأولى (وحرم لمن لا عذر له صلاة الظهر قبلها) أما بعدها فلا يكره غاية (فى يومها بمصر) لكونه سببا لتفويت الجمعة وهو حرام (فإن فعل ثم) ندم و (سعى) عبر به اتباعا للآية

أى شروط الافتراض (قوله إن اختار العزيمة) أى صلاة الجمعة لأنه رخص له فى تركها إلى الظهر فصارت الظهر فى حقه رخصة والجمعة عزيمة كالفطر للمسافر هو رخصة والصوم عزيمة فى حقه لأنه أشق فافهم (قوله بالغ عاقل) تفسير للمكلف ، وخرج به الصبى فإنها تقع منه نفلا والمجنون فإنه لا صلاة له أصلا بحر عن البدائع (قوله لئلا يعود على موضوعه بالنقض) يعنى لو لم نقل بوقوعها فرضا بل ألزمناه بصلاة الظهر لعاد على موضوعه بالنقض وذلك لأن صلاة الظهر فى حقه رخصة فإذا أتى بالعزيمة وتحمل المشقة صح ، ولو ألزمناه بالظهر بعدها لحملناه مشقة ونقضنا الموضوع فى حقه وهو التسهيل اهـ ح .

قلت : فالمراد بالموضوع الأصل الذى بنى عليه سقوط الجمعة هنا وهو التسهيل والترخيص الذى استدعاه العذر ومنه النظر للمولى فى جانب العبد . قال فى البحر لأنا لو لم نجوزها وقد تعطلت منافعه على المولى لوجب عليه الظهر فتتعطل عليه منافعه ثانياً فينقلب النظر ضررا (قوله وفى البحر الخ) أخذه فى البحر من ظاهر قولهم إن الظهر لهم رخصة فدل على أن الجمعة عزيمة وهى أفضل إلا للمرأة لأن صلاتها فى بيتها أفضل وأقره فى النهر . ومقتضى التعليل أنه لو كان بيتها لصيق جدار المسجد بلا مانع من صحة الاقتداء تكون أفضل لها أيضا (قوله من صلح لغيرها) أى لإمامة غير الجمعة فهو على تقدير مضاف والمراد الإمامة للرجال فخرج الصبى لأنه مسلوب الأهلية والمرأة لأنها لا تصلح إماما للرجال (قوله وتنعقد بهم) أشار به إلى خلاف الشافعى رحمه الله ، حيث قال بصحة إمامتهم وعدم الاعتداد بهم فى العدد الذى تنعقد بهم الجمعة وذلك لأنهم لما صلحوا للإمامة فلأن يصلحوا للاقتداء أولى عناية (قوله وحرم الخ) عدل عن قول القدورى والكنز وكره لقول ابن الهمام لا بد من كون المراد حرم لأنه ترك الفرض القطعى باتفاقهم الذى هو آكد من الظهر غير أن الظهر تقع صحيحة وإن كان مأمورا بالإعراض عنها . وأجاب فى البحر بأن الحرام هو ترك السعى المفوت لها أما صلاة الظهر قبلها فغير مفوتة للجمعة حتى تكون حراما فإن سعيه بعدها للجمعة فرض كما صرحوا به ، وإنما تكره الظهر قبلها لأنها قد تكون سببا للتفويت باعتماده عليها وهم إنما حكموا بالكراهة على صلاة الظهر لا على ترك الجمعة اهـ ملخصا واستحسنه فى النهر (قوله لمن لا عذر له) أما المعذور فيستحب له تأخيرها إلى فراغ الإمام كما يأتى (قوله فلا يكره) بل هو فرض عليه لفوات الجمعة قال فى البحر فنفس الصلاة غير مكروهة وتفويت الجمعة حرام وهو مؤيد لما قلنا اهـ ، يعنى أن الكراهة ليست لذات الصلاة بل لخارج عنها وهو كونها سبباً لتفويت الجمعة بدليل أنه لو صلاها بعد فوت الجمعة لم يكره فعلها بعدها بل يجب . وقد يقال مراد الغاية عدم الكراهة عند الاشتباه فى صحة الجمعة فيكون المراد فعلها بعد صلاته للجمعة لا بعد فوتها تأمل (قوله فى يومها) متعلق بمحذوف حال من الظهر أى الظهر الواقع فى يومها احترازا عن ظهر سابق على يومها فإنه لو قضاه قبلها لم يكره بل يجب على ذى ترتيب فافهم (قوله بمصر) أما لو كان فى قرية فلا يكره لعدم صحة الجمعة فيها (قوله لكونه سبباً) قد علمت ما فيه من بحث صاحب البحر ح (قوله وهو) أى التفويت (قوله اتباعا للآية) أى لأن السعى مقتض للهرولة مع أن المطلوب المشى إليها بالسكينة والوقار اهـ ح وكأنه اختير التعبير به فى الآية للحث على الذهاب إليها والله أعلم . والأولى أن يقول عبر به لأنه لو كان فى المسجد

ولو كان في المسجد لم يبطل إلا بالشروع قيد بقوله (إليها) لأنه لو خرج لحاجة أو مع فراغ الإمام أو لم يقمها أصلا لم تبطل في الأصح فالبطلان به مقيد بإمكان إدراكها (بأن انفصل عن) باب (داره) والإمام فيها ، ولو لم يدركها لبعد المسافة فالأصح أنه لا يبطل سراج (بطل) ظهره لا أصل الصلاة ولا ظهر من اقتدى به ولم يسع (أدركها أولا) بلا فرق بين معذور وغيره

الخ كما فعل في البحر والنهر أو يقول ولأنه بالعطف على اتباعا (قوله لم يبطل إلا بالشروع) ينبغي تقييده(١) بما إذا كان صلى في مجلسه ، أما لو قام منه وسعى إلى مكان آخر على عزم صلاة الجمعة مع الإمام يبطل بمجرد سعيه تأمل (قوله لأنه لو خرج لحاجة الخ) ولو شرك فيها فالعبرة للأغلب كما يفاد من البحر ط. وفيه أن ماذكره في البحر بالنظر إلى الثواب وهل يتأتى ذلك هنا ؟ محل تأمل والظاهر الاكتفاء بذلك ولو كان الأغلب الحاجة لتحقق السعي إليها وإن كان لاثواب له تأمل (قوله أو مع فراغ الإمام) ومثله بالأولى مافي الفتح لو كان بعد فراغه منها لأنه في الصورتين لايكون سعيه إليها ولكن هذا مسلم لو كان عالما بذلك وإلا فلا فالمناسب إخراج هذه المسائل بقوله بعده والإمام فيها تأمل (قوله أو لم يقمها أصلا) أي لعذر أو غيره وكذا لو توجه إليها والإمام والناس فيها إلا أنهم خرجوا منها قبل إتمامها لنائبة فالصحيح أنه لايبطل ظهره بحر عن السراج (قوله فالبطلان به) أي بطلان الظهر بالسعي إلى الجمعة (قوله مقيد بإمكان إدراكها) كذا في البحر وأيده في النهر بما يأتي عن السراج وهو غير صحيح كما تعرفه (قوله فالأصح أنه لايبطل سراج) تبع في هذا صاحب النهر والصواب إسقاط لا . قال في البحر : وأطلق أي في البطلان فشمل ماإذا لم يدركها لبعد المسافة مع كون الإمام فيها وقت الخروج أو لم يكن شرع ، وهو قول البلخيين . قال في السراج : وهو الصحيح لأنه توجه إليها وهي لم تفت بعد حتى لو كان بيته قريبا من المسجد وسمع الجماعة في الركعة الثانية فتوجه بعد ماصلى الظهر في منزله بطل الظهر على الأصح أيضاً لما ذكرنا اهـ .

قلت : ومثله في شروح الهداية كالنهاية والكفاية والمعراج والفتح (قوله بطل ظهره) أي وصف الفرضية وصار نفلا بناء على أن بطلان الوصف لايوجب بطلان الأصل عندهما خلافا لمحمد (قوله ولا ظهر من اقتدى به الخ) لأن بطلانه في حق الإمام بعد الفراغ فلا يضر المأموم بحر عن المحيط :أي فلا يقال الأصل أن صلاة المأموم تفسد بفساد صلاة الإمام لأنه بعد الفراغ من الصلاة لم يبق مأموما وله نظائر قدمناها في باب الإمامة .

منها : مالو ارتد الإمام والعياذ بالله تعالى ثم أسلم في الوقت يلزمه الإعادة دون القوم .

ومنها : مالو سلم القوم قبل الإمام بعد قعوده قدر التشهد ثم عرض له واحدة من المسائل الاثنى عشرية أو سجد هو للسهو ولم يسجدوا معه ثم عرض له ذلك تبطل صلاته وحده فافهم (قوله أدركها أولا) أي ولو كان عدم إدراكه لها لبعد المسافة لما علمت من أن التقييد بإمكان إدراكها خلاف الصحيح فافهم ثم إذا لم يدركها أو بدا له الرجوع فرجع لزمه إعادة الظهر كما في شرح المنية (قوله بلا فرق بين معذور وغيره) قال في الجوهرة والعبد والمريض والمسافر وغيرهم سواء في الانتقاض بالسعي اهـ وعزاه في البحر إلى غاية البيان والسراج ثم استشكله بأن المعذور ليس بمأمور بالسعي إليها مطلقا فينبغي أن لايبطل ظهره بالسعي ولا بالشروع في الجمعة لأن الفرض سقط عنه ، ولم يكن مأمورا بنقضه فتكون الجمعة نفلا كما قال به زفر والشافعي قال وظاهر مافي المحيط أن ظهره إنما يبطل بحضوره الجمعة لا بمجرد سعيه كما في غير المعذور وهو أخف إشكالا اهـ .

---

(١) (قوله ينبغي تقييده) قد يقال لاحاجة إلى التقييد والظاهر الاطلاق لأن حكمهم على المسجد بكونه بقعة واحدة في بعض الأحكام كسجود التلاوة لايجب بتكرر الآية فيه إلا مرة واحدة يقتضي الاطلاق اهـ .

على المذهب (وكره) تحريما (لمعذور ومسجون) ومسافر (أداء ظهر بجماعة فى مصر) قبل الجمعة وبعدها لتقليل الجماعة وصورة المعارضة وأفاد أن المساجد تغلق يوم الجمعة إلا الجامع (وكذا أهل مصر فاتتهم الجمعة) فإنهم يصلون الظهر بغير أذان ولا إقامة ولا جماعة . ويستحب للمريض تأخيرها إلى فراغ الإمام وكره إن لم يؤخر هو الصحيح (ومن أدركها فى تشهد أو سجود سهو) على القول به فيها (يتمها جمعة) خلافا لمحمد (كما) يتم (فى العيد) اتفاقا كما فى عيد الفتح

قلت : ويجاب عنه بما فى الزيلعى والفتح أنه إنما رخص له تركها للعذر وبالالتزام التحق بالصحيح (قوله على المذهب) عبارة شرح المنية هو الصحيح من المذهب ثم قال خلافا لزفر هو يقول إن فرضه الظهر وقد أداه فى وقته فلا يبطل بغيره ولنا أن المعذور إنما فارق غيره فى الترخص بترك السعى فإذا لم يترخص التحق بغيره اهـ (قوله لمعذور) وكذا غيره بالأولى نهر (قوله ومسجون) صرح به كالكنز وغيره مع دخوله فى المعذور لرد ماقيل إنها تلزمه لأنه إن كان ظالما قدر على إرضاء خصمه وإلا أمكنه الاستغاثة اهـ قال الخير الرملى وفى زماننا لامغيث للمظلوم والغلبة للظالمين فمن عارضهم بحق أهلكوه (قوله تحريما) ذكر فى البحر أنه ظاهر كلامهم . قلت: بل صرح به القهستانى (قوله أداء ظهر بجماعة) مفهومه أن القضاء بالجماعة غير مكروه وفى البحر وقيد بالظهر لأن فى غيرها لابأس أن يصلوا جماعة اهـ (قوله فى مصر) بخلاف القرى لأنه لاجمعة عليهم فكان هذا اليوم فى حقهم كغيره من الأيام شرح المنية . وفى المعراج عن المجتبى من لاتجب عليهم الجمعة لبعد الموضع صلوا الظهر بجماعة (قوله لتقليل الجماعة) لأن المعذور قد يقتدى به غيره فيؤدى إلى تركها بحر وكذا إذا علم أنه يصلى بعدها بجماعة ربما يتركها ليصلى معه فافهم (قوله وصورة المعارضة) لأن شعار المسلمين فى هذا اليوم صلاة الجمعة وقصد المعارضة ثم يؤدى إلى أمر عظيم فكان فى صورتها كراهة التحريم رحمتى (قوله تغلق) لئلا تجتمع فيها جماعة بحر عن السراج (قوله إلا الجامع) أى الذى تقام فيه الجمعة فإن فتحه فى وقت الظهر ضرورى ، والظاهر أنه يغلق أيضا بعد إقامة الجمعة لئلا يجتمع فيه أحد بعدها ، إلا أن يقال إن العادة الجارية هى اجتماع الناس فى أول الوقت فيغلق ما سواه مما لاتقام فيه الجمعة ليضطروا إلى المجىء إليه وعلى هذا فيغلق غيره إلى الفراغ منها لكن لا داعى إلى فتحه بعدها فيبقى مغلوقا إلى وقت العصر ثم كل هذا مبالغة فى المنع عن صلاة غير الجمعة وإظهارا لتأكدها (قوله وكذا أهل مصر الخ) الظاهر أن الكراهة هنا تنزيهية لعدم التقليل والمعارضة المذكورين ويؤيده مافى القهستانى عن المضمرات يصلون وحدانا استحبابا (قوله بغير أذان ولا إقامة) قال فى الولوالجية ولايصلى يوم الجمعة جماعة بمصر ولايؤذن ولا يقيم فى سجن وغيره لصلاة الظهر اهـ قال فى النهر: وهذا أولى مما فى السراج معزيا إلى جمع التفاريق من أن الأذان والإقامة غير مكروهين (قوله ويستحب للمريض) عبارة القهستانى المعذور وهى أعم (قوله وكره) ظاهر قوله يستحب أن الكراهة تنزيهية نهر وعليه فما فى شرح الدرر للشيخ إسمعيل عن المحيط من عدم الكراهة اتفاقا محمول على نفى التحريمية (قوله ومن أدركها) أى الجمعة (قوله أو سجود سهو) ولو فى تشهده ط (قوله على القول به فيها) أى على القول بفعله فى الجمعة . والمختار عند المتأخرين أن لا يسجد للسهو فى الجمعة والعيدين لتوهم الزيادة من الجهال كذا فى السراج وغيره بحر وليس المراد عدم جوازه بل الأولى تركه كيلا يقع الناس فى فتنة أبو السعود عن العزمية ومثله فى الإيضاح لابن كمال (قوله يتمها جمعة) وهو مخير فى القراءة إن شاء جهر وإن شاء خافت بحر (قوله خلافا لمحمد) حيث قال إن أدرك معه ركوع الركعة الثانية بنى عليها الجمعة وإن أدرك فيما بعد ذلك بنى عليها الظهر لأنه جمعة من وجه وظهر من وجه لفوات بعض الشرائط فى حقه فيصلى أربعا اعتبارا للظهر ويقعد لامحالة

لكن فى السراج أنه عند محمد لم يصر مدركا له (وينوى جمعة لاظهرا) اتفاقا فلو نوى الظهر لم يصح اقتداؤه ثم الظاهر أنه لافرق بين المسافر وغيره نهر بحثا (إذا خرج الإمام) من الحجرة إن كان وإلا فقيامه للصعود شرح المجمع (فلا صلاة ولا كلام إلى تمامها) وإن كان فيها ذكر الظلمة فى الأصح (خلا قضاء فائتة لم يسقط الترتيب بينها وبين الوقتية) فإنها لاتكره سراج وغيره لضرورة صحة الجمعة وإلا لا ، ولو خرج وهو فى السنة أو بعد قيامه لثالثة النفل يتم

على رأس الركعتين اعتبارا للجمعة ويقرأ فى الأخريين لاحتمال النفلية . ولهما أنه مدرك للجمعة فى هذه الحالة حتى تشترط له نية الجمعة وهى ركعتان ، ولا وجه لما ذكر لأنهما مختلفان لايبنى أحدهما على تحريمة الآخر كذا فى الهداية (قوله لكن فى السراج الخ) أقول : مافى السراج ذكره فى عيد الظهيرية عن بعض المشايخ ثم ذكر عن بعضهم أنه يصير مدركا بلا خلاف وقال وهو الصحيح (قوله اتفاقا) لما علمت أنها عند محمد ليست ظهرا من كل وجه (قوله ثم الظاهر الخ) ذكر فى الظهيرية معزيا إلى المنتقى مسافر أدرك الإمام يوم الجمعة فى التشهد يصلى أربعا بالتكبير الذى دخل فيه اهـ قال فى البحر وهو مخصص لما فى المتون مقتض لحملها على ما إذا كانت الجمعة واجبة على المسبوق ؛ أما إذا لم تكن واجبة فإنه يتم ظهرا اهـ . وأجاب فى النهر بأن الظاهر أن هذا مخرّج على قول محمد غاية الأمر أن صاحب المنتقى جزم به لاختياره إياه والمسافر مثال لاقيد اهـ .

قلت : ويؤيده مامر عن الهداية من أنه لاوجه عندهما لبناء الظهر على الجمعة لأنهما مختلفان على أن المسافر لما التزم الجمعة صارت واجبة عليه ولذا صحت إمامته فيها وأيضا المسافر إذا صلى الظهر قبلها ثم سعى إليها بطل ظهره وإن لم يدركها فكيف إذا أدركها لايصليها بل يصليها ظهرا والظهر لايبطل الظهر فالظاهر مافى النهر ووجه تخصيص المسافر بالذكر دفع توهم أنه يصليها ظهرا مقصورة على قول محمد لأن فرض إمامه ركعتان فنبه على أنه يتمها أربعا عنده لأن جمعة إمامه قائمة مقام الظهر والله أعلم (قوله إن كان) ذكره باعتبار المكان ط (قوله إذا خرج الإمام الخ) هذا لفظ حديث ذكره فى الهداية مرفوعا لكن فى الفتح أن رفعه غريب والمعروف كونه من كلام الزهرى . ولخرج ابن أبى شيبة فى مصنفه عن على وابن عباس وابن عمر رضى الله تعالى عنهم : كانوا يكرهون الصلاة والكلام بعد خروج الإمام .

والحاصل أن قول الصحابى حجة يجب تقليده عندنا إذا لم ينفه شىء آخر من السنة اهـ (قوله فلا صلاة) شمل السنة وتحية المسجد بحر قال محشيه الرملى : فلا صلاة جائزة وتقدم فى شرح قوله ومنع عن الصلاة وسجدة التلاوة الخ أن صلاة النفل صحيحة مكروهة حتى يجب قضاؤه إذا قطعه ويجب قطعه وقضاؤه فى غير وقت مكروه فى ظاهر الرواية ولو أتمه خرج عن عهدة مالزمه بالشروع فالمراد الحرمة لاعدم الانعقاد (قوله ولا كلام) أى من جنس كلام الناس أما التسبيح ونحوه فلا يكره وهو الأصح كما فى النهاية والعناية وذكر الزيلعى أن الأحوط الإنصات ومحل الخلاف قبل الشروع أما بعده فالكلام مكروه تحريما بأقسامه كما فى البدائع بحر ونهر وقال البقالى فى مختصره وإذا شرع فى الدعاء لايجوز للقوم رفع اليدين ولا تأمين باللسان جهرا فإن فعلوا ذلك أثموا وقيل أساءوا ولا إثم عليهم والصحيح هو الأول وعليه الفتوى وكذلك إذا ذكر النبى صلى الله عليه وسلم لايجوز أن يصلوا عليه بالجهر بل بالقلب وعليه الفتوى رملى (قوله إلى تمامها) أى الخطبة لكن قال فى الدرر لم يقل إلى تمام الخطبة كما قال فى الهداية لما صرح به فى المحيط وغاية البيان أنهما يكرهان من حين يخرج الإمام إلى أن يفرغ من الصلاة (قوله فى الأصح) وقيل يجوز الكلام حال ذكرهم ط (قوله فإنهم لاتكره) بل يجب فعلها (قوله وإلا لا) أى وإن سقط الترتيب

فى الأصح ويخفف القراءة .

(وكل ماحرم فى الصلاة حرم فيها) أى فى الخطبة خلاصة وغيرها فيحرم أكل وشرب وكلام ولو تسبيحا أو رد سلام أو أمرا بمعروف بل يجب عليه أن يستمع ويسكت (بلا فرق بين قريب وبعيد) فى الأصح محيط ولا يرد تحذير من خيف هلاكه لأنه يجب لحق آدمى وهو محتاج إليه والإنصات لحق الله تعالى ومبناه على المسامحةوكان أبو يوسف ينظر فى كتابه ويصححه ، والأصح أنه لابأس بأن يشير برأسه أو يده عند رؤية منكر ، والصواب أنه يصلى على النبى صلى الله عليه وسلم عند سماع اسمه فى نفسه ، ولا يجب تشميت ولا رد سلام به يفتى وكذا يجب الاستماع لسائر الخطب كخطبة نكاح وخطبة عيد وختم على المعتمد . وقالا : لابأس بالكلام قبل الخطبة وبعدها

تكره (قوله فى الأصح) عزاه فى البحر إلى الولوالجية والمبتغى ولم يذكر مسألة النفل فى الشرنبلالية عن الصغرى وعليه الفتوى . قال فى البحر وما فى الفتح : من أنه لو خرج وهو فى السنة يقطع على رأس ركعتين ضعيف وعزاه قاضيخان إلى النوادر اه .

قلت : وقدمنا فى باب إدراك الفريضة ترجيح ماف الفتح أيضا وأن هذا كله حيث لم يقم إلى الثالثة وإلا فإن قيدها بسجدة أتم وإلا فقيل يتم وقيل يقعد ويسلم قال فى الخانية وهذا أشبه لكن رجح فى شرح المنية الأول وتمامه هناك فراجعه (قوله ويخفف القراءة) بأن يقتصر على الواجب ط (قوله ولو تسبيحا)أى ولو كان الكلام تسبيحا وفى ذكره فى ضمن التفريع على مافى المتن نظر لأنه لايحرم فى الصلاة تأمل (قوله أو أمر بمعروف) إلا إذا كان من الخطيب كما قدمه الشارح (قوله بل يجب عليه أن يستمع) ظاهره أنه يكره الاشتغال بما يفوّت السماع وإن لم يكن كلاما وبه صرح القهستانى حيث قال إذ الاستماع فرض كما فى المحيط أو واجب كما فى صلاة المسعودية أوسنة وفيه إشعار بأن النوم عند الخطبة مكروه إلا إذا غلب عليه كما فى الزاهدى اه ط قال فى الحلية : قلت وعن النبى صلى الله عليه وسلم قال « إذا نعس أحدكم يوم الجمعة فليتحول من مجلسه »أخرجه الترمذى وقال حديث حسن صحيح (قوله فى الأصح) وقيل لابأس بالكلام إذا بعد ح عن القهستانى (قوله ولا يرد) أى على قوله ولا كلام (قوله من خيف هلاكه) الأولى ضرره قال فى البحر لو رأى رجلا عند بئر فخاف وقوعه فيها أو رأى عقربا يدب إلى إنسان فإنه يجوز له أن يحذره وقت الخطبة اه .

قلت : وهذا حيث تعين الكلام إذ لو أمكن بغمز أو لكز لم يجز الكلام تأمل (قوله وكان أبو يوسف)هذا مبنى على خلاف الأصح المتقدم قال فى الفيض ولو كان بعيدا لايسمع الخطبة ففى حرمة الكلام خلاف وكذا فى قراءة القرآن والنظر فى الكتب وعن أبى يوسف أنه كان ينظر فى كتابه ويصححه بالقلم والأحوط السكوت وبه يفتى اه (قوله فى نفسه) أى بأن يسمع نفسه أو يصحح الحروف فإنهم فسروه به وعن أبى يوسف قلبا امتثالا لأمرى الإنصات والصلاة عليه صلى الله عليه وسلم كما فى الكرمانى قهستانى قبيل باب الإمامة واقتصر فى الجوهرة على الأخير حيث قال ولم ينطق به لأنها تدرك فى غير هذا الحال والسماع يفوت (قوله ولا رد سلام) وعن أبى يوسف لايكره الرد لأنه فرض . قلنا ذاك إذا كان السلام مأذونا فيه شرعا وليس كذلك فى حالة الخطبة بل يرتكب بسلامه مأثما لأنه به يشغل خاطر السامع عن الفرض ولأن رد السلام يمكن تحصيله فى كل وقت بخلاف سماع الخطبة فتح (قوله وختم) أى ختم القرآن كقولهم الحمد لله رب العالمين حمد الصابرين الخ وأما إهداء الثواب من القارىء كقوله : اللهم اجعل ثواب ماقرأناه لايجب على الظاهر لأنه من الدعاء ط (قوله وقالا الخ) حاصله مافى الجوهرة أن عنده خروج الإمام

وإذا جلس عند الثانى والخلاف فى كلام يتعلق بالآخرة أما غيره فيكره إجماعا وعلى هذا فالترقية المتعارفة فى زماننا تكره عنده لاعندهما .

وأما مايفعله المؤذنون حال الخطبة من الترضى ونحوه فمكروه اتفاقا وتمامه فى البحر والعجب أن المرقى ينهى عن الأمر بالمعروف بمقتضى حديثه ثم يقول : أنصتوا رحمكم الله .

قلت : إلا أن يحمل على قولهما فتنبه

يقطع الصلاة والكلام . وعندهما خروجه يقطع الصلاة وكلامه يقطع الكلام (قوله عند الثانى) راجع إلى قوله وإذا جلس ط (قوله وعلى هذا) أى على قوله والخلاف .

مطلب فى حكم المرقى بين يدى الخطيب

(قوله فالترقية المتعارفة الخ) أى من قراءة آية — إن الله وملائكته — والحديث المتفق عليه « إذا قلت لصاحبك يوم الجمعة أنصت والإمام يخطب فقد لغوت » .

أقول : وذكر العلامة ابن حجر فى التحفة أن ذلك بدعة لأنه حدث بعد الصدر الأول قيل لكنها حسنة لحث الآية على مايندب لكل أحد من إكثار الصلاة والسلام على رسول الله صلى الله عليه وسلم لاسيما فى هذا اليوم وكحث الخبر على تأكد الانصات المفوت تركه لفضل الجمعة بل والموقع فى الإثم عند الأكثرين من العلماء .

وأقول : يستدل لذلك أيضا بأنه صلى الله عليه وسلم أمر من يستنصت له الناس عند إرادته خطبة منى فى حجة الوداع فقياسه أنه يندب للخطيب أمر غيره بالاستنصات وهذا هو شأن المرقى فلم يدخل ذكره للخبر فى حيز البدعة أصلا اهـ وذكر نحوه الخير الرملى عن الرملى الشافعى وأقره عليه وقال : إنه لاينبغى القول بحرمة قراءة الحديث على الوجه المتعارف لتوافر الأمة وتظاهرهم عليه اهـ ونقل ح نحوه عن العلامة الشيخ محمد البرهمتوشى الحنفى :

أقول : كون ذلك متعارفا لا يقتضى جوازه عند الإمام القائل بحرمة الكلام ولو أمرا بمعروف أو رد سلام استدلالا بما مر ، ولا عبرة بالعرف الحادث إذا خالف النص لأن التعارف إنما يصلح دليلا على الحل إذا كان عاما من عهد الصحابة والمجتهدين كما صرحوا به ، وقياس خطبة الجمعة على خطبة منى قياس مع الفارق فإن الناس فى يوم الجمعة قاعدون فى المسجد ينتظرون خروج الخطيب متهيئون لسماعه بخلاف خطبة منى فليتأمل والظاهر أن مثل ذلك يقال أيضا فى تلقين المرقى الإذان للمؤذن والظاهر أن الكراهة على المؤذن دون المرقى لأن سنة الأذان الذى بين يدى الخطيب تحصل بأذان المرقى فيكون المؤذن مجيبا لأذان المرقى وإجابة الأذان حينئذ مكروهة ، إلا أن يقال إن أذان الأول إذا لم يكن جهرا يسمعه القوم يكون مخالفا للسنة فيكون المعتبر هو الثانى فتأمل (قوله من الترضى) أى عن الصحابة عند ذكر أسمائهم وقوله ونحوه من الدعاء للسلطان عند ذكره كل ذلك بأصوات مرتفعة كما هو معتاد فى بعض البلاد كبلاد الروم ومنه ماهو معتاد عندنا أيضا من الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم عند صعود الخطيب مع تمطيط الحروف والتنغم (قوله اتفاقا) هذا أظهر مما فى البحر حيث قصر الكراهة على قول الإمام ط (قوله وتمامه فى البحر) لم يذكر فى البحر بعده إلا ما أفاده بقوله والعجب ط (قوله إلا أن يحمل على قولهما) لأن يقول ذلك قبل الخطبة وهما يحملان قوله صلى الله عليه وسلم والإمام يخطب على الشروع فيها حقيقة ، فحينئذ لا يكون المرقى مخالفا لحديثه بقوله بعده أنصتوا ، أما على قول الإمام من حمل قوله يخطب على الخروج للخطبة بقرينة ما روى « إذا خرج الإمام فلا صلاة ولا كلام » فيكون مخالفا لحديثه الذى يرويه ويكره

(ووجب سعي إليها وترك البيع) ولومع السعي ، وفي المسجد أعظم وزرا (بالأذان الأول) في الأصح وإن لم يكن في زمن الرسول بل في زمن عثمان . وأفاد في البحر صحة إطلاق الحرمة على المكروه تحريما (ويؤذن) ثانيا (بين يديه) أي الخطيب . أفاد بوحدة الفعل أن المؤذن إذا كان أكثر من واحد أذنوا واحدا بعد واحد ولا يجتمعون كما في الجلابي والتمرتاشي ذكره القهستاني (إذا جلس على المنبر) فإذا أتم أقيمت ويكره الفصل

فافهم (قوله ووجب سعي) لم يقل افترض مع أنه فرض للاختلاف في وقته هل هو الأذان الأول أو الثاني أو العبرة لدخول الوقت ؟ بحر .

وحاصله أن السعي نفسه فرض والواجب كونه في وقت الأذان الأول ، وبه اندفع ما في النهر من أن الاختلاف في وقته لا يمنع القول بفرضيته كصلاة العصر فرض إجماعا مع الاختلاف في وقتها (قوله وترك البيع) أراد به كل عمل ينافي السعي وخصه اتباعا للآية نهر (قوله ولو مع السعي) صرح في السراج بعدم الكراهة إذا لم يشغله بحر وينبغي التعويل على الأول نهر :

قلت : وسيذكر الشارح في آخر البيع الفاسد أنه لا بأس به لتعليل النهي بالاخلال بالسعي فإذا انتفى انتفى (قوله وفي المسجد) أو على بابه بحر (قوله في الأصح) قال في شرح المنية : واختلفوا في المراد بالأذان الأول فقيل الأول باعتبار المشروعية وهو الذي بين يدي المنبر لأنه الذي كان أولا في زمنه عليه الصلاة والسلام وزمن أبي بكر وعمر حتى أحدث عثمان الأذان الثاني على الزوراء حين كثر الناس . والأصح أنه الأول باعتبار الوقت وهو الذي يكون على المنارة بعد الزوال اهـ . والزوراء بالمد اسم موضع في المدينة (قوله صحة إطلاق الحرمة) قلت : سيذكر المصنف في أول كتاب الحظر والإباحة كل مكروه حرام عند محمد وعندهما إلى الحرام أقرب اهـ . نعم قول محمد رواية عنهما كما سنذكره هناك إن شاء الله تعالى ، وأشار إلى الاعتذار عن صاحب الهداية حيث أطلق الحرمة على البيع وقت الأذان مع أنه مكروه تحريما وبه اندفع ما في غاية البيان حيث اعترض على الهداية بأن البيع جائز لكنه يكره كما صرح به في شرح الطحاوي لأن النهي لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية (قوله ويؤذن ثانيا بين يديه) أي على سبيل السنية كما يظهر من كلامهم رملي (قوله أفاد الخ) هذه الإفادة إنما تظهر إذا قرئ الفعل بالبناء للفاعل أما إذا قرئ بالبناء للمفعول وهو الظاهر فلا تظهر ط . قلت : وعبارة الدرر أذن المؤذن (قوله ذكره القهستاني) وذكر بعده أيضا ما نصه وإليه أشار ما في الهداية وغيره أنهم يؤذنون دل عليه كلام شارحيه اهـ وفيه نظر بل الذي دل عليه كلام شراح الهداية خلافه قال في العناية ذكر المؤذنين بلفظ الجمع إخراجا للكلام مخرج العادة فإن المتوارث في أذان الجمعة اجتماع المؤذنين لتبلغ أصواتهم إلى أطراف المصر الجامع اهـ ومثله في النهاية والكفاية ومعراج الدراية :

قلت : والعلة المذكورة إنما تظهر في الأذان الأول مع أنه في الهداية ذكر المؤذنين بلفظ الجمع في الموضعين (قوله المنبر) بكسر الميم من النبر وهو الارتفاع . ومن السنة أن يخطب عليه اقتداء به صلى الله عليه وسلم بحر وأن يكون على يسار المحراب قهستاني ، ومنبره صلى الله عليه وسلم كان ثلاث درج غير المسماة بالمستراح . قال ابن حجر في التحفة وبحث بعضهم أن ما اعتيد الآن من النزول في الخطبة الثانية إلى درجة سفلى ثم العود بدعة قبيحة شنيعة (قوله فإذا أتم) أي الإمام الخطبة (قوله أقيمت) بحيث يتصل أول الإقامة بآخر الخطبة وتنتهي الإقامة بقيام الخطيب مقام الصلاة ، ويقرأ في الركعتين سورة الجمعة والمنافقون ولا يكره غيرهما كما في شرح الطحاوي وذكر الزاهدي أنه يقرأ فيهما سورة الأعلى والغاشية قهستاني . وفي البحر ولكن لا يواظب على ذلك كي لا يؤدي إلى هجر

بأمر الدنيا ذكره العينى (لاينبغى أن يصلى غير الخطيب) لأنهما كشىء واحد (فإن فعل بأن خطب صبى بإذن السلطان وصلى بالغ جاز) هو المختار (لابأس بالسفر يومها إذا خرج من عمران المصر قبل خروج وقت الظهر) كذا فى الخانية لكن عبارة الظهيرية وغيرها بلفظ دخول بدل خروج .

وقال فى شرح المنية : والصحيح أنه يكره السفر بعد الزوال قبل أن يصليها ولا يكره قبل الزوال : (القروى إذا دخل المصر يومها إن نوى المكث ثمة ذلك اليوم لزمته) الجمعة (وإن نوى الخروج من ذلك اليوم قبل وقتها أو بعده لاتلزمه) لكن فى النهر إن نوى الخروج بعده لزمته وإلا لا . وفى شرح المنية : إن نوى المكث إلى وقتها لزمته وقيل لا (كما) لاتلزم (لو قدم مسافر يومها) على عزم أن لايخرج يومها (ولم ينو الإقامة) نصف شهر (يخطب) الإمام

الباقى ولئلا يظنه العامة حتما اهـ ومر تمام الكلام على ذلك فى فصل القراءة عند قوله ويكره التعيين (قوله بأمر الدنيا) أما بنهى عن منكر أو أمر بمعروف فلا وكذا بوضوء أو غسل لو ظهر أنه محدث أو جنب كما مر بخلاف أكل أو شرب حتى لو طال الفصل استأنف الخطبة كما مر فافهم (قوله لأنهما) أى الخطبة والصلاة كشىء واحد لكونهما شرطا ومشروطا ولا تحقق للمشروط بدون شرطه فالمناسب أن يكون فاعلهما واحدا ط (قوله وصلى بالغ) أى بإذن السلطان أيضا والظاهر أن إذن الصبى له كاف لأنه مأذون بإقامة الجمعة لما فى الفتح وغيره من أن الإذن بالخطبة إذن بالصلاة وعلى القلب اهـ فيكون مفوضا إليه إقامتها ولأن تقريره فيها إذن له بإنابة غيره دلالة لعلم السلطان بأنه لا تصح إمامته نعم على القول باشتراط الأهلية وقت الاستنابة لا يصح إذنه بها ولابد له من إذن جديد بعد بلوغه ، والله أعلم .

[تنبيه] ذكر الشرنبلالى وغيره ، أن هذا الفرع صريح فى الرد على صاحب الدرر فى عدم تجويزه استنابة الخطيب غيره للصلاة قبل سبق الحدث ، وفيه نظر إذ ليس صريحا فى أن البالغ صلى بدون إذن السلطان بل الظاهر أنه بإذنه صريحا أو دلالة كما قررناه فتدبر ثم رأيت ح ذكر نحوه (قوله هو المختار) وفى الحجة أنه لايجوز ، وفى فتاوى العصر فإن الخطيب يشترط فيه أن يصلح للإمامة وفى الظهيرية لو خطب صبى اختلف المشايخ فيه والخلاف فى صبى يعقل اهـ والأكثر على الجواز إسمعيل (قوله لابأس بالسفر الخ) أقول : السفر غير قيد بل مثله ماإذا أراد الخروج إلى موضع لاتجب على أهله الجمعة كما فى التتارخانية (قوله كذا فى الخانية) وذكر مثله فى التجنيس وقال إنه استشكله شمس الأئمة الحلوانى بأن اعتبار آخر الوقت إنما يكون فيما ينفرد بأدائه والجمعة إنما يؤديها مع الإمام والناس ، فينبغى أن يعتبر وقت أدائهم حتى إذا كان لايخرج من المصر قبل أداء الناس ، ينبغى أن يلزمه شهود الجمعة اهـ .

قلت : وذكر فى التتارخانية عن التهذيب اعتبار النداء ، قيل الأول وقيل الثانى واعتمده فى الشرنبلالية (قوله وقال فى شرح المنية) تأييد لما فى الظهيرية أفاد به أن مافى الخانية ضعيف ط ، وعلله فى شرح المنية بقوله لعدم وجوبها قبله وتوجه الخطاب بالسعى إليها بعده اهـ .

قلت : وينبغى أن يستثنى ماإذا كانت تفوته رفقته لو صلاها ولا يمكنه الذهاب وحده تأمل (قوله القروى) بفتح القاف نسبة إلى القرية وأراد به المقيم أما المسافر فذكره بعد (قوله لاتلزمه) لأنه فى الأول صار كواحد من أهل المصر فى ذلك اليوم وفى هذا لم يصر درر عن الخانية (قوله لكن فى النهر الخ) مثله فى الفيض ، وحكى بعده مافى المتن بقيل (قوله لزمته) أى إذا مكث إلى دخول وقتها وكذا يقال فيما ذكره بعده (قوله وفى شرح المنية الخ)

(بسيف فى بلدة فتحت به) كمكة (وإلا لا) كالمدينة . وفى الحاوى القدسى : إذا فرغ المؤذنون قام الإمام والسيف فى يساره وهو متكئ عليه . وفى الخلاصة : ويكره أن يتكئ على قوس أو عصا .

[فروع] سمع النداء وهو يأكل تركه إن خاف فوت جمعة أو مكتوبة لاجماعة رستاقى .

سعى يريد الجمعة وحوائجه أن معظم مقصوده الجمعة نال ثواب السعى إليها ،وبهذا تعلم أن من شرك فى عبادته فالعبرة للأغلب الأفضل حلق الشعر وقلم الظفر بعدها ، لابأس بالتخطى مالم يأخذ الإمام فى الخطبة ولم يؤذ أحدا إلا أن لايجد إلا فرجة أمامه فيتخطى إليها للضرورة

ونصه: وإن دخل القروى المصر يوم الجمعة ، فإن نوى المكث إلى وقتها لزمته ،وإن نوى الخروج قبل دخوله لاتلزمه ، وإن نواه بعد دخول وقتها تلزمه وقال الفقيه أبو الليث : لاتلزمه وهو مختار قاضيخان اه (قوله بسيف) أى متقلدا به كما فى البحر عن المضمرات ويخالفه ظاهر مايأتى عن الحاوى لكن وفق فى النهر بإمكان إمساكه مع التقلد (قوله فى بلدة فتحت به) أى بالسيف ليريهم أنها فتحت بالسيف فإذا رجعتم عن الإسلام فذلك باق فى أيدى المسلمين يقاتلونكم حتى ترجعوا إلى الإسلام درر (قوله كمكة) أى فإنها فتحت عنوة كما قاله أبو حنيفة ومالك والأوزاعى وقال الشافعى وأحمد وطائفة : فتحت صلحا إسمعيل عن تاريخ مكة للقطبى (قوله كالمدينة) فإنها فتحت بالقرآن إمداد (قوله وفى الخلاصة الخ) استشكله فى الحلية بأنه فى رواية أبى داود « أنه صلى الله عليه وسلم قام : أى فى الخطبة متوكئاً على عصا أو قوس » اه . ونقل القهستانى عن عبد المحيط أن أخذ العصا سنة كالقيام (قوله إن خاف فوت جمعة أو مكتوبة) عزاه فى التتارخانية إلى فتاوى أبى الليث . ثم إن فوت الجمعة بسلام الإمام والمكتوبة بخروج وقتها لابفوت جماعتها لأنه يمكنه صلاتها وحده والأكل أى الذى تميل إليه نفسه ويخاف ذهاب لذته عذر فى ترك الجماعة كما مر فى بابها لكن يشكل مامر من وجوب السعى إلى الجمعة بالأذان الأول وترك البيع ولو ماشياً والمراد به كل عمل ينافى السعى فتأمل (قوله رستاقى) نسبة إلى الرستاق وهو السواد والقرى قاموس (قوله نال ثواب السعى) أما الصلاة فينال ثوابها على كل حال ط :

مطلب إذا شرك فى عبادته فالعبرة للأغلب

(قوله من شرك فى عبادته) كالسفر للتجارة والحج والصلاة لإسقاط الفرض ولدفع مذمة الناس ونحو ذلك مما لم يكن متمحضاً لوجه الله تعالى (قوله فالعبرة للأغلب) الظاهر أن يراد به الأغلب الذى هو قصد العبادة لأن قوله إن معظم مقصوده الجمعة الخ يفيد أنه لو كان معظم مقصوده الحوائج أو تساوى القصدان لا ثواب وهذا التفصيل مختار الإمام الغزالى أيضاً وغيره من الشافعية واختار منهم العز ابن عبد السلام عدم الثواب مطلقا وسيأتى ذلك فى الحظر والإباحة إن شاء الله تعالى (قوله الأفضل الخ) فى التتارخانية : ويكره تقليم الأظفار وقص الشارب فى يوم الجمعة قبل الصلاة لما فيه من معنى الحج وذلك قبل الفراغ من الحج غير مشروع اه وسيأتى تمام الكلام على ذلك وبيان كيفية التقليم وما قيل فيه نظما ونثراً فى الحظر والإباحة إن شاء الله تعالى (قوله ولم يؤذ أحدا) بأن لايطأ ثوباً ولاجسدا وذلك لأن التخطى حال الخطبة عمل وهو حرام وكذا الإيذاء والدنو مستحب وترك الحرام مقدم على فعل المستحب ولذا قال عليه الصلاة والسلام للذى رآه يتخطى الناس ويقول افسحوا « اجلس فقد آذيت » وهو محمل ماروى الترمذى عن معاذ بن أنس الجهنى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من تخطى رقاب الناس يوم الجمعة اتخذ جسراً إلى جهنم » شرح المنية .

ويكره التخطى للسؤال بكل حال ، وسئل عليه الصلاة والسلام عن ساعة الإجابة فقال : مابين جلوس الإمام إلى أن يتم الصلاة ، وهو الصحيح . وقيل وقت العصر وإليه ذهب المشايخ كما فى التتارخانية وفيها سئل بعض المشايخ ليلة الجمعة أفضل أم يومها ؟ فقال : يومها ذكر فى أحكامات الأشباه مما اختص به يومها قراءة الكهف فيه ومن فهم عطفه على قوله ويكره إفراده بالصوم وإفراد ليلته بالقيام فقد وهم وفيه تجتمع الأرواح وتزار القبور

مطلب فى الصدقة على سؤال المسجد

(قوله ويكره التخطى للسؤال الخ) قال فى النهر : والمختار أن السائل إن كان لايمر بين يدى المصلى ولا يتخطى الرقاب ولا يسأل إلحافا بل لأمر لابد منه فلا بأس بالسؤال والإعطاء اه ومثله فى البزازية . وفيها ولا يجوز الإعطاء إذا لم يكونوا على تلك الصفة المذكورة . قال الإمام أبو نصر العياضى : أرجو أن يغفر الله تعالى لمن يخرجهم من المسجد . وعن الإمام خلف بن أيوب : لو كنت قاضياً لم أقبل شهادة من يتصدق عليهم اه وسيأتى فى باب المصرف أنه لايحل أن يسأل شيئا من له قوت يومه بالفعل أو بالقوة كالصحيح المكتسب ويأثم معطيه إن علم بحالته لإعانته على المحرم .

مطلب فى ساعة الإجابة يوم الجمعة

(قوله وسئل عليه الصلاة والسلام الخ) ثبت فى الصحيحين وغيرهما عنه صلى الله عليه وسلم « فيه ساعة لايوافقها عبد مسلم وهو قائم يصلى يسأل الله تعالى شيئا إلا أعطاه إياه » وفى هذه الساعة أقوال . أصحها أو من أصحها أنها فيما بين أن يجلس الإمام على المنبر إلى أن يقضى الصلاة كما هو ثابت فى صحيح مسلم عنه صلى الله عليه وسلم أيضاً حلية . قال فى المعراج : فيسن الدعاء بقلبه لابلسانه لأنه مأمور بالسكوت اه .

وفى حديث آخر أنها آخر ساعة فى يوم الجمعة وصححه الحاكم وغيره وقال على شرط الشيخين ، ولعل هذا هو مراد المشايخ . ونقل ط عن الزرقانى أن هذين القولين مصححان من اثنين وأربعين قولا فيها وأنها دائرة بين هذين الوقتين فينبغى الدعاء فيهما اه .

ثم الظاهر أنها ساعة لطيفة يختلف وقتها بالنسبة إلى كل بلدة وكل خطيب لأن النهار فى بلدة يكون ليلا فى غيرها وكذلك وقت الظهر فى بلد يكون وقت عصر فى غيرها لما قالوا من أن الشمس لاتتحرك درجة إلا وهى تطلع عند قوم وتغيب عند آخرين ، والله أعلم .

مطلب مااختص به يوم الجمعة

(قوله فقال يومها) تمام كلامه لأن معرفة هذا الليل وفضله لصلاة الجمعة (قوله فى أحكامات) بفتح الهمزة جمع أحكام ، فإن تراجمه فى فن الجمع والفرق . القول فى أحكام السفر . القول فى أحكام المسجد ونحو ذلك ومن جملتها أحكام يوم الجمعة ح (قوله قراءة الكهف) أى يومها وليلتها ، والأفضل فى أولهما مبادرة للخير وحذراً من الإهمال وأن يكثر منها فيهما للخبر الصحيح أن الأول يضىء له من النور مابين الجمعتين والخبر الدارى أن الثانى يضىء له من النور مابينه وبين البيت العتيق ابن حجر (قوله ومن فهم) كالمحشى الحموى (قوله ويكره إفراده بالصوم) هو المعتمد وقد أمر به أولا ثم نهى عنه ط (قوله فقد وهم) ولنذكر عبارته برمتها ليعلم موضع الوهم

ويأمن الميت من عذاب القبر ومن مات فيه أو فى ليلته أمن من عذاب القبر ولا تسجر فيه جهنم، وفيه يزور أهل الجنة ربهم تعالى :

باب العيدين

سمى به لأن لله فيه عوائد الإحسان ولعوده بالسرور غالبا

وما فيها من الفوائد وإن كان بعضها علم مما تقدم وهى أحكام يوم الجمعة . اختص بأحكام لزوم صلاة الجمعة واشتراط الجماعة لها وكونها ثلاثة سوى الإمام وكونها قبلها شرط وقراءة السورة المخصوصة بها وتحريم السفر قبلها بشرطه واستنان الغسل لها والتطيب ولبس الأحسن وتقليم الأظفار وحلق الشعر ولكن بعدها أفضل والبخور فى المسجد والتبكير لها والاشتغال بالعبادة إلى خروج الخطيب ولا يسن الإبراد بها ويكره إفراده بالصوم وإفراد ليلته بالقيام وقراءة الكهف فيه ونفى كراهة النافلة وقت الاستواء على قول أبى يوسف المصحح المعتمد، وهو خير أيام الأسبوع ويوم عيد وفيه ساعة إجابة وتجتمع فيه الأرواح وتزار القبور ويأمن الميت فيه من عذاب القبر ومن مات فيه أو فى ليلته أمن من فتنة القبر وعذابه ولا تسجر فيه جهنم وفيه خلق آدم عليه السلام وفيه أخرج من الجنة وفيه يزور أهل الجنة ربهم سبحانه وتعالى اهـ ح :

قلت : وقوله لايسن الإبراد بها قدمنا فى أوقات الصلاة أنه قول الجمهور ، وقدمنا أيضاً ترجيح قول الإمام بكراهة النافلة فى وقت الاستواء يومها فافهم (قوله ويأمن الميت من عذاب القبر الخ) قال أهل السنة والجماعة : عذاب القبر حق وسؤال منكر ونكير وضغطة القبر حق لكن إن كان كافرا فعذابه يدوم إلى يوم القيامة ويرفع عنه يوم الجمعة وشهر رمضان فيعذب اللحم متصلا بالروح والروح متصلا بالجسم فيتألم الروح مع الجسد وإن كان خارجا عنه ، والمؤمن المطيع لايعذب بل له ضغطة يجد هول ذلك وخوفه والعاصى يعذب ويضغط لكن ينقطع عنه العذاب يوم الجمعة وليلتها ثم لايعود وإن مات يومها أو ليلتها يكون العذاب ساعة واحدة وضغطة القبر ثم يقطع ، كذا فى المعتقدات للشيخ أبى المعين النسفى الحنفى من حاشية الحنفى ملخصاً (قوله ولا تسجر) فى جامع اللغة : سجر التنور أحماه ح (قوله وفيه يزور أهل الجنة ربهم تعالى) المراد بالزيارة الرؤية له تعالى ، وهذا باعتبار بعض الأشخاص يراه فى أقل من ذلك والبعض فى أكثر منه ، حتى قال بعضهم : إن النساء لايرينه إلا فى مثل أيام الأعياد عند التجلى العام ، وتمامه فى ط ، نسأله تعالى أن يجعلنا من أهل رؤيته آمين .

باب العيدين

تثنية عيد وأصله عود قلبت الواو ياء لسكونها بعد كسرة اهـ ح . وفى الجوهرة مناسبته للجمعة ظاهرة وهو أنهما يؤديان بجمع عظيم ، ويجهر فيهما بالقراءة ويشترط لأحدهما مايشترط للآخر سوى الخطبة وتجب على من تجب عليه الجمعة ، وقدمت الجمعة للفرضية وكثرة وقوعها اهـ (قوله سمى به الخ) أى سمى العيد بهذا الاسم لأن لله تعالى فيه عوائد الاحسان أى أنواع الاحسان العائدة على عباده فى كل عام : منها الفطر بعد المنع عن الطعام وصدقة الفطر وإتمام الحج بطواف الزيارة ولحوم الأضاحى وغير ذلك ، ولأن العادة فيه الفرح والسرور والنشاط والحبور غالبا بسبب ذلك .

(وندب يوم الفطر أكله) حلوا وترا ولو قرويا (قبل) خروجه إلى (صلاتها واستياكه واغتساله وتطيبه) بما له ريح لالون (ولبسه أحسن ثيابه) ولو غير أبيض (وأداء فطرته) صح عطفه على أكله لأن الكلام كله قبل الخروج ومن ثم أتى بكلمة (ثم خروجه) ليفيد تراخيه عن جميع ما مر (ماشيا إلى الجبانة)

تبعا للدرر ، ومن حيث تقديمه الكسوف على الفرض وهو بحث أيضا مخالف لما ذكره الشارح من تقديم العيد على الكسوف مع أن العيد واجب فقدم فبالأولى تقديم فرض الوقت . وفي الجوهرة من باب الكسوف : إذا اجتمع الكسوف والجنازة بدئ بالجنازة لأنها فرض وقد يخشى على الميت التغير اهـ أي لطول صلاة الكسوف . وقد يقال : قدم العيد لئلا يحصل الاشتباه لأنه يؤدى بجمع عظيم ، وعلى هذا تقدم الجمعة أيضا على الكسوف ولذا خص صاحب الأشباه تقديم فرض الوقت دون الجمعة . ويؤخذ من قوله أيضا إن ضاق الوقت تقديم فرض المغرب لأن وقته ضيق كما بحثه ح وهو ظاهر ثم رأيته صريحا في جنائز التاترخانية وقال بعده وروى الحسن أنه يخير فافهم .

مطلب يطلق المستحب على السنة وبالعكس

(قوله وندب يوم الفطر الخ) الندب قول البعض وعد المصنف الغسل سابقا من السنن والصحيح أن الكل سنة لخصوص الرجال قهستاني عن الزاهدى ط وزاد في البحر عن المجتبى وإنما سماه مستحبا لاشتمال السنة على المستحب قال نوح أفندى وحاصله تجويز إطلاق اسم المستحب على السنة وعكسه ولهذا أطلق في الهداية اسم المستحب على الغسل ثم قال فيسن فيه الغسل اهـ وفي القهستاني أيضا أن هذه الأمور مندوبة قبل الصلاة ومن آدابها لامن آداب اليوم كما في الجلابي لكن في التحفة أن في غسله اختلاف الجمعة اهـ (قوله حلوا) قال في فتح القدير ويستحب كون ذلك المطعوم حلوا لما في البخارى « كان عليه الصلاة والسلام لايغدو يوم الفطر حتى يأكل تمرات ويأكلهن وترا » اهـ .

قلت : فالظاهر أن التمر أفضل كما اقتضاه هـذا الخبر فان لم يجد يأكل شيئا حلوا ثم رأيته في شرح المنية (قوله ولو قرويا) كذا في الشرنبلالية ولعله يشير إلى أن ذلك ليس من سنن الصلاة بل من سنن اليوم لأن في الأكل مبادرة إلى قبول ضيافة الحق سبحانه وإلى امتثال أمره بالافطار بعد امتثال أمره بالصيام تأمل (قوله واستياكه) لأنه مندوب إليه في سائر الصلوات اختيار ، ومفاده أن المراد به الاستياك عند القيام إلى الصلاة فإنه مستحب كما قدمناه في سنن الوضوء وكذا عند الاجتماع بالناس وعليه فيستحب قبل التوجه إليها أيضا وأما السواك في الوضوء فإنه سنة مؤكدة ولا خصوصية للعيد فيه (قوله ولو غير أبيض) قال في البحر : وظاهر كلامهم تقديم الأحسن من الثياب في الجمعة والعيدين وإن لم يكن أبيض والدليل دال عليه فقد روى البيهقي « أنه عليه الصلاة والسلام كان يلبس يوم العيد بردة حمراء » وفي الفتح الحلة الحمراء عبارة عن ثوبين من اليمن فيهما خطوط حمر وخضر لا أنها أحمر بحت فليكن محمل البردة أحدهما اهـ أي أحد الثوبين اللذين هما الحلة أي فلا يعارض ذلك حديث النهي عن لبس الأحمر والقول مقدم على الفعل والحاظر على المبيح إذا تعارضا فكيف إذا لم يتعارضا بالحمل المذكور اهـ بزيادة ، وسيأتي إن شاء الله تعالى تمام الكلام على لبس الأحمر في كتاب الحظر والإباحة (قوله صح عطفه) جواب سؤال تقديره كيف صح عطف أداء الفطرة على المندوبات مع وجوبه فأجاب بأن الكلام هنا في الأداء قبل الخروج والواجب مطلق الأداء اهـ ح (قوله ومن ثم) أي من أجل كون جميع تلك الأحكام قبل الخروج ط (قوله أتى بكلمة ثم) أي المفيدة للترتيب والتراخي ليفيد تراخي الخروج عن الجميع ، فيدل على أن المراد فعل جميع ماذكر قبله ، بخلاف مالو أتى بالواو أو بالفاء لأن الفاء ربما توهم تعقيبه على أداء الفطرة

وهى المصلى العام ، والواجب مطلق التوجه (والخروج إليها) أى الجبانة لصلاة العيد (سنة وإن وسعهم المسجد الجامع) هو الصحيح (ولا بأس بإخراج منبر إليها) لكن فى الخلاصة : لا بأس ببنائه دون إخراجه ، ولا بأس بعوده راكبا . وندب كونه من طريق آخر وإظهار البشاشة وإكثار الصدقة والتختم والتهنئة بتقبل الله منا ومنكم لاتنكر (ولا يكبر فى طريقها ولا يتنفل قبلها مطلقا) يتعلق بالتكبير والتنفل كذا قرره المصنف تبعا للبحر

فقط بخلاف ثم ولذا قال ليفيد تراخيه عن جميع مامر والأظهر أن يقول وليفيد عطفا على العلة السابقة . وقد يقال حذف العاطف لأنه بمعنى العلة الأولى فالثانية بدل منها للتوضيح فافهم . هذا والمصرح به أنه يندب أداء الفطرة فى الطريق وهو متوجه إلى المصلى وماهنا يوهم خلافه فتأمل (قوله المصلى العام) أى فى الصحراء بحر عن المغرب (قوله والواجب مطلق التوجه) أى لا التوجه المترتب على ماذكر ولا التوجه المقيد بالمشى ولا التوجه إلى خصوص الجبانة وهذا تكملة الجواب عن السؤال المقدر (قوله هو الصحيح) قال فى الظهيرية . وقال بعضهم : ليس بسنة وتعارف الناس ذلك لضيق المسجد وكثرة الزحام ، والصحيح هو الأول اه .

وفى الخلاصة والخانية السنة أن يخرج الإمام إلى الجبانة ، ويستخلف غيره ليصلى فى المصر بالضعفاء بناء على أن صلاة العيدين فى موضعين جائزة بالاتفاق وإن لم يستخلف فله ذلك اه نوح (قوله ولا بأس بإخراج منبر إليها) عزاه فى الدرر إلى الاختيار (قوله لكن فى الخلاصة الخ) ومثله فى الخانية فإنهما قالا ولا يخرج المنبر إلى الجبانة يوم العيد :

واختلف المشايخ فى بنائه فى الجبانة قيل يكره وقيل لا ، فدل كلامهما على أنه لا خلاف فى كراهة إخراجه إليها وإنما الخلاف فى بنائه فيها . ويمكن حمل الكراهة على التنزيهية وهى مرجع خلاف الأولى المفاد من كلمة لا بأس غالبا فلا مخالفة فافهم وفى الخلاصة عن خواهر زاده هذا أى بناؤه حسن فى زماننا (قوله من طريق آخر) لما رواه البخارى « أنه كان صلى الله عليه وسلم إذا كان يوم عيد خالف الطريق » ولأن فيه تكثير الشهود لأن أمكنة القربة تشهد لصاحبها شرح المنية (قوله والتختم) ظاهره ولو لغير أمير وقاض ومفت . وما فى كتاب الحظر من قصره على نحو هؤلاء محمول على الدوام ويدل له ما فى النهر عن الدراية أن من كان لا يتختم من الصحابة كان يتختم يوم العيد وهذا أولى مما فى القهستانى حيث خصه بذى سلطان . ومن المندوبات صلاة الصبح فى مسجد حيه ط (قوله لاتنكر) خبر قوله والتهنئة وإنما قال كذلك لأنه لم يحفظ فيها شىء عن أبى حنيفة وأصحابه وذكر فى القنية أنه لم ينقل عن أصحابنا كراهة وعن مالك أنه كرهها وعن الأوزاعى أنها بدعة وقال المحقق ابن أمير حاج : بل الأشبه أنها جائزة مستحبة فى الجملة ثم ساق آثارا بأسانيد صحيحة عن الصحابة فى فعل ذلك ثم قال : والمتعامل فى البلاد الشامية والمصرية عيد مبارك عليك ونحوه وقال يمكن أن يلحق بذلك فى المشروعية والاستحباب لما بينهما من التلازم فإن من قبلت طاعته فى زمان كان ذلك الزمان عليه مباركا على أنه قد ورد الدعاء بالبركة فى أمور شتى فيؤخذ منه استحباب الدعاء بها هنا أيضا اه (قوله فى طريقها) ليس التقييد به للاحتراز عن البيت أو المصلى وإنما هو لبيان المخالفة بين عيد الفطر والأضحى فإن السنة فى الأضحى التكبير فى الطريق كما سيأتى فافهم (قوله قبلها) ظرف لقوله ولا يتنفل للاحتراز عما بعدها فإن فيه تفصيلا كما صرح به بعده (قوله يتعلق بالتكبير والتنفل) المراد التعلق المعنوى أى أنه قيد لهما فمعنى الاطلاق فى التكبير : أى سواء كان سرا أو جهرا وفى التنفل سواء كان فى المصلى اتفاقا أو فى البيت فى الأصح وسواء كان ممن يصلى العيد أولا حتى أن المرأة إذا أرادت صلاة الضحى يوم العيد تصليها بعد مايصلى الإمام فى الجبانة أفاده فى البحر (قوله كذا قرره المصنف تبعا للبحر الخ) حاصل الكلام

لكن تعقبه فى النهر ورجح تقييده بالجهر. زاد فى البرهان وقالا: الجهر به سنة كالأضحى وهى رواية عنه ووجهها ظاهر قوله تعالى - ولتكملوا العدة ولتكبروا الله على ما هداكم - ووجه الأول أن رفع الصوت بالذكر بدعة فيقتصر على مورد الشرع اﻫ.

(وكذا) لايتنفل (بعدها فى مصلاها) فإنه مكروه عند العامة (وإن) تنفل بعدها (فى البيت جاز) بل

فى هذا المقام أنه قال فى الخلاصة: ولا يكبر يوم الفطر وعندهما يكبر ويخافت وهو إحدى الروايتين عنه والأصح ماذكرنا أنه لايكبر فى عيد الفطر اﻫ.

فأفاد أن الخلاف فى أصل التكبير لا فى صفته وأن الاتفاق على عدم الجهر به. ورده فى فتح القدير بأنه ليس بشىء إذ لايمنع من ذكر الله تعالى فى وقت من الأوقات بل من إيقاعه على وجه البدعة وهو الجهر لمخالفته قوله تعالى - واذكر ربك فى نفسك - فيقتصر على مورد الشرع وهو الأضحى لقوله تعالى - واذكروا الله فى أيام معدودات - ورد فى البحر على الفتح بأن صاحب الخلاصة أعلم منه بالخلاف وبأن تخصيص الذكر بوقت لم يرد به الشرع غير مشروع اﻫ:

أقول: مافى الخلاصة يشعر به كلام الخانية فإنه قال ويكبر يوم الأضحى ويجهر، ولا يكبر يوم الفطر فى قول أبى حنيفة لكن لاشك أن المحقق ابن الهمام له علم تام بالخلاف أيضا، كيف وفى غاية البيان المراد من نفى التكبير التكبير بصفة الجهر ولا خلاف فى جوازه بصفة الإخفاء اﻫ.

فأفاد أن الخلاف بين الإمام وصاحبيه فى الجهر والاخفاء لافى أصل التكبير وقد حكى الخلاف كذلك فى البدائع والسراج والمجمع ودرر البحار والملتقى والدرر والاختيار والمواهب والإمداد والإيضاح والتتارخانية والتجنيس والتبيين ومختارات النوازل والكفاية والمعراج. وعزاه فى النهاية إلى المبسوط وتحفة الفقهاء وزاد الفقهاء فهذه مشاهير كتب المذهب مصرحة بخلاف مافى الخلاصة بل حكى القهستانى عن الإمام روايتين إحداهما أنه يسر والثانية أنه يجهر كقولهما قال: وهى الصحيح على ماقال الرازى ومثله فى النهر. وقال فى الحلية: واختلف فى عيد الفطر، فعن أبى حنيفة وهو قول صاحبيه واختيار الطحاوى أنه يجهر وعنه أنه يسر وأغرب صاحب النصاب حيث قال يكبر فى العيدين سرا كما أغرب من عزا إلى أبى حنيفة أنه لا يكبر فى الفطر أصلا وزعم أنه الأصح كما هو ظاهر الخلاصة اﻫ. فقد ثبت أن مافى الخلاصة غريب مخالف للمشهور فى المذهب فافهم وفى شرح المنية الصغير ويوم الفطر لايجهر به عنده وعندهما يجهر وهو رواية عنه والخلاف فى الأفضلية أما الكراهة فمنتفية عن الطرفين اﻫ وكذا فى الكبير وأما قول الفتح إذ لايمنع عن ذكر الله تعالى الخ فهو منقول فى البدائع وغيرها عن الإمام فى بحث تكبير التشريق. هذا وقد ذكر الشيخ قاسم فى تصحيحه أن المعتمد قول الإمام (قوله لكن تعقبه فى النهر) أقول: لم يتعقبه صريحا لأنه نقل كلام البحر وأقره نعم ذكر قبله أن الخلاف فى الجهر وعدمه وعزاه إلى معراج الدراية والتجنيس وغاية البيان والزيلعى (قوله زاد فى البرهان الخ) أى زاد على مافى النهر التصريح بأنه سنة عندهما أى لامستحب وإلا فقد علمت أنه فى النهر صرح بالخلاف بين الإمام وصاحبيه لكنه لم يصرح بأنه سنة أومستحب فافهم (قوله ووجهها) أى هذه الرواية (قوله فيقتصر على مورد الشرع) وهو مافى البحر عن القنية التكبير جهرا فى غير أيام التشريق لايسن إلا بإزاء العدو أو اللصوص وقاس عليه بعضهم الحريق والمخاوف كلها اﻫ زاد القهستانى أو علا شرفا (قوله وكذا لايتنفل الخ) لما فى الكتب الستة عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أنه صلى الله عليه وسلم خرج فصلى بهم العيد لم يصل قبلها ولا بعدها، وهذا النفى بعدها محمول عليه فى المصلى لما روى

يندب تنفل بأربع وهذا للخواص أما العوام فلا يمنعون من تكبير ولا تنفل أصلا لقلة رغبتهم فى الخيرات بحر. وفى هامشه بخط ثقة وكذا صلاة رغائب وبراءة وقدر لأن علياً رضى الله عنه رأى رجلا يصلى بعد العيد فقيل أما تمنعه ياأمير المؤمنين؟فقال أخاف أن أدخل تحت الوعيد قال الله تعالى - أرأيت الذى ينهى عبداً إذا صلى (ووقتها من الارتفاع) قدر رمح فلا تصح قبله بل تكون نفلا محرما (إلى الزوال) بإسقاط الغاية (فلو زالت

ابن ماجه عن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه «كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لايصلى قبل العيدشيئا فإذارجع إلى منزله صلى ركعتين» كذا فى فتح القدير.

قال فى منح الغفار أقول: وهكذا استدل به الشراح على الكراهة. وعندى فى كونه مفيدا للمدعى نظر لأن غاية مافيه أن ابن عباس حكى أنه عليه الصلاة والسلام خرج فصلى بهم العيد ولم يصل الخ وهذا لايقتضى أن ترك ذلك كان عادة له ويمثل هذا لاتثبت الكراهة إذ لابد لها من دليل خاص كما ذكره صاحب البحر اه.

قلت: لكن ذكر العلامة نوح أفندى أن وجه الاستدلال ماذكروه فى كراهة التنفل بعد طلوع الفجر بأكثر من ركعتيه من أنه صلى الله عليه وسلم كان حريصا على الصلاة فعدم فعله يدل على الكراهة إذ لولاها لفعله مرة بيانا للجواز اه.

قلت: هذا مسلم فيما إذا تكرر منه ذلك، أما عدم الفعل مرة فلا وليس فى حديث ابن عباس المار ما يفيد التكرار فافهم (قوله بأربع) أو بركعتين والأول أفضل كما فى القهستانى (قوله وهذا) أى ما مر من المنع عن التكبير والتنفل (قوله للخواص) الظاهر أن المراد بهم الذين لايؤثر عندهم الزجر غلاء ولا كسلا حتى يفضى بهم إلى الترك أصلا ط (قوله أصلا) أى لاسرا ولا جهرا فى التكبير ولا قبل الصلاة بمسجد أو بيت أو بعدها بمسجد فى التنفل ط.

أقول: وظاهر كلام البحر أنه زاد التنفل بحثا منه واستشهد له بما فى التجنيس عن الحلوانى أن كسالى العوام إذا صلوا الفجر عند طلوع الشمس لا يمنعون لأنهم إذا منعوا تركوها أصلا وأداؤها مع تجويز أهل الحديث لها أولى من تركها أصلا (قوله وفى هامشه الخ) تقدم الكلام على هذه الصلاة فى باب النوافل وأن المراد ببراءة ليلة النصف من شعبان وليلة القدر السابع والعشرين من رمضان. ثم إن مانقله قال الرحمتى هو من الحواشى الموحشة ويمنع التوثق بذلك الخط إجماعهم على حرمة العمل بالحديث الموضوع وقد نصوا على وضع حديث هذه الصلوات والفقه لا ينقل من الهوامش المجهولة سيما ماكان فساده ظاهرا، وقوله لأن عليا الخ تعليل لما فى البحر وظاهر هذا الأثر تقرر الكراهة عندهم فى المصلى وأنها تنزيهية وإلا لما أقره إذ لا يجوز الاقرار على المنكر اه ولا يرد ما مر من عدم منعهم عن صلاة الفجر عند طلوع الشمس لأن ذلك لخوف تركها أصلا فيقع التارك فى محظور أعظم والله أعلم (قوله من الارتفاع) المراد به أن تبيض زيلعى (قوله قدر رمح) هو اثنا عشر شبرا والمراد به وقت حل النافلة فلا مباينة بينهما خلافا لما فى القهستانى ط.

[تنبيه] يندب تعجيل الأضحى لتعجيل الأضاحي وتأخير الفطر ليؤدى الفطرة كما فى البحر (قوله بل تكون نفلا محرما) لأنها قبل دخول وقتها لم تصر واجبة كما لو صلى ظهر اليوم عند طلوع الشمس فلا ينافى ما تقدم فى أوقات الصلاة من أنه فى وقت الطلوع والاستواء والغروب لا ينعقد شىء من الفرائض والواجبات الفائتة سوى عصر يومه حتى لوشرع فيها بفريضة لم يكن داخلا فى الصلاة أصلا فلا تنتقض طهارته بالقهقهة بخلاف مالوشرع فى التطوع فافهم (قوله بإسقاط الغاية) أى مثل -وأتموا الصيام إلى الليل- قال القهستانى فالزوال ليس وقتا لها لأن

الشمس وهو فى أثنائها فسدت) كما فى الجمعة كذا فى السراج وقدمناه فى الاثنى عشرية (ويصلى الإمام بهم ركعتين مثنيا قبل الزوائد وهى ثلاث تكبيرات فى كل ركعة) ولو زاد تابعه

الصلاة الواجبة لا تنعقد عند قيامه اه قال ط : وهذا يرشد إلى أن المراد بالزوال الاستواء وأطلق عليه للمجاورة (قوله فسدت) أى فسد الوصف وانقلبت نفلا اتفاقا إن كان الزوال قبل القعود قدر التشهد وعلى قول الإمام إن كان بعده ط .

قلت : وهذا ذكره الشارح بحثا عند ذكر المسائل الاثنى عشرية وقال ولم أره (قوله كما فى الجمعة) أى إذا دخل وقت العصر فيها ط (قوله وقدمناه) أى فى باب الاستخلاف (قوله ويصلى الإمام بهم الخ) ويكفى فى جماعتها واحد كما فى النهر ط (قوله مثنيا قبل الزوائد) أى قارئا الامام وكذا المؤتم الثناء قبلها فى ظاهر الرواية لأنه شرع فى أول الصلاة إمداد؛ وسميت زوائد لزيادتها على تكبيرة الإحرام والركوع وأشار إلى أن التعوذ يأتى به الامام بعدها لأنه سنة القراءة (قوله وهى ثلاث تكبيرات) هذا مذهب ابن مسعود وكثير من الصحابة، ورواية عن ابن عباس وبه أخذ أئمتنا الثلاثة وروى عن ابن عباس أنه يكبر فى الأولى سبعا وفى الثانية ستا وفى رواية : خمسا منها ثلاثة أصلية وهى تكبيرة الافتتاح وتكبيرتا الركوع والباقى زوائد فى الأولى خمس وفى الثانية خمس أو أربع ويبدأ بالتكبير فى كل ركعة قال فى الهداية : وعليه عمل العامة اليوم لأمر الخلفاء من بنى العباس به والمذهب الأول اه .

مطلب تجب طاعة الإمام فيما ليس بمعصية

قال فى الظهيرية : وهو تأويل ما روى عن أبى يوسف ومحمد فإنهما فعلا ذلك لأن هارون أمرهما أن يكبرا بتكبير جده ففعلا ذلك امتثالا له لا مذهبا واعتقادا قال فى المعراج لأن طاعة الإمام فيما ليس بمعصية واجبة اه ومنهم من جزم بأن ذلك رواية عنهما بل فى المجتبى وعن أبى يوسف أنه رجع إلى هذا ثم ذكر غير واحد من المشايخ أن المختار العمل برواية الزيادة أى زيادة تكبيرة فى عيد الفطر ، وبرواية النقصان فى عيد الأضحى عملا بالروايتين وتخفيفا فى الأضحى لاشتغال الناس بالأضاحى. وقيل : تعجيلا لحق الفقراء فيها بقدر تكبيرة وتمامه فى الحلية وحمل الشافعى جميع التكبيرات المروية عن ابن عباس على الزوائد ، وهذا خلاف ما حملناه عليه والمذهب عندنا قول ابن مسعود ، وما ذكروا من عمل العامة بقول ابن عباس لأمر أولاده من الخلفاء به كان فى زمنهم أما فى زماننا فقد زال فالعمل الآن بما هو المذهب عندنا كذا فى شرح المنية وذكر فى البحر أن الخلاف فى الأولوية ونحوه فى الحلية .

مطلب أمر الخليفة لا يبقى بعد موته

[تنبيه] يؤخذ من قول شرح المنية كان فى زمنهم الخ أن أمر الخليفة لا يبقى بعد موته أو عزله كما صرح به فى الفتاوى الخيرية وبنى عليه أنه لو نهى عن سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة لا يبقى نهيه بعد موته والله أعلم (قوله ولو زاد تابعه الخ) لأنه تبع لإمامه فتجب عليه متابعته وترك رأيه برأى الإمام لقوله عليه الصلاة والسلام « إنما جعل الإمام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه » فالم يظهر خطؤه بيقين كان اتباعه واجبا ولا يظهر الخطأ فى المجتهدات فأما إذا خرج عن أقوال الصحابة فقد ظهر خطؤه بيقين فلا يلزمه اتباعه ولهذا لو اقتدى بمن يرفع يديه عند الركوع أو بمن يقنت فى الفجر أو بمن يرى تكبيرات الجنازة خمسا لا يتابعه لظهور خطئه بيقين لأن ذلك كله منسوخ بدائع .

إلى ستة عشر لأنه مأثور ، لا أن يسمع من المكبرين فيأتى بالكل (ويوالى) ندبا (بين القراءتين) ويقرأ كالجمعة (ولو أدرك) المؤتم (الإمام فى القيام)

أقول : يؤخذ منه أن الحنفى إذا اقتدى بشافعى فى صلاة الجنازة يرفع يديه لأنه مجتهد فيه فهو غير منسوخ لأنه قد قال به أئمة بلخ من الحنفية وسيأتى تمامه فى الجنائز وقدمناه فى أواخر بحث واجبات الصلاة (قوله إلى ستة عشر) كذا فى البحر عن المحيط . وفى الفتح قيل : يتابعه إلى ثلاث عشرة وقيل إلى ست عشرة اه .

قلت : ولعل وجه القول الثانى حمل الثلاث عشرة المروية عن ابن عباس على الزوائد كما مر عن الشافعى وهى مع الثلاث الأصلية تصير ست عشرة وإلا لم أر من قال بأن الزوائد ست عشرة فليراجع ، وقد راجعت مجمع الآثار للإمام الطحاوى فلم أر فيما ذكره من الأحاديث والآثار عن الصحابة والتابعين أكثر مما مر عن ابن عباس فهذا يؤيد القول الأول ولذا قدمه فى الفتح ونسبه فى البدائع إلى عامة المشايخ على أن ضم الثلاث الأصلية إلى الزوائد بعيد جدا لأن القراءة فاصلة بينهما فتأمل (قوله فيأتى بالكل) قال فى البحر نقلا عن المحيط فإن زاد لا يلزمه متابعته لأنه مخطئ بيقين ، ولو سمع التكبيرات من المكبرين يأتى بالكل احتياطا وإن كثر لاحتمال الغلط من المكبرين ، ولذا قيل ينوى بكل تكبيرة الافتتاح لاحتمال التقدم على الإمام فى كل تكبيرة اه .

قلت : والظاهر أنه عبر عنه بقيل لضعفه ولذا لم يذكره الشارح فإنه يقتضى أن من لم يسمع من الإمام ينوى الافتتاح بالثلاث أيضا وإن لم يزد عليها ، فإن احتمال الغلط والتقدم موجود فى الكل لا فى خصوص الزائد على المأثور فى الركعة الأولى فتأمل وسيأتى فى صلاة الجنازة أنه ينوى فيها الافتتاح بكل تكبيرة أيضا ويأتى تمام البحث فيه (قوله ويوالى ندبا بين القراءتين) أى بأن يكبر فى الركعة الثانية بعد القراءة لتكون قراءتها تالية لقراءة الركعة الأولى ، أما لو كبر فى الثانية قبل القراءة أيضا كما يقول ابن عباس يكون التكبير فاصلا بين القراءتين . وأشار بقوله : ندبا إلى أنه لو كبر فى أول كل ركعة جاز لأن الخلاف فى الأولوية كما مر عن البحر . هذا ، وأما ما فى المحيط من التعليل للموالاة بأن التكبيرات من الشعائر ولهذا وجب الجهر بها فوجب ضم الزوائد فى الأولى إلى تكبيرة الافتتاح لسبقها على تكبيرة الركوع وإلى تكبيرة الركوع فى الثانية لأنها الأصل فقد قال فى البحر الظاهر أن المراد بالوجوب الثبوت لا المصطلح عليه لأن الموالاة مستحبة اه وكذا قوله وجب الجهر بها : أى ثبت فى بعض المواضع كما فى الأذان والتكبير فى طريق المصلى وتكبير التشريق ، وأما الجهر فى تكبيرات الزوائد فالظاهر استحبابه للإمام فقط للإعلام فتأمل لكن فى البحر عن المحيط إن بدأ الإمام بالقراءة سهوا فتذكر بعد الفاتحة والسورة يمضى فى صلاته وإن لم يقرأ إلا الفاتحة كبر وأعاد القراءة لزوما لأن القراءة إذا لم تتم كان امتناعا من الإتمام لا رفضا للفرض اه ونحوه فى الفتح وغيره وظاهره أن تقديم الكبير على القراءة واجب وإلا لم ترفض الفاتحة لأجله يؤيده ما قدمناه فى باب صفة الصلاة من أنه إن كبر وبدأ بالقراءة ونسى الثناء والتعوذ والتسمية لا يعيد لفوت محلها . وقد يجاب بأن العود إلى التكبير قبل إتمام القراءة ليس لأجل المستحب الذى هو الموالاة بل لأجل استدراك الواجب الذى هو التكبير لأنه لم يشرع فى الركعة الأولى بعد القراءة بدليل أنه لو تذكره بعد قراءة السورة يتركه فكان مثل ما لو نسى الفاتحة وشرع فى السورة ثم تذكر يترك السورة ويقرأ الفاتحة لوجوبها بخلاف الثناء والتعوذ والتسمية والله أعلم (قوله ويقرأ كالجمعة) أى كالقراءة فى صلاة الجمعة ، لما روى أبو حنيفة ، أنه صلى الله عليه وسلم كان يقرأ فى العيدين ويوم الجمعة الأعلى والغاشية ، كما فى الفتح . وقال فى البدائع فإن تبرك بالاقتداء به صلى الله عليه وسلم فى قراءتهما فى أغلب الأوقات فحسن لكن يكره أن يتخذهما حتما لا يقرأ فيهما غيرهما لما ذكرنا فى الجمعة اه ويجهر بالقراءة كما ذكره فى فصل القراءة وصرح به فى البحر هنا (قوله فى القيام) أى الذى قبل

بعد ما كبر (كبر) فى الحال برأى نفسه لأنه مسبوق، ولو سبق بركعة يقرأ ثم يكبر لئلا يتوالى التكبير (فلو لم يكبر حتى ركع الإمام قبل أن يكبر) المؤتم (لايكبر) فى القيام (و) لكن (يركع ويكبر فى الركوع) على الصحيح لأن للركوع حكم القيام فالإتيان بالواجب أولى من المسنون (كما لو ركع الإمام قبل أن يكبر فإن الإمام يكبر فى الركوع ولا يعود إلى القيام ليكبر) فى ظاهر الرواية فلو عاد ينبغى الفساد (ويرفع يديه فى الزوائد) وإن لم ير إمامه

الركوع ، أما لو أدركه راكعا فإن غلب على ظنه إدراكه فى الركوع كبر قائما برأى نفسه ثم ركع وإلا ركع وكبر فى ركوعه خلافا لأبى يوسف ولا يرفع يديه لأن الوضع على الركبتين سنة فى محله والرفع لا فى محله وإن رفع الإمام رأسه سقط عنه ما بقى من التكبير لئلا تفوته المتابعة ولو أدركه فى قيام الركوع لا يقضيها فيه لأنه يقضى الركعة مع تكبيراتها فتح وبدائع (قوله كبر فى الحال) أى وإن كان الإمام قد شرع فى القراءة كما فى الحلية (قوله برأى نفسه الخ) أى ولو كان إمامه شافعيا كبر سبعا فإنه يكبر ثلاثا بخلاف مامر من أنه يتابعه فى المأثور لأنه فى المدرك (قوله لأنه مسبوق) أى وهو منفرد فيما يقضى والذكر الفائت يقضى قبل فراغ الإمام بخلاف الفعل فتح .

قلت : فعلى هذا إذا أدرك مع الإمام مالا ينقص عن رأى نفسه ينبغى أن لايقضى بعده شيئا فتنبه له اهـ حلية (قوله يقرأ ثم يكبر) أى إذا قام إلى قضائها، أما الركعة التى أدركها مع الإمام فينبغى أن يجرى فيها التفصيل المار من إدراكه كل التكبير أو بعضه أولا ولا كما أفاده فى الحلية (قوله لئلا يتوالى التكبير) أى لأنه إذا كبر قبل القراءة وقد كبر مع الإمام بعد القراءة لزم توالى التكبيرات فى الركعتين قال فى البحر ولم يقل به أحد من الصحابة ولو بدأ بالقراءة يصير فعله موافقا لقول على رضى الله عنه فكان أولى كذا فى المحيط وهو مخصص لقولهم إن المسبوق يقضى أول صلاته فى حق الأذكار اهـ .

[تنبيه] قد علمت أن المسبوق يكبر برأى نفسه أما اللاحق فإنه يكبر على رأى إمامه لأنه خلف الإمام حكما بحر عن السراج (قوله فلو لم يكبر الخ) مرتبط بقوله ولو أدرك الإمام فى القيام (قوله قبل أن يكبر المؤتم) يغنى عنه ما قبله فالأولى حذفه (قوله ويكبر فى الركوع على الصحيح) كذا قاله المصنف فى منحه ويخالفه قول البحر ولو أدركه فى القيام فلم يكبر حتى ركع لا يكبر فى الركوع على الصحيح اهـ ومثله فى النهر وذكر فى الحلية قيل يكبر فى الركوع وقيل لا وقواه فى المحيط اهـ قال ط : كأنه لأن التقصير جاء من جهته (قوله فالإتيان بالواجب) وهو التكبير أولى من المسنون وهو التسبيح وقد علمت مافيه ط وفسر الرحمتى الواجب بالمتابعة والمسنون بالاتيان بالتكبير فى محض القيام : أى لأن التكبير يكفى إيقاعه فى الركوع لكن كونه فى محض القيام سنة تأمل (قوله فى ظاهر الرواية) تبع فيه المصنف فى المنح. والذى فى البحر والحلية أن ظاهر الرواية أنه لايكبر فى الركوع ولا يعود إلى القيام زاد فى الحلية وعلى ما ذكره الكرخى ومشى عليه فى البدائع وهو رواية النوادر يعود إلى القيام ويكبر ويعيد الركوع دون القراءة اهـ وهذه الرواية أيضا تخالف ما فى المتن .

نعم صرح بمثله فى البحر والحلية والفتح والذخيرة فى باب الوتر والنوافل وذكروا الفرق بين التكبير حيث يرفض الركوع لأجله وبين القنوت بكون تكبير العيد مجمعا عليه دون قنوت الوتر ، وذكر مثله فى البدائع هناك مخالفا لما ذكره فى هذا الباب ولكن حيث ثبت ظاهر الرواية لا يعدل عنه وعلى ما فى المتن، فالفرق بين التكبير وبين القنوت حيث لا يأتى به فى الركوع أنه لم يشرع إلا فى محل القيام بخلاف التكبير (قوله فلو عاد ينبغى الفساد) تبع فيه صاحب النهر وقد علمت أن العود رواية النوادر على أنه يقال عليه ما قاله ابن الهمام فى ترجيح القول بعدم الفساد فيما لو عاد إلى القعود الأول بعد ما استتم قائما بأن فيه رفض الفرض لأجل الواجب وهو وإن لم يحل فهو بالصحة لا يخل (قوله ويرفع يديه) أى ماسا بإبهاميه شحمتى أذنيه ط (قوله فى الزوائد) قيد به للاحتراز عن

ذلك (إلا إذا كبر راكعا) كما مر فلا يرفع يديه على المختار لأن أخذ الركبتين سنة فى محله (وليس بين تكبيراته ذكر مسنون) ولذا يرسل يديه (ويسكت بين كل تكبيرتين مقدار ثلاث تسبيحات) هذا يختلف بكثرة الزحام وقلته (ويخطب بعدها خطبتين) وهما سنة (فلو خطب قبلها صح وأساء) لترك السنة ، وما يسن فى الجمعة ويكره يسن فيها ويكره (و) الخطب ثمان بل عشر (يبدأ بالتحميد فى) ثلاث (خطبة) جمعة (واستسقاء ونكاح) وينبغى أن تكون خطبة الكسوف وختم القرآن كذلك ولم أره (ويبدأ بالتكبير فى) خمس (خطبة العيدين) وثلاث خطب الحج إلا أن التى بمكة وعرفة يبدأ فيها بالتكبير ثم بالتلبية ثم بالخطبة كذا فى خزانة أبى الليث (ويستحب أن يستفتح الأولى بتسع تكبيرات تترى) أى متتابعات (والثانية بسبع) هو السنة (و) أن (يكبر قبل نزوله من المنبر أربع عشرة) وإذا صعد عليه لايجلس عندنا معراج (و) أن (يعلم الناس فيها أحكام) صدقة (الفطر) ليؤديها من لم يؤدها وينبغى تعليمهم فى الجمعة التى قبلها ليخرجوها فى محلها ولم أره وهكذا كل حكم احتيج إليه ، لأن الخطبة شرعت للتعليم (ولا يصليها وحده إن فاتت مع الإمام) ولو بالإفساد اتفاقا فى الأصح كما فى تيمم البحر ، وفيها

تكبير الركوع الثانى فإنه ألحق بها حتى قلنا بوجوبه أيضا مع أنه لارفع فيه نهر وما وقع فى البحر من التعبير بتكبيرتى الركوع بالتثنية اعترضه فى الشرنبلالية بأن الكمال صرح فى باب سجود السهو بأنه لايجب بترك تكبيرات الانتقال إلا فى تكبيرة ركوع الركعة الثانية من العيد اه (قوله ذلك) أى الرفع (قوله سنة فى محله) أى والرفع سنة فى غير محله وذو المحل أولى ط (قوله ولذا يرسل يديه) أى فى أثناء التكبيرات ويضعهما بعد الثالثة كما فى شرح المنية لأن الوضع سنة قيام طويل فيه ذكر مسنون (قوله هذا يختلف الخ) أشار إلى ما فى البحر عن المبسوط من أن هذا التقدير ليس بلازم بل يختلف بكثرة الزحام وقلته لأن المقصود إزالة الاشتباه (قوله فلو خطب قبلها الخ) وكذا لو لم يخطب أصلا كما قدمناه عن البحر (قوله يسن فيها ويكره) أى إلا التكبير وعدم الجلوس قبل الشروع فيها فإنهما سنة هنا لا فى خطبة الجمعة (قوله بل عشر) أى بناء على القول بأن للكسوف خطبة عندنا وعلى قولهما بأن للاستسقاء خطبة كما سيأتى (قوله واستسقاء) أى بناء على قولهما من أن له خطبة (قوله إلا أن التى بمكة وعرفة الخ) وأما التى بمنى حادى عشر ذى الحجة فليس فيها تلبية لأن التلبية تنقطع بأول رمى ط (قوله ويستحب الخ) ذكر ذلك فى المعراج عن مجمع النوازل وقال فى الخانية إنه ليس للتكبير عدد فى ظاهر الرواية لكن ينبغى أن لا يكون أكثر الخطبة التكبير ويكبر فى الأضحى أكثر من الفطر اه .

قلت : وإطلاق العدد فى ظاهر الرواية لا ينافى تقييده بما ورد فى السنة وقال به الشافعى رحمه الله تعالى (قوله لا يجلس عندنا) لأن الجلوس لانتظار فراغ المؤذن من الأذان والأذان غير مشروع فى العيد فلاحاجة إلى الجلوس معراج (قوله ولم أره) البحث لصاحب البحر وقال بعده والعلم أمانة فى عنق العلماء اه ويؤيده ما سيذكره الشارح فى أول باب صدقة الفطر عن الشمنى « أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يخطب قبل الفطر بيومين يأمر بإخراجها » (قوله وهكذا الخ) هو من تتمة كلام البحر حيث قال ويستفاد من كلامهم أن الخطيب إذا رأى حاجة إلى معرفة بعض الأحكام فإنه يعلمهم إياها فى خطبة الجمعة خصوصا وفى زماننا لكثرة الجهل وقلة العلم فينبغى أن يعلمهم فيها أحكام الصلاة كما لا يخفى اه (قوله مع الإمام) متعلق بمحذوف حال من ضمير فاتت لا بفاتت لأن المعنى أن الإمام أداها وفاتت المقتدى لأنها لو فاتت الإمام والمقتدى تقضى كما يأتى أفاده فى معراج الدراية (قوله ولو بالإفساد) أى بعد أن دخل فيها مع الإمام وفرغ منها الإمام (قوله فى الأصح) مقابله ماحكاه فى البحر هنا عن أبى يوسف أنه إذا أفسدها بعد الشروع تقضى ، لأن الشروع كالنذر فى الإيجاب (قوله وفيها)

يلغز : أى رجل أفسد صلاة واجبة عليه ولاقضاء؟ (و) لو أمكنه الذهاب إلى إمام آخر فعل لأنها (تؤدى بمصر واحد (بمواضع) كثيرة (اتفاقا) فإن عجز صلى أربعا كالضحى (وتؤخر بعذر) كمطر (إلى الزوال من الغد فقط) فوقتها من الثانى كالأول وتكون قضاء لاأداء كما سيجىء فى الأضحية وحكى القهستانى قولين (وأحكامها أحكام الأضحى لكن هنا يجوز تأخيرها إلى آخر ثالث أيام النحر بلا عذر مع الكراهة وبه) أى بالعذر (بدونها) فالعذر هنا لنفى الكراهة وفى الفطر للصحة (ويكبر جهرا) اتفاقا (فى الطريق) قيل وفى المصلى وعليه عمل الناس اليوم لافى البيت (ويندب تأخير أكله عنها) وإن لم يضح فى الأصح ،

أى فى صورة الإفساد وقوله : واجبة زيادة فى الالغاز لا للاحتراز عن النفل فإنه يجب قضاؤه بالأفساد ط (قوله اتفاقا) والخلاف إنما هو فى الجمعة بحر (قوله صلى أربعا كالضحى) أى استحبابا كما فى القهستانى وليس هذا قضاء لأنه ليس على كيفيتها ط .

قلت : وهى صلاة الضحى كما فى الحلية عن الخانية فقوله تبعا للبدائع كالضحى معناه أنه لا يكبر فيها للزوائد مثل العيد تأمل (قوله بعذر كمطر) دخل فيه ما إذا لم يخرج الإمام وما إذا غم الهلال فشهدوا به بعد الزوال أو قبله ، بحيث لا يمكن جمع الناس أو صلاها فى يوم غيم ، وظهر أنها وقعت بعد الزوال كمافى الدرر وشرحه للشيخ إسمعيل وفيه عن الحجة : إمام صلى العيد على غير وضوء ثم علم بذلك قبل أن يتفرق الناس توضأ ويعيدون وإن تفرق الناس لم يعد بهم وجازت صلاتهم صيانة للمسلمين وأعمالهم (قوله فقط) راجع إلى قوله : بعذر فلا تؤخر من غير عذر وإلى قوله إلى الزوال فلاتصح بعده وإلى قوله من الغد فلا تصح فيمابعد غد ولو بعذر كمافى البحر ط (قوله وحكى القهستانى قولين) ثم قال ولعله مبنى على اختلاف الروايتين ويؤيده مافى زكاة النظم أن لصلاته يوما واحدا فى الأصول ويومين فى مختصر الكرخى اهـ :

[تنبيه] ذكر فى المجتبى عن الطحاوى أن ماذكره المصنف قول أبى يوسف ، وأن أبا حنيفة قال إن فاتت فى اليوم الأول لم تقض لكن لم يذكر فى الكتب المعتبرة اختلاف فى هذا كما فى البحر (قوله لكن هنا) أى فى الأضحى (قوله يجوز تأخيرها الخ) وتكون فيما بعد اليوم الأول قضاء أيضا كما فى أضحية البدائع والزيلعى (قوله بلا عذر مع الكراهة) أثبت فى المجتبى والجوهرة والبزازية وغيرها الإساءة بالتأخير لغير عذر وبه يعلم أنها كراهة تحريم تأمل رملى .

قلت : إطلاق الكراهة تبعا للبحر والدرر يفيد التحريم ، وأما الإساءة فقدمنا فى سنن الصلاة الخلاف فى أنها دون الكراهة أو أفحش ، ووفقنا بينهما بأنها دون التحريمية وأفحش من التنزيهية (قوله اتفاقا) أما فى الفطر فقد علمت مافيه من الخلاف فى أصل التكبير أو فى صفته وهى الجهر (قوله قيل وفى المصلى) قال فى المحيط : وفى رواية لايقطعه مالم يفتتح الإمام الصلاة لأنه وقت التكبير فيكبر عقب الصلاة جهرا اهـ ، وجزم فى البدائع بالأولى وعمل الناس فى المساجد على الرواية الثانية بحر (قوله لافى البيت) أى لايسن وإلا فهو ذكر مشروع (قوله ويندب تأخير أكله عنها) أى يندب الإمساك عما يفطر الصائم من صبحه إلى أن يصلى فإن الأخبار عن الصحابة تواترت فى منع الصبيان عن الأكل والأطفال عن الرضاع غداة الأضحى قهستانى عن الزاهدى ط (قوله وإن لم يضح) شمل المصرى والقروى وقيده فى غاية البيان بالمصرى وذكر أن القروى يذوق من الصبح لأن الأضاحى تذبح فى القرى من الصباح بحر (قوله فى الأصح) وقيل لايستحب التأخير فى حق من لم يضح بحر .

ولوأكل لم يكره أي تحريما (ويعلم الأضحية وتكبير التشريق) فى الخطبة (ووقوف الناس يوم عرفة فى غيرها تشبيها بالواقفين ليس بشىء) هو نكرة فى موضع النفى فتعم أنواع العبادة من فرض وواجب ومستحب فيفيد الإباحة ، وقيل يستحب ذلك كذا فى مسكين :

وقال الباقانى : لو اجتمعوا لشرف ذلك اليوم ولسماع الوعظ بلا وقوف وكشف رأس جاز بلا كراهة اتفاقا (ويجب تكبير التشريق) فى الأصح

مطلب لايلزم من ترك المستحب ثبوت الكراهة إذ لا بد لها من دليل خاص

(قوله لم يكره) قال فى البحر : وهو مستحب ولا يلزم من ترك المستحب ثبوت الكراهة ، إذ لا بد لها من دليل خاص اهـ (قوله أى تحريما) تبع فيه صاحب النهر وأشار به إلى ثبوت كراهة التنزيه وفيه نظر لما علمت من كلام البحر ولقول البدائع إن شاء ذاق وإن شاء لم يذق والأدب أن لايذوق شيئا إلى وقت الفراغ من الصلاة حتى يكون تناوله من القرابين اهـ (قوله فى الخطبة) متعلق بيعلم وينبغى تعليم تكبير التشريق فى الجمعة التى قبل عيد الأضحى لأن ابتداءه يوم عرفة كما بحثه فى البحر (قوله يوم عرفة) الإضافة بيانية لأن عرفة اسم اليوم وعرفات اسم المكان شرنبلالية (قوله فى غيرها) أى غير عرفة ، وأراد بها المكان تجوزا والمراد كما فى شرح المنية اجتماعهم عشية يوم عرفة فى الجوامع أو فى مكان خارج البلد يتشبهون بأهل عرفة اهـ (قوله وقيل يستحب) لعله المراد من قول النهاية . وعن أبى يوسف ومحمد فى غير رواية الأصول أنه لايكره لما روى أن ابن عباس فعل ذلك بالبصرة اهـ .

قال فى الفتح : وهذا يفيد أن مقابله من رواية الأصول الكراهة ثم قال : وهو الأولى حسما لمفسدة اعتقادية تتوقع من العوام ونفس الوقوف وكشف الرءوس يستلزم التشبه وإن لم يقصد، فالحق أنه إن عرض للوقوف فى ذلك اليوم سبب يوجبه كالاستسقاء مثلا لايكره ، أما قصد ذلك اليوم بالخروج فيه فهو معنى التشبه إذا تأملت . وفى جامع التمرتاشى لو اجتمعوا لشرف ذلك اليوم جاز يحمل عليه بلا وقوف وكشف اهـ :

والحاصل أن الصحيح الكراهة كما فى الدرر بل فى البحر أن ظاهر مافى غاية البيان أنها تحريمية وفى النهر أن عباراتهم ناطقة بترجيح الكراهة وشذوذ غيره (قوله وقال الباقانى الخ) مأخوذ من آخر عبارة الفتح المتقدمة والحاصل أن المكروه هو الخروج مع الوقوف وكشف الرؤوس بلا سبب موجب كاستسقاء أما مجرد الاجتماع فيه على طاعة بدون ذلك فلا يكره :

مطلب فى تكبير التشريق

(قوله ويجب تكبير التشريق) نقل فى الصحاح وغيره أن التشريق تقديد اللحم وبه سميت الأيام الثلاثة بعد يوم النحر . ونقل الخليل بن أحمد والنضر بن شميل عن أهل اللغة أنه التكبير فكان مشتركا بينهما والمراد هنا الثانى والإضافة فيه بيانية أى التكبير الذى هو التشريق . وبه اندفع ماقيل إن الإضافة على قولهما لأنه لاتكبير فى أيام التشريق عنده وتمامه فى الأحكام للشيخ إسمعيل والبحر (قوله فى الأصح) وقيل سنة وصحح أيضا لكن فى الفتح أن الأكثر على الوجوب وحرر فى البحر أنه لاخلاف لأن السنة المؤكدة والواجب متساويان رتبة فى استحقاق الإثم بالترك .

للأمر به (مرة) وإن زاد عليها يكون فضلا قاله العينى . صفته (الله أكبر الله أكبر لاإله إلا الله والله أكبر الله أكبر ولله الحمد) هو المأثور عن الخليل . والمختار أن الذبيح إسمعيل :

مطلب يطلق اسم السنة على الواجب

قلت : وفيه نظر لما قدمناه عنه فى بحث سنن الصلاة أن الإثم فى ترك السنة أخف منه فى ترك الواجب وحررنا هناك أن المراد من ترك السنة الترك بلا عذر على سبيل الإصرار كما فى شرح التحرير فلا إثم فى تركها مرة ، وهذا مخالف للواجب فالأحسن مافى البدائع من قوله الصحيح أنه واجب ، وقد سماه الكرخى سنة ثم فسره بالواجب فقال تكبير التشريق سنة ماضية نقلها أهل العلم وأجمعوا على العمل بها ، وإطلاق اسم السنة على الواجب جائز لأن السنة عبارة عن الطريقة المرضية أو السيرة الحسنة وكل واجب هذا صفته اه .

قلت : ومنه إطلاق كثير على القعود الأول أنه سنة (قوله للأمر به) أى فى قوله تعالى — واذكروا الله فى أيام معدودات — وقوله تعالى — ويذكروا اسم الله فى أيام معلومات — على القول بأن كليهما أيام التشريق ، وقيل المعدودات أيام التشريق والمعلومات أيام عشر ذى الحجة وتمامه فى البحر (قوله وإن زاد الخ) أفاد أن قوله مرة بيان للواجب ، لكن ذكر أبو السعود أن الحموى نقل عن القراحصارى أن الإتيان به مرتين خلاف السنة اه :

قلت : وفى الأحكام عن البرجندى ثم المشهور من قول علمائنا أنه يكبر مرة وقيل : ثلاث مرات (قوله صفته الخ) فهو تهليلة بين أربع تكبيرات ثم تحميدة والجهر به واجب وقيل سنة قهستانى (قوله هو المأثور عن الخليل) وأصله أن جبريل عليه السلام لما جاء بالفداء خاف العجلة على إبراهيم فقال الله أكبر الله أكبر ، فلما رآه إبراهيم عليه الصلاة والسلام قال : لاإله إلا الله والله أكبر فلما علم إسمعيل الفداء قال : الله أكبر ولله الحمد كذا ذكره الفقهاء ولم يثبت عند المحدثين كما فى الفتح بحر أى هذه القصة لم تثبت أما التكبير على الصفة المذكورة فقد رواه ابن أبى شيبة بسند جيد عن ابن مسعود أنه كان يقوله ثم عمم عن الصحابة وتمامه فى الفتح ، ثم قال فظهر أن جعل التكبيرات ثلاثا فى الأول كما يقوله الشافعى لاثبت له :

مطلب المختار أن الذبيح إسمعيل

(قوله والمختار أن الذبيح إسمعيل) وفى أول الحلية أنه أظهر القولين اه :

قلت : وبه قال أحمد ورجحه غالب المحدثين وقال أبو حاتم إنه الصحيح والبيضاوى إنه الأظهر . وفى الهدى أنه الصواب عند علماء الصحابة والتابعين فمن بعدهم والقول بأنه إسحاق مردود بأكثر من عشرين وجها .

نعم ذهب إليه جماعة من الصحابة والتابعين ونسبه القرطبى إلى الأكثرين واختاره الطبرى وجزم به فى الشفاء وتمامه فى شرح الجامع الصغير للعلقمى عند حديث الذبيح إسحاق . قال فى البحر والحنفية مائلون إلى الأول ورجحه الإمام أبو الليث السمرقندى فى البستان بأنه أشبه بالكتاب والسنة .

فأما الكتاب فقوله — وفديناه بذبح عظيم — ثم قال بعد قصة الذبيح — وبشرناه بإسحاق — الآية . وأما الخبر فما روى عنه عليه الصلاة والسلام « أنا ابن الذبيحين » يعنى أباه عبد الله وإسمعيل ، واتفقت الأمة أنه كان من ولد إسمعيل وقال أهل التوراة مكتوب فى التوراة أنه كان إسحاق فإن صح ذلك فيها آمنا به اه ونقل ح عن الخفاجى فى شرح الشفاء أن الأحسن الاستدلال(١) بقوله تعالى — ومن وراء إسحاق يعقوب — فإنه مع إخبار الله تعالى أباه

---

(١) (قوله إن الأحسن الاستدلال الخ) قال شيخنا لا يتم الاستدلال بهذه الآية إلا إذا ثبت تقدم البشارة على الامتحان وهو الواقع اه

وفى القاموس أنه الأصح قال ومعناه مطيع الله (عقب كل فرض) عينى بلا فصل يمنع البناء (أدى بجماعة) أو قضى فيها منها من عامه لقيام وقته كالأضحية (مستحبة) خرج جماعة النساء والغزاة لا العبيد فى الأصح جوهرة، أوله (من فجر عرفة) وآخره (إلى عصر العيد) بإدخال الغاية فهى ثمان صلوات ووجوبه (على إمام مقيم) بمصر (و) على مقتد (مسافر أو قروى أو امرأة) بالتبعية لكن المرأة تخافت ويجب على مقيم اقتدى بمسافر (وقالا بوجوبه

بإتيان يعقوب من صلب إسحاق لايتم ابتلاؤه بذبحه لعدم فائدته حينئذ اه أى لأنه أمر بذبحه صغيرا ، فلا يمكن أن يكون الأمر بعد خروج يعقوب من صلبه فافهم (قوله ومعناه) أى فى العربية (قوله عقب كل فرض عينى) شمل الجمعة . وخرج به الواجب كالوتر والعيدين والنفل . وعند البلخيين يكبرون عقب صلاة العيد لأدائها بجماعة كالجمعة وعليه توارث المسلمين فوجب اتباعه كما يأتى ، وخرج بالعينى الجنازة فلا يكبر عقبها أفاده فى البحر (قوله بلا فصل يمنع البناء) فلو خرج من المسجد أو تكلم عامدا أو ساهياً أو أحدث عامدا سقط عنه التكبير وفى استدبار القبلة روايتان . ولو أحدث ناسيا بعد السلام الأصح أنه يكبر ولايخرج للطهارة فتح (قوله أدى بجماعة) خرج القضاء فى بعض الصور كما يأتى والانفراد ، وفيـــه خلافهما كما يأتى (قوله أو قضى فيها الخ) الفعل مبنى للمجهول معطوف على أدى ، والمسألة رباعية فائتة غير العيد قضاها فى أيام العيد فائتة أيام العيد قضاها فى غير أيام العيد فائتة أيام العيد قضاها فى أيام العيد من عام آخر فائتة أيام العيد قضاها فى أيام العيد من عامه ذلك ولا يكبر إلا فى الأخير فقط كذا فى البحر ، فقوله أو قضى فيها أى فى أيام العيد احترازا عن الثانية ، وقوله : منها أى حال كون المقضية فى أيام العيد من أيام العيد احترز به عن الأولى ، وقوله من عامه أى حال كون أيام العيد التى تقضى فيها الصلاة التى فاتت فى أيام العيد من عام الفوات احترز به عن الثالثة اه ح (قوله لقيام وقته) علة لوجوب تكبير التشريق في القضاء المذكور ح (قوله كالأضحية) فإنه إذا لم يفعلها فى أول يوم يفعلها فى الثانى أو الثالث إذا كانت من ذلك العام بخلاف أضحية عام سابق (قوله فى الأصح) فإن الأصح أن الحرية ليست بشرط ؛ حتى لو أم العبد قوما وجب عليه وعليهم التكبير بحر (قوله أوله من فجر عرفة) أى فى ظاهر الرواية وهو قول عمر وعلى وعن أبى يوسف من ظهر النحر وهو قول ابن عمر وزيد بن ثابت كما فى المحيط قهستانى (قوله فهى ثمان) بإظهار الإعراب أو بإعراب المنقوص ط وقدمنا فى باب النوافل اشتقاقه وإعرابه (قوله ووجوبه على إمام) تقديرا لمبتدإ غير لازم لأن الجار والمجرور متعلق بقوله قبله يجب ولكن قدره لبعد الفصل (قوله مقيم بمصر) فلا يجب على قروى ولا مسافر ولو صلى المسافرون فى المصر جماعة على الأصح بحر عن البدائع أى الأصح على قول الإمام ، والظاهر أن صلاة القرويين فى المصر كذلك تأمل قال القهستانى : والمتبادر أن يكون ذلك المقيم صحيحاً فإذا صلى المريض بجماعة لم يكبروا كما فى الجلابى (قوله وعلى مقتد) أى ولو متنفلا بمفترض إسمعيل عن القنية (قوله مسافر الخ) ليس للاحتراز بل لأن غيرهم بالأولى (قوله بالتبعية) راجع إلى الثلاثة ط (قوله تخافت) لأن صوتها عورة كما فى الكافى والتبيين (قوله ويجب على مقيم الخ) الظاهر أنه بحث لصاحب الشرنبلالية ، حيث قال عند قول الدرر ولا على إمام مسافر .

أقول : على هذا يجب على من اقتدى به من المقيمين لوجدان الشرط فى حقهم اه :

قلت : ولا يرد عليه قولهم بالتبعية لأنها فيما إذا كان الإمام من أهل الوجوب دون المؤتم تأمل ، لكن فى حاشية

= فإن إسحق مبشر به قبل مجيئه بدليل قوله تعالى حكاية عن زوجة إبراهيم - قالت يا ويلتا أألد وأنا عجوز الآية - وهذا كان عقب قوله تعالى - وبشرناه - الخ فثبت المراد جزما والله أعلم بالصواب اه .

فور كل فرض مطلقا) ولو منفرداً أو مسافرا أو امرأة لأنه تبع للمكتوبة (إلى) عصر اليوم الخامس (آخر أيام التشريق وعليه الاعتماد) والعمل والفتوى فى عامة الأمصار وكافة الأعصار. ولا بأس به عقب العيد، لأن المسلمين توارثوه فوجب اتباعهم وعليه البلخيون ، ولا يمنع العامة من التكبير فى الأسواق فى الأيام العشر ، وبه نأخذ بحر ومجتبى وغيره (ويأتى المؤتم به) وجوبا (وإن تركه إمامه) لأدائه بعد الصلاة . قال أبو يوسف : صليت بهم المغرب يوم عرفة فسهوت أن أكبر فكبر بهم أبو حنيفة (والمسبوق يكبر) وجوبا كاللاحق لكن (عقب القضاء) لما فاته ، ولو كبر مع الإمام لاتفسد ، ولو لبى فسدت (ويبدأ الإمام بسجود السهو) لوجوبه فى تحريمتها (ثم بالتكبير) لوجوبه فى حرمتها

أبى السعود عن الحموى مانصه : وفى هداية الناطفى إذا كان الإمام فى مصر من الأمصار فصلى بالجماعة وخلفه أهل المصر فلا تكبير على واحد منهم عند أبى حنيفة وعندهما عليهم التكبير اه والمراد الإمام المسافر دل عليه سياق كلامه اهـ (قوله فور كل فرض) بأن يأتى به بلا فصل يمنع البناء كما مر ط (قوله لأنه تبع للمكتوبة) فيجب على كل من تجب عليه الصلاة المكتوبة بحر (قوله وعليه الاعتماد الخ) هذا بناء على أنه إذا اختلف الإمام وصاحباه فالعبرة لقوة الدليل وهو الأصح كما فى آخر الحاوى القدسى أو على أن قولهما فى كل مسألة مروى عنه أيضاً وإلا فكيف يفتى بقول غير صاحب المذهب . وبه اندفع مافى الفتح من ترجيح قوله هنا ورد فتوى المشايخ بقولهما بحر .

مطلب كلمة لا بأس قد تستعمل فى المندوب

(قوله ولا بأس الخ) كلمة لا بأس قد تستعمل فى المندوب كما فى البحر من الجنائز والجهاد ومنه هذا الموضع لقوله فوجب اتباعهم (قوله فوجب) الظاهر أن المراد بالوجوب الثبوت لا الوجوب المصطلح عليه وفى البحر عن المجتبى والبلخيون يكبرون عقب صلاة العيد لأنها تؤدى بجماعة فأشبهت الجمعة اه وهو يفيد الوجوب المصطلح عليه ط (قوله ولا يمنع العامة الخ) فى المجتبى قيل لأبى حنيفة ينبغى لأهل الكوفة وغيرها أن يكبروا أيام العشر فى الأسواق والمساجد قال نعم وذكر الفقيه أبو الليث أن إبراهيم بن يوسف كان يفتى بالتكبير فيها قال الفقيه أبو جعفر : والذى عندى أنه لا ينبغى أن تمنع العامة عنه لقلة رغبتهم فى الخير وبه نأخذ اه فأفاد أن فعله أولى (قوله بحر ومجتبى) الأولى بحر عن المجتبى ط (قوله ويأتى المؤتم به الخ) ظاهره ولو كان مسافرا أو قرويا أو امرأة على قول الإمام مع أنه تقدم أن الوجوب عليهم بالتبعية لكن المراد أن وجوبه عليهم تبع لوجوبه عليه فلا يسقط عنهم بعد وجوبه عليهم وإن تركه الإمام وليس المراد أنهم يفعلونه تبعا له تأمل (قوله لأدائه بعد الصلاة) أى فلا يعد به مخالفا للإمام بخلاف سجود السهو فإنه يتركه إذا تركه الإمام لأنه يؤدى فى حرمة الصلاة ط (قوله قال أبو يوسف الخ) تضمنت الحكاية من الفوائد الحكمية أنه إذا لم يكبر الإمام لا يسقط عن المقتدى والعرفية جلالة قدر أبى يوسف عند الإمام وعظم منزلة الإمام فى قلبه حيث نسى مالا ينسى عادة حين علمه خلفه وذلك أن العادة نسيان التكبير الأول فى الفجر فأما بعد توالى ثلاثة أوقات فلا لعدم بعد العهد به فتح (قوله لاتفسد) لأنه ذكر . وعن الحسن يتابعه كما فى المجتبى ولا يعيده بعد الصلاة كما فى خزانة الفتاوى إسمعيل (قوله ولو لبى فسدت) لأنه خطاب الخليل عليه السلام . وعن محمد لاتفسد لأنه يخاطب الله تعالى بها فكانت ذكرا كما فى المجتبى إسمعيل .

قلت : الأولى التعليل بما يأتى من أنها تشبه كلام الناس إذ لاشك أن قول لبيك اللهم لبيك لاشريك لك الخ خطاب لله تعالى (قوله لوجوبه فى تحريمتها) أى فى حال بقاء تحريمتها التى يحرم بها ولذا يصح الاقتداء فيه (قوله فى حرمتها)

(ثم بالتلبية لو محرما) لعدمهما خلاصة . وفى الولوالجية : لو بدأ بالتلبية سقط السجود والتكبير .

باب الكسوف

مناسبته إما من حيث الاتحاد أو التضاد ثم الجمهور أنه بالكاف والخاء للشمس والقمر (يصلى بالناس من يملك إقامة الجمعة) بيان للمستحب وما فى السراج لابد من شرائط الجمعة إلا الخطبة رده فى البحر

المراد به عقبها بلا فاصل حتى لو فصل سقط كما مر (قوله لعدمهما) أى لعدم وجوبها فى تحريمتها ولا فى حرمتها (قوله سقط السجود والتكبير) لأن التلبية تشبه كلام الناس وكلام الناس يقطع الصلاة فكذا هى وسجود السهو لم يشرع إلا فى التحريمة ولا تحريمة والتكبير لم يشرع إلا متصلا وقد زال الاتصال بدائع ولعل وجه كونه يشبه كلام الناس أن من نادى رجلا يجيبه بقوله لبيك ، وقد قال فى البدائع إذا قال اللهم أعطنى درهما زوجنى امرأة تفسد صلاته لأن صيغته من كلام الناس وإن خاطب الله تعالى به فكان مفسدا بصيغته اهـ فافهم والله أعلم .

مطلب فى إزالة الشعر والظفر فى عشر ذى الحجة

[خاتمة] قال فى شرح المنية : وفى المضمرات عن ابن المبارك فى تقليم الأظفار وحلق الرأس فى العشر أى عشر ذى الحجة قال لا تؤخر السنة وقد ورد ذلك ولا يجب التأخير اهـ ومما ورد فى صحيح مسلم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا دخل العشر وأراد بعضكم أن يضحى فلا يأخذن شعرا ولا يقلمن ظفرا » فهذا محمول على الندب دون الوجوب بالإجماع ، فظهر قوله : ولا يجب التأخير إلا أن نفى الوجوب لا ينافى الاستحباب فيكون مستحبا إلا أن استلزم الزيادة على وقت إباحة التأخير ونهايته ما دون الأربعين فلا يباح فوقها. قال فى القنية : الأفضل أن يقلم أظفاره ويقص شاربه ويحلق عانته وينظف بدنه بالاغتسال فى كل أسبوع وإلا ففى كل خمسة عشر يوما ولا عذر فى تركه وراء الأربعين ويستحق الوعيد فالأول أفضل والثانى الأوسط والأربعون الأبعد اهـ .

باب الكسوف

أى صلاته وهى سنة كما سيأتى والكسوف مصدر اللازم والكسف مصدر المتعدى يقال كسفت الشمس كسوفا وكسفها الله تعالى كسفا وتمامه فى البحر (قوله من حيث الاتحاد) أى فى أن كلا من العيد والكسوف يؤدى بالجماعة نهارا بلا أذان ولا إقامة ، وقوله أو التضاد أى من حيث أن الجماعة فى العيد شرط والجهر فيها واجب بخلاف الكسوف اهـ ح أو لأن للإنسان حالتين حالة السرور والفرح وحالة الحزن والترح ، وقدم حالة السرور على حالة الترح معراج (قوله للشمس والقمر) لف ونشر مرتب قال فى الحلية : والأشهر فى ألسنة الفقهاء تخصيص الكسوف بالشمس والخسوف بالقمر وادعى الجوهرى أنه الأفصح وقيل هما فيهما سواء اهـ .

وفى القهستانى وقال ابن الأثير إن الأول هو الكثير المعروف فى اللغة وأن ما وقع فى الحديث من كسوفهما وخسوفهما فللتغليب (قوله من يملك إقامة الجمعة) وعن أبى حنيفة فى غير رواية الأصول لكل إمام مسجد أن يصلى بجماعة فى مسجده والصحيح ظاهر الرواية وهو أنه لا يقيمها إلا الذى يصلى بالناس الجمعة كذا فى البدائع نهر (قوله بيان للمستحب) أى قوله يصلى بالناس بيان للمستحب وهو فعلها بالجماعة ، أى إذا وجد إمام الجمعة وإلا فلا تستحب الجماعة بل تصلى فرادى ، إذ لا يقيمها غيره كما علمته (قوله رده فى البحر) أى بتصريح الإسبيجابى بأنه يستحب فيها ثلاثة أشياء الإمام والوقت أى الذى يباح فيه التطوع والموضع أى مصلى العيد أو المسجد الجامع اهـ . وقوله : الإمام أى الاقتداء به .

عند الكسوف (ركعتين) بيان لأقلها وإن شاء أربعا أو أكثر كل ركعتين بتسليمة أوكل أربع مجتبي وصفتها (كالنفل) أى بركوع واحد فى غير وقت مكروه (بلاأذان و) لا (إقامة و) لا (جهر و) لا (خطبة) وينادى الصلاة جامعة ليجتمعوا (ويطيل فيها الركوع) والسجود (والقراءة) والأدعية والأذكار الذى هو من خصائص النافلة ثم يدعو بعدها

وحاصله أنها تصح بالجماعة وبدونها والمستحب الأول لكن إذا صليت بجماعة لا يقيمها إلا السلطان ومأذونه كما مر أنه ظاهر الرواية ، وكون الجماعة مستحبة فيه رد على مافى السراج من جعلها شرطا كصلاة الجمعة (قوله عند الكسوف) فلو انجلت لم تصل بعده وإذا انجلى بعضها جاز ابتداء الصلاة ، وإن سترها سحاب أو حائل صلى لأن الأصل بقاؤه وإن غربت كاسفة أمسك عن الدعاء وصلى المغرب جوهرة (قوله وإن شاء أربعا أو أكثر الخ) هذا غير ظاهر الرواية ، وظاهر الرواية هو الركعتان ثم الدعاء إلى أن تنجلى شرح المنية .

قلت : نعم فى المعراج وغيره لو لم يقمها الإمام صلى الناس فرادى ركعتين أو أربعا وذلك أفضل (قوله أى بركوع واحد) وقال الأئمة الثلاثة فى كل ركعة ركوعان والأدلة فى الفتح وغيره (قوله فى غير وقت مكروه) لأن النوافل لاتصلى فى الأوقات المنهى عن الصلاة فيها وهذه نافلة جوهرة ، وما مر عن الإسبيجابى من جعله الوقت مستحبا قال فى البحر لايصح . قال ط وفى الحموى عن البرجندى عن الملتقط إذا انكسفت بعد العصر أو نصف النهار دعوا ولم يصلوا (قوله بلا أذان الخ) تصريح بما علم من قوله كالنفل ط (قوله ولا جهر) وقال أبو يوسف يجهر وعن محمد روايتان جوهرة (قوله ولا خطبة) قال القهستانى : ولا يخطب عندنا فيها بلا خلاف كما فى التحفة والمحيط والكافى والهداية وشروحها لكن فى النظم يخطب بعد الصلاة بالاتفاق ونحوه فى الخلاصة وقاضيخان اهـ وعلى الثانى يبتنى مامر فى باب العيد من عد الخطب عشرا لكن المشهور الأول وهو الذى فى المتون والشروح وفى شرح المنية أنه قال به مالك وأحمد قال فى البحر : وما ورد من خطبته عليه الصلاة والسلام يوم مات ابنه إبراهيم وكسفت الشمس فإنما كان للرد على من قال إنها كسفت لموته لا لأنها مشروعة له ولذا خطب عليه الصلاة والسلام بعد الانجلاء ولو كانت سنة له لخطب قبله كالصلاة والدعاء (قوله وينادى الخ) أى كما رواه مسلم فى صحيحه كما فى الفتح (قوله الصلاة جامعة) بنصبهما أى احضروا الصلاة فى حال كونها جامعة ورفعهما على الابتداء والخبر ونصب الأول مفعول فعل محذوف ورفع الثانى خبر مبتدإ محذوف أى هى جامعة وعكسه أى حضرت الصلاة حال كونها جامعة رحمتى (قوله ليجتمعوا) أى إن لم يكونوا اجتمعوا بحر (قوله ويطيل فيها الركوع والسجود والقراءة) نقل ذلك فى الشرنبلالية عن البرهان أى لورود الأحاديث المذكورة فى الفتح وغيره بذلك قال القهستانى فيقرأ أى فى الركعتين مثل البقرة وآل عمران كما فى التحفة والإطلاق دال على أنه يقرأ ماأحب فى سائر الصلاة كما فى المحيط اهـ ويجوز تطويل القراءة وتخفيف الدعاء وبالعكس وإذا خفف أحدهما طول الآخر لأن المستحب أن يبقى على الخشوع والخوف إلى انجلاء الشمس فأى ذلك فعل فقد وجد جوهرة قال الكمال وهذا مستثنى من كراهة تطويل الإمام الصلاة ولو خففها جاز ، ولايكون مخالفا للسنة ثم قال : والحق أن السنة التطويل والمندوب مجرد استيعاب الوقت أى بالصلاة والدعاء كما فى الشرنبلالية (قوله الذى هو من خصائص النافلة) صفة للتطويل المفهوم من قوله ويطيل كما يظهر من كلام البحر ، وظاهره أن هذه الأدعية والأذكار يأتى بها فى نفس الصلاة غير الأدعية التى يأتى بها بعد الصلاة لأن الركوع والسجود لاتشرع فيهما القراءة فلم يبق فى تطويلهما إلا زيادة الأدعية والأذكار من تسبيح ونحوه تأمل (قوله ثم يدعو بعدها) لأنه السنة فى الأدعية بحر ولعله احتراز عن الدعاء

جالسا مستقبل القبلة أو قائما مستقبل الناس والقوم يؤمنون (حتى تنجلى الشمس كلها ، وإن لم يحضر الإمام) للجمعة (صلى الناس فرادى) فى منازلهم تحرزا عن الفتنة (كالخسوف) للقمر (والريح) الشديدة (والظلمة) القوية نهارا والضوء القوى ليلا (والفزع) الغالب ونحو ذلك من الآيات المخوفة كالزلازل والصواعق والثلج والمطر الدائمين وعموم الأمراض ومنه الدعاء برفع الطاعون وقول ابن حجر : بدعة أى حسنة ، وكل طاعون وباء ولا عكس ، وتمامه فى الأشباه .

وفى العينى : صلاة الكسوف سنة . واختار فى الأسرار وجوبها وصلاة الخسوف حسنة وكذا البقية . وفى الفتح : واختلف فى استنان صلاة الاستسقاء فلذا أخرها :

قبلها لأنه يدعو فيها كما علمت تأمل (قوله أو قائما) قال الحلوانى وهذا أحسن ولو اعتمد على قوس أو عصا كان حسنا ولا يصعد المنبر للدعاء ولا يخرج كذا فى المحيط نهر (قوله يؤمنون) أى على دعائه (قوله كلها) أى المراد كمال الانجلاء لا ابتداؤه شرنبلالية عن الجوهرة (قوله صلى الناس فرادى) أى ركعتين أو أربعا وهو أفضل كما قدمناه والنساء يصلينها فرادى كما فى الأحكام عن البرجندى (قوله فى منازلهم) هذا على ما فى شرح الطحاوى أو فى مساجدهم على ما فى الظهيرية ، وعزاه فى المحيط إلى شمس الأئمة إسمعيل (قوله تحرزا عن الفتنة) أى فتنة التقديم والتقدم والمنازعة فيهما كما فى النهاية وإن شاءوا دعوا ولم يصلوا غيائية والصلاة أفضل سراجية كذا فى الأحكام للشيخ إسمعيل (قوله كالخسوف للقمر الخ) أى حيث يصلون فرادى سواء حضر الإمام أولا كما فى البرجندى إسمعيل ، لأن ما ورد من أنه عليه الصلاة والسلام صلاه ليس فيه تصريح بالجماعة فيه والأصل عدمها كما فى الفتح وفى البحر عن المجتبى وقيل الجماعة جائزة عندنا لكنها ليست بسنة اهـ (قوله والفزع) أى الخوف الغالب من العدو بحر ودرر (قوله ومنه الدعاء برفع الطاعون) أى من عموم الأمراض وأراد بالدعاء الصلاة لأجل الدعاء قال فى النهر : فإذا اجتمعوا صلى كل واحد ركعتين ينوى بهما رفعه وهذه المسألة من حوادث الفتوى اهـ (قوله أى حسنة) كذا فى النهر :

قلت : والبدعة تعتريها الأحكام الخمسة كما أوضحناه فى باب الإمامة قال فى النهر وليس دعاء برفع الشهادة لأنها أثره لا عينه اهـ .

قلت : على أنه لا مانع منه إذا أفرط وأضر كالمطر الدائم مع أن المطر رحمة . قال السيد أبو السعود عن شيخه : ومن أدلة مشروعيته أن غاية أمره أن يكون كملاقاة العدو وقد ثبت سؤاله عليه الصلاة والسلام العافية منه فيكون دعاء برفع المنشأ (قوله وكل طاعون وباء الخ) لأن الوباء اسم لكل مرض عام نهر والطاعون والمرض العام بسبب وخز الجن ح ، وهذا بيان لدخول الطاعون فى عموم الأمراض المنصوص عليه عندنا وإن لم ينصوا على الطاعون بخصوصه (قوله وتمامه فى الأشباه) أى فى أواخرها وأطال الكلام فيه (قوله واختار فى الأسرار وجوبها) قلت : ورجحه فى البدائع للأمر بها فى الحديث لكن فى العناية أن العامة على القول بالسنية لأنها ليست من شعائر الإسلام فإنها توجد بعارض لكن صلاها النبى صلى الله عليه وسلم فكانت سنة والأمر للندب اهـ وقواه فى الفتح (قوله حسنة) الظاهر أن المراد بها الندب ولهذا قال فى البدائع إنها حسنة لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا رأيتم من هذه الأفزاع شيئا فافزعوا إلى الصلاة » (قوله وكذا البقية) أى صلاة الريح وما عطف عليها فإنها حسنة ح (قوله واختلف فى استنان صلاة الاستسقاء) أى فى أصل مشروعيتها أو كونها بجماعة كما يأتى فافهم (قوله فلذا أخرها) أى وقدم ما اتفق على استنانه مع اشتراكهما فى كون كل منهما على صفة الاجتماع والحضور .

باب الاستسقاء

(هو دعاء واستغفار) لأنه السبب لإرسال الأمطار (بلا جماعة) مسنونة بل هى جائزة (و) بلا (خطبة) وقالا : تفعل كالعيد ، وهل يكبر للزوائد ؟ خلاف (و) بلا (قلب رداء) خلافا لمحمد (و) بلا (حضور ذمى)

باب الاستسقاء

هو لغة : طلب السقى وإعطاء ما يشربه والاسم السقيا بالضم . وشرعا : طلب إنزال المطر بكيفية مخصوصة عند شدة الحاجة بأن يحبس المطر ولم يكن لهم أودية وآبار وأنهار يشربون منها ويسقون مواشيهم وزرعهم أو كان ذلك إلا أنه لا يكفى فإذا كان كافيا لا يستسقى كما فى المحيط قهستانى (قوله هو دعاء) وذلك أن يدعو الإمام قائما مستقبل القبلة رافعا يديه والناس قعود مستقبلين القبلة يؤمنون على دعائه باللهم اسقنا غيثا مغيثا هنيئا مريئا مريعا غدقا مجللا سحا طبقا دائما وماأشبهه سرا وجهرا كافى البرهان شرنبلالية وشرح ألفاظه فى الامداد وزاد فيه أدعية أخر (قوله واستغفار) من عطف الخاص على العام لأنه الدعاء بخصوص المغفرة أو يراد بالدعاء طلب المطر خاصة فيكون من قبيل عطف المغاير ط (قوله لأنه السبب) بدليل أنه رتب إرسال المطر عليه فى قوله تعالى — استغفروا ربكم — الآية (قوله بلا جماعة) كان على المصنف أن يقول له صلاة بلا جماعة كما قال فى الكنز وغيره ح وهذا قول الإمام . وقال محمد : يصلى الإمام أو نائبه ركعتين كما فى الجمعة ثم يخطب أى يسن له ذلك والأصح أن أبا يوسف مع محمد نهر (قوله بل هى) أى الجماعة جائزة لا مكروهة وهذا موافق لما ذكره شيخ الإسلام من أن الخلاف فى السنية لا فى أصل المشروعية ،وجزم به فى غاية البيان معزيا إلى شرح الطحاوى وكلام المصنف كالكنز يفيد عدم المشروعية كما فى البحر وتمامه فى النهر وظاهر كلام الفتح ترجيحه : وذكر فى الحلية أن ماذكره شيخ الإسلام متجه من حيث الدليل فليكن عليه التعويل اه وقال فى شرح المنية الكبير بعد سوقه الأحاديث والآثار :

فالحاصل : أن الأحاديث لما اختلفت فى الصلاة بالجماعة وعدمها على وجه لا يصح به إثبات السنية لم يقل أبو حنيفة بسنيتها ولا يلزم منها قوله بأنها بدعة كما نقله عنه بعض المتعصبين بل هو قائل بالجواز اه :

قلت : والظاهر أن المراد به الندب والاستحباب لقوله فى الهداية قلنا إنه فعله عليه الصلاة والسلام مرة وتركه أخرى فلم يكن سنة اه أى لأن السنة ما واظب عليه والفعل مرة مع الترك أخرى يفيد الندب تأمل (قوله كالعيد) أى بأن يصلى بهم ركعتين يجهر فيهما بالقراءة بلا أذان ولا إقامة ثم يخطب بعدها قائما على الأرض معتمدا على قوس أو سيف أو عصا خطبتين عند محمد وخطبة واحدة عن أبى يوسف حلية (قوله خلاف) فى رواية ابن كاس عن محمد يكبر الزوائد كما فى العيد ، والمشهور من الرواية عنهما أنه لا يكبر كما فى الحلية (قوله خلافا لمحمد) فإنه يقول يقلب الإمام رداءه إذا مضى صدر من خطبته ، فإن كان مربعا جعل أعلاه أسفله وأسفله أعلاه ، وإن كان مدورا جعل الأيمن على الأيسر والأيسر على الأيمن ، وإن كان قباء جعل البطانة خارجا والظهارة داخلا حلية . وعن أبى يوسف روايتان واختار القدورى قول محمد لأنه عليه الصلاة والسلام فعل ذلك نهر ،وعليه الفتوى كما فى شرح درر البحار قال فى النهر وأما القوم فلا يقلبون أرديتهم عند كافة العلماء خلافا لمالك (قوله وبلا حضور ذمى) أى مع الناس كما فى شرح المجمع لابن ملك وظاهره أنهم لا يمنعون من الخروج وحدهم وبه صرح فى المعراج لكن منعه فى الفتح باحتمال أن يسقوا فيفتتن به ضعفاء العوام :

وإن كان الراجح أن دعاء الكافر قد يستجاب استدراجا ، وأما قوله تعالى — وما دعاء الكافرين إلا فى ضلال — ففى الآخرة شروح مجمع (وإن صلوا فرادى جاز) فهى مشروعة للمنفرد ، وقول التحفة وغيرها ظاهر الرواية لاصلاة أى بجماعة (ويخرجون ثلاثة أيام) لأنه لم ينقل أكثر منها (متتابعات) ويستحب للإمام أن يأمرهم بصيام ثلاثة أيام قبل الخروج وبالتوبة ثم يخرج بهم فى الرابع (مشاة فى ثياب غسيلة أو مرقعة متذللين متواضعين خاشعين لله ناكسين رءوسهم ويقدمون الصدقة فى كل يوم قبل خروجهم ويجددون التوبة ويستغفرون للمسلمين ويستسقون بالضعفة والشيوخ) والعجائز والصبيان ويبعدون الأطفال عن أمهاتهم . ويستحب إخراج الدواب والأولى خروج الإمام معهم وإن خرجوا بإذنه أو بغير إذنه جاز (ويجتمعون فى المسجد بمكة وبيت المقدس) ولم يذكر المدينة كأنه لضيقه وإن دام المطر حتى أضر

مطلب هل يستجاب دعاء الكافر

(قوله وإن كان الراجح الخ) اختلف المشايخ فى أنه هل يجوز أن يقال يستجاب دعاء الكافر فمنعه الجمهور للآية المذكورة ولأنه لايدعو الله لأنه لا يعرفه لأنه وإن أقر به تعالى فلما وصفه بما لا يليق به فقد نقض إقراره ، وما روى فى الحديث من أن دعوة المظلوم وإن كان كافرا تستجاب فمحمول على كفران النعمة ، وجوزه بعضهم لقوله تعالى حكاية عن إبليس — رب أنظرنى — فقال تعالى — إنك من المنظرين — وهذا إجابة وإليه ذهب أبو القاسم الحكيم وأبو النصر الدبوسى وقال الصدر الشهيد وبه يفتى كذا فى شرح العقائد للسعد وفى البحر عن الولوالجية أن الفتوى على أنه يجوز أن يقال يستجاب دعاؤه اه . وما فى النهر من قوله أى يجوز عقلا وإن لم يقع فهو بعيد بل الخلاف فى الجواز شرعا إذ المانع لايقول إنه مستحيل عقلا تأمل (قوله ففى الآخرة) وهو دعاء أهل النار بتخفيف العذاب بدليل صدر الآية وهو — وقال الذين فى النار لخزنة جهنم ادعوا ربكم يخفف عنا يوما من العذاب، قالوا أو لم تك تأتيكم رسلكم بالبينات قالوا بلى قالوا فادعوا وما دعاء الكافرين إلا فى ضلال — (قوله شروح مجمع) أقول لم أر ذلك فى شرحه لمصنفه ولا فى شرحه لابن ملك ولعله فى غيرهما (قوله ويخرجون) أى إلى الصحراء كما فى الينابيع إسمعيل وهذا فى غير أهل المساجد الثلاثة كما يأتى (قوله ويستحب للإمام الخ) نقله فى التتارخانية عن النهاية مع أنه فى النهاية عزاه إلى الخلاصة الغزالية بلفظ إذا غارت الأنهار وانقطعت الأمطار وانهارت القنوات فيستحب للإمام الخ ثم قال وقريب من هذا فى مذهبنا ما قاله الحلوانى وساق ما فى المتن وذكر فى المعراج مثل ما فى النهاية عن خلاصة الإمام الغزالى ولذا عبر عنه فى شرح درر البحار وغيره بقوله قيل ينبغى أن يأمر الإمام الناس الخ لكنه يوهم أنه قول فى مذهبنا .

[تنبيه] إذا أمر الإمام بالصيام فى غير الأيام المنهية وجب لما قدمناه فى باب العيد من أن طاعة الإمام فيما ليس بمعصية واجبة (قوله ويجددون التوبة) ومن شروطها رد المظالم إلى أهلها (قوله ويستسقون بالضعفة الخ) أى يقدمونهم كما فى النهر أى للدعاء والناس يؤمنون على دعائهم لأن دعاءهم أقرب للإجابة وفى خبر البخارى « وهل ترزقون وتنصرون إلا بضعفائكم » وفى خبر ضعيف « لولا شباب خشع وبهائم رتع وشيوخ ركع وأطفال رضع لصب عليكم العذاب صبا » وفى الخبر الصحيح « إن نبيا من الأنبياء » قال جمع هو سليمان صلى الله على نبينا وعليه وسلم « خرج يستسقى فإذا هو بنملة رافعة بعض قوائمها إلى السماء فقال ارجعوا فقد استجيب لكم من أجل شأن النملة » (قوله ويبعدون الأطفال الخ) أى ليكثر الضجيج والعويل فيكون أقرب إلى الرقة والخشوع (قوله كأنه لضيقه) كذا فى البحر . واعترضه فى الإمداد بأنه غير ظاهر لأن من هو مقيم بالمدينة المنورة لايبلغ قدر الحاج وعند

فلا بأس بالدعاء بحبسه وصرفه حيث ينفع ، وإن سقوا قبل خروجهم ندب أن يخرجوا شكراً لله تعالى .

باب صلاة الخوف

من إضافة الشيء لشرطه (هي جائزة بعده عليه الصلاة والسلام عندهما) أي عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا للثاني (بشرط حضور عدو) يقينا . فلو صلوا على ظنه فبان خلافه أعادوا .

اجتماعهم بجملتهم فيه يشاهد اتساع المسجد الشريف فينبغي الاجتماع للاستسقاء فيه إذ لا يستغاث وتستنزل الرحمة في المدينة المنورة بغير حضرته ومشاهدته صلى الله عليه وسلم في كل حادثة وتوقف الدواب بالباب كما في المسجد الحرام والأقصى اهـ ملخصا (قوله فلا بأس بالدعاء بحبسه الخ) أي فيقول كما قال صلى الله عليه وسلم « اللهم حوالينا ولا علينا اللهم على الآكام والظراب وبطون الأودية ومنابت الشجر » وتمام الكلام في الإمداد (قوله شكرا لله تعالى) أي ويستزيدونه من المطر كما في السراج . وفيه أيضا : ويستحب الدعاء عند نزول الغيث وأن يخرج إليه عند نزوله ليصيب جسده منه ، وأن يقول عند سماع الرعد سبحان من يسبح الرعد بحمده والملائكة من خيفته وأن يقول : اللهم لا تقتلنا بغضبك ولا تهلكنا بعذابك وعافنا من قبل ذلك . ويستحب لأهل الخصب أن يدعوا لأهل الجدب اهـ ملخصا وتمامه في ط .

باب صلاة الخوف

مناسبته أن كلا من صلاتي الاستسقاء والخوف شرع لعارض خوف إلا أنه في الأول سماوي وهو انقطاع المطر فلذا قدم وهنا اختياري وهو الجهاد الناشئ عن الكفر كما في النهر والبحر (قوله من إضافة الشيء لشرطه) كذا في الجوهرة لكن في الدرر وكذا في البحر عن التحفة أن سببها الخوف . ووفق في الشرنبلالية بأن الأول بالنظر إلى الكيفية المخصوصة لأن هذه الصفة شرطها العدو والثاني بالنظر إلى أصل الصلاة فإن سببها الخوف اهـ .

قلت : وفيه نظر فإن أصل الصلاة سببها وقتها وقدمنا في باب شروط الصلاة أن ما كان خارجا عن الشيء غير مؤثر فيه فإن كان موصلا إليه في الجملة كالوقت فسبب وإن لم يصل إليه فإن توقف عليه كالوضوء للصلاة فشرط ، والذي يظهر لي(١) أن الخوف سبب لهذه الصلاة وحضور العدو شرط كما في صلاة المسافر فإن المشقة سبب لها والسفر الشرعي شرط وحينئذ فمن أراد بالخوف العدو سماه شرطا ومن أراد به حقيقته سماه سببا لكن لا يشترط تحقق الخوف في كل وقت لأنه سبب المشروعية وأقيم العدو مقامه كما أقيم السفر مقام المشقة قال في المعراج وفي مبسوط شيخ الإسلام المراد بالخوف حضرة العدو لا حقيقة الخوف لأن حضرة العدو أقيمت مقام الخوف على ما عرف من أصلنا من تعلق الرخص بنفس السفر اهـ (قوله خلافا للثاني) أي أبي يوسف : له أنها إنما شرعت بخلاف القياس لإحراز فضيلة الصلاة خلف النبي صلى الله عليه وسلم وهذا المعنى انعدم بعده ولهما أن الصحابة رضي الله تعالى عنهم أقاموها بعده عليه الصلاة والسلام درر (قوله بشرط حضور عدو) أشار إلى أنه يشترط أن يكون قريبا منهم فلو بعيدا لم تجز كما في الدرر (قوله على ظنه) أي ظن حضوره بأن رأوا سوادا أو غبارا فظهر غير ذلك درر (قوله أعادوا) أي القوم إذا صلوها بصفة الذهاب والمجيء ، وجازت صلاة الإمام كما في الحجة واستثنى

---

(١) (قوله والذي يظهر لي الخ) الظاهر أن هذا مراد العلامة الشرنبلالي ، فلا يرد عليه ما قاله العلامة المحشي فإنه يبعد من كمال علم العلامة الشرنبلالي وشدة فطنته وإحاطته بكتب القوم أن يفهم ان سبب وجوب الظهر مثلا هو الخوف . والذي أوقع المحشي في هذا إطلاق الشرنبلالي لفظ الصلاة اهـ .

(أو سبع) أو حية عظيمة ونحوها وحان خروج الوقت كما فى مجمع الأنهر ولم أره لغيره فليحفظ . قلت : ثم رأيت فى شرح البخارى للعينى أنه ليس بشرط إلا عند البعض حال التحام الحرب (فيجعل الإمام طائفة بإزاء العدو) إرهابا له (ويصلى بأخرى ركعة فى الثنائى) ومنه الجمعة والعيد (وركعتين فى غيره) لزوما (وذهبت إليه وجاءت الأخرى فصلى بهم مابقى وسلم وحده وذهبت إليه) ندبا (وجاءت الطائفة الأولى وأتموا صلاتهم بلا قراءة) لأنهم لاحقون (وسلموا ثم جاءت الطائفة الأخرى وأتموا صلاتهم بقراءة) لأنهم مسبوقون وهذا إن تنازعوا فى الصلاة خلف واحد وإلا فالأفضل أن يصلى بكل طائفة إمام (وإن اشتد خوفهم) وعجزوا عن النزول

فى الفتح ما إذا ظهر الحال قبل أن يجاوز المصرفون الصفوف فلهم البناء استحسانا كمن انصرف على ظن الحدث يتوقف الفساد إذا ظهر أنه لم يحدث على مجاوزة الصفوف إسمعيل (قوله أو سبع) من عطف الخاص على العام . واعترض بأنه من خصوصيات الواو وفى الشرنبلالية أنه عطف مباين لأن المراد بالأول من بنى آدم (قوله ونحوها) كحرق وغرق جوهرة (قوله وحان) أى قرب ح (قوله قلت الخ) مراده بهذا النقل أن يبين أن ما فى مجمع الأنهر لا يعمل به لأنه قول البعض ولمخالفته لإطلاق سائر المتون ح .

قلت : وهذه العبارة محلها عقب عبارة مجمع الأنهر ، وتوجد فى بعض النسخ عقب قوله وركعتين فى غيره لزوما وكأنه من سهو النساخ (قوله فيجعل الإمام الخ) اعلم أنه ورد فى صلاة الخوف روايات كثيرة وأصحها ست عشرة رواية . واختلف العلماء فى كيفيتها ، وفى المستصفى أن كل ذلك جائز والكلام فى الأولى والأقرب من ظاهر القرآن هذه الكيفية إمداد وفى ط عن المجتبى ولا فرق بين ما إذا كان العدو فى جهة القبلة أولا على المعتمد (قوله ومنه الجمعة والعيد) وكذا صلاة المسافر وأشار بالعيد إلى أنها لاتقتصر على الفرائض ط (قوله وركعتين فى غيره) أى ولو ثلاثيا كالمغرب حتى لو عكس فسدت كما فى النهر وإليه أشار بقوله لزوما ط وتوجيهه فى الإمداد وغيره (قوله وذهبت) أى هذه الطائفة بعد السجدة الثانية فى الثنائى وبعد التشهد فى غيره وقوله إليه أى إلى نحو العدو ووقفت بإزائه ولو مستدبرة القبلة قهستانى ، والواجب أن يذهبوا مشاة فلو ركبوا بطلت لأنه عمل كثير جوهرة وسيأتى (قوله ندبا) فلو أتموا صلاتهم فى مكانهم صحت ط (قوله وجاءت الطائفة الأولى) مجيئها ليس متعينا ، حتى لو أتمت مكانها ووقفت الطائفة الذاهبة بازاء العدو صح ، وهل الأفضل الإتمام فى مكان الصلاة أو فى محل الوقوف تقليلا للمشى ينبغى أن يجرى فيه الخلاف فيمن سبقه الحدث ومشى فى الكافى على أن العود أفضل أفاده أبو السعود (قوله لأنهم لاحقون) ولهذا لو كانت معهم امرأة تفسد صلاة من حاذته منهم بخلاف الطائفة المسبوقة كما فى البحر وعم كلامه المقيم خلف المسافر حتى يقضى ثلاثا بلا قراءة إن كان من الطائفة الأولى وبقراءة إن كان من الثانية والمسبوق إن أدرك ركعة من الشفع الأول فهو من أهل الأولى وإلا فمن الثانية نهر (قوله وهذا) أى ما ذكر من الصلاة على هذا الوجه إنما يحتاج إليه لو لم يريدوا إلا إماما واحدا وكذا لو كان الوقت قد ضاق عن صلاة إمامين كما فى الجوهرة :

قلت : ويمكن أن يكون هذا مراد صاحب مجمع الأنهر فيما تقدم فتأمل (قوله فالأفضل الخ) أى فيصلى الإمام بطائفة ويسلمون ويذهبون إلى جهة العدو ثم تأتى الطائفة الأخرى فيأمر رجلا ليصلى بهم .

[تتمة] حمل السلاح فى صلاة الخوف مستحب عندنا لا واجب خلافا للشافعى ومالك والأمر به فى الآية للندب لأنه ليس من أعمال الصلاة فلا يجب فيها كما فى الشرنبلالية عن البرهان (قوله وعجزوا الخ) بيان للمراد من

(صلوا ركبانا فرادى) إلا إذا كان رديفا للإمام، فيصح الاقتداء (بالإيماء إلى جهة قدرتهم) للضرورة (وفسدت بمشى) لغير اصطفاف وسبق حدث (وركوب) مطلقا (وقتال كثير) لابقليل كرمية سهم .

(والسابح فى البحر إن أمكنه أن يرسل أعضاءه ساعة صلى بالإيماء وإلا لا) تصح كصلاة الماشى والسائف وهو يضرب بالسيف .

[فروع] الراكب إن كان مطلوبا تصح صلاته وإن كان طالبا لا ، لعدم خوفه .

شرعوا ثم ذهب العدو لم يجز انحرافهم وبعكسه جاز .

لاتشرع صلاة الخوف للعاصى فى سفره كما فى الظهيرية وعليه فلا تصح من البغاة صح أنه عليه الصلاة والسلام صلاها فى أربع ذات الرقاع

اشتداد الخوف (قوله صلوا ركبانا) أى ولو مع السير مطلوبين فالراكب لو طالبا لاتجوز صلاته لعدم ضرورة الخوف فى حقه وتمامه فى الإمداد (قوله فيصح الاقتداء) لعدم اختلاف المكان (قوله بالإيماء) أى الإيماء بالركوع والسجود (قوله وفسدت بمشى الخ) لأن المشى فعله حقيقة وهو مناف للصلاة بخلاف ما إذا كان راكبا مطلوبا لأنه فعل الدابة حقيقة وإنما أضيف إليه معنى التسيير وإذا جاء العذر انقطعت الإضافة إليه اه من الإمداد عن مجمع الروايات ومثله فى البدائع ، وبه علم أنها تفسد بالمشى طالبا أو مطلوبا وأن ما ذكره ح عن مجمع الأنهر بقوله بمشى أى هروب من العدو لاالمشى نحوه والرجوع اه لاينافى ذلك لأنها إذا فسدت بالهروب تفسد بالطلب بالأولى لعدم ضرورة الخوف كما مر فى الراكب وقوله لاالمشى نحوه والرجوع هو معنى قول الشارح لغير اصطفاف أى لو مشوا ليصطفوا نحو العدو أو رجعوا ليصطفوا خلف الإمام نعم فى العبارة إيهام فافهم (قوله وركوب) أى ابتداء على الأرض قهستانى (قوله مطلقا) أى لاصطفاف أو غيره لأن الركوب عمل كثير وهو مما لا يحتاج إليه بخلاف المشى فإنه أمر لابد منه حتى يصطفوا بازاء العدو ابن كمال عن البدائع (قوله كرمية سهم) ذكره فى الزيلعى والبحر فإنه عمل قليل وهو غير مفسد،وفى كونه من العمل القليل نظر فإن من رآه يرمى بالقوس يتحقق أنه خارج الصلاة ط (قوله وإلا لا تصح) وسقط الطلب لتحقق العذر ط (قوله والسائف) بالفاء ولذا أردفه بما يفسره . قال فى المعراج وفى المختلفات لو كانوا فى المسايفة قبل الشروع وكاد الوقت يخرج يؤخرون الصلاة إلى أن يفرغوا من القتال (قوله لم يجز انحرافهم) أى بعد ذهابه لزوال سبب الرخصة ط عن أبى السعود أى فتصلى كل طائفة فى مكانها تأمل فلو كانوا انحرفوا قبله بنوا كما فى التاترخانية (قوله جاز) أى لهم الانحراف فى أوانه لوجوب الضرورة ط عن أبى السعود (قوله لا تشرع صلاة الخوف للعاصى) لأنها إنما شرعت لمن يقاتل أعداء الله تعالى ومن فى حكمهم لا لمن يعاديه أفاده أبو السعود عن شيخنا .

قلت : وهذا بخلاف القصر فى السفر فإن سببه مشقة السفر وهو مطلق فى النص فيجرى على إطلاقه ولايمكن قياسه على صلاة الخوف لأنها جاءت على غير القياس تأمل (قوله فى سفره) لعله بسفره فليتأمل إسمعيل والفرق أن الباء للسببية فتفيد أن نفس سفره معصية كمن سافر لقطع الطريق مثلا بخلاف «فى» الظرفية فإنها تفيد أنه لو سافر للحج مثلا وعصى فى أثنائه لايصلى بهذه الكيفية والظاهر أن المراد بالعاصى من كان قتاله معصية سواء كان سفره له أو لطاعة وحينئذ فلا فرق بين التعبير بالباء أو فى فتدبر (قوله فى أربع) اى فى أربعة مواضع فلا ينافى ما فى الإمداد عن شرح المقدسى « أنه صلى الله عليه وسلم صلاها أربعا وعشرين مرة » (قوله ذات الرقاع) أى غزوة ذات الرقاع : وأصح الأقوال فى وجه تسميتها مارواه البخارى عن أبى موسى الأشعرى قال « خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم

وبطن نخل وعسفان وذدقرى .

باب صلاة الجنازة

من إضافة الشيء لسببه وهي بالفتح الميت وبالكسر السرير وقيل لغتان . والموت صفة وجودية خلقت ضد الحياة وقيل عدمية (يوجه المحتضر) وعلامته استرخاء قدميه واعوجاج منخره وانخساف صدغيه (القبلة) على يمينه هو السنة (وجاز الاستلقاء) على ظهره (وقدماه إليها) وهو المعتاد في زماننا (و) لكن (يرفع رأسه قليلا) ليتوجه للقبلة (وقيل يوضع كما تيسر على الأصح) صححه في المبتغى (وإن شق عليه ترك على حاله) والمرجوم لايوجه معراج

ونحن ستة نفر بيننا بعير نعتقبه فنقبت أقدامنا ونقبت قدماى وسقطت أظفارى فكنا نلف على أظفارنا الخرق فسميت غزوة ذات الرقاع لما كنا نعصب على أرجلنا من الخرق » اه ط عن المواهب اللدنية . والصواب أنها كانت بعد الخندق خلافا لما في الكافي والاختيار تبعا لجماعة من أهل السير كما حققه في الفتح (قوله وبطن نخل) بالخاء المعجمة اسم موضع ط (قوله وعسفان) بوزن عثمان قاموس (قوله وذى قرد) بفتح القاف والراء وبالدال المهملة وهو ماء على بريد من المدينة وتعرف بغزوة الغابة وكانت في ربيع الأول سنة ست قبل الحديبية ط عن المواهب والله تعالى أعلم .

باب صلاة الجنائز

ترجم للصلاة وأتى بأشياء زائدة عليها بعضها شروط كالغسل وبعضها مقدمات كالتكفين والتوجيه والتلقين وبعضها متممات كالدفن وأخرها لأنها ليست صلاة من كل وجه ولأنها تعلقت بآخر مايعرض للحى وهو الموت، ولمناسبة خاصة بما قبلها وهى أن الخوف والقتال قد يفضيان إلى الموت (قوله لسببه) هو الجنازة بالفتح بمعنى الميت ط (قوله وبالكسر السرير) قال الأزهرى لايسمى جنازة حتى يشد الميت عليه مكفنا إمداد (قوله وقيل لغتان) أى الكسر والفتح لغتان في الميت كما يفيده قول القاموس جنزه يجنزه ستره وجمعه والجنازة أى بالكسر الميت ويفتح أو بالكسر الميت وبالفتح السرير أو عكسه أو بالكسر السرير مع الميت اه تأمل (قوله وقيل عدمية) لأنه قطع مواد الحياة عن الحى والمقابلة عليه من مقابلة العدم والملكة وعلى الأول من مقابلة التضاد أفاده ط وقوله تعالى: ــخلق الموت والحياةــ ليس صريحا في الأول لأن الخلق يكون بمعنى الإيجاد وبمعنى التقدير والإعدام مقدرة فلذا ذهب أكثر المحققين إلى الثانى كما نقله في شرح العقائد (قوله يوجه المحتضر) بالبناء للمفعول فيهما أى يوجه وجه من حضره الموت أو ملائكته والمراد من قرب موته (قوله وعلامته الخ) أى علامة الاحتضار كما في الفتح وزاد على ماهنا أن تمتد جلدة خصيتيه لانشمار الخصيتين بالموت (قوله القبلة) نصب على الظرفية لأنها بمعنى الجهة (قوله وجاز الاستلقاء) اختاره مشايخنا بما وراء النهر لأنه أيسر لخروج الروح وتعقبه في الفتح وغيره بأنه لايعرف إلا نقلا والله أعلم بالأيسر منهما ولكنه أيسر لتغميضه وشد لحييه وأمنع من تقوّس أعضائه بحر (قوله ليتوجه للقبلة) عبارة الفتح ليصير وجهه إلى القبلة دون السماء (قوله ترك على حاله) أى ولو لم يكن مستلقيا أو متوجها (قوله والمرجوم لايوجه) لينظر وجهه وهل يقال كذلك فيمن أريد قتله لحد أو قصاص ؟ لم أره.

(ويلقن) ندبا . وقيل وجوبا (بذكر الشهادتين) لأن الأولى لاتقبل بدون الثانية (عنده) قبل الغرغرة : واختلف فى قبول توبة اليأس والمختار قبول توبته لا إيمانه والفرق فى البزازية وغيرها

مطلب فى تلقين المحتضر الشهادة

(قوله ويلقن الخ) لقوله صلى الله عليه وسلم « لقنوا موتاكم لا إله إلا الله فإنه ليس مسلم يقولها عند الموت إلا أنجته من النار » ولقوله عليه الصلاة والسلام « من كان آخر كلامه لا إله إلا الله دخل الجنة » كذا فى البرهان أى دخلها مع الفائزين وإلا فكل مسلم ولو فاسقا يدخلها ولو بعد طول عذاب إمداد (قوله وقيل وجوبا) فى القنية وكذا فى النهاية عن شرح الطحاوى : الواجب على إخوانه وأصدقائه أن يلقنوه اه قال فى النهر : لكنه تجوز لما فى الدراية من أنه مستحب بالإجماع اه فتنبه (قوله بذكر الشهادتين) قال فى الإمداد : وإنما اقتصرت على ذكر الشهادة تبعا للحديث الصحيح وإن قال فى المستصفى وغيره ولقن الشهادتين لا إله إلا الله محمد رسول الله وتعليله فى الدرر بأن الأولى لا تقبل بدون الثانية ليس على إطلاقه لأن ذلك فى غير المؤمن ولهذا قال ابن حجر من الشافعية وقول جمع يلقن محمد رسول الله أيضا لأن القصد موته على الإسلام ولا يسمى مسلما إلا بهما مردود بأنه مسلم وإنما المراد ختم كلامه بلا إله إلا الله ليحصل له ذلك الثواب أما الكافر فيلقنهما قطعا مع لفظ أشهد لوجوبه إذ لا يصير مسلما إلا بهما اه .

قلت : وقد يشير إليه تعبير الهداية والوقاية والنقاية والكنز بتلقين الشهادة . وفى التتارخانية كان أبو حفص الحداد يلقن المريض بقوله : أستغفر الله الذى لا إله هو الحى القيوم وأتوب إليه ، وكان يقول فيها معان : أحدها توبة ، والثانى توحيد ، والثالث أن المريض ربما يفزع لأن الملقن رأى فيه علامة الموت ولعل أقرباء الميت يتأذون به (قوله عنده) متعلق بذكر (قوله قبل الغرغرة) لأنها تكون قرب كون الروح فى الحلقوم وحينئذ لايمكن النطق بهما ط وفى القاموس غرغر جاد بنفسه عند الموت اه .

قلت : وكأنها مأخوذة من غرغر بالماء إذا أداره فى حلقه فكأنه يدير روحه فى حلقه .

مطلب فى قبول توبة اليأس

(قوله واختلف فى قبول توبة اليأس) بالياء المثناة التحتية ضد الرجاء وقطع الأمل من الحياة أو بالموحدة التحتية والمراد به الشدة وأهوال الموت ويحتمل مد الهمزة على أنه اسم فاعل وإسكانها على المصدرية بتقدير مضاف (قوله والمختار الخ) أقول : قال فى أواخر البزازية قيل : توبة اليأس مقبولة لا إيمان اليأس ، وقيل : لا تقبل كإيمانه لأنه تعالى سوى بين من أخر التوبة إلى حضور الموت من الفسقة والكفار وبين من مات على الكفر فى قوله — وليست التوبة الآية — كما فى الكشاف والبيضاوى والقرطبى ، وفى الكبير للرازى قال المحققون قرب الموت لايمنع من قبول التوبة بل المانع منه مشاهدة الأهوال التى يحصل العلم عندها على سبيل الاضطرار ، فهذا كلام الحنفية والمالكية والشافعية من المعتزلة والسنية والأشاعرة أن توبة اليأس لا تقبل كإيمان اليأس بجامع عدم الاختيار ، وخروج النفس من البدن . وعدم ركن التوبة وهو العزم بطريق التصميم على أن لايعود فى المستقبل إلى ما ارتكب وهذا لايتحقق فى توبة اليأس إن أريد باليأس معاينة أسباب الموت بحيث يعلم قطعا أن الموت يدركه لامحالة كما أخبر تعالى عنه بقوله — فلم يك ينفعهم إيمانهم لما رأوا بأسنا — وقد ذكر فى بعض الفتاوى أن توبة اليأس مقبولة ، فإن أريد باليأس ماذكرنا يرد عليه ماقلنا وإن أريد به القرب من الموت فلا كلام فيه . لكن الظاهر

(من غير أمره بها) لئلا يضجر وإذا قالها مرة كفاه ولا يكرر عليه مالم يتكلم ليكون آخر كلامه لا إله إلا الله ، ويندب قراءة يس والرعد (ولايلقن بعد تلحيده) وإن فعل لاينهى عنه . وفى الجوهرة أنه مشروع عند أهل السنة ويكفى قوله « يافلان يا ابن فلان اذكر ماكنت عليه وقل رضيت بالله ربا وبالإسلام دينا وبمحمد نبيا . قيل يارسول الله فإن لم يعرف اسمه قال : ينسب إلى آدم وحواء » .

أن زمان اليأس زمان معاينة الهول والمسطور فى الفتاوى أن توبة اليأس مقبولة لاإيمانه لأن الكافر أجنبى غير عارف بالله تعالى ويبدأ إيمانا وعرفانا والفاسق عارف وحاله حال البقاء والبقاء أسهل ، والدليل على قبولها منه مطلقا إطلاق قوله تعالى — وهو الذى يقبل التوبة عن عباده — اهـ ملخصا .

وظاهر آخر كلامه اختيار التفصيل وعزاه إلى مذهب الماتريدية الشيخ عبد السلام فى شرح منظومة والده اللقانى وقال وعند الأشاعرة لاتقبل حال الغرغرة توبة ولا غيرها كما قاله النووى اهـ .

وانتصر للثانى المنلا على القارى فى شرحه على بدء الأمالى بإطلاق قوله عليه الصلاة والسلام « إن الله يقبل توبة العبد مالم يغرغر » أخرجه أبو داود فإنه يشمل توبة المؤمن والكافر . واعترض قول بعض الشراح إن التفصيل مختار أئمة بخارى من الحنفية وجمع من الشافعية كالسبكى والبلقينى بأنه على تقدير صحته يحتاج إلى ظهور حجته اهـ .

والحاصل أن المسألة ظنية ، وأما إيمان اليأس فلا يقبل اتفاقا وسيأتى إن شاء الله تعالى تمام الكلام عليه فى باب الردة (قوله من غير أمره) أى من غير أن يقول له قل فهو مصدر مضاف إلى مفعوله (قوله لئلا يضجر) أى ويردها درر (قوله ويندب قراءة يس) لقوله صلى الله عليه وسلم « اقرءوا على موتاكم يس » صححه ابن حبان وقال المراد به من حضره الموت . وروى أبو داود عن مجالد عن الشعبى قال : كانت الأنصار إذا حضروا قرءوا عند الميت سورة البقرة إلا أن مجالدا مضعف حلية (قوله والرعد) هو استحسان بعض المتأخرين لقول جابر إنها تهون عليه خروج روحه إمداد :

مطلب فى التلقين بعد الموت

(قوله ولا يلقن بعد تلحيده) ذكر فى المعراج أنه ظاهر الرواية ثم قال وفى الخبازية والكافى عن الشيخ الزاهد الصفار أن هذا على قول المعتزلة لأن الإحياء بعد الموت عندهم مستحيل أما عند أهل السنة فالحديث أى « لقنوا موتاكم لاإله إلا الله» محمول على حقيقته لأن الله تعالى يحييه على ماجاءت به الآثار وقد روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه أمر بالتلقين بعد الدفن فيقول : يافلان بن فلان اذكر دينك الذى كنت عليه من شهادة أن لاإله إلا الله وأن محمدا رسول الله وأن الجنة حق والنار حق وأن البعث حق وأن الساعة آتية لاريب فيها وأن الله يبعث من فى القبور وأنك رضيت بالله ربا وبالإسلام دينا وبمحمد صلى الله عليه وسلم نبيا وبالقرآن إماما وبالكعبة قبلة وبالمؤمنين إخوانا اهـ .

وقد أطال فى الفتح فى تأييد حمل موتاكم فى الحديث على حقيقته مع التوفيق بين الأدلة على أن الميت يسمع أولا كما سيأتى فى باب اليمين فى الضرب والقتل من كتاب الإيمان لكن قال فى شرح المنية إن الجمهور على أن المراد منه مجازه ثم قال وإنما لاينهى عن التلقين بعد الدفن لأنه لاضرر فيه بل فيه نفع فإن الميت يستأنس بالذكر على ماورد فى الآثار الخ .

قلت : وما فى ط عن الزيلعى لم أره فيه وإنما الذى فيه قيل يلقن لظاهر مارويناه وقيل لا وقيل لايؤمر به ولاينهى عنه اهـ وظاهر استدلاله للأول اختياره فافهم .

ومن لا يسأل ينبغي أن لا يلقن . والأصح أن الأنبياء لا يسألون ولا أطفال المؤمنين وتوقف الإمام فى أطفال المشركين وقيل هم خدم أهل الجنة . ويكره تمنى الموت وتمامه فى النهر وسيجيء فى الحظر (وما ظهر منه من كلمات كفرية يغتفر فى حقه ويعامل معاملة موتى المسلمين) حملا على أنه فى حال زوال عقله ولذا اختار بعضهم زوال عقله قبل موته

مطلب فى سؤال الملكين هل هو عام لكل أحد أو لا ؟

(قوله ومن لا يسأل الخ) أشار إلى أن سؤال القبر لا يكون لكل أحد ويخالفه ما فى السراج : كل ذى روح من بنى آدم يسأل فى القبر بإجماع أهل السنة لكن يلقن الرضيع الملك ، وقيل لا بل يلهمه الله تعالى كما ألهم عيسى فى المهد اه لكن فى حكاية الإجماع نظر . فقد ذكر الحافظ ابن عبد البر أن الآثار دلت على أنه لا يكون إلا لمؤمن أو منافق ممن كان منسوبا إلى أهل القبلة بظاهر الشهادة دون الكافر الجاحد وتعقبه ابن القيم لكن رد عليه الحافظ السيوطى وقال ما قاله ابن عبد البر هو الأرجح ولا أقول سواه . ونقل العلقمى فى شرحه على الجامع الصغير أن الراجح أيضا اختصاص السؤال بهذه الأمة خلافا لما استظهره ابن القيم ونقل أيضا عن الحافظ ابن حجر العسقلانى أن الذى يظهر اختصاص السؤال بالمكلف ، وقال وتبعه عليه شيخنا يعنى الحافظ السيوطى

مطلب ثمانية لا يسألون فى قبورهم

ثم ذكر أن من لا يسأل ثمانية : الشهيد ، والمرابط ، والمطعون ، والميت زمن الطاعون بغيره إذا كان صابرا محتسبا والصديق والأطفال ، والميت يوم الجمعة أو ليلتها ، والقارئ كل ليلة تبارك الملك وبعضهم ضم إليها السجدة والقارئ فى مرض موته — قل هو الله أحد — اه وأشار الشارح إلى أنه يزاد الأنبياء عليهم الصلاة والسلام لأنهم أولى من الصديقين (قوله والأصح الخ) ذكره ابن الهمام فى المسايرة (قوله وتوقف الإمام الخ) أى فى أنهم يسألون وفى أنهم فى الجنة أو النار قال ابن الهمام فى المسايرة :

مطلب فى أطفال المشركين

وقد اختلف فى سؤال أطفال المشركين وفى دخولهم الجنة أو النار ، فتردد فيهم أبو حنيفة وغيره وقد وردت فيهم أخبار متعارضة فالسبيل تفويض أمرهم إلى الله تعالى . وقال محمد بن الحسن : اعلم أن الله لا يعذب أحدا بلا ذنب اه وقال تلميذه ابن أبى شريف فى شرحه وقد نقل الأمر بالإمساك عن الكلام فى حكمهم فى الآخرة مطلقا عن القاسم ابن محمد وعروة بن الزبير من رءوس التابعين وغيرهما وقد ضعف أبو البركات النسفى رواية التوقف عن أبى حنيفة وقال الرواية الصحيحة عنه أنهم فى المشيئة لظاهر الحديث الصحيح « الله أعلم بما كانوا عاملين » وقد حكى فيهم الإمام النووى ثلاثة مذاهب الأكثر أنهم فى النار ، الثانى : التوقف ، الثالث : الذى صححه أنهم فى الجنة لحديث « كل مولود يولد على الفطرة » ويميل إليه ما مر عن محمد بن الحسن وفيهم أقوال أخر ضعيفة اه (قوله وتمامه فى النهر) حيث قال ويكره تمنى الموت لضرر نزل به للنهى عن ذلك ، فإن كان ولا بد فليقل : اللهم أحينى ما كانت الحياة خيرا لى وتوفنى إذا كانت الوفاة خيرا لى كذا فى السراج اه (قوله وسيجيء فى الحظر) أى فى كتاب الحظر والإباحة ويعبر عنه بكتاب الكراهة والاستحسان وسقط من أغلب النسخ لفظ فى الحظر (قوله ولذا اختار الخ) أى لكونه فى حال زوال عقله يغتفر ما يصدر منه اختار بعضهم زوال عقله فى ذلك الوقت مخافة أن يتكلم بذلك

ذكره الكمال (وإذا مات تشد لحياه وتغمض عيناه) تحسينا له ، ويقول مغمضه : بسم الله وعلى ملة رسول الله اللهم يسر عليه أمره ، وسهل عليه مابعده ، وأسعده بلقائك ، واجعل ماخرج إليه خيرا مما خرج عنه ثم تمد أعضاؤه ، ويوضع على بطنه سيف أو حديد لئلا ينتفخ ، ويحضر عنده الطيب ، ويخرج من عنده الحائض والنفساء والجنب ويعلم به جيرانه وأقرباؤه ويسرع في جهازه ويقرأ عنده القرآن إلى أن يرفع إلى الغسل كما في القهستاني معزيا للنتف :

قلت : وليس في النتف إلى الغسل بل إلى أن يرفع فقط ، وفسره في البحر برفع الروح . وعبارة الزيلعي وغيره تكره القراءة عنده حتى يغسل وعلله الشرنبلالي في إمداد الفتاح تنزيها للقرآن عن نجاسة الميت لتنجسه بالموت

قصدا من ألم الموت ومن أن يدخل عليه الشيطان فإن ذلك الوقت وقت عروضه له (قوله ذكره الكمال) وقال أيضا وبعضهم اختاروا قيامه في حال الموت . والعبد الضعيف مؤلف هذه الكلمات فوض أمره إلى الرب الغني الكريم متوكلا عليه طالبا منه جلت عظمته أن يرحم عظيم فاقتي بالموت على الإيمان والإيقان — ومن يتوكل على الله فهو حسبه — ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم اهـ . وإني العبد الذليل أقول مثل قوله مستعينا بقوة الله تعالى وحوله (قوله لحياه) تثنية لحى بفتح اللام فيهما ، وهو منبت اللحية أو العظم الذي عليه الأسنان بحر (قوله تحسينا له) إذ لو ترك فظع منظره ولئلا يدخل فاه الهوام والماء عند غسله إمداد (قوله ثم تمد أعضاؤه) أي لئلا يبقى مقوسا كما في شرح المنية وفي الإمداد وتلين مفاصله وأصابعه بأن يرد ساعده لعضده وساقه لفخذه وفخذه لبطنه ويردها ملينة ليسهل غسله وإدراجه في الكفن (قوله ويوضع الخ) يخالف مامر من أن توجيهه على يمينه هو السنة لأن هذا الوضع لايكون إلا مع الاستلقاء إلا أن يقال إن ذاك عند الاحتضار إلى خروج الروح وهذا بعده (قوله لئلا ينتفخ) لأن الحديد يدفع النفخ لسرفيه وإن لم يوجد فيوضع شيء ثقيل إمداد (قوله ويخرج من عنده الخ) في النهر وينبغي إخراج الحائض الخ وفي نور الإيضاح واختلف في إخراج الحائض الخ (قوله ويعلم به جيرانه الخ) قال في النهاية فان كان عالما أو زاهدا أو ممن يتبرك به فقد استحسن بعض المتأخرين النداء في الأسواق لجنازته وهو الأصح اهـ ولكن لايكون على جهة التفخيم وتمامه في الإمداد (قوله ويسرع في جهازه) لما رواه أبو داود عنه صلى الله عليه وسلم لما عاد طلحة بن البراء وانصرف قال « ما أرى طلحة إلا قد حدث فيه الموت فإذا مات فآذنوني حتى أصلي عليه وعجلوا به فإنه لاينبغي لجيفة مسلم أن تحبس بين ظهراني أهله » والصارف عن وجوب التعجيل الاحتياط للروح الشريفة فإنه يحتمل الإغماء . وقد قال الأطباء إن كثيرين ممن يموتون بالسكتة ظاهرا يدفنون أحياء لأنه يعسر إدراك الموت الحقيقي بها إلا على أفاضل الأطباء فيتعين التأخير فيها إلى ظهور اليقين بنحو التغير إمداد ، وفي الجوهرة وإن مات فجأة ترك حتى يتيقن بموته .

مطلب في القراءة عند الميت

(قوله ويقرأ عنده القرآن الخ) في بعض النسخ ولا يقرأ بلا والصواب إسقاطها لأني لم أرها في نسختين من القهستاني ولا في النتف ولا في البحر ، نعم بذكرها لايبقى مخالفة بين ما في النتف وما في الزيلعي ، ولا يحتاج إلى تفسير صاحب البحر برفع الروح فافهم والأنسب ذكر هذا البحث عند قول المصنف الآتي قريبا وكره قراءة قرآن عنده (قوله قلت الخ) أقول راجعت النتف فرأيت فيها كما نقله القهستاني فالظاهر أن قوله إلى الغسل سقط من نسخة صاحب البحر وتبعه الشارح بلا مراجعة لعبارة النتف نعم في شرح درر البحار وقرئ عنده القرآن

قيل نجاسة خبث وقيل حدث ، وعليه فينبغي جوازها كقراءة المحدث

إلى أن يرفع اه ومثله فى المعراج عن المنتقى لكن قال عقبه وأصحابنا كرهوا القراءة بعد موته حتى يغسل فأفاد حمل مافى المنتقى على ماقبل الموت أن المراد بالرفع رفع الروح والله أعلم (قوله قيل نجاسة خبث) لأن الآدمى حيوان دموى فيتنجس بالموت كسائر الحيوانات وهو قول عامة المشايخ وهو الأظهر بدائع ، وصححه فى الكافى :

قلت : ويؤيده إطلاق محمد نجاسة غسالته وكذا قولهم لو وقع فى بئر قبل غسله نجسها وكذا لوحمل ميتاقبل غسله وصلى به لم تصح صلاته وعليه فإنما يطهر بالغسل كرامة للمسلم ، ولذا لو كان كافرا نجس البئر ولو بعد غسله كما قدمنا ذلك كله فى الطهارة (قوله وقيل حدث) يؤيده ماذكره فى البحر من كتاب الطهارة أن الأصح كون غسالته مستعملة ، وأن محمدا أطلق نجاستها لأنها لا تخلو من النجاسة غالبا :

قلت : لكن ينافيه مامر من الفروع إلاأن يقال ببنائها على قول العامه . قال فى فتح القدير : وقد روى فى حديث أبى هريرة « سبحان الله إن المؤمن لاينجس حيا ولا ميتا » فإن صحت وجب ترجيح أنه للحدث اه :

وقال فى الحلية : وقد أخرج الحاكم عن ابن عباس رضى الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لاتنجسوا موتاكم فان المسلم لا ينجس حيا ولاميتا » وقال صحيح على شرط البخارى ومسلم فيترجح القول بأنه حدث اه :

قلت : ويظهر لى إمكان الجواب بأن المراد بنفى النجاسة عن المسلم فى الحديث النجاسة الدائمة فيكون احترازا عن الكافر فإن نجاسته دائمة لاتزول بغسله ، ويؤيد ذلك أنه لو كان المراد نفى النجاسة مطلقا لزم أنه لو أصابته نجاسة خارجية لاينجس مع أنه خلاف الواقع فتعين ماقلنا وحينئذ فليس فى الحديث دلالة على أن المراد بنجاسته نجاسة حدث فتأمل ذلك بإنصاف (قوله كقراءة المحدث) فإنه إذا جاز للمحدث حدثا أصغر القراءة فجوازها عند الميت المحدث بالأولى لكن كان المناسب أن يقول كالقراءة عند الجنب لأن حدث الموت موجب للغسل فهو أشبه بالجنابة وإن لم يكن جنابة بدليل أنهم ذكروا أن حدثه بسبب استرخاء المفاصل وزوال العقل قبل الموت فكان ينبغى اقتصاره على أعضاء الوضوء لكن القياس فى حدث الحى غسل جميع البدن واقتصر على الأعضاء للحرج لتكرره كل يوم بخلاف الجنابة ، والموت شبيه بالجنابة فى أنه لايتكرر فأخذوا بالقياس فيه لأنه لايتكرر فلا حرج فى غسل جميع البدن :

[تنبيه] الحاصل أن الموت إن كان حدثا فلا كراهة فى القراءة عنده وإن كان نجسا كرهت ، وعلى الأول يحمل مافى النتف وعلى الثانى مافى الزيلعى وغيره . وذكر ط أن محل الكراهة إذا كان قريبا منه ، أما إذا بعد عنه بالقراءة فلا كراهة اه .

قلت : والظاهر أن هذا أيضا إذا لم يكن الميت مسجى بثوب يستر جميع بدنه ، لأنه لو صلى فوق نجاسة على حائل من ثوب أو حصير لايكره فيما يظهر فكذا إذا قرأ عند نجاسة مستورة وكذا ينبغى تقييد الكراهة بما إذا قرأ جهرا قال فى الخانية : وتكره قراءة القرآن فى موضع النجاسة كالمغتسل والمخرج والمسلخ وما أشبه ذلك ، وأما فى الحمام فإن لم يكن فيه أحد مكشوف العورة وكان الحمام طاهرا لابأس بأن يرفع صوته بالقراءة ، وإن لم يكن كذلك فإن قرأ فى نفسه ولا يرفع صوته فلا بأس به ولا بأس بالتسبيح والتهليل وإن رفع صوته اه وفى القنية لابأس بالقراءة راكبا أو ماشيا إذا لم يكن ذلك الموضع معدا للنجاسة فإن كان يكره اه وفيها لابأس بالصلاة حذاء البالوعة إذا لم تكن بقربه اه .

(ويوضع) كما مات (كما تيسر) فى الأصح (على سرير مجمر وترا) إلى سبع فقط فتح (كـكفنه) وعند موته فهى ثلاث لاخلفه ولا فى القبر (وكره قراءة القرآن عنده إلى تمام غسله) عبارة الزيلعى حتى يغسل وعبارة النهر قبل غسله (وتستر عورته الغليظة فقط على الظاهر) من الرواية (وقيل مطلقا) الغليظة والخفيفة (وصحح) صححه الزيلعى وغيره (ويغسلها تحت خرقة) السترة (بعد لف) خرقة (مثلها على يديه) لحرمة اللمس كالنظر (ويجرد) من ثيابه (كما مات) وغسله عليه الصلاة والسلام فى قميصه من خواصه (ويوضأ) من يؤمر بالصلاة (بلا مضمضة واستنشاق)

فتحصل من هذا أن الموضع إن كان معداً للنجاسة كالمخرج والمسلخ كرهت القراءة مطلقا وإلا فإن لم يكن هناك نجاسة ولا أحد مكشوف العورة فلا كراهة مطلقا وإن كان فإنه يكره رفع الصوت فقط إن كانت النجاسة قريبة فتأمل (قوله كما مات) هذه الكاف الداخلة على ماتسمى كاف المبادرة مثل سلم كما تدخل كما فى المغنى أى أنه يوضع على السرير عقب تيقن موته وقيده القدورى بما إذا أرادوا غسله والأول أشبه كما فى الزيلعى (قوله فى الأصح) وقيل يوضع إلى القبلة طولا وقيل عرضا كما فى القبر أفاده فى البحر (قوله مجمر) أى مبخر وفيه إشارة إلى أن السرير يجمر قبل وضعه عليه تعظيما وإزالة للرائحة الكريهة منه نهر (قوله إلى سبع فقط) أى بأن تدار المجمرة حول السرير مرة أو ثلاثا أو خمسا أو سبعا ولا يزاد عليها كما فى الفتح والكافى والنهاية ، وفى التبيين لا يزاد على خمسة (قوله كـكفنه) فإنه يجمر وتراً أيضا ط (قوله وعند موته) أفاده بقوله سابقا ويحضر عنده الطيب ط (قوله فهى ثلاث الخ) قال فى الفتح وجميع مايجمر فيه الميت ثلاث عند خروج روحه لإزالة الرائحة الكريهة . وعند غسله وعند تكفينه ولا يجمر خلفه ولا فى القبر ، لما روى «لاتتبعوا الجنازة بصوت ولا نار» اه (قوله عبارة الزيلعى الخ) أشار بنقل العبارتين إلى أن قول المصنف إلى تمام غسله غير قيد لأنه يطهر بغسله مرة فلا يتوقف على التمام فافهم (قوله وتستر عورته الغليظة فقط) أى القبل والدبر وعللوه بأنه أيسر وببطلان الشهوة ، والظاهر أنه بيان للواجب بمعنى أنه لايأثم بذلك لالكون المطلوب الاقتصار على ذلك تأمل (قوله صححه الزيلعى وغيره) والأول صححه فى الهداية وغيرها لـكن قال فى شرح المنية إن الثانى هو المأخوذ به لقوله عليه الصلاة والسلام لعلى « لاتنظر إلى فخذ حيّ ولا ميت » لأن ما كان عورة لايسقط بالموت ولذا لايجوز مسه ، حتى لو ماتت بين رجال أجانب يممها رجل بخرقة ولا يمسها الخ وفى الشرنبلالية ، وهذا شامل للمرأة والرجل ، لأن عورة المرأة للمرأة كالرجل للرجل (قوله مثلها) ليس بقيد فالمراد مايمنع المس ط (قوله لحرمة اللمس كالنظر) يفيد هذا التعليل أن الصغير الذى لاعورة له لايضر عدم ستره ط (قوله ويجرد من ثيابه) ليمكنهم التنظيف لأن المقصود من الغسل هو التطهير والتطهير لايحصل مع ثيابه لأن الثوب متى تنجس بالغسالة تنجس به بدنه ثانياً بنجاسة الثوب فلا يفيد الغسل فيجب التجريد كذا فى العناية ، وظاهره أن الوجوب على ظاهره (قوله كما مات) لأن الثياب تحمى عليه فيسرع إليه التغير بحر (قوله من خواصه) لما روى أبو داود « أنهم قالوا نجرده كما نجرد موتانا أم نغسله فى ثيابه فسمعوا من ناحية البيت اغسلوا رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه ثيابه» قال ابن عبد البر : روى ذلك عن عائشة من وجه صحيح فدل هذا أن عادتهم كانت تجريد موتاهم للغسل فى زمنه صلى الله عليه وسلم شرح المنية زاد فى المعراج وغسله صلى الله عليه وسلم ، ليس للتطهير لأنه صلى الله عليه وسلم كان طاهرا حياً وميتا (قوله ويوضأ من يؤمر بالصلاة) خرج الصبى الذى لم يعقل لأنه لم يكن بحيث يصلى قاله الحلوانى وهذا التوجيه ليس بقوى إذ يقال : إن هذا الوضوء سنة الغسل المفروض للميت لاتعلق لـكون الميت بحيث يصلى أولا كما فى المجنون شرح المنية ومقتضاه

للحرج ، وقيل يفعلان بخرقة ، وعليه العمل اليوم ، ولو كان جنبا أو حائضاً أو نفساء فعلا اتفاقا تتميما للطهارة كما فى إمداد الفتاح مستمدا من شرح المقدسى ، ويبدأ بوجهه ويمسح رأسه (ويصب عليه ماء مغلى بسدر) ورق النبق (أو حرض) بضم فسكون الأشنان (إن تيسر وإلا فماء خالص) مغلى (ويغسل رأسه ولحيته بالخطمى) نبت بالعراق (إن وجد وإلا فبالصابون ونحوه) هذا لو كان بهما شعر حتى لو كان أمرد أو أجرد لا يفعل (ويضجع على يساره) ليبدأ بيمينه (فيغسل حتى يصل الماء

أنه لا كلام فى أن المجنون يوضأ ، وأن الصبى الذى لا يعقل الصلاة يوضأ أيضا على خلاف مايقتضيه توجيه الحلوانى من أنهما لا يوضئان (قوله للحرج) إذ لا يمكن إخراج الماء أو يعسر فيتركان ، زيلعى (قوله بخرقة) أى يجعلها الغاسل فى أصبعه يمسح بها أسنانه ولهاته ولثته ويدخلها منخره أيضا بحر (قوله وعليه العمل اليوم) قائله شمس الأئمة الحلوانى كما فى الإمداد عن التتارخانية (قوله ولو كان جنبا الخ) نقل أبو السعود عن شرح الكنز للشلبى أن ماذكره الخلخالى أى فى شرح القدورى من أن الجنب يمضمض ويستنشق غريب مخالف لعامة الكتب اه .

قلت : وقال الرملى أيضا فى حاشية البحر إطلاق المتون والشروح والفتاوى يشمل من مات جنبا ولم أر من صرح به لكن الإطلاق يدخله والعلة تقتضيه اه وما نقله أبو السعود عن الزيلعى من قوله بلا مضمضة واستنشاق ولو جنباً صريح فى ذلك لكنى لم أره فى الزيلعى (قوله اتفاقا) لم أجده فى الإمداد ولا فى شرح المقدسى (قوله ويبدأ بوجهه) أى لا يغسل يديه أولا إلى الرسغين كالجنب لأن الجنب يغسل نفسه بيديه فيحتاج إلى تنظيفهما أولا والميت يغسل بيد الغاسل (قوله ويمسح رأسه) أى فى الوضوء وهو ظاهر الرواية كالجنب بحر .

[تنبيه] لم يذكر الاستنجاء للاختلاف فيه. فعندهما يستنجى ، وعند أبى يوسف لا. وصورته أن يلف الغاسل على يده خرقة ويغسل السوأة لأن مسها حرام كالنظر جوهرة (قوله مغلى) بضم الميم اسم مفعول من الإغلاء لا من الغلى والغليان لأنه لازم واسم المفعول إنما يبنى من المتعدى ح وإنما طلب تسخينه مبالغة فى التنظيف (قوله ورق النبق) بفتح النون وكسرها وبسكون الباء الموحدة وككتف كما يعلم من القاموس. وفى التذكرة السدر شجر معروف وثمره هو النبق وسحيق ورقه يلحم الجراح ويقلع الأوساخ وينقى البشرة وينعمها ويشد الشعر. ومن خواصه أنه يطرد الهوام ويشد العصب ويمنع الميت من البلاء اه . وفى القاموس أيضاً النبق : حمل السدر ، وبه علم أن السدر هو الشجر والنبق الثمر فإضافة الورق إلى النبق لأدنى ملابسة وتفسير السدر بالورق بيان للمراد منه فالأحسن فى التعبير قول المعراج السدر شجرة النبق والمراد ورقه اه (قوله فسكون) فى الشرنبلالية : أنه يجوز فى الراء السكون والضم كما فى الصحاح (قوله الأشنان) بضم الهمزة وكسرها كما فى القاموس وقيده الكمال وغيره بغير المطحون (قوله وإلا فماء خالص مغلى) أى إغلاء وسطا لأن الميت يتأذى بما يتأذى به الحى ط وأفاد كلامه أن الحار أفضل سواء كان عليه وسخ أو لا نهر (قوله بالخطمى) فى المصباح أنه مشدد الياء وكسر الخاء أكثر من الفتح (قوله نبت بالعراق) طيب الرائحة يعمل عمل الصابون نهر (قوله هذا الخ) الإشارة إلى قوله ويغسل رأسه ولحيته بالخطمى الخ (قوله ويضجع الخ) هذا أول الغسل المرتب وأما قوله وصب عليه ماء مغلى الخ وقوله وإلا فالقراح وقوله وغسل رأسه بالخطمى يفعل قبل الترتيب الآتى وعبارة الشرنبلالية : ويفعل هذا قبل الترتيب الآتى ليبتل ما عليه من الدرن اه ط :

قلت : لكن صريح البحر والنهر وغيرهما أن قوله وصب عليه ماء مغلى الخ ليس خارجا عن هذه الغسلات الثلاث الآتية بل هو إجمال لبيان كيفية الماء : أى لبيان الماء الذى يغسل به ، وهو كونه مغلى بسدر لا باردا ولا

إلى مايلى التخت منه ثم على يمينه كذلك ثم يجلس مسندا) بالبناء للمفعول (إليه ويمسح بطنه رفيقا وما خرج منه يغسله ثم) بعد إقعاده (يضجعه على شقه الأيسر ويغسله) وهذه غسلة (ثالثة) ليحصل المسنون (ويصب عليه الماء عند كل اضطجاع ثلاث مرات) لما مر (وإن زاد عليها أونقص جاز) إذ الواجب مرة (ولا يعاد غسله ولا وضوءه بالخارج منه) لأن غسله ماوجب لرفع الحدث لبقائه بالموت بل لتنجسه بالموت كسائر الحيوانات الدموية إلا أن المسلم يطهر بالغسل كرامة له وقد حصل بحر وشرح مجمع .

(وينشف فى ثوب ويجعل الحنوط) وهو بفتح الحاء (العطر المركب من الأشياء الطيبة غير زعفران وورس) لكراهتهما للرجال وجعلهما فى الكفن جهل (على رأسه ولحيته) ندبا (والكافور على مساجده) كرامة لها (ولا يسرح شعره)

قراحا ، وكذا قال فى الفتح وإذا فرغ من الوضوء غسل رأسه ولحيته بالخطمى ثم يضجعه الخ ومثله فى الجوهرة .

نعم اختلفوا فى شيء وهو أنه فى الهداية لم يفصل فى الغسلات بين القراح وغيره وهو ظاهر كلام الحاكم وذكر شيخ الإسلام أن الأولى بالقراح أى الماء الخالص، والثانية بالمغلى فيه سدر ، والثالثة بالذى فيه كافور قال فى الفتح والأولى كون الأولين بالسدر كما هو ظاهر الهداية لما فى أبى داود بسند صحيح « أن أم عطية تغسل بالسدر مرتين والثالث بالماء والكافور» (قوله إلى مايلى التخت منه) بالخاء المعجمة أى السرير ومنه بيان لما ، والمراد به الجانب الأسفل وكأنه لم يصرح به لئلا يتوهم أن المراد به جانب الرجلين وجوز العينى التحت بالحاء المهملة ولا يظهر من جهة المعنى والإعراب(١) كما لايخفى (قوله كذلك) بأن يغسله إلى أن يصل الماء إلى مايلى التخت منه وهو الجانب الأيسر وهذه غسلة ثانية كما فى الفتح والبحر. وأفاد أنه لايكب على وجهه ليغسل ظهره كما فى شرح المنية عن غاية السروجى (قوله رفيقا) أى مسحا برفق (قوله وما خرج منه يغسله) أى تنظيفاً له بحر . قال الرملى : أى لاشرطا حتى لو صلى عليه من غير غسله جاز وهذا مما لايتوقف فيه اه وفى الأحكام عن المحيط يمسح ماسال ويكفن . وفى كتاب الصلاة للحسن إذا سال قبل أن يكفن غسل وبعده لا اه .

قلت : وسيأتى تمامه فى بحث الصلاة عليه (قوله ليحصل المسنون) وهو تثليث الغسلات المستوعبات جسده إمداد (قوله لما مر) أى من قوله ليحصل المسنون ط (قوله وإن زاد) أى عند الحاجة لكن ينبغى أن يكون وترا ذكره فى شرح مختصر الكرخى شرح المنية (قوله جاز) أى صح وكره بلا حاجة لأنه إسراف أو تقتير (قوله ولا يعاد غسله) بضم العين قيل وبالفتح أيضاً ، وقيل إن أضيف إلى المغسول أى كالثوب مثلا فتح وإلى غيره ضم نهر (قوله لبقائه بالموت) أى لأن الموت حدث كالخارج فلما لم يؤثر الموت فى الوضوء وهو موجود لم يؤثر الخارج بحر ولأنه خرج عن التكليف بنقض الطهارة شرح المنية (قوله بل لتنجسه بالموت) قدمنا الكلام فيه قريبا (قوله وقد حصل) أى الغسل وبطرو النجاسة بعده لايعاد بل يغسل موضعها (قوله وينشف فى ثوب) أى كى لا تبتل أكفانه وهو طاهر كالمنديل الذى يمسح به الحى بحر (قوله ندبا) راجع إلى قوله ويجعل والأولى ذكره بلصقه ط (قوله على مساجده) مواضع سجوده جمع مسجد بالفتح لاغيره وهو الجبهة والأنف واليدان والركبتان والقدمان فتح وسواء فيه المحرم وغيره فيطيب ويغطى رأسه إمداد عن التاترخانية (قوله كرامة لها) فإنه كان يسجد بهذه

---

(١) (قوله المعنى والإعراب) أما من جهة الإعراب : فلإدخال أل على الظرف الملازم للإضافة ، وأما من جهة المعنى فللإيهام عدم اشتراط وصول الماء إلى نفس الجنب إذ المعنى عليه يغسل حتى يصل الماء إلى الشيء الذى يلى الجانب التحتانى ، والذى يلى الجانب التحتانى هو السرير اه .

أى يكره تحريما (ولا يقص ظفره) إلا المكسور (ولا شعره) ولا يختن، ولا بأس بجعل القطن على وجهه وفى مخارقه كدبر وقبل وأذن وفم، ويوضع يداه فى جانبيه لاعلى صدره لأنه من عمل الكفار ابن ملك (ويمنع زوجها من غسلها ومسها لامن النظر إليها على الأصح) منية.

وقالت الأئمة الثلاثة: يجوز لأن عليا غسل فاطمة رضى الله عنهما.

قلنا: هذا محمول على بقاء الزوجية لقوله عليه الصلاة والسلام «كل سبب ونسب ينقطع بالموت إلا سببى ونسبى» مع أن بعض الصحابة أنكر عليه شرح المجمع للعينى (وهى لاتمنع من ذلك)

الأعضاء فتختص بزيادة كرامة وصيانة لها عن سرعة الفساد درر (قوله أى يكره تحريما) لما فى القنية من أن التزيين بعد موتها والامتشاط وقطع الشعر لايجوز نهر، فلو قطع ظفره أو شعره أدرج معه فى الكفن قهستانى عن العتابى (قوله ولا بأس الخ) كذا فى الزيلعى وأشار إلى أن تركه أولى قال فى الفتح: وليس فى الغسل استعمال القطن فى الروايات الظاهرة. وعن أبى حنيفة أنه يجعل فى منخريه وفمه، وقال بعضهم فى صماخه أيضا، وقال بعضهم: فى دبره أيضاً قال فى الظهيرية: واستقبحه عامة العلماء اهـ لكن فى الحلية أنه منقول عن الشافعى وأبى حنيفة فإطلاق أنه قبيح ليس بصحيح اهـ (قوله ويمنع زوجها الخ) أشار إلى مافى البحر من أن من شرط الغاسل أن يحل له النظر إلى المغسول فلا يغسل الرجل المرأة وبالعكس اهـ وسيأتى ماإذا ماتت المرأة بين رجال أو بالعكس، والظاهر أن هذا شرط لوجوب الغسل أو لجوازه لالصحته (قوله لامن النظر إليهما على الأصح) عزاه فى المنح إلى القنية، ونقل عن الخانية أنه إذا كان للمرأة محرم يممها بيده وأما الأجنبى فبخرقة على يده ويغض بصره عن ذراعها وكذا الرجل فى امرأته إلا فى غض البصر اهـ ولعل وجهه أن النظر أخف من المس فجاز لشبهة الاختلاف والله أعلم (قوله قلنا الخ) قال فى شرح المجمع لمصنفه فاطمة رضى الله تعالى عنها غسلتها أم أيمن حاضنته صلى الله عليه وسلم ورضى عنها فتحمل رواية الغسل لعلى رضى الله تعالى عنه على معنى التهيئة والقيام التام بأسبابه، ولئن ثبتت الرواية فهو مختص به، ألا ترى أن ابن مسعود رضى الله عنه لما اعترض عليه بذلك أجابه بقوله: أما علمت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «إن فاطمة زوجتك فى الدنيا والآخرة» فادعاؤه الخصوصية دليل على أن المذهب عندهم عدم الجواز اهـ.

مطلب فى حديث «كل سبب ونسب منقطع إلا سببى ونسبى»

قلت: ويدل على الخصوصية أيضا الحديث الذى ذكره الشارح وفسر بعضهم السبب فيه بالإسلام والتقوى، والنسب بالانتساب ولو بالمصاهرة والرضاع، ويظهر لى أن الأولى كون المراد بالسبب القرابة السببية كالزوجية والمصاهرة وبالنسب القرابة النسبية لأن سببية الإسلام والتقوى لاتنقطع عن أحد فبقيت الخصوصية فى سببه ونسبه صلى الله عليه وسلم ولهذا قال عمر رضى الله تعالى عنه: فتزوجت أم كلثوم بنت على لذلك.

وأما قوله تعالى – فلا أنساب بينهم – فهو مخصوص بغير نسبه صلى الله عليه وسلم النافع فى الدنيا والآخرة، وأما حديث «لاأغنى عنكم من الله شيئا» أى أنه لايملك ذلك إلا إن ملكه الله تعالى فإنه ينفع الأجانب بشفاعته لهم بإذن الله تعالى فكذا الأقارب وتمام الكلام على ذلك فى رسالتنا [العلم الظاهر فى نفع النسب الطاهر] (قوله وهى لاتمنع من ذلك) أى من تغسيل زوجها دخل بها أولا كما فى المعراج ومثله فى البحر عن المجتبى.

ولو ذمية بشرط بقاء الزوجية (بخلاف أم الولد) والمدبرة والمكاتبة فلا يغسلونه ولا يغسلهن على المشهور مجتبى : (والمعتبر) فى الزوجية (صلاحيتها لغسله حالة الغسل لا) حالة (الموت فتمنع من غسله لو) بانت قبل موته أو (ارتدت بعده) ثم أسلمت (أو مست ابنه بشهوة) لزوال النكاح (وجاز لها) غسله (لو أسلم) زوج المجوسية (فمات فأسلمت) بعده لحل مسها حينئذ اعتبارا بحالة الحياة :

(وجد رأس آدمى) أو أحد شقيه (لايغسل ولايصلى عليه) بل يدفن إلا أن يوجد أكثر من نصفه ولو بلا رأس

(والأفضل أن يغسل) الميت (مجانا، فإن ابتغى الغاسل الأجر جاز إن كان ثمة غيره وإلا لا) لتعينه عليه ، وينبغى أن يكون حكم الحمال والحفار كذلك سراج (وإن غسل) الميت (بغيرنية أجزأ) أى لطهارته لا لإسقاط الفرض عن ذمة المكلفين

قلت : أى لأنها تلزمها عدة الوفاة ولو لم يدخل بها ، وفى البدائع : المرأة تغسل زوجها ، لأن إباحة الغسل مستفادة بالنكاح ، فتبقى مابقى النكاح والنكاح بعد الموت باق إلى أن تنقضى العدة بخلاف ماإذا ماتت فلا يغسلها لانتهاء ملك النكاح لعدم المحل فصار أجنبيا وهذا إذا لم تثبت البينـونة بينهما فى حال حياة الزوج ، فإن ثبتت بأن طلقها بائنا أو ثلاثا ثم مات لاتغسله لارتفاع الملك بالإبانة الخ (قوله ولو ذمية) الأولى ولو كتابية للاحتراز عن المجوسية إذا أسلم زوجها فمات لاتغسله كما فى البحر إلا إذا أسلمت كما يأتى (قوله بشرط بقاء الزوجية) أى إلى وقت الغسل ويأتى مجترزه (قوله فلا يغسلونه) تبع فيه النهر والصواب يغسلنه ط ، وهو كذلك فى بعض النسخ ؛ ووجه ذلك أن أم الولد لايبقى فيها الملك ببقاء العدة لأن الملك فيها ملك يمين ، وهى تعتق بموته والحرية تنافى ملك اليمين ، بخلاف المنكوحة المعتدة فإن حريتها لاتنافى ملك النكاح حال الحياة ، وأما المدبرة فلأنها تعتق ولا عدة عليها فلا تغسله بالأولى ، وكذا الأمة لأنها زالت عن ملكه بالموت إلى الورثة ولا يباح لأمةالغير مس عورته بدائع ملخصاً ، وأما المكاتبة فلأنها صارت بعقد الكتابة حرة يداً حالا ورقبة مآلا أى عندالأداء ولذا حرم عليه وطؤها فى حياته وغرم عقرها كما يأتى فى بابه إن شاء الله تعالى (قوله ولا يغسلهن) لأن الملك يبطل بموت محله (قوله فى الزوجية) لم يظهر وجه فى تقدير الشارح الزوجية كما قال ح: وقال ط : صوابه فى الزوجة لأن الصلاحية للزوجة لاللزوجية اه والأحسن التعبير بما فى المعراج والبحر وغيرهما وهو أنه يشترط بقاء الزوجية عند الغسل وبه يظهر التفريع بمازاده الشارح (قوله ولو بانت قبل موته) أى بأى سبب من الأسباب بردتها أو بتمكينها ابنه أو طلاق فإنها لاتغسله وإن كانت فى العدة فتح أى لعدم بقاء الزوجية عند الغسل ولا عند الموت. واحترز عما لو طلقها رجعياً ثم مات فى عدتها فإنها تغسله لأنه لايزيل ملك النكاح بدائع (قوله بعده) أى بعد موته (قوله لزوال النكاح) لأن النكاح كان قائما بعد الموت فارتفع بالردة وبالمس بشهوة الموجب تحريم الممسوسة على أصول الماس وفروعه ، ولو كان المعتبر بقاء الزوجية حالة الموت كما قال به زفر لجاز لها تغسيله (قوله وجاز لها الخ) الأولى فى حل التركيب أن يقول : وجاز لامرأة المجوسى تغسيله لو أسلم الخ ح (قوله اعتبارا بحالة الحياة) فإنه لو أسلمت بعده وكان حياً يبقى النكاح ويحل المس فكذا إذا أسلمت بعد موته (قوله ولو بلا رأس) وكذا يغسل لو وجد النصف مع الرأس بحر (قوله لتعينه عليه) أى لأنه صار واجبا عليه عينا ولا يجوز أخذ الأجرة على الطاعة كالمعصية ،وفيه أن أخذ الأجرة(١)على الطاعة لايجوز مطلقا عند المتقدمين ، وأجازه المتأخرون على تعليم القرآن والأذان والإمامة

---

(١) (قوله وفيه أن أخذ الأجرة الخ) قال شيخنا : حاصل ما يقال فى هذا المقام : إنه يجوز أخذ الأجرة على الطاعة إذا وجدت الضرورة إليه مالم يتعين وأما إذا تعين صار كالصلوات والمذكورات لايجوز أخذ الأجر بالاتفاق ، ويدل على ذلك تعليلهم بالضرورة إذ الضرورة ليست عامة وعليه فكلام الشارح مستقيم، وبالجملة كلام المحشى لايخلو عن نظر اه .

(و) لذا قال (لو وجد ميت فى الماء فلابد من غسله ثلاثا) لأنا أمرنا بالغسل فيحركه فى الماء بنية الغسل ثلاثا فتح وتعليله يفيد أنهم لو صلوا عليه بلا إعادة غسله صح وإن لم يسقط وجوبه عنهم فتدبر. وفى الاختيار الأصل فيه تغسيل الملائكة لآدم عليه السلام وقالوا لولده هذه سنة موتاكم .

[فروع] لو لم يدر أمسلم أم كافر ولا علامة فإن فى دارنا غسل وصلى عليه وإلا لا :

اختلط موتانا بكفار ولا علامة

للضرورة كما بين فى محله ، ومقتضاه عدم الجواز هنا وإن وجد غيره لأنه طاعة تعين أولا ولا يختص عدم الجواز بالواجب ، نعم الاستئجار على الواجب غير جائز اتفاقا كما صرح به القهستانى فى الإجارات ،وعبارة الفتح ولا يجوز الاستئجار على غسل الميت ويجوز على الحمل والدفن وأجازه بعضهم فى الغسل أيضاً اه فليتأمل (قوله ولذا) أى لكون النية ليست شرطا لصحة الطهارة بل شرط لإسقاط الفرض عن المكلفين (قوله فلابد) أى فى تحصيل الغسل المسنون وإلا فالشرط مرة وكأنه يشير بلابد إلى أنه بوجوده فى الماء لم يسقط غسله المسنون فضلا عن الشرط تأمل (قوله وتعليله) أى تعليل الفتح بقوله لأنا أمرنا الخ أى ولم يقل فى التعليل لأنه لم يطهر ط :

[تنبيه] اعلم أن حاصل الكلام فى المقام أنه قال فى التجنيس ولابد من النية فى غسله فى الظاهر . وفى الخانية إذا جرى الماء على الميت أو أصابه المطر عن أبى يوسف أنه لا ينوب عن الغسل لأنا أمرنا بالغسل ، وذلك ليس بغسل وفى النهاية والكفاية وغيرهما أنه لابد منه إلا أن يحركه بنية الغسل وقال فى العناية وفيه نظر لأن الماء مزيل بطبعه وكما لا تجب النية فى غسل الحى فكذا الميت ولذا قال فى الخانية : ميت غسله أهله من غير نية الغسل أجزأهم ذلك اه .

وصرح فى التجريد والإسبيجابى والمفتاح بعدم اشتراطها أيضا ووفق فى فتح القدير بقوله : الظاهر اشتراطها فيه لإسقاط وجوبه عن المكلف لا لتحصيل طهارته هو وشرط صحة الصلاة عليه اه .

وبحث فيه شارح المنية بأن مامر عن أبى يوسف يفيد أن الفرض فعل الغسل منا ، حتى لو غسله لتعليم الغير كفى وليس فيه ما يفيد اشتراط النية لإسقاط الوجوب بحيث يستحق العقاب بتركها . وقد تقرر فى الأصول أن ما وجب لغيره من الأفعال الحسية يشترط وجوده لا إيجاده كالسعى والطهارة نعم لا ينال ثواب العبادة بدونها اه وأقره الباقانى وأيده بما فى المحيط لو وجد الميت فى الماء لابد من غسله لأن الخطاب يتوجه إلى بنى آدم ولم يوجد منهم فعل اه .

فتلخص : أنه لابد فى إسقاط الفرض من الفعل ، وأما النية فشرط لتحصيل الثواب ولذا صح تغسيل الذمية زوجها المسلم مع أن النية شرطها الإسلام فيسقط الفرض عنا بفعلنا بدون نية وهو المتبادر من قول الخانية أجزأهم ذلك: بقى قول المحيط لأن الخطاب يتوجه إلى بنى آدم ظاهره أنه لايسقط بفعل الملك. ويرد عليه قصة حنظلة غسيل الملائكة. وقد يقال إن فعلهم ذلك كان بطريق النيابة تأمل وسيأتى تحقيقه فى باب الشهيد هذا وقد صرح فى أحكام الصغار بأن الصبى إذا غسل الميت جاز اه ومثله ماسنذكره عن البدائع أنه لو ماتت امرأة من بين رجال ومعهم صبى غير مشتهى علموه الغسل ليغسلها وبه علم أن البلوغ غير شرط (قوله وفى الاختيار الخ) استفيد منه أنه شريعة قديمة وأنه يسقط وإن لم يكن الناسل مكلفا ولذا لم يعد أولاد أبينا آدم عليه السلام غسله ط (قوله فإن فى دارنا الخ) أفاد بذكر التفصيل فى المكان بعد انتفاء العلامة أن العلامة مقدمة وعند فقدها يعتبر المكان فى الصحيح لأنه يحصل به غلبة الظن كما فى النهر عن البدائع . وفيها أن علامة المسلمين أربعة الختان والخضاب ولبس الثواب وحلق العانة اه

اعتبر الأكثر فإن استووا غسلوا واختلف فى الصلاة عليهم ومحل دفنهم كدفن ذمية حبلى من مسلم قالوا والأحوط دفنها على حدة ويجعل ظهرها إلى القبلة لأن وجه الولد لظهرها .

ماتت بين رجال أو هو بين نساء يممه المحرم فإن لم يكن فالأجنبى بخرقة وييمم الخنثى المشكل لو مراهقا وإلا فكغيره فيغسله الرجال والنساء .

يمم لفقد ماء وصلى عليه ثم وجدوه غسلوه وصلوا ثانيا وقيل لا

قلت : فى زماننا لبس السواد لم يبق علامة للمسلمين (قوله اعتبر الأكثر) أى فى الصلاة بقرينة قوله فى الاستواء واختلف فى الصلاة عليهم . قال فى الحلية : فإن كان بالمسلمين علامة فلا إشكال فى إجراء أحكام المسلمين عليهم وإلا فلو المسلمون أكثر صلى عليهم وينوى بالدعاء المسلمين ولو الكفار أكثر . فى شرح مختصر الطحاوى للإسبيجابى لايصلى عليهم لكن يغسلون ويكفنون ويدفنون فى مقابر المشركين اه قال ط : وكيفية العلم بالأكثر أن يحصى عدد المسلمين ويعلم ماذهب منهم ويعد الموتى فيظهر الحال (قوله واختلف فى الصلاة عليهم) فقيل لايصلى لأن ترك الصلاة على المسلم مشروع فى الجملة كالبغاة وقطاع الطريق فكان أولى من الصلاة على الكافر لأنها غير مشروعة لقوله تعالى — ولا تصل على أحد منهم مات أبدا — وقيل يصلى ويقصد المسلمين لأنه إن عجز عن التعيين لايعجز عن القصد كما فى البدائع . قال فى الحلية : فعلى هذا ينبغى أن يصلى عليهم فى الحالة الثانية أيضا أى حالة ماإذا كان الكفار أكثر لأنه حيث قصد المسلمين فقط لم يكن مصليا على الكفار وإلا لم تجز الصلاة عليهم فى الحالة الأولى أيضا مع أن الاتفاق على الجواز فينبغى الصلاة عليهم فى الأحوال الثلاث كما قالت به الأئمة الثلاث وهو أوجه قضاء لحق المسلمين بلا ارتكاب منهى عنه اه ملخصا (قوله ومحل دفنهم) بالجر عطفا على الصلاة ففيه خلاف أيضاً (قوله كدفن ذمية) جعل الأول مشبها بهذا لأنه لارواية فيه عن الإمام بل فيه اختلاف المشايخ قياساً على هذه المسألة فإنه اختلف فيها الصحابة رضى الله تعالى عنهم على ثلاثة أقوال . فقال بعضهم : تدفن فى مقابرنا ترجيحا لجانب الولد، وبعضهم : فى مقابر المشركين لأن الولد فى حكم جزء منها مادام فى بطنها وقال واثلة ابن الأسقع : يتخذ لها مقبرة على حدة . قال فى الحلية ، وهذا أحوط . والظاهر كما أفصح به بعضهم أن المسألة مصورة فيما إذا نفخ فيه الروح وإلا دفنت فى مقابر المشركين (قوله لأن وجه الولد لظهرها) أى والولد مسلم تبعا لأبيه فيوجه إلى القبلة بهذه الصفة ط (قوله يممه المحرم الخ) أى يمم الميت الأعم من الذكر والأنثى ، وكذا قوله فالأجنبى أى فالشخص الأجنبى الصادق بذلك . وأفاد أن المحرم لايحتاج إلى خرقة لأنه يجوز له مس أعضاء التيمم بخلاف الأجنبى إلا إذا كان الميت أمة لأنها كالرجل . ثم اعلم أن هذا إذا لم يكن مع النساء رجل لامسلم ولا كافر ولا صبية صغيرة فلو معهن كافر علمنه الغسل لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف وإن لم يوافق فى الدين ولو معهن صبية لم تبلغ حد الشهوة وأطاقت غسله علمنها غسله لأن حكم العورة غير ثابت فى حقها وكذا فى المرأة تموت بين رجال معهم امرأة كافرة أو صبى غير مشتهى كما بسطه فى البدائع (قوله لو مراهقا) المراد به هنا من بلغ حد الشهوة كما يعلم مما بعده (قوله وإلا فكغيره) أى من الصغار والصغار قال فى الفتح الصغير والصغيرة إذا لم يبلغا حد الشهوة يغسلهما الرجال والنساء وقدره فى الأصل بأن يكون قبل أن يتكلم اه (قوله يمم لفقد ماء الخ) قال فى الفتح ولو لم يوجد ماء فيمم الميت وصلوا عليه ثم وجدوه غسلوه وصلوا عليه ثانيا عند أبى يوسف وعنه يغسل ولا تعاد الصلاة عليه ، ولو كفنوه وبقى منه عضو لم يغسل فإنه يغسل ذلك العضو ولو بقى نحو الأصبع لايغسل اه (قوله وقيل لا) أى يغسل ولا يصلى عليه كما علمته .

(ويسن في الكفن له إزار وقيص ولفافة وتكره العمامة) للميت (في الأصح) مجتبى واستحسنها المتأخرون للعلماء والأشراف ولا بأس بالزيادة على الثلاثة ويحسن الكفن لحديث « حسنوا أكفان الموتى فإنهم يتزاورون فيما بينهم ويتفاخرون بحسن أكفانهم » ظهيرية

قلت : ولا يظهر الفرق بينه وبين الحي ، فإن الحي لو تيمم لفقد الماء وصلى ثم وجده لايعيد ، ثم رأيت في شرح المنية نقلا عن السروجي أن هذه الرواية موافقة للأصول اه وفيه إشعار بترجيحها لما قلنا .

[خاتمة] يندب الغسل من غسل الميت ويكره أن يغسله جنب أو حائض إمداد والأولى كونه أقرب الناس إليه فإن لم يحسن الغسل فأهل الأمانة والورع وينبغي للغاسل ولمن حضر إذا رأى مايحب الميت ستره أن يستره ولا يحدث به لأنه غيبة ، وكذا إذا كان عيبا حادثا بالموت كسواد وجه ونحوه مالم يكن مشهورا ببدعة فلا بأس بذكره تحذيرا من بدعته وإن رأى من أمارات الخير كوضاءة الوجه والتبسم ونحوه استحب إظهاره لكثرة الترحم عليه والحث على مثل عمله الحسن شرح المنية .

مطلب في الكفن

(قوله ويسن في الكفن الخ) أصل التكفين فرض كفاية وكونه على هذا الشكل مسنون شرنبلالية (قوله له) أي للرجل (قوله إزار الخ) هو من القرن إلى القدم والقميص من أصل العنق إلى القدمين بلا دخريص وكمين واللفافة تزيد على مافوق القرن والقدم ليلف فيها الميت وتربط من الأعلى والأسفل إمداد . والدخريص : الشق الذي يفعل في قيص الحي ليتسع للمشي (قوله وتكره العمامة الخ) هي بالكسر مايلف على الرأس قاموس قال ط : وهي محل الخلاف وأما مايفعل على الخشبة من العمامة والزينة ببعض حلي فهو من المكروه بلا خلاف لما تقدم أنه يكره فيه كل ماكان للزينة اه (قوله في الأصح) هو أحد تصحيحين قال القهستاني : واستحسن على الصحيح العمامة يعمم يمينا ويذنب ويلف ذنبه على كورة من قبل يمينه ، وقيل يذنب على وجهه كما في التمرتاشي وقيل هذا إذا كان من الأشراف ، وقيل هذا إذا لم يكن في الورثة صغار ، وقيل لايعمم بكل حال كما في المحيط والأصح أنه تكره العمامة بكل حال كما في الزاهدي اه (قوله ولا بأس بالزيادة على الثلاثة) كذا في النهر عن غاية البيان ونقله قبله عن المجتبى الكراهة لكن قال في الحلية عن الذخيرة معزيا إلى عصام : إنه إلى خمسة ليس بمكروه ولا بأس به اه ، ثم قال : ووجه بأن ابن عمر كفن ابنه واقدا في خمسة أثواب قيص وعمامة وثلاث لفائف وأدار العمامة إلى تحت حنكه رواه سعيد بن منصور اه .

قال في البحر بعد نقل الكراهة عن المجتبى واستثنى في روضة الزندوستي ماإذا وصى بأن يكفن في أربعة أو خمسة فإنه يجوز بخلاف ماإذا أوصى أن يكفن في ثوبين فإنه يكفن في ثلاثة ولو أوصى أن يكفن بألف درهم كفن كفنا وسطا اه .

قلت : الظاهر أن الاستثناء الذي في الروضة منقطع إذ لو كره لم تنفذ وصيته كما لم تنفذ بالأقل تأمل (قوله ويحسن الكفن) بأن يكفن بكفن مثله وهو أن ينظر إلى ثيابه في حياته للجمعة والعيدين ، وفي المرأة ماتلبسه لزيارة أبويها كذا في المعراج فقول الحدادي وتكره المغالاة في الكفن يعني زيادة على كفن المثل نهر (قوله لحديث الخ) وفي صحيح مسلم عنه صلى الله عليه وسلم « إذا كفن أحدكم أخاه فليحسن كفنه » وروى أبو داود عنه صلى الله عليه وسلم « لاتغالوا في الكفن فإنه يسلب سلبا سريعا » وجمع بين الحديثين بأن المراد بتحسينه بياضه ونظافته لا كونه ثمينا بحلية وهو في معنى مامر عن النهر (قوله ويتفاخرون) المراد به الفرح والسرور حيث وافق السنة والزيادة

(ولها درع) أى قميص (وإزار وخمار ولفافة وخرقة تربط بها ثدياها) وبطنها (وكفاية له إزار ولفافة) فى الأصح (ولها ثوبان وخمار)

وإن كانت للروح لكن للروح نوع تعلق بالجسد (قوله ولها) أى ويسن فى الكفن للمرأة (قوله أى قميص) أشار إلى ترادفهما كما قالوا وقد فرق بينهما بأن شق الدرع إلى الصدر والقميص إلى المنكب قهستانى (قوله وخمار) بكسر الخاء ماتغطى به المرأة رأسها قال الشيخ إسمعيل ومقداره حالة الموت ثلاثة أذرع بذراع الكرباس يرسل على وجهها ولا يلف كذا فى الإيضاح والعتابى اه (قوله وخرقة) والأولى أن تكون من الثديين إلى الفخذين نهر عن الخانية (قوله وكفاية) أى الاقتصار على الثوبين له كفن الكفاية لأنه أدنى مايلبس حال حياته وكفنه كسوته بعد الوفاة فيعتبر بكسوته فى الحياة ولهذا تجوز صلاته فيهما بلا كراهة معراج .

وحاصله أن كفن الكفاية هو أدنى مايكفيه بلا كراهة فهو دون كفن السنة وهل هو سنة أيضا أو واجب ؟ الذى يظهر لى الثانى ولذا كره الأقل منه كما يذكره الشارح وقال فى البحر : قالوا ويكره أن يكفن فى ثوب واحد حالة الاختيار لأن فى حالة حياته تجوز صلاته فى ثوب واحد مع الكراهة وقالوا إذا كان بالمال قلة والورثة كثرة فكفن الكفاية أولى وعلى القلب كفن السنة أولى ومقتضاه أنه لو كان عليه ثلاثة أثواب وليس له غيرها وعليه دين أن يباع منها واحد للدين لأن الثالث ليس بواجب حتى ترك للورثة عند كثرتهم والدين أولى مع أنهم صرحوا كما فى الخلاصة بأنه لايباع شىء منها بالدين كما فى حالة الحياة إذا أفلس وله ثلاثة أثواب هو لابسها لاينزع عنه شىء ليباع اه ماق البحر وهو مأخوذ من الفتح وقال فى الفتح ولا يبعد الجواب اه وذكر الجواب بعضهم بأن يفرق بين الميت والحى بأن عدم الأخذ من الحى لاحتياجه ولا كذلك الميت اه .

أقول : أنت خبير بأن الإشكال جاء من تصريحهم بعدم الفرق بين الحى والميت فأنى يصح هذا الجواب ؟ نعم يصح على ماقاله السيد فى شرح السراجية من أنه إذا كان الدين مستغرقا فللغرماء المنع من تكفينه بما زاد على كفن الكفاية . وقال الشارح فى فرائض الدر المنتقى وهل للغرماء المنع من كفن المثل قولان والصحيح نعم اه ومثله فى سكب الأنهر لكن قال أيضا : ألا ترى أنه لو كان للمديون ثياب حسنة فى حال حياته ويمكنه الاكتفاء بما دونها يبيعها القاضى ، ويقضى الدين ويشترى بالباقى ثوبا يلبسه فكذا فى الميت المديون كذا اختاره الخصاف فى أدب القاضى اه .

ثم رأيت مثله فى حاشية الرملى عن شرح السراجية المسمى ضوء السراج للكلاباذى : وحينئذ فلا إشكال ولاجواب وبه علم أن مامر عن الخلاصة خلاف الصحيح وقد يوفق بحمل ما فى الخلاصة فى الحى على ما إذا لم يكتف بما دون الثلاثة وفى الميت على ما إذا لم يمنعهم الغرماء قال فى شرح قلائد المنظوم صحح العلامة حيدر فى شرحه على السراجية المسمى بالمشكاة بأن للورثة تكفينه بكفن المثل مالم يمنعهم الغرماء اه .

قلت : والظاهر أن المراد بعدم المنع الرضا بذلك وإلا فكيف يسوغ للورثة تقديم المسنون على الدين الواجب ثم إن هذا مؤيد لما بحثناه من أن كفن الكفاية واجب بمعنى أنه لايجوز أقل منه عند الاختيار ثم رأيت فى شرح المقدسى قال : وهذا أقل مايجوز عند الاختيار والله تعالى أعلم (قوله فى الأصح) وقيل قميص ولفافة زيلعى قال فى البحر : وينبغى عدم التخصيص بالإزار واللفافة لأن كفن الكفاية معتبر بأدنى مايلبسه الرجل فى حياته من غير كراهة كما علل به فى البدائع اه (قوله ولها ثوبان) لم يعينهما كالهداية وفسرهما فى الفتح بالقميص واللفافة وعينهما فى الكنز بالإزار واللفافة قال فى البحر : والظاهر كما قدمناه عدم التعيين بل إما قميص وإزار أو إزاران

ويكره أقل من ذلك (وكفن الضرورة لهما مايوجد) وأقله مايعم البدن . وعندالشافعى مايسترالعورة كالحى (تبسط اللفافة) أولا (ثم يبسط الإزار عليها ويقمص ويوضع على الإزار ويلف يساره ثم يمينه ثم اللفافة كذلك) ليكون الأيمن على الأيسر (وهى تلبس الدرع ويجعل شعرها ضفيرتين على صدرها فوقه) أى الدرع (والخمار فوقه) أى الشعر (تحت اللفافة) ثم يفعل كامر (ويعقد الكفن إن خيف انتشاره وخنثى مشكل كامرأة فيه) أى الكفن، والمحرم كالحلال والمراهق كالبالغ ومن لم يراهق إن كفن فى واحد جاز والسقط يلف

والثانى أولى لأن فيه زيادة فى ستر الرأس والعنق (قوله ويكره) أى عند الاختيار (قوله وأقله مايعم البدن) ظاهره أنه لو لم يوجد له ذلك سألوا الناس له ثوبا يعمه وأن مادون ذلك بمنزلة العدم وأنه لايسقط به الفرض عن المكلفين وإن كان ساتراً للعورة مالم يعم البدن ، لكن لايخفى أن كفن الضرورة مالا يصار إليه إلا عند العجز ، فلا يناسب تقييده بشيء ولذا عبر المصنف بما يوجد .

نعم مايعم البدن هو كفن الفرض كما صرح به فى شرح المنية فيسقط به الفرض عن المكلفين لابقيد كونه عندالضرورة لأنها تقدر بقدرها ، ولذا « لما استشهد مصعب بن عمير رضى الله عنه يوم أحد ولم يكن عنده إلا نمرة أى كساء مخطط فكان إذا غطى بها رأسه بدت رجلاه وبالعكس أمر النبى صلى الله عليه وسلم بتغطية رأسه بها ورجليه بالإذخر » إلا أن يقال إن مالا يستر البدن لا يكفى عند الضرورة أيضا بل يجب ستر باقيه بنحو حشيش كالإذخر ولذا قال الزيلعى بعد سوقه حديث مصعب : وهذا دليل على أن ستر العورة وحدها لايكفى خلافا للشافعى اهـ تأمل (قوله ويقمص) أى الميت أى يلبس القميص بعد تنشيفه بخرقة كما مر (قوله ويلف يساره ثم يمينه) الضميران للإزار وأشار به إلى أن كلا من الإزار واللفافة يلف وحده لأنه أمكن فى الستر ط (قوله ليكون الأيمن على الأيسر) اعتباراً بحالة الحياة إمداد (قوله تحت اللفافة) الأوضح تحت الإزار (قوله ثم يفعل كما مر) أى بأن توضع بعد إلباس الدرع والخمار على الإزار ويلف يساره الخ قال فى الفتح : ولم يذكر الخرقة وفى شرح الكنز فوق الأكفان كيلا تنتشر وعرضها مابين ثدى المرأة إلى السرة ، وقيل مابين الثدى إلى الركبة ، كيلا ينتشر الكفن عن الفخذين وقت المشى وفى التحفة تربط الخرقة فوق الأكفان عند الصدر فوق الثديين اهـ وقال فى الجوهرة وقول الخجندى : تربط الخرقة على الثديين فوق الأكفان يحتمل أن يراد به تحت اللفافة وفوق الإزار والقميص وهو الظاهر اهـ وفى الاختيار : تلبس القميص ثم الخمار فوقه ثم تربط الخرقة فوق القميص اهـ ومفاد هذه العبارات الاختلاف فى عرضها وفى محل وضعها وفى زمانه تأمل (قوله وخنثى مشكل كامرأة فيه) أى فيكفن فى خمسة أثواب احتياطا لأنه على احتمال كونه ذكراً فالزيادة لاتضر قال فى النهر إلا أنه يجنب الحرير والمعصفر والمزعفر احتياطا (قوله والمحرم كالحلال) أى فيغطى رأسه وتطيب أكفانه خلافا للشافعى رحمه الله تعالى (قوله والمراهق كالبالغ) الذكر كالذكر والأنثى كالأنثى ح قال فى البدائع لأن المراهق فى حياته يخرج فيما يخرج فيه البالغ عادة فكذا يكفن فيما يكفن فيه (قوله ومن لم يراهق الخ) هذا لو ذكرا قال الزيلعى وأدنى مايكفن به الصبى الصغير ثوب واحد والصبية ثوبان اهـ . وقال فى البدائع : وإن كان صبيا لم يراهق فإن كفن فى خرقتين إزار ورداء فحسن ، وإن كفن فى إزار واحد جاز وأما الصغيرة فلا بأس أن تكفن فى ثوبين اهـ .

أقول : فى قوله فحسن إشارة إلى أنه لو كفن بكفن البالغ يكون أحسن لما فى الحلية عن الخانية والخلاصة الطفل الذى لم يبلغ حد الشهوة الأحسن أن يكفن فيما يكفن فيه البالغ وإن كفن فى ثوب واحد جاز اهـ وفيه إشارة إلى أن المراد بمن لم يراهق من لم يبلغ حد الشهوة (قوله والسقط يلف) أى فى خرقة لأنه ليس له حرمة كاملة وكذا

ولا يكفن كالعضو من الميت (و) آدمى (منبوش طرى) لم يتفسخ (يكفن كالذى لم يدفن) مرة بعد أخرى (وإن تفسخ كفن فى ثوب واحد) وإلى هنا صار المكفنون أحد عشر . والثانى عشر : الشهيد ذكرها فى المجتبى (ولا بأس فى الكفن ببرود وكتان وفى النساء بحرير ومزعفر ومعصفر) لجوازه بكل ما يجوز لبسه حال الحياة وأحبه البياض أو ما كان يصلى فيه (وكفن من لا مال له على من تجب عليه نفقته) فإن تعددوا فعلى قدر ميراثهم .

من ولد ميتا بدائع (قوله ولا يكفن) أى لا يراعى فيه سنة الكفن وهل النفى بمعنى النهى أو بمعنى نفى اللزوم؟ الظاهر الثانى فليتأمل (قوله كالعضو من الميت) أى لو وجد طرف من أطراف إنسان أو نصفه مشقوقا طولا أو عرضا يلف فى خرقة إلا إذا كان معه الرأس فيكفن كما فى البدائع قال : وكذا الكافر لو له ذو رحم محرم مسلم يغسله ويكفنه فى خرقة لأن التكفين على وجه السنة من باب الكرامة اه (قوله منبوش طرى) أى بأن وجد منبوشا بلا كفن (قوله لم يتفسخ) قيد به لأنه لو تفسخ يكفن فى ثوب واحد كما صرح به بعده والظاهر أنه بيان للمراد من قوله طرى كما تشهد به المقابلة بقوله وإن تفسخ (قوله كالذى لم يدفن) أى يكفن فى ثلاثة أثواب (قوله مرة بعد أخرى) أى لو نبش ثانيا وثالثا وأكثر كفن كذلك مادام طريا من أصل ماله عندنا ولو مديونا إلا إذا قبض الغرماء التركة فلا يسترد منهم ، وإن قسم ماله فعلى كل وارث بقدر نصيبه دون الغرماء وأصحاب الوصايا لأنهم أجانب سكب الأنهر (قوله أحد عشر) المذكور منها متنا خمسة : الرجل ، والمرأة ، والخنثى ، والمنبوش الطرى ، والمتفسخ . وذكر فى الشرح ستة : المحرم ، والمراهق ذكر أو أنثى ، ومن لم يراهق كذلك أو السقط لكن علمت أن المراهقة لم ينص على حكمها وقدمنا عن البدائع اثنين آخرين وهما من ولد ميتا والكافر (قوله ولا بأس الخ) أشار إلى أن خلافه أولى وهو البياض من القطن . وفى جامع الفتاوى : ويجوز أن يكفن الرجل من الكتان والصوف لكن الأولى القطن . وفى التاجية : ويكره الصوف والشعر والجلد وفى المحيط وغيره ويستحب البياض إسمعيل (قوله ببرود) جمع برد بالضم من برود العصب مغرب ثم قال : والعصب من برود اليمن لأنه يعصب غزله ثم يصبغ ثم يحاك وفيه وأما البردة بالهاء فكساء مربع أسود صغير (قوله وفى النساء) على تقدير مضاف أى وفى كفن النساء واحترز عن الرجال لأنه يكره لهم ذلك (قوله وأحبه البياض) والجديد والغسيل فيه سواء نهر (قوله أو ما كان يصلى فيه) مروى عن ابن المبارك ط (قوله من لا مال له) أما من له مال فكفنه فى ماله يقدم على الدين والوصية والإرث إلى قدر السنة ما لم يتعلق بحق الغير كالرهن والمبيع قبل القبض والعبد الجانى بحر وزيلعى وقدمنا أن للغرماء منع الورثة من تكفينه بما زاد على كفن الكفاية (قوله على من تجب عليه نفقته) وكفن العبد على سيده والمرهون على الراهن والمبيع فى يد البائع عليه بحر (قوله فعلى قدر ميراثهم) كما كانت النفقة واجبة عليهم فتح أى فإنها على قدر الميراث ، فلو له أخ لأم وأخ شقيق فعلى الأول السدس والباقى على الشقيق .

أقول : ومقتضى اعتبار الكفن بالنفقة أنه لو كان له ابن وبنت كان عليهما سوية كالنفقة إذ لا يعتبر الميراث فى النفقة الواجبة على الفرع لأصله ولذا لو كان له ابن مسلم وابن كافر فهى عليهما ومقتضاه أيضا أنه لو كان للميت أب وابن كفنه الابن دون الأب كما فى النفقة على التفاصيل الآتية فى بابها إن شاء الله تعالى .

[تنبيه] لو كفنه الحاضر من ماله ليرجع على الغائب منهم بحصته فلا رجوع له إن أنفق بلا إذن القاضى حاوى الزاهدى واستنبط منه الخير الرملى أنه لو كفن الزوجة غير زوجها بلا إذنه ولا إذن القاضى فهو متبرع .

(واختلف فى الزوج والفتوى على وجوب كفنها عليه) عند الثانى (وإن تركت مالا) خانية ورجحه فى البحر بأنه الظاهر لأنه ككسوتها (وإن لم يكن ثمة من تجب عليه نفقته ففى بيت المال فإن لم يكن) بيت المال معمورا أو منتظما (فعلى المسلمين تكفينه) فإن لم يقدروا سألوا الناس له ثوبا فإن فضل شىء رد للمصدق إن علم وإلا كفن به مثله وإلا تصدق به مجتبى وظاهره أنه لايجب عليهم إلا سؤال كفن الضرورة لاالكفاية ولو كان فى مكان ليس فيه إلا واحد وذلك الواحد ليس له إلا ثوب لايلزمه تكفينه به

مطلب فى كفن الزوجة على الزوج

(قوله واختلف فى الزوج) أى فى وجوب كفن زوجته عليه (قوله عندالثانى) أى أبى يوسف وأما عند محمد فلا يلزمه لانقطاع الزوجية بالموت وفى البحر عن المجتبى أنه لارواية عن أبى حنيفة لكن ذكر فى شرح المنية عن شرح السراجية لمصنفها أن قول أبى حنيفة كقول أبى يوسف (قوله وإن تركت مالا الخ) اعلم أنه اختلفت العبارات فى تحرير قول أبى يوسف ففى الخانية والخلاصة والظهيرية : أنه يلزمه كفنها وإن تركت مالا وعليه الفتوى وفى المحيط والتجنيس والواقعات وشرح المجمع لمصنفه إذا لم يكن لها مال فكفنها على الزوج وعليه الفتوى وفى شرح المجمع لمصنفه إذا ماتت ولا مال لها فعلى الزوج الموسر اهـ ومثله فى الأحكام عن المبتغى بزيادة وعليه الفتوى ومقتضاه أنه لو معسرا لايلزمه اتفاقا وفى الأحكام أيضا عن العيون كفنها فى مالها إن كان وإلا فعلى الزوج ولو معسرا ففى بيت المال اهـ .

والذى اختاره فى البحر لزومه عليه موسرا أولا لها مال أولا لأنه ككسوتها وهى واجبة عليه مطلقا قال : وصححه فى نفقات الولوالجية اهـ .

قلت : وعبارتها إذا ماتت المرأة ، ولا مال لها قال أبو يوسف يجبر الزوج على كفنها ، والأصل فيه أن من يجبر على نفقته فى حياته يجبر عليها بعد موته وقال محمد لايجبر الزوج والصحيح الأول اهـ فليتأمل .

[تنبيه] قال فى الحلية : ينبغى أن يكون محل الخلاف ما إذا لم يقم بها مانع يمنع الوجوب عليه حالة الموت من نشوزها أو صغرها ونحو ذلك اهـ وهو وجيه لأنه إذا اعتبر لزوم الكفن بلزوم النفقة سقط بما يسقطها .

ثم اعلم أن الواجب عليه تكفينها وتجهيزها الشرعيان من كفن السنة أو الكفاية وحنوط وأجرة غسل وحمل ودفن دون ماابتدع فى زماننا من مهللين وقراء ومغنين وطعام ثلاثة أيام ونحو ذلك ، ومن فعل ذلك بدون رضا بقية الورثة البالغين يضمنه فى ماله (قوله فإن لم يكن بيت المال معمورا) أى بأن لم يكن فيه شىء أو منتظما أى مستقيما بأن كان عامرا ولا يصرف مصارفه ط (قوله فعلى المسلمين) أى العالمين به وهو فرض كفاية يأثم بتركه جميع من علم به ط (قوله فإن لم يقدروا) أى من علم منهم بأن كانوا فقراء (قوله وإلا كفن به مثله) هذا لم يذكره فى المجتبى بل زاده عليه فى البحر عن التجنيس والواقعات .

قلت : وفى مختارات النوازل لصاحب الهداية : فقير مات فجمع من الناس الدراهم وكفنوه وفضل شىء إن عرف صاحبه يرد عليه وإلا يصرف إلى كفن فقير آخر أو يتصدق به (قوله وظاهره الخ) أى ظاهر قوله ثوبا وهذا بحث لصاحب النهر لكن قال فى مختارات النوازل بعد مانقلناه عنه . ولا يجمع من الناس إلا قدر كفايته اهـ فتأمل . ثم رأيت فى الأحكام عن عمدة المفتى ولا يجمعون من الناس إلا قدر ثوب واحد اهـ (قوله لايلزمه تكفينه به) لأنه محتاج إليه فلو كان الثوب للميت والحى وارثه يكفن به الميت لأنه مقدم على الميراث بحر إلا إذا كان الحى

ولا يخرج الكفن عن ملك المتبرع (والصلاة عليه) صفتها (فرض كفاية) بالإجماع فيكفر منكرها لأنه أنكر الإجماع قنية (كدفنه) وغسله وتجهيزه فإنها فرض كفاية.

(وشرطها) ستة (إسلام الميت وطهارته) مالم يهل عليه التراب فيصلى على قبره بلا غسل، وإن صلى عليه أولا استحسانا

مضطرا إليه لبرد أو سبب يخشى منه التلف كما لو كان للميت ماء وهناك مضطر إليه لعطش قدم على غسله شرح المنية (قوله ولا يخرج الكفن عن ملك المتبرع) حتى لو افترس الميت سبع كان للمتبرع لا للورثة نهر أى إن لم يكن وهبه لهم كما فى الأحكام عن المحيط.

مطلب فى صلاة الجنازة

(قوله صفتها الخ) ذكر صفتها وشرطها وركنها وسننها وكيفيتها والأحق بها. قال القهستانى: وسبب وجوبها الميت المسلم كما فى الخلاصة ووقتها وقت حضوره ولذا قدمت على سنة المغرب كما فى الخزانة اهـ. وفى البحر ويفسدها ما أفسد الصلاة إلا المحاذاة كما فى البدائع وتكره فى الأوقات المكروهة ولو أحدث الإمام فاستخلف غيره فيها جاز هو الصحيح كذا فى الظهيرية اهـ (قوله بالإجماع) وما فى بعض العبارات من أنها واجبة فالمراد الافتراض بحر لكن فى القهستانى عن النظم قيل إنها سنة اهـ.

قلت: يمكن تأويله بثبوتها بالسنة كما فى نظائره لكن ينافيه التصريح بالإجماع إلا أن يقال إن الإجماع سنده السنة كقوله صلى الله عليه وسلم «صلوا على كل بر وفاجر» وأما قوله تعالى — وصل عليهم — فقيل إنه دليل الفرضية لكن رد كما فى النهر بإجماع المفسرين على أن المأمور به هو الدعاء والاستغفار للمتصدق اهـ.

هذا، واستشكل المحقق ابن الهمام فى التحرير وجوبها بسقوطها بفعل الصبى.

قال: والجواب بأن المقصود الفعل لا يدفع الوارد من لفظ الوجوب اهـ أى لأن الوجوب على المكلفين فلابد من صدور الفعل منهم وذكر شارحه المحقق ابن أمير حاج أن سقوطها بفعل الصبى المميز هو الأصح عند الشافعية قال: ولا يحضرنى هذا منقولا فيما وقفت عليه من كتبنا وإنما ظاهر أصول المذهب عدم السقوط اهـ ويأتى تمام الكلام قريبا (قوله وشرطها) أى شرط صحتها وأما شروط وجوبها فهى شروط بقية الصلوات من القدرة والعقل والبلوغ والإسلام مع زيادة العلم بموته تأمل (قوله ستة) ثلاثة فى المتن وثلاثة فى الشرح، وهى: ستر العورة، وحضور الميت، وكونه أو أكثره أمام المصلى، وزاد أيضا سابعا: وهو بلوغ الإمام، ثم هذه الشروط راجعة إلى الميت، وأما الشروط التى ترجع إلى المصلى فهى شروط بقية الصلوات من الطهارة الحقيقية بدنا وثوبا ومكانا والحكمية وستر العورة والاستقبال والنية سوى الوقت (قوله إسلام الميت) أى ولو بطريق التبعية لأحد أبويه أو للدار أو للسابى كما سيأتى والمراد بالميت من مات بعد ولادته حيا لا لبغى أو قطع طريق أو مكابرة فى مصر أو قتل لأحد أبويه أو قتل لنفسه كما يأتى بيان ذلك كله (قوله مالم يهل عليه التراب) أما لو دفن بلا غسل ولم يهل عليه التراب فإنه يخرج ويغسل ويصلى عليه جوهرة (قوله فيصلى على قبره بلا غسل) أى قبل أن يتفسخ كما سيأتى عند قول المصنف وإن دفن بلا صلاة. هذا، وذكر فى البحر هناك أن الصلاة عليه إذا دفن بلا غسل رواية ابن سماعة عن محمد، وأنه صحح فى غاية البيان معزيا إلى القدورى وصاحب التحفة أنه لا يصلى على قبره لأنها بلا غسل غير مشروعة رملى ويأتى تمام الكلام عليه (قوله وإن صلى عليه أولا) أى ثم تذكروا أنه دفن بلا غسل (قوله استحسانا)

وفى القنية الطهارة من النجاسة فى ثوب وبدن ومكان وستر العورة شرط فى حق الميت والإمام جميعا ، فلو أم بلا طهارة والقوم بها أعيدت وبعكسه لا كما لو أمت امرأة ولو أمة لسقوط فرضها بواحد وبقى من الشروط بلوغ الإمام تأمل وشرطها أيضاً حضوره (ووضعه) وكونه هو أو أكثره (أمام المصلى) وكونه للقبلة

لأن تلك الصلاة لم يعتد بها لترك الطهارة مع الإمكان والآن زال الإمكان وسقطت فريضة الغسل جوهرة (قوله وفى القنية الخ) مثله فى المفتاح والمجتبى معزياً إلى التجريد إسمعيل ، لكن فى التتارخانية سئل قاضيخان عن طهارة مكان الميت هل تشترط لجواز الصلاة عليه ؟ قال إن كان الميت على الجنازة لاشك أنه يجوز وإلا فلا رواية لهذا وينبغى الجواز وهكذا أجاب القاضى بدر الدين اهـ. وفى ط عن الخزانة إذا تنجس الكفن بنجاسة الميت لايضر دفعا للحرج بخلاف الكفن المتنجس ابتداء اهـ. وكذا لو تنجس بدنه بما خرج منه إن كان قبل أن يكفن غسل وبعده لا كما قدمناه فى الغسل فيقيد ما فى القنية بغير النجاسة الخارجة من الميت (قوله أعيدت) لأنه لاصحة لها بدون الطهارة وإذا لم تصح صلاة الإمام لم تصح صلاة القوم بحر (قوله وبعكسه لا) أى لاتعاد لصحة صلاة الإمام وإن لم تصح صلاة من خلفه (قوله كما لو أمت امرأة) أى أمت رجلا فإن صلاتها تصح وإن لم يصح الاقتداء بها (قوله ولو أمة) ساقط من بعض النسخ (قوله لسقوط فرضها بواحد) أى بشخص واحد رجلا كان أو امرأة ، فهو تعليل لمسألة العكس ومسألة المرأة . قال فى البحر والحلية وبهذا تبين أنه لاتجب صلاة الجماعة فيها اهـ ومثله فى البدائع (قوله وبقى من الشروط بلوغ الإمام) الأولى ذكر ذلك بعد تمام الشروط لأنه شرط سابع زائد على الستة فافهم وإنما أمر بالتأمل لأنه مذكور بحثا لا نقلا

مطلب هل يسقط فرض الكفاية بفعل الصبى ؟

قال الإمام الاستروشنى فى كتاب أحكام الصغار : الصبى إذا غسل الميت جاز وإذا أمّ فى صلاة الجنازة ينبغى أن لايجوز . وهو الظاهر لأنها من فروض الكفاية وهو ليس من أهل أداء الفرض ، ولكن يشكل برد السلام إذا سلم على قوم فردّ صبى جواب السلام اهـ .

أقول : حاصله أنها لاتسقط عن البالغين بفعله لأن صلاتهم لم تصح لفقد شرط الاقتداء وهو بلوغ الإمام وصلاته ، وإن صحت لنفسه لاتقع فرضا لأنه ليس من أهله ، وعليه فلو صلى وحده لايسقط الفرض عنهم بفعله ، بخلاف المرأة لو صلت إماما أو وحدها كما مر ، لكن يشكل على ذلك مسألة السلام ، وكذا جواز تغسيله للميت مع أنه فرض أيضا ، وقدمنا عن التحرير قريبا استشكال سقوط الصلاة بفعله . وعن شارحه أنه لم يره وأن ظاهر أصول المذهب عدم السقوط ، لكن نقل فى الأحكام عن جامع الفتاوى سقوطها بفعلها كرد السلام ، ونقل بعده عن السراجية أنه يشترط بلوغه .

قلت : يمكن حمل الثانى على أن البلوغ شرط لكونه إماما ، فلا ينافى السقوط بفعله كما فى التغسيل ورد السلام ، وكونه ليس من أهل أداء الفرض لا ينافى ذلك ، كما حققناه فى باب الإمامة عند قوله ولا يصح اقتداء رجل بامرأة فراجعه (قوله حضوره) أى كله أو أكثره كالنصف مع الرأس كما مر (قوله ووضعه) أى على الأرض أو على الأيدى قريبا منها (قوله وكونه هو أو أكثره أمام المصلى) المناسب ذكر قوله هو أو أكثره بعد قوله حضوره ، لأنه احتراز عن كونه خلفه مع أنه يوهم اشتراط محاذاته للميت أو أكثره وليس كذلك ، فقد ذكر القهستانى عن التحفة أن ركنها القيام ومحاذاته إلى جزء من أجزاء الميت اهـ لكن فيه نظر ، بل الأقرب كون المحاذاة

فلا تصح على غائب ومحمول على نحو دابة وموضوع خلفه ، لأنه كالإمام من وجه دون وجه لصحتها على الصبي ، وصلاة النبي صلى الله عليه وسلم على النجاشي لغوية أو خصوصية . وصحت لو وضعوا الرأس موضع الرجلين وأساءوا إن تعمدوا ، ولو أخطأوا القبلة صحت إن تحروا وإلا لا مفتاح السعادة .

(وركنها) شيئان (التكبيرات) الأربع ، فالأولى ركن أيضاً لا شرط ، فلذا لم يجز بناء أخرى عليها (والقيام) فلم تجز قاعدا بلا عذر .

(وسنتها) ثلاثة (التحميد والثناء والدعاء فيها) ذكره الزاهدي ، وما فهمه الكمال من أن الدعاء ركن

شرطا فيزاد على السبعة المذكورة ، ثم هذا ظاهر إذا كان الميت واحدا ، وإلا فيحاذي واحدا منهم بدليل ماسيأتي من التخيير في وضعهم صفا طولا أو عرضا تأمل ثم رأيته في ط . ثم قال : إن هذا ظاهر في الإمام لأن صف المؤتمين قد يخرج عن المحاذاة (قوله فلاتصح) بيان لمحترزات الشروط الثلاثة الأخيرة على اللف والنشر المرتب (قوله على نحو دابة) أي كمحمول على أيدي الناس ، فلا تجوز في المختار إلا من عذر إمداد عن الزيلعي ، وهذا لو حملت على الأيدي ابتداء ؛ أما لو سبق ببعض التكبيرات فإنه يأتي بعد سلام الإمام بما فاته ، وإن رفعت على الأيدي قبل أن توضع على الأكتاف كما سيأتي (قوله لأنه كالإمام من وجه) لاشتراط هذه الشروط وعدم صحتها بفقدها أو فقد بعضها (قوله لصحتها على الصبي) أي والمرأة ، وهذا علة لقوله دون وجه ، إذ لو كان إماما من كل وجه لما صحت على الصبي ونحوه (قوله على النجاشي) بتشديد الياء وبتخفيفها أفصح وتكسر نونها ، أو هو أفصح : ملك الحبشة اسمه أصحمة قاموس . وذكر في المغرب أنه بتخفيف الياء سماعا من الثقات ، وأن تشديد الجيم فيه خطأ ، وأن السين في أصحمة تصحيف (قوله لغوية) أي المراد بها مجرد الدعاء وهو بعيد (قوله أو خصوصية) أو لأنه رفع سريره حتى رآه عليه الصلاة والسلام بحضرته فتكون صلاة من خلفه على ميت يراه الإمام وبحضرته دون المأمومين ، وهذا غير مانع من الاقتداء فتح . واستدل لهذين الاحتمالين بما لا مزيد عليه فارجع إليه . من جملة ذلك أنه توفي خلق كثير من أصحابه صلى الله عليه وسلم من أعزهم عليه القراء ولم ينقل عنه أنه صلى عليهم مع حرصه على ذلك حتى قال «لايموتن أحد منكم إلا آذنتموني به فإن صلاتي عليه رحمة له» (قوله وصحت لو وضعوا الخ) كذا في البدائع ، وفسره في شرح المنية معزيا للتتارخانية بأن وضعوا رأسه مما يلي يسار الإمام اهـ فأفاد أن السنة وضع رأسه مما يلي يمين الإمام كما هو المعروف الآن ، ولهذا علل في البدائع للإساءة بقوله لتغييرهم السنة المتوارثة ، ويوافقه قول الحاوي القدسي : يوضع رأسه مما يلي يمين المستقبل ، فما في حاشية الرحمتي من خلاف هذا فيه نظر ، فراجعه (قوله شيئان) وأما ما في القهستاني عن التحفة من زيادة المحاذاة إلى جزء من الميت فالذي يظهر كونه شرطا لا ركنا كما قدمناه (قوله فلذا الخ) أي لكونها ركنا لا شرطا ، لأنه لو نواها للأخرى أيضا يصير مكبرا ثلاثا وإنه لايجوز ، بحر عن المحيط (قوله فلم تجز قاعدا) أي ولا راكبا (قوله بلاعذر) فلو تعذر النزول لطين أو مطر جازت راكبا ، ولو كان الولي مريضا فصلى قاعدا والناس قياما أجزأهم عندهما . وقال محمد : تجزي الإمام فقط حلية (قوله التحميد والثناء) كذا في البحر عن المحيط ، ومقتضى قول الشارح ثلاثة أن الثناء غير التحميد مع أنه فيما يأتي فسر الثناء بقوله « سبحانك اللهم وبحمدك » فعلم أن المراد بهما واحد على ما يأتي بيانه فكان عليه أن يذكر الثالث الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم (قوله وما فهمه الكمال) تبعه شارحا المنية البرهان الحلبي وابن أمير حاج (قوله من أن الدعاء ركن) قال لقولهم إن حقيقتها والمقصود منها الدعاء

والتكبيرة الأولى شرط رده فى البحر بتصريحهم بخلافه (وهى فرض على كل مسلم مات خلا) أربعة (بغاة ، وقطاع طريق) فلا يغسلوا ، ولا يصلى عليهم (إذا قتلوا فى الحزب) ولو بعده صَلى عليهم لأنه حد أو قصاص

(قوله والتكبيرة الأولى شرط) قال لأنها تكبيرة الإحرام (قوله رده فى البحر بتصريحهم بخلافه) أما الأول ففى المحيط أن الدعاء سنة ، وقولهم إن المسبوق يقضى التكبير نسقا بغير دعاء يدل عليه . وأما الثانى فما مر من أنه لم يجز بناء أخرى عليها وقولهم إن التكبيرات الأربع قائمة مقام أربع ركعات اهـ .

قلت : ما نقله عن المحيط من أن الدعاء سنة . قال فى الحلية : فيه نظر ظاهر ، فقد صرحوا عن آخرهم بأن صلاة الجنازة هى الدعاء للميت إذ هو المقصود منها اهـ . وأما قولهم إن المسبوق يقضى التكبير نسقا بغير دعاء ، فقد قال فى شرح المنية : إن الإمام يتحمله عنه أى فلا ينافى ركنيته كما يتحمل عنه القراءة وهى ركن أيضا اهـ ، لكن تحمل القراءة فى حالة الاقتداء ، أما بعد الفراغ فيأتى المسبوق بها . وقد يقال : يتحمل الإمام(١) الدعاء عن المسبوق لضرورة تصحيح صلاته ، لأن الكلام فيما إذا خيف رفع الجنازة وأتى بالتكبيرات نسقا تأمل .

أقول : وتقدم فى باب شروط الصلاة أن المصلى ينوى مع الصلاة لله تعالى الدعاء للميت ، وعلله الشارح هناك بأنه الواجب عليه ، ونقلناه هناك عن الزيلعى والبحر والنهر ، فهذا مؤيد لما اختاره المحقق ، والله الموفق . وأما عدم جواز بناء أخرى عليها فلكونها قائمة مقام ركعة ، وكونها كذلك لا يلزم منه أن تكون ركنا من كل وجه ، إذ لا شك أنها تحريمة يدخل بها فى الصلاة ، ولذا خصت برفع الأيدى ، فهى شرط من وجه ركن من وجه فتدبر (قوله وهى فرض على كل مسلم مات) لفظ على بمعنى اللام التعليلية مثل — ولتكبروا الله على ما هداكم — أو متعلق بمحذوف خبر ثان للضمير المبتدإ أو متعلق به لأنه عائد للصلاة بمعنى المصدر ، والتقدير : والصلاة على كل مسلم مات فرض : أى مفترض على المكلفين ، ولو أسقط الشارح لفظ فرض لكان أصوب لأنه تقدم تصريح المصنف به ، ولئلا يوهم تعلق الجار به فيفسد المعنى فتدبر (قوله خلا أربعة) بالجر على أن خلا حرف استثناء (قوله بغاة) هم قوم مسلمون خرجوا عن طاعة الإمام بغير حق (قوله فلا يغسلوا الخ) فى نسخة فلا يغسلون وهى أصوب ، إنما لم يغسلوا ولم يصلّ عليهم إهانة لهم وزجرا لغيرهم عن فعلهم . وصرح بنفى غسلهم ، لأنه قيل يغسلون ولا يصلى عليهم للفرق بينهم وبين الشهيد كما ذكره الزيلعى وغيره ، وهذا القيل رواية . وفيه إشارة إلى ضعفها ، لكن مشى عليها فى الدرر والوقاية . وفى التتارخانية وعليه الفتوى (قوله ولو بعده الخ) قال الزيلعى : وأما إذا قتلوا بعد ثبوت يد الإمام عليهم فإنهم يغسلون ويصلى عليهم ، وهذا تفصيل حسن أخذ به كبار المشايخ ، لأن قتل قاطع الطريق فى هذه الحالة حد أو قصاص ، ومن قتل بذلك يغسل ويصلى عليه ، وقتل الباغى فى هذه الحالة للسياسة أو لكسر شوكتهم فينزل منزلته لعود نفعه إلى العامة اهـ وقوله أو قصاص أى بأن كان ثم ما يسقط الحد كقطعه على محرم ونحوه مما ذكر فى بابه ، وقد علم من هذا التفصيل أنه لو مات أحدهم حتف أنفه قبل الأخذ أو بعده يصلى عليه كما بحثه فى الحلية ، وقال ولم أره صريحا .

---

(١) (قوله وقد يقال يتحمل الإمام الخ) قد يقال : مقتضى هذا أن يتحمل الإمام القراءة عن المسبوق فى كل صلاة تبطل بخروج وقتها إن خيف الخروج قبل إتمام المسبوق كما فى صلاة الفجر والجمعة .

ويمكن أن يقال : إنما لم يتحمل الإمام القراءة فيما ذكر لأن الفجر تقضى ، والجمعة خلف بخلاف الجنازة ، لكن يشكل على هذا صلاة العيد فإنها تبطل بخروج الوقت ومع ذلك لا تقضى ولا خلف لها بالنسبة لهذا المسبوق عندهما على الأصح .

ويمكن أن يحمل على قول الثانى من أن الشروع كالنذر فى الإيجاب اهـ .

(وكذا) أهل عصبة و (مكابر فى مصر ليلا بسلاح وخناق) خنق غير مرة فحكمهم كالبغاة .

(من قتل نفسه) ولو (عمدا يغسل ويصلى عليه) به يفتى وإن كان أعظم وزرا من قاتل غيره . ورجح الكمال قول الثانى بما فى مسلم « أنه عليه الصلاة والسلام أتى برجل قتل نفسه فلم يصل عليه » .

قلت : وفى الأحكام عن أبى الليث : ولو قتلوا فى غير الحرب أو ماتوا يصلى عليهم اه وهو صريح فى المطلوب (قوله وكذا أهل عصبة) بضم فسكون ، وفى نسخة عصبية .

وفى نهاية ابن الأثير : العصبية والتعصب : المحاماة والمدافعة . والعصبى : من يعين قومه على الظلم والذى يغضب لعصبته ، ومنه الحديث « ليس منا من دعا إلى عصبية أو قاتل عصبية » قال فى شرح درر البحار : وفى النوازل : وجعل مشايخنا المقتولين فى العصبية فى حكم أهل البغى على هذا التفصيل . وفى المغنى : جعل الدروازكى والكلاباذى (١) كالباغى ، وكذا الواقفون الناظرون إليهما إن أصابهم حجر أو غيره وماتوا فى تلك الحالة ، ولو ماتوا بعد تفرقهم يصلى عليهم اه . قال ط : ومثلهم سعد وحرام بمصر ، وقيس ويمن ببعض البلاد اه .

أقول : والظاهر أن هذا حيث كان البغى من الفريقين ، فلو بغى أحدهما على الآخر وقصد الآخر المدافعة عن نفسه بالقدر الممكن يكون المدافع شهيدا . وفى شرح منلا مسكين ما يؤيده فراجعه (قوله ومكابر فى مصر ليلا بسلاح) كذا فى الدرر والبحر وغيرهما . والمكابر : بالباء الموحدة المتغلب إسمعيل ، والمراد به من يقف فى محل من المصر يتعرض لمعصوم . والظاهر أن هذا مبنى على قول أبى يوسف من أنه يكون قاطع طريق إذا كان فى المصر ليلا مطلقا أو نهارا بسلاح ، وعليه الفتوى كما سيأتى فى بابه إن شاء الله تعالى ، فيعطى أحكام قاطع الطريق فى غير المصر من أنه إذا ظهر عليه قبل أخذ شىء وقتل فإنه يحبس حتى يتوب ، وإن أخذ ما لا قطع من خلاف وإن قتل معصوما قتل حدا على ما سيأتى تفصيله فى محله ، فحيث كان حده القتل لا يصلى عليه . وبما قررناه ظهر أن قوله بسلاح غير قيد لأنه إذا وقف فى المصر ليلا لا فرق بين كونه قاتلا بسلاح أو غيره كحجر أو عصا والله أعلم (قوله خنق غير مرة) هو مفاد صيغة المبالغة ، وقيده المصنف فى باب البغاة بما إذا كان ذلك فى المصر . وعبارته مع الشرح : ومن تكرر الخنق بكسر النون منه فى المصر أى خنق مرارا ، ذكره مسكين قتل به سياسة لسعيه بالفساد ، وكل من كان كذلك يدفع شره بالقتل وإلا بأن خنق مرة لا لأنه كالقتل بالمثقل ، وفيه القود عند غير أبى حنيفة اه أى وأما عنده ففيه الدية على عاقلته كالقتل بالمثقل ، وظاهر قوله بأن خنق مرة أن التكرار يحصل بمرتين (قوله فحكمهم كالبغاة) كذا فى البحر والزيلعى : أى حكم أهل عصبية ومكابر وخناق حكم البغاة فى أنهم لا يغسلون ولا يصلى عليهم . وأما ما فى الدرر من قوله وإن غسلوا : أى البغاة والقطاع والمكابر ، فإنه مبنى على الرواية الأخرى ، وقدمنا ترجيحها (قوله به يفتى) لأنه فاسق غير ساع فى الأرض بالفساد وإن كان باغيا على نفسه كسائر فساق المسلمين زيلعى (قوله ورجح الكمال قول الثانى الخ) أى قول أبى يوسف إنه يغسل ولا يصلى عليه إسمعيل عن خزانة الفتاوى . وفى القهستانى والكفاية وغيرهما عن الإمام السعدى الأصح عندى أنه لا يصلى عليه لأنه لا توبة له . قال فى البحر : فقد اختلف التصحيح ، لكن تأيد الثانى بالحديث اه .

أقول : قد يقال : لا دلالة فى الحديث على ذلك لأنه ليس فيه سوى أنه عليه الصلاة والسلام لم يصل عليه ؛ فالظاهر أنه امتنع زجرا لغيره عن مثل هذا الفعل ، كما امتنع عن الصلاة على المديون ، ولا يلزم من ذلك عدم

---

(١) (قوله الدروازكى والكلاباذى) نسبة إلى محلتين إحداهما ببخارى والأخرى بنيسابور ، أبو السعود عن طبقات عبد القادر اه منه .

(لا) يصلى على (قاتل أحد أبويه) إهانة له ، وألحقه فى النهر بالبغاة .

(وهى أربع تكبيرات) كل تكبيرة قائمة مقام ركعة (يرفع يديه فى الأولى فقط) وقال أئمة بلخ فى كلها (ويثنى بعدها) وهو « سبحانك اللهم وبحمدك » (ويصلى على النبى صلى الله عليه وسلم) كما فى التشهد (بعد الثانية) لأن تقديمها سنة الدعاء (ويدعو بعد الثالثة) بأمور الآخرة والمأثور أولى ،

صلاة أحد عليه من الصحابة ، إذ لا مساواة بين صلاته وصلاة غيره . قال تعالى - إن صلاتك سكن لهم - ثم رأيت فى شرح المنية بحثا كذلك ، وأيضا فالتعليل بأنه لا توبة له مشكل على قواعد أهل السنة والجماعة لإطلاق النصوص فى قبول توبة العاصى ، بل التوبة من الكفر مقبولة قطعا وهو أعظم وزرا ، ولعل المراد ما إذا تاب حالة اليأس كما إذا فعل بنفسه ما لا يعيش معه عادة كجرح مزهق فى ساعته وإلقاء فى بحر أو نار فتاب، أما لو جرح نفسه وبقى حيا أياما مثلا ثم تاب ومات فينبغى الجزم بقبول توبته ولو كان مستحلا لذلك الفعل ، إذ التوبة من الكفر حينئذ مقبولة فضلا عن المعصية ، بل تقدم الخلاف فى قبول توبة العاصى حالة اليأس .

ثم اعلم أن هذا كله فيمن قتل نفسه عمدا ، أما لو كان خطأ فإنه يصلى عليه بلا خلاف كما صرح به فى الكفاية وغيرها ، وسيأتى عده مع الشهداء (قوله لا يصلى على قاتل أحد أبويه) الظاهر أن المراد أنه لا يصلى عليه إذا قتله الإمام قصاصا ، أما لو مات حتف أنفه يصلى عليه كما فى البغاة ونحوهم ، ولم أره صريحا فليراجع (قوله وألحقه فى النهر بالبغاة) أى فلا يعد خامسا هكذا فهمت ، ثم رأيته فى ط ، لكن فيه أن عبارة النهر هكذا : والعصبية كالبغاة ، ومن هذا النوع الخناق وقاتل أحد أبويه اه وعليه فيكون المستثنى أقل من أربعة تأمل (قوله وقال أئمة بلخ فى كلها) وهو قول الأئمة الثلاثة ورواية عن أبى حنيفة كما فى شرح درر البحار ، والأول ظاهر الرواية كما فى البحر . وفى حاشيته للرملى : ربما يستفاد منه أن الحنفى إذا اقتدى بالشافعى فالأولى متابعته فى الرفع ولم أره اه .

أقول : ولم يقل يجب لأن المتابعة إنما تجب فى الواجب أو الفرض ، وهذا الرفع غير واجب عند الشافعى ؛ وما فى شرح الكيدانية للقهستانى من أنه لا تجوز المتابعة فى رفع اليدين فى تكبيرات الركوع وتكبيرات الجنازة فيه نظر ، إذ ليس ذلك مما لا يسوغ الاجتهاد فيه بالنظر إلى الرفع فى تكبيرات الجنازة ، لما علمت من أنه قال به البلخيون من أئمتنا ، وقد أوضحنا المقام فى آخر واجبات الصلاة ، وقدمنا أيضا شيئا منه فى صلاة العيدين (قوله وهو سبحانك اللهم وبحمدك) كذا فسر به الثناء فى شرح درر البحار وغيره ، وقال فى العناية : إنه مراد صاحب الهداية لأنه المعهود من الثناء ، وذكر فى النهر أن هذا رواية الحسن عن الإمام . والذى فى المبسوط عن ظاهر الرواية أنه يحمد الله اه .

أقول : مقتضى ظاهر الرواية حصول السنة بأى صيغة من صيغ الحمد ، فيشمل الثناء المذكور لاشتماله على الحمد (قوله كما فى التشهد) أى المراد الصلاة الإبراهيمية التى يأتى بها المصلى فى قعدة التشهد (قوله لأن تقديمها) أى تقديم الصلاة على الدعاء سنة ، كما أن تقديم الثناء عليهما سنة أيضا (قوله ويدعو الخ) أى لنفسه وللميت وللمسلمين لكى يغفر له فيستجاب دعاؤه فى حق غيره ، ولأن من سنة الدعاء أن يبدأ بنفسه . قال تعالى - رب اغفر لى ولوالدىّ ولمن دخل بيتى مؤمنا - جوهرة ، ثم أفاد أن من لم يحسن الدعاء بالمأثور يقول اللهم اغفر لنا ولوالدينا وله وللمؤمنين والمؤمنات (قوله والمأثور أولى) ومن المأثور : اللهم اغفر لحينا وميتنا وشاهدنا وغائبنا وصغيرنا وكبيرنا وذكرنا وأنثانا . اللهم من أحييته منا فأحيه على الإسلام ، ومن توفيته منا فتوفه على الإيمان . اللهم اغفر

وقدّم فيه الإسلام مع أنه الإيمان لأنه منبئ عن الانقياد فكأنه دعاء فى حال الحياة بالإيمان والانقياد، وأما فى حال الوفاة فالانقياد وهو العمل غير موجود (ويسلم) بلا دعاء (بعد الرابعة) تسليمتين ناوياً الميت مع القوم، ويسر الكل إلا التكبير زيلعى وغيره، لكن فى البدائع العمل فى زماننا على الجهر بالتسليم. وفى جواهر الفتاوى: يجهر بواحدة (ولا قراءة ولا تشهد فيها) وعين الشافعى الفاتحة فى الأولى. وعندنا تجوز بنية الدعاء.

له وارحمه وعافه واعف عنه، وأكرم نزله ووسع مدخله واغسله بالماء والثلج والبرد ونقه من الخطايا كما ينقى الثوب الأبيض من الدنس، وأبدله دارا خيرا من داره وأهلا خيرا من أهله وزوجا خيرا من زوجه، وأدخله الجنة وأعذه من عذاب القبر وعذاب النار » منح، وثم أدعية أخر فانظرها فى الفتح والإمداد وشروح المنية.

[تنبيه] المراد الاستيعاب، فالمعنى اغفر للمسلمين كلهم، فلا ينافى قوله وصغيرنا قوله الآتى ولا يستغفر لصبى: أى لا يقول اغفر له أفاده القهستانى، والمراد بالإبدال فى الأهل والزوجة إبدال الأوصاف لا الذوات، لقوله تعالى — ألحقنا بهم ذريتهم — ولخبر الطبرانى وغيره « إن نساء الجنة من نساء الدنيا أفضل من الحور العين » وفيمن لا زوجة له على تقديرها له أن لو كانت، ولأنه صح الخبر بأن المرأة لآخر أزواجها: أى إذا مات وهى فى عصمته، وفى حديث رواه جمع لكنه ضعيف « المرأة منا ربما يكون لها زوجان فى الدنيا فتموت ويموتان ويدخلان الجنة لأيهما هى؟ قال: لأحسنهما خلقا كان عندها فى الدنيا » وتمامه فى تحفة ابن حجر (قوله وقدم فيه الإسلام) أى فى الدعاء المأثور كما مر.

اعلم أن الإسلام على وجهين: شرعى، وهو بمعنى الإيمان. ولغوى، وهو بمعنى الاستسلام والانقياد كما فى شرح العمدة للنسفى، فقول الشارح مع أنه الإيمان ناظر للمعنى الشرعى للإسلام، وقوله لأنه منبئ ناظر إلى المعنى اللغوى له، وقوله فكأنه دعاء فى حال الحياة بالإيمان هو معنى الإسلام الشرعى، وقوله والانقياد أى الذى هو معنى الإسلام اللغوى اهـ ح؛ وما ذكره الشارح مأخوذ من صدر الشريعة.

والحاصل أن الإسلام خص بحالة الحياة لأنه المناسب لها بمعنييه الشرعى وهو الإيمان: أى التصديق القلبى واللغوى، وهو الانقياد بالأعمال الظاهرة، وخص الإيمان بحالة الموت لأنه المناسب لها، إذ لا ينبئ عن العمل بل عن التصديق فقط، ولا يمكن فى حالة الموت سواه (قوله بلا دعاء) هو ظاهر المذهب، وقيل يقول اللهم آتنا فى الدنيا حسنة الخ، وقيل — ربنا لاتزغ قلوبنا الخ، وقيل يخير بين السكوت والدعاء بحر (قوله ناويا الميت مع القوم) كذا فى الفتح. وقال الزيلعى: ينوى بهما كما وصفنا فى صفة الصلاة، وينوى الميت كما ينوى الإمام اهـ وظاهره أنه ينوى الملائكة الحفظة أيضا، ثم رأيته صريحا فى شرح درر البحار. وذكر فى الخانية والظهيرية والجوهرة أنه لا ينوى الميت. قال فى البحر: وهو الظاهر، لأن الميت لا يخاطب بالسلام حتى ينوى به إذ ليس أهلا له اهـ وأقره فى النهر، لكن قال الخير الرملى: إنه غير مسلم، وسيأتى ما ورد فى أهل المقبرة: السلام عليكم دار قوم مؤمنين، وتعليمه صلى الله عليه وسلم السلام على الموتى اهـ (قوله لكن فى البدائع الخ) قد يقال: إن الزيلعى لم يرد دخول التسليم فى الكلية المذكورة. والذى فى البدائع: ولا يجهر بما يقرأ عقب كل تكبيرة لأنه ذكر والسنة فيه المخافتة، وهل يرفع صوته بالتسليم؛ لم يتعرض له فى ظاهر الرواية. وذكر الحسن بن زياد أنه لا يرفع لأنه للإعلام، ولا حاجة له لأن التسليم مشروع عقب التكبير بلا فصل ولكن العمل فى زماننا على خلافه اهـ (قوله وعين الشافعى الفاتحة) وبه قال أحمد، لأن ابن عباس صلى على جنازة فجهر بالفاتحة وقال عمدا فعلت ليعلم أنها سنة. ومذهبنا قول عمر وابنه وعلى وأبى هريرة، وبه قال مالك كما فى شرح المنية (قوله بنية الدعاء)

وتكره بنية القراءة لعدم ثبوتها فيها عنه عليه الصلاة والسلام . وأفضل صفوفها آخرها إظهارا للتواضع (ولو كبر إمامه خمسا لم يتبع) لأنه منسوخ (فيمكث المؤتم حتى يسلم معه إذا سلم) به يفتى : هذا إذا سمع من الإمام، ولو من المبلغ تابعه، وينوى الافتتاح بكل تكبيرة، وكذا فى العيد

والظاهر أنها حينئذ تقوم مقام الثناء على ظاهر الرواية من أنه يسن بعد الأولى التحميد (قوله وتكره بنية القراءة) فى البحر عن التجنيس والمحيط : لا يجوز، لأنها محل الدعاء دون القراءة اهـ ومثله فى الولوالجية والتاترخانية : وظاهره أن الكراهة تحريمية، وقول القنية : لو قرأ فيها الفاتحة جاز أى لو قرأها بنية الدعاء ليوافق ما ذكره غيره، أو أراد بالجواز الصحة، على أن كلام القنية لا يعمل به إذا عارضه غيره، فقول الشرنبلالى فى رسالته إنه نص على جواز قراءتها فيه نظر ظاهر لما علمته، وقوله وقول منلا على القارى أيضا يستحب قراءتها بنية الدعاء خروجا من خلاف الإمام الشافعى فيه نظر أيضا، لأنها لا تصح عنده إلا بنية القرآن، وليس له أن يقرأها بنية القراءة ويرتكب مكروه مذهبه ليراعى مذهب غيره كما مر تقريره أول الكتاب (قوله وأفضل صفوفها آخرها الخ) كذا فى القنية، وبحث فيه فى الحلية بإطلاق ما فى صحيح مسلم عنه صلى الله عليه وسلم « خير صفوف الرجال أولها، وشرها آخرها » وبأن إظهار التواضع لا يتوقف على التأخر اهـ.

أقول : قد يقال : إن الحديث مخصوص بالصلاة المطلقة لأنها المتبادرة، ولقوله صلى الله عليه وسلم « من صلى عليه ثلاثة صفوف غفر له » رواه أبو داود وقال حديث حسن، والحاكم وقال : صحيح على شرط مسلم، ولهذا قال فى المحيط : ويستحب أن يصف ثلاثة صفوف، حتى لو كانوا سبعة يتقدم أحدهم للإمامة ويقف وراءه ثلاثة ثم اثنان ثم واحد اهـ فلو كان الصف الأول أفضل فى الجنازة أيضا لكان الأفضل جعلهم صفا واحدا ولكره قيام الواحد وحده كما كره فى غيرها، هذا ماظهر لى (قوله لأنه منسوخ) لأن الآثار اختلفت فى فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم؛ فروى الخمس والسبع والتسع وأكثر من ذلك إلا أن آخر فعله عليه الصلاة والسلام كان أربع تكبيرات فكان ناسخا لما قبله ح عن الإمداد. وفى الزيلعى « أنه صلى الله عليه وسلم حين صلى على النجاشى كبر أربع تكبيرات وثبت عليها إلى أن توفى » فنسخت ماقبلها ط (قوله فيمكث المؤتم الخ) لما كان قولهم لم يتبع صادقا بالقطع وبالانتظار أردفه ببيان المراد منه ط (قوله به يفتى) رجحه فى فتح القدير بأن البقاء فى حرمة الصلاة بعد فراغها ليس بخطأ مطلقا إنما الخطأ فى المتابعة فى الخامسة بحر. وروى عن الإمام أنه يسلم للحال ولا ينتظر تحقيقا للمخالفة ط (قوله هذا) أى عدم المتابعة ط (قوله وينوى الافتتاح الخ) لجواز أن تكبيرة الإمام للافتتاح الآن وأخطأ المبلغ نقل ذلك فى البحر عن شرح المجمع المكى بصيغة قالوا، ونقله فى باب صلاة العيد بصيغة قيل، وكلا الصيغتين مشعر بالضعف، كيف وهو لاوجه له يظهر، لأنه إن كان المراد أنه ينوى الافتتاح بما زاد على الرابعة كما هو المتبادر ولزم أن يأتى بعدها بثلاث تكبيرات أخر، لأن نية الافتتاح لتصحيح صلاته باحتمال خطأ المبلغ، ولا صحة لها إلا بثلاث بعدها لأنها أركان وإلا كانت نيته لغوا فكان الواجب عدمها وإن كان المراد جميع التكبيرات فمن أين يعلم أن المبلغ يزيد على الرابعة حتى ينوى الافتتاح بالجميع، فإن احتمال الخطأ إنما ظهر وقت الزيادة؟ وإن قيل إنه ثابت قبلها يلزم عليه أن ينوى الافتتاح بالجميع وإن لم يزد المبلغ شيئا وأنه يأتى بعد الرابعة بثلاث تكبيرات أيضا وإلا لم يكن لهذه النية فائدة وأنه فى غير صلاة الجنازة يأتى بتكبيرة أخرى لاحتمال خطأ المبلغ ونحو ذلك يقال فى تكبيرات العيد كما أشرنا إليه فى بابه، ولم أر من تعرض لشىء من ذلك، ثم ظهر أنه يمكن أن يجاب باختيار الشق الأول وأن فائدته أنه إذا زاد خامسة مثلا احتمل أن تكون التحريمة وأنه سيكبر بعدها

(ولا يستغفر فيها لصبي ومجنون) ومعتوه لعدم تكليفهم (بل يقول بعد دعاء البالغين: اللهم اجعله لنا فرطا) بفتحتين : أى سابقا إلى الحوض ليهيء الماء ، وهو دعاء له أيضاً بتقدمه فى الخير ، لاسيا وقد قالوا حسنات الصبى له لالأبويه بل لهما ثواب التعليم (واجعله ذخرا) بضم الذال المعجمة ، ذخيرة (وشافعاً مشفعا) مقبول الشفاعة :

ثلاثا أخرى وهكذا فى السادسة والسابعة ، فإذا سلم احتمل أن أربعا قبل السلام هى الفرائض الأصلية وأن ماقبلها زائدة غلطا ،واحتمل أن أربعا من الابتداء هى الفرائض الأصلية وما بعدها زائد غلطا فإذا نوى تكبيرة الافتتاح فيما زاد على الأربع الأول قد ينفعه ذلك فى بعض الصور بلا ضرر ، والله أعلم (قوله ولا يستغفر فيها لصبي) أى فى صلاة الجنازة (قوله ومجنون ومعتوه) هذا فى الأصلى فإن الجنون والعته الطارئين بعد البلوغ لايسقطان الذنوب السالفة كما فى شرح المنية (قوله بعد دعاء البالغين) كذا فى بعض نسخ الدرر وفى بعضها بدل دعاء البالغين: وكتب العلامة نوح على نسخة بعد أنها مخالفة لما فى الكتب المشهورة ومناقضة لقوله لايستغفر لصبي ، ولهذا قال بعضهم إنها تصحيف من بدل اه . وقال الشيخ إسمعيل بعد كلام : والحاصل أن مقتضى متون المذهب والفتاوى وصريح غرر الأذكار الاقتصار فى الطفل على: اللهم اجعله لنا فرطا الخ اه .

قلت: وحاصله أنه لايأتى بشيء من دعاء البالغين أصلا ، بل يقتصر على ماذكر . وقد نقل فى الحلية عن البدائع والمحيط وشرح الجامع لقاضيخان ماهو كالصريح فى ذلك فراجعه ، وبه علم أن مافى شرح المنية من أنه يأتى بذلك الدعاء بعد قوله « ومن توفيته منا فتوفه على الإيمان » مبنى على نسخة بعد من الدرر فتدبر .

هذا وما مر فى المأثور فى دعاء البالغين من قوله وصغيرنا وكبيرنا لاينافى قولهم لايستغفر لصبي كما قدمناه فافهم (قوله أى سابقا الخ) قال فى المغرب : اللهم اجعله لنا فرطا : أى أجرا يتقدمنا ، وأصل الفارط والفرط فيمن يتقدم الواردة اه أى من يتقدم الجماعة الواردة إلى الماء ليهيئه لهم ، ومنه الحديث « أنا فرطكم على الحوض » واقتصر الشارح على المعنى الثانى الذى هو الأصل ، لما فى البحر أنه الأنسب هنا لئلا يتكرر مع قوله « واجعله لنا أجرا » اه . قال ط : والذى فى النهر وغيره تفسيره بالمتقدم ليهيء مصالح والديه فى دار القرار (قوله وهو دعاء له) أى للصبي أيضا : أى كما هو دعاء لوالديه وللمصلين ، لأنه لايهيء الماء لدفع الظمأ أو مصالح والديه فى دار القرار إلا إذا كان متقدما فى الخير ، وهو جواب عن سؤال ، حاصله أن هذا دعاء للأحياء ولا نفع للميت فيه ط (قوله لاسيا وقد قالوا الخ) حاصله أنه إذا كانت حسناته : أى ثوابها له يكون أهلا للجزاء والثواب ، فناسب أن يكون ذلك دعاء له أيضا لينتفع به يوم الجزاء (قوله واجعله ذخرا) فى الهداية والكافى والكنز وغيرها « واجعله لنا أجرا ، واجعله لنا ذخرا » وفى الدرر والوقاية كما هنا (قوله ذخيرة) أشار إلى أن المراد بالذخر الاسم: أى مايذخر لا المصدر فإنه يستعمل اسما ومصدرا كما يفيده قول القاموس ذخره كمنعه ذخرا بالضم ، وادخره : اختاره ، أو اتخذه . والذخيرة : ما أذخر كالذخر جمعه أذخار اه . قال العلامة ابن حجر : شبه تقدمه لوالديه بشيء نفيس يكون أمامهما مدخرا إلى وقت حاجتهما له بشفاعته لهما كما صح اه (قوله مقبول الشفاعة) تفسير لقوله مشفعا بالبناء للمجهول .

[تتمة] فى بعض الكتب يقول « اللهم اجعله لوالديه فرطا وسلفا وذخرا وعظة واعتبارا وشفيعا وأجرا وثقل به موازينهما ، وأفرغ الصبر على قلوبهما ، ولا تفتنهما بعده ، واغفرلنا وله » ط .

أقول : رأيت ذلك فى كتب الشافعية ، لكن بإبدال قوله واغفرلنا وله بقوله ولاتحرمهما أجره ، وهذا أولى

(ويقوم الإمام) ندبا (بحذاء الصدر مطلقا) للرجل والمرأة لأنه محل الإيمان والشفاعة لأجله (والمسبوق) ببعض التكبيرات لايكبر فى الحال بل (ينتظر) تكبير (الإمام ليكبر معه) للافتتاح لما مر أن كل تكبيرة كركعة ، والمسبوق لايبدأ بما فاته . وقال أبو يوسف : يكبر حين يحضر (كما لا ينتظر الحاضر(١)) فى (حال التحريمة) بل يكبر اتفاقا للتحريمة ،

لما مر من أنه لايستغفر لصبى . وقال فى شرح المنية : وفى المفيد ويدعو لوالدى الطفل ، وقيل يقول : اللهم ثقل به موازينهما وأعظم به أجرهما ولا تفتنهما بعده ، اللهم اجعله فى كفالة إبراهيم ، وألحقه بصالحي المؤمنين اهـ (قوله ندبا) أى كونه بالقرب من الصدر مندوب وإلا فمحاذاة جزء من الميت لابد منها قهستانى عن التحفة . ويظهر أن هذا فى الإمام وفيما إذا لم تتعدد الموتى وإلا وقف عند صدر أحدهم فقط ، ولا يبعد عن الميت كما فى النهر ط (قوله للرجل والمرأة) أراد الذكر والأنثى الشامل للصغير والصغيرة ط عن أبى السعود . وعند الشافعى رحمه الله يقف عند رأس الرجل وعجز المرأة (قوله والشفاعة لأجله) أى إن المصلى شافع للميت لأجل إيمانه فناسب أن يقوم بحذاء محله (قوله والمسبوق) أى الذى لم يكن حاضرا تكبير الإمام السابق ط (قوله ببعض التكبيرات) صادق بالأقل والأكثر ط . أما المسبوق بالكل فيأتى حكمه (قوله لايكبر فى الحال) فلو كبر كما حضر ولم ينتظر لاتفسد عندهما ، لكن ما أداه غير معتبر ، كذا فى الخلاصة بحر ، ومثله فى الفتح . وقضية عدم اعتبار ما أداه أنه لايكون شارعا فى تلك الصلاة ، وحينئذ فتفسد التكبيرة مع أن المسطور فى القنية أنه يكون شارعا ، وعليه فيعتبر ما أداه ، وهذا لم أر من أفصح عنه فتدبره نهر .

وأجاب الحموى فى شرح الكنز بأنه لايلزم من عدم اعتباره عدم شروعه ولا من اعتبار شروعه اعتبار ما أداه ؛ ألا ترى أن من أدرك الإمام فى السجود صح شروعه مع أنه لايعتبر ما أداه من السجود مع الإمام بل عليه إعادته إذا قام إلى قضاء ما سبق به فلا مخالفة بين ما فى الخلاصة والقنية اهـ لكن فيه أن تكبيرة الافتتاح هنا بمنزلة ركعة ، فلو صح شروعه بها يلزم اعتبارها ، إلا أن يقال إن لها شبهين كما مر فنصحح شروعه بها من حيث كونها شرطا ولا نعتبرها فى تكميل العدد من حيث شبهها بالركعة ، فلذا قلنا يصح شروعه بها ويعيدها بعد سلام إمامه ، والله أعلم (قوله والمسبوق الخ) هو من تتمة التعليل : أى فلو كبر ولم ينتظر لكان كالمسبوق الذى شرع فى قضاء ماسبق به قبل الفراغ من الاقتداء ط (قوله وقال أبو يوسف الخ) قال فى النهاية : تفسير المسألة على قوله إنه لماجاء وقد كبر الإمام تكبيرة الافتتاح كبر هذا الرجل للافتتاح ، فإذا كبر الإمام الثانية تابعه فيها ولم يكن مسبوقا . وعندهما لايكبر للافتتاح حين يحضر بل ينتظر حتى يكبر الإمام الثانية ويكون هذا التكبير تكبير الافتتاح فى حق هذا الرجل فيصير مسبوقا بتكبيرة يأتى بها بعد سلام الإمام اهـ (قوله كما لاينتظر الحاضر الخ) أفاد بالتشبيه أن مسألة الحاضر اتفاقية ، ولذا قال بل يكبر أى الحاضر اتفاقا ، والمراد به من كان حاضرا وقت تحريمة الإمام فى محل يجزئه فيه الدخول فى صلاة الإمام كما يأتى عن المجتبى : أى بأن كان متهيئا للصلاة كما يفيده قول الهندية عن شرح الجامع لقاضيخان ، وإن كان مع الإمام فتغافل ولم يكبر معه أو كان فى النية بعد فأخر التكبير فإنه يكبر ولا ينتظر تكبير الإمام الثانية فى قولهم ، لأنه لما كان مستعدا جعل بمنزلة المشارك اهـ (قوله فى حال التحريمة) مفهومه أنه لو فاتته التحريمة وحضر فى حالة التكبيرة الثانية مثلا لايكون مدركا لها بل ينتظر الثالثة ويكون مسبوقا بتكبيرتين لا بواحدة

---

(١) (قول المصنف كما لاينتظر الحاضر) الذى فى نسخ المتن المجردة : لا الحاضر ، بدون تشبيه ؛ وكذا فى بعض نسخ الشرح ، وعليها فالتشبيه ظاهر اهـ .

لأنه كالمدرك ثم يكبران مافاتهما بعد الفراغ نسقا بلا دعاء إن خشيا رفع الميت على الأعناق . وما فى المجتبى من أن المدرك يكبر الكل للحال شاذ نهر (فلو جاء) المسبوق (بعد تكبيرة الإمام لرابعة فاتته الصلاة) لتعذر الدخول فى تكبيرة الإمام . وعند أبى يوسف يدخل لبقاء التحريمة . فإذا سلم الإمام كبر ثلاثا كما فى الحاضر وعليه الفتوى . ذكره الحلبي وغيره .

عندهما ، لكن الظاهر أن التحريمة غير قيد لما سيأتى فيما لو كبر(١) الأربع والرجل حاضر فإنه يكون مدركا لها ، ويؤيده التعليل المارّ عن قاضيخان والآتى عقبه عن الفتح تأمل (قوله لأنه كالمدرك) قال فى فتح القدير : يفيد أنه ليس بمدرك حقيقة بل اعتبر مدركا لحضوره التكبير دفعا للحرج . إذ حقيقة إدراك الركعة بفعلها مع الإمام ، ولو شرط فى التكبير المعية ضاق الأمر جدا إذ الغالب تأخر النية قليلا عن تكبير الإمام فاعتبر مدركا لحضوره اه (قوله ثم يكبران الخ) أى المسبوق والحاضر . وقوله : ما فاتهما فيه خفاء لأن المراد بالحاضر فى كلامه الحاضر فى حال التحريمة ، فإذا أتى بها لم يفته شيء إلا أن يراد ما إذا حضر أكثر من تكبيرة فكبر واحدة فإنه يكبر بعد السلام مافاته على ماسيأتى تأمل . واحترز عن اللاحق كأن كبر مع الإمام الأولى دون الثانية والثالثة فإنه يكبرهما ثم يكبر مع الإمام الرابعة كما فى الحلية والنهر .

هذا ، وفى نور الإيضاح وشرحه أن المسبوق يوافق إمامه فى دعائه لو علمه بسماعه اه ولم يذكر ما إذا لم يعلم ، وظاهر تقييده الموافقة بالعلم أنه إذا لم يعلم بأن لم يعلم أنه فى التكبيرة الثانية أو الثالثة مثلا يأتى به مرتبا : أى بالثناء ثم الصلاة ثم الدعاء تأمل (قوله نسقا) بالتحريك : أى متتابعة . وفى بعض النسخ تترى ، وهو بمعناه (قوله على الأعناق) مفهومه أنه لو رفعت بالأيدى ولم توضع على الأعناق أنه لاينقطع التكبير بل يكبر . وهو ظاهر الرواية . وعن محمد إن كانت إلى الأرض أقرب يكبر وإلا فلا معراج . ومثله فى البزازية والفتح . ويخالفه مافى البحر عن الظهيرية أنها لو رفعت بالأيدى ولم توضع على الأكتاف لايكبر فى ظاهر الرواية . لكن قال فى الشرنبلالية : وينبغى أن يعوّل على مافى البزازية ، ولا يخالفه مايأتى من أنها لاتصح إذا كان الميت على أيدى الناس لأنه يغتفر فى البقاء مالايغتفر فى الابتداء اه (قوله ومافى المجتبى من أن المدرك) أى الحاضر ، وسماه مدركا لأنه بمنزلته كما مر . وعبارة المجتبى : رجل واقف حيث يجزيه الدخول فى صلاة الإمام فكبر الإمام الأولى ولم يكبر معه فإنه يكبر مالم يكبر الإمام الثانية ، فإن كبر كبر معه وقضى الأولى فى الحال ، وكذا إن لم يكبر فى الثانية والثالثة والرابعة يكبر ويقضى مافاته فى الحال اه (قوله شاذ) لمخالفته مانص عليه غير واحد من أنه يكبر مافاته بعد سلام الإمام أفاده فى النهر (قوله فلو جاء الخ) هذا ثمرة الخلاف بينهما وبين أبى يوسف كما فى النهر (قوله لتعذر الدخول الخ) لما مر أن المسبوق ينتظر الإمام ليكبر معه وبعد الرابعة لم يبق على الإمام تكبير حتى ينتظره ليتابعه فيه . قال فى الدرر : والأصل فى الباب عندهما أن المقتدى يدخل فى تكبيرة الإمام فإذا فرغ الإمام من الرابعة تعذر عليه الدخول . وعند أبى يوسف يدخل إذا بقيت التحريمة كذا فى البدائع اه (قوله كما فى الحاضر) أى فى وقت التكبيرة الرابعة فقط أو التكبيرات كلها ولم يكبرها مع الإمام ، وأشار بالتشبيه تبعا للبدائع إلى أن مسألة الحاضر اتفاقية ، وفيه كلام يأتى (قوله وعليه الفتوى) أى على قول أبى يوسف فى مسألة المسبوق خلافا لما مشى عليه فى المتن (قوله ذكره الحلبي وغيره) عبارة الحلبى

---

(١) (قوله لما سيأتى فيما لو كبر الخ) قال شيخنا : دلالة ما ذكره من التصريح على ما ادعاه غير ظاهرة ، لاحتمال أن يكون قوله والرجل حاضر الخ مقيد بحضوره وقت التحريمة اه .

فى شرح المنية : إن جاء بعد ما كبر الرابعة فاتته الصلاة عندهما . وعند أبى يوسف يكبر ، فإذا سلم الإمام قضى ثلاث تكبيرات . وذكر فى المحيط أن عليه الفتوى اهـ .

قلت : وذكر أيضا فى الفتاوى الهندية عن المضمرات أنه الأصح وعليه الفتوى ، لكن مامشى عليه فى المتن صرح فى البدائع بأنه الصحيح ، ومثله فى الدرر وشرح المقدسى ونور الإيضاح ، نعم نقل فى الإمداد عن التجنيس والولوالجية أن ذلك رواية عن أبى حنيفة ، وأن عند أبى يوسف يدخل فى الصلاة وعليه الفتوى ، قال : فقد اختلف التصحيح .

[تنبيه] هذا كله فى المسبوق . وأما الحاضر وقت التكبيرة الرابعة فإنه يدخل ، وقد أشار الشارح كالبدائع إلى أنه بالاتفاق كما قدمنا ، وبه صرح فى النهر ، وهو ظاهر عبارة المجتبى التى قدمناها . لكن فى البحر عن المحيط لو كبر الإمام أربعا والرجل حاضر فإنه يكبر مالم يسلم الإمام ويقضى الثلاث ، وهذا قول أبى يوسف ، وعليه الفتوى . وروى الحسن أنه لايكبر وقد فاتته اهـ .

أقول : لكن المفهوم من غالب عباراتهم أن عدم فوات الصلاة فى الحاضر متفق عليه بين أبى يوسف وصاحبيه وأن الفوات رواية الحسن عن أبى حنيفة وأن المفتى به عدم الفوات ، وهذا هو المناسب ، لما مر من تقرير أقوالهم : أما على قول أبى يوسف فظاهر . لأن المسبوق عنده لاتفوته الصلاة فالحاضر بالأولى . وأما على قولهما فلما صرح به فى الهداية وغيرها من أن الحاضر بمنزلة المدرك عندهما ، وهذا حاضر وقت الرابعة فيكبرها قبل سلام الإمام ثم يقضى الثلاث لفوات محلها ، وحينئذ فما فى المحيط من قوله وهذا قول أبى يوسف لايلزم منه أن يكون قولهما بخلافه ، بل قولهما كقوله بدليل أنه قابله برواية الحسن فقط وإلا كان المناسب مقابلته بقولهما ، ولذا لم يعزه فى الخانية والولوالجية وغاية البيان إلى أبى يوسف ، بل أطلقوه وقابلوه برواية الحسن بل زاد فى غاية البيان بعد ذلك . وعن أبى يوسف أنه يدخل معه(١) فأفاد أن قول أبى يوسف كقولهما ، وأن المخالفة فى رواية الحسن فقط .

[تنبيه] نقل فى البحر عبارة المحيط السابقة ، ثم قال : فما فى الحقائق من أن الفتوى على قول أبى يوسف إنما هو فى مسألة الحاضر لاالمسبوق . وقد يقال إنه إذا كان حاضرا ولم يكبر حتى كبر الإمام ثنتين أو ثلاثا فلا شك أنه مسبوق وحضوره من غير فعل لايجعله مدركا فينبغى أن يكون كمسألة المسبوق وأن يكون الفرق بين الحاضر وغيره فى التكبيرة الأولى فقط كما لايخفى اهـ .

وأقول : إن مافى الحقائق محمول على مسألة المسبوق ، لما مر من أن المخالف فيها أبو يوسف ، وأن الفتوى على قوله . وأما مسألة الحاضر فإنها وفاقية كما علمته . وأما قوله وقد يقال الخ فحاصله أنه لاتحقق لمسألة الحاضر إلا فيمن حضر وقت التكبيرة الأولى فكبرها قبل أن يكبر الإمام الثانية . أما لو تشاغل حتى كبر الإمام الثانية أو أكثر فهو مسبوق لاحاضر ، وفيه نظر ظاهر ؛ فإنه إذا كان حاضراً حتى كبر الإمام تكبيرتين مثلا يكون مدركا للثانية فله أن يكبرها قبل أن يكبر الإمام الثالثة ويكون مسبوقا بالأولى فيأتى بها بعد سلام الإمام فسبقه بها لاينافى كونه حاضراً فى غيرها ، يدل على ذلك مانقله فى البحر عن الواقعات من أنه إن لم يكبر الحاضر حتى كبر الإمام

(١) (قوله أنه يدخل معه) قال شيخنا : لعل فى الكلام حذفا ، والأصل أنه لا يدخل معه ، والملجىء لذلك قول المحشى فأفاد أن قوله كقولهما لأن ما ذكره فى غاية البيان بقوله من أبى يوسف الخ ليس قوله بل هو مجرد رواية ومذهبه غير ذلك تأمل ، والله أعلم اهـ .

(أولى) من الجمع وتقديم الأفضل أفضل (وإن جمع) جاز ؛ ثم إن شاء جعل الجنائز صفاً واحدا وقام عند أفضلهم ، وإن شاء (جعلها صفا مما يلى القبلة) واحدا خلف واحد (بحيث يكون صدر كل) جنازة (مما يلى الإمام) ليقوم بحذاء صدر الكل وإن جعلها درجا فحسن لحصول المقصود (وراعى الترتيب) المعهود خلفه حالة الحياة ، فيقرب منه الأفضل فالأفضل الرجل مما يليه ؛ فالصبى فالخنثى فالبالغة فالمراهقة ؛ والصبى الحر يقدم على العبد ، والعبد على المرأة ؛ وأما ترتيبهم فى قبر واحد لضرورة فبعكس هذا . فيجعل الأفضل مما يلى القبلة فتح (ويقدم فى الصلاة عليه السلطان) إن حضر (أو نائبه) وهو أمير المصر (ثم القاضى) ثم صاحب الشرط

ثنتين كبر الثانية منهما ولم يكبر الأولى حتى يسلم الإمام ؛ لأن الأولى ذهب محلها فكانت قضاء والمسبوق لايشتغل بالقضاء قبل فراغ الإمام اه فانظر كيف جعله حاضراً ومسبوقا ؛ إذ لو كان مسبوقا فقط لم يكن له أن يكبر الثانية بل ينتظر تكبير الإمام الثالثة كما مر ، فاغتنم تحرير هذا المقام (قوله أولى من الجمع) لأن الجمع مختلف فيه فتية (قوله وتقديم الأفضل أفضل) أى يصلى أولا على أفضلهم ثم يصلى على الذى يليه فى الفضل [illegible] بقوله إن لم يكن سبق أى وإلا يصلى على الأسبق ولو مفضولا ؛ وسيأتى بيان الترتيب (قوله وإن جمع جاز) أى بأن صلى على الكل صلاة واحدة (قوله صفا واحدا) أى كما يصطفون فى حال حياتهم عند الصلاة بدائع : أى بأن يكون رأس كل عند رجل الآخر فيكون الصف على عرض القبلة (قوله وإن شاء جعلها صفا الخ) ذكر فى البدائع التخيير بين هذا والذى قبله ، ثم قال : هذا جواب ظاهر الرواية . وروى عن أبى حنيفة فى غير رواية الأصول أن الثانى أولى لأن السنة هى قيام الإمام بحذاء الميت ، وهو يحصل فى الثانى دون الأول اه (قوله درجا) أى شبه الدرج بأن يكون رأس الثانى عند منكب الأول بدائع (قوله لحصول المقصود) وهو الصلاة عليهم درر والأحسن مافى المبسوط لأن الشرط أن تكون الجنائز أمام الإمام وقد وجد إسمعيل (قوله فيقرب منه الأفضل فالأفضل) أى فى صورة ما إذا جعلهم صفا واحداً مما يلى القبلة بوجهيها ، أما فى صورة جعلهم صفا عرضا فإنه يقوم عند أفضلهم كما قدمه ، إذ ليس أحدهم أقرب . وهذا حيث اختلفوا فى الفضل ، وإن تساووا قدم أسنهم كما فى الحلية . وفى البحر عن الفتح وفى الرجلين يقدم أكبرهما سنا وقرآنا وعلما كما فعله عليه الصلاة والسلام فى قتلى أحد من المسلمين (قوله يقدم على العبد) أى ولو بالغا كما يفيده قول البحر عن الظهيرية . ويقدم الحر على العبد ولو كان الحر صبيا اه . قال ط : وأفاد أن الحر البالغ يقدم بالأولى ، وهو المشهور . وروى الحسن عن الإمام أن العبد إذا كان أصلح قدم منح اه (قوله لضرورة) إنما قيد بها لأنه لايدفن اثنان فى قبر مالم يصر الأول ترابا فيجوز حينئذ البناء عليه والزرع إلا لضرورة فيوضع بينهما تراب أو لبن ليصير كقبرين ويجعل الرجل مما يلى القبلة ثم الغلام ثم الخنثى ثم المرأة شرح الملتقى .

مطلب فى بيان من هو أحق بالصلاة على الميت

(قوله ونائبه) الأولى ثم نائبه ح : أى كما عبر فى الفتح وغيره (قوله ثم صاحب الشرط) قال فى الشرنبلالية ظاهر كلام الكمال أن صاحب الشرط غير أمير البلد . وفى المعراج مايفيد أنه هو حيث قال الشرط بالسكون والحركة خيار الجند ، والمراد أمير البلدة كأمير بخارى اه . وأجاب ط بحمل أمير البلد على المولى من نائب السلطان لامن السلطان .

هـــذا ، وتقدم فى الجمعة تقديم الشرطى على القاضى . وما هنا مخالف له . ولم أر من نبه عليه فليتأمل

ثم خليفته ثم خليفة القاضي (ثم إمام الحى) فيه إيهام ، وذلك أن تقديم الولاة واجب وتقديم إمام الحى مندوب فقط بشرط أن يكون أفضل من الولى ، وإلا فالولى أولى كما فى المجتبى وشرح المجمع للمصنف . وفى الدراية : إمام المسجد الجامع أولى من إمام الحى : أى مسجد محلته نهر (ثم الولى) بترتيب عصوبة الإنكاح إلا الأب

(قوله ثم خليفته) كذا فى البحر : أى خليفة صاحب الشرط كما هو المتبادر ، وفيه أنه حيث قدم القاضى على صاحب الشرط كان المناسب تقديم خليفته على خليفة صاحب الشرط ؛ فالمناسب قول الفتح ، ثم خليفة الوالى ، ثم خليفة القاضى اهـ ومثله فى الإمداد عن الزيلعى (قوله ثم إمام الحى) أى الطائفة وهو إمام المسجد الخاص بالمحلة ، وإنما كان أولى ، لأن الميت رضى بالصلاة خلفه فى حال حياته ، فينبغى أن يصلى عليه بعد وفاته . قال فى شرح المنية : فعلى هذا لو علم أنه كان غير راض به حال حياته ينبغى أن لايستحب تقديمه اهـ . قلت : هذا مسلم إن كان عدم رضاه به لوجه صحيح وإلا فلا تأمل (قوله فيه إيهام) أى فى كلام المصنف إيهام التسوية فى الحكم بين تقديم المذكورين ، لكن القاعدة الأصولية أن القرآن فى الذكر لايوجب الاتحاد فى الحكم تأمل .

مطلب تعظيم أولى الأمر واجب

(قوله وذلك أن تقديم الولاة واجب) لأن فى التقديم عليهم ازدراء بهم وتعظيم أولى الأمر واجب ، كذا فى الفتح . وصرح فى الولوالجية والإيضاح وغيرهما بوجوب تقديم السلطان ، وعلله فى المنبع وغيره بأنه نائب النبى صلى الله عليه وسلم الذى هو أولى بالمؤمنين من أنفسهم فيكون هو أيضاً كذلك إسمعيل (قوله بشرط الخ) نقل هذا الشرط فى الحلية ، ثم قال وهو حسن ، وتبعه فى البحر (قوله إمام المسجد الجامع) عبر عنه فى شرح المنية بإمام الجمعة .

[تنبيه] وأما إمام مصلى الجنازة الذى شرطه الواقف وجعل له معلوما من وقفه فهل يقدم على الولى كإمام الحى أم لا للقطع بأن علة الرضا بالصلاة خلفه فى حياته خاصة بإمام المحلة ؟ والذى يظهر لى أنه إن كان مقرراً من جهة القاضى فهو كنائبه ، وإن من جهة الناظر فكالأجنبى أفاده فى البحر . وخالفه فى النهر بأن ما مر فى باب الإمامة من تقديم الراتب على إمام الحى يقتضى تقديمه هنا عليه . واستظهر المقدسى أنه كالأجنبى مطلقا لأنه إنما يجعل للغرباء ومن لاولى له .

أقول : وهذا أولى لما يأتى من أن الأصل أن الحق للولى ، وإنما قدم عليه الولاة وإمام الحى لما مر من التعليل وهو غير موجود هنا . وتقرير القاضى له لاستحقاق الوظيفة لالجعله نائباً عنه ، وإلا لزم أن كل من قرره القاضى فى وظيفة إمامة أن يكون نائبا عنه مقدما على إمام الحى . والفرق بينه وبين الإمام الراتب ظاهر . لأنه لم يرضه للصلاة خلفه فى حياته بخلاف الراتب ، هذا ماظهر لى فتأمله (قوله ثم الولى) أى ولى الميت الذكر البالغ العاقل فلا ولاية لامرأة وصبى ومعتوه كما فى الإمداد . قال فى شرح المنية : الأصل أن الحق فى الصلاة للولى ، ولذا قدم على الجميع فى قول أبى يوسف والشافعى ورواية عن أبى حنيفة ، لأن هذا حكم يتعلق بالولاية كالإنكاح إلا أن الاستحسان وهو ظاهر الرواية تقديم السلطان ونحوه ، لما روى أن الحسين قدم سعيد بن العاص لما مات الحسن وقال : لولا السنة لما قدمتك وكان سعيد والياً بالمدينة ، ولما مر من الوجه فى تقديم الولاة وإمام الحى (قوله بترتيب عصوبة الإنكاح) فلا ولاية للنساء ولا للزوج إلا أنه أحق من الأجنبى . وفى الكلام رمز إلى أن الأبعد

فيقدم على الابن اتفاقا إلا أن يكون عالما والأب جاهلا فالابن أولى. فإن لم يكن له ولى فالزوج ثم الجيران، ومولى العبد أولى من ابنه الحر لبقاء ملكه، والفتوى على بطلان الوصية بغسله والصلاة عليه (وله) أى للولى.

أحق من الأقرب الغائب. وحد الغيبة هنا أن يكون بمكان تفوته الصلاة إذا حضر ط عن القهستانى. زاد فى البحر وأن لا ينتظر الناس قدومه.

قلت: والظاهر أن ذوى الأرحام داخلون فى الولاية، والتقييد بالعصوبة لإخراج النساء فقط. فهم أولى من الأجنبى، وهو ظاهر، ويؤيده تعبير الهداية بولاية النكاح تأمل (قوله فيقدم على الابن اتفاقا) هو الأصح لأن للأب فضيلة عليه وزيادة سن، والفضيلة والزيادة تعتبر ترجيحا فى استحقاق الإمامة كما فى سائر الصلوات بحر عن البدائع، وقيل هذا قول محمد. وعندهما الابن أولى. قال فى الفتح: وإنما قدمنا الأسن بالسنة. قال عليه الصلاة والسلام فى حديث القسامة «ليتكلم أكبرهما» وهذا يفيد أن الحق للابن عندهما إلا أن السنة أن يقدم هو أباه، ويدل عليه قولهم سائر القرابات أولى من الزوج إن لم يكن له منها ابن، فإن كان فالزوج أولى منهم، لأن الحق للابن وهو يقدم أباه، ولا يبعد أن يقال إن تقديمه على نفسه واجب بالسنة اه. وفى البدائع وللابن فى حكم الولاية أن يقدم غيره، لأن الولاية له، وإنما منع عن التقدم لئلا يستخف بأبيه فلم تسقط ولايته بالتقديم (قوله أن لا يكون الخ) قال فى البحر: ولو كان الأب جاهلا والابن عالما ينبغى أن يقدم الابن. إلا أن يقال إن صفة العلم لا توجب التقديم فى صلاة الجنازة لعدم احتياجها له اه. واعترضه فى النهر بما مر من أن إمام الحى إنما يقدم على الولى إذا كان أفضل، قال: نعم: علل القدورى كراهة تقدم الابن على أبيه بأن فيه استخفافا به، وهذا يقتضى وجوب تقديمه مطلقا اه. قلت: وهذا مؤيد لما مر آنفا عن الفتح (قوله فالابن أولى) فى نسخة: والأسن أولى وعليها كتب المحشى فقال: أى إذا حصلت المساواة فى الدرجة والقرب والقوة كابنين أو أخوين أو عمين فالأسن أولى

أقول: إلا أن يكون غير الأسن أفضل اه أى قياساً على تقديم الابن الأفضل على أبيه بل هذا أولى. ولو كان الأصغر شقيقا والأكبر لأب فالأصغر أولى كما فى الميراث، حتى لو قدّم أحدا فليس للأكبر منعه كما فى البحر (قوله فإن لم يكن له ولى فالزوج ثم الجيران) كذا فى فتح القدير. وهو صريح فى تقديم الزوج على الأجنبى ولو جارا، وهو مقتضى إطلاق ما قدمناه عن القهستانى من أن الزوج أحق من الأجنبى. فما هنا أولى من قول النهر والزوج، والجيران أولى من الأجنبى اه وشمل الولى مولى العتاقة وابنه ومولى الموالاة فإنهم أولى من الزوج لانقطاع الزوجية بالموت بحر (قوله ومولى العبد أولى من ابنه الحر) وكذا من أبيه وغيره. قال الزيلعى: والسيد أولى من قريب عبده على الصحيح، والقريب أولى من السيد المعتق اه فما فى القهستانى من أن ابن العبد وأباه أحق من المولى على خلاف الصحيح (قوله لبقاء ملكه) اعترض بما فى شرح الحاملية من أن السيد لا يغسل أمته ولا أم ولده ولا مدبرته لانقطاع ملكه عنهن بالموت اه.

أقول: لأن الجثة الميتة لا تقبل الملك، لكن المراد بقاء الملك حكما كما قيده فى البحر، ولذا يلزمه تكفين عبده كالزوجة مع أن الزوجية انقطعت بالموت كما مر آنفا، والتغسيل لما فيه من المس والنظر المحذورين لا يراعى فيه الملك الحكمى لضعفه ففارق التكفين وولاية الصلاة. هذا ما ظهر لى (قوله والفتوى على بطلان الوصية) عزاه فى الهندية إلى المضمرات: أى لو أوصى بأن يصلى عليه غير من له حق التقدم أو بأن يغسله فلان لا يلزم تنفيذ وصيته ولا يبطل حق الولى بذلك. وكذا تبطل لو أوصى بأن يكفن فى ثوب كذا أو يدفن فى موضع كذا كما عزاه إلى المحيط. وذكر فى شرح درر البحار أن تعليل تقديم إمام الحى بما مر من أن الميت رضيه فى حياته يعلم أن الموصى

ومثله كل من يقدم عليه من باب أولى (الإذن لغيره فيها) لأنه حقه فيملك إبطاله (إلا) أنه (إن كان هناك من يساويه فله) أى لذلك المساوى ولو أصغر سنا (المنع) لمشاركته فى الحق ، أما البعيد فليس له المنع (فإن صلى غيره) أى الولى (ممن ليس له حق التقدم) على الولى (ولم يتابعه) الولى (أعاد الولى) ولو على قبره

له يقدم على إمام الحى لاختياره له صريحا إلا أن المذكور فى المنتقى أن هذه الوصية باطلة اهـ فتأمل (قوله ومثله كل من يقدم عليه من باب أولى) ظاهره أن للسلطان أن يأذن بالصلاة لأجنبي بلا إذن الولى وقد ذكره فى الحلية بحثاً بناء على أن الحق ثابت للسلطان ونحوه ابتداء ، واستثنى إمام الحى فليس له الإذن ؛ لأن تقديمه على الولى مستحب فهو كأكبر الأخوين إذا قدم أجنبياً فللأصغر منعه فكذا للولى اهـ .

أقول : وفى كون الحق ثابتاً للسلطان ابتداء بحث لما قدمناه عن شرح المنية من أن الحق فى الأصل للولى وإنما قدم السلطان فى ظاهر الرواية لئلا يزدرى به وتعظيمه واجب ، وقدم إمام الحى لأن الميت رضيه فى حياته ومثله مافى الكافى حيث علل لما يأتى من أن للولى الإعادة إذا صلى غيره بقوله لأن الحق للأولياء لأنهم أقرب الناس إليه وأولاهم به ، غير أن السلطان أو الإمام إنما يقدم بعارض السلطنة والإمامة(١)اهـ وبهذا تندفع الأولوية فتأمل (قوله فيها) أى فى الصلاة على الميت . وفسر الإذن بتفسير آخر . وهو أن يأذن للناس فى الانصراف بعد الصلاة قبل الدفن ، لأنه لاينبغى لهم أن ينصرفوا إلا بإذنه . وذكر الزيلعى معنى آخر وهو الإعلام بموته ليصلوا عليه بحر . لكن يتعين المعنى الأول فى عبارة المصنف للاستثناء المذكور ، بخلاف عبارة الكنز والهداية (قوله فيملك إبطاله) أى بتقديم غيره هداية . فالمراد بالإبطال نقله عنه إلى غيره (قوله ولو أصغر سناً) فلو كانا شقيقين ، فالأسن أولى لكنه لو قدم أحداً فللأصغر منعه ، ولو قدم كل منهما واحداً فمن قدمه الأسن أولى بحر (قوله أما البعيد فليس له المنع) فلو كان الأصغر شقيقا والأكبر لأب فقدم الأصغر أحداً فليس للأكبر المنع بحر ، وفيه : فإن كان الشقيق غائبا وكتب إلى إنسان ليتقدم فللأخ لأب منعه ، والمريض فى المصر كالصحيح يقدم من شاء ، وليس للأبعد منعه (قوله فإن صلى غيره) الأخصر أن يقول فإن صلى من ليس له حق التقدم اهـ ح (قوله ممن ليس له حق التقدم الخ) بيان لغير المضاف إلى ضمير الولى أخرج به السلطان ونحوه وإمام الحى ، فإن صلى أحدهم لم يعد الولى كما يأتى لتقدمهم عليه (قوله أعاد الولى) مفهومه أن غير الولى كالسلطان لايعيد إذا صلى غيره ممن ليس له حق التقدم معه إلا أن يراد بالولى من له حق الصلاة . وعليه فكان الأولى أن يقول أعاد من له حق التقدم لكن اختلف فيما إذا صلى الولى فهل لمن قبله كالسلطان حق الإعادة ؟ فى النهاية والعناية نعم لأن الولى إذا كان له الإعادة إذا صلى غيره مع أنه أدنى فالسلطان والقاضى بالأولى . وفى السراج والمستصفى لا . ووفق فى البحر بحمل الأول على ما إذا تقدم الولى مع وجود السلطان ونحوه . والثانى على ما إذا لم يوجد . واعترضه فى النهر بأن السلطان لاحق له عند عدم حضوره ، فالخلاف عند حضوره(٢)اهـ . والذى يظهر لى مافى السراج والمستصفى لما قدمناه

---

(١) (قوله إنما يقدم بعارض السلطنة والإمامة) قد يقال : إن تقديم مأذون السلطان واجب أيضا وليس للولى المعارضة ، لأن فى التقديم على المأذون ازدراء بالسلطان كالتقديم عليه نفسه ويؤيده ما تقدم متنا : ويقدم السلطان أو نائبه الخ أفاده شيخنا . وعليه فتكون الأولوية باقية بالنسبة لمن فوق الولى من الولاة فقط دون إمام الحى لعدم وجود العلة المذكورة تأمل اهـ .

(٢) (قوله عند حضوره اهـ) يوجد هنا عبارة بخطه نبه على إثباتها فى الهامش ، ونصها قلت : لكن ذكر فى النهاية عن المبسوط بعد ما ذكره أن تأويل صلاة الصحابة على النبى صلى الله عليه وسلم أن أبا بكر رضى الله تعالى عنه كان مشغولا بتسوية الأمور وتسكين الفتنة ، فكانوا يصلون عليه قبل حضوره وكان الحق له فلما فرغ صلى عليه ثم لم يصل أحد بعده اهـ فهذا يفيد أن للسلطان الإعادة ولو لم يكن حاضرا فينا فى ما قاله فى البحر وما قاله فى النهر ، إلا أن يقال إن الولاية كانت للعباس عم النبى صلى الله عليه وسلم ولم يكن صلى قبل أبى بكر ، والكلام فيما إذا صلى الولى فلا منافاة ، ولكن يحتاج إلى ثبوت ذلك فتأمل اهـ منه .

إن شاء لأجل حقه لا لإسقاط الفرض ولذا قلنا ليس لمن صلى عليها أن يعيد مع الولى لأن تكرارها غير مشروع (وإلا) أى وإن صلى من له حق التقدم كقاض أو نائبه أو إمام الحى أو من ليس له حق التقدم وتابعه الولى (لا) يعيد لأنهم أولى بالصلاة منه .

(وإن صلى هو) أى الولى (بحق) بأن لم يحضر من يقدم عليه (لايصلى غيره بعده) وإن حضر من له التقدم لكونها بحق : أما لو صلى الولى بحضرة السلطان مثلا أعاد السلطان كما فى المجتبى وغيره وفيه حكم صلاة من لاولاية له كعدم الصلاة أصلا فيصلى على قبره مالم يتمزق .

عن الكافى من أن الحق للأولياء وتقديم السلطان ونحوه لعارض وأن دعوى الأولوية غير مسلمة ونظيره الابن فإن الحق له ابتداء ولكنه يقدم أباه لحرمة الأبوة . وأما تأييد صاحب البحر مافى النهاية والعناية بما فى الفتاوى كالخلاصة والولوالجية وغيرهما ، من أنه لو صلى السلطان أو القاضى أو إمام الحى ولم يتابعه الولى ليس له الإعادة لأنهم أولى منه اه ففيه نظر ، إذ لايلزم من كونهم أولى منه أن تثبت لهم الإعادة إذا صلى بحضرتهم لأنه صاحب الحق وإن ترك واجب احترام السلطان ونحوه ، ويدل على ذلك قول الهداية فإن صلى غير الولى أو السلطان أعاد الولى لأن الحق للأولياء وإن صلى الولى لم يجز لأحد أن يصلى بعده اه ونحوه فى الكنز وغيره . فقوله لم يجز لأحد يشمل السلطان . ثم رأيت فى غاية البيان قال مانصه : هذا على سبيل العموم حتى لاتجوز الإعادة لاللسلطان ولا لغيره اه . وما قيل إن المراد بالولى من له حق الولاية يبعده عطف السلطان قبله على الولى . ونقل فى المعراج عن المجتبى أن للسلطان الإعادة إذا صلى الولى بحضرته ، ثم قال : لكن فى المنافع ليس للسلطان الإعادة ، ثم أيد رواية المنافع فراجعه ، وهذا عين ماقلناه ، فاغتنم تحرير هذا المقام والسلام (قوله إن شاء الخ) وأما مافى التفويم من أنه لو صلى غير الولى كانت الصلاة باقية على الولى فضعيف كما فى النهر (قوله ولذا الخ) علة لقوله لالإسقاط الفرض أى فإن الفرض لو لم يسقط بالأولى كان لمن صلى أولا أن يعيد مع الولى ، وبهذا رد فى البحر مافى غاية البيان من أن الأولى موقوفة ، فإن أعاد الولى تبين أن الفرض ماصلى وإلا سقط بالأولى ، لكن قال العلامة المقدسى : إن مافى غاية البيان موافق للقواعد ، لأن التنفل بها غير مشروع عندنا ، ولذلك نظير وهو الجمعة مع الظهر لمن أداه قبلها اه نعم يحتاج إلى الجواب عما قاله فى البحر وهو صعب ، فالأحسن الجواب عما قاله المقدسى بأن إعادة الولى ليست نفلا لأن صلاة غيره وإن تأدى بها الفرض وهو حق الميت لكنها ناقصة لبقاء حق الولى فيها ، فإذا أعادها وقعت فرضا مكملا للفرض الأول نظير إعادة الصلاة المؤداة بكراهة ، فإن كلا منهما فرض كما حققناه فى محله ؛ وحيث كانت الأولى فرضا فليس لمن صلى أولا أن يعيد مع الولى ، لأن إعادته تكون نفلا من كل وجه ، بخلاف الولى لأنه صاحب الحق ، هذا ماظهر لى فتأمله (قوله غير مشروع) أى عندنا . وعند مالك خلافا للشافعى رحمه الله ، والأدلة فى المطولات (قوله أو إمام الحى) نص عليه فى الخلاصة وغيرها كما قدمناه وكذا صرح فى المجمع وشرحه بأنه كالسلطان فى عدم إعادة الولى ، وبه ظهر ضعف مافى غاية البيان من أن للولى الإعادة لو صلى إمام الحى لا لو صلى السلطان لئلا يزدرى به أفاده فى البحر (قوله لأنهم أولى الخ) الأولى أن يقول أيضا ولأن متابعته إذن بالصلاة ليكون علة لقوله أو من ليس له حق التقدم وتابعه الولى ط (قوله بأن لم يحضر الخ) لأنه لاحق للولى عند حضرة السلطان ونحوه ، وقد علمت مافيه (قوله وإن حضر) يعنى بعد صلاة الولى وإن وصلية (قوله أما لو صلى الخ) تصريح بمفهوم قوله بأن لم يحضر من يقدم عليه ، وهذا ماوفق به صاحب البحر بين عباراتهم ، وقد علمت تحرير المقام آنفا (قوله وفيه) أى فى المجتبى ، وهذه العبارة عزاها إليه فى البحر . لكنى لم أجدها به

(وإن دفن) وأهيل عليه التراب (بغير صلاة) أو بها بلا غسل أو ممن لاولاية له (صلى على قبره) استحسانا (مالم يغلب على الظن تفسخه) من غير تقدير هو الأصح . وظاهره أنه لو شك فى تفسخه صلى عليه ، لكن فى النهر عن محمد لا كأنه تقديماً للمانع (ولم تجز) الصلاة (عليها راكبا) ولا قاعدا (بغير عذر) استحسانا .

(وكرهت تحريما) وقيل (تنزيها

والذى رأيته فى المجتبى هكذا : ثم إذا دفن قبل الصلاة وصلى عليه من لاولاية له يصلى عليه مالم يتمزق اه والمراد يصلى عليه الولى إن شاء لأجل حقه لا لإسقاط الفرض فلا ينافى مامر . وكذا يمكن تأويل قوله كعدم الصلاة كما أفاده ح بأنها بالنسبة إلى من له الولاية كالعدم حتى كان له الإعادة (قوله وأهيل عليه التراب) فإن لم يهل أخرج وصلى عليه كما قدمناه بحر (قوله أو بها بلا غسل) هذا رواية ابن سماعة . والصحيح أنه لايصلى على قبره فى هذه الحالة لأنها بلا غسل غير مشروعة كذا فى غاية البيان . لكن فى السراج وغيره قيل لايصلى على قبره . وقال الكرخى : يصلى وهو الاستحسان لأن الأولى لم يعتد بها لترك الشرط مع الإمكان والآن زال الإمكان فسقطت فرضية الغسل . وهذا يقتضى ترجيح الإطلاق ، وهو الأولى نهر .

[تنبيه] ينبغى أن يكون فى حكم من دفن بلا صلاة من تردى فى نحو بئر أو وقع عليه بنيان ولم يمكن إخراجه بخلاف ما لو غرق فى بحر لعدم تحقق وجوده أمام المصلى تأمل (قوله أو ممن لا ولاية له) متعلق بمحذوف حالا من ضمير بها العائد إلى الصلاة . وهذا مكرر بما نقله عن المجتبى (قوله صلى على قبره) أى افتراضا فى الأولين وجوازاً فى الثالثة لأنها لحق الولى أفاده ح .

أقول : وليس هذا من استعمال المشترك فى معنييه كما وهم ، لأن حقيقة الصلاة فى المسائل الثلاث واحدة ، وإنما الاختلاف فى الوصف وهو الحكم . فهو كإطلاق الإنسان على مايشمل الأبيض والأسود فافهم (قوله هو الأصح) لأنه يختلف باختلاف الأوقات حراً وبرداً والميت سمنا وهزالا والأمكنة بحر . وقيل يقدر بثلاثة أيام، وقيل عشرة . وقيل شهر ط عن الحموى (قوله وظاهره الخ) أى ظاهر قوله مالم يغلب الخ فإنه فى الشك لم يغلب على الظن تفسخه ط (قوله كأنه تقديما للمانع) الخبر محذوف : أى كأنه قال ذلك تقديما : أى أنه دار الأمر بين التفسخ المقتضى عدم الصلاة وبين عدمه الموجب لها . فاعتبرنا المانع وهو التفسخ ط .

أقول : وفى الحلية . نص الأصحاب على أنه لايصلى عليه مع الشك فى ذلك ذكره فى المفيد والمزيد وجوامع الفقه وعامة الكتب . وعلله فى المحيط بوقوع الشك فى الجواز اه وتمامه فيها (قوله بغير عذر) راجع إلى المسألتين فلو صلى راكبا لتعذر النزول لطين أو مطر جاز . وكذا لو صلى الولى قاعداً لمرض والناس خلفه قياما عندهما . وقال محمد : تجزيه دون القوم بناء على الخلاف فى اقتداء القائم بالقاعد بحر . والتقييد بالولى لأن الحق له ، فلو صلى غيره ممن لاحق له إماما قاعداً لعذر . فالظاهر أن الحكم كذلك ، ويسقط الفرض بصلاته خلافا لما بحثه السيد أبو السعود أفاده ط .

مطلب فى كراهة صلاة الجنازة فى المسجد

(قوله وقيل تنزيها) رجحه المحقق ابن الهمام وأطال ، ووافقه تلميذه العلامة ابن أمير حاج ، وخالفه تلميذه الثانى الحافظ الزينى قاسم فى فتواه ورسالة خاصة . فرجح القول الأول لإطلاق المنع فى قول محمد فى موطئه : لايصلى على جنازة فى مسجد . وقال الإمام الطحاوى : النهى عنها وكراهيتها قول أبى حنيفة ومحمد ، وهو قول

فى مسجد جماعة هو) أى الميت (فيه) وحده أو مع القوم :

(واختلف فى الخارجة) عن المسجد وحده أو مع بعض القوم (والمختار الكراهة) مطلقا خلاصة ، بناء على أن المسجد إنما بنى للمكتوبة وتوابعها كنافلة وذكر وتدريس علم وهو الموافق لإطلاق

أبى يوسف أيضا وأطال ، وحقق أن الجواز كان ثم نسخ وتبعه فى البحر ، وانتصر له أيضا سيدى عبد الغنى فى رسالة سماها نزهة الواجد فى حكم الصلاة على الجنائز فى المساجد (قوله فى مسجد جماعة) أى المسجد الجامع ، ومسجد المحلة قهستانى . وتكره أيضا فى الشارع وأرض الناس كما فى الفتاوى الهندية عن المضمرات ، وكما تكره الصلاة عليها فى المسجد يكره إدخالها فيه كما نقله الشيخ قاسم (قوله أو مع القوم) أى كلا أو بعضا بناء على أن أل فى القوم جنسية اهـ ح (قوله مطلقا) أى فى جميع الصور المتقدمة كما فى الفتح عن الخلاصة . وفى مختارات النوازل سواء كان الميت فيه أو خارجه هو ظاهر الرواية . وفى رواية لايكره إذا كان الميت خارج المسجد (قوله بناء على أن المسجد الخ) أما إذا عللنا بخوف تلويث المسجد فلا يكره إذا كان الميت خارج المسجد وحده أو مع بعض القوم اهـ ح . قال فى شرح المنية : وإليه مال فى المبسوط والمحيط ، وعليه العمل وهو المختار اهـ .

قلت : بل ذكر فى غاية البيان والعناية أنه لاكراهة فيها بالاتفاق ، لكن رده فى البحر . وأجاب فى النهر بحمل الاتفاق على عدم الكراهة فى حق من كان خارج المسجد(١) وما مر فى حق من كان داخله .

ثم اعلم أن التعليل الأول فيه خفاء ، إذ لاشك أن الصلاة على الميت دعاء وذكر وهما مما بنى له المسجد وإلا لزم المنع(٢) عن الدعاء فيه لنحو الاستسقاء والكسوف مع أن الوارد فى ذلك مارواه مسلم «أن رجلا نشد فى المسجد ضالة فقال صلى الله عليه وسلم : لاوجدت ، إنما بنيت المساجد لما بنيت له» فليتأمل (قوله وهو الموافق الخ) كذا فى الفتح ، لكن فيه نظر ، لأن قوله فى المسجد يحتمل أن يكون ظرفا لصلى أو لميت أو لهما ، فعلى الأول لايكره كون الميت فيه والصلاة خارجه ، وعلى الثانى لايكره العكس ، وعلى الثالث لايكره إذا فقد أحدهما ، وعلى كل فهو مخالف للمختار من إطلاق الكراهة . وأجاب فى البحر بأنه لما لم يقم دليل على واحد من الاحتمالات بعينه قالوا بالكراهة بوجود أحدها أيا كان اهـ .

أقول : يلزم عليه إثبات الكراهة بلا دليل ، لأنه إذا طرقه الاحتمال سقط به الاستدلال ، ولكن لايخفى أن المتبادر لغة وعرفا من نحو قولك ضربت زيداً فى الدار تعلق الظرف بالفعل ، وأما أنه هل يقتضى كون كل من الفاعل والمفعول به أو أحدهما بعينه فى المكان فغير لازم .

مطلب مهم

إذا قال إن شتمت فلانا فى المسجد يتوقف على كون الشاتم فيه ، وفى إن قتلته بالعكس

نعم ذكر ضابطا لذلك فى تلخيص الجامع الكبير وشرحه فى باب الحنث فى الشتم ، وهو أن الفعل قد لايكون له أثر فى المفعول كالعلم والذكر ، وقد يكون كالضرب والقتل ، فإذا قال إن شتمت زيداً فى المسجد مثلا فإنما يتحقق بكون الشاتم فى ذلك المكان سواء كان المشتوم فيه أيضا أو لا ، لأن الشتم هو ذكر المشتوم بسوء والذاكر

---

(١) (قوله من كان خارج الخ) أى مع الميت ، وقوله وما مر فى حق من كان داخله أى وحدهم دون الميت اهـ .

(٢) (قوله وإلالزم المنع الخ) قد فرق شيخنا بين الدعاء للاستسقاء وبين صلاة الجنازة بأنه وإن كان كل دعاء ، لكن لما كان لصلاة الجنازة محلات معينة فى ذلك الزمان وكانت العادة الجارية بصلاتها فى تلك الأماكن دون المساجد كان هذا الفرد من الدعاء وهو صلاة الجنازة غير مقصود للواقفين والمدار على القصد ، يدل عليه قوله « إنما بنيت المساجد لما بنيت له » أى لما قصده الواقف اهـ .

يقوم بالذاكر ولا أثر له فى المذكور ، لأنه يتحقق شيئا فى حق الميت والغائب فيعتبر مكان الفاعل . وأما القتل والضرب ونحوهما فى مكان فيتحقق بكون المفعول به فيه سواء كان الفاعل فيه أيضا أم لا ، لأن هذه الأفعال لها آثار تقوم بالمحل ، فيشترط وجود المفعول به وهو المحل فى ذلك المكان دون الفاعل ، لأن من ذبح شاة هى فى المسجد وهو خارجه يسمى ذابحا فى المسجد بخلاف عكسه ؛ ألا ترى أن الرامى إلى صيد فى الحرم يكون قاتلا للصيد فى الحرم وإن كان حال الرمى فى الحل اهـ ملخصا ، وتمام تحقيقه هناك فراجعه. إذا علمت ذلك فلا يخفى أن الصلاة على الميت فعل لا أثر له فى المفعول وإنما يقوم بالمصلى ، فقوله من صلى على ميت فى مسجد يقتضى كون المصلى فى المسجد سواء كان الميت فيه أو لا ، فيكره ذلك أخذاً من منطوق الحديث ، ويؤيده ماذكره العلامة قاسم فى رسالته من أنه روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم لما نعى النجاشى(١) إلى أصحابه خرج فصلى عليه فى المصلى » قال : ولو جازت فى المسجد لم يكن للخروج معنى اهـ مع أن الميت كان خارج المسجد :

وبقى ما إذا كان المصلى خارجه والميت فيه ، وليس فى الحديث دلالة على عدم كراهته ، لأن المفهوم عندنا غير معتبر فى مثل ذلك ، بل قد يستدل على الكراهة بدلالة النص ، لأنه إذا كرهت الصلاة عليه فى المسجد وإن لم يكن هو فيه مع أن الصلاة ذكر ودعاء يكره إدخاله فيه بالأولى ، لأنه عبث محض ولا سيما على كون علة كراهة الصلاة خشية تلويث المسجد .

وبهذا التقرير ظهر أن الحديث مؤيد للقول المختار من إطلاق الكراهة الذى هو ظاهر الرواية كما قدمناه ، فاغتنم هذا التحرير الفريد فإنه مما فتح به المولى على أضعف خلقه ، والحمد لله على ذلك (قوله فلا صلاة له) هذه رواية ابن أبى شيبة ورواية أحمد وأبى داود « فلا شىء له » وابن ماجه « فليس له شىء » وروى « فلا أجر له » وقال ابن عبد البر : هى خطأ فاحش ، والصحيح « فلا شىء له » وتمامه فى حاشية نوح أفندى والمدنى ، وليس الحديث نهيا غير مصروف ولا مقرونا بوعيد ، لأن سلب الأجر لا يستلزم ثبوت استحقاق العقاب لجواز الإباحة :

وقد يقال : إن الصلاة نفسها سبب موضوع للثواب فسلبه مع فعلها لا يكون إلا باعتبار ما يقترن بها من إثم يقاوم ذلك وفيه نظر ، كذا فى الفتح ، وكذا يقال فى رواية « فلا صلاة له » لأنه علم قطعاً أنها صحيحة فهى مثل « لا صلاة لجار المسجد إلا فى المسجد » بل تأويل هذه الرواية أقرب : أى لا صلاة كاملة ، فلا تنافى ثبوت أصل الثواب . وبه اندفع ما فى البحر من أن هذه الرواية تؤيد القول بكراهة التحريم .

[تتمة] إنما تكره فى المسجد بلا عذر ، فإن كان فلا . ومن الأعذار المطر كما فى الخانية والاعتكاف كما فى المبسوط ، كذا فى الحلية وغيرها . والظاهر أن المراد اعتكاف الولى ونحوه ممن له حق التقدم ، ولغيره الصلاة معه تبعا له وإلا لزم أن لا يصليها غيره وهو بعيد ، لأن إثم الإدخال والصلاة ارتفع بالعذر تأمل ، وانظر هل يقال إن من العذر ما جرت به العادة فى بلادنا من الصلاة عليها في المسجد لتعذر غيره أو تعسره بسبب اندراس المواضع التى كانت يصلى عليها فيها ، فمن حضرها فى المسجد إن لم يصل عليها مع الناس لا يمكنه الصلاة عليها فى غيره ، ولزم أن لا يصلى فى عمره على جنازة ، نعم قد توضع فى بعض المواضع خارج المسجد فى الشارع فيصلى عليها ، ويلزم منه فسادها من كثير من المصلين لعموم النجاسة وعدم خلعهم نعالهم المتنجسة مع أنا قدمنا كراهتها فى الشارع .

---

(٢) (قوله لما نعى النجاشى) أى ذكر موته إلى أصحابه : أى لأصحابه ، فالنعى ذكر الموت ، وإلى بمعنى اللام اهـ .

(ومن ولد فات يغسل ويصلى عليه) ويرث ويورث ويسمى (إن استهل) بالبناء للفاعل : أى وجد منه مايدل على حياته بعد خروج أكثره ، حتى لو خرج رأسه فقط وهو يصيح فذبحه رجل فعليه الغرة ، وإن قطع أذنه فخرج حياً فات

وإذا ضاق الأمر اتسع ، فينبغى الإفتاء بالقول بكراهة التنزيه الذى هو خلاف الأولى (١) كما اختاره المحقق ابن الهمام . وإذا كان ماذكرناه عذرا فلا كراهة أصلا ، والله تعالى أعلم (قوله يغسل ويصلى عليه) أى ويكفن ، ولم يصرح به لعلمه مما ذكره ، لأن ستر العورة شرط لصحة الصلاة تأمل (قوله إن استهل) لا يخفى مافيه (٢) من التسامح به . لأن ترتيبه الموت على الولادة أى فى قوله قبله فات مفيد للحياة قبله فلايحسن التفصيل بعده ، فكان ينبغى أن يقول كالكنز ومن استهل صلى عليه وإلا لا ، شرنبلالية (قوله بالبناء للفاعل) لأن أصل الإهلال والاستهلال : رفع الصوت عند رؤية الهلال ، ثم أطلق على رؤية الهلال . وعلى رفع الصوت مطلقا ، ومنه أهلّ المحرم بالحج : أى رفع صوته بالتلبية ، واستهل الصبى : إذا رفع صوته بالبكاء عند ولادته . وأما المبنى للمجهول فيقال استهل الهلال : أى أبصر . كذا يفاد من المغرب (قوله أى وجد منه مايدل على حياته) أى من بكاء أو تحريك عضو أو طرف ونحو ذلك بدائع . وهذا معناه فى الشرع كما فى البحر . وقال فى الشرنبلالية : يعنى الحياة المستقرة ، ولا عبرة لانقباض وبسط اليد وقبضها ، لأن هذه الأشياء حركة المذبوح ولاعبرة بها ؛ حتى لو ذبح رجل فمات أبوه وهو يتحرك لم يرثه المذبوح ، لأن له فى هذه الحالة حكم الميت كما فى الجوهرة اهـ .

أقول : وما نقلناه عن البدائع مشى عليه فى الفتح والبحر والزيلعى ، ويمكن حمله على مافى الشرنبلالية تأمل .

[تنبيه] قال فى البدائع مانصه : ولو شهدت القابلة أو الأم على الاستهلال تقبل فى حق الغسل والصلاة عليه . لأن خبر الواحد فى الديانات مقبول إذا كان عدلا ، وأما فى حق الميراث فلا يقبل قول الأم لكونها متهمة بجر المغنم إلى نفسها ، وكذا شهادة القابلة عند أبى حنيفة . وقالا : تقبل إذا كانت عدلة اهـ . وظاهره اشتراط نصاب الشهادة عنده فى الميراث ، وبه صرح فى البحر عن المجتبى بلفظ وعن أبى حنيفة (قوله بعد خروج أكثره) متعلق بوجد ، فلو خرج رأسه وهو يصيح ثم مات لم يرث ولم يصلّ عليه مالم يخرج أكثر بدنه حيا بحر عن المبتغى . وحد الأكثر من قبل الرجل سرته ، ومن قبل الرأس صدره نهر عن منية المفتى (قوله حتى لو خرج الخ) أى فلو اعتبر حياته عند خروج الأقل من النصف لكان الواجب الدية ؛ فإيجاب الغرة فى هذه الحالة مبنى على أن هذا الخروج كعدمه ، فإن الغرة إنما تجب فيمن ضرب بطن الحامل حتى أسقطته ميتا فذبحه قبل خروج أكثره فى حكم ضربه وهو فى بطن أمه ، بخلاف ذبحه بعد خروج أكثره فإنه موجب للقود ، وبما قررناه ظهر صحة التفريع وبطل التشنيع فافهم (قوله فعليه الغرة) هى نصف عشر دية الرجل لو الجنين ذكرا ، وعشر دية المرأة لو أنثى ، وكل منهما خمسمائة درهم ، وهى خمسون دينارا كما سيأتى فى محله .

هذا ، وماذكره الشارح نقله فى البحر عن المبتغى بالمعجمة ، لكن ذكرنا فى كتاب الجنايات فى أوائل فصل مايوجب القود عن المجتبى والتتارخانية أن عليه الدية ، لكن ماقررناه آنفا يؤيد ماهنا ، أو يراد بالدية الغرة فتأمل

---

(١) (قوله الذى هو خلاف الأولى) هكذا بخطه ، ولعل صوابه التى هى الخ لأنه نعت لكراهة التنزيه لا للقول بها ، اللهم إلا أن يكون التذكير باعتبار أنها حكم تأمل اهـ مصححه .

(٢) (قوله لا يخفى ما فيه الخ) دفع شيخنا هذه المسامحة بأن المستفاد من قوله ولد فات إنما هى مطلق حياة ، وقوله إن استهل : معناه وجد منه ما يدل على الحياة المستقرة وهى المعتبرة كما يأتى للمحشى عن الشرنبلالى ، فالتفصيل صحيح لازم لما عرفت من أن المدار على الحياة المستقرة ، وليست المستفادة كذلك بل هى عامة اهـ .

فعليه الدية (وإلا) يستهل (غسل وسمى) عند الثانى وهو الأصح ، فيفتى به على خلاف ظاهر الرواية إكراماً لبنى آدم كما فى ملتقى البحار . وفى النهر عن الظهيرية : وإذا استبان بعض خلقه غسل وحشر هو المختار (وأدرج فى خرقة ودفن ولم يصل عليه) وكذا لايرث إن انفصل بنفسه (كصبى سبى مع أحد أبويه)

(قوله فعليه الدية) ظاهر قوله فمات أن الموت بسبب القطع ، وعليه فالمراد دية النفس إن كان القطع خطأ وإلا وجب القود ، لكن عبارة البحر عن المبتغى ثم مات وعليه ،فإن كان موته لابسبب القطع فالواجب دية الأذن ، وإن كان به فالواجب دية النفس أوالقود كما قلنا ، لكن قال الرحمتى : إنما وجبت الدية لاالقصاص للشبهة حيث جرحه قبل تحقق كونه ولدا اه فليتأمل .

وفى الأحكام للشيخ إسمعيل عن [التهذيب لذهن اللبيب] مسألة : رجل قطع أذن إنسان وجب عليه خمسمائة دينار ، ولو قطع رأسه وجب عليه خمسون دينارا . جوابها قطع أذن صبى خرج رأسه عند الولادة ، فإن تمت ولادته وعاش وجب نصف الدية وهى خمسمائة دينار ، ولو قطع رأسه ومات قبل خروج الباقى وجبت فيه الغرة وهى خمسون دينارا اه (قوله وإلا يستهل غسل وسمى) شمل ماتم خلقه ، ولاخلاف فى غسله وما لم يتم وفيه خلاف . والمختار أنه يغسل ويلف فى خرقة ، ولا يصلى عليه كما فى المعراج والفتح والخانية والبزازية والظهيرية شرنبلالية . وذكر فى شرح المجمع لمصنفه أن الخلاف فى الأول وأن الثانى لايغسل إجماعا اه .

واغترفى البحر بنقل الإجماع على أنه لايغسل فحكم على مافى الفتح والخلاصة من أن المختار تغسيله بأنه سبق نظرهما إلى الذى تم خلقه أو سهو من الكاتب . واعترضه فى النهر بأن مافى الفتح والخلاصة عزاه فى المعراج إلى المبسوط والمحيط اه وعلمت نقله أيضا عن الكتب المذكورة . وذكر فى الأحكام أنه جزم به فى عمدة المفتى والفيض والمجموع والمبتغى اه فحيث كان هو المذكور فى عامة الكتب فالمناسب الحكم بالسهو على مافى شرح المجمع لكن قال فى الشرنبلالية(١) يمكن التوفيق بأن من نفى غسله أراد الغسل المراعى فيه وجه السنة ، ومن أثبته أراد الغسل فى الجملة كصب الماء عليه من غير وضوء وترتيب لفعله كغسله ابتداء بسدر وحرض اه . قلت : ويؤيده قولهم ويلف فى خرقة حيث لم يراعوا فى تكفينه السنة فكذا غسله (قوله عند الثانى) المناسب ذكره بعد قوله الآتى وإذا استبان بعض خلقه غسل لأنك علمت أن الخلاف فيه خلافا لما فى شرح المجمع والبحر (قوله إكراما لبنى آدم) علة للمتن كما يعلم من البحر ، ويصح جعله علة لقوله فيفتى به (قوله وحشر) المناسب تأخيره عن قوله هو المختار ، لأن الذى فى الظهيرية والمختار أنه يغسل . وهل يحشر؟ عن أبى جعفر الكبير أنه إن نفخ فيه الروح حشر وإلا لا . والذى يقتضيه مذهب أصحابنا أنه إن استبان بعض خلقه فإنه يحشر ، وهو قول الشعبى وابن سيرين اه . ووجهه أن تسميته تقتضى حشره ، إذ لافائدة لها إلا فى ندائه فى المحشر باسمه . وذكر العلقمى فى حديث « سموا أسقاطكم فإنهم فرطكم » الحديث

فقال : فائدة سأل بعضهم هل يكون السقط شافعا ، ومتى يكون شافعا ، هل هو من مصيره علقة أم من ظهور الحمل ، أم بعد مضى أربعة أشهر ، أم من نفخ الروح ؟ والجواب أن العبرة إنما هو بظهور خلقه وعدم ظهوره كما حرره شيخنا زكريا (قوله ولم يصل عليه) أى سواء كان تام الخلق أم لا ط (قوله إن انفصل بنفسه) أما إذا انفصل كما إذا ضرب بطنها فألقت جنينا ميتا فإنه يرث ويورث ، لأن الشارع لما أوجب الغرة على الضارب فقد حكم بحياته نهر : أى يرث إذا مات أبوه مثلا قبل انفصاله (قوله كصبى سبى مع أحد أبويه) وبالأولى إذا سبى

---

(١) (قوله لكن قال فى الشرنبلالية الخ) هذا توفيق الخلاف الجارى فى غسل من لم يستتم خلقه ، ولا يصلح أن يكون توفيقا بين صاحب المجمع وغيره كما قد يتوهم ، كما لا يخفى على من عنده أدنى تأمل اه .

لايصلى عليه لأنه تبع له أى فى أحكام الدنيا لاالعقبى ، لما مر أنهم خدم أهل الجنة .

(ولو سبى بدونه) فهو مسلم تبعا للدار أو للسبى

معهما ، والمجنون البالغ كالصبى كما فى الشرنبلالية . ولافرق بين كون الصبى مميزا أولا ، ولا بين موته فى دار الإسلام أو الحرب ، ولا بين كون السابى مسلما أو ذميا ؛ لأنه مع وجود الأبوين لاعبرة للدار ولا للسابى ، بل هو تابع لأحد أبويه إلى البلوغ مالم يحدث إسلاما وهو مميز كما صرح به فى البحر اه ح . وقال المحقق ابن أمير حاج فى شرحه على التحرير فى فصل الحاكم بعد ذكره التبعية مانصه : الذى فى شرح الجامع الصغير لفخر الإسلام : ويستوى فيما قلنا أن يعقل أو لايعقل إلى هذا أشار فى هذا الكتاب ، ونص عليه فى الجامع الكبير ، فلا جرم أن قال فى شرحه أو أسلم أحد أبويه يجعل مسلما تبعا سواء كان الصغير عاقلا أو لم يكن ، لأن الولد يتبع خير الأبوين دينا اه . وذكر الخير الرملى أنه لو سبى مع الجد أبى الأب لايكون كذلك بل يصلى عليه (قوله لا يصلى عليه) تصريح بالمقصود من التشبيه (قوله لا العقبى) وإلا كانوا فى النار مثلهم ، وهو أحد ماقيل فيهم . ونقله فى شرح المقاصد عن الأكثرين ط وقدمنا تمامه فيما مر أول هذا الباب (قوله ولو سبى بدونه) أى بدون أحد أبويه ، بأن لم يكن معه واحد منهما ح .

قلت : المراد بالمعية مايشمل الحكمية ، لما فى سير أحكام الصغار : ولو دخل حربى دار الإسلام ذميا ثم سبى ابنه لايصير الابن مسلما بالدار اه . وفيه : وإذا سبى المسلمون صبيان أهل الحرب وهم بعد فى دار الحرب فدخل آباؤهم دار الإسلام وأسلموا فأبناؤهم صاروا مسلمين بإسلام آبائهم وإن لم يخرجوا إلى دار الإسلام اه وهذا يفيد تقييد المسألة بما إذا لم يسلم أبوه (قوله تبعا للدار) أى إن كان السابى ذميا ، أو للسابى إن كان مسلما ، كذا فى شرح المنية . واقتصر فى البحر على تبعية الدار ، قال : لأن فائدة تبعية السابى إنما تظهر فى دار الحرب ، بأن وقع صبى فى سهم رجل ومات الصبى يصلى عليه تبعا للسابى ، والكلام فى السبى ، وهو لغة الأسرى المحمولون من بلد إلى بلد ، فلا بد من الحمل حتى يسمى مسبيا ولم يوجد اه .

أقول : لكن الذى فى الصحاح والقاموس أنه يقال سبيت العدو سبيا إذا أسرته فهو سبى وهى سبى ، ويقال سبيت الخمر سبيا إذا حملتها من بلد إلى بلد فهى سبية اه فجعلا الحمل قيدا فى الخمرة دون الأسير تأمل ، نعم ذكر الإمام السرخسى فى أواخر شرح السير الكبير ما يدل على كون ذلك شرطا خارجا عن مفهومه ، فإنه قال لو سبى وحده لا يحكم بإسلامه ما لم يخرج إلى دار الإسلام فيصير مسلما تبعا للدار أو يقسم الإمام الغنائم أو يبيعها فى دار الحرب فيصير مسلما تبعا للمالك ، لأن تأثير التبعية للمالك فوق تأثير التبعية للدار ، فإن كان المالك ذميا بأن ملكه بشراء أو رضخ فكذلك يحكم بإسلامه ، وحتى لو مات يصلى عليه ويجبر الذمى على بيعه لأنه صار محرزا بقوة المسلمين فقد ملكه بإحرازهم إياه فصار تمام الإحراز بالقسمة والبيع كتمامه بالإخراج إلى دارنا ؛ ولو دخل الذمى دار الحرب متلصصا وأخرج صغيرا إلى دارنا فهو مسلم يجبر الذمى على بيعه ، لأنه إنما ملكه بالإحراز بدارنا فصار كالمنفل بأن قال الأمير من أصاب رأسا فهو له فأصاب الذمى صغيرا ليس معه أحد أبويه فهو مسلم لأنه إنما ملكه بمنعة المسلمين ؛ بخلاف ما إذا دخل الذمى دارهم بأمان فاشترى صغيرا من مماليكهم لأنه يملكه بالعقد لا بمنعتنا ، فإذا أخرجه إلينا لم يكن مسلما ، أما لو كان الشارى منهم مسلما فإنه إذا أخرجه إلى دارنا وحده حكم بإسلامه ، وتبعية المالك إنما تظهر فى هذا ، فإذا كان المالك مسلما فالمملوك مثله تبعا له أو ذميا فهو مثله اه ملخصا .

(أو به فأسلم هو أو) أسلم (الصبي وهو عاقل) أى ابن سبع سنين (صلى عليه) لصيرورته مسلما . قالوا : ولا ينبغى أن يسأل العامى عن الإسلام بل يذكر عنده حقيقته وما يجب الإيمان به ، ثم يقال له : هل أنت مصدّق بهذا ؟ فإذا قال نعم اكتفى به . ولا يضر توقفه فى جواب ما الإيمان ما الإسلام فتح .
(ويغسل المسلم ويكفن ويدفن قريبه) كخاله (الكافر الأصلى) أما المرتد فيلقى فى حفرة كالكلب (عند الاحتياج) فلو له قريب فالأولى تركه لهم (من غير مراعاة السنة) فيغسله غسل الثوب النجس ويلفه فى خرقة

وحاصله أنه إنما يحكم بإسلامه بالإخراج إلى دار الإسلام تبعا للدار أو بالملك بقسمة أو بيع من الإمام تبعا للمالك لو مسلما أو للغانمين لو ذميا ، والله أعلم .

قلت : ويؤخذ من قوله إن تمام الإحراز بالقسمة والبيع كتمامه بالإخراج أن الذمى إذا ملكه يحكم بإسلامه قبل الإخراج ، فإذا مات فى دار الحرب يصلى عليه فافهم (قوله أو به) أى سبى بأحد أبويه أى معه ح (قوله فأسلم هو) أى أحد أبويه ح أى فإن الصبي يصير مسلما ، لأن الولد يتبع خير الأبوين دينا . ولا فرق بين كون الولد مميزا أولا كما مر . ونقل الخير الرملى فى باب نكاح الكافر قولين ، وأن الشلبي أفتى باشتراط عدم التمييز ، لكن صرح السرخسى فى شرح السير بأن هذا القول خطأ ، وسيأتى تمام الكلام عليه هناك إن شاء الله تعالى .

أقول : وبقى مالو سبى معه أبواه أو أحدهما فماتا ثم أخرج إلى دارنا وحده فهو مسلم ، لأنه بموتهما فى دار الحرب خرج عن كونه تبعا لهما ، بخلاف ما لو ماتا بعد الإخراج أو القسمة أو البيع ، كذا فى شرح السير الكبير (قوله وهو عاقل) قيد لقوله أو أسلم الصبي ، لأن كلام غير العاقل غير معتبر لعدم صدوره عن قصد (قوله أى ابن سبع سنين) تفسير للعاقل الذى يصح إسلامه بنفسه ، وعزاه فى النهر إلى فتاوى قارىء الهداية ، وفسره فى العناية بأن يعقل المنافع والمضار . وأن الإسلام هدى واتباعه خير له ، وفسره فى الفتح بأن يعقل صفة الإسلام ، وهو ما فى الحديث « أن تؤمن بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر والقدر خيره وشره » قال : وهذا دليل على أن مجرد قول « لا إله إلا الله » لا يوجب الحكم بالإسلام ما لم يؤمن بما ذكرنا ، وتمامه فى البحر والنهر .

أقول : والظاهر أن مراده أن يؤمن بذلك إذا فصل له وطلب منه الإيمان به بقرينة ما يأتى ، فلو أنكره أو امتنع من الإقرار به بعد الطلب لا يكفيه قول لا إله إلا الله للعلم بأنه صلى الله عليه وسلم كان يكتفى من المشركين بقول « لا إله إلا الله » وبالإقرار برسالته من غير إلزام بتفصيل المؤمن به ، نعم قد يشترط الإقرار بالشهادتين معا أو بواحدة منهما ، وقد يشترط التبرى عن بقية الأديان المخالفة أيضا على ما سيجىء إن شاء الله تعالى تفصيله فى باب الردة عند ذكر الشارح هناك أن الكفار خمسة أصناف (قوله ولا يضر توقفه الخ) فإن العوام قد يقولون لا نعرفه وهم من التوحيد والإقرار والخوف من النار وطلب الجنة بمكان ، وكأنهم يظنون أن جواب هذه الأشياء إنما يكون بكلام خاص منظوم فيحجمون عن الجواب بحر عن الفتح (قوله ويغسل المسلم) أى جوازا لأن من شروط وجوب الغسل كون الميت مسلما . قال فى البدائع : حتى لا يجب غسل الكافر ، لأن الغسل وجب كرامة وتعظيما للميت ، والكافر ليس من أهل ذلك (قوله قريبه) مفعول تنازع فيه الأفعال الثلاثة قبله (قوله كخاله) أشار إلى أن المراد بالقريب مايشمل ذوى الأرحام كما فى البحر (قوله الكافر الأصلى) قيده القهستانى عن الجلابى فى باب الشهيد بغير الحربى ط (قوله فيلقى فى حفرة) أى ولا يغسل ، ولا يكفن ، ولا يدفع إلى من انتقل إلى دينهم بحر عن الفتح (قوله فلو له قريب) أى من أهل ملته (قوله من غير مراعاة السنة) قيد للأفعال الثلاثة

ويلقيه فى حفرة ، وليس للكافر غسل قريبه المسلم :
(وإذا حمل الجنازة وضع) ندبا (مقدمها) بكسر الدال وتفتح ، وكذا المؤخر (على يمينه) عشر خطوات لحديث « من حمل جنازة أربعين خطوة كفرت عنه أربعين كبيرة » (ثم) وضع (مؤخرها) على يمينه كذلك ، ثم مقدمها على يساره ثم مؤخرها كذلك ، فيقع الفراغ خلف الجنازة فيمشى خلفها ؛ وصح « أنه عليه الصلاة والسلام حمل جنازة سعد بن معاذ » ويكره عندنا حمله بين عمودى السرير بل يرفع كل رجل قائمة باليد لا على العنق كالأمتعة ، ولذا كره حمله على ظهر ودابة (والصبى الرضيع أو الفطيم أو فوق ذلك قليلا يحمله واحد على يديه) ولو راكبا (وإن كان كبيرا حمل على الجنازة ويسرع بها بلا خبب) أى عدو سريع

كما أفاده بالتفريع بعده (قوله وليس للكافر الخ) أى إذا لم يكن للمسلم قريب مسلم فيتولى تجهيزه المسلمون : ويكره أن يدخل الكافر فى قبر قريبه المسلم ليدفنه بحر ، وقدمنا أنه لو مات مسلم بين نساء معهن كافر يعلمنه الغسل ثم يصلين عليه ، فتغسيل الكافر المسلم فيه للضرورة فلا يدل على أنه يمكن من تجهيز قريبه المسلم عند عدمها خلافا للزيلعى ، أفاده فى البحر .

مطلب فى حمل الميت

(قوله وإذا حمل الجنازة) شروع فى بيان كيفية حملها ، وكان ينبغى تقديمه على الصلاة كما فعل فى البدائع لتقدمه عليها غالبا (قوله ندبا) لأن فيه إيثارا لليمين والمقدم على اليسار والمؤخر (قوله بكسر الدال وتفتح) أشار إلى أن الكسر أفصح كما فى البحر عن الغاية ، لكن الكسر مع التخفيف والفتح مع التشديد كما فى القاموس ، حيث قال مقدم الرحل كمحسن ومعظم (قوله لحديث من حمل الخ) الأولى تأخيره عن قوله ثم مقدمها ثم مؤخرها ط والحديث المذكور ذكره الزيلعى ونقله فى البحر عن البدائع .
وفى شرح المنية : ويستحب أن يحملها من كل جانب أربعين خطوة للحديث المذكور رواه أبو بكر النجار (قوله كفرت عنه أربعين كبيرة) ببناء كفرت للفاعل وضميره للجنازة على تقدير مضاف : أى حملها ، والكبيرة قد تطلق على الصغيرة ، لأن كل ذنب صغير بالنظر لما فوقه كبير بالنسبة لما تحته ، أو المراد بالكبيرة حقيقتها ، وقولهم إن الكبائر لا تكفر إلا بالتوبة أو بمحض الفضل أو بالحج المبرور محمول على ما لم يرد النص فيه ط ، وسيأتى تمام ذلك فى كتاب الحج إن شاء الله تعالى (قوله كذلك) أى عشر خطوات ، وهى معنى كذلك الثانية ، ويمين الحامل يمين الميت ، ويسار الجنازة ، ويساره يساره ويمين الجنازه قهستانى ط (قوله ويكره عندنا الخ) لأن السنة التربيع بحر ، وما نقل عن بعض السلف من الحمل بين العمودين إن ثبت فلعارض كضيق المكان أو كثرة الناس أو قلة الحاملين كما بسطه فى فتح القدير (قوله قائمة) أى من قوائم السرير الأربع (قوله باليد) أى ثم يضع على العنق ، وقوله لا على العنق : أى ابتداء كما أفاده شيخنا اهـ ح . وفى الحلية أو يرفعونه أخذا باليد لا وضعا على العنق كما تحمل الأثقال ، ذكره الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير اهـ والمراد بالعنق الكتف كما قال ط (قوله ولذا الخ) علة لما استفيد(١) من أن حمله كالأمتعة مكروه ط (قوله يحمله واحد على يديه) أى ويتداوله الناس بالحمل على أيديهم بحر (قوله ويسرع بها) معطوف على قوله وضع مقدمها (قوله بلا خبب) بمعجمة مفتوحة وموحدتين :

---

(١) (قوله علة لما استفيد) هكذا بخطه ، ولعل الصواب إبدال علة بالإشارة ، وإلا فهو علة لما تعلق به حرف العلة بعده ، أعنى قوله كره حمله الخ لا لما استفيد الخ كما قال ، فتأمل اهـ مصححه .

ولو به كره (وكره تأخير صلاته ودفنه ليصلى عليه جمع عظيم بعد صلاة الجمعة) إلا إذا خيف فوتها بسبب دفنه قنية (كما كره) لمتبعها (جلوس قبل وضعها) وقيام بعده (ولا يقوم من فى المصلى لها إذا رآها) قبل وضعها ولا من مرت عليه هو المختار، وما ورد فيه منسوخ زيلعى (وندب المشى خلفها) لأنها متبوعة إلا أن يكون خلفها نساء فالمشى أمامها أحسن، اختيار.

ويكره خروجهن تحريما، وتزجر النائحة، ولا يترك اتباعها لأجلها،

وحد التعجيل المسنون أن يسرع به بحيث لا يضطرب الميت على الجنازة للحديث «أسرعوا بالجنازة، فإن كانت صالحة قدمتموها إلى الخير، وإن كانت غير ذلك فشر تضعونه عن رقابكم» والأفضل أن يعجل بتجهيزه كله من حين يموت بحر (قوله ولو به كره) لأنه ازدراء بالميت وإضرار بالمتبعين بحر (قوله إلا إذا خيف الخ) فيؤخر الدفن، وتقدم صلاة العيد على صلاة الجنازة، والجنازة على الخطبة، والقياس تقديمها على العيد، لكنه قدم مخافة التشويش، وكى لا يظنها من فى أخريات الصفوف أنها صلاة العيد بحر عن القنية. ومفاده تقديم الجمعة على الجنازة للعلة المذكورة ولأنها فرض عين، بل الفتوى على تقديم سنتها عليها، ومر تمامه فى أول باب صلاة العيد (قوله جلوس قبل وضعها) للنهى عن ذلك كما فى السراج نهر، ومقتضاه أن الكراهة تحريمية رملى (قوله وقيام بعده) أى يكره القيام بعد وضعها عن الأعناق كما فى الخانية والعناية.

وفى المحيط خلافه حيث قال: والأفضل أن لا يجلسوا حتى يسوّوا عليه التراب: قال فى البحر: والأول أولى، لما فى البدائع: لا بأس بالجلوس بعد الوضع، لما روى عن عبادة بن الصامت «أنه صلى الله عليه وسلم كان لا يجلس حتى يوضع الميت فى اللحد، فكان قائما مع أصحابه على رأس قبر فقال يهودى، هكذا نصنع بموتانا، فجلس صلى الله عليه وسلم وقال لأصحابه: خالفوهم» أى فى القيام، فلذا كره، ومقتضاه أنها كراهة تحريم، وهو مقيد بعدم الحاجة والضرورة رملى (قوله وما ورد فيه) أى من قوله صلى الله عليه وسلم «إذا رأيتم الجنازة فقوموا لها حتى تخلفكم أو توضع» اهـ ح قال النووى فى شرح مسلم هو بضم التاء وكسر اللام المشددة: أى تصيرون وراءها غائبين عنها اهـ مدنى (قوله منسوخ) أى بما رواه أبو داود وابن ماجه وأحمد والطحاوى من طرق عن على «قام رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قعد» ولمسلم بمعناه، وقال «قد كان ثم نسخ» شرح المنية (قوله لأنها متبوعة) يشير إلى ما فى صحيح البخارى عن البراء بن عازب «أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم باتباع الجنازة» قال على: الإتباع لا يقع إلا على التالى، ولا يسمى المقدم تابعا بل هو متبوع، والأمر للندب لا للوجوب للإجماع. وعن على: قدمها بين يديك واجعلها نصب عينيك، فإنما هى موعظة وتذكرة وعبرة، وتمامه فى شرح المنية (قوله إلا أن يكون خلفها نساء) الظاهر تقييده بما إذا خشى الاختلاط معهن أو كان فيهن نائحة بقرينة ما بعده تأمل (قوله ويكره خروجهن تحريما) لقوله عليه الصلاة والسلام «ارجعن مأزورات غير مأجورات» رواه ابن ماجه بسند ضعيف، لكن يعضده المعنى الحادث باختلاف الزمان الذى أشارت إليه عائشة بقولها: لو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى ما أحدث النساء بعده لمنعهن كما منعت نساء بنى إسرائيل، وهذا فى نساء زمانها، فما ظنك بنساء زماننا.

وأما ما فى الصحيحين عن أم عطية «نهينا عن اتباع الجنائز ولم يعزم علينا» أى أنه نهى تنزيه، فينبغى أن يختص بذلك الزمن حيث كان يباح لهن الخروج للمساجد والأعياد، وتمامه فى شرح المنية (قوله وتزجر النائحة) وكذا الصائحة شرنبلالية (قوله ولا يترك اتباعها لأجلها) أى لأجل النائحة، لأن السنة لا تترك بما اقترن بها من البدعة «

ولا يمشى عن يمينها ويسارها (ولو مشى أمامها جاز) وفيه فضيلة أيضاً (و) لكن (إن تباعد عنها أو تقدم الكل) أو ركب أمامها (كره) كما كره فيها رفع صوت بذكر أو قراءة فتح (وحفر قبره)

ولا يرد الوليمة حيث يترك حضورها لبدعة فيها للفارق ، بأنهم لو تركوا المشى مع الجنازة لزم عدم انتظامها ، ولا كذلك الوليمة لوجود من يأكل الطعام ط عن أبى السعود والظاهر أن المراد بإتباعها المشى معها مطلقا لاخصوص المشى خلفها ، بل يترك المشى خلفها إذا كانت نائحة : لما مر عن الاختيار ؛ وبحصل التوفيق (قوله ولايمشى عن يمينها ويسارها) كذا فى الفتح والبحر . وفى القهستانى : لابأس به ، فأفاد أنه خلاف الأولى ، لأن فيه ترك المندوب وهو اتباعها (قوله جاز) أى بلا كراهة حلية (قوله وفيه فضيلة أيضا) أخذا من قولهم إن المشى خلفها أفضل عندنا (قوله إن تباعد عنها) أى بحيث يعد ماشيا وحده (قوله أو تقدم الكل) أى وتركوها خلفهم ليس معها أحد (قوله أو ركب أمامها) لأنه يضر بمن خلفه بإثارة الغبار ؛ أما الركوب خلفها فلا بأس به ، والمشى أفضل كما فى البحر (قوله كره) الظاهر أنها تنزيهية رملى . أقول : لكن إن تحقق الضرر بالركوب أمامها فهى تحريمية تأمل (قوله كما كره الخ) قيل تحريما ، وقيل تنزيها كما فى البحر عن الغاية .

وفيه عنها : وينبغى لمن تبع الجنازة أن يطيل الصمت . وفيه عن الظهيرية : فإن أراد أن يذكر الله تعالى يذكره فى نفسه، لقوله تعالى — إنه لا يحب المعتدين — أى الجاهرين بالدعاء . وعن إبراهيم أنه كان يكره أن يقول الرجل وهو يمشى معها استغفروا له غفر الله لكم اه . قلت : وإذا كان هذا فى الدعاء والذكر فما ظنك بالغناء الحادث فى هذا الزمان .

مطلب فى دفن الميت

(قوله وحفر قبره الخ) شروع فى مسائل الدفن . وهو فرض كفاية إن أمكن إجماعا حلية . واحترز بالإمكان عما إذا لم يمكن ، كما لو مات فى سفينة كما يأتى . ومفاده أنه لايجزى دفنه على وجه الأرض ببناء عليه كما ذكره الشافعية ، ولم أره لأئمتنا صريحا ، وأشار بإفراد الضمير إلى ماتقدم من أنه لايدفن اثنان فى قبر إلا لضرورة ، وهذا فى الابتداء وكذا بعده . قال فى الفتح ، ولا يحفر قبر لدفن آخر إلا إن بلى الأول فلم يبق له عظم إلا أن لايوجد فتضم عظام الأول ويجعل بينهما حاجز من تراب . ويكره الدفن فى الفساقى اه وهى كبيت معقود بالبناء يسع جماعة قياما لمخالفتها السنة إمداد . والكراهة فيها من وجوه : عدم اللحد ، ودفن الجماعة فى قبر واحد بلا ضرورة ، واختلاط الرجال بالنساء بلا حاجز ، وتجصيصها ، والبناء عليها بحر . قال فى الحلية : وخصوصا إن كان فيها ميت لم يبل ؛ وما يفعله جهلة الحفارين من نبش القبور التى لم تبل أربابها ، وإدخال أجانب عليهم فهو من المنكر الظاهر ، وليس من الضرورة المبيحة لجمع ميتين فأكثر ابتداء فى قبر واحد قصد دفن الرجل مع قريبه أو ضيق المحل فى تلك المقبرة مع وجود غيرها ، وإن كانت مما يتبرك بالدفن فيها فضلا عن كون ذلك ونحوه مبيحا للنبش ، وإدخال البعض على البعض قبل البلا مع مافيه من هتك حرمة الميت الأول ، وتفريق أجزائه فالحذر من ذلك اه . وقال الزيلعى : ولو بلى الميت وصار تراباً جاز دفن غيره فى قبره وزرعه والبناء عليه اه . قال فى الإمداد : ويخالفه مافى التاترخانية إذا صار الميت ترابا فى القبر يكره دفن غيره فى قبره ، لأن الحرمة باقية ، وإن جمعوا عظامه فى ناحية ثم دفن غيره فيه تبركا بالجيران الصالحين ، ويوجد موضع فارغ يكره ذلك اه .

فى غير دار (مقدار نصف قامة) فإن زاد فحسن (ويلحدولا يشق) إلا فى أرض رخوة (ولا) يجوز أن (يوضع فيه مضربة) وما روى عن على فغير مشهور لايؤخذ به ظهيرية (ولا بأس باتخاذ تابوت)

قلت : لكن فى هذا مشقة عظيمة ، فالأولى إناطة(١) الجواز بالبلا إذ لايمكن أن يعد لكل ميت قبر لايدفن فيه غيره ، وإن صار الأول تراباً لاسيا فى الأمصار الكبيرة الجامعة ، وإلا لزم أن تعم القبور السهل والوعر ، على أن المنع من الحفر إلى أن لايبقى عظم عسر جدا وإن أمكن ذلك لبعض الناس ، لكن الكلام فى جعله حكما عاما لكل أحد فتأمل :

[تتمة] قال فى الأحكام : لابأس بأن يقبر المسلم فى مقابر المشركين إذا لم يبق من علاماتهم شىء كما فى خزانة الفتاوى ، وإن بقى من عظامهم شىء تنبش وترفع الآثار وتتخذ مسجدا ، لما روى « أن مسجد النبى صلى الله عليه وسلم كان قبل مقبرة للمشركين فنبشت » كذا فى الواقعات اهـ (قوله فى غير دار) يغنى عنه مايأتى متنا (قوله مقدار نصف قامة الخ) أو إلى حد الصدر ، وإن زاد إلى مقدار قامة فهو أحسن كما فى الذخيرة ، فعلم أن الأدنى نصف القامة والأعلى القامة ، وما بينهما شرح المنية ، وهذا حد العمق ، والمقصود منه المبالغة فى منع الرائحة ونبش السباع . وفى القهستانى : وطوله على قدر طول الميت ، وعرضه على قدر نصف طوله (قوله ويلحد) لأنه السنة وصفته أن يحفر القبر ثم يحفر فى جانب القبلة منه حفيرة فيوضع فيها الميت ويجعل ذلك كالبيت المسقف حلية (قوله ولا يشق) وصفته أن يحفر فى وسط القبر حفيرة فيوضع فيها الميت حلية (قوله إلا فى أرض رخوة) فيخير بين الشق واتخاذ تابوت ط عن الدر المنتقى ، ومثله فى النهر ، ومقتضى المقابلة أنه يلحد ويوضع التابوت فى اللحد ، لأن العدول إلى الشق لخوف انهيار اللحد كما صرح به فى الفتح ، فإذا وضع التابوت فى اللحد أمن إنهياره على الميت ، فلو لم يمكن حفر اللحد تعين الشق ولم يحتج إلى التابوت ، إلا إن كانت الأرض ندية يسرع فيها بلا الميت قال فى الحلية عن الغاية : ويكون التابوت من رأس المال إذا كانت الأرض رخوة أو ندية مع كون التابوت فى غيرها مكروها فى قول العلماء قاطبة اهـ :

وقد يقال : يوضع التابوت فى الشق إذا لم يكن فوقه بناء لئلا يرمس الميت فى التراب ، أما إذا كان له سقف أو بناء معقود فوقه كقبور بلادنا ولم تكن الأرض ندية ولم يلحد فيكره التابوت (قوله ولا يجوز الخ) أى يكره ذلك . قال فى الحلية : ويكره أن يوضع تحت الميت فى القبر مضربة أو مخدة أو حصير أو نحو ذلك اهـ ولعل وجهه أنه إتلاف مال بلا ضرورة ، فالكراهة تحريمية ، ولذا عبر بلا يجوز (قوله وما روى عن على) يعنى من فعل ذلك نهر . ثم إن الشارح تبع فى ذلك المصنف فى منحه . والذى وجدته فى الظهيرية عن عائشة ، وكذا عزاه إلى الظهيرية فى البحر والنهر قال فى شرح المنية : وما روى أنه جعل فى قبره عليه الصلاة والسلام قطيفة ، قيل لأن المدينة سبخة ، وقيل إن العباس وعليا تنازعاها فبسطها شقران تحته لقطع التنازع ، وقيل كان عليه الصلاة والسلام يلبسها ويفترشها ، فقال شقران : والله لايلبسك أحد بعده أبدا فألقاها فى القبر (قوله فغير مشهور) أى غير ثابت عنه ، أو المراد أنه لم يشتهر عنه فعله بين الصحابة ليكون إجماعاً منهم ، بل ثبت عن غيره خلافه . ففى شرح المنية : وكره ابن عباس أن يلقى تحت الميت شىء ، رواه الترمذى . وعن أبى موسى « لاتجعلوا بينى وبين الأرض شيئا » اهـ (قوله ولا بأس باتخاذ تابوت الخ) أى يرخص ذلك عند الحاجة ، وإلا كره كما قدمناه آنفا . قال فى الحلية :

---

(١) (قوله فالأولى إناطة) لعل الصواب نوط فإنه مصدر ناط وهو ثلاثى . اللهم إلا أن يكون من قبيل قولهم عطاء [illegible] الخ تأمل اهـ مصححه .

ولو من حجر أو حديد (له عند الحاجة) كرخاوة الأرض .

(و) يسن أن (يفرش فيه التراب . مات فى سفينة غسل وكفن وصلى عليه وألقى فى البحر إن لم يكن قريباً من البر ولا ينبغى أن يدفن) الميت (فى الدار ولو) كان (صغيرا) لاختصاص هذه السنة بالأنبياء واقعات .

(و) يستحب أن (يدخل من قبل القبلة) بأن يوضع من جهتها ثم يحمل فيلحد (و) أن (يقول واضعه : بسم الله ، وبالله ، وعلى ملة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ويوجه إليها)

نقل غير واحد عن الإمام ابن الفضل أنه جوزه فى أراضيهم لرخاوتها . وقال : لكن ينبغى أن يفرش فيه التراب ، وتطين الطبقة العليا مما يلى الميت ، ويجعل اللبن الخفيف على يمين الميت ويساره ليصير بمنزلة اللحد . والمراد بقوله ينبغى يسن كما أفصح به فخر الإسلام وغيره ، بل فى الينابيع : والسنة أن يفرش فى القبر التراب . ثم لم يتعقبوا الرخصة فى اتخاذه من حديد بشىء ، ولا شك فى كراهته كما هو ظاهر الوجه اهـ أى لأنه لا يعمل إلا بالنار فيكون كالآجر المطبوخ بها كما يأتى (قوله له) أى للميت كما فى البحر أو للرجل . ومفهومه أنه لا بأس به لمرأة مطلقا . وبه صرح فى شرح المنية فقال : وفى المحيط : واستحسن مشايخنا اتخاذ التابوت للنساء . يعنى ولو لم تكن الأرض رخوة فإنه أقرب إلى الستر والتحرز عن مسها عند الوضع فى القبر اهـ (قوله كرخاوة الأرض) أى وكونها ندية فيوضع فى اللحد أو فى الشق إن كانت ندية أو لم يكن للشق سقف كما قدمناه (قوله أن يفرش فيه) أى فى القبر أو فى اللحد كما بيناه (قوله وألقى فى البحر) قال فى الفتح : وعن أحمد يثقل ليرسب . وعن الشافعية كذلك إن كان قريبا من دار الحرب وإلا شد بين لوحين ليقذفه البحر فيدفن اهـ . (قوله إن لم يكن قريبا من البر) الظاهر تقديره ، بأن يكون بينهم وبين البر مدة يتغير الميت فيها . ثم رأيت فى نور الإيضاح التعبير بخوف الضرر به (قوله فى الدار) كذا فى الحلية عن منية المفتى وغيرها ، وهو أعم من قول الفتح ولا يدفن صغير ولا كبير فى البيت الذى مات فيه فإن ذلك خاص بالأنبياء ، بل ينقل إلى مقابر المسلمين اهـ ومقتضاه أنه لا يدفن فى مدفن خاص كما يفعله من يبنى مدرسة ونحوها ، ويبنى له بقربها مدفنا تأمل (قوله بأن يوضع من جهتها ثم يحمل) أى فيكون الآخذ له مستقبل القبلة حال الأخذ . وقال الشافعى وأحمد : يستحب السل ، بأن يوضع الميت عند آخر القبر ثم يسل من قبل رأسه منحدرا ، وبيان الأدلة فى شرح المنية والفتح . ولا يضر عندنا كون الداخل فى القبر وترا أو شفعا ، واختار الشافعى الوتر ، وتمامه فى البحر (قوله فيلحد) وكذا لو كان القبر شقا غير مسقف . أما المسقف فيتعين فيه السل (قوله وبالله) زاده على ما فى الكنز والهداية ، وهو ثابت فى لفظ للترمذى ، والأول فى لفظ لابن ماجه وفى لفظ له بزيادة وفى سبيل الله بعد قوله بسم الله ، وذكره فى البدائع عن الحسن عن أبى حنيفة ؛ قالوا : والمعنى بسم الله وضعناك ، وعلى ملة رسول الله سلمناك ، ثم قال الإمام أبو منصور الماتريدى : ليس هذا دعاء للميت ، لأنه إن مات على ملة رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجز أن يبدل حاله ، وإن مات على غير ذلك لم يبدل أيضا ، ولكن المؤمنون شهداء الله فى أرضه ، فيشهدون بوفاته على الملة وعلى هذا جرت السنة اهـ حلية .

[تنبيه] فى الاقتصار على ما ذكر من الوارد إشارة إلى أنه لا يسن الأذان عند إدخال الميت فى قبره كما هو المعتاد الآن ، وقد صرح ابن حجر فى فتاويه بأنه بدعة . وقال : ومن ظن أنه سنة قياسا على ندبهما للمولود إلحاقا لخاتمة الأمر بابتدائه فلم يصب اهـ . وقد صرح بعض علمائنا وغيرهم بكراهة المصافحة المعتادة عقب الصلوات مع أن المصافحة سنة ، وما ذاك إلا لكونها لم تؤثر فى خصوص هذا الموضع ، فالمواظبة عليها فيه توهم العوام بأنها سنة فيه ، ولذا منعوا عن الاجتماع لصلاة الرغائب التى أحدثها بعض المتعبدين لأنها لم تؤثر على هذه الكيفية فى تلك

وجوباً ، وينبغي كونه على شقه الأيمن ولا ينبش ليوجه إليها (وتحل العقدة) للاستغناء عنها (ويسوّى اللبن عليه والقصب لا الآجر) المطبوخ والخشب لو حوله ، أما فوقه فلا يكره ابن ملك :

[فائدة] عدد لبنات لحد النبي عليه الصلاة والسلام تسع بهنسي (وجاز) ذلك حوله (بأرض رخوة) كالتابوت (ويسجى) أي يغطى (قبرها) ولو خنثى (لاقبره) إلا لعذر كمطر (ويهال التراب عليه ، وتكره الزيادة عليه) من التراب لأنه بمنزلة البناء ، ويستحب حثيه من قبل رأسه ثلاثا ه

الليالي المخصوصة وإن كانت الصلاة خير موضوع (قوله وجوبا) أخذه من قول الهداية : بذلك أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لكن لم يجده المخرجون . وفي الفتح أنه غريب ، واستؤنس له بحديث أبي داود والنسائي « أن رجلا قال : يارسول الله ماالكبائر؟ قال : هي تسع ، فذكر منها استحلال البيت الحرام قبلتكم أحياء وأمواتا » اهـ .

قلت : ووجهه أن ظاهره التسوية بين الحياة والموت في وجوب استقباله ، لكن صرح في التحفة بأنه سنة كما يأتي عقبه (قوله ولا ينبش ليوجه إليها) أي لو دفن مستدبرا لها وأهالوا التراب لاينبش ، لأن التوجه إلى القبلة سنة والنبش حرام ، بخلاف ما إذا كان بعد إقامة اللبن قبل إهالة التراب فإنه يزال ويوجه إلى القبلة عن يمينه حلية عن التحفة ، ولو بقي فيه متاع لإنسان فلا بأس بالنبش ظهيرية (قوله للاستغناء عنها) لأنها تعقد لخوف الانتشار عند الحمل (قوله ويسوّى اللبن عليه) أي على اللحد بأن يسدّ من جهة القبر ويقام اللبن فيه ، حلية عن شرح المجمع (قوله والقصب) قال في الحلية : وتسد الفرج التي بين اللبن بالمدر والقصب كي لاينزل التراب منها على الميت ، ونصوا على استحباب القصب فيها كاللبن اهـ (قوله لاالآجر) بمد الهمزة والتشديد أشهر من التخفيف مصباح . وقوله المطبوخ صفة كاشفة . قال في البدائع : لأنه يستعمل للزينة ولا حاجة للميت إليها ، ولأنه مما مسته النار ، فيكره أن يجعل على الميت تفاؤلا كما يكره أن يتبع قبره بنار تفاؤلا (قوله لو حوله الخ) قال في الحلية : وكرهوا الآجرّ وألواح الخشب . وقال الإمام التمرتاشي : هذا إذا كان حول الميت ، فلو فوقه لايكره لأنه يكون عصمة من السبع . وقال مشايخ بخارى : لايكره الآجر في بلدتنا للحاجة إليه لضعف الأراضي (قوله عدد لبنات الخ) نقله أيضا في الأحكام عن الشمني عن شرح مسلم بلفظ يقال عدد الخ (قوله وجاز ذلك) أي الآجر والخشب (قوله ويسجى قبرها) أي بثوب ونحوه استحباباً حال إدخالها القبر حتى يسوى اللبن على اللحد ، كذا في شرح المنية والإمداد . ونقل الخير الرملي أن الزيلعي صرح في كتاب الخنثى أنه على سبيل الوجوب :

قلت : ويمكن التوفيق بحمله على ماإذا غلب على الظن ظهور شيء من بدنها تأمل (قوله كمطر) أي وبرد وحر وثلج قهستاني (قوله عليه) أي على القبر أو على الميت ، وهو أقرب لفظا ، والأول أقرب معنى (قوله وتكره الزيادة عليه) لما في صحيح مسلم عن جابر قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يجصص القبر ، وأن يبنى عليه » زاد أبو داود « أو يزاد عليه » حلية (قوله لأنه بمنزلة البناء) كذا في البدائع . وظاهره أن الكراهة تحريمية ، وهو مقتضى النهي المذكور ، لكن نظر صاحب الحلية في هذا التعليل وقال : وروى عن محمد أنه لابأس بذلك ، ويؤيده ماروى الشافعي وغيره عن جعفر بن محمد عن أبيه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رش على قبر ابنه إبراهيم ووضع عليه حصباء » وهو مرسل صحيح ، فتحمل الكراهة على الزيادة الفاحشة ، وعدمها على القليلة المبلغة له مقدار شبر أو مافوقه قليلا (قوله ويستحب حثيه) أي بيديه جميعا جوهرة قال في المغرب : حثيت التراب حثيا وحثوته حثوا : إذا قبضته ورميته اهـ. ومثله في القاموس ، فهو واوي ويائي فافهم (قوله من قبل رأسه ثلاثا) لما في ابن ماجه عن أبي هريرة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى على جنازة ثم أتى القبر فحثى

وجلوس ساعة بعد دفنه لدعاء وقراءة بقدر ماينحر الجزور ويفرق لحمه .

(ولا بأس برش الماء عليه) حفظا لترابه عن الإندراس (ولا يربع) للنهى (ويسنم) ندبا . وفى الظهيرية وجوباً قدر شبر (ولا يجصص) للنهى عنه (ولا يطين ، ولا يرفع عليه بناء . وقيل لابأس به ، وهو المختار) كما فى كراهة السراجية . وفى جنائزها : لابأس بالكتابة إن احتيج إليها حتى لايذهب الأثر ولا يمتهن (ولا يخرج

عليه من قبل رأسه ثلاثا » شرح المنية . قال فى الجوهرة : ويقول فى الحثية الأولى – منها خلقناكم – وفى الثانية – وفيها نعيدكم – وفى الثالثة – ومنها نخرجكم تارة أخرى – وقيل يقول فى الأولى : اللهم جاف الأرض عن جنبيه ، وفى الثانية : اللهم افتح أبواب السماء لروحه ، وفى الثالثة : اللهم زوجه من الحور العين . وللمرأة : اللهم أدخلها الجنة برحمتك اه (قوله وجلوس الخ) لما فى سنن أبى داود « كان النبى صلى الله عليه وسلم إذا فرغ من دفن الميت وقف على قبره وقال : استغفروا لأخيكم واسألوا الله له التثبيت فإنه الآن يسأل » وكان ابن عمر يستحب أن يقرأ على القبر بعد الدفن أول سورة البقرة وخاتمتها . وروى أن عمرو بن العاص قال وهو فى سياق الموت : إذا أنا مت فلا تصحبنى نائحة ولا نار ، فإذا دفنتمونى فشنوا علىّ التراب شنا ، ثم أقيموا حول قبرى قدر ماينحر جزور ويقسم لحمها حتى أستأنس بكم وأنظر ماذا أراجع رسل ربى ، جوهرة (قوله ولا بأس برش الماء عليه) بل ينبغى أن يندب ، لأنه صلى الله عليه وسلم فعله بقبر سعد كما رواه ابن ماجه ، وبقبر ولده إبراهيم كما رواه أبو داود فى مراسيله ، وأمر به فى قبر عثمان بن مظعون كما رواه البزار ، فانتفى ماعن أبى يوسف من كراهته لأنه يشبه التطيين حلية (قوله للنهى) هو مارواه محمد بن الحسن فى الآثار : أخبرنا أبوحنيفة قال : حدثنا شيخ لنا يرفعه إلى النبى صلى الله عليه وسلم « أنه نهى عن تربيع القبور وتجصيصها » إمداد (قوله ويسنم) أى يجعل ترابه مرتفعا عليه كسنام الجمل ، لما روى البخارى عن سفيان التمار « أنه رأى قبر النبى صلى الله عليه وسلم مسنما » وبه قال الثورى والليث ومالك وأحمد والجمهور . وقال الشافعى ، التسطيح : أى التربيع أفضل ، وتمامه فى شرح المنية (قوله وفى الظهيرية وجوبا) هو مقتضى النهى المذكور ، ويؤيده مافى البدائع من التعليل بأنه من صنيع أهل الكتاب ، والتشبه بهم فيما منه بد مكروه اه لكن فى النهر أن الأول أولى .

قلت : ولعل وجهه شبهة الاختلاف ، والحديث الذى استدل به الشافعى على التربيع فيكون النهى مصروفا عن ظاهره فتأمل (قوله قدر شبر) أو أكثر شيئا قليلا بدائع (قوله ولا يجصص) أى لايطلى بالجص بالفتح ويكسر قاموس (قوله ولا يرفع عليه بناء) أى يحرم لو للزينة ، ويكره لو للإحكام بعد الدفن ، وأما قبله فليس بقبر إمداد . وفى الأحكام عن جامع الفتاوى : وقيل لايكره البناء إذا كان الميت من المشايخ والعلماء والسادات اه

قلت : لكن هذا فى غير المقابر المسبلة كما لايخفى (قوله وقيل لابأس به الخ) المناسب ذكره عقب قوله ولا يطين لأن عبارة السراجية كما نقله الرحمتى ذكر فى تجريد أبى الفضل أن تطيين القبور مكروه ، والمختار أنه لايكره اه وعزاه إليها المصنف فى المنح أيضا . وأما البناء عليه فلم أر من اختار جوازه . وفى شرح المنية عن منية المفتى : المختار أنه لايكره التطيين . وعن أبى حنيفة : يكره أن يبنى عليه بناء من بيت أو قبة أو نحو ذلك ، لما روى جابر « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تجصيص القبور ، وأن يكتب عليها ، وأن يبنى عليها » رواه مسلم وغيره اه نعم فى الإمداد عن الكبرى : واليوم اعتادوا التسنيم باللبن صيانة للقبر عن النبش ، ورأوا ذلك حسنا . وقال صلى الله عليه وسلم « مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » اه (قوله لابأس بالكتابة الخ) لأن النهى عنها وإن صح فقد وجد الإجماع العملى بها ، فقد أخرج الحاكم النهى عنها من طرق ، ثم قال : هذه الأسانيد صحيحة

منه) بعد إهالة التراب (إلا) لحق آدمى ، كـ(أن تكون الأرض مغصوبة أو أخذت بشفعة) ويخير المالك بين إخراجه ومساواته بالأرض . كما جاز زرعه والبناء عليه إذا بلى وصار ترابا زيلعى .

(حامل ماتت وولدها حى) يضطرب (شق بطنها) من الأيسر (ويخرج ولدها) ولو بالعكس وخيف على الأم قطع وأخرج لو ميتا وإلا لا . كما فى كراهة الاختيار . ولو بلع مال غيره ومات هل يشق قولان . والأولى نعم فتح .

وليس العمل عليها . فإن أئمة المسلمين من المشرق إلى المغرب مكتوب على قبورهم وهو عمل أخذ به الخلف عن السلف اه ويتقوى بما أخرجه أبو داود باسناد جيد « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حمل حجراً فوضعها عند رأس عثمان بن مظعون وقال : أتعلم بها قبر أخى وأدفن إليه من تاب من أهلى » فإن الكتابة طريق إلى تعرف القبر بها ، نعم يظهر أن محل هذا الإجماع العملى على الرخصة فيها ما إذا كانت الحاجة داعية إليه فى الجملة كما أشار إليه فى المحيط بقوله وإن احتيج إلى الكتابة . حتى لايذهب الأثر ولا يمتهن فلا بأس به . فأما الكتابة بغير عذر فلا اه حتى أنه يكره كتابة شىء عليه من القرآن أو الشعر أو إطراء مدح له ونحو ذلك حلية ملخصا .

قلت : لكن نازع بعض المحققين من الشافعية فى هذا الإجماع بأنه أكثرى . وإن سلم فمحل حجيته عند صلاح الأزمنة بحيث ينفذ فيها الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر . وقد تعطل ذلك منذ أزمنة . ألا ترى أن البناء على قبورهم فى المقابر المسبلة أكثر من الكتابة عليها كما هو مشاهد ، وقد علموا بالنهى عنه فكذا الكتابة اه فالأحسن التمسك بما يفيد حمل النهى على عدم الحاجة كما مر .

[تتمة] فى الأحكام عن الحجة : تكره الستور على القبور اه (قوله إلا لحق آدمى) إحتراز عن حق الله تعالى . كما إذا دفن بلا غسل أو صلاة أو وضع على غير يمينه أو إلى غير القبلة فإنه لاينبش عليه بعد إهالة التراب كما مر (قوله كأن تكون الأرض مغصوبة) وكما إذا سقط فى القبر متاع أو كفن بثوب مغصوب أو دفن معه مال قالوا ولو كان المال درهما بحر . قال الرملى : واستفيد منه جواب حادثة الفتوى : امرأة دفنت مع بنتها من المصاغ والأمتعة المشتركة إرثا عنها بغيبة الزوج أنه ينبش لحقه . وإذا تلفت به تضمن المرأة حصته اه واحترز بالمغصوبة عما إذا كانت وقفا . قال فى التاترخانية : أنفق مالا فى إصلاح قبر فجاء رجل ودفن فيه ميته وكانت الأرض موقوفة يضمن ما أنفق فيه . ولا يحول ميته من مكانه لأنه دفن فى وقف اه . وعبر فى الفتح بقوله يضمن قيمة الحفر فتأمل (قوله أو أخذت بشفعة) أى بأن اشترى أرضا فدفن فيها ميته ثم علم الشفيع بالشراء فتملكها بالشفعة (قوله ومساواته بالأرض) أى ليزرع فوقه مثلا . لأن حقه فى باطنها وظاهرها . فإن شاء ترك حقه فى باطنها وإن شاء استوفاه فتح (قوله كما جاز زرعه) أى القبر ولو غير مغصوب . وكذا يجوز دفن غيره عليه كما فى الزيلعى أيضا . وقدمنا الكلام عليه (قوله من الأيسر) كذا قيده فى الدرر . ولينظر وجهه (قوله ولو بالعكس) بأن مات الولد فى بطنها وهى حية (قوله قطع) أى بأن تدخل القابلة يدها فى الفرج وتقطعه بآلة فى يدها بعد تحقق موته (قوله لو ميتا) لاوجه له بعد قوله ولو بالعكس ط (قوله وإلا لا) أى ولو كان حيا لايجوز تقطيعه . لأن موت الأم به موهوم . فلا يجوز قتل آدمى حى لأمر موهوم (قوله ولو بلع مال غيره) أى ولا مال له كما فى الفتح وشرح المنية . ومفهومه أنه لو ترك مالا يضمن ما بلعه لايشق اتفاقا (قوله والأولى نعم) لأنه وإن كان حرمة الآدمى أعلى من صيانة المال لكنه أزال احترامه بتعديه كما فى الفتح . ومفاده أنه لو سقط فى جوفه بلا تعد لايشق اتفاقا

[فروع] الإتباع أفضل من النوافل لو لقرابة أو جوار أو فيه صلاح معروف :

يندب دفنه فى جهة موته وتعجيله وستر موضع غسله فلا يراه إلا غاسله ومن يعينه ، وإن رأى به مايكره لم يجز ذكره ، لحديث « اذكروا محاسن موتاكم وكفوا عن مساويهم » .

ولا بأس بنقله قبل دفنه وبالإعلام بموته وبإرثائه بشعر أو غيره ، لكن يكره الإفراط فى مدحه لاسيما عند جنازته ، لحديث « من تعزى بعزاء الجاهلية » وبتعزية أهله وترغيبهم فى الصبر

كما لايشق الحى مطلقا لإفضائه إلى الهلاك لالمجرد الإحترام (قوله الاتباع أفضل) أى اتباع الجنازة لأنه بر الحى والميت ، فالثواب المترتب عليه أكثر ط (قوله أو جوار) سيأتى فى باب الوصية للأقارب وغيرهم أن الجار من لصق به : وقالا : من يسكن فى محلته ويجمعهم مسجد المحلة ، وهو استحسان . وقال الشافعى : الجار إلى أربعين داراً من كل جانب اهـ .

قلت : والصحيح قول الإمام كما سيأتى هناك إن شاء الله تعالى ، وهل يقيد هنا بالملاصق أيضاً ؟ الظاهر نعم مالم يوجد دليل الإطلاق . وقد يقال : كلام الموصى يحمل على العرف . والجار عرفا الملاصق أو من يسكن فى المحلة فتصرف إليه الوصية بخلافه هنا فيكون حده إلى الأربعين كما فى الحديث ، والله أعلم (قوله يندب دفنه فى جهة موته) أى فى مقابر أهل المكان الذى مات فيه أو قتل ، وإن نقل قدر ميل أو ميلين فلا بأس شرح المنية . ويأتى الكلام على نقله . قلت : ولذا صح أمره صلى الله عليه وسلم بدفن قتلى أحد فى مضاجعهم مع أن مقبرة المدينة قريبة ، ولذا دفنت الصحابة الذين فتحوا دمشق عند أبوابها ولم يدفنوا كلهم فى محل واحد (قوله وتعجيله) أى تعجيل جهازه عقب تحقق موته ، ولذا كره تأخير صلاته ودفنه ليصلى عليه جمع عظيم بعد صلاة الجمعة كما مر (قوله لم يجز ذكره) أى مالم يكن الميت صاحب بدعة ليرتدع غيره ، كما قدمناه (قوله ولا بأس بنقله قبل دفنه) قيل مطلقا ، وقيل إلى مادون مدة السفر ، وقيده محمد بقدر ميل أو ميلين ،لأن مقابر البلد ربما بلغت هذه المسافة فيكره فيما زاد . قال فى النهر عن عقد الفرائد : وهو الظاهر اهـ وأما نقله بعد دفنه فلا مطلقا . قال فى الفتح واتفقت كلمة المشايخ فى امرأة دفن ابنها وهى غائبة فى غير بلدها فلم تصبر وأرادت نقله على أنه لايسعها ذلك ، فتجويز شواذ بعض المتأخرين لايلتفت إليه . وأما نقل يعقوب ويوسف عليهما السلام من مصر إلى الشام ليكونا مع آبائهما الكرام فهو شرع من قبلنا ولم يتوفر فيه شروط كونه شرعا لنا اهـ ملخصا وتمامه فيه (قوله وبالإعلام بموته) أى إعلام بعضهم بعضا ليقضوا حقه هداية . وكره بعضهم أن ينادى عليه فى الأزقة والأسواق لأنه يشبه نعي الجاهلية . والأصح أنه لايكره إذا لم يكن معه تنويه بذكره وتفخيم ، بل يقول العبدالفقير إلى الله تعالى فلان ابن فلان الفلانى ، فإن نعى الجاهلية ماكان فيه قصد الدوران مع الضجيج والنياحة ،وهو المراد بدعوى الجاهلية فى قوله صلى الله عليه وسلم « ليس منا من ضرب الخدود وشق الجيوب ودعا بدعوى الجاهلية » شرح المنية (قوله وبإرثائه) تبع فيه صاحب النهر . واعترضه ح بأن مقتضاه أنه رباعي وليس كذلك . ففى القاموس : رثيت الميت ورثوته : بكيته وعددت محاسنه الخ (قوله من تعزى الخ) تمامه « فأعضوه بهن أبيه ولا تكنوا » ، قال فى المغرب : تعزى واعتزى انتسب ، والعزاء اسم منه ، والمراد به قولهم فى الاستغاثة يالفلان أعضوه : أى قولوا له اعضض بأير أبيك ، ولا تكنوا عن الأير بالهن ، وهذا أمر تأديب ومبالغة فى الزجر عن دعوى الجاهلية اهـ لكن كون المراد بدعوى الجاهلية هنا ماقدمناه عن شرح المنية أولى (قوله وبتعزية أهله) أى تصبيرهم والدعاء لهم به ؛ قال فى القاموس : العزاء الصبر أو حسنه . وتعزى : انتسب اهـ ؛ فالمراد هنا الأول ، وفيما قبله الثانى فافهم . قال

وباتخاذ طعام لهم

فى شرح المنية : وتستحب التعزية للرجال والنساء اللاتى لايفتن ، لقوله عليه الصلاة والسلام « من عزى أخاه بمصيبة كساه الله من حلل الكرامة يوم القيامة » رواه ابن ماجه ، وقوله عليه الصلاة والسلام « من عزى مصابا فله مثل أجره » رواه الترمذى وابن ماجه . والتعزية أن يقول : أعظم الله أجرك ، وأحسن عزاءك ، وغفر لميتك اه .

مطلب فى الثواب على المصيبة

[تنبيه] هذا الدعاء بإعظام الأجر المروى عنه صلى الله عليه وسلم لما عزى معاذاً بإبن له يقتضى ثبوت الثواب على المصيبة . وقد قال المحقق ابن الهمام فى المسايرة . قالت الحنفية : ماورد به السمع من وعد الرزق ، ووعد الثواب على الطاعة وعلى ألم المؤمن وألم طفله حتى الشوكة يشاكها محض فضل وتطول منه تعالى لابد من وجوده لوعده الصادق اه . وهل يشترط للثواب الصبر أم لا ؟ قال ابن حجر : وقع للعزبن عبدالسلام أن المصائب نفسها لاثواب فيها لأنها ليست من الكسب بل فى الصبر عليها ، فإن لم يصبر كفرت الذنب ، إذ لايشترط فى المكفر أن يكون كسبا كالبلاء . فالجزع لايمنع التكفير بل هو مصيبة أخرى . ورد بتصريح الشافعى رحمه الله بأن كلا من المجنون والمريض المغلوب على عقله مأجور مثاب مكفر عنه بالمرض ، فحكم بالأجر مع انتفاء العقل المستلزم لانتفاء الصبر ، ويؤيده خبر الصحيحين « مايصيب المسلم من نصب ولا وصب ولا هم ولا حزن ولا أذى ولا غم حتى الشوكة يشاكها إلا كفر الله بها من خطاياه » مع الحديث الصحيح « إذا مرض العبد أو سافر كتب له مثل ما كان يعمله صحيحا مقيما » فنبه أنه يحصل له ثواب مماثل لفعله الذى صدر منه قبل بسبب المرض فضلا من الله تعالى ، فمن أصيب وصبر يحصل له ثوابان : لنفس المصيبة وللصبر عليها ومن انتفى صبره فإن كان لعذر كجنون فكذلك أو لنحو جزع لم يحصل من ذينك الثوابين شىء اه ملخصا . وحاصله اشتراط الصبر للثواب على المصيبة إلا إذا انتفى لعذر كجنون . وأما التكفير بها فهو حاصل بلا شرط (قوله وباتخاذ طعام لهم) قال فى الفتح ، ويستحب لجيران أهل الميت والأقرباء الأباعد تهيئة طعام لهم يشبعهم يومهم وليلتهم : لقوله صلى الله عليه وسلم « اصنعوا لآل جعفر طعاما فقد جاءهم مايشغلهم » حسنه الترمذى وصححه الحاكم ، ولأنه برّ ومعروف ، ويلحّ عليهم فى الأكل لأن الحزن يمنعهم من ذلك فيضعفون اه .

مطلب فى كراهة الضيافة من أهل الميت

وقال أيضا : ويكره اتخاذ الضيافة من الطعام من أهل الميت لأنه شرع فى السرور لافى الشرور، وهى بدعة مستقبحة . وروى الإمام أحمد وابن ماجه بإسناد صحيح عن جرير بن عبد الله قال « كنا نعد الاجتماع إلى أهل الميت وصنعهم الطعام من النياحة » اه . وفى البزازية : ويكره اتخاذ الطعام فى اليوم الأول والثالث(١) وبعد الأسبوع ونقل الطعام إلى القبر فى المواسم ، واتخاذ الدعوة لقراءة القرآن وجمع الصلحاء والقراء للختم أو لقراءة سورة الأنعام أو الإخلاص .

والحاصل أن اتخاذ الطعام عند قراءة القرآن لأجل الأكل يكره . وفيها من كتاب الاستحسان : وإن اتخذ

---

(١) (قوله وفى البزازية ويكره اتخاذ الطعام فى اليوم الأول والثالث الخ) عبارة البزازية : ويكره اتخاذ الطعام فى اليوم الأول والثالث والثالث الخ فلعل لفظ الثالث سقط من نسخة المحشى اه .

وبالجلوس لها فى غير مسجد ثلاثة أيام ، وأولها أفضل . وتكره بعدها إلا لغائب . وتكره التعزية ثانيا ، وعند القبر ، وعند باب الدار ؛ ويقول : عظم الله أجرك ، وأحسن عزاءك ،

طعاما للفقراء كان حسنا اه وأطال فى ذلك فى المعراج . وقال : وهذه الأفعال كلها للسمعة والرياء فيحترز عنها لأنهم لا يريدون بها وجه الله تعالى اه . وبحث هنا فى شرح المنية بمعارضة حديث جرير المار بحديث آخر فيه « أنه عليه الصلاة والسلام دعته امرأة رجل ميت لما رجع من دفنه فجاء وجيء بالطعام » .

أقول : وفيه نظر ، فإنه واقعة حال لاعموم لها مع احتمال سبب خاص ، بخلاف مافى حديث جرير .

على أنه بحث فى المنقول فى مذهبنا ومذهب غيرنا كالشافعية والحنابلة استدلالا بحديث جرير المذكور على الكراهة ، ولا سيما إذا كان فى الورثة صغار أو غائب ، مع قطع النظر عما يحصل عند ذلك غالبا من المنكرات الكثيرة كإيقاد الشموع والقناديل التى توجد فى الأفراح ، وكدق الطبول ، والغناء بالأصوات الحسان ، واجتماع النساء والمردان ، وأخذ الأجرة على الذكر وقراءة القرآن ، وغير ذلك مما هو مشاهد فى هذه الأزمان ، وما كان كذلك فلا شك فى حرمته وبطلان الوصية به ، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم (قوله وبالجلوس لها) أى للتعزية . واستعمال لا بأس هنا على حقيقته لأنه خلاف الأولى كما صرح به فى شرح المنية . وفى الأحكام عن خزانة الفتاوى : الجلوس فى المصيبة ثلاثة أيام للرجال جاءت الرخصة فيه ، ولا تجلس النساء قطعا اه (قوله فى غير مسجد) أما فيه فيكره كما فى البحر عن المجتبى ، وجزم به فى شرح المنية والفتح ، لكن فى الظهيرية : لا بأس به لأهل الميت فى البيت أو المسجد والناس يأتونهم ويعزونهم اه .

قلت : وما فى البحر من « أنه صلى الله عليه وسلم جلس لما قتل جعفر وزيد بن حارثة والناس يأتون ويعزونه » اه يجاب عنه بأن جلوسه صلى الله عليه وسلم لم يكن مقصوداً للتعزية . وفى الإمداد : وقال كثير من متأخرى أئمتنا يكره الاجتماع عند صاحب البيت ويكره له الجلوس فى بيته حتى يأتى إليه من يعزى ، بل إذا فرغ ورجع الناس من الدفن فليتفرقوا ويشتغل الناس بأمورهم وصاحب البيت بأمره اه .

قلت : وهل تنتفى الكراهة بالجلوس فى المسجد وقراءة القرآن حتى إذا فرغوا قام ولى الميت وعزاه الناس كما يفعل فى زماننا الظاهر ؟ لا لكون الجلوس مقصوداً للتعزية لا القراءة ولا سيما إذا كان هذا الاجتماع والجلوس فى المقبرة فوق القبور المدثورة ، ولا حول ولا قوة إلا بالله (قوله وأولها أفضل) وهى بعد الدفن أفضل منها قبله ، لأن أهل الميت مشغولون قبل الدفن بتجهيزه ، ولأن وحشتهم بعد الدفن لفراقه أكثر ، وهذا إذا لم ير منهم جزع شديد ، وإلا قدمت لتسكينهم جوهرة (قوله وتكره بعدها) لأنها تجدد الحزن منح ، والظاهر أنها تنزيهية ط (قوله إلا لغائب) أى إلا أن يكون المعزى أو المعزى غائبا فلا بأس بها جوهرة . قلت : والظاهر أن الحاضر الذى لم يعلم بمنزلة الغائب كما صرح به الشافعية (قوله وتكره التعزية ثانيا) فى التتارخانية : لا ينبغى لمن عزى مرة أن يعزى مرة أخرى رواه الحسن عن أبى حنيفة اه إمداد (قوله وعند القبر) عزاه فى الحلية إلى المبتغى بالغين المعجمة ، وقال : ويشهد له ما أخرج ابن شاهين عن إبراهيم : التعزية عند القبر بدعة اه . قلت : لعل وجهه أن المطلوب هناك القراءة والدعاء للميت بالتثبيت (قوله وعند باب الدار) فى الظهيرية : ويكره الجلوس على باب الدار للتعزية لأنه عمل أهل الجاهلية وقد نهى عنه ، وما يصنع فى بلاد العجم من فرش البسط ، والقيام على قوارع الطريق من أقبح القبائح اه بحر (قوله ويقول أعظم الله أجرك) أى جعله عظيما بزيادة الثواب والدرجات ، وأحسن عزاءك بالمد : أى جعل سلوك وصبرك حسنا ابن حجر ، وقوله وغفر لميتك بقوله إن كان

وغفر لميتك ، وبزيارة القبور ولو للنساء لحديث « كنت نهيتكم عن زيارة القبور ألا فزوروها » ويقول : السلام عليكم دار قوم مؤمنين ، وإنا إن شاء الله بكم لاحقون ، ويقرأ يس ، وفى الحديث « من قرأ الإخلاص أحد عشر

الميت مكلفا وإلا فلا كما فى شرح المنية . وفى كتب الشافعية : ويعزى المسلم بالكافر : أعظم الله أجرك ، وصبرك والكافر بالمسلم : غفر الله لميتك ، وأحسن عزاءك .

مطلب فى زيارة القبور

(قوله وبزيارة القبور) أى لا بأس بها ، بل تندب كما فى البحر عن المجتبى ، فكان ينبغى التصريح به للأمر بها فى الحديث المذكور كما فى الإمداد ، وتزار فى كل أسبوع كما فى مختارات النوازل . قال فى شرح لباب المناسك إلا أن الأفضل يوم الجمعة والسبت والاثنين والخميس ، فقد قال محمد بن واسع : الموتى يعلمون بزوارهم يوم الجمعة ويوما قبله ويوما بعده ، فتحصل أن يوم الجمعة أفضل اهـ . وفيه يستحب أن يزور شهداء جبل أحد ، لما روى ابن أبى شيبة : « أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يأتى قبور الشهداء بأحد على رأس كل حول فيقول : السلام عليكم بما صبرتم فنعم عقبى الدار » والأفضل أن يكون ذلك يوم الخميس متطهراً مبكراً لئلا تفوته الظهر بالمسجد النبوى اهـ .

قلت : استفيد منه ندب الزيارة وإن بعد محلها . وهل تندب الرحلة لها كما اعتيد من الرحلة إلى زيارة خليل الرحمن وأهله وأولاده ، وزيارة السيد البدوى وغيره من الأكابر الكرام ؟ لم أر من صرح به من أئمتنا ، ومنع منه بعض أئمة الشافعية إلا لزيارته صلى الله عليه وسلم ، قياسا على منع الرحلة لغير المساجد الثلاث . ورده الغزالى بوضوح الفرق ، فإن ماعدا تلك المساجد الثلاثة مستوية فى الفضل ، فلا فائدة فى الرحلة إليها . وأما الأولياء فإنهم متفاوتون فى القرب من الله تعالى ، ونفع الزائرين بحسب معارفهم وأسرارهم . قال ابن حجر فى فتاويه : ولا تترك لما يحصل عندها من منكرات ومفاسد كاختلاط الرجال بالنساء وغير ذلك ، لأن القربات لا تترك لمثل ذلك ، بل على الإنسان فعلها وإنكار البدع ، بل وإزالتها إن أمكن اهـ . قلت : ويؤيد ما مر من عدم ترك اتباع الجنازة ، وإن كان معها نساء ونائحات تأمل (قوله ولو للنساء) وقيل تحرم عليهن . والأصح أن الرخصة ثابتة لهن بحر ، وجزم فى شرح المنية بالكراهة لما مر فى اتباعهن الجنازة . وقال الخير الرملى : إن كان ذلك لتجديد الحزن والبكاء والندب على ما جرت به عادتهن فلا تجوز ، وعليه حمل حديث « لعن الله زائرات القبور » وإن كان للاعتبار والترحم من غير بكاء والتبرك بزيارة قبور الصالحين فلا بأس إذا كن عجائز . ويكره إذا كن شواب كحضور الجماعة فى المساجد اهـ وهو توفيق حسن (قوله ويقول الخ) قال فى الفتح : والسنة زيارتها قائما ، والدعاء عندها قائما ، كما كان يفعله صلى الله عليه وسلم فى الخروج إلى البقيع ويقول : السلام عليكم الخ .

وفى شرح اللباب للمنلا على القارى : ثم من آداب الزيارة ما قالوا ، من أنه يأتى الزائر من قبل رجلى المتوفى لا من قبل رأسه لأنه أتعب لبصر الميت ، بخلاف الأول لأنه يكون مقابل بصره ، لكن هذا إذا أمكنه وإلا فقد ثبت « أنه عليه الصلاة والسلام قرأ أول سورة البقرة عند رأس ميت وآخرها عند رجليه » . ومن آدابها أن يسلم بلفظ السلام عليكم على الصحيح ، لا عليكم السلام فإنه ورد : « السلام عليكم دار قوم مؤمنين ، وإنا إن شاء الله بكم لاحقون ، ونسأل الله لنا ولكم العافية » ثم يدعو قائما طويلا ، وإن جلس يجلس بعيداً أو قريبا بحسب مرتبته فى حال حياته اهـ . قال ط : ولفظ الدار مقحم ، أو هو من ذكر اللازم لأنه إذا سلم على الدار فأولى ساكنها ، وذكر المشيئة للتبرك ، لأن اللحوق محقق ، أو المراد اللحوق على أتم الحالات فتصح المشيئة (قوله ويقرأ يس) لما ورد

مرة ثم وهب أجرها للأموات أعطى من الأجر بعدد الأموات » ،

« من دخل المقابر فقرأ سورة يس خفف الله عنهم يومئذ، وكان له بعدد من فيها حسنات» بحر . وفى شرح اللباب ويقرأ من القرآن ماتيسر له من الفاتحة وأول البقرة إلى المفلحون وآية الكرسى - وآمن الرسول - وسورة يس وتبارك الملك وسورة التكاثر والإخلاص اثنى عشر مرة(١) أو إحدى عشر أو سبعاً أو ثلاثا ، ثم يقول : اللهم أوصل ثواب ماقرأناه إلى فلان أو إليهم اه .

مطلب فى القراءة للميت وإهداء ثوابها له

[تنبيه] صرح علماؤنا فى باب الحج عن الغير بأن للإنسان أن يجعل ثواب عمله لغيره صلاة أو صوما أو صدقة أو غيرها كذا فى الهداية ، بل فى زكاة التتارخانية عن المحيط : الأفضل لمن يتصدق نفلا أن ينوى لجميع المؤمنين والمؤمنات لأنها تصل إليهم ولا ينقص من أجره شيء اه هو مذهب أهل السنة والجماعة . لكن استثنى مالك والشافعى العبادات البدنية المحضة كالصلاة والتلاوة فلا يصل ثوابها إلى الميت عندهما . بخلاف غيرها كالصدقة والحج . وخالف المعتزلة فى الكل ، وتمامه فى فتح القدير .

أقول : مامر عن الشافعى هو المشهور عنه . والذى حرره المتأخرون من الشافعية وصول القراءة للميت إذا كانت بحضرته أو دعى له عقبها ولو غائبا ، لأن محل القراءة تنزل الرحمة والبركة ، والدعاء عقبها أرجى للقبول . ومقتضاه أن المراد انتفاع الميت بالقراءة لاحصول ثوابها له ، ولهذا اختاروا فى الدعاء : اللهم أوصل مثل ثواب ماقرأته إلى فلان ، وأما عندنا فالواصل إليه نفس الثواب . وفى البحر : من صام أو صلى أو تصدق وجعل ثوابه لغيره من الأموات والأحياء جاز ، ويصل ثوابها إليهم عند أهل السنة والجماعة كذا فى البدائع . ثم قال : وبهذا علم أنه لافرق بين أن يكون المجعول له ميتاً أو حياً . والظاهر أنه لافرق بين أن ينوى به عند الفعل للغير أو يفعله لنفسه ثم بعد ذلك يجعل ثوابه لغيره ، لإطلاق كلامهم وأنه لافرق بين الفرض والنفل اه . وفى جامع الفتاوى : وقيل لايجوز فى الفرائض اه .

وفى كتاب الروح للحافظ أبى عبد الله الدمشقى الحنبلى الشهير بابن قيم الجوزية ماحاصله : أنه اختلف فى إهداء الثواب إلى الحى ؛ فقيل يصح لإطلاق قول أحمد : يفعل الخير ويجعل نصفه لأبيه أو أمه ، وقيل لا لكونه غير محتاج لأنه يمكنه العمل بنفسه ؛ وكذا اختلف فى اشتراط نية ذلك عند الفعل ، فقيل لا لكن الثواب له فله التبرع به وإهداؤه لمن أراد كإهداء شيء من ماله ، وقيل نعم لأنه إذا وقع له لايقبل انتقاله عنه وهو الأولى . وعلى القول الأول(٢) لايصح إهداء الواجبات ، لأن العامل ينوى القربة بها عن نفسه . وعلى الثانى يصح ، وتجزى عن الفاعل . وقد نقل عن جماعة أنهم جعلوا ثواب أعمالهم للمسلمين وقالوا نلقى الله تعالى بالفقر والإفلاس والشريعة لاتمنع من ذلك . ولا يشترط فى الوصول أن يهديه بلفظه ، كما لو أعطى فقيراً بنية الزكاة لأن السنة لم تشترط ذلك فى حديث الحج عن الغير ونحوه ، نعم إذا فعله لنفسه ثم نوى جعل ثوابه لغيره لم يكف ، كما لو نوى أن يهب أو يعتق أو يتصدق ويصح إهداء نصف الثواب أو ربعه كما نص عليه أحمد ، ولا مانع منه . ويوضحه أنه لو أهدى الكل إلى أربعة يحصل لكل منهم ربعه ، فكذا لو أهدى الربع لواحد وأبقى الباقى لنفسه اه ملخصا .

(١) (قوله اثنى عشر مرة) هكذا بخطه ، وصوابه اثنى عشرة مرة ، وكذلك قول الشارح أحد عشر مرة صوابه إحدى عشرة مرة كما لا يخفى اه مصححه .

(٢) (قوله وعلى القول الأول) صوابه : وعلى القول الثانى ، وكذا قوله وعلى الثانى صوابه على الأول تأمل اه .

ويحفر قبراً لنفسه ، وقيل يكره ؛ والذى ينبغى أن لايكره تهيئة نحو الكفن بخلاف القبر :

قلت : لكن سئل ابن حجر المكى عما لو قرأ لأهل المقبرة الفاتحة هل يقسم الثواب بينهم أو يصل لكل منهم مثل ثواب ذلك كاملا . فأجاب بأنه أفتى جمع بالثانى ، وهو اللائق بسعة الفضل .

مطلب فى إهداء ثواب القراءة للنبى صلى الله عليه وسلم

[تتمة] ذكر ابن حجر فى الفتاوى الفقهية أن الحافظ ابن تيمية زعم منع إهداء ثواب القراءة للنبى صلى الله عليه وسلم ، لأن جنابه الرفيع لا يتجرأ عليه إلا بما أذن فيه ، وهو الصلاة عليه وسؤال الوسيلة له قال : وبالغ السبكى وغيره فى الرد عليه ، بأن مثل ذلك لا يحتاج لإذن خاص ؛ ألا ترى أن ابن عمر كان يعتمر عنه صلى الله عليه وسلم عمرا بعد موته من غير وصية . وحج ابن الموفق وهو فى طبقة الجنيد عنه سبعين حجة ، وختم ابن السراج عنه صلى الله عليه وسلم أكثر من عشرة آلاف ختمة ؛ وضحى عنه مثل ذلك اه .

قال : رأيت نحو ذلك بخط مفتى الحنفية الشهاب أحمد بن الشلبى شيخ صاحب البحر نقلا عن شرح الطيبة للنويرى ، ومن جملة ما نقله أن ابن عقيل من الحنابلة قال : يستحب إهداؤها له صلى الله عليه وسلم اه .

قلت : وقول علمائنا له أن يجعل ثواب عمله لغيره يدخل فيه النبى صلى الله عليه وسلم ، فإنه أحق بذلك حيث أنقذنا من الضلالة ، ففى ذلك نوع شكر وإسداء جميل له ، والكامل قابل لزيادة الكمال . وما استدل به بعض المانعين من أنه تحصيل الحاصل لأن جميع أعمال أمته فى ميزانه . يجاب عنه بأنه لامانع من ذلك ، فإن الله تعالى أخبرنا بأنه صلى عليه ثم أمرنا بالصلاة عليه ، بأن نقول : اللهم صل على محمد ، والله أعلم . وكذا اختلف فى إطلاق قول اجعل ذلك زيادة فى شرفه صلى الله عليه وسلم فمنع منه شيخ الإسلام البلقينى والحافظ ابن حجر لأنه لم يرد له دليل . وأجاب ابن حجر المكى فى الفتاوى الحديثية بأن قوله تعالى — وقل رب زدنى علما — وحديث مسلم «أنه صلى الله عليه وسلم كان يقول فى دعائه : واجعل الحياة زيادة لى فى كل خير » دليل على أن مقامه صلى الله عليه وسلم وكماله يقبل الزيادة فى العلم والثواب وسائر المراتب والدرجات وكذا ورد فى دعاء رؤية البيت : وزد من شرفه وعظمه واعتمره تشريفا الخ فيشمل كل الأنبياء ، ويدل على أن الدعاء لهم بزيادة الشرف مندوب ، وقد استعمله الإمام النووى فى خطبتى كتابيه الروضة والمنهاج ، وسبقه إليه الحليمى وصاحبه البيهقى . وقد ردّ على البلقينى وابن حجر شيخ الإسلام القاياتى ، ووافقه صاحبه الشرف المناوى ، ووافقهما أيضا صاحبهما إمام الحنفية الكمال بن الهمام ، بل زاد عليهما بالمبالغة حيث جعل كل ما صح من الكيفيات الواردة فى الصلاة عليه صلى الله عليه وسلم موجودا فى كيفية الدعاء بزيادة الشرف ، وهى : اللهم صل أبدا أفضل صلواتك على سيدنا محمد عبدك ونبيك ورسولك محمد وآله وسلم تسليما كثيرا ، وزده تشريفا وتكريما ، وأنزله المنزل المقرّب عندك يوم القيامة اه . فانظر كيف جعل طلب هذه الزيادة من الأسباب المقتضية لفضل هذه الكيفية على غيرها من الوارد كصلاة التشهد وغيرها ، وهذا تصريح من هذا الإمام المحقق بفضل طلب الزيادة له صلى الله عليه وسلم فكيف مع هذا يتوهم أن فى ذلك محذورا ، ووافقهم أيضا صاحبهم شيخ الإسلام زكريا اه ملخصا (قوله ويحفر قبرا لنفسه) فى بعض النسخ : وبحفر قبر لنفسه ، على أن لفظة حفر مصدر مجرور بالباء مضاف إلى قبر : أى ولا بأس به . وفى التتارخانية : لا بأس به ، ويؤجر عليه ، هكذا عمل عمر بن عبد العزيز والربيع بن خيثم وغيرهما اه (قوله والذى ينبغى الخ) كذا قاله فى شرح المنية ، وقال لأن الحاجة إليه متحققة غالبا ، بخلاف القبر لقوله تعالى — وما تدرى نفس بأى

يكره المشي فى طريق ظن أنه محدث حتى إذا لم يصل إلى قبره إلا بوطء قبر تركه .
لايكره الدفن ليلا ولا إجلاس القارئين عند القبر

أرض تموت — (قوله يكره المشي الخ) قال فى الفتح : ويكره الجلوس على القبر ، ووطؤه ، وحينئذ فمايصنعه من دفنت حول أقاربه خلق من وطء تلك القبور إلى أن يصل إلى قبر قريبه مكروه . ويكره النوم عند القبر ، وقضاء الحاجة بل أولى ، وكل ما لم يعهد من السنة ، والمعهود منها ليس إلا زيارتها والدعاء عندها قائما اه .

قلت : وفى الأحكام عن الخلاصة وغيرها : لو وجد طريقا إن وقع فى قلبه أنه محدث لا يمشى عليه وإلا فلا بأس به . وفى خزانة الفتاوى وعن أبى حنيفة : لا يوطأ القبر إلا لضرورة ، ويزار من بعيد ولا يقعد ، وإن فعل يكره . وقال بعضهم : لا بأس بأن يطأ القبور وهو يقرأ أو يسبح أو يدعو لهم اه . وقال فى الحلية : وتكره الصلاة عليه وإليه لورود النهى عن ذلك ، ثم ذكر عن الإمام الطحاوى أنه حمل ماورد من النهى عن الجلوس على القبر على الجلوس لقضاء الحاجة ، وأنه لا يكره الجلوس لغيره جمعا بين الآثار ، وأنه قال إن ذلك قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد ، ثم نازعه بما صرح به فى النوادر والتحفة والبدائع والمحيط وغيره ، من أن أبا حنيفة كره وطء القبر والقعود أو النوم أو قضاء الحاجة عليه ، وبأنه ثبت النهى عن وطئه والمشى عليه ، وتمامه فيها . وقال فى نور الإيضاح كراهة القعود على القبر بما إذا كان لغير قراءة .

قلت : وتقدم أنه إذا بلى الميت وصار ترابا يجوز زرعه والبناء عليه ، ومقتضاه جواز المشى فوقه . ثم رأيت العينى فى شرحه على صحيح البخارى ذكر كلام الطحاوى المار ، ثم قال : فعلى هذا ماذكره أصحابنا فى كتبهم من أن وطء القبور حرام ، وكذا النوم عليها ليس كما ينبغى ، فإن الطحاوى هو أعلم الناس بمذاهب العلماء ولا سيما بمذهب أبى حنيفة انتهى .

قلت : لكن قد علمت أن الواقع فى كلامهم التعبير بالكراهة لابلفظ الحرمة . وحينئذ فقد يوفق بأن ما عزاه الإمام الطحاوى إلى أئمتنا الثلاثة من حمل النهى على الجلوس لقضاء الحاجة يراد به نهى التحريم ، وما ذكره غيره من كراهة الوطء والقعود الخ يراد به كراهة التنزيه فى غير قضاء الحاجة . وغاية ما فيه إطلاق الكراهة على ما يشمل المعنيين ، وهذا كثير فى كلامهم ، ومنه قولهم مكروهات الصلاة ، وتنتفى الكراهة مطلقا إذا كان الجلوس للقراءة كما يأتى ، والله سبحانه أعلم .

مطلب فى وضع الجريد ونحو الآس على القبور

[تتمة] يكره أيضا قطع النبات الرطب والحشيش من المقبرة دون اليابس كما فى البحر والدرر وشرح المنية وعلله فى الإمداد بأنه ما دام رطبا يسبح الله تعالى فيؤنس الميت وتنزل بذكره الرحمة اه ونحوه فى الخانية .

أقول : ودليله ما ورد فى الحديث من وضعه عليه الصلاة والسلام الجريدة الخضراء بعد شقها نصفين على القبرين اللذين يعذبان . وتعليله بالتخفيف عنهما ما لم ييبسا : أى يخفف عنهما ببركة تسبيحهما ، إذ هو أكمل من تسبيح اليابس لما فى الأخضر من نوع حياة ؛ وعليه فكراهة قطع ذلك وإن نبت بنفسه ولم يملك لأن فيه تفويت حق الميت . ويؤخذ من ذلك ومن الحديث ندب وضع ذلك للاتباع ، ويقاس عليه ما اعتيد فى زماننا من وضع أغصان الآس ونحوه ، وصرح بذلك أيضا جماعة من الشافعية ، وهذا أولى مما قاله بعض المالكية من أن التخفيف عن القبرين إنما حصل ببركة يده الشريفة صلى الله عليه وسلم أو دعائه لهما فلايقاس عليه غيره . وقد ذكر البخارى فى صحيحه أن بريدة بن الحصيب رضى الله عنه أوصى بأن يجعل فى قبره جريدتان ، والله تعالى أعلم (قوله لايكره لدفن ليلا) والمستحب كونه نهارا شرح المنية (قوله ولا إجلاس القارئين عند القبر) عبارة نور الإيضاح وشرحه

وهو المختار . عظم الذمى محترم : إنما يعذب الميت ببكاء أهله إذا أوصى بذلك . كتب على جبهة الميت أو عمامته أو كفنه عهد نامه يرجى أن يغفر الله للميت .

أوصى بعضهم أن يكتب فى جبهته وصدره — بسم الله الرحمن الرحيم — ففعل ثم رؤى فى المنام فسئل فقال : لما وضعت فى القبر جاءتنى ملائكة العذاب ، فلما رأوا مكتوبا على جبهتى بسم الله الرحمن الرحيم قالوا : أمنت من عذاب الله .

ولا يكره الجلوس للقراءة على القبر فى المختار لتأدية القراءة على الوجه المطلوب بالسكينة والتدبر والاتعاظ اه (قوله عظم الذمى محترم) فلا يكسر إذا وجد فى قبره لأنه كما حرم إيذاؤه فى حياته لأنه مثلة وجبت صيانة نفسه عن الكسر بعد موته خانية . وأما أهل الحرب ، فإن احتيج إلى نبشهم فلا بأس به تاترخانية عن الحجة ، فتنبش وترفع العظام والآثار ، وتتخذ مقبرة للمسلمين أو مسجدا كما فى الواقعات إسمعيل (قوله إنما يعذب الخ) قال بعضهم : يعذب لما فى الحديث « إن الميت ليعذب ببكاء أهله عليه » وقال عامة العلماء : لا لقوله تعالى — ولا تزر وازرة وزر أخرى — وتأويل الحديث أنهم فى ذلك الزمان كانوا يوصون بالنوح ، فقال عليه الصلاة والسلام ذلك بحر عن الظهيرية . وفى شرح التكملة أن المراد من الحديث الندب والنياحة . وعن عائشة رضى الله تعالى عنها « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ذلك لما مر على قوم يبكون على يهودى فقال إنه ليعذب وهم يبكون عليه » اه إسمعيل (قوله عهد نامه) بفتح الميم وسكون الهاء ، ومعناه بالفارسية الرسالة ، والمعنى رسالة العهد . والمعنى أن يكتب شىء مما يدل أنه على العهد الأزلى الذى بينه وبين ربه يوم أخذ الميثاق من الإيمان والتوحيد والتبرك بأسمائه تعالى ، ونحو ذلك ح (قوله يرجى الخ) مفاده الإباحة أو الندب . وفى البزازيه قبيل كتاب الجنايات : وذكر الإمام الصفار لو كتب على جبهة الميت أو على عمامته أو كفنه عهد نامه يرجى أن يغفر الله تعالى للميت ويجعله آمنا من عذاب القبر . قال نصير : هذه رواية فى تجويز ذلك ، وقد روى أنه كان مكتوبا على أفخاذ أفراس فى إصطبل الفاروق : حبيس فى سبيل الله تعالى اه .

مطلب فيما يكتب على كفن الميت

وفى فتاوى المحقق ابن حجر المكى الشافعى : سئل عن كتابة العهد على الكفن وهو لا إله إلا الله والله أكبر لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، له الملك وله الحمد ، لا إله إلا الله ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم » وقيل إنه « اللهم فاطر السموات والأرض عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم ، إنى أعهد إليك فى هذه الحياة الدنيا إنى أشهد أنك أنت الله لا إله إلا أنت وحدك لا شريك لك وأن محمدا عبدك ورسولك صلى الله عليه وسلم فلا تكلنى إلى نفسى ، تقربنى من الشر وتبعدنى من الخير ، وأنا لا أثق إلا برحمتك ، فاجعل لى عهدا عندك توفينيه يوم القيامة إنك لا تخلف الميعاد » هل يجوز ولذلك أصل . فأجاب بقوله : نقل بعضهم عن نوادر الأصول للترمذى مايقتضى أن هذا الدعاء له أصل ، وأن الفقيه ابن عجيل كان يأمر به ثم أفتى بجواز كتابته قياسا على كتابة لله فى إبل الزكاة ، وأقره بعضهم ، وفيه نظر . وقد أفتى ابن الصلاح بأنه لا يجوز أن يكتب على الكفن يس والكهف ونحوهما خوفا من صديد الميت ، والقياس المذكور ممنوع لأن القصد ثم التمييز وهنا التبرك ، فالأسماء المعظمة باقية على حالها فلا يجوز تعريضها للنجاسة ، والقول بأنه يطلب فعله مردود ، لأن مثل ذلك لا يحتج به إلا إذا صح عن النبى صلى الله عليه وسلم طلب ذلك وليس كذلك اه وقدمنا قبيل باب المياه عن الفتح أنه تكره كتابة القرآن وأسماء

باب الشهيد

فعيل بمعنى مفعول ، لأنه مشهود له بالجنة أو فاعل لأنه حي عند ربه فهو شاهد .

(هو كل مكلف مسلم طاهر) فالحائض إن رأت ثلاثة أيام غسلت وإلا لا لعدم كونها حائضا ، ولم يعد عليه

الله تعالى على الدراهم والمحاريب والجدران وما يفرش ، وما ذاك إلا لاحترامه وخشية وطئه ونحوه مما فيه إهانة فالمنع هنا بالأولى ما لم يثبت عن المجتهد أو ينقل فيه حديث ثابت فتأمل، نعم نقل بعض المحشين عن فوائد الشرجي أن مما يكتب على جبهة الميت بغير مداد بالأصبع المسبحة — بسم الله الرحمن الرحيم — وعلى الصدر لا إله إلا الله محمد رسول الله ، وذلك بعد الغسل قبل التكفين اه والله أعلم .

باب الشهيد

أخرجه من صلاة الجنازة مبوبا له مع أن المقتول ميت بأجله لاختصاصه بالفضيلة التي ليست لغيره نهر (قوله فعيل الخ) وهو إما من الشهود : أى الحضور ، أو من الشهادة أى الحضور مع المشاهدة بالبصر أو بالبصيرة قهستاني (قوله لأنه مشهود له بالجنة) أفاد أنه من باب الحذف والإيصال حذف اللام فاستتر الضمير المجرور ح ، وهذا على أنه من الشهادة ، وأما على أنه من الشهود فلأن الملائكة تشهده إكراما له (قوله لأنه حي الخ) هذا على أنه من الشهود ، وأما على أنه من الشهادة فلأن عليه شاهدا يشهد له وهو دمه وجرحه ، أو لأنه شاهد على من قتله بالكفر (قوله هو الخ) أى الشهيد فى العرف ما ذكر ، وهو تعريف له باعتبار الحكم الآتى : أعنى عدم تغسيله ونزع ثيابه لا لمطلقه لأنه أعم من ذلك كما سيأتى (قوله كل مكلف) هو البالغ العاقل ، خرج به الصبى والمجنون فيغسلان عنده خلافا لهما ، لأن السيف أغنى عن الغسل لكونه طهرة ولا ذنب للصبى ولا للمجنون . وهذا يقتضى أن يقيد المجنون بمن بلغ كذلك وإلا فلا خفاء فى احتياجه إلى ما يطهر ما مضى من ذنوبه ، إلا أن يقال إذا مات على جنونه لم يؤاخذ بما مضى لعدم قدرته على التوبة بحر . ولا يخفى أن هذا مسلم فيما إذا جن عقب المعصية ، أما لو مضى بعدها زمن يقدر فيه على التوبة فلم يفعل كان تحت المشيئة نهر (قوله مسلم) أما الكافر فليس بشهيد وإن قتل ظلما فلقريبه المسلم تغسيله كما مر ، وما فى ط عن القهستاني غير ظاهر (قوله طاهر) أى ليس به جنابة ولا حيض ولا نفاس ولا انقطاع أحدهما كما هو المتبادر ، فإذا استشهد الجنب يغسل وهذا عنده خلافا لهما : فإذا انقطع الحيض والنفاس واستشهدت فعلى هذا الخلاف ، وإن استشهدت قبل الانقطاع تغسل على أصح الروايتين عنه كما فى المضمرات قهستاني .

وحاصله أنها تغسل قبل الانقطاع فى الأصح كما بعده . وفى رواية لاتغسل قبله لأن الغسل لم يكن واجباً عليها كما لو انقطع قبل الثلاث فإنها لاتغسل بالإجماع كما فى السراج والمعراج (قوله فالحائض) المراد بها من كانت من ذوات الحيض لامن اتصفت بالحيض ، لئلا ينافى قوله لعدم كونها حائضا فافهم . واقتصر فى التفريع على بعض أفراد المحترزات لخفائه ، لما فيه من التفصيل ، ولم يفصل فى النفساء لأن النفاس لاحد لأقله (قوله وإلا لا) أى وإن لم تره ثلاثة أيام لاتغسل بالإجماع كما نقلناه آنفا عن السراج والمعراج ؛ فما فى الإمداد من أن الحائض تغسل سواء كان القتل بعد انقطاع الدم ، أو قبل استمراره ثلاثة أيام فيه سهو أو سقط ، وصوابه أو قبله بعد استمراره الخ فتنبه (قوله ولم يعد الخ) استدل الإمام على وجوب الغسل لمن قتل جنبا بما صح عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال لما قتل حنظلة بن أبى عامر الثقفى « إن صاحبكم حنظلة تغسله الملائكة ، فسألوا زوجته ، فقالت : خرج وهو

السلام غسل حنظلة لحصوله بفعل الملائكة ، بدليل قصة آدم (قتل ظلما) بغير حق (بجارحة) أى بما يوجب القصاص (ولم يجب بنفس القتل مال) بل قصاص ، حتى لو وجب المال بعارض كالصلح ،

جنب فقال عليه الصلاة والسلام : لذلك غسلته الملائكة ، وأورد الصاحبان أنه لو كان واجبا لوجب على بنى آدم ولما اكتفى بفعل الملائكة . والجواب بالمنع وهو ماأشار إليه الشارح من أنه يحصل بفعلهم بدليل قصة آدم المارة ، لأن الواجب نفس الغسل ، فأما الغاسل فيجوز أن يكون أيا كان كما فى المعراج . واعترضه فى البحر بأن هذا الغسل عنده للجنابة لاللموت اه أى وإذا كان للجنابة كما هو ظاهر قوله فى الحديث لذلك غسلته الملائكة لم يحسن الاستدلال بقصة الملائكة لأن تغسيلهم لآدم كان للموت لاللجنابة ، لكن فيه أنه إذا وجب للجنابة كان كوجوبه للموت ، فدلت القصة على الاكتفاء بفعل الملائكة ، لكن تقدم فى بحث الغسل أن الميت لو وجد فى الماء لابد من تغسيله لأنا أمرنا به ، فيحركه فى الماء بنيته لإسقاط الفرض عن ذمة المكلفين لالطهارته ؛ فلو صلى عليه بلا إعادة لغسله صح وإن لم يسقط عنهم الوجوب ، ومقتضاه أنه لايكتفى بفعل الملائكة إلا أن يفرق بأنه واجب على المكلفين إذا لم يغسله غيرهم لقيام فعله مقام فعلهم ، ولذا صح تغسيل الذمى أو الصبى لمسلم مات بين نساء ليس معهن سواهما كما مر . على أن فعل الملائكة بإذن من الله تعالى ، فهو إذن من صاحب الحق بالاكتفاء عن فعل المكلفين ولا سيما على القول بتكليفهم ، وبعثة نبينا صلى الله عليه وسلم إليهم ، والقصة والحديث دليلان على الاكتفاء بفعلهم . وأما وقوعه فى الماء فليس فيه تغسيل من أحد فلم يسقط الفرض عنهم وإن حصلت الطهارة كما لو غسله مكلف بلا نية(١) فإنه يجزى لطهارته لالإسقاطه الفرض عن ذمتنا فتصح الصلاة عليه وإن لم يسقط الفرض عنا فلذا وجب إعادة غسل الغريق أو تحريكه عند إخراجه بنية الغسل فيكون فعلا منا فيسقط به الفرض عنا ، إذ بدونه لم يحصل فعل منا ولا ممن ناب عنا ، فاتضح الفرق ، هذا ماظهر لى فاغتنمه فإنه نفيس (قوله قتل ظلما) لم يقل قتله مسلم كما فى الكنز لأن الذمى كذلك ، وقيد بالقتل لأنه لو مات حتف أنفه أو بترد أو حرق أو غرق أو هدم لم يكن شهيداً فى حكم الدنيا وإن كان شهيد الآخرة كما سيأتى ، وبقوله ظلما لما يأتى من أنه لو قتل بحد أو قصاص مثلا لايكون شهيداً فيغسل ، ودخل فيه المقتول مدافعا عن نفسه أو ماله أو المسلمين أو أهل الذمة فإنه شهيد ، لكن لايشترط كون قتله بمحدد كما فى البحر عن المحيط ، واستشكله فى النهر ، ويأتى جوابه (قوله بغير حق) تفسير لقوله ظلما (قوله بجارحة) أى خلافا لهما كما فى النهاية ، وهذا قيد فى غير من قتله باغ أو حربى أو قاطع طريق بقرينة العطف الآتى ، واحترز بها عن المقتول بمثقل فإنه لايوجب القصاص عنده (قوله أى بما يوجب القصاص) أى فالمراد بها مايفرق الأجزاء ، فيدخل فيه النار والقصب كما فى الفتح (قوله بل قصاص) أى بل وجب به قصاص أشار به إلى أن وضع المسألة فيمن علم قاتله كما صرح به شراح الهداية ، إذ لاقصاص إلا على قاتل معلوم ، خلافا لما زعمه صدر الشريعة كما حققه فى الدرر . أما إذا لم يعلم قاتله فسيأتى أنه يغسل ، لكن كان عليه أن يزيد أو لم يجب به شىء أصلا كقتل الأسير مثله فى دار الحرب عند أبى حنيفة وقتل السيد عبده عند الكل كما فى شرح المنية (قوله حتى لو وجب الخ) تفريع على مفهوم قوله بنفس القتل ، فإن المال لم يجب بنفس القتل العمد ، لأن الواجب به القصاص ، وإنما سقط بعارض وهو الصلح أو شبهة الأبوة ، فلا يغسل فى الرواية المختارة كما فى الفتح .

---

(١) (قوله مكلف بلا نية) قد تقدم له أن المدار فى إسقاط الفرض على حصول الفعل منا ، وأما النية فهى شرط للثواب فقط ، فحينئذ لا يكون قوله غسله مكلف الخ مناسبا تأمل اه .

أو قتل الأب ابنه لاتسقط الشهادة (ولم يرتث) فلو ارتث غسل كما سيجئ (وكذا) يكون شهيدا (لو قتله باغ أو حربى أو قاطع طريق ولو) تسببا أو (بغير آلة جارحة) فإن مقتولهم شهيد بأى آلة قتلوه ، لأن الأصل فيه شهداء أحد ولم يكن كلهم قتيل سلاح (أو وجد جريحا ميتا فى معركتهم) المراد بالجراحة علامة القتل : كخروج الدم من

فالحاصل أنه إذا وجب بقتله القصاص وإن سقط لعارض أو لم يجب بقتله شىء أصلا فهو شهيد كما علمته . أما إذا وجب به المال ابتداء فلا ؛ وذلك بأن كان قتله شبه العمد كضرب بعصا ، أو خطإ كرمى غرض فأصابه أو ماجرى مجراه كسقوط نائم عليه ، وكذا إذا وجب به القسامة لوجوب المال بنفس القتل شرعا . وكذا لو وجد مذبوحا ولم يعلم قاتله سواء وجبت فيه القسامة أولا هو الصحيح لاحتمال أنه لم يقتل ظلما كما سيأتى . وهو الذى حققه فى شرح الدرر اه ملخصا من القهستانى وشرح المنية (قوله أو قتل الأب ابنه) أو قتله شخصا آخر يرثه الإبن بحر ، كما إذا قتل زوجته وله منها ولد فإن الولد استحق القصاص على أبيه فيسقط للأبوة (قوله ولم يرتث) بالبناء للمجهول وتشديد المثلثة آخره ، أشار إلى أن شرط عدم الارتثاث ليس خاصا بشهيد المعركة : ولذا لما قتل عمر ، وعلى غسلا لأنهما ارتثا ، وعثمان أجهز عليه فى مصرعه ولم يرتث فلم يغسل كما فى البدائع . وسيجىء بيان الارتثاث (قوله وكذا يكون شهيداً الخ) أى بشرط أن لايرتث أيضا (قوله أو قاطع طريق) والمكابرون فى المصر ليلا بمنزلة قطاع الطريق كما فى البحر عن شرح المجمع ، فمن قتلوه ولو بغير محدد فهو شهيد : كما لو قتله القطاع ؛ وكذا من قتله اللصوص ليلا كما سيأتى . وذكر فى البحر أنه زاد فى المحيط سببا رابعا وهو من قتل مدافعا ولو عن ذمى فإنه شهيد بأى آلة قتل وإن لم يكن واحداً من الثلاثة أى ممن قتله باغ أو حربى أو قاطع طريق وقال فى النهر : كونه شهيداً وإن قتل بغير محدد مشكل جداً لوجوب الدية بقتله ، فتدبره ممعنا النظر فيه اه :

قلت : يمكن حمله على ما إذا لم يعلم قاتله عينا ، كما لو خرج عليه قطاع طريق أو لصوص أو نحوهم . وفى البحر عن المجتبى إذا التقت سريتان من المسلمين وكل واحدة ترى أنهم مشركون فأجلوا عن قتلى من الفريقين . قال محمد : لادية على أحد ولا كفارة لأنهم دافعون عن أنفسهم ، ولم يذكر حكم الغسل . ويجب أن يغسلوا ، لأن قاتلهم لم يظلمهم اه : ومفاده أنه لو كانت إحدى الفرقتين ظالمة للأخرى ، بأن علموا حالهم لايغسل من قتل من الأخرى وإن جهل قاتله عينا لكونه مدافعا عن نفسه وجماعته تأمل (قوله ولو تسببا) لأن موته يكون مضافا إليهم ، فلو أوطأوا دابتهم مسلما ، أو نفروا دابة مسلم فزمته ، أو رموا ناراً فى سفينة فاحترقت ونحو ذلك ، فهو شهيد . أما لو قتل بانفلات دابة مشرك ليس عليها أحد أو دابة مسلم أو برمينا إليهم فأصابه أو نفر المسلمون منهم فالجأوهم إلى خندق أو نار أو نحوه فمات لم يكن شهيداً خلافا لأبى يوسف ، لأن فعله يقطع النسبة إليهم ، وتمامه فى البحر (قوله المراد بالجراحة علامة القتل) ليشمل ماذكره من الجراحة الباطنة ، وما ليس بجراحة أصلا كخنق وكسر عضو . وفيه إشارة إلى أن الأولى قول الهداية وغيرها أو وجد فى المعركة وبه أثر اه فلو لم يكن به أثر أصلا لايكون شهيداً ، لأن الظاهر أنه لشدة خوفه انخلع قلبه فتح : أى فلم يكن بفعل مضاف إلى العدو بدائع (قوله كخروج الدم الخ) أى إن كان الدم يخرج من مخارقه ينظر ، إن كان موضعا يخرج منه الدم من غير آفة فى الباطن كالأنف والذكر والدبر لم يكن شهيداً ، لأن المرء قد يبتلى بالرعاف ، وقد يبول دما لشدة الفزع ، وقد يخرج الدم من الدبر من غير جرح فى الباطن فوقع الشك فى سقوط الغسل فلا يسقط بالشك ، وإن كان يخرج من أذنه أو عينه كان شهيدا لأنه لايخرج منهما عادة إلا لآفة فى الباطن ، فالظاهر أنه ضرب على رأسه حتى خرج منهما

عينه أو من أذنه أو حلقه صافيا، لا من أنفه أو ذكره أو دبره أو حلقه جامدا (فينزع عنه مالا يصلح للكفن ويزاد) إن نقص ماعليه عن كفن السنة (وينقص) إن زاد (ل)أجل أن (يتم كفنه) المسنون (ويصلى عليه بلا غسل ويدفن بدمه وثيابه) لحديث « زملوهم بكلومهم » (ويغسل من وجد قتيلا فى مصر) أو قرية (فيما) أى فى موضع (يجب فيه الدية) ولو فى بيت المال كالمقتول فى جامع أو شارع (ولم يعلم قاتله) أو علم ولم يجب القصاص ، فإن وجب كان شهيدا كمن قتله اللصوص ليلا فى المصر فإنه لاقسامة ولا دية فيه للعلم بأن قاتله اللصوص ، غاية الأمر أن عينه لم تعلم فليحفظ ، فإن الناس عنه غافلون (أو قتل بحد أو قصاص)

الدم ؛ وإن كان يخرج من فمه ؛ فإن نزل من رأسه لم يكن شهيدا ،وإن كان يعلو من جوفه كان شهيدا لأنه لا يصعد إلا لجرح فى الباطن وإنما يميز بينهما بلون الدم بدائع ؛ فالنازل من الرأس صاف والصاعد من الجوف علق جوهرة وفتح والعلق الجامد . واستشكله فى الفتح بأن المرتقى من الجوف قد يكون رقيقا من قرحة فى الجوف على ماتقدم فى طهارة فلا يلزم كونه من جراحة حادثة بل هو أحد المحتملان اه (قوله صافيا) قيد لقوله أو حلقه ، وكذا قوله الآتى جامدا ؛ وفيه قلب . والصواب ذكر جامداً فى الأول وصافيا فى الثانى كما علم مما نقلناه آنفا (قوله فينزع عنه الخ) شروع فى أحكامه ؛ والمراد بما لايصلح للكفن مثل الفرو والحشو والقلنسوة والخف والسلاح والدرع لاالسراويل فلا ينزع فى الأشبه كما فى الهندية عن الهندوانى؛ وكذا لاينزع الفرو والحشو إذا لم يوجد غيره كما أفاده فى الإمداد (قوله ويزاد إن نقص) فى المحيط : قيل إن قولهم يزاد وينقص ، معناه يزاد ثوب جديد تكريما وينقص ماشاءوا وإن كان ماعليه يبلغ السنة . وقيل يزاد إذا قل وينقص إذا كثر حتى يبلغ السنة ، وهذا أنسب بقوله ليتم كفنه قهستانى . قال فى البحر : وأشار إلى أنه يكره أن ينزع عنه جميع ثيابه ويجدد الكفن ذكره الإسبيجابى اه (قوله لحديث الخ) أى لقوله صلى الله عليه وسلم فى شهداء أحد « زملوهم بكلومهم ودمائهم » رواه أحمد ، كذا فى شرح المنية . ثم ذكر دليل الصلاة عليه أنه عليه الصلاة والسلام صلى على شهداء أحد وساق أحاديث وقال كل منها إن سلم أنه لم يرتق إلى درجة الصحة فليس بنازل عن درجة الحسن، ومجموعها مرتق إليها قطعا ، فتعارض مافى البخارى عن جابر ، وترجح عليه بأنها مثبتة وهو ناف ، وتمامه فيه . والتزميل ، اللف : والكلوم : جمع كلم بفتح فسكون الجرح (قوله أى فى موضع تجب فيه الدية) فالمراد بالمصر والقرية مايشمل ماقرب منهما ؛ وخرج مالو وجد فى مفازة ليس بقربها عمران فإنه لاتجب فيه قسامة ولا دية ، فلا يغسل لو وجد به أثر القتل كما فى البحر عن المعراج (قوله ولم يعلم قاتله) أى مطلقا ، سواء قتل بما يوجب القصاص أولا ، لعدم تحقق كون قتله ظلما ، ولوجوب الدية . ولما كان مفهومه أنه إن علم لايغسل مطلقا أيضا مع أن الإطلاق غير مراد فصل الشارح بأنه إن علم ولم يجب القصاص بأن قتل بمثقل أو خطإ فكذلك أى يغسل وإلا فلا وكان المصنف أطلقه عن التقييد استغناء بما مر من قوله قتل ظلما الخ (قوله كمن قتله اللصوص الخ) أى سواء قتل بسلاح أو غيره ، وكذا من قتله قطاع الطريق خارج المصر بسلاح أو غيره فإنه شهيد ، لأن القتل لم يخلف فى هذه المواضع بدلا هو مال بحر عن البدائع ، لأن موجب قطع الطريق القتل لا المال كما فى البدائع (قوله فليحفظ الخ) أصل ذلك لصاحب البحر حيث قال بعد مامر عن البدائع : وبهذا يعلم أن من قتله اللصوص فى بيته ولم يعلم له قاتل معين منهم لعدم وجودهم فإنه لاقسامة ولا دية على أحد ، لأنهما لايجبان إلا إذا لم يعلم القاتل ، وهنا قد علم أن قاتله اللصوص وإن لم يثبت عليهم لفرارهم ، فليحفظ هذا فإن الناس عنه غافلون اه .

قلت : ووجه الغفلة إطلاق ماسيأتى فى القسامة من أنه إذا وجد قتيل فى دار نفسه فالدية على عاقلة ورثته ،

أى يغسل ، وكذا بتعزير أو افتراس سبع (أو جرح وارتث) وذلك (بأن أكل أو شرب أو نام أو تداوى) ولو قليلا (أو أوى خيمة أو مضى عليه وقت صلاة وهو يعقل) ويقدر على أدائها (أو نقل من المعركة) وهو يعقل ، سواء وصل حيا أو مات على الأيدى وكذا لو قام من مكانه إلى مكان آخر بدائع (لالخوف وطء الخيل أو أوصى بأمور الدنيا ، وإن بأمور الآخرة لا) يصير مرتثا (عند محمد وهو الأصح) جوهرة لأنه من أحكام الأموات (أو باع أو اشترى أو تكلم بكلام كثير)

ولم أر من قيده هناك بما ذكر هنا فلذا أكد فى التنبيه عليه (قوله أى يغسل) أفاد أنه معطوف على صلة من فى قوله ويغسل من وجد الخ لأن هذا القتل ليس بظلم وهو المناط إسمعيل (قوله أو جرح) فعل ماض مبنى للمفعول وهو عطف على قتل ، وقوله وارتث بالبناء للمفعول : أى حمل من المعركة رثيثا : أى جريحا . وفى النهاية : الرث البالى الخلق : أى صار خلقا فى الشهادة ، ومعناه الشرعى ماأفاده بقوله بأن أكل الخ نهر : لأنه حصل له بذلك رفق من مرافق الحياة فلم تبق شهادته على جدتها وهيئتها التى كانت فى شهداء أحد الذين هم الأصل فى حكمه ، لأن ترك الغسل على خلاف القياس المشروع فى حق سائر أموات بنى آدم فيراعى فيه جميع الصفات التى كانت فى المقيس عليه ، وتمامه فى شرح المنية (قوله ولو قليلا) يرجع إلى الأربعة قبله أفاده فى البحر ط (قوله أو أوى خيمة) بالمد والقصر يتعدى بالى . وأنكر بعضهم تعديته بنفسه : وقال الأزهرى : إنها لغة فصيحة كما ذكره ابن الأثير ، أفاده القهستانى ، والمراد هنا ماإذا ضربت عليه خيمة وهو فى مكانه وإلا فهى مسألة النقل من المعركة أفاده فى البحر (قوله وهو يعقل) فلو لم يعقل لايغسل وإن زاد على يوم وليلة (قوله ويقدر على أدائها) كذا قيده الزيلعى وقال حتى يجب عليه القضاء بتركها فيكون بذلك من أحكام الدنيا كما فى الدرر ، قال فى الفتح والله أعلم بصحته وتمامه فى البحر (قوله أو نقل من المعركة) أو من المكان الذى جرح فيه كما فى الينابيع إسمعيل (قوله وكذا الخ) أى بالأولى (قوله لالخوف وطء الخيل) قيد لقوله أو نقل من المعركة فحينئذ لايكون النقل منافيا للشهادة وهذا القيد(١) مذكور فى شرح الزيادات والكافى والمنبع وابن ملك وغرر الأذكار والزيلعى والدرر وغيرها إسمعيل ، وكذا فى الهداية والبدائع معللا بأنه مانال شيئا من راحة الدنيا (قوله وهو الأصح) ذكر فى البحر عن المحيط أن الأظهر أنه لاخلاف ؛ فقول أبى يوسف إنه لايكون(٢) مرتثا فيما إذا أوصى بأمور الدنيا ، وقول محمد بعدمه فيما إذا أوصى بأمور الآخرة كما فى وصية سعد بن الربيع ، وجزم به فى النهر .

وذكر ط وصية سعد عن سيرة الشامى حاصلها « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرسل إليه من ينظر حاله فقال : إنى فى الأموات ، فأبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم عنى السلام ، وقل له : إن سعد بن الربيع يقول : جزاك الله عنا خيراً ماجزى نبيا عن أمته ، وقل له إنى أجد ريح الجنة ، وأبلغ قومك عنى السلام ، وقل لهم إن سعد بن الربيع يقول لكم : إنه لاعذر لكم عند الله إن خلص إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم مكروه وفيكم عين تطرف ، ثم لم يبرح أن مات » (قوله أو تكلم بكلام كثير) يمكن حمله على كلام ليس بوصية توفيقا بينهما ، لكن ذكر أبوبكر الرازى أنه لو أكثر كلامه فى الوصية غسل لأنها إذا طالت أشبهت أمور الدنيا بحر عن غاية البيان. قلت : يمكن حمل ماذكره الرازى على الوصية بأمور الدنيا بدليل مامر من وصية سعد ، فإن فيها كلاما

---

(١) (قوله وهذا القيد الخ) أشار بعزو هذا القيد إلى هذه الكتب إلى الرد على بعض الشراح من التسوية بينه وبين قوله المداوى مثلا بحثا اه .

(٢) (قوله فقول أبى يوسف إنه لا يكون الخ) الصواب إسقاط لا تأمل اه .

وإلا فلا، وهذا كله إذا كان (بعد انقضاء الحرب ولو فيها) أى فى الحرب (لا) يصير مرتثا بشىء مما ذكر ، وكل ذلك فى الشهيد الكامل ، وإلا فالمرتث شهيد الآخرة ، وكذا الجنب ونحوه ، ومن قصد العدوّ فأصاب نفسه ؛ والغريق والحريق والغريب والمهدوم عليه والمبطون والمطعون والنفساء والميت ليلة الجمعة ، وصاحب ذات الجنب ومن مات وهو يطلب العلم ؛ وقد عدّهم السيوطى نحو الثلاثين .

طويلا (قوله وإلا فلا) أى وإن لم يكن كثيرا ككلمة أو كلمتين فلا يكون مرتثا (قوله وهذا كله) أى كون ماذكر فى بيان الارتثاث موجبا للغسل درر (قوله إذا كان الخ) هذا الشرط يظهر فيمن قتل بمحاربة ، أما من قتل بغيرها كمن قتل ظلما فلا يظهر فيه بل إن ارتث غسل وإلا لا ، ولذا لم يقتد به هناك (قوله وكل ذلك) أى ماتقدم من الشروط وهى ست كما فى البدائع : العقل والبلوغ والقتل ظلما . وأن لايجب به عوض مالى ، والطهارة عن الحدث الأكبر ، وعدم الارتثاث ط .

مطلب فى تعداد الشهداء

(قوله فى الشهيد الكامل) وهو شهيد الدنيا والآخرة ، وشهادة الدنيا بعدم الغسل إلا لنجاسة أصابته غير دمه كما فى أبى السعود ؛ وشهادة الآخرة بنيل الثواب الموعود للشهيد أفاده فى البحر ط ، والمراد بشهيد الآخرة من قتل مظلوما أو قاتل لاعلاء كلمة الله تعالى حتى قتل ، فلو قاتل لغرض دنيوى فهو شهيد دنيا فقط تجرى عليه أحكام الشهيد فى الدنيا ؛ وعليه فالشهداء ثلاثة (قوله ونحوه) أى كالمجنون والصبى والمقتول ظلما إذا وجب بقتله مال (قوله والمطعون) وكذا من مات فى زمن الطاعون بغيره إذا أقام فى بلده صابراً محتسبا فإن له أجر الشهيد كما فى حديث البخارى . وذكر الحافظ ابن حجر أنه لايسأل فى قبره أجهورى (قوله والنفساء) ظاهره سواء ماتت وقت الوضع أو بعده قبل انقضاء مدة النفاس ط (قوله والميت ليلة الجمعة) أخرج حميد بن زنجويه فى فضائل الأعمال عن مرسل إياس بن بكير أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من مات يوم الجمعة كتب له أجر شهيد » أجهورى (قوله وهو يطلب العلم) بأن كان له اشتغال به تأليفاً أو تدريسا أو حضورا فيما يظهر ، ولو كل يوم درسا ، وليس المراد الإنهماك ط (قوله وقد عدهم السيوطى الخ) أى فى التثبيت نحو الثلاثين فقال : من مات بالبطن :

واختلف فيه ، هل المراد به الاستسقاء أو الإسهال ؟ قولان . ولا مانع من الشمول أو الغرق أو الهدم أو بالجنب : وهى قروح تحدث فى داخل الجنب بوجع شديد ثم تنفتح فى الجنب أو بالجمع بالضم بمعنى المجموع كالذخر بمعنى المذخور وكسر الكسائى الجيم . والمعنى أنها ماتت من شىء مجموع فيها غير منفصل عنها من حمل أو بكارة ، وقد تفتح الجيم أيضا على قلة . قال صلى الله عليه وسلم « أيما امرأة ماتت بجمع فهى شهيدة » أو بالسل وهو داء يصيب الرئة ، ويأخذ البدن منه فى النقصان والاصفرار . وفى الغربة أو بالصرع ، أو بالحمى ، أو دون أهله أو ماله أو دمه أو مظلمة ، أو بالعشق مع العفاف والكتم وإن كان سيئة حراما ، أو بالشرق ، أو بافتراس السبع أو بحبس سلطان ظلما ، أو بالضرب ، أو متواريا ، أو لدغته هامة ، أو مات على طلب العلم الشرعى ، أو مؤذنا محتسبا أو تاجرا صدوقا ، ومن سعى على امرأته وولده وما ملكت يمينه يقيم فيهم أمر الله تعالى ويطعمهم من حلال كان حقا على الله تعالى أن يجعله من الشهداء فى درجاتهم يوم القيامة ، والمائد فى البحر : أى الذى حصل له غثيان ، والذى يصيبه القىء له أجر شهيد ، ومن ماتت صابرة على الغيرة لها أجر شهيد ، ومن قال كل يوم خمسا وعشرين مرة : اللهم بارك لى فى الموت وفيما بعد الموت ثم مات على فراشه أعطاه الله أجر شهيد ، ومن صلى

باب الصلاة فى الكعبة

فى الباب زيادة على الترجمة وهو حسن .

الضحى وصام ثلاثة أيام من كل شهر ، ولم يترك الوتر سفراً ولا حضراً كتب له أجر شهيد . » والمتمسك بسنتى عند فساد أمتى له أجر شهيد » ومن قال فى مرضه أربعين مرة « لاإله إلا أنت سبحانك إنى كنت من الظالمين فمات أعطى أجر شهيد ، وإن برئ برئ مغفوراً له » وحذفت أدلة ذلك طلبا للاختصار اه ملخصا ط .

أقول : وقد نظمها العلامة الشيخ على الأجهورى المالكى وشرحها شرحا لطيفا . وذكر نحو الثلاثين أيضا لكنه زاد على ماهنا : من مات بالطاعون كما مر أو بالحرق أو مرابطا أو يقرأ كل ليلة سورة يس . ومن صرع عن دابة فمات . ويحتمل أن يكون هو المراد بقوله فيما مر أو بالصرع . ومن بات على طهارة فمات . ومن عاش مداريا مات شهيدا أخرجه الديلمى ، ومن صلى على النبى صلى الله عليه وسلم مائة مرة أخرجه الطبرانى . ومن سأل القتل فى سبيل الله صادقا ثم مات أعطاه الله أجر شهيد رواه الحاكم وغيره . ومن جلب طعاما إلى مصر من أمصار المسلمين كان له أجر شهيد رواه الديلمى . ومن مات يوم الجمعة كما مر . وسئل الحسن عن رجل اغتسل بالثلج فأصابه البرد فمات فقال : يالها من شهادة . وأخرج الترمذى عن معقل بن يسار قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من قال حين يصبح ثلاث مرات أعوذ بالله السميع العليم من الشيطان الرجيم وقرأ ثلاث آيات من آخر سورة الحشر وكل الله به سبعين ألف ملك يصلون عليه حتى يمسى ، فإن مات فى ذلك اليوم مات شهيداً ، ومن قالها حين يمسى كان بتلك المنزلة حتى يصبح » اه وبذلك زادت على الأربعين ، وقد عدها بعضهم أكثر من خمسين وذكرها الرحمتى منظومة فراجعه :

مطلب المعصية هل تنافى الشهادة ؟

[خاتمة] ذكر الأجهورى قال فى العارضة : من غرق فى قطع الطريق فهو شهيد وعليه إثم معصيته . وكل من مات بسبب معصية فليس بشهيد ، وإن مات فى معصية بسبب من أسباب الشهادة فله أجر شهادته وعليه إثم معصيته ، وكذلك لو قاتل على فرس مغصوب أو كان قوم فى معصية فوقع عليهم البيت فلهم الشهادة وعليهم إثم المعصية انتهى . ثم نقل عن بعض شيوخه أنه يؤخذ منه أن من شرق بالخمر فمات فهو شهيد لأنه مات فى معصية لابسببها ثم نظر فيه لأنه مات بسببها ، لأن الشرقة بالخمر معصية لأنها شرب خاص . قال : ويتردد النظر فيمن ماتت بالولادة من الزنا فى أن سبب السبب هل يكون بمنزلة السبب فلا تكون شهيدة أم لا ، والظاهر الأول اه . وجزم الرملى الشافعى بالثانى وقال : أى فرق بينها وبين من ركب البحر لمعصية أو سافر آبقا أو ناشزة ، بخلاف ما إذا ركب البحر فى وقت لاتسير فيه السفن أو تسببت امرأة فى إلقاء حملها للعصيان بالسبب اه ملخصا .

قلت : الذى يظهر تقييد ركوب البحر أو السفر بما إذا كان لغير معصية وإلا كان معصية لكونه سببا للمعصية ، فهو كمن قاتل عصبية فجرح ثم مات ، فالمناسب مانقله عن بعضهم من تقييد السفر بالإباحة ، والله أعلم .

باب الصلاة فى الكعبة

لما بين حكم الصلاة خارجها شرع فى بيانها داخلها ، وقدم الأول لكثرة وقوعه (قوله فى الباب زيادة) وهى الصلاة عليها وحولها ط (قوله وهو حسن) بخلاف مالو نقص عنها ، ومثله الزيادة على مافى السؤال كقوله

(يصح فرض ونفل فيها وفوقها) ولو بلا سترة ، لأن القبلة عندنا هى العرصة والهواء إلى عنان السماء (وإن كره الثانى) للنهى ، وترك التعظيم (منفرداً أو بجماعة وإن) وصلية (اختلفت وجوههم) فى التوجه إلى الكعبة (إلا إذا جعل قفاه إلى وجه إمامه) فلا يصح اقتداؤه (لتقدمه عليه) ويكره جعل وجهه لوجهه بلا حائل ولو لجنبه لم يكره فهى أربع (ويصح لو تحلقوا حولها ، ولو كان بعضهم أقرب إليها من إمامه إن لم يكن جانبه)

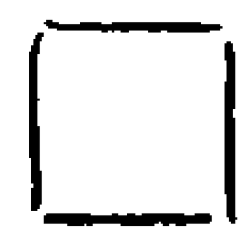
عليه الصلاة والسلام لما سئل عن التطهر بماء البحر «هو الطهور ماؤه الحل ميتته» (قوله يصح فرض ونفل فيها) أى فى جوفها . وعند مالك لايصح الفرض فيها ، لأنه إن كان استقبل جهة كان مستدبرا جهة أخرى . ولنا أن الواجب استقبال جزء منها غير عين ، وإنما يتعين الجزء قبلة له بالشروع فى الصلاة والتوجه إليه ، ومتى صار قبلة فاستدبار غيره لايكون مفسدا ، وعلى هذا ينبغى أنه لو صلى ركعة إلى جهة أخرى لم يصح لأنه صار مستدبراً الجهة التى صارت قبلة فى حقه بيقين بلا ضرورة ، بخلاف المتحرى ، لأن ماتحول عنها لم تصر قبلة له بيقين بل باجتهاد ولم يبطل ماأدى بالإجتهاد الأول ، لأن ما مضى باجتهاد لاينقض باجتهاد مثله بدائع ملخصا (قوله هى العرصة والهواء) أى لا البناء بدليل أنه لو نقل إلى عرصة أخرى وصلى إليه لم يجز ، ولأنه لو صلى على أبى قبيس جازت بالإجماع مع أنه لم يصل إلى البناء بدائع والعرصة بالسكون : كل بقعة من الدور ليس فيها بناء قاموس (قوله إلى عنان السماء) بفتح العين المهملة : نواحيها : وبكسرها : مابدا لك منها إذا نظرتها قاموس (قوله وإن كره الثانى) أى الصلاة فوقها (قوله للنهى) لأنها من السبع التى نهى عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وجمعها الطرسوسى فى قوله :

نهى الرسول أحمد خير البشر ... عن الصلاة فى بقاع تعتبر
معاطن الجمال ثم المقبره ... مزبلة طريقهم ومجزره
وفوق بيت الله والحمام ... والحمد لله على التمام

(قوله وإن اختلفت وجوههم) شامل لست عشرة صورة حاصلة من ضرب أربع : وجه المؤتم وقفاه ويمينه ويساره فى مثلها من الإمام ح .

قلت : ويشمل ست عشرة صورة أيضا حاصلة من ذلك بالنظر إلى المقتدين بعضهم مع بعض ، كما أشار إليه فى البدائع ، حيث قال : وكذا إذا كان وجه بعضهم إلى ظهر بعض وظهر بعضهم إلى ظهر بعض لوجود استقبال القبلة (قوله فى التوجه إلى الكعبة) زاده للإشارة إلى أنه ليس المراد اختلفت وجوههم بعضها عن بعض . لأنه على هذا التقدير لايشمل صورة المواجهة ط تأمل (قوله إلى وجه إمامه) أى بأن يتوجه إلى الجهة التى توجه إليها إمامه ويكون متقدما عليه فيها ، سواء كان ظهره مسامتا لوجه إمامه أو منحرفا عنه يمينا أو يسارا ، لأن العلة التقدم عند اتحاد الجهة (قوله ويكره الخ) قال فى شرح الملتقى لأنه يشبه عبادة الصورة . وفى القهستانى عن الجلابى وينبغى أن يجعل بينه وبين الإمام سترة ، بأن يعلق نطعا أو ثوباً ط أى ليمنع عن المواجهة (قوله فهى أربع) يعنى الجوانب من كل من المؤتم والإمام ، فلا ينافى مامر من أنها ستة عشر فافهم (قوله ويصح لو تحلقوا حولها) شروع فى حكم الصلاة خارجها ، والتحلق جائز لأن الصلاة بمكة تؤدى هكذا من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا . والأفضل للإمام أن يقف فى مقام إبراهيم عليه الصلاة والسلام بدائع (قوله إن لم يكن فى جانبه) أما إذا كان أقرب إليها من الإمام فى الجهة التى يصلى إليها الإمام ، بأن كان متقدما على الإمام بحذائه فيكون ظهره إلى وجه الإمام أو كان على يمين الإمام أو يساره متقدما عليه من تلك الجهة ويكون ظهره إلى الصف

لتأخره حكما ؛ ولو وقف مسامتا لركن فى جانب الإمام وكان أقرب لم أره ، وينبغى الفساد احتياطا لترجيح جهة الإمام ، وهذه صورته :



م م

إمام مؤتم

(وكذا لو اقتدوا من خارجها بإمام فيها ، والباب مفتوح صح) لأنه كقيامه فى المحراب .

الذى مع الإمام ووجهه إلى الكعبة ، فلا يصح اقتداؤه لأنه إذا كان متقدما عليه لايكون تابعا له بدائع (قوله لتأخره حكما) علة لصحة صلاة الأقرب إليها من إمامه إن لم يكن فى جانب الإمام ؛ لأن التقدم إنما يظهر عند اتحاد الجهة فإذا لم تتحد لم يتحقق تقدمه على إمامه ، والمانع من صحة الاقتداء هو التقدم ولم يوجد . وبما قررناه ظهر أن الأولى فى التعليل أن يقول لعدم تقدمه ؛ لأن صحة الاقتداء لاتتوقف على التأخر بل تكون مع المساواة كما مر فى محله (قوله وينبغى الفساد احتياطا الخ) البحث للشرنبلالى فى حاشية الدرر ؛ وكذا للرملى فى حاشية البحر . وبيانه أن المقتدى إذا استقبل ركن الحجر مثلا يكون كل من جانبيه جهة له . فإذا كان الإمام مستقبلا لباب الكعبة وكان المقتدى أقرب إليها من الإمام لايصح ، لأن المقتدى وإن كان جانب يساره جهة له لكن جهة يمينه لما كانت جهة إمامه ترجحت احتياطا تقديما لمقتضى الفساد على مقتضى الصحة ؛ ومثل ذلك لو استقبل الإمام الركن وكان أحد المقتدين من جانبيه أقرب إلى الكعبة .

وعبارة الخير الرملى أقول : رأيت فى كتب الشافعية : لو توجه الإمام أو المأموم إلى الركن فكل من جانبيه جهته وأقول : ولا شىء من قواعدنا يأباه ، فلو صلى الإمام إلى الركن فكل من جانبيه جانبه فينظر إلى من عن يمينه وشماله من المقتدين ، فمن كان الإمام أقرب منه إلى الحائط أو بمساواته له فيحكم بصحة صلاته . وأما الذى هو أقرب من الإمام إلى الحائط فصلاته فاسدة ، وبه يتضح الحال فى التحلق حول الكعبة المشرفة مع الإمام فى سائر الأحوال اهـ (قوله وكذا لو اقتدوا من خارجها بإمام فيها الخ) أى سواء كان معه بعض القوم أولا . قال فى الإمداد : ولعل اشتراط فتح الباب ليعلم انتقال الإمام بالنظر إليه ، فلو سمع انتقالاته بالتبليغ والباب مغلق لامانع من صحة الاقتداء لعدم المانع منه كما قدمناه فى شروط صحة الاقتداء اهـ . ولكنه يكره ذلك لارتفاع مكان الإمام قدر القامة كانفراده على الدكان إن لم يكن معه أحد ط .

أقول : ولم أر من ذكر عكس المسألة ، وهو مالو كان المقتدى فيها والامام خارجها . والظاهر الصحة إن لم يمنع منها مانع من التقدم على الإمام عند اتحاد الجهة . ثم رأيت رسالة لسيدى عبدالغنى سماها [نقض الجعبة فى الاقتداء من جوف الكعبة] ذكر فيها أنه سئل عن هذه المسألة وأنه وقع فيها اختلاف بين أهل عصره فى مكة وأنه أجاب بعضهم بالجواز وبعضهم بالمنع ولم توجد منصوصة . وأجاب هو بالجواز ورد ما استند إليه المانع . وذكر أنه ذكرها الزركشى من الشافعية فى كتابه [إعلام الساجد بأحكام المساجد] وذكر أن قواعدنا لاتأبى ماذكره من الجواز اهـ .

قلت : ولما حججت سنة ثلاث وثلاثين ومائتين وألف اجتمعت فى منى سقى الله عهدها مع بعض أفاضل الروم من قضاة المدينة المنورة فسألنى عن هذه المسألة فقلت له ماتقدم فقال لايصح الاقتداء ، لأن المقتدى يكون أقوى حالا من الإمام لكونه داخلها والإمام خارجها ، وبنى على ذلك أنه لايصح اقتداء من يصلى فى الحجر إذا

كتاب الزكاة

قرنها بالصلاة فى اثنين وثمانين موضعا فى التنزيل دليل على كمال الاتصال بينهما . وفرضت فى السنة الثانية قبل فرض رمضان . ولا تجب على الأنبياء إجماعا .

(هى) لغة الطهارة والنماء ، وشرعا (تمليك)

كان الإمام فى جهة أخرى، لأن الحجر من الكعبة وقال : إذا وليت قضاء مكة أمنع الناس من ذلك . فعارضته بأن ماذكرته من القوة لايؤثر فى المنع للتساوى فى الواجب وهو استقبال جزء من الكعبة . وبأن التحلق حول الكعبة عادة قديمة من عهد النبى صلى الله عليه وسلم وإن كان الإمام خارج الحجر ، ولم نسمع عن أحد من المجتهدين أو ممن بعدهم أنه منع من وصل الصفوف فى الحجر ، فكان ذلك إجماعاً على الصحة وبأن الحجر : أى بعضه ليس من الكعبة على سبيل القطع ، ولذا لاتصح الصلاه مستقبلا إليه وإنما هو ظنى فإذا وجدت شروط الصحة القطعية لايحكم بالفساد لأمر ظنى بعد تسليم أصل المسألة ، وإلا فهو غير مسلم لما علمت . والله تعالى أعلم .

كتاب الزكاة

إنما ترك فى العنوان العشر وغيره لأنه داخل فيه تغليبا أو تبعا قهستانى (قوله قرنها) بصيغة المصدر مبتدأ ، وقوله دليل الخ خبر ط .

وحاصله أن القياس ذكر الصوم عقب الصلاة كما فعل قاضيخان لأنه بدنى محض مثلها، إلا أن أكثرهم قدموا الزكاة عليه اقتداء بكتاب الله تعالى نوح . ولأنها أفضل العبادات بعد الصلاة قهستانى .

قلت : وهو موافق لما فى التحرير وشرحه أوائل الفصل الثانى من الباب الأول من أن ترتيبها فى الأشرفية بعد الإيمان هكذا : الصلاة ، ثم الزكاة ، ثم الصيام ، ثم الحج ، ثم العمرة والجهاد ، والاعتكاف . وتمام الكلام عليه هناك (قوله فى اثنين وثمانين موضعا) كذا عزاه فى البحر إلى المناقب البزازية، وتبعه فى النهر والمنح. قال ح : وصوابه اثنين وثلاثين كما عده شيخنا السيد رحمه الله تعالى (قوله قبل فرض رمضان) هذا مما يحسن تقديمها على الصوم ط (قوله ولا تجب على الأنبياء) لأن الزكاة طهرة لمن عساه أن يتدنس. والأنبياء مبرءون منه ، وأما قوله تعالى – وأوصانى بالصلاة والزكاة مادمت حيا – فالمراد بها زكاة النفس من الرذائل التى لاتليق بمقامات الأنبياء عليهم الصلاة والسلام ، أو أوصانى بتبليغ الزكاة وليس المراد زكاة الفطر ، لأن مقتضى جعل عدم الزكاة من خصوصياتهم أنه لا فرق بين زكاة المال والبدن ، كذا أفاده الشبراملسى (قوله الطهارة) هذا أنسب مما فى بعض النسخ من إبداله بالنظافة (قوله والنماء) أى الزيادة . ولها معان أخر : البركة . يقال زكت البقعة : إذا بورك فيها . والمدح يقال زكى نفسه إذا مدحها ، والثناء الجميل يقال زكى الشاهد إذا أثنى عليه بخير ، وكلها توجد فى المعنى الشرعى لأنها تطهر مؤديها من الذنوب ومن صفة البخل والمال بانفاق بعضه ولذا كان المدفوع مستقذرا فحرم على آل البيت – خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها – وتنميه بالخلف – وما أنفقتم من شىء فهو يخلفه . ويربى الصدقات . وبها تحصل البركة ، لاينقص مال من صدقة ، ويمدح بها الدافع ويثنى عليه بالجميل – والذين هم للزكاة فاعلون – قد أفلح من تزكى – (قوله وشرعا تمليك الخ) أى إنها اسم للمعنى المصدرى لوصفها بالوجوب الذى هو من صفات الأفعال ولأن موضوع علم الفقه فعل المكلف . ونقل القهستانى أنها شرعا القدر الذى يخرجه إلى الفقير . ثم قال : وفى الكرمانى أنها فى القدر مجاز شرعا فإنها

خرج الإباحة ، فلو أطعم يتيما ناويا الزكاة لايجزيه إلا إذا دفع إليه المطعوم كما لو كساه بشرط أن يعقل القبض إلا إذا حكم عليه بنفقتهم (جزء مال) خرج المنفعة ، فلو أسكن فقيرا داره سنة ناويا لا يجزيه (عينه الشارع) وهو ربع عشر نصاب حولى

إيتاء ذلك القدر وعليه المحققون كما فى المضمرات وهو القابل للعنوان ، وبالاشتراك قال الزمخشرى وابن الأثير اه وقوله تعالى — آتوا الزكاة — ظاهره القدر الواجب ، ويحتمل تأويل الإيتاء بإخراج الفعل من العدم إلى الوجود كما فى — أقيموا الصلاة — .

[تنبيه] هذا التعريف لايدخل فيه زكاة السوائم لأنه يأخذها العامل ولو جبرا فلم يوجد التمليك من المزكى ، إلا أن يقال إن السلطان أو عامله بمنزلة الوكيل عنه فى صرفها مصارفها وتمليكها أو عن الفقراء فتأمل (قوله خرج الإباحة) فلا تكفى فيها ، وأما الكفارة فلم تخرج بقيد التمليك ، لأن الشرط فيها التمكين وهو صادق بالتمليك وإن صدق بالإباحة أيضا ، نعم تخرج بقوله جزء مال الخ فافهم (قوله إلا إذا دفع إليه المطعوم) لأنه بالدفع إليه بنية الزكاة يملكه فيصير آكلا من ملكه ، بخلاف ما إذا أطعمه معه ، ولا يخفى أنه يشترط كونه فقيرا . ولا حاجة إلى اشتراط فقر أبيه أيضا لأن الكلام فى اليتيم ولا أبا له فافهم (قوله كما لو كساه) أى كما يجزئه لو كساه ح (قوله بشرط أن يعقل القبض) قيد فى الدفع والكسوة كليهما ح . وفسره فى الفتح وغيره بالذى لا يرمى به ولا يخدع عنه ، فإن لم يكن عاقلا فقبض عنه أبوه أو وصيه أو من يعوله قريبا أو أجنبيا أو ملتقطه صح كما فى البحر والنهر وعبر بالقبض لأن التمليك فى التبرعات لا يحصل إلا به فهو جزء من مفهومه فلذا لم يقيد به أولا كما أشار إليه فى البحر تأمل (قوله إلا إذا حكم عليه بنفقتهم) أى نفقة الأيتام والأولى إفراد الضمير لأن مرجعه فى كلامه مفرد أى إلا إذا كان اليتيم ممن تلزمه نفقته وقضى عليه بها أى فلا تجزيه عن الزكاة لأنه استثناء من المستثنى الذى هو إثبات وهذا إذا كان يحتسب المؤدى إليه من النفقة ، أما إذا احتسبه من الزكاة فيجزئه كما فى البحر عن الولوالجية ، ومثله فى التاترخانية عن العيون ، فكان على الشارح أن يقول واحتسبه منها كما أفاده ح .

قلت : والظاهر أنه إذا احتسبه من الزكاة تسقط عنه النفقة المفروضة لاكتفاء اليتيم بها لما صرحوا به من أن نفقة الأقارب تجب باعتبار الحاجة ، ولذا تسقط بمضى المدة ولو بعد القضاء لوقوع الاستغناء عما مضى وهنا كذلك فتأمل (قوله خلافا للثانى(١)) أى أبى يوسف فعنده يصح . وعبارة البزازية قضى عليه بنفقة ذى رحمه المحرم فكساه وأطعمه ينوى الزكاة صح عند الثانى اه . زاد فى الخانية وقال محمد : يجوز فى الكسوة ولا يجوز فى الإطعام وقول أبى يوسف فى الإطعام خلاف ظاهر الرواية اه .

قلت : هذا إذا كان على طريق الإباحة دون التمليك كما يشعر به لفظ الإطعام ، ولذا قال فى التاترخانية عن المحيط إذا كان يعول يتيما ويجعل مايكسوه ويطعمه من زكاة ماله ، ففى الكسوة لاشك فى الجواز لوجود الركن وهو التمليك ، وأما الطعام فما يدفعه إليه بيده يجوز أيضا لما قلنا ، بخلاف مايأكله بلا دفع إليه (قوله فلو أسكن الخ) عزاه فى البحر إلى الكشف الكبير وقال قبله والمال كما صرح به أهل الأصول مايتمول ويدخر للحاجة ، وهو خاص بالأعيان فخرج به تمليك المنافع اه (قوله عينه) أى الجزء أو المال ، وقول الشارح وهو ربع عشر نصاب صالح لهما فإن ربع العشر معين والنصاب معين أيضا فافهم (قوله وهو ربع عشر نصاب) أى أو مايقوم

---

(١) (قوله خلافا للثانى) هكذا بخطه ، ولا وجود لذلك فى نسخ الشارح التى بيدى ، وليحرر اه مصححه .

خرج النافلة والفطرة (من مسلم فقير) ولو معتوها (غير هاشمي ولا مولاه) أي معتقه ، وهذا معنى قول الكنز تمليك المال : أي المعهود إخراجه شرعا (مع قطع المنفعة عن المملك من كل وجه) فلا يدفع لأصله وفرعه (لله تعالى) بيان لاشتراط النية .

(وشرط افتراضها عقل وبلوغ

مقامه من صدقات السوائم كما أشار إليه في البحر ط (قوله خرج النافلة الخ) لأنهما غير معينين ، أما النافلة فظاهر ، وأما الفطرة فلأنها وإن كانت مقدرة بالصاع من نحو تمر أو شعير وبنصفه من نحو بر أو زبيب فليست معينة من المال لوجوبها في الذمة ، ولذا لو هلك المال لاتسقط كما سيأتي في بابها ، بخلاف الزكاة ولذا تجب من البر وغيره وإن لم يكن عنده منه شيء ، أما ربع العشر في الزكاة فلا يجب الأعلى من عنده تسعة أعشار غيره . والحاصل أن الفرق بينهما بالتعيين والتقدير ، هذا ماظهر لي فافهم (قوله من مسلم الخ) متعلق بتمليك ، واحترز بجميع ماذكر عن الكافر والغني والهاشمي ومولاه والمراد عند العلم بحالهم كما سيأتي في المصرف ح قال في البحر : ولم يشترط الحرية لأن الدفع إلى غير الحر جائز كما سيأتي في بيان المصرف .

مطلب في أحكام المعتوه

(قوله ولو معتوها) في المغرب : المعتوه الناقص العقل ، وقيل المدهوش من غير جنون اه وفيه التفصيل المار في الصبي كما في التتارخية ؛ وفي عامة كتب الأصول أن حكمه كالصبي العاقل في كل الأحكام . واستثنى الدبوسي العبادات فتجب عليه احتياطا . ورده أبو اليسر بأنه نوع جنون فيمنع الوجوب .

وفي أصول البستي أنه لايكلف بأدائها كالصبي العاقل إلا أنه إن زال العته توجه عليه الخطاب بالأداء حالا ، وبقضاء مامضى بلا حرج ، فقد صرح بأنه يقضي القليل دون الكثير وإن لم يكن مخاطبا فيما قبل كالنائم والمغمى عليه دون الصبي إذا بلغ ، وهو أقرب إلى التحقيق ، كذا في شرح المغني للهندي إسمعيل ملخصا (قوله أي معتقه) بفتح التاء ، والضمير للهاشمي (قوله وهذا) أي ماعرف به المصنف (قوله أي المعهود) إشارة إلى ما أجاب به في النهر عن اعتراض الدرر على الكنز بأن قوله تمليك المال يتناول الصدقة النافلة ، فزاد قوله يعينه الشارع كما فعل المصنف لإخراجها . وحاصل الجواب أن أل في المال للعهد وهو ماعينه الشارع (قوله مع قطع) متعلق بتمليك ، وقوله من كل وجه متعلق بقطع ط (قوله فلا يدفع لأصله) أي وإن علا ، وفرعه وإن سفل ، وكذا لزوجته وزوجها وعبده ومكاتبه ، لأنه بالدفع إليهم لم تنقطع المنفعة عن المملك : أي المزكي من كل وجه (قوله لله تعالى) متعلق بتمليك أي لأجل امتثال أمره تعالى (قوله بيان لاشتراط النية) فإنها شرط بالإجماع في مقاصد العبادات كلها بحر (قوله عقل وبلوغ) فلا تجب على مجنون وصبي لأنها عبادة محضة وليسا مخاطبين بها ؛ وإيجاب النفقات والغرامات لكونها من حقوق العباد والعشر ، وصدقة الفطر لأن فيهما معنى المؤنة .

ولاخلاف أنه في المجنون الأصلي يعتبر ابتداء الحول من وقت إفاقته كوقت بلوغه . أما العارضي ، فإن استوعب كل الحول فكذلك في ظاهر الرواية وهو قول محمد ورواية عن الثاني وهو الأصح ، وإن لم يستوعبه لغا . وعن الثاني أنه يعتبر في وجوبها إفاقة أكثر الحول نهر ولم يذكر المعتوه هنا . والظاهر أن فيه هذا التفصيل وأنه لاتجب عليه في حال العته ، لما علمت من أن حكمه كالصبي العاقل فلا تلزمه لأنها عبادة محضة كما علمت إلا إذا لم يستوعب الحول ، لأن الجنون يلغو معه فالعته بالأولى .

وإسلام وحرية) والعلم به ولو حكما كـكونه فى دارنا .

(وسببه) أى سبب افتراضها (ملك نصاب حولى) نسبة للحول لحولانه عليه (تام) بالرفع صفة ملك ؛ خرج مال المكاتب .

وأما مافى القهستانى من قوله فتجب على المعتوه والمغمى عليه ولو استوعب حولا كما فى قاضيخان اه ففيه أنى راجعت نسختين من قاضيخان فلم أره ذكر حكم المعتوه وإنما ذكر حكم المجنون والمغمى عليه ، ولو وجد فيه ذلك فهو مشكل فتأمل (قوله وإسلام) فلا زكاة على كافر لعدم خطابه بالفروع سواء كان أصليا أو مرتدا ، فلو أسلم المرتد لايخاطب بشيء من العبادات أيام ردته ثم كما شرط للوجوب شرط لبقاء الزكاة عندنا ،حتى لو ارتد بعد وجوبها سقط كما فى الموت بحر عن المعراج (قوله وحرية) فلا تجب على عبد ولو مكاتبا أو مستسعى . لأن العبد لاملك له والمكاتب ونحوه وإن ملك إلا أن ملكه ليس تاما نهر (قوله والعلم به) أى وبالافتراض ح وإنما لم يذكره المصنف لأنه شرط لكل عبادة . وقد يقال إنه ذكر الشروط العامة هنا كالإسلام والتكليف فينبغى ذكره أيضا بحر (قوله ولو حكما الخ) فلو أسلم الحربى ثم مكث سنين وله سوائم ولا علم له بالشرائع لا تجب عليه زكاتها ، فلا يخاطب بأدائها إذا خرج إلى دارنا خلافا لزفر بدائع (قوله ملك نصاب) فلا زكاة فى سوائم الوقف والخيل المسبلة لعدم الملك . ولا فيما أحرزه العدو بدراهم لأنهم ملكوه بالإحراز عندنا خلافا للشافعى بدائع ، ولا فيما دون النصاب .

مطلب الفرق بين السبب والشرط والعلة

ثم اعلم أن هذا جعله فى الكنز شرطا . واعترضه فى الدرر بأنه سبب . وأجاب عنه فى البحر بأنه أطلق على السبب اسم الشرط لاشتراكهما فى أن كلا منهما يضاف إليه الوجود لا على وجه التأثير فخرج العلة . ويتميز السبب عن الشرط بإضافة الوجوب إليه أيضا دون الشرط كما عرف فى الأصول اه .

أقول : ولا حاجة إلى ذلك ، فقد ذكر فى البدائع من الشروط الملك المطلق . قال وهو الملك يدا ورقبة . وقال إن السبب هو المال لأنها وجبت شكرا لنعمة المال ولذا تضاف إليه ، يقال زكاة المال ، والإضافة فى مثله للسببية كصلاة الظهر وصوم الشهر وحج البيت اه . وعليه فملك النصاب حيث جعل شرطا كما فى عبارة الكنز يكون من إضافة المصدر إلى مفعوله ،وحيث جعل سببا كما فى عبارة المصنف يكون من إضافة الصفة إلى الموصوف أى النصاب المملوك ، وبه علم أنه لا يصح تفسير عبارة الكنز بهذا خلافا لما فعله فى النهر لئلا يحتاج إلى الجواب بما مر عن البحر وأنه لايصح تفسير عبارة المصنف بما فسرنا به عبارة الكنز فافهم (قوله نصاب) هو مانصبه الشارع علامة على وجوب الزكاة من المقادير البينة فى الأبواب الآتية ، وهذا شرط فى غير زكاة الزرع والثمار . إذ لايشترط فيها نصاب ولاحولان حول كما سيأتى فى باب العشر (قوله نسبة للحول)أى الحول القمرى لاالشمسى كما سيأتى متنا قبيل زكاة المال (قوله لحولانه عليه) أى لأن حولان الحول على النصاب شرط لكونه سببا وهذا علة للنسبة ، وسمى الحول حولا لأن الأحوال تتحول فيه ، أو لأنه يتحول من فصل إلى فصل من فصوله الأربع (قوله خرج مال المكاتب) أى خرج بالتقييد به . لأن المراد بالتام المملوك رقبة ويدا وملك المكاتب ليس بتام لوجود المنافى ولأنه دائر بينه وبين المولى ، فإن أدى مال الكتابة سلم له ، وإن عجز سلم للمولى ؛ فكما لا يجب على المولى فيه شيء فكذا المكاتب كما فى الشرنبلالية .

أقول : إنه خرج باشتراط الحرية على أن المطلق ينصرف للكامل ، ودخل ماملك بسبب خبيث كمغصوب خلطه إذا كان له غيره منفصل عنه يوفى دينه (فارغ عن دين له مطالب من جهة العباد) سواء كان لله كزكاة

قلت : وخرج أيضا نحو المال المفقود والساقط فى . ر ومغصوب لا بينة عليه ومدفون فى برية فلا زكاة عليه إذا عاد إليه كما سيأتى لأنه وإن كان مملوكا له رقبة لكن لايدله عليه كما أفاده فى البدائع . وخرج به أيضا كما فى البحر المشترى للتجارة قبل القبض والآبق المعد للتجارة (قوله أقول الخ) حاصله أنه لا حاجة إلى قوله تام ، وفيه نظر لأنه فى صدد تعريف سبب الوجوب ولا بد فى التعريف من كونه جامعا مانعا ، فلو أطلق الملك عن قيد التمام لورد عليه ملك المكاتب ، وذكر الحرية فى بيان الشرط لايخرج تعريف السبب عن كونه ناقصا فحينئذ لابد من ذكره تأمل (قوله على أن الخ) زيادة ترقّ فى بيان الاستغناء عن قيد التمام : أى ولو فرض أن مال المكاتب لم يخرج باشتراط الحرية وقصد إخراجه وإخراج غيره مما تقدم يخرج بإطلاق الملك لانصرافه إلى الكامل ، والملك الكامل هو التام فلا حاجة إلى التصريح به ، لكن لايخفى أن هذه عناية يعتذر بها عند عدم التصريح بالقيد دفعا لاعتراض المعترض ، فإن المطلق كثيرا مايراد منه إطلاقه بل هو الأصل فيه كما فى كتب الأصول ، فالتصريح بالقيد حيث لم يرد الإطلاق أحسن ولا سيما فى مقام التفهيم وتعليم الأحكام الشرعية ، وقصد الاحتراز به عن غيره ولذا ذكر فى المتون المبنية على الاختصار كالغرر والملتقى وغيرهما (قوله ودخل) أى فى ملك النصاب المذكور فتح (قوله ماملك بسبب خبيث الخ) أى على قول الإمام ، لأن خلط دراهمه بدراهم غيره عنده استهلاك ، أما على قولهما فلا ضمان فلا يثبت الملك لأنه فرع الضمان فلا يورث عنه لأنه مال مشترك وإنما يورث حصة الميت منه فتح . وفى القهستانى : ولا زكاة فى المغصوب والمملوك شراء فاسدا اه والمراد بالمغصوب مالم يخلطه بغيره لعدم الملك . وأما المملوك شراء فاسدا فهو مشكل لأنه(١) قبل قبضه غير مملوك وبعده مملوك ملكا تاما وإن كان مستحق الفسخ فتأمل . وقيد بما إذا كان له غيره الخ لأنه إذا لم يكن له غيره يكون مشغولا بالدين للمغصوب منه ، فلا تلزمه زكاته مالم يبرئه منه ، والمراد بالغير ماتجب فيه الزكاة لما فى السراج : لايصرف الدين لملك آخر لا زكاة فيه ، والتقييد بالانفصال غير لازم ، وسيأتى تمام الكلام على مسألة الغصب فى باب زكاة الغنم (قوله فارغ عن دين) بالجر صفة نصاب ، وأطلقه فشمل الدين العارض كما يذكره الشارح ويأتى بيانه ، وهذا إذا كان الدين فى ذمته قبل وجوب الزكاة ، فلو لحقه بعده لم تسقط الزكاة لأنها ثبتت فى ذمته فلا يسقطها مالحق من الدين بعد ثبوتها جوهرة (قوله له مطالب من جهة العباد) أى طلبا واقعا من جهتهم (قوله سواء كان) أى الدين (قوله كزكاة) فلو كان له نصاب حال عليه حولان ولم يزكه فيهما لازكاة عليه فى الحول الثانى ، وكذا لو استهلك النصاب بعد الحول ثم استفاد نصابا آخر وحال عليه الحول لازكاة فى المستفاد لاشتغال خمسة منه بدين المستهلك ؛ أما لو هلك يزكى المستفاد لسقوط زكاة الأول بالهلاك بحر ، والمطالب هنا السلطان تقديرا لأن الطلب له فى زكاة السوائم وكذا فى غيرها ، لكن لما كثرت الأموال فى زمن عثمان رضى الله عنه وعلم أن فى تتبعها ضررا بأصحابها رأى المصلحة فى تفويض الأداء إليهم بإجماع الصحابة فصار أرباب الأموال كالوكلاء عن الإمام ولم يبطل حقه عن الأخذ ، ولذا قال أصحابنا : لو علم من أهل بلدة أنهم لا يؤدون زكاة الأموال الباطنة فإنه يطالبهم وإلا فلا لمخالفته الإجماع بدائع .

---

(١) (قوله فهو مشكل لأنه الخ) قال شيخنا نقلا عن القهستانى : المراد بالملك التام القدرة على التصرف من غير أن يلزم بهذا التصرف تبعة فى الدنيا ولا فى العقبى ، والمملوك شراء فاسدا لم توجد فيه هذه القدرة لأنه يلزم بتصرفه فيه القيمة فلم يكن الملك فيه تاما على هذا ، واندفع الإشكال اه .

وخراج أو للعبد ولو كفالة أو مؤجلا ولو صداق زوجته المؤجل للفراق ونفقة لزمته بقضاء أو رضا ، بخلاف دين نذر وكفارة وحج لعدم المطالب ، ولا يمنع الدين وجوب عشر وخراج

[تنبيه] ماوقع فى صدر الشريعة من أن دين الزكاة لايمنع سهو كما نبه عليه ابن كمال وغيره (قوله وخراج) فى البدائع : وقالوا دين الخراج يمنع وجوب الزكاة لأنه يطالب به ، وكذا إذا صار العشر دينا فى الذمة بأن أتلف الطعام العشرى صاحبه ، فأما وجوب العشر فلا يمنع لأنه متعلق بالطعام وهو ليس من مال التجارة بحر (قوله أو للعبد) معطوف على قوله لله تعالى (قوله ولو كفالة) مبالغة فى دين العبد : قال فى المحيط : لو استقرض ألفا فكفل عنه عشرة ولكل ألف فى بيته وحال الحول فلا زكاة على واحد منهم لشغله بدين الكفالة ، لأن له أن يأخذ من أيهم شاء بحر : قال فى الشرنبلالية : وهذا الفرع ظاهر على القول بأن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة فى الدين ، أما على الصحيح من أنها فى المطالبة فقط ففيه تأمل اه :

قلت : لاشك أيضا على القول بأنها فى المطالبة يكون لرب المال أخذ الدين من الكفيل وحبسه إذا امتنع فيكون الكفيل محتاجا إلى مافى يده لقضاء ذلك الدين وإن لم يكن فى ذمته دفعا للملازمة أو الحبس عنه ، وقد علوا سقوط الزكاة بالدين بأن المديون محتاج إلى هذا المال حاجة أصلية ، لأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية والمال المحتاج إليه حاجة أصلية لا يكون مال الزكاة تأمل (قوله أو مؤجلا الخ) عزاه فى المعراج إلى شرح الطحاوى . وقال : وعن أبى حنيفة لايمنع . وقال الصدر الشهيد : لا رواية فيه ، ولكل من المنع وعدمه وجه . زاد القهستانى عن الجواهر والصحيح أنه غير مانع (قوله ونفقة) بالنصب عطفا على كفالة بتقدير مضاف فيهما أى دين كفالة ودين نفقة ط (قوله لزمته بقضاء أو رضا) أى بقضاء القاضى بها أو تراضيهما على قدر معين لأنها بدون ذلك تسقط بمضى المدة ، وإنما تصير دينا بأحدهما لكن فى نفقة الزوجة مطلقا ، أما فى نفقة الأقارب فلا تصير دينا إلا إذا كانت المدة قصيرة دون شهر أو استدان القريب النفقة بإذن القاضى كما سيأتى إن شاء الله تعالى فى بابها (قوله بخلاف دين نذر) كما إذا كان له مائتا درهم ونذر أن يتصدق بمائة منها فإذا حال الحول عليها تلزمه زكاتها ويسقط النذر بقدر درهمين ونصف لأنه استحق بجهة الزكاه فيبطل النذر فيه ويتصدق بباقى المائة ، ولو تصدق بكلها للنذر وقع عن الزكاة درهمان ونصف لتعيينه بتعيين الله تعالى فلا يبطله تعيينه ، ولو نذر مائة مطلقة فتصدق بمائة منها للنذر يقع درهمان ونصف للزكاة ويتصدق بمثلها للنذر كما فى المعراج عن الجامع (قوله وكفارة) أى بأنواعها ح ، وكذا لايمنع دين صدقة الفطر وهدى المتعة والأضحية بحر :

مطلب فى زكاة ثمن المبيع وفاء

[تتمة] قالوا ثمن المبيع وفاء إن بقى حولا فزكاته على البائع لأنه ملكه . وقال بعض المشايخ : على المشترى لأنه يعدّه مالا موضوعا عند البائع فيؤاخذ بما عنده بدائع . وذكر فى الذخيرة أن زكاته عليهما للتعليلين المذكورين قال : وليس هذا إيجاب الزكاة على شخصين فى مال واحد ، لأن الدراهم لاتتعين فى العقود والفسوخ ، وهكذا ذكر فخر الدين البزدوى هذه المسألة أيضا فى شرح الجامع اه ومثله فى البزازية .

قلت : ينبغى لزومها على المشترى فقط على القول الذى عليه العمل الآن من أن بيع الوفاء منزل منزلة الرهن وعليه فيكون الثمن دينا على البائع تأمل (قوله ولا يمنع الدين وجوب عشر وخراج) برفع الدين ونصب وجوب والكلام الآن فى موانع الزكاة ، لكن لما كان كل من العشر والخراج زكاة الزروع والثمار قد يتوهم أن الدين يمنع

وكفارة (و) فارغ (عن حاجته الأصلية) لأن المشغول بها كالمعدوم . وفسره ابن ملك بما يدفع عنه الهلاك تحقيقا كثيابه أو تقديرا كدينه

وجوبهما نبه على دفعه وذكر الكفارة استطرادا فافهم (قوله لأنهما مؤنة الأرض النامية(١)) حتى يجب فى الأرض الموقوفة وأرض المكاتب بدائع (قوله وكفارة) أى أن الدين لايمنع وجوب التكفير بالمال على الأصح بحر عن الكشف الكبير .

قلت : لكن قال صاحب البحر فى شرحه على المنار والأشباه والنظائر إنه صحح فى التقرير منع وجوبها بالمال مع الدين كالزكاة اه ويوافقه ماسيأتى فى زكاة الغنم من قصة أمير بلخ (قوله وفارغ عن حاجته الأصلية) أشار إلى أنه معطوف على قوله عن دين (قوله وفسره ابن ملك) أى فسر المشغول بالحاجة الأصلية والأولى فسرها وذلك حيث قال وهى مايدفع الهلاك عن الإنسان تحقيقا كالنفقة ودور السكنى وآلات الحرب والثياب المحتاج إليها لدفع الحر أو البرد أو تقديرا كالدين ، فإن المديون محتاج إلى قضائه بما فى يده من النصاب دفعا عن نفسه الحبس الذى هو كالهلاك وكآلات الحرفة وأثاث المنزل ودواب الركوب وكتب العلم لأهلها فإن الجهل عندهم كالهلاك ، فإذا كان له دراهم مستحقة بصرفها إلى تلك الحوائج صارت كالمعدومة ، كما أن الماء المستحق بصرفه إلى العطش كان كالمعدوم وجاز عنده التيمم اه . وظاهر قوله فإذا كان له دراهم الخ أن المراد من قوله وفارغ عن حاجته الأصلية ماكان نصابا من النقدين أو أحدهما فارغا عن الصرف إلى تلك الحوائج : لكن كلام الهداية مشعر بأن المراد به نفس الحوائج ؛ فإنه قال : وليس فى دور السكنى وثياب البدن وأثاث المنازل ودواب الركوب وعبيد الخدمة وسلاح الاستعمال زكاة لأنها مشغولة بحاجته الأصلية وليست بنامية أيضا اه : وبه يشعر كلام المصنف الآتى أيضا . وأشار كلام الهداية إلى أنه لايضر كونها غير نامية أيضا ، إذ لامانع من خروجها مرتين كما خرج الدين ثانيا بقوله فارغ عن حوائجه الأصلية ، وخصه بالذكر كما قال القهستانى لما فيه من التفصيل :

قلت : على أنه لايعترض بالقيد اللاحق على السابق الأخص ، فإن الحوائج الأصلية أعم من الدين ، والنامى أعم منها لأنه يخرج به كتب العلم لغير أهلها وليس من الحوائج الأصلية ، لكن قد يقال : المتون موضوعة للاختصار فما فائدة إخراج الحوائج مرتين ، نعم تظهر الفائدة فى ذكر القيدين على ماقرره ابن ملك من أن المراد بالأول النصاب من أحد النقدين المستحق الصرف إليها ، فيكون التقييد بالنماء احترازا عن أعيانها والتقييد بالحوائج الأصلية احترازا عن أثمانها ، فإذا كان معه دراهم أمسكها بنية صرفها إلى حاجته الأصلية لاتجب الزكاة فيها إذا حال الحول وهى عنده ، لكن اعترضه فى البحر بقوله : ويخالفه مافى المعراج فى فصل زكاة العروض أن الزكاة تجب فى النقد كيفما أمسكه للنماء أو للنفقة ، وكذا فى البدائع فى بحث النماء التقديرى اه .

قلت : وأقره فى النهر والشرنبلالية وشرح المقدسى ، وسيصرح به الشارح أيضا ، ونحوه قوله فى السراج سواء أمسكه للتجارة أو غيرها ، وكذا قوله فى التتارخانية نوى التجارة أولا ، لكن حيث كان ماقاله ابن ملك موافقا لظاهر عبارات المتون كما علمت وقال ح إنه الحق فالأولى التوفيق بحمل مافى البدائع وغيرها ، على ما إذا أمسكه لينفق منه كل مايحتاجه فحال الحول وقد بقى معه منه نصاب فإنه يزكى ذلك الباقى وإن كان قصده الإنفاق منه أيضا فى المستقبل لعدم استحقاق صرفه إلى حوائجه الأصلية وقت حولان الحول ، بخلاف ما إذا حال الحول وهو مستحق الصرف إليها ، لكن يحتاج إلى الفرق بين هذا وبين ماحال الحول عليه وهو محتاج منه إلى أداء دين

---

(١) (قوله لأنهما مؤنة الأرض الخ) هكذا بخطه ، ولا وجود لذلك فى نسخ الشارح التى بأيدى اه مصححه .

(نام لو تقديرا) بالقدرة على الاستنماء ولو بنائبه .

ثم فرع على سببه بقوله (فلا زكاة على مكاتب) لعدم الملك التام ، ولا فى كسب مأذون ، ولا فى مرهون بعد قبضه ، ولا فيما اشتراه لتجارة قبل قبضه (ومديون للعبد بقدر دينه) فيزكى الزائد إن بلغ نصابا ، وعروض الدين كالهلاك عند محمد ،

كفارة أو نذر أو حج ، فإنه محتاج إليه أيضا لبراءة ذمته ، وكذا ماسيأتى فى الحج من أنه لو كان له مال ويخاف العزوبة يلزمه الحج به إذا خرج أهل بلده قبل أن يتزوج ، وكذا لو كان يحتاجه لشراء دار أو عبد فليتأمل والله أعلم (قوله نام ولو تقديرا) النماء فى اللغة بالمد : الزيادة والقصر بالهمز خطأ ، يقال نمى المال ينمى نماء وينمو نموا وأنماه الله تعالى كذا فى المغرب . وفى الشرع : هو نوعان : حقيقى وتقديرى ؛ فالحقيقى الزيادة بالتوالد والتناسل والتجارات ، والتقديرى تمكنه من الزيادة بكون المال فى يده أو يد نائبه بحر (قوله الاستنماء) أى طلب النمو (قوله فلا زكاة على مكاتب) أى ولا على سيده ، كما فى الشرنبلالية عن الجوهرة ، فلو قال فلا زكاة فى كسب مكاتب لكان أولى ح (قوله لعدم الملك التام) أى لعدم اليد فى حق السيد وعدم ملك الرقبة فى حق المكاتب ، ثم رجع المال للمولى بالتعجيز أو للمكاتب بأداء بدل الكتابة لايزكى عن السنين الماضية بل يستأنف حولا جديدا اهـ ح وكان الأولى بالشارح تأخير التعليل إلى آخر المسائل الثلاث التى ذكرها فإنه علة لها أيضا ، لأن المنتفى فيها إما عدم اليد أو عدم ملك الرقبة ، وقد مر أن المراد بالملك التام المملوك رقبة ويدا (قوله ولا فى كسب مأذون) أى لاعليه ولا على سيده مادام فى يده ، أما إذا أخذه السيد فإنه يزكيه لما مضى من السنين على الصحيح . وقيل يلزمه الأداء قبل الأخذ وهذا إذا لم يكن على المأذون دين مستغرق ، فإن كان لايلزم السيد الأداء لما مضى لاقبل الأخذ ولا بعده كذا فى البحر . وكان على الشارح أن يقول ولا فى كسب مأذون قبل قبضه كما قال فى المشترى لتجارة ، بل ربما يتوهم من كلامه أن قوله بعد قبضه المذكور فى مسألة الرهن ظرف لمسألة المأذون أيضا ح (قوله ولا فى مرهون) أى لا على المرتهن لعدم ملك الرقبة ولا على الراهن لعدم اليد ، وإذا استرده الراهن لايزكى عن السنين الماضية ، وهو معنى قول الشارح بعد قبضه ويدل عليه قول البحر ومن موانع الوجوب الرهن ح وظاهره ولو كان الرهن أزيد من الدين ط .

قلت : لكن أرجع شيخ مشايخنا السائحانى الضمير فى قول الشارح بعد قبضه إلى المرتهن كما رأيته بخطه فى هامش نسخته ، ويؤيده أن عبارة البحر هكذا : ومن موانع الوجوب الرهن إذا كان فى يد المرتهن لعدم ملك اليد اهـ وليس فيها مايدل على أنه لايزكيه بعد الاسترداد ، لكن قال فى الخانية : السائمة إذا غصبها ومنعها عن المالك وهو مقر ثم ردها عليه لازكاة على المالك فيما مضى ، وكذا لو رهنها بألف وله مائة ألف فحال الحول على الرهن فى يد المرتهن يزكى الراهن ماعنده من المال إلا ألف الدين ، ولا زكاة فى غنم الرهن لأنها كانت مضمونة بالدين فرق بين الدراهم المغصوبة والسائمة فإنه يزكى الدراهم إذا قبضها دون السائمة ولو الغاصب مقرا اهـ . وظاهره أنه لافرق فى الرهن بين السائمة والدراهم فليتأمل (قوله قبل قبضه) أما بعده فيزكيه عما مضى كما فهمه فى البحر من عبارة المحيط فراجعه ، لكن فى الخانية : رجل له سائمة اشتراها رجل للسيامة ولم يقبضها حتى حال الحول ثم قبضها لازكاة على المشترى فيما مضى لأنها كانت مضمونة على البائع بالثمن اهـ ومقتضى التعليل عدم الفرق بين مااشتراها للسيامة أو للتجارة فتأمل (قوله ومديون للعبد) الأولى ومديون بدين يطالبه به العبد ليشمل دين الزكاة والخراج لأنه لله تعالى مع أنه يمنع لأن له مطالبا من جهة العباد كما مر ط (قوله بقدر دينه) متعلق بقوله فلا زكاة (قوله وعروض الدين) أى المستغرق فى أثناء الحول ، ومثله المنقص للنصاب ولم يتم آخر الحول ، وأما الحادث

ورجحه فى البحر ، ولو له نصب صرف الدين لأيسرها قضاء ، ولو أجناسا صرف لأقلها زكاة ، فإن استويا كأربعين شاة وخمس إبل خير (ولا فى ثياب البدن)

بعد الحول فلا يعتبر اتفاقا ط (قوله ورجحه فى البحر) وعبارته : وعند أبى يوسف لا يمنع بمنزلة نقصانه وتقديمهم قول محمد يشعر بترجيحه ، وهو كذلك كما لا يخفى . وفائدة الخلاف تظهر فيما إذا أبرأه ، فعند محمد يستأنف حولا جديداً لا عند أبى يوسف كما فى المحيط اه .

أقول : إن كان مجرد التقديم يقتضى الترجيح فقد قدم فى الجوهرة قول أبى يوسف ، وأشار فى المجمع إلى أنه قول أبى حنيفة أيضا ، وأخر فى شرحه دليلهما عن دليل محمد فاقتضى ترجيح قولهما لأن الدليل المتأخر يتضمن الجواب عن المتقدم ، بل ماعزاه إلى محمد عزاه فى البدائع وغيرها إلى زفر . وفى البحر فى آخر باب زكاة المال عن المجتبى : الدين فى خلال الحول لا يقطع حكم الحول وإن كان مستغرقا . وقال زفر يقطع اه وجزم به الشارح هناك قبيل قول المصنف وقيمة العرض تضم إلى الثمنين ، فقد ظهر لك ما فى ترجيح البحر فتدبر ، نعم ما فى البحر أوجه لأن الدين مانع من ابتداء الحول فيمنع من بقائه بالأولى لأن البقاء أسهل تأمل ، ولعل القول بعدم المنع مبنى على ما إذا كان النصاب تاما فى آخر الحول أيضا ، بأن ملك ما يفى الدين من غير النصاب تأمل (قوله ولو له نصب الخ) كأن يكون عنده دراهم ودنانير وعروض التجارة وسوائم يصرف الدين إلى الدراهم والدنانير ثم إلى العروض ثم إلى السوائم كما فى البحر ح (قوله ولو أجناسا) أى ولو كانت السوائم التى عنده أجناسا ، بأن كان له أربعون من الغنم وثلاثون من البقر وخمس من الإبل صرف الدين إلى الغنم أو الإبل دون البقر ، لأن التبيع فوق الشاة بحر ثم قال : هكذا أطلقوا ، وقيده فى المبسوط بأن يحضر الساعى ، وإلا فالخيار لرب المال إن شاء صرف الدين إلى السائمة وأدى الزكاة من الدراهم ، وإن شاء عكس لأنهما فى حقه سواء اه (قوله خير) لأن الواجب فى كل منهما شاة واحدة . قال فى البحر : وقيل يصرف إلى الغنم لتجب الزكاة فى الإبل فى العام القابل اه أى لأنه إذا دفع من الغنم واحدة يبقى تسعة وثلاثون لا تجب زكاتها فى القابل .

[تتمة] بقى ما إذا كان للمديون مال الزكاة وغيره من عبيد الخدمة وثياب البذلة ودور السكنى ، فيصرف الدين أولا إلى مال الزكاة لا إلى غيره ولو من جنس الدين خلافا لزفر ، حتى لو تزوج على خادم بغير عينه وله مائتا درهم وخادم صرف دين المهر إلى المائتين دون الخادم عندنا ، لأن غير مال الزكاة يستحق للحوائج ، ومال الزكاة فاضل عنها فكان الصرف إليه أيسر وأنظر بأرباب الأموال ، ولهذا لا يصرف إلى ثياب البذلة وقوته ولو من جنس الدين ، قال محمد فى الأصل : أرأيت لو تصدق عليه ألم يكن موضعا للصدقة ؟ ومعناه أن مال الزكاة مشغول بالدين فالتحق بالعدم وملك الدار والخادم لا يحرم عليه أخذ الصدقة فكان فقيراً ولا زكاة على الفقير ، وأما إذا لم يكن له مال زكاة يصرف الدين إلى عروض البذلة ثم إلى العقار لأن الملك مما يستحدث فى العروض ساعة فساعة ، أما العقار فبخلافها غالبا بدائع .

أقول : والظاهر أن قوله يصرف الدين إلى عروض البذلة الخ كلام استطرادى مفروض فيما إذا أراد القاضى بيع ماله عليه فى قضاء دينه كما صرحوا به فى الحجر لا فى مسألة الزكاة ، إذ الفرض أنه ليس له مال زكاة فأى شىء يزكيه . ولو كان له مال زكاة فقد صرح قبله بأن الدين يصرف إلى مال الزكاة دون غيره ، وعليه فلو استقرض مائتى درهم وحال عليها الحول عنده وليس له إلا ثياب البذلة ونحوها مما ليس مال زكاة لا زكاة عليه ولو كانت الثياب تفى بالدين ، لأن الدين الذى عليه يصرف إلى الدراهم التى عنده دون الثياب ، وقد صرح

المحتاج إليها لدفع الحر والبرد ، ابن ملك (وأثاث المنزل ودور السكنى ونحوها) وكذا الكتب وإن لم تكن لأهلها إذا لم تنو للتجارة ، غير أن الأهل له أخذ الزكاة وإن ساوت نصبا ، إلا أن تكون غير فقه وحديث وتفسير ، أو تزيد على نسختين منها هو المختار : وكذلك آلات المحترفين إلا مايبقى أثر عينه

فى السراج أيضا بأنه لايصرف الدين لملك آخر لازكاة فيه . وفى الزيلعى أيضا : ولا يتحقق الغنى بالمال المستقرض مالم يقض (قوله المحتاج إليها الخ) إنما قيد ابن ملك بذلك لأنه أراد بيان الحوائج الأصلية كما قدمناه عنه . أما كلام المصنف هنا فلا حاجة إلى تقييده بذلك ، وكأن الشارح أراد أن قوله ولا فى ثياب البدن محترز قوله عن حاجته الأصلية لتقدمه ، فقيد بذلك وجعل غير المحتاج إليها من محترزات التقيد الذى تعاده وهو قوله نام ولو تقديرا مراعاة لترتيب القيود تأمل (قوله وأثاث المنزل الخ) محترز قوله نام ولو تقديرا ، وقوله ونحوها : أى كثياب البدن الغير المحتاج إليها وكالحوانيت والعقارات (قوله وإن لم تكن لأهلها) أشار إلى أن تقييد الهداية بقوله لأهلها غير معتبر المفهوم هنا ، لكن قد يقال أراد إخراجها بقوله وعن حاجته الأصلية . وجعل التى لغير أهلها خارجة بقوله نام كما قررناه فى ثياب البذلة ، والمراد بأهلها من يحتاج إليها لتدريس وحفظ وتصحيح كما يعلم مما يأتى عن الفتح (قوله غير أن الأهل الخ) استدراك على التعميم المأخوذ من قوله وإن لم تكن لأهلها : أى أن الكتب لازكاة فيها على الأهل وغيرهم من أى علم كانت لكونها غير نامية ، وإنما الفرق بين الأهل وغيرهم فى جواز أخذ الزكاة والمنع عنه ، فمن كان من أهلها إذا كان محتاجا إليها للتدريس والحفظ والتصحيح فإنه لايخرج بها عن الفقر ، فله أخذ الزكاة إن كانت فقها أو حديثا أو تفسيرا ولم يفضل عن حاجته نسخ تساوى نصابا ، كأن يكون عنده من كل تصنيف نسختان ، وقيل ثلاث لأن النسختين يحتاج إليهما لتصحيح كل من الأخرى ، والمختار الأول : أى كون الزائد على الواحدة فاضلا عن الحاجة ، وأما غير الأهل فإنهم يحرمون بالكتب من أخذ الزكاة لتعلق الحرمان بملك قدر نصاب غير محتاج إليه وإن لم يكن ناميا . وأما كتب الطب والنحو والنجوم فمعتبرة فى المنع مطلقا

ونص فى الخلاصة على أن كتب الأدب والمصحف الواحد ككتب الفقه . لكن اضطرب كلامه فى كتب الأدب فصرح فى باب صدقة الفطر بأنها كالتعبير والطب والنجوم . والذى يقتضيه النظر أن نسخة من النحو أو نسختين على الخلاف لاتعتبر من النصاب ، وكذا من أصول الفقه والكلام غير المخلوط بالآراء بل مقصور على تحقيق الحق من مذهب أهل السنة إلا أن لايوجد غير المخلوط لأن هذه من الحوائج الأصلية أفاده فى فتح القدير .

قلت : والذى يقتضيه النظر أيضا أنه إن أريد بالأدب الظرافة كما فى القاموس وذلك ككتب الشعر والعروض والتاريخ ونحوه تمنع الأخذ ، وإن أريد به آداب النفس كما فى المغرب وهو المسمى بعلم الأخلاق كالإحياء للغزالى ونحوه فهو كالفقه لايمنع ، وإن كتب الطب لطبيب يحتاج إلى مطالعتها ومراجعتها لاتمنع لأنها من الحوائج الأصلية كآلات المحترفين وإن الأهل إذا كان غير محتاج إليها فهو كغير الأهل كما يعلم مما مر ، وكذا حافظ قرآن له مصحف لايحتاجه لأن المناط هو الحاجة (قوله أو تزيد على نسختين) صوابه على نسخة ، لأن المختار هو كونه الزائد على نسخة واحدة فاضلا عن الحاجة كما قدمناه عن الفتح : ومثله فى النهر (قوله وكذلك آلات المحترفين) أى سواء كانت مما لاتستهلك عينه فى الانتفاع كالقدوم والمبزد أو تستهلك ، لكن هذا منه مالا يبقى أثر عينه ، كصابون وجرض الغسال ، ومنه مايبقى كعصفر وزعفران لصباغ ودهن وعفص لدباغ فلا زكاة فى الأولين ، لأن ما يأخذه من الأجرة بمقابلة العمل . وفى الأخير الزكاة إذا حال عليه الحول ، لأن المأخوذ بمقابلة العين كما فى الفتح . قال : وقوارير العطارين ولجم الخيل والحمير المشتراة للتجارة ومقاودها وجلالها إن كان من غرض

كالعصفر لدبغ الجلد ففيه الزكاة ، بخلاف مالا يبقى كصابون يساوى نصبا وإن حال الحول . وفى الأشباه لفقيه لايكون غنيا بكتبه المحتاج إليها إلا فى دين العباد فتباع له (ولا فى مال مفقود) وجده بعد سنين (وساقط فى بحر) استخرجه بعدها (ومغصوب لابينة عليه) فلو له بينة تجب لما مضى إلا فى غصب السائمة فلا تجب وإن كان الغاصب مقراً كما فى الخانية (ومدفون ببرية نسى مكانه) ثم تذكره ، وكذا الوديعة عند غير معارفه بخلاف المدفون فى حرز . واختلف فى المدفون فى كرم وأرض مملوكة (ودين) كان (جحده المديون سنين) ولا بينة له عليه (ثم) صارت له بأن (أقر بعدها عند قوم) وقيده فى مصرف الخانية بما إذا حلف عليه عند القاضى ، أما قبله فتجب لما مضى (وما أخذ مصادرة) أى ظلما (ثم وصل إليه بعد سنين) لعدم النمو . والأصل فيه حديث على « لازكاة فى مال الضمار » وهو مالا يمكن الانتفاع به مع بقاء الملك (ولوكان الدين على مقر ملىء أو) على (معسر أو مفلس)

المشترى بيعها بها ففيها الزكاة وإلا فلا (قوله كالعصفر) الأولى كالعفص كما فى بعض النسخ لأنه المناسب لقوله لدبغ الجلد (قوله وإن حال الحول) أى ولم ينو بها التجارة بل أمسكه لحرفته (قوله فتباع له) أى يجبره القاضى على بيعها لقضاء الدين ، وإن أبى باعها عليه (قوله ولا فى مال مفقود الخ) شروع فى مسألة مال الضمار كما يأتى (قوله بعدها) أى بعد سنين (قوله فلو له بينة تجب لما مضى) أى تجب الزكاة بعد قبضه من الغاصب لما مضى من السنين . قال ح : وينبغى أن يجرى هنا مايأتى مصححا عن محمد من أنه لازكاة فيه ، لأن البينة قد لاتقبل فيه اهـ . قال ط : والظاهر على القول بالوجوب أن حكمه حكم الدين القوى اهـ أى فتجب عند قبض أربعين درهما (قوله فلا تجب) لعدم تحقق الإسامة ط (قوله عند غير معارفه) أى عند الأجانب ، فلو عند معارفه تجب الزكاة لتفريطه بالنسيان فى غير محله بحر (قوله فى حرز) كداره أو دار غيره بحر ، وقيل إذا كانت الدار عظيمة فلها حكم الصحراء إسمعيل عن البرجندى (قوله واختلف فى المدفون الخ) فقيل بالوجوب لإمكان الوصول ، وقيل لالأنها غير حرز بحر (قوله ولا بينة له عليه) هذا على أحد القولين المصححين كما يأتى (قوله ثم صارت) أى البينة (قوله بعدها) أى السنين (قوله وقيده الخ) أى قيد عدم الوجوب فى المجحود عند عدم البينة بما إذا حلفه عند القاضى فحلف ، أما قبله لاحتمال نكوله ، وهذا نقله فى غرر الأذكار بلفظ وعن أبى يوسف ؛ ثم لايخفى أنه على التصحيح الآتى من عدم الوجوب ، ولو مع البينة يقتضى أن لاتجب قبل التحليف بالأولى كما أفاده ط : عن أبى السعود (قوله وما أخذ مصادرة) المصادرة أن يأمره بأن يأتى بالمال ، والغصب أخذ المال مباشرة على وجه القهر ، فلا يتكرر هذا مع قوله ومغصوب لابينة عليه أفاده ح (قوله ثم وصل إليه) أى المال فى جميع هذه الصور (قوله لعدم النمو) علة لقوله ولا فى مال مفقود الخ أفاد به أنه من محترزات قوله نام ولو تقديراً لأنه غير متمكن من الزيادة لعدم كونه فى يده أو يد نائبه (قوله حديث على) كذا عزاه فى الهداية إلى على وليس بمعروف وإنما ذكره سبط ابن الجوزى فى آثار الإنصاف عن عثمان وابن عمر ، كذا فى شرح النقاية لمنلا على القارى (قوله لازكاة فى مال الضمار) الضمار بالضاد المعجمة بوزن حمار . قال فى البحر : وهو فى اللغة الغائب الذى لايرجى ، فإذا رجى فليس بضمار ، وأصله الإضمار وهو التغييب والإخفاء ، ومنه أضمر فى قلبه شيئا (قوله ملىء) فعيل بمعنى فاعل هو الغنى ط .

وفى المحيط عن المنتقى عن محمد : لو كان له دين على وال وهو مقر به إلا أنه لايعطيه وقد طالبه بباب الخليفة فلم يعطه فلا زكاة فيه ، ولو هرب غريمه وهو يقدر على طلبه أو التوكيل بذلك فعليه الزكاة وإن لم يقدر على ذلك فلا زكاة عليه اهـ (قوله أو على معسر) الأصوب إسقاط على لأنه عطف على ملىء نعت لمقر أيضا لامقابل له ،

أي محكوم بإفلاسه (أو) على (جاحد عليه بينة) وعن محمد لازكاة ، وهو الصحيح . ذكره ابن ملك وغيره . لأن البينة قد لاتقبل (أو علم به قاض) سيجيء أن المفتى به عدم القضاء بعلم القاضي (فوصل إلى ملكه لزم زكاة ما مضى) وسنفصل الدين في زكاة المال .

(وسبب لزوم أدائها توجه الخطاب) يعني قوله تعالى — آتوا الزكاة — (وشرطه) أي شرط افتراض أدائها (حولان الحول) وهو في ملكه (وثمنية المال كالدراهم والدنانير) لتعينهما للتجارة بأصل الخلقة فتلزم الزكاة كيفما أمسكهما ولو للنفقة (أو السوم) بقيدها الآتي (أو نية التجارة) في العروض . إما صريحا ولابد من مقارنتها لعقد التجارة كما سيجيء ، أو دلالة بأن يشتري عينا بعرض التجارة أو يؤاجر داره التي للتجارة بعرض فتصير

لأنه لو كان غير مقر فهي المسألة المتقدمة . والأخصر قول الدرر على مقر ولو معسرا (قوله أي محكوم بإفلاسه) فأفاد أن قوله مفلس مشدد اللام . وقيد به لأنه محل الخلاف . لأن الحكم به لايصح عند أبي حنيفة فكان وجوده كعدمه فهو معسر ومر حكمه ، ولو لم يفلسه القاضي وجبت الزكاة بالاتفاق كما في العناية وغيرها لأن المال غاد ورائح (قوله وعن محمد لازكاة) أي وإن كان له بينة بحر (قوله وهو الصحيح) صححه في التحفة كما في غاية البيان وصححه في الخانية أيضا وعزاه إلى السرخسي بحر . وفي باب المصرف من النهر عن عقد الفرائد : ينبغي أن يعول عليه .

قلت : ونقل الباقاني تصحيح الوجوب عن الكافي قال : وهو المعتمد . وإليه مال فخر الإسلام اه وبالأول جزم به في الهداية والغرر والملتقى وتبعهم المصنف . والحاصل أن فيه اختلاف التصحيح . ويأتي تمامه في باب المصرف (قوله لأن البينة الخ) ولأن القاضي قد لايعدل ، وقد لايظفر بالخصومة بين يديه لمانع فيكون : أي الدين في حكم الهالك بحر (قوله سيجيء) أي في كتاب القضاء ط (قوله عدم القضاء) أي عدم صحة قضاء القاضي اعتماداً على علمه . فلو علم بالمجحود وقضى به لم يصح ، ولا يجب أن يزكي لما مضى (قوله فوصل إلى ملكه) أقول : من ذلك مافي المحيط له ألف على معسر فاشترى منه بالألف ديناراً ثم وهب منه الدينار فعليه زكاة الألف لأنه صار قابضاً لها بالدينار اهـ . ومنه مافي الولوالجية : وهب دينه من رجل ووكله بقبضه فوجبت فيه الزكاة ثم قبضه الموهوب له فالزكاة على الواهب لأن القابض وكيل عنه بالقبض له أولا .

وأقول أيضا : الوصول إلى ملكه غير قيد ، لأنه لو أبرأ مديونه الموسر تلزمه الزكاة لأنه استهلاك كما ذكره عند تفصيل الدين قبيل باب العاشر ، وسيأتي الكلام فيه (قوله وسنفصل الدين) أي إلى قوي ووسط وضعيف والأخير لايزكيه لما مضى أصلا ، وفي الأولين تفصيل سيأتي ، ففيه إشارة إلى أن ماهنا ليس على إطلاقه (قوله وسبب الخ) هذا هو السبب الحقيقي ؛ وما تقدم من قوله وسببه ملك نصاب الخ هو السبب الظاهري كالزوال للظهر ط (قوله توجه الخطاب) أي الخطاب المتوجه إلى المكلفين بالأمر بالأداء ط (قوله وشرطه الخ) ماتقدم في قول المصنف وشرط افتراضها عقل الخ شروط في رب المال وما هنا شروط في نفس المال المزكى ط (قوله وهو في ملكه) أي والحال أن نصاب المال في ملكه التام كما مر ، والشرط تمام النصاب في طرفي الحول كما سيأتي ، وقدمنا أن الحول لايشترط في زكاة الزروع والثمار (قوله ولو للنفقة) تقدم الكلام في ذلك فلا تغفل (قوله بقيدها الآتي) هو الاكتفاء بالرعي في أكثر السنة بقصد الدر والنسل ، وأنث الضمير إشارة إلى أن المراد بالسوم الإسامة إذ لابد فيه من نيتها ، لأن السائمة تصلح لغير الدر والنسل كالحمل والركوب ، ولا تعتبر هذه النية مالم تتصل بفعل الإسامة كما في البحر (قوله كماسيجيء) أي في آخر هذا الباب ويأتي بيانه (قوله أو يؤاجر داره الخ) قال في البحر :

للتجارة بلا نية صريحا . واستثنوا من اشتراط النية مايشتريه المضارب فإنه يكون للتجارة مطلقا لأنه لايملك بماله غيرها . ولا تصح نية التجارة فيما خرج من أرضه العشرية أو الخراجية أو المستأجرة أو المستعارة لئلا يجتمع الحقان (وشرط صحة أدائها نية مقارنة له) أى للأداء (ولو) كانت المقارنة (حكما) كما لو دفع بلا نية ثم نوى والمال قائم فى يد الفقير . أو نوى عند الدفع للوكيل ثم دفع الوكيل بلا نية .

لكن ذكر فى البدائع الاختلاف فى بدل منافع عين معدة للتجارة . ففى كتاب زكاة الأصل أنه للتجارة بلانية . وفى الجامع مايدل على التوقف على النية . وصحح مشايخ بلخ رواية الجامع ، لأن العين وإن كانت للتجارة لكن قد يقصد ببدل منافعها المنفعة . فتؤجر الدابة لينفق عليها والدار للعمارة فلا تصير للتجارة مع التردد إلا بالنية اهـ . وقيد بقوله التى للتجارة . إذ لو كانت للسكنى مثلا لايصير بدلها للتجارة بدون النية ، فإذا نوى يصح ويكون من قسم الصريح (قوله واستثنوا الخ) ذكر فى النهر أنه ينبغى جعله من النية دلالة فلا حاجة إلى الاستثناء (قوله مطلقا) أى وإن لم ينوها أو نوى الشراء للنفقة ، حتى لو اشترى عبيدا بمال المضاربة ثم اشترى لهم كسوة وطعاما للنفقة كان الكل للتجارة . وتجب الزكاة فى الكل بدائع (قوله لأنه لايملك بمالها غيرها) أى بمال التجارة غير التجارة بخلاف المالك إذ اشترى لهم طعاما وثيابا للنفقة لايكون للتجارة لأنه يملك الشراء لغير التجارة بدائع (قوله ولا تصح نية التجارة الخ) لأنها لاتصح إلا عند عقد التجارة . فلا تصح فيما ملكه بغير عقد كإرث ونحوه كما سيأتى ، ومثله الخارج من أرضه ، لأن الملك يثبت فيه بالنبات ولا اختيار له فيه ، ولذا قال فى البحر : وخرج أى بقيد العقد ما إذا دخل من أرضه حنطة تبلغ قيمتها نصابا ونوى أن يمسكها ويبيعها فأمسكها حولا لاتجب فيها الزكاة كما فى الميراث . وكذا لو اشترى بذر التجارة وزرعها فى أرض عشر استأجرها كان فيها العشر لاغير ، كما لو اشترى أرض خراج أو عشر للتجارة لم يكن عليه زكاة التجارة إنما عليه حق الأرض من العشر أو الخراج (قوله أو المستأجرة أو المستعارة) يعنى وكانت الأرض عشرية ، فإن العشر على المستعير اتفاقا وعلى المستأجر على قولهما المأخوذ به . وأما إذا كانتا خراجيتين فإن الخراج على رب الأرض ، فإذا نوى المستعير أو المستأجر فى الخارج منهما التجارة يصح لعدم اجتماع الحقين أفاده ح .

قلت : يتعين فرض المسألة فيما إذا اشترى بذرا للتجارة وزرعه ليصح التعليل بعدم اجتماع الحقين ، أما لو نوى التجارة فيما خرج من أرضه . فقد علمت أنها لاتصح بعدم العقد فلم يصر الخارج مال تجارة فلا زكاة فيه فافهم (قوله لئلا يجتمع الحقان) علمت مافيه (قوله وشرط صحة أدائها الخ) قد علم اشتراط النية من قوله أولا لله تعالى . لكن ذكرت هنا لبيان تفاصيلها أفاده فى البحر (قوله نية) أشار إلى أنه لااعتبار للتسمية ، فلو سماها هبة أو قرضا تجزيه فى الأصح ، وإلى أنه لو نوى الزكاة والتطوع وقع عنها عند الثانى لأن نية الفرض أقوى وعند الثالث يقع عنه ، وإلى أنه ليس للفقير أخذها بلا علمه إلا إذا لم يكن فى قرابته أو قبيلته أحوج منه فيضمن حكما لاديانة . وإلى أن الساعى لو أخذها منه كرها لايسقط الفرض عنه فى الأموال الباطنة ، بخلاف الظاهرة هو المفتى به ، وإلى أنها لاتؤخذ من تركته لفقد النية إلا إذا أوصى فتعتبر من الثلث ، وتمامه فى البحر . زاد فى الجوهرة : أو تبرع ورثته .

قلت : ولعل وجهه أنهم قائمون مقامه فتكفى نيتهم فتأمل (قوله مقارنة) هو الأصل كما فى سائر العبادات ، وإنما اكتفى بالنية عند العزل كما سيأتى ، لأن الدفع يتفرق فيتحرج باستحضار النية عند كل دفع فاكتفى بذلك للحرج بحر ، والمراد مقارنتها للدفع إلى الفقير ، وأما المقارنة للدفع إلى الوكيل فهى من الحكمية كما يأتى ط (قوله والمال قائم فى يد الفقير) بخلاف ما إذا نوى بعد هلاكه بحر . وظاهره أن المراد بقيامه فى يد الفقير بقاؤه

أو دفعها لذمى ليدفعها لأن المعتبر للفقراء جاز نية الآمر ولذا لو قال هذا تطوع أو عن كفارتى ثم نواه عن الزكاة قبل دفع الوكيل صح ، ولو خلط زكاة موكليه ضمن وكان متبرعا إلا إذا وكله الفقراء ؛ وللوكيل أن يدفع لولده الفقير وزوجته لا لنفسه إلا إذا قال ربها ضعها حيث شئت ؛ ولو تصدق بدراهم نفسه أجزأ إن كان على نية الرجوع وكانت دراهم الموكل قائمة (أو مقارنة

فى ملكه لا اليد الحقيقية ، وأن النية تجزيه مادام فى ملك الفقير ولو بعد أيام (قوله أو دفعها لذمى) نبه على الفرق بين الزكاة والحج لأن الزكاة عبادة مالية محضة ، فتصح فيها إنابة الذمى وإن لم يكن من أهل النية لأن الشرط فيها نية الآمر ، بخلاف الحج لأنه عبادة مركبة من المال والبدن فتشترط فيه أهلية المأمور للنية (قوله لأن المعتبر نية الآمر) علة للمسألتين (قوله ولذا) أى لكون المعتبر نية الآمر (قوله لو قال) أى عند الدفع إلى الوكيل (قوله ثم نواه عن الزكاة) أى ولم يعلم الوكيل بذلك بل دفع إلى الفقير بنية التطوع أو الكفارة (قوله ضمن وكان متبرعا) لأنه ملكه بالخلط وصار مؤديا مال نفسه . قال فى التتارخانية : إلا إذا وجد الإذن أو أجاز المالكان اهـ أى أجاز قبل الدفع إلى الفقير ، لما فى البحر : لو أدى زكاة غيره بغير أمره فبلغه فأجاز لم يجز لأنها وجدت نفاذا على المتصدق لأنها ملكه ولم يصر نائبا عن غيره فنفذت عليه اهـ لكن قد يقال تجزى عن الآمر مطلقا لبقاء الإذن بالدفع . قال فى البحر : ولو تصدق عنه بأمره جاز ويرجع بما دفع عند أبى يوسف . وعند محمد لا يرجع إلا بشرط الرجوع اهـ تأمل ، ثم قال فى التتارخانية أو وجدت دلالة الإذن بالخلط كما جرت العادة بالإذن من أرباب الحنطة بخلط ثمن الغلات ؛ وكذلك المتولى إذا كان فى يده أوقات مختلفة وخلط غلاتها ضمن ؛ وكذلك السمسار إذا خلط الأثمان أو البياع إذا خلط الأمتعة يضمن اهـ . قال فى التجنيس : ولا عرف فى حق السماسرة والبياعين بخلط ثمن الغلات والأمتعة اهـ ويتصل بهذا العالم إذا سأل للفقراء شيئا وخلط يضمن .

قلت : ومقتضاه أنه لو وجد العرف فلا ضمان لوجود الإذن حينئذ دلالة . والظاهر أنه لابد من علم المالك بهذا العرف ليكون إذنا منه دلالة (قوله إذا وكله الفقراء) لأنه كلما قبض شيئا ملكوه وصار خالطا مالهم بعضه ببعض ووقع زكاة عن الدافع ، لكن بشرط أن لا يبلغ المال الذى بيده الوكيل نصابا . فلو بلغه وعلم به الدافع لم يجزه إذا كان الآخذ وكيلا عن الفقير كما فى البحر عن الظهيرية .

قلت : وهذا إذا كان الفقير واحداً ، فلو كانوا متعددين لابد أن يبلغ لكل واحد نصابا لأن ما فى يد الوكيل مشترك بينهم ؛ فإذا كانوا ثلاثة وما فى يد الوكيل بلغ نصابين لم يصيروا أغنياء فتجزى الزكاة عن الدافع بعده إلى أن يبلغ ثلاثة أنصباء إلا إذا كان وكيلا عن كل واحد بانفراده ؛ فحينئذ يعتبر لكل واحد نصابه على حدة ، وليس له الخلط بلا إذنهم ؛ فلو خلط أجزأ عن الدافعين وضمن للموكلين . وأما إذا لم يكن الآخذ وكيلا عنهم فتجزى وإن بلغ المقبوض نصبا كثيرة لأنهم لم يملكوا شيئا مما فى يده (قوله لولده الفقير) وإذا كان ولدا صغيرا فلابد من كونه هو فقيرا أيضا ، لأن الصغير يعد غنيا بغنى أبيه أفاده ط عن أبى السعود : وهذا حيث لم يأمره بالدفع إلى معين ، إذ لو خالف ففيه قولان حكاهما فى القنية . وذكر فى البحر أن القواعد تشهد للقول بأنه لا يضمن لقولهم : لو نذر التصدق على فلان له أن يتصدق على غيره اهـ .

أقول : وفيه نظر لأن تعيين الزمان والمكان والدرهم والفقير غير معتبر فى النذر ، لأن الداخل تحته ما هو قربة وهو أصل التصدق دون التعيين فيبطل وتلزم القربة كما صرحوا به ، وهنا الوكيل إنما يستفيد التصرف من الموكل وقد أمره بالدفع إلى فلان فلا يملك الدفع إلى غيره ؛ كما لو أوصى لزيد بكذا ليس للوصى الدفع إلى غيره فتأمل (قوله وزوجته) أى الفقيرة (قوله ولو تصدق الخ) أى الوكيل بدفع الزكاة إذا أمسك دراهم الموكل

بعزل ماوجب) كله أو بعضه ؛ ولا يخرج عن العهدة بالعزل بل بالأداء للفقراء (أو تصادق بكله) إلا إذا نوى نذرا أو واجبا آخر فيصح ويضمن(١)الزكاة . ولو تصدق ببعضه لاتسقط حصته عند الثانى خلافا للثالث وأطلقه نعم العين والدين . حتى لو أبرأ الفقير عن النصاب صح (وسقط عنه) .

واعلم أن أداء الدين عن الدين والعين عن العين وعن الدين يجوز وأداء الدين عن العين . وعن دين سيقبض

ودفع من ماله ليرجع ببدلها فى دراهم الموكل صح . بخلاف ما إذا أنفقها أولا على نفسه مثلا ثم دفع من ماله فهو متبرع . وعلى هذا التفصيل الوكيل بالإنفاق أو بقضاء الدين أو الشراء كما سيأتى إن شاء الله تعالى فى الوكالة . وفيه إشارة إلى أنه لايشترط الدفع من عين مال الزكاة ؛ ولذا لو أمر غيره بالدفع عنه جاز كما قدمناه ، لكن اختلف فيما إذا دفع من مال آخر خبيث . قال فى البحر : وظاهر القنية ترجيح الإجزاء استدلالا بقولهم مسلم له خمر فوكل ذميا فباعها من ذمى فللمسلم صرف ثمنها عن زكاة ماله .

[فرع] للوكيل بدفع الزكاة أن يوكل غيره بلا إذن بحر عن الخانية . وسيأتى متنا فى الوكالة (قوله بعزل ماوجب) فى نسخة لعزل باللام وهى أحسن ليوافق المعطوف عليه (قوله ولا يخرج عن العهدة بالعزل) فلو ضاعت لاتسقط عنه الزكاة ولو مات كانت ميراثا عنه ، بخلاف ماإذا ضاعت فى يد الساعى لأن يده كيد الفقراء بحر عن المحيط (قوله أو تصادق بكله) بالرفع عطفا على قوله نية وأفاد به سقوط الزكاة ، ولو نوى نفلا أو لم ينو أصلا لأن الواجب جزء منه . وإنما تشترط النية لدفع المزاحم فلما أدى الكل زالت المزاحمة بحر (قوله إلا إذا نوى الخ) فى التعبير بالتصدق إيماء إلى هذا الاستثناء كما فى النهر (قوله فيصح) أى عما نوى (قوله لاتسقط حصته) أى لاتسقط زكاة مايصدق به فتجب زكاته وزكاة الباقى (قوله خلافا للثالث) أشار بذلك تبعا لمتن الملتقى إلى اعتماد قول أبى يوسف ولذا قدمه قاضيخان وقد أخره فى الهداية مع دليله وعادته تأخير المختار عنده على عكس عادة قاضيخان وصاحب الملتقى فافهم (قوله وأطلقه) أى أطلق التصدق (قوله حتى الخ) تفريع على شموله الدين ح وقيد بالفقير . لأنه لو كان غنياً فوهبه بعد الحول ففيه روايتان أصحهما الضمان بحر عن المحيط أى ضمان زكاة ما وهبه لأنه استهلك بعد الوجوب (قوله صح وسقط عنه) أى صح الإبراء وسقط عنه زكاته نوى الزكاة أولا لما مر ولو أبرأه(٢) عن البعض سقط زكاته دون الباقى . ولو نوى به الأداء عن الباقى بحر (قوله واعلم الخ) المراد بالدين ما كان ثابتا فى الذمة من مال الزكاة وبالعين ما كان قائما فى ملكه من نقود وعروض والقسمة رباعية ؛ لأن الزكاة إما أن تكون دينا أو عينا والمال المزكى كذلك ، لكن الدين إما أن يسقط بالزكاة أو يبقى مستحق القبض بعدها فتصير خمسة فيجوز الأداء فى ثلاثة :

الأولى أداء الدين عن دين سقط بها كما مثل من إبراء الفقير عن كل النصاب .

الثانية أداء العين عن العين كنقد حاضر عن نقد أو عرض حاضر .

الثالثة أداء العين عن الدين كنقد حاضر عن نصاب دين .

وفى صورتين لايجوز :

---

(١) (قول الشارح فيصح ويضمن) فيه أن مقدار الزكاة متعين بتعيين الله فلا يبطله تعيين العبد كما نقله المحشى عن المعراج عند قول الشارح بخلاف دين نذر ، ولعل فى المسألة قولين مشى فى المعراج على أحدهما والشارح هنا على الآخر اه .

(٢) (قوله ولو أبرأه الخ) هذا الفرع من موضوع الخلاف لمسألة التصدق التى ذكرها الشارح أيضا ، فجزم صاحب البحر بسقوط الزكاة عن القدر المبرأ عنه مبنى على قول محمد اه .

لايجوز . وحيلة الجواز أن يعطى مديونه الفقير زكاته ثم يأخذها عن دينه ؛ ولو امتنع المديون مد يده وأخذها لكونه ظفر بجنس حقه ، فإن مانعه رفعه للقاضي وحيلة التكفين بها التصدق على فقير ثم هو يكفن فيكون الثواب لهما وكذا فى تعمير المسجد ، وتمامه فى حيل الأشباه (وافتراضها عمرى) أى على التراخى ،وصححه الباقانى وغيره (وقيل فورى) أى واجب على الفور (وعليه الفتوى) كما فى شرح الوهبانية

الأولى أداء الدين عن العين كجعله مافى ذمة مديونه زكاة لماله الحاضر ، بخلاف ما إذا أمر فقيرا بقبض دين له على آخر عن زكاة عين عنده فإنه يجوز لأنه عند قبض الفقير يصير عينا فكان عينا عن عين .

الثانية أداء دين عن دين سيقبض كما تقدم عن البحر ،وهو مالو أبرأ الفقير عن بعض النصاب ناويا به الأداء عن الباقى ، وعلله بأن الباقى يصير عينا بالقبض فيصير مؤدياً بالدين عن العين اه ، ولذا أطلق الشارح الدين(١) أولا عن التقييد بالسقوط ، ولقوله بعده سيقبض (قوله وحيلة الجواز) أى فيما إذا كان له دين على معسر وأراد أن يجعله زكاة عن عين عنده أو عن دين له على آخر سيقبض (قوله أن يعطى مديونه الخ) قال فى الأشباه وهو أفضل من غيره أى لأنه يصير وسيلة إلى براءة ذمة المديون (قوله لكونه ظفر بجنس حقه) نقل العلامة البيرى فى آخر شرح الأشباه أن الدراهم والدنانير جنس واحد فى مسألة الظفر (قوله فإن مانعه الخ) والحيلة إذا خاف ذلك مافى الأشباه ، وهو أن يوكل المديون خادم الدائن بقبض الزكاة ثم بقضاء دينه ، فبقبض الوكيل صار ملكا للموكل، ولا يسلم المال للوكيل إلا فى غيبة المديون لاحتمال أن يعزله عن وكالة قضاء دينه حال القبض قبل الدفع اه . وفيها : وإن كان للدائن شريك فى الدين يخاف أن يشاركه فى المقبوض ، فالحيلة أن يتصدق الدائن بالدين ويهب المديون ماقبضه للدائن فلا مشاركة (قوله ثم هو) أى الفقير يكفن . والظاهر أن له أن يخالف أمره لأنه مقتضى صحة التملك كما سيأتى فى باب المصرف بحثا (قوله فيكون الثواب لهما) أى ثواب الزكاة للمزكى وثواب التكفين للفقير .

وقد يقال إن ثواب التكفين يثبت للمزكى أيضا ، لأن الدال على الخير كفاعله وإن اختلف الثواب كما وكيفا ط .

قلت : وأخرج السيوطى فى الجامع الصغير « لو مرت الصدقة على يدى مائة لكان لهم من الأجر مثل أجر المبتدئ من غير أن ينقص من أجره شئ » (قوله وكذا) الإشارة إلى الحيلة (قوله وتمامه الخ) هو ماقدمناه عن الأشباه (قوله وافتراضها عمرى) قال فى البدائع وعليه عامة المشايخ ، ففى أى وقت أدى يكون مؤدياً للواجب ويتعين ذلك الوقت للوجوب ، وإذا لم يؤد إلى آخر عمره يتضيق عليه الوجوب ، حتى لو لم يؤد حتى مات يأثم واستدل الجصاص له بمن عليه الزكاة إذا هلك نصابه بعد تمام الحول والتمكن من الأداء أنه لايضمن ، ولو كانت على الفور يضمن كمن أخر صوم شهر رمضان عن وقته فإن عليه القضاء (قوله وصححه الباقانى وغيره) نقل تصحيحه فى التتارخانية أيضا (قوله أى واجب على الفور) هذا ساقط من بعض النسخ ، وفيه ركاكة لأنه يؤول إلى قولنا افتراضها واجب على الفور مع أنها فريضة محكمة بالدلائل القطعية .

---

(١) (قوله ولذا أطلق الشارح الدين) أى فى قوله واعلم أن أداء الدين عن الدين ، وقوله ولذا أى لكون الدين الذى سيقبض كالعين أطلق الشارح : أى استغنى عن التقييد أولا فهذا جواب عن سؤال يرد على الشارح صورة لم أطلق أداء الدين عن العين أولا مع أنه مقيد بالساقط .

وحاصل الجواب أن الشارح استغنى عن تقييده بدلالة قوله بعد وعن دين سيقبض وبالتعليل اه .

(فيأثم بتأخيرها) بلا عذر (وترد شهادته) لأن الأمر بالصرف إلى الفقير معه قرينة الفور وهي أنه لدفع حاجته وهي معجلة ، فمتى لم تجب على الفور لم يحصل المقصود من الإيجاب على وجه التمام ، وتمامه في الفتح (لا يبقى للتجارة ما) أي عبد مثلا (اشتراه لها فنوى) بعد ذلك (خدمته ثم) ما نواه للخدمة (لا يصير للتجارة) وإن نواه لها مالم يبعه بجنس مافيه الزكاة . والفرق أن التجارة عمل فلا تتم بمجرد النية ؛ بخلاف الأول فإنه ترك العمل فيتم بها (وما اشتراه لها) أي للتجارة (كان لها)

وقد يقال إن قوله افتراضها على تقدير مضاف أي افتراض أدائها ، وهو من إضافة الصفة إلى موصوفها فيصير المعنى أداؤها المفترض واجب على الفور : أي أن أصل الأداء فرض ، وكونه على الفور واجب ، وهذا ماحققه في فتح القدير من أن المختار في الأصول أن مطلق الأمر لايقتضي الفور ولا التراخي بل مجرد الطلب فيجوز للمكلف كل منهما لكن الأمر هنا معه قرينة الفور الخ مايأتي (قوله فيأثم بتأخيرها الخ) ظاهره الإثم بالتأخير ولو قل كيوم أو يومين ، لأنهم فسروا الفور بأول أوقات الإمكان . وقد يقال المراد أن لايؤخر إلى العام القابل لما في البدائع عن المنتقى بالنون إذا لم يؤد حتى مضى حولان فقد أساء وأثم اه فتأمل (قوله وهي) أي القرينة أنه أي الأمر بالصرف (قوله وهي معجلة) كذا عبارة الفتح . أي حاجة الفقير معجلة أي حاصلة (قوله وتمامه في الفتح) حيث قال بعد مامر : فتكون الزكاة فريضة وفوريتها واجبة فيلزم بتأخيره من غير ضرورة الإثم كما صرح به الكرخي والحاكم الشهيد في المنتقى ، وهو عين ماذكره الإمام أبوجعفر عن أبي حنيفة أنه يكره ، فإن كراهة التحريم هي المحمل عند إطلاق اسمها ، وقد ثبت عن أئمتنا الثلاثة وجوب فوريتها ، وما نقله ابن شجاع عنهم من أنها على التراخي فهو بالنظر إلى دليل الافتراض أي دليل الافتراض لايوجبها ، وهو لاينفي وجود دليل الإيجاب . وعلى هذا قولهم : إذا شك هل زكى أولا يجب عليه أن يزكي ، لأن وقتها العمر ، فالشك حينئذ كالشك في الصلاة في الوقت اه ملخصا .

[تتمة] في الفتح أيضا : إذا أخر حتى مرض يؤدي سرا من الورثة ، ولو لم يكن عنده مال فأراد أن يستقرض لأداء الزكاة إن كان أكبر رأيه أنه يقدر على قضائه فالأفضل الاستقراض وإلا فلا ، لأن خصومة صاحب الدين أشد اه (قوله أي عبد) خصه بالذكر ليناسب قوله فنوى خدمته ، وأشار بقوله مثلا إلى أن العبد غير قيد ، لكن الأولى أن يقول بعده فنوى استعماله ليعم مثل الثوب والدابة ، ولابد من تخصيصه بما تصح فيه نية التجارة ليخرج مالو اشترى أرضا خراجية أو عشرية ليتجر فيها فإنها لاتجب فيها زكاة التجارة كما يأتي ، ونبه عليه في الفتح (قوله فنوى بعد ذلك خدمته) أي وأن لايبقى للتجارة لما في الخانية عبد التجارة : إذا أراد أن يستخدمه سنتين فاستخدمه فهو للتجارة على حاله إلا أن ينوي أن يخرجه من التجارة ويجعله للخدمة اه (قوله مالم يبعه) أي أو يؤجره كما في النهر وغيره ، وبدله من قسم الدين الوسط فيعتبر مامضى أو يعتبر الحول بعد قبضه على الخلاف الآتي في بيان أقسام الديون (قوله بجنس مافيه الزكاة) فلو دفعه لامرأته في مهرها أو دفعه بصلح عن قود أو دفعته لخلع زوجها لازكاة لأن هذه الأشياء لم تكن جنس مافيه الزكاة ط (قوله والفرق) أي بين التجارة حيث لاتتحقق بالفعل وبين عدمها . بأن نواه للخدمة حيث تحقق بمجرد النية ط (قوله فيتم بها) لأن التروك كلها يكتفى فيها بالنية ط . ونظير ذلك المقيم والصائم والكافر والعلوفة والسائمة ، حيث لايكون مسافرا ولا مفطرا ولا مسلما ولا سائمة ولا علوفة بمجرد النية وتثبت أضدادها بمجرد النية زيلعي ، لكن صرح في النهاية والفتح بأن العلوفة لاتصير سائمة بمجرد النية بخلاف العكس . ووفق في البحر بحمل الأول على ما إذا نوى أن تكون السائمة علوفة وهي باقية في المرعى إذ لابد من العمل وهو إخراجها من المرعى لاالعلف ، وحمل الثاني على ما إذا نوى بعد إخراجها منه (قوله كان لها الخ) لأن الشرط في التجارة مقارنتها لعقدها وهو كسب المال بالمال بعقد شراء أو إجارة

لمقارنة النية لعقد التجارة (لاماورثه ونواه لها) لعدم العقد إلا إذا تصرف فيه أى ناويا فتجب الزكاة لاقتران النية بالعمل (إلا الذهب والفضة) والسائمة ، لما فى الخانية : لو ورث سائمة لزمه زكاتها بعد حول نواه أولا (وماملكه بصنعة كهبة أو وصية أو نكاح أو خلع أو صلح عن قود) قيد بالقود لأن العبد للتجارة إذا قتله عبد خطأ ودفع به كان المدفوع للتجارة خانية ، وكذا كل ماقوبض به مال التجارة فإنه يكون لها بلا نية كما مر (ونواه لها كان له عند الثانى ، والأصح) أنه (لا) يكون لها بحر عن البدائع . وفى أول الأشباه : ولو قارنت النية ماليس بدل مال بمال لاتصح على الصحيح (لازكاة فى اللآلى والجواهر) وإن ساوت ألفا اتفاقا (إلا أن تكون للتجارة) والأصل أن ماعدا الحجرين والسوائم إنما يزكى بنية التجارة بشرط عدم المانع المؤدى إلى الثنى وشرط مقارنتها لعقد التجارة

أو استقراض حيث لامانع على مايأتى فى الشرح مع بيان المحترزات؛ ثم إن نية التجارة قد تكون صريحا وقد تكون دلالة، فالأول ماذكرنا، والثانى ماتقدم فى الشرح عند قول المصنف أو نية التجارة (قوله لاماورثه) قال فى النهر ويلحق بالإرث مادخله من حبوب أرضه فنوى إمساكها للتجارة فلا تجب لو باعها بعد حول اه (قوله أى ناويا) قال فى النهر : يعنى نوى وقت البيع مثلا أن يكون بدله للتجارة ولا تكفيه النية السابقة كما هو ظاهر مافى البحر اه (قوله فتجب الزكاة) أى إذا حال الحول على البدل ط (قوله نواه أولا) أى نوى السوم أولا لأنها كانت سائمة فبقيت على ماكانت وإن لم ينو خانية (قوله وما ملكه بصنعه الخ) أى ماكان متوقفا على قبوله وليس مبادلة مال بمال كهذه العقود إذا نوى عند العقد كونه للتجارة لايصير لها على الأصح ، لأن الهبة والصدقة والوصية ليست بمبادلة أصلا ، والمهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد مبادلة مال بغير مال كما فى البدائع .

قال فى فتح القدير : والحاصل أن نية التجارة فيما يشتريه تصح بالإجماع ، وفيما يرثه لا بالإجماع ، وفيما يملكه بقبول عقد مما ذكر خلاف اه (قوله أو نكاح أو خلع) أى لو تزوجها على عبد مثلا فنوت كونه للتجارة أو خالعته عليه فنوى كذلك (قوله أو صلح عن قود) أى إذا نوى عند عقد الصلح التجارة بالبدل . وفى الخانية لو كان عبدا للتجارة فقتله عبد عمدا فصولح من القصاص على القاتل لم يكن القاتل للتجارة لأنه بدل عن القصاص لاعن المقتول اه (قوله كان المدفوع للتجارة) أى بلا نية ح وذلك لأنه بدل عن المقتول ، وقد كان المقتول للتجارة فكذا بدله فكان مبادلة مال بمال ، ومثله فيما يظهر لو اختار سيد الجانى الفداء بعرض لما قلنا ، ولاينافيه مايأتى عن الأشباه فافهم (قوله فإنه يكون لها) لأن حكم البدل حكم الأصل خانية ، وسيأتى تمام الكلام على استبدال مال التجارة فى باب زكاة الغنم (قوله كما مر) أى فى شرح قوله أو نية التجارة ح (قوله والأصح أنه لايكون لها) لأن التجارة كسب المال ببدل هو مال ، والقبول اكتساب بغير بدل أصلا فلم تكن النية مقارنة عمل التجارة بدائع (قوله وفى أول الأشباه) أتى به تأييدا للأصح ط (قوله والجواهر) كاللؤلؤ والياقوت والزمرد وأمثالها درر عن الكافى (قوله وإن ساوت ألفا) فى نسخة ألوفا (قوله ماعدا الحجرين) هذا علم بالغلبة على الذهب والفضة ط وقوله والسوائم بالنصب عطفا على الحجرين وماعدا ماذكر كالجواهر والعقارات والمواشى العلوفة والعبيد والثياب والأمتعة ونحو ذلك من العروض (قوله المؤدى إلى الثنى) هذا وصف فى معنى العلة : أى لازكاة فيما نواه للتجارة من نحو أرض عشرية أو خراجية لئلا يؤدى إلى تكرار الزكاة ، لأن العشر أو الخراج زكاة أيضا والثنى بكسر الثاء المثلثة وفتح النون فى آخره ألف مقصورة : وهو أخذ الصدقة مرتين فى عام كما فى القاموس ومنه كما فى المغرب قوله صلى الله عليه وسلم « لاثنى فى الصدقة » (قوله وشرط مقارنتها) بالجر عطفا على شرط الأول ، ومن المقارنة ماورثه ناويا لها ثم تصرف فيه ناويا أيضا ، لأن المعتبر هو النية المقارنة للتصرف بالبيع

وهو كسب المال بالمال بعقد شراء أو إجارة أو استقراض :

ولو نوى التجارة بعد العقد أو اشترى شيئا للقنية ناويا أنه إن وجد ربحا باعه لازكاة عليه كما لو نوى التجارة فيما خرج من أرضه كما مر ؛ وكما لو شرى أرضا خراجية ناويا التجارة أوعشرية وزرعها أو بذرا للتجارة وزرعه لايكون للتجارة لقيام المانع .

مثلا كما مر فيكون بدله الذى نوى به التجارة مقارنا لعقد الشراء فافهم (قوله أو إجارة) كأن أجر داره بعروض ناويابها التجارة ، ولو كانت الدار للتجارة يصير بدلها للتجارة بلا نية لوجود التجارة دلالة كما مر ، وفيه خلاف قدمناه (قوله أو استقراض) لأن القرض ينقلب معاوضة المال بالمال فى العاقبة ، وهذا قول بعض المشايخ وإليه أشار فى الجامع أن من كان له مائتا درهم لامال له غيرها فاستقرض من رجل قبل حولان الحول خمسة أقفزة لغير التجارة ولم يستهلك الأقفزة حتى حال الحول لا زكاة عليه ويصرف الدين إلى مال الزكاة دون الجنس الذى ليس بمال الزكاة ، فقوله لغير التجارة دليل أنه لو استقرض للتجارة يصير لها . وقال بعضهم لا وإن نوى ، لأن القرض إعارة وهو تبرع لاتجارة بدائع . وعلى الأول مشى فى البحر والنهر والمنح وتبعهم الشارح ، لكن ذكر فى الذخيرة عن شرح الجامع لشيخ الإسلام أن الأصح الثانى وأن معنى قول محمد فى الجامع لغير التجارة أنها كانت عند المقرض لغير التجارة ، وفائدته أنها إذا ردت عليه عادت لغير التجارة وأنها لو كانت عنده للتجارة فردت عليه عادت للتجارة اه . والظاهر أن الثانى مبنى على قول أبى يوسف إن المستقرض لا يملك ما استقرضه إلا بالتصرف . وعندهما يملكه بالقبض ، حتى لو كان قائما فى يده فباعه من المقرض يصح عنده لا عندهما(١) ولو باعه من أجنبى يصح اتفاقا كما سيأتى تحريره فى بابه إن شاء الله تعالى ، وعلى قولهما فالوجه للأول تأمل .

لايقال : يشكل الأول بأن المستقرض صار مديونا بنظير ما استقرضه والمديون لا زكاة عليه بقدر دينه فما فائدة صحة نية التجارة فيه ؟ لأنا نقول : فائدتها ضم قيمته إلى النصاب الذى معه ، لما سيأتى من أن قيمة عروض التجارة تضم إلى النقدين ، فإذا كان له مائتا درهم فقط واستقرض خمسة أقفزة للتجارة قيمتها خمسة دراهم مثلا كان مديونا بقدرها وبقى له نصاب تام فيزكيه ، بخلاف ما إذا لم تكن للتجارة فإنه لازكاة عليه أصلا ، لأن الدين يصرف إلى مال الزكاة دون غيره كما مر فينقص نصاب الدراهم الذى معه فلا يزكيه ولا يزكى الأقفزة فافهم (قوله ولو نوى الخ) محترز قوله وشرط مقارنتها لعقد التجارة ح (قوله كما لو نوى الخ) خرج باشتراط عقد التجارة ، وهذا ملحق بالميراث كما مر عن النهر فلا يصح تعليله باجتماع الحقين كما قدمناه فافهم (قوله كما مر) قبيل قوله وشرط صحة أدائها ح (قوله وكما لو شرى الخ) محترز قوله بشرط عدم المانع الخ (قوله وزرعها) قيد للعشرية لتعلق العشر بالخارج ، بخلاف الخراج إلا إذا كان خراج مقاسمة لاموظفا . ومفهومه أنه إذا لم يزرعها تجب زكاة التجارة فيها لعدم وجوب العشر فلم يوجد المانع ، أما الخراجية فالمانع موجود وهو الثنى وإن عطلت (قوله لقيام المانع) وهو الثنى . ومفاد التعليل أنه لو زرع البذر فى أرضه المملوكة تجب فيه الزكاة . ويخالفه ما فى البحر حيث قال فى باب زكاة المال : لو اشترى بذرا للتجارة وزرعه فإنه لازكاة فيه وإنما فيه العشر لأن بذره فى الأرض أبطل كونه للتجارة فكان ذلك كنية الخدمة فى عبد التجارة بل أولى ، ولو لم يزرعه تجب اه فإن مفاده سقوط الزكاة عن البذر بالزراعة مطلقا أفاده ط :

[تنبيه] ماذكره الشارح من عدم وجوب الزكاة فى الأرض المشرية للتجارة ، وإنما فيها العشر أو الخراج

---

(١) (قوله عنده لاعندهما) صوابه عندهما لاعنده تأمل اه .

باب السائمة

(هى) الراعية ، وشرعا (المكتفية بالرعى) المباح ، ذكره الشمنى (فى أكثر العام لقصد الدر والنسل) ذكره الزيلعى ، وزاد فى المحيط (والزيادة والسمن) ليعم الذكور فقط ، لكن فى البدائع و إسامها للحم فلا زكاة

للمانع المذكور . قال فى البدائع : هو الرواية المشهورة عن أصحابنا . وعن محمد أنه تجب الزكاة أيضا ، لأن زكاة التجارة تجب فى الأرض والعشر يجب فى الخارج وهما مختلفان ، فلا يجتمع الحقان فى مال واحد . ووجه ظاهر الرواية أن سبب الوجوب فى الكل واحد لأنه يضاف إليها فيقال عشر الأرض وخراجها وزكاتها والكل حق الله تعالى وحقوقه تعالى المتعلقة بالأموال النامية لايجب فيها حقان منها بسبب مال واحد كزكاة السائمة مع التجارة اه فافهم :

باب السائمة

بالإضافة أو بالتنوين على أنه مبتدأ وخبر ، فهو لبيان حقيقتها وما بعده لبيان حكمها ، ولذا لم يقدر مضافا أى صدقة السائمة : قال فى النهر : وبدأ محمد فى تفصيل أموال الزكاة بالسوائم اقتداء بكتبه عليه الصلاة والسلام ، وكانت كذلك لأنها إلى العرب وكان جل أموالهم السوائم والإبل أنفسها عندهم فبدأ بها (قوله هى الراعية) أى لغة . يقال سامت الماشية : رعت ، وأسامها ربها إسامة كذا فى المغرب ؛ سميت بذلك لأنها تسم الأرض أى تعلمها ، ومنه — شجر فيه تسيمون —(١) وفى ضياء الحلوم : السائمة المال الراعى نهر (قوله وشرعا المكتفية بالرعى الخ) أطلقها فشمل المتولدة من أهلى ووحشى ، لكن بعد كون الأم أهلية كالمتولدة من شاة وظبى وبقر وحشى وأهلى فتجب الزكاة بها ويكمل بها النصاب عندنا خلافا للشافعى بدائع (قوله بالرعى) بفتح الراء مصدر وبكسرها الكلأ نفسه والمناسب الأول ، إذ لو حمل الكلأ إليها فى البيت لا تكون سائمة بحر(٢) . قال فى النهر : وأقول الكسر هو المتداول على الألسنة ، ولا يلزم عليه أن تكون سائمة لو حمله إليها إلا لو أطلق الكلأ على المنفصل . ولقائل منعه ، بل ظاهر قول المغرب الكلأ هو كل مارعنه الدواب من الرطب واليابس يفيد اختصاصه بالقائم فى معدنه ولم تكن به سائمة لأنه ملكه بالحوز فتدبره اه .

قلت : لكن فى القاموس : الكلأ كجبل العشب رطبه ويابسه فلم يقيده بالمرعى (قوله ذكره الشمنى) أى ذكر التقييد بالمباح . قال فى البحر والنهر : ولا بد منه ، لأن الكلأ يشمل غير المباح ولا تكون سائمة ، به لكن قال المقدسى : وفيه نظر . قلت : لعل وجهه(٣) منع شموله لغير المباح ، لحديث أحمد « المسلمون شركاء فى ثلاث : فى الماء ، والكلأ ، والنار » فهو مباح ولو فى أرض مملوكة كما سيأتى فى فصل الشرب إن شاء الله تعالى (قوله ذكره الزيلعى) أى ذكر قوله لقصد الدر والنسل تبعا لصاحب النهاية (قوله والسمن) عطف تفسير ط (قوله ليعم الذكور) لأن الدر والنسل لايظهر فيها ط (قوله فقط) أى الذكور المحضة ، وليس المراد أنه يعم الذكور ولا يعم غيرها اه ح . وحاصله أنه قيد للذكور لا ليعم (قوله لكن فى البدائع الخ) استدراك على مافى المحيط

(١) (قوله شجر فيه تسيمون الخ) قال العلامة المفتى أبو السعود فى تفسير قوله تعالى — فيه تسيمون — ترعون ، من سامت الماشية أو أسامها صاحبها ، وأصلها السومة وهى العلامة لأنها تؤثر بالرعى علامات فى الأرض اه .

(٢) (قوله لا تكون سائمة بحر) سيأتى له قريبا التصريح بلزوم التقييد بالمباح ، وحينئذ لا يراد ما ذكره فإنه بعد قطعه لا يقال له مباح اه .

(٣) (قوله وفيه نظر قلت لعل وجهه الخ) قد يقال : لا وجه فى هذا النظر ، فإنه محتاج إليه لإخراج ما قطع وحمل إلى البيت فإنه يقال له كلأ أيضا اه .

فيها ، كما لو أسامها للحمل والركوب ولو للتجارة ففيها زكاة التجارة ولعلهم تركوا ذلك لتصريحهم بالحكمين (فلو علفها نصفه لاتكون سائمة) فلا زكاة فيها للشك فى الموجب (ويبطل حول زكاة التجارة بجعلها للسوم) لأن زكاة السوائم وزكاة التجارة مختلفان قدرا وسببا ، فلا يبنى حول أحدهما على الآخر (فلو اشترى لها) أى للتجارة

من اعتبار السمن . والجواب أن مراد المحيط أن السمن لا لأجل اللحم بل لغرض آخر مثل أن لا تموت فى الشتاء من البرد فلا تناقض بين كلامى البدائع والمحيط اهـ ح أو يحمل على اختلاف الرواية أو المشايخ طوبه جزم الرحمتى.

أقول : عبارة البدائع هكذا : نصاب السائمة له صفات : منها كونه معدا للإسامة للدر والنسل لما ذكرنا أن مال الزكاة هو المال النامى والمال النامى فى الحيوان بالإسامة إذ به يحصل النسل فيزداد المال، فإن أسيمت للحمل والركوب أو اللحم فلا زكاة فيها اهـ . فقد أفاد أن الزكاة منوطة بالإسامة لأجل النمو أى الزيادة(١) فيشمل الإسامة لأجل السمن لأنه زيادة فيها ، ثم تفريعه على ذلك بإخراج ما إذا أسيمت للحمل والركوب أو للحم يعلم منه أنه لم يرد باللحم السمن وإلا كان كلاما متناقضا لأن اللحم زيادة ،ولا يتوهم أحد أن ذلك مبنى على رواية أخرى لأنه فى صدد كلام واحد ، فتعين أن المراد باللحم الأكل أى إذا أسامها لأجل أن يأكل لحمها هو وأضيافه فهو كما لو أسامها للحمل والركوب إذ لابد من قصد الإسامة للزيادة والنمو ، هذا ماظهر لى . ثم رأيت فى المعراج ما نصه : له غنم للتجارة نوى أن تكون للحم فذبح كل يوم شاة أو سائمة نواها للحمولة فهى للحم والحمولة عند محمد اهـ وفيه لف ونشر مرتب ، والله تعالى أعلم (قوله كما لو أسامها للحمل والركوب) لأنها تصير كثياب البدن وعبيد الخدمة (قوله ولعلهم تركوا ذلك) أى ترك أصحاب المتون من تعريف السائمة ما زاده المصنف تبعا للزيلعى والمحيط لتصريحهم أى تصريح التاركين لذلك بالحكمين : أى بحكم مانوى به التجارة من العروض الشاملة للحيوانات وبحكم المسامة للحمل والركوب ، وهو وجوب زكاة التجارة فى الأول وعدمه فى الثانى ، فلا يرد على تعريفهم بأنها المكتفية بالرعى فى أكثر العام أنه تعريف بالأعم ، أفاده فى البحر .

وحاصله أن القيدين المذكورين فى الزيلعى والمحيط ملحوظان فى التعريف المذكور بقرينة التصريح المزبور ، فلا يكون تعريفا بالأعم ، على أن التعريف بالأعم إنما لا يصح على رأى المتأخرين من علماء الميزان وإلا فالمتقدمون وأهل اللغة على جوازه ، وبه اندفع قول النهر : إن هذا غير دافع ، إذ التعريف بالأعم لا يصح ولا ينفع فيه ذكر الحكمين بعده اهـ تأمل (قوله للشك فى الموجب) بكسر الجيم وهو كونها سائمة ، فإنه شرط لكونها سبباً للوجوب . قال فى فتح القدير : العلف اليسير لايزول به اسم السوم المستلزم للحكم ، وإذا كان مقابله كثيرا بالنسبة كان هو يسيرا والنصف ليس بالنسبة إلى النصف كثيرا ولأنه يقع الشك فى ثبوت سبب الإيجاب فافهم (قوله مختلفان قدراً وسبباً) لأن القدر فى مال التجارة ربع العشر وفى السوائم مايأتى بيانه والسبب فيهما هو المال النامى ، لكن بشرط نية التجارة فى الأول ونية الإسامة للدر والنسل فى الثانى ، فالاختلاف فى الحقيقة فى القدر والشرط ، لكن لما كانت السببية لاتتم إلا بشرطها جعله من الاختلاف فى السبب فافهم (قوله فلو اشترى) تفريع على البطلان

---

(١) (قوله لأجل النمو أى الزيادة) يعنى الزيادة المطلقة الشاملة للسمن ، هكذا فهم المحشى وبنى عليه كلامه ، وهو كما ترى مخالف لصريح عبارة البدائع ، فإن النماء فيها مخصوص بالنسل كما يرشد إلى هذا تفسيره النماء به ، فالأحسن أن يقال المراد بقوله : فإن أسيمت للحم إنما هو الأكل كما قال المحشى وبضميمة هذا إلى ماعلمت من أن المراد بالنماء الدر والنسل لاتظهر منافاة أصلا ، فإنه حينئذ لم يتعرض لمسألة السمن فتكون عبارة البدائع حينئذ مساوية لعبارة الزيلعى ، غاية الأمر أن صاحب البدائع زاد مسألة من محترزات القيد الذى أغفلا على ذكره ، وقد صرح صاحب البدائع قبل هذه المسألة بما يدل على مسألة السمن فلا يعترض عليه بإهمالها اهـ .

(ثم جعلها سائمة اعتبر) أول (الحول من وقت الجعل) للسوم ؛ كما لو باع السائمة فى وسط الحول أو قبله بيوم بجنسها أو بغير جنسها أو بنقد ولا نقد عنده أو بعروض ونوى بها التجارة فإنه يستقبل حولا آخر جوهرة ؛ وفيها ليس فى سوائم الوقف والخيل المسبلة زكاة لعدم المالك ، ولا فى المواشى العمى ، ولا مقطوعة القوائم ، لأنها ليست سائمة :

باب نصاب الإبل

بكسر الباء وتسكن مؤنثة لاواحد لها من لفظها ، والنسبة إليها إبلى بفتح الباء ، سميت به لأنها تبول على أفخاذها (خمس ، فيؤخذ من كل خمس) منها (إلى خمس وعشرين بخت) جمع بختى : وهو ماله سنامان ، منسوب

(قوله كما لو باع السائمة) قيد بها لأن عروض التجارة إذا استبدلت لاينقطع الحول .

قلت : ومثل العروض الدراهم والدنانير عندنا خلافا للشافعى فلا زكاة على الصيرفى فى قياس قوله كما فى البدائع (قوله فى وسط الحول) بسكون السين وهو أفيد لأنه اسم لجزء مبهم بين طرفى الشىء ، بخلاف محركها فإنه اسم لجزء تساوى بعده عن طرفى الشىء فيكون جزءا معينا من الحول وليس بمراد اهـ ح (قوله أو قبله) أى قبل الحول على تقدير مضاف : أى قبل انتهائه بيوم ، والمراد به مطلق الزمان ولو ساعة ، وهو من عطف الخاص على العام فإنه قد يكون بأو كما فى الحديث « ومن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها أو امرأة يتزوجها » وفائدته مع أنه داخل فى الوسط التنبيه على بطلان الحول بالبيع وإن مضى معظمه ، ودفع توهم أن المراد بالوسط الجزء المعين فافهم (قوله ولا نقد عنده) أما لو كان عنده نقد نصابا فإنه يضم إليه ويزكيه معه بلا استقبال حول ؛ وكان الأولى أن يقول ولا نصاب عنده ليشمل ماإذا باعها بجنسها أو بغيره ؛ ففى الجوهرة : ولو باع الماشية قبل الحول بدراهم أو بماشية ضم الثمن إلى جنسه بالإجماع : أى يضم الدراهم إلى الدراهم والماشية إلى الماشية (قوله المسبلة) أى المجعولة ليغازى عليها فى سبيل الله تعالى بوقف أو وصية وهذا التفصيل عند الإمام ، أما عندهما فلا شىء فى الخيل مطلقا ط بزيادة (قوله ولا فى المواشى العمى) نقل فى الظهيرية فى العمى روايتين . وعندهما تجب ، كما لو كان فيها عمى نهر ، وجزم فى البحر فى الباب الآتى بالوجوب فيها ، والذى يظهر أنه إن تحقق فيها السوم وجبت وإلا فلا بدليل التعاليل ، والله أعلم .

باب

بالتنوين مبتدأ حذف خبره أو بالعكس ، ونصاب مبتدأ وخمس خبره ، والذى فى المنح نصاب الإبل بغير باب ط (قوله نصاب الإبل) أطلقه فشمل الذكور والإناث ولو أبوه وحشيا بعد أن كانت الأم أهلية ، وشمل الصغار بشرط أن لاتكون كلها كذلك لما سيصرح به . فالصغار تبع للكبار ، وشمل الأعمى والمريض والأعرج لكن لايؤخذ فى الصدقة ، وشمل السمان والعجاف لكن تجب شاة بقدر العجاف ، وبيانه فى البحر (قوله مؤنثة) قال فى ذيل المغرب : كل جمع مؤنث إلا ماصح بالواو والنون فيمن يعلم ، تقول : جاء الرجال والنساء وجاءت الرجال والنساء ، وأسماء الجموع مؤنثة نحو الإبل والذود والخيل والغنم والوحش والعرب والعجم ، وكذا كل مايفرق بينه وبين واحده بالتاء أو ياء النسب كتمر ونخل وروى وروم وبختى وبخت اهـ فافهم (قوله بفتح الباء) كقولهم فى النسبة إلى سلمة : أى بكسر اللام سلمى بالفتح لتوالى الكسرات مع الياء بحر (قوله لأنها تبول على أفخاذها) فيه إشارة إلى أن بينهما اشتقاقا أكبر ، وهو اشتراك الكلمتين فى أكثر الحروف مع التناسب فى المعنى كما هنا ، فإن الإبل مهموز وبال أجوف ح (قوله بخت) بالجر بدل من قوله إلى خمس وعشرين والأولى نصبه على التمييز ط

إلى بختنصر لأنه أول من جمع بين العربى والعجمى فولد منهما ولد فسمى بختيا (أو عراب شاة) وما بين النصابين عفو (وفيها) أى الخمس وعشرين (بنت مخاض ، وهى التى طعنت فى) السنة (الثانية) سميت به لأن أمها غالبا تكون مخاضا : أى حاملا بأخرى (وفى ست وثلاثين) إلى خمس وأربعين (بنت لبون وهى التى طعنت فى الثالثة) لأن أمها تكون ذات لبن لأخرى غالبا (وفى ست وأربعين) إلى الستين (حقة) بالكسر (وهى التى طعنت فى الرابعة) وحق ركوبها (وفى إحدى وستين) إلى خمس وسبعين (جذعة) بفتح الذال المعجمة (وهى التى طعنت فى الخامسة) لأنها تجذع : أى تقلع أسنان اللبن (وفى ست وسبعين) إلى تسعين (بنتا لبون ، وفى إحدى وتسعين حقتان إلى مائة وعشرين) كذا كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر رضى الله عنه (ثم تستأنف الفريضة) عندنا (فيؤخذ فى كل خمس شاة) مع الحقتين

وهو كذلك فى بعض النسخ (قوله بختنصر) بضم الباء وسكون الخاء المعجمة وفتح التاء المثناة فوق والنون والصاد المهملة المشددة فى آخره راء : علم مركب تركيب مزج على ملك ح . وفى القاموس : بختنصر بالتشديد ، أصله بوخت ومعناه ابن ونصر كبقم صنم ؛ وكان وجد عند الصنم ولم يعرف له أب فنسب إليه ، خرّب القدس اهـ (قوله أو عراب) جمع عربى للبهائم وللأناسى عرب ، ففرقوا بينهما فى الجمع بحر (قوله شاة) ذكراً كان أو أنثى بحر . وفى الشرنبلالية عن الجوهرة قال الخجندى : لا يجوز فى الزكاة إلا الثنى من الغنم فصاعدا ، وهو ما أتى عليه حول . ولا يؤخذ الجذع : وهو الذى أتى عليه ستة أشهر وإن كان يجزئ فى الأضحية اهـ (قوله عفو) مصدر بمعنى اسم المفعول : أى عفا الشارع عنه فلم يوجب فيه شيئا ط (قوله بنت مخاض) قيد بها لأنها لا يجوز دفع الذكور فيها إلا بطريق القيمة كما يأتى ؛ والواجب فى المأخوذ الوسط كما سيجىء فى باب الغنم (قوله سميت به الخ) قال فى المغرب : مخضت الحامل مخضا ومخاضا أخذها وجع الولادة ، ومنه — فأجاءها المخاض إلى جذع النخلة — والمخاض أيضا النوق الحوامل الواحدة خلفة ، ويقال لولدها إذا استكمل سنة ودخل فى الثانية ابن مخاض لأن أمه لحقت بالمخاض من النوق اهـ ومثله فى القاموس فافهم (قوله غالبا) لأنها قد لا تحمل ، وأشار إلى أن المراد ببنت مخاض وكذا بنت لبون السن لا أن تكون أمها مخاضا أو لبونا فهو مخرّج مخرج العادة لا مخرج الشرط كما فى البحر عن الزيلعى فى فصل محرمات النكاح ، وهذا مع ما مر عن المغرب يدل على أن هذا معنى لغوى أيضا لا شرعى فقط كما فهمه فى البحر من عبارة الزيلعى المذكورة فافهم (قوله وهى التى طعنت فى الثالثة) أى ولو بزمن يسير كيوم فلا يخالف ما فى القهستانى من أنها التى أتى عليها سنتان أفاده ط (قوله لأخرى) أى لبنت أخرى ط (قوله وحق ركوبها) بيان لعلة التسمية كما فى القاموس (قوله كذا كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم) كتب مبتدأ مضاف وكذا خبره ، وأبى بكر عطف على المضاف إليه ح . وفى عامة النسخ إلى أبى بكر : أى الواصلة إليه ؛ فى الفتح عن رواية الزهرى « أنه صلى الله عليه وسلم قد كتب الصدقة ولم يخرجها إلى عماله حتى توفى فأخرجها أبو بكر من بعده فعمل بها حتى قبض ، ثم أخرجها عمر فعمل بها الخ » .

قلت : وإنما ذكر الشارح هذه الجملة هنا ولم يؤخرها إلى آخر الكلام لوقوع الخلاف لاختلاف الروايات فيما بعد المائة والخمسين(١) كما أشار إليه بقوله الآتى عندنا ، أما ما دونها فلا خلاف فيه ، إلا ما ورد عن على أنه قال : فى خمس وعشرين من الإبل خمس شياه ، وتمامه فى الزيلعى (قوله عندنا) وقال الشافعى وأحمد : إذا زادت على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلاث بنات لبون إلا مائة وثلاثين ففيها حقة وبنتا لبون ثم فى كل أربعين بنت لبون

---

(١) (قوله فيما بعد المائة والخمسين الخ) لعل الصواب إبدال الخمسين بالعشرين . تأمل اهـ .

(ثم فى كل مائة وخمس وأربعين بنت مخاض وحقتان، ثم فى كل مائة وخمسين ثلاث حقاق ، ثم تستأنف الفريضة) بعد المائة والخمسين (ففى كل خمس شاة) مع الثلاث حقاق (ثم فى كل خمس وعشرين بنت مخاض) مع الحقاق (ثم فى ست وثلاثين بنت لبون) معهن (ثم فى مائة وست وتسعين أربع حقاق إلى مائتين، ثم تستأنف الفريضة) بعد المائتين (أبدا ، كما تستأنف في الخمسين التي بعد المائة والخمسين) حتى يجب فى كل خمسين حقة . ولا تجزئ ذكور الإبل إلا بالقيمة للإناث ؛ بخلاف البقر والغنم ، فإن المالك مخير . _

باب زكاة البقر

من البقر بالسكون : وهو الشق . سمى به ، لأنه يشق الأرض كالثور ، لأنه يثير الأرض : ومفرده بقرة

وفى كل خمسين حقة . وعن مالك قولان : أحدهما كمذهبنا ، والآخر كمذهب الشافعى إسمعيل (قوله ثم فى كل مائة وخمس وأربعين) الأصوب إسقاط كل ليوافق مافى المنح والدرر وغيرهما ، ولإيهامه أنه إن تكرر هذا العدد مرتين تكرر هذا الواجب مرتين وإن تكرر ثلاثا فثلاث وليس ذلك بمراد . والأصوب أيضا العطف بالواو بدل ثم لأن هذا ليس استئنافا آخر بل هو من جملة الاستئناف الذى قبله (قوله بنت مخاض وحقتان) فالحقتان فى المائة والعشرين وبنت مخاض فى الخمسة والعشرين الزائدة عليها (قوله ثم فى كل مائة وخمسين) الأصوب إسقاط كل لما مر . وعطفه بثم(١) لابالواو ، لأن مقتضى الاستئناف فيما بعد المائة والعشرين أن يجب فى ست وثلاثين بعدها بنت لبون مع الحقتين ، لكن ليس فى هذا الاستئناف بنت لبون بخلاف الاستئنافين اللذين بعده (قوله ثم فى كل خمس وعشرين) أى بعد المائة والخمسين ، والأصوب أيضا إسقاط كل والعطف فيه وفيما بعده بالواو بدل ثم لما مر (قوله أربع حقاق) منها ثلاث وجبت فى المائة والخمسين والرابعة وجبت فى الست والأربعين الزائدة عليها . وإلى هنا انتهى حكم الاستئناف الثانى فلا تجب فيه جذعة (قوله إلى مائتين) وهو فى المائتين بالخيار . إن شاء دفع أربع حقاق من كل خمسين حقة أوخمس بنات لبون من كل أربعين بنت لبون كما فى المحيط والمبسوط والخانية إسمعيل (قوله كما تستأنف فى الخمسين التى بعد المائة والخمسين) قيد به احترازا عن الاستئناف الأول يعنى الذى بعد المائة والعشرين ، إذ ليس فيه إيجاب بنت لبون كما قدمناه ولا إيجاب أربع حقاق لعدم نصابهما، لأنه لما زاد خمس وعشرون على المائة والعشرين صار كل النصاب مائة وخمسة وأربعين فهو نصاب بنت المخاض مع الحقتين . فلما زاد عليها خمس وصار مائة وخمسين وجب ثلاث حقاق درر (قوله حتى يجب فى كل خمسين حقة) كذا فى صدر الشريعة والدرر ، والمراد فى كل ست وأربعين إلى الخمسين كما عبر به فى النقاية . قال فى البحر : فإذا زاد على المائتين خمس شياه ففيها شاة مع الأربع حقاق أو الخمس بنات لبون ، وفى عشر شاتان معها ، وفى خمس عشرة ثلاث شياه معها ، وفى عشرين أربع معها ، فإذا بلغت مائتين وخمسا وعشرين ففيها بنت مخاض معها إلى ست وثلاثين ، فبنت لبون معها إلى ست وأربعين ومائتين ففيها خمس حقاق إلى مائتين وخمسين ، ثم تستأنف كذلك ؛ ففى مائتين وست وتسعين ست حقاق إلىَ ثلثمائة وهكذا اهـ (قوله للإناث) نعت للقيمة : أى القيمة الكائنة للإناث ح (قوله فإن المالك مخير) لعدم فضل الأنوثة فيهما على الذكورة ط .

باب زكاة البقر

قدمت على الغنم لقربها من الإبل فى الضخامة حتى شملها اسم البدنة بحر (قوله كالثور الخ) هو ذكر البقر

---

(١) (قوله وعطفه بثم الخ) قد أبدى شيخنا نكتة لطيفة للتعبير بثم وهى أن ثم تفيد التراخى والمهلة وقد أتى بها هنا لتفيد تراخى وجوب الثلاث حقاق عن وجوب الحقتين الواجبتين فى مائة وعشرين ؛ ولو أتى بالواو لم يستفد ذلك تأمل اهـ .

والتاء للوحدة .

(نصاب البقر والجاموس) ولو متوالدا من وحش وأهلية ، بخلاف عكسه ووحشي بقر وغنم وغيرهما فإنه لايعد فى النصاب (ثلاثون سائمة) غير مشتركة (وفيها تبيع) لأنه يتبع أمه (ذو سنة) كاملة (أو تبيعة) أنثاه (وفى أربعين مسن ذو سنتين أو مسنة ، وفيما زاد) على الأربعين (بحسابه) فى ظاهر الرواية عن الإمام . وعنه : لاشيء فيما زاد (إلى ستين ففيها ضعف مافى ثلاثين) وهو قولهما والثلاثة وعليه الفتوى بحر عن الينابيع وتصحيح القدورى (ثم فى كل ثلاثين تبيع ، وفى كل أربعين مسنة) إلا إذا تداخلا كمائة وعشرين فيخير بين أربع أتبعة وثلاث مسنات ، وهكذا .

باب زكاة الغنم

قاموس : أى كما سمى الثور ثورا لأنه يثير الأرض : أى يحرثها . قال فى المغرب — وأثاروا الأرض — حرثوها وزرعوها ، وسميت البقرة المثيرة لأنها تثير الأرض اهـ (قوله والتاء للوحدة) أى لا للتأنيث فيشمل الذكر والأنثى كما فى البحر (قوله والجاموس) هو نوع من البقر كما فى المغرب ، فهو مثل البقر فى الزكاة والأضحية والربا ، ويكمل به نصاب البقر ، وتؤخذ الزكاة من أغلبها ، وعند الاستواء يؤخذ أعلى الأدنى وأدنى الأعلى نهر . وعلى هذا الحكم البخت والعراب والضأن والمعز ابن ملك (قوله بخلاف عكسه) أى المتولد من أهلى ووحشية ، لأن المعتبر الأم (قوله ووحشى) بالجر عطفاً على عكسه (قوله فإنه لايعد فى النصاب) لأنه ملحق ، بخلاف الجنس كالحمار الوحشى وإن ألف فما بيننا لايلحق بالأهلى حتى يبقى حلال الأكل بحر (قوله ثلاثون) ذكورا كانت أو إناثا وكذا الجواميس كما فى البرجندى إسمعيل (قوله سائمة) نعت لثلاثون فهو مرفوع ويجوز النصب على التمييز ح فلو علوفة فلا زكاة فيها إلا إذا كانت للتجارة فلا يعتبر فيها العدد بل القيمة (قوله غير مشتركة) فلو مشتركة لاتزكى لنقصان نصيب كل منهما عن النصاب وإن صحت الخلطة فيه كما سيأتى بيانه فى باب زكاة المال (قوله وفيها تبيع) نص على الذكر لئلا يتوهم اختصاصه بالأنثى كما فى الإبل (قوله كاملة) قيد به ليوافق قول غيره وطعن فى الثانية لأنه إذا تمت السنة لزم طعنه فى الثانية فلا مخالفة أفاده الشيخ إسمعيل (قوله مسن) بضم الميم وكسر السين مأخوذ من الأسنان : وهو طلوع السن فى هذه السنة لاالكبر قهستانى عن ابن الأثير ط (قوله بحسابه) أى لايكون عفوا بل يحسب إلى ستين ، ففى الواحدة الزائدة ربع عشر مسنة ، وفى الثنتين نصف عشر مسنة درر (قوله بحر عن الينابيع) عزاه فى البحر إلى الإسبيجابى وتصحيح القدورى وليس فيه ذكر الينابيع . وفى النهر وهى أعدل كما فى المحيط وفى جوامع الفقه المختار قولهما ، وفى الينابيع والإسبيجابى وعليه الفتوى اهـ (قوله ثم فى كل ثلاثين الخ) فيتغير الواجب بكل عشرة ، ففى سبعين تبيع ومسنة ، وفى ثمانين مسنتان ، وفى تسعين ثلاث أتبعة ، وفى مائة تبيعان ومسنة ، فعلى ماذكروه مدار الحساب على الثلاثينات والأربعينات ط عن القهستانى (قوله إلا إذا تداخلا) أى التبيعات والمسنات بأن كان العدد يصح أن يعطى فيه من هذه أو هذه ط (قوله وهكذا) أى الحكم على هذا المنوال ، ففى مائتين وأربعين ثمانية أتبعة أو ست مسنات .

باب زكاة الغنم

الغنم محركة : الشاء لاواحد لها من لفظها الواحدة شاة ، وهو اسم مؤنث للجنس يقع على الذكور والإناث قاموس وفيه الشاة الواحدة من الغنم للذكر والأنثى ، وتكون من الضأن والمعز والظباء والبقر والنعام وحمر الوحش

مشتق من الغنيمة ، لأنه ليس لها آلة الدفاع فكانت غنيمة لكل طالب (نصاب الغنم ضأنا أو معزا) فإنهما سواء فى تكميل النصاب والأضحية والربا لافى أداء الواجب والأيمان (أربعون وفيها شاة) تعم الذكور والإناث (وفى مائة وإحدى وعشرين شاتان ، وفى مائتين وواحدة ثلاث شياه ، وفى أربعمائة أربع شياه) وما بينهما عفو (ثم) بعد بلوغها أربعمائة (فى كل مائة شاة) إلى غير نهاية (ويؤخذ فى زكاتها) أى الغنم (الثنى) من الضأن والمعز (وهو ماتمت له سنة لا الجذع إلا بالقيمة) وهو ماأتى عليه أكثرها على الظاهر . وعنه جواز الجذع من الضأن ، وهو قولهما ، والدليل يرجحه ، ذكره الكمال . والثنى من البقر ابن سنتين ، ومن الإبل ابن خمس والجذع من البقر ابن سنة

والمرأة جمعه شاء وشياه وشواه الخ (قوله مشتق من الغنيمة) أى بينهما اشتقاق أكبر كما مر فى الإبل فافهم ، وذكر الضمير وإن كانت الغنم مؤنثة كما علمت ، لأن المراد هنا اللفظ (قوله لأنه الخ) علة مقدمة على معلولها ، وقوله آلة الدفاع : أى الدفع عن نفسها ، ولا ينافى وجود آلة لها غير دافعة كقرونها ط (قوله ضأنا أو معزا) بسكون الهمزة والعين وفتحهما جمع ضائن كذا فى القاموس والكشاف ، وهو مذهب الأخفش . والصحيح مذهب سيبويه أن كلا منهما اسم جنس يقع على القليل والكثير والذكر والأنثى ؛ والضأن ماكان من ذوات الصوف والمعز من ذوات الشعر قهستانى ط (قوله فإنهما سواء) لأن النص ورد باسم الشاة والغنم وهو شامل لهما نهر (قوله فى تكميل النصاب) فإن نقص نصاب الضأن وعنده من المعز مايكمله أو بالعكس وجبت فيه الزكاة ، وكذا لو كان المعز نصابا تاما تجب فيه (قوله والأضحية) أى تجزئ منهما إلا أنها تجوز بالجذع(١) وأما أخذه فى الزكاة ففيه الخلاف الآتى (قوله والربا) فلا يجوز بيع لحم الضأن بلحم المعز متفاضلا ح (قوله لافى أداء الواجب) لأن النصاب إذا كان ضأنا يؤخذ الواجب من الضأن ولو معزا فمن المعز ، ولو منهما فمن الغالب ، ولو سواء فمن أيهما شاء جوهرة : أى فيعطى أدنى الأعلى أو أعلى الأدنى كما قدمناه فى الباب السابق (قوله والأيمان) فإن من حلف لايأكل لحم الضأن لايحنث بأكل لحم المعز للعرف ح أى فإن الضأن غير المعز فى العرف (قوله وما بينهما عفو) أى مابين كل نصاب ونصاب فوقه عفو لاشىء فيه زائدا ، فما زاد على أربعين شاة مثلا إلى المائة والعشرين لاشىء فيه إذا اتحد المالك ، فلو مشتركة بين ثلاثة أثلاثا فعلى كل شاة . قال فى البحر : ولو كانت لرجل فليس للساعى أن يفرقها ويجعلها أربعين أربعين ، فيأخذ ثلاث شياه لأنه باتحاد المالك صار الكل نصابا ، ولو كان بين رجلين أربعون شاة لاتجب على واحد منهما الزكاة ، وليس للساعى أن يجمعها ويجعلها نصابا ويأخذ الزكاة منها لأن ملك كل واحد منهما قاصر عن النصاب اهـ (قوله وهو ماتمت له سنة) أى ودخل فى الثانية ، كما فى الهداية وسائر كتب الفقه . والمذكور فى الصحاح والمغرب وغيرهما من كتب اللغة أنه من الغنم مادخل فى السنة الثالثة ، كذا فى البرجندى ، ولذا قال الزيلعى : هذا على تفسير الفقهاء . وعند أهل اللغة : ماطعن فى الثالثة إسمعيل (قوله لاالجذع) بالتحريك قاموس (قوله وهو ماأتى عليه أكثرها) كذا فى الهداية والكافى والدرر ، وقيل ماله ثمانية أشهر ، وقيل سبعة ، وذكر الأقطع أنه عند الفقهاء ماتم له ستة أشهر . قال فى البحر : وهو الظاهر (قوله على الظاهر) راجع إلى قوله لاالجذع ، فإن عدم إجزائه هو ظاهر الرواية صرح به فى البحر ح (قوله من الضأن) قيد به لأن المعز لاخلاف أنه لايؤخذ فيه إلا الثنى بحر عن الخانية (قوله ذكره الكمال) وأقره فى النهر ، لكن جزم فى البحر وغيره بظاهر الرواية ، وفى الاختيار أنه الصحيح (قوله والجذع من البقر الخ) وأما الجذع من

---

(١) (قوله إلا أنها تجوز بالجذع) أى من الضأن ، والأحسن من هذه العبارة قول ط أى أنها تجوز منهما لكن يختلفان من حيث أن الجذع من الضأن يجزى لا من المعز اهـ .

ومن الإبل ابن أربع (ولاشيء فى خيل) سائمة عندهما وعليه الفتوى خانية وغيرها ثم عند الإمام هل لها نصاب مقدر؟ الأصح لا لعدم النقل بالتقدير (و) لافى (بغال وحمير) سائمة إجماعا (ليست للتجارة) فلو لها فلا كلام، لأنها من العروض (و) لافى (عوامل وعلوفة) مالم تكن العلوفة للتجارة (و) لافى (حمل) بفتحتين ولد الشاة (وفصيل) ولد الناقة (وعجول) بوزن سنور : ولد البقرة ؛ وصورته أن يموت كل

المعز فقال فى البحر لم أره عند الفقهاء ، وإنما نقلوا عن الأزهرى أنه ماتم له سنة اه .

قلت : لكن لايصح أن يكون مراد الفقهاء لأنه بهذا المعنى ثنى عندهم كما تقدم فى كلام الشارح ، فالظاهر أنه لافرق عندهم فى الجذع بين الغنم والمعز (قوله ولا شيء فى خيل سائمة) فى المغرب : الخيل اسم جمع للعراب والبراذين ذكورها وإناثها اه وقيد بالسائمة لأنها محل الخلاف ، أما التى نوى بها التجارة فتجب فيها زكاة التجارة اتفاقا كما يأتى (قوله عندهما) لما فى الكتب الستة من قوله عليه الصلاة والسلام « ليس على المسلم فى عبده وفرسه صدقة » زاد مسلم « إلا صدقة الفطر » وقال الإمام: إن كانت سائمة للدر والنسل ذكورا وإناثا وحال عليها الحول وجب فيها الزكاة ، غير أنها إن كانت من أفراس العرب خير بين أن يدفع عن كل واحدة دينارا وبين أن يقومها ويعطى عن كل مائتى درهم خمسة دراهم ، وإن كانت من أفراس غيرهم قومها لاغير ، وإن كانت ذكورا أو إناثا فروايتان أشهرهما عدم الوجوب ، كذا فى المحيط . وفى الفتح : الراجح فى الذكور عدمه ، وفى الإناث الوجوب وأجمعوا أنها لو كانت للحمل والركوب أو علوفة فلا شيء فيها ، وأن الإمام لايأخذها جبرا نهر (قوله وعليه الفتوى) قال الطحاوى : هذا أحب القولين إلينا ، ورجحه القاضى أبو زيد فى الأسرار . وفى الينابيع ، وعليه الفتوى وفى الجواهر : والفتوى على قولهما . وفى الكافى: هو المختار للفتوى ، وتبعه الزيلعى والبزازى تبعا للخلاصة وفى الخانية قالوا : الفتوى على قولهما تصحيح العلامة قاسم .

قلت : وبه جزم فى الكنز ، لكن رجح قول الإمام فى الفتح . وأجاب عن دليلهما المار تبعاً للهداية بأن المراد فيه فرس الغازى ، وحقق ذلك بما لامزيد عليه ، واستدل للإمام بالأدلة الواضحة ، ولذا قال تلميذه العلامة قاسم : وفى التحفة الصحيح قوله ، ورجحه الإمام السرخسى فى المبسوط ، والقدورى فى التجريد : وأجاب عما عساه يورد على دليله وصاحب البدائع وصاحب الهداية ، وهذا القول أقوى حجة على ماشهد به التجريد والمبسوط وشرح شيخنا اه (قوله الأصح لا) وقيل ثلاث ، وقيل خمس قهستانى (قوله ليست للتجارة) أى هذه الثلاثة (قوله فلا كلام) أى لا كلام يتعلق بنفى زكاة التجارة موجود اه ح (قوله ولا فى عوامل) أى التى أعدت للعمل كإثارة الأرض بالحراثة وكالسقى ونحوه . زاد فى الدرر الحوامل: وهى التى أعدت لحمل الأثقال وكأن المصنف نظر إلى أن العوامل تشملها (قوله وعلوفة) بالفتح مايعلف من الغنم وغيرها الواحد والجمع سواء مغرب . قال فى البحر : وقدمنا عن القنية أنه لوكان له إبل عوامل يعمل بها فى السنة أربعة أشهر ويسيمها فى الباقى ينبغى أن لاتجب فيها زكاة اه (قوله مالم تكن العلوفة للتجارة) قيد بالعلوفة لأن العوامل لاتكون للتجارة وإن نواها لها كما فى النهر أى لأنها مشغولة بالحاجة الأصلية (قوله وحمل وفصيل وعجول) فى النهر : الحمل ولد الشاة فى السنة الأولى ، والفصيل ولد الناقة قبل أن يصير ابن مخاض : والعجول : ولد البقرة حين تضعه أمه إلى شهر كما فى المغرب (قوله وصورته الخ) أى إذا كانت له سوائم كبار وهى نصاب فمضت ستة أشهر مثلا فولدت أولادا ثم ماتت وتم الحول على الصغار لاتجب الزكاة فيها عندهما وعند الثانى تجب واحدة منها ، والمراد من النصاب خمس وعشرون إبلا وثلاثون بقرا وأربعون غنما ، وأما مادون خمس وعشرين إبلا فلا شيء فيه اتفاقاً ، لأن الثانى أوجب

الكبار ويتم الحول على أولادها الصغار (إلا تبعا لكبير) ولو واحدا ؛ ويجب ذلك الواحد ولو ناقصا ؛ فلو جيدا يلزم الوسط وهلاكه يسقطها ؛ ولو تعدد الواجب وجب الكبار فقط ولا يكمل من الصغار خلافا للثانى (و) لافى (عفو وهو مابين النصب) فى كل الأموال وخصاه بالسوائم (و) لافى (هالك بعد وجوبها) ومنع الساعى فى الأصح لتعلقها بالعين لابالذمة ، وإن هلك بعضه سقط حظه . ويصرف الهالك إلى العفو أولا ثم إلى

واحدة منها ولا يتصور فيما دون هذا المقدار ، وتمامه فى الاختيار . وفى القهستانى عن التحفة : الصحيح قولهما (قوله إلا تبعا لكبير) قال فى النهر : والخلاف ، أى المذكور آنفا مقيد بما إذا لم يكن فيها كبار ، فإن كان كما إذا كان له مع تسع وثلاثين حملا مسن ، وكذلك فى الإبل والبقر كانت الصغار تبعا للكبير ووجب إجماعاً كذا فى الدراية اه (قوله ويجب ذلك الواحد ولو ناقصا فلو جيدا يلزم الوسط) كذا فى بعض النسخ : وفى بعضها ويجب ذلك الواحد مالم يكن جيدا فيلزم الوسط . وهذه النسخة أحسن (قوله وهلاكه يسقطها) أى لو هلك الكبير بعد الحول بطل الواجب عندهما ، وعند الثانى يجب فى الباقى تسعة وثلاثون جزءاً من أربعين جزءاً من حمل نهر ، ولو هلك الحملان وبقى الكبير يؤخذ جزء من أربعين جزءا منه بدائع (قوله ولو تعدد الواجب الخ) بيانه إذا كان له مسنتان ومائة وتسعة عشر حملا فإنه يجب مسنتان فى قولهم : أما لو كان له مسنة ومائة وعشرون حملا وجبت مسنة واحدة عندهما . وقال الثانى مسنة ، وحمل ، وعلى هذا لو كان له تسعة وخمسون عجولا وتبيع نهر عن غاية البيان (قوله ولا فى عفو) هذا قولهما ، وهو أن الواجب فى النصاب لافى العفو . وقال محمد وزفر الواجب عن الكل ، وأثر الخلاف يظهر فيمن ملك تسعا من الإبل فهلك بعد الحول منها أربعة لم يسقط شيء على الأول ، ويسقط على الثانى أربعة أتساع شاة ؛ وكذا لو كان له مائة وعشرون شاة فهلك منها ثمانون يسقط على الثانى ثلثا شاة منها ، وتمامه فى الزيلعى (قوله وخصاه بالسوائم) أى خص الصاحبان العفو بها دون النقود ، لأن مازاد على مائتى درهم لاعفو فيه عندهما بل يجب فيما زاد بحسابه ؛ أما عند أبى حنيفة فإن الزائد عليها عفو مالم يبلغ أربعين درهما ففيها درهم آخر كما سيأتى (قوله ولا فى هالك الخ) أى لاتجب الزكاة فى نصاب هالك بعد الوجوب : أى بعد مضى الحول بل تسقط وإن طلبها الساعى منه فامتنع حتى هلك النصاب على الصحيح . وفى الفتح أنه الأشبه بالفقه لأن للمالك رأيا فى اختيار محل الأداء بين العين والقيمة والرأى يستدعى زماناً (قوله ومنع الساعى) عطف على وجوبها ح (قوله لتعلقها بالعين) لأن الواجب جزء من النصاب فيسقط بهلاك محله كدفع العبد بالجناية يسقط بهلاكه هداية (قوله وإن هلك بعضه) أى بعض النصاب سقط حظه : أى حظ الهالك : أى سقط من الواجب فيه بقدر ماهلك منه (قوله ويصرف الهالك إلى العفو الخ) أقول : أى لو كان عنده ثلاث نصب مثلا وشيء زائد مما لايبلغ نصاباً رابعا فهلك بعض ذلك يصرف الهالك إلى العفو أولا . فإن كان الهالك بقدر العفو يبقى الواجب عليه فى الثلاث نصب بتمامه ، وإن زاد يصرف الهالك إلى نصاب يليه : أى إلى النصاب الثالث ويزكى عن النصابين ، فإن زاد الهالك على النصاب الثالث يصرف الزائد إلى النصاب الثانى وهكذا إلى أن ينتهى إلى الأول ، ومقتضى مامر أنه إذا نقص النصاب يسقط عنه حظه ويزكى عن الباقى بقدره تأمل ، ثم إن هذا قول الإمام رضى الله عنه . وعند أبى يوسف يصرف الهالك بعد العفو الأول إلى النصب شائعا . وعند محمد إلى العفو والنصب لما مر من تعلق الزكاة بهما عنده . قال فى الملتقى وشرحه للشارح ، فلو هلك بعد الحول أربعون من ثمانين شاة تجب شاة كاملة عندهما ، وعند محمد نصف شاة . ولو هلك خمسة عشر من أربعين بعيرا تجب بنت مخاض لما مر أن الإمام يصرف الهالك إلى العفو ثم إلى نصاب يليه ثم وثم . وعند أبى يوسف خمسة وعشرون جزءا من

نصاب يليه ، ثم وثم (بخلاف المستهلك) بعد الحول لوجود التعدى ، ومنه مالو حبسها عن العلف أو الماء حتى هلكت فيضمن بدائع والتوى بعد القرض والإعارة واستبدال مال التجارة بمال التجارة

ستة وثلاثين جزءا من بنت مخاض(١) لما مر أنه يصرف الهالك بعد العفو الأول إلى النصب . وعند محمد نصف بنت لبون وثمنها ، لما مر أنه يعلق الزكاة بالنصاب والعفو اهـ . وفى البحر : ظاهر الرواية عن أبى يوسف كقول الإمام (قوله بخلاف المستهلك) أى بفعل رب المال مثلا ط (قوله بعد الحول) أما قبله لو استهلكه قبل تمام الحول فلا زكاة عليه لعدم الشرط ، وإذا فعله حيلة لدفع الوجوب كان استبدل نصاب السائمة بآخر أو أخرجه عن ملكه ثم أدخله فيه ، قال أبو يوسف لايكره لأنه امتناع عن الوجوب لا إبطال حق للغير . وفى المحيط أنه الأصح . وقال محمد : يكره ، واختاره الشيخ حميد الدين الضرير ، لأن فيه إضرارا بالفقراء وإبطال حقهم مآلا . وكذا الخلاف فى حيلة دفع الشفعة قبل وجوبها . وقيل الفتوى فى الشفعة على قول أبى يوسف ، وفى الزكاة على قول محمد ، وهذا تفصيل حسن شرح درر البحار .

قلت : وعلى هذا التفصيل مشى المصنف فى كتاب الشفعة ، وعزاه الشارح هناك إلى الجوهرة ، وأقره وقال : ومثل الزكاة الحج وآية السجدة (قوله لوجود التعدى) علة لقوله بخلاف المستهلك فإنه بمعنى تجب فيه الزكاة (قوله ومنه الخ) أى من الاستهلاك المفهوم من المستهلك . قال فى النهر : وهو أحد قولين . والقول الآخر أنه لايضمن ، لأنه لو فعل ذلك فى الوديعة لا يضمن فكذا هنا . والذى يقع فى نفسى ترجيح الأول ، ثم رأيته فى البدائع جزم به ولم يحك غيره اهـ :

قلت : ومن الاستهلاك مالو أبرأ مديونه الموسر ، بخلاف المعسر على ماسيأتى قبيل باب العاشر (قوله والتوى) بالقصر أى الهلاك مبتدأ خبره هلاك (قوله بعد القرض والإعارة) الأصوب الإقراض . قال فى الفتح : وإقراض النصاب الدراهم بعد الحول ليس باستهلاك ، فلو توى المال على المستقرض لاتجب : أى الزكاة ، ومثله إعارة ثوب التجارة اهـ . والتوى هنا : أن يجحد ولا بينة عليه أو بموت المستقرض لاعن تركة (قوله واستبدال) بالجر عطفا على القرض اهـ ح لأن المعنى أنه لو استبدل مال التجارة بمال التجارة ثم هلك البدل لا تجب الزكاة لأنه ليس باستهلاك ، فعلى هذا لايصح كونه مرفوعا عطفا على التوى لاستلزامه أن يكون نفس الاستبدال هلاكا ، وليس كذلك لقيام البدل مقام الأصل ، وماعزى إلى النهر من أنه هلاك لم أره فيه ، بل المصرح به فيه وفى غيره أنه ليس باستهلاك ، ولا يلزم منه أن يكون هلاكا .

قال فى البدائع : وإذا حال الحول على مال التجارة فأخرجه عن ملكه بالدراهم أو الدنانير أو بعرض التجارة بمثل قيمته لايضمن الزكاة لأنه ما أتلف الواجب بل نقله من محل إلى مثله ، إذ المعتبر فى مال التجارة هو المعنى وهو المالية لا الصورة ، فكان الأول قائما معنى فيبقى الواجب ببقائه ويسقط بهلاكه ، وأما إذا باعه وحابى بيسير فكذلك لأنه مما لايمكن التحرز عنه فكان عفوا وإن حابى بما لايتغابن الناس فيه ضمن قدر زكاة المحاباة ، وزكاة مابقى تتحول إلى العين فتبقى ببقائه وتسقط بهلاكه انتهى . والاستبدال قبل الحول كذلك :

ففى البدائع أيضا : لو استبدل مال التجارة بمال التجارة وهى العروض قبل تمام الحول لايبطل حكم الحول ، سواء استبدلها بجنسها أو بخلافه بلا خلاف لتعلق وجوب زكاتها بمعنى المال وهو المالية والقيمة وهو باق ،

---

(١) (قوله من بنت مخاض) صوابه من بنت لبون ، كذا فى هامش نسخة المؤلف اهـ .

هلاك وبغير مال التجارة والسائمة بالسائمة استهلاك
(وجازَ دفع القيمة

وكذا الدراهم أو الدنانير إذا باعها بجنسها أو بخلافه كدراهم بدراهم أو بدنانير . وقال الشافعي : ينقطع حكم الحول فعلى قياس قوله لاتجب الزكاة في مال الصيارفة كما إذا باع السائمة بالسائمة . ولنا ماقلنا إن الوجوب في الدراهم تعلق بالمعنى لا بالعين والمعنى قائم بعد الاستبدال فلا يبطل حكم الحول . بخلاف استبدال السائمة بالسائمة . فإن الحكم فيها يتعلق بالعين فيبطل الحول المنعقد على الأول ويستأنف للثاني حولا اهـ فافهم (قوله هلاك) كذا في بعض النسخ وفي بعضها بعده هلاكا (قوله وبغير مال التجارة) متعلق بمبتدأ محذوف دل عليه المذكور : أي واستبدال مال التجارة بغير مال التجارة استهلاك فيضمن زكاته قال في النهر : وقيده في الفتح بما إذا نوى في البدل عدم التجارة عند الاستبدال ، أما إذا لم ينو وقع البدل للتجارة اهـ .

قلت : أي وإذا وقع البدل للتجارة فلا يكون الاستبدال استهلاكا . فلا يضمن زكاة الأصل لو كان بعد تمام الحول . ولاينقطع حكم الحول لو كان الاستبدال قبل تمامه بل يتحول الوجوب إلى البدل فيبقى ببقائه ويسقط بهلاكه كما نقلناه صريحا عن البدائع ، فما قيل من أنه لاتجب زكاة البدل بهذا الاستبدال بل يبطل حكم [illegible] خطأ صريح فافهم .

[تنبيه] شمل قوله وبغير مال التجارة مالو استبدله بعوض ليس بمال أصلا ، بأن تزوج عليه امرأة أو صالح به عن دم العمد ، أو اختلعت به المرأة ، أو بعوض هو مال لكنه ليس مال الزكاة بأن باعه بعبد الخدمة أو ثياب البذلة أو استأجر به عينا ، فيضمن الزكاة في ذلك كله لأنه استهلاك ؛ وكذا لو باع مال التجارة بالسوائم على أن يتركها سائمة لاختلاف الواجب فكان استهلاكا ، وتمامه في البدائع .

[تتمة] حكم النقود مثل مال التجارة ، ففي الفتح رجل له ألف حال حولها فاشترى بها عبدا للتجارة ثم مات أو عروضا للتجارة فهلكت بطلت عنه زكاة الألف ، ولو كان العبد للخدمة لم تسقط بموته وتمامه فيه (قوله والسائمة بالسائمة) الأولى إسقاط قوله بالسائمة ليشمل استبدالها بغير سائمة . قال في فتح القدير : واستبدال السائمة استهلاك مطلقا سواء استبدلها بسائمة من جنسها أو من غيره أو بغير سائمة دراهم أو عروض لتعلق الزكاة بالعين أولا وبالذات وقد تبدلت ، فإذا هلكت سائمة البدل تجب الزكاة . ولا يخفى أن هذا إذا استبدل بها بعد الحول ؛ أما إذا باعها قبله فلا حتى لاتجب الزكاة في البدل إلا بحول جديد أو يكون له دراهم وقد باعها بأحد النقدين اهـ . أي فحينئذ يضم ثمنها إلى ماعنده من الدراهم ويزكيه معه بلا استقبال حول جديد . وكذا لو باعها بسائمة وعنده سائمة فإنه يضمها إليها كما قدمناه في فصل السائمة عن الجوهرة (قوله وجاز دفع القيمة) أي ولو مع وجود المنصوص عليه معراج ، فلو أدّى ثلاث شياه سمان عن أربع وسط أو بعض بنت لبون عن بنت مخاض جاز وتمامه في الفتح . ثم إن هذا مقيد بغير المثلي ، فلا تعتبر القيمة في نصاب كيلي أو وزني . فإذا أدّى أربعة مكاييل أو دراهم جيدة عن خمسة رديئة أو زيوف لايجوز عند علمائنا الثلاثة إلا عن أربعة . وعليه كيل أو درهم آخر خلافا لزفر ، وهذا إذا أدّى من جنسه ، وإلا فالمعتبر هو القيمة اتفاقا لتقوم الجودة في المال الربوى عند المقابلة بخلاف جنسه .

ثم إن المعتبر عند محمد الأنفع للفقير من القدر والقيمة . وعندهما القدر ، فإذا أدّى خمسة أقفزة رديئة عن خمسة جيدة لم يجز عنده حتى يؤدى تمام قيمة الواجب وجاز عندهما ، وهذا إذا كان المال جيدا وأدى من جنسه رديئا

فى زكاة وعشر وخراج وفطرة ونذر وكفارة غير الاعتاق) وتعتبر القيمة يوم الوجوب؛ وقالا يوم الأداء . وفى السوائم يوم الأداء إجماعا، وهو الأصح، ويقوم فى البلد الذى المال فيه ولو فى مفازة ففى أقرب الأمصار إليه فتح .
(والمصدق) لا (يأخذ) إلا (الوسط) وهو أعلى الأدنى

أما إذا أدى من خلاف جنسه فالقيمة معتبرة اتفاقا . وإذا أدى خمسة جيدة عن خمسة رديئة جاز اتفاقا على اختلاف التخريج ، وتمامه فى شرح درر البحار وشرح المجمع (قوله فى زكاة الخ) قيد بالمذكورات لأنه لايجوز دفع القيمة فى الضحايا والهدايا والعتق لأن معنى القربة إراقة الدم وفى العتق نفى الرق وذلك لا يتقوم بحر عن غاية البيان ، ثم قال : ولا يخفى أنه مقيد ببقاء أيام النحر ، أما بعدها فيجوز دفع القيمة كما عرف فى الأضحية اهـ (قوله وخراج) ذكره فى الشرنبلالية بحثا ، لكن نقله الشيخ إسمعيل عن الخلاصة (قوله ونذر) كأن نذر أن يتصدق بهذا الدينار فتصدق بقدره دراهم أو بهذا الخبز فتصدق بقيمته جاز عندنا ، كذا فى فتح القدير . وفيه لو نذر أن يهدى شاتين أو يعتق عبدين وسطين فأهدى شاة أو أعتق عبدا يساوى كل منهما وسطين لايجوز ،لأن القربة فى الإراقة والتحرير وقد التزم إراقتين وتحريرين فلا يخرج عن العهدة بواحد ، بخلاف النذر بالتصدق بشاتين وسطين فتصدق بشاة بقدرهما جاز لأن المقصود إغناء الفقير وبه تحصل القربة وهو يحصل بالقيمة ؛ ولو نذر أن يتصدق بقفيزدقل(١) فتصدق بنصفه جيدا يساوى تمامه لا يجزيه . لأن الجودة لاقيمة لها هنا للربوية وللمقابلة بالجنس ، بخلاف جنس آخر لو تصدق بنصف قفيزمنه يساويه جاز اهـ(قوله وكفارة)بالتنوين وغير الإعتاق نعته ؛ ولم يذكر هذا الاستثناء فى الهداية والكنز والتبيين والكافى وذكره فى غاية البيان كما قدمناه معللا بأن معنى القربة فيه إتلاف الملك ونفى الرق وذلك لايتقوم شرنبلالية .

قلت : وينبغى استثناء الكسوة أيضا لما فى البحر عن الفتح ، بخلاف ما لوكان كسوة بأن أدى ثوبا يعدل ثوبين لم يجز إلا عن ثوب واحد ، لأن المنصوص عليه فى الكفارة مطلق الثوب لا بقيد الوسط فكان الأعلى وغيره داخلا تحت النص اهـ (قوله وهو الأصح) أى كون المعتبر فى السوائم يوم الأداء إجماعا هو الأصح فإنه ذكر فى البدائع أنه قيل إن المعتبر عنده فيها يوم الوجوب ، وقيل يوم الأداء اهـ . وفى المحيط : يعتبر يوم الأداء بالإجماع وهو الأصح اهـ فهو تصحيح للقول الثانى الموافق لقولهما . وعليه فاعتبار يوم الأداء يكون متفقا عليه عنده وعندهما (قوله ويقوم فى البلد الذى المال فيه) فلو بعث عبدا للتجارة فى بلد آخر يقوم فى البلد الذى فيه العبد بحر (قوله ففى أقرب الأمصار إليه) أى إلى المفازة، وذكر الضمير باعتبار الموضع . وعبارة الفتح إلى ذلك الموضع . قال فى البحر فى الباب الآتى : وهذا أولى مما فى التبيين من أنه إذا كان فى المفازة يقوّم فى المصر الذى يصير إليه (قوله والمصدق) بتخفيف الصاد وكسر الدال المشددة : هو الساعى آخذ الصدقة ، وأما المالك فالمشهور فيه تشديدهما وكسر الدال ، وقيل بتخفيف الصاد شرنبلالية عن العناية (قوله لا يأخذ إلا الوسط) أى من السن الذى وجب ، فلو وجب بنت لبون لايأخذ خيار بنت لبون ولا رديئها بل يأخذ الوسط، لقوله صلى الله عليه وسلم لمعاذ حين بعثه إلى اليمن « إياك وكرائم أموالهم » رواه الجماعة ، ولأن فى أخذ الوسط نظرا للفقراء ولرب المال منلا على القارى . وفى الخانية : ولا تؤخذ الربى والأكيلة والماخض وفحل الغنم لأنها من الكرائم اهـ. والربى : بضم الراء المشددة وتشديد الباء مقصورة ،وهى التى تربى ولدها مغرب . وفى البدائع قال محمد : الربى هى التى تربى ولدها . والأكيلة : التى تسمن للأكل . والماخض : هى التى فى بطنها ولد ، ومن الناس من طعن

---

(١) الدقل محركا أردأ التمر قاموس اهـ منه .

وأدنى الأعلى ولو كله جيدا فجيد(١) (وإن لم يجد) المصدق وكذا إن وجد فالقيد اتفاق (ماوجب من) ذات (سن دفع) المالك (الأدنى مع الفضل) جبرا على الساعى لأنه دفع بالقيمة (أو) دفع (الأعلى ورد الفضل) بلا جبر

فيه وزعم أن الربى هى المرباة والأكيلة المأكولة وطعنه مردود عليه ، وكان عليه تقليد محمد إذ هو إمام فى اللغة أيضا واجب التقليد فيها كأبى عبيد والأصمعى والخليل والكسائى والفراء وغيرهم ، وقد قلده أبو عبيد مع جلالة قدره واحتج بقوله وكذا أبو العباس(٢) .

مطلب محمد إمام فى اللغة واجب التقليد فيها من أقران سيبويه

وكان ثعلب يقول : محمد عندنا من أقران سيبويه فكان قوله حجة فى اللغة اه وتمامه فيها (قوله ولو كله جيدا فجيد) فى الظهيرية : له نخيل تمر برنى ودقل . قال الإمام : يؤخذ من كل نخلة حصتها من التمر . وقال محمد : يؤخذ من الوسط إذا كانت أصنافا ثلاثة : جيد ووسط وردىء اهوهذا يقتضى أن أخذ الوسط إنما هو فيما إذا اشتمل المال على جيد ووسط وردىء أو على صنفين منها ، أما لو كان المال كله جيدا كأربعين شاة أكولة تجب شاة من الكرائم لا شاة وسط عند الإمام خلافا لمحمد كما لايخفى بحر . وفى النهر عن المعراج : وإن لم يكن فيها وسط يعتبر أفضلها ليكون الواجب بقدره (قوله كذا نقله الشافعية(٣)) وعللوه بأن الحامل حيوانان كما فى شرح ابن حجر (قوله فليراجع) لايقال : تقدم أنه لاتؤخذ الماخض لأن المراد هنا ما إذا كان النصاب كله كذلك . ولا يقال صرحوا بأنه لازكاة فى العوامل والحوامل لأن المراد بها المعدة للحمل على ظهرها والمراد هنا مافى بطنها ولد ، لكن إذا كان النصاب كله كذلك فما المانع من أخذها وإن كانت حيوانين ، كما لو كانت كلها أكولة فإنها تؤخذ مع كونها من الكرائم المنهى عن أخذها . وقول البحر المار آنفا تجب شاة من الكرائم يشمل الحامل فتأمل (قوله فالقيد اتفاق) كذا فى البحر ودرر البحار وغيرهما ، لكن ظاهر مافى البحر عن المعراج أنه اتفاق بالنسبة إلى أداء القيمة فإنه قال : وأداء القيمة مع وجود المنصوص عليه جائز عندنا اه فتأمل (قوله من ذات سن) أشار بتقدير المضاف تبعا للنهر إلى أن المراد بالسن معناها الحقيقى واحدة الأسنان ، لكن قال فى المغرب : السن هى المعروفة . ثم سمى بها صاحبها كالناب للمسنة من النوق ، ثم استعيرت لغيره كابن المخاض وابن اللبون اه . زاد فى الدرر وذلك إنما يكون فى الدواب دون الإنسان لأنها تعرف بالسن اه أى سيمت بذلك لأن عمرها يعرف بالسن بخلاف الآدمى ، ومقتضاه أنه مجاز فى اللغة من إطلاق اسم البعض على الكل كالرقبة على المملوك فلا حاجة إلى تقدير مضاف إلى أن يريد الإشارة إلى تجويز كونه من مجاز الحذف تأمل (قوله الأدنى) أى وصفا أو سنا وكذا قوله أو الأعلى (قوله مع الفضل) أى مايزيد من قيمة الواجب على المدفوع (قوله لأنه دفع بالقيمة) أى لابيع حتى ينافى الجبر (قوله ورد الفضل) أى استرده ولم يقدروه عندنا بشىء لأنه يختلف بحسب الأوقات غلاء ورخصا . وقدره الشافعى بشاتين أو عشرين درهما كما بسطه فى العناية وغيرها إسمعيل (قوله بلا جبر) كذا فى الهداية . وبه جزم الكمال والزيلعى . وفى النهر عن الصيرفى أنه الصحيح ، وقيل الخيار للساعى ذكره محمد فى الأصل ،

---

(١) (قول الشارح جيدا فجيد) فى بعض النسخ زيادة بعد قوله فجيد إلا الحوامل لا يؤخذ منها حامل كذا نقله الشافعية وقواعدنا لا تأباه فليراجع وعلى هذا جرى المحشى اه .

(٢) (قوله أبو العباس) الظاهر أنه المبرد . اه منه .

(٣) (قوله كذا نقله الشافعية) وقوله فليراجع ، هكذا فى نسخة المؤلف بخطه ، ولعل ذلك فى نسخة الشارح التى كتب عليها وإلا فلا وجود له فى نسخة الشارح التى بيدى اه مصححه .

لأنه شراء فيشترط فيه الرضا هو الصحيح سراج (أو) دفع (القيمة) ولو دفع ثلاث شياه سمان عن أربع وسط جاز (والمستفاد) ولو بهبة أو إرث (وسط الحول يضم إلى نصاب من جنسه) فيزكيه بحول الأصل، ولو أدى زكاة نقده ثم اشترى به سائمة لا تضم، ولو له نصابان مما لم يضم أحدهما كثمن سائمة مزكاة وألف درهم وورث ألفا ضمت إلى أقربهما حولا وربح كل يضم إلى أصله.

(أخذ البغاة) والسلاطين الجائرة (زكاة) الأموال الظاهرة كالسوائم والعشر

وجرى عليه القدوري، واختاره الإسبيجابي، وقيل للمالك في الصورتين، وهو ظاهر المتن كالكنز والدرر والملتقى، وصححه في الاختيار. وذكر في النهاية والمعراج أنه الصواب، ومشى عليه في البحر، وعزاه إلى المبسوط وانتصر في النهر للأول فلذا جزم به الشارح (قوله جاز) أي بخلاف المثلى كما قدمناه موضحا (قوله والمستفاد) السين والتاء زائدتان: أي المال المفاد ط (قوله ولو بهبة أو إرث) أدخل فيه المفاد بشراء أو ميراث أو وصية وما كان حاصلا من الأصل كالأولاد والربح كما في النهر (قوله إلى نصاب) قيد به لأنه لو كان النصاب ناقصا وكمل بالمستفاد فإن الحول ينعقد عليه عند الكمال، بخلاف ما لو هلك بعض النصاب في أثناء الحول فاستفاد ما يكمله فإنه يضم عندنا. وأشار إلى أنه لابد من بقاء الأصل؛ حتى لو ضاع استأنف للمستفاد حولا منذ ملكه، فإن وجد منه شيئا قبل الحول ولو بيوم ضمه وزكى الكل، وكذا لو وهب له ألف فاستفاد مثلها في الحول ثم رجع الواهب بقضاء استأنف حولا للفائدة، وشمل كلامه مالو كان النصاب دينا. فاستفاد مائة فإنها تضم إجماعا غير أن لو تم حول الدين، فعند الإمام لا يلزمه الأداء من المستفاد مالم يقبض أربعين درهما؛ فلو مات المديون مفلسا سقط عنه زكاة المستفاد وعندهما يجب اهـ من البحر والنهر (قوله من جنسه) سيأتي؛ أن أحد النقدين يضم إلى الآخر وأن عروض التجارة تضم إلى النقدين للجنسية باعتبار قيمتها؛ واحترز عن المستفاد من خلاف جنسه كالإبل مع الشياه فلا تضم بحر (قوله ولو أدى الخ) هذا بمنزلة الاستثناء مما في المتن كأنه قال يضم المستفاد إلى جنسه مالم يمنع منه مانع وهو الثنى المنفي بقوله عليه الصلاة والسلام «لا ثنى في الصدقة» (قوله لا تضم) أي إلى سائمة عنده من جنس السائمة التي اشتراها بذلك النقد المزكى: أي لا يزكيها عند تمام حول السائمة الأصلية عند الإمام للمانع المذكور وعندهما يضم. وكذا الخلاف لو باع السائمة المزكاة بنقد بخلاف مالو أدى عشر طعام أو أرض أو صدقة فطر عبد ثم باع حيث تضم أثمانها إجماعا. والفرق للإمام أن ثمن السائمة بدل مال الزكاة وللبدل حكم المبدل منه. فلو ضم لأدى إلى الثنى. وكذا جعل السائمة علوفة بعد ما زكاها ثم باعها، أو جعل عبد التجارة المؤدى زكاته للخدمة ثم باعه ضم لخروجه عن مال الزكاة فصار كمال آخر، وتمامه في البحر (قوله كثمن سائمة مزكاة) أي وكالفرع المذكور قبله. ففيه لو ورث سائمة من جنس السائمتين تضم إلى أقربهما أيضا (قوله ضمت) أي الألف الموروثة إلى أقربهما: أي أقرب الألفين الأولين حولا. قال في البحر: لأنهما استويا في علة الضم وترجح أحدهما باعتبار القرب لأنه أنفع للفقراء (قوله وربح كل الخ) قال في البحر ولو كان المستفاد ربحا أو ولدا ضمه إلى أصله وإن كان أبعد حولا لأنه ترجح باعتبار التفرع والتولد لأنه تبع وحكم التبع لا يقطع عن الأصل (قوله أخذ البغاة) الأخذ ليس قيدا احترازيا حتى لو لم يأخذوا منه ذلك سنين وهو عندهم لم يؤخذ منه شيء أيضا كما في البحر والشرنبلالية عن الزيلعي.

والبغاة قوم مسلمون خرجوا عن طاعة الإمام الحق بأن ظهروا فأخذوا ذلك نهر ويظهر لي أن أهل الحرب لو غلبوا على بلدة من بلادنا كذلك لتعليلهم أصل المسألة بأن الإمام لم يحمهم والجباية بالحماية.

والخراج لا لإعادة على أربابها إن صرف) المأخوذ (فى محله) الآتى ذكره (وإلا) يصرف (فيه فعليهم) فيما بينهم وبين الله (إعادة غير الخراج) لأنهم مصارفه .

واختلف فى الأموال الباطنة ؛ فنى الولوالجية وشرح الوهبانية المفتى به عدم الإجزاء . وفى المبسوط الأصح

وفى البحر وغيره : لو أسلم الحربى فى دار الحرب وأقام فيها سنين ثم خرج إلينا لم يأخذ منه الإمام الزكاة لعدم الحماية ونفتيه بأدائها إن كان عالما بوجوبها وإلا فلا زكاة عليه ،لأن الخطاب لم يبلغه وهو شرط الوجوب اه. وسيأتى متنا فى باب العاشر أنه لو مر على عاشر الخوارج فعشروه ثم مر على عاشر أهل العدل أخذ منه ثانيا أى لتقصيره بمروره بهم (قوله والخراج) أى خراج الأرض كما فى غاية البيان . والظاهر أن خراج الرؤوس(١) كذلك نهر : قلت : ما استظهره صرح به فى المعراج (قوله الآتى ذكره) أى فى باب المصرف (قوله فعليهم الخ) أى ديانة كما فى بعض النسخ. قال فى الهداية : وأفتوا بأن يعيدوها دون الخراج اه لكن هذا فيما أخذه البغاة لتعليلهم بأن البغاة لا يأخذون بطريق الصدقة بل بطريق الاستحلال فلا يصرفونها إلى مصارفها اه أما السلطان الجائر فله ولاية أخذها وبه يفتى كما نذكره قريبا عن أبى جعفر ، نعم ذكر فى المعراج عن كثير من مشايخ بلخ أنه كالبغاة لأنه لا يصرفه إلى مصارفه . وفى الهداية أنه الأحوط (قوله إعادة غير الخراج) موافق لما نقلناه عن الهداية. قال فى الشرنبلالية : وعليه اقتصر فى الكافى ، وذكر الزيلعى مايفيد ضعفه حيث قال وقيل لا نفتيهم بإعادة الخراج (قوله لأنهم مصارفه) علة لمحذوف تقديره أما الخراج فلا يفتون بإعادته لأنهم مصارفه ، إذ أهل البغى يقاتلون أهل الحرب والخراج حق المقاتلة ، شرح الملتقط (قوله واختلف فى الأموال الباطنة) هى النقود وعروض التجارة إذا لم يمر بها على العاشر ، لأنها بالإخراج تلتحق بالأموال الظاهرة كما يأتى فى بابه والأموال الظاهرة هى التى يأخذ زكاتها الإمام وهى السوائم وما فيه العشر والخراج وما يمر به على العاشر ؛ ويفهم من كلام الشارح أنه لا خلاف فى الأموال الظاهرة مع أن فيها خلافا أيضا .

مطلب فيما لو صادر السلطان جائرا فنوى بذلك أداء الزكاة إليه

قال فى التجنيس والولوالجية : السلطان الجائر إذا أخذ الصدقات قيل إن نوى بأدائها إليه الصدقة عليه لا يؤمر بالأداء ثانيا لأنه فقير حقيقة ، ومنهم من قال : الأحوط أن يفتى بالأداء ثانيا كما لو لم ينو لانعدام الاختيار الصحيح ، وإذا لم ينو منهم من قال يؤمر بالأداء ثانيا . وقال أبو جعفر : لا لكون السلطان له ولاية الأخذ فيسقط عن أرباب الصدقة ، فإن لم يضعها موضعها لا يبطل أخذه ، وبه يفتى ، وهذا فى صدقات الأموال الظاهرة . أما لو أخذ منه السلطان أموالا مصادرة ونوى أداء الزكاة إليه ، فعلى قول المشايخ المتأخرين يجوز . والصحيح أنه لا يجوز ، وبه يفتى لأنه ليس للظالم ولاية أخذ الزكاة من الأموال الباطنة اه .

أقول : يعنى وإذا لم يكن له ولاية أخذها لم يصح الدفع إليه وإن نوى الدافع به التصدق عليه لانعدام الاختيار الصحيح ، بخلاف الأموال الظاهرة لأنه لما كان له ولاية أخذ زكاتها لم يضر انعدام الاختيار ولذا تجزيه سواء نوى التصدق عليه أو لا .

هذا ، وفى مختارات النوازل : السلطان الجائر إذا أخذ الخراج يجوز . ولو أخذ الصدقات أو الجبايات أو أخذ مالا مصادرة إن نوى الصدقة عند الدفع قيل يجوز أيضا وبه يفتى ، وكذا إذا دفع إلى كل جائر بنية الصدقة لأنهم

---

(١) (قوله خراج الرؤوس) هو الجزية اه .

الصحة إذا نوى بالدفع لظلمة زماننا الصدقة عليهم لأنهم بما عليهم من التبعات فقراء، حتى أفتى أمير بلخ بالصيام لكفارة عن يمينه ؛ ولو أخذها الساعي جبرا لم تقع زكاة لكونها بلا اختيار ولكن يجبر بالحبس ليؤدى بنفسه لأن الإكراه لاينافي الاختيار . وفى التجنيس : المفتى به سقوطها فى الأموال الظاهرة لاالباطنة .

(ولو خلط السلطان المال المغصوب بماله ملكه فتجب الزكاة فيه ويورث عنه) لأن الخلط استهلاك إذا لم يمكن تمييزه عند أبي حنيفة ، وقوله أرفق إذ قلما يخلو مال عن غصب ،

بما عليهم من التبعات صاروا فقراء ، والأحوط الإعادة اه وهذا موافق لما صححه فى المبسوط ، وتبعه فى الفتح ، فقد اختلف التصحيح والإفتاء فى الأموال الباطنة إذا نوى التصدق بها على الجائر وعلمت ماهو الأحوط .

قلت : وشمل ذلك مايأخذه المكاس لأنه وإن كان فى الأصل هو العاشر الذى ينصبه الإمام ، لكن اليوم لاينصب لأخذ الصدقات بل لسلب أموال الناس ظلما بدون حماية فلا تسقط الزكاة بأخذه كما صرح به فى البزازية فإذا نوى التصدق عليه كان على الخلاف المذكور (قوله لأنهم بما عليهم الخ) علة لقوله قبله الأصح الصحة ، وقوله بما عليهم متعلق بقوله فقراء (قوله حتى أفتى) بالبناء للمجهول ، والمفتى بذلك محمد بن سلمة ، وأمير بلخ هو موسى بن عيسى بن ماهان والى خراسان سأله عن كفارة يمينه فأفتاه بذلك ، فجعل يبكى ويقول لحشمه إنهم يقولون لى ما عليك من التبعات فوق مالك من المال فكفارتك كفارة يمين من لايملك شيئا . قال فى الفتح : وعلى هذا لو أوصى بثلث ماله للفقراء فدفع إلى السلطان الجائر سقط ذكره قاضيخان فى الجامع الصغير . وعلى هذا فإنكارهم على يحيى بن يحيى تلميذ مالك حيث أفتى بعض ملوك المغاربة فى كفارة عليه بالصوم غير لازم ، لجواز أن يكون للاعتبار المذكور لا لكون الصوم أشق عليه من الإعتاق، وكون ماأخذه خلطه بماله بحيث لايمكن تمييزه فيملكه عند الإمام غير مضر لاشتغال ذمته بمثله ، والمديون بقدر ما فى يده فقير اه ملخصا .

قلت : وإفتاء ابن سلمة مبنى على ماصححه فى التقرير من أن الدين لايمنع(١) التكفير بالمال ، أما على ماصححه فى الكشف الكبير وجرى عليه الشارح فيما مرتبعا للبحر والنهر فلا (قوله لم تقع زكاة) فى بعض النسخ لم تصح زكاة ، وعزا هذا فى البحر إلى المحيط . ثم قال : وفى مختصر الكرخى إذا أخذها الإمام كرها فوضعها موضعها أجزأ ، لأن له ولاية أخذ الصدقات فقام أخذه مقام دفع المالك . وفى القنية : فيه إشكال لأن النية فيه شرط ولم توجد منه اه .

قلت : قول الكرخى فقام أخذه الخ يصلح للجواب تأمل . ثم قال فى البحر : والمفتى به التفصيل إن كان فى الأموال الظاهرة يسقط الفرض لأن للسلطان أو نائبه ولاية أخذها ، وإن لم يضعها موضعها لايبطل أخذه وإن كان فى الباطنة فلا اه (قوله وفى التجنيس) فى بعض النسخ لكن بدل الواو وهو استدراك على مافى المبسوط وقد أسمعناك آنفا مافى التجنيس . وقد يدعى عدم المخالفة بينهما بحمل مافى التجنيس على ماإذا دفع إلى السلطان مال المكس أو المصادرة ونوى به كونه زكاة ليصرفه السلطان فى مصارفه ولم ينو بذلك التصدق به على السلطان ، ويؤيد هذا الحمل قوله لأنه ليس له ولاية أخذ الزكاة من الأموال الباطنة فلا ينافى ذلك قول المبسوط الأصح أن مايأخذه ظلمة زماننا من الجبايات والمصادرات يسقط عن أرباب الأموال إذا نووا عند الدفع التصدق عليهم لأنهم بما عليهم من التبعات فقراء فليتأمل (قوله بماله) متعلق بخلط ، وأما لو خلطه بمغصوب آخر فلا زكاة فيه كما يذكره فى قوله كما لو كان الكل خبيثا (قوله لأن الخلط استهلاك) أى بمنزلة من حيث أن حق الغير يتعلق بالذمة لا بالأعيان ط (قوله عند أبى حنيفة) أما على قولهما فلا ضمان ، وحينئذ فلا يثبت الملك لأنه فرع الضمان ، ولا يورث عنه لأنه

---

(١) (قوله من أن الدين لا يمنع الخ) صوابه إسقاط لا ، تأمل اه .

وهذا إذاكان له مال غير ما استهلكه بالخلط منفصل عنه يوفى دينه وإلا فلا زكاة ، كما لوكان الكل خبيثا كما فى النهر عن الحواشى السعدية .

وفى شرح الوهبانية عن البزازية :

مال مشترك وإنما يورث عنه حصة الميت منه فتح (قوله وهذا الخ) الإشارة إلى وجوب الزكاة الذى تضمنه قوله فتجب الزكاة فيه (قوله منفصل عنه) الذى فى النهر عن الحواشى : محل ماذكروه ما إذاكان له مال غير مااستهلكه بالخلط ينفصل عنه فلا يحيط الدين بماله اه أى ينفصل عنه بما يبلغ نصابا (قوله كما لوكان الكل خبيثا) فى القنية لو كان الخبيث نصابا لايلزمه الزكاة ، لأن الكل واجب التصدق عليه فلا يفيد إيجاب التصدق ببعضه اه ومثله فى البزازية (قوله كما فى النهر) أى أول كتاب الزكاة عند قول الكنز وملك نصاب حولى، ومثله فى الشرنبلالية ، وذكره فى شرح الوهبانية بحثا ؛ وفى الفصل العاشر من التاترخانية عن فتاوى الحجة : من ملك أموالا غير طيبة أو غصب أموالا وخالطها ملكها بالخلط ويصير ضامنا ، وإن لم يكن له سواها نصاب فلا زكاة عليه فيها وإن بلغت نصاباً لأنه مديون ومال المديون لاينعقد سببا لوجوب الزكاة عندنا اه : فأفاد بقوله وإن لم يكن له سواها نصاب الخ أن وجوب الزكاة مقيد بما إذا كان له نصاب سواها ، وبه يندفع مااستشكله فى البحر من أنه وإن ملكه بالخلط فهو مشغول بالدين فينبغى أن لاتجب الزكاة اه. لكن لايخفى أن الزكاة حينئذ إنما تجب فيما زاد عليها لافيها .

لايقال : يمكن أن يكون له مال سواها مما لازكاة فيه كدور السكنى وثياب البذلة مما يبلغ مقدار ماعليه أو يزيد فتجب الزكاة فيها من غير أن يكون له نصاب آخر سواها . لأنا نقول : إنه لما خلطها ملكها وصار مثلها دينا فى ذمته لاعينها، وقدمنا أن الدين يصرف أولا إلى مال الزكاة دون غيره؛حتى لو تزوج على خادم بغير عينه وله مائتا درهم وخادم صرف دين المهر إلى المائتين دون الخادم : أى فلو حال الحول على المائتين لازكاة عليه لاشتغالها بالدين مع وجود مايفى به من جنسه وهو الخادم، وهنا كذلك مالم يملك نصاباً زائداً ، نعم تظهر الثمرة فيها إذا أبرأه المغصوب منهم كما نقله فى البحر عن المبتغى بالغين المعجمة وقال وهو قيد حسن يجب حفظه اه أو إذا صالح غرماءه على عقار مثلا فيبقى ماغصبه سالما عن الدين فتجب زكاته .

وقد يجاب عن الإشكال كما أفاده شيخنا بأن المراد ماإذا لم يعلم أصحاب المال المغصوب لأن الدين إنما يمنع وجوب الزكاة إذاكان له مطالب من جهة العباد ويجهل أصحابه لايبقى له مطالب فلا يمنع وجوبها .

قلت : لكن قدمنا عن القنية والبزازية أن ماوجب التصدق بكله لايفيد التصدق ببعضه لأن المغصوب إن علمت أصحابه أو ورثتهم وجب رده عليهم وإلا وجب التصدق به . وأيضا فقد مر أن الأمراء فقراء بما عليهم من التبعات ، ولا شك أن غالب غرمائهم مجهولون ، وتقدم أيضا أن الموصى به للفقراء لو دفعه إلى السلطان الجائر سقط ، فجواز أخذه الزكاة لفقره ينافى وجوبها عليه وإن جاز أخذه لها مع وجوبها عليه لعلة أخرى كعدم وصوله إلى ماله كابن السبيل ومن له دين مؤجل تأمل .

مطلب فى التصدق من المال الحرام

(قوله وفى شرح الوهبانية الخ) فيه دفع لما عسى يورد على قول المتن فتجب الزكاة فيه من أنه مال خبيث فكيف يزكى منه، لكن علمت أنه لاتجب زكاته إلا إذا استبرأ من صاحبه أو صالح عنه فيزول خبثه ،نعم لو أخرج

إنما يكفر إذا تصدق بالحرام القطعي ، أما إذا أخذ من إنسان مائة ومن آخر مائة وخلطهما ثم تصدق لايكفر لأنه ليس بحرام بعينه بالقطع لاستهلاكه بالخلط

زكاة المال الحلال من مال حرام ذكر في الوهبانية أنه يجزئ عند البعض، ونقل القولين في القنية . وقال في البزازية : ولو نوى في المال الخبيث الذي وجبت صدقته أن يقع عن الزكاة وقع عنها اه أي نوى في الذي وجب التصدق به لجهل أربابه ، وفيه تقييد لقول الظهيرية : رجل دفع إلى فقير من المال الحرام شيئا يرجو به الثواب يكفر ، ولو علم الفقير بذلك فدعا له وأمن المعطي كفرا جميعا . ونظمه في الوهبانية وفي شرحها: ينبغي أن يكون كذلك لو كان المؤمن أجنبياً غير المعطي والقابض، وكثير من الناس عنه غافلون ومن الجهال فيه واقعون اه :

قلت : الدفع إلى الفقير غير قيد بل مثله فيما يظهر لو بنى من الحرام بعينه مسجداً ونحوه مما يرجو به التقرب لأن العلة رجاء الثواب فيما فيه العقاب ولا يكون ذلك إلا باعتقاد حله (قوله إذا تصدق بالحرام القطعي) أي مع رجاء الثواب الناشئ عن استحلاله كما مر فافهم (قوله لايكفر) اقتصر على نفي الكفر لأن التصرف به قبل أداء بدله لايحل وإن ملكه بالخلط كما علمته وفي حاشية الحموي عن الذخيرة: سئل الفقيه أبو جعفر عمن اكتسب ماله من أمراء السلطان وجمع المال من أخذ الغرامات المحرمات وغير ذلك هل يحل لمن عرف ذلك أن يأكل من طعامه؟ قال : أحب إلي أن لايأكل منه ويسعه حكما أن يأكله إن كان ذلك الطعام لم يكن في يد المطعم غصبا أو رشوة اه أي إن لم يكن عين الغصب أو الرشوة لأنه لم يملكه فهو نفس الحرام فلا يحل له ولا لغيره : وذكر في البزازية هنا أن من لايحل له أخذ الصدقة فالأفضل له أن لايأخذ جائزة السلطان . ثم قال : وكان العلامة بخوارزم لايأكل من طعامهم ويأخذ جوائزهم ، فقيل له فيه ،فقال : تقديم الطعام يكون إباحة والمباح له يتلفه على ملك المبيح فيكون آكلا طعام الظالم والجائزة تمليك فيتصرف في ملك نفسه اه .

قلت : ولعله مبني على القول بأن الحرام لايتعدى إلى ذمتين ، وسيأتي تحقيق خلافه في البيع الفاسد والحظر والإباحة (قوله لأنه ليس بحرام بعينه الخ) يوهم أنه قبل الخلط حرام لعينه مع أن المصرح به في كتب الأصول أن مال الغير حرام لغيره لالعينه بخلاف لحم الميتة وإن كانت حرمته قطعية، إلا أن يجاب بأن المراد ليس هو نفس الحرام لأنه ملكه بالخلط ، وإنما الحرام التصرف فيه قبل أداء بدله .

ففي البزازية قبيل كتاب الزكاة : مايأخذه من المال ظلما ويخلطه بماله وبمال مظلوم آخر يصير ملكا له وينقطع حق الأول فلا يكون أخذه عندنا حراما محضاً ، نعم لايباح الانتفاع به قبل أداء البدل في الصحيح من المذهب اه .

مطلب استحلال المعصية القطعية كفر

لكن في شرح العقائد النسفية : استحلال المعصية كفر إذا ثبت كونها معصية بدليل قطعي ، وعلى هذا تفرع ماذكر في الفتاوى من أنه إذا اعتقد الحرام حلالا ، فإن كان حرمته لعينه وقد ثبت بدليل قطعي يكفر وإلا فلا بأن تكون حرمته لغيره أو ثبت بدليل ظني . وبعضهم لم يفرق بين الحرام لعينه ولغيره وقال من استحل حراماً قد علم في دين النبي عليه الصلاة والسلام تحريمه كنكاح المحارم فكافر اه . قال شارحه المحقق ابن الغرس وهو التحقيق . وفائدة الخلاف تظهر في أكل مال الغير ظلما فإنه يكفر مستحله على أحد القولين اه :

وحاصله أن شرط الكفر على القول الأول شيئان : قطعية الدليل ، وكونه حراماً لعينه . وعلى الثاني يشترط

(ولو عجل ذو نصاب) زكاته (لسنين أو لنصب صح) لوجود السبب ، وكذا لو عجل عشر زرعه أو ثمره بعد الخروج قبل الإدراك ؛ واختلف فيه قبل النبات وخروج الثمرة

الشرط الأول فقط وعلمت ترجيحه، وما في البزازية مبني عليه (قوله ولو عجل ذو نصاب) قيد بكونه ذا نصاب لأنه لو ملك أقل منه فعجل خمسة عن مائتين ثم تم الحول على مائتين لا يجوز ، وفيه شرطان آخران : أن لا ينقطع النصاب في أثناء الحول ، فلو عجل خمسة من مائتين ثم هلك ما في يده إلا درهما ثم استفاد فتم الحول على مائتين جاز ما عجل ، بخلاف ما لو هلك الكل . وأن يكون النصاب كاملا في آخر الحول ؛ فلو عجل شاة من أربعين وحال الحول وعنده تسعة وثلاثون ، فإن كان دفعها للفقير وقعت نفلا ، وإن كانت قائمة في يد الساعي فالمختار كما في الخلاصة وقوعها زكاة ، وتمامه في النهر والبحر (قوله لسنين) بأن كان له ثلثمائة درهم دفع منها مائة درهم عن المائتين عشرين سنة ، وقوله أو النصب . صورته أن يدفع المائة المذكورة عن المائتين وعن تسعة عشر نصابا ستحدث فحدثت له في ذلك العام صح ، وإن حدثت في عام آخر فلابد لها من زكاة على حدة كما صرح به في البحر لكن المائة التي عجلها تقع زكاة عن المائتين عشرين سنة ويكون من المسألة الأولى . فقد قال في النهر وعلى هذا تفرع ما في الخانية : لو كان له خمس من الإبل الحوامل فعجل شاتين عنها وعما في بطونها ثم نتجت خمسا قبل الحول أجزأه ، وإن عجل عما تحمل في السنة الثانية لا يجوز اه وذلك لأنه لما عجل عما تحمله في السنة الثانية لم يوجد المعجل عنه في سنة التعجيل فلم يجز عما نوى التعجيل عنه وهذا أراد لا نفي الجواز مطلقا لأنه يقع عما في ملكه في الحول الثاني فيكون من المسألة الأولى ، لأن التعيين في الجنس الواحد لغو .

وفي الولوالجية : لو كان عنده أربعمائة درهم فأدى زكاة خمسمائة ظانا أنها كذلك كان له أن يحسب الزيادة للسنة الثانية لأنه أمكن أن يجعل الزيادة تعجيلا اه . وقيد في البحر بكون الجنس متحدا قال : لأنه لو كان له خمس من الإبل وأربعون من الغنم فعجل شاة عن أحد الصنفين ثم هلك لا يكون عن الآخر ، ولو كان له عين ودين فعجل عن العين فهلكت قبل الحول جاز عن الدين، ولو بعده فلا ، والدراهم والدنانير وعروض التجارة جنس واحد اه (قوله لوجوب السبب) أي سبب الوجوب وهو ملك النصاب النامي فيجوز التعجيل لسنة وأكثر كما إذا كفر بعد الجرح وكذا النصب لأن النصاب الأول هو الأصل في السببية والزائد عليه تابع له . قال في البحر : ولا يخفى أن الأفضل عدم التعجيل للاختلاف فيه عند العلماء ولم أره منقولا (قوله وكذا لو عجل) التشبيه راجع إلى المسألة الأولى وهي التعجيل لسنة أو سنين لأنه إذا ملك نصابا وأخرج زكاته قبل أن يحول الحول كان ذلك تعجيلا بعد وجود السبب لكونه أداء قبل وقت وجوبه وهنا كذلك ، لأن وقت أداء العشر وقت الإدراك ، فإذا أدى قبله يكون تعجيلا عن وقت الأداء بعد وجود السبب وهو الأرض النامية بالخارج حقيقة ، ولا يصح إرجاعه إلى المسألة الثانية ،لأن صورتها أن يؤدي زكاة نصب ستحدث له في عامه زائدة على ما في ملكه وقت الأداء ، والمراد هنا أداء عشر ما خرج في ملكه وقت الأداء قبل وقته لا عشر ما سيحدث له بعد الخروج ، وقوله بعد الخروج قبل الإدراك دليل على ما قلنا ، وليس في البحر ما يفيد خلاف ذلك فضلا عن التصريح به فافهم (قوله بعد الخروج) أي خروج الزرع أو الثمرة (قوله قبل الإدراك) أي إدراك الزرع أو الثمرة الذي هو وقت أداء العشر ، لكن ذكر في البحر في باب العشر أن وقته وقت خروج الزرع وظهور الثمرة عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف وقت الإدراك . وعند محمد عند التنقية والجذاذ اه وعليه فيتحقق التعجيل على قولهما لا على قول الإمام . ثم رأيت ابن الهمام نبه على ذلك هناك (قوله واختلف فيه قبل النبات وخروج الثمرة) الأخصر أن يقول واختلف فيه قبل

والأظهر الجواز ، وكذا لو عجل خراج رأسه، وتمامه فى النهر (وإن) وصلية (أيسر الفقير قبل تمام الحول أو مات أو ارتد و) ذلك لأن (المعتبر كونه مصرفا وقت الصرف إليه) لابعده؛ ولو غرس فى أرض الخراج كرما فما لم يتم الكرم كان عليه خراج الزرع مجمع الفتاوى .

(ولا شيء في مال صبي تغلبي) بفتح اللام وتكسر نسبة لبنى تغلب بكسرها : قوم من نصارى العرب (وعلى المرأة ماعلى الرجل منهم) لأن الصلح وقع منهم كذلك .

(ويؤخذ) فى زكاة السائمة (الوسط) لاالهرم ولا الكرائم (ولا تؤخذ من تركته بغير وصية) لفقد شرطها وهو النية (وإن أوصى بها اعتبر من الثلث) إلا أن يجيز الورثة (وحولها) أى الزكاة (قمرى) بحر عن القنية

الخروج أى خروج النبات والثمرة ، وأفاد أن التعجيل قبل الزرع أو قبل الغرس لايجوز اتفاقاً لأنه قبل وجود السبب كما لو عجل زكاة المال قبل ملك النصاب (قوله والأظهر الجواز) فى نسخة عدم الجواز وهى الصواب . قال فى النهر : والأظهر أنه لايجوز فى الزرع قبل النبات وكذا قبل طلوع الثمر فى ظاهر الرواية اهـ (قوله وكذا لو عجل خراج رأسه) هذا التشبيه أيضا راجع إلى المسألة الأولى . قال ح : فإن من عجل خراج رأسه لسنين صح كما سيأتى فى باب الجزية وذلك لوجود السبب وهو رأسه ، وكذا لو عجل خراج أرضه عن سنين جاز كما ذكره القهستانى فى باب العشر والخراج ، وعلله بوجود السبب وهو الأرض النامية ، لكن يجب حمل كلامه على الموظف لتعلقه بالقدرة على النماء فيكون سببه الأرض النامية بإمكان النماء لابحقيقته كالعشر وخراج المقاسمة تأمل (قوله وتمامه فى النهر) حيث قال : ولو نذر صوم يوم معين فعجله جاز عند الثانى خلافا لمحمد : وعلى هذا الخلاف الصلاة والاعتكاف ، ولو نذر حج سنة كذا فأتى به قبلها جاز عندهما خلافا لمحمد كذا فى السراج اهـ ح (قوله قبل تمام الحول) أى أو قبل ملك النصب التى عجل زكاتها فى المسألة الثانية كما يؤخذ من التعليل (قوله لأن المعتبر كونه مصرفا وقت الصرف إليه) فصح الأداء إليه ولا ينتقض بهذه العوارض بحر (قوله ولو غرس الخ) هذه المسألة استطردها ومحلها العشر والخراج ط (قوله فما لم يتم) أى يثمر ، وبه عبر فى بعض النسخ (قوله كان عليه خراج الزرع) لأن فى غرسه الكرم تعطيل الأرض : ومن عطل أرض الخراج يجب عليه خراجها ، وقد كانت صالحة للزرع فيؤدى خراجه حتى يثمر الكرم فعليه خراج الكرم ويسقط عنه خراج الزرع لوجود خلفه فخراج الزرع صاع ودرهم فى كل جريب فيؤديه إلى أن يتم الكرم فيؤدى عشرة دراهم رحمتى (قوله ولا شيء فى مال صبي تغلبي) أى فى مال الزكاة ، بخلاف الخارج فى أرضه العشرية من الزروع والثمار ففيه ضعف العشر كما يجب العشر فى أرض الصبى المسلم كما يأتى فى بابه (قوله لبنى تغلب) الأولى حذف بنى فإن النسبة لتغلب وهو أبو القبيلة كما فى المنح ط . وقد يقال : لامانع من النسبة إلى القبيلة المنسوبة إلى أبيها (قوله قوم الخ)قال فى الفتح : بنو تغلب عرب نصارى همَّ عمر رضى الله عنه أن يضرب عليهم الجزية فأبوا وقالوا نحن عرب لانؤدى مايؤدى العجم ولكن خذ منا مايأخذ بعضكم من بعض يعنون الصدقة ، فقال عمر : لاهذه فرض المسلمين ، فقالوا فزد ماشئت بهذا الاسم لاباسم الجزية ففعل وتراضى هو وهم أن يضعف عليهم الصدقة . وفى بعض طرقه : هى جزية سموها ماشئتم اهـ (قوله ماعلى الرجل منهم) وهو نصف العشر ح (قوله ويؤخذ الوسط) مكرر مع قوله فيما تقدم والمصدق يأخذ الوسط ح (قوله إلا أن يجيز الورثة) أى إذا أوصى بها وزادت على الثلث يؤخذ الزائد إلا أن يجيز الورثة .

[فرع] لو زادت على الثلث وأراد أن يؤديها فى مرضه يؤديها سرا من ورثته ، وإن لم يكن عنده مال استقرض

(لاشمبى) وسيجىء الفرق فى العنين .
(شك أنه أدى الزكاة أو لايؤديها) لأن وقتها العمر أشباه .

باب زكاة المال

أل فيه للمعهود فى حديث « هاتوا ربع عشر أموالكم » فإن المراد به غير السائمة لأن زكاتها غير مقدرة به .
(نصاب الذهب عشرون مثقالا والفضة مائتا درهم كل عشرة) دراهم (وزن سبعة مثاقيل)

من آخر وأدى الزكاة إن كان أكبر رأيه أنه يقدر على قضائه ، فإن اجتهد ولم يقدر حتى مات فهو معذور كذا فى مختارات النوازل وغيرها . وظاهر قولهم سرا أن الورثة إن علموا بذلك كان لهم أخذ الزائد قضاء وأن مافعله المورث جائز ديانة لكونه مضطرا إلى أداء الفرض كما علل به فى شرح الكافى قائلا وهو الصحيح : قال فى شرح الوهبانية : ويمكن التوفيق بين القولين بالقضاء والديانة أى بحمل القول باعتبارها من الثلث المقابل للصحيح على أنه فى القضاء والأول على الديانة وهو مؤيد لما قلنا (قوله وسيجىء الفرق فى العنين) عبارته مع المتن وأجل سنة قمرية بالأهلة على المذهب وهى ثلثمائة وأربع وخمسون وبعض يوم ، وقيل شمسية بالأيام وهى أزيد بأحد عشر يوما اهـ. ثم إن هذا إنما يظهر إذا كان الملك فى ابتداء الأهلة ، فلو ملكه فى أثناء الشهر ، قيل يعتبر بالأيام ، وقيل يكمل الأول من الأخير ويعتبر مابينهما بالأهلة نظير ماقالوه فى العدة ط (قوله لأن وقتها العمر) قال فى البحر عن الواقعات : فرق بين هذا وبين ما إذا شك فى الصلاة بعد ذهاب الوقت أصلاها أم لا ؟ والفرق أن العمر كله وقت لأداء الزكاة فصار هذا بمنزلة شك وقع فى أداء الصلاة فى وقتها ، ولو كان كذلك يعيد اهـ . قال فى البحر : وقعت حادثة هى أن من شك هل أدّى جميع ماعليه من الزكاة أم لا بأن كان يؤدّى متفرقا ولا يضبطه هل يلزمه إعادتها ومقتضى ماذكرنا لزوم الإعادة حيث لم يغلب على ظنه دفع قدر معين لأنه ثابت فى ذمته بيقين فلا يخرج عن العهدة بالشك اهـ .

قلت : وحاصله أنه يتحرى فى مقدار المؤدى : كما لو شك فى عدد الركعات ، فما غلب على ظنه أنه أداه سقط عنه وأدى الباقى ، وإن لم يغلب على ظنه شىء أدّى الكل ، والله تعالى أعلم .

باب زكاة المال

(قوله أل فيه للمعهود الخ) جواب عما يقال إن المال اسم لما يتموّل فيتناول السوائم أيضا ، قال فى النهر : وبهذا الجواب استغنى عما قيل المال فى عرفنا يتبادر إلى النقد والعروض اهـ .

أقول : الجواب الأول ذكره الزيلعى وتبعه فى الدرر ، والثانى ذكره فى الفتح وتبعه فى البحر ، ويظهر لى أنه أحسن لأن تبادر الذهن إلى المعهود فى العرف أقرب من تبادره إلى المذكور فى الحديث تأمل (قوله غير مقدرة به) أى بربع العشر (قوله عشرون مثقالا) فما دون ذلك لا زكاة فيه ولو كان نقصانا يسيرا يدخل بين الوزنين لأنه وقع الشك فى كمال النصاب فلا يحكم بكماله مع الشك بحر عن البدائع . والمثقال لغة : مايوزن به قليلا كان أو كثيرا . وعرفا مايأتى ط (قوله كل عشرة دراهم وزن سبعة مثاقيل) اعلم أن الدراهم كانت فى عهد عمر رضى الله عنه مختلفة ، فمنها عشرة دراهم على وزن عشرة مثاقيل ، وعشرة على ستة مثاقيل ، وعشرة على خمسة مثاقيل ، فأخذ عمر رضى الله تعالى عنه من كل نوع ثلثا كى لاتظهر الخصومة فى الأخذ والعطاء فثلث عشرة ثلاثة وثلث ، وثلث ستة اثنان وثلث الخمسة درهم وثلثان فالمجموع سبعة ، وإن شئت فاجمع المجموع فيكون إحدى وعشرين

والدينار عشرون قيراطا ، والدرهم أربعة عشر قيراطا ، والقيراط خمس شعيرات ،فيكون الدرهم الشرعي سبعين شعيرة والمثقال مائة شعيرة ، فهو درهم وثلاث أسباع درهم ،

فثلث المجموع سبعة ولذا كانت الدراهم العشرة وزن سبعة ، وهذا يجرى فى كل شيء حتى فى الزكاة ونصاب السرقة والمهر وتقدير الديات ط عن المنح ، لكن قوله تبع للدرر وثلث الخمسة درهم وثلثان صوابه مثقال وثلثان (قوله والدينار) أى الذى هو المثقال كما فى الزيلعى وغيره . قال فى الفتح : والظاهر أن المثقال اسم للمقدار المقدر به ، والدينار اسم للمقدر به بقيد ذهبيته اه :

وحاصله أن الدينار اسم للقطعة من الذهب المضروبة المقدرة بالمثقال ، فاتحادهما من حيث الوزن (قوله والدرهم أربعة عشر قيراطا) فتكون المائتان ألفى قيراط وثمانمائة قيراط :

واعلم أن هذا هو الدرهم الشرعى ، والدرهم المتعارف ستة عشر قيراطا ، وزنه الريال الفرنجى بالدراهم المتعارفة تسعة دراهم وقيراط ، وبالدراهم الشرعية عشرة دراهم وخمسة قراريط وذلك مائة وخمسة وأربعون قيراطا ، فيكون النصاب من الريال تسعة عشر ريالا وثلاثة دراهم وثلاثة قراريط اه ط مع بعض زيادة وتصحيح غلط وقع فى عبارته فافهم ، ومقتضاه أن الدرهم المتعارف أكبر من الشرعى ، وبه صرح الإمام السروجى فى الغاية بقوله درهم مصر أربع وستون حبة وهو أكبر من درهم الزكاة ، فالنصاب منه مائة وثمانون وحبتان اه لكن نظر فيه صاحب الفتح بأنه أصغر لا أكبر لأن درهم الزكاة سبعون شعيرة ودرهم مصر لا يزيد على أربعة وستين شعيرة لأن ربعه مقدر بأربع خرانيب والخرنوبة أربع قمحات وسط اه :

قلت : والظاهر أن كلام السروجى مبنى على تقدير القيراط بأربع حبات كما هو المعروف الآن ، فإذا كان الدرهم الشرعى أربعة عشر قيراطا يكون ستة وخمسين حبة ، فيكون الدرهم العرفى أكبر منه ، لكن المعتبر فى قيراط الدرهم الشرعى خمس حبات ، بخلاف قيراط الدرهم العرفى . قال بعض المحشين : الدرهم الآن المعروف بمكة والمدينة وأرض الحجاز هو المسمى فى عرفنا بالقفلة بالقاف والفاء على وزن تمرة ، وهو ست عشرة خرنوبة ، كل خرنوبة أربع شعيرات أو أربع قمحات ، لأنا اختبرنا الشعيرة المتوسطة مع القمحة المتوسطة فوجدناهما متساويتين ، والقيراط فى عرفنا الآن هو الخرنوبة ، فيكون الدرهم العرفى أربعا وستين شعيرة وهو ينقص عن الشرعى بست شعيرات ، والمثقال المعروف الآن أربع وعشرون خرنوبة فهو ست وتسعون شعيرة فينقص عن الشرعى بأربع شعيرات ، فالمائتان من الدراهم الشرعية مائتا قفلة وثمان عشرة قفلة وثلاثة أرباع قفلة ، وزكاتها خمسة دراهم عرفية وسبعة خرانيب ونصف خرنوبة ، والعشرون مثقالا الشرعية أحد وعشرون مثقالا عرفية إلا أربع خرانيب ، وزكاتها اثنتا عشرة خرنوبة ونصف خرنوبة اه وما ذكره من أن المثقال العرفى ست وتسعون شعيرة موافق لما نقله الشارح فى شرح الملتقى عن شرح الترتيب من أنه بمصر الآن درهم ونصف .

وذكر الرحمتى عن السيد محمد أسعد مفتى المدينة المنورة أنه وقف على عدة دنانير قديمة ، منها ماهو مضروب فى خلافة بنى أمية ، ومنها فى خلافة بنى العباس سنة ٧٩ وفى خلافة عبد الملك بن مروان سنة ٨٣ وفى خلافة الرشيد سنة ١٨١ ومنها سنة ١٧٣ ومنها فى زمن المأمون ودنانير أخر متقدمة ومتأخرة وكلها متساوية الوزن كل دينار درهم وربع بدراهم المدينة المنورة كل درهم منها ستة عشر قيراطا ، والقيراط أربع حبات حنطة اه .

قلت : وهذا موافق لما ذكره الشارح من كون الدينار الشرعى عشرين قيراطا ، لكن يخالفه من حيث اقتضاؤه أن القيراط أربع حبات ، والمثقال ثمانون حبة ، والمذكور فى كتب الشافعية والحنابلة أن درهم الزكاة

وقيل يفتى فى كل بلد بوزنهم . وسنحققه فى متفرقات البيوع (والمعتبر وزنهما أداء وجوبا) ولا قيمتهما (واللازم)

ستة دوانق والدانق ثمان حبات شعير وخمسا حبة ؛ فالدرهم خمسون حبة وخمسا حبة . والمثقال اثنان وسبعون شعيرة معتدلة لم تقشر وقطع من طرفيها مادق وطال وهو لم يتغير جاهلية ولا إسلاما . ومتى نقص منه ثلاثة أعشاره كان درهما ؛ ومتى زيد على الدرهم ثلاثة أسباعه كان مثقالا اه .

قلت : وعليه فالدرهم اثنا عشر قيراطا كل قيراط نصف دانق أربع حبات وخمس حبة . والمثقال سبعة عشر قيراطا وحبتان وذلك لأن ثلاثة أسباع الدرهم على تقديرهم أحد وعشرون حبة وثلاثة أخماس حبة . فإذا زيد ذلك على الدرهم وهو خمسون حبة وخمسا حبة بلغ اثنتين وسبعين حبة . وقد ذكر فى سكب الأنهر أقوالا كثيرة فى تحديد القيراط والدرهم بناء على اختلاف الاصطلاحات . والمقصود تحديد الدرهم الشرعى . وقد سمعت ما فيه من الاضطراب ، والمشهور عندنا ماذكره الشارح .

ثم اعلم أن الدراهم والدنانير المتعامل بها فى هذا الزمان أنواع كثيرة مختلفة الوزن والقيمة ويتعامل بها الناس عددا بدون معرفة وزنها ويخرجون زكاتها عددا أيضا لعسر ضبطها بالوزن ولا سيما لمن كان له ديون . فإنه إن قدرها بالأثقل وزنا بلغت مقدارا ، وإن قدرها بالأخف بلغت دونه فيخرجون عن كل أربعين قرشا منها قرشا . وعن كل مائتين خمسة وهكذا مع أن الواجب فيها الوزن كما مر ويأتى ، فينبغى أن يكون مايخرجه من جنس القروش الثقيلة أو الذهب الثقيل حتى لاينقص مايخرجه بالعدد عن ربع العشر فتبرأ ذمته بيقين . بخلاف ما إذا أخرج من الخفيف فقط أو منه ومن الثقيل فإنه قد لايبلغ ربع عشر ماله إلا إذا كان جميع ماله من جنس الخفيف ، وغالب أصحاب الأموال عن هذا غافلون فليتنبه له (قوله وقيل يفتى فى كل بلد بوزنهم) جزم به فى الولوالجية . وعزاه فى الخلاصة إلى ابن الفضل ، وبه أخذ السرخسى ، واختاره فى المجتبى وجمع النوازل والعيون والمعراج والخانية والفتح وقال بعده إلا أنى أقول ينبغى أن يقيد بما إذا كانت لاتنقص عن أقل وزن كان فى زمنه صلى الله عليه وسلم وهى ماتكون العشرة وزن خمسة اه بحر ملخصا . زاد فى النهر عن السراج إلا أن تكون الدراهم أربعة عشر قيراطا عليه الجم الغفير والجمهور الكثير وإطباق كتب المتقدمين والمتأخرين (قوله وسنحققه الخ) الذى حققه هناك لايتعلق بالزكاة بل بالعقود ، فإذا أطلق اسم الدرهم فى العقد انصرف إلى المتعارف وكذلك إذا أطلقه الواقف ح (قوله والمعتبر وزنهما أداء) أى من حيث الأداء ، يعنى يعتبر أن يكون المؤدى قدر الواجب وزنا عند الإمام والثانى . وقال زفر تعتبر القيمة . واعتبر محمد الأنفع للفقراء ، فلو أدى عن خمسة جيدة خمسة زيوفا قيمتها أربعة جيدة جاز عندهما وكره . وقال محمد وزفر : لايجوز حتى يؤدى الفضل ؛ ولو أربعة جيدة قيمتها خمسة رديئة لم يجز إلا عند زفر ؛ ولو كان له إبريق فضة وزنه مائتان وقيمته ثلثمائة إن أدى خمسة من عينه فلا كلام أو من غيره جاز عندهما خلافا لمحمد وزفر إلا أن يؤدى الفضل .

وأجمعوا أنه لو أدى من خلاف جنسه اعتبرت القيمة ، حتى لو أدى من الذهب ما تبلغ قيمته خمسة دراهم من غير الإناء لم يجز فى قولهم لتقوم الجودة عند المقابلة بخلاف الجنس ، فإن أدى القيمة وقعت عن القدر المستحق ، كذا فى المعراج نهر (قوله ووجوبا) أى من حيث الوجوب ؛ يعنى يعتبر فى الوجوب أن يبلغ وزنهما نصابا نهر ، حتى لو كان له إبريق ذهب أو فضة وزنه عشرة مثاقيل أو مائة درهم وقيمته لصياغته عشرون أو مائتان لم يجب فيه شىء إجماعا قهستانى (قوله لاقيمتهما) نفى لقول زفر باعتبار القيمة فى الأداء ، وهذا إن لم يؤد من خلاف الجنس

مبتدأ (فى مضروب كل) منهما (ومعموله ولو تبرا أو حليا مطلقا) مباح الاستعمال أولا ولو للتجمل والنفقة ، لأنهما خلقا أثمانا فيزكيهما كيف كانا (أو) فى (عرض تجارة قيمته نصاب) الجملة صفة عرض وهو هنا ماليس بنقد . وأما عدم صحة النية فى نحو الأرض الخراجية فلقيام المانع كما قدمنا لا لأن الأرض ليست من العرض فتنبه (من ذهب أو ورق) أى فضة مضروبة ، فأفاد أن التقويم إنما يكون

وإلا اعتبرت القيمة إجماعا كما علمت ، وكان على الشارح أن يزيد ولا الأنفع نفيا لقول محمد رحمه الله اهـ ح (قوله مضروب كل منهما) أى ماجعل دراهم يتعامل بها أو دنانير ط (قوله ومعموله) أى مايعمل من نحو حلية سيف أو منطقة أو لجام أو سرج أو الكواكب فى المصاحف والأوانى وغيرها إذا كانت تخلص بالإذابة بحر (قوله ولو تبرا) التبر : الذهب والفضة قبل أن يصاغا ، بحر عن ضياء الحلوم ، ولذا قال ح : لايصح الإتيان به هنا لأنه لايصدق عليه المضروب ولا المعمول ، بل كان عليه أن يقول بعد قوله مطلقا وتبره ، بخلاف عبارة الكنز حيث قال : يجب فى مائتى درهم وعشرين دينارا ربع العشر ولو تبرا فإنه داخل فيما قبله (قوله أو حليا) بضم الحاء وكسرها وتشديد الياء جمع حلى بفتح الحاء وإسكان اللام : ماتتحلى به المرأة من ذهب أو فضة نهر .

قلت : ولا يتعين ضبط المتن بصيغة الجمع فإنه يحتمل المفرد بل هو الأنسب بقول الشارح مباح الاستعمال حيث ذكر الضمير ، إلا أن يقال إنه عائد إلى المذكور من المعمول والحلى (قوله أولا) كخاتم الذهب للرجال والأوانى مطلقا ولو من فضة (قوله ولو للتجمل) أى التزين بهما فى البيوت من غير استعمال ط (قوله والنفقة) فيه منافاة لقول ابن الملك : إذا كانت مشغولة بحوائجه فلا زكاة فيها كما قدمناه فى أول كتاب الزكاة فارجع إليه ح (قوله وهو هنا ماليس بنقد) كذا فسره فى المغرب ، ونقله فى البحر عن ضياء الحلوم . وفى الدرر : العرض بسكون الراء متاع لايدخله كيل ولا وزن ولا يكون حيوانا ولا عقارا كذا فى الصحاح . وأما بفتحها فتاع الدنيا ، ويتناول جميع الأموال ، ولا وجه له ههنا لجعله مقابلا للذهب والفضة اهـ أى مفتوح الراء غير مراد هنا لتناوله جميع الأموال مع أن النقدين غير داخلين فيه هنا بقرينة المقابلة ، فيتعين إرادة ساكن الراء ، لكن على مافى الصحاح يخرج عنه الدواب والمكيلات والموزونات مع أنها من عروض التجارة إذا نواها فيها فلذا قال الشارح : هو هنا ماليس بنقد : أى أن المناسب للمراد هنا الاقتصار على تفسيره بذلك ليدخل فيه ماذكر (قوله وأما عدم صحة النية الخ) جواب عما أورده الزيلعى من أن الأرض الخراجية لايجب فيها الزكاة وإن نوى عند شرائها التجارة مع أنها من العروض ، والجواب ماتقدم قبيل باب السائمة من قوله والأصل أن ماعدا الحجرين والسوائم إنما يزكى بنية التجارة بشرط عدم المانع المؤدى إلى الثنى (قوله لا لأن الأرض الخ) رد على مافى الدرر حيث أجاب عما أورده الزيلعى بأن الأرض ليست من العرض بناء على مانقله عن الصحاح . قال فى البحر : وهو مردود لما علمت من أن الصواب تفسيره هنا بما ليس بنقد اهـ .

وقد أورد الزيلعى أيضا ما إذا اشترى أرض عشر وزرعها أو اشترى بذرا للتجارة وزرعه فإنه يجب فيه العشر ولا تجب فيه الزكاة لأنهما لايجتمعان اهـ . ويجاب عنه بما ذكره الشارح من قيام المانع . وأجاب فى الدرر وتبعه فى البحر بأن عدم وجوب الزكاة فى البذر إنما حدث بعد الزراعة وذلك لايضر ؛ لأن مجرد نية الخدمة إذا أسقط وجوب الزكاة فى العبد المشترى للتجارة ، كما مر فلأن يسقطه التصرف الأقوى من النية أولى اهـ (قوله من ذهب أو ورق) بيان لقوله نصاب . وأشار بأو إلى أنه مخير ، إن شاء قومها بالفضة ، وإن شاء بالذهب ، لأن الثمنين فى تقدير قيم الأشياء بهما سواء بحر : لكن التخيير ليس على إطلاقه كما يأتى (قوله فأفاد) تفريع على تفسير الورق

بالمسكوك عملا بالعرف (مقوّما بأحدهما) إن استويا ؛ فلو أحدهما أروج تعين التقويم به ؛ ولو بلغ بأحدهما نصاباً دون الآخر تعين مايبلغ به ؛ ولو بلغ بأحدهما نصاباً وخمسا وبالآخر أقل قوّمه بالأنفع للفقير سراج (ربع عشر) خبر قوله اللازم .

(وفي كل خمس) بضم الخاء (بحسابه) ففي كل أربعين درهما درهم . وفي كل أربعة مثاقيل قيراطان . وما بين الخمس إلى الخمس عفو . وقالا : مازاد بحسابه

بالفضة المضروبة ط (قوله بالمسكوك) بالسين المهملة : أى المضروب على السكة . وهى حديدة منقوشة يضرب عليها الدراهم قاموس . ووجه الإفادة ظاهر من الورق : أما الذهب فلا كما لايخفى : إلا أن يقال لما اقترن بالمضروب من الفضة كان المراد به المضروب اهـ ح (قوله عملا بالعرف) فإن العرف التقويم بالمسكوك بحر . وهو علة لقوله أفاد (قوله مقوّما بأحدهما) تكرار مع قوله من ذهب أو ورق لأن أو معناها التخيير ومحل التخيير إذا استويا فقط . أما إذا اختلفا قوم بالأنفع اهـ ح وقدم الشارح عند قوله وجاز دفع القيمة أنها تعتبر يوم الوجوب . وقالا يوم الأداء كما فى السوائم ، ويقوّم فى البلد الذى المال فيه الخ (قوله تعين التقويم به) أى إذا كان يبلغ به نصابا . لما فى النهر عن الفتح : يتعين مايبلغ نصابا دون مالا يبلغ ، فإن بلغ بكل منهما وأحدهما أروج تعين التقويم بالأروج (قوله ولو بلغ بأحدهما نصابا وخمسا الخ) بيانه مافى النهر عن السراج : لو كان بحيث لو قوّمها بالدراهم بلغت مائتين وأربعين وبالدنانير ثلاثا وعشرين قوّمها بالدراهم لوجوب ستة فيها ، بخلاف الدنانير فإنه يجب فيها نصف دينار وقيمته خمسة ، ولو بلغت بالدنانير أربعة وعشرين وبالدراهم مائة وستة وثلاثين قوّمها بالدنانير اهـ . وفى البدائع كل دينار عشرة دراهم فى الشرع قال فى الفتح : أى يقوّم فى الشرع بعشرة كذا كان فى الابتداء (قوله وفى كل خمس بحسابه) أى ما زاد على النصاب عفو إلى أن يبلغ خمس نصاب . ثم كل مازاد على الخمس عفو إلى أن يبلغ خمسا آخر (قوله وقالا مازاد بحسابه) يظهر أثر الخلاف فيما لو كان له مائتان وخمسة دراهم مضى عليها عامان . قال الإمام : يلزمه عشرة . وقالا : خمسة لأنه وجب عليه فى العام الأول خمسة وثمن فبقى السالم من الدين فى الثانى نصاب إلا ثمن . وعنده لازكاة فى الكسور فبقى النصاب فى الثانى كاملا ، وفيما إذا كان له ألف حال عليها ثلاثة أحوال كان عليه فى الثانى أربعة وعشرون وفى الثالث ثلاثة وعشرون عنده . وقالا : يجب مع الأربعة والعشرين ثلاثة أثمان درهم ومع الثلاثة والعشرين نصف وربع وثمن درهم ، ولا خلاف أنه يجب فى الأول خمسة وعشرون ؛ كذا فى السراج نهر .

أقول : قوله وثمن درهم كذا وجدته أيضا فى السراج وصوابه (١) وثمن ثمن درهم كما لايخفى على الحاسب .

[تنبيه] يظهر أثر الخلاف أيضا فيما ذكره فى البحر والنهر عن المحيط من أنه لاتضم إحدى الزيادتين إلى الأخرى : أى الزيادة على نصاب الفضة لاتضم إلى الزيادة على نصاب الذهب ليتم أربعين أو أربعة مثاقيل عند الإمام لأنه لازكاة فى الكسور عنده . وعندهما تضم لوجوبها فى الكسور اهـ موضحا ، لكن توقف الرحمتى فى فائدة الضم عندهما بعد قولهما بوجوب الزكاة فى الكسور وعن هذا والله أعلم .

---

(١) قوله (وصوابه الخ) وجه ذلك أن الواجب فى الحول الأول خمسة وعشرون ، وفى الثانى أربعة وعشرون وثلاثة أثمان ؛ فالفارغ عن الدين فى الحول الثالث تسعمائة وخمسون درهما وخمسة أثمان درهم ؛ فى تسعمائة وعشرين ربع عشرها وذلك ثلاثة وعشرون ، وفى ثلاثين نصف درهم وربعه ، وفى خمسة أثمان درهم ثمن ثمن درهم لأنه ربع عشرها كنسبة الخمسة إلى ثلثمائة وعشرين فإنها ثمن ثمنها وربع عشر خمسة أثمانها ، فإن خمسة أثمان الثلثمائة وعشرين مائتان وربع عشر المائتين خمسة ونسبة الخمسة إلى الثلثمائة وعشرين ثمن الثمن لأن ثمنها أربعون وثمن الأربعين خمسة اهـ منه .

وهي مسألة الكسور (وغالب الفضة والذهب فضة وذهب وماغلب غشه) منهما (يقوّم) كالعروض، ويشترط فيه النية إلا إذا كان يخلص منه مايبلغ نصابا أو أقل . وعنده مايتم به أو كانت أثمانا رائجة وبلغت نصابا من أدنى نقد تجب زكاته فتجب وإلا فلا :

(واختلف في) الغش (المساوى والمختار لزومها احتياطا)

نقل بعض محشي الكتاب عن شيخه محمد أمين ميرغني أن السروجي نقل عن المحيط الخلاف بالعكس وأن مافي البحر والنهر غلط اه :

قلت : وقد راجعت المحيط فرأيته مثل مانقله السروجي وصرح به في البدائع أيضا (قوله وهي مسألة الكسور) أي التي يقال فيها لازكاة في الكسور عنده مالم تبلغ الخمس أخذا من حديث « لاتأخذ من الكسور شيئا » سميت كسورا باعتبار ما يجب فيها (قوله وغالب الفضة الخ) لأن الدراهم لا تخلو عن قليل غش لأنها لاتنطبع إلا به فجعلت الغلبة فاصلة نهر، ومثلها الذهب ط (قوله فضة وذهب) لف ونشر مرتب، أي فتجب زكاتهما لا زكاة العروض وإن أعدهما للتجارة كما أفاده في النهر (قوله ويشترط فيه النية) أي تعتبر قيمته إن نوى فيه التجارة نهر، وتقدم قبيل باب السائمة شرط نية التجارة (قوله إلا إذا الخ) استثناء من اشتراط النية (قوله وعنده مايتم به) أي من عروض تجارة أو أحد النقدين ، وهو مرتبط بقوله أو أقل ط (قوله وبلغت) أي بالقيمة كما في البحر (قوله من أدنى الخ) فسر الأدنى في البدائع بالتي يغلب عليها الفضة ، وقلت : ينبغي تفسيرها بالمساوى على مااختاره المصنف من وجوبها فيه كما يذكره قريبا (قوله فتجب) أي فيما غلب غشه إذا نوى فيه التجارة أو لم ينو ولكن يخلص منه ما يبلغ نصابا أو لم يخلص ولكن كان أثمانا رائجة وبلغت قيمته نصابا ، وقوله وإلا فلا : أي وإن لم يوجد شيء من ذلك فلا تجب الزكاة .

وحاصله أن مايخلص منه نصاب أو كان ثمنا رائجا تجب زكاته سواء نوى التجارة أولا ، لأنه إذا كان يخلص منه نصاب تجب زكاة الخالص كما صرح به في الجوهرة وعين النقدين لايحتاج إلى نية التجارة كما في الشمني وغيره وكذا ما كان ثمنا رائجا ، فبقي اشتراط النية لما سوى ذلك ، هذا مايعطيه كلام الشارح ومثله في البحر والنهر ، لكن في الزيلعي أن الغالب غشه، إن نواه للتجارة تعتبر قيمته مطلقا ، وإلا فإن كانت فضة تخلص تجب فيها الزكاة إن بلغت نصابا وحدها أو بالضم إلى غيرها اه . ومفاده اعتبار القيمة فيما نواه للتجارة وإن تخلص منه مايبلغ نصابا ويظهر لي عدم المنافاة لأنه إذا كان يخلص منه مايبلغ نصابا تجب زكاة ذلك الخالص وحده كما مر عن الجوهرة إلا إذا نوى التجارة فتجب الزكاة فيه كله باعتبار القيمة وإذا تأملت (١) كلام الزيلعي تراه كالصريح فيما ذكرته فافهم :

[فرع] في الشرنبلالية : الفلوس إن كانت أثمانا رائجة أو سلعا للتجارة تجب الزكاة في قيمتها وإلا فلا اهـ (قوله والمختار لزومها) أي الزكاة : أي ولو من غير نية التجارة ، وقيل لاتجب نهر : قال في الشرنبلالية عن البرهان والأظهر عدم الوجوب لعدم الغلبة المشروطة للوجوب ، وقيل يجب درهمان ونصف نظرا إلى وجهي الوجوب وعدمه اهـ وظاهر الدرر اختيار الأول تبعا للخانية والخلاصة . قال العلامة نوح وهو اختياري ، لأن الاحتياط في العبادة واجب كما صرحوا به في كثير من المسائل : منها ما إذا استوى الدم والبزاق ينقض الوضوء احتياطا اهـ

---

(١) (قوله وإذا تأملت الخ) وجهه أن قول الزيلعي فإن نواه للتجارة تعتبر قيمته : أي قيمة ما غلب فيه الغش سواء تخلص منه نصاب أولا ، وقوله وإلا فإن كانت فضته تخلص وجبت فيها الزكاة : أي وجبت في الفضة التي تخلص منه دون باقيه من الغش تأمل اه منه .

خانية ولذا لاتباع إلا وزنا . وأما الذهب المخلوط بفضة ، فإن غلب الذهب فذهب وإلا فإن بلغ الذهب أو الفضة

تأمل (قوله ولذا) أي للاحتياط . وفي نسخة : وكذا بالكاف ، وبها عبر في البحر والمنح ، وقوله : لاتباع إلا وزنا : أي للتحرز عن الربا اهـ ط (قوله وأما الذهب الخ) محترز قوله وغالب الفضة الخ فإن ذلك مفروض فيما إذا كان المخالط غشا ط (قوله فإن غلب الذهب الخ) اعلم أن الذهب إذا خلط بالفضة . فإما أن يكون غالبا أو مغلوبا أو مساويا . وعلى كل إما أن يبلغ كل منهما نصابا أو الذهب فقط أو الفضة فقط أولا ولا . فهي اثنتا عشرة صورة منها صورتان عقليتان فقط . وهما أن تبلغ الفضة وحدها نصابا والذهب غالب عليها أو مساو لها والعشرة خارجية .

إذا عرفت هذا فقوله فإن غلب الذهب فذهب فيه أربع صور : بلوغ كل منهما نصابه وعدمه وبلوغ الذهب فقط وبلوغ الفضة فقط ، لكن الرابعة ممتنعة كما علمت ؛ لأنه متى غلب الذهب على الفضة البالغة نصابا لزم بلوغه نصابا بل نصبا ، وبين حكم الثلاثة الباقية بقوله فذهب . أما الأولى والثالثة فظاهر لأن الذهب فيهما بلغ بانفراده نصابا فكانت الفضة تبعا له سواء بلغت نصابا أيضا كما في الأولى أولا كما في الثالثة فتزكى بزكاته وكذلك الثانية . لأن الذهب متى غلب كان هو المعتبر لأنه أعز وأغلى كما يأتي ، فإذا بلغ مجموعهما نصابا زكي زكاة الذهب . وقوله وإلا : أي وإن لم يغلب الذهب بأن غلبت الفضة أو تساويا ففيه ثمانية صور بلوغ كل منهما نصابه وعدمه وبلوغ الذهب فقط أو الفضة فقط مع غلبة الفضة أو التساوي ، لكن بلوغ الفضة فقط مع التساوي ممتنع أيضا كما علمت فبقي سبعة ، وتقييده ببلوغ الذهب أو الفضة نصابه خرج لصورتين منها . وهما ما إذا لم يبلغ كل منهما نصابه مع غلبة الفضة أو التساوي وسنذكر حكمهما ، فبقي خمس صور ثنتان في التساوي وثلاثة في غلبة الفضة . وقوله فإن بلغ الذهب : أي بلغ نصابا وحده أو مع الفضة عند غلبة الفضة أو التساوي فهذه أربع صور . وقوله أو الفضة : أو بلغت الفضة وحدها نصابا عند غلبتها على الذهب فهذه الخامسة ، وقوله وجبت أي زكاة البالغ النصاب ، فإن بلغه الذهب وجبت زكاة الذهب في الصور الأربع المذكورة ، لأنه لما بلغ النصاب وجب اعتباره لأنه أعز وأغلى وتصير الفضة تبعا له ، ولو بلغت نصابا معه وإن كان البالغ هو الفضة الغالبة عليه دونه وجبت زكاة الفضة ترجحت لها ببلوغ النصاب فيجعل كله فضة ، لكن على تفصيل فيه سنذكره ، وقد علم حكم ما ذكرناه في تقرير كلام الشارح في الصور الثلاث الأول والخمس الأخر من عبارة الشمني . وعبارة الزيلعي : أما عبارة الشمني فهي قوله : ولو سبك الذهب مع الفضة ، فإن بلغ الذهب نصابا زكى الجميع زكاة الذهب سواء كان غالبا أو مغلوبا لأنه أعز . وإن لم يبلغ الذهب نصابه ، فإن بلغت الفضة نصابها زكى الجميع زكاة الفضة اهـ . وأما عبارة الزيلعي فهي قوله : وللذهب المخلوط بالفضة إن بلغ الذهب نصاب الذهب وجبت فيه زكاة الذهب ، وإن بلغت الفضة نصاب الفضة وجبت فيه زكاة الفضة ؛ وهذا إذا كانت الفضة غالبة ، وأما إذا كانت مغلوبة فهو كله ذهب لأنه أعز وأغلى قيمة اهـ وكل من هاتين العبارتين مؤداهما واحد، وما قررناه في كلام الشارح من أحكام الصور السبع يؤخذ منهما ، فقول الشمني سواء كان غالبا أو مغلوبا يشمل ما إذا بلغت الفضة نصابها أولا بدليل قوله بعده وإن لم يبلغ الذهب نصابه ، فإن بلغت الفضة الخ فإنه لم يعتبر زكاة الجميع زكاة الفضة إلا إذا لم يبلغ الذهب نصابه فأفاد أن قوله قبله فإن بلغ الذهب نصابه الخ أنه يجعل الكل ذهبا إذا بلغ الذهب نصابه سواء بلغته الفضة أيضا أولا . وكذا قول الزيلعي وإن بلغت الفضة الخ أي ولم يبلغ الذهب نصابه بدليل المقابلة ، فإنه اعتبر أولا الكل ذهبا حيث بلغ الذهب نصابه . وأطلقه فشمل ما إذا بلغت الفضة أيضا نصابا أولا ، فعلم أنه لا يعتبر الكل فضة إلا إذا لم يبلغ الذهب نصابه .

نصابه وجبت (وشرط كمال النصاب) ولو سائمة (فى طرفى الحول) فى الابتداء للانعقاد وفى الانتهاء للوجوب (فلا يضر نقصانه بينهما) فلو هلك كله بطل الحول ، وأما الدين فلا يقطع ولو مستغرقا

فإن بلغ كان الكل ذهبا فيزكى زكاة الذهب لأنه أعز وأغلى قيمة . وكذا لو غلب الذهب وبلغ بضم الفضة إليه نصابا كما علم من قوله وأما إذا كانت مغلوبة فهو كله ذهب الخ وهذا ماعبر عنه الشارح بقوله فإن غلب الذهب فذهب ودخل فى قول الشمنى سواء كان غالبا أومغلوبا حكم بالمساواة بالأولى . وهو مفهوم أيضا من إطلاق الزيلعى قوله إن بلغ الذهب نصاب الذهب الخ فقد ظهر أنه لاتخالف بين العبارتين ولا بينهما وبين عبارة الشارح . لكن قول الزيلعى وهذا إذا كانت الفضة غالبة لاحاجة إليه لأن الفضة إذا بلغت وحدها نصابا لابد أن تكون غالبة على الذهب الذى لم يبلغ نصابا ولذا لم يذكره الشمنى . وكأن الزيلعى ذكره ليبنى عليه قوله وأما إذا كانت مغلوبة . هذا ماظهر لى فى تقرير هذا المحل ؛ والله أعلم فافهم .

[تنبيه] قال فى التتارخانية : وإذا كانت الفضة غالبة والذهب مغلوبا مثل أن يكون الثلثان فضة أو أكثر لا يجعل كله فضة لأن الذهب أكثر قيمة فلا يجوز جعله تبعا لما هو دونه ، بخلاف ما إذا كان الذهب غالبا اهـ . ومفاده أن ما مر من أنه إذا بلغت الفضة نصابا ولم يبلغ الذهب نصابه تجب زكاة الفضة مقيد بما إذا لم يكن الذهب الذى خالطها أكثر قيمة منها وإلا كان الكل ذهبا . وهذا التفصيل الموعود بذكره ، وفى عبارة الزيلعى المارة إشارة إليه . ويؤخذ منه حكم الصورتين الباقيتين من السبع : وهما ما إذا لم يبلغ كل منهما نصابه مع غلبة الفضة أو التساوى . وعلى هذا فيمكن دخولها فى قول الشارح . فإن غلب الذهب فذهب بأن يراد غلبته على مامعه من الفضة وزنا أو قيمة ؛ لكن قال فى المحيط والبدائع : الدنانير الغالب عليها الذهب كالمحدودية حكمها حكم الذهب والغالب عليها الفضة كالهروية والمروية إن كانت ثمنا رائجا أو للتجارة تعتبر قيمتها وإلا يعتبر قدر مافيها من الذهب والفضة وزنا . لأن كل واحد منهما يخلص بالإذابة اهـ . وهذا كالصريح فى أن الدنانير المسكوكة المخلوطة بالفضة حكمها كحكم الفضة المخلوطة بالغش . فإذا كان الذهب فيها غالبا كانت ذهبا كالفضة الغالبة على الغش . وإذا كانت الفضة غالبة عليها كانت كالفضة المغلوبة بالغش فتقوم . فإن بلغت قيمتها نصابا زكاها إن كانت أثمانا رائجة أو نوى فيها التجارة وإلا اعتبر ما فيها وزنا . فإن بلغ ما فيها نصابا أو كان عنده ماتتم به نصابا زكاها وإلا فلا فعلم أن ما ذكره الشارح تبعا للزيلعى والشمنى فى غير الدنانير المسكوكة أو المسكوكة التى ليست للتجارة ولا أثمانا رائجة أو هو قول آخر فليتأمل . والله تعالى أعلم (قوله وشرط كمال النصاب الخ) أى ولو حكما ، لما فى البحر والنهر . لو كان له غنم للتجارة تساوى نصابا فماتت قبل الحول فدبغ جلودها وتم الحول عليها كان عليه الزكاة إن بلغت نصابا ، ولو تخمر عصيره الذى للتجارة قبل الحول ثم صار خلا وتم الحول عليه وهو كذلك لا زكاة عليه لأن النصاب فى الأول باق لبقاء الجلد لتقومه بخلافه فى الثانى . وروى ابن سماعة أنه عليه الزكاة فى الثانى أيضا (قوله للانعقاد) أى انعقاد السبب أى تحققه بتملك النصاب ط (قوله للوجوب) أى لتحقق الوجوب عليه ط (قوله فلو هلك كله) أى فى أثناء الحول بطل الحول . حتى لو استفاد فيه غيره استأنف له حولا جديدا أو تقدم حكم هلاكه بعد تمام الحول فى زكاة الغنم . قال فى النهر : ومنه أى من الهلاك ما لو جعل السائمة علوفة لأن زوال الوصف كزوال العين (قوله وأما الدين الخ) قدم الشارح عند قول المصنف فلا زكاة على مكاتب ومديون للعبد بقدر دينه أن عروض الدين كالهلاك عند محمد ورجحه فى البحر اهـ . وقدمنا هناك ترجيح ماهنا فراجعه . والخلاف فى الدين المستغرق للنصاب كما هو صريح ما فى الجوهرة ؛ فلا يمكن التوفيق بحمل ما فى البحر على غير المستغرق

(وقيمة العرض) للتجارة (تضم إلى الثمنين) لأن الكل للتجارة وضعا وجعلا (و) يضم (الذهب إلى الفضة) وعكسه بجامع الثمنية (قيمة) وقالا بالإجزاء . فلو له مائة درهم وعشرة دنانير قيمتها مائة وأربعون تجب ستة عنده وخمسة عندهما

فافهم (قوله وقيمة العرض الخ) تقدم قريبا تقويم العرض إذا بلغ نصابا ، وما هنا فى بيان ما إذا لم يبلغ . وعنده من الثمنين ما يتم به النصاب .

وفى النهر قال الزاهدى : وله أن يقوم أحد النقدين ويضمه إلى قيمة العروض عند الإمام . وقالا : لا يقوم النقدين بل العروض ويضمها . وفائدته تظهر فيمن له حنطة للتجارة قيمتها مائة درهم وله خمسة دنانير قيمتها مائة تجب الزكاة عنده خلافا لهما (قوله وضعا)راجع للثمنين ، وقوله وجعلا راجع للعرض . والمعنى أن الله تعالى خلق الثمنين ووضعهما للتجارة والعبد يجعل العرض للتجارة اهـ ح أى لأنه لايكون للتجارة إلا إذا نوى به العبد التجارة بخلاف النقود (قوله ويضم الخ) أى عند الاجتماع . أما عند انفراد أحدهما فلا تعتبر القيمة إجماعا بدائع . لأن المعتبر وزنه أداء ووجوبا كما مر. وفى البدائع أيضا أن ما ذكر من وجوب الضم إذا لم يكن كل واحد منهما نصابا بأن كان أقل ، فلو كان كل منهما نصابا تاما بدون زيادة لا يجب الضم بل ينبغى أن يؤدى من كل واحد زكاته . فلو ضم حتى يؤدى كله من الذهب أو الفضة فلا بأس به عندنا .ولكن يجب أن يكون التقويم بما هو أنفع للفقراء رواجا وإلا يؤدى من كل منهما ربع عشره (قوله وعكسه) وهو ضم الفضة إلى الذهب . وكذا يصح العكس فى قوله وقيمة العرض تضم إلى الثمنين عند الإمام كما مر عن الزاهدى ، وصرح به فى المحيط أيضا . ولو أسقط قوله بجامع الثمنية لصح رجوع الضمير فى عكسه إلى المذكور من المسألتين . ويمكن إرجاعه إليه ولا يضره بيان فى العلة فى أحدهما (قوله قيمة) أى من جهة القيمة . فمن له مائة درهم وخمسة مثاقيل قيمتها مائة عليه زكاتهما خلافا لهما ، ولو له إبريق فضة وزنه مائة وقيمته بصياغته مائتان لا تجب الزكاة باعتبار القيمة لأن الجودة والصنعة فى أموال الربا لا قيمة لها عند انفرادها ولا عند المقابلة بجنسها ، ثم لا فرق بين ضم الأقل إلى الأكثر كما مر . وعكسه كما لو كان له مائة وخمسون درهما وخمسة دنانير لا تساوى خمسين درهما تجب على الصحيح عنده ويضم الأكثر إلى الأقل ، لأن المائة والخمسين بخمسة عشر دينارا ، وهذا دليل على أنه لا اعتبار بتكامل الأجزاء عنده وإنما يضم أحد النقدين إلى الآخر قيمة ط عن البحر .

قلت : ومن ضم الأكثر إلى الأقل ما فى البدائع أنه روى عن الإمام أنه قال : إذا كان لرجل خمسة وتسعون درهما ودينار يساوى خمسة دراهم أنه تجب الزكاة . وذلك بأن تقوّم الفضة بالذهب كل خمسة منها بدينار (قوله وقالا بالإجزاء) فإن كان من هذا ثلاثة أرباع نصاب ومن الآخر ربع ضم ، أو النصف من كل أو الثلث من أحدهما والثلثان من الآخر ، فيخرج من كل جزء بحسابه ، حتى أنه فى صورة الشارح يخرج من كل نصف ربع عشره كما ذكره صاحب البحر (قوله وخمسة عندهما) تبع فيه صاحب النهر . وفيه نظر ، لأنه إذا اعتبر عندهما الضم بالإجزاء يجب فى كل نصف ربع عشره كما مر عن البحر ، وعزاه إلى المحيط ، وحينئذ فيخرج عن العشرة الدنانير التى قيمتها مائة وأربعون ربع دينار منها قيمته ثلاثة دراهم ونصف . فإذا أراد دفع قيمته يكون الواجب ستة دراهم عندهما أيضا .

لا يقال : إن اعتبار الضم بالإجزاء : أى بالوزن عندهما مبنى على أنه لا اعتبار للجودة لعدم تقومها شرعا فلا تعتبر القيمة بل الوزن . والدينار فى الشرع بعشرة دراهم كما قدمناه ، وزيادة قيمته هنا للجودة فلا تعتبر .

فافهم . (ولا تجب) الزكاة عندنا (فى نصاب) مشترك (من سائمة) ومال تجارة (وإن صحت الخلطة فيه) باتحاد أسباب الإسامة التسعة التى يجمعها « أوص من يشفع » وبيانه فى شروح المجمع وإن تعدد النصاب تجب إجماعا ؛ ويتراجعان بالحصص . وبيانه فى الحاوى ؛ فإن بلغ نصيب أحدهما نصابا زكاه دون الآخر ؛ ولو بينه وبين ثمانين رجلا ثمانون شاة لاشىء عليه لأنه مما لا يقسم خلافا للثانى سراج .

لأنا نقول : إن عدم اعتبار الجودة إنما هو عند المقابلة بالجنس ؛ أما عند المقابلة بخلافه فتعتبر اتفاقا كما قدمناه عند قوله والمعتبر وزنهما فتأمل (قوله فافهم) أشار به إلى رد ماقاله صاحب الكافى من أنه عند تكامل الأجزاء، كما لو كان له مائة درهم وعشرة دنانير قيمتها أقل من مائة درهم لا تعتبر القيمة عنده ظنا أن إيجاب الزكاة فيها لتكامل الأجزاء لا باعتبار القيمة . وليس كما ظن بل الإيجاب بإعتبار القيمة من جهة كل من النقدين لا من جهة أحدهما فإنه إن لم يتم باعتبار قيمة الذهب بالفضة يتم باعتبار قيمة الفضة بالذهب والمائة درهم فى المسألة مقومة بعشرة دنانير فتجب فيها الزكاة لهذا التقويم ط وتمام بيانه فى البحر وفتح القدير (قوله فى نصاب مشترك) المراد أن يكون بلوغه النصاب بسبب الاشتراك وضم أحد المالين إلى الآخر بحيث لا يبلغ مال كل منهما بانفراده نصابا (قوله وإن صحت الخلطة فيه) أى فى النصاب المذكور ، وأشار بذلك إلى خلاف سيدنا الإمام الشافعى رضى الله عنه فإنها تجب عنده إذا صحت الخلطة وصحتها عنده بالشروط التسعة الآتية ، ولذا قيده الشارح بقوله باتحاد الخ فأفاد أنه إذا لم توجد هذه الشروط لا تجب عندنا بالأولى وسماها أسبابا مع أنها شروط إطلاقا لاسم السبب على الشرط كما أطلق بالعكس . وقدمنا وجهه أول الباب عند قوله ملك نصاب فافهم (قوله أوص من يشفع) فالهمزة لأهلية كل منهما لوجوب الزكاة . والواو لوجود الاختلاط فى أول السنة ، والصاد لقصد الاختلاط ، والميم لاتحاد المسرح بأن يكون ذهابهما إلى المرعى من مكان واحد . والنون لاتحاد الإناء الذى يحلب فيه . والياء لاتحاد الراعى ، والشين المعجمة لاتحاد المشرع : أى موضع الشرب . والفاء لاتحاد الفحل . والعين لاتحاد المرعى ، وهذه شروط الخلطة فى السائمة . وأما شروطها فى مال التجارة فمذكورة فى كتب الشافعية : منها أن لا يتميز الدكان والحارث ومكان الحفظ كخزانة (قوله وإن تعدد النصاب) أى بحيث يبلغ قبل الضم مال كل واحد بانفراده نصابا فإنه يجب حينئذ على كل منهما زكاة نصابه . فإذا أخذ الساعى زكاة النصابين من المالين ، فإن تساويا فلا رجوع لأحدهما على الآخر . كما لو كان ثمانين شاة لكل منهما أربعون وأخذ الساعى منهما شاتين وإلا تراجعا كما يأتى بيانه ، وهذا مقابل قوله فى نصاب (قوله وبيانه فى الحاوى) بينه قاضيخان بأتم مما فى الحاوى حيث قال : صورته أن يكون لهما مائة وثلاث وعشرون شاة لأحدهما الثلثان وللآخر الثلث فالواجب شاتان ، فيأخذ من كل منهما شاة ، فيرجع صاحب الثلثين بالثلثين من الشاة التى دفعها صاحب الثلث . ويرجع صاحب الثلث بالثلث من شاة دفعها صاحب الثلثين : فيقام ثلثه فى مقام ثلث من الثلثين المطالب بهما ويبقى ثلث شاة ، فيطالب به صاحب ثلثى المال اهـ ط وبه ظهر أن التراجع من الجانبين فالتفاعل على بابه فافهم (قوله فإن بلغ الخ) كما لو كانت ثمانون شاة بين رجلين أثلاثا فأخذ المصدق منها شاة لزكاة صاحب الثلثين فلصاحب الثلث أن يرجع عليه بقيمة الثلث لأنه لا زكاة عليه خيط (قوله ولو بينه الخ) فى التجنيس : ثمانون شاة بين أربعين رجلا لرجل واحد من كل شاة نصفها والنصف الآخر للباقين ليس على صاحب الأربعين صدقة عند أبى حنيفة . وهو قول محمد . ولو كانت بين رجلين تجب على كل واحد منهما شاة لأنه مما يقسم فى هذه الحالة . وفى الأولى لا يقسم اهـ أى لأن قسمة كل شاة

(و) اعلم أن الديون عند الإمام ثلاثة : قوى ، ومتوسط ، وضعيف ؛ فـ (تجب) زكاتها إذا تم نصابا وحال الحول ، لـكن لافورا بل (عند قبض أربعين درهما من الدين) القوى كقرض (وبدل مال تجارة) فكلما قبض أربعين درهما يلزمه درهم (و) عند قبض (مائتين منه لغيرها) أى من بدل مال لغير تجارة وهو المتوسط كثمن سائمة وعبيد خدمة ونحوهما مما هو مشغول بحوائجه الأصلية كطعام وشراب وأملاك . ويعتبر مامضى من الحول قبل

بينه وبين من شاركه فيها لا تمكن إلا بإتلافها ، بخلاف قسمة الثمانين نصفين (قوله عند الإمام) وعندهما الديون كلها سواء تجب زكاتها ، ويؤدى متى قبض شيئا قليلا أو كثيرا إلا دين الكتابة والسعاية والدية فى رواية بحر (قوله إذا تم نصابا) الضمير فى تم يعود للدين المفهوم من الديون ، والمراد إذا بلغ نصابا بنفسه أو بما عنده مما يتم به النصاب (قوله وحال الحول) أى ولو قبل قبضه فى القوى والمتوسط وبعده فى الضعيف ط (قوله عند قبض أربعين درهما) قال فى المحيط لأن الزكاة لاتجب فى الكسور من النصاب الثانى عنده ما لم يبلغ أربعين للحرج فكذلك لا يجب الأداء ما لم يبلغ أربعين للحرج .

وذكر فى المنتقى : رجل له ثلثمائة درهم دين حال عليها ثلاثة أحوال فقبض مائتين ، فعند أبى حنيفة يزكى للسنة الأولى خمسة وللثانية والثالثة أربعة أربعة من مائة وستين ، ولا شىء عليه فى الفضل لأنه دون الأربعين اهـ .

مطلب فى وجوب الزكاة فى دين المرصد

(قوله كقرض) قلت : الظاهر أن منه مال المرصد المشهور فى ديارنا ، لأنه إذا أنفق المستأجر لدار الوقف على عمارتها الضرورية بأمر القاضى للضرورة الداعية إليه يكون بمنزلة استقراض المتولى من المستأجر ، فإذا قبض ذلك كله أو أربعين درهما منه ولو باقتطاع ذلك من أجرة الدار تجب زكاته لما مضى من السنين والناس عنه غافلون (قوله فكلما قبض أربعين درهما يلزمه درهم) هو معنى قول الفتح والبحر ويتراخى الأداء إلى أن يقبض أربعين درهما ففيها درهم وكذا فيما زاد فبحسابه اهـ أى فيمازاد على الأربعين من أربعين ثانية وثالثة إلى أن يبلغ مائتين ففيها خمسة دراهم ولذا عبر الشارح بقوله فكلما الخ وليس المراد مازاد على الأربعين من درهم أو أكثر كما توهمه عبارة بعض المحشين حيث زاد بعد عبارة الشارح وفيما زاد بحسابه ، لأنه يوهم أن المراد مطلق الزيادة فى الكسور ، وهو خلاف مذهب الإمام كما علمته مما نقلناه آنفا عن المحيط فافهم (قوله أى من بدل مال لغير تجارة) أشار إلى أن الضمير فى قول المصنف منه عائد إلى بدل وفى لغيرها إلى التجارة ، ومثل بدل التجارة القرض (قوله كثمن سائمة) جعلها من الدين المتوسط تبعا للفتح والبحر والنهر لتعريفهم له بماهو بدل ماليس للتجارة ، وجعلها ابن ملك فى شرح المجمع من القوى ، ومثله فى شرح درر البحار ، وهو مناسب لما فى غاية البيان ، حيث جعل الدين الذى هو بدل عن مال قسمين : إما أن يكون ذلك المال لو بقى فى يده تجب زكاته أو لا يكون كذلك اهـ . فبدل القسم الأول هو الدين القوى ، ويدخل فيه ثمن السائمة لأنها لو بقيت فى يده يجب زكاتها وكذا قوله فى المحيط الدين القوى مايملكه بدلا عن مال الزكاة (قوله بحوائجه الأصلية) قيد به اعتبارا بما هو الأحرى بالعاقل أن لا يكون عنده سوى ما هو مشغول بحوائجه ، وإلا فما ليس للتجارة يدخل فيه ما لا يحتاج إليه كما أفاده بما بعده (قوله وأملاك) من عطف العام على الخاص لأنه جمع ملك بكسر الميم بمعنى مملوك ، هذا بالنظر إلى اللغة أما فى العرف فخاصة بالعقار فيكون عطف مباين اهـ ح وهو معطوف على طعام أو على ما فى قوله مما هو (قوله ويعتبر ما مضى من الحول) أى فى الدين المتوسط ، لأن الخلاف فيه ، أما القوى فلا خلاف فيه لما فى المحيط من أنه تجب الزكاة فيه بحول الأصل ، لـكن لا يلزمه الأداء حتى يقبض منه أربعين درهما . أما المتوسط ففيه روايتان فى رواية الأصل

القبض فى الأصح ، ومثله مالو ورث دينا على رجل (و) عند قبض (مائتين مع حولان الحول بعده) أى بعد القبض (من) دين ضعيف وهو (بدل غير مال) كمهر ودية وبدل كتابة وخلع ، إلا إذا كان عنده مايضم إلى الدين الضعيف

تجب الزكاة فيه ولا يلزمه الأداء حتى يقبض مائتى درهم فيزكيها . وفى رواية ابن سماعة عن أبى حنيفة : لا زكاة فيه حتى يقبض ويحول عليه الحول ، لأنه صار مال الزكاة الآن فصار كالحادث ابتداء . ووجه ظاهر الرواية أنه بالإقدام على البيع صيره للتجارة فصار مال الزكاة قبيل البيع اه ملخصا .

والحاصل أن مبنى الاختلاف فى الدين المتوسط على أنه هل يكون مال زكاة بعد القبض أو قبله ؟ فعلى الأول لابد من مضى حول بعد قبض النصاب . وعلى الثانى ابتداء الحول من وقت البيع ، فلو له ألف من دين متوسط مضى عليها حول ونصف فقبضها يزكيها عن الحول الماضى على رواية الأصل ، فإذا مضى نصف حول بعد القبض زكاها أيضا . وعلى رواية ابن سماعة لايزكيها عن الماضى ولا عن الحال إلا بمضى حول جديد بعد القبض . وأما إذا كانت الألف من دين قوى كبدل عروض تجارة ، فإن ابتداء الحول هو حول الأصل لامن حين البيع ولا من حين القبض ، فإذا قبض منه نصاباً أو أربعين درهما زكاه عما مضى بانيا على حول الأصل ؛ فلو ملك عرضا للتجارة ثم بعد نصف حول باعه ثم بعد حول ونصف قبض ثمنه فقد تم عليه حولان فيزكيهما وقت القبض بلا خلاف كما يعلم مما نقلناه عن المحيط وغيره ، فما وقع للمحشين هنا من التسوية بين الدين القوى والمتوسط وأنه على الرواية الثانية لايزكى الألف ثانياً إلا إذا مضى حول من وقت القبض فهو خطأ لما علمت من أن الرواية الثانية فى المتوسط فقط ولأنه عليها لايزكى أولا للحول الماضى خلافا لما يفهمه لفظ ثانياً فافهم (قوله فى الأصح) قد علمت أنه ظاهر الرواية وعبارة الفتح والبحر فى صحيح الرواية .

قلت : لكن قال فى البدائع : إن رواية ابن سماعة أنه لازكاة فيه حتى يقبض المائتين ويحول الحول من وقت القبض هى الأصح من الروايتين عن أبى حنيفة اه ومثله فى غاية البيان ، وعليه فحكمه حكم الدين الضعيف الآتى (قوله ومثله مالو ورث ديناً على رجل) أى مثل الدين المتوسط فيما مر ونصابه من حين ورثه رحتى ، وروى أنه كالضعيف فتح وبحر ، والأول ظاهر الرواية ، وشمل ما إذا وجب الدين فى حق المورث بدلا عما هو مال التجارة أو بدلا عما ليس لها تاترخانية لأن الوارث(١) يقوم مقام المورث فى حق الملك لافى حق التجارة فأشبه بدل مال لم يكن للتجارة محيط . وفيه : وأما الدين الموصى به فلا يكون نصابا قبل القبض لأن الموصى له ملكه ابتداء من غير عوض ولا قائم مقام الموصى فى الملك فصار كما لو ملكه بهبة اه أى فهو كالدين الضعيف .

[تنبيه] مقتضى ما مر من أن الدين القوى والمتوسط لايجب أداء زكاته إلا بعد القبض أن المورث لو مات بعد سنين قبل قبضه لا يلزمه الإيصاء باخراج زكاته عند قبضه لأنه لم يجب عليه الأداء فى حياته ولا على الوارث أيضا لأنه لم يملكه إلا بعد موت مورثه ، فابتداء حوله من وقت الموت (قوله إلا إذا كان عنده ما يضم إلى الدين الضعيف) استثناء من اشتراط حولان الحول بعد القبض . والأولى أن يقول مايضم الدين الضعيف إليه كما أفاده ح .

والحاصل أنه إذا قبض منه شيئا وعنده نصاب يضم المقبوض إلى النصاب ويزكيه بحوله ، ولا يشترط له حول بعد القبض .

---

(١) (قوله لأن الوارث الخ) قال شيخنا : ظاهر قيامه فى الملك فقط استواء الديون فى كونها بالنسبة للوارث تكون من الوسط فليراجع اه .

كما مر؛ولو أبرأ رب الدين المديون بعدالحول فلازكاة سواءكان الدين قويا أو لا ،خانية ،وقيده فى المحيط بالمعسر؛ أما الموسر فهو استهلاك فليحفظ بحر . قال فى النهر: وهذا ظاهر فى أنه تقييد للإطلاق وهو غير صحيح فى الضعيف كما لايخفى (ويجب عليها) أى المرأة (زكاة نصف مهر) من نقد (مردود بعد) مضى

ثم اعلم أن التقييد بالضعيف عزاه فى البحر إلى الولوالجية والظاهر أنه اتفاق ، إذ لا فرق يظهر بينه وبين غيره كما يقتضيه إطلاق قولهم والمستفاد فى أثناء الحول يضم إلى نصاب من جنسه ، ويدل على ذلك أنه فى البدائع قسم الدين إلى ثلاثة ثم ذكر أنه لا زكاة فى المقبوض عند الإمام ما لم يكن أربعين درهما ، ثم قال : وقال الكرخى : إن هذا إذا لم يكن له مال سوى الدين وإلا فما قبض منه فهو بمنزلة المستفاد فيضم إلى ما عنده اهـ وكذلك فى المحيط فإنه ذكر الديون الثلاثة وفرع عليها فروعا آخرها أجرة دار أو عبد للتجارة قال إن فيها روايتين : فى رواية لا زكاة فيها حتى تقبض ويحول الحول ، لأن المنفعة ليست بمال حقيقة فصار كالمهر . وفى ظاهر الرواية تجب الزكاة ويجب الأداء إذا قبض نصابا لأن المنافع مال حقيقة ، لكنها ليست بمحل لوجوب الزكاة لأنها لاتصلح نصابا إذ لا تبقى سنة ، ثم قال : وهذا كله إذا لم يكن له مال غير الدين ، فإن كان له غير ما قبض فهو كالفائدة فيضم إليه اهـ فهذا كالصريح فى شموله لأقسام الدين الثلاثة ، ولعل التقييد بالضعيف ليدل على غيره بالأولى لأن المقبوض منه يشترط فيه كونه نصابا مع حولان الحول بعد القبض ، فإذا كان يضم إلى ما عنده ويسقط اشتراط الحول الجديد ، فما لا يشترط فيه ذلك يضم بالأولى تأمل .

[تنبيه] ما ذكرناه عن المحيط صريح فى أن أجرة عبد التجارة أو دار التجارة على الرواية الأولى من الدين الضعيف وعلى ظاهر الرواية من المتوسط . ووقع فى البحر عن الفتح أنه كالقوى فى صحيح الرواية . ثم رأيت فى الولوالجية التصريح بأن فيه ثلاث روايات (قوله كما مر) أى فى قوله والمستفاد فى وسط الحول يضم إلى نصاب من جنسه ، والمراد أن ما هنا من أفراد تلك القاعدة يعلم حكمه منها وإلا فلم يصرح به هناك (قوله وقيده) أى قيد عدم الزكاة فيما إذا أبرأ الدائن المديون ط (قوله بالمعسر) أى بالمديون المعسر فكان الإبراء بمنزلة الهلاك ط (قوله فهو استهلاك) أى فتجب زكاته ط (قوله وهذا ظاهر الخ) أى قول البحر ، وقيده الخ ظاهر فى أن مراده أنه تقييد للإطلاق المذكور فى قوله سواء كان الدين قويا أولا الشامل لأقسام الدين الثلاثة : أى أن سقوط الزكاة بابراء الموسر عنه بعد الحول فى الديون الثلاثة مقيد بالمعسر احترازا عن الموسر ، فإن المديون إذا كان موسرا أو أبرأه الدائن لاتسقط الزكاة لأنه استهلاك ، وهذا غير صحيح فى الدين الضعيف لأنه لاتجب زكاته إلا بعد قبض نصاب وحولان الحول عليه بعد القبض فقبله لا تجب ، فيكون إبراؤه استهلاكا قبل الوجوب فلا يضمن زكاته ومثله الدين المتوسط على ما قدمناه من تصحيح البدائع وغاية البيان . وكان الأوضح فى التعبير أن يقول وهذا ظاهر فى أن إبراء المديون الموسر استهلاك مطلقا وهو غير صحيح الخ .

ثم إن عبارة المحيط لا غبار عليها لأنها فى الدين القوى . ونصها ولو باع عرض التجارة بعد الحول بالدراهم ثم أبرأه من ثمنه والمشترى موسر يضمن الزكاة لأنه صار مستهلكا ، وإن كان معسرا أو لايدرى فلا زكاة عليه لأنه صار دينا عليه وهو فقير فصار كأنه وهبه منه ، ولو وهب الدين ممن عليه وهو فقير تسقط عنه الزكاة اهـ . وفيه: ولو كان له ألف على معسر فاشترى منه بها دينارا ثم وهبه منه فعليه زكاة الألف لأنه صار قابضا لها بالدينار (قوله ويجب عليها الخ) صورتها تزوج امرأة بألف وقبضتها وحال الحول ثم طلقها قبل الدخول فعليها رد نصفها اتفاقا لكن زكاة النصف المردود لاتسقط عنها خلافا لزفر شرح المجمع (قوله من نقد) هو الذهب أو الفضة

(الحول من ألف) كانت (قبضته مهرا) ثم ردت النصف (لطلاق قبل الدخول بها) فتزكى الكل ، لما تقرر أن النقود لاتتعين فى العقود والفسوخ (وتسقط) الزكاة (عن موهوب له فى) نصاب (مرجوع فيه مطلقا) سواء رجع بقضاء أو غيره (بعد الحول) لورود الاستحقاق على عين الموهوب ، ولذا لارجوع بعد هلاكه قيد به ، لأنه لازكاة على الواهب اتفاقا لعدم الملك وهى من الحيل ومنها أن يهبه لطفله قبل التمام بيوم .

باب العاشر

قيل هذا من تسمية الشيء باسم بعض أحواله ولا حاجة إليه بل العشر علم لما يأخذه العاشر مطلقا

احترازا عما لوكان المهر سائمة أو عرضا(١). فى المحيط أنها تزكى النصف لأنه استحق عليها نصف عين النصاب والاستحقاق بمنزلة الهلاك اه وكان الأولى بالشارح إسقاطه لأنه يغنى عنه قول المصنف من ألف (قوله من ألف) متعلق بقوله نصف مهر على أنه صفته ، وقوله ثم ردت النصف لاحاجة إليه بعد قوله مردود ، وقوله لطلاق متعلق بقوله مردود نظرا للمتن ط (قوله لاتتعين الخ) أى فلم يجب عليها أن ترد نصف ماقبضته بعينه بل مثله والدين بعد الحول لايسقط الواجب ولو الجبة ، ثم قال : ولا يزكى الزوج شيئا لأن ملكه الآن عاد اه :

قلت : بقى ما إذا لم تقبض المرأة شيئا وحال الحول عليه فى يد الزوج ثم طلقها قبل الدخول ، ولم أر من صرح به والظاهر أن لازكاة على أحد ، أما الزوج فلأنه مديون بقدر ما فى يده ودين العباد مانع كما مر واستحقاقه لنصفه إنما هو بسبب عارض وهو الطلاق بعد الحول فصار بمنزلة ملك جديد ، وأما المرأة فلأن مهرها على الزوج دين ضعيف ، وقد استحق الزوج نصفه قبل القبض فلا زكاة عليها مالم يمض حول جديد بعد القبض للباقى تأمل (قوله فى العقود والفسوخ) أى عقود المعاوضات من بيع وإجارة وعقد النكاح وفى الفسوخ كفسخ النكاح بالطلاق قبل الدخول ونحوه وتمامه فى أحكام النقد من الأشباه (قوله لو رود الاستحقاق الخ) لأن الرجوع فى الهبة فسخ من وجه ولو بغير قضاء والدراهم مما تتعين فى الهبة فاستحق عين مال الزكاة من غير اختياره فصار كما لو هلك ولو الجبة وبه ظهر الفرق بين الهبة والمهر (قوله قيد به) أى بقوله عن موهوب له (قوله اتفاقا لعدم الملك) لأن ملك الواهب انقطع بالهبة ، وأشار بقوله اتفاقا إلى أن فى سقوطها عن الموهوب له خلافا لأن زفر يقول بعدمه إن رجع الواهب بلا قضاء لأنه لما أبطل ملكه باختياره صار ذلك كهبة جديدة وكمستهلك .

قلنا : بل هو غير مختار لأنه لو امتنع عن الرد أجبر بالقضاء فصار كأنه هلك شرح درر البحار (قوله وهى من الحيل) أى هذه المسألة من حيل إسقاط الزكاة بأن يهب النصاب قبل الحول بيوم مثلا ثم يرجع فى هبته بعد تمام الحول ، والظاهر أنه لو رجع قبل تمام الحول تسقط عنه الزكاة أيضا لبطلان الحول بزوال الملك تأمل وقدمنا الاختلاف فى كراهة الحيلة عند قوله : ولا فى هالك بعد وجوبها بخلاف المستهلك (قوله ومنها الخ) لكن لايمكنه الرجوع فى هذه الهبة لكنها لذى رحم محرم منه نعم إن احتاج إليه فله الانفاق منه على نفسه بالمعروف والله أعلم .

باب العاشر

ألحقه بالزكاة اتباعا للمبسوط وغيره لأن بعض مايؤخذ زكاة وليس متمحضا ، فلذا أخره عما تمحض وقدمه على

---

(١) (قوله احترازا عما لو كان المهر سائمة أو عرضا) قال شيخنا هذا ظاهر فى السائمة وأما العرض فلا يتأتى فيه ذلك لأنه يشترط لكونه عرض تجارة النية عند العقد أى عقد التجارة وهو كما قدمه الشارح كسب المال بالمال بعقد شراء أو إجارة أو استقراض وعقد النكاح ليس مبادلة المال بالمال وقدمر من الشارح أيضا أن ما ملك بعقد النكاح ولوى به التجارة الأصح أنه لا يكون لها ويمكن أن يحمل ما هنا على ما إذا باعه واشتراه ونوت به التجارة مثلا أو يكون مبنيا على قول أبى يوسف من أن ما ملك بالنكاح تصح فيه نية التجارة اه .

ذكره سعدى أى علم جنس (هو حر مسلم) بهذا يعلم حرمة تولية اليهود على الأعمال (غير هاشمى) لما فيه من شبهة الزكاة (قادر على الحماية) من اللصوص والقطاع

الركاز لما فيه من معنى العبادة مأخوذ من عشرت القوم أعشرهم عشرا بالضم فيهما(١) إذا أخذت عشر أموالهم نهر (قوله ذكره سعدى) أى فى حاشية العناية حيث قال المأخوذ هو ربع العشر لا العشر إلا أن يقال أطلق العشر، وأراد به ربعه مجازا من باب ذكر الكل وإرادة جزئه أو يقال العشر صار علما لما يأخذه العاشر سواء كان المأخوذ عشرا لغويا أو ربعه أو نصفه فلا حاجة إلى أن يقال العاشر تسمية الشىء باعتبار بعض أحواله كما لايخفى اه .

وفسره الشارح تبعا للنهر بالعلم الجنسى إذ لاشك أنه ليس علم شخص ، والأقرب كونه اسم جنس شرعى إذ لا دليل على علميته لأن العلماء لما رأوا العرب فرقت بين أسامة وأسد الموضوعين لماهية الحيوان المفترس باجرائهم أحكام الأعلام على الأول من نحو منع الصرف ، وجواز مجىء الحال منه ، وعدم دخول أل عليه حكموا على الأول بالعلمية الجنسية دون الثانى ، وفرقوا بينهما بقيد الاستحضار عند الوضع ، وعدمه كما بين فى محله وليس هنا مايقتضى علمية العشر حتى يعدل عن تنكيره الأصلى على أن ادعاء التصرف والنقل فى العشر ليس بأولى من ادعائه فى العاشر، بل المتبادر من قول الكنز وغيره هو من نصبه الإمام ليأخذ الصدقات من التجار أن العاشر اسم لذلك نقل شرعا إليه إذ لو كان التصرف وقع فى العشر لكان حقه بيان معنى العشر المنقول إليه لا بيان العاشر أو يبين كلا منهما فيقول هو من نصبه الإمام ليأخذ العشر الشامل لربعه ونصفه وأيضا فالمتعارف إطلاق العاشر على من يأخذ العشر وغيره دون إطلاق العشر على نصفه وربعه فتأمل وأجاب فى النهاية وتبعه فى الفتح والبحر بأنه لما كان يأخذ العشر أو نصفه أو ربعه سمى عاشر الدور أن اسم العشر فى متعلق أخذه وهذا مؤيد لما قلنا والله أعلم :

مطلب لايجوز اتخاذ الكافر فى ولاية

(قوله هو حر مسلم) فلا يصح أن يكون عبدا لعدم الولاية ولا يصح أن يكون كافرا لأنه لايلى على المسلم بالآية بحر عن الغاية والمراد بالآية قوله تعالى —ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا —(قوله بهذا الخ) أى باشتراط الإسلام للآية المذكورة ، زاد فى البحر ولاشك فى حرمة ذلك أيضا اه :أى لأن فى ذلك تعظيمه وقد نصوا على حرمة تعظيمه بل قال فى الشرنبلالية وما ورد من ذمه أى العاشر فمحمول على من يظلم كزماننا وعلم مما ذكرناه حرمة تولية الفسقة فضلا عن اليهود والكفرة اه .

قلت : وذكر فى شرح السير الكبير أن عمر كتب إلى سعد بن أبى وقاص ولا تتخذ أحدا من المشركين كاتبا على المسلمين ، فإنهم يأخذون الرشوة فى دينهم ولا رشوة فى دين الله تعالى قال وبه نأخذ فإن الوالى ممنوع من أن يتخذ كاتبا من غير المسلمين لقوله تعالى — لاتتخذوا بطانة من دونكم — اه (قوله لما فيه من شبهة الزكاة) أى وهو من جملة المصارف ، فيعطى كفايته منه نظير عمله ولذا لو هلك ماجمعه لاشىء له كما صرح به فى الزيلعى ، فكان فيه شبه الأجرة وشبه الصدقة :

ثم اعلم أن هذا الشرط أعنى كونه غير هاشمى عزاه فى البحر إلى الغاية ولم أر من ذكره غيره وهو مخالف لما ذكره فى النهاية وغيرها فى باب المصرف من أنه إذا استعمل الهاشمى على الصدقة لاينبغى له الأخذ منها ولو عمل ورزق من غيرها فلا بأس به اه ومراده بلا ينبغى لايحل كما عبر به الزيلعى هناك ، وهذا كالصريح فى جواز نصبه

---

(١) (قوله بالضم فيهما) أى ضم الشين فى الفعلين اه .

لأن الجباية بالحماية (نصبه الإمام على الطريق) للمسافرين خرج الساعى فإنه الذى يسعى فى القبائل ليأخذ صدقة المواشى فى أماكنها (ليأخذ الصدقات) تغليبا للعبادة على غيرها (من التجار) بوزن فجار (المارين بأموالهم) الظاهرة والباطنة (عليه) وما ورد من ذم العشار محمول على الأخذ ظلما

عاملا فيحمل ما هنا على أنه شرط لحل أخذه من الصدقة ويدل عليه تعليل صاحب الغاية بقوله لما فيه من شبهة الزكاة فإن مفاده أنه يجوز كونه هاشميا إذا جعل له الإمام شيئا من بيت المال أو كان لا يأخذ شيئا مما يأخذه من المسلمين وسنذكر فى باب المصرف تمامه (قوله لأن الجباية بالحماية) أى جباية الإمام هذا المأخوذ بسبب حمايته للأموال ولذا لو غلب الخوارج على مصر أو قرية وأخذوا منهم الصدقات لا شىء عليهم إلا إعادة الخراج كما مر (١) (قوله للمسافرين) أى طريق السفر لأجل الحماية ولذا قال فى الشرنبلالية أشار بقوله : ليأمنوا من اللصوص إلى قيد لابد منه ذكره فى المبسوط ، وهو أن يأمن به التجار من اللصوص ويحميهم منهم (قوله خرج الساعى) فى البحر عن البدائع والمصدق بتخفيف الصاد وتشديد الدال اسم جنس لهما (قوله تغليبا الخ) دفع لما يقال إن ما يأخذه من الكافر ليس بصدقة (قوله الظاهرة والباطنة) فإن مال الزكاة نوعان: ظاهر، وهو المواشى، وما يمر به التاجر على العاشر ، وباطن : وهو الذهب والفضة ،وأموال التجارة فى مواضعها بحر ومراده هنا بالباطنة ما عدا المواشى بقرينة قوله المارين بأموالهم وإلا فكل ما مر به على العاشر فهو من نوع الظاهر ، وسماها باطنة باعتبار ما كان قبل المرور أما الباطنة التى فى بيته لو أخبر بها العاشر فلا يأخذ منها كما صرح به فى البحر وسيأتى متنا أيضا وأشار بهذا التعميم إلى رد ما فى العناية وغيرها من أن المراد هنا الأموال الباطنة لأن الظاهرة: وهى السوائم لا يحتاج العاشر فيها إلى مرور صاحب المال عليه فإنه يأخذ عشرها وإن لم يمر صاحب المال عليه اه فإنه كما فى النهر مبنى على عدم التفرقة بين العاشر والساعى، وقد علمت التفرقة بينهما بما مر، وهى مذكورة فى البدائع :

مطلب ما ورد فى ذم العشار

(قوله وما ورد من ذم العشار الخ) من ذلك ما رواه الطبرانى « أن الله تعالى يدنو من خلقه أى برحمته وجوده وفضله فيغفر لمن شاء إلا لبغى بفرجها أو عشار » وما رواه أبو داود وابن خزيمة فى صحيحه والحاكم ، عن عقبة ابن عامر رضى الله تعالى عنه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا يدخل صاحب مكس الجنة » قال يزيد بن هرون يعنى : العشار وقال البغوى : يريد بصاحب المكس ، الذى يأخذ من التجار إذا مروا عليه مكسا باسم العشر أى الزكاة قال الحافظ المنذرى أما الآن فإنهم يأخذونه مكسا باسم العشر ومكسا آخر ليس له اسم ، بل شىء يأخذونه حراما وسحتا، ويأكلونه فى بطونهم نارا حجتهم فيه داحضة عند ربهم ، وعليهم غضب ولهم عذاب شديد ، كذا فى الزواجر لابن حجر .

مطلب لا تسقط الزكاة بالدفع إلى العاشر فى زماننا

ثم قال : واعلم أن بعض فسقة التجار يظن أن ما يؤخذ من المكس يحسب عنه إذا نوى به الزكاة وهذا ظن باطل

---

(١) قوله (لا شىء عليهم إلا إعادة الخراج كما مر) أى متنا والذى مر متننا أخذ البغاة زكاة السوائم والعشر والخراج لا إعادة على أربابها إن صرف فى محله وإلا فعليهم إعادة غير الخراج اه وهو بزيادة لفظ غير .

أقول : وهو الصواب ولعله هنا ساقط من قلم سيدى المؤلف ، ويدل عليه كتابته عليه ثمة عند قول المصنف أخذ البغاة الخ اه مصححه علاء الدين ابن المؤلف .

(فمن أنكر تمام الحول أو قال) لم أنو التجارة أو (على دين) محيط أو منقص للنصاب ، لأن ماياخذه زكاة معراج ، وهو الحق بحر ولذا أطلقه المصنف (أو) قال (أديت إلى عاشر آخر وكان) عاشر آخر محقق (أو) قال (أديت إلى الفقراء فى المصر) لابعد الخروج لما يأتى (وحلف صدق) فى الكل بلا إخراج براءة فى الأصح

لامستند له فى مذهب الشافعى لأن الإمام لاينصب المكاسين لقبض الزكاة بل لأخذ عشورات مال وجدوه قل أو كثر وجبت فيه الزكاة أولا اه وتمامه هناك .

قلت : على أنه اليوم صار المكاس يقاطع الإمام بشىء يدفعه إليه ويصير يأخذ ماياخذه لنفسه ظلما وعدوانا ، ويأخذ ذلك ولو مر التاجر عليه أو على مكاس آخر فى العام الواحد مرارا متعددة ، ولوكان لاتجب عليه الزكاة فعلم أيضا أنه لايحسب من الزكاة عندنا لأنه ليس هو العاشر الذى ينصبه الإمام على الطريق ليأخذ الصدقات من المارين وقد مر أيضا أنه لابد من شرط : أن يأمن به التجار من اللصوص ، ويحميهم منهم وهذا يقعد على أبواب البلدة ، ويؤذى التجار أكثر من اللصوص ، وقطاع الطريق ويأخذه منهم قهرا ولذا قال فى البزازية إذا نوى أن يكون المكس زكاة فالصحيح أنه لايقع على الزكاة كذا قال الإمام السرخسى اه وأشار بالصحيح إلى القول بأنه إذا نوى عند الدفع التصدق على المكاس جاز لأنه فقير بما عليه من التبعات وقد مر الكلام عليه (قوله فمن أنكر تمام الحول) أى على مافى يده وعلى مافى بيته فلو كان فى بيته مال آخر قد حال عليه الحول وما مر به لم يحل عليه الحول واتحد الجنس ، فإن العاشر لايلتفت إليه لوجوب الضم فى متحد الجنس إلا لمانع بحر (قوله أو قال لم أنو التجارة) أو قال : ليس هذا المال لى بل هو وديعة أو بضاعة أو مضاربة ، أو أنا أجير فيه أو مكاتب أو عبد مأذون زيلعى . وكذا لو قال : ليس فى هذا المال صدقة فإنه يصدق مع يمينه كما فى المبسوط ، وإن لم يبين سبب النفى بحر (قوله أو على دين) أى دين له مطالب من جهة العباد لأنه المانع من وجوب النصاب كما مر قال فى البحر ، وقدمنا أن منه دين الزكاة (قوله لأن ما يأخذه زكاة) أى فلا فرق فى ذلك بين كون الدين محيطا أو منقصا للنصاب ، والمراد ماياخذه منا أو ماياخذه من الذمى والحربى فيعطى حكم الزكاة هنا وإن كان جزية ويصرف فى مصارفها كما يأتى (قوله وهو الحق) أى ماذكر من تعميم الدين بقوله : محيط أو منقص لأن المنقص للنصاب مانع من الوجوب ، فلا فرق كما فى المعراج بحر وهو رد على ما فى الخبازية ، وغاية البيان من التقييد بالمحيط والظاهر أنهما أرادا به الاحتراز عما لايفضل عنه (١) نصاب لاعن المنقص أيضا ، فلا ينافى إطلاق الكنز كاطلاق المصنف ، ولا ماصرح به فى المعراج من عدم الفرق ومافى الشرنبلالية من أن المنطوق لايعارضه المفهوم فيه نظر لما علمت من التصريح فى المعراج ، بخلاف هذا المنطوق ومن تأويله بما ذكرنا فتدبر (قوله محقق) فلو لم يدر هل هناك عاشر أم لا لم يصدق كما فى السراج لأن الأصل عدمه نهر ، والمراد بالعاشر هنا عاشر أهل العدل فلو مر على عاشر الخوارج عشر ثانيا كما سيأتى (قوله أو قال أديت إلى الفقراء فى المصر) لأن الأداء كان مفوضا إليه فيه بحر (قوله لابعد الخروج) أى لو قال : أديت زكاتها بعد ما أخرجتها من المدينة ، لايصدق لأنها بالاخراج التحقت بالأموال الظاهرة ، فكان الأخذ فيها إلى الإمام زيلعى ، وفى شرح الجامع لقاضيخان وإنما تثبت ولاية المطالبة للإمام بعد الاخراج إلى المفازة إذا لم يكن أدى بنفسه فإذا ادعى ذلك فقد أنكر ثبوت حق المطالبة فكان القول قوله مع اليمين اه (قوله لما يأتى) أى قريبا فى قوله بعد إخراجها (قوله وحلف) القياس أن لايمين عليه لأنها عبادة ولا يمين فيها وجه الاستحسان أنه منكر وله مكذب ، وهو العاشر فهو مدعى عليه معنى لو أقر به لزمه ، فيحلف لرجاء النكول بخلاف باقى العبادات لأنه لامكذب له نهر (قوله فى الكل) أى فى إنكار تمام الحول ، وماذكر بعده (قوله فى الأصح) كذا فى الكافى

---

(١) (قوله الاحتراز عما لا يفضل عنه الخ) الصواب حذف لا تأمل اه .

لاشتباه الخط ، حتى لو أتى بها على خلاف اسم ذلك العاشر وحلف صدق وعدت عدماً ولوظهر كذبه بعد سنين أخذت منه (إلا فى السوائم والأموال الباطنة بعد إخراجها من البلد) لأنها بالإخراج التحقت بالأموال الظاهرة فكان الأخذ فيها للإمام فيكون هو الزكاة والأول ينقلب نفلا ويأخذها منه بقوله لقول عمر : لاتنبشوا على الناس متاعهم لـكنه يحلفه إذا اتهم (وكل ماصدق فيه مسلم) مما مر (صدق فيه ذمى) لأن لهم مالنا (إلا في قوله أديت أنا (إلى فقير) لعدم ولاية ذلك

وهو ظاهر الرواية كما فى البدائع وشرط إخراجها رواية الأصل : واختلف فى اشتراط اليمين معها كما فى المعراج (قوله لاشتباه الخط) لأن الخط يشبه الخط وقديزور وقد لايأخذ البراءة غفلة منه ، وقد تضل بعد الأخذ فلايمكن أن تجعل حكما فيعتبر قوله مع يمينه كافى (قوله وعدت عدما) قد يقال إنه دليل كذبه وهو نظير مالوذكر الحد الرابع وغلط فيه ، فإنه لاتسمع الدعوى ، وإن جاز تركه إلا أن يقال إنها عبادة بخلاف حقوق العباد المحضة بحر وتمامه فى النهر (قوله أخذت منه) لأن حق الأخذ ثابت فلا يسقط باليمين الـكاذبة بحر وهذا فى غير الحربى أما فيه فسيأتى أنه إذا دخل دار الحرب ، ثم خرج لايؤخذ منه لما مضى اهـ ح (قوله إلا فى السوائم الخ) استثناءمن تصديقه فى قوله : أديت إلى الفقراء أى فلا يصدق فى قوله : أديت زكاتها بنفسى إلى الفقراء فى المصر لأن حق الأخذللسلطان فلا يملك إبطاله بخلاف الأموال الباطنة بحر .

قلت : ومقتضاه أنه لو ادعى الأداء إلى الساعى يصدق (قوله والأموال الباطنة) أى وإلا فى الأموال الباطنة وقوله بعد إخراجها : أى إخراج الأموال الباطنة متعلق بأديت المقدر المدلول عليه بالاستثناء :

والمعنى : لو ادعى أنه أدى زكاة الأموال الباطنة بنفسه بعد إخراجها من البلد لايصدق ولا يصح تعلقه بالأموال الباطنة تعلقا نحويا كما هو ظاهر ولا معنويا على أنه صفة أو حال لإيهامه أنه لايصدق بعد إخراجها سواء قال : أديت قبل الإخراج أو بعده مع أنه بعد مروره بها على العاشر لو قال أديت إلى الفقراء فى المصر يصدق كما مر فى المتن فافهم (قوله فكان الأخذ فيها للإمام) كما فى الأموال الظاهرة وهى السوائم (قوله والأول ينقلب نفلا) هو الصحيح وقيل الثانى سياسة ، وهذا لاينافى انفساخ الأول ووقوع الثانى سياسة بأدنى تأمل كذا فى الفتح ولو لم يأخذ منه ثانياً لعلمه بأدائه فى براءة ذمته اختلاف المشايخ وفى جامع أبى اليسر لو أجاز إعطاءه فلا بأس به لأنه لو أذن له فى الدفع جاز وكذا إذا أجاز دفعه نهر (قوله ويأخذها منه بقوله) أى يأخذ منه العاشر الصدقة بقوله قال فى البحر عن المبسوط : إذا أخبر التاجر العاشر أن متاعه مروى أو هروى واتهمه العاشر فيه وفيه ضرر عليه حلفه وأخذ منه الصدقة على قوله لأنه ليس له ولاية الاضرار به وقد نقل عن عمر أنه قال لعماله : ولا تفتشوا على الناس متاعهم اهـ (قوله لاتنبشوا) النبش إبراز المستور وكشف الشىء عن الشىء قاموس وبابه نصر كذا فى جامع اللغة ح . والذى قدمناه عن البحر : لاتفتشوا بالفاء وهو قريب منه (قوله وكل ماصدق) فى بعض النسخ وكل مال والمناسب هو الأولى لأن ما غير واقعة على المال ولذا بينها بقوله مما مر أى من إنكار الحول وما بعده (قوله لأن لهم مالنا) أى فيراعى فى حقهم تلك الشرائط من الحول والنصاب ، والفراغ من الدين ، وكونه للتجارة ،

فإن قيل : إذا ألحقوا بالمسلمين وجب أن يؤخذ منهم ربع العشر كالمسلمين :

قلنا : المأخوذ منا زكاة حقيقة والمأخوذ منهم كالجزية حتى يصرف إلى مصارفها لازكاة لأنها طهرة وليسوا من أهلها وتمامه فى الـكفاية (قوله لعدم ولاية ذلك) فإن مايؤخذ منه جزية وفيها لايصدق إذا قال أديتها لأن فقراء

(لا) يصدق (حربي) في شيء (إلا في أم ولده، وقوله لغلام يولد مثله لمثله هذا ولدي) لفقد المالية. فإن لم يولد عتق عليه وعشر لأنه أقر بالعتق فلا يصدق في حق غيره (و) إلا في (قوله أديت إلى عاشر آخر وثمة عاشر آخر) لئلا يؤدي إلى استئصال المال جزم به منلا خسرو ذكره الزيلعي تبعا للسروجي بلفظ: ينبغي كذا نقله المصنف عن البحر، لكن جزم في العناية والغاية بعدم تصديقه ورجحه في النهر

أهل الذمة ليسوا مصرفا لها وليس له ولاية الصرف إلى مستحقها وهو مصالح المسلمين زيلعي. وفي البحر أنه ليس بجزية بل في حكمها لصرفه في مصارفها حتى لاتسقط جزية رأسه تلك السنة كما نص عليه الإسبيجاني اهـ.

قلت: صرح في شرح درر البحار بأنه جزية حقيقة والظاهر أنه أراد أنها جزية في ماله كما يسمى خراج أرضه جزية. وعليه فالجزية أنواع: جزية مال، وجزية أرض، وجزية رأس، ولا يلزم من أخذ بعضها سقوط باقيها كما لايخفى إلا في بني تغلب لأن المأخوذ في مالهم هو جزية رءوسهم، ولذا قال في البحر: إذا أخذ العاشر ما عليهم سقطت عنهم الجزية لأن عمر صالحهم من الجزية على الصدقة المضاعفة (قوله لايصدق حربي) أي لايلتفت إلى قوله ولو ثبت صدقه ببينة عادلة أفاده الكمال ط (قوله في شيء) بيان للمستثنى منه المحذوف ط عن الحموي أي في شيء مما مر لعدم الفائدة في تصديقه، لأنه لو قال لم يتم الحول فني الأخذ منه لايعتبر الحول لأن اعتباره لتمام الحولية ليحصل النماء وحماية الحربي تتم بالأمان من السبي، وإن قال على دين فما عليه في داره لايطالب به في دارنا وإن قال المال بضاعة فلا حرمة لصاحبها ولا أمان، وإن قال ليس للتجارة كذبه الظاهر وإن قال أديتها أنا كذبه اعتقاده وتمامه في العناية (قوله إلا في أم ولده الخ) فإنه يصدق في دعواه أن الجارية التي معه أم ولده لأن إقراره بنسب من في يده صحيح فكذا بأمومية الولد نهر. وعبارة الجامع الصغير والهداية إلا في الجواري يقول هن أمهات أولادي. وفي البحر: فلو أقر بتدبير عبده لايصدق لأن التدبير في دار الحرب لايصح (قوله لغلام) أي ليس بثابت النسب من غيره ولا يكذبه على قياس ماذكروا في ثبوت النسب ط (قوله هذا ولدي) فلو قال أخي لايصدق لأنه إقرار بنسبه على الأب وثبوته يتوقف على تصديق الأب فيؤخذ عشره كذا ظهر لي. ولم أره صريحا. نعم رأيت في شرح السير الكبير: لو مر برقيق فقال هؤلاء أحرار لم يعشر لأنه إن كان صادقا فهم أحرار وإلا فقد صاروا أحرارا بقوله (قوله لفقد المالية) علة للمسألتين أي والأخذ لايجب إلا من المال ط عن النهر.

مطلب مايؤخذ من النصارى لزيارة بيت المقدس حرام

قال الخير الرملي: أقول: منه يعلم حرمة مايفعله العمال اليوم من الأخذ على رأس الحربي والذمي خارجا عن الجزية حتى يمكن من زيارة بيت المقدس (قوله وعشر) بالتخفيف أي أخذ عشره (قوله لأنه أقر بالعتق) لأن قوله هذا ولدي للأكبر منه سنا مجاز عن هو حر عند أبي حنيفة (قوله فلا يصدق في حق غيره) أي في إبطال حق العاشر وهو أخذ العشر لبقاء المالية في حقه حكما (قوله لئلا يؤدي إلى استئصال المال) علة للاستثناء أي لأنه لو لم يصدق في ذلك لزم أنه كلما مر على عاشر أخذ منه العشر فيؤدي إلى استئصال ماله أي أخذه من أصله (قوله جزم به منلا خسرو) كذا في بعض نسخ البحر بزيادة قوله في شرح الدرر وفي نسخة أخرى منلا شيخ في شرح الدرر وهي الصواب. فإن عبارة منلا خسرو كعبارة الكنز الآتية والعبارة التي ذكرها الشارح للإمام محمد بن محمد ابن محمود البخاري الشهير بمنلا شيخ في كتابه المسمى [غرر الأذكار شرح درر البحار] للإمام محمد بن يوسف القونوي (قوله والغاية) يعني غاية البيان للإتقاني وإلا فالغاية للسروجي وهي شرح الهداية أيضا (قوله ورجحه في النهر) أي بقوله: إلا أن كلام أهل المذهب أحق ماإليه يذهب اهـ: أي لأنه هو مقتضى حصر صاحب الكنز

(وأخذ منا ربع عشر ومن الذمى) سواء كان تغلبيا أو لم يكن كما فى البرجندى عن الظهيرية (ضعفه، ومن الحربى عشر) بذلك أمر عمر (بشرط كون المال) لكل واحد (نصابا) لأن مادونه عفو (و) بشرط (جهلنا) قدر (ما أخذوا منا. فإن علم أخذ مثله) مجازاة إلا إذا أخذوا الكل فلا نأخذه بل نترك له مايبلغه مأمنه إبقاء للأمان

بقوله : لاالحربى إلا فى أم ولده وكذا عبارة الدرر والجامع الصغير لمحرر المذهب الإمام محمد. وعبارة الهداية كما قدمناه : فالمراد بأهل المذهب الناقلون لكلام صاحب المذهب : وأما السروجى ومن تبعه كالعينى والزيلعى وشارح درر البحار فقد ذكروا ذلك بطريق البحث كما يشعر به لفظ ينبغى فافهم(١) نعم قد يقال إن ماذكره السروجى وغيره يعلم حكمه مما ذكره غيرهم أيضا وهو ماسيأتى من أنه إذا أخذ من الحربى مرة لايؤخذ منه ثانيا الخ ؛ وكذا قال الزيلعى فإنه لو لم يصدق فيه يؤدى إلى استئصال المال وهو لايجوز على مايجىء اه.

فالحصر فى كلام الهداية والكنز وغيرهما إضافى صرح فيه بأحد المستثنيين وسكت عن الآخر اعتمادا على ماصرحوا به بعد وكم له من نظير ، فلم يكن كلام السروجى ومن تبعه مخالفا للمذهب، بل هو تحقيق له على ماهو عادة الشراح من تقييد المطلق وبيان المجمل وإظهار الخفى ونحو ذلك . وأما ماذكره فى العناية وغاية البيان فهو جرى على ظاهر عبارة الهداية ، فإن كان صريحه منقولا عن صاحب المذهب فلا كلام وإلا فالتحقيق خلافه فافهم والله تعالى أعلم(قوله وأخذ منا الخ) بالبناء للمجهول كما يدل عليه آخر العبارة ط والمأخوذ من المسلم زكاة ومن غيره جزية يصرف فى مصارفها، ولكن تراعى فيه شروط الزكاة من الحول ونحوه كما قدمنا (قوله بذلك) أى بهذه الأقسام الثلاثة أمر عمر سعاته ط (قوله لأن مادونه عفو) أما فى المسلم والذمى فظاهر ، وأما فى الحربى فلعدم احتياجه إلى الحماية لقلته نهر (قوله وبشرط جهلنا الخ) هذا خاص بالحربى فقط بقرينة قوله ما أخذوا منا أى أهل الحرب كما هو ظاهر فليس فى عطفه على مايعم الثلاثة إيهام أصلا فافهم (قوله قدر ماأخذوا منا) قال البرجندى : ظاهر العبارة يدل على أن الأخذ معلوم والمأخوذ مجهول ، ويفهم من ذلك أنه لو لم يكن أصل الأخذ معلوما لايؤخذ منه شىء اه .

قال الشيخ إسمعيل : لكن المفهوم من إناطة صاحب الفتح وغيره عدم الأخذ منهم بمعرفة عدم الأخذ منا أنه يؤخذ منهم عند عدم العلم بأصل الأخذ فليتأمل اه وهو الظاهر كما يظهر قريبا (قوله مجازاة) أى الأخذ بكمية خاصة بطريق المجازاة لا أصل الأخذ فإنه حق منا وباطل منهم :

فالحاصل أن دخوله فى الحماية أوجب حق الأخذ منهم ثم إن عرف كمية مايأخذون منا أخذنا منهم مثله مجازاة إلا إذا عرف أخذهم الكل وإن لم يعرف كمية مايأخذون فالعشر لأنه قد ثبت حق الأخذ بالحماية وتعذر اعتبار المجازاة فقدر بضعف مايؤخذ من الذمى لأنه أحوج إلى الحماية منه ، وتمامه فى الفتح .

قلت : ويعلم من قوله لأنه قد ثبت الخ أنه لو لم يعلم أصل أخذ شىء منا أنه يؤخذ منهم العشر لتحقق سببه ، ولأن أخذ غيره إنما هو بطريق المجازاة ، ومع عدم العلم أصلا لا مجازاة ولأن عدم الأخذ منهم أصلا عند العلم بعدم أخذ شىء إنما هو ليستمروا عليه ولأنا أحق بالمكارم كما يأتى وهو فى الحقيقة بمعنى المجازاة حيث تركناهم كما تركونا وليس مثله عدم العلم بأصل الأخذ لتحقق سبب أخذ العشر وهو دخوله فى الحماية وعدم تحقق المانع بخلاف

---

(١) (قوله نعم قد يقال الخ) قال شيخنا : لادلالة على ما ادعاه أصلا نعم قولهم إذا أخذ من الحربى مرة لايؤخذ منه ثانيا معناه إذا تحقق الأخذ منه أولا لا يؤخذ منه ثانيا وما نحن فيه لم يتحقق فيه الأخذ أو لا فيكون بين المسألتين تباين لا ختلاف الموضوع وحينئذ فيكون الحصر فى كلام الهداية وغيرها حقيقيا لا إضافيا بل يكون كلام السروجى ومن تبعه بحثا مخالفا لمفهوم عبارات أهل المذهب لا تحقيقا لها اه .

(ولا نأخذ منهم شيئا إذا لم يبلغ مالهم نصابا) وإن أخذوا منا فى الأصح لأنه ظلم ولا متابعة عليه (أو لم يأخذوا منا) ليستمروا عليه ، ولأنا أحق بالمكارم (ولا يؤخذ) العشر (من مال صبى حربى إلا أن يكونوا يأخذون من أموال صبياننا) أشياء كما فى كافى الحاكم (أخذ من الحربى مرة لايؤخذ منه ثانيا فى تلك السنة إلا إذا عاد إلى دار الحرب) لعدم جواز الأخذ بلا تجدد حول أو عهد (ولو مر الحربى بعاشر ولم يعلم به) العاشر (حتى دخل) دار الحرب (ثم خرج) ثانيا (لم يعشره لما مضى) لسقوطه بانقطاع الولاية (بخلاف المسلم والذمى) لعدم المسقط ذكره الزيلعى (ويؤخذ نصف عشر من قيمة خمر) وجلود ميتة (كافر) كذا أقر المصنف متنه فى شرحه لو (للتجارة)

قصد الحجازاة فإنه مانع من إيجاب العشر بعد تحقق سببه فقد تأيد ماذكره الشيخ إسمعيل فتدبر (قوله ولا نأخذ منهم شيئا الخ) تصريح بمفهوم قوله بشرط كون المال نصابا ح (قوله لأنه ظلم) فيه أن جميع مايأخذونه منا ظلم إلا أن يقال إن الأخذ من القليل ظلم يعرفه كل ذى عقل لأن القليل معد للنفقة غالبا والأخذ منه مخالف لمقتضى الأمان الواجب الوفاء به حتى عندهم مثل مالو أخذوا الكل (قوله ليستمروا عليه) أى على عدم الأخذ منا ح (قوله لايؤخذ منه ثانيا) لأن حكم الأمان الأول باق والأخذ فى كل مرة استئصال نهر (قوله بلا تجدد حول أو عهد) لكن لايمكن من المقام فى دارنا حولا كاملا بل يقول له الإمام حين دخوله إن أقمت ضربت عليك الجزية فإن أقام ضربها ثم لايمكن من العود غير أنه إن مر عليه بعد الحول ولم يكن له علم(١) بمقامه حولا عشره ثانيا زجرا له ويرده إلى دارنا فتح (قوله حتى دخل دار الحرب) أى بعد أن دخل دار الإسلام وخرج منها ط (قوله بخلاف المسلم والذمى) أى إذا مرا ولم يعلم بهما العاشر حيث يؤخذ منهما نهر (قوله من قيمة خمر) بجر خمر بلا تنوين لإضافته إلى كافر على حد قول الشاعر : بين ذراعى وجبهة الأسد قال فى البحر : وفى العناية تعرف قيمة الخمر بقول فاسقين تابا أو ذميين أسلما . وفى الكافى يعرف ذلك بالرجوع إلى أهل الذمة اهـ وفى حاشية نوح عن شرح المجمع أن الأول أولى (قوله وجلود ميتة كافر) كذا فى المعراج عن المحبوبى أنه ذكره أبو الليث رواية عن الكرخى وعلله بأنها كانت مالا فى الابتداء ، وتصير مالا فى الانتهاء بالدبغ فكانت كالخمر اهـ ونقله فى البحر وأقره واستشكله ح بأن الجلد قيمى وسيأتى أن أخذ قيمة القيمى كأخذ عينه وكونه مالا فى الابتداء ويصير مالا فى الانتهاء مما لاتأثير له فى الحكم لأنهم لم يجعلوا ذلك علة عشر الخمر وإنما جعلوا العلة كونه مثليا اهـ . وأجاب الرحمتى بأن الجلد مثلى لاقيمى بدليل جواز السلم فيه فكان كالخنزير لا كالخمر(٢) .

قلت : سيأتى فى الغصب التنصيص على أنه قيمى ، وجواز السلم لايدل على أنه مثلى لجوازه فى غيره . وأجاب ط بأنه فى البحر علل للخمر بعلة ثانية ، وهى أن حق الأخذ منها للحماية فيقال مثله فى جلود الميتة .

قلت : لكن هذا لايدفع الإشكال بأن أخذ قيمة القيمى كأخذ عينه . وقد يجاب بالفرق بين قيمة ما لايتمول أصلا وهو نجس العين كالخنزير وقيمة ماهو قابل للتمول والانتفاع كجلود الميتة ولذا قالوا فكانت كالخمر تأمل (قوله كذا أقر المصنف متنه فى شرحه) اعلم أن المتن المذكور فى شرح المصنف هكذا : ويؤخذ نصف عشر من قيمة خمر كافر للتجارة لامن خنزيره فيكون قوله ويؤخذ عشر القيمة من حربى من كلام الشارح ، وكتابتها بالأحمر فى بعض النسخ غلط . ورأيت فى متن مجرد مانصه : ويؤخذ نصف عشر من قيمة خمر ذمى وعشر قيمته من حربى للتجارة لامن خنزيره ، وكل مما أقره ورجع عنه خطأ أما ماأقره فلأنه بإطلاقه الكافر صريح فى أن المأخوذ

---

(١) قوله (ولم يكن له علم الخ) أى ثم علم بعد ذلك اهـ منه .

(٢) (قوله كالخنزير لا كالخمر) هكذا نسخة المحشى ، ولعل صوابه كالخمر لا كالخنزير تأمل اهـ .

وبلغ نصابا، ويؤخذ عشر القيمة من حربى بلا نيـة تجارة ولا يؤخذ من المسلم شيء اتفاقا (لا) يؤخذ (من خنزيره) مطلقا لأنه قيمى فأخذ قيمته كعينه بخلاف الشفعة لأنه لولم يأخذ الشفيع بقيمة الخنزير يبطل حقه أصلا فيتضرر ومواضع الضرورة مستثناة ذكره سعدى (و) لا يؤخذ أيضا من (مال فى بيته) مطلقا (و) لا من مال (بضاعة) إلا أن تكون لحربى (و) لا من (مال مضاربة) إلا أن يربح المضارب فيعشر نصيبه إن بلغ نصابا (و) لامن (كسب مأذون مديون بـ) لدين (محيط) بماله ورقبته

من الذمى والحربى نصف عشر وأنه يشترط نية التجارة فى حق كل منهما مع أن المأخوذ من الحربى عشر، ولا يشترط فى حقه نية التجارة، وأما مارجع عنه فلأنه يقتضى اشتراط نية التجارة فى حق الحربى، ولذلك حمل الشارح الكافر على الذمى فصار المصنف ساكتا عن الحربى، فذكره الشارح بقوله ويؤخذ عشر القيمة من حربى الخ اهـ ح (قوله وبلغ نصابا) أى وحده أو بالضم إلى مال آخر معه، ولكن لما كان ظاهر المتن أنه ليس معه غيره وأنه يعشره مطلقا أطلق العبارة(١) ولم يكتف بما مر من قوله ولا نأخذ منهم شيئا إذا لم يبلغ مالهم نصابا هذا ماظهر لى (قوله لامن خنزيره) أى الكافر ح (قوله مطلقا) أى سواء مر به وحده أو مع الخمر عندهما. وقال الثانى إن مر بهما عشر فكأنه جعله تبعا للخمر ولم يعكس لأنها أظهر مالية إذ هى قبل التخمر مال، وكذا بعده بتقدير التخلل وليس الخنزير كذلك نهر (قوله فأخذ قيمته كعينه) أى كأخذ عينه لأن قيمة الحيوان لها حكم عينه؛ ولهذا لو تزوج امرأة على حيوان فى الذمة إن شاء دفع عينه وإن شاء دفع قيمته أما قيمة الخمر فليس لها حكم عين الخمر، ولهذا لو تزوج الذمى امرأة على خمر فأتاها بقيمتها لاتجبر على القبول فأمكن أخذ العشر من قيمتها لامن عينها لأن المسلم ممنوع عن تملكها، شرح الجامع لقاضيخان (قوله بخلاف الشفعة الخ) جواب عما قيل إن القيمة ليس لها حكم العين بدليل أن الذمى لو باع داره من ذمى بالخنزير وشفيعها مسلم يأخذها بقيمة الخنزير:

وحاصل الجواب: أن الجواز هنا ضرورة حق العبد لاحتياجه، ولا ضرورة فى حق الشرع لاستغنائه كما بسطه فى المعراج عن الكافى. وأجاب فى النهر نقلا عن العناية بأن القيمة لم تأخذ حكم العين فى الإعطاء لأنه موضع إزالة وتبعيد.

قلت: وحاصله الفرق بين أخذها ودفعها وفيه نظر فإن فى دفعها للذمى تمليكها والمسلم منهى عن تملكها وتمليكها (قوله فى بيته) الضمير يرجع إلى من مر على العاشر مسلما أو ذميا أو حربيا كما صرح به الشارح فى قوله مطلقا ح (قوله ولا من مال بضاعة) هى لغة: القطعة من المال. واصطلاحا: مايدفعه المالك لإنسان يبيع فيه ويتجر ليكون الربح كله للمالك ولاشىء للعامل بحرعن المغرب، ولو عبر المصنف بالأمانة كصدر الشريعة لأغناه عما بعده (قوله إلا أن تكون لحربى) الأولى تأخير هذا الاستثناء عن المضاربة لقول الزيلعى وإن ادعى بضاعة أو نحوها فلا حرمة لصاحبها ولا أمان وإنما الأمان للذى فى يده اهـ:

ويظهر من هذا أن المال لحربى وذو اليد حربى أيضا فيعشر باعتبار الأمان لذى اليد وإن لم يحتجه المالك باعتبار كونه فى بلد الحرب. والظاهر أن ذا اليد لو كان مسلما والمالك حربى لايعشر لأنه لا أمان للمالك ولا لذى اليد ولو كان بالعكس فكذلك فيما يظهر لأن ذا اليد غير مالك وما فى يده مال مسلم لايحتاج لأمان فليتأمل (قوله بماله ورقبته)

---

(١) (قوله أطلق العبارة الخ) وحقها أن تكون هكذا لما كان ظاهر المتن أنه ليس معه غيره وأنه يعشر مطلقا قيد الشارح العبارة بقوله: وبلغ نصابا ولم يكتف بما مر من قوله ولا نأخذ منهم شيئا إذا لم يبلغ مالهم نصابا وأطلق فى بلوغ النصاب ولم يقيده بما إذا لم يكن معه غيره، فيكون تقييده ببلوغ النصاب لظاهر المتن من أنه يعشر مطلقا وإطلاقه فى بلوغ النصاب لظاهره من أنه ليس معه غيره اهـ.

(أو) مأذون غير مديون لـكن (ليس معه مولاه) على الصحيح في الثلاثة لعدم ملكهم ولذا لا يؤخذ العشر من الوصي إذا قال : هذا مال اليتيم ، ولا من عبد ومكاتب (مر على عاشر الخوارج فعشروه ثم مر على عاشر أهل العدل أخذ منه ثانيا) لتقصيره بمروره بهم بخلاف مالو غلبوا على بلد .

[فرع] مر بنصاب رطاب للتجارة كبطيخ ونحوه لا يعشره عند الإمام إلا إذا كان عند العاشر فقراء فيأخذ ليدفع لهم نهر بحثاً .

إنما قيد به لأنه محل الخلاف بين الإمام وصاحبيه ، فعنده لا يملك مولاه مافي يده من كسبه . وعندهما يملك كما يملك رقبته بلا خلاف فلم ينفذ عتقه عبدا من كسب المأذون عنده وعندهما ينفذ كما سيأتي في كتاب المأذون . فإذا مر على العاشر والحالة هذه لا يؤخذ منه سواء كان معه مولاه أولا أما إذا كان مولاه معه فلانعدام ملك المولى عنده وللشغل بالدين عندهما كما في البحر ، وأما إذا لم يكن معه فظاهر اهـ ح مع تغيير فافهم (قوله أو مأذون غير مديون) أو مديون بغير محيط بل هو أولى أفاده ح (قوله ليس معه مولاه) أما لو كان معه ولم يكن عليه دين أو عليه دين لم يحط بكسبه عشر الفاضل من الدين إذا بلغ نصابا كما في المعراج .

والحاصل كما قال ط أن المأذون إما أن يكون مديونا بمحيط أو بغير محيط أو غير مديون أصلا . وفي كل إما أن يكون معه مولاه أولا ، ففي الأول لا شيء عليه مطلقا وكذا في الأخيرين إن لم يكن معه مولاه وإن كان عشر حيث بقي بعد وفاء الدين نصاب (قوله على الصحيح في الثلاثة) كذا في البحر وقال في المعراج وذكر فخر الإسلام في جامعه بعد ذكر المضارب والمستبضع والعبد لا يؤخذ من هؤلاء جميعا هو الصحيح لانعدام المالك اهـ ونحوه في الزيلعي لـكنه ذكر أولا أن أبا حنيفة كان يقول بعشر المضاربة وكسب المأذون ثم رجع فيهما على الصحيح لعدم الملك ، وظاهره أنه لا خلاف في البضاعة (قوله لعدم ملكهم) أي الثلاثة وهم المضارب والمستبضع والعبد قال في المعراج : وفي الإيضاح يشترط للأخذ حضور المالك والملك جميعا فلو مر مالك بلا مال لا يأخذ ولو مر مال بلا مالك لم يأخذ أيضا (قوله ولا من عبد) هذه مسألة المأذون المتقدم رحمتي (قوله ومكاتب) لأنه لا ملك له تام إذ يجوز أن يعجز نفسه فيكون مابيده للمولى ط (قوله بخلاف مالو غلبوا على بلد) تقدمت المسألة في باب زكاة الغنم والظاهر أن مثله مالو اضطر إلى المرور عليهم فليراجع (قوله مر بنصاب رطاب) أي مما لا يبقى حولا . قال في الشرنبلالية : صورة المسألة أن يشترى بنصاب قرب مضي الحول عليه شيئا من هذه الخضراوات للتجارة فتم عليه الحول فعنده لا يأخذ الزكاة لـكن يأمر المالك بأدائها بنفسه وقالا : يأخذ من جنسه لدخوله تحت حماية الإمام كذا في البرهان . وقال الـكمال في تعليل قول الإمام لا يؤخذ منها لأنها تفسد بالاستبقاء وليس عند العامل فقراء في البر ليدفع لهم فإذا بقيت ليجدهم فسدت فيفوت المقصود فلو كان عنده أو أخذ ليصرف إلى عمالته كان له ذلك اهـ (قوله نهر بحثا) ليس في عبارة النهر مايشعر بأنه بحث على أنه مذكور في كلام الـكمال كما علمت وليس في عبارة الـكمال أيضا مايشعر بالبحث ،على أن ماذكره الـكمال مذكور في شرح المنظومة مع زيادة أنه لو رضي أن يعطيه القيمة أخذها . وفي العناية من باب العشر إذا مر بالخضراوات على العاشر وأراد العاشر أن يأخذ من عينها لأجل الفقراء عند إباء المالك عن دفع القيمة لا يأخذ، وإنما قلنا لأجل الفقراء لأنه لو أخذ من عينها ليصرف إلى عمالته جاز وإنما قلنا عند إباء المالك عن دفع القيمة لأنه إذا أعطى القيمة لا كلام في جواز أخذه اهـ ومثله في النهاية فافهم والله أعلم :

باب الركاز

ألحقوه بالزكاة لكونه من الوظائف المالية .

(هو) لغة : من الركز أى الإثبات بمعنى المركوز .

وشرعا : (مال) مركوز (تحت أرض) أعم (من) كون راكزه الخالق أو المخلوق فلذا قال (معدن خلقى) خلقه الله تعالى (و) من (كنز) أى مال (مدفون) دفنه الكفار لأنه الذى يخمس (وجد مسلم أو ذمى) ولو قنا صغيرا أنثى (معدن نقد و) نحو (حديد) وهو كل جامد ينطبع بالنار ومنه الزيبق ، فخرج المائع

باب الركاز

(قوله ألحقوه الخ) جواب سؤال تقديره كان حق هذا الباب أن يذكر فى السير لأن المأخوذ فيه ليس زكاة وإنما يصرف مصارف الغنيمة كما فى النهر ح . وقدمه على العشر لأن العشر مؤنة فيها معنى القربة والركاز قربة محضة ط (قوله من الركز) أى مأخوذ منه لا مشتق لأن أسماء الأعيان جامدة ط (قوله بمعنى المركوز) خبر بعد خبر لا صفة أى هو مشتق من الركز ، وهو بمعنى المركوز وليس نعتا للإثبات كما لا يخفى ح .

قلت : ويحتمل كونه حالا من الركز يعنى أنه مأخوذ من الركز مرادا به اسم المفعول وهذا أولى بناء على أن الركاز اسم جامد لا مصدر (قوله وشرعا الخ) ظاهره أنه ليس معنى لغويا . وفى المنح عن المغرب هو المعدن أو الكنز لأن كلا منهما مركوز فى الأرض وإن اختلف الراكز اه وظاهره أنه حقيقة فيهما مشترك اشتراكا معنويا وليس خاصا بالدفين اه .

قال فى النهر : وعلى هذا فيكون متواطئا وهذا هو الملائم لترجمة المصنف . ولايجوز أن يكون حقيقة فى المعدن مجازا فى الكنز لامتناع الجمع بينهما بلفظ واحد والباب معقود لهما اه ط (قوله فلذا) أى لأجل عمومه ط (قوله من معدن) بفتح الميم وكسر الدال وفتحها إسمعيل عن النووى . من العدن : وهو الاقامة . وأصل المعدن المكان بقيد الاستقرار فيه ثم اشتهر فى نفس الأجزاء المستقرة التى ركبها الله تعالى فى الأرض يوم خلق الأرض حتى صار الانتقال من اللفظ إليه ابتداء بلاقرينة فتح (قوله خلقى) بكسر الخاء أو فتحها نسبة إلى الخلقة أو الخلق ح (قوله وكنز) من كنز المال كنزا من باب ضرب جمعه تسمية بالمصدر كما فى المغرب (قوله لأنه الذى يخمس) يعنى أن الكنز فى الأصل اسم للمثبت فى الأرض بفعل إنسان كما فى الفتح وغيره والإنسان يشمل المؤمن أيضا لكن خصه الشارح بالكافر لأن كنزه هو الذى يخمس أما كنز المسلم فلقطة كما يأتى (قوله وجد مسلم أو ذمى) خرج الحربى وسيأتى حكمه منها (قوله ولو قنا صغيرا أنثى) لما فى النهر وغيره أنه يعم ما إذا كان الواجد حرا أولا بالغا أولا ذكرا أولا مسلما أولا (قوله نقد) أى ذهب أو فضة بحر (قوله ونحو حديد) أى حديد ونحوه وهو من عطف العام على الخاص ح (قوله وهو) أى نحو الحديد كل جامد ينطبع أى يلين بالنار (قوله ومنه الزيبق) بالياء وقد تهمز ومنهم حينئذ من يكسر الموحدة بعد الهمزة . كذا فى الفتح وهو ظاهر فى أنها إذا لم تهمز فتحت . ثم هذا قول الإمام آخرا وقول محمد وكان أولا يقول لا شىء عليه وبه قال الثانى آخرا لأنه بمنزلة القير والنفط يعنى المياه ولا خمس فيها . ولهما أنه يستخرج بالعلاج من عينه وينطبع مع غيره فكان كالفضة نهر أى فإن الفضة لا تنطبع ما لم يخالطها شىء فتح قال فى النهر والخلاف فى المصاب فى معدنه أما الموجود فى خزائن الكفار ففيه الخمس اتفاقا (قوله فخرج المائع) أى بالتقييد بجامد وقوله وغير المنطبع أى بالتقييد بينطبع فلا يخمس شىء من هذين القسمين

كنفط وقار وغير المنطبع كمعادن الأحجار (في أرض خراجية أو عشرية)

وبه ظهر أن المعدن كما في القهستاني وغيره ثلاثة أقسام: منطبع كالذهب والفضة والرصاص والنحاس والحديد. ومائع كالماء والملح والقير والنفط. وما ليس شيئا منهما كاللؤلؤ والفيروزج والكحل والزاج وغيرها كما في المبسوط والتحفة وغيرهما لكن المطرزي خصه بالحجرين: والظاهر أنه في الأصل اسم لمركز كل شيء اه (قوله كنفط) بكسر النون وقد تفتح قاموس وهو دهن يعلو الماء كما سيذكره الشارح في باب العشر ح (قوله وقار) والقار والقير والزفت شيء يطلى به السفن ح (قوله كمعادن الأحجار) كالجص والنورة والجواهر كاليواقيت والفيروزج والزمرد فلا شيء فيها بحر (قوله في أرض خراجية أو عشرية) متعلق بوجد وسيأتي بيانهما في باب العشر والخراج من كتاب الجهاد إن شاء الله تعالى:

قال ح: واعلم أن الأرض على أربعة أقسام: مباحة، ومملوكة لجميع المسلمين، ومملوكة لمعين. ووقف. فالأول لا يكون عشريا ولا خراجيا وكذا الثاني كأراضي مصر الغير الموقوفة فإنها وإن كانت خراجية الأصل إلا أنها آلت إلى بيت المال لموت المالك من غير وارث كما صرح به صاحب البحر [في التحفة المرضية] في الأراضي المصرية. والثالث والرابع إما عشري أو خراجي. ثم إن الخمس في المباحة لبيت المال والباقي للواجد. وأما الثاني وهو المملوكة لغير معين فلم أر حكمه. والذي يظهر لي أن الكل لبيت المال، أما الخمس فظاهر. وأما الباقي فلوجود المالك وهو جميع المسلمين فيأخذه وكيلهم وهو السلطان؛ وأما الثالث وهو المملوكة لمعين فالخمس فيه لبيت المال والباقي للمالك، وأما الرابع وهو الوقف فالخمس فيه لبيت المال أيضا كما نقله الحموي عن البرجندي ولم يعلم من عبارته حكم باقيه. والذي يظهر لي أنه للواجد كما في الأول لعدم المالك فليحرر اه.

قلت: وفيه بحث من وجوه: أما أولا فقوله إن المباح لا يكون عشريا ولا خراجيا فيه نظر لما صرح به في الخانية والخلاصة وغيرهما من أن أرض الجبل الذي لا يصل إليه الماء عشرية. وأما ثانيا فإن قوله. والثالث والرابع إما عشري أو خراجي فيه نظر، فقد ذكر الشارح في باب العشر والخراج أن الأرض المشتراة من بيت المال إذا وقفها مشتريها أو لم يوقفها فلا عشر فيها ولا خراج لكن فيه كلام نذكره في الباب الآتي، وأما ثالثا فجعله الموقوفة كالمباحة في كون الباقي عن الخمس للواجد فيه نظر أيضا لأن الوقف هو حبس العين على ملك الواقف عند الإمام أو على حكم ملك الله تعالى عندهما والتصدق بالمنفعة وليس المعدن منفعة بل هو من أجزاء الأرض التي كانت ملكا للواقف. ثم حبسها فهو بمنزلة نقض الوقف. وقد صرحوا بأن النقض يصرف إلى عمارة الوقف إن احتاج وإلا حفظ للاحتياج. ولا يصرف بين المستحقين لأن حقهم في المنافع لا في العين فإذا لم يكن فيه حق للمستحقين فكيف يملكه الأجنبي إلا أن يدعى الفرق بين المعدن والنقض فليتأمل. وأما رابعا فإن إيجابه الخمس في المملوكة لمعين مخالف لما مشى عليه المصنف من أنه لا شيء في الأرض المملوكة كما يأتي:

[تنبيه] قال في فتح القدير: قيد بالخراجية والعشرية ليخرج الدار فإنه لا شيء فيها لكن ورد عليه الأرض التي لا وظيفة فيها كالمفازة إذ يقتضي أنه لا شيء في المأخوذ منها وليس كذلك؛ فالصواب أن لا يجعل ذلك لقصد الاحتراز بل للتنصيص على أن وظيفتهما المستمرة لا تمنع مما يوجد فيهما اه. وأجاب في النهر بما يشير إليه الشارح وهو أنه يصح جعله للاحتراز عن الدار ويعلم حكم المفازة بالأولى لأنه إذا وجب في الأرض مع الوظيفة فلأن يجب في الخالية عنها أولى اه.

وأقول: يمكن الجواب بأن المراد بالعشرية والخراجية ما تكون وظيفتها العشر أو الخراج سواء كانت بيد

خرج الدار لا المفازة فأخوذة بالأولى (خمس) مخففاً أى أخذ خمسه لحديث « وفى الركاز الخمس » وهو يعم المعدن كما مر (وباقيه لمالكها إن ملكت

أحد أولا فتشمل المفازة وغيرها بدليل ماقدمناه عن الخانية من أن أرض الجبل عشرية فيكون المراد الاحتراز بها عن دار الحرب ، ويدل عليه أنه فى متن درر البحار عبر بمعدن غير الحرب فعلم أن المراد معدن أرضنا ولهذا قال القهستانى بعد قوله فى أرض خراج أو عشر : الأخصر فى أرضنا سواء كانت جبلا أو سهلا مواتا أو ملكا . واحترز به عن داره وأرضه وأرض الحرب اه . ثم رأيت عين ماقلته فى شرح الشيخ إسمعيل حيث قال : ويحتمل أن يكون احترازا عما وجد فى دار الحرب فإن أرضها ليست أرض خراج أو عشر والمراد بأرض الخراج أو العشر أعم من أن تكون مملوكة لأحد أولا صالحة للزراعة أولا فيدخل فيه المفاوز وأرض الموات فإنها إذا جعلت صالحة للزراعة كانت عشرية أو خراجية اه .

قلت : وعلى هذا فيدخل فى الخراجية والعشرية جميع أقسام الأرض المباركة فإن فى معدنها الخمس لكن سيصرح المصنف بإخراج الموجود فى داره أو أرضه فإنه لا خمس فيه فافهم (قوله خرج الدار لا المفازة الخ) إشارة إلى ماقدمناه آنفا عن النهر . وعلى ما قررناه لاحاجة إلى دعوى الأولوية ولا إلى التعرض لإخراج الدار لأن المصنف سينبه على إخراجها . على أنه كان عليه حيث تعرض للدار أن يتعرض للأرض ، فإنها وإن كانت مملوكة تكون خراجية أو عشرية مع أنه لا خمس فى معدنها كما يأتى إلا أن يقال تركه لأن فيها روايتين تأمل (قوله خمس) مبنى للمجهول من خمس القوم : إذا أخذ خمس أموالهم من باب طلب بحر عن المغرب (قوله مخففا) لأن التشديد غير سديد إذ لا معنى لكونه يجعله خمسة أخماس فقط نهر أى لأن المراد أخذ الخمس من المعدن لا مجرد جعله أخماسا (قوله لحديث الخ) أى قوله عليه الصلاة والسلام « العجماء جبار والبئر جبار والمعدن جبار وفى الركاز الخمس (١) » أخرجه الستة كذا فى الفتح وقال فى بيان دلالته على المطلوب : إن الركاز يعم المعدن والكنز على ماحققناه فكان إيجابا فيهما ، ولا يتوهم عدم إرادة المعدن بسبب عطفه عليه بعد إفادة أنه جبار أى هدر لاشىء فيه للتناقض فإن الحكم المعلق بالمعدن ليس هو المعلق به فى ضمن الركاز ليختلف بالسلب والايجاب إذ المراد به أن إهلاكه أو الهلاك به للأجير الحافر له غير مضمون لا أنه لاشىء فيه نفسه وإلا لم يجب شىء أصلا وهو خلاف المتفق عليه .

فحاصله أنه أثبت للمعدن بخصوصه حكما فنص على خصوص اسمه ، ثم أثبت له حكما آخر مع غيره فعبر بالاسم الذى يعمهما ليثبت فيهما اه ملخصا ونقله فى النهر أيضا فافهم (قوله وباقيه لمالكها الخ) كذا فى الملتقى والوقاية والنقاية والدرر والإصلاح ، ولم يذكره فى الهداية وشروحها ولا فى الكنز وشروحه ولا فى درر البحار والمواهب والاختيار والجامع الصغير وهذا هو الظاهر فإن من ذكر هذه العبارة قال بعدها وفى أرضه روايتان : أى فى وجوب الخمس فهذا يدل على أن المراد بالخراجية والعشرية غير المملوكة . وأغرب من ذلك أن المصنف اقتصر على رواية عدم الوجوب فقال ولا شىء فيه إن وجده فى داره وأرضه . فناقض أول كلامه آخره فإن أرضه لا تخرج عن كونها عشرية أو خراجية كما يأتى . وقد جزم أولا بوجوب الخمس فيها .

---

(١) قال الامام أبو يوسف فى كتابه المسمى بالخراج : حدثنى عبد الله بن سعيد بن أبى سعيد المقبرى قال : كان أهل الجاهلية إذا عطب الرجل فى قليب جعلوا القليب عقله وإذا قتلته دابة جعلوها عقله وإذا قتله معدن جعلوه عقله فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال « العجماء جبار والمعدن جبار والبئر جبار وفى الركاز الخمس فقيل ما الركاز يارسول الله؟ فقال الذهب والفضة الذى خلقه الله تعالى فى الأرض يوم خلقت » اه منه .

وإلا) كجبل ومفازة (فللواجد و) المعدن (لاشيء فيه إن وجده في داره) وحانوته (وأرضه) في رواية الأصل واختارها في الكنز (ولا شيء في ياقوت وزمرذ وفيروزج)

والحاصل : أن معدن الأرض المملوكة جميعه للمالك سواء كان هو الواجد أو غيره وهذا رواية الأصل الآتية وفي رواية الجامع يجب فيه الخمس وباقيه للمالك مطلقا فقوله ولا شيء في أرضه ينافي قوله وباقيه لمالكه فلذا قال الرحمتي إن صدر كلامه مبني على إحدى الروايتين وآخره على الأخرى :

قلت : وذكر نحوه القهستاني ورأيت في حاشية السيد محمد أبي السعود أن الصواب حمل المملوكة هنا على المملوكة لغير الواجد فلا ينافي مابعده لأن المراد به الأرض المملوكة للواجد اه .

قلت يؤيد هذا تعبير المصنف كصاحب الكنز بأرضه فإنه يفيد أن المراد أرض الواجد لكن ينافيه أن صاحب البدائع لم يعبر بالخراجية والعشرية بل قال ابتداء فإن وجده في دار الإسلام في أرض غير مملوكة يجب فيه الخمس وإن وجده في دار الإسلام في أرض مملوكة أو دار أو منزل أو حانوت فلا خلاف في أن أربعة الأخماس لصاحب الملك وحده ، هو أو غيره لأن المعدن من توابع الأرض لأنه من أجزائها ، وإذا ملكها المختط له بتمليك الإمام ملكها بجميع أجزائها فتنتقل عنه إلى غيره بتوابعها أيضا واختلف في وجوب الخمس الخ فقوله : فلا خلاف الخ صريح في أنه لافرق فيه بين المملوكة للواجد أو غيره فإن قوله : هو أو غيره يرجع إلى الواجد فكل من الخلاف في وجوب الخمس ، والاتفاق على أن الباقي للمالك إنما هو في المملوكة للواجد أو غيره ولاوجه لوجوب الخمس إذا كان الواجد غير المالك وعدمه إذا كان هو المالك لاتحاد العلة فيهما ، وهي كون المالك ملكها بجميع أجزائها ووقع التعبير بقوله هو أو غيره في عبارة البحر أيضا وسنذكر في توجيه الروايتين ماهو كالصريح في عدم الفرق والله تعالى أعلم (قوله وإلا كجبل ومفازة) جعله ذلك مما صدقات الأرض العشرية والخراجية يصح على جوابنا السابق بأنه أراد بها ما تكون وظيفتها العشر أو الخراج إذا استعلمت فافهم (قوله والمعدن) قيد به احترازا عن الكنز فإنه يخمس ولو في أرض مملوكة لأحد أو في داره لأنه ليس من أجزائها كما في البدائع ويأتي (قوله في داره وحانوته) أي عند أبي حنيفة خلافا لهما ملتقى (قوله في رواية الأصل الخ) راجع لقوله وأرضه قال في غاية البيان ، وفي الأرض المملوكة روايتان عن أبي حنيفة فعلى رواية الأصل لافرق بين الأرض والدار حيث لاشيء فيهما لأن الأرض لما انتقلت إليه انتقلت بجميع أجزائها ، والمعدن من تربة الأرض فلم يجب فيه الخمس لما ملكه كالغنيمة إذا باعها الإمام من إنسان سقط عنها حق سائر الناس لأنه ملكها ببدل كذا قال الجصاص وعلى رواية الجامع الصغير بينهما فرق ووجهه أن الدار لامؤنة فيها أصلا فلم تخمس فصار الكل للواجد بخلاف الأرض ، فإن فيها مؤنة الخراج والعشر فتخمس اه (قوله واختارها في الكنز) أي حيث اقتصر عليها كالمصنف وأراد بذلك بيان أنها الأرجح لكن في الهداية قال عن أبي حنيفة روايتان ثم ذكر وجه الفرق بين الأرض والدار على رواية الجامع الصغير ولم يذكر وجه رواية الأصل وربما يشعر هذا باختيار رواية الجامع وفي حاشية العلامة نوح أن القياس يقتضي ترجيحها لأمرين الأول أن رواية الجامع الصغير تقدم على غيرها عند المعارضة . الثاني : أنها موافقة لقول الصاحبين والأخذ بالمتفق عليه في الرواية أولى .

والحاصل : أن الإمام فرق في وجوب الخمس بين المعدن والكنز وبين المفازة والدار وبين الأرض المباحة والمملوكة وهما لم يفرقا بين ذلك في الوجوب (قوله وزمرذ) بالضمات وتشديد الراء وبالذال المعجمة آخره الزبرجد كما في القاموس (قوله وفيروزج) معرب فيروز أجوده الأزرق الصافي اللون لم يرقط في يد قتيل وتمامه في إسمعيل

ونحوها (وجدت فى جبل) أى فى معادنها (ولو) وجدت (دفين الجاهلية) أى كنزا (خمس) لكونه غنيمة : والحاصل : أن الكنز يخمس كيف كان والمعدن إن كان ينطبع (و) لافى (لؤلؤ) هو مطر الربيع (وعنبر) حشيش يطلع فى البحر أو خثى دابة (وكذا جميع مايستخرج من البحر من حلية) ولو ذهباً كان كنزا فى قعر البحر لأنه لم يرد عليه القهر فلم يكن غنيمة (وما عليه سمة الإسلام من الكنوز) نقدا أو غيره (فلقطة) سيجىء حكمها (وما عليه سمة الكفر خمس وباقيه للمالك أول الفتح) ولوارثه لو حياً وإلا فلبيت المال على الأوجه وهذا (إن ملكت أرضه

(قوله ونحوها) أى من الأحجار التى لاتنطبع (قوله أى فى معادنها) أى الموجودة فيها بأصل الخلقة فالجبل غير قيد (قوله ولو وجدت) محترز قوله فى معادنها وقوله : دفين حال بمعنى مدفون واحترز بدفين الجاهلية عن دفين الإسلام وقوله : أى كنزا أشار به إلى أن حكمه مايأتى فى الكنوز (قوله لكونه غنيمة) فإنه كان فى أيدى الكفار وحوته أيدينا بحر (قوله كيف كان) أى سواء كان من جنس الأرض أولا بعد أن كان مالا متقوما بحر ويستثنى منه كنز البحر كما يأتى (قوله إن كان ينطبع) أما المائع وما لا ينطبع من الأحجار فلا يخمس كما مر (قوله هو مطر الربيع) أى أصله منه قال القهستانى : هو جوهر مضىء يخلقه الله تعالى من مطر الربيع الواقع فى الصدف الذى قيل إنه حيوان من جنس السمك يخلق الله تعالى اللؤلؤ فيه كما فى الكرمانى (قوله حشيش الخ) قال الشيخ داود الأنطاكى فى تذكرته الصحيح أنه عيون بقعر البحر تقذف دهنية فإذا فارت على وجه الماء جمدت فيلقيها البحر على الساحل اهـ (قوله ولو ذهبا) لو وصلية وقوله كان كنزا نعت لقوله ذهبا أى ولو كان مايستخرج من البحر ذهبا مكنوزا بصنع العباد فى قعر البحر فإنه لا خمس فيه وكله للواجد والظاهر أن هذا مخصوص فيما ليس عليه علامة الإسلام ولم أره فتأمل (قوله لأنه لم يرد عليه القهر الخ) حاصله : أن محل الخمس الغنيمة والغنيمة ما كانت للكفرة ثم تصير للمسلمين بحكم القهر والغلبة وباطن البحر لم يرد عليه قهر فلم يكن غنيمة قاضيخان (قوله سمة الإسلام) بالكسر وهى فى الأصل أثر الكى والمراد بها العلامة وذلك ككتابة كلمة الشهادة أو نقش آخر معروف للمسلمين (قوله نقدا أو غيره) أى من السلاح والآلات وأثاث المنازل والفصوص والقماش بحر (قوله فلقطة) لأن مال المسلمين لا يغنم بدائع (قوله سيجىء حكمها) وهو أنه ينادى عليها فى أبواب المساجد والأسواق إلى أن يظن (١) . عدم الطلب ثم يصرفها إلى نفسه إن فقيرا وإلا فإلى فقير آخر بشرط الضمان ح (قوله سمة الكفر) كنقش صنم أو اسم ملك من ملوكهم المعروفين بحر (قوله خمس) أى سواء كان فى أرضه أو أرض غيره أو أرض مباحة كفاية قال قاضيخان وهذا بلا خلاف لأن الكنز ليس من أجزاء الدار فأمكن إيجاب الخمس فيه بخلاف المعدن (قوله أول الفتح) ظرف للمالك أى المختط له وهو من خصه الإمام بتمليك الأرض حين فتح البلد (قوله على الأوجه) قال فى النهر : فإن لم يعرفوا أى الورثة قال السرخسى : هو لأقصى مالك للأرض أو لورثته وقال أبو اليسر : يوضع فى بيت المال قال فى الفتح وهذا أوجه للمتأمل اهـ وذلك لما فى البحر من أن الكنز مودع فى الأرض فلما ملكها الأول ملك مافيها ولا يخرج مافيها عن ملكه ببيعها كالسمكة فى جوفها درة (قوله وهذا إن ملكت أرضه) الاشارة إلى قوله وباقيه للمالك ، وهذا قولها وظاهر الهداية وغيرها ترجيحه لكن فى السراج وقال أبو يوسف : الباقى للواجد كما فى أرض غير مملوكة وعليه الفتوى اهـ .

---

(١) قوله (إلى أن يظن الخ) قال فى الكفاية : وذلك يختلف بقلة المال وكثرته حتى قالوا فى عشرة دراهم فصاعدا يعرفها حولا وفيما دونها إلى الثلاثة شهرا ، وفيما دونه الثلاثة إلى الدار جمعة وفيما دونه يوما وفى فلس ونحوه ينظر يمنة ويسرة ثم يضعه فى كف فقير اهـ منه .

وإلا فللواجد) ولو ذمياً قنا صغيرا أنثى لأنهم من أهل الغنيمة (خلا حربى مستأمن) فإنه يسترد منه ما أخذ (إلا إذا عمل) فى المفاوز (بإذن الإمام على شرط فله المشروط) ولو عمل رجلان فى طلب الركاز فهو للواجد وإن كانا أجيرين فهو للمستأجر (وإن خلا عنها) أى العلامة (أو اشتبه الضرب فهو جاهلى على) ظاهر (المذهب) ذكره الزيلعى لأنه الغالب وقيل كاللقطة (ولا يخمس ركاز) معدناكان أو كنزا (وجد فى) صحراء (دار الحرب) بل كله للواجد ولو مستأمنا لأنه كالمتلصص

قلت : وهو حسن فى زماننا لعدم انتظام بيت المال بل قال ط : إن الظاهر أن يقال أى على قولهما إن للواجد صرفه حينئذ إلى نفسه إن كان فقيرا كما قالوا فى بنت المعتق إنها تقدم عليه ولو رضاعا ويدل عليه ما فى البحر عن المبسوط ومن أصاب ركازا وسعه أن يتصدق بخمسه على المساكين وإذا اطلع الإمام على ذلك أمضى له ماصنع لأن الخمس حق الفقراء وقد أوصله إلى مستحقه وهو فى إصابة الركاز غير محتاج إلى الحماية فهو كزكاة الأموال الباطنة اهـ .

[تنبيه] فى البحر عن المعراج أن محل الخلاف ما إذا لم يدعه مالك الأرض فإن ادعى أنه ملكه فالقول له اتفاقا (قوله وإلا فللواجد) أى وإن لم تكن مملوكة كالجبال والمفازة فهو كالمعدن يجب خمسه وباقيه للواجد مطلقا بحر (قوله لأنهم من أهل الغنيمة) لأن الإمام يرضخ لهم رحمتى (قوله فى المفاوز) فلو فى أرض مملوكة فالباقى للمختط له على مامر من الخلاف أفاده إسمعيل (قوله فهو للواجد) ظاهره أنه لاشىء عليه للآخر وهذا ظاهر فيما إذا حفر أحدهما مثلا ثم جاء آخر وأتم الحفر واستخرج الركاز أما لو اشتركا فى طلب ذلك فسيذكر فى باب الشركة الفاسدة أنها لاتصح فى احتشاش واصطياد واستقاء وسائر مباحات كاجتناء ثمار من جبال وطلب معدن من كنز وطبخ آجر من طين مباح لتضمنها الوكالة والتوكيل فى أخذ المباح لايصح وما حصله أحدهما فله وما حصلاه معا فلهما نصفين إن لم يعلم مالكل وما حصله أحدهما باعانة صاحبه فله ولصاحبه أجر مثله بالغا مابلغ عند محمد وعند أبى يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك اهـ (قوله فهو للمستأجر) سيذكر المصنف فى باب الاجارة الفاسدة استأجره ليصيد له أو يحتطب فإن وقت لذلك وقتا جاز وإلا لا إلا إذا عين الحطب وهو ملكه اهـ وكتب ط هناك على قوله : وإلا لا أن الحطب للعامل . قلت : ومقتضاه أن الركاز هنا للعامل أيضا إذا لم يؤقتا لأنه إذا فسد الاستئجار بقى مجرد التوكيل وعلمت أن التوكيل فى أخذ المباح لايصح بخلاف ماإذا حصله أحدهما بإعانة الآخر كما مر فإن للمعين أجر مثله لأنه عمل له غير متبرع هذا ماظهر لى فتأمله (قوله ذكره الزيلعى) ومثله فى الهداية (قوله لأنه الغالب) لأن الكفار هم الذين يحرصون على جمع الدنيا وادخارها ط (قوله وقيل كاللقطة) عبارة الهداية وقيل يجعل إسلاميا فى زماننا لتقادم العهد اهـ أى فالظاهر أنه لم يبق شىء من آثار الجاهلية ، ويجب البقاء مع الظاهر مالم يتحقق خلافه والحق منع هذا الظاهر ، بل دفينهم إلى اليوم يوجد بديارنا مرة بعد أخرى كذا فى فتح القدير أى وإذا علم أن دفينهم باق إلى اليوم انتفى ذلك الظاهر .

قلت : بقى أن كثيرا من النقود التى عليها علامة أهل الحرب يتعامل بها المسلمون والظاهر أنها من قسم المشتبه إلا إذا علم أنها من ضرب الجاهلية الذين كانوا قبل فتح البلدة تأمل ثم رأيت فى شرح النقاية لمنلا على القارى . قال وأما مع اختلاط دراهم الكفار مع دراهم المسلمين كالمشخص المستعمل فى زماننا فلا ينبغى أن يكون خلاف فى كونه إسلاميا اهـ (قوله معدنا كان أو كنزا) وتقييد القدورى بالكنز لكون الخلاف فيه فإن شيخ الإسلام أوجب فيه الخمس فيعلم حكم المعدن بالأولى لعدم الخلاف فيه كما فى البحر عن المعراج (قوله لأنه كالمتلصص)

(و) لذا (لو دخله جماعة ذوو منعة وظفروا بشيء من كنوزهم) ومعدنهم (خمس) لكونه غنيمة (وإن وجده) أى الركاز مستأمن (فى أرض مملوكة) لبعضهم (رده إلى مالكه) تحرزا عن الغدر (فإن) لم يرده و (أخرجه منها ملكه ملكا خبيثا) فسبيله التصدق به فلو باعه صح لقيام ملكه لكن لايطيب للمشترى (ولو وجده) أى الركاز (غيره) أى غير مستأمن (فيها) أى فى أرض مملوكة لهم حل له (فلا يرد ولايخمس) لما مر بلا فرق بين متاع وغيره وما فى النقاية من أن ركاز متاع أرض لم تملك بخمس سهو إلا أن يحمل على متاعهم الموجود فى أرضنا .

[فرع] للواجد صرف الخمس لنفسه وأصله وفرعه وأجنبى بشرط فقرهم .

قال فى الهداية : فهو له لأنه أى مافى صحرائهم ليس فى يد أحد على الخصوص فلايعد غدرا ولا شيء فيه لأنه بمنزلة متلصص (قوله ولذا) الاشارة لما أفهمه قوله لأنه كالمتلصص من أنه لا يخمس إلا إذا كان بالقهر والغلبة كما صرح به بعده بقوله لكونه غنيمة (قوله وإن وجده الخ) حاصله أنه إن وجده فى أرضهم الغير المملوكة فالكل للواجد بلا فرق بين المستأمن وغيره وهذا مامر أما لو وجده فى المملوكة فإن كان غير مستأمن فالكل له أيضا وإلا وجب رده للمالك (قوله أى الركاز) يعم الكنز والمعدن ومافى البرجندى من تقييده بالكنز فكأنه مبنى على مامر عن القدورى تأمل (قوله لكن لايطيب للمشترى) بخلاف ما إذا اشترى رجل شيئا شراء فاسدا ثم باعه فإنه يطيب للمشترى الثانى لامتناع الفسخ حينئذ ح عن البحر فليتأمل (قوله ولا يخمس) إلا إذا كانوا جماعة ذوى منعة لكونه غنيمة كما تقدم ويأتى (قوله لما مر) أى من أنه كالمتلصص كما فى الدرر عن غاية البيان (قوله ومافى النقاية) أى للمحقق صدر الشريعة وكذافى الوقاية لجده تاج الشريعة وعبارة الوقاية وإن وجد ركاز متاعهم فى أرض منها لم تملك خمس اه قال فى الدرر إنه غير صحيح لما صرح به شراح الهداية وغيرهم إن الخمس إنما يجب فيما يكون فى معنى الغنيمة وهو فيما كان فى يد أهل الحرب ووقع فى يد المسلمين بإيجاف الخيل والمذكور فى الوقاية ليس كذلك لأن المستأمن كالمتلصص والأرض من دار الحرب لم تقع فى أيدى المسلمين فالصواب أن يقطع لفظ وجد عما قبله ويقرأ على البناء للمفعول ويترك لفظ منها وتضاف الأرض إلى المسلمين اه وأجاب فى الشرنبلالية بأن وجد مبنى للمفعول ونائب فاعله محذوف أى ذوو منعة لا المستأمن والتقييد بقوله لم تملك يعلم منه المملوكة بالأولى اه (قوله إلا أن يحمل الخ) هذا الحمل صحيح فى عبارة النقاية لأنه ليس فيها لفظة منها أى من دار الحرب بخلاف عبارة الوقاية إلا بما مر عن الشرنبلالية .

والحاصل : أن المسألة فى عبارة الوقاية مفروضة فيما إذا كان المتاع فى أرض غير مملوكة من دار الحرب والواجد ذو منعة فيجب الخمس وفى عبارة النقاية فيما إذا كانت الأرض من دار الإسلام والواجد رجل منا ولا يصح أن يكون فاعل وجد المستأمن لأن مستأمنهم لايستحق شيئا إلا بالشرط كما مر والمسلم لايكون مستأمنا فى دار الإسلام ثم إن هذه المسألة على العبارتين قد علمت مما مر وفائدة ذكرها ما أشار إليه الشارح أولا وصرح به فى العناية وغيرها ، وهو أن وجوب الخمس لايتفاوت بين أن يكون الركاز من النقدين أو غيرهما كالمتاع وهو كما فى اليعقوبية ما يتمتع به فى البيت من الرصاص والنحاس وغيرهما (قوله لنفسه) أى إن كان محتاجا ولا تغنيه الأربعة الأخماس بأن كان دون المائتين أما إذا بلغ مائتين فلا يجوز له تناول الخمس بحر عن البدائع . قلت : لكن فيه أنه قد يبلغ مائتين فأكثر ولايغنيه كمديون بمائتين مثلا فالأولى الاقتصار على الحاجة وفى كافى الحاكم ومن أصاب ركازا وسعه أن يتصدق بخمسه على المساكين فإذا اطلع الإمام على ذلك أمضى له ماصنع وإن كان محتاجا إلى جميع ذلك وسعه أن يمسكه لنفسه وإن تصدق بالخمس على أهل الحاجة من آبائه وأولاده جاز ذلك وليس هذا بمنزلة عشر الخارج من الأرض اه .

باب العشر

(يجب) العشر (فى عسل) وإن قل (أرض غير الخراج) ولو غير عشرية كجبل ومفازة بخلاف الخراجية لئلا يجتمع العشر والخراج (وكذا) يجب العشر (فى ثمرة جبل أو مفازة إن حماه الإمام) لأنه مال مقصود لا إن

باب العشر

هو واحد الأجزاء العشرة والمراد به هنا ما ينسب إليه لتشمل الترجمة نصف العشر وضعفه حموى وذكره فى الزكاة لأنه منها قال فى الفتح قيل: إن تسميته زكاة على قولهما لاشتراطهما النصاب والبقاء بخلاف قوله وليس بشىء إذ لا شك أنه زكاة حتى يصرف مصارفها واختلافهم فى إثبات بعض شروط لبعض أنواع الزكاة ونفيها لايخرجه عن كونه زكاة اه واستظهر فى النهر قول العناية إن تسميته زكاة مجاز وأيد الشيخ إسمعيل الأول بأنه يجب فيما لايؤخذ منه سواه ، ولايجامع الزكاة وبتسميته فى الحديث صدقة واختلافهم فى وجوبه على الفور أو التراخى كما فى الزكاة اه والكلام هنا فى عشرة مواضع بسطها فى البحر (قوله يجب العشر) ثبت ذلك بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول: أى يفترض لقوله تعالى — وآتوا حقه يوم حصاده — فإن عامة المفسرين على أنه العشر أو نصفه وهو مجمل بينه قوله صلى الله عليه وسلم « ماسقت السماء ففيه العشر وما سقى بغرب أو دالية ففيه نصف العشر » واليوم ظرف للحق لا للإيتاء فلا يرد أنه لوكان المراد ذلك فزكاة الحبوب لا تخرج يوم الحصاد بل بعد التنقية والكيل ليظهر مقدارها على أنه عند أبى حنيفة يجب العشر فى الخضراوات ، ويخرج حقها يوم الحصاد أى القطع بدائع ملخصا (قوله فى عسل) بغير تنوين فإن قوله : وإن قل معترض بين المضاف والمضاف إليه ولا حاجة إليه فإن قوله بلا شرط نصاب مغن عنه كما نبه عليه بقوله راجع للكل ح وصرح بالعسل إشارة إلى خلاف مالك والشافعى حيث قالا ليس فيه شىء لأنه متولد من حيوان فأشبه الابريسم ودليلنا مبسوط فى الفتح (قوله أرض غير الخراج) أشار إلى أن المانع من وجوبه كون الأرض خراجية لأنه لايجتمع العشر والخراج فشمل العشرية ، وما ليست بعشرية ولاخراجية كالجبل ، والمفازة لكن قدمنا عن الخانية ، وغيرها أن الجبل عشرى ، وقدمنا أيضا أن المراد أنه لو استعمل فهو عشرى هذا وقيد الخير الرملى الأرض الخراجية بالخراج الموظف لأنه المراد عند الاطلاق قال فلو وجد فى أرض خراج المقاسمة ففيه مثل ما فى الثمر الموجود فيها اه لكن الكلام هنا فى نفى وجوب العشر وهو غير واجب فى الخراجية مطلقا كما أفاده الرحمتى .

واستفيد أن الخراج قسمان خراج مقاسمة ، وهو ما وضعه الإمام على أرض فتحها ومن على أهلها بها من نصف الخارج أو ثلثه أو ربعه وخراج وظيفة مثل الذى وظفه عمر رضى الله تعالى عنه على أرض السواد لكل جريب يبلغه الماء صاع بر أو شعير كما سيأتى تفصيله فى الجهاد إن شاء الله تعالى ويأتى هنا بعض أحكامهما (قوله فى ثمرة جبل) يدخل فيه القطن لأن الثمر اسم لشىء متفرع من أصل يصلح للأكل واللباس كما فى الكرمانى وفى القاموس أنه اسم لحمل الشجر والمشهور ما فى المفردات أنه اسم لكل ما يستطعم من أحمال الشجر ويجب العشر ، ولو كان الشجر غير مملوك ولم يعالجه أحد وخرج ثمرة شجر فى دار رجل ، ولو بستانا فى داره لأنه تبع للدار كذا فى الخانية ط عن القهستانى (قوله إن حماه الإمام) الضمير عائد إلى المذكور وهو العسل والثمرة، والظاهر أن المراد الحماية من أهل الحرب والبغاة وقطاع الطريق لا عن كل أحد فإن ثمر الجبال مباح لايجوز منع المسلمين عنه وقال أبو يوسف لاشىء فيمايوجد فى الجبال لأن الأرض ليست مملوكة ولهما أن المقصود من ملكها النماء وقد حصل اه ح (قوله لأنه مال مقصود) أى مقصود للإمام بالحفظ اه ط أو مقصود بالأخذ فلذا نشترط حمايته حتى يجب فيه

لم يحمه لأنه كالصيد (و) تجب في (مسقى سماء) أى مطر (وسيح) كنهر (بلا شرط نصاب) راجع للكل (و) بلا شرط (بقاء) وحولان حول لأن فيه معنى المؤنة ولذا كان للإمام أخذه جبرا ، ويؤخذ من التركة ويجب مع الدين وفى أرض صغير ومجنون ومكاتب ومأذون ووقف وتسميته زكاة

العشر لأن الجباية بالحماية فهو علة لاشتراط الجباية أو من جنس ما يقصد به استغلال الأرض فهو علة للوجوب تأمل (قوله أى مطر) سمى بذلك مجازا من تسمية الشىء باسم ما يجاوره أو يحل فيه نهر (قوله وسيح) بالسين والحاء المهملتين بينهما مثناة تحتية قال فى المغرب : ساح الماء سيحا جرى على وجه الأرض ومنه ما سقى سيحا يعنى ماء الأنهار والأودية اه (قوله بلا شرط نصاب) وبقاء فيجب فيما دون النصاب بشرط أن يبلغ صاعا وقيل نصفه وفى الخضراوات التى لا تبقى وهذا قول الإمام وهو الصحيح كما فى التحفة وقالا : لا يجب إلا فيما له ثمرة باقية حولا بشرط أن يبلغ خمسة أوسق إن كان مما يوسق ، والوسق ستون صاعا كل صاع أربعة أمناء وإلا فحتى يبلغ قيمة نصاب من أدنى الموسوق عند الثانى واعتبر الثالث خمسة أمثال مما يقدر به نوعه ففى القطن خمسة أحمال وفى العسل أفراق وفى السكر أمناء وتمامه فى النهر (قوله وحولان حول) حتى لو أخرجت الأرض مرارا وجب فى كل مرة لإطلاق النصوص عن قيد الحول ولأن العشر فى الخارج حقيقة فيتكرر بتكرره وكذا خراج المقاسمة لأنه فى الخارج فأما خراج الوظيفة فلا يجب فى السنة إلا مرة لأنه ليس فى الخارج بل فى الذمة بدائع (قوله لأن فيه معنى المؤنة) أى فى العشر معنى مؤنة الأرض : أى أجرتها فليس بعبادة محضة ط (قوله أخذه جبرا) ويسقط عن صاحب الأرض كما لو أدى بنفسه إلا أنه إذا أدى بنفسه يثاب ثواب العبادة وإذا أخذه الإمام يكون له ثواب ذهاب ماله فى وجه الله تعالى بدائع (قوله وفى أرض صغير ومجنون ومكاتب) من مدخول العلة فلا يشترط فى وجوبه العقل والبلوغ والحرية (قوله ووقف) أفاد أن ملك الأرض ليس بشرط لوجوب العشر وإنما الشرط ملك الخارج ، لأنه يجب فى الخارج لافى الأرض ، فكان ملكه لها وعدمه سواء بدائع .

مطلب مهم فى حكم أراضى مصر والشام السلطانية

قلت : هذا ظاهر فيما إذا زرعها أهل الوقف أما إذا زرعها غيرهم بالأجرة فيجرى فيه الخلاف الآتى فى الأرض المستأجرة وفى حكم ذلك أراضى مصر والشام السلطانية فإنها فى الأصل كانت خراجية أما الآن فلا فقد صرح فى فتح القدير فى أرض مصر بأن المأخوذ الآن منها أجرة لاخراج قال ألا ترى أنها ليست مملوكة للزراع كأنه لموت المالكين بلا وارث فصارت لبيت المال اه وكذا أراضى الشام كما فى جهاد شرح الملتقى ، لكن فى كونها كلها صارت لبيت المال بحث سنذكره فى باب العشر والخراج إن شاء الله تعالى ، وحيث صارت لبيت المال سقط عنها الخراج لعدم من يجب عليه وهل على زراعها عشر أم لا سنتكلم عليه فى هذا الباب .

ثم اعلم أنه إذا باعها الإمام بشرطه(١) لم يجب على المشترى خراج لأنه بعد أخذ الثمن لبيت المال لايمكن أن تكون المنفعة كلها له أو بعضها ولأن المسلم لا يجوز وضع الخراج عليه ابتداء وإن جاز بقاء ولأن الساقط لايعود كذا قاله ابن نجيم فى التحفة المرضية وقال أيضا إنه لايجب فيها العشر أيضا قال لأنى لم أر نقلا فى ذلك .

قلت : وفيه نظر لما علمت أن الشرط ملك الخارج لأنه يجب فيه لافى الأرض حق وجب فى الخارج من أرض الصغير والمجنون ، والمكاتب ، والوقف ولأن سببه الأرض النامية بالخارج تحقيقا ، ولا يلزم من سقوط

---

(١) (قوله إذا باعها الإمام بشرطه الخ) أى بشرط البيع أى مع وجود شرط صحته وهو وجود مسوغ لبيعها كاحتياج بيت مال المسلمين لبيعها وبدون مسوغ لا يصح بيعها لأن أراضى بيت المال كعقار اليتيم لا يصح بيعه إلا بمسوغ شرعى اه .

مجاز (إلا في) ما لا يقصد به استغلال الأرض (نحو حطب وقصب) فارسي (وحشيش) وتبن وسعف وصمغ وقطران وخطمى وأشنان وشجر قطن وباذنجان وبزر بطيخ وقثاء وأدوية كحلبة وشونيز حتى لو أشغل أرضه بها يجب العشر

الخراج المتعلق بالأرض سقوط العشر المتعلق بالخارج، والثمن المأخوذ لبيت المال هو بدل الأرض لا بدل الخارج على أنه قد ينازع في سقوط الخراج حيث كانت من أرض الخراج، أو سقيت بمائه بدليل أن الغازى الذى اختط له الإمام دارا لا شيء عليه فيها فإذا جعلها بستانا وسقاها بماء العشر، فعليه العشر أو بماء الخراج، فعليه الخراج كما يأتى فإن وضع الخراج عليه ابتداء بالتزامه جائز ولا يلزم من سقوطه حين صارت لبيت المال لعدم من يجب عليه أن لا يجب حين وجد التزام المشترى بسقيه مااشتراه بماء الخراج لأن ذلك بسبب حادث كمن آجر داره لرجل مدة ثم انقضت المدة فإن أجرتها تسقط لعدم من تجب عليه فإذا آجرها لآخر تجب الأجرة ثانيا، وعلى فرض سقوط الخراج لا يسقط العشر فإن الأرض المعدة للاستغلال لا تخلو من إحدى الوظيفتين لما ذكرنا من مسألة الدار وحيث تحقق السبب والشرط مع قيام ما قدمناه من ثبوته بالكتاب والسنة والإجماع وهو دليل الوجوب الشامل للأرض المشتراة المذكورة ومع إطلاق قول الفقهاء يجب العشر في مسقى سماء وسيح ونصفه في مسقى غرب ودالية فلا حاجة إلى نقل في خصوص ذلك حيث تحقق ماذكرنا فيه بل القول بعدم الوجوب يحتاج إلى نقل صريح، وسيأتى تمام الكلام على ذلك في باب العشر والخراج من كتاب الجهاد إن شاء الله تعالى (قوله مجاز) تقدم الكلام فيه (قوله إلا فيما لا يقصد الخ) أشار إلى أن ما اقتصر عليه المصنف كالكنز وغيره ليس المراد به ذاته بل لكونه من جنس مالا يقصد به استغلال الأرض غالبا وأن المدار على القصد حتى لو قصد به ذلك وجب العشر كما صرح به بعده (قوله وقصب) هو كل نبات يكون ساقه أنابيب وكعوبا والكعوب العقد والأنبوب ما بين الكعبين؛ واحترز بالفارسى عن قصب السكر وقصب الذريرة، وهو قصب السنبل ففيهما العشر كما في الجوهرة وفي المعراج قصب العسل يجب العشر في عسله دون خشبه شرنبلالية (قوله وتبن) بالباء الموحدة قال في الفتح غير أنه لو فصله قبل انعقاد الحب وجب العشر فيه لأنه صار هو المقصود وعن محمد في التبن إذا يبس العشر (قوله وسعف) بفتح السين والعين المهملتين ورق جريد النخل الذى يتخذ منه الزنبيل والمراوح وقد يقال للجريد نفسه والواحدة سعفة مغرب (قوله وقطران) بفتح القاف أو كسرها مع سكون الطاء المهملة، وبفتح القاف وكسر الطاء عصارة الأرز ونحوه والأرز بفتح الهمزة وتضم شجر الصنوبر وبالتحريك شجر الأرزن قاموس (قوله وخطمى) نبت طيب الريح يخرج بالعراق ط (قوله وأشنان) بضم الهمزة وكسرها قاموس (قوله وشجر وقطن) أما القطن نفسه ففيه العشر كما مر ط (قوله وباذنجان) عطف على قطن فلا يجب في شجره، ويجب في الخارج منه ط (قوله وبزر بطيخ وقثاء) أي كل حب لا يصلح للزراعة كبزر البطيخ والقثاء، لكونها غير مقصودة في نفسها بحر أي لأنه لا يقصد زراعة الحب لذاته، بل لما يخرج منه وهو الخضراوات، وفيها العشر كما مر قال في البدائع: الخضراوات كالبقول والرطاب والخيار والبصل والثوم ونحوها اهـ وفي البحر: ويجب في العصفر والكتان وبزره لأن كل واحد منها مقصود فيه (قوله وأدوية) في الخانية ولا يجب العشر فيما كان من الأدوية كالموز والهليلج ولا في الكندر اهـ (قوله كحلبة) بضم الحاء وشونيز بضم الشين الحبة السوداء قاموس (قوله حتى لو أشغل أرضه بها يجب العشر) فلو استنمى أرضه بقوائم الخلاف وما أشبهه أو بالقصب أو الحشيش وكان يقطع ذلك ويبيعه كان فيه العشر غاية البيان ومثله في البدائع وغيرها قال في الشرنبلالية وبيع ما يقطعه ليس بقيد ولذا أطلقه قاضيخان اهـ قال الشيخ إسمعيل ومثل الخلاف الحور بالمهملتين والصفصاف في بلادنا اهـ. والخلاف ككتاب وتشديده لحن صنف من

(و) يجب (نصفه فى مسق غرب) أى دلو كبير (ودالية) أى دولاب لكثرة المؤنة وفى كتب الشافعية أوسقاه بماء اشتراه وقواعدنا لا تأباه ولو سقى سيحا وبآلة اعتبر الغالب ولو استويا فنصفه وقيل ثلاثة أرباعه (بلا رفع مؤن) أى كلف (الزرع) وبلا إخراج البذر

الصفصاف وليس به قاموس (قوله غرب) بفتح المعجمة وسكون الراء (قوله ودالية) بالدال المهملة (قوله أى دولاب) فى المغرب الدولاب بالفتح المنجنون التى تديرها الدابة والناعورة ما يديرها الماء والدالية جذع طويل يركب تركيب مداق الأرز وفى رأسه مغرفة كبيرة يستقى بها اه .

وفى القاموس الدالية المنجنون والناعورة شيء يتخذ من خوص يشد فى رأسه جذع طويل والمنجنون الدولاب يستقى عليه اه (قوله لكثرة المؤنة) علة لوجوب نصف العشر فيما ذكر (قوله وقواعدنا لا تأباه) كذا نقله الباقانى فى شرح الملتقى عن شيخه البهنسى لأن العلة فى العدول عن العشر إلى نصفه فى مستقى غرب ودالية هى زيادة الكلفة كما علمت وهى موجودة فى شراء الماء ولعلهم لم يذكروا ذلك لأن المعتمد عندنا أن شراء الشرب لا يصح وقيل إن تعارفوه صح وهل يقال عدم شرائه (١) يوجب عدم اعتباره أم لا تأمل نعم لو كان محرزا باناء فإنه يملك فلو اشترى ماء بالقرب أو فى حوض ينبغى أن يقال : بنصف العشر لأن كلفته ربما تزيد على السقى بغرب أو دالية (قوله اعتبر الغالب) أى أكثر السنة كما مر فى السائمة والعلوفة زيلعى أى إذا أسامها فى بعض السنة وعلفها فى بعضها يعتبر الأكثر (قوله ولو استويا فنصفه) كذا فى القهستانى عن الاختيار لأنه وقع الشك فى الزيادة على النصف فلا تجب الزيادة بالشك (قوله وقيل ثلاثة أرباعه) قال فى الغاية قال به الأئمة الثلاثة فيؤخذ نصف كل واحد من الوظيفتين ولا نعلم فيه خلافا اه أى لأن نصفه مسقى سيح ونصفه مسقى غرب ، فيجب نصف العشر ونصف نصفه ورجح الزيلعى الأول قياسا على السائمة إذا علفها نصف الحول فإنه تردد بين الوجوب وعدمه فلا يجب بالشك قال فى اليعقوبية وفيه كلام وهو أن الفرق بينهما ظاهر لأن فى الأصل أى المقيس عليه سبب الوجوب ليس بثابت يقينا وهنا سببه ثابت يقينا والشك فى نقصان الواجب وزيادته باعتبار كثرة المؤنة وقلتها ، فاعتبر الشبهان شبه القليل وشبه الكثير فليتأمل اه :

قلت : فيه نظر لأن سبب الوجوب فى السائمة موجود أيضا وهو ملك نصابها وإنما الشك فى الأسامة وهو شرط الوجوب لا سببه كما مر أول كتاب الزكاة وهنا أيضا وقع الشك فى شرط وجوب الزيادة على النصف مع تحقق سبب أصل الوجوب وهو الأرض النامية بالخارج تحقيقا فتدبر (قوله بلا رفع مؤن) أى يجب العشر فى الأول ونصفه فى الثانى بلا رفع أجرة العمال ونفقة البقر وكرى الأنهار وأجرة الحافظ ونحو ذلك درر قال فى الفتح يعنى لا يقال بعدم وجوب العشر فى قدر الخارج الذى بمقابلة المؤنة بل يجب العشر فى الكل لأنه عليه الصلاة والسلام ، حكم بتفاوت الواجب لتفاوت المؤنة ولو رفعت المؤنة كان الواجب واحدا وهو العشر دائما فى الباقى ، لأنه لم ينزل إلى نصفه إلا للمؤنة والباقى بعد رفع المؤنة لا مؤنة فيه فكان الواجب دائما العشر لكن الواجب قد تفاوت شرعا فعلمنا أنه لم يعتبر شرعا عدم عشر بعض الخارج وهو القدر المساوى للمؤنة أصلا اه وتمامه فيه (قوله وبلا إخراج البذر الخ) قيل هذا زاده صاحب الدرر على ما فى المعتبرات وفيه نظر اه وجوابه أنه داخل فى قولهم ونحو ذلك

---

(١) (قوله وهل يقال عدم شرائه الخ) أى عدم صحة شراء الشرب لعدم التعارف يوجب عدم اعتبار وجوب نصف العشر ، بل الواجب العشر كاملا أو نقول وهل يقال عدم تعارف شراء الشرب يوجب عدم اعتبار هذا الشراء بل يكون كالسيح المباح حتى يجب فى الخارج من أرض سقيت به العشر كاملا وهو قريب من الأول أو تبقى العبارة على ظاهرها بدون تقدير ويكون المعنى أنه إذا سقى أرضه بغرب الغير لكنه لم يشتره هل يكون هذا كالسقى بمباح أولا اه .

لتصريحهم بالعشر فى كل الخارج (و) يجب (ضعفه فى أرض عشرية لتغلبى مطلقا وإن) كان طفلا أو أنثى أو (أسلم أو ابتاعها) من مسلم أو ابتاعها (منه مسلم أو ذمى) لأن التضعيف كالخراج فلا يتبدل (وأخذ الخراج من ذمى) غير تغلبى (اشترى) أرضا (عشرية من مسلم) وقبضها منه للتنافى (و) أخذ (العشر من مسلم أخذها منه) من الذمى (بشفعة) لتحول الصفقة إليه

الذى تقدم عن الدرر . وفى النهر : وظاهر قول الكنز ولا ترفع المؤن أنه لافرق بين كون المؤنة من عين الخارج أولا . قال الصيرفى : ويظهر أنها إذا كانت جزءا من الطعام أن تجعل كالهالك ويجب العشر فى الباقى لأنه لا يقدر أن يتولى ذلك بنفسه فهو مضطر إلى إخراجه لكن ظاهر كلامهم الإطلاق اه (قوله لتصريحهم بالعشر) أى وبنصفه وضعفه ط (قوله ويجب ضعفه) أى ضعف العشر وهو الخمس نهر لأن بنى تغلب قوم من العرب نصارى تصالح عمر رضى الله عنه معهم على أن يأخذ منهم ضعف مايؤخذ منا كما قدمناه قبيل باب زكاة المال قال ط : ولم يفصلوا بين كون الأرض مسقية بغرب أو سيح ومقتضى الصلح الواقع أن يؤخذ منهم ضعف المأخوذ منا مطلقا اه .

قلت : ويؤيده قول الإمام قاضيخان فى شرحه على الجامع الصغير فى تعليل المسألة لأن ما يؤخذ من المسلم يؤخذ من التغلبى ضعفه (قوله وإن كان طفلا أو أنثى) بيان للإطلاق لأن العشر يؤخذ من أراضى أطفالنا ونسائنا فيؤخذ ضعفه من أراضى أطفالهم ونسائهم اه نوح قال ح : وسواء كانت الأرض للتغلبى أصالة أو موروثة أو تداولتها الأيدى من تغلبى إلى تغلبى (قوله أو أسلم) أى التغلبى وفى ملكه أرض تضعيفية فإنها تبقى وظيفتها عندهما وعند أبى يوسف تعود إلى عشر واحد لزوال الداعى إلى التضعيف وهو الكفر اه ح ومثله يقال فيما إذا ابتاعها منه مسلم ط (قوله أو ابتاعها من مسلم) أى إذا اشترى التغلبى أرضا عشرية من مسلم تصير تضعيفية عندهما وعند محمد تبقى عشرية لأن الوظيفة لاتتغير بتغير المالك اه ح (قوله أو ذمى) أى إذا اشترى الذمى أرضا تضعيفية من التغلبى تبقى تضعيفية اتفاقا ح :

[تنبيه] تخصيص الشراء بالذكر مبنى على الغالب وإلا فكل مافيه انتقال الملك فكذلك فى الحكم إسمعيل عن البرجندى (قوله فلا يتبدل) هذا فى الخراج مطلقا اتفاقا وفى التضعيف كذلك إلا عند أبى يوسف فيما إذا اشتراها المسلم أو أسلم فإنها تعود عشرية لفقد الداعى كما قدمناه ح (قوله وأخذ الخراج الخ) حاصل هذه المسائل كما فى البحر أن الأرض إما عشرية أو خراجية أو تضعيفية والمشترون مسلم وذمى وتغلبى فالمسلم إذا اشترى العشرية أو الخراجية بقيت على حالها أو التضعيفية فكذلك عندهما وقال أبو يوسف ترجع إلى عشر واحد وإذا اشترى التغلبى الخراجية بقيت خراجية أو التضعيفية فهى تضعيفية أو العشرية من مسلم ضوعف عليه العشر عندهما خلافا لمحمد وإذا اشترى ذمى غير تغلبى خراجية أو تضعيفية بقيت على حالها أو عشرية صارت خراجية إن استقرت فى ملكه عنده اه ط (قوله من ذمى) أى عندهما أما عند محمد فتبقى عشرية لأن الوظيفة لاتتغير عنده بتغير المالك كما قدمناه ح (قوله غير تغلبى) قيد به لأن العشرية تضعف عليه عندهما خلافا لمحمد ط (قوله وقبضها منه) قيد به لأن الخراج لايجب إلا بالتمكن من الزراعة وذلك بالقبض بحر (قوله للتنافى) علة لقوله وأخذ الخراج يعنى إنما وجب الخراج لاالعشر لأن فى العشر معنى العبادة والكفر ينافيها ح (قوله لتحول الصفقة إليها) أى إلى الشفيع فكأنه اشتراها من المسلم بحر وغيره . واعترض بأنه لو كان كذلك لما رجع الشفيع بالعيب على المشترى إذا قبضها منه . وأجيب بأن الرجوع عليه لوجود القبض منه كما فى الوكيل بالبيع حتى لو كان قبضها من البائع رجع عليه لا على المشترى إسمعيل . واستشكله

(أو ردت عليه لفساد البيع) وبخيار شرط أو رؤية مطلقا أو عيب بقضاء ولو بغيره بقيت خراجية لأنه إقالة لافسخ (وأخذ خراج من دار جعلت بستانا) أو مزرعة (إن) كانت (لذمى) مطلقا (أو مسلم) وقد (سقاها بمائه) لرضاه به (و) أخذ (عشر إن سقاها) المسلم

أيضا الخير الرملى بأنهم صرحوا بأن الأخذ بالشفعة شراء من المشترى لولا الأخذ بعد القبض وإلا فمن البائع ، والكلام هنا بعد القبض فهو شراء من الذمى .

قال : ويمكن الجواب بما فى النهاية عن نوادر زكاة المبسوط لو اشترى كافر عشرية فعليه الخراج فى قول الإمام ولكن هذا بعد ما انقطع حق المسلم عنها من كل وجه حتى لو استحقها مسلم أو أخذها مسلم بالشفعة كانت عشرية على حالها ولو وضع عليها الخراج لأنه لم ينقطع حق المسلم عنها اه (قوله أوردت عليه) معطوف على أخذها أى إذا اشتراها الذمى من مسلم شراء فاسدا فردت عليه لفساد البيع فهى عشرية على حالها قال فى البحر لأنه بالرد والفسخ جعل البيع كأن لم يكن لأن حق المسلم وهو البائع لم ينقطع بهذا البيع لكونه مستحق الرد (قوله أو بخيار شرط) أى للبائع كما قيده به قاضيخان فى شرح الجامع وقال لأن خيار البائع يمنع زوال ملكه (قوله أو رؤية) لأنه فسخ فصار البيع كأن لم يكن كما مر (قوله مطلقا) أى سواء كان بقضاء أولا . وفيه رد على ظاهر عبارة الدرر حيث علق قوله الآتى بقضاء بقوله ردت (قوله لأنه إقالة) أى لأن الرد بغير قضاء إقالة وهى فسخ فى حق المتعاقدين بيع جديد فى حق غيرهما ، وهو مستحق الخراج فصار شراء المسلم من الذمى بعد ماصارت خراجية ، فتبقى على حالها كما فى الفتح . قال فى البحر : واستفيد من وضع المسألة أن للذمى أن يردها بعيب قديم ، ولايكون وجوب الخراج عليها عيبا حادثا لأنه يرتفع بالفسخ بالقضاء فلا يمنع الرد (قوله جعلت بستانا)هو أرض يحوط عليها حائط وفيها أشجار متفرقة كذا فى المعراج قيد بجعلها بستانا لأنه لو لم يجعلها بستانا وفيها نخل تغل أكرارا لاشىء فيها بحر ، وكذلك ثمر بستان الدار لأنه تابع لها كما فى قاضيخان قهستانى (قوله مطلقا) أى سواء سقاها بماء العشر أو الخراج لأنه أهل للخراج لاللعشر بحر (قوله بمائه) أى ماء الخراج وهو ماء أنهار حفرتها العجم وكذا سيحون وجيحون ودجلة والفرات خلافا لمحمد وماء العشر هو ماء السماء والبئر والعين والبحر الذى لايدخل تحت ولاية أحد ، كذا فى الملتقى وشرحه .

والحاصل أن ماء الخراج ماكان للكفرة يد عليه ثم حويناه قهرا وما سواه عشرى لعدم ثبوت اليد عليه فلم يكن غنيمة وأورد أن هذا ظاهر فى ماء البحار والأمطار أما الآبار والعيون فهى خراجية لأنها غنيمة حيث حويناها قهرا منهم وأجاب فى الفتح بأنه لايلزم ذلك فى كل عين وبئر فإن أكثر ماكان من حفر الكفرة قد دثر وما نراه الآن إما معلوم الحدوث بعد الإسلام أو مجهول الحال فيجب الحكم فيه بأنه إسلامى إضافة للحادث إلى أقرب وقتيه الممكنين اه (قوله لرضاه) جواب عما استشكله العتابى من أن فيه وجوب الخراج على المسلم ابتداء حتى نقل فى غاية البيان أن الإمام السرخسى ذكر فى كتاب الجامع أن عليه العشر بكل حال لأنه أحق بالعشر من الخراج وهو الأظهر اه وجوابه أن الممنوع وضع الخراج ابتداء جبرا أما باختياره فيجوز وقد اختاره هنا حيث سقاه بماء الخراج فهو كما إذا أحيا أرضا ميتة بإذن الإمام وسقاها بماء الخراج فإنه يجب عليه الخراج بحر وأجاب فى الفتح بأن المسلم إذا سقى بالماء الخراجى ينتقل الماء بوظيفته إلى الأرض ، فليس فيه وضع الخراج عليه ابتداء بل هو انتقال ماوظيفته الخراج إليه بوظيفته كما لو اشترى أرضا خراجية اه وأصله للزيلعى .

[تنبيه] مقتضى تعليقهم الحكم بالماء أنه لا اعتبار بكونها فى أرض عشر أو خراج وهو خلاف مامشى عليه

(بمائه) أو بهما لأنه أليق به (ولا شيء في عين) دار و (مقبرة) ولو لذمي (و) لا في عين قير: أي زفت و (نفط) دهن يعلو الماء (مطلقا) أي في أرض عشر أو خراج (و) لكن (في حريمها الصالح للزراعة من أرض الخراج خراج) لا فيها لتعلق الخراج بالتمكن من الزراعة.

وأما العشر فيجب في حريمها العشري إن زرعه وإلا لا لتعلقه بالخارج (ويؤخذ) العشر عند الإمام (عند ظهور الثمرة) وبدو صلاحها برهان، وشرط في النهر أمن فسادها (ولا يحل لصاحب أرض) خراجية (أكل غلتها

في الخانية ومثله لو أحيا أرضا مواتا فإن المعتبر الماء دون الأرض على خلاف فيه سيأتي تحريره إن شاء الله تعالى في باب العشر والخراج من كتاب الجهاد (قوله بمائه) أي ماء العشر وقوله أو بهما أي بماء العشر والخراج قال ط: ظاهره ولو كان ماء الخراج أكثر (قوله لأنه أليق به) أي لأن العشر أنسب بحال المسلم لما فيه من معنى العبادة (قوله ولا شيء في دار) لأن عمر رضي الله تعالى عنه جعل المساكن عفوا وعليه إجماع الصحابة ولأنها لا تستنمى ووجوب الخراج باعتباره وعلى هذا المقابر زيلعي وظاهر التعليل أنه لا فرق بين القديمة والحديثة لكن صرحوا بأن أرض الخراج لو عطلها صاحبها عليه الخراج وفي الخانية اشترى أرض خراج فجعلها دارا وبنى فيها بناء كان عليه خراج الأرض كما لو عطلها اهـ وذكر مثله في الذخيرة ثم قال: وفي فتاوى أبي الليث إذا جعل أرضه الخراجية مقبرة أو خانا للغلة أو مسكنا للفقراء سقط الخراج اهـ ويمكن بناء الثاني على أن فيه منفعة عامة فليتأمل (قوله ولو ذمي) دخل المسلم بالأولى وعبر في الهداية بالمجوسي، لأنه أبعد من الذمي عن الإسلام لحرمة مناكحته وذبيحته فلو عبر الشارح به لكان أولى (قوله ولا في عين قير) لأنه ليس من إنزال الأرض وإنما هو عين فوارة كعين الماء، فلا عشر فيها ولا خراج بحر (قوله ونفط) بالفتح والكسر وهو أفصح بحر وكذا الملح كما في الكافي والنهاية إسمعيل (قوله في حريمها) حريم الدار ما يضاف إليها من حقوقها ومرافقها قاموس (قوله لا فيها) أي لا في نفس العين وقال بعض المشايخ يجب فيها وهو ظاهر الكنز كما في البحر (قوله لتعلق الخراج بالتمكن) علة لقوله الصالح لها وهذا إنما يظهر في الخراج الموظف، وأما خراج المقاسمة فحكمه كالعشر ط (قوله لتعلقه بالخارج) فلا يكفي لوجوبه التمكن من الزراعة ط (قوله ويؤخذ العشر الخ) قال في الجوهرة: واختلفوا في وقت العشر في الثمار والزرع فقال أبو حنيفة وزفر: يجب عند ظهور الثمرة والأمن عليها من الفساد، وإن لم يستحق الحصاد إذا بلغت حدا ينتفع بها وقال أبو يوسف عند استحقاق الحصاد وقال محمد إذا حصدت وصارت في الجرين وفائدته فيما إذا أكل منه بعد ما صار جهيشا(١) أو أطعم غيره منه بالمعروف فإنه يضمن عشر ما أكل وأطعم عند أبي حنيفة وزفر وقال أبو يوسف ومحمد: لا يضمن ويحتسب به في تكميل الأوسق، ولا يحتسب به في الوجوب يعني إذا بلغ المأكول مع الباقي خمسة أوسق وجب العشر في الباقي لا غير وإن أكل منها بعد ما بلغت الحصاد قبل أن تحصد ضمن عند أبي حنيفة وأبي يوسف ولم يضمن عند محمد وإن أكل بعد ما صارت في الجرين ضمن إجماعا وما تلف بغير صنعه بعد حصاده أو سرق وجب العشر في الباقي لا غير اهـ. والكلام في العشر ومثله فيما يظهر خراج المقاسمة لأنه جزء من الخارج أما خراج الوظيفة فهو في الذمة لا في الخارج فلا يختلف حكمه بالأكل وعدمه تأمل (قوله ولا يحل لصاحب أرض خراجية) قيل المراد به خراج المقاسمة فقط لأن خراج الوظيفة يجب في الذمة لا تعلق له بالمحل وقيل إن خراج الوظيفة كذلك لأن للإمام حق حبس الخارج للخراج ففي أكله إبطال حقه كذا في الذخيرة

---

(١) (قوله جهيشا) لم أر معنى الجهيشي، فليراجع اهـ منه.

قبل أداء خراجها) ولا يأكل من طعام العشر حتى يؤدى العشر وإن أكل ضمن عشره مجمع الفتاوى، وللإمام حبس الخارج للخراج ومن منع الخراج سنين لايؤخذ لما مضى عند أبى حنيفة خانية وفيها (من عليه عشر أو خراج ومات أخذ من تركته، وفى رواية لا) بل يسقط بالموت والأول ظاهر الرواية :

فافهم قال ط وفى الواقعات عن البزازية لايحل الأكل من الغلة قبل أداء الخراج وكذا قبل أداء العشر إلا إذا كان المالك عازما على أداء العشر اهـ وهو تقييد حسن ومنه يعلم أخذ الفريك من الزرع قبل أداء ماعليه فلا يجوز(١) (قوله ولا يأكل الخ) لو قال أو عشرية بعد قوله خراجية لاستغنى عن هذه الجملة فإنه فى كل من العشر وخراج المقاسمة لايحل الأكل ولو أكل ضمن اهـ ح. وفى شرح الملتقى عن المضمرات إذا أكل قليلا بالمعروف لاشىء عليه قال الفقيه وبه نأخذ ط (قوله للخراج) أى الموظف لثبوته فى الذمة فيستعين على أخذه بإمساك الخارج بخلاف خراج المقاسمة فإنه ثابت فى العين كالعشر ، وإذا كان العشر يؤخذ جبرا كما تقدم أول الباب لما فيه من معنى المؤنة فخراج المقاسمة أولى(٢) ح بزيادة .

قلت : وفى البدائع أن الواجب فى الخراج جزء من الخارج لأنه عشر الخارج أو نصف عشره وذلك جزؤه إلا أنه واجب من حيث أنه مال لامن حيث إنه جزء عند ناحتى يجوز أداء قيمته اهـ ، والمتبادر منه أن المراد خراج المقاسمة فإذا كان له أداء القيمة لايكون للإمام الأخذ من عين الخارج جبرا فينبغى تعميم الخراج (٣) فى عبارة الشارح (قوله ومن منع الخراج سنين الخ) ذكر المسألة المصنف فى كتاب الجهاد فى باب الجزية أيضا فقال : ويسقط الخراج بالتداخل وقيل لا . وقال الشارح هناك وقيل لايسقط كالعشر ، وينبغى ترجيح الأول لأن الخراج عقوبة بخلاف العشر بحر قال المصنف أى فى المنح عزاه فى الخانية لصاحب المذهب فكان هو المذهب اهـ ماذكره الشارح هناك .

وأقول : هذا موافق لما ذكره صاحب الخانية فى هذا الباب ومثله فى الذخيرة، وأما ماذكره فى كتاب الجهاد من الخانية فى باب خراج الأرض فنصه هكذا : فإن اجتمع الخراج فلم يؤد سنين عند أبى حنيفة يؤخذ بخراج هذه السنة ولايؤخذ بخراج السنة الأولى ويسقط ذلك عنه كما قال فى الجزية ومنهم من قال : لايسقط الخراج بالإجماع بخلاف الجزية وهذا إذا عجز عن الزراعة ، فإن لم يعجز يؤخذ بالخراج عند الكل اهـ .

أقول : جزم بالقول الثانى فى الملتقى فى باب الجزية والظاهر أن قول الخانية وهذا إذا عجز الخ توفيق بين القولين وجعل الخلاف لفظيا بحمل الأول على ما إذا عجز عن الزراعة والثانى على ما إذا لم يعجز إذ لايخفى أن الخراج لايجب إلا بالتمكن من الزراعة كما هو منصوص عليه فى بابه فلا يصح إرجاع اسم الإشارة إلى القول الثانى فقط ، بل هو راجع إلى القولين توفيقا بينهما كما قلنا فقد ظهر أن ما عزاه الشارح هنا إلى الخانية محمول على حالة العجز بدليل عبارة الخانية الثانية هذا ماظهر لى والله تعالى أعلم وسيأتى تمام تحقيق ذلك فى باب الجزية وأن المعتمد عدم السقوط (قوله والأول ظاهر الرواية) أقول : قال فى الذخيرة : ولا يسقط العشر بموت من عليه فى ظاهر الرواية وروى

---

(١) (قوله فلا يجوز) تمام عبارة ط إلا إذا نوى الأداء أو كان من الخراج الموظف اهـ .
لكن قوله : أو كان الخ إنما يتأتى تقييده بضمهم الخراج بخراج المقاسمة أما على ما مشى عليه المحشى هنا فلا اهـ .

(٢) (قوله فخراج المقاسمة أولى) أى لأنه مؤنة محضة والعشر عبادة فيه معنى المؤنة ومع ذلك أخذ جبرا فكيف ما لاعبادة فيه أصلا اهـ .

(٣) (قوله فينبغى تعميم الخراج الخ) أى لئلا يفوت حق المالك فى دفع القيمة إذا أخذ الإمام جبرا ، واعترضه شيخنا بأنه لو كان مجرد التخيير بين دفع القيمة والعين مانعا من الأخذ جبرا لما جاز أخذ العشر جبرا إذا التخيير المذكور ثابت فيه أيضا مع أنهم صرحوا بجواز أخذه جبرا فتم ما للعلامة الحلبى وسقط ما للمحشى تأمل اهـ .

[فروع] تمكن ولم يزرع وجب الخراج دون العشر ويسقطان بهلاك الخارج والخراج على الغاصب إن زرعها وكان جاحدا ولا بينة بها .

والخراج فى بيع الوفاء على البائع إن بقى فى يده .

ولو باع الزرع إن قبل إدراكه فالعشر على المشترى ولو بعده فعلى البائع

ابن المبارك عن أبى حنيفة أنه يسقط ثم قال بعد ورقتين ويسقط خراج الأرض بموت من عليه إذا كان خراج وظيفة فى ظاهر الرواية وروى ابن المبارك أنه لا يسقط فوقع الفرق بين الخراج والعشر على الروايتين اه ويظهر من تقييده السقوط بخراج الوظيفة أن خراج المقاسمة لا يسقط كالعشر فى ظاهر الرواية فافهم (قوله وجب الخراج) أى الموظف أما خراج المقاسمة فلا يجب كما سيذكره المصنف فى باب العشر والخراج أى لتعلقه بالخارج كما قدمناه (قوله ويسقطان) أى العشر وخراج المقاسمة لتعلقهما بعين الخارج ، أما الموظف فإن هلك الخارج قبل الحصاد يسقط وبعده لا ح عن الهندية عن السراج والخانية وفى البزازية هلاك الخارج بعد الحصاد لا يسقطه ، وقبله يسقط لو بآفة لا تدفع كالغرق والحرق وأكل الجراد والحر والبرد أما إذا أكلته الدابة فلا لإمكان الحفظ عنها غالبا هذا إذا هلك الكل أما إذا بقى البعض إن مقدار قفيزين ودرهمين وجب قفيز ودرهم وإن أقل يجب نصفه وإنما يسقط إذا لم يبق من السنة ما يتمكن فيه من زراعة ما اهـ: أى من زراعة أى شىء كان قمحا أو شعيرا أو غيرهما (قوله والخراج على الغاصب) قال فى الخانية أرض خراجها وظيفة اغتصبها غاصب جاحدا ولا بينة للمالك إن لم يزرعها الغاصب ، فلا خراج على أحد وإن زرعها الغاصب ولم تنقصها الزراعة فالخراج على الغاصب ، وإن كان الغاصب مقرا بالغصب أو كان للمالك بينة ولم تنقصها الزراعة فالخراج على رب الأرض اهـ .

قلت : وفى الذخيرة قال بعض المشايخ على المالك وقال بعضهم على الغاصب على كل حال اهـ .

ثم قال فى الخانية : وإن نقصتها الزراعة عند أبى حنيفة على رب الأرض قل النقصان أو كثر كأنه آجرها من الغاصب بضمان النقصان . وعند محمد على الغاصب فإن زاد النقصان على الخراج يدفع الفضل إلى المالك وإن غصب عشرية فزرعها إن لم تنقصها الزراعة فلا عشر على المالك وإن نقصتها فالعشر على المالك كأنه آجرها بالنقصان اهـ قال ح :وظاهر أن حكم ذات خراج المقاسمة كالعشرية (قوله فى بيع الوفاء) هو المسمى بيع الطاعة وهو المشروط فيه رجوع المبيع للبائع متى رد الثمن على المشترى وسيأتى مع الأقوال فيه آخر البيوع قبيل كتاب الكفالة إن شاء الله تعالى (قوله على البائع إن بقى فى يده) أما إذا قبضه المشترى وزرع فيه وأخذ الغلة فالخراج عليه لأنه فى الحقيقة رهن فيصير بالزراعة غاصبا إذ ليس للمرتهن الانتفاع بالرهن فيكون كمسألة الغصب على السواء ، ويكون فى وجوبه على البائع أو المشترى الخلاف المذكور فى الغصب كذا فى الذخيرة ، وفى البزازية بعد التقابض إن لم تنقصها الزراعة فالعشر على المشترى وإن نقصتها فعلى البائع الخراج والعشر لأنه بمنزلة الرهن والمرتهن لا يملك الزراعة فأشبه الغصب ولا يتفاوت ما إذا كان الخارج أقل أو أكثر كما فى الإجارة اهـ (قوله ولو باع الزرع الخ) الظاهر أن حكم خراج المقاسمة كالعشر كما يعلم مما مر ح ثم هذا إذا باع الزرع وحده وشمل ما إذا باعه وتركه المشترى بإذن البائع حتى أدرك فعندهما عشره على المشترى وعند أبى يوسف عشر قيمة القصيل على البائع ، والباقى على المشترى كما فى الفتح ، وبقى ما لو باع الأرض مع الزرع أو بدونه قال فى البزازية : باع الأرض وسلمها للمشترى إن بقى مدة يتمكن المشترى فيها من الزراعة ، فالخراج عليه وإلا فعلى البائع والفتوى على تقدير المدة بثلاثة أشهر هذا لو باعها فارغة ولو فيها زرع لم يبلغ فعلى المشترى بكل حال وقال أبو الليث: إن باعها بزرع انعقد حبه وبلغ ولم تبق مدة يتمكن المشترى

والعشر على المؤجر كخراج موظف وقالا على المستأجر كمستعير مسلم . وفى الحاوى وبقولهما نأخذ

من الزرع فالخراج على البائع ولو باع من آخر والمشترى من آخر وآخر حتى مضى وقت التمكن لايجب الخراج على أحد اه ملخصا أى بأن لم تبق فى يد أحد من المشترين مدة يتمكن فيها من الزراعة قبل دخول السنة الثانية (قوله والعشر على المؤجر) أى لو أجر الأرض العشرية فالعشر عليه من الأجرة كما فى التتارخانية وعندهما على المستأجر قال فى فتح القدير: لهما أن العشر منوط بالخارج وهو للمستأجر وله أنها كما تستنمى بالزراعة تستنمى بالإجارة فكانت الأجرة مقصودة كالثمرة فكان النماء له معنى مع ملكه فكان أولى بالإيجاب عليه اه (قوله كخراج موظف) فإنه على المؤجر اتفاقا لتعلقه بتمكن الزراعة لا بحقيقة الخارج وأما خراج المقاسمة وهو كون الواجب جزءا شائعا من الخارج كثلث وسدس ونحوهما فعلى الخلاف كذا فى شرح درر البحار وكذا الخراج الموظف على المعير ذخيرة أى اتفاقا بدائع، أما العشر فعلى المستعير كما يأتى.

[تنبيه] قال فى الخانية: وإن استأجر أو استعار أرضا تصلح للزراعة فغرس فيها كرما أو رطابا فالخراج على المستأجر والمستعير. قول أبى حنيفة ومحمد لأنها صارت كرما فخراجها على من جعلها كرما اه. قال الرملى: مفاده اشتراط كونه ملتف الأشجار بحيث لا يصلح ما بين الأشجار للزراعة فإن صلح فالخراج على المالك اه: والحاصل: أنه يجب الخراج على المؤجر والمعير إن بقيت الأرض صالحة للزراعة وإلا فعلى المستأجر والمستعير (قوله كمستعير مسلم) وأوجبه زفر على المعير لأنه لما أقام المستعير مقامه لزمه كالمؤجر.

قلنا: حصل للمؤجر الأجر الذى هو كالخارج معنى بخلاف المعير وقيد بالمسلم لأنه لو استعارها ذمى فالعشر على المعير اتفاقا لتفويته حق الفقراء بالإعارة من الكافر كذا فى شرح درر البحار أى لكونه ليس أهلا للعشر لكن فى البدائع لو استعارها كافر فعندهما العشر عليه وعن الإمام روايتان فى رواية كذلك وفى رواية على المالك اه تأمل (قوله وفى الحاوى) أى القدسى ح (قوله وبقولهما نأخذ) قلت: لكن أفتى بقول الإمام جماعة من المتأخرين كالخير الرملى فى فتاواه وكذا تلميذ الشارح الشيخ إسمعيل الحائك مفتى دمشق وقال حتى تفسد الإجارة باشتراط خراجها أو عشرها على المستأجر كما فى الأشباه، وكذا حامد أفندى العمادى وقال فى فتاواه قلت: عبارة الحاوى القدسى لاتعارض عبارة غيره فإن قاضيخان من أهل الترجيح فإن من عادته تقديم الأظهر والأشهر وقد قدم قول الإمام فكان هو المعتمد وأفتى به غير واحد منهم زكريا أفندى شيخ الإسلام وعطاء الله أفندى شيخ الإسلام، وقد اقتصر عليه فى الإسعاف والخصاف اه.

قلت: لكن فى زماننا عامة الأوقاف من القرى والمزارع لرضا المستأجر بتحمل غراماتها ومؤنها يستأجرها بدون أجر المثل بحيث لا تفى الأجرة، ولا أضعافها بالعشر أو خراج المقاسمة، فلا ينبغى العدول عن الافتاء بقولهما فى ذلك لأنهم فى زماننا يقدرون أجرة المثل بناء على أن الأجرة سالمة لجهة الوقف ولا شىء عليه من عشر وغيره أما لو اعتبر دفع العشر من جهة الوقف وأن المستأجر ليس عليه سوى الأجرة فإن أجرة المثل تزيد أضعافا كثيرة كما لا يخفى فإن أمكن أخذ الأجرة كاملة يفتى بقول الإمام وإلا فبقولهما لما يلزم عليه من الضرر الواضح الذى لا يقول به أحد والله تعالى أعلم.

مطلب هل يجب العشر على المزارعين فى الأراضى السلطانية

[تتمة]: فى التتارخانية السلطان إذا دفع أراضى لا مالك لها وهى التى تسمى الأراضى المملكة إلى قوم ليعطوا الخراج جاز وطريق الجواز أحد شيئين أما إقامتهم مقام الملاك فى الزراعة وإعطاء الخراج أو الإجارة بقدر الخراج

وفى المزارعة إن كان البذر من رب الأرض فعليه، ولو من العامل فعليهما بالحصة . ومن له حظ فى بيت المال وظفر بما هو موجه له له أخذه ديانة .

ويكون المأخوذ منهم خراجاً فى حق الإمام أجرة فى حقهم اه ومن هذا القبيل الأراضى المصرية والشامية كما قدمناه . ويؤخذ من هذا أنه لاعشر على المزارعين فى بلادنا إذا كانت أراضيهم غير مملوكة لهم لأن ما يأخذه منهم نائب السلطان، وهو المسمى بالزعيم أو التيمارى إن كان عشرا فلا شىء عليهم غيره وإن كان خراجا فكذلك لأنه لايجتمع مع العشر وإن كان أجرة فكذلك على قول الإمام من أنه لاعشر على المستأجر ، وأما على قولهما فالظاهر أنه كذلك لما علمت من أن المأخوذ ليس أجرة من كل وجه لأنه خراج فى حق الإمام تأمل (قوله وفى المزارعة الخ) قال فى النهر ولو دفع الأرض العشرية مزارعة إن البذر من قبل العامل فعلى رب الأرض فى قياس قوله لفسادها وقالا فى الزرع لصحتها ، وقد اشتهر أن الفتوى على الصحة وإن من قبل رب الأرض كان إجماعاً اه . ومثله فى الخانية والفتح .

والحاصل أن العشر عند الإمام على رب الأرض مطلقا وعندهما كذلك لو البذر منه ولو من العامل فعليهما وبه ظهر أن ماذكره الشارح هو قولهما اقتصر عليه لما علمت من أن الفتوى على قولهما بصحة المزارعة فافهم .

لكن ماذكر من التفصيل يخالفه مافى البحر والمجتبى والمعراج والسراج والحقائق والظهيرية وغيرها من أن العشر على رب الأرض عنده عليهما عندهما من غير ذكر هذا التفصيل وهو الظاهر لما فى البدائع من أن المزارعة جائزة عندهما والعشر يجب فى الخارج والخارج بينهما فيجب العشر عليهما اه وفى شرح درر البحار عشر جميع الخارج على رب الأرض عنده لأن المزارعة فاسدة عنده فالخارج له إما تحقيقا أو تقديرا لأن البذر إن كان من قبله فجميع الخارج له وللمزارع أجر مثل عمله وإن كان من قبل المزارع فالخارج له ولرب الأرض أجر مثل أرضه الذى هو بمنزلة الخارج إلا أن عشر حصته فى عين الخارج وعشر حصة المزارع فى ذمة رب الأرض . وفائدة ذلك السقوط بالهلاك إذا نيط بالعين وعدمه إذا نيط بالذمة وأوجبا ومعهما أحمد العشر عليهما بالحصص لسلامة الخارج لهما حقيقة اه فكان ينبغى للشارح متابعة مافى أكثر الكتب . ثم اعلم أن هذا كله فى العشر أما الخراج فعلى رب الأرض إجماعا كما فى البدائع (قوله ومن له حظ) أى نصيب فى بيت المال فى أى بيت من البيوت الأربعة الآتية مع بيان مستحقيها فى النظم ط .

قلت : وهذه المسألة ذكرها المصنف متنا فى مسائل شتى آخر الكتاب، ونظمها ابن وهبان فى منظومته وقال ابن الشحنة فى شرحها ومن له الحظ هم القضاة والعمال والعلماء والمقاتلة وذراريهم والقدر الذى يجوز لهم أخذه كفايتهم قال المصنف : وكذلك طالب العلم والواعظ الذى يعظ الناس بالحق والذى يعلمهم اه .

قلت : لكن هؤلاء لهم حظ فى أحد بيوت المال وهو بيت الخراج والجزية كما يأتى قريبا وظاهر كلامه أن لأحدهم الأخذ من أى شىء وجده ، وإن لم يكن من مال البيت المعد لهم وهو خلاف الظاهر من كلامهم وإلا لم تبق فائدة لجعل البيوت أربعة ، نعم يأتى أنه للإمام أن يستقرض من أحد البيوت ليصرفه للآخر ثم يرد ما استقرض فإنه يقتضى جواز الدفع من بيت آخر للضرورة ففى مسألتنا إن كان يمكنه الوصول إلى حقه ليس له الأخذ من غير بيته الذى يستحق هو منه وإلا كما فى زماننا يجوز للضرورة إذ لو لم يجز أخذه إلا من بيته لزم أن لايبقى حق لأحد فى زماننا لعدم إفراز كل بيت على حدة بل يخلطون المال كله ولو لم يأخذ ماظفر به لايمكنه الوصول إلى شىء فليتأمل (قوله بما هو موجه له) أى بشىء يتوجه لبيت المال أى يستحق له والذى فى شرح الوهبانية عن

وللمودع صرف وديعة مات ربها ولا وارث لنفسه أو غيره من المصارف :
دفع النائبة والظلم عن نفسه أولى إلا إذا تحمل حصته باقيهم وتصح الكفالة بها ويؤجر من قام بتوزيعها بالعدل
وإن كان الأخذ باطلا وهذا يعرف ولا يعرّف كفا لمادة الظلم

عن الإمام لو يرى من له حظ فى بيت المال ظفر بمال وجه لبيت المال فله أن يأخذه ديانة وللإمام الخيار فى المنع والإعطاء فى الحكم أى فى القضاء اه :

قلت : أى فى الخيار فى إعطاء ذلك للواجد إذا علم به ليعطيه حقه من غيره إذ ليس له الخيار فى منع حقه من بيت المال مطلقا كما لايخفى (قوله وللمودع الخ) قال فى شرح الوهبانية وفى البزازية قال الإمام الحلوانى إذا كان عنده وديعة فمات المودع بلا وارث له أن يصرف الوديعة إلى نفسه فى زماننا هذا لأنه لو أعطاها لبيت المال لضاع لأنهم لايصرفون مصارفه فإذا كان من أهله صرفه إلى نفسه وإن لم يكن من المصارف صرفه إلى المصرف اه وقوله وإن لم يكن من المصارف يؤيد ماقلناه آنفا حيث أطلق المصارف ولم يقيدها بمصارف هذا المال فشمل مصارف البيوت الأربعة تأمل (قوله دفع النائبة والظلم عن نفسه أولى الخ) النائبة ماينوبه من جهة السلطان من حق أو باطل أو غيره كما فى القنية عن البزدوى والمراد دفع ماكانت بغير حق ، ولذا عطف الظلم تفسيرا وفيها عن شمس الأئمة السرخسى توجه على جماعة جباية بغير حق فلبعضهم دفعها عن نفسه إذا لم يحمل حصته على الباقين وإلا فالأولى أن لايدفعها عن نفسه ثم نقل صاحب القنية عن شيخه بديع أن فيه إشكالا لأن إعطاءه إعانة للظالم على ظلمه ، فإن أكثر النوائب فى زماننا بطريق الظلم فمن تمكن من دفع الظلم عن نفسه فذلك خير له اه ملخصا وعليه مشى ابن وهبان فى منظومته ، وأجاب ابن الشحنة بأن الإشكال مدفوع بما فيه من أنواع الظلم على الضعيف العاجز بواسطة دفعه عن نفسه اه .

قلت : فيه نظر فإن ماحرم أخذه حرم إعطاءه كما فى الأشباه أى إلا لضرورة فإذا كان الظالم لابد من أخذه المال على كل حال لايكون العاجز عن الدفع عن نفسه آثما بالإعطاء بخلاف القادر فإنه بإعطائه مايحرم أخذه يكون معينا على الظلم باختياره تأمل (قوله حصته) مفعول تحمل وباقيهم فاعله أى باقى جماعته (قوله وتصح الكفالة بها) أى بالنائبة سواء كانت بحق كـكرى النهر المشترك للعامة ، وأجرة الحارس للمحلة المسمى بديار مصر الخفير ، وما وظف للإمام ليجهز به الجيوش وفداء الأسارى بأن احتاج إلى ذلك ولم يكن فى بيت المال شىء فوظف على الناس ذلك والكفالة به جائزة اتفاقا أو كانت بغير حق كجبايات زماننا فإنها فى المطالبة كالديون بل فوقها ، حتى لو أخذت من الأكار ، فله الرجوع على مالك الأرض وعليه الفتوى وقيده شمس الأئمة بما إذا أمره به طائعا فلو مكرها فى الأمر لم يعتبر أمره بالرجوع ذكره الشارح وصاحب النهر فى الكفالة ط .

قلت : ومعنى صحة الكفالة بالنائبة التى بغير حق أن الكفيل إذا كفل غيره بها بأمره كان له الرجوع عليه بما أخذه الظالم منه لابمعنى أنه يثبت للظالم حق المطالبة على الكفيل ، فلا يرد ماقيل إن الظلم يجب إعدامه فكيف تصح الكفالة به كما ستحققه فى محله إن شاء الله تعالى (قوله ويؤجر من قام بتوزيعها بالعدل) أى بالمعادلة كما عبر فى القنية أى بأن يحمل كل واحد بقدر طاقته لأنه لو ترك توزيعها إلى الظالم ربما يحمل بعضهم ما لا يطيق فيصير ظلما على ظلم ففى قيام العارف بتوزيعها بالعدل تقليل للظلم فلذا يؤجر وهذا اليوم كالكبريت الأحمر بل هو أندر (قولهوهذا يعرف الخ) المشار إليه غير مذكور فى كلامه وأصله فى القنية حيث قال وقال أبو جعفر البلخى مايضربه السلطان على الرعية مصلحة لهم يصير دينا واجباً وحقا مستحقا كالخراج ، وقال مشايخنا وكل مايضربه الإمام

يجوز ترك الخراج للمالك لا العشر ، وسيجيء تمامه مع بيان بيوت المال ومصارفها فى الجهاد ونظمها ابن الشحنة فقال :

بيوت المال أربعة لكل   مصارف بينتها العالمونا
فأولها الغنائم والكنوز   ركاز بعدها المتصدقونا

عليهم لمصلحة لهم فالجواب هكذا حتى أجرة الحراسين لحفظ الطريق واللصوص ونصب الدروب وأبواب السكك وهذا يعرف ولا يعرف خوف الفتنة ثم قال : فعلى هـذا مايؤخذ فى خوارزم من العامة لإصلاح مسناة الجيحون أو الربض ونحوه من مصالح العامة دين واجب لايجوز الامتناع عنه ، وليس بظلم ولكن يعلم هـذا الجواب للعمل به وكف اللسان عن السلطان وسعاته فيه لا للتشهير حتى لايتجاسروا فى الزيادة على القدر المستحق اه :

قلت : وينبغى تقييد ذلك بما إذا لم يوجد فى بيت المال مايكفى لذلك لما سيأتى فى الجهاد من أنه يكره الجعل إن وجد فىء (قوله يجوز ترك الخراج للمالك الخ) سيأتى فى الجهاد متنا وشرحا مانصه ترك السلطان أونائبه الخراج لرب الأرض أو وهبه ولو بشفاعة جاز عند الثانى وحل له لو مصرفا وإلا تصدق به به يفتى وما فى الحاوى من ترجيح حله لغير المصرف خلاف المشهور ولو ترك العشر لايجوز إجماعا ويخرجه بنفسه للفقراء سراج خلافا لما فى قاعدة تصرف الإمام منوط بالمصلحة من الأشباه معزيا للبزازية فتنبه اه .

قلت : والذى فى الأشباه عن البزازية إذا ترك العشر لمن عليه جاز غنيا كان أو فقيرا لكن إن كان المتروك له فقيرا فلا ضمان على السلطان وإن كان غنيا ضمن السلطان العشر للفقراء من بيت مال الخراج لبيت مال الصدقة اه .

قلت : وما فى الأشباه ذكر مثله فى الذخيرة عن شيخ الإسلام بقوله : لو غنيا كان له جائزة من السلطان ، ويضمن مثله من بيت الخراج لبيت الصدقة ولو فقيرا كان صدقة عليه فيجوز كما لو أخذه منه ثم صرفه إليه ولذا قالوا بأن السلطان إذا أخذ الزكاة من صاحب المال فافتقر قبل صرفها للفقراء كان له أن يصرفها إليه كما يصرفها إلى غيره (قوله ونظمها ابن الشحنة) هو محمد والد شارح المنظومة عبد البر والنظم من بحر الوافر .

مطلب فى بيان بيوت المال ومصارفها

(قوله بيوت المال أربعة) سيأتى فى آخر فصل الجزية عن الزيلعى أن على الإمام أن يجعل لكل نوع بيتا يخصه وله أن يستقرض من أحدها ليصرفه للآخر ويعطى بقدر الحاجة والفقه والفضل فإن قصر كان الله تعالى عليه حسيبا اه وقال الشرنبلالى فى رسالته : ذكروا أنه يجب عليه أن يجعل لكل نوع منها بيتا يخصه ، ولا يخلط بعضه ببعض ، وأنه إذا احتاج إلى مصرف خزانة وليس فيها مايفى به يستقرض من خزانة غيرها ، ثم إذا حصل للتى استقرض لها مال يرد إلى المستقرض منها إلا أن يكون المصروف من الصدقات أو خمس الغنائم على أهل الخراج وهم فقراء فإنه لايرد شيئا لاستحقاقهم للصدقات بالفقر وكذا فى غيره إذا صرفه إلى المستحق اه (قوله لكل مصارف) أى لكل بيت محلات يصرف إليها (قوله فأولها الغنائم الخ) أى أول الأربعة بيت أموال الغنائم فهو على حذف مضافين وكذا يقال فيما بعده ط ويسمى هذا بيت مال الخمس أى خمس الغنائم والمعادن والركاز كما فى التتارخانية فقوله الركاز وفى نسخة ركاز منونا من عطف العام بحذف حرف العطف (قوله وبعدها(١) المتصدقونا) مبتدأ وخبر والأولى وبعده بالتذكير أى بعد الأول إلا أن يقال إن أولها اكتسب التأنيث من المضاف

---

(١) قول المحشى (وبعدها الخ) كذا بالأصل المقابل على خط المؤلف بالواو ونسخ الشرح بدونها وهو المتعين اه مصححه .

وثالثها خراج مع عشور ... وجالية يليها العاملونا
ورابعها الضوائع مثل مالا ... يكون له أناس وارثونا
فصرف الأولين أتى بنص ... وثالثها حواه مقاتلونا
ورابعها فصرفه جهات ... تساوى النفع فيها المسامونا

إليه أو أعاد الضمير على الغنائم وما عطف عليها لأنها نفس الأول أى وثانيها بيت أموال المتصدقين أى زكاة السوائم وعشور الأراضى وما أخذه العاشر من تجار المسلمين المارين عليه كما فى البدائع (قوله وثالثها الخ) قال فى البدائع : الثالث خراج الأراضى وجزية الرؤوس وما صولح عليه بنو نجران من الحلل وبنو تغلب من الصدقة المضاعفة ، وما أخذ العشار من تجار أهل الذمة والمستأمنين من أهل الحرب اه زاد الشرنبلالى فى رسالته عن الزيلعى وهدية أهل الحرب ، وما أخذ منهم بغير قتال وما صولحوا عليه لترك القتال قبل نزول العسكر بساحتهم ، فقوله مع عشور المراد به ما يأخذه العاشر من أهل الذمة والمستأمنين فقط بقرينة ذكره مع الخراج لأنه فى حكمه أو هو خراج حقيقة كما قدمناه فى بابه بخلاف ما يأخذه منا فإنه زكاة حقيقة أدخله فى قوله المتصدقون كما مر فافهم ، وقوله وجالية هم أهل الذمة لأن عمر رضى الله تعالى عنه أجلاهم من أرض العرب كما فى القاموس : أى أخرجهم منها ثم صار يستعمل حقيقة عرفية فى الجزية التى يليها العاملون أى يلى أمرها عمال الإمام ، وكأن الناظم أدخل فيها ما يؤخذ من بنى نجران وبنى تغلب وما أخذ من أهل الحرب من هدية أو صلح لأنها فى معنى جزية رءوسهم (قوله الضوائع) جمع ضائعة أى اللقطات وقوله مثل مالا الخ أى مثل تركة لا وارث لها أصلا أو لها وارث لا يرد عليه كأحد الزوجين والأظهر جعله معطوفا على الضوائع بإسقاط العاطف لأن من هذا النوع ما نقله الشرنبلالى دية مقتول لا ولى له لكن الدية من جملة تركة المقتول ولذا تقضى منها ديونه كما صرحوا به تأمل (قوله فمصروف الأولين الخ) بنقل حركة الهمزة إلى اللام لضرورة الوزن أى بيت الخمس وبيت الصدقات ، — والنص فى الأول — قوله تعالى — واعلموا أنما غنمتم الآية — وسيأتى بيانه فى الجهاد إن شاء الله تعالى وفى الثانى قوله تعالى — إنما الصدقات للفقراء — الآية ويأتى بيانه قريبا (قوله وثالثها حواه مقاتلونا) الذى فى الهداية وعامة الكتب المعتبرة أنه يصرف فى مصالحنا كسد الثغور وبناء القناطر والجسور وكفاية العلماء والقضاة والعمال ورزق المقاتلة وذراريهم اه أى ذرارى الجميع كما سيأتى فى الجهاد إن شاء الله تعالى (قوله ورابعها فمصرفه جهات الخ) ، وافق لما نقله ابن الضياء فى شرح الغزنوية عن البزدوى من أنه يصرف إلى المرضى والزمنى واللقيط وعمارة القناطر والرباطات والثغور والمساجد وما أشبه ذلك اه ولكنه مخالف لما فى الهداية والزيلعى أفاده الشرنبلالى أى فإن الذى فى الهداية وعامة الكتب أن الذى يصرف فى مصالح المسلمين هو الثالث كما مر ، وأما الرابع فمصرفه المشهور هو اللقيط الفقير والفقراء الذين لا أولياء لهم فيعطى منه نفقتهم وأدويتهم وكفنهم وعقل جنايتهم كما فى الزيلعى وغيره .

وحاصله أن مصرفه العاجزون الفقراء فلو ذكر الناظم الرابع مكان الثالث ثم قال وثالثها حواه عاجزونا ورابعها فمصرفه الخ لوافق ما فى عامة الكتب (قوله تساوى) فعل ماض والنفع منصوب على التمييز كطبت النفس أى تساوى المسلمون فيها من جهة النفع اه ح والله تعالى أعلم .

باب المصرف

أى مصرف الزكاة والعشر ، وأما خمس المعدن فمصرفه كالغنائم (هو فقير، وهو من له أدنى شيء) أى دون نصاب أو قدر نصاب غير نام مستغرق فى الحاجة (ومسكين من لاشيء له) على المذهب ، لقوله تعالى — أو مسكينا ذا متربة — وآية السفينة للترحم (وعامل) يعم الساعى والعاشر (فيعطى) ولو غنيا لاهاشميا لأنه فرغ نفسه لهذا

باب المصرف

(قوله أى مصرف الزكاة والعشر) يشير إلى وجه مناسبته هنا ، والمراد بالعشر ماينسب إليه كما مر فيشمل العشر ونصفه المأخوذين من أرض المسلم وربعه المأخوذ منه إذا مر على العاشر أفاده ح . وهو مصرف أيضا لصدقة الفطر والكفارة والنذر وغير ذلك من الصدقات الواجبة كما فى القهستانى (قوله وأما خمس المعدن) بيان لوجه اقتصاره على الزكاة والعشر وأنه لايناسب ذكره معهما وإن ذكره فى العناية والمعراج والأولى كما قال ح وأما خمس الركاز ليشمل الكنز لأنه كالمعدن فى المصرف (قوله هو فقير) قدمه تبعا للآية ولأن الفقر شرط فى جميع الأصناف إلا العامل والمكاتب وابن السبيل ط (قوله أدنى شيء) المراد بالشيء النصاب النامى وبأدنى مادونه فأفعل التفضيل ليس على بابه كما أشار إليه الشارح . والأظهر أن يقول من لايملك نصابا ناميا ليدخل فيه ماذكره الشارح . وقد يقال إن المراد التمييز بين الفقير والمسكين لرد ماقيل إنهما صنف واحد لابينهما وبين الغنى للعلم بتحقق عدم الغنى فيه أى عدم ملك النصاب النامى ، فذكر أن المسكين من لاشيء له أصلا والفقير من يملك شيئا وإن قل فاقتصاره على الأدنى لأنه غاية مايحصل به التمييز .

والحاصل أن المراد هنا الفقير المقابل للمسكين لا للغنى (قوله أى دون نصاب) أى نام فاضل عن الدين فلو مديونا فهو مصرف كما يأتى (قوله مستغرق فى الحاجة) كدار السكنى وعبيد الخدمة وثياب البذلة وآلات الحرفة وكتب العلم للمحتاج إليها تدريسا أو حفظا أو تصحيحا كما مر أول الزكاة .

والحاصل أن النصاب قسمان : موجب للزكاة وهو النامى الخالى عن الدين . وغير موجب لها وهو غيره ، فإن كان مستغرقا بالحاجة لمالكه أباح أخذها وإلا حرمه وأوجب غيرها من صدقة الفطر والأضحية ونفقة القريب المحرم كما فى البحر وغيره (قوله من لاشيء له) فيحتاج إلى المسألة لقوته ومايوارى بدنه ويحل له ذلك بخلاف الأول ويحل صرف الزكاة لمن لاتحل له المسألة بعد كونه فقيرا فتح (قوله على المذهب) من أنه أسوأ حالا من الفقير ، وقيل على العكس والأول أصح بحر وهو قول عامة السلف إسمعيل . وأفهم بالعطف أنهما صنفان وهو قول الإمام وقال الثانى صنف واحد وأثر الخلاف يظهر فيما إذا أوصى بثلث ماله لزيد والفقراء والمساكين أو وقف كذلك كان لزيد الثلث ولكل صنف ثلث عنده وقال الثانى لزيد النصف ولهما النصف ، وتمامه فى النهر (قوله لقوله تعالى أو مسكينا ذا متربة) أى ألصق جلده بالتراب محتفرا حفرة جعلها إزاره لعدم مايواريه أو ألصق بطنه به من الجوع ، وتمام الاستدلال به موقوف على أن الصفة كاشفة والأكثر خلافه فيحمل عليه وتمامه فى الفتح (قوله وآية السفينة للترحم) جواب عما استدل به القائل بأن الفقير أسوأ حالا من المسكين حيث أثبت للمساكين سفينة . والجواب أنه قيل لهم مساكين ترحما . وأجيب أيضا بأنها لم تكن لهم بل هم أجراء فيها أو عارية لهم فتح أى فاللام فى كانت لمساكين للاختصاص لا للملك (قوله يعم الساعى) هو من يسعى فى القبائل لجمع صدقة السوائم والعاشر من نصبه الإمام على الطرق ليأخذ العشر ونحوه من المارة (قوله لأنه فرغ نفسه) أى فهو يستحقه عمالة ، ألا ترى أن

العمل فيحتاج إلى الكفاية والغنى لايمنع من تناولها عند الحاجة كابن السبيل بحر عن البدائع :
وبهذا التعليل يقوى مانسب للواقعات من أن طالب العلم يجوز له أخذ الزكاة ولو غنيا إذا فرغ نفسه لإفادة العلم واستفادته لعجزه عن الكسب والحاجة داعية إلى مالابد منه كذا ذكره المصنف (بقدر عمله)

أصحاب الأموال لو حملوا الزكاة إلى الإمام لايستحق شيئا ولو هلك ماجمعه من الزكاة لم يستحق شيئا كالمضارب إذا هلك مال المضاربة إلا أن فيه شبهة الصدقة بدليل سقوط الزكاة عن أرباب الأموال فلا تحل للعامل الهاشمي تنزيها لقرابة النبي صلى الله عليه وسلم عن شبهة الوسخ ، وتحل للغنى لأنه لايوازى الهاشمي فى استحقاق الكرامة فلا تعتبر الشبهة فى حقه زيلعى على أن منع العامل الهاشمي من الأخذ صريح فى السنة كما بسطه فى الفتح . قال فى النهر : وفى النهاية استعمل الهاشمي على الصدقة فأجرى له منها رزق لاينبغى له أخذه ، ولو عمل ورزق من غيرها فلا بأس به قال فى البحر : وهذا يفيد صحة توليته وأن أخذه منها مكروه لاحرام اه والمراد كراهة التحريم لقولهم لايحل لكن مامر من أن شرائط الساعى أن لايكون هاشميا يعارضه وهذا الذى ينبغى أن يعول عليه اه مافى النهر .

أقول : الظاهر أن الإشارة فى قوله ، وهذا إلى ماذكر هنا من صحة توليته . ووجهه أن ماذكروه هنا صريح فى عدم حل الأخذ مما جمعه من الصدقة لامن غيره فلادليل حينئذ على صحة توليته عاملا إذا رزق من غيرها وقدمنا أن اشتراط أن لايكون هاشميا نقله فى البحر عن الغاية ، ولم أره لغيره على أنه فى الغاية علل ذلك بقوله لما فيه من شبهة الزكاة كما عللوا به هنا ، فعلم أن ذلك شرط لحل الأخذ من الصدقة لالصحة التولية فلا يعارض ماهنا كما قدمناه هناك ، والله تعالى أعلم (قوله فيحتاج إلى الكفاية) لكن لايزاد على نصف ماقبضه كما يأتى ، ولايستحق لو هلك ماجمعه لأن مايستحقه منه أجرة عمالته من وجه كما مر قال فى المعراج لأن عمالته فى معنى الأجرة وأنه يتعلق بالمحل الذى عمل فيه فإذا هلك سقط حقه كالمضارب اه :

قلت : وهذا مفاد التفريع على قوله لأنه فرغ نفسه لهذا العمل فإنه يفيد أن ما يأخذه ليس صدقة من كل وجه بل فى مقابلة عمله فلا ينافى مامر من أن له شبهين فافهم (قوله مانسب للواقعات) ذكر المصنف أنه رآه بخط ثقة معزيا إليها .

قلت : ورأيته فى جامع الفتاوى ونصه وفى المبسوط لايجوز دفع الزكاة إلى من يملك نصابا إلا إلى طالب العلم والغازى ومنقطع الحج لقوله عليه الصلاة والسلام « يجوز دفع الزكاة لطالب العلم وإن كان له نفقة أربعين سنة » اه (قوله من أن طالب العلم) أى الشرعى (قوله إذا فرغ نفسه) أى عن الاكتساب قال ط : المراد أنه لاتعلق له بغير ذلك فنحو البطالات المعلومة وما يجلب له النشاط من مذهبات الهموم لا ينافى التفرغ بل هو سعى فى أسباب التحصيل (قوله واستفادته) لعل الواو بمعنى أو المانعة الخلو ط (قوله لعجزه) علة لجواز الأخذ ط (قوله والحاجة داعية الخ) الواو للحال :

والمعنى أن الإنسان يحتاج إلى أشياء لاغنى له عنها فحينئذ إذا لم يجز له قبول للزكاة مع عدم اكتسابه أنفق ماعنده ومكث محتاجا فينقطع عن الإفادة والاستفادة فيضعف الدين لعدم من يتحمله وهذا الفرع مخالف لإطلاقهم الحرمة فى الغنى ولم يعتمده أحد ط :

قلت : وهو كذلك . والأوجه تقييده بالفقير ، ويكون طلب العلم مرخصا لجواز سؤاله من الزكاة وغيرها وإن كان قادرا على الكسب إذ بدونه لايحل له السؤال كما سيأتى : ومذهب الشافعية والحنابلة أن القدرة على

مايكفيه وأعوانه بالوسط لـكن لايزاد على نصف مايقبضه (ومكاتب) لغير هاشمي ،ولوعجز حل لمولاه ولو غنيا

الاكتساب تمنع الفقر فلا يحل له الأخذ فضلا عن السؤال إلا إذا اشتغل عنه بالعلم الشرعي (قوله ما يكفيه وأعوانه) بيان لقوله بقدر عمله ، وقدمنا أنه يعطى مالم يهلك المال وإلا بطلت عمالته ، ولايعطى من بيت المال شيئا كما في البحر . وفي البزازية أخذ عمالته قبل الوجوب أو القاضي رزقه قبل المدة جاز ، والأفضل عدم التعجيل لاحتمال أن لايعيش إلى المدة اه .

قال في النهر : ولم أرما لو هلك المال في يده وقد تعجل عمالته والظاهر أنه لا يسترد (قوله بالوسط) فيحرم أن يتبع شهوته في المأكل والمشرب لأنه إسراف محض ، وعلى الإمام أن يبعث من يرضى بالوسط بحر (قوله لـكن الخ) أي لو استغرقت كفايته الزكاة لايزاد على النصف لأن التنصيف عين الإنصاف بحر (قوله ومكاتب) هذا هو المعنى بقوله تعالى — وفي الرقاب — في قول أكثر أهل العلم ، وهو المروى عن الحسن البصري أطلقه فعم مكاتب الغني أيضا وقيده الحدادي بالكبير أما الصغير فلا يجوز وفيه نظر إذ صرحوا بأن المكاتب يملك المدفوع إليه وهذا باطلاقه يعم الصغير أيضا نهر .

قلت : قد يجاب بأن مراد الحدادي بالصغير من لايعقل لأن كتابته استقلالا غير صحيحة أو لأنه لايصح قبضه تأمل ثم قال في النهر : وعلى هذا فالعدول فيه وفيما بعده عن اللام إلى « في » للدلالة على أن الاستحقاق للجهة لا للرقبة . أو للإيذان بأنهم أرسخ في استحقاق التصدق عليهم من غيرهم لأنهم لايملكون شيئا كما ظن إلا أن يراد لايملكون ملكا مستقرا وهل يجوز للمكاتب صرف المدفوع إليه في غير ذلك الوجه لم أره لهم اه والضمير في لهم للأئمة وأصل التوقف لصاحب البحر ، فإنه نقل عن الطيبي من الشافعية مايفيد أن المكاتب ومن بعده ليس لهم صرف المال في غير الجهة التي أخذوا لأجلها لأنهم لايملكونه .

ثم قال وفي البدائع : إنما جاز دفع الزكاة إلى المكاتب لأنه تمليك وهو ظاهر في أن الملك يقع للمكاتب فبقية الأربعة بالطريق الأولى لـكن بقي هل لهم على هذا الصرف إلى غير الجهة اه قال الخير الرملي والذي يقتضيه نظر الفقيه الجواز اه . قلت : وبه جزم العلامة المقدسي في شرح نظم الكنز .

[فرع] ذكر الزيلعي في كتاب المكاتب عند قوله ولو اشترى أباه أو ابنه فكاتب عليه أن للمكاتب كسبا وليس له ملك حقيقة لوجود ماينافيه وهو الرق ولهذا لو اشترى زوجته لايفسد نكاحه ويجوز دفع الزكاة إليه ولو وجد كنزا اه كذا في شرح الكنز للعلامة ابن الشلبي شيخ صاحب البحر .

قلت : وهو صريح في جواز دفع الزكاة إليه وإن ملك نصابا زائدا على بدل الكتابة وسنذكر عن القهستاني مايفيده (قوله لغير هاشمي) لأنه إذا لم يجز دفعها لمعتق الهاشمي الذي صار حرا يدا ورقبة فمكاتبه الذي بقي مملوكا له رقبة بالأولى وفي البحر عن المحيط وقد قالوا : إنه لايجوز لمكاتب هاشمي لأن الملك يقع للمولى من وجه والشبهة ملحقة بالحقيقة في حقهم اه : أي إن المكاتب وإن صار حرا يدا حتى يملك مايدفع إليه لـكنه مملوك رقبة ففيه شبهة وقوع الملك لمولاه الهاشمي والشبهة معتبرة في حقه لكرامته بخلاف الغني كما مر في العامل ، فلذا قيد بقوله في حقهم أي حق بني هاشم . وأنت خبير بأن ماذكر من التعليل مسوق في كلام البحر لعدم الجواز لمكاتب الهاشمي لا لمنع تصرف المكاتب في المسألة التي توقف في حكمها أولا بل لايفيد التعليل المذكور ذلك أصلا فافهم (قوله حل لمولاه) لأنه انتقل إليه بملك حادث بعد ماملكه المكاتب لأنه حرا يدا وتبدل الملك بمنزلة تبدل العين ، وفي الحديث الصحيح

كفقير استغنى وابن سبيل وصل لماله ، وسكت عن المؤلفة قلوبهم لسقوطهم إما بزوال العلة أو نسخ بقوله صلى الله عليه وسلم لمعاذ فى آخر الأمر « خذها من أغنيائهم وردها فى فقرائهم »

« هو لها صدقة ولنا هدية » (قوله كفقير استغنى) أى وفضل معه شئ مما أخذه حالة الفقر لأن المعتبر فى كونه مصرفا هو وقت الدفع وكذا يقال فى ابن السبيل (قوله وسكت عن المؤلفة قلوبهم) كانوا ثلاثة أقسام: قسم كفار كان عليه الصلاة والسلام يعطيهم ليتألفهم على الإسلام . وقسم كان يعطيهم ليدفع شرهم . وقسم أسلموا وفيهم ضعف فى الإسلام ، فكان يتألفهم ليثبتوا وكان ذلك حكما مشروعا ثابتا بالنص ، فلا حاجة إلى الجواب عما يقال كيف يجوز صرفها إلى الكفار بأنه كان من جهاد الفقراء (١) فى ذلك الوقت أو من الجهاد لأنه تارة بالسنان وتارة بالإحسان أفاده فى الفتح (قوله لسقوطهم) أى فى خلافة الصديق لما منعهم عمر رضى الله تعالى عنهما وانعقد عليه إجماع الصحابة ، نعم على القول بأنه لا إجماع إلا عن مستند يجب علمهم بدليل أفاد نسخ ذلك قبل وفاته صلى الله عليه وسلم أو تقييد الحكم بحياته أو كونه حكما مغيا بانتهاء علته وقد اتفق انتهاؤها بعد وفاته وتمامه فى الفتح لكن لا يجب علمنا نحن بدليل الإجماع كما هو مقرر فى محله (قوله إما بزوال العلة) هى إعزاز الدين فهو من قبيل انتهاء الحكم لانتهاء علته الغائية التى كان لأجلها الدفع ، فإن الدفع كان للإعزاز وقد أعز الله الإسلام وأغنى عنهم بحر لكن مجرد التعليل بكونه معللا بعلة انتهت لا يصلح دليلا على نفى الحكم المعلل ، لأن الحكم لا يحتاج فى بقائه إلى بقاء علته (٢) . لاستغنائه فى البقاء عنها لما علم فى الرق والاضطباع والرمل ، فلابد من دليل يدل على أن هذا الحكم مما شرع مقيدا بقاؤه ببقائها لكن لا يلزمنا تعيينه فى محل الإجماع فنحكم بثبوت الدليل وإن لم يظهر لنا على أن الآية التى ذكرها عمر تصلح لذلك وهى قوله تعالى — وقل الحق من ربكم فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر — وتمامه فى الفتح (قوله أو نسخ بقوله صلى الله عليه وسلم الخ) أى هو مستند الإجماع فالنسخ فى حياته صلى الله عليه وسلم بالحديث المذكور الذى سمعه أهل الإجماع من النبى صلى الله عليه وسلم ، فكان قطعيا بالنسبة إليهم فيصح نسخه للكتاب ، وجعل فى البحر مستند الإجماع الآية التى ذكرها عمر رضى الله تعالى عنه وإنما لم يجعل الإجماع ناسخا لأنه خلاف الصحيح لأن النسخ لا يكون إلا فى حياته صلى الله عليه وسلم ، والإجماع لا يكون إلا بعده كما أوضحه المصنف فى المنح (قوله وردها فى فقرائهم) فى نسخة : على فقرائهم ، ولفظ الحديث على ما فى الفتح من رواية أصحاب الكتب الستة « إنك ستأتى قوما أهل كتاب فادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله وأنى رسول الله فإن هم أطاعوك لذلك فأعلمهم أن الله افترض عليهم خمس صلوات فى كل يوم وليلة فإن هم أطاعوك لذلك فأعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم الخ » اهـ وأما باللفظ الذى ذكره الشارح تبعا للهداية فى حاشية نوح عن الحافظ ابن حجر أنه لم يره فى شئ من المسانيد اهـ وضمير فقرائهم للمسلمين ، فلا تدفع إلى من كان من المؤلفة كافرا أو غنيا وتدفع إلى من كان منهم مسلما فقيرا بوصف الفقر لا لكونه من المؤلفة فالنسخ للعموم (٣) أو لخصوص

---

(١) (قوله من جهاد الفقراء الخ) فيه أنه عليه الصلاة والسلام كان معظم إعطائه لأغنيائهم ليتبعوا فلا يصلح أن يكون هذا جوابا على تسليم ورود السؤال ، فالأحسن فى الجواب ما عطفه عليه بقوله أو كان من الجهاد الخ اهـ .

(٢) (قوله إلى بقاء علته الخ) فإن علته الكفر لأنه أى الرق جزاء من استنكافهم ، وعدم انقيادهم لله تعالى فجعلهم أرقاء لعبيده ولا ينتفى الرق بانتفاء العلة لأن العلة يشترط وجودها فى الابتداء دون البقاء كذا فى التلويح ببعض تغيير .

وعلة الاضطباع والرمل هى « أن المشركين لما قالوا عن المسلمين قتلتهم حمى يثرب أمر النبى صلى الله عليه وسلم المسلمين بالاضطباع والرمل وإظهار القوة للرد على المشركين فى زعمهم » والآن قد زالت هذه العلة ولم يزالا مشروعين اهـ .

(٣) (قوله فالنسخ للعموم) أى لعموم المؤلفة قلوبهم فإنه شامل للأغنياء والفقراء كفارا كانوا أو مسلمين ، فقوله صلى الله عليه وسلم « فترد على فقرائهم » قد نسخ هذا العموم ، وقوله : أو لخصوص الجهة أى جهة التأليف أى هذا الحديث المتقدم نسخ كون جهة التأليف مجوزة للصرف إلى من اتصف بها والصرف إلى الفقير المسلم من اتصف بها ليس لكونه متصفا بها بل لكونه فقيرا مسلما اهـ .

(ومديون لايملك نصاباً فاضلا عن دينه) وفى الظهيرية : الدفع للمديون أولى منه للفقير (وفى سبيل الله وهو منقطع الغزاة) وقيل الحاج وقيل طلبة العلم ، وفسره فى البدائع بجميع القرب وثمرة الاختلاف فى نحو الأوقاف (وابن السبيل وهو) كل (من له مال لامعه)

الجهة تأمل (قوله ومديون) هو المراد بالغارم فى الآية وذكر فى الفتح مايقتضى أنه يطلق على رب الدين أيضا فإنه قال والغارم من لزمه دين أوله دين على الناس لايقدر على أخذه وليس عنده نصاب ؛ وفيه نظر لما قال القتبى الغارم من عليه الدين ولا يجد وفاء ، وأما ما فى الصحاح من أن الغريم قد يطلق على رب الدين فليس مما الكلام فيه لأن الكلام فى الغارم الأخص لافى الغريم ، وأما مازاده فى الفتح فإنما جاز الدفع إليه لأنه فقير يدا كابن السبيل كما علل به فى المحيط لا لأنه غارم . وأما قول الزيلعى : والغارم من لزمه دين ، ولا يملك نصابا فاضلا عن دينه أو كان له مال على الناس ولا يمكنه أخذه اهـ فليس فيه إطلاق الغارم على رب الدين كما لايخفى لأن قوله أو كان له مال معطوف على قوله ولا يملك نصابا فافهم وكلام النهر هنا غير محرر فتدبر (قوله لايملك نصابا) قيد به لأن الفقر شرط فى الأصناف كلها إلا العامل وابن السبيل إذا كان له فى وطنه مال بمنزلة الفقير بحر ، ونقل ط عن الحموى أنه يشترط أن لايكون هاشميا (قوله أولى منه للفقير) أى أولى من الدفع للفقير الغير المديون لزيادة احتياجه (قوله وهو منقطع الغزاة) أى الذين عجزوا عن اللحوق بجيش الإسلام لفقرهم بهلاك النفقة أو الدابة أو غيرهما فتحل لهم الصدقة وإن كانوا كاسبين إذ الكسب يقعدهم عن الجهاد قهستانى (قوله وقيل الحاج) أى منقطع الحاج . قال فى المغرب : الحاج بمعنى الحجاج كالسامر بمعنى السمار فى قوله تعالى - سامرا تهجرون - وهذا قول محمد والأول قول أبى يوسف اختاره المصنف تبعا للكنز . قال فى النهر : وفى غاية البيان أنه الأظهر وفى الإسبيجابى أنه الصحيح (قوله وقيل طلبة العلم) كذا فى الظهيرية والمرغينانى واستبعده السروجى بأن الآية نزلت وليس هناك قوم يقال لهم طلبة علم قال فى الشرنبلالية : واستبعاده بعيد لأن طالب العلم ليس إلا استفادة الأحكام وهل يبلغ طالب رتبة من لازم صحبة النبى صلى الله عليه وسلم لتلقى الأحكام عنه كأصحاب الصفة ، فالتفسير بطالب العلم وجيه خصوصا وقد قال فى البدائع فى سبيل الله جميع القرب فيدخل فيه كل من سعى فى طاعة الله وسبيل الخيرات إذا كان محتاجا اهـ (قوله وثمرة الاختلاف الخ) يشير إلى أن هذا الاختلاف إنما هو فى تفسير المراد بالآية لا فى الحكم ، ولذا قال فى النهر والخلف لفظى للاتفاق ، على أن الأصناف كلهم سوى العامل يعطون بشرط الفقر فمنقطع الحاج أى وكذا من ذكر بعده يعطى اتفاقا وعن هذا قال فى السراج وغيره فائدة الخلاف تظهر فى الوصية يعنى ونحوها كالأوقاف والنذور على مامر اهـ أى تظهر فيما لو قال الموصى ونحوه فى سبيل الله .

وفى البحر عن النهاية ، فإن قلت : منقطع الغزاة أو الحج إن لم يكن فى وطنه مال فهو فقير وإلا فهو ابن السبيل فكيف تكون الأقسام سبعة :

قلت : هو فقير إلا أنه زاد عليه بالانقطاع فى عبادة الله تعالى فكان مغايرا للفقير المطلق الخالى عن هذا القيد (قوله وابن السبيل) هو المسافر سمى به للزومه الطريق زيلعى (قوله من له مال لا معه) أى سواء كان هو فى غير وطنه أو فى وطنه وله ديون لايقدر على أخذها كما فى النهر عن النقاية لكن الزيلعى جعل الثانى ملحقا به حيث قال : وألحق به كل من هو غائب عن ماله وإن كان فى بلده لأن الحاجة هى المعتبرة وقد وجدت لأنه فقير يدا وإن كان غنيا ظاهرا اهـ وتبعه فى الدرر والفتح وهو ظاهر كلام الشارح وقال فى الفتح أيضا : ولا يحل له أى لابن السبيل أن يأخذ أكثر من حاجته والأولى له أن يستقرض إن قدر ولا يلزمه ذلك لجواز عجزه عن الأداء ولايلزمه التصدق

ومنه مالو كان ماله مؤجلا أو على غائب أو معسر أو جاحد ولو له بينة فى الأصح (يصرف) المزكى (إلى كلهم أو إلى بعضهم) ولو واحدا من أى صنف كان، لأن أل الجنسية تبطل الجمعية، وشرط الشافعي ثلاثة من كل صنف :

ويشترط أن يكون الصرف (تمليكا) لا إباحة كما مر (لا) يصرف (إلى بناء) نحو (مسجد و) لا إلى (كفن ميت وقضاء دينه) أما دين

بما فضل فى يده عند قدرته على ماله كالفقير إذا استغنى والمكاتب إذا عجز . وعندهما من مال الزكاة لا يلزمهما التصدق اهـ .

قلت : وهذا بخلاف الفقير فإنه يحل له أن يأخذ أكثر من حاجته وبهذا فارق ابن السبيل كما أفاده فى الذخيرة (قوله ومنه مالو كان ماله مؤجلا) أى إذا احتاج إلى النفقة يجوز له أخذ الزكاة قدر كفايته إلى حلول الأجل نهر عن الخانية (قوله أو على غائب) أى ولو كان حالا لعدم تمكنه من أخذه ط (قوله أو معسرا) فيجوز له الأخذ فى أصح الأقاويل لأنه بمنزلة ابن السبيل، ولو موسرا معترفا لا يجوز كما فى الخانية وفى الفتح دفع إلى فقيرة لها مهر دين على زوجها يبلغ نصابا وهو موسر بحيث لو طلبت أعطاها لا يجوز وإن كان لا يعطى لو طلبت جاز : قال فى البحر : المراد من المهر ما تعورف تعجيله وإلا فهو دين مؤجل لا يمنع وهذا مقيد لعموم ما فى الخانية ويكون عدم إعطائه بمنزلة إعساره ويفرق بينه وبين سائر الديون بأن رفع الزوج للقاضى مما لا ينبغى للمرأة بخلاف غيره ، لكن فى البزازية إن موسرا والمعجل قدر النصاب لا يجوز عندهما وبه يفتى احتياطا وعند الإمام يجوز مطلقا اهـ قال فى السراج : والخلاف مبنى على أن المهر فى الذمة ليس بنصاب عنده وعندهما نصاب اهـ نهر .

قلت : ولعل وجه الأول كون دين المهر دينا ضعيفا لأنه ليس بدل مال ولهذا لا تجب زكاته حتى يقبض ويحول عليه حول جديد فهو قبل القبض لم ينعقد نصابا فى حق الوجوب فكذا فى حق جواز الأخذ لكن يلزم من هذا عدم الفرق بين معجله ومؤجله فتأمل (قوله ولو له بينة فى الأصح) نقل فى النهر عن الخانية أنه لو كان جاحدا وللدائن بينة عادلة لا يحل له أخذ الزكاة ، وكذا إن لم تكن البينة عادلة مالم يحلفه القاضى، ثم قال ولم يجعل فى الأصل الدين المجحود نصابا ، ولم يفصل بين ما إذا كان له بينة عادلة أولا . قال السرخسى : والصحيح جواب الكتاب أى الأصل إذ ليس كل قاض يعدل ، ولا كل بينة تقبل ، والجثو بين يدى القاضى ذل وكل أحد لا يختار ذلك وينبغى أن يعول على هذا كما فى عقد الفرائد اهـ .

قلت : وقدمنا أول الزكاة اختلاف التصحيح فيه، ومال الرحمتى إلى هذا وقال بل فى زماننا يقر المديون بالدين وبملاءته ولا يقدر الدائن على تخليصه منه فهو بمنزلة العدم (قوله لأن أل الجنسية) أى الدالة على الجنس أى الحقيقة قال ح : وهذا تعليل لجواز الاقتصار على فرد من كل صنف من الأصناف السبعة، وأما جواز الاقتصار على بعض الأصناف فعلته أن المراد بالآية بيان الأصناف التى يجوز الدفع إليهم لا تعيين الدفع لهم بحر اهـ ط، وبيان الاستدلال على ذلك مبسوط فى الفتح وغيره (قوله تمليكا) فلا يكفى فيها الإطعام إلا بطريق التمليك ولو أطعمه عنده ناويا الزكاة لا تكفى ط وفى التمليك إشارة إلى أنه لا يصرف إلى مجنون وصبى غير مراهق إلا إذا قبض لهما من يجوز له قبضه كالأب والوصى وغيرهما ويصرف إلى مراهق يعقل الأخذ كما فى المحيط قهستانى وتقدم تمام الكلام على ذلك أول الزكاة (قوله كما مر) أى فى أول كتاب الزكاة ط (قوله نحو مسجد) كبناء القناطر والسقايات وإصلاح الطرقات وكرى الأنهار والحج والجهاد وكل مالا تمليك فيه زيلعى (قوله ولا إلى كفن ميت) لعدم صحة التمليك منه ؛ ألا ترى أنه لو افترسه سبع كان الكفن للمتبرع لا للورثة نهر (قوله وقضاء دينه) لأن قضاء

الحي الفقير فيجوز لو بأمره ، ولو أذن فمات فإطلاق الكتاب يفيد عدم الجواز وهو الوجه نهر (و) لا إلى (ثمن ما) أي قن (يعتق) لعدم التمليك وهو الركن .

وقدمنا أن الحيلة أن يتصدق على الفقير ثم يأمره بفعل هذه الأشياء وهل له أن يخالف أمره؟ لم أره والظاهر نعم

دين الحي لايقتضي التمليك من المديون، بدليل أنهما لو تصادقا أي الدائن والمديون على أن لادين عليه يسترده الدافع، وليس للمديون أن يأخذه زيلعي أي وقضاء دين الميت بالأولى ، وإنما يسترد الدافع مادفعه في مسألة التصادق لأنه ظهر به أن لادين للدائن فقد قبض مالاحق له به لأنه قبضه عن ذمة مديونه ، وقوله وليس للمديون أن يأخذه أي لأنه لم يملكه أيضا ، وقيده في البحر بما إذا كان الدفع بغير أمر المديون فلو بأمره فهو تمليك من المديون فيرجع عليه لاعلى الدائن اه أي لأن من قضى دين غيره بأمره له أن يرجع عليه بلا شرط الرجوع في الصحيح فيكون تمليكا من المديون على سبيل القرض ، ثم هذا إذا لم ينو بالدفع الزكاة على المديون وإلا فلا رجوع له على أحد كما نذكر قريبا فافهم (قوله فيجوز لو بأمره) أي يجوز عن الزكاة على أنه تمليك منه والدائن يقبضه بحكم النيابة عنه ثم يصير قابضاً لنفسه فتح (قوله فإطلاق الكتاب) يعني الهداية أو القدوري حيث أطلقا دين الميت عن التقييد بالأمر وأصل البحث لابن الهمام في شرح الهداية حيث قال وفي الغاية عن المحيط والمفيد لو قضى بها دين حي أو ميت بأمره جاز وظاهر الخانية يوافقه ، لكن ظاهر إطلاق الكتاب يفيد عدم الجواز في الميت مطلقا ، وهو ظاهر الخلاصة أيضا حيث قال لو قضى دين حي أو ميت بغير إذن الحي لايجوز فقيد الحي وأطلق الميت اه (قوله وهو الوجه) لأنه لابد من كونه تمليكا وهو لايقع عند أمره بل عند أداء المأمور وقبض النائب ، وحينئذ لم يكن المديون أهلا للتملك لموته وعلى هذا فإطلاق مسألة التصادق السابقة محمول على ما إذا كان الوفاء بغير أمر المديون أما لو كان بأمره فينبغي أن يرجع على المديون(١) إذ غاية الأمر أنه ملك فقيرا على ظن أنه مديون وظهور عدمه لايؤثر عدم التمليك بعد وقوعه لله تعالى كذا في النهر وهو ملخص من كلام الفتح، لكن قوله : فينبغي أن يرجع على المديون ليس في عبارة الفتح وهو سبق قلم لأن هذا فيما إذا لم ينو بالدفع الزكاة كما قدمناه والكلام الآن فيما إذا نواها بدليل التعليل وحينئذ لارجوع له على أحد لوقوعه زكاة ، نعم ينبغي أن يرجع به المديون على دائنه لأن الدائن قبضه نيابة عنه ثم لنفسه وقد تبين بالتصادق عدم صحة قبضه لنفسه فبقي على ملك المديون ، ثم رأيت العلامة المقدسي اعترض مابحثه في الفتح بأن الدفع وقع نيابة عن المديون لوفاء دينه وإذا لم يكن دين لم يعتبر ذلك التوكيل الضمني في القبض لأنه ثبت ضرورة للدين ، ولا دين فلا قبض فلا ملك للفقير اه .

قلت : وفيه نظر لأن أمره بالدفع إلى دائنه لم يبطل بظهور عدم الدين كما لو أمره بالدفع إلى أجنبي فيكون وكيلا بالقبض قصدا لاضمنا تأمل (قوله يعتق) أي يعتقه الذي اشتراه بزكاة ماله أو يعتق عليه بأن اشترى بها أباه مثلا (قوله لعدم التمليك) علة للجميع (قوله وهو الركن) أي ركن الزكاة بالمعنى المصدري لأنها كما مر تمليك المال من فقير مسلم الخ، وتسميته ركنا تبعاً للهداية وغيرها ظاهر بخلاف مافي الدرر من تسميته شرطاً (قوله وقدمنا) أي قبيل قوله وافتراضها عمري (قوله أن الحيلة) أي في الدفع إلى هذه الأشياء مع صحة الزكاة (قوله ثم بأمره الخ) ويكون له ثواب الزكاة وللفقير ثواب هذه القرب بحر وفي التعبير بثم إشارة إلى أنه لو أمره أولا لايجزى ، لأنه يكون وكيلا عنه في ذلك وفيه نظر لأن المعتبر نية الدافع ولذا جازت وإن سماها قرضا أو هبة في الأصح كما قدمناه فافهم (قوله والظاهر نعم) البحث لصاحب النهر وقال لأنه مقتضى صحة التمليك قال الرحمتي : والظاهر أنه لاشبهة

---

(١) (قوله أن يرجع على المديون الخ) قال شيخنا : الذي رأيته في عدة نسخ من النهر : فينبغي أن يرجع المديون بإسقاطه عليه وحينئذ فلا كلام اه .

(ولا) إلى (من بينهما ولاد) ولو مملوكا لفقير (أو) بينهما (زوجية) ولو مبانة وقالا تدفع هي لزوجها (و) لا إلى (مملوك المزكي) ولو مكاتبا أو مدبرا (و) لا إلى (عبد أعتق المزكي بعضه) سواء كان كله له أو بينه وبين ابنه

فيه لأنه ملكه إياه عن زكاة ماله وشرط عليه شرطا فاسدا والهبة والصدقة لا يفسدان بالشرط الفاسد (قوله وإلى من بينهما ولاد(١)) أى بينه وبين المدفوع إليه لأن منافع الأملاك بينهم متصلة فلا يتحقق التمليك على الكمال هداية والولاد بالكسر مصدر ولدت المرأة ولادة وولادا مغرب أى أصله وإن علا كأبويه وأجداده وجداته من قبلهما وفرعه وإن سفل بفتح الفاء من باب طلب والضم خطأ لأنه من السفالة وهى الخساسة مغرب كأولاد الأولاد وشمل الولاد بالنكاح والسفاح فلا يدفع إلى ولده من الزنا ولا إلى من نفاه كما سيأتى ، وكذا كل صدقة واجبة كالفطرة والنذر والكفارات ، أما التطوع فيجوز بل هو أولى كما فى البدائع ، وكذا يجوز خمس المعادن لأن له حبسه لنفسه إذا لم تغنه الأربعة الأخماس كما فى البحر عن الاسبيجابى ، وقيد بالولاد لجوازه لبقية الأقارب كالإخوة والأعمام والأخوال الفقراء بل هم أولى لأنه صلة وصدقة . وفى الظهيرية : ويبدأ فى الصدقات بالأقارب ، ثم الموالى ثم الجيران . ولو دفع زكاته إلى من نفقته واجبة عليه من الأقارب جاز إذا لم يحسبها من النفقة بحر وقدمناه موضحا أول الزكاة . ويجوز دفعها لزوجة أبيه وابنه وزوج ابنته تاترخانية .

وفى القنية : اختلف فى المريض إذا دفع زكاته إلى أخيه وهو وارثه قيل يصح وقيل لا كمن أوصى بالحج ليس للوصى أن يدفعه إلى قريب الميت لأنه وصية وقيل للورثة الرد باعتبارها اه . وظاهر كلامهم يشهد للأول نهر وكذا استظهره فى البحر .

قلت : ويظهر لى الأخير وهو أنه يقع زكاة فيما بينه وبين الله تعالى وللورثة إن علموا به الرد باعتبار أنها فى حكم الوصية للوارث ويشهد له ما قدمناه قبيل باب زكاة المال عن المختارات وغيرها من أنها لو زادت على الثلث وأراد أن يؤديها فى مرضه يؤديها سرا من الورثة ، وقدمنا أن ظاهر قولهم سرا أن الورثة لو علموا بذلك لهم أخذ مازاد على الثلث . وقد يفرق بين المسألتين بأن المريض هناك مضطر إلى أداء الزائد على الثلث للخروج عن عهدتها بخلاف أدائه إلى وارثه تأمل .

[فرع] يكره أن يحتال فى صرف الزكاة إلى والديه المعسرين بأن تصدق بها على فقير ثم صرفها الفقير إليهما كما فى القنية . قال فى شرح الوهبانية وهى شهيرة مذكورة فى غالب الكتب (قوله ولو مملوكا لفقير) قد راجعت كثيرا فلم أر من ذكر ذلك وهو مشكل ، فإن الملك يقع للمولى الفقير ، ثم رأيت الرحمتى قال حكاه الشلبى فى حاشية التبيين بقيل فقال وقيل فى الولد الرقيق والزوجة كذلك اه أى لا تدفع لهم الزكاة اه ثم رأيت عبارة الشلبى بعينها فى المعراج ومقتضى التعبير بقيل ضعفه لما قلنا والله أعلم (قوله ولو مبانة) أى فى العدة ولو بثلاث نهر عن معراج الدراية (قوله ولا إلى مملوك المزكى) وكذا مملوك من بينه وبينه قرابة ولاد أو زوجية لما قال فى البحر والفتح إن الدفع لمكاتب الولد غير جائز كالدفع لابنه شرنبلالية (قوله ولو مكاتبا أو مدبرا) لعدم التمليك فى العبد والمدبر ولأن له فى كسب مكاتبه حقا زيلعى . واعترض الشرنبلالى جعله المملوك شاملا للمكاتب بأنهم صرحوا بأنه لو قال كل مملوك لى حر لا يتناول المكاتب ، لأنه ليس بمملوك مطلقا لأنه مالك يدا .

قلت : وقد يجاب بأنه لم يتناوله هناك لشبهة انصراف المطلق إلى الكامل فلم يعتق لأن الشبهة تصلح للدفع لا للإثبات ولا مقتضى هنا لمراعاة هذه الشبهة (قوله أعتق المزكى بعضه) اعلم أن حكم معتق البعض عند الإمام أن

(١) قوله (وإلى من بينهما الخ) هكذا بخطه ولعله سقط من قلمه كلمة لا ، تأمل اه مصححه .

فأعتق الأب حظه معسرا لايدفع له لأنه مكاتبه أو مكاتب ابنه ؛ وأما المشترك بينه وبين أجنبي فحكمه علم مما مر لأنه إما مكاتب نفسه أو غيره . وقالا : يجوز مطلقا لأنه حركله أو حر مديون فافهم (و) لا إلى (غني) يملك قدر نصاب فارغ عن حاجته الأصلية من أي مال كان كمن له نصاب سائمة لاتساوي مائة درهم

العبد إن كان كله للمعتق عتق بقدر ما أعتق وله استسعاؤه في قيمة الباقي أو تحريره وإن كان مشتركا . فإن كان المعتق موسرا فلشريكه استسعاء العبد في قيمة حصته أو تضمين المعتق ، ويرجع بما ضمن على العبد أو يعتق باقيه وإن كان معسرا استسعى العبد لا غير . وعندهما إن أعتق بعض عبده عتق كله ولا يسعى وإن أعتق بعض المشترك فليس للآخر إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعسار ولا يرجع المعتق على العبد وسيأتي تمام الأحكام في بابه (قوله معسرا) حال من الأب وليس بقيد احترازي (قوله لايدفع له) ذكره ليعلل له وإلا فيغني عنه قول المصنف ولا إلى عبده ط (قوله لأنه مكاتبه أو مكاتب ابنه) لأنه على تقدير أن يكون كله له أو يكون بينه وبين ابنه وكان موسرا واختار الابن تضمينه ورجع الأب على العبد بما ضمن فهو مكاتب . وإن كان معسرا أو كان موسرا واختار الابن الاستسعاء فهو مكاتب ابنه ومكاتب الابن لايجوز دفع الزكاة إليه كما لايجوز دفعها إلى الابن فافهم . وبما قررنا ظهر أن قوله معسرا ليس بقيد احترازي كما قلنا ولعل فائدته رجوع شقي التعليل إلى المسألتين على سبيل اللف والنشر المرتب ثم إنه سماه مكاتبا لأنه يشبهه في السعاية وإن خالفه من بعض الأوجه كعدم الرد إلى الرق (قوله وأما المشترك الخ) قال في البحر : ولو كان بين اثنين أجنبيين فأعتق أحدهما حصته وهو معسر واختار الساكت الاستسعاء فللمعتق الدفع لأنه مكاتب لشريكه ، وليس للساكت الدفع لأنه مكاتبه وإن كان المعتق موسرا واختار الساكت تضمينه فللساكت الدفع إلى العبد لأنه أجنبي عنه وليس للمعتق الدفع إذا اختار بعد تضمينه استسعاءه اهـ (قوله لأنه إما مكاتب نفسه) أي فيما إذا كان المزكي هو الساكت المستسعي وكان المعتق معسرا أو كان المزكي هو المعتق الموسر واستسعى العبد بعد أن ضمنه الساكت ، وقوله أو غيره أي فيما إذا كان المزكي هو المعتق في الصورة الأولى أو الساكت في الثانية كما علم مما ذكرناه آنفا عن البحر ؛ ففي المسألتين الأوليين لا يجوز الدفع إليه لأنه مكاتب نفسه كما علم من قوله ولا إلى مملوك المزكي ولو مكاتبا ، وفي الأخيرتين يجوز لأنه مكاتب غيره كما علم من قول المتن سابقا ومكاتب ، فقوله لأنه الخ تعليل لقوله فحكمه علم مما مر وهو ظاهر فافهم ؛

قال في النهر : فإن قلت : كيف يتصور دفع الزكاة من المعسر ؟ قلت : يتصور بأن يكون زكاة مال مستهلك قبل الإعتاق ويكون وقت الاعتاق فقيرا (قوله مطلقا) أي سواء كان المعتق موسرا أو معسرا والعبد كله له أو مشترك بينه وبين ابنه أو أجنبي (قوله لأنه حركله) أي غير مديون وهو فيما إذا كان كل العبد للمعتق أو بعضه وهو موسر وضمنه الساكت (قوله أو حر مديون) أي فيما إذا كان المعتق معسرا فإن العبد يسعى للساكت وهو حر (قوله فافهم) أشار به إلى أنه حرر المراد على وجه لا يرد عليه ما أورده في الدرر على عبارة الهداية وإن تكلف شراحها إلى تأويلها كما يعلم بمراجعة ذلك (قوله ولا إلى غني) استثنى منه القهستاني المكاتب وابن السبيل والعامل ، ومقتضاه جواز الدفع إلى المكاتب وإن حصل نصابا زائدا على بدل الكتابة ، وقدمنا نحوه عن شرح ابن الشلبي ، وأما دفعها إلى السلطان فتقدم الكلام عليه أول الزكاة وكذا لو جمع رجل للفقير زكاة من جماعة (قوله فارغ عن حاجته) قال في البدائع : قدر الحاجة هو ما ذكره الكرخي في مختصره فقال : لا بأس أن يعطى من الزكاة من له مسكن ، وما يتأثث به في منزله وخادم وفرس وسلاح وثياب البدن وكتب العلم إن كان من أهله ، فإن كان له فضل عن ذلك تبلغ قيمته مائتي درهم حرم عليه أخذ الصدقة ، لما روى عن الحسن البصري قال

كما جزم به فى البحر والنهر ، وأقره المصنف قائلا وبه يظهر ضعف مافى الوهبانية وشرحها من أنه تحل له الزكاة وتلزمه الزكاة اه ، لكن اعتمد فى الشرنبلالية مافى الوهبانية وحرر وجزم بأن مافى البحر وهم (و) لا إلى (مملوكه)

كانوا يعنى الصحابة يعطون من الزكاة لمن يملك عشرة آلاف درهم من السلاح والفرس والدار والخدم ، وهذا لأن هذه الأشياء من الحوائج اللازمة التى لابد للإنسان منها . وذكر فى الفتاوى فيمن له حوانيت ودور للغلة لكن غلتها لا تكفيه وعياله أنه فقير ويحل له أخذ الصدقة عند محمد ، وعند أبى يوسف لايحل وكذا لوله كرم لاتكفيه غلته ، ولو عنده طعام للقوت يساوى مائتى درهم ، فإن كان كفاية شهر يحل أو كفاية سنة ، قيل لا تحل ، وقيل يحل لأنه مستحق الصرف إلى الكفاية فيلحق بالعدم ، وقد ادخر عليه الصلاة والسلام لنسائه قوت سنة ، ولو له كسوة الشتاء وهو لا يحتاج إليها فى الصيف يحل ذكر هذه الجملة فى الفتاوى اه وظاهر تعليله للقول الثانى فى مسألة الطعام اعتماده . وفى التتارخانية عن التهذيب أنه الصحيح وفيها عن الصغرى له دار يسكنها لكن تزيد على حاجته بأن لا يسكن الكل يحل له أخذ الصدقة فى الصحيح وفيها سئل محمد عمن له أرض يزرعها أو حانوت يستغلها أو دار غلتها ثلاثة آلاف ولاتكفى لنفقته ونفقة عياله سنة ؟ يحل له أخذ الزكاة وإن كانت قيمتها تبلغ ألوفا وعليه الفتوى وعندهما لا يحل اه ملخصا .

مطلب فى جهاز المرأة هل تصير به غنية

قلت : وسألت عن المرأة هل تصير غنية بالجهاز الذى تزف به إلى بيت زوجها ؟ والذى يظهر مما مر أن ما كان من أثاث المنزل وثياب البدن وأوانى الاستعمال مما لابد لأمثالها منه فهو من الحاجة الأصلية وما زاد على ذلك من الحلى والأوانى والأمتعة التى يقصد بها الزينة إذا بلغ نصابا تصير به غنية ، ثم رأيت فى التاترخانية فى باب صدقة الفطر : سئل الحسن بن على عمن لها جواهر ولآلى تلبسها فى الأعياد وتتزين بها للزوج وليست للتجارة هل عليها صدقة الفطر ؟ قال : نعم إذا بلغت نصابا . وسئل عنها عمر الحافظ فقال لا يجب عليها شىء اه .

مطلب فى الحوائج الأصلية

وحاصله ثبوت الخلاف فى أن الحلى غير النقدين من الحوائج الأصلية ، والله تعالى أعلم (قوله كما جزم به فى البحر) حيث قال : ودخل تحت النصاب النامى الخمس من الإبل فإن ملكها أو نصابا من السوائم من أى مال كان لايجوز دفع الزكاة له سواء كان يساوى مائتى درهم أولا ، وقد صرح به شراح الهداية عند قوله من أى مال كان اه (قوله ما فى الوهبانية) أى فى آخرها عند ذكر الألغاز (قوله لكن اعتمد فى الشرنبلالية الخ) حيث قال : وما وقع فى البحر خلاف هذا فهو وهم فليتنبه له ، وقد ذكر خلافه فى ألغاز الأشباه والنظائر فقد ناقض نفسه ، ولم أر أحدا من شراح الهداية صرح بما ادعاه بل عبارتهم تفيد خلافه غير أنه قال فى العناية : ولا يجوز دفع الزكاة إلى من ملك نصابا سواء كان من النقود أو السوائم أو العروض اه فأوهم ما فى البحر وهو مدفوع لأن قول العناية سواء كان الخ مفيد تقدير النصاب بالقيمة سواء كان من العروض أو السوائم لما أن العروض ليس نصابها إلا ما يبلغ قيمته مائتى درهم ، وقد صرح بأن المعتبر مقدار النصاب فى التبيين وغيره ، واستدل له فى الكافى بقوله صلى الله عليه وسلم « من سأل وله ما يغنيه فقد سأل الناس إلحافا ، قيل : وما الذى يغنيه ؟ قال : مائتا درهم أو عدلها » اه .

فقد شمل الحديث اعتبار السائمة بالقيمة لإطلاقه ، وقد نص على اعتبار قيمة السوائم فى عدة كتب من غير

أى الغنى ولو مدبرا أو زمنا ليس فى عيال مولاه أو كان مولاه غائباً على المذهب ، لأن المانع وقوع الملك لمولاه (غير المكاتب) والمأذون المديون بمحيط فيجوز (و) لا إلى (طفله)

خلاف فى الأشباه والسراج والوهبانية وشرحها والذخائر الأشرفية وفى الجوهرة قال المرغينانى : إذا كان له خمس من الإبل قيمتها أقل من مائتى درهم تحل له الزكاة وتجب عليه وبهذا ظهر أن المعتبر نصاب النقد من أى مال كان بلغ نصابا من جنسه أو لم يبلغ اهـ مانقله عن المرغينانى اهـ ما فى الشرنبلالية ملخصا . ووفق ط بأنه روى عن محمد روايتان فى النصاب المحرم للزكاة هل المعتبر فيه القيمة أو الوزن ؟ ففى المحيط عنه الأول ، وفى الظهيرية عنه الثانى . وتظهر الثمرة فيمن له تسعة عشر دينارا قيمتها المائة درهم مثلا فيحرم أخذ الزكاة على الأول لا على الثانى . والظاهر أن اعتبار الوزن فى الموزون لتأتيه فيه ، أما المعدود كالسائمة فيعتبر فيها العدد على الرواية الثانية وعليها يحمل ما فى البحر ، وعلى رواية المحيط من اعتبار القيمة يحمل ما فى الشرنبلالية وغيرها ، وبه يندفع التنافى بين كلامهم اهـ .

أقول : وفيه نظر فإن قوله : أما المعدود كالسائمة فيعتبر فيها العدد هو مسلم فى حق وجوب الزكاة أما فى حق حرمة أخذها فهو محل النزاع . فقد يقال إذا كان اختلاف الرواية فى الموزون يكون المعدود معتبرا بالقيمة بلا اختلاف كما تعتبر القيمة اتفاقا فى العروض ، وقد علمت أن ما ذكره فى البحر لم يصرح به شراح الهداية وإنما صرحوا بما مر عن العناية ، وقد علمت تأويله مع تصريح المرغينانى بما يزيل الشبهة من أصلها فلم يحصل التنافى بين كلامهم حتى يقتحم التوفيق البعيد وإنما حصل التنافى بين ما فهمه فى البحر وبين ما صرح به غيره ، والواجب الرجوع إلى ما صرحوا به حتى يرى تصريح آخر منهم ، بخلافه يحصل به التنافى فحينئذ يطلب منه التوفيق فافهم (قوله أى الغنى) احترز به عن مملوك الفقير فيجوز دفعها إليه كما فى منية المفتى ط (قوله ولو مدبرا) مثله أم الولد كما فى البحر (قوله أو زمنا الخ) أى ولا يجد ما ينفقه كما فى الذخيرة (قوله على المذهب) أى حيث أطلق فيه العبد وهذا راجع إلى قوله أو زمنا . قال فى الذخيرة : وروى عن أبى يوسف جواز الدفع إليه اهـ .

قال فى الفتح : وفيه نظر لأنه لا ينتفى وقوع الملك لمولاه بهذا العارض وهو المانع ، وغاية مافيه وجوب كفايته على السيد وتأثيمه بتركه واستحباب الصدقة النافلة عليه . وقد يجاب بأنه عند غيبة مولاه الغنى وعدم قدرته على الكسب لا ينزل عن حال ابن السبيل اهـ .

قال فى البحر : وقد يقال إن الملك هنا يقع للمولى وليس بمصرف وأما ابن السبيل فمصرف فالأولى الإطلاق كما هو المذهب اهـ .

قلت : مراد صاحب الفتح إلحاقه بابن السبيل فى جواز الدفع إليه للعجز مع قيام المانع كما ألحق به من له مال لا يقدر عليه كما مر ، فإذا جاز فيه مع تحقيق غناه ففى العبد العاجز من كل وجه أولى لكن قد ينازع فى صحة الإلحاق بأن الزكاة لا بد فيها من التمليك ، والعبد لا يملك وإن ملك ففى ابن السبيل ونحوه وقع الملك فى محل العجز فجاز الدفع ، وفى العبد وقع فى غير محل العجز لأن الملك يقع للمولى إلا أن يدعى وقوعه للعبد هنا إحياء لمهجته حيث لم يجد متبرعا (قوله غير المكاتب) أى مكاتب الغنى (قوله بمحيط) أى بدين محيط أى مستغرق لرقبته ولما فى يده (قوله فيجوز) جواب لشرط مقدر أى أما المكاتب والمأذون المذكور فيجوز دفع الزكاة إليهما ، أما المكاتب فقد مر ، وأما المأذون فلعدم ملك المولى أكسابه فى هذه الحالة عند الإمام خلافا لهما كما فى البحر (قوله ولا إلى طفله) أى الغنى فيصرف إلى البالغ ولو ذكرا صحيحا قهستانى ، فأفاد أن المراد بالطفل غير البالغ ذكرا كان أو أنثى فى عيال

بخلاف ولده الكبير وأبيه وامرأته الفقراء وطفل الغنية فيجوز لانتفاء المانع (و) لا إلى (بنى هاشم) إلا من أبطل النص قرابته وهم بنو لهب ، فتحل لمن أسلم منهم كما تحل لبنى المطلب . ثم ظاهر المذهب إطلاق المنع ، وقول العينى والهاشمى : يجوز له دفع زكاته لمثله صوابه لايجوز نهر (و) لا إلى (مواليهم) أى عتقائهم فأرقاؤهم أولى لحديث « مولى القوم منهم »

أبيه أولا على الأصح لما أنه يعد غنيا بغناه نهر (قوله بخلاف ولده الكبير) أى البالغ كما مر ولو زمنا قبل فرض نفقته إجماعا وبعده عند محمد خلافا للثانى . وعلى هذا بقية الأقارب . وفى بنت الغنى ذات الزوج خلاف . والأصح الجواز وهو قولهما ورواية عن الثانى نهر (قوله وطفل الغنية) أى ولو لم يكن له أب بحر عن القنية (قوله لانتفاء المانع) علة للجميع والمانع أن الطفل يعد غنيا بغنى أبيه بخلاف الكبير فإنه لا يعد غنيا بغنى أبيه ولا الأب بغنى ابنه ولا الزوجة بغنى زوجها ولا الطفل بغنى أمه ح عن البحر (قوله وبنى هاشم الخ) اعلم أن عبد مناف وهو الأب الرابع للنبى صلى الله عليه وسلم أعقب أربعة وهم : هاشم . والمطلب ، ونوفل ، وعبد شمس ، ثم هاشم أعقب أربعة انقطع نسل الكل إلا عبد المطلب فإنه أعقب اثنى عشر تصرف الزكاة إلى أولاد كل إذا كانوا مسلمين فقراء إلا أولاد عباس وحارث وأولاد أبى طالب من على وجعفر وعقيل قهستانى ، وبه علم أن إطلاق بنى هاشم مما لاينبغى إذ لا تحرم عليهم كلهم بل على بعضهم ولهذا قال فى الحواشى السعدية : إن آل أبى لهب ينسبون أيضا إلى هاشم وتحل لهم الصدقة اهـ .

وأجاب فى النهر بقوله وأقول قال فى النافع بعد ذكر بنى هاشم إلا من أبطل النص قرابته يعنى به قوله صلى الله عليه وسلم « لا قرابة بينى وبين أبى لهب فإنه آثر علينا الأفجرين » وهذا صريح فى انقطاع نسبته عن هاشم ، وبه ظهر أن فى اقتصار المصنف على بنى هاشم كفاية . فإن من أسلم من أولاد أبى لهب غير داخل لعدم قرابته وهذا حسن جدا لم أر من نحا نحوه فتدبره اهـ (قوله بنو لهب) فى بعض النسخ : بنو أبى لهب وهى أصوب (قوله فتحل لهم(١)) هذا ما جرى عليه جمهور الشارحين خلافا لما فى غاية البيان كما فى البحر والنهر (قوله لبنى المطلب) أى لمن أسلم منهم وهو أخو هاشم كما مر (قوله إطلاق المنع الخ) يعنى سواء فى ذلك كل الأزمان وسواء فى ذلك دفع بعضهم لبعض ودفع غيرهم لهم . وروى أبو عصمة عن الإمام أنه يجوز الدفع إلى بنى هاشم فى زمانه لأن عوضها وهو خمس الخمس لم يصل إليهم لإهمال الناس أمر الغنائم وإيصالها إلى مستحقيها . وإذا لم يصل إليهم العوض عادوا إلى المعوّض كذا فى البحر .

وقال فى النهر : وجوّز أبو يوسف دفع بعضهم إلى بعض وهو رواية عن الإمام . وقول العينى والهاشمى يجوز له أن يدفع زكاته إلى هاشمى مثله عند أبى حنيفة خلافا لأبى يوسف صوابه لا يجزى ولا يصح حمله على اختيار الرواية السابقة عن الإمام لمن تأمل اهـ

ووجهه أنه لو اختار تلك الرواية ما صح قوله خلافا لأبى يوسف لما علمت من أنه موافق لها وفى اختصار الشارح بعض إيهام اهـ ح (قوله فأرقاؤهم أولى) أى بالمنع لأن تمليك الرقيق يقع لمولاه بخلاف العتيق . قال فى النهر : قيد بمواليهم لأن مولى الغنى يجوز الدفع إليه (قوله لحديث « مولى القوم منهم ») رواه أبو داود والترمذى والنسائى بلفظ « مولى القوم من أنفسهم وإنا لا تحل لنا الصدقة » قال الترمذى حسن صحيح وكذا صححه الحاكم فتح وهذا

---

(١) (قوله فتحل لهم) هكذا بخطه ولعله نسخة ، وإلا فالذى فى نسخ الشارح فتحل لمن أسلم منهم وهو أصرح بالمراد اهـ مصححه .

وهل كانت تحل لسائر الأنبياء ؟ خلاف ، واعتمد فى النهر حلها لأقربائهم لالهم (وجازت التطوعات من الصدقات و) غلة (الأوقاف لهم) أى لبنى هاشم ، سواء سماهم الواقف أولا على ماهو الحق كما حققه فى الفتح ، لكن فى السراج وغيره إن سماهم جاز ، وإلا لا .

قلت : وجعله محشى الأشباه محمل القولين . ثم نقل صاحب البحر عن المبسوط وهل تحل الصدقة لسائر الأنبياء ؟ قيل نعم ، وهذه خصوصية لنبينا صلى الله عليه وسلم . وقيل لا بل تحل لقرابتهم فهى خصوصية لقرابة نبينا إكراما وإظهارا لفضيلته صلى الله عليه وسلم فليحفظ (ولا) تدفع (إلى ذمى) لحديث معاذ (وجاز) دفع (غيرها وغير العشر) والخراج (إليه) أى الذمى ولو واجبا كنذر وكفارة وفطرة

فى حق حل الصدقة وحرمتها لا فى جميع الوجوه ؛ ألا ترى أنه ليس بكفء لهم وأن مولى المسلم إذا كان كافرا تؤخذ منه الجزية ومولى التغلبى لا تؤخذ منه المضاعفة بل الجزية نهر .

قلت : سيأتى فى باب الكفاءة فى النكاح أن معتق الوضيع ليس بكفء لمعتقة الشريف (قوله لسائر الأنبياء) أى لباقيهم (قوله واعتمد فى النهر الخ) هو اعتماد لثانى القولين الآتى نقلهما عن المبسوط فى حواشى مسكين عن الحموى عن شرح البخارى لابن بطال : اتفق الفقهاء على أن أزواجه صلى الله عليه وسلم لايدخلن فى الذين حرمت عليهم الصدقة . ثم قال الحموى : وفى المغنى عن عائشة رضى الله عنها « إنا آل محمد لاتحل لنا الصدقة » قال فهذا يدل على تحريمها عليهن اه تأمل (قوله وجازت التطوعات الخ) قيد بها ليخرج بقية الواجبات كالنذر والعشر والكفارات وجزاء الصيد إلا خمس الركاز فإنه يجوز صرفه إليهم كما فى النهر عن السراج (قوله كما حققه فى الفتح) أقول : نقل فى البحر عن عدة كتب أن النفل جائز لهم إجماعا وذكر أنه المذهب وأنه لا فرق بين التطوع والوقف كما فى المحيط وكافى النسفى ، وأن الزيلعى أثبت الخلاف على وجه يشعر بحرمة التطوع عليهم . وقوله فى الفتح من جهة الدليل اه .

قلت : وذكر فى الفتح أن الحق إجراء الوقف مجرى النافلة لأن الواقف متبرع ووجوب الدفع على الناظر لوجوب اتباعه لشرط الواقف لا يصير به واجبا على الواقف ونقل ح عبارته بطولها .

وحاصلها ترجيح منع الوقف عليهم كالنافلة وبه يظهر مافى كلام الشارح ، فإن مفاده أن كلام الفتح فى الوقف فقط وأنه يحل لهم لكن وقع فى نسخة كتب عليها ح بزيادة . وقيل لا مطلقا قبل قوله على ما هو الحق وبه يصح الكلام وسقطت هذه الزيادة وما بعدها فى بعض النسخ إلى قوله : ولا تدفع إلى ذمى (قوله لكن فى السراج وغيره) عزاه فى البحر إلى شرح الطحاوى وغيره (قوله وجعله محشى الأشباه) أى الشيخ صالح الغزى ابن المصنف وكذا البيرى شارح الأشباه ، والضمير إلى ما فى السراج وغيره ط (قوله محمل القولين) أى محمل القول بالجواز على ما إذا سماهم وبعدمه على ما إذا لم يسمهم كما إذا وقف على الفقراء ولعل وجهه أنه حينئذ يكون صدقة من كل وجه ، فلا يجوز الدفع إلى فقرائهم ، بخلاف ما إذا سماهم لأنه يكون تبرعا وصلة لا صدقة فهو كما لو وقف على جماعة أغنياء ثم على الفقراء ، ويؤيده ما فى خزانة المفتين : لو قال مالى لأهل بيت النبى صلى الله عليه وسلم وهم يحصون جاز لأن هذه وصية وليست بصدقة ويصرف إلى أولاد فاطمة رضى الله عنها اه (قوله ثم نقل عن صاحب البحر الخ) هذا موجود فى بعض النسخ والأصوب إسقاطه لتكرره بقوله المار وهل كانت تحل الخ (قوله لحديث معاذ) أى المار عند قوله ومكاتب ، إذ لاخلاف أن الضمير فى أغنيائهم يرجع للمسلمين فكذا فى فقرائهم معراج (قوله غير العشر(١)) فإنه ملحق بالزكاة ولذا سموه زكاة الزرع ، وأما الخراج فليس من الصدقات التى الكلام

---

(١) قوله (غير العشر) هكذا بخطه بدون واو ، والذى فى نسخ الشارح وغير العشر بالواو والمآل واحد اه مصححه .

خلافا للثانى وبقوله يفتى حاوى القدسى

وأما الحربى ولو مستأمنا فجميع الصدقات لاتجوز له اتفاقا بحر عن الغاية وغيرها ، لكن جزم الزيلعى بجواز التطوع له (دفع بتحرٍ) لمن يظنه مصرفا (فبان أنه عبده أو مكاتبه أو حربى ولو مستأمنا أعادها)

فيها ومصرفه مصالح المسلمين كما مر ولذا لم يستثن فى الكنز والهداية إلا الزكاة (قوله خلافا للثانى) حيث قال إن دفع سائر الصدقات الواجبة إليه لا يجوز اعتبارا بالزكاة ، وصرح فى الهداية وغيرها بأن هذا رواية عن الثانى ، وظاهره أن قوله المشهور كقولهما (قوله وبقوله يفتى) الذى فى حاشية الخير الرملى عن الحاوى وبقوله نأخذ .

قلت : لكن كلام الهداية وغيرها يفيد ترجيح قولهما وعليه المتون (قوله وأما الحربى) محترز الذمى (قوله عن الغاية) أى غاية البيان ، وقوله وغيرها أى النهاية فافهم (قوله لكن جزم الزيلعى بجواز التطوع له) أى للمستأمن كما تفيده عبارة النهر ؛ ثم إن هذا لم أره فى الزيلعى وكذا قال أبو السعود وغيره مع أنه مخالف لدعوى الاتفاق ، لكن رأيت فى المحيط من كتاب الكسب : ذكر محمد فى السير الكبير : لا بأس للمسلم أن يعطى كافرا حربيا أو ذميا ، وأن يقبل الهدية منه ، لما روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث خمسمائة دينار إلى مكة حين قحطوا وأمر بدفعها إلى أبى سفيان بن حرب وصفوان بن أمية ليفرقا على فقراء أهل مكة » ولأن صلة الرحم محمودة فى كل دين والإهداء إلى الغير من مكارم الأخلاق الخ وسنذكر تمام الكلام على ذلك فى أول كتاب الوصايا (قوله دفع بتحرٍ) أى اجتهاد وهو لغة الطلب والابتغاء ، ويرادفه التوخى إلا أن الأول يستعمل فى المعاملات ، والثانى فى العبادات . وعرفا طلب الشىء بغالب الظن عند عدم الوقوف على حقيقته نهر (قوله لمن يظنه مصرفا) أما لو تحرى فدفع لمن ظنه غير مصرف أو شك ولم يتحر لم يجز حتى يظهر أنه مصرف فيجزيه فى الصحيح خلافا لمن ظن عدمه ، وتمامه فى النهر .

وفيه : واعلم أن المدفوع إليه لو كان جالسا فى صف الفقراء يصنع صنعهم أو كان عليه زيهم أو سأله فأعطاه كانت هذه الأسباب بمنزلة التحرى كذا فى المبسوط حتى لو ظهر غناه لم يعد (قوله فبان أنه عبده) أى ولو مدبرا أو أم ولد نهر وجوهرة وهو مفاد من مقابلته بالمكاتب وإنما لم يجز لأنه لم يخرج المدفوع عن ملكه والتمليك ركن (قوله أو مكاتبه) لأن له فى كسبه حقا فلم يتم التمليك زيلعى . والمستسعى كالمكاتب عنده وعندهما حر مديون بحر عن البدائع (قوله أو حربى) قال فى البحر : وأطلق أى فى الكنز الكافر فشمل الذمى والحربى ، وقد صرح بهما فى المبتغى . وفى المحيط فى الحربى روايتان ، والفرق على إحداهما أنه لم توجد صفة القربة أصلا والحق المنع . ففى غاية البيان عن التحفة أجمعوا أنه إذا ظهر أنه حربى ولو مستأمنا لا يجوز وكذا فى المعراج معللا بأن صلته لا تكون برا شرعا ولذا لم يجز التطوع إليه فلم يقع قربة اه .

أقول : ينافيه ما قدمناه قريبا عن المحيط عن السير الكبير من أنه لا بأس أن يعطى حربيا إلا أن يقال إن معناه لا يحرم بل تركه أولى فلا يكون قربة فتأمل .

وفى شرح الكنز لابن الشلبى قال فى كفاية البيهقى : دفع إلى حربى خطأ ثم تبين جاز على رواية الأصل . وروى أبو يوسف عن أبى حنيفة أنه لا يجوز وهو قوله اه قال الأقطع وقال أبو يوسف : لا يجوز وهو أحد قولى الشافعى وقوله الآخر مثل قول أبى حنيفة قال فى مشكلات جواهر زاده الإجماع منعقد أنه لو كان مستأمنا أو حربيا تجب الإعادة اه ونص فى المختار على الجواز وإطلاق الكنز يدل عليه اه كلام ابن الشلبى .

لما مر (وإن بان غناه أو كونه ذمياً أو أنه أبوه أو ابنه أو امرأته أو هاشمي لا) يعيد لأنه أتى بما في وسعه، حتى لو دفع بلاتحر لم يجز إن أخطأ (وكره إعطاء فقير نصاباً) أو أكثر (إلا إذا كان) المدفوع إليه (مديوناً أو) كان (صاحب عيال) بحيث (لو فرقه عليهم لايخص كلا) أو لايفضل بعد دينه (نصاب) فلا يكره فتح (و) كره (نقلها إلا إلى قرابة) بل في الظهيرية لاتقبل صدقة الرجل وقرابته محاويج حتى يبدأ بهم فيسد حاجتهم (أو أحوج)

قلت: وكذا إطلاق الهداية والملتقى الكافر يدل على الجواز ومانقله عن الأقطع يدل على أنه قول إمام المذهب فحكاية الإجماع على خلافه في غير محلها (قوله لما مر) أي في قوله فجميع الصدقات لاتجوز له اتفاقا (قوله أو كونه ذميا) عدل عن تعبير الهداية وغيرها بالكافر بناء على ما مر (قوله لايعيد) أي خلافا لأبي يوسف (قوله لأنه أتى بما في وسعه) أي أتى بالتمليك الذي هو الركن على قدر وسعه إذ ليس مكلفا إذا دفع في ظلمة مثلا بأن يسأل عن القابض من أنت، وبقولنا أتى بالتمليك يندفع ماقد يقال إنه لو دفع إلى عبده أو مكاتبه يكون آتيا بما في وسعه لكن يرد عليه الحربي لحصول التمليك وهذا يؤيد مامر من عدم وجوب الإعادة فيه والتعليل بعدم وجود صفة القربة محل نظر فتدبر (قوله ولو دفع بلا تحر (١)) أي ولا شك كما في الفتح . وفي القهستاني بأن لم يخطر بباله أنه مصرف أولا ، وقوله لم يجز إن أخطأ أي إن تبين له أنه غير مصرف فلو لم يظهر له شيء فهو على الجواز وقدمنا مالو شك فلم يتحر أو تحرى وغلب على ظنه أنه غير مصرف .

[تنبيه] في القهستاني عن الزاهدي : ولا يسترد منه لو ظهر أنه عبد أو حربي وفي الهاشمي روايتان ولا يسترد في الولد والغني وهل يطيب له؟ فيه خلاف ، وإذا لم يطب قيل يتصدق وقيل يرد على المعطي اه (قوله وكره إعطاء فقير نصابا أو أكثر) وعن أبي يوسف لابأس بإعطاء قدر النصاب وكره الأكثر لأن جزءا من النصاب مستحق لحاجته للحال والباقي دونه معراج وبه ظهر وجه مافي الظهيرية وغيرها عن هشام قال: سألت أبا يوسف عن رجل له مائة وتسعة وتسعون درهما فتصدق عليه بدرهمين قال: يأخذ واحدا ويرد واحدا اه فما في البحر والنهر هنا غير محرر فتدبر وبه ظهر أيضا أن دفع ما يكمل النصاب كدفع النصاب . قال في النهر: والظاهر أنه لافرق بين كون النصاب ناميا أولا حتى لو أعطاه عروضا تبلغ نصابا فكذلك ولا بين كونه من النقود أو من الحيوانات حتى لو أعطاه خمسا من الإبل لم تبلغ قيمتها نصابا كره لما مر اه . وفي بعض النسخ تبلغ بدون لم والأنسب الأول (قوله بحيث لو فرقه عليهم) أي على العيال ، فهو راجع إلى قوله أو كان صاحب عيال قال في المعراج لأن التصدق عليه في المعنى تصدق على عياله وقوله أو لا يفضل معطوف على قوله لو فرقه وهو راجع إلى قوله مديونا ففيه لف ونشر غير مرتب وقوله: نصاب تنازع فيه يخص ويفضل فافهم (قوله وكره نقلها) أي من بلد إلى بلد آخر لأن فيه رعاية حق الجوار فكان أولى زيلعي والمتبادر منه أن الكراهة تنزيهية تأمل ، فلو نقلها جاز لأن المصرف مطلق الفقراء درر ، ويعتبر في الزكاة مكان المال في الروايات كلها واختلف في صدقة الفطر كما يأتي (قوله بل في الظهيرية الخ) إضراب انتقالي عن عدم كراهة نقلها إلى القرابة إلى تعيين النقل إليهم ، وهذا نقله في مجمع الفوائد معزيا للأوسط عن أبي هريرة مرفوعا إلى النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « يا أمة محمد والذي بعثني بالحق لايقبل الله صدقة من رجل وله قرابة محتاجون إلى صلته ويصرفها إلى غيرهم والذي نفسي بيده لاينظر الله إليه يوم القيامة » اه رحمتي والمراد بعدم القبول عدم الإثابة عليها وإن سقط بها الفرض لأن المقصود منها سد خلة المحتاج وفي القريب جمع بين الصلة والصدقة . وفي القهستاني :

---

(١) قوله (ولو دفع بلا تحر) هكذا بخطه ، والذي في نسخ الشارح : حتى لو دفع الخ اه مصححه .

أو أصلح أو أورع أو أنفع للمسلمين (أو من دار الحرب إلى دار الإسلام أو إلى طالب علم) وفى المعراج التصدق على العالم الفقير أفضل (أو إلى الزهاد أو كانت معجلة) قبل تمام الحول فلا يكره خلاصة (ولا يجوز صرفها لأهل البدع) كالكرامية لأنهم مشبهة فى ذات الله وكذا المشبهة فى الصفات (فى المختار) لأن مفوت المعرفة من جهة الذات يلحق بمفوت المعرفة من جهة الصفات مجمع الفتاوى (كما لايجوز دفع زكاة الزانى لولده منه) أى من الزنى وكذا الذى نفاه احتياطا (إلا إذا كان) الولد (من ذات زوج معروف) فصولين والكل فى الأشباه، (ولا) يحل أن (يسأل) شيئا من القوت (من له قوت يومه) بالفعل أو بالقوة

والأفضل إخوته وأخواته ثم أولادهم ثم أعمامه وعماته ثم أخواله وخالاته ثم ذوو أرحامه ثم جيرانه ثم أهل سكته ثم أهل بلده كما فى النظم اه .

قلت : ونظم ذلك المقدسى فى شرحه (قوله أو من دار الحرب الخ) لأن فقراء المسلمين الذين فى دار الإسلام أفضل من فقراء دار الحرب بحر. قلت: ينبغى استثناء أسارى المسلمين إذا كان فى دفعها إعانة على فك رقابهم من الأسر تأمل (قوله وفى المعراج الخ) تمام عبارته وكذا على المديون المحتاج (قوله أفضل) أى من الجاهل الفقير قهستانى (قوله خلاصة) عبارتها كما فى البحر لا يكره أن ينقل زكاة ماله المعجلة قبل الحول لفقير غير أحوج ومديون (قوله ولا يجوز صرفها لأهل البدع) عبارة البزازية ولا يجوز صرفها للكرامية الخ فالمراد هنا بالبدع المكفرات تأمل (قوله كالكرامية) بالفتح والتشديد وقيل بالتخفيف والأول الصحيح المشهور فرقة من المشبهة نسبت إلى عبد الله محمد بن كرام (١) وهو الذى نص على أن معبوده على العرش استقرار وأطلق اسم الجوهر عليه، تعالى الله عما يقول المبطلون علوا كبيرا مغرب (قوله وكذا المشبهة فى الصفات) هم الذين يجوزون قيام الحوادث به تعالى، فيجعلون بعض صفاته حادثة كصفات الحوادث ط (قوله لأن مفوت المعرفة الخ) العبارة مقلوبة وعبارة البزازية وغيرهم: أى غير الكرامية من المشبهة فى الصفات أقل حالا منهم لأنهم مشبهة فى الصفات والمختار أنه لايجوز الصرف إليهم أيضا لأن مفوت المعرفة من جهة الصفة ملحق بمفوت المعرفة من جهة الذات (قوله كما لايجوز دفع زكاة الخ) مثل الزكاة كل صدقة واجبة إلا خمس الركاز ط عن حاشية الأشباه لأبى السعود (قوله وكذا الذى نفاه) كولد أم الولد إذا نفاه كذا فى البحر ، ومثله المنفى باللعان كما يأتى فى بابه وهل مثله ولد قنته إذا سكت عنه أو نفاه فليراجع ح (قوله احتياطا) علة لقوله لايجوز (قوله إلا إذا كان الولد الخ) علله فى العمادية بأن النسب يثبت من الناكح ، وقد ذكر فى الصيرفية جاءت بولد من الزنى يثبت النسب من الزوج لا من الزانى فى الصحيح ، فلو دفع صاحب الفراش زكاته إلى هذا الولد يجوز ولو دفع الزانى لايجوز عندنا خلافا للشافعى اه . فقد صرح بعدم جواز الدفع إلى ولده من الزنى وإن كان لها زوج معروف رحمتى عن الحموى وهذا مخالف لما ذكره المصنف . وتصوير المسألة بالزنى مع العلم بأنها ذات زوج ليخرج ما إذا لم يعلم ذلك لكون الوطء حينئذ وطء شبهة لازنى ولذا قال فى البحر وخرج ولد المنعى إليها زوجها إذا تزوجت ، ثم ولدت ثم جاء الأول حيا فإن على قول الإمام المرجوع عنه الأولاد للأول ومع هذا يجوز دفع زكاته إليهم وشهادتهم له كذا فى المعراج لعدم الفرعية ظاهرا ، وعليه فينبغى أن لا يجوز ذلك للثانى لوجود الفرعية حقيقة وإن لم يثبت النسب منه لكن المنقول فى الولوالجية جواز ذلك له على قول الإمام وروى رجوعه وعليه الفتوى وعليه فللأول الدفع إليهم دون الثانى اه (قوله والكل) أى كل الفروع المذكورة من قوله ولا يجوز دفعها لأهل البدع إلى هنا (قوله ولا يحل أن يسأل الخ)

---

(١) (قوله نسبت إلى عبد الله محمد الخ) هكذا بخطه ولعله سقط من قلمه لفظ أبى فى المصباح : وكرم بفتح الكاف مثقل والد أبى عبد الله محمد بن كرام المشبه الذى أطلق اسم الجوهر على الله تعالى إلى آخر ما قال فليحرر اه مصححه .

كالصحيح المكتسب ويأثم معطيه إن علم بحاله لإعانته على المحرّم (ولو سأل للكسوة) أو لاشتغاله عن الكسب بالجهاد أو طلب العلم (جاز) لو محتاجا .

[فروع] يندب دفع مايغنيه يومه عن السؤال ، واعتبار حاله من حاجة وعيال . والمعتبر فى الزكاة فقراء مكان المال ، وفى الوصية مكان الموصى ، وفى الفطرة مكان المؤدّى عند محمد ، وهو الأصح ،

قيد بالسؤال لأن الأخذ بدونه لا يحرم بحر ،وقيد بقوله شيئا من القوت لأن له سؤال ماهو محتاج إليه غير القوت كثوب شرنبلالية . وإذاكان له دار يسكنها ولا يقدر على الكسب قال ظهير الدين: لايحل له السؤال إذاكان يكفيه مادونها معراج ،ثم نقل مايدل على الجواز وقال وهو أوسع وبه يفتى (قوله كالصحيح المكتسب) لأنه قادر بصحته واكتسابه على قوت اليوم بحر (قوله ويأثم معطيه الخ) قال الأكمل فى شرح المشارق: وأما الدفع إلى مثل هذا السائل عالما بحاله فحكمه فى القياس الإثم به لأنه إعانة على الحرام ،لكنه يجعل هبة وبالهبة للغنى أو لمن لايكون محتاجا إليه لايكون آثما اه :أى لأن الصدقة على الغنى هبة ، كما أن الهبة للفقير صدقة لكن فيه أن المراد بالغنى من يملك نصابا أما الغنى بقوت يومه فلاتكون الصدقة عليه هبة بل صدقة فما فرمنه وقع فيه أفاده فى النهر . وقال فى البحر: لكن يمكن دفع القياس المذكور بأن الدفع ليس إعانة على المحرم لأن الحرمة فى الابتداء إنما هى بالسؤال وهو متقدم على الدفع ولا يكون الدفع إعانة إلا لو كان الأخذ هو المحرم فقط فليتأمل اه قال المقدسى فى شرحه وأنت خبير بأن الظاهر أن مرادهم أن الدفع إلى مثل هذا يدعو إلى السؤال على الوجه المذكور وبالمنع ربما يتوب عن مثل ذلك فليتأمل اه (قوله للكسوة) ومثلها أجرة المسكن ومرمة البيت الضرورية لا مايشترى به بيتا فيما يظهر (قوله أو لاشتغاله عن الكسب بالجهاد) أشار إلى أن له السؤال وإن كان قويا مكتسبا كما صرح به فى البحر عن غاية البيان (قوله أو طلب العلم) ذكره فى البحر بحثا بقوله وينبغى أن يلحق به أى بالغازى طالب العلم لاشتغاله عن الكسب بالعلم ، ولهذا قالوا إن نفقته على أبيه وإن كان صحيحا مكتسبا كما لو كان زمنا (قوله واعتبار حاله الخ) أشار إلى أنه ليس المراد دفع مايغنيه فى ذلك اليوم عن سؤال القوت فقط ، بل عن سؤال جميع مايحتاجه فيه لنفسه وعياله : وأصل العبارة للشرنبلالى حيث قال قوله وندب دفع مايغنيه عن سؤال يوم ظاهره تعلق الاغناء بسؤال القوت والأوجه أن ينظر إلى مايقتضيه الحال فى كل فقير من عيال وحاجة أخرى كدهن وثوب وكراء منزل وغير ذلك كما فى الفتح اه وتمامه فيها فافهم (قوله والمعتبر فى الزكاة فقراء مكان المال) أى لامكان المزكى، حتى لو كان هو فى بلد وماله فى آخر يفرق فى موضع المال ابن كمال أى فى جميع الروايات بحر وظاهره أنه لو فرق فى مكانه نفسه يكره كما فى مسألة نقلها إلى مكان آخر . بقى هنا شئ لم أره وهو أنه لو كان له مال مع مضارب مثلا فى بلدة وحال عليه الحول هناك ثم جاء المضارب بالمال إلى بلدة رب المال وكان لم يخرج زكاته فهل يخرجها إلى فقراء بلدته أو إلى فقراء البلدة التى كان فيها المال فليراجع (١) . (قوله وفى الوصية مكان الموصى) أقول : كذا فى الجوهرة عن الفتاوى لكن ذكر فى وصايا شرح الوهبانية عن الخلاصة أوصى بأن يتصدق بثلث ماله فى فقراء بلخ الأفضل أن يصرف إليهم وإن أعطى غيرهم جاز وهذا قول أبى يوسف وبه يفتى . وقال محمد لايجوز اه (قوله مكان المؤدّى) أى لامكان الرأس الذى يؤدّى عنه (قوله وهو الأصح) بل صرح فى النهاية والعناية بأنه ظاهر الرواية كما فى الشرنبلالية وهو المذهب كما فى البحر فكان أولى مما فى الفتح من تصحيح قولهما باعتبار مكان المؤدّى عنه . قال الرحمتى :

---

(١) (قوله فليراجع) قال شيخنا: الظاهر إخراج زكاته لفقراء البلدة التى كان المال فيها ، لأن قولهم والمعتبر مكان المال أى مكانه وقت الوجوب لا وقت الاخراج لأنه بالوجوب فى بلدة تعلق حق فقرائها بزكاته اه .

لأن رؤوسهم تبع لرأسه :
دفع الزكاة إلى صبيان أقاربه برسم عيد أو إلى مبشر أو مهدى الباكورة جاز إلا إذا نص على التعويض، ولو دفعها لأخته ولها على زوجها مهر يبلغ نصابا وهو ملىء مقر ، ولو طلبت لايمتنع عن الأداء لاتجوز وإلا جاز ولو دفعها المعلم لخليفته إن كان بحيث يعمل له لو لم يعطه صح وإلا لا ، ولو وضعها على كفه فانتهبها الفقراء جاز، ولو سقط مال فرفعه فقير فرضى به جاز إن كان يعرفه والمال قائم خلاصة :

وقال فى المنح فى آخر باب صدقة الفطر : الأفضل أن يؤدّى عن عبيده وأولاده وحشمه حيث هم عندأبى يوسف وعليه الفتوى وعند محمد حيث هو اه تأمل :

قلت : لكن فى التتارخانية يؤدّى عنهم حيث هو وعليه الفتوى وهو قول محمد ومثله قول أبى حنيفة وهو الصحيح (قوله إلى صبيان أقاربه) أى العقلاء وإلا فلا يصح إلا بالدفع إلى ولى الصغير (قوله برسم عيد) أى عادة عيد ح (قوله أو مهدى الباكورة) هى الثمرة التى تدرك أولا قاموس، وقيده فى التتارخانية بالتى لاتساوى شيئا ، ومفهومه أنها لو لها قيمة لم يصح عن الزكاة لأن المهدى لم يدفعها إلا للعوض فلا يجوز أخذها إلا بدفع مايرضى به المهدى والزائد عليه يصح عن الزكاة. ثم رأيت ط ذكر مثله وزاد إلا أن ينزل المهدى منزلة الواهب اه أى لأنه لم يتصد بها أخذ العوض وإنما جعله وسيلة للصدقة فهو متبرع بما دفع ولذا لايعد ما يأخذه عوضا عنها بل صدقة لكن الآخذ لو لم يعطه شيئا لايرضى بتركها له فلا يحل له أخذها والذى يظهر أنه لو نوى بما دفعه الزكاة صحت نيته ولا تبقى ذمته مشغولة بقدر قيمتها أو أكثر إذا كان لها قيمة لأن المهدى وصل إلى غرضه من الهدية، سواء كان ماأخذه زكاة أو صدقة نافلة ويكون حينئذ راضيا بترك الهدية فليتأمل (قوله إلا إذا نص على التعويض) ينبغى أن يكون مبنيا على القول بأنه إذا سمى الزكاة قرضا لاتصح وتقدم أن المعتمد خلافه، وعليه فينبغى أنه إذا نواها صحت وإن نص على التعويض إلا أن يقال إذا نص على التعويض يصير عقد معاوضة والملحوظ إليه فى العقود هو الألفاظ دون النية المجردة والصدقة تسمى قرضا مجازا مشهورا فى القرآن العظيم فيصح إطلاقه عليها بخلاف لفظ العوض إذ لاعمل للنية المجردة مع اللفظ الغير الصالح لها ولذا فصل بعضهم فقال إن تأول القرض بالزكاة جاز وإلا فلا تأمل (قوله ولو دفعها لأخته الخ) قدمنا الكلام عليها عند قوله وابن السبيل (قوله وإلا لا) أى لأن المدفوع يكون بمنزلة العوض ط وفيه أن المدفوع إلى مهدى الباكورة كذلك فينبغى اعتبار النية ، ونظيره مامر فى أول كتاب الزكاة فيما لو دفع إلى من قضى عليه بنفقته من أنه لايجزيه عن الزكاة إن احتسبه من النفقة وإن احتسبه من الزكاة يجزيه، وقيل لا كما فى التتارخانية لكن فيها أيضاً قال محمد إذا هلكت الوديعة فى يد المودع وأدى إلى صاحبها ضمانها ونوى عن زكاة ماله قال إن أدى لدفع الخصومة لاتجزيه عن الزكاة اه فتأمل . وفيها من صدقة الفطر لو دفعها إلى الطبال الذى يوقظهم فى السحر يجوز لأن ذلك غير واجب عليه وقد قال مشايخنا الأحوط والأبعد عن الشبهة أن يقدم إليه أولا مايكون هدية ثم يدفع إليه الحنطة (قوله جاز) ويكون تمليكا لهم والنية سابقة عند العزل وكذا إذا لم ينو ثم نوى بعد انتهابه وهو قائم فى يد الفقراء كما تقدم نظيره .

قلت : وينبغى تقييده بما إذا كان الانتهاب برضاه لاشتراط اختيار الدفع فى الأموال الباطنة كما مر فى مسألة البغاة ويدل عليه المسألة الآتية (قوله إن كان يعرفه) أى يعرف شخصه لئلا يكون تمليكا لمجهول لأنه إذا لم يعرفه بأن جاء إلى موضع المال فلم يجده وأخبره أحد بأنه رفعه فقير لايعرفه ورضى المالك بذلك لم يصح لأنه يكون إباحة والشرط فى الزكاة التمليك تأمل (قوله والمال قائم) لأنه لورضى بذلك بعدما استهلك الفقير المال لم تصح نيته كما مر.

باب صدقة الفطر

من إضافة الحكم لشرطه والفطر لفظ إسلامى والفطرة مولد ، بل قيل لحن

مطلب الأفضل على أن ينوى بالصدقة جميع المؤمنين والمؤمنات

[خاتمة] اعلم أن الصدقة تستحب بفاضل عن كفايته وكفاية من يمونه ، وإن تصدق بما ينقص مؤنة من يمونه أثم ، ومن أراد التصدق بماله كله وهو يعلم من نفسه حسن التوكل والصبر عن المسألة فله ذلك وإلا فلا يجوز ، ويكره لمن لاصبر له على الضيق أن ينقص نفقة نفسه عن الكفاية التامة كذا فى شرح درر البحار وفى التتارخانية عن المحيط الأفضل لمن يتصدق نفلا أن ينوى لجميع المؤمنين والمؤمنات لأنها تصل إليهم ولا ينقص من أجره شىء اه والله تعالى أعلم .

باب صدقة الفطر

وجه مناسبتها بالزكاة أن كلا منهما من الوظائف المالية وأوردها فى المبسوط بعد الصوم باعتبار ترتيب الوجود وأوردها المصنف هنا رعاية لجانب الصدقة ورجحه لأن المقصود من الكلام المضاف لا المضاف إليه خصوصا إذا كان المضاف إليه شرطا وحقها أن تقدم على العشر لأنه مؤنة فيها معنى العبادة وهذه بالعكس إلا أنه ثبت بالكتاب وهى بخبر الواحد مع أنه من أنواع الزكاة ، والمراد بالفطر يومه لا الفطر اللغوى لأنه يكون فى كل ليلة من رمضان ، وسميت صدقة وهى العطية التى يراد بها المثوبة من الله تعالى لأنها تظهر صدق الرجل(١) كالصداق يظهر صدق الرجل فى المرأة معراج (قوله من إضافة الحكم لشرطه) المراد بالحكم وجوب الصدقة لأنه الحكم الشرعى فيكون على حذف مضاف ، والمراد بالوجوب وجوب الأداء لأنه الذى شرطه الفطر لانفس الوجوب الذى مناطه وجود السبب وهو الرأس ح . وفى البحر والإضافة فيها من إضافة الشىء إلى شرطه وهو مجاز لأن الحقيقة إضافة الحكم إلى سببه وهو الرأس اه أى لأنها على الأول لأدنى مناسبة مثل كوكب الخرقاء وعلى الثانى بمعنى اللام الاختصاصية (قوله والفطر لفظ إسلامى) اصطلح عليه الفقهاء كأنه من الفطرة بمعنى الخلقة ، كذا فى البحر تبعا للزيلعى . والظاهر أن مراده أن الفطر المضاف إليه الصدقة الذى هو اسم لليوم المخصوص لفظ شرعى أى إطلاقه على ذلك اليوم بخصوصه اصطلاح شرعى إذ لاشك أن الفطر الذى هو ضد الصوم لغوى مستعمل قبل الشرع أو مراده لفظ الفطرة بالتاء بقرينة التعليل(٢) ففى النهر عن شرح الوقاية أن لفظ الفطرة الواقع فى كلام الفقهاء وغيرهم مولد حتى عده بعضهم من لحن العامة اه : أى أن الفطرة المراد بها الصدقة غير لغوية لأنها لم تأت بهذا المعنى وأما مافى القاموس من أن الفطرة بالكسر صدقة الفطر والخلقة فاعترضه بعض المحققين بأن الأول غير صحيح لأن ذلك المخرج لم يعلم إلا من الشارع وقد عد من غلط القاموس مايقع كثيرا فيه من خلط الحقائق الشرعية باللغوية اه لكن فى المغرب وأما قوله فى المختصر : الفطرة نصف صاع من بر فمعناها صدقة الفطر ، وقد جاءت فى عبارات الشافعى وغيره وهى صحيحة من طريق اللغة وإن لم أجدها فيما عندى من الأصول اه وفى تحرير النووى : هى اسم مولد

---

(١) (قوله لأنها تظهر صدق الرجل الخ) أى فى عبادة مولاه ، وقوله ثانيا صدق الرجل فى المرأة أى صدق رغبته فى المرأة اه .

(٢) (قوله بقرينة التعليل) لعله قول الزيلعى : كأنه من الفطرة بمعنى الخلقة ولا يظهر غيره أى الفطرة التى هى القدر المخرج مأخوذة من الفطرة بمعنى الخلقة أى منقولة من هذا المعنى إلى هذا المعنى لا الأخذ بمعنى الاشتقاق . ووجه دلالة ما ذكر حينئذ أن النقل هو استعمال اللفظ بتمامه فى معنى آخر اه .

وأمر بها فى السنة التى فرض فيها رمضان قبل الزكاة ، وكان عليه الصلاة والسلام يخطب قبل الفطر بيومين يأمر بإخراجها ذكره الشمنى (تجب) وحديث « فرض رسول الله عليه الصلاة والسلام زكاة الفطر » معناه قدّر للإجماع على أن منكرها لايكفر (موسعا فى العمر) عند أصحابنا

ولعلها من الفطرة التى هى الخلقة قال أبو محمد الأبهر معناها زكاة الخلقة كأنها زكاة البدن اه. وفى المصباح وقولهم : تجب الفطرة الأصل تجب زكاة الفطرة وهى البدن، فحذف المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه واستغنى به فى الاستعمال لفهم المعنى اه. ومشى عليه القهستانى ، ولهذا نقل بعضهم أنها تسمى صدقة الرأس وزكاة البدن .

والحاصل : أن لفظ الفطرة بالتاء لاشك فى لغويته ومعناه الخلقة وإنما الكلام فى إطلاقه مرادا به المخرج فإن أطلق عليه بدون تقدير فهو اصطلاح شرعى مولد، وأما مع تقدير المضاف فالمراد بها المعنى اللغوى ولعل هذا وجه الصحة الذى أراده صاحب المغرب ، وأما لفظ الفطر بدون تاء فلا كلام فى أنه معنى لغوى وبهذا تعلم مافى كلام الشارح(١) تبعاً للنهر فافهم (قوله وأمر بها) أى بإخراجها . وفى حاشية نوح: والحاصل أن فرض صيام رمضان فى شعبان بعد ماحولت القبلة إلى الكعبة وأمر النبى صلى الله عليه وسلم بزكاة الفطر قبل العيد بيومين وذلك قبل أن تفرض زكاة الأموال هـذا هو الصحيح ولهذا قيل إنها منسوخة بالزكاة وإن كان الصحيح خلافه اه (قوله وكان عليه الصلاة والسلام الخ) أخرجه عبد الرزاق بسند صحيح عن عبد الله بن ثعلبة ، قال خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل يوم الفطر بيوم أو يومين فقال « أدوا صاعا من بر أو قمح(٢) بين اثنين أو صاعا من تمر أو شعير عن كل حر أو عبد صغير أو كبير » فتح . قال ط: وبهذا يتقوى مابحثه صاحب البحر سابقا فى باب صلاة العيدين من أنه ينبغى أن يتقدم أحكام صدقة الفطر فى خطبة قبل يوم العيد لأجل أن يتمكنوا من إخراجها قبل الذهاب إلى المصلى (قوله وحديث فرض الخ) جواب عما استدل به الشافعى رحمه الله على فرضيتها من حديث عمر فى الصحيحين « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرض زكاة الفطر من رمضان على الناس صاعا من تمر أو صاعا من شعير على كل حر وعبد ذكر أو أنثى من المسلمين » فتح (قوله معناه قدر الخ) أى فإنه أحد معانى الفرض كقوله تعالى — فنصف ما فرضتم — ويقال فرض القاضى النفقة وهذا الجواب ذكره فى البدائع . وأجاب فى الفتح بأن الثابت بظنى يفيد الوجوب وأنه لاخلاف فى المعنى لأن الافتراض الذى يثبته الشافعية ليس على وجه يكفر جاحده فهو معنى الوجوب عندنا، غاية الأمر أن الفرض فى اصطلاحهم أعم من الواجب فى عرفنا فأطلقوه على أحد جزأيه والإجماع على الوجوب لايدل على أن المراد بالفرض ماهو عرفنا أى ما يكفر جاحده لأن ذاك إذا نقل الإجماع تواترا ليكون قطعيا أو كان من ضروريات الدين كالخمس لا إذا كان ظنيا ، وقد صرحوا بأن منكر وجوبها لايكفر ، فكان المتيقن الوجوب بالمعنى العرفى عندنا اه ملخصا .

قلت : وقد يجاب بأن قول الصحابى فرض يراد به المعنى المصطلح عندنا للقطع به بالنسبة إلى من سمعه من النبى صلى الله عليه وسلم ، بخلاف غيره ما لم يصل إليه بطريق قطعى فيكون مثله ولهذا قالوا إن الواجب لم يكن

---

(١) (قوله تعلم مافى كلام الشارح) أى فى قوله والفطر لفظ إسلامى ومراده استعمال لفظ الفطر فى اليوم المخصوص ولا شك فى حدوثه كما تقدم المحشى فى توجيه عبارة الزيلعى .

وأما لفظ الفطر الذى عناه المحشى فهو بمعنى ضد الصوم حينئذ ، فكلام الشارح ظاهر لاغبار عليه، وأما قول المحشى ففيه مافيه تأمل.

(٢) (قوله فقال أدوا صاعا من بر أو قمح الخ) قال شيخنا هذا شك من الراوى فى لفظه عليه الصلاة والسلام اه .

وهو الصحيح بحر عن البدائع معللا بأن الأمر بأدائها مطلق الزكاة على قول كما مر ، ولو مات فأداها وارثه جاز (وقيل مضيقا في يوم الفطر عيناً) فبعده يكون قضاء ،واختاره الكمال في تحريره ورجحه في تنوير البصائر (على كل) حر (مسلم) ولو صغيرا مجنونا ،

في عصره صلى الله عليه وسلم ، كما أوضحناه في حواشي شرح المنار (قوله وهو الصحيح) هو ماعليه المتون بقولهم وصح لو قدم أو أخر (قوله مطلق) أي عن الوقت فتجب في مطلق الوقت وإنما يتعين بتعيينه فعلا أو آخر العمر ، ففي أي وقت أدى كان مؤديا لاقاضيا كما في سائر الواجبات الموسعة غير أن المستحب قبل الخروج إلى المصلى لقوله عليه الصلاة والسلام « أغنوهم عن المسألة في هذا اليوم » بدائع (قوله كما مر) عند قول المتن وافتراضها عمري الخ (قوله جاز) في الجوهرة: إذا مات من عليه زكاة أو فطرة أو كفارة أو نذر لم تؤخذ من تركته عندنا إلا أن يتبرع ورثته بذلك وهم من أهل التبرع ولم يجبروا عليه وإن أوصى تنفذ من الثلث اه (قوله وقيل مضيقا) مقابل الصحيح وهو قول الحسن بن زياد وقت أدائها يوم الفطر من أوله إلى آخره ،فإذا لم يؤدها حتى مضى اليوم سقطت كالأضحية بدائع ، ومثله في شروح الهداية وغيرها ، ورجح المحقق ابن الهمام في التحرير أنها من قبيل المقيد بالوقت لا المطلق لقوله عليه الصلاة والسلام « أغنوهم في هذا اليوم عن المسألة » فبعده قضاء وتبعه العلامة ابن نجيم في بحره ، لكنه قال في شرحه على المنار أنه ترجيح لما قابل الصحيح اه .

قلت : والظاهر أن هذا قول ثالث خارج عن المذهب لأن وقوعها قضاء بمضي يومها غير القول بسقوطها به . وقد رده العلامة المقدسي بأنهم كانوا يعجلون في زمنه صلى الله عليه وسلم ، وأنه كان بإذنه وعلمه صلى الله عليه وسلم كما قاله ابن الهمام نفسه ، فدل ذلك على عدم التقييد باليوم إذ لو تقيد به لم يصح قبله كما في الصلاة وصوم رمضان والأضحية اه .

وما قيل في الجواب إنه تعجيل بعد وجود السبب فيجوز كتعجيل الزكاة بعد ملك النصاب ، فهو مؤكد للاعتراض لدلالته على جواز التعجيل وعلى عدم التوقيت إذ لو كان مؤقتا لم يجز تعجيله قبل وقته وإن وجد سببه لأن الوقت شرطه كما لايجوز تعجيل الحج قبل وقته وإن وجد سببه وهو البيت ،على أن قياس تعجيل الفطرة على الزكاة لايصح لأن حكم الأصل مخالف للقياس كما سنذكره عن الفتح فافهم ،والأمر في حديث أغنوهم محمول على الاستحباب كما يشير إليه ماقدمناه عن البدائع وصرح في الظهيرية بعدم كراهة التأخير أي تحريما كما في النهر وسيأتي لقوله صلى الله عليه وسلم « من أداها قبل الصلاة فهي زكاة مقبولة ومن أداها بعد الصلاة فهي صدقة من الصدقات » رواه أبو داود وغيره لنقصان ثوابها فصارت كغيرها من الصدقات كما في الفتح . وأفاد أيضا أن هذا لايدل على قول الحسن بن زياد بسقوطها لأن اعتبار ظاهره يؤدي إلى سقوطها بعد الصلاة وإن كان الأداء في باقي اليوم ، وليس هذا قوله فهو مصروف عنه عنده أي لأنه يقول بسقوطها بمضي اليوم لابمضي الصلاة كما مر (قوله فبعده يكون قضاء) قد علمت أن المراد بالتضييق هو قول الحسن بسقوطها بمضي اليوم كما أشار إليه في الهداية ، وصرح به شراحها وغيرهم ، وأن هذا قول ثالث لم أر من قال به سوى ابن الهمام وعلمت مافيه ففي هذا التفريع نظر (قوله على كل حر مسلم) فلا تجب على رقيق لعدم تحقق التمليك منه ، ولا على كافر لأنها قربة والكفر ينافيها نهر ،ولاتجب على الكافر ولو له عبد مسلم أو ولد مسلم بحر (قوله ولو صغيرا مجنونا) في بعض النسخ : أو مجنونا بالعطف بأو وفي بعضها بالواو ، وهذا لو كان لهما مال قال في البدائع : وأما العقل والبلوغ فليسا من شرائط الوجوب في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، حتى تجب على الصبي والمجنون إذا كان لهما مال

حتى لو لم يخرجها وليهما وجب الأداء بعد البلوغ (ذى نصاب فاضل عن حاجته الأصلية) كدينه وحوائج عياله (وإن لم ينم) كامر (وبه) أى بهذا النصاب (تحرم الصدقة) كما مر، وتجب الأضحية ونفقة المحارم على الراجح (و) إنما لم يشترط النمو لأن (وجوبها بقدرة ممكنة) هى ما يجب بمجرد التمكن من الفعل فلا يشترط بقاؤها لبقاء الوجوب لأنها شرط محض (لا) بقدرة (ميسرة) هى مايجب

ويخرجها الولى من مالهما وقال محمد وزفر لاتجب فيضمنها الأب والوصى لو أدياها من مالهما اه وكما تجب فطرتهما تجب فطرة رقيقهما من مالهما كما فى الهندية والبحر عن الظهيرية (قوله حتى لو لم يخرجها وليهما) أى من مالهما. فى البدائع أن الصبى الغنى إذا لم يخرج وليه عنه فعلى أصل أبى حنيفة وأبى يوسف أنه يلزمه الأداء لأنه يقدر عليه بعد البلوغ اه :

قلت : فلو كانا فقيرين لم تجب عليهما بل على من يمونهما كما يأتى . والظاهر أنه لو لم يؤدها عنهما من ماله لايلزمهما الأداء بعد البلوغ والإفاقة لعدم الوجوب عليهما (قوله بعد البلوغ) أى وبعد الإفاقة فى المجنون ح (قوله وإن لم ينم) يقال نمى ينمى وينمو كذا فى الإسقاطى فهو مجزوم بحذف الياء أو الواو ط (قوله كما مر) أى فى قوله : وغنى يملك قدر نصاب وقدمنا بيانه ثمة (قوله تحرم الصدقة) أى الواجبة أما النافلة فإنما يحرم عليه سؤالها، وإذا كان النصاب المذكور مستغرقاً بحاجته ، فلا تحرم عليه الصدقة ولا يجب به مابعدها (قوله كما مر) أى فى قوله أيضا وغنى (قوله ونفقة المحارم) أى الفقراء العاجزين عن الكسب أو الاناث إذا كن فقيرات، وقيد بهم لإخراج الأبوين الفقيرين فإن المختار أنه يدخلهما فى نفقته إذا كان كسوبا (قوله هى مايجب بمجرد التمكن من الفعل) اعترض بأن هذا تعريف للواجب المشروط بالقدرة الممكنة بكسر الكاف المشددة ، وعرفها فى التوضيح بأدنى مايتمكن به المأمور من أداء مالزمه من غير حرج غالباً ، ثم فسرها بسلامة الأسباب والآلات ، وقيد بقوله من غير حرج غالباً لأنهم جعلوا منها الزاد والراحلة فى الحج، فإنهما من الآلات التى هى وسائط فى حصول المطلوب مع أنه يتمكن من الحج بدونهما لكن بحرج عظيم فى الغالب كما فى التلويح وكذا النصاب الغير النامى فى الفطرة فإنه يتمكن من إخراجها بدونه لكن بحرج فى الغالب . قال فى التلويح وهذه القدرة شرط لأداء كل واجب فضلا من الله تعالى لأن القدرة التى يمتنع التكليف بدونها هى مايكون عند مباشرة الفعل فاشتراط سلامة الأسباب والآلات قبل الفعل يكون فضلا منه تعالى (قوله فلا يشترط بقاؤها) أى بقاء هذه القدرة وهى النصاب هنا حتى لو هلك بعد فجر يوم النحر لاتسقط الفطرة، وكذا هلاك المال فى الحج كما يأتى (قوله لأنها شرط محض) أى ليس فيه معنى العلة المؤثرة بخلاف القدرة الميسرة كما يأتى (قوله ميسرة) بضم الميم وكسر السين المشددة (قوله هى مايجب الخ) فيه ماتقدم من الإعتراض وهى كما فى التلويح مايوجب يسر الأداء على العبد بعد ماثبت الإمكان بالقدرة الممكنة فهى كرامة من الله تعالى فى الدرجة الثانية من القدرة الممكنة ، ولهذا شرطت فى أكثر الواجبات المالية التى أداؤها أشق على النفس عند العامة ، وذلك كالنماء فى الزكاة فإن الأداء ممكن بدونه إلا أن يصير به أيسر حيث لاينقص أصل المال وإنما يفوت بعض النماء :

ثم القدرة الممكنة لما كانت شرطا للتمكن من الفعل وإحداثه كانت شرطا محضا ليس فيه معنى العلة فلم يشترط بقاؤها لبقاء الواجب إذ البقاء غير الوجود وشرط الوجود لا يلزم أن يكون شرطا للبقاء كالشهود فى النكاح شرط للانعقاد دون البقاء، بخلاف الميسرة فإنها شرط فيه معنى العلة لأنها غيرت صفة الواجب من العسر إلى اليسر إذ جاز أن يجب بمجرد القدرة الممكنة لكن بصفة العسر فأثرت فيه القدرة الميسرة وأوجبته بصفة اليسر فيشترط

بعد التمكن بصفة اليسر ، فغيرته من العسر إلى اليسر فيشترط بقاؤها لأنها شرط في معنى العلة وقد حررناه فيما علقناه على المنار ثم فرع عليه (فلا تسقط) الفطرة وكذا الحج (بهلاك المال بعد الوجوب) كما لا يبطل النكاح بموت الشهود (بخلاف الزكاة) والعشر والخراج لاشتراط بقاء الميسرة (عن نفسه) متعلق بيجب وإن لم يصم لعذر (وطفله الفقير) والكبير المجنون، ولو تعدد الآباء فعلى كل فطرة

دوامها نظرا إلى معنى العلية لأن هذه العلة مما لا يمكن بقاء الحكم بدونها إذ لا يتصور اليسر بدون القدرة الميسرة والواجب لا يبقى بدون صفة اليسر ، لأنه لم يشرع إلا بتلك الصفة فلهذا اشترط بقاء القدرة الميسرة دون الممكنة مع أن ظاهر النظر يقتضي أن يكون الأمر بالعكس إذ الفعل لا يتصور بدون الإمكان ويتصور بدون اليسر اهـ (قوله فغيرته الخ) أي باعتبار أنه كان يجوز أن يجب بصفة العسر أي بمجرد القدرة الممكنة كما مر فلما وجب بالقدرة الميسرة فكأنه تغير من العسر إلى اليسر (قوله لأنها شرط في معنى العلة) أي والحكم يدور مع علته وجودا وعدما ط (قوله ثم فرّع عليه) أي على ماذكر من القدرتين (قوله فلا تسقط الفطرة) لأنها لم تجب بالميسرة بل بالممكنة كما مر (قوله وكذا الحج) لأن شرطه وهو الزاد والراحلة قدرة ممكنة إذ الميسرة لاتحصل إلا بمراكب وأعوان وخدم وليست شرطا بالإجماع ط (قوله كما لا يبطل النكاح الخ) أشار إلى ما قدمناه عن التلويح من أن الممكنة شرط للابتداء لا للبقاء كالشهود في النكاح ، فلا يسقط الواجب بزوالها بخلاف الميسرة (قوله بخلاف الزكاة) فإنها تسقط بهلاك المال بعد الحول ، يعني سواء تمكن من الأداء أم لا لأن الشرع علق الوجوب بقدرة ميسرة والمعلق بقدرة ميسرة لايبقى بدونها ط عن الحموي. والقدرة الميسرة هنا هي وصف النماء لا النصاب . وقيد بالهلاك لأنها لاتسقط بالاستهلاك وإن انتفت القدرة الميسرة لبقائها تقديرا زجرا له عن التعدي ونظرا للفقراء كما في التلويح (قوله والخراج) أي خراج المقاسمة فهو كالعشر لأن شرطه الأرض النامية تحقيقا بخلاف الخراج الموظف فإنه يجب بمجرد التمكن من الزراعة ولا يهلك بهلاك الخارج لوجوبه في الذمة لا في الخارج بخلافهما كما مر بيانه في بابه (قوله لاشتراط بقاء الميسرة) وهي وصف النماء وهذا علة للثلاثة (قوله عن نفسه الخ) بيان للسبب والأصل فيه رأسه ولا شك أنه يمونه ويلي عليه فيلحق به ما هو في معناه ممن يمونه ويلي عليه وتمامه في النهر (قوله وإن لم يصم لعذر) الظاهر أنه قيد به بناء على ما هو حال المسلم من عدم تركه الصوم إلا بعذر كما تقدم نظيره في باب قضاء الفوائت ، حيث لم يقل المتروكات ظنا بالمسلم خيرا ، فحينئذ تجب الفطرة وإن أفطر عامدا لوجود السبب وهو الرأس الذي يمونه ويلي عليه ولو لم يصم كالطفل الصغير والعبد الكافر .

ثم رأيت في البدائع ما يشعر بذلك حيث قال : وكذا وجود الصوم في شهر رمضان ليس بشرط لوجوب الفطرة حتى إن من أفطر لكبر أو مرض أو سفر يلزمه صدقة الفطر لأن الأمر بأدائها مطلق عن هذا الشرط اهـ فافهم (قوله وطفله) احترز به عن الجنين فإنه لا يسمى طفلا كذا في البرجندي إذ الطفل هو الصبي حين يسقط من بطن أمه إلى أن يحتلم وجارية طفل وطفلة كذا في المغرب إسمعيل فافهم ، وأشار إلى أن الأم لا يجب عليها صدقة أولادها الصغار كما في منية المفتي (قوله الفقير) قيدبه لأن الغني تجب صدقة فطره في ماله على ما مر لعدم وجوب نفقته نهر (قوله والكبير المجنون) أي الفقير أما الغني ففي ماله عندهما كما مر وفي التتارخانية عن المحيط أن المعتوه والمجنون بمنزلة الصغير سواء كان الجنون أصليا بأن بلغ مجنونا أو عارضا هو الظاهر من المذهب اهـ (قوله ولو تعدد الآباء) كما لو ادعى رجلان لقيطا أو ولد أمة مشتركة بينهما (قوله فعلى كل فطرة) أي كاملة عند أبي يوسف لأن البنوة ثابتة من كل منهما كملا وثبوت النسب لا يتجزأ وكذا لو مات أحدهما كان ولدا للباقي منهما ، وقال

ولو زوج طفلته الصالحة لخدمة الزوج فلا فطرة والجد كالأب عند فقده أو فقره كما اختاره فى الاختيار (وعبده لخدمته) ولو مديونا أو مستأجرا أو مرهونا إذا كان عنده وفاء بالدين.

وأما الموصى بخدمته لواحد وبرقبته لآخر ففطرته على مالك رقبته كالعبد العارية والوديعة والجانى وقول الزيلعى

محمد: عليهما صدقة واحدة لأن الولاية لهما والمؤنة فكذا الصدقة لأنها قابلة للتجزى كالمؤنة ولو كان أحدهما معسرا فعلى الموسر صدقة تامة عندهما فتح (قوله ولو زوّج طفلته) أى الفقيرة إذ صدقة الغنية فى مالها تزوجت أولا ح (قوله الصالحة لخدمة الزوج) كذا فى النهر عن القنية وفيه عن الخلاصة الصغيرة لو سلمت لزوجها لاتجب فطرتها على أبيها لعدم المؤنة اه فأفاد تقييد المسألة بقيدين: صلاحيتها للخدمة، وتسليمها للزوج، ولذا قال الشارح فى باب النفقة فيمن تجب نفقتها على الزوج، وكذا صغيرة تصلح للخدمة أو للاستئناس إن أمسكها فى بيته عند الثانى واختاره فى التحفة اه وهو صريح بأنها لو لم تصلح لذلك لاتجب نفقتها على الزوج، وظاهره لو أمسكها فى بيته فتجب على أبيها فافهم (قوله فلا فطرة) أما عليها فلفقرها، وأما على زوجها فلما سيأتى فى قوله لا عن زوجته، وأما على أبيها فلأنه لا يمونها وإن ولى عليها ح (قوله كما اختاره فى الاختيار) هذا رواية الحسن وهو خلاف ظاهر الرواية من أن الجد كالأب إلا فى مسائل ستأتى آخر الكتاب منها هذه، واختاره أيضا فى فتح القدير لتحقق وجود السبب وهو الرأس الذى يمونه ويلى عليه ولاية مطلقة. ورد ما قيل: من أن الولاية غير تامة لانتقالها إليه من الأب فكانت كولاية الوصى بأنه غير سديد لأن الوصى لا يمونه من ماله، بخلاف الجد إذا لم يكن للصغير مال فإنه يمونه من ماله كالأب، ونازعه فى البحر بما رده عليه المقدسى وصاحب النهر، فلذا اختار الشارح رواية الحسن:

قلت: لكن فى الخانية ليس على الجد أن يؤدى الصدقة عن أولاد ابنه المعسر إذا كان الأب حيا باتفاق الروايات وكذا لو كان الأب ميتا فى ظاهر الرواية اه فعلم أن رواية الحسن فيما إذا كان الأب ميتا لكن مقتضى كلام البدائع أن الخلاف فى المسألتين، نعم تعليل الفتح لايظهر إلا فى الميت تأمل (قوله وعبده لخدمته) احتراز عن عبد التجارة فإنها لا تجب كى لايؤدى إلى الثنى زيلعى: أى تعدد الوجوب المالى فى مال واحد، وفى النهاية: له عبد للتجارة لايساوى نصابا وليس له مال الزكاة لاتجب صدقة فطر العبد وإن لم يؤد إلى الثنى لأن سبب وجوب الزكاة فيه موجود والمعتبر سبب الحكم(١) لا الحكم. اه بحر (قوله ولو مديونا) أى بدين مستغرق بدائع (قوله أو مستأجرا) أى آجره للغير (قوله إذا كان عنده) أى الراهن وفاء بالدين أى وفضل بعد الدين نصاب كما فى الهندية المراد نصاب غير العبد لأنه من حوائجه الأصلية حيث كان للخدمة شرنبلالية إذا لم يكن كذلك لايلزم أحدا فطرته لأن المرتهن أحق به حتى إذا هلك هلك بدينه والفرق بين المديون والمرهون حيث لا يشترط فى المديون أن يكون عند المولى وفاء بالدين أن الدين على العبد وفى المرهون على السيد ح عن الزيلعى (قوله كالعبد العارية والوديعة) فإن صدقته على المالك (قوله والجانى) أى عمدا أو خطأ لأن ملك المالك إنما يزول بالدفع إلى المجنى عليه مقصورا على الحال لاقبله(٢) خانية (قوله وقول الزيلعى) راجع إلى قوله وأما الموصى بخدمته وعبارة الزيلعى والعبد الموصى

---

(١) (قوله والمعتبر سبب الحكم الخ) أى المعتبر فى منع صدقة الفطر عن العبد إنما هو سبب وجوب زكاة المال وهو المال النامى بنية التجارة هنا لا نفس الحكم وهو وجوب زكاة المال أى لم يشترط فى منع صدقة الفطر وجود نفس الحكم حتى تجب صدقة الفطر فى مسألتنا اه.

(٢) (قوله مقصورا على الحال لا قبله) أى ليس مجرد الجناية مزيلا لملك المولى بل المزيل الدفع فقط اه.

لاتجب سبق قلم فتح (ومدبره وأم ولده ولو) كان عبده (كافرا) لتحقق السبب وهو رأس يمونه ويلى عليه (لاعن زوجته) وولده الكبير العاقل ، ولو أدى عنهما بلا إذن أجزأ استحسانا للإذن عادة أى لو فى عياله وإلا فلا قهستانى عن المحيط فليحفظ (وعبده الآبق) والمأسور (والمغصوب المجحود) إن لم تكن عليه بينة خلاصة إلا بعد عوده فيجب لما مضى (و) لاعن (مكاتبه ولا تجب عليه) لأن مافى يده لمولاه (وعبيد مشتركة) إلا إذا كان عبد

برقبته لإنسان لاتجب فطرته اه ط (قوله سبق قلم) يمكن حمل كلامه على نفى الوجوب عن الإنسان الموصى له بخدمة العبد فلا ينافى الوجوب على مالك الرقبة ، ثم رأيت ط ذكره وقال : وحمله الشلبى محشى الزيلعى على ما إذا مات السيد الموصى ولم يقبل الموصى له ولم يرد اه تأمل (قوله ولو كان عبده كافرا) المراد بالعبد مايشمل المدبر ذكرا أو أنثى وأم الولد لصحة استيلاد الكافرة ولو غير كتابية . لأن عدم حل وطء المجوسية لايستلزم عدم صحة استيلادها كالأمة المشتركة فليراجع أفاده ح (قوله وهو رأس يمونه) أى مؤنة واجبة كاملة مطلقة ، فخرج بالأول مؤنة الأجنبى لوجه الله تعالى . وبالثانى العبد المشترك وبالثالث الزوجة فإنها ضرورية لأجل انتظام مصالح النكاح ، ولهذا لا تجب عليه غير الرواتب نحو الأدوية كما فى الزيلعى أفاده ح (قوله ويلى عليه) أى ولاية مال لا إنكاح فلا يراد ابن العم إذا كان زوجا لأن ولايته ولاية إنكاح اه ح (قوله لاعن زوجته) لقصور المؤنة والولاية إذ لايلى عليها فى غير حقوق الزوجية ولا يجب عليه أن يمونها فى غير الرواتب كالمداواة نهر (قوله وولده الكبير العاقل) أى ولو زمنا فى عياله لانعدام الولاية جوهرة . واحترز بالعاقل عن المعتوه والمجنون فحكمه كالصغير ولو جنونه عارضا فى ظاهر الرواية كما مر خلافا لما عن محمد فى العارض بعد البلوغ من أنه كالكبير العاقل لزوال الولاية بالبلوغ ، وأشار إلى أنها لاتجب أيضاً على الابن عن أبيه ، ولو فى عياله إلا إذا كان فقيرا مجنونا كما فى البحر والنهر . وعبر عنه فى الجوهرة بقيل وعزاه فى الخانية إلى الشافعى لكن حكى فى جامع الصفار الإجماع على الوجوب معللا بوجود الولاية والمؤنة جميعا اه وهو ظاهر (قوله ولو أدى عنهما) أى عن الزوجة والولد الكبير ، وقال فى البحر : ونقل الظهيرية أنه لو أدى عمن فى عياله بغير أمره جاز مطلقا بغير تقييد بالزوجة والولد اه (قوله أجزأ استحسانا) وعليه الفتوى خانية وأفاد بقوله (١) للإذن عادة إلى وجود النية حكما وإلا فقد صرح فى البدائع بأن الفطرة لا تتأدى بدون النية تأمل (قوله أى لو فى عياله) انظر هل المراد من تلزمه نفقته أو أعم؟ ظاهر مامر عن البحر الثانى و مفاد التعليل أيضا تأمل (قوله وعبده الآبق) لعدم الولاية القائمة ط (قوله والمأسور) لخروجه عن يده وتصرفه فأشبه المكاتب بحر . قلت : ولو كان قنا ملكه أهل الحرب ويخرج عن ملكه بخلاف المدبر وأم الولد (قوله إن لم تكن عليه بينة) مقتضى التصحيح الذى مر فى الزكاة أن لا تجب ولو كانت عليه بينة لأنه ليس كل قاض يعدل ولا كل بينة تقبل ط (قوله إلا بعد عوده) راجع إلى الآبق كما فى النهر والمنح وإلى المغصوب أيضا كما فى البحر قال ح : والظاهر أن المأسور كذلك ولذا قدره الشارح معطيا حكم قرينيه . قلت هذا إذا لم يملكه أهل الحرب (قوله فيجب لما مضى) أى من السنين قهستانى قال الرحمتى : ولم يوجبوا الزكاة لما مضى فى مال الضمار كما تقدم فلينظر الفرق (قوله لأن مافى يده لمولاه) إذ لاملك له حقيقة لأنه عبد مابقى عليه درهم والعبد مملوك فلا يكون مالكا بدائع (قوله وعبيد مشتركة) لقصور الولاية والمؤنة فى حق كل واحد من الشريكين وهذا قول الإمام . وقالا : على كل واحد مايخصه من الرءوس دون الأشقاص كما فى الهداية فلو كانوا أربعة أعبد يجب على كل واحد عن اثنين ولو ثلاثة تجب عن اثنين دون الثالث وفى المحيط ذكر أبا يوسف مع أبى حنيفة وهو الأصح كما فى الحقائق والفتح وفى المصنى هذا فى عبيد الخدمة ولا تجب فى عبيد التجارة اتفاقا اه إسمعيل أى لئلا يجتمع الحقان فى مال واحد

---

(١) قوله (وأفاد بقوله الخ) هكذا بخطه ، ولعل الأنسب وأشار كما يشعر به قوله إلى وجود النية تأمل اه مصححه .

بين اثنين وتهاياه ووجد الوقت فى نوبة أحدهما فتجب فى قول (وتوقف) الوجوب (لو) كان المملوك (مبيعاً بخيار) فإذا مر يوم الفطر والخيار باق تلزم على من يصير له (نصف صاع) فاعل يجب (من بر أو دقيقه أو سويقه أو زبيب) وجعلاه كالتمر ، وهو رواية عن الإمام وصححه البهنسى وغيره . وفى الحقائق والشرنبلالية عن البرهان : وبه يفتى (أو صاع تمر أو شعير) ولو رديئاً ومالم ينص عليه كذرة

(قوله ووجد الوقت) أى وقت الوجوب وهو طلوع فجر يوم الفطر (قوله فتجب فى قول) أى ضعيف كما فى بعض النسخ لمخالفته لعموم إطلاق المتون والشروح رحمتى .

قلت : وهذا الفرع نقله فى شرح المجمع وشرح درر البحار عن الحقائق ، ووجه ضعفه قصور الولاية بدليل أن أحدهما لا يملك تزويجه وقصور المؤنة أيضا فإن نفقته عليهما ، وسيأتى فى كتاب القسمة لو اتفقا على أن نفقة كل عبد على الذى يخدمه جاز استحسانا بخلاف الكسوة اهـ أى للمسامحة فى الطعام عادة دون الكسوة (قوله وتوقف الخ) لأن الملك والولاية موقوفان ، فكذا مايبتنى عليهما بحر (قوله بخيار) أى للبائع أو للمشترى أولهما لأن الملك متزلزل ، فإن لم يكن خيار وقبضه بعد يوم الفطر وجبت على المشترى وإن مات قبل القبض لم تجب على أحد وإن رد قبل القبض بخيار عيب أو رؤية فعلى البائع وإن بعده فعلى المشترى خانية وتمامه فى البحر (قوله فإذا مر يوم الفطر) أو رد عليه أن مضيه ليس بلازم بل وجود الخيار وقت طلوع الفجر كاف على مابين فى الكفاية ولذا قال فى العناية هذا من قبيل إطلاق الكل وإرادة البعض وما قيل هذا لا يرد على من قال مر بل على من قال مضى كالدرر لأن المضى يقتضى الانقضاء بخلاف المرور ففيه نظر لما فى القاموس مر أى جاز وذهب (قوله على من يصير له) أى يستقر ملكه ليشمل البائع إذا كان الخيار له واختار الفسخ لأن ملكه لم يزل (قوله أو دقيقه أو سويقه) الأولى أن يراعى فيهما القدر والقيمة احتياطا وإن نص على الدقيق فى بعض الأخبار هداية لأن فى إسناده سليمان ابن أرقم وهو متروك الحديث فوجب الاحتياط بأن يعطى نصف صاع دقيق بر أو صاع دقيق شعير يساويان نصف صاع بر وصاع شعير لا أقل من نصف يساوى نصف صاع بر أو أقل من صاع يساوى صاع شعير ولا نصف لا يساوى نصف صاع بر أو صاع لا يساوى صاع شعير فتح وقوله فوجب الاحتياط مخالف لتعبير الهداية والكافى بأولى إلا أن يحمل (١) أحدهما على الآخر تأمل (قوله وجعلاه كالتمر) أى فى أنه يجب صاع منه (قوله وهو رواية) أى عن أبى حنيفة كما فى بعض النسخ (قوله وصححها البهنسى) أى فى شرحه على الملتقى والمراد أنه حكى تصحيحها وإلا فهو ليس من أصحاب التصحيح قال فى البحر : وصححها أبو اليسر ورجحها المحقق فى فتح القدير من جهة الدليل وفى شرح النقاية والأولى أن يراعى فى الزبيب القدر والقيمة اهـ : أى بأن يكون نصف الصاع منه يساوى قيمة نصف صاع بر حتى إذا لم يصح من حيث القدر يصح من حيث قيمة البر لكن فيه أن الصاع من الزبيب منصوص عليه فى الحديث الصحيح ، فلا تعتبر فيه القيمة كما يأتى تأمل (قوله أو شعير) ودقيقه وسويقه مثله نهر (قوله ولو رديئا) قال فى البحر : وأطلق نصف الصاع والصاع ولم يقيده بالجيد لأنه لو أدى نصف صاع ردىء جاز وإن أدى عفنا أو به عيب أدى النقصان وإن أدى قيمة الردىء أدى الفضل كذا فى الظهيرية اهـ ونقل بعض المحشين عن حاشية الزيلعى عن كفاية الشعبى : لو كانت الحنطة مخلوطة بالشعير فلو الغلبة للشعير فعليه صاع ولو بالعكس فنصف صاع (قوله وما لم ينص عليه الخ) قال فى البدائع : ولا يجوز أداء المنصوص عليه بعضه عن بعض باعتبار القيمة ، سواء كان الذى أدى عنه من جنسه أو من خلاف جنسه بعد أن كان من المنصوص

---

(١) قوله إلا أن يحمل الخ أى بأن يراد بالوجوب الثبوت أو يراد بالأولى الأرجح بطريق الوجوب اهـ منه .

وخبز يعتبر فيه القيمة (وهو) أى الصاع المعتبر (مايسع ألفا وأربعين درهما من ماش أو عدس) إنما قدر بهما

عليه. فكما لايجوز إخراج الحنطة عن الحنطة باعتبار القيمة بأن أدى نصف صاع من حنطة جيدة عن صاع من حنطة وسط لا يجوز إخراج غير الحنطة عن الحنطة باعتبار القيمة بأن أدى نصف صاع تمر تبلغ قيمته قيمة نصف صاع من حنطة عن الحنطة بل يقع عن نفسه وعليه تكميل الباقى لأن القيمة إنما تعتبر فى غير المنصوص عليه اه.

[تنبيه] يجوز عندنا تكميل جنس من جنس آخر من المنصوص عليه. ففى البحر عن النظم لو أدى نصف صاع شعير ونصف صاع تمر أو نصف صاع تمر ومنا واحدا من الحنطة أو نصف صاع شعير وربع صاع حنطة جاز خلافا للشافعى (قوله وخبز) عدم جواز دفعه إلا باعتبار القيمة هو الصحيح لعدم ورود النص به فكان كالذرة وغيرها من الحبوب التى لم يرد بها نص وكالأقط بحر.

مطلب فى تحرير الصاع والمد والمن والرطل

(قوله وهو أى الصاع الخ) اعلم أن الصاع أربعة أمداد والمد رطلان والرطل نصف من والمن بالدراهم مائتان وستون درهما وبالاستار أربعون والإستار بكسر الهمزة بالدراهم ستة ونصف بالمثاقيل قيل أربعة ونصف كذا فى شرح درر البحار فالمد والمن سواء كل منهما ربع صاع مائة وثلاثون درهما، وفى الزيلعى والفتح: اختلف فى الصاع فقال الطرفان ثمانية أرطال بالعراقى وقال الثانى خمسة أرطال وثلث، قيل لا خلاف لأن الثانى قدره برطل المدينة لأنه ثلاثون إستارا والعراقى عشرون وإذا قابلت ثمانية بالعراقى بخمسة وثلث بالمدنى وجدتهما سواء وهذا هو الأشبه لأن محمدا لم يذكر خلاف أبى يوسف ولو كان لذكره لأنه أعرف بمذهبه اه وتمامه فى الفتح.

ثم اعلم أن الدرهم الشرعى أربعة عشر قيراطا والمتعارف الآن ستة عشر، فإذا كان الصاع ألفا وأربعين درهما شرعيا يكون بالدرهم المتعارف تسعمائة وعشرة، وقد صرح الشارح فى شرحه على الملتقى فى باب زكاة الخارج بأن الرطل الشامى ستمائة درهم، وأن المد الشامى صاعان وعليه فالصاع بالرطل الشامى رطل ونصف، والمد ثلاثة أرطال ويكون نصف الصاع من البر ربع مد شامى، فالمد الشامى يجزى عن أربع وهكذا رأيته أيضا محررا بخط شيخ مشايخنا إبراهيم السائحانى وشيخ مشايخنا منلا على التركمانى وكفى بهما قدوة لكنى حررت نصف الصاع فى عام ست وعشرين بعد المائتين فوجدته ثمنية ونحو ثلثى ثمنية فهو تقريبا ربع مد ممسوحا من غير تكويم، ولا يخالف ذلك ما مر لأن المد فى زماننا أكبر من المد السابق وكذا الرطل فى زماننا فإنه الآن يزيد على سبعمائة درهم وهذا بناء على تقرير الصاع بالماش أو العدس أما على تقديره بالحنطة أو الشعير وهو الأحوط كما يأتى قريبا فيزيد نصف الصاع على ذلك فالأحوط إخراج ربع مد شامى على التمام من الحنطة الجيدة والله تعالى أعلم قال ط: وقدر بعض مشايخى نصف الصاع بقدح وسدس بالمصرى وعن الدفرى تقديره بقدح وثلث وعليه فالربع المصرى يكفى عن ثلاث (قوله إنما قدر بهما) أى قدر الصاع بما يسع الوزن المذكور منهما أى من مجموعها: أى من أى نوع منهما لأن كل واحد منهما يتساوى كيله ووزنه إذ لاتختلف أفراده ثقلا وكبرا فإذا ملأت إناء من ماش وزنه ألف وأربعون درهما ثم ملأته من ماش آخر يكون وزنه مثل وزن الأول لعدم التفاوت بين ماش وماش آخر وكذا لو فعلت بالعدس كذلك بخلاف غيرهما كالبر مثلا فإن بعض البر قد يكون أثقل من البعض فيختلف كيله ووزنه فلذا قدر الصاع بالماش أو العدس فيكون مكيالا محررا يكال به ما يراد إخراجه من الأشياء المنصوصة بلا اعتبار

لتساويهما كيلا ووزنا (ودفع القيمة) أى الدراهم (أفضل من دفع العين على المذهب) المفتى به جوهرة وبحر عن الظهيرية وهذا فى السعة ، أما فى الشدة فدفع العين أفضل كما لايخفى

وزن لأنك لو كلت به شعيرا مثلا ثم وزنته لم يبلغ وزنه ألفا وأربعين درهما ؛ ولو اعتبر الوزن لكان مايسع ألفا وأربعين درهما من الشعير أكبر من الصاع الذى يسع هذا القدر من الماش أو العدس وقد اعتبروا الصاع بهما ، فعلم أنه لا اعتبار بالوزن أصلا فى غيرهما ويدل على ذلك أيضاً قول الذخيرة قال الطحاوى : الصاع ثمانية أرطال مما يستوى كيله ووزنه ومعناه أن العدس والماش يستوى كيله ووزنه ، حتى لو وزن من ذلك ثمانية أرطال ووضع فى الصاع لايزيد ولا ينقص وما سوى ذلك تارة يكون الوزن أكثر من الكيل كالشعير وتارة بالعكس كالملح ، فإذا كان المكيال يسع ثمانية أرطال من العدس والماش فهو الصاع الذى يكال به الشعير والتمر والحنطة اهـ وذكر نحوه فى الفتح ثم قال : وبهذا يرتفع الخلاف فى تقدير الصاع كيلا أو وزنا ومراده بالخلاف ما ذكره قبله حيث قال : ثم يعتبر نصف صاع من بر من حيث الوزن عند أبى حنيفة لأنهم لما اختلفوا فى أن الصاع ثمانية أرطال أو خمسة وثلث كان إجماعا منهم أنه يعتبر بالوزن وروى ابن رستم عن محمد أنه إنما يعتبر بالكيل حتى لو دفع أربعة أرطال لايجزيه لجواز كون الحنطة ثقيلة لا تبلغ نصف صاع اهـ وفى ارتفاع الخلاف بما ذكر تأمل فإن المتبادر من اعتبار نصف الصاع بالوزن عند أبى حنيفة اعتبار وزن البر ونحوه مما يريد إخراجه لاعتباره بالماش والعدس. والظاهر أن اعتباره بهما مبنى على رواية محمد ، وأن الخلاف متحقق وعن هذا ذكر صدر الشريعة فى شرح الوقاية أن الأحوط تقدير الصاع بثمانية أرطال من الحنطة الجيدة لأنه إن قدر بالماش يكون أصغر ولا يسع ثمانية أرطال من الحنطة لأنه أثقل منها وهى أثقل من الشعير ، فالمكيال الذى يملأ بثمانية أرطال من الماش يملأ بأقل من ثمانية أرطال من الحنطة الجيدة المكتنزة اهـ .

مطلب فى مقدار الفطرة بالمد الشامى

قلت : وبهذا يخرج عن العهدة بيقين على روايتى تقدير الصاع كيلا أو وزنا فلذا كان أحوط ولكن على هذا الأحوط تقديره بالشعير ، ولهذا نقل بعض المحشين عن حاشية الزيلعى للسيد محمد أمين ميرغنى أن الذى عليه مشايخنا بالحرم الشريف المكى ومن قبلهم من مشايخهم وبه كانوا يفتون تقديره بثمانية أرطال من الشعير ، ولعل ذلك ليحتاطوا فى الخروج عن الواجب بيقين لما فى مبسوط السرخسى من أن الأخذ بالاحتياط فى باب العبادات واجب اهـ فإذا قدر بذلك فهو يسع ثمانية أرطال من العدس ومن الحنطة ، ويزيد عليها ألبتة بخلاف العكس ، فلذا كان تقدير الصاع بالشعير أحوط اهـ ، ولهذا قدمنا أن الأحوط فى زماننا إخراج ربع مد شامى تام (قوله ودفع القيمة) أطلقها فشمل قيمة الحنطة وغيرها خلافا لمحمد. قال فى التتارخانية عن المحيط : وإذا أراد أن يعطى قيمة الحنطة أو الشعير أو التمر يؤدّى قيمة أى الثلاث شاء عندهما وقال محمد يؤدّى قيمة الحنطة (قوله أى الدراهم) ربما يشعر أنها المرادة بالقيمة مع أن القيمة تكون أيضا من الفلوس والعروض كما فى البدائع والجوهرة ، ولعله اقتصر على الدراهم تبعا للزيلعى لبيان أنها الأفضل عند إرادة دفع القيمة لأن العلة فى أفضلية القيمة كونها أعون على دفع حاجة الفقير لاحتمال أنه يحتاج غير الحنطة مثلا من ثياب ونحوها بخلاف دفع العروض ، وعلى هذا فالمراد بالدراهم ما يشمل الدنانير تأمل (قوله على المذهب المفتى به) مقابله ما فى المضمرات من أن دفع الحنطة أفضل فى الأحوال كلها ، سواء كانت أيام شدة أم لا لأن فى هذا موافقة السنة وعليه الفتوى منح فقد اختلف الإفتاء ط (قوله وهذا) أى كون دفع القيمة أفضل (قوله كمالا يخفى) يوهم أنه بحث منه مع أنه عزاه فى التتارخانية

(بطلوع فجر الفطر) متعلق بيجب (فمن مات قبله) أى الفجر (أو ولد بعده أو أسلم لاتجب عليه. ويستحب إخراجها قبل الخروج إلى المصلى بعد طلوع فجر الفطر) عملا بأمره وفعله عليه الصلاة والسلام (وصح أداؤها إذا قدمه على يوم الفطر أو أخره) اعتبارا بالزكاة والسبب موجود إذ هو الرأس (بشرط دخول رمضان فى الأول) أى مسألة التقديم (هو الصحيح) وبه يفتى جوهرة وبحر عن الظهيرية لكن عامة المتون والشروح على صحة التقديم مطلقا وصححه غير واحد ورجحه فى النهر ونقل عن الولوالجية أنه ظاهر الرواية .

قلت : فكان هو المذهب (وجاز دفع كل شخص فطرته إلى) مسكين أو (مساكين على) ماعليه الأكثر وبه جزم فى الولوالجية والخانية والبدائع والمحيط وتبعهم الزيلعى فى الظهار من غير ذكر خلاف وصححه فى البرهان فكان هو (المذهب) كتفريق الزكاة والأمر فى حديث « اغنوهم » للندب فيفيد الأولوية ، ولذا قال فى الظهيرية : لايكره التأخير أى تحريما (كما جاز دفع صدقة جماعة إلى مسكين واحد بلا خلاف)

إلى محمد بن سلمة وقال فى النهر وهو حسن (قوله بطلوع الفجر) أى الفجر الثانى، وعند الشافعى بغروب الشمس من آخر يوم من رمضان بدائع (قوله متعلق بيجب) أى المذكور أول الباب (قوله لا تجب عليه) لأنه وقت الوجوب ليس بأهل نهر ، وكذا لو افتقر قبله أو أيسر بعده كما فى الهندية (قوله عملا بأمره وفعله عليه الصلاة والسلام) رواه الحاكم من حديث ابن عمر كما بسطه فى الفتح (قوله أو أخره) قدمنا الكلام عليه أول الباب (قوله اعتبارا بالزكاة) أى قياسا عليها. واعترضه فى الفتح بأن حكم الأصل على خلاف القياس فلا يقاس عليه لأن التقديم. وإن كان بعد السبب هو قبل الوجوب وأجاب فى البحر بأنها كالزكاة بمعنى أنه لافارق لا أنه قياس اه وفيه نظر والأولى الاستدلال بحديث البخارى وكانوا يعطون قبل الفطر بيوم أو يومين قال فى الفتح وهذا مما لايخفى على النبى صلى الله عليه وسلم بل لابد من كونه بإذن سابق فإن الإسقاط قبل الوجوب مما لايعقل فلم يكونوا يقدمون عليه إلا بسمع اه (قوله فكان هو المذهب) نقل فى البحر اختلاف التصحيح ثم قال لكن تأيد التقييد بدخول الشهر بأن الفتوى عليه فليكن العمل عليه وخالفه فى النهر بقوله واتباع الهداية أولى . قال فى الشرنبلالية قلت : ويعضده أن العمل بما عليه الشروح والمتون ، وقد ذكر مثل تصحيح الهداية فى الكافى والتبيين وشروح الهداية . وفى البرهان وابن كمال باشا وفى البزازية الصحيح جواز التعجيل لسنين رواه الحسن عن الإمام اه وكذا فى المحيط اه .

قلت : وحيث كان فى المسألة قولان مصححان تخير المفتى بالعمل بأيهما إلا إذا كان لأحدهما مرجح ككونه ظاهر الرواية أو مشى عليه أصحاب المتون والشروح أو أكثر المشايخ كما بسطناه أول الكتاب وقد اجتمعت هذه المرجحات هنا للقول بالإطلاق فلا يعدل عنه فافهم (قوله إلى مسكين) يغنى عنه ما بعده لفهمه بالأولى ط (قوله فكان هو المذهب) كذا قال فى البحر ردا على ظاهر ما فى الزيلعى هنا والفتح من أن المذهب المنع وأن القائل بالجواز إنما هو الكرخى اه ، وكذا رده العلامة نوح بأن الأمر بالعكس فإن المانعين جمع يسير والمجوزين جم غفير والاعتماد على ما عليه الجم الكثير (قوله والأمر فى حديث أغنوهم) هو ما أخرجه الدارقطنى وابن عدى والحاكم فى علوم الحديث عن ابن عمر بلفظ « أغنوهم عن الطوف فى هذا اليوم » نوح .

وهذا الجواب عما يقال إن الإغناء لا يحصل إلا بدفعها جملة فيجب عملا بالأمر. والجواب أن الأمر للندب وإلا لم يجز التقديم والتأخير وقد مر الدليل على جوازهما أول الباب، وذلك قرينة على أن الأمر هنا للندب فخلافه لا يكره تحريما بل تنزيها .

يعتد به (خلطت) امرأة أمرها زوجها بأداء فطرته (حنطته بحنطتها بغير إذن الزوج ودفعت إلى فقير جاز عنها لاعنه) لما مر أن الانخلاط عند الإمام استهلاك يقطع حق صاحبه وعندهما لايقطع فيجوز إن أجاز الزوج ظهيرية ولوبالعكس. قال فى النهر : لم أره ، ومقتضى مامر جوازه عنهما بلا إجازتها

ويتحصل من هذا الجواب أن الدفع إلى متعدد مكروه تنزيها ككراهة التأخير ، إلا أن يفرق بأنه لو أخر الناس عن اليوم لم يحصل الإغناء أصلا ، بخلاف ما لو فرقوا لحصول الإغناء بالمجموع كما علل به الكرخي فلم يكن مخالفا لأمر الندب لأنه أمر للمجموع لا للأفراد بقرينة أن ذا العيال لا يستغنى بفطرة شخص واحد ولا يؤمر ذلك الواحد بإغنائه تأمل . وما فى البحر من أن التحقيق أنه بالتأخير يكون قاضيا لا مؤديا فيأثم للحديث تبع فيه صاحب الفتح وقدمنا أول الباب ترجيح خلافه فافهم (قوله يعتد به) تصحيح لنفى المصنف الخلاف تبعا للبحر بأن المراد نفى خلاف خاص لأنه قد صرح فى مواهب الرحمن بالخلاف فى المسألتين بقوله ويجوز أخذ واحد من جمع ودفع واحد لجمع على الصحيح فيهما اه .

قلت : ولعل محل الخلاف هنا ما إذا خلط الجماعة صدقاتهم ودفعوها لواحد أما لو دفع كل واحد بانفراده للواحد فيبعد جريان الخلاف فى الجواز وعدمه فليتأمل (قوله أمرها زوجها) أفاد أنها إن أدت عنه بدون إذنه لم يجزه ط عن أبى السعود (قوله بغير إذن الزوج) أما لو بإذنه لا تملكه بالخلط فيجزئ عنه ط (قوله لاعنه) لأنه أمرها بالدفع من ماله وقد ملكته بالخلط بدون إذنه فكانت متبرعة وازمها ضمان حنطته. قلت : وينبغى تقييده بما إذا لم يجز الزوج ما فعلت أو لم توجد دلالة الإذن لما فى الفصل التاسع من زكاة التتارخانية : دفع رجلان لرجل دراهم يتصدق بها عن زكاتهما فخلطها ثم دفعها ضمن إلا إذا جدد الإذن أو أجاز المالكان أو وجد دلالة الإذن بالخلط كما جرت العادة بالإذن من أرباب الحنطة بخلط ثمن الغلات . وكذا الطحان ضمن إذا خلط حنطة الناس إلا فى موضع يكون مأذونا بالخلط عرفا اه ملخصا (قوله لما مر) أى قبيل باب زكاة المال (قوله فيجوز إن أجاز الزوج) أى يجوز عنه أيضا ولا حاجة إلى التقييد بالإجازة بعد قوله أولا أمرها زوجها إلا أن يقال إنه إشارة إلى الجواز وإن لم يوجد الأمر ابتداء لكن لابد فى جواز الاجازة من كون الحنطة قائمة فى يد الفقير. ففى التتارخانية سأل البقالى عمن تصدق بطعام الغير عن صدقة الفطر قال توقفت على اجازة المالك فتعتبر شرائطها من قيام العين ونحوه فإن لم يجز ضمن اه وفيها من الفصل التاسع أيضا عن شرح الطحاوى تصدق بماله عن رجل بلا أمره جاز عن نفسه وإن أجازه الرجل ولو بمال الرجل ، فإن أجازه والمال قائم جاز عنه ، ولو هالكا جاز عن المتطوع (قوله ولو بالعكس) بأن أمرته بأداء فطرتها فخلط حنطتها بحنطته ط (قوله ومقتضى ما مر) أى من قوله ولو أدى عنها بلا إذن أجزأ استحسانا للإذن عادة فإنه يدل على جواز أدائه عنها من ماله وإذا خلط حنطتها بحنطته فى مسألتنا صارت ملكه فيجوز عنه وعنها . ومثله ما فى التتارخانية وغيرها رجل له أولاد وامرأة كال الحنطة لأجل كل واحد منهم حتى يعطى صدقة الفطر ثم جمع ودفع إلى الفقير بنيتهم يجوز عنهم اه .

قلت : لكن قد يقال إن دفعها الحنطة إليه من مالها قرينة على أنها أرادت أداء الفطرة من مالها لتنال فضيلة صدقة وذلك ينافى إذنها له عادة بالدفع من ماله فينبغى عدم الجواز حيث أرادت ذلك .

[تنبيه] ما نقلناه عن التتارخانية دليل على جواز الجمع وأنه لا يلزمه إفراز كل فطرة عن غيرها عند الدفع ولكن لينظر أن الإفراز أولا شرط أم لا بل يكفيه دفع مدشامى مثلا جملة واحدة عن أربعة ويكون قوله كال الحنطة الخ بيانا للواقع لم أره وينبغى الثانى لحصول المقصود ومثله يقال فيما لو أراد دفع قيمة الحنطة وعن عياله والأحوط

(ولايبعث الإمام على صدقة الفطر ساعياً) لأنه عليه الصلاة والسلام لم يفعله بدائع .
(وصدقة الفطر كالزكاة فى المصارف) وفى كل حال (إلا فى) جواز (الدفع إلى الذمى) وعدم سقوطها بهلاك المال وقد مر (ولو دفع صدقة فطره إلى زوجة عبده جاز) وإن كانت نفقتها عليه ، عمدة الفتاوى للشهيد .
[خاتمة] واجبات الإسلام سبعة : الفطرة ، ونفقة ذى رحم ، ووتر وأضحية ، وعمرة وخدمة أبويه ، والمرأة لزوجها حدادى .

كتاب الصوم

إفراز كل واحدة حتى يرى نقل صريح فى المسألة ، والله أعلم (قوله ولا يبعث الخ) فى الحديث الصحيح أنه جعل أبا هريرة على صدقة الفطر ، فكان يقبل من جاءه بصدقته من غير أن يذهب إليهم رحمتى .
قلت : فالمراد أنه لا يبعث عاملا كعامل الزكاة يذهب إلى القبائل بنفسه فلا ينافى ما فى الحديث تأمل (قوله فى المصارف) أى المذكورة فى آية الصدقات إلا العامل الغنى فيما يظهر ولا تصح إلى من بينهما أولاد أو زوجية ولا إلى غنى أو هاشمى ونحوهم ممن مر فى باب المصرف ، وقدمنا بيان الأفضل فى المتصدق عليه (قوله وفى كل حال) ليس المراد تعميم الأحوال مطلقا من كل وجه فإن لكل شروطا ليست للأخرى لأنه يشترط فى الزكاة الحول والنصاب النامى والعقل والبلوغ وليس شيء من ذلك شرطا هنا بل المراد فى أحوال الدفع إلى المصارف من اشتراط النية واشتراط التمليك فلا تكفى الإباحة كما فى البدائع هذا ما ظهر لى تأمل :
[فرع] قدمنا فى المصرف عن التتارخانية لو دفع الفطرة إلى الطبال الذى يوقظهم وقت السحر جاز والأحوط والأبعد عن الشبهة أن يقدم إليه قرصات هدية ثم يعطيه الحنطة اه (قوله إلا فى جواز الدفع إلى الذمى) فى الخانية جاز ويكره . وعند الشافعى وإحدى الروايتين عن أبى يوسف لايجوز تاترخانية وقدم عن الحاوى أن الفتوى على قول أبى يوسف ومر الكلام فيه .
[تنبيه] ينبغى استثناء العامل كما قلنا آنفا لأنها ليست من عمالته (قوله وقد مر) كل من المسألتين : أما الأولى ففى باب المصرف ، وأما الثانية ففى هذا الباب ح (قوله وإن كانت نفقتها عليه) أى على الدافع باعتبار التزامه بذلك تبرعا وجعله إياها من جملة عياله وإلا فنفقتها على زوجها ولذا لها بيعه بها وقد يقال إنها على السيد حكما لأن العبد ملكه فإذا كان لها بيعه بها صارت كأنها واجبة فى ماله ويحتمل إرجاع الضمير إلى العبد ووجه المبالغة أنها إذا كانت نفقتها عليه وهو ملك لسيده ربما يتوهم عدم الجواز فافهم (قوله واجبات الإسلام سبعة) عزاه صاحب الجوهرة إلى الإمام المحبوبى ، وقد تقرر فى الأصول أن العدد لامفهوم له أو يقال إن واجبات خبر مقدم وسبعة مبتدأ مؤخر .
والمعنى : أن هذه السبعة من واجبات الإسلام ولعل لها خصوصية اشتركت فيها من بين سائر الواجبات فلا يرد ما فى ط من أنه إن أراد المشتهر منها فغير مسلم لأنه فاته صلاة العيدين والجماعة وغيرهما وإن أراد مطلق واجب ففى الصلاة والحج وغيرهما واجبات لاتحصى ومراده بالواجب ما يعم الواجب ديانة كخدمة المرأة لزوجها والفرض العملى كالوتر وعد العمرة منها بناء على القول بوجوبها وسيأتى اختلاف التصحيح فيه والله تعالى أعلم .

كتاب الصوم

قال فى الإيضاح : اعلم أن الصوم من أعظم أركان الدين وأوثق قوانين الشرع المتين به قهر النفس الأمارة بالسوء وأنه مركب من أعمال القلب ، ومن المنع عن المآكل والمشارب والمناكح عامة يومه وهو أجمل [illegible]

قيل لو قال الصيام لكان أولى لما فى الظهيرية لو قال : لله علىّ صوم لزمه يوم ، ولو قال : صيام لزمه ثلاثة أيام كما فى قوله تعالى — ففدية من صيام — وتعقب بأن الصوم له أنواع على أن أل تبطل معنى الجمع ، والأصح أنه لايكره قول رمضان . وفرض بعد صرف القبلة إلى الكعبة لعشر فى شعبان بعد الهجرة بسنة ونصف (هو) لغة

غير أنه أشق التكاليف على النفوس فاقتضت الحكمة الإلهية أن يبدأ فى التكاليف بالأخف ، وهو الصلاة تمرينا للمكلف ورياضة له ثم يثنى بالوسط وهو الزكاة ويثلث بالأشق وهو الصوم وإليه وقعت الإشارة فى مقام المدح والترتيب — والخاشعين والخاشعات والمتصدقين والمتصدقات والصائمين والصائمات — وفى ذكر مبانى الإسلام « وإقام الصلاة وإيتاء الزكاة وصوم شهر رمضان » فاقتدت أئمة الشريعة فى مصنفاتهم بذلك اهـ كذا فى شرح ابن الشلبى (قوله قيل) قائله صاحب البحر (قوله لما فى الظهيرية الخ) وجه الاستشهاد أن هذا الفرع يدل على أن الصيام جمع أقله ثلاثة أيام كما فى الآية فإن فدية اليمين صوم ثلاثة أيام فكان التعبير به أولى لدلالته على التعدد ، فإن الترجمة لأنواع الصيام الثلاثة أعنى الفرض والواجب والنفل (قوله وتعقب الخ) المتعقب صاحب النهر :

وحاصل كلام الشارح أن الصوم اسم جنس له أنواع وهى الثلاثة المذكورة ، فحيث عبر عنه بالصوم أو الصيام يراد منه أنواعه المترجم لها لا ثلاثة أيام فأكثر قال فى المغرب يقال صام صوما وصياما فهو صائم وهم صوم وصيام اهـ فأفاد أن مدلول كل من الصوم والصيام واحد ولا دلالة فى واحد منهما على التعدد ولذا قال القاضى فى تفسير قوله تعالى - ففدية من صيام — أنه بيان لجنس الفدية وأما قدرها فبينه عليه الصلاة والسلام فى حديث كعب اهـ .

نعم يأتى الصيام جمعا لصائم كما علمته لكن لا تصح إرادته هنا ولا فى الآية كما لا يخفى ، ولو سلم أن الصيام جمع لأفراد الصوم فلا أولوية فى العدول إليه لأن أل الجنسية تبطل معنى الجمعية فيتساوى التعبير بالصوم وبالصيام هذا تقرير كلام الشارح على وفق ما فى النهر فافهم ، وعلى هذا فيشكل ما مر عن الظهيرية وإن قال فى النهر لعل وجهه أنه أريد بلفظ صيام فى لسان الشارع ثلاثة أيام فكذا فى النذر خروجا عن العهدة بخلاف صوم اهـ يعنى أن لفظ صيام وإن لم يكن جمعا لكنه لما أطلق فى آية الفدية مرادا به ثلاثة أيام كما بين إجماله الحديث فيراد فى كلام الناذر كذلك احتياطا فتأمل (قوله والأصح الخ) قال بعضهم الصحيح ما رواه محمد عن مجاهد ولم يحك خلافه أنه كره أن يقال جاء رمضان وذهب رمضان لأنه اسم من أسمائه تعالى وعامة المشايخ أنه لايكره لمجيئه فى الأحاديث الصحيحة كقوله صلى الله عليه وسلم « من صام رمضان إيمانا واحتسابا غفر له ما تقدم من ذنبه وعمرة فى رمضان تعدل حجة » ولم يثبت فى المشاهير كونه من أسمائه تعالى ولئن ثبت فهو من الأسماء المشتركة كالحكيم كذا فى الدراية(١) .

واعلم أنهم أطبقوا على أن العلم فى ثلاثة أشهر هو مجموع المضاف والمضاف إليه شهر رمضان وربيع الأول والآخر فحذف شهر هنا من قبيل حذف بعض الكلمة إلا أنهم جوزوه لأنهم أجروا مثل هذا العلم مجرى المضاف

---

(١) لبعضهم :

إن حادى عشرين شهر جمادى … فى كلام الشهود لحن قبيح
ذكروا الشهر وهو مع رمضان … والربيعين غير ذا لم يبيحوا
وتعدوا فى حذف واو الأيا … ت لنون والعكس حكم صحيح
قال ذاك المحقق ابن هشام … جاد مثواه صوب غيث فسيح

اهـ منه .

(إمساك عن المفطرات) الآتية (حقيقة أو حكما) كمن أكل ناسيا فإنه ممسك حكما (فى وقت مخصوص) وهو اليوم (من شخص مخصوص) مسلم كائن فى دارنا أو عالم بالوجوب طاهر عن حيض أو نفاس (مع النية) المعهودة وأما البلوغ والإفاقة فليسا من شرط الصحة لصحة صوم الصبي ومن جن أو أغمى عليه بعد النية ، وإنما لم يصح صومهما فى اليوم الثانى لعدم النية .

والمضاف إليه حيث أعربوا الجزأين كذا فى شرح الكشاف للسعد نهر ومقتضاه أن رجب ليس منها خلافا للصلاح الصفدى وتبعه من قال :

ولا تضف شهرا للفظ شهر ... إلا الذى أوله الرا فادر

ولذا زاد بعضهم قوله : واستثن من ذارجبا فيمتنع ... لأنه فيما رووه ما سمع

(قوله إمساك مطلقا) أى عن طعام أو كلام وظاهره أنه حقيقة لغوية فى الجميع وهو مايفيده عبارة الصحاح وفى المغرب هو إمساك الإنسان عن الأكل والشرب ، ومن مجازه : صام الفرس إذا لم يعتلف وقول النابغة : « خيل صيام وخيل غير صائمة » نهر (قوله عن المفطرات الآتية) أشار بالآتية إلى أن أل للعهد وأن المراد الأشياء المعدودة المعلومة فى باب مفسدات الصوم فلا تتوقف معرفتها على معرفته فلا دور فافهم (قوله فإنه ممسك حكما) لحكم الشارع بعدم اعتبار ذلك الأكل مثلا (قوله وهو اليوم) أى اليوم الشرعى من طلوع الفجر إلى الغروب ، وهل المراد أول زمان الطلوع أو انتشار الضوء؟ فيه خلاف كالخلاف فى الصلاة والأول أحوط والثانى أوسع كما قال الحلوانى كما فى المحيط ، والمراد بالغروب زمان غيبوبة جرم الشمس بحيث تظهر الظلمة فى جهة الشرق قال صلى الله عليه وسلم « إذا أقبل الليل من ههنا فقد أفطر الصائم » أى إذا وجدت الظلمة حسا فى جهة المشرق فقد ظهر وقت الفطر أو صار مفطرا فى الحكم لأن الليل ليس ظرفا للصوم وإنما أدى بصورة الخبر ترغيبا فى تعجيل الإفطار كما فى فتح البارى قهستانى (قوله مسلم الخ) بيان للشخص المخصوص (قوله كائن فى دارنا الخ) أنت خبير بأن الكلام فى بيان حقيقة الصوم شرعا أى ما يمكن أن يتحقق به ولا يخفى أن الصوم الذى هو الإمساك عن المفطرات نهارا بنيته يتحقق من المسلم الخالى عن حيض ونفاس ، سواء كان فى دار الإسلام أو دار الحرب علم بالوجوب . أولا ، على أن الكلام فى تعريف الصوم فرضا أو غيره والعلم بالوجوب أو الكون فى دار الإسلام إنما هو شرط لوجوب رمضان كالعقل والبلوغ لا شرط للصحة ، فالمناسب الاقتصار على قوله طاهر الخ ثم رأيت الرحمتى ذكر نحو ماقلته فافهم (قوله أو عالم بالوجوب) أى أو كائن فى غير دارنا عالم بالوجوب فالكون بدار الإسلام موجب للصوم ، وإن لم يعلم بوجوبه إذ لا يعذر بالجهل فى دار الإسلام ، بخلاف من أسلم فى دار الحرب ولم يعلم به فإنه لا يجب عليه ما لم يعلم فإذا علم ليس عليه قضاء ما مضى إذ لا تكليف بدون العلم ثمة للعذر بالجهل وإنما يحصل له العلم الموجب باخبار رجلين أو رجل وامرأتين مستورين أو واحد عدل وعندهما لا تشترط العدالة ولا البلوغ والحرية كما فى إمداد الفتاح (قوله طاهر عن حيض أو نفاس) أى خال عنهما وإلا فالطهارة عن حدثهما غير شرط (قوله المعهودة) هى نية الشخص المذكور الصوم فى وقتها الآتى بيانه (قوله وأما البلوغ والإفاقة الخ) جواب عما قد يقال لم لم تقيد الشخص المخصوص بالبلوغ والإفاقة من الجنون أو الإغماء أو النوم ؟ .

وبيان الجواب : أن الكلام فى تعريف الصوم الشرعى وذلك بذكر ركنه وهو الإمساك المذكور وذكر ما تتوقف عليه صحته وهى ثلاثة : الإسلام والطهارة عن الحيض والنفاس والنية كما فى البدائع ولم يذكر فى الفتح

وحكمه نيل الثواب ولو منهيا عنه كما فى الصلاة فى أرض مغصوبة (وسبب صوم) المنذور النذر ولذا لو عين شهرا وصام شهرا قبله عنه أجزأه لوجود السبب ويلغو التعيين والكفارات الحنث والقتل و (رمضان شهودجزء من الشهر) من ليل أو نهار على المختار كما فى الخبازية ، واختار فخر الإسلام وغيره أنه الجزء الذى يمكن إنشاء الصوم فيه من كل يوم ، حتى لو أفاق المجنون فى ليلة أو فى آخر أيامه بعد الزوال لاقضاء عليه وعليه الفتوى

الإسلام لإغناء النية عنه إذ لا تصح بدونه وليس البلوغ والإفاقة من شروط الصحة لصحته بدونهما كما ذكره ، نعم هما من شروط وجوب رمضان وهى أربعة ثالثها الإسلام ورابعها العلم بالوجوب أو الكون فى دارنا فلا محل للتقييد بهما على أن الكلام فى تعريف مطلق الصوم لا لخصوص صوم رمضان كامر ، ولذا لم يذكر شروط وجوب أدائه ، وهى ثلاثة : الصحة والإقامة والخلو من حيض ونفاس (قوله وحكمه) أى الأخروى أما حكمه الدنيوى فهو سقوط الواجب إن كان صوما لازما بحر (قوله ولو منهيا عنه) كصوم الأيام الخمسة إذ النهى لمعنى مجاور وهو الإعراض عن ضيافة الله تعالى وهو يفيد أن فى صومها ثوابا كصلاة فى الأرض المغصوبة ذكره فى النهر رادا على البحر قوله إنه لا ثواب فى صوم الأيام المنهية فكلام الشارح بحث لصاحب النهر ط .

قلت : صرح فى التلويح بأن الخلاف بيننا وبين الشافعى فى أن النهى يقتضى الصحة عندنا بمعنى استحقاق الثواب وسقوط القضاء وموافقة أمر الشارع ثم نقل عن الطريقة المعينة ماحاصله أن الصوم فى هذه الأيام ترك للمفطرات الثلاث وإعراض عن الضيافة ، فمن حيث الأول يكون عبادة مستحسنة ومن حيث الثانى يكون منهيا لكن الأول بمنزلة الأصل والثانى بمنزلة التابع فبقى مشروعا بأصله غير مشروع بوصفه اه لكن بحث محشيه الفنرى فى إرادة استحقاق الثواب بل المراد ماسواها والصحة لا تقتضى الثواب كالوضوء بلا نية والصلاة مع الرياء اه .

قلت : ويؤيده وجوب الفطر بعد الشروع وتصريحهم بأنه معصية (قوله ويلغو التعيين) من هذا يؤخذ أنه لو نذر صوم الاثنين والخميس من كل أسبوع يصح صوم غيرهما عنهما ط .

قلت : وهذا فى غير النذر المعلق لما سيأتى قبيل الاعتكاف من قوله : والنذر غير المعلق لا يختص بزمان ومكان ودرهم وفقير بخلاف المعلق فإنه لا يجوز تعجيله قبل وجود الشرط اه أى لأن المعلق على شرط لا ينعقد سببا للحال ، وسيأتى تمام الكلام على هذه المسألة هناك (قوله والكفارات) أى سبب صومها الحنث والقتل أى قتل النفس خطأ أو قتل الصيد محرما والأولى قول الفتح وسبب صوم الكفارات أسبابها من الحنث والقتل اه لأن منها العزم على العود فى الظاهر والإفطار فى فطر رمضان والحلق فى حلق المحرم لعذر (قوله على المختار) اختاره السرخسى بحر (قوله وغيره) كالإمام الدبوسى وأبى اليسر بحر (قوله الذى يمكن إنشاء الصوم فيه) وهو ما كان من طلوع الفجر الصادق إلى قبيل الضحوة الكبرى أما الليل والضحوة وما بعدها فلا يمكن إنشاء الصوم فيهما والموجود فى الليل مجرد النية لا لإنشاء الصوم ط لكن صرح فى البحر بأن السبب هو الجزء الذى لا يتجزأ من كل يوم فيجب مقارنا إياه اه وهذا يقتضى أنه الجزء الأول من كل يوم كما صرح به غيره أيضا وصرح به هو فى فصل العوارض عند قول الكنز ولو بلغ صبى أو أسلم كافر الخ ودفع ماأورده ابن الهمام من أنه يلزم مقارنة السبب للوجوب أو تقدم الوجوب على السبب بأنه يجوز مقارنته له للضرورة كما لو شرع فى الصلاة فى أول جزء من الوقت فإنه يسقط اشتراط تقدم السبب على الوجوب المسبب للضرورة كما صرح به فى الكشف الكبير وتمام الكلام هناك فتأمل (قوله حتى لو أفاق المجنون فى ليلة) أى من أول الشهر أو وسطه ثم جن قبل أن يصبح ومضى الشهر وهو مجنون بحر ، وقوله أو فى آخر أيامه بعد الزوال كذا وقع فى البحر وغيره ، والأحسن قول الإمداد وفيما بعد

كما فى المجتبى والنهر عن الدراية وصححه غير واحد وهو الحق كما فى الغاية :
(وهو) أقسام ثمانية : (فرض) وهو نوعان : معين (كصوم رمضان أداء و) غير معين كصومه (قضاء و) صوم (الكفارات) لكنه فرض عملا لااعتقادا ولذا لايكفر جاحده قاله البهنسى تبعا لابن الكمال .
(وواجب) وهو نوعان: معين (كالنذر المعين ، و) غير معين كالنذر (المطلق) وأما قوله تعالى — وليوفوا

الزوال من يوم منه ومثله فى شرح التحرير . وفى نور الإيضاح ، ولايلزمه قضاؤه بإفاقته ليلا أو نهارا بعد فوات وقت النية فى الصحيح . قلت : ولعل التقييد بآخر يوم منه مبنى على أن المراد الإفاقة التى لم يعقبها جنون فإنها إذا كانت فى وسطه لاشك فى وجوب القضاء والمراد بما بعد الزوال مابعد نصف النهار الشرعى أى مابعد الضحوة الكبرى كما مر آنفا أو هو مبنى على قول القدورى كما يأتى تحريره فافهم :

[تنبيه] تفريع هذه المسألة على ماذكره من الاختلاف فى السبب يخالفه مافى الهداية حيث جمع بين القولين بأنه لامنافاة ، فشهود جزء منه سبب لكله ثم كل يوم سبب وجوب أدائه غاية الأمر أنه تكرر سبب وجوب صوم اليوم باعتبار خصوصه ودخوله فى ضمن غيره كما فى الفتح ويؤيد ماقلناه قول ابن نجيم فى شرح المنار ولم أر من ذكر لهذا الخلاف ثمرة فى الفروع اه تأمل (قوله كما فى المجتبى) ونصه ولو أفاق أول ليلة من رمضان ثم أصبح مجنونا واستوعب كل الشهر اختلف أئمة بخارى فيه والفتوى على أنه لايلزمه القضاء لأن الليلة لايصام فيها وكذا إن أفاق فى ليلة من وسطه أو فى آخر يوم من رمضان بعد الزوال وقبل الزوال يلزمه اه (قوله وصححه غير واحد) كصاحب النهاية والظهيرية بحر وقاضيخان والعناية شرنبلالية ومشى عليه الإسبيجابى وحميد الدين الضرير من غير حكاية خلاف شرح التحرير ومشى عليه فى نور الإيضاح .

قلت : وكذا نقل تصحيحه فى الذخيرة لكن نقل أيضا تصحيح لزوم القضاء ومشى عليه فى الفتح قائلا لافرق بين إفاقته وقت النية أو بعده وفى شرح الملتقى للبهنسى أنه ظاهر الرواية .

قلت : ومثله فى شرح التحرير عن الكشف وعزاه فى البدائع إلى أصحابنا ولم يحك غيره وكذا فى السراج وجزم به الزيلعى وهو ظاهر القدورى والكنز والهداية حيث أطلقوا لزوم القضاء بإفاقة بعض الشهر وكذا فى الجامع الصغير قال وإن أفاق شيئا منه قضاه وعبر فى الملتقى بإفاقة ساعة وفى المعراج لو كان مفيقا فى أول ليلة منه ثم جن وأصبح مجنونا إلى آخر الشهر قضاه كله بالاتفاق غير يوم تلك الليلة ثم نقل عبارة المجتبى المارة . والحاصل أنهما قولان مصححان وأن المعتمد الثانى لكونه ظاهر الرواية والمتون (قوله وهو أقسام ثمانية) فرض معين وغير معين وواجب كذلك ، ونفل مسنون أو مستحب ومكروه تنزيها أو تحريما (قوله معين) أى له وقت خاص (قوله لكنه) أى صوم الكفارات (قوله تبعا لابن الكمال) حيث قال فى إيضاح الإصلاح وصوم النذر والكفارة واجب لم ينعقد الإجماع على فرضية واحد منهما بل على وجوبه : أى ثبوته عملا لاعلما ولهذا لايكفر جاحده اه :

وحاصله أنه وإن ثبت لزوم كل منهما عملا بالكتاب والإجماع لكن لم يثبت لزومهما علما بحيث يكفر جاحد فرضيتهما كما هو شأن الفروض القطعية كرمضان ونحوه وعلى هذا فكان المناسب ذكر الكفارات فى قسم الواجب كما فعل ابن الكمال لأن الفرض العملى الذى هو أعلى قسمى الواجب مايفوت الجواز بفوته كالوتر وهذا ليس منه (قوله كالنذر المعين) أى بوقت خاص كنذر صوم يوم الخميس مثلا وغير المعين كنذر صوم يوم مثلا ومن الواجب صوم التطوع بعد الشروع فيه وصوم قضائه عند الإفساد وصوم الاعتكاف (قوله وأما قوله تعالى الخ)

نذورهم — فدخله الخصوص كالنذر بمعصية فلم يبق قطعيا (وقيل) قائله الأكمل وغيره واعتمده الشرنبلالي ، لكن تعقبه سعدى بالفرق بأن المنذورة لا تؤدى بعد صلاة العصر بخلاف الفائتة (هو فرض على الأظهر) كالكفارات يعنى عملا لأن مطلق الإجماع لا يفيد الفرض القطعى كما بسطه خسرو (ونفل كغيرهما) يعم السنة كصوم عاشوراء مع التاسع .

أى أن مقتضى ثبوت الأمر به فى الآية القطعية كونه فرضا . والجواب أنه خص منها النذر بالمعصية بالإجماع فصارت ظنية الدلالة فتفيد الوجوب وفيه بحث لصاحب العناية مذكور مع جوابه فى النهر (قوله قائله الأكمل) فيه أن الأكمل قرر فى العناية الوجوب إلا أن يكون وقع له فى غير هذا الموضع والذى فى البحر وغيره أن قائله الكمال فلعله سبق قلم الشارح لتشابه اللفظين أفاده ح .

وكلام الكمال فى الفتح حاصله أن الفرضية مستفادة من الإجماع على اللزوم لأن الآية لتخصصها كما علمت (قوله لكن تعقبه سعدى الخ) أى فى حاشية العناية فإنه نقل عبارة الفتح ثم اعترضه بأنه ليس على ماينبغى لما فى أوائل كتاب السير من المحيط البرهانى والذخيرة الفرق بين الفريضة والواجب ظاهر نظرا إلى الأحكام حتى إن الصلاة المنذورة لاتؤدى بعد صلاة العصر وتقضى الفوائت بعد صلاة العصر اه .

وحاصله : أن ماذكر صريح فى أن المنذور واجب لافرض (قوله يعنى عملا)هذا صلح بما لايرتضيه الخصمان فإن المستدل على فرضيته بالآية أراد به أنه فرض قطعى كما صرح به فى الدرر لاظنى ، ولذا اعترض فى الفتح الاستدلال بالآية بأنها لاتفيد الفرضية لما مر من تخصيصها وعدل عنه كصدر الشريعة إلى الاستدلال بالإجماع (قوله كما بسطه خسرو) أى فى الدرر حيث أجاب عن قول صدر الشريعة إن المنذور فرض لأن لزومه ثابت بالإجماع فيكون قطعى الثبوت بأن المراد بالفرض ههنا الفرض الاعتقادى الذى يكفر جاحده كما تدل عليه عبارة الهداية ، والفرضية بهذا المعنى لا تثبت بمطلق الإجماع بل بالإجماع على الفرضية المنقول بالتواتر كما فى صوم رمضان ، ولما لم يثبت فى المنذور نقل الإجماع على فرضيته بالتواتر بقى فى مرتبة الوجوب فإن الإجماع المنقول بطريق الشهرة أو الآحاد يفيد الوجوب دون الفرضية بهذا المعنى اه :

قلت : وظاهر كلامه وجود الإجماع على فرضية المنذور ، لكن لما لم ينقل متواترا بل بطريق الشهرة أو الآحاد أفاد الوجوب ، والأظهر مامر عن ابن الكمال من أن الإجماع على ثبوته عملا لاعلما :

والحاصل أن العلماء أجمعوا على لزوم الكفارات والمنذورات الشرعية ولا يلزم من ذلك الفرضية القطعية اللازم منها إكفار الجاحد لها :

[تنبيه] فى شرح الشيخ إسمعيل عن ذخيرة العقبى : اعلم أنه قد اضطرب كلام المؤلفين فى كل من النذور والكفارات فصاحب الهداية والوقاية فرض وصدر الشريعة واجب والزيلعى الأول واجب والثانى فرض وابن ملك بالعكس وتوجيه كل ظاهر إلا الأخير (قوله ونفل) أراد به المعنى اللغوى وهو الزيادة لا الشرعى وهو زيادة عبادة شرعية لنا لاعلينا لأنه أدخل فيه المكروه بقسميه وقد يقال إن المراد المعنى الشرعى لما قدمناه من أن الصوم فى الأيام المكروهة من حيث نفسه عبادة مستحسنة ومن حيث تضمنه الإعراض عن الضيافة يكون منهيا فبقى مشروعا بأصله دون وصفه تأمل (قوله يعم السنة) قدمنا فى بحث سنن الوضوء تحقيق الفرق بين السنة والمندوب .

وأن السنة ماواظب عليها النبى صلى الله عليه وسلم أو خلفاؤه من بعده وهى قسمان : سنة الهدى وتركها يوجب الإساءة والكراهة كالجماعة والأذان . وسنة الزوائد كسير النبى صلى الله عليه وسلم فى لباسه وقيامه وقعوده

والمندوب كأيام البيض من كل شهر ويوم الجمعة ولو منفردا وعرفة ولو لحاج لم يضعفه . والمكروه تحريما كالعيدين .
وتنزيها كعاشوراء وحده وسبت وحده

ولا يوجب تركها كراهة . والظاهر أن صوم عاشوراء من القسم الثانى بل سماه فى الخانية مستحبا فقال : ويستحب أن يصوم يوم عاشوراء بصوم يوم قبله أو يوم بعده ليكون مخالفاً لأهل الكتاب ونحوه فى البدائع ، بل مقتضى ماورد من أن صومه كفارة للسنة الماضية وصوم عرفة كفارة للماضية والمستقبلة كون صوم عرفة آكد منه وإلا لزم كون المستحب أفضل من السنة وهو خلاف الأصل تأمل (قوله والمندوب) بالنصب عطف على السنة ولم يذكر المستحب لعدم الفرق بينه وبين المندوب عند الأصوليين وهو مالم يواظب عليه صلى الله عليه وسلم وإن لم يفعله بعد مارغب إليه كما فى التحرير . وعند الفقهاء المستحب مافعله صلى الله عليه وسلم مرة وتركه أخرى والمندوب مافعله مرة أو مرتين تعليما للجواز وعكس فى المحيط ، وقول الأصوليين أولى لشموله مارغب فيه ولم يفعله كما ذكره فى البحر من كتاب الطهارة لكنه فرق بينهما هنا فقال ينبغى أن يكون كل صوم رغب فيه الشارع صلى الله عليه وسلم بخصوصه مستحبا وما سواه مما لم تثبت كراهته يكون مندوبا لانفلا لأن الشارع قد رغب فى مطلق الصوم فترتب على فعله الثواب بخلاف النفلية المقابلة للندبية فإن ظاهره يقتضى عدم الثواب فيه وإلا فهو مندوب كما لايخفى اهـ .

قلت : وهذا وارد على مافى الفتح حيث جعل النفل مقابلا للمندوب والمكروه (قوله كأيام البيض) أى أيام الليالى البيض وهى : الثالث عشر ، والرابع عشر ، والخامس عشر ، سميت بذلك لتكامل ضوء الهلال وشدة البياض فيها إمداد : وفيه تبعا للفتح وغيره المندوب صوم ثلاثة من كل شهر ويندب كونها البيض (قوله ويوم الجمعة ولو منفردا) صرح به فى النهر وكذا فى البحر فقال إن صومه بانفراده مستحب عند العامة كالاثنين والخميس وكره الكل بعضهم اهـ ومثله فى المحيط معللا بأن لهذه الأيام فضيلة ولم يكن فى صومها تشبه بغير أهل القبلة كما فى الأشباه وتبعه فى نور الإيضاح من كراهة إفراده بالصوم قول البعض وفى الخانية ولابأس بصوم يوم الجمعة عند أبى حنيفة ومحمد لما روى عن ابن عباس أنه كان يصومه ولا يفطر اهـ . وظاهر الاستشهاد بالأثر أن المراد بلابأس الاستحباب وفى التجنيس قال أبو يوسف : جاء حديث فى كراهته إلا أن يصوم قبله أو بعده فكان الاحتياط أن يضم إليه يوما آخر اهـ. قال ط : قلت : ثبت بالسنة طلبه والنهى عنه والآخر منهما النهى كما أوضحه شراح الجامع الصغير لأن فيه وظائف فلعله إذا صام ضعف عن فعلها (قوله لم يضعفه) صفة لحاج أى إن كان لايضعفه عن الوقوف بعرفات ولا يخل بالدعوات محيط فلو أضعفه كره (قوله والمكروه) بالنصب عطفا على السنة أو بالرفع على الابتداء وخبره قوله كالعيدين وحينئذ لايحتاج إلى التكلف المار فى وجه إدخاله فى النفل على أن صوم العيدين مكروه تحريما ولو كان الصوم واجبا (قوله كالعيدين) أى وأيام التشريق نهر (قوله وعاشوراء(١) وحده) أى مفردا عن التاسع أو عن الحادى عشر إمداد لأنه تشبه باليهود محيط (قوله وسبت وحده) للتشبه باليهود بحر وهذه العلة تفيد كراهة التحريم إلا أن يقال إنما تثبت بقصد التشبه كما مر نظيره ط .

قلت : وفى بعض النسخ وأحد بدل قوله وحده وبه صرح فى التتارخانية فقال ويكره صوم النيروز والمهرجان إذا تعمده ولم يوافق يوما كان يصومه قبل ذلك ، وهكذا قيل فى يوم السبت والأحد اهـ أى يكره تعمد صومه

---

(١) (قوله وعاشوراء) هكذا بخطه . والذى فى الشارح : كعاشوراء بكاف التمثيل وهو الأوفق بما قبله اهـ مصححه .

ونيروز ومهرجان إن تعمده وصوم دهره وصوم صمت ووصال وإن أفطر إلا أيام الخمسة ،وهذا عند أبى يوسف كما فى المحيط فهى خمسة عشر :

وأنواعه ثلاثة عشر : سبعة متتابعة رمضان وكفارة ظهار وقتل ويمين وإفطار رمضان ونذر معين واعتكاف

إلا إذا وافق يوما كان يصومه قبل ؛ كما لو كان يصوم يوما ويفطر يوما أو كان يصوم أول الشهر مثلا فوافق يوما من هذه الأيام وأفاد قوله وحده أنه لو صام معه يوما آخر فلا كراهة لأن الكراهة فى تخصيصه بالصوم للتشبه وهل إذا صام السبت مع الأحد تزول الكراهة ؟ محل تردد لأنه قد يقال إن كل يوم منهما معظم عند طائفة من أهل الكتاب ففى صوم كل واحد منهما تشبه بطائفة منهم . وقد يقال إن صومهما معا ليس فيه تشبه لأنه لم تتفق طائفة منهم على تعظيمهما معا ويظهر لى الثانى بدليل أنه لو صام الأحد مع الاثنين تزول الكراهة لأنه لم يعظم أحد منهم هذين اليومين معا وإن عظمت النصارى الأحد وكذا لوصام مع عاشوراء يوما قبله أو بعده مع أن اليهود تعظمه : ويظهر من هذا أنه لو جاء عاشوراء يوم الأحد أو الجمعة لا يكره صوم السبت معه وكذا لو كان قبله أو بعده يوم المهرجان أو النيروز لعدم تعمد صومه بخصوصه والله تعالى أعلم (قوله ونيروز) بفتح النون وسكون الياء وضم الراء معرب نوروز ومعناه اليوم الجديد فنو بمعنى الجديد وروز بمعنى اليوم،والمراد منه يوم تحل فيه الشمس برج الحمل ومهرجان معرب مهركان والمراد منه أول حلول الشمس فى الميزان وهذان اليومان عيدان للفرس اهح (قوله إن تعمده) كذا فى المحيط ثم قال : والمختار أنه إن كان يصوم قبله فالأفضل له أن يصوم وإلا فالأفضل أن لا يصوم لأنه يشبه تعظيم هذا اليوم وأنه حرام (قوله وصوم صمت) وهو أن لا يتكلم فيه لأنه تشبه بالمجوس فإنهم يفعلون هكذا محيط قال فى الإمداد فعليه أن يتكلم بخير وبحاجة دعت إليه (قوله ووصال)فسره أبو يوسف ومحمد بصوم يومين لا فطر بينهما بحر وفسره فى الخانية بأن يصوم السنة ولا يفطر فى الأيام المنهية وفى الخلاصة إذا أفطر فى الأيام المنهية المختار أنه لا بأس به (قوله وإن أفطر الأيام الخمسة) أي العيدين وأيام التشريق (قوله وهذا عند أبى يوسف) ظاهره أن صاحبيه يقولان بخلافه وظاهر البدائع أن المخالف من غير أهل المذهب فإنه قال : وقال بعض الفقهاء : من صام سائر الدهر وأفطر يوم الفطر والأضحى وأيام التشريق لا يدخل تحت نهى الوصال ورد عليه أبو يوسف فقال : وليس هذا عندى كما قال هذا قد صام الدهر كأنه أشار إلى أن النهى عن صوم الدهر ليس لصوم هذه الأيام بل لما يضعفه عن الفرائض والواجبات والكسب الذى لا بد له منه اه (قوله فهى خمسة عشر) تفريع على قوله يعم السنة والمندوب والمكروه أى فصار جملة ما دخل فى قوله ونفل خمسة عشر بجعل العيدين اثنين ، وجعل يوم الأحد منها على ما فى كثير من النسخ فافهم :

لكن بقى عليه من المكروه تحريما أيام التشريق وصوم يوم الشك على ما يأتى تفصيله ، ومن المكروه أيضا صوم المرأة والعبد والأجير بلا إذن الزوج والمولى والمستأجر ، وسيأتى بيانه قبيل قول المتن ولو نوى مسافر الفطر ،ومن المندوب صوم الاثنين والخميس وصوم داود عليه السلام والست من شوال على ما يأتى قبيل الاعتكاف (قوله وأنواعه) أى أنواع الصيام اللازم (قوله سبعة متتابعة) عدها فى البحر سبعة أيضا لكن أسقط صوم الاعتكاف وذكر بدله صوم اليمين المعين كأن يقول : والله لأصومن رجبا مثلا وكأن الشارح أدخله تحت النذر المعين بجامع الإيجاب قولا ثم قال فى البحر :ويلحق به النذر المطلق إذا ذكر فيه التتابع أو نواه وذكر أنه إذا أفطر يوما فيما يجب فيه التتابع لا يلزمه الاستقبال إن كان التتابع مأمورا به لأجل الوقت وهو رمضان والنذر المعين واليمين بصوم معين وإن كان مأمورا به لأجل الفعل وهو الصوم يلزمه الاستقبال كالستة الباقية :

واجب . وستة يخير فيها : نفل وقضاء رمضان وصوم متعة وفدية حلق وجزاء صيد ونذر مطلق . إذا تقرر هذا (فيصح أداء (صوم رمضان والنذر المعين والنفل بنية من الليل) فلا تصح قبل الغروب ولا عنده (إلى الضحوة الكبرى لا بعدها ولا (عندها) اعتبارا لأكثر اليوم (وبمطلق النية) أى نية الصوم

قلت : ومن الأول مازاده الشارح وهو صوم الاعتكاف تأمل (قوله وستة يخير فيها) كذا عدها فى البحر ستة أيضا لكن أسقط النفل لأن الكلام فى أنواع الصيام اللازم وذكر بدله صوم اليمين المطلق مثل : والله لأصومن شهرا وكان الشارح أدخله تحت النذر المطلق نظير مامر (قوله وصوم متعة) أى وقران إذا لم يجد مايذبح لهما فإنه يصوم ثلاثا قبل الحج وسبعا إذا رجع ط (قوله وفدية حلق وجزاء صيد) أى إذا اختار الصيام فيهما ط (قوله ونذر مطلق) أى عن التقييد بشهر كذا وعن ذكر التتابع أو نيته (قوله فيصح أداء صوم رمضان الخ) قيد بالأداء لأن قضاء رمضان وقضاء النذر المعين أو النفل الذى أفسده يشترط فيه التبييت والتعين كما يأتى فى قول المصنف والشرط للباقى الخ (قوله والنذر المعين) فهو فى حكم رمضان لتعين الوقت فيهما (قوله والنفل) المراد به ماعدا الفرض والواجب أعم من أن يكون سنة أو مندوبا أو مكروها بحر ونهر (قوله بنية) قال فى الاختيار النية شرط فى الصوم وهى أن يعلم بقلبه أنه يصوم ولا يخلو مسلم عن هذا فى ليالى شهر رمضان ، وليست النية باللسان شرطا ولا خلاف فى أول وقتها وهو غروب الشمس واختلفوا فى آخره كما يأتى اه وسيأتى بيان مايبطلها وفى البحر عن الظهيرية أن التسحرنية (قوله فلا تصح قبل الغروب) فلو نوى قبل أن تغيب الشمس أن يكون صائما غدا ثم نام أو أغمى عليه أو غفل حتى زالت الشمس من الغد لم يجز وإن نوى بعد غروب الشمس جاز خانية وفيها وإن نوى مع طلوع الفجر جاز لأن الواجب قران النية بالصوم لاتقدمها (قوله إلى الضحوة الكبرى) المراد بها نصف النهار الشرعى والنهار الشرعى من استطارة الضوء فى أفق المشرق إلى غروب الشمس والغاية غير داخلة فى المغيا كما أشار إليه المصنف بقوله لاعندها اه ح وعدل عن تعبير القدورى والمجمع وغيرهما بالزوال لضعفه لأن الزوال نصف النهار من طلوع الشمس ووقت الصوم من طلوع الفجر كما فى البحر عن المبسوط قال فى الهداية وفى الجامع الصغير قبل نصف النهار وهو الأصح لأنه لابد من وجود النية فى أكثر النهار ونصفه من وقت طلوع الفجر إلى وقت الضحوة الكبرى لاوقت الزوال فتشترط النية قبلها لتتحقق فى الأكثر اه. وفى شرح الشيخ إسمعيل وممن صرح(١) بأنه الأصح فى العتابية والوقاية وعزاه فى المحيط إلى السرخسى وهو الصحيح كما فى الكافى والتبيين اه وتظهر ثمرة الاختلاف فيما إذا نوى عند قرب الزوال كما فى التتارخانية عن المحيط وبه ظهر أن قول البحر والظاهر أن الاختلاف فى العبارة لافى الحكم غير ظاهر .

[تنبيه] قد علمت أن النهار الشرعى من طلوع الفجر إلى الغروب . واعلم أن كل قطر نصف نهاره قبل زواله بنصف حصة فجره فمتى كان الباقى للزوال أكثر من هذا النصف صح وإلا فلا تصح النية فى مصر والشام قبل الزوال بخمس عشرة درجة لوجود النية فى أكثر النهار لأن نصف حصة الفجر لا تزيد على ثلاث عشرة درجة فى مصر وأربع عشرة ونصف فى الشام فإذا كان الباقى إلى الزوال أكثر من نصف هذه الحصة ولو بنصف درجة صح الصوم كذا حرره شيخ مشايخنا السائحانى رحمه الله تعالى :

[تتمة] قال فى السراج : وإذا نوى الصوم من النهار ينوى أنه صائم من أوله حتى لو نوى قبل الزوال أنه صائم من حين نوى لامن أوله لايصير صائما (قوله وبمطلق النية) أى من غير تقييد بوصف الفرض أو الواجب أو السنة

(١) قوله (وممن صرح الخ) كذا فى الأصل والمناسب حذف من اه .

فأل بدل عن المضاف إليه (وبنية نفل) لعدم المزاحم (وبخطأ فى وصف) كنية واجب آخر (فى أداء رمضان) فقط لتعينه بتعيين الشارع (إلا) إذا وقعت النية (من مريض أو مسافر) حيث يحتاج إلى التعيين لعدم تعينه فى حقهما فلا يقع عن رمضان (بل يقع عمانوى) من نفل أو واجب (على ماعليه الأكثر) بحر وهو الأصح سراج ، وقيل بأنه ظاهر الرواية فلذا اختاره المصنف تبعا للدرر لكن فى أوائل الأشباه الصحيح وقوع الكل عن رمضان سوى مسافر نوى واجبا آخر واختاره ابن الكمال وفى الشرنبلالية عن البرهان

لأن رمضان معيار لم يشرع فيه صوم آخر فكان متعينا للفرض والمتعين لايحتاج إلى التعيين والنذر المعين معتبر بإيجاب الله تعالى فيصام كل بمطلق النية إمداد (قوله فأل بدل عن المضاف إليه) كذا فى بعض النسخ قال ط فلا يقال إن مطلق النية يصدق بنية أي عبادة كانت كما توهمه البعض فاعترض (قوله لعدم المزاحم) إشارة إلى ماذكرناه عن الامداد (قوله وبخطا فى وصف) كذا وقع فى عباراتهم أصولا وفروعا أن رمضان يصح مع الخطأ فى الوصف ؛ فذهب جماعة من المشايخ إلى أن نية النفل فيه ،صورة فى يوم الشك بأن شرع بهذه النية ثم ظهر أنه من رمضان ليكون هذا الظن ،عفوا وإلا يخشى عليه الكفر كذا فى التقرير وفى النهاية مايرده وهو أنه لما لغا نية النفل لم تتحقق نية الإعراض .

والحاصل أنه لا ملازمة بين نية النفل ، واعتقاد عدم الفرضية أو ظنه إلا إذا انضم إليها اعتقاد النفلية فيكفر أو ظنها فيخشى عليه الكفر بحر ملخصا وبهذا ظهر لك أن المراد بالخطأ بالوصف وصف رمضان بنية نفل أو واجب آخر خطأ لأنه يبعد من المسلم أن يتعمده وليس المراد به نية الواجب فقط فقول المصنف تبعا للدرر وبنية نفل وبخطأ فى وصف فيه نظر فإنه كان عليه الاقتصار على الثانى أو إبداله بواجب آخر لأن فائدة التعبير بالخطأ فى الوصف التباعد عن تعمد نية النفل وبعد التصريح بقوله وبنية نفل لم تبق فائدة للتعبير بالخطأ فى الوصف وإن أريد به الواجب كما فسره الشارح هذا ماظهر لى ولم أر من نبه عليه (قوله فقط)أى دون النفل والنذر المعين فلا يصحان بنية واجب آخر بل يقع عما نوى كما يأتى ط(قوله بتعيين الشارع) أى فى قوله عليه الصلاة والسلام« إذا انسلخ شعبان فلاصوم إلا رمضان » بخلاف النذر فإنما جعل بولاية الناذر وله إبطال صلاحية ماله ط عن المنح (قوله إلا إذا وقعت النية) أى نية النفل أو الواجب الآخر فى رمضان فهو استثناء من قوله وبنية نفل وخطأ فى وصف (قوله حيث يحتاج) أى المريض أو المسافر وأفرد الضمير للعطف بأوالتى لأحد الشيئين أو الضمير للصوم ، ويؤيده عود الضمير عليه فى قوله تعينه وفى يقع (قوله لعدم تعينه فى حقهما) لأنه لما سقط عنهما وجوب الأداء صار رمضان فى حق الأداء كشعبان (قوله من نفل أو واجب) أما لو أطلقا النية كان عن رمضان على جميع الروايات ح عن الإمداد (قوله على ماعليه الأكثر بحر) أقول : الذى فى البحر نسبة ذلك إلى الأكثر فى حق المريض وهو أحد ثلاثة أقوال كما يأتى أما فى حق المسافر فإن نوى واجبا آخر يقع عنه عند الإمام وإن نوى النفل أو أطلق فعنه روايتان أصحهما وقوعه عن رمضان لأن فائدة النفل الثواب وهو فى فرض الوقت أكثر وقال وينبغى وقوعه من المريض عن رمضان فى النفل على الصحيح كالمسافر اه .

وحاصله أن المريض والمسافر لو نويا واجبا آخر وقع عنه ولو نويا نفلا أو أطلقا فعن رمضان نعم فى السراج صحح رواية وقوعه عن النفل فيهما وعليه يتمشى كلام المصنف والدرر (قوله الصحيح وقوع الكل عن رمضان الخ) المراد بالكل هو ماإذا نوى المريض النفل أو أطلق أو نوى واجبا آخر و،ا إذا نوى المسافر كذلك إلاإذا نوى واجبا آخر فإنه يقع عنه لاعن رمضان لأن المسافر له أن لايصوم فله أن يصرفه إلى واجب آخر لأن الرخصة متعلقة

أنه الأصح (والنذر المعين) ولا يصح بنية واجب آخر بل (يقع عن واجب نواه) مطلقا فرقا بين تعيين الشارع والعبد (ولو صام مقيم عن غير رمضان) ولو (لجهله به) أي برمضان (فهو عنه) لاعما نوى لحديث « إذا جاء رمضان فلا صوم إلا عن رمضان » (ويحتاج صوم كل يوم من رمضان إلى نية) ولو صحيحا مقيما تمييزا للعبادة عن العادة . وقال زفر ومالك : تكفى نية واحدة كالصلاة .

بمظنة العجز وهو السفر وذلك موجود بخلاف المريض فإنها متعلقة بحقيقة العجز فإذا صام تبين أنه غير عاجز : واستشكله صدر الشريعة فى التوضيح بأن المرخص هو المرض الذى يزداد بالصوم لا المرض الذى لايقدر به على الصوم ، فلا نسلم أنه إذا صام ظهر فوات شرط الرخصة .

قال فى التلويح : وجوابه أن الكلام فى المريض الذى لا يطيق الصوم وتتعلق الرخصة بحقيقة العجز ، وأما الذى يخاف فيه ازديادالمرض فهو كالمسافر بلا خلاف على مايشعر به كلام شمس الأئمة فى المبسوط من أن قول الكرخى بعدم الفرق بين المسافر والمريض سهو أو مؤول بالمريض الذى يطيق الصوم وكان منه ازدياد المرض اهـ .

[تنبيه] تلخص من كلام البحر أن فى المريض ثلاثة أقوال : أحدها مافى الأشباه المذكور هنا واختاره فخر الإسلام وشمس الأئمة وجمع وصححه فى المجمع . ثانيها : مامر فى المتن أنه يقع عما نوى واختاره فى الهداية وأكثر المشايخ وقيل إنه ظاهر الرواية وينبغى وقوعه عن رمضان فى النفل كالمسافر كما مر . ثالثها : التفصيل بين أن يضره الصوم فتتعلق الرخصة بخوف الزيادة فيصير كالمسافر يقع عما نوى وبين أن لايضره الصوم كفساد الهضم فتتعلق الرخصة بحقيقته فيقع عن فرض الوقت ، واختاره فى الكشف والتحرير اهـ ، وهذا القول هو [illegible] عن التلويح وجعله فى شرح التحرير محمل القولين وقال إنه تحقيق يحصل به التوفيق بحمل مااختاره فخر الإسلام وغيره على من لايضره الصوم ، وحمل مااختاره فى الهداية على من يضره وتعقب الأكمل فى التقرير هذا القول بأن من لايضره الصوم لايرخص له الفطر لأنه صحيح ، وليس الكلام فيه .

قلت : وأجبت عنه فيما علقته على البحر بما حاصله : أن الصوم تارة يزداد به المرض مع القدرة عليه كمرض العين مثلا وتارة لايضره كمريض بفساد الهضم فإن الصوم لايضره بل ينفعه فالأول تتعلق الرخصة فيه بخوف الزيادة والثانى بحقيقة العجز بأن يصل إلى حالة لايمكنه معها الصوم ، فإذا صام ظهر عدم عجزه فيقع عن رمضان وإن نوى غيره لأنه إذا قدر عليه مع كونه لايضره لايقول عاقل بأنه يرخص له الفطر هذا ماظهر لى والله أعلم (قوله والنذر المعين الخ) تصريح بما فهم من قوله فى رمضان فقط (قوله بنية واجب آخر) كقضاء رمضان أو الكفارة أما لو نوى النفل فإنه يقع عن النذر المعين سراج ، ثم نقل عن الكرخى أن محمدا قال يقع عن النفل وأبا يوسف عن النذر (قوله يقع عن واجب نواه مطلقا) أى سواء كان صحيحا أو مريضا مقيما أو مسافرا وإذا وقع عما نوى وجب عليه قضاء المنذور فى الأصح كما فى البحر عن الظهيرية (قوله ولو لجهله)زاد لفظه ولو ليدخل غير الجاهل لكن الأولى إسقاطها لأن العالم تقدم قريبا فى قوله ويخطأ فى وصف ط . وأفاد أن الصوم واقع فى رمضان ولم يذكر ما إذا جهل شهر رمضان كالأسير فى دار الحرب فتحرى وصام عنه شهرا وبيانه فى البحر . وفيه أيضا لو صام بالتحرى سنين كثيرة ثم تبين أنه صام فى كل سنة قبل شهر رمضان فهل يجوز صومه فى الثانية عن الأولى وفى الثالثة عن الثانية وهكذا قيل يجوز وقيل لا وصحح فى المحيط أنه إن نوى صوم رمضان مبهما يجوز عن القضاء ، وإن نوى عن السنة الثانية مفسرا لا يجوز اهـ (قوله فلا صوم إلا عن رمضان) أى لايتحقق فيه صوم غيره ومحله فيمن تعين عليه فلا يرد المسافر إذا نوى واجبا آخر ط (قوله فى العادة) أى عادة الإمساك حمية أو لعذر ط (قوله وقال زفر ومالك تكفى نية واحدة)أى عن الشهر كله وروى عن زفر أن المقيم لايحتاج إلى النية ولو مسافرا لم يجز حتى ينوى من الليل

قلنا : فساد البعض لا يوجب فساد الكل بخلاف الصلاة (والشرط للباقى) من الصيام قران النية للفجر ولو حكما وهو (تبييت النية) للضرورة (وتعيينها) لعدم تعين الوقت :

والشرط فيها : أن يعلم بقلبه أى صوم يصومه .. قال الحدادى : والسنة أن يتلفظ بها ولا تبطل بالمشيئة بل بالرجوع عنها بأن يعزم ليلا على الفطر ونية الصائم الفطر لغو ونية الصوم فى الصلاة صحيحة ، ولا تفسدها بلا تلفظ ، ولو نوى القضاء نهارا صار نفلا فيقضيه لو أفسده لأن الجهل فى دارنا غير معتبر فلم يكن كالمظنون

وعند علمائنا الثلاثة لايجوز إلا بنية جديدة لكل يوم من الليل أو قبل الزوال مقيما أو مسافرا سراج (قوله قلنا الخ) أى فى جواب قياسه الصوم على الصلاة أن صوم كل يوم عبادة بنفسه بدليل أن فساد البعض لايوجب فساد الكل بخلاف الصلاة (قوله والشرط للباقى من الصيام) أى من أنواعه أى الباقى منها بعد الثلاثة المتقدمة فى المتن وهو قضاء رمضان والنذر المطلق وقضاء النذر المعين والنفل بعد إفساده والكفارات السبع وما ألحق بها من جزاء الصيد والحلق والمتعة نهر ، وقوله : السبع صوابه الأربع وهى كفارة الظهار ، والقتل ، واليمين ، والإفطار (قوله للفجر) أى لأول جزء منه ط (قوله ولو حكما الخ) جعل فى البحر القران فى حكم التبييت وأنت خبير بأن الأنسب ماسلكه الشارح من العكس إذ القران هو الأصل وفى التبييت قران حكما كما فى النهر (قوله وهو) الضمير راجع إلى القران الحكمى ح (قوله تبييت النية) فلو نوى تلك الصيامات نهارا كان تطوعا وإتمامه مستحب ولا قضاء بإفطاره والتبييت فى الأصل كل فعل دبر ليلا ط عن القهستانى (قوله للضرورة) علة للاكتفاء بالقران الحكمى إذ تحرى وقت الفجر مما يشق والحرج مدفوع اهـ ح (قوله وتعيينها) هو بالنظر إلى مجرد المتن معطوف على تبييت وبالنظر إلى عبارة الشرح معطوف على قران كما لايخفى والمراد بتعيينها تعيين المنوى بها فهو مصدر مضاف إلى فاعله المجازى (قوله لعدم تعين الوقت) أى لهذه الصيامات بخلاف أداء رمضان والنذر المعين فإن الوقت فيهما متعين وكذا النفل لأن جميع الأيام سوى شهر رمضان وقت له (قوله والشرط فيها الخ) أى فى النية المعينة لا مطلقا لأن مالايشترط له التعيين يكفيه أن يعلم بقلبه أن يصوم فلا منافاة بين ماهنا وماقدمناه عن الاختيار وأفاد ح : أن العلم لازم للنية التى هى نوع من الإرادة إذ لايمكن إرادة شىء إلا بعد العلم به (قوله والسنة) أى سنة المشايخ لا النبى صلى الله عليه وسلم لعدم ورود النطق بها عنه ح (قوله أن يتلفظ بها) فيقول : نويت أصوم غدا أو هذا اليوم إن نوى نهارا لله عز وجل من فرض رمضان سراج (قوله ولا تبطل بالمشيئة) أى استحسانا، وهو الصحيح لأنها ليست فى معنى حقيقة الاستثناء بل للاستعانة وطلب التوفيق حتى لو أراد حقيقة الاستثناء لا يصير صائما كما فى التتارخانية (قوله بأن يعزم ليلا على الفطر) فلو عزم عليه ثم أصبح وأمسك ولم ينو الصوم لايصير صائما تتارخانية (قوله ونية الصائم الفطر لغو)أى نيته ذلك نهارا وهذا تصريح بمفهوم قوله بأن يعزم ليلا وفى التتارخانية نوى القضاء فلما أصبح جعله تطوعا لايصح (قوله لأن الجهل الخ) جواب عما فى الفتح من قوله قبل هذا أى لزوم القضاء إذا علم أن صومه عن القضاء لم تصح نيته من النهار، أما إذا لم يعلم فلا يلزم بالشروع كالمظنون قال فى البحر وتبعه فى النهر الذى يظهر ترجيح الاطلاق فإن الجهل بالأحكام فى دار الإسلام ليس بمعتبر خصوصا أن عدم جواز القضاء بنيته نهارا متفق عليه فيما يظهر فليس كالمظنون اهـ. وما قدمناه عن القهستانى مبنى على هذا القيل (قوله فلم يكن كالمظنون) إذ المظنون أن يظن أنه عليه قضاء يوم فشرع فيه بشروطه ، ثم تبين أن لا صوم عليه فإنه لا يلزمه إتمامه لأنه شرع فيه مسقطا لا ملتزما وهو معذور بالنسيان فلو أفسده فورا لا قضاء عليه وإن كان الأفضل إتمامه بخلاف مالو مضى فيه بعد علمه فإنه يصير ملتزما فلا يجوز قطعه فلو قطعه لزمه قضاؤه ،

بحر (ولايصام يوم الشك) هو يوم الثلاثين من شعبان وإن لم يكن علة أى على القول بعدم اعتبار اختلاف المطالع لجواز تحقق الرؤية فى بلدة أخرى ، وأما على مقابله فليس بشك ولا يصام أصلا شرح المجمع للعينى عن الزاهدى (إلا نفلا) ويكره غيره (ولو صامه لواجب آخر كره) تنزيها ولو جزم أن يكون عن رمضان كره تحريما (ويقع عنه فى الأصح إن لم تظهر رمضانيته وإلا) بأن ظهرت (فعنه) لو مقيما (والتنفل فيه أحب) أى أفضل اتفاقا (إن وافق صوما يعتاده) أو صام من آخر شعبان ثلاثة فأكثر

وأما من نوى القضاء بعد الفجر فإن مانواه عليه لكنه جهل لزوم التبييت فلم يعذر وصح شروعه فلو قطعه لزمه قضاؤه رحمتى (قوله ولايصام يوم الشك) هو استواء طرفى الإدراك من النفى والاثبات بحر (قوله هو يوم الثلاثين من شعبان) الأولى قول نور الإيضاح هو مايلى التاسع والعشرين من شعبان أى لأنه لا يعلم كونه يوم الثلاثين لاحتمال كونه أول شهر رمضان ويمكن أن يكون المراد أنه يوم الثلاثين من ابتداء شعبان فمن ابتدائية لاتبعيضية تأمل .

مبحث فى صوم يوم الشك

[تنبيه] فى الفيض وغيره لو وقع الشك فى أن اليوم يوم عرفة أو يوم النحر فالأفضل فيه الصوم فافهم (قوله وإن لم يكن علة الخ) قال فى شرحه على الملتقى وبه اندفع كلام القهستانى وغيره اه : أى حيث قيده بما إذا غم هلال شعبان فلم يعلم أنه الثلاثون من شعبان أو الحادى والثلاثون أو غم هلال رمضان فلم يعلم أنه الأول منه أو الثلاثون من شعبان أو رآه واحد أو فاسقان فردت شهادتهم فلو كانت السماء مصحية ولم يره أحد فليس بيوم شك اه، ومثله فى المعراج عن المجتبى بزيادة ولا يجوز صومه ابتداء لافرضا ولا نفلا وكلامهم مبنى على القول باعتبار اختلاف المطالع كما أفاده كلام الشارح هنا (قوله بعدم اعتبار اختلاف المطالع) سقط من أكثر النسخ لفظ اعتبار ولابد من تقديره لأنه لا كلام فى اختلاف المطالع وإنما الكلام فى اعتباره وعدمه كما يأتى بيانه (قوله لجواز الخ) أى فيلزم البلدة التى لم ير فيها الهلال (قوله ولا يصام أصلا) أى ابتداء لافرضا ولا نفلا كما قدمناه آنفا عن المجتبى لأنه لا احتياط فى صومه للخواص بخلاف يوم الشك نعم لو وافق صوما يعتاده فالأفضل صومه كما أفاده فى المجتبى بقوله ابتداء فافهم (قوله إلا نفلا) فى نسخة تطوعا (قوله ويكره غيره) أى من فرض أو واجب بنية معينة أو مترددة وكذا إطلاق النية لأن المطلق شامل للمقادير كما فى المعراج (قوله لواجب آخر) كنذر وكفارة وقضاء سراج (قوله كره تنزيها) ستذكر وجهه (قوله كره تحريما) للتشبه بأهل الكتاب لأنهم زادوا فى صومهم وعليه حمل حديث النهى عن التقدم بصوم يوم أو يومين بحر (قوله ويقع عنه)أى عن الواجب وقيل يكون تطوعا هداية (قوله إن لم تظهر رمضانيته) فى السراج إذا صامه بنية واجب آخر لا يسقط لجواز أن يكون من رمضان فلا يكون قضاء بالشك اه فأفاد أنه لو لم يظهر الحال لا يكفى عما نوى فكان على المصنف أن يقول كما قال فى الهداية إن ظهر أنه من شعبان أجزأه عما نوى فى الأصح وإن ظهر أنه من رمضان يجزيه لوجود أصل النية اه (قوله فعنه) أى عن رمضان (قوله لو مقيما) قيد لقوله كره تنزيها ولقوله فعنه قال فى السراج : ولو كان مسافرا فنوى فيه واجبا آخر لم يكره لأن أداء رمضان غير واجب عليه فلم يشبه صومه الزيادة ويقع عما نوى وإن بان أنه من رمضان وعندهما يكره كالمقيم ويجزى عن رمضان إن بان أنه منه (قوله إن وافق صوما يعتاده) كما لو كان عادته أن يصوم يوم الخميس أو الاثنين فوافق ذلك يوم الشك سراج وهل تثبت العادة بمرة كما فى الحيض تردد فيه بعض الشافعية .

لا أقل لحديث « لاتقدموا رمضان بصوم يوم أو يومين » وأما حديث « من صام يوم الشك فقد عصى أبا القاسم »
١
فلا أصل له (وإلا يصومه الخواص ويفطر

قلت : الظاهر نعم إذا فعل ذلك مرة وعزم على فعل مثله بعدها فوافق يوم الشك لأن الاعتياد يشعر بالتكرار ، لأنه من العود مرة بعد أخرى وبالعزم المذكور يحصل العود حكما أما بدونه فلا تأمل (قوله لحديث الخ) هو مافى الكتب الستة عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « لاتقدموا رمضان بصوم يوم أو يومين إلا رجل كان يصوم صوما فليصمه » والمراد به غير التطوع حتى لايزاد على صوم رمضان كما زاد أهل الكتاب على صومهم توفيقا بينه وبين ما أخرجه الشيخان عن عمار بن ياسر رضى الله تعالى عنه أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لرجل « هل صمت من سرر شعبان ؟ قال : لا ، قال إذا أفطرت فصم يوما مكانه » سرر الشهر بفتح السين المهملة وكسرها آخره كذا قال أبو عبيد وجمهور أهل اللغة لاستترار القمر فيه أى اختفائه وربما كان ليلة أو ليلتين كذا أفاده نوح فى حاشية الدرر .

واستدل أحمد بحديث السرر على وجوب صوم يوم الشك وهو عندنا محمول على الاستحباب لأنه معارض بحديث التقدم توفيقا بين الأدلة ما أمكن كما أوضحه فى الفتح . هذا وقد صرح فى الهداية وشروحها وغيرها بأن المنهى عنه هو التقدم على رمضان بصوم رمضان . ووجه تخصيصه بيوم أو يومين أن صومه عن رمضان إنما يكون غالبا عند توهم النقصان فى شهر أو شهرين فيصوم يوما أو يومين عن رمضان على ظن أن ذلك احتياط كما أفاده فى الإمداد والسعدية وقال فى الفتح : وعليه فلا يكره صوم واجب آخر فى يوم الشك قال : وهو ظاهر كلام التحفة حيث قال : وقد قام الدليل على أن الصوم فيه عن واجب آخر وعن التطوع مطلقا لايكره فثبت أن المكروه ماقلنا يعنى صوم رمضان وهو غير بعيد من كلام الشارحين والكافى وغيرهم حيث ذكروا أن المراد من حديث التقدم هو التقدم بصوم رمضان قالوا ومقتضاه أن لايكره واجب آخر أصلا وإنما كره لصورة النهى فى حديث العصيان الآتى ، وتصحيح هذا الكلام أن يكون معناه يترك صومه عن واجب آخر تورعا وإلا فبعد وجوب كون المراد من النهى عن التقدم صوم رمضان كيف يوجب حديث العصيان منع غيره مع أنه يجب أن يحمل على ماحمل عليه حديث التقدم إذ لافرق بينهما اهـ مافى الفتح ملخصا وفى التاترخانية تصحيح عدم الكراهة أى التحريمية فلا ينافى أن التورع تركه تنزيها وفى المحيط كان ينبغى أن لايكره بنية واجب آخر إلا أنه وصف بنوع كراهة احتياطا فلا يؤثر فى نقصان الثواب كالصلاة فى الأرض المغصوبة اهـ (قوله فلا أصل له) كذا قال الزيلعى ثم قال : ويروى موقوفا على عمار بن ياسر وهو فى مثله كالمرفوع اهـ .

قلت : وينبغى حمل نفى الأصالة على الرفع كما حمل بعضهم قول النووى فى حديث « صلاة النهار عجماء » أنه لا أصل له على أن المراد لاأصل لرفعه وإلا فقد ورد موقوفا على مجاهد وأبى عبيدة وكذا هذا أورده البخارى معلقا بقوله ، وقال صلة عن عمار من صام الخ قال فى الفتح : وأخرجه أصحاب السنن الأربعة وغيرهم ، وصححه الترمذى عن صلة بن زفر قال : كنا عند عمار فى اليوم الذى يشك فيه فأتى بشاة مصلية فتنحى بعض القوم فقال عمار : من صام هذا اليوم فقد عصى أبا القاسم قال فى الفتح وكأنه فهم من الرجل المتنحى أنه قصد صومه عن رمضان فلا يعارض ما مر وهذا بعد حمله على السماع من النبى صلى الله عليه وسلم والله سبحانه أعلم (قوله وإلا يصومه الخواص) أى وإن لم يوافق صوما يعتاده ولا صام من آخر شعبان ثلاثة فأكثر استحب صومه للخواص

غيرهم بعد الزوال) به يفتى نفيا لتهمة النهى (وكل من علم كيفية صوم الشك فهو من الخواص وإلا فمن العوام . والنية) المعتبرة هنا (أن ينوى التطوع) على سبيل الجزم (من لايعتاد صوم ذلك اليوم) أما المعتاد فحكمه مر (ولا يخطر بباله أنه إن كان من رمضان فعنه) ذكره أخى زاده (وليس بصائم لو) ردد فى أصل النية بأن (نوى أن يصوم غدا إن كان من رمضان وإلا فلا) أصوم لعدم الجزم (كما) أنه ليس بصائم (لو نوى أنه إن لم يجد غداء فهو صائم وإلا فمفطر ويصير صائما مع الكراهة لو) ردد فى وصفها بأن (نوى إن كان من رمضان فعنه وإلا فعن واجب آخر وكذا) يكره (لو قال أنا صائم إن كان من رمضان وإلا فعن نفل) للتردد بين مكروهين

قال فى الفتح : وقيده فى التحفة بكونه على وجه لايعلم العوام ذلك كى لايعتادوا صومه فيظنه الجهال زيادة على رمضان ، ويدل عليه قصة أبى يوسف المذكورة فى الإمداد وغيره .

حاصلها أن أسد بن عمرو سأله هل أنت مفطر فقال له فى أذنه أنا صائم وفى قوله يصومه الخواص إشارة إلى أنهم يصبحون صائمين لامتلومين بخلاف العوام لكن فى الظهيرية الأفضل أن يتلوم غير آكل ولا شارب مالم يتقارب انتصاف النهار فإن تقارب فعامة المشايخ على أنه ينبغى للقضاة والمفتين أن يصوموا تطوعا ويفتوا بذلك خاصتهم ويفتوا العامة بالإفطار وهذا يفيد أن التلوم أفضل فى حق الكل كما فى النهر لكن فى الهداية والمحيط والخانية وغيرها أن المختار أن يصوم المفتى بنفسه أخذا بالاحتياط ، ويفتى العامة بالتلوم إلى وقت الزوال ثم بالإفطار والتلوم الانتظار كما فى المغرب (قوله بعد الزوال) فى العزمية عن خط بعض العلماء فى هامش الهداية إنما لم يقل بعد الضحوة الكبرى مع أنه مختاره سابقا لأن الاحتياط هنا التوسعة (قوله نفيا لتهمة النهى) أى حديث « لاتقدموا رمضان » كذا فى شرحه على الملتقى فهو علة لقوله ويفطر غيرهم (قوله والنية الخ) بيان للكيفية (قوله فحكمه مر) أى فى قوله والصوم أحب إن وافق صوما يعتاده (قوله ولا يخطر بباله الخ) معطوف على قوله ينوى وهو تفسير لقوله على سبيل الجزم ، والمراد أن لا يردّد فى النية بين كونه نفلا إن كان من شعبان ، وفرضا إن كان من رمضان بل يجزم بنيته نفلا محضا ولا يضره خطور احتمال كونه من رمضان بعد جزمه بنية النفل ، لأنه يصوم احتياطا لذلك الاحتمال . قال فى غاية البيان : وإنما فرق بين المفتى والعامة لأن المفتى يعلم أن الزيادة على رمضان لاتجوز ، فلذا يصوم احتياطا احترازا عن وقوع الفطر فى رمضان بخلاف العامة فإنه قد يقع فى وهمهم الزيادة فلذا كان فطرهم أفضل بعد التلوم (قوله ذكره أخى زاده) أى فى حاشيته على صدر الشريعة وذكره أيضا المحقق فى فتح القدير ، وكذا فى المعراج وغيره (قوله وليس بصائم الخ) تكميل لأقسام المسألة المذكورة فى الهداية وهى خمسة تقدم منها ثلاثة : وهى الجزم بنية النفل أو بنية واجب أو بنية رمضان ، وعلمت أحكامها ، والرابع : الإضجاع فى أصل النية ، والخامس الإضجاع فى وصفها قال فى المغرب : التضجيع فى النية هو التردد فيها وأن لايبتها من ضجع فى الأمر إذا وهن فيه وقصر وأصله من الضجوع (قوله لعدم الجزم) فى العزم فقد فات ركن النية لكن هذا إذا لم يجدد النية قبل نصف النهار فإن جددها عازما على الصوم جاز كما رأيته بخط بعض العلماء على هامش الهداية وهو ظاهر (قوله كما أنه الخ) تنظير لتلك المسألة بهذه وعبارة الهداية فصار كما إذا نوى الخ (قوله غداء) بالغين المعجمة والدال المهملة ممدودا (قوله ويصير صائما) أى لجزمه بنية الصوم وإن ردد فى وصفه بين فرض وواجب آخر أو فرض ونفل (قوله مع الكراهة) أى التنزيهية لأن كراهة التحريم لاتثبت إلا إذا جزم أنه عن رمضان كما أفاده الشارح سابقا ط (قوله للتردد الخ) علة للكراهة فى المسألتين على طريق اللف والنشر المرتب ففى الأولى الترديد بين مكروهين وهما الفرض والواجب ، وفى الثانية بين مكروه وغيره وهما الفرض والنفل

أو مكروه وغير مكروه (فان ظهر رمضانيته فعنه وإلا فنفل فيهما) أى الواجب والنفل (غير مضمون بالقضاء) لعدم التنفل قصدا . أكل المتلوم ناسيا قبل النية كأكله بعدها وهو الصحيح شرح وهبانية .

(رأى) مكلف (هلال رمضان أو الفطر ورد قوله) بدليل شرعى (صام) مطلقا وجوبا وقيل ندبا (فإن أفطر قضى فقط) فيهما لشبهة الرد :

(واختلف) المشايخ لعدم الرواية عن المتقدمين (فيما إذا أفطر قبل الرد) لشهادته (والراجح عدم وجوب الكفارة)

(قوله فعنه) أى فيقع عن رمضان لوجود أصل النية وهو كاف فى رمضان لعدم لزوم التعيين فيه بخلاف الواجب الآخر كما مر (قوله غير مضمون بالقضاء) بنصب غير على الحالية أى لايلزمه قضاؤه لو أفسده (قوله لعدم التنفل قصدا) لأنه قاصد للاسقاط من وجه وهو نية الفرض، فصار كالمظنون بجامع أنه شرع فيه مسقطا لاملتزما كما مر (قوله أكل المتلوم) أى المنتظر إلى نصف النهار فى يوم الشك (قوله كأكله بعدها) فلو ظهرت رمضانيته ونوى الصوم بعد الأكل جاز لأن أكل الناسى لايفطره . وقيل : لايجوز كما فى القنية ، وبه جزم فى السراج والشرنبلالية وسيأتى تمام الكلام عليه فى أول الباب الآتى (قوله رأى مكلف) أى مسلم بالغ عاقل ولو فاسقا كما فى البحر عن الظهيرية ، فلا يجب عليه لو صبيا أو مجنونا ، وشمل مالو كان الرائى إماما فلا يأمر الناس بالصوم، ولا بالفطر إذا رآه وحده ويصوم هو كما فى الإمداد ، وأفاد الخير الرملى أنه لو كانوا جماعة وردت شهادتهم لعدم تكامل الجمع العظيم فالحكم فيهم كذلك (قوله بدليل شرعى) هو إما فسقه أو غلطه نهر وفى القهستانى بفسقه لو السماء متغيمة أو تفرده لو كانت مصحية (قوله صام) أى صوما شرعيا لأنه المراد حيث أطلق شرعا ، ويدل عليه مابعده وفيه إشارة إلى رد قول الفقيه أبى جعفر إن معناه فى هلال الفطر لايأكل ولا يشرب ، ولكن ينبغى أن يفسده لأنه يوم عيد عنده وإلى رد قول بعض مشايخنا من أنه يفطر فيه سرا كما فى البحر وإليه أشار الشارح بقوله : مطلقا أى فى هلال رمضان والفطر :

[تنبيه]: لو صام رائى هلال رمضان وأكمل العدة لم يفطر إلا مع الإمام لقوله عليه الصلاة والسلام « صومكم يوم تصومون وفطركم يوم تفطرون » رواه الترمذى وغيره والناس لم يفطروا فى مثل هذا اليوم فوجب أن لايفطر نهر (قوله وجوبا وقيل ندبا) قال فى البدائع المحققون قالوا : لارواية فى وجوب الصوم عليه ، وإنما الرواية أنه يصوم وهو محمول على الندب احتياطا اﻫ .

قال فى التحفة : يجب عليه الصوم . وفى المبسوط عليه صوم ذلك اليوم وهو ظاهر استدلالهم فى هلال رمضان بقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه — وفى العيد بالاحتياط نهر وما فى البدائع مخالف لما فى أكثر المعتبرات من التصريح بالوجوب نوح .

قلت : والظاهر أن المراد بالوجوب المصطلح لا الفرض لأن كونه من رمضان ليس قطعيا ولذا ساغ القول بندب صومه وسقطت الكفارة بفطره ولو كان قطعيا للزم الناس صومه . على أن الحسن وابن سيرين وعطاء قالوا لايصوم إلا مع الإمام كما نقله فى البحر فافهم (قوله قضى فقط) أى بلا كفارة (قوله لشبهة الرد) علة لما تضمنه قوله فقط من عدم لزوم الكفارة أى أن القاضى لما رد قوله بدليل شرعى أورث شبهة وهذه الكفارة تندرئ بالشبهات هداية ، ولا يخفى أن هذه علة لسقوط الكفارة فى هلال رمضان ، أما فى هلال الفطر فلكونه يوم عيد عنده كما فى النهر وغيره وكأنه تركه لظهوره (قوله قبل الرد لشهادته) وكذا لو لم يشهد عند الإمام وصام

وصححه غير واحد لأن ماراه يحتمل أن يكون خيالا لا هلالا وأما بعد قبوله فتجب الكفارة ولو فاسقا فى الأصح (وقبل بلا دعوى و) بلا (لفظ أشهد) وبلا حكم ومجلس قضاء لأنه خبر لاشهادة (للصوم مع علة كغيم) وغبار (خبر عدل) أو مستور على ماصححه البزازى على خلاف ظاهر الرواية لا فاسق اتفاقا وهل له أن يشهد مع علمه بفسقه قال البزازى : نعم لأن القاضى ربما قبله (ولو) كان العدل (قنا أو أنثى أو محدودا فى قذف تاب) بين

ثم أفطر كما فى السراج (قوله لأن ماراه الخ) يروى أن عمر رضى الله عنه أمر الذى قال : رأيت الهلال أن يمسح حاجبيه بالماء ثم قال له أين الهلال فقال فقدته فقال شعرة قامت بين حاجبيك فحسبتها هلالا سراج قال ح وهذا إنما يصلح تعليلا لعدم الكفارة فى هلال رمضان أما فى هلال شوال فإنما لا يجب لأنه يوم عيد عنده على نسق ماتقدم (قوله وأما بعد قبوله) أى فى هلال رمضان ط (قوله فى الأصح) لأنه يوم صوم الناس ، فلو كان عدلا ينبغى أن لايكون فى وجوب الكفارة خلاف لأن وجه نفيها كونه ممن لايجوز القضاء بشهادته ، وهو منتف بحر عن الفتح وقوله : ممن لا يجوز أى لايحل لأن القضاء بشهادة الفاسق صحيح وإن أثم القاضى (قوله وقبل الخ) هذا أولى من قول الكنز ، ويثبت رمضان لما فى البحر من أن الصوم لا يتوقف على الثبوت ، وليس يلزم من رؤيته ثبوته لأن مجيئه لايدخل تحت الحكم وفى الجوهرة لو شهد عند الحاكم رجل ظاهره العدالة وسمعه رجل وجب عليه الصوم لأنه قد وجد الخبر الصحيح .

قلت : وأما قوله فيما سيأتى : وطريق إثبات رمضان الخ فالمراد إثباته ضمنا لأجل أن يثبت ماعلق عليه من الزكاة ولذا يلزم فيه الدعوى والحكم والمنفى دخوله تحت الحكم قصدا وكم من شىء يثبت ضمنا لا قصدا كما فى بيع الشرب والطريق فليس إثباته لأجل صومه كما وهم (قوله لأنه خبر لاشهادة) قال فى الهداية لأنه أمر دينى فأشبه رواية الأخبار (قوله خبر عدل) العدالة ملكة تحمل على ملازمة التقوى والمروءة الشرط أدناها وهو ترك الكبائر والإصرار على الصغائر وما يخل بالمروءة ويلزم أن يكون مسلما عاقلا بالغا بحر (قوله على ماصححه البزازى) وكذا صححه فى المعراج والتجنيس وقال فى الفتح : وهو رواية الحسن وبه أخذ الحلوانى ومشى عليه فى نور الإيضاح .

وأقول : إنه ظاهر الرواية أيضا فقد قال الحاكم الشهيد فى الكافى الذى هو جمع كلام محمد فى كتبه التى هى ظاهر الرواية مانصه وتقبل شهادة المسلم والمسلمة عدلا كان الشاهد أو غير عدل اه والمراد بغير العدل المستور كما سيأتى قريبا (قوله لافاسق اتفاقا) لأن قوله فى الديانات غير مقبول أى فى التى يتيسر تلقيها من العدول كرواية الأخبار بخلاف الإخبار بطهارة الماء ونجاسته ونحوه حيث يتحرى فى خبره فيه إذ قد لايقدر على تلقيها من جهة العدول وقول الطحاوى : أو غير عدل محمول على المستور كما هو رواية الحسن لأن المراد بالعدل من ثبتت عدالته ولا ثبوت فى المستور ، أما مع تبين الفسق فلا قائل به عندنا ، وعليه تفرع مالو شهدوا فى آخر رمضان برؤية هلاله قبل صومهم بيوم إن كانوا فى المصر ردت لتركهم الحسبة وإن جاءوا من خارج قبلت من الفتح ملخصا (قوله وهل له أن يشهد الخ) قال الحلوانى : يلزم العدل ولو أمة أو مخدرة أن يشهد فى ليلته كى لايصبحوا مفطرين ، وهى من فروض العين ، وأما الفاسق إن علم أن الحاكم يميل إلى قول الطحاوى ، ويقبل قوله يجب عليه وأما المستور ففيه شبهة الروايتين معراج .

قلت : وقوله إن علم الخ مبنى على ظاهر قول الطحاوى من قبول ظاهر الفسق فإذا كان اعتقاد القاضى ذلك يجب أن يشهد وقول الشارح وهل له يفيد عدم الوجوب بناء على عدم علمه باعتقاد القاضى كما هو مفاد التعليل

كيفية الرؤية أولا على المذهب وتقبل شهادة واحد على آخر كعبد وأنثى ولو على مثلهما ويجب على الجارية المخدرة أن تخرج فى ليلتها بلا إذن مولاها وتشهد كما فى الحافظية :

(وشرط للفطر) مع العلة والعدالة (نصاب الشهادة ولفظ أشهد) وعدم الحد فى قذف لتعلق نفع العبد لكن (لا) تشترط (الدعوى) كما لاتشترط فى عتق الأمة وطلاق الحرة (ولو كانوا ببلدة لاحاكم فيها صاموا بقول ثقة وأفطروا بإخبار عدلين) مع العلة

بقوله لأن القاضى ربما قبله تأمل (قوله على المذهب) خلافا للإمام الفضلى حيث قال إنما يقبل الواحد العدل إذا فسر وقال رأيته خارج البلد فى الصحراء أو يقول : رأيته فى البلدة من بين خلل السحاب ، أما بدون هذا التفسير فلا يقبل كذا فى الظهيرية بحر (قوله وتقبل شهادة واحد على آخر) بخلاف الشهادة على الشهادة فى سائر الأحكام حيث لاتقبل مالم يشهد على شهادة كل رجل رجلان أو رجل وامرأتان ح (قوله كعبد وأنثى) أى كما تقبل شهادة عبد وأنثى (قوله ولو على مثلهما) أفاد بهذا التعميم قبول شهادتهما على شهادة حر أو ذكر ، وهو بحث لصاحب النهر وقال ولم أره (قوله ويجب على الجارية المخدرة) أى التى لاتخالط الرجال وكذا يجب على الحرة أن تخرج بلا إذن زوجها وكذا غير المخدرة والمزوجة بالأولى قال ط : والظاهر أن محل ذلك عند توقف إثبات الرؤية عليها وإلا فلا (قوله فى ليلتها) أى ليلة الرؤية (قوله مع العلة) أى من غيم وغبار ودخان (قوله نصاب الشهادة) أى على الأموال وهو رجلان أو رجل وامرأتان (قوله لتعلق نفع العبد) علة لاشتراط ماذكر فى الشهادة على هلال الفطر ، بخلاف هلال الصوم لأن الصوم أمر دينى ، فلم يشترط فيه ذلك أما الفطر فهو نفع دنيوى للعباد فأشبه سائر حقوقهم فيشترط فيه مايشترط فيها (قوله لكن لاتشترط الدعوى الخ) قال فى الفتح عن الخانية : وأما الدعوى فينبغى أن لاتشترط كما فى عتق الأمة ، وطلاق الحرة عند الكل ، وعتق العبد فى قولهما وأما على قياس قوله فينبغى أن لاتشترط الدعوى فى الهلالين اه أى قياس قول الإمام باشتراط الدعوى فى عتق العبد اشتراطها أيضا فى الهلالين ، لكن جزم فى الخانية بعدم اشتراطها فى هلال رمضان ، ثم ذكر هذا البحث وفيه نظر لأن اشتراط الدعوى عنده فى عتق العبد لأنه حق عبد بخلاف الأمة فإن فيه مع حق العبد حق الله تعالى وهو صيانة فرجها والفطر وإن كان فيه حق عبد لكن فيه حق الله تعالى لحرمة صومه ووجوب صلاة العيد فهو بعتق الأمة أشبه فلاتشترط فيه الدعوى ولذا جزم به الشارح تبعا لغيره أفاده الرحمتى (قوله وطلاق الحرة) مفهومه أن الزوجة الرقيقة يشترط فيها الدعوى والذى فى جامع الفصولين الإطلاق لكنه هنا يشترط حضور الزوج والسيد فى العتق ط (قوله ببلدة) أى أو قرية قال فى السراج : ولو تفرد واحد برؤيته فى قرية ليس فيها وال ولم يأت مصرا ليشهد وهو ثقة يصومون بقوله اه .

قلت : والظاهر أنه يلزم أهل القرى الصوم بسماع المدافع أو رؤية القناديل من المصر لأنه علامة ظاهرة تفيد غلبة الظن ، وغلبة الظن حجة موجبة للعمل كما صرحوا به واحتمال كون ذلك لغير رمضان بعيد إذ لايفعل مثل ذلك عادة فى ليلة الشك إلا لثبوت رمضان (قوله لاحاكم فيها) أى لاقاضى ولا والى كما فى الفتح (قوله صاموا بقول ثقة) أى افتراضا لقول المصنف فى شرحه وعليهم أن يصوموا بقوله إذا كان عدلا اه ط (قوله وأفطروا الخ) عبارة غيره لابأس أن يفطروا والظاهر أن المراد به الوجوب أيضا والتعبير بنفى البأس لأنه مظنة الحرمة كما فى نفى الجناح فى قوله تعالى — فلا جناح عليكم(١) أن تقصروا من الصلاة - ومثله كثير فى كلامهم فافهم (قوله مع العلة)

---

(١) (قوله فلا جناح عليكم الخ) هكذا بخطه والتلاوة (فليس عليكم جناح) الخ اه مصححه .

(للضرورة) ولو رآه الحاكم وحده خير فى الصوم بين نصب شاهد وبين أمرهم بالصوم بخلاف العيد كما فى الجوهرة، ولا عبرة بقول المؤقتين ، ولو عدولا على المذهب قال فى الوهبانية وقول أولى التوقيت ليس بموجب وقيل نعم والبعض إن كان يكثر (و) قبل (بلا علة

قيد لقوله صاموا وأفطروا (قوله للضرورة) أى ضرورة عدم وجود حاكم يشهد عنده (قوله بين نصب شاهد) أى يحمله شهادته أفاده ح لكن عبارة الجوهرة بين أن ينصب من يشهد عنده الخ .

والظاهر أن المعنى : أن الحاكم ينصب رجلا نائبا عنه ليشهد عند ذلك النائب كما قالوا فيما لو وقعت للحاكم خصومة مع آخر ينصب نائباً ليتحاكما عنده إذ لا يصح حكمه لنفسه ويدل على ذلك أنه وقع فى بعض النسخ نائب بدل شاهد (قوله بخلاف العيد) أى هلال العيد إذ لا يكفى فيه الواحد .

مطلب لاعبرة بقول المؤقتين فى الصوم

(قوله ولا عبرة بقول المؤقتين) أى فى وجوب الصوم على الناس بل فى المعراج لا يعتبر قولهم بالإجماع ، ولا يجوز للمنجم أن يعمل بحساب نفسه ، وفى النهر فلا يلزم بقول المؤقتين إنه أى الهلال يكون فى السماء ليلة كذا وإن كانوا عدولا فى الصحيح كما فى الإيضاح وللإمام السبكى الشافعى تأليف مال فيه إلى اعتماد قولهم لأن الحساب قطعى اه ومثله فى شرح الوهبانية .

مطلب ماقاله السبكى من الاعتماد على قول الحساب مردود

قلت ماقاله السبكى رده متأخرو أهل مذهبه منهم ابن حجر والرملى فى شرحى المنهاج ، وفى فتاوى الشهاب الرملى الكبير الشافعى : سئل عن قول السبكى لو شهدت بينة برؤية الهلال ليلة الثلاثين من الشهر وقال الحساب بعدم إمكان الرؤية تلك الليلة عمل بقول أهل الحساب لأن الحساب قطعى والشهادة ظنية ، وأطال فى ذلك فهل يعمل بما قاله أم لا وفيما إذا رؤى الهلال نهارا قبل طلوع الشمس يوم التاسع والعشرين من الشهر ، وشهدت بينة برؤية هلال رمضان ليلة الثلاثين من شعبان ، فهل تقبل الشهادة أم لا لأن الهلال إذا كان الشهر كاملا يغيب ليلتين أو ناقصا يغيب ليلة أو غاب الهلال الليلة الثالثة قبل دخول وقت العشاء لأنه صلى الله عليه وسلم كان يصلى العشاء لسقوط القمر الثالثة هل يعمل بالشهادة أم لا .

فأجاب : بأن المعمول به فى المسائل الثلاث ماشهدت به البينة لأن الشهادة نزلها الشارع منزلة اليقين وماقاله السبكى مردود ردّه عليه جماعة من المتأخرين ، وليس فى العمل بالبينة مخالفة لصلاته صلى الله عليه وسلم ووجه ماقلناه أن الشارع لم يعتمد الحساب ، بل ألغاه بالكلية بقوله نحن أمة أمية لا نكتب ولا نحسب الشهر هكذا وهكذا وقال ابن دقيق العيد : الحساب لايجوز الاعتماد عليه فى الصلاة انتهى ، والاحتمالات التى ذكرها السبكى بقوله ولأن الشاهد قد يشتبه عليه الخ لاأثر لها شرعا لإمكان وجودها فى غيرها من الشهادات اه (قوله وقيل نعم الخ) يوهم أنه قيل بأنه موجب للعمل ، وليس كذلك بل الخلاف فى جواز الاعتماد عليهم ، وقد حكى فى القنية الأقوال الثلاثة فنقل أولا عن القاضى عبد الجبار ، وصاحب جمع العلوم أنه لابأس بالاعتماد على قولهم ، ونقل عن ابن مقاتل أنه كان يسألهم ويعتمد على قولهم إذا اتفق عليه جماعة منهم ، ثم نقل عن شرح السرخسى أنه بعيد وعن شمس الأئمة الحلوانى : أن الشرط فى وجوب الصوم والإفطار الرؤية ، ولا يؤخذ فيه بقولهم ، ثم نقل عن مجد الأئمة الترجمانى أنه اتفق أصحاب أبى حنيفة إلا النادر والشافعى أنه لا اعتماد على قولهم (قوله وقيل بلا علة)

جمع عظيم يقع العلم) الشرعى وهو غلبة الظن (بخبرهم وهو مفوّض إلى رأى الإمام من غير تقدير بعدد) على المذهب وعن الإمام أنه يكتفى بشاهدين واختاره فى البحر وصحح فى الأقضية الاكتفاء بواحد إن جاء من خارج البلد أو كان على مكان مرتفع ،

أى إن شرط القبول عند عدم علة فى السماء لهلال الصوم أو الفطر أو غيرهما كما فى الإمداد ، وسيأتى تمام الكلام عليه إخبار جمع عظيم فلا يقبل خبر الواحد لأن التفرد من بين الجم الغفير بالرؤية مع توجههم طالبين لما توجه هو إليه مع فرض عدم المانع ، وسلامة الإبصار وإن تفاوتت فى الحدة ظاهر فى غلطه بحر قال ح : ولا يشترط فيهم الإسلام ولا العدالة كما فى إمداد الفتاح ولا الحرية ولا الدعوى كما فى القهستانى اه :

قلت : ماعزاه إلى الإمداد لم أره فيه وفى عدم اشتراط الإسلام نظر لأنه ليس المراد هنا بالجمع العظيم مايبلغ مبلغ التواتر الموجب للعلم القطعى ، حتى لايشترط له ذلك بل مايوجب غلبة الظن كما يأتى ،وعدم اشتراط الإسلام له لابد له من نقل صريح (قوله يقع العلم الشرعى) أى المصطلح عليه فى الأصول فيشمل غالب الظن ، وإلا فالعلم فى فن التوحيد أيضا شرعى ولا عبرة بالظن هناك ح (قوله وهو غلبة الظن) لأنه العلم الموجب للعمل لاالعلم بمعنى اليقين نص عليه فى المنافع وغاية البيان ابن كمال ومثله فى البحر عن الفتح وكذا فى المعراج وقال القهستانى : فلا يشترط خبر اليقين الناشئ من التواتر كما أشير به فى المضمرات لكن كلام الشرح مشير إليه اه ومراده شرح صدر الشريعة فإنه قال الجمع العظيم جمع يقع العلم بخبرهم ويحكم العقل بعدم تواطئهم على الكذب اه وتبعه فى الدرر ورده ابن كمال حيث ذكر فى منهواته أخطأ صدر الشريعة حيث زعم أن المعتبر ههنا العلم بمعنى اليقين (قوله وهو مفوض الخ) قال فى السراج لم يقدر لهذا الجمع تقدير فى ظاهر الرواية ، وعن أبى يوسف خمسون رجلا كالقسامة وقيل أكثر أهل المحلة وقيل من كل مسجد واحد أو اثنان وقال خلف بن أيوب خمسمائة ببلخ قليل والصحيح من هذا كله أنه مفوض إلى رأى الإمام إن وقع فى قلبه صحة ماشهدوا به وكثرت الشهود أمر بالصوم اه وكذا صححه فى المواهب وتبعه الشرنبلالى وفى البحر عن الفتح والحق ماروى عن محمد وأبى يوسف أيضا أن العبرة بمجىء الخبر وتواتره من كل جانب اه وفى النهر أنه موافق لما صححه فى السراج تأمل (قوله واختاره فى البحر) حيث قال وينبغى العمل على هذه الرواية فى زماننا لأن الناس تكاسلت عن ترائى الأهلة فانتفى قولهم مع توجههم طالبين لما توجه هو إليه ، فكان التفرد غير ظاهر فى الغلط ، ثم أيد ذلك بأن ظاهر الولوالجية والظهيرية يدل على أن ظاهر الرواية هو اشتراط العدد لا الجمع العظيم والعدد يصدق باثنين اه وأقره فى النهر والمنح ونازعه محشيه الرملى بأن ظاهر المذهب اشتراط الجمع العظيم ، فيتعين العمل به لغلبة الفسق والافتراء على الشهر الخ .

أقول : أنت خبير بأن كثيرا من الأحكام تغيرت لتغير الأزمان ، ولو اشترط فى زماننا الجمع العظيم لزم أن لايصوم الناس إلا بعد ليلتين أو ثلاث لما هو مشاهد من تكاسل الناس ، بل كثيرا مارأيناهم يشتمون من يشهد بالشهر ويؤذونه وحينئذ فليس فى شهادة الاثنين تفرد من بين الجمع الغفير حتى يظهر غلط الشاهد ، فانتفت علة ظاهر الرواية فتعين الافتاء بالرواية الأخرى (قوله وصحح فى الأقضية الخ) هو اسم كتاب واعتمده فى الفتاوى الصغرى أيضا وهو قول الطحاوى ، وأشار إليه الإمام محمد فى كتاب الاستحسان من الأصل ، لكن فى الخلاصة ظاهر الرواية أنه لافرق بين المصر وخارجه معراج وغيره .

قلت : لكن قال فى النهاية عند قوله : ومن رأى هلال رمضان وحده صام الخ وفى المبسوط وإنما يرد الإمام شهادته إذا كانت السماء مصحية ، وهو من أهل المصر فأما إذا كانت متغيمة أو جاء من خارج المصر أو كان فى موضع مرتفع فإنه يقبل عندنا اه .

واختاره ظهير الدين قالوا وطريق إثبات رمضان والعيد أن يدعى وكالة معلقة بدخوله بقبض دين على الحاضر فيقر بالدين والوكالة وينكر الدخول فيشهد الشهود برؤية الهلال فيقضى عليه به، ويثبت دخول الشهر ضمنا لعدم دخوله تحت الحكم :

فقوله عندنا يدل على أنه قول أئمتنا الثلاثة وقد جزم به فى المحيط وعبر عن مقابله بقيل . ثم قال وجه ظاهر الرواية أن الرؤية تختلف باختلاف صفو الهواء وكدرته وباختلاف انهباط المكان وارتفاعه ، فإن هواء الصحراء أصفى من هواء المصر ، وقد يرى الهلال من أعلى الأماكن مالا يرى من الأسفل فلا يكون تفرده بالرؤية خلاف الظاهر بل على موافقة الظاهر اه ففيه التصريح بأنه ظاهر الرواية ، وهو كذلك لأن المبسوط من كتب ظاهر الرواية أيضا ، فقد ثبت أن كلا من الروايتين ظاهر الرواية ، ثم رأيته أيضا فى كافى الحاكم الذى هو جمع كلام محمد فى كتبه ظاهر الرواية .

ونصه : ويقبل شهادة المسلم والمسلمة عدلا كان الشاهد أو غير عدل بعد أن يشهد أنه رأى خارج المصر أو أنه رآه فى المصر وفى المصر علة تمنع العامة من التساوى فى رؤيته ، وإن كان ذلك فى مصر ولا علة فى السماء لم يقبل فى ذلك إلا الجماعة اه . ويظهر لى أنه لا منافاة بينهما لأن رواية اشتراط الجمع العظيم التى عليها أصحاب المتون محمولة على ما إذا كان الشاهد من المصر فى مكان غير مرتفع فتكون الرواية الثانية مقيدة لإطلاق الرواية الأولى بدليل أن الرواية الأولى علل فيها رد الشهادة بأن التفرد ظاهر فى الغلط . وعلى ما فى الرواية الثانية لم توجد علة الرد ولهذا قال فى المحيط : فلا يكون تفرده بالرؤية خلاف الظاهر الخ وعلى هذا فما فى الخلاصة وغيرها من أنه لا فرق بين المصر وخارجه مبنى على ما هو المتبادر من إطلاق الرواية الأولى والله تعالى أعلم (قوله أن يدعى) بالبناء للمجهول أو للمعلوم وفاعله ضمير المدعى المفهوم من فعله أى بأن يدعى مدع على شخص حاضر بأن فلانا الغائب له عليك كذا من الدين وقد قال لى إذا دخل رمضان فأنت وكيلى بقبض هذا الدين ، ومثل ذلك مالو ادعى على آخر بدين له عليه مؤجل إلى دخول رمضان فيقر بالدين وينكر الدخول (قوله فيقر) أى الحاضر بالدين والوكالة . واستشكله الخير الرملى بأن هذا إقرار على الغائب بقبض المدعى دينه فلا ينفذ .

وأقول : لا إشكال لأن الديون تقضى بأمثالها فقد أقر بثبوت حق القبض له فى ملك نفسه بخلاف مالو كانت الدعوى بعين كوديعة لأن إقراره بها إقرار بثبوت حق القبض للوكيل فى ملك الموكل فلا يصح ، وبخلاف مالو أقر بالوكالة وجحد الدين فإنه لا يصير خصما بإقراره حتى يقيم الوكيل البينة على وكالته كما فى شرح أدب القضاء للخصاف (قوله فيقضى عليه به) أى بثبوت حق القبض (قوله ويثبت دخول الشهر ضمنا) لأنه من ضروريات صحة الحكم بقبض الدين ، فقد ثبت فى ضمن إثبات حق العبد لا قصدا ، ولهذا قال فى البحر عن الخلاصة بعد ما ذكره الشارح هنا لأن إثبات مجىء رمضان لا يدخل تحت الحكم ، حتى لو أخبر رجل عدل القاضى بمجىء رمضان يقبل ويأمر الناس بالصوم يعنى فى يوم الغيم ولا يشترط لفظ الشهادة وشرائط القضاء . أما فى العيد فيشترط لفظ الشهادة وهو يدخل تحت الحكم لأنه من حقوق العباد اه .

قلت : والحاصل أن رمضان يجب صومه بلا ثبوت بل بمجرد الإخبار لأنه من الديانات ولا يلزم من وجوب صومه ثبوته كما مر ، وحينئذ ففائدة إثباته على الطريق المذكور عدم توقفه على الجمع العظيم لو كانت السماء مصحية لأن الشهادة هنا على حلول الوكالة بدخول الشهر لا على رؤية الهلال ، ولا شك أن حلول الوكالة يكتفى فيها بشاهدين لأنها مجرد حق عبد ولا تثبت إلا بثبوت الدخول وإذا ثبت دخوله ضمنا وجب صومه ، ونظيره ماسنذكره

(شهدوا أنه شهد عند قاضى مصر كذا شاهدان برؤية الهلال) فى ليلة كذا (وقضى) القاضى (به ووجد استجماع شرائط الدعوى قضى) أى جاز لهذا (القاضى) أن يحكم (بشهادتهما) لأن قضاء القاضى حجة وقد شهدوا به لالو شهدوا برؤية غيرهم لأنه حكاية ، نعم لو استفاض الخبر فى البلدة الأخرى لزمهم على الصحيح من المذهب مجتبى وغيره (وبعد صوم ثلاثين بقول عدلين حل الفطر) الباء متعلقة بصوم وبعد متعلقة بحل لوجود

فيما لو تم عدد رمضان ولم ير هلال الفطر للعلة يحل الفطر وإن ثبت رمضان بشهادة واحد لثبوت الفطر تبعا وإن كان لايثبت قصدا إلا بالعدد والعدالة هذا ماظهر لى (قوله شهدوا) من إطلاق الجمع على مافوق الواحد وفى بعض النسخ : شهدا بضمير التثنية وهو أولى (قوله شاهدان) أى بناء على أنه كان بالسماء علة أو كان القاضى يرى ذلك فارتفع بحكمه الخلاف أو على الرواية التى اختارها فى البحر كما مر (قوله فى ليلة كذا) لا بد منه ليتأتى الإلزام بصوم يومها ط (قوله وقضى) أى وأنه قضى فهو عطف على شهد(قوله ووجد استجماع شرائط الدعوى) هكذا فى الذخيرة عن مجموع النوازل وكأنه مبنى على ماقدمناه عن الخانية من بحث اشتراط الدعوى على قياس قول الإمام ، أو ليكون شهادة على القضاء بدليل التعليل بقوله لأن قضاء القاضى حجة لأنه لا يكون قضاء إلا عند ذلك . والظاهر أن المراد من القضاء به القضاء ضمنا كما تقدم طريقه وإلا فقد علمت أن الشهر لايدخل تحت الحكم(قوله أى جاز)الظاهر أن المراد بالجواز الصحة فلا ينافى الوجوب تأمل(قوله لأنه حكاية)فإنه لم يشهدوا بالرؤية ولا على شهادة غيرهم وإنما حكوا رؤية غيرهم كذا فى فتح القدير .

قلت : وكذا لو شهدوا برؤية غيرهم وأن قاضى تلك المصر أمر الناس بصوم رمضان لأنه حكاية لفعل القاضى أيضا وليس بحجة بخلاف قضائه ولذا قيد بقوله ووجد استجماع شرائط الدعوى كما قلنا فتأمل (قوله نعم الخ) فى الذخيرة قال شمس الأئمة الحلوانى : الصحيح من مذهب أصحابنا أن الخبر إذا استفاض وتحقق فيما بين أهل البلدة الأخرى يلزمهم حكم هذه البلدة اهـ ومثله فى الشرنبلالية عن المغنى .

قلت : ووجه الاستدراك أن هذه الاستفاضة ليس فيها شهادة على قضاء قاض ولا على شهادة لكن لما كانت بمنزلة الخبر المواتر ، وقد ثبت بها أن أهل تلك البلدة صاموا يوم كذا لزم العمل بها لأن البلدة لاتخلو عن حاكم شرعى عادة فلا بد من أن يكون صومهم مبنيا على حكم حاكمهم الشرعى فكانت تلك الاستفاضة بمعنى نقل الحكم المذكور ، وهى أقوى من الشهادة بأن أهل تلك البلدة رأوا الهلال وصاموا لأنها لاتفيد اليقين فلذا لم تقبل إلا إذا كانت على الحكم أو على شهادة غيرهم لتكون شهادة معتبرة ، وإلا فهى مجرد إخبار بخلاف الاستفاضة فإنها تفيد اليقين فلا ينافى ماقبله هذا ماظهر لى تأمل .

[تنبيه] قال الرحمتى : معنى الاستفاضة أن تأتى من تلك البلدة جماعات متعددون كل منهم يخبر عن أهل تلك البلدة أنهم صاموا عن رؤية لامجرد الشيوع من غير علم بمن أشاعه كما قد تشيع أخبار يتحدث بها سائر أهل البلدة ولا يعلم من أشاعها كما ورد : أن فى آخر الزمان يجلس الشيطان بين الجماعة فيتكلم بالكلمة فيتحدثون بها ويقولون لاندرى من قالها فمثل هذا لاينبغى أن يسمع فضلا عن أن يثبت به حكم اهـ .

قلت : وهو كلام حسن ويشير إليه قول الذخيرة إذا استفاض وتحقق فإن التحقق لا يوجد بمجرد الشيوع (قوله حل الفطر) أى اتفاقا إن كانت ليلة الحادى والثلاثين متغيمة ، وكذا لو مصحية على ماصححه فى الدراية والخلاصة والبزازية وصحح عدمه فى مجموع النوازل والسيد الإمام الأجل ناصر الدين كما فى الإمداد ، ونقل العلامة

نصاب الشهادة (و) لو صاموا (بقول عدل) حيث يجوز وغم هلال الفطر (لا) يحل على المذهب خلافا لمحمد كذا ذكره المصنف ، لكن نقل ابن الكمال عن الذخيرة أنه إن غم هلال الفطر حل اتفاقا وفى الزيلعى الأشبه إن غم حل وإلا لا (و) هلال (الأضحى) وبقية الأشهر التسعة (كالفطر) على المذهب

نوح الاتفاق على حل الفطر فى الثانية أيضا عن البدائع والسراج والجوهرة قال : والمراد اتفاق أئمتنا الثلاثة وما حكى فيها من الخلاف إنما هو لبعض المشايخ .

قلت : وفى الفيض الفتوى على حل الفطر . ووفق المحقق ابن الهمام كما نقله عنه فى الإمداد بأنه لا يبعد لو قال قائل إن قبلهما فى الصحو أى فى هلال رمضان وتم العدد لا يفطرون وإن قبلهما فى غيم أفطروا لتحقق زيادة القوة فى الثبوت فى الثانى والاشتراك فى عدم الثبوت أصلا فى الأول فصار كشهادة الواحد اه .

قال ح : والحاصل : أنه إذا غم شوال أفطروا اتفاقاً إذا ثبت رمضان بشهادة عدلين فى الغيم أو الصحو وإن لم يغم فقيل يفطرون مطلقا وقيل لا مطلقا وقيل يفطرون إن غم رمضان أيضا وإلا لا (قوله حيث يجوز) حيثية تقييد أى بأن قبله القاضى فى الغيم أو فى الصحو ، وهو ممن يرى ذلك فتح أى بأن كان شافعيا أو يرى قول الطحاوى بقبول شهادته فى الصحو إذا جاء من الصحراء أو كان على مكان مرتفع فى المصر وقدمنا ترجيحه . وماهنا يرجحه أيضا فقد قال فى الفتح فى قول الهداية إذا قبل الإمام شهادة الواحد وصاموا الخ هكذا الرواية على الإطلاق (قوله وغم هلال الفطر) الجملة حالية قيد بها لأنها محل الخلاف على ماذكره المصنف (قوله لا يحل) أى الفطر إذا لم ير الهلال قال فى الدرر ويعزر ذلك الشاهد أى لظهور كذبه (قوله لكن الخ) استدراك على ماذكره المصنف من أن خلاف محمد فيما إذا غم هلال الفطر بأن المصرح به فى الذخيرة وكذا فى المعراج عن المجتبى أن حل الفطر هنا محل وفاق وإنما الخلاف فيما إذا لم يغم ولم ير الهلال ، فعندهما لا يحل الفطر وعند محمد يحل كما قاله شمس الأئمة الحلوانى ، وحرره الشرنبلالى فى الإمداد . قال فى غاية البيان : وجه قول محمد وهو الأصح أن الفطر ماثبت بقول الواحد ابتداء بل بناء وتبعا ، فكم من شىء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا وسئل عنه محمد فقال ثبت الفطر بحكم القاضى لا بقول الواحد : يعنى لما حكم فى هلال رمضان بقول الواحد ثبت الفطر بناء على ذلك بعد تمام الثلاثين قال شمس الأئمة فى شرح الكافى وهو نظير شهادة القابلة على النسب فإنها تقبل ثم يفضى ذلك إلى استحقاق الميراث والميراث لا يثبت بشهادة القابلة ابتداء اه (قوله وفى الزيلعى الخ) نقله لبيان فائدة لم تعلم من كلام الذخيرة وهى ترجيح عدم حل الفطر إن لم يغم شوال لظهور غلط الشاهد لأنه الأشبه من ألفاظ الترجيح ، لكنه مخالف لما علمته من تصحيح غاية البيان لقول محمد بالحل . نعم حمل فى الإمداد مافى غاية البيان على قول محمد بالحل إذا غم شوال بناء على تحقق الخلاف الذى نقله المصنف وقد علمت عدمه وحينئذ فما فى غاية البيان فى غير محله لأنه ترجيح لما هو متفق عليه تأمل (قوله والأضحى كالفطر) أى ذو الحجة كشوال فلا يثبت بالغيم إلا برجلين أو رجل وامرأتين وفى الصحو لابد من زيادة العدد على ماقدمناه وفى النوادر عن الإمام أنه كرمضان وصححه فى التحفة ، والأول ظاهر المذهب وصححه فى الهداية وشروحها والتبيين فاختلف التصحيح وتأيد الأول بأنه المذهب بحر (قوله وبقية الأشهر التسعة) فلا يقبل فيها إلا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين عدول أحرار غير محدودين كما فى سائر الأحكام بحر عن شرح مختصر الطحاوى للإمام الإسبيجابى ، وذكر فى الإمداد أنها فى الصحو كرمضان والفطر أى فلابد من الجمع العظيم ولم يعزه لأحد لكن قال الخير الرملى الظاهر أنه فى الأهلة التسعة لا فرق بين الغيم والصحو فى قبول الرجلين لفقد العلة الموجبة لاشتراط الجمع الكثير ، وهى توجه الكل

ورؤيته بالنهار لليلة الآتية مطلقا على المذهب ذكره الحدادى

طالبين ويؤيده قوله فى سائر الأحكام فلو شهدا فى الصحو بهلال شعبان وثبت بشروط الثبوت الشرعى يثبت رمضان بعد ثلاثين يوما من شعبان وإن كان رمضان فى الصحو لايثبت بخبرهما لأن ثبوته حينئذ ضمنى ويغتفر فى الضمنيات مالا يغتفر فى القصديات اه .

مطلب فى رؤية الهلال نهارا

(قوله ورؤيته بالنهار لليلة الآتية مطلقا) أى سواء رؤى قبل الزوال أو بعده وقوله على المذهب : أى الذى هو قول أبى حنيفة ومحمد قال فى البدائع فلا يكون ذلك اليوم من رمضان عندهما وقال أبو يوسف إن كان بعد الزوال فكذلك وإن كان قبله فهو لليلة الماضية ويكون اليوم من رمضان . وعلى هذا الخلاف هلال شوال فعندهما يكون للمستقبلة مطلقا ويكون اليوم من رمضان وعنده لو قبل الزوال يكون للماضية ويكون اليوم يوم الفطر لأنه لايرى قبل الزوال عادة إلا أن يكون لليلتين فيجب فى هلال رمضان كون اليوم من رمضان ، وفى هلال شوال كونه يوم الفطر والأصل عندهما أنه لاتعتبر رؤيته نهارا ، وإنما العبرة لرؤيته بعد غروب الشمس لقوله صلى الله عليه وسلم « صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته » أمر بالصوم والفطر بعد الرؤية ففيما قاله أبو يوسف مخالفة النص اه ملخصا .

وفى الفتح : أوجب الحديث سبق الرؤية على الصوم والفطر والمفهوم المتبادر منه الرؤية عند عشية آخر كل شهر عند الصحابة والتابعين ومن بعدهم بخلاف ماقبل الزوال من الثلاثين والمختار قولهما اه .

قلت : والحاصل : إذا رؤى الهلال يوم الجمعة مثلا قبل الزوال فعند أبى يوسف هو لليلة الماضية بمعنى أنه يعتبر أن الهلال قد وجد فى الأفق ليلة الجمعة فغاب ، ثم ظهر نهارا فظهوره فى النهار فى حكم ظهوره فى ليلة ثانية من ابتداء الشهر لأنه لو لم يكن قبل ليلة لم يمكن رؤيته نهارا لأنه لا يرى قبل الزوال إلا أن يكون لليلتين ، فلا منافاة بين كونه لليلة الماضية وكونه لليلتين لأن النهار صار بمنزلة ليلة ثانية وإذا كان لليلة الماضية يكون يوم الجمعة المذكور أول الشهر ، فيجب صومه إن كان رمضان ، ويجب فطره إن كان شوالا . وأما عندهما فلا يكون للماضية مطلقا بل هو للمستقبلة وليس كونه للمستقبلة ثابتا برؤيته نهاراً لأنه لاعبرة عندهما برؤيته نهاراً وإنما ثبت بإكمال العدة لأن الخلاف على ماصرح به فى البدائع والفتح إنما هو فى رؤيته يوم الشك وهو يوم الثلاثين من شعبان أو من رمضان . فإذا كان يوم الجمعة المذكور يوم الثلاثين من الشهر ورؤى فيه الهلال نهارا فعند أبى يوسف ذلك اليوم أول الشهر وعندهما لاعبرة لهذه الرؤية ويكون أول الشهر يوم السبت سواء وجدت هذه الرؤية أولا لأن الشهر لايزيد على الثلاثين فلم تفد هذه الرؤية شيئا وحينئذ فقولهم هو لليلة المستقبلة عندهما بيان للواقع ، وتصريح بمخالفة القول بأنه للماضية ، فلا منافاة حينئذ بين قولهم هو للمستقبلة عندهما وقولهم لاعبرة برؤيته نهارا عندهما وإنما كان الخلاف فى رؤيته يوم الشك ، وهو يوم الثلاثين لأن رؤيته يوم التاسع والعشرين لم يقل أحد فيها أنه للماضية لئلا يلزم أن يكون الشهر ثمانية وعشرين كما نص عليه بعض المحققين ، وشمل قولهم لاعبرة برؤيته نهارا أما إذا رؤى يوم التاسع والعشرين قبل الشمس ثم رؤى ليلة الثلاثين بعد الغروب ، وشهدت بينة شرعية بذلك فإن الحاكم يحكم برؤيته ليلا كما هو نص الحديث ، ولا يلتفت إلى قول المنجمين إنه لاتمكن رؤيته صباحا ثم مساء فى يوم واحد كما قدمناه عن فتاوى الشمس الرملى الشافعى ، وكذا لو ثبتت رؤيته ليلا ثم زعم زاعم أنه رآه صبيحتها

(واختلاف المطالع) ورؤيته نهاراً قبل الزوال وبعده (غير معتبر على) ظاهر (المذهب) وعليه أكثر المشايخ وعليه الفتوى بحر عن الخلاصة

فإن القاضي لايلتفت إلى كلامه. كيف وقد صرحت أئمة المذاهب الأربعة بأن الصحيح أنه لاعبرة برؤية الهلال نهارا وإنما المعتبر رؤيته ليلا وأنه لاعبرة بقول المنجمين. ومن عجائب الدهر ماوقع فى زماننا سنة أربعين بعد المائتين والألف وهو أنه ثبت رمضان تلك السنة ليلة الاثنين التالية لتسع وعشرين من شعبان بشهادة جماعة رأوه من منارة جامع دمشق وكانت السماء متغيمة فأثبت القاضي الشهر بشهادتهم بعد الدعوى الشرعية فزعم بعض الشافعية أن هذا الإثبات مخالف للعقل وأنه غير صحيح لأنه أخبره بعض الناس بأنه رأى الهلال نهار الاثنين المذكور، تعاهد مع جماعة من أهل مذهبه على نقد هذا الحكم فلم يقدروا وأوقعوا التشكيك فى قلوب العوام ثم صاموا يوم عيد الناس وعيدوا فى اليوم الثانى حتى خطأهم بعض علمائهم وأظهر لهم النقول الصريحة من مذهبهم، فاعتذر بعضهم بأنهم فعلوا كذلك مراعاة لمذهب الحنفية وأن الحنفية لم يفهموا مذهبهم ولا يخفى أن هذا العذر أقبح من الذنب فإن فيه الافتراء على أئمة الدين لترويج الخطأ الصريح فعند ذلك بادرت إلى كتابة رسالة حافلة سميتها: [تنبيه الغافل والوسنان على أحكام هلال رمضان] جمعت فيها نصوص المذاهب الأربعة الدالة على أن الخطأ الصريح هو الذى ارتكبوه وأن الحق الصحيح هو الذى اجتنبوه.

مطلب فى اختلاف المطالع

(قوله واختلاف المطالع) جمع مطلع بكسر اللام موضع الطلوع بحر عن ضياء الحلوم (قوله ورؤيته نهارا الخ) مرفوع عطفا على اختلاف ومعنى عدم اعتبارها أنه لا يثبت بها حكم من وجوب صوم أو فطر فلذا قال فى الخانية فلا يصام له ولا يفطر وأعاده وإن علم مما قبله ليفيد أن قوله لليلة الآتية لم يثبت بهذه الرؤية بل ثبت ضرورة إكمال العدة كما قررناه فافهم (قوله على ظاهر المذهب) اعلم أن نفس اختلاف المطالع لانزاع فيه بمعنى أنه قد يكون بين البلدتين بعد بحيث يطلع الهلال ليلة كذا فى إحدى البلدتين دون الأخرى وكذا مطالع الشمس لأن انفصال الهلال عن شعاع الشمس يختلف باختلاف الأقطار حتى إذا زالت الشمس فى المشرق لايلزم أن تزول فى المغرب، وكذا طلوع الفجر وغروب الشمس بل كلما تحركت الشمس درجة فتلك طلوع فجر لقوم وطلوع شمس لآخرين وغروب لبعض ونصف ليل لغيرهم كما فى الزيلعى وقدر البعد الذى تختلف فيه المطالع مسيرة شهر فأكثر على مافى القهستانى عن الجواهر اعتباراً بقصة سليمان عليه السلام، فإنه قد انتقل كل غدو ورواح من إقليم إلى إقليم وبينهما شهر اه ولا يخفى مافى هذا الإستدلال وفى شرح المنهاج للرملى وقد نبه التاج التبريزى على أن اختلاف المطالع لايمكن فى أقل من أربعة وعشرين فرسخا وأفتى به الوالد والأوجه أنها تحديدية كما أفتى به أيضا اه فليحفظ وإنما الخلاف فى اعتبار اختلاف المطالع بمعنى أنه هل يجب على كل قوم اعتبار مطلعهم، ولا يلزم أحد العمل بمطلع غيره أم لايعتبر اختلافها بل يجب العمل بالأسبق رؤية حتى لو رؤى فى المشرق ليلة الجمعة، وفى المغرب ليلة السبت وجب على أهل المغرب العمل بما رآه أهل المشرق، فقيل بالأول واعتمده الزيلعى وصاحب الفيض، وهو الصحيح عند الشافعية لأن كل قوم مخاطبون بما عندهم، كما فى أوقات الصلاة، وأيده فى الدرر بما مر من عدم وجوب العشاء والوتر على فاقد وقتهما، وظاهر الرواية الثانى وهو المعتمد عندنا وعند المالكية والحنابلة لتعلق الخطاب عاما بمطلق الرؤية فى حديث «صوموا لرؤيته» بخلاف أوقات الصلوات، وتمام تقريره فى رسالتنا المذكورة.

[تنبيه] يفهم من كلامهم فى كتاب الحج أن اختلاف المطالع فيه معتبر فلا يلزمهم شىء لو ظهر أنه رؤى

(فيلزم أهل المشرق برؤية أهل المغرب) إذا ثبت عندهم رؤية أولئك بطريق موجب كما مر ، وقال الزيلعى : الأشبه أنه يعتبر لكن قال الكمال : الأخذ بظاهر الرواية أحوط .

[فرع] إذا رأوا الهلال يكره أن يشيروا إليه لأنه من عمل الجاهلية كما فى السراجية وكراهة البزازية .

باب مايفسد الصوم وما لايفسده .

الفساد والبطلان فى العبادات، سيان (إذا أكل الصائم أو شرب أو جامع) حال كونه (ناسيا) فى الفرض والنفل قبل النية أو بعدها على الصحيح بحر عن القنية إلا أن يذكر فلم يتذكر

فى بلدة أخرى قبلهم بيوم وهل يقال كذلك فى حق الأضحية لغير الحجاج؟ لم أره والظاهر نعم لأن اختلاف المطالع إنما لم يعتبر فى الصوم لتعلقه بمطلق الرؤية ، وهذا بخلاف الأضحية فالظاهر أنها كأوقات الصلوات يلزم كل قوم العمل بما عندهم فتجزئ الأضحية فى اليوم الثالث عشر (١) وإن كان على رؤيا غيرهم هو الرابع عشر والله أعلم (قوله فيلزم) فاعله ضمير يعود إلى ثبوت الهلال أى هلال الصوم او الفطر وأهل المشرق مفعوله ح أو يلزم بضم الياء من الإلزام مبنى للمجهول ، وأهل المشرق نائب الفاعل وبرؤيته متعلق بيلزم (قوله بطريق موجب) كأن يتحمل اثنان الشهادة أو يشهدا على حكم القاضى أو يستفيض الخبر بخلاف ما إذا أخبرا أن أهل بلدة كذا رأوه لأنه حكاية ح (قوله كما مر) أى عند قوله شهدا أنه شهد ح (قوله يكره) ظاهره ولو بقصد دلالة من لم يره وظاهر العلة أن الكراهة تنزيهية ط والله أعلم .

باب مايفسد الصوم وما لا يفسده

المفسد هنا قسمان : مايوجب القضاء فقط ، أو مع الكفارة . وغير المفسد قسمان أيضا : ما يباح فعله ، أو يكره (قوله الفساد والبطلان فى العبادات سيان) أما فى المعاملات فإن لم يترتب أثر المعاملة عليها فهو البطلان، وإن ترتب فإن كان مطلوب التفاسخ شرعا فهو الفساد وإلا فهو الصحة ح عن البحر. بيانه لو باع ميتة فإن أثر المعاملة هنا وهو الملك غير مترتب عليها، ولو باع عبداً بشرط فاسد وسلمه ملكه المشترى فاسداً وهو واجب التفاسخ ولو بدون شرط ملكه صحيحا (قوله إذا أكل) شرط جوابه قوله الآتى لم يفطر كما سينبه عليه الشارح (قوله ناسيا) أى لصومه لأنه ذاكر للأكل والشرب والجماع معراج (قوله فى الفرض) ولو قضاء أو كفارة (قوله قبل النية أو بعدها) قدم الشارح هذه المسألة عن شرح الوهبانية قبيل قوله رأى مكلف هلال رمضان الخ وصورها فى المتلوم تبعا للوهبانية وشرحها لكونه فى معنى الصائم إذا ظهرت رمضانية اليوم بعد ما أكل ناسيا ثم نوى فيتصور منه النسيان أى نسيان تلومه لأجل الصوم ، بخلاف المتنفل فإنه لو أكل قبل النية لايسمى ناسيا وكذا فى صوم القضاء والكفارة نعم يتصور النسيان فى أداء رمضان والمنذور المعين (قوله على الصحيح) متصل بقوله قبل النية وقد نقل تصحيحه أيضا فى التاترخانية عن العتابية ، وقيل إذا ظهرت رمضانيته لايجزيه وبه جزم فى السراج وتبعه فى الشرنبلالية ونظم ابن وهبان القولين مع حكاية التصحيح للأول ، وأقره فى البحر والنهر فكان هو المعتمد فافهم (قوله إلا أن يذكر فلم يتذكر) أى إذا أكل ناسيا فذكره إنسان بالصوم ولم يتذكر فأكل فسد صومه

---

(١) (قوله الثالث عشر) صوابه : الثانى عشر وقوله: هو الرابع عشر صوابه : الثالث عشر لأن اليوم الثالث عشر من ذى الحجة هو اليوم الرابع من عيد الأضحى والأضحية فى ذلك اليوم لا تصح عندنا ولعل جناب سيدى الوالد المؤلف أراد أن يكتب فى اليوم الثالث فسبقه قلمه فكتب الثالث عشر تأمل حرره أفقر الورى محمد علاء الدين ابن المؤلف عفى عنهما آمين .

ويذكره لو قويا وإلا لا وليس عذرا فى حقوق العباد (أو دخل حلقه غبار أو ذباب أو دخان) ولو ذاكراً استحسانا لعدم إمكان التحرز عنه، ومفاده أنه لو أدخل حلقه الدخان أفطر أى دخان كان ولو عوداً أو عنبرا لو ذاكرا لإمكان التحرز عنه فليتنبه له كما بسطه الشرنبلالى (أو ادهن أو اكتحل أو احتجم) وإن وجد طعمه فى حلقه (أو قبل)

فى الصحيح خلافا لبعضهم ظهيرية لأن خبر الواحد فى الديانات مقبول ، فكان يجب أن يلتفت إلى تأمل الحال لوجود المذكر بحر :

قلت : لكن لا كفارة عليه وهو المختار كما فى التاترخانية عن النصاب وقد نسبوا هذه المسألة إلى أبى يوسف ونسب إليه القهستانى فساد الصوم بالنسيان مطلقا ولم أره لغيره وسيأتى ما يرده (قوله ويذكره) أى لزوما كما فى الولوالجية فيكره تركه تحريما بحر وقوله لو قويا أى له قوة على إتمام الصوم ، بلا ضعف ، وإذا كان يضعف بالصوم ولو أكل يتقوى على سائر الطاعة يسعه أن لا يخبره فتح وعبارة غيره الأولى أن لا يخبره وتعبير الزيلعى بالشاب والشيخ جرى على الغالب ، ثم هذا التفصيل جرى عليه غير واحد وفى السراج عن الواقعات المختار أنه يذكره مطلقا نهر .

مطلب يكره السهر إذا خاف فوت الصبح

قال ح عن شيخه : ومثل أكل الناسى النوم عن صلاة لأن كلا منهما معصية فى نفسه كما صرحوا أنه يكره السهر إذا خاف فوت الصبح لكن الناسى أو النائم غير قادر فسقط الإثم عنهما لكن وجب على من يعلم حالهما تذكير الناسى وإيقاظ النائم إلا فى حق الضعيف عن الصوم مرحمة له اه (قوله وليس) أى النسيان عذرا فى حقوق العباد أى من حيث ترتب الحكم على فعله فلو أكل الوديعة ناسيا ضمنها أما من حيث المؤاخذة فى الآخرة فهو عذر مسقط للإثم كما فى حقوقه تعالى ، وأما من حيث الحكم فى حقوقه تعالى ، فإن كان فى موضع مذكر ولا داعى إليه كأكل المصلى لم يسقط لتقصيره فإن حالة المصلى مذكرة وطول الوقت الداعى إلى الأكل غير موجود، بخلاف سلامه فى القعدة الأولى وأكل الصائم فإنه ساقط لوجود الداعى ، وهو كون القعدة محل السلام وطول الوقت الداعى إلى الطعام مع عدم المذكر ، بخلاف ترك الذابح التسمية فإن حالة الذبح منفرة لا مذكرة مع عدم الداعى فتسقط أيضا من البحر مع زيادة (قوله استحسانا) وفى القياس يفسد أى بدخول الذباب لوصول المفطر إلى جوفه وإن كان لا يتغذى به كالتراب والحصاة هداية (قوله لعدم إمكان التحرز عنه) فأشبه الغبار والدخان لدخولهما من الأنف إذا أطبق الفم كما فى الفتح، وهذا يفيد أنه إذا وجد بدا من تعاطى ما يدخل غباره فى حلقه أفسد لو فعل شرنبلالية (قوله ومفاده) أى مفاد قوله دخل أى بنفسه بلا صنع منه (قوله أنه لو أدخل حلقه الدخان) أى بأى صورة كان الإدخال ، حتى لو تبخر ببخور وآواه إلى نفسه واشتمه ذاكراً لصومه أفطر لإمكان التحرز عنه وهذا مما يغفل عنه كثير من الناس، ولا يتوهم أنه كشم الورد ومائه والمسك لوضوح الفرق بين هواء تطيب بريح المسك وشبهه وبين جوهر دخان وصل إلى جوفه بفعله إمداد وبه علم حكم شرب الدخان ونظمه الشرنبلالى فى شرحه على الوهبانية بقوله :

ويمنع من بيع الدخان وشربه   وشاربه فى الصوم لا شك يفطر
ويلزمه التكفير لو ظن نافعا   كذا دافعا شهوات بطن فقرروا

(قوله وإن وجد طعمه فى حلقه) أى طعم الكحل أو الدهن كما فى السراج وكذا لو بزق فوجد لونه فى الأصح بحر قال فى النهر لأن الموجود فى حلقه أثر داخل من المسام الذى هو خلل البدن والمفطر إنما هو الداخل من المنافذ

ولم ينزل (أو احتلم أو أنزل بنظر) ولو إلى فرجها مرارا (أو بفكر) وإن طال مجمع (أو بقى بلل فى فيه بعد المضمضة وابتلعه مع الريق) كطعم أدوية ومص إهليلج بخلاف نحو سكر (أو دخل الماء فى أذنه وإن كان بفعله) على المختار كما لو حك أذنه بعود ثم أخرجه وعليه درن ثم أدخله ولو مرارا (أو ابتلع مابين أسنانه وهو دون الحمصة) لأنه تبع لريقه . ولو قدرها أفطر كما سيجىء (أو خرج الدم من بين أسنانه ودخل حلقه) يعنى ولم يصل إلى جوفه أما إذا وصل فإن غلب الدم أو تساويا فسد وإلا لا، إلا إذا وجد طعمه بزازية واستحسنه المصنف وهو ماعليه الأكثر وسيجىء

للاتفاق على أن من اغتسل فى ماء فوجد برده فى باطنه أنه لايفطر وإنما كره الإمام الدخول فى الماء والتلفف بالثوب المبلول لما فيه من إظهار الضجر فى إقامة العبادة لا لأنه مفطر اه وسيأتى أن كلا من الكحل والدهن غير مكروه وكذا الحجامة إلا إذا كانت تضعفه عن الصوم (قوله أو بفكر) عطف على قوله بنظر (قوله أو بقى بلل فى فيه بعد المضمضة) جعله فى الفتح والبدائع شبيه دخول الدخان والغبار ومقتضاه أن العلة فيه عدم إمكان التحرز عنه، وينبغى اشتراط البصق بعد مج الماء لاختلاط الماء بالبصاق، فلا يخرج بمجرد المج نعم لايشترط المبالغة فى البصق لأن الباق بعده مجرد بلل ورطوبة لايمكن التحرز عنه وعلى ماقلنا ينبغى أن يحمل قوله فى البزازية إذا بقى بعد المضمضة ماء فابتلعه بالبزاق لم يفطر لتعذر الاحتراز فتأمل (قوله كطعم أدوية) أى لو دق دواء فوجد طعمه فى حلقه زيلعى وغيره . وفى القهستانى طعم الأدوية وريح العطر إذا وجد فى حلقه لم يفطر كما فى المحيط (قوله ومص إهليلج) أى بأن مضغها فدخل البصاق حلقه ولا يدخل من عينها فى جوفه لايفسد صومه كما فى التاترخانية وغيرها وفى المغرب الهليلج معروف عن الليث ، وكذا فى القانون وعن أبى عبيد الإهليلجة بكسر اللام الأخيرة ولا تقل هليلجة وكذا قال الفراء اه (قوله وإن كان بفعله) اختاره فى الهداية والتبيين وصححه فى المحيط . وفى الولوالجية أنه المختار ، وفصل فى الخانية بأنه إن دخل لايفسد وإن أدخله يفسد فى الصحيح لأنه وصل إلى الجوف بفعله فلا يعتبر فيه صلاح البدن ، ومثله فى البزازية واستظهره فى الفتح والبرهان شرنبلالية ملخصا .

والحاصل الاتفاق على الفطر بصب الدهن وعلى عدمه بدخول الماء. واختلف التصحيح فى إدخاله نوح (قوله كما لوحك أذنه الخ) جعله مشبهابه لما فى البزازية أنه لايفسد بالإجماع والظاهر أن المراد إجماع أهل المذهب لأنه عند الشافعية مفسد (قوله لأنه تبع لريقه) عبارة البحر لأنه قليل لايمكن الاحتراز عنه فجعل بمنزلة الريق (قوله كما سيجىء) أى قبيل قوله وكره له ذوق شىء ويأتى تفاصيل المسألة هناك (قوله يعنى ولم يصل إلى جوفه) ظاهر إطلاق المتن أنه لايفطر وإن كان الدم غالبا على الريق وصححه فى الوجيز كما فى السراج وقال : ووجهه أنه لايمكن الاحتراز عنه عادة فصار بمنزلة مابين أسنانه وما يبقى من أثر المضمضة كذا فى إيضاح الصيرفى اه . ولما كان هذا القول خلاف ماعليه الأكثر من التفصيل حاول الشارح تبعاً للمصنف فى شرحه بحمل كلام المتن على ما إذا لم يصل إلى جوفه ، لئلا يخالف ماعليه الأكثر .

قلت : ومن هذا يعلم حكم من قلع ضرسه فى رمضان ودخل الدم إلى جوفه فى النهار ولو نائما فيجب عليه القضاء إلا أن يفرق بعدم إمكان التحرز عنه فيكون كالقىء الذى عاد بنفسه فليراجع (قوله واستحسنه المصنف) أى تبعا لشرح الوهبانية حيث قال فيه وفى البزازية قيد عدم الفساد فى صورة غلبة البصاق بما إذا لم يجد طعمه وهو حسن اه (قوله هو ماعليه الأكثر) أى ماذكر من التفصيل بين ما إذا غلب الدم أو تساويا أو غلب البصاق هو ماعليه أكثر المشايخ كما فى النهر (قوله وسيجىء) أى ما استحسنه المصنف حيث يقول : وأكل مثل سمسمة

(أو طعن برمح فوصل إلى جوفه) وإن بقى فى جوفه كمالو ألقى حجر فى الجائفة أونفذ السهم من الجانب الآخر ولو بقى النصل فى جوفه فسد (أو أدخل عودا) ونحوه (فى مقعدته وطرفه خارج) وإن غيبه فسد وكذا لو ابتلع خشبة أو خيطا ولو فيه لقمة مربوطة إلا أن ينفصل منها شىء . ومفاده أن استقرار الداخل فى الجوف شرط للفساد بدائع (أو أدخل أصبعه اليابسة فيه) أى دبره أو فرجها ولو مبتلة فسد . ولو أدخلت قطنة إن غابت فسد وإن بقى طرفها فى فرجها الخارج لا، ولو بالغ فى الاستنجاء حتى بلغ موضع الحقنة فسد وهذا قلما يكون ولو كان فيورث داء عظيما (أو نزع المجامع) حال كونه (ناسيا فى الحال عند ذكره) وكذا عند طلوع الفجر وإن أمنى بعد النزع لأنه كالاحتلام ، ولو مكث حتى أمنى ولم يتحرك قضى فقط وإن حرك نفسه قضى وكفر

من خارج يفطر إلا إذا مضغ بحيث تلاشت فى فمه إلا أن يجد الطعم فى حلقه اهـ. ولا يخفى مافى كلامه من تشتيت الضمائر كما علمت (قوله وإن بقى فى جوفه) أى بقى زجه وهذا ماصححه جماعة منهم قاضيخان فى شرحه على الجامع الصغير حيث قال : وإن بقى الزج فى جوفه لم يذكر فى الكتاب . واختلفوا فيه قال بعضهم : يفسده كما لو أدخل خشبة فى دبره وغيبها وقال بعضهم : لايفسد وهو الصحيح لأنه لم يوجد منه الفعل ولم يصل إليه مافيه صلاحه اهـ .

وحاصله أن الإفساد منوط بما إذا كان بفعله أو فيه صلاح بدنه ، ويشترط أيضا استقراره داخل الجوف فيفسد بالخشبة إذا غيبها لوجود الفعل مع الاستقرار وإن لم يغيبها فلا لعدم الاستقرار ويفسد أيضا فيما لو أوجر مكرها أو نائما كما سيأتى لأن فيه صلاحه (قوله كما لو ألقى حجر) أى ألقاه غيره فلا يفسد لكونه بغير فعله وليس فيه صلاحه بخلاف مالو داوى الجائفة كما سيأتى (قوله ولو بقى النصل فى جوفه فسد) هذا على أحد القولين إذ لافرق بين نصل السهم ونصل الرمح فقد صرح فى فتح القدير بأن الخلاف جار فيهما وبأن عدم الإفطار صححه جماعة اهـ وقد جزم الزيلعى بالصحيح فيهما وبه علم مافى كلام الشارح حيث جرى أولا على الصحيح وثانيا على مقابله فافهم (قوله وإن غيبه) أى غيب الطرف أو العود بحيث لم يبق منه شىء فى الخارج (قوله وكذا لو ابتلع خشبة) أى عودا من خشب إن غاب فى حلقه أفطر وإلا فلا (قوله مفاده) أى مفاد ماذكر متنا وشرحا وهو أن مادخل فى الجوف إن غاب فيه فسد وهو المراد بالاستقرار وإن لم يغب بل بقى طرف منه فى الخارج أو كان متصلا بشىء خارج لايفسد لعدم استقراره (قوله أى دبره أو فرجها) أشار إلى أن تذكير الضمير العائد إلى المقعدة لكونها فى معنى الدبر ونحوه وإلى أن فاعل أدخل ضمير عائد على الشخص الصائم الصادق بالذكر والأنثى (قوله ولو مبتلة فسد) لبقاء شىء من البلة فى الداخل وهذا لو أدخل الأصبع إلى موضع الحقنة كما يعلم مما بعده قال ط ومحله إذا كان ذاكرا للصوم وإلا فلا فساد كما فى الهندية عن الزاهدى اهـ وفى الفتح خرج سرمه فغسله فإن قام قبل أن ينشفه فسد صومه وإلا فلا لأن الماء اتصل بظاهره ثم زال قبل أن يصل إلى الباطن بعود المقعدة (قوله حتى بلغ موضع الحقنة) هى دواء يجعل فى خريطة من أدم يقال لها المحقنة مغرب ثم فى بعض النسخ المحقنة بالميم وهى أولى قال فى الفتح : والحد الذى يتعلق بالوصول إليه الفساد قدر المحقنة اهـ أى قدر مايصل إليه رأس المحقنة التى هى آلة الاحتقان وعلى الأول فالمراد الموضع الذى ينصب منه الدواء إلى الأمعاء (قوله عند ذكره) بالضم ويكسر بمعنى التذكر قاموس (قوله وكذا عند طلوع الفجر) أى وكذا لايفطر لو جامع عامدا قبل الفجر ونزع فى الحال عند طلوعه (قوله ولو مكث) أى فى مسألة التذكر ومسألة الطلوع (قوله حتى أمنى) هذا غير شرط فى الإفساد وإنما ذكره لبيان حكم الكفارة إمداد (قوله وإن حرك نفسه قضى وكفر) أى إذا أمنى كما هو فرض المسألة وقد علمت أن تقييده بالإمناء لأجل الكفارة لكن جزم هنا بوجوب الكفارة مع أنه فى الفتح وغيره حكى قولين

كما لو نزع ثم أولج (أو رمى اللقمة من فيه) عند ذكره أو طلوع الفجر ولو ابتلعها إن قبل إخراجها كفر وبعده لا (أو جامع فيما دون الفرج ولم ينزل) يعنى فى غير السبيلين

بدون ترجيح لأحدهما. وقد اعترضه ح بأن وجوبها مخالف لما سيأتى من أنه إذا أكل أو جامع ناسيا فأكل عمدا لا كفارة عليه على المذهب لشبهة خلاف مالك لأنه يقول بفساد الصوم إذا أكل أو جامع ناسيا اهـ.

قلت: ووجه المخالفة أنه إذا لم تجب الكفارة فى الأكل عمدا بعد الجماع ناسيا يلزم منه أن لاتجب بالأولى فيما إذا جامع ناسيا فتذكر ومكث وحرك نفسه لأن الفساد بالتحريك إنما هو لكون التحريك بمنزلة ابتداء جماع والجماع كالأكل وإذا أكل أو جامع عمدا بعد جماعه ناسيا لاتجب الكفارة فكذا لاتجب إذا حرك نفسه بالأولى، لكن هذا لايخالف مسألة الطلوع. نعم يؤيد عدم الوجوب فيها أيضا إطلاق مافى البدائع حيث قال هذا أى عدم الفساد إذا نزع بعد التذكر أو بعد طلوع الفجر، أما إذا لم ينزع وبقى فعليه القضاء ولا كفارة عليه فى ظاهر الرواية. وروى عن أبى يوسف وجوب الكفارة فى الطلوع فقط لأن ابتداء الجماع كان عمدا وهو واحد ابتداء وانتهاء والجماع العمد يوجبها وفى التذكر لا كفارة ووجه الظاهر أن الكفارة إنما تجب بإفساد الصوم وذلك بعد وجوده، وبقاؤه فى الجماع يمنع وجود الصوم فاستحال إفساده فلا كفارة اهـ فهذا يدل على أن عدم وجوبها فى التذكر متفق عليه لأن ابتداءه لم يكن عمدا وهو فعل واحد فدخلت فيه الشبهة ولأن فيه شبهة خلاف مالك كما علمت وإنما الخلاف فى الطلوع وما وجه به ظاهر الرواية يدل على عدم الفرق بين تحريك نفسه وعدمه. هذا وفى نقل الهندية عبارة البدائع سقط فافهم (قوله كما لو نزع ثم أولج) أى فى المسألتين لما فى الخلاصة، ولو نزع حين تذكر ثم عاد تجب الكفارة وكذا فى مسألة الصبح اهـ. لكن فى مسألة التذكر ينبغى عدم الكفارة لما علمت من شبهة خلاف مالك ولعل ماهنا مبنى على القول الآخر بعدم اعتبار هذه الشبهة تأمل (قوله وبعده لا) أى لاستقذارها وهذا هو الأصح كما فى شرح الوهبانية عن المحيط، وفيه عن الظهيرية إن قبل أن تبرد كفر وبعده لا وعن ابن الفضل إن كانت لقمة نفسه كفر وإلا فلا اهـ.

مطلب مهم

المفتى فى الوقائع لابد له من ضرب اجتهاد ومعرفة بأحوال الناس

قلت: والتعليل للأصح بالاستقذار يدل على تقييده بأن تبرد فيتحد مع القول الثانى لقولهم إن اللقمة الحارة يخرجها ثم يأكلها عادة ولا يعافها، لكن هذا مبنى على أن الفداء الموجب للكفارة مايميل إليه الطبع، وتنقضى به شهوة البطن لا مايعود نفعه إلى صلاح البدن والشارح فيما سيأتى اعتمد الثانى وسيأتى الكلام فيه وذكر فى الفتح فيما لو أكل لحما بين أسنانه قدر الحمصة فأكثر عليه الكفارة عند زفر لا عند أبى يوسف لأنه يعافه الطبع فصار بمنزلة التراب فقال: والتحقيق أن المفتى فى الوقائع لابد له من ضرب اجتهاد ومعرفة بأحوال الناس، وقد عرف أن الكفارة تفتقر إلى كمال الجناية فينظر فى صاحب الواقعة إن كان ممن يعاف طبعه ذلك أخذ بقول أبى يوسف وإلا أخذ بقول زفر (قوله ولم ينزل) أما لو أنزل قضى فقط كما سيذكره المصنف أى بلا كفارة قال فى الفتح وعمل المرأتين كعمل الرجال جماع أيضا فيما دون الفرج لاقضاء على واحدة منهما إلا إذا أنزلت ولا كفارة مع الإنزال اهـ (قوله يعنى فى غير السبيلين) أشار لما فى الفتح حيث قال أراد بالفرج كلا من القبل والدبر، فما دونه حينئذ التفخيذ والتبطين اهـ أى لأن الفرج لايشمل الدبر لغة وإن شمله حكما قال فى المغرب الفرج قبل الرجل والمرأة باتفاق أهل اللغة ثم قال وقوله القبل والدبر كلاهما فرج يعنى فى الحكم اهـ.

كسرة وفخذ وكذا الاستمناء بالكف وإن كره تحريما لحديث « ناكح اليد ملعون » ولو خاف الزنى يرجى أن لاوبال عليه (أو أدخل ذكره فى بهيمة) أو ميتة (من غير إنزال) أو (مس فرج بهيمة أو قبلها فأنزل أو أقطر فى إحليله) ماء أو دهنا وإن وصل إلى المثانة على المذهب ، وأما فى قبلها

مطلب فى حكم الاستمناء بالكف

(قوله وكذا الاستمناء بالكف) أى فى كونه لا يفسد لكن هذا إذا لم ينزل أما إذا أنزل فعليه القضاء كما سيصرح به وهو المختار كما يأتى لكن المتبادر من كلامه الإنزال بقرينة مابعده فيكون على خلاف المختار (قوله ولو خاف الزنى الخ) الظاهر أنه غير قيد بل لو تعين الخلاص من الزنى به وجب لأنه أخف وعبارة الفتح فإن غلبته الشهوة ففعل إرادة تسكينها به فالرجاء أن لا يعاقب اه زاد فى معراج الدراية وعن أحمد والشافعى فى القديم الترخص فيه وفى الجديد يحرم ويجوز أن يستمنى بيد زوجته وخادمته اه وسيذكر الشارح فى الحدود عن الجوهرة أنه يكره ولعل المراد به كراهة التنزيه فلا ينافى قول المعراج يجوز تأمل وفى السراج إن أراد بذلك تسكين الشهوة المفرطة الشاغلة للقلب وكان عزبا لا زوجة له ولا أمة أو كان إلا أنه لا يقدر على الوصول إليها لعذر قال أبو الليث أرجو أن لاوبال عليه وأما إذا فعله لاستجلاب الشهوة فهو آثم اه .

بقى هنا شىء وهو أن علة الإثم هل هى كون ذلك استمتاعا بالجزء كما يفيده الحديث وتقييدهم كونه بالكف ويلحق به ما لو أدخل ذكره بين فخذيه مثلا حتى أمنى ، أم هى سفح الماء وتهييج الشهوة فى غير محلها بغير عذر كما يفيده قوله وأما إذا فعله لاستجلاب الشهوة الخ ؟ لم أر من صرح بشىء من ذلك والظاهر الأخير لأن فعله بيد زوجته ونحوها فيه سفح الماء لكن بالاستمتاع بجزء مباح ، كما لو أنزل بتفخيذ أو تبطين بخلاف ما إذا كان بكفه ونحوه وعلى هذا فلو أدخل ذكره فى حائط أو نحوه حتى أمنى أو استمنى بكفه بحائل يمنع الحرارة يأثم أيضا ويدل أيضا على ما قلنا ما فى الزيلعى حيث استدل على عدم حله بالكف بقوله تعالى — والذين هم لفروجهم حافظون — الآية وقال فلم يبح الاستمتاع إلا بهما أى بالزوجة والأمة اه فأفاد عدم حل الاستمتاع أى قضاء الشهوة بغيرهما هذا ما ظهر لى والله سبحانه أعلم (قوله من غير إنزال) أما به فعليه القضاء فقط كما سيأتى (قوله أو قبلها) عطف على مس فهو فعل ماض من التقبيل (قوله فأنزل) وكذا لا يفسد صومه بدون إنزال بالأولى ونقل فى البحر وكذا الزيلعى وغيره الإجماع على عدم الإفساد مع الإنزال . واستشكله فى الإمداد بمسألة الاستمناء بالكف .

قلت : والفرق أن هناك إنزالا مع مباشرة بالفرج وهنا بدونها وعلى هذا فالأصل أن الجماع المفسد للصوم هو الجماع صورة وهو ظاهر ، أو معنى فقط وهو الإنزال عن مباشرة بفرجه لا فى فرج أو فى فرج غير مشتهى عادة أو عن مباشرة بغير فرجه فى محل مشتهى عادة ففى الإنزال بالكف أو بتفخيذ أو تبطين وجدت المباشرة بفرجه لا فى فرج ، وكذا الإنزال بعمل المرأتين فإنها مباشرة فرج بفرج لا فى فرج ، وفى الإنزال بوطء ميتة أو بهيمة وجدت المباشرة بفرجه فى فرج غير مشتهى عادة ، وفى الإنزال بمس آدمى أو تقبيله وجدت المباشرة بغير فرجه فى محل مشتهى ، أما الإنزال بمس أو تقبيل بهيمة فإنه لم يوجد فيه شىء من معنى الجماع فصار كالإنزال بنظر أو تفكر فلذا لم يفسد الصوم إجماعا هذا ما ظهر لى من فيض الفتاح العليم (قوله على المذهب) أى قول أبى حنيفة ومحمد معه فى الأظهر . وقال أبو يوسف يفطر والاختلاف مبنى على أنه هل بين المثانة والجوف منفذ أولا وهو ليس باختلاف على التحقيق والأظهر أنه لا منفذ له وإنما يجتمع البول فيها بالترشيح كذا يقول الأطباء زيلعى . وأفاد

ففسد إجماعا لأنه كالحقنة (أو أصبح جنبا و) إن بقي كل اليوم (أو اغتاب) من الغيبة (أو دخل أنفه مخاط فاستشمه فدخل حلقه) وإن نزل لرأس أنفه كما لو ترطب شفتاه بالبزاق عند الكلام ونحوه فابتلعه أو سال ريقه إلى ذقنه كالخيط ولم ينقطع فاستنشقه (ولو عمدا) خلافا للشافعي فى القادر على مج النخامة فينبغى الاحتياط (أو ذاق شيئا بفمه) وإن كره (لم يفطر) جواب الشرط وكذا لو فتل الخيط ببزاقه مرارا وإن بقي فيه عقد البزاق إلا أن يكون مصبوغا وظهر لونه فى ريقه وابتلعه ذاكرا ونظمه ابن الشحنة فقال:

مكرر بل الخيط بالريق فاتلا بإدخاله فى فيـه لايتضرر

أنه لو بقي فى قصبة الذكر لا يفسد اتفاقا ولا شك فى ذلك وبه بطل ما نقل عن خزانة الأكمل لوحشا ذكره بقطنة فغيبها أنه يفسد لأن العلة من الجانبين الوصول إلى الجوف وعدمه بناء على وجود المنفذ وعدمه لكن هذا يقتضى عدم الفساد فى حشو الدبر وفرجها الداخل ولا مخلص إلا باثبات أن المدخل فيهما تجذبه الطبيعة فلا يعود إلا مع الخارج المعتاد وتمامه فى الفتح.

قلت: الأقرب التخلص بأن الدبر والفرج الداخل من الجوف إذ لا حاجز بينهما وبينه فهما فى حكمه والفم والأنف وإن لم يكن بينهما وبين الجوف حاجز إلا أن الشارع اعتبرهما فى الصوم من الخارج وهذا بخلاف قصبة الذكر فإن المثانة لامنفذ لها على قولهما وعلى قول أبي يوسف وإن كان لها منفذ إلى الجوف إلا أن المنفذ الآخر المتصل بالقصبة منطبق لاينفتح إلا عند خروج البول فلم يعط للقصبة حكم الجوف تأمل (قوله ففسدا جماعا) وقيل على الخلاف والأول أصح فتح عن المبسوط (قوله أو دخل أنفه) الأولى أو نزل إلى أنفه (قوله وإن نزل لرأس أنفه) ذكره فى الشرنبلالية أخذا من إطلاقهم، ومن قولهم بعدم الفطر ببزاق امتد ولم ينقطع من فه إلى ذقنه ثم ابتلعه بجذبه ومن قول الظهيرية وكذا المخاط والبزاق يخرج من فيـه وأنفه فاستشمه واستنشقه لا يفسد صومه اهـ ثم قال: لكن يخالفه ما فى القنية نزل المخاط إلى رأس أنفه لكن لم يظهر ثم جذبه فوصل إلى جوفه لم يفسد اهـ حيث قيد بعدم الظهور (قوله فاستنشقه) الأولى فجذبه لأن الاستنشاق بالأنف وفى نسخ فاستشفه بتاء فوقية وفاء أى جذبه بشفتيه وهو ظاهر ط (قوله فينبغى الاحتياط) لأن مراعاة الخلاف مندوبة وهذه الفائدة نبه عليها ابن الشحنة ومفاده أنه لو ابتلع البلغم بعد ما تخلص بالتنحنح من حلقه إلى فمه لا يفطر عندنا قال فى الشرنبلالية ولم أره ولعله كالمخاط قال: ثم وجدتها فى التاترخانية سئل إبراهيم عمن ابتلع بلغما قال إن كان أقل من ملء فيه لاينقض إجماعا وإن كان ملء فيه ينقض صومه عند أبي يوسف وعند أبي حنيفة لا ينقض اهـ وسيذكر الشارح ذلك أيضا فى بحث القيء (قوله وإن كره) أى إلا لعذر كما يأتى ط (قوله وكذا لو فتل الخيط ببزاقه مرارا الخ) يعنى إذا أراد فتل الخيط وبله ببزاقه وأدخله فى فه مرارا لايفسد صومه وإن بقي فى الخيط عقد البزاق وفى النظم للزندويستى أنه يفسد كذا فى القنية، وحكى الأول فى الظهيرية عن شمس الأئمة الحلوانى ثم قال: وذكر الزندويستى إذا فتل السلكة وبلها بريقه ثم أمرها ثانيا فى فه ثم ابتلع ذلك البزاق فسد صومه اهـ.

ثم لا يخفى أن المحكى عن شمس الأئمة مقيد بما إذا ابتلع البزاق وإلا فلا فائدة فى التنبيه على أنه لا يفسد صومه فهو محمول على ما صرح به فى النظم فكان مراد صاحب الظهيرية أن ذلك المطلق محمول على هذا المقيد فهما مسألة واحدة خلافا لما استظهره فى شرح الوهبانية من أنهما مسألتان بحمل الأولى على ما إذا لم يبتلع البزاق والثانية على ما إذا ابتلعه إذ لا يبقى خلاف حينئذ أصلا كما لا يخفى وهو خلاف المفهوم من القنية والظهيرية (قوله مكرر) مبتدأ وقوله بالريق متعلق ببل وقوله بإدخاله متعلق بخبر المبتدأ الذى هو قوله لا يتضرر ووجهه أنه بمنزلة الريق

وعن بعضهم : إن يبلع الريق بعد ذا يضر كصبغ لونه فيــه يظهر

(وإن أفطر خطأ) كأن تمضمض فسبقه الماء أو شرب نائما أو تسحر أو جامع على ظن عدم الفجر (أو) أوجر (مكرها) أو نائما وأما حديث « رفع الخطأ » فالمراد رفع الإثم وفى التحرير المؤاخذة بالخطأ جائزة عندنا خلافا للمعتزلة (أو أكل) أو جامع (ناسيا) أو احتلم أو أنزل بنظر أو ذرعه القىء (فظن أنه أفطر فأكل عمدا) للشبهة

على فمه إذا لم يتقطع كما فى شرح الشرنبلالى ط (قوله بعد ذا) أى بعد تكرار إدخاله فى فيه (قوله يضر) أى الصوم ويفسده لأن إخراجه بمنزلة انقطاع البزاق المتدلى كذا فى شرح الشرنبلالى ط (قوله كصبغ) أى كما يضر ابتلاع الصبغ وهذا مما لا خلاف فيه وقوله لونه أى الصبغ وفيه أى الريق متعلق بيظهر ط (قوله وإن أفطر خطأ) شرط جوابه قوله الآتى قضى فقط وهذا شروع فى القسم الثانى وهو ما يوجب القضاء دون الكفارة بعد فراغه مما لا يوجب شيئا والمراد بالمخطىء من فسد صومه بفعله المقصود دون قصد الفساد نهر عن الفتح (قوله فسبقه الماء) أى يفسد صومه إن كان ذاكرا له وإلا فلا لأنه لو شرب حينئذ لم يفسد فهذا أولى وقيل إن تمضمض ثلاثا لم يفسد وإن زاد فسد بدائع (قوله أو شرب نائما) فيه أن النائم غير مخطىء لعدم قصده الفعل نعم صرح فى النهر بأن المكروه والنائم كالمخطىء اه وليس هو كالناسى لأن النائم أو ذاهب العقل لم تؤكل ذبيحته وتؤكل ذبيحة من نسى التسمية بحر عن الخانية قال الرحمتى ومعناه : أن النسيان اعتبر عذرا فى ترك التسمية بخلاف النوم والجنون ، فكذا يعتبر عذرا فى تناول المفطر لأن النسيان غير نادر الوقوع ، وأما الذبح وتناول المفطر فى حال النوم والجنون فنادر فلم يلحق بالنسيان (قوله أو تسحر أو جامع الخ) أفاد أن الجماع قد يكون خطأ وبه صرح فى السراج فقال : ولو جامع على ظن أنه بليل ثم علم أنه بعد الفجر فنزع من ساعته فصومه فاسد لأنه مخطىء ولا كفارة عليه لعدم قصد الإفساد اه وبه يستغنى عن التكلف بتصوير الخطأ فى الجماع بما إذا باشرها مباشرة فاحشة فتوارت حشفته أفاده فى النهر فافهم ومسألة التسحر ستأتى مفصلة (قوله أو أوجر مكرها) أى صب فى حلقه شىء والايجار غير قيد فلو أسقط قوله أوجر وأبقى قول المتن أو مكرها معطوفا على قوله خطأ لكان أولى ليشمل ما لو أكل أو شرب بنفسه مكرها فإنه يفسد صومه خلافا لزفر والشافعى ، كما فى البدائع وليشمل الإفطار بالاكراه على الجماع قال فى الفتح: واعلم أن أبا حنيفة كان يقول أولا فى المكره على الجماع عليه القضاء والكفارة لأنه لا يكون إلا بانتشار الآلة وذلك أمارة الاختيار ثم رجع وقال: لا كفارة عليه وهو قولهما لأن فساد الصوم يتحقق بالايلاج وهو مكره فيه مع أنه ليس كل من انتشرت آلته يجامع اه أى مثل الصغير والنائم (قوله أو نائما) هو فى حكم المكره كما فى الفتح وسيأتى مالو جومعت نائمة أو مجنونة (قوله وأما حديث الخ) هو قوله صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » وهذا جواب عن استدلال الشافعى على أنه لا يفطر لو كان مخطئا أو مكرها لأن التقدير رفع حكم الخطأ الخ لأن نفس الخطأ لم يرفع والحكم نوعان دنيوى وهو الفساد وأخروى وهو الإثم فيتناولهما .

والجواب: أنه حيث قدر الحكم لتصحيح الكلام كان ذلك مقتضى بالفتح وهو لا عموم له والإثم مراد من الحكم بالإجماع فلا تصح إرادة الآخر وإنما لم نفسد صوم الناسى مع أن القياس أيضا الفساد لوصول المفطر إلى الجوف لقوله صلى الله عليه وسلم « من نسى وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه فإنما أطعمه الله وسقاه » وتمام تقريره فى المطولات (قوله جائزة) أى عقلا كما فى شرح التحرير (قوله فأكل عمدا) وكذا لو جامع عمدا كما فى نور الإيضاح فالمراد بالأكل الإفطار (قوله للشبهة) علة للكل قال فى البحر : وإنما لم تجب الكفارة بإفطاره

ولو علم عدم فطره لزمته الكفارة إلا فى مسألة المتن فلا كفارة مطلقا على المذهب لشبهة خلاف مالك خلافا لهما كما فى المجمع وشروحه فقيد الظن إنما هو لبيان الاتفاق (أو احتقن أو استعط) فى أنفه شيئا (أو أقطر فى أذنه دهنا أو داوى جائفة أو آمة) فوصل الدواء حقيقة

عمدا بعد أكله أو شربه أو جماعه ناسيا لأنه ظن فى موضع الاستباه بالنظير ، وهو الأكل عمدا لأن الأكل مضاد للصوم ساهيا أو عامدا فأورث شبهة وكذا فيه شبهة اختلاف العلماء ، فإن مالكا يقول بفساد صوم من أكل ناسيا وأطلقه فشمل ما لو علم أنه لم يفطره بأن بلغه الحديث أو الفتوى أولا وهو قول أبى حنيفة ، وهو الصحيح وكذا لو ذرعه القىء وظن أنه يفطره فأفطر ، فلا كفارة عليه لوجود شبهة الاشتباه بالنظير فإن القىء والاستقاء متشابهان لأن مخرجهما من الفم وكذا لو احتلم للتشابه فى قضاء الشهوة وإن علم أن ذلك لا يفطره فعليه الكفارة لأنه لم توجد شبهة الاشتباه ولا شبهة الاختلاف اه (قوله إلا فى مسألة المتن) وهى ما لو أكل وكذا لو جامع أو شرب لأن علة عدم الكفارة خلاف مالك وخلافه فى الأكل والشرب والجماع كما فى الزيلعى والهداية وغيرهما ح (قوله مطلقا) أى علم عدم فطره أولا (قوله خلافا لهما) فعندهما عليه الكفارة إذا علم بعدم فطره فى مسألة المتن .

قلت : وهذا يرد ما نقله ح عن القهستانى أول الباب من أن من أفطر ناسيا يفسد صومه إذ لو فسد لم تلزمه الكفارة إذا أكل بعده عامدا ولم أر من ذكر هذا غيره وكذا يرده ما نقلناه عن البدائع عند قوله وإن حرك نفسه نعم نقلوا عن أبى يوسف ما تقدم من أنه لو ذكر فلم يتذكر فسد صومه وكان هذا منشأ الوهم فافهم (قوله فقيد الظن) أى فى قول المتن فظن أنه أفطر إنما هو لبيان محل الاتفاق على عدم لزوم الكفارة لا للاحتراز عن العلم (قوله أو احتقن أو استعط) كلاهما بالبناء للفاعل من حقن المريض دواءه بالحقنة واحتقن بالضم غير جائز وإنما الصواب حقن أو عولج بالحقنة والسعوط الدواء الذى صب فى الأنف وأسعطه إياه ولا يقال استعط مبنيا للمفعول معراج ، وعدم وجوب الكفارة فى ذلك هو الأصح لأنها موجب الإفطار صورة ومعنى والصورة الابتلاع كما فى الكافى وهى منعدمة والنفع المجرد عنها يوجب القضاء فقط إمداد (قوله أو أقطر) فى المغرب قطر الماء صبه تقطيرا وقطره مثله قطرا وأقطره لغة اه وعلى هذه اللغة يتخرج كلامهم هنا وحينئذ فيصح بناؤه للفاعل ، وهو الأولى لتتفق الأفعال وتنتظم الضمائر فى سلك واحد ويصح بناؤه للمفعول ونائب الفاعل قوله فى أذنه نهر ويتعين الأول فى عبارة المصنف على الأفصح لذكره المفعول الصريح وهو قوله دهنا منصوبا (قوله دهنا) قيد به لأنه لا خلاف فى فساد الصوم به ولأنه مشى أولا على أن الماء لا يفسد وإن كان بصنعه ومر الكلام عليه (قوله أو داوى جائفة أو آمة) الجائفة الطعنة التى بلغت الجوف أو نفذته والآمة من أممته بالعصا أما من باب طلب إذا ضربت أم رأسه وهى الجلدة التى تجمع الدماغ وقيل لها آمة أى بالمد ومأمومة على معنى ذات أم كعيشة راضية وليلة مزءودة(١) وجمعها أوام ومأمومات مغرب (قوله فوصل الدواء حقيقة) أشار إلى أن ما وقع فى ظاهر الرواية من تقييد الإفساد بالدواء الرطب مبنى على العادة من أنه يصل وإلا فالمعتبر حقيقة الوصول ، حتى لو علم وصول اليابس أفسد أو عدم وصول الطرى لم يفسد وإنما الخلاف إذا لم يعلم يقينا فأفسد بالطرى حكما بالوصول نظرا إلى العادة ونفياه كذا أفاده فى الفتح . قلت : ولم يقيدوا الاحتقان والاستعاط والاقطار بالوصول إلى الجوف لظهوره فيها وإلا فلا بد منه حتى لو بقى السعوط فى الأنف ولم يصل إلى الرأس لا يفطر ، ويمكن أن يكون الدواء راجعا إلى الكل تأمل

---

(١) (قوله وليلة مزءودة الخ) يقال زأده أفزعه فهو مزءود أى مفزوع . والليلة لا توصف بأنها مفزوعة فيكون هذا على ضرب من التجوز اه

إلى جوفه ودماغه (أو ابتلع حصاة) ونحوها مما لا يأكله الإنسان أو يعافه أو يستقذره ونظمه ابن الشحنة فقال :

ومستقذر مع غير مأكول مثلنا ... ففي أكله التكفير يلغى ويهجر

(أو لم ينو في رمضان كله صوما ولا فطرا) مع الإمساك لشبهة خلاف زفر (أو أصبح غير ناو للصوم فأكل عمدا) ولو بعد النية قبل الزوال لشبهة خلاف الشافعي : ومفاده أن الصوم بمطلق النية كذلك (أو دخل حلقه مطر أو ثلج) بنفسه لإمكان التحرز عنه بضم فمه بخلاف نحو الغبار والقطرتين من دموعه أو عرقه وأما في الأكثر

(قوله إلى جوفه ودماغه) لف ونشر مرتب قال في البحر : والتحقيق أن بين جوف الرأس وجوف المعدة منفذا أصليا فما وصل إلى جوف الرأس يصل إلى جوف البطن اهـ ط (قوله أو ابتلع حصاة الخ) أي فيجب القضاء لوجود صورة الفطر ولا كفارة لعدم وجود معناه وهو إيصال ما فيه نفع البدن إلى الجوف سواء كان مما يتغذى به أو يتداوى فقصرت الجناية فانتفت الكفارة وتمامه في النهر وسيأتي الخلاف في معنى التغذي (قوله أو يستقذره) الاستقذار سبب الاعافة فمآلهما واحد ، ولذا اقتصر في النظم على المستقذر ط ومنه أكل اللقمة بعد إخراجها على ما هو الأصح كما مر (قوله ففي) الفاء زائدة والجار والمجرور متعلق بقوله : يهجر والتكفير مبتدأ خبره الجملة بعده ، والجملة خبر المبتدأ الذي هو مستقذر وجاز الابتداء به مع أنه نكرة لقصد التعميم ويهجر مرادف ليلغى أي لا تجب فيه كفارة ط (قوله مع الإمساك) قيد به ليغاير المسألة التي بعده (قوله لشبهة خلاف زفر) فإن الصوم عنده يتأدى من الصحيح المقيم بمجرد الإمساك ، ولو بلا نية حتى لو أفطر متعمدا لزمته الكفارة عنده كما صرح به في البدائع ، وأما عندنا فلابد من النية لأن الواجب الإمساك بجهة العبادة ، ولا عبادة بدون نية فلو أمسك بدونها لا يكون صائما ويلزمه القضاء دون الكفارة أما لزوم القضاء فلعدم تحقق الصوم لفقد شرطه ، وأما عدم الكفارة فلأنه عندزفر صائم لم يوجد منه مايفطر فتسقط عنه الكفارة لشبهة الخلاف وإن كان عندنا يسمى مفطرا شرعا والأولى التعليل بعدم تحقق الصوم لأن الكفارة إنما تجب على من أفسد صومه والصوم هنا معدوم وإفساد المعدوم مستحيل ، وإنما يحسن التمسك للشبهة بعد تحقق الأصل كما في المسألة الآتية بل الأولى عدم التعرض للكفارة أصلا ولذا اقتصر في الكنز وغيره على بيان وجوب القضاء كالإغماء والجنون الغير الممتد .

هذا وقد استشكل بعض شراح الهداية وجوب القضاء هنا بأن المغمى عليه لايقضى اليوم الذي حدث الاغماء في ليلته لوجود النية منه ظاهرا فلا بد من التقييد هنا بأن يكون مريضا أو مسافرا لاينوى شيئا أو متهتكا اعتاد الأكل في رمضان فلم يكن حاله دليلا على عزيمة الصوم ورده في الفتح بأنه تكلف مستغنى عنه لأن الكلام عند عدم النية ابتداء لا بأمر يوجب النسيان ولا شك أنه أدرى بحاله بخلاف من أغمى عليه فان الاغماء قد يوجب نسيانه حال نفسه بعد الافاقة فبنى الأمر فيه على الظاهر من حاله وهو وجود النية (قوله قبل الزوال) هذا عند أبي حنيفة وعندهما كذلك إن أكل بعد الزوال وإن كان قبل الزوال تجب الكفارة لأنه فوت إمكان التحصيل فصار كغاصب الغاصب بحر أي لأنه قبل الزوال كان يمكنه إنشاء النية وقد فوته بالأكل بخلاف مابعد الزوال والأول ظاهر الرواية كما في البدائع ثم المراد بالزوال نصف النهار الشرعي وهو الضحوة الكبرى أو هو على القول الضعيف من اعتبار الزوال كما مر بيانه (قوله لشبهة خلاف الشافعي) فإن الصوم لايصح عنده بنية النهار كما لايصح بمطلق النية اهـ ح. وهذا تعليل لوجوب القضاء دون الكفارة إذا أكل بعد النية أما لو أكل قبلها فالكلام فيه ماعلمته في المسألة المارة (قوله ومفاده الخ) نقله في البحر عن الظهيرية بلفظ ينبغي أن لاتلزمه الكفارة لمكان الشبهة ومثل ماذكر إذا نوى نية مخالفة فيما يظهر ط (قوله مطر أو ثلج) فيفسد في الصحيح ولو بقطرة وقيل لايفسد في المطر ويفسد في الثلج وقيل بالعكس بزازية (قوله بنفسه) أي بأن سبق إلى حلقه بذاته ولم يبتلعه بصنعه إمداد (قوله والقطرتين)

فإن وجد الملوحة فى جميع فمه واجتمع شىء كثير وابتلعه أفطر وإلا لا، خلاصة (أو وطئ امرأة ميتة) أو صغيرة لاتشتهى نهر (أو بهيمة أو فخذا أو بطنا أو قبل) ولو قبلة فاحشة بأن يدغدغ أو يمص شفتيها (أو لمس) ولو بحائل لايمنع الحرارة أو استمنى بكفه أو بمباشرة فاحشة ولو بين المرأتين (فأنزل) قيد للكل حتى لو لم ينزل لم يفطر كما مر (أو أفسد غير صوم رمضان أداء) لاختصاصها

معطوف على الغبار أى وبخلاف نحو القطرتين فأكثر مما لايجد ملوحته فى جميع فمه (قوله فان وجد الملوحة فى جميع فمه الخ) بهذا دفع فى النهر مابحثه فى الفتح من أن القطرة يجد ملوحتها فالأولى الاعتبار بوجدان الملوحة لصحيح الحس إذ لا ضرورة فى أكثر من ذلك ولذا اعتبر فى الخانية الوصول إلى الحلق ووجه الدفع ماقاله فى النهر من أن كلام الخلاصة ظاهر فى تعليق الفطر على وجدان الملوحة فى جميع الفم ولا شك أن القطرة والقطرتين ليستا كذلك وعليه يحمل مافى الخانية اه وفى الامداد عن خط المقدسى أن القطرة لقلتها لايجد طعمها فى الحلق لتلاشيها قبل الوصول ، ويشهد لذلك ما فى الواقعات للصدر الشهيد إذا دخل الدمع فى فم الصائم إن كان قليلا نحو القطرة أو القطرتين لايفسد صومه لأن التحرز عنه غير ممكن وإن كان كثيرا حتى وجد ملوحته فى جميع فمه وابتلعه فسد صومه وكذا الجواب فى عرق الوجه اه ملخصا وبالتعليل بعدم إمكان التحرز يظهر الفرق بين الدمع والمطر كما أشار إليه الشارح فتدبر ثم فى التعبير بالقطرة إشارة إلى أن المراد الدمع النازل من ظاهر العين أما الواصل إلى الحلق من المسام فالظاهر أنه مثل الريق فلا يفطر وإن وجد طعمه فى جميع فمه تأمل (قوله أو وطئ امرأة الخ) إنما لم تجب الكفارة فيه وفيما بعده لأن المحل لابد أن يكون مشتهى على الكمال بحر (قوله أو صغيرة لاتشتهى)حكى فى القنية خلافا فى وجوب الكفارة بوطئها وقيل : لاتجب بالإجماع وهو الوجه كما فى النهر قال الرملى وقالوا فى الغسل إن الصحيح أنه متى أمكن وطؤها من غير إفضاء فهى ممن يجامع مثلها وإلا فلا (قوله أو قبل) قيد بكونه قبلها لأنها لو قبلته ووجدت لذة الانزال ولم تر بللا فسد صومها عند أبى يوسف خلافا لمحمد وكذا فى وجوب الغسل بحر عن المعراج (قوله ولو قبلة فاحشة) فى غير الفاحشة مع الانزال لاتجب الكفارة بالأولى (قوله بأن يدغدغ) لعل المراد به عض الشفة ونحوها أو تقبيل الفرج وفى القاموس الدغدغة : حركة وانفعال فى نحو الإبط والبضع والأخمص (قوله أو لمس) أى لمس آدميا لما مر أنه لو مس فرج بهيمة فأنزل لايفسد صومه ، وقدمنا أنه بالإتفاق وفى البحر عن المعراج ولو مست زوجها فأنزل لم يفسد صومه وقيل إن تكلف له فسد اه قال الرملى : ينبغى ترجيح هذا لأنه أدعى فى سببية الانزال تأمل (قوله ولو بحائل لايمنع الحرارة) نقيض مابعد لو وهو عدم الحائل المذكور أولى بالحكم وهو وجوب القضاء لكن لاتظهر الأولوية بالنظر إلى عدم الكفارة مع أن الكلام فيما يوجب القضاء دون الكفارة وقيد الحائل بكونه لايمنع الحرارة لما فى البحر لو مسها وراء الثياب فأمنى فإن وجد حرارة جلدها فسد وإلا فلا (قوله بكفه) أو بكف امرأته سراج (قوله أو بمباشرة فاحشة)هى ماتكون بتماس الفرجين والظاهر أنه غير قيد هنا لأن الإنزال مع اللمس مطلقا بدون حائل يمنع الحرارة،وجب للافساد كما علمته وإنما يظهر تقييدها بالفاحشة لأجل كراهتها كما يأتى تفصيله تأمل (قوله ولو بين المرأتين) وكذا المجبوب مع المرأة رملى (قوله كما مر) أى عند قوله : أو جامع فيما دون الفرج ولم ينزل الخ (قوله أو أفسد) أى ولو بأكل أو جماع (قوله غير صوم رمضان) صفة لموصوف محذوف دل عليه المقام أى صوما غير صوم رمضان فلا يشمل مالو أفسد صلاة أو حجا وعبارة الكنز صوم غير رمضان وهى أولى أفاده ح (قوله أداء) حال من صوم وقيد به لإفادة نفى الكفارة بإفساد قضاء رمضان لا لنفى القضاء أيضا بإفساده (قوله لاختصاصها) أى الكفارة وهو علة للتقييد

بهتك رمضان (أو وطئت نائمة أو مجنونة) بأن أصبحت صائمة فجنت (أو تسحر أو أفطر يظن اليوم) أى الوقت الذى أكل فيه (ليلا و) الحال أن (الفجر طالع والشمس لم تغرب) لف ونشر ويكفى الشك فى الأول

بالغيرية وبالأداء وقوله : بهتك رمضان : أى بخرق حرمة شهر رمضان فلا تجب بافساد قضائه أو إفساد صوم غيره لأن الافطار فى رمضان أبلغ فى الجناية فلا يلحق به غيره لورودها فيه على خلاف القياس (قوله أو وطئت الخ) هذا بالنظر إليها وأما الواطئ فعليه القضاء والكفارة إذ لا فرق بين وطئه عاقلة أو غيرها كما فى الأشباه وغيرها (قوله بأن أصبحت صائمة فجنت) جواب عن سؤال حاصله : أن الجنون ينافى الصوم فلا يصح تصوير هذا الفرع .

وحاصل الجواب : أن الجنون لا ينافى الصوم إنما ينافى شرطه أعنى النية وهى قد وجدت فى هذه الصورة ط قال ح ومثلها ما إذا نوت فجنت بالليل فجامعها نهارا كما فى النهر وكذا لو نوت نهارا قبل الضحوة الكبرى فجنت فجامعها اه (قوله أو تسحر الخ) أى يجب عليه القضاء دون الكفارة لأن الجناية قاصرة وهى جناية عدم التثبت لا جناية الافطار لأنه لم يقصده ، ولهذا صرحوا بعدم الاثم عليه كما قالوا فى القتل الخطأ لا إثم فيه والمراد إثم القتل وصرحوا بأن فيه إثم ترك العزيمة والمبالغة فى التثبت حالة الرمى بحر عن الفتح .

قلت : لكن الظاهر عدم الإثم هنا أصلا بدليل عدم وجوب الكفارة هنا ووجوبها فى القتل الخطأ لوجود الإثم فيه لأنها مكفرة للاثم (قوله أى الوقت الخ) إطلاق اليوم على مطلق الوقت الشامل لليل مجاز مشهور مثل ركب يوم يأتى العدو والداعى إليه هنا قوله أو تسحر (قوله ليلا) ليس بقيد لأنه لو ظن الطلوع وأكل مع ذلك ثم تبين صحة ظنه ، فعليه القضاء ولا كفارة لأنه بنى الأمر على الأصل فلم تكمل الجناية فلو قال ظنه ليلا أو نهارا لكان أولى وليس له أن يأكل لأن غلبة الظن كاليقين بحر . وأجاب فى النهر بأنه قيد بالليل ليطابق قوله أو تسحر اهـ.

قلت : مراد البحر أنه غير قيد من حيث الحكم والتسحر وإن كان الأكل فى السحر لكن سمى به باعتبار احتمال وقوعه فيه وإلا لزم أن لا يصح التعبير به ، ولو ظن بقاء الليل لأن فرض المسألة وقوعه بعد الطلوع والأكل بعد الطلوع لا يسمى سحورا فلولا الاعتبار المذكور لم يصح قوله أو تسحر فتدبر (قوله لف ونشر) أى مرتب كما فى بعض النسخ (قوله ويكفى) أى لإسقاط الكفارة الشك فى الأول أى فى التسحر لأن الأصل بقاء الليل ، فلا يخرج بالشك إمداد فكان على المتن أن يعبر هنا بالشك كما قال فى نور الإيضاح : أو تسحر أو جامع شاكا فى طلوع الفجر وهو طالع ثم يقول أو ظن الغروب قال فى النهر : ولا يصح أن يراد بالظن هنا ما يعم الشك كما زعم فى البحر لعدم صحته فى الشق الثانى ، فإنه لا يكفى فيه الشك فالصواب إبقاء الظن على بابه غاية الأمر أن يكون المتن ساكتا عن الشك ولا ضير فيه اهـ ح :

أقول : فى وجوب الكفارة مع الشك فى الغروب اختلاف المشايخ كما نقله فى البحر عن شرح الطحاوى ، ونقل أيضا عن البدائع تصحيح عدم الوجوب فيما إذا غلب على رأيه عدم الغروب لأن احتمال الغروب قائم فكان شبهة والكفارة لا تجب مع الشبهة اهـ :

ولا يخفى أن هذا يقتضى تصحيح القول بعدم الوجوب عند الشك فى الغروب بالأولى لكن ذكر فى الفتح : أن مختار الفقيه أبى جعفر لزوم الكفارة عند الشك لأن الثابت حال غلبة الظن بالغروب شبهة الاباحة لا حقيقتها ففى حال الشك دون ذلك ، وهو شبهة الشبهة وهى لا تسقط العقوبات ، ثم قال فى الفتح هذا إذا لم يتبين الحال فإن ظهر أنه أكل قبل الغروب فعليه الكفارة ولا أعلم فيه خلافا اهـ .

دون الثانى عملا بالأصل فيهما ولو لم يتبين الحال لم يقض فى ظاهر الرواية والمسألة تتفرع إلى ستة وثلاثين ، محلها المطولات (قضى) فى الصور كلها (فقط)

ولا يخفى أن كلامنا فى الثانى وبه تأيد ما فى النهر ثم إن شبهة الشبهة إذا لم تعتبر عند الشك فى الغروب يلزم عدم اعتبارها عند غلبة الظن بعدمه بالأولى وبه يضعف ما فى البدائع من تصحيح عدم الوجوب ولذا جزم الزيلعى بلزوم القضاء والكفارة وكذا فى النهاية (قوله عملا بالأصل فيهما) أى فى الأول والثانى فإن الأصل فى الأول بقاء الليل، فلا تجب الكفارة وفى الثانى بقاء النهار فتجب على إحدى الروايتين كما علمت (قوله ولم يتبين الحال) أى فيما لو ظن بقاء الليل أو شك فتسحر ، وهذا مقابل قوله والحال أن الفجر طالع فإن المراد به التيقن حتى لو غلب على ظنه أنه أكل بعد طلوع الفجر لاقضاء عليه فى أشهر الروايات بحر فهذا داخل فى عدم التبين (قوله لم يقض) أى فى مسألة الظن أو الشك فى بقاء الليل لأن الأصل بقاؤه فلا يخرج بالشك بحر ، وأما مسألة الظن أو الشك فى الغروب مع التبين أو عدمه فسنذكرها (قوله فى ظاهر الرواية) فيه أنه ذكره الزيلعى وصاحب البحر بلاحكاية خلاف وهذا وهم سرى إليه من مسألة ذكرها الزيلعى وهى ما إذا غلب على ظنه طلوع الفجر فأكل ثم لم يتبين شىء فإنه لاشىء عليه فى ظاهر الرواية وقيل يقضى احتياطا أفاده ح (قوله تتفرع إلى ستة وثلاثين) هذا على ما فى النهر قال لأنه إما أن يغلب على ظنه أو يظن أو يشك وكل من الثلاثة إما أن يكون فى وجود المبيح أو قيام المحرم فهى ستة وكل منها على ثلاثة إما أن يتبين له صحة ما بدا له أو بطلانه أولا ولا ، وكل من الثمانية عشر إما أن يكون فى ابتداء الصوم أو فى انتهائه فتلك ستة وثلاثون اهـ وفيه نظر لأنه فرق فى التقسيم الأول بين الظن وغلبته ، ولا فائدة له لاتحادهما حكما وإن اختلفا مفهوما فإن مجرد ترجح أحد طرفى الحكم عند العقل هو أصل الظن ، فإن زاد ذلك الترجح حتى قرب من اليقين سمى غلبة الظن وأكبر الرأى فالذا جعلها فى البحر أربعة وعشرين .

ويرد عليهما أنه لا وجه لجعل الشك تارة فى وجود المبيح وتارة فى وجود المحرم لأن الشك فى أحدهما شك فى الآخر لاستواء الطرفين فى الشك بخلاف الظن فإنه إنما صح تعلقه بالمبيح تارة وبالمحرم أخرى لأن له نسبة مخصوصة إلى أحد الطرفين فإذا تعلق الظن بوجود الليل لا يكون متعلقا بوجود النهار وبالعكس .

فالحق فى التقسيم أن يقال إما أن يظن وجود المبيح أو وجود المحرم ، أو يشك وكل من الثلاثة إما أن يكون فى ابتداء الصوم أو انتهائه وفى كل من الستة إما أن يتبين وجود المبيح أو وجود المحرم أولا يتبين ، فهى ثمانية عشر تسعة فى ابتداء الصوم وتسعة فى انتهائه ويشهد لذلك أن الزيلعى لم يذكر غير ثمانية عشر وذكر أحكامها وهى أنه إن تسحر على ظن بقاء الليل ، فإن تبين بقاؤه أو لم يتبين شىء فلا شىء عليه وإن تبين طلوع الفجر فعليه القضاء فقط ومثله الشك فى الطلوع وإن تسحر على ظن طلوع الفجر فإن تبين الطلوع فعليه القضاء فقط وإن لم يتبين شىء فلاشىء عليه فى ظاهر الرواية وقيل يقضى فقط وإن تبين بقاء الليل فلا شىء عليه فهذه تسعة فى الابتداء ، وإن ظن غروب الشمس فإن تبين عدمه فعليه القضاء فقط وإن تبين الغروب أو لم يتبين شىء فلاشىء عليه وإن شك فيه فإن لم يتبين شىء فعليه القضاء وفى الكفارة روايتان وإن تبين عدمه فعليه القضاء والكفارة وإن تبين الغروب فلاشىء عليه وإن ظن عدمه فإن تبين عدمه أو لم يتبين شىء فعليه القضاء والكفارة وإن تبين الغروب فلا شىء عليه وهذه تسعة فى الانتهاء :

والحاصل : أنه لايجب شىء فى عشر صور ويجب القضاء فقط فى أربع والقضاء والكفارة فى أربع أفاده ح (قوله فى الصور كلها) أى المذكورة تحت قوله وإن أفطر خطأ الخ لاصور التفريع (قوله فقط) أى بدون

كما لو شهدا على الغروب وآخران على عدمه فأفطر فظهر عدمه ، ولوكان ذلك فى طلوع الفجر قضى وكفر ، لأن شهادة النفى لاتعارض شهادة الإثبات .

واعلم أن كل ما انتفى فيه الكفارة محله ماإذا لم يقع منه ذلك مرة بعد أخرى لأجل قصد المعصية فإن فعله وجبت زجرا له بذلك أفتى أئمة الأمصار وعليه الفتوى قنية وهذا حسن نهر (والأخيران يمسكان بقية يومهما وجوبا على الأصح) لأن الفطر قبيح وترك القبيح شرعا واجب

كفارة (قوله كما لو شهدا الخ) أى فلا كفارة لعدم الجناية لأنه اعتمد على شهادة الإثبات ط (قوله لأن شهادة النفى لاتعارض الإثبات) لأن البينات للإثبات لاللنفى فتقبل شهادة المثبت لاالنافى بحر : أى لأن المثبت معه زيادة علم وإذا لغت النافية بقيت المثبتة فتوجب الظن وبه اندفع ماأورد أن تعارضهما يوجب الشك وإذا شك فى الغروب . ثم ظهر عدمه تجب الكفارة كما مر لكن قال فى الفتح وفى النفس منه شىء يظهر بأدنى تأمل .

قلت : ولعل وجهه أن شهادة النفى إنما لم تقبل فى الحقوق لأن الأصل العدم فلم تفد شيئا زائدا بخلاف المثبتة لكن هنا النافية تورث شبهة فينبغى أن تسقط بها الكفارة وفى البزازية ولو شهد واحد على الطلوع وآخران على عدمه لا كفارة اه تأمل .

مطلب فى جواز الإفطار بالتحرى

[تتمة] فى تعبير المصنف كغيره بالظن إشارة إلى جواز التسحر والإفطار بالتحرى وقيل لايتحرى فى الافطار وإلى أنه يتسحر بقول عدل وكذا بضرب الطبول واختلف فى الديك . وأما الافطار فلا يجوز بقول الواحد بل بالمثنى وظاهر الجواب أنه لابأس به إذاكان عدلا صدقه كما فى الزاهدى وإلى أنه لو أفطر أهل الرستاق بصوت الطبل يوم الثلاثين ظانين أنه يوم العيد وهو لغيره لم يكفروا كما فى المنية قهستانى .

قلت : ومقتضى قوله لابأس بالفطر بقول عدل صدقه أنه لايجوز إذا لم يصدقه ولا بقول المستور مطلقا وبالأولى سماع الطبل أو المدفع الحادث فى زماننا لاحتمال كونه لغيره ولأن الغالب كون الضارب غير عدل فلابد حينئذ من التحرى فيجوز لأن ظاهر مذهب أصحابنا جواز الافطار بالتحرى كما نقله فى المعراج عن شمس الأئمة السرخسى لأن التحرى يفيد غلبة الظن ، وهى كاليقين كما تقدم فلو لم يتحر لايحل له الفطر لما فى السراج وغيره لو شك فى الغروب لايحل له الفطر لأن الأصل بقاء النهار اه وفى البحر عن البزازية : ولا يفطر مالم يغلب على ظنه الغروب وإن أذن المؤذن اه وقد يقال إن المدفع فى زماننا يفيد غلبة الظن وإن كان ضاربه فاسقا لأن العادة أن الموقت يذهب إلى دار الحكم آخر النهار فيعين له وقت ضربه ويعينه أيضا للوزير وغيره وإذا ضربه يكون ذلك بمراقبة الوزير وأعوانه للوقت المعين فيغلب على الظن بهذه القرائن عدم الخطأ وعدم قصد الإفساد وإلا لزم تأثيم الناس وإيجاب قضاء الشهر بتمامه عليهم فإن غالبهم يفطر بمجرد سماع المدفع من غير تحر ولا غلبة ظن والله تعالى أعلم (قوله مرة بعد أخرى الخ) ظاهره أنه بالمرة الثانية تجب عليه الكفارة ولو حصل فاصل بأيام وأنه إذا لم يقصد المعصية وهى الافطار لاتجب ط (قوله والأخيران) أى من تسحر أو أفطر يظن الوقت ليلا الخ وقد تبع المصنف بذلك صاحب الدرر ولا وجه لتخصيصه كما أشار إليه الشارح فيما يأتى (قوله على الأصح) وقيل يستحب فتح وأجمعوا على أنه لايجب على الحائض والنفساء والمريض والمسافر وعلى لزومه لمن أفطر خطأ أو عمداً أو يوم الشك ثم تبين أنه رمضان ذكره قاضيخان شرنبلالية (قوله لأن الفطر) أى تناول صورة المفطر وإلا فالصوم فاسد قبله وأشار إلى قياس من الشكل الأول ذكر فيه مقدمتا القياس وطويت فيه النتيجة وتقريره هكذا الفطر قبيح شرعا

(كمسافر أقام وحائض ونفساء طهرتا ومجنون أفاق ومريض صح) ومفطر ولو مكرها أو خطأ (وصبي بلغ وكافر أسلم وكلهم يقضون) مافاتهم (إلا الأخيرين) وإن أفطرا لعدم أهليتهما فى الجزء الأول من اليوم وهو السبب فى الصوم لكن لو نويا قبل الزوال كان نفلا فيقضى بالإفساد كما فى الشرنبلالية عن الخانية .

ولو نوى المسافر والمجنون والمريض قبل الزوال

وكل قبيح شرعا تركه واجب فالفطر تركه واجب فافهم (قوله كمسافر أقام) أى بعد نصف النهار أو قبله بعد الأكل أما قبلهما فيجب عليه الصوم وإن كان نوى الفطر كما سيأتى متنا فى الفصل الآتى . والأصل فى هذه المسائل أن كل من صار فى آخر النهار بصفة لو كان فى أول النهار عليها للزمه الصوم فعليه الإمساك كما فى الخلاصة والنهاية والعناية لكنه غير جامع إذ لا يدخل فيه من أكل فى رمضان عمداً لأن الصيرورة للتحول ولولا امتناع ما يليه ولا يتحقق المفاد بهما فيه نهر أى لأنه لم يتجدد له حالة بعد فطره لم يكن عليها قبله وكذا لا يدخل فيه من أصبح يوم الشك مفطرا أو تسحر على ظن الليل أو أفطر كذلك ولذا ذكر فى البدائع الأصل المذكور ثم قال : وكذا كل من وجب عليه الصوم لوجود سبب الوجوب والأهلية ثم تعذر عليه المضى بأن أفطر متعمداً أو أصبح يوم الشك مفطرا ثم تبين أنه من رمضان أو تسحر على ظن أن الفجر لم يطلع ثم تبين طلوعه ، فإنه يجب عليه الإمساك(١) تشبها اهـ . فقد جعل لوجوب الإمساك أصلين تتفرع عليهما الفروع وقد حاول فى الفتح تصحيح الأصل الأول فأبدل صار بتحقق لكنه أتى بلو الامتناعية فلم يتم له ما أراده كما أفاده فى البحر والنهر (قوله طهرتا) أى بعد الفجر أو معه فتح (قوله ومجنون أفاق) أى بعد الأكل أو بعد فوات وقت النية وإلا فإذا نوى صح صومه كما يأتى والظاهر وجوبه عليه كالمسافر (قوله ومفطر) عبر به إشارة إلى أنه لا فرق بين مفطر ومفطر وأنه لا وجه لقول المصنف والأخيران يمسكان كما مر أفاده ح (قوله وإن أفطرا) أخذه من قول البحر سواء أفطرا فى ذلك اليوم أو صاماه لكن لا يخفى أن صوم الكافر لا يصح لفقد شرطه وهو النية المشروطة بالإسلام فالمراد صومه بعد إسلامه إذا أسلم فى وقت النية (قوله لعدم أهليتهما) أى لأصل الوجوب بخلاف الحائض فإنها أهل له وإنما سقط عنها وجوب الأداء فلذا وجب عليها القضاء ومثلها المسافر والمريض والمجنون (قوله وهو السبب فى الصوم) أى السبب لصوم كل يوم وهذا على خلاف ما اختاره السرخسى ومشى عليه المصنف أول الكتاب من أنه شهود جزء من الشهر من ليل أو نهار وقيد بالصوم لأن السبب فى الصلاة الجزء المتصل بالأداء ولهذا لو بلغ أو أسلم فى أثناء الوقت وجبت عليه لوجود الأهلية عند السبب وهى معدومة فى أول جزء من اليوم ، فلذا لم يجب صومه خلافا لزفر وأورد فى الفتح أنه لو كان السبب فيه هو الجزء الأول لزم أن لا يجب الإمساك فيه لأنه لا بد أن يتقدم السبب على الوجوب وإلا لزم سبق الوجوب على السبب وأجاب فى البحر بأن اشتراط التقدم هنا سقط للضرورة وتمام تحقيقه فيه وقدمنا شيئا منه أول الكتاب (قوله لكن لو نويا الخ) أى الأخيران وهو استدراك على ما فهم من إمساكهما وهو أنه لا يصح صومهما فأفاد أنه لا يصح عن الفرض فى ظاهر الرواية خلافا لأبى يوسف ويصح نفلا لو نويا قبل الزوال حتى لو أفسداه وجب قضاؤه ووجه ظاهر الرواية ما فى الهداية من أن الصوم لا يتجزى وجوبا وأهلية الوجوب معدومة فى أوله اهـ ثم إن صحة نية النفل خصها فى البحر عن الظهيرية بالصبى بخلاف الكافر لأنه ليس أهلا للتطوع والصبى أهل له وذكر فى الفتح أن أكثر المشايخ على هذا الفرق ومثله فى النهاية فما هنا قول البعض (قوله قبل الزوال)

---

(١) (قوله فإنه يجب عليه الإمساك الخ) لا يقال هذا مخالف لما مر من إجماعهم على عدم وجوب الإمساك فى الحائض والنفساء والمريض والمسافر لأن الكلام هناك فى حال قيام الحيض وأخواته وهنا بعد زوال الأعذار تأمل اهـ .

صح عن الفرض ، ولو نوى الحائض والنفساء لم يصح أصلا للمنافى أول الوقت وهو لايتجزى ويؤمر الصبى بالصوم إذا أطاقه ويضرب عليه ابن عشر ، كالصلاة فى الأصح (وإن جامع) المكلف آدميا مشتهى (فى رمضان أداء) لما مر (أو جومع) أو توارت الحشفة (فى أحد السبيلين) أنزل أولا (أو أكل أو شرب غذاء) بكسر الغين وبالذال المعجمتين والمد

المراد به قبل نصف النهار ، وهذه العبارة وقعت فى أغاب الكتب فى كثير من المواضع تسامحا أو على القول الضعيف (قوله صح عن الفرض) لأن الجنون الغير المستوعب بمنزلة المرض لايمنع الوجوب شرنبلالية وكل من المسافر والمريض أهل للوجوب فى أول الوقت وإن سقط عنهما وجوب الأداء بخلاف من بلغ أو أسلم كما قدمناه (قوله ولو نوى الحائض والنفساء) أى قبل نصف النهار إذا طهرتا فيه (قوله لم يصح أصلا) أى لافرضا ولا نفلا شرنبلالية (قوله للمنافى الخ) أى فإن كلا من الحيض والنفاس مناف لصحة الصوم مطلقا لأن فقدهما شرط لصحته والصوم عبادة واحدة لايتجزى فإذا وجد المنافى فى أوله تحقق حكمه فى باقيه وإنما صح النفل ممن بلغ أو من أسلم على قول بعض المشايخ لأن الصبا غير مناف أصلا للصوم والكفر وإن كان منافيا لكن يمكن رفعه بخلاف الحيض والنفاس هذا ماظهر لى وعلى قول أكثر المشايخ لايحتاج إلى الفرق (قوله ويؤمر الصبى) أى يأمره وليه أو وصيه والظاهر منه الوجوب وكذا ينهى عن المنكرات ليألف الخير ويترك الشر . ط (قوله إذا أطاقه) يقال أطاقه وطاقه طوقا إذا قدر عليه والإسم الطاقة كما فى القاموس قال ط : وقدر بسبع والمشاهد فى صبيان زماننا عدم إطاقتهم الصوم فى هذا السن اه. قلت : يختلف ذلك باختلاف الجسم واختلاف الوقت صيفا وشتاء والظاهر أنه يؤمر بقدر الإطاقة إذا لم يطق جميع الشهر (قوله ويضرب) أى بيد لابخشبة ولا يجاوز الثلاث كما قيل به فى الصلاة وفى أحكام الاسروشنى الصبى إذا أفسد صومه لايقضى لأنه يلحقه فى ذلك مشقة بخلاف الصلاة فإنه يؤمر بالإعادة لأنه لايلحقه مشقة (قوله وإن جامع الخ) شروع فى القسم الثالث وهو مايوجب القضاء والكفارة ووجوبها مقيد بما يأتى من كونه عمدا لامكرها ولم يطرأ مبيح للفطر كحيض ومرض بغير صنعه وبما إذا نوى ليلا (قوله المكلف) خرج الصبى والمجنون لعدم خطابهما (قوله آدميا) خرج الجنى أبو السعود والظاهر وجوب القضاء بالإنزال وإلا فلا كما لايجب الغسل بدونه (قوله مشتهى) أى على الكمال فلا كفارة بجماع بهيمة أوميتة ولو أنزل بحر بل ولا قضاء مالم ينزل كما مر وفى الصغيرة خلاف وقيل : لاتجب الكفارة بالإجماع وقدمنا أنه الأوجه (قوله فى رمضان) أى نهارا وفيه إشارة إلى أنه لو طلع الفجر وهو مواقع فنزع لم يكفر كما لو جامع ناسيا وعن أبى يوسف إن بقى بعد الطلوع كفر وإن بقى بمض الذكر لاوعليه القضاء قهستانى وقدمناه مفصلا (قوله أداء) يغنى عنه قوله فى رمضان لأن المراد به الشهر وكأنه أراد به الصوم ليشمل القضاء ويحتاج إلى إخراجه تأمل (قوله لما مر) أى من أن الكفارة إنما وجبت لهتك حرمة شهر رمضان ، فلا تجب بإفساد قضائه ولا بإفساد صوم غيره (قوله أو جومع) يشمل مالو جامعها زوجها الصغير كما هو مقتضى إطلاقهم ولتصريحهم بوجوب الغسل عليها دونه أفاده الرملى وفى القهستانى الرجل بجماع المشتهاة يكفر كالمرأة بالصبى والمجنون وفى الصورتين اختلاف المشايخ كما فى التمرتاشى اه (قوله وتوارت الحشفة) أى غابت وهذا بيان لحقيقة الجماع لأنه لايكون إلا بذلك ط (قوله فى أحد السبيلين) أى القبل أو الدبر وهو الصحيح فى الدبر والمختار أنه بالإتفاق ولوالجية لتكامل الجناية لقضاء الشهوة بحر (قوله أنزل أولا) فإن الإنزال شبع وقضاء الشهوة يتحقق بدونه وقد وجب به الحد وهو عقوبة محضة فالكفارة التى فيها معنى العبادة

مايتغذى به (أو دواء) مايتداوى به والضابط وصول مافيه صلاح بدنه لجوفه ومنه ريق حبيبه فيكفر لوجود معنى صلاح البدن فيه دراية وغيرها وما نقله الشرنبلالى عن الحدادى رده فى النهر (عمدا)

أولى بحر (قوله مايتغذى به) أى ما من شأنه ذلك كالحنطة والخبز واللحم ، وإنما عد الماء منه وهو لايغذو لبساطته لأنه معين للغذاء قهستانى (قوله وما نقله الشرنبلالى) حيث قال فى حاشيته : إختلفوا فى معنى التغذى قال بعضهم أن يميل الطبع إلى أكله وتنقضى شهوة البطن به وقال بعضهم هو مايعود نفعه إلى صلاح البدن وفائدته فيما إذا مضغ لقمة ثم أخرجها ثم ابتلعها فعلى الثانى يكفر لاعلى الأول وبالعكس فى الحشيشة لأنه لانفع فيها للبدن، وربما تنقص عقله ويميل إليها الطبع وتنقضى بها شهوة البطن اه. ملخصا وقال فى النهر: إنه بعيد عن التحقيق إذ بتقديره يكون قولهم أو دواء حشوا والذى ذكره المحققون أن معنى الفطر وصول مافيه صلاح البدن إلى الجوف أعم من كونه غذاء أو دواء يقابل القول الأول هذا هو المناسب فى تحقيق محل الخلاف اه.

أقول : وحاصله أن الخلاف فى معنى الفطر لا التغذى لكن مانقله عن المحققين لايلزم منه عدم وقوع الخلاف فى معنى التغذى ولكن التحقيق أنه لاخلاف فيه ولا فى معنى الفطر لأنهم ذكروا أن الكفارة لاتجب إلا بالفطر صورة ومعنى فنى الأكل الفطر صورة هو الإبتلاع والمعنى كونه مما يصلح به البدن من غذاء أو دواء ، فلا تجب فى ابتلاع نحو الحصاة لوجود الصورة فقط ، ولا فى نحو الاحتقان لوجود المعنى فقط كما علله فى الهداية وغيرها وذكر فى البدائع أنها تجب بإيصال مايقصد به التغذى أو التداوى إلى جوفه من الفم بخلاف غيره ، فلا تجب فى ابتلاع الجوزة أو اللوزة الصحيحة اليابسة لوجود الأكل صورة لامعنى لأنه لايعتاد أكله فصار كالحصاة والنواة ولا فى أكل عجين أو دقيق لأنه لايقصد به التغذى والتداوى ولو أكل ورق شجر إن كان مما يؤكل عادة وجبت وإلا وجب القضاء فقط وكذا لو خرج البزاق من فمه ، ثم ابتلعه وكذا بزاق غيره لأنه مما يعاف منه ولو بزاق حبيبه أو صديقه وجبت كما ذكره الحلوانى لأنه لايعافه ولو أخرج لقمة ثم أعادها قال أبو الليث الأصح أنه لا كفارة لأنها صارت بحال يعاف منها اه ملخصا . ويظهر من ذلك أن مرادهم بما يتغذى به مايكون فيه صلاح البدن بأن كان مما يؤكل عادة على قصد التغذى أو التداوى أو التلذذ فالعجين والدقيق وإن كان فيه صلاح البدن والغذاء لكنه لايقصد لذلك واللقمة المخرجة كذلك لأنها لعيافتها خرجت عن الصلاحية حكما كما قالوا فيما لو ذرعه القىء وعاد بنفسه لايفطر ، لأنه ليس مما يتغذى به عادة لعيافته بخلاف ريق الحبيب لأنه يتلذذ به كما قاله فى أواخر الكنز فصار ملحقا بما فيه صلاح البدن ومثله الحشيشة المسكرة ويؤيد ماقلنا أيضا مافى المحيط حيث ذكر أن الأصل أن الكفارة تجب متى أفطر بما يتغذى به لأنها للزجر وإنما يحتاج للزجر عما يؤكل عادة بخلاف غيره لأن الإمتناع عنه ثابت طبيعة كشرب الخمر يجب فيه الحد لأنه محتاج إلى الزجر بخلاف شرب البول والدم ، ثم كل مايؤكل عادة مقصودا أو تبعا لغيره فهو مما يتغذى به ، وأما غيره فلحق بما لايتغذى به وإن كان فى نفسه مغذيا والدواء ملحق بما يتغذى به لما فيه من صلاح البدن، ثم ذكر الفروع إلى أن قال فى اللقمة وإن أخرجها ثم أعادها فلا كفارة وهو الأصح لأنها صارت بحال تستقذر ويعاف منها فدخل القصور فى معنى الغذاء اه ملخصا. ولكن يشكل على ذلك وجوب الكفارة بأكل اللحم النىء ولو من ميتة إلا إذا أنتن ودود فإنى لم أر من ذكر فيه خلافا مع أنه أشد عيافة من اللقمة المخرجة اللهم إلا أن يقال اللحم فى ذاته مما يقصد به التغذى وصلاح البدن بخلاف اللقمة المذكورة والعجين، وبخلاف ما إذا دود لأنه يؤذى البدن ، فلا يحصل به صلاحه هذا ماظهر لى فى تحرير هذا المحل والله تعالى أعلم (قوله عمدا) خرج المخطىء والمكره بحر:

راجع للكل (أو احتجم) أى فعل مالا يظن الفطر به كفصد وكحل ولمس وجماع بهيمة بلا إنزال أو إدخال أصبع فى دبر ونحو ذلك (فظن فطره به فأكل عمدا قضى) فى الصور كلها (وكفر) لأنه ظن فى غير محله حتى لو أفتاه مفت يعتمد على قوله أو سمع حديثا ولم يعلم تأويله لم يكفر للشبهة وإن أخطأ المفتى ولم يثبت الأثر إلا فى الأدهان

قلت : وكذا الناسى لأن المراد تعمد الإفطار والناسى وإن تعمد استعمال المنطر لم يتعمد الإفطار (قوله راجع للكل) أى كل ماذكر من الجماع والأكل والشرب (قوله أى فعل الخ) أشار إلى أن الحكم ليس قاصرا على الحجامة ط واحترز به عما لو فعل مايظن الفطر به كما لو أكل أو جامع ناسيا أو احتلم أو أنزل بنظر أو ذرعه القئ فظن أنه أفطر فأكل عمدا فلا كفارة للشبهة كما مر (قوله بلا إنزال) أما لو أنزل فلا كفارة عليه بأكله عمدا لأنه أكل وهو مفطر ط (قوله أو إدخال أصبع) أى يابسة كما تقدم ح فلو مبتلة فلا كفارة لأكله بعد تحقق الإفطار بالبلة ط (قوله ونحو ذلك) كأكله بعد قبلة بشهوة أو مضاجعة ومباشرة فاحشة بلا إنزال إمداد (قوله فى الصور كلها) أى المذكورة فى قوله وإن جامع الخ (قوله وكفر) ترك بيان وقت وجوب القضاء والكفارة إشعاراً بأنه على التراخى كما قال محمد وقال أبو يوسف إنه على الفور ، وعن أبى حنيفة روايتان كما فى التمرتاشى وقيل بين رمضانين وقال الكرخى والأول الصحيح ، وكذا لايكره نفله كما فى الزاهدى وإنما قدم القضاء إشعارا بأنه ينبغى أن يقدمه على الكفارة ويستحب التتابع كما فى الهداية قهستانى (قوله لأنه الخ) علة لقوله أو احتجم الخ (قوله حتى الخ) تفريع على مفهوم قوله لأنه ظن فى غير محله أى فلو كان الظن فى محله فلا كفارة حتى لو أفتاه الخ ط (قوله يعتمد على قوله) كحنبلى يرى(١) الحجامة مفطرة إمداد قال فى البحر : لأن العامى يجب عليه تقليد العالم إذا كان يعتمد على فتواه ثم قال وقد علم من هذا أن مذهب العامى فتوى مفتيه من غير تقييد بمذهب ولهذا قال فى الفتح : الحكم فى حق العامى فتوى مفتيه ، وفى النهاية ويشترط أن يكون المفتى ممن يؤخذ منه الفقه ويعتمد على فتواه فى البلدة وحينئذ تصير فتواه شبهة ولا معتبر بغيره اه . وبه يظهر أن يعتمد مبنى للمجهول فلا يكفى اعتماد المستفتى وحده فافهم (قوله أو سمع حديثا) كقوله صلى الله عليه وسلم « أفطر الحاجم والمحجوم » وهذا عند محمد لأن قول الرسول صلى الله عليه وسلم أقوى من قول المفتى فأولى أن يورث شبهة وعن أبى يوسف خلافه لأن على العامى الاقتداء بالفقهاء لعدم الاهتداء فى حقه إلى معرفة الأحاديث زيلعى (قوله ولم يعلم تأويله) أما إن علم تأويله ثم أكل تجب الكفارة لإنتفاء الشبهة وقول الأوزاعى إنه يفطر لايورث شبهة لمخالفته القياس مع فرض علم الآكل كون الحديث مؤولا ثم تأويله أنه منسوخ أو أن اللذين قال فيهما صلى الله عليه وسلم ذلك كانا يغتابان وتمامه فى الفتح وعلى الثانى فالمراد ذهاب الثواب كما يأتى (قوله ولم يثبت الأثر) عطف على أخطأ المفتى أى وإن لم يثبت الأثر اه ح والمراد غير حديث الحاجم والمحجوم فإنه ثابت صحيح وأما أحاديث فطر المغتاب فكلها مدخولة كما فى الفتح وفيه عن البدائع ، ولو لمس أو قبل امرأة بشهوة أو ضاجعها ولم ينزل فظن أنه أفطر فأكل عمدا كان عليه الكفارة إلا إذا تأول حديثا أو استفتى فقيها فأفطر فلا كفارة عليه وإن أخطأ الفقيه ولم يثبت الحديث لأن ظاهر الفتوى والحديث يعتبر شبهة اه (قوله إلا في الأدهان) استثناء من قوله لم يكفر يعنى أنه إن ادهن ثم أكل كفر لأنه متعمد ، ولم

---

(١) (قوله كحنبلى يرى الخ) ولضعف دليل الحنابلة لم نعتبر خلافهم مسقطا الكفارة مطلقا كما تقدم فى خلاف مالك والشافعى بل قيدناه بالافتاء تأمل اه : أى ولأن شبهة الاشتباه لم توجد هنا بخلاف الأكل ناسيا فإن الأكل من حيث هو مناف للصوم ، وكذلك ترك تبييت النية يوهم عدم صحة الصوم ، وأيضا لم توجد صورة الإفطار ولا معناه فيبعد توهم الإفطار جدا فلذلك لم يعتبر هذا الخلاف شبهة مسقطة للكفارة مطلقا بل بعد الافتاء اه .

وكذا الغيبة عند العامة زيلعى لكن جعلها فى الملتقى كالحجامة ورجحه فى البحر للشبهة (ككفارة المظاهر) الثابتة بالكتاب، وأما هذه فبالسنة ومن ثم شبهوها بها ثم إنما يكفر

يستند إلى دليل شرعى لأنه لايعتد بفتوى الفقيه أو بتأويله الحديث هنا لأن هذا مما لا يشتبه على من له شمة من الفقه نقله الكمال عن البدائع، لكن يخالفه ما فى الخانية من أن الذى اكتحل أو دهن نفسه أو شاربه ثم أكل متعمدا عليه الكفارة إلا إذا كان جاهلا فأفتى له بالفطر اه. قال فى الامداد: فعلى هذا يكون قولنا إلا إذا أفتاه فقيه شاملا لمسألة دهن الشارب اه وهو كما ترى مرجح لعدم الاستثناء فالأولى للشارح تركه ح:

قلت: لكن ما نذكره عن الخانية وغيرها فى الغيبة يؤيد ما فى البدائع (قوله وكذا الغيبة) لأن الفطر بها يخالف القياس والحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم «ثلاث تفطر الصائم» مؤول بالإجماع بذهاب الثواب بخلاف حديث الحجامة، فإن بعض العلماء أخذ بظاهره مثل الأوزاعى وأحمد إمداد ولم يعتد بخلاف الظاهرية فى الغيبة لأنه حدث بعد ما مضىّ السلف على تأويله بما قلنا فتح وفى الخانية قال بعضهم: هذا والحجامة سواء وعامة المشايخ قالوا عليه الكفارة على كل حال لأن العلماء أجمعوا على ترك العمل بظاهر الحديث وقالوا: أراد به ثواب الآخرة، وليس فى هذا قول معتبر فهذا ظن ما استند إلى دليل فلا يورث شبهة اه ونحوه فى السراج وكذا فى الفتح عن البدائع، وجزم به فى الهداية أيضا وشروحها قال الرحمتى وإذا لم يعد الحديث والفتوى شبهة فى الغيبة فعدّدهن الشارب أولى اه:

قلت: ولذا سوى بينهما فى الفتح عن البدائع وكذا فى المعراج عن المبسوط (قوله للشبهة) قد علمت أن ما خالف الإجماع لا يورث شبهة والعمل على ما عليه الأكثر والله تعالى أعلم.

مطلب فى الكفارة

(قوله ككفارة المظاهر) مرتبط بقوله وكفر أى مثلها فى الترتيب فيعتق أولا فإن لم يجد صام شهرين متتابعين فإن لم يستطع أطعم ستين مسكينا لحديث الأعرابى المعروف فى الكتب الستة فلو أفطر ولو لعذر استأنف إلا لعذر الحيض، وكفارة القتل يشترط فى صومها التتابع أيضا، وهكذا كل كفارة شرع فيها العتق نهر، وتمام فروع المسألة فى البحر وفيه أيضا ولا فرق فى وجوب الكفارة بين الذكر والأنثى والحر والعبد والسلطان وغيره، ولهذا صرح فى البزازية بالوجوب على الجارية فيما لو أخبرت سيدها بعدم طلوع الفجر عالمة بطلوعه فجامعها مع عدم الوجوب عليه وبأنه إذا لزمت السلطان، وهو موسر بماله الحلال وليس عليه تبعة لأحد يفتى باعتاق الرقبة وقال أبو نصر محمد بن سلام: يفتى بصيام شهرين لأن المقصود من الكفارة الانزجار ويسهل عليه إفطار شهر وإعتاق رقبة فلا يحصل الزجر اه (قوله ومن ثم) أى من أجل ثبوت كفارة الظهار بالكتاب وثبوت كفارة الإفطار بالسنة، شبهوا الثانية لكونها أدنى حالا بالأولى لقوتها بثبوتها بالكتاب ط ومقتضاه الاكفار بإنكارها دون الأولى يؤيده أنه فى الفتح ذكر أن سعيد بن جبير ذهب إلى أنها منسوخة.

[تنبيه] فى التشبيه إشارة إلى أنه لا يلزم كونها مثلها من كل وجه فإن المسيس فى أثنائها يقطع التتابع فى كفارة الظهار مطلقا عمدا أو نسيانا ليلا أو نهارا للآية بخلاف كفارة الصوم والقتل فإنه لايقطعه فيهما إلا الفطر بعذر أو بغير عذر فتأمل، فقد زلت بعض الأقدام فى هذا المقام رملى ونحوه فى القهستانى وأراد بغير العذر ما سوى الحيض:

إن نوى ليلا ، ولم يكن مكرها ولم يطرأ مسقط كمرض وحيض ، واختلف فيما لو مرض بجرح نفسه أو سوفر به مكروها والمعتمد لزومها وفى المعتاد حمى وحيضا والمتيقن قتال عدو لو أفطر ، ولم يحصل العذر والمعتمد سقوطها ولو تكرر فطره ولم يكفر للأول يكفيه واحدة ولو فى رمضانين عند محمد وعليه الاعتماد بزازية ومجتبى وغيرهما واختار بعضهم للفتوى أن الفطر بغير الجماع تداخل وإلا لا ولو أكل عمدا شهرة بلا عذر يقتل ، وتمامه فى شرح الوهبانية

والحاصل : أنه لايقطع التتابع هنا الوطء ليلا عمدا أو نهارا ناسيا بخلاف كفارة الظهار (قوله إن نوى ليلا) أى بنية معينة لما مر من خلاف الشافعى فيهما فكان شبهة لسقوط الكفارة (قوله ولم يكن مكرها) أى ولو على الجماع كما مر ولو كانت هى المكرهة لزوجها عليه وعليه الفتوى كما فى الظهيرية خلافا لما فى الاختيار من وجوبها عليهما لو لاكراه منها كما فى بعض نسخ البحر (قوله ولم يطرأ) أى بعد إفطاره عمدا متمما ناويا ليلا فتجب الكفارة لولا المسقط (قوله مسقط) أى سماوى لا صنع له فيه ولا فى سببه رحمتى (قوله كمرض) أى مبيح للإفطار (قوله والمعتمد لزومها) أى بعد ذلك لأنه فعل عبد والأولى أن يقول : عدم سقوطها لأنها كانت لازمة والخلاف فى سقوطها وقيد بالسفر مكرها إذ لو سافر طائعا بعد ما أفطر اتفقت الروايات على عدم سقوطها أما لو أفطر بعد ما سافر لم تجب نهر أى وإن حرم عليه لو سافر بعد الفجر كما يأتى (قوله وفى المعتاد) عطف على قوله فيما وهو اسم مفعول فيه ضمير هو نائب الفاعل عائد على الموصوف : أى الشخص المعتاد وحمى بغير تنوين مفعول به منصوب(١) بفتحة مقدرة على ألف التأنيث المقصورة وحيضا معطوف عليه أى واختلف فى الشخص الذى اعتاد حمى وحيضا والواو بمعنى أو وفى بعض النسخ وحيض ، فيحتمل أنه مرفوع أو مجرور لكن الجر غير جائز لأن إضافة الوصف المفرد إلى معموله المجرد من أل لاتجوز وأما الرفع فعلى إسناد المعتاد إلى الحمى والحيض أى الذى اعتاده حمى وحيض والأصوب النصب وقوله : والمتيقن اسم فاعل مجرور بالعطف على معتاد وقتال مفعول (قوله لو أفطر) أى كل من المعتاد والمتيقن (قوله والمعتمد سقوطها) كذا صححه فى البزازية وقاضيخان فى شرح الجامع الصغير فى المعتاد حمى وحيضا وشبهه بمن أفطر على ظن الغروب ، ثم ظهر عدمه وعليه مشى الشرنبلالى ، وهو مخالف لما فى البحر حيث قال : وإذا أفطرت على ظن أنه يوم حيضها فلم تحض الأظهر وجوب الكفارة كما لو أفطر على ظن أنه يوم مرضه اه وكتبت فيما علقته عليه جعل الثانية مشبها بها لأنها بالإجماع بخلاف مسألة الحيض فإن فيها اختلاف المشايخ ، والصحيح الوجوب كما نص على ذلك فى التتارخانية اه . ولذا جزم بالوجوب فى المسألتين فى السراج والفيض .

والحاصل : اختلاف التصحيح فيهما ولم أر من ذكر خلافا فى سقوطها عمن تيقن قتال عدو والفرق كما فى جامع الفصولين أن القتال يحتاج إلى تقديم الإفطار ليتقوى بخلاف المرض (قوله ولم يكفر للأول) أما لو كفر فعليه أخرى فى ظاهر الرواية للعلم بأن الزجر لم يحصل بالأولى بحر (قوله وعليه الاعتماد) نقله فى البحر عن الأسرار ونقل قبله عن الجوهرة لو جامع فى رمضانين فعليه كفارتان وإن لم يكفر للأولى فى ظاهر الرواية وهو الصحيح اه :

قلت : فقد اختلف الترجيح كما ترى ويتقوى الثانى بأنه ظاهر الرواية (قوله إن الفطر) إن شرطية ح (قوله وإلا لا) أى وإن كان الفطر المتكرر فى يومين بجماع لا تتداخل الكفارة وإن لم يكفر للأول لعظم الجناية ولذا أوجب الشافعى الكفارة به دون الأكل والشرب (قوله وتمامه فى شرح الوهبانية) قال فى الوهبانية :

ولو أكل الإنسان عمدا وشهرة ولا عذر فيه قيل بالقتل يؤمر

---

(١) (قوله مفعول به منصوب الخ) فيه أن المفعول هو ضمير الشخص المرفوع بالنيابة وحينئذ فلا وجه لنصب حمى لأن معتاد لا يتعلق إلا لمفعول واحد ولا لرفعه وهذا مشكل وقال شيخنا أيضا إن معتاد اسم فاعل أصله معتيد بكسر عينه والفاعل ضمير مستتر فيه يعود على الشخص وحمى وحيضا منصوبان على المفعولية وقد يكون اسم مفعول كما قيل فى مختار اه .

(وإن ذرعه القيء وخرج) ولم يعد (لايفطر مطلقا) ملأ أولا (فإن عاد) بلا صنعه (و) لو (هو ملء الفم مع تذكره للصوم لايفسد) خلافا للثانى (وإن أعاده) أو قدر حمصة منه فأكثر حدادى (أفطر إجماعا) ولا كفارة (إن ملأ الفم وإلا لا) هو المختار (وإن استقاء) أى طلب القيء (عامدا) أى متذكرا لصومه (إن كان ملء الفم فسد بالإجماع)

قال الشرنبلالى صورتها: تعمد من لا عذر له الأكل جهارا يقتل لأنه مستهزئ بالدين أو منكر لما ثبت منه بالضرورة ولا خلاف فى حل قتله والأمر به فتعبير المؤلف بقبل ليس بلازم الضعف اهـ ح (قوله وإن ذرعه القيء) أى غلبه وسبقه قاموس والمسألة تتفرع إلى أربع وعشرين صورة لأنه إما أن يقيء أو يستقيء وفى كل إما أن يملأ الفم أو دونه، وكل من الأربعة إما أن خرج أو عاد أو أعاده وكل إما ذاكر لصومه أولا ولا فطر فى الكل على الأصح إلا فى الإعادة والاستقاء بشرط الملء مع التذكر شرح الملتقى (قوله ولوهو ملء الفم) أتى بلو مع أن ما دون ملء الفم مفهوم بالأولى لأجل التنصيص عليه لأن المعطوف عليه فى حكم المذكور فافهم وأطلق لو ملء الفم فشمل ما لو كان متفرقا فى موضع واحد بحيث لو جمع ملأ الفم كما فى السراج (قوله لا يفسد) أى عند محمد وهو الصحيح لعدم وجود الصنع ولعدم وجود صورة الفطر، وهو الابتلاع وكذا معناه لأنه لا يتغذى به بل النفس تعافه بحر (قوله وإن أعاده) أى أعاد ماقاءه الذى هو ملء الفم (قوله أو قدر حمصة منه فأكثر) أشار إلى أنه لا فرق بين إعادة كله أو بعضه إذا كان أصله ملء الفم قال الحدادى فى السراج مبنى الخلاف أن أبا يوسف يعتبر ملء الفم ومحمدا يعتبر الصنع ثم ملء الفم له حكم الخارج وما دونه ليس بخارج لأنه يمكن ضبطه:

وفائدته تظهر فى أربع مسائل: إحداها إذا كان أقل من ملء الفم وعاد أو شيء منه قدر الحمصة لم يفطر إجماعا أما عند أبى يوسف فإنه ليس بخارج لأنه أقل من الملء، وعند محمد لاصنع له فى الادخال والثانية: إن كان ملء الفم وأعاده أو شيئا منه قدر الحمصة فصاعدا أفطر إجماعا لأنه خارج أدخله جوفه ولوجود الصنع والثالثة إذا كان أقل من ملء الفم وأعاده أو شيئا منه أفطر عند محمد للصنع لا عند أبى يوسف لعدم الملء، والرابعة: إذا كان ملء الفم وعاد بنفسه أو شيء منه كالحمصة فصاعدا أفطر عند أبى يوسف لوجود الملء لا عند محمد لعدم الصنع وهو الصحيح اهـ فمسألتنا الإعادة وهما الثانية والثالثة أولا هما إجماعية وهى التى ذكرها المصنف بقوله: وإن أعاده الخ والأخرى خلافية وهى التى ذكرها المصنف بقوله وإلا لا ولا فرق فيهما بين إعادة الكل أو البعض فافهم (قوله إن ملأ الفم) قيد لإفطاره إجماعا بالإعادة لكله أو لقدر حمصة منه (قوله وإلا لا) أى وإن لم يملأ القيء الفم وأعاده كله أو بعضه لا يفسد صومه عند أبى يوسف، ولا ينافى ما قدمه من أنه لو أعاد قدر حمصة منه أفطر إجماعا لأن ذاك فيما إذا كان القيء ملء الفم لأنه صار فى حكم الخارج، لأن الفم لا ينضبط عليه، وما كان فى حكم الخارج لافرق بين إعادة كله أو بعضه بصنعه بخلاف مادونه لأنه فى حكم الداخل، فلا يفسد إلا إذا أعاده ولو قدر الحمصة منه بصنعه وبه علم أن كلام الشارح صواب لاخطأ فيه بوجه من الوجوه فافهم (قوله هو المختار) وفى الخانية: هو الصحيح وصححه كثير من العلماء رملى (قوله أى متذكرا لصومه) أشار به إلى الرد على صاحب غاية البيان حيث قال إن ذكر العمد مع الاستقاء تأكيد لأنه لا يكون إلا مع العمد.

وحاصل الرد أن المراد بالعمد تذكر الصوم لا تعمد القيء فهو مخرج لما إذا فعل ذلك ناسيا فإنه لا يفطر أفاده فى البحر ط.

وحاصله أن ذكر العمد لبيان تعمد الفطر بكونه ذاكرا لصومه والاستقاء لا يفيد ذلك بل يفيد تعمد القيء

مطلقا (وإن أقل لا) عند الثانى وهو الصحيح ، لكن ظاهر الرواية كقول محمد إنه يفسد كما فى الفتح عن الكافى (فإن عاد بنفسه لم يفطر وإن أعاده ففيه روايتان) أصحهما لا يفسد محيط (وهذا) كله (فى قئ طعام أو ماء أو مرة) أو دم (فإن كان بلغما فغير مفسد) مطلقا خلافا للثانى واستحسنه الكمال وغيره (ولو أكل لحما بين أسنانه) إن (مثل حمصة) فأكثر (قضى فقط وفى أقل منها لا) يفطر (إلا إذا أخرجه) من فمه (فأكله) ولا كفارة لأن النفس تعافه (وأكل مثل سمسمة) من خارج (يفطر) ويكفر فى الأصح (إلا إذا مضغ بحيث تلاشت فى فمه) إلا أن يجد الطعم فى حلقه كما مر واستحسنه الكمال قائلا

(قوله مطلقا) أى سواء عاد أو أعاده أولا ولا ح. قال فى الفتح : ولا يتأتى فيه تفريع العود والإعادة لأنه أفطر بمجرد القىء قبلهما (قوله وإن أقل لا) أى إن لم يعد ولم يعده بدليل قوله فإن عاد بنفسه الخ ح (قوله وهو الصحيح) قال فى الفتح صححه فى شرح الكنز أى للزيلعى وهو قول أبى يوسف (قوله لم يفطر) أى عند أبى يوسف لعدم الخروج ، فلا يتحقق الدخول فتح أى لأن ما دون ملء الفم ليس فى حكم الخارج كما مر (قوله ففيه روايتان) أى وعن أبى يوسف وعند محمد لا يتأتى التفريع لما مر .

[تنبيه] لو استقاء مرارا فى مجلس ملء فمه أفطر لا إن كان فى مجالس أو غدوة ثم نصف النهار ثم عشية كذا فى الخزانة ، وتقدم فى الطهارة أن محمدا يعتبر اتحاد السبب لا المجلس لكن لا يتأتى هذا على قوله هنا خلافا لما فى البحر لأنه يفطر عنده بما دون ملء الفم فما فى الخزانة على قول أبى يوسف أفاده فى النهر (قوله وهذا كله) أى التفصيل المتقدم ط (قوله أو مرة) بالكسر والتشديد وهى الصفراء أحد الطبائع الأربع كما مر فى الطهارة (قوله أو دم) الظاهر أن المراد به الجامد ، وإلا فما الفرق بينه(١) وبين الخارج من الأسنان إذا بلعه حيث يفطر لو غلب على البزاق أو ساواه أو وجد طعمه كما مر أول الباب (قوله فإن كان بلغما) أى صاعدا من الجوف ، أما إذا كان نازلا من الرأس ، فلا خلاف فى عدم إفساده الصوم كالاخلاف فى عدم نقضه الطهارة كذا فى الشرنبلالية ومقتضى إطلاقه أنه لا ينقض سواء كان ملء الفم أو دونه ، وسواء عاد أو أعاده أولا ولا والله أعلم بصحة هذا الإطلاق وبصحة قياسه على الطهارة فليراجع ح (قوله مطلقا) أى سواء قاء واستقاء وسواء كان ملء الفم أو دونه وسواء عاد أو أعاده أولا ولا وفى هذا الإطلاق أيضا تأمل ح (قوله خلافا للثانى) فإنه قال إن استقاء ملء الفم فسد ح (قوله واستحسنه الكمال) حيث قال وقول أبى يوسف هنا أحسن ، وقولهما بعدم النقض به أحسن لأن الفطر إنما نيط بما يدخل أو بالقىء عمدا من غير نظر إلى طهارة ونجاسة ، فلا فرق بين البلغم وغيره ، بخلاف نقض الطهارة اهـ وأقره فى البحر والنهر والشرنبلالية وهو مراد الشارح بقوله : وغيره فإنهم لما أقروه فقد استحسنوه ، وقول ابن الهمام لأن الفطر إنما نيط بما يدخل أو بالقىء عمدا الخ يؤيد النظر الذى قدمناه فى إطلاق الشرنبلالية وإطلاق الشارح فليتأمل بعد الإحاطة بتعليل الهداية ح (قوله إن مثل حمصة) هذا ما اختاره الصدر الشهيد واختار الدبوسى تقديره بما يمكن أن يبتلعه من غير استعانة بريق ، واستحسنه الكمال لأن المانع من الإفطار ما لا يسهل الاحتراز عنه وذلك فيما يجرى بنفسه مع الريق لا فيما يتعمد فى إدخاله اهـ (قوله لأن النفس تعافه) فهو كاللقمة المخرجة ، وقدمنا عن الكمال أن التحقيق تقييد ذلك بكونه ممن يعاف ذلك (قوله إلا إذا مضغ الخ) لأنها تلتصق بأسنانه فلا يصل إلى جوفه شىء ويصير تابعا لريقه معراج (قوله كما مر) أى عند قوله أو خرج دم بين أسنانه

---

(١) (قوله وإلا فما الفرق بينه الخ) قد فرق شيخنا بينهما بما تقدم فى نواقض الوضوء من أن الخارج من الأسنان دم حقيقة والصاعد من الجوف ليس بدم فى الحقيقة بل فى الصورة فقط فى الحقيقة هو سوداء محترقة فله حكم قىء الطعام والله أعلم اهـ

وهو الأصل فى كل قليل مضغه (وكره) له (ذوق شيء و) كذا (مضغه بلا عذر) قيد فيهما قاله العينى ككون زوجها أو سيدها سيء الخلق فذاقت.

وفى كراهة الذوق عند الشراء قولان، ووفق فى النهر بأنه إن وجد بدا، ولم يخف غبنا كره وإلا لا وهذا فى الفرض لا النفل كذا قالوا وفيه كلام لحرمة الفطر فيه بلا عذر على المذهب فتبقى الكراهة (و) كره (مضغ علك) أبيض ممضوغ ملتئم، وإلا فيفطر،

(قوله وهو) أى وجود الطعم فى الحلق (قوله فى كل قليل) فى بعض النسخ فى كل شيء والأولى أولى وهى الموافقة لعبارة الكمال.

مطلب فيما يكره للصائم

(قوله وكره الخ) الظاهر أن الكراهة فى هذه الأشياء تنزيهية رملى (قوله قاله العينى) وتبعه فى النهر وقال وجعله الزيلعى قيدا فى الثانى فقط والأول أولى اه (قوله ككون زوجها الخ) بيان للعذر فى الأول قال فى النهر ومن العذر فى الثانى أن لا نجد من يمضغ لصبيها من حائض أو نفساء أو غيرهما ممن لا يصوم ولم تجد طبيخا (قوله ووفق فى النهر) عبارته: وينبغى حمل الأول أى القول بالكراهة على ما إذا وجد بدا والثانى على ما إذا لم يجده وقد خشى الغبن اه فقد قيد الكراهة بأن يجد بدا من شرائه أى سواء خاف الغبن أولا، فقول الشارح: ولم يخف غبنا مخالف لما فى النهر وقوله: وإلا لا أى وإن لم يجد بدا وخاف غبنا لا يكره موافق للنهر فافهم ومفهومه. أنه إذا لم يجد بدا ولم يخف غبنا يكره وهو ظاهر (قوله وهذا) أى الحكم بكراهة الذوق أو المضغ بلا عذر ط (قوله لا النفل) لأنه يباح فيه الفطر بالعذر اتفاقاً وبلا عذر فى رواية الحسن، والثانى فالذوق أولى بعدم الكراهة لأنه ليس بافطار، بل يحتمل أن يصير إياه فتح وغيره (قوله وفيه كلام) أى لصاحب البحر.

وحاصله: أن الكلام على ظاهر الرواية من عدم حل الفطر عند عدم العذر، فما كان تعريضا له للفطر يكره إما على تلك الرواية فسلم وسيأتى أنها شاذة اه وأجاب فى النهر بأنه يمكن أن يقال إنما لم يكره فى النفل وكره فى الفرض إظهارا لتفاوت الرتبتين اه وأجاب الرملى أيضا بأنه إنما يكره فى الفرض لقوته فيجب حفظه وعدم تعريضه للفساد فكره فيه لما يخشى منه الإفضاء إليه ولم يكره فى النفل وإن لم تخل حقيقة الفطر فيه لأنه فى أصله محض تطوع، والمتطوع أمير نفسه ابتداء فهبطت مرتبته عن الفرض بعدم كراهة فعل ربما أفضى إلى الفطر من غير غلبة ظن فيه قال وهذا أولى مما فى النهر لأن هذا يبطل العلة(١) المذكورة لهم فتأمل اه (قوله وكره مضغ علك) نص عليه مع دخوله فى قوله وكره ذوق شيء ومضغه بلا عذر لأن العذر فيه لا يتضح، فذكر مطلقا بلا عذر اهتماما رملى.

قلت: ولأن العادة مضغه خصوصا للنساء لأنه سواكهن كما يأتى فكان مظنة عدم الكراهة فى الصيام لتوهم أن ذلك عذر (قوله أبيض الخ) قيده بذلك لأن الأسود وغير الممضوغ وغير الملتئم، يصل منه شيء إلى الجوف، وأطلق محمد المسألة وحملها الكمال تبعا للمتأخرين على ذلك قال للقطع بأنه معلل بعدم الوصول، فإن كان مما يصل

---

(١) (قوله لأن هذا يبطل العلة الخ) أى التى بنوا الاعتراض عليها وهى ماذكرها المحشى بقوله لأن النفل يباح الفطر فيه بعذر اتفاقا وبلا عذر فى رواية الحسن ووجه الابطال أنه ذكر تعليلا لا يرد عليه الاعتراض فكأنه قال ليست العلة هى ما ذكرتم حتى يرد ما قلتم بل العلة كذا الخ اه.

وكره للمفطرين إلا فى الخلوة بعذر وقيل يباح ويستحب للنساء لأنه سواكهن فتح (و) كره (قبلة) ومس ومعانقة ومباشرة فاحشة (إن لم يأمن) المفسد وإن أمن لابأس (لا) يكره (دهن شارب و) لا (كحل) إذا لم يقصد الزينة أو تطويل اللحية إذا كانت بقدر المسنون وهو القبضة ، وصرح فى النهاية بوجوب قطع مازاد على القبضة بالضم ، ومقتضاه الإثم بتركه

عادة حكم بالفساد لأنه كالمتيقن (قوله وكره للمفطرين) لأن الدليل أعنى التشبه بالنساء ، يقتضى الكراهة فى حقهم خاليا عن المعارض فتح وظاهره أنها تحريمية ط (قوله إلا فى الخلوة بعذر) كذا فى المعراج عن البزدوى والمحبوبى (قوله وقيل يباح) هو قول فخر الإسلام حيث قال وفى كلام محمد إشارة إلى أنه لايكره لغير الصائم ، ولكن يستحب للرجال تركه إلا لعذر مثل أن يكون فى فمه بخر اه (قوله لأنه سواكهن) لأن بنيتهن ضعيفة قد لاتحتمل السواك فيخشى على اللثة والسن منه فتح (قوله وكره قبله الخ) جزم فى السراج بأن القبلة الفاحشة بأن يمضغ شفتيها تكره على الإطلاق أى سواء أمن أولا قال فى النهر : والمعانقة على التفصيل فى المشهور ، وكذا المباشرة الفاحشة فى ظاهر الرواية وعن محمد كراهتها مطلقا وهو رواية الحسن قيل وهو الصحيح اه .

واختار الكراهة فى الفتح وجزم بها فى الولوالجية بلا ذكر خلاف وهى أن يعانقها وهما متجردان ويمس فرجه فرجها بل قال فى الذخيرة إن هذا مكروه بلا خلاف لأنه يفضى إلى الجماع غالبا اه . وبه علم أن رواية محمد بيان لكون مافى ظاهر الرواية من كراهة المباشرة ليس على إطلاقه ، بل هو محمول على غير الفاحشة ولذا قال فى الهداية والمباشرة مثل التقبيل فى ظاهر الرواية ، وعن محمد أنه كره المباشرة الفاحشة اه وبه ظهر أن مامر عن النهر من إجراء الخلاف فى الفاحشة ليس مما ينبغى ، ثم رأيت فى التتارخانية عن المحيط : التصريح بما ذكرنه من التوفيق بين الروايتين وأنه لافرق بينهما ولله الحمد (قوله إن لم يأمن المفسد) أى الإنزال أو الجماع إمداد (قوله وإن أمن لابأس) ظاهره أن الأولى عدمها لكن قال فى الفتح وفى الصحيحين « أنه عليه الصلاة والسلام كان يقبل ويباشر وهو صائم » وروى أبو داود باسناد جيد عن أبى هريرة « أنه عليه الصلاة والسلام سأله رجل عن المباشرة للصائم فرخص له وأتاه آخر فنهاه » فإذا الذى رخص له شيخ والذى نهاه شاب اه (قوله لادهن شارب وكحل) بفتح الفاء مصدرين وبضمها اسمين ، وعلى الثانى فالمعنى : لايكره استعمالهما إلا أن الرواية هو الأول وتمامه فى النهر وذكر فى الإمداد أول الباب أنه يؤخذ من هذا أنه لايكره للصائم شم رائحة المسك والورد ونحوه مما لايكون جوهرا متصلا كالدخان فإنهم قالوا لايكره الاكتحال بحال ، وهو شامل للمطيب وغيره ، ولم يخصوه بنوع منه وكذا دهن الشارب اه :

مطلب فى الفرق بين قصد الجمال وقصد الزينة

(قوله إذا لم يقصد الزينة) اعلم أنه لاتلازم بين قصد الجمال وقصد الزينة فالقصد الأول لدفع الشين وإقامة مابه الوقار وإظهار النعمة شكرا لافخرا ، وهو أثر أدب النفس وشهامتها ، والثانى أثر ضعفها وقالوا بالخضاب وردت السنة ولم يكن لقصد الزينة ثم بعد ذلك إن حصلت زينة فقد حصلت فى ضمن قصد مطلوب فلا يضره إذا لم يكن ملتفتا إليه فتح ، ولهذا قال فى الولوالجية لبس الثياب الجميلة مباح إذا كان لايتكبر لأن التكبر حرام ، وتفسيره أن يكون معها كما كان قبلها اه بحر (قوله أو تطويل اللحية) أى بالدهن (قوله وصرح فى النهاية الخ) حيث قال وما وراء ذلك يجب قطعه هكذا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان يأخذ من اللحية من طولها

لا أن يحمل الوجوب على الثبوت ، وأما الأخذ منها وهي دون ذلك كما يفعله بعض المغاربة ، ومخنثة الرجال فلم يبحه أحد ، وأخذ كلها فعل يهود الهند ومجوس الأعاجم فتح وحديث التوسعة على العيال يوم عاشوراء

وعرضها » أورده أبو عيسى يعني الترمذي في جامعه اه ومثله في المعراج وقد نقله عنها في الفتح وأقره قال في النهر : وسمعت من بعض أعزاء الموالي أن قول النهاية يحب بالحاء المهملة ولا بأس به اه قال الشيخ إسمعيل ، ولكنه خلاف الظاهر واستعمالهم في مثله يستحب (قوله إلا أن يحمل الوجوب على الثبوت) يؤيده أن ما استدل به صاحب النهاية لا يدل على الوجوب لما صرح به في البحر وغيره إن كان بفعل لا يقتضي التكرار والدوام ، ولذا حذف الزيلعي لفظ يجب وقال وما زاد يقص وفي شرح الشيخ إسمعيل لا بأس بأن يقبض على لحيته ، فإذا زاد على قبضته شيء جزه كما في المنية ، وهو سنة كما في المبتغى وفي المجتبى والينابيع وغيرهما لا بأس بأخذ أطراف اللحية إذا طالت ولا بنتف الشيب إلا على وجه التزيين ولا بالأخذ من حاجبه وشعر وجهه مالم يشبه فعل المخنثين ولا يحلق شعر حلقه وعن أبي يوسف لا بأس به اه .

مطلب في الأخذ من اللحية

(قوله وأما الأخذ منها الخ) بهذا وفق في الفتح بين مامر وبين ما في الصحيحين عن ابن عمر عنه صلى الله عليه وسلم « أحفوا الشوارب واعفوا اللحية » قال لأنه صح عن ابن عمر راوي هذا الحديث أنه كان يأخذ الفاضل عن القبضة ، فإن لم يحمل على النسخ كما هو أصلنا في عمل الراوي على خلاف مرويه مع أنه روى عن غير الراوي وعن النبي صلى الله عليه وسلم يحمل الإعفاء على إعفائها عن أن يأخذ غالبها أو كلها كما هو فعل مجوس الأعاجم من حلق لحاهم ، ويؤيده ما في مسلم عن أبي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم « جزوا الشوارب واعفوا اللحى خالفوا المجوس » فهذه الجملة واقعة موقع التعليل ، وأما الأخذ منها وهي دون ذلك كما يفعله بعض المغاربة ، ومخنثة الرجال فلم يبحه أحد اه ملخصا .

مطلب في حديث التوسعة على العيال والاكتحال يوم عاشوراء

(قوله وحديث التوسعة الخ) وهو « من وسع على عياله يوم عاشوراء وسع الله عليه السنة كلها » قال جابر : جربته أربعين عاما فلم يتخلف ط وحديث الاكتحال هو ما رواه البيهقي وضعفه « من اكتحل بالإثمد يوم عاشوراء لم ير رمدا أبدا » ورواه ابن الجوزي في الموضوعات « من اكتحل يوم عاشوراء لم ترمد عينه تلك السنة » فتح .

قلت : ومناسبة ذكر هذا هنا أن صاحب الهداية استدل على عدم كراهة الإكتحال للصائم بأنه عليه الصلاة والسلام قد ندب إليه يوم عاشوراء وإلى الصوم فيه . قال في النهر : وتعقبه ابن العز بأنه لم يصح عنه صلى الله عليه وسلم في يوم عاشوراء غير صومه وإنما الروافض لما ابتدعوا إقامة المأتم وإظهار الحزن يوم عاشوراء لكون الحسين قتل فيه ابتدع جهلة أهل السنة إظهار السرور واتخاذ الحبوب والأطعمة والإكتحال ، ورووا أحاديث موضوعة في الإكتحال وفي التوسعة فيه على العيال اه وهو مردود بأن أحاديث الإكتحال فيه ضعيفة لا موضوعة كيف وقد خرجها في الفتح ثم قال : فهذه عدة طرق إن لم يحتج بواحد منها ، فالمجموع يحتج به لتعدد الطرق ، وأما حديث التوسعة فرواه الثقاة وقد أفرده ابن القراف في جزء خرجه فيه اه ما في النهر ، وهو مأخوذ من الحواشي السعدية

صحيح وحديث الاكتحال فيه ضعيفة لا موضوعة كما زعمه ابن عبد العزيز (و) لا (سواك ولو عشيا) أو رطبا بالماء على المذهب ، وكرهه الشافعي بعد الزوال وكذا لاتكره حجامة وتلفف بثوب مبتل ومضمضة أو استنشاق أو اغتسال للتبرد عند الثاني وبه يفتى شرنبلالية عن البرهان .

ويستحب السحور وتأخيره وتعجيل الفطر

لكنه زاد عليها ماذكره فى أحاديث الإكتحال وما ذكره عن الفتح وفيه نظر فإنه فى الفتح ذكر أحاديث الإكتحال للصائم من طرق متعددة بعضها مقيد بعاشوراء ، وهو ماقدمناه عنه ، وبعضها مطلق فمراده الاحتجاج بمجموع أحاديث الاكتحال للصائم ، ولا يلزم منه الاحتجاج بحديث الاكتحال يوم عاشوراء ، كيف وقد جزم بوضعه الحافظ السخاوى فى المقاصد الحسنة ، وتبعه غيره منهم منلا على القارى فى كتاب الموضوعات ، ونقل السيوطى فى الدرر المنتثرة عن الحاكم أنه منكر ، وقال الجراحي فى كشف الخفاء ومزيل الإلباس قال الحاكم أيضا الإكتحال يوم عاشوراء لم يرد عن النبي صلى الله عليه وسلم فيه أثر ، وهو بدعة ، نعم حديث التوسعة ثابت صحيح كما قال الحافظ السيوطى فى الدرر (قوله كما زعمه ابن عبد العزيز) الذى فى النهر والحواشي السعدية ابن العز .

قلت : وهو صاحب النكت على مشكلات الهداية كما ذكره فى السعدية فى غير هذا المحل (قوله ولا سواك) بل يسن للصائم كغيره صرح به فى النهاية لعموم قوله صلى الله عليه وسلم « لولا أن أشق على أمتى لأمرتهم بالسواك عند كل وضوء وعند كل صلاة » لتناوله الظهر والعصر والمغرب ، وقد تقدم أحكامه فى الطهارة بحر (قوله ولو عشيا) أى بعد الزوال (قوله على المذهب) وكره الثانى المبلول بالماء لما فيه من إدخاله فمه من غير ضرورة ورد بأنه ليس بأقوى من المضمضة أما الرطب الأخضر فلا بأس به اتفاقا كذا فى الخلاصة نهر (قوله وكذا لاتكره حجامة) أى الحجامة التى لا تضعفه عن الصوم ، وينبغى له أن يؤخرها إلى وقت الغروب والفصد كالحجامة وذكر شيخ الإسلام أن شرط الكراهة ضعف يحتاج فيه إلى الفطر كما فى التاترخانية إمداد ، وقال قبله : وكره له فعل ماظن أنه يضعفه عن الصوم كالفصد والحجامة والعمل الشاق لما فيه من تعريضه للإفساد اهـ .

قلت : ويلحق به إطالة المكث فى الحمام فى الصيف كما هو ظاهر (قوله ومضمضة أو استنشاق) أى لغير وضوء أو اغتسال نور الإيضاح (قوله للتبرد) راجع لقوله وتلفف وما بعده (قوله وبه يفتى) لأن النبى صلى الله عليه وسلم صب على رأسه الماء ، وهو صائم من العطش أو من الحر رواه أبو داود وكان ابن عمر رضى الله عنهما يبل الثوب ويلفه عليه وهو صائم ولأن هذه الأشياء فيها عون على العبادة ودفع الضجر الطبيعى وكرهها أبو حنيفة لما فيها من إظهار الضجر فى العبادة ؛ كما فى البرهان إمداد (قوله ويستحب السحور) لما رواه الجماعة إلا أبا داود عن أنس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « تسحروا فإن فى السحور بركة » قيل المراد بالبركة : حصول التقوّى على صوم الغد أو زيادة الثواب وقوله فى النهاية : إنه على حذف مضاف أى فى أكل السحور مبنى على ضبطه بالضم جمع سحر والأعرف فى الرواية الفتح وهو اسم للمأكول فى السحر وهو السدس الأخير من الليل كالوضوء بالفتح مايتوضأ به ، وقيل يتعين الضم لأن البركة ونيل الثواب إنما يحصل بالفعل لا بنفس المأكول فتح ملخصا قال فى البحر : ولم أر صريحا فى كلامهم أنه يحصل السنة بالماء وحده : وظاهر الحديث يفيده ، وهو مارواه أحمد : السحور كله بركة فلا تدعوه ولو أن يجرع أحدكم جرعة من ماء فإن الله وملائكته يصلون على المتسحرين (قوله وتأخيره) لأن معنى الاستعانة فيه أبلغ بدائع ومحل الاستحباب ما إذا لم يشك فى بقاء الليل ، فإن شك كره الأكل فى الصحيح كما فى البدائع أيضا (قوله وتعجيل الفطر) أى إلا فى يوم غيم ،

لحديث « ثلاث من أخلاق المرسلين : تعجيل الإفطار ، وتأخير السحور ، والسواك » :

[فروع] لايجوز أن يعمل عملا يصل به إلى الضعف فيخبز نصف النهار ويستريح الباقى ، فإن قال لايكفينى كذب بأقصر أيام الشتاء ، فإن أجهد الحر نفسه بالعمل حتى مرض فأفطر ففى كفارته قولان قنية وفى البزازية : لو صام عجز عن القيام صام وصلى قاعدا جمعا بين العبادتين .

ولا يفطر مالم يغلب على ظنه غروب الشمس وإن أذن المؤذن بحر عن البزازية وفيه عن شرح الجامع لقاضيخان التعجيل المستحب قبل اشتباك النجوم .

[تنبيه] قال فى الفيض : ومن كان على مكان مرتفع كنارة اسكندرية لايفطر مالم تغرب الشمس عنده ولأهل البلدة الفطر إن غربت عندهم قبله وكذا العبرة فى الطلوع فى حق صلاة الفجر أو السحور (قوله لحديث الخ) كذا أورد الحديث فى الهداية ، قال فى الفتح وهو على هذا الوجه الله أعلم به :

والذى فى معجم الطبرانى « ثلاث من أخلاق المرسلين : تعجيل الإفطار ، وتأخير السحور ، ووضع اليمين على الشمال فى الصلاة » اه واستشكل بأنه كيف يكون من أخلاق المرسلين ولم يكن فى ملتهم حل أكل السحور . وأجيب بمنع أنه لم يكن فى ملتهم وإن لم نعلمه ولو سلم فلا يلزم اجتماع الخصال الثلاث فيهم اه من المعراج ملخصا (قوله لايجوز الخ) عزاه فى البحر إلى القنية . وقال فى التاترخانية : وفى الفتاوى سئل على بن أحمد عن المحترف إذا كان يعلم أنه لو اشتغل بحرفته يلحقه مرض يبيح الفطر ، وهو محتاج للنفقة هل يباح له الأكل قبل أن يمرض فنع من ذلك أشد المنع وهكذا حكاه عن أستاذه الوبرى . وفيها سألت أبا حامد عن خباز يضعف فى آخر النهار هل له أن يعمل هذا العمل ؟ قال : لا ولكن يخبز نصف النهار ويستريح فى الباقى فإن قال لايكفيه كذب بأيام الشتاء فإنها أقصر فما يفعله اليوم اه ملخصا . وقال الرملى : وفى جامع الفتاوى ولو ضعف عن الصوم لاشتغاله بالمعيشة فله أن يفطر ويطعم لكل يوم نصف صاع اه أى إذا لم يدرك عدة من أيام أخر يمكنه الصوم فيها وإلا وجب عليه القضاء ، وعلى هذا الحصاد إذا لم يقدر عليه مع الصوم ويهلك الزرع بالتأخير لاشك فى جواز الفطر والقضاء وكذا الخباز ، وقوله كذب الخ فيه نظر ، فإن طول النهار وقصره لادخل له فى الكفاية ، فقد يظهر صدقه فى قوله لايكفينى فيفوض إليه حملا لحاله على الصلاح تأمل اه كلام الرملى : أى لأن الحاجة تختلف صيفا وشتاء وغلاء ورخصا وقلة عيال وضدها ، ولكن مانقله عن جامع الفتاوى صوره فى نور الإيضاح وغيره بمن نذر صوم الأبد ، ويؤيده إطلاق قوله يفطر ويطعم وكلامنا فى صوم رمضان . والذى ينبغى فى مسألة المحترف حيث كان الظاهر أن ما مر من تفقهات المشايخ لا من منقول المذهب أن يقال إذا كان عنده مايكفيه وعياله لايحل له الفطر لأنه يحرم عليه السؤال من الناس فالفطر أولى وإلا فله العمل بقدر مايكفيه ، ولو أداه إلى الفطر يحل له إذا لم يمكنه العمل فى غير ذلك مما لايؤديه إلى الفطر ، وكذا لو خاف هلاك زرعه أو سرقته ولم يجد من يعمل له بأجرة المثل ، وهو يقدر عليها لأن له قطع الصلاة لأقل من ذلك لكن لو كان آجر نفسه فى العمل مدة معلومة فجاء رمضان فالظاهر أن له الفطر وإن كان عنده مايكفيه إذا لم يرض المستأجر بفسخ الإجارة كما فى الظئر ، فإنه يجب عليها الإرضاع بالعقد ، ويحل لها الإفطار إذا خافت على الولد فيكون خوفه على نفسه أولى تأمل هذا ماظهر لى والله تعالى أعلم (قوله فإن أجهد الحر الخ) قال فى الوهبانية :

فإن أجهد الإنسان بالشغل نفسه   فأفطر فى التكفير قولين سطروا

قال الشرنبلالى صورته : صائم أتعب نفسه فى عمل حتى أجهده العطش فأفطر لزمته الكفارة ، وقيل لا وبه

فصل فى العوارض المبيحة لعدم الصوم

وقد ذكر المصنف منها خمسة وبقى الإكراه وخوف هلاك أو نقصان عقل ولو بعطش أو جوع شديد ولسعة حية (لمسافر) سفرا شرعيا

أفتى البقالى ، وهذا بخلاف الأمة إذا أجهدت نفسها لأنها معذورة تحت قهر المولى ، ولها أن تمتنع من ذلك وكذا العبد اهـ ح وظاهره ، وهو الذى فى الشرنبلالية عن المنتقى ترجيح وجوب الكفارة ط .

قلت : مقتضى قوله ولها أن تمتنع لزوم الكفارة عليها أيضا لو فعلت مختارة فيكون ماقبله محمولا على ما إذا كان بغير اختيارها بدليل التعليل ، والله أعلم .

فصل فى العوارض

جمع عارض ، والمراد به هنا مايحدث للإنسان مما يبيح له عدم الصوم كما يشير إليه كلام الشارح (قوله المبيحة لعدم الصوم) عدل عن قول البدائع المسقطة للصوم لما أورد عليه فى النهر(١) من أنه لايشمل السفر فإنه لايبيح الفطر وإنما يبيح عدم الشروع فى الصوم وكذا إباحة الفطر(٢) لعروض الكبر فى الصوم فيه مالا يخفى (قوله خمسة) هى السفر والحبل والإرضاع والمرض والكبر وهى تسع نظمتها بقولى :

وعوارض الصوم التى قد يغتفر ... للمرء فيها الفطر تسع تستطر
حبل وإرضاع وإكراه سفر ... مرض جهاد جوعه عطش كبر

(قوله وبقى الإكراه) ذكر فى كتاب الإكراه أنه لو أكره على أكل ميتة أو دم أو لحم خنزير أو شرب خمر بغير ملجىء كحبس أو ضرب أو قيد لم يحل ، وإن بماجىء كقتل أو قطع عضو أو ضرب مبرح حل فإن صبر فقتل أثم وإن أكره على الكفر بملجىء رخص له إظهاره وقلبه مطمئن بالإيمان ويؤجر لو صبر ومثله سائر حقوقه تعالى كإفساد صوم وصلاة وقتل صيد حرم أو فى إحرام وكل ماثبتت فرضيته بالكتاب اهـ وإنما أثم لو صبر فى الأول لأن تلك الأشياء مستثناة عن الحرمة فى حال الضرورة ، والاستثناء عن الحرمة حل بخلاف إجراء كلمة الكفر فإن حرمته لم ترتفع وإنما رخص فيه لسقوط الإثم فقط ، ولهذا نقل هنا فى البحر عن البدائع الفرق بين ما إذا كان المكره على الفطر مريضا أو مسافرا وبين ما إذا كان صحيحا مقيما بأنه لو امتنع حتى قتل أثم فى الأول دون الثانى (قوله وخوف هلاك الخ) كالأمة إذا ضعفت عن العمل وخشيت الهلاك بالصوم ، وكذا الذى ذهب به متوكل السلطان إلى العمارة فى الأيام الحارة والعمل حثيث إذا خشى الهلاك أو نقصان العقل وفى الخلاصة : الغازى إذا كان يعلم يقينا أنه يقاتل العدو فى رمضان ويخاف الضعف إن لم يفطر أفطر نهر (قوله ولسعة حية) عطف على العطش المتعلق بقوله وخوف هلاك ح أى فله شرب دواء ينفعه (قوله لمسافر) خبر عن قوله الآتى الفطر وأشار باللام إلى أنه مخير(٣) ولكن الصوم أفضل إن لم يضره كما سيأتى (قوله سفرا شرعيا) أى مقدرا فى الشرع

---

(١) (قوله لما أورد عليه فى النهر الخ) وجه الإيراد أن التعبير بالمسقط يقتضى سبق التلبس بالصوم ، والمسافر إذا تلبس بالصوم لا يباح له الفطر وإنما يباح له عدم الشروع فيه ابتداء اهـ .

(٢) (قوله وكذا إباحة الفطر الخ) أى فإن الشيخ الفانى إنما يباح له ترك الشروع ابتداء لا إفساده بعد الشروع فيه اهـ .

(٣) (قوله وأشار باللام إلى أنه مخير الخ) فيه أن الأداة تتسلط على المعطوف كما تتسلط على المعطوف عليه ، ويكون الحكم المستفاد من الأداة ثابتا لكل منهما فالتخيير فى الصوم والإفطار على هذا يكون ثابتا فى الحامل والمرضع ، وليس كذلك فإن المرضع والحامل إذا خافتا على نفسهما وولدهما يجب عليهما الإفطار ، ويمكن أن يحمل ثبوت التخيير لهما فى حالة توهم الهلاك ، لكن سيأتى أن المعتبر فى إباحة الفطر إنما هو غلبة الظن اهـ .

ولو بمعصية (أو حامل أو مرضع) أما كانت أو ظئرا على الظاهر (خافت بغلبة الظن على نفسها أو ولدها) وقيده البهنسى تبعا لابن الكمال بما إذا تعينت للارضاع (أو مريض خاف الزيادة) لمرضه وصحيح خاف المرض ، وخادمة خافت الضعف بغلبة الظن بأمارة أو تجربة أو بإخبار طبيب حاذق مسلم مستور وأفاد فى النهر تبعا للبحر جواز التطبيب بالكافر فيما ليس فيه إبطال عبادة .

لقصر الصلاة ونحوه وهو ثلاثة أيام ولياليها ، وليس المراد كون السفر مشروعا بأصله ووصفه بقرينة مابعده (قوله ولو بمعصية) لأن القبح المجاور لايعدم المشروعية كما قدمه الشارح فى صلاة المسافر ط (قوله أو حامل) هى المرأة التى فى بطنها حمل بفتح الحاء أى ولد ، والحاملة التى على ظهرها أو رأسها حمل بكسر الحاء نهر (قوله أومرضع) هى التى شأنها الإرضاع وإن لم تباشره ، والمرضعة هى التى فى حال الإرضاع ملقمة ثديها الصبى نهر عن الكشاف (قوله أما كانت أو ظئرا) أما الظئر فلأن الإرضاع واجب عليها بالعقد ، وأما الأم فلوجوبه ديانة مطلقا وقضاء إذا كان الأب معسرا أو كان الولد لايرضع من غيرها ، وبهذا اندفع مافى الذخيرة ، من أن المراد بالمرضع الظئر لا الأم فإن الأب يستأجر غيرها بحر ونحوه فى الفتح . وقد رد الزيلعى أيضا مافى الذخيرة بقول القدورى وغيره إذا خافتا على نفسهما أو ولدهما إذ لاولد للمستأجرة وما قيل إنه ولدها من الرضاع رده فى النهر بأنه يتم أن لو أرضعته والحكم أعم من ذلك فإنها بمجرد العقد لو خافت عليه جاز لها الفطر اهـ . وأفاد أبو السعود أنه يحل لها الإفطار ولو كان العقد فى رمضان كما فى البرجندى خلافا لما فى صدر الشريعة من تقييد حله بما إذا صدر العقد قبل رمضان اهـ (قوله على الظاهر) أى ظاهر الرواية ط (قوله بغلبة الظن) يأتى بيانه قريبا (قوله أو ولدها) المتبادر منه كما عرفته أن المراد بالمرضع الأم لأنه ولدها حقيقة والإرضاع واجب عليها ديانة كما فى الفتح أى عند عدم تعينها وإلا وجب قضاء أيضا كما مر ، وعليه فيكون شموله للظئر بطريق الإلحاق لوجوبه عليها أيضا بالعقد (قوله وقيده البهنسى الخ) هذا مبنى على مامر عن الذخيرة لأن حاصله أن المراد بالمرضع الظئر لوجوبه عليها ومثلها الأم إذا تعينت بأن لم يأخذ ثدى غيرها أو كان الأب معسرا لأنه حينئذ واجب عليها وقد علمت أن ظاهر الرواية خلافه وأنه يجب عليها ديانة وإن لم تتعين تأمل (قوله خاف الزيادة) أو إبطاء البرء أو فساد عضو بحر أو وجع العين أو جراحة أو صداعا أو غيره ، ومثله ما إذا كان يمرض المرضى قهستانى ط أى بأن يعولهم ويلزم من صومه ضياعهم وهلاكهم لضعفه عن القيام بهم إذا صام (قوله وصحيح خاف المرض) أى بغلبة الظن كما يأتى ، فما فى شرح المجمع من أنه لايفطر محمول على أن المراد بالخوف مجرد الوهم كما فى البحر والشرنبلالية (قوله وخادمة) فى القهستانى عن الخزانة مانصه إن الحر الخادم أو العبد أو الذاهب لسد النهر أو كريه إذا اشتد الحر وخاف الهلاك فله الإفطار كحرة أو أمة ضعفت للطبخ أو غسل الثوب اهـ ط (قوله بغلبة الظن) تنازعه خاف الذى فى المتن وخاف وخافت اللتان فى الشرح ط (قوله بأمارة) أى علامة (قوله أو تجربة) ولو كانت من غير المريض عند اتحاد المرض ط عن أبى السعود (قوله حاذق) أى له معرفة تامة فى الطب ، فلا يجوز تقليد من له أدنى معرفة فيه ط (قوله مسلم) أما الكافر فلا يعتمد على قوله لاحتمال أن غرضه إفساد العبادة كمسلم شرع فى الصلاة بالتيمم فوعده باعطاء الماء فإنه لايقطع الصلاة لما قلنا بحر (قوله مستور) وقيل عدالته شرط وجزم به الزيلعى وظاهر مافى البحر والنهر ضعفه ط .

قلت : وإذا أخذ بقول طبيب ليس فيه هذه الشروط وأفطر فالظاهر لزوم الكفارة كما لو أفطر بدون أمارة ولا تجربة لعدم غلبة الظن والناس عنه غافلون (قوله وأفاد فى النهر) أخذا من تعليل المسألة السابقة باحتمال أن

قلت : وفيه كلام لأن عندهم نصح المسلم كفر فأنى يتطبب بهم ، وفى البحر عن الظهيرية للأمة أن تمتنع من امتثال أمر المولى إذا كان يعجزها عن إقامة الفرائض لأنها مبقاة على أصل الحرية فى الفرائض (الفطر) يوم العذر إلا السفر كما سيجىء (وقضوا) لزوما (ماقدروا بلا فدية و) بلا (ولاء) لأنه على التراخى ولذا جاز التطوع قبله بخلاف قضاء الصلاة (و) لو جاء رمضان الثانى (قدم الأداء على القضاء) ولا فدية لما مر خلافا للشافعى (ويندب لمسافر الصوم) لآية — وأن تصوموا — والخير بمعنى البر لا أفعل تفضيل (إن لم يضره) فإن شق عليه أو على رفيقه فالفطر أفضل لموافقته الجماعة (فإن ماتوا فيه)

يكون غرض الكافر إفساد العبادة . وعبارة البحر وفيه إشارة إلى أن المريض يجوز له أن يستطب بالكافر فيما عدا إبطال العبادة ط (قوله فأنى) أى فكيف يتطبب بهم وهو استفهام بمعنى النفى قال ح : أيد ذلك شيخنا بما نقله عن الدر المنثور للعلامة السيوطى من قوله صلى الله عليه وسلم « ماخلا كافر بمسلم إلا عزم على قتله » (قوله للأمة أن تمتنع) أى لايجب عليها امتثال أمره فى ذلك كما لو ضاق وقت الصلاة فتقدم طاعة الله تعالى ، ومقتضى ذلك أنها لو أطاعته حتى أفطرت لزمتها الكفارة ويفيده ماذكره الشارح من التعليل وقدمنا نحوه قبيل الفصل (قوله إلا السفر) استثناء من عموم العذر ، فإن السفر لايبيح الفطر بوم العذر (قوله كما سيجىء) أى فى قول المتن يجب على مقيم إتمام يوم منه سافر فيه ح (قوله وقضوا) أى من تقدم حتى الحامل والمرضع . وغلب الذكور فأتى بضميرهم ط (قوله بلا فدية) أشار إلى خلاف الإمام الشافعى رحمه الله تعالى حيث قال : بوجوب القضاء والفدية لكل يوم مد حنطة كما فى البدائع (قوله وبلا ولاء) بكسر الواو أى موالاة بمعنى المتابعة لإطلاق قوله تعالى : — فعدة من أيام أخر — ولا خلاف فى وجوب التتابع فى أداء رمضان كما لاخلاف فى ندب التتابع فيما لم يشترط فيه وتمامه فى النهر (قوله لأنه) أى قضاء الصوم المفهوم من قضوا وهذا علة لما فهم من قوله وبلا ولاء من عدم وجوب الفور (قوله جاز التطوع قبله) ولو كان الوجوب على الفور لكره لأنه يكون تأخيرا للواجب عن وقته المضيق بحر (قوله بخلاف قضاء الصلاة) أى فإنه على الفور لقوله صلى الله عليه وسلم « من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها » لأن جزاء الشرط لايتأخر عنه أبو السعود وظاهره أنه يكره التنفل بالصلاة لمن عليه الفوائت ولم أره نهر .

قلت : قدمنا فى قضاء الفوائت كراهته إلا فى الرواتب والرغائب فليراجع ط (قوله قدم الأداء على القضاء) أى ينبغى له ذلك ، وإلا فلو قدم القضاء وقع عن الأداء كما مر نهر .

قلت : بل الظاهر الوجوب لما مر أول الصوم من أنه لو نوى النفل أو واجبا آخر يخشى عليه الكفر تأمل (قوله لما مر) أى من أنه على التراخى (قوله خلافا للشافعى) حيث وجب مع القضاء لكل يوم إطعام مسكين ح (قوله لا أفعل تفضيل) لاقتضائه أن الإفطار فيه خير مع أنه مباح . وفيه أنه ورد « إن الله تعالى يحب أن تؤتى رخصه كما يحب أن تؤتى عزائمه » ومحبة الله تعالى ترجع إلى الإثابة فيفيد أن رخصة الإفطار فيها ثواب لكن العزيمة أكثر ثوابا . ويمكن حمل الحديث على من أبت نفسه الرخصة ط (قوله إن لم يضره) أى بما ليس فيه خوف هلاك وإلا وجب الفطر بحر (قوله فإن شق عليه الخ) أشار إلى أن المراد بالضرر مطلق المشقة لاخصوص ضرر البدن (قوله أو على رفيقه) اسم جنس يشمل الواحد والأكثر . وفى بعض النسخ رفقته ، فإذا كان رفقته أو عامتهم مفطرين والنفقة مشتركة فإن الفطر أفضل كما فى الخلاصة وغيرها (قوله لموافقة الجماعة) لأنهم يشق عليهم قسمة حصته من النفقة أو عدم موافقته لهم (قوله فإن ماتوا الخ) ظاهر فى رجوعه إلى جميع ماتقدم حتى الحامل والمرضع وقضية

أى فى ذلك العذر (فلا تجب) عليهم (الوصية بالفدية) لعدم إدراكهم عدة من أيام أخر (ولو ماتوا بعد زوال العذر وجبت) الوصية بقدر إدراكهم عدة من أيام أخر ، وأما من أفطر عمداً فوجوبها عليه بالأولى (وفدى لزوما (عنه) أى عن الميت (وليه) الذى يتصرف فى ماله (كالفطرة) قدرا (بعد قدرته عليه) أى على قضاء الصوم (وفوته) أى فوت القضاء بالموت فلو فاته عشرة أيام فقدر على خمسة فداها فقط (بوصيته من الثلث) متعلق بفدى وهذا لو له وارث وإلا فمن الكل قهستانى (وإن) لم يوص

صنيع غيره من المتون اختصاص هذا الحكم بالمريض والمسافر. وقال فى البحر: ولم أر من صرح بأن الحامل والمرضع كذلك ، لكن يتناولهما عموم قوله فى البدائع من شرائط القضاء القدرة على القضاء فعلى هذا إذا زال الخوف أياما لزمهما بقدره بل ولا خصوصية فإن كل من أفطر بعذر ومات قبل زواله لايلزمه شىء فيدخل المكره والأقسام الثمانية اهـ ملخصا من الرحمتى (قوله أى فى ذلك العذر) على تقدير مضاف أى فى مدته (قوله لعدم إدراكهم الخ) أى فلم يلزمهم القضاء ووجوب الوصية فرع لزوم القضاء وإنما تجب الوصية إذا كان له مال فى شرح الملتقى ط (قوله بقدر إدراكهم الخ) ينبغى أن يستثنى الأيام المنهية لما سيأتى أن أداء الواجب لم يجز فيها قهستانى. وقد يقال لاحاجة إلى الاستثناء لأنه ليس بقادر فيها على القضاء شرعا بل هو أعجز فيها من أيام السفر والمرض لأنه لو صام فيها أجزأه ولو صام فى الأيام المنهية لم يجزه رحمتى (قوله فوجوبها عليه بالأولى) رد لما فى القهستانى من أن التقييد بالعذر يفيد عدم الإجزاء ، لكن ذكر بعده أن فى ديباجة المستصفى دلالة على الإجزاء :

قلت : ووجه الأولوية أنه إذا أفطر لعذر وقد وجبت عليه الوصية ولم يترك هملا فوجوبها عند عدم العذر أولى فافهم. قال الرحمتى ولا يشترط له إدراك زمان يقضى فيه لأنه كان يمكنه الأداء وقد فوته بدون عذر (قوله وفدى عنه وليه) لم يقل عنهم وليهم وإن كان ظاهر السياق إشارة إلى أن المراد بقوله : فإن ماتوا موت أحدهم أيا كان لاموتهم جملة (قوله لزوما) أى فداء لازما فهو مفعول مطلق أى يلزم الولى الفداء عنه من الثلث إذا أوصى وإلا فلا يلزم بل يجوز قال فى السراج : وعلى هذا الزكاة لايلزم الوارث إخراجها عنه إلا إذا أوصى إلا أن يتبرع الوارث بإخراجها (قوله الذى يتصرف فى ماله) أشار به إلى أن المراد بالولى مايشمل الوصى كما فى البحر (قوله قدرا) أى التشبيه بالفطرة من حيث القدر إذ لايشترط التمليك هنا بل تكفى الإباحة بخلاف الفطرة وكذا هى مثل الفطرة من حيث الجنس وجواز أداء القيمة. وقال القهستانى: وإطلاق كلامه يدل على أنه لو دفع إلى فقير جملة جاز ولم يشترط العدد ولا المقدار ، لكن لو دفع إليه أقل من نصف صاع لم يعتد به وبه يفتى اهـ أى بخلاف الفطرة على قول كما مر (قوله بعد قدرته) أى الميت وقوله وفوته مصدر معطوف على قدرته ، والظرف متعلق بقوله وفدى :

والمعنى أنه إنما يلزمه الفداء إذا مات بعد قدرته على القضاء وفوته بالموت (قوله فلو فاته الخ) تفريع على قوله بقدر إدراكهم أو على قوله بعد قدرته عليه فإنه يشير إلى أنه إنما يفدى عما أدركه وفوته دون مالم يدركه وأشار به إلى رد قول الطحاوى إن هذا قول محمد وعندهما تجب الوصية والفداء عن جميع الشهر بالقدرة على يوم، فإن الخلاف فى النذر فقط كما يأتى بيانه آخر الباب ، أما هنا فلا خلاف فى أن الوجوب بقدر القدرة فقط كما نبه عليه فى الهداية وغيرها (قوله من الثلث) أى ثلث ماله بعد تجهيزه وإيفاء ديون العباد، فلو زادت الفدية على الثلث لايجب الزائد إلا بإجازة الوارث (قوله وهذا) أى إخراجها من الثلث فقط لو له وارث لم يرض بالزائد (قوله وإلا) أى بأن لم يكن له وارث فتخرج من الكل: أى لو بلغت كل المال تخرج من الكل، لأن منع الزيادة على

و (تبرع وليه به جاز) إن شاء الله ويكون الثواب للولى اختيار (وإن صام أوصلى عنه) الولى (لا) لحديث النسائى « لا يصوم أحد عن أحد ولا يصلى أحد عن أحد ولكن يطعم عنه وليه » (وكذا) يجوز (لو تبرع عنه) وليه (بكفارة يمين أو قتل) بإطعام أو كسوة (بغير إعتاق)

الوارث ، فحيث لاوارث فلا منع كما لو كان وأجاز وكذا لو كان له وارث ممن لايرد عليه كأحد الزوجين ، فتنفذ الزيادة على الثلث بعد أخذ الوارث فرضه كما سيأتى بيانه آخر الكتاب إن شاء الله تعالى (قوله جاز) إن أريد بالجواز أنها صدقة واقعة موقعها فحسن ، وإن أريد سقوط واجب الإيصاء عن الميت مع مونه مصرا على التقصير فلا وجه له والأخبار الواردة فيه مؤولة إسمعيل عن المجتبى .

أقول : لامانع من كون المراد به سقوط المطالبة عن الميت بالصوم فى الآخرة وإن بقى عليه إثم التأخير كما لو كان عليه دين عبد وماطله به حتى مات فأوفاه عنه وصيه أو غيره ويؤيده تعليق الجواز بالمشيئة كما نقرره وكذا قول المصنف كغيره وإن صام أو صلى عنه فإن معناه لايجوز قضاء عما على الميت ، وإلا فلو جعل له ثواب الصوم والصلاة يجوز كما نذكره ، فعلم أن قوله جاز أى عما على الميت لتحسن المقابلة (قوله إن شاء الله) قيل المشيئة لاترجع للجواز بل للقبول كسائر العبادات وليس كذلك ، فقد جزم محمد رحمه الله فى فدية الشيخ الكبير وعلق بالمشيئة فيمن ألحق به كمن أفطر بعذر أو غيره حتى صار فانيا ، وكذا من مات وعليه قضاء رمضان وقد أفطر بعذر إلا أنه فرط فى القضاء وإنما علق لأن النص لم يرد بهذا كما قاله الإتقانى ، وكذا علق فى فدية الصلاة لذلك ، قال فى الفتح والصلاة كالصوم باستحسان المشايخ . وجهه أن المماثلة قد ثبتت شرعا بين الصوم والإطعام والمماثلة بين الصلاة والصوم ثابتة ومثل مثل الشىء جاز أن يكون مثلا لذلك الشىء وعلى تقدير ذلك يجب الإطعام وعلى تقدير عدمها لايجب فالاحتياط فى الإيجاب فإن كان الواقع ثبوت المماثلة حصل المقصود الذى هو السقوط وإلا كان برا مبتدأ يصلح ماحيا للسيئات ، ولذا قال محمد فيه يجزيه إن شاء الله تعالى من غير جزم كما قال فى تبرع الوارث بالإطعام بخلاف إيصائه به عن الصوم فإنه جزم بالإجزاء اهـ (قوله ويكون الثواب للولى اختيار) أقول : الذى رأيته فى الاختيار هكذا وإن لم يوص لايجب على الورثة الإطعام لأنها عبادة فلا تؤدى إلا بأمره وإن فعلوا ذلك جاز ويكون له ثواب اهـ ولا شبهة فى أن الضمير فى له للميت وهذا هو الظاهر ، لأن الوصى إنما تصدق عن الميت لاعن نفسه فيكون الثواب للميت لما صرح به فى الهداية من أن للإنسان أن يجعل ثواب عمله لغيره صلاة أو صوما أو صدقة أو غيرها كما سيأتى فى باب الحج عن الغير ، وقدمنا الكلام على ذلك فى الجنائز قبيل باب الشهيد فتذكره بالمراجعة نعم ذكرنا هناك أنه لو تصدق عن غيره لاينقص من أجره شىء (قوله لحديث النسائى الخ) هو موقوف على ابن عباس ، وأما مافى الصحيحين عن ابن عباس أيضا أنه قال « جاء رجل إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال إن أمى ماتت وعليها صوم شهر أفأقضيه عنها؟ فقال : لو كان على أمك دين أكنت قاضيه عنها؟ قال نعم ، قال : فدين الله أحق » فهو منسوخ لأن فتوى الراوى على خلاف مرويه بمنزلة روايته للناسخ وقال مالك : ولم أسمع عن أحد من الصحابة ولا من التابعين بالمدينة أن أحدا منهم أمر أحدا يصوم عن أحد ، وهذا مما يؤيد النسخ وأنه الأمر الذى استقر الشرع عليه ، وتمامه فى الفتح وشرح النقاية للقارى (قوله بكفارة يمين أو قتل الخ) كذا فى الزيلعى والدرر والبحر والنهر .

قال فى الشرنبلالية أقول : لايصح تبرع الوارث فى كفارة القتل بشىء لأن الواجب فيها ابتداء عتق رقبة مؤمنة ولا يصح إعتاق الوارث عنه كما ذكره والصوم فيها بدل عن الإعتاق لا تصح فيه الفدية كما سيأتى وليس

لما فيه من إلزام الولاء للميت بلا رضاه (وفدية كل صلاة ولو وترا) كما مر في قضاء الفوائت (كصوم يوم) على المذهب ، وكذا الفطرة والاعتكاف الواجب يطعم عنه لكل يوم كالفطرة والواجبة .

في كفارة القتل إطعام ولا كسوة فجعلها مشاركة لكفارة اليمين فيهما سهو اه. ومثله في العزمية . وأجاب العلامة الأقصرائي كما نقله أبو السعود في حاشية مسكين بأن مرادهم بالقتل قتل الصيد لا قتل النفس لأنه ليس فيه إطعام اه ؛

قلت : ويرد عليه أيضا أن الصوم في قتل الصيد ليس أصلا بل هو بدل لأن الواجب فيه أن يشترى بقيمته هدى يذبح في الحرم أو طعام يتصدق به على كل فقير نصف صاع أو يصوم عن كل نصف صاع يوما فافهم :

قلت : وقد يفرق بين الفدية (١) في الحياة وبعد الموت بدليل ما في الكافي النسفي على معسر كفارة يمين أو قتل وعجز عن الصوم لم تجز الفدية كمتمتع عجز عن الدم والصوم لأن الصوم هنا بدل ولا بدل للبدل ، فإن مات وأوصى بالتكفير صح من ثلثه ، وصح التبرع في الكسوة والإطعام ، لأن الإعتاق بلا إيصاء إلزام الولاء على الميت ولا إلزام في الكسوة والإطعام اه . فقوله فإن مات وأوصى بالتكفير صح ظاهر في الفرق المذكور ، وبه يتخصص ما سيأتي من أنه لا تصح الفدية عن صوم هو بدل من غيره . ثم إن قوله وأوصى بالتكفير شامل لكفارة اليمين والقتل لصحة الوصية بالإعتاق بخلاف التبرع به ، ولهذا قيد صحة التبرع بالكسوة والإطعام ، وصرح بعدم صحة الاعتاق فيه وهذا قرينة ظاهرة على أن المراد التبرع بكفارة اليمين فقط لأن كفارة القتل ليس فيها كسوة ولا إطعام .

فتلخص من كلام الكافي أن العاجز عن صوم هو بدل عن غيره كما في كفارة اليمين والقتل لو فدى عن نفسه في حياته بأن كان شيخا فانيا لا يصح في الكفارتين ، ولو أوصى بالفدية يصح فيهما ، ولو تبرع عنه وليه لا يصح في كفارة القتل لأن الواجب فيها العتق ولا يصح التبرع به ويصح في كفارة اليمين لكن في الكسوة والإطعام دون الإعتاق لما قلنا هكذا ينبغي أن يفهم هذا المقام فاغتنمه فقد زلت فيه أقدام الأفهام (قوله لما فيه الخ) أي لأن الولاء لحمة كلحمة النسب على أن ذلك ليس نفعا محضا لأن المولى يصير عاقلة عتيقه وكذا عصباته بعد موته . ولا يرد ما مر عن الهداية من أن للإنسان أن يجعل ثواب عمله لغيره وهو شامل للعتق لأن المراد هنا إعتاقه على وجه النيابة عن الميت بدلا عن صيامه ، بخلاف ما لو أعتق عبده وجعل ثوابه للميت فإن الإعتاق يقع عن نفسه أصالة ويكون الولاء له ، وإنما جعل الثواب للميت وبخلاف التبرع عنه بالكسوة والإطعام فإنه يصح بطريق النيابة لعدم الإلزام (قوله كما مر الخ) تقدم هناك بيان ما إذا لم يكن للميت مال أو كان الثلث لا يفي بما عليه مع بيان كيفية فعلها (قوله على المذهب) وما روى عن محمد بن مقاتل أولا من أنه يطعم عنه لصلوات كل يوم نصف صاع كصومه رجع عنه وقال كل صلاة فرض كصوم يوم وهو الصحيح سراج (قوله وكذا الفطرة) أي فطرة الشهر بتمامه كفدية صوم يوم وفيه أن هذا علم من قوله أولا (٢) كالفطرة ، ويمكن عود التشبيه إلى مسألة التبرع وقال ح : قوله وكذا الفطرة أي يخرجها الولي بوصيته (قوله يطعم عنه) أي من الثلث لزوما إن أوصى وإلا جوازا وكذا يقال فيما بعده وفي القهستاني أن الزكاة والحج والكفارة من الوارث تجزيه بلا خلاف اه أي ولو بدون وصيته كما

---

(١) (قوله وقد يفرق بين الفدية الخ) لا دلالة على ما ادعاه في عبارة الكافي ، فإن النيابة قاصرة على صاحب الوصية خصوصا على ما فهمه المحشي من أن قول الكافي وصح التبرع في الكسوة والإطعام خاص بكفارة اليمين ، وما نحن فيه تبرع لا وصية فلم يتم الفرق وحينئذ فاعتراض الشرنبلالي باق مازاده كلام المحشي إلا وضوحا اه .

(٢) (قوله علم من قوله أولا الخ) أي الفطرة كغيرها من الكفارات في جواز تبرع الولي بها اه .

والحاصل أن ماكان عبادة بدنية فإن الوصي يطعم عنه بعد موته عن كل واجب كالفطرة والمالية كالزكاة ، يخرج عنه القدر الواجب والمركب كالحج يحج عنه رجلا من مال الميت بحر (وللشيخ الفانى العاجز عن الصوم الفطر ويفدى) وجوبا ولو فى أول الشهر وبلا تعدد فقير كالفطرة لو موسرا وإلا فيستغفر الله هذا إذا كان الصوم أصلا بنفسه وخوطب بأدائه ، حتى لو لزمه الصوم لكفارة يمين أو قتل ثم عجز لم تجز الفدية لأن الصوم هنا بدل عن غيره ، ولو كان مسافرا فمات قبل الإقامة لم يجب الإيصاء ، ومتى قدر قضى لأن استمرار العجز شرط الخلفية وهل تكفى الإباحة فى الفدية ؟ قولان

هو المتبادر من كلامه ، أما الزكاة فقد نقلناه قبله عن السراج ، وأما الحج فمقتضى ماسيأتى فى كتاب الحج عن الفتح أنه يقع عن الفاعل وللميت الثواب فقط ، وأما الكفارة فقد مرت متنا (قوله والمالية) الأولى أو مالية وكذا قوله والمركب الأولى أو مركبة (قوله وللشيخ الفانى) أى الذى فنيت قوته أو أشرف على الفناء ، ولذا عرفوه بأنه الذى كل يوم فى نقص إلى أن يموت نهر ، ومثله مافى القهستانى عن الكرمانى : المريض إذا تحقق اليأس من الصحة فعليه الفدية لكل يوم من المرض اه . وكذا مافى البحر لو نذر صوم الأبد فضعف عن الصوم لاشتغاله بالمعيشة له أن يطعم ويفطر لأنه استيقن أنه لايقدر على القضاء (قوله العاجز عن الصوم) أى عجزا مستمرا كما يأتى ، أما لو لم يقدر عليه لشدة الحر كان له أن يفطر ويقضيه فى الشتاء فتح (قوله ويفدى وجوبا) لأن عذره ليس بعرضى للزوال حتى يصير إلى القضاء فوجبت الفدية نهر ، ثم عبارة الكنز وهو يفدى إشارة إلى أنه ليس على غيره الفداء لأن نحو المرض والسفر فى عرضة الزوال فيجب القضاء وعند العجز بالموت تجب الوصية بالفدية (قوله ولو فى أول الشهر)أى يخير بين دفعها فى أوله وآخره كما فى البحر (قوله وبلا تعدد فقير)أى بخلاف نحو كفارة اليمين للنص فيها على التعدد ، فلو أعطى هنا مسكينا صاعا عن يومين جاز لكن فى البحر عن القنية أن عن أبى يوسف فيه روايتين وعند أبى حنيفة لايجزيه كما فى كفارة اليمين ، وعن أبى يوسف لو أعطى نصف صاع من بر عن يوم واحد لمساكين يجوز قال الحسن وبه نأخذ اه ومثله فى القهستانى (قوله لو موسرا) قيد لقوله يفدى وجوبا (قوله وإلا فيستغفر الله) هذا ذكره فى الفتح والبحر عقيب مسألة نذر الأبد إذا اشتغل عن الصوم بالمعيشة فالظاهر أنه راجع إليها دون ماقبلها من مسألة الشيخ الفانى لأنه لاتقصير منه بوجه بخلاف الناذر لأنه باشتغاله بالمعيشة عن الصوم ربما حصل منه نوع تقصير وإن كان اشتغاله بها واجبا لما فيه من ترجيح حظ نفسه فليتأمل (قوله هذا) أى وجوب الفدية على الشيخ الفانى ونحوه (قوله أصلا بنفسه) كرمضان وقضائه والنذر كما مر فيمن نذر صوم الأبد ، وكذا لو نذر صوما معينا فلم يصم حتى صار فانيا جازت له الفدية بحر (قوله حتى لو لزمه الصوم الخ) تفريع على مفهوم قوله أصلا بنفسه ، وقيد بكفارة اليمين والقتل احترازا عن كفارة الظهار والإفطار إذا عجز عن الإعتاق لإعساره وعن الصوم لكبره ، فله أن يطعم ستين مسكينا لأن هذا صار بدلا عن الصيام بالنص والإطعام فى كفارة اليمين ليس ببدل عن الصيام بل الصيام بدل عنه سراج . وفى البحر عن الخانية وغاية البيان وكذا لو حلق رأسه وهو محرم عن أذى ولم يجد نسكا يذبحه ولا ثلاثة آصع حنطة يفرقها على ستة مساكين وهو فإن لايستطيع الصيام فأطعم عن الصيام لم يجز لأنه بدل (قوله لم تجز الفدية) أى فى حال حياته بخلاف مالو أوصى بها كما مر تحريره (قوله ولو كان) أى العاجز عن الصوم وهذا تفريع على مفهوم قوله وخوطب بأدائه (قوله لم يجب الإيصاء) عبر عنه الشراح بقولهم قبل لم يجب لأن الفانى يخالف غيره فى التخفيف لافى التغليظ ، وذكر فى البحر أن الأولى الجزم به لاستفادته من قولهم إن المسافر إذا لم يدرك عدة فلا شئ عليه إذا مات ولعلها ليست صريحة فى كلام أهل المذهب فلم يجزموا بها اه (قوله ومتى قدر) أى الفانى الذى أفطر وفدى (قوله شرط الخلفية)

المشهور نعم، واعتمده الكمال (ولزم نفل شرع فيه قصدا) كما فى الصلاة، فلو شرع ظنا فأفطر أى فورا فلا قضاء أما لو مضى ساعة لزمه القضاء لأنه بمضيها صار كأنه نوى المضى عليه فى هذه الساعة تجنيس ومجتبى (أداء وقضاء) أى يجب إتمامه فان فسد ولو بعروض حيض فى الأصح وجب القضاء (إلا فى العيدين وأيام التشريق) فلا يلزم لصيرورته صائما بنفس الشروع فيصير مرتكبا للنهى، أما بالصلاة فلا يكون مصليا مالم يسجد بدليل مسألة اليمين (ولا يفطر) الشارع فى نفل (بلا عذر فى رواية)

أى فى الصوم أى كون الفدية خلفا عنه. قال فى البحر: وإنما قيدنا بالصوم ليخرج المتيمم إذا قدر على الماء لاتبطل الصلاة المؤداة بالتيمم لأن خلفية التيمم مشروطة بمجرد العجز عن الماء لابقيد دوامه وكذا خلفية الأشهر عن الأقراء فى الاعتداد مشروطة بانقطاع الدم مع سن اليأس لابشرط دوامه، حتى لاتبطل الأنكحة الماضية بعود الدم على ماقدمناه فى الحيض (قوله المشهور نعم) فإن ماورد بافظ الإطعام جاز فيه الإباحة والتمليك بخلاف مابلفظ الأداء والإيتاء فإنه للتمليك كما فى المضمرات وغيره قهستانى (قوله فلا قضاء) يرد عليه مالو نوى صوم القضاء نهارا فإنه يصير متنفلا وإن أفطر يلزمه القضاء كما إذا نوى الصوم ابتداء وقدم جوابه قبيل قول المتن ولايصام يوم الشك فافهم (قوله تجنيس) نص عبارته إذا دخل الرجل فى الصوم على ظن أنه عليه ثم تبين أنه ليس عليه فلم يفطر، ولكن مضى عليه ساعة، ثم أفطر فعليه القضاء لأنه لما مضى عليه ساعة صار كأنه نوى فى هذه الساعة فإذا كان قبل الزوال صار شارعا فى صوم التطوع فيجب عليه اه والظاهر أن ضمير مضى للصائم وضمير عليه للصوم وأن ساعة منصوب على الظرفية: أى إذا تذكر ومضى هو على صومه ساعة بأن لم يتناول مفطرا ولا عزم على الفطر صار كأنه نوى الصوم فيصير شارعا إذا كان ذلك فى وقت النية، ولوكان ساعة بالرفع على أنه فاعل مضى كما هو ظاهر تقرير الشارح يلزم أنه لو مضت الساعة يصير شارعا وإن عزم وقت التذكر على الفطر مع أن عزمه على الفطر ينافى كونه فى معنى الناوى للصوم وإن كان لاينافى الصوم لأن الصائم إذا نوى الفطر لايفطر لكن الكلام فى جعله شارعا فى صوم مبتدا لا فى إبقائه على صومه السابق ولذا اشترط كون ذلك فى وقت النية هذا ماظهر لى والله تعالى أعلم فافهم (قوله أى يجب إتمامه) تفسير لقوله لزم ولقوله أداء ط (قوله ولو بعروض حيض) أى لا فرق فى وجوب القضاء بين ما إذا أفسده قصدا ولا خلاف فيه أو بلا قصد فى أصح الروايتين كما فى النهاية وهذا يعكر على مافى الفتح من نقله عدم الخلاف فيه (قوله وجب القضاء) أى فى غير الأيام الخمسة الآتية، وهذا راجع إلى قوله قضاء ط (قوله فلا يلزم) أى لاأداء ولا قضاء إذا أفسده (قوله فيصير مرتكبا للنهى) فلا تجب صيانته بل يجب إبطاله ووجوب القضاء ينبنى على وجوب الصيانة فلم يجب قضاء كما لم يجب أداء، بخلاف ما إذا نذر صيام هذه الأيام فإنه يلزمه ويقضيه فى غيرها لأنه لم يصر بنفس النذر مرتكبا للنهى وإنما التزم طاعة الله تعالى والمعصية بالفعل فكانت من ضرورات المباشرة لامن ضرورات إيجاب المباشرة منح مع زيادة ط (قوله أما الصلاة) جواب عن سؤال:

حاصله أنه ينبغى أن لا تجب الصلاة بالشروع فى الأوقات المكروهة، كما لايجب الصوم فى هذه الأيام:

وحاصل الجواب: أنا لانسلم هذا القياس فإنه لايكون مباشرا للمعصية بمجرد الشروع فيها بل إلى أن يسجد بدليل من حلف أنه لايصلى فإنه لايحنث مالم يسجد بخلاف الصوم فى تلك الأيام فيباشر المعصية بمجرد الشروع فيها منح وفيه أنهم عدوه شارعا فيها بمجرد الإحرام، حتى لو أفسده حينئذ وجب قضاؤه فقد تحققت بمجرد الشروع وأما مسألة اليمين فهى مبنية على العرف ط:

وهى الصحيحة وفى أخرى يحل بشرط أن يكون من نيته القضاء، واختارها الكمال وتاج الشريعة وصدرها فى الوقاية وشرحها (والضيافة عذر) للضيف والمضيف (إن كان صاحبها ممن لايرضى بمجرد حضوره ويتأذى بترك الإفطار) فيفطر (وإلا لا) هو الصحيح من المذهب ظهيرية.

قلت: صحة الشروع لاتستلزم تحقق الحقيقة المركبة من عدة أشياء فقد صرحوا بأن المركب قد يكون جزؤه كالكل فى الاسم كالماء وقد لايكون كالحيوان والصوم من القسم الأول لأنه مركب من إمساكات متفقة الحقيقة كل منها صوم بخلاف الصلاة فإن أبعاضها من القيام والركوع والسجود والقعود لا تسمى صلاة مالم تجتمع وذلك بأن يسجد لها فما انعقد قبل ذلك طاعة محضة وما بعده له جهتان، وتمام تقرير هذا المحل يطلب من التلويح فى أول فصل النهى، وأما بناء مسألة اليمين على العرف فيحتاج إلى إثبات العرف فى ذلك (قوله وهى الصحيحة) وهى ظاهر الرواية كما فى المنح وغيرها فلا يحسن أن يعبر عنها برواية بالتنكير لإشعاره بجهالتها، وكان حق العبارة أن يقول إلا فى رواية فيقرر ظاهر الرواية ثم يحكى غيره بلفظ التنكير كما يفيده قول الكنز ولامتطوع الفطر بغير عذر فى رواية فأفاد أن ظاهر الرواية غيرها رحتى (قوله واختارها الكمال) وقال إن الأدلة تظافرت عليها وهى أوجه (قوله وتاج الشريعة) هو جد صدر الشريعة وقوله: وصدرها أى صدر الشريعة معطوف عليه، وقوله فى الوقاية وشرحها لف ونشر مرتب لأن الوقاية لتاج الشريعة واختصرها صدر الشريعة وسماه [نقاية الوقاية] ثم شرحه فالوقاية لجده لا له فافهم والشرح وإن كان للنقاية لكن لما كانت مختصرة من الوقاية صح جعله شرحا لها ثم إن الشارح قد تابع فى هذه العبارة صاحب النهر. وقد أورد عليه أن مانسبه إلى الوقاية وشرحها لم يوجد فيهما فإن الذى فى الوقاية ولا يفطر بلا عذر فى رواية وقال فى شرحها أى إذا شرع فى صوم التطوع لايجوز له الإفطار بلا عذر لأنه إبطال العمل، وفى رواية أخرى يجوز لأن القضاء خلفه اهـ.

قلت: وقد يجاب بأن قوله فى رواية يفهم أن معظم الروايات على خلافها وأنها رواية شاذة وأن مختاره خلافها لإشعار هذا اللفظ بما ذكرنا، ولو كانت هى مختارة له لجزم بها ولم يقل فى رواية ولما تبعه صدر الشريعة فى النقاية على ذلك أيضا وقرر كلامه فى الشرح، ولم يتعقبه بشىء علم أنه اختارها أيضا (قوله والضيافة عذر) بيان لبعض ما دخل فى قوله ولا يفطر الشارع فى نفل بلا عذر، وأفاد تقييده بالنفل أنها ليست بعذر فى الفرض والواجب (قوله للضيف والمضيف) كذا فى البحر عن شرح الوقاية ونقله عنه القهستانى أيضا ثم قال: لكن لم توجد رواية المضيف.

قلت: لكن جزم بها فى الدرر أيضا ويشهد لها قصة سلمان الفارسى رضى الله عنه والضيف فى الأصل مصدر ضفته أضيفه ضيفا وضيافة والمضيف بضم الميم من أضاف غيره أو بفتحها وأصله مضيوف (قوله إن كان صاحبها) أى صاحب الضيافة وكذا إذا كان الضيف لايرضى إلا بأكله معه ويتأذى بتقديم الطعام إليه وحده رحتى (قوله هو الصحيح من المذهب) وقيل هى عذر قبل الزوال لابعده وقيل عذر إن وثق من نفسه بالقضاء دفعا للأذى عن أخيه المسلم وإلا فلا. قال شمس الأئمة الحلوانى: وهو أحسن ماقيل فى هذا الباب، وفى مسألة اليمين يجب أن يكون الجواب على هذا التفصيل اهـ بحر.

قلت: ويتعين تقييد القول الصحيح بهذا الأخير إذ لا شك أنه إذا لم يثق من نفسه بالقضاء يكون منع نفسه عن الوقوع فى الإثم أولى من مراعاة جانب صاحبه، وأفاد الشارح بقوله الآتى هذا إذا كان قبل الزوال الخ تقييد

(ولو حلف) رجل على الصائم (بطلاق امرأته إن لم يفطر أفطر ولو) كان صائما (قضاء) ولا يحنثه (على المعتمد) بزازية. وفى النهر عن الذخيرة وغيرها هذا إذا كان قبل الزوال أما بعده فلا إلا لأحد أبويه إلى العصر لا بعده. وفى الأشباه: دعاه أحد إخوانه لا يكره فطره لو صائما غير قضاء رمضان ولا تصوم المرأة نفلا إلا بإذن الزوج إلا عند عدم الضرر به

الصحيح بالقول الآخر أيضا وبه حصل الجمع بين الأقوال الثلاثة تأمل (قوله ولو حلف) بأن قال امرأته طالق إن لم تفطر كذا فى السراج وكذا قوله على الطلاق لتفطرن فإنه فى معنى تعليق الطلاق كما سيأتى بيانه فى محله إن شاء الله تعالى (قوله أفطر) أى المحلوف عليه ندبا دفعا لتأذى أخيه المسلم (قوله ولا يحنثه) أفاد أنه لو لم يفطر يحنث الحالف ولا يبر بمجرد قوله أفطر سواء كان حلفه بالتعليق كما مر أو بنحو قوله والله لتفطرن ، وأما ماصرحوا به من التفصيل ، والفرق بين مايملك ، ومالا يملك فذاك فيما إذا قال لا أتركه يفعل كذا كما لو حلف لايترك فلانا يدخل هذه الدار ، فإن لم تكن الدار ملك الحالف يبر بمنعه بالقول ، ولو ملكه أى متصرفا فيها فلابد من منعه بالفعل واليمين فيهما على العلم حتى لو لم يعلم لايحنث مطلقا ، وأما لو قال إن دخل دارى ، فهو على الدخول علم أو لاتركه أولا ، وكذا لو قال إن تركت امرأتى تدخل دارى أو دار فلان فهو على العلم. فإن علم وتركها حنث وإلا فلا ، ولو قال إن دخلت فهو على الدخول كما يظهر ذلك لمن يراجع أيمان البحر وغيره. نعم وقع فى كلام الشارح فى أواخر كتاب الأيمان عبارة موهمة خلاف ماصرحوا به كما سيأتى تحريره هناك إن شاء الله تعالى فافهم (قوله بزازية) عبارتها إن نفلا أفطر وإن قضاء لا والاعتماد أنه يفطر فيهما ولا يحنثه اهـ وقد نقلها فى النهر أيضا بهذا اللفظ فافهم (قوله وفى النهر عن الذخيرة الخ) أقول : ذكر فى الذخيرة مسألة الضيافة ومسألة الحلف ومافيهما من الأقوال ، ثم قال وهذا كله إذا كان الإفطار قبل الزوال الخ وبه علم أنه جار على الأقوال كلها لاقول مخالف لها فتأيد ماقلناه من حصول الجمع فافهم (قوله قبل الزوال) قد ذكرنا أن هذه العبارة واقعة فى أكثر الكتب ، والمراد بها ماقبل نصف النهار أو على أحد القولين فافهم (قوله إلى العصر لا بعده) هذه الغاية عزاها فى النهر إلى السراج ، ولعل وجهها أن قرب وقت الإفطار يرفع ضرر الانتظار ، وظاهر قوله لا بعده أن الغاية داخلة لكنه فى السراج لم يقل لابعده (قوله لو صائما غير قضاء رمضان) أما هو فيكره فطره لأن له حكم رمضان كما فى الظهيرية وظاهر اقتصاره عليه أنه لايكره له الفطر فى صوم الكفارة والنذر بعذر الضيافة ، وهو رواية عن أبى يوسف لكنه لم يستثن قضاء رمضان. قال القهستانى عند قول المتن : ويفطر فى النفل بعذر الضيافة فى الكلام إشارة إلى أنه فى غير النفل لايفطر كما فى المحيط وعن أبى يوسف أنه فى صوم القضاء والكفارة والنذر يفطر اهـ فأنت تراه لم يستثن قضاء رمضان والظاهر من المصنف أنه جرى على رواية أبى يوسف فكان ينبغى له أن لا يستثنى قضاء رمضان حوى على الأشباه بتصرف ط (قوله ولا تصوم المرأة نفلا الخ) أى يكره لها ذلك كما فى السراج. والظاهر أن لها الإفطار بعد الشروع رفعا للمعصية فهو عذر وبه تظهر مناسبة هذه المسائل هنا تأمل ، وأطلق النفل فشمل ما أصله نفل لكن وجب بعارض ولذا قال فى البحر عن القنية للزوج أن يمنع زوجته عن كل ماكان الإيجاب من جهتها كالتطوع والنذر واليمين دون ما كان من جهته تعالى كقضاء رمضان وكذا العبد إلا إذا ظاهر من امرأته لايمنعه من كفارة الظهار بالصوم لتعلق حق المرأة به اهـ (قوله إلا عند عدم الضرر به) بأن كان مريضا أو مسافرا أو محرما بحج أو عمرة فليس له منعها من صوم التطوع ، ولها أن تصوم وإن نهاها لأنه إنما يمنعها لاستيفاء حقه من الوطء ، وأما فى هذه الحالة فصومها لايضره فلا معنى للمنع سراج ، وأطلق فى الظهيرية المنع واستظهره فى البحر

ولو فطرها وجب القضاء بإذنه أو بعد البينونة ولو صام العبد وما فى حكمه بلا إذن المولى لم يجز ،وإن فطره قضى بإذنه أو بعد العتق (ولو نوى مسافر الفطر) أو لم ينو (فأقام ونوى الصوم فى وقتها) قبل الزوال (صح) مطلقا (ويجب عليه) الصوم (لو) كان (فى رمضان) لزوال المرخص (كما يجب على مقيم إتمام) صوم (يوم منه) أى رمضان (سافر فيه) أى فى ذلك اليوم (و) لكن (لاكفارة عليه لو أفطر فيهما) للشبهة فى أوله وآخره إلا إذا دخل مصره لشىء نسيه فأفطر

لأن الصوم يهزلها وإن لم يكن الزوج يطؤها الآن . قال فى النهر : وعندى أن إحالة المنع على الضرر وعدمه على عدمه أولى للقطع بأن صوم يوم لايهزلها فلم يبق إلا منعه عن وطئها وذلك إضرار به ،فإن انتفى بأن كان مريضا أومسافرا جاز اه (قوله ولو فطرها الخ) أفاد أن له ذلك كما مر وكذا فى العبد. وفى البحر عن الخانية : وإن أحرمت المرأة تطوعا أى بالحج بلا إذن الزوج له أن يحللها وكذا فى الصلوات (قوله أوبعد البينونة) أى الصغرى ،أو الكبرى ومفهومه أنها لاتقضى فى الرجعى ، ولو فصل هنا كما فصل فى الحداد من كون الرجعة مرجوة أولا لكان حسنا ط (قوله وما فى حكمه) .كالأمة والمدبر والمدبرة وأم الولد بدائع (قوله لم يجز) أى يكره قال فى الخانية إلا إذا كان المولى غائبا ولا ضرر له فى ذلك اه أى فهو كالمرأة لكن فى المحيط وغيره وإن لم يضره لأن منافعهم مملوكة للمولى بخلاف المرأة فإن منافعها غير مملوكة للزوج وإنما له حق الاستمتاع بها اه واستظهره فى البحر لأن العبد لم يبق على أصل الحرية فى العبادات إلا فى الفرائض وأما فى النوافل فلا اه ولم يذكر الأجير.وفى السراج : إن كان صومه يضر بالمستأجر بنقص الخدمة فليس له أن يصوم تطوعا إلا بإذنه وإلا فله لأن حقه فى المنفعة فإذا لم تنتقص لم يكن له منعه وأما بنت الرجل وأمه وأخته فيتطوعن بلا إذنه لأنه لاحق له فى منافعهن اه .

قلت : وينبغى أن أحد الوالدين إذا نهى الولد عن الصوم خوفا عليه من المرض أن يكون الأفضل إطاعته أخذا من مسألة الحلف عليه بالإفطار فتأمل (قوله أو لم ينو) أشار إلى أن قول المصنف كغيره نوى الفطر غير قيد ،وإنما هو إشارة إلى أنه لو لم ينو الفطر فى وقت النية قبل الأكل فالحكم كذلك بالأولى ، لأنه إذا صح مع نية المنافى فمع عدمها أولى كما فى البحر ولأن نية الإفطار لاعبرة بها كما أفاده بقوله الآتى ولو نوى الصائم الفطر الخ (قوله قبل الزوال) أى نصف النهار وقبل الأكل (قوله صح) لأن السفر لاينافى أهلية الوجوب ولا صحة الشروع بحر (قوله مطلقا) أى سواء كان نفلا أو نذرا معينا أو أداء رمضان ح وبه علم أن محل ذلك فى صوم لايشترط فيه التبييت ، فلو نوى مايشترط فيه التبييت وقع نفلا كما تقدم مايفيده ط وإن أريد بقوله صح صحة الصوم لابقيد كونه عما نواه فالمراد بالإطلاق مايشمل الجميع (قوله ويجب عليه الصوم) أى إنشاؤه حيث صح منه بأن كان فى وقت النية ولم يوجد ماينافيه وإلا وجب عليه الإمساك كحائض طهرت ومجنون أفاق كما مر (قوله كما يجب على مقيم الخ) لما قدمناه أول الفصل أن السفر لا يبيح الفطر ، وإنما يبيح عدم الشروع فى الصوم ، فلو سافر بعد الفجر لايحل الفطر. قال فى البحر : وكذا لو نوى المسافر الصوم ليلا وأصبح من غير أن ينقض عزيمته قبل الفجر ثم أصبح صائما لايحل فطره فى ذلك اليوم ، ولو أفطر لاكفارة عليه اه .

قلت : وكذا لا كفارة عليه بالأولى لو نوى نهارا فقوله ليلا غير قيد (قوله فيهما) أى فى مسألة المسافر إذا أقام ومسألة المقيم إذا سافر كما فى الكافى النسفى ، وصرح فى الاختيار بلزوم الكفارة فى الثانية. قال ابن الشلبى فى شرح الكنز : وينبغى التعويل على ما فى الكافى أى من عدمه فيهما . قلت بل عزاه فى الشرنبلالية إلى الهداية والعناية والفتح أيضا (قوله للشبهة فى أوله وآخره) أى فى أول الوقت فى المسألة الأولى وآخره فى الثانية فهو لف ونشر مرتب :

فإنه يكفر ، ولو نوى الصائم الفطر لم يكن مفطرا كما مر (كما لو نوى التكلم فى صلاته ولم يتكلم) شرح الوهبانية قال وفيه خلاف الشافعى (وقضى أيام إغمائه ولو) كان الإغماء (مستغرقا للشهر) لندرة امتداده (سوى يوم حدث الإغماء فيه أو فى ليلته) فلا يقضيه إلا إذا علم أنه لم ينوه (وفى الجنون إن لم يستوعب) الشهر (قضى) مامضى (وإن استوعب)

مطلب يقدم هنا القياس على الاستحسان

(قوله فإنه يكفر) أى قياسا لأنه مقيم عند الأكل حيث رفض سفره بالعود إلى منزله وبالقياس نأخذ اهـ خانية فتزاد هذه على المسائل التى قدم فيها القياس على الاستحسان حموى، وقد مر أنه لو أكل المقيم ثم سافر أو سوفر به مكرها لاتسقط الكفارة ، والظاهر أنه لو أكل بعد ماجاوز بيوت مصره ثم رجع فأكل لا كفارة عليه وإن عزم على عدم السفر أصلا بعد أكله لأن أكله وقع فى موضع الترخص نعم يجب عليه الإمساك. هذا وفى البدائع من صلاة المسافر: لو أحدث فى صلاته فلم يجد الماء فنوى أن يدخل مصره وهو قريب صار مقيما من ساعته وإن لم يدخل فلو وجد ماء قبل دخوله صلى أربعا لأنه بالنية صار مقيما اهـ .

قلت : ومقتضاه أنه لو أفطر بعد النية قبل الدخول يكفر أيضا تأمل .

[تنبيه] المسافر إذا نوى الإقامة فى مصر أقل من نصف شهر هل يحل له الفطر فى هذه المدة كما يحل له قصر الصلاة سئلت عنه ، ولم أره صريحا وإنما رأيت فى البدائع وغيرها: لو أراد المسافر دخول مصره أو مصر آخر ينوى فيه الإقامة يكره له أن يفطر فى ذلك اليوم وإن كان مسافرا فى أوله لأنه اجتمع المحرم للفطر، وهو الإقامة والمبيح أو المرخص وهو السفر فى يوم واحد فكان الترجيح للمحرم احتياطا ، وإن كان أكبر رأيه أنه لايتفق دخوله المصر حتى تغيب الشمس فلا بأس بالفطر فيه اهـ فتقييده بنية الإقامة يفهم أنه بدونها يباح له الفطر فى يوم دخوله ولو كان أول النهار لعدم المحرم وهو الإقامة الشرعية وكذا فى اليوم الثانى مثلا :

والحاصل أن مقتضى القواعد الجواز مالم يوجد نقل صريح بخلافه تأمل (قوله كما مر) أى قبيل قوله : ولا يصام يوم الشك إلا تطوعا ح (قوله قال وفيه خلاف الشافعى) ضمير قال لابن الشحنة. واستشكل بأن الكلام ناسيا لايفسد الصلاة عند الشافعى ، فكيف يفسدها مجرد نية الكلام قلت : فرق بين الكلام ناسيا ونية الكلام العمد فإن العمد قاطع للصلاة. ثم رأيت ط أجاب بماذكرته من الفرق ثم قال: والمعتمد من مذهبه عدم الفساد (قوله لندرة امتداده) لأن بقاء الحياة عند امتداده طويلا بلا أكل ولا شرب نادر ولا حرج فى النوادر كما فى الزيلعى (قوله فلا يقضيه) لأن الظاهر من حاله أن ينوى الصوم ليلا حملا على الأكل، ولو حدث له ذلك نهارا أمكن حمله كذلك بالأولى، حتى لو كان متهتكا يعتاد الأكل فى رمضان أو مسافرا قضى الكل كذا قالوا وينبغى أن يقيد بمسافر يضره الصوم ، أما من لايضره فلا يقضى ذلك اليوم حملا لأمره على الصلاح لما مر أن صومه أفضل وقول بعضهم إن قصد صوم الغد فى الليالى من المسافر ليس بظاهر ممنوع فيما إذا كان لايضره نهر .

قلت : هذا المنع غير ظاهر خصوصا فيمن كان يفطر فى سفره قبل حدوث الإغماء نعم هو ظاهر فيمن كان يصوم قبله أو كان عادته فى أسفاره تأمل (قوله إلا إذا علم الخ) قال الشمنى: وهذا إذا لم يذكر أنه نوى أولا إذا علم أنه نوى فلا شك فى الصحة وإن علم أنه لم ينو فلا شك فى عدمها ، وكلامه ظاهر فى أن فرض المسألة فى رمضان فلو حدث له ذلك فى شعبان وقضى الكل نهر أى لأن شعبان لاتصح عنه نية رمضان (قوله وفى الجنون) متعلق

لجميع مايمكنه إنشاء الصوم فيه على ما مر (لا) يقضى مطلقا للحرج (ولو نذر صوم الأيام المنهية أو) صوم هذه (السنة صح) مطلقا على المختار ، وفرقوا بين النذر والشروع فيها بأن نفس الشروع معصية ، ونفس النذر طاعة فصح (و) لكنه (أفطر) الأيام المنهية

يقضى الآتى ط (قوله لجميع مايمكنه إنشاء الصوم فيه) وهو مابين طلوع الفجر إلى نصف النهار من كل يوم فالإفاقة بعد هذا الوقت إلى قبيل طلوع الفجر ولو من كل يوم لاتعتبر ط أى لأنها وإن كانت وقت النية لكن إنشاء الصوم بالفعل لايصح فى الليل، ولا بعد نصف النهار ثم هذا خلاف إطلاق المصنف الاستيعاب ، فإنه يقتضى أنه لو أفاق ساعة منه ولو ليلا أو بعد نصف النهار أنه يقضى وإلا فلا ، وقدمنا أول كتاب الصوم تحرير الخلاف فى ذلك وأنهما قولان مصححان وأن المعتمد الثانى لكونه ظاهر الرواية والمتون (قوله على مامر)أى عند قوله وسبب صوم رمضان شهود جزء من الشهر ح (قوله لايقضى مطلقا) أى سواء كان الجنون أصليا أو عارضا بعد البلوغ ، قيل هذا ظاهر الرواية. وعن محمد أنه فرق بينهما لأنه إذا بلغ مجنونا التحق بالصبى فانعدم الخطاب ، بخلاف ما إذا بلغ عاقلا فجن ، وهذا مختار بعض المتأخرين هداية قال فى العناية منهم أبو عبد الله الجرجانى والإمام الرستغفنى والزاهد الصفار اه وفى الشرنبلالية عن البرهان عن المبسوط ليس على المجنون الأصلى قضاء مامضى فى الأصح اه أى مامضى من الأيام قبل إفاقته .

[تنبيه] لايخفى أنه إذا استوعب الجنون الشهر كله لايقضى بلا خلاف مطلقا وإلا ففيه الخلاف المذكور فقوله مطلقا هنا تبعا للدرر فى غير محله وكان عليه أن يذكره عقب قوله إن لم يستوعب قضى مامضى ليكون إشارة إلى الخلاف المذكور فتنبه :

مطلب فى الكلام على النذر

(قوله ولو نذر الخ) شروع فيما يوجبه العبد على نفسه بعد ذكر ماأوجبه الله تعالى عليه. قال فى شرح الملتقى والنذر عمل اللسان وشرط صحته أن لايكون معصية كشرب الخمر ولا واجبا عليه فى الحال كأن نذر صوما أو صلاة وجبتا عليه ولا فى المآل كصوم وصلاة سيجبان عليه وأن يكون من جنسه واجب لعينه مقصود ولا مدخل فيه لقضاء القاضى اه وسيأتى إن شاء الله تعالى تمام الكلام على ذلك مع بقية أبحاث النذر فى كتاب الأيمان (قوله أو صوم هذه السنة) أشار به إلى أنه لافرق بين أن يذكر المنهى عنه صريحا كيوم النحر مثلا أو تبعا كصوم غد فإذا هو يوم النحر أو هذه السنة أو سنة متتابعة أو أبدا كما فى ح عن القهستانى (قوله صح مطلقا) أى سواء صرح بذكر المنهى عنه أولا كما فى البحر ، وهو ماقدمناه عن القهستانى ، وسواء قصد ماتلفظ به أولا ولهذا قال فى الولوالجية : رجل أراد أن يقول لله على صوم يوم فجرى على لسانه صوم شهر كان عليه صوم شهر بحر اه ح ، وكذا لو أراد أن يقول كلاما فجرى على لسانه النذر لزمه لأن هزل النذر كالجد كالطلاق فتح (قوله على المختار) وروى الثانى عن الإمام عدم الصحة وبه قال زفر . وروى الحسن عنه أنه إن عين لم يصح وإن قال غدا فوافق يوم النحر صح قياسا على مالو نذرت يوم حيضها حيث لايصح فلو قالت غدا فوافق يوم حيضها صح ، وقد صرحوا بأن ظاهر الرواية أنه لافرق بين أن يصرح بذكر المنهى عنه أولا ولا تنافى بين الصحة ليظهر أثرها فى وجوب القضاء والحرمة للإعراض عن الضيافة نهر (قوله بأن نفس الشروع معصية) لأنه يصير صائما بنفس الشروع كما قدمنا تقريره ، فيجب تركه لكونه معصية فلا يجب قضاؤه ، وأما نفس النذر فهو طاعة (قوله فصح) الأولى فلزم لأن هذا

(وجوبا) تحاميا عن المعصية (وقضاها) إسقاطا للواجب (وإن صامها خرج عن العهدة) مع الحرمة ، وهذا إذا نذر قبل الأيام المنهية فلو بعدها لم ينقض شيئاً . وإنما يلزمه باقى السنة على ماهو الصواب وكذا الحكم لو نكر السنة أو شرط التتابع فيفطرها لكنه يقضيها هنا متتابعة ، ويعيد لو أفطر يوما بخلاف المعينة ، ولو لم يشترط التتابع يقضى خمسة وثلاثين ولا يجزيه صوم الخمسة فى هذه الصورة .

واعلم أن صيغة النذر تحتمل اليمين فلذا كانت ست صور ذكرها بقوله (فإن لم ينو) بنذره الصوم (شيئا أو نوى النذر فقط) دون اليمين (أو نوى) (النذر ونوى أن لايكون يمينا كان) فى هذه الثلاث صور (نذرا فقط) إجماعا

الفرق بين لزومه بالنذر ، وعدم لزومه بالشروع ، أما نفس الصحة فهى ثابتة فيهما ولذا لو صامه فيهما أجزأه ولو لم يصح لم يجزه أفاده الرحمتى (قوله وجوبا) وقوله فى النهاية الأفضل الفطر تساهل بحر (قوله تحاميا عن المعصية) أى المجاورة وهى الإعراض عن إجابة دعوة الله تعالى ط (قوله وقضاها الخ) روى مسلم من حديث زياد بن جبير قال جاء رجل إلى ابن عمر فقال : إنى نذرت أن أصوم يوما فوافق يوم أضحى أو فطر فقال ابن عمر : أمر الله بوفاء النذر ، ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيام هذا اليوم . والمعنى : أنه يمكن قضاؤه فيخرج به عن عهدة الأمر والنهى شرح الوقاية للقارى (قوله خرج عن العهدة) لأنه أداه كما التزم بحر (قوله وهذا) أى قضاء الأيام المنهية فى صورة نذر صوم السنة المعينة ط (قوله فلو بعدها) بأن وقع النذر منه ليلة الرابع عشر من ذى الحجة مثلا فافهم (قوله باقى السنة) وهو تمام ذى الحجة (قوله على ماهو الصواب) وهو الذى حققه فى الفتح ، فإن صاحب الغاية لما قال يلزمه مابقى قال الزيلعى هذا سهو لأن هذه السنة عبارة عن اثنى عشر شهرا من وقت النذر إلى وقت النذر . ورده فى الفتح بأنه هو السهو لأن المسألة كما فى الغاية منقولة فى الخلاصة والخانية فى هذه السنة وهذا الشهر وهذا لأن كل سنة عربية معينة عبارة عن مدة معينة فإذا قال هذه فإنما تفيد الإشارة إلى التى هو فيها ، فحقيقة كلامه أنه نذر المدة الماضية ، والمستقبلة فيلغو فى حق الماضى ، كما يلو فى قوله : لله على صوم أمس كذا فى النهر ح (قوله وكذا الحكم) الإشارة إلى مافى المتن من حكم السنة المعينة (قوله فيفطرها) أى الأيام المنهية قال ح : وإن صامها خرج عن العهدة لأنه أداها كما التزمها (قوله لكنه يقضيها هنا متتابعة) أى موصولة بآخر السنة من غير فاصل تحقيقا للتتابع بقدر الإمكان ح عن البحر ، وأشار إلى أنه لايجب عليه قضاء شهر عن رمضان كما لايجب فى المعينة لأنه لما أدركه لم يصح نذره إذ هو مستحق عليه بإيجاب الله تعالى فلم يقدر على صرفه إلى غيره ، بخلاف ما إذا أوجبه ومات قبل أن يدركه حيث يجب عليه أن يوصى باطعام شهر لأنه لما لم يدركه صار كإيجاب شهر غيره سراج (قوله ويعيد لو أفطر يوما) أى يعيد الأيام التى صامها قبل اليوم الذى أفطر فيه ح : أى ولو كان آخر الأيام ط (قوله بخلاف المعينة) أى فإنه لايجب عليه قضاء الأيام المنهية فيها متتابعة لأن التتابع فيها ضرورة تعين الوقت ح ولذا لو أفطر يوما فيها لايلزمه إلا قضاؤه ط (قوله ولو لم يشترط) أى فى المنكرة (قوله يقضى خمسة وثلاثين) هى رمضان والخمسة المنهية ح أى لأن صومه فى الخمسة ناقص فلا يجزيه عن الكامل وشهر رمضان لايكون إلا عنه ، فيجب القضاء بقدره . وينبغى أن يصل ذلك بما مضى وإن لم يصل يخرج عن العهدة على الصحيح بحر (قوله فى هذه الصورة) أى بخلاف المعينة أو المنكرة المشروط فيها التتابع لأنها لاتخلو عن الأيام الخمسة فيكون ناذرا صومها أما المنكرة بلا شرط تتابع فإنها اسم لأيام معدودة ويمكن فصل المعدودة عن رمضان وعن تلك الأيام كما أفاده فى السراج (قوله تحتمل اليمين) أى مصاحبة للنذر ومنفردة عنه ط (قوله بنذره) أى بالصيغة الدالة عليه ط (قوله فقط) أى من غير تعرض لليمين نفيا وإثباتا وهو المراد بقوله دون اليمين بخلاف

عملا بالصيغة (وإن نوى اليمين وأن لا يكون نذرا كان) فى هذه الصورة (يمينا) فقط إجماعا عملا بتعيينه (وعليه كفارة) يمين (إن أفطر) لحنثه (وإن نواهما أو) نوى (اليمين) بلا نفى النذر (كان) فى الصورتين (نذرا ويمينا، حتى لو أفطر يجب القضاء للنذر والكفارة لليمين) عملا بعموم المجاز خلافا للثانى (وندب تفريق صوم الست من شوال) ولا يكره التتابع على المختار خلافا للثانى حاوى. والاتباع المكروه أن يصوم الفطر وخمسة بعده فلو أفطر الفطر لم يكره بل يستحب ويسن ابن كمال (ولو نذر صوم شهر غير معين متتابعا

المسألة التى بعدها فإنه تعرض لنفى اليمين ط (قوله عملا بالصيغة) أى فى الوجه الأول وكذا فى الثانى والثالث بالأولى لتأكيد النذر بالعزيمة مع مافى الثالث من زيادة نفى غيره (قوله عملا بتعيينه) لأن قوله: لله على كذا يدل على الالتزام وهو صريح فى النذر فيحمل عليه بلا نية وكذا معها بالأولى لكنه إذا نوى أن لايكون نذرا كان يمينا من إطلاق اللازم وإرادة الملزوم لأنه يلزم من إيجاب ماليس بواجب تحريم تركه وتحريم المباح يمين (قوله عملا بعموم المجاز) وهو الوجوب وهذا جواب عن قول الثانى أى أبى يوسف أنه يكون نذرا فى الأول يمينا فى الثانى لأن النذر فى هذا اللفظ حقيقة واليمين مجاز، حتى لايتوقف الأول على النية ويتوقف الثانى فلا ينتظمهما، ثم المجاز يتعين بنية وعند نيتهما تترجح الحقيقة. ولهما أنه لاتنافى بين الجهتين أى جهتى النذر واليمين لأنهما يقتضيان الوجوب إلا أن النذر يقتضيه لعينه واليمين لغيره أى لصيانة اسمه تعالى فجمعنا بينهما عملا بالدليلين كما جمعنا بين جهتى التبرع، والمعاوضة فى الهبة بشرط العوض كذا فى الهداية، وتمام الكلام على هذا الدليل فى الفتح وكتب الأصول.

مطلب فى صوم الست من شوال

(قوله وندب الخ) ذكر هذه المسألة بين مسائل النذر غير مناسب وإن تبع فيه صاحب الدرر (قوله على المختار) قال صاحب الهداية فى كتابه التجنيس: إن صوم الستة بعد الفطر متتابعة منهم من كرهه والمختار أنه لابأس به لأن الكراهة إنما كانت لأنه لايؤمن من أن يعد ذلك من رمضان فيكون تشبها بالنصارى والآن زال ذلك المعنى اهـ ومثله فى كتاب النوازل لأبى الليث والواقعات للحسام الشهيد والمحيط البرهانى والذخيرة؛ وفى الغاية عن الحسن ابن زياد أنه كان لايرى بصومها بأسا ويقول كفى بيوم الفطر مفرقا بينهن وبين رمضان اهـ وفيها أيضا عامة المتأخرين لم يروا به بأسا. واختلفوا هل الأفضل التفريق أو التتابع اهـ. وفى الحقائق صومها متصلا بيوم الفطر يكره عند مالك وعندنا لايكره وإن اختلف مشايخنا فى الأفضل. وعن أبى يوسف أنه كرهه متتابعا والمختار لابأس به اهـ وفى الوافى والكافى والمصفى يكره عند مالك، وعندنا لايكره، وتمام ذلك فى رسالة تحرير الأقوال فى صوم الست من شوال للعلامة قاسم وقد رد فيها على مافى منظومة التبانى وشرحها من عزوه الكراهة مطلقا إلى أبى حنيفة وأنه الأصح بأنه على غير رواية الأصول وأنه صحح مالم يسبقه أحد إلى تصحيحه وأنه صحح الضعيف وعمد إلى تعطيل مافيه الثواب الجزيل بدعوى كاذبة بلا دليل ثم ساق كثيرا من نصوص كتب المذهب فراجعها فافهم (قوله والاتباع المكروه الخ) العبارة لصاحب البدائع وهذا تأويل لما روى عن أبى يوسف على خلاف مافهمه صاحب الحقائق كما فى رسالة العلامة قاسم، لكن مامر عن الحسن بن زياد يشير إلى أن المكروه عند أبى يوسف تتابعها وإن فصل بيوم الفطر فهو مؤيد لما فهمه فى الحقائق تأمل (قوله ولو نذر صوم شهر الخ) ويلزمه صومه بالعدد لاهلاليا والشهر المعين هلالى كما سيجىء عن الفتح من نظائره ط (قوله متتابعا) أفاد لزوم التتابع إن صرح به وكذا إذا نواه أما إذا لم يذكره ولم ينوه إن شاء تابع وإن شاء فرق، وهذا فى المطلق أما صوم شهر بعينه أو أيام

فأفطر يوما)ولومن الأيام المنهية (استقبل) لأنه أخل بالوصف مع خلو شهر عن أيام نهى نهو بخلاف السنة (لا) يستقبل (فى نذر) شهر (معين) لئلا يقع كله فى غير الوقت (والنذر) من اعتكاف أوحج أو صلاة أو صيام أو غيرها (غير المعلق) ولو معينا (لايختص بزمان ومكان ودرهم وفقير)فلو نذر التصدق يوم الجمعة بمكة بهذا الدرهم على فلان فخالف جاز ، وكذا لو عجل قبله فلو عين شهر للاعتكاف أو صوم فعجل قبله عنه صح وكذا لو نذر أن يحج سنة كذا فحج سنة قبلها صح

بعينها فيلزمه التتابع وإن لم يذكره سراج . وفى البحر : لو أوجب على نفسه صوما متتابعا فصامه متفرقا لم يجز وعلى عكسه جاز اه . وفى المنح ولو قال: لله علىّ صوم مثل شهر رمضان إن أراد مثله فىالوجوب، فله أن يفرق وإن أراد مثله فى التتابع فعليه أن يتابع وإن لم يكن له نية فله أن يصوم متفرقا اه ط (قوله فأفطر) عطف على محذوف أى فصامه وأفطر يوما ط (قوله لأنه أخل بالوصف) وهو التتابع ط (قوله مع خلو شهر عن أيام نهى) جواب عما يقال إنه لو كان من الأيام المنهية فالفطر ضرورى لوجوبه ، فينبغى أن لايستقبل بل يقضيه عقبه كما مر فيالونكر السنة وشرط التتابع .

والجواب أن السنة المتتابعة لا تخلو عن أيام منهية بخلاف الشهر وعلى هذا مافى السراج من أن المرأة إذا كان طهرها شهرا فأكثر فإنها تصوم فى أول طهرها ، فلو صامت فى أثنائه فحاضت استقبلت ولو كان حيضها أقل من شهر تقضى أيام حيضها متصلة (قوله لئلا يقع كله فى غير الوقت) لأنه وإن كان لا يتعين بالتعيين كما يأتى إلا أن وقوعه بعد وقته يكون قضاء ، ولذا يشترط له تبييت النية كما مر والأداء خير من القضاء ، ثم تقييده بقوله كله إنما يظهر كما قال ط. فيما إذا أفطر اليوم الأخير من الشهر ، أما لوأفطر العاشر منه مثلا فلاأى لأنه لواستقبل الصوم من الحادى عشر وأتم شهرا لزم وقوع بعضه فى الوقت وبعضه خارجه (قوله ولو معينا) أى بواحد من الأربعة الآتية فغير المعين لا يختص بواحد منها بالأولى كما لو نذر التصدق بدرهم منكر وأطلق (قوله فلو نذر الخ) مثال للتعيين فى الكل على النشر المرتب ط (قوله فخالف) أى فى بعضها أوكلها بأن تصدق فى غير يوم الجمعة ببلد آخر بدرهم آخر على شخص آخر ، وإنما جاز لأن الداخلَ تحت النذر ما هو قربة ،وهو أصل التصدق دون التعيين فبطل التعيين ، ولزمته القربة كما فى الدرر وفى المعراج ، ولو نذر صوم غد فأخره إلى ما بعد الغد جاز وينبغى أن لا يكون مسيئا كمن نذر أن يتصدق بدرهم الساعة فتصدق بعد ساعة اه .

[تنبيه] ذكر العلامة ابن نجيم فى رسالته فى النذر بالصدقة أنه ذكر فى الخانية أنه لو عين التصدق بدراهم فهلكت سقط النذر ، قال وهذا يدل على أن قولهم وألغينا تعيين الدينار والدرهم ليس على إطلاقه ، فيقال إلا فى هذه فإنا لو ألغيناه مطلقا لكان الواجب فى ذمته فإذا هلك المعين لم يسقط الواجب ، وكذا قولهم ألغينا تعيين الفقير ليس على إطلاقه لما فى البدائع لو قال : لله على أن أطعم هذا المسكين شيئا سماه ولم يعينه فلا بد أن يعطيه للذى سمى لأنه إذا لم يعين المنذور صار تعيين الفقير مقصودا فلا يجوز أن يعطى غيره اه .

هذا وفى الحموى عن العمادية لو أمر رجلا وقال تصدق بهذا المال على مساكين أهل الكوفة ، فتصدق على مساكين أهل البصرة لم يجزوكان ضامنا ، وفى المنتقى : لو أوصى لفقراء أهل الكوفة بكذا فأعطى الوصى فقراء أهل البصرة جاز عند أبى يوسف وقال محمد يضمن الوصى اه .

قلت : ووجهه أن الوكيل يضمن بمخالفة الآمر وأن الوصى هل هو بمنزلة الأصيل أو الوكيل تأمل (قوله وكذا لوعجل قبله) هذا داخل تحت قوله فخالف (قوله صح) أى خلافا لمحمد وزفر غير أن محمدا لايجيز التعجيل مطلقا وزفر إذا كان الزمانُ المعجل فيه أقل فضيلة كما فى الفتح .

أو صلاة يوم كذا فصلاها قبله لأنه تعجيل بعد وجوب السبب وهو النذر فيلغو التعيين شرنبلالية فليحفظ (بخلاف) النذر (المعلق) فإنه لا يجوز تعجيله قبل وجود الشرط كما سيجيء فى الأيمان (ولو قال مريض : لله على أن أصوم شهرا فمات قبل أن يصح لاشيء عليه ،وإن صح) ولو (يوما) ولم يصمه (لزمه الوصية بجميعه) على الصحيح كالصحيح إذا نذر ذلك

[فرع] نذر صوم رجب فصام قبله تسعة وعشرين يوما وجاء رجب كذلك ينبغى أن لا يجب القضاء وهو الأصح كما فى السراج أما لو جاء ثلاثين يقضى يوما (قوله أو صلاة) بالتنوين ويوم منصوب على الظرفية ح ولو أضافه لزمه مثل صلاة اليوم غير أنه يتم المغرب والوتر أربعا وقد تقدمت ط (قوله لأنه تعجيل بعد وجوب السبب) أى فيجوز كما يجوز فى الزكاة خلافا لمحمد وزفر فتح (قوله فيلغو التعيين) بناء على لزوم المنذور بما هو قربة فقط فتح وقدمناه عن الدرر أى لأن التعيين ليس قربة مقصودة حتى يلزم بالنذر (قوله بخلاف النذر المعلق) أى سواء علقه على شرط يريده مثل إن قدم غائبى أوشفى مريضى ، أولا يريده مثل إن زنيت فلله على كذا لكن إذا وجد الشرط فى الأول وجب أن يوفى بنذره وفى الثانى يخير بينه وبين كفارة يمين على المذهب لأنه نذر بظاهره يمين بمعناه كما سيأتى فى الأيمان إن شاء الله تعالى (قوله فإنه لا يجوز تعجيله الخ) لأن المعلق على شرط لا ينعقد سببا للحال بل عند وجود شرطه كما تقرر فى الأصول ، فلو جاز تعجيله لزم وقوعه قبل وجود سببه فلا يصح ويظهر من هذا أن المعلق يتعين فيه الزمان بالنظر إلى التعجيل ، أما تأخيره فيصح لانعقاد السبب قبله وكذا يظهر منه أنه لا يتعين فيه المكان والدرهم والفقير لأن التعليق إنما أثر فى تأخير السببية فقط فامتنع التعجيل . أما المكان والدرهم والفقير فهى باقية على الأصل من عدم التعيين لعدم تأثير التعليق فى شيء منها فلذا اقتصر كغيره فى بيان وجه المخالفة بين المعلق وغيره على قوله فإنه لايجوز تعجيله فأفاد صحة التأخير وتبديل المكان والدرهم والفقير كما فى غير المعلق وكأنه لظهور ما قررناه لم ينصوا عليه وهذا مما لا شبهة فيه لمن وقف على التوجيه فافهم (قوله ولم يصمه) أما لو صامه فيأتى قريبا (قوله على الصحيح) هو قولهما . وقال محمد لزمه الوصية بقدر ما فاته كما فى قضاء رمضان وأوضحه فى السراج حيث قال إذا نذر شهرا غير معين ثم أقام بعد النذر يوما أو أكثر يقدر على الصيام فلم يصم ، فعندهما يلزمه الايصاء بالاطعام لجميع الشهر ، ووجهه على طريقة الحاكم أن ما أدركه صالح لصوم كل يوم من أيام النذر ، فإذا لم يصم جعل كالقادر على الكل فوجب الإيصاء كما لو بقى شهرا صحيحا ولم يصم . وعلى طريقة الفتاوى النذر ملزم فى الذمة الساعة ولا يشترط إمكان الأداء . وثمرة الخلاف فيما إذا صام ما أدركه على الأول لا يجب عليه الإيصاء بالباقى وعلى الثانى يجب وكذا فيما إذا نذر ليلا ومات فى الليلة لا يجب على الأول لعدم الإدراك ويجب على الثانى الإيصاء بالكل اه ملخصا ، واقتصر فى البدائع وغيره على طريقة الحاكم .

ثم اعلم أن هذا كله فى النذر المطلق ، أما المعين ففى السراج أيضا : ولو أوجب على نفسه صوم رجب ، ثم أقام يوما أو أكثر ومات ولم يصم ففى الكرخى إن مات قبل رجب لاشيء عليه ،وهو قول محمد خاصة لأن المعين لا يكون سببا قبل وقته ، وعندهما على طريقة الحاكم يوصى بقدر ما قدر ، لأن النذر سبب ملزم فى الحال إلا أنه لا بد من التمكين ؛ وعلى طريقة الفتاوى يوصى بالكل لأن النذر ملزم بلا شرط ،لأن اللزوم إذا لم يظهر فى حق الأداء يظهر فى خلفه وهو الإطعام ، وأما إن صام ما أدركه أو مات عقيب النذر فعلى الأول لا يجب الإيصاء

ومات قبل تمام الشهر لزمه الوصية بالجميع بالإجماع كما فى الخبازية ، بخلاف القضاء فإن سببه إدراك العدة .

[فروع] قال : والله أصوم لاصوم عليه بل إن صام حنث كما سيجىء فى الأيمان :

نذر صوم رجب فدخل وهو مريض أفطر وقضى كرمضان أو صوم الأبد فضعف لاشتغاله بالمعيشة أفطر وكفر كما مر أو يوم يقدم فلان فقدم بعد الأكل أو الزوال أو حيضها قضى عند الثانى خلافا للثالث، ولو قدم فى رمضان فلا قضاء اتفاقا ولو عنى به اليمين كفر فقط إلا إذا قدم قبل نيته فنواه عنه بر بالنية ،ووقع عن رمضان

بشىء وعلى الثانى يجب الإيصاء بالباق ، ولو دخل رجب وهو مريض ثم صح بعده يوما مثلا فلم يصم ثم مات فعليه الإيصاء بالكل ،أما على الثانى فظاهر وكذا على الأول لأن بخروج الشهر المعين وصحته بعده يوما مثلا وجب عليه صوم شهر مطلق فإذا لم يصم فيه وجب الإيصاء بالكل كما فى النذر المطلق إذا بقى يوما أو أكثر وقدر على الصوم ولم يصم اه ملخصا (قوله ومات قبل تمام الشهر) أى ولم يصم فى ذلك . وعبارة غيره ومات بعد يوم وبقى ما إذا صام ما أدركه فهل يلزمه الوصية فى الباقى أم لا ينبغى أن يكون على الطريقتين المذكورتين فى المريض وصرح باللزوم فى بعض نسخ البحر لكن نسخ البحر فى هذا المحل مضطربة ومحرفة تحريفا فاحشا فافهم (قوله بخلاف القضاء) أى فيما إذا فاته رمضان لعذر ثم أدرك بعض العدة ولم يصمه لزمه الإيصاء بقدر ما فاته اتفاقا على الصحيح خلافا لما زعمه الطحاوى أن الخلاف فى هذه المسألة ح (قوله بخلاف القضاء) جواب عن قياس محمد النذر على القضاء .

وبيانه : أن النذر سبب ملزم فى الحال كما مر أما القضاء فإن سببه إدراك للعدة ولم يوجد فلا تجب الوصية إلا بقدر ما أدرك . واعترض بأن القضاء يجب بما يجب به الأداء عند المحققين ، وسبب الأداء شهود الشهر فكذا القضاء . وأجيب بما فيه خفاء فانظر النهر (قوله بل إن صام حنث) لأن المضارع المثبت لا يكون جواب القسم إلا مؤكدا بالنون فإذا لم توجد وجب تقدير النفى اه ح لكن سيذكر فى الأيمان عن العلامة المقدسى أن هذا قبل تغير اللغة، أما الآن فالعوام لايفرقون بين الإثبات والنفى إلا بوجود لا وعدمها فهو كاصطلاح لغة الفرس وغيرها فى الأيمان (قوله كرمضان) أى بوصل أو فصل درر (قوله أو صوم) عطف على صوم رجب نح (قوله وكفر) أى فدى (قوله كما مر) أى فى الشيخ الفانى من أنه يطعم كالفطرة (قوله أو الزوال) يعنى نصف النهار كما مر مرارا (قوله قضى عند الثانى) قلت : كذا فى الفتح لكن فى السراج ولو قال : لله علىّ صوم اليوم الذى يقدم فلان فيه أبدا فقدم فى يوم قد أكل فيه لم يلزمه صومه ويلزم صوم كل يوم فيما يستقبل لأن الناذر عند وجود الشرط يصير كالمتكلم بالجواب فيصير كأنه قال لله علىّ صوم هذا اليوم وقد أكل فيه فلا يلزمه قضاؤه . وقال زفر عليه قضاؤه اه ونحوه فى البحر بلا حكاية خلاف وهو مخالف لما هنا.وأما قوله : ويلزمه صوم كل يوم الخ فهو من قوله أبدا (قوله خلافا للثالث) قال فى النهر : ولو قدم بعد الزوال قال محمد لاشىء عليه ولا رواية فيه عن غيره قال السرخسى :والأظهر التسوية بينهما اه أى بين القدوم بعد الأكل والقدوم بعد الزوال ،فالشارح جرى فى الفرع الثانى على ذلك الاستظهار ط (قوله فلا قضاء اتفاقا) لأنه تبين أن نذره وقع على رمضان ،ومن نذر رمضان فلاشىء عليه ح أى لا شىء عليه إذا أدركه كما قدمناه عن السراج (قوله كفر فقط) أقول : لا وجه له وما قيل فى توجيهه لأنه صامه عن رمضان لا عن يمينه لا وجه له أيضا لأن النية فى فعل المحلوف عليه غير شرط لما صرحوا به من أن فعله مكرها أو ناسيا سواء المحلوف عليه الصوم وقد وجد ، ثم ظهر أن فى عبارة الشارح اختصارا مخلا تبع فيه النهر . وأصل المسألة ما فى الفتح وغيره لو قال : لله على أن أصوم اليوم الذى يقدم فيه فلان شكرا لله تعالى وأراد

ولو نذر شهرا لزمه كاملا أو الشهر فبقيته أو صوم جمعة فالأسبوع إلا أن ينوى اليوم ، ولو نذر يوم السبت صوم ثمانية أيام صام سبتين ولو قال سبعة فسبعة أسبت، والفرق أن السبت لا يتكرر فى السبعة فحمل على العدد ، بخلاف الأول :

واعلم أن النذر الذى يقع للأموات من أكثر العوام ومايؤخذ من الدراهم والشمع والزيت ونحوها إلى ضرائح الأولياء الكرام تقربا إليهم فهو بالإجماع باطل وحرام مالم يقصدوا صرفها لفقراء الأنام وقد ابتلى الناس بذلك،

به اليمين فقدم فلان فى يوم رمضان كان عليه كفارة يمين ، ولا قضاء عليه لأنه لم يوجد شرط البر وهو الصوم بنية الشكر ، ولو قدم قبل أن ينوى فنوى به الشكر لاعن رمضان بر بالنية وأجزأه عن رمضان ولا قضاء عليه اه وبه يتضح بقية كلامه فافهم (قوله لزمه كاملا) ويفتتحه متى شاء بالعدد لاهلاليا والشهر المعين هلالى كذا فى اعتكاف فتح القدير ح (قوله فبقيته) أى بقية الشهر الذى هو فيه لأنه ذكره معرفا فينصرف إلى المعهود بالحضور ،فإن نوى شهرا فعلى ما نوى لأنه محتمل كلامه فتح عن التجنيس وتقدم الكلام فى ذلك (قوله إلا أن ينوى اليوم) أفاد أن لزوم الأسبوع يكون فيما إذا نوى أيام جمعة أو لم ينو شيئا لأن الجمعة يذكر ويراد به يوم الجمعة وأيام الجمعة لكن الأيام أغلب فانصرف المطلق إليه تجنيس . قال ح : وينبغى أنه لو عرف الجمعة أن يلزمه بقيتها على قياس السنة والشهر فإن مبدأها الأحد وآخرها السبت فليراجع اه .

قلت فى البحر : ولو قال صوم أيام الجمعة فعليه صوم سبعة أيام اه فتأمل (قوله بخلاف الأول) أى فإن السبت يتكرر فيه فأريد المتكرر فى العدد المذكور كأنه قال السبت الكائن فى ثمانية أيام وهو سبتان قال فى المنح ولا يخفى أن هذا إذا لم تكن له نية أما إذا وجدت لزمه ما نوى اه ط .

مطلب فى النذر الذى يقع للأموات من أكثر العوام من شمع أو زيت أو نحوه

(قوله تقربا إليهم) كأن يقول ياسيدى فلان إن رد غائبى أو عوفى مريضى أو قضيت حاجتى فلك من الذهب أو الفضة أو من الطعام أو الشمع أو الزيت كذا بحر (قوله باطل وحرام) لوجوه : منها أنه نذر لمخلوق والنذر للمخلوق لايجوز لأنه عبادة والعبادة لا تكون لمخلوق . ومنها أن المنذور له ميت والميت لا يملك . ومنها أنه إن ظن أن الميت يتصرف فى الأمور دون الله تعالى واعتقاده ذلك كفر ، اللهم إلا إن قال يا الله إنى نذرت لك إن شفيت مريضى أو رددت غائبى أو قضيت حاجتى أن أطعم الفقراء الذين بباب السيدة نفيسة أو الإمام الشافعى أو الإمام الليث أو أشترى حصرا لمساجدهم أو زيتا لوقودها أو دراهم لمن يقوم بشعائرها إلى غير ذلك مما يكون فيه نفع للفقراء والنذر لله عز وجل وذكر الشيخ إنما هو محل لصرف النذر لمستحقيه القاطنين برباطه أو مسجده فيجوز بهذا الاعتبار ، ولا يجوز أن يصرف ذلك لغنى ولا لشريف منصب أو ذى نسب أو علم ، ما لم يكن فقيرا ولم يثبت فى الشرع جواز الصرف للأغنياء للإجماع على حرمة النذر للمخلوق ، ولا ينعقد ولا تشتغل الذمة به ولأنه حرام بل سحت ولا يجوز لخادم الشيخ أخذه إلا أن يكون فقيرا أو له عيال فقراء عاجزون فيأخذونه على سبيل الصدقة المبتدأة ، وأخذه أيضا مكروه ما لم يقصد الناذر التقرب إلى الله تعالى وصرفه إلى الفقراء ، ويقطع النظر عن نذر الشيخ بحر ملخصا عن شرح العلامة قاسم (قوله ما لم يقصدوا الخ) أى بأن تكون صيغة النذر لله تعالى للتقرب إليه ويكون ذكر الشيخ مرادا به فقراؤه كما مر ، ولا يخفى أن له الصرف إلى غيرهم كما مر سابقا ولابد أن يكون المنذور مما يصح به النذر كالصدقة بالدراهم ونحوها ، أما لو نذر زيتا لايقاد قنديل فوق ضريح الشيخ أو فى المنارة

ولاسيما فى هذه الأعصار وقد بسطه العلامة قاسم فى شرح درر البحار، ولقد قال الإمام محمد: لو كانت العوام عبيدى لأعتقتهم وأسقطت ولائى وذلك لأنهم لايهتدون فالكل بهم يتعيرون .

باب الاعتكاف

وجه المناسبة له والتأخير اشتراط الصوم فى بعضه والطلب الآكد فى العشر الأخير .

(هو) لغة : اللبث وشرعا : (لبث) بفتح اللام وتضم المكث (ذكر) ولو مميزا فى (مسجد جماعة) هو ماله إمام ومؤذن أديت فيه الخمس أولا. وعن الإمام اشتراط أداء الخمس فيه وصححه بعضهم وقال لايصح فى كل مسجد وصححه السروجى ، وأما الجامع فيصح فيه

كما يفعل النساء من نذر الزيت لسيدى عبدالقادر ويوقد فى المنارة جهة المشرق فهو باطل، وأقبح منه النذر بقراءة المولد فى المنابر ومع اشتماله على الغناء واللعب وإيهاب ثواب ذلك إلى حضرة المصطفى صلى الله عليه وسلم (قوله ولا سيما فى هذه الأعصار) ولا سيما فى مولد السيد أحمد البدوى نهر (قوله ولقد قال الخ) ذكر ذلك هنا فى النهر، ولا يخفى على ذوى الأفهام أن مراد الإمام بهذا الكلام إنما هو ذم العوام والتباعد عن نسبتهم إليه بأى وجه يرام ولو باسقاط الولاء الثابت الانبرام، وذلك بسبب جهلهم العام وتغييرهم لكثير من الأحكام، وتقربهم بما هو باطل وحرام؛ فهم كالأنعام يتعير بهم الأعلام، ويتبرءون من شنائعهم العظام كما هو أدب الأنبياء الكرام حيث يتبرءون من الأباعد والأرحام بمخالفتهم الملك العلام فافهم ما ذكرناه والسلام .

باب الاعتكاف

(قوله وجه المناسبة له والتأخير) أى وجه مناسبة الاعتكاف للصوم حيث ذكر معه ووجه تأخيره عنه أن الصوم شرط فى بعض أنواع الاعتكاف وهو الواجب والشرط يتقدم على المشروط ، وأن الاعتكاف يطلب مؤكدا فى العشر الأخير من رمضان فيختم الصوم به فناسب ختم كتاب الصوم بذكر مسائله (قوله هو لغة اللبث) أى المكث فى أى موضع كان وحبس النفس فيه. قال فى البحر هو لغة افتعال من عكف إذا دام من باب طلب وعكفه حبسه، ومنه — والهدى معكوفا — سمى به هذا النوع من العبادة لأنه إقامة فى المسجد مع شرائط مغرب. وفى النهاية مصدر المتعدى العكف ومنه الاعتكاف فى المسجد واللازم العكوف ومنه — يعكفون على أصنام لهم — (قوله ذكر) قيد به وإن تحقق اعتكاف المرأة فى المسجد ميلا إلى تعريف الاعتكاف المطلوب لأن اعتكاف المرأة فيه مكروه كما يأتى بل ظاهر مافى غاية البيان أن ظاهر الرواية عدم صحته لكن صرح فى غاية البيان بأنه صحيح بلا خلاف كما فى البحر وقد يقال قيد به نظرا إلى شرطية مسجد الجماعة فإنه شرط لاعتكاف الرجل فقط والأول أولى لقوله بعده أو امرأة فى مسجد بيتها تأمل (قوله ولو مميزا) فالبلوغ ليس بشرط كما فى البحر عن البدائع وشمل العبد فيصح اعتكافه بإذن المولى ، ولو نذره فللمولى منعه ويقضيه بعد العتق ، وكذا المرأة لكن ليس له منعها بعد الإذن بخلاف العبد لأنه ليس من أهل الملك، وأما المكاتب فليس للمولى منعه ولو تطوعا وتمامه فى البحر (قوله أديت فيه الخمس أولا) صرح بهذا الإطلاق فى العناية وكذا فى النهر وعزاه الشيخ إسمعيل إلى الفيض والبزازية وخزانة الفتاوى والخلاصة وغيرها ، ويفهم أيضا وإن لم يصرح به من تعقيبه بالقول الثانى هنا تبعا للهداية فافهم (قوله وصححه بعضهم) نقل تصحيحه فى البحر عن ابن الهمام (قوله وصححه السروجى) وهو اختيار الطحاوى قال الخير الرملى وهو أيسر خصوصا فى زماننا فينبغى أن يعول عليه والله تعالى أعلم (قوله وأما الجامع) لما كان

مطلقا اتفاقا (أو) لبث (امرأة فى مسجد بيتها) ويكره فى المسجد ، ولايصح فى غير موضع صلاتها من بيتها كما إذا لم يكن فيه مسجد ولا تخرج من بيتها إذا اعتكفت فيه ، وهل يصح من الخنثى فى بيته لم أره والظاهر لا لاحتمال ذكوريته (بنية) فاللبث : هو الركن والكون فى المسجد والنية من مسلم عاقل طاهر من جنابة وحيض ونفاس شرطان .

(وهو) ثلاثة أقسام (واجب بالنذر) بلسانه وبالشروع

المسجد يشمل الخاص كمسجد المحلة والعام ، وهو الجامع كأموى دمشق مثلا أخرجه من عمومه تبعا للكافى وغيره لعدم الخلاف فيه (قوله مطلقا) أى وإن لم يصلوا فيه الصلوات كلها ح عن البحر وفى الخلاصة وغيرها وإن لم يكن ثمة جماعة .

[تنبيه] : هذا كله لبيان الصحة قال فى النهر والفتح ، وأما أفضل الاعتكاف ففى المسجد الحرام ثم فى مسجده صلى الله عليه وسلم ثم فى المسجد الأقصى ، ثم فى الجامع قيل إذا كان يصلى فيه بجماعة فإن لم يكن ففى مسجده أفضل لئلا يحتاج إلى الخروج ثم ماكان أهله أكثر اه (قوله فى مسجد بيتها) وهو المعد لصلاتها الذى يندب لها ولكل أحد اتخاذه كما فى البزازية نهر ومقتضاه أنه يندب للرجل أيضا أن يخصص موضعا من بيته لصلاته النافلة أما الفريضة والاعتكاف فهو فى المسجد كما لايخفى قال فى السراج وليس لزوجها أن يطأها إذا أذن لها لأنه ملكها منافعها فإن منعها بعد الإذن لايصح منعه ، ولا ينبغى لها الاعتكاف بلا إذنه ، وأما الأمة فإن أذن لها كره له الرجوع لأنه يخلف وعده وجاز لأنها لاتملك منافعها (قوله ويكره فى المسجد) أى تنزيها كما هو ظاهر النهاية نهر وصرح فى البدائع بأنه خلاف الأفضل (قوله كما إذا لم يكن فيه مسجد) أى مسجد بيت وينبغى أنه لو أعدته للصلاة عند إرادة الاعتكاف أن يصح (قوله وهل يصح الخ) البحث لصاحب النهر ح (قوله والظاهر لا) لأنه على تقدير أنوثته يصح فى المسجد مع الكراهة وعلى تقدير ذكورته لايصح فى البيت بوجه ح .

قلت : لكن صرحوا بأن ماتردد بين الواجب والبدعة يأتى به احتياطا وما تردد بين السنة والبدعة يتركه إلا أن يقال المراد بالبدعة المكروه تحريما وهذا ليس كذلك ولا سيما إذا كان الاعتكاف منذورا (قوله فاللبث هو الركن) فيه أن هذا حقيقته اللغوية أما حقيقته الشرعية فهى اللبث المخصوص أى فى المسجد تأمل (قوله من مسلم عاقل) لأن النية لاتصح بدون الإسلام والعقل فهما شرطان لها وبه يستغنى عن جعلهما شرطين للاعتكاف المشروط بالنية كما أفاده فى البحر (قوله طاهر من جنابة الخ) جعل فى البدائع الطهارة من هذه الثلاثة شرطا للاعتكاف قال فى النهر : وينبغى أن يكون اشتراط الطهارة من الحيض والنفاس فيه على رواية اشتراط الصوم فى نفله أما على عدمه ، فينبغى أن يكون من شرائط الحل فقط كالطهارة من الجنابة ، ولم أر من تعرض لهذا اه .

والحاصل : أن الطهارة من الثلاثة شرط للحل ومن الأولين شرط للصحة أيضا فى المنذور وكذا فى النفل على رواية اشتراط الصوم فيه ، بخلاف الجنابة لصحة الصوم معها وبحث فيه الرحمتى بما صرحوا به من أن المقصد الأصلى من شرعية الاعتكاف انتظار الصلاة بالجماعة والحائض والنفساء ليسا بأهل للصلاة أى فلا يصح اعتكافهما بخلاف الجنب إذ يمكنه الطهارة والصلاة اه ويلزمه أن الجنب لو لم يتطهر ويصلى لايصح منه ويلزمه أيضا أن يكون من شروط صحته الصلاة بالجماعة ولم يقل به أحد تأمل (قوله شرطان) خبر المبتدأ وهو الكون وما عطف عليه (قوله بلسانه) فلا يكفى لإيجابه النية منح عن شمس الأئمة (قوله وبالشروع) نقله فى البحر عن البدائع ثم قال : ولا يخفى أنه مفرع على ضعيف وهو اشتراط زمن للتطوع وأما على المذهب من أن أقل النفل ساعة فلا اه

وبالتعليق ذكره ابن الكمال (وسنة مؤكدة فى العشر الأخير من رمضان) أى سنة كفاية كما فى البرهان وغيره. لاقترانها بعدم الانكار على من لم يفعله من الصحابة (مستحب فى غيره من الأزمنة) هو بمعنى غير المؤكدة :

(وشرط الصوم) لصحة (الأول) اتفاقا (فقط) على المذهب (فلو نذر اعتكاف ليلة لم يصح)وإن نوى معها اليوم لعدم محليتها للصوم أما لو نوى بها اليوم صح والفرق لايخفى (بخلاف مالو قال) فى نذره ليلا ونهارا (فانه يصح و) إن لم يكن الليل محلا

وسيأتى قريبا أيضا مع جوابه (قوله وبالتعليق) عطف على قوله بالنذر وهذا قرينة على أنه أراد بالنذر النذر المطلق كما قيد به فى البدائع فلا يرد أن صورة التعليق نذر أيضا وأن مقتضى العطف خلافه نعم الأظهر أن يقول واجب بالنذر منجزا أو معلقا كما عبر فى البحر والإمداد فافهم (قوله أى سنة كفاية) نظيرها إقامة التراويح بالجماعة فإذا قام بها البعض سقط الطلب عن الباقين فلم يأثموا بالمواظبة على الترك بلا عذر ، ولو كان سنة عين لأثموا بترك السنة المؤكدة إثما دون إثم ترك الواجب كما مر بيانه فى كتاب الطهارة (قوله لاقترانها الخ) جواب عما أورد على قوله فى الهداية والصحيح أنه سنة مؤكدة لأن النبى صلى الله عليه وسلم واظب عليه فى العشر الأواخر من رمضان والمواظبة دليل السنة اه من أن المواظبة بلا ترك دليل الوجوب والجواب كما فى العناية أنه عليه الصلاة والسلام لم ينكر على من تركه ولو كان واجبا لأنكر اه .

وحاصله : أن المواظبة إنما تفيد الوجوب إذا اقترنت بالإنكار على التارك (قوله هو بمعنى غير المؤكدة) مقتضاه أنه يسمى سنة أيضا ويدل عليه أنه وقع فى كلام الهداية فى باب الوتر إطلاق السنة على المستحب (قوله وشرط الصوم لصحة الأول) أى النذر حتى لو قال : لله على أن أعتكف شهرا بغير صوم فعليه أن يعتكف ويصوم بحر عن الظهيرية (قوله على المذهب) راجع لقوله فقط وهو رواية الأصل ومقابله رواية الحسن أنه شرط للتطوع أيضا وهو مبنى على اختلاف الرواية فى أن التطوع مقدر بيوم أولا ففى رواية الأصل غير مقدر ، فلم يكن الصوم شرطا له وعلى رواية تقديره بيوم وهى رواية الحسن أيضا يكون الصوم شرطا له كما فى البدائع وغيرها ؛

قلت : ومقتضى ذلك أن الصوم شرط أيضا فى الاعتكاف المسنون لأنه مقدر بالعشر الأخير حتى لو اعتكفه بلا صوم لمرض أو سفر، ينبغى أن لايصح عنه بل يكون نفلا فلا تحصل به إقامة سنة الكفاية ويؤيده قول الكنز سن لبث فى مسجد بصوم ونية فإنه لايمكن حمله على المنذور لتصريحه بالسنية ولا على التطوع لقوله بعده وأقله نفلا ساعة فتعين حمله على المسنون سنة مؤكدة ، فيدل على اشتراط الصوم فيه ، وقوله فى البحر لايمكن حمله عليه لتصريحهم بأن الصوم إنما هو شرط فى المنذور فقط دون غيره فيه نظر لأنهم إنما صرحوا بكونه شرطا فى المنذور غير شرط فى التطوع ،وسكتوا عن بيان حكم المسنون لظهور أنه لايكون إلا بالصوم عادة ولهذا قسم فى متن الدرر الاعتكاف إلى الأقسام الثلاثة المنذور والمسنون والتطوع ،ثم قال والصوم شرط لصحة الأول لاالثالث ولم يتعرض للثانى لما قلنا ولو كان مرادهم بالتطوع مايشمل المسنون لكان عليه أن يقول شرط لصحة الأول فقط كما قال المصنف فعبارة صاحب الدرر أحسن من عبارة المصنف لما علمته هذا ماظهر لى (قوله وإن نوى معها اليوم) أما لو نذر اعتكاف اليوم ونوى الليلة معه لزماه كما فى البحر (قوله والفرق لا يخفى) وهو أنه فى الأولى لما جعل اليوم تبعا لليلة ، وقد بطل نذره فى المتبوع وهو الليلة بطل فى التابع وهو اليوم وفى الثانية أطلق الليلة وأراد اليوم مجازا مرسلا بمرتبتين حيث استعمل المقيد وهو الليلة فى مطلق الزمن ثم استعمل هذا المطلق فى المقيد وهو اليوم فكان اليوم مقصودا اه ح .

للصوم لأنه (يدخل الليل تبعا و) .
اعلم أن (الشرط) فى الصوم مراعاة (وجوده لا إيجاده) للمشروط قصدا (فلو نذر اعتكاف شهر رمضان لزمه وأجزأه) صوم رمضان (عن صوم الاعتكاف) لكن قالوا لو صام تطوعا ثم نذر اعتكاف ذلك اليوم لم يصح لإنعقاده من أوله تطوعا فتعذر جعله واجبا (وإن لم يعتكف) رمضان المعين (قضى شهرا) غيره (بصوم مقصود) لعود شرطه إلى الكمال الأصلى فلم يجز فى رمضان آخر ولا فى واجب سوى قضاء رمضان الأول لأنه خلف عنه وتحقيقه فى الأصول فى بحث الأمر (وأقله نفلا ساعة) من ليل أو نهار عند محمد وهو ظاهر الرواية عن الإمام لبناء النفل على المسامحة وبه يفتى والساعة فى عرف الفقهاء جزء من الزمان لا جزء من

قلت : لكن هذا الفرع مشكل ، فإن الجائز هو إطلاق النهار على مطلق الزمان دون إطلاق الليل ولو ساغ الإطلاق المذكور بعلاقة الإطلاق والتقييد أو غيرها لساغ إطلاق السماء على الأرض أو النخلة على شيء طويل غير الإنسان مع أن المصرح به فى كتب الأصول عدمه وأيضا صرحوا بأنه إذا نوى بالعتق الطلاق صح لأن العتق وضع لإزالة ملك الرقبة والطلاق لإزالة ملك المتعة والأولى سبب للثانية فصح المجاز بخلاف مالو نوى بالطلاق العتق فإنه لا يصح مع أنه لا يمكن فيه ادعاء الإطلاق والتقييد فليتأمل (قوله لأنه يدخل الليل تبعا) ولا يشترط لتبع مايشترط للأصل بحر (قوله لا إيجاده للمشروط قصدا) أى لا يشترط إيقاعه مقصودا لأجل الاعتكاف المشروط كما لا يشترط إيقاع الطهارة قصدا لأجل الصلاة بل إذا حضرت الصلاة وكان متوضئا قبلها لغيرها ولو للتبرد يكفيه لها (قوله فلو نذر اعتكاف شهر رمضان) الظاهر أن مثله ما إذا نذر صوم شهر معين ، ثم نذر اعتكاف ذلك الشهر أو نذر صوم الأبد ثم نذر اعتكافا فليتأمل ويراجع اهـ ح .
قلت : ووجه التأمل ماذكروا من أن الصوم المقصود للاعتكاف إنما سقط فى رمضان لشرف الوقت كما يأتى تقريره والشرف غير موجود فى الصوم المنذور (قوله لكن قالوا الخ) قال فى الفتح ومن التفريعات أنه لو أصبح صائما متطوعا أو غير ناو للصوم ثم قال : لله على أن أعتكف هذا اليوم لا يصح وإن كان فى وقت تصح منه نية الصوم لعدم استيعاب النهار وعند أبى يوسف أقله أكثر النهار ، فإن كان قاله قبل نصف النهار لزمه فإن لم يعتكفه قضاه اهـ وقد ظهر أن علة عدم الصحة عدم استيعاب الإعتكاف للنهار لا تعذر جعل التطوع واجبا وأنه لا محل للاستدراك المفاد بلكن بل هى مسألة مستقلة لا تعلق لها بما فى المتن اهـ ح .
قلت : ماعلل به الشارح علل به فى التتارخانية والتجنيس والولوالجية والمعراج وشرح درر البحار ، فيكون ذلك علة أخرى لعدم صحة النذر وبه يصح الاستدراك على قوله الشرط وجوده لا إيجاده فإن الشرط هنا وهو الصوم موجود مع أنه لم يصح النذر بالإعتكاف .
والحاصل : أنه لم يصح لعدم استيعاب النهار بالاعتكاف ، وعدم استيعابه بالصوم الواجب وبه علم أن الشرط صوم واجب بنذر الاعتكاف أو بغيره كرمضان ويمكن دفع الاستدراك بهذا فافهم (قوله قضى شهرا غيره) أى متتابعا لأنه التزم الاعتكاف فى شهر بعينه وقد فاته فيقضيه متتابعا كما إذا أوجب اعتكاف رجب ولم يعتكف فيه بدائع (قوله سوى قضاء رمضان الأول) أما قضاء رمضان الأول فإنه إن قضاه متتابعا واعتكف فيه جاز لأن الصوم الذى وجب فيه الاعتكاف باق فيقضيهما بصوم شهر متتابعا بدائع أى لأن القضاء خلف عن الأداء فأعطى حكمه كما أشار إليه الشارح (قوله وتحقيقه فى الأصول) وهو أن النذر كان موجبا للصوم المقصود ولكن سقط لشرف الوقت ، ولما لم يعتكف فى الوقت صار ذلك النذر بمنزلة نذر مطلق عن الوقت فعاد شرطه إلى الكمال بأن وجب الاعتكاف بصوم مقصود لزوال المانع وهو رمضان .

أربعة وعشرين كما يقوله المنجمون كذا فى غرر الأذكار وغيره (فلو شرع فى نفله ثم قطعه لايلزمه قضاؤه) لأنه لايشترط له الصوم (على الظاهر) من المذهب وماقى بعض المعتبرات أنه يلزم بالشروع مفرع على الضعيف قاله المصنف وغيره (وحرم عليه) أى على المعتكف اعتكافا واجبا أما النفل فله الخروج

فإن قلت : على هذا كان ينبغى أن لايتأدى ذلك الاعتكاف فى صوم قضاء ذلك الشهر كما لو نذر مطلقا .

قلت : العلة الانصال بصوم الشهر مطلقا وهو موجود .

فإن قلت : الشرط يراعى وجوده ولا يجب كونه مقصودا كما لو توضأ للتبرد تجوز به الصلاة ورمضان الثانى على هذه الصفة .

قلت : حدوث صفة الكمال منع الشرط عن مقتضاه فلابد أن يكون مقصودا اه ح عن شرح المنار لابن ملك .

[تنبيه] فى البدائع لو أوجب اعتكاف شهر بعينه فاعتكف شهرا قبله أجزأه عند أبى يوسف لاعند محمد وهو على الاختلاف فى النذر بصوم شهر معين فصام قبله اه أى بناء على أن النذر غير المعلق لايختص بزمان ولا مكان كما مر بخلاف المعلق ، وقدمنا أن الخلاف فى صحة التقديم لا التأخير والظاهر أنه لافرق بين نذر اعتكاف رمضان أو شهر معين غيره فيصح اعتكافه قبله وبعده فى القضاء وغيره سوى رمضان آخر غير أنه إن فعله فى غير رمضان الأول أو قضائه لابد له من صوم مقصود كما هو صريح المتن ، وليس فى كلامهم مايدل على أنه لايصح فى غيرهما مطلقا ، وإنما فيه الفرق بينهما وبين غيرهما بأنه لو فعله فيهما أغنى عن صوم مقصود للاعتكاف بسبب شرف الوقت وخلفه وفى غيرهما لابد من صوم مقصود له وهذا ظاهر لاخفاء فيه فافهم (قوله ثم قطعه) الأولى ثم تركه ولكن سماه قطعا نظرا إلى رواية الحسن بتقديره بيوم (قوله لأنه لايشترط له الصوم) الأولى التعليل بأنه غير مقدر بمدة لما علمته مما مر أن الاختلاف فى اشتراط الصوم له وعدمه مبنى على الاختلاف فى تقديره بيوم وعدمه وكلامه يفيد العكس تأمل (قوله وماقى بعض المعتبرات) كالبدائع وتبعه ابن كمال كما نقله الشارح عنه فيما مر (قوله مفرع على الضعيف) أى على رواية الحسن أنه مقدر بيوم .

أقول : لكن بعد ما صرح صاحب البدائع بلزومه بالشروع ذكر رواية الحسن ووجهها وهو أن الشروع فى التطوع موجب للإتمام على أصل أصحابنا صيانة للمؤدى عن البطلان ثم ذكر رواية الأصل أنه غير مقدر بيوم ، وأجاب عن وجه رواية الحسن بقوله وقوله الشروع فيه موجب مسلم لكن بقدر ما اتصل به الأداء ولما خرج فما وجب إلا ذلك القدر فلا يلزمه أكثر من ذلك اه فعلم أن قول البدائع أولا أنه يلزم بالشروع مراده به لزوم مااتصل به الأداء لا لزوم يوم فهو مفرع على رواية الأصل التى هى ظاهر الرواية فافهم (قوله وحرم الخ) لأنه إبطال للعبادة وهو حرام لقوله تعالى ــ ولا تبطلوا أعمالكم ــ بدائع (قوله أما النفل) أى الشامل للسنة المؤكدة ح. قلت : قدمنا مايفيد اشتراط الصوم فيها بناء على أنها مقدرة بالعشر الأخير ومفاد التقدير أيضا اللزوم بالشروع تأمل ثم رأيت المحقق ابن الهمام قال : ومقتضى النظر لو شرع فى المسنون أعنى العشر الأواخر بنيته ثم أفسده أن يجب قضاؤه تخريجا على قول أبى يوسف فى الشروع فى نفل الصلاة تناويا أربعا لاعلى قولهما اه أى يلزمه قضاء العشر كله لو أفسد بعضه كما يلزمه قضاء أربع لو شرع فى نفل ثم أفسد الشفع الأول عند أبى يوسف ، لكن صحح فى الخلاصة أنه لايقضى لاركعتين كقولهما نعم اختار فى شرح المنية قضاء الأربع اتفاقا فى الراتبة كالأربع قبل الظهر والجمعة وهو اختيار الفضلى ، وصححه فى النصاب وتقدم تمامه فى النوافل ، وظاهر الرواية خلافه وعلى كل فيظهر من بحث ابن الهمام لزوم الاعتكاف

لأنه منه له لابطل كما مر (الخروج إلا لحاجة الإنسان) طبيعية كبول وغائط وغسل لو احتلم ولايمكنه الاغتسال فيالمسجد كذا فى النهر (أو) شرعية كعيد وأذان لو مؤذنا وباب المنارة خارج المسجد و (الجمعة وقت الزوال ومن يعد منزله) أى معتكفه (خرج فى وقت يدركها)

المسنون بالشروع وإن لزوم قضاء جميعه أو باقيه مخرج على قول أبى يوسف أما على قول غيره فيقضى اليوم الذى أفسده لاستقلال كل يوم بنفسه وإنما قلنا أى باقيه بناء على أن الشروع ملزم كالنذر وهو لو نذر العشر يلزمه كله متتابعا ، ولو أفسد بعضه قضى باقيه على مامر فى نذر صوم شهر معين .

والحاصل أن الوجه يقتضى لزوم كل يوم شرع فيه عندهما بناء على لزوم صومه بخلاف الباقى لأن كل يوم بمنزلة شفع من النافلة الرباعية وإن كان المسنون هو اعتكاف العشر بتمامه تأمل (قوله لأنه منه) اسم فاعل من أنهى اه ح أى متمم للنفل (قوله كما مر) أى من قول المصنف وأقله نفلا ساعة (قوله الخروج) أى من معتكفه ولو مسجد البيت فى حق المرأة ط فلو خرجت منه ولو إلى بيتها بطل اعتكافها لو واجبا وانتهى لو نفلا بحر (قوله إلا لحاجة الإنسان الخ) ولا يمكث بعد فراغه من الطهور ولا يلزمه أن يأتى بيت صديقه القريب .

واختلف فيما لو كان له بيتان فأتى البعيد منهما قيل فسد وقيل : لا ينبغى أن يخرج على القولين ، الو ترك بيت الخلاء للمسجد القريب وأتى بيته نهر ولا يبعد الفرق بين الخلافية وهذه لأن الإنسان قد لا يألف غير بيته رحمتى أى فإذا كان لا يألف غيره بأن لا يتيسر له إلا فى بيته فلا يبعد الجواز بلا خلاف وليس كالمكث بعدها مالو خرج لها ثم ذهب لعيادة مريض أو صلاة جنازة من غير أن يكون خرج لذلك قصدا فإنه جائز كما فى البحر عن البدائع (قوله طبيعية) حال أو خبر لكان محذوفة أى سواء كانت طبيعية أو شرعية وفسر ابن الشلبى الطبيعية بما لا بد منها ومالا يقضى فى المسجد (قوله وغسل) عده من الطبيعية تبعا للاختيار والنهر وغيرهما وهو موافق لما علمته من تفسيرها وعن هذا اعترض بعض الشراح تفسير الكنز لها بالبول والغائط بأن الأولى تفسيرها بالطهارة ومقدماتها ليدخل الاستنجاء والوضوء والغسل لمشاركتها لها فى الاحتياج وعدم الجواز فى المسجد اه فافهم (قوله ولا يمكنه الخ) فلو أمكنه من غير أن يتلوث المسجد فلا بأس به بدائع أى بأن كان فيه بركة ماء أو موضع معد للطهارة أو اغتسل فى إناء بحيث لا يصيب المسجد الماء المستعمل ، قال فى البدائع : فإن كان بحيث يتلوث بالماء المستعمل يمنع منه لأن تنظيف المسجد واجب اه والتقييد بعدم الإمكان يفيد أنه لو أمكن كما قلنا فخرج أنه يفسد وهل يجرى فيه الخلاف المار فيما لو كان له بيتان فأتى البعيد منهما محل نظر لأن ذاك بعد الخروج ، وفرق بينه وبين ماقبله بدليل مامر ، من أنه بعده له الذهاب لعيادة مريض ، لكن قول البدائع لابأس به ربما يفيد الجواز فتأمل (قوله أو شرعية) عطف على طبيعية ولفظة أو من المتن والواو في والجمعة من الشرح اه ح (قوله وعيد (١)) أفاد صحة النذر بالاعتكاف فى الأيام الخمسة المنهية وفيه الاختلاف السابق فى نذر صومها لأن الصوم من لوازم الاعتكاف الواجب ، فعلى رواية محمد عن الإمام يصح لكن يقال له اقض فى وقت آخر ويكفر اليمين إن أراد وإن اعتكف فيها صح وعلى رواية أبى يوسف عنه لا يصح نذره كالنذر بالصوم فيها بدائع (قوله لو مؤذنا) هذا قول ضعيف والصحيح أنه لا فرق بين المؤذن وغيره كما فى البحر والإمداد ح (قوله وباب المنارة خارج المسجد) أما إذا كان داخله فكذلك بالأولى قال فى البحر : وصعود المأذنة إن كان بابها فى المسجد لا يفسد وإلا فكذلك فى ظاهر الرواية اه ولو قال الشارح وأذان ولو غير مؤذن وباب المنارة خارج المسجد لكان أولى ح .

---

(١) (قوله وعيد) هكذا بخطه والذى فى نسخ الشارح : كعيد وهو الأنسب بقوله : أو لا كبول اه مصححه .

مع سنتها يحكم فى ذلك رأيه . ويستن بعدها أربعا أو ستا على الخلاف ،ولو مكث أكثر لم يفسد لأنه محل له وكره تنزيها لمخالفة ماالتزمه بلا ضرورة

قلت : بل ظاهر البدائع أن الأذان أيضا غيرشرط فإنه قال : ولو صعد المنارة لم يفسد بلا خلاف وإن كان بابها خارج المسجد لأنها منه لأنه يمنع فيها من كل مايمنع فيه من البول ونحوه فأشبه زاوية من زوايا المسجد اه لكن ينبغى فيما إذا كان بابها خارج المسجدأن يقيد بما إذا خرج للأذان لأن المنارة وإن كانت من المسجد، لكن خروجه إلى بابها لا للأذان خروج منه بلا عذر وبهذا لايكون كلام الشارح مفرعا على الضعيف ويكون قوله وباب المنارة الخ جملة حالية معتبرة المفهوم فافهم (قوله مع سنتها) أى ومع الخطبة كما فى البدائع ،ولم يذكره للعلم به لأن السنة تكون قبل خروج الخطيب ، ولم يذكر تحية المسجد أيضا مع ذكرهم لها هنا لأنه ضعيف إذا صرحوا بأنه إذا شرع فى الفريضة حين دخل المسجد أجزأه عن تحية المسجد لحصولها بذلك فلاحاجة إلى تحية غيرها وكذا لوشرع فى السنة كذا فى البحر تبعا للفتح لكن نقل الخير الرملى على خط العلامة المقدسى أنه لاشك أن صلاة التحية بالاستقلال أفضل من الإتيان بها فى ضمن الفريضة ولا يخفى أن من يعتكف ويلازم باب الكريم إنما يروم مايوجب له مزيد التفضيل والتكريم اه فافهم (قوله على الخلاف) أى أربعا عنده وستا عندهما بدائع قال فى البحر : وقد ظهر بهذا أن الأربع التى تصلى بعد الجمعة بنية آخر ظهر عليه لا أصل لها فى المذهب لنصهم هنا على أنه لايصلى إلا السنة البعدية ولأن من اختارها من المتأخرين اختارها للشك فى سبق جمعته بناء على عدم جواز تعددها فى مصر ، وقد نص الإمام السرخسى على أن الصحيح من المذهب الجواز ، فلا ينبغى الافتاء بها فى زماننا لأنهم تطرقوا منها إلى التكاسل عن الجمعة وظن أنها غير فرض ، وأن الظهر كاف عنها واعتقاد ذلك كفر اه ملخصا

قلت : وفى هذا الظهور خفاء لأن الأصل عدم تعدد الجمعة . وليس فى كل البلاد فليكن اقتصارهم على بيان السنة مبنيا على ذلك ، ولأن المعتكف لايلزم أن يأتى بها فى مسجد الجمعة بل يأتى بها فى معتكفه وكون الصحيح جواز التعدد لا ينافى استحباب تلك الأربع خروجا من الخلاف القوى الواقع فى مذهبنا ومذهب الغير ، وقدمنا فى باب الجمعة التصريح عن النهر وغيره بأنه لاشك فى استحبابها وكون الأولى أن لايفتى بها فى زماننا لما ذكره لايلزم منه عدم الإتيان بها ممن لايخشى منه ذلك كما مر هناك مبسوطا عن المقدسى وغيره فتذكره بالمراجعة فافهم (قوله ولومكث أكثر) كيوم وليلة أو أتم اعتكافه فيه سراج (قوله لأنه محل له)أى مسجد الجمعة محل للاعتكاف وفيه إشارة إلى الفرق بين هذا وبين مالوخرج لبول أوغائط ودخل منزله ومكث فيه حيث يفسد كما مر وفى البدائع وما روى عنه صلى الله عليه وسلم من الرخصة فى عيادة المريض وصلاة الجنازة فقد قال أبو يوسف : ذلك محمول على اعتكاف التطوع ويجوز حمل الرخصة على مالوخرج لوجه مباح كحاجة الإنسان أو الجمعة وعاد مريضا أوصلى على جنازة من غير أن يخرج لذلك قصدا وذلك جائز اه وبه علم أنه بعد الخروج لوجه مباح إنما يضر المكث لوفى غير مسجد لغير عيادة (قوله لمخالفة ما التزمه) أى من الاعتكاف فى المسجد الأول لأنه لما ابتدأ الاعتكاف فيه ، فكأنه عينه لذلك فيكره تحوله عنه مع إمكان الإتمام فيه بدائع .

قلت : ولعله لم يتعين بناء على أنه لايتعين الزمان والمكان فى النذر كما مر وعدم جواز الخروج منه بلا عذر لا لتعينه بل لأن الخروج مضاد لحقيقة الاعتكاف الذى هو اللبث والإقامة .

[تتمة] لم يذكر جواز خروجه لجماعة ، وقدمنا عن النهر والفتح مايفيده ويأتى فى كلامه مايفيده أيضا وفى البحر عن البدائع : لو أحرم بحج أو عمرة أقام فى اعتكافه إلى فراغه منه ، فإن خاف فوت الحج يحج ثم يستقبل الاعتكاف

(فلو خرج) ولو ناسيا (ساعة) زمانية لارملية كما مر (بلا عذر فسد) فيقضيه إلا إذا أفسده بالردة واعتبرا أكثر النهار قالوا : وهو الاستحسان وبحث فيه الكمال (و) إن خرج (بعذر يغلب وقوعه) وهو مامر لاغير (لا) لايفسد وأما ما لايغلب كانجاء غريق وانهدام مسجد فمسقط للاثم لا للبطلان وإلا لكان النسيان أولى بعدم الفساد كما حققه الكمال خلافا لما فصله الزيلعي وغيره

لأن الحج أهم وإنما يستقبله لأن هذا الخروج وإن وجب شرعا فإنما وجب بعقده لم يكن معلوم الوقوع فلا يصير مستثنى فى الاعتكاف اه (قوله فيقضيه) أى لو واجبا بالنذر ، أما التطوع لوقطعه قبل تمام اليوم فلا إلا فى رواية الحسن كامر ، ويقضى المنذور مع الصوم غيرأنه لوكان شهرا معينا يقضى قدرمافسد وإلا استقبله لأنه لزمه متتابعا ، ولا فرق بين فساده بصنعه بلا عذر كالجماع مثلا إلا الردة أو لعذر كخروجه لمرض أو بغير صنعه أصلا كحيض وجنون وإغماء طويل وأما حكمه إذا فات عن وقته المعين ، فإن فات بعضه قضاه لاغير ولا يجب الاستقبال أو كله قضى الكل متتابعا فإن قدر ولم يقض حتى مات أوصى لكل يوم بطعام مسكين ، وإن قدر على البعض فكذلك إن كان صحيحا وقت النذر وإلا فإن صح يوما فعلى الاختلاف المار فى الصوم وإلافلا شئ عليه بدائع ملخصا (قوله إلا إذا أفسده بالردة) لأنها تسقط ماوجب عليه قبلها بإيجاب الله تعالى أو إيجابه والنذر من إيجابه اه ح أى وليس سببه باقيا لأنه النذر وقد قال فى الفتح إن نفس النذر بالقربة قربة فيبطل بالردة كسائر القرب اه وإذا بطل سببه لم يجب قضاؤه بخلاف الحج والصلاة الوقتية لبقاء سببهما (قوله قالوا وهو الاستحسان)لأن فى القليل ضرورة كذا فى الهداية بدون لفظة قالوا المشعرة بالخلاف والضعف ، ولكنه أتى بها ميلا إلى مابحثه الكمال (قوله وبحث فيه الكمال) حيث قال قوله وهو استحسان يقتضى ترجيحه ، لأنه ليس من المواضع المعدودة التى رجح فيها القياس على الاستحسان ثم منع كونه استحسانا بالضرورة بأن الضرورة التى يناط بها التخفيف هى الضرورة اللازمة أو الغالبة الوقوع مع أنهما أى الإمامين يجيزان الخروج بغير ضرورة أصلا لأن فرض المسألة فى خروجه أقل من نصف يوم لحاجة أولا بل للعب ، وأنا لا أشك فى أن من خرج من المسجد إلى السوق للعب واللهو والقمار إلى ماقبل نصف النهار ثم قال يارسول الله أنا معتكف قال ماأبعدك عن المعتكفين اه ملخصا وقد أطال فى تحقيق ذلك كما هو دأبه فى التحقيق رحمه الله تعالى وبه علم أنه لم يسلم كونه استحسانا حتى يكون مما رجح فيه القياس على الاستحسان كما أفاده الرحمتى فافهم (قوله وهومامر) أى من الحاجة الطبيعية والشرعية (قوله وإلا لكان النسيان أولى الخ) لأنه عذر ثبت شرعا اعتبار الصحة معه فى بعض الأحكام فتح أى كما فى أكل الصائم ناسيا وصحة الوقتية عند نسيان الفائتة (قوله كما حققه الكمال) حيث قال والذى فى الخانية والخلاصة أنه لوخرج ناسيا أومكرها أو لبول فحبسه الغريم ساعة أو لمرض فسد عنده ، وعلل فى الخانية المرض بأنه لايغلب وقوعه فلم يصر مستثنى عن الإيجاب فأفاد الفساد فى الكل وعلى هذا يفسدلولاعادة مريض(١) أوشهود جنازة وإن تعينت عليه إلا أنه لايأثم كما فى المرض بل يجب ، كما فى الجمعة ولايفسد بها لأنها معلوم وقوعها فكانت مستثناة ، وعلى هذا إذا خرج لانقاذ غريق أوحريق أو جهاد عم نفيره فسد ، ولا يأثم وكذا إذا انهدم المسجد ، ونص عليه فى الخانية وغيرهاوكذا تفرق أهله وانقطاع الجماعة منه ، ونص الحاكم فى الكافى فقال وأما قول أبى حنيفة : فاعتكافه فاسد إذا خرج ساعة لغير غائط أوبول أو جمعة اه ملخصا (قوله خلافا لما فصله الزيلعى) حيث جعل الخروج لعيادةالمريض والجنازة وصلاتها وإنجاءالغريق والحريق والجهاد إذاكان النفير عاما ، وأداء الشهادة مفسدا بخلاف خروجه إلى مسجد آخر بانهدام المسجد أو تفرق

---

(١) (قوله : لولا عادة مريض) هكذا ولعل صوابه : لو لعيادة مريض اه مصححه .

لكن فى النهر وغيره جعل عدم الفساد لإنهدامه وبطلان جماعته وإخراجه كرها استحسانا وفى التاترخانية عن الحجة لو شرط وقت النذر أن يخرج لعيادة مريض وصلاة جنازة وحضور مجلس علم جاز ذلك فليحفظ (وخص) المعتكف (بأكل وشرب ونوم وعقد احتاج إليه) لنفسه أو عياله فلو لتجارة كره (كبيع ونكاح ورجعة)

أهله لعدم صلوات الخمس فيه وإخراج ظالم كرها وخوفه على نفسه أو ماله من المكابرين ومشى فى نور الإيضاح على هذا التفصيل لاعلى ما يأتى عن النهر فافهم (قوله لكن فى النهر) حيث قال : صرح فى البدائع وغيرها بأن عدم الفساد فى الانهدام والاكراه استحسان لأنه مضطر إليه لما أنه بعد الانهدام خرج من أن يكون معتكفا لأنه لا يصلى بالجماعة الصلوات الخمس ، وهذا يفيد عدم الفساد بتفريق أهله اه وفى الشرنبلالية إنه نص على الاستحسان فى ذلك فى المحيط والمبتغى والجوهرة .

قلت : وكذا فى المجتبى والسراج والتاترخانية وبهذا سقط ماذكره أبو السعود محشى مسكين من أن ما فى البدائع وغيرها قول الصاحبين ، وأن الزيلعى ومسكينا والشرنبلالى وغيرهم خلطوا أحد القولين بالآخر ، وأطال فيه بما لا يجدى إذ لو كان قول الصاحبين فما معنى الاستحسان فى بعض الأعذار دون بعض وهما يقولان بعدم الفساد بالخروج أقل من نصف نهار بلا عذر أصلا وأيضا لو كان ذلك قولهما لنقله واحد منهم بل صرح فى البدائع فى مسألتى الانهدام والإكراه بأنه لايفسد إذا دخل مسجدا آخر من ساعته استحسانا فقوله : من ساعته صريح فى أنه على قول الإمام .

والحاصل : أن مذهب الإمام الفساد بالخروج إلا لبول أو غائط أو جمعة كما مر التصريح به عن كافى الحاكم وعليه ما مر عن الخانية والخلاصة والفتح وأن بعض المشايخ استحسن عدمه فى بعض المسائل وكأنه فى الخانية لم ير هذا الاستحسان وجيها لأن انهدام المسجد لا يخرجه عن كونه معتكفا بناء على القول بأن إقامة الخمس فيه بالجماعة غير شرط كما مر أول الباب ولأن الخروج لمرض وحيض ونسيان إذا كان مفسدا مع أنه من قبل من له الحق سبحانه وتعالى فيكون للاكراه الذى هو من قبل العبد مفسدا بالأولى ولعل المحقق ابن الهمام نظر إلى هذا فتبع المنقول فى كافى الحاكم الذى هو تلخيص كتب ظاهر الرواية ، وفى الخانية وغيرها وتبعه صاحب البحر واعتمده صاحب البرهان حيث اقتصر عليه فى متنه مواهب الرحمن وتبعهم المصنف أيضا ، وكذا العلامة المقدسى فى شرحه وإن خالف فيه الشرنبلالى فافهم (قوله وفى التاترخانية) ومثله فى القهستانى (قوله لو شرط) فيه إيماء إلى عدم الاكتفاء بالنية أبو السعود (قوله جاز ذلك) قلت : يشير إليه قوله فى الهداية وغيرها عند قوله ولا يخرج إلا لحاجة الإنسان لأنه معلوم وقوعها فلا بد من الخروج فيصير مستثنى اه .

والحاصل أن مايغلب وقوعه يصير مستثنى حكما وإن لم يشترطه وما لا فلا إلا إذا شرطه (قوله وخص المعتكف بأكل الخ) أى فى المسجد والباء داخلة على المقصور عليه بمعنى أن المعتكف مقصور على الأكل ونحوه فى المسجد لا يحل له فى غيره ، ولو كانت داخلة على المقصور كما هو المتبادر يرد عليه أن النكاح والرجعة غير مقصورين عليه لعدم كراهتهما لغيره فى المسجد .

واعلم : أنه كما لا يكره الأكل ونحوه فى الاعتكاف الواجب فكذلك فى التطوع كما فى كراهية جامع الفتاوى ونصه يكره النوم والأكل فى المسجد لغير المعتكف وإذا أراد ذلك ينبغى أن ينوى الاعتكاف فيدخل فيذكر الله تعالى بقدر مانوى أو يصلى ثم يفعل ما شاء اه (قوله فلو لتجارة كره) أى وإن لم يحضر السلعة واختاره قاضيخان ورجحه الزيلعى لأنه منقطع إلى الله تعالى فلا ينبغى له أن يشتغل بأمور الدنيا بحر (قوله ورجعة) معطوف على

فلو خرج لأجلها فسد لعدم الضرورة (وكره) أى تحريما لأنها محل إطلاقهم بحر (إحضار مبيع فيه) كما كره فيه مبايعة غير المعتكف مطلقا للنهى وكذا أكله ونومه إلا لغريب أشباه وقد قدمناه قبيل الوتر، لكن قال ابن كمال لا يكره الأكل والشرب والنوم فيه مطلقا ونحوه فى المجتبى (و) يكره تحريما (صمت) إن اعتقده قربة وإلا لا لحديث «من صمت نجا» ويجب أى الصمت كما فى غرر الأذكار عن شر لحديث «رحم الله امرأ تكلم فغنم أو سكت فسلم» (وتكلم إلا بخير) وهو مالا إثم فيه

أكل لاعلى بيع إلا بتأويل العقد بما يشملها (قوله لعدم الضرورة) أى إلى الخروج حيث جازت فى المسجد وفى الظهيرية، وقيل يخرج بعدالغروب للأكل والشرب اهـ وينبغى حمله على ما إذا لم يجد من يأتى له به فحينئذ يكون من الحوائج الضرورية كالبول بحر (قوله إحضار مبيع فيه) لأن المسجد محرز عن حقوق العباد، وفيه شغله بها ودل تعليلهم أن المبيع لو لم يشغل البقعة لايكره إحضاره كدراهم يسيرة أو كتاب ونحوه بحر لكن مقتضى التعليل الأول الكراهة وإن لم يشتغل نهر.

قلت: التعليل واحد ومعناه أنه محرز عن شغله بحقوق العباد، وقولهم وفيه شغله بها نتيجة التعليل ولذا أبدله فى المعراج بقوله: فيكره شغله بها فافهم. وفى البحر وأفاد إطلاقه أن إحضار مايشتريه ليأكله مكروه، وينبغى عدم الكراهة كمالا يخفى اهـ أى لأن إحضاره ضرورى لأجل الأكل ولأنه لاشغل به لأنه يسير. وقال أبو السعود نقل الحموى عن البرجندى أن إحضار الثمن والمبيع الذى لا يشغل المسجد جائز اهـ (قوله مطلقا) أى سواء احتاج إليه لنفسه أو عياله أو كان للتجارة أحضره أولا كما يعلم مما قبله ومن الزيلعى والبحر (قوله للنهى) هو ما رواه أصحاب السنن الأربعة وحسنه الترمذى «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشراء والبيع فى المسجد وأن ينشد فيه ضالة أو ينشد فيه شعر ونهى عن التحلق قبل الصلاة يوم الجمعة» فتح (قوله وكذا أكله) أى غير المعتكف (قوله لكن الخ) استدراك على ما فى الأشباه وعبارة ابن الكمال عن جامع الاسبيجابى لغير المعتكف أن ينام فى المسجد مقيما كان أو غريبا أو مضطجعا أو متكئا رجلاه إلى القبلة أو إلى غيرها فالمعتكف أولى اهـ ونقله أيضا فى المعراج وبه يعلم تفسير الاطلاق قال ط: لكن قوله رجلاه إلى القبلة غير مسلم لما نصوا عليه من الكراهة اهـ ومفاد كلام الشارح ترجيح هذا الاستدراك، والظاهر أن مثل النوم الأكل والشرب إذا لم يشغل المسجد ولم يلوثه لأن تنظيفه واجب كما مر لكن قال فى متن الوقاية: ويأكل أى المعتكف ويشرب وينام ويبيع ويشترى فيه لاغيره قال منلا على فى شرحه: أى لايفعل غير المعتكف شيئا من هذه الأمور فى المسجد اهـ ومثله فى القهستانى ثم نقل مامر عن المجتبى (قوله وصمت) عدل عن السكوت للفرق بينهما وذلك أن السكوت ضم الشفتين، فإن طال سمى صمتا نهر وإنما كره لأنه ليس فى شريعتنا لقوله عليه الصلاة والسلام «لايتم بعد احتلام ولا صمات يوم إلى الليل» رواه أبو داود وأسند أبو حنيفة عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه «أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن صوم الوصال وعن صوم الصمت» فتح (قوله ويجب) لم يقل يفترض ليشمل الواجب، فإن الكلام قد يكون حراما كالغيبة مثلا وقد يكره كإنشاد شعر قبيح وكذكر لترويج سلعة فالصمت عن الأول فرض وعن الثانى واجب فافهم (قوله وتكلم إلا بخير) فيه التفريغ فى الإيجاب إلا أن يقال إنه نفى معنى ط عن الحموى أى لأن كره بمعنى لايفعل كما قيل فى قوله تعالى — ويأبى الله إلا أن يتم نوره — وقوله — وإنها لكبيرة إلا على الخاشعين — لأنه بمعنى لايريد ومعنى لاتسهل كما ذكره ابن هشام فى آخر المغنى، ويحتمل كون إلا بمعنى غير كما فى — لو كان فيهما آلهة إلا الله لفسدتا — ولم يدخل عليها حرف الجر، بل تخطاها لما بعدها لأنها على صورة الحرفية والأولى

ومنه المباح عندالحاجة إليه لاعند عدمها وهو محمل مافىالفتح أنه مكروه فى المسجد، **بأكل الحسنات كما تأكل النار الحطب** كما حققه فى النهر (**كقراءة قرآن وحديث وعلم**) **وتدريس فى سير الرسول عليه الصلاة والسلام وقصص الأنبياء عليهم السلام وحكايات الصالحين وكتابة أمورالدين** (**وبطل بوطء فى فرج**) **أنزل أم لا** (**ولو**) **كان وطؤه خارج المسجد** (**ليلا**) **أو نهارا عامدا** (**أو ناسيا**) **فى الأصح لأن حالته مذكرة** (**و**) **بطل** (**بانزال بقبلة أو لمس**) **أو تفخيذ ولو لم ينزل لم يبطل وإن حرم الكل لعدم الحرج ولا يبطل بانزال بفكر أو نظر ، ولا بسكر ليلا ولا بأكل ناسيا لبقاء الصوم بخلاف أكله عمدا وردته وكذا إغماؤه وجنونه إن داما أياما فإن دام جنونه سنة قضاه استحسانا**

جعل الجار متعلقا بمحذوف والاستثناء من تكلم المذكور . والمعنى : وكره تكلم إلا تكلما بخير فحذف المتعلق الخاص للقرينة ، فيكون الاستثناء من كلام تام موجب تأمل (**قوله ومنه المباح الخ**) أى مما لا إثم فيه وهذا مااستظهره فى النهر أخذا من العناية وبه رد على مافى البحر من أن الأولى تفسير الخير بما فيه ثواب فيكره للمعتكف التكلم بالمباح بخلاف غيره أى غير المعتكف اه بأنه لاشك فى عدم استغنائه عن المباح عند الحاجة إليه فكيف يكره له مطلقا اه والمراد مايحتاج إليه من أمر الدنيا إذا لم يقصد به القربة وإلا ففيه ثواب (**قوله وهو**) أى المباح عند عدم الاحتياج إليه ط (**قوله إنه مكروه**) أى إذا جلس له كما قيده فى الظهيرية ذكره فى البحر قبيل الوتر . وفى المعراج عن شرح الإرشاد : لابأس بالحديث فى المسجد إذا كان قليلا فأما أن يقصد المسجد للحديث فيه فلا اه وظاهر الوعيد أن الكراهة فيه تحريمية (**قوله فى فرج**) أى قبل أو دبر (**قوله ولو كان وطؤه خارج المسجد**) عممه تبعا للدرر إشارة إلى رد مافى العناية وغيرها من أن المعتكف إنما يكون فى المسجد، فلا يتهيأ له الوطء ثم قال : وأولوه بأنه جاز له الخروج للحاجة الإنسانية ، فعند ذلك يحرم عليه الوطء وذكر فى شرح التأويلات أنهم كانوا يخرجون ويقضون حاجتهم فى الجماع ثم يغتسلون فيرجعون إلى معتكفهم فنزل قوله تعالى — ولا تباشروهن وأنتم عاكفون فى المساجد — اه قال الشيخ إسمعيل وفيه نظر لإمكان الوطء فى المسجد وإن كان فيه حرمة من جهة أخرى وهى حلول الجنب فيه على أنه يحتمل أن تكون الزوجة معتكفة فى مسجد بيتها فيأتيها فيه زوجها فيبطل اعتكافها اه (**قوله فى الأصح**) قال فى الشرنبلالية : ولم يفسده الشافعى بالوطء ناسيا ، وهو رواية ابن سماعة عن أصحابنا اعتبارا له بالصوم كذا فى البرهان اه (**قوله لأن حالته مذكرة**) تعليل للأصح ببيان الفرق بينه وبين الصوم بأن المعتكف له حالة تذكره ، فلا يغتفر نسيانه كالمحرم والمصلى بخلاف الصائم (**قوله وبطل بإنزال الخ**) لأنه بالإنزال صار فى معنى الجماع نهر (**قوله لم يبطل لعدم معنى الجماع**) ولذا لم يفسد به الصوم (**قوله وإن حرم الكل**) أى كل ماذكر من دواعى الوطء إذ لايلزم من عدم البطلان بها حلها لعدم الحرج .

قال فى شرح المجمع : فإن قلت : لم لم تحرم الدواعى فى الصوم وحالة الحيض كما حرم الوطء ؟ قلت : لأن الصوم والحيض يكثر وجودهما فلو حرم الدواعى فيهما لوقعوا فى الحرج وذلك مدفوع شرعا (**قوله ولا بأكل ناسيا الخ**) والأصل أن ماكان من محظورات الاعتكاف وهو مامنع منه لأجل الاعتكاف لا لأجل الصوم لايختلف فيه العمد والسهو والنهار والليل ، كالجماع والخروج من المسجد وماكان من محظورات الصوم وهو مامنع منه لأجل الصوم يختلف فيه العمد والسهو والليل والنهار كالأكل والشرب بدائع (**قوله وردته**) وإذا بطل بها لم يجب قضاؤه كما تقدم (**قوله إن داما أياما**) المراد بالأيام أن يفوته صوم بسبب عدم إمكان النية ح ويقضيه فى الإغماء كالجنون ط (**قوله سنة**) عبارة البدائع وغيرها سنين والمراد المبالغة فيقضى فى الأقل بالأولى (**قوله استحسانا**) والقياس

(ولزمه الليالى بنذره) بلسانه (اعتكاف أيام ولاء) أى متتابعة وإن لم يشترط التتابع (كعكسه) لأن ذكر أحد العددين بلفظ الجمع وكذا التثنية يتناول الآخر (فلو نوى فى) نذر (الأيام النهار خاصة صحت نيته) لنيته الحقيقة (وإن نوى بها) أى بالأيام (الليالى لا) بل يلزمه كلاهما

لايقضى كما فى صوم رمضان . وجه الاستحسان : أن سقوط القضاء فى صوم رمضان إنما كان لدفع الحرج لأن الجنون إذا طال قلما يزول فيتكرر عليه صوم رمضان فيحرج فى قضائه وهذا المعنى لايتحقق فى الاعتكاف فتح (قوله ولزمه الليالى) أى اعتكافها مع الأيام (قوله بلسانه) فلايكفى مجرد نية القلب فتح وقد مر (قوله اعتكاف أيام) كعشرة مثلا (قوله ولاء) حال من الليالى والأصل أنه متى دخل الليل والنهار فى اعتكافه فإنه يلزمه متتابعا ولا يجزيه لو فرق بحر ، وكذا لو نذر اعتكاف شهر غير معين لزمه اعتكاف شهر أى شهر كان متتابعا فى الليل والنهار ، بخلاف ماإذا نذر صوم شهر ولم يذكر التتابع ولا نواه فإنه يخير إن شاء فرق لأن الاعتكاف عبادة دائمة ومبناها على الاتصال لأنه لبث وإقامة والليالى قابلة لذلك بخلاف الصوم وتمامه فى البدائع (قوله كعكسه) وهو نذر اعتكاف الليالى فتلزمه الأيام ط (قوله بلفظ الجمع) كثلاثين يوما أوليلة وكذا ثلاثة أيام فإنه فى حكم الجمع ، ولذا يتبع به الجمع كرجال ثلاثة ، وإن أراد بالعددين المعدودين يكون التميز فى المثال الأول فى حكم الجمع لوقوعه تمييزا وبيانا لذات الجمع أعنى الثلاثين فافهم (قوله وكذا التثنية) فإنها فى حكم الجمع فيلزمه اعتكاف يومين بليلتهما ، وهذا عندهما . وقال أبو يوسف : لاتدخل الليلة الأولى بدائع . وأفاد أن المفرد لا تدخل فيه الليلة كما يأتى (قوله يتناول الآخر) أى بحكم العرف والعادة تقول كنا عند فلان ثلاثة أيام وتريد ثلاثة أيام ومابإزائها من الليالى وقال تعالى — ثلاث ليال سويا — و — ثلاثة أيام إلا رمزا — فعبر فى موضع باسم الليالى وفى موضع باسم الأيام والقصة واحدة ، فالمراد من كل واحد منهما ماهو بإزاء صاحبه حتى إنه فى الموضع الذى لم تكن الأيام فيه على عدد الليالى أفرد كل واحد منهما بالذكر كقوله — سبع ليال وثمانية أيام حسوما — كما فى البدائع (قوله فلو نوى الخ) لما ذكر لزوم الليالى تبعا للأيام ولم يقيد ذلك بنيتهما أو عدمها علم أنه لافرق ، ثم فرع عليه مالو نوى أحدهما خاصة حيث كان فى الكلام السابق إشارة إلى مخالفة حكمه له فصح التفريع فافهم (قوله النهار) أى جنسه وفى بعض النسخ النهر بصيغة الجمع وقيل لايجمع كالعذاب والسراب كما فى القاموس (قوله صحت نيته) فيلزمه الأيام بغير ليل ، وله خيار التفريق لأن القربة تعلقت بالأيام ، وهى متفرقة ، فلا يلزمه التتابع إلا بالشرط كما فى الصوم ويدخل المسجد كل يوم قبل طلوع الفجر ، ويخرج بعد غروب الشمس بدائع (قوله لنيته الحقيقة) أى اللغوية أما العرفية ، فتشمل الليالى كما قدمناه وإذا كان للفظ حقيقة لغوية وحقيقة عرفية ينصرف عند الإطلاق عند أهل العرف إلى العرفية كما نصوا عليه فلذا احتاج إلى النية إذا أريد به الحقيقة اللغوية ، وبه اندفع ماأورد من أن الحقيقة لاتحتاج إلى قرينة ونية ، وأفاد فى البدائع أن العرف أيضا فى استعمال اللغوية باق فصحت نيته اه فكان العرف مشتركا والظاهر أن الأكثر استعمال خلاف اللغوى ، فلذا انصرف إليه عند الإطلاق واحتاج اللغوى إلى النية (قوله لا) أى لاتصح نيته لأنه نوى مالا يحتمله كلامه بحر .

والحاصل أنه إما أن يأتى بلفظ المفرد أو المثنى أو المجموع ، وكل من الثلاثة إما أن يكون اليوم أو الليل وكل من الستة إما أن ينوى الحقيقة أو المجاز أو ينويهما أو لم تكن له نية فهى أربعة وعشرون وعلمت حكم المثنى والمجموع بأقسامهما بقى المفرد فلو نذر اعتكاف يوم لزمه فقط نواه أو لم ينو وإن نوى الليلة معه لزماه ، ولو نذر

(كما لو نذر اعتكاف شهر ونوى النهار خاصة أو) نوى (عكسه) أى الليالى خاصة فإنه لا تصح نيته لأن الشهر اسم لمقدر يشمل الأيام والليالى فلا يحتمل مادونه إلا أن يستثنى الليالى فيختص بالنهر ، ولو استثنى الأيام صح ولا شيء عليه لما مر .

واعلم أن الليالى تابعة للأيام إلا ليلة عرفة وليالى النحر فتبع للنهر الماضية رفقا بالناس، كما فى ضحية الولوالجية : هذا ، وليلة القدر دائرة فى رمضان اتفاقا إلا أنها تتقدم وتتأخر خلافا لهما،وثمرته فيمن قال بعدليلة منه أنت حر أو أنت طالق ليلة القدر فعنده لايقع حتى ينسلخ شهر رمضان الآتى لجواز كونها فى الأول فى الأولى وفى الآتى فى الأخيرة وقالا يقع

اعتكاف ليلة لم يصح مالم ينوبها اليوم كمامر وتمامه فى البحر (قوله اعتكاف شهر) أى بأن أتى بلفظة شهر أما لوقال ثلاثين يوما فهو مامر (قوله لما مر) أى أول الباب من قوله لعدم محليتها ح أى فإن الباقى بعد استثناء الأيام هو الليالى المجردة ، فلا يصح اعتكاف المنذور فيها لمنافاتها شرطه وهو الصوم (قوله واعلم أن الليالى تابعه للأيام) أى كل ليلة تتبع اليوم الذى بعدها ، ألا ترى أنه يصلى التراويح فى أول ليلة من رمضان دون أول ليلة من شوال ، فعلى هذا إذا ذكر المثنى أوالمجموع يدخل المسجد قبل الغروب ، ويخرج بعد الغروب من آخر يوم نذره كما صرح به فى الخانية وصرح بأنه إذا قال أياما يبدأ بالنهار فيدخل المسجد قبل طلوع الفجر اه فعلى هذا لايدخل الليل فى نذر الأيام إلا إذا ذكر له عددا معينا بحر (قوله إلا ليلة عرفة الخ) عبارة البحر عن المحيط إلا فى الحج فإنها فى حكم الأيام الماضية فليلة عرفة تابعة ليوم التروية وليلة النحر تابعة ليوم عرفة اه ونقل قبله عن أضحية الولوالجية الليلة فى كل وقت تبع لنهار يأتى إلا فى أيام الأضحى فتبع لنهار ماض رفقا بالناس اه .

قلت : وفى حج الولوالجية أيضا الليل فى باب المناسك تبع للنهار الذى تقدم ولهذا لو وقف بعرفة ليلة النحر قبل الطلوع أجزأه اه .

والحاصل : أن ليلة عرفة تابعة لما قبلها فى الحكم حتى صح الوقوف فيها وكذا ليلة النحر والتى تليه والتى بعدها حتى صح النحر فى الليالى وجاز الرمى فيها ، والمراد أن الأفعال التى تفعل فى النهار من نحر أو وقوف أو نحو ذلك من أفعال المناسك يصح فعلها فى الليلة التى تلى ذلك النهار رفقا بالناس وبسبب ذلك أطلق على تلك الليلة أنها تبع لليوم الذى قبلها أى تبع له فى الحكم لا حقيقة ، وإلا فكل ليلة تبع لليوم الذى بعدها ، ولذا يقال ليلة النحر للليلة التى يليها يوم النحر ، ولو كانت لليوم الذى قبلها لصارت اسما لليلة عرفة ولا يسوغ ذلك لا لغة ولا شرعا ، وحينئذ فلا يصح ما قيل إن اليوم الثالث من أيام النحر لا ليلة له وليوم التروية ليلتان إلا أن يريد من حيث الحكم والإلازم أنه لونذر اعتكاف يوم التروية ويوم عرفة يجب عليه اعتكاف اليومين وثلاث ليال والظاهر أنه لا يقول به أحد فافهم .

مطلب فى ليلة القدر

(قوله دائرة فى رمضان اتفاقا) أى دائرة معه بمعنى أنها توجد كلما وجد فهى مختصة به عند الإمام وصاحبيه لكنها عندهما فى ليلة معينة منه وعنده لا تتعين ويشير إلى ما قلنا فى تفسير الدوران ما فى البحر عن الكافى ليلة القدر فى رمضان دائرة لكنها تتقدم وتتأخر وعندهما تكون فى رمضان ولا تتقدم ولا تتأخر اه فافهم (قوله لجواز كونها فى الأول) أى فى رمضان الأول فى الأولى أى فى الليلة الأولى منه وفى رمضان الآتى فى الليلة الأخيرة منه ، فإذا انسلخ رمضان الأول لا يقع للاحتمال الأول وإذا لم ينسلخ الآتى لا يقع أيضا للاحتمال الثانى فإذا انسلخ

إذا مضى مثل تلك الليلة فى الآتى، ولا خلاف أنه لو قال: قبل دخول رمضان وقع بمضيه قال فى المحيط والفتوى على قول الإمام لـكن قيده بكون الحالف فقيها يعرف الاختلاف وإلا فهى ليلة السابع والعشرين ، والله أعلم .

كتاب الحج

الآتى تحقق وجودها فى أحدهما فحينئذ يقع (قوله إذا مضى الخ) يعنى إذا كانت هى الليلة الأولى فقد وقع بأول ليلة من القابل ، وإن كانت الثانية ، أو الثالثة الخ فقد وجدت فى الماضى ، فيتحقق عندهما وجودها قطعا بأول ليلة من القابل رملى (قوله لـكن قيده الخ) أى قيد صاحب المحيط الإفتاء بقول الإمام بكون الحالف فقيها أى عالما باختلاف العلماء فيها وإلا فلو كان عاميا فهى ليلة السابع والعشرين لأن العوام يسمونها ليلة القدر ، فينصرف حلفه إلى ما تعارف عنده كما هو أحد الأقوال فيها وله أدلة كثيرة من الأحاديث وأجاب عنها الإمام بأن ذلك كان فى ذلك العام :

[تتمة] ما ذكره عن الإمام هو قول له . وذكر فى البحر عن الخانية أن المشهور عن الإمام أنها تدور أى فى السنة كلها قد تـكون فى رمضان وقد تـكون فى غيره اه .

قلت : ويؤيده ماذكره سلطان العارفين سيدى محيي الدين بن عربى فى فتوحاته المكية بقوله : واختلاف الناس فى ليلة القدر أعنى فى زمانها ، فمنهم من قال هى فى السنة كلها تدور وبه أقول .

فإنى رأيتها فى شعبان وفى شهر ربيع ، وفى شهر رمضان ، وأكثر ما رأيتها فى شهر رمضان وفى العشر الآخر منه ، ورأيتها مرة فى العشر الوسط من رمضان فى غير ليلة وتر وفى الوتر منها فأنا على يقين من أنها تدور فى السنة فى وتر وشفع من الشهر اه وفيها للعلماء أقوال أخر بلغت ستة وأربعين .

[خاتمة] قال فى معراج الدراية : اعلم أن ليلة القدر ليلة فاضلة يستحب طلبها ، وهى أفضل ليالى السنة وكل عمل خير فيها يعدل ألف عمل فى غيرها وعن ابن المسيب من شهد العشاء ليلة القدر فقد أخذ نصيبه منها وعن الشافعى العشاء والصبح ويراها من المؤمنين من شاء الله تعالى وعن المهلب من المالـكية لا تمكن رؤيتها على الحقيقة ، وهو غلط ، وينبغى لمن يراها أن يكتمها ويدعو الله تعالى بالإخلاص اه .

اللهم إنا نسألك الإخلاص فى القول والعمل وحسن الختام عند انتهاء الأجل والعون على الإتمام ياذا الجلال والإكرام ، الحمد لله الذى بنعمته تتم الصالحات ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

كتاب الحج

لما كان مركبا من المال والبدن وكان واجبا فى العمر مرة ومؤخرا فى حديث « بنى الإسلام على خمس » أخره وختم به العبادات أى الخالصة وإلا فنحو النكاح ، والعتاق ، والوقف يكون عبادة عند النية لـكنه لم يشرع لقصد التعبد فقط ، ولذا صح بلا نية بخلاف أركان الإسلام الأربعة فإنها لا تـكون إلا عبادة لاشتراط النية فيها هذا ما ظهر لى . وأورد فى النهر على قولهم مركب إنه عبادة بدنية محضة والمال إنما هو شرط فى وجوده لا أنه جزء مفهومه اه :

وفيه أن كونه عبادة مركبة مما اتفقت عليه كلمتهم أصولا وفروعا حتى أوجبوا الحج عن الميت وإن فات عمل البدن لبقاء الجزء الآخر وهو المال كما سيجىء تقريره ، وليس قولهم إنه مركب تعريفا له لبيان ماهيته حتى يقال إن المال شرط فيه لا جزء مفهومه ، بل المراد بيان أن التعبد به لا يتوصل إليه غالبا إلا بأعمال البدن وإنفاق المال

(هو) بفتح الحاء وكسرها لغة: القصد إلى معظم لا مطلق القصد كما ظنه بعضهم. وشرعا (زيارة) أى طواف ووقوف (مكان مخصوص) أى الكعبة وعرفة (فى زمن مخصوص) فى الطواف من فجر النحر إلى آخر العمر وفى الوقوف من زوال شمس عرفة لفجر النحر (بفعل مخصوص) بأن يكون محرما بنية الحج

لأجله، والصلاة والصوم وإن كانتا لا بدلهما من مال كثوب يستر عورته وطعام يقيم بنيته فإن ذلك ليس لأجلهما بمعنى أنه لولاهما لم يفعله، ولذا لم يجعل المال من شروطهما، وجعل من شروطه، وأيضا فإن المال فيهما يسير لا مشقة فى إنفاقه بخلاف المال فى حج الآفاق، فإنه كثير فناسب أن يكون مقصودا فى العبادة ولذا وجب دفعه إلى النائب عند العجز الدائم عن الأفعال، ولم يجب الحج على الفقير القادر على المشى ووجبت الصلاة والصوم على العاجز عن الساتر والسحور هذا ما ظهر لى فافهم (قوله بفتح الحاء وكسرها) بهما قرئ فى السبع وقيل الأول الاسم والثانى المصدر ط عن المنح والنهر (قوله كما ظنه بعضهم) هو الزيلعى تبعا لإطلاق كثير من كتب اللغة، ونقل فى الفتح تقييده بالمعظم عن ابن السكيت، وكذا قيده به السيد الشريف فى تعريفاته وكذا فى الاختيار (قوله وشرعا زيارة الخ) اعلم أنهم عرفوه بأنه قصد البيت لأداء ركن من أركان الدين ففيه معنى اللغة؛ واعترضهم فى الفتح بأن أركانه الطواف، والوقوف، ولا وجود للمتشخص إلا بأجزائه المشخصة وما هيته الكلية منتزعة منها، وتعريفه بالقصد لأجل الأعمال مخرج لها عن المفهوم، اللهم إلا أن يكون تعريفا اسميا غير حقيقى فهو تعريف لمفهوم الاسم عرفا لكن فيه أن المتبادر من الاسم عند الإطلاق، هو الأعمال المخصوصة لا نفس القصد المخرج لها عن المفهوم مع أنه فاسد فى نفسه، فإنه لا يشمل الحج النفل، والتعريف إنما هو للحج مطلقا كتعريف الصلاة والصوم وغيرهما للفرض فقط، ولأنه حينئذ يخالف سائر أسماء العبادات فإنها أسماء للأفعال كالصلاة للقيام، والقراءة الخ، والصوم للإمساك الخ والزكاة لأداء المال، فليكن الحج أيضا عبارة عن الأفعال الكائنة عند البيت وغيره كعرفة اهـ ملخصا فعدل الشارح عن تفسير الزيلعى الزيارة بالقصد إلى تفسيرها بالطواف والوقوف تبعا للبحر ليكون اسما للأفعال كسائر أسماء العبادات، ولما ورد عليه أن يكون قوله بفعل مخصوص حشوا إذ المراد به كما قالوا هو الطواف والوقوف تخلص عنه بتفسيره بأن يكون محرما الخ قيل: ولا يخفى ما فيه لأنه يلزم عليه إدخال الشرط أى الإحرام فى التعريف، فلو أبقى الزيارة على معناها اللغوى وهو الذهاب وفسر الفعل المخصوص بالطواف والوقوف لكان أولى اهـ.

وفيه أن الزيارة أيضا ليست ماهيته الحقيقية فيرد ما مر فى تفسيره بالقصد على أن الإحرام وإن كان شرطا ابتداء فهو فى حكم الركن انتهاء كما سيصرح به الشارح، ولو سلم فذكر الشرط لا يخل بالتعريف بل لا بد منه لأنه لا يتحقق المعنى الشرعى بدونه كمن صلى بلا طهارة ولذا ذكروا النية فى تعريف الزكاة والصوم فافهم.

والتحقيق أن تفسيره بالقصد لا يخرجه عن نظائره من أسماء العبادة لأن المراد بالقصد هنا الإحرام، وهو عمل القلب واللسان بالنية والتلبية، أو ما يقوم مقام التلبية من تقليد البدنة مع السوق كما سيأتى، فيكون عمل الجوارح أيضا ولأن قوله بفعل مخصوص الباء فيه للملابسة والمراد به الطواف والوقوف، فهو قصد مقترن بهذه الأفعال لا مجرد القصد، فلم يخرج عن كونه فعلا مخصوصا كسائر أسماء العبادات نعم فرقوا بين الحج وسائر أسماء العبادات حيث جعلوا القصد فيه أصلا، والفعل تبعا وعكسوا فى غيره لأن الشائع فى المعانى الاصطلاحية المنقولة عن المعانى اللغوية أن تكون أخص من اللغوية لا مباينة لها. ولما كان الحج لغة هو مطلق القصد إلى معظم خصصوه بكونه قصدا إلى معظم معين بأفعال معينة ولو جعل اسما للأفعال المعينة أصالة لباين المعنى اللغوى المنقول عنه،

سابقا كما سيجيء لم يقل لأداء ركن من أركان الدين ليعم حج النفل (فرض) سنة تسع وإنما أخره عليه الصلاة والسلام لعشر لعذر مع علمه ببقاء حياته ليكمل التبليغ (مرة) لأن سببه البيت وهو واحد والزيارة تطوع وقد تجب كما إذا جاوز الميقات بلا إحرام

بخلاف نحو الصوم ، فإنه فى اللغة مطلق الإمساك فخصصوه بكونه إمساكا عن المفطرات ، بنية من الليل ، وكذا الزكاة فى اللغة الطهارة . وتزكية الشيء تطهيره . وتزكية المال المسماة زكاة شرعا تمليك جزء منه فإنه طهارة له لقوله تعالى ــ تطهرهم وتزكيهم بها ــ فهى تطهير مخصوص بفعل مخصوص ، وهو التمليك ، فلهذا جعل القصد أصلا فى تعريف الحج شرعا دون غيره وإن كان القصد شرطا فى الكل وكذا جعل أصلا فى تعريف التيمم ، فإنه فى اللغة مطلق القصد . وعرفوه شرعا بأنه قصد الصعيد الطاهر على وجه مخصوص ، وهو الضربتان فهو قصد مقترن بفعل فلم يخرج عن كونه اسما لفعل العبد ، وهذا معنى قول الزيلعى جعل الحج اسما لقصد خاص مع زيادة وصف كالتيمم اسم لمطلق القصد ، ثم جعل فى الشرع اسما لقصد خاص بزيادة وصف اهـ هذا ما ظهر لى فى تحقيق هذا المحل (قوله سابقا) أى على الوقوف والطواف ، أما كونه من الميقات فواجب ط (قوله لعذر) إما لأن الآية نزلت بعد فوات الوقت ، أو لخوف من المشركين على أهل المدينة ، أو خوفه على نفسه صلى الله عليه وسلم أو كره مخالطة المشركين فى نسكهم إذ كان لهم عهد فى ذلك الوقت زيلعى . وقدم الأول لما فى حاشيته للشلبى عن الهدى لابن القيم أن الصحيح أن الحج فرض فى أواخر سنة تسع ، وأن آية فرضه هى قوله تعالى ــ ولله على الناس حج البيت ــ وهى نزلت عام الوفود أواخر سنة تسع وأنه صلى الله عليه وسلم لم يؤخر الحج بعد فرضه عاما واحدا ، وهذا هو اللائق بهديه وحاله صلى الله عليه وسلم ، وليس بيد من ادعى تقدم فرض الحج سنة ست أو سبع أو ثمان أو تسع دليل واحد ، وغاية ما احتج به من قال سنة ست أن فيها نزل قوله تعالى ــ وأتموا الحج والعمرة لله ــ وهذا ليس فيه ابتداء فرض الحج وإنما فيه الأمر باتمامه إذا شرع فيه فأين هذا من وجوب ابتدائه اهـ (قوله مع علمه الخ) جواب آخر غير متوقف على وجود العذر :

وحاصله أن وجوبه على الفور للاحتياط فإن فى تأخيره تعريضا للفوات ، وهو منتف فى حقه صلى الله عليه وسلم لأنه كان يعلم بقاء حياته إلى أن يعلم الناس مناسكهم تكميلا للتبليغ لقوله تعالى ــ لقد صدق الله رسوله الرؤيا الآية ــ فهذا أرق فى التعليل ولذا جعل الأول تابعا له فهو كقولك : أكرم زيدا لأنه محسن إليك مع أنه أبوك (قوله لأن سببه البيت) بدليل الإضافة فى قوله تعالى ــ ولله على الناس حج البيت ــ فإن الأصل إضافة الأحكام إلى أسبابها كما تقرر فى الأصول ولا يتكرر الواجب إذا لم يتكرر سببه ولحديث مسلم « يا أيها الناس قد فرض عليكم الحج فحجوا فقال رجل أكل عام يا رسول الله فسكت حتى قالها ثلاثا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لو قلت نعم لوجبت ولما استطعتم » قال فى النهر والآية وإن كانت كافية فى الاستدلال على نفى التكرار لأن الأمر لا يحتمله إلا أن إثبات النفى بمقتضى النفى أولى (قوله وقد يجب) أى الحج وهذا عطف على قوله فرض (قوله كما إذا جاوز الميقات بلا إحرام) أى فإنه يجب عليه أن يعود إلى الميقات ويلبى منه ، وكذا يجب عليه قبل المجاوزة قال فى الهداية ثم الآفاقى إذا انتهى إلى المواقيت على قصد دخول مكة عليه أن يحرم قصد الحج أو العمرة عندنا أو لم يقصد لقوله صلى الله عليه وسلم « لا يجاوز أحد الميقات إلا محرما ولو لتجارة » ولأن وجوب الإحرام لتعظيم هذه البقعة الشريفة ، فيستوى فيه التاجر والمعتمر وغيرهما اهـ .

قال ح : فتحصل من هذا أن الحج والعمرة لا يكونان نفلا من الآفاقى وإنما يكونان نفلا من البستانى والحرمى اهـ :

فإنه كما سيجيء يجب عليه أحد النسكين فإن اختار الحج اتصف بالوجوب وقد يتصف بالحرمة كالحج بمال حرام، وبالكراهة كالحج بلا إذن ممن يجب استئذانه وفى النوازل: لوكان الابن صبيحا فللأب منعه حتى يلتحى (على الفور) فى العام الأول عند الثانى

قلت: وفيه نظر فإن حرمة مجاوزته بدون إحرام لاتدل على أن الإحرام لايكون إلا واجبا من الآفاق لأن الواجب كونه متلبسا بالإحرام وقت المجاوزة، سواء كان الإحرام بحج نفل أو غيره لأن الإحرام شرط لحل المجاوزة والشرط لايلزم تحصيله مقصودا كما مر فى الاعتكاف، ونظيره أيضا أن الجنب لا يحل له دخول المسجد، حتى يغتسل فإذا اغتسل لسنة الجمعة مثلا ثم دخل جاز، مع أنه إنما نوى الغسل المسنون، وإنما يجب إذا أراد الدخول، ولم يغتسل لغيره وهنا إذا أراد مجاوزة الميقات وكان قاصدا النسك وأحرم بنسك فرض أو منذور أو نفل كفاه لحصول المقصود فى تعظيم البقعة فإن لم يكن قاصدا لذلك بأن قصد الدخول لتجارة مثلا فحينئذ يكون إحرامه واجبا ونظيره تحية المسجد تندرج فى أى صلاة صلاها، فإن لم يصل فلابد فى تحصيل السنة من صلاتها على الخصوص، هذا ماظهرلى وعن هذا والله تعالى اعلم فرض الشارح تبعا للبحر والنهر تصوير الوجوب بما إذا جاوز الميقات بلا إحرام فإنه يجب عليه العود إلى الميقات ويلبى منه، ويكون إحرامه حينئذ واجبا إذا كان لأجل المجاوزة أما لو أحرم قبلها بنسك فرض، أو نذر أو نفل فهو على مانوى من فرض أو غيره ولا يجب عليه إحرام خاص لأجل المجاوزة، وحينئذ فلا حزازة فى عبارته فافهم (قوله كما سيجيء) أى قبيل فصل الإحرام وكذا قبيل فصل الإحصار (قوله فإن اختار الحج اتصف بالوجوب) فيكون من قبيل الواجب المخير أى وإن اختار العمرة اتصف بالوجوب، وإنما تركه لعدم اقتضاء المقام إياه اهـ ح.

مطلب فيمن حج بمال حرام

(قوله كالحج بمال حرام) كذا فى البحر والأولى التمثيل بالحج رياء وسمعة، فقد يقال إن الحج نفسه الذى هو زيارة مكان مخصوص الخ ليس حراما بل الحرام هو إنفاق المال الحرام، ولا تلازم بينهما، كما أن الصلاة فى الأرض المغصوبة تقع فرضا، وإنما الحرام شغل المكان المغصوب لامن حيث كون الفعل صلاة لأن الفرض لايمكن اتصافه بالحرمة، وهنا كذلك فإن الحج فى نفسه مأمور به، وإنما يحرم من حيث الانفاق، وكأنه أطلق عليه الحرمة لأن للمال دخلا فيه، فإن الحج عبادة مركبة من عمل البدن والمال كما قدمناه، ولذا قال فى البحر ويجتهد فى تحصيل نفقة حلال، فإنه لايقبل بالنفقة الحرام كما ورد فى الحديث، مع أنه يسقط الفرض عنه معها ولا تنافى بين سقوطه، وعدم قبوله فلايثاب لعدم القبول، ولايعاقب عقاب تارك الحج اهـ أى لأن عدم الترك يبتنى على الصحة: وهى الإتيان بالشرائط، والأركان والقبول المترتب عليه الثواب يبتنى على أشياء كحل المال والإخلاص كما لو صلى مرائيا أو صام واغتاب فإن الفعل صحيح لكنه بلا ثواب والله تعالى أعلم (قوله ممن يجب استئذانه) كأحد أبويه المحتاج إلى خدمته والأجداد والجدات كالأبوين عند فقدهما، وكذا الغريم لمديون لامال له يقضى به، والكفيل لو بالإذن، فيكره خروجه بلا إذنهم كما فى الفتح، وظاهره أن الكراهة تحريمية ولذا عبر الشارح بالوجوب، وزاد فى البحر عن السير وكذا إن كرهت خروجه زوجته ومن عليه نفقته اهـ والظاهر أن هذا إذا لم يكن له مايدفعه لانفقة فى غيبته قال فى البحر: وهذا كله فى حج الفرض أما حج النفل فطاعة الوالدين أولى مطلقا كما صرح به فى الملتقط (قوله حتى يلتحى) وإن كان الطريق مخوفا لايخرج وإن التحى بحر عن النوازل (قوله على الفور) هو الإتيان

وأصح الروايتين عن الإمام ومالك وأحمد فيفسق وترد شهادته بتأخيره أى سنينا لأن تأخيره صغيرة وبارتكابه مرة لايفسق إلا بالإصرار بحر ووجهه أن الفورية ظنية لأن دليل الاحتياط ظنى ، ولذا أجمعوا أنه لو تراخى كان أداء وإن أثم بموته قبله وقالوا لو لم يحج حتى أتلف ماله وسعه أن يستقرض ويحج ولو غير قادر على وفائه ويرجى أن لايؤاخذه الله بذلك ، أى لو ناويا وفاء إذا قدر كما قيده فى الظهيرية

به فى أول أوقات الإمكان ويقابله قول محمد إنه على التراخى وليس معناه تعين التأخير بل بمعنى عدم لزوم الفور (قوله وأصح الروايتين) لايصلح عطفه على الثانى ، فهو خبر مبتدأ محذوف وقوله عند الثانى : خبر مبتدأ محذوف أى هذا عند الثانى فقوله وأصح عطف عليه فافهم (قوله ومالك وأحمد) عطف على الإمام فيفيد اختلاف الرواية عنهما أيضا ، وعبارة شرح درر البحار تفيده أيضا حيث قال : وهو أصح الروايات عن أبى حنيفة ومالك وأحمد فافهم (قوله أى سنينا الخ) ذكره فى البحر بحثا وأتى بسنين منونا لأنه قد يجرى مجرى حين ، وهو عندقوم مطرد (قوله إلا بالإصرار) أى لكن بالإصرار ، فهو استثناء منقطع لعدم دخول الإصرار تحت المرة ح ثم لايخفى أنه لايلزم من عدم الفسق عدم الإثم فإنه يأثم ولو بمرة وفى شرح المنار لابن نجيم عن التقرير للأكمل أن حد الإصرار إن تتكرر منه تكررا يشعر بقلة المبالاة بدينه إشعار ارتكاب الكبيرة بذلك اهـ ومقتضاه أنه غير مقدر بعدد بل مفوض إلى الرأى والعرف والظاهر أنه بمرتين لايكون إصرارا ولذا قال : أى سنينا فقوله فى شرح الملتقى . فيفسق وترد شهادته بالتأخير عن العام الأول بلاعذر غير محرر لأن مقتضاه حصوله بمرة واحدة فضلا عن المرتين فافهم (قوله ووجهه الخ) أى وجه كون التأخير صغيرة أن الفورية واجبة لأنها ظنية لظنية دليلها وهو الاحتياط لأن فى تأخيره تعريضا له للفوات ، وهو غير قطعى فيكون التأخير مكروها تحريما لاحراما لأن الحرمة لاتثبت إلا بقطعى كما أنه . . . وهو الفرضية وما ذكره مبنى على ما قاله صاحب البحر فى رسالته المؤلفة فى بيان المعاصى أن كل ما كره عندنا تحريما فهو من الصغائر لكنه عد فيها من الصغائر ما هو ثابت بقطعى كوطء المظاهر منها قبل التكفير والبيع عند أذان الجمعة تأمل (قوله كان أداء) أى ويسقط عنه الإثم اتفاقا كما فى البحر قيل : المراد إثم تفويت الحج لا إثم التأخير .

قلت : لايخفى مافيه بل الظاهر أن الصواب إثم التأخير إذ بعد الأداء لاتفويت وفى الفتح : ويأثم بالتأخير عن أول سنى الإمكان فلو حج بعده ارتفع الإثم اهـ وفى القهستانى : فيأثم عند الشيخين بالتأخير إلى غيره بلا عذر إلا إذا أدى ولو فى آخر عمره فإنه رافع للإثم بلا خلاف (قوله وإن أثم بموته قبله) أى بالإجماع كما فى الزيلعى . أما على قولهما فظاهر ، وأما على قول محمد فإنه وإن لم يأثم بالتأخير عنده لكن بشرط الأداء قبل الموت فإذا مات قبله ظهر أنه آثم قيل من السنة الأولى وقيل من الأخيرة من سنة رأى فى نفسه الضعف ، وقيل : يأثم فى الجملة غير محكوم بمعين بل علمه إلى الله تعالى كما فى الفتح (قوله وسعه أن يستقرض الخ) أى جاز له ذلك وقيل يلزمه الاستقراض كما فى لباب المناسك قال منلا على القارى فى شرحه عليه ، وهو رواية عن أبى يوسف وضعفه ظاهر فإن تحمل حقوق الله تعالى أخف من ثقل حقوق العباد اهـ .

قلت : وهذا يرد على القول الأول أيضا إن كان المراد بقوله ولو غير قادر على وفائه أن يعلم أنه ليس له جهة وفاء أصلا أما لو علم أنه غير قادر فى الحال وغلب على ظنه أنه لو اجتهد قدر على الوفاء فلا يرد . والظاهر أن هذا هو المراد أخذا مما ذكره فى الظهيرية أيضا فى الزكاة حيث قال إن لم يكن عنده مال وأراد أن يستقرض لأداء الزكاة فإن كان فى أكبر رأيه أنه إذا اجتهد بقضاء دينه قدر كان الأفضل أن يستقرض فإن استقرض وأدى ولم

(على مسلم) لأن الكافر غير مخاطب بفروع الإيمان فى حق الأداء وقد حققناه فيما علقناه على المنار (حر مكلف) عالم بفرضيته

يقدر على قضائه حتى مات يرجى أن يقضى الله تبارك وتعالى دينه فى الآخرة وإن كان أكبر رأيه أنه لو استقرض لا يقدر على قضائه كان الأفضل له عدمه اه وإذا كان هذا فى الزكاة المتعلق بها حق الفقراء ففى الحج أولى (قوله على مسلم الخ) شروع فى بيان شروط الحج وجعلها فى اللباب أربعة أنواع .

الأول : شروط الوجوب وهى التى إذا وجدت بتمامها وجب الحج وإلا فلا وهى سبعة : الإسلام ، والعلم بالوجوب لمن فى دار الحرب والبلوغ والعقل والحرية والاستطاعة والوقت أى القدرة فى أشهر الحج أو فى وقت خروج أهل بلده على ما يأتى :

والنوع الثانى : شروط الأداء وهى التى إن وجدت بتمامها مع شروط الوجوب ، وجب أداؤه بنفسه ، وإن فقد بعضها مع تحقق شروط الوجوب ، فلا يجب الأداء بل عليه الاحجاج أو الإيصاء عند الموت وهى خمسة : سلامة البدن ، وأمن الطريق وعدم الحبس ، والمحرم أو الزوج للمرأة وعدم العدة لها .

النوع الثالث : شرائط صحة الأداء وهى تسعة : الإسلام والإحرام ، والزمان ، والمكان ، والتمييز ، والعقل ومباشرة الأفعال إلا بعذر وعدم الجماع والأداء من عام الإحرام .

النوع الرابع : شرائط وقوع الحج عن الفرض وهى تسعة أيضا : الإسلام ، وبقاؤه إلى الموت ، والعقل ، والحرية والبلوغ والأداء بنفسه إن قدر ، وعدم نية النفل ، وعدم الافساد ، وعدم النية عن الغير (قوله على مسلم) فلو ملك الكافر ما به الاستطاعة ثم أسلم بعد ما افتقر لا يجب عليه شىء بتلك الاستطاعة بخلاف ما لو ملكه مسلما فلم يحج حتى افتقر حيث يتقرر وجوبه دينا فى ذمته فتح ، وهو ظاهر على القول بالفورية لا التراخى نهر :

قلت : وفيه نظر لأن على القول بالتراخى يتحقق الوجوب من أول سنى الإمكان ولكنه يتخير فى أدائه فيه أو بعده كما فى الصلاة تجب بأول الوقت موسعا وإلا لزم أن لا يتحقق الوجوب إلا قبيل الموت ، وأن لا يجب الاحجاج على من كان صحيحا ثم مرض أو عمى وأن لا يأثم المفرط بالتأخير إذا مات قبل الأداء وكل ذلك خلاف الإجماع فتدبر (قوله وقد حققناه الخ) حاصل ما ذكره هناك : أن فى تكليفه بالعبادات ثلاثة مذاهب مذهب السمرقنديين غير مخاطب بها أداء واعتقادا والبخاريين مخاطب اعتقادا فقط والعراقيين مخاطب بهما فيعاقب عليهما قال : وهو المتعمد كما حرره ابن نجيم لأن ظاهر النصوص يشهد لهم وخلافه تأويل ولم ينقل عن أبى حنيفة وأصحابه شىء ليرجع إليه اه ولا يخفى أن قوله فى حق الأداء يفهم أنه مخاطب بها اعتقادا فقط كما هو مذهب البخاريين وهو ما صححه صاحب المنار لكن ليس فى كلام الشارح أن ما هنا هو ما اعتمده هناك وما قيل إن ما هنا مخالف المذهب فيه نظر لما علمت من أنه لا نص عن أصحاب المذهب فافهم (قوله حر) فلا يجب على عبد مدبرا كان أو مكاتبا أو مبعضا أو مأذونا به ولو بمكة أو كانت أم ولد لعدم أهليته لملك الزاد والراحلة ، ولذا لم يجب على عبيد أهل مكة بخلاف اشتراط الزاد والراحلة فى حق الفقير ، فإنه للتيسير لا للأهلية ، فوجب على فقراء مكة ، وبهذا التقرير ظهر الفرق بين وجوب الصلاة والصوم على العبد دون الحج نهر وهو وجود الأهلية فيهما لا فيه والمراد أهلية الوجوب وإلا فالعبد أهل للأداء فيقع له نفلا كما سيأتى (قوله مكلف) أى بالغ عاقل فلا يجب على صبى ولا مجنون ، وفى المعتوه خلاف فى الأصول فذهب فخر الإسلام إلى أنه يوضع الخطاب عنه كالصبى ، فلا يجب

إما بالكون بدارنا وإما بإخبار عدل أو مستورين (صحيح) البدن (بصير) غير محبوس وخائف من سلطان يمنع منه (ذى زاد) يصح به بدنه فالمعتاد اللحم ونحوه إذا قدر على خبز وجبن لايعد قادرا (وراحلة) مختصة به وهو المسمى بالمقتب إن قدر

عليه شيء من العبادات وذهب الدبوسى إلى أنه مخاطب بها احتياطا بحر ، وقدمنا الكلام على المعتوه فى أول الزكاة فراجعه .

[تنبيه] ذكر فى البدائع أنه لايجوز أداء الحج من مجنون وصبى لا يعقل كما لايجب عليهما اه ونقل غيره صحة حجهما ووفق فى شرح اللباب بالفرق بين من له بعض إدراك وغيره .

قلت : وفيه نظر بل التوفيق بحمل الأول على أدائهما بنفسهما والثانى على فعل الولى فى الولوالجية وغيرها الصبى يحج به أبوه وكذا المجنون لأن إحرامه عنهما وهما عاجزان كإحرامهما بنفسهما اه وسيأتى تمامه (قوله إما بالكون فى دارنا) سواء علم بالفرضية أم لا نشأ على الإسلام فيها أم لابحر وقوله أو باخبار عدل الخ هذا لمن أسلم فى دار الحرب ، فلا يجب عليه قبل العلم بالوجوب بقى لو أدى قبله ذكر القطبى فى مناسكه بحثا أنه لا يجزيه عن الفرض ، ونوزع بأن العلم ليس من شروط وقوع الحج عن الفرض ، كما علم مما مر وبأن الحج يصح بمطلق النية بلا تعين الفرضية بخلاف الصلاة وبأنه يصح مما نشأ فى دارنا وإن لم يعلم بالفرضية علمته (قوله أو مستورين) أفاد أن الشرط أحد شطرى الشهادة العدد أو العدالة كما فى النهر (قوله صحيح البدن) أى سالم عن الآفات المانعة عن القيام بما لابد منه فى السفر ، فلا يجب على مقعد ومفلوج وشيخ كبير لا يثبت على الراحلة بنفسه وأعمى ، وإن وجد قائدا، ومحبوس، وخائف من سلطان لابأنفسهم ، ولا بالنيابة فى ظاهر المذهب عن الإمام وهو رواية عنهما وظاهر الرواية عنهما وجوب الاحجاج عليهم ، ويجزيهم إن دام العجز وإن زال أعادوا بأنفسهم .

والحاصل : أنه من شرائط الوجوب عنده ومن شرائط وجوب الأداء عندهما وثمرة الخلاف تظهر فى وجوب الاحجاج والإيصاء ، كما ذكرنا وهو مقيد بما إذا لم يقدر على الحج وهو صحيح فإن قدر ثم عجز قبل الخروج إلى الحج تقرر دينا فى ذمته ، فيلزمه الاحجاج ، فلو خرج ومات فى الطريق لم يجب الإيصاء لأنه لم يؤخر بعد الإيجاب ولو تكلفوا الحج بأنفسهم سقط عنهم ، وظاهر التحفة اختيار قولهما وكذا الاسبيجابى وقواه فى الفتح ومشى على أن الصحة من شرائط وجوب الأداء اه من البحر والنهر ، وحكى فى اللباب اختلاف التصحيح وفى شرحه أنه مشى على الأول فى النهاية وقال فى البحر العميق إنه المذهب الصحيح وأن الثانى صححه قاضيخان فى شرح الجامع واختاره كثير من المشايخ ومنهم ابن الهمام (قوله بصير) فيه الخلاف المار كما علمته (قوله غير محبوس) هذا من شروط الأداء كما مر والظاهر أنه لو كان حبسه لمنعه حقا قادرا على أدائه لايسقط عنه وجوب الأداء .

[تنبيه] ذكر فى شرح اللباب عن شمس الإسلام أن السلطان ومن بمعناه من الأمراء ملحق بالمحبوس فيجب الحج فى ماله الخالى عن حقوق العباد وتمامه فيه ولا يخفى أن هذا إن دام عجزه إلى الموت وإلا فيجب عليه الحج بنفسه بعد زوال عذره وهو مقيد أيضا بما إذا كان قادرا على الحج ثم عجز وإلا فلا يلزمه الاحجاج على الخلاف المذكور آنفا (قوله يمنع منه) أى من الحج أى الخروج إليه ط (قوله ذى زاد وراحلة) أفادأنه لايجب إلا بملك الزاد وملك أجرة الراحلة ، فلا يجب بالإباحة أو العارية كما فى البحر وسيشير إليه (قوله مختصة به) فلا يكفى لو قدر على راحلة مشتركة يركبها مع غيره بالمعاقبة شرح اللباب (قوله وهو المسمى بالمقتب) بضم الميم اسم مفعول أى ذو القتب وهو كما فى القاموس الإكاف الصغير حول السنام ح وذكر ضمير الراحلة باعتبار كونها مركوبا

وإلا فتشترط القدرة على المحارة للآفاقى لا المكى يستطيع المشى لشبهه بالسعى للجمعة ، وأفاد أنه لو قدر على غير الراحلة من بغل أوحمار لم يجب قال فى البحر : ولم أره صريحا

(قوله وإلا) أى إن لم يقدر على ركوب المقتب (قوله على المحارة) هى شبه الهودج قاموس أى على شق منها بشرط أن يجد له معادلا كما صرح به الشافعية ، وما فى البحر من أنه يمكنه أن يضع فى الشق الآخر أمتعته رده الخير الرملى(١) وفى شرح اللباب إما بركوب زاملة أى مقتب أو بشق محمل ، وأما المحفة فمن مبتدعات المترفهة فليس لها عبرة اهـ والظاهر أن المراد بالمحفة التخت المعروف فى زماننا المحمول بين جملين أو بغلين لكن اعترضه الشيخ عبدالله العفيف فى شرح منسكه بأنه منابذ لما قرروه من أنه يعتبر فى كل مايليق بحاله عادة وعرفا فمن لايقدر إلا عليها اعتبر فى حقه بلا ارتياب ، وإن قدر بالمحمل أو المقتب فلا يعذر ولو كان شريفا أو ذا ثروة اهـ (قوله للآفاقى) مرتبط بقوله وراحلة لابقوله فتشترط لإيهامه أن غير الآفاقى يشترط له المقتب فلا يناسب قوله لا المكى يستطيع المشى .

والحاصل : أن الزاد لابد منه ولو لمكى كما صرح به غير واحد كصاحب الينابيع والسراج ، ومافى الخانية والنهاية من أن المكى يلزمه الحج ولو فقيراً لا زاد له نظر فيه ابن الهمام إلا أن يراد ما إذا كان يمكنه الإكتساب فى الطريق ، وأما الراحلة فشرط للآفاقى دون المكى القادر على المشى وقيل شرط مطلقا لأن مابين مكة وعرفات أربع فراسخ ، ولا يقدر كل أحد على مشيها كما فى المحيط وصحح صاحب اللباب فى منسكه الكبير الأول ، ونظر فيه شارحه القارى بأن القادر نادر ومبنى الأحكام على الغالب ، وحد المكى عندنا من كان داخل المواقيت إلى الحرم كما ذكره الكرمانى ، وهو بعيد جدا بل الظاهر مافى السراج وغيره أنه من بينه وبين مكة أقل من ثلاثة أيام وفى البحر الزاخر واشترط الراحلة فى حق من بينه وبين مكة ثلاثة أيام فصاعدا أما مادونه فلا إذا كان قادرا على المشى وتمامه فى شرح اللباب .

[تنبيه] فى اللباب : الفقير الآفاقى إذا وصل إلى ميقات فهو كالمكى قال شارحه أى حيث لايشترط فى حقه إلا الزاد والراحلة(٢) إن لم يكن عاجزاً عن المشى ، وينبغى أن يكون الغنى الآفاقى كذلك إذا عدم الركوب بعد وصوله إلى أحد المواقيت فالتقييد بالفقير لظهور عجزه عن المركب ، وليفيد أنه يتعين عليه أن لاينوى نفلا على زعم أنه لا يجب عليه لفقره لأنه ماكان واجبا وهو آفاقى فلما صار كالمكى وجب عليه فلو نواه نفلا لزمه الحج ثانيا اهـ ملخصا ونظيره ماسنذكره فى باب الحج عن الغير من أن المأمور بالحج إذا واصل إلى مكة لزمه أن يمكث ليحج حج الفرض عن نفسه ، لكونه صار قادراً على مافيه كما ستعلمه إن شاء الله تعالى (قوله لشبهه بالسعى إلى الجمعة) أى فى عدم اشتراط الراحلة فيه (قوله وأفاد) أى حيث عبر بالراحلة وهى من الإبل خاصة ، وهو الموافق للهداية وشروحها ، ولما فى كتب اللغة من أنها المركب من الإبل ذكراً كان أو أنثى ومافى القهستانى من تفسيرها بأنها مايحمله ويحمل مايحتاجه من طعام وغيره ، وأنها فى الأصل البعير القوى على الأسفار والأحمال اهـ لايخالف ذلك لأن غير البعير لايحمل الإنسان مع مايحتاجه فى المسافة البعيدة وقد صرح فى المجتبى عن شرح الصباغى بأنه لو ملك كرى حمار

---

(١) (قوله رده الخير الرملى الخ) ظاهره أن العلامة الرملى مال لقول السادة الشافعية من اشتراط المعادل مطلقا وليس كذلك ، فإنه قال ما معناه : إن لم يجد معادلا فليس بقادر لكن هذا إذا كان لا يقدر على استئجار تمام المحارة أما إذا قدر فلا يشترط المعادل ، بل يضع أمتعته فى أحد الشقين ويركب فى الآخر إذا كان لا يحصل له مشقة فى تحويل الأمتعة إلى ظهر الجمل عند النزول .

(٢) (قوله إلا الزاد والراحلة الخ) هكذا عبارة المحشى ولعل صوابها لا الراحلة فتأمل اهـ .

وإنما صرحوا بالكراهة. وفي السراجية الحج راكبا أفضل منه ماشيا به يفتى والمقتب أفضل من المحارة وفي إجارة الخلاصة حمل الجمل مائتان وأربعون منا والحمار مائة وخمسون فظاهره أن البغل كالحمار ، ولو وهب الأب لإبنه مالا يحج به لم يجب قبوله لأن شرائط الوجوب لايجب تحصيلها وهذا منها باتفاق الفقهاء خلافا للأصوليين (فضلا عما لابد منه) كما مر في الزكاة.

فهو عاجز عن النفقة اه والذي ينبغي ماقاله الإمام الأذرعي من الشافعية من اعتبار القدرة على البغل والحمار فيمن بينه وبين مكة مراحل يسيرة دون البعيدة لأن غير الإبل لايقوى عليها قال السندي في منسكه الكبير ، وهو تفصيل حسن جدا ولم أر في كلام أصحابنا مايخالفه بل ينبغي أن يكون هذا التفصيل مرادهم اه فافهم (قوله وإنما صرحوا بالكراهة) أي التنزيهية كما استظهره صاحب البحر بدليل أفضلية مقابله ط (قوله به يفتى) لعل وجهه أن فيه زيادة النفقة ، وهي مقصودة في الحج ولذا اشترط في الحج عن الغير أن يحج راكبا إذا اتسعت النفقة ، حتى لو حج ماشيا ولو بأمره ضمن كما صرح به في اللباب ، لكن سيأتي آخر كتاب الحج أن من نذر حجا ماشيا وجب عليه المشي في الأصح وعليه المتون وعلله في الهداية وغيرها بأنه التزم القربة بصفة الكمال لقوله صلى الله عليه وسلم «من حج ماشيا كتب الله له بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم قيل وما حسنات الحرم ؟ قال كل حسنة بسبعمائة» ولأنه أشق على البدن فكان أفضل وتمامه في شرح الجامع الخاني وقال في الفتح إن قيل كره أبوحنيفة الحج ماشيا فكيف يكون صفة كمال قلنا إنما كرهه إذا كان مظنة سوء الخلق كأن يكون صائما مع المشي أولا يطيقه وإلا فلا شك أن المشي أفضل في نفسه لأنه أقرب إلى التواضع والتذلل ، ثم ذكر الحديث المار وغيره.

قلت : وأما مسألة الحج عن الغير فلعل وجهها أن الميت لما عجز عن إحدى المشقتين ، وهي مشقة البدن ولم يقدر إلا على الأخرى وهي مشقة المال صارت كأنها هي المقصودة فلزم الإتيان بها كاملة ، ولذا وجب الاحجاج من منزل الآمر والإنفاق من ماله ولم يجزه تبرع غيره عنه لعدم حصول مقصوده فليتأمل (قوله والمقتب أفضل من المحارة) لأنه صلى الله عليه وسلم حج كذلك ولأنه أبعد من الرياء والسمعة وأخف على الحيوان (قوله وفي إجارة الخلاصة الخ) قال الخير الرملي نقله في الخلاصة عن الفتاوى الصغرى ، ولعمري هذا إجحاف على الحمار وإنصاف في حق الجمل فتأمل . وذكر في الجوهرة أن المن ستة وعشرون أوقية والأوقية سبعة مثاقيل وهي عشرة دراهم والمائتان وأربعون منا هي الوسق وهي قنطار دمشقي تقريبا (قوله فظاهره أن البغل كالحمار) كذا في النهر وكأنه أراد الحمار القوي المعد لحمل الأثقال في الأسفار فإنه كالبغل وإلا فأكثر الحمير دون البغال بكثير فافهم (قوله ولو وهب الأب لابنه الخ) وكذا عكسه وحيث لا يجب قبوله مع أنه لا يمن أحدهما على الآخر يعلم حكم الأجنبي بالأولى ومراده إفادة أن القدرة على الزاد والراحلة لابد فيها من الملك دون الإباحة والعارية كما قدمناه (قوله وهذا) أي المذكور وهو القدرة على الزاد والراحلة (قوله خلافا للأصوليين) حيث قالوا إنها من شروط وجوب الأداء وتمامه في البحر وفيما علقناه عليه (قوله كما مر في الزكاة) أي من بيان مالابد منه من الحوائج الأصلية كفرسه وسلاحه وثيابه وعبيد خدمته وآلات حرفته وأثاثه وقضاء ديونه وأصدقته ولو مؤجلة كما في اللباب وغيره والمراد قضاء ديون العباد ولذا قال في اللباب أيضا وإن وجد مالا وعليه حج وزكاة يحج به قيل إلا أن يكون المال من جنس ماتجب فيه الزكاة فيصرف إليها اه.

[تنبيه] ليس من الحوائج الأصلية ما جرت به العادة المحدثة برسم الهدية للأقارب والأصحاب ، فلايعذر بترك الحج لعجزه عن ذلك كما نبه عليه العمادي في منسكه ، وأقره الشيخ إسمعيل وعزاه بعضهم إلى منسك المحقق ابن أمير

ومنه المسكن ومرمته ولو كبيراً يمكنه الاستغناء ببعضه، والحج بالفاضل فإنه لايلزمه بيع الزائد . نعم هو الأفضل وعلم به عدم لزوم بيع الكل والاكتفاء بسكنى الإجارة بالأولى وكذا لو كان عنده مالو اشترى به مسكنا وخادما لايبقى بعده ما يكفى للحج لايلزمه خلاصة وحرر فى النهر أنه يشترط بقاء رأس مال لحرفته إن احتاجت لذلك وإلا لا وفى الأشباه معه ألف وخاف العزوبة إن كان قبل خروج أهل بلده فله التزوج ولو وقته لزمه الحج (و) فضلا عن (نفقة عياله) ممن تلزمه نفقته لتقدم حق العبد

حاج وعزاه السيد أبو السعود إلى مناسك الكرمانى (قوله ومنه المسكن) أى الذى يسكنه هو أو من يجب عليه مسكنه بخلاف الفاضل عنه من مسكن أو عبد أو متاع أوكتب شرعية أو آلية كعربية أما نحو الطب والنجوم وأمثالها من الكتب الرياضية فتثبت بها الاستطاعة وإن احتاج إليها كما فى شرح اللباب عن التاترخانية (قوله فإنه لا يلزمه بيع الزائد) لأنه لا يعتبر فى الحاجة قدر مالابد منه ولو كان عنده طعام سنة، ولو أكثر لزمه بيع الزائد إن كان فيه وفاء كما فى اللباب وشرحه (قوله والاكتفاء) بالجر عطفا على بيع (قوله لا يلزمه) تبع فى عزو ذلك إلى الخلاصة ما فى البحر والنهر، والذى رأيته فى الخلاصة هكذا وإن لم يكن له مسكن ولا شىء من ذلك وعنده دراهم تبلغ به الحج وتبلغ ثمن مسكن وخادم وطعام وقوت وجب عليه الحج وإن جعلها فى غيره أثم اهـ لكن هذا إذا كان وقت خروج أهل بلده كما صرح به فى اللباب أما قبله فيشترى به ما شاء لأنه قبل الوجوب كما فى مسألة التزوج الآتية وعليه يحمل كلام الشارح فتدبر (قوله يشترط بقاء رأس مال لحرفته) كتاجر ودهقان ومزارع كما فى الخلاصة، ورأس المال يختلف باختلاف الناس بحر .

قلت : والمراد ما يمكنه الاكتساب به قدر كفايته وكفاية عياله لا أكثر لأنه لا نهاية له (قوله وفى الأشباه) المسألة منقولة عن أبى حنيفة فى تقديم الحج على التزوج ، والتفصيل المذكور ذكره صاحب الهداية فى التجنيس ، وذكرها فى الهداية مطلقة ، واستشهد بها على أن الحج على الفور عنده ومقتضاه تقديم الحج على التزوج ، وإن كان واجبا عند التوقان وهو صريح ما فى العناية مع أنه حينئذ من الحوائج الأصلية ولذا اعترضه ابن كمال باشا فى شرحه على الهداية بأنه حال التوقان مقدم على الحج اتفاقا لأن فى تركه أمرين ترك الفرض والوقوع فى الزنا وجواب أبى حنيفة فى غير حال التوقان اهـ أى فى غير حال تحققه الزنا لأنه لو تحققه فرض التزوج أما لو خافه فالتزوج واجب لا فرض فيقدم الحج الفرض عليه فافهم (قوله وفضلا عن نفقة عياله) هذا داخل تحت مالابد منه فهو من عطف الخاص على العام اهتماما بشأنه نهر، والنفقة تشمل الطعام والكسوة والسكنى ، ويعتبر فى نفقته ونفقة عياله الوسط من غير تبذير ولا تقتير بحر : أى الوسط من حاله المعهود ولذا أعقبه بقوله من غير تبذير الخ لا ما بين نفقة الغنى والفقير فلا يرد ما فى البحر من أن اعتبار الوسط فى نفقة الزوجة خلاف المفتى به والفتوى على اعتبار حالهما كما سيأتى إن شاء الله تعالى اهـ لأن المراد بالوسط هناك المعنى الثانى والمراد هنا الأول فافهم .

مطلب فى قولهم يقدم حق العبد على حق الشرع

(قوله لتقدم حق العبد) أى على حق الشرع لا تهاونا بحق الشرع ، بل لحاجة العبد وعدم حاجة الشرع ألا ترى أنه إذا اجتمعت الحدود ، وفيها حق العبد يبدأ بحق العبد لما قلنا ولأنه ما من شىء إلا ولله تعالى فيه حق ، فلو قدم حق الشرع عند الاجتماع بطل حقوق العباد كذا فى شرح الجامع الصغير لقاضيخان وأما قوله عليه الصلاة والسلام « فدين الله أحق » فالظاهر أنه أحق من جهة التعظيم : لا من جهة التقدم ، ولذا قلنا لا يستقرض ليحج

(إلى) حين (عوده) وقيل بعده بيوم وقيل بشهر (مع أمن الطريق) بغلبة السلامة ولو بالرشوة على ماحققه الكمال، وسيجىء آخر الكتاب أن قتل بعض الحجاج عذر وهل مايؤخذ

إلا إذا قدر على الوفاء كما مر وكذا جاز قطع الصلاة أو تأخيرها لخوفه على نفسه أو ماله أو نفس غيره أو ماله كخوف القابلة على الولد والخوف من تردى أعمى وخوف الراعى من الذئب وأمثال ذلك كإفطار الضيف (قوله إلى حين عوده) متعلق بقوله فضلا أو بما لا بد منه لأنه بمعنى ما يحتاج أو بنفقة أى فلا يشترط بقاء نفقة لما بعد عوده وهذا ظاهر الرواية (قوله مع أمن الطريق) أى وقت خروج أهل بلده وإن كان مخيفا فى غيره بحر، وقدمنا عن اللباب أنه من شروط وجوب الأداء وفى شرحه أنه الأصح ورجحه فى الفتح، وروى عن الإمام أنه شرط وجوب فعلى الأول تجب الوصية به إذا مات قبل أمن الطريق أما بعده فتجب اتفاقا بحر (قوله بغلبة السلامة) كذا اختاره الفقيه أبو الليث وعليه الاعتماد.

واختلف فى سقوطه إذا لم يكن بد من ركوب البحر فقيل: يسقط وقال الكرمانى: إن كان الغالب فيه السلامة من موضع جرت العادة بركوبه يجب وإلا فلا وهو الأصح بحر قال فى الفتح: والذى يظهر أنه يعتبر مع غلبة السلامة عدم غلبة الخوف، حتى لو غلب لوقوع النهب والغلبة من المحاربين مرارا أوسمعوا أن طائفة تعرضت للطريق، ولها شوكة والناس يستضعفون أنفسهم عنهم لا يجب، وما أفتى به الرازى من سقوطه عن أهل بغداد وقول الاسكاف فى سنة ست وثلاثين وستمائة لا أقول إنه فرض فى زماننا وقول الثلجى ليس على أهل خراسان منذ كذا كذا سنة حج إنما كان وقت غلبة النهب والخوف فى الطريق ثم زال ولله المنة (قوله على ما حققه الكمال) حيث قال وقول الصفار لا أرى الحج فرضا منذ عشرين سنة من حين خرجت القرامطة لأنه لا يتوصل إليه إلا بإرشائهم، فتكون الطاعة سبب المعصية فيه نظر، لأن هذا لم يكن من شأنهم، إنما شأنهم استحلال قتل الأنفس وأخذ الأموال، وكانوا يغلبون على أماكن يترصدون فيها للحجاج، وقد هجموا عليهم مرة فى مكة فقتلوا خلقا فى الحرم، وقد سئل الكرخى عمن لايحج خوفا منهم فقال: ما سلمت البادية من الآفات أى لاتخلو عنها لقلة الماء وهيجان السموم، وهذا إيجاب منه رحمه الله تعالى ومحمله أنه رأى أن الغالب اندفاع شرهم عن الحاج، وبتقديره فالاثم فى مثله على الآخذ على ما عرف من تقسيم الرشوة فى كتاب القضاء اهـ ملخصا واعترضه ابن كمال باشا فى شرحه على الهداية بأن ما ذكر فى القضاء ليس على إطلاقه بل فيما إذا كان المعطى مضطرا بأن لزمه الاعطاء ضرورة عن نفسه أو ماله أما إذا كان بالالتزام منه فبالإعطاء أيضا يأثم ومانحن فيه من هذا القبيل اهـ وأقره فى النهر، وأجاب السيد أبو السعود بأنه هنا مضطر لاسقاط الفرض عن نفسه:

قلت: ويؤيده ما يأتى عن القنية والمجتبى فإن المكس والخفارة رشوة ونقل ح عن البحر أن الرشوة فى مثل هذا جائزة ولم أره فيه فليراجع (قوله إن قتل بعض الحجاج) أى فى كل عام أوفى غالب الأعوام، وحينئذ فلاتكون السلامة غالبة اهـ ح:

قلت: فيه نظر فإن غلبة السلامة ليس المراد بها لكل أحد بل للمجموع، وهى لا تنتفى إلا بقتل الأكثر أو الكثير أما قتل اللصوص لبعض قليل من جمع كثير سيما إذا كان بتفريطه بنفسه وخروجه من بينهم فالسلامة فيه غالبة نعم إذا كان القتل بمحاربة القطاع مع الحجاج فهو عذر إذا غلب الخوف، لما مر عن الفتح من أنه يشترط عدم غلبة الخوف الخ على أنك قد سمعت آنفا جواب الكرخى فى شأن القرامطة المستحلين لقتل الحجاج وأيضا فإن ما يحصل من الموت بقلة الماء وهيجان السموم أكثر مما يحصل بالقتل بأضعاف كثيرة، فلو كان عذرا لزم أن

من المكس والخفارة عذر قولان والمعتمد لا كما فى القنية والمجتبى وعليه فيحتسبه فى الفاضل عما لابد منه القدرة على المكس ونحوه كما فى مناسك الطرابلسى (و) مع (زوج أو محرم) ولو عبداً أو ذميا أو برضاع (بالغ) قيد لهما كما فى النهر بحثا (عاقل والمراهق كبالغ) جوهرة (غير مجوسى ولا فاسق) لعدم حفظهما (مع) وجوب النفقة لمحرمها (عليها) لأنه محبوس (عليها) لامرأة حرة ولو عجوزا فى سفر وهل يلزمها التزوج ؟

لا يجب الحج إلا على القريب من مكة فى أوقات خاصة مع أن الله تعالى أوجبه على أهل الآفاق من كل فج عميق مع العلم بأن سفره لايخلو عمايكون فى غيره من الأسفار من موت وقتل وسرقة فافهم (قوله من المكس والخفارة) المكس ما يأخذه العشار والخفارة مايأخذه الخفير ، وهو المجيز ومثله ما يأخذه الأعراب فى زماننا من الصر المعين من جهة السلطان نصره الله تعالى لدفع شرهم (قوله والمعتمد لا) وعليه الفتوى شرح اللباب عن المنهاج (قوله وعليه) أى على كون المعتمد عدم كونه عذرا فيحتسب الخ ح (قوله كما فى مناسك الطرابلسى) وعزاه فى شرح اللباب إلى الكرمانى (قوله ومع زوج أو محرم) هذا وقوله ومع عدم عدة عليها شرطان مختصان بالمرأة فلذا قال لا مرأة وما قبلهما من الشروط مشترك والمحرم من لا يجوز له مناكحتها على التأبيد بقرابة أو رضاع أو صهرية كما فى التحفة وأدخل فى الظهيرية بنت موطوءته من الزنا حيث يكون محرما لها ، وفيه دليل على ثبوتها بالوطء الحرام ، وبما تثبت به حرمة المصاهرة كذا فى الخانية نهر . لكن قال فى شرح اللباب ذكر قوام الدين شارح الهداية أنه إذا كان محرما بالزنا فلا تسافر معه عند بعضهم ، وإليه ذهب القدورى وبه نأخذ اه وهو الأحوط فى الدين والأبعد عن التهمة اه (قوله ولو عبدا) راجع لكل من الزوج والمحرم وقوله أو ذميا أو برضاع يختص بالمحرم كما لا يخفى ح لكن نقل السيد أبو السعود عن نفقات البزازية لا تسافر بأخيها رضاعا فى زماننا اه أى لغلبة الفساد .

قلت: ويؤيده كراهة الخلوة بها كالصهرة الشابة فينبغى استثناء الصهرة الشابة هنا أيضا لأن السفر كالخلوة (قوله كما فى النهر بحثا) حيث قال : وينبغى أن يشترط فى الزوج ما يشترط فى المحرم ، وقد اشترط فى المحرم العقل والبلوغ اه لكن كان على الشارح أن يؤخره عن قوله عاقل ، وهذا البحث نقله القهستانى عن شرح الطحاوى ح (قوله والمراهق كبالغ) اعتراض بين النعوت ح (قوله غير مجوسى) مختص بالمحرم إذلا يتصور فى زوج الحاجة أن يكون مجوسيا ح (قوله ولا فاسق) يعم الزوج والمحرم ح ، وقيده فى شرح اللباب بكونه ماجنا لا يبالى (قوله لعدم حفظهما لمعد) لأن المجوسى يخشى عليها منه لاعتقاده حل نكاح محرمة ، والفاسق الذى لا مروءة له كذلك ولو زوجا وترك المصنف تقييد المحرم بكونه مأمونا لإغناء ماذكره عنه فافهم (قوله مع وجوب النفقة الخ) أى فيشترط أن تكون قادرة على نفقتها ونفقته (قوله لمحرمها) قيد به لأنه لوخرج معها زوجها فلانفقة له عليها بل هى لها عليه النفقة وإن لم يخرج معها فكذلك عند أبى يوسف وقال محمد لانفقة لها لأنها مانعة نفسها بفعلها سراج (قوله لأنه محبوس عليها) أى حبس نفسه لأجلها ومن حبس نفسه لغيره فنفقته عليه (قوله لامرأة) متعلق بمحذوف صفة لزوج أو محرم أو متعلق بفرض (قوله حرة) مستدرك لأن الكلام فيمن يجب عليه الحج وقد مر اشتراط الحرية فيه ، لكن أشار به إلى أن ما استفيد من المقام من عدم جواز السفر للمرأة إلا بزوج أو محرم خاص بالحرة فيجوز للأمة والمكاتبة والمدبرة وأم الولد السفر بدونه كما فى السراج ، لكن فى شرح اللباب والفتوى: على أنه يكره فى زماننا (قوله ولو عجوزا) أى لاطلاق النصوص بحر ، قال الشاعر :

لكل ساقطة فى الحى لاقطة وكل كاسدة يوما لها سوق

(قوله فى سفر) هو ثلاثة أيام ولياليها فيباح لها الخروج إلى مادونه لحاجة بغير محرم بحر ، وروى عن أبى حنيفة

قولان وليس عبدها بمحرم لها وليس لزوجها منعها عن حجة الإسلام ولو حجت بلا محرم جاز مع الكراهة (و) مع (عدم عدة عليها مطلقا) أية عدة كانت ابن ملك (والعبرة لوجوبها) أى العدة المانعة من سفرها (وقت خروج أهل بلدها) وكذا سائر الشروط بحر

وأبى يوسف كراهة خروجها وحدها مسيرة يوم واحد، وينبغى أن يكون الفتوى عليه لفساد الزمان شرح اللباب ويؤيده حديث الصحيحين «لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة إلا مع ذى محرم عليها» وفى لفظ لمسلم «مسيرة ليلة» وفى لفظ «يوم» لكن قال فى الفتح: ثم إذا كان المذهب الأول فليس للزوج منعها إذا كان بينها وبين مكة أقل من ثلاثة أيام (قوله قولان) هما مبنيان على أن وجود الزوج أو المحرم شرط وجوب أم شرط وجوب أداء والذى اختاره فى الفتح أنه مع الصحة وأمن الطريق شرط وجوب الأداء فيجب الإيصاء إن منع المرض، وخوف الطريق أولم يوجد زوج، ولا محرم، ويجب عليها التزوج عند فقد المحرم. وعلى الأول لايجب شىء من ذلك كما فى البحر ح وفى النهر وصحح الأول فى البدائع ورجح الثانى فى النهاية تبعا لقاضيخان واختاره فى الفتح اهـ.

قلت: لكن جزم فى اللباب بأنه لايجب عليها التزوج مع أنه مشى على جعل المحرم أو الزوج شرط أداء ورجح هذا فى الجوهرة وابن أمير حاج فى المناسك كما قاله المصنف فى منحه قال: ووجهه أنه لايحصل غرضها بالتزوج لأن الزوج له أن يمتنع من الخروج معها، بعد أن يملكها، ولا تقدر على الخلاص منه وربما لايوافقها فتتضرر منه بخلاف المحرم، فإنه إن وافقها أنفقت عليه وإن امتنع أمسكت نفقتها وتركت الحج اهـ فافهم (قوله وليس عبدها بمحرم لها) أى ولو مجبوبا أو خصيا لأنه لايحرم نكاحها عليه على التأبيد بل مادام مملوكا لها (قوله وليس لزوجها منعها) أى إذا كان معها محرم وإلا فله منعها كما يمنعها عن غير حجة الإسلام، ولو واجبة بصنعها كالمنذورة، والتى أحرمت بها ففاتتها وتحللت منها بعمرة فلا تقضيها إلا بإذنه وكذا لو دخلت مكة بعد مجاوزة الميقات غير محرمة لأن حق الزوج لاتقدر على منعه بفعلها بل بإيجاب الله تعالى فى حجة الإسلام رحمتى، وإذا منعها زوجها فيما يملكه تصير محصرة كما سيأتى فى بابه إن شاء الله تعالى (قوله مع الكراهة) أى التحريمية للنهى فى حديث الصحيحين «لا تسافر امرأة ثلاثا إلا ومعها محرم» زاد مسلم فى رواية «أو زوج» ط (قوله ومع عدم عدة الخ) أى فلا يجب عليها الحج إذا وجدت كما فى شرح المجمع واللباب قال شارحه وهو مشعر بأنه شرط الوجوب، وذكر ابن أمير حاج أنه شرط الأداء وهو الأظهر (قوله أية عدة كانت) أى سواء كانت عدة وفاة أو طلاق بائن أو رجعى ح (قوله المانعة من سفرها) أما الواقعة فى السفر فإن كان الطلاق رجعيا لا يفارقها زوجها أو بائنا، فإن كان إلى كل من بلدها ومكة أقل من مدة السفر تخيرت أو إلى أحدهما سفر دون الآخر تعين أن تصير إلى الآخر أو كل منهما سفر، فإن كانت فى مصر قرت فيه إلى أن تنقضى عدتها، ولا تخرج وإن وجدت محرما خلافا لهما وإن كانت فى قرية أو مفازة لا تأمن على نفسها فلها أن تمضى إلى موضع أمن، ولا تخرج منه حتى تمضى عدتها وإن وجدت محرما عنده خلافا لهما كذا فى فتح القدير (قوله وقت) ظرف متعلق بمحذوف خبر العبرة أى ثابتة وقت خروج أهل بلدها، ولو قبل أشهر الحج لبعد المسافة ط (قوله وكذا سائر الشرائط) أى يعتبر وجودها فى ذلك الوقت:

[تتمة] ذكر صاحب اللباب فى منسكه الكبير أن من الشرائط إمكان السير وهو أن يبقى وقت يمكنه الذهاب فيه إلى الحج على السير المعتاد فإن احتاج إلى أن يقطع كل يوم أو فى بعض الأيام أكثر من مرحلة لايجب الحج اهـ

(فلو أحرم صبي عاقل أو أحرم عنه أبوه صار محرما) وينبغي أن يجرده قبله ويلبسه إزاراً ورداء مبسوطين وظاهر أن إحرامه عنه مع عقله صحيح فع عدمه أولى (فبلغ أو عبد فعتق) قبل الوقوف (فمضى) كل على إحرامه (لم يسقط فرضهما) لانعقاده نفلا فلو جدد الصبي الإحرام قبل وقوفه بعرفة ونوى حجة الاسلام أجزأه (ولو فعل) العبد (المعتق ذلك) التجديد المذكور (لم تجزه) لانعقاده لازما بخلاف الصبي والكافر والمجنون ؛

وذكر شارح اللباب أن منها أن يتمكن من أداء المكتوبات فى أوقاتها قال الكرمانى: لأنه لايليق بالحكمة إيجاب فرض على وجه يفوت به فرض آخر اه وتمامه هناك (قوله فلو أحرم صبي الخ) تفريع على اشتراط البلوغ والحرية (قوله أو أحرم عنه أبوه) المراد من كان أقرب إليه بالنسب فلواجتمع والدوأخ يحرم الوالد كما فى الخانية ، والظاهر أنه شرط الأولوية لباب وشرحه (قوله وينبغي الخ) قال فى اللباب وشرحه : وينبغي لوليه أن يجنبه من محظورات الإحرام كلبس المخيط والطيب وإن ارتكبها الصبى لاشيء عليهما (قوله وظاهره) أي ظاهر قول المبسوط أو أحرم عنه أبوه بإعادة الضمير إلى الصبي العاقل لكن تأمله مع قول اللباب ، وكل ما قدر الصبي عليه بنفسه لا تجوز فيه النيابة اه وكذا مافى جامع الاستروشنى عن الذخيرة قال محمد فى الأصل والصبى الذى يحج له أبوه يقضى المناسك ويرمى الجمار وأنه على وجهين الأول إذا كان صبيا لايعقل الأداء بنفسه ، وفى هذا الوجه إذا أحرم عنه أبوه جاز وإن كان يعقل الأداء بنفسه يقضى المناسك كلها يفعل مثل مايفعله البالغ اه فهو كالصريح فى أن إحرامه عنه إنما يصح إذا كان لايعقل (قوله قبل الوقوف) وكذا بعده بالأولى وهو راجع لقوله بلغ وعتق (قوله لانعقاده نفلا) وكان القياس أن يصح فرضا لو نوى حجة الإسلام حال وقوفه لأن الإحرام شرط كما أن الصبى إذا تطهر ثم بلغ فإنه يصح أداء فرضه بتلك الطهارة إلا أن الإحرام له شبه بالركن لاشتماله على النية فحيث لم يعده لم يصح كما لو شرع فى صلاة ثم بلغ بالسن فإن جدد إحرامها ونوى بها الفرض يقع عنه وإلا فلا شرح اللباب (قوله فلو جدد الخ) بأن يرجع إلى ميقات من المواقيت ويجدد التلبية بالحج كما فى شرح الملتقى .

قلت : والظاهر أن الرجوع ليس بلازم لأن إنشاء الإحرام من الميقات واجب فقط كما يأتى ط (قوله قبل وقوفه بعرفة) قبل عبارة المبتغى : ولو أحرم الصبى أو المجنون أو الكافر ثم بلغ أو أفاق ووقت الحج باق فإن جددوا الإحرام يجزيهم عن حجة الإسلام اه مقتضاه أن المراد بما قبل الوقوف قبل فوت وقته كما عبر به منلا على القارى فى شرحه على الوقاية واللباب ، لكن نقل القاضى عيدفى شرحه على اللباب عن شيخه العلامة الشيخ حسن العجيمى المكى أن المراد به الكينونة بعرفة حتى لو وقف بها بعد الزوال لحظة فبلغ ليس له التجديد ، وإن بقى وقت الوقوف وأيده الشيخ عبد الله العفيف فى شرح منسكه بقوله صلى الله عليه وسلم « من وقف بعرفة ساعة من ليل أو نهار فقد تم حجه » وقال وقد وقع الاختلاف فى هذه المسألة فى زماننا فنهم من أفتى بصحة تجديده الإحرام بعد ابتداء الوقوف ومنهم من أفتى بعدمها ولم نرفيها نصا صريحا اه ملخصا .

قلت : وظاهر قول المصنف تبعا للدرر قبل وقوفه أن المراد حقيقة الوقوف لاوقته فهو مؤيد لكلام العجيمى (قوله لم تجزه) أى عن حجة الإسلام ط (قوله لانعقاده) أى إحرام العبد نفلا لازما فلا يمكنه الخروج عنه بحر ط (قوله بخلاف الصبى) لأن إحرامه غير لازم لعدم أهلية اللزوم عليه ولذا لو أحصر وتحلل لادم عليه ولاقضاء ولا جزاء عليه لارتكاب المحظورات فتح (قوله والكافر) أى لو أحرم فأسلم فجدد الإحرام لحجة الإسلام أجزأه لعدم انعقاد إحرامه الأول لعدم الأهلية ط عن البدائع (قوله والمجنون) أى لو أحرم عنه وليه ، ثم أفاق فجدد الإحرام قبل الوقوف أجزأه عن حجة الإسلام شرح اللباب ، وفى الذخيرة قال فى الأصل وكل جواب عرفته

(و) الحج (فرضه) ثلاثة (الاحرام) وهو شرط ابتداء ، وله حكم الركن انتهاء حتى لم يجز لفائت الحج استدامته ليقضى به من قابل (والوقوف بعرفة) فى أوانه سميت به لأن آدم وحواء تعارفا فيها (و) معظم (طواف الزيارة) وهما ركنان (وواجبه) نيف وعشرون

الصبي يحرم عنه الأب فهو الجواب فى المجنون اه وفى الولوالجية قبيل الاحصار وكذا الصبي يحج به أبوه وكذا المجنون يقضى المناسك ويرمى الجمار لأن إحرام الأب عنهما وهما عاجزان كإحرامهما بنفسهما اه ، وفى شرح المقدسى عن البحر العميق لاحج على مجنون مسلم ، ولا يصح منه إذا حج بنفسه ولكن يحرم عنه وليه اه فهذه النقول صريحة فى أن المجنون يحرم عنه وليه كالصبي وبه اندفع مافى البحر من قوله كيف يتصور إحرام المجنون بنفسه وكون وليه أحرم عنه يحتاج إلى نقل صريح يفيد أنه كالصبي اه .

مطلب فى فروض الحج وواجباته

(قوله فرضه) عبر به ليشمل الشرط والركن ط (قوله الإحرام) هو النية والتلبية أو مايقوم مقامها أى مقام التلبية من الذكر أو تقليد البدنة مع السوق لباب وشرحه (قوله وهو شرط ابتداء) حتى صح تقديمه على أشهر الحج وإن كره كما سيأتى ح (قوله حتى لم يجز الخ) تفريع على شبهه بالركن يعنى أن فائت الحج لايجوز له استدامة الإحرام، بل عليه التحلل بعمرة والقضاء من قابل كما يأتى ، ولو كان شرطا محضا لجازت الاستدامة اه ح ويتفرع عليه أيضاً مافي شرح اللباب من أنه لو أحرم ثم ارتد والعياذ بالله تعالى بطل إحرامه وإلا فالردة لاتبطل الشرط الحقيقى كالطهارة للصلاة اه وكذا ماقدمناه من اشتراط النية فيه ، والشرط المحض لايحتاج إلى نية وكذا مامر من عدم سقوط الفرض عن صبى أو عبد أحرم فبلغ أو عتق مالم يجدده الصبي (قوله ليقضى من قابل) أى بهذا الإحرام السابق المستدام ط (قوله فى أوانه) وهو من زوال يوم عرفة إلى قبيل طلوع فجر النحر ط (قوله ومعظم طواف الزيارة) وهو أربعة أشواط وباقيه واجب كما يأتى ط (قوله وهما ركنان) يشكل عليه ماقالوا إن المأمور بالحج إذا مات بعد الوقوف بعرفة ، قبل طواف الزيارة فإنه يكون مجزئا بخلاف ما إذا رجع قبله فإنه لاوجود للحج إلا بوجود ركنيه ولم يوجدا فينبغى أن لا يجزى الآمر سواء مات المأمور أو رجع بحر قال العلامة المقدسى : يمكن الجواب بأن الموت من قبل من له الحق وقد أتى بوسعه وقد ورد « الحج عرفة » بخلاف من رجع اه وأما الحاج عن نفسه فسنذكر عن اللباب أنه إذا أوصى بإتمام الحج تجب بدنة تأمل .

[تتمة] بقى من فرائض الحج : نية الطواف ، والترتيب بين الفرائض ، الإحرام ، ثم الوقوف ، ثم الطواف وأداء كل فرض فى وقته فالوقوف من زوال عرفة إلى فجر النحر والطواف بعده إلى آخر العمر ، ومكانه أى من أرض عرفات للوقوف و نفس المسجد للطواف وألحق بها ترك الجماع قبل الوقوف لباب وشرحه (قوله وواجبه) اسم جنس مضاف فيعم ، وسيأتى حكم الواجب (قوله نيف وعشرون) أى اثنان وعشرون هنا بما زاده الشارح أو أربعة وعشرون إن اعتبر الأخير ، وهو المحظور ثلاثة وأوصلها فى اللباب إلى خمسة وثلاثين فزاد أحد عشر أخر وهى : الوقوف بعرفة جزءا من الليل ، ومتابعة الإمام فى الإفاضة أى بأن لايخرج من أرض عرفة إلا بعد شروع الإمام فى الإفاضة ، وتأخير المغرب والعشاء إلى المزدلفة والإتيان بما زاد على الأكثر فى طواف الزيارة قيل وبيتوتة جزء من الليل فيها ، وعدم تأخير رمى كل يوم إلى ثانيه ، ورمى القارن ، والمتمتع قبل الذبح والهدى عليهما ، وذبحهما قبل الحلق وفى أيام النحر قيل وطواف القدوم اه .

(وقوف جمع) وهو المزدلفة سميت بذلك لأن آدم اجتمع بحواء وازدلف إليها أى دنا (والسعى) وعند الأئمة الثلاثة هو ركن (بين الصفا) سمى به لأنه جلس عليه آدم صفوة الله (والمروة) لأنه جلس عليها امرأة وهى حواء ولذا أنثت (ورمى الجمار) لكل من حج (وطواف الصدر) أى الوداع (للآفاقى) غير الحائض (والحلق أو التقصير وإنشاء الإحرام من الميقات ومد الوقوف بعرفة إلى الغروب) إن وقف نهارا (والبداءة بالطواف من الحجر الأسود) على الأشبه لمواظبته عليه الصلاة والسلام وقيل فرض وقيل سنة (والتيامن فيه) أى فى الطواف فى الأصح (والمشى فيه لمن ليس له عذر) يمنعه منه ، ولو نذر طوافا زحفا

قلت : لكن واجبات الحج فى الحقيقة الخمسة الأول المذكورة فى المتن والذبح أما الباقى فهى واجبات له بواسطة لأنها واجبات الطواف ونحوه (قوله وقوف جمع) بفتح فسكون أى الوقوف فيه ولو ساعة بعد الفجر كما فى شرح اللباب (قوله سميت بذلك) أى بجمع وبمزدلفة فقد يشار بذا إلى مافوق الواحد كقوله تعالى ـ عوان بين ذلك ـ فافهم (قوله لكل من حج) أى آفاقيا أو غيره قارنا أو متمتعا أو مفردا وهو راجع لجميع ماقبله ، وإنما ذكره لئلا يتوهم رجوع قوله لآفاقى إلى الجميع وإلا فكثير من الواجبات الآتية لكل من حج (قوله وطواف الصدر) بفتحتين بمعنى الرجوع ومنه قوله تعالى ـ يومئذ يصدر الناس أشتاتا ـ ولذا يسمى طواف الوداع بفتح الواو وتكسر لموادعته البيت شرح اللباب فقول الشارح أى الوداع على حذف مضاف أى طواف الوداع فهو تفسير لطواف الصدر لاتفسير للصدر إلا باعتبار اللزوم لأن الوداع بمعنى الترك لازم للصدر ، بمعنى الرجوع تأمل (قوله للآفاقى) اعترض النووى فى التهذيب على الفقهاء فى ذلك بأن الآفاق النواحى واحده أفق بضمتين : وبإسكان الفاء والنسبة إليه أفقى لأن الجمع إذا لم يسم به فالنسبة إلى واحده وأجاب فى كشف الكشاف بأنه صحيح لأنه أريد به الخارجى أى خارج المواقيت فكان بمنزلة الأنصارى وتمامه فى شرح ابن كمال والقهستانى (قوله غير الحائض) لأن الحائض يسقط عنها كما سيأتى (قوله والحلق أو التقصير) أى أحدهما ، والحلق أفضل للرجل ، وفيه أن هذا شرط للخروج من الإحرام والشرط لايكون إلا فرضا ، وأجاب فى شرح اللباب بأن وجوبه من حيث إيقاعه فى الوقت المشروع ، وهو مابعد الرمى فى الحج ، وبعد السعى فى العمرة .

قلت : وفيه أن هذا واجب آخر سيأتى فالأحسن الجواب بأنه لايلزم من توقف الخروج من الإحرام عليه أن يكون فرضا قطعيا فقد يكون واجبا ، كتوقف الخروج الواجب من الصلاة على واجب السلام تأمل . ثم رأيت فى الفتح قال إن الحلق عند الشافعى غير واجب وهو عندنا واجب لأن التحلل الواجب لايكون إلا به ثم قال بعد كلام غير أن هذا التأويل ظنى فيثبت به الوجوب لاالقطع (قوله من الميقات) يشمل الحرم للمكى ونحوه كتمتع لم يسق الهدى ط والتقييد به للاحتراز عما بعده وإلا فيجوز قبله بل هو أفضل بشروطه كما فى شرح اللباب (قوله إلى الغروب) لم يقل من الزوال لأن ابتداءه من الزوال غير واجب وإنما الواجب أن يمده بعد تحققه مطلقا إلى الغروب كما أفاده فى شرح اللباب (قوله إن وقف نهارا) أما إذا وقف ليلا فلا واجب فى حقه حتى لو وقف ساعة لايلزمه شىء كما فى شرح اللباب ، نعم يكون تاركا واجب الوقوف نهارا إلى الغروب (قوله على الأشبه) ذكر فى المطلب الفائق شرح الكنز أن الأصح أنه شرط لكن ظاهر الرواية أنه سنة يكره تركها ، وعليه عامة المشايخ وصححه فى اللباب ، وذكر ابن الهمام أنه لو قيل إنه واجب لايبعد لأن المواظبة من غير ترك مرة دليل الوجوب اهـ وبه صرح فى المنهاج عن الوجيز وهو الأشبه والأعدل فينبغى أن يكون عليه المعول اهـ من شرح اللباب (قوله والتيامن فيه) وهو أخذ الطائف عن يمين نفسه وجعله البيت عن يساره لباب (قوله فى الأصح) صرح به الجمهور وقيل إنه سنة وقيل فرض شرح اللباب (قوله والمشى فيه الخ) فلو تركه بلا عذر أعاده وإلا فعليه دم لأن المشى واجب .

لزمه ماشيا ولو شرع متنفلا زحفا فمشيه أفضل (والطهارة فيه) من النجاسة الحكمية على المذهب قيل والحقيقية من ثوب وبدن ومكان طواف والأكثر على أنه سنة مؤكدة كما فى شرح لباب المناسك (وستر العورة) فيه ويكشف ربع العضو فأكثر كما فى الصلاة يجب الدم (وبداءة السعى بين الصفا والمروة من الصفا) ولو بدأ بالمروة لايعتد بالشوط الأول فى الأصح (والمشى فيه) فى السعى (لمن ليس له عذر)

عندنا على هذا نص المشايخ وهو كلام محمد ، وما فى الخانية من أنه أفضل تساهل أو محمول على النافلة لايقال بل ينبغى فى النافلة أن تجب صدقة لأنه إذا شرع فيه وجب فوجب المشى ، لأن الفرض أن شروعه لم يكن بصفة المشى ، والشروع إنما يوجب ماشرع فيه كذا فى الفتح (قوله لزمه ماشيا) قال صاحب اللباب فى منسكه الكبير ثم إن طافه زحفا أعاده كذا فى الأصل ، وذكر القاضى فى شرح مختصر الطحاوى أنه يجزيه لأنه أدى ماأوجب على نفسه وتمامه فى شرح اللباب (قوله فمشيه أفضل) أشار إلى أن الزحف يجزيه ، ولا دم عليه ، لكن يحتاج إلى الفرق بين وجوبه بالشروع ، ووجوبه بالنذر على رواية الأصل ، ولعله أن الإيجاب بالقول أقوى منه بالفعل فيجب بالقول كاملا لئلا يكون نذراً بمعصية ، كما لو نذر اعتكافا بدون صوم لزمه به ، ويلغو وصفه له بالنقصان والواجب بالشروع هو ماشرع فيه ، وقد شرع فيه زحفا فلا يجب عليه غيره وإلا وجب بغير موجب ، تأمل (قوله من النجاسة الحكمية) أى الحدث الأكبر والأصغر وإن اختلفا فى الإثم والكفارة (قوله على المذهب) وهو الصحيح وقال ابن شجاع إنها سنة شرح اللباب للقارى (قوله من ثوب) الأولى لثوب أو فى ثوب ط (قوله ومكان طواف) لم ينقل فى شرح اللباب التصريح بالقول بوجوبه وإنما قال وأما طهارة المكان فذكر العز بن جماعة عن صاحب الغاية أنه لو كان فى مكان طوافه نجاسة لايبطل طوافه وهذا يفيد نفى الشرط والفرضية واحتمال ثبوت الوجوب والسنية اه (قوله والأكثر على أنه) أى هذا النوع من الطهارة فى الثوب والبدن سنة مؤكدة شرح اللباب بل قال فى الفتح : وما فى بعض الكتب من أن بنجاسة الثوب كله يجب الدم لاأصل له فى الرواية اه وفى البدائع إنه سنة فلو طاف وعلى ثوبه نجاسة أكثر من الدرهم لايلزمه شىء بل يكره لادخال النجاسة المسجد اه (قوله وستر العورة فيه) أى فى الطواف وفائدة عده واجبا هنا مع أنه فرض مطلقا لزوم الدم به ، كما عد من سنن الخطبة فى الجمعة بمعنى أنه لايلزم بتركه فسادها ، وإلا فالسنة تباين الفرض لعدم الإثم بتركها مرة هذا ماظهر لى وقدمناه فى الجمعة (قوله فأكثر) أى من الربع فلو أقل لايمنع ، ويجمع المتفرق لباب (قوله كما فى الصلاة) أى كما هو القدر المانع فى الصلاة (قوله يجب الدم) أى إن لم يعده وإلا سقط وهذا فى الطواف الواجب وإلا تجب الصدقة (قوله فى الأصح) مقابله ماقاله الكرمانى أنه يعتد به لكنه يكره لترك السنة ، وتستحب إعادة ذلك الشوط ، لتكون البداءة على وجه السنة ، ومشى فى اللباب على أنه شرط لصحة السعى ، فعدم الاعتداد بالشوط الأول يتفرع عليه ، وعلى القول بالوجوب لأن المراد بعدم الاعتداد به لزوم إعادته أو لزوم الجزاء على تقدير عدمها وإنما الفرق من حيث إنه إذا لم يعد الشوط الأول يلزمه الجزاء لترك السعى على القول بالشرطية ، لأنه لاصحة للمشروط بدون شرطه ، ولترك الشوط الأول على القول بالوجوب الذى هو الأعدل المختار من حيث الدليل ، كما فى شرح اللباب ، وقد يقال إنه إذا لم يعتد بالأول حصل البداءة بالصفا بالثانى فقد وجد الشرط ، ولا يتصور تركه وإنما يكون تاركا لآخر الأشواط إلا إذا أعاد الأول ، وكون ذلك شرطا لاينافى الوجوب إذ لايلزم من كون الشىء شرطا لآخر تتوقف عليه صحته أن يكون ذلك الشىء فرضا ، كما قدمناه فى الحلق خلافا لما فهمه فى شرح اللباب هنا ، وفى الحلق ولو كان فرضا لزم فرضية السعى ، أو فرضية بعضه ووجوب باقيه مع أنه كله واجب

كما مر (وذبح الشاة للقارن والمتمتع وصلاة ركعتين لكل أسبوع) من أى طواف كان فلو تركها هل عليه دم قيل نعم فيوصى به (والترتيب الآتى) بيانه : (بين الرمى والحلق والذبح يوم النحر) وأما الترتيب بين الطواف وبين الرمى والحلق فسنة فلوطاف قبل الرمى والحلق لا شىء عليه ويكره لباب ، وسيجىء أن المفرد لاذبح عليه وسنحققه (وفعل طواف الإفاضة) أى الزيارة (فى) يوم من (أيام النحر) ومن الواجبات كون الطواف وراء الحطيم وكون السعى بعد طواف معتد به وتوقيت الحلق بالمكان والزمان وترك المحظور كالجماع بعدالوقوف، ولبس المخيط، وتغطية الرأس والوجه والضابط أن كل مايجب بتركه دم فهو واجب صرح به فى الملتقى وسيتضح فى الجنايات (وغيرها سنن وآداب)

يجبر بدم وحينئذ تعين القول بالوجوب إذ لاثمرة تظهر على القول بالشرطية كما نص عليه فى المنسك الكبير وإن استغربه القارى فى شرح اللباب والله تعالى أعلم بالصواب (قوله كما مر) أى فى الطواف (قوله قيل نعم) ضعفه هنا وإن جزم به فى شرحه على الملتقى لأنه جزم بخلافه صاحب اللباب فقال ولا تختص أى هذه الصلاة بزمان ولا بمكان : أى باعتبار الجواز والصحة ، ولا تفوت أى إلا بالموت ، ولو تركها لم تجبر بدم أى أنه لايجب عليه الإيصاء بالكفارة وذكر شارحه أن المسألة خلافية ففى البحر العميق : لايجب الدم وفى الجوهرة والبحر الزاخر يجب وفى بعض المناسك الأكثر على أنه لايجب وبه قال الشافعية وقيل يلزم (قوله والترتيب الآتى بيانه الخ) أى فى باب الجنايات حيث قال هناك : يجب فى يوم النحر أربعة أشياء : الرمى ، ثم الذبح لغير المفرد ، ثم الحلق ، ثم الطواف لكن لاشىء على من طاف قبل الرمى والحلق نعم يكره لباب كما لاشىء على المفرد إلا إذا حلق قبل الرمى لأن ذبحه لايجب اه وبه علم أنه كان ينبغى للمصنف هنا تقديم الذبح على الحلق فى الذكر ليوافق ماينهما من الترتيب فى نفس الأمر ، وأن الطواف لايلزم تقديمه على الذبح أيضا لأنه إذا جاز تقديمه على الرمى المتقدم على الذبح جاز تقديمه على الذبح بالأولى كما قاله ح .

والحاصل أن الطواف لايجب ترتيبه على شىء من الثلاثة ولذا لم يذكره هنا وإنما يجب ترتيب الثلاثة الرمى ثم الذبح ثم الحلق لكن المفرد لاذبح عليه فبقى عليه الترتيب بين الرمى والحلق (قوله فى يوم) تقدم فى الاعتكاف أن الليالى تبع للأيام فى المناسك (قوله وراء الحطيم) لأن بعضه من البيت كما يأتى بيانه (قوله وكون السعى بعد طواف معتد به) وهو أن يكون أربعة أشواط فأكثر ، سواء طافه طاهرا أو محدثا أو جنبا وإعادة الطواف بعد السعى فيما إذا فعله محدثا أو جنبا لجبر النقصان لا لإنفساخ الأول ح عن البحر ثم إن كون هذا واجبا لاينافى مافى اللباب من عده شرطا لصحة السعى كما علمته سابقا (قوله بالمكان) أى الحرم ولو فى غير منى والزمان أى أيام النحر ، وهذا فى الحاج ، وأما المعتمر فلا يتوقف حلقه بالزمان كما سيأتى فى الجنايات (قوله وترك المحظور) قال فى شرح اللباب فيه أن الاجتناب عن المحرمات فرض وإنما الواجب هو الاجتناب عن المكروهات التحريمية كما حققه ابن الهمام إلا أن فعل المحظورات وترك الواجبات لما اشتركا فى لزوم الجزاء ألحقت بها فى هذا المعنى (قوله كالجماع بعد الوقوف الخ) تمثيل للمحظورات ، وقيد بما بعد الوقوف لأنه قبله مفسد ، والمراد هنا غير المفسد تأمل (قوله والضابط الخ) لما لم يستوف الواجبات كما علمته مما زدناه عن اللباب ذكر هذا الضابط ، وليفيد بعكس القضية حكم الواجب ، لكنها تنعكس عكسا منطقيا لا لغويا فيقال بعض ماهو واجب ، يجب بتركه دم لا كل ماهو واجب لأن ركعتى الطواف، لايجب بتركهما الدم،وكذا ترك الواجب بعذر على ماسنذكره فى أول الجنايات لكن فى الأول خلاف تقدم فعلى القول بوجوب الدم فيه مع تقييد الترك بلا عذر يصح العكس كليا (قوله وغيرها الخ) فيه أنه لم يستوف الواجبات ، وإن كان مراده أن غير الفرائض والواجبات سنن وآداب فغير مفيد

كأن يتوسع فى النفقة ويحافظ على الطهارة وعلى صون لسانه ويستأذن أبويه ودائنه وكفيله ويودع المسجد بركعتين ومعارفه ويستحلهم ويلتمس دعاءهم ويتصدق بشىء عند خروجه ويخرج يوم الخميس ففيه خرج عليه الصلاة والسلام فى حجة الوداع أو الاثنين أو الجمعة بعد التوبة والاستخارة أى فى أنه هل يشترى أو يكترى وهل يسافر براً أو بحراً وهل يرافق فلانا أولا لأن الاستخارة فى الواجب والمكروه لامحل لها وتمامه فى النهر (وأشهره شوّال وذو القعدة) بفتح القاف وتكسر (وعشر ذى الحجة) بكسر الحاء وتفتح وعند الشافعى ليس منها يوم النحر وعند مالك ذو الحجة كله عملا بالآية .

قلنا اسم الجمع يشترك فيه ماوراء الواحد ، وفائدة التأقيت أنه لو فعل شيئا من أفعال الحج خارجها لايجزيه

(قوله كأن يتوسع فى النفقة الخ) أفاد بالكاف أنه بقى منها أشياء لم يذكرها لأنها ستأتى كطواف القدوم للآفاق والابتداء من الحجر الأسود على أحد الأقوال والخطب الثلاث والخروج يوم التروية وغيرها مما سيعلم (قوله وعلى صون لسانه) أى عن المباح والمكروه تنزيها وإلا فهو واجب (قوله ويستأذن أبويه الخ) أى إذا لم يكونا محتاجين إليه وإلا فيكره وكذا يكره بلا إذن دائنه وكفيله والظاهر أنها تحريمية لإطلاقهم الكراهة ويدل عليه قوله فيما مر فى تمثيله للحج المكروه كالحج بلا إذن مما يجب استئذانه فلا ينبغى عده ذلك من السنن والآداب (قوله بفتح القاف وتكسر) أى مع سكون العين وحكى الفتح مع كسر العين (قوله وتفتح) عزاه الشيخ إسمعيل إلى تحرير الإمام النووى ، وقال خلافا لما فى شرح الشمنى من أنه لم يسمع إلا الكسر (قوله وعند الشافعى ليس منها يوم النحر) هو رواية عن أبى يوسف أيضا كما فى النهر وغيره وظاهر المتن يوافقه لأنه ذكر العدد فكان المراد عشر ليال لكن إذا حذف التمييز جاز التذكير فيكون المعنى عشرة أيام أفاده ح عن القهستانى وقيل إن العشر اسم لهذه الأيام العشرة فليس المراد به اسم العدد ، حتى يعتبر فيه التذكير مع المؤنث والعكس تأمل (قوله ذو الحجة كله) مبتدأ محذوف الخبر تقديره منها ح (قوله عملا بالآية) أى قوله تعالى — الحج أشهر معلومات — (قوله قلنا اسم الجمع الخ) الإضافة بيانية أى اسم هو جمع وإلا فأشهر صيغة جمع حقيقة ، وهذا أحد جوابين للزمخشرى : حاصله : أنه تجوز فى إطلاق صيغة الجمع على مافوق الواحد لعلاقة معنى الاجتماع والتعدد ثانيهما أن التجوز فى جعل بعض الشهر شهرا فالأشهر على الحقيقة واعترض الأول بأن فيه إخراج العشر عن الإرادة لخروجه عن الشهرين ، وأجيب بأنه داخل فيما فوق الواحد ، وهذا كله على تقدير الحج ذو أشهر ، أما على تقدير الحج فى أشهر ، فلا حاجة إلى التجوز لأن الظرفية لاتقتضى الإستيعاب لكن بين المراد الحديث الوارد فى تفسير الآية بأنها شوال وذو القعدة وعشر ذى الحجة (قوله وفائدة التأقيت الخ) جواب عن إشكال تقريره أن التوقيت بها إن اعتبر للفوات أى أن أفعال الحج لو أخرت عن هذا الوقت يفوت الحج لفوته بتأخير الوقوف عن طلوع فجر العاشر يلزم أن لايصح طواف الركن بعده وإن خصص الفوات بفوت معظم أركانه ، وهو الوقوف ، يلزم أن لايكون العاشر منها كما هو رواية عن أبى يوسف وإن اعتبر التوقيت المذكور لأداء الأركان فى الجملة يلزم أن يكون ثانى النحر وثالثه منها : لجواز الطواف فيهما ، وأجاب الشارح تبعا للبحر وغيره بما يفيد اختيار الأخير وذلك بأن فائدته أن شيئا من أفعال الحج لايجوز إلا فيها حتى لو صام المتمتع أو القارن ثلاثة أيام قبل أشهر الحج لا يجوز ، وكذا السعى عقب طواف القدوم لا يقع عن سعى الحج إلا فيها ، حتى لو فعله فى رمضان لم يجز ، ولو اشتبه عليهم يوم عرفة فوقفوا فإذا هو يوم النحر جاز لوقوعه فى زمانه ، ولو ظهر أنه الحادى عشر لم يجز كما فى اللباب وغيره قال القهستانى : ولا ينافيه إجزاء الإحرام قبلها ولا إجزاء الرمى والحلق وطواف الزيارة وغيرها بعدها لأن ذلك محرم فيه اهـ .

(و) أنه (يكره الإحرام) له (قبلها) وإن أمن على نفسه من المحظور لشبهه بالركن كما مر وإطلاقها يفيد التحريم (والعمرة) فى العمر (مرة سنة مؤكدة) على المذهب وصحح فى الجوهرة وجوبها :

قلنا المأمور به فى الآية الإتمام وذلك بعد الشروع وبه نقول (وهى إحرام وطواف وسعى) وحلق أو تقصير فالإحرام شرط ، ومعظم الطواف ركن

قلت: فيه نظر لأن طواف الزيارة يجوز فى يومين بعد عشر ذى الحجة كما علمته وإن كان فى أوله أفضل فالمناسب الجواب عن الإشكال بأن فائدة التوقيت ابتداء عدم جواز الأفعال قبله وانتهاء الفوات بفوت معظم أركانه وهو الوقوف ، ولا يلزم خروج اليوم العاشر لما علمته من جوازه فيه عند الاشتباه بخلاف الحادى عشر هذا ماظهر لى فافهم (قوله وأنه يكره الإحرام الخ) عطف على قوله أنه لو فعل وهو ظاهر فى أنه أراد بأفعال الحج غير الإحرام ، فلا ينافى إجزاء الإحرام مع الكراهة فقوله لا يجزيه واقع فى محزه فافهم نعم فى كون الكراهة فائدة التوقيت خفاء ولعل وجهه كون الإحرام شبيها بالركن تأمل (قوله قبلها) أفاد أنه لو أحرم فيها بحج ولو لعام قابل لا يكره ، ولذا قال فى الذخيرة لا يكره الإحرام بالحج يوم النحر ، ويكره قبل أشهر الحج قال فى النهر وينبغى أن يكون مكروها حيث لم يأمن على نفسه وإن كان فى أشهر الحج (قوله لشبهه بالركن) علة لقوله يكره أى ولو كان ركنا حقيقة لم يصح قبلها فإذا كان شبيها به كره قبلها لشبهه وقربه من عدم الصحة بحر (قوله كما مر)أى عند قوله فرضه الإحرام (قوله وإطلاقها) أى الكراهة يفيد التحريم ، وبه قيدها القهستانى ونقل عن التحفة الإجماع على الكراهة ، وبه صرح فى البحر من غير تفصيل بين خوف الوقوع فى محظور أو لا قال: ومن فصل كصاحب الظهيرية قياسا على الميقات المكانى ، فقد أخطأ لكن نقل القهستانى أيضا عن المحيط التفصيل ثم قال وفى النظم عنه أنه يكره إلا عند أبى يوسف

مطلب أحكام العمرة

(قوله والعمرة فى العمر مرة سنة مؤكدة) أى إذا أتى بها مرة فقد أقام السنة غير مقيد بوقت غير ماثبت النهى عنها فيه إلا أنها فى رمضان أفضل هذا إذا أفردها فلا ينافيه أن القران أفضل لأن ذلك أمر يرجع إلى الحج لا العمرة .

فالحاصل : أن من أراد الإتيان بالعمرة على وجه أفضل فيه فبأن يقرن معه عمرة فتح ، فلا يكره الإكثار منها خلافا لمالك ، بل يستحب على ماعليه الجمهور وقد قيل سبع أسابيع من الأطوفة كعمرة شرح اللباب (قوله وصحح فى الجوهرة وجوبها) قال فى البحر واختاره فى البدائع وقال إنه مذهب أصحابنا ، ومنهم من أطلق اسم السنة ، وهذا لا ينافى الوجوب اهـ والظاهر من الرواية السنية فان محمدا نص على أن العمرة تطوع اهـ ومال إلى ذلك فى الفتح وقال بعد سوق الأدلة تعارض مقتضيات الوجوب والنفل ، فلا تثبت ويبقى مجرد فعله عليه الصلاة والسلام وأصحابه والتابعين ، وذلك يوجب السنة فقلنا بها (قوله قلنا المأمور الخ) جواب عن سؤال مقدر أورده فى غاية البيان دليلا على الوجوب ، ثم أجاب عنه بما ذكره الشارح ، ثم هذا مبنى على أن المراد بالإتمام تتميم ذاتهما أى تتميم أفعالهما أما إذا أريد به إكمال الوصف وعليه مانقله فى البحر من أن الصحابة فسرت الإتمام بأن يحرم بهما من دويرة أهله ، ومن الأماكن القاصية فلا حاجة إلى الجواب للاتفاق على أن الإتمام بهذا المعنى غير واجب فالأمر فيه للندب إجماعا فلا يدل على وجوب العمرة فافهم (قوله وحلق أو تقصير) لم يذكره المصنف

وغيرهما واجب هو المختار ويفعل فيها كفعل الحاج (وجازت فى كل السنة) وندبت فى رمضان (وكرهت) تحريما (يوم عرفة وأربعة بعدها) أى كره إنشاؤها بالإحرام حتى يلزمه دم وإن رفضها لا أداؤها فيها بالإحرام السابق

لأنه محلل مخرج منها بحر (قوله وغيرهما واجب) أراد بالغير من المذكورات هنا ، وذلك أقل أشواط الطواف والسعى والحلق أو التقصير ، وإلا فلها سنن ومحرمات من غير المذكور هنا فافهم وأشار بقوله هو المختار إلى مافى التحفة حيث جعل السعى ركنا كالطواف قال فى شرح اللباب وهو غير مشهور فى المذهب (قوله ويفعل فيها كفعل الحاج) قال فى اللباب وأحكام إحرامها كاحرام الحج من جميع الوجوه ، وكذا حكم فرائضها وواجباتها وسننها ومحرماتها ومفسدها ومكروهاتها وإحصارها وجمعها أى بين عمرتين ، وإضافتها أى إلى غيرها فى النية ورفضها كحكمها فى الحج : وهى لا تخالفه إلا فى أمور منها أنها ليست بفرض وأنها لا وقت لها معين ؛ ولا تفوت وليس فيها وقوف بعرفة ولا مزدلفة ولا رمى فيها ولا جمع أى بين صلاتين ولا خطبة ولا طواف قدوم ولا صادر ولا تجب بدنة بإفسادها ولا بطوافها جنبا أى بل شاة وأن ميقاتها الحل لجميع الناس بخلاف الحج فان ميقاته للمكى الحرم اهـ (قوله وجازت) أى صحت (قوله وندبت فى رمضان) أى إذا أفردها كما مر عن الفتح ثم الندب باعتبار الزمان لأنها باعتبار ذاتها سنة مؤكدة أو واجبة كما مر أى أنها فيه أفضل منها فى غيره واستدل له فى الفتح بما عن ابن عباس عمرة فى رمضان تعدل حجة وفى طريق لمسلم تقتضى حجة أو حجة معى قال وكان السلف رحمهم الله تعالى بهم يسمونها الحج الأصغر وقد اعتمر صلى الله عليه وسلم أربع عمرات كلهن بعد الهجرة فى ذى القعدة على ماهو الحق وتمامه فيه .

[تنبيه] نقل بعضهم عن المنلا على فى رسالته المسماة الأدب فى رجب أن كون العمرة فى رجب سنة بأن فعلها عليه الصلاة والسلام أو أمر بها لم يثبت نعم روى أن ابن الزبير لما فرغ من تجديد بناء الكعبة قبيل سبعة وعشرين من رجب نحر إبلا وذبح قرابين وأمر أهل مكة أن يعتمروا حينئذ شكرا لله تعالى على ذلك ، ولا شك أن فعل الصحابة حجة وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن فهذا وجه تخصيص أهل مكة العمرة بشهر رجب اهـ ملخصا (قوله تحريما) صرح به فى الفتح واللباب (قوله ويوم عرفة) أى قبل الزوال وبعده وهو المذهب خلافا لما عن أبى يوسف أنها لا تكره فيه قبل الزوال بحر (قوله وأربعة) بالنصب والتنوين والأصل أربعة أيام بعدها أى بعد عرفة أى بعد يومها .

[تنبيه] يزاد على الأيام الخمسة مافى اللباب وغيره من كراهة فعلها فى أشهر الحج لأهل مكة ، ومن بمعناهم أى من المقيمين، ومن فى داخل الميقات لأن الغالب عليهم أن يحجوا فى سنتهم ، فيكونوا متمتعين، وهم عن التمتع ممنوعون ، وإلا فلا منع للمكى عن العمرة المفردة فى أشهر الحج ، إذا لم يحج فى تلك السنة ، ومن خالف فعليه البيان شرح اللباب ، ومثله فى البحر ، وهو رد على ما اختاره فى الفتح من كراهتها للمكى ، وإن لم يحج ونقل عن القاضى عيد فى شرح المنسك أن ما فى الفتح قال العلامة قاسم إنه ليس بمذهب لعلمائنا ولا للأئمة الأربعة ، ولا خلاف فى عدم كراهتها لأهل مكة اهـ .

قلت : وسيأتى تمام الكلام عليه فى باب التمتع إن شاء الله تعالى هذا وما نقله ح عن الشرنبلالية من تقييده كراهة العمرة فى الأيام الخمسة بقوله : أى فى حق المحرم أو مريد الحج يقتضى أنه لا يكره فى حق غيرهما ولم أر من صرح به فليراجع (قوله أى كره إنشاؤها بالإحرام) أى كره إنشاء الإحرام لها فى هذه الأيام ح (قوله حتى يلزمه دم وإن كان رفضها) سيأتى الكلام عليه إن شاء الله فى آخر باب الجنايات (قوله لا أداؤها) عطف على إنشاؤها ح

كقارن فاته الحج فاعتمر فيها لم يكره سراج، وعليه فاستثناء الخانية القارن منقطع فلا يختص بيوم عرفة كما توهمه فى البحر :

(والمواقيت) أى المواضع التى لايجاوزها مريد مكة إلا محرما خمسة (ذو الحليفة) بضم ففتح مكان على ستة أميال من المدينة وعشر مراحل من مكة تسميها العوام أبيار على رضى الله عنه يزعمون أنه قاتل الجن فى بعضها وهو كذب

(قوله كقارن فاته الحج) لو قال كما فى المعراج كفائت الحج لشمل المتمتع (قوله وعليه) أى على ماذكر من أن المكروه الإنشاء لا الأداء بإحرام سابق (قوله فاستثناء الخانية الخ) حيث قال تكره العمرة فى خمسة أيام لغير القارن اه ووجه الإنقطاع ماعلمته من أن المكروه إنشاء العمرة فى هذه الأيام، والقارن أحرم بها بإحرام سابق على هذه الأيام فهو غير داخل فيما قبله فاستثناؤه منقطع فافهم (قوله فلايختص الخ) تفريع على قوله منقطع لأن حاصله أنه لما لم يكن منشئا للإحرام فيها لم يكن داخلا فيما تكره عمرته فيها وحينئذ فلا يختص جواز عمرته بيوم عرفة فافهم (قوله كما توهمه فى البحر) حيث قال بعد قول الخانية لغير القارن مانصه وهو تقييد حسن، وينبغى أن يكون راجعا إلى يوم عرفة لا إلى الخمسة كما لايخفى وأن يلحق المتمتع بالقارن اه قال فى النهر هذا ظاهر فى أنه فهم أن معنى مافى الخانية من استثناء القارن أنه لابد له من العمرة ليبنى عليها أفعال الحج، ومن ثم خصه بيوم عرفة وهو غفلة عن كلامهم فقد قال فى السراج : وتكره العمرة فى هذه الأيام أى يكره إنشاؤها بالإحرام أما إذا أداها باحرام سابق، كما إذاكان قارنا ففاته الحج وأدى العمرة فى هذه الأيام لا يكره وعلى هذا فالاستثناء الواقع فى الخانية منقطع ولا اختصاص ليوم عرفة اه.

أقول : لا يخفى عليك أن المتبادر من القارن فى كلام الخانية المدرك لا فائت الحج، بخلاف مافى السراج، وحينئذ فلا شك أن عمرته لاتكون بعد يوم عرفة لأنها تبطل بالوقوف كما سيأتى فى بابه وليس فى كلام البحر تعرض لما فاته الحج ولا لأن الاستثناء متصل أو منقطع فمن أين جاءت الغفلة فتنبه وافهم.

مطلب فى المواقيت

(قوله والمواقيت) جمع ميقات بمعنى الوقت المحدود واستعير للمكان أعنى مكان الإحرام كما استعير المكان للوقت فى قوله تعالى — هنالك ابتلى المؤمنون — ولا ينافيه قول الجوهرى : الميقات موضع الإحرام لأنه ليس من رأيه التفرقة بين الحقيقة والمجاز وكأنه فى البحر استند إلى ظاهر مافى الصحاح، فزعم أنه مشترك بين الوقت والمكان المعين والمراد هنا الثانى، وأعرض عن كلامهم السابق وقد علمت ماهو الواقع نهر.

ثم اعلم أن الميقات المكانى يختلف باختلاف الناس، فإنهم ثلاثة أصناف آفاقى، وحلى أى من كان داخل المواقيت، وحرمى، وذكرهم المصنف على هذا الترتيب (قوله مريد مكة) أى ولو لغير نسك كتجارة ونحوها كما يأتى (قوله لا محرما) أى بحج أو عمرة (قوله بضم ففتح) أى وسكون الياء مصغرا الحلفة بالفتح اسم نبت فى الماء معروف (قوله على ستة أميال من المدينة) وقيل سبعة وقيل أربعة قال العلامة القطبى فى منسكه والمحرر من ذلك ماقاله السيد نور الدين على السمهودى فى تاريخه قد اختبرت ذلك فكان من عتبة باب المسجد النبوى المعروف بباب السلام إلى عتبة مسجد الشجرة بذى الحليفة تسعة عشر ألف ذراع بتقديم المثناة الفوقية وسبعمائة ذراع بتقديم السين واثنين وثلاثين ذراعا ونصف ذراع بذراع اليد اه.

قلت : وذلك دون خمسة أميال فإن الميل عندنا أربعة آلاف ذراع بذراع الحديد المستعمل الآن والله أعلم اه (قوله وعشر مراحل) أو تسع كما فى البحر (قوله وهو كذب) ذكره فى البحر عن مناسك المحقق ابن أمير حاج

(وذات عرق) بكسر فسكون على مرحلتين من مكة (وجحفة) على ثلاث مراحل بقرب رابغ (وقرن) على مرحلتين وفتح الراء خطأ ونسبة أويس إليه خطأ آخر (ويلملم) جبل على مرحلتين أيضا (للمدنى والعراقى والشامى) الغير المار بالمدينة بقرينة ما يأتى (والنجدى واليمنى) لف ونشر مرتب ويجمعها قوله :

عرق العراق يلملم اليمن ... وبذى الحليفة يحرم المدنى
للشام جحفة إن مررت بها ... ولأهل نجد قرن فاستبن

(وكذا هى لمن مر بها من غير أهلها) كالشام يمر بميقات أهل المدينة فهو ميقاته قاله النووى الشافعى وغيره

الحلبى (قوله وذات عرق) فى منسك القطبى سميت بذلك لأن فيها عرقا وهو الجبل ، وهى قرية قد خربت الآن وعرق هو الجبل المشرف على العقيق ، والعقيق واد يسيل ماؤه إلى غورى تهامة قاله الأزهرى اه ولهذا قال فى اللباب : والأفضل أن يحرم من العقيق وهو قبل ذات عرق بمرحلة أو مرحلتين (قوله على المرحلتين) وقيل ثلاث وجمع بأن الأول نظر إلى المراحل العرفية والثانى إلى الشرعية (قوله وجحفة) بضم الجيم وسكون الحاء المهملة ، سميت بذلك لأن السيل نزل بها وجحف أهلها أى استأصلهم ، واسمها فى الأصل مهيعة لكن قيل إنها قد ذهبت أعلامها ولم يبق بها إلا رسوم خفية لا يكاد يعرفها إلا سكان بعض البوادى فلذا والله تعالى أعلم اختار الناس الإحرام احتياطا من المكان المسمى برابض ، وبعضهم يجعله بالغين لأنه قبل الجحفة بنصف مرحلة أو قريب من ذلك بحر ، وقال القطبى : ولقد سألت جماعة ممن له خبرة من عربانها عنها فأورونى أكمة بعد مارحلنا من رابغ إلى مكة على جهة اليمين على مقدار ميل من رابغ تقريبا (قوله وقرن) بفتح القاف وسكون الراء : جبل مطل على عرفات لاخلاف فى ضبطه بهذا بين رواة الحديث واللغة والفقه وأصحاب الأخبار وغيرهم نهر عن تهذيب الأسماء واللغات (قوله وفتح الراء خطأ الخ) قال فى القاموس : وغلط الجوهرى فى تحريكه ، وفى نسبة أويس القرنى إليه لأنه منسوب إلى قرن ابن رومان بن ناجية بن مراد أحد أجداده (قوله ويلملم) بفتح المثناة التحتية واللامين وإسكان الميم ويقال لها ألملم بالهمزة وهو الأصل والياء تسهيل لها (قوله جبل) أى من جبال تهامة مشهور فى زماننا بالسعدية قاله بعض شراح المناسك قال فى البحر : وهذه المواقيت ماعدا ذات عرق ثابتة فى الصحيحين وذات عرق فى صحيح مسلم وسنن أبى داود (قوله والعراقى) أى أهل البصرة والكوفة ، وهم أهل العراقين ، وكذا سائر أهل المشرق وقوله والشامى مثله المصرى والمغربى من طريق تبوك لباب وشرحه (قوله الغير المارين بالمدينة(١)) يعنى أن كون ذات عرق للعراقى وجحفة للشامى إذا كانا غير مارين بالمدينة أما لو مرا بها فميقاتهم ميقاتها أعنى ذا الحليفة وهذا بيان للأفضل لأنه لايجب عليهما الإحرام من ذى الحليفة كالمدنى كما يأتى تحريره فافهم (قوله بقرينة ما يأتى) أى فى قوله وكذا هى لمن مر بها من غير أهلها ح (قوله والنجدى) أى نجد اليمن ونجد الحجاز ونجد تهامة لباب (قوله واليمنى) أى باقى أهل اليمن وتهامة لباب (قوله ويجمعها الخ) جمعها أيضا الشيخ أبو البقاء فى البحر العميق بقوله :

مواقيت آفاق يمان ونجدة ... عراق وشام والمدينة فاعلم
يلملم قرن ذات عرق وجحفة ... حليفة ميقات النبى المكرم

(قوله وكذا هى) أى هذه المواقيت الخمسة (قوله قاله النووى الشافعى وغيره) سقطت هذه الجملة من بعض

---

(١) قول المحشى (الغير المارين) كذا بالأصل المقابل على خط المؤلف والذى فى نسخ الشارح (الغير المار) وكثيرا ما يقع لمثل هذا نظائر ولعل منشأه اختلاف النسخ اه مصححه

وقالوا ولو مر بميقاتين فاحرامه من الأبعد أفضل ولو أخره إلى الثانى لا شىء عليه على المذهب وعبارة اللباب سقط عنه الدم ولولم يمر بها تحرى وأحرم إذا حاذى أحدها وأبعدها أفضل فإن لم يكن بحيث يحاذى فعلى مرحلتين

النسخ ، وهو الحق لأن هذه المسألة مصرح بها فى كتب المذهب متونا وشروحا فلا معنى لنقلها عن النووى رحمه الله تعالى ح وأجيب بأنه يشير إلى أنها اتفاقية (قوله وقالوا) أى علماؤنا الحنفية (قوله ولو مر بميقاتين) كالمدنى يمر بذى الحليفة ثم بالجحفة فاحرامه من الأبعد أفضل أى الأبعد عن مكة ، وهو ذو الحليفة لكن ذكر فى شرح اللباب عن ابن أمير حاج أن الأفضل تأخير الإحرام ، ثم وفق بينهما بأن أفضلية الأول لما فيه من الخروج عن الخلاف وسرعة المسارعة إلى الطاعة ، والثانى لما فيه من الأمن من قلة الوقوع فى المحظورات لفساد الزمان بكثرة العصيان ، فلا ينافى ما مر ولا ما فى البدائع من قوله من جاوز ميقاتا بلا إحرام إلى آخر جاز إلا أن المستحب أن يحرم من الأول كذا روى عن أبى حنيفة أنه قال فى غير أهل المدينة إذا مروا بها فجاوزوها إلى الجحفة فلا بأس بذلك وأحب إلى أن يحرموا من ذى الحليفة لأنهم لما وصلوا إلى الميقات الأول لزمهم محافظة حرمته ، فيكره لهم تركها اه وذكر مثله القدورى فى شرحه إلا أن فى قول الإمام فى غير أهل المدينة إشارة إلى أن المدنى ليس كذلك وبه يجمع بين الروايتين عن الإمام بوجوب الدم وعدمه ، بحمل رواية الوجوب على المدنى وعدمه على غيره اه .

قلت : لكن نقل فى الفتح أن المدنى إذا جاوز إلى الجحفة فأحرم عندها فلا بأس به ، والأفضل أن يحرم من ذى الحليفة ، ونقل قبله عن كافى الحاكم الذى هو جمع كلام محمد فى كتب ظاهر الرواية ، ومن جاوز وقته غير محرم ثم أتى وقتا آخر فأحرم منه أجزأه ، ولو كان أحرم من وقته كان أحب إلى اه فالأول صريح ، والثانى ظاهر فى المدنى أنه لا شىء عليه .

فعلم أن قول الإمام المار فى غير أهل المدينة اتفاقى لا احترازى ، وأنه لا فرق فى ظاهر الرواية بين المدنى وغيره وأما قول الهداية وفائدة التأقيت : أى بالمواقيت الخمسة المنع عن تأخير الإحرام عنها لأنه يجوز التقديم بالاجماع فاعترضه فى الفتح بأنه يلزم عليه أنه لا يجوز تأخير المدنى الاحرام عن ذى الحليفة والمسطور خلافه نعم روى عن الإمام أن عليه دما لكن الظاهر عنه هو الأول قال فى النهر : والجواب أن المنع من التأخير مقيد بالميقات الأخير وتمامه فيه (قوله على المذهب) مقابله رواية وجوب الدم (قوله وعبارة اللباب سقط عنه الدم) مقتضاها وجوبه بالمجاوزة ثم سقوطه بالإحرام من الأخير وهو مخالف للمسطور كما علمته والظاهر أنه مبنى على الرواية الثانية (قوله ولو لم يمر بها الخ) كذا فى الفتح . ومفاده أن وجوب الإحرام بالمحاذاة إنما يعتبر عند عدم المرور على المواقيت أما لو مر عليها فلا يجوز له مجاوزة آخر ما يمر عليه منها وإن كان يحاذى بعده ميقاتا آخر وبذلك أجاب صاحب البحر عما أورده عليه العلامة ابن حجر الهيتمى الشافعى حين اجتماعه به فى مكة من أنه ينبغى على مدعاكم أن لا يلزم الشامى والمصرى الإحرام من رابغ ، بل من خليص لمحاذاته لآخر المواقيت ، وهو قرن المنازل : وأجابه بجواب آخر وهو أن مرادهم المحاذاة القريبة ، ومحاذاة المارين بقرن بعيدة لأن بينهم وبينه بعض جبال ، لكن نازعه فى النهر بأنه لا فرق بين القريبة والبعيدة (قوله تحرى) أى غلب على ظنه مكان المحاذاة وأحرم منه إن لم يجد عالما به يسأله (قوله إذا حاذى أحدها) فى بعض النسخ إذا حاذاه أحدها (قوله وأبعدها) أى عن مكة (قوله فإن لم يكن الخ) كذا فى الفتح لكن الأصوب قول اللباب ، فإن لم يعلم المحاذاة لما قال شارحه أنه لا يتصور عدم المحاذاة اه أى لأن المواقيت تعم جهات مكة كلها فلا بد من محاذاة أحدها (قوله فعلى مرحلتين) أى من مكة فتح ووجهه

(وحرم تأخير الإحرام عنها) كلها (لمن) أى لآفاق (قصد دخول مكة) يعنى الحرم (ولو لحاجة) غير الحج أما لو قصد موضعا من الحل كخليص وجدة حل له مجاوزته بلا إحرام فإذا حل به التحق بأهله فله دخول مكة بلا إحرام وهو الحيلة لمريد ذلك إلا لمأمور بالحج للمخالفة (لا) يحرم (التقديم) للإحرام (عليها) بل هو الأفضل

أن المرحلتين أوسط المسافات وإلا فالاحتياط الزيادة مقدسى (قوله وحرم الخ) فعليه العود إلى ميقات منها وإن لم يكن ميقاته ليحرم منه ، وإلا فعليه دم كما سيأتى بيانه فى الجنايات (قوله كلها) زاده لأجل دفع ما أورد على عبارة الهداية كما قدمناه آنفا (قوله أى لآفاق) أى ومن ألحق به كالحرمى والحلى إذا خرجا إلى الميقات كما يأتى فتقييده بالآفاقى للاحتراز عما لو بقيا فى مكانهما ، فلا يحرم كما يأتى (قوله يعنى الحرم) أى الآتى تحديده قريبا لا خصوص مكة ، وإنما قيد بها لأن الغالب قصد دخولها (قوله غير الحج) كمجرد الرؤية والنزهة أو التجارة فتح (قوله أما لو قصد موضعا من الحل الخ) أى مما بين الميقات والحرم ، والمعتبر القصد عند المجاوز لا عند الخروج من بيته كما سيأتى فى الجنايات : أى قصدا أوليا كى إذا قصده لبيع أو شراء ، وأنه إذا فرغ منه يدخل مكة ثانيا إذ لو كان قصده الأولى دخول مكة ، ومن ضرورته أن يمر فى الحل فلا يحل له (قوله فله دخول مكة بلا إحرام) أى مالم يرد نسكا كما يأتى قريبا (قوله وهو الحيلة الخ) أى القصد المذكور هو الحيلة لمن أراد دخول مكة بلا إحرام لكن لا تتم الحيلة إلا إذا كان قصده لموضع من الحل قصدا أوليا كما قررناه ولم يرد النسك عند دخول مكة كما يأتى قريبا وسيأتى تمام الكلام على ذلك فى أواخر الجنايات إن شاء الله تعالى (قوله إلا لمأمور بالحج للمخالفة) ذكره فى البحر بحثا بقوله : وينبغى أن لا تجوز هذه الحيلة للمأمور بالحج لأنه حينئذ لم يكن سفره للحج ، ولأنه مأمور بحجة آفاقية وإذا دخل مكة بغير إحرام صارت حجته مكية فكان مخالفا ، وهذه المسألة يكثر وقوعها فيمن يسافر فى البحر الملح وهو مأمور بالحج ويكون ذلك فى وسط السنة فهل له أن يقصد البندر المعروف بجدة ليدخل مكة بغير إحرام حتى لا يطول الاحرام عليه لو أحرم بالحج فإن المأمور بالحج ليس له أن يحرم بالعمرة اهـ . أى لأنه إذا اعتمر ثم أحرم بالحج من مكة يصير مخالفا فى قولهم كما فى التتارخانية عن المحيط ، وهل مخالفته لكونه جعل سفره لغير الحج المأمور به ، أو لكونه لم يجعل حجته آفاقية .

وعلى الثانى لو اعتمر أو فعل الحيلة بأن قصد البندر ، ثم دخل مكة ثم خرج وقت الحج إلى الميقات فأحرم منه لم يكن مخالفا لأن حجته صارت آفاقية أما على الأول فهو مخالف ويحتمل أن المخالفة لكل من العلتين كما يفيده أول عبارة البحر المذكورة فتتحقق المخالفة بالعلة الأولى لكن ذكر العلامة القارى فى بعض رسائله مسألة اضطرب فيها فقهاء عصره وهى : أن الآفاقى الحاج عن الغير إذا جاوز الميقات بلا إحرام للحج ، ثم عاد إلى الميقات ، وأحرم هل يصح عن الآمر قيل : لا ، وقيل نعم ومال هو إلى الثانى قال : وأفتى به الشيخ قطب الدين وشيخنا سنان الرومى فى منسكه والشيخ على المقدسى .

قلت وهذا يفيد جواز الحيلة المذكورة له إذا عاد إلى الميقات ، وأحرم والجواب عن قوله لأن سفره حينئذ لم يكن للحج أنه إذا قصد البندر عند المجاوزة ليقيم به أياما لبيع أو شراء مثلا ثم يدخل مكة لم يخرج عن أن يكون سفره للحج كما لو قصد مكانا آخر فى طريقه ثم النقلة عنه والله تعالى أعلم فافهم . وأما لو أحرم بالحج من الميقات وأقام بمكة حراما فإنه لا يحتاج إلى هذه الحيلة لكنه يكره تقديم الإحرام على أشهر الحج أى يحرم كما قدمناه قبيل أحكام العمرة (قوله بل هو الأفضل) قدمنا تفسير الصحابة الاتمام بالإحرام من دويرة أهله ومن الأماكن القاصية .

إن فى أشهر الحج وأمن على نفسه (وحل لأهل داخلها) يعنى لكل من وجد فى داخل المواقيت (دخول مكة غير محرم) مالم يرد نسكا للحرج كما لو جاوزها حطابو مكة فهذا (ميقاته الحل) الذى بين المواقيت والحرم (و) الميقات (لمن بمكة) يعنى من بداخل الحرم (للحج الحرم وللعمرة الحل) ليتحقق نوع سفر

قال فى فتح القدير : وإنما كان التقديم على المواقيت أفضل لأنه أكثر تعظيما وأوفر مشقة والأجر على قدر المشقة ولذا كانوا يستحبون الإحرام بهما من الأماكن القاصية . روى عن ابن عمر : أنه أحرم من بيت المقدس وعمران بن الحصين من البصرة ، وعن ابن عباس أنه أحرم من الشام وابن مسعود من القادسية وقال عليه الصلاة والسلام « من أهل من المسجد الأقصى بعمرة أو حجة غفر الله له ما تقدم من ذنبه » رواه أحمد وأبو داود بنحوه اه (قوله إن فى أشهر الحج) أما قبلها فيكره وإن أمن على نفسه الوقوع فى المحظورات لشبه الإحرام بالركن كما مر (قوله وأمن على نفسه) وإلا فالإحرام من الميقات أفضل بل تأخيره إلى آخر المواقيت على ما اختاره ابن أمير حاج كما قدمناه (قوله وحل لأهل داخلها) شروع فى الصنف الثانى من المواقيت، والمراد بالداخل غير الخارج فيشمل من فيها نفسها ومن بعدها فإنه لافرق بينهما فى المنصوص من الرواية ، كما صرح به فى الفتح والبحر وغيرهما وينبغى أن يراد داخل جميعها ليخرج من كان بين ميقاتين كمن كان منزله بين ذى الحليفة والجحفة لأنه بالنظر إلى الجحفة خارج الميقات ؛ فلايحل له دخول الحرم بلا إحرام تأمل (قوله يعني لكل الخ) أشار إلى أن المراد بالأهل ما يشمل من قصدهم من غيرهم كما أفاده قبله بقوله أما لو قصد موضعا من الحل الخ (قوله غير محرم) حال من أهل ولم يجمعه نظرا إلى لفظ أهل فإنه مفرد وإن كان معناه جمعا ح (قوله مالم يرد نسكا) أما إن أراده وجب عليه الإحرام قبل دخوله أرض الحرم فميقاته كل الحل إلى الحرم فتح . وعن هذا قال القطبي فى منسكه ومما يجب التيقظ له سكان جدة بالجيم ، وأهل حدة بالمهملة ، وأهل الأودية القريبة من مكة فانهم غالبا يأتون مكة فى سادس أو سابع ذى الحجة بلا إحرام ، ويحرمون للحج من مكة فعليهم دم لمجاوزة الميقات بلا إحرام ، لكن بعد توجههم إلى عرفة ينبغى سقوطه عنهم بوصولهم إلى أول الحل ميقاتهم إلا أن يقال إن هذا لايعد عودا إلى الميقات لعدم قصدهم العود لتلافى مالزمهم بالمجاوزة بل قصدوا التوجه إلى عرفة اه :

وقال القاضى محمد عيد فى شرح منسكه والظاهر السقوط لأن العود إلى الميقات مع التلبية مسقط لدم المجاوزة وإن لم يقصده لحصول المقصود وهو التعظيم (قوله للحرج) علة لقوله وحل الخ (قوله كما لو جاوزها الخ) يحتمل عود الماء إلى مكة فتكون الكاف للتمثيل لأن المكى إذا خرج إلى الحل الذى فى داخل الميقات التحق بأهله كما مر آنفا ، بشرط أن لا يجاوز ميقات الآفاقى وإلا فهو كالآفاقى لا يحل له دخوله بلا إحرام ، كما ذكره فى البحر ، ويحتمل عودها إلى المواقيت فالكاف للتنظير للمنفى فى قوله مالم يرد نسكا ، فإن من أراده من أهل الحل لايدخل مكة بلا إحرام ،ونظيره المكى إذا خرج منها وجاوز المواقيت لايحل له العود بلا إحرام لكن إحرامه من الميقات بخلاف مريد النسك فإنه من الحل كما علمته (قوله فهذا) الإشارة إلى أهل داخلها بالمعنى الذى ذكرناه فالحرم حد فى حقه كالميقات للآفاقى فلا يدخل الحرم إن قصد النسك إلا محرما بحر (قوله يعنى الخ) أشار إلى مافى البحر من قوله والمراد بالمكى من كان داخل الحرم سواء كان بمكة أولا ، وسواء كان من أهلها أولا اه فيشمل الآفاقى المفرد بالعمرة والمتمتع والحلال من أهل الحل إذا دخل الحرم لحاجة كما فى اللباب (قوله ليتحقق نوع سفر) لأن أداء الحج فى عرفة ، وهى فى الحل فيكون إحرام المكى بالحج من الحرم ، ليتحقق له نوع سفر بتبدل المكان، وأداء العمرة فى الحرم فيكون إحرامه بها من الحل ليتحقق له نوع من السفر شرح النقاية للقارى فلوعكس فأحرم

والتنعيم أفضل ونظم حدود الحرم ابن الملقن فقال :

وللحرم التحديد من أرض طيبة * ثلاثة أميال إذا رمت إتقانه
وسبعة أميال عراقا وطائف وجدة عشر ثم تسع جعرانه

(فصل) فى الإحرام وصفة المفرد بالحج (ومن شاء الإحرام) وهو شرط صحة النسك

للحج من الحل أو للعمرة من الحرم لزمه دم إلا إذا عاد ملبيا إلى الميقات المشروع له كما فى اللباب وغيره (قوله والتنعيم أفضله) هو موضع قريب من مكة عند مسجد عائشة ، وهو أقرب موضع من الحل ط أى الإحرام منه للعمرة أفضل من الإحرام لها من الجعرانة ، وغيرها من الحل عندنا وإن كان صلى الله عليه وسلم أحرم منها لأمره عليه الصلاة والسلام عبد الرحمن بأن يذهب بأخته عائشة إلى التنعيم لتحرم منه والدليل القولى مقدم عندنا على الفعلى وعند الشافعى بالعكس (قوله ونظم حدود الحرم ابن الملقن) هو من علماء الشافعية .

ونقل عن شرح المهذب للنووى أن ناظم الأبيات المذكورة القاضى أو الفضل النويرى أن على الحرم(١) علامات منصوبة فى جميع جوانبه نصبها إبراهيم الخليل عليه الصلاة والسلام ، وكان جبريل يريه مواضعها ثم أمر النبى صلى الله عليه وسلم بتجديدها ، ثم عمر ثم عثمان ثم معاوية وهى إلى الآن ثابتة فى جميع جوانبه إلا من جهة جدة وجهة الجعرانة فإنها ليس فيها أنصاب اه ملخصا (قوله وسبعة أميال الخ) لو قال • ومن يمن سبع عراق وطائف • لاستوفى واستغنى عن البيت الثالث المذكور فى البحر وهو :

ومن يمن سبع بتقـديم سينها وقد تمت فاشكر لربك إحسانه

أفاده ح عن الشرنبلالية (قوله جعرانة) بكسر العين وتشديد الراء والأفصح إسكان العين وتخفيف الراء وتمامه فى ط .

فصل فى الإحرام

مناسبة ذكره بعد ذكر المواقيت التى لايجوز للإنسان أن يجاوزها إلا محرما واضحة .

وهو لغة : مصدر أحرم إذا دخل فى حرمة لاتنتهك ورجل حرام أى محرم كذا فى الصحاح ، وشرعا : الدخول فى حرمات مخصوصة أى التزامها غير أنه لا يتحقق شرعا إلا بالنية مع الذكر أو الخصوصية ، كذا فى الفتح فهما شرطان فى تحققه لاجزء ماهيته كما توهمه فى البحر حيث عرفه بنية النسك من الحج والعمرة مع الذكر أو الخصوصية نهر والمراد بالذكر التلبية ونحوها ، وبالخصوصية مايقوم مقامها من سوق الهدى أو تقليد البدن ، فلابد من التلبية أو مايقوم مقامها فلو نوى ولم يلب أو بالعكس لايصير محرما ، وهل يصير محرما بالنية والتلبية أو بأحدهما بشرط الآخر المعتمد ما ذكره الحسام الشهيد أنه بالنية لكن عند التلبية ، كما يصير شارعا فى الصلاة بالنية لكن بشرط التكبير لا بالتكبير كما فى شرح اللباب ، ولا يشترط لصحته زمان ولا مكان ولا هيئة ولا حالة فلو أحرم لابسا للمخيط أو مجامعا انعقد فى الأول صحيحا وفى الثانى فاسدا كما فى اللباب (قوله وصفة المفرد بالحج) أى والأوصاف التى يفعلها الحاج المفرد بعد تحقق دخوله فيه بالإحرام ، فهو عطف مغاير فافهم وقدم الكلام فى المفرد على القارن والمتمتع لأنه بمنزلة المفرد من المركب (قوله النسك) أى العبادة ثم غلب على عبادة الحج أو العمرة

---

(١) (قوله أن على الحرم) هكذا فى النسخة ولعله وأن اه .

كتكبيرة الافتتاح فالصلاة والحج لهما تحريم وتحليل، بخلاف الصوم والزكاة ثم الحج أقوى من وجهين الأول أنه يقضى مطلقا ولو مظنونا بخلاف الصلاة والثانى أنه إذا أتم الإحرام بحج أو عمرة لايخرج عنه إلا بعمل ما أحرم به وإن أفسده إلا فى الفوات فبعمل العمرة وإلا الاحصار فبذبح الهدى (توضأ وغسله أحب وهو للنظافة) لا للطهارة (فيحب) بحاء مهملة (فى حق حائض ونفساء) وصبى (والتيمم له عند العجز) عن الماء (ليس بمشروع) لأنه ملوث بخلاف جمعة وعيد ذكره الزيلعى وغيره لكن سوى فى الكافى بينهما وبين الإحرام ورجحه فى النهر

(قوله كتكبيرة الافتتاح) المراد بها الذكر الخالى عن الدعاء لأن لفظ التكبير واجب لا شرط (قوله فالصلاة الخ) زاد فى التفريع قوله: وتحليل لتأكيد المشابهة وتحليل الصلاة بالسلام ونحوه وتحليل الحج بالحلق والطواف على ما سيأتى (قوله ثم الحج أقوى) أى من الصلاة ولم يقل أفضل لما قدمناه أول كتاب الزكاة عن التحرير وشرحه من أن الأفضل الصلاه ثم الزكاة ثم الصيام ثم الحج ثم العمرة والجهاد والاعتكاف (قوله من وجهين الخ) الأولى تقديم الثانى على الأول كما فعل فى البحر (قوله ولو مظنونا) بيان للإطلاق، فلو أحرم بالحج على ظن أنه عليه، ثم ظهر خلافه وجب المضى فيه والقضاء إن أبطله بخلاف المظنون فى الصلاة فإنه لا قضاء لو أفسده بحر واختلفوا فى وجوب قضائه على المحصر والأصح الوجوب أيضا كما سنذكره فى بابه (قوله لايخرج عنه الخ) بخلاف الصلاة، فإنه يخرج عنها بكل ما ينافيها وأنه يحرم عليه المضى فى فاسدها وأما الحج، فيجب المضى فى فاسده بجماع قبل الوقوف كصحيحه (قوله إلا بعمل) استثناء من مقدر والأصل لايخرج عنه فى حالة من الأحوال بعمل من الأعمال إلا بعمل الخ وقوله إلا فى الفوات وإلا الاحصار استثناء من حالة القدرة: فالإستثناء الأول من أعم الظروف والثانى من أعم الأحوال فافهم (قوله فبعمل العمرة) أى يتحلل عنه بعمرة لفوات الوقت وعليه الحج من قابل (قوله فبذبح الهدى) أى يتحلل عنه بعد ذبح هدى فى الحرم (قوله وغسله أحب) لأنه سنة مؤكدة والوضوء يقوم مقامه فى حق إقامة السنة المستحبة لا الفضيلة: أى لا فضيلة السنة المؤكدة لباب وشرحه لكن فى القهستانى عن الإختيار والمحيط إنهما مستحبان (قوله وهو) أى الغسل كما هو المتبادر وصريح كلام غير واحد (قوله فيحب) أى يطلب استحبابا وهذا يؤيد ما فى القهستانى إلا أن يفرق بين الحائض والنفساء وغيرهما أو يكون المراد بيحب يسن لأن المسنون محبوب للشارع تأمل (قوله فى حق حائض ونفساء) أى قبل انقطاع دمهما بقرينة التفريع إذ بعد الانقطاع يكون طهارة ونظافة والمراد من التفريع بيان صورة لا توجد فيها الطهارة ليعلم أنه لم يشرع لأجلها فقط (قوله وصبى) صرح به فى الفتح وغيره لكن الصبى إن كان عاقلا يكون غسله طهارة لأنه ليس المراد بها طهارة الجنابة، بل طهارة الصلاة فإن غسل الجمعة والعيدين للطهارة والنظافة معا كما فى النهر مع أنه يسن لغير الجنب، وحينئذ فعطف الصبى على الحائض يوهم أن غسله لايكون إلا للنظافة فيتعين أن يراد به غير العاقل هنا فيكون ذكره إشارة لقول النهر.

واعلم أنه ينبغى أن يندب الغسل أيضا لمن أهل عنه رفيقه أو أبوه لصغره لقولهم إن الإحرام قائم بالمغمى عليه والصغير لا بمن أتى به بلجوازه مع إحرامه عن نفسه وقد استقر ندبه لكل محرم اه فافهم (قوله ليس بمشروع) جزم به غير واحد كالزيلعى والبحر والنهر والفتح وفيه رد على ما فى مناسك العماد من أنه إن عجز عنهما تيمم إلا أن يحمل ما إذا أراد صلاة الإحرام (قوله بخلاف الجمعة والعيد) قال فى البحر يعنى: أن الغسل فيهما للطهارة لا للتنظيف ولهذا يشرع التيمم لهما عند العجز (قوله لكن سوى) أى فى عدم مشروعية التيمم (قوله ورجحه فى النهر) حيث قال إنه التحقيق كذا اعترض فى البحر على الزيلعى بأن التيمم لم يشرع لهما عند العجز إذا كان طاهرا عن الجنابة

وشرط لنيل السنة أن يحرم وهو على طهارته (وكذا يستحب) لمريد الإحرام إزالة ظفره وشاربه وعانته وحلق رأسه إن اعتاده وإلا فيسرحه و (جماع زوجته أو جاريته لو معه ولا مانع منه) كحيض (ولبس إزار) من السرة إلى الركبة (ورداء) على ظهره، ويسن أن يدخله تحت يمينه ويلقيه على كتفه الأيسر، فإن زرره أو خلله أو عقده أساء ولا دم عليه (جديدين أو غسيلين طاهرين) أبيضين ككفن الكفاية ، وهذا بيان السنة وإلا فستر العورة كاف (وطيب بدنه) إن كان عنده لا ثوبه بما تبقى عينه هو الأصح (وصلى ندبا)

ونحوها، والكلام فيه لأنه ملوث ومغبر لكن جعل طهارة ضرورة أداء الصلاة ولا ضرورة فيهما ، ولهذا سوى المصنف فى الكافى بين الإحرام وبين الجمعة والعيدين اه (قوله وشرط الخ) بالبناء للمجهول أى لأنه إنما شرع للإحرام حتى لو اغتسل فأحدث ثم أحرم فتوضأ لم ينل فضله كذا فى البناية معزيا إلى جوامع الفقه نهر (قوله وكذا يستحب الخ) أى قبل الغسل كما فى القهستانى واللباب والسراج وفى الزيلعى عقيب الغسل تأمل والإزالة شاملة لقص الأظفار والشارب وحلق العانة أو نتفها أو استعمال النورة وكذا انتف الإبط والعانة الشعر القريب من فرج الرجل والمرأة ومثلها شعر الدبر بل هو أولى بالإزالة لئلا يتعلق به شيء من الخارج عند الاستنجاء بالحجر (قوله وحلق رأسه إن اعتاده) كذا فى البحر والنهر وغيرهما خلافا لما فى شرح اللباب حيث جعله من فعل العامة (قوله ولا مانع) الواو للحال (قوله ولبس إزار) بالإضافة. وفى بعض نسخ إزارا بالنصب على أن لبس فعل ماض ثم هذا فى حق الرجل (قوله من السرة إلى الركبة) بيان لتفسير الإزار والغاية داخلة لأن الركبة من العورة (قوله على ظهره) بيان لتفسير الرداء قال فى البحر والرداء على الظهر والكتفين والصدر (قوله فإن زرره الخ) وكذا لو شده بحبل ونحوه لشبهه حينئذ بالمخيط من جهة أنه لا يحتاج إلى حفظه، بخلاف شد الهميان فى وسطه لأنه يشد تحت الإزار عادة أفاده فى فتح القدير أى فلم يكن القصد منه حفظ الإزار وإن شده فوقه (قوله ويسن أن يدخله الخ) هذا يسمى اضطباعا وهو مخالف لقول البحر والرداء على الظهر والكتفين والصدر وماهنا عزاه القهستانى للنهاية وعزاه فى شرح اللباب للبرجندى عن الخزانة ثم قال : وهو موهم أن الاضطباع يستحب من أول أحوال الإحرام وعليه العوام ، وليس كذلك فإن محله المسنون قبيل الطواف إلى انتهائه لا غير اه .

قال بعض المحشين : وفى شرح المرشدى على مناسك الكنز أنه الأصح وأنه السنة ونقله فى المنسك الكبير للسندى عن الغاية ومناسك الطرابلسى والفتح وقال إن أكثر كتب المذهب ناطقة بأن الاضطباع يسن فى الطواف لا قبله فى الإحرام وعليه تدل الأحاديث وبه قال الشافعى اه وكذا نقل القهستانى عن عدة المناسك لصاحب الهداية أن عدمه أولى (قوله جديدين) أشار بتقديمه إلى أفضليته ، وكونه أبيض أفضل من غيره وفى عدم غسل العتيق ترك المستحب بحر (قوله ككفن الكفاية) التشبيه فى العدد والصفة ط (قوله وهذا) أى لبس الإزار والرداء على هذه الصفة بيان للسنة وإلا فساتر العورة كاف فيجوز فى ثوب واحد وأكثر من ثوبين وفى أسودين أو قطع خرق مخيطة أى المسماة مرقعة والأفضل أن لا يكون فيها خياطة لباب، بل لو لم يتجرد عن المخيط أصلا ينعقد إحرامه كما قدمناه عن اللباب أيضا وإن لزمه دم ولو لعذر إذا مضى عليه يوم وليلة وإلا فصدقة كما يأتى فى الجنايات (قوله وطيب بدنه) أى استحبابا عند الإحرام زيلعى ولو بما تبقى عينه كالمسك والغالية هو المشهور نهر (قوله إن كان عنده) أفاد أنه لو لم يكن عنده لا يطلبه كما فى العناية وأنه من سنن الزوائد لا الهدى كما فى السراج نهر (قوله بما تبقى عينه) والفرق بين الثوب والبدن أنه اعتبر فى البدن تابعا والمتصل بالثوب منفصل عنه ، وأيضا المقصود من استنانه وهو حصول الارتفاق حالة المنع منه حاصل بما فى البدن فأغنى عن تجوزه فى الثوب نهر (قوله ندبا)

بعد ذلك (شفعا) يعنى ركعتين فى غير وقت مكروه وتجزيه المكتوبة (وقال المفرد بالحج) بلسانه مطابقا لجنانه (اللهم إنى أريد الحج فيسره لى) لمشقته وطول مدته (وتقبله منى) لقول إبراهيم وإسمعيل — ربنا تقبل منا — وكذا المعتمر والقارن بخلاف الصلاة لأن مدتها يسيرة كذا فى الهداية، وقيل يقول كذلك فى الصلاة وعممه الزيلعى فى كل عبادة وما فى الهداية أولى (ثم لبى دبر صلاته ناويا بها) بالتلبية (الحج)

وفى الغاية أنها سنة نهر وبه جزم فى البحر والسراج (قوله بعد ذلك) أى بعد اللبس والتطييب بحر (قوله يعنى ركعتين) يشير إلى أن الأولى التعبير بهما كما فعل فى الكنز، لأن الشفع يشمل الأربع (قوله وتجزيه المكتوبة) كذا فى الزيلعى والفتح والبحر والنهر واللباب وغيرها وشبهوها بتحية المسجد وفى شرح اللباب أنه قياس مع الفارق لأن صلاة الإحرام سنة مستقلة كصلاة الاستخارة وغيرها مما لاتنوب الفريضة منابها بخلاف تحية المسجد وشكر الوضوء ، فإنه ليس لهما صلاة على حدة كما حققه فى فتاوى الحجة فتتأدى فى ضمن غيرها أيضا اه ونقل بعضهم أنه رد عليه الشيخ حنيف الدين المرشدى (قوله بلسانه مطابقا لجنانه) أى لقلبه يعنى أن دعاءه بطلب التيسير والتقبل لابد أن يكون مقرونا بصدق التوجه إلى الله تعالى لأن الدعاء بمجرد اللسان عن قلب غافل لايفيد وليس هذا بنية للحج كما نذكره قريبا فافهم (قوله لمشقته الخ) لأن أداءه فى أزمنة متفرقة وأمكنة متباينة ، فلا يعرى عن المشقة غالبا فيسأل الله تعالى التيسير لأنه الميسر كل عسير زيلعى (قوله لقول إبراهيم وإسمعيل) عليهما السلام تعليل لقوله تقبله منى، لأنهما لما طلبا ذلك فى بناء البيت ناسب طلبه فى قصده للحج إليه فإن العبادة فى المساجد عمارة لها فافهم (قوله وكذا المعتمر) لوجود المشقة فى العمرة وإن كانت أدنى من مشقة الحج (قوله والقارن) فيقول : اللهم إنى أريد الحج والعمرة الخ قال ح : وترك المتمتع لأنه يفرد الإحرام بالحج ويفرده بالعمرة فهو داخل فيما قبله (قوله وقيل) عزاه فى التحفة والقنية إلى محمد كما فى النهر (قوله وما فى الهداية أولى) كذا فى النهر. قال الرحمتى : ولكن ما أعظم الصلاة وما أصعب أداءها على وجهها وما أحرى طلب تيسيرها من الله تعالى فلذا عممه الزيلعى تبعا لغيره من الأئمة (قوله ناويا بها الحج) قال فى النهر فيه إيماء إلى أنها غير حاصلة بقوله: اللهم إنى أريد الحج الخ لأن النية أمر آخر وراء الإرادة وهو العزم على الشىء كما قال البزازى ، وقد أفصح عن ذلك ما قاله الراغب إن دواعى الإنسان للفعل على مراتب: السانح، ثم الخاطر، ثم الفكر، ثم الإرادة، ثم الهمة، ثم العزم . ولو قال بلسانه: نويت الحج وأحرمت به لبيك الخ كان حسنا ليجتمع القلب واللسان كذا فى الزيلعى. قال فى الفتح: وعلى قياس ماقدمناه فى شروط الصلاة إنما يحسن إذا لم تجتمع عزيمته لا إذا اجتمعت ، ولم نعلم أن أحدا من الرواة لنسكه صلى الله عليه وسلم روى أنه سمعه يقول : نويت العمرة ولا الحج ولهذا قال مشايخنا إن الذكر باللسان حسن ليطابق القلب اه .

قال فى البحر : فالحاصل أن التلفظ باللسان بالنية بدعة مطلقا فى جميع العبادات اه لكن اعترضه الرحمتى بما فى صحيح البخارى عن أنس رضى الله تعالى عنه سمعتهم يصرخون بهما جميعا. وعنه: ثم أهلّ بحج وعمرة، وأهل الناس بهما إلى غير ذلك مما هو مصرح بالنطق بما يفيد معنى النية ولم يقل أحد إن النية تتعين بلفظ مخصوص لاوجوبا ولا ندبا فكيف يقال إنها لم توجد فى كلام أحد من الرواة فتأمل اه .

قلت : قد يجاب بأن المراد نفى التصريح بلفظ نويت الحج وأن ما ورد من الإهلال المذكور هو ما فى ضمن الدعاء بالتيسير والتقبل، وقد علمت أن هذا ليس بنية وإنما النية فى وقت التلبية كما أشار إليه المصنف كغيره بقوله ناويا أو هو مايذكره فى التلبية: ففى اللباب وشرحه : ويستحب أن يذكر فى إهلاله أى فى رفع صوته بالتلبية ما أحرم

بيان للأكمل وإلا فيصح الحج بمطلق النية ولو بقلبه ، لكن بشرط مقارنتها بذكر يقصد به التعظيم كتسبيح وتهليل ولو بالفارسية وإن أحسن العربية والتلبية على المذهب (وهى : لبيك اللهم لبيك لا شريك لك لبيك إن الحمد) بكسر الهمزة وتفتح (والنعمة لك)

به من حج أو عمرة فيقول : لبيك بحجة ومثله فى البدائع تأمل (قوله بيان للأكمل) راجع إلى قوله تنوى بها(١) الحج كما فى البحر (قوله بمطلق النية) من إضافة الصفة للموصوف : أى بالنية المطلقة عن التقييد بالحج بأن نوى النساك من غير تعيين حج أو عمرة ، ثم إن عين قبل الطواف فيها وإلا صرف للعمرة كما يأتى. قال فى اللباب : وتعيين النسك ليس بشرط فصح مبهما وبما أحرم به الغير. ثم قال فى موضع آخر : ولو أحرم بما أحرم به غيره فهو مبهم فيلزمه حجة أو عمرة وقيده شارحه بما إذا لم يعلم بما أحرم به غيره اه وكذا لو أطلق نية الحج صرف للفرض وبأتى تمامه قريبا قبيل قوله ولو أشعرها (قوله ولو بقلبه) لأن ذكر ما يحرم به من الحج أو العمرة باللسان ليس بشرط كما فى الصلاة زيلعى (قوله بذكر يقصد به التعظيم) أى ولو مشوبا بالدعاء على الصحيح شرح اللباب. وفى الخانية ولو قال اللهم ولم يزد قال الإمام ابن الفضل هو على الاختلاف الذى ذكرناه فى الشروع فى الصلاة.

والحاصل أن اقتران النية بخصوص التلبية ليس بشرط بل هو السنة وإنما الشرط اقترانها بأى ذكر كان وإذا لبى فلابد أن تكون باللسان. قال فى اللباب : فلو ذكرها بقلبه لم يعتد بها والأخرس يلزمه تحريك لسانه وقيل لا بل يستحب اه ومال شارحه إلى الثانى لأن الأصح أنه لا يلزمه التحريك فى القراءة للصلاة فهذا أولى لأن الحج أوسع ولأن القراءة فرض قطعى متفق عليه بخلاف التلبية (قوله ولو بالفارسية) أى أو غيرها كالتركية والهندية كما فى اللباب ، وأشار إلى أن العربية أفضل كما فى الخانية (قوله وإن أحسن العربية والتلبية) أى بخلاف الصلاة لأن باب الحج أوسع ؛ حتى قام غير الذكر مقامه كتقليد البدن ح عن الشرنبلالية. وفيه أن الشروع فى الصلاة يتحقق بالفارسية ولو مع القدرة على العربية وقدمه الشارح هناك ونبه على ما وقع للشرنبلالى وغيره من الاشتباه حيث جعلوا الشروع كالقراءة ط (قوله وهى لبيك اللهم لبيك) أى أقمت ببابك إقامة بعد أخرى وأجبت نداءك إجابة بعد أخرى ، وجملة اللهم بمعنى يا الله معترضة بين المؤكد والمؤكد شرح اللباب فالمثنية لإفادة التكرار كما فى - فارجع البصر كرتين - أى كرات كثيرة وتكرار اللفظ لتوكيد ذلك ، ويوجد فى بعض النسخ بعد اللهم لبيك لبيك مرتين وهو الموافق لما فى الكنز والهداية والجوهرة واللباب وغيرها فتكون إعادته ثالثا لمبالغة التأكيد. قال بعض المحشين : وقد استحسن الشافعية الوقف على لبيك الثالثة ولم أره لأئمتنا فراجعه اه.

قلت : مقتضى ما فى القهستانى الوقف على الثانية فإنه تكلم على قوله : لبيك اللهم لبيك ، ثم قال لبيك لا شريك لك استئناف ، فإن مفاده أن الاستئناف بقوله : لبيك الثالثة لا بقوله : لا شريك لك وهو مفاد ما فى شرح اللباب أيضا (قوله بكسر الهمزة وتفتح) والأول أفضل قال فى المحيط : لأنه عليه الصلاة والسلام فعله ورده فى البناية بأنه لم يعرف ، نعم علل أكثرهم الأفضلية بأنه استئناف للثناء فتكون التلبية للذات ، بخلاف الفتح فإنه تعليل للتلبية أى لبيك لأن الحمد لك والنعمة والملك أو تعليق الإجابة التى لا نهاية لها بالذات أولى منه باعتبار صفة. واعترض بأن الكسر يجوز أن يكون تعليلا مستأنفا أيضا ومنه - وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم - إنه ليس من أهلك - ومنه : علم ابنك العلم إن العلم نافعه. وأجيب بأنه وإن جاز فيه كل منهما إلا أنه يحمل هنا على الاستئناف لأولويته بخلاف الفتح إذ ليس فيه سوى التعليل ، وحكى الشراح عن الإمام الفتح وعن محمد والكسائى والفراء الكسر

---

(١) (قوله تنوى بها) عبارة المصنف : ناويا فلعلها عبارة غير المصنف

بالفتح أو مبتدأ وخبر (والملك لا شريك لك، وزد) ندبا (فيها) أى عليها لا فى خلالها (ولا تنقص) منها فإنه مكروه أى تحريما لقولهم إنها مرة شرط والزيادة سنة ويكون مسيئا بتركها وبترك رفع الصوت بها (وإذا لبى ناويا) نسكا

إلا أن المذكور فى الكشاف أن اختيار الإمام الكسر والشافعى الفتح وهو الذى يعطيه ظاهر كلامهم نهر (قوله بالفتح) الأصوب بالنصب لأنه معرب لا مبنى وعبارة النهر بالنصب على المشهور ويجوز الرفع الخ (قوله أو مبتدأ) وخبره لك وعليه فخبر إن محذوف لدلالة مابعده عليه والأولى جعل لك خبر إن وخبر المبتدأ محذوف كما قرروا الوجهين فى قوله تعالى — إن الذين آمنوا والذين هادوا والصابئون والنصارى من آمن — الآية فافهم (قوله والملك) بالنصب وجوّز الرفع وعلى كل فالخبر محذوف، واستحسن الوقف عليه لئلا يتوهم أن مابعده خبره شرح اللباب ونقل بعضهم أنه مستحب عند الأئمة الأربعة .

[تنبيه] فى اللباب وشرحه : ويستحب أن يرفع صوته بالتلبية ثم يخفضه ويصلى على النبى صلى الله عليه وسلم، ثم يدعو بما شاء، ومن المأثور « اللهم إنى أسألك رضاك والجنة وأعوذ بك من غضبك والنار» وفيه أيضا وتكرارها سنة فى المجلس الأول وكذا فى غيره ، وعند تغير الحالات مستحب مؤكدا والإكثار مطلقا مندوب ، ويستحب أن يكررها كلما شرع فيها ثلاثا على الولاء ولا يقطعها بكلام (قوله وزد فيها) ولا تستحب الزيادة من غير المأثور كما فى العناية خلافا لما فى النهر فافهم، نعم فى شرح اللباب ماوقع مأثورا يستحب بأن يقول : لبيك وسعديك والخير كله بيديك والرغباء إليك إله الخلق لبيك بحجة حقا تعبدا ورقا ، لبيك إن العيش عيش الآخرة وما ليس مرويا فجائز أو حسن (قوله أى عليها) فالظرف بمعنى على كما أفاده الزيلعى قال فى النهر لأن الزيادة إنما تكون بعد الإتيان بها لا فى خلالها كما فى السراج اه فما مر من لبيك وسعديك الخ، ونقله فى النهر عن ابن عمر يأتى به بعد التلبية لا فى أثنائها فافهم (قوله تحريما لقولهم إنها مرة شرط) تبع فيه النهر مخالفا للبحر ، ولا يخفى مافيه فإنه إن أراد أن الشرط خصوص الصيغة المارة ففيه أن ظاهر المذهب كما فى الفتح أنه يصير محرما بكل ثناء وتسبيح وقد مر ، وإن أراد بها مطلق الذكر فلا يفيد مدعاه وهو كراهة نقص هذه الصيغة تحريما فالحق مافى البحر من أن خصوص التلبية سنة ، فإذا تركها أصلا ارتكب كراهة التنزيه ، فإذا نقص عنها فكذلك بالأولى وأن قول الكافى النسفى لايجوز فيه نظر ظاهر وقول من قال إنها شرط مراده ذكر يقصد به التعظيم لاخصوصها اه (قوله والزيادة سنة) أى تكرارها كما قدمناه عن اللباب ، وأما الزيادة على الصيغة المارة فقد مر أنها مندوبة وهو معنى مافى الكافى وغيره أنها مستحبة فافهم (قوله وبترك رفع الصوت بها) أى بالتلبية ومقتضاه أن الرفع سنة وبه صرح فى النهر عن المحيط وهو خلاف ماقدمناه وصرح به البحر والفتح من أنه مستحب لكن ذكر فى البحر فى غير هذا الموضع أن الإساءة دون الكراهة فلا يلزم من قول الشارح تبعا للمحيط أنه يكون مسيئا بتركه أن يكون سنة مؤكدة تأمل .

مطلب فيما يصير به محرما

(قوله وإذا لبى ناويا) قيل الأولى أن يقول وإذا نوى ملبيا لأن عبارته تفيد أنه يصير شارعا بالتلبية بشرط النية والواقع عكسه اه أى على ماهو قول الحسام الشهيد كما مر أول الباب. والجواب كما فى الفتح تبعا للزيلعى أن هذه العبارة لايستفاد منها إلا أنه يصير محرما عند النية والتلبية ، أما إن الإحرام بهما أو بأحدهما بشرط الآخر فلا ، فالعبارتان على حد سواء كما ذكره فى النهر فافهم (قوله نسكا) أى معينا كحج أو عمرة أو مبهما لما مر ،

(أو ساق الهدى أو قلد) أى ربط قلادة على عنق (بدنة نفل أو جزاء صيد) قتله فى الحرم أو فى إحرام سابق (ونحوه) كجناية ونذر ومتعة وقران (وتوجه معها) والحال أنه (يريد الحج) وهل العمرة كذلك ينبغى؟ نعم (أو بعثها ثم توجه ولحقها) قبل الميقات ، فلو بعده لزمه الإحرام بالتلبية من الميقات (أو بعثها لمتعة) أو لقران وكان التقليد والتوجه (فى أشهره)

ويأتى أيضا أن صحة الإحرام لاتتوقف على نية النسك أى على تعيينه ، وليس المراد أنها لاتتوقف على نية نسك أصلا فافهم (قوله أو ساق الهدى الخ) بيان لما يقوم مقام التلبية من الأفعال كما يأتى لكن لو حذف هذا واقتصر على قوله أو قلد بدنة الخ كما فعل فى الكنز لكان أخصر وأظهر لأن الهدى يشمل الغنم بخلاف البدنة ، فإنها تخص الإبل والبقر وإذا قلد شاة لم يكن محرما وإن ساقها كما صرح به فى البحر ، وسيأتى ولذا اعترض فى شرح اللباب على قوله ويقوم تقليد الهدى مقام التلبية كان حقه أن يعبر بالبدنة بدل الهدى .

وحاصل المسألة كما فى شرح اللباب أن لإقامة البدنة مقام التلبية شرائط فمنها النية ومنها سوق البدنة والتوجه معها أو الإدراك والسوق إن بعث بها ولم يتوجه معها إلا فى بدنة المتعة والقران ، فلو قلد هديه ولم يسق أو ساق ولم يتوجه معه ثم توجه بعد ذلك يريد النسك ، فإن كانت البدنة لغير المتعة والقران لايصير محرما حتى يلحقها فإذا أدركها وساقها صار محرما (قوله أى يربط الخ) وكيفيته أن يفتل خيطا من صوف أو شعر ويربط به نعلا أو عروة مزادة وهى السفرة من جلد أو لحاء شجرة أى قشرها أو نحو ذلك مما يكون علامة على أنه هدى لئلا يتعرض أحد له ولئلا يأكل منه غنى إذا عطب وذبح (قوله أو فى إحرام سابق) قيد به لأن هذا الإحرام لايتم شروعه فيه إلا بهذا التقليد ط (قوله ونحوه) أى نحو جزاء الصيد من الدماء الواجبة (قوله كجناية) أى فى السنة الماضية درر (قوله وتوجه معها) أى سائقا لها . قال الكرمانى : ويستحب أن يكبر عند التوجه مع سوق الهدى ويقول الله أكبر لاإله إلا الله والله أكبر ولله الحمد شرح اللباب (قوله يريد الحج) إذ لابد مع ذلك من النية على الصواب كما صرح به الأصحاب شرح اللباب (قوله ينبغى نعم) البحث للشرنبلالى وعبارة شرح اللباب ناويا الإحرام بأحد النسكين صريحة فى ذلك (قوله أو بعثها ثم توجه) عطف على قوله وتوجه معها فأفاد أن الشرط أحد الشيئين إما أن يسوقها ويتوجه معها وإما أن يبعثها ثم يلحقها ويتوجه معها وهذا الشرط لغير المتعة والقران ، فلا يشترط فيهما التوجه معها ولا لحاقها كما أفاده بقوله بعده أو بعثها لمتعة الخ فافهم (قوله ولحقها) اقتصر على ذكر اللحوق لأنه شرط بالاتفاق .

وأما السوق بعده فمختلف فيه ففى الجامع الصغير لم يشترطه واشترطه فى الأصل فقال يسوقه ويتوجه معه قال فخر الإسلام ذلك أمر اتفاق ، وإنما الشرط أن يلحقه ، وفى الكافى قال شمس الأئمة السرخسى فى المبسوط : اختلف الصحابة فى هذه المسألة فمنهم من يقول إذا قلدها صار محرما ومنهم من يقول إذا توجه فى أثرها صار محرما ومنهم من يقول إذا أدركها فساقها صار محرما فأخذنا بالمتيقن من ذلك وقلنا إذا أدركها وساقها صار محرما لاتفاق الصحابة على ذلك شرح اللباب (قوله لزمه الإحرام بالتلبية الخ) لأنه حين وصل إلى الميقات لم يكن محرما بالتقليد لعدم لحاق الهدى ، ولا يجوز له المجاوزة بدون الإحرام فلزم الإحرام بالتلبية رحمتى (قوله أو لقران) صرح به لزيادة الإيضاح وإلا فقول المصنف لمتعة يشمل التمتع العرفى والقران كما أوضحه فى البحر (قوله والتوجه) أشار به إلى أن الأولى للمصنف تأخير قوله فى أشهره عن قوله وتوجه بنية الإحرام ط (قوله فى أشهره الخ) لأن تقليد الهدى فى غير أشهر الحج لايعتد به لأنه فعل من أفعال المتعة ، وأفعال المتعة قبل أشهر الحج لايعتد بها فيكون تطوعا

وإلا لم يصر محرما حتى يلحقها (وتوجه بنية الإحرام وإن لم يلحقها) استحسانا (فقد أحرم) لأن الإجابة كما تكون بكل ذكر تعظيمي تكون بكل فعل مختص بالإحرام، ثم صحة الإحرام لاتتوقف على نية نسك لأنه لو أبهم الإحرام حتى طاف شوطا واحدا صرف للعمرة . ولو أطلق نية الحج صرف للفرض ولو عين نفلا فنفل وإن لم يكن حج الفرض، شرنبلالية عن الفتح (ولو أشعر) بجرح سنامها الأيسر (أو جللها) بوضع الجل (أو بعثها لا لمتعة) وقران (ولم يلحقها) كما مر (أو قلد شاة لا) يكون محرما لعدم اختصاصه بالنسك (وبعده) أى الإحرام بلا مهلة (يتقى الرفث)

وفى هدى التطوع ما لم يدرك أو يسر معه لايصير محرما ، كذا فى شرح الجامع الصغير لقاضيخان زيلعى (قوله وإلا لم يصر الخ) أى بأن لم يوجد البعث والتوجه فى الأشهر أو وجد التوجه دون البعث وقوله حتى يلحقها أى قبل الميقات ط (قوله وتوجه بنية الإحرام) أفاد أن هذه الأشياء إنما قامت مقام الذكر دون النية ط (قوله فقد أحرم) جواب قوله وإذا لبى ناويا الخ (قوله مختص بالإحرام) احترز به عما لو أشعرها أو جللها إلى آخر مايأتى (قوله لاتتوقف على نية نسك) أى معين. قال فى البحر وإذا أبهم الإحرام بأن لم يعين ماأحرم به جاز وعليه التعيين قبل أن يشرع فى الأفعال فإن لم يعين وطاف شوطا كان للعمرة وكذا إذا أحصر قبل الأفعال فتحلل بدم تعين للعمرة فيجب قضاؤها لاقضاء حجة وكذا إذا جامع فأفسد وجب المضى فى عمرة (قوله صرف للعمرة) أما الحج فلا يصرف إليه إلا إذا عينه قبل أن يشرع فى الأفعال كما فى البحر ، لكن فى اللباب وشرحه لو وقف بعرفة قبل الطواف تعين إحرامه للحجة ولو لم يقصد الحج فى وقوفه (قوله ولو أطلق نية الحج) بأن نوى الحج ولم يعين فرضا ولا نفلا (قوله ولو عين نفلا فنفل) وكذا لو نوى الحج عن الغير أو النذر كان عما نوى وإن لم يحج للفرض ، كذا ذكره غير واحد، وهو الصحيح المعتمد المنقول الصريح عن أبى حنيفة وأبى يوسف من أنه لايتأدى الفرض بنية النفل . وروى عن الثانى وهو مذهب الشافعى وقوعه عن حجة الإسلام وكأنه قاسه على الصيام، لكن الفرق أن رمضان معيار لصوم الفرض، بخلاف وقت الحج فإنه موسع إلى آخر العمر ونظيره وقت الصلاة شرح اللباب ، نعم وقت الحج له شبه بالمعيار باعتبار عدم صحة حجتين فيه فلذا يتأدى بمطلق النية بخلاف فرض الظهر مثلا فإن وقته ظرف من كل وجه (قوله بجرح سنامها) الباء للتصوير وهو مكروه عند الإمام لأن كل أحد لايحسنه فيلحق الحيوان به تعذيب ط وأشار المصنف إلى أن الإشعار خاص بالإبل (قوله بوضع الجل) أى على ظهرها وهو بالضم والفتح ماتلبسه الفرس لتصان به قاموس (قوله لالمتعة وقران) وكذا لو لهما قبل أشهر الحج رحتى (قوله كما مر) أى لحوقا كاللحوق الذى مر وهو كونه قبل الميقات وهذا محترز قوله ولحقها ط (قوله أو قلد شاة) محترز قوله بدنة ط (قوله لعدم اختصاصه بالنسك) لأن الإشعار قد يكون للمداواة والجل لدفع الحر والبرد والأذى ولأنه إذا لم يكن بين يديه هدى يسوقه عند التوجه لم يوجد إلا مجرد النية وبه لايصير محرما وتقليد الشاة ليس بمتعارف ولا سنة رحتى (قوله بلا مهلة) يشير إلى أن الأصوب أن يقول فيتقى بالفاء كما فى القدورى والكنز .

مطلب « من حج فلم يرفث الخ » أى من وقت الإحرام

هذا، وفى النهر : واعلم أنه يؤخذ من كلامه ماقاله بعضهم فى قوله صلى الله عليه وسلم « من حج فلم يرفث ولم يفسق يخرج من ذنوبه كيوم ولدته أمه » أن ذلك من ابتداء الإحرام لأنه لايسمى حاجا قبله اه

أى الجماع أو ذكره بحضرة النساء (والفسوق) أى الخروج عن طاعة الله (والجدال) فإنه من المحرم أشنع (وقتل صيد البر) لا البحر (والإشارة إليه) فى الحاضر (والدلالة عليه فى الغائب) ومحل تحريمهما إذا لم يعلم المحرم، أما إذا علم فلا فى الأصح (والتطيب) وإن لم يقصده وكره شمه (وقلم الظفر وستر الوجه)

مطلب فيما يحرم بالإحرام وما لا يحرم

(قوله أى الجماع) هو قول الجمهور شرح اللباب لقوله تعالى - أحل لكم ليلة الصيام الرفث إلى نسائكم- بحر (قوله أو ذكره بحضرة النساء) هو قول ابن عباس وقيل ذكره ودواعيه مطلقا ، قيل : وهو الأصح شرح اللباب ، وظاهر صنيع غير واحد ترجيح ما عن ابن عباس نهر :

قلت : والظاهر شمول النساء للحلائل لأنه من دواعى الجماعة تأمل (قوله أى الخروج) إشارة إلى أن الفسوق مصدر لاجمع فسق كعلم وعلوم كما أشعر به تفسيرهم له بالمعاصى ، واختاره لمناسبته للرفث والجدال ولأن المنهى عنه مطلق الفسق مفردا أو جمعا أفاده فى النهر (قوله والجدال) أى الخصومة مع الرفقاء والخدم والمكارين بحر ، وما عن الأعمش أن من تمام الحج ضرب الجمال فقيل فى تأويله إنه مصدر مضاف لفاعله لكن فى شرح النقاية ورد أن الصديق رضى الله عنه ضرب جماله لتقصيره فى الطريق اهـ .

قلت : وحينئذ فضربه لا للجدال بل لتأديبه وإرشاده إلى مراعاة الحفظ والعمل الواجب عليه ، حيث لم ينزجر بالكلام وبذلك يصح كونه من تمام الحج لكونه أمرا بمعروف ونهيا عن منكر تأمل (قوله فإنه) أى ما ذكر من الثلاثة . وفيه إشارة إلى وجه التنصيص عليها هنا تبعا للآية كلبس الحرير فإنه حرام مطلقا وفى الصلاة أشنع (قوله وقتل صيد البر) أى مصيده إذ لو أريد به المصدر وهو الاصطياد لما صح إسناد القتل إليه بحر وعبر بالقتل دون الذبح لاستعماله فى المحرم غالبا وهذا كذلك حتى لو ذكاه كان ميتة (قوله لا البحر) ولو غير مأكول لقوله تعالى - أحل لكم صيد البحر - الآية (قوله والدلالة) بالكسر فى المحسوسات وبالفتح فى المعقولات وهو الفصيح رملى (قوله فى الغائب) أفاد به وبقوله فى الحاضر الفرق بين الإشارة والدلالة.

قلت : والفرق أيضا أن الأولى باليد ونحوها والثانية باللسان ونحوه كالذهاب إليه (قوله إذا لم يعلم المحرم) كذا فى النهر والمراد به المدلول والأصوب التعبير به قال فى السراج ثم الدلالة إنما تعمل إذا اتصل بها القبض وأن لا يكون المدلول عالما بمكان الصيد وأن يصدقه فى دلالته ويتبعه فى أثرها ، أما إذا كذبه ولم يتبع أثره حتى دله آخر وصدقه واتبع أثره فقتله فلا جزاء على الدال اهـ .

[تتمة] فى حكم الدلالة الإعانة عليه كاعارة سكين ومناولة رمح وسوط وكذا تنفيره وكسر بيضه وكسر قوائمه وجناحه وحلبه وبيعه وشراؤه وأكله وقتل القملة ورميها ودفعها لغيره والأمر بقتلها والإشارة إليها إن قتلها المشار إليه وإلقاء ثوبه فى الشمس وغسله لهلاكها لباب (قوله وإن لم يقصده) قيل عليه التطيب معمول لقوله يتقى ، ولامعنى لأمر غير القاصد بالاتقاء فيجاب بأن المراد غير قاصد للتطيب بل قاصد للتداوى ومع ذلك يكون محظورا عليه فعليه اتقاؤه رحمتى (قوله وكره شمه) أى فقط فلا شئ عليه به كما فى الخانية ، وبهذا يشير إلى أن المراد بالتطيب استعماله فى الثوب والبدن وقالوا لو لبس إزارا مبخرا لاشئ عليه ، لأنه ليس بمستعمل لجزء من الطيب وإنما حصل بمجرد الرائحة ومن ثم قال فى الخانية لو دخل بيتا قد بخر فيه واتصل بثوبه شئ منه لم يكن عليه شئ نهر (قوله وقلم الظفر) أى قطعه ولو واحدا بنفسه أو غيره بأمره أو قلم ظفر غيره إلا إذا انكسر بحيث لاينمو فلا بأس به ط

كله أو بعضه كفمه وذقنه ، نعم فى الخانية لا بأس بوضع يده على أنفه (والرأس) بخلاف الميت وبقية البدن ، ولو حمل على رأسه ثيابا كان تغطية لا حمل عدل وطبق مالم يمتد يوما وليلة فتلزمه صدقة ، وقالوا لو دخل تحت ستر الكعبة فأصاب رأسه أو وجهه كره وإلا فلا بأس به (وغسل رأسه ولحيته بخطمى) لأنه طيب أو يقتل الهوام ،

عن القهستانى (قوله كله أو بعضه) لكن فى تغطية كل الوجه أو الرأس يوما أو ليلة دم والربع منهما كالكل وفى الأقل من يوم أو من الربع صدقة كما فى اللباب وأطلقه فشمل المرأة لما فى البحر عن غاية البيان من أنها لا تغطى وجهها إجماعا اه أى وإنما تستر وجهها عن الأجانب بإسدال شئ متجاف لا يمس الوجه كما سيأتى آخر هذا الباب ، وأما مافى شرح الهداية لابن الكمال من أنها لها ستره بملحفة وخمار وإنما المنهى عنه ستره بشئ فصل على قدره كالنقاب والبرقع فهو بحث عجيب أو نقل غريب مخالف لما سمعته من الإجماع ، ولما فى البحر وغيره فى آخر هذا الباب ، ثم رأيت بخط بعض العلماء فى هامش ذلك الشرح أن هذا مما انفرد به المؤلف ، والمحفوظ عن علمائنا خلافه وهو وجوب عدم مماسة شئ لوجهها اه ثم رأيت نحو ذلك نقلا عن منسك القطبى فافهم (قوله نعم فى الخانية الخ) استدراك على قوله أو بعضه لأنه يوهم أن هذا محظور مع أنه عده فى اللباب من مباحات الإحرام ، وأما كلمة لا بأس فإنها لا تدل على الكراهة دائما ومنه قوله الآتى قريبا كره وإلا فلا بأس به فافهم (قوله والرأس) أى رأس الرجل أما المرأة فتستره كما سيأتى (قوله بخلاف الميت) يعنى إذا مات محرما حيث يغطى رأسه ووجهه لبطلان إحرامه بموته لقوله صلى الله عليه وسلم « إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث » والإحرام عمل فهو منقطع ولهذا لا يبنى المأمور بالحج على إحرام الميت اتفاقا ، وأما الأعرابى الذى وقصته ناقته فقال صلى الله عليه وسلم « لا تخمروا رأسه ولا وجهه فإنه يبعث يوم القيامة ملبيا » فهو مخصوص من ذلك بإخبار النبى صلى الله عليه وسلم ببقاء إحرامه ، وهو مفقود فى غيره فقلنا بانقطاعه بالموت أفاده فى البحر وغيره ، وبه يحصل الجمع بين الحديثين ويؤيده أن قوله : فإنه يبعث الخ واقعة حال ولا عموم لها كما تقرر فى الأصول فلا يدل على أن غير الأعرابى مثله فى ذلك (قوله وبقية البدن) بالجر عطفا على الميت : أى وبخلاف ستر بقية البدن سوى الرأس والوجه فإنه لا شئ عليه لو عصبه ويكره إن كان بغير عذر لباب ، وفى شرحه وينبغى استثناء الكفين لمنعه من لبس القفازين اه :

قلت : وكذا القدمين مما فوق معقد الشراك لمنعه من لبس الجوربين كما يأتى إلا أن يكون مراده بالستر التغطية ، بما لا يكون لبسا فستر اليدين والرجلين بالقفازين أو الجوربين لبس فتأمل (قوله ما لم يمتد يوما وليلة الخ) الواو بمعنى أو لأن لبس المعتاد يوما أو ليلة موجب للدم ، فغير المعتاد كذلك موجب للصدقة ط .

قلت : لكن لينظر من أين أخذ الشارح ماذكره ، فإن الذى رأيته فى عدة كتب أنه لو غطى رأسه بغير معتاد كالعدل ونحوه لا يلزمه شئ فقد أطلقوا عدم اللزوم ، وقد عد ذلك فى اللباب من مباحات الإحرام ، نعم فى النهر عن الخانية : لو حمل المحرم على رأسه شيئا يلبسه الناس يكون لابسا وإن كان لا يلبسه الناس كالإجانة ونحوها فلا ويكره له تعصيب رأسه ولو فعل ذلك يوما وليلة كان عليه صدقة اه والظاهر أن الإشارة للتعصيب وكأن الشارح أرجعها للحمل أيضا تأمل (قوله وقالوا الخ) نص عليه فى اللباب وغيره ، وكذا نص على أنه يكره كب وجهه على وسادة بخلاف خديه قال شارحه : وكذا وضع رأسه عليها فإنه وإن لزم منه تغطية بعض وجهه أو رأسه إلا أنه الهيئة المستحبة فى النوم بخلاف كب الوجه اه (قوله كره) ظاهر إطلاقه أنها تحريمية ط (قوله بالخطمى) بكسر الخاء نبت نهر ، والمراد الغسل بماء مزج فيه كما فى القهستانى (قوله لأنه طيب الخ) أشار إلى الخلاف فى علة وجوب اتقائه فالوجوب متفق عليه ، وإنما الخلاف فى علته وفى موجبه فيتقيه عند الإمام لأن له رائحة طيبة وإن لم تكن

بخلاف صابون ودلوك وأشنان اتفاقا زاد فى الجوهرة وسدر وهو مشكل (وقصها) أى اللحية (وحلق رأسه و) إزالة (شعر بدنه) إلا الشعر النابت فى العين فلا شيء فيه عندنا (ولبس قميص وسراويل) أى كل معمول على قدر بدن أو بعضه كزردية وبرنس (وقباء) ولو لم يدخل يديه فى كميه جاز عندنا إلا أن يزرره أو يخلله ويجوز أن يرتدى بقميص وجبة ويلتحف به فى نوم أو غيره اتفاقا

زكية وموجبه دم وعندهما لأنه يقتل الهوام ويلين الشعر وموجبه صدقة ، ومنشأ الخلاف الاشتباه فيه ولذا قال بعضهم : لاخلاف فى خطمى العراق لأن له رائحة طيبة أفاده فى النهر (قوله بخلاف صابون) فى جنايات الفتح لو غسل بالصابون والحرض لارواية فيه وقالوا لاشيء فيه لأنه ليس بطيب ولايقتل اه ومقتضى التعليل عدم وجوب الدم والصدقة اتفاقا ، ولذا قال فى الظهيرية : وأجمعوا أنه لاشيء عليه اه ومثله فى البحر ، وكذا فى القهستانى عن شرح الطحاوى فافهم (قوله ودلوك) بفتح الدال ، قيل هو نبت بأرض الحجاز معروف كالأشنان غير أنه أسود والأشنان أبيض يرطب البدن ويزيل الحكة والجرب (قوله وأشنان) قيل هو بضم الهمزة وكسرها كما فى القاموس ، ويسمى حرضا أيضا (قوله وسدر) هو ورق النبق ح (قوله وهو مشكل) فإن السدر كالخطمى يقتل الهوام ، ويلين الشعر فكان ينبغى وجوب الصدقة عندهما كما فى المنح والصابون والأشنان فيهما ذلك أيضا رحتى زاد غيره أن للصابون طيب رائحة .

قلت : وفيه نظر فقد علمت الاتفاق على أن لاشيء فيه من دم ولا صدقة لأنه ليس بطيب ولا يقتل فافهم (قوله وحلق رأسه) وكذا رأس غيره ولو حلالا لباب (قوله وإزالة شعر بدنه) أى بقية بدنه كالشارب والإبط والعانة والرقبة والمحاجم كما فى اللباب قال فى البحر : والمراد إزالة شعره كيفما كان حلقا وقصا ونتفا وتنورا وإحراقا من أى مكان كان من الرأس والبدن مباشرة أو تمكينا (قوله أى كل معمول الخ) أشار به إلى أن المراد المنع عن لبس المخيط وإنما خص المذكورات لذكرها فى الحديث وفى البحر عن مناسك ابن أمير حاج الحلبى أن ضابطه لبس كل شيء معمول على قدر البدن أو بعضه بحيث يحيط به بخياطة أو تلزيق بعضه ببعض أو غيرهما ويستمسك عليه بنفس لبس مثله إلا المكعب اه .

قلت : فخرج ما خيط بعضه ببعض لابحيث يحيط بالبدن مثل المرقعة فلا بأس بلبسه كما قدمناه ، وأفاد قوله أو بعضه حرمة لبس القفازين فى يدى الرجل ، وبه صرح السندى فى منسكه الكبير ، وتبعه القارى فى شرح اللباب ، وأما المرأة فيندب لها عدمه كما فى البدائع وتمامه فيما علقناه على البحر (قوله كزردية) هى الدرع الحديد كما يفهم من القاموس ، وفيه البرنس بالضم قلنسوة طويلة أو كل ثوب رأسه منه أى كالذى يلبسه المغاربة يستر من الرأس إلى القدم (قوله وقباء) بالمد المنفرج من أمام ط (قوله ولو لم يدخل الخ) فى اللباب من المكروهات إلقاء القباء والعباء ونحوهما على منكبه من غير إدخال يديه فى كميه وفيه من فصل الجنايات : ولو ألقى القباء على منكبيه وزره يوما فعليه دم وإن لم يدخل يديه فى كميه وكذا لو لم يزره ولكن أدخل يديه فى كميه ، ولو ألقاه ولم يزره ولم يدخل يديه فى كميه فلا شيء عليه سوى الكراهة اه وفى شرحه أن إدخال إحدى اليدين فى الكم كاليدين فقوله جاز المراد به نفى الجزاء لما علمت من كراهته ويؤيده قوله عندنا أى عند أئمتنا الثلاثة خلافا لزفر حيث قال عليه دم كما فى شرح اللباب . واعترض على اللباب حيث ذكره فى مباحات الإحرام بعد ماذكره فى مكروهاته وقال فالصواب أن يقول وإلقاء القباء ونحوه على نفسه وهو مضطجع كما ذكره فى الكبير اه .

والحاصل أن الممنوع عنه لبس المخيط اللبس المعتاد ، ولعل وجه كراهة إلقاء نحو القباء والعباء على الكتفين

(وعمامة) وقلنسوة (وخفين إلا أن لايجد نعلين فيقطعهما أسفل من الكعبين) عند معقد الشراك فيجوز لبس السرموزة لا الجوربين (وثوب صبغ بماله طيب) كورس وهو الكركم وعصفر وهو زهر القرطم (إلا بعد زواله) بحيث لايفوح فى الأصح (لا) يتقى (الاستحمام) لحديث البيهقى «أنه عليه الصلاة والسلام دخل الحمام فى الجحفة» (والاستظلال ببيت ومحمل لم يصب رأسه أو وجهه فلو أصاب أحدهما كره) كما مر (وشد هميان) بكسر الهاء

أنه كثيرا مايلبس كذلك تأمل (قوله وعمامة) بالكسر وقلنسوة مايلبس فى الرأس كالعرقية والتاج والطربوش ونحو ذلك (قوله وخفين) أى للرجال فإن المرأة تلبس المخيط والخفين كما فى قاضيخان قهستانى (قوله إلا أن لايجد نعلين الخ) أفاد أنه لو وجدهما لايقطعه لما فيه من إتلاف المال بغير حاجة ، أفاده فى البحر وما عزى إلى الإمام من وجوب الفدية إذا قطعهما مع وجود النعلين خلاف المذهب كما فى شرح اللباب (قوله فيقطعهما) أما لو لبسهما قبل القطع يوما فعليه دم وفى أقل صدقة لباب (قوله أسفل من الكعبين) الذى فى الحديث وليقطعهما حتى يكونا أسفل من الكعبين . وهو أفصح مما هنا ابن كمال والمراد قطعهما بحيث يصير الكعبان وما فوقهما من الساق مكشوفا لا قطع موضع الكعبين فقط كما لا يخفى والنعل هو المداس بكسر الميم وهو مايلبسه أهل الحرمين ممن له شراك (قوله عند معقد الشراك) وهو المفصل الذى فى وسط القدم كذا روى هشام عن محمد ، بخلافه فى الوضوء فإنه العظم الناتئ أى المرتفع ولم يعين فى الحديث أحدهما لكن لما كان الكعب يطلق عليهما حمل على الأول احتياطا لأن الأحوط فيما كان أكثر كشفا بحر (قوله فيجوز الخ) تفريع على مافهم مما قبله وهو جواز لبس مالا يغطى الكعب الذى فى وسط القدم والسرموزة قيل هو المسمى بالبابوج . وذكر ح أن الظاهر أنها التى يقال لها الصرمة .

قلت : الأظهر الأول لأن الصرمة المعروفة الآن هى التى تشد فى الرجل من العقب وتستره ، والظاهر أنه لايجوز ستره فيجب إذا لبسها أن لايشدها من العقب ، وإذا كان وجهها أو وجه البابوج طويلا ، بحيث يستر الكعب الذى فى وسط القدم يقطع الزائد الساتر أو يحشو فى داخله خرقة بحيث تمنع دخول القدم كلها ولا يصل وجهه إلى الكعب وقد فعلت ذلك فى وقت الإحرام احترازا عن قطع وجه البابوج لما فيه من الإتلاف (قوله وثوب) بالجر عطف على قميص وفى بعض النسخ وثوبا بالنصب عطفا على محل قميص ، وأطلقه فشمل المخيط وغيره لكن لبس المخيط المطيب تتعدد فيه الفدية على الرجل كما فى اللباب (قوله بماله طيب) أى رائحة طيبة (قوله وهو الكركم) فيه نظر . ففى الصحاح : الكركم الزعفران وفيه أيضا والورس : نبت أصفر يكون باليمن يتخذ منه الغمرة للوجه وفى النهاية عن القانون الورس شىء أحمر قانى يشبه سحيق الزعفران وهو مجلوب من اليمن (قوله فى الأصح) وقيل بحيث لايتناثر ، وهو غير صحيح لأن العبرة للتطيب ، لا للتناثر ألا ترى أنه لو كان ثوب مصبوغ له رائحة طيبة ولا يتناثر منه شىء فإن المحرم يمنع منه كما فى المستصفى بحر (قوله لايتقى الاستحمام الخ) شروع فى مباحات الإحرام وفى شرح اللباب ، ويستحب أن لايزيل الوسخ بأى ماء كان بل يقصد الطهارة أو رفع الغبار والحرارة (قوله لحديث البيهقى الخ) ذكر النووى أنه ضعيف جدا وقال ابن حجر فى شرح الشمائل موضوع باتفاق الحفاظ ولم يعرف الحمام ببلادهم إلا بعد موته صلى الله عليه وسلم (قوله والاستظلال الخ) أى قصد الانتفاع بظل بيت من شعر أو مدر ومحمل بفتح الميم الأولى وكسر الثانية أو عكسه (قوله كما مر) أى فى شرح قوله : وستر الوجه والرأس (قوله وشد هميان) هو شىء يشبه تكة السراويل يشد على الوسط وتوضع فيه الدراهم شمنى ، وفى القاموس هو التكة والمنطقة وكيس للنفقة يشد فى الوسط اهـ ولا فرق بين كون النفقة له أو لغيره كما فى شرح اللباب ولا بين شده فوق الإزار أو تحته

(فى وسطه ومنطقة وسيف وسلاح وتختم) زيلعى لعدم التغطية واللبس (واكتحال بغير مطيب) فلو اكتحل بمطيب مرة أو مرتين فعليه صدقة ولو كثيرا فعليه دم سراجية (و) لا يتقى (ختانا وفصدا وحجامة وقلع ضرسه وجبر كسر وحك رأسه وبدنه) لكن برفق إن خاف سقوط شعره أو قمله فإن فى الواحدة يتصدق بشىء وفى الثلاث كف من طعام غرر أذكار (وأكثر) المحرم (التلبية) ندبا (متى صلى) ولو نفلا (أو علا شرفا أو هبط واديا أو لقى ركبا) جمع راكب أو جمعا مشاة وكذا لو لقى بعضهم بعضا (أو أسحر) دخل فى السحر إذ التلبية فى الإحرام كالتكبير فى الصلاة (رافعا) استنانا (صوته بها بلا جهد)

لأنه لم يقصد به حفظ الإزار، بخلاف ما إذا شد إزاره بحبل مثلا كما قدمناه (قوله ومنطقة) بكسر الميم وفتح الطاء وتسمى بالفارسية كمر كما فى العينى (قوله وسيف) أى وشد سيف أى شد حمائله فى وسطه (قوله وسلاح) تعميم بعد تخصيص وهو مايقاتل به فلا يدخل فيه الدرع لأنه يلبس (قوله وتختم واكتحال) عطف على ماقبله فيصير التقدير ولا يتقى شد تختم واكتحال، ولا معنى له إلا أن يراد بالشد الاستعمال من باب ذكر المقيد وإرادة المطلق مجازا مرسلا، ولو قال وتختما واكتحالا لسلم من هذا ح ويمكن تأويله أيضا بالجر على الجوار، أو بالرفع على الابتداء وخبره محذوف أى كذلك (قوله لعدم التغطية واللبس) الأول راجع للاستظلال بالبيت والمحمل والثانى لما بعده (قوله فعليه صدقة) المراد بها عند إطلاقهم نصف صاع بحر (قوله ولو كثيرا) أى ثلاثا فأكثر بقرينة المقابلة واستظهره فى شرح اللباب فالمراد الكثرة فى الفعل لافى نفس الطيب المخالط، فلا يلزم الدم بمرة واحدة وإن كان الطيب كثيرا فى الكحل كما حرره فى الفتح من الجنايات (قوله وفصدا) أى وإن لزم تعصيب اليد لما قدمناه من أن تعصيب غير الوجه والرأس إنما يكره لو بغير عذر (قوله وحجامة) أى بلا إزالة شعر لباب وإلا فعليه دم كما سيأتى (قوله يتصدق بشىء) أى كتمرة وكسرة خبز (قوله وفى الثلاث) أى من الشعر والقمل وأما الأكثر فسيأتى فى الجنايات (قوله ولو نفلا) كذا فى البدائع، وخصه الطحاوى فى المكتوبات دون النوافل والفوائت فأجراها مجرى التكبير فى أيام التشريق والتعميم أولى فتح وهو الصحيح المعتمد الموافق لظاهر الرواية شرح اللباب (قوله أو علا شرفا) أى صعد مكانا مرتفعا (قوله جمع راكب) أى اسم جمع وهم أصحاب الإبل فى السفر، ولا يطلق على دون العشرة نهر (قوله دخل فى السحر) هو السدس الأخير من الليل (قوله كالتكبير فى الصلاة) فكما أن التكبير فى الصلاة يؤتى به عند الانتقال من حال إلى حال كذلك التلبية ح ولذا قال فى اللباب: ويستحب إكثارها قائما وقاعدا راكبا ونازلا واقفا وسائرا طاهرا ومحدثا جنبا وحائضا، وعند تغير الأحوال والأزمان وعند إقبال الليل والنهار وعند كل ركوب ونزول وإذا استيقظ من النوم أو استعطف راحلته. وقال أيضا: ويستحب تكرارها فى كل مرة ثلاثا على الولاء ولا يقطعها بكلام، ولو رد السلام فى خلالها جاز ويكره لغيره أن يسلم عليه وإذا كانوا جماعة لا يمشى أحد على تلبية الآخر بل كل إنسان يلبى بنفسه ويلبى فى مسجد مكة ومنى وعرفات لا فى الطواف وسعى العمرة (قوله رافعا صوته بها) إلا أن يكون فى مصر أو امرأة لباب زاد شارحه أو فى المسجد لئلا يشوش على المصلين والطائفين (قوله استنانا) فإن تركه كان مسيئا ولا شىء عليه فتح، وقيل استحبابا والمعتمد الأول شرح اللباب:

مطلب فى حديث « أفضل الحج العج والثج »

(قوله بلا جهد) بفتح الجيم وبالدال أى تعب النفس بغاية رفع الصوت كى لايتضرر، ولا تنافى بين هذا وبين ماجاء « أفضل الحج العج والثج » أى أفضل أفراد الحج حج يشتمل على هذا لا أفضل أفعاله إذ الطواف والوقوف أفضل

.. العوام (وإذا دخل مكة بدأ بالمسجد) الحرام بعد مايأمن على أمتعته داخلا من باب السلام نهارا ندبا ملبيا متواضعا خاشعا ملاحظا جلالة البقعة ، ويسن الغسل لدخولها وهو للنظافة فيجب لحائض ونفساء (وحين شاهد البيت كبر) ثلاثا ومعناه الله أكبر من الكعبة (وهلل) لئلا يقع نوع شرك (ثم) ابتدأ بالطواف لأنه تحية البيت مالم يخف

منهما والعج رفع الصوت بالتلبية والثج إسالة الدم بالإراقة لأن الإنسان قد يكون جهورى الصوت طبعا فيحصل الرفع العالى مع عدم تعبه به نهر (قوله كما يفعله العوام) تمثيل للمنفى وهو الجهد لا للنفى ح .

مطلب فى دخول مكة

(قوله وإذا دخل مكة) المستحب دخولها نهارا كما فى الخانية من باب المعلى ليكون مستقبلا فى دخوله باب البيت تعظيما وإذا خرج فمن السفلى بحر (قوله نهارا) قيد لدخول مكة كما علمت لكن لما كان دخول المسجد عقب دخول مكة صح كونه قيدا له أيضا (قوله ملبيا) هو قيد لدخول مكة أيضا قال فى اللباب : ويكون فى دخوله ملبيا داعيا إلى أن يصل باب السلام فيبدأ بالمسجد (قوله لدخولها) أى مكة بدليل تأنيث الضمير وعبارة البحر نص فى ذلك ح (قوله فيجب) بالحاء المهملة ح (قوله ومعناه الله أكبر من الكعبة) كذا فى غاية البيان والأولى من كل ماسواه بحر، وكان الشارح رجح الأول لاقتضاء المقام له كما أن الشارع فى شىء إذا سمى الله تعالى يلاحظ التبرك باسمه تعالى فيما شرع فيه (قوله وهلل) عبارة الفتح كبر وهلل ثلاثا وعبارة ابن الشلبى : كبر ثلاثا وهلل ثلاثا (قوله لئلا يقع نوع شرك) أى بتوهم الجاهل أن العبادة للبيت قال فى البحر : ولم يذكر فى المتون عند مشاهدة البيت ، وهى غفلة عما لايغفل عنه فإنه عندها مستجاب ، ومحمد رحمه الله تعالى لم يعين فى مشاهد الحج شيئا من الدعوات لأن التوقيت يذهب بالرقة وإن تبرك بالمنقول منها فحسن كذا فى الهداية : ح : ومن أهم الأدعية طلب الجنة بلا حساب والصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم هنا من أهم الأذكار كما ذكره الحلبى فى مناسكه اه .

[تنبيه] قال فى اللباب ولا يرفع يديه عند رؤية البيت ، وقيل يرفع قال القارى فى شرحه : أى لايرفع ولو حال دعائه لأنه لم يذكر فى المشاهير من كتب أصحابنا بل قال السروجى المذهب تركه وصرح الطحاوى بأنه يكره عند أئمتنا الثلاثة (قوله ثم ابتدأ بالطواف) فإن كان حلالا فطواف التحية أو محرما بالحج فطواف القدوم ، هذا إذا دخل قبل النحر ، فإن دخل فيه أغنى طواف الفرض عن التحية أو بالعمرة فطوافها ولا طواف قدوم لها كذا فى الفتح نهر ، وأفاد إطلاقه أنه لايكره الطواف فى الأوقات التى تكره فيها الصلاة . كما صرح به فى الفتح . قال إلا أنه لايصلى ركعتيه فيها بل يصبر إلى أن يدخل مالا كراهة فيه (قوله لأنه تحية البيت) أى لمن أراد الطواف ، بخلاف من لم يرده وأراد أن يجلس فلا يجلس ، حتى يصلى ركعتين تحية المسجد إلا أن يكون الوقت مكروها للصلاة شرح اللباب للقارى ، وفى شرحه على النقاية فإن لم يكن محرما فطواف تحية لقولهم تحية هذا المسجد الطواف ، وليس معناه أن من لم يطف لايصلى تحية المسجد كما فهمه بعض العوام اه :

قلت : لكن قولهم تحية هذا المسجد الطواف يفيد أنه لو صلى ولم يطف لايحصل التحية إلا أن يخص بترك الطواف بلا عذر فمع العذر تحصل التحية بالصلاة ثم رأيت فى شرح اللباب أيضا مايدل على ذلك حيث قال فى موضع آخر إن تحية هذا المسجد بخصوصه هو الطواف إلا إذا كان له مانع فيصلى تحية المسجد إن لم يكن وقت كراهة اه (قوله مالم يخف الخ) أى فيقدم كل ذلك على الطواف أى طواف التحية وغيرها لباب وشرحه ، ثم يطوف

فوت المكتوبة أو جماعتها أو الوتر أو سنة راتبة فاستقبل (الحجر مكبرا مهللا رافعا يديه) كالصلاة (واستلمه) بكفيه وقبله بلا صوت، وهل يسجد عليه؟ قيل نعم (بلا إيذاء) لأنه سنة

بحر وهذا يفيد أن هذه الصلوات لاتحصل بها التحية مع أنها تحصل فى بقية المساجد، وليس ذلك إلا لأن تحيته هى الطواف دون الصلاة، بخلاف باقى المساجد، ولهذا قال بعض العلماء إن الفرق من وجهين: أحدهما: أن الصلاة جنس فناب بعضها مناب بعض، وليس الطواف من جنسها، والثانى: أن صلاة الفرض فى المسجد تحية المسجد والطواف تحية البيت لاتحية المسجد (قوله فوت المكتوبة) ينبغى أن يكون المراد فوت وقتها المستحب لأنه يسقط به الترتيب على أحد القولين المصححين فبالأولى ماهنا تأمل، وزاد فى شرح اللباب فوت الجنازة وزاد فى البحر والنهر ما إذا دخل فى وقت منع الناس من الطواف أو كان عليه فائتة مكتوبة اهـ وذكر الأخير فى اللباب وقيده شارحه بما إذا كان صاحب ترتيب.

قلت: والظاهر أن المراد بالفائتة التى فوتها عمدا، ووجب قضاؤها فورا وإلا فتقديم الطواف عليها لايضر إلا إذا خاف فوت المكتوبة الوقتية إذا قدم عليها الطواف وقضاء الفائتة وحينئذ فذكر المكتوبة الوقتية يغنى عن ذكر الفائتة فافهم (قوله فاستقبل الحجر الخ) أشار بالفاء إلى أنه ينوى الطواف قبل الاستقبال لما سيذكره من أنه يمر بجميع بدنه على جميع الحجر، ولهذا قال فى اللباب: ثم يقف مستقبل البيت بجانب الحجر الأسود مما يلى الركن اليمانى، بحيث يصير جميع الحجر عن يمينه، ويكون منكبه الأيمن عند طرف الحجر فينوى الطواف، وهذه الكيفية مستحبة والنية فرض، ثم يمشى مارا إلى يمينه حتى يحاذى الحجر فيقف بحياله، ويستقبله ويبسمل ويكبر ويحمد ويصلى ويدعو اهـ قال شارحه: أى يقول: بسم الله والله أكبر ولله الحمد والصلاة والسلام على رسول الله اللهم إيمانا بك ووفاء بعهدك واتباعا لسنة نبيك محمد صلى الله عليه وسلم (قوله رافعا يديه) أى عند التكبير لاعند النية فإنه بدعة لباب.

وقال شارحه القارى فى موضع آخر بعد كلام: والحاصل أن رفع اليدين فى غير حالة الاستقبال مكروه وأما الابتداء من غيره فهو حرام أو مكروه تحريما أو تنزيها بناء على الأقوال عندنا من أن الابتداء بالحجر فرض أو واجب أو سنة وإنما المستحب الابتداء بالنية قبيل الحجر للخروج عن الاختلاف (قوله كالصلاة) أى حذاء أذنيه وقدم فى كتاب الصلاة أنه فى الاستلام وعند الجمرتين يرفع حذاء منكبيه ويجعل باطنهما نحو الحجر والكعبة اهـ وعزاه القهستانى إلى شرح الطحاوى وصححه فى البدائع وغيرها، ومشى فى النقاية وغيرها على الأول وصححه فى غاية البيان وغيرها فقد اختلف التصحيح (قوله واستلمه) أى بعد أن يرسل يديه كما فى النهر عن التحفة قال فى اللباب: وصفة الاستلام: أن يضع كفيه على الحجر ويضع فمه بين كفيه ويقبله (قوله قيل نعم) جزم به فى اللباب وقال إنه مستحب، ويكرره مع التقبيل ثلاثا قال شارحه: وهو موافق لما نقله الشيخ رشيد الدين فى شرح الكنز، وكذا نقل السجود عن أصحابنا العز بن جماعة لكن قال قوام الدين الكاكى الأولى أن لايسجد عندنا لعدم الرواية فى المشاهير اهـ وظاهره ترجيح ماقاله الكاكى فى المعراج، وهو ظاهر الفتح، ولذا اعترض فى النهر على قول البحر إنه ضعيف بأن صاحب الدار أدرى أى أن الكاكى من أهل المذهب الماهرين، وهو أدرى بالمذهب من غيره، فلا ينبغى تضعيف مانقله.

قلت: لكن استند الكاكى إلى عدم ذكره فى المشاهير، وهو لاينفى ذكرها فى غيرها، وقد استند فى البحر إلى أنه فعله عليه الصلاة والسلام والفاروق بعده كما رواه الحاكم وصححه، واستدرك بذلك منلا على فى شرح

وترك الإيذاء واجب ، فإن لم يقدر بضعهما ثم يقبلهما أو إحداهما (وإلا) يمكنه ذلك (يمس) بالحجر (شيئا في يده) ولو عصا (ثم قبله) أى الشيء (وإن عجز عنهما) أى الاستلام والإمساس (استقبله) مشيرا إليه بباطن كفيه كأنه واضعهما عليه (وكبر وهلل وحمد الله تعالى وصلى على النبي صلى الله عليه وسلم) ثم يقبل كفيه وفى بقية الرفع فى الحج يجعل كفيه للسماء إلا عند الجمرتين فللكعبة (وطاف بالبيت طواف القدوم ويسن) هذا الطواف (للآفاقى) لأنه القادم (وأخذ) الطائف (عن يمينه مما يلى الباب) فتصير الكعبة عن يساره لأن الطائف كالمؤتم بها والواحد يقف عن يمين الإمام ، ولوعكس أعاد مادام بمكة فلو رجع فعليه دم وكذا لو ابتدأ من غير الحجر كما مر

النقاية على مامر عن الكاكى وأيد به مانقله ابن جماعة عن أصحابنا ، ثم رأيت نقلا عن غاية السروجى أنه كره مالك وحده السجود على الحجر وقال إنه بدعة وجمهور أهل العلم على استحبابه والحديث حجة عليه اه أى على مالك وبهذا يترجح مافى البحر واللباب من الاستحباب إذ لايخفى أن السروجى أيضا من أهل الدار فهو أدرى والأخذ بما قاله موافقا للجمهور والحديث أولى وأحرى فافهم (قوله وترك الإيذاء واجب) أى فلا يترك الواجب لفعل السنة وأما النظر إلى العورة لأجل الختان فليس فيه ترك الواجب لفعل السنة لأن النظر مأذون فيه للضرورة (قوله فإن لم يقدر) أى على تقبيله إلا بالإيذاء أو مطلقا يضع يديه عليه ثم يقبلهما أو يضع إحداهما والأولى أن تكون اليمنى لأنها المستعملة فيما فيه شرف ، ولما نقل عن البحر العميق من أن الحجر يمين الله يصافح بها عباده والمصافحة باليمنى (قوله وإلا يمكنه ذلك) أى وضع يديه أو إحداهما (قوله يمس) بضم أوله وكسر ثانيه من الإمساس كما يشير إليه كلام الشارح الآتى (قوله عنهما) الأولى عنه أى الإمساس لأن العجز عن الاستلام ذكره بقوله وإلا يمس (قوله مشيراً إليه بباطن كفيه) أى بأن يرفع يديه حذاء أذنيه ، ويجعل باطنهما نحو الحجر مشيراً بهما إليه وظاهرهما نحو وجهه هكذا المأثور بحر وفى شرح النقاية للقارى حذاء منكبيه أو أذنيه وكأنه حكاية للقولين المارين (قوله ثم يقبل كفيه) أى بعد الإشارة المذكورة قال فى الفتح ويفعل فى كل شوط عند الركن الأسود مايفعله فى الابتداء اه ويأتى تمامه عند قول المصنف ، وكلما مر بالحجر فعل ماذكر (قوله فللكعبة) أو للقبلة كما سيذكره لكن الأول ظاهر الرواية كما سيأتى (قوله طواف القدوم) يسمى أيضا طواف التحية وطواف اللقاء وطواف أول عهد بالبيت وطواف إحداث العهد بالبيت ، وطواف الوارد والورود شرح اللباب ويقع هذا الطواف للقدوم من المفرد بالحج وإن لم ينو كونه للقدوم أو نوى غيره لأنه وقع فى محله قال فى اللباب : ثم إن كان المحرم مفرداً بالحج وقع طوافه هذا للقدوم وإن كان مفرداً بالعمرة أو متمتعا أو قارنا وقع عن طواف العمرة نواه له أو لغيره وعلى القارن أن يطوف طوافا آخر للقدوم اه أى استحبابا بعد فراغه عن سعى العمرة قارى. وفى اللباب : وأول وقته حين دخوله مكة وآخره من وقوفه بعرفة فإذا وقف فقد فات وقته ، وإن لم يقف فإلى طلوع فجر النحر (قوله للآفاقى) أى لاغير فتح فلا يسن للمكى ولا لأهل المواقيت ومن دونها إلى مكة سراج وشرح اللباب إلا أن المكى إذا خرج للآفاق ثم عاد محرما بالحج فعليه طواف القدوم لباب ، فهذا خلاف مافى القهستانى من أنه يسن لأهل المواقيت وداخلها فافهم (قوله عن يمينه) أى يمين الطائف لا الحجر وقوله مما يلى الباب : أى باب الكعبة تأكيد له وهذا واجب فى الأصح كما مر (قوله ولو عكس) بأن أخذ عن يساره وجعل البيت عن يمينه ، وكذا لو استقبل البيت بوجهه أو استدبره وطاف معترضا كما فى شرح اللباب وغيره (قوله فلو رجع) أى إلى بلده قبل إعادته (قوله وكذا لو ابتدأ من غير الحجر) أى يعيده وإلا فعليه دم وهذا على القول بوجوبه كما أشار إليه بقوله كما مر أى

قالوا ويمر بجميع بدنه على جميع الحجر (جاعلا) قبل شروعه (رداءه تحت إبطه اليمنى ملقيا طرفه على كتفه الأيسر) استنانا (وراء الحطيم) وجوبا لأن منه ستة أذرع من البيت. فلو طاف من الفرجة لم يجز

فى الواجبات (قوله قالوا الخ) قال فى البحر : ولما كان الابتداء من الحجر واجباً كان الابتداء فى الطواف من الجهة التى فيها الركن اليمانى قريبا من الحجر الأسود متعينا ، ليكون ماراً بجميع بدنه على جميع الحجر الأسود ، وكثير من العوام شاهدناهم يبتدئون الطواف وبعض الحجر خارج عن طوافهم فاحذره اه .

قلت: قدمنا هذه الكيفية عن اللباب ، وأنها مستحبة لامتعينة .وبه صرح فى فتح القدير أيضا قائلا فى تعليله وتبعه القارى فى شرح اللباب للخروج عن خلاف من يشترط المرور على الحجر بجميع بدنه وفى الكرمانى أنه الأكمل والأفضل ، ثم قال القارى وإلا فلو استقبل الحجر مطلقا ونوى الطواف كفى عندنا فى أصل المقصود الذى هو الابتداء من الحجر سواء قلنا إنه سنة أو واجب أو فريضة أو شرط اه . وفى الشرنبلالية بعد مامر عن البحر وهذا إذا لم يكن فى قيامه مسامتا للحجر بأن وقف جهة الملتزم ، ومال ببعض جسده ليقبل الحجر أما من قام مسامتا بجسده الحجر فقد دخل فى ذلك شىء من الركن اليمانى لأن الحجر وركنه لايبلغ عرض جسد المسامت له وبه يحصل الابتداء من الحجر اه .

قلت: لكن لايحصل به المرور بجميع البدن على جميع الحجر لكن قد علمت أنه غير لازم عندنا ، ولعل الشارح أشار إلى ضعفه بلفظ قالوا لما علمته فافهم (قوله قبل شروعه) أى من حين تجرده للإحرام ، بناء على ماقدمه عند قول المصنف ولبس إزار أو رداء الخ لكن قدمنا تصحيح خلافه ولذا قال فى الفتح وينبغى أن يضطبع قبل شروعه فى الطواف بقليل اه فلو قال الشارح قبيل شروعه لكان أصوب فافهم .

هذا ، وفى شرح اللباب : واعلم أن الاضطباع سنة فى جميع أشواط الطواف كما صرح به ابن الضياء فإذا فرغ من الطواف تركه حتى إذا صلى ركعتى الطواف مضطبعا يكره لكشفه منكبه ويأتى الكلام على أنه لااضطباع فى السعى اه (قوله استنانا) أى فى كل طواف بعده سعى كطواف القدوم والعمرة ، وكطواف الزيارة إن كان آخر السعى ولم يكن لابسا بقى من لبس المخيط لعذر هل يسن له التشبه به لم يتعرض له أصحابنا وقال بعض الشافعية يتعذر فى حقه أى على وجه الكمال ، فلا ينافى ماذكره بعضهم أنه قد يقال يشرع له وإن كان المنكب مستورا بالمخيط للعذر . قلت : والأظهر فعله شرح اللباب ملخصا (قوله وراء الحطيم) ويسمى حظيرة إسمعيل أو هو البقعة التى تحت الميزاب عليها حاجز كنصف دائرة بينها وبين البيت فرجة سمى بالحطيم لأنه حطم من البيت أى كسر وبالحجر لأنه حجر منه أى منع (قوله لأن منه ستة أذرع من البيت) لفظة منه خبر إن مقدم وستة اسمها مؤخر ومن البيت صفة ستة والتقدير لأن ستة أذرع كائنة من البيت ثابتة منه أو منه حال من ستة مقدم عليه ومن البيت خبر وهو جائز كقوله « لمية موحشا طلل » ط :

قلت: والثانى أظهر فافهم قال فى الفتح وليس الحجر كله من البيت بل ستة أذرع منه فقط لحديث عائشة رضى الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ستة أذرع من الحجر من البيت وما زاد ليس من البيت » رواه مسلم (قوله لم يجز) بفتح أوله وضم ثانيه من الجواز بمعنى الحل لا الصحة أو بضم أوله وسكون ثانيه من الإجزاء أى على وجه الكمال قال القارى فى شرح النقاية : ولو طاف من الفرجة لايجزيه فى تحقق كماله ، ولابد من إعادة الطواف كله لتحققه ، وإن أعاد من الحطيم وحده أجزاه بأن يأخذ على يمينه خارج الحجر ، حتى ينتهى إلى آخره ثم يدخل الحجر من الفرجة ويخرج من الجانب الآخر أو لايدخل الحجر ، وهو أفضل بأن يرجع ويبتدئ

كاستقباله احتياطا وبه قبر إسمعيل وهاجر (سبعة أشواط) فقط (فلو طاف ثامنا مع علمه به) فالصحيح أنه (يلزمه إتمام الأسبوع للشروع) أى لأنه شرع فيه ملتزما بخلاف مالو ظن أنه سابع لشروعه مسقطا لامستلزما بخلاف الحج .

من أول الحجر هكذا يفعل سبع مرات ويقضى صفقه من رمل وغيره ولو لم يعد صح طوافه ووجب عليه دم اه (قوله كاستقباله) أى فإنه إذا استقبله المصلى لم تصح صلاته لأن فرضية استقبال الكعبة ثبتت بالنص القطعى وكون الحطيم من الكعبة ثبت بالآحاد فصار كأنه من الكعبة من وجه دون وجه فكان الاحتياط فى وجوب الطواف وراءه وفى عدم صحة استقباله والتشبيه يمكن تصحيحه على الوجهين اللذين ذكرناهما فى قوله لم يجز مع قطع النظر عن المفهوم فافهم (قوله وبه قبر إسمعيل وهاجر) عزاه فى البحر إلى غاية البيان . وذكر بعضهم أن ابن الجوزى أورد أن قبر إسمعيل فيما بين الميزاب إلى باب الحجر الغربى .

[تنبيه] لم يذكر الشاذروان وهو الإفريز المسنم الخارج عن عرض جدار البيت قدر ثلثى ذراع ، قيل إنه من البيت بقى منه حين عمرته قريش كالحطيم . وهو ليس منه عندنا لكن ينبغى أن يكون طوافه وراءه خروجا من الخلاف كما فى الفتح واللباب وغيرهما (قوله سبعة أشواط) من الحجر إلى الحجر شوط خانية وهذا بيان للواجب لا للفرض فى الطواف لما مر أن أقل الأشواط السبعة واجبة تجبر بالدم ، فالركن أكثرها بحر لكن الظاهر أن هذا فى الفرض والواجب فقد صرحوا بأنه لو ترك أكثر أشواط الصدر لزمه دم وفى الأقل لكل شوط صدقة .

مطلب فى طواف القدوم

وأما القدوم فلم يصرحوا بما يلزمه لو تركه بعد الشروع ، وبحث السندى فى منسكه الكبير أنه كالصدر ونازعه فى شرح اللباب بأن الصدر واجب بأصله فلا يقاس عليه مايجب بشروعه فالظاهر أنه لايلزمه بتركه شىء سوى التوبة كصلاة النفل اه ملخصا . وقد يقال وجوبه بالشروع بمعنى وجوب إكماله وقضائه باهماله ويلزم منه وجوب الإتيان بواجباته كصلاة النافلة ، حتى لو ترك منها واجبا وجب إعادتها أو الإتيان بما يجبر ماتركه منها كالصلاة الواجبة ابتداء ، وهنا كذلك لو ترك أقله تجب فيه صدقة ولو ترك أكثره يجب فيه دم لأنه الجابر لترك الواجب فى الطواف كسجود السهو فى ترك الواجب فى النافلة والله تعالى أعلم (قوله مع علمه به) أى بأنه ثامن لكن فعله بناء على الوهم أو الوسوسة لاعلى قصد دخول طواف آخر ، فإنه حينئذ يلزم اتفاقا شرح اللباب .

قلت : لكن التعليل يفيد أن الخلاف فيما لو قصد الدخول فى طواف آخر أيضا (قوله لشروعه مسقطا لاملزما) أى لأنه شرع فيه لإسقاط الواجب عليه وهو إتمام السبعة لاملزما نفسه بشوط مستأنف حتى يجب عليه إكماله لما تبين له أنه ثامن (قوله بخلاف الحج) فإنه إذا شرع فيه مسقطا يلزمه إتمامه بخلاف بقية العبادات بحر .

والحاصل : أن الطواف كغيره من العبادات مثل الصلاة والصوم لو شرع فيه على وجه الإسقاط بأن ظن أنه عليه ثم تبين خلافه لا يلزمه إتمامه إلا الحج ، فإنه يلزمه إتمامه مطلقا كما مر أول الفصل .

[تنبيه] لو شك فى عدد الأشواط فى طواف الركن أعاده ولايبنى على غالب ظنه ، بخلاف الصلاة ، وقيل إذا كان يكثر ذلك يتحرى ، ولو أخبره عدل بعدد يستحب أن يأخذ بقوله ، ولو أخبره عدلان وجب العمل بقولهما لباب قال شارحه ومفهومه أنه لوشك فى أشواط غير الركن لايعيده بل يبنى على غلبة ظنه لأن غير الفرض

واعلم أن مكان الطواف داخل المسجد ولو وراء زمزم لاخارجه لصيرورته طائفا بالمسجد لا بالبيت ولو خرج منه أو من السعى إلى جنازة أو مكتوبة أو تجديد وضوء ثم عاد بنى وجاز فيهما أكل وبيع وإفتاء وقراءة لكن الذكر أفضل منها وفى منسك النووى الذكر المأثور أفضل وأما غير المأثور فالقراءة أفضل فليراجع

على التوسعة والظاهر أن الواجب فى حكم الركن لأنه فرض عملى اه (قوله مكان) بالنصب على أنه اسم إن فهو اسم مكان لا ظرف مكان لأن ظرف المكان لا يقع اسم إن لأن اسمها مبتدأ فى الأصل وقوله : داخل بالرفع على أنه خبرها وقوله : لا خارجه عطف عليه ويجوز فيهما النصب على الظرفية والمتعلق خبر إن فيكون من ظرفية الأخص فى الأعم فافهم (قوله ولو وراء زمزم) أو المقام أو السوارى أو على سطحه ولو مرتفعا على البيت لباب (قوله لابالبيت) لأن حيطان المسجد تحول بينه وبين البيت بحرعن المحيط ومفهومه أنه لو كانت الحيطان متهدمة يصح وحقق فى الفتح أن هذا المفهوم غير معتبر أخذا من تعليل المبسوط (قوله بنى) أى على ماكان طافه . ولا يلزمه الاستقبال فتح . قلت : ظاهره أنه لو استقبل لا شىء عليه فلا يلزمه إتمام الأول لأن هذا الاستقبال للإكمال بالموالاة بين الأشواط ، ثم رأيت فى اللباب ما يدل عليه حيث قال فى فصل مستحبات الطواف : ومنها استئناف الطواف لو قطعه أو فعله على وجه مكروه قال شارحه لو قطعه أى ولو بعذر ، والظاهر أنه مقيد بماقبل إتيان أكثره اه بقى مالإذا حضرت الجنازة أو المكتوبة فى أثناء الشوط هل يتمه أولا ؟ لم أر من صرح به عندنا وينبغى عدم الإتمام إذا خاف فوت الركعة مع الإمام وإذا عاد للبناء هل يبنى من محل انصرافه أو يبتدىء الشوط من الحجر ؟ والظاهر الأول قياسا على من سبقه الحدث فى الصلاة ثم رأيت بعضهم نقله عن صحيح البخارى عن عطاء بن أبى رباح التابعى وهو ظاهر قول الفتح بنى على ماكان طافه والله أعلم :

[تنبيه] إذا خرج لغير حاجة كره ولا يبطل فقد قال فى اللباب ولامفسد للطواف وعد من مكروهاته تفريقه أى الفصل بين أشواطه تفريقا كثيرا وكذا قال فى السعى بل ذكر فى منسكه الكبير لو فرق السعى تفريقا كثيرا كأن سعى كل يوم شوطا أو أقل لم يبطل سعيه ويستحب أن يستأنف (قوله وجاز فيهما أكل وبيع) المصرح به فى اللباب كراهة البيع فيهما وكراهة الأكل فى الطواف لا السعى ، ومثل البيع الشراء وعد الشرب فيهما من المباحات (قوله لكن الذكر أفضل منها) أى من القراءة فى الطواف ، وهذا ما نقله فى الفتح عن التجنيس وقال وفى الكافى للحاكم الذى هو جمع كلام محمد يكره أن يرفع صوته بالقراءة فيه ولا بأس بقراءته فى نفسه ، وفى المنتقى عن أبى حنيفة لا ينبغى للرجل أن يقرأ فى طوافه ولا بأس بذكر الله تعالى ، ولا ينبو ما ذكره فى التجنيس عما ذكره الحاكم لأن لا بأس فى الأكثر لخلاف الأولى اه أى ومن غير الأكثر قول المنتقى ، ولا بأس بذكر الله تعالى :

ثم قال فى الفتح : والحاصل أن هدى النبى صلى الله عليه وسلم هو الأفضل ، ولم يثبت عنه فى الطواف قراءة بل الذكر وهو المتوارث من السلف والمجمع عليه فكان أولى اه (قوله فليراجع) أقول : الحاصل من هذه النقول التى ذكرناها آنفا أن القراءة خلاف الأولى وأن الذكر أفضل منها مأثورا أولا كما هو مقتضى الاطلاق إلا أن يراد به الكامل وهو المأثور فيوافق ما نقله الشارح عن النووى ، واستحسنه فى شرح اللباب ، لكن كون القراءة أفضل من غير المأثور ينبو عنه قول المنتقى : لاينبغى أن يقرأ فى طوافه ، فإنه يشعر بالمنع عن القراءة تنزيها والظاهر عدم المنع عن ذكر غير مأثور يدل عليه ماأسلفناه عن الهداية من أن محمدا رحمه الله لم يعين فى الأصل لمشاهد الحج شيئا من الدعوات لأن التوقيت يذهب بالرقة وإن تبرك بالمنقول منها فحسن اه وهذا يفيد أن المراد بالذكر هنا مطلقه كما هو قضية إطلاقهم على خلاف ما فصله النووى فليتأمل .

(ورمل) أى مشى بسرعة مع تقارب الخطا وهز كتفيه (فى الثلاث الأول) استنانا (فقط) فلو تركه أو نسيه ولو فى الثلاثة لم يرمل فى الباقى ولو زحمه الناس وقف حتى يجد فرجة فيرمل بخلاف الاستلام لأن له بدلا (من الحجر إلى الحجر) فى كل شوط (وكلما مر بالحجر فعل ماذكر) من الاستلام (واستلم الركن) اليمانى (وهو مندوب) لكن بلا تقبيل: وقال محمد: هو سنة ويقبله والدلائل تؤيده ويكره استلام غيرهما (وختم الطواف باستلام الحجر استنانا ثم صلى شفعا)

[تنبيه] ورد أنه صلى الله عليه وسلم قال بين الركنين «ربنا آتنا فى الدنيا حسنة الخ» ولاينافى مامر لأن الظاهر أن المراد المنع عن قراءة ماليس فيه ذكر أو قاله على قصد الذكر أو لبيان الجواز تأمل (قوله ورمل) أى فى كل طواف بعده سعى وإلا فلا كالاضطباع بدائع. قال فى النهر: وفى الغاية لوكان قارنا وقد رمل فى طواف العمرة لا يرمل فى طواف القدوم، وفى المحيط لو طاف للتحيــة محدثا وسعى بعده كان عليه أن يرمل فى طواف الزيارة، ويسعى بعده لحصول الأول بعد طواف ناقص وإن لم يعده فلا شىء عليه (قوله وهز كتفيه) مصدر مجرور معطوف على تقارب، وهو أقرب من جعله فعلا معطوفا على مشى (قوله استنانا) ففى مسلم وأبى داود والنسائى عن ابن عمر رضى الله عنهما قال «رمل رسول الله صلى الله عليه وسلم من الحجر إلى الحجر ثلاثا ومشى أربعا» فتح وقال ابن عباس: لا يسن وبه أخذ بعض المشايخ كما فى مناسك الكرمانى نهر (قوله ولو فى الثلاثة الخ) قال فى الفتح ولو مشى شوطا ثم تذكر لا يرمل إلا فى شوطين وإن لم يذكر فى الثلاثة لا يرمل بعد ذلك اهـ أى لأن ترك الرمل فى الأربعة سنة ؛ فلورمل فيها كان تاركا للسنتين وترك إحداهما أسهل بحر، ولورمل فى الكل لا يلزمه شىء ولوالجية، وينبغى أن يكره تنزيها لمخالفة السنة بحر (قوله وقف) وفى شرح الطحاوى يمشى حتى يجد الرمل وهو الأظهر لأن وقوفه مخالف للسنة قارى على النقاية وفى شرحه على اللباب لأن الموالاة بين الأشواط وأجزاء الطواف سنة متفق عليها بل قيل واجبة فلا يتركها لسنة مختلف فيها اهـ. قلت: ينبغى التفصيل جمعا بين القولين بأنه إن كانت الزحمة قبل الشروع وقف لأن المبادرة إلى الطواف مستحبة فيتركها لسنة الرمل المؤكدة وإن حصلت فى الأثناء فلا يقف لئلا تفوت الموالاة (قوله لأن له بدلا) وهو الإشارة إلى الحجر والرمل لا بدل له (قوله من الحجر إلى الحجر) لا إلى الركن اليمانى كما قيل (قوله فى كل شوط) أى من الثلاثة (قوله وكلما مر) أى فى الأشواط السبعة (قوله من الاستلام) فهو سنة بين كل شوطين كما فى غاية البيان:

وذكر فى المحيط والولوالجية: أنه فى الابتداء والانتهاء سنة، وفيما بين ذلك أدب بحر ووفق فى شرح اللباب بأنه فى الطرفين آكد مما بينهما قال وكذا يسن بين الطواف والسعى اهـ وفى الهداية وإن لم يستطع الاستلام استقبل وكبر وهلل على ما ذكرنا قال فى الفتح: ولم يذكر المصنف رفع اليدين فى كل تكبير يستقبل به فى كل مبدأ شوط واعتقادى أن عدم الرفع هو الصواب ولم أر عنه عليه الصلاة والسلام خلافه (قوله واستلم الركن اليمانى) أى فى كل شوط والمراد بالاستلام هنا لمسه بكفيه أو بيمينه دون يساره بدون تقبيل وسجود عليه ولانيابة عنه بالإشارة عند العجز عن لمسه للزحمة شرح اللباب (قوله والدلائل تؤيده) أى تؤيد قوله بكونه سنة وبأنه يقبله لكن فى شرح اللباب أن ظاهر الرواية الأول كما فى الكافى والهداية وغيرهما، وفى الكرمانى: وهو الصحيح وفى النخبة ما عن محمد ضعيف جدا، وفى البدائع: لاخلاف فى أن تقبيله ليس سنة وفى السراجية: ولا يقبله فى أصح الأقاويل (قوله ويكره استلام غيرهما) وهو الركن العراقى والشامى لأنهما ليسا ركنين حقيقة بل من وسط البيت لأن بعض الحطيم من البيت بدائع والكراهة تنزيهية كما فى البحر (قوله ثم صلى شفعا) أى ركعتين يقرأ فيهما الكافرون

فى وقت مباح (يجب) بالجيم على الصحيح (بعد كل أسبوع عند المقام) حجارة ظهر فيها أثر قدمى الخليل (أو غيره من المسجد) وهل يتعين المسجد؟ قولان (ثم) التزم الملتزم وشرب من ماء زمزم و (عاد)

والإخلاص اقتداء بفعله عليه الصلاة والسلام نهر، ويستحب أن يدعو بعدهما بدعاء آدم عليه السلام، ولو صلى أكثر من ركعتين جاز ولا تجزئ المكتوبة، ولا المنذورة عنهما، ولا يجوز اقتداء مصليهما بمثله لأن طواف هذا غير طواف الآخر ولو طاف بصبى لا يصلى عنه لباب (قوله فى وقت مباح) قيد للصلاة فقط فتكره فى وقت الكراهة بخلاف الطواف والسنة والموالاة بينهما وبين الطواف، فيكره تأخيرها عنه إلا فى وقت مكروه ولو طاف بعد العصر يصلى المغرب، ثم ركعتى الطواف، ثم سنة المغرب، ولو صلاها فى وقت مكروه قيل صحت مع الكراهة، ويجب قطعها فإن مضى فيها فالأحب أن يعيدها لباب وفى إطلاقه نظر لما مر فى أوقات الصلاة من أن الواجب، ولو لغيره كركعتى الطواف والنذر لا تنعقد فى ثلاثة من الأوقات المنهية أعنى الطلوع والاستواء والغروب، بخلاف مابعد الفجر، وصلاة العصر فإنها تنعقد مع الكراهة فيهما (قوله على الصحيح) وقيل يسن قهستانى (قوله بعد كل أسبوع) أى على التراخى مالم يرد أن يطوف أسبوعا آخر، فعلى الفور بحر. وفى السراج يكره عندهما الجمع بين أسبوعين، أو أكثر بلا صلاة بينهما وإن انصرف عن وتر. وقال أبو يوسف: لا يكره إذا انصرف عن وتر كثلاثة أسابيع أو خمسة أو سبعة، والخلاف فى غير وقت الكراهة أما فيه فلا يكره إجماعا ويؤخر الصلاة إلى وقت مباح اه وإذا زال وقت الكراهة هل يكره الطواف قبل الصلاة لكل أسبوع ركعتين قال فى البحر: لم أره وينبغى الكراهة لأن الأسابيع حينئذ صارت كأسبوع واحد اه، ولو تذكر ركعتى الطواف بعد شروعه فى آخر فإن قبل تمام شوط رفضه وإلا أتم الطواف، وعليه لكل أسبوع ركعتان لباب، وأطلق الأسبوع فشمل طواف الفرض والواجب والسنة والنفل، خلافا لمن قيد وجوب الصلاة بالواجب قال فى الفتح: وهو ليس بشئ لإطلاق الأدلة اه.

والظاهر أن المراد بالأسبوع الطواف لا العدد، حتى لو ترك أقل الأشواط لعذر مثلا وجبت الركعتان، وعليه موجب ما ترك فليراجع، وأما قوله فى شرح اللباب: تجب بعد كل طواف ولو أدى ناقصا فيحتمل نقصان العدد، ونقصان الوصف كالطواف مع الحدث والجنابة والظاهر أن مراده الثانى (قوله عند المقام) عبارة اللباب خلف المقام قال: والمراد به مايصدق عليه ذلك عادة، وعرفا مع القرب، وعن ابن عمر رضى الله عنهما أنه إذا أراد أن يركع خلف المقام جعل بينه وبين المقام صفا أو صفين، أو رجلا أو رجلين رواه عبدالرزاق اه (قوله حجارة الخ) ذكره فى البحر عن تفسير القاضى لكن عبر بحجر بالإفراد وأنه الموضع الذى كان فيه حين قام عليه ودعا الناس إلى الحج وحرر بعض العلماء الأعلام أن الحجر الذى فى المقام ارتفاعه من الأرض نصف ذراع وربع وثمن، وأعلاه مربع من كل جانب نصف ذراع وربع وعمق غوص القدمين سبع قراريط ونصف (قوله قولان) لم أر من حكى القولين، سوى ماتوهمه عبارة النهر وفيها نظر، والمشهور فى عامة الكتب أن صلاتها فى المسجد أفضل من غيره، وفى اللباب: ولا تختص بزمان ولا مكان ولا تفوت فلو تركها لم تجبر بدم، ولو صلاها خارج الحرم، ولو بعد الرجوع إلى وطنه جاز ويكره، ويستحب مؤكدا أداؤها خلف المقام، ثم فى الكعبة ثم فى الحجر تحت الميزاب، ثم كل ماقرب من الحجر، ثم باقى الحجر ثم ماقرب من البيت، ثم المسجد ثم الحرم، ثم لا فضيلة بعد الحرم بل الإساءة اه (قوله ثم التزم الملتزم الخ) هو مابين الحجر الأسود إلى الباب هذا وفى الفتح: ويستحب أن يأتى زمزم بعد الركعتين ثم يأتى الملتزم، قبل الخروج إلى الصفا، وقيل يأتى الملتزم، ثم يصلى، ثم يأتى زمزم، ثم يعود إلى الحجر

إن أراد السعي (واستلم الحجر وكبر وهلل وخرج) من باب الصفا ندبا (فصعد الصفا) بحيث يرى الكعبة من الباب (واستقبل البيت وكبر وهلل وصلى على النبي صلى الله عليه وسلم) بصوت مرتفع خانية (ورفع يديه) نحو السماء (ودعا) لختمه العبادة (بما شاء) لأن محمدا لم يعين شيئا لأنه يذهب برقة القلب

ذكره السروجي اه والثاني هو الأسهل والأفضل وعليه العمل شرح اللباب، وما ذكره الشارح مخالف للقولين ظاهرا لكن الواو لا تقتضي الترتيب فيحمل على القول الأول وقد ذكر في شرح اللباب في طواف الصدر أنه هو المشهور من الروايات وهو الأصح كما صرح به الكرماني والزيلعي اه وقال هنا ولم يذكر في كثير من الكتب إتيان زمزم والملتزم فيما بين الصلاة والتوجه إلى الصفا ولعله لعدم تأكده .

مطلب في السعي بين الصفا والمروة

(قوله إن أراد السعي) أفاد أن العود إلى الحجر إنما يستحب لمن أراد السعي بعده وإلا فلا كما في البحر وغيره، وكذا الرمل والاضطباع تابعا لطواف بعده سعي كما قدمناه ، وأشار إلى ما في النهر من أن السعي بعد طواف القدوم رخصة لاشتغاله يوم النحر بطواف الفرض والذبح والرمي وإلا فالأفضل تأخيره إلى ما بعد طواف الفرض ، لأنه واجب ، فجعله تبعا للفرض أولى كذا في التحفة وغيرها اه لكن ذكر في اللباب خلافا في الأفضلية ثم قال : والخلاف في غير القارن أما القارن فالأفضل له تقديم السعي أو يسن اه وأشار أيضا إلى أن السعي بعد الطواف فلو عكس أعاد السعي لأنه تبع له ، وصرح في المحيط بأن تقديم الطواف شرط لصحة السعي ، وبه علم أن تأخير السعي واجب وإلى أنه لا يجب بعده فورا والسنة الاتصال به بحر، فإن أخره لعذر أو ليستريح من تعبه ، فلا بأس وإلا فقد أساء ولا شيء عليه لباب (قوله من باب الصفا ندبا) كذا في السراج لخروجه منه عليه الصلاة والسلام : وفي الهداية : أن خروجه منه عليه الصلاة والسلام لأنه كان أقرب الأبواب إلى الصفا لا أنه سنة (قوله فصعد الصفا الخ) هذا الصعود ومابعده سنة ، فيكره أن لا يصعد عليهما بحر عن المحيط أي إذا كان ماشيا بخلاف الراكب كما في شرح المرشدي .

واعلم أن كثيرا من درجات الصفا دفنت تحت الأرض بارتفاعها حتى إن من وقف على أول درجة من درجاتها الموجودة أمكنه أن يرى البيت ، فلا يحتاج إلى الصعود وما يفعله بعض أهل البدعة والجهلة من الصعود حتى يلتصقوا بالجدار ، فخلاف طريقة أهل السنة والجماعة شرح اللباب (قوله وكبر الخ) في اللباب فيحمد الله تعالى ويثني عليه ، ويكبر ثلاثا ويهلل ، ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ، ثم يدعو للمسلمين ولنفسه بما شاء ويكرر الذكر مع التكبير ثلاثا ويطيل المقام عليه اه أي قدر مايقرأ سورة من المفصل كما في شرحه عن العدة لصاحب الهداية (قوله بصوت مرتفع) اقتصر في الخانية على ذكر التكبير والتهليل وقال يرفع صوته بهما اه وأما الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم فقد قدمنا في دعاء التلبية أنه يخفض صوته بها فيحتمل أن يكون هنا كذلك تأمل :

[تنبيه] في اللباب : ويلبي في السعي الحاج لا المعتمر زاد شارحه ولا اضطباع فيه مطلقا عندنا كما حققناه في رسالة خلافا للشافعية (قوله ورفع يديه) أي حذاء منكبيه لباب وبحر (قوله لختمه العبادة) قال في السراج : وإنما ذكر الدعاء ههنا ولم يذكره عند استلام الحجر لأن الاستلام حالة ابتداء العبادة ، وهذا حالة ختمها لأن ختم الطواف بالسعي والدعاء يكون عند الفراغ منها لا عند ابتدائها كما في الصلاة اه وفيه أن هذا ابتداء السعي لا ختم الطواف إلا أن يقال إن السعي إنما يتحقق عند النزول عن الصفا ، أما الصعود عليها فقد تحقق عنده ختم الطواف لقصده الانتقال عنه إلى عبادة أخرى تابعة له فتأمل (قوله لأنه يذهب برقة القلب) أي لأنه بسبب حفظه له يجري على لسانه

وإن تبرك بالمأثور فحسن (ثم مشى نحو المروة ساعيا بين الميلين الأخضرين) المتخذين فى جدار المسجد (وصعد عليها وفعل مافعله على الصفا يفعل هكذا سبعا يبدأ بالصفا ويختم) الشوط السابع (بالمروة) فلو بدأ بالمروة لم يعتد بالأول هو الأصح وندب ختمه بركعتين فى المسجد كختم الطواف

بلا حضور قلب وهذا بخلاف الدعاء فى الصلاة فإنه ينبغى الدعاء فيها بما يحفظه لئلا يجرى على لسانه مايشبه كلام الناس فتفسد صلاته كما نقله ط عن الولوالجية (قوله وإن تبرك بالمأثور فحسن) أى فى هذا الموضع وغيره من مناسك الحج ، وقد ذكرت ذلك فى رسالتى بغية الناسك فى أدعية المناسك (قوله ثم مشى نحو المروة) قال فى اللباب : ثم يهبط نحو المروة ساعيا ذاكرا ماشيا على هينته ، حتى إذا كان دون الميل المعلق فى ركن المسجد قبل بنحو ستة أذرع سعى سعيا شديدا فى بطن الوادى ، حتى يجاوز الميلين ، ثم يمشى على هينته ، حتى يأتى المروة ، ويستحب أن يكون السعى بين الميلين فوق الرمل دون العدو ، وهو فى كل شوط أى بخلاف الرمل فى الطواف فإنه مختص بالثلاثة الأول خلافا لمن جعله مثله ، فلو تركه أو هرول فى جميع السعى فقد أساء ولا شىء عليه وإن عجز عنه صبر حتى يجد فرجة وإلا تشبه بالساعى فى حركته وإن كان على دابة حركها من غير أن يؤذى أحداً اهـ وقوله قبل بنحو ستة أذرع قال شارحه هو منسوب للشافعى وذكر أيضا فى بعض المناسك لأصحابنا اهـ .

قلت : ونقله فى المعراج عن شرح الوجيز وقال إن الميل كان على متن الطريق فى الموضع الذى يبتدأ منه السعى . فكان يهدمه السيل فرفعوه إلى أعلى ركن المسجد ، ولذا سمى معلقا فوقع متأخراً عن ابتداء السعى بستة أذرع لأنه لم يكن موضع أليق منه والميل الثانى متصل بدار العباس اهـ ونقله فى الشرنبلالية أيضا وأقره ، ونقله بعض المحشين عن منسك ابن العجمى والطرابلسى والبحر العميق وغيرهم .

قلت : ولا ينافيه قول المتون ساعيا بين الميلين لأنه باعتبار الأصل (قوله المتخذين) فى نسخة المنحوتين (قوله وصعد عليها) أى باعتبار الزمن الأول أما الآن فمن وقف على الدرجة الأولى ، بل على أرضها يصدق أنه طلع عليها شرح اللباب (قوله وفعل مافعله على الصفا) أى من الاستقبال بأن يميل إلى يمينه أدنى ميل ليتوجه إلى البيت . وإلا فالبيت لايبدو اليوم لحجبه بالبنيان ، ومن التكبير والذكر والدعاء المشتمل على الصلاة والثناء شرح اللباب (قوله يبدأ بالصفا الخ) فيه إشارة إلى أن الذهاب إلى المروة شوط والعود منها إلى الصفا شوط ، وهو الصحيح وقال الطحاوى : إن الذهاب والعود شوط واحد كالطواف ، فإنه من الحجر إلى الحجر شوط وتمامه فى الفتح وغيره (قوله فلو بدأ بالمروة الخ) قدمنا الكلام عليه فى الواجبات (قوله وندب الخ) ذكره فى الخانية وغيرها ، وقوله كختم الطواف ليكون ختم السعى كختم الطواف كما أن مبدأهما بالاستلام قال فى الفتح : ولا حاجة إلى هذا القياس إذ فيه نص وهو ماروى المطلب بن أبى وداعة قال « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم حين فرغ من سعيه جاء حتى إذا حاذى الركن فصلى ركعتين فى حاشية المطاف وليس بينه وبين الطائفين أحد » رواه أحمد وابن ماجه وابن حبان وقال فى روايته « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى حذو الركن الأسود والرجال والنساء يمرون بين يديه مابينهم وبينه سترة » وتمامه فيه .

مطلب فى عدم منع المار بين يدى المصلى عند الكعبة

[تنبيه] قال العلامة قطب الدين فى منسكه رأيت بخط بعض تلامذة الكمال بن الهمام فى حاشية الفتح إذا صلى فى المسجد الحرام ينبغى أن لايمنع المار لهذا الحديث ، وهو محمول على الطائفين لأن الطواف صلاة فصار كمن

(ثم سكن بمكة محرما) بالحج ولا يجوز فسخ الحج بالعمرة عندنا (وطاف بالبيت نفلا ماشيا) بلا رمل وسعى وهو أفضل من الصلاة نافلة للآفاقى وقلبه للمكى . وفى البحر : ينبغى تقييده بزمن الموسم وإلا فالطواف أفضل من الصلاة مطلقا (وخطب الإمام) أولى خطب الحج الثلاث (سابع ذى الحجة بعد الزوال) بعد (صلاة الظهر)

بين يديه صفوف من المصلين اه وقال ثم رأيت فى البحر العميق حكى عز الدين بن جماعة عن مشكلات الآثار للطحاوى أن المرور بين يدى المصلى بحضرة الكعبة يجوز اه .

قلت : وهذا فرع غريب فليحفظ (قوله ثم سكن بمكة محرما) إنما عبر بالسكنى دون الإقامة لإيهامها الإقامة الشرعية ، وهى لاتصح لما فى البحر من باب صلاة المسافر إذا دخل الحاج مكة فى أيام العشر ونوى الإقامة نصف شهر لايصح لأنه لابد له من الخروج إلى عرفات فلا يتحقق اتحاد الموضع الذى هو شرط صحة نية الإقامة ط (قوله بالحج) إنما ذكره وإن كان القارن والمتمتع الذى ساق الهدى كذلك لأن الباب معقود للمفرد ط (قوله ولا يجوز الخ) الأولى التفريع بالفاء على قوله محرما بالحج كما فعل فى البحر : أى لايجوز أن يفسخ نية الحج بعدما أحرم به ، ويقطع أفعاله ويجعل إحرامه وأفعاله للعمرة لباب ، وأما أمره عليه الصلاة والسلام بذلك أصحابه إلا من ساق الهدى فمخصوص بهم أو منسوخ نهر ، وقد أوضح المقام المحقق ابن الهمام (قوله بلا رمل وسعى) لأن الرمل وكذا الاضطباع تابعان لطواف بعده سعى والسعى من واجبات الحج والعمرة فقط ، وهذا الطواف تطوع فلا سعى بعده قال فى الشرنبلالية عن الكافى لأن التنفل بالسعى غير مشروع (قوله وهو) أى الطواف (قوله ينبغى تقييده) أى تقييد كون الصلاة النافلة أفضل من طواف التطوع فى حق المكى بزمن الموسم لأجل التوسعة على الغرباء وقوله مطلقا أى للمكى والآفاقى فى غير الموسم ، وقد أقره على هذا البحث فى النهر .

قلت: لكن يخالفه مافى الولوالجية ونصه الصلاة بمكة أفضل لأهلها من الطواف وللغرباء الطواف أفضل لأن الصلاة فى نفسها أفضل من الطواف لأن النبى صلى الله عليه وسلم شبه الطواف بالبيت بالصلاة لكن الغرباء لو اشتغلوا بها لفاتهم الطواف من غير إمكان التدارك فكان الاشتغال بما لايمكن تداركه أولى اه .

مطلب الصلاة أفضل من الطواف وهو أفضل من العمرة

[تنبيه] فى شرح المرشدى على الكنز قولهم إن الصلاة أفضل من الطواف ليس مرادهم أن صلاة ركعتين مثلا أفضل من أداء أسبوع لأن الأسبوع مشتمل على ركعتين مع زيادة بل مرادهم به أن الزمن الذى يؤدى فيه أسبوعا هل الأفضل فيه أن يصرفه للطواف أم يشغله بالصلاة اه ونظيره ماأجاب به العلامة القاضى إبراهيم بن ظهيرة المكى حيث سئل هل الأفضل الطواف أو العمرة من أن الأرجح تفضيل الطواف على العمرة إذا شغل به مقدار زمن العمرة إلا إذا قيل إنها لاتقع إلا فرض كفاية فلا يكون الحكم كذلك .

[تتمة] سكت المصنف عن دخول البيت ولا شك أنه مندوب إذا لم يشتمل على إيذاء نفسه أو غيره وهذا مع الزحمة قلما يكون نهر .

مطلب فى دخول البيت الشريف

قلت : وكذا إذا لم يشتمل على دفع الرشوة التى يأخذها الحجبة كما أشار إليه منلا على ، وسيأتى تمام الكلام على الدخول عند ذكر الشارح له فى الفروع آخر الحج (قوله أولى خطب الحج الثلاث) ثانيها بعرفة قبل الجمع بين الصلاتين ثالثها بمنى فى اليوم الحادى عشر ، فيفصل بين كل خطبة بيوم وكلها خطبة واحدة بلا جلسة فى وسطها

وكره قبله (وعلم فيها المناسك فإذا صلى بمكة الفجر) يوم التروية (ثامن الشهر خرج إلى منى) قرية من الحرم على فرسخ من مكة (ومكث بها إلى فجر عرفة ثم) بعد طلوع الشمس (راح إلى عرفات) على طريق ضب (و) عرفات (كلها موقف إلا بطن عرنة) بفتح الراء وضمها واد من الحرم غربي مسجد عرفة (فبعد الزوال قبل) صلاة (الظهر خطب الإمام) فى المسجد

إلا خطبة يوم عرفة وكلها بعد ماصلى الظهر إلا بعرفة ، وكلها سنة لباب ولم يذكر المصنف ولا الشارح الخطبة الثالثة فى موضعها (قوله وكره قبله) أى قبل الزوال سراج .

مطلب فى الرواح إلى عرفات

(قوله وعلم فيها المناسك) أى التى يحتاج إليها يوم عرفة من كيفية الإحرام والخروج إلى منى والمبيت بها والرواح منها إلى عرفة والصلاة بها والوقوف فيها والإفاضة منها وغير ذلك ، أو جميع مايحتاج إليه الحاج إلى تمام حجه وإن كان بعدها خطب لأن التأكيد خير (قوله فإذا صلى بمكة الفجر الخ) كذا فى الهداية وقال الكمال ظاهر هذا الترتيب إعقاب صلاة الفجر بالخروج إلى منى وهو خلاف السنة ، واستحسن فى المحيط كونه بعد الزوال ، وليس بشيء وقال المرغينانى بعد طلوع الشمس وهو الصحيح (قوله يوم التروية) سمى به لأنهم كانوا يروون إبلهم فيه استعداداً للوقوف يوم عرفة إذ لم يكن فى عرفات ماء جار كزماننا شرح اللباب .

[فائدة] فى مناسك النووى يوم التروية : هو الثامن واليوم التاسع عرفة والعاشر النحر ، والحادى عشر القر بفتح القاف وتشديد الراء لأنهم يقرون فيه بمنى ، والثانى عشر يوم النفر الأول ، والثالث عشر النفر الثانى (قوله ومكث بها إلى فجر عرفة) أفاد طلب المبيت بها فإنه سنة كما فى المحيط ، وفى المبسوط : يستحب أن يصلى الظهر يوم التروية بمنى ويقيم بها إلى صبيحة عرفة اه ويصلى الفجر بها لوقتها المختار ، وهو زمان الإسفار ، وفى الخانية بغلس ، فكأنه قاسه على فجر مزدلفة والأكثر على الأول فهو الأفضل شرح اللباب . وفى مناسك النووى : وأما مايفعله الناس فى هذه الأزمان من دخولهم أرض عرفات فى اليوم الثامن فخطأ مخالف للسنة ، ويفوتهم بسببه سنن كثيرة منها الصلوات بمنى والمبيت بها ، والتوجه منها إلى نمرة والنزول بها والخطبة والصلاة قبل دخول عرفات وغير ذلك اه وقوله : والتوجه منها إلى نمرة والنزول بها فيه عندنا كلام يأتى قريبا (قوله ثم بعد طلوع الشمس) لما كانت عبارة المصنف موهمة كعبارة الكنز خلاف المراد قيدها بذلك تبعا للفتح وغيره من شروح الهداية ، قال فى غاية البيان صرح به فى شرح الطحاوى وشرح الكرخى والإيضاح وغيرها قال فى الإيضاح وإذا طلعت الشمس يوم عرفة خرج إلى عرفات لأنه عليه الصلاة والسلام فعل كذلك ثم قال وإن دفع قبله جاز والأول أولى اه ومثله فى السراج فافهم (قوله راح إلى عرفات) قال فى المعراج وينزل بعرفات فى أى موضع شاء إلا الطريق وقرب جبل الرحمة أفضل وقال الأئمة الثلاثة فى نمرة أفضل لنزوله عليه الصلاة والسلام فيه قلنا نمرة من عرفة ونزوله عليه الصلاة والسلام فيه لم يكن عن قصد اه وهذا مخالف لما فى الفتح من أن السنة أن ينزل الإمام بنمرة ولما نقلوه عن الإمام رشيد الدين من أنه ينبغى أن لايدخل عرفة حتى ينزل بنمرة قريبا من المسجد إلى زوال الشمس ، ووفق فى شرح اللباب بأن هذا بالنسبة إلى الإمام لاغيره أو بأن النزول أولا بنمرة ثم بقرب جبل الرحمة تأمل (قوله على طريق ضب) بفتح الضاد المعجمة وتشديد الموحدة ، وهو اسم للجبل الذى يلى مسجد الخيف شرح اللباب (قوله كلها موقف) بكسر القاف أى موضع وقوف نهر (قوله إلا بطن عرنة) فلا يصح الوقوف بها على المشهور كما سيأتى (قوله بفتح الراء) أى مع ضم العين كهمزة قاموس (قوله فبعد الزوال خطب الخ) أى فإذا وصل إلى

(خطبتين كالجمعة وعلم فيها المناسك و) بعد الخطبة (صلى بهم الظهر والعصر بأذان وإقامتين) وقراءة سرية : ولم يصل بينهما شيئا على المذهب ولا بعد أداء العصر فى وقت الظهر :
(وشرط) لصحة هذا الجمع

عرفة ومكث بها داعيا مصليا ذاكرا ملبيا ، فإذا زالت الشمس اغتسل أو توضأ والغسل أفضل ، ثم سار إلى المسجد أى مسجد نمرة بلا تأخير ، فإذا بلغه صعد الإمام الأعظم أو نائبه المنبر ، ويجلس عليه ويؤذن المؤذن بين يديه ، فإذا فرغ قام الإمام فخطب خطبتين ، فيحمد الله تعالى، ويثنى عليه ، ويلبى ، ويهلل ويكبر ، ويصلى على النبى صلى الله عليه وسلم ، ويعظ الناس ، ويأمرهم ، وينهاهم ويعلمهم المناسك كالوقوف بعرفة والمزدلفة والجمع بهما والرمى والذبح والحلق والطواف ، وسائر المناسك التى إلى الخطبة الثالثة ، ثم يدعو الله تعالى، وينزل لباب، فإن ترك الخطبة أو خطب قبل الزوال أجزأه وقد أساء جوهرة وقول الزيلعى جاز أى صح مع الكراهة شرنبلالية (قوله وبعد الخطبة صلى بهم) ظاهره عدم تأخير الصلاة ، وهو صريح قول البدائع ، فإذا زالت الشمس صعد الإمام المنبر ، فإذا فرغ من الخطبة أقام المؤذنون ويصلى الإمام الخ ونحوه فى اللباب وفى البحر عن المعراج : أنه يؤخر هذا الجمع إلى آخر وقت الظهر ونحوه فى شرح قاضيخان على الجامع الصغير قال فى شرح اللباب : وفيه أنه يلزم منه تأخير الوقوف ، وينافى حديث جابر رضى الله تعالى عنه حتى إذا زاغت الشمس ، فإن ظاهره أن الخطبة كانت فى أول الزوال فلا تقع الصلاة فى آخره (قوله بأذان) أى واحد لأنه للإعلام بدخول الوقت ، وهو واحد وقوله : وإقامتين أى يقيم للظهر ثم يصليها ثم يقيم للعصر لأن الإقامة لبيان الشروع فى الصلاة (قوله وقراءة سرية) لأنهما صلاتا نهار كسائر الأيام سراج (قوله ولم يصل بينهما شيئا) أى ولا السنة الراتبة قال فى اللباب : وإن أخر الإمام صلاة العصر لايكره للمأموم التطوع بينهما إلى أن يدخل الإمام فى العصر (قوله على المذهب) وهو ظاهر الرواية شرنبلالية ، وهو الصحيح فلو فعل كره وأعاد الأذان للعصر لانقطاع فوره فصار كالاشتغال بينهما بفعل آخر بحر : أى كأكل وشرب فإنه يعيد الأذان سراج ووافق الذخيرة والمحيط والكافى من استثناء سنة الظهر فخلاف الحديث وإطلاق المشايخ فتح :

[تنبيه] أخذ من هذا العلامة السيد محمد صادق بن أحمد بادشاه أنه يترك تكبير التشريق هنا ، وفى المزدلفة بين المغرب والعشاء لمراعاة الفورية الواردة فى الحديث ، كما نقله عنه الكازرونى فى فتاواه .

قلت : وفيه نظر فإن الوارد فى الحديث « أنه صلى الله عليه وسلم صلى الظهر ثم أقام فصلى العصر ولم يصل بينهما شيئا » ففيه التصريح بترك الصلاة بينهما ولايلزم منه ترك التكبير ولا يقاس على الصلاة لوجوبه دونها ولأن مدته يسيرة حتى لم يعد فاصلا بين الفريضة والراتبة .

والحاصل : أن التكبير بعد ثبوت وجوبه عندنا لايسقط هنا إلا بدليل وماذكر لايصلح للدلالة كما علمته هذا ماظهر لى والله تعالى أعلم (قوله ولا بعد أداء العصر فى وقت الظهر) سقطت هذه الجملة من بعض النسخ وعزاها فى الشرنبلالية إلى شرح الوهبانية لابن الشحنة :

مطلب فى شروط الجمع بين الصلاتين بعرفة

(قوله وشرط لصحة هذا الجمع الخ) اختلف فى هذا الجمع هل هو سنة أو مستحب وماقيل إن تقديم العصر عند الإمام واجب لصيانة الجماعة ينبغى حمله على معنى ثبت شرح اللباب :

الإمام الأعظم أو نائبه وإلا صلوا وحدانا (والإحرام) بالحج (فيهما) أى الصلاتين (فلا تجوز العصر للمنفرد فى إحداهما) فلو صلى وحده لم يصلّ العصر مع الإمام (ولا) يجوز العصر (لمن صلى الظهر بجماعة) قبل إحرام الحج (ثم أحرم إلا فى وقته) وقالا لا يشترط لصحة العصر إلا الإحرام وبه قالت الثلاثة ،

[تنبيه] اقتصر من الشروط على الإمام والاحرام وزاد فى اللباب تقديم الظهر على العصر . حتى لو تبين للإمام وقوع الظهر قبل الزوال أو بغير وضوء والعصر بعده أو بوضوء أعادهما جميعا والزمان وهو يوم عرفة والمكان وهو عرفة وماقرب منها والجماعة فالشروط ستة .

قلت : لكن الأخير داخل فى الأول فإن معنى اشتراط الإمام اشتراط صلاته بهم لاوجوده فيهم على أنه فى البحر قال إن الجماعة غير شرط ؛ حتى لو لحق الناس فزع فصلى الإمام وحده الصلاتين جاز بالإجماع على الصحيح كذا فى الوجيز ، ثم نقل عن البدائع أن الجماعة شرط الجمع عند أبى حنيفة . لكن فى حق غير الإمام لافى حق الإمام ثم قال فما فى النقاية والجوهرة والمجمع من اشتراط الجماعة ضعيف . واعترضه فى النهر بأنه نقله غير واحد وصححه الإسبيجابى ، وبأن الجواز فى مسألة الفزع للضرورة اهـ .

قلت : مامر عن البدائع يصلح توفيقا بين الكلامين والتصحيحين فتدبر . ثم يكفى إدراك جزء من الصلاتين مع الإمام ، حتى لو أدرك بعض الظهر ثم قام يقضى مافاته ثم أدرك جزءا من العصر معه يكفى كما أفاده فى البحر واللباب (قوله الإمام الأعظم) أى الخليفة بحر ، وقوله : أو نائبه أى ولو بعد موت الإمام فإنه يجمع نائبه أو صاحب شرطه لأن النواب لاينعزلون بموت الخليفة بحر ، وأطلق الإمام فشمل المقيم والمسافر لكن لو كان مقيما كإمام مكة صلى بهم صلاة المقيمين ، ولا يجوز له القصر ولا للحجاج الاقتداء به (١) . قال الإمام الحلوانى : كان الإمام النسفى يقول العجب من أهل الموقف يتابعون إمام مكة فى القصر فأنى يستجاب لهم أو يرجى لهم الخير وصلاتهم غير جائزة قال شمس الأئمة : كنت مع أهل الموقف فاعتزلت ، وصليت كل صلاة فى وقتها وأوصيت بذلك أصحابى . وقد سمعنا أنه يتكلف ويخرج مسيرة سفر ثم يأتى عرفات . فلو كان هكذا فالقصر جائز وإلا فيجب الاحتياط اهـ ملخصا من التتارخانية عن المحيط (قوله وإلا صلوا وحدانا) يوهم جواز صلاة العصر فى وقت الظهر . وعدم جواز الجماعة لو صليت العصر فى وقتها وليس بمراد ؛ فالأصوب قول الزيلعى صلوا كل واحدة منهما فى وقتها أفاده ح . ويمكن الجواب بأن وحدانا حال من المفعول صلوا لامن فاعله أى صلوا صلاتين وحدانا أى غير مجموعات بل كل واحدة فى وقتها غايته أن فيه إطلاق الجمع على مافوق الواحد فافهم (قوله والإحرام بالحج فيهما) احترز به عما لو أحرم بالعمرة فلا يجوز الجمع ، ولو أحرم بالحج قبل صلاة العصر كما لو لم يكن محرما ، وأشار إلى أن الشرط حصوله عند أداء الصلاتين ، ولو أحرم بعد الزوال فى الأصح وفى رواية لابد من وجوده قبل الزوال كما فى النهر ، وقوله : فيهما متعلق بقوله الإمام وقوله الإحرام ، ولذا فرع عليه المصنف بقوله فلا تجوز وقوله ولا لمن صلى الخ على طريق اللف والنشر المرتب (قوله لم يصل العصر مع الإمام) أى بل يصليها فى وقتها ومثله مالو صلى الظهر فقط مع الإمام لايصلى العصر إلا فى وقتها ح (قوله قبل إحرام الحج) بأن لم يحرم أصلا أو أحرم بالعمرة فقط كما مر (قوله ثم أحرم) أى بالحج قبل أداء العصر ح (قوله إلا فى وقته) أى العصر ط (قوله إلا الإحرام) فهو شرط متفق عليه عندنا والحصر بالإضافة إلى المذكور هنا أى فلا يشترط عندهما الاقتداء بالإمام أو نائبه وإلا فاشتراط الزمان

---

(١) (قوله الاقتداء به الخ) أى فى حال قصره ، أما إذا صلى صلاة المقيمين فيقتدون به اهـ .

وهو الأظهر شرنبلالية عن البرهان (ثم ذهب إلى الموقف بغسل سن ووقف الإمام على ناقته بقرب جبل الرحمة) عند الصخرات الكبار (مستقبلا) القبلة (والقيام والنية فيه) أى الوقوف (ليست بشرط ولاواجب فلو كان جالسا جاز حجه و) ذلك لأن (الشرط الكينونة فيه) فصح وقوف مجتاز وهارب وطالب غريم ونائم ومجنون وسكران

(قوله وهو الأظهر) لعله من جهة الدليل، وإلا فالمتون على قول الإمام، وصححه فى البدائع وغيرها، ونقل تصحيحه العلامة قاسم عن الإسبيجابى وقال واعتمده برهان الشريعة والنسفى (قوله ثم ذهب) أى الإمام مع القوم من مسجد نمرة إلى الموقف أى مكان الوقوف بعرفة (قوله بغسل) متعلق بقوله: صلى، وقوله ذهب قال القهستانى: أى جمع بين الصلاتين وذهب إليه حال كونه مغتسلا فى وقت الجمع والذهاب، فيكون حالا من فاعل جمع وذهب والأول فى خزانة المفتين والثانى فى الكافى اه، وقوله سن بالبناء للمجهول صفة غسل (قوله ووقف الإمام على ناقته) فى الخانية والأفضل للإمام أن يقف راكبا ولغيره أن يقف عنده اه وظاهره أن الركوب للإمام فقط، وهو مفهوم كلام المصنف كالهداية والبدائع وغيرها، ويؤيده قول السراج لأنه يدعو ويدعو الناس بدعائه، فإن كان على راحلته فهو أبلغ فى مشاهدتهم له اه لكن فى القهستانى: الأفضل أن يكون راكبا قريبا من الإمام اه ومثله فى متن الملتقى ونقل بعضهم عن السراج عن منسك ابن العجمى يكره الوقوف على ظهر الدابة إلا فى حال الوقوف بعرفة بل هو الأفضل للإمام وغيره اه ولم أره فى السراج (قوله بقرب جبل الرحمة) أى الذى فى وسط عرفات ويقال له إلال كهلال، وأما صعوده كما يفعله العوام فلم يذكر أحد ممن يعتد به فيه فضيلة بل حكمه حكم سائر أراضى عرفات وادعى الطبرى والماوردى أنه مستحب ورده النووى بأنه لا أصل له لأنه لم يرد فيه خبر صحيح ولا ضعيف نهر (قوله عند الصخرات الكبار) أى الحجرات السود المفروشة فإنها مظنة موقفه صلى الله عليه وسلم شرح اللباب. وفى شرح الشيخ إسمعيل عن منسك الفارسى قال قاضى القضاة بدر الدين: وقد اجتهدت على تعيين موقفه صلى الله عليه وسلم، ووافقنى عليه بعض من يعتمد عليه من محدثى مكة وعلمائها حتى حصل الظن بتعيينه، وأنه الفجوة المستعلية المشرفة على الموقف التى عن يمينها ووراءها صخرة متصلة بصخرات الجبل، وهذه الفجوة بين الجبل والبناء المربع عن يساره وهى إلى الجبل أقرب بقليل بحيث يكون الجبل قبالتك بيمين إذا استقبلت القبلة والبناء المربع عن يسارك بقليل وراءه اه ونقله فى اللباب أيضا باختصار قال القاضى محمد عيد والبناء المربع هو المعروف بمطبخ آدم ويعرف بحذائه صخرة مخروقة تنبع هى وما حولها من تلك الصخرات المفروشة وما وراءها من الصخار السود المتصلة بالجبل (قوله والقيام والنية) مبتدأ ومعطوف عليه، وقوله فيه متعلق بكل من القيام والنية وقوله ليست بشرط خبر المبتدإ والأولى أن يقول ليسا بالتثنية وتغليب المذكر على المؤنث فكل من القيام والنية مستحب كما فى اللباب، وإنما كانت النية شرطا فى الطواف دون الوقوف لأن النية عند الإحرام تضمنت جميع ما يفعل فيه، والوقوف يفعل فيه من كل وجه فاكتفى فيه بتلك النية والطواف يفعل فيه من وجه دون وجه لأنه يفعل بعد التحليل فاشترط فيه أصل النية دون تعيينها عملا بالشرطين شرح النقاية للقارى، لكن هذا الفرق لا يشمل طواف العمرة لأنه يفعل قبل التحلل وسيذكر آخر الباب فرق آخر (قوله لأن الشرط الكينونة فيه) أى فى محل الوقوف المعلوم من المقام: قال فى شرح اللباب: والظاهر أن هذا ركن لعدم تصور الوقوف بدونه نعم الوقت شرط اه أى مع الإحرام:

قلت: ولعله أراد بالشرط ما لا بد منه، فيشمل الركن تأمل والمراد بالكينونة الحصول فيه على أى وجه كان ولو نائما أو جاهلا بكونه عرفة أو غير صاح أو مكرها أو جنبا أو مارا مسرعا (قوله مجتاز) أى مار غير واقف

(ودعا جهرا) بجهد (وعلم المناسك ووقف الناس خلفه بقربه مستقبلين القبلة سامعين لقوله) خاشعين باكين وهو من مواضع الإجابة وهي بمكة خمسة عشر نظمها صاحب النهر فقال:

دعاء البرايا يستجاب بكعبة ... وملتزم والموقفين كذا الحجر
طواف وسعي مروتين وزمزم ... مقام وميزاب جمارك تعتبر

زاد في اللباب: وعند رؤية الكعبة

(قوله ودعا جهرا) ولا يفرط في الجهر بصوته لباب: أي بحيث يتعب نفسه لكن قيد شارحه الجهر بكونه في التلبية وقال وأما الأدعية والأذكار فبالخفية أولى اهـ.

قلت: ويؤيده قوله في السراج ويجتهد في الدعاء والسنة أن يخفي صوته لقوله تعالى - ادعوا ربكم تضرعا وخفية - اهـ

(قوله بجهد) متعلق بدعا أي باجتهاد وإلحاح في المسألة، وقد ورد « خير الدعاء دعاء يوم عرفة، وخير ماقلت أنا والنبيون من قبلي لا إله إلا الله وحده لاشريك له، له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير » رواه مالك والترمذي وأحمد وغيرهم شرح النقاية للقاري.

مطلب الثناء على الكريم دعاء

وقيل لابن عيينة هذا ثناء فلم سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم دعاء فقال: الثناء على الكريم دعاء لأنه يعرف حاجته فتح.

قلت: يشير بهذا إلى خبر « من شغله ذكري عن مسألتي أعطيته أفضل ما أعطي السائلين » ومنه قول أمية بن أبي الصلت في مدح بعض الملوك:

أألذكر حاجتي أم قد كفاني ... ثناؤك إن شيمتك الحياء
إذا أثنى عليك المرء يوما ... كفاه من تعرضه الثناء

مطلب في إجابة الدعاء

(قوله وهو) أي هذا الموقف من مواضع الإجابة أي المواضع التي تكون الإجابة أرجى فيها من غيرها كما أفاده في النهر (قوله وهي بمكة) أي وما قرب منها لأن الموقفين ومنى والجمار ليست في مكة (قوله وهي خمسة عشر موضعا الخ) كذا ذكرها في الفتح عن رسالة الحسن البصري، قال ابن حجر المكي: والحسن البصري تابعي جليل اجتمع بجمع من الصحابة فلا يقول ذلك إلا عن توقيف اهـ، ونقلها بعضهم عن النقاش المفسر في منسكه مقيدة بأوقات خاصة والحسن أطلقها، وذكر ذلك بعضهم نظما نقله ح عن الشرنبلالية فراجعهما (قوله بكعبة) أي فيها (قوله الموقفين) أي عرفة والمشعر الحرام في المزدلفة (قوله طواف) أي مكانه، والأولى أن يقول المطاف وهو ماكان في زمنه صلى الله عليه وسلم مسجدا وإلا فالمسجد الحرام كله مطاف بمعنى أنه يجوز فيه الطواف شرح اللباب (قوله وسعي) أي بين الصفا والمروة لاسيما فيما بين الميلين شرح اللباب (قوله مروتين) أي الصفا والمروة ففيه تغليب ولعله غلب المؤنث على المذكر بناء على أحد القولين للعلماء وهو أن المروة أفضل من الصفا (قوله مقام) أي خلفه كما في اللباب (قوله جمارك) أي الثلاث فبذلك بلغت خمسة عشر، لكن اعترض بأنه لادعاء في جمرة العقبة بل في الأولى والوسطى (قوله زاد في اللباب الخ) أي لباب المناسك للشيخ رحمة الله السندي تلميذ المحقق ابن الهمام اختصره

وعند السدرة والركن اليمانى ، وفى الحجر وفى منى فى نصف ليلة البدر (وإذا غربت الشمس أتى) على طريق المأزمين (مزدلفة) وحدها من مأزمى عرفة إلى مأزمى محسر (ويستحب أن يأتيها ماشيا وأن يكبر ويهلل ويحمد ويلبى ساعة فساعة و) المزدلفة (كلها موقف إلا وادى محسر) هو واد بين منى ومزدلفة ، فلو وقف به أو ببطن عرنة لم يجز على المشهور (ونزل عند جبل قزح) بضم ففتح لاينصرف للعلمية والعدل من قازح بمعنى مرتفع ، والأصح أنه المشعر الحرام وعليه ميقدة قبل كانون آدم (وصلى العشاءين بأذان وإقامة)

من منسكه الكبير ، واختصره أيضا بمنسك أصغر منه فافهم (قوله وعند السدرة) فيه أنه لم يذكرها فى اللباب ، بل ذكرها فى الشرنبلالية وهى سدرة كانت بعرفة وهى الآن غير معروفة ذكره بعض المحشين عن تاريخ مكة للعلامة القطبى ، وكذا عزاه بعض مشايخ مشايخنا لابن ظهيرة الحنفى المكى فى فضائل مكة (قوله وفى الحجر) فيه أن هذا هو تحت الميزاب كما فى الشرنبلالية عن الفتح (قوله ليلة البدر) وهى ليلة الرابع عشر من ذى الحجة التى ينزلون فيها الآن ط .

قلت : وقد ألحقت هذه الخمسة نظما بنظم صاحب النهر فقلت :

ورؤية بيت ثم حجر وسدرة ... وركن يمان مع منى ليلة القمر

(قوله وإذا غربت الشمس الخ) بيان للواجب ، حتى لو دفع قبل الغروب فإن جاوز حدود عرفة لزمه دم إلا أن يعود قبله ويدفع بعده فيسقط خلافا لزفر بخلاف ما لو عاد بعده ، ولو مكث بعدما أفاض الإمام كثيرا بلاعذر أساء ، ولو أبطأ الإمام ولم يفض حتى ظهر الليل أفاضوا لأنه أخطأ السنة من البحر والنهر (قوله أتى) أى أفاض الإمام والناس وعليهم السكينة والوقار فإذا وجد فرجة أسرع المشى بلا إيذاء ، وقيل لا يسن الإيضاع أى لا يسن فى زماننا لكثرة الإيذاء لباب وشرحه (قوله على طريق المأزمين) أى لا على طريق ضب ، والمأزم بهمزة بعد الميم الأولى ويجوز تركها كما فى رأس وزاى مكسورة ، وأصله المضيق بين جبلين ومراد الفقهاء الطريق الذى بين الجبلين ، وهما جبلان بين عرفات ومزدلفة إسمعيل . وعزاه بعضهم إلى العز بن جماعة وأنه نقله عن المحب الطبرى ، ورد به قول النووى إن المراد به ما بين العلمين اللذين هما حد الحرم وقال إنه غريب ، ويحمل العوام على الزحمة بين العلمين وليس لذلك أصل (قوله ماشيا) أى إذا قرب منها يدخلها ماشيا تأدبا وتواضعا لأنها من الحرم المحترم شرح اللباب (قوله إلا وادى محسر) بضم الميم وفتح الحاء المهملة وكسر السين المهملة المشددة وبالراء والاستثناء منقطع لأنه ليس من منى كما أشار إليه الشارح (قوله ليس من منى(١)) صوابه ليس من مزدلفة لأنها محل الوقوف اهـ (قوله أو ببطن عرنة) أى الذى قرب عرفات كامر (قوله لم يجز) أى لم يصح الأول عن وقوف مزدلفة الواجب ، ولا الثانى عن وقوف عرفات الركن (قوله على المشهور) أى خلافا لما فى البدائع من جوازه فيهما فتح (قوله والأصح أنه المشعر الحرام) وقيل هو مزدلفة كلها (قوله وعليه ميقدة) قيل : هى أسطوانة من حجارة مدورة تدويرها أربعة وعشرون ذراعا وطولها اثنا عشر ، وفيها خمسة وعشرون درجة وهى على خشبة مرتفعة كان يوقد عليها فى خلافة هرون الرشيد الشمع ليلة مزدلفة وكان قبله يوقد بالحطب وبعده بمصابيح كبار (قوله وصلى العشاءين الخ) أى فى أول وقت العشاء الأخيرة قهستانى . وينبغى أن يصلى قبل حط رحاله بل ينيخ جماله ويعقلها ، وأشار إلى أنه لا تطوع بينهما ولو سنة مؤكدة على الصحيح ولو تطوع أعاد الإقامة ، كما لو اشتغل بينهما بعمل آخر بحر قال فى شرح اللباب : ويصلى سنة المغرب والعشاء والوتر بعدها كما صرح به مولانا عبدالرحمن

---

(١) قول المحشى (ليس من منى) ليس : فى نسخ الشارح التى بأيدينا اهـ .

لأنّ العشاء فى وقتها لم تحتج للإعلام كما لااحتياج هنا للإمام (ولو صلى المغرب) والعشاء (فى الطريق أو) فى (عرفات أعاده) للحديث «الصلاة أمامك» فتوقتتا بالزمان والمكان والوقت فالزمان ليلة النحر والمكان مزدلفة والوقت وقت العشاء ، حتى لو وصل إلى مزدلفة قبل العشاء لم يصل المغرب حتى يدخل وقت العشاء فتصلح لغزا من وجوه (مالم يطلع الفجر)

الجامى قدس الله سره السامى فى منسكه اهـ . وأما قول الشارح قبيل باب الأذان يكره التنفل بعد صلاتى الجمعين ففيه كلام قدمناه هناك (قوله لأن العشاء فى وقتها الخ) علة للاقتصار هنا على إقامة واحدة بخلاف الجمع فى عرفة فإنه باقامتين لأن الصلاة الثانية هناك تؤدى فى غير وقتها فتقع الحاجة إلى إقامة أخرى للإعلام بالشروع فيها أما الثانية هنا ففى وقتها فتستغنى عن تجديد الإعلام كالوتر مع العشاء بدائع (قوله كما لا احتياج هنا للإمام) فلو صلاهما منفردا جاز خلافا لما فى شرح النقاية للبرجندى فإنه خلاف المشهور فى المذهب شرح اللباب

وذكر فى اللباب أن الجماعة سنة فى هذا الجمع ثم قال وشرائط هذا الجمع : الإحرام بالحج ، وتقديم الوقوف عليه ، والزمان والمكان ، والوقت الخ . قال شارحه : فلايجوز هذا الجمع لغير المحرم بالحج وأما ما ذكره المحبوبى من أن الإحرام غير شرط فيه فغير صحيح لتصريحهم بأن هذا الجمع جمع نسك ولايكون نسكا إلا بالإحرام بالحج اهـ وبه ظهر صحة ما بحثه فى النهر بقوله : وينبغى اشتراطه لكونه فى المغرب مؤديا اهـ وظهر أن ما فى النهاية والهندية من عدم اشتراطه مبنى على قول المحبوبى فافهم (قوله ولوصلى المغرب والعشاء) فى بعض النسخ أو العشاء بأو وفى بعضها الاقتصار على المغرب موافقا لما فى الكنز وغيره وهو أولى لأن المراد التنبيه على وجوب تأخير المغرب عن وقتها المعتاد ، ويفهم منه بالأولى وجوب تأخير العشاء إلى المزدلفة ، نعم عبارة اللباب ولوصلى الصلاتين أو إحداهما (قوله أعاده) أى أعاد ما صلى قال العلامة الشهاوى فى منسكه هذا فيما إذا ذهب إلى المزدلفة من طريقها ، أما إذا ذهب إلى مكة من غير طريق المزدلفة جاز له أن يصلى المغرب فى الطريق بلا توقف فى ذلك ولم أجد أحدا صرح بذلك سوى صاحب النهاية والعناية ذكراه فى باب قضاء الفوائت ، وكلام شارح الكنز أيضا يدل على ذلك وهى فائدة جليلة اهـ ح وكذا صرح به فى البناية فى الباب المذكور أيضا اهـ ذكره بعض المحشين عن خط بعض العلماء .

قلت : ويؤخذ هذا من اشتراط المكان لصحة هذا الجمع كما مر ويأتى فإنه يفيد أنه لو لم يمر على المزدلفة لزم صلاة المغرب فى الطريق فى وقتها لعدم الشرط وكذا لو بات فى عرفات فتنبه (قوله الصلاة أمامك) الجملة فى محل جر بدل من الحديث ، وخاطب به صلى الله عليه وسلم أسامة لما نزل عليه الصلاة والسلام بالشعب فبال وتوضأ فقال أسامة الصلاة يارسول الله ، ومعنى الحديث وقتها الجائز أو مكانها ط (قوله ليلة النحر) سماها بذلك جريا على الحقيقة اللغوية والشرعية ، وأما ما مر فى آخر الاعتكاف من تبعيتها لليوم الذى قبلها فذاك بالنظر إلى الحكم كما حققناه هناك فافهم (قوله والمكان مزدلفة) يرد عليه ما فى البحر عن المحيط لو صلاهما بعد ما جاوز المزدلفة جاز اهـ ، وعزاه فى شرح اللباب إلى المنتقى لكن قال بعده وهو خلاف ماعليه الجمهور (قوله والوقت) الفرق بينه وبين الزمان هنا أن الثانى أعم (قوله فتصلح لغزا من وجوه) أى تصلح هذه المسألة فيقال أىّ فرض لاتطلب له الاقامة ؟ فالجواب عشاء المزدلفة إذا لم يفصل بينها وبين المغرب بفاصل ، ويقال أىّ صلاة تصلى فى غير وقتها وهى أداء ؟ وأى صلاة إذا صليت فى وقتها وجبت إعادتها ؟ فالجواب مغرب المزدلفة وأى صلاة يجب أن تفعل فى مكان مخصوص ؟ فالجواب المغرب والعشاء فى المزدلفة فتأمل واستخرج غيرها ح زاد ط وأى عشاء

فيعود إلى الجواز وهذا إذا لم يخف طلوع الفجر فى الطريق فإن خافه صلاهما (ولو صلى العشاء قبل المغرب بمزدلفة صلى المغرب ثم أعاد العشاء ، فإن لم يعدها حتى ظهر الفجر عاد العشاء إلى الجواز) وينوى المغرب أداء ويترك سنتها ويحييها فإنها أشرف من ليلة القدر كما أفتى به صاحب النهر وغيره ، وجزم شارح البخارى سيما القسطلانى بأن عشر ذى الحجة أفضل من العشر الأخير من رمضان

أديت قبل المغرب من صاحب ترتيب وصحت ؟ فالجواب : عشاء المزدلفة ، وزاد الرحمتى وأى صلاة يختلف وقتها فى زمان دون زمان وهى مغرب المزدلفة وقتها ليلة العيد غير وقتها فى بقية الأيام ، وأى صلاة يختلف وقتها فى حالة دون حالة ؟ هى هذه يختلف وقتها فى حالة الإحرام بالحج ، وأى صلاة فاسدة إذا خرج وقت التى بعدها انقلبت صحيحة ؟ وأى صلاة يكره الإتيان بسنتها ؟ هى هذه (قوله فيعود إلى الجواز) أى المغرب أو ما صلاه من مغرب وعشاء فى الوقت قبل المزدلفة ، ومفهومه أنه قبل طلوع الفجر لم يجزه وهذا قولهما . وقال أبو يوسف : يجزيه وقد أساء هداية أى لأن المغرب التى صلاها فى الطريق إن وقعت صحيحة فلا تجب إعادتها لا فى الوقت ولا بعده ، وإن لم تقع صحيحة وجبت فيه وبعده أى إن لم يؤدها فيه وجب قضاؤها بعده لأن ما وقع فاسدا لا ينقلب صحيحا بمضى الوقت . وأجيب بأن الفساد موقوف يظهر أثره فى ثانى الحال كما مر فى مسألة الترتيب كذا فى العناية .

قلت : هذا صريح فى أن المراد بعدم الجواز عدم الصحة لا عدم الحل خلافا لما فهمه فى البحر وتمام الكلام فيما علقناه عليه (قوله وهذا) أى عدم جواز ما صلاه فى طريق المزدلفة المفهوم من قوله أعاده ما لم يطلع الفجر فافهم (قوله صلاهما) لأنه لو لم يصلهما صارتا قضاء (قوله عاد العشاء إلى الجواز) قال فى الظهيرية وهذه مسألة لابد من معرفتها ، وهذا كما قال أبو حنيفة فيمن ترك صلاة الظهر ثم صلى بعدها خمسا وهو ذاكر للمتروكة لم يجز ، فإن صلى السادسة عاد إلى الجواز اه .

واستشكل حكم المسألة الخير الرملى بأن فيه تفويت الترتيب ، وهو فرض يفوت الجواز بفوته كترتيب الوتر على العشاء قال إلا أن يحمل على ساقط الترتيب ، أو على عودها إلى الجواز إذا صلى خمسا بعدها اه وهو تأويل بعيد بل الظاهر سقوط الترتيب هنا بقرينة التنظير بقوله فى الظهيرية : وهذا كما قال أبو حنيفة الخ وعن هذا قال السيد محمد أبو السعود لا فرق فى هذا بين أن يكون صاحب ترتيب أولا فتزاد هذه على مسقطات وجوب الترتيب اه (قوله وينوى المغرب أداء) كذا فى النهر عن السراج . وفيه ردّ على قول البحر إنها قضاء مع أنه صرح بعده بأن وقتها وقت العشاء (قوله ويترك سنتها) الموافق لما قدمناه عن الجامى أن يقول ويؤخر سنتها (قوله ويحييها) يعنى ليلة العيد بأن يشتغل فيها أو فى معظمها بالعبادة من صلاة أو قراءة أو ذكر أو دراسة علم شرعى ونحو ذلك وقوله فإنها أفضل الخ قال ح أى فى حد ذاتها لا فى حق من كان بمزدلفة (قوله كما أفتى به صاحب النهر وغيره) عبارة النهر وقد وقع السؤال فى شرفها على ليلة الجمعة وكنت ممن مال إلى ذلك ثم رأيت فى الجوهرة أنها أفضل ليالى السنة اه وكلامه كما ترى فى تفضيلها على ليلة الجمعة لا على ليلة القدر ، نعم ما فى الجوهرة شامل لليلة القدر لكن هذا القدر لا يسوغ أن يقال أفتى به صاحب النهر اه ح .

مطلب فى المفاضلة بين ليلة العيد وليلة الجمعة وعشر ذى الحجة وعشر رمضان

(قوله وجزم الخ) تأييد لما قبله من حيث إن الأكثر على أن ليلة القدر فى العشر الأخير من رمضان ، فإذا كان عشر ذى الحجة أفضل منه لزم تفضيله على ليلة القدر ، وليلة العيد أفضل ليالى العشر فتكون أفضل من ليلة القدر

(وصلى الفجر بغلس) لأجل الوقوف (ثم وقف) بمزدلفة ، ووقته من طلوع الفجر إلى طلوع الشمس ، ولو مارا كما فى عرفة ، لكن لو تركه بعذر كزحمة

قال ط: وذكر المناوى فى شرحه الصغير فى حديث « أفضل أيام الدنيا أيام العشر » مانصه لاجتماع أمهات العبادات فيه وهى الأيام التى أقسم الله تعالى بها بقوله — والفجر وليال عشر — فهى أفضل من أيام العشر الأخير من رمضان على مااقتضاه هذا الخبر ، وأخذ به بعضهم ، لكن الجمهور على خلافه . وقال فى شرحه الكبير وثمرة الخلاف تظهر فيما لو علق نحو طلاق أو نذر بأفضل الأعشار أو الأيام .

قال ابن القيم : والصواب أن ليالى العشر الأخير من رمضان أفضل من ليالى ذى الحجة لأنه إنما فضل ليومى النحر وعرفة ، وعشر رمضان إنما فضل بليلة القدر اه .

قلت : ونقل الرحمتى عن بعضهم مايفيد التوفيق ، وهو أن أيام عشر ذى الحجة أفضل من أيام عشر رمضان وليالى الثانى أفضل من ليالى الأول لأن أفضل مافى الثانى ليلة القدر وبها ازداد شرفه ، وازدياد شرف الأول بيوم عرفة اه ، وهذا مع مامر عن ابن القيم كالصريح فى أفضلية ليلة القدر على ليلة النحر ، ويلزم منه تفضيلها على ليلة الجمعة لمامر عن النهر من تفضيل ليلة النحر على ليلة الجمعة . ولا يرد على هذا حديث مسلم « خير يوم طلعت فيه الشمس يوم الجمعة » لأن الكلام فى ليلتها لا فى يومها ، وقد ذكر الشارح فى آخر باب الجمعة عن التتارخانية أن يومها أفضل من ليلتها أى لأن فضيلة ليلتها لصلاة الجمعة وهى فى اليوم .

[تنبيه] فى المعراج : وقد صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « أفضل الأيام يوم عرفة إذا وافق يوم جمعة وهو أفضل من سبعين حجة » ذكره فى تجريد الصحاح بعلامة الموطإ اه وسيأتى الكلام عليه آخر الحج . ونقل ط عن بعض الشافعية : أن أفضل الليالى ليلة مولده صلى الله عليه وسلم ، ثم ليلة القدر ، ثم ليلة الإسراء والمعراج ، ثم ليلة عرفة ، ثم ليلة الجمعة ، ثم ليلة النصف من شعبان ، ثم ليلة العيد (قوله وصلى الفجر بغلس) أى ظلمة فى أول وقتها ، ولا يسن ذلك عندنا إلا هنا وكذا يوم عرفة فى منى على مامر عن الخانية وقدمنا أن الأكثر على خلافه (قوله لأجل الوقوف) أى لأجل امتداده .

مطلب فى الوقوف بمزدلفة

(قوله ثم وقف) هذا الوقوف واجب عندنا لاسنة ، والبيتوتة بمزدلفة سنة مؤكدة إلى الفجر لا واجبة خلافا للشافعى فيهما كما فى اللباب وشرحه (قوله ووقته الخ) أى وقت جوازه . قال فى اللباب : وأول وقته طلوع الفجر الثانى من يوم النحر ، وآخره طلوع الشمس منه ، فمن وقف بها قبل طلوع الفجر أو بعد طلوع الشمس لايعتد به وقدر الواجب منه ساعة ولو لطيفة وقدر السنة امتداد الوقوف إلى الإسفار جدا ، وأما ركنه فكينونته بمزدلفة سواء كان بفعل نفسه أو فعل غيره بأن يكون محمولا بأمره أو بغير أمره ، وهو نائم أو مغمى عليه أو مجنون أو سكران نواه أو لم ينوعلم بها أو لم يعلم لباب (قوله كزحمة) عبارة اللباب إلا إذا كان لعلة أو ضعف ، أو يكون امرأة تخاف الزحام فلا شىء عليه اه لكن قال فى البحر ولم يقيد فى المحيط خوف الزحام بالمرأة بل أطلقه فشمل الرجل اه .

قلت : وهو شامل لخوف الزحمة عند الرمى ، فمقتضاه أنه لو دفع ليلا ليرمى قبل دفع الناس وزحمتهم لاشىء عليه ، لكن لاشك أن الزحمة عند الرمى وفى الطريق قبل الوصول إليه أمر محقق فى زماننا ، فيلزم منه سقوط

بمزدلفة لاشيء عليه (وكبر وهلل ولبى وصلى) على المصطفى (ودعا ، وإذا أسفر) جدا (أتى منى) مهللا مصليا ، فإذا بلغ بطن محسر أسرع قدر رمية حجر لأنه موقف النصارى (ورمى جمرة العقبة من بطن الوادى) ويكره تنزيها من فوق

واجب الوقوف بمزدلفة ، فالأولى تقييد خوف الزحمة بالمرأة ، ويحمل إطلاق المحيط عليه لكون ذلك عذرا ظاهرا فى حقها يسقط به الواجب بخلاف الرجل ، أو يحمل على ما إذا خاف الزحمة لنحو مرض ، ولذا قال فى السراج إلا إذا كانت به علة أو مرض أو ضعف فخاف الزحام فدفع ليلا فلا شيء عليه اهـ لكن قد يقال : إن غيره من مناسك الحج لايخلو من الزحمة ، وقد صرحوا بأنه لو أفاض من عرفات لخوف الزحام وجاوز حدودها قبل الغروب لزمه دم مالم يعد قبله ، وكذا لو ندّ بعيره فتبعه كما صرح به فى الفتح ، على أنه يمكنه الاحتراز عن الزحمة بالوقوف بعد الفجر لحظة فيحصل الواجب ويدفع قبل دفع الناس ، وفيه ترك مد الوقوف المسنون لخوف الزحمة ، وهو أسهل من ترك الواجب الذى قيل بأنه ركن . وقد يجاب بأن خوف الزحام لنحو عجز ومرض إنما جعلوه عذرا هنا للحديث « أنه صلى الله عليه وسلم قدم ضعفة أهله بليل » ولم يجعل عذرا فى عرفات لما فيه من إظهار مخالفة المشركين فإنهم كانوا يدفعون قبل الغروب فليتأمل (قوله لاشيء عليه) وكذا كل واجب إذا تركه بعذر لاشيء عليه كما فى البحر : أى بخلاف فعل المحظور لعذر كلبس المخيط ونحوه . فإن العذر لايسقط الدم كما سيأتى فى الجنايات ، وبه سقط ماأورده فى الشرنبلالية بقوله لكن يرد عليه مانص الشارع بقوله : — فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية — اهـ نعم يرد ماقدمناه آنفا عن الفتح من أنه لو جاوز عرفات قبل الغروب لندّ بعيره أو لخوف الزحمة لزمه دم ، وقد يجاب بما سيأتى عن شرح اللباب فى الجنايات عند قول اللباب ، ولو فاته الوقوف بمزدلفة باحصار فعليه دم من أن هذا عذر من جانب المخلوق فلا يؤثر اهـ ، لكن يرد عليه جعلهم خوف الزحمة هنا عذرا فى ترك الوقوف بمزدلفة وعلمت جوابه فتأمل (قوله ودعا) رافعا يديه إلى السماء ط عن الهندية (قوله وإذا أسفر جدا) فاعل أسفر اليوم أو الصبح ، وفاعله مما لايذكر ذكره قرا حصارى قال الحموى : ولم أقف على أنه مما لايذكر فى شيء من كتب النحو واللغة ، وفسر الإمام الإسفار بحيث لايبقى إلى طلوع الشمس إلا مقدار مايصلى ركعتين وإن دفع بعد طلوع الشمس ، أو قبل أن يصلى الناس الفجر فقد أساء ولا شيء عليه هندية ط وما وقع فى نسخ القدورى وإذا طلعت الشمس أفاض الإمام قال فى الهداية إنه غلط لأن النبى صلى الله عليه وسلم دفع قبل طلوع الشمس وتمامه فى الشرنبلالية (قوله فإذا بلغ بطن محسر) أى أول واديه شرح اللباب . وفى البحر : وادى محسر موضع فاصل بين منى ومزدلفة ليس من واحدة منهما قال الأزرقى وهو خمسمائة ذراع وخمس وأربعون ذراعا اهـ (قوله لأنه موقف النصارى) هم أصحاب الفيل ح عن الشرنبلالية .

مطلب فى رمى جمرة العقبة

(قوله ورمى جمرة العقبة) هى ثالث الجمرات على حد منى من جهة مكة وليست من منى ، ويقال لها الجمرة الكبرى والجمرة الأخيرة قهستانى ، ولا يرمى يومئذ غيرها ولا يقوم عندها حتى يأتى منزله ولوالجية (قوله ويكره تنزيها من فوق) أى فيجزيه لأن ماحولها موضع النسك كذا فى الهداية إلا أنه خلاف السنة ، ففعله عليه الصلاة والسلام من أسفلها سنة لالأنه المتعين ، ولذا ثبت رمى خلق كثير فى زمن الصحابة من أعلاها ، ولم يأمروهم بالإعادة وكان وجه اختياره عليه الصلاة والسلام لذلك هو وجه اختياره حصى الخذف ، فإنه يتوقع الأذى إذا رموها من أعلاها

(سبعا خذفا) بمعجمتين أي برءوس الأصابع ويكون بينهماخمسة أذرع . ولو وقعت على ظهر رجل أو جمل إن وقعت بنفسها بقرب الجمرة جاز وإلا لا ، وثلاثة أذرع بعيد وما دونه قريب جوهرة (وكبر بكل حصاة) أي مع كل (منها وقطع التلبية بأولها ، فلو رمى بأكثر منها) أي السبع (جاز لا لو رمى بالأقل) فالتقييد بالسبع لمنع

لمن أسفلها ، فإنه لايخلو من مرور الناس فيصيبهم ، بخلاف الرمي من أسفل مع المارين من فوقها إن كان كذا في الفتح ، ومقتضاه أن المراد الرمي من فوق إلى أسفل لافي موضع وقوف الرامي فوق ، ومقتضى تعليل الهداية بأن ماحولها موضع نسك أن المراد الثاني إلا أن يؤول كما أفاده بعض الفضلاء بأن المراد موضع وقوف الناسك لا موضع وقوع الحصى (قوله سبعا) أي سبع رميات بسبع حصيات ، فلو رماها دفعة واحدة كان عن واحدة نهر (قوله خذفا) نصب على المصدر شرنبلالية فهو مفعول مطلق لبيان النوع ، لأن الخذف نوع من الرمي وهو رمي الحصاة بالأصابع كما أشار إليه الشارح (قوله بمعجمتين) يقال الحذف بالعصا والخذف بالحصى فالأول بالحاء المهملة والثاني بالمعجمة شرح النقاية للقاري (قوله أي برءوس الأصابع) قيل كيفية الرمي أن يضع طرف إبهامه اليمنى على وسط السبابة ، ويضع الحصاة على ظاهر الإبهام كأنه عاقد سبعين فيرميها ، وقيل أن يحلق سبابته ويضعها على مفصل إبهامه كأنه عاقد عشرة وقيل يأخذها بطرفي إبهامه وسبابته . وهذا هو الأصح لأنه الأيسر المعتاد فتح . وكذا صححه في النهاية والولوالجية وهو مراد الشارح فافهم . والخلاف في الأولوية والمختار أنها مقدار الباقلاء لباب أي قدر الفولة وقيل قدر الحمصة أو النواة أو الأنملة قال في النهر وهذا بيان المندوب . وأما الجواز فيكون ولو بالأكبر مع الكراهة (قوله ويكون بينهما) أي بين الرمي والجمرة ويجعل منى عن يمينه والكعبة عن يساره لباب (قوله خمسة أذرع) أي أو أكثر ويكره الأقل لباب ، لأن مادونه وضع فلا يجوز ، أو طرح ، فيجوز لكنه مسيء لمخالفته السنة قهستاني (قوله وإلا) أي وإن لم تقع من على ظهره بنفسها ، بل بتحرك الرجل أو الجمل أو وقعت بنفسها لكن بعيدا من الجمرة ح (قوله لا) قال في الهداية لأنه لم يعرف قربة إلا في مكان مخصوص اه وفي اللباب ولو وقعت على الشاخص أي أطراف الميل الذي هو علامة للجمرة أجزأه ولو على قبة الشاخص ولم تنزل عنه أنه لايجزيه للبعد ، وإن لم يدر أنها وقعت في المرمى بنفسها أو بنفض من وقعت عليه وتحريكه ففيه اختلاف والاحتياط أن يعيده وكذا لو رمى وشك في وقوعها موقعها فالاحتياط أن يعيد (قوله وثلاثة أذرع الخ) أي بين الحصاة والجمرة ، وهذا بيان لما أجمله بقوله بقرب الجمرة لكن قدر القرب في الفتح بذراع ونحوه قال : ومنهم من لم يقدره اعتمادا على اعتبار القرب عرفا وضده البعد (قوله وكبر بكل حصاة) ظاهر الرواية الاقتصار على الله أكبر غير أنه روى عن الحسن بن زياد أنه يقول : الله أكبر رغما للشيطان وحزبه . وقيل يقول أيضا : اللهم اجعل حجي مبرورا ، وسعيي مشكورا ، وذنبي مغفورا فتح (قوله وقطع التلبية بأولها) أي في الحج الصحيح والفاسد مفردا أو متمتعا أو قارنا . وقيل لايقطعها إلا بعد الزوال ، ولو حلق قبل الرمي أو طاف قبل الرمي والحلق والذبح قطعها ، وإن لم يرم حتى زالت الشمس لم يقطعها حتى يرمي إلا أن تغيب الشمس ، ولو ذبح قبل الرمي فإن كان قارنا أو متمتعا قطع ولو مفردا لا لباب ، وقيد بالمحرم بالحج لأن المعتمر يقطع التلبية إذا استلم الحجر لأن الطواف ركن العمرة فيقطع التلبية قبل الشروع فيها ، وكذا فائت الحج لأنه يتحلل بعمرة فصار كالمعتمر والمحصر يقطعها إذا ذبح هديه لأن الذبح للتحلل ، والقارن إذا فاته الحج يقطع حين يأخذ بالطواف الثاني لأنه يتحلل بعده بحر (قوله جاز) أي ويكره لباب (قوله لا لو رمى بالأقل) لأنه إذا ترك أكثر السبع لزمه دم كما لو لم يرم أصلا ، وإن ترك أقل منه كثلاث فما دونها فعليه لكل حصاة صدقة كما سيأتي في الجنايات .

النقص لا الزيادة (وجاز الرمى بكل ما كان من جنس الأرض كالحجر والمدر) والطين والمغرة (و) كل ما (يجوز التيمم به ولو كفا من تراب) فيقوم مقام حصاة واحدة (لا) يجوز (بخشب وعنبر ولؤلؤ) كبار (وجواهر) لأنه إعزاز لا إهانة وقيل يجوز (وذهب وفضة) لأنه يسمى نثارا لا رميا (وبعر) لأنه ليس من جنس الأرض ومافى فروق الأشباه من جوازه بالبعر خلاف المذهب

[تنبيه] لا يشترط الموالاة بين الرميات بل يسن فيكره تركها لباب (قوله بكل ما كان من جنس الأرض) كذا فى الهداية . واعترضه الشراح بالفيروزج والياقوت فإنهما من أجزاء الأرض حتى جاز التيمم بهما ومع ذلك لا يجوز الرمى بهما ، وأجاب فى العناية تبعا للنهاية بأن الجواز مشروط بالاستهانة برميه وذلك لا يحصل برميهما اه .

وحاصله أن هذا الشرط مخصص لعموم كلام الهداية ، فيخرج منه نحو الفيروزج والياقوت ، لكن قال فى التتارخانية إن هذه الرواية أى رواية اشتراط الاستهانة مخالفة لما ذكر فى المحيط ، وكذا قال فى الفتح، وأجازه بعضهم بناء على نفى ذلك الاشتراط ، وممن ذكر جوازه الفارسى فى مناسكه اه ، ومفاد كلامه ترجيح الجواز ، وإبقاء كلام الهداية على عمومه ، ولذا اعترض فى السعدية على ما فى العناية بما فى غاية السروجى وشرح الزيلعى من أنه يجوز الرمى بكل ما كان من أجزاء الأرض كالحجر والمدر والطين والمغرة والنورة والزرنيخ والأحجار النفيسة كالياقوت والزمرد والبلخش ، ونحوها والملح الجبلى والكحل أو قبضة من تراب؛ وبالزبرجد والبلور والعقيق والفيروزج ، بخلاف الخشب والعنبر واللؤلؤ والذهب والفضة والجواهر ، أما الخشب واللؤلؤ والجواهر وهى كبار اللؤلؤ والعنبر فإنها ليست من أجزاء الأرض، وأما الذهب والفضة فإن فعلهما يسمى نثارا لا رميا اه (قوله والمدر) أى قطع الطين اليابس (قوله والمغرة) طين أحمر يصبغ به (قوله ولؤلؤ كبار) قيد به تبعا للنهر لأن الكبار هى التى يتأتى بها الرمى وإلا فالصغار لا يجوز بها الرمى أيضا لتعليلهم بأنها ليست من أجزاء الأرض أفاده أبو السعود (قوله وجواهر) علمت مما مر عن الغاية أنها كبار اللؤلؤ وعليه كان المناسب إسقاط قوله كبار ويكون كلام المصنف جاريا على ما فى الهداية والمحيط من جواز الرمى بالفيروزج والياقوت لكن لا يناسبه تعليل الشارح، فالأولى تفسير الجواهر بالأحجار النفيسة ليوافق تقييد المصنف اللؤلؤ بالكبار وتعليل الشارح ، وقوله وقيل يجوز إشارة إلى ما مر عن الهداية والمحيط ، وقد علمت أن السروجى والزيلعى والفارسى مشوا عليه (قوله لأنه يسمى نثارا لا رميا) قال فى الفتح فلم يجز لانتفاء اسم الرمى ، ولا يخفى أنه يصدق عليه اسم الرمى مع كونه يسمى نثارا، فغاية ما فيه أنه رمى خص باسم آخر باعتبار خصوص متعلقه ، ولا تأثير لذلك فى سقوط اسم الرمى عنه ، ولا صورته :

ثم قال : والحاصل أنه إما أن يلاحظ مجرد الرمى أو مع الاستهانة أو خصوص ما وقع منه صلى الله عليه وسلم ، والأول يستلزم الجواز بالجواهر ، والثانى بالبعرة والخشبة التى لا قيمة لها ، والثالث بالحجر خصوصا ، فليكن هذا أعم لكونه أسلم اه .

قلت : قد يجاب بأن المأثور كون الرمى لرغم الشيطان ، وما وقع منه صلى الله عليه وسلم من الرمى بالحصا أفاد بطريق الدلالة جوازه بكل ما كان من جنس الأرض ، فاعتبر كل من الثانى والثالث معا دون الأول ، فلم يجز بالبعرة والخشبة ولا بالفضة والذهب لكن هذا يستلزم عدم الجواز بالفيروزج والياقوت أيضا وبه يترجح قول الآخر فتدبر (قوله خلاف المذهب) ولذا قال فى المبسوط : وبعض المتقشفة يقولون لو رمى بالبعرة أجزأه لأن

(ويكره) أخذها (من عند الجمرة) لأنها مردودة لحديث «من قبلت حجته رفعت جمرته» (و) يكره (أن يلتقط حجرا واحدا فيكسره سبعين حجرا صغيرا) وأن يرمى بمتنجسة بيقين ، ووقته من الفجر إلى الفجر ويسن من طلوع ذكاء لزوالها ويباح لغروبها ويكره للفجر (ثم) بعد الرمى (ذبح إن شاء) لأنه مفرد (ثم قصر) بأن يأخذ من كل شعرة قدر الأنملة وجوبا وتقصير الكل مندوب والربع واجب

المقصود إهانة الشيطان وذا يحصل بالبعرة ، ولسنا نقول بهذا شرح لباب. قال في الفتح : على أن أكثر المحققين على أنها أمور تعبدية لا يشتغل بالمعنى فيها (قوله ويكره أخذها من عند الجمرة) وما هي إلا كراهة تنزيه فتح ، أشار إلى أنه يجوز أخذه من أي موضع سواه . وفي اللباب يستحب أن يرفع من مزدلفة سبع حصيات ويرمى بها جمرة العقبة وإن رفع من المزدلفة سبعين أو من الطريق فهو جائز وقيل مستحب اه. قال شارحه : لكن قال الكرماني وهذا خلاف السنة وليس مذهبنا وأما ما في البدائع وغيرها من أنه يأخذ حصى الجمار من المزدلفة أو من الطريق فينبغي حمله على الجمار السبعة وكذا ما في الظهيرية من أنه يستحب التقاطها من قوارع الطريق اه .

والحاصل أن التقاط ما عدا السبعة ليس له محل مخصوص عندنا (قوله لأنها مردودة) أي فيتشاءم بها سراج (قوله لحديث الخ) أي ما رواه الدارقطني والحاكم وصححه عن أبي سعيد الخدرى رضى الله تعالى عنه قال : قلت يا رسول الله هذه الجمار التي نرمى بها كل عام فنحسب أنها تنقص فقال « إن ما يقبل منها رفع ولولا ذلك لرأيتها أمثال الجبال » شرح النقاية للقارى .

وفي الفتح عن سعيد بن جبير : قلت لابن عباس ما بال الجمار ترمى من وقت الخليل عليه السلام ولم تصر هضابا أي تلالا تسد الأفق ؟ فقال : أما علمت أن من يقبل حجه يرفع حصاه اه . قال في السعدية لك أن تقول أهل الجاهلية كانوا على الإشراك ولا يقبل عمل لمشرك اه . وأجيب بأن الكفار قد تقبل عباداتهم ليجازوا عليها في الدنيا قال ط : ويؤيده ما رواه أحمد ومسلم عن أنس رضى الله تعالى عنه أنه صلى الله عليه وسلم قال « إن الله تعالى لا يظلم المؤمن حسنة يعطى عليها في الدنيا ويثاب عليها في الآخرة ، وأما الكافر فيطعم بحسناته في الدنيا حتى إذا أفضى إلى الآخرة لم يكن له حسنة يعطى بها خيرا » اه .

قلت : لكن قد يدعى تخصيص ذلك بأفعال البر دون العبادات المشروطة بالنية فإن النية شرطها الإسلام إلا أن يقال إن هذا شرط في شريعتنا فقط تأمل (قوله بيقين) أما بدون تيقن فلا يكره لأن الأصل الطهارة ، لكن يندب غسلها لتكون طهارتها متيقنة كما ذكره في البحر وغيره (قوله ووقته) أي وقت جوازه أداء من الفجر أي فجر النحر إلى فجر اليوم الثاني قال في البحر : حتى لو أخره حتى طلع الفجر في اليوم الثاني لزمه دم عنده خلافا لهما ، ولو رمى قبل طلوع فجر النحر لم يصح اتفاقا (قوله ويسن) كذا عبر في مجمع الروايات عن المحيط ووافقه في النهر وعبر العيني بالاستحباب رملي (قوله ذكاء) من أسماء الشمس (قوله ويباح لغروبها) أي من الزوال إلى الغروب ، وجعله في الظهيرية من المكروه والأكثرون على الأول بحر (قوله ويكره للفجر) أي من الغروب إلى الفجر وكذا يكره قبل طلوع الشمس بحر ، وهذا عند عدم العذر فلا إساءة برمى الضعفة قبل الشمس ولا برمى الرعاة ليلا كما في الفتح (قوله لأنه مفرد) تعليل لما استفيد من التخيير بقوله إن شاء والذبح له أفضل ، ويجب على القارن والمتمتع ط ، وأما الأضحية فإن كان مسافرا فلا يجب عليه وإلا كالمكى فتجب كما في البحر (قوله ثم قصر) أي أو حلق كما دل عليه قوله وحلقه أفضل . قال في اللباب : ويستحب بعده أي بعد الحلق أو التقصير أخذ الشارب وقص الظفر ، ولو قص أظفاره أو شاربه أو لحيته أو طيب قبل الحلق عليه ، وجب جنايته وتمام تحقيقه في شرحه (قوله بأن يأخذ الخ) قال في البحر : والمراد بالتقصير أن يأخذ الرجل والمرأة من رؤوس شعر ربع الرأس مقدار

ويجب إجراء الموسى على الأقرع وذى قروح إن أمكن وإلا سقط، ومتى تعذر أحدهما لعارض تعين الآخر فلو لبده بصمغ بحيث تعذر التقصير تعين الحلق بحر (وحلقه) لكل (أفضل) ولو أزاله بنحو نورة جاز

الأنملة كذا ذكره الزيلعى ، ومراده أن يأخذ من كل شعرة مقدار الأنملة كما صرح به فى المحيط . وفى البدائع قالوا: يجب أن يزيد فى التقصير على قدر الأنملة حتى يستوفى قدر الأنملة من كل شعرة برأسه لأن أطراف الشعر غير متساوية عادة. قال الحلبى فى مناسكه وهو حسن اه وفى الشرنبلالية : يظهر لى أن المراد بكل شعرة أى من شعر الربع على وجه اللزوم ومن الكل على سبيل الأولوية فلا مخالفة فى الأجزاء لأن الربع كالكل كما فى الحلق اه فقول الشارح من كل شعرة أى من الربع لا من الكل وإلا ناقض ما بعده ؛ وقوله : وجوبا قيد لقدر الأنملة فلا يتكرر مع قوله : والربع واجب والأنملة بفتح الهمزة والميم وضم الميم لغة مشهورة ، ومن خطأ راويها فقد أخطأ واحدة الأنامل بحر. وفى تهذيب اللغات للنووى الأنامل أطراف الأصابع. وقال أبو عمر الشيبانى والسجستانى والجرمى لكل أصبع ثلاث أنملات (قوله ويجب إجراء الموسى على الأقرع) هو المختار كما فى الزيلعى والبحر واللباب وغيرها ، وقيل استحبابا قال فى شرح اللباب وقيل استنانا وهو الأظهر اه (قوله وإلا سقط) أى وإن لم يمكن إجراء الموسى عليه ولا يصل إلى تقصيره سقط عنه وحل بمنزلة من حلق، والأحسن له أن يؤخر الإحلال إلى آخر الوقت من أيام النحر ، ولا شىء عليه إن لم يؤخر ولو لم يكن به قروح ، لكنه خرج إلى البادية فلم يجد آلة أو من يحلقه لا يجزئه إلا الحلق أو التقصير ، وليس هذا بعذر فتح لأن إصابة الآلة مرجوة فى كل ساعة بخلاف برء القروح ولأن الإزالة لا تختص بالموسى أفاده فى البحر (قوله ومتى تعذر أحدهما) أى الحلق والتقصير قال ط : والأحسن تأخير هذه الجملة عن قوله وحلقه أفضل اه (قوله فلو لبده الخ) مثال لتعذر التقصير ومثله ما لو كان الشعر قصيرا فيتعين الحلق ، وكذا لو كان معقوصا أو مضفورا كما عزى إلى المبسوط. ووجهه أنه إذا نقضه تناثر بعض الشعر ، فيكون جناية على إحرامه قبل أن يحل منه فيتعين الحلق، لكن قد يقال إن هذا انتثار غير جناية. لأنه فى وقت جواز إزالة الشعر بحلق أو غيره ، ولو نتفا منه أو من غيره كما يأتى فبقى ما فى المبسوط مشكلا تأمل . ومثال تعذر الحلق يمنع إمكان التقصير أن يفقد آلة الحلق أو من يحلقه أو يضره الحلق لنحو صداع أو قروح برأسه وتقدم مثال تعذرهما جميعا فى الأقرع وذى قروح شعره قصير (قوله وحلقه أفضل) أى هو مسنون وهذا فى حق الرجل ، ويكره للمرأة لأنه مثلة فى حقها كحلق الرجل لحيته وأشار إلى أنه لو اقتصر على حلق الربع جاز كما فى التقصير . لكن مع الكراهة لتركه السنة فإن السنة حلق جميع الرأس أو تقصير جميعه كما فى شرح اللباب والقهستانى . قال فى النهر : وإطلاقه أى إطلاق قول الكنز والحلق أحب يفيد أن حلق النصف أولى من التقصير ولم أره اه .

قلت : إن أراد أنه أولى من تقصير الكل فهو ممنوع لما علمت أو من تقصير النصف أو الربع فهو ممكن .

[تنبيه] هذا فى غير المحصر ، أما المحصر فلا حلق عليه كما سيأتى بدائع (قوله بنحو نورة) كحلق ونتف، وكذا لو قاتل غيره فنتفه أجزأ عن الحلق قصدا فتح .

[تنبيه] قالوا يندب البداءة بيمين الحالق لا المحلوق إلا أن ما فى الصحيحين يفيد العكس، وذلك أنه صلى الله عليه وسلم قال للحلاق « خذ وأشار إلى الجنب الأيمن ثم الأيسر ، ثم جعل يعطيه الناس» قال فى الفتح : وهو الصواب وإن كان خلاف المذهب اه .

وأقول: يوافقه ما فى الملتقط عن الإمام: حلقت رأسى فخطأنى الحلاق فى ثلاثة أشياء: لما أن جلست قال استقبل

(وحل له كل شيء إلا النساء) قيل والطيب والصيد (ثم طاف للزيارة يوما من أيام النحر) الثلاثة بيان لوقته الواجب (سبعة)

القبلة وناولته الجانب الأيسر فقال ابدأ بالأيمن، فلما أردت أن أذهب قال ادفن شعرك فرجعت فدفنته اهـ نهر أي فهذا يفيد رجوع الإمام إلى قول الحجام، ولذا قال في اللباب هو المختار. قال شارحه كما في منسك ابن العجمي والبحر، وقال في النخبة: وهو الصحيح، وقد روى رجوع الإمام عما نقل عنه الأصحاب فصح تصحيح قوله الأخير واندفع ماهو المشهور عنه عند المشايخ. وقال السروجي وعند الشافعي يبدأ بيمين المحلوق وذكر كذلك بعض أصحابنا، ولم يعزه إلى أحد والسنة أولى، وقد صح بداءة رسول الله صلى الله عليه وسلم بشق رأسه الكريم من الجانب الأيمن وليس لأحد بعده كلام، وقد أخذ الإمام بقول الحجام ولم ينكره ولو كان مذهبه خلافه لما وافقه اهـ ملخصا ومثله في المعراج وغاية البيان (قوله وحل له كل شيء) أي من محظورات الإحرام كلبس المخيط وقص الأظفار ط وأفاد أنه لايحل له بالرمي قبل الحلق شيء وهو المذهب عندنا كما في شرح اللباب للقاري عن الفارسي، وفي شرحه على النقاية والرمي غير محلل من الإحرام عندنا في المشهور، ومحلل عند مالك والشافعي وفي غير المشهور عندنا فقد نص على التحلل بالرمي عندنا في شرح المبسوط لخواهر زاده. وفي شرح الجامع الصغير لقضيخان بقوله: وبعد الرمي قبل الحلق حل له كل شيء إلا النساء والطيب. وعن أبي يوسف أنه يحل له الطيب أيضا اهـ (قوله إلا النساء) أي جماعهن ودواعيه (قوله قيل والطيب والصيد) تبع في ذلك صاحب النهر فقد عزا إلى الخانية استثناء النساء والطيب وإلى أبي الليث استثناء الصيد، وهو غير صحيح فان قاضيخان قال في فتاواه: فإذا حلق أو قصر حل له كل شيء إلا النساء وبعد الرمي قبل الحلق يحل له كل شيء إلا الطيب والنساء الخ ومثله ماقدمناه عنه في شرحه على الجامع الصغير، فقد استثنى الطيب من الإحلال بالرمي لامن الإحلال بالحلق، وهو مبني على خلاف المشهور كما علمته آنفا. وقد ذكر الشرنبلالي عبارة الخانية ثم قال: وبهذا يعلم بطلان ماينسب لقاضيخان من أن الحلق لايحل به الطيب اهـ.

قلت: ويؤيده قوله في البدائع: وأما حكم الحلق فهو صيرورته حلالا يباح له جميع ماحظر عليه إلا النساء، وهذا قول أصحابنا. وقال مالك: إلا النساء والطيب، وقال الليث إلا النساء والصيد اهـ ومثله في المعراج والسراج وغاية البيان فقد عزوا الأول إلى الإمام مالك فقط والثاني إلى الليث بن سعد أحد الأئمة المجتهدين، فما في النهر من عزوه إلى أبي الليث وهو السمرقندي أحد مشايخ مذهبنا فهو تصحيف فافهم.

مطلب في طواف الزيارة

(قوله ثم طاف للزيارة) أي لفعل طواف الزيارة الذي هو ثاني ركني الحج قال في السراج: ويسمى طواف الإفاضة وطواف يوم النحر والطواف المفروض اهـ.

وشرائط صحته: الإسلام وتقديم الإحرام، والوقوف، والنية، وإتيان أكثره والزمان، وهو يوم النحر ومابعده والمكان وهو حول البيت داخل المسجد، وكونه بنفسه ولو محمولا فلا تجوز النيابة إلا لمغمى عليه. وواجباته المشي للقادر والتيامن وإتمام السبعة والطهارة عن الحدث وستر العورة وفعله في أيام النحر، وأما الترتيب بينه وبين الرمي والحلق فسنة ولامفسد له ولا فوات قبل الممات، ولا يجزى عنه البدل إلا إذا مات بعد الوقوف بعرفة وأوصى بإتمام الحج تجب البدنة لطواف الزيارة وجاز حجه لباب (قوله سبعة) أي سبعة أشواط كما مر بيانه

بيان للأكمل وإلا فالركن أربعة (بلا رمل و) لا (سعى إن كان سعى قبل) هذا الطواف (وإلا فعلهما) لأن تكرارهما لم يشرع (و) طواف الزيارة (أول وقته بعد طلوع الفجر يوم النحر وهو فيه) أى الطواف فى يوم النحر الأول (أفضل، ويمتد) وقته إلى آخر العمر (وحل له النساء) بالحلق السابق ، حتى لو طاف قبل الحلق لم يحل له شيء، فلو قلم ظفره مثلا كان جناية لأنه لايخرج من الإحرام إلا بالحلق (فإن أخره عنها) أى أيام النحر ولياليها منها

(قوله بيان للأكمل) أى الطواف الكامل المشتمل على الركن والواجب، نبه على ذلك لئلا يتوهم أن السبعة ركن كما يقوله الأئمة الثلاثة وإن وافقهم المحقق ابن الهمام بحثا فإنه خلاف المذهب فلا يتابع عليه (قوله إن كان سعى قبل) لم يقل إن كان رمل وسعى قبل إشارة إلى أنه لو كان سعى قبل ولم يرمل لا يرمل هنا لأن الرمل إنما يشرع فى طواف بعده سعى كما مر ولا سعى ههنا كما فى العناية وكذا فى اللباب وفيه وأما الاضطباع فساقط مطلقا فى هذا الطواف اهـ سواء سعى قبله أولا (قوله وإلا فعلهما) أى وإن لم يكن سعى قبل رمل وسعى وإن رمل قهستانى أى لأن رمله السابق بلا سعى غير مشروع كما علمته فلا يعتبر .

[تنبيه] قال الخير الرملى : ولو لم يفعلهما فى طواف القدوم وطواف الزيارة فعلهما فى طواف الصدر لأن السعى غير مؤقت كما سيصرح به فى الجنايات وصرحوا بأن الرمل بعد كل طواف يعقبه سعى فيه يعلم أنه يأتى بهما فى الصدر لو لم يقدمهما ولم أره صريحا وإن علم من إطلاقهم (قوله لأن تكرارهما) علة لقوله بلا رمل وسعى الخ ط .

[تنبيه] قال فى الشرنبلالية قدمنا أن الأفضل تأخير السعى إلى مابعد طواف الإفاضة ،وكذلك الرمل ليصيرا تبعا للفرض دون السنة كما فى البحر ، وقدمنا أيضا أنه لايعتد بالسعى بعد طواف القدوم إلا أن يكون فى أشهر الحج فليتنبه له فإنه مهم اهـ .

قلت : وكذا لايعتد بالسعى إلا بعد طواف كامل ، فلو طاف للقدوم جنبا أو محدثا ،ورمل فيه وسعى بعده ؛ فعليه إعادتهما فى الحدث ندبا وفى الجنابة إعادة السعى حتما والرمل سنة لباب (قوله بعد طلوع الفجر) فلا يصح قبله لباب (قوله ويمتد وقته) أى وقت صحته إلى آخر العمر ، فلو مات قبل فعله فقد ذكر بعض المحشين عن شرح اللباب للقاضى محمد عيد عن البحر العميق أنهم قالوا إن عليه الوصية ببدنة لأنه جاء العذر من قبل من له الحق وإن كان آثما بالتأخير اهـ تأمل (قوله وحل له النساء) أى بعد الركن منه وهو أربعة أشواط بحر ولو لم يطف أصلا لايحل له النساء وإن طال ومضت سنون بإجماع كذا فى الهندية ط (قوله بالحلق السابق)أى لا بالطواف لأن الحلق هو المحلل دون الطواف غير أنه أخر عمله فى حق النساء إلى ما بعد الطواف ، فإذا طاف عمل الحلق عمله كالطلاق الرجعى أخر عمله الإبانة إلى انقضاء العدة لحاجته إلى الاسترداد زيلعى ، فتسمية بعضهم الطواف محللا آخر مجاز باعتبار أنه شرط فافهم (قوله قبل الحلق) أى ولو بعد الرمى على المشهور عندنا كما مر تقريره (قوله كان جناية) أى ولو قصد به التحليل ط (قوله لأنه لايخرج الخ) تصريح بما فهم من التفريع لقصد الرد على القول بأن الرمى محلل كما مر (قوله ولياليها منها) مبتدأ وخبر والمراد بليلة كل يوم من أيام النحر الليلة التى تعقب ذلك اليوم فى الوجود كما أن ليلة يوم عرفة الليلة التى تعقبه فى الوجود ح .

قلت : وهذا على إطلاقه ظاهر فى حق الرمى فإنه إذا لم يرم نهارا من أيام النحر يرمى فى الليلة التى تعقب ذلك ، ويقع أداء، بخلاف ما إذا أخره إلى النهار الثانى فإنه يقع قضاء ويلزمه دم كما سنذكره ، وأما فى حق الطواف فالمراد به

(كره) تحريما (ووجب دم) لترك الواجب ، وهذا عند الإمكان ، فلو طهرت الحائض إن قدر أربعة أشواط ولم تفعل لزم دم وإلا لا (ثم أتى منى)

الليالى المتخللة بين أيام النحر لأنه إذا غربت الشمس من اليوم الثالث الذى هو آخر أيام النحر ولم يطف لزمه دم كما يأتى فى مسألة الحائض فالليلة التى تعقب الثالث ليست تابعة له فى حق الطواف وإلا لكان فيها أداء بلا لزوم دم كما فى الرمى فتدبر (قوله كره تحريما الخ)أى ولوأخره إلى اليوم الرابع الذى هو آخرأيام التشريق وهو الصحيح كما فى الغاية وإيضاح الطريق . وفى بعض الحواشى وبه يفتى وهو المذكورفى المبسوط وقاضيخان والكافى والبدائع وغيرها ، خلافا لما ذكره القدورى فى شرح مختصر الكرخى من أن آخره آخر أيام التشريق ،وتبعه الكرمانى وصاحب المنافع والمستصفى شرح اللباب .

[تنبيه] فى السراج وكذلك إن أخر الحلق عن أيام النحر لزمه دم أيضا عندأبى حنيفة لأن الحلق يختص عنده بزمان وهو أيام النحر وبمكان وهو الحرم (قوله وهذا) أى الكراهة ووجوب الدم بالتأخير ط (قوله إن قدر أربعة أشواط) أى إن بقى إلى غروب الشمس من اليوم الثالث من أيام النحر مايسع طواف أربعة أشواط ،والظاهر أنه يشترط مع ذلك زمن يسع خلع ثيابها واغتسالها ويراجع اه ح وعلى قياس بحثه ينبغى أن يشترط زمن قطع المسافة أن لو كانت فى بيتها ط .

قلت : وبالأخير صرح فى شرح اللباب وذلك كله مفهوم من قول البحر عن المحيط إذا ظهرت فى آخر أيام النحر فإن أمكنها الطواف قبل الغروب ولم تفعل فعليها دم للتأخير وإن لم يمكنها طواف أربعة أشواط فلا شيء عليها اه فإن إمكان الطواف لايكون إلا بعد الاغتسال وقطع المسافة. وفى البحر أيضا : ولو حاضت بعد ماقدرت على الطواف فلم تطف حتى مضى الوقت لزمها الدم لأنها مقصرة بتفريطها اه أى بعد ماقدرت على أربعة أشواط. زادفى اللباب فقولهم لاشيء عليها لتأخير الطواف مقيد بما إذا حاضت فى وقت لم تقدر على أكثر الطواف أوحاضت قبل أيام النحر ولم تطهر إلا بعد مضيها ، لكن إيجاب الدم فيما لو حاضت فى وقته بعد ماقدرت عليه مشكل (١) . لأنه لايلزمها فعله فى أول الوقت ، نعم يظهر ذلك فيما لو علمت وقت حيضها فأخرته عنه تأمل .

[تنبيه] نقل بعض المحشين عن منسك ابن أمير حاج : لوهم الركب على القفول ولم تطهر فاستفتت هل تطوف أم لا؟قالوا يقال لها لايحل لك دخول المسجد وإن دخلت وطفت أثمت وصح طوافك وعليك ذبح بدنة وهذه مسألة كثيرة الوقوع يتحير فيها النساء اه وتقدم حكم طواف المتحيرة فى باب الحيض فراجعه (قوله ثم أتى منى) أى بعد ماصلى ركعتى الطواف وكان ينبغى التصريح به كما فعل صاحب الهداية وابن الكمال شرنبلالية .

[تنبيه] ذكر فى اللباب أنه يصلى الظهر بعد مايرجع إلى منى وهو مروى فى صحيح مسلم ، لكن فى الكتب الستة «أنه صلى الله عليه وسلم صلى الظهر بمكة» ومال إليه فى الفتح وقال فى شرح اللباب إنه أظهر نقلا وعقلا وتمامه فيه ، وأما صلاة الجمعة فقال فى اللباب : ويجمع بمنى إذا كان فيه أمير مكة أوالحجاز أو الخليفة ،وأما أمير الموسم فليس له ذلك إلا إذا استعمل على مكة اه ، وأما صلاة العيد فى شرح مناسك الكنز للمرشدى عن المحيط والذخيرة وغيرهما أنه لايصليها بها بخلاف الجمعة وفى شرح المنية للحلبى أنه لايصليها بها اتفاقا للاشتغال فيه بأمور الحج اه أى لأن وقت

---

(١) (قوله مشكل) قال شيخنا : لا إشكال فيه إذ كثير من المسائل مماثلة لهذه المسألة، ومع ذلك صرحوا فيها بالإثم الاترى إلى المسافر إذا أفطر ثم أقام بوسع عليه القضاء لكن إذا مات قبل القضاء يكون آثما لأنه بالموت تبين عدم التوسيع فكذلك هذه المسألة، وأيضا قال أبو يوسف بتوسيع وجوب الحج ، ومع ذلك قال بإثم التارك له إلى الموت فلا تنافى بين التأثيم وبين التوسيع اه

فيبيت بها للرمى (وبعد الزوال ثانى النحر رمى الجمار الثلاث يبدأ) استنانا (بما يلى مسجد الخيف ثم بما يليه) الوسطى (ثم بالعقبة سبعا سبعا ووقف) حامدا مهللا مكبرا مصليا قدر قراءة البقرة (بعد تمام كل رمى بعده رمى فقط)

العيد وقت معظم أفعال الحج ، بخلاف وقت الجمعة ولأن الجمعة لاتقع فى ذلك اليوم إلا نادرا بخلاف العيد قال فى شرح اللباب : وأراد بالاتفاق الإجماع إذ لاخلاف فى المسألة بين علماء الأمة اه .

مطلب فى حكم صلاة العيد والجمعة فى منى

وفى شرح الأشباه للبيرى من كتاب الصيد أن منى موضع تجوز فيه صلاة العيد إلا أنها سقطت عن الحاج ، ولم نر فى ذلك نقلا مع كثرة المراجعة ولا صلاة العيد بمكة يوم الأضحى ، لأنا ومن أدركناه من المشايخ لم نصلها بمكة والله تعالى أعلم ما السبب فى ذلك اه .

قلت : أما عدم صلاتها بمنى فقد علمت نقله وأما بمكة فلعل سببه (١) أن من له إقامة العيد يكون بمنى حاجا والله تعالى أعلم (قوله فيبيت بها للرمى) أى ليالى أيام الرمى هو السنة فلو بات بغيرها كره ولا يلزمه شئ لباب (قوله وبعد زوال ثانى النحر) قال فى اللباب : ثم إذا كان اليوم الحادى عشر وهو ثانى أيام النحر خطب الإمام خطبة واحدة بعد صلاة الظهر لايجلس فيها كخطبة اليوم السابع يعلم الناس أحكام الرمى وما بقى من أمور المناسك وهذه الخطبة سنة وتركها غفلة عظيمة اه .

مطلب فى رمى الجمرات الثلاث

(قوله يبدأ استنانا الخ)حاصله أن هذا الترتيب مسنون لامتعين وبه صرح فى المجمع وغيره، واختاره فى الفتح. وقال فى اللباب : والأكثر على أنه سنة وعزاه شارحه إلى البدائع والكرمانى والمحيط والسراجية ، ونقل فى البحر كلام المحيط ثم قال : وهو صريح فى الخلاف وفى اختيار السنية اه وكذا اختاره أصحاب المتون فى مسائل منثورة آخر الحج كما سيأتى ، وما فى النهر من أن صريح ما فى المحيط اختيار التعيين فيه نظر ، بل جعل التعيين رواية عن محمد فتدبر ، قال فى اللباب :فلو بدأ بجمرة العقبة ثم بالوسطى ثم بالأولى، ثم تذكر ذلك فى يومه فإنه يعيد الوسطى والعقبة حتما أو سنة وكذا لو ترك الأولى ورمى الأخيرتين فإنه يرمى الأولى ويستقبل الباقى ، ولو رمى كل جمرة بثلاث أتم الأولى بأربع ثم أعاد الوسطى بسبع ثم القصوى بسبع ، وإن رمى كل واحدة بأربع أتم كل واحدة بثلاث ثلاث ولا يعيد اه أى لأن للأكثر حكم الكل فكأنه رمى الثانية والثالثة بعد الأولى (قوله بما يلى مسجد الخيف) وحدها من باب مسجد الخيف الكبير إليها بذراع الحديد عدد ١٢٥٤ وسدس ذراع ومنها إلى الجمرة الوسطى عدد ٨٧٥ ومن الوسطى إلى جمرة العقبة عدد ٢٠٨ كما نقله القسطلانى فى شرح البخارى عن القرافى المالكى ونحوه فى كتب الشافعية فما فى القهستانى سبق قلم فافهم (قوله الوسطى) بدل من ما ح (قوله ويكبر بكل حصاة(٢)) أى قائلا باسم الله الله أكبر كما مر (قوله قدر قراءة البقرة) زاد فى اللباب أو ثلاثة أحزاب : أى ثلاثة أرباع من الجزء أو عشرين آية قال شارحه : وهو أقل المواقيت ، واختاره صاحب الحاوى والمضمرات (قوله بعد تمام كل رمى)

---

(١) (قوله فلعل سببه الخ) فيه أن هذا لايصلح سببا للمقول لأنه يجوز تأخيرها بعذر فكان يمكنه الإتيان بها فى ثالث النحر بعد الذهاب إلى مكة اه .

(٢) (قوله ويكبر بكل حصاة) ليست فى نسخ الشارح التى بأيدينا هنا بل تقدمت فى عبارة المصنف فى قوله ورمى العقبة من بطن الوادى سبعا خذفا وكبر بكل حصاة .

فلا يقف بعد الثالثة و (لابعد رمى يوم النحر) لأنه ليس بعده رمى (ودعا) لنفسه وغيره رافعا كفيه نحو السماء أو القبلة (ثم) رمى (غدا كذلك ثم بعده كذلك إن مكث وهو أحب وإن قدم الرمى فيه) أى فى اليوم الرابع (على الزوال جاز) فإن وقت الرمى فيه من الفجر للغروب ، وأما فى الثانى والثالث فمن الزوال لطلوع ذكاء(١)

لاعند كل حصاة لباب (قوله فلا يقف بعد الثالثة) أى جمرة العقبة لأنها ليس بعدها رمى فى كل يوم قال فى اللباب والوقوف عند الأوليين سنة فى الأيام كلها وقوله: ولا بعد رمى يوم النحر أتى فيه بالواو عطفا على ماذكره فى التفريع إشارة إلى مافى عبارة المتن من القصور (قوله ودعا) عطف على قوله ووقف حامدا (قوله نحو السماء أو القبلة) حكاية لقولين قال فى شرح اللباب : يرفع يديه حذو منكبيه ، ويجعل باطن كفيه نحو القبلة فى ظاهر الرواية . وعن أبى يوسف نحو السماء ، واختاره قاضيخان وغيره والظاهر الأول اه (قوله ثم رمى غدا) أى فى اليوم الثالث من أيام النحر ، وهو الملقب بيوم النفر الأول ؛ فإنه يجوز له أن ينفر فيه بعد الرمى . واليوم الرابع آخر أيام التشريق يسمى يوم النفر الثانى فتح (قوله كذلك)أى مثل الرمى فى اليوم الذى قبله بمراعاة جميع ماذكر فيه (قوله إن مكث) قيد فى قوله ثم بعده كذلك فقط لا فى قوله : ثم غدا كذلك أيضا اهـ ح قال فى النهر : أى إن مكث إلى طلوع فجر الرابع فى الظاهر، عن الإمام وعنه إلى الغروب من اليوم الثالث (قوله وهو أحب) اقتداء به عليه الصلاة والسلام لقوله تعالى — فمن تعجل فى يومين فلا إثم عليه — الآية فالتخيير بين الفاضل والأفضل كالمسافر فى رمضان حيث خير بين الصوم والإفطار والأول أفضل إن لم يضره اتفاقا نهر (قوله جاز) أى صح عند الإمام استحسانا مع الكراهة التنزيهية ، وقال لايصح اعتبارا بسائر الأيام نهر (قوله فإن وقت الرمى فيه) أى فى اليوم الرابع من الفجر للغروب أى غروب شمسه ، ولا يتبعه مابعده من الليل ؛ بخلاف ماقبله من الأيام والمراد وقت جوازه فى الجملة ، فإن ماقبل الزوال وقت مكروه ، وما بعده مسنون ؛ وبغروب الشمس من هذا اليوم يفوت وقت الأداء والقضاء اتفاقا شرح اللباب (قوله فمن الزوال لطلوع ذكاء) أى إلى طلوع الشمس من اليوم الرابع ، والمراد أنه وقت الجواز فى الجملة قال فى اللباب: وقت رمى الجمار الثلاث فى اليوم الثانى والثالث من أيام النحر بعد الزوال . فلا يجوز قبله فى المشهور . وقيل يجوز . والوقت المسنون فيهما يمتد من الزوال إلى غروب الشمس . ومن الغروب إلى الطلوع وقت مكروه . وإذا طلع الفجر : أى فجر الرابع فقد فات وقت الأداء وبقى وقت القضاء إلى آخر أيام التشريق . فلو أخره عن وقته أى المعين له فى كل يوم فعليه القضاء والجزاء ؛ ويفوت وقت القضاء بغروب الشمس فى الرابع اهـ : ثم قال : ولو لم يرم يوم النحر أو الثانى أو الثالث رماه فى الليلة المقبلة لى الآتية لكل من الأيام الماضية ؛ ولاشىء عليه سوى الإساءة مالم يكن بعذر ، ولو رمى ليلة الحادى عشر أو غيرها من غدها لم يصح ، لأن الليالى فى الحج فى حكم الأيام الماضية لا المستقبلة ، ولو لم يرم فى الليل رماه فى النهار قضاء وعليه الكفارة ؛ ولو أخر رمى الأيام كلها إلى الرابع مثلا قضاها كلها فيه وعليه الجزاء ، وإن لم يقض حتى غربت الشمس منه فات وقت القضاء . وليست هذه الليلة تابعة لما قبلها اهـ .

والحاصل أنه لو أخر الرمى فى غير اليوم الرابع يرمى فى الليلة التى تلى ذلك اليوم الذى أخر رميه وكان أداء لأنها تابعة له ، وكره لتركه السنة ، وإن أخره إلى اليوم الثانى كان قضاء ولزمه الجزاء ، وكذا لو أخر الكل إلى الرابع ما لم تغرب شمسه ، فلو غربت سقط الرمى ولزمه دم ، وقد ظهر بما قررناه أن ماذكره الشارح تبعا للبحر

---

(١) (قول الشارح لطلوع ذكاء) قال العلامة السندى : أى فجر اليوم اللاحق اهـ فكأنه قدر مضافا فى الكلام : أى طلوع فجر ذكاء اليوم اللاحق ؛ وبهذا التقدير تستقيم عبارة الشارح ويكون المراد بها بيان وقت الأداء اهـ .

(وله النفر) من منى (قبل طلوع فجر الرابع لابعده) لدخول وقت الرمى (وجاز الرمى) كله (راكبا، و) لكنه (فى الأولين) أى الأولى والوسطى (ماشيا أفضل) لأنه لايقف (إلا فى الأخيرة) أى العقبة لأنه ينصرف والراكب أقدر عليه، وأطلق أفضلية المشى فى الظهيرية، ورجحه الكمال وغيره (ولو قدم ثقله) بفتحتين متاعه وخدمه (إلى مكة وأقام بمنى) أو ذهب لعرفة (كره) إن لم يأمن لا إن أمن؛ وكذا

وغيره من أن انتهاءه إلى طلوع الشمس ليس بيانا لوقت الأداء فقط، بل يشمل وقت القضاء، لأن مابعد فجر الرابع وقت لرمى الرابع أداء، ولرمى غيره من الأيام الثلاثة قضاء فافهم (قوله وله النفر) بسكون الفاء: أى الرجوع سراج (قوله قبل طلوع فجر الرابع) ولكن ينفر قبل غروب الشمس: أى شمس الثالث، فإن لم ينفر حتى غربت الشمس يكره له أن ينفر حتى يرمى فى الرابع، ولو نفر من الليل قبل فجر الرابع لاشىء عليه وقد أساء، وقيل ليس له أن ينفر بعد الغروب، فإن نفر لزمه دم، ولو نفر بعد طلوع الفجر قبل الرمى لزمه الدم اتفاقا لباب، ولا فرق فى ذلك بين المكى والآفاقى كما فى البحر (قوله وجاز الرمى راكبا الخ) عبارة الملتقى أخصر، وهى: وجاز الرمى راكبا وغير راكب أفضل فى ٧ جمرة العقبة اه.

وفى اللباب: والأفضل أن يرمى جمرة العقبة راكبا وغيرها ماشيا فى جميع أيام الرمى اه وقوله لأنه يقف: أى للدعاء بعد رمى الأولين فى الأيام الثلاثة بخلاف العقبة فى اليوم الأول وفى الثلاثة بعده، فإنه لا دعاء بعدها. والضابط أن كل رمى يقف بعده فإنه يرميه ماشيا وهو كل رمى بعده رمى كما مر، وما لافلا ثم هذا التفصيل قول أبى يوسف، وله حكاية مشهورة ذكرها ط وغيره، وهو مختار كثير من المشايخ كصاحب الهداية والكافى والبدائع وغيرهم. وأما قولهما فذكر فى البحر أن الأفضل الركوب فى الكل على ما فى الخانية والمشى فى الكل على ما فى الظهيرية. وقال: فتحصل أن فى المسألة ثلاثة أقوال (قوله ورجحه الكمال) أى بأن أداءها ماشيا أقرب إلى التواضع والخشوع وخصوصا فى هذا الزمان. فإن عامة المسلمين مشاة فى جميع الرمى فلا يؤمن من الأذى بالركوب بينهم بالزحمة، ورميه عليه الصلاة والسلام راكبا إنما هو ليظهر فعله ليقتدى به كطوافه راكبا اه.

قال فى البحر: ولو قيل بأنه ماشيا أفضل إلا فى رمى جمرة العقبة فى اليوم الأخير لكان له وجه، لأنه ذاهب إلى مكة فى هذه الساعة كما هو العادة، وغالب الناس راكب فلا إيذاء فى ركوبه مع تحصيل فضيلة الاتباع له عليه الصلاة والسلام اه.

قلت: لكن فى هذا الزمان يعسر ركوبه بعد رمى العقبة، وربما ضل عنه محمله لكثرة الزحام، فلو قيل إنه فى اليوم الأخير يرمى الكل راكبا لكان له وجه أيضا مع تحصيل فضيلة الاتباع فى الكل بلا ضرر عليه ولا على غيره، لأن العادة أن الكل يركبون من منازلهم سائرين إلى مكة، وأما فى غير اليوم الأخير فيرمى الكل ماشيا (قوله بفتحتين الخ) وبكسر الثاء وفتح القاف المصدر وبسكونها واحد الأثقال نهر (قوله أو ذهب لعرفة) فى بعض النسخ بالواو بدل أو وهو تحريف، والأوضح أن يقول أو تركه فيها وذهب لعرفة إذ لا يصلح تسليط قدم هنا إلا بتأويل (قوله كره) لأثر ابن شيبة(١) عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما «من قدم ثقله قبل النفر فلا حج له» أى كاملا، ولأنه يوجب شغل قلبه وهو فى العبادة فيكره، والظاهر أنها تنزيهية بحر.

واعترضه فى النهر بأن عمر رضى الله عنه كان يمنع منه ويؤدب عليه، وهذا يؤذن بأنها تحريمية، وفيه نظر فإنه كان يؤدب على ترك خلاف الأولى تأمل (قوله لا إن أمن) بحث لصاحب البحر، وتبعه أخوه أخذا من مفهوم التعليل بشغل القلب ط (قوله وكذا الخ) قال فى السراج، وكذا يكره للإنسان أن يجعل شيئا من حوائجه

---

(١) (قوله ابن شيبة) كذا بالأصل المقابل على خط المؤلف. ولعله ابن أبى شيبة كما هو مشهور فى كتب الحديث اه مصححه

يكره للمصلى جعل نحو نعله خلفه لشغل قلبه .

(وإذا نفر) الحاج (إلى مكة نزل) استنانا ولو ساعة (بالمحصب) بضم ففتحتين : الأبطح ، وليست المقبرة منه (ثم) إذا أراد السفر (طاف للصدر) أى الوداع (سبعة أشواط بلا رمل وسعى ؛ وهو واجب إلا على أهل مكة) ومن فى حكمهم فلا يجب بل يندب كمن مكث بعده ؛ ثم النية للطواف شرط ؛ فلو طاف هاربا أو طالبا لم يجز لكن يكفى أصلها ، فلو طاف بعد إرادة السفر ونوى التطوع أجزأه عن الصدر . كما لو طاف بنية التطوع

خلفه ويصلى مثل النعل وشبهه لأنه يشغل خاطره فلا يتفرغ للعبادة على وجهها اهـ (قوله ولو ساعة) يقف فيه على راحلته يدعو سراج ، فيحصل بذلك أصل السنة . وأما الكمال فما ذكره الكمال من أنه يصلى فيه الظهر والعصر والمغرب والعشاء ويهجع هجعة ثم يدخل مكة بحر . وفى شرح اللباب للقارى : والأظهر أن يقال إنه سنة كفاية ، لأن ذلك الموضع لا يسع الحاج جميعهم . وينبغى لأمراء الحج وكذا غيرهم أن ينزلوا فيه ولو ساعة إظهارا للطاعة (قوله الأبطح) ويقال له أيضا البطحاء والخيف قارى . قال فى الفتح : وهو فناء مكة ، حده ما بين الجبلين المتصلين بالمقابر إلى الجبال المقابلة لذلك مصعدا فى الشق الأيسر وأنت ذاهب إلى منى مرتفعا عن بطن الوادى (قوله ثم إذا أراد السفر) أتى بثم وبما بعدها إشارة إلى ما فى النهر وغيره من أن أول وقته بعد طواف الزيارة إذا كان على عزم السفر . حتى لو طاف كذلك ثم أطال الإقامة بمكة ولم يتخذها دارا جاز طوافه ولا آخر له وهو مقيم ، بل لو أقام عاما لا ينوى الإقامة فعله أن يطوف ويقع أداء . نعم المستحب إيقاعه عند إرادة السفر اهـ . وفى اللباب أنه لا يسقط بنية الإقامة ولو سنين . ويسقط بنية الاستيطان بمكة أو بما حولها قبل حل النفر الأول : أى قبل ثالث أيام النحر ، ولو نوى الاستيطان بعده لا يسقط . وإن نواه قبل النفر ثم بدا له الخروج لم يجب كالمكى إذا خرج اهـ .

مطلب فى طواف الصدر

(قوله أى الوداع) بفتح الواو . وهو اسم لهذا الطواف أيضا ، ويسمى أيضا طواف آخر العهد وأما الصدر فهو بفتحتين : رجوع المسافر من مقصده والشارب من مورده كما فى القهستانى (قوله بلا رمل وسعى) أى إن كان فعلهما فى طواف القدوم أو الصدر كما مر عن الخير الرملى (قوله وهو واجب) فلو نفر ولم يطف وجب عليه الرجوع ليطوف ما لم يجاوز الميقات فيخير بين إراقة الدم والرجوع بإحرام جديد بعمرة مبتدئا بطوافها ثم بالصدر ، ولا شىء عليه لتأخيره ، والأول أولى تيسيرا عليه ونفعا للفقراء نهر ولباب (قوله إلا على أهل مكة) أفاد وجوبه على كل حاج آفاقى مفرد أو متمتع أو قارن بشرط كونه مدركا مكلفا غير معذور ؛ فلا يجب على المكى ، ولا على المعتمر مطلقا ، وفائت الحج والمحصر والمجنون والصبى والحائض والنفساء كما فى اللباب وغيره (قوله ومن فى حكمهم) أى ممن كان داخل المواقيت ، وكذا من نوى الاستيطان قبل حل النفر كما مر (قوله فلا يجب الخ) قال فى النهر : والمنفى عنهم إنما هو وجوبه لا ندبه . وقد قال الثانى أحب إلى أن يطوف المكى طواف الصدر لأنه وضع لختم أفعال الحج ، وهذا المعنى موجود فى حقهم (قوله كمن مكث بعده) لأن المستحب إيقاعه عند إرادة السفر كما مر (قوله فلو طاف) أى دار حول البيت ولم تحضره النية أصلا (قوله أو طالبا) أى لغريم ونحوه (قوله لكن يكفى أصلها) أى أصل نية الطواف بلا لزوم تعيين كونه للصدر أو غيره ولا تعيين وجوب أو فرضية (قوله فلو طاف الخ) الحاصل كما فى الفتح وغيره أن من طاف طوافا فى وقته وقع عنه ، نواه بعينه أولا أو نوى طوافا آخر ، ومن فروعه لو قدم معتمر أو طاف ، وقع عن العمرة ؛ أو حاجا وطاف قبل يوم النحر وقع للقدوم ، أو قارنا وطاف طوافين وقع الأول عن العمرة والثانى للقدوم ، ولو كان فى يوم النحر وقع للزيارة

فى أيام النحر وقع عن الفرض (ثم) بعد ركعتيه (شرب من ماء زمزم وقبل العتبة) تعظيما للكعبة (ووضع صدره ووجهه على الملتزم وتشبث بالأستار ساعة) كالمستشفع بها، ولو لم ينلهايضع يديه على رأسه مبسوطتين على الجدار قائمتين والتصق بالجدار (ودعا مجتهدا ويبكى) أو يتباكى (ويرجع قهقرى) أى إلى خلف (حتى يخرج من المسجد)

أو بعد ما حل النفر بعد ما طاف للزيارة فهو للصدر، وإن نواه للتطوع فلا تعمل النية فى التقديم والتأخير إلا إذا كان الثانى أقوى. كما لو ترك طواف الصدر ثم عاد بإحرام عمرة فيبدأ بطواف العمرة ثم الصدر، وتمامه فى اللباب (قوله ثم بعد ركعتيه) أى بعد صلاة ركعتى الطواف. وتقدم الكلام عليهما، وتقدم أيضا أنه قيل إنه يلتزم الملتزم أولا ثم يصلى الركعتين ثم يأتى زمزم، وأنه الأسهل والأفضل، وعليه العمل وأن ما ذكره هنا من الترتيب هو الأصح المشهور، ومشى عليه فى الفتح هناك. وعبر عن الآخر بقيل لكن جزم بالقيل هنا (قوله شرب من ماء زمزم) أى قائما مستقبلا القبلة متضلعا منه متنفسا فيه مرارا ناظرا فى كل مرة إلى البيت ماسحا به وجهه ورأسه وجسده صابا منه على جسده إن أمكن كما فى البحر وغيره وقد عقد فى الفتح لذلك فصلا مستقلا فارجع إليه، وسيأتى بعض الكلام على زمزم آخر الحج (قوله وقبل العتبة) أى ثم قبل العتبة المرتفعة عن الأرض قهستانى (قوله ووضع) أى ثم وضع قهستانى (قوله ووجهه) أى خده الأيمن ويرفع يده اليمنى إلى عتبة الباب (قوله وتشبث) أى تعلق كما يتعلق عبد ذليل بطرف ثوب لمولى جليل قهستانى (قوله ودعا) أى حال تشبثه بالأستار متضرعا متخشعا مكبرا مهللا مصليا على النبى صلى الله عليه وسلم (قوله ويرجع قهقرى) كذا فى الهداية والمجمع والنقاية وغيرها. وفى مناسك النووى أن ذلك مكروه لأنه ليس فيه سنة مروية ولا أثر محكى، وما لا أثر له لا يعرّج عليه اهـ وتبعه ابن الكمال والطرابلسى فى مناسكه. لكنه قال وقد فعله الأصحاب يعنى أصحاب مذهبنا. وقال الزيلعى: والعادة به جارية فى تعظيم الأكابر. والمنكر لذلك مكابر. قال فى البحر: لكنه يفعله على وجه لا يحصل منه صدم أو وطء لأحد.

مطلب فى حكم المجاورة بمكة والمدينة

[تنبيه] فى كلامه إشارة إلى أنه لا يجاور بمكة، ولهذا قال فى المجمع، ثم يعود إلى أهله: والمجاورة بمكة مكروهة أى عنده خلافا لهما. وبقوله قال الخائفون المحتاطون من العلماء كما فى الإحياء، قال ولا يظن أن كراهة القيام تناقض فضل البقعة، لأن هذه الكراهة علتها ضعف الخلق، وقصورهم عن القيام بحق الموضع: قال فى الفتح. وعلى هذا فيجب كون الجوار فى المدينة المشرفة كذلك يعنى مكروها عنده، فإن تضاعف السيآت أو تعاظمها إن فقد فيها فمخافة السآمة وقلة الأدب المفضى إلى الإخلال بوجوب التوقير والإجلال قائم اهـ نهر.

مطلب فى مضاعفة الصلاة بمكة

[تتمة] قال السيد الفاسى فى شفاء الغرام: يتحصل من طرق حديث ابن الزبير ثلاث روايات: إحداها أن الصلاة فى المسجد الحرام تفضل على الصلاة بمسجد المدينة بمائة صلاة. الثانية بألف صلاة. الثالثة بمائة ألف صلاة كما فى مسند الطيالسى وإتحاف ابن عساكر، وعلى الثالثة حسب النقاش المفسر الصلاة بالمسجد الحرام فبلغت صلاة واحدة فيه عمر مائتى سنة وخمسين(١) سنة وستة أشهر وعشرين ليلة، والصلوات الخمس عمر مائتى ستة وسبع وسبعين سنة وتسعة أشهر وعشر ليال.

---

(١) (قوله مائتى سنة وخمسين الخ) الذى نقله العلامة القسطلانى على البخارى فى باب فضل الصلاة فى مسجد مكة والمدينة عن النقاش حسبت الصلاة بالمسجد الحرام فبلغت صلاة واحدة فيه عمر خمس وخمسين سنة إلى آخر ما ذكره المحشى، وحينئذ فالصواب إسقاط مائتى سنة اهـ.

وبصره ملاحظ للبيت (وسقط طواف القدوم عمن وقف بعرفة ساعة قبل دخول مكة ولا شيء عليه بتركه) لأنه سنة وأساء (ومن وقف بعرفة ساعة) عرفية وهو اليسير من الزمان ، وهو المحمل عند إطلاق الفقهاء (من زوال يومها) أى عرفة (إلى طلوع فجر يوم النحر . أو اجتاز) مسرعا أو (نائما أو مغمى عليه .

قال السيد : ورأيت لشيخنا بدر الدين بن الصاحب المصرى أن الصلاة فيه فرادى بمائة ألف . وجماعة بألفى ألف وسبعمائة ألف ، والصلوات الخمس فيه بثلاثة عشر ألف ألف وخمسمائة صلاة ، وصلاة الرجل منفردا فى وطنه غير المسجدين المعظمين كل مائة سنة شمسية بمائة الف وثمانين ألف صلاة . وكل ألف سنة بألف ألف صلاة وثمانمائة ألف صلاة .

فتلخص أن صلاة واحدة جماعة فى المسجد الحرام يفضل ثوابها على ثواب من صلى فى بلده فرادى حتى بلغ عمر نوح عليه السلام بنحو الضعف اهـ ثم ذكر أن للعلماء خلافا فى هذا الفضل هل يعم الفرض والنفل ، أو يختص بالفرض ؟ وهو مقتضى مشهور مذهبنا : أى المالكية ومذهب الحنفية ، والتعميم مذهب الشافعية .

واختلف فى المراد بالمسجد الحرام ، قيل مسجد الجماعة وأيده المحب الطبرى ، وقيل الحرم كله ، وقيل الكعبة خاصة ، وجاءت أحاديث تدل على تفضيل ثواب الصوم وغيره من القربات بمكة إلا أنها فى الثبوت ليست كأحاديث الصلاة فيها اهـ باختصار . وذكر ابن حجر فى التحفة أنه صح فى الأحاديث بتكرار الألف ثلاثا . كذا كتبه بعض المحشين . وذكر البيرى فى شرح الأشباه فى أحكام المسجد أن المشهور عند أصحابنا أن التضعيف يعم جميع مكة بل جميع حرم مكة الذى يحرم صيده كما صححه النووى (قوله وسقط طواف القدوم الخ) هذه مسائل شتى عنون لها فى الهداية والكنز بفصل . وذكر فى البحر أن حقيقة السقوط لاتكون إلا فى اللازم . فهو هنا مجاز عن عدم سنيته فى حقه : إما لأنه ماشرع إلا فى ابتداء الأفعال فلا يكون سنة عند التأخر . ولا شيء عليه بتركه لأنه سنة ، وإما لأن طواف الزيارة أغنى عنه كالفرض يغنى عن تحية المسجد . ولذا لم يكن للعمرة طواف قدوم لأن طوافها أغنى عنه قيد بطواف القدوم ، لأن القارن إذا لم يدخل مكة ووقف بعرفات صار رافضا لعمرته فيلزمه دم لرفضها وقضاؤها كما سيأتى فى آخر القران اهـ (قوله وأساء) أى لتركه السنة . وقدمنا أن الإساءة دون الكراهة أى التحريمية (قوله عرفية) أى فى عرف اللغة والأوضح أن يقول لغوية أو شرعية كما عبر فى شرح اللباب (قوله وهو اليسير) ذكر الضمير مراعاة لتذكير الخبر (قوله من زوال الخ) متعلق بمحذوف صفة لساعة لا بوقف لفساد المعنى باعتبار الغاية فتدبر (قوله أو اجتاز) أى مر . وقوله مسرعا حال أشار به إلى أن هذه الساعة اليسيرة يكفى منها هذا المقدار من الوقوف ، فإن المسرع لايخلو عن وقوف يسير على قدم عند نقل القدم الأخرى ، ولذا صح اعتكافه كما مر فى بابه (قوله أو نائما أو مغمى عليه) يشير إلى أن الوقوف بعرفة يصح بلا نية كما سيصرح به ، بخلاف الطواف .

قال فى البحر : والفرق أن الطواف عبادة مقصودة ، ولهذا يتنفل به فلابد من اشتراط أصل النية وإن كان غير محتاج إلى تعيينه كما مر . وأما الوقوف فليس بعبادة مقصودة ، ولذا لايتنفل به فوجود النية فى أصل العبادة وهو الإحرام يغنى عن اشتراطه فى الوقوف اهـ لكن أورد عليه فى النهر القراءة فى الصلاة فإنها عبادة مستقلة بدليل أنه يتنفل بها مع أنه لايشترط لها النية . قال : ولم أره لأحد ، ولم يظهر لى عنه جواب .

قلت : قد يمنع كون القراءة عبادة مستقلة والتنفل بها لايدل على ذلك كالوضوء فإنه يتنفل به مع كونه ليس عبادة مستقلة ، ولذا لم يصح نذره وكذا القراءة ففى القهستانى من الاعتكاف أن النذر بها لايصح ، لأنها فرضت

و) كذا لو (أهل عنه رفيقه) وكذا غير رفيقه فتح (به) أى بالحج مع إحرامه عن نفسه ، فإذا انتبه أو أفاق وأتى بأفعال الحج جاز ، ولو بقى الإغماء . إن الإغماء بعد إحرامه طيف به المناسك ، وإن أحرموا عنه اكتفى بمباشرتهم ؛

تبعا للصلاة لا لعينها فتأمل (قوله وكذا لو أهل عنه رفيقه) أى عن المغمى عليه أو النائم المريض كما فى شرح اللباب لأن الإحرام شرط عندنا كالوضوء فى الصلاة فصحت النيابة بعد وجود نية العبادة منه ، وهو خروجه للحج معراج .

وفى النهر : ومعنى الإهلال عنه أن ينوى عنه ويلبى فيصير المغمى عليه محرما بذلك لانتقال إحرام الرفيق إليه وليس معناه أن يجرده وأن يلبسه الإزار . لأن هذا كف عن بعض محظورات الإحرام لا عين الإحرام اه ويجزيه ذلك عن حجة الإسلام . ولو ارتكب محظوراً لزمه موجبه لا الرفيق لباب . ويصح إحرامه عنه سواء أحرم عن نفسه أولا ولا يلزمه التجرد عن المخيط لأجل إحرامه عنه . ولو أحرم عنه وعن نفسه وارتكب محظوراً لزمه جزاء واحد ، بخلاف القارن لأنه محرم بإحرامين بحر . ولا يشترط كون الإحرام عنه بأمره كما فى اللباب : أى خلافا لهما حيث اشترطا الأمر ، وقيده فى البحر بالمغمى عليه . أما النائم فيشترط منه صريح الإذن لما فى المحيط أن المريض الذى لا يستطيع الطواف إذا طاف به رفيقه وهو نائم إن كان بأمره جاز وإلا فلا اه .

قلت : وقيد الجواز فى اللباب فى فصل طواف المغمى عليه والنائم بالفور حيث قال ولو طافوا بمريض وهو نائم من غير إغماء إن كان بأمره وحملوه على فوره يجوز وإلا فلا .

وفى الفتح بعد كلام : والحاصل الفرق بين النائم والمغمى عليه فى اشتراط صريح الإذن وعدمه . قال شارح اللباب : وقد أطلقوا الإجزاء بين حالتى النوم والإغماء فى الوقوف ، ولعل الفرق أن النية شرط فى الطواف عند الجمهور بخلاف الوقوف اه ملخصا .

قلت : والكلام فى الإحرام عن النائم . لكن إذا كان الطواف عنه لا يجوز إلا بأمره فالإحرام بالأولى (قوله وكذا غير رفيقه) هذا أحد قولين . وبه جزم فى السراج . ورجحه فى الفتح والبحر لوجود الإذن للكل دلالة ، كما لو ذبح أضحية غيره فى أيامها بلا إذنه . وتمامه فى البحر (قوله أى بالحج) قال فى البحر : وشمل إحرام الرفيق عنه ما إذا أحرم عنه رفيقه بحجة أو عمرة أو بهما من الميقات أو بمكة ولم أره صريحا اه . قال فى الشرنبلالية : وفيه تأمل ، لأن المسافر من بلاد بعيدة ولم يكن حج الفرض كيف يصح أن يحرم عنه بعمرة وليست واجبة عليه ؟ وقد يمتد الإغماء ولا يحصل إحرامه عنه بالحج فيفوت مقصده ظاهراً اه . وظاهر الفتح يدل على أنه لابد من العلم بقصده . وحينئذ فإن علم فلا كلام ، وإلا فينبغى تعيين الحج (قوله مع إحرامه عن نفسه) أو بدونه كما قدمناه (قوله إذا انتبه أو أفاق) الأول للنائم والثانى للمغمى عليه (قوله جاز) لأنه تبين أن عجزه كان فى الإحرام فقط فصحت النيابة فيه ثم يجرى هو على موجبه بحر أى موجب إحرام الرفيق عنه ، وفيه إشارة إلى لزوم إتيان الأفعال بنفسه لعدم العجز ، وبه صرح فى اللباب (قوله إن الإغماء بعد إحرامه) أى بنفسه وفيه أن فرض المسألة فى إحرام الرفيق عنه . فكان الأظهر والأخصر أن يقول ولو بقى الإغماء اكتفى بمباشرتهم ولو الإغماء بعد إحرامه طيف به المناسك : أى أحضر المشاهد من وقوف وطواف ونحوهما . قال فى البحر . وتشترط نيتهم الطواف إذا حملوه كما تشترط نيته (قوله اكتفى بمباشرتهم) أى من غير أن يشهدوا به المشاهد من الطواف

ولم أر مالو جن فأحرموا عنه وطافوا به المناسك . وكلام الفتح يفيد الجواز (أو جهل أنها عرفة صح حجه) لأن الشرط الكينونة لا النية :

(ومن لم يقف فيها فات حجه) لحديث « الحج عرفة » (فطاف وسعى وتحلل) أى بأفعال العمرة (وقضى) ولو حجه نذرا أو تطوعا (من قابل) ولا دم عليه (والمرأة) فيما مر (كالرجل) لعموم الخطاب مالم يقم دليل الخصوص (لكنها تكشف وجهها لا رأسها؛ ولو سدلت شيئا عليه

والسعي والوقوف وهو الأصح نعم ذلك أولى نهر ، وانظر هل يكتفى المباشر بطواف واحد عنه وعن المغمى عليه كما لوحمله وطاف به أولا ؟ لم أره أبو السعود .

قلت : الظاهر الثانى ، لأنه إذا أحضر الموقف كان هو الواقف ، وإذا طيف به كان بمنزلة الطائف راكبا كما صرحوا به . فلا يقاس عليه ماإذا لم يحضر فلابد من نية وقوف عنه وإنشاء طواف وسعى عنه غير مايفعله المباشر عن نفسه تأمل (قوله ولم أر ما لوجن قبل الإحرام) البحث لصاحب النهر . وقدمنا قبيل فروض الحج أن صاحب البحر توقف فيه وقال إن إحرام وليه عنه يحتاج إلى نقل ، وقدمنا هناك عن شرح المقدسى عن البحر العميق أنه لاحج على مجنون مسلم ، ولا يصح منه إذا حج بنفسه ولكن يحرم عنه وليه اه فمن خرج عاقلا يريد الحج ثم جن قبل إحرامه يحرم عنه وليه بالأولى ؛ ولعل التوقف فى إحرام رفيقه عنه وكلام الفتح هو مانقله عن المنتقى عن محمد أحرم وهو صحيح ثم أصابه عته فقضى به أصحابه المناسك ووقفوا به فمكث كذلك سنين ثم أفاق أجزأه ذلك عن حجة الإسلام اه . قال فى النهر : وهذا ربما يومئ إلى الجواز اه وإنما قال يومئ إلى الجواز لما من حيث أن كلام الفتح فى المعتوه وكلامنا فى المجنون ؛ بل من حيث أن كلام الفتح فيما لو أحرم عن نفسه ثم أصابه العته ، وكلامنا فيما إذا جن قبل أن يحرم عن نفسه ؛ وإيماء الفتح إلى الجواز فى ذلك فى غاية الخفاء فافهم .

[فرع] الصبي الغير المميز لايصح إحرامه ولا أداؤه ؛ بل يصحان من وليه له ، فيحرم عنه من كان أقرب إليه ، فلو اجتمع والد وأخ يحرم الوالد ومثله المجنون ؛ إلا أنه إذا جن بعد الإحرام يلزمه الجزاء ويصح منه الأداء وتمامه فى اللباب (قوله لحديث الحج عرفة) أى معظم ركنيه الوقوف بها باعتبار الأمن من البطلان عند فعله لا من كل وجه ، فلا ينافى أن الطواف أفضل ط (قوله فطاف الخ) عطف تحلل على طاف وسعى عطف تفسير والأولى الإتيان فى الثلاثة بصيغة المضارع ؛ بل الأولى قول الكنز فى باب الفوات فليحلل بعمرة ليفيد الوجوب وبه صرح فى البدائع ، لكن المراد أنه يفعل مثل أفعال العمرة لأن ذلك ليس بعمرة حقيقة كما صرح به فى باب الفوات من اللباب وغيره . وفى الكلام إشارة إلى أن إحرام الحج باق وهذا عندهما . وقال الثانى : انقلب إحرامه إحرام عمرة . وثمرة الخلاف تظهر فيما لو أحرم بحجة أخرى صح عند الإمام ، ويرفضها لئلا يصير جامعا بين إحرامى حج ، وعليه دم وحجتان وعمرة من قابل . وقال الثانى : يمضى فيها لانقلاب إحرام الأولى . وقال محمد : لايصح إحرامه أصلا نهر (قوله ولو حجه نذرا أو تطوعا) وكذا لو فاسداً سواء ظرأ فساده أو انعقد فاسدا كما إذا أحرم مجامعا نهر (قوله فيما مر) أى من أحكام الحج ط (قوله لكنها تكشف وجهها لا رأسها) كذا عبر فى الكنز . واعترضه الزيلعى بأنه تطويل بلا فائدة ، لأنها لاتخالف الرجل فى كشف الوجه ؛ فلو اقتصر على قوله لاتكشف رأسها لكان أولى . وأجاب فى البحر بأنه لما كان كشف وجهها خفيا لأن المتبادر إلى الفهم أنها لاتكشفه لأنه محل الفتنة نص عليه وإن كانا سواء فيه ، والمراد بكشف الوجه عدم مماسة شيء له ؛ فلذلك يكره لها أن تلبس البرقع لأن ذلك يماس وجهها كذا فى المبسوط اه . قلت : لو عطف قوله والمراد بأو لكان جوابا آخر أحسن

وجافته عنه جاز) بل يندب (ولا تلبى جهرا) بل تسمع نفسها دفعا للفتنة ، وما قيل إن صوتها عورة ضعيف (ولا ترمل) ولا تضطبع (ولا تسعى بين الميلين ولا تحلق بل تقصر) من ربع شعرها كما مر (وتلبس المخيط) والخفين والحلى (ولا تقرب الحجر فى الزحام) لمنعها من مماسة الرجال (والخنثى المشكل كالمرأة فيما ذكر) احتياطا (وحيضها لايمنع) نسكا (إلا الطواف) ولاشىء عليها بتأخيره إذا لم تطهر إلا بعد أيام النحر ، فلو طهرت فيها بقدر أكثر الطواف لزمها الدم بتأخيره لباب (وهو بعد حصول ركنيه يسقط طواف الصدر) ومثله النفاس (والبدن) جمع بدنة (من إبل وبقر ، والهدى منهما ومن الغنم)

من الأول تأمل (قوله وجافته) أى باعدته عنه . قال فى الفتح : وقد جعلوا لذلك أعواداً كالقبة توضع على الوجه ويسدل من فوقها الثوب اه (قوله جاز) أى من حيث الإحرام ، بمعنى أنه لم يكن محظوراً لأنه ليس بستر وقوله بل يندب : أى خوفا من رؤية الأجانب . وعبر فى الفتح بالاستحباب ، لكن صرح فى النهاية بالوجوب وفى المحيط : ودلت المسألة على أن المرأة منهية عن إظهار وجهها للأجانب بلا ضرورة لأنها منهية عن تغطيته لحق النسك لولا ذلك ، وإلا لم يكن لهذا الارخاء فائدة اه ونحوه فى الخانية .

وفق فى البحر بما حاصله أن محمل الاستحباب عند عدم الأجانب . وأما عند وجودهم فالارخاء واجب عليها عند الامكان ، وعند عدمه يجب على الأجانب غض البصر ، ثم استدرك على ذلك بأن النووى نقل أن العلماء قالوا لايجب على المرأة ستر وجهها فى طريقها ، بل يجب على الرجال الغض . قال : وظاهره نقل الاجماع . واعترضه فى النهر بأن المراد علماء مذهبه . قلت : يؤيده ماقدمناه من تصريح علمائنا بالوجوب والنهى .

[تنبيه] علمت مما تقرر عدم صحة مافى شرح الهداية لابن الكمال من أن المرأة غير منهية عن ستر الوجه مطلقا إلا بشىء فصل على قدر الوجه كالنقاب والبرقع كما قدمناه أول الباب (قوله دفعا للفتنة) أى فتنة الرجال بسماع صوتها (قوله وما قيل) رد على للعينى (قوله ولا ترمل الخ) لأن أصل مشروعيته لإظهار الجلد وهو للرجال ، ولأنه يخل بالستر ، وكذا السعى : أى الهرولة بين الميلين فى المسعى والاضطباع سنة الرمل (قوله ولا تحلق) لأنه مثلة كحلق الرجل لحيته بحر (قوله من ربع شعرها) أى كالرجل والكل أفضل قهستانى ، خلافا لما قيل إنه لايتقدر فى حقها بالربع بخلاف الرجل بحر (قوله كما مر) أى عند قوله ثم قصر من بيان قدره وكيفيته (قوله وتلبس المخيط) أى المحرم على الرجال غير المصبوغ بورس أو زعفران أو عصفر إلا أن يكون غسيلا لاينفض شرح اللباب (قوله والخفين) زاد فى البحر وغيره والقفازين . قال فى البدائع : لأن لبس القفازين ليس إلا تغطية يديها وأنها غير ممنوعة عن ذلك . وقوله عليه الصلاة والسلام « ولا تلبس القفازين » نهى ندب حملناه عليه جمعا بين الأدلة شرح اللباب (قوله ولا تقرب الحجر فى الزحام الخ) أشار إلى مافى اللباب من أنها عند الزحمة لاتصعد الصفا ولا تصلى عند المقام (قوله لايمنع نسكا) أى شيئا من أعمال الحج (قوله إلا الطواف) فهو حرام من وجهين : دخولها المسجد ، وترك واجب الطهارة .

[تنبيه] قدمنا عن المحيط أن تقديم الطواف شرط صحة السعى ، فمن هذا قال القهستانى : فلو حاضت قبل الإحرام اغتسلت وأحرمت وشهدت جميع المناسك إلا الطواف والسعى اه أى لأن سعيها بدون طواف غير صحيح فالهم (قوله فلو طهرت فيها الخ) تقدمت المسألة قبيل قوله ثم أتى منى (قوله وهو) أى الحيض بعد حصول ركنيه : أى ركنى الحج ، وهو وإن كان فيه تشتيت الضمائر لكنه ظاهر (قوله يسقط طواف الصدر) أى يسقط وجوبه عنها كما قدمناه ولا دم عليها كما فى اللباب (قوله والبدن الخ) ذكره فى الكنز هنا لمناسبة قوله ومن قلد

كما سيجيء .

باب القران وهو أفضل

بدنة تطوع أو نذر أو جزاء صيد ثم توجه معه يريد الحج فقد أحرم الخ . وقد ذكر المصنف مسألة التقليد أول باب الإحرام لأنه محلها فكان الأولى له ذكر هذه المسألة هناك أيضا (قوله كما سيجيء) أى فى باب الهدى ، والله الهادى إلى الصواب ، وإليه المرجع والمآب .

باب القران

أخره عن الإفراد وإن كان أفضل لتوقف معرفته على معرفة الإفراد (قوله هو أفضل) أى من التمتع وكذا من الإفراد بالأولى ، وهذا عند الطرفين . وعند الثانى هو والتمتع سواء قهستانى ، والكلام فى الآفاق . وإلا فالإفراد أفضل كما سيأتى ، وعند مالك التمتع أفضل . وعند الشافعى الإفراد أى إفراد كل واحد من الحج والعمرة بإحرام على حدة كما جزم به فى النهاية والعناية والفتح خلافا للزيلعى . قال فى الفتح أما مع الاقتصار على أحدهما فلا شك أن القران أفضل بلا خلاف .

وفى البحر : وما روى عن محمد أنه قال : حجة كوفية وعمرة كوفية أفضل عندى من القران فليس بموافق لمذهب الشافعى فإنه يفضل الإفراد مطلقا ، ومحمد إنما فضله إذا اشتمل على سفرين . خلافا لما فهمه الزيلعى من أنه موافق للشافعى ، ثم منشأ الخلاف اختلاف الصحابة فى حجته عليه الصلاة والسلام . قال فى البحر : وقد أكثر الناس الكلام وأوسعهم نفسا فى ذلك الإمام الطحاوى ، فإنه تكلم فى ذلك زيادة على ألف ورقة اهـ. ورجح علماؤنا أنه عليه الصلاة والسلام كان قارنا ، إذ بتقديره يمكن الجمع بين الروايات ، بأن من روى الإفراد سمعه يلبى بالحج وحده ، ومن روى التمتع سمعه يلبى بالعمرة وحدها ، ومن روى القران سمعه يلبى بهما ، والأمر الآتى له عليه الصلاة والسلام فإنه لابد له من امتثال ماأمر به الذى هو وحى ، وقد أطال فى الفتح فى بيان تقديم أحاديث القرآن فارجع إليه .

[تنبيه] اختار العلامة الشيخ عبد الرحمن العمادى فى منسكه التمتع لأنه أفضل من الإفراد وأسهل من القران . لما على القارن من المشقة فى أداء النسكين ، لما يلزمه بالجناية من الدمين ، وهو أحرى لأمثالنا لإمكان المحافظة على صيانة إحرام الحج من الرفث ونحوه فيرجى دخوله فى الحج المبرور المفسر بما لارفث ولا فسوق ولا جدال فيه ، وذلك لأن القارن والمفرد يبقيان محرمين أكثر من عشرة أيام ، وقلما يقدر الإنسان على الاحتراز فيها من هذه المحظورات سيما الجدال مع الخدم والجمال ، والمتمتع إنما يحرم بالحج يوم التروية من الحرم فيمكنه الاحتراز فى ذينك اليومين فيسلم حجه إن شاء الله تعالى . قال شيخ مشايخنا الشهاب أحمد المنينى فى مناسكه : وهو كلام نفيس يريد به أن القران فى حد ذاته أفضل من التمتع ، لكن قد يقترن به مايجعله مرجوحا ، فإذا دار الأمر بين أن يقرن ولا يسلم عن المحظورات وبين أن يتمتع ويسلم عنها ، فالأولى التمتع ليسلم حجه ويكون مبرورا لأنه وظيفة العمر اهـ .

قلت : ونظيره ماقدمناه عن المحقق ابن أمير حاج من تفضيله تأخير الإحرام إلى آخر المواقيت لمثل هذه العلة وهذا كله بناء على أن المراد من حديث « من حج فلم يرفث الخ من ابتداء الإحرام لأنه قبله لا يكون حاجا

لحديث « أتانى الليلة آت من ربى وأنا بالعقيق فقال : يا آل محمد أهلوا بحجة وعمرة معا » ولأنه أشق ، والصواب أنه عليه الصلاة والسلام أحرم بالحج ثم أدخل عليه العمرة لبيان الجواز فصار قارنا (ثم التمتع ثم الافراد والقران) لغة الجمع بين شيئين . وشرعا (أن يهل) أى يرفع صوته بالتلبية (بحجة وعمرة معا) حقيقة أو حكما بأن يحرم بالعمرة أولا ثم بالحج قبل أن يطوف لها أربعة أشواط ، أو عكسه بأن يدخل إحرام العمرة على الحج قبل أن يطوف للقدوم

كما قدمنا التصريح به عن النهر عند قوله فاتق الرفث والله تعالى أعلم (قوله لحديث الخ) لم أر من ذكر الحديث بهذا اللفظ ، نعم قال فى الهداية : ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « يا آل محمد أهلوا بحجة وعمرة معا » وأسنده فى الفتح إلى الطحاوى فى شرح الآثار . وقال : وروى أحمد من حديث أم سلمة قالت : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « أهلوا يا آل محمد بعمرة فى حج » وفى صحيح البخارى عن عمر قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم بوادى العقيق يقول « أتانى الليلة آت من ربى عز وجل فقال : صل فى هذا الوادى المبارك ركعتين ، وقل حجة فى عمرة » .

قلت : وهو فى شرح الآثار كذلك ، فإن كان ما ذكره الشارح مخرجا فيها ، وإلا فهو ملفق من هذين الحديثين وضمير فقال يعود إلى النبى صلى الله عليه وسلم لا إلى الآتى (قوله ولأنه أشق) لكونه أدوم إحراما وأسرع إلى العبادة ، وفيه جمع بين النسكين ط عن المنح (قوله والصواب الخ) نقله فى البحر عن النووى فى شرح المهذب ط (قوله لبيان الجواز) إنما قال ذلك لأنه مكروه كما يأتى ط وكذا هو مكروه عند الشافعية كما فى البحر عن النووى (قوله ثم التمتع) أى بقسميه : أى سواء ساق الهدى أم لا ط (قوله ثم الإفراد) أى بالحج أفضل من العمرة وحدها ، كذا فى النهر ط (قوله لغة الجمع بين شيئين) أى بين حج وعمرة أو غيرهما . قال فى الصحاح : قرن بين الحج والعمرة قرانا بالكسر ، وقرنت البعيرين أقرنهما قرانا : إذا جمعتهما فى حبل واحد وذلك الحبل يسمى القران ، وقرنت الشىء بالشىء : وصلته ، وقرنته صاحبته ومنه قران الكواكب (قوله أى يرفع صوته بالتلبية) تفسير لحقيقة الإهلال ، وإلا فالمراد هنا التلبية مع النية ، وإنما عبر عن ذلك بالإهلال للإشارة إلى أن رفع الصوت بها مستحب بحر (قوله معا حقيقة) بأن يجمع بينهما إحراما فى زمان واحد ، أو حكما بأن يؤخر إحرام إحداهما عن إحرام الأخرى ويجمع بينهما أفعالا ، فهو قران بين الإحرامين حكما .

وقد عد فى اللباب للقران سبعة شروط .

الأول : أن يحرم بالحج قبل طواف العمرة كله أو أكثره ، فلو أحرم به بعد أكثر طوافها لم يكن قارنا .

الثانى : أن يحرم بالحج قبل إفساد العمرة .

الثالث : أن يطوف للعمرة كله أو كثره قبل الوقوف بعرفة ، فلو لم يطف لها حتى وقف بعرفة بعد الزوال ارتفعت عمرته وبطل قرانه وسقط عنه دمه ، ولو طاف أكثره ثم وقف أتم الباقى منه قبل طواف الزيارة .

الرابع : أن يصونهما عن الفساد ، فلو جامع قبل الوقوف وقبل أكثر طواف العمرة بطل قرانه وسقط عنه الدم ، وإن ساقه معه يصنع به ماشاء .

الخامس : أن يطوف للعمرة كله أو أكثره فى أشهر الحج ، فإن طاف الأكثر قبل الأشهر لم يصر قارنا .

السادس : أن يكون آفاقيا ولو حكما ، فلا قران لمكى إلا إذا خرج إلى الآفاق قبل أشهر الحج .

السابع عدم فوات الحج ، فلو فاته لم يكن قارنا وسقط الدم ، ولا يشترط لصحة القران عدم الإلمام بأهله ، فيصح من كوفى رجع إلى أهله بعد طواف العمرة ، وتمامه فيه (قوله قبل أن يطوف لها أربعة أشواط) فلو طاف

وإن أساء، أو بعده وإن لزمه دم (من الميقات) إذ القارن لايكون إلا آفاقيا (أوقبله في أشهر الحج أو قبلها ويقول) إما بالنصب والمراد به النية، أو مستأنف والمراد به بيان السنة، إذ النية بقلبه تكفي كالصلاة مجتبى (بعد الصلاة: اللهم إني أريد الحج والعمرة فيسرهما لي وتقبلهما مني) ويستحب تقدم العمرة في الذكر لتقدمها في الفعل (وطاف للعمرة) أولا وجوبا، حتى لو نواه للحج لايقع إلا لها

الأربعة ثم أحرم بالحج لم يكن قارنا كما ذكرناه، بل يكون متمتعا إن كان طوافه في أشهر الحج، فلو قبلها لا يكون قارنا ولا متمتعا كما في شرح اللباب (قوله وإن أساء) أي وعليه دم شكر لقلة إساءته، ولعدم وجوب رفض عمرته، شرح اللباب (قوله أو بعده) أي بعد ماشرع فيه ولو قليلا أو بعد إتمامه، سواء كان الإدخال قبل الحلق أو بعده ولو في أيام التشريق ولو بعد الطواف، لأنه بقي عليه بعض واجبات الحج فيكون جامعا بينهما فعلا. والأصح وجوب رفضها وعليه الدم والقضاء، وإن لم يرفض فدم جبر لجمعه بينهما كما في شرح اللباب. وسيأتي تفصيل المسألة في آخر الجنايات (قوله إذ القارن لايكون إلا آفاقيا) أي والآفاقي إنما يحرم من الميقات أو قبله، ولا تحل مجاوزته بغير إحرام؛ حتى لو جاوزه ثم حرم لزمه دم ما لم يعد إليه محرما كما سيأتي في باب مجاوزة الميقات بغير إحرام ح.

والحاصل أنه يصح من الميقات وقبله وبعده، لكن قيد به لبيان أن القارن لايكون إلا آفاقيا. قال في البحر وهذا أحسن مما في الزيلعي من أن التقييد بالميقات اتفاقي (قوله أو قبله) أي ولو من دويرة أهله، وهو الأفضل لمن قدر عليه، وإلا فيكره كما مر، وقوله أو قبلها: أي قبل أشهر الحج، لكن تقديمه على الميقات الزماني مكروه مطلقا كما مر أيضا، وهذا في الإحرام، وأما الأفعال فلابد من أدائها في أشهر الحج كما قدمناه آنفا، بأن يؤدي أكثر طواف العمرة وجميع سعيها وسعي الحج فيها، لكن ذكر في المحيط أنه لايشترط في القران فعل أكثر أشواط العمرة في أشهر الحج، وكان مستنده ماروي عن محمد: أنه لو طاف لعمرته في رمضان فهو قارن، ولا دم عليه إن لم يطف لعمرته في أشهر الحج. وأجاب في الفتح بأن القران في هذه الرواية بمعنى الجمع لاالقران الشرعي، بدليل أنه نفي لازم القران بالمعنى الشرعي وهو لزوم الدم شكرا، ونفي اللازم الشرعي نفي للملزوم، وتمامه في البحر، لكن قال في شرح اللباب: ويظهر لي أنه قارن بالمعنى الشرعي كما هو المتبادر من إطلاق محمد وغيره أنه قارن، بدليل أنه إذا ارتكب محظورا يتعدد عليه الجزاء، وغايته أنه ليس عليه هدي شكر لأنه لم يقع على الوجه المسنون اهـ تأمل (قوله إما بالنصب الخ) حاصله كما في البحر أن قوله ويقول إن كان منصوبا عطفا على يهل يكون من تمام الحد فيراد بالقول النية لاالتلفظ لأنه غير شرط، وإن كان مرفوعا مستأنفا يكون بيانا للسنة، فإن السنة للقارن التلفظ بذلك، وتكفيه النية بقلبه. وأورد في النهر على الأول أن الإرادة غير النية، فالحق أنه ليس من الحد في شيء اهـ يعني أن قوله إني أريد الخ ليس نية وإنما هو مجرد دعاء، وإنما النية هي العزم على الشيء والعزم غير الإرادة، وهو مايكون بعد ذلك عند التلبية كما مر تقريره في باب الإحرام تأمل. على أنه لو أريد به النية فلاينبغي إدخالها في الحد لأنها شرط خارج عن الماهية. وقد يجاب بأن الماهية الشرعية هنا لاوجود لها بدون النية تأمل، وقدمنا هناك الكلام على حكم التلفظ بالنية فافهم (قوله ويستحب الخ) وإنما أخرها المصنف إشعارا بأنها تابعة للحج في حق القارن، ولذلك لايتحلل عن إحرامها بمجرد الحلق بعد سعيها قهستاني (قوله وجوبا) لقوله تعالى — فمن تمتع بالعمرة إلى الحج — جعل الحج غاية وهو في معنى المتعة بالإطلاق القرآني، وعرف الصحابة من شمول المتعة للمتعة والقران بالمعنى الشرعي كما حققه في الفتح (قوله لايقع إلا لها) لما قدمناه من أن من طاف طوافا

(سبعة أشواط ، يرمل فى الثلاثة الأول ، ويسعى بلا حلق) فلو حلق لايحل من عمرته ولزمه دمان (ثم يحج كما مر) فيطوف للقدوم ويسعى بعده إن شاء (فإن أتى بطوافين) متواليين (ثم سعيين لهما جاز وأساء) ولا دم عليه (وذبح للقران) وهو دم شكر فيأكل منه

فى وقته وقع عنه نواه له أولا ، وسيأتى أيضا فى كلام الشارح آخر الباب (قوله سبعة أشواط) بشرط وقوعها أو أكثرها فى أشهر الحج على ماقدمناه آنفا (قوله يرمل فى الثلاثة الأول) أى ويضطبع فى جميع طوافه ثم يصلى ركعتيه لباب وشرحه (قوله بلا حلق) لأنه وإن أتى بأفعال العمرة بكمالها إلا أنه ممنوع من التحلل عنها لكونه محرما بالحج ، فيتوقف تحلله على فراغه من أفعاله أيضا شرح اللباب (قوله ولزمه دمان) لجنايته على إحرامين بحر وهو الظاهر ، خلافا لما فى الهداية من أنه جناية على إحرام الحج كما أوضحه فى النهر (قوله كما مر) أى فى حج المفرد (قوله ويسعى بعده إن شاء) أى وإن شاء يسعى بعد طواف الإفاضة ، والأول أفضل للقارن أو يسن ، بخلاف غيره فإن تأخير سعيه أفضل ، وفيه خلاف كما قدمناه فافهم .

[تنبيه] أفاد أنه يضطبع ويرمل فى طواف القدوم إن قدم السعى(1) كما صرح به فى اللباب . قال شارحه القارى : وهذا ما عليه الجمهور من أن كل طواف بعده سعى فالرمل فيه سنة ، وقد نص عليه الكرمانى حيث قال فى باب القران : يطوف طواف القدوم ويرمل فيه أيضا لأنه طواف بعده سعى ، وكذا فى خزانة الأكمل ، وإنما يرمل فى طواف العمرة وطواف القدوم مفردا كان أو قارنا . وأما ما نقله الزيلعى عن الغاية للسروجى من أنه إذا كان قارنا لم يرمل فى طواف القدوم إن كان رمل فى طواف العمرة فخلاف ما عليه الأكثر اه فافهم (قوله جاز) أطلقه فشمل ما إذا نوى أول الطوافين للعمرة والثانى للحج أى للقدوم ، أو نوى على العكس ، أو نوى مطلق الطواف ولم يعين ، أو نوى طوافا آخر تطوعا أو غيره فيكون الأول للعمرة والثانى للقدوم كما فى اللباب (قوله وأساء) أى بتأخير سعى العمرة وتقديم طواف التحية عليه هداية (قوله ولادم عليه) أما عندهما فظاهر ، لأن التقديم والتأخير فى المناسك لا يوجب الدم عندهما وعنده طواف التحية سنة ، وتركه لايوجب الدم فتقديمه أولى ، والسعى بتأخيره بالاشتغال بعمل آخر لايوجب الدم فكذا بالاشتغال بالطواف هداية (قوله وذبح) أى شاة أو بدنة أو سبعها ، ولا بد من إرادة الكل للقربة وإن اختلفت جهتها ، حتى لو أراد أحدهم اللحم لم يجز كما سيأتى فى الأضحية ، والجزور أفضل من البقر ، والبقر أفضل من الشاة كذا فى الخانية وغيرها نهر . زاد فى البحر : والاشتراك فى البقر أفضل من الشاة اه . وقيده فى الشرنبلالية تبعا للوهبانية بما إذا كانت حصته من البقرة أكثر من قيمة الشاة اه . وأفاد إطلاقهم الاشتراك هنا جوازه فى دم الجناية والشكر بلا فرق ، خلافا لما فى البحر حيث خصه بالثانى كما يأتى بيانه فى أول الجنايات .

قال فى اللباب : وشرائط وجوب الذبح : القدرة عليه ، وصحة القران ، والعقل ، والبلوغ ، والحرية ؛ فيجب على المملوك الصوم لا الهدى ، ويختص بالمكان وهو الحرم والزمان وهو أيام النحر (قوله وهو دم شكر) أى لما وفقه الله تعالى للجمع بين النسكين فى أشهر الحج بسفر واحد لباب (قوله فيأكل منه) أى بخلاف دم الجناية كما سيأتى ، ولا يجب التصدق بشىء منه ، ويستحب له أن يتصدق بالثلث ، ويطعم الثلث ، ويدخر الثلث ،

---

(1) (قوله ويرمل فى طواف القدوم إن قدم السعى الخ) أى قصد تقديم السعى على طواف الركن ، وليس المراد تقديمه على طواف القدوم كما توهم اه .

(بعد رمى يوم النحر) لوجوب الترتيب (وإن عجز صام ثلاثة أيام) ولو متفرقة (آخرها يوم عرفة) ندباً رجاء القدرة على الأصل ، فبعده لايجزيه ؛ فقول المنح كالبحر بيان للأفضل فيه كلام (وسبعة بعد) تمام أيام (حجه) فرضا أو واجباً ، وهو بمعنى أيام التشريق (أين شاء) لـكن أيام التشريق لاتجزيه لقوله تعالى — وسبعة إذا رجعتم — أى فرغتم من أفعال الحج ، فعم من وطنه منى أو اتخذها موطنا

ويهدى الثاث لباب . قال شارحه : والأخير بدل الثانى وإن كان ظاهر البدائع أنه بدل الثالث (قوله بعد رمى يوم النحر) أى بعد رمى جمرة العقبة وقبل الحلق ، لما مر . وعبارة اللباب : ويجب أن يكون بين الرمى والحلق (قوله لوجوب الترتيب) أى ترتيب الثلاثة : الرمى ، ثم الذبح ، ثم الحلق على ترتيب حروف قولك رذح ، أما الطواف فلايجب ترتيبه على شيء منها ، والمفرد لادم عليه فيجب عليه الترتيب بين الرمى والحلق كما قدمنا ذلك فى واجبات الحج (قوله وإن عجز) أى بأن لم يكن فى ملكه فضل عن كفاف قدر ما يشترى به الدم ولا هو : أى الدم فى ملكه لباب ، ومنه يعلم حد الغنى المعتبر هنا ، وفيه أقوال أخر ، ويعلم من كلام الظهيرية أن المعتبر فى اليسار والإعسار مكة لأنها مكان الدم كما نقله بعضهم عن المنسك الكبير للسندى (قوله ولو متفرقة) أشار إلى عدم لزوم التتابع ومثله فى السبعة ، وإلى أن التتابع أفضل فيهما كما فى اللباب (قوله آخرها يوم عرفة) بأن يصوم السابع والثامن والتاسع . قال فى شرح اللباب : لـكن إن كان يضعفه ذلك عن الخروج إلى عرفات والوقوف والدعوات فالمستحب تقديمه على هذه الأيام ، حتى قيل يكره الصوم فيها إن أضعفه عن القيام بحقها . قال فى الفتح : وهى كراهة تنزيه إلا أن يسيء خلقه فيوقعه فى محظور (قوله ندبا رجاء القدرة على الأصل) لأنه لو صام الثلاثة قبل السابع وتالييه احتمل قدرته على الأصل فيجب ذبحه ويلغو صومه ، فلذا ندب تأخير الصوم إليها . وهذه الجملة سقطت من بعض النسخ (قوله فبعده لايجزيه) أى لايجزيه الصوم لوأخره عن يوم النحر ويتعين الأصل ، والأولى إسقاط هذا لأن المصنف ذكره بقوله فإن فاتت الثلاثة تعين الدم (قوله فيه كلام) تبع فى ذلك صاحب النهر وفيه كلام ، لأن قول المصنف آخرها يوم عرفة دل على شيئين : الأول أنه لا يصومها قبل السابع وتالييه . والثانى أنه لا يؤخر الصوم عن يوم النحر ، الأول مندوب ، والثانى واجب .

ولما صرح المصنف بالثانى حيث قال فإن فاتت الثلاثة الخ اقتصر فى المنح تبعا للبحر على أن قوله آخرها يوم عرفة لبيان المندوب دون الواجب ، لـكن قد يقال : إن قوله فإن فاتت الخ بفاء التفريع يدل على أن المقصود من قوله آخرها يوم النحر بيان الواجب وهو عدم التأخير مع أنه الأهم ، وزاد الشارح التنبيه على المندوب فتأمل (قوله بعد تمام أيام حجه) الأولى إبدال الأيام بالأعمال كما فعل فى البحر ليحسن قوله فرضا أو واجبا فإنه تعميم للأعمال من طواف الزيارة والرمى والذبح والحلق ، وليناسب ماحمل عليه الآية من الفراغ من الأعمال (قوله وهو) أى التمام المذكور بمعنى أيام التشريق ، لأن اليوم الثالث منها وقت للرمى لمن أقام فيه بمنى (قوله أين شاء) متعلق بصام : أى وصام سبعة فى أى مكان شاء من مكة أو غيرها (قوله لـكن الخ) لايحسن هذا الاستدراك بعد قوله وهو بمضى أيام التشريق ح ولعل وجهه دفع ما يتوهم من أن قوله وهو الخ ليس شرطا للصحة بل شرط لنفى الكراهة كما فى المنذور ونحوه : فإنه لو صامه فيها صح مع الـكراهة تأمل (قوله لقوله تعالى الخ) علة لقوله أين شاء بقرينة التفريع ، ويجوز جعله علة للاستدراك لأنه تعالى جعل وقت الصوم بعد الفراغ ولافراغ إلا بمضى أيام التشريق ، وهذا كله بناء على تفسير علمائنا الرجوع بالفراغ عن الأفعال لأنه سبب للرجوع فذكر المسبب وأريد السبب مجازا ، فليس المراد حقيقة الرجوع إلى وطنه كما قال الشافعى ، فلم يجز صومها بمكة ، وإنما حملناه على

(فإن فاتت الثلاثة تعين الدم) فلو لم يقدر تحلل وعليه دمان ، ولو قدر عليه فى أيام النحر قبل الحلق بطل صومه

المجاز لفرع مجمع عليه ، وهو أنه لو لم يكن له وطن أصلا وجب عليه صومها بهذا النص . وتمامه فى الفتح وحاصله أن تفسير الشافعى لا يطرد فتعين المجاز .

وادعى ابن كمال فى شرح الهداية أن الأقرب الحمل على معنى حقيقى ، وهو الرجوع من منى بالفراغ عن أفعال الحج لتقدم ذكر الحج . واعترضه فى النهر بأنه لا يطرد أيضا إذ الحكم يعم المقيم بمنى أيضا ، ولا رجوع منه إلا بالفراغ ، فما قاله المشايخ أولى اهـ وإلى هذا أشار الشارح بقوله فعم من وطنه منى الخ .

قلت : لكن قال فى الفتح إن صوم(١) السبعة لا يجوز تقديمه على الرجوع من منى بعد إتمام الأعمال الواجبات ، لأنه معلق فى الآية بالرجوع ، والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده اهـ فليتأمل (قوله فإن فاتت الثلاثة) بأن لم يصمها حتى دخل يوم النحر تعين الدم ، لأن الصوم بدل عنه ، والنص خصه بوقت الحج بحر (قوله فلو لم يقدر) أى على الدم تحلل : أى بالحلق أو التقصير (قوله وعليه دمان) أى دم التمتع ودم التحلل قبل أوانه بحر عن الهداية ، وتمامه فيه وفيما علقناه عليه (قوله ولو قدر عليه) أى على الدم ، وقوله بطل صومه : أى حكم صومه وهو خلفيته عن الهدى فى إباحة التحلل بالحلق والتقصير فى وقته ، فإن الهدى أصل فى ذلك لعدم جواز التحلل قبله لوجوب الترتيب بينهما كما مر ، والصوم : أى الثلاثة فقط خلف عن الهدى فى ذلك عند العجز عنه ، فصار المقصود بالصوم إباحة التحلل بالحلق أو التقصير ، فإذا قدر على الأصل قبل التحلل وجب الأصل لقدرته عليه قبل حصول المقصود بخلفه ، كما لو قدر المتيمم على الماء فى الوقت قبل صلاته بالتيمم ، بخلاف ما لو قدر على الهدى بعد الحلق أو قبله لكن بعد أيام النحر .

وعن هذا قال فى فتح القدير : فإن قدر على الهدى فى خلال الثلاثة أو بعدها قبل يوم النحر لزمه الهدى وسقط الصوم لأنه خلف ، وإذا قدر على الأصل قبل تأدى الحكم بالخلف بطل الخلف ، وإن قدر عليه قبل الحلق قبل أن يصوم السبعة فى أيام الذبح أو بعدها لم يلزمه الهدى ، لأن التحلل قد حصل بالحلق ، فوجود الأصل بعده لا ينقض الخلف ، كرؤية المتيمم الماء بعد الصلاة بالتيمم ، وكذا لو لم يجد حتى مضت أيام الذبح ثم وجد الهدى لأن الذبح مؤقت بأيام النحر ، فإذا مضت فقد حصل المقصود وهو إباحة التحلل بلا هدى وكأنه تحلل ثم وجده ، ولو صام فى وقته مع وجود الهدى ينظر ، فإن بقى الهدى إلى يوم النحر لم يجزه للقدرة على الأصل ، وإن هلك قبل الذبح جاز للعجز عن الأصل فكان المعتبر وقت التحلل اهـ ونحوه فى شرح الجامع لقاضيخان والمحيط والزيلعى والبحر وغيرها من كتب المذهب المعتبرة ، وللشرنبلالى رسالة سماها [بديعة الهدى لما استيسر من الهدى] خالف فيها ما فى هذه الكتب ، وادعى وجوب الهدى بوجوده فى أيام النحر سواء حلق أو لا متمسكا بقولهم العبرة لأيام النحر فى العجز والقدرة ، وترك اشتراطهم بعد ذلك عدم الحلق لإقامة الصوم مقام الهدى ، وادعى أيضا أن كلام الفتح وغيره يدل على أنه يتحلل بالهدى أصلا وبالحلق خلفا ، وأن الحلق خلف عن الهدى . ولا يخفى عليك أنه ليس فى كلام الفتح ذلك ، وأن اتباع المنقول واجب فلا يعول على هذه الرسالة ، وقد كتبت على هامشها فى عدة

---

(١) (قوله لكن قال فى الفتح إن صوم الخ) قد تقدم نقل تأويل الرجوع بالفراغ عن صاحب الفتح ، فينبغى حمل هذا الفرع على مقتضى كلامه السابق ، بأن يقال : أطلق المسبب وأراد السبب كما فعل فى الآية ؛ أو يقال : إنما أناط الحكم بالرجوع من منى ، لأن غالب الحجاج غير مقيمين بها ، فبعد فراغهم يتوجهون إلى مكة جزما ، وحينئذ فيكون كلام النهر صحيحا ويسقط بحث ابن كمال ، لكن قال شيخنا : رأيت فى تفسير الرجوع مذهبين منسوبين للحنفية : أحدهما وهو المشهور أن معناه الفراغ . والثانى الرجوع من منى كما قال ابن كمال اهـ .

(فإن وقف) القارن بعرفة (قبل) أكثر طواف (العمرة بطلت) عمرته ، فلو أتى بأربعة أشواط ولو بقصد القدوم أو التطوع لم تبطل ، ويتمها يوم النحر . والأصل أن المأتى به من جنس ماهو متلبس به فى وقت يصلح له ينصرف للمتلبس به (وقضيت) بشروعه فيها (ووجب دم الرفض) للعمرة ، وسقط دم القران لأنه لم يوفق للنسكين .

باب التمتع

(هو) لغة من المتاع والمتعة . وشرعا (أن يفعل العمرة أو أكثر أشواطها فى أشهر الحج) فلو طاف الأقل

مواضع بيان ما فيها من الخلل ، والله تعالى أعلم (قوله فإن وقف) أى بعد الزوال إذ الوقوف قبله لا اعتبار به ، وقيد بالوقوف لأنه لايكون رافضا لعمرته بمجرد التوجه إلى عرفات هو الصحيح ، وتمامه فى البحر (قوله بطلت عمرته) لأنه تعذر عليه أداؤها لأنه يصير بانيا أفعال العمرة على أفعال الحج وذلك خلاف المشروع بحر (قوله فلو أتى الخ) محترز قوله قبل أكثر طواف العمرة (قوله لم تبطل) لأنه أتى بركنها ولم يبق إلا واجباتها من الأقل والسعى بحر (قوله ويتمها يوم النحر) أى قبل طواف الزيارة لباب (قوله والأصل أن المأتى به) أى كالطواف الذى نوى به القدوم أو التطوع ، ومن جنس حال منه ، وما بمعنى نسك ، وضمير به هو للشخص الآتى ، وضمير به وله عائد على ما وفى وقت متعلق بالمأتى ، وقدمنا فروع هذا الأصل عند طواف الصدر (قوله وقضيت) أى بعد أيام التشريق شرح اللباب ، وتقدم أن المكروه إنشاء العمرة فى هذه الأيام لا فعلها فيها بإحرام سابق تأمل (قوله بشروعه فيها) فإنه ملزم كالنذر بحر (قوله ووجب دم الرفض) لأن كل من تحلل بغير طواف يجب عليه دم كالمحصر بحر (قوله لأنه لم يوفق للنسكين) أى للجمع بينهما لبطلان عمرته كما علمت ، فلم يبق قارنا والله تعالى أعلم .

باب التمتع

ذكره عقب القران لاقترانهما فى معنى الانتفاع بالنسكين ، وقدم القران لمزيد فضله نهر (قوله من المتاع) أى مشتق منه ، لأن التمتع مصدر مزيد والمجرد أصل المزيد ط . وفى الزيلعى : التمتع من المتاع أو المتعة ، وهو الانتفاع أو النفع ، قال الشاعر :

وقفت على قبر غريب بقفرة ... متاع قليل من غريب مفارق

جعل الأنس بالقبر متاعا اهـ (قوله وشرعا أن يفعل العمرة) أى طوافها ، لأن السعى ليس ركنا فيها على الصحيح كالحج ، وقوله الآتى ثم يحرم بالحج بالنصب عطفا على يفعل ، فهو من تتمة التعريف ، وأشار إلى أنه لايشترط كون إحرام العمرة فى أشهر الحج ولا كون التمتع فى عام الإحرام بالعمرة ، بل الشرط عام فعلها ، حتى لو أحرم بعمرة فى رمضان وأقام على إحرامه إلى شوال من العام القابل ثم حج من عامه ذلك كان متمتعا كما فى الفتح .

[تنبيه] ذكر فى اللباب أن شرائط التمتع أحد عشر :

الأول : أن يطوف للعمرة كله أو أكثره فى أشهر الحج .

الثانى : أن يقدم إحرام العمرة على الحج .

الثالث : أن يطوف للعمرة كله أو أكثر قبل إحرام الحج .

الرابع : عدم إفساد العمرة .

فى رمضان مثلا ثم طاف الباقى فى شوال ثم حج من عامه كان متمتعا فتح. قال المصنف: فلتغير النسخ إلى هذا التعريف

الخامس: عدم إفساد الحج .

السادس: عدم الإلمام إلماما صحيحا كما يأتى .

السابع : أن يكون طواف العمرة كله أو أكثره والحج فى سفر واحد، فلو رجع إلى أهله قبل إتمام الطواف ثم عاد وحج ، فإن كان أكثر الطواف فى السفر الأول لم يكن متمتعا ، وإن كان أكثره فى الثانى كان متمتعا ، وهذا الشرط على قول محمد خاصة على مافى المشاهير .

الثامن : أداؤهما فى سنة واحدة ، فلو طاف للعمرة فى أشهر الحج من هذه السنة وحج من سنة أخرى لم يكن متمتعا وإن لم يلم بينهما أو بقى حراما إلى الثانية .

التاسع: عدم التوطن بمكة فلو اعتمر ثم عزم على المقام بمكة أبدا لايكون متمتعا ، وإن عزم شهرين أى مثلا وحج كان متمتعا .

العاشر: أن لاتدخل عليه أشهر الحج وهو حلال بمكة أو محرم ولكن قد طاف للعمرة أكثره قبلها إلا أن يعود إلى أهله فيحرم بعمرة .

الحادى عشر: أن يكون من أهل الآفاق والعبرة للتوطن ، فلو استوطن المكى فى المدينة مثلا فهو آفاقى وبالعكس مكى ، ومن كان له أهل بهما واستوت إقامته فيهما فليس بمتمتع وإن كانت إقامته فى إحداهما أكثر لم يصرحوا به . وقال صاحب البحر : وينبغى أن يكون الحكم للكثير ، وأطلق المنع فى خزانة الأكمل اهـ . (قوله مثلا) المراد أنه طاف ذلك قبل أشهر الحج سواء فى ذلك رمضان وغيره ط (قوله من عامه) أى عام الطواف لا عام إحرام العمرة كما مر ، وأفاد أنه لو طاف الأكثر قبل أشهر الحج لم يكن متمتعا ولو حج من عامه ، ولا فرق بين أن يكون فى ذلك الطواف جنبا أو محدثا ثم يعيده فيها أولا ، لأن طواف المحدث لايرتفض بالإعادة وكذا الجنب ، وتمامه فى النهر آخر الباب .

قال فى الفتح والنهر : والحيلة لمن دخل مكة محرما بعمرة قبل أشهر الحج يريد التمتع أن لايطوف بل يصبر إلى أن تدخل أشهر الحج ثم يطوف ، فإنه متى طاف وقع عن العمرة ، ثم لو أحرم بأخرى بعد دخول أشهر الحج وحج عامه لم يكن متمتعا فى قول الكل ، لأنه صار فى حكم المكى بدليل أن ميقاته ميقاتهم اهـ (قوله فلتغير النسخ) أراد بالنسخ ماوجدته فى متن مجرد من قوله هو أن يحرم بعمرة من الميقات فى أشهر الحج ويطوف اهـ فقيد الإحرام بكونه من الميقات وهو ليس بقيد بل لو قدمه صح ، وكذا لو أخره وإن لزمه دم إذا لم يعد إلى الميقات ، وبكونه فى أشهر الحج وليس بقيد ، بل لو قدمه صح بلا كراهة وأطلق فى الطواف ، فمقتضاه أنه لابد أن يقع جميعه فى أشهر الحج لأنه شرط أن يكون الإحرام فى أشهر الحج ، والطواف لايكون إلا بعد الإحرام مع أنه يكفى وجود أكثره فيها فلذلك أمر المصنف بتغيير النسخ إلى النسخة التى اعتمدها وهى قوله أن يفعل العمرة أو أكثر أشواطها فى أشهر الحج عن إحرام بها قبلها أو فيها ويطوف الخ هكذا شرح عليها فى المنح ، وذكرها بعينها فى الشرح أيضا ، والشارح أسقط منها قوله عن إحرام بها قبلها أو فيها اهـ . قلت : ولعله أسقطه استغناء بالإطلاق .

ويرد على هذا التعريف أيضا مالو أحرم بهما فى عامين أو فى عام واحد لكن ألم بأهله إلماما صحيحا ، وقد تفطن الشارح للثانى فقيد فيما سيأتى بقوله فى سفر واحد الخ فكان على المصنف أن يقول كما قال الزيلعى : ثم يحج من عامه ذلك من غير أن يلم بأهله إلماما صحيحا ، لكن يرد عليه أيضا كما فى النهر أن فائت الحج إذا أخر التحلل

(ويطوف ويسعى) كما مر (ويحلق أو يقصر) إن شاء (ويقطع التلبية فى أول طوافه) للعمرة وأقام بمكة حلالا (ثم يحرم للحج) فى سفر واحد حقيقة أو حكما بأن يلمّ بأهله إلماما غير صحيح (يوم التروية وقبله أفضل . ويحج كالمفرد)

بعمرة إلى شوال فتحلل بها فيه وحج من عامه ذلك لايكون متمتعا . ويجاب بأن قول المصنف أن يفعل العمرة يخرجه ، لأن فائت الحج لايفعل العمرة لأنه أحرم بالحج لابها ، وإنما يتحلل بصورته أفعالها كما قدمناه ، وأشار إليه فى البحر هنا أيضا .

وورد عليه أيضا ماصرحوا به من أنه لوأحرم بعمرة يوم النحر فأتى بأفعالها ثم أحرم من يومه بالحج وبقى محرما بالحج إلى قابل فحج كان متمتعا اهـ لكن هذا وارد على قول الزيلعى وغيره ثم يحج . أما قول المصنف ثم يحرم بالحج فلا لصدقه بما إذا أحرم به فى عام العمرة ولم يحج . ويمكن حمل كلام الزيلعى عليه بأن يراد ثم ينشىء الحج تأمل (قوله ويطوف ويسعى الخ) عطف تفسير على قوله يفعل العمرة ، ولاحاجة إليه لأن بيان أفعال العمرة تقدم مع أنه يوهم لزوم السعى فى صحة التمتع وإن كان فيما قبله إشارة إلى عدمه (قوله كما مر) أى طوافا وسعيا مما ثبين لما مر من بيان صفتهما (قوله إن شاء) راجع للأمرين أى إن شاء حلق ، وإن شاء قصر ، وإن شاء بقى محرما ح . وفيه دلالة على أن المتمتع بها الذى لم يسق الهدى لايلزمه التحلل كما ذكره الإسبيجابى وغيره . وظاهر الهداية خلافه . وتمامه فى شرح اللباب (قوله فى أول طوافه للعمرة) لأنه عليه الصلاة والسلام كان يمسك عن التلبية فى العمرة إذا استلم الحجر ، رواه أبو داود نهر (قوله وأقام بمكة حلالا) هذا ليس بلازم فى المتمتع ، بل إن أقام بها حج كأهلها فميقاته الحرم ، وإن أقام بالمواقيت أو داخلها حج كأهلها فميقاته الحل ، وإن أقام خارج المواقيت أحرم منها كذا فى القهستانى ، فقوله ثم يحرم بالحج يجرى على هذا التفصيل ط .

[تنبيه] أفاد أنه يفعل ما يفعله الحلال ، فيطوف بالبيت مابدا له ويعتمر قبل الحج ، وصرح فى اللباب بأنه لايعتمر : أى بناء على أنه صار فى حكم المكى وأن المكى ممنوع من العمرة فى أشهر الحج وإن لم يحج . وهو الذى حط عليه كلام الفتح . وخالفه فى البحر وغيره بأنه ممنوع منها إن حج من عامه . وسيأتى تمامه (قوله فى سفر واحد) كان عليه أن يزيد فى عام واحد ليخرج ما إذا أحرم بالعمرة وأتى بأفعالها وبقى محرما إلى العام الثانى فأحرم بالحج بلا تخلل سفر بينهما فإنه لايسمى متمتعا كما أشرنا إليه فافهم (قوله حقيقة) أى كما قدمه فى قوله وأقام بمكة حلالا ح (قوله أو حكما بأن يلم الخ) أى بأن يكون العود إلى مكة مطلوبا منه ، إما بسوق الهدى ، وإما بأن يلم بأهله قبل أن يحلق ؛ أما فى الأول فلأن هديه يمنعه من التحلل قبل يوم النحر ، وأما فى الثانى فلأن العود إلى الحرم مستحق عليه للحلق فى الحرم ، وجوبا عندهما ، واستحبابا عند أبى يوسف ، فالإلمام الصحيح أن يلمّ بأهله بعد أن حلق فى الحرم ولم يكن ساق الهدى لكون العود غير مطلوب منه . والأولى للشارح أن يقول بأن لايلم بأهله إلماما صحيحا ليشمل ما إذا كان كوفيا فلما اعتمر ألم بالبصرة اهـ ح والمراد بأن لايلم فى سفره فلا يصدق بعدم الإلمام أصلا فافهم .

ثم اعلم أن ماذكر من شروط الإلمام الصحيح إنما هو فى الآفاق ، أما المكى فلا يشترط فيه ذلك بل إلمامه صحيح مطلقا لعدم تصور كون عوده إلى الحرم غير مستحق عليه لأنه فى الحرم ، سواء تحلل أولا ، ساق الهدى أولا ولذا لم يصح تمتعه مطلقا كما سيأتى (قوله يوم التروية) لأنه يوم إحرام أهل مكة ، وإلا فلو أحرم يوم عرفة جاز معراج : قال فى اللباب : والأفضل أن يحرم من المسجد ، ويجوز من جميع الحرم ومن مكة أفضل من خارجها ،

لـكنه يرمل فى طواف الزيارة ويسعى بعده إن لم يكن قدمهما بعد الإحرام (وذبح) كالقارن (ولم تنب الأضحية عنه ، فإن عجز) عن دم (صام كالقران ، وجاز صوم الثلاثة بعد إحرامها) أى العمرة لكن فى أشهر الحج (لاقبله) أى الإحرام (وتأخيره أفضل) رجاء وجود الهدى كما مر (وإن أراد المتمتع (السوق) للهدى (وهو أفضل) أحرم ثم (ساق هديه) معه (وهو أولى من قوده إلا إذا كانت لاتنساق) فيقودها (وقلد بدنته وهو أولى من التجليل . وكره الإشعار)

ويصح ولو خارج الحرم ولكن يجب كونه فيه إلا إذا خرج إلى الحل لحاجة فأحرم منه لاشىء عليه ، بخلاف مالوخرج لقصد الإحرام اه (قوله لـكنه يرمل فى طواف الزيارة) أى لأنه أول طواف يفعله فى حجه : أى بخلاف المفرد فإنه يرمل فى طواف القدوم كالقارن كما مر . قال فى البحر : وليس على المتمتع طواف قدوم كما فى المبتغى: أى لايكون مسنونا فى حقه ، بخلاف القارن لأن المتمتع حين قدومه محرما بالعمرة فقط ، وليس لها طواف قدومه ولا صدر اه فالاستدراك فى محله فافهم (قوله إن لم يكن قدمهما) أى عقب طواف تطوّع بعد الإحرام بالحج ، فلا دلالة فى هذا على مشروعية طواف القدوم للمتمتع ، خلافا لما فهمه فى النهاية والعناية كما بسطه فى الفتح (قوله وذبح كالقارن) التشبيه فى الوجوب والأحكام المارة فى هدى القران (قوله ولم تنب الأضحية عنه) لأنه أتى بغير الواجب عليه ، إذلا أضحية على المسافر ولم ينودم التمتع ، والتضحية إنما تجب بالشراء بنيتها أو الإقامة ولم يوجد واحد منهما ، وعلى فرض وجوبها لم تجز أيضا لأنهما غيران ، فإذا نوى عن أحدهما لم يجز عن الآخر معراج الدراية . قال فى النهر : وفيه تصريح باحتياج دم المتعة إلى النية ، قال فى البحر : وقد يقال : إنه ليس فوق طواف الركن ولا مثله ، وقد مرأنه لو نوى به التطوع أجزأه ، فينبغى أن يكون الدم كذلك بل أولى اه .

وأجاب فى الشرنبلالية بأن الطواف لما كان متعينا فى أيام النحر وجوبا كان النظر لإيقاع ماطافه عنه وتلغونية غيره . وأما الأضحية فهى متعينة فى ذلك الزمن كالمتعة فلا تقع الأضحية مع تعينها عن غيرها اه والمراد بتعينها تعين زمنها لا وجوبها ، حتى يرد عليه أنها لاتجب على المسافر ؛ يعنى أن الأضحية لاتسمى أضحية إلا إذا وقعت فى أيام النحر وكذا دم المتعة فلما كان زمنها متعينا وقد نواها أضحية فلا تقع عن دم المتعة ، بخلاف الطواف فإن التطوّع به غير مؤقت ، فإذا كان عليه طواف مؤقت ونوى به غيره ينصرف إلى الواجب المؤقت لأنه يمكنه التطوع بعده ، وكذا لو نوى طوافا آخر واجبا ينصرف إلى الذى حضر وقته ووجب فيه ويلغو الآخر مراعاة للترتيب ؛ كما لونوى القارن بطوافه الأول القدوم يقع عن العمرة كما مر فافهم .

وأجاب الرحمتى بأن الدم ليس من أفعال الحج والعمرة ، ولذا لم يجب على المفرد بأحدهما بل وجب شكرا على المتمتع بهما فلم يكن داخلا تحت نية الحج والعمرة ، فلابد له من النية والتعيين ، فلو نوى غيره لايجزى كالو أطلق النية ، بخلاف الأطوفة فإنها من أعمالها داخلة تحت إحرامهما فتجزىء بمطلق النية (قوله أى العمرة) لأنه صيام بعد وجوب سببه وهو التمتع فإنه يحصل بالعمرة على نية المتعة . وعند الشافعى لايجوز حتى يحرم بالحج ، وتمامه فى المحيط (قوله لـكن فى أشهر الحج) مرتبط بالصوم والإحرام ، فلو أحرم قبلها وصام فيها لم يصح لأنه لايلزم من صحة الإحرام بالعمرة قبل الأشهر صحة الصوم ، أفاده فى الشرنبلالية (قوله وتأخيرها) أى إلى السابع والثامن والتاسع كما مر فى القران (قوله وإن أراد الخ) هذا هو القسم الثانى من التمتع ، وقوله وهو أفضل : أى من القسم الأول الذى لاسوق هدى معه لما فى هذا من الموافقة لفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ط (قوله أحرم ثم ساق الخ) أتى بثم إشارة إلى أنه يحرم أولا بالنية مع التلبية فإنه أفضل من النية مع السوق وإن صح بشروط

وهو شق سنامها من الأيسر) أو الأيمن لأن كل أحد لا يحسنه . فأما من أحسنه بأن قطع الجلد فقط فلا بأس به (واعتمر . ولا يتحلل منها) حتى ينحر (ثم أحرم للحج كما مر) فيمن لم يسق (وحلق يوم النحر . و) إذا حلق (حل من إحراميه) على الظاهر (والمكى ومن فى حكمه يفرد فقط) ولو قرن أو تمتع جاز وأساء . وعليه دم جبر .

وتفصيل قدمناه فى باب الإحرام (قوله وهو شق سنامها) بأن يطعن بالرمح أسفله حتى يخرج الدم ثم يلطخ بذلك الدم سنامها ليكون ذلك علامة كونها هديا كالتقليد لباب وشرحه (قوله أو الأيمن) اختاره القدورى ، لكن الأشبه الأول كما فى الهداية (قوله لأن كل أحد لا يحسنه) جرى على ما قاله الطحاوى والشيخ أبو منصور الماتريدى من أن أبا حنيفة لم يكره أصل الإشعار ، وكيف يكرهه مع ما اشتهر فيه من الأخبار . وإنما كره إشعار أهل زمانه الذى يخاف منه الهلاك خصوصا فى حر الحجاز فرأى الصواب حينئذ سد هذا الباب على العامة . فأما من وقف على الحد بأن قطع الجلد دون اللحم فلا بأس بذلك . قال الكرمانى : وهذا هو الأصح . وهو اختيار قوام الدين وابن الهمام . فهو مستحب لمن أحسنه شرح اللباب قال فى النهر : وبه يستغنى عن كون العمل على قولهما أنه حسن (قوله واعتمر) أى طاف وسعى . والشرط أكثر طوافها كما مر (قوله ولا يتحلل منها حتى ينحر) لأن سوق الهدى مانع من إحلاله قبل يوم النحر . فلو حلق لم يتحلل من إحرامه ولزمه دم : أى إلا أن يرجع إلى أهله بعد ذبح هديه وحلقه لباب وشرحه . وتمامه فيه . قال فى البحر : ومقتضاه : أى مقتضى لزوم الدم بالحلق أنه يلزمه كل جناية على الإحرام كأنه محرم اهـ .

قلت : بل مقتضى قول اللباب لم يتحلل أنه محرم حقيقة ، ويدل له قولهم : إذا كان لسوق الهدى تأثير فى إثبات الإحرام ابتداء يكون له تأثير فى استدامته بقاء بالأولى لأنه أسهل من الابتداء (قوله ثم أحرم للحج) اعلم أن المتمتع إذا أحرم بالحج فإن كان ساق الهدى أو لم يسق ولكن أحرم به قبل التحلل من العمرة صار كالقارن . فيلزمه بالجناية ما يلزم القارن ، وإن لم يسقه وأحرم بعد الحلق صار كالمفرد بالحج إلا فى وجوب دم المتعة وما يتعلق به شرح اللباب (قوله على الظاهر) أى ظاهر الرواية من بقاء إحرام العمرة إلى الحلق . ويحل منه فى كل شىء حتى فى النساء ؛ لأن المانع له من التحلل سوقه الهدى وقد زال بذبحه . وفى القارن يحل منه فى كل شىء إلا فى النساء كإحرام الحج . وهذا هو الفرق بين المتمتع الذى ساق الهدى وبين القارن وإلا فلا فرق بينهما بعد الإحرام بالحج على الصحيح كما ذكرنا بحر . وعليه فإذا حلق ثم جامع قبل الطواف لزمه دم واحد لو متمتعا ودمان لو قارنا . وفى هذا رد لما قيل من أن إحرام العمرة ينتهى بالوقوف كما أوضحه البحر وغيره (قوله ومن فى حكمه) أى من أهل داخل المواقيت (قوله يفرد فقط) هذا مادام مقيما ، فإذا خرج إلى الكوفة وقرن صح بلا كراهة لأن عمرته وحجته ميقاتيان فصار بمنزلة الآفاقى . قال المحبوبى : هذا إذا خرج إلى الكوفة قبل أشهر الحج . وأما إذا خرج بعدها فقد منع من القران فلا يتغير بخروجه من الميقات كذا فى العناية . وقول المحبوبى هو الصحيح ، نقله الشيخ الشلبى عن الكرمانى شرنبلالية ، وإنما قيد بالقران لأنه لو اعتمر هذا المكى فى أشهر الحج من عامه لا يكون متمتعا لأنه ملمّ بأهله بين النسكين حلالا إن لم يسق الهدى ، وكذا إن ساق الهدى لا يكون متمتعا ، بخلاف الآفاقى إذا ساق الهدى ثم ألمّ بأهله محرما كان متمتعا لأن العود مستحق عليه فيمنع صحة إلمامه . وأما المكى فالعود غير مستحق عليه وإن ساق الهدى فكان إلمامه صحيحا ، فلذا لم يكن متمتعا كذا فى النهاية عن المبسوط (قوله ولو قرن أو تمتع جاز وأساء الخ) أى صح مع الكراهة للنهى عنه ، وهذا ما مشى عليه فى التحفة وغاية البيان والعناية والسراج وشرح الإسبيجابى على مختصر الطحاوى

واعلم أنه فى الفتح ذكر أن قولها لا تمتع ولاقران لمكى يحتمل نفى الوجود : ويؤيده أنهم جعلوا الإلمام الصحيح من الآفاقى مبطلا تمتعه والمكى ملم بأهله فيبطل تمتعه . ويحتمل نفى الحل بمعنى أنه يصح لكنه يأثم به للنهى عنه ، وعليه فاشتراطهم عدم الإلمام لصحة التمتع بمعنى أنه شرط لوجوده على الوجه المشروع الموجب شرعا للشكر ، وأطال الكلام فى ذلك .

والذى حط عليه كلامه اختيار الاحتمال الأول لأنه مقتضى كلام أئمة المذهب ، وهو أولى بالاعتبار من كلام بعض المشايخ يعنى صاحب التحفة وغيره ، بل اختار أيضا منع المكى من العمرة المجردة فى أشهر الحج وإن لم يحج ، وهو ظاهر عبارة البدائع ، وخالفه من بعده كصاحب البحر والنهر والمنح والشرنبلالى والقارى ، واختاروا الاحتمال الثانى لأن إيجاب دم الجبر فرع للصحة ، ولما فى المتون فى باب إضافة الإحرام إلى الإحرام من أن المكى إذا طاف شوطا للعمرة فأحرم بحج رفضه . فإذا لم يرفض شيئا أجزأه . قال فى الفتح وغيره لأنه أدى أفعالهما كما التزمهما إلا أنه منهى والنهى عن فعل شرعى لايمنع تحقق الفعل على وجه مشروعية الأصل ، غير أنه يتحمل إثمه كصيام يوم النحر بعد نذره اهـ فهذا يناقض ما اختاره فى الفتح أولا : أى فإن هذا تصريح بأنه يتصور قران المكى لكن مع الكراهة . وتمامه فى الشرنبلالية .

أقول : وقد كنت كتبت على هامشها بحثا حاصله أنهم صرحوا بأن عدم الإلمام شرط لصحة التمتع دون القران ، وأن الإلمام الصحيح مبطل للتمتع دون القران ، ومقتضى هذا أن تمتع المكى باطل لوجود الإلمام الصحيح بين إحراميه سواء ساق الهدى أولا ؛ لأن الآفاقى إنما يصح إلمامه إذا لم يسق الهدى وحلق ، لأنه لايبقى العود إلى مكة مستحقا عليه ، والمكى لايتصور منه عدم العود إلى مكة لكونه فيها كما صرح به فى العناية وغيرها .

وفى النهاية والمعراج عن المحيط أن الإلمام الصحيح أن يرجع إلى أهله بعد العمرة ، ولا يكون العود إلى العمرة مستحقا عليه ، ومن هذا قلنا لا تمتع لأهل مكة وأهل المواقيت اهـ أى بخلاف القران فإنه يتصور منهم لأن عدم الإلمام فيه ليس بشرط . ولعل وجهه أن القران المشروع مايكون بإحرام واحد للحج والعمرة معا ، والإلمام الصحيح مايكون بين إحرام العمرة وإحرام الحج ، وهذا يكون فى التمتع دون القران ، فمن هذا قلنا إن تمتع المكى باطل دون قرانه . وهذا قول ثالث لم أر من صرح به ، لكن يدل عليه تصريح البدائع بعدم تصور تمتع المكى ، وأما قوله فى الشرنبلالية إنه خاص بمن لم يسق الهدى وحلق دون من ساقه أولم يسقه ولم يحلق لأن إلمامه حينئذ غير صحيح فغير صحيح لما علمت من التصريح بأن إلمامه صحيح ساق الهدى أولا ، ويدل عليه أيضا عبارة المحيط المذكورة ، وكذا مامر من الفرع المذكور فى باب إضافة الإحرام فإنه صريح فى عدم بطلان قرانه . ثم رأيت مايدل على ذلك أيضا ، وذلك مافى النهاية عن الأسرار للإمام أبى زيد الدبوسى حيث قال : ولا متعة عندنا ولا قران لمن كان وراء الميقات على معنى أن الدم لايجب نسكا ، أما التمتع فإنه لايتصور للإلمام الذى يوجد منه بينهما . وأما القران فيكره ويلزمه الرفض ، لأن القران أصله أن يشرع القارن فى الإحرامين معا والشروع معا من أهل مكة لايتصور إلا بخلل فى أحدهما لأنه إن جمع بينهما فى الحرم فقط أخل بشرط إحرام العمرة فإن ميقاته الحل ، وإن أحرم بهما من الحل فقد أخل بميقات الحجة لأن ميقاتها الحرم والأصل فى ذلك أهل مكة فلذا لم يشرع فى حق من وراء الميقات أيضا اهـ أى أن من كان وراء الميقات : أى داخله لم حكم أهل مكة فهذا صريح فى أن أهل مكة ومن فى حكمهم لايتصور منهم التمتع ويتصور منهم القران ، لكن مع الكراهة للإخلال بميقات أحد الإحرامين .

ولا يجزئه الصوم لو معسرا .

(ومن اعتمر بلا سوق) هدى (ثم) بعد عمرته (عاد إلى بلده) وحلق (فقد ألمّ) إلماما صحيحا فبطل تمتعه (ومع سوقه تمتع) كالقارن (وإن طاف لها أقل من أربعة قبل أشهر الحج وأتمها فيها وحج فقد تمتع ، ولو طاف أربعة قبلها لا) اعتبارا للأكثر (كوفى) أى آفاقى

ثم رأيت مثل ذلك أيضا فى كافى الحاكم الذى هو جمع كتب ظاهر الرواية . ونصه : وإذا خرج المكى إلى الكوفة لحاجة فاعتمر فيها من عامه وحج لم يكن متمتعا ، وإن قرن من الكوفة كان قارنا اهـ ونقله فى الجوهرة معللا موضحا فراجعها . وعلى هذا فقول المتون ولا تمتع ولا قران لمكى معناه نفى المشروعية والحل ، ولا ينافى عدم التصور فى أحدهما دون الآخر ، والقرينة على هذا تصريحهم بعده ببطلان التمتع بالإلمام الصحيح فيما لو عاد المتمتع إلى بلده ، وتصريحهم فى باب إضافة الإحرام بأنه إذا قرن ولم يرفض شيئا منهما أجزأه ، هذا ما ظهر لى فاغتنمه فإنك لا تجده فى غير هذا الكتاب ، والله تعالى أعلم بالصواب (قوله ولا يجزئه الصوم لو معسرا) لأن الصوم إنما يقع بدلا عن دم الشكر لا عن دم الجبر . شرح اللباب (قوله ثم بعد عمرته) قيد به لأنه لو عاد بعد ما طاف لها الأقل لا يبطل تمتعه لأن العود مستحق عليه لأنه ألمّ بأهله محرما بخلاف ما إذا طاف الأكثر(١) بحر (قوله عاد إلى بلده) فلو عاد إلى غيره لايبطل تمتعه عند الإمام وسوّيا بينهما نهر (قوله وحلق) ظاهره أن الحلق بعد العود ، ففيه ترك الواجب عندهما . والمستحب عند أبى يوسف كامر . ولوحذفه لفهم مما قبله . قال فى البحر : ودخل فى قوله بعد العمرة الحلق فلا بد للبطلان منه لأنه من واجباتها وبه التحلل ، فلو عاد بعد طوافها قبل الحلق ثم حج من عامه قبل أن يحلق فى أهله فهو متمتع ، لأن العود مستحق عليه عند من جعل الحرم شرط جواز الحلق وهو أبو حنيفة ومحمد . وعند أبى يوسف إن لم يكن مستحقا فهو مستحب كذا فى البدائع وغيره اهـ (قوله فقد ألمّ إلماما صحيحا) لأن العود لم يبق مستحقا عليه كما مر (قوله فبطل تمتعه) أى امتنع التمتع الذى أراده لفقد شرطه وهو عدم إلمام الصحيح (قوله ومع سوقه تمتع) أى لا يبطل تمتعه بعوده عندهما خلافا لمحمد . لأن العود مستحق عليه ما دام على نية التمتع لأن السوق يمنعه من التحلل فلم يصح إلمامه . كذا فى الهداية . وفى قوله ما دام إيماء إلى أنه لو بدا له بعد العمرة أن لا يحج من عامه كان له ذلك ، لأنه لم يحرم بالحج بعد . وإذا ذبح الهدى أو أمر بذبحه وقع تطوعا ؛ أما إذا لم يعد إلى بلده وأراد نحر الهدى والحج من عامه لم يكن له ذلك ، وإن فعل وحج من عامه لزمه دم التمتع ودم آخر لإحلاله قبل يوم النحر كذا فى المحيط نهر .

قال فى البحر : فالحاصل أنه إذا ساق الهدى ، فلا يخلو إما أن يتركه إلى يوم النحر أولا . فإن تركه إليه فتمتعه صحيح ولاشىء عليه غيره سواء عاد إلى أهله أولا . وإن تعجل ذبحه ، فإما أن يرجع إلى أهله أولا فإن رجع فلاشىء عليه مطلقا سواء حج من عامه أولا ؛ وإن لم يرجع إليهم . فإن لم يحج من عامه فلا شىء عليه ، وإن حج منه لزمه دمان : دم المتعة ، ودم الحل قبل أوانه (قوله كالقارن) فإنه لا يبطل قرانه بعوده نهر . لأن عدم الإلمام غير شرط فيه كما مر (قوله وإن طاف لها الخ) قدم الشارح المسألة أول الباب ، وقدمنا الكلام عليها (قوله اعتبارا للأكثر) علة للمسألتين ط (قوله أى آفاقى) أشار به إلى أن ذكر الكوفى مثال وأن المراد به من كان خارج

---

(١) (قوله بخلاف ما إذا طاف الأكثر) ظاهره أن طواف الأكثر يمنع استحقاق العود عليه ، وفيه نظر ، فإن طواف الأقل واجب ، فيكون العود مستحقا عليه كما إذا عاد قبل الحلق بل أولى ، لما فى مسألة الحلق من الخلاف فى وجوب كونه فى الحرم بخلاف هذه تأمل اهـ .

(حل من عمرته فيها) أى الأشهر (وسكن بمكة) أى داخل المواقيت (أو بصرة) أى غير بلده (وحج) من عامه (متمتع) لبقاء سفره

(ولو أفسدها ورجع من البصرة) إلى مكة (وقضاها وحج لا) يكون متمتعا لأنه كالمكى (إلا إذا ألمّ بأهله ثم) رجع و (أتى بهما) لأنه سفر آخر . ولا يضر كون العمرة قضاء عما أفسده (وأى) النسكين (أفسده المتمتع (أتمه بلا دم) للتمتع بل للفساد .

باب الجنايات

الميقات لأن المكى لا يمتع له كما مر (قوله حل من عمرته فيها) لأنه لو اعتمر قبلها لا يكون متمتعا اتفاقا نهر (قوله أى داخل المواقيت) أشار إلى أن ذكر مكة غير قيد، بل المراد هى أو ما فى حكمها (قوله أى غير بلده) أفاد أن المراد مكان لا أهل له فيه سواء اتخذه دارا بأن نوى الإقامة فيه خمسة عشر يوما أولا كما فى البدائع وغيرها . وقيد به لأنه لو رجع إلى وطنه لا يكون متمتعا اتفاقا أيضا إن لم يكن ساق الهدى نهر (قوله لبقاء سفره) أما إذا أقام بمكة أو داخل المواقيت فلأنه ترفق بنسكين فى سفر واحد فى أشهر الحج وهو علامة التمتع

وأما إذا أقام خارجها فذكر الطحاوى أن هذا قول الإمام . وعندهما لا يكون متمتعاً لأن المتمتع من كانت عمرته ميقاتية وحجته مكية وله أن حكم السفر الأول قائم ما لم يعد إلى وطنه . وأثر الخلاف يظهر فى لزوم الدم ، وغلطه الجصاص فى نقل الخلاف بل يكون متمتعا اتفاقا . لأن محمدا ذكر المسألة ولم يحك فيها خلافا . قال أبو اليسر وهو الصواب . وفى المعراج أنه الأصح . لكن قال فى الحقائق : كثير من مشايخنا قالوا الصواب ما قاله الطحاوى . وقال الصفار : كثيرا ما جربنا الطحاوى فلم نجده غالطا . وكثيرا ما جربنا الجصاص فوجدناه غالطا. قال الزيلعى : والمسألة الآتية تؤيد ما حكاه الطحاوى نهر (قوله ولو أفسدها) أى فى أشهر الحج بأن جامع قبل أفعالها . أما لو أفسدها قبلها ثم خرج قبل أشهر الحج وقضاها فيها وحج من عامه كان متمتعا اتفاقا نهر (قوله ورجع من البصرة) الأولى أن يقول إلى البصرة لأنه كان فى مكة حين شرع بالعمرة . وعبر فى الملتقى بقوله ولو أفسدها وأقام ببصرة . وعبر فى الكنز بقوله وأقام بمكة . فعلم أن كلا من البلدين غير قيد ، ولذا قال فى النهر والمراد موضع لا أهل له فيه . دل على ذلك قوله إلا إذا ألمّ بأهله (قوله لأنه كالمكى) لأن سفره انتهى بالفاسدة وصارت عمرته الصحيحة مكية . ولا تمتع لأهل مكة نهر (قوله إلا إذا ألمّ بأهله) أى بعد ما أفسدها وحل منها نهر ، وقوله وأتى بهما : أى بقضاء العمرة وبأداء الحج شرنبلالية . وإذا لم يلمّ بأهله . فإن أقام بمكة فهو بالاتفاق ، وإن أقام ببصرة فهو غير متمتع عنده . وقالا : متمتع لأنه أنشأ سفرا وقد ترفق فيه بنسكين . وله أنه باق على سفره ما لم يرجع إلى وطنه كما فى الهداية . وهذا يؤيد ما مر عن الطحاوى (قوله لأنه سفر آخر) أى لأن رجوعه بعد الإلمام إنشاء سفر آخر للحج والعمرة فيكون متمتعا لبطلان سفره الأول . ولا يضر تمتعه كون عمرته قضاء (قوله أتمه) أى مضى فيه لأنه لا يمكنه الخروج عن عهدة الإحرام إلا بالأفعال هداية (قوله بلا دم للتمتع) لأنه لم يترفق بأداء نسكين صحيحين فى سفرة واحدة هداية (قوله بل للفساد) أى بل عليه دم لما أفسده وهو دم جناية . فالمنفى دم الشكر

باب الجنايات

لما فرغ من ذكر أقسام المحرمين وأحكامهم شرع فى بيان عوارضهم باعتبار الإحرام والحرم من الجنايات والفوات والإحصار . وقدم الجنايات لأن الأداء القاصر أفضل من العدم وهى ماتجنيه من شر . تسمية بالمصدر

الجناية: هنا ماتكون حرمته بسبب الإحرام أو الحرم، وقد يجب بها دمان أو دم أو صوم أو صدقة ففصلها بقوله (الواجب دم على محرم بالغ) فلا شيء على الصبي خلافا للشافعي (ولو ناسيا) أو جاهلا أو مكرها،

من جنى عليه جناية، وهو عام إلا أنه خص بما يحرم من الفعل، وأصله من جنى الثمر: وهو أخذه من الشجر كما في المغرب، والمراد هنا خاص منه وهو ما ذكره الشارح، وجمعها باعتبار أنواعها نهر (قوله بسبب الإحرام أو الحرم) حاصل الأول سبعة نظمها الشيخ قطب الدين بقوله:

محرم الإحرام يا من يدرى — إزالة الشعر وقص الظفر

واللبس والوطء مع الدواعي — والطيب والدهن وصيد البر

زاد في البحر ثامنا وهو ترك واجب من واجبات الحج. فلو قال «محرم الإحرام ترك واجب» الخ كان أحسن.

وحاصل الثاني التعرض لصيد الحرم وشجره. وقال في البحر: وخرج بقوله بسبب الخ ذكر الجماع بحضرة النساء لأنه منهي عنه مطلقا فلا يوجب الدم. وقال ط: وفيه أن ذكره إنما نهى عنه مطلقا بحضرة من لا يجوز قربانه، أما الحلائل فلا يمنع منه إلا المحرم وهو داخل فيما تكون حرمته بسبب الإحرام وإن كان لا يجب عليه شيء (قوله وقد يجب بها دمان) كجناية القارن والمتمتع الذي ساق الهدى بعد أن تلبس بإحرام الحج ط (قوله أو دم) كأكثر جنايات المفرد (قوله أو صوم أو صدقة) أو فيهما لتخيير. وذلك فيما إذا جنى على الصيد أو تطيب أو لبس أو حلق بعذر، فيخير بين الذبح والتصدق والصيام على ما سيأتي، أو أن الثانية فقط للتخيير فيخير بين الصوم والصدقة في نحو مالو قتل عصفورا. وفي الهداية: وكل صدقة في الإحرام غير مقدرة فهي نصف صاع من بر إلا مايجب بقتل القملة والجرادة اهـ زاد الشراح أو بإزالة شعرات قليلة، لكن أراد بالصدقة هنا الأعم بدليل قوله في شرح الملتقى أو صدقة ولو ربع صاع بقتل حمامة أو تمرة بقتل جرادة (قوله ففصلها) أي فلما اختلفت أنواعها فصلها ط فالفاء تفريعية (قوله الواجب دم) فسره ابن ملك بالشاة. وأشار في البحر إلى سره بقوله إن سبع البدنة لايكفي في هذا الباب، بخلاف دم الشكر. لكن قال بعده فيما لو أفسد حجه بجماع في أحد السبيلين أنه يقوم الشرك في البدنة مقام الشاة فليتأمل اهـ شرنبلالية.

قلت: وفي أضحية القهستاني: لو ذبح سبعة عن أضحية ومتعة وقران وإحصار وجزاء الصيد أو الحلق والعقيقة والتطوع فإنه يصح في ظاهر الأصول. وعن أبي يوسف الأفضل أن تكون من جنس واحد، فلو كانوا متفرقين وكل واحد متقرب جاز. وعن أبي يوسف أنه يكره كما في النظم اهـ ثم رأيت بعض المحشين قال: وما في البحر مناقض لما ذكره هو في باب الهدى أن سبع البدنة يجزى وكذلك أغلب كتب المذهب والمناسك مصرحة بالإجزاء اهـ فافهم

[تنبيه] في شرح النقاية للقاري: ثم الكفارات كلها واجبة على التراخي، فيكون مؤديا في أي وقت، وإنما يتضيق عليه الوجوب في آخر عمره في وقت يغلب على ظنه أنه لو لم يؤده لفات، فإن لم يؤد فيه حتى مات أثم وعليه الوصية به، ولو لم يوص لم يجب على الورثة. ولو تبرعوا عنه جاز إلا الصوم (قوله ولو ناسيا الخ) قال في اللباب: ثم لافرق في وجوب الجزاء بين ما إذا جنى عامدا أو خاطئا، مبتدئا أو عائدا، ذاكرا أو ناسيا، عالما أو جاهلا طائعا أو مكرها، نائما أو منتبها، سكران أو صاحيا، مغمى عليه أو مفيقا، موسرا أو معسرا بمباشرته أو مباشرة غيره بأمره.

فيجب على نائم غطى رأسه (إن طيب عضوا) كاملا ولو فمه

قال شارحه القارى : وقد ذكر ابن جماعة عن الأئمة الأربعة أنه إذا ارتكب محظور الإحرام عامداً يأثم ، ولا تخرجه الفدية والعزم عليها عن كونه عاصيا . قال النووى : وربما ارتكب بعض العامة شيئا من هذه المحرمات وقال أنا أفدى متوهما أنه بالتزام الفداء يتخلص من وبال المعصية ، وذلك خطأ صريح وجهل قبيح ، فإنه يحرم عليه الفعل ، فإذا خالف أثم ولزمته الفدية مبيحة للإقدام على فعل المحرم ، وجهالة هذا كجهالة من يقول أنا أشرب الخمر وأزنى والحد يطهرنى ، ومن فعل شيئا مما يحكم بتحريمه فقد أخرج حجه من أن يكون مبرورا اه وقد صرح أصحابنا بمثل هذا فى الحدود فقالوا إن الحد لايكون طهرة من الذنب ولا يعمل فى سقوط الإثم ، بل لابد من التوبة ، فإن تاب كان الحد طهرة له وسقطت عنه العقوبة الأخروية بالإجماع وإلا فلا ، لكن قال صاحب الملتقط فى كتاب الأيمان : إن الكفارة ترفع الإثم وإن لم توجد منه التوبة من تلك الجناية اه ويؤيده ماذكره الشيخ نجم الدين النسفى فى تفسيره التيسير عند قوله تعالى — فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم — أى اصطاد بعد هذا الابتداء(١) قيل هو العذاب فى الآخرة مع الكفارة فى الدنيا إذا لم يتب منه فإنها لاترفع الذنب عن المصر اه وهذا تفصيل حسن وتقييد مستحسن يجمع به بين الأدلة والروايات ، والله أعلم اه أى فيحمل مافى الملتقط على غير المصر ومافى غيره على المصر . وقد ذكر هذا التوفيق العلامة نوح فى حاشية الدرر .

[تتمة] يستثنى من الإطلاق المار فى وجوب الجزاء مافى اللباب : لو ترك شيئا من الواجبات بعذر لاشىء عليه على مافى البدائع . وأطلق بعضهم وجوبه فيها إلا فيما ورد النص به . وهى ترك الوقوف بمزدلفة وتأخير طواف الزيارة عن وقته ، وترك الصدر للحيض والنفاس ، وترك المشى فى الطواف والسعى ، وترك السعى ، وترك الحلق لعلة فى رأسه اه لكن ذكر شارحه مايدل على أن المراد بالعذر مالا يكون من العباد حيث قال عند قول اللباب : ولو فاته الوقوف بمزدلفة بإحصار فعليه دم . هذا غير ظاهر لأن الإحصار من جملة الأعذار ، إلا أن يقال إن هذا مانع من جانب المخلوق فلا يؤثر ، ويدل له مافى البدائع فيمن أحصر بعد الوقوف حتى مضت أيام النحر ثم خلى سبيله أن عليه دما لترك الوقوف بمزدلفة ودما لترك الرمى ودما لتأخير طواف الزيارة اه ومثله فى إحصار البحر : وسيأتى توضيحه هناك إن شاء الله تعالى (قوله فيجب) تفريع على مايفهم من المقام من عدم اشتراط الاختيار الذى أفاده ذكر الناسى والمكره ، ووجه الوجوب أن الارتفاق حصل للنائم وعدم الاختيار أسقط الإثم عنه ، كما إذا أتلف شيئا منح ط (قوله غطى رأسه) بالبناء للفاعل أو المفعول (قوله إن طيب) أى المحرم عضواً : أى من أعضائه كالفخذ والساق والوجه والرأس لتكامل الجناية بتكامل الارتفاق ، والطيب جسم له رائحة مستلذة كالزعفران والبنفسج والياسمين ونحو ذلك ، وعلم من مفهوم شرطه أنه لو شم طيبا أو ثمارا طيبة لاكفارة عليه وإن كره ، وقيد بالمحرم لأن الحلال لو طيب عضوا ثم أحرم فانتقل منه إلى آخر فلا شىء عليه اتفاقا ، وقيدنا بكونه من أعضائه لأنه لو طيب عضو غيره أو ألبسه المخيط منه فلا شىء عليه إجماعا كما فى الظهيرية نهر (قوله كاملا) لأن المعتبر الكثرة . قال ابن الكمال فى شرح الهداية : واختلف المشايخ فى الحد الفاصل بين القليل والكثير لاختلاف عبارات محمد ، ففى بعضها جعل حد الكثرة عضوا كبيراً ، وفى بعضها فى تنفس الطيب ، فبعضهم اعتبر الأول ، وبعضهم اعتبر الثانى فقال : إن بحيث يستكثره الناظر كالكفين من ماء الورد والكف من

(١) (قوله أى اصطاد بعد هذا الابتداء الخ) لعل الصواب إبداله بالابتلاء ، لأنه المتقدم ذكره فى الآية ، وليس للابتداء فيها ذكر أصلا تأمل اه .

بأكل طيب كثير أو مايبلغ عضوا لو جمع والبدن كله كعضو واحد إن اتحد المجلس وإلا فلكل طيب كفارة ، ولو ذبح ولم يزله لزمه دم آخر لتركه ، وأما الثوب المطيب أكثره

مسك وغالية فهو كثير ، ومالا فلا . وبعضهم اعتبر الكثرة بربع العضو الكبير ، فقال : لو طيب ربع الساق أوالفخذ يلزم الدم ، وإن كان أقل يلزم الصدقة . وقال شيخ الإسلام : إن كان الطيب فى نفسه قليلا فالعبرة للعضو الكامل وإن كان كثيراً لايعتبر العضو(١) اه ملخصا ، وهذا توفيق بين الأقوال الثلاثة ، حتى لو طيب بالقليل عضوا كاملا أو بالكثير ربع عضو لزم الدم وإلا فصدقة ، وصححه فى المحيط . وقال فى الفتح : إن التوفيق هو التوفيق ورجح فى البحر الأول وهو مافى المتون فافهم .

هذا وقال فى الشرنبلالية : قوله كالرأس بيان للمراد من العضو فليس كأعضاء العورة فلا تكون الأذن مثلا عضوا مستقلا اه . وكذا قال ابن الكمال إن المراد الاحتراز عن العضو الصغير مثل الأنف والأذن لما عرفت أن من اعتبر فى حد الكثرة العضو الكامل قيده بالكبير اه ثم ماذكر من أن فيما دون الكامل صدقة هو قولهما . وقال محمد : يجب بقدره ، فإن بلغ نصف العضو تجب صدقة قدر نصف قيمة الشاة أو ربعا فربع وهكذا . قال فى البحر : واختاره الإمام الاسبيجابى مقتصراً عليه بلا نقل خلاف (قوله بأكل طيب) أى خالص بلا خلط وبلا طبيخ وإلا فسيأتى حكمه (قوله كثير) هو مايلتزق بأكثر فمه فعليه الدم . قال فى الفتح ، وهذه تشهد لعدم اعتبار العضو مطلقا فى لزوم الدم ، بل ذاك إذا لم يبلغ مبلغ الكثرة فى نفسه على ماقدمناه اه بحر أى فإن لزوم الدم بالطيب الكثير هنا وإن لم يعم جميع الفم يشهد لما مر من التوفيق . وبه يظهر أن قول الشارح لو فمه بعد قوله عضو كاملا فيه مافيه فإنه يوهم أن المراد بالكثير هنا مايعم جميع الفم تأمل (قوله أومايبلغ عضوا الخ) عطف على عضوا : أى أو طيب مواضع لو جمعت تبلغ عضوا كاملا فإنه يجب عليه الدم . والظاهر اعتبار بلوغ أصغر عضو من الأعضاء المطيبة كما اعتبروه بانكشاف العورة ، لكن بعد كون ذلك الأصغر عضوا كبيراً لما علمت من أن الصغير لايجب فيه الدم إلا إذا كان الطيب كثيرا على مامر من التوفيق (قوله فلكل طيب) أى طيب مجلس من تلك المجالس إن شمل عضوا واحداً أو أكثر (قوله كفارة) سواء كفر للأول أم لا عندهما . وقال محمد : عليه كفارة واحدة مالم يكفر للأول بحر (قوله لتركه) لأن ابتداءه كان محظورا فيكون لبقائه حكم ابتدائه بحر (قوله المطيب أكثره) ظاهره أن المعتبر أكثر الثوب لا كثرة الطيب ، وقد تبع فى ذلك الشرنبلالية مع أنه ذكر فيها وفى الفتح وغيره أن المعتبر كثرة الطيب فى الثوب وأن المرجع فيه العرف ، حتى أنه فى البحر جعل هذا مرجحا للقول الثانى من الأقوال الثلاثة المارة لأنه يعم البدن والثوب .

قلت : لكن نقلوا عن المجرد إن كان فى ثوبه شبر فى شبر فمكث عليه يوما يطعم نصف صاع ، وإن كان أقل من يوم فقبضة . قال فى الفتح : يفيد التنصيص على أن الشبر فى الشبر داخل فى القليل اه أى حيث أوجب به صدقة لادما ، ومع هذا يفيد اعتبار الكثرة فى الثوب لا فى الطيب إلا أنه لايفيد أن المعتبر أكثر الثوب ، بل ظاهره أن مازاد على الشبر كثير موجب للدم لكثرة الطيب حينئذ عرفا ، فرجع إلى اعتبار الكثرة فى الطيب لا فى الثوب ،

---

(١) (قوله وإن كان كثيرا لا يعتبر الخ) بل يعتبر ربع عضو كبير ، ولا بد من هذا الاعتبار ليتم التوفيق . لأن الأحوال ثلاث اه .

وحاصل التوفيق بين الأقوال الثلاثة أن من اعتبر العضو يقيده بحالة قلة الطيب ومن اعتبر ربع العضو يقيده بحالة كثرة الطيب ، ومن اعتبر كثرة الطيب يشترط بلوغ المطيب ربع عضو كبير اه .

فيشترط للزوم الدم دوام لبسه يوما (أو خضب رأسه بحناء) رقيق، أما المتلبد ففيه دمان (أو ادهن بزيت أو حل) بفتح المهملة الشيرج (ولو) كانا (خالصين) لأنهما أصل الطيب، بخلاف بقية الأدهان (فلو أكله) أو استعطه (أو داوى به) جراحة أو (شقوق رجليه أو أقطر فى أذنيه لايجب دم ولا صدقة) اتفاقا (بخلاف المسك والعنبر والغالية والكافور ونحوها) مما هو طيب بنفسه (فإنه يلزمه الجزاء بالاستعمال) ولو (على وجه التداوى) ولو جعله فى طعام قد طبخ فلا شيء فيه وإن لم يطبخ

وعلى هذا فيمكن إجراء التوفيق المار هنا أيضا بأن الطيب إذا كان فى نفسه كثيرا لزم الدم وإن أصاب من الثوب أقل من شبر، وإن كان قليلا لايلزم حتى يصيب أكثر من شبر فى شبر، وربما يشير إليه قولهم لو ربط مسكا أو كافورا أو عنبرا كثيرا فى طرف إزاره أو ردائه لزمه دم، أى إن دام يوما ولو قليلا فصدقة فتأمل (قوله فيشترط للزوم الدم) أفرد الدم، لأن المراد بالثوب ثوب المحرم من إزار أو رداء، أما لو كان مخيطا فيجب بدوام لبسه دم آخر سكت عن بيانه لأنه سيأتى (قوله دوام لبسه يوما) أشار بتقدير الطيب فى الثوب بالزمان إلى الفرق بينه وبين العضو فإنه لايعتبر فيه الزمان، حتى لو غسله من ساعته فالدم واجب كما فى الفتح بخلاف الثوب (قوله أو خضب رأسه) أى مثلا وإلا فلو خضبت يدها أو خضب لحيته بحناء وجب الدم أيضا كما حرره فى النهر على خلاف مافى البحر (قوله بحناء) بالمد منونا لأنه فعال لافعلاء ليمنع صرفه ألف التأنيث فتح، وصرح به مع دخوله فى الطيب للاختلاف فيه بحر (قوله أما المتلبد الخ) التلبيد أن يأخذ شيئا من الخطمى والآس والصمغ فيجعله فى أصول الشعر ليتلبد بحر، فالمناسب أن يقول أما الثخين قال فى الفتح: فإن كان ثخينا فلبد الرأس ففيه دمان للطيب والتغطية إن دام يوما وليلة على جميع رأسه أو ربعه اهـ أما لو غطاه أقل من يوم فصدقة وهذا فى الرجل، أما المرأة فلا تمنع من تغطية رأسها.

واستشكل فى الشرنبلالية إلزام الدم بالتغطية بالحناء بقولهم إن التغطية بما ليس بمعتاد لاتوجب شيئا.

قلت: وقد يجاب بأن التغطية بالتلبيد معتادة لأهل البوادى لدفع الشعث والوسخ عن الشعر، وقد فعله صلى الله عليه وسلم فى إحرامه.

واستشكله فى البحر بأنه لايجوز استصحاب التغطية الكائنة قبل الإحرام بخلاف الطيب، لكن أجاب المقدسى بأن التلبيد الذى فعله عليه الصلاة والسلام يجب حمله على ماهو سائغ وهو اليسير الذى لاتحصل به تغطية. قلت: وعليه يحمل مافى الفتح عن رشيد الدين فى مناسكه: وحسن أن يلبد رأسه قبل إحرامه (قوله أو ادهن) بالتشديد: أى دهن عضوا كاملا لباب. وذكر شارحه أن بعضهم اعتبر كثرة الطيب بما يستكثره الناظر. قال: ولعل محله فيما لايكون عضوا كاملا على ما مر: أى من التوفيق، وأنه فى النوادر أوجب الدم بدهن ربع الرأس أو اللحية، وأنه تفريع على رواية الربع فى الطيب، والصحيح خلافها (قوله لأنهما أصل الطيب) باعتبار أنه يلقى فيهما الأنوار كالورد والبنفسج فيصيران طيبا، ولا يخلوان عن نوع طيب، ويقتلان الهوام، ويلينان الشعر، ويزيلان التفث والشعث بحر، وهذا عند الإمام. وقالا عليه صدقة (قوله بخلاف بقية الأدهان) عبارة البحر: وأراد بالزيت دهن الزيتون والسمسم وهو المسمى بالشيرج، فخرج بقية الأدهان كالشحم والسمن اهـ ومقتضاه خروج نحو دهن اللوز ونوى المشمش فليتأمل (قوله فلو أكله) أى دهن الزيت أو الحل، وأفرد الضمير لمكان أو وهذا تفريع على مفهوم قوله ادهن (قوله أو استعطه) أى استنشقه بأنفه (قوله اتفاقا) لأنه ليس بطيب من كل وجه، فإذا لم يستعمل على وجه التطيب لم يظهر حكم الطيب فيه (قوله ولو على وجه التداوى) لكنه يتخير بين الدم والصوم والإطعام على ماسيأتى نهر (قوله ولو جعله) أى الطيب فى طعام الخ.

وكان مغلوبا كره أكله كشم طيب وتفاح (أو لبس مخيطا) لبسا معتاداً، ولو اتزره أو وضعه على كتفيه لاشيء عليه (أو ستر رأسه) بمعتاد إما بحمل إجانة أو عدل فلا شيء عليه (يوما كاملا) أو ليلة كاملة، وفى الأقل صدقة (والزائد) على اليوم (كاليوم)

اعلم أن خلط الطيب بغيره على وجوه لأنه إما أن يخلط بطعام مطبوخ أولا ففى الأول لاحكم للطيب سواء كان غالبا أم مغلوبا، وفى الثانى الحكم للغلبة إن غلب الطيب وجب الدم، وإن لم تظهر رائحته كما فى الفتح، وإلا فلا شىء عليه غير أنه إذا وجدت معه الرائحة كره، وإن خلط بمشروب فالحكم فيه للطيب سواء غلب غيره أم لاغير أنه فى غلبة الطيب يجب الدم، وفى غلبة الغير تجب الصدقة إلا أن يشرب مرارا فيجب الدم. وبحث فى البحر أنه ينبغى التسوية بين المأكول والمشروب المخلوط كل منهما بطيب مغلوب. إما بعدم وجوب شىء أصلا أو بوجوب الصدقة فيهما، وتمامه فيه.

[تنبيه] قال ابن أميرحاج الحلبى: لم أرهم تعرّضوا بماذا تعتبر الغلبة، ولم يفصلوا بين القليل والكثير كما فى أكل الطيب وحده. والظاهر أنه إن وجد من المخالط رائحة الطيب كما قبل الخلط فهو غالب وإلا فمغلوب. وإذا كان غالبا فإن أكل منه أو شرب شيئا كثيرا وجب عليه دم، والكثير مايعده العارف العدل كثيرا والقليل ماعداه، فإن أكل مايتخذ من الحلوى المبخرة بالعود ونحوه فلا شىء عليه، غير أنه إن وجدت الرائحة منه كره بخلاف الحلوى المضاف إلى أجزائها الماورد والمسك، فإن فى أكل الكثير دما والقليل صدقة اهـ نهر

قلت: لكن قول الفتح المار فى غير المطبوخ وإن لم تظهر رائحته يفيد اعتبار الغلبة بالأجزاء لابالرائحة. وقد صرح به فى شرح اللباب. ثم الظاهر أنه أراد الحلوى الغير المطبوخة وإلا فالمطبوخ لاتفصيل فيه كما علمت تأمل. هذا حكم المأكول والمشروب، وأما إذا خلط بما يستعمل فى البدن كأشنان ونحوه ففى شرح اللباب عن المنتقى: إن كان إذا نظر إليه قالوا هذا أشنان فعليه صدقة، وإن قالوا هذا طيب عليه دم (قوله كره) أى إن وجدت معه الرائحة كما مر (قوله أو لبس مخيطا) تقدم تعريفه فى فصل الإحرام (قوله لبسا معتادا) بأن لايحتاج فى حفظه عند الاشتغال بالعمل إلى تكلف. وضده أن يحتاج إليه، بأن يجعل ذيل قميصه مثلا أعلى وجيبه أسفل شرح اللباب (قوله أو وضعه الخ) أى لو ألقى القباء على كتفيه ولم يدخل فيه يديه ولم يزرّه لاشىء عليه إلا الكراهة وتقدم تمام الكلام فى فصل الإحرام (قوله أو ستر رأسه) أى كله أو ربعه، ومثله الوجه كما يأتى؛ بخلاف مالو عصب نحو يده، وعطفه على لبس المخيط لأن الستر قد يكون بغيره كالرداء والشاش أفاده فى النهر (قوله بمعتاد) أى بما يقصد به التغطية عادة (قوله إجانة) بكسر الهمزة وتشديد الجيم: أى مركن شرح اللباب وكطاسة وطست (قوله أو عدل) بكسر العين وقد تفتح: أى أحد شقى حمل الدابة شرح اللباب، وقيد العدل فى البحر، والمنح بالمشغول، بل لايسمى عدلا إلا بذلك، لأنه حينئذ يعادل به قرينه، فلذا أطلقه هنا رحمتى. قلت: لكنى لم أر فى البحر والمنح التقييد بما ذكر، فلتراجع نسخة أخرى (قوله يوما كاملا أو ليلة) الظاهر أن المراد مقدار أحدهما فلو لبس من نصف النهار إلى نصف الليل من غير انفصال أو بالعكس لزمه دم كما يشير إليه قوله وفى الأقل صدقة شرح اللباب (قوله وفى الأقل صدقة) أى نصف صاع من بر، وشمل الأقل الساعة الواحدة أى الفلكية ومادونها خلافا لما فى خزانة الأكمل أنه فى ساعة نصف صاع وفى أقل من ساعة قبضة من بر اهـ بحر، ومشى فى اللباب على مافى الخزانة، وأقره شارحه، واعترض بمخالفته لما ذكره الفقهاء.

[تنبيه] ذكر بعض شراح المناسك: لو أحرم بنسك وهو لابس المخيط وأكله فى أقل من يوم وحل منه لم

وإن نزعه ليلا وأعاده نهارا ولو جميع مايلبس (مالم يعزم على الترك) للبسه (عند النزع ، فإن عزم عليه) أى الترك (ثم لبس تعدد الجزاء كفر للأول أولا ، وكذا) يتعدد دما للبسه (ثم دام على الجزاء لو لبس يوما فأراق لبسه يوما آخر فعليه الجزاء) أيضا ؛ لأنه محظور فكان لدوامه حكم الابتداء ، ودوام اللبس بعد ماأحرم وهو لابسه كإنشائه بعده ولو مكرها أو نائما ؛ ولو تعدد سبب اللبس تعدد الجزاء ، ولو اضطر إلى قميص فلبس قميصين أو إلى قلنسوة فلبسها مع عمامته لزمه دم وإثم ؛

أر فيه نصا صريحا ، ومقتضى قولهم أن الارتفاق الكامل الموجب للدم لايحصل إلا بلبس يوم كامل أن تلزمه صدقة . ويحتمل أن يقال إن التقدير باليوم باعتبار كمال الارتفاق إنما هو فيما إذا طال زمن الإحرام ، أما إذا قصر كما فى مسألتنا فقد حصل كمال الارتفاق فينبغى وجوب الدم ؛ ولكن مع هذا لابد من نقل صريح (قوله وإن نزعه ليلا وأعاده نهارا) ومثله العكس كما فى شرح اللباب (قوله ولو جميع مايلبس) مبالغة على قوله أو لبس مخيطا : أى لو جمع اللباس من قميص وقباء وعمامة وقلنسوة وسراويل وخف ولبس يوما فعليه دم واحد إن اتحد السبب كما فى اللباب أى إن كان لبس الكل لضرورة أو لغيرها ، فاو اضطر للبعض تعدد الدم كما يأتى ، وظاهر ماذكر أنه لايلزم لبس الكل فى مجلس واحد خلافا لما قيده به القارى ؛ بل يكفى جمعها فى يوم واحد ، ويدل عليه قوله فى اللباب ويتحد الجزاء مع تعدد اللبس بأمور منها اتحاد السبب ؛ وعدم العزم على الترك عند النزع ، وجمع اللباس كله فى مجلس أو يوم اه أى مع اتحاد السبب كما علمت ؛ أما لو لبس البعض فى يوم والبعض فى يوم آخر تعدد الجزاء وإن اتحد السبب (قوله مالم يعزم على الترك) فإن نزعه على قصد أن يلبسه ثانيا أو ليلبس بدله لايلزمه كفارة أخرى لتداخل لبسه وجعلهما لبسا واحدا حكما شرح اللباب (قوله كإنشائه بعده) أى فى وجوب الدم إن دام يوما أو ليلة ؛ وفيه إشارة إلى صحة إحرامه وهو لابس بلا عذر خلافا لما يعتقده العوام ، لأن التجرد عن المخيط من واجبات الإحرام لامن شروط صحته (قوله ولو تعدد سبب اللبس) كما إذا كان به حمى فاحتاج إلى اللبس لها فزالت وأصابه مرض آخر أو حمى غيرها ولبس فعليه كفارتان كفر للأول أولا ، وإذا حصره العدو فاحتاج إلى اللبس للقتال أياما يلبسها إذا خرج وينزعها إذا رجع فعليه كفارة واحدة مالم يذهب هذا العدو ، فإن ذهب وجاء عدو غيره لزمه كفارة أخرى ؛ ومقتضى ذلك كما قال الحلبى أنه إذا لبس لدفع برد ثم صار ينزع ويلبس لذلك ثم زال ذلك البرد وأصابه برد آخر فلبس لذلك أنه يجب عليه كفارتان بحر (قوله ولو اضطر الخ) تخصيص لما قبله من تعدد الجزاء بتعدد السبب قال فى الذخيرة : والأصل فى جنس هذه المسائل أن الزيادة فى موضع الضرورة لاتعتبر جناية مبتدأة . وفى اللباب : فإن تعدد السبب كما إذا اضطر إلى لبس ثوب فلبس ثوبين فإن لبسهما على موضع الضرورة نحو أن يحتاج إلى قميص فلبس قميصين أو قميصا وجبة أو يحتاج إلى قلنسوة فلبسها مع العمامة فعليه كفارة واحدة يتخير فيها . قال شارحه : وكذا إذا لبسهما على موضعين لضرورة بهما فى مجلس واحد ، بأن لبس عمامة وخفا بعذر فيهما فعليه كفارة واحدة اه وإن لبسهما على موضعين مختلفين موضع الضرورة وغير الضرورة ؛ كما إذا اضطر إلى لبس العمامة فلبسها مع القميص مثلا ، أو لبس قميصا للضرورة وخفين لغيرها فعليه كفارتان : كفارة الضرورة يتخير فيها ، وكفارة الاختيار لايتخير فيها اه (قوله لزمه دم وإثم) لزوم الدم بأحدهما والإثم بالآخر ، والمناسب التعبير بلزوم الكفارة المخيرة كما قدمناه لأنه حيث كان بعذر لايتعين الدم كما سيأتى ، ولزوم كفارة واحدة فى لبس العمامة مع القلنسوة كما فى القميصين هو المنصوص عليه كما مر عن اللباب ، ومثله فى الفتح والمعراج خلافا لما فى البحر من التفرقة بينهما كما نبه عليه فى الشرنبلالية ، وما ذكر من لزوم الإثم نبه عليه فى البحر

ولو تيقن زوال الضرورة فاستمر كفر أخرى وتغطية ربع الرأس أو الوجه كالكل ولا بأس بتغطية أذنيه وقفاه ووضع يديه على أنفه بلا ثوب (أو حلق) أى أزال (ربع رأسه) أو ربع لحيته (أو) حلق (محاجمه) يعنى واحتجم وإلا فصدقة كما فى البحر عن الفتح (أو) حلق (إحدى إبطيه أو عانته أو رقبته) كلها (أو قص أظفار يديه أو رجليه) أو الكل (فى مجلس واحد) فلو تعدد المجلس تعدد الدم إلا إذا اتحد

عن الحلبى ، ثم قال . فليحفظ هذا ، فإن كثيرا من المحرمين يغفل عنه كما شاهدناه (قوله ولو تيقن الخ) أما لو استمر مع الشك فى زوالها فلا شئ عليه بحر (قوله كفر أخرى) أى بلا تخيير إن دام يوما بعد التيقن (قوله كالكل) هو المشهور من الرواية عن أبى حنيفة ، وهو الصحيح على ماقاله غير واحد شرح اللباب (قوله ولا بأس بتغطية أذنيه وقفاه) وكذا بقية البدن إلا الكفين والقدمين للمنع من لبس القفازين والجوربين ، ومر تمامه فى فصل الإحرام (قوله بلا ثوب) كذا فى الفتح والبحر . والظاهر أنه لو كان الوضع بالثوب ففيه الكراهة التحريمية فقط ، لأن الأنف لايبلغ ربع الوجه أفاده ط (قوله أى أزال) أى أراد بالحلق الإزالة بالموسى أو بغيره مختارا أولا . فلو أزاله بالنورة أو نتف لحيته أو احترق شعره بخبزه أو مسه بيده وسقط فهو كالحلق ، بخلاف ما إذا تناثر شعر بالمرض أو النار بحر عن المحيط .

قلت : وشمل أيضا التقصير كما فى اللباب . قال شارحه وصرح به فى الكافى والكرمانى وهو الصواب . قياسا على التحلل . ووقع فى الكفاية شرح الهداية أن التقصير لايوجب الدم اهـ (قوله ربع رأسه الخ) هذا هو الصحيح المختار الذى عليه جمهور أصحاب المذهب . وذكر الطحاوى فى مختصره أن فى قول أبى يوسف ومحمد لايجب الدم مالم يحلق أكثر رأسه شرح اللباب . وإن كان أصلع إن بلغ شعره ربع رأسه فعليه دم وإلا فصدقة . وإن بلغت لحيته الغاية فى الخفة إن كان قدر ربعها كاملة فعليه دم وإلا فصدقة لباب ، واللحية مع الشارب عضو واحد فتح (قوله محاجمه) أى موضع الحجامة من العنق كما فى البحر (قوله وإلا فصدقة) أى وإن لم يحتجم بعد الحلق فالواجب صدقة (قوله كما فى البحر عن الفتح) قال فى النهر : لم أر ذلك فى نسختى من الفتح اهـ .

قلت : كأنه سقط من نسخته ، وإلا فقد رأيته فى الفتح ، واستشهد له بقول الزيلعى : إن حلقه لمن يحتجم مقصود وهو المعتبر ، بخلاف الحلق لغيرها (قوله كلها) أى كل الثلاثة ، وإنما قيد به لأن الربع من هذه الأعضاء لايعتبر بالكل ، لأن العادة لم تجر فيها بالاقتصار على البعض ، فلا يكون حلق البعض ارتفاقا كاملا ، بخلاف ربع الرأس واللحية فإنه معتاد لبعض الناس . وما فى المحيط من أن الأكثر من الرقبة كالكل ، لأن كل عضو لانظير له فى البدن يقوم أكثره مقام كله ضعيف ، وكذا ما فى الخانية من أن الإبط إذا كان كثير الشعر يعتبر الربع لوجوب الدم ، وإلا فالأكثر . والمذهب ما ذكره المصنف من اعتبار الربع فى الرأس واللحية والكل فى غيرهما فى لزوم الدم بحر ملخصا . وذكر فى اللباب : مثل الثلاثة مالو حلق الصدر أو الساق أو الركبة أو الفخذ أو العضد أو الساعد فعليه دم ، وقيل صدقة . وإن حلق أقله فصدقة ، ولا يقوم الربع منها مقام الكل اهـ . قال شارحه : يشير بقوله وقيل صدقة إلى ما فى المبسوط من حلق عضوا مقصودا بالحلق فعليه دم ، وإن حلق ماليس بمقصود فصدقة . ثم قال : ومما ليس بمقصود حلق شعر الصدر والساق ، ومما هو مقصود حلق الرأس والإبطين ، ومثله فى البدائع والتمرتاشى . وفى النخبة : وما فى المبسوط هو الأصح . قال ابن الهمام إنه الحق اهـ .

والحاصل أن كل واحد من الثلاثة أعنى الإبط أو العانة والرقبة مقصود بالحلق وحده فيجب به دم ، لكن لايقوم ربعه مقام كله لما مر بخلاف الصدر والساق ونحوهما فيجب بهما صدقة . قال فى الفتح لأن القصد إلى

المحل كحلق إبطيه فى مجلسين أو رأسه فى أربعة (أو يد أو رجل) إذ الربع كالكل (أو طاف للقدوم) لوجوبه بالشروع (أو للصدر جنبا) أو حائضا (أو للفرض محدثا

حلقهما إنما هو فى ضمن غيرها ، إذ ليست العادة تنوير الساق وحده بل تنوير المجموع من الصلب إلى القدم فكان بعض المقصود بالحلق . قال فى البحر : فعلى هذا فالتقييد بالثلاثة للاحتراز عن الصدر والساق مما ليس بمقصود .

واعلم أن المتفرق من الحلق يجمع كالطيب ، فلو حلق ربع رأسه من مواضع متفرقة فعليه دم لباب ، وسيأتى أن فى حلق الشارب صدقة .

[تنبيه] ذكر الحلق فى الإبطين تبعا للجامع الصغير إيماء إلى جوازه وإن كان النتف هو السنة ، ولذا عبر به فى الأصل .

واختلف فى المسنون فى الشارب هل هو القص أو الحلق؟ والمذهب عند بعض المتأخرين من مشايخنا أنه القص . قال فى البدائع : وهو الصحيح . وقال الطحاوى : القص حسن والحلق أحسن ، وهو قول علمائنا الثلاثة نهر . قال فى الفتح : وتفسير القص أن ينقص حتى ينتقص عن الإطار ، وهو بكسر الهمزة : ملتقى الجلدة واللحم من الشفة ، وكلام صاحب الهداية على أن يحاذيه اه . وأما طرفا الشارب وهما السبالان ، فقيل هما منه ، وقيل من اللحية ، وعليه فقيل لابأس بتركهما ، وقيل يكره لما فيه من التشبه بالأعاجم وأهل الكتاب ، وهذا أولى بالصواب ، وتمامه فى حاشية نوح . ورجح فى البحر ماقاله الطحاوى ، ثم قال : وإعفاء اللحية أى الوارد فى الصحيحين تركها حتى تكثر ، والسنة قدر القبضة ، فما زاد قطعه اه وتمامه فيما علقناه عليه ، ومر بعض ذلك فى كتاب الصوم . وأما العانة ، ففى البحر عن النهاية أن السنة فيها الحلق ، لما جاء فى الحديث « عشر من السنة منها الاستحداد » وتفسيره حلق العانة بالحديد (قوله كحلق إبطيه فى مجلسين) كون ذلك من اتحاد المحل ، بخلاف قص أظفار اليدين مشكل ، ومع هذا فلا رواية فيه كما ذكره فى العناية : أى بل هو من تخريج بعض مشايخ المذهب إن كان أحد نقل أن فيه دما واحدا كما هو مقتضى صنيع الشارح ، ولم أر من صرح بذلك .

وأجاب فى العناية عن الإشكال على تقدير ثبوت الرواية بأن ثمت مايوجب اتحاد المحال وهو التنوير ، فإنه لو نور جميع البدن لم تلزمه إلا كفارة واحدة ، والحلق مثل التنوير ، وليس فى صورة النزاع : أى مسألة القص مايجعلها كذلك اه . وفيه أن القص كذلك ، على أنه يلزم منه أنه لو تعدد محل الحلق واختلف المجلس يجب فيه كفارة مع أنه يجب لكل مجلس موجب جنايته كما صرح به فى البحر وغيره (قوله أو رأسه فى أربعة) أى بأن حلق فى كل مجلس ربعا منه ففيه دم واحد اتفاقا مالم يكفر للأول شرح اللباب (قوله لوجوبه بالشروع) أشار إلى أن الحكم كذلك فى كل طواف هو تطوع ، فيجب الدم لو طافه جنبا ، والصدقة لو محدثا كما فى الشرنبلالية عن الزيلعى . وأفاد أن الكفارة تجب بترك الواجب الاصطلاحى بلا فرق بين الأقوى والأضعف ، فإن ماوجب بالشروع دون ماوجب بإيجابه تعالى كطواف الصدر لاشتراكهما فى الوجوب الثابت بالدليل الظنى ، بخلاف الطواف الفرض الثابت بالقطع فلذا وجبت فيه مع الجناية بدنة إظهارا للتفاوت من حيث الثبوت فافهم (قوله أو للفرض محدثا) قيد بالحدث لأن الطواف مع نجاسة الثوب أو البدن مكروه فقط . وما فى الظهيرية من إيجاب الدم فى نجاسة كل الثوب لا أصل له فى الرواية ، وأشار إلى أنه لو طاف عريانا قدر مالا تجوز الصلاة معه يلزمه دم بترك الستر الواجب ، وقيد بالفرض وهو الأكثر لأنه لو طاف أقله محدثا ولم يعد وجب عليه لكل شوط نصف صاع إلا إذا بلغت قيمته

ولو جنبا فبدنة إن) لم يعده . والأصح وجوبها في الجنابة وندبها فى الحدث ، وأن المعتبر الأول والثانى جابر له ، فلا تجب إعادة السعي جوهرة .

وفى الفتح : لو طاف للعمرة جنبا أو محدثا فعليه دم ، وكذا لو ترك من طوافها شوطا لأنه لامدخل للصدقة

دما فينقص منه ما شاء بحر (قوله ولو جنبا فبدنة) أما لو طاف أقله جنبا ولم يعد وجب عليه شاة ، فإن أعاده وجبت عليه صدقة لكل شوط نصف صاع لتأخير الأقل من طواف الزيارة بحر ، لكن فى اللباب لو طاف أقله جنبا فعليه لكل شوط صدقة ، وإن أعاده سقطت تأمل (قوله إن لم يعده) أى الطواف الشامل للقدوم والصدر والفرض، فإن أعاده فلا شيء عليه فإنه متى طاف أى طواف مع أى حدث ثم أعاده سقط موجبه اهـ ح قلت لكن إذا أعاد طواف الفرض بعد أيام النحر لزمه دم عند الإمام للتأخير ، وهذا إن كانت الإعادة لطوافه جنبا وإلا فلاشيء عليه، كما لو أعاده فى أيام النحر مطلقا كما فى الهداية ، ومشى عليه فى البحر ،وصححه فى السراج وغيره ، وزعم فى غاية البيان أنه سهو لتصريح الرواية فى شرح الطحاوى بلزوم الدم بالتأخير مطلقا . وأجاب فى البحر بأن هذه رواية أخرى .

[تنبيه] من فروع الإعادة ماذكره فى اللباب : لو طاف للزيارة جنبا وللصدر طاهرا ، فإن طاف للصدر فى أيام النحر فعليه دم لترك الصدر ، لأنه انتقل إلى الزيارة ، وإن طاف للزيارة ثانيا فلا شيء عليه أى لانتقال الزيارة إلى الصدر ، وإن طاف للصدر بعد أيام النحر فعليه دمان : دم لترك الصدر : أى لتحوله إلى الزيارة ودم لتأخير الزيارة ، وإن طاف للصدر ثانيا سقط عنه دمه ،وإن طاف للزيارة محدثا وللصدر طاهرا ،فإن حصل الصدر فى أيام النحر انتقل إلى الزيارة ، ثم إن طاف للصدر ثانيا فلا شيء عليه وإلا فعليه دم لتركه ،وإن حصل بعد أيام النحر لاينتقل وعليه دم لطواف الزيارة محدثا ، ولو طاف للزيارة محدثا وللصدر جنبا فعليه دمان (قوله والأصح وجوبها) أى وجوب الإعادة المفهومة من قوله بعده ،وهذا أيضا شامل للقدوم والصدر والفرض . قال فى البحر : لو طاف للقدوم جنبا لزمه الإعادة اهـ . وإذا وجبت الإعادة فى القدوم ففى الصدر والفرض أولى اهـ ح .

[تنبيه] قال فى البحر : الواجب أحد شيئين إما الشاة أو الإعادة والإعادة هى الأصل ما دام بمكة ليكون الجابر من جنس المجبور ، فهى أفضل من الدم . وأما إذا رجع إلى أهله ، فى الحدث اتفقوا على أن بعث الشاة أفضل من الرجوع . وفى الجناية اختار فى الهداية أن الرجوع أفضل لما ذكرنا . واختار فى المحيط أن البعث أفضل لمنفعة الفقراء ، وإذا رجع للأول يرجع بإحرام جديد بناء على أنه حل فى حق النساء بطواف الزيارة جنبا ، فإذا أحرم بعمرة يبدأ بها ثم يطوف للزيارة ويلزمه دم لتأخيره عن وقته (قوله وأن المعتبر الأول) عطف على وجوبها ، وهذا ما ذهب إليه الكرخى وصححه فى الإيضاح خلافا للرازى ، وهذا فى الجناية أما فى الحدث فالمعتبر الأول اتفاقا سراج ، وقوله فلا تجب الخ بيان لثمرة الخلاف ، فعلى قول الرازى تجب إعادة السعى لأن الطواف الأول قد انفسخ فكأنه لم يكن سراج ، فقوله فى البحر لا ثمرة للخلاف خلاف الواقع (قوله وفى الفتح الخ) عزاه إلى المحيط ، ونقله فى الشرنبلالية ، ومثله فى اللباب حيث قال : ولو طاف للعمرة كله أو أكثره أو أقله ولو شوطا جنبا أو حائضا أو نفساء أو محدثا فعليه شاة لافرق فيه بين الكثير والقليل والجنب والمحدث لأنه لامدخل فى طواف العمرة للبدنة ولا للصدقة ، بخلاف طواف الزيارة ، وكذا لو ترك منه أى من طواف العمرة أقله ولو شوطا فعليه دم وإن أعاده سقط عنه الدم اهـ لكن فى البحر عن الظهيرية : لوطاف أقله محدثا وجب عليه لكل شوط نصف صاع من حنطة إلا إذا بلغت قيمته دما فينقص منه ما شاء اهـ ومثله فى السراج . والظاهر أنه قول آخر فافهم ،

فى العمرة (أو أفاض من عرفة) ولو بند بعيره (قبل الإمام) والغروب ، ويسقط الدم بالعود ولو بعده فى الأصح غاية (أو ترك أقل سبع الفرض) يعنى ولم يطف غيره ، حتى لو طاف للصدر انتقل إلى الفرض مايكمله ، ثم إن بقى أقل الصدر فصدقه وإلا فدم

وأما ماسيأتى من قول المصنف وكل ماعلى المفرد به دم بسبب جنايته على إحرامه فعلى القارن دمان وكذا الصدقة . وذكر الشارح هناك أن المتمتع كالقارن ، فلا يرد على ما هنا وإن كانت جناية المتمتع على إحرام الحج وإحرام العمرة ، لأن المراد هناك الجناية بفعل شىء من محظورات الإحرام ، بخلاف ترك شىء من الواجبات كما سيأتى فى كلام الشارح ، وهنا الجناية بترك واجب الطهارة فلاينافى وجوب الصدقة فى العمرة بفعل المحظور ، ولهذا لم يعمم فى اللباب ، بل قال لا مدخل فى طواف العمرة للصدقة وإن أطلق الشارح العبارة تبعا للفتح فتنبه (قوله أو أفاض من عرفة الخ) بأن جاوز حدودها قبل الغروب وإلا فلا شى عليه كما فى اللباب (قوله ولو بندّ بعيره) الند بفتح النون وتشديد الدال المهملة : الهروب ح .

قال فى اللباب : ولو ندّ به بعيره فأخرجه من عرفة قبل الغروب لزمه دم ، وكذا لو ندّ بعيره فتبعه لأخذه اه . قال شارحه القارى : وفيه أن ترك الواجب لعذر مسقط للدم اه . وأجيب بأنه يمكنه التدارك بالعود ، وهو مسقط للدم .

قلت : الأحسن الجواب بما قدمناه أول الباب من أن المراد بالعذر المسقط للدم ما لا يكون من قبل العباد ، وسيأتى توضيحه فى الإحصار (قوله والغروب) قصد بهذا العطف بيان أن مرادهم بالإمام الغروب لما بينهما من الملابسة ، فإن الإمام لما كان الواجب عليه النفر بعد الغروب كان النفر معه نفرا بعد الغروب ، وإلا فلو غربت فنفروا ولم ينفر الإمام لا شىء عليهم ، ولو نفر الإمام قبل الغروب فتابعوه كان عليه وعليهم الدم ، وذلك لأن الوقوف فى جزء من الليل واجب فبتركه يلزم الدم كما فى البحر ح (قوله ولو بعده فى الأصح) إذا عاد بعده فظاهر الرواية عدم السقوط . وصحح القدورى رواية ابن شجاع عن الإمام أنه يسقط . وأفاد أنه لو عاد قبل الغروب يسقط الدم على الأصح بالأولى كما فى البحر فافهم . وفى شرح النقاية للقارى أن الجمهور على أن ظاهر الرواية هو الأصح ، ولو عاد قبل الغروب فالأظهر عدم السقوط ، لأن استدامة الوقوف إلى الغروب واجب فيفوت بفوت البعض اه .

قلت : وذكر ابن الكمال فى شرحه على الهداية ماحاصله أن الشراح هنا أخطأوا فى نقل الرواية ، لما فى البدائع أنه لو عاد قبل الغروب وقبل نفر الإمام سقط عندنا خلافا لزفر ، وإن عاد قبل الغروب بعد ما خرج الإمام من عرفة روى ابن شجاع عن الإمام أنه يسقط واعتمده القدورى . وذكر فى الأصل عدمه ، ولو عاد بعد الغروب لا يسقط بلا خلاف لتقرر الواجب فلا يحتمل السقوط بالعود اه (قوله سبع الفرض) بفتح السين ، والفرض بمعنى المفروض صفة لمحذوف : أى الطواف الفرض ، أو على تقدير مضاف : أى طواف الفرض ، لقول الوقاية أو أخر طواف الفرض أو ترك أقله ، وعلى كل فإضافة سبع على معنى اللام ، ولايصح جعلها بيانية على معنى سبع هى الفرض ، لأن الفرض فى أشواط الطواف أكثر السبع لا كلها وإن قال المحقق ابن الهمام إن الذى يدين الله تعالى به أن لا يجزىء أقل من السبع ولا يجبر بعضه بشىء فإنه من أبحاثه المخالفة لأهل المذهب قاطبة كما فى البحر . وقد قال تلميذه العلامة قاسم إن أبحاثه المخالفة للمذهب لا تعتبر فافهم (قوله حتى لو طاف للصدر) أى مثلا ، لأن أىّ طواف حصل بعد الوقوف كان للفرض كما قدمناه شرنبلالية ، وأفاد ذلك بقوله يعنى ولم يطف غيره (قوله ثم إن بقى أقل الصدر) أى إن بقى عليه أقل أشواط الصدر وهو قدر ما انتقل منه إلى الركن ، بأن ترك من الفرض ثلاثة

(ويترك أكثره بقى محرما) أبدا فى حق النساء (حتى يطوف) فكلما جامع لزمه دم إذا تعدد المجلس إلا أن يقصد الرفض فتح (أو) ترك (طواف الصدر أو أربعة منه) ولا يتحقق الترك إلا بالخروج من مكة (أو) ترك (السعى) أو أكثره أو ركب منه بلا عذر (أو الوقوف بجمع فيه) يعنى مزدلفة

أشواط وطاف للصدر سبعة فإنه ينتقل منها ثلاثة لطواف الفرض وتبقى هذه الثلاثة عليه من طواف الصدر فيلزمه لها صدقة ، أما لو كان طاف للصدر ستة وانتقل منها ثلاثة يبقى عليه أكثر الصدر وهو أربعة فيلزمه لها دم، ثم هذا إن لم يكن آخر طواف الصدر إلى آخر أيام التشريق وإلا لزمه مع الصدقة أو الدم صدقة أخرى ، لتأخير أقل الفرض عند الإمام لكل شوط نصف صاع من بر ، خلافا لهما كما فى البحر . ومثله فى التتارخانية والقهستانى واللباب ، لكن فى الشرنبلالية عن الفتح وإن كان ترك أقله : أى أقل طواف الفرض لزمه للتأخير دم وصدقة للمتروك من الصدر اه فأوجب دما لتأخير الأقل كما ترى فتأمل (قوله بقى محرما) فإن رجع إلى أهله فعليه حتما أن يعود بذلك الإحرام ، ولا يجزى عنه البدل لباب (قوله فى حق النساء) لأنه بالحلق حل له ما سواهن حتى يطوف (قوله لزمه دم) أى شاة أو بدنة على ما سيأتى (قوله إلا أن يقصد الرفض) أى فلا يلزمه بالثانى شىء وإن تعدد المجلس مع أن نية الرفض باطلة لأنه لا يخرج عنه إلا بالأعمال ، لكن لما كانت المحظورات مستندة إلى قصد واحد وهو تعجيل الإحلال كانت متحدة فكفاه دم واحد بحر

قال فى اللباب : واعلم أن المحرم إذا نوى رفض الإحرام فجعل يصنع ما يصنعه الحلال من لبس الثياب والتطيب والحلق والجماع وقتل الصيد فإنه لا يخرج بذلك من الإحرام ، وعليه أن يعود كما كان محرما ، ويجب دم واحد لجميع ما ارتكب ولو كل المحظورات ، وإنما يتعدد الجزاء بتعدد الجنايات إذا لم ينو الرفض، ثم نية الرفض إنما تعتبر ممن زعم أنه خرج منه بهذا القصد لجهله مسألة عدم الخروج ، وأما من علم أنه لا يخرج منه بهذا القصد فإنها لا تعتبر منه اه .

قلت : وما ذكر من أن نية الرفض باطلة وأنه لا يخرج من الإحرام إلا بالأفعال محمول على ما إذا لم يكن مأمورا بالرفض كما سنذكره آخر الجنايات ، ومن المأمور بالرفض المحصر بمرض أو عدو لأنه بذبح الهدى يحل ويرتفض إحرامه على ما سيأتى فى بابه ، وسنذكر هناك أيضا أن كل من منع عن المضى فى موجب الإحرام لحق العبد فإنه يتحلل بغير الهدى كالمرأة والعبد لو أحرما بلا إذن الزوج والمولى ، فإن لها أن يحللاهما فى الحال بلا ذبح .

وبما قررناه اندفع ما فى الشرنبلالية حيث زعم المنافاة بين ما مر من أنه لا يخرج عن الإحرام إلا بالأفعال وبين مسألة تحليل المولى أمته بنحو قص ظفر أو جماع (قوله أو أربعة منه) أما لو ترك أقله ففيه صدقة كما سيأتى .

[تنبيه] لم يصرحوا بحكم طواف القدوم لو شرع فيه وترك أكثره أو أقله . والظاهر أنه كالصدر لوجوبه بالشروع ، وقدمنا تمامه فى باب الإحرام (قوله ولا يتحقق الترك إلا بالخروج من مكة) لأنه ما دام فيها لم يطالب به ما لم يرد النفر . قال فى البحر : وأشار بالترك إلى أنه لو أتى بما تركه لا يلزمه شىء مطلقا لأنه ليس بمؤقت اه أى ليس له وقت يفوت بفوته ، وقدمنا عن النهر واللباب أنه لو نفر ولم يطف وجب عليه الرجوع ليطوف ما لم يجاوز الميقات فخير بين إراقة الدم والرجوع بإحرام جديد بعمرة ، ولا شىء عليه لتأخيره (قوله بلا عذر) قيد للترك والركوب . قال فى الفتح عن البدائع ، وهذا حكم ترك الواجب فى هذا الباب اه أى أنه إن تركه بلا عذر لزمه دم ، وإن بعذر فلا شىء عليه مطلقا . وقيل فيما ورد به النص فقط ، وهذا بخلاف ما لو ارتكب محظورا

أو للرمى كله ، أو فى يوم واحد ، أو الرمى الأول ، وأكثره : أى أكثر رمى يوم (أو حلق فى حل بحج) فى أيام النحر ، فلو بعدها فدمان (أو عمرة) لاختصاص الحلق بالحرم (لا) دم (فى معتمر) خرج (ثم رجع من حل) إلى الحرم (ثم قصر) وكذا الحاج إن رجع فى أيام النحر وإلا فدم للتأخير (أو قبل) عطف على حلق (أو لمس بشهوة أنزل أولا)

كاللبس والطيب فإنه يلزمه موجبه ولو بعذر كما قدمناه أول الباب ، ثم لو أعاد السعى ما شيا بعد ماحل وجامع لم يلزمه دم لأن السعى غير مؤقت ، بل الشرط أن يأتى به بعد الطواف وقد وجد بحر (قوله أو الرمى كله) إنما وجب بتركه كله دم واحد لأن الجنس متحد كما فى الحلق ، والترك إنما يتحقق بغروب الشمس من آخر أيام الرمى وهو الرابع ، لأنه لم يعرف قربة إلا فيها ، وما دامت الأيام باقية فالإعادة ممكنة فيرميها على التأليف ، ثم بتأخيرها يجب الدم عنده خلافا لهما بحر ، وبه علم أن الترك غير قيد لوجوب الدم بتأخير الرمى كله أو تأخير رمى يوم إلى ما يليه ، أما لو أخره إلى الليل فلا شىء عليه كما مر تقريره فى بحث الرمى (قوله أو فى يوم واحد) ولو يوم النحر لأنه نسك تام بحر (قوله أو الرمى الأول) داخل فيما قبله كما علمت ، لكنه نص عليه تبعا للهداية ، لأنه لو ترك جمرة العقبة فى بقية الأيام يلزمه صدقة لأنها أقل الرمى فيها بخلاف اليوم الأول فإنها كل رميه رحمتى فافهم (قوله وأكثره) كأربع حصيات فما فوقها فى يوم النحر أو إحدى عشرة فيما بعده ، وكذا لو أخر ذلك . أما لو ترك أقل من ذلك أو أخره فعليه لكل حصاة صدقة إلا أن يبلغ دما فينقص ما شاء لباب (قوله أى أكثر رمى يوم) المفهوم من الهداية عود الضمير إلى الرمى الأول وهو رمى العقبة فى يوم النحر ، وهو المفهوم من عبارة المصنف أيضا لكن ما ذكره الشارح أفود (قوله أو حلق فى حل بحج أو عمرة) أى يجب دم لو حلق للحج أو العمرة فى الحل لتوقته بالمكان ، وهذا عندهما خلافا للثانى (قوله فى أيام النحر) متعلق بحلق بقيد كونه للحج ، ولذا قدمه على قوله أو عمرة فيتقيد حلق الحاج بالزمان أيضا ، وخالف فيه محمد ، وخلف أبو يوسف فيهما ، وهذا الخلاف فى التضمين بالدم لا فى التحلل فإنه يحصل بالحلق فى أى زمان أو مكان فتح . وأما حلق العمرة فلايتوقت بالزمان إجماعا هداية ، وكلام الدرر يوهم أن قوله فى أيام النحر قيد للحج والعمرة ، وعزاه إلى الزيلعى مع أنه لا إيهام فى كلام الزيلعى كما يعلم بمراجعته (قوله فدمان) دم للمكان ودم للزمان ط (قوله لاختصاص الحلق) أى لها بالحرم وللحج فى أيام النحر ط (قوله خرج) أى من الحرم (قوله ثم رجع من حل) أى قبل أن يحلق أو يقصر فى الحل (وقوله وكذا الحاج الخ) فيه رد على صاحب الدرر وصدر الشريعة وابن كمال حيث أطلقوا وجوب الدم بخروجه قبل التحلل ثم رجوعه ، فإن ذات الخروج من الحرم لا يلزم المحرم به شىء .

قال فى الهداية : ومن اعتمر فخرج من الحرم وقصر فعليه دم عندهما. وقال أبو يوسف : لاشىء عليه ، وإن لم يقصر حتى رجع وقصر فلا شىء عليه فى قولهم جميعا لأنه أتى به فى مكانه فلم يلزمه ضمانه اهـ .

قال فى العناية : ولو فعل الحاج ذلك لم يسقط عنه دم التأخير عند أبى حنيفة اهـ فقد نص على أن الدم الذى يلزم الحاج إنما هو لتأخير الحلق عن أيام النحر ، ويفيد أنه إذا عاد بعد ما خرج من الحرم وحلق فيه فى أيام النحر لا شىء عليه ، وهذا لا يتوقف فيه من له أدنى إلمام بمسائل الفقه فليتنبه له ، أفاده فى الشرنبلالية (قوله أو قبل الخ) حاصله أن دواعى الجماع كالمعانقة والمباشرة الفاحشة والجماع فيما دون الفرج والتقبيل واللمس بشهوة موجبة للدم، أنزل أولا قبل الوقوف أو بعده ، ولا يفسد حجه شىء منها كما فى اللباب ،وشمل قوله قبل الوقوف أو بعده ثلاث صور : ما إذا كان قبل الوقوف والحلق أو بعده قبل الحلق ، أو بعد الوقوف والحلق قبل الطواف ، فى الأوليين

فى الأصح أو استمنى بكفه أو جامع بهيمة وأنزل (أو أخر) الحاج (الحلق أو طواف الفرض عن أيام النحر) لتوقتهما بها (أو قدم نسكا على آخر) فيجب فى يوم النحر أربعة أشياء : الرمى ، ثم الذبح لغير المفرد، ثم الحلق ثم الطواف ، لكن لاشىء على من طاف قبل الرمى والحلق ؛ نعم يكره لباب وقد تقدم ، كما لاشىء على المفرد إلا إذا حلق قبل الرمى ، لأن ذبحه لايجب .

(ويجب دمان على قارن حلق قبل ذبحه) دم للتأخير ، ودم للقران على المذهب

حصل الفرق بين الدواعى والجماع لمقتض ، وهو أن الجماع فى الأولى مفسد لتعلق فساد الحج بالجماع حقيقة كما قال فى البحر ، وإنما لم يفسد الحج بالدواعى كما يفسد بها الصوم ، لأن فساده معلق بالجماع حقيقة بالنص . والجماع معنى دونه فلم يلحق به ، وفى الثانية ،وجب للبدنة لغلظ الجناية كما فى البحر .ولم يفسد لتمام حجه بالوقوف ولاشىء من ذلك فى الدواعى . وأما الثالثة فاشترك الجماع ودواعيه فى وجوب الشاة لعدم المقتضى للتفرقة المذكورة لأن الجماع هنا ليس جناية غليظة لوجود الحل الأول بالحلق . فلذا لم تجب به بدنة ودواعيه ملحقة به فى كثير من الأحكام فافهم

[تنبيه] أطلق فى التقبيل واللمس فعم ما لو صدرا فى أجنبية أو زوجته أو أمته ،والظاهر أن الأمرد كالأجنبية وإن توقف فيه الحموى ، وأخرج بهما النظر إلى فرج امرأة بشهوة فأمنى فإنه لا شىء عليه كما لو تفكر ،ولو أطال النظر أو تكرر وكذا الاحتلام لا يوجب شيئا هندية ط (قوله فى الأصح) لم أر من صرح بتصحيحه . وكأنه أخذه من التصريح بالإطلاق فى المبسوط والهداية والكافى والبدائع وشرح المجمع وغيرها كما فى اللباب .ورجحه فى البحر بأن الدواعى محرمة لأجل الإحرام مطلقا فيجب الدم مطلقا . واشترط فى الجامع الصغير الإنزال ،وصححه قاضيخان فى شرحه (قوله وأنزل) قيد للمسألتين ، فإن لم ينزل فيهما فلا شىء عليه ط (قوله أو أخر الحاج) قيد به لأن حلق المعتمر لا يتقيد بالزمان وكذا طوافه ، فلا يلزمه بتأخيرهما شىء ط (قوله أو طواف الفرض) أى كله أو أكثره فلو أخر أقله يجب صدقة ، وأشار إلى أنه لو أخر طواف الصدر لا يجب شىء قهستانى (قوله لتوقتهما) أى الحلق وطواف الفرض بها أى بأيام النحر عند الإمام ، وهذا علة لوجوب الدم بتأخيرهما . قال فى الشرنبلالية : وهذا إذا كان تأخير الطواف بلاعذر ،حتى لو حاضت قبل أيام النحر واستمر بها حتى مضت لاشىء عليها بالتأخير وإن حاضت فى أثنائها وجب الدم بالتفريط فيما تقدم كذا فى الجوهرة عن الوجيز ،وأفاد شيخنا أنه لا تفريط لعدم وجوب الطواف عينا فى أول وقته ، ففى إلزامها بالدم وقد حاضت فى الأثناء نظر اه وتقدم تمامه فى بحث الطواف (قوله أوقدم نسكا على آخر) أى وقد فعله فى أيام النحر لئلا يستغنى عنه بقوله قبله أوأخر الحلق الخ شرنبلالية (قوله فيجب الخ) لما كان قوله أو قدم الخ بيانا لوجوب الدم بعكس الترتيب فرع عليه أن الترتيب واجب مع بيان ما يجب ترتيبه وما لا يجب فافهم (قوله لغير المفرد) أما هو فالذبح له مستحب كما مر (قوله لكن لا شىء على من طاف)أى مفردا أو غيره شرح اللباب (قوله قبل الرمى والحلق) أى وكذا قبل الذبح بالأولى ؛ لأن الرمى مقدم على الذبح ، فإذا لم يجب ترتيب الطواف على الرمى لا يجب على الذبح (قوله وقد تقدم) أى عند ذكر الواجبات (قوله كما لا شىء على المفرد الخ) فيجب تقديم الرمى على الحلق للمفرد وغيره ، وتقديم الرمى على الذبح والذبح على الحلق لغير المفرد ، ولو طاف المفرد وغيره قبل الرمى والحلق لاشىء عليه لباب وكذا لو طاف قبل الذبح كما علمت .

والحاصل أن الطواف لا يجب ترتيبه على شىء من الثلاثة وإنما يجب ترتيب الثلاثة الرمى ثم الذبح ثم الحلق ، لكن المفرد لا ذبح عليه فيجب عليه الترتيب بين الرمى والحلق فقط (قوله حلق قبل ذبحه) وكذا لو حلق قبل

كما حرره المصنف . قال : وبه اندفع ماتوهمه بعضهم من جعل الدمين للجناية (وإن طيب) جوابه قوله الآتى تصدق (أقل من عضو وستر رأسه أو لبس أقل من يوم) فى الخزانة فى الساعة نصف صاع ، وفيما دونها قبضة ، وظاهره أن الساعة فلكية (أو حلق) شاربه أو (أقل من ربع رأسه) أو لحيته أو بعض رقبته (أو قص أقل من خمسة أظافيره أو خمسة) إلى ستة عشر (متفرقة) من كل عضو أربعة ، وقد استقر أن لكل ظفر نصف صاع إلا أن يبلغ دما فينقص ماشاء (أو طاف للقدوم أو للصدر محدثا وترك ثلاثة من سبع الصدر) ويجب لكل شوط منه ومن السعى نصف صاع

الرمى بالأولى بحر . وإنما وضع المسألة فى القارن ، لأن المفرد لا شىء عليه فى ذلك لأنه لا ذبح عليه فلا يتصور تأخير النسك وتقديمه بالحلق قبله ابن كمال (قوله كما حرره المصنف) أى تبعا لشيخه فى البحر (قوله وبه) أى بما ذكر من أن المذهب أن أحد الدمين للتأخير والآخر للقران الذى هو دم شكر فافهم (قوله ما توهمه بعضهم) أى صاحب الهداية حيث قال دم بالحلق فى غير أوانه لأن أوانه بعد الذبح ودم بتأخير الذبح عن الحلق اهـ وقد خطأه شراح الهداية من وجوه .

منها : مخالفته لما نص عليه فى الجامع الصغير من أن أحد الدمين للقران والآخر للتأخير .

ومنها : أنه يلزم منه أن يجب عليه خمسة دماء على قول من يقول إن إحرام العمرة لاينتهى بالوقوف ، لأن جنايته على إحرامين والتقديم والتأخير جنايتان ففيهما أربعة دماء ودم القران .

وأجاب فى البحر عن الأول بأن ما مشى عليه رواية أخرى غير رواية الجامع وإن كان المذهب خلافه . وعن الثانى بأن التضاعف على القارن إنما يكون فيما إذا أدخل نقصا فى إحرام عمرته وإلا فلا يجب إلا دم واحد ، ولهذا إذا أفاض القارن قبل الإمام أو طاف للزيارة جنبا أو محدثا لا يلزمه إلا دم واحد لأنه لا تعلق للعمرة بالوقوف وطواف الزيارة ، وتمام الكلام عليه وعلى الجواب عن بقية ما أورد عليه مبسوط فيه وفيما علقناه عليه (قوله أقل من عضو) أى ولو أكثره كما مر ط وهذا إذا كان الطيب قليلا على ما مر من التوفيق (قوله فى الخزانة الخ) أفاد فى البحر ضعفه كما قدمناه أول الباب (قوله أو حلق شاربه) لأنه تبع للحية ولايبلغ ربعها ، والقول بوجوب الصدقة فيه هو المذهب المصحح ، وقيل فيه حكومة عدل ، وقيل دم كما حرر فى البحر (قوله أو أقل من ربع رأسه الخ) ظاهره كالكنز أن الواجب نصف صاع ولو كان شعرة واحدة ، لكن فى الخانية إن نتف من رأسه أو أنفه أو لحيته شعرات فلكل شعرة كف من طعام . وفى خزانة الأكمل فى خصلة نصف صاع فظهر أن فى كلام المصنف اشتباها لأنه لم يبين الصدقة ولم يفصلها بحر (قوله وقد استقر الخ) إشارة إلى ما فى عبارة المصنف من الإيهام كعبارة الدرر وصدر الشريعة وابن كمال ، لأن مفادها أنه يجب فيما فوق الواحد إلى الخمس نصف صاع . قال فى الشرنبلالية : وهو غلط لما فى الكافى والهداية وشروحها من أنه لو قص أقل من خمسة فعليه بكل ظفر صدقة إلا أن يبلغ ذلك دما فينقص ما شاء ، ولو قص ستة عشر ظفرا من كل عضو أربعة يجب بكل ظفر طعام مسكين إلا أن يبلغ ذلك دما فحينئذ ينقص ما شاء اهـ .

[تنبيه] قال فى اللباب : كل صدقة تجب فى الطواف فهى لكل شوط نصف صاع ، أو فى الرمى فلكل حصاة صدقة أو فى قلم الأظفار فلكل ظفر ، أو فى الصيد ونبات الحرم فعلى قدر القيمة اهـ فليحفظ (قوله فينقص ماشاء) أى لئلا يجب فى الأقل مايجب فى الأكثر . قال فى اللباب : وقيل ينقص نصف صاع اهـ ويأتى بيانه قريبا (قوله أو طاف للقدوم) وكذا كل طواف تطوع جبرا لما دخله من النقص بترك الطهارة نهر (قوله من سبع الصدر) أما لو ترك ثلاثة من سبع القدوم فلم يذكروه وقدمنا الكلام عليه (قوله ومن السعى) أى لو ترك ثلاثة منه أو أقل

(أو إحدى الجمار الثلاث) ويجب لكل حصاة صدقة إلا أن يبلغ دما فكما مر . وأفاد الحدادى أنه ينقص نصف صاع (أو حلق رأس) محرم أو حلال (غيره) أو رقبته أو قلم ظفره ، بخلاف مالو طيب عضو غيره أو ألبسه مخيطا فإنه لاشيء عليه إجماعا ظهيرية (تصدق بنصف صاع من بر) كالفطرة (وإن طيب أو حلق) أو لبس (بعذر) خير إن شاء

فعليه لكل شوط منه صدقة إلا أن يبلغ دما فيخير بين الدم وتنقيص الصدقة لباب (قوله أو إحدى الجمار الثلاث) أى التى بعد يوم النحر ط والمراد أن يترك أقل جمار يوم كثلاث من يوم النحر وعشرة مما بعده رحمتى (قوله فكما مر) أى ينقص ماشاء (قوله وأفاد الحدادى) أى فى السراج . وتقدم عن اللباب التعبير عنه بقيل إشارة إلى ضعفه لمخالفته لما فى عامة الكتب من إطلاق التنقيص بما شاء . لكنه غير محرر لأنه صادق بما لو شاء شيئا قليلا مثل كف من طعام فى ترك ثلاث حصيات مثلا او بلغ الواجب فيها قيمة دم مع أنه لو ترك حصاة واحدة يجب نصف صاع ، وقد التزم ذلك بعض شراح اللباب وقال إنه الظاهر من إطلاقهم . وهو بعيد كما علمت لأنهم نقصوا عن قيمة الدم لئلا يجب فى القليل مايجب فى الكثير فينبغى أن يكون مافى السراج بيانا لما أطلقوه بمعنى أنه ينقص ماشاء إلا نصف صاع لا أكثر لما قلنا ، لكن مافى السراج مجمل . وقد فسره مانقله بعضهم عن البحر الزاخر إذا بلغ قيمة الصدقات دما ينقص منه نصف صاع ليبلغ قيمة المجموع أقل من ثمن الشاة . وهكذا إذا نقص نصف صاع وكان ثمن الباقى مقدار ثمن الشاة ينقص إلى أن يصير ثمن الصدقة الباقية أقل من ثمن الشاة . حتى لو كان الواجب ابتداء نصف صاع فقط بأن قلم ظفرا واحدا وكان يبلغ هديا ينقص منه ماشاء بحيث يصير ثمن الباقى أقل من ثمن الهدى اهـ (قوله أو حلق الخ) اعلم أن الحالق والمحلوق إما أن يكونا محرمين أو حلالين ، أو الحالق محرما والمحلوق حلالا أو بالعكس ؛ فى كل على الحالق صدقة إلا أن يكونا حلالين . وعلى المحلوق دم إلا أن يكون حلالا نهاية : لكن فى الحلق المحرم رأس حلال يتصدق الحالق بما شاء ، وفى غيره الصدقة نصف صاع كما فى الفتح والبحر . وبه يعلم مافى قوله أو حلال ، ووقع فى العناية : فيما إذا كان الحالق حلالا والمحلوق محرما أنه لاشيء على الحالق اتفاقا فليتأمل (قوله فإنه لاشيء عليه) أى على الفاعل ، أما المفعول فعليه الجزاء إذا كان محرما لباب وشرحه (قوله كالفطرة) أفاد أن التقييد بنصف الصاع من البر اتفاقى فيجوز إخراج الصاع من التمر أو الشعير ط عن القهستانى . قال بعض المحشين : وأما المخلوط بالشعير فإنه ينظر ، فإن كانت الغلبة للشعير فإنه يجب عليه صاع ، وإن كانت للحنطة فنصفه ، كذا فى خزانة الأكمل ، فإن تساويا ينبغى وجوب الصاع احتياطا . وما ذكروه فى الفطرة يجرى هنا اهـ (قوله بعذر) قيد للثلاثة وليست الثلاثة قيدا ، فإن جميع محظورات الإحرام إذا كان بعذر ففيه الخيارات الثلاثة كما فى المحيط قهستانى ، وأما ترك شيء من الواجبات بعذر فإنه لاشيء فيه على مامر أول الباب عن اللباب وفيه : ومن الأعذار الحمى والبرد والجرح والقرح والصداع والشقيقة والقمل ، ولا يشترط دوام العلة ولا أداؤها إلى التلف بل وجودها مع تعب ومشقة يبيح ذلك ، وأما الخطأ والنسيان والإغماء والإكراه والنوم وعدم القدرة على الكفارة فليست بأعذار فى حق التخيير ولو ارتكب المحظور بغير عذر فواجبه الدم عينا ، أو الصدقة فلا يجوز عن الدم طعام ولا صيام ، ولا عن الصدقة صيام ؛ فإن تعذر عليه ذلك بقى فى ذمته اهـ .

وما فى الظهيرية من أنه إن عجز عن الدم صام ثلاثة أيام ضعيف كما فى البحر وفيه : من الأعذار خوف الهلاك . ولعل المراد بالخوف الظن لا مجرد الوهم ، فتجوز التغطية والستر إن غلب على ظنه ، لكن بشرط أن لايتعدى موضع الضرورة ، فيغطى رأسه بالقلنسوة فقط إن اندفعت الضرورة بها ، وحينئذ فلف العمامة عليها موجب للدم أو الصدقة اهـ

(ذبح) فى الحرم (أو تصدق بثلاثة أصوع طعام على ستة مساكين) أين شاء (أو صام ثلاثة أيام) ولو متفرقة (ووطؤه فى إحدى السبيلين) من آدمى (ولو ناسيا) أو مكرها أو نائمة أو صبيا أو مجنونا ذكره الحدادى ، لكن لادم ولا قضاء عليه (قبل وقوف فرض يفسد حجه)

قلت : يعنى إذا كانت نازلة عن الرأس بحيث تغطى ربعا مما تحرم تغطيته ، وإلا فقدمنا عن الفتح وغيره التصريح بخلافه وأنه مثل مالو اضطر لجبة فلبس جبتين ، نعم يأثم ؛ بخلاف مالو لبس جبة وقلنسوة فإن فيه كفارتين (قوله إن شاء ذبح الخ) هذا فيما يجب فيه الدم ، أما مايجب فيه الصدقة ، إن شاء تصدق بما وجب عليه من نصف صاع أو أقل على مسكين أو صام يوما كما فى اللباب (قوله ذبح) أفاد أنه يخرج عن العهدة بمجرد الذبح ، فلو هلك أو سرق لايجب غيره ، بخلاف مالو سرق وهو حى وإنما لايأكل منه رعاية لجهة التصدق ، وتمامه فى البحر (قوله فى الحرم) فلو ذبح فى غيره لم يجز إلا أن يتصدق باللحم على ستة مساكين على كل واحد منهم قدر قيمة نصف صاع حنطة فيجزيه بدلا عن الإطعام بحر (قوله أو تصدق) أفاد أنه لابد من التمليك عند محمد ، ورجحه فى البحر تبعا للفتح ، فلا تكفى الإباحة ، خلافا لأبى يوسف . واختلف النقل عن الإمام (قوله بثلاثة أصوع طعام) بإضافة أصوع ، وهو بفتح الهمزة وضم الصاد وسكون الواو أو بسكون الصاد وضم الواو : جمع صاع شرح النقاية للقارى ، والطعام البر بطريق الغلبة قهستانى (قوله على ستة مساكين) كل واحد نصف صاع ، حتى لو تصدق بها على ثلاثة أو سبعة فظاهر كلامهم أنه لايجوز لأن العدد منصوص عليه . وعلى قول من اكتفى بالإباحة ينبغى أنه لو غدى مسكينا واحدا وعشاه ستة أيام أن يجوز أخذا من مسألة الكفارات نهر تبعا للبحر (قوله أين شاء) أى فى غير الحرم أو فيه ولو على غير أهله لإطلاق النص ، بخلاف الذبح والتصدق على فقراء مكة أفضل بحر ، وكذا الصوم لايتقيد بالحرم . فيصومه أين شاء كما أشار إليه فى البحر وصرح به فى الشرنبلالية عن الجوهرة وغيرها (قوله ووطؤه) أى بإيلاج قدر الحشفة وإن لم ينزل ولو بحائل لايمنع وجود الحرارة واللذة ، وسواء كان فى امرأة واحدة أو أكثر أجنبية . أولا مرة أو مرارا ، ولا يتعدد الدم إلا بتعدد المجالس إذا لم ينو بالثانى رفض الإحرام كما مر بيانه ، أفاده فى البحر (قوله فى إحدى السبيلين) السبيل يذكر ويؤنث أى القبل والدبر . قال فى النهر : ثم هذا فى الدبر أصح الروايتين ، وهو قولهما (قوله من آدمى) فلا يفسد بوطء البهيمة مطلقا لقصوره بحر أى سواء أنزل أولا . وقد ألحقوا التى لاتشتهى بالبهيمة كما مر فى الصوم فيقتضى عدم الفساد بوطء الميتة والصغيرة التى لاتشتهى رملى ونحوه فى شرح اللباب (قوله ولو ناسيا) شمل التعميم العبد . لكن يلزمه الهدى وقضاء الحج بعد العتق سوى حجة الإسلام ، وكل مايجب فيه المال يؤاخذ به بعد عتقه ، بخلاف مافيه الصوم فإنه يؤاخذ به للحال ، ولا يجوز إطعام المولى عنه إلا فى الإحصار فإن المولى يبعث عنه ليحل هو ، فإذا عتق فعليه حجة وعمرة بحر (قوله أو مكرها) ولا رجوع له على المكره كما ذكره الإسبيجابى ، وحكى فى الفتح خلافا فى رجوع المرأة بالدم إذا أكرهها الزوج ، ولم أر قولا فى رجوعها بمؤنة حجها بحر (قوله أو صبيا) يؤيده أن المفسد للصلاة والصوم لافرق فيه بين المكلف وغيره فكذلك الحج ، وما فى الفتح من أنه لايفسد حجه ضعيف بحر ونهر (قوله لكن لادم ولا قضاء عليه) أى على الصبى أو المجنون ، وأفرد الضمير لمكان أو . وكذا لامضى عليهما فى إحرامهما لعدم تكليفهما شرح اللباب (قوله قبل وقوف فرض) بالإضافة البيانية : أى وقوف هو فرض أو بدونها مع التنوين فيهما على الوصفية : أى وقوف مفروض ، والمراد بالفرضية الركنية فشمل حج النفل ، وخرج وقوف المزدلفة إذا جامع قبله فإنه لايفسد الحج لكن فيه بدنة (قوله يفسد حجه) أى ينقصه نقصه نقصانا فاحشا ولم يبطله . كما فى

وكذا لو استدخلت ذكر حمار أو ذكراً مقطوعا فسد حجها إجماعا (ويمضى) وجوبا فى فاسده كجائزه (ويذبح ويقضى) ولو نفلا ، ولو أفسد القضاء هل يجب قضاؤه ؟ لم أره ، والذى يظهر أن المراد بالقضاء الإعادة

المضمرات قهستانى . قال صاحب اللباب بعد نقله عنه : وهو قيد حسن يزيل بعض الإشكالات .

قال القارى : قلت : من جملتها المضى فى الأفعال ، لكن فى عدم الإبطال أيضا نوع إشكال وهو القضاء إلا أنه يمكن دفعه بأنه ليؤدى على وجه الكمال اه .

أقول : حاصله أنه ليس المراد بالفساد هنا البطلان بمعنى عدم وجود حقيقة الفعل الشرعية كالصلاة بلا طهارة بل المراد به الخلل الفاحش الموجب لعدم الاعتداء بفعله ولوجوب القضاء ليخرج عن العهدة . فالحقيقة الشرعية موجودة ناقصة نقصانا أخرجها عن الإجزاء ؛ ولهذا صرح فى الفتح عن المبسوط بأنه بإفساد الإحرام لم يصر خارجا عنه قبل الأعمال اه ولو كان باطلا من كل وجه لكان خارجا عنه ، ولما كان يلزمه موجب ما يرتكبه بعد ذلك من المحظورات .

وذكر فى اللباب وغيره أنه لو أهل بحجة أخرى ينوى قبل أدائها فهى هى ، ونيته لغو لا تصح ما لم يفرغ من الفاسدة ، وبهذا ظهر أن قول بعض معاصرى صاحب البحر أن الحج إذا فسد لم يفسد الإحرام معناه لم يبطل بالمعنى الذى ذكرنا ، فلا يرد ما أورده عليه من تصريحهم بفساده . ثم إن هذا يفيد الفرق بين الفساد والبطلان فى الحج بخلاف سائر العبادات فهو مستثنى من قولهم لا فرق بينهما فى العبادات بخلاف المعاملات . ويؤيده أنه صرح فى اللباب فى فصل محرمات الإحرام بأن مفسده الجماع قبل الوقوف ومبطله الردة . والله تعالى أعلم (قوله وكذا لو استدخلت ذكر حمار) والفرق بينه وبين ما إذا وطىء بهيمة حيث لا يفسد حجه أن داعى الشهوة فى النساء أتم فلم تكن فى جانبهن قاصرة ، بخلاف الرجل إذا جامع بهيمة ط (قوله أو ذكرا مقطوعا) ولو لغير آدمى ط (قوله ويمضى الخ) لأن التحلل من الإحرام لا يكون إلا بأداء الأفعال أو الإحصار ولا وجود لأحدهما ، وإنما وجب المضى فيه مع فساده لما أنه مشروع بأصله دون وصفه ، ولم يسقط الواجب به لنقصانه نهر (قوله كجائزه) أى فيفعل جميع ما يفعله فى الحج الصحيح ويجتنب ما يجتنب فيه ، وإن ارتكب محظورا فعليه ما على الصحيح لباب (قوله ويذبح) ويقوم سبع البدنة مقام الشاة كما صرح به فى غاية البيان بحر . قلت : وهذا صريح بخلاف ما ذكره قبل هذا كما قدمناه أول الباب (قوله ويقضى) أى على الفور كما نقله بعض المحشين عن البحر العميق .
وقال الخير الرملى : ويقضى أى من قابل لوجوب المضى ، فلا يقضى إلا من قابل ، وسيأتى فى مجاوزة الوقت بغير إحرام أنه لو عاد ثم أحرم بعمرة أو حجة ثم أفسد تلك العمرة أو الحجة وقضى الحج فى عامه يسقط عنه الدم فهو صريح فى جواز القضاء من عامه لتدارك ما فاته فليتأمل اه (قوله ولو نفلا) لوجوبه بالشروع (قوله هل يجب قضاؤه) أى قضاء القضاء الذى أفسده حتى يقضى حجتين للأولى والثانية (قوله لم أره الخ) البحث لصاحب النهر حيث قال فيه لما سئل عن ذلك : لم أر المسألة وقياس كونه إنما شرع فيه مسقطا لا ملزما أن المراد بالقضاء معناه اللغوى ، والمراد الاعادة كما هو الظاهر اه ويوافقه قول القهستانى الأولى أن يقول وأعاد لأن جميع العمر وقته اه ولذا قال ابن الهمام فى التحرير إن تسميته قضاء مجاز قال شارحه لأنه فى وقته وهو العمر فهو أداء على قول مشايخنا اه أى وحيث كان الثانى أداء لم يكن حجا آخر أفسده لأنه لم يشرع فيه ملزما نفسه حجا آخر ، بل شرع فيه مسقطا لما عليه فى نفس الأمر ، وليس هو ظانا حتى يرد أن الظان يلزمه القضاء كما مر أول فصل الإحرام

(ولم يتفرقا) وجوبا بل ندبا إن خاف الوقاع (و) وطؤه (بعد وقوفه لم يفسد حجه ، وتجب بدنة ، وبعد الحلق) قبل الطواف (شاة) لخفة الجناية (و) وطؤه (فى عمرته قبل طوافه أربعة مفسد لها فيمضى وذبح وقضى) وجوبا (و) وطؤه (بعد أربعة ذبح ولم يفسد) خلافا للشافعى (فإن قتل محرم صيدا)

كما لايخفى ، وحينئذ فلا يلزمه قضاء حج آخر وإنما يلزمه أداؤه ثالثا ، لأن الواجب عليه حج كامل حتى يسقط به الواجب ، فكلما أفسده لايلزمه سوى الواجب عليه أولا ، كما لو شرع فى صلاة فرض فأفسدها . وقد وجد العلامة الشيخ إسمعيل النابلسى هذه المسألة منقولة فقال : ولفظ المبتغى لوفاته الحج ثم حج من قابل يريد قضاء تلك الحجة فأفسد حجه لم يكن عليه إلا قضاء حجة واحدة كما لو أفسد قضاء صوم رمضان اه .

[تنبيه] تقدم فى كتاب الصلاة أن الإعادة فعل مثل الواجب فى وقته لخلل غير الفساد وهنا الخلل هو الفساد فلا يكون إعادة ، لكن مرادهم هناك بالفساد البطلان بناء على عدم الفرق بينهما فى العبادات ، وقد علمت آنفا الفرق بينهما فى الحج فصدق عليه التعريف المذكور على أنا قدمنا هناك عن الميزان تعريفها بالإتيان بمثل الفعل الأول على صفة الكمال فافهم (قوله ولم يتفرقا) أى الرجل والمرأة فى القضاء بعد ما أفسدا حجهما بالجماع أى بأن يأخذ كل منهما طريقا غير طريق الآخر بحيث لايرى أحدهما صاحبه نهر (قوله بل ندبا إن خاف الوقاع) كذا فى البحر عن المحيط وغيره . ومثله فى اللباب . وكذا فى القهستانى عن الاختيار . وقد راجعت الاختيار فرأيته كذلك فافهم . قال فى شرح اللباب : وأما مافى الجامع الصغير وليست الفرقة بشىء أى بأمر ضرورى . وقال قاضى خان : يعنى ليس بواجب . وقال زفر ومالك والشافعى : يجب افتراقهما . وأما وقت الافتراق . فعندنا وزفر إذا أحرما وعند مالك إذا خرجا من البيت . وعند الشافعى إذا انتهيا إلى مكان الجماع (قوله بعد وقوفه) أى قبل الحلق والطواف (قوله وتجب بدنة) شمل ما إذا جامع مرة أو مرارا إن اتحد المجلس ، فإن اختلف فبدنة للأول وشاة للثانى بحر ، وشمل العامد والناسى كما صرح به فى المتون واللباب خلافا لما فى السراج من أن الناسى عليه شاة . قال فى شرح اللباب : وهو خلاف مافى المشاهير من الروايات من عدم الفرق بينهما فى سائر الجنايات . وصرح بخصوص المسألة فى الخانية (قوله قبل الطواف) أى طواف الزيارة كله أو أكثره كما فى النهر (قوله لخفة الجناية) أى لوجود الحل الأول بالحلق فى حق غير النساء ، وما ذكره من التفصيل هو ما عليه المتون ، ومشى فى المبسوط والبدائع والاسبيجابى على وجوب البدنة قبل الحلق وبعده . وفى الفتح أنه الأوجه لإطلاق ظاهر الرواية وجوبها بعد الوقوف بلا تفصيل ، وناقشه فى البحر والنهر .

وأما لو جامع بعد طواف الزيارة كله أو أكثره قبل الحلق فعليه شاة لباب . قال شارحه القارى : كذا فى البحر الزاخر وغيره ، ولعل وجهه أن تعظيم الجناية إنما كان لمراعاة هذا الركن ؛ وكان مقتضاه أن يستمر هذا الحكم ولو بعد الحلق قبل الطواف إلا أنه سومح فيه لصورة التحالل ولو كان متوقفا على أداء الطواف بالنسبة إلى الجماع اه وظاهره أن وجوب الشاة فى هذه المسألة لانزاع فيه لأحد خلافا لما فى شرح النقاية للقارى حيث جعلها محل الخلاف المذكور قبله ، نعم استشكلها فى الفتح بأن الطواف قبل الحلق لم يحل به من شىء فكان ينبغى وجوب البدنة . ويعلم جوابه من التوجيه المذكور عن شرح اللباب .

هذا ، ولم يذكر حكم جماع القارن . قال فى النهر : فإن جامع قبل الوقوف وطواف العمرة فسد حجه وعمرته ولزمه دمان وسقط عنه دم القران ، وإن بعدهما قبل الحلق لزمه بدنة للحج وشاة للعمرة . واختلف فيما بعده اه وتوضيحه فى البحر (قوله ووطؤه فى عمرته) شمل عمرة المتعة ط (قوله وذبح) أى شاة بحر (قوله ووطؤه بعد أربعة ذبح ولم يفسد) المناسب أن يقول لم يفسد وذبح ليصح الإخبار عن المبتدإ بلا تكلف إلى تقدير العائد .

أى حيوانا برّيا متوحشا بأصل خلقته (أو دل عليه قاتله) مصدقا له

قال فى البحر : وشمل كلامه ماإذا طاف الباقى وسعى أولا لكن بشرط كونه قبل الحلق ، وتركه للعلم به لأنه بالحلق يخرج عن إحرامها بالكلية ، بخلاف إحرام الحج . ولما بين المصنف حكم المفرد بالحج والمفرد بالعمرة علم منه حكم القارن والمتمتع اه (قوله أى حيوانا بريا الخ) زاد غيره فى التعريف ممتنعا بجناحه أو قوائمه ، احترازا عن الحية والعقرب وسائر الهوام . والبرى مايكون توالده فى البر ، ولا عبرة بالمثوى ، أى المكان . واحترز به عن البحرى ، وهو مايكون توالده فى الماء ولو كان مثواه فى البر لأن التوالد أصل والكينونة بعده عارض ، فكلب الماء والضفدع المائى كما قيده فى الفتح قال ومثله السرطان والتمساح والسلحفاة البحرى يحل اصطياده للمحرم بنص الآية وعمومها متناول لغير المأكول منه وهو الصحيح . خلافا لما فى مناسك الكرمانى من تخصيصه بالسمك خاصة . أما البرى فحرام مطلقا ولو غير مأكول كالخنزير كما فى البحر عن المحيط إلا مايستثنيه بعد من الذئب والغراب والحدأة والسبع الصائل ، وأما باقى الفواسق فليست بصيد .

قال فى اللباب : وأما طيور البحر فلا يحل اصطيادها لأن توالدها فى البر . وعزاه شارحه إلى البدائع والمحيط فما قاله فى البحر من أن توالدها فى الماء سبق قلم وإلا نافى ماسر من اعتبار التوالد فافهم . ودخل فى المتوحش بأصل خلقته نحو الظبى المستأنس وإن كانت ذكاته بالذبح ، وخرج البعير والشاة إذا استوحشا وإن كانت ذكاتهما بالعقر لأن المنظور إليه فى الصيدية أصل الخلقة ، وفى الذكاة الإمكان وعدمه بحر ، وخرج الكلب ولو وحشيا لأنه أهلى فى الأصل ، وكذا السنور الأهلى ، أما البرى ففيه روايتان عن الإمام فتح ، وجزم فى البحر بأنه كالكلب .

[تنبيه] قال فى شرح اللباب : والظاهر أن ماء البحر لو وجد فى أرض الحرم يحل صيده أيضا لعموم الآية وحديث « هو الطهور ماؤه والحل ميتته » وقد صرح به الشافعية حيث قالوا لافرق بين أن يكون البحر فى الحل أو الحرم اه . وفيه : وقد يوجد من الحيوانات ماتكون فى بعض البلاد وحشية الخلقة . وفى بعضها مستأنسة كالجاموس ، فإنه فى بلاد السودان مستوحش ولا يعرف منه مستأنس عندهم اه ولم يبين حكمه . وظاهره أن المحرم منهم فى بلاده يحرم عليه صيده مادام فيها ، والله تعالى أعلم (قوله أودل عليه قاتله) أراد بالدلالة الإعانة على قتله سواء كانت دلالة حقيقية بالإعلام بمكانه وهو غائب أولا بحر ، فدخل فيها الإشارة كما يشير إليه كلام الشارح وهى مايكون بالحضرة ، وفسرها فى الفتح بأنها تحصيل الدلالة بغير اللسان اه ومقتضاه أن الدلالة أعم لحصولها باللسان وغيره :

وذكر الشيخ إسمعيل عن البرجندى مانصه : ولا يخفى أن ذكر الدلالة يغنى عن الإشارة ، وقد تخص الاشارة بالحضرة والدلالة بالغيبة اه فكان ينبغى أن يزيد المصنف أو أعانه عليه أو أمره بقتله لحديث أبى قتادة فى الصحيحين « هل منكم أحد أمره أو أشار إليه » وفى رواية مسلم « هل أشرتم أو أعنتم ؟ قالوا لا . قال : فكلوا » وقول البحر إن المراد بالدلالة الإعانة لايشمل الأمر ، إذ لاإعانة فيه مالم تكن معه دلالة على ماياًتى قريبا ، نعم يشمل مالو دخل الصيد مكانا فدله على طريقه أو على بابه ، وما لو دله على آلة يرميه بها ، وكذا لو أعارها اه على المعتمد إلا إذاكان مع القاتل سلاح غيرها على ماعليه أكثر المشايخ .

[تنبيه] قيد الدال بالمحرم بإرجاع الضمير إليه ، وأطلق فى القاتل لأن الدال الحلال لاشئ عليه إلا الاثم على مافى المشاهير من الكتب ، وقيل عليه نصف القيمة شرح اللباب ، ولا يشترط كون المدلول محرما فلو دل محرم حلالا فى الحل فقتله فعلى الدال الجزاء دون المدلول لباب (قوله مصدقا له) هذه الشروط لوجوب الجزاء على

غير عالم واتصل القتل بالدلالة أو الإشارة والدال والمشير باق على إحرامه وأخذه قبل ان ينفلت عن مكانه (بدءا او عودا سهوا أو عمدا) مباحا أومملوكا (فعليه جزاؤه ولو سبعا غير صائل) أو مستأنسا (أوحماما) ولو (مسرولا) بفتح الواو : مافي رجليه ريش كالسراويل (أو هو مضطر إلى أكله) كما يلزمه القصاص لو قتل إنسانا وأكل لحمه ، ويقدم الميتة على الصيد

الدال المحرم ؛ أما الاثم فتحقق مطلقا كما فى البحر . زاد فى النهر : وليس معنى التصديق أن يقول له صدقت ؛ بل أن لايكذبه ؛حتى لو أخبر محرم بصيد فلم يره حتى أخبره محرم آخر فلم يصدق الأول ولم يكذبه ثم طلب الصيد فقتله كان على كل واحد منهما الجزاء ؛ ولو كذب الأول لم يكن عليه (قوله غير عالم) حتى لو دله والمدلول يعلم به : أى برؤية أو غيرها لاشىء على الدال لكون دلالته تحصيل الحاصل فكانت كلا دلالة لباب وشرحه .

وعليه فيشكل مافى المحيط عن المنتقى : لو قال خذ أحد هذين وهو يراهما فقتلهما فعلى الدال جزاء واحد وإلا فجزاءان . وأجاب فى البحر بأن الأمر بالأخذ ليس من قبيل الدلالة فيوجب الجزاء مطلقا . قال : ويدل عليه مافى الفتح وغيره : لو أمر المحرم غيره بأخذ صيد فأمر المأمور آخر فالجزاء على الآمر الثانى لأنه لم يمتثل أمر الأول لأنه لم يأتمر بالأمر ؛ بخلاف مالو دل الأول على الصيد وأمره فأمر الثانى ثالثا بالقتل حيث يجب الجزاء على الثلاثة فقد فرقوا بين الأمر المجرد والأمر مع الدلالة اه .

والحاصل أن عدم العلم شرط للدلالة لا للأمر ، بل هو موجب للجزاء مطلقا بشرط الائتمار (قوله واتصل القتل بالدلالة) أى تحصل بسببها شرح اللباب (قوله والدال والمشير) الأولى أو المشير بأو لأن الحكم ثابت لأحدهما وليصح قوله بعد باق ، واحترز بذلك عما إذا تحلل الدال أو المشير فقتله المدلول لاشىء عليه ويأثم هندية ط (قوله قبل أن ينفلت عن مكانه) فلو انفلت عن مكانه ثم أخذه بعد ذلك فقتله فلا شىء على الدال هندية ط (قوله بدءا أوعودا) أى لافرق فى لزوم الجزاء بين قتل أول صيد وبين مابعده . وقال ابن عباس لاجزاء على العائد وبه قال داود وشريح ، ولكن يقال له اذهب فينتقم الله منك معراج (قوله سهوا أو عمدا) وكذا مباشرا ولو غير متعد كنائم انقلب على صيد أو متسببا إذا كان متعديا ، كما إذا نصب شبكة أو حفر له حفيرة بخلاف مالو نصب فسطاطا لنفسه فتعلق به صيد أو حفر حفيرة للماء أو لحيوان مباح القتل كذئب فعطب فيها صيد أو أرسل كلبه إلى حيوان مباح فأخذ مايحرم أو إلى صيد فى الحل وهو حلال فجاوز إلى الحرم حيث لايلزمه شىء لعدم التعدى ، وتمامه فى النهر والبحر (قوله أو مملوكا) ويلزمه قيمتان قيمة لمالكه وجزاؤه حقا لله تعالى بحر عن المحيط ، ولو كان معلما فيأتى حكمه (قوله فعليه جزاؤه) ويتعدد بتعدد المقتول إلا إذا قصد به التحلل ورفض إحرامه كما صرح به فى الأصل بحر ، وقدمناه عن اللباب (قوله ولو سبعا) اسم لكل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة ، وأراد به كل حيوان لايؤكل لحمه مما ليس من الفواسق السبعة والحشرات سواء كان سبعا أم لا ولو خنزيرا أو قردا أو فيلا كما فى المجمع بحر . ودخل فيه سباع الطير كالبازى والصقر ، وقيد بغير الصائل لما سيأتى أنه لو صال لاشىء بقتله (قوله أو مستأنسا) عطف على سبعا : أى ولو ظبيا مستأنسا ، لأن استئناسه عارض ، والعبرة للأصل كامر (قوله ولو مسرولا) صرح به لخلاف مالك فيه ، فإنه يقول لاجزاء فيه لأنه ألوف لايطير بجناحيه كالبط (قوله كما يلزمه) أى المضطر إلى الأكل (قوله ويقدم الميتة على الصيد) أى فى قول أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف والحسن : يذبح الصيد ، والفتوى على الأول كما فى الشرنبلالية ح .

قلت : ورجحه فى البحر أيضا بأن فى أكل الصيد ارتكاب حرمتين الأكل والقتل ، وفى أكل الميتة ارتكاب

والصيد على مال الغير ولحم الإنسان ، قيل والخنزير؛ ولو الميت نبيا لم يحل بحال ، كما لا يأكل طعام مضطر آخر . وفي البزازية : الصيد المذبوح أولى اتفاقا أشباه، ويغرم أيضا ما أكله لو بعد الجزاء (و) الجزاء (هو ماقوّمه عدلان) وقيل الواحد ولو القاتل يكفي (في مقتله أو في أقرب مكان منه)

حرمة الأكل فقط اه والخلاف في الأولوية كما هو ظاهر قول البحر عن الخانية ، فالميتة أولى اه والمراد بالحرمة والحرمتين ماهو في الأصل قبل الاضطرار إذ لاحرمة بعده (قوله والصيد على مال الغير) ترجيحا لحق العبد لافتقاره زيلعي .

[تنبيه] في البحر عن الخانية وعن بعض أصحابنا : من وجد طعام الغير لاتباح له الميتة ، وهكذا عن ابن سماعة وبشر أن الغصب أولى من الميتة ، وبه أخذ الطحاوى . وقال الكرخي هو بالخيار (قوله ولحم الإنسان) أى لكرامته ، ولأن الصيد يحل في غير الحرم أو في غير حالة الإحرام ، والآدمى لايحل بحال ح (قوله قيل والخنزير) بالجر عطفا على الإنسان . وعبارة البحر عن الخانية : وعن محمد الصيد أولى من لحم الخنزير اه . وأفاد الشارح ضعفها ، لكن إن كان المراد بالخنزير الميت وهو الظاهر ، فوجه الضعف ظاهر لأنه كباق الميتة فيه ارتكاب حرمة الأكل فقط وإلا فلا لأنه صيد أيضا فاصطياد غيره أولى، لأن في كل ارتكاب حرمتين ، لكن حرمته أشد ، هذا ماظهر لى . وفي البحر عن الخانية : والكلب أولى من الصيد لأن في الصيد ارتكاب المحظورين (قوله ولو الميت نبيا الخ) غير منصوص في المذهب، بل نقله في النهر عن الشافعية (قوله الصيد المذبوح أولى) أى ماذبحه محرم آخر أو ذبحه هو قبل الاضطرار ، لأن في أكله ارتكاب محظور واحد ، بخلاف اصطياد غيره للأكل (قوله ويغرم أيضا الخ) أى يغرم الذابح قيمة ما أكله زيادة على الجزاء لو كان الأكل بعد أداء الجزاء أما قبله فيدخل ما أكل في ضمان الصيد، فلا يجب له شيء بانفراده، ولا فرق بين أكله وإطعام كلابه . وقالا لايغرم بأكله شيئا ، وتمامه في النهر .

قال في اللباب : ولو أكل منه غير الذابح فلا شيء عليه ، ولو أكل الحلال مما ذبحه في الحرم بعد الضمان لاشيء عليه للأكل (قوله والجزاء هو ماقوّمه عدلان) أى ماجعله العدلان قيمة للصيد : فما مصدرية أو ماقوّمه به على أنها موصولة والأول أولى فافهم . ويقوم بصفته الخلقية على الراجح كالملاحة والحسن والتصويت لا ماكانت بصنع العباد إلا في تضمين قيمته لمالكه فيقوّم بها أيضا إلا إذا كانت لهو كنقر الديك ونطح الكبش فلا تعتبر كما في الجارية المغنية ، والمراد بالعدل من له معرفة وبصارة بقيمة الصيد ، لاالعدل في باب الشهادة بحر ملخصا ، وأطلق في كون الجزاء هو القيمة فشمل الصيد الذى له مثل وغيره وهو قولهما ، وخصه محمد بما لامثل له فأوجب فيما له مثل مثله ففي نحو الظبي شاة والنعامة بدنة ، وفي حمار الوحش بقرة ، وتوجيه كل في المطولات (قوله وقيل الواحد ولو القاتل يكفي) الأولى إسقاط قوله ولو القاتل لأنه بحث من صاحب البحر . وقال بعده : لكنه يتوقف على نقل ولم أره اه . على أن صاحب اللباب صرح بخلافه حيث قال ويشترط للتقويم عدلان غير الجاني ، وقيل الواحد يكفي اه وعكس في الهداية حيث اكتفى بالواحد، وعبر عن المثنى بقيل ميلا إلى أن العدد في الآية للأولوية وتبعه في التبيين للزيلعي والسراج والجوهرة والكافي ، وهو ظاهر العناية أيضا فافهم وماشى عليه المصنف واللباب استظهره في الفتح .

وقال في المعراج عن المبسوط على طريقة القياس : يكفي الواحد للتقويم كما في حقوق العباد وإن كان المثنى أحوط لكن تعتبر حكومة المثنى بالنص اه ومثله في غاية البيان ، ومقتضاه اختيار المثنى ، وعزا في البحر والنهر تصحيحه

إن لم يكن فى مقتله قيمة ، فأو للتوزيع لاللتخيير (و) الجزاء فى (سبع) أى حيوان لايؤكل ولو خنزيرا أو فيلا (لايزاد على) قيمة (شاة وإن كان) السبع (أكبر منها) لأن الفساد فى غير المأكول ليس إلا بإراقة الدم، فلايجب فيه إلا دم؛ وكذا لو قتل معلما ضمنه لحق الله غير معلم ولمالكه معلما (ثم له) أى للقاتل (أن يشترى به هديا ويذبحه بمكة أو طعاما ويتصدق) أين شاء (على كل مسكين) ولو ذميا (نصف صاع من بر أو صاعا من تمر أو شعير) كالفطرة (لا) يجزئه (أقل) أو أكثر (منه) بل يكون تطوعا (أو صام عن طعام كل مسكين يوما وإن فضل عن طعام مسكين) أو كان الواجب ابتداء

إلى شرح الدرر ، وكأنه من جهة اقتصاره عليه متناوبه اندفع اعتراض الشرنبلالى عليهما بأنه لم يصرح فى الدرر بتصحيحه ، والمراد بالدرر لمنلا خسرو ومثله فى درر البحار للقونوى ، ومشى فى شرحها غرر الأذكار على الاكتفاء بواحد (قوله فى مقتله) أى موضع قتله . قال فى المحيط : وعلى رواية الأصل اعتبر مع المكان الزمان فى اعتبار القيمة ، وهو الأصح نهر (قوله فأوللتوزيع الخ) أى أن المعتبر هو مكانه إذ كان يباع فيه الصيد وإلا فالمعتبر هو أقرب مكان يباع فيه ، لا أن العدلين يخيران فى تقويمه مطلقا (قوله فى سبع) أى غير صائل كما مر ، أما الصائل فلا شىء فى قتله كما سيأتى (قوله أى حيوان لايؤكل) تفسير مراد ، وإلا فالسبع أخص كما علمت من تفسيره الذى قدمناه ، ولابد من زيادة : وليس من الفواسق السبعة والحشرات كما مر (قوله على قيمة شاة) المراد بها هنا أدنى مايجزى فى الهدى والأضحية : وهو الجذع من الضأن بحر (قوله أكبر منها) الأولى أكثر قيمة منها، لأن ماذكره إنما يناسب قول محمد باعتبار المثل صورة (قوله ليس إلابإراقة الدم) أى دون اللحم لأنه غير مأكول. أما مأكول اللحم ففيه فساد اللحم أيضا فتجب قيمته بالغة مابلغت نهر عن الخانية (قوله وكذا) أى كما أنه لايزاد على قيمة الشاة وإن كان السبع أكثر قيمة منها ، فكذا لو كان معلما لايضمن مازاد بالتعليم لحق الله تعالى ، أما لو كان مملوكا فيضمن قيمة ثانية لمالكه معلما ، وقيد بالتعليم لأنه يضمن لحق الله تعالى أيضا زيادة الوصف الخلقى كالحسن والملاحة كما فى الحمامة المطوقة كما مر (قوله ثم له أى للقاتل الخ) وقيل الخيار للعدلين ، وله أن يجمع بين الثلاثة فى جزاء صيد واحد ، بأن بلغت قيمته هدايا متعددة فذبح هدايا وأطعم عن هدى وصام عن آخر ، وكذا لو بلغت هديين ، إن شاء ذبحهما أو تصدق بهما أو صام عنهما أو ذبح أحدهما وأدى بالآخر أى الكفارات شاء أو جمع بين الثلاثة ، ولو بلغت قيمته بدنة ، إن شاء اشتراها أو اشترى سبع شياه ، والأول أفضل وإن فضل شىء من القيمة ، إن شاء اشترى به هديا آخر إن بلغه أو صرفه إلى الطعام أو صام وتمامه فى اللباب وشرحه (قوله ويذبحه بمكة) أى بالحرم ؛ والمراد من الكعبة فى الآية الحرم كما قال المفسرون نهر ؛ فلو ذبحه فى الحل لايجزيه عن الهدى بل عن الإطعام ، فيشترط فيه مايشترط فى الإطعام .

وأفاد بالذبح أن المراد التقرب بالإراقة فلو سرق بعده أجزأه لا لو تصدق به حيا ، ولو أكله بعد ذبحه غرمه ويجوز التصدق بكل لحمه أو بماغرمه من قيمة أكله على مسكين واحد بحر (قوله ولو ذميا) تقدم فى المصرف أن المفتى به قول الثانى إنه لا يصح دفع الواجبات إليه (قوله نصف صاع) حال أو مفعول لفعل محذوف : أى وأعطى ، لأن تصدق لايتعدى بنفسه إلا أن يضمن معنى قسم مثلا (قوله كالفطرة) الظاهر أن التشبيه إنما هو فى المقدار لاغير كما جرى عليه الزيلعى وغيره ، فلا يرد ما فى البحر من أن الإباحة هنا كافية ، كما سيأتى أفاده فى النهر (قوله أو أكثر) كأن يكون الواجب ثلاث صيعان مثلا دفعها إلى مسكينين . وكذا لو دفع الكل إلى واحد ، لكنه سيأتى التصريح به فافهم (قوله بل يكون تطوعا) أى يكون الجميع فى صورة الأقل والزائد على نصف صاع كل مسكين فى صورة الأكثر تطوعا ح (قوله أو صام) أطلق فيه وفى الإطعام . فدل أنهما يجوزان فى الحل والحرم

أقل منه (تصدق به أو صام يوما) بدله (ولا يجوز أن يفرق نصف صاع على مساكين) قال المصنف تبعا للبحر: هكذا ذكروه هنا، وقدم فى الفطرة الجواز فينبغى كذلك هنا، وتكفى الإباحة هنا كدفع القيمة (ولا) أن (يدفع) كل الطعام (إلى مسكين واحد هنا) بخلاف الفطرة لأن العدد منصوص عليه (كما لا يجوز دفعه) أى الجزاء (إلى) من لاتقبل شهادته له كـ (أصله وإن علا، وفرعه وإن سفل. وزوجته وزوجها، و) هذا

ومتفرقا ومتتابعا لإطلاق النص فيهما بحر (قوله أقل منه) بأن قتل يربوعا أو عصفورا فهو مخير أيضا بحر (قوله تصدق به) أى على غير الذين أعطاهم أولا، شرح اللباب (قوله ولا يجوز الخ) تكرار مع قوله لا أقل منه (قوله قال المصنف تبعا للبحر الخ) عبارة البحر: وقد حققنا فى باب صدقة الفطر أنه يجوز أن يفرق نصف الصاع على مساكين على المذهب، وأن القائل بالمنع الكرخى، فينبغى أن يكون كذلك هنا، والنص هنا مطلق فيجرى على إطلاقه، لكن لايجوز أن يعطى لمسكين واحد كالفطرة، لأن العدد منصوص عليه اهـ.

وحاصله ختيار الجواز إذا فرق نصف صاع على مساكين لإطلاق النص وقياسا على الفطرة، إلا إذا أعطى كل الواجب لمسكين واحد لتفويت العدد المنصوص فى قوله تعالى - طعام مساكين - لكن لا يخفى أن جواز التفريق مخالف لعامة كتب المذهب. على أن إطلاق النص يحمل على المعهود فى الشرع وهو دفع نصف الصاع لفقير واحد تأمل. (قوله وتكفى الإباحة هنا) أى بخلاف الفطرة كما مر. قال فى شرح اللباب: وهذا عند أبى يوسف، خلافا لمحمد. وعن أبى حنيفة روايتان. والأصح أنه مع الأول، لكن هذا الخلاف فى كفارة الحلق عن الأذى.

وأما كفارة الصيد فيجوز الإطعام على وجه الإباحة بلا خلاف، فيصنع لهم طعاما بقدر الواجب ويمكنهم منه حتى يستوفوا أكلتين مشبعتين غداء وعشاء. وإن غداهم وأعطاهم قيمة العشاء أو بالعكس جاز. والمستحب كونه مأدوما، ولا يشترط الإدام فى خبز البر. واختلف فى غيره، وتمامه فيه. وانظر لو لم يستوفوا الأكلتين مما صنع لهم من القدر الواجب هل يلزمه أن يزيد إلى أن يشبعوا، والظاهر نعم تأمل (قوله كدفع القيمة) فيدفع لكل مسكين قيمة نصف صاع من بر، ولا يجوز النقص عنها كما فى العين بحر، لكن لا يجوز أداء المنصوص عليه بعضه عن بعض باعتبار القيمة؛ حتى لو أدى نصف صاع من حنطة جيدة عن صاع من حنطة وسط أو أدى نصف صاع من تمر تبلغ قيمته نصف صاع من بر أو أكثر لا يعتبر، بل يقع عن نفسه ويلزمه تكميل الباقى شرح اللباب.

قلت: والمنصوص هو البر والشعير ودقيقهما وسويقهما والتمر والزبيب، بخلاف نحو الذرة والماش والعدس فلا يجوز إلا باعتبار القيمة، وكذا الخبز، فلا يجوز مقدار وزن نصف صاع فى الصحيح كما فى شرح اللباب (قوله ولا أن يدفع الخ) قال فى شرح اللباب: ولو دفع طعام ستة مساكين إلى مسكين واحد فى يوم دفعة واحدة أو دفعات فلا رواية فيه. واختلف المشايخ فيه. وعامتهم لايجوز إلا عن واحد، وعليه الفتوى اهـ. واحترز بقوله فى يوم عما لو دفع إلى واحد فى ستة أيام كل يوم نصف صاع فإنه يجزئه عندنا كما صرح به قبله. ولا يخفى أن المسكين الواحد غير قيد، حتى لو دفع الكل إلى مسكينين يكفى عن اثنين فقط والباقى تطوع كما مر فى قوله أو أكثر منه (قوله إلى من لاتقبل شهادته له) عدل فى البحر عن تعبيرهم بهذا إلى التعبير بقوله إلى أصله الخ وقال إنه الأولى، فلذا تبعه المصنف، لكن خالفه الشارح لأنه أخصر وأظهر لشموله مملوكه، ولا يرد النقض بالشريك لأنه إنما لا تقبل شهادته له فيما هو مشترك بينهما لامطلقا فافهم (قوله وهذا) أى عدم جواز الدفع إلى أصله الخ

(هو الحكم فى كل صدقة واجبة) كما مر فى المصرف (ووجب بجرحه ونتف شعره وقطع عضوه مانقص) إن لم يقصد الإصلاح، فإن قصده كتخليص حمامة من سنور أو شبكة فلا شىء عليه، وإن ماتت (و) وجب (بنتف ريشه وقطع قوائمه) حتى خرج عن حيز الامتناع (وكسر بيضه) غير المذر (وخروج فرخ ميت به) أى بالكسر (وذبح حلال صيد الحرم وحلبه) لبنه (وقطع حشيشه وشجره)

(قوله كما مر فى المصرف) أى فى باب مصرف الزكاة وغيرها حيث قال ولا إلى من بينهما أولاد أو زوجية الخ فذكر ذلك فى ذلك الباب صريح فى أنه الحكم فى كل صدقة واجبة فافهم (قوله ووجب بجرحه) أفاد بذكره بعد ذكر القتل أنه لم يمت منه، فلو غاب ولم يعلم موته ولا حياته فالاستحسان أن يلزمه جميع القيمة احتياطا، كمن أخذ صيدا من الحرم ثم أرسله ولا يدرى أدخل الحرم أم لا محيط؛ ولو برئ من الجرح ولم يبق له أثر لا يسقط الجزاء بدائع. وفى المحيط خلافه، واستظهر فى البحر الأول، ومشى فى اللباب على الثانى، وقواه فى النهر (قوله مانقص) فيقوم صحيحا ثم ناقصا، فيشترى بما بين القيمتين هديا أو يصوم ط عن القهستانى. قال: وهذا لو لم يخرجه الجرح ونحوه عن حيز الامتناع وإلا ضمن كل القيمة اهـ ولو لم يكفر حتى قتله ضمن قيمته فقط وسقط نقصان الجراحة كما حققه فى الفتح تبعا للبدائع على خلاف مافى البحر عن المحيط، وتمامه فيما علقته عليه (قوله حتى خرج عن حيز الامتناع) عبر تبعا للدرر بحرف الغاية دون التعليل، لأن المراد بالريش والقوائم جنسهما الصادق بالقليل منهما، إذ لا شك أنه لا يشترط فى لزوم كل القيمة نتف كل الريش وقطع كل القوائم، بل المراد مايخرجه عن حيز الامتناع: أى عن أن يبقى ممتنعا بنفسه فافهم، والحيز كما فى الصحاح: بمعنى الناحية، فهو هنا مقحم كما فى القهستانى، فهو كظهر فى قولهم ظهر الغيب، ولا وجه للقول بأنه من إضافة المشبه به للمشبه فافهم (قوله غير المذر) بكسر الذال بمعنى الفاسد، قيد به لأنه لو كسر بيضة مذرة لاشىء عليه، لأن ضمانها ليس لذاتها بل لعرضية أن تصير صيدا وهو مفقود فى الفاسدة، ولو كان لقشرها قيمة كبيض النعام خلافا لما قاله الكرمانى، لأن المحرم غير منهى عن التعرض للقشر كما فى الفتح بحر ملخصا (قوله وخروج فرخ ميت به) معطوف على قوله بنتف. قال فى اللباب: وإن خرج منها: أى من البيضة فرخ ميت فعليه قيمة الفرخ حيا ولا شىء فى البيضة اهـ وقوله به متعلق بميت. قال فى البحر: وقيد بقوله به لأنه لو علم موته بغير الكسر فلا ضمان عليه للفرخ لانعدام الإماتة ولا للبيض لعدم العرضية اهـ ولو لم يعلم أن موته بسبب الكسر أولا فالقياس أن لا يغرم غير البيضة، لأن حياة الفرخ غير معلومة. وفى الاستحسان: عليه قيمة الفرخ حيا عناية (قوله وذبح حلال صيد الحرم) سيعيد المصنف هذه المسألة، ونتكلم عليها هناك (قوله وحلبه لبنه) لأن اللبن من أجزاء الصيد فتجب قيمته كما صرح به فى النقاية والملتقى، وكذا لو كسر بيضه أو جرحه يضمن كما فى البحر. ثم إن ذكر الشارح المفعول وهو لبنه يفيد أن الحلب مصدر مضاف إلى ضمير الفاعل وهو الحلال مع أنه غير قيد فلو ترك ذكر لبنه وجعل المصدر مضافا إلى ضمير المفعول وهو الصيد لكان أولى، لأنه يشمل حينئذ ما إذا كان الحالب محرما لكنه لا يختص بصيد الحرم تأمل (قوله وقطع حشيشه وشجره) ذكر النووى عن أهل اللغة أن العشب والخلا بالقصر اسم للرطب والحشيش لليابس، وأن الفقهاء يطلقون الحشيش على الرطب أيضا مجازا باعتبار مايئول إليه اهـ. وفى الفتح: والشجر اسم للقائم الذى بحيث ينمو فإذا جف فهو حطب اهـ، وأطلق فى القاطع فشمل الحلال والمحرم، وقيد بالقطع لأنه ليس فى المقلوع ضمان، وأشار بضمان قيمته إلى أنه لا مدخل للصوم هنا، وإلى أنه يملكه بأداء الضمان كما فى حقوق العباد. ويكره الانتفاع به بيعا وغيره، ولا يكره للمشترى،

حال كونه (غير مملوك) يعنى النابت بنفسه سواء كان مملوكا أولا ؛ حتى قالوا لو نبت فى ملكه أم غيلان فقطعها إنسان فعليه قيمة لمالكها وأخرى لحق الشرع بناء على قولهما المفتى به من تملك أرض الحرم (ولا منبت) أى ليس من جنس ماينبته الناس فلو من جنسه فلا شىء عليه كقلوع وورق لم يضر بالشجر ، ولذا حل قطع الشجر المثمر ، لأن إثماره أقيم مقام الإنبات (قيمته) فى كل ماذكر (إلا ماجف) أو انكسر لعدم النماء ، أو ذهب بحفر كانون أو ضرب فسطاط لعدم إمكان الاحتراز عنه لأنه تبع (والعبرة للأصل لا لغصنه وبعضه) أى الأصل (كهو) ترجيحا للحرمة

وتمامه فى البحر (قوله غير مملوك ولا منبت) اعلم أن النابت فى الحرم إما جاف أو منكسر أو إذخر أو غيرها ، والثلاثة الأول مستثناة من الضمان كما يأتى . وغيرها إما أن يكون أنبته الناس أولا ، والأول لاشىء فيه ، سواء كان من جنس ما ينبته الناس كالزرع أولا كأم غيلان . والثانى إن كان من جنس ماينبتونه فكذلك وإلا ففيه الجزاء ، فما فيه الجزاء هو النابت بنفسه وليس مما يستنبت ، ومنكسرا ولا جافا ولا إذخرا كما قرره فى البحر . وذكر أن المراد من قول الكنز غير مملوك هو النبات بنفسه مملوكا أولا ، لئلا يرد عليه مالو نبت فى ملك رجل مالا يستنبت كأم غيلان فإنه مضمون أيضا كما نص عليه فى المحيط . وما أجاب به فى النهر لم يظهر لى وجه صحته ، فلذا خالف الشارح عادته ولم يتابعه بل تابع البحر ، ويأتى قريبا فى الشرح (قوله فقطعها إنسان) لم يذكر ما إذا قطعها المالك . ونقل فى غاية الإتقان عن محمد أنه قال فى أم غيلان تنبت فى الحرم فى أرض رجل ليس لصاحبه قطعه . ولو قطعه فعليه لعنة الله ، ومقتضاه أن لايجب عليه جزاء ، لكنه مخالف لما مر من أن كل ماينبت بنفسه ولم يكن من جنس ما ينبته الناس ففيه القيمة ، سواء كان مملوكا أولا فينبغى أن تلزمه قيمة واحدة لحق الشرع : أفاده نوح أفندى ، وصرح فى شرح اللباب بضمانه جازما به (قوله بناء على قولهما الخ) أما على قول الإمام إن أرض الحرم سوائب : أى أوقاف فى حكم السوائب ، فلا يتصور قولهم لو نبت فى ملكه بحر ، وعليه فالواجب قيمة واحدة لحق الشرع فقط (قوله فلو من جنسه الخ) لأن الذى ينبته الناس غير مستحق للأمن بالإجماع ، ومالا ينبتونه عادة إذا أنبتوه التحق بما ينبتونه عادة ، فكان مثله بجامع انقطاع كمال النسبة إلى الحرم عند النسبة إلى غيره بالإنبات كافى الهداية والعناية شرنبلالية (قوله كقلوع) أى إذا انقلعت شجرة إن كان عروقها لا تسقيها فلاشىء بقطعها لباب (قوله ولذا) أى لكون الشجر أو الحشيش الذى هو من جنس ما ينبته الناس لاشىء فيه من جزاء لحق الشرع ولا من حرمة ط (قوله حل قطع الشجر المثمر) أى وإن لم يكن من جنس ما ينبته الناس ، لكن إن كان له مالك توقف على إجازته وإلا وجبت قيمته له كما لا يخفى ط (قوله لأن إثماره الخ) بدل من قوله ولذا الخ لأن ماكان من جنس ما ينبته الناس إذا نبت بنفسه إنما لا يجب فيه شىء لأنه بمنزلة ما أنبتوه تأمل (قوله قيمته) فاعل وجب ، وقوله فى كل ما ذكر : أى قيمة ما أتلفه فى كل ماذكر من المسائل الثمانية ، ففى الأولين والخامسة قيمة الصيد ، وفى الثالثة البيض ، وفى الرابعة الفرخ ، وفى السادسة اللبن ، وفى السابعة الحشيش ، وفى الثامنة الشجر (قوله إلا ماجف أو انكسر) أى فلايضمنه القاطع إلا إذا كان مملوكا فيضمن قيمته لمالكه كما فى شرح اللباب ، والجاف بالجيم : اليابس . وقد مر أنه يسمى حطبا (قوله أو ضرب فسطاط) أى خيمة ، ومثله ما لو ذهب بمشيه أو مشى دوابه كما فى اللباب (قوله لعدم إمكان الاحتراز عنه لأنه تبع) كذا فى بعض النسخ ، والصواب ذكر قوله لأنه تبع بعد قوله لا لغصنه كما فى بعض النسخ (قوله والعبرة للأصل الخ) فى البحر عن الأجناس الأغصان تابعة لأصلها وذلك على ثلاثة أقسام :

(والعبرة لمكان الطائر ، فإن كان) على غصن بحيث (لو وقع) الصيد (وقع فى الحرم فهو صيد الحرم وإلا لا ، ولو كان قوائم الصيد) القائم (فى الحرم ورأسه فى الحل فالعبرة لقوائمه) وبعضها ككلها (لا لرأسه) وهذا فى القائم، ولو كان نائما فالعبرة لرأسه لسقوط اعتبار قوائمه حينئذ ، فاجتمع المبيح والمحرم ، والعبرة لحالة الرمى إلا إذا رماه من الحل ومر السهم فى الحرم يجب الجزاء استحسانا بدائع (ولو شوى بيضا أو جرادا) أو حلب لبن صيد (فضمنه لم يحرم أكله)

أحدها أن يكون أصلها فى الحرم والأغصان فى الحل ، فعلى قاطع الأغصان القيمة .

الثانى عكسه ، فلا شىء عليه فيهما .

الثالث بعض الأصل فى الحل وبعضه فى الحرم ضمن سواء كان الغصن من جانب الحل أو الحرم اه (قوله والعبرة لمكان الطائر) أى لمكانه من الشجرة لا لأصلها لأن الصيد ليس تابعا لها ط (قوله بحيث لو وقع الصيد) فسر الضمير به مع أن مرجعه الطائر قصدا للتعميم فإن هذا الحكم لا يخص الطير اهـ ح (قوله وإلا لا) أى لو وقع فى الحل فهو من صيد الحل ، ولو أخذ الغصن شيئا من الحل والحرم فالعبرة للحرم ترجيحا للحاظر كما يعلم من نظائره ط (قوله القائم) محترزه ما يذكره من النائم ؛ ولو قال والعبرة لقوائم الطير لكان أخصر وأعم لأنه يفيد حكم ما إذا كانت فى الحل ط (قوله وبعضها ككلها) أى لو كان بعض قوائمه فى الحرم فهو ككلها فيجب الجزاء . قال فى شرح اللباب : أى من غير نظر إلى الأقل والأكثر من القوائم فى الحل أو الحرم ، وهذا فى القائم لا حاجة إليه مع قوله سابقا القائم ط (قوله ولو كان نائما فالعبرة لرأسه) مقتضاه أنه لو كان رأسه فى الحل فقط فهو من صيد الحل ، وبه صرح فى السراج ، لكن مقتضى قوله فاجتمع المبيح والمحرم أنه من صيد الحرم . لأن القاعدة ترجيح المحرم . وعبارة البحر كالصريحة فيما قلنا ، وكذا قوله فى اللباب لو كان مضطجعا فى الحل وجزء منه فى الحرم فهو من صيد الحرم ورؤى قال شارحه القاضى : أى جزء كان . وقال الكرمانى : لو مضطجعا فى الحل ورأسه فى الحرم يضمن ، لأن العبرة لرأسه وهو موهم أن الجزء المعتبر هو الرأس لا غير وليس كذلك، بل إذا لم يكن مستقرا على قوائمه يكون بمنزلة شىء ملقى ، وقد اجتمع فيه الحل والحرمة فيرجح جانب الحرمة احتياطا .

ففى البدائع : إنما تعتبر القوائم فى الصيد إذا كان قائما عليها وجميعه إذا كان مضطجعا اه وهو بظاهره كما قال فى الغاية يقتضى أن الحل لا يثبت (١) إلا إذا كان جميعه فى الحل حالة الاضطجاع وليس كذلك . ففى المبسوط : إذا كان جزء منه فى الحرم حالة النوم فهو من صيد الحرم ، والله أعلم اه فافهم (قوله والعبرة لحالة الرمى) أى المعتبر فى الرامى حالة الرمى لا حالة الوصول عند الإمام ؛ حتى لو رمى مجوسى إلى صيد فأسلم ثم وصل السهم إليه لا يؤكل ؛ ولو رمى مسلم فارتد ثم وصل السهم يؤكل ح عن البحر (قوله إلا إذا رماه الخ) أقول : قال فى اللباب : ولو رمى صيدا فى الحل فهرب فأصابه السهم فى الحرم ضمن ، ولو رماه فى الحل وأصابه فى الحل فدخل الحرم فمات فيه لم يكن عليه الجزاء ولكن لا يحل أكله ، ولو كان الرمى فى الحل والصيد فى الحل إلا أن بينهما قطعة من الحرم فمر فيها السهم لا شىء عليه اه .

ولا يخفى أن ما ذكره الشارح هو المسألة الأخيرة كما هو المتبادر مع أنه قد جزم فى البحر أيضا بأنه لا شىء فيها من غير حكاية استحسان أو قياس ، وإنما حكى ذلك فى المسألة الأولى حيث نقل أولا عن الخانية وجوب

---

(١) (قوله يقتضى أن الحل لا يثبت الخ) لعل الصواب إبدال الحل بالحرمة ، أو يقول : وهو كذلك ؛ بدل وليس كذلك تأمل اه .

وجاز بيعه ويكره ، ويجعل ثمنه فى الفداء إن شاء لعدم الذكاة . بخلاف ذبح المحرم أو صيد الحرم فإنه ميتة (ولا يرعى حشيشه) بدابة (ولا يقطع) بمنجل (إلا الإذخر . ولا بأس بأخذ كمأته) لأنها كالجاف (وبقتل قملة) من بدنه أو إلقائها أو إلقاء ثوبه فى الشمس لتموت (تصدق بما شاء كجرادة . ويجب الجزاء فيها) أى القملة (بالدلالة كما فى الصيد . و) يجب (فى الكثير منه نصف صاع . و) الكثير (هو الزائد على ثلاثة)

الجزاء وأنه اختلف كلام المبسوط . ففى موضع لا يجب ، وفى موضع يجب ، وأن هذه المسألة مستثناة من أصل أبى حنيفة فإن عنده المعتبر حالة الرمى إلا فى هذه المسألة خاصة . ثم نقل عن البدائع أن الوجوب استحسان وعدمه قياس ، ووفق به بين كلامى المبسوط ، وكذا صرح القارى عن الكرمانى بأنها مستثناة احتياطا فى وجوب الضمان وبه ظهر أن الشارح اشتبه عليه إحدى المسألتين بالأخرى ، وسبقه إلى ذلك صاحب النهر . ولا يصح حمل كلامه على ما إذا مر السهم فى الحرم وأصاب الصيد فى الحرم . لأنه إن كان الصيد وقت الرمى فى الحرم لم تكن المسألة مستثناة من اعتبار حالة الرمى ويكون وجوب الجزاء لا شك فيه قياسا واستحسانا ، وما نقله ح عن البحر لم أره فيه وإن كان الصيد وقت الرمى فى الحل والإصابة فى الحرم يصير قوله ومر السهم فى الحرم لا فائدة فيه فافهم (قوله وجاز بيعه الخ) ومثله لو قطع حشيش الحرم أو شجره وأدى قيمته ملكه ، ويكره بيعه . قال فى الهداية لأنه ملكه بسبب محظور شرعا ، فلو أطلق له بيعه لتطرق الناس إلى مثله إلا أنه يجوز البيع مع الكراهة بخلاف الصيد اه أى لأنه بيع ميتة (قوله لعدم الذكاة) علة لجواز أكله وبيعه أى لأنه لا يفتقر إلى الذكاة فلا يصير ميتة ولذا يباح أكله قبل الشىء بحر عن المحيط (قوله بخلاف ذبح المحرم) أى ذبحه صيد الحل أو الحرم . وقوله أو صيد الحرم عطف على المحرم أى وبخلاف ذبح صيد الحرم من حلال أو محرم ، فالمصدر فى المعطوف عليه مضاف إلى فاعله وفى المعطوف إلى مفعوله . وفى نسخة أو حلال صيد الحرم وهى أحسن . لكن كون ذبح الحلال صيد الحرم ميتة أحد قولين كما ستعرفه (قوله ولا يرعى حشيشه) أى عندهما . وجوزه أبو يوسف للضرورة ، فإن منع الدواب عنه متعذر . وتمامه فى الهداية . ونقل بعض المحشين عن البرهان تأييد قوله بما حاصله أن الاحتياج للرعى فوق الاحتياج للإذخر . وأقرب حد الحرم فوق أربعة أميال ؛ ففى خروج الرعاة إليه ثم عودهم قد لا يبقى من النهار وقت تشبع فيه الدواب ، وفى قوله صلى الله عليه وسلم « لا يختلى خلاها ، ولا يعضد شوكها » وسكوته عن نفى الرعى إشارة لجوازه وإلا لبينه . ولا مساواة بينهما ليلحق به دلالة إذ القطع فعل العاقل والرعى فعل العجماء وهو جبار ، وعليه عمل الناس ، وليس فى النص دلالة على نفى الرعى ليلزم من اعتبار الضرورة معارضته ، بخلاف الاحتشاش اه لكن فى قوله والرعى فعل العجماء نظر ، لأنها لو ارتعت بنفسها لا شىء عليه اتفاقا ، وإنما الخلاف فى إرسالها للرعى وهو مضاف إليه (قوله بمنجل) كمفصل : ما يحصد به الزرع (قوله إلا الإذخر) بكسر الهمزة والخاء وسكون الذال المعجمتين : نبت بمكة طيب الرائحة له قضبان دقاق يسقف بها البيوت بين الخشبات ويسد بها الخلاء فى القبور بين اللبنات قهستانى ملخصا . ووجه استثنائه فى الحديث مذكور فى البحر وغيره (قوله ولا بأس) هى هنا للإباحة لمقابلتها بالحرمة لا لما تركه أولى قارى (قوله وبقتل قملة الخ) متعلق بقوله بعده تصدق والمراد بالقتل ما يشمل المباشرة والتسبب القصدى كما أفاده بقوله لتموت احترازا عما لو لم يقصد بالقاء الثوب القتل ، كما لو غسل ثوبه فماتت وكإلقاء الثوب إلقاؤها ، لأن الموجب إزالتها عن البدن لا خصوص القتل كما فى البحر ، والمراد بالقملة ما دون الكثير الآتى بيانه ، وفصل فى اللباب بأن فى الواحدة تصدقا بكسرة ، وفى الثنتين

والجراد كالقمل بحر (ولا شيء بقتل غراب) إلا العقعق على الظاهر ظهيرية . وتعميم البحر رده فى النهر (وحدأة) بكسر ففتحتين وجوّز البرجندى فتح الحاء (وذئب وعقرب وحية وفأرة) بالهمزة وجوّز البرجندى التسهيل (وكلب عقور) أى وحشى ، أما غيره فليس بصيد أصلا (وبعوض ونمل) لكن لا يحل قتل مالا يؤذى ، ولذا قالوا لم يحل قتل الكلب الأهلى إذا لم يؤذ . والأمر بقتل الكلاب منسوخ كما فى الفتح : أى إذا لم تضر (وبرغوث وقراد وسلحفاة) بضم ففتح فسكون (وفراش) وذباب ووزغ وزنبور وقنفذ وصرصر وصياح ليل وابن عرس وأم حبين وأم أربعة وأربعين ، وكذا جميع هوام الأرض لأنها ليست بصيود ولا متولدة من البدن (وسبع)

والثلاث قبضة من طعام ، وفى الزائد مطلقا نصف صاع (قوله والجراد كالقمل) قال فى البحر : ولم أر من تكلم على الفرق بين الجراد القليل والكثير كالقمل . وينبغى أن يكون كالقمل ، ففى الثلاث وما دونها يتصدق بما شاء وفى الأكثر نصف صاع . وفى المحيط : مملوك أصاب جرادة فى إحرامه ، إن صام يوما فقد زاد ، وإن شاء جمعها حتى تصير عدة جرادات فيصوم يوما اهـ . وينبغى أن يكون القمل كذلك فى حق العبد ، لما علم أن العبد لا يكفر إلا بالصوم اهـ . ولا يخفى أن ما فى المحيط صريح فى الفرق بين حكم القليل والكثير ، ولكن ليس فيه بيان الفرق بين مقدار القليل والكثير ، وعليه يحمل قول البحر ولم أر الخ وبه اندفع اعتراض النهر (قوله إلا العقعق) هو طائر أبيض فيه سواد وبياض يشبه صوته العين والقاف قاموس ، ومثله فى الحكم الزاغ . وأنواع الغراب على ما فى فتح البارى خمسة : العقعق ، والأبقع : الذى فى ظهره أو بطنه بياض . والغداف ، وهو المعروف عند أهل اللغة بالأبقع ، ويقال له غراب البين ، لأنه بان عن نوح عليه الصلاة والسلام واشتغل بجيفة حين أرسله ليأتى بخبر الأرض . والأعصم : وهو ما فى رجله أو جناحه أو بطنه بياض أو حمرة . والزاغ ، ويقال له غراب الزرع : وهو الغراب الصغير الذى يأكل الحب ح عن القهستانى (قوله وتعميم البحر) حيث جعل العقعق كالغراب : واعترض على قول الهداية إنه لا يسمى غرابا ولا يبتدىء بالأذى بقوله فيه نظر لأنه دائما يقع على دبر الدابة كما فى غاية البيان (قوله رده فى النهر) أى بما فى المعراج من أنه لا يفعل ذلك غالبا ، وبما فى الظهيرية حيث قال : وفى العقعق روايتان ، والظاهر أنه من الصيود اهـ (قوله وكلب عقور) قيد بالعقور اتباعا للحديث ، وإلا فالعقور وغيره ، سواء أهليا كان أو وحشيا بحر (قوله أى وحشى) ليس تفسيرا لعقور بل تقييد له ح أى لأن العقور من العقر : وهو الجرح ، وهو ما يفرط شره وإيذاؤه قهستانى (قوله أما غيره) أى غير الوحشى : وهو الأهلى ، فليس بصيد أصلا فلا معنى لاستثنائه ، لكن قدمنا عن الفتح أن الكلب مطلقا ليس بصيد لأنه أهلى فى الأصل ، وأيضا فإن العقرب وما بعده ليس بصيد أيضا (قوله وبعوض) هو صغير البق ، ولا شيء بقتل الكبار والصغار شرنبلالية (قوله لكن لا يحل الخ) استدراك على الإطلاق فى النمل ، فإن ظاهره جواز إطلاق قتله بجميع أنواعه مع أن فيه ما لا يؤذى ، وهذا الحكم عام فى كل مالا يؤذى كما صرحوا به فى غير موضع ط (قوله أى إذا لم تضر) تقييد للنسخ ذكره فى النهر أخذا مما فى الملتقط : إذا كثرت الكلاب فى قرية وأضرت بأهلها أمر أربابها بقتلها ، فإن أبوا رفع الأمر إلى القاضى حتى يأمر بذلك اهـ (قوله وبرغوث) بضم الباء والغين ط (قوله وفراش) جمع فراشة : هى التى تهافت فى السراج قاموس (قوله ووزغ) هو سام أبرص بتشديد الميم (قوله وأم حبين) بمهملة مضمومة فوحدة مفتوحة فتحتية على وزن زبير : دويبة تشبه الضب (قوله وكذا جميع هوام الأرض) الأولى إبدال جميع بباقى لأن ماقبله من الهوام وهى جمع هامة كل حيوان ذى سم ، وقد تطلق على مؤذ ليس له سم كالقملة ؛ أما الحشرات فهى جمع حشرة : وهى صغار دواب الأرض كما فى الديوان ط عن أبى السعود (قوله وسبع) هو

أي حيوان (صائل) لايمكن دفعه إلا بالقتل ، فلو أمكن بغيره فقتله لزمه الجزاء كما تلزمه قيمته لو مملوكا .
(وله ذبح شاة ولو أبوها ظبيا) لأن الأم هي الأصل (وبقر وبعير ودجاج وبط أهلي وأكل ماصاده حلال) ولو لمحرم (وذبحه) في الحل (بلا دلالة محرم و) لا (أمره به) ولا إعانته عليه ، فلو وجد أحدها حل للحلال لا للمحرم على المختار

كل حيوان مختطف عاد عادة (قوله أي حيوان) أشار إلى ما في النهر من أن هذا الحكم لايخص السبع .لأنغيره إذا صال لا شيء بقتله ذكره شيخ الإسلام .فكان عدم التخصيص أولى، إذ المفهوم معتبر في الروايات اتفاقا اه لكن ينبغي تقييد الحيوان بغير المأكول ؛ لما في البحر من أن الجمل لو صال على إنسان فتتله فعليه قيمته بالغة ما بلغت ، لأن الإذن في قتل السبع حاصل من صاحب الحق وهو الشارع ،أما الجمل فلم يحصل الإذن من صاحبه (قوله صائل) أي قاهر حامل على المحرم من الصولة أو الصالة بالهمزة قهستاني ، وقيد به لما مر من أن غير الصائل يجب بقتله الجزاء ولا يجاوز عن شاة . وما في البدائع من أن هذا أي عدم وجوب شيء إنما هو فيما لا يبتدئ بالأذى كالضبع والثعلب وغيرهما ، أما ما يبتدئ به غالبا كالأسد والذئب والنمر والفهد فللمحرم قتله ولا شيء عليه . قال بعض المتأخرين : إنه بمذهب الشافعي أنسب نهر .

قلت : والقائل ابن كمال ، لكن ذكر في الفتح أول الباب كلام البدائع ، وجعله مقابل المنصوص عليه في ظاهر الرواية . ثم قال : ثم رأيناه رواية عن أبي يوسف . قال في الخانية :وعن أبي يوسف الأسد بمنزلة الذئب ، وفي ظاهر الرواية السباع كلها صيد إلا الكلب والذئب اه فافهم (قوله كما تلزمه قيمته) أي بالغة ما بلغت لمالكه يعني وقيمة لله تعالى لا تجاوز قيمة شاة بحر .

قلت : هذا لو غير صائل ، أما الصائل فقد علمت أنه لا يجب فيه لله تعالى شيء ؛ فلذا اقتصر الشارح على قيمة واحدة فافهم (قوله وله) أي للمحرم (قوله ولو أبوها ظبيا) أخرج الأم إذاكانت ظبية فإن عليه الجزاء لما ذكره الشارح ط (قوله وبط أهلي) هو الذي يكون في المساكن والحياض، لأنه ألوف بأصل الخلقة، احترازا عن الذي يطير فإنه صيد فيجب الجزاء بقتله بحر (قوله ولو لمحرم) اللام للتعليل : أي ولو صاده الحلال لأجل المحرم بلا أمره خلافا للإمام مالك كما في الهداية (قوله وذبحه في الحل) أما لو ذبحه في الحرم فهو ميتة كما قدمه .

وفي اللباب : إذا ذبح محرم أو حلال في الحرم صيدا فذبيحته ميتة عندنا لا يحل أكلها له ولا لغيره من محرم أو حلال سواء اصطاده هو أي ذابحه أو غيره محرم أو حلال ولو في الحل ، فلو أكل المحرم الذابح منه شيئا قبل أداء الضمان أو بعده فعليه قيمة ما أكل ، ولو أكل منه غير الذابح فلا شيء عليه ، ولو أكل الحلال مما ذبحه في الحرم بعد الضمان لا شيء عليه للأكل ، ولو اصطاد حلال فذبح له محرم أو اصطاد محرم فذبح له حلال فهو ميتة اه .

وقال شارحه القاري : اعلم أنه صرح غير واحد كصاحب الإيضاح والبحر الزاخر والبدائع وغيرهم بأن ذبح الحلال صيد الحرم يجعله ميتة لا يحل أكله وإن أدى جزاءه من غير تعرض لخلاف . وذكر قاضيخان أنه يكره أكله تنزيها .

وفي اختلاف المسائل : اختلفوا فيما إذا ذبح الحلال صيدا في الحرم ؛ فقال مالك والشافعي وأحمد : لا يحل أكله . واختلف أصحاب أبي حنيفة ؛ فقال الكرخي : هو ميتة، وقال غيره هو مباح اه (قوله على المختار) راجع لقوله لا للمحرم ، وهذا ما رواه الطحاوي . وقال الجرجاني : لا يحرم، وغلطه القدوري واعتمد رواية الطحاوي

(ونجب قيمته بذبح حلال صيد الحرم وتصدق بها ، ولا يجزئه الصوم) لأنهاغرامة لا كفارة حتى لو كان الذابح محرما أجزأه الصوم ؛ وقيد بالذبح لأنه لاشىء فى دلالته إلا الإثم (ومن دخل الحرم) ولو حلالا (أو أحرم) ولو فى الحل (وفى يده حقيقة) يعنى الجارحة (صيد وجب إرساله) أى إطارته أو إرساله للحل وديعة قهستانى

فتح وبحر (قوله ونجب قيمته بذبح حلال) هذا مكرر مع قوله سابقا وذبح حلال صيد الحرم إلا أنه أعاده ليرتب عليه قوله ولا يجزئه الصوم ط وأراد بالذبح الإتلاف ولو تسببا على وجه العدوان ؛ فلو أدخل فى الحرم بازيا فأرسله فقتل حمام الحرم لم يضمن لأنه أقام واجبا وما قصد الاصطياد فلم يكن تعديا فى السبب بل كان مأمورا بحر (قوله ولا يجزئه الصوم) إنما اقتصر على نفى الصوم ليفيد أن الهدى جائز وهو ظاهر الرواية كما فى البحر .

وفى اللباب : فإن بلغت قيمته هديا اشتراه بها إن شاء وإن شاء اشترى بها طعاما فيتصدق به كما مر ، ويجوز فيه الهدى إن كانت قيمته قبل الذبح مثل قيمة الصيد ، ولا يشترط كونها مثلها بعد الذبح . وأما الصوم فى صيد الحرم فلا يجوز للحلال ويجوز للمحرم (قوله لأنها غرامة) لأن الضمان فيه باعتبار المحل وهو الصيد فصار كغرامة الأموال ، بخلاف المحرم فإن ضمانه جزاء الفعل لا المحل والصوم يصلح له لأنه كفارة بحر (قوله فى دلالته) أى دلالة الحلال ولو لمحرم ، والفرق بين دلالة المحرم ودلالة الحلال أن المحرم التزم ترك التعرض بالإحرام ، فلما دل ترك ما التزمه فضمن كالمودع إذا دل السارق على الوديعة ولا التزام من الحلال فلا ضمان بها كالأجنبى إذا دل السارق على مال إنسان بحر (قوله ولو حلالا) الأولى أن يقال وهو حلال كما قيده به فى مجمع الأنهر . قال : وإنما قيدنا به لتظهر فائدة قيد الدخول فى الحرم ، فإن وجوب الإرسال فى المحرم لا يتوقف على دخول الحرم لأنه بمجرد الإحرام يجب عليه كما فى الإصلاح وغيره وبهذا يظهر ضعف ما قيل حلالا أو محرما اهـ . وعليه ينبغى أن يقال وهو فى الحل بدل قوله ولو فى الحل اهـ ح .

والحاصل أن الكلام فيمن كان حلالا فى الحل وأراد الإحرام أو دخول الحرم وكان فى يده صيد وجب عليه إرساله . وفى اللباب وشرحه : اعلم أن الصيد يصير آمنا بثلاثة أشياء : بإحرام الصائد ، أو بدخوله فى الحرم ، أو بدخول الصيد فيه ، ولو أخذ صيدا فى الحل أو الحرم وهو محرم أو فى الحرم وهو حلال لم يملكه ووجب عليه إرساله ، سواء كان فى يده أو قفصه أو فى بيته ؛ ولو لم يرسله حتى هلك وهو محرم أو حلال فعليه الجزاء (قوله يعنى الجارحة) محترزه قوله لا إن كان فى بيته أو قفصه (قوله وجب إرساله) قال فى البحر اتفاقا (قوله أى إطارته) لو قال أى إطلاقه لكان أشمل لتناول الوحش فإن هذا الحكم لا يخص الطير اهـ ح وشمل إطلاقه مالو غصبه وهو حلال من حلال فأحرم الغاصب فإنه يلزمه إرساله وعليه قيمته لمالكه ؛ فلو رده له برئ ولزمه الجزاء كذا فى الدراية معزيا إلى المنتقى نهر . قال فى الفتح : وهذا لغز غاصب يجب عليه عدم الرد ، بل إذا فعل يجب به الضمان (قوله أو إرساله للحل وديعة) هذا قول ثان فى تفسير الإرسال حكاه القهستانى بعد حكاية الأول ، وعزاه للتحفة .

ويشكل عليه مسألة الغاصب حيث لزمه الجزاء وإن ردّه لمالكه : وأيضا فالرسول فى حال أخذ الصيد هو فى الحرم فيلزمه إرساله وضمان قيمته للمالك كالغاصب كما أفاده ط . وأيضا اعترضه ابن كمال بأن يد المودع يد المودع لكن ردّه فى النهر بما فى فوائد الظهيرية أن يد خادمه كرجله :

وحاصله أن المحظور كون الصيد فى يده الحقيقية ويده فيما عند المودع غير حقيقية ؛ بل هى مثل يده على مافى رجله أو قفصه أو خادمه ؛ لكن يرد عليه مامر عن ط . وقد يجاب بأنه يمكنه أن يناوله فى طرف الحرم لمن هو فى الحل أو يرسله فى قفص .

(على وجه غير مضيع له) لأن تسييب الدابة حرام .

وفى كراهة جامع الفتاوى : شرى عصافير من الصياد وأعتقها جاز إن قال من أخذها فهى له ولاتخرج عن ملكه بإعتاقه، وقيل لا لأنه تضييع للمال اهـ . قلت: وحينئذ فتقييد الإطارة بالإباحة

ثم اعلم أن الذى يظهر من كلامهم أن هذين القولين فى المسألة الثانية فقط وهى من أحرم فى الحل وفى يده صيد ، أما الأولى وهى لودخل الحرم وفى يده صيد فالواجب عليه الإرسال بمعنى الإطارة لقوله فى الهداية عليه أن يرسله فيه : أى فى الحرم ، وتعليله له بأنه لما حصل فى الحرم وجب ترك التعرّض لحرمة الحرم وصار من صيد الحرم ، وكذا ماقدمناه عن اللباب من أن الصيد يصير آمنا بثلاثة أشياء الخ ؛ وكذا قول اللباب : ولو أدخل محرم أو حلال صيد الحل الحرم صار حكمه حكم صيد الحرم . وكذا قول المصنف الآتى فلو كان جارحا الخ فإنه لو كان له إيداع الجارح بعد ما أدخله الحرم لم يجز له إرساله مع العلم بأن عادة الجارح قتل الصيد ، وكذا قول اللباب لو أخذ صيد الحرم فأرسله فى الحل لايبرأ من الضمان حتى يعلم وصوله إلى الحرم آمنا فكيف إذا أودعه فتأمل (قوله على وجه غير مضيع له) يفسره ماقبله ، فكان الأولى تأخيره عنه كما فعل فى شرحه على الملتقى حيث قال كأن يودعه أو يرسله فى قفص (قوله وفى كراهة جامع الفتاوى) إلى قوله لايجب ساقط من بعض النسخ .

وحاصله أن إعتاق الصيد أى إطلاقه من يده جائز إن أباحه لمن يأخذه وهو تقييد لقوله لأن تسييب الدابة حرام ، وقيل لا : أى لايجوز إعتاقه مطلقا كما هو ظاهر إطلاق حرمة التسييب ، لأنه وإن أباحه فالأغلب أنه لايقع فى يد أحد فيبقى سائبة ، وفيه تضييع للمال ، وقوله ولا تخرج عن ملكه بإعتاقه يحتمل معنيين :

الأول : أنه لايخرج عن ملكه قبل أن يأخذه أحد فإن أخذه أحد بعد الإباحة ملكه كما تفيده عبارة مختارات النوازل .

الثانى : أنه لايخرج مطلقا لأن التمليك لمجهول لايصح مطلقا أو لا لقوم معلومين لما فى لقطة البحر عن الهداية إن كانت اللقطة شيئا يعلم أن صاحبها لايطلبها كالنواة وقشر الرمان يكون إلقاؤه إباحة حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف ، ولكن يبقى على ملك مالكه لأن التمليك من المجهول لايصح . قال :وفى البزازية للمالك أخذها منه إلا إذا قال عند الرمى من أخذه فهو له لقوم معلومين ، ولم يذكر السرخسى هذا التفسير اهـ فينبغى أن يكون إعتاق الصيد كذلك وتكون فائدة الإباحة حل الانتفاع به مع بقائه على ملك المالك ، لكن فى لقطة التاترخانية : ترك دابة لا قيمة لها من الهزال ولم يبحها وقت الترك فأخذها رجل وأصلحها فالقياس أن تكون للآخذ كقشور الرمان المطروحة . وفى الاستحسان : تكون لصاحبها . قال محمد : لأنا لو جوزنا ذلك فى الحيوان لجوزنا فى الجارية ترمى فى الأرض مريضة لاقيمة لها فيأخذها رجل وينفق عليها فيطؤها من غير شراء ولا هبة ولا إرث ولا صدقة أو يعتقها من غير أن يملكها وهذا أمر قبيح اهـ ملخصا . ومقتضاه أن غير الحيوان كالقشور يكون طرحه إباحة بدون تصريح وأنه يملكه الآخذ بخلاف الحيوان فلا يملكه إلا بالتصريح بالإباحة كما هو مفهوم قوله ولم يبحها ، وهذا خلاف ماذكرناه عن البحر . وعلى هذا يتخرج مافى مختارات النوازل ، ويأتى قريبا قول ثالث ، وهو أن غير المحرم لو أرسله يكون إباحة لأنه أرسله باختياره فيكون كقشور الرمان (قوله وحينئذ) أى حين إذا كان إعتاق الصيد لايجوز إلا إذا أباحه لمن يأخذه تقييد الإطارة : أى التى فسر بها الإرسال بالإباحة ، ويؤيده قول المعراج ولو كان فى يده فعليه إرساله على وجه لايضيع ، فإن إرسال الصيد ليس بمندوب كتسييب الدابة ، بل هو حرام إلا أن يرسله للعلف أو يبيح للناس أخذه كذا فى الفوائد الظهيرية اهـ وقال بعده على وجه لايضيع بأن يخليه

تأمل اه .

وفى كراهة مختارات النوازل : سيب دابته فأخذها آخر وأصلحها فلا سبيل للمالك عليها إن قال فى تسييبها هى لمن أخذها وإن قال لاحاجة لى بها فله أخذها ، والقول له بيمينه اه (لا) يجب (إن كان) الصيد (فى بيته) لجريان العادة الفاشية بذلك ، وهى من حدى الحجيج (أو قفصه) ولو القفص فى يده بدليل أخذ المصحف بغلافه المحدث (ولا يخرج) الصيد (عن ملكه بهذا الإرسال فله إمساكه فى الحل و) له (أخذه من إنسان أخذه منه) لأنه لم يخرج عن ملكه لأنه ملكه وهو حلال ، بخلاف مالو أخذه وهو محرم لما يأتى لأنه لم يرسله عن اختيار

فى بيته أو يودعه عند حلال اه لكن ظاهر ماقدمناه عن القهستانى من حكاية القولين فى تفسير الإرسال أن من فسره بالإطارة لم يقيد بالإباحة . لأنه يقول إن الإرسال واجب فلم يكن فى معنى التسييب المحظور ، ومن فسر الإرسال بالوديعة فكأنه يقول حيث أمكنه دفع التعرض للصيد بها فلا حاجة إلى الإطارة المضيعة للملك لاندفاع الضرورة بدونها ، ولذا قال قاضيخان فى شرح الجامع لو أحرم والصيد فى يده عليه أن يرسله . لكن على وجه لايضيع ، لأن الواجب ترك التعرض بإزالة اليد الحقيقية لابإبطال الملك اه وكون الإباحة تنفى التضييع ممنوع . لأن الغالب على الصيد أنه إذا أرسل لايصاد ثانيا فيبقى ملكه ضائعا . والتسييب لايجوز ، وإنما يجب الإرسال مطلقا فيما صاده وهو محرم كما مر . لأنه لم يملكه فليس فيه تضييع ملك . هذا ماظهر لى وقد علمت مما قدمناه أن هذا كله فيما لو أخذ صيدا ثم أحرم . أما لودخل به الحرم فإنه يلزمه إرساله بمعنى إطارته ، وأنه ليس له إيداعه لأنه صار من صيد الحرم (قوله فتأمل) كذا فى بعض النسخ وفى بعضها قبل . وقال ح : هو ظرف مبنى على الضم أى قبل الإطارة العامل فيه الاباحة (قوله وأصلحها) ليس بقيد فيما يظهر . لأن المدار فى التمليك على الإباحة . وقد يقال إنما قيد به لمنع الأخذ لأن قوله من أخذها فهى له ينزل هبة والاصلاح زيادة تمنع من الرجوع منها وبدونه له الرجوع إذلامانع ويحرر ط (قوله والقول له) أى للمالك إنه لم يبحها لأحد لأنه ينكر إباحة التمليك وإن برهن الآخذ أو نكل عن اليمين سلمت للآخذ ط عن لقطة البحر (قوله لاإن كان فى بيته أوقفصه) أى ولم يكن اصطاده فى الاحرام أما لو اصطاده فى الإحرام يلزمه إرساله بالاجماع معراج (قوله لجريان العادة) أى من لدن الصحابة إلى الآن ، وهم التابعون ومن بعدهم يحرمون وفى بيوتهم حمام فى أبراج وعندهم دواجن وطيور لايطلقونها وهى إحدى الحجج ، فدلت على أن استبقاءها فى الملك محفوظة بغير اليد ليس هو التعرض الممتنع فتح . والدواجن : جمع داجن ، وهو الذى ألف المكان من صيود وحشيات ومستأنسة (قوله ولو القفص فى يده) أى مع خادمه أوفى رحله معراج . وقيل إن كان القفص فى يده يلزمه إرساله لكن على وجه لايضيع هداية وهو ضعيف كما فى النهر . قال ح : والظاهر أن مثله ما إذاكان الحبل المشدود فى رقبة الصيد فى يده (قوله بدليل الخ) فإنه بأخذ الغلاف بيده لم يجعل المصحف بيده فكذا بأخذ القفص لايكون الطير فى يده (قوله أخذه منه) صفة لإنسان ، والضمير فى منه للحل ، ومثله مالو أخذه من الحرم بالأولى لأنه لوكان غير مملوك لايملكه الآخذ فالمملوك أولى فافهم (قوله لأنه لم يخرج عن ملكه) الأولى حذفه والاقتصار على التعليل الثانى لأنه عين قول المصنف ولا يخرج عن ملكه ط (قوله لأنه ملكه وهو حلال) علة لعدم خروج الصيد عن ملكه . ومفهومه أنه لو ملكه وهو محرم يخرج عن ملكه مع أن المحرم لايملك الصيد ، فلو قال لأنه أخذه وهو حلال لكان أحسن ح (قوله لما يأتى) أى فى قول المصنف والصيد لايملكه المحرم الخ (قوله لأنه لم يرسله عن اختيار) كذا فى بعض النسخ أى لأن الشرع ألزمه بإرساله فكان مضطرا شرعا إليه ، والمناسب عطفه بالواو لأنه علة ثانية لقوله وله أخذه الخ . وقد علل به المرغينانى كما عزاه إليه فى الفتح وقال إنه يدل على أنه لو أرسله من غير إحرام يكون إباحة اه أى فليس له أخذه ممن أخذه وإن لم يصرح بالإباحة وقت

(فلو) كان (جارحا) كباز (فقتل حمام الحرم فلا شيء عليه) لفعله ما وجب عليه (فلو باعه رد المبيع إن بقي وإلا فعليه الجزاء) لأن حرمة الحرم والإحرام تمنع بيع الصيد.

(ولو أخذ حلال صيدا فأحرم ضمن مرسله) من يده الحكمية اتفاقا . ومن الحقيقية عنده خلافا لهما . وقولهما استحسان كما في البرهان .

إرساله لأنه غير مضطر إليه فكان مجرد إرساله إباحة كالتقاء قشر الرمان كما قدمناه (قوله فلو كان جارحا) تفريع على قوله وجب إرساله . والجارح: من الصيد ماله ناب أي مخلب يصيد به (قوله لفعله ماوجب عليه) وهو إرساله لا على قصد الاصطياد ، والمسألة مفروضة فيما إذا دخل به الحرم، وهذا مؤيد لما قلنا من أن من دخل الحرم بصيد وجب عليه إرساله بمعنى إطارته لأنه صار من صيد الحرم. وليس له إيداعه وإلا لكان الواجب الإيداع في الجوارح دون الارسال، لأن الجوارح عادتها قتل الصيد فيكون متعديا بإرساله في الحرم (قوله فلو باعه) مفرع أيضا على قوله وجب إرساله والضمير فيه للصيد الذي أخذه حلال ثم أحرم أو دخل به الحرم، لأن في قوله رد المبيع الخ إشارة إلى أن البيع فاسد لاباطل كما نص عليه في الشرنبلالية عن الكافي والزيلعي ، بخلاف مالو أخذ الصيد وهو محرم وباعه فإن بيعه باطل كما سيذكره، وأطلق في البيع فشمل ماإذا باعه في الحرم أو بعد ماأخرجه إلى الحل لأنه صار بالادخال من صيد الحرم فلا يحل إخراجه بعد ذلك، كذا عزاه في البحر إلى الشارحين؛ ثم نقل عن المحيط خلافه من جواز البيع والأكل بعد الاخراج مع الكراهة ، لكن ذكر في النهر أنه ضعيف .

قلت : لكن هذا إذا لم يؤد جزاءه بعد الإخراج ، أما لو أداه فإنه يملكه ويخرج عن كونه صيد الحرم كما يأتي في مسألة الظبية .

ثم إن هذا أيضا مؤيد لما قلناه من أنه إذا دخل الحرم بصيد ليس له أن يرسله إلى الحل وديعة لما علمت من أنه لايحل إخراجه بل عليه إرساله في الحرم ، وأما مامر من أنه لايخرج عن ملكه بهذا الإرسال فله أخذه في الحل وله أخذه ممن أخذه ؛ ومقتضاه أن له بيعه وأكله أيضا، فلا ينافي ماهنا لأن ذاك فيما لو أرسله وخرج الصيد بنفسه بخلاف ماإذا أخرجه . قال في اللباب : ولو خرج الصيد من الحرم بنفسه حل أخذه وإن أخرجه أحد لم يحل فافهم (قوله وإلا) أي وإن لم يبق المبيع في يد المشتري ، بأن أتلفه أو تلف أو غاب المشتري ولا يمكن إدراكه ط عن أبي السعود (قوله فعليه الجزاء) تقدم قريبا بيانه وأن الصوم في صيد الحرم لايجوز للحلال ويجوز للمحرم (قوله لأن حرمة الحرم) أي فيما لو أدخل الصيد الحرم ثم باعه فيه أو بعد ماأخرجه لكونه صار صيد الحرم فيمتنع بيعه مطلقا كما مر فافهم ، وقوله والإحرام : أي فيما لو أخذه ثم أحرم (قوله ولو أخذ حلال) أي في الحل لباب ؛ وقوله ضمن مرسله لأن الآخذ ملك الصيد ملكا محترما فلا يبطل احترامه بإحرامه وقد أتلفه المرسل فيضمنه ، بخلاف ماأخذه في حالة الإحرام لأنه لايملكه والواجب عليه ترك التعرض ، ويمكنه ذلك بأن يخليه في بيته ، فإذا قطع يده عنه كان متعديا هداية ، ومقتضى هذا مع ماقدمناه أنه لو دخل به الحرم فأرسله أحد لايضمن المرسل ، لأن الآخذ يلزمه إرساله وإن كان ملكه ، ولا يمكنه تخليته في بيته فلم يكن المرسل متعديا تأمل (قوله وقولهما استحسان) وجهه أن المرسل آمر بالمعروف ناه عن المنكر و ﴿ما على المحسنين من سبيل﴾ .

مطلب لايجب الضمان بكسر آلات اللهو

قال في الهداية: ونظيره الاختلاف في كسر المعازف أي آلات اللهو كالطنبور . وقال في البحر : وهو يقتضي أن يفتى بقولهما هنا، لأن الفتوى على قولهما في عدم الضمان بكسر المعازف اهـ . قال ط : وأشار الشارح إلى ذلك

(ولو أخذه محرم لا) يضمن مرسله اتفاقا لأن المحرم لم يملكه ، وحينئذ فلا يأخذه ممن أخذه (والصيد لا يملكه المحرم بسبب اختياري) كشراء وهبة (بل) بسبب (جبري) والسبب الجبري في إحدى عشر مسألة مبسوطة في الأشباه فلذا قال تبعا للبحر عن المحيط (كالإرث) وجعله في الأشباه بالاتفاق ، لكن في النهر عن السراج أنه لا يملكه بالميراث وهو الظاهر (فإن قتله محرم آخر) بالغ مسلم (ضمنا) جزاءين الآخذ بالأخذ والقاتل بالقتل (ورجع آخذه على قاتله) لأنه قرر عليه ما كان بمعرض السقوط . وهذا (إن كفر بمال وإن) كفر (بصوم فلا) على ما اختاره الكمال لأنه لم يغرم شيئا (ولو كان القاتل) بهيمة لم يرجع على ربها ولو (صبيا أو نصرانيا

لأن الفتوى على الاستحسان إلا فيما استثنى من مسائل قليلة (قوله لم يملكه) لأن الصيد لم يبق محلا للتملك في حق المحرم . فصار كما إذا اشترى الخمر هداية (قوله بل بسبب جبري) هو ما يحصل به الملك بلا اختيار وقبول (قوله والسبب الجبري) أتى به ظاهرا . ولم يقل وهو ليفيد أن المراد مطلق السبب لا بقيد كونه في الصيد أفاده ط (قوله في إحدى عشر) حق العبارة إحدى عشرة لأنه تجب المطابقة فيه بتأنيث الجزأين لتأنيث المعدود (قوله مبسوطة في الأشباه) لا حاجة إلى ذكرها هنا ، وقد ذكرها المحشي (قوله فلذا قال الخ) الأولى أن يقول ومثل للجبري تبعا للبحر بقوله الخ ط (قوله وجعله في الأشباه بالاتفاق) حيث قال : لا يدخل في ملك أحد شيء بغير اختياره إلا الإرث اتفاقا الخ (قوله لكن في النهر الخ) هذا الاستدراك ليس في محله لأن كلام الأشباه كما رأيت مطلق لا يتقيد بهذه الصورة . ولا شك في الاتفاق على كون الإرث مطلقا سببا جبريا ، وإنما لم يكن سببا في صورة المحرم إذا مات مورثه عن صيد على كلام السراج لقيام المانع وهو الإحرام كقيام الموانع الأربعة : أي الرق ، والكفر ، والقتل ، واختلاف الملك ، فكما لا يقدح قيام تلك الموانع في سببية الإرث لا يقدح هذا فيها اهـ ح وإن جعل استدراكا على المتن كان في محله ط (قوله وهو الظاهر) هذا من كلام النهر حيث قال وهو الظاهر لما سيأتي : أي من كون الصيد محرم العين على المحرم ، ولم يظهر لي وجه ظهوره ؛ إذ بعد تحقق سبب الإرث وهو موت المورث لابد من قيام نص يدل على كون الإحرام مانعا من إرث الصيد كقياسه على الموانع الأربعة وكون الصيد محرم العين على المحرم بقوله تعالى — وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما — ولهذا لو منع من سائر التصرفات لا يدل على منع إرثه . فإن الخمرة محرمة العين أيضا وتورث (قوله فإن قتله) أي الصيد الذي أخذه المحرم (قوله محرم آخر الخ) احترز به عن البهيمة . وبالبالغ المسلم عن الصبي والكافر كما يأتي . وكان ينبغي زيادة عاقل للاحتراز عن المجنون فإنه في حكم الصبي كما في ط عن الحموي . وخرج أيضا ما لو قتله حلال فإنه إن كان في الحرم لزمه الجزاء وإلا فلا ، لكن يرجع عليه الآخذ بما ضمن . فالرجوع فيه لا فرق فيه بين المحرم والحلال بحر (قوله لأنه قرر عليه ما كان بمعرض السقوط) فإنه كان يحتمل الإرسال قبل قتله ، وللتقرير حكم الابتداء في حق التضمين كشهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا كما في الهداية (قوله على ما اختاره الكمال) وجزم به الزيلعي ، وصرح به في المحيط عن المبتغى . وظاهر ما في النهاية أن يرجع الآخذ بالقيمة مطلقا ح عن البحر (قوله لم يرجع على ربها) عبارة اللباب : ولو قتله بهيمة في يده فعليه الجزاء ولا يرجع على أحد . قال شارحه : أي من صاحب البهيمة أو راكبها وسائقها وقائدها . والمسألة مصرحة في البحر الزاخر اهـ .

أقول : وهذا في الرجوع على الراكب ونحوه ، أما ضمان الراكب ونحوه الجزاء فلا شك فيه . قال في معراج الدراية : وكذا لو كان راكبا أو سائقا أو قائدا فأتلفت الدابة بيدها أو رجلها أو فمها صيدا فعليه الجزاء فافهم (قوله ولو صبيا أو نصرانيا) محترز قوله بالغ مسلم .

فلا جزاء عليه) لله تعالى (و) لكن (رجع الآخذ عليه بالقيمة) لأنه يلزم حقوق العباد دون حقوق الله تعالى (وكل ماعلى المفرد به دم بسبب جنايته على إحرامه) يعنى بفعل شيء من محظوراته لامطلقا ، إذ لو ترك واجبا من واجبات الحج أو قطع نبات الحرم لم يتعدد الجزاء لأنه ليس جناية على الإحرام (فعلى القارن) ومثله متمتع ساق الهدى (دمان ، وكذا الحكم فى الصدقة) فتثنى أيضا لجنايته على إحراميه (إلا بمجاوزة الميقات غير محرم) استثناء منقطع (فعليه دم واحد) لأنه حينئذ ليس بقارن .

وعبارة المعراج : لايجب على الصبى والمجنون والكافر ، فزاد المجنون لأنه كالصبى كما مر ، وعبر بالكافر لأن النصرانى غير قيد وإخراجه عن قوله محرم باعتبار الصورة ، وإلا فالكافر ليس أهلا للنية التى هى شرط الإحرام (قوله فلا جزاء عليه) بل على الآخذ وحده (قوله لأنه يلزمه حقوق العباد) وهنا لما قرر على الآخذ ما كان بمعرض السقوط لزمه (قوله وكل ماعلى المفرد به دم) لو قال كفارة لشمل الصدقة واستغنى عن قوله وكذا الحكم فى الصدقة ، ثم المراد بالكفارة مايشمل كفارة الضرورة ، فإن القارن إذا لبس أو غطى رأسه للضرورة تعددت الكفارة كذا فى البحر (قوله يعنى بفعل شيء من محظوراته الخ) أى محظورات الإحرام : أى ماحرم عليه فعله بسبب نفس الإحرام لامن حيث كونه حجا أو عمرة ، ولا ماحرم بسبب غير الإحرام وذلك كاللبس والتطيب وإزالة شعر أو ظفر . فخرج مالو ترك واجبا : كما لو ترك السعى أو الرمى أو أفاض قبل الإمام أو طاف جنبا أو محدثا للحج أو العمرة فإن عليه الكفارة ، ولا تتعدد على القارن لأن ذلك ليس جناية على نفس الإحرام بل هو ترك واجب من واجبات الحج أو العمرة . وكذا لو طاف جنبا وهو غير محرم لزمه دم كما نص عليه فى البحر ، بخلاف نحو اللبس فإنه جناية على الإحرام مع قطع النظر عن كونه حجا أو عمرة ، ولذا حرم عليه ذلك قبل الشروع فى أفعالهما . فيتعدد الجزاء على القارن لتلبسه بإحرامين . وخرج أيضا مالو قطع نبات الحرم فلا يتعدد الجزاء به أيضا على القارن . قال فى البحر لأنه من باب الغرامات لاتعلق للإحرام به ، بخلاف صيد الحرم إذا قتله القارن فإنه يلزمه قيمتان لأنها جناية على الإحرام وهو متعدد ، ولا ينظر إلى كونه جناية على الحرم لأن أقوى الحرمتين تستتبع أدناهما والإحرام أقوى فكان وجوب القيمة بسبب الإحرام فقط لابسبب الحرم ، وإنما ينظر إلى الحرم إذا كان القاتل حلالا اهـ . هذا ماظهر فى تقريره هنا . وظاهر تقرير السراج أن المراد بقوله وماعلى المفرد به دم ما كان فعلا احترازا عما كان تركا كترك السعى وحد الوقوف والطهارة ، وبه يشعر كلام الشارح ، لكن يرد عليه قطع النبات فإنه فعل تأمل (قوله ومثله متمتع ساق الهدى) أولى منه قول اللباب : وما ذكرناه من لزوم الجزاءين على القارن هو حكم كل من جمع بين إحرامين كالمتمتع الذى ساق الهدى أو لم يسقه ، لكن لم يحل من العمرة حتى أحرم بالحج ، وكذا من جمع بين الحجتين أو العمرتين ، وعلى هذا لو أحرم بمائة حجة أو عمرة ثم جنى قبل رفضها فعليه مائة جزاء اهـ . فافهم (قوله لجنايته على إحراميه) أى إحرام الحج وإحرام العمرة ، وهو علة لتعدد الدم والصدقة . وما ذكره الشارح قبل قول المصنف أو أفاض من عرفة قبل الإمام من أنه لامدخل للصدقة فى العمرة يقتضى عدم تعدد الصدقة على القارن ، لكن قدمنا جوابه هناك فتدبر (قوله فعليه دم واحد) لتأخير الإحرام عن الميقات ، ولو عاد إلى الميقات وأحرم سقط الدم ط .

وذكر فى النهاية صورة يلزم القارن فيها دمان للمجاوزة ، وهى مالو جاوز فأحرم بحج ثم دخل مكة فأحرم بعمرة ولم يعد إلى الحل محرما ، وهى غير واردة لأن الدم الأول للمجاوزة ، والثانى لتركه ميقات العمرة ، لأنه لما دخل مكة التحق بأهلها بحر (قوله لأنه حينئذ) أى حين المجاوزة ليس بقارن ، وهذا تعليل لوجوب الدم الواحد

(ولو قتل محرمان صيدا تعدد الجزاء) لتعدد الفعل (ولو حلالان) صيد الحرم (لا) لاتحاد المحل (وبطل بيع محرم صيدا) وكذا كل تصرف (وشراؤه) إن اصطاده وهو محرم وإلا فالبيع فاسد (فلو قبض) المشترى (فعطب فى يده فعليه وعلى البائع الجزاء) وفى الفاسد يضمن قيمته أيضا كما مر (ولدت ظبية) بعد ما (أخرجت من الحرم وماتا غرمهما وإن أدى جزاءها) أى الأم

ويكون الاستثناء منقطعا ، وذلك لأن الدم يلزمه ، سواء أحرم بعد ذلك بحج أو عمرة أو بهما ، أو لم يحرم أصلا، فلا دخل لكونه قارنا فى وجوب ذلك الدم ط (قوله لتعدد الفعل) أى الجناية ، لأن كل واحد منهما بالشركة يصير جانيا جناية تفوق الدلالة فيتعدد الجزاء بتعدد الجناية هداية فافهم (قوله لاتحاد المحل) فإن الضمان فى حق المحرم جزاء الفعل وهو متعدد ، وفى حق صيد الحرم جزاء المحل وهو ليس بمتعدد كرجلين قتلا رجلا خطأ يجب عليهما دية واحدة لأنها بدل المحل ، وعلى كل منهما كفارة لأنها جزاء الفعل بحر. وينبغى أن يقسم على عدد الرؤوس إذا قتله جماعة . ولو قتله حلال ومحرم فعلى المحرم جميع القيمة وعلى الحلال نصفها . ولو قتله حلال ومفرد وقارن فعلى الحلال ثلث الجزاء وعلى المفرد جزاء وعلى القارن جزا آن قهستانى ، وتمامه فى البحر (قوله وبطل بيع المحرم صيدا الخ) أطلقه فشمل ما إذا كان العاقدان محرمين أو أحدهما ، فأفاد أن بيع المحرم باطل ولو كان المشترى حلالا وأن شراءه باطل وإن كان البائع حلالا . وأما الجزاء فإنما يكون على المحرم ، حتى لو كان البائع حلالا والمشترى محرما لزم المشترى فقط ، وعلى هذا كل تصرف بحر (قوله وكذا كل تصرف) أى من هبة ووصية وجعله مهرا وبدل خلع ، لأن العين خرجت عن كونها محلا لسائر التصرفات ط . ثم الأولى تأخيره عن قوله وشراؤه ليكون تعميما بعد تخصيص (قوله إن اصطاده وهو محرم) أى لأنه لم يملكه كما مر . وأفاد بهذا الشرط أن البطلان إذا صاده وهو محرم وباعه كذلك ؛ أما لو صاده وهو محرم وباعه وهو حلال فالبيع جائز كما فى السراج ؛ ولو صاده وهو حلال وباعه وهو محرم فالبيع فاسد كما صرح به تبعا للسراج أيضا : أى إذا كان المشترى حلالا ، أما لو كان محرما فالبيع باطل ولو كان البائع حلالا كما مر آنفا . ثم إن ماذكره من الشرط إنما هو فى بيع المحرم كما مر فى النهر قال ح إذلا معنى لقولك وبطل شراء المحرم إن اصطاده وهو محرم فكان عليه أن يذكر الشرط بعد الأول اهـ (قوله وفى الفاسد يضمن قيمته) أى يضمن المشترى قيمة الصيد للبائع لأنه ملكه اهـ ح . (قوله أيضا) أى مع ضمانه : أى المشترى الجزاء المذكور فى قوله وعليه وعلى البائع الجزاء فافهم ، ولا يخفى أن ضمانه الجزاء إنما هو إذا كان محرما وإلا فليس عليه سوى ضمان القيمة (قوله كما مر) الكاف فيه للتنظير : أى نظير ما مر من ضمان المرسل القيمة فى قوله أخذ حلال صيدا ضمن مرسله .

[تنبيه] ذكر فى البحر عن المحيط قبيل قول الكنز وحل له لحم ما صاده حلال لو وهب محرم لمحرم صيدا فأكله . قال أبو حنيفة : على الآكل ثلاثة أجزئة : قيمة للذبح ، وقيمة للأكل المحظور . وقيمة للواهب ، لأن الهبة كانت فاسدة وعلى الواهب قيمة . وقال محمد : على الآكل قيمتان قيمة للواهب وقيمة للذبح ، ولا شىء للأكل عنده اهـ والظاهر أن وجوب قيمة للواهب خاص بما إذا اصطاده وهو حلال ليكون ملكه وإلا لم يملكه فلا تجب له قيمة ، ولذا كانت الهبة فاسدة لا باطلة قيل : وهذا بناء على القول بأن الهبة الفاسدة لا تفيد الملك بالقبض ، أما على مقابله فلا شىء عليه للواهب .

قلت : وهذا غير صحيح لأنها مضمونة على كل من القولين كالبيع الفاسد يملك بالقبض ويضمن بمثله أو قيمته ، كما سيذكره فى كتاب الهبة إن شاء الله تعالى (قوله بعد ما أخرجت) أى أخرجها محرم أو حلال معراج (قوله وماتا) علم حكم ذبحهما وإتلافهما بأى وجه كان بالأولى ط (قوله غرمهما) لأن الصيد بعد الإخراج من الحرم بقى

(ثم ولدت لم يجزه(١)) أى الولد لعدم سراية الأمن حينئذ وهل يجب ردها بعد أداء الجزاء الظاهر : نعم (آفاقى) مسلم بالغ (يريد الحج) ولو نفلا (أو العمرة) فلو لم يرد واحدا منهما لايجب عليه دم بمجاوزة الميقات ، وإن وجب حج أو عمرة إن أراد دخول مكة أو الحرم على ماسيأتى فى المتن قريبا (وجاوز وقته) ظاهر مافى النهر عن البدائع .

مستحق الأمن شرعا ولهذا وجب رده إلى مأمنه وهذه صفة شرعية فتسرى إلى الولد اه ح (قوله لم يجزه) بفتح الياء من جزاه به وهو ثلاثى معتل الآخر كما فى القاموس وضميره المستتر للمخرج والبارز للولد ح . وكل زيادة فى الصيد كالسمن والشعر فضمانها على هذا التفصيل نهر : أى إن لم يؤد جزاءها قبل موتها ضمن الزيادة وإن أداه فلا بحر . وبه علم أنها لو حبلت بعد إخراجها فهو كذلك كما أفاده ط (قوله لعدم سراية الأمن) أى إلى الولد لأنه لما أدى ضمان الأصل ملكها فخرجت من أن تكون صيد الحرم وبطل استحقاق الأمن قاضيخان . قال فى النهر : حتى لو ذبح الأم والأولاد يحل ، لكن مع الكراهة كما فى الغاية (قوله والظاهر نعم) نقله فى النهر عن البحر بقوله فإذا أدى الجزاء ملكها ملكا خبيثا . ولذا قالوا بكراهة أكلها وهى عند الإطلاق تنصرف إلى التحريم . فدل على أنه يجب ردها بعد أداء الجزاء اه (قوله آفاقى الخ) ترجمه فى الكنز بباب مجاوزة الميقات بغير إحرام ، ووصله المصنف بما سبق لأنه جناية أيضا ، لكن ماسبق جناية بعد الإحرام وهذا قبله . قال ح : لو عبر بمن جاوز المواقيت كما عبر به فى الكنز لشمل قوله كمكى يريد الحج الخ ولشمل حرميا أحرم لعمرته من الحرم وبستانيا أحرم لحجته أو لعمرته من الحرم ، فإن كل من لم يحرم من ميقاته المعين له لزمه دم مالم يعد إليه سواء كان حرميا أم بستانيا أم آفاقيا . غاية الأمر أنه يشترط للزوم الإحرام فى البستانى والحرمى قصد النسك ، ويكفى فى الآفاقى قصد دخول الحرم قصد مع ذلك نسكا أم لا اه . وأراد بالبستانى الحلى أى من كان فى الحل داخل المواقيت .

والحاصل أن المحرم ثلاثة أصناف آفاقى وحلى وحرمى ، ولكل ميقات مخصوص تقدم بيانه فى المواقيت ، فمن أراد نسكا وجاوز وقته لزمه العود إليه (قوله مسلم بالغ) فلو جاوزه كافر أو صبى فأسلم وبلغ لاشىء عليهما ، ولم يقيد بالحر ليشمل الرقيق . فإنه لو جاوزه بلا إحرام ثم أذن له مولاه فأحرم من مكة فعليه دم يؤخذ به بعد العتق فتح (قوله يريد الحج أو العمرة) كذا قاله صدر الشريعة ، وتبعه صاحب الدرر وابن كمال باشا ، وليس بصحيح لما نذكر . ومنشأ ذلك قول الهداية : وهذا الذى ذكرنا أى من لزوم الدم بالمجاوزة إن كان يريد الحج أو العمرة ، فإن كان دخل البستان لحاجة فله أن يدخل مكة بغير إحرام اه . قال فى الفتح : يوهم ظاهره أن ماذكرنا من أنه إذا جاوز غير محرم وجب الدم إلا أن يتلافاه ، محله ما إذا قصد النسك ، فإن قصد التجارة أو السياحة لاشىء عليه بعد الإحرام وليس كذلك ، لأن جميع الكتب ناطقة بلزوم الإحرام على من قصد مكة سواء قصد النسك أم لا . وقد صرح به المصنف أى صاحب الهداية فى فصل المواقيت ، فيجب أن يحمل على أن الغالب فيمن قصد مكة من الآفاقيين قصد النسك ، فالمراد بقوله إذا أراد الحج أو العمرة إذا أراد مكة اه ملخصا من ح عن الشرنبلالية . وليس المراد بمكة خصوصها ، بل قصد الحرم مطلقا موجب للإحرام كما مر قبيل فصل الإحرام . وصرح به فى الفتح وغيره (قوله فلو لم يرد الخ) قد علمت مافيه ح (قوله على مامر) أى أول الكتاب فى بحث المواقيت فى قوله وحرم تأخير الإحرام عنها لمن قصد دخول مكة ولو لحاجة . وفى بعض النسخ على ما سيأتى فى المتن قريبا : أى فى قوله وعلى من دخل مكة بلا إحرام حجة أو عمرة (قوله وجاوز وقته) أى ميقاته ، والمراد آخر المواقيت التى يمر

---

(١) (قول المصنف لم يجزه) أى لم يجب عليه جزاء الولد اه .

اعتبار الإرادة عند المجاوزة (ثم أحرم لزمه دم ، كما إذا لم يحرم ، فإن عاد) إلى ميقات ما (ثم أحرم أو) عاد إليه حال كونه (محرما لم يشرع فى نسك) صفة محرما كطواف ولو شوطا ، وإنما قال (ولبى) لأن الشرط عند الإمام تجديد التلبية عند الميقات بعد العود إليه خلافا لهما (سقط دمه) والأفضل عوده إلا إذا خاف فوت الحج

عليها ، إذلا يجب عليه الإحرام من أولها كما مر أول الكتاب (قوله اعتبار الإرادة عند المجاوزة) أى أن الآفاقى الذى جاوز وقته تعتبر إرادته عند المجاوزة ، فإن كان عند قصد المجاوزة أراد دخول مكة لحج أو غيره لزمه الإحرام من الميقات ، وإلا بأن أراد دخول مكان فى الحل لحاجة فلا شىء عليه . واستظهر فى البحر اعتبار الإرادة عند الخروج من بيته ، لكن ذكر ذلك فى مسألة البستان الآتية ، وأشار الشارح إلى أنه لا فرق بين الموضعين حيث ذكر ذلك فيهما ، وسنذكر عبارة البحر والنهر فافهم (قوله إلى ميقات ما) فى بعض النسخ بدون لفظة ما ، وعلى كل فالمراد أى ميقات كان ، سواء كان ميقاته الذى جاوزه غير محرم أو غيره أقرب أو أبعد لأنها كلها فى حق المحرم سواء . والأولى أن يحرم من وقته بحر عن المحيط (قوله ثم أحرم) أى بحج ولو نفلا أو بعمرة ، وهذا ناظر إلى قول الشارح كما إذا لم يحرم ، وقوله أو عاد الخ ناظر إلى قوله جاوز وقته ثم أحرم . وعبارة المتن بمجردها فيها حزازة فتأمل (قوله صفة محرما) أى صفة معنوية ، وإلا فجملة لم يشرع حال من فاعله المستتر أو من فاعل عاد ، فهى حال بعد حال متداخلة أو مترادفة (قوله كطواف) وكذا لو وقف بعرفة قبل أن يطوف للقدوم فتح (قوله ولو شوطا) أخذه من البحر ، ومقتضاه أنه لابد فى لزوم الدم وعدم إمكان سقوطه من الشوط الكامل .

وعبارة الهداية : ولو عاد بعد ما ابتدأ الطواف واستلم الحجر لا يسقط عنه الدم بالاتفاق فقال : واستلم الحجر بالواو ، وفى بعض نسخها بالفاء . قال ابن الكمال فى شرحها : إنما ذكره تنبيها على أن المعتبر فى ذلك الشوط التام ، فإن المسنون الفصل بين الشوطين بالاستلام ، وإلا فهو ليس بشرط اهـ . ومثله فى العناية .

وعليه فالمراد بالاستلام مايكون بين الشوطين لا مايكون فى أول الطواف ، ويؤيده قول البدائع بعد ما طاف شوطا أو شوطين : وبه ظهر أن مافى الدرر من عطفه بأو غير ظاهر لاقتضائه الاكتفاء ببعض الشوط فافهم (قوله لأن الشرط الخ) أى فى سقوط الدم . وليس المراد أنه شرط فى صحة النسك ، لأن تعيين الإحرام من الميقات واجب حتى يجبر بالدم ، ولو كان شرطا لكان فرضا ، وبتركه يفسد الحج أفاده الحموى ط (قوله عند الميقات) احتراز عن داخل الميقات لاخارجه ، حتى لو عاد محرما ولم يلب فيه لكن لبى بعد ماجاوزه ثم رجع ومر به ساكتا فإنه يسقط عنه بالأولى ، لأنه فوق الواجب عليه فى تعظيم البيت كما فى البحر ح (قوله خلافا لهما) حيث قالا يسقط الدم وإن لم يلب كما لو مر محرما ساكتا ، وله أن العزيمة فى الإحرام من دويرة أهله ، فإذا ترخص بالتأخير إلى الميقات وجب عليه قضاء حقه بإنشاء التلبية ، فكان التلافى بعوده ملبيا هداية .

وفى شرحها لابن الكمال : اعلم أن الناظرين فى هذا المقام من شراح الكتاب وغيرهم اتفقوا على أن العزيمة للآفاقى ماذكر ، ولا يخلو عن إشكال ، إذ لم ينقل عن النبى صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من أصحابه أنه أحرم من دويرة أهله فكيف يصح اتفاق الكل على ترك العزيمة وماهو الأفضل اهـ .

قلت : وهو ممنوع فإن المراد بالإحرام من دويرة أهله أى مما قرب من أهل الحرم من الأماكن البعيدة عن الميقات ، وقد ورد فعل ذلك عن جماعة من الصحابة وورد طلبه فى الحديث كما قدمناه عن الفتح عند بحث المواقيت . وفسر الصحابة الإتمام فى ﴿ وأتموا الحج ﴾ بذلك ، وهذا فى حق من قدر عليه كما مر هنا فافهم (قوله والأفضل عوده) ظاهر مافى البحر عن المحيط وجوب العود وبه صرح فى شرح اللباب (قوله إلا إذا خاف فوت الحج) أى فإنه

(وإلا) أى وإن لم يعد أو عاد بعد شروعه (لا) يسقط الدم (كمكى يريد الحج ومتمتع فرغ من عمرته) وصار مكيا (وخرجا من الحرم وأحرما بالحج) من الحل، فإن عليهما دما لمجاوزة ميقات المكى بلا إحرام، وكذا لو أحرما بعمرة من الحرم وبالعود كما مر يسقط الدم.

(دخل كوفى) أى آفاقى (البستان) أى مكانا من الحل داخل الميقات (لحاجة) قصدها

لايعود ويمضى فى إحرامه، وعلله فى البحر عن المحيط بقوله لأن الحج فرض والإحرام من الميقات واجب وترك الواجب أهون من ترك الفرض اه. ومقتضاه أنه لو لم يخف الفوت يجب العود كما قلنا لعدم المزاحم، وأنه إذا خافه يجب عدم العود، وبه يعلم مافى قول النهر ومتى خاف فوت الحج لو عاد فالأفضل عدمه وإلا فالأفضل عوده كما فى المحيط اه.

هذا وفى البحر: واستفيد منه: أى مما ذكره عن المحيط أنه لاتفصيل فى العمرة وأنه يعود لأنها لاتفوت أصلا اه. ولا يخفى أن هذا بالنظر إلى الفوات وإلا فقد يحصل مانع من العود غير الفوات لخوفه على نفسه أو ماله فيسقط وجوب العود فى العمرة أيضا (قوله أو عاد بعد شروعه) بقى عليه أن يقول أو قبل شروعه ولم يلب عند الميقات ح (قوله كمكى يريد الحج الخ) أما لو خرج إلى الحل لحاجة فأحرم منه ووقف بعرفة فلا شىء عليه، كالآفاقى إذا جاوز الميقات قاصدا البستان ثم أحرم منه، ولم أر تقييد مسألة المتمتع بما إذا خرج على قصد الحج. وينبغى إن تقيد به، وأنه لو خرج لحاجة إلى الحل ثم أحرم بالحج منه لايجب عليه شىء كالمكى فتح (قوله وصار مكيا) لأن من وصل إلى مكان على وجه مشروع صار حكمه حكم أهله، وهنا لما وصل إلى مكة محرما بالعمرة وفرغ منها صار فى حكم المكى سواء ساق الهدى أم لا، فإذا أراد الإحرام بالحج فميقاته الحرم أو العمرة فالحل. ومثل ذلك يقال فى الحلى، وهو من كان داخل المواقيت فإن ميقاته للحج أو العمرة الحل، فإذا أحرم من الحرم فعليه دم إلا أن يعود كما مر عن ح وصرح به هناك فى النهر واللباب (قوله وكذا لو أحرما) أى المكى والمتمتع الذى فى حكمه، فإن ميقات المكى للعمرة الحل (قوله وبالعود) أراد به مطلق الذهاب إلى الميقات الواجب ليشمل قوله وكذا لو أحرما بعمرة من الحرم فإن الواجب خروجهما إلى الحل ليسقط الدم، وليس فيه عود إليه بعد الكينونة فيه (قوله كما مر) أى عودا مماثلا لما مر فى الآفاقى بأن يعود إلى الميقات ثم يحرم إن لم يكن أحرم، وإن كان أحرم ولم يشرع فى نسك يعود إليه ويلبى (قوله أى آفاقى) أفاد أن المراد بالكوفى كل من كان خارج المواقيت (قوله البستان) أى بستان بنى عامر: وهو موضع قريب من مكة داخل الميقات خارج الحرم، وهى التى تسمى الآن نخلة محمود بن كمال. زاد غيره أن منه إلى مكة أربعة وعشرين ميلا. قال بعض المحشين: قال النووى: قال بعض أصحابنا: هذه القرية على يسار مستقبل الكعبة إذا وقف بأرض عرفات. وفى غاية السروجى: بالقرب من جبل عرفات على طريق العراق والكوفة إلى مكة (قوله أى مكانا من الحل) أشار إلى أن البستان غير قيد؛ وأن المراد مكان داخل المواقيت من الحل. والظاهر أنه لايشترط أن يقصد مكانا معينا لأن الشرط عدم قصد دخول الحرم عند المجاوزة، فأى مكان قصده من داخل المواقيت حصل المراد كما سيتضح فافهم (قوله لحاجة) كذا فى البدائع والهداية والكنز وغيرها، وهو احتراز عما إذا أراد دخول مكان من الحل لمجرد المرور إلى مكة فإنه لايحل له إلا محرما فلابد من هذا القيد، وإلا فكل آفاقى أراد دخول مكة لابد له من دخول مكان فى الحل. على أنه فى البحر جعل الشرط قصده الحل من حين خروجه من بيته: أى ليكون سفره لأجله لا لدخول الحرم كما يأتى، ولذا قال ابن الشلبى فى شرحه ومنلا مسكين لحاجة له بالبستان لا لدخول مكة. ويأتى توضيحه فافهم

ولو عند المجاوزة على مامر ، ونية مدة الإقامة ليست بشرط على المذهب (له دخول مكة غير محرم ووقته البستان ولا شىء عليه) لأنه التحق بأهله كما مر ، وهذه حيلة لآفاقى يريد دخول مكة بلا إحرام .

(قوله ولو عند المجاوزة) الظرف متعلق بقصدها أى ولو كان قصد الحاجة التى هى علة إرادته دخول البستان عند مجاوزة الميقات ، أما بعد المجاوزة فلا يعتبر قصد الحاجة لكونه عند المجاوزة كان قاصدا مكة فلا يسقط الدم مالم يرجع . وأفاد أنه لو قصد دخول البستان لحاجة قبل المجاوزة فهو كذلك بالأولى وإن قصده لذلك من حين خروجه من بيته غير شرط ، خلافا لما فى البحر حيث قال عقب ذكره إن ذلك حيلة لآفاق أراد دخول مكة بلا إحرام ، ولم أر أن هذا القصد لابد منه حين خروجه من بيته أولا . والذى يظهر هو الأول ، فإنه لاشك أن الآفاقى يريد دخول الحل الذى بين الميقات والحرم وليس ذلك كافيا فلابد من وجود قصد مكان مخصوص من الحل الداخل الميقات حين يخرج من بيته اه .

وحاصله أن الشرط أن يكون سفره لأجل دخول الحل وإلا فلا تحل له المجاوزة بلا إحرام . قال فى النهر : الظاهر أن وجود ذلك القصد عندالمجاوزة كاف ،ويدل على ذلك مافى البدائع بعد ما ذكر حكم المجاوزة بغير إحرام قال : هذا إذا جاوز أحد هذه المواقيت الخمسة يريد الحج أو العمرة أو دخول مكة أو الحرم بغير إحرام ، فأما إذا لم يرد ذلك وإنما أراد أن يأتى بستان بنى عامر أو غيره لحاجة فلا شىء عليه اه فاعتبر الإرادة عند المجاوزة كما ترى اه أى إرادة الحج ونحوه وإرادة دخول البستان ، فالإرادة عند المجاوزة معتبرة فيهما . ولذا ذكر الشارح ذلك فى الموضعين كما قدمناه فافهم . وقول البحر فلا بد من وجود قصد مكان مخصوص من الحل غير ظاهر ، بل الشرط قصد الحل فقط تأمل (قوله على ما مر) أى قريبا فى قوله ظاهر ما فى النهر عن البدائع الخ (قوله على المذهب) مقابله ما قاله أبو يوسف إنه إن نوى إقامة خمسة عشر يوما فى البستان فله دخول مكة بلا إحرام وإلا فلا ح عن البحر (قوله له دخول مكة غير محرم) أى إذا أراد دخول البستان لحاجة لا لدخول مكة ثم بدا له دخول مكة لحاجة له دخولها غير محرم كما فى شرح ابن الشلبى ومنلا مسكين . قال فى الكافى لأن وجوب الإحرام عند الميقات على من يريد دخول مكة وهو لا يريد دخولها ، وإنما يريد البستان وهو غير مستحق التعظيم فلا يلزمه الإحرام بقصد دخوله اه .

قلت : وهذا إذا أراد دخول مكة لحاجة غير النسك وإلا فلا يجاوز ميقاته إلا بإحرام ، ولذا قال قبيل فصل الإحرام عند ذكر المواقيت : وحل لأهل داخلها دخول مكة غير محرم مالم يرد نسكا (قوله ووقته البستان) أى لو أراد النسك فيقاته للحج أو العمرة البستان ، يعنى جميع الحل الذى بين المواقيت والحرم كما مر فى بحث المواقيت فلو أحرم من الحرم لزمه دم ما لم يعد كما قدمناه قريبا عن النهر واللباب ، إلا إذا دخل الحرم لحاجة ثم أراد النسك فإنه يحرم من الحرم لأنه صار مكيا كما مر (قوله ولا شىء عليه) مرتبط بقوله له دخول مكة غير محرم ، فكان الأولى ذكره قبل قوله ووقته البستان (قوله كما مر) أى قبيل فصل الإحرام حيث قال : أما لو قصد موضعا من الحل كخليص وحدة حل له مجاوزته بلا إحرام ، فإذا حل به التحق بأهله .فله دخول مكة بلا إحرام (قوله هذه حيلة لآفاقى الخ) أى إذا لم يكن مأمورا بالحج عن غيره كما قدمه الشارح هناك وقدمنا الكلام عليه .

ثم إن هذه الحيلة مشكلة لما علمت من أنه لا يجوز له مجاوزة الميقات بلا إحرام ما لم يكن أراد دخول مكان فى الحل لحاجة ، وإلا فكل آفاقى يريد دخول مكة لابد أن يريد دخول الحل وقدمنا أن التقييد بالحاجة احتراز عما لو كان عند المجاوزة يريد دخول مكة وإنه إنما يجوز له دخولها بلا إحرام إذا بدا له بعد ذلك دخولها كما قدمناه عن شرح ابن الشلبى ومنلا مسكين .

(و) يجب (على من دخل مكة بلا إحرام) لكل مرة (حجة أو عمرة) فلو عاد فأحرم بنسك أجزأه عن آخر دخوله . وتمامه فى الفتح (وصح منه) أى أجزأه عما لزمه بالدخول (لو أحرم عما عليه) من حجة الإسلام أو نذر أو عمرة منذورة لكن (فى عامه ذلك) لتداركه المتروك فى وقته (لا بعده)

فعلم أن الشرط لسقوط الإحرام أن يقصد دخول الحل فقط ، ويدل عليه أيضا مانقلناه عن الكافى من قوله وهو لا يريد دخولها أى مكة ، وإنما يريد البستان ، وكذا ما نقلناه عن البدائع من قوله فأما إذا لم يرد ذلك وإنما أراد أن يأتى بستان بنى عامر ، وكذا قوله فى اللباب : ومن جاوز وقته يقصد مكانا من الحل ثم بدا له أن يدخل مكة فله أن يدخلها بغير إحرام ، فقوله ثم بدا له أى ظهر وحدث له يقتضى أنه لو أراد دخول مكة عند المجاوزة يلزمه الإحرام وإن أراد دخول البستان ، لأن دخول مكة لم يبدله بل هو مقصوده الأصلى ، وقد أشار فى البحر إلى هذا الإشكال وأشار إلى جوابه بما تقدم عنه من أنه لابد أن يكون قصد البستان من حين خروجه من بيته : أى بأن يكون سفره المقصود لأجل البستان لا لأجل دخوله مكة كما قدمناه . وأجاب أيضا فى شرح اللباب بقوله والوجه فى الجملة أن يقصد البستان قصدا أوليا ، ولا يضره دخول الحرم بعده قصدا ضمنيا أو عارضيا ، كما إذا قصد هندى جدة لبيع وشراء أولا ويكون فى خاطره أنه إذا فرغ منه أن يدخل مكة ثانيا ، بخلاف من جاء من الهند بقصد الحج أولا ويقصد دخول جدة تبعا ولو قصد بيعا وشراء اه وهو قريب من جواب البحر ، لأن حاصله أن يكون المقصود من سفره البيع والشراء فى الحل ويكون دخول مكة تبعا ، لكن ينافيه قولهم ثم بدا له دخول مكة فإنه يفيد أنه لا بد أن يكون دخولها عارضا غير مقصود لا أصالة ولا تبعا ، بل يكون المقصود دخول الحل فقط كما هو ظاهر جواب البحر وكلام الكافى والبدائع واللباب وغيرها ، وهذا مناف لقولهم إنه الحيلة لآفاقى يريد دخول مكة بلا إحرام لأنه إذا كان قصده دخول الحل فقط لم يحتج إلى حيلة إذا بدا له دخول مكة ، على أن هذا أيضا فيمن أراد دخول مكة لحاجة غير النسك ؛ أما لو أراد النسك فلا يحل له دخولها بلا إحرام لأنه إذا صار من أهل الحل فيقاته ميقاتهم وهو الحل كما مر مرارا . فكيف من خرج من بيته لأجل الحج فافهم (قوله ويجب على من دخل مكة) أى والحرم سواء قصد التجارة أو النسك أم غيرهما كما تفيده عبارة البدائع السابقة ، وتقدم التصريح به شرحا ومتنا قبيل فصل الإحرام ، وصرح به فى اللباب أيضا (قوله فلو عاد) أى إلى الميقات كما قيد به فى الهداية ، لكن فى البدائع أنه إذا أقام بمكة حتى تحولت السنة يجزئه ميقات أهل مكة وهو الحرم للحج والحل للعمرة ، لأنه لما أقام بمكة صار فى حكم أهلها اه . والتعليل يفيد أن تحول السنة غير قيد كذا فى الفتح ، ثم التقييد بالخروج إلى الميقات لأجل سقوط الدم لا للإجزاء ، لأن الواجب عليه بدخول مكة بلا إحرام أمران : الدم والنسك وبه يحصل التوفيق كما أفاده فى الشرنبلالية (قوله عن آخر دخوله) أى وعليه قضاء ما بقى لباب (قوله وتمامه فى الفتح) حيث علل ذلك بأن الواجب قبل الأخير صار دينا فى ذمته فلا يسقط إلا بالتعيين بالنية اه ح (قوله وصح منه الخ) أى إذا دخل مكة بلا إحرام ولزمه بذلك حجة أو عمرة فخرج إلى الميقات وأحرم بحجة أو عمرة واجبة عليه بسبب آخر فإنه يجزئه ذلك عما لزمه بالدخول وإن لم ينوه إذا كان ذلك فى عام الدخول لا بعده (قوله من حجة الإسلام الخ) احترز به عما لو أحرم عما عليه بسبب الدخول فإنه قدمه فى قوله فإن عاد الخ . والظاهر أنه لو عاد إلى الميقات ونوى نسكا نفلا يقع واجبا عما عليه بالدخول ، ولا يكون نفلا لأنه بعد تقرر الوجوب عليه ، بخلاف ما إذا نواه نفلا قبل مجاوزة الميقات فإنه يقع نفلا لعدم وجوب شىء عليه بعد لحصول المقصود من تعظيم البقعة بالإحرام كما حققناه أول الحج فافهم (قوله فى عامه ذلك الخ) أى عام الدخول قال فى الهداية لأنه تلافى

لصيرورته دينا بتحويل السنة (جاوز الميقات) بلا إحرام (فأحرم بعمرة ثم أفسدها مضى وقضى ولا دم عليه) لترك الوقت لجبره بالإحرام منه فى القضاء (مكى) ومن بحكمه (طاف لعمرته ولو شوطا) أى أقل أشواطها

المتروك فى وقته ، لأن الواجب عليه تعظيم هذه البقعة بالإحرام ، كما إذا أتاه : أى الميقات محرما بحجة الإسلام فى الابتداء ، بخلاف ما إذا تحولت السنة لأنه صار دينا فى ذمته فلا يتأدى إلا بإحرام مقصود كما فى الاعتكاف المنذور ، فإنه يتأدى بصوم رمضان فى هذه السنة دون العام الثانى اهـ .

قال فى الفتح : ولقائل أن يقول : لافرق بين سنة المجاوزة وسنة أخرى، فى أىّ وقت فعل ذلك يقع أداء، إذ الدليل لم يوجب ذلك فى سنة معينة ليصير بفواتها دينا يقضى ، فهما أحرم من الميقات بنسك عليه تأدى هذا الواجب فى ضمنه ، وعلى هذا إذا تكرر الدخول بلا إحرام منه ينبغى أن لا يحتاج إلى التعيين كمن عليه يومان من رمضان فنوى مجرد قضاء ما عليه ولم يعين ، وكذا لو كانا من رمضانين على الأصح ، وكذا نقول إذا رجع مرارا فأحرم كل مرة بنسك حتى أتى على عدد دخلاته خرج عن عهدة ما عليه اهـ وأقره فى البحر (قوله لصيرورته) أى المتروك دينا ، وعلمت ما فيه من بحث الفتح .

وأورد عليه أيضا أنه ينبغى أن تسقط العمرة الواجبة بدخول مكة غير محرم بالعمرة المنذورة فى السنة الثانية كالمنذورة فى الأولى ، لأن العمرة لا تصير دينا لعدم توقتها بوقت معين ، بخلاف الحج . وأجاب فى غاية البيان بأن تأخير العمرة إلى أيام النحر والتشريق مكروه ، فإذا أخرها إليها صار كالمفوت لها فصارت دينا اهـ وأقره فى البحر . ولا يخفى ما فيه ، فإن المكروه فعلها فى تلك الأيام لا بعدها تأمل (قوله فأحرم بعمرة) يعلم منه ما إذا أحرم بحجة بالأولى نهر فافهم (قوله لترك الوقت) مصدر مضاف إلى مكانه أى لترك إحرامه فى الميقات (قوله لجبره بالإحرام منه فى القضاء) علة لقوله ولا دم عليه الخ وضمير منه للوقت أشار به إلى أنه لابد فى سقوط الدم من إحرامه فى القضاء من الميقات كما صرح به فى البحر ، فلو أحرم من الميقات المكى لم يسقط الدم وهو مستفاد أيضا مما قدمناه عن الشرنبلالية (قوله مكى طاف لعمرته الخ) شروع فى الجمع بين إحرامين، وهو فى حق المكى ومن بمعناه جناية دون الآفاقى إلا فى إضافة إحرام العمرة إلى الحج، فبالاعتبار الأول ذكره فى الجنايات،وبالاعتبار الثانى جعل له فى الكنز بابا على حدة .

ثم اعلم أن أقسامه أربعة : إدخال إحرام الحج على العمرة ، والحج على مثله ، والعمرة على مثلها، والعمرة على الحج ؛ قدم الأول لكونه أدخل فى الجناية ، ولذا لم يسقط به الدم بحال ، ثم ذكر الثانى مقدما له على غيره لقوة حاله لاشتماله على ما هو فرض ، ثم الثالث على الرابع لما فيه من الاتفاق فى الكيفية والكمية نهر (قوله ومن بحكمه) أشار إلى ما فى النهر من أن المراد بالمكى غير الآفاقى ، فشمل كل من كان داخل المواقيت من الحلى والحرمى فافهم ، فالاحتراز بالمكى عن الآفاقى لأنه لايرفض واحدا منهما غير أنه إن أضاف بعد فعل الأقل كان قارنا وإلا فهو متمتع إن كان ذلك فى أشهر الحج كما مر نهر (قوله أى أقل أشواطها) يفيد أن الشوط ليس بقيد ، وأطلقه فشمل ما إذا كان فى أشهر الحج أولا كما فى البحر عن المبسوط .

وفى النهر عن الفتح : ولو طاف الأكثر فى غير أيام الحج ، فنى المبسوط أن عليه الدم أيضا لأنه أحرم بالحج قبل الفراغ من العمرة ، وليس للمكى أن يجمع بينهما ، فإذا صار جامعا من وجه كان عليه الدم اهـ .

وفيه أيضا قيد بالعمرة لأنه لو أهلّ بالحج وطاف له ثم بالعمرة رفضها اتفاقا، وبكونه طاف لأنه لو لم يطف رفضها أيضا اتفاقا ، وبالأقل لأنه لو أتى بالأكثر رفضه أى الحج اتفاقا . وفى المبسوط أنه لا يرفض واحدا منهما،

(فأحرم بالحج رفضه) وجوبا بالحلق لنهي المكي عن الجمع بينهما (وعليه دم) لأجل (الرفض وحج وعمرة) لأنه كفائت الحج ، حتى لو حج في سنته سقطت العمرة ، ولو رفضها قضاها فقط (فلو أتمها صح) وأساء (وذبح) وهو دم جبر ، وفي الآفاقي دم شكر

وجعله الإسبيجابي ظاهر الرواية (قوله رفضه) أي تركه من باب طلب وضرب كما في المغرب ، وهذا : أي رفض الحج أولى عند الإمام . وعندهما الأولى رفض العمرة لأنها أدنى حالا . وله أن إحرامها تأكد بأداء شيء من أعمالها ، ورفض غير المتأكد أيسر ولأن في رفضها إبطال العمل وفي رفضه امتناعا عنه أفاده في البحر (قوله وجوبا) مخالف لما في البحر حيث قال بعد ما مر ، وقد ظهر أن رفض الحج مستحب لا واجب اهـ أي وإنما الواجب رفض أحدهما لا بعينه (قوله بالحلق) أي مثلا . قال في البحر : ولم يذكر بماذا يكون رافضا ، وينبغي أن يكون الرفض بالفعل بأن يحلق مثلا بعد الفراغ من أفعال العمرة ولا يكتفي بالقول أو بالنية ، لأنه جعله في الهداية تحللا وهو لا يكون إلا بفعل شيء من محظورات الإحرام اهـ .

قلت : وفي اللباب : كل من عليه الرفض يحتاج إلى نية الرفض إلا من جمع بين حجتين قبل فوات الوقوف أو بين العمرتين قبل السعي للأولى . ففي هاتين الصورتين ترتفض إحداهما من غير نية رفض ، لكن إما بالسير إلى مكة أو الشروع في أعمال أحدهما اهـ .

فعلم من مجموع ما في البحر واللباب أنه لا يحصل إلا بفعل شيء من محظورات الإحرام مع نية الرفض به وما قدمناه أوائل الجنايات عند قوله وبترك أكثره بقي محرما من أن المحرم إذا نوى رفض الإحرام فجعل يصنع ما يصنعه الحلال من لبس وحلق ونحوهما لا يخرج به من الإحرام وأن نية الرفض باطلة . فهو محمول على ما إذا لم يكن مأمورا بالرفض كما نبهنا عليه هناك . وقيد بكون الحلق بعد الفراغ من العمرة لئلا يكون جناية على إحرامها (قوله لأنه كفائت الحج) وحكمه أن يتحلل بعمرة ثم يأتي بالحج من قابل ط (قوله حتى لو حج) غاية للتعليل المفيد أنه قضاه في غير عامه ط (قوله سقطت العمرة) لأنه حينئذ ليس في معنى فائت الحج بل كالمحصر إذا تحلل ثم حج من تلك السنة ، فإنه حينئذ لا تجب عليه عمرة ، بخلاف ما إذا تحولت السنة ط وبحر (قوله ولو رفضها) أي العمرة التي طاف لها وأدخل عليها الحج (قوله قضاها) أي ولو في ذلك العام ، لأن تكرار العمرة في سنة واحدة جائز بخلاف الحج . أفاده صاحب الهندية ط (قوله فقط) أي ليس عليه عمرة أخرى كما في الحج ، وليس مراده نفي الدم . لقول الهداية : وعليه دم بالرفض أيهما رفض اهـ ح (قوله صح) لأنه أدى أفعالهما كما التزم نهر (قوله وأساء) أي مع الإثم ، لما صرحوا به من أن المكي منهيّ عن الجمع بينهما وأنه يأثم به ، وقدمنا الاختلاف في أن الإساءة دون الكراهة وفوقها والتوفيق بينهما فافهم (قوله وذبح) أي لتمكن النقصان من نسكه بارتكاب المنهي عنه لأنه قارن ، ولو أضاف بعد فعل الأكثر في أشهر الحج فمتمتع ، ولا تمتع ولا قران لمكي كما مر ، وهذا يؤيد قول من قال إن نفي التمتع والقران لمكي معناه نفي الحل كما مر نهر : أي لا نفي الصحة .

قلت : وقد مر ذلك في باب التمتع ، وقدمنا هناك تحقيق قول ثالث ، وهو أن تمتع المكي باطل وقرانه صحيح غير جائز فتذكره بالمراجعة (قوله وهو دم جبر) لأن كل دم يجب بسبب الجمع أو الرفض ، فهو دم جبر وكفارة فلا يقوم الصوم مقامه وإن كان معسرا ، ولا يجوز له أن يأكل منه ولا أن يطعمه غنيا ، بخلاف دم الشكر ،

(ومن أحرم بحج) وحج (ثم أحرم يوم النحر بآخر ، فإن) كان قد (حلق للأول) لزمه الآخر فى العام القابل (بلا دم) لانتهاء الأول (وإلا) يحلق للأول (فع دم قصر) عبر به ليعم المرأة (أولا) لجنايته على إحرامه بالتقصير أو التأخير :

شرح اللباب (قوله ومن أحرم بحج الخ) شروع فى القسم الثانى والثالث أعنى إدخال الحج على مثله والعمرة على مثلها .

واعلم أن الإحرام بحجتين فصاعدا . إما أن يكون على التراخى ، أومعا ، أو على التعاقب ؛ فالأول ماذكره فى المتن ولذا أتى بثم . وأما الأخيران : فنى النهر يلزمه الحجتان عند الإمام . والثانى : لكن يرتفض أحدهما إذا توجه سائرا فى ظاهر الرواية . وقال الثانى : عقب صيرورته محرما بلا مهلة ، وأثر الخلاف يظهر فيما إذا جنى قبل الشروع . وقال محمد : يلزمه فى المعية أحدهما وفى التعاقب الأول فقط ، والعمرتان كالحجتين اهـ .

قلت : وأثر الخلاف لزوم دمين بالجناية عندهما ، ودم واحد عند محمد كما فى البدائع .

واستشكله فى شرح اللباب بأنه عند الثانى يرتفض أحدهما عقب الإحرام بلا مكث أى فلم تكن الجناية عنده على إحرامين بل على واحد ؛ فيلزمه بالجناية دم واحد كقول محمد (قوله ثم أحرم يوم النحر بآخر) قيد بكونه يوم النحر ؛ لأنه لو أحرم بعرفات ليلا أو نهارا رفض الثانية وعليه دم الرفض وحجة وعمرة ، ثم عند الثانى يرتفض كما مر ، وعند الأول بوقوفه كما فى المحيط . وينبغى أنه لو أحرم ليلة النحر بعد الوقوف نهارا أن يرتفض بالوقوف بالمزدلفة لا بعرفة لأنه سابق بحر ، لكن قياس ظاهر الرواية المتقدم أن تبطل بالمسير إليها نهر (قوله فإن كان قد حلق للأول) أى لحجه الأول قبل إحرامه بالثانى (قوله لزمه الآخر) أى فيبقى محرما إلى أن يؤديه فى العام القابل لباب (قوله لإنتهاء الأول) لأن الباقى بعد الحلق الرمى ، وبذلك لايصير جانيا بالإحرام ثانيا نهر . ومقتضاه أن الإحرام الثانى وقع بعد الحلق وبعد طواف الزيارة أيضا ،وأنه لو أحرم بعد الحلق قبل الطواف لزمه دم الجمع ، لأن الإحرام الأول بقى فى حق حرمة النساء ، وبه صرح الكرمانى ؛ لكن المتبادر من المتن وغيره كالهداية وشروحها والكافى خلافه ، لإطلاقهم نفى الدم بعد الحلق من غير تقييد بما بعد الطواف أيضا ، لكن قال فى شرح اللباب إن إطلاقهم لاينافى تقييد الكرمانى اهـ أى فيحمل المطلق على المقيد .

قلت : لكن مافى الكرمانى مبنى على وجوب دم للجمع بين إحرامى الحج كإحرامى العمرة، ويأتى الكلام فيه قريبا (قوله فع دم) الفاء داخلة على فعل مقدر أى فيلزمه الآخر مع دم (قوله قصر أولا) أى إذا لم يحلق للأول ثم أحرم بالثانى لزمه دم ، سواء حلق عقب الإحرام الثانى أولا بل أخره حتى حج فى العام القابل ، وهذا عنده ، وهما يخصان الوجوب بما إذا حلق لأنهما لايوجبان بالتأخير شيئا كما فى البحر (قوله عبر به الخ) أشار إلى أن التقصير غير قيد ، وإنما عبر به ليشمل المرأة ، لكن فيه أنه عبر قبله بالحلق .

وقد يقال إنه من قبيل الاحتباك ، وهو أن يصرح فى كل موضع بما سكت عنه فى الآخر ليفيد إرادة كل مع الاختصار . وما فى النهر من أن المراد هنا بالتقصير الحلق إذا التقصير لا دم فيه إنما فيه الصدقة ، فقد قدمنا أول الجنايات أن الصواب خلافه فافهم (قوله لجنايته على إحرامه) أى إحرام الحجة الثانية ، أما إحرام الحجة الأولى فقد انتهى بهذا التقصير فلا جناية عليه ، وقوله أو التأخير عطف على مدخول اللام لا على التقصير ، لأن تأخير الحلق عن أيام النحر ترك واجب لا جناية على الإحرام ؛ ولو أسقط قوله على إحرامه لكان أولى ، وأشار بجعل العلة لوجوب الدم أحد هذين إلى أنه لايلزمه دم للجمع بين إحرامى الحجين لأنه ليس جناية كما يأتى ، أفاده ح

(ومن أتى بعمرة إلا الحلق فأحرم بأخرى ذبح) الأصل أن الجمع بين إحرامين لعمرتين مكروه تحريما فيلزم الدم لا لحجتين فى ظاهر الرواية فلا يلزم .

(آفاق أحرم بحج ثم) أحرم (بعمرة لزماه)

(قوله ومن أتى بعمرة إلا الحلق الخ) قدمنا أن الحكم فى الجمع بين العمرتين كالجمع بين الحجتين أى فى اللزوم والرفض ووقته مما يتصور فى العمرة كما فى اللباب . ثم قال : فلو أحرم بعمرة فطاف لها شوطا أو كله أو لم يطف شيئا ثم أحرم بأخرى لزمه رفض الثانية وقضاؤها ودم للرفض ؛ ولو طاف وسعى للأولى ولم يبق عليه إلا الحلق فأهل بأخرى لزمته ولا يرفضها وعليه دم الجمع ، وإن حلق للأولى قبل الفراغ من الثانية لزمه دم آخر ، ولو بعده لا ؛ ولو أفسد الأولى أى بأن جامع قبل طوافها فأهل بالثانية رفضها ويمضى فى الأولى ، ولو نوى رفض الأولى وأن يكون عمله لثانية لم ينفعه وكذا هذا فى الحجتين اه لكن قدمنا عنه أنه لو جمع بين عمرتين قبل السعى للأولى ترتفض إحداهما بالشروع من غير نية رفض ؛ فقوله هنا لزمه رفض الثانية فيه نظر فتدبر (قوله فيلزم الدم) أى لجناية الجمع ولادم لتأخير الحلق هنا لأنه فى العمرة غير موقت بالزمان كما مر إلا إذا حلق قبل الفراغ من الثانية فيلزم دم آخر كما علمته آنفا (قوله لا لحجتين) عطف على العمرتين ؛ وقوله فلا يلزم أى دم الجمع ، بل يلزم دم التأخير أو التقصير فقط كما مر وقد تبع الشارح فى ذلك صاحب البحر حيث قال : وصرح فى الهداية بأنه أى الجمع بين إحرامى حجين أو عمرتين بدعة ، وأفرط فى غاية البيان بقوله إنه حرام لأنه بدعة وهو سهو لما فى المحيط والجمع بين إحرامى الحج لا يكره فى ظاهر الرواية ؛ لأنه فى العمرة إنما كره لأنه يصير جامعا بينهما فى الفعل لأنه يؤديهما فى سنة واحدة ؛ بخلاف الحج اه فلذا فرق المصنف بين الحج والعمرة تبعا للجامع الصغير فإنه أوجب دما واحدا للحج . وقال بعض المشايخ : يجب دم آخر للجمع اتباعا لرواية الأصل وقد علمت أن الفرق بينهما ظاهر الرواية ، هذا خلاصة ما فى البحر .

أقول : وفى المعراج عن الكافى : قيل لا خلاف بين الروايتين : أى رواية الجامع الصغير ورواية الأصل ؛ لأنه سكت فى الجامع عن إيجاب الدم للجمع وما نفاه ؛ وقيل بل فيه روايتان اه . وفى شرح اللباب وقالوا : فيه روايتان أصحهما الوجوب ، وبه صرح التمرتاشى وغيره ، وقيل ليس إلا رواية الوجوب . قال ابن الهمام وهو الأوجه اه .

وتعقب ابن الهمام ما فى المحيط بأن كونه يتمكن من أداء العمرة الثانية فى سنة لا يوجب الجمع بينهما فعلا ، فاستوى الحج والعمرة .

قلت : وكتاب الأصل ، وهو المبسوط من كتب ظاهر الرواية أيضا فلذا صححوا رواية الوجوب بناء على تحقق اختلاف الرواية وإلا فالأصل عدمه ، فإن كلا من الأصل والجامع من كتب الإمام محمد ، فالظاهر أن ما أطلقه فى أحدهما محمول على ما قيده فى الآخر ، فلذا استوجه فى الفتح أنه ليس ثمة إلا رواية الوجوب ويؤيده مامر من كلام الهداية وغاية البيان ، فقوله فى البحر إنه سهو مما لا ينبغى ، كيف وقد قال فى التتارخانية : الجمع بين إحرام الحج والعمرة بدعة . وفى الجامع الصغير : العتابى حرام لأنه من أكبر الكبائر ، هكذا روى عن النبى صلى الله عليه وسلم اه (قوله آفاق الخ) شروع فى القسم الرابع (قوله ثم أحرم بعمرة) أى قبل أن يشرع فى طواف القدوم لباب ، ويدل عليه المقابلة بقوله فإن طاف له : أى شرع فيه ولو قليلا كما تعرفه قريبا ، وقدمناه فى أول باب القران ، ولم يتقدم خلافه فافهم (قوله لزماه) لأن الجمع بينهما مشروع فى حق الآفاق فيصير بذلك قارنا

وصار قارنا مسيئاً (و) لذا (بطلت) عمرته (بالوقوف قبل أفعالها) لأنها لم تشرع مرتبة على الحج (لابالتوجه) إلى عرفة (فإن طاف له) طواف القدوم (ثم أحرم بها فضى عليهما ذبح) وهو دم جبر (وندب رفضها) لتأكده بطوافه (فإن رفض قضى) لصحة الشروع فيهما (وأراق دما) لرفضها .

(حج فأهلّ بعمرة يوم النحر أو فى ثلاثة) أيام (بعده لزمته)

لكنه أخطأ السنة فيصير مسيئا هداية ، لأن السنة فى القران أن يحرم بهما معا أو يقدم إحرام العمرة على إحرام الحج زيلعى لكن الثانى يسمى تمتعا عرفا (قوله وصار قارنا مسيئا) قال فى شرح اللباب : وعليه دم شكر لقلة إساءته ولعدم وجوب رفض عمرته اه .

قلت : والأولى أن يقول ولعدم ندب رفض عمرته ، بخلاف ما إذا أحرم لها بعد طواف القدوم للحج فإنه يندب رفضها كما يأتى (قوله كمامر(١)) أى فى أوائل باب القران (قوله ولذا بطلت عمرته) المناسب أن يقدم عليه قوله الآتى لأنها لم تشرع الخ لأن كونه صار قارنا مسيئا معلل بكون العمرة لم تشرع مرتبة على الحج ، وبطلان عمرته بالوقوف مفرع على هذا التعليل كما يعلم من الهداية وغيرها فافهم (قوله بالوقوف) أى إذا وقف بعرفة قبل أن يدخل مكة فقد صار رافضا لعمرته بالوقوف . وإن توجه إلى عرفات ولم يقف بها بعد لا يصير رافضا لأنه يصير قارنا زيلعى . والمراد أنه أحرم بالعمرة ولم يأت بأكثر أشواطها حتى وقف بعرفات ، فالإتيان بالأقل كالعدم بحر ، فالمراد بقوله قبل أفعالها أكثر أشواطها (قوله فإن طاف له) أى للحج ولو شوطا كما ذكره فى البحر فى باب القران . وقال فى الفتح : وإن أدخل إحرام العمرة على إحرام الحج ، فإن كان قبل أن يطوف شيئا من طواف القدوم فهو قارن مسئ وعليه دم شكر ، وإن كان بعد ماشرع فيه ولو قليلا فهو أكثر إساءة وعليه دم اه وقدمنا مثله فى باب القران عن اللباب وشرحه فهذا نص صريح فى وجوب الدم فى الصورتين ، وأن الأول دم شكر أى اتفاقا والثانى دم جبر أو شكر على الخلاف الآتى وفى أن المراد بالطواف فيهما الشروع فيه ولو شوطا فافهم . وأما ماقدمناه آنفا عن البحر من أن الأقل كالعدم فذاك فى طواف العمرة ، والكلام فى طواف الحج فافهم (قوله فضى عليهما) قال الزيلعى المراد بالمضى عليها أن يقدم أفعال العمرة على أفعال الحج لأنه قارن على مابينا ولكنه أساء أكثر من الأول حيث أخر إحرام العمرة على طواف الحج أى طواف القدوم غير أنه ليس بركن فيه فيمكنه أن يأتى بأفعال العمرة ثم بأفعال الحج ويجب عليه دم اه (قوله وهو دم جبر) أى على ما اختاره فخر الإسلام ودم شكر على مااختاره شمس الأئمة . وثمرته تظهر فى جواز الأكل زيلعى ، وصحح الأول فى الهداية واختار الثانى فى الفتح وقواه وأطال الكلام فيه بحر . قلت : وكذا اختاره فى اللباب ، وعبر عن الأول بقيل (قوله لتأكده بطوافه) أى لأن إحرام الحج قد تأكد بشىء من أعماله ، بخلاف ما إذا لم يطف للحج هداية أى فإنه لايستحب له رفضها لعدم تأكده لأنه لم يقدم إلا الإحرام ، ولا ترتيب فيه ، أما هنا فقد فاته الترتيب من وجه لتقديم طواف القدوم ، وإنما لم يجب الرفض لأن المؤدى ليس بركن الحج كما فى الزيلعى (قوله قضى) أى العمرة ، وقوله لصحة الشروع : أى وهى مما يلزم بالشروع ط (قوله حج الخ) من تتمة المسألة التى قبلها ، لأن مامر فيما إذا أدخل العمرة على الحج قبل الوقوف بعد الشروع فى طواف القدوم أو قبله ، وهذا فيما لو أدخلها بعد الوقوف قبل الحلق أو طواف الزيارة أو بعده فى يوم النحر أو أيام التشريق كما أفاده فى اللباب وصرح فيه

---

(١) (قول المحشى كما مر) ليس فى نسخ الشارح التى بأيدينا اه مصححه .

بالشروع ، لكن مع كراهة التحريم (ورفضت) وجوبا تخلصا من الإثم (وقضيت مع دم) للرفض (وإن مضى عليها (صح وعليه دم) لارتكاب الكراهة فهو دم جبر (فائت الحج إذا أحرم به أو بها وجب الرفض) لأن الجمع بين إحرامين لحجتين أو لعمرتين غير مشروع (و) لما فاته الحج بقى فى إحرامه فيلزمه أن (يتحلل) عن إحرام الحج (بأفعال العمرة ثم)

بأنه لايكون قارنا لكنه خلاف ظاهر مايأتى (قوله بالشروع) لأن الشروع فيها ملزم كما مر (قوله ورفضت) حكى فيه خلافا فى الهداية بقوله وقيل إذا حلق للحج ثم أحرم لا يرفضها على ظاهر ما ذكر فى الأصل . وقيل يرفضها احترازا عن النهى . قال الفقيه أبو جعفر ومشايخنا على هذا اه : أى على وجوب الرفض وإن كان بعد الحلق . وصححه المتأخرون لأنه بقى عليه واجبات من الحج كالرمى وطواف الصدر وسنة المبيت . وقد كرهت العمرة فى هذه الأيام ، فيكون بانيا أفعال العمرة على أفعال الحج بلا ريب كذا فى الفتح . قلت : وظاهره أنه قارن مسىء تأمل (قوله صح) لأن الكراهة لمعنى فى غيرها وهو كونه مشغولا فى هذه الأيام بأداء بقية أعمال الحج هداية (قوله لارتكاب الكراهة) أى لجمعه بينهما إما فى الإحرام أو فى الأعمال الباقية هداية : أى فى الإحرام إن أحرم بالعمرة قبل الحلق ، وفى الأعمال إن أحرم بعده معراج ويلزم من الأول الثانى بلا عكس .

[تنبيه] قال فى شرح اللباب بعد تقرير حكم المسألة ومنه يعلم مسألة كثيرة الوقوع لأهل مكة وغيرهم أنهم قد يعتمرون قبل أن يسعوا لحجهم اه أى فيلزمهم دم الرفض أو دم الجمع لكن مقتضى تقييدهم الإحرام بالعمرة يوم النحر أو أيام التشريق أنه لو كان بعد هذه الأيام لايلزم الدم لكن يخالفه ماعلمته من تعليل الهداية فالسعى وإن جاز تأخيره عن أيام النحر والتشريق ، لكنه إذا أحرم بالعمرة قبله يصير جامعا بينها وبين أعمال الحج . ويظهر لى أن العلة فى الكراهة ولزوم الرفض هى الجمع أو وقوع الإحرام فى هذه الأيام فأيهما وجد كفى لكن لما كانت هذه الأيام هى أيام أداء بقية أعمال الحج على الوجه الأكمل قيدوا بها كما يشير إليه ماقدمناه عن الهداية وكذا قوله فيها معللا للزوم الرفض لأنه قد أدى ركن الحج فيصير بانيا أفعال العمرة على أفعال الحج من كل وجه وقد كرهت العمرة فى هذه الأيام أيضا فلهذا يلزمه رفضها اه فقوله وقد كرهت الخ بيان للعلة الأخرى ولما لم يأت بها على طريق التعليل كما أتى بما قبلها صرح بكونها علة أيضا بقوله فلذا يلزمه رفضها (قوله فائت الحج الخ) من تتمة ماقبله أيضا ولذا قال فى الهداية فاته فإن الحج بالفاء التفريعية فهو إشارة إلى أن مامر من المنع عن الجمع لافرق فيه بين من أدرك الحج ومن فاته (قوله به أو بها) أى بالحج أو بالعمرة (قوله لأن الجمع الخ) بيانه أن فائت الحج حاج إحراما لأن إحرام الحج باق ومعتمر أداء لأنه يتحلل بأفعال العمرة من غير أن ينقلب إحرامه إحرام العمرة فإذا أحرم بحجة يصير جامعا بين الحجتين إحراما وهو بدعة فيرفضها ، وإن أحرم بعمرة يصير جامعا بين العمرتين أفعالا وهو بدعة أيضا فيرفضها ، كذا فى الزيلعى وغيره .

واعلم أن فى كلام الشارح هنا أمرين .

الأول : أنه كان ينبغى أن يقول لأن الجمع بين حجتين أو عمرتين بإسقاط قوله إحرامين ، لما علمت من أن اللازم من الإحرام بعمرة هو الجمع بين عمرتين أفعالا لا إحراما إذا لم ينقلب إحرام الحج إحرام عمرة .

والثانى : أن قوله غير مشروع مخالف لما مشى عليه أولا من أن الجمع بين إحرامى العمرتين مكروه دون الحجتين فى ظاهر الرواية ، فإن غير المشروع مانهى الشارع عن فعله أو تركه ومن جملته المكروه ، والمشروع بخلافه فلا يتناول المكروه كما فى القهستانى على الكيدانية .

بعده (يقضي) ماأحرم به لصحة الشروع (ويذبح) للتحلل قبل أوانه بالرفض .

باب الإحصار

هو لغة : المنع . وشرعا : منع عن ركن (إذا أحصر بعدو أو مرض) أو موت محرم أو هلاك نفقة

قلت : ويمكن الجواب عن الأول بأن قوله أو لعمرتين معطوف على الظرف المتعلق بالجمع فيتعلق به أيضا لابإحرامين بقرينة إعادته حرف الجر . وعن الثانى بأنه مشى على الرواية الثانية ، وقد علمت ترجيحها أيضا فلا مانع منه فافهم (قوله وبعده(١)) أى بعد التحلل بأفعال العمرة (قوله للرفض) أى رفض ماأحرم به ثانيا وهو علة للتحلل . وفى بعض النسخ بالرفض وفيه قلب . لأن الرفض المطلوب منه يكون بالتحلل : أى بالحلق ، أو بفعل شيء من المحظورات مع النية كما مر . فالأولى عبارة البحر وغيره . وهى للرفض بالتحلل قبل أوانه فافهم والله سبحانه أعلم .

باب الإحصار

لما كان التحلل بالإحصار نوع جناية بدليل أن مايلزمه ليس له أن يأكل منه ذكره عقب الجنايات . وأخره لأن مبناه على الاضطرار وتلك على الاختيار نهر (قوله لغة المنع) أى بخوف أو مرض أو عجز أما لو منعه عدو بحبس فى سجن أو مدينة فهو حصر كما فى الكشاف وغيره . وفى المغرب أن هذا هو المشهور ، وتمامه فى شرح ابن كمال (قوله وشرعا منع عن ركنين) هما الوقوف والطواف فى الحج ، لكن سيأتى أن العمرة يتحقق فيها الإحصار ، ولها ركن واحد وهو الوقوف (٢) وفى بعض النسخ عن ركن بالإفراد . والمراد به الماهية : أى عما هو ركن النسك متعددا أو متحدا تأمل (قوله بعدو) أى آدمى أو سبع (قوله أو مرض) أى يزداد بالذهاب (قوله أو موت محرم) أراد به من لامحرم خلوته بالمرأة فيشمل زوجها . وكونهما عدمهما ابتداء : فلو أحرمت وليس لها محرم ولا زوج فهى محصرة كما فى اللباب والبحر . ثم هذا إذا كان بينها وبين مكة مسيرة سفر وبلدها أقل منه أو أكثر ، لكن يمكنها المقام فى موضعها وإلا فلا إحصار فيما يظهر (قوله أو هلاك نفقة) فإن سرقت نفقته . إن قدر على المشى فليس بمحصر وإلا فمحصر . وإن قدر عليه للحال إلا أنه يخاف العجز فى بعض الطريق جاز له التحلل لباب ، وظاهر كلامهم هذا أن المراد بالنفقة مايشمل الراحلة تأمل .

[تتمة] زاد فى اللباب : مما يكون به محصرا أمور أخر .

منها العدة ، فلو أهلت بالحج فطلقها زوجها ولزمتها العدة صارت محصرة ولو مقيمة أو مسافرة معها محرم : ومنها لو ضل عن الطريق لكن إن وجد من يبعث الهدى معه فذلك الرجل يهديه إلى الطريق وإلا فلا يمكنه التحلل لعجزه عن تبليغ الهدى محله . قال فى الفتح : فهو كالمحصر الذى لم يقدر على الهدى .

---

(١) (قوله المحشى وبعده) الذى فى نسخ الشارح التى بأيدينا (ثم بعده) .

(٢) لعله الطواف اه منه

والحاصل أن الحصر هو المنع فى مكان من الخروج . والإحصار المنع من الوصول إلى المطلوب بمرض أو عدو فلا يرد إجماع المفسرين على أن قوله تعالى – فإن أحصرتم – نزلت فى المنع من العدو ، لأن الإحصار أعم من الحصر لشموله منع العدو وغيره ، بخلاف الحصر ، ولهذا نقل بعض شراح الهداية عن تفسير القتبى : الإحصار . هو أن يعرض للرجل مايحول بينه وبين الحج من مرض أو كسر أو عدو . يقال أحصر الرجل إحصارا فهو محصر . فإن حبس فى سجن أو دار قيل حصر فهو محصور اه منه

حل له التحلل فحينئذ (بعث المفرد دما) أو قيمته فإن لم يجد بقي محرما حتى يجد أو يتحلل بطواف وعن الثاني أنه يقوم الدم بالطعام ويتصدق به فإن لم يجد صام عن كل نصف صاع يوما (والقارن دمين) فلو بعث واحدا لم يتحلل عنه (وعين يوم الذبح) ليعلم متى يتحلل ويذبحه (في الحرم ولو قبل يوم النحر) خلافا لهما (ولو لم يفعل ورجع إلى أهله بغير تحلل وصبر) محرما

ومنها منع الزوج زوجته إذا أحرمت بنفل بلا إذنه ، أو المولى مملوكه عبدا كان أو أمة ، فلو بإذنه أو أحرمت بفرض فغير محصرة لو لها محرم ، أو خرج الزوج معها ؛ وليس له منعها وتحليلها ؛ وهذا لو إحرامها بالفرض في أشهر الحج أو قبلها في وقت خروج أهل بلدها أو قبله بأيام يسيرة ، وإلا فله منعها . وأما المملوك فيكره لمولاه منعه بعد الإحرام بإذنه وهو محصر ؛ وليس لزوج الأمة منعها بعد إذن المولى .

واعلم أن كل من منع عن المضي في موجب الإحرام لحق العبد فإنه يتحلل بغير الهدى ، فإذا أحرمت المرأة أو العبد بلا إذن الزوج أو المولى فلهما أن يحللاهما في الحال كما سيأتي بيانه آخر الحج ، ولا يتوقف على ذبح . وعلى المرأة أن تبعث الهدى أو ثمنه إلى الحرم ، وعليها إن كان إحرامها بحج حج وعمرة ، وإن بعمرة فعمرة ؛ بخلاف ما لو مات زوجها أو محرمها في الطريق فلا تتحلل إلا بالهدى ؛ ولعل الفرق أن إحصارها حقيقي والأول حكمي ؛ وعلى العبد هدى الإحصار بعد العتق وحجة وعمرة اهـ . ملخصا من اللباب وشرحه (قوله حل له التحلل) أفاد أنه رخصة في حقه حتى لا يمتد إحرامه فيشق عليه وأن له أن يبقى محرما كما يأتي (قوله بعث المفرد) أي بالحج أو العمرة إلى الحرم قهستاني (قوله دما) سيأتي بيانه في باب الهدى . فلو بعث دمين تحلل بأولهما لأن الثاني تطوع كما في الينابيع قهستاني (قوله أو قيمته) أي يشترى بها شاة هناك وتذبح عنه هداية ، وفيه إيماء إلى أنه لا يجوز التصدق بتلك القيمة شرح اللباب (قوله فإن لم يجد بقي محرما) فلا يتحلل عندنا إلا بالدم نهاية ، ولا يقوم الصوم والإطعام مقامه بحر ، ولا يفيد اشتراط الإحلال عند الإحرام شيئا لباب . قال شارحه : هذا هو المسطور في كتب المذهب . ونقل الكرماني والسروجي عن محمد أنه إن اشترط الإحلال عند الإحرام إذا أحصر جاز له التحلل بغير هدى (قوله أو يتحلل بطواف) أي ويسعى ويحلق بحر عن الخانية ، وهذا إن قدر على الوصول إلى مكة ، فإن عجز عنه وعن الهدى يبقى محرما أبدا . قال في الفتح : هذا هو المذهب المعروف (قوله وعن الثاني) رده في الفتح بأنه مخالف للنص (قوله والقارن دمين) فيه إشارة إلى أنه لا يتحلل إلا بذبح الثاني وأنه لا يشترط تعيين أحدهما للحج والآخر للعمرة قهستاني ، وكالقارن من جمع بين حجتين أو عمرتين فأحصر قبل السير إلى مكة ، فلو بعده يلزمه دم واحد لباب لأنه يصير رافضا لأحدهما بحر (قوله فلو بعث واحدا الخ) عبارة الهداية : فإن بعث بهدى واحد ليتحلل عن الحج ويبقى في إحرام العمرة لم يتحلل عن واحد منهما ، لأن التحلل منهما شرع في حالة واحدة اهـ . زاد في اللباب : ولو بعث ثمن هديين فلم يوجد بذلك القدر بمكة إلا هدى واحد فذبح لم يتحلل عن الإحرامين ولا عن أحدهما (قوله وعين يوم الذبح) لابد أيضا من تعيين وقته من ذلك اليوم إذا أراد التحلل فيه لئلا يقع قبل الذبح ، فإذا عين وقت الزوال مثلا يتحلل بعده ، وإلا احتمل أن يكون الذبح وقت العصر والتحلل قبله (قوله خلافا لهما) حيث قالا إنه لا يجوز الذبح للمحصر بالحج إلا في يوم النحر ؛ ويجوز للمحصر بالعمرة متى شاء هداية فعلى قولهما لا حاجة إلى المواعدة في الحج لتعين يوم النحر وقتاله إلا إذا كان بعد أيام النحر فيحتاج إليها عند الكل كما في المحصر بالعمرة أفاده في شرح اللباب . قال في البحر : وفيه نظر ، لأنه مؤقت عندهما بأيام النحر لا باليوم الأول فيحتاج إلى المواعدة لتعيين اليوم الأول أو الثاني أو الثالث . وقد يقال : يمكنه الصبر إلى مضي الثلاثة ، فلا يحتاج إليها اهـ .

(حتى زال الخوف جاز فإن أدرك الحج فيها) ونعمت (وإلا تحلل بالعمرة) لأن التحلل بالذبح إنما هو للضرورة حتى لايمتد إحرامه فيشق عليه زيلعي (وبذبحه يحل) ولو (بلا حلق وتقصير) هذا فائدة التعيين ، فلو ظن ذبحه ففعل كالحلال فظهر أنه لم يذبح أو ذبح في حل لزمه جزاء ماجنى (و) يجب (عليه إن حل من حجه) ولو نفلا (حجة) بالشروع (وعمرة) للتحلل إن لم يحج من عامه

(قوله الخوف) المراد به المانع خوفا أو غيره (قوله وإلا) بأن فاته الحج بفوت الوقوف ط وهذا لو محصرا بالحج ، فلو بالعمرة زال إحصاره بقدرته عليها (قوله لأن التحلل) علة لقوله جاز (قوله فيشق) بالنصب في جواب النفي ط وهو من باب نصر فالشين مضمومة (قوله وبذبحه يحل) في اللباب : ولا يخرج من الإحرام بمجرد الذبح حتى يتحلل بفعل اهـ . أي من محظورات الإحرام ولو بغير حلق قاري .

قلت : وهذا مخالف لكلام المصنف وغيره مع أنه لاتظهر له ثمرة تأمل . وأفاد أنه لو سرق بعد ذبحه لاشيء عليه ، وإن لم يسرق تصادق به ويضمن الوكيل قيمة ما أكل منه لو غنيا ويتصادق بها على الفقراء كما في اللباب (قوله ولو بلا حلق وتقصير) لكن لو فعله كان حسنا وهذا عندهما . وعن الثاني روايتان : في رواية يجب أحدهما ، وإن لم يفعل فعليه دم . وفي رواية ينبغي أن يفعل وإلا فلا شيء عليه وهو ظاهر الرواية ، كذا في الحقائق عن مبسوط خواهر زاده وجامع المحبوبي . فلا خلاف على ظاهر الرواية . وفي السراج : وهذا الخلاف إذا أحصر في الحل ، أما في الحرم فالحلق واجب اهـ . قال في الشرنبلالية . كذا جزم به في الجوهرة والكافي ، وحكاه البرجندي عن المصفى بقيل فقال : وقيل إنما لايجب الحلق على قولها إذا كان الإحصار في غير الحرم ، أما فيه فعليه الحلق (قوله هذا) أي ما أفاده قوله وبذبحه يحل من أنه لا يحل قبل الذبح (قوله ففعل كالحلال) أي كما يفعل الحلال من حلق وطيب ونحو ذلك (قوله أو ذبح في حل) محترز قول المصنف في الحرم ط (قوله لزمه جزاء ماجنى) ويتعدد بتعدد الجنايات ط .

قلت : ولم أر من صرح بذلك . نعم هو ظاهر كلامهم . ولينظر الفرق بينه وبين ما مر من أن المحرم لو نوى الرفض ففعل كالحلال على ظن خروجه من الإحرام بذلك لزمه دم واحد لجميع ما ارتكب لاستناد الكل إلى قصد واحد وعللوا ذلك بأن التأويل الفاسد معتبر في دفع الضمانات الدنيوية كالباغي إذا أتلف مال العادل أو قتله . ولا يخفى استناد الكل هنا إلى قصد واحد أيضا . ولذا قال بعض محشي الزيلعي : ينبغي عدم التعدد هنا أيضا (قوله ويجب) أي يلزم . فيشمل الفرض القطعي . كما لو أحصر عن حجة الفرض . والواجب الاصطلاحي كما لو أحصر عن النفل أفاده ط (قوله ولو نفلا) أفاد شمول وجوب القضاء للفرض والنفل والمظنون والمفسد والحج عن الغير والحر والعبد ، إلا أن وجوب أداء القضاء على العبد يتأخر إلى مابعد العتق لباب . والمظنون : هو مالو أحرم على ظن أن عليه الحج ثم ظهر عدمه فأحصر . وصرح البزدوي وصاحب الكشف أنه لاقضاء عليه ، لكن صرح السروجي في الغاية بأن الأصح وجوبه كما لو أفسده بلا إحصار أفاده القاري (قوله بالشروع) أي بسبب شروعه فيها . وفيه أن هذا إنما يظهر في النفل . أما الفرض فهو واجب القضاء بالأمر لا بالشروع تأمل (قوله للتحلل) لأنه في معنى فائت الحج يتحلل بأفعال العمرة . فإذا لم يأت بها قضاها نهر .

والحاصل أن المحرم بالحج يلزمه الحج ابتداء ، وعند العجز تلزمه العمرة ، فإذا لم يأت بهما يلزمه قضاؤهما كما لو أحرم بهما كما في جامع قاضيخان (قوله إن لم يحج من عامه) أما لو حج منه لم يجب معها عمرة لأنه لايكون

(وعلى المعتمر عمرة ، و) على (القارن حجة وعمرتان) إحداهما للتحلل (فإن بعث ثم زال الإحصار وقدر على إدراك (الهدى والحج) معا (توجه) وجوبا (وإلا) يقدر عليهما (لايلزمه) التوجه وهى رباعية (ولا إحصار بعد ماوقف بعرفة)

كفائت الحج فتح . وأيضا إنما تجب عمرة مع الحج إذا حل بالذبح . أما إذا حل بأفعال العمرة فلا عمرة عليه فى القضاء شرح اللباب .

[تنبيه] إذا قضى الحج والعمرة إن شاء قضاهما بقران أو إفراد .

واعلم أن نية القضاء إنما تلزم إذا تحولت السنة اتفاقا لو إحصاره بحج نفل ، فلو بحجة الإسلام فلا لأنها قد بقيت عليه حين لم يؤدها فينويها من قابل فتح (قوله وعلى المعتمر عمرة) أى على المعتمر إذا أحصر قضاء عمرة ، وهذا فرع تحقق الإحصار عنها . ومن فروع المسألة مالو أهل بنسك مبهم ، فإن أحصر قبل التعيين كان عليه أن يبعث بهدى واحد ويقضى عمرة استحسانا ، وفى القياس حجة وعمرة وتمامه فى النهر (قوله وعلى القارن حجة وعمرتان) ويتخير فى القضاء بين الإفراد والقران كما صرحوا به ، وحققه فى البحر ، فيفرد كلا من الثلاثة أو يجمع بين حجة وعمرة ثم يأتى بعمرة كما فى شرح اللباب (قوله إحداهما للتحلل) يشير إلى أن لزوم العمرتين فيما إذا لم يحج من عام الإحصار ، إذ لو حج من عامه بأن زال الإحصار بعد الذبح وقدر على تجديد الإحرام والأداء فعلى كان عليه عمرة القران فقط كما فى الفتح . لأنه لايكون كفائت الحج ، فلا تلزمه عمرة التحلل كما مر فى المفرد .

قلت : ومثله لو حل بأفعال العمرة كما يفهم مما مر (قوله توجه وجوبا) أى ليؤدى الحج لقدرته على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل نهر . ويفعل بهديه ماشاء : أى من بيع أو هبة أو صدقة ونحو ذلك، شرح اللباب (قوله وإلا يقدر عليهما) أى على مجموعهما ، بأن لم يقدر على واحد منهما أو قدر على الهدى فقط أو الحج فقط (قوله لايلزمه التوجه) أما إذا لم يقدر عليهما أو قدر على الهدى فقط فظاهر ، لكنه لو توجه ليتحلل بأفعال العمرة جاز لأنه هو الأصل فى التحلل ، وفيه سقوط العمرة عنه . وأما إذا قدر على الحج دون الهدى ، فجواز التحلل قول الإمام ، وهو الاستحسان ، لأنه لو لم يتحلل لضاع ماله مجانا ، وحرمة المال كحرمة النفس ، إلا أن الأفضل أن يتوجه ، وتمامه فى النهر .

[تنبيه] لايتصور فى حق المعتمر فقط عدم إدراك العمرة لأن وقتها جميع العمر فلها من الأربع صورتان فقط : أن يدرك الهدى والعمرة ، أو يدرك العمرة فقط وقد علم حكمهما ، أفاده الرحمتى ، ونحوه فى اللباب .

[فرع] لو بعث الهدى ثم زال إحصاره وحدث إحصار آخر ، فإن علم أنه يدرك الهدى ونوى به إحصاره الثانى جاز وحل به ، وإن لم ينو لم يجز ، ولو بعث هديا لجزاء صيد ثم أحصر ونوى أن يكون لإحصاره جاز ، وعليه إقامة غيره مقامه لباب (قوله ولا إحصار بعد ماوقف بعرفة) فلو وقف بعرفة ثم عرض له مانع لايتحلل بالهدى بل يبقى محرما فى حق كل شىء إن لم يحلق : أى بعد دخول وقته ، وإن حلق فهو محرم فى حق النساء لاغير إلى أن يطوف للزيارة ، فإن منع حتى مضت أيام النحر فعليه أربعة دماء : لترك الوقوف بمزدلفة والرمى ، وتأخير الطواف ، وتأخير الحلق كما فى اللباب والزيلعى وغيرهما .

مطلب كافى الحاكم هو جمع كلام محمد فى كتبه الستة كتب ظاهر الرواية

ونقله فى البحر عن كافى الحاكم الذى هو جمع كلام محمد فى كتبه الستة التى هى ظاهر الرواية . ثم استشكله فى البحر بأن واجب الحج إذا ترك لعذر لاشىء فيه ، حتى لو ترك الوقوف بمزدلفة خوف الزحام لاشىء عليه

للأمن (من الفوات) والممنوع لو (بمكة عن الركنين محصر) على الأصح (والقادر على أحدهما لا) أما على الوقوف فلتمام حجه به ، وأما على الطواف فلتحلله به كما مر .

باب الحج عن الغير

كالحائض تترك طواف الصدر . ولا شك أن الإحصار عذر . ثم أجاب بحمل ماهنا على الإحصار بالعدو لا مطلقا فإنه إذا كان بالمرض فهو سماوى يكون عذرا فى ترك الواجبات ، بخلاف ماكان من قبل العبد فإنه لايسقط حق الله تعالى كما فى التيمم اهـ ونقله فى النهر ، وبه جزم المقدسى فى شرح نظم الكنز ، وذكر مثله فى جنايات شرح اللباب .

قلت : ولا ترد مسألة ترك الوقوف لخوف الزحام ، لما مر فى التيمم أن الخوف إن لم ينشأ بسبب وعيد العبد فهو سماوى (قوله للأمن من الفوات) فيه أن المعتمر كذلك ، لأن العمرة لاتتوقف مع تحقق الإحصار فيها . وأجيب بأن المعتمر يلزمه ضرر باستداد الإحرام فوق ماالتزمه ، ولا يمكنه أن يتحلل بالحلق فى يوم النحر فله الفسخ . أما الحاج فيمكنه ذلك فلا حاجة إلى التحلل بالهدى من غير عذر ، أفاده الزيلعى ، لكن قبل ليس له أن يحلق فى مكانه فى الحل بل يؤخره إلى مابعد طواف الزيارة ، وقيل له ذلك . وفى غاية البيان عن العتابى أنه الأظهر (قوله على الأصح) مقابله ماروى عن الإمام من أنه لاإحصار فى مكة اليوم لأنها دار إسلام (قوله والقادر على أحدهما الخ) تصريح بمفهوم قوله والممنوع بمكة عن الركنين محصر ، وذكره بعد قوله ولا إحصار بعد ماوقف بعرفة من قبيل ذكر الأعم بعد الأخص فليس بتكرار محض (قوله فلتمام حجه به) قالوا المأمور بالحج إذا مات بعد الوقوف بعرفة قبل طواف الزيارة يكون مجزئا بحر ، وقدمنا الكلام فيه أول كتاب الحج (قوله وأما على الطواف) سماه أحد ركنى الحج باعتبار الصورة ، وإلا فالطواف الركن هو مايقع بعد الوقوف ولا وقوف هنا أفاده ط (قوله فلتحلله به) لأن فائت الحج يتحلل به والدم بدل عنه فى التحلل ، فلا حاجة إلى الهدى زيلعى . وفى شرح اللباب أنه يكون فى معنى فائت الحج فيتحلل عن إحرامه بعد فوت الوقوف بأفعال العمرة ، ولا دم عليه ولا عمرة فى القضاء اهـ فالاقتصار على ذكر الطواف لأنه ركن العمرة وإلا فلا يحصل التحلل بمجرد الطواف بل لابد معه من السعى والحلق ، وإليه أشار بقوله كما مر أى فى قول المصنف وإلا تحلل بالعمرة ، وكذا مر قبل باب القران فى قوله ومن لم يقف فيها فات حجه فطاف وسعى وتحلل وقضى من قابل ، وتقدم الكلام عليه هناك .

[تنبيه] أسقط المصنف من هنا باب الفوات المذكور فى الكنز وغيره اكتفاء بما ذكره قبل باب القران ، وقد علم أن الأسباب الموجبة لقضاء الحج أربعة : الفوات . والإحصار عن الوقوف ، والفرق بينهما فى كيفية التحلل . والثالث الإفساد بالجماع وإن لزمه المضى فى فاسده . والرابع الرفض ، وفروعه مذكورة فى الباب السابق والله تعالى أعلم .

باب الحج عن الغير

اعترض فى الفتح بأن إدخال أل على الغير غير واقع على وجه الصحة بل هو ملزوم الإضافة اهـ لكن قال بعض أئمة النحاة : منع قوم دخول الألف واللام على غير وكل وبعض ، وقالوا هذه كما لاتتعرف بالإضافة لاتتعرف بالألف واللام :

مطلب فى دخول أل على غير

وعندى أنها تدخل عليها ، فيقال فعل الغير كذا ، والكل خير من البعض ، وهذا لأن الألف واللام هنا ليست للتعريف ولكنها المعاقبة للإضافة ، لأنه قد نص أن غيرا تتعرف بالإضافة فى بعض المواضع .

ثم إن الغير قد يحمل على الضد والكل على الجملة والبعض على الجزء ، فيصلح دخول الألف واللام عليه أيضا من هذا الوجه ، يعنى أنها تتعرف على طريقة حمل النظير على النظير ، فإن الغير نظير الضد والكل نظير الجملة ، والبعض نظير الجزء ، وحمل النظير على النظير سائغ شائع فى لسان العرب كحمل الضد على الضد ، كما لايخفى على من تتبع كلامهم ، وقدنص العلامة الزمخشرى على وقوع هذين الحملين وشيوعهما فى لسانهم فى الكشاف أفاده ابن كمال .

مطلب فى إهداء ثواب الأعمال للغير

(قوله بعبادة ما) أى سواء كانت صلاة أو صوما أو صدقة أو قراءة أو ذكرا أو طوافا أو حجا أو عمرة ، أو غير ذلك من زيارة قبور الأنبياء عليهم الصلاة والسلام والشهداء والأولياء والصالحين ، وتكفين الموتى ، وجميع أنواع البر كما فى الهندية ط وقدمنا فى الزكاة عن التاترخانية عن المحيط الأفضل لمن يتصدق نفلا أن ينوى لجميع المؤمنين والمؤمنات لأنها تصل إليهم ولا ينقص من أجره شئ اهـ . وفى البحر بحثا أن إطلاقهم شامل للفريضة لكن لايعود الفرض فى ذمته ، لأن عدم الثواب لايستلزم عدم السقوط عن ذمته اهـ . على أن الثواب لاينعدم كما علمت ، وسنذكر فيما لو أهلّ بحج عن أبويه أنه قيل إنه يجزيه عن حج الفرض ، وهذا يؤيد مابحثه فى البحر ، ويؤيده أيضا قوله فى جامع الفتاوى ، وقيل لايجوز فى الفرائض . وبحث أيضا أن الظاهر أنه لافرق بين أن ينوى به عند الفعل للغير أو يفعله لنفسه ثم يجعل ثوابه لغيره لإطلاق كلامهم اهـ .

قلت : وإذا قلنا بشموله للفريضة أفاد ذلك لأن الفرض ينويه عن نفسه ، فإذا صح جعل ثوابه لغيره دل على أنه لايلزم فى وصول الثواب أن ينوى الغير عند الفعل ، وقدمنا فى آخر الجنائز قبيل باب الشهيد عن ابن القيم الحنبلى أنه اختلف عندهم فى أنه هل يشترط نية الغير عند الفعل ؟ فقيل لا لكون الثواب له فله التبرع به لمن أراد ، وقيل نعم وهو الأولى لأنه إذا وقع له لم يقبل انتقاله عنه ، وقدمنا عنه أيضا أنه لايشترط فى الوصول أن يهديه بلفظه ، كما لو أعطى فقيرا بنية الزكاة لأن السنة لم تشترط ذلك فى حديث الحج عن الغير ونحوه ، نعم لو فعله لنفسه ثم نوى جعل ثوابه لغيره لم يكف كما لو نوى أن يهب أو يعتق أو يتصدق وأنه يصح إهداء نصف الثواب أو ربعه . ويوضحه أنه لو أهدى الكل إلى أربعة يحصل لكل ربعه ، وتمامه هناك :

مطلب فيمن أخذ فى عبادته شيئا من الدنيا

[تنبيه] قال فى البحر : ولم أر حكم من أخذ شيئا من الدنيا ليجعل شيئا من عبادته للمعطى ، وينبغى أن لايصح ذلك اهـ أى لأنه إن كان أخذه على عبادة سابقة يكون ذلك بيعا لها وذلك باطل قطعا ، وإن كان أخذه ليعمل يكون إجارة على الطاعة وهى باطلة أيضا كما نص عليه فى المتون والشروح والفتاوى ، إلا فيما استثناه المتأخرون من جواز

له جعل ثوابها لغيره وإن نواها عند الفعل لنفسه لظاهر الأدلة . وأما قوله تعالى - وأن ليس للإنسان إلا ماسعى - أي إلا إذا وهبه له كما حققه الكمال ،

الاستئجار على التعليم والأذان والإمامة ، وعللوه بالضرورة وخوف ضياع الدين في زماننا لانقطاع ماكان يعطى من بيت المال .

وبه علم أنه لايجوز الاستئجار على الحج عن الميت لعدم الضرورة كما يأتي بيانه في هذا الباب : ولا على التلاوة والذكر لعدم الضرورة أيضا . وتمام الكلام على ذلك في رسالتنا [شفاء العليل وبل الغليل ، في بطلان الوصية بالختمات والتهاليل] فافهم (قوله له جعل ثوابها لغيره) أي خلافا للمعتزلة في كل العبادات ، ولمالك والشافعي في العبادات البدنية المحضة كالصلاة والتلاوة فلا يقولان بوصولها بخلاف غيرها كالصدقة والحج، وليس الخلاف في أن له ذلك أولا كما هو ظاهر اللفظ ، بل في أنه ينجعل بالجعل أولا بل يلغو جعله ، أفاده في الفتح : أي الخلاف في وصول الثواب وعدمه (قوله لغيره) أي من الأحياء والأموات بحر عن البدائع .

قلت : وشمل إطلاق الغير النبي صلى الله عليه وسلم ، ولم أر من صرح بذلك من أئمتنا ، وفيه نزاع طويل لغيرهم . والذي رجحه الإمام السبكي وعامة المتأخرين منهم الجواز كما بسطناه آخر الجنائز فراجعه (قوله وإن نواها الخ) قدمنا الكلام عليه قريبا (قوله لظاهر الأدلة) علة لقوله له جعل ثوابها لغيره وهو من إضافة الصفة للموصوف : أي للأدلة الظاهرة أي الواضحة الجلية ، فالظهور بالمعنى اللغوي لا الأصولي ، لأن الأدلة فيه متواترة قطعية الدلالة على المراد لاتحتمل التأويل كما تعرفه (قوله أي إلا إذا وهبه) جواب قوله وأما ، وأسقط الفاء من جوابها وهو لايسقط إلا في ضرورة الشعر كقوله « فأما القتال لاقتال لديكم » كما في المغني . وأجاب عن قوله تعالى - فأما الذين اسودت وجوههم أكفرتم - بأن الأصل فيقال لهم أكفرتم ، فحذف القول استغناء عنه بالمقول فتبعته الفاء في الحذف . قال : ورب شيء يصح تبعا ولا يصح استقلالا كالحاج عن غيره يصلي عنه ركعتي الطواف ، ولو صلى أحد عن غيره إبتداء لايصح على الصحيح اهـ وكذلك الجواب هنا محذوف مع الفاء استغناء عنه بأي المفسرة له . والتقدير : وأما قوله تعالى فؤول أي إلا إذا وهبه ، على أن الدماميني اختار جواز حذف الفاء في سعة الكلام واستشهد له بالأحاديث والآثار (قوله كما حققه الكمال) حيث قال ملخصه : إن الآية وإن كانت ظاهرة فيما قاله المعتزلة ، لكن يحتمل أنها منسوخة أو مقيدة ، وقد ثبت مايوجب المصير إلى ذلك وهو ماصح عنه صلى الله عليه وسلم « أنه ضحى بكبشين أملحين أحدهما عنه والآخر عن أمته » فقد روى هذا عن عدة من الصحابة وانتشر مخرجوه ، فلا يبعد أن يكون مشهورا يجوز تقييد الكتاب به بما لم يجعله صاحبه لغيره . وروى الدارقطني « أن رجلا سأله عليه الصلاة والسلام فقال : كان لي أبوان أبرهما حال حياتهما فكيف لي ببرهما بعد موتهما ؟ فقال صلى الله عليه وسلم : إن من البر بعد الموت أن تصلي لهما مع صلاتك وأن تصوم لهما مع صومك » وروى أيضا عن علي عنه صلى الله عليه وسلم قال « من مر على المقابر وقرأ - قل هو الله أحد - إحدى عشرة مرة ثم وهب أجرها للأموات أعطى من الأجر بعدد الأموات » وعن أنس قال « يارسول الله إنا نتصدق عن موتانا ونحج عنهم وندعو لهم ، فهل يصل ذلك لهم ؟ قال نعم ، إنه ليصل إليهم ، وإنهم ليفرحون به كما يفرح أحدكم بالطبق إذا أهدي إليه » رواه أبو حفص العكبري . وعنه أنه صلى الله عليه وسلم قال « اقرءوا على موتاكم يس » رواه أبو داود ، فهذا كله ونحوه مما تركناه خوف الإطالة يبلغ القدر المشترك بينه وهو النفع بعمل الغير مبلغ التواتر ، وكذا مافي الكتاب العزيز من الأمر بالدعاء للوالدين ، ومن الأخبار باستغفار الملائكة للمؤمنين

أو اللام بمعنى على كما فى — ولهم اللعنة — ولقد أفصح الزاهدى عن اعتزاله هنا والله الموفق .
(العبادة المالية) كزكاة وكفارة (تقبل النيابة) عن المكلف (مطلقا) عند القدرة والعجز ولو النائب ذميا ،

قطعى فى حصول النفع ، فيخالف ظاهر الآية التى استدلوا بها ، إذ ظاهرها أن لاينفع استغفار أحد لأحد بوجه من الوجوه لأنه ليس من سعيه ، فقطعنا بانتفاء إرادة ظاهرها فقيدناها بما لم يهبه العامل ، وهذا أولى من النسخ لأنه أسهل إذا لم يبطل بعد الإرادة ، ولأنها من قبيل الإخبار ولا نسخ فى الخبر اه (قوله أو اللام بمعنى على) جواب آخر ورده الكمال بأنه بعيد من ظاهر الآية ومن سياقها فإنها وعظ للذى تولى وأعطى قليلا وأكدى اه . وأيضا فإنها تتكرر مع قوله تعالى — أن لاتزر وازرة وزر أخرى — وأجيب بأجوبة أخرى ذكرها الزيلعى وغيره .

منها : النسخ بآية — والذين آمنوا واتبعتهم ذريتهم بإيمان — وعلمت ما فيه .

ومنها : أنها خاصة بقوم موسى وإبراهيم عليهما السلام لأنها حكاية عما فى صحفهما .

ومنها : أن المراد بالإنسان الكافر .

ومنها : أنه ليس من طريق العدل وله من طريق الفضل .

ومنها : أنه ليس له إلا سعيه ، لكن قد يكون سعيه بمباشرة أسبابه بتكثير الإخوان وتحصيل الإيمان .

وأما قوله عليه الصلاة والسلام « إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث » فلايدل على انقطاع عمل غيره . والكلام فيه زيلعى . وأما قوله عليه الصلاة والسلام « لايصوم أحد عن أحد ، ولا يصلى أحد عن أحد » فهو فى حق الخروج عن العهدة لا فى حق الثواب كما فى البحر (قوله ولقد أفصح الزاهدى الخ) حيث قال فى المجتبى بعد ذكره عبارة الهداية . قلت : ومذهب أهل العدل والتوحيد أنه ليس له ذلك الخ فعدل عن الهداية وسمى أهل عقيدته بأهل العدل والتوحيد ، لقولهم بوجوب الأصلح على الله تعالى ، وأنه لو لم يفعل ذلك لكان جورا منه تعالى ولقولهم بنفى الصفات ، وأنه لو كان له صفات قديمة لتعدد القدماء والقديم واحد ، وبيان إبطال عقيدتهم الزائغة فى كتب الكلام ، وقد نقل كلامه فى معراج الدراية وتكفل برده ؛ وكذلك الشيخ مصطفى الرحمتى فى حاشيته فقد أطال وأطاب ، وأوضح الخطأ من الصواب (قوله والله الموفق) لايخفى على ذوى الأفهام ما فيه من حسن الإيهام .

مطلب فى الفرق بين العبادة والقربة والطاعة

(قوله العبادة) قال الإمام اللامشى : العبادة عبارة عن الخضوع والتذلل . وحدّها فعل لايراد به إلا تعظيم الله تعالى بأمره . والقربة : مايتقرب به إلى الله تعالى فقط أو مع الإحسان للناس كبناء الرباط والمسجد . والطاعة مايجوز لغير الله تعالى ، وهى موافقة الأمر . قال تعالى — أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم — اه ملخصا من ط عن أبى السعود (قوله كزكاة) أى زكاة مال أو نفس كصدقة الفطر أو أرض كالعشر ، ودخل فى الكاف النفقات ، وأشار إلى أن المراد بالمالية ما كان عبادة محضة أو عبادة فيها معنى المؤنة أو مؤنة فيها معنى العبادة كما عرف فى الأصول (قوله وكفارة) أى بأنواعها من إعتاق وإطعام وكسوة بحر (قوله تقبل النيابة) الأصل فيه أن المقصود من التكاليف الابتلاء والمشقة ، وهى فى البدنية بإتعاب النفس والجوارح بالأفعال المخصوصة ، وبفعل نائبه لا تتحقق المشقة على نفسه فلم تجز النيابة مطلقا إلا عند العجز ولا القدرة . وفى المالية بتنقيص المال المحبوب للنفس

لأن العبرة لنية الموكل ولو عند دفع الوكيل (والبدنية) كصلاة وصوم (لا) تقبلها (مطلقا ، والمركبة منهما) كحج الفرض (تقبل النيابة عند العجز فقط) لكن (بشرط دوام العجز إلى الموت) لأنه فرض العمر حتى تلزم الإعادة بزوال العذر (و) بشرط (نية الحج عنه) أى عن الآمر فيقول : أحرمت عن فلان ولبيت عن فلان ،

بإيصاله إلى الفقير ، وهو موجود بفعل النائب . والقياس أن لا تجزئ النيابة فى الحج لتضمنه المشقتين البدنية والمالية ، والأولى لا يكتفى فيها بالنائب ، لكنه تعالى رخص فى إسقاطه بتحمل المشقة المالية عند العجز المستمر إلى الموت رحمة وفضلا ، بأن تدفع نفقة الحج إلى من يحج عنه بحر (قوله لأن العبرة الخ) علة للتعميم وبيان لوجه إنابة الذمى فى العبادة المالية المشروط لها النية بأن الشرط نية الأصل دون النائب (قوله ولو عند دفع الوكيل) دخل فى التعميم ما لو نوى الموكل وقت الدفع إلى الوكيل أو وقت دفع الوكيل إلى الفقراء أو فيما بينهما كما فى البحر .

وبقى ما لو عزلها ونوى بها الزكاة قبل الدفع إلى الوكيل . رعبارة الشارح تشملها والظاهر الجواز كما قالوا فيما لودفعها فى هذه الحالة إلى الفقير بنفسه لوجود النية وقت الدفع حكما . رعليه يمكن دخولها أيضا فى قول البحر وقت الدفع إلى الوكيل .

وبقى أيضا ما لو نوى بعد دفع الوكيل إلى الفقير وهى فى يد الفقير ، والظاهر الجواز كما قالوا فيما لو دفعها إلى الفقير بنفسه فافهم (قوله وصوم) معنى كونه بدنيا أن فيه ترك أعمال البدن نهر عن الحواشى السعدية ، والأولى أن يقال : إن الصوم إمساك عن المفطرات : أى منع النفس عن تناولها ، والمنع من أعمال البدن (قوله والمركبة منهما) قال فى غاية السروجى وفى المبسوط : جعل المال فى الحج شرط الوجوب فلم يكن الحج مركبا من البدن والمال .

قلت : وهو أقرب إلى الصواب ، ولهذا لا يشترط المال فى حق المكى إذا قدر على المشى إلى عرفات . وفى قاضيخان : الحج عبادة بدنية كالصوم والصلاة اه وكون الحج يشترط له الاستطاعة وهى ملك الزاد والراحلة لا يستلزم أن الحج مركب من المال ، لأن الشرط غير المشروط ، والشىء لا يتركب من شرطه ؛ كما أن صحة الصلاة يشترط لها ستر العورة والماء للطهارة وهما بالمال ، ولم يقل أحد بأنها مركبة من المال اه كذا ذكره بعض المحشين ، وقدمنا جوابه فى أول الحج (قوله كحج الفرض) أطلقه فشمل الحجة المنذورة كما فى البحر ، وقيد به نظر الشرط دوام العجز إلى الموت ، لأن الحج النفل يقبل النيابة من غير اشتراط عجز فضلا عن دوامه كما سيأتى ح ومن هذا القسم الجهاد لا من قسم البدنية فقط كما توهم ؛ بل هو أولى من الحج ، إذ لا بد له من آلة الحرب ؛ أما الحج فقد يكون بلا مال كحج المكى ، وتمام تحقيقه فى شرح ابن كمال (قوله لأنه فرض العمر) تعليل لاشتراط دوام العجز إلى الموت أى فيعتبر فيه عجز مستوعب لبقية العمر ليقع به اليأس عن الأداء بالبدن ، ابن كمال عن الكافى فافهم .

[تنبيه] محل وجوب الإحجاج على العاجز إذا قدر عليه ثم عجز بعد ذلك عند الإمام . وعندهما يجب الإحجاج عليه إن كان له مال ، ولا يشترط أن يجب عليه وهو صحيح زيلعى .

والحاصل أن من قدر على الحج وهو صحيح ثم عجز لزمه الإحجاج اتفاقا ، أما من لم يملك مالا حتى عجز عن الأداء بنفسه فهو على الخلاف : وأصله أن صحة البدن شرط للوجوب عنده ، ولوجوب الأداء عندهما ، وقدمنا أول الحج اختلاف التصحيح وأن قول الإمام هو المذهب (قوله حتى تلزم الإعادة بزوال العذر) أى العذر الذى يرجى زواله كالحبس والمرض ، بخلاف نحو العمى فلا إعادة لو زال على ما يأتى (قوله وبشرط نية الحج عنه)

ولو نسي اسمه فنوى عن الآمر صح ، وتكفى نية القلب (هذا) أى اشتراط دوام العجز إلى الموت (إذا كان) العجز كالحبس و (المرض يرجى زواله) أى يمكن (وإن لم يكن كذلك كالعمى والزمانة سقط الفرض) بحج الغير (عنه) فلا إعادة مطلقا سواء (استمر به ذلك العذر أم لا) ولو أحج عنه وهو صحيح ثم عجز واستمر لم يجزه لفقد شرطه (وبشرط الأمر به) أى بالحج عنه (فلا يجوز حج الغير بغير إذنه إلا إذا حج) أو أحج (الوارث عن مورثه)

كان ينبغي للمصنف ذكر هذا عند قوله بعده وبشرط الأمر ، لأن ما بينهما من تمام الشرط الأول (قوله ولو نسي اسمه الخ) ولو أحرم مبهما : أى بأن أحرم بحجة وأطلق النية عن ذكر المحجوج عنه ، فله أن يعينه من نفسه أو غيره قبل الشروع فى الأفعال كما فى اللباب وشرحه . وقال فى الشرح بعد أن نقل عن الكافى أنه لا نص فيه ، وينبغي أن يصح التعيين إجماعا : لا يخفى أن محل الإجماع إذا لم يكن عليه حجة الإسلام وإلا فلا يجوز له أن يعين غيره ، بل ولو عين غيره لوقع عنه عند الشافعي (قوله كالحبس والمرض) أشار إلى أنه لا فرق بين كون العذر سماويا أو بصنع العباد .

وفى البحر عن التجنيس : وإن أحج لعدو بينه وبين مكة ، إن أقام العدو على الطريق حتى مات أجزأه وإلا فلا اهـ .

ومن العجز الذي يرجى زواله عدم وجود المرأة محرما فتقعد إلى أن تبلغ وقتا تعجز عن الحج فيه : أى لكبر أو عمى أو زمانة ، فحينئذ تبعث من يحج عنها ، أما لو بعثت قبل ذلك لايجوز لتوهم وجود المحرم إلا إن دام عدم المحرم إلى أن ماتت ، فيجوز كالمريض إذا أحج رجلا ودام المرض إلى أن مات كما فى البحر وغيره (قوله فلا إعادة مطلقا الخ) ظاهر إطلاق المتون اشتراط العجز الدائم أنه لا فرق بين ما يرجى زواله وغيره فى لزوم الإعادة بعد زواله ، وعليه مشى فى الفتح . قال فى البحر : وليس بصحيح بل الحق التفصيل كما صرح به فى المحيط والخانية والمعراج اهـ وأقره فى النهر ، وتبعه المصنف ، وحققه فى الشرنبلالية ، ونقل التصريح به عن كافى النسفى (قوله ثم عجز) أى بعد فراغ النائب عن الحج ، بأن كان وقت الوقوف صحيحا ، أما لو عجز قبل فراغ النائب واستمر أجزأه ، وقوله لم يجزه أى عن الفرض وإن وقع نفلا للآمر ، أفاده فى البحر . قال الحموى : ومن هنا يؤخذ عدم صحة ما يفعله السلاطين والوزراء من الإحجاج عنهم ، لأن عجزهم لم يكن مستمرا إلى الموت اهـ أو لعدم عجزهم أصلا ، والمراد عدم صحته عن الفرض بل يقع نفلا ط .

قلت : لكن قدمنا عن شرح اللباب عن شمس الإسلام أن السلطان ومن بمعناه من الأمراء ملحق بالمحبوس ، فيجب الإحجاج فى ماله الخالى عن حقوق العباد اهـ أى إذا تحقق عجزه بما ذكر ودام إلى الموت (قوله وبشرط الأمر به) صرح بهذا الشرط فى البحر عن البدائع وفى اللباب (قوله فلا يجوز) أى لا يقع مجزئا عن حجة الأصل بل يقع عن النائب ، فله جعل ثوابه للأصل ، وسيأتى توضيح ذلك (قوله إلا إذا حج أو أحج الوارث) أى فيجزئه إن شاء الله تعالى كما فى البدائع واللباب ، وهذا إذا لم يوص المورث ، أما لو أوصى بالإحجاج عنه فلا يجزيه تبرع غيره عنه كما يأتى فى المتن .

ثم اعلم أن التقييد بالوارث يفهم منه أن الأجنبى يخالفه وإلا لزم إلغاء هذا الشرط من أصله ، والعجب أنه فى اللباب ذكر هذا الشرط وعمم شارحه الوارث وغيره من أهل التبرع .

وعبارة اللباب وشرحه هكذا (الرابع الأمر) أى بالحج (فلا يجوز حج غيره بغير أمره إن أوصى به) أى بالحج عنه فإنه إن أوصى بأن يحج عنه فتطوع عنه أجنبى أو وارث لم يجز (وإن لم يوص به) أى بالإحجاج (فتبرع عنه الوارث) وكذا من هو أهل التبرع (فحج) أى الوارث ونحوه (بنفسه) أى عنه (أو أحج عنه غيره جاز)

لوجود الأمر دلالة . وبقي من الشرائط النفقة من مال الآمر كلها أو أكثرها وحج المأمور بنفسه وتعينه إن عينه ، فلو قال : يحج عني فلان لاغيره لم يجز حج غيره ، ولو لم يقل لاغيره جاز ، وأوصلها في اللباب إلى عشرين شرطا منها عدم اشتراط الأجرة ، فلو استأجر رجلا ، بأن قال استأجرتك على أن تحج عني بكذا

والمعنى جاز عن حجة الإسلام إن شاء الله تعالى كما قاله في الكبير . وحاصله أن ما سبق يحكم بجوازه البتة ، وهذا مقيد بالمشيئة .

ففي مناسك السروجي : لو مات رجل بعد وجوب الحج ولم يوص به فحج رجل عنه أو حج عن أبيه أو أمه عن حجة الإسلام من غير وصية قال أبو حنيفة : يجزيه إن شاء الله ، وبعد الوصية يجزيه من غير المشيئة اه ثم أعاد في شرح اللباب المسألة في محل آخر وقال : فلو حج عنه الوارث أو أجنبي يجزيه وتسقط عنه حجة الإسلام إن شاء الله تعالى لأنه إيصال للثواب ، وهو لا يختص بأحد من قريب أو بعيد على ماصرح به الكرماني والسروجي اه وسيأتي تمامه . فالظاهر أن في هذا الشرط اختلاف الرواية ، وذكر الوارث غير قيد على الرواية الأخرى (قوله لوجود الأمر دلالة) لأن الوارث خليفة المورث في ماله فكأنه صار مأمورا بأداء ماعليه ؛ أو لأن الميت يأذن بذلك لكل أحد ، بناء على ماقلنا من أن الوارث غير قيد ، وعلل في البدائع بالنص أيضا . والظاهر أنه أراد به حديث الخثعمية (قوله النفقة من مال الآمر الخ) أي المحجوج عنه ، ومحترزه قوله الآتي : ولو أنفق من مال نفسه الخ ، ويأتي بيانه (قوله وحج المأمور بنفسه) فليس له إحجاج غيره عن الميت وإن مرض مالم يأذن له بذلك كما يأتي متنا (قوله وتعينه إن عينه) هذا يغني عن الشرط الذي قبله تأمل ؛ والمراد بتعيينه منع حج غيره عنه (قوله لم يجز حج غيره) أي وإن مات فلان المذكور ، لأن الموصي صرح بمنع حج غيره عنه كما أفاده في اللباب وشرحه (قوله ولو لم يقل لاغيره) جاز قال في اللباب : وإن لم يصرح بالمنع بأن قال يحج عني فلان فمات فلان وأحجوا عنه غيره جاز .

مطلب شروط الحج عن الغير عشرون

(قوله وأوصلها في اللباب إلى عشرين شرطا) تقدم منها ستة ، وذكر الشارح السابع بعد ذلك .

والثامن وجوب الحج ، فلو أحج الفقير أو غيره ممن لم يجب عليه الحج عن الفرض لم يجز حج غيره عنه وإن وجب بعد ذلك .

التاسع وجود العذر قبل الإحجاج ، فلو أحج صحيح ثم عجز لا يجزيه .

العاشر أن يحج راكبا ، فلو حج ماشيا ولو بأمره ضمن النفقة ، والمعتبر ركوب أكثر الطريق إلا إن ضاقت النفقة فحج ماشيا جاز .

الحادي عشر أن يحج عنه من وطنه إن اتسع الثلث وإلا فمن حيث يبلغ كما سيأتي بيانه .

الثاني عشر أن يحرم من الميقات ، فلو اعتمر وقد أمره بالحج ثم حج من مكة لا يجوز ويضمن : وبحث فيه شارحه بما حاصله أنه غير ظاهر ، ويتوقف على نقل صريح .

قلت : قدمنا الكلام عليه مستوفى قبيل باب الإحرام فراجعه .

الثالث عشر أن لا يفسد حجه ، فلو أفسده لم يقع عن الآمر وإن قضاه ، وسيأتي بيانه .

الرابع عشر عدم المخالفة ، فلو أمره بالإفراد فقرن أو تمتع ولو للميت لم يقع عنه ويضمن النفقة كما سيأتي ، ولو أمره بالعمرة فاعتمر ثم حج عن نفسه أو بالحج فحج ثم اعتمر عن نفسه جاز إلا أن نفقة إقامته للحج أو العمرة عن نفسه في ماله ، وإذا فرغ عادت في مال الميت ، وإن عكس لم يجز

لم يجز حجه ، وإنما يقول أمرتك أن تحج عنى بلا ذكر إجارة .

الخامس عشر : أن يحرم بحجة واحدة ، فلو أهل بحجة عن الآمر ثم بأخرى عن نفسه لم يجز إلا إن رفض الثانية .

السادس عشر : أن يفرد الإهلال لواحد لو أمره رجلان بالحج ، فلو أهل عنهما ضمن ، وسيأتى تمام الكلام عليه .

السابع عشر والثامن عشر : إسلام الآمر والمأمور وعقلهما كما سيأتى ، فلا يصح من المسلم للكافر ولا من المجنون لغيره ولا عكسه ، لكن لو وجب الحج على المجنون قبل طرو جنونه صح الإحجاج عنه :

التاسع عشر : تمييز المأمور ، فلا يصح إحجاج صبى غير مميز ويصح إحجاج المراهق كما سيأتى :

العشرون : عدم الفوات ، وسيأتى الكلام عليه . قال فى اللباب : وهذه الشرائط كلها فى الحج الفرض ، وأما النفل فلا يشترط فيه شىء منها : إلا الإسلام والعقل والتمييز ، وكذا الاستئجار ، ولم نجده صريحا فى النفل ، وجزم به شارحه ، لكن هذا مبنى على أن الحج لا يقع عن الميت ، وفيه ما نذكره بعيده .

مطلب فى الاستئجار على الحج

(قوله لم يجز حجه عنه) كذا فى اللباب ، لكن قال شارحه : وفى الكفاية : يقع الحج عن المحجوج عنه فى رواية الأصل عن أبى حنيفة اه وبه كان يقول شمس الأئمة السرخسى وهو المذهب اه . وصرح فى الخانية بأن ظاهر الرواية الجواز ، لكنه قال أيضا : وللأجير أجر مثله .

واستشكله فى [فتح القدير] بما قالوا من أن ما ينفقه المأمور إنما هو على حكم ملك الميت . لأنه لو كان ملكه لكان بالاستئجار ، ولا يجوز الاستئجار على الطاعات ، فالعبارة المحررة ما فى كافى الحاكم : وله نفقة مثله . وزاد إيضاحها فى المبسوط فقال : هذه النفقة ليس يستحقها بطريق العوض بل بطريق الكفاية ، لأنه فرغ نفسه لعمل ينتفع به المستأجر .

هذا ، وإنما جاز الحج عنه لأنه لما بطلت الإجارة بقى الأمر بالحج فتكون له نفقة مثله اه .

قلت : وعبارة كافى الحاكم على ما نقله الرحمتى : رجل استأجر رجلا ليحج عنه قال : لا تجوز الإجارة . وله نفقة مثله . وتجوز حجة الإسلام عن المسجون إذا مات فيه قبل أن يخرج اه ومثله ما فى البحر عن الإسبيجابى : لا يجوز الاستئجار على الحج ، فلو دفع إليه الأجر فحج يجوز عن الميت وله من الأجر مقدار نفقة الطريق ويرد الفضل على الورثة إلا إذا تبرع به الورثة أو أوصى الميت بأن الفضل للحاج اه ملخصا .

والحاصل أن قول الشارح لم يجز حجه عنه خلاف ظاهر الرواية ، وأن قول الخانية له أجر مثله يشعر بأن الإجارة فاسدة مع أنها باطلة كالاستئجار على بقية الطاعات . وأجاب بعضهم بأن المراد من أجر المثل نفقة المثل كما عبر فى الكافى ، وإنما سماها أجرا مجازا ، وهذا أحسن مما قيل إنه مبنى على مذهب المتأخرين القائلين بجواز الاستئجار على الطاعات ، لما علمته مما قدمناه أول الباب من أن المتأخرين لم يطلقوا ذلك ، بل أفتوا بجواز الاستئجار على التعليم والأذان والإمامة للضرورة لا على جميع الطاعات كما أوضحه المصنف فى منحه فى كتاب الإجارات ، وإلا لزم الجواز على الصوم والصلاة ولا يقول به أحد ، ولا ضرورة للاستئجار على الحج ، لإمكان دفع المال إليه لينفق على نفسه على حكم ملك الميت بطريق النيابة كما علمت التصريح به عن المبسوط والمتون المصرح فيها

ولو أنفق من مال نفسه أو خلط النفقة بماله وحج وأنفق كله أو أكثره جاز وبرئ من الضمان (وشرط العجز) المذكور (للحج الفرض لا النفل) لاتساع بابه .

(ويقع الحج) المفروض (عن الآمر على الظاهر) من المذهب ، وقيل عن المأمور نفلا ، وللآمر ثواب

بجواز الاستئجار على التعليم ونحوه لم يذكر فيها جوازه على الحج ، بل المصرح به في عامة متون المذهب أنه لا يجوز الاستئجار على الحج كالكنز والوقاية والمجمع والمختار ومواهب الرحمن وغيرها ، بل قال العلامة الشرنبلالي في رسالته [بلوغ الأرب] إنه لم يذكر أحد من مشايخنا جواز الاستئجار على الحج اهـ

قلت : ولو قيل بجوازه لزم عليه هدم فروع كثيرة : منها ما مر من أن المأمور ينفق على حكم ملك الميت وأنه يجب عليه رد الفضل ، واشتراط الإنفاق بقدر مال الآمر أو أكثره ، وأن الوصي لو دفع المال لوارث ليحج به لا يجوز إلا بإجازة الورثة وهم كبار لأنه كالتبرع بالمال ، فلا يجوز للوارث بلا إجازة الباقين كما في الفتح ، ولو كان بطريق الاستئجار لم يصح شيء من هذه الفروع كما أوضحناه في رسالتنا [شفاء العليل] فافهم (قوله ولو أنفق من مال نفسه الخ) قال في الفتح : فإن أنفق الأكثر أو الكل من مال نفسه وفي المال المدفوع إليه وفاء بحجه رجع به فيه ، إذ قد يبتلى بالإنفاق من مال نفسه لبغتة الحاجة ولا يكون المال حاضرا فجوّز ذلك ، كالوصي والوكيل يشتري لليتيم والموكل ، ويعطي الثمن من مال نفسه ويرجع به في مال اليتيم والموكل اهـ . قال في البحر : وبهذا علم أن اشتراطهم أن تكون النفقة من مال الآمر للاحتراز عن التبرع لا مطلقا اهـ . وقال في الخانية : إذا خلط المأمور بالحج النفقة بمال نفسه قال في الكتاب يضمن ، فإن حج وأنفق جاز وبرئ عن الضمان اهـ .

إذا عرفت هذا فقوله وأنفق كله أو أكثره الضمير ان لمال الآمر ، وفيه مضاف مقدر أي مقدار كله أو مقدار أكثره ، وهذا يرجع إلى المسألتين . والمعنى ولو أنفق المأمور بالحج من مال نفسه وحج وأنفق مقدار كل مال الآمر المدفوع إليه أو مقدار أكثره جاز ، وكذا إذا خلط النفقة بماله وحج وأنفق الخ أفاده ح وقوله وبرئ من الضمان أي الحاصل بسبب الخلط على ما علمته ، وهذا لو بلا إذن الآمر بل نقل السائحاني عن الذخيرة له الخلط بدراهم الرفقة أمر به أولا للعرف

[تنبيه] سنذكر أنه لو أوصى أن يحج عنه بألف من ماله فأحج الوصي من مال نفسه ليرجع ليس له ذلك ، لأن الوصية باللفظ فيعتبر لفظ الموصي وهو أضاف المال إلى نفسه فلا يبدل اهـ بحر .

قلت : وعلى هذا إذا أضاف المال إلى نفسه فليس للمأمور أن يبدله بماله كالوصي إلا أن يفرق بينهما بأن المأمور قد يضطر إلى ذلك على ما مر فليتأمل (قوله وشرط العجز الخ) قد علمت مما قدمناه عن اللباب أن الشروط كلها شروط للحج الفرض دون النفل ، فلا يشترط في النفل شيء منها إلا الإسلام والعقل والتمييز ، وكذا عدم الاستئجار على ما مر بيانه (قوله لاتساع بابه) أي أنه يتسامح في النفل ما لا يتسامح في الفرض . قال في الفتح : أما الحج النفل فلا يشترط فيه العجز ، لأنه لم يجب عليه واحدة من المشقتين أي مشقة البدن ومشقة المال ، فإذا كان له تركهما كان له أن يتحمل إحداهما تقربا إلى ربه عز وجل ، فله الاستنابة فيه صحيحا اهـ (قوله على الظاهر من المذهب) كذا في المبسوط ، وهو الصحيح كما في كثير من الكتب بحر ، ويشهد بذلك الآثار من السنة وبعض الفروع من المذهب فتح (قوله وقيل عن المأمور نفلا الخ) ذهب إليه عامة المتأخرين كما في الكشف ، قالوا : وهو رواية عن محمد ، وهو اختلاف لا ثمرة له ، لأنهم اتفقوا أن الفرض يسقط عن الآمر لا عن المأمور ، وأنه لابد أن ينويه عن الآمر ، وتمامه في البحر .

النفقة كالنفل (لكنه يشترط) لصحة النيابة (أهلية المأمور لصحة الأفعال) ثم فرّع عليه بقوله (فجاز حج الضرورة) بمهملة : من لم يحج (والمرأة) ولو أمة (والعبد وغيره) كالمراهق وغيرهم أولى لعدم الخلاف (ولو أمر ذميا) أو مجنونا

قلت : وعلى القول بوقوعه عن الآمر لايخلو المأمور من الثواب ، بل ذكر العلامة نوح عن مناسك القاضي حج الإنسان عن غيره أفضل من حجه عن نفسه بعد أن أدى فرض الحج لأن نفعه متعد ، وهو أفضل من القاصر اه تأمل (قوله كالنفل) مقتضاه أن النفل يقع عن المأمور اتفاقا ، وللآمر ثواب النفقة ، وبه صرح بعض الشراح ومشى عليه فى اللباب . ورده الإتقانى فى غاية البيان بأنه خلاف الرواية لما قاله الحاكم الشهيد فى الكافى : الحج التطوع عن الصحيح جائز ، ثم قال : وفى الأصل يكون الحج عن المحج اه (قوله لكنه يشترط الخ) استدراك على قوله يقع عن الآمر ، فإن مقتضاه صحته ولو من غير الأهل ط أى كما تصح إنابة ذمى فى دفع الزكاة (قوله لصحة الأفعال) عبر بالصحة دون الوجوب ليعم المراهق فإنه أهل للصحة دون الوجوب ط (قوله ثم فرّع عليه) أى على أن الشرط هو الأهلية دون اشتراط أن يكون المأمور قد حج عن نفسه ودون اشتراط الذكورة والحرية والبلوغ (قوله بمهملة) أى بصاد مهملة وبتخفيف الراء :

مطلب فى حج الصرورة

(قوله من لم يحج) كذا فى القاموس . وفى الفتح : والصرورة يراد به الذى لم يحج عن نفسه اه . أى حجة الإسلام ، لأن هذا الذى فيه خلاف الشافعى ، فهو أعم من المعنى اللغوى ، فكان ينبغى للشارح ذكره ، لأنه يشمل من لم يحج أصلا ومن حج عن غيره أو عن نفسه نفلا أو نذرا أو فرضا فاسدا أو صحيحا ثم ارتد ثم أسلم بعده كما أفاده ح (قوله وغيرهم أولى لعدم الخلاف) أى خلاف الشافعى فإنه لايجوز حجهم كما فى الزيلعى ح . ولا يخفى أن التعليل يفيد أن الكراهة تنزيهية ، لأن مراعاة الخلاف مستحبة فافهم . وعلل فى الفتح الكراهة فى المرأة بما فى المبسوط من أن حجها أنقص ؛ إذ لارمل عليها ، ولا سعى فى بطن الوادى ، ولا رفع صوت بالتلبية ، ولا حلق . وفى العبد بما فى البدائع من أنه ليس أهلا لأداء الفرض عن نفسه ؛ وأطلق فى صحة إحجاج العبد ، فشمل ما إذا كان بإذن مولاه أو بغير إذنه كما صرح به فى المعراج فافهم . وقال فى الفتح أيضا والأفضل أن يكون قد حج عن نفسه حجة الإسلام خروجا عن الخلاف ، ثم قال : والأفضل إحجاج الحر العالم بالمناسك الذى حج عن نفسه وذكر فى البدائع كراهة إحجاج الصرورة لأنه تارك فرض الحج . ثم قال فى الفتح بعد ماأطال فى الاستدلال : والذى يقتضيه النظر أن حج الصرورة عن غيره إن كان بعد تحقق الوجوب عليه بملك الزاد والراحلة والصحة فهو مكروه كراهة تحريم لأنه تضيق عليه فى أول سنى الإمكان فيأثم بتركه ، وكذا لو تنفل لنفسه ومع ذلك يصح لأن النهى ليس لعين الحج المفعول بل لغيره وهو الفوات ، إذ الموت فى سنة غير نادر اه .

قال فى البحر : والحق أنها تنزيهية على الآمر لقولهم والأفضل الخ تحريمية على الصرورة المأمور الذى اجتمعت فيه شروط الحج ولم يحج عن نفسه ، لأنه أثم بالتأخير اه .

قلت : وهذا لاينافى كلام الفتح لأنه فى المأمور ، ويحمل كلام الشارح على الآمر ، فيوافق مافى البحر من أن الكراهة فى حقه تنزيهية وإن كانت فى حق المأمور تحريمية .

[تنبيه] قال فى نهج النجاة لابن حمزة النقيب بعد ماذكر كلام البحر المار : أقول : وظاهره يفيد أن الصرورة

(لا) يصح

(وإذا مرض المأمور) بالحج (فى الطريق ليس له دفع المال إلى غيره ليحج) ذلك الغير (عن الميت إلا إذا) أذن له بذلك ، بأن (قيل له وقت الدفع اصنع ماشئت فيجوز له) ذلك (مرض أولا) لأنه صار وكيلا مطلقا (خرج) المكلف (إلى الحج ومات فى الطريق وأوصى بالحج عنه) إنما تجب الوصية به إذا أخره بعد وجوبه ، أما لو حج من عامه فلا (فإن فسر المال) أو المكان

الفقير لايجب عليه الحج بدخول مكة ، وظاهر كلام البدائع بإطلاقه الكراهة أى فى قوله : يكره إحجاج الصرورة لأنه تارك فرض الحج يفيد أنه يصير بدخول مكة قادرا على الحج عن نفسه وإن كان وقته مشغولا بالحج عن الآمر وهى واقعة الفتوى فليتأمل اه .

قلت : وقد أفتى بالوجوب مفتى دار السلطنة العلامة أبو السعود ، وتبعه فى سكب الأنهر ، وكذا أفتى به السيد أحمد بادشاه ، وألف فيه رسالة . وأفتى سيدى عبد الغنى النابلسى بخلافه وألف فيه رسالة لأنه فى هذا العام لايمكنه الحج عن نفسه لأن سفره بمال الآمر فيحرم عن الآمر ويحج عنه ، وفى تكليفه بالإقامة بمكة إلى قابل ليحج عن نفسه ويترك عياله ببلده حرج عظيم ؛ وكذا فى تكليفه بالعود وهو فقير حرج عظيم أيضا .

وأما مافى البدائع فإطلاقه الكراهة المنصرفة إلى التحريم يقتضى أن كلامه فى الصرورة الذى تحقق الوجوب عليه من قبل كما يفيده مامر عن الفتح ، نعم قدمنا أول الحج عن اللباب وشرحه أن الفقير الآفاقى إذا وصل إلى ميقات فهو كالمكى فى أنه إن قدر على المشى لزمه الحج ولا ينوى النفل على زعم أنه فقير لأنه ماكان واجبا عليه وهو آفاقى ، فلما صار كالمكى وجب عليه ؛ حتى لو نواه نفلا لزمه الحج ثانيا اه لكن هذا لايدل على أن الصرورة الفقير كذلك ، لأن قدرته بقدرة غيره كما قلنا وهى غير معتبرة ، بخلاف مالو خرج ليحج عن نفسه وهو فقير فإنه عند وصوله إلى الميقات صار قادرا بقدرة نفسه فيجب عليه وإن كان سفره تطوعا ابتداء ولو كان الصرورة الفقير مثله لما صح تقييد ابن الهمام كراهة التحريم بما إذا كان حجه عن الغير بعد تحقق الوجوب عليه وتعليله للكراهة بأنه تضيق الوجوب عليه فليتأمل (قوله لايصح) أى لعدم الأهلية المذكورة (قوله وإذا مرض) أى عرض له مانع من ذهابه كمرض وحبس وشمل مالو عينه الآمر أولا (قوله عن الميت) أى عن المحجوج عنه حيا أو ميتا (قوله إلا إذا أذن له) بالبناء للمجهول ليناسب مابعده ، ويشمل مالو أذن له الميت أو وصيه ولم يكن عينه الميت بمنع إحجاج غيره كما مر (قوله خرج المكلف الخ) أما إذا لم يخرج وأوصى بأن يحج عنه وأطلق : أى لم يعين مالا ولا مكانا فإنه يحج عنه من ثلث ماله من بلده إن بلغ الثلث لأن الواجب عليه الحج من بلده الذى يسكنه وإلا فمن حيث يبلغ ، وإن لم يمكن من مكان بطلت الوصية كما فى اللباب . قال شارحه : ولعل المكان مقيد بما قبل المواقيت وإلا فبأدنى شىء يمكن أن يحج عنه من مكة ، وكذا الحكم إذا أوصى أن يحج عنه بمال وسمى مبلغه فإنه إن كان يبلغ من بلده فمنها وإلا فمن حيث يبلغ اه . واحترز بالمكلف عن غيره كالصبى والمجنون فإن وصيته لاتعتبر . واحترز بقوله إلى الحج عما لو خرج للتجارة ونحوها وأوصى فإنه يحج عنه من وطنه إجماعا كما فى المعراج وغيره ، وقيد بخروجه بنفسه لأنه لو أمر غيره ومات المأمور فى الطريق فسيذكر تفصيله بعد (قوله ومات فى الطريق) أراد به موته قبل الوقوف بعرفة ولو كان بمكة بحر .

وفى التجنيس : إذا مات بعد الوقوف بعرفة أجزأ عن الميت ، لأن الحج عرفة بالنص ، وقدمنا عند الكلام على فرض الحج أن الحاج عن نفسه إذا أوصى بإتمام الحج تجب بدنة (قوله إنما تجب الوصية به الخ) كذا

(فالأمر عليه) أى على مافسره (وإلا فيحج) عنه (من بلده) قياسا لااستحسانا فليحفظ ، فلو أحج الوصى عنه من غيره لم يصح (إن وفى به) أى بالحج من بلده (ثلثه) وإن لم يف فمن حيث يبلغ استحسانا . ولوصى الميت ووارثه أن يسترد المال من المأمور مالم يحرم ، ثم إن رده لخيانة منه فنفقة الرجوع فى ماله وإلا فنى مال الميت

فى التجنيس . قال الكمال : وهو قيد حسن شرنبلالية (قوله فالأمر عليه) أى الشأن مبنى على مافسره أى عينه ، فإن فسر المال يحج عنه من حيث يبلغ ، وإن فسر المكان يحج عنه منه ح .

قلت : والظاهر أنه يجب عليه أن يوصى بما يبلغ من بلده إن كان فى الثلث سعة ، فلو أوصى بما دون ذلك أو عين مكانا دون بلده يأثم لما علمت أن الواجب عليه الحج من بلد يسكنه (قوله من بلده) فلو كان له أوطان فمن أقربها إلى مكة ، وإن لم يكن له وطن فمن حيث مات ؛ ولو أوصى خراسانى بمكة أو مكى بالرى يحج عنهما من وطنهما ، ولو أوصى المكى أى الذى مات بالرى أن يقرن عنه يقرن عنه من الرى لباب : أى لأنه لاقران لمن بمكة .

مطلب العمل على القياس دون الاستحسان هنا

(قوله قياسا لااستحسانا) الأول قول الإمام ، والثانى قولهما . وأخر دليله فى الهداية فيحتمل أنه مختار له ، لأن المأخوذ به فى عامة الصور الاستحسان عناية ، وقواه فى المعراج ، لكن المتون على الأول . وذكر تصحيحه العلامة قاسم فى كتاب الوصايا فهو مما قدم فيه القياس على الاستحسان . وإليه أشار بقوله فليحفظ (قوله فلو أحج الوصى عنه من غيره) أى من غير بلده فيما إذا وجب الإحجاج من بلده لم يصح ويضمن ويكون الحج له ويحج عن الميت ثانيا ، لأنه خالف إلا أن يكون ذلك المكان قريبا من بلده بحيث يبلغ إليه ويرجع إلى الوطن قبل الليل كما فى اللباب والبحر (قوله ثلثه) أى ثلث مال الموصى ، فإن بلغ الثلث الإحجاج راكبا فأحج ماشيا لم يجز ؛ وإن لم يبلغ إلا ماشيا من بلده قال محمد يحج عنه من حيث بلغ راكبا . وعن الإمام أنه يخير بينهما . وأما إن كان الثلث يكفى لأكثر من حجة ؛ فإن عين الميت حجة واحدة فالفاضل للورثة . وإن أطلق أحج عنه فى كل سنة حجة واحدة أو أحج فى سنة حججا وهو الأفضل تعجيلا لتنفيذ الوصية لأنه ربما يهلك المال . وإن عين الميت فى كل سنة حجة فهو كالإطلاق ؛ كما لو أمر الوصى رجلا بالحج السنة فأخره إلى القابلة جاز عن الميت ولا يضمن ، لأن ذكر السنة للاستعجال لاللتقييد بحر . قلت : ومثل الثلث مالو قال أحجوا عنى بألف والألف يبلغ حججا كما فى اللباب وشرحه (قوله وإن لم يف فمن حيث يبلغ) لكن لو أحج عنه من حيث يبلغ وفضل من الثلث وتبين أنه يبلغ من موضع أبعد منه يضمن الوصى ويحج عن الميت من حيث يبلغ إلا أن يكون الفاضل شيئا يسيرا من زاد أو كسوة فلا يضمن شرح اللباب ، ونقله فى الفتح عن البدائع (قوله ووارثه) الأولى العطف بأو كما فعل فى اللباب لأنه لو كان وصى فلا كلام للوارث فى الوصية ؛ نعم لو كان الميت هو الذى دفع للمأمور ثم مات كان للوارث استرداد مافى يد المأمور وإن أحرم كما سيأتى فى الفروع : أى ولو مع وجود الوصى لأن الباقى صار ميراثا لكون الميت لم يوص به (قوله مالم يحرم) فلو أحرم ليس له الاسترداد ، والمحرم يمضى فى إحرامه وبعد فراغه من الحج ليس له استرداده حتى يرجع إلى أهله ، وإن أحرم حين أراد الأخذ فله أن يأخذه ويكون إحرامه تطوعا عن الميت شرح اللباب عن خزانة الأكمل (قوله وإلا) يعنى بأن رده لعلة غير الخيانة كضعف رأى فيه أو جهل بالمناسك . أما لو بلا علة أصلا فالنفقة فى مال الدافع . قال فى البحر : إن استرد بخيانة ظهرت منه : أى من المأمور فالنفقة

(أوصى بحج فتطوع عنه رجل لم يجزه) وإن أمره الميت ؛ لأنه لم يحصل مقصوده وهو ثواب الإنفاق، لكن لو حج عنه ابنه ليرجع فى التركة جاز إن لم يقل من مالى ، وكذا لو أحج لايرجع كالدين إذا قضاه من مال نفسه

فى ماله خاصة ، وإن استرد لا لخيانة ولا تهمة فالنفقة على الوصى فى ماله خاصة ، وإن استرد لضعف رأى فيه أو لجهله بأمور المناسك فأراد الدفع إلى أصلح منه فنفقته فى مال الميت لأنه استرد لمنفعة الميت اه أفاده ح (قوله أوصى بحج الخ) قيد بالوصية لأنه لو كان لم يوص فتبرع عنه الوارث بالحج أو الإحجاج يصح كما قدمه المصنف : أى يصح عن الميت عن حجة الإسلام إن شاء الله تعالى كما قدمناه . ونقل ط عن الولوالجية أن التعليق بالمشيئة على القبول لا على الجواز ، وقدمنا أيضا عن شرح اللباب أن الوارث غير قيد ، فإذا لم يوص يجزئه تبرع الوارث والأجنبى عنه ، وسيأتى تمام الكلام عليه (قوله فتطوع عنه رجل) أطلق الرجل المتطوع فشمل الوارث ، وبه صرح قاضيخان بقوله الميت إذا أوصى بأن يحج عنه بماله فتبرع عنه الوارث أو الأجنبى لا يجوز اه :

قلت : يعنى لا يجوز عن فرض الميت وإلا فله ثواب ذلك الحج ح عن الشرنبلالية ، ولهذا قال المصنف لم يجزه من الإجزاء ، لكن سيأتى مايدل على أن الثواب إنما يحصل للميت إذا جعله له الحاج بعد الأداء (قوله وإن أمره الميت) أى إن الميت إذا أوصى بالإحجاج عنه وأمر أن يحج عنه زيد فحج عنه زيد من مال نفسه لم يجز عن الميت للعلة المذكورة فافهم (قوله لكن لو حج عنه ابنه) أى مثلا وإلا فكذا حكم بقية الورثة شرح اللباب :

قلت : بل الوصى كذلك كما يفيده مايأتى قريبا عن عمدة الفتاوى . ثم إن هذا استدراك على إطلاق الرجل فى قوله فتطوع عنه رجل بأن الوارث أو الوصى يخالف الأجنبى فى أنه لو تطوع من وجه بأن أنفق من ماله ليرجع فى التركة جاز ؛ بخلاف الأجنبى لأن الوارث خليفة عن الميت ، ولذا لو قضى الدين من مال نفسه ليرجع جاز ؛ قال فى البحر : ولو حج على أن لا يرجع فإنه لا يجوز عن الميت لأنه لم يحصل مقصود الميت وهو ثواب الإنفاق اه

قلت : وقدمنا أن الوارث ليس له الحج بمال الميت إلا أن تجيز الورثة وهم كبار . لأن هذا مثل التبرع بالمال فالظاهر تقييد حج الوارث هنا بذلك أيضا تأمل (قوله إن لم يقل من مالى) فى البحر عن آخر عمدة الفتاوى للصدر الشهيد : لو أوصى بأن يحج عنه بألف من ماله فأحج الوصى من مال نفسه ليرجع ليس له ذلك ، لأن الوصية باللفظ فيعتبر لفظ الموصى وهو أضاف المال إلى نفسه فلا يبدل اه (قوله وكذا لو أحج لا يرجع) أى أنه يجوز :

واستفيد منه أنه لو أحج ليرجع أنه يجوز بالأولى ، وقد نص عليهما فى الخانية حيث قال : إذا أوصى الرجل بأن يحج عنه فأحج الوارث رجلا من مال نفسه ليرجع فى مال الميت جاز ، وله أن يرجع فى مال الميت ، وكذا الزكاة والكفارة ، ولو فعل ذلك الأجنبى لا يرجع ؛ ولو أوصى بأن يحج عنه فأحج الوارث من مال نفسه لا يرجع عليه جاز للميت عن حجة الإسلام اه . قال فى شرح اللباب بعد نقله : وفيه بحث لا يخفى اه أى لما مر من أنه يشترط فى الحج عن الغير إذا كان بوصية الإنفاق من مال المحجوج عنه احترازا عن التبرع كما مر بيانه فتجويزه فيما لو أحج من ماله لا ليرجع مخالف لذلك . ولذا لم يجز فيما لو حج الوارث بنفسه لا ليرجع ، ولا يظهر فرق بينهما ، لما علمت من أن مقصود الميت بالوصية ثواب الإنفاق من ماله ، وهو حاصل فيما لو حج الوارث أو أحج عنه ليرجع دون ما إذا أنفق لا ليرجع فيهما .

واستشكل ذلك فى الشرنبلالية أيضا والتفرقة بأنه فى الإحجاج قام الوارث مقام الميت فى دفع المال ، فكأن المأمور أنفق من مال الميت بخلاف ما إذا حج الوارث بنفسه فإنه لم يحصل منه دفع المال ، بل ما حصل منه إلا مجرد الأفعال ، فلم يجز ما لم ينو الرجوع فى ماله غير ظاهرة ، لأن حجه بنفسه لابد له من النفقة أيضا فافهم

(ومن حج عن) كل من (آمريه وقع عنه وضمن مالهما) لأنه خالفهما (ولا يقدر على جعله عن أحدهما) لعدم الأولوية ، وينبغى صحة التعيين لو أطلق الإحرام .
ولو أبهمه ، فإن عين أحدهما قبل الطواف والوقوف جاز ،

(قوله ومن حج) أى أهل بحج لأنه يصير مخالفا بمجرد الإهلال بلا توقف على الأعمال أفاده ح . قلت : أى فى صورة المتن وإلا فقد لا يصير مخالفا إلا بالشروع كما سيظهر لك (قوله عن آمريه) أى ولو كانا أبويه أو أجنبيين كما صرح به فى الفتح ، فقوله فى البحر شمل الأبوين وسيأتى إخراجهما فيه نظر ، لأن الآتى فى الإحرام عنهما بغير أمرهما ، والكلام هنا فى الإحرام عن الآمرين فافهم (قوله وقع عنه) أى عن المأمور نفلا ، ولا يجزئه عن حجة الإسلام بحر ونهر ، وفيه نظر يأتى قريبا (قوله لأنه خالفهما) علة لوقوعه عنه وللضمان : أى لأن كل واحد إنما أمره أن يخلص النفقة له ، وقد صرفها لحج نفسه لأنه لا يمكنه إيقاعه عن أحدهما لعدم الأولوية (قوله وينبغى صحة التعيين لو أطلق) أى كما لو قال لبيك بحجة وسكت

قال الزيلعى : وإن أطلق ، بأن سكت عن ذكر المحجوج عنه معينا ومبهما ، قال فى الكافى لا نص فيه ، وينبغى أن يصح التعيين هنا إجماعا لعدم المخالفة اهـ . وقوله : وينبغى أن يصح التعيين أى تعيين أحد آمريه قبل الطواف والوقوف كما فى مسألة الإبهام . وقوله إجماعا . قال شيخنا ينبغى أن يجرى فيه خلاف أبى يوسف الآتى فى مسألة الإبهام لجريان علته الآتية هنا أيضا اهـ ح (قوله ولو أبهمه) بأن قال لبيك بحجة عن أحد آمرى ح (قوله قبل الطواف) المراد به طواف القدوم كما قال أبو حنيفة ، فيما لو جمع بين إحرامين لحجتين ثم شرع فى طواف القدوم ارتفضت إحداهما

فإن قلت : ذكر الوقوف مستدرك . قلت : يمكن أن لا يطوف للقدوم فيكون الوقوف حينئذ هو المعتبر اهـ ح (قوله جاز) أى عندهما . وقال أبو يوسف : بل وقع ذلك عن نفسه بلا توقف وضمن نفقتهما وهو القياس . لأن كل واحد منهما أمره بتعيين الحج له فإذا لم يعين فقد خالف . وجه قولهما وهو الاستحسان أن هذا إبهام فى الإحرام والإحرام ليس بمقصود وإنما هو وسيلة إلى الأفعال ، والمبهم يصلح وسيلة بواسطة التعيين فاكتفى به شرطا ح عن الزيلعى .

قلت : والحاصل أن صور الإبهام أربعة : أن يهل بحجة عنهما وهى مسألة المتن ، أو عن أحدهما على الإبهام . أو يهل بحجة ويطلق ، والرابعة أن يحرم عن أحدهما معينا بلا تعيين لما أحرم به من حج أو عمرة ، ولم يذكر الشارح الرابعة لجوازها بلا خلاف كما فى الفتح .

وقد ذكر فى الفتح أن مبنى الجواب فى هذه الصور على أنه إذا وقع عن نفس المأمور لا يتحول بعد ذلك إلى الآمر وأنه بعد ما صرف نفقة الآمر إلى نفسه ذاهبا إلى الوجه الذى أخذ النفقة له لا ينصرف الإحرام إلى نفسه إلا إذا تحققت المخالفة أو عجز شرعا عن التعيين .

ففى الصورة الأولى من الصور الأربع تحققت المخالفة والعجز عن التعيين ، ولا ترد مسألة الأبوين الآتية لأنها بدون الأمر كما يأتى ، فلا تتحقق المخالفة فى ترك التعيين ، ويمكنه التعيين فى الانتهاء لأن حقيقته جعل الثواب ولذا لو أمره أبواه بالحج كان الحكم كما فى الأجنبيين :

وفى الصورة الثانية من الأربع لم تتحقق المخالفة بمجرد الإحرام قبل الشروع فى الأعمال ، ولا يمكن صرف الحجة لأنه أخرجها عن نفسه بجعلها لأحد الآمرين فلا تنصرف إليه إلا إذا وجد تحقق المخالفة أو العجز عن التعيين

بخلاف مالو أهل بحج عن أبويه أو غيرهما) من الأجانب حال كونه (متبرعا فعين بعد ذلك جاز)

ولم يتحقق ذلك لأنه يمكنه التعيين إلا إذا شرع فى الأعمال ولو شوطا ، لأن الأعمال لاتقع لغير معين فتقع عنه ثم لايمكنه تحويلها إلى غيره ، وإنماله تحويل الثواب فقط ، ولولا النص لم يتحول الثواب أيضا .

وفى الصورة الثالثة لاخفاء أنه ليس فيها مخالفة لأحد الآمرين ولا تعذر التعيين ولا تقع عن نفسه لما قدمناه .

وأما الرابعة فأظهر الكل . اه مافى الفتح ملخصا . وأنت خبير بأن ماقرره فى الصورة الثانية صريح فى أنه إذا شرع فى الأعمال قبل تعيين أحد الآمرين وقعت الحجة عن نفسه لتحقق المخالفة والعجز عن التعيين ، وكذا تقع عن نفسه بالأولى فى الصورة الأولى . والظاهر أنها تجزيه عن حجة الإسلام لأنها تصح بالتعيين وبالإطلاق ، بخلاف مالو نوى بها النفل والمأمور وإن كان صرفها عن نفسه بجعلها للآمرين أو لأحدهما ، لكن لما تحققت المخالفة بطل ذلك الصرف وإلا لم تقع عن نفسه أصلا فيكون حينئذ كما لو أحرم عن نفسه ابتداء ولم ينو النفل فتقع عن حجة الإسلام . ولذا قال فى الفتح أيضا فيما لو أمره بالحج فقرن معه عمرة لنفسه لايجوز ويضمن اتفاقا . ثم قال : ولاتقع عن حجة الإسلام عن نفسه . لأن أقل ماتقع بإطلاق النية وهوقد صرفها عنه فى النية وفيه نظر . اه كلامه . والظاهر أن وجه النظر ماقررناه من أنه حيث تحققت المخالفة ووقعت عن نفسه بطل صرف النية فتجزيه عن حجة الإسلام ، فقوله فى البحر فيما مر تقع عن المأمور نفلاولا تجزيه عن حجة الإسلام فيه نظر . وقد صرح الباقانى فى شرح الملتقى وتبعه الشارح فى شرحه عليه أيضا بأنه يخرج بها عن حجة الإسلام ، فهذا ماتحرر لى فافهم والسلام (قوله بخلاف مالو أهل الخ) مرتبط بقوله ومن حج عن آمريه ، وقوله جاز جملة مستأنفة لبيان جهة المخالفة بين المسألتين : فإنه فى الأولى لايجوز والثانية بخلافها . لكن الجواز هنا مشروط بما إذا لم يأمراه بالحج ، وقوله عن أبويه أو غيرهما تنبيه على أن ذكر الأبوين فى الكنز وغيره ليس بقيد احترازى ، وإنما فائدته الإشارة إلى أن الولد يندب له ذلك جدا كما فى النهر . وبه علم أن التقييد بالأبوين فى هذه المسألة لايدل على أن المراد بالآمرين فى التى قبلها الأجنبيان ، بل الأبوان إذا أمراه فحكمهما كالأجنبيين كما قدمناه عن الفتح ، فظهر أنه لافرق بين الأبوين والأجنبيين فى المسألتين وإنما العبرة للأمر وعدمه أى صريحا كما يظهر قريبا . فإذا أحرم بحجة عن اثنين أمره كل منهما بأن يحج عنه وقع عنه ولا يقدر على جعله لأحدهما . وإن أحرم عنهما بغير أمرهما صح جعله لأحدهما أو لكل منهما ، وكذا لو أحرم عن أحدهما مبهما صح تعيينه بعد ذلك بالأولى كما فى الفتح . قال : ومبناه على أن نيته لهما تلغو لعدم الأمر فهو متبرع فتقع الأعمال عنه البتة . وإنما يجعل لهما الثواب وترتبه بعد الأداء فتلغو نيته قبله . فيصح جعله بعد ذلك لأحدهما أو لهما .

ولا إشكال فى ذلك إذا كان متنفلا عنهما ، فإن كان على أحدهما حج الفرض وأوصى به لايسقط عنه بتبرع الوارث عنه بمال نفسه ، وإن لم يوص به فتبرع الوارث عنه بالإحجاج أو الحج بنفسه ، قال أبو حنيفة يجزيه إن شاء الله تعالى لقوله صلى الله عليه وسلم للخثعمية « أرأيت لو كان على أبيك دين » الحديث انتهى . وبهذا ظهر فائدة أخرى للتقييد بالأبوين فى هذه المسألة وهى سقوط الفرض عن الذى عينه له بعد الإبهام لو بدون وصية ، لكن يشكل عليه أنه إذا لغت نيته لهما لعدم الأمر ووقعت الأعمال عنه البتة كيف يصح تحويلها إلى أحدهما ؟ وقد مر أن الحج إذا وقع عن المأمور لايمكن تحويله بعد ذلك إلى الآمر ، نعم يمكن تحويل الثواب فقط للنص كما مر ، والله أعلم . قال فى الفتح ولا إشكال فى ذلك إذا كان متنفلا عنهما : أى لأن غاية حال المتنفل أن يجعل ثواب عمله لغيره وهو صحيح . أما وقوع عمله عن فرض الغير بغير أمره فهو مشكل . والجواب مامر فى كلام الشارح من أن

لأنه متبرع بالثواب فله جعله لأحدهما أولهما ،

الوارث إذا حج أو أحج عن مورثه جاز لوجود الأمر دلالة : أى فكأنه مأمور من جهته بذلك ، وعليه فتقع الأعمال عن الميت لا عن العامل ، فقوله فى الفتح ومبناه على أن نيته لهما تلغو الخ مخصوص بما إذا لم يكن عليهما فرض لم يوصيا به وقدمنا عن البدائع تعليله بالنص أيضا وهو ماعلمته من حديث الخثعمية وبهذا فارق الوارث الأجنبى لكن قدمنا عن شرح اللباب عن الكرمانى والسروجى أن الأجنبى كذلك ، نعم هذا مخالف لاشتراط الأمر فى الحج عن الغير والأجنبى غير مأمور لاصريحا ولا دلالة ، وقدمنا الجواب بأنه مبنى على اختلاف الرواية فى هذا الشرط والمشهور اشتراطه ، وحيث علم وجوده فى الوارث دلالة ظهر لاقتصار الكنز وغيره على الأبوين فائدة ثالثة وهى أن الأمر دلالة ليس له حكم الأمر حقيقة من كل وجه ، لما علمت من أن الأبوين لو أمراه حقيقة لم يصح تعيين أحدهما بعد الإبهام كما فى الأجنبيين ، وإن لم يأمراه صريحا صح التعيين . ولو فرضوا المسألة ابتداء فى الأجنبيين لتوهم أن الأبوين لايصح تعيين أحدهما لوجود الأمر دلالة فنرضوها فى الأبوين لإفادة صحة التعيين وإن وجد الأمر دلالة وليفيدوا أن المراد بالأمر فى المسألة الأولى الأمر صريحا . والله أعلم .

[تنبيه] الذى تحصل لنا من مجموع ماقررناه أن من أهل بحجة عن شخصين ، فإن أمراه بالحج وقع حجه عن نفسه البتة ، وإن عين أحدهما بعد ذلك . وله بعد الفراغ جعل ثوابه لهما أولا لأحدهما . وإن لم يأمراه فكذلك إلا إذا كان وارثا وكان على الميت حج الفرض ولم يوص به فيقع عن الميت عن حجة الإسلام للأمر دلالة ولنص ، بخلاف ما إذا أوصى به لأن غرضه ثواب الإنفاق من ماله ، فلا يصح تبرع الوارث عنه . وبخلاف الأجنبى مطلقا لعدم الأمر (قوله لأنه متبرع بالثواب) بيان لوجه صحة التعيين فى مسألة الأبوين دون مسألة الآمرين ، وهو معنى ماقدمناه من قوله فى الفتح : ومبناه على أن نيته لهما تلغو لعدم الأمر فهو متبرع الخ

قال فى الشرنبلالية قلت : وتعليل المسألة يفيد وقوع الحج عن الفاعل . فيسقط به الفرض عنه وإن جعل ثوابه لغيره . ويفيد ذلك الأحاديث التى رواها فى الفتح بقوله اعلم أن فعل الولد ذلك مندوب إليه جدا لما أخرج الدارقطنى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما عنه صلى الله عليه وسلم « لمن حج عن أبويه أو قضى عنهما مغرما بعث يوم القيامة مع الأبرار » وأخرج أيضا عن جابر أنه عليه الصلاة والسلام قال « من حج عن أبيه وأمه فقد قضى عنه حجته وكان له فضل عشر حجج » وأخرج أيضا عن زيد بن أرقم قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا حج الرجل عن والديه تقبل منه ومنهما واستبشرت أرواحهما وكتب عند الله برا » اه .

أقول : قد علمت مما قررناه أنه إذا حج الوارث عنهما وعلى أحدهما فرض لم يوص به يقع عن الميت لسقوط الفرض عنه بذلك إن شاء الله تعالى . وحينئذ فكيف يصح دعوى سقوط الفرض به عن الفاعل أيضا وقد صرفه إلى غيره وأجزنا صرفه ، نعم يظهر ذلك فيما إذا كان على أحدهما فرض أوصى به أو لم يكن عليه فرض أصلا . ويدل على ذلك قوله فى الفتح : وإنما يجعل لهما الثواب وترتبه بعد الأداء ، ومثله قول قاضيخان فى شرح الجامع : وإنما يجعل ثواب فعله لهما . وهو جائز عندنا وجعل ثواب حجه لغيره لايكون إلا بعد أداء الحج . فبطلت نيته فى الإحرام ، فكان له أن يجعل الثواب لأيهما شاء اه فهذا صريح فى أن النية لم تقع لهما وأن الأعمال وقعت له فله جعل ثوابها لمن شاء بعد الأداء ، فيمكن ادعاء سقوط الفرض عن الفاعل بذلك كما حررناه فى مسألة الحج عن الآمرين ، وبه يعلم جواز جعل الإنسان ثواب فرضه لغيره كما ذكرناه أول الباب .

وأما إذا كان على الميت فرض لم يوص به وسقط به فرض الميت يلزم منه وقوع النية والأعمال له لا للفاعل

وفى الحديث « من حج عن أبويه فقد قضى عنه حجته ، وكان له فضل عشر حجج ، وبعث من الأبرار » :
(ودم الإحصار) لاغير (على الآمر فى ماله ولو ميتا) قيل من الثلث ، وقيل من الكل . ثم إن فاته لتقصير منه ضمن ،وإن بآفة سماوية لا .

إلا أن يقال إن الأعمال تقع للعامل هنا أيضا كما هو مقتضى إطلاق عبارة الفتح وقاضيخان وغيرهما ،ولكن يسقط بها الفرض عن الميت فضلا من الله تعالى عملا بالنص ، وهو حديث الخثعمية وإن خالف القياس ، ولذا علقه أبو حنيفة بالمشيئة ، ويسقط بها الفرض عن الفاعل أيضا أخذا من الأحاديث المذكورة ،ولذا كان الوارث مخالفا لحكم الأجنبى فى ذلك .

فإن قلت : مامر من تعليل جواز حج الوارث بوجود الأمر دلالة يقتضى وقوع الأعمال عن الميت لأنه لو أمره صريحا وقعت عنه بلا شبهة ، فيخالف مااقتضاه إطلاق الفتح وغيره . وحينئذ فلا يمكن سقوط فرض العامل بذلك أيضا .

قلت : قد علمت أن الأمر دلالة ليس كالأمر صريحا من كل وجه ، ولذا صح تعيين أحد أبويه بعد الإبهام ولو أمره صريحا لم يصح كالأجنبيين كما قدمنا ؛ فلو اقتضى الأمر دلالة وقوع الأعمال عن الميت لم يصح التعيين فقلنا بوقوع الأعمال للعامل ، فيسقط فرضه بها ، وكذا يسقط فرض الأب أو الأم عملا بالأحاديث المذكورة ؛ والله أعلم . هذا غاية ماوصل إليه فهمى القاصر فى تحرير هذه المواضع المشكلة التى لم أر من أوضحها هذا الإيضاح ولله الحمد (قوله وفى الحديث) كلامه يوهم أن هذا حديث واحد مع أنه مأخوذ من حديثين كما علمت مع تغيير بعض اللفظ بناء على الصحيح من جواز رواية الحديث بالمعنى للعارف اهـ ح (قوله لاغير) أى لاغير دم الإحصار من باقى الدماء الثلاثة ، وهو دم الشكر فى القران والتمتع ودم الجناية (قوله على الآمر) هذا عندهما وعليه المتون ، وعند أبى يوسف على المأمور (قوله قيل من الثلث) لأن الوصية بالحج تنفذ من الثلث ، وهذا من توابع الوصية وقيل من الكل لأنه دين وجب حقا للمأمور على الميت فيقضى من جميع ماله ، كما لو أوصى بأن يباع عبده ويتصدق بثمنه فباعه الوصى وضاع الثمن من يده ثم استحق العبد فإن المشترى يرجع بالثمن على الوصى ويرجع الوصى فى قول أبى حنيفة الأخير فى جميع التركة من شرح الجامع لقاضيخان ، واستوجه ط الأول والرحمتى الثانى (قوله ثم إن فاته الخ) أى فات المأمور المعلوم من المقام ،وأطلق الفوات فشمل مايكون بسبب الإحصار وغيره فإن الإحصار يمكن أن يكون بتقصير منه كأن تناول دواء ممرضا قصدا حتى أحصره أفاده ح .

هذا ، وقد صرحوا بأن عليه الحج من قابل بمال نفسه كفائت الحج كما فى البحر . ثم قال : ولم يصرحوا بأنه فى الإحصار والفوات إذا قضى الحج هل يكون عن الآمر أو يقع للمأمور ، وإذا كان للآمر فهل يجبر على الحج من قابل بمال نفسه اهـ .

أقول : قال فى البدائع : فإن فاته الحج يصنع مايصنعه فائت الحج بعد شروعه ، ولا يضمن النفقة لأنه فاته بغير صنعه ، وعليه فى نفسه الحج من قابل لأن الحجة قد وجبت عليه بالشروع فلزمه قضاؤها ، وهذا على قول محمد ظاهر ، لأن الحج عنده يقع عن الحاج اهـ ونقله فى النهر عن السراج . ثم قال : وعلى قول غير محمد من أنه يقع عن الآمر ينبغى أن يكون القضاء عن الآمر وتلزمه النفقة اهـ ويؤيده أنه صرح فى اللباب بأنه إن فاته بآفة سماوية لم يضمن ويستأنف الحج عن الميت : أى بناء على قول غير محمد . فعلم أن على قول محمد عليه الحج عن نفسه ، وعلى قول غيره عن الميت . وظاهره أنه يجب عليه من ماله ، لكن فى التاتارخانية عن المنتقى قال محمد :

(ودم القران) والتمتع (والجناية على الحاج) إن أذن له الآمر بالقران والتمتع وإلا فيصير مخالفا فيضمن (وضمن النفقة إن جامع قبل وقوفه) فيعيد بمال نفسه (وإن بعده فلا) لحصول المقصود (وإن مات) المأمور (أو سرقت نفقته فى الطريق) قبل وقوفه (حج من منزل آمره بثلث مابقى) من ماله ، فإن لم يف فمن حيث يبلغ فإن مات أو سرقت ثانيا حج من ثلث الباقى بعدها ، هكذا مرة بعد أخرى إلى أن لايبقى من ثلثه مايبلغ الحج . فتبطل الوصية

يحج عن الميت من بلده إذا بلغت النفقة وإلا فمن حيث تبلغ ، وعلى المحرم قضاء الحج الذى فات عن نفسه . ولا ضمان عليه فيما أنفق ولا نفقة له بعد الفوت اه فإن مقتضاه أن الحج عن الميت من ماله وعلى المأمور حج آخر قضاء لما شرع فيه من مال نفسه .

ويخالفه مافى التاترخانية أيضا عن التهذيب . قال أبو يوسف : إذا فسد حجه قبل الوقوف عليه ضمان النفقة . وعليه الحج الذى أفسده وعمرة وحجة للآمر ؛ ولو فاته الحج لايضمن لأنه أمين . وعليه قضاء الفائت وحج عن الآمر اه فإن قوله وعليه قضاء الفائت الخ يقتضى أن عليه الحجتين من ماله إلا أن يكون قوله وحج عن الآمر بضم أوله مبنيا للمفعول أى وعلى الورثة الإحجاج من ماله . ثم إن الظاهر أن هذا من مقول أبى يوسف ؛ فينافى مامر عن النهر فليتأمل . وسيأتى بقية الكلام عليه (قوله والجناية) أطلقه فشمل دم الجماع ودم جزاء الصيد والحلق ولبس المخيط والطيب والمجاوزة بغير إحرام بحر (قوله على الحاج) أى المأمور . أما الأول فلأنه وجب شكرا على الجمع بين النسكين وحقيقة الفعل منه وإن كان الحج يقع عن الآمر لأنه وقوع شرعى لا حقيقى . وأما الثانى فباعتبار أنه تعلق بجنايته ، أفاده فى البحر (قوله فيصير مخالفا) هذا قول أبى حنيفة . ووجهه أنه لم يأت بالمأمور به لأنه أمره بسفر يصرفه إلى الحج لاغير . فقد خالف أمر الآمر فضمن بدائع . زاد فى المحيط لأن العمرة لاتقع عن الآمر لأنه ما أمره بها فصار كأنه حج عنه واعتمر لنفسه فيصير مخالفا ؟ ولو أمره بالحج فاعتمر ثم حج من مكة فهو مخالف لأنه مأمور بحج ميقاتى ، ولو أمره بالعمرة فاعتمر ثم حج عن نفسه لم يكن مخالفا ؛ بخلاف مالإذا حج أولا ثم اعتمر اه وانظر ماقدمناه قبيل باب الإحرام (قوله وضمن النفقة الخ) أما الدم فهو على المأمور على كل حال بحر (قوله فيعيد بمال نفسه) لأنه إذا أفسده لم يقع مأمورا به فكان واقعا عن المأمور فيضمن ماأنفق فى حجه من مال غيره ، ثم إذا قضى الحج فى السنة القابلة على وجه الصحة لايسقط الحج عن الميت لأنه لما خالف فى السنة الماضية بالإفساد صار الإحرام واقعا عنه فكذا الحج المؤدى به صار واقعا عنه ابن كمال وعليه حجة أخرى للآمر كما قدمناه آنفا عن التاترخانية عن التهذيب أى سوى حج القضاء وهو الأصح كما فى المعراج ، وبه اندفع مافى البحر من قوله وإذا فسد حجه لزمه الحج من قابل بمال نفسه ، وفيه ماتقدم من التردد فى وقوعه عن الآمر اه (قوله وإن مات الخ) الأنسب ذكر هذه المسألة عند قوله المار خرج المكلف الخ (قوله قبل وقوفه) قيد به لأنه لو مات بعده قبل الطواف جاز عن الآمر لأنه أدى الركن الأعظم خانية وفتح ، وقدمنا نحوه عن التجنيس ، فما بحثه فى البحر من أن أعظميته للأمن من الإفساد بعده لا لأنه يكفى فيجب على الآمر الإحجاج اه مخالف للمنقول ؛ وأما لو بقى حيا وأتم الحج إلا طواف الزيارة فرجع ولم يطفه فقال فى الفتح : لايضمن النفقة غير أنه حرام على النساء ويعود بنفقة نفسه ليقضى مابقى عليه لأنه جان فى هذه الصورة اه (قوله من منزل آمره) أى إن لم يعين منزلا وإلا اتبع كما مر (قوله فإن مات) أى المأمور الثانى (قوله من ثلث الباقى بعدها) أى بعد النفقة أى ثلث الباقى بعد هلاكها وهو المراد بقولهم بثلث مابقى من المال فافهم ، وهذا عند الإمام ، وعند أبى يوسف بالباقى من الثلث وعند محمد بما بقى مع المأمور .

قلت : وظاهره أنه لارجوع فى تركة المأمور ، فليراجع (لامن حيث مات) خلافا لهما ، وقولهما استحسان .
[فروع] يصير مخالفا بالقران أو التمتع كما مر ، لابالتأخير عن السنة الأولى وإن عينت لأنه للاستعجال لاللتقييد والأفضل أن يعود إليه وعليه رد مافضل من النفقة ،

مثاله : أوصى بأن يحج عنه ومات عن أربعة آلاف فدفع الوصى للمأمور ألفا فسرقت ، فعند الإمام يؤخذ مايكفى من ثلث مابقى من التركة وهو ألف ، فإن سرقت يؤخذ من ثلث الألفين الباقيين ، وهكذا إلى أن لايبقى ماثلثه يكفى الحج .

وعند أبى يوسف إذا سرق الألف الأول لم يبق من ثلث التركة إلا ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث فتدفع له إن كفت ، ولا تؤخذ مرة أخرى .

وعند محمد إن فضل من الألف الأولى مايبلغ الحج حج به وإلا فلا ، هكذا ذكر الخلاف عامة المشايخ . وبعضهم قالوا : هذا إن أوصى بأن يحج عنه من الثلث أو بأن يحج عنه ولم يزد ، أما لو أوصى بأن يحج عنه بثلث ماله فقول محمد كقول أبى يوسف ، وتمامه فى جامع قاضيخان والفتح ، وهذا الاختلاف إذا هلك فى يد المأمور ، فلو فى يد الوصى بعدما قاسم الورثة يحج عنه بثلث مابقى اتفاقا كما فى التاترخانية (قوله وظاهره أنه لارجوع فى تركة المأمور) إن كان المراد أنه لارجوع لورثة الآمر فى تركة المأمور بما بقى معه فهذا بعيد جدا لأن مابقى مع المأمور لايملكه ، بل لو أتم الحج يجب عليه رد الفاضل كما يأتى، فيصدق على هذا الباقى أنه من مال الآمر فيحسب من الثلث ، وقد صرح به القهستانى حيث قال بثلث الباقى ممافى أيدى الورثة ، والمأمور وإن كان المراد أنه لارجوع لهم بما أنفقه قبل موته أو بما سرق منه فهو لاشبهة فيه حيث لم يخالف كما مر فيما لو فاته الحج بغير صنعه وإن كان المراد أنه لارجوع فى تركته بما يدفع للمأمور الثانى ، فهذا هو المتبادر من قولهم بثلث مابقى من ماله أى مال الآمر والظاهر أن هذا مراد الشارح نبه به على أنه لو فاته الحج بلا صنعه ولزمه القضاء يكون عن نفسه اتفاقا خلافا لما قدمناه من أن هذا ظاهر على قول محمد وأنه على قول غيره يكون القضاء عن الآمر وتلزم المأمور نفقته ، فإن مقتضاه أن المأمور إذا مات فى الطريق ترجع ورثة الآمر على تركته بنفقة الذى يأمرونه بالحج عن مورثهم ، وهذا خلاف ماقرره الفقهاء هنا فى المسألة الخلافية ، حيث جعلوا الإحجاج ثانيا بثلث مابقى من جميع مال الآمر أو الباقى من الثلث أو بالباقى مع المأمور ، ولم يقل أحد إنه يكون من مال المأمور ، فينافى ماتقدم بحثا عن البدائع والسراج والنهر ، فلله در هذا الشارح ماأبعد مرماه فافهم (قوله خلافا لهما) أى فى الموضعين فيما يدفع ثانيا ، وفى المحل الذى يجب الإحجاج منه ثانيا فتح (قوله وقولهما استحسان) يعنى قولهما فى المحل ، أما فيما يدفع ثانيا فلم يذكروا فيه الاستحسان . وفى الفتح : قول الإمام فى الأول : أى فيما يدفع ثانيا أوجه وقولهما هنا أوجه . وقدمنا مايفيد ترجيحه أيضا عن العناية والمعراج ، لكن قدمنا أيضا أن المتون على قول الإمام ونقل تصحيحه العلامة قاسم (قوله كما مر) أى فى قوله وإلا فيصير مخالفا فيضمن ح (قوله لاللتقييد) لأن الحج لايختلف باختلاف السنين ، ففى أى سنة حصل فيها وقع عنه ، ولا يخفى أن الأولى إيقاعه فى السنة المعينة خوفا من ذهاب النفقة أو تعطل الحج ط (قوله والأفضل أن يعود إليه) أى إلى منزل الآمر المذكور فى المتن . قال فى البحر : ولو أحج رجلا فحج ثم أقام بمكة جاز لأن الفرض صار مؤدى والأفضل أن يحج ثم يعود إلى أهله اه فافهم (قوله وعليه رد مافضل من النفقة) قال فى البحر : فالحاصل أن المأمور لايكون مالكا لما أخذه من النفقة ، بل يتصرف فيه على ملك الآمر حيا كان أو ميتا معينا كان القدر أولا ، ولايحل له الفضل إلا بالشرط الآتى سواء كان الفضل كثيرا أو يسيرا كيسير من الزاد كما صرح به فى الظهيرية اه .

وإن شرطه له فالشرط باطل إلا أن يوكله بهبة الفضل من نفسه أو يوصى الميت به لمعين . ولوارثه أن يسترد المال من المأمور مالم يحرم ، وكذا إن أحرم وقد دفع إليه ليحج عنه وصيه فأحرم ثم مات الآمر .

وللوصى أن يحج بنفسه إلا أن يأمره بالدفع أو يكون وارثا ولم تجز البقية . ولو قال : منعت وكذبوه لم يصدق إلا أن يكون أمرا ظاهرا ؛ ولو قال حججت وكذبوه صدق بيمينه إلا إذا كان مديون الميت وقد أمر بالإنفاق ، ولا تقبل بينتهم أنه كان يوم النحر بالبلد إلا إذا برهنا على إقراره أنه لم يحج .

قلت : وهذا مما يدل على أن الاستئجار على الحج لا يصح عند المتأخرين كما قدمنا الكلام عليه فافهم (قوله إلا أن يوكله الخ) قال فى الفتح : وإذا أراد أن يكون ما فضل للمأمور يقول له وكلتك أن تهب الفضل من نفسك وتقبضه لنفسك ، فإن كان على موت قال والباقى منى لك وصية اه زاد فى اللباب : وإن لم يعين الآمر رجلا يقول يقول للوصى أعط ما بقى من النفقة من شئت ، وإن أطلق فقال وما يبقى من النفقة فهو للمأمور فالوصية باطلة اه أى لأنها لمجهول (قوله ولوارثه الخ) هذه المسألة تقدمت عند قوله إن وفى به ثلثه . لكن ذكرت فى كل من الموضعين مع زيادة ، لم توجد فى الآخر ففى الأول زاد الوصى ، والتفصيل فى نفقة الرجوع وفى هذا زاد قوله كذا إن أحرم الخ وكان عليه أن ينظمهما فى سلك واحد ح (قوله وكذا إن أحرم وقد دفع إليه ليحج عنه وصيه الخ) هذا التركيب فاسد المعنى . ووجد فى نسخة ليحج عنه بلا وصية وهى الصواب لأن المراد أن المحجوج عنه إذا لم يوص بالحج ولكنه دفع إلى رجل ليحج عنه ثم مات الدافع فللورثة استرداد المال الباقى من الرجل ، وإن أحرم بالحج . قال فى النهر : وقيدنا بكون الآمر أوصى بالحج عنه لما فى المحيط : لو دفع إلى رجل مالا ليحج به عنه فأهل بحجة ثم مات الآمر فلورثته أن يأخذوا ما بقى من المال معه ويضمنونه ما أنفق بعد موته لأن نفقة الحج كنفقة ذوى الأرحام تبطل بالموت اه (قوله وللوصى أن يحج الخ) قال فى فتح القدير : ولا يجوز الاستئجار على الطاعات ، وعن هذا قلنا لو أوصى أن يحج عنه ولم يزد على ذلك كان للوصى أن يحج عنه بنفسه إلا أن يكون وارثا ، أو دفعه لوارث ليحج فإنه لايجوز إلا أن تجيز الورثة وهم كبار ، لأن هذا كالتبرع بالمال فلا يصح للوارث إلا بإجازة الباقين ، ولو قال الميت للوصى ادفع المال لمن يحج عنى لم يجز له أن يحج بنفسه مطلقا اه (قوله ولو قال منعت) أى عن الحج وكذبوه أى الورثة لم يصدق ويضمن ما أنفقه من مال الميت إلا أن يكون أمرا ظاهرا يشهد على صدقه . لأن سبب الضمان قد ظهر فلا يصدق فى دفعه إلا بظاهر يدل على صدقه فتح (قوله صدق بيمينه) لأنه يدعى الخروج عن عهدة ما هو أمانة فى يده فتح (قوله إلا الخ) أى فإنه لايصدق إلا ببينة لأنه يدعى قضاء الدين هكذا فى كثير من الكتب وعليه المعول خلافا لما فى خزانة الأكمل بحر (قوله وقد أمر بالإنفاق) أى مما عليه من الدين ط (قوله ولا تقبل الخ) لأنها شهادة على النفى بحر : أى لأن مقصودهم نفى حجه وإن كانت صورة شهادتهم إثباتا ح (قوله إلا إذا برهنا الخ) لأن إقراره وهو تلفظه بهذه الجملة إثبات ح . وفى بعض النسخ برهنوا بصيغة الجمع : أى الورثة ، وهى أولى .

[تتمة] فى المحيط عن المنتقى : أوصى لرجل بألف وللمساكين بألف ولحجة الإسلام بألف والثلث ألفان يقسم الثلث بينهم أثلاثا ثم تضاف حصة المساكين إلى الحجة ، فما فضل عن الحجة فللمساكين لأن البداءة بالفرض أهم ؛ ولو عليه حجة وزكاة وأوصى لإنسان يتحاصون فى الثلث ثم ينظر إلى الزكاة والحج فيبدأ بما بدأ به الموصى ؛ ولو فريضة ونذر بدئ بالفريضة ، ولو تطوع ونذر بدئ بالنذر ، ولو كلها تطوعات أو فرائض أو واجبات بدئ بما بدأ به الميت اه .

باب الهدى

(هو) فى اللغة والشرع (مايهدى إلى الحرم) من النعم (ليتقرب به) فيه (أدناه شاة ، وهو إبل) ابن خمس سنين (وبقر) ابن سنتين (وغنم) ابن سنة (ولا يجب تعريفه) بل يندب فى دم الشكر (ولا يجوز فى الهدايا إلا ماجاز فى الضحايا) كما سيجىء ؛

وتوضيح هذه المسألة سيأتى فى الوصايا فاحفظها فإنها مهمة كثيرة الوقوع ، وبقى فروع كثيرة من هذا الباب تعلم من الفتح واللباب ، والله أعلم بالصواب .

باب الهدى

لما دار ذكر الهدى فيما تقدم من المسائل نسكا وجزاء احتيج إلى بيانه وما يتعلق به ابن كمال . ويقال فيه هدى بالتشديد على فعيل الواحد هدية كمطية ومطى ومطايا مغرب (قوله ما يهدى) مأخوذ من الهدية التى هى أعم من الهدى لا من الهدى . وإلا لزم ذكر المعرف فى التعريف ، فيلزم تعريف الشىء بنفسه ح .

قلت : لو أخذ من الهدى يكون تعريفا لفظيا وهو سائغ ط . واحترز بقوله إلى الحرم عما يهدى إلى غيره نعما كان أو غيره ، وبقوله من النعم عما يهدى إلى الحرم من غير النعم ، فإطلاق الانتهاء فى باب الأيمان والنذور والهدى على غيره مجاز بحر ، وبقوله ليتقرب به أى بإراقة دمه فيه : أى فى الحرم عما يهدى من النعم إلى الحرم هدية لرجل . وأفاد به أنه لابد من النية أى ولو دلالة .

ففى البحر عن المحيط : الواحد من النعم يكون هديا بجعله صريحا أو دلالة ، وهى إما بالنية أو بسوق بدنة إلى مكة وإن لم ينو استحسانا لأن نية الهدى ثابتة عرفا لأن سوق البدنة إلى مكة فى العرف يكون للهدى لا للركوب والتجارة ، قال : وأراد السوق بعد التقليد لا مجرد السوق (قوله أدناه شاة) أى وأعلاه بدنة من الإبل والبقر ، وفى حكم الأدنى سبع بدنة شرح اللباب . وأفاد ببيان الأدنى أنه لو قال لله على أن أهدى ولا نية له فإنه يلزمه شاة لأنها الأقل ، وإن عين شيئا لزمه ؛ ولو أهدى قيمتها جاز فى رواية ، وفى أخرى لا وهى الأرجح ، ولا كلام فيما لوكان مما لا يراق دمه من المنقولات ، فلو عقارا تصدق بقيمته فى الحرم أو غيره لأنه مجاز عن التصدق أفاده فى البحر واللباب (قوله ابن خمس سنين الخ) بيان لأدنى السن الجائز فى الهدى وهو الثنى ، وهو من الإبل ماله خمس سنين وطعن فى السادسة ، ومن البقر ماطعن فى الثالثة ، ومن الغنم ما طعن فى الثانية لكنه يوهم أن الجذع من الغنم لا يجوز ؛ قال فى اللباب : ولا يجوزون الثنى إلا الجذع من الضأن وهو ما أتى عليه أكثر السنة ، وإنما يجوز إذا كان عظيما وتفسيره أنه لو خلط بالثنايا اشتبه على الناظر أنه منها اه (قوله ولا يجب تعريفه) أى الذهاب به إلى عرفات أو تشهيره بالتقليد ح عن البحر (قوله بل يندب) أى التعريف بمعنييه ح ، لكن الشاة لا يندب تقليدها . وفى اللباب : ويسن تقليد بدن الشكر دون بدن الجبر ، وحسن الذهاب بهدى الشكر إلى عرفة اه . فعبر فى الأول بالبدن ليخرج الشاة ، وفى الثانى بالهدى ليدخلها فيه . وأفاد أيضا أن الأول سنة والثانى مندوب ، ففى كلام الشارح إجمال (قوله فى دم الشكر) أى القران والتمتع ، وكذا يقلد هدى التطوع والنذر ؛ ولو قلد دم الإحصار والجناية جاز ولا بأس به كما سيأتى (قوله ولا يجوز فى الهدايا إلا ما جاز فى الضحايا) كذا عبر فى الهداية ، وعلله بأنه قربة تعلقت بإراقة الدم كالأضحية فيختصان بمحل واحد اه . فأشار إلى أنه مطرد منعكس ، فيجوز هنا مايجوز ثمة ولا يجوز هنا مالا يجوز ثمة .

فصح اشتراك ستة في بدنة شريت لقربة ، وإن اختلفت أجناسها .

(وتجوز الشاة) في الحج في كل شيء (إلا في طواف الركن جنبا) أو حائضا (ووطء بعد الوقوف) قبل الحلق كما مر (ويجوز أكله) بل يندب كالأضحية (من هدي التطوع) إذا بلغ الحرم (والمتعة والقران فقط)

ولا يرد على طرده ما قدمناه من جواز إهداء قيمة المنذور في رواية مع أنه لايجوز في الأضحية لأن « ما » واقعة على الحيوان كما اقتضاه قوله وهو إبل وبقروغنم ، ولوسلم فتلك الرواية مرجوحة على أن القيمة قد تجزي في الأضحية كما إذا مضت أيامها ولم يضح الغني فإنه يتصدق بقيمتها فافهم (قوله فصح اشتراك ستة) أي لأن ذلك جائز في الضحايا فيجوز هنا لما علمته من القاعدة واشتراك افتعال مصادر الرباعي المتعدي كالاختصاص والاكتساب وهو مضاف إلى مفعوله أي اشتراك واحد ستة .

قال في الفتح عن الأصل والمبسوط : فإن اشترى بدنة لمتعة مثلا ثم اشترك فيها ستة بعد ماأوجبها لنفسه خاصة لايسعه ؛ لأنه لما أوجبها صار الكل واجبا بعضها بإيجاب الشرع وبعضها بإيجابه ؛ فإن فعل فعليه أن يتصدق بالثمن وإن نوى أن يشرك فيها ستة أجزأته لأنه ما أوجب الكل على نفسه بالشراء ، فإن لم يكن له نية عند الشراء ولكن لم يوجبها حتى شرك الستة جاز . والأفضل أن يكون ابتداء الشراء منهم أو من أحدهم بأمر الباقين حتى تثبت الشركة في الابتداء اهـ . وقوله لأنه ما أوجب الكل على نفسه بالشراء الخ يدل على أن معنى إيجابها لنفسه أن يشتريها لنفسه أو ينوي بعده القربة ، ومثله قوله في شرح اللباب أي بتعيين النية وتخصيصها له .

إذا عرفت ذلك فالصور ستة : إما أن يشتريها لنفسه خاصة ، أو يشتريها بلا نية ثم يعينها لنفسه ؛ أو يشتريها بلا نية ولم يعينها لنفسه ، أو يشتريها بنية الشركة أو يشتريها مع ستة ، أو يشتريها وحده بأمرهم ، فقول الشارح شريت لقربة لايصلح على إطلاقه بل هو خاص بما عدا الصورتين الأوليين ، لكن ينبغي أن يكون هذا التفصيل محمولا على الفقير ، لأن الغني لا تجب عليه بالشراء بدليل ماذكره في أضحية البدائع عن الأصل ، من أنه لو اشترى بقرة ليضحي بها عن نفسه فأشرك فيها يجزئهم ، والأحسن فعل ذلك قبل الشراء قال : وهذا : أي قوله يجزئهم محمول على الغني لأنها لم تتعين ، أما الفقير فلا يجوز أن يشرك فيها لأنه أوجبها على نفسه بالشراء للأضحية فتعينت اهـ . لكن سوى في الخانية في مسألة الأضحية بين الغني والفقير فتأمل (قوله وإن اختلفت أجناسها) في الفتح عن الأصل والمبسوط : كل من وجب عليه من المناسك جاز أن يشارك ستة نفر قد وجبت الدماء عليهم وإن اختلفت أجناسها من دم متعة وإحصار وجزاء صيد وغير ذلك ، ولو كان الكل من جنس واحد كان أحب إلي اهـ . وذكر نحوه في البحر هنا ، وبه يظهر ما في قول البحر في القران والجنايات إن الاشتراك لايكفي في الجنايات بخلاف دم الشكر وقد نبهنا على ذلك أول باب الجنايات (قوله في الحج) أي في كل دم له تعلق بالحج كدم الشكر والجناية والإحصار والنفل . قال في النهر : فلا يرد أن من نذر بدنة أو جزورا لاتجزئه الشاة (قوله إلا الخ) أي فتجب فيهما بدنة ولا ثالث لهما في الحج لباب . قال شارحه : وفيه نظر إذ تقدم أنه إذا مات بعد الوقوف وأوصى بإتمام الحج تجب البدنة لطواف الزيارة وجاز حجه ، وكذا عند محمد تجب في النعامة بدنة ثم قوله في الحج احتراز عن العمرة حيث لاتجب البدنة بالجماع قبل أداء ركنها من طواف العمرة ولا أداء طوافها بالجناية أو الحيض أو النفاس اهـ . (قوله قبل الحلق) أما بعده ففي وجوبها خلاف ، والراجح وجوب الشاة ط عن البحر (قوله كما مر) أي في الجنايات ح (قوله كالأضحية) أشار به إلى أن المستحب أن يتصدق بالثلث ويطعم الأغنياء الثلث ويأكل ويدخر الثلث ح عن البحر (قوله إذا بلغ الحرم) قيد به لما سيأتي من أن حل الانتفاع به لغير الفقراء مقيد ببلوغه محله . وأفاد في البحر أنه لاحاجة إلى هذا

ولو أكل من غيرها ضمن ماأكل (ويتعين يوم النحر) أى وقته وهو الأيام الثلاثة (للذبح المتعة والقران) فقط: فلم يجز قبله بل بعده وعليه دم

(و) يتعين (الحرم) لامنى (للكل لالفقره) لكنه أفضل (ويتصدق بجلاله وخطامه) أى زمامه (ولم يعط أجر الجزار) أى الذابح (منه) فإن أعطاه ضمنه ، أما لو تصدق عليه جاز

القيد لأنه قبل بلوغه الحرم ليس بهدى فلم يدخل تحت عبارة المصنف ليحتاج إلى إخراجه .

قال : والفرق بينهما أنه إذا بلغ الحرم فالقربة فيه بالإراقة وقد حصلت فالأكل بعد حصولها ، وإذا لم يبلغ فهى بالتصدق والأكل ينافيه اه . ونظر فيه فى النهر : ولم يبين وجه النظر ، ولعل وجهه منع أنه لا يسمى هديا قبل بلوغه الحرم ، لأن قوله تعالى — هديا بالغ الكعبة — يدل على تسميته هديا قبل بلوغه : سواء قدر بالغ صفة أو حالا مقدرة ، ولأن المتوقف على بلوغه الحرم جواز الأكل منه وإطعام الغنى دون كونه هديا ، ولذا لايركبه فى الطريق بلا ضرورة ، ولا يحلبه ؛ ولو عطب أو تعيب قبله نحره وضرب صفحة سنامه بدمه ليعلم أنه هدى للفقراء فلا يأكله غنى كما يأتى فافهم (قوله ولو أكل من غيرها) أى غير هذه الثلاثة من بقية الهدايا كدماء الكفارات كلها والنذور وهدى الإحصار والتطوع الذى لم يبلغ الحرم ، وكذا لو أطعم غنيا ، أفاده فى البحر (قوله ضمن ما أكل) أى ضمن قيمته .

وفى اللباب وشرحه : فلو استهلكه بنفسه بأن باعه ونحو ذلك ، بأن وهبه لغنى أو أتلفه وضيعه لم يجز وعليه قيمته أى ضمان قيمته للفقراء إن كان مما يجب التصدق به ، بخلاف ما إذا كان لايجب عليه التصدق به فإنه لايضمن شيئا اه . وفيه كلام يعلم من البحر ومما علقناه عليه (قوله أى وقته) أشار إلى أن المراد باليوم مطلق الوقت فيعم أوقات النحر أو هو مفرد مضاف فيعم ط (قوله فقط) أى لايتعين غيرهما فيها ، ومنه هدى التطوع إذا بلغ الحرم فلا يتقيد بزمان هو الصحيح وإن كان ذبحه يوم النحر أفضل كما ذكره الزيلعى خلافا للقدورى بحر (قوله فلم يجز) أى بالإجماع وهو بضم أوله من الإجزاء (قوله بل بعده) أى بل يجزئه بعده : أى بعد يوم النحر : أى أيامه إلا أنه تارك للواجب عند الإمام فيلزمه دم للتأخير ؛ أما عندهما فعدم التأخير سنة ، حتى لو ذبح بعد التحلل بالحلق لاشىء عليه (قوله لامنى) أى بل يسن لما فى المبسوط من أن السنة فى الهدايا أيام النحر منى وفى غير أيام النحر فمكة هى الأولى شرح اللباب (قوله للكل) بيان لكون الهدى مؤقتا بالمكان سواء كان دم شكر أو جناية لما تقدم أنه اسم لما يهدى من النعم إلى الحرم ودخل فيه الهدى المنذور ، بخلاف البدنة المنذورة فلا تتقيد بالحرم عندهما . وقاسها أبو يوسف على الهدى المنذور ، والفرق ظاهر بحر عن المحيط (قوله لالفقيره) المعطوف محذوف تعلق به المجرور والتقدير لا التصدق لفقيره واللام بمعنى على ، وهذا أولى من قول ح الصواب لافقيره بالرفع عطفا على الحرم ط (قوله فإن أعطاه ضمنه) أى إن أعطاه بلا شرط ، أما لو شرطه لم يجز كما فى اللباب :

قال شارحه : وتوضيح ماقاله الطرابلسى أنه إذا شرط إعطاءه منه يبقى شريكا له فيه فلا يجوز الكل لقصده اللحم اه .

أقول : وفيه نظر لأن صيرورته شريكا فرع صحة الإجارة ، وسيأتى فى الإجارة الفاسدة أنه لو دفع لآخر غزلا لينسجه له بنصفه أو استأجر بغلا ليحمل طعامه ببعضه أو ثور ليطحن بره ببعض دقيقه فسدت لأنه استأجره بجزء من عمله ، وحيث فسدت الإجارة يجب أجر المثل من الدراهم كما صرحوا به أيضا ، وهذا يقتضى أن يجب له أجر مثله دراهم ، ولا يستحق شيئا من اللحم فلم يصر شريكا فيه فليتأمل .

(ولا يركبه) مطلقا (بلا ضرورة) فإن اضطر إلى الركوب ضمن مانقص بركوبه وحمل متاعه وتصدق به على الفقراء شرنبلالية . فإن أطعم منه غنيا ضمن قيمته مبسوط . ولا يحلبه (وينضح ضرعها بالماء البارد) لو المذبح قريبا وإلا حلبه وتصدق به (أو يقيم بدل هدى وجب عطب أو تعيب بما يمنع) الأضحية (وصنع بالمعيب ماشاء . ولو) كان المعيب (تطوعا نحره وصبغ قلادته) بدمه (وضرب به صفحة سنامه) ليعلم أنه هدى للفقراء ولا يطعم (ولايطعم منه غنيا) لعدم بلوغه محله

ثم رأيت فى معراج الدراية مانصه : والبضعة التى جعلت أجرة بمنزلة قفيز الطحان لأنها من منافع عمله فلا تكون أجرة اهـ . ثم ذكر أنه لو تصدق عليه منها جاز ، ولو أعطاه شيئا بجزارته ضمنه . فعلم أن كلامه الأول فيما لو شرط الأجرة منها والأخير فيما لو لم يشرطه وأنه لافرق بينهما والله أعلم (قوله ولايركبه مطلقا) أى سواء جازله الانتفاع منه أولا نهر . قال وصرح فى المحيط بحرمته (قوله شرنبلالية) نقل ذلك فى الشرنبلالية عن الجوهرة والمجتبى والهداية وكافى النسفى وكافى الحاكم . ومثله فى اللباب . فما فى البحر والنهر من أن ظاهر كلامهم أنها إن نقصت بركوبه لضرورة فإنه لاضمان عليه مخالف لصريح المنقول (قوله فإن أطعم منه) أى مما ضمنه من النقص . وقوله ضمن قيمته لأن الصدقة لاتصح على غنى .

وعبارة البحر : لو ركبها أوحمل عليها فانتقصت فعليه ضمان مانقص ويتصدق به على الفقراء دون الأغنياء لأن جواز الانتفاع بها للأغنياء معلق ببلوغ المحل (قوله وينضح) أى يرش بفتح الضاد وكسرها بحر . وفائدته تقطيع اللبن (قوله لو المذبح قريبا) مفعل بمعنى الزمان : أى زمان الذبح . لقولهم : هذا إذا كان قريبا من وقت الذبح ح وفى بعض النسخ : لو الذبح بدون ميم . وهذا أولى ليشمل ماقرب وقته ومكانه فإنه قد يكون فى الحرم ولم يدخل وقته وهو يوم النحر . وقد يكون فى خارجه ودخل وقته ، ولايصح أن يراد كل من الزمان والمكان فى المصدر الميمى لأن المشترك لايستعمل فى معنييه . أفاده الرحمتى (قوله وتصدق به) أى على الفقراء ، فإن صرفه لنفسه أو استهلكه أو دفعه لغنى ضمن قيمته أى فيتصدق بمثله أو بقيمته شرح اللباب (قوله ويقيم الخ) لأن الوجوب متعلق بذمته . وهذا إذا كان موسرا أما إذا كان معسرا أجزأه ذلك المعيب ، لأن المعسر لم يتعلق الإيجاب بذمته ، وإنما يتعلق بما عينه سراج (قوله واجب) هل يدخل فيه هنا مالو نذر شاة معينة فهلكت فيلزمه غيرها أولا لكون الواجبة فى العين لا فى الذمة بحر . والظاهر الثانى كما يفيده مانقلناه عن السراج وما ننقله عنه قريبا (قوله عطب أو تعيب) أى قبل وصوله إلى محله من الحرم أو زمانه المعين له شرح اللباب . والعطب الهلاك وبابه علم (قوله بما يمنع الأضحية) كالعرج والعمى ط عن القهستانى (قوله ماشاء) أى من بيع ونحوه فتح (قوله ولو كان المعيب) خصه بالذكر لأن ما عطب لايمكن ذبحه

ولما فرض المسألة فى الهداية فى المعطوف قال فى الفتح المراد بالعطب الأول حقيقته وبالثانى القرب منه . ومثله فى البحر وهذا أولى لأن ماقرب من العطب لايمكن وصوله إلى الحرم فينحره فى الطريق ، بخلاف المعيب الذى لم يصل إلى هذه الحالة فإنه إذا أمكن سوقه لاداعى لنحره فى غير الحرم بل يذبحه فيه . ففى التعبير بالمعيب إيهام (قوله نحره الخ) أى وليس عليه غيره لأنه لم يكن متعلقا بذمته ، كمن قال لله على أن أتصدق بهذه الدراهم وأشار إلى عينها فتلفت سقط الوجوب ولم يلزمه غيرها سراج (قوله ولا يطعم) بفتح الياء من باب علم أى لاياكل ح ، فإن أكل أو أطعم غنيا ضمن لباب (قوله لعدم بلوغه محله) قال فى الهداية لأن الإذن بتناوله معلق بشرط بلوغه محله ، فينبغى أن لايحل قبل ذلك أصلا إلا أن التصدق على الفقراء أفضل من أن يتركه جزرا للسباع . وفيه نوع تقرب والتقرب هو

(ويقلد) ندبا بدنة (التطوع) ومنه النذر (والمتعة والقران فقط) لأن الاشتهار بالعبادة أليق والستر بغيرهما أحق .

(شهدوا) بعد الوقوف (بوقوفهم بعد وقته لاتقبل) شهادتهم والوقوف صحيح استحسانا حتى الشهود للحرج الشديد (وقبله) أى قبل وقته (قبلت إن أمكن التدارك) ليلا مع أكثرهم وإلا لا (رمى فى اليوم الثانى)

المقصود (قوله بدنة التطوع) قيد بالبدنة لأنه لايسن تقليد الشاة ولا تقلد عادة بحر (قوله ومنه النذر) لأنه لما كان بإيجاب العبد كان تطوعا أى ليس بإيجاب الشارع ابتداء بحر (قوله فقط) أفاد أنه لا يقلد دم الجنايات ولا دم الإحصار لأنه جابر فيلحق بجنسها كما فى الهداية ، ولو قلده لايضر بحر عن المبسوط .

[فرع] كل مايقلد يخرج إلى عرفات ، ومالا فلا ، ويذبح فى الحرم ، ولو ترك التعريف بما يقلد لابأس به سراج (قوله شهدوا الخ) بيانه ما فى اللباب إذا التبس هلال ذى الحجة فوقفوا بعد إكمال ذى القعدة ثلاثين يوما ثم تبين بشهادة أن ذلك اليوم كان يوم النحر فوقوفهم صحيح وحجهم تام . ولا تقبل الشهادة اهـ (قوله حتى الشهود) أى حجهم صحيح وإن كان عندهم أن هذا اليوم يوم النحر ، حتى لو وقفوا على رؤيتهم لم يجز وقوفهم وعليهم أن يعيدوا الوقوف مع الإمام . وإن لم يعيدوا فقد فاتهم الحج وعليهم أن يحلوا بالعمرة وقضاء الحج من قابل كما فى اللباب وغيره (قوله للحرج الشديد) بيان لوجه الاستحسان أى لأن فيه بلوى عامة لتعذر الاحتراز عنه والتدارك غير ممكن . وفى الأمر بالإعادة حرج بين فوجب أن يكتفى به عند الاشتباه . بخلاف ما إذا وقفوا يوم التروية لأن التدارك ممكن فى الجملة بأن يزول الاشتباه فى يوم عرفة هداية (قوله وقبله الخ) أى ولو شهدوا بعد الوقوف بوقوفهم قبل وقته قبلت شهادتهم ، وقوله إن أمكن التدارك فيه نظر لأنهم إذا شهدوا أن اليوم الذى وقفوا فيه يوم التروية فلا شك أن التدارك بأن يقفوا يوم عرفة ممكن كما قاله ابن كمال . واعترض قول الهداية فى الجملة الخ بأنه لاحاجة إليه .

قلت : لكن اعتراضه ساقط ، لأن قول الهداية بأن يزول الاشتباه فى يوم عرفة بيان لقوله فى الجملة ، ومعناه أنهم إذا شهدوا يوم عرفة وزال الاشتباه بشهادتهم يمكن تدارك الوقوف بخلاف ما إذا شهدوا يوم النحر فإنه لايمكن التدارك . فلما أمكن التدارك هنا فى الجملة أى فى بعض الصور قبلت الشهادة بخلاف الشهادة بأنهم وقفوا بعد يومه فإن التدارك غير ممكن أصلا فلذا لم تقبل ، ومقتضى هذا الفرق المذكور بين المسألتين أنه إذا شهدوا بالوقوف قبل وقته أن تقبل الشهادة وإن لم يمكن التدارك . لأنه لما أمكن التدارك فى بعض صورها صار لقبولها محل فقبلت مطلقا ، بخلاف الشهادة بالوقوف بعد وقته فإنه حيث لم يمكن التدارك فيها أصلا لم يكن لقبولها محل . ثم رأيت التصريح بذلك فى شرح الجامع لقاضيخان حيث قال فى توجيه القياس فى المسألة الأولى : ولهذا لو تبين أنهم وقفوا يوم التروية لايجزئهم إن لم يعلموا بذلك إلا يوم النحر اهـ .

وحاصله أن القياس هناك أن تقبل الشهادة ولا يصح الحج وإن لم يمكن التدارك كما فى المسألة إذا لم يعلموا بوقوفهم يوم التروية إلا يوم النحر ، فهذا صريح فيما قلناه ولله الحمد .

فإذا علمت ذلك ظهر لك أن قول المصنف قبلت إن أمكن التدارك غير صحيح بل الشهادة فى المسألة مقبولة مطلقا ، نعم ذكروا هذا التقييد فى مسألة ثالثة .

قال فى البحر : وقد بقى هنا مسألة ثالثة ، وهى ما إذا شهدوا يوم التروية والناس بمنى أن هذا اليوم يوم عرفة ينظر فإن أمكن للإمام أن يقف مع الناس أو أكثرهم نهارا قبلت شهادتهم قياسا واستحسانا للتمكن من الوقوف

أو الثالث أو الرابع (الوسطى والثالثة ولم يرم الأولى ؛ فعند القضاء إن رمى الكل) بالترتيب (حسن ، وإن قضى الأولى جاز) لسنية الترتيب.

(نذر) المكلف (حجا ماشيا مشى) من منزله وجوبا فى الأصح (حتى يطوف الفرض) لانتهاء الأركان ، ولو ركب فى كله أو أكثره لزمه دم . وفى أقله بحسابه ؛ ولو نذر المشى إلى المسجد الحرام أو مسجد المدينة أو غيرهما لاشىء عليه

فإن لم يقفوا عشية فاتهم الحج ؛ وإن أمكنه أن يقف معهم ليلا لا نهارا فكذلك استحسانا . وإن لم يمكنه أن يقف ليلا مع أكثرهم لاتقبل شهادتهم ويأمرهم أن يقفوا من الغد استحسانا . والشهود فى هذا كغيرهم كما قدمناه . وفى الظهيرية : ولا ينبغى للإمام أن يقبل فى هذا شهادة الواحد والاثنين ونحو ذلك اه .

فإن قلت : فهل يمكن حمل كلام المصنف على هذه المسألة تصحيحا لكلامه .

قلت : يمكن بتكلف ، وذلك بأن يجعل قوله وقبله ظرفا لشهدوا لا لوقوفهم ويجعل المشهود به محذوفا ، فيصير التقدير : ولو شهدوا قبل وقوفهم بأن هذا اليوم يوم عرفة قبلت إن أمكن التدارك الخ . واقتصر الشارح على إمكان التدارك ليلا لأنه على تقدير إمكانه نهاراً يفهم قبول الشهادة بالأولى ؛ فافهم واغتنم هذا التحرير المفرد .

[تتمة] قال فى اللباب : ولا عبرة باختلاف المطالع فيلزم برؤية أهل المغرب أهل المشرق ؛ وإذا ثبت فى مصر لزم سائر الناس فى ظاهر الرواية ، وقيل يعتبر فى كل بلد مطلع بلدهم إذا كان بينهما مسافة كثيرة وقدر الكثير بالشهر اه وقدمنا تمام الكلام على ذلك فى الصوم ؛ وقدمنا هناك أن ظاهر كلامهم هنا اعتبار اختلاف المطالع لما علمته من هذه المسائل تأمل (قوله أو الثالث أو الرابع) أشار إلى أن اليوم الثانى مثال لما يتكرر فيه الرمى ، فهو للاحتراز عن اليوم الأول فإنه لارمى فيه إلا جمرة العقبة (قوله حسن) الأولى فحسن بالفاء : أى هو مسنون ، لقوله لسنية الترتيب . ثم إن رمى فى وقت الرمى لاشىء عليه وإن أخره إلى الثانى كان عليه بتأخير الجمرة الواحدة سبع صدقات لأنها أقل رمى يومها ، وإن أخر الكل أو إحدى عشرة حصاة التى هى أكثر رمى اليوم فعليه دم عند الإمام ، ولا شىء بالتأخير عندهما رحتى فافهم ، وقدمنا فى بحث الرمى أن رمى كل يوم فيه أو فى ليلة تليه سوى اليوم الرابع أداء ، وفى اليوم الذى يليه قضاء فيه الجزاء ، وبغروب شمس الرابع فات وقت الأداء والقضاء ولزم الجزاء (قوله لسنية الترتيب) هو المختار . وعن محمد أنه واجب كما قدمناه فى بحث الرمى (قوله وجوبا) راجع لقوله مشى ولقوله من منزله . وقوله فى الأصح راجع للوجوب فيهما ، ومقابل الأول رواية الأصل : أى المبسوط لمحمد بالتخيير بين الركوب والمشى ، ورواية عن الإمام أن الركوب أفضل ، ومقابل الثانى القول بأن محل وجوب ابتداء المشى من الميقات والقول بأنه من محل يحرم منه لأن ابتداء الحج الإحرام وانتهاؤه طواف الزيارة فيلزمه بقدر ما التزم . والمعول عليه التصحيح الأول ، لما روى عن أبى حنيفة : لو أن بغداديا قال إن كلمت فلانا فعلى أن أحج ماشيا فلقيه بالكوفة فكلمه فعليه أن يمشى من بغداد ، وتمامه فى الفتح والبحر .

[تنبيه] صريح كلامهم هنا أن الحج ماشيا أفضل منه راكبا خلافا لما قدمه الشارح أول كتاب الحج ، وقد قدمنا الكلام عليه هناك (قوله حتى يطوف الفرض) وفى النذر بالعمرة حتى يحلق لباب . قال شارحه : وقياسه فى الحج أن يقيد بحلقه قبل الطواف أو بعده ليخرج عن إحرامه اه .

قلت : لكن مجرد الطواف فى الحج إحلال عن غير النساء فتأمل (قوله وفى أقله بحسابه) أى يلزمه التصدق بقدره من قيمة الشاة الوسط بحر (قوله لاشىء عليه) لعدم العرف بالتزام النسك به ؛ ولأن مسجد المدينة يجوز

(اشترى محرمة) ولو (بالإذن له أن يحللها) بلا كراهة لعدم خلف وعده (بقص شعرها أو بقلم ظفرها) أو بمس طيب (ثم يجامع . وهو أولى من التحليل بجماع) وكذا لو نكح حرة محرمة بنفل بخلاف الفرض إن لها محرم وإلا فهي محصرة فلا تتحلل إلا بالهدى .

ولو أذن لامرأته بنفل ليس له الرجوع لملكها منافعها وكذا المكاتبة ، بخلاف الأمة إلا إذا أذن لأمته فليس لزوجها منعها .

[فروع] حج الغني أفضل من حج الفقير .

حج الفرض أولى من طاعة الوالدين ،

دخوله بلا إحرام فلم يصر به ملتزما للإحرام كما في الفتح وغيره (قوله اشترى محرمة) وكذا لو اشترى عبداً محرما له أن يحلله بحر (قوله ولو بالإذن) أي ولو كانت محرمة بإذن البائع (قوله لعدم خلف وعده) أي وعد المشترى فإنه ماوعدها ، بخلاف البائع لو أذن لها فإنه كان يكره له أن يحللها كما في البحر (قوله بقص شعرها الخ) أفاد أنه لايثبت التحليل بقبوله حالتك بل بفعله أو بفعلها بأمره كالامتشاط بأمره بحر .

قلت : وأفاد أيضا أنه لايتوقف تحليلها على أفعال الحج ، بل تخرج من الإحرام بمجرد ماهو من المحظورات . ولا يرد عليه ماصرحوا به من أن من فسد حجه لايخرج عن الإحرام إلا بالأفعال ، ويلزمه التحلل بها كما توهمه الشرنبلالي في الجنايات للفرق الواضح بين المأمور بالرفض والمنهي عنه ؟ ألا ترى أن من أحرم بحجين لزمه رفض أحدهما ويتحلل منه بالحلق ولا يلزمه أفعاله وكذا المحصر بعدو أو مرض يتحلل بالهدى فكذا هنا فإن الأمة ممنوعة عن المضي لحق المولى ومثلها الزوجة ، أما من فسد حجه فإنه مأمور بالمضي في فاسده كما نبهنا على ذلك في الجنايات فافهم . وأفاد أيضا أنه لايتوقف تحليلهما على الهدى وإن وجب عليهما بعد كما صرح به في اللباب ، فعليهما إرسال هدى وحج وعمرة إن كان إحرامهما بالحج وعمرة إن كان بالعمرة وذلك على الأمة والعبد بعد العتق كما قدمناه أول باب الإحصار (قوله وهو أولى الخ) لأن الجماع أعظم محظورات الإحرام حتى تعلق به الفساد بحر . وذكر بعده أن جماعها تحليل لها إن علم بإحرامها وإلا فلا وفسد حجها (قوله وكذا) أي له أن يحللها ، ولا يتأخر تحليله إياها إلى ذبح الهدى بحر (قوله إن لها محرم) فإنها استجمعت حينئذ شرائط الوجوب فليس له منعها ح (قوله وإلا) أي إن لم يكن لها محرم (قوله فهي محصرة) لعدم المحرم ، فللزوج منعها لعدم وجوب خروجه معها فكانت محصرة شرعا (قوله فلا تتحلل إلا بالهدى) أي ليس له أن يحللها من ساعته كما في حج النفل ، بل يتأخر تحليله إياها إلى ذبح الهدى . وهذا أحد قولين وعزاه في المنسك الكبير إلى الكرخي والمبسوط ، وعزا إلى الأصل أن للزوج تحليلها بلا هدى كما في شرح اللباب ، فعلى رواية الأصل لافرق بين النفل والفرض (قوله وكذا المكاتبة) لأنها حرة من وجه ط (قوله بخلاف الأمة) فله أن يرجع بعد الإذن لأنه مالكها منافعها وهي لاتملك فيكون الأمر إليه ط ، لكنه يكره كما مر (قوله إلا إذا أذن) استثناء منقطع ط (قوله فليس لزوجها منعها) وذلك لأنها في تصرف السيد بعد زواجها ، فيجوز له أن يستخدمها ولايجب عليه تبوئتها ط . وهذا أولى من قوله في شرح اللباب لعل هذا إذا لم يبوئها (قوله حج الغني أفضل من حج الفقير) لأن الفقير يؤدى الفرض من مكة وهو متطوع في ذهابه وفضيلة الفرض أفضل من فضيلة التطوع ح عن المنح . وهذا إنما يظهر في حج الفرض كما قاله ط وفيما إذا أحرما من الميقات ؛ أما لو أحرما من بلدهما فقد تساويا في وجوب الذهاب (قوله حج الفرض أولى من طاعة الوالدين) لأنه لاطاعة لمخلوق في معصية الخالق سبحانه وتعالى لكن هذا إذا لم يضيعا بسفره لما قدمه أول الحج أنه يكره بلا

بخلاف النفل .

بناء الرباط أفضل من حج النفل . واختلف فى الصدقة ، ورجح فى البزازية أفضلية الحج لمشقته فى المال والبدن جميعا ، قال : وبه أفتى أبو حنيفة حين حج وعرف المشقة .

لوقفة الجمعة مزية سبعين حجة ، ويغفر فيها لكل فرد بلا واسطة .

إذن ممن يجب استئذانه أى كأحد الأبوين المحتاج إلى خدمته ، وقدمنا أن الأجداد والجدات كالأبوين عند فقدهما (قوله بخلاف النفل) أى فإن طاعتهما أولى منه مطلقا كما قدمناه عن البحر عن الملتقط .

مطلب فى تفضيل الحج على الصدقة

(قوله ورجح فى البزازية أفضلية الحج) حيث قال الصدقة أفضل من الحج تطوعا . كذا روى عن الإمام لكنه لما حج وعرف المشقة أفتى بأن الحج أفضل ، ومراده أنه لو حج نفلا وأنفق ألفا فلو تصدق بهذه الألف على المحاويج فهو أفضل لا أن يكون صدقة فلس أفضل من إنفاق ألف فى سبيل الله تعالى . والمشقة فى الحج لما كانت عائدة إلى المال والبدن جميعا فضل فى المختار على الصدقة اه .

قال الرحمتى : والحق التفضيل ، فما كانت الحاجة فيه أكثر والمنفعة فيه أشمل فهو الأفضل كما ورد « حجة أفضل من عشر غزوات » وورد عكسه فيحمل على ما كان أنفع ، فإذا كان أشجع وأنفع فى الحرب فجهاده أفضل من حجه ، أو بالعكس فحجه أفضل ، وكذا بناء الرباط إن كان محتاجا إليه كان أفضل من الصدقة وحج النفل . وإذا كان الفقير مضطرا أو من أهل الصلاح أو من آل بيت النبى صلى الله عليه وسلم فقد يكون إكرامه أفضل من حجات وعمر وبناء ربط .

كما حكى فى المسامرات عن رجل أراد الحج فحمل ألف دينار يتأهب بها فجاءته امرأة فى الطريق وقالت له إنى من آل بيت النبى صلى الله عليه وسلم وبى ضرورة فأفرغ لها ما معه ، فلما رجع حجاج بلده صار كلما لقى رجلا منهم يقول له تقبل الله منك ، فتعجب من قولهم ، فرأى النبى صلى الله عليه وسلم فى نومه وقال له : تعجبت من قولهم تقبل الله منك ؟ قال نعم يارسول الله ؛ قال : إن الله خلق ملكا على صورتك حج عنك ، وهو يحج عنك إلى يوم القيامة بإكرامك لامرأة مضطرة من آل بيتى . فانظر إلى هذا الإكرام الذى ناله لم ينله بحجات ولا ببناء ربط .

مطلب فى فضل وقفة الجمعة

(قوله لوقفة الجمعة الخ) فى الشرنبلالية عن الزيلعى : أفضل الأيام يوم عرفة إذا وافق يوم الجمعة ؛ وهو أفضل من سبعين حجة فى غير جمعة ؛ رواه رزين بن معاوية فى تجريد الصحاح اه لكن نقل المناوى عن بعض الحفاظ أن هذا حديث باطل لا أصل له . نعم ذكر الغزالى فى الإحياء قال بعض السلف إذا وافق يوم عرفة يوم جمعة غفر لكل أهل عرفة ، وهو أفضل يوم فى الدنيا ؛ وفيه حج رسول الله صلى الله عليه وسلم حجة الوداع ، وكان واقفا إذ نزل قوله ــ اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ــ فقال أهل الكتاب : لو أنزلت هذه الآية علينا لجعلناه يوم عيد ؛ فقال عمر رضى الله عنه : أشهد لقد أنزلت فى يوم عيدين اثنين : يوم عرفة ويوم جمعة على رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو واقف بعرفة اه (قوله بلا واسطة) فى المنسك الكبير للسندى : فإن قيل : قد ورد أنه يغفر لجميع أهل الموقف مطلقا فما وجه تخصيص ذلك بيوم الجمعة ؟ قيل لأنه يغفر

ضاق وقت العشاء والوقوف يدع الصلاة ويذهب لعرفة للحرج .

هل الحج يكفر الكبائر ؟ قيل نعم كحربى أسلم . وقيل غير المتعلقة بالآدمى كذمى أسلم . وقال عياض : أجمع أهل السنة أن الكبائر لا يكفرها إلا التوبة . ولا قائل بسقوط الدين ولو حقا لله تعالى كدين صلاة وزكاة ، نعم إثم المطل وتأخير الصلاة ونحوها يسقط ، وهذا معنى التكفير على القول به ، وحديث ابن ماجه أنه عليه الصلاة والسلام استجيب له حتى فى الدماء والمظالم

يوم الجمعة بلا واسطة وفى غيره يهب قوما لقوم ، وقيل إنه يغفر فى وقفة الجمعة للحاج وغيره وفى غيره للحاج فقط .

فإن قيل : قد يكون فى الموقف من لا يقبل حجه فكيف يغفر له ؟ قيل يحتمل أن تغفر له الذنوب ولا يثاب ثواب الحج المبرور . فالمغفرة غير مقيدة بالقبول . والذى يوجب هذا أن الأحاديث وردت بالمغفرة لجميع أهل الموقف فلابد من هذا القيد ، والله أعلم .

مطلب فى الحج الأكبر

[تتمة] قال العلامة نوح فى رسالته المصنفة فى تحقيق الحج الأكبر : قيل إنه الذى حج فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو المشهور . وقيل يوم عرفة جمعة أو غيرها . وإليه ذهب ابن عباس وابن عمر وابن الزبير وغيرهم ، وقيل يوم النحر وإليه ذهب على وابن أبى أوفى والمغيرة بن شعبة . وقيل إنه أيام منى كلها ، وهو قول مجاهد وسفيان الثورى . وقال مجاهد : الحج الأكبر القران والأصغر الإفراد . وقال الزهرى والشعبى وعطاء : الأكبر الحج والأصغر العمرة (قوله ضاق وقت العشاء والوقوف) بأن كان لو مكث ليصلى العشاء فى الطريق يطلع الفجر قبل وصوله إلى عرفة ولو ذهب ووقف يفوت وقت العشاء (قوله يدع الصلاة الخ) مشى عليه فى السراج ، واختار فى شرح اللباب عكسه لأن تأخير الوقوف لعذر مع إمكان التدارك فى العام القابل جائز ، وليس فى الشرع ترك فرض حاضر لتحصيل فرض آخر قال : وهذا هو الظاهر المتبادر من الأدلة النقلية والعقلية . وهو مختار الرافعى خلافا للنووى من الأئمة الشافعية وقال صاحب النخبة : يصلى ماشيا موميا على قول من يراه ثم يقضيه احتياطا ، قال : وهذا قول حسن وجمع مستحسن اه .

مطلب فى تكفير الحج الكبائر

(قوله قيل نعم الخ) أى لحديث ابن ماجه فى سننه المروى عن عبد الله بن كنانة بن عباس بن مرداس أن أباه أخبره عن أبيه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دعا لأمته عشية عرفة فأجيب إنى قد غفرت لهم ما خلا المظالم فإنى آخذ للمظلوم منه . فقال : أى رب إن شئت أعطيت المظلوم الجنة وغفرت للظالم فلم يجب عشية عرفة فلما أصبح بالمزدلفة أعاد الدعاء فأجيب إلى ما سأل » الحديث . وقال ابن حبان : إن كنانة روى عنه ابنه منكر الحديث وكلاهما ساقط الاحتجاج . وقال البيهقى : هذا الحديث له شواهد كثيرة ذكرناها فى كتاب الشعب ، فإن صح بشواهده ففيه الحجة وإلا فقد قال تعالى – ويغفر ما دون ذلك لمن يشاء – وظلم بعضهم بعضا دون الشرك اه وروى ابن المبارك أنه صلى الله عليه وسلم قال « إن الله عز وجل قد غفر لأهل عرفات وأهل المشعر وضمن عنهم التبعات ، فقام عمر فقال يا رسول الله هذا لنا خاصة قال : هذا لكم ولمن أتى من بعدكم إلى يوم القيامة . فقال عمر رضى الله عنه كثر خير ربنا وطاب » وتمامه فى الفتح ، وساق فيه أحاديث أخر .

. . . .

والحاصل أن حديث ابن ماجه وإن ضعف فله شواهد تصححه والآية أيضا تؤيده ، ومما يشهد له أيضا حديث البخارى مرفوعا « من حج ولم يرفث ولم يفسق رجع من ذنوبه كيوم ولدته أمه » وحديث مسلم مرفوعا « إن الإسلام يهدم ما كان قبله ، وإن الهجرة تهدم ما كان قبلها ، وإن الحج يهدم ما كان قبله » لكن ذكر الأكمل فى شرح المشارق فى هذا الحديث أن الحربى تحبط ذنوبه كلها بالإسلام والهجرة والحج حتى لو قتل وأخذ المال وأحرزه بدار الحرب ثم أسلم لم يؤاخذ بشىء من ذلك ، وعلى هذا كان الإسلام كافيا فى تحصيل مراده . ولكن ذكر صلى الله عليه وسلم الهجرة والحج تأكيدا فى بشارته وترغيبا فى مبايعته ، فإن الهجرة والحج لا يكفران المظالم ولا يقطع فيهما بمحو الكبائر ، وإنما يكفران الصغائر . ويجوز أن يقال والكبائر التى ليست من حقوق أحد كإسلام الذمى اه ملخصا . وكذا ذكر الإمام الطيبى فى شرحه وقال إن الشارحين اتفقوا عليه . وهكذا ذكر النووى والقرطبى فى شرح مسلم كما فى البحر .

وفى شرح اللباب ومشى الطيبى على أن الحج يهدم الكبائر والمظالم . ووقع منازعة غريبة بين أمير بادشاه من الحنفية حيث مال إلى قول الطيبى وبين الشيخ ابن حجر المكى من الشافعية . وقد مال قول الجمهور وكتبت رسالة فى بيان هذه المسألة اه .

قلت : وظاهر كلام الفتح الميل إلى تكفير المظالم أيضا . وعليه مشى الإمام والسرخسى فى شرح السير الكبير وقاس عليه الشهيد الصابر المحتسب . وعزاه أيضا المناوى إلى القرطبى فى شرح حديث « من حج فلم يرفث الخ » فقال : وهو يشمل الكبائر والتبعات . وإليه ذهب القرطبى . وقال عياض : هو محمول بالنسبة إلى المظالم على من تاب وعجز عن وفائها . وقال الترمذى : هو مخصوص بالمعاصى المتعلقة بحق الله تعالى لا العباد . ولا يسقط الحق نفسه بل من عليه صلاة يسقط عنه إثم تأخيرها لا نفسها ، فلو أخرها بعد تجدد إثم آخر اه ونحوه فى البحر . وحقق ذلك البرهان اللقانى فى شرحه الكبير على جوهرة التوحيد بأن قوله صلى الله عليه وسلم « خرج من ذنوبه » لا يتناول حقوق الله تعالى وحقوق عباده ؛ لأنها فى الذمة ليست ذنبا وإنما الذنب المطل فيها . فالذى يسقط إثم مخالفة الله تعالى اه .

والحاصل أن تأخير الدين وغيره وتأخير نحو الصلاة والزكاة من حقوقه تعالى ، فيسقط إثم التأخير فقط عما مضى دون الأصل ودون التأخير المستقبل . قال فى البحر : فليس معنى التكفير كما يتوهمه كثير من الناس أن الدين يسقط عنه ، وكذا قضاء الصلاة والصوم والزكاة إذ لم يقل أحد بذلك اه . وبهذا ظهر أن قول الشارح كحربى أسلم فى غير محله لاقتضائه كما قال ح سقوط نفس الحق ولا قائل به كما علمته بل هذا الحكم يخص الحربى كما مر عن الأكمل .

قلت : قد يقال بسقوط نفس الحق إذا مات قبل المقدرة على أدائه سواء كان حق الله تعالى أو حق عباده ، وليس فى تركته ما يفى به ؛ لأنه إذا سقط إثم التأخير ولم يتحقق منه إثم بعده فلا مانع من سقوط نفس الحق ، أما حق الله تعالى فظاهر ، وأما حق العبد فالله تعالى يرضى خصمه عنه كما مر فى الحديث . والظاهر أن هذا هو مراد القائلين بتكفير المظالم أيضا وإلا لم يبق للقول بتكفيرها محل ، على أن نفس مطل الدين حق عبد أيضا لأن فيه جناية عليه بتأخير حقه عنه ؛ فحيث قالوا بسقوطه فليسقط نفس الدين أيضا عند العجز كما تقدم عن عياض ، لكن تقييد عياض بالتوبة والعجز غير ظاهر ، لأن التوبة مكفرة بنفسها وهى إنما تسقط حق الله تعالى لا حق

ضعيف .

يندب دخول البيت إذا لم يشتمل على إيذاء نفسه أو غيره ؛ وما يقوله العوام من العروة الوثقى والمسمار الذى فى وسطه أنه سرة الدنيا لا أصل له . ولا يجوز شراء الكسوة من بنى شيبة بل من الإمام أو نائبه . ولو لبسها ولو جنبا أو حائضا .

العبد ، فتعين كون المسقط هو الحج كما اقتضته الأحاديث المارة ؛ وأما إنه لا قائل بسقوط الدين فنقول : نعم ذلك عند القدرة عليه بعد الحج . وعليه يحمل كلام الشارحين المار . وحينئذ صح قول الشارح كحربى أسلم بهذا الاعتبار فافهم .

ثم اعلم أن تجويزهم تكفير الكبائر بالهجرة والحج مناف لنقل عياض الإجماع على أنه لا يكفرها إلا التوبة ولا سيما على القول بتكفير المظالم أيضا . بل القول بتكفير إثم المطل وتأخير الصلاة ينافيه لأنه كبيرة وقد كفرها الحج بلا توبة . وكذا ينافيه عموم قوله تعالى — ويغفر ما دون ذلك لمن يشاء — وهو اعتقاد أهل الحق أن من مات مصرا على الكبائر كلها سوى الكفر فإنه قد يعفى عنه بشفاعة أو بمحض الفضل .

والحاصل كما فى البحر أن المسألة ظنية فلا يقطع بتكفير الحج للكبائر من حقوقه تعالى فضلا عن حقوق العباد ، والله تعالى أعلم (قوله ضعيف) أى بكنانة وابنه عبد الله فإنهما ساقطا الاحتجاج كما مر لا بأبيه العباس بن مرداس كما وقع فى البحر فإنه صحابى والصحابة كلهم عدول كما بين فى محله فافهم .

مطلب فى دخول البيت

(قوله يندب دخول البيت) وينبغى أن يقصد مصلاه صلى الله عليه وسلم . وكان ابن عمر إذا دخله مشى قبل وجهه وجعل الباب قبل ظهره حتى يكون بينه وبين الجدار الذى قبل وجهه قريب من ثلاثة أذرع ، ثم يصلى يتوخى مصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم . وليست البلاطة الخضراء بين العمودين مصلاه عليه الصلاة والسلام ، فإذا صلى إلى الجدار المذكور يضع خده عليه ويستغفر ويحمد ثم يأتى الأركان فيحمد ويهلل ويسبح ويكبر ويسأل الله تعالى ما شاء ويلزم الأدب ما استطاع بظاهره وباطنه فتح (قوله إذا لم يشتمل الخ) ومثله فيما يظهر دفع الرشوة على دخوله لقوله فى شرح اللباب : ويحرم أخذ الأجرة ممن يدخل البيت أو يقصد زيارة مقام إبراهيم عليه السلام بلا خلاف بين علماء الإسلام وأئمة الأنام كما صرح به فى البحر وغيره اه .

وقد صرحوا بأن ما حرم أخذه حرم دفعه إلا لضرورة هنا ، لأن دخول البيت ليس من مناسك الحج

مطلب فى استعمال كسوة الكعبة

(قوله ولا يجوز الخ) قبل ذكر المرشدى فى تذكرته ما نصه : قال العلامة قطب الدين الحنفى : والذى يظهر لى أن الكسوة إن كانت من قبل السلطان من بيت المال فأمرها راجع إليه يعطيها لمن شاء من الشيبيين أو غيرهم ، وإن كانت من أوقاف السلاطين وغيرهم فأمرها راجع إلى شرط الواقف فيها فهى لمن عينها له . وإن جهل شرط الواقف فيها عمل فيها بما جرت به العوائد السالفة كما هو الحكم فى سائر الأوقاف ، وكسوة الكعبة الشريفة الآن من أوقاف السلاطين ولم يعلم شرط الواقف فيها . وقد جرت عادة بنى شيبة أنهم يأخذون لأنفسهم الكسوة العتيقة بعد وصول الكسوة الجديدة فيبقون على عادتهم فيها . والله أعلم (قوله ولو لبسها) أى للشارى إن كان امرأة أو كان

لا يقتل فى الحرم إلا إذا قتل فيه . ولو قتل فى البيت لايقتل فيه .
يكره الاستنجاء بماء زمزم لا الاغتسال .

رجلا وكانت الكسوة من غير الحرير كما فى شرح اللباب . ونقل بعض المحشين عن المنسك الكبير للسندى تقييد ذلك أيضا بما إذا لم تكن عليها كتابة لاسيا كلمة التوحيد .

مطلب فيمن جنى فى غير الحرم ثم التجأ إليه

(قوله إلا إذا قتل فيه) وإلا المرتد فإنه يعرض عليه الإسلام ، فإن أسلم سلم وإلا قتل كذا فى شرح الشيخ إسمعيل عن المنتقى ، لكن عبارة اللباب هكذا : من جنى فى غير الحرم ، بأن قتل أو ارتد أو زنى أو شرب الخمر أو فعل غير ذلك مما يوجب الحد ثم لاذ إليه لايتعرض له مادام فى الحرم ، ولكن لايبايع ولا يؤاكل ولا يجالس ولا يؤوى إلى أن يخرج منه فيقتص منه وإن فعل شيئا من ذلك فى الحرم يقام عليه الحد فيه ، ومن دخل الحرم مقاتلا قتل فيه اهـ . وكذا سيأتى فى المتن قبيل باب القود من الجنايات . مباح الدم التجأ إلى الحرم لم يقتل فيه ولم يخرج عنه للقتل الخ زاد الشارح هناك : وأما فيما دون النفس فيقتص منه فى الحرم إجماعا اهـ . ونقل فى شرح اللباب عن النتف مثل مامر عن المنتقى من التفصيل وقال إنه مخالف بظاهره لإطلاقهم . ثم أجاب بتقييد إطلاقهم عدم قتله بما إذا لم يحصل إعراض وإباء لأن إباءه عن الإسلام جناية فى الحرم . وذكر أيضا عن الخانية عن أبى حنيفة لاتقطع يد السارق فى الحرم خلافا لهما اهـ .

قلت : وتمام عبارة الخانية : وإن فعل شيئا من ذلك فى الحرم يقام عليه الحد فيه ، فأفاد كلام الخانية وكلام اللباب المار أن الحدود لا تقام فى الحرم على من جنى خارجه ثم لجأ إليه ولو كان ذلك فيما دون النفس ، بخلاف ما إذا كانت الجناية فيه ، وعلى هذا فيفرق فيما دون النفس بين إقامة الحد وبين القصاص من حيث أن الحد فيه لا يقام فى الحرم إلا إذا كانت الجناية فيه بخلاف القصاص ، ولعل وجه الفرق ماصرحوا به من أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال :

ومن جنى على المال إذا لجأ إلى الحرم يؤخذ منه لأنه حق العبد ، فكذا يقتص منه فى الأطراف ، بخلاف الحد لأنه حق الرب تعالى وبخلاف القصاص فى النفس لأنه ليس بمنزلة المال . وأما مافى صحيح البخارى « من قطعه صلى الله عليه وسلم عام الفتح يد المخزومية بمكة » فلا ينافى ماقلناه إلا إذا ثبت أنها سرقت خارج الحرم ، والله تعالى أعلم (قوله لا يقتل فيه) لأن فيه تقدير البيت الشريف ، وقد أمر الله تعالى بتطهيره ، وكذا الحكم فى سائر المسجد لأنه يجب تطهيره عن الأقذار رحتى .

قلت : إن كانت هذه هى العلة فهى شاملة لكل مسجد .

مطلب فى كراهية الاستنجاء بماء زمزم

(قوله يكره الاستنجاء بماء زمزم) وكذا إزالة النجاسة الحقيقية من ثوبه أو بدنه ، حتى ذكر بعض العلماء تحريم ذلك .

ويستحب حمله إلى البلاد ، فقد روى الترمذى عن عائشة رضى الله عنها « أنها كانت تحمله وتخبر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يحمله » وفى غير الترمذى « أنه كان يحمله ، وكان يصبه على المرضى ويسقيهم . وأنه حنك به الحسن والحسين رضى الله عنهما » من اللباب وشرحه .

لاحرم للمدينة عندنا ، ومكة أفضل منها على الراجح إلا ماضم أعضاءه عليه الصلاة والسلام فإنه أفضل مطلقا حتى من الكعبة والعرش والكرسي . وزيارة قبره مندوبة ، بل قيل واجبة لمن له سعة .

[تنبيه] لابأس بإخراج التراب والأحجار التي في الحرم ، وكذا قيل من تراب البيت المعظم إذا كان قدرا يسيرا للتبرك به بحيث لاتفوت به عمارة المكان كذا في الظهيرية . وصوب ابن وهبان المنع عن تراب البيت لئلا يتسلط عليه الجهال فيفضي إلى خراب البيت والعياذبالله تعالى ، لأن القليل من الكثير كثير كذا في معين المفتى للمصنف (قوله لاحرم للمدينة عندنا) أى خلافا للأئمة الثلاثة . قال في الكافي : لأنا عرفنا حل الاصطياد بالنص القاطع ، فلا يحرم إلا بدليل قطعي ولم يوجد . قال ابن المنذر : وقال الشافعي في الجديد ومالك في المشهور وأكثر من لقينا من علماء الأمصار : لاجزاء على قاتل صيده ولاعلى قاطع شجره . وأوجب الجزاء ابن أبي ليلى وابن أبي ذئب وابن نافع المالكي ، وهو القديم للشافعي ورجحه النووي ، وتمامه في المعراج (قوله على الراجح) يوهم أن فيه خلافا في المذهب ، ولم أره .

مطلب في تفضيل مكة على المدينة

وفي آخر اللباب وشرحه : أجمعوا على أن أفضل البلاد مكة والمدينة زادهما الله تعالى شرفا وتعظيما .

واختلفوا أيهما أفضل ، فقيل مكة وهو مذهب الأئمة الثلاثة والمروى عن بعض الصحابة ، وقيل المدينة وهو قول بعض المالكية والشافعية . قيل وهو المروى عن بعض الصحابة . ولعل هذا مخصوص بحياته صلى الله عليه وسلم أو بالنسبة إلى المهاجرين من مكة ، وقيل بالتسوية بينهما . وهو قول مجهول لامنقول ولا معقول .

مطلب في تفضيل قبره المكرم صلى الله عليه وسلم

(قوله إلا الخ) قال في اللباب : والخلاف فيما عدا موضع القبر المقدس ، فما ضم أعضاءه الشريفة فهو أفضل بقاع الأرض بالإجماع اهـ . قال شارحه : وكذا أى الخلاف في غير البيت : فإن الكعبة أفضل من المدينة ماعدا الضريح الأقدس وكذا الضريح أفضل من المسجد الحرام .

وقد نقل القاضي عياض وغيره الإجماع على تفضيله حتى على الكعبة ، وأن الخلاف فيما عداه . ونقل عن ابن عقيل الحنبلي أن تلك البقعة أفضل من العرش ، وقد وافقه السادة البكريون على ذلك . وقد صرح التاج الفاكهي بتفضيل الأرض على السموات لحلوله صلى الله عليه وسلم بها ، وحكاه بعضهم على الأكثرين لخلق الأنبياء منها ودفنهم فيها وقال النووي : الجمهور على تفضيل السماء على الأرض ، فينبغي أن يستثنى منها مواضع ضم أعضاء الأنبياء للجمع بين أقوال العلماء (قوله مندوبة) أى بإجماع المسلمين كما في اللباب ، ومانسب إلى الحافظ ابن تيمية الحنبلي من أنه يقول بالنهي عنها فقد قال بعض العلماء إنه لا أصل له ، وإنما يقول بالنهي عن شد الرحال إلى غير المساجد الثلاث . أما نفس الزيارة فلا يخالف فيها كزيارة سائر القبور ، ومع هذا فقد رد كلامه كثير من العلماء ، وللإمام السبكي فيه تأليف منيف . قال في شرح اللباب : وهل تستحب زيارة قبره صلى الله عليه وسلم للنساء ؟ الصحيح نعم بلا كراهة بشروطها على ماصرح به بعض العلماء . أما على الأصح من مذهبنا وهو قول الكرخي وغيره من أن الرخصة في زيارة القبور ثابتة للرجال والنساء جميعا فلا إشكال . وأما على غيره فكذلك نقول بالاستحباب لإطلاق الأصحاب ، والله أعلم بالصواب (قوله بل قيل واجبة) ذكره في شرح اللباب وقال كما بينته في [الدرة المضية في الزيارة المصطفوية] وذكره أيضا الخير الرملي في حاشية المنح عن ابن حجر وقال : وانتصر له ، نعم عبارة اللباب والفتح

ويبدأ بالحج لو فرضا ، ويخير لو نفلا مالم يمر به فيبدأ بزيارته لا محالة ولينو معه زيارة مسجده ، فقد أخبر «أن صلاة فيه خير من ألف فى غيره إلا المسجد الحرام» وكذا بقية القرب :

ولا تكره المجاورة بالمدينة وكذا بمكة لمن يثق بنفسه .

وشرح المختار أنها قريبة من الوجوب لمن له سعة . وقد ذكر فى الفتح ماورد فى الفضل الزيارة وذكر كيفيتها وآدابها وأطال فى ذلك ، وكذا فى شرح المختار واللباب فليراجع ذلك من أراده (قوله ويبدأ الخ) قال فى شرح اللباب : وقد روى الحسن عن أبى حنيفة أنه إذا كان الحج فرضا فالأحسن للحاج أن يبدأ بالحج ثم يثنى بالزيارة ، وإن بدأ بالزيارة جاز اهـ وهو ظاهر ، إذ يجوز تقديم النفل على الفرض إذا لم يخش الفوت بالإجماع اهـ . (قوله مالم يمر به) أى بالقبر المكرم أى ببلده ، فإن مر بالمدينة كأهل الشام بدأ بالزيارة لامحالة ، لأن تركها مع قربها يعد من القساوة والشقاوة ، وتكون الزيارة حينئذ بمنزلة الوسيلة وفى مرتبة السنة القبلية للصلاة شرح اللباب (قوله ولينو معه الخ) قال ابن الهمام : والأولى فيما يقع عند العبد الضعيف تجريد النية لزيارة قبره عليه الصلاة والسلام ، ثم يحصل له إذا قدم زيارة المسجد أو يستمنح فضل الله تعالى فى مرة أخرى ينويها فيها ، لأن فى ذلك زيادة تعظيمه صلى الله عليه وسلم وإجلاله ، ويوافقه ظاهر ماذكرناه من قوله صلى الله عليه وسلم «من جاءنى زائرا لا تحمله حاجة إلا زيارتى كان حقا على أن أكون شفيعا له يوم القيامة» اهـ ح . ونقل الرحمتى عن العارف المنلا جامى أنه أفرز الزيارة عن الحج حتى لايكون له مقصد غيرها فى سفره (قوله فقد أخبر الخ) أى بقوله صلى الله عليه وسلم «صلاة فى مسجدى هذا أفضل من ألف صلاة فيما سواه من المساجد إلا المسجد الحرام ، وصلاة فى المسجد الحرام أفضل من مائة صلاة فى مسجدى» رواه أحمد وابن حبان فى صحيحه ، وصححه ابن عبد البر وقال إنه مذهب عامة أهل الأثر شرح اللباب ، وقدمنا الكلام على المضاعفة المذكورة قبيل باب القران . وفى الحديث المتفق عليه «لاتشد الرحال إلا لثلاثة مساجد : المسجد الحرام ، ومسجدى هذا ، والمسجد الأقصى» والمعنى كما أفاده فى الإحياء أنه لاتشد الرحال لمسجد من المساجد إلا لهذه الثلاثة لما فيها من المضاعفة ، بخلاف بقية المساجد فإنها متساوية فى ذلك ، فلا يرد أنه قد تشد الرحال لغير ذلك كصلة رحم وتعلم علم وزيارة المشاهد كقبر النبى صلى الله عليه وسلم وقبر الخليل عليه السلام وسائر الأئمة (قوله وكذا بقية القرب) أى كالصوم والاعتكاف والصدقة والذكر والقراءة . ونقل الباقانى عن الطحاوى اختصاص هذه المضاعفة بالفرائض ، وعن غيره النوافل كذلك .

مطلب فى المجاورة بالمدينة المشرفة ومكة المكرمة

(قوله ولا تكره المجاورة بالمدينة الخ) وقيل تكره كمكة ، وقيل إنها على الخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه وقدمناه قبيل القران ، واختار فى اللباب أن المجاورة بالمدينة أفضل منها بمكة وأيده بوجوه ، وبحث فيها شارحه القارى ترجيحا لما اختاره فى الفتح حيث ذكر فضل المجاورة بمكة ، ثم قال : لكن الفائز بهذا مع السلامة أقل القليل ، فلا يبنى الفقه باعتبارهم ، ولا يذكر حالهم قيدا فى الجواز ، لأن شأن النفوس الدعوى الكاذبة ، وأنها لأكذب ما تكون إذا حلفت فكيف إذا ادعت . وعلى هذا فيجب كون الجوار بالمدينة المشرفة كذلك ، فإن تضاعف السيئات أو تعاظمها إن فقد فيها فمخافة السآمة وقلة الأدب المفضى إلى الإخلال بواجب التوقير والإجلال قائم اهـ . قال ح : وهو وجيه ، فكان ينبغى للشارح أن ينص على الكراهة ويترك التقييد بالوثوق أى اعتبارا للغالب من حال الناس لاسيما أهل هذا الزمان ، والله المستعان .

. . . .

[خاتمة] يستحب له إذا عزم على الرجوع إلى أهله أن يودع المسجد بصلاة ،ويدعو بعدها بما أحب ،وأن يأتى القبر الكريم فيسلم ويدعو ويسأل الله تعالى أن يوصله إلى أهله سالما ،ويقول غير مودع يارسول الله ويجتهد فى خروج الدمع فإنه من أمارات القبول : وينبغى أن يتصدق بشيء على جيران النبى صلى الله عليه وسلم ثم ينصرف متباكيا متحسرا على مفارقة الحضرة النبوية كما فى الفتح .

وفيه : ومن سنن الرجوع أن يكبر على كل شرف من الأرض ويقول « آيبون تائبون عابدون ساجدون لربنا حامدون ، صدق الله وعده ، ونصر عبده ، وهزم الأحزاب وحده » وهذا متفق عليه عنه عليه الصلاة والسلام ؛ وإذا أشرف على بلده حرك دابته ويقول آيبون الخ ؛ويرسل إلى أهله من يخبرهم ولا يبغتهم فإنه منهى عنه ، وإذا دخلها بدأ بالمسجد فصلى فيه ركعتين إن لم يكن وقت كراهة ثم يدخل منزله ويصلى فيه ركعتين ويحمد الله ويشكره على ماأولاه من إتمام العبادة والرجوع بالسلامة ،ويديم حمده وشكره مدة حياته ،ويجتهد فى مجانبة مايوجب الإحباط فى باقى عمره وعلامة الحج المبرور أن يعود خيرا مما كان .

وهذا إتمام مايسر الله تعالى لعبده الضعيف من ربع العبادات ، أسأل الله رب العالمين ذا الجود العميم أن يحقق لى فيه الإخلاص ، ويجعله نافعا إلى يوم القيامة إنه على مايشاء قدير . وبالإجابة جدير ،وأن يسهل إكمال هذا الكتاب مع الإخلاص والنفع العميم لى ولعامة العباد فى أكثر البلاد ، والحمد لله أولا وآخرا وظاهرا وباطنا ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

نجز على يد أفقر الورى جامعه الحقير « محمد عابدين » غفر الله له ولوالديه والمسلمين آمين ، والحمد لله رب العالمين جاء سنة ١٢٤٢ .

تم الجزء الثانى ، ويليه الجزء الثالث ، وأوله :

كتاب النكاح

فهرست الجزء الثانى

من حاشية رد المحتار على الدر المختار

للعلامة السيد محمد أمين المعروف بابن عابدين

حاشية رد المحتار

لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين

على

الدر المختار شرح تنوير الأبصار

في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان

المجلد الثالث

دار الفكر
للطباعة والنشر والتوزيع
بيروت

حاشية
رد المحتار
لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين

على

الدر المختار شرح تنوير الأبصار

في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان

ويليه: تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف

وقد وضع الشرح والمتن بأعلا الصحائف

وبأسفل الصحائف تقارير لبعض العلماء

الجزء الثالث

الطبعة الثانية

١٣٨٦ هـ = ١٩٦٦ م

دار الفكر

١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م

« مَنْ يُرِدِ اللهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ »

« حديث شريف »

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح

ليس لنا عبادة شرعت من عهد آدم إلى الآن ثم تستمر فى الجنة إلا النكاح والإيمان .

(هو) عند الفقهاء (عقد يفيد ملك المتعة) أى حل استمتاع الرجل

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح

ذكره عقب العبادات الأربع أركان الدين ، لأنه بالنسبة إليها كالبسيط إلى المركب ، لأنه عبادة من وجه معاملة من وجه . وقدمه على الجهاد وإن اشتركا فى أن كلا منهما سبب لوجود المسلم والإسلام ، لأن مايحصل بأنكحة أفراد المسلمين أضعاف مايحصل بالقتال ، فإن الغالب فى الجهاد حصول القتل والذمة على أن فى كونه سببا لوجود المسلم تسامحا نظرا إلى أن تجدد الصفة بمنزلة تجدد الذات ، وكذا على العتق والوقف والأضحية وإن كانت عبادات أيضا لأنه أقرب إلى الأركان الأربع ، حتى قالوا إن الاشتغال به أفضل من التخلى لنوافل العبادات أى الاشتغال به وما يشتمل عليه من القيام بمصالحه وإعفاف النفس عن الحرام وتربية الولد ونحو ذلك (قوله ليس لنا عبادة الخ) كذا فى الأشباه وفيه نظر أما أولا فإن كونه عبادة فى الدنيا إنما هو لكونه سببا لكثرة المسلمين ، ولما فيه من الإعفاف ونحوه مما ذكرناه وهذا مفقود فى الجنة ، بل ورد « أن أهل الجنة لايكون لهم فيها ولد » لكن ورد فى حديث آخر « المؤمن إذا اشتهى الولد فى الجنة كان حمله ووضعه وسنه فى ساعة واحدة كما يشتهى » وهذا أولى لقول الترمذى إنه حديث حسن غريب . وأما ثانيا فلأن الذكر والشكر فى الجنة أكثر منهما فى الدنيا ، لأن حال العبد يصير كحال الملائكة الذين يسبحون الليل والنهار لايفترون غايته أن هذه العبادة ليست بتكليف بل هى مقتضى الطبع ، لأن خدمة الملوك لذة وشرف ، وتزداد بالقرب ، وتمامه فى حاشية الحموى على الأشباه (قوله عقد) العقد مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر أو كلام الواحد القائم مقامهما أعنى متولى الطرفين بحر ، وفيه كلام يأتى (قوله أى حل استمتاع الرجل) أى المراد أنه عقد يفيد حكمه بحسب الوضع الشرعى . وفى البدائع أن من أحكامه ملك المتعة وهو اختصاص

من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي فخرج الذكر والخنثى المشكل والوثنية لجواز ذكورته

الزوج بمنافع بضعها وسائر أعضائها استمتاعا أو ملك الذات والنفس في حق التمتع على اختلاف مشايخنا في ذلك اه. بحر. وعزا الدبوسي المعنى الأول إلى الشافعي، لكن كلام المصنف كالكنز صريح في اختياره. على أن الظاهر كما في النهر أن الخلف لفظي، لقول الدبوسي إن هذا الملك ليس حقيقيا بل في حكمه في حق تحليل الوطء دون ماسواه من الأحكام التي لاتتصل بحق الزوجية اه. فعلى القول الذي عزاه الدبوسي إلى أصحابنا من أنه ملك الذات ليس ملكا للذات حقيقة بل ملك التمتع بها: أي اختصاص الزوج به كما عبر به في البدائع، وهو المراد من القول بأنه ملك المتعة، وبه ظهر أن تفسير الملك هنا بالاختصاص كما عبر به في البدائع أولى من تفسيره بالحل تبعا للبحر، لأن الاختصاص أقرب إلى معنى الملك لأن الملك نوع منه بخلاف الحل لأنه لازم لملك المتعة وهو لازم لاختصاصها بالزوج شرعا أيضا على أن ملك كل شيء بحسبه، فملك الزوج المتعة بالعقد ملك شرعي كملك المستأجر المنفعة بمن استأجره للخدمة مثلا ولا يرد عليه قوله في البحر: إن المراد بالملك الحل لا الملك الشرعي لأن المنكوحة لو وطئت بشبهة فمهرها لها ولو ملك الانتفاع ببضعها حقيقة لكان بدله له اه. لأن ملكه الانتفاع بالبضع حقيقة لايستلزم ملكه البدل وإنما يستلزمه ملك نفس البضع كما لو وطئت أمته فإن العقد له لملكه نفس البضع بخلاف الزوج فافهم.

[تنبيه] كلام الشارح والبدائع يشير إلى أن الحق في التمتع للرجل لا للمرأة كما ذكره السيد أبو السعود في حواشي مسكين قال: يتفرع عليه ما ذكره الإيباري شارح الكنز في شرحه للجامع الصغير في شرح قوله عليه الصلاة والسلام «احفظ عورتك إلا من زوجتك أو ماملكت يمينك» من أن للزوج أن ينظر إلى فرج زوجته وحلقة دبرها، بخلافها حيث لاتنظر إليه إذا منعها من النظر اه ونقله ط وأقره والظاهر أن المراد ليس لها إجبار على ذلك لا بمعنى أنه لا يحل لها إذا منعها منه لأن من أحكام النكاح حل استمتاع كل منهما بالآخر، نعم له وطؤها جبرا إذا امتنعت بلا مانع شرعي وليس لها إجباره على الوطء بعد ما وطئها مرة وإن وجب عليه ديانة أحيانا على ما سيأتي تأمل (قوله من امرأة الخ) من ابتدائية والأولى أن يقول بامرأة والمراد بها المحققة أنوثتها بقرينة الاحتراز بها عن الخنثى، وهذا بيان لمحلية العقد قال في البحر بعد نقله عن الفتح أن محليته الأنثى، والأولى أن يقال: إن محليته أنثى محققة من بنات آدم ليست من المحرمات وفي العناية محله امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي فخرج الذكر للذكر والخنثى مطلقا والجنية للإنسي، وماكان من النساء محرما على التأبيد كالمحارم اه وبه ظهر أن المراد بالنكاح في قوله لم يمنع من نكاحها العقد لا الوطء، لأن المراد بيان محلية العقد، ولذا احتراز بالمانع الشرعي عن المحارم، فالمراد منه المحرمية بنسب أو سبب كالمصاهرة والرضاع، وأما نحو الحيض والنفاس والاحرام والظهار قبل التكفير فهو مانع من حل الوطء لا من محلية العقد فافهم (قوله فخرج الذكر والخنثى المشكل) أي أن إيراد العقد عليهما لا يفيد ملك استمتاع الرجل بهما لعدم محليتهما له، وكذا على الخنثى لامرأة أو لمثله، ففي البحر عن الزيلعي في كتاب الخنثى: لو زوجه أبوه أو مولاه امرأة أو رجلا لا يحكم بصحته حتى يتبين حاله أنه رجل أو امرأة فإذا ظهر أنه خلاف ما زوج به تبين أن العقد كان صحيحا، وإلا فباطل لعدم مصادفة المحل، وكذا إذا زوج خنثى من خنثى آخر لا يحكم بصحة النكاح حتى يظهر أن أحدهما ذكر والآخر أنثى اه فلو قال الشارح والخنثى المشكل مطلقا لشمل الصور الثلاث لكنه اقتصر على إفادة بعض أحكامه وليس فيه إجمال فافهم (قوله والوثنية) ساقط من بعض النسخ ووجد في بعضها قبل قوله والخنثى والأولى ذكرها بعده لخروجها بالمانع الشرعي وعبر بها تبعا لتعبير المصنف في فصل المحرمات الأول التعبير بالمشركة كما عبر به الشارح -

والمحارم والجنية وإنسان الماء لاختلاف الجنس وأجاز الحسن نكاح الجنية بشهود قنية (قصدا) خرج مايفيد الحل ضمنا ، كشراء أمة للتسرى (و) عند أهل الأصول واللغة (هو حقيقة فى الوطء مجاز فى العقد) فحيث جاء فى الكتاب أو السنة مجردا عن القرائن يراد به الوطء كما فى ــ ولا تنكحوا مانكح آباؤكم من النساء ــ فتحرم مزنية الأب على الابن بخلاف ــ حتى تنكح زوجا غيره ــ

هناك (قوله والمحارم) هذا خارج بالمانع الشرعى أيضا وكذا قوله والجنية وإنسان الماء بقرينة التعليل باختلاف الجنس لأن قوله تعالى ــ والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا ــ بين المراد من قوله ــ فانكحوا ما طاب لكم من النساء ــ وهو الأنثى من بنات آدم فلا يثبت حل غيرها بلا دليل ولأن الجن يتشكلون بصور شتى فقد يكون ذكرا تشكل بشكل أنثى وما قيل من أن من سأل عن جواز التزوج بها يصفع لجهله وحماقته لعدم تصور ذلك بعيد لأن التصور ممكن لأن تشكلهم ثابت بالأحاديث والآثار والحكايات الكثيرة ولذا ثبت النهى عن قتل بعض الحيات كما مر فى مكروهات الصلاة على أن عدم تصور ذلك لا يدل على حماقة السائل كما قاله فى الأشباه وقال ألا ترى أن أبا الليث ذكر فى فتاويه أن الكفار لو تترسوا بنبى من الأنبياء هل يرمى فقال يسئل ذلك النبى ولا يتصور ذلك بعد رسولنا صلى الله عليه وسلم . ولكن أجاب على تقدير التصور كذا هنا اه وتمام ذلك فى رسالتنا المسماة [سل الحسام الهندى لنصرة سيدنا خالد النقشبندى] .

[تنبيه] فى الأشباه عن السراجية : لا تجوز المناكحة بين بنى آدم والجن وإنسان الماء لاختلاف الجنس اه ومفاد المفاعلة أنه لا يجوز للجنى أن يتزوج إنسية أيضا وهو مفاد التعليل أيضا (قوله وأجاز الحسن) أى البصرى رضى الله عنه كما فى البحر والأولى التقييد به لا خراج الحسن بن زياد تلميذ الإمام رضى الله عنه لأنه يتوهم من إطلاقه هنا أنه رواية فى المذهب ، وليس كذلك ط لكنه نقل بعده عن شرح المنتقى عن زواهر الجواهر الأصح أنه لايصح نكاح آدمى جنية ، كعكسه لاختلاف الجنس فكانوا كبقية الحيوانات اه ويحتمل أن يكون مقابل الأصح قول الحسن المذكور تأمل (قوله قصدا) حال من ضمير يفيد ووقوع المصدر حالا وإن كثر سماعى ط (قوله كشراء أمة) فإن المقصود فيه ملك الرقبة وحل الاستمتاع ضمنى ، ولذا تخلف فى شراء المحرمة نسبا أو رضاعا أو اشتراكا ح (قوله للتسرى) خصه بالذكر لأنه لو اشتراها لا للتسرى كان حل الاستمتاع ضمنيا بالأولى ولو قال ولو للتسرى لكان أظهر وكلام البحر يدل عليه حيث قال : وملك المتعة ثابت ضمنا وإن قصده المشترى ح (قوله وعند أهل الأصول واللغة الخ) حاصله : إن ما قدمه المصنف معنى عرفى للفقها ، وما ذكره معناه شرعا ولغة لأن أهل الأصول يبحثون عن معنى النصوص الشرعية ، فلا تنافى بين كلامى المصنف قال فى البحر قد تساوى فى هذا المعنى اللغة والشرع ، أفاده ط (قوله مجاز فى العقد) وقيل بالعكس ونسبه الأصوليون إلى الشافعى رضى الله عنه وقيل مشترك لفظى فيهما وقيل موضع للضم الصادق بالعقد والوطء ، فهو مشترك معنوى وبه صرح مشايخنا أيضا بحر اهـ ح والصحيح أنه حقيقة فى الوطء كما فى شرح التحرير (قوله مجردا عن القرائن) أى محتملا للمعنى الحقيق والمجازى بلا مرجح خارج وقوله : يراد الوطء أى لأن المجاز خلف عن الحقيقة فتترجح عليه فى نفسها (قوله فتحرم مزنية الأب على الابن) أى على فروعه فتكون حرمتها عليهم ثابتة بالنص ، وأما حرمة التى عقد عليها عقدا صحيحا عليهم ، فبالاجماع ولو قال لزوجته إن نكحتك فأنت طالق تعلق بالوطء ، وكذا لو أبانها قبل الوطء ثم تزوجها تطلق به لا بالعقد بخلاف الأجنبية فيتعلق بالعقد ، لأن وطأها لما حرم عليه شرعا كانت الحقيقة مهجورة فتعين المجاز كذا فى البحر والتحرير وشرحه (قوله بخلاف) حال من ما الموصولة فى قوله كما وقال

لإسناده إليها والمتصور منها العقد لاالوطء إلا مجازا (ويكون واجبا عند التوقان) فإن تيقن الزنا إلا به فرض نهاية وهذا إن ملك المهر والنفقة وإلا فلا إثم بتركه بدائع

ح من ولا تنكحوا أى حال كونه مخالفا لقوله تعالى — حتى تنكح — حيث لم يرد به الوطء بل أريد العقد لعدم تجرده عن القرائن بل وجدت فيه قرينة ، وهى استحالة الوطء منها لأن الوطء فعل وهى منفعلة لا فاعلة وهو معنى قوله والمتصور الخ (قوله لاسناده إليها) علة لما استفيد من المقام من أن المراد العقد ، وأما اشتراط وطء المحلل فمأخوذ من حديث العسيلة ط (قوله إلا مجازا) قد يقال إذا كان لا انفكاك عن المجاز على التقديرين فما المرجح لأحدهما على الآخر اه ح يعنى أنه إن أريد بالنكاح فى الآية الوطء كان مجازا عقليا لعدم تصور الفعل منها وإن أريد به العقد كان مجازا لغويا لأنه حقيقة الوطء فحمل الآية على أحدهما ترجيح بلا مرجح بل قد يقال إن حملها على الوطء أنسب بالواقع ، فإن المطلقة ثلاثا لا تحل بدون وطء المحلل ، اللهم إلا أن يقال المرجح كثرة الاستعمال ط .

أقول : الظاهر أنه لا مانع هنا من إرادة كل منهما لكن لما كان النزاع فى أن النكاح حقيقة فى الوطء أو فى العقد وكان الراجح عندنا الأول قالوا إنه فى هذه الآية مجاز لغوى بمعنى العقد لكونه أصرح فى الرد على القائل بأنه حقيقة فيه ، ولو قيل إنه مجاز عقلى فى الإسناد لصح أيضا ، كما يصح فى قولك جرى النهر أن تجعله من المجاز فى الإسناد ولكن المشهور أنه مجاز لغوى بعلاقة الحالية والمحلية على أنه ليس فى كلام الشارح مايمنع ذلك لأن قوله : والمتصور منها العقد لاالوطء إلا مجازا يمكن حمله أيضا على أنه مجاز فى الإسناد بقرينة قوله لإسناده إليها أى أنه من إسناد الشيء إلى غير من هو له وقوله والمتصور الخ بيان لكون إسناده إليها غير حقيقى فافهم (قوله عند التوقان) مصدر تاقت نفسه إلى كذا إذا اشتاقت من باب طلب بحر عن المغرب وهو بالفتحات الثلاث كالميلان والسيلان والمراد شدة الاشتياق كما فى الزيلعى : أى بحيث يخاف الوقوع فى الزنا لو لم يتزوج إذ لايلزم من الاشتياق إلى الجماع الخوف المذكور بحر .

قلت : وكذا فيما يظهر لو كان لايمكنه منع نفسه عن النظر المحرم أو عن الاستمناء بالكف ، فيجب التزوج وإن لم يخف الوقوع فى الزنا (قوله فإن تيقن الزنا إلا به فرض)أى بأن كان لايمكنه الاحتراز عن الزنا إلا به لأن مالا يتوصل إلى ترك الحرام إلا به يكون فرضا بحر ، وفيه نظر إذ الترك قد يكون بغير النكاح وهو التسرى ، وحينئذ فلا يلزم وجوبه إلا لو فرضنا المسألة بأنه ليس قادرا عليه نهر لكن قوله : لايمكنه الاحتراز عنه إلا به ظاهر فى فرض المسألة فى عدم قدرته على التسرى ، وكذا فى عدم قدرته على الصوم المانع من الوقوع فى الزنا فلو قدر على شيء من ذلك لم يبق النكاح فرضا أو واجبا عينا ، بل هو أو غيره مما يمنعه عن الوقوع فى المحرم (قوله وهذا إن ملك المهر والنفقة) هذا الشرط راجع إلى القسمين أعنى الواجب والفرض وزاد فى البحر شرطا آخر فيهما وهو عدم خوف الجور أى الظلم قال : فإن تعارض خوف الوقوع فى الزنا لو لم يتزوج وخوف الجور لو تزوج قدم الثانى فلا افتراض ، بل يكره أفاده الكمال فى الفتح ولعله لأن الجور معصية متعلقة بالعباد ، والمنع من الزنا من حقوق الله تعالى وحق العبد مقدم عند التعارض لاحتياجه وغنى المولى تعالى اه :

قلت : ومقتضاه الكراهة أيضا عند عدم ملك المهر والنفقة لأنهما حق عبد أيضا وإن خاف الزنا لكن يأتى أنه يندب الاستدانة له قال فى البحر : فإن الله ضامن له الأداء فلا يخاف الفقر إذا كان من نيته التحصين والتعفف اه ومقتضاه أنه يجب إذا خاف الزنا وإن لم يملك المهر إذا قدر على استدانته وهذا مناف للاشتراط المذكور إلا أن

(و) يكون (سنة) مؤكدة فى الأصح فيأثم بتركه ويثاب إن نوى تحصينا وولدا (حال الاعتدال) أى القدرة على وطء ومهر ونفقة، ورجح فى النهر وجوبه للمواظبة عليه والإنكار على من رغب عنه (ومكروها لخوف الجور) فإن تيقنه حرم ذلك

يقال الشرط ملك كل من المهر والنفقة ولو بالاستدانة أو يقال هذا فى العاجز عن الكسب ومن ليس له جهة وفاء وقدم الشارح فى أول الحج أنه لو لم يحج حتى أتلف ماله وسعه أن يستقرض ويحج ولو غير قادر على وفائه، ويرجى أن لايؤاخذه الله تعالى بذلك أى لو ناويا وفاءه لو قدر كما قيده فى الظهيرية اهـ وقدمنا أن المراد عدم قدرته على الوفاء فى الحال مع غلبة ظنه أنه لو اجتهد قدر وإلا فالأفضل عدمه، وينبغى حمل ماذكر من ندب الاستدانة على ماذكرنا من ظنه القدرة على الوفاء وحينئذ فإذا كانت مندوبة عند أمنه من الوقوع فى الزنا ينبغى وجوبها عند تيقن الزنا بل ينبغى وجوبها حينئذ وإن لم يغلب على ظنه قدرة الوفاء تأمل:

مطلب كثيرا مايتساهل فى إطلاق المستحب على السنة

(قوله سنة مؤكدة فى الأصح) وهو محمل القول بالاستحباب وكثيرا مايتساهل فى إطلاق المستحب على السنة وقيل: فرض كفاية، وقيل واجب كفاية وتمامه فى الفتح، وقيل واجب عينا ورجحه فى النهر كما يأتى قال فى البحر ودليل السنية حالة الاعتدال، الاقتداء بحاله صلى الله عليه وسلم فى نفسه ورده على من أراد من أمته التخلى للعبادة كما فى الصحيحين ردا بليغا بقوله «فمن رغب عن سنتى فليس منى» كما أوضحه فى الفتح اهـ وهو أفضل من الاشتغال بتعلم وتعليم كما فى درر البحار وقدمنا أنه أفضل من التخلى للنوافل (قوله فيأثم بتركه) لأن الصحيح أن ترك المؤكدة مؤثم كما علم فى الصلاة بحر، وقدمنا فى سنن الصلاة أن اللاحق بتركها إثم يسير وأن المراد الترك مع الإصرار وبهذا فارقت المؤكدة الواجب وإن كان مقتضى كلام البدائع فى الإمامة أنه لافرق بينهما إلا فى العبارة (قوله ويثاب إن نوى تحصينا) أى منع نفسه ونفسها عن الحرام، وكذا لو نوى مجرد الاتباع وامتثال الأمر بخلاف مالو نوى مجرد قضاء الشهوة واللذة (قوله أى القدرة على وطء) أى الاعتدال فى التوقان أن لايكون بالمعنى المار فى الواجب والفرض وهو شدة الاشتياق، وأن لايكون فى غاية الفتور كالعنين ولذا فسره فى شرحه على الملتقى بأن يكون بين الفتور والشوق وزاد المهر والنفقة لأن العجز عنهما يسقط الفرض فيسقط السنية بالأولى، وفى البحر والمراد حالة القدرة على الوطء، والمهر والنفقة مع عدم الخوف من الزنا والجور وترك الفرائض والسنن، فلو لم يقدر على واحد من الثلاثة أو خاف واحدا من الثلاثة أى الأخيرة فليس معتدلا فلا يكون سنة فى حقه كما أفاده فى البدائع اهـ (قوله للمواظبة عليه والإنكار الخ) فإن المواظبة المقترنة بالإنكار على الترك دليل الوجوب، وأجاب الرحمتى بأن الحديث ليس فيه الإنكار على التارك بل على الراغب عنه ولاشك أن الراغب عن السنة محل الإنكار (قوله ومكروها) أى تحريما بحر (قوله فإن تيقنه) أى تيقن الجور حرم لأن النكاح إنما شرع لمصلحة تحصين النفس، وتحصيل الثواب، وبالجور يأثم ويرتكب المحرمات فتنعدم المصالح لرجحان هذه المفاسد بحر وترك الشارح قسما سادسا ذكره فى البحر عن المجتبى وهو الإباحة إن خاف العجز عن الإيفاء بموجبه اهـ أى خوفا غير راجح وإلا كان مكروها تحريما لأن عدم الجور من مواجبه والظاهر أنه إذا لم يقصد إقامة السنة بل قصد مجرد التوصل إلى قضاء الشهوة ولم يخف شيئا لم يثب عليه إذ لاثواب إلا بالنية فيكون مباحا أيضا كالوطء لقضاء الشهوة لكن لما قيل له صلى الله عليه وسلم إن أحدنا يقضى شهوته فكيف يثاب فقال صلى الله عليه وسلم مامعناه «أرأيت لو وضعها فى محرم أما كان يعاقب» فيفيد الثواب

ويندب إعلانه وتقديم خطبة وكونه فى مسجد يوم جمعة بعاقد رشيد وشهود عدول ، والاستدانة له والنظر إليها قبله ، وكونها دونه سنا وحسبا وعزا ومالاوفوقه خلقا وأدبا

مطلقا إلا أن يقال المراد فى الحديث قضاء الشهوة لأجل تحصين النفس ، وقد صرح فى الأشباه بأن النكاح سنة مؤكدة ، فيحتاج إلى النية وأشار بالفاء إلى توقف كونه سنة على النية ثم قال : وأما المباحات فتختلف صفتها باعتبار ماقصدت لأجله فإذا قصد بها التقوى على الطاعات أو التوصل إليها كانت عبادة كالأكل والنوم واكتساب المال والوطء اه ثم رأيت فى الفتح قال : وقد ذكرنا أنه إذا لم يقترن بنية كان مباحا لأن المقصود منه حينئذ مجرد قضاء الشهوة ومبنى العبادة على خلافه .

وأقول : بل فيه فضل من جهة إنه كان متمكنا من قضائها بغير الطريق المشروع فالعدول إليه مع مايعلمه من أنه قد يستلزم أثقالا فيه قصد ترك المعصية اه (قوله ويندب إعلانه) أى إظهاره والضمير راجع إلى النكاح بمعنى العقد ، لحديث الترمذى « أعلنوا هذا النكاح واجعلوه فى المساجد واضربوا عليه بالدفوف » فتح (قوله وتقديم خطبة) بضم الخاء مايذكر قبل إجراء العقد من الحمد والتشهد ، وأما بكسرها فهى طلب التزوج وأطلق الخطبة فأفاد أنها لاتتعين بألفاظ مخصوصة ، وإن خطب بما ورد فهو أحسن ومنه ماذكره ط عن صاحب الحصن الحصين من لفظه عليه الصلاة والسلام وهو « الحمد لله نحمده ونستعين به ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا من يهد الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادى له وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لاشريك له وأشهد أن محمدا عبده ورسوله يأيها الناس اتقوا ربكم الذى خلقكم من نفس واحدة إلى رقيبا يأيها الذين آمنوا اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون يأيها الذين آمنوا اتقوا الله وقولوا قولا سديدا إلى قوله عظيما » اه (قوله فى مسجد) للأمر به فى الحديث ط (قوله يوم جمعة) أى وكونه يوم جمعة فتح .

[تنبيه] قال فى البزازية : والبناء والنكاح بين العيدين جائز وكره الزفاف ، والمختار أنه لايكره لأنه عليه الصلاة والسلام تزوج بالصديقة فى شوال وبنى بها فيه وتأويل قوله عليه الصلاة والسلام « لانكاح بين العيدين » إن صح أنه عليه الصلاة والسلام كان رجع عن صلاة العيد فى أقصر أيام الشتاء يوم الجمعة فقاله حتى لايفوته الرواح فى الوقت الأفضل إلى الجمعة اه (قوله بعاقد رشيد وشهود عدول) فلا ينبغى أن يعقد مع المرأة بلا أحد من عصبتها ، ولا مع عصبة فاسق ، ولا عند شهود غير عدول خروجا من خلاف الإمام الشافعى (قوله والاستدانة له) لأن ضمان ذلك على الله تعالى فقد روى الترمذى والنسائى وابن ماجه « ثلاث حق على الله تعالى عونهم : المكاتب الذى يريد الأداء ، والناكح الذى يريد العفاف ، والمجاهد فى سبيل الله تعالى » ذكره بعض المحشين وتقدم تمام الكلام على ذلك (قوله والنظر إليها قبله) أى وإن خاف الشهوة كما صرحوا به فى الحظر والإباحة وهذا إذا علم أنه يجاب فى نكاحها (قوله دونه سنا) لئلا يسرع عقمها فلا تلد (قوله وحسبا) هو ماتعده من مفاخر آبائك ح عن القاموس أى بأن يكون الأصول أصحاب شرف وكرم وديانة لأنها إذا كانت دونه فى ذلك ، وكذا فى العز أى الجاه والرفعة وفى المال تنقاد له ، ولا تحتقره وإلا ترفعت عليه وفى الفتح روى الطبرانى عن أنس عنه صلى الله عليه وسلم « من تزوج امرأة لعزها لم يزده الله إلا ذلا ، ومن تزوجها لمالها لم يزده الله إلا فقرا ، ومن تزوجها لحسبها لم يزده الله إلا دناءة ، ومن تزوج امرأة لم يرد بها إلا أن يغض بصره ويحصن فرجه أو يصل رحمه بارك الله له فيها وبارك لها فيه » .

[تتمة] زاد فى البحر : ويختار أيسر النساء خطبة ومؤنة ونكاح البكر أحسن للحديث « عليكم بالأبكار

وورعا وجمالا ، وهل يكره الزفاف ؟ المختار لا إذا لم يشتمل على مفسدة دينية (وينعقد) متلبسا (بإيجاب) من أحدهما (وقبول) من الآخر (وضعا للمضي) لأن الماضي أدل على التحقيق (كزوجت) نفسي أو بنتي أو موكلتي منك

فإنهن أعذب أفواها ، وأنقى أرحاما ، وأرضى باليسير » ولا يتزوج طويلة مهزولة ، ولا قصيرة دميمة ، ولا مكثرة ، ولا سيئة الخلق ، ولا ذات الولد، ولا مسنة للحديث « سوداء ولود خير من حسناء عقيم » ولا يتزوج الأمة مع طول الحرة ولا زانية ، والمرأة تختار الزوج الدين الحسن الخلق الجواد الموسر ، ولا تتزوج فاسقا ، ولا يزوج ابنته الشابة شيخا كبيرا ولا رجلا دميما ويزوجها كفؤا ، فإن خطبها الكفء لا يؤخرها وهو كل مسلم تقي وتحلية البنات بالحلي والحلل ليرغب فيهن الرجال سنة ، ولا يخطب مخطوبة غيره لأنه جفاء وخيانة اهـ (قوله وهل يكره الزفاف) هو بالكسر ككتاب إهداء المرأة إلى زوجها قاموس والمراد به هنا اجتماع النساء لذلك لأنه لازم له عرفا أفاده الرحمتي (قوله المختار لا الخ) كذا في الفتح مستدلا له بما مر من حديث الترمذي وما رواه البخاري عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت « زففنا امرأة إلى رجل من الأنصار فقال النبي صلى الله عليه وسلم أما يكون معهم لهو فإن الأنصار يعجبهم اللهو وروى الترمذي والنسائي عنه صلى الله عليه وسلم « فصل ما بين الحلال والحرام الدف والصوت » وقال الفقهاء : المراد بالدف ما لا جلاجل له اهـ . وفي البحر عن الذخيرة : ضرب الدف في العرس مختلف فيه وكذا اختلفوا في الغناء في العرس والوليمة ، فمنهم من قال بعدم كراهته كضرب الدف (قوله وينعقد) قال في شرح الوقاية : العقد ربط أجزاء التصرف أي الإيجاب والقبول شرعا لكن هنا أريد بالعقد الحاصل بالمصدر، وهو الارتباط لكن النكاح الإيجاب والقبول مع ذلك الارتباط، إنما قلنا هذا لأن الشرع يعتبر الإيجاب والقبول أركان عقد النكاح لا أمورا خارجية كالشرائط ، وقد ذكرت في شرح التنقيح في فصل النهي أن الشرع يحكم بأن الإيجاب والقبول الموجودين حسا يرتبطان ارتباطا حكميا ، فيحصل معنى شرعي يكون ملك المشتري أثرا له فذلك المعنى هو البيع ، فالمراد بذلك المعنى المجموع المركب من الإيجاب والقبول مع ذلك الارتباط للشيء لا أن البيع مجرد ذلك المعنى الشرعي والإيجاب والقبول آلة له كما توهم البعض لأن كونهما أركانا ينافي ذلك اهـ . أي ينافي كونهما آلة ، وأشار الشارح إلى ذلك حيث جعل الباء للملابسة كما في بنيت البيت بالحجر لا للاستعانة كما في كتبت بالقلم .

والحاصل أن النكاح والبيع ونحوهما وإن كانت توجد حسا بالإيجاب والقبول ، لكن وصفها بكونها عقودا مخصوصة بأركان وشرائط يترتب عليها أحكام، وتنتفي تلك العقود بانتفائها وجود شرعي زائد على الحسي . فليس العقد الشرعي مجرد الإيجاب والقبول ولا الارتباط وحده بل هو مجموع الثلاثة وعليه فقوله وينعقد أي النكاح أي يثبت ويحصل انعقاده بالإيجاب والقبول (قوله من أحدهما) أشار إلى أن المتقدم من كلام العاقدين إيجاب سواء كان المتقدم كلام الزوج ، أو كلام الزوجة والمتأخر قبول ح عن المنح فلا يتصور تقديم القبول . فقوله تزوجت ابنتك إيجاب وقول الآخر زوجتكها قبول خلافا لمن قال إنه من تقديم القبول على الإيجاب وتمام تحقيقه في الفتح (قوله لأن الماضي الخ) قال في البحر : وإنما اختير لفظ الماضي لأن واضع اللغة لم يضع للانشاء لفظا خاصا وإنما عرف الانشاء بالشرع واختيار لفظ الماضي لدلالته على التحقيق والثبوت دون المستقبل اهـ . وقوله على التحقيق أي تحقيق وقوع الحدث (قوله كزوجت نفسي الخ) أشار إلى عدم الفرق بين أن يكون الموجب أصيلا أو وليا أو وكيلا وقوله : منك بفتح الكاف ، وليس مراده استقصاء الألفاظ التي تصلح للإيجاب ، حتى يرد عليه أن مثل بنتي ابني ، ومثل موكلتي موكلي، وأنه كان عليه أن يقول بعد قوله منك بفتح الكاف وكسرها أو من موليتك أو من

(و) يقول الآخر (تزوجت و) ينعقد أيضا (بما) أى بلفظين (وضع أحدهما له) للمضى (والآخر للاستقبال) أو للحال ، فالأول الأمر (كزوّجنى) أو زوجينى نفسك أو كونى امرأتى فإنه ليس بإيجاب بل هو توكيل ضمنى (فإذا قال) فى المجلس (زوجت) أو قبلت أو بالسمع والطاعة بزازية قام مقام الطرفين وقيل هو إيجاب

موكلتك بفتح الكاف وكسرها أيضا ليعم الاحتمالات فافهم (قوله ويقول الآخر تزوّجت) أى أو قبلت لنفسى أو لموكلى أو ابنى أو موكلتى ط (قوله فالأول) أى الموضع للاستقبال (قوله نفسك) بكسر الكاف مفعول زوجينى أو بفتحها مفعول زوجنى ففيه حذف مفعول أحد الفعلين ولو حذفه لشمل الولى والوكيل أيضا أفاده ح (قوله أو كونى امرأتى) ومثله كونى امرأة ابنى أو امرأة موكلى وكذا كن زوجى أو كن زوج بنتى أو زوج موكلتى أفاده ح (قوله فإنه ليس بإيجاب) الفاء فصيحة أى إذا عرفت أن قوله بما وضع معطوف على قوله بإيجاب وقبول وعرفت أيضا أن العطف يقتضى المغايرة عرفت أن لفظ الأمر ليس بإيجاب ، لكن هذا يقتضى أن قول الآخر زوجت فى هذه الصورة ليس بقبول ، وهو كذلك أى ليس بقبول محض بل هو لفظ قام مقام الإيجاب والقبول كما ذكره الشارح . ويرد عليه أن عطف الحال على الاستقبال يقتضى أن نحو قوله أتزوجك ليس بإيجاب وأن قولها قبلت مجيبة له ليس بقبول مع أنهما إيجاب وقبول قطعا ح (قوله بل هو توكيل ضمنى) أى أن قوله زوجنى توكيل بالنكاح للمأمور معنى ، ولو صرح بالتوكيل وقال وكلتك بأن تزوجى نفسك منى فقالت زوجت صح النكاح فكذا هنا غاية البيان ، وأشار بقوله ضمنى إلى الجواب عما أورد عليه من أنه لو كان توكيلا لما اقتصر على المجلس ، مع أنه يقتصر .

وتوضيح الجواب كما أفاده الرحمتى : أن المتضمن بالفتح لا تعتبر شروطه بل شروط المتضمن بالكسر والأمر طلب للنكاح فيشترط فيه شروط النكاح من اتحاد المجلس فى ركنيه لا شروط مافى ضمنه من الوكالة كما فى أعتق عبدك عنى بألف لما كان البيع فيه ضمنيا لم يشترط فيه الإيجاب والقبول لعدم اشتراطهما فى العتق ، لأن الملك فى الإعتاق شرط ، وهو تبع للمقتضى وهو العتق إذ الشروط اتباع فلذا ثبت البيع المقتضى بالفتح بشروط المقتضى بالكسر ، وهو العتق لا بشروط نفسه إظهارا للتبعية فسقط القبول الذى هو ركن البيع ولا يثبت فيه خيار الرؤية والعيب ولا يشترط كونه مقدور التسليم كما ذكره فى المنح فى آخر نكاح الرقيق (قوله فإذا قال) أى المأمور بالتزويج (قوله أو بالسمع والطاعة) متعلق بمحذوف دل عليه المذكور أى زوجت أو قبلت ملتبسا بالسمع والطاعة لأمرك ولا يحصل السمع والطاعة لأمره إلا بتقدير الجواب ماضيا مرادا به الانشاء ليتم شرط العقد بكون أحدهما للمضى (قوله بزازية) نص عبارتها قال زوجى نفسك منى فقالت بالسمع والطاعة صح اه ونقل هذا الفرع فى البحر عن النوازل ونقله فى موضع آخر عن الخلاصة فافهم (قوله وقيل هو إيجاب) مقابل القول الأول بأنه توكيل ، ومشى على الأول فى الهداية والمجمع ونسبه فى الفتح إلى المحققين ، وعلى الثانى ظاهر الكنز واعترضه فى الدرر بأنه مخالف لكلامهم . وأجاب فى البحر والنهر بأنه صرح به فى الخلاصة والخانية قال فى الخانية ولفظ الأمر فى النكاح إيجاب وكذا فى الخلع والطلاق والكفالة والهبة اه . قال فى الفتح : وهو أحسن لأن الإيجاب ليس إلا اللفظ المفيد قصد تحقق المعنى أولا ، وهو صادق على لفظ الأمر ثم قال : والظاهر أنه لابد من اعتبار كونه توكيلا ، وإلا بقى طلب الفرق بين النكاح والبيع حيث لا يتم بقوله بعنيه بكذا فيقول بعت بلا جواب لكن ذكر فى البحر عن بيوع الفتح الفرق بأن النكاح لا يدخله المساومة لأنه لا يكون إلا بعد مقدمات ومراجعات ، فكان للتحقيق بخلاف البيع . وأورد فى البحر على كونه إيجابا مافى الخلاصة : لو قال الوكيل بالنكاح هب ابنتك لفلان فقال الأب : وهبت

وزوجه فى البحر والثانى المضارع المبدوء بهمزة أو نون أو تاء كتزوجينى نفسك إذا لم ينو الاستقبال ،

لا ينعقد النكاح مالم يقل الوكيل بعده قبلت لأن الوكيل لا يملك التوكيل ،وما فى الظهيرية لوقال : هب ابنتك لابنى فقال : وهبت لم يصح ،مالم يقل أبو الصبى قبلت ، ثم أجاب بقوله إلا أن يقال بأنه مفرع على القول بأنه توكيل لا إيجاب وحينئذ تظهر ثمرة الاختلاف بين القولين لكنه متوقف على النقل، وصرح فى الفتح بأنه على القول بأن الأمر توكيل يكون تمام العقد بالمجيب ، وعلى القول بأنه إيجاب يكون تمام العقد قائما بهما اه . أى فلا يلزم على القول بأنه توكيل قول الآمر قبلت ، فهذا مخالف للجواب المذكور ،وكذا يخالفه تعليل الخلاصة بأنه ليس للوكيل أن يوكل نعم مافى الظهيرية مؤيد للجواب لكن قال فى النهر إن مافى الظهيرية مشكل إذ لا يصح تفريعه على أن الأمر إيجاب كما هو ظاهر ولا على أنه توكيل لما أنه يجوز للأب أن يوكل بنكاح ابنه الصغير إذ بتقديره يكون تمام العقد بالمجيب غير متوقف على قبول الأب وبه اندفع مافى البحر من أنه مفرع على أنه توكيل اه . لكن قال العلامة المقدسى فى شرحه إنما توقف الانعقاد على القبول فى قول الأب أو الوكيل : هب ابنتك لفلان أو لابنى أو أعطها مثلا لأنه ظاهر فى الطلب وأنه مستقبل لم يرد به الحال والتحقيق ، فلم يتم به العقد بخلاف زوجنى ابنتك بكذا بعد الخطبة ونحوها فإنه ظاهر فى التحقق والإثبات الذى هو معنى الإيجاب اه فتأمل . هذا وفى البحر أنه ينبنى على القول بأنه توكيل أنه لا يشترط سماع الشاهدين للأمر ، لأنه لا يشترط الإشهاد على التوكيل ، وعلى القول الآخر يشترط ثم ذكر عن المعراج مايفيد الاشتراط مطلقا وهو إن زوجنى وإن كان توكيلا لكن لما لم يعمل زوجت بدونه نزل منزلة شطر العقد ثم ذكر عن الظهيرية مايدل على خلافه ، وهو مايذكره الشارح قريبا من مسألة العقد بالكتاب ويأتى بيانه (قوله والثانى) أى ماوضع للحال المضارع وهو الأصح عندنا ، فنى قوله كل مملوك أملكه فهو يعتق مافى ملكه فى الحال لاما يملكه بعد إلا بالنية وعلى القول بأنه حقيقة فى الاستقبال فقوله أتزوجك ينعقد النكاح أيضا لأنه يحتمل الحال كما فى كلمة الشهادة ، وقد أراد به التحقيق لا المساومة بدلالة الخطبة والمقدمات بخلاف البيع كما فى البحر عن المحيط .

والحاصل أنه إذا كان حقيقة فى الحال فلا كلام فى صحة الانعقاد به ، وكذا إذا كان حقيقة فى الاستقبال لقيام القرينة على إرادة الحال ، ومقتضاه أنه لو ادعى إرادة الاستقبال والوعد لا يصدق بعد تمام العقد بالقبول ويأتى قريبا مايؤيده (قوله المبدوء بهمزة) كأتزوجك بفتح الكاف وكسرها ح (قوله أو نون) ذكره فى النهر بحثا ، قال ولم يذكروا المضارع المبدوء بالنون كنزوجك أو نزوجك من ابنى وينبغى أن يكون كالمبدوء بالهمزة اه . (قوله كتزوجينى) بضم التاء ونفسك بكسر الكاف ، ومثله تزوجنى نفسك بضم التاء خطابا للمذكر فالكاف مفتوحة (قوله إذا لم ينو الاستقبال) أى الاستيعاد أى طلب الوعد وهذا قيد فى الأخير فقط كما فى البحر وغيره . وعبارة الفتح لما علمنا أن الملاحظة من جهة الشرع فى ثبوت الانعقاد ولزوم حكمه جانب الرضا عدينا حكمه إلى كل لفظ يفيد ذلك بلا احتمال مساو للطرف الآخر فقلنا لو قال بالمضارع ذى الهمزة أتزوجك فقالت زوجت نفسى انعقد وفى المبدوء بالتاء تزوجنى بنتك فقال فعلت عند عدم قصد الاستيعاد لأنه يتحقق فيه هذا الاحتمال ، بخلاف الأول لأنه لا يستخبر نفسه عن الوعد ، وإذا كان كذلك والنكاح مما لا يجرى فيه المساومة كان للتحقيق فى الحال فانعقد به لا باعتبار وضعه للإنشاء ، بل باعتبار استعماله فى غرض تحقيقه ،واستفادة الرضا منه حتى قلنا : لو صرح بالاستفهام اعتبر فهم الحال قال فى شرح الطحاوى : لو قال هل أعطيتنيها فقال أعطيت إن كان المجلس للوعد فوعد وإن كان للعقد فنكاح اه . قال الرحتى : فعلمنا أن العبرة لما يظهر من كلامهما لا لنيتهما ، ألا

وكذا أنا متزوجك أو جئتك خاطبا لعدم جريان المساومة فى النكاح أو هل أعطيتنيها أن المجلس للنكاح وإن للوعد فوعد؛ ولو قال لها ياعرسى فقالت لبيك انعقد على المذهب (فلا ينعقد) بقبول بالفعل كقبض مهر ولا بتعاط ولا بكتابة حاضر بل غائب بشرط إعلام الشهود بما فى الكتاب مالم يكن بلفظ الأمر فيتولى الطرفين فتح

ترى أنه ينعقد مع الهزل والهازل لم ينو النكاح ، وإنما صحت نية الاستقبال فى المبدوء بالتاء لأن تقدير حرف الاستفهام فيه شائع كثير فى العربية اه . وبه علم أن المبدوء بالهمزة كما لا يصح فيه الاستبعاد لا يصح فيه الوعد بالتزوج فى المستقبل عند قيام القرينة على قصد التحقيق والرضا كما قلناه آنفا فافهم (قوله وكذا أنا متزوجك) ذكره فى الفتح بحثا حيث قال والانعقاد بقوله أنا متزوجك ينبغى أن يكون كالمضارع المبدوء بالهمزة سواء اه . قال ح : لأن متزوج اسم فاعل وهو موضوع لذات قام بها الحدث وتحقق فى وقت التكلم فكان دالا على الحال وإن كانت دلالته عليه التزامية (قوله أو جئتك خاطبا) قال فى الفتح : ولو قال باسم الفاعل كجئتك خاطبا ابنتك أو لتزوجنى ابنتك فقال الأب زوجتك فالنكاح لازم وليس للخاطب أن لا يقبل لعدم جريان المساومة فيه اه .

قال ح : فإن قلت : إن الإيجاب والقبول فى هذا ماضيان فلا معنى لذكره هنا : قلت : المعتبر قوله خاطبا لا قوله جئتك لأنه لا ينعقد به النكاح ولا دخل له فيه (قوله لعدم جريان المساومة فى النكاح) احترز به عن البيع ، فلو قال أنا مشتر أو جئتك مشتريا لا ينعقد البيع لجريان المساومة فيه ط (قوله أن المجلس للنكاح) أى لإنشاء عقده لأنه يفهم منه التحقيق فى الحال فإذا قال الآخر أعطيتكها أو فعلت لزم وليس للأول أن لا يقبل (قوله انعقد على المذهب) صوابه لم ينعقد ، فقد صرح فى البحر عن الصيرفية بأن الانعقاد خلاف ظاهر الرواية ومثله فى النهر ، وكذا [illegible] شرح المقدسى عن فوائد تاج الشريعة . وفى التاترخانية قال لامرأة بمحضر من الرجال ياعروسى قالت لبيك [illegible] قال القاضى بديع الدين إنه خلاف ظاهر الرواية (قوله فلا ينعقد الخ) تفريع على ماتقدم من انعقاده بلفظين الخ ح (قوله كقبض مهر) قال فى البحر : وهل يكون القبول بالفعل كالقبول باللفظ كما فى البيع ؟ قال فى البزازية أجاب صاحب البداية فى امرأة زوجت نفسها بألف من رجل عند الشهود ، فلم يقل الزوج شيئا لكن أعطاها المهر فى المجلس أنه يكون قبولا ، وأنكره صاحب المحيط وقال الإمام مالم يقل بلسانه قبلت بخلاف البيع لأنه ينعقد بالتعاطى والنكاح لخطره لا ينعقد حتى يتوقف على الشهود وبخ[illegible]ف إجازة نكاح الفضولى بالفعل لوجود القول ثمة اه ح (قوله ولا بتعاط) تكرار مع قوله بالفعل كقبض مهر وكل منهما تكرار مع قول المتن الآتى ولا بتعاط ، فإن مسألة قبض المهر التى قدمنا نقلها عن البحر بعينها شرح بها المصنف قوله ولا بتعاط ح .

مطلب التزوج بإرسال كتاب

(قوله ولا بكتابة حاضر) فلو كتب تزوجتك فكتبت قبلت لم ينعقد بحر والأظهر أن يقول فقالت قبلت الخ إذ الكتابة من الطرفين بلا قول لا تكفى ولو فى الغيبة تأمل (قوله بل غائب) الظاهر أن المراد به الغائب عن المجلس وإن كان حاضرا فى البلد ط (قوله فتح) فإنه قال ينعقد النكاح بالكتاب كما ينعقد بالخطاب .

وصورته : أن يكتب إليها يخطبها فإذا بلغها الكتاب أحضرت الشهود وقرأته عليهم وقالت زوجت نفسى منه أو تقول إن فلانا كتب إلى يخطبنى فاشهدوا أنى زوجت نفسى منه ، أما لو لم تقل بحضرتهم سوى زوجت نفسى من فلان لا ينعقد لأن سماع الشطرين شرط صحة النكاح ، وبإسماعهم الكتاب أو التعبير عنه منها قد سمعوا الشطرين

ولا (بالإقرار على المختار) خلاصة كقوله: هي امرأتي لأن الإقرار إظهار لما هو ثابت وليس بإنشاء (وقيل إن) كان (بمحضر من الشهود صح) كما يصح بلفظ الجعل (وجعل) الإقرار (إنشاء وهو الأصح) ذخيرة (ولا ينعقد بتزوجت نصفك على الأصح) احتياطا خانية بل لابد أن يضيفه إلى كلها أو مايعبر به عن الكل ومنه الظهر والبطن على الأشبه ذخيرة، ورجحوا في الطلاق خلافه

بخلاف ما إذا انتفيا. قال في المصفى: هذا الخلاف إذا كان الكتاب بلفظ التزوج. أما إذا كان بلفظ الأمر كقوله زوجي نفسك مني لايشترط إعلامها الشهود بما في الكتاب لأنها تتولى طرفي العقد بحكم الوكالة ونقله عن الكامل؛ وما نقله من نفي الخلاف في صورة الأمر لاشبهة فيه على قول المصنف والمحققين، أما على قول من جعل لفظة الأمر إيجابا كقاضيخان على مانقلناه عنه فيجب إعلامها إياهم مافي الكتاب اهـ. وقوله: لاشبهة فيه الخ قال الرحمتي: فيه مناقشة لما تقدم أن من قال إنه توكيل يقول توكيل ضمني فيثبت بشروط ماتضمنه وهو الإيجاب كما قدمناه. ومن شروطه سماع الشهود فينبغي اشتراط السماع هنا على القولين إلا أن يقال قد وجد النص هنا على أنه لا يجب فيرجع إليه اهـ.

[تنبيه] لو جاء الزوج بالكتاب إلى الشهود مختوما فقال: هذا كتابي إلى فلانة فاشهدوا على ذلك لم يجز في قول أبي حنيفة حتى يعلم الشهود مافيه وعند أبي يوسف يجوز، وفائدة هذا الخلاف فيما إذا جحد الزوج الكتاب بعد العقد فشهدوا بأنه كتابه ولم يشهدوا بما فيه لا تقبل ولا يقضى بالنكاح. وعند أبي يوسف تقبل ويقضى به أما الكتاب فصحيح بلا إشهاد وإنما الإشهاد لتمكن المرأة من إثبات الكتاب إذا جحده الزوج كما في الفتح عن مبسوط شيخ الإسلام (قوله ولا بالإقرار) لاينافيه ما صرحوا به أن النكاح يثبت بالتصادق، لأن المراد هنا أن الإقرار لايكون من صيغ العقد، والمراد من قولهم إنه يثبت بالتصادق أن القاضي يثبته به أي بالتصادق ويحكم به أبو السعود عن الحانوتي (قوله كما يصح بلفظ الجعل) أي بأن قال الشهود جعلتما هذا نكاحا فقالا نعم ينعقد لأن النكاح ينعقد بالجعل، حتى لو قالت جعلت نفسي زوجة لك فقبل تم فتح. ومقتضى التشبيه في عبارة الشارح أن هذا صحيح على القولين وهو ظاهر (قوله وجعل) ماض مبني للمجهول معطوف على صح. (قوله ذخيرة) فإنه قال ذكر في صلح الأصل: ادعى رجل قبل امرأة نكاحا فجحدت فصالحها على مائة على أن تقر بذلك فأقرت فهذا الإقرار منها جائز والمال لازم؛ وهذا الإقرار بمنزلة إنشاء النكاح لأنه مقرون بالعوض؛ فهو عبارة عن تمليك ابتداء في الحال، فإن كان بمحضر من الشهود صح النكاح وإلا فلا في الأصح اهـ ملخصا وقال في الفتح قال قاضيخان: وينبغي أن يكون الجواب على التفصيل إن أقرا بعقد ماض ولم يكن بينهما عقد لايكون نكاحا وإن أقر الرجل أنه زوجها وهي أنها زوجته يكون إنكاحا ويتضمن إقرارهما الإنشاء بخلاف إقرارهما بماض لأنه كذب، وهو كما قال أبو حنيفة إذا قال لامرأته لست لي امرأة ونوى به الطلاق يقع كأنه قال لأني طلقتك ولو قال لم أكن زوجتها ونوى الطلاق لايقع لأنه كذب محض اهـ. يعني إذا لم تقل الشهود جعلتما هذا نكاحا فالحق هذا التفصيل اهـ (قوله احتياطا) قال في البحر: وقولهم إن ذكر بعض مالا يتجزأ كذكر كله كطلاق نصفها يقتضي الصحة، وقد ذكر في المبسوط في موضع جوازه إلا أن يقال إن الفروج يحتاط فيها، فلا يكفي ذكر البعض لاجتماع ما يوجب الحل والحرمة في ذات واحدة فترجح الحرمة كذا في الخانية اهـ؛ وما صححه في الخانية صححه في الظهيرية أيضا ونصه: ولو أضاف النكاح إلى نصف المرأة فيه روايتان والصحيح أنه لايصح اهـ، ثم راجعت نسخة أخرى من الظهيرية فرأيتها كذلك فمن قال إنه في الظهيرية صحح الصحة فكأنه سقط من نسخته لا النافية فافهم (قوله أومايعبر به عن الكل) كالرأس والرقبة بحر (قوله ورجحوا في الطلاق خلافه) قال في البحر: وقالوا الأصح

فيحتاج للفرق (وإذا وصل الإيجاب بالتسمية) للمهر (كان من تمامه) أى الإيجاب (فلو قبل الآخر قبله لم يصح) لتوقف أول الكلام على آخره لو فيه مايغير أوله .

ومن شرائط الإيجاب والقبول : اتحاد المجلس لو حاضرين وإن طال كمخيرة وأن لايخالف الإيجاب القبول كقبلت النكاح لاالمهر

أنه لو أضاف الطلاق إلى ظهرها وبطنها لايقع وكذا العتق ، فلو أضاف النكاح إلى ظهرها وبطنها ذكر الحلوانى. قال مشايخنا الأشبه من مذهب أصحابنا أنه ينعقد النكاح ، وذكر ركن الإسلام والسرخسى مايدل على أنه لاينعقد النكاح كذا فى الذخيرة اهـ .

أقول : وقال فى الذخيرة أيضا فى كتاب الطلاق وإن قال ظهرك طالق أو بطنك قال السرخسى فى شرحه الأصح أنه لايقع ، واستدل بمسألة ذكرها فى الأصل إذا قال ظهرك على كظهر أمى أو بطنك على كبطن أمى أنه لايصير مظاهرا ، وذكر الحلوانى فى شرحه الأشبه بمذهب أصحابنا أنه يقع الطلاق قال : وهو نظير ماقال مشايخنا فيما إذا أضيف عقد النكاح إلى ظهر المرأة أو إلى بطنها أن الأشبه بمذهب أصحابنا أنه ينعقد النكاح اهـ (قوله فيحتاج للفرق) كذا قال فى النهر لكن قد علمت مما نقلناه عن الذخيرة أولا وثانيا أن الحلوانى الذى صحح انعقاد النكاح صحح وقوع الطلاق وأن السرخسى الذى لم يصحح الانعقاد لم يصحح الوقوع بل صحح عدمه على هذا . فلا حاجة للفرق ، وبه ظهر أن ماذكره فى البحر وتبعه الشارح قول ثالث ملفق عن القولين ولا يظهر وجهه (قوله كان) أى التسمية وكذا ضمير قبله ح أى وتذكير الضمير باعتبار المذكور أو لأن المراد بالتسمية المسمى أى المهر (قوله فلو قبل الخ) قال فى الفتح : كامرأة قالت لرجل زوجت نفسى منك بمائة دينار فقبل أن تقول بمائة دينار قبل الزوج لاينعقد ، لأن أول الكلام يتوقف على آخره إذا كان فى آخره مايغير أوله وهنا كذلك فإن مجرد زوجت ينعقد بمهر المثل وذكر المسمى معه يغير ذلك إلى تعين المذكور فلا يعمل قول الزوج قبله (قوله اتحاد المجلس) قال فى البحر : فلو اختلف المجلس لم ينعقد ، فلو أوجب أحدهما فقام الآخر أو اشتغل بعمل آخر بطل الإيجاب، لأن شرط الارتباط اتحاد الزمان فجعل المجلس جامعا تيسيرا ؛ وأما الفور فليس من شرطه؛ ولو عقدا وهما يمشيان أو يسيران على الدابة لايجوز ، وإن كان على سفينة سائرة جاز اهـ أى لأن السفينة فى حكم مكان واحد .

[فرع] قال فى المنية : قال زوجتك بنتى فسكت الخاطب فقال الصهر أى أبو البنت ادفع المهر فقال نعم فهو قبول وقيل لا اهـ وهذا يوهم أن عندنا قولا باشتراط الفور ، وأن المختار عدمه . وأجاب فى الفتح بأنه قد يكون منشأ هذا القول من جهة أنه كان متصفا بكونه خاطبا فحيث سكت ولم يجب على الفور كان ظاهرا فى رجوعه ، فقوله نعم بعده لايفيد بمفرده لالأن الفور شرط مطلقا والله سبحانه أعلم اهـ (قوله لو حاضرين) احترز به عن كتابة الغائب لما فى البحر عن المحيط الفرق بين الكتاب والخطاب أن فى الخطاب لو قال : قبلت فى مجلس آخر لم يجز وفى الكتاب يجوز لأن الكلام كما وجد تلاشى فلم يتصل الإيجاب بالقبول فى مجلس آخر فأما الكتاب فقائم فى مجلس آخر وقراءته بمنزلة خطاب الحاضر فاتصل الإيجاب بالقبول فصح اهـ ومقتضاه أن قراءة الكتاب فى مجلس الآخر لابد منها ليحصل الاتصال بين الإيجاب والقبول ، وحينئذ فاتحاد المجلس شرط فى الكتاب أيضا ، وإنما الفرق هو قيام الكتاب وإمكان قراءته ثانيا، فلو حذف قوله حاضرين كالنهر لكان أولى والظاهر أنه لو كان مكان الكتاب رسول بالإيجاب فلم تقبل المرأة ثم أعاد الرسول الإيجاب فى مجلس آخر فقبلت لم يصح لأن رسالته انتهت أولا بخلاف الكتابة لبقائها أفاده الرحتى اهـ (قوله كقبلت النكاح لاالمهر) تمثيل للمنفى أى إذا قال تزوجتك

نعم يصح الحط كزيادة قبلتها فى المجلس ، وأن لايكون مضافا ولا معلقا كما سيجيء ، ولا المنكوحة مجهولة ، ولا يشترط العلم بمعنى الإيجاب والقبول فيما يستوى فيه الجد والهزل

بألف فقالت قبلت النكاح ولا أقبل المهر لايصح وإن كانت التسمية ليست من شروط صحة النكاح لأنه إنما أوجب النكاح بذلك القدر المسمى ، فلو صححنا قبولها يلزمه مهر المثل ولم يرض به بل بما سمى فيلزمه ملم يلتزمه ، بخلاف ماإذا لم يسم من الأصل لأن غرضه النكاح بمهر المثل حيث سكت عنه ولو قالت قبلت ولم تزد على ذلك صح النكاح بما سمى وتمامه فى الفتح (قوله نعم يصح الحط الخ) أى إذا قال تزوجتك بألف فقالت قبلت بخمسمائة يصح ويجعل كأنها قبلت الألف وحطت عنه خمسمائة بحر ، ولا يحتاج إلى القبول منه لأن هذا إسقاط وإبراء بخلاف الزيادة كما لو قالت : زوجت نفسى منك بألف فقال الزوج قبلت بألفين صح النكاح بألف إلا إن قبلت فى المجلس ، فيصح بألفين على المفتى به كما فى البحر ، فصورة الحط من المرأة والزيادة من الزوج كما علمت وهو كذلك فى الذخيرة والخلاصة . وقال فى النهر بخلاف ماإذا زوجت نفسها منه بألف فقبله بألفين أو بخمسمائة صح وتوقف قبول الزيادة على قبولها فى المجلس على ماعليه الفتوى اه وظاهره أنها أوجبت بألف وقبل الزوج بخمسمائة وهو مشكل فإن الحط ممن له الحق وهو المرأة لاممن عليه ، فالظاهر أنه مما خالف فيه القبول الإيجاب فلا يصح يحرر أفاده الرحمتى (قوله وأن لايكون مضافا) كتزوجتك غدا ولا معلقا أى على غير كائن كتزوجتك إن قدم زيد وقوله كما سيجيء أى الكلام على المضاف والمعلق قبيل باب الولى (قوله ولا المنكوحة مجهولة) فلو زوج بنته منه وله بنتان لايصح إلا إذا كانت إحداهما متزوجة ، فينصرف إلى الفارغة كما فى البزازية نهر ، وفى معناه ماإذا كانت إحداهما محرمة عليه فليراجع رحمتى . وإطلاق قوله لايصح دال على عدم الصحة ، ولو جرت مقدمات الخطبة على واحدة منهما بعينها لتتميز المنكوحة عند الشهود فإنه لابد منه رملى :

قلت : وظاهره أنها لو جرت المقدمات على معينة وتميزت عند الشهود أيضا يصح العقد وهى واقعة الفتوى ، لأن المقصود نفى الجهالة وذلك حاصل بتعينها عند العاقدين والشهود وإن لم يصرح باسمها كما إذا كانت إحداهما متزوجة ، ويؤيده ماسيأتى من أنها لو كانت غائبة وزوجها وكيلها فإن عرفها الشهود وعلموا أنه أرادها كفى ذكر اسمها وإلا لابد من ذكر الأب والجد أيضا ، ولا يخفى أن قوله زوجت بنتى وله بنتان أقل إبهاما من قول الوكيل زوجت فاطمة ويأتى تمام ذلك عند قوله وحضور شاهدين حرين وعند قوله غلط وكيلها الخ .

[تنبيه] لم يذكر اشتراط تميز الرجل من المرأة وقت العقد للخلاف لما فى النوازل فى صغيرين قال أبو أحدهما زوجت بنتى هذه من ابنك هذا وقبل ثم ظهر الجارية غلاما والغلام جارية جاز ذلك ، وقال العتابى لايجوز بحر قال الرملى : والأكثر على الأول .

قلت : وبه علم أن زوجت وتزوجت يصلح من الجانبين وبه صرح فى الفتح عن المنية ومثله فى البحر (قوله ولا يشترط الخ) أى فيما كان بلفظ ترويج ونكاح بخلاف ماكان كناية لما يأتى من أنه لابد فيه من نية أو قرينة وفهم الشهود لكن قيد فى الدرر عدم الاشتراط بما إذا علما أن هذا اللفظ ينعقد به النكاح أى وإن لم يعلما حقيقة معناه قال فى الفتح لو لقنت المرأة زوجت نفسى بالعربية ولا تعلم معناه وقبل والشهود يعلمون ذلك أو لايعلمون صح كالطلاق ، وقيل لا كالبيع كذا فى الخلاصة ، ومثل هذا فى جانب الرجل إذا لقنه ولا يعلم معناه وهذه من جملة مسائل الطلاق ، والعتاق ، والتدبير ، والنكاح ، والخلع ، فالثلاثة الأول واقعة فى الحكم ذكره فى عتاق الأصل فى باب التدبير ، وإذا عرف الجواب قال قاضيخان : ينبغى أن يكون النكاح كذلك لأن العلم بمضمون

إذ لم يحتج لنية به يفتى (وإنما يصح بلفظ تزويج ونكاح) لأنهما صريح (وما) عداهما كناية هو كل لفظ (وضع لتمليك عين) كاملة فلا يصح بالشركة (فى الحال) خرج الوصية غير المتقيدة بالحال

اللفظ إنما يعتبر لأجل القصد فلا يشترط فيما يستوى فيه الجد والهزل بخلاف البيع ونحوه وأما فى الخلع إذ لقنت اختلعت نفسى منك بمهرى ونفقة عدتى فقالته ولا تعلم معناه ولا أنه لفظ خلع اختلفوا فيه قيل لايصح وهو الصحيح قال القاضى : وينبغى أن يقع الطلاق ولا يسقط المهر ولا النفقة وكذا لو لقنت أن تبرئه وكذا المديون إذا لقن رب الدين لفظ الإبراء لايبرأ اه .

قلت : وفى فهم الشهود اختلاف تصحيح كما سيأتى بيانه (قوله إذ لم يحتج لنية) بسكون ذال إذ فالجملة تعليل لما قبلها وضمير يحتج لما (قوله به يفتى) صرح به فى البزازية . وفى البحر أن ظاهر كلام التجنيس يفيد ترجيحه .

قلت : وهو مقتضى كلام الفتح المار وبه جزم فى متن الملتقى والدرر والوقاية وذكر الشارح فى شرحه على الملتقى أنه اختلف التصحيح فيه (قوله وإنما يصح الخ) اعلم أن الصريح ينعقد به النكاح بلا خلاف وغيره على أربعة أقسام : قسم لاخلاف فى الانعقاد به عندنا بل الخلاف فى خارج المذهب ، وقسم فيه خلاف عندنا والصحيح الانعقاد ، وقسم فيه خلاف والصحيح عدمه . وقسم لاخلاف فى عدم الانعقاد به ، فالأول ماسوى لفظى النكاح والتزويج من لفظ الهبة والصدقة والتمليك والجعل نحو جعلت بنتى لك بألف والثانى نحو بعت نفسى منك بكذا أو ابنتى أو اشتريتك بكذا فقالت نعم ونحو السلم والصرف والقرض والصلح والثالث كالإجارة والوصية والرابع كالإباحة والإحلال والإعارة والرهن والتمتع والإقالة والخلع أفاده فى الفتح (قوله وما عداهما كناية الخ) فى هذا التركيب إخراج المتن عن مدلوله من التصريح بجوازه بهذه الألفاظ . وأورد عليه كيف صح بالكناية مع اشتراط الشهادة فيه والكناية لابد فيها من النية ، ولا اطلاع للشهود عليها قال الزيلعى قلنا ليست بشرط مع ذكر المهر وذكر السرخسى أنها ليست بشرط مطلقا لعدم اللبس ولأن كلامنا فيما إذا صرحا به ولم يبق احتمال اه وللمحقق ابن الهمام فيه بحث طويل يأتى بعضه قريبا (قوله هو كل لفظ الخ) أورد عليه فى البحر أنه ينعقد بألفاظ غير ما ذكر مثل كونى امرأتى ، وقولها عرستك نفسى وقوله لمبانته : راجعتك بكذا وقولها له رددت نفسى عليك ، وقوله صرت لى أو صرت لك وقوله : ثبت حقى فى منافع بضعك وذكر ألفاظ أخر وأنه ينعقد فى الكل مع القبول ، ثم أجاب بأن العبرة فى العقود للمعانى حتى فى النكاح كما صرحوا به وهذه الألفاظ تؤدى معنى النكاح .

وحاصله أن هذه الألفاظ داخلة فى النكاح لأن المراد لفظه أو ما يؤدى معناه تأمل (قوله وضع لتمليك عين) خرج ما لا يفيد التمليك أصلا كالرهن والوديعة وما يفيد تمليك المنفعة كالإجارة والإعارة كما يأتى (قوله كاملة) صرح بمفهومه بقوله فلا يصح بالشركة قال فى غاية البيان وكذا أى لا ينعقد بلفظ الشركة لأنه يفيد التمليك فى البعض دون الكل ولهذا لا يصح النكاح إذا قال زوجتك نصف جاريتى (قوله خرج الوصية غير المقيدة بالحال) بأن كانت مطلقة أو مضافة إلى ما بعد الموت أما المقيدة بالحال نحو أوصيت لك ببضع ابنتى للحال بألف درهم فجاز كما حققه فى الفتح ، وتبعه فى النهر قائلا وارتضاه غير واحد ، وخالفهم فى البحر بأن المعتمد ماأطلقه الشارحون من عدم الجواز لأن الوصية مجاز عن التمليك فلوا نعقد بها لكان مجازا عن النكاح والمجاز لامجاز له كما فى بيوع العناية اه ونقل الرملى عن المقدسى أن قوله إن المجاز لا مجاز له مردود يعرف ذلك من طالع أساس البلاغة اه أى كما قرروه فى رأيت مشفر زيد من أنه مجاز بمرتبتين ، وكذا فى فأذاقها الله لباس الجوع والخوف —

(كهبة وتمليك وصدقة وعطية وقرض وسلم واستئجار

قلت : لكن قول المصنف كغيره وما وضع لتمليك العين فى الحال لا يشمل الوصية ، لأنها موضوعة لتمليك العين بعد الموت فإذا استعملت فى تمليك العين فى الحال كانت مجازا فلم يصح بها النكاح بناء على أنها لم توضع للتمليك فى الحال لابناء على أنها مجاز المجاز ، اللهم إلا أن يجاب بأن قولهم وضع بمعنى استعمل فيشمل الحقيقة والمجاز أو هو مبنى على أن المجاز موضوع بالوضع النوعى كما أوضحه شارح التحرير فى أول الفصل الخامس فتأمل (قوله كهبة) أى إذا كانت على وجه النكاح .

واعلم أن المنكوحة إما أمة أو حرة ، فإذا أضاف الهبة إلى الأمة بأن قال لرجل وهبت أمتى هذه منك ، فإن كان الحال يدل على النكاح من إحضار شهود وتسمية المهر معجلا ومؤجلا ونحو ذلك ينصرف إلى النكاح ، وإن لم يكن الحال دليلا على النكاح ، فإن نوى النكاح وصدقه الموهوب له فكذلك ينصرف إلى النكاح بقرينة النية ، وإن لم ينو ينصرف إلى ملك الرقبة وإن أضيفت إلى الحرة فانه ينعقد من غير هذه القرينة لأن عدم قبول المحل للمعنى الحقيقى ، وهو الملك للحرة يوجب الحمل على المجاز فهو القرينة ، فإن قامت القرينة على عدمه لا ينعقد ، فلو طلب من امرأة الزنى فقالت وهبت نفسى منك فقال الرجل قبلت لا يكون نكاحا كقول أبى البنت وهبتها لك لتخدمك فقال قبلت إلا إذا أراد به النكاح كذا فى البحر ط (قوله وقرض الخ) قال فى النهر وفى الصرف والقرض والصلح والرهن قولان . وينبغى ترجيح انعقاده بالصرف عملا بالكلية لما أنه يفيد ملك العين فى الجملة (١) وبه يترجح ما فى الصيرفية من تصحيح انعقاده بالقرض ، وإن رجح فى الكشف وغيره عدمه . وجزم السرخسى بانعقاده بالصلح والعطية ولم يحك الإتقانى غيره اهـ وسيأتى الكلام على الرهن لكن قوله ولم يحك الإتقانى غيره سبق قلم فإن الذى ذكره الإتقانى فى غاية البيان أنه لا ينعقد بالصلح وهكذا نقله عنه فى البحر . وعزاه فى الفتح إلى الأجناس ، ثم نقل كلام السرخسى .

قلت : وينبغى التفصيل والتوفيق بأن يقال إن جعلت المرأة بدل الصلح مثل أن يقول أبو بنت لدائنه مثلا صالحتك عن ألفك التى لك على ببنتى هذه وإن جعلت مصالحا عنها بأن قال صالحتك عن بنتى بألف لا يصح وعليه يحمل كلام غاية البيان بدليل أنه علله بقوله لأن الصلح حطيطة وإسقاط للحق اهـ ولا يخفى أن الإسقاط إنما هو بالنسبة للمصالح عنه والمقصود ملك المتعة من المرأة لا إسقاطه فلذا لم يصح أما بدل الصلح فالمقصود ملكه أيضا فيصح به ملك المتعة . هذا ، ولم أر من تعرض للخلاف فى العطية مثل قوله هى لك عطية بكذا لأنه بمنزلة الهبة وقد أفتى به فى الخيرية وأما لفظ أعطيتك بنتى بكذا كما هو الشائع عند الأعراب والفلاحين فيصح به العقد كما قدمناه عن الفتح عن شرح الطحاوى ، ويقع كثيرا أنه يقول جئتك خاطبا بنتك لنفسى فيقول أبوها هى جارية فى مطبخك فينبغى أن يصح إذا قصد العقد دون الوعد أخذا مما قدمناه آنفا عن البحر فى وهبتها لك لتخدمك ويؤيده ما فى الذخيرة إذا قال جعلت ابنتى هذه لك بألف صح لأنه أتى بمعنى النكاح ، والعبرة فى العقود للمعانى دون الألفاظ اهـ (قوله وسلم واستئجار) هذا إذا جعلت المرأة رأس مال السلم أو جعلت أجرة فينعقد اجماعا ، أما إن جعلت مسلما فيها فقيل لا ينعقد لأن السلم فى الحيوان لا يصح ، وقيل ينعقد لأنه لو اتصل به القبض يفيد ملك الرقبة ملكا فاسدا ، وليس كل ما يفسد الحقيقى يفسد مجازيه ورجحه فى الفتح ، وهو مقتضى

---

(١) (قوله لما أنه يفيد ملك العين فى الجملة) أى لأن ما يثبت به إنما هو ملك ما لا يتعين من النقد والمفرد فإنه هنا متعين اهـ .

وصلح وصرف وكل ماتملك به الرقاب بشرط نية أو قرينة وفهم الشهود المقصود (لا) يصح (بلفظ إجارة) براء أو بزاى (وإعارة ووصية) ورهن ووديعة ونحوها مما لايفيد الملك ، لكن تثبت به الشبهة فلا يحدّ ولها الأقل من المسمى ومهر المثل ، وكذا تثبت بكل لفظ لاينعقد به النكاح فليحفظ :
(وألفاظ مصحفة كتجوزت)

مافى المتون وإن لم تجعل أجرة كقوله أجرتك ابنتى بكذا فالصحيح أنه لا ينعقدلأنها لاتغير ملك العين أفاده فى البحر (قوله وكل ما تملك به الرقاب) كالجعل والبيع والشراء فإنه ينعقد بها كما مر (قوله بشرط نية أو قرينة الخ) هذا ماحققه فى الفتح ردا على ما قدمناه عن الزيلعى ، حيث لم يجعل النية شرطا عندذكر المهر وعلى السرخسى حيث لم يجعلها شرطا مطلقا .

وحاصل الرد أن المختار أنه لا بد من فهم الشهود المراد فإن حكم السامع بأن المتكلم أراد من اللفظ ما لم يوضع له لا بد له من قرينة على إرادته ذلك ، فإن لم تكن فلا بد من إعلام الشهود بمراده ، ولذا قال فى الدراية فى تصوير الانعقاد بلفظ الاجارة عند من يجيزه أن يقول أجرت بنتى ونوى به النكاح وأعلم الشهود اه بخلاف قوله بعتك بنتى ، فإن عدم قبول المحل للبيع يوجب الحمل على المجازى ، فهو قرينة يكتفى بها الشهود حتى لو كانت المعقود عليها أمة لابد من قرينة زائدة تدل على النكاح من إحضار الشهود وذكر المهر مؤجلا أومعجلا، وإلا فإن نوى وصدقه الموهوب له صح وإن لم ينو انصرف إلى ملك الرقبة كما فى البدائع ، والظاهر أنه لا بد مع النية من إعلام الشهود وقد رجع شمس الأئمة إلى التحقيق حيث قال ولأن كلامنا فيما إذا صرحا به ولم يبق احتمال اه هذا حاصل ما فى الفتح، وملخصه أنه لا بد فى كنايات النكاح من النية مع قرينة أو تصديق القابل للموجب وفهم الشهود المراد أو إعلامهم به .(قوله بلفظ إجارة) أى فى الأصح كآجرتك نفسى بكذا بخلاف لفظ الاستئجار بأن جعلت المرأة بدلا مثل استأجرت دارك بنفسى أو بينتى عند قصد النكاح كمامر بيانه، وعبر هناك بالاستئجار وهنا بالاجارة إشارة للفرق المذكور فلا تكرار فافهم (قوله ووصية) أى غير مقيدة بالحال كما مر (قوله ورهن) فيه اختلاف المشايخ كما فى البناية ، ورجح فى الولو الجية ما هنا من عدم الصحة ولعل ابن الهمام لم يعتبر القول الآخر لعدم ظهور وجهه فعد الرهن من قسم ما لا خلاف فى عدم الصحة به لأنه لا يفيد الملك أصلا (قوله ونحوها) كاباحة وإحلال وتمتع وإقالة وخلع كما قدمناه عن الفتح ، لكن ذكر فى النهر أنه ينبغى أن يقيد الأخير بما إذا لم تجعل بدل الخلع ، فإن جعلت كما إذا قال أجنبى اخلع زوجتك بينتى هذه فقبل صح أخذا من مسألة الاجارة (قوله لكن تثبت به) أى بنحو المذكورات(قوله وكذا تثبت بكل لفظ لا ينعقد به النكاح) هذا ساقط من بعض النسخ وهو الأحسن ولذا قال ح : إنه مكرر مع قوله لكن تثبت به الشبهة مع أن قوله بكل لفظ لا ينعقد به النكاح شامل للفظ لادخل له أصلا كقوله لها أنت صديقتى فقالت نعم فإنه يصدق عليه أنه لفظ لا ينعقد به النكاح ومع ذلك لا تثبت به الشبهة، بخلاف العبارة الأولى فإنها وقعت بيانا لنحو المذكورات فى المتن فتختص بكل لفظ يفيد الملك ولا ينعقد به النكاح اه .

مطلب هل ينعقد النكاح بالألفاظ المصحفة نحو تجوّزت

(قوله وألفاظ مصحفة) من التصحيف، وهو تغيير اللفظ حتى يتغير المعنى المقصود من الوضع كما فى الصحاح، وفى المغرب التصحيف أن يقرأ الشىء على خلاف ماأراده كاتبه أوعلى غير ما اصطلحوا عليه (قوله كتجوزت) أى بتقديم الجيم على الزاى : قال فى المغرب : جاز المكان وأجازه وجاوزه وتجاوزه إذا سار فيه وخلفه، وحقيقته قطع جوزه

لصدوره لاعن قصد صحيح بل عن تحريف وتصحيف، فلم تكن حقيقة ولا مجازا لعدم العلاقة بل غلطا فلااعتبار به أصلا تلويح ، نعم لواتفق قوم على النطق بهذه الغلطة وصدرت عن قصد

أى وسطه ومنه جاز البيع أو النكاح إذا نفذه وأجازه القاضى إذا نفذه وحكم به ومنه المجيز الوكيل والوصى لتنفيذه ماأمر به، وجوز الحكم رآه جائزا وتجويز الضراب الدراهم أن جعلها رائجة جائزة وأجازه بجائزة سنية إذاأعطاه عطية ومنها جوائز الوفود للتحف والالطف، وتجاوز عن المسىء وتجوز عنه أغضى عنه وعفا وتجوّز فى الصلاة ترخص فيها وتساهل ومنه تجوز فى أخذ الدراهم اه ملخصا (قوله لصدوره لا عن قصد صحيح) أشار به إلى الفرق بينه وبين انعقاده بلفظ أعجمى بأن اللغة الأعجمية تصدر عمن تكلم بها عن قصد صحيح . بخلاف لفظ التجويز فإنه يصدر لا عن قصد صحيح ، بل عن تحريف وتصحيف ، فلا يكون حقيقة ولا مجازا منح ملخصا . والتحريف التغيير وهو المراد بالتصحيف كما مر (قوله تلويح) ليس مراده عز والمسألة إلى التلويح بل عزو مضمون التعليل لأنها غير مذكورة فيه ولا فى غيره من الكتب المتقدمة، وإنما ذكرها المصنف فى متنه . وذكر فى شرحه المنح أنه كثر الاستفتاء عنها فى عامة الأمصار وأنه كتب فيها رسالة حاصلها اعتماد عدم الانعقاد بهذا اللفظ لأنه لم يوضع لتمليك العين للحال وليس لفظ نكاح ولا تزويج وليس بينه وبين ألفاظ النكاح علاقة مصححة للمجازية عنها كما استعير لفظ الهبة والبيع للنكاح ، ومن ثم صرحوا بأنه لا ينعقد بلفظ الإحلال والإجارة والوصية لعدم صحة الاستعارة ، ولا يصح قياس ذلك على اللغة الأعجمية لعدم القصد الصحيح كما مر ، ثم استشهد لذلك بما ذكره المحقق السعد التفتازانى فى بحث الحقيقة والمجاز من التلويح ، وهو أن اللفظ المستعمل استعمالا صحيحا جاريا على القانون إما حقيقة أو مجازا ، لأنه إن استعمل فيما وضع له فحقيقة ، وإن استعمل فى غيره ، فإن كان لعلاقة بينه وبين الموضوع له فمجاز وإلا فمرتجل وهو أيضا من قسم الحقيقة ، لأن الاستعمال الصحيح فى الغير بلا علاقة وضع جديد . فيكون اللفظ مستعملا فيما وضع له فيكون حقيقة ، وقيدنا الاستعمال بالصحيح احترازا عن الغلط مثل استعمال لفظ الأرض فى السماء من غير قصد إلى وضع جديد اه (قوله نعم الخ) هذا ذكره المصنف أيضا حيث قال عقب عبارة التلويح المذكورة ، نعم لو اتفق قوم على النطق بهذه الغلطة بحيث أنهم يطلبون بها الدلالة على حل الاستمتاع وتصدر عن قصد واختيار منهم ، فالقول بانعقاد النكاح بها وجه ظاهر لأنه والحالة هذه يكون وضعا جديدا منهم . وبانعقاده بين قوم اتفقت كلمتهم على هذه الغلطة أفتى شيخ الإسلام أبو السعود مفتى الديار الرومية ، وأما صدورها لا عن قصد إلى وضع جديد كما يقع من بعض الجهلة الأغمار ، فلا اعتبار به فقد قال فى التلويح إن استعمال اللفظ فى الموضوع له أو غيره طلب دلالته عليه وإرادته منه فمجرد الذكر لا يكون استعمالا صحيحا فلا يكون وضعا جديدا اه .

وحاصل كلام المصنف : أنه إن اتفقوا على استعمال التجويز فى النكاح بوضع جديد قصدا يكون حقيقة عرفية مثل الحقائق المرتجلة . ومثل الألفاظ الأعجمية الموضوعة للنكاح ، فيصح به العقد لوجود طلب الدلالة على المعنى المراد وإرادته من اللفظ قصدا وإلا فذكر هذا اللفظ بدون ما ذكر لا يكون حقيقة لعدم الوضع ولا مجازا لعدم العلاقة ، فلا يصح به العقد لكونه غلطا كما أفتى به المصنف تبعا لشيخه العلامة ابن نجيم ومعاصريه لكن أفتى بخلافه العلامة الخير الرملى فى الفتاوى الخيرية ، ونازع المصنف فيما استشهد به ، وكذا نازعه فى حاشيته عن المنح ، بأنه لادخل لبحث الحقيقة والمجاز المرتب على عدم العلاقة ، وقد أقر المصنف بأنه تصحيف ، فكيف تجه ذكر نفى العلاقة ، بل نسلم كونه تصحيفا بإبدال حرف ، فلو صدر من عارف لا ينعقد به ، وهو محل فتوى

كان ذلك وضعا جديدا فيصح، به أفتى أبو السعود . وأما الطلاق فيقع بها قضاء كما فى أوائل الأشباه (ولا يحتاط -)

الشيخ زين بن نجيم ومعاصريه فيقع الدليل فى محله ح والمسألة لم توجد فيها نقل بخصوصها عن المشايخ ، فصارت حادثة الفتوى .

وقد صرح الشافعية بأنه لا يضر من عامى إبدال الزاى جيما وعكسه مع تشديدهم فى النكاح بحيث لم يجوزوه إلا بلفظ الإنكاح والتزويج والإفتاء بحسب الانهاء . فإذا سئل المفتى هل ينعقد بلفظ التجويز يجيب بلا لعدم التعرض لذكر التصحيف والأصل عدمه وإذا سئل فى عامى قدم الجيم على الزاى بلا قصد استعارة لعدم علمه بها بل قصد حل الاستمتاع باللفظ الوارد شرعا فوقع له ما ذكر ينبغى فيه موافقة الشافعية، وبالأولى فيما إذا اتفقت كلمتهم على هذه الغلطة كما قطع به أبو السعود ، وقد صرحوا بعدم اعتبار الغلط والتصحيف فى مواضع فأوقعوا الطلاق بالألفاظ المصحفة مع اشتراك الطلاق والنكاح فى أن جدهما جد وهزلهما جد ، وخطر الفروج، وأفتوا بالوقوع فى علىّ الطلاق وأنه تعليق يقع به الطلاق عند وقوع الشرط لأنه صار بمنزلة إن فعلت فأنت كذا، ومثله الطلاق يلزمنى لا أفعل كذا مع كونه غلطا ظاهرا لغة وشرعا لعدم وجود ركنه وعدم محلية الرجل للطلاق، وقول أبى السعود إنه أى هذا الطلاق ليس بصريح ولا كناية نظرا لمجرد اللفظ لا إلى الاستعمال الفاشى لعدم وجوده فى بلاده ، فإذا لم نعتبر هذا الغلط الفاحش لزمنا أن لا نعتبره فيما نحن فيه مع فشوّ استعماله وكثرة دورانه فى ألسنة أهل القرى والأمصار بحيث لو لقن أحدهم التزويج لعسر عليه النطق به ، فلا شك أنهم لا يلمحون استعارة لترد ملمحهم بعدم العلاقة ، بل هو تصحيف عليهم فشا فى لسانهم .

وقد استحسن بعض المشايخ عدم فساد الصلاة بابدال بعض الحروف وإن لم يتقارب المخرج لأن فيه بلوى العامة فكيف فيما نحن فيه اهـ ملخصا (قوله وأما الطلاق فيقع بها الخ) أى بالألفاظ المصحفة كتلاق وتلاك وطلاك وطلاغ وتلاغ . قال فى البحر: فيقع قضاء ولا يصدق إلا إذا أشهد على ذلك قبل التكلم بأن قال امرأتى تطلب منى الطلاق وأنا لا أطلق فأقول هذا، ولا فرق بين العالم والجاهل وعليه الفتوى اهـ .

ثم إنه لا فرق يظهر بين النكاح والطلاق . وقد استدل الخير الرملى على ذلك بما قدمناه من قول قاضيخان إنه ينبغى أن يكون النكاح كالطلاق والعتاق فى أنه لا يشترط العلم بمعناه لأن العلم بمضمون اللفظ إنما يعتبر لأجل القصد فلا يشترط فيما يستوى فيه الجد والهزل اهـ قال فإذا علمنا أن الطلاق واقع مع التصحيف فينبغى أن يكون النكاح نافذا معه أيضا اهـ .

قلت : وأما الجواب بأن وقوع الطلاق للاحتياط فى الفروج فهو مشترك الالزام ، على أنه لا احتياط فى التفريق بعد تحقق الزوجية بمجرد التلفظ بلفظ مصحف أو مهمل لا معنى له، بل الاحتياط فى بقاء الزوجية حتى يتحقق المزيل ، فلولا أنهم اعتبروا القصد بهذا اللفظ المصحف بدون وضع جديد ولا علاقة لم يوقعوا به الطلاق لأن الغلط الخارج عن الحقيقة والمجاز لا معنى له، فعلم أنهم اعتبروا المعنى الحقيقى المراد ولم يعتبروا تحريف اللفظ بل قولهم يقع بها قضاء يفيد أنه يقضى عليه بالوقوع ، وإن قال لم أرد بها الطلاق حملا على أنها من أقسام الصريح ولذا قيد تصديقه بالاشهاد فبالأولى إذا قال العامى جوزت بتقديم الجيم أو زوزت بالزاى بدل الجيم قاصدا به معنى النكاح يصح ويدل عليه أيضا ما قدمناه عن الذخيرة من أنه إذا قال جعلت بنتى هذه لك بألف صح لأنه أتى بمعنى النكاح والعبرة فى العقود للمعانى دون الألفاظ ، فهذا التعليل يدل على أن كل ما أفاد معنى النكاح يعطى حكمه ؛ لكن إذا كان بلفظ نكاح أو تزويج أو ما وضع لتمليك العين للحال ،ولا شك أن لفظ جوزت أو زوزت

احتراما للفروج (وشرط سماع كل من العاقدين لفظ الآخر) ليتحقق رضاهما (و) شرط (حضور) شاهدين

لا يفهم منه العاقدان والشهود إلا أنه عبارة عن التزويج ، ولايقصد منه إلاذلك المعنى بحسب العرف ، وقدصرحوا بأنه يحمل كلام كل عاقد وحالف وواقف على عرفه ؛ وإذا وقع الطلاق بالألفاظ المصحفة ولو من عالم كامر وإن لم تكن متعارفة كما هو ظاهر إطلاقهم فيها يصح النكاح من العوام بالمصحفة المتعارفة بالأولى ، والله تعالى أعلم .

[تنبيه] علم مما قررناه جواز العقد بلفظ أزوجت بالهمزة فى أوله خلافا لما ذكره السيد محمد أبو السعود فى حاشية مسكين عن شيخه من عدم الجواز ،معللا بأنه لم يجده فى كتب اللغة فكان تحريفا وغلطا (قوله احتراما للفروج) أى لخطر أمرها وشدة حرمتها ، فلا يصح العقد عليها إلا بلفظ صريح أو كناية (قوله سماع كل) أى ولو حكما كالكتاب إلى غائبة لأن قراءته قائمة مقام الخطاب كما مر . وفى الفتح ينعقد النكاح من الأخرس إذا كانت له إشارة معلومة (قوله ليتحقق رضاهما) أى ليصدر منهما ما من شأنه أن يدل على الرضا إذ حقيقة الرضا غير مشروطة فى النكاح لصحته مع الإكراه والهزل رحمتى .

وذكر السيد أبو السعود أن الرضا شرط من جانبها لامن جانب الرجل واستدل لذلك بما صرح به القهستانى فى المهر من فساد العقد إذا كان الإكراه من جهتها . وأقول فيه نظر فإنه ذكر فى النقاية أن فى النكاح الفاسد لايجب شيء إن لم يطأها وإن وطئها وجب مهر المثل فقال القهستانى عند قوله فى النكاح الفاسد : أى الباطل كالنكاح للمحارم المؤبدة أو المؤقتة أو بإكراه من جهتها الخ ، فقوله من جهتها معناه أنها إذا أكرهت الزوج على التزوج بها لايجب لها عليه شيء ، لأن الإكراه جاء من جهتها فكان فى حكم الباطل لاباطلا حقيقة ، وليس معناه أن أحدا أكرهها على التزوج ، ونظير هذه المسألة ماقالوه فى كتاب الإكراه من أنه لو أكره على طلاق زوجته قبل الدخول بها لزمه نصف المهر ويرجع به على المكره إن كان المكره له أجنبيا ، فلو كانت الزوجة هى التى أكرهته على الطلاق لم يجب لها شيء نص عليه القهستانى هناك أيضا . وأما ماذكر من أن نكاح المكره صحيح إن كان هو الرجل ، وإن كان هو المرأة فهوفاسد فلم أر من ذكره وإن أوهم كلام القهستانى السابق ذلك ، بل عباراتهم مطلقة فى أن نكاح المكره صحيح كطلاقه وعتقه مما يصح مع الهزل ، ولفظ المكره شامل للرجل والمرأة فمن ادعى التخصيص فعليه إثباته بالنقل الصريح ، نعم فرقوا بين الرجل والمرأة فى الإكراه على الزنا فى إحدى الروايتين ، ثم رأيت فى إكراه الكافى للحاكم الشهيد ما هو صريح فى الجواز فإنه قال : ولو أكرهت على أن تزوجته بألف ومهر مثلها عشرة آلاف زوّجها أولياؤها مكرهين فالنكاح جائز ويقول القاضى للزوج : إن شئت أتمم لها مهر مثلها وهى امرأتك إن كان كفؤا لها وإلا فرق بينهما ولا شيء لها الخ فافهم (قوله وشرط حضور شاهدين) أى يشهدان على العقد ، أما الشهادة على التوكيل بالنكاح فليست بشرط لصحته كما قدمناه عن البحر ، وإنما فائدتها الإثبات عند جحود التوكيل . وفى البحر قيدنا الإشهاد بأنه خاص بالنكاح لقول الإسبيجابى : وأما سائر العقود فتنفذ بغير شهود ولكن الإشهاد عليه مستحب للآية اه . وفى الواقعات أنه واجب فى المداينات ، وأما الكتابة ففى عتق المحيط يستحب أن يكتب للعتق كتابا ويشهد عليه صيانة عن التجاحد كما فى المداينة بخلاف سائر التجارات للحرج لأنها مما يكثر وقوعها اه وينبغى أن يكون النكاح كالعتق لأنه لاحرج فيه اه .

مطلب الخصاف كبير فى العلم يجوز الاقتداء به

[تنبيه] أشار بقوله فيما مر ولا المنكوحة مجهولة إلى ماذكره فى البحر هنا بقوله : ولابد من تمييز المنكوحة عند الشاهدين لتنتفى الجهالة ، فإن كانت حاضرة منتقبة كفى الإشارة إليها والاحتياط كشف وجهها .

(حرين) أو حر وحرتين (مكلفين سامعين قولهما معا)

فإن لم يروا شخصها وسمعوا كلامها من البيت، إن كانت وحدها فيه جاز، ولو معها أخرى فلا لعدم زوال الجهالة وكذا إذا وكلت بالتزويج فهو على هذا اهأى إن رأوها أوكانت وحدها في البيت يجوز أن يشهدوا عليها بالتوكيل إذا جحدته وإلافلا لاحتمال أن الموكل المرأة الأخرى وليس معناه أنه لايصح التوكيل بدون ذلك وأنه يصير العقد عقد فضولي فيصح بالإجازة بعده قولا أو فعلا لما علمته آنفا فافهم ، ثم قال في البحر : وإن كانت غائبة ولم يسمعوا كلامها بأن عقد لها وكيلها فإن كان الشهود يعرفونها كفى ذكر اسمها إذا علموا أنه أرادها، وإن لم يعرفوها لابد من ذكر اسمها واسم أبيها وجدها . وجوّز الخصاف النكاح مطلقا، حتى لو وكلته فقال بحضرتهما زوجت نفسي من موكلي أو من امرأة جعلت أمرها بيدي فإنه يصح عنده . قال قاضيخان : والخصاف كان كبيرا في العلم يجوز الاقتداء به وذكر الحاكم الشهيد في المنتقى كما قال الخصاف اه .

قلت : في التتارخانية عن المضمرات أن الأول هو الصحيح وعليه الفتوى ، وكذا قال في البحر في فصل الوكيل والفضولي أن المختار في المذهب خلاف ما قاله الخصاف وإن كان الخصاف كبيرا اه وما ذكروه في المرأة يجري مثله في الرجل. ففي الخانية قال الإمام ابن الفضل إن كان الزوج حاضرا مشارا إليه جاز ولو غائبا فلا مالم يذكر اسمه واسم أبيه وجده، قال والاحتياط أن ينسب إلى المحلة أيضا ، قيل له فإن كان الغائب معروفا عند الشهود ؟ قال وإن كان معروفا لابد من إضافة العقد إليه ، وقد ذكرنا عن غيره في الغائبة إذا ذكر اسمها لاغير وهي معروفة عند الشهود وعلم الشهود أنه أراد تلك المرأة يجوز النكاح اه .

والحاصل أن الغائبة لابد من ذكر اسمها واسم أبيها وجدها وإن كانت معروفة عند الشهود على قول ابن الفضل ، وعلى قول غيره يكفي ذكر اسمها إن كانت معروفة عندهم وإلافلا وبه جزم صاحب الهداية في التجنيس وقال لأن المقصود من التسمية التعريف وقد حصل، وأقره في الفتح والبحر . وعلى قول الخصاف يكفي مطلقا، ولايخفى أنه إذا كان الشهود كثيرين لايلزم معرفة الكل بل إذا ذكر اسمها وعرفها اثنان منهم كفى، والظاهر أن المراد بالمعرفة أن يعرفوا أن المعقود عليها هي فلانة بنت فلان الفلاني لامعرفة شخصها، وإن ذكر الاسم غير شرط، بل المراد الاسم أو مايعينها مما يقوم مقامه لما في البحر : لوزوجه بنته ولم يسمها وله بنتان لم يصح للجهالة بخلاف ما إذا كانت له بنت واحدة إلا إذا سماها بغير اسمها ولم يشر إليها فإنه لايصح كما في التجنيس اه . وفيه عن الذخيرة إذا كان للزوج ابنة واحدة وللقابل ابن واحد فقال زوجت ابنتي من ابنك يجوز النكاح، وإن كان لقابل ابنان فإن سمى أحدهما باسمه صح الخ . وفيه عن الخلاصة إذا زوجها أخوها فقال زوجت أختي ولم يسمها جاز إن كانت له أخت واحدة وانظر ما قدمناه عند قوله ولا المنكوحة مجهولة (قوله حرين الخ) قال في البحر : وشرط في الشهود : الحرية ، والعقل ، والبلوغ ، والإسلام ، فلاينعقد بحضرة العبيد والمجانين والصبيان والكفار في نكاح المسلمين لأنه لاولاية لهؤلاء ، ولافرق في العبد بين القن والمدبر والمكاتب ، فلو عتق العبيد أو بلغ الصبيان بعد التحمل ثم شهدوا إن كان معهم غيرهم وقت العقد ممن ينعقد بحضورهم جازت شهادتهم لأنهم أهل للتحمل وقد انعقد العقد بغيرهم وإلا فلا كما في الخلاصة وغيرها (قوله أوحر وحرتين) كذا في الكنز وقد نسيه المصنف فذكره الشارح لدفع إيهام اختصاص الذكور في شهادة النكاح كما نبه عليه الخير الرملي (قوله سامعين قولهما معا) فلا ينعقد بحضرة النائمين والأصمين وهو قول العامة ، وتصحيح الزيلعي الانعقاد بحضرة النائمين دون الأصمين ضعيف رواه في الفتح والبحر . وأجاب في النهر بحمل النائمين على الوسنانين السامعين . واعترض بأنه حينئذ يكون محل وفاق لاخلاف . ثم قال في النهر : وينبغي أن

على الأصح (فاهمين) أنه نكاح على المذهب بحر (مسلمين لنكاح مسلمة ولو فاسقين أو محدودين فى قذف

لايختلف فى انعقاده بالأعمين إذا كان كل من الزوج والزوجة أخرس ، لأن نكاحه كما قالوا ينعقد بالإشارة حيث كانت معلومة اه .

قال فى الفتح : ومن اشتراط السماع ماقدمناه فى التزوج بالكتاب من أنه لابد من سماع الشهود ما فى الكتاب المشتمل على الخطبة بأن تقرأه المرأة عليهم أو سماعهم العبارة عنه بأن تقول إن فلانا كتب إلىّ يخطبنى ثم تشهدهم أنها زوجته نفسها اه لكن إذا كان الكتاب بلفظ الأمر بأن كتب زوجى نفسك منى لايشترط سماع الشاهدين لما فيه بناء على أن صيغة الأمر توكيل لأنه لا يشترط الإشهاد على التوكيل ، أما على القول بأنه إيجاب فيشترط كما فى البحر وقدمنا بيانه فيما مر ، وخرج بقوله معا ما لو سمعا متفرقين بأن حضر أحدهما العقد ثم غاب وأعيد بحضرة الآخر ، أو سمع أحدهما فقط العقد فأعيد فسمعه الآخر دون الأول ، أو سمع أحدهما الإيجاب والآخر القبول ثم أعيد فسمع كل وحده مالم يسمعه أولا ، لأن فى هذه الصورة وجد عقدان لم يحضر كل واحد منهما شاهدان كما فى شرح النقاية (قوله على الأصح) راجع لقوله سامعين وقوله معا ، ومقابل الأول القول بالاكتفاء بمجرد حضورهما ، ومقابل الثانى ماعن أبى يوسف من أنه إن اتحد المجلس جاز استحسانا كما فى الفتح (قوله فاهمين الخ) قال فى البحر : جزم فى التبيين بأنه لو عقدا بحضرة هنديين لم يفهما كلامهما لم يجز ، وصححه فى الجوهرة . وقال فى الظهيرية : والظاهر أنه يشترط فهم أنه نكاح ، واختاره فى الخانية فكان هو المذهب ، لكن فى الخلاصة : لو يحسنان العربية فعقدا بها والشهود لايعرفونها اختلف المشايخ فيه والأصح أنه ينعقد اه لقد اختلف التصحيح فى اشتراط الفهم اه . وحمل فى النهر مافى الخلاصة على القول باشتراط الحضور بلا سماع ولافهم : أى وهو خلاف الأصح كما مر ، ووفق الرحمتى بحمل القول بالاشتراط على اشتراط فهم أنه عقد نكاح والقول بعدمه على عدم اشتراط فهم معانى الألفاظ بعد فهم أن المراد عقد النكاح (قوله لنكاح مسلمة) قيد لقوله مسلمين احترازا عن نكاح الذمية فإنه لو تزوجها مسلم عند ذميين صح كما يأتى لكنه يوهم أن ماقبله من الشروط يشترط فى أنكحة الكفار أيضا مع أنها تصح بغير شهود إذا كانوا يدينون ذلك كما سيأتى فى بابه ، ولذا ذلك قال فى الهداية : ولا ينعقد نكاح المسلمين إلا بحضور شاهدين حرين الخ . وقد يجاب بأن الكلام فى نكاح المسلمين بدليل أنه سيعقد لنكاح الكافر بابا على حدة . ولما كان تزوج المسلم ذمية لايشترط فيه إسلام الشاهدين احترز عنه بقوله لنكاح مسلمة (قوله ولو فاسقين الخ) اعلم أن النكاح له حكمان : حكم الانعقاد ، وحكم الإظهار ؛ فالأول ماذكره والثانى إنما يكون عند التجاحد ، فلا يقبل فى الإظهار إلا شهادة من تقبل شهادته فى سائر الأحكام كما فى شرح الطحاوى فلذا انعقد بحضور الفاسقين والأعميين والمحدودين فى قذف وإن لم يتوبا وابنى العاقدين وإن لم يقبل أداؤهم عند القاضى كانعقاده بحضرة العدوين بحر .

مطلب فى عطف الخاص على العام

(قوله أو محدودين فى قذف) أى وقد تابا قال فى النهر وهذا القيد لابد منه وإلا لزم التكرار اه . واعترض بأن المقصود من إطلاق المصنف الإشارة إلى خلاف الشافعى فى الفاسق المعلن والمحدود قبل التوبة ، أما المستور والمحدود التائب فلا خلاف له فيهما كما فى شرح المجمع والحقائق ، وأيضا فالمحدود أخص مطلقا من الفاسق ، وذكر الأخص بعد الأعم واقع فى أفصح الكلام . على أنهم صرحوا بأنه إذا قوبل الخاص بالعام يراد به ماعدا الخاص ، لكن فى المغنى أن عطف الخاص على العام مما تفردت به الواو وحتى ، لكن الفقهاء يتساهلون فى عطفه بأو .

أو أعميين أو ابني الزوجين أو ابني أحدهما وإن لم يثبت النكاح بهما) بالابنين (إن ادعى القريب، كما صح نكاح مسلم ذمية عند ذميين) ولو مخالفين لدينها (وإن لم يثبت) النكاح (بهما مع إنكاره) والأصل عندنا أن كل من ملك قبول النكاح بولاية نفسه انعقد بحضرته.

(أمر) الأب (رجلا أن يزوج صغيرته فزوجها عند رجل أو امرأتين و) الحال أن (الأب حاضر صح) لأن يجعل عاقدا حكما (وإلا لا؛

قلت: وصرح بعضهم بجوازه بثم وبأو كما فى حديث «ومن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها أو امرأة ينكحها» (قوله أو أعميين) كذا فى الهداية والكنز والوقاية والمختار والإصلاح والجوهرة وشرح النقاية والفتح والخلاصة، وهو مخالف لقوله فى الخانية ولا تقبل شهادة الأعمى عندنا لأنه لايقدر على التميز بين المدعى والمدعى عليه والإشارة إليهما فلا يكون كلامه شهادة ولا ينعقد النكاح بحضرته اه والمختار ماعليه الأكثرون نوح (قوله وإن لم يثبت النكاح بهما) أى بالابنين أى بشهادتهما، فقوله بالابنين بدل من الضمير المجرور، وفى نسخة لهما أى للزوجين، وقد أشار إلى ماقدمناه من الفرق بين حكم الانعقاد، وحكم الإظهار أى ينعقد النكاح بشهادتهما، وإن لم يثبت بها عند التجاحد وليس هذا خاصا بالابنين كما قدمناه (قوله إن ادعى القريب) أى لو كانا ابنيه وحده أو ابنيها وحدها فادعى أحدهما النكاح وجحده الآخر لا تقبل شهادة ابنى المدعى له بل تقبل عليه. ولو كانا ابنيهما لاتقبل شهادتهما للمدعى ولا عليه لأنها لا تخلو عن شهادتهما لأصلهما، وكذا لو كان أحدهما ابنها والآخر ابنه لاتقبل أصلا كما فى البحر (قوله كما صح الخ) لأن الشهادة إنما شرطت فى النكاح لما فيه من إثبات ملك المتعة له عليها تعظيما لجزء الآدمى لا لثبوت ملك المهر لها عليه لأن وجوب المال لا تشترط فيه الشهادة كالبيع وغيره؛ وللذمى شهادة على مثله لولايته عليه، وهذا عندهما. وقال محمد وزفر: لايصح وتمامه فى الفتح وغيره، وأراد بالذمية الكتابية كما فى القهستانى قال ح فخرج غير الكتابية كما سيأتى فى فصل المحرمات ودخل الحربية الكتابية وإن كره نكاحها فى دار الحرب كما ذكره الشارح فى محرمات شرح الملتقى اه (قوله ولو مخالفين لدينها) كما لو كانا نصرانيين وهى يهودية، وشمل إطلاقه الذميين غير الكتابيين كمجوسيين، والظاهر أنه احترز بهما عن الحربيين لقول الزيلعى وللذمى شهادة على مثله فأفاد أن شهادة الحربى على الذمى لاتقبل والمستأمن حربى أفاده السيد أبو السعود (قوله مع إنكاره) أى إنكار المسلم العقد على الذمية، أما عند إنكارها فمقبول عندهما مطلقا: وقال محمد: إن قالا كان معنا مسلمان وقت العقد قبل وإلا لا، وعلى هذا الخلاف لو أسلما وأديا نهر (قوله والأصل عندنا الخ) عبارة النهر قال الإسبيجابى: والأصل أن كل من صلح أن يكون وليا فيه بولاية نفسه صلح أن يكون شاهدا فيه، وقولنا بولاية نفسه لإخراج المكاتب فإنه وإن ملك تزويج أمته لكن لا بولاية نفسه بل بمااستفاده من المولى اه وهذا يقتضى عدم انعقاده بالمحجور عليه ولم أره اه (قوله أمر الأب رجلا) أى وكله والضمير البارز فى صغيرته للأب والمستتر فى زوجها للرجل المأمور، وكونه رجلا مثال، فلو كان امرأة صح لكن اشترط أن يكون معها رجلا أو رجل وامرأة كما أفاد فى البحر (قوله لأنه يجعل عاقدا حكما) لأن الوكيل فى النكاح سفير ومعبر ينقل عبارة الموكل، فإذا كان الموكل حاضرا كان مباشرا لأن العبارة تنتقل إليه وهو فى المجلس، وليس المباشر سوى هذا، بخلاف ما إذا كان غائبا لأن المباشر مأخوذ فى مفهومه الحضور، فظهر أن إنزال الحاضر مباشرا جبرى، فاندفع ماأورده فى النهاية من أنه تكلف غير محتاج إليه فإن الأب يصلح شاهدا، فلا حاجة إلى اعتباره مباشرا إلا فى مسألة البنت البالغة فتح ملخصا، وتمامه فى البحر (قوله وإلا لا) أى وإن لم يكن حاضرا لا يصح

ولو زوج بنته البالغة) العاقلة (بمحضر شاهد واحد جاز إن) كانت ابنته (حاضرة) لأنها تجعل عاقدة (وإلا لا) الأصل أن الآمر متى حضر جعل مباشرا ، ثم إنما تقبل شهادة المأمور إذا لم يذكر أنه عقده لئلا يشهد على فعل نفسه ؛ ولو زوّج المولى عبده البالغ بحضرته وواحد لم يجز على الظاهر . ولو أذن له فعقد بحضرة المولى ورجل صح ، والفرق لا يخفى (ولو قال) رجل لآخر (زوجتني ابنتك فقال) الآخر (زوجت أو) قال (نعم) مجيبا له (لم يكن نكاحا مالم يقل) الموجب بعده (قبلت) لأن زوجتني استخبار وليس بعقد ،

لأن انتقال العبارة إليه حال عدم الحضور لا يصير به مباشرا (قوله ولو زوّج بنته البالغة العاقلة) كونها بنته غير قيد ، فإنها لو وكلت رجلا غيره فكذلك كما في الهندية ؛ وقيد بالبالغة لأنها لو كانت صغيرة لا يكون الولي شاهدا لأن العقد لا يمكن نقله إليها بحر ، وبالعاقلة لأن المجنونة كالصغيرة أفاده ط (قوله لأنها تجعل عاقدة) لانتقال عبارة الوكيل إليها ، وهي في المجلس فكانت مباشرة ضرورة ، ولأنه لا يمكن جعلها شاهدة على نفسها (قوله وإلا لا) أي وإن لم تكن حاضرة لا يكون العقد نافذا بل موقوفا على إجازتها كما في الحموي لأنه لا يكون أدنى حالا من الفضولي وعقد الفضولي ليس بباطل ط عن أبي السعود (قوله جعل مباشرا) لأنه إذا كان في المجلس تنتقل العبارة إليه كما قدمناه (قوله ثم إنما تقبل شهادة المأمور) يعني عند التجاحد وإرادة الإظهار . أما من حيث الانعقاد الذي الكلام فيه فهي مقبولة مطلقا كما لا يخفى ، وأشار إلى أنه يجوز له أن يشهد إذا تولى العقد ومات الزوج وأنكرت ورثته كما حكي عن الصفار . قال : وينبغي أن يذكر العقد لا غير فيقول هذه منكوحته ، وكذلك قالوا في الأخوين إذا زوّجا أختهما ثم أرادا أن يشهدا على النكاح ينبغي أن يقولا هذه منكوحته بحر عن الذخيرة (قوله لئلا يشهد على فعل نفسه) يرد عليه شهادة نحو القباني والقاسم ، لأنه يقبل مع بيانه أنه فعله شرنبلالية .

أقول : لا يخفى أن العقد إنما لزم بفعل العاقد فشهادته على فعل نفسه شهادة على أنه هو الذي ألزم موجبات العقد فتلغو بخلاف القباني والقاسم فان فعلهما غير ملزم . أما القباني فظاهر وأما القاسم فلما في شهادات البزازية من أن وجه القبول أن الملك لا يثبت بالقسمة بل بالتراضي أو باستعمال القرعة ثم التراضي عليه اهـ فافهم (قوله ولو زوّج المولى عبده) أي وأمته كما في الفتح وقوله بحضرته أي العبد ، وقوله وواحد بالجر عطفا على هذا الضمير وقوله لم يجز على الظاهر ذكره في النهر ، ونقله السيد أبو السعود عن الدراية فيما لو زوج أمته ، ولا فرق بينها وبين العبد . وذكر في البحر أنه رجحه في الفتح بأن مباشرة السيد ليس فكا للحجر عنهما في التزوج مطلقا وإلا لصح في مسألة وكيله : أي فيما لو زوج وكيل السيد العبد بحضوره مع آخر فإنه لا يصح (قوله صح) وقيل لا يصح لانتقاله إلى السيد لأن العبد وكيل عنه .

قال في الفتح : الأصح الجواز بناء على منع كونهما أي العبد والأمة وكيلين لأن الإذن فك الحجر عنهما ، فيتصرفان بعده وبأهليتهما لا بطريق النيابة (قوله والفرق لا يخفى) هو ماذكرناه عن الفتح من أن مباشرة السيد العقد ليس فكا للحجر عن العبد في التزوج ، فلا ينتقل العقد إليه بل يبقى السيد هو العاقد ولا يصلح شاهدا ، بخلاف إذنه له به فإن العبد ممنوع عن النكاح لحق السيد لا لعدم أهليته فبالإذن يصير أصيلا لا نائبا فلا ينتقل العقد إلى السيد ويصلح شاهدا فيصح بحضرته (قوله مالم يقل الموجب بعده) أي بعد قول الآخر زوجت أو نعم لأن قول الآخر ذلك يكون إيجابا فيحتاج إلى قول الأول قبلت . وسماه موجبا نظرا إلى الصورة (قوله لأن زوجتني استخبار) المسألة من الخانية ، وتقدم أنه لو صرح بالاستفهام فقال هل أعطيتنيها فقال أعطيتكها ، وكان المجلس للنكاح ينعقد فهذا أولى بالانعقاد ، فإما أن يكون في المسألة روايتان أو يحمل هذا على أن المجلس ليس لعقد النكاح

بخلاف زوجني لأنه توكيل (غلط وكيلها بالنكاح في اسم أبيها بغير حضورها لم يصح) للجهالة ، وكذا لو غلط في اسم بنته إلا إذا كانت حاضرة وأشار إليها فيصح؛ ولو له بنتان أراد تزويج الكبرى فغلط فسماها باسم الصغرى

وقال في كافي الحاكم : وإذا قال رجل لامرأة أزوجك بكذا أم كذا فقالت : قد فعلت فهو بمنزلة قوله : قد تزوجتك وليس يحتاج في هذا إلى أن يقول الزوج قد قبلت.وكذلك إذا قال قد خطبتك إلى نفسي بألف درهم فقالت قد زوجتك نفسي هذا كله جائز إذا كان عليه شهود ، لأن هذا كلام الناس وليس بقياس اهـ رحمتي (قوله لأنه توكيل) أي فيكون كلام الثاني قائما مقام الطرفين ، وقيل إنه إيجاب ومر ما فيه ط (قوله لم يصح) لأن الغائبة يشترط ذكر اسمها واسم أبيها وجدها ،وتقدم أنه إذا عرفها الشهود يكفي ذكر اسمها فقط خلافا لابن الفضل وعند الخصاف يكفي مطلقا . والظاهر أنه في مسألتنا لا يصح عند الكل لأن ذكر الاسم وحده لا يصرفها عن المراد إلى غيره ، بخلاف ذكر الاسم منسوبا إلى أب آخر ، فإن فاطمة بنت أحمد لا تصدق على فاطمة بنت محمد تأمل ، وكذا يقال فيما لو غلط في اسمها (قوله إلا إذا كانت حاضرة الخ) راجع إلى المسألتين : أي فإنها لو كانت مشارا إليها وغلط في اسم أبيها أو اسمها لا يضر لأن تعريف الإشارة الحسية أقوى من التسمية ، لما في التسمية من الاشتراك لعارض فتلغو التسمية عندها ، كما لو قال اقتديت بزيد هذا فإذا هو عمرو فإنه يصح (قوله ولو له بنتان الخ) أي بأن كان اسم الكبرى مثلا عائشة والصغرى فاطمة. فقال زوّجتك بنتي الكبرى فاطمة وقبل صح العقد عليها وإن كانت عائشة هي المرادة وهذا إذا لم يصفها بالكبرى ، أما لو قال زوجتك بنتي الكبرى فاطمة ففي الولوالجية : يجب أن لا ينعقد العقد على إحداهما لأنه ليس له ابنة كبرى بهذا الاسم اهـ ونحوه في الفتح عن الخانية ، ولا تنفع النية هنا ولا معرفة الشهود بعد صرف اللفظ عن المراد كما قلنا . ونظير هذا ما في البحر عن الظهيرية : لو قال أبو الصغيرة لأبي الصغير زوجت ابنتي ولم يزد عليه شيئا فقال أبو الصغير قبلت يقع النكاح للأب هو الصحيح ، ويجب أن يحتاط فيه فيقول قبلت لابني اهـ. وقال في الفتح بعد أن ذكر المسألة بالفارسية : يجوز النكاح على الأب وإن جرى بينهما مقدمات النكاح للابن هو المختار لأن الأب أضافه إلى نفسه بخلاف ما لو قال أبو الصغيرة زوجت بنتي من ابنك فقال أبو الابن قبلت ولم يقل لابني يجوز النكاح للابن لإضافة المزوج النكاح إلى الابن بيقين وقول القابل جواب له ، والجواب يتقيد بالأول فصار كما لو قال قبلت لابني اهـ .

قلت : وبه يعلم بالأولى حكم ما يكثر وقوعه حيث يقول زوج ابنتك لابني ، فيقول له زوجتك ، فيقول الأول قبلت فيقع العقد للأب والناس عنه غافلون ، وقد سئلت عنه فأجبت بذلك، وبأنه لا يمكن للأب تطليقها وعقده للابن ثانيا لحرمتها على الابن مؤبدا ، ومثله ما يقع كثيرا أيضا حيث يقول زوجتني بنتك لابني ، فيقول زوجتك ، فإن قال الأول قبلت انعقد النكاح لنفسه ، وإلا لم ينعقد أصلا لا له ولا لابنه كما أفتى به في الخيرية ، وبقي ما إذا قال زوج ابنتك من ابني فقال : وهبتها لك أو زوجتها لك ، فيصح للابن بخلاف ما مر عن الظهيرية لأنه ليس فيه إلا الخطبة أما هنا فقوله زوج ابنتك من ابني توكيل ،حتى لم يحتج بعده إلى قبول فيصير قول الآخر وهبتها لك معناه زوجتها لابنك لأجلك ، ولا فرق في العرف بين زوّجتها لك ووهبتها لك كذا حرره في الفتاوى الخيرية ، والظاهر أنه لو قال :زوجتك لا يصح لأحد إلا إذا قال الآخر قبلت فيصح له، وبقي أيضا قولهم زوجتك بنتي لابنك فيقول قبلت ، ويظهر لي أنه ينعقد للأب لإسناد التزويج ، وقول أبي البنت لابنك معناه لأجل ابنك فلا يفيد ، وكذا لو قال الآخر قبلت لابني لا يفيد أيضا ، نعم لو قال أعطيتك بنتي لابنك فيقول قبلت فالظاهر أنه ينعقد للابن، لأن قوله أعطيتك بنتي لابنك معناه في العرف أعطيتك بنتي زوجة لابنك، وهذا المعنى وإن كان

صح للصغرى خانية (ولو بعث) مريد النكاح (أقواما للخطبة فزوجها الأب) أو الولى (بحضرتهم صح) فيجعل المتكلم فقط خاطبا والباقى شهودا ، به يفتى فتح .

[فروع] قال زوجنى ابنتك على أن أمرها بيدك لم يكن له الأمر لأنه تفويض قبل النكاح .

وكله بأن يزوجه فلانة بكذا فزاد الوكيل فى المهر لم ينفذ ، فلو لم يعلم حتى دخل بقى الخيار بين إجازته وفسخه ولها الأقل من المسمى ومهر المثل لأن الموقوف كالفاسد .

تزوج بشهادة الله ورسوله لم يجز ، بل قيل يكفر ، والله أعلم .

هو المراد عرفا من قولهم زوجتك بنتى لابناك ؛ لكنه لايساعده اللفظ كما علمت ، والنية وحدها لاتنفع كما مر ، والله سبحانه أعلم. وأما مافى الخيرية فيمن خطب لابنه بنت أخيه فقال أبوها زوجتك بنتى فلانة لابنك وقال الآخر تزوجت أجاب لا ينعقد لأن التزوج غير التزويج اه ففيه نظر، بل لم ينعقد للابن لقول أبى البنت زوجتك بكاف الخطاب ، ولا لأبيه لكونه عم البنت ، حتى لو كان أجنبيا عنها انعقد النكاح له ، بل هو أولى بالانعقاد له من المسألة المارة عن الظهيرية لحصول الإضافة له فى الإيجاب والقبول ، بخلاف مافى الظهيرية ، وكون مصدر زوجتك التزويج ، ومصدر تزوجت التزوج لايظهر وجها إذ لايلزم اتحاد المادة فى الإيجاب والقبول فضلا عن اتحاد الصيغة فلو قال زوجتك فقال قبلت أو رضيت جاز فتأمل (قوله صح الخ) فى الفتح عن الفتاوى قيل لايصح وإن قبل عن الزوج إنسان واحد لأنه نكاح بغير شهود ، لأن القوم كلهم خاطبون من تكلم ومن لا ، لأن التعارف هكذا أن يتكلم واحد ويسكت الباقون والخاطب لايصير شاهدا ، وقيل يصح وهو الصحيح وعليه الفتوى لأنه ضرورة فى جعل الكل خاطبا فيجعل المتكلم فقط والباقى شهود اه. ونقل بعده فى البحر عن الخلاصة أن المختار عدم الجواز اه ولا يخفى أن لفظ الفتوى آكد ألفاظ التصحيح ، ووفق بعضهم بحمل مافى الخلاصة على ما إذا قبلوا جميعا .

وأقول : ينافيه قول الخلاصة وقيل واحد من القوم، ومثله مامر عن الفتح: وإن قبل عن الزوج إنسان واحد فافهم (قوله لم يكن له الأمر الخ) ذكر الشارح فى آخر باب الأمر باليد نكحها على أن أمرها بيدها صح اه لكن ذكر فى البحر هناك أن هذا لو ابتدأت المرأة فقالت زوجت نفسى على أن أمرى بيدى أطلق نفسى كلما أريد أو على أنى طالق فقال : قبلت وقع الطلاق وصار الأمر بيدها، أما لو بدأ هو لا تطلق ولايصير الأمر بيدها اه (قوله بقى الخيار) أي للموكل (قوله ولها الأقل) أى إذا اختار الفسخ ، فإن كان المسمى أقل من مهر مثلها فهو لها لأنها رضيت به فكانت مسقطة ما زاد عنه إلى مهر المثل وإن كان مهر المثل أقل فهو لها لأن الزيادة عليه لم تلزم إلا بالتسمية فى ضمن العقد، فإذا فسد العقد فسد مافى ضمنه ؛ ولما كان العقد هنا موقوفا لافاسدا أجاب بقوله لأن الموقوف كالفاسد أفاده الرحتى ، وبه ظهر أن المراد بالمسمى ماسماه الوكيل لها لا ما سماه الموكل للوكيل فإنه لاوجه له فافهم (قوله قيل يكفر) لأنه اعتقد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عالم الغيب قال فى التاترخانية : وفى الحجة ذكر فى الملتقط أنه لايكفر لأن الأشياء تعرض على روح النبى صلى الله عليه وسلم ، وأن الرسل يعرفون بعض الغيب قال تعالى — عالم الغيب فلا يظهر على غيبه أحدا إلا من ارتضى من رسول — اه .

قلت : بل ذكروا فى كتب العقائد أن من جملة كرامات الأولياء الاطلاع على بعض المغيبات وردوا على المعتزلة المستدلين بهذه الآية على نفيها بأن المراد الإظهار بلا واسطة ، والمراد من الرسول الملك أى لايظهر على غيبه بلا واسطة إلا الملك ، أما النبى والأولياء فيظهرهم عليه بواسطة الملك أو غيره ، وقد بسطنا الكلام على هذه المسألة فى رسالتنا المسماة [سل الحسام الهندى لنصرة سيدنا خالد النقشبندى] فراجعها فإن فيها فوائد نفيسة، والله تعالى أعلم .

فصل فى المحرمات

أسباب التحريم أنواع: قرابة ، مصاهرة ، رضاع ، جمع ، ملك ، شرك ، إدخال أمة على حرة ، فهى سبعة : ذكرها المصنف بهذا الترتيب وبقى التطليق ثلاثا ، وتعلق حق الغير بنكاح أو عدة ذكرهما فى الرجعة .
(حرم) على المتزوج

فصل فى المحرمات

شروع فى بيان شرط النكاح أيضا ، فإن منه كون المرأة محللة لتصير محلا له وأفرد بفصل على حدة لكثرة شعبه بحر (قوله قرابة) كفروعه وهم بناته وبنات أولاده وإن سفلن . وأصوله وهم أمهاته وأمهات أمهاته وآبائه وإن علون وفروع أبويه وإن نزلن فتحرم بنات الإخوة والأخوات وبنات أولاد الإخوة والأخوات ، وإن نزلن وفروع أجداده وجداته ببطن واحد فلهذا تحرم العمات والخالات وتحل بنات العمات والأعمام والخالات والأخوال فتح (قوله مصاهرة) كفروع نسائه المدخول بهن وإن نزلن ، وأمهات الزوجات وجداتهن بعقد صحيح وإن علون وإن لم يدخل بالزوجات . وتحرم موطوءات آبائه وأجداده وإن علوا ولو بزنى والمعقودات لهم عليهن بعقد صحيح وموطوءات أبنائه وأبناء أولاده وإن سفلوا ولو بزنى والمعقودات لهم عليهن بعقد صحيح فتح ، وكذا المقبلات أو الملموسات بشهوة لأصوله أو فروعه أو من قبل أو لمس أصولهن أو فروعهن (قوله رضاع) فيحرم به مايحرم من النسب إلا مااستثنى كما سيأتى فى بابه ، وهذه الثلاثة محرمة على التأبيد (قوله جمع) أى بين المحارم كأختين ونحوهما أو بين الأجنبيات زيادة على أربع (قوله ملك) كنكاح السيد أمته والسيدة عبدها فتح ، وعبر بدل الملك بالتنافى: أى لأن المالكية تنافى المملوكية كما سيأتى بيانه ، وشمل ملكه لبعضها أو ملكها لبعضه (قوله شرك) عبارة الفتح عدم الدين السماوى كالمجوسية والمشركة اه وتشمل أيضا المرتدة ونافية الصانع تعالى (قوله إدخال أمة على حرة) أدخله الزيلعى فى حرمة الجمع فقال : وحرمة الجمع بين الحرة والأمة والحرة متقدمة وهو الأنسب بحر : أى للضبط وتقليل الأقسام وكذا فعل فى الفتح لكن الأولى أن يقال والحرة غير متأخرة ليشمل مالو تزوجهما فى عقد واحد ، فنى الزيلعى صح نكاح الحرة وبطل نكاح الأمة (قوله وبقى الخ) زاد فى شرحه على الملتقى اثنين آخرين أيضا حيث قال قلت : وبقى من المحرمات الخنثى المشكل لجواز ذكورته والجنية وإنسان الماء لاختلاف الجنس اه .

قلت : وكأنه استغنى هنا عن ذكرهما بما قدمه أول النكاح ويزاد خامس سيذكره فى بابه وهو حرمة اللعان ، وقد نظمت السبعة مع الخمسة المزيدة بقولى :

أنواع تحريم النكاح سبع	قرابة ملك رضاع جمع
كذاك شرك نسبة المصاهره	وأمة عن حرة مؤخره
وزيد خمسة أتتك بالبيان	تطليقه لها ثلاثا واللعان
تعلق بحق غير من نكاح	أوعدة خنوثة بلا اتضاح
وآخر الكل اختلاف الجنس	كالجن والمائى لنوع الإنس

(قوله حرم على المتزوج) أى مريد التزوج ، وقوله : ذكرا كان أو أنثى بيان لفائدة إرجاع الضمير إلى المتزوج الشامل لهما لا إلى الرجل ، فإن مايحرم على الرجل يحرم على الأنثى إلا مايختص بأحد الفريقين بدليله ، فالمراد هنا

ذكرا كان أو أنثى نكاح (أصله وفروعه) علا أو نزل (وبنت أخيه وأخته وبنتها) ولو من زنى (وعمته وخالته) فهذه السبعة

أن الرجل كما يحرم عليه تزوج أصله أو فرعه كذلك يحرم على المرأة تزوج أصلها أو فرعها ، وكما يحرم عليه تزوج بنت أخيه يحرم عليها تزوج ابن أخيها وهكذا ، فيؤخذ فى جانب المرأة نظير مايؤخذ فى جانب الرجل لاعينه وهذا معنى قوله فى المنح : كما يحرم على الرجل أن يتزوج بمن ذكر يحرم على المرأة أن تتزوج بنظير من ذكر اه فلا يقال إنه يلزم أن يصير المعنى يحرم على المرأة أن تتزوج بنت أخيها لأن نظير بنت الأخ فى جانب الرجل ابن الأخ فى جانب المرأة . ولا يرد أيضا أنه يلزم من حرمة تزوج الرجل بأصله كأمه حرمة زوجها بفرعها لأن التصريح باللازم غير معيب فافهم (قوله علا أو نزل) نشر على ترتيب اللف . وتفكيك الضمائر إذا ظهر المراد يقع فى الكلام الفصيح فافهم (قوله وأخته) عطف على بنت لاعلى أخيه بقرينة قوله وبنتها لكنه مجرور بالنظر للشرح مرفوع بالنظر للمتن ح لأن المضاف وهو نكاح الداخل على قوله أصله من كلام الشارح (قوله ولو من زنى) أى بأن يزنى الزانى ببكر ويمسكها حتى تلد بنتا بحر عن الفتح . قال الحانوتى : ولا يتصور كونها ابنته من الزنى إلا بذلك إذ لا يعلم كون الولد منه إلا به اه أى لأنه لو لم يمسكها يحتمل أن غيره زنى بها لعدم الفراش النافى لذلك الاحتمال . قال ح قوله : ولو من زنى تعميم بالنظر إلى كل ماقبله : أى لافرق فى أصله أوفرعه أو أخته أن يكون من الزنى أولا ، وكذا إذا كان له أخ من الزنى له بنت من النكاح ، أو من النكاح له بنت من الزنى ، وعلى قياسه قوله وبنتها وعمته وخالته : أى أخته من النكاح لها بنت من الزنى أو من الزنى لها بنت من النكاح . أو من الزنى لها بنت من الزنى وكذا أبوه من النكاح له أخت من الزنى أو من الزنى له أخت من النكاح أو من الزنى له أخت من الزنى وكذا أمه من النكاح لها أخت من الزنى أو من الزنى لها أخت من النكاح أو من الزنى لها أخت من الزنى .

إذا عرفت هذا فكان ينبغى أن يؤخر التعميم عن قوله وخالته اه .

قلت : لكن ما ذكره الشارح أحوط لأنه اقتصر على ما رآه منقولا فى البحر عن الفتح حيث قال . ودخل فى البنت بنته من الزنى فتحرم عليه بصريح النص لأنها بنته لغة والخطاب إنما هو باللغة العربية مالم يثبت نقل كلفظ الصلاة ونحوه فيصير منقولا شرعيا . وكذا أخته من الزنى وبنت أخيه وبنت أخته أو ابنه منه اه فلو أخر التعميم عن الكل كان غير مصيب فى اتباع النقل ؛ على أن ما ذكره فى البحر هنا مخالف لما ذكره نفسه فى كتاب الرضاع من أن البنت من الزنى لا تحرم على عم الزانى وخاله لأنه لم يثبت نسبها من الزانى حتى يظهر فيها حكم القرابة ، وأما التحريم على آباء الزانى وأولاده فلا عتبار الجزئية ولا جزئية بينها وبين العم والخال اه . ومثله فى الفتح هناك عن التجنيس وسنذكر عبارة التجنيس قريبا فافهم .

[تنبيه] ذكر فى البحر أنه دخل بنت الملاعنة أيضا فلها حكم البنت هنا لأنه بسبيل من أن يكذب نفسه ويدعيها فيثبت نسبها منه كما فى الفتح قال : وقدمنا فى باب المصرف عن المعراج أن ولد أم الولد الذى نفاه لايجوز دفع الزكاة إليه ، ومقتضاه ثبوت البنتية فيما يبنى على الاحتياط ، فلايجوز لوالده أن يتزوجها لأنها أخته احتياطا وبتوقف على نقل ويمكن أن يقال فى بنت الملاعنة إنما تحرم باعتبار أنها ربيبة وقد دخل بأمها لالما ذكره فى الفتح كما لايخفى انتهى لكن ثبوت اللعان لا يتوقف على الدخول بأمها وحينئذ فلا يلزم أن تكون ربيبته نهر (قوله فهذه السبعة الخ) لكن اختلف فى توجيه حرمة الجدات وبنات البنات ؛ فقيل بوضع اللفظ وحقيقته لأن الأم فى اللغة الأصل والبنت الفرع فيكون الاسم حينئذ من قبيل المشكك وقيل بعموم المجاز ، وقيل بدلالة النص والكل صحيح وتمامه فى البحر

مذكورة فى آية — حرمت عليكم أمهاتكم — ويدخل عمة جده وجدته وخالتهما الأشقاء وغيرهن ، وأما عمة عمة أمه وخالة خالة أبيه حلال كبنت عمه وعمته وخاله وخالته ، لقوله تعالى — وأحل لكم ما وراء ذلكم — (و) حرم المصاهرة (بنت زوجته الموطوءة وأم زوجته) وجداتها مطلقا بمجرد العقد الصحيح (وإن لم توطأ) الزوجة

وأفاد أن حرمة البنت من الزنى بصريح النص المذكور كما تقدم (قوله ويدخل عمة جده وجدته) أى فى قوله تعالى وعمته كما دخلت فى قوله تعالى — وعماتكم — ومثله قوله : وخالتهما كما فى الزيلعى ح (قوله الأشقاء وغيرهن) لا يختص هذا التعميم بالعمة والخالة فإن جميع ما تقدم سوى الأصل والفرع كذلك كما أفاده الإطلاق لكن فائدة التصريح به هنا التنبيه على مخالفته لما بعده كما تعرفه فافهم (قوله وأما عمة عمة أمه الخ) قال فى النهر : وأما عمة العمة وخالة الخالة فإن كانت العمة القربى لأمه لا تحرم وإلا حرمت ؛ وإن كانت الخالة القربى لأبيه لا تحرم وإلا حرمت لأن أبا العمة حينئذ يكون زوج أم أبيه ، فعمتها أخت زوج الجدة ثم الأب وأخت زوج الأم لا تحرم فأخت زوج الجدة بالأولى وأم الخالة القربى تكون امرأة الجد أبى الأم فأختها أخت امرأة أبى الأم وأخت امرأة الجد لا تحرم اهـ . والمراد من قوله لأمه أن تكون العمة أخت أبيه لأم احترازا عما إذا كانت أخت أبيه لأب أو لأب وأم فإن عمة هذه العمة لا تحل لأنها تكون أخت الجد أبى الأب ، والمراد من قوله وإن كانت الخالة القربى لأبيه أن تكون أخت أمه لأبيها احتراز عما إذا كانت أختها لأمها أو شقيقة ، فإن خالة هذه الخالة تكون أخت جدته أم أمه ، فلا تحل وكأن الشارح فهم من قول النهر لأمه وقوله لأبيه أن الضمير فيهما راجع إلى مريد النكاح كما هو المتبادر منه فقال ما قال ، وليس كذلك لما علمته فكان عليه أن يقول : وأما عمة العمة لأم وخالة الخالة لأب . ويمكن تصحيح كلامه بأن تقيد العمة القربى بكونها أخت الجد لأمه والخالة القربى بكونها أخت الجدة لأبيها كما أوضحه المحشى وأما على إطلاقه فغير صحيح (قوله بنت زوجته الموطوءة) أى سواء كانت فى حجره أى كنفه ونفقته أولا ، ذكر الحجر فى الآية خرج مخرج العادة أو ذكر للتشنيع عليهم كما فى البحر . واحترز بالموطوءة عن غيرها ، فلا تحرم بنتها بمجرد العقد . وفى ح عن الهندية أن الخلوة بالزوجة لا تقوم مقام الوطء فى تحريم بنتها اهـ .

قلت : لكن فى التجنيس عن أجناس الناطفى قال فى نوادر أبى يوسف إذا خلا بها فى صوم رمضان أو حال إحرامه لم يحل له أن يتزوج بنتها . وقال محمد يحل فإن الزوج لم يجعل واطئا حتى كان لها نصف المهر اهـ وظاهره أن الخلاف فى الخلوة الفاسدة ، أما الصحيحة فلا خلاف فى أنها تحرم البنت تأمل وسيأتى تمام الكلام عليه فى باب المهر عند ذكر أحكام الخلوة . ويشترط وطؤها فى حال كونها مشتهاة . أما لو دخل بها صغيرة لا تشتهى فطلقها فاعتدت بالأشهر ثم تزوجت بغيره فجاءت ببنت حل لواطئ أمها قبل الاشتهاء التزوج بها كما يأتى متنا وكذا يشترط فيه أن يكون فى حال الوطء مشتهى كما نذكره هناك (قوله وأم زوجته) خرج أم أمته فلا تحرم إلا بالوطء أو دواعيه لأن لفظ النساء إذا أضيف إلى الأزواج كان المراد منه الحرائر كما فى الظهار والإيلاء بحر ، وأراد بالحرائر النساء المعقود عليهن ولو أمة لغيره كما أفاده الرحمتى وأبو السعود (قوله وجداتها مطلقا) أى من قبل أبيها وأمها وإن علون بحر (قوله بمجرد العقد الصحيح) يفسره قوله وإن لم توطأ ح (قوله الصحيح) احتراز عن النكاح الفاسد فإنه لا يوجب بمجرده حرمة المصاهرة بل بالوطء أو ما يقوم مقامه من المس بشهوة والنظر بشهوة ، لأن الإضافة لا تثبت إلا بالعقد الصحيح بحر : أى الإضافة إلى الضمير فى قوله تعالى — وأمهات نسائكم — أو فى قوله وأم زوجته ويوجد فى بعض النسخ زيادة قوله فالفاسد لا يحرم إلا بمس بشهوة ونحوه (قوله الزوجة) أبدله فى الدرر بالأم وهو سبق قلم

لما تقرر أن وطء الأمهات يحرم البنات، ونكاح البنات يحرم الأمهات، ويدخل بنات الربيبة والربيب. وفي الكشاف واللمس ونحوه كالدخول عند أبي حنيفة وأقره المصنف (وزوجة أصله وفرعه مطلقا) ولو بعيدا دخل بها أولا. وأما بنت زوجة أبيه أو ابنه فحلال (و) حرم (الكل) مما مر تحريمه نسبا ومصاهرة (رضاعا) إلا ما استثنى في بابه.

[فروع] يقع مغلطة فيقال: طلق امرأته تطليقتين، ولها منه لبن فاعتدت، فنكحت صغيرا فأرضعته، فحرمت عليه فنكحت آخر فدخل بها

(قوله ويدخل) أي في قوله وبنت زوجته بنات الربيبة والربيب وثبت حرمتهن بالإجماع وقوله تعالى —وربائبكم— بحر (قوله وفي الكشاف الخ) تبع في النقل عنه صاحب البحر: ولا يخفى أن المتون طافحة بأن اللمس ونحوه كالوطء في إيجابه حرمة المصاهرة من غير اختصاص بموضع دون موضع، لكن لما كانت الآية مصرحة بحرمة الربائب بقيد الدخول وبعدمها عند عدمه كان ذلك مظنة أن يتوهم أن خصوص الدخول هنا لابد منه، وأن تصريحهم بأن اللمس ونحوه يوجب حرمة المصاهرة مخصوص بما عدا الربائب لظاهر الآية فنقل التصريح عن أبي حنيفة بأنه قائم مقام الوطء هنا لدفع ذلك الوهم، ولبيان أنه ليس من تخريجات المشايخ وكأنه لم يجد التصريح به هنا عن أبي حنيفة إلا في الكشاف فنقل ذلك عنه لأن الزمخشري من مشايخ المذهب وهو حجة في النقل، ولكون الموضع موضع خفاء أكد ذلك بقوله وأقره المصنف فافهم (قوله وزوجة أصله وفرعه) لقوله تعالى —ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم— وقوله تعالى — وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم — والحليلة الزوجة وأما حرمة الموطوءة بغير عقد فبدليل آخر وذكر الأصلاب لإسقاط حليلة الابن المتبنى لا لإحلال حليلة الابن رضاعا فإنها تحرم كالنسب بحر وغيره (قوله ولو بعيدا الخ) بيان للإطلاق أي ولو كان الأصل أو الفرع بعيدا كالجد وإن علا وابن الابن وإن سفل. وتحرم زوجة الأصل والفرع بمجرد العقد دخل بها أولا (قوله وأما بنت زوجة أبيه أو ابنه فحلال) وكذا بنت ابنها بحر قال الخير الرملي: ولا تحرم بنت زوج الأم ولا أمه ولا أم زوجة الأب ولا بنتها ولا أم زوجة الابن ولا بنتها ولا زوجة الربيب ولا زوجة الراب اهـ (قوله نسبا) تمييز عن نسبة تحريم للضمير المضاف إليه، وكذا قوله مصاهرة وقوله رضاعا تمييز عن نسبة تحريم إلى الكل، يعني يحرم من الرضاع أصوله وفروعه وفروع أبويه وفروعهم، وكذا فروع أجداده وجداته الصلبيون، وفروع زوجته وأصولها وفروع زوجها وأصوله وحلائل أصوله وفروعه. وقوله: إلا ما استثنى أي استثناء منقطعا، وهو تسع صور تصل بالبسط إلى مائة وثمانية كما سنحققه ح.

[تنبيه] مقتضى قوله والكل رضاعا مع قوله سابقا ولو من زنى حرمة فرع المزنية وأصلها رضاعا، وفي القهستاني عن شرح الطحاوي عدم الحرمة، ثم قال: لكن في النظم وغيره أنه يحرم كل من الزاني والمزنية على أصل الآخر وفرعه رضاعا اهـ، ومقتضى تقييده بالفرع والأصل أنه لا خلاف في عدم الحرمة على غيرهما من الحواشي كالأخ والعم. وفي التجنيس زنى بامرأة فولدت فأرضعت بهذا اللبن صبية لا يجوز لهذا الزاني تزوجها ولا لأصوله وفروعه، والعم الزاني التزوج بها، كما لو كانت ولدت له من الزنى، والحال مثله لأنه لم يثبت نسبها من الزاني، حتى يظهر فيها حكم القرابة والتحريم على أبي الزاني وأولاده وأولادهم لاعتبار الجزئية ولا جزئية بينها وبين العم، وإذا ثبت ذلك في المتولدة من الزنى فكذا في المرضعة بلبن الزنى اهـ.

قلت: وهذا مخالف لما مر من التعميم في قول الشارح: ولو من زنى كما نبهنا عليه هناك (قوله تقع مغلطة) كمفعلة محل الغلط أو بتشديد اللام المكسورة وضم الميم أي مسألة تغلط من يجيب عنها بلا تأمل فيها (قوله ولها منه لبن) أي نزل منها بسبب ولادتها منه (قوله فحرمت عليه) لكونها صارت أمه رضاعا (قوله فدخل بها)

فأباتها فهل تعود للأول بواحدة أم بثلاث ؟ الجواب : لا تعود إليه أبدا لصيرورتها حليلة ابنة رضاعا .
شرى أمة أبيه لم تحل له إن علم أنه وطئها .
تزوج بكرا فوجدها ثيبا وقالت أبوك فضني ، إن صدقها بانت بلامهر وإلا ، لا شمنى (و) حرم أيضاً بالصهرية (أصل مزنيته) أراد بالزنى الوطء الحرام (و) أصل (ممسوسته بشهوة) ولو لشعر على الرأس بحائل لايمنع الحرارة

قيد به ليمكن توهم إحلالها للأول والصغير لايمكن منه الدخول (قوله بواحدة أم بثلاث) الأول بناء على القول بأن الزوج الثاني لايهدم مادون الثلاث ، والثاني بناء على القول بأنه يهدمه كما سيأتي في بابه (قوله لصيرورتها حليلة ابنه رضاعا) لأن ثبوت البنوة بالإرضاع مقارن للزوجية ، فيصح وصفها بكونها زوجة ابنه وابنها رضاعا ، وكذا إن قلنا إن ثبوت البنوة عارض على الزوجية ومعاقب لها لأنه لايلزم اجتماع الوصفين في وقت واحد ، ولذا تحرم عليه ربيبته المولودة بعد طلاقه أمها وزوجة أبيه من الرضاع المطلقة قبل ارتضاعه فافهم (قوله إن علم أنه وطئها) فإن علم عدم الوطء أو شك تحل اهـ ح . والمراد بالعلم مايشمل غلبة الظن إذ حصول العلم اليقيني في ذلك نادر ، ومنه إخبار الأب بأنه وطئها وهي في ملكه : ففي البحر عن المحيط : رجل له جارية فقال قد وطئتها لا تحل لابنه ، وإن كانت في غير ملكه فقال : قد وطئتها يحل لابنه أن يكذبه ويطأها لأن الظاهر يشهد له اهـ أي يشهد للابن . والظاهر أن المراد الإخبار بأن الوطء كان في غير ملكه ، أما لو كانت في ملكه ثم باعها ثم أخبر بأنه وطئها حين كانت في ملكه لا تحل لابنه تأمل (قوله فوجدها ثيبا) أي حين أراد جماعها كما في البحر والمنح وذلك بإخبارها أو بأمر غير الجماع ؛ أما لو جامعها فوجدها ثيبا وجب عليه مهر مثلها لوطء الشبهة والوطء في دار الإسلام لايخلو عن عقر أو عقر رحمتي (قوله وحرم أيضا بالصهرية أصل مزنيته) قال في البحر : أراد بحرمة المصاهرة الحرمات الأربع حرمة المرأة على أصول الزاني وفروعه نسبا ورضاعا وحرمة أصولها وفروعها على الزاني نسبا ورضاعا كما في الوطء الحلال ويحل لأصول الزاني وفروعه أصول المزني بها وفروعها اهـ . ومثله ما قدمناه قريبا عن القهستاني عن النظم وغيره ، وقوله : ويحل الخ أي كما يحل ذلك بالوطء الحلال وتقييده بالحرمات الأربع مخرج لما عداها وتقدم آنفا الكلام عليه (قوله أراد بالزنى الوطء الحرام) لأن الزنى وطء مكلف في فرج مشتهاة ولو ماضيا خال عن الملك وشبهته ، وكذا تثبت حرمة المصاهرة لو وطئ المنكوحة فاسدا أو المشتراة فاسدا أو الجارية المشتركة أو المكاتبة أو المصاهر منها أو الأمة المجوسية أو زوجته الحائض أو النفساء أو كان محرما أو صائما وإنما قيد بالزنى لأن فيه خلاف الشافعي ، وليفيد أنها لاتثبت بالوطء بالدبر كما يأتي خلافا للأوزاعي وأحمد . قال في الفتح : وبقولنا قال مالك في رواية وأحمد ، وهو قول عمر وابن مسعود وابن عباس في الأصح وعمران بن الحصين وجابر وأبي وعائشة وجمهور التابعين كالبصري والشعبي والنخعي والأوزاعي وطاوس ومجاهد وعطاء وابن المسيب وسليمان بن يسار وحماد والثوري وابن راهويه وتمامه مع بسط الدليل فيه (قوله وأصل ممسوسته الخ) لأن المس والنظر سبب داع إلى الوطء فيقام مقامه في موضع الاحتياط هداية . واستدل لذلك في الفتح بالأحاديث والآثار عن الصحابة والتابعين (قوله بشهوة) أي ولو من أحدهما كما سيأتي (قوله ولو لشعر على الرأس) خرج به المسترسل وظاهر مافي الخانية ترجيح أن مس الشعر غير محرم ، وجزم في المحيط بخلافه ورجحه في البحر : وفصل في الخلاصة فخص التحريم بما على الرأس دون المسترسل وجزم به في الجوهرة وجعله في النهر محمل القولين وهو ظاهر فلذا جزم به في الشارح (قوله بحائل لايمنع الحرارة) أي ولو بحائل الخ ، فلو كان مانعا لاتثبت الحرمة ، كذا في أكثر الكتب ، وكذا لو جامعها بخرقة على ذكره ، لما في الذخيرة من أن الإمام ظهير الدين يفتي بالحرمة في القبلة على الفم والذقن والخد والرأس وإن كان على المقنعة

(وأصل ماسته وناظرة إلى ذكره والمنظور إلى فرجها) المدور (الداخل) ولو نظره من زجاج أو ماء هي فيه (وفروعهن) مطلقا والعبرة للشهوة عند المس والنظر لابعدهما وحدها فيهما تحرك آلته أو زيادته به يفتى وفي امرأة ونحو شيخ كبير تحرك قلبه أو زيادته وفي الجوهرة : لايشترط في النظر لفرج تحريك آلته به يفتى هذا إذا لم ينزل فلو أنزل مع مس أو نظر فلا حرمة به يفتى

محمول على ما إذا كانت رقيقة تصل الحرارة معها بحر (قوله وأصل ماسته) أي بشهوة قال في الفتح : وثبوت الحرمة بلمسها مشروط بأن يصدقها ، ويقع في أكبر رأيه صدقها وعلى هذا ينبغي أن يقال في مسه إياها لا تحرم على أبيه وابنه إلا أن يصدقاه أو يغلب على ظنهما صدقه، ثم رأيت عن أبي يوسف مايفيد ذلك اهـ . (قوله وناظرة) أي بشهوة (قوله والمنظور إلى فرجها) قيد بالفرج لأن ظاهر الذخيرة وغيرها أنهم اتفقوا على أن النظر بشهوة إلى سائر أعضائها لاعبرة به ماعدا الفرج، وحينئذ فاطلاق الكنز في محل التقييد بحر (قوله المدور الداخل) اختاره في الهداية وصححه في المحيط والذخيرة: وفي الخانية وعليه الفتوى وفي الفتح. وهو ظاهر الرواية لأن هذا حكم تعلق بالفرج ، والداخل فرج من كل وجه ، والخارج فرج من وجه والاحتراز عن الخارج متعذر ، فسقط اعتباره، ولا يتحقق ذلك إلا إذا كانت متكئة بحر فلو كانت قائمة أو جالسة غير مستندة لاتثبت الحرمة إسمعيل وقيل تثبت بالنظر إلى منابت الشعر وقيل إلى الشق وصححه في الخلاصة بحر (قوله أو ماء هي فيه) احترازا عما إذا كانت فوق الماء فرآه من الماء كما يأتي (قوله وفروعهن) بالرفع عطفا على أصل مزيته وفيه تغليب المؤنث على المذكر بالنسبة إلى قوله وناظرة إلى ذكره (قوله مطلقا) يرجع إلى الأصول والفروع أي وإن علون وإن سفلن ط (قوله والعبرة الخ) قال في الفتح : وقوله بشهوة في موضع الحال ، فيفيد اشتراط الشهوة حال المس ، فلو مس بغير شهوة ، ثم اشتهى عن ذلك المس لا تحرم عليه اهـ وكذلك في النظر كما في البحر ، فلو اشتهى بعد ماغض بصره لاتحرم .

قلت : ويشترط وقوع الشهوة عليها لاعلى غيرها لما في الفيض لو نظر إلى فرج بنته بلا شهوة فتمنى جارية مثلها فوقعت له الشهوة على البنت تثبت الحرمة وإن وقعت على من تمناها فلا (قوله وحدها فيهما) أي حد الشهوة في المس والنظر ح (قوله أو زيادته) أي زيادة التحرك إن كان موجودا قبلهما (قوله به يفتى) وقيل حدها أن يشتهي بقلبه إن لم يكن مشتهيا أو يزداد إن كان مشتهيا ، ولا يشترط تحرك الآلة وصححه في المحيط والتحفة وفي غاية البيان وعليه الاعتماد ، والمذهب الأول بحر قال في الفتح : وفرع عليه مالو انتشر وطلب امرأة فأولج بين فخذي بنتها خطأ لاتحرم أمها مالم يزدد الانتشار (قوله وفي امرأة ونحوه شيخ الخ) قال في الفتح : ثم هذا الحد في حق الشاب أما الشيخ والعنين فحدها تحرك قلبه أو زيادته إن كان متحركا لا مجرد ميلان النفس ، فإنه يوجد فيمن لا شهوة له أصلا كالشيخ الفاني ، ثم قال ولم يحدوا الحد المحرم منها أي من المرأة وأقله تحرك القلب على وجه يشوش الخاطر قال ط : ولم أر حكم الخنثى المشكل في الشهوة ومقتضى معاملته بالأضر أن يجري عليه حكم المرأة (قوله وفي الجوهرة الخ) كذا في النهر وعلى هذا ينبغي أن يكون مس الفرج كذلك بل أولى لأن تأثير المس فوق تأثير النظر بدليل إيجابه حرمة المصاهرة في غير الفرج إذا كان بشهوة بخلاف النظر ح .

قلت : ويمكن أن يكون ما في الجوهرة مفرعا على القول الآخر في حد الشهوة فلا يكون للنظر احترازا عن مس الفرج ولا عن مس غيره تأمل (قوله فلا حرمة) لأنه بالإنزال تبين أنه غير مفض إلى الوطء هداية .

قال في العناية : ومعنى قولهم إنه لا يوجب الحرمة بالإنزال أن الحرمة عند ابتداء المس بشهوة كان حكمها

ابن كمال وغيره وفى الخلاصة : وطىء أخت امرأته لاتحرم عليه امرأته (لا) تحرم (المنظور إلى فرجها الداخل) إذا رآه (من مرآة أو ماء) لأن المرئى مثاله (بالإنعكاس) لاهو (هذا إذا كانت حية مشتهاة) ولو ماضيا (أما غيرها) يعنى الميتة وصغيرة لم تشته (فلا) تثبت الحرمة بها أصلا كوطء دبر مطلقا ، وكما لو أفضاها

موقوفا إلى أن يتبين بالإنزال ، فإن أنزل لم تثبت وإلا ثبت لا أنها تثبت بالمس ثم بالانزال تسقط لأن حرمة المصاهرة إذا ثبتت لاتسقط أبدا (قوله وفى الخلاصة الخ) هذا محترز التقييد بالأصول والفروع وقوله : لاتحرم أى لاتثبت حرمة المصاهرة ، فالمعنى : لا تحرم حرمة مؤبدة وإلا فتحرم إلى انقضاء عدة الموطوءة لو بشبهة قال فى البحر : لو وطىء أخت امرأته بشبهة تحرم امرأته ما لم تنقض عدة ذات الشبهة ، وفى الدراية عن الكامل لوزنى بإحدى الأختين لا يقرب الأخرى حتى تحيض الأخرى حيضة واستشكله فى الفتح ووجهه أنه لا اعتبار لماء الزانى ولذا لو زنت امرأة رجل لم تحرم عليه وجاز له وطؤها عقب الزنا اهـ (قوله لاتحرم المنظور إلى فرجها الخ) تبع فى هذا التعبير صاحب الدرر واعترضه الشرنبلالى بأنه لا يصح إلا بتقدير مضاف : أى لا يحرم أصل وفرع المنظور إلى فرجها ، لما أنه لا يحرم نفس المنظور إلى فرجها ، وأجيب بأن المراد لا تحرم على أصول الناظر وفروعه وفيه أن الكلام فى الحرمة وعدمها بالنسبة إلى أصولها وفروعها فالأولى إسقاط لفظ تحرم وإبقاء المتن على حاله فيكون قوله لا المنظور معطوفا على قوله والمنظور . والمعنى : لا يحرم أصلها وفرعها ويعلم منه عدم حرمتها عليه وعلى أصوله وفروعه بالأولى فافهم (قوله إذا رآه) لا حاجة إليه لصحة تعلق الجار بقوله المنظور ط (قوله لأن المرئى مثاله الخ) يشير إلى ما فى الفتح من الفرق بين الرؤية من الزجاج والمرآة ، وبين الرؤية فى الماء ومن الماء حيث قال : كأن العلة والله سبحانه وتعالى أعلم أن المرئى فى المرآة مثاله لاهو وبهذا عللوا الحنث (١) فيما إذا حلف لا ينظر إلى وجه فلان فنظره فى المرآة أو الماء وعلى هذا فالتحريم به من وراء الزجاج ، بناء على نفوذ البصر منه فيرى نفس المرئى بخلاف المرآة ومن الماء ، وهذا ينفى كون الابصار من المرآة والماء بواسطة انعكاس الأشعة وإلا لرآه بعينه بل بانطباع مثل الصورة فيهما ، بخلاف المرئى فى الماء لأن البصر ينفذ فيه إذا كان صافيا فيرى نفس مافيه ، وإن كان لايراه على الوجه الذى هو عليه ، ولهذا كان له الخيار إذا اشترى سمكة رآها فى ماء بحيث تؤخذ منه بلا حيلة اهـ

وبه يظهر فائدة قول الشارح مثاله ، لـكنه لا يناسب قول المصنف تبعا للدرر بالانعكاس ، ولهذا قال فى الفتح وهذا ينفى الخ ، وقد يجاب بأنه ليس مراد المصنف بالانعكاس البناء على القول بأن الشعاع الخارج من الحدقة الواقع على سطح الصقيل كالمرآة والماء ينعكس من سطح الصقيل إلى المرئى ، حتى يلزم أنه يكون المرئى حينئذ حقيقته لا مثاله وإنما أراد به انعكاس نفس المرئى وهو المراد بالمثال فيكون مبنيا على القول الآخر ويعبرون عنه بالانطباع وهو أن المقابل للصقيل تنطبع صورته ومثاله فيه لا عينه ، ويدل عليه تعبير قاضيخان بقوله لأنه لم ير فرجها وإنما رأى عكس فرجها فافهم (قوله هذا) أى جميع ما ذكر فى مسائل المصاهرة (قوله مشتهاة) سيأتى تعريفها بأنها بنت تسع فأكثر (قوله ولو ماضيا) كعجوز شوهاء لأنها دخلت تحت الحرمة ، فلا تخرج ولجواز وقوع الولد منها كما وقع لزوجتى إبراهيم وزكرياء عليهما الصلاة والسلام (قوله فلا تثبت الحرمة بها) أى بوطئها أو لمسها أو النظر إلى فرجها وقوله أصلا أى سواء كان بشهوة أو لا وسواء أنزل أو لا (قوله مطلقا) أي سواء كان بصبى أو امرأة كما فى غاية البيان وعليه الفتوى كما فى الواقعات ح عن البحر وفى الولوالجية : أتى رجل

---

(١) قوله (عللوا الحنث) كذا بالأصل ولعل الصواب : عدم الحنث اهـ .

لعدم تيقن كونه فى الفرج ما لم تحبل منه بلا فرق بين زنا ونكاح (فلو تزوج صغيرة لاتشتهى ، فدخل بها فطلقها وانقضت عدتها وتزوجت بآخر جاز) للأول (التزوج بنتها) لعدم الاشتهاء وكذا تشترط الشهوة فى الذكر ، فلو جامع غير مراهق زوجة أبيه لم تحرم فتح (ولا فرق) فيما ذكر (بين اللمس والنظر بشهوة بين عمدونسيان) وخطأ وإكراه ، فلو أيقظ زوجته أو أيقظته هى لجماعها فمست يده بنتها المشتهاة أو يدها ابنه حرمت الأم أبدا فتح (قبل أم امرأته)

رجلا له أن يتزوج ابنته لأن هذا الفعل لو كان فى الإناث لا يوجب حرمة المصاهرة ففى الذكر أولى (قوله لعدم تيقن كونه فى الفرج) علة لعدم إيجاب وطء المفضاة المصاهرة فقط . وأما العلة فى عدم إيجاب وطء الدبر المصاهرة فالتيقن بعدم كون الوطء فى الفرج الذى هو محل الحرث ، وإنما تركها لانفهامها بالأولى قال فى البحر : وأورد عليهما أى على المسئلتين أن الوطء فيهما وإن لم يكن سببا للحرمة ، فالمس بشهوة سبب لها بل الموجود فيهما أقوى ، وأجيب بأن العلة هى الوطء السبب للولد وثبوت الحرمة بالمس ليس إلا لكونه سببا لهذا الوطء ، ولم يتحقق فى الصورتين اه وبه علم أنه لا فرق فى المسئلتين بين الانزال وعدمه ح (قوله مالم تحبل منه) زاد فى الفتح وعلم كونه منه أى بامساكها عنده حتى تلد كما قدمناه وهذا فى الزنا لا فى النكاح كما لا يخفى (قوله بلا فرق بين زنا ونكاح) راجع لا شتراط كونها مشتهاة لثبوت الحرمة كما فى البحر مفرعا عليه قوله فلو تزوج صغيرة الخ (قوله جاز له التزوج ببنتها (١)) أما أمها فحرمت عليه بمجرد العقد ط (قوله فلو جامع غير مراهق الخ) الذى فى الفتح حتى لو جامع ابن أربع سنين زوجة أبيه لا تثبت الحرمة قال فى البحر : وظاهره اعتبار السن الآتى فى حد المشتهاة أعنى تسع سنين .

قال فى النهر وأقول : التعليل بعدم الاشتهاء يفيد أن من لا يشتهى لا تثبت الحرمة بجماعه ولا خفاء أن ابن تسع عار من هذا ، بل لابد أن يكون مراهقا ، ثم رأيته فى الخانية قال الصبى الذى يجامع مثله كالبالغ قالوا وهو أن يجامع ويشتهى ، وتستحيى النساء من مثله وهو ظاهر فى اعتبار كونه مراهقا لا ابن تسع ، ويدل عليه ما فى الفتح مس المراهق كالبالغ وفى البزازية المراهق كالبالغ حتى لو جامع امرأته أولمس بشهوة تثبت حرمة المصاهرة اه وبه ظهر أن ما عزاه الشارح إلى الفتح ، وإن لم يكن صريح كلامه لكنه مراده .

فتحصل من هذا : أنه لا بد فى كل منهما من سن المراهقة وأقله للأنثى تسع وللذكر اثنا عشر . لأن ذلك أقل مدة يمكن فيها البلوغ كما صرحوا به فى باب بلوغ الغلام ، وهذا يوافق ما مر من أن العلة هى الوطء الذى يكون سببا للولد أو المس الذى يكون سببا لهذا الوطء ، ولا يخفى أن غير المراهق منهما لا يتأتى منه الولد (قوله ولا فرق فيما ذكر) أى من التحريم وقوله بين اللمس والنظر صوابه فى اللمس والنظر ، وعبارة الفتح ولا فرق فى ثبوت الحرمة بالمس بين كونه عامدا أو ناسيا أو مكرها أو مخطئا الخ أفاده ح قال الرحمتى : وإذا علم ذلك فى المس والنظر علم فى الجماع بالأولى (قوله فلو أيقظ الخ) تفريع على الخطأ ط (قوله أو يدها ابنه) أى المراهق كما علم مما مر ، وأما تقييد الفتح بكونه ابنه من غيرها فقال فى النهر ليعلم ما إذا كان ابنه منها بالأولى ، ولا بد من التقييد بالشهوة أو ازديادها فى الموضعين (قوله قبل أم امرأته الخ) قال فى الذخيرة وإذا قبلها أو لمسها أو نظر إلى فرجها ثم قال لم يكن عن شهوة ذكر الصدر الشهيد أنه فى القبلة يفتى بالحرمة ، ما لم يتبين أنه بلا شهوة وفى المس والنظر لا إلا إن تبين أنه بشهوة لأن الأصل فى التقبيل الشهوة بخلاف المس والنظر ، وفى بيوع العيون خلاف هذا إذا

---

(١) لعل فى بعض نسخ المتن . جاز له التزوج كما يدل له كتابة المحشى ، ويكون قول الشارح للأول تفسير القول المتن له فليحرر .

فى أى موضع كان على الصحيح جوهرة (حرمت) عليه (امرأته مالم يظهر عدم الشهوة) ولو على الفم كما فهمه فى الذخيرة (وفى المس لا) تحرم (مالم تعلم الشهوة) لأن الأصل فى التقبيل الشهوة ، بخلاف المس (والمعانقة كالتقبيل) وكذا القرص والعض بشهوة ، ولو لأجنبية وتكفى الشهوة من أحدهما ، ومراهق ومجنون وسكران كبالغ

اشترى جارية على أنه بالخيار وقبلها أو نظر إلى فرجها ثم قال لم يكن عن شهوة وأراد ردها صدق ولو كانت مباشرة لم يصدق ، ومنهم من فصل فى القبلة فقال إن كانت على الفم يفتى بالحرمة ، ولا يصدق أنه بلا شهوة ، وإن كانت على الرأس أو الذقن أو الخد فلا إلا إذا تبين أنه بشهوة وكان الإمام ظهير الدين يفتى بالحرمة فى القبلة مطلقا ، ويقول لا يصدق فى أنه لم يكن بشهوة وظاهر إطلاق بيوع العيون يدل على أنه يصدق فى القبلة على الفم أو غيره ، وفى البقالى إذا أنكر الشهوة فى المس يصدق إلا أن يقوم إليها منتشرا فيعانقها ، وكذا قال فى المجرد وانتشاره دليل شهوته اه (قوله على الصحيح جوهرة) الذى فى الجوهرة للحدادى خلاف هذا فإنه قال لو مس أو قبل وقال لم أشته صدق إلا إذا كان المس على الفرج والتقبيل فى الفم اه . وهذا هو الموافق لما سينقله الشارح عن الحدادى ، ولما نقله عنه فى البحر قائلا ورجحه فى فتح القدير وألحق الخد بالفم اه .

وقال فى الفيض : ولو قام إليها وعانقها منتشرا أو قبلها ، وقال لم يكن عن شهوة لا يصدق ، ولو قبل ولم تنتشر آلته وقال كان عن غير شهوة يصدق وقيل لا يصدق لو قبلها على الفم وبه يفتى اه فهذا كما ترى صريح فى ترجيح التفصيل ، وأما تصحيح الإطلاق الذى ذكره الشارح ، فلم أره لغيره نعم قال القهستانى : وفى القبلة يفتى بها أى بالحرمة ما لم يتبين أنه بلا شهوة ويستوى أن يقبل الفم أو الذقن أو الخد أو الرأس ، وقيل إن قبل الفم يفتى بها وإن ادعى أنه بلا شهوة ، وإن قبل غيره لا يفتى بها إلا إذا ثبتت الشهوة اه ، وظاهره ترجيح الاطلاق فى التقبيل لكن علمت التصريح بترجيح التفصيل تأمل (قوله حرمت عليه امرأته الخ) أى يفتى بالحرمة إذا سئل عنها ، ولا يصدق إذا ادعى عدم الشهوة إلا إذا ظهر عدمها بقرينة الحال وهذا موافق لما تقدم عن القهستانى والشهيد ، ومخالف لما نقلناه عن الجوهرة ورجحه فى الفتح وعلى هذا فكان الأولى أن يقول لا تحرم مالم تعلم الشهوة أى بأن قبلها منتشرا ، أو على الفم فيوافق ما نقلناه عن الفيض ولما سيأتى أيضا وحينئذ فلا فرق بين التقبيل والمس (قوله ولو على الفم) مبالغة على المنفى لا على النفى :

والمعنى : حرمت امرأته إذا لم يظهر عدم اشتهاء ، وهو صادق بظهور الشهوة وبالشك فيها ، أما إذا ظهر عدم الشهوة فلا تحرم ولو كانت القبلة على الفم اه ح (قوله كما فهمه فى الذخيرة) أى فهمه من عبارة العيون حيث قال وظاهر ما أطلق فى بيوع العيون إلى آخر مامر ، وأنت خبير بأن كلام المصنف مبنى على أن الأصل فى القبلة الشهوة ، وأنه لا يصدق فى دعوى عدمها ، وهذا خلاف ما فى العيون تأمل (قوله وكذا القرص والعض بشهوة) ينبغى ترك قوله : بشهوة كما فعل المصنف فى المعانقة ، لأن المقصود تشبيه هذه الأمور بالتقبيل فى التفصيل المتقدم فلا معنى للتقييد اه ح (قوله ولو لأجنبية) أى لا فرق بين أن تكون زوجة أو أجنبية ، أما الأجنبية فصورتها ظاهرة ، وأما الزوجة فكما إذا تزوج امرأة فقرصها أو عضها أو قبلها أو عانقها ثم طلقها قبل الدخول حرمت عليه بنتها .

واعلم أن هذا التعميم لا يخص مانحن فيه فان جميع ماقبله كذلك ح وخص البنت لأن الأم تحرم بمجرد العقد (قوله وتكفى الشهوة من إحداهما) هذا إنما يظهر فى المس أما فى النظر فتعتبر الشهوة من الناظر ، سواء وجدت من الآخر أم لا اه ط وهكذا بحث الخير الرملى أخذا من ذكرهم ذلك فى بحث المس فقط قال : والفرق اشتراكهما فى لذة المس كالمشتركين فى لذة الجماع بخلاف النظر (قوله كبالغ) أى فى ثبوت حرمة المصاهرة بالوطء ، أو المس

بزازية . وفى القنية : قبل السكران بنته تحرم الأم ، وبحرمة المصاهرة لايرتفع النكاح حتى لايحل لها التزوج بآخر إلا بعد المتاركة وانقضاء العدة والوطء بها لايكون زنا ؛ وفى الخانية إن النظر إلى فرج ابنته بشهوة يوجب حرمة امرأته وكذا لو فزعت فدخلت فراش أبيها عريانة فانتشر لها أبوها تحرم عليه أمها (وبنت) سنها (دون تسع ليست بمشتهاة) به يفتى (وإن ادعت الشهوة) فى تقبيله أو تقبيلها ابنه (وأنكرها الرجل فهو مصدق) لا هى (إلا أن يقوم إليها منتشرا) آلته (فيعانقها) لقرينة كذبه أو يأخذ ثديها (أو يركب معها) أو يمسها على الفرج أو يقبلها على الفم قاله الحدادى وفى الفتح يتراءى

أو النظر ولو تمم المقابلات بأن قال كبالغ عاقل صاح لكان أولى ط وفى الفح : لو مس المراهق وأقر أنه بشهوة تثبت الحرمة عليه (قوله بزازية) لم أر فيها إلا المراهق دون المجنون والسكران نعم رأيتهما فى حاوى الزاهدى (قوله تحرم الأم) كذا يوجد فى بعض النسخ ، وفى عامتها بدون الأم فهو من باب الحذف والإيصال كما قال ح وعبارة القنية هكذا قبل المجنون أم امرأته بشهوة أو السكران بنته تحرم اه أى تحرم امرأته (قوله وبحرمة المصاهرة الخ) قال فى الذخيرة : ذكر محمد فى نكاح الأصل أن النكاح لايرتفع بحرمة المصاهرة والرضاع بل يفسد حتى لو وطئها الزوج قبل التفريق لايجب عليه الحد اشتبه عليه أو لم يشتبه عليه اه (قوله إلا بعد المتاركة) أى وإن مضى عليها سنون كما فى البزازية ، وعبارة الحاوى إلا بعد تفريق القاضى أو بعد المتاركة اه ، وقد علمت أن النكاح لايرتفع بل يفسد وقد صرحوا فى النكاح الفاسد بأن المتاركة لاتتحقق إلا بالقول ، إن كانت مدخولا بها كتركتك أو خليت سبيلك ، وأما غير المدخول بها فقيل تكون بالقول وبالترك على قصد عدم العود إليها ؛ وقيل : لاتكون إلا بالقول فيهما ، حتى لو تركها ومضى على عدتها سنون لم يكن لها أن تتزوج بآخر فافهم (قوله والوطء بها الخ) أى الوطء الكائن فى هذه الحرمة قبل التفريق والمتاركة لايكون زنا قال فى الحاوى والوطء فيها لايكون زنا لأنه مختلف فيه ،وعليه مهر المثل بوطئها بعد الحرمة ولاحد عليه ويثبت النسب اه (قوله وفى الخانية الخ) مستغنى عنه بما تقدم ح (قوله فدخلت فراش أبيها) كنى به عن المس وإلا فمجرد الدخول بغير مس لايعتبر ط (قوله ليست بمشتهاة به يفتى) كذا فى البحر عن الخانية ، ثم قال فأفاد أنه لا فرق بين أن تكون سمينة أولا ولذا قال فى المعراج بنت خمس لاتكون مشتهاة اتفاقا وبنت تسع فصاعدا مشتهاة اتفاقا وفيما بين الخمس والتسع اختلاف الرواية والمشايخ ، والأصح أنها لاتثبت الحرمة اه (قوله وإن ادعت الشهوة فى تقبيله) أى ادعت الزوجة أنه قبل أحد أصولها أو فروعها بشهوة أو أن أحد أصولها أو فروعها قبله بشهوة ، فهو مصدر مضاف إلى فاعله أو مفعوله وكذا قوله أو تقبيلها ابنه ، فإن كانت إضافته إلى المفعول فابنه فاعل والأنسب لنظم الكلام إضافة الأول لفاعله والثانى لمفعوله ليكون فاعل يقوم الرجل أو ابنه كما أفاده ح (قوله فهو مصدق)لأنه ينكر ثبوت الحرمة والقول للمنكر ، وهذا ذكره فى الذخيرة فى المس لافى التقبيل كما فعل الشارح فإنه مخالف لما مشى عليه المصنف أولا من أنه فى التقبيل يفتى بالحرمة مالم يظهر عدم الشهوة وقدمنا عن الذخيرة نقل الخلاف فى ذلك فما هنا مبنى على ما فى عيون العيون (قوله آلته) بالرفع فاعل منتشرا ط (قوله أو يركب معها) أى على دابة بخلاف ما إذا ركبت على ظهره وعبر الماء حيث يصدق فى أنه لاعن شهوة بزازية (قوله وفى الفتح الخ) قال فيه : والحاصل : أنه إذا أقر بالنظر وأنكر الشهوة صدق بلا خلاف ، وفى المباشرة لايصدق بلا خلاف فيما أعلم وفى التقبيل اختلف فيه قيل لايصدق لأنه لايكون إلا عن شهوة غالبا ، فلا يقبل إلا أن يظهر خلافه بالانتشار ونحوه ، وقيل يقبل ، وقيل بالتفصيل بين كونه على الرأس والجبهة والخد فيصدق أو على الفم فلا والأرجح هذا إلا أن الخد يتراءى إلحاقه بالفم اه

إلحاق الخدين بالفم ، وفى الخلاصة قيل له مافعلت بأم امرأتك فقال : جامعتها تثبت الحرمة ، ولا يصدق أنه كذب ولو هازلا (وتقبل الشهادة على الإقرار باللمس والتقبيل عن شهوة وكذا) تقبل (على نفس اللمس والتقبيل) والنظر إلى ذكره أو فرجها (عن شهوة فى المختار) تجنيس لأن الشهوة مما يوقف عليها فى الجملة بانتشار أو آثار (و) حرم (الجمع) بين المحارم (نكاحا) أى عقدا صحيحا (وعدة ولو من طلاق بائن و) حرم الجمع (وطأ بملك يمين بين امرأتين أيتهما فرضت ذكرا لم تحل للأخرى)

وقوله إلا أن يظهر الخ حقه أن يذكر بعد قوله : وقيل يقبل كما لايخفى ولم يذكر المس ، وقدمنا عن الذخيرة أن الأصل فيه عدم الشهوة مثل النظر ، فيصدق إذا أنكر الشهوة إلا أن يقوم إليها منتشرا أى لأن الانتشار دليل الشهوة ، وكذا إذا كان المس على الفرج كما مر عن الحدادى ، لأنه دليل الشهوة غالبا وماذكره فى الفتح بحثا من إلحاق تقبيل الخد بالفم أى بخلاف الرأس والجبهة غير ماتقدم فى كلام الذخيرة عن الإمام ظهير الدين فإن ذاك لم يفصل فافهم (قوله ولا يصدق أنه كذب الخ) أى عند القاضى ؛ أما بينه وبين الله تعالى إن كان كاذبا فيما أقر لم تثبت الحرمة ، وكذا إذا أقر بجماع أمها قبل التزوج لايصدق فى حقها ، فيجب كمال المسمى لو بعد الدخول ونصفه لو قبله بحر (قوله تجنيس) كذا عزاه إليه فى البحر وكذا رأيته فيه أيضا ونص عبارته المختار أنه تقبل إليه أشار محمد فى الجامع ، وإليه ذهب فخر الإسلام على البزدوى لأن الشهوة مما يوقف عليه بتحرك العضو ممن يتحرك عضوه أو بآثار أخر ممن لايتحرك عضوه اه . فما ذكره من التعليل من كلام التجنيس أيضا وبه ظهر أن مافى النهر من عزوه إلى التجنيس أن المختار عدم القبول سبق قلم (قوله بين المحارم) الأولى حذفه لأن قول المصنف بين امرأتين يغنى عنه ، ولئلا يتوهم اختصاص الثانى بالجمع وطأ بملك يمين ، ولا يصح إعرابه بدلا منه بدل مفصل من مجمل لأن الشارح ذكر له عاملا يخصه وهو قوله وحرم الجمع فافهم ، وأراد بالمحارم مايشمل النسب والرضاع فلو كان له زوجتان رضيعتان أرضعتهما أجنبية فسد نكاحهما كما فى البحر (قوله أى عقدا صحيحا) الأنسب حذف قوله صحيحا كما فعل فى البحر والنهر ولذا قال ح : لاثمرة لهذا القيد فيما إذا تزوجهما فى عقد واحد فإنه لايكون صحيحا قطعا ، ولا فيما إذا تزوجهما على التعاقب وكان نكاح الأولى صحيحا فان نكاح الثانية والحالة هذه باطل قطعا نعم له ثمرة فيما إذا تزوج الأولى فاسدا فإن له حينئذ أن يعقد على الثانية ويصدق عليه أنه جمع بينهما نكاحا ونكاح الأولى وإن كان فاسدا يسمى نكاحا كما شاع فى عباراتهم اه (قوله وعدة) معطوف على نكاحا منصوب مثله على التمييز (قوله ولو من طلاق بائن) شمل العدة من الرجعى ، أو من إعتاق أم ولد خلافا لهما أو من تفريق بعد نكاح فاسد ، وأشار إلى أن من طلق الأربع لايجوز له أن يتزوج امرأة قبل انقضاء عدتهن ، فإن انقضت عدة الكل معا جاز له تزوج أربع وإن واحدة فواحدة بحر .

[فرع] ماتت امرأته له التزوج بأختها بعد يوم من موتها كما فى الخلاصة عن الأصل ، وكذا فى المبسوط لصدر الاسلام والمحيط السرخسى والبحر والتاترخانية وغيرها من الكتب المعتمدة ، وأما ماعزى إلى النتف من وجوب العدة فلا يعتمد عليه وتمامه فى كتابنا تنقيح الفتاوى الحامدية (قوله بملك يمين) متعلق بوطء ، واحترز بالجمع وطأ عن الجمع ملكا من غير وطء فإنه جائز كما فى البحر ط (قوله بين امرأتين) يرجع إلى الجمع نكاحا وعدة ووطأ بملك يمين ط أى فى عبارة المصنف أما على عبارة الشارح فهو متعلق بالأخير (قوله أيتهما فرضت الخ) أى أية واحدة منهما فرضت ذكرا لم يحل للأخرى كالجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها ، والجمع بين الأم والبنت نسبا أو رضاعا ، وكالجمع بين عمتين أو خالتين كأن يتزوج كل من رجلين أم الآخر ، فيولد لكل منهما

أبداً الحديث مسلم « لاتنكح المرأة على عمتها » وهو مشهور يصلح مخصصا للكتاب (فجاز الجمع بين امرأة وبنت زوجها) أو امرأة ابنها أو أمة ثم سيدتها لأنه لو فرضت المرأة أو امرأة الإبن أو السيدة ذكرا لم يحرم بخلاف عكسه

بنت فيكون كل من البنتين عمة الأخرى ، أو يتزوج كل منهما بنت الآخر ويولد لهما بنتان ، فكل من البنتين خالة الأخرى كما فى البحر (قوله أبدا) قيد به تبعا للبحر وغيره لإخراج مالو تزوج أمة ثم سيدتها فإنه يجوز لأنه إذا فرضت الأمة ذكرا لايصح له إيراد العقد على سيدته ، ولو فرضت السيدة ذكرا لايحل له إيراد العقد على أمته إلا فى موضع الاحتياط كما يأتى لكن هذه الحرمة من الجانبين مؤقتة إلى زوال ملك اليمين ، فإذا زال فأيتهما فرضت ذكرا صح إيراد العقد منه على الأخرى ، فلذا جاز الجمع بينهما واحتيج إلى إخراج هذه الصورة من القاعدة المذكورة بقيد الأبدية لكن هذا بناء على أن المراد من عدم الحل فى قوله أيتهما فرضت ذكرا لم تحل للأخرى عدم حل إيراد العقد ، أما لو أريد به عدم حل الوطء لايحتاج فى إخراجها إلى قيد الأبدية لأنها خارجة بدونه فإنه لو فرضت السيدة ذكرا يحل له وطء أمته أفاده ح (قوله لاتنكح المرأة على عمتها) تمامه ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها (قوله وهو مشهور) فإنه ثابت فى صحيحى مسلم وابن حبان ، ورواه أبو داود والترمذى والنسائى ، وتلقاه الصدر الأول بالقبول من الصحابة والتابعين ورواه الجم الغفير منهم أبو هريرة ، وجابر وابن عباس ، وابن عمر ، وابن مسعود ، وأبو سعيد الخدرى فيصلح مخصصا لعموم قوله تعالى : ـ وأحل لكم ماوراء ذلكم ـ مع أن العموم المذكور مخصوص بالمشركة والمجوسية وبناته من الرضاعة . فلو كان من أخبار الآحاد جاز التخصيص به غير متوقف على كونه مشهورا ، والظاهر أنه لابد من ادعاء الشهرة لأن الحديث موقعه النسخ لا التخصيص ، لأن ـ ولا تنكحوا المشركات ـ ناسخ لعموم ـ وأحل لكم ـ إذ لو تقدم لزم نسخه بالآية فلزم حل المشركات ، وهو منتف أو تكرار النسخ وهو خلاف الأصل بيان الملازمة أنه يكون السابق حرمة المشركات ، ثم ينسخ بالعام ، وهو ـ أحل لكم ماوراء ذلكم ـ ثم يجب تقدير ناسخ آخر لأن الثابت الآن الحرمة فتح وبه اندفع مافى العناية من أن شرط التخصيص المقارنة عندنا وليست بمعلومة .

[تنبيه] ماذكره من الدليل لايكفى لإثبات عموم القاعدة من حرمة الجمع بين جميع المحارم ، فإن الجمع بينهن حرام لافضائه إلى قطع الرحم لوقوع التشاجر عادة بين الضرتين ، والدليل على اعتباره ماثبت فى الحديث برواية الطبرانى ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم « فإنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » وتمامه فى الفتح .

[تتمة] عن هذا أجاب الرملى الشافعى عن الجمع بين الأختين فى الجنة بأنه لامانع منه ، لأن الحكم يدور مع العلة وجودا وعدما وعلة التباغض وقطيعة الرحم منتفية فى الجنة إلا الأم والبنت اهـ أى لعلة الجزئية فيهما وهى موجودة فى الجنة أيضا بخلاف نحو الأختين (قوله أو أمة ثم سيدتها) الأولى عدم ذكر هذه الصورة لما علمت من أن إخراجها من القاعدة بقيد الأبدية مبنى على أن المراد من عدم الحل ، عدم حل إيراد العقد ، وهو ثابت من الطرفين كما قررناه فينافى قوله الآتى لم يحرم ولو أريد بعدم الحل عدم حل الوطء صح قوله لم يحرم ، لكنه يستغنى عن قيد الأبدية ولعله أشار إلى أن جواز الجمع بينهما ثابت على كل من التقديرين فافهم قال ح : والمشار بهم إلى أنه لو تزوجهما فى عقدة لم يصح فنكاح واحدة ولو تزوجهما فى عقدين والسيدة مقدمة لم يصح نكاح الأمة كما قدمناه أول الفصل (قوله لم يحرم) أى التزوج فى الصور الثلاث ، لأن الذكر المفروض فى الأولى يصير متزوجا بنت الزوج وهى بنت رجل أجنبى وفى الثانية يصير متزوجا امرأة أجنبية وفى الثالثة يصير واطئا لأمته (قوله بخلاف عكسه) وهو ما إذا فرضت بنت الزوج أو أم الزوج أو الأمة ذكرا حيث تحرم الأخرى لأنه فى الأولى يصير ابن الزوج

(وإن تزوج) بنكاح صحيح (أخت أمة) قد (وطئها صح) النكاح لكن (لايطأ واحدة منهما حتى يحرم) حل استمتاع (إحداهما عليه بسبب ما) لأن للعقد حكم الوطء حتى لو نكح مشرقى مغربية يثبت نسب أولادها منه لثبوت الوطء حكما ولو لم يكن وطء الأمة له وطء المنكوحة ، ودواعي الوطء كالوطء ابن كمال (وإن تزوجهما معا) أى الأختين أو من بمعناهما (أو بعقدين ونسى) النكاح (الأول

فلا تحل له موطوءة أبيه ، وفى الثانية يصير أبا الزوج ، فلا تحل له امرأة ابنه وفى الثالثة يصير عبدا فلا تحل له سيدته (قوله وإن تزوج الخ) قيد بالتزوج لأنه لو اشترى أخت أمته الموطوءة جاز له وطء الأولى وليس له وطء الثانية مالم يحرم الأولى على نفسه ، ولو وطئها أثم ثم لايحل له وطء واحدة منهما ، حتى يحرم الأخرى ، ويكون النكاح صحيحا لأنه لو كان فاسدا لاتحرم عليه الموطوءة مالم يدخل بالمنكوحة ، لوجود الجمع حقيقة وأطلق فى الأخت المتزوجة فشمل الحرة والأمة وأطلق فى الأمة فشمل أم الولد وقيد بكونها موطوءة لأن بدونه يجوز له وطء المنكوحة كما يأتى لأن الموقوفة ليست بموطوءة حكما فلم يصر جامعا بينهما وطأ لاحقيقة ، ولا حكما وأشار إلى أنه لو لم يدخل بالمنكوحة ، حتى اشترى أختها لايطأ المشتراة لأن المنكوحة موطوءة حكما كذا أفاده فى البحر وأراد بأخت الأمة من ليس بينهما جزئية احترازا عن أمها أو بنتها لأن وطء إحداهما يحرم الأخرى أبدا (قوله حتى يحرم) أى على نفسه كما وقع فى عبارتهم والمتبادر منه أنه بالضم والتشديد من المزيد ، ويعلم منه دلالة حكم الحرمة بدون فعله كموت إحداهما أوردتها لحصول المقصود ، ولو قرئ بالفتح والتخفيف صح وشمل ذلك منطوقا ولكنه غير لازم لما علمت فافهم (قوله حل استمتاع) من إضافة الصفة إلى الموصوف أى يحرم الاستمتاع الحلال أفاده ط ، أو الإضافة بيانية أى يحرم شيئا حلالا هو استمتاع أفاده الرحمتى وبه اندفع أن الحل والحرمة من صفات فعل المكلف كالاستمتاع فلا يصح وصف أحدهما بالآخر فافهم (قوله بسبب ما) فتحريم المنكوحة بالطلاق والخلع والردة مع انقضاء العدة قهستانى ، والمملوكة ببيعها كلا أو بعضا وإعتاقها كذلك وهبتها مع التسليم ، وكتابتها وتزويجها بنكاح صحيح ، بخلاف الفاسد إلا إذا دخل بها الزوج فإنها لوجوب العدة عليها منه تحرم على المالك ، فتحل له حينئذ المنكوحة ، ولا يؤثر الإحرام والحيض والنفاس والصوم والرهن والاجارة والتدبير ، لأن فرجها لايحرم بهذه الأسباب بحر قال فى النهر : ولم أر فى كلامهم ، ما لو باعها بيعا فاسدا أو وهبها كذلك ، وقبضت والظاهر أنه يحل وطء المنكوحة اهـ أى لأن المبيع فاسدا يملك بالقبض وكذا الموهوب فاسدا على المفتى به خلافا لما صححه فى العمادية كما سيأتى فى بابه إن شاء الله تعالى .

[تنبيه] قال فى البحر : فإن عادت الموطوءة إلى ملكه بعد الإخراج سواء كان بفسخ أو بشراء جديد لم يحل وطء واحدة منهما حتى يحرم الأمة على نفسه بسبب كما كان أولا (قوله لأن للعقد حكم الوطء) أورد عليه أنه لو كان كذلك يجب أن لايصح هذا النكاح كما قاله بعض المالكية ، وإلا لزم أن يصير جامعا بينهما وطأ حكما لأن الوطء السابق قائم حكما أيضا بدليل انه لو أراد بيعها يستحب له استبراؤها وهذا اللازم باطل فيلزم بطلان ملزومه وهو صحة العقد وأجاب عنه فى الفتح بأنه لازم مفارق لأن بيده إزالته فلا يضر بالصحة (قوله ولو لم يكن الخ) محترز قوله قد وطئها ح (قوله وطء المنكوحة) فإن وطئ المنكوحة حرمت المملوكة حتى يفارق المنكوحة كلا فى الاختيار (قوله ودواعى الوطء كالوطء) حتى لو كان قبل أمته أو مسها بشهوة أو هى فعلت به ذلك ، ثم تزوج أختها لاتحل له واحدة منهما حتى يحرم الأخرى رحمتى (قوله أو من بمعناهما) هو كل امرأتين أيتهما فرضت ذكرا لم تحل للأخرى ح ، ولا حاجة إلى هذه الزيادة للاستغناء عنها بقول المصنف بعد ، وكذا الحكم فى كل ماجمعهما من المحارم ط (قوله ونسى الأول) فلو علم فهو الصحيح والثانى باطل ، وله وطء الأولى لا

فرق) القاضي (بينه وبينهما) ويكون طلاقا (ولهما نصف المهر) يعني في مسألة النسيان إذ الحكم في تزوجهما معا البطلان وعدم وجوب المهر إلا بالوطء كما في عامة الكتب فتنبه وهذا إن (كان مهراهما متساويين) قدرا وجنسا (وهو مسمى في العقد وكانت الفرقة قبل الدخول) وادعى كل منهما أنها الأولى ولا بينة لهما ،

أن يطأ الثانية فتحرم الأولى إلى انقضاء عدة الثانية ، كما لو وطىء أخت امرأته بشبهة حيث تحرم امرأته مالم تنقض عدة ذات الشبهة ح عن البحر . وقال في شرح درر البحار : قيد بالنسيان إذ الزوج لو عين إحداهما بالفعل بدخوله بها أو ببيان أنها سابقة قضى بنكاحها لتصادقهما . وفرق بينه وبين الأخرى ولو دخل بإحداهما ، ثم بين أن الأخرى سابقة يعتبر البيان إذ الدلالة لا تعارض الصريح اه ومثله في الشرنبلالية عن شرح المجمع (قوله فرق القاضي بينه وبينهما) يعني يفترض عليه أن يفارقهما فإن لم يفارقهما وجب على القاضي إن علم أن يفرق بينه وبينهما دفعا للمعصية بحر ، لكن في الفتاوى الهندية عن شرح الطحاوي : ولو تزوجهما في عقدين ولا يدرى أيتهما أسبق فإنه يؤمر الزوج بالبيان فإن بين فعلى مابين وإن لم يبين فإنه لا يتحرى في ذلك . ويفرق بينه وبينهما اه ح. قلت لامنافاة بينهما لأن بيان الزوج مبني على علمه بالأسبق لما ذكرناه عن شرح الدرر . ولقوله لا يتحرى تأمل . وفي النهر : وينبغي أن يكون معنى التفريق من الزوج أنه يطلقهما ولم أره اه (قوله ويكون طلاقا) أي تفريق القاضي المذكور ، وظاهر كلام الفتح أنه بحث منه فإنه قال والظاهر أنه طلاق حتى ينقص من طلاق كل منهما طلقة لو تزوجها بعد ذلك ، وأقره في البحر والنهر . ويؤيده أن الزيلعي عبر عن التفريق المذكور بالطلاق وكذا قال الإتقاني في غاية البيان ، وتفريق القاضي كالطلاق من الزوج ثم قال في الفتح : فإن وقع التفريق قبل الدخول فله أن يتزوج أيتهما شاء للحال ، وإن بعده فليس له التزوج بواحدة منهما حتى تنقضي عدتهما وإن انقضت عدة إحداهما دون الأخرى فله تزوج التي لم تنقض عدتها دون الأخرى كي لا يصير جامعا وإن وقع بعد الدخول باحداهما فله أن يتزوجها في الحال دون الأخرى فإن عدتها تمنع من تزوج أختها اه (قوله يعني في مسألة النسيان) تقييد لقوله : ويكون طلاقا ولقول المصنف ولهما نصف المهر إذ التفريق في الباطل لا يكون طلاقا فافهم (قوله إذ الحكم الخ) بيان للفرق بين المسألتين وذلك أن في مسألة النسيان صح نكاح السابقة دون اللاحقة وتعين التفريق بينهما للجهل والتي صح نكاحها يجب لها نصف المهر بالتفريق قبل الدخول ولما جهلت وجب لهما . أما في مسألة تزوجهما معا في عقد واحد فالباطل نكاح كل منهما يقينا ، فإذا كان التفريق قبل الدخول فلا مهر لهما ولا عدة عليهما ، وإن دخل بهما وجب لكل الأقل من المسمى ومن مهر المثل كما هو حكم النكاح الفاسد ، وعليهما العدة بحر .

قال : وقيد بطلانهما في المحيط بأن لا تكون إحداهما مشغولة بنكاح الغير أو عدته . فإن كانت كذلك صح نكاح الفارغة لعدم تحقق الجمع بينهما كما لو تزوجت امرأة زوجين في عقد واحد وأحدهما متزوج بأربع نسوة ، فإنها تكون زوجة للآخر لأنه لم يتحقق الجمع بين رجلين إذا كانت هي لا تحل لأحدهما اه (قوله وهذا) أي وجوب نصف المهر لهما في مسألة النسيان (قوله متساويين قدرا وجنسا) كما إذا كان كل منهما ألف درهم ح (قوله وهو مسمى) الضمير راجع إلى المهرين بتأويل المذكور ح (قوله وادعى كل منهما أنها الأولى) أما إذا قالتا لا ندري أي النكاحين أول لا يقضى لهما بشيء لأن المقضي له مجهول وهو يمنع صحة القضاء ، كمن قال لرجلين لأحدهما على ألف لا يقضى لأحدهما بشيء إلا أن يصطلحا بأن يتفقا على أخذ نصف المهر ، فيقضى لهما به وهذا القيد أي دعوى كل منهما زاده أبو جعفر الهندواني وظاهر الهداية تضعيفه لكنه حسن بحر وتمامه فيه (قوله ولا بينة لهما)

فإن اختلف مهراهما ، فإن علما فلكل ربع مهرها وإلا فلكل نصف أقل المسميين (وإن لم يكن مسمى فالواجب متعةواحدة لهما) بدل نصف المهر (وإن كانت الفرقة بعد الدخول وجب لكل واحدة مهر كامل) لتقرره بالدخول

مثله مالوكان لكل منهما بينة على السبق كما فى الفتح وغيره : أى لتهاترهما . قال ح فلو أقامت إحداهما البينة على السبق فنكاحها هو الصحيح ، والثانى باطل نظير ماقدمنا فى قوله ونسى الأول (قوله فإن اختلف مهراهما) محترز قوله متساويين قدرا وجنسا وهو صادق باختلافهما قدرا فقط ، كأن يكون مهر إحداهما وزن ألف درهم من الفضة والأخرى وزن ألفين منها ، وجنسا فقط كان يكون مهر إحداهما وزن ألف درهم من الفضة والأخرى وزن ألف درهم من الذهب، وقدرا وجنسا كأن يكون مهر إحداهما وزن ألف درهم من الفضة والأخرى وزن ألف درهم من الذهب (قوله فإن علما الخ) اعلم أن هذا التفصيل مأخوذ من الدرر :

واعترضه محشوه بأنه لم يوجد لغيره والذى وجد فى أكثر الكتب أن المسمى لها إن كان مختلفا يقضى لكل واحدة منهما بربع مهرها المسمى والذى وجد فى بعضها أنه يقضى لها بالأقل من نصفى المهرين المسميين ، فلوكان مهر إحداهما مائة درهم والأخرى ثمانين يقضى على القول الأول للأولى بخمسة وعشرين درهما وللثانية بعشرين وعلى الثانى بنصف أقل المهرين المسميين وهو أربعون ثم بنصف بينهما ، فيكون لكل منهما عشرون درهما كذا فى حاشيته لنوح أفندى . وفى شرحه للشيخ إسمعيل أن الاحتياط الثانى وهو الموجود فى الكافى والكفاية ، معللا بأن فيه يقينا . والظاهر أن المصنف أى صاحب الدرر أراد أن يوفق بين القولين بأن الأول فيما إذا كان ماسمى لكل واحدة منهما بعينها معلوما كالخمسمائة لفاطمة والألف لزاهدة والثانى فيما إذا لم يكن معلوما كذلك بأن يعلم أنه سمى لواحدة منهما خمسمائة وللأخرى ألف إلا أنه نسى تعيين كل منهما ، لكن سياق مافى الكافى والكفاية لايؤدى انحصاره فى ذلك ، ولذا قيل لوحمل على اختلاف الرواية كان أولى . إذا تقرر ذلك علمت أن قول الشارح تبعا للدرر وإلا فلكل نصف أقل المسميين غير صحيح ، كما نبه عليه فى الشرنبلالية وغيرها لاقتضائه أن تأخذ مهرا كاملا مع أن الواجب عليه نصف مهر ، فالصواب مافى بعض نسخ الشرح وهو وإلا فنصف أقل المسميين لها وهذا بناء على مافى الدرر من التوفيق وقد علمت مافيه (قوله وإن لم يكن مسمى) أى وإن لم يكن واحد من المهرين مسمى فالواجب متعة ، وإذا سمى لإحداهما دون الأخرى فلمن لها المسمى أخذ ربعه والتى لم يسم لها تأخذ نصف المتعة ح ومثله فى شرح الشيخ إسمعيل (قوله وجب لكل واحدة مهر كامل) قال فى الفتح: فلوكان التفريق بعد الدخول وجب لكل منهما مهرها كاملا ، وفى النكاح الفاسد يقضى بمهر كامل وعقر كامل ، ويجب حمله على ما إذا اتحد المسمى لها قدرا وجنسا ، أما إذا اختلفا فيتعذر إيجاب عقر إذ ليست إحداهما أولى بجعلها ذات العقر من الأخرى لأنه فرع الحكم بأنها الموطوءة فى النكاح الفاسد ، هذا مع أن الفاسد ليس حكم الوطء فيه إذا سمى فيه العقر بل الأقل من المسمى ومهر المثل اهـ ، ومثله فى البحر سوى قوله مع أن الفاسد الخ ، والظاهر أن صاحب الفتح عبر أولا بأنه يجب لكل مهر كامل ، ثم بالعقر تبعا لما وقع فى كلام غيره ، ثم حقق أن الواجب فى النكاح الفاسد بعد الوطء هو الأقل من المسمى ومهر المثل ، فعلم أنه المراد بالعقر . وفى المغرب العقر صداق المرأة إذا وطئت بشبهة اهـ . ولايخفى أن الوطء فى النكاح الفاسد وطء بشبهة ، وقد صرح فى الكنز وغيره بأن الواجب فى النكاح الفاسد الأقل من المسمى ومهر المثل ، فعلم أن اقتصار البحر على التعبير بالعقر صحيح فافهم .

والحاصل أنك قد علمت أن أحد النكاحين فى مسألة النسيان صحيح والآخر فاسد ، وبعد الدخول يجب فى الصحيح المسمى ، وفى الفاسد العقر أى الأقل من المسمى ومهر المثل ، وحيث لم تعلم صاحبة الصحيح من

ومنه يعلم حكم دخوله بواحدة (وكذا الحكم فيما جمعهما من المحارم) فى نكاح (و) حرم (نكاح) المولى (أمته

الفاسد يقسم المهران بالوصف المذكور بينهما فيكون لكل واحدة مهر كامل .

ثم اعلم أن الصور أربع : لأنه إما أن يتحد المسمى لها أو يختلف . وعلى كل إما أن يتحد مهر مثلهما أيضا أو يختلف ، فإن اتحد المسميان والمهران فلا شبهة فى أنه يجب لكل منهما مهرها كاملا . وأما إذا اتحد المسميان ، واختلف المهران كأن سمى لهند مائة ومهر مثلها تسعون ، ولأختها دعد مائة أيضا ومهر مثلها ثمانون ، فالواجب لذات النكاح الصحيح المسمى وهو مائة ولذات الفاسد العقر ، وهو متردد هنا بين التسعين والثمانين ، ويتعذر إيجاب أحدهما إذ ليست إحداهما أولى بكونها ذات العقر ، فلذا قيد المحشى قول الفتح ويجب حمله أى حمل وجوب المهر كاملا لكل منهما على ما إذا اتحد المسمى لهما بما إذا اتحد مهر مثلهما أيضا . وأما قول الفتح : وأما إذا اختلفا أى المسميان فيتعذر إيجاب العقر ، ففى إطلاقه نظر لأنه ظاهر فيما إذا اختلف المهران أيضا كأن سمى لهند مائة ومهر مثلها ثمانون ولدعد تسعين ومهر مثلها ستون مثلا فهناك تعذر إيجاب العقر وتعذر أيضا إيجاب المسمى ، لأن إحداهما ليست بأولى من الأخرى بكونها ذات النكاح الصحيح أو ذات النكاح الفاسد حتى نوجب لهما أحد المسميين بعينه ، وأحد العقرين بعينه لاختلاف كل منهما . وأما إذا اختلف المسميان واتحد المهران كأن سمى لهند مائة ولدعد تسعين ومهر مثل كل منهما ثمانون فلا يتعذر إيجاب العقر لأنه ثمانون على كل حال ، سواء كانت ذات النكاح الفاسد هندا أو دعدا بل يتعذر إيجاب المسمى ثم إنه لم يعلم من كلام الفتح الحكم فى الصور الثلاث . وقال ط : والظاهر أنه عند تعذر إيجاب العقر يجب لكل الأقل من المسمى ومهر مثلها .

قلت : وفيه نظر لأن ذلك تنقيص لحقهما وترك لبعض المتيقن إذ لاشك أن فيهما ذات نكاح صحيح ولها المسمى كاملا ولا سيما إذا اتحد المسميان ، على أنه لم يعلم منه حكم ما إذا لم يتعذر إيجاب العقر . بل الذى يظهر ماقرره شيخنا حفظه الله تعالى ، وهو أنه بحيث جهل ذات الصحيح منهما وذات الفاسد وكان لإحداهما المسمى وللأخرى العقر أن يأخذ المتيقن ويقتسماه بينهما فى الصور الأربع فإذا اتحد كل من المسميين والمهرين يعطيان أحد المسميين وأحد المهرين ، وإذا اتحد الأولان فقط يعطيان أحد المسميين وأقل المهرين ، وإذا اختلف الأولان فقط يعطيان أقل المسميين وأحد المهرين ، وإذا اختلف الأولان والأخيران يعطيان أقل المسميين وأقل المهرين ، والله سبحانه وتعالى أعلم (قوله ومنه يعلم حكم دخوله بواحدة) يعنى أن المدخول بها يجب لها نصف المسمى ونصف الأقل من مهر المثل والمسمى ، لأنها إن كانت سابقة وجب لها جميع المسمى ، وإن كانت متأخرة وجب لها الأقل من مهر المثل والمسمى فتأخذ نصف كل منهما غير المدخول بها يجب لها ربع المسمى ، لأنها إن كانت سابقة وجب لها نصف المسمى ، وإن كانت متأخرة لايجب لها شىء فيتنصف النصف اهـ .

قلت : وهذا الذى ذكره الشارح مأخوذ من الشرنبلالية ، ويجب تقييده بما إذا دخل بإحداهما مع إقراره بأنه لايعلم أيهما أسبق نكاحا . أما لو دخل بإحداهما على وجه البيان فإنه يقضى بنكاحها كما قدمناه عن شرح درر البحار وغيره ، وحينئذ فيجب لها جميع المسمى لها ويفرق بينه وبين الأخرى ولا شىء لها لأنه ظهر أنها المتأخرة فيكون نكاحها باطلا ، وقد مر أن الباطل لايجب فيه المهر إلا بالدخول (قوله وكذا الخ) الأحسن قول الزيلعى وكل ماذكرنا من الأحكام بين الأختين فهو الحكم بين كل من لايجوز جمعه من المحارم (قوله وحرم نكاح المولى أمته الخ)

و) العبد (سيدته) لأن المملوكية تنافى المالكية، نعم لو فعله المولى احتياطا كان حسنا :

أى ولو ملك بعضها وكذا المرأة لولم تملك سوى سهم واحد منه فتح : زاد فى الجوهرة : وكذا إذا ملك أحدهما صاحبه أو بعضها فسد النكاح ، وأما المأذون والمدبر إذا اشتريا زوجتهما لم يفسد النكاح لأنهما لايملكانها بالعقد ؛ وكذا المكاتب لأنه لايملكها بالعقد وإنما يثبت له فيها حق الملك ، وكذا قال أبو حنيفة فيمن اشترى زوجته ، وهو فيها بالخيار لم يفسد نكاحها على أصله أن خيار المشترى لايدخل المبيع فى ملكه اه (قوله لأن المملوكية الخ) علة للمسألتين. قال فى الفتح: لأن النكاح ماشرع إلا مثمرا ثمرات مشتركة فى الملك بين المتناكحين، منها: ما تختص هى بملكه كالنفقة والسكنى والقسم والمنع من العزل إلا بإذن ، ومنها: ما يختص هو بملكه كوجوب التمكين ، والقرار فى المنزل والتحصن عن غيره ، ومنها : ما يكون الملك فى كل منها مشتركا كالاستمتاع مجامعة ومباشرة والولد فى حق الإضافة ، والمملوكية تنافى المالكية فقد نافت لازم عقد النكاح ، ومنافى اللازم مناف للملزوم وبه سقط ماقيل يجوز كونها مملوكة من وجه الرق مالكة من جهة النكاح ، لأن الفرض أن لازم النكاح ملك كل واحد لما ذكرنا على الخلوص والرق يمنعه (قوله نعم لو فعله الخ) يشير إلى أن المراد بالحرمة فى قوله وحرم مطلق المنع لاخصوص مايتبادر منها من المنع على وجه يترتب عليه الإثم ، وإلا امتنع فعل الحرام للتنزه عن أمر موهوم فى تزوج السيد أمته أو المراد بها نفى وجود العقد الشرعى المثمر لثمراته كما يشير إليه مامر عن الفتح ، وهذا معنى ما فى الجوهرة ، وكذا فى البحر عن المضمرات : المراد به فى أحكام النكاح من ثبوت المهر فى ذمة المولى وبقاء النكاح بعد الإعتاق ، ووقوع الطلاق عليها وغير ذلك . أما إذا تزوجها متنزها عن وطئها حراما على سبيل الاحتمال فهو حسن لاحتمال أن تكون حرة أو معتقة الغير أو محلوفا عليها بعتقها ، وقد حنث الحالف وكثيرا ما يقع لاسيما إذا تداولتها الأيدى اه .

مطلب مهم فى وطء السرارى اللاتى يؤخذن غنيمة فى زماننا

قلت : ولا سيما السرارى اللاتى يؤخذن غنيمة فى زماننا للتيقن بعدم قسمة الغنيمة ، فيبقى فيهن حق أصحاب الخمس وبقية الغانمين ، وما ذكره الشارح فى الجهاد عن المفتى أبى السعود من أنه فى زمانه وقع من السلطان التنفيل العام فبعد إعطاء الخمس لاتبقى شبهة فى حل وطئهن اه فهو غير مفيد. أما أولا فلأن التنفيل العام غير صحيح سواء شرط فيه السلطان أخذ الخمس أولا ، لأن فيه إبطال السهام المقدرة كما نص على ذلك الإمام السرخسى فى شرح السير الكبير ، وأما ثانيا : فلأن تنفيل سلطان زمانه لايبقى إلى زماننا ، وأما ثالثا فلأنه نفى الشبهة باعطاء الخمس . ومن المعلوم فى زماننا أن كل من وصلت يده من العسكر إلى شئ يأخذه ولا يعطى خمسه ، فينبغى أن يكون العقد واجبا إذا علم أنها مأخوذة من الغنيمة ، ولذا قال بعض الشافعية إن وطء السرارى اللاتى يجلبن اليوم من الروم والهند والترك حرام ؛ وأما قوله فى الأشباه بعد نقله ذلك عنه فى قاعدة الأصل فى الأبضاع التحريم أن هذا ورع لاحكم لازم فإن الجارية المجهولة الحال المرجع فيها إلى صاحب اليد إن كانت صغيرة ، وإلى إقرارها إن كانت كبيرة وإن علم حالها فلا إشكال اه . فهذا إنما هو فى غير ماعلم أنها أخذت من الغنيمة ، أما ماعلم فيها ذلك ففيها ماذكرناه لكن قد يقال إنه يحتمل أن يكون باعها الإمام أو أحد من العسكر وأجاز الإمام بيعه، أما بدون ذلك فقد نص فى شرح السير الكبير على أن بيع الغازى سهمه قبل القسمة باطل كإعتاقه لكن العقد عليها لايرفع الشبهة لأنها إذا كانت غنيمة تكون مشتركة بين الغانمين وأصحاب الخمس فلا يصح تزويجها نفسها ، بل الرافع للشبهة شراؤها من وكيل بيت المال أو التصدق بها على فقير ثم شراؤها منه ، وسيأتى إن شاء الله تعالى تمام تحرير

وفيه ما لا يخفى في عدم عدها خامسة ونحوه من عدم الاحتياط (و) حرم نكاح (الوثنية) بالإجماع (وصح نكاح كتابية) وإن كره تنزيها (مؤمنة بنبي) مرسل (مقرة بكتاب) منزل وإن اعتقدوا المسيح إلها ، وكذا حل ذبيحتهم على المذهب بحر . وفي النهر : تجوز مناكحة المعتزلة لأنا لا نكفر أحدا من أهل القبلة إن وقع إلزاما في المباحث

هذه المسألة في الجهاد (قوله وفيه الخ) هذا مأخوذ من الشرنبلالية . وقوله ونحوه أي كعدم القسم لها وعدم إيقاع الطلاق عليها ، وعدم ثبوت نسب ولدها بلا دعوى ، لكن لا يخفى أن الاحتياط في العقد عليها إنما هو عند احتمال عدم صحة الملك احتمالا قويا ليقع الوطء حلالا بلا شبهة ، ولا يلزم من العقد عليها لذلك أن لا يعدها على نفسه خامسة ونحوه ، بل نقول ينبغي له الاحتياط في ذلك أيضا (قوله وحرم نكاح الوثنية) نسبة إلى عبادة الوثن وهو ماله جثة أي صورة إنسان من خشب أو حجر أو فضة أو جوهر تنحت والجمع أوثان ، والصنم صورة بلا جثة هكذا فرق بينهما كثير من أهل اللغة ، وقيل لا فرق ، وقيل يطلق الوثن على غير الصورة كذا في البناية نهر . وفي الفتح : ويدخل في عبدة الأوثان عبدة الشمس والنجوم والصور التي استحسنوها والمعطلة والزنادقة والباطنية والإباحية وفي شرح الوجيز وكل مذهب يكفر به معتقده اهـ .

قلت : وشمل ذلك الدروز والنصيرية والتيامنة ، فلا تحل مناكحتهم ، ولا تؤكل ذبيحتهم لأنهم ليس لهم كتاب سماوي وأفاد بحرمة النكاح حرمة الوطء بملك اليمين كما يأتي ، والمراد الحرمة على المسلم لما في الخانية : وتحل المجوسية والوثنية لكل كافر إلا المرتد (قوله كتابية) أطلقه فشمل الحربية والذمية والحرة والأمة ح عن البحر (قوله وإن كره تنزيها) أي سواء كانت ذمية أو حربية ، فإن صاحب البحر استظهر أن الكراهة في الكتابية الحربية تنزيهية فالذمية أولى اهـ ح

قلت : علل ذلك في البحر بأن التحريمية لابد لها من نهي أو ما في معناه ، لأنها في رتبة الواجب اهـ . وفيه أن إطلاقهم الكراهة في الحربية يفيد أنها تحريمية ، والدليل عند المجتهد على أن التعليل يفيد ذلك ، ففي الفتح ويجوز تزوج الكتابيات ، والأولى أن لا يفعل ، ولا يأكل ذبيحتهم إلا للضرورة ، وتكره الكتابية الحربية إجماعا لافتتاح باب الفتنة من إمكان التعلق المستدعي للمقام معها في دار الحرب ، وتعريض الولد على التخلق بأخلاق أهل الكفر وعلى الرق بأن تسبى وهي حبلى فيولد رقيقا وإن كان مسلما اهـ فقوله : والأولى أن لا يفعل يفيد كراهة التنزيه في غير الحربية ، وما بعده يفيد كراهة التحريم في الحربية تأمل (قوله مؤمنة بنبي) تفسير للكتابية لا تقييد ط (قوله مقرة بكتاب) في النهر عن الزيلعي : واعلم أن من اعتقد دينا سماويا وله كتاب منزل كصحف إبراهيم وشيث وزبور داود فهو من أهل الكتاب فتجوز مناكحتهم وأكل ذبائحهم (قوله على المذهب) أي خلافا لما في المستصفى من تقييد الحل بأن لا يعتقدوا ذلك . ويوافقه ما في مبسوط شيخ الإسلام يجب أن لا يأكلوا ذبائح أهل الكتاب إذا اعتقدوا أن المسيح إله وأن عزيرا إله ولا يتزوجوا نساءهم قيل وعليه الفتوى . ولكن بالنظر إلى الدليل ينبغي أنه يجوز الأكل والتزوج اهـ .

قال في البحر : وحاصله أن المذهب الإطلاق لما ذكره شمس الأئمة في المبسوط من أن ذبيحة النصراني حلال مطلقا سواء قال بثالث ثلاثة أولا لإطلاق الكتاب هنا والدليل ، ورجحه في فتح القدير بأن القائل بذلك طائفتان من اليهود والنصارى انقرضوا لا كلهم مع أن مطلق لفظ الشرك إذا ذكر في لسان الشرع لا ينصرف إلى أهل الكتاب ، وإن صح لغة في طائفة أو طوائف لما عهد من إرادته به من عبد مع الله تعالى غيره ممن لا يدعي اتباع نبي وكتاب إلى آخر ما ذكره اهـ (قوله وفي النهر الخ) مأخوذ من الفتح حيث قال : وأما المعتزلة فمقتضى الوجه حل مناكحتهم ، لأن الحق عدم تكفير أهل القبلة وإن وقع إلزاما في المباحث ، بخلاف من

(لا) يصح نكاح (عابدة كوكب لا كتاب لها) ولا وطؤها بملك يمين (والمجوسية والوثنية) هذا ساقط من نسخ الشرح ثابت فى نسخ المتن ، وهو عطف على عابدة كوكب ، وقوله (والمحرمة) بحج أو عمرة (ولو بمحرم) عطف

خالف القواطع المعلومة بالضرورة من الدين مثل القائل بقدم العالم ونفى العلم بالجزئيات على ماصرح به المحققون .

وأقول : وكذا القول بالإيجاب بالذات ونفى الاختيار اه وقوله : وإن وقع إلزاما فى المباحث معناه وإن وقع التصريح بكفر المعتزلة ونحوهم عند البحث معهم فى رد مذهبهم بأنه كفر أى يلزم من قولهم بكذا الكفر ، ولا يقتضى ذلك كفرهم لأن لازم المذهب ليس بمذهب . وأيضا فإنهم ماقالوا ذلك إلا لشبهة دليل شرعى على زعمهم وإن أخطأوا فيه ، ولزمهم المحذور على أنهم ليسوا بأدنى حالا من أهل الكتاب ، بل هم مقرون بأشرف الكتب ، ولعل القائل بعدم حل مناكحتهم يحكم بردتهم بما اعتقدوه وهو بعيد ، لأن ذلك أصل اعتقادهم ، فإن سلم أنه كفر لا يكون ردة . قال فى البحر : وينبغى أن من اعتقد مذهبا يكفر به إن كان قبل تقدم الاعتقاد الصحيح فهو مشرك . وإن طرأ عليه فهو مرتد اه وبهذا ظهر أن الرافضى إن كان ممن يعتقد الألوهية فى على ، أو أن جبريل غلط فى الوحى ، أو كان ينكر صحبة الصديق ، أو يقذف السيدة الصديقة فهو كافر لمخالفته القواطع المعلومة من الدين بالضرورة ، بخلاف ما إذا كان يفضل عليا أو يسب الصحابة فإنه مبتدع لا كافر كما أوضحته فى كتابى تنبيه الولاة والحكام على أحكام شاتم خير الأنام أو أحد أصحابه الكرام عليه وعليهم الصلاة والسلام .

[تنبيه] قيل : لاتجوز مناكحة من يقول أنا مؤمن إن شاء الله تعالى لأنه كافر . قال فى البحر : إنه محمول على من يقوله شكا فى إيمانه والشافعية لا يقولون بذلك فتجوز المناكحة بيننا وبينهم بلا شبهة اه وحقق ذلك فى الفتح بأن الشافعية يريدون به إيمان الموافاة كما صرحوا به ، وهو الذى يقبض عليه العبد وهو إخبار عن نفسه بفعل فى المستقبل أو استصحابه إليه فيتعلق به قوله تعالى — ولا تقولن لشىء إنى فاعل ذلك غدا إلا أن يشاء الله — غير أنه عندنا خلاف الأولى ، لأن تعويد النفس بالجزم فى مثله ليصير ملكة خير من إدخال أداة التردد فى أنه هل يكون مؤمنا عند الموافاة أولا اه (قوله لا عابدة كوكب لا كتاب لها) هذا معنى الصابئة المذكورة فى المتون على أحد التفسيرين فيها : قال فى الهداية : ويجوز تزوج الصابئات إن كانوا يؤمنون بدين نبى ويقرون بكتاب لأنهم من أهل الكتاب ، وإن كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم تجز مناكحتهم لأنهم مشركون . والخلاف المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبهم فكل أجاب على ماوقع عنده . وعلى هذا حال ذبيحتهم اه أى الخلاف بين الإمام القائل بالحل ، بناء على تفسيره بأن لهم كتابا ولكنهم يعظمون الكواكب كتعظيم المسلم الكعبة ، وبين صاحبيه القائلين بعدم الحل بناء على أنهم يعبدون الكواكب . قال فى الفتح : فلو اتفق على تفسيرهم اتفق على الحكم فيهم . قال فى البحر : وظاهر الهداية أن منع مناكحتهم مقيد بقيدين عبادة الكواكب وعدم الكتاب ، فلو كانوا يعبدون الكواكب ولهم كتاب تجوز مناكحتهم ، وهو قول بعض المشايخ زعموا أن عبادة الكواكب لا تخرجهم عن كونهم أهل كتاب ، والصحيح أنهم إن كانوا يعبدونها حقيقة فليسوا أهل كتاب . وإن كانوا يعظمونها كتعظيم المسلمين للكعبة فهم أهل كتاب كذا فى المجتبى اه .

فعلى هذا فقول المصنف لا كتاب لها مفهوم له . لكن ما مر من حل النصرانية وإن اعتقدت المسيح إلها يؤيد قول بعض المشايخ أفاده فى النهر (قوله والمجوسية) نسبة إلى مجوس وهم عبدة النار ، وعدم جواز نكاحهم ولو بملك يمين مجمع عليه عند الأئمة الأربعة خلافا لداود بناء على أنه كان لهم كتاب ورفع وتمامه فى الفتح (قوله هذا ساقط الخ) فيه اعتذار عن تكرار الوثنية ودفع إيهام العطف فى المحرمة (قوله ولو بمحرم) المناسب

على كتابية فتنبه (والأمة ولو) كانت (كتابية أو مع طول الحرة) الأصل عندنا أن كل وطء يحل بملك يمين يحل بنكاح ومالا فلا (وإن كره) تحريما فى المحرمة وتنزيها فى الأمة (وحرة على أمة لا) يصح (عكسه ولو) أم ولد (فى عدة حرة) ولو من بائن

لمحرم باللام، لأن النكاح المقدر فى المعطوف عليه لا يتعدى بالباء إلا أن يدعى تضمنه معنى التزوج فإنه يتعدى بالباء فى لغة قليلة (قوله أو مع طول الحرة) أى مع القدرة على مهرها ونفقتها وهو بالفتح فى الأصل الفضل، ويعدى بعلى وإلى، فطول الحرة متسع فيه بحذف الصلة، ثم الإضافة إلى المفعول على ما أشار إليه المطرزى قهستانى (قوله الأصل الخ) قد يناقش فيه بالأمة المملوكة بعد الحرة فإنه يجوز وطؤها ملكا، ولا يجوز أن ينكح الأمة على الحرة ط (قوله تحريما فى المحرمة وتنزيها فى الأمة) أما الثانى فهو ما استظهره فى البحر من كلام البدائع، ومثله فى القهستانى، وأيده بقول المبسوط والأولى أن لا يفعل:

وأما الأول فهو ما فهمه فى النهر من كلام الفتح، وهو فهم فى غير محله فإنه فى الفتح ذكر دليل المسألة لنا، وهو ما أخرجه الستة عن ابن عباس «تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم ميمونة وهو محرم وبنى بها وهو حلال» وذكر دليل الأئمة الثلاثة وهو ما أخرجه الجماعة إلا البخارى من قوله صلى الله عليه وسلم «لا ينكح المحرم ولا ينكح» أى بفتح الياء فى الأول وضمها فى الثانى مع كسر الكاف، ومن فتحها فى الثانى فقد صحف بحر. زاد مسلم «ولا يخطب» ثم أجاب بترجيح الأول من وجوه. ثم أجاب على تسليم التعارض بحمل الثانى إما على نهى التحريم والنكاح فيه للوطء أو على نهى الكراهية جمعا بين الدلائل، وذلك لأن المحرم فى شغل عن مباشرة عقود الأنكحة لأن ذلك يوجب شغل قلبه عن إحسان العبادة لما فيه من خطبة ومراودات ودعوة واجتماعات، ويتضمن تنبيه النفس بطلب الجماع، وهذا محمل قوله ولا يخطب، ولا يلزم كونه صلى الله عليه وسلم باشر المكروه لأن المعنى المنوط به الكراهة هو عليه الصلاة والسلام منزه عنه، ولا بعد فى اختلاف حكم فى حقنا وحقه لاختلاف المناط فينا وفيه كالوصال نهانا عنه وفعله اهـ.

وحاصله أن لا ينكح إن كان المراد به الوطء فالنهى للتحريم، وهذا قطعى لا شبهة فيه أو العقد فالنهى للكراهية، وما ذكره من الوجه لا يقتضى كراهة التحريم وإلا حرم تجارة المحرم فى الإماء، فإن فيه أيضا شغل القلب وتنبيه النفس للجماع، ويؤيده قوله وهذا محمل قوله: ولا يخطب على أنه قد صرح فى شرح درر البحار بأن النهى للتنزيه. وقول الكنز: وحل تزوج الكتابية والصابئة والمحرمة صريح فى ذلك فإن المكروه تحريما لا يحل فافهم (قوله لا يصح عكسه) أى ولا جمعهما فى عقد واحد، بل يصح فى الجمع نكاح الحرة لا الأمة كما صرح به الزيلعى وغيره. وما فى الأشباه فى قاعدة إذا اجتمع الحلال والحرام، ومن أنه يبطل فيهما سبق قلم.

هذا وحرمة إدخال الأمة على الحرة إذا كان نكاح الحرة صحيحا، فلو دخل بالحرة بنكاح فاسد لا يمنع الأمة شرنبلالية.

[فرع] تزوج أمة بلا إذن مولاها ولم يدخل حتى تزوج حرة ثم أجاز المولى لم يجز، لأن الحل إنما يثبت عند الإجازة فكانت فى حكم الإنشاء فيصير متزوجا أمة على حرة، ولو تزوج ابنتها الحرة قبل الاجازة جاز لأن النكاح الموقوف عدم فى حق الحل فلا يمنع نكاح غيرها بحر عن المحيط ملخصا (قوله ولو أم ولد) شمل المدبرة والمكاتبة كما فى البحر (قوله فى عدة حرة) من مدخول المبالغة أى ولو فى عدة حرة (قوله ولو من بائن) أشار

(وصح لوراجعها) أي الأمة (على حرة) لبقاء الملك (ولو تزوج أربعاً من الإماء وخمسا من الحرائر فى عقد) واحد (صح نكاح الإماء) لبطلان الخمس (و) صح (نكاح أربع من الحرائر والإماء فقط للحر) لا أكثر (وله التسرى بما شاء من الإماء) فلوله أربع وألف سرية وأراد شراء أخرى فلامه رجل خيف عليه الكفر ولو أراد فقالت امرأته أقتل نفسي لايمتنع لأنه مشروع ،لكن لوترك لئلا يغمها يؤجر لحديث « من رق لأمتى رق الله له » بزازية (ونصفها للعبد) ولو مدبرا (ويمتنع عليه غير ذلك) فلا يحل له التسرى أصلا لأنه لا يملك إلا الطلاق (و) صح نكاح (حبلى من زنى لا) حبلى (من غيره) أي الزنى لثبوت نسبه ولو من حربي أو سيدها

به إلى خلاف قولها بجوازه واتفقوا على المنع فى الرجعى (قوله لبقاء الملك) أى ملك نكاح الأمة لأنها لم تخرج بالطلاق الرجعى عن النكاح فالحرة هي الداخلة على الأمة (قوله فى عقد واحد) أىعلى التسع ح (قوله لبطلان الخمس) مفاده أنه لو كانت الحر ائرأربعا صح فيهن وبطل فى الإماء كما فى جمع الحرة مع الأمة بعقد واحد ، يوضحه ما نقله الرحمتى عن كافى الحاكم أن أصل ذلك أنه ينظر فى نكاح الحرائر . فإن كان جائزا لوكن وحدهن أجزنه وأبطلت نكاح الاماء ، وإن كان غير جائز أبطلته وأجزت نكاح الإماء إن كان يجوز لوكن وحدهن اه.

قلت : ويستفاد منه ما لو كان جملة الحرائر والاماء لم تزد على أربع فإنه يجوز فى الحرائر فقط وهو صريح ما ذكرناه آنفا عند قوله لا يصح عكسه (قوله سرية) نسبة إلى السر وهو النكاح . والتزم ضم السين كضم الدال فى دهرية نسبة إلى الدهر أو إلى السرور لحصوله بها ط (قوله خيف عليه الكفر) لقوله تعالى - إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين- بزازية - ومقتضاه أن مثله لو لامه على التزوج على امرأته وما فرق به فى البحر من ان فى الجمع بين الحرائر مشقة بسبب وجوب العدل بينهما بخلاف الجمع بين السرارى فإنه لاقسم بينهن مما لا أثر له مع النص نهر أى لأن النص نفى اللوم عن الجهتين .

وقد يقال : إن المتبادر من اللوم على التسرى هواللوم على أصل الفعل بخلاف اللوم على تزوج أخرى ، فإن المتبادر منه اللوم على ما يلحقه من خوف الجور لا على أصل الفعل ، فيكون عملا بقوله تعالى - فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة - فهذا وجه مافرق به فى البحر أخذ من تنصيصهم على اللوم على التسرى فقط . والتحقيق أنه إن أراد اللوم على أصل الفعل بمعنى أنك فعلت أمرا قبيحا فهو كافر فى الموضعين ، وإن كان بمعنى أنك فعلت ماتركه لك أولى لما يلحقك من التعب فى النفقة وكثرة العيال وإضرار الزوجة بالتسرى أو بالتزوج عليها ونحو ذلك فلاكفر فى الموضعين ، وإن لم يلاحظ شيئا من المعنيين فلا كفر فى الموضعين أيضا .لكن قالوا يخشى عليه الكفر فى الأول لأن المتبادر منه اللوم على أصل الفعل دون الثانى لتبادر خلافه كما قلنا ، هذا ما ظهر لى ، والله تعالى أعلم فافهم (قوله لحديث من رق لأمتى) أى رحمها « رق الله له » أي أثابه وأحسن إليه ط (قوله ولو مدبرا) مثله المكاتب وابن أم الذى من غيره ولاها كما فى الغاية ط (قوله ويمتنع عليه) أى على العبد ولو مكاتبا كما فى البحر (قوله أصلا) أى وإن أذن له به المولى (قوله لأنه لا يملك) أى فى هذا الباب إلاالطلاق فلا ينافى أنه يملك غيره كالإقرار على نفسه ونحوه (قوله وصح نكاح حبلى من زنى) أى عندهما . وقال أبو يوسف لا يصح والفتوى على قولهما، كما فى القهستانى عن المحيط . وذكر التمرتاشى أنها لانفقة لها وقيل لها ذلك ،والأول أرجح لأن المانع من الوطء من جهتها بخلاف الحيض لأنه سماوى بحر عن الفتح (قوله حبلى من غير الخ) شمل الحبلى من نكاح صحيح أو فاسد أو وطء شبهة أوملك يمين وما لو كان الحبل من مسلم أو ذمى أو حربي (قوله لثبوت نسبه) فهى فى العدة ونكاح المعتدة لا يصح ط (قوله ولو من حربى) كالمهاجرة والمسبية . وعن أبى حنيفة أنه يصح . وصحح الزيلعى المنع وهو المعتمد.

المقر به (وإن حرم وطؤها) ودواعيه (حتى تضع) متصل بالمسألة الأولى لئلا يسقى ماؤه زرع غيره إذ الشعر ينبت منه .

[فروع] لو نكحها الزانى حل له وطؤها اتفاقا والولد له ولزمه النفقة ، ولو زوج أمته أو أم ولده الحامل بعد علمه قبل إقراره به جاز وكان نفيا دلالة نهر عن التوشيح (و) صح نكاح (الموطوءة بملك) يمين ولا يستبرئها زوجها

وفى الفتح أنه ظاهر المذهب بحر (قوله المقر به) بكسر القاف أشار به إلى أن ما فى الهداية من قوله ولو زوج أم ولده وهى حامل منه فالنكاح باطل محمول على ما إذا أقر به لقوله وهى حامل منه . قال فى النهر : قال فى التوشيح : فعلى هذا ينبغى أنه لو زوجها بعد العلم قبل اعترافه به أنه يجوز النكاح ويكون نفيا .

أقول : ومن هنا قد علمت أنه لو زوج غير أم ولده وهى حامل يجوز لأنه كان نفيا فيما لا يتوقف على الدعوى ففيما يتوقف عليها أولى اهـ (قوله ودواعيه) قال فى البحر : وحكم الدواعى على قولها كالوطء كما فى النهاية اهـ قال ح : والذى فى نفقات البحر جواز الدواعى فليحرر اهـ .

قلت : والذى فى النفقات أن زوجة الصغير لو أنفق عليها أبوه ثم ولدت واعترفت أنها حبلى من الزنى لا ترد شيئا من النفقة لأن الحبلى من الزنى إن منع الوطء لا يمنع من دواعيه اهـ فيمكن الفرق بأن ما هنا فيمن كانت حبلى من الزنى ثم تزوجها وما فى النفقات فى الزوجة إذا حبلت من الزنى فتأمل . ولا يمكن الجواب بأن ما فى النفقات على قول الإمام بدليل قول البحر هنا على قولهما لأن الضمير فى قولهما يعود إلى أبى حنيفة ومحمد القائلين بصحة النكاح ، وأما أبو يوسف فلا يقول بصحته من أصله فافهم (قوله متصل بالمسألة الأولى) الضمير فى متصل عائد على قول المصنف وإن حرم وطؤها حتى تضع فافهم (قوله إذ الشعر ينبت منه) المراد ازدياد نبات الشعر لا أصل نباته ، ولذا قال فى التبيين والكافى لأن به يزداد سمعه وبصره حدة كما جاء فى الخبر اهـ ، وهذه حكمته وإلا فالمراد المنع من الوطء لما فى الفتح قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقى ماؤه زرع غيره» يعنى إتيان الحبلى رواه أبو داود والترمذى وقال حديث حسن اهـ شرنبلالية (قوله اتفاقا) أى منهما ومن أبى يوسف ، فالخلاف السابق فى غير الزانى كما فى الفتح وغيره (قوله والولد له) أى إن جاءت بعد النكاح لستة أشهر مختارات النوازل ، فلو لأقل من ستة أشهر من وقت النكاح ، لا يثبت النسب ولا يرث منه إلا أن يقول هذا الولد منى ، ولا يقول من الزنى خانية . والظاهر أن هذا من حيث القضاء ، أما من حيث الديانة فلا يجوز له أن يدعيه لأن الشرع قطع نسبه منه ، فلا يحل له استلحاقه به ولذا لو صرح بأنه من الزنى لا يثبت قضاء أيضا وإنما يثبت لو لم يصرح لاحتمال كونه بعقد سابق أو بشبهة حملا لحال المسلم على الصلاح ، وكذا ثبوته مطلقا إذا جاءت به لستة أشهر من النكاح لاحتمال علوقه بعد العقد وأن ما قبل العقد كان انتفاخا لا حملا ويحتاط فى إثبات النسب ما أمكن .

مطلب فيما لو زوج المولى أمته

(قوله ولو زوج أمته الخ) هذا محترز قوله المقر به كما أوضحناه قبل (قوله ولا يستبرئها زوجها) أى لا استحبابا ولا وجوبا عندهما . وقال محمد : لا أحب أن يطأها قبل أن يستبرئها لأنه احتمل الشغل بماء المولى فوجب التنزه كما فى الشراء هداية . وقال أبو الليث قوله : أقرب إلى الاحتياط وبه نأخذ بناية . ووفق فى النهاية بأن محمدا إنما نفى الاستحباب ، وهما أثبتا الجواز بدونه فلا معارضة . واعترضه فى البحر بأنه خلاف

بل سيدها وجوبا على الصحيح ذخيرة (أو) الموطوءة (بزنى) أى جاز نكاح من رآها تزنى ، وله وطؤها بلا استبراء ، وأما قوله تعالى — والزانية لاينكحها إلا زان — فمنسوخ بآية — فانكحوا ماطاب لكم من النساء — وفى آخر حظر المجتبى لايجب على الزوج تطليق الفاجرة ولاعليها تسريح الفاجر إلا إذا خافا أن لا يقيما حدود الله فلا بأس أن يتفرقا ، فما فى الوهبانية ضعيف كما بسطه المصنف (و) صح نكاح (المضمومة إلى محرمة

مافى الهداية لكن استحسنه فى النهر بأنه لا ينبغى التردد فى نفس الاستبراء على قول . قال وبه يستغنى عن ترجيح قول محمد .

قلت : إذا كان الصحيح وجوب الاستبراء على المولى يسوغ نفى استحبابه عن الزوج لحصول المقصود . نعم لو علم أن المولى لم يستبرئها لاينبغى التردد فى استحبابه للزوج ، بل لو قيل بوجوبه لم يبعد ، ويقربه أنه فى الفتح حمل قول محمد لا أحب على أنه يجب لتعليله باحتمال الشغل بماء المولى فإنه يدل على الوجوب . وقال فإن المتقدمين كثيرا مايطلقون أكره هذا فى التحريم أو كراهة التحريم وأحب فى مقابله اهـ .

قلت : وأصرح من ذلك قول الهداية لأنه احتمل الشغل بماء المولى فوجب التنزه كما فى الشراء اهـ ومثله فى مختارات النوازل (قوله بل سيدها) أى بل يستبرئها سيدها وجوبا فى الصحيح وإليه مال السرخسى ، وهذا إذا أراد أن يزوجها وكان يطؤها ، فلو أراد بيعها يستحب ، والفرق أنه فى البيع يجب على المشترى فيحصل المقصود فلا معنى لإيجابه على البائع . وفى المنتقى عن أبى حنيفة أكره أن يبيع من كان يطؤها حتى يستبرئها ذخيرة (قوله وله وطؤها بلا استبراء) أى عندهما . وقال محمد لا أحب له أن يطأها مالم يستبرئها هداية ، والظاهر أن الترجيح المار يأتى هنا أيضا ولذا جزم فى النهر هنا بالندب إلا أن يفرق بأن ماء الزنى لا اعتبار له . بقى لوظهر بها حمل يكون من الزوج لأن الفراش له ، فلا يقال إنه يكون ساقيا زرع غيره ، لكن هذا ما لم تلده لأقل من ستة أشهر من وقت العقد ، فلو ولدته لأقل لم يصح العقد كما صرحوا به أى لاحتمال علوقه من غير الزنى بأن يكون بشبهة فلا يرد صحة تزوج الحبلى من زنى تأمل (قوله فمنسوخ بآية فانكحوا الخ) قال فى البحر بدليل الحديث « إن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله إن امرأتى لاتدفع يد لامس فقال عليه الصلاة والسلام طلقها فقال إنى أحبها وهى جميلة فقال عليه الصلاة والسلام استمتع بها » (قوله تطليق الفاجرة) الفجور العصيان كما فى المغرب (قوله ولا عليها) أى بأن تسىء عشرته أو تبذل له مالا ليخالعها (قوله إلا إذا خافا) استثناء منقطع ، لأن التفريق حينئذ مندوب بقرينة قوله فلا بأس لكن سيأتى أول الطلاق أنه يستحب لو مؤذية أو تاركة صلاة ويجب لوفات الإمساك بالمعروف ، فالظاهر أنه استعمل لا بأس هنا للوجوب اقتداء بقوله تعالى — فان خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به — فان نفى البأس فى معنى نفى الجناح فافهم (قوله فما فى الوهبانية الخ) تفريع على قوله وله وطؤها بلا استبراء :

قال المصنف فى المنح : فإن قلت : يشكل على ماتقدم ما فى شرح النظم الوهبانى من أنه لو زنت زوجته لايقربها حتى تحيض لاحتمال علوقها من الزنى فلا يسقى ماءه زرع غيره ، وصرح الناظم بحرمة وطئها حتى تحيض وتطهر وهو يمنع من حمله على قول محمد فانه إنما يقول بالاستحباب .

قلت : ماذكره فى شرح النظم ذكره فى النتف وهو ضعيف . قال فى البحر : لو تزوج بامرأة الغير عالما بذلك ودخل بها لاتجب العدة عليها حتى لايحرم على الزوج وطؤها وبه يفتى لأنه زنى والمزنى بها لا تحرم على زوجها ، نعم لو وطئها بشبهة وجب عليها العدة وحرم على الزوج وطؤها ، ويمكن حمل مافى النتف على هذا اهـ (قوله والمضمومة إلى محرمة) بالتشديد كأن تزوج امرأتين فى عقد واحد إحداهما محل والأخرى غير محل لكونها محرما أو ذات

والمسمى)كله (لها) ولو دخل بالمحرمة فلها مهر المثل (وبطل نكاح متعة ومؤقت) وإن جهلت المدة أو طالت في الأصح وليس منه مالو نكحها على أن يطلقها بعد شهر أو نوى مكثه معها مدة

زوج أو مشركة لأن المبطل فى إحداهما فيتقدر بقدره ، بخلاف مااذا جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة حيث يبطل البيع فى الكل لما أنه يبطل بالشروط الفاسدة بخلاف النكاح نهر (قوله والمسمى كله لها)أى للمحللة عند الإمام نظرا إلى أن ضم المحرمة فى عقد النكاح لغو كضم الجدار لعدم المحلية والانقسام من حكم المساواة فى الدخول فى العقد ، ولم يجب الحد بوطء المحرمة ، لأن سقوطه من حكم صورة العقد لامن حكم انعقاده فليس قوله بعدم الانقسام بناء على عدم الدخول فى العقد منافيا لقوله بسقوط الحد لوجود صورة العقد كماتوهم. وعندهما يقسم على مهر مثليهما وتمامه فى البحر (قوله فلها مهر المثل)أى بالغا مابلغ كما فى المبسوط وهو الأصح ، وماذكره فى الزيادات من أنه لا يجاوز المسمى فهو قولهما كما فى التبيين ، وإنما وجب بالغا مابلغ على مافى المبسوط ، لأنها لم تدخل فى العقد كما قدمناه عن البحر ، فلا اعتبار للتسمية أصلا .

فإن قلت : ماالفرق بينهما وبين مااذا تزوج أختين فى عقدة واحدة ودخل بهما حيث أوجبتم لكل منهما الأقل من مهر المثل والمسمى ؟ .

قلت : هو أن كل واحدة منهما محل لإيراد العقد عليها وإنما الممتنع الجمع بينهما فلذلك قلنا بدخولهما فى العقد بخلاف ماهنا فإن المحرمة ليست محلا أصلا . والله تعالى الموفق ح (قوله وبطل نكاح متعة ومؤقت) قال فى الفتح : قال شيخ الإسلام فى الفرق بينهما أن يذكر الوقت بلفظ النكاح والتزويج وفى المتعة أتمتع أو أستمتع اه يعنى مااشتمل على مادة متعة . والذى يظهر مع ذلك عدم اشتراط الشهود فى المتعة وتعيين المدة ، وفى المؤقت الشهود وتعيينها ، ولا شك أنه لادليل لهم على تعيين كون المتعة الذى أبيح ثم حرم هو مااجتمع فيه مادة م ت ع للقطع من الآثار بأنه كان أذن لهم فى المتعة ، وليس معناه أن من باشر هذا يلزمه أن يخاطبها بلفظ أتمتع ونحوه لماعرف أن اللفظ يطلق ويراد معناه ، فإذا قيل تمتعوا فمعناه أوجدوا معنى هذا اللفظ ، ومعناه المشهور أن يوجد عقدا على امرأة لايراد به مقاصد عقد النكاح من القرار للولد وتربيته ، بل إلى مدة معينة ينتهى العقد بانتهائها أو غير معينة بمعنى بقاء العقد مادام معها إلى أن ينصرف عنها فلا عقد ، فيدخل فيه ما بمادة المتعة والنكاح المؤقت أيضا فيكون من أفراد المتعة وإن عقد بلفظ التزويج وأحضر الشهود اه ملخصا وتبعه فى البحر والنهر ، ثم ذكر فى الفتح أدلة تحريم المتعة وأنه كان فى حجة الوداع وكان تحريم تأبيد لا خلاف فيه بين الأئمة وعلماء الأمصار إلا طائفة من الشيعة . ونسبة الجواز إلى مالك كما وقع فى الهداية غلط ، ثم رجح قول زفر بصحة المؤقت على معنى أنه ينعقد مؤبدا ويلغو التوقيت ، لأن غاية الأمر أن المؤقت متعة وهو منسوخ ، لكن المنسوخ معناها الذى كانت الشريعة عليه وهو ماينتهى العقد فيه بانتهاء المدة ، فالغاء شرط التوقيت أثر النسخ ، وأقرب نظير إليه نكاح الشغار وهو أن يجعل بضع كل من المرأتين مهرا للأخرى ، فإنه صح النهى عنه وقلنا يصح موجبا لمهر المثل لكل منهما فلم يلزمنا النهى ، بخلاف مالو عقد بلفظ المتعة وأراد النكاح الصحيح المؤبد فإنه لا ينعقد وإن حضره الشهود لأنه لايفيد ملك المتعة كلفظ الإحلال فإن من أحل لغيره طعاما لايملكه فلم يصلح مجازا عن معنى النكاح كمامراه ملخصا (قوله وإن جهلت المدة) كأن يتزوجها إلى أن ينصرف عنها كما تقدم ح (قوله أو طالت فى الأصح) كأن يتزوجها إلى مائتى سنة وهو ظاهر المذهب وهو الصحيح كما فى المعراج لأن التأقيت هو المعين لجهة المتعة بحر (قوله وليس منه الخ) لأن اشتراط القاطع يدل على انعقاده مؤبدا وبطل الشرط بحر (قوله أو نوى الخ)

معينة ولا بأس بتزوج النهاريات عينى (و) يحل (له وطء امرأة ادعت عليه) عند قاض (أنه تزوجها) بنكاح صحيح (وهى) أى والحال أنها (محل للإنشاء) أى لإنشاء النكاح خالية عن الموانع (وقضى القاضى بنكاحها ببينة) أقاماها (ولم يكن فى نفس الأمر تزوجها، وكذا) تحل له (لو ادعى هو نكاحها) خلافا لهما، وفى الشرنبلالية عن المواهب وبقولهما يفتى (ولو قضى بطلاقها بشهادة الزور مع علمها) بذلك نفذ و (حل لها التزوج بآخر بعد

لأن التوقيت إنما يكون باللفظ بحر (قوله ولا بأس بتزوج النهاريات) وهو أن يتزوجها على أن يكون عندها نهارا دون الليل فتح . قال فى البحر : وينبغى أن لا يكون هذا الشرط لازما عليها ولها أن تطلب المبيت عندها ليلا لما عرف فى باب القسم اه أى إذا كان لها ضرة غيرها، وشرط أن يكون فى النهار عندها وفى الليل عند ضرتها، أما لو لا ضرة لها فالظاهر أنه ليس لها الطلب ، خصوصا إذا كانت صنعته فى الليل كالحارس بل سيأتى فى القسم عن الشافعية أن نحو الحارس يقسم بين الزوجات نهارا واستحسنه فى النهر (قوله ويحل له الخ) وكذا يحل لها تمكينه من الوطء، نعم الإثم فى الإقدام على الدعوى الباطلة كما فى البحر ، وثبوت الحل مبنى على قول الإمام بنفوذ القضاء بهذا النكاح باطنا ، وكذا ينفذ ظاهرا اتفاقا فتجب النفقة والقسم وغير ذلك (قوله عند قاض) هل المحكم مثله ليحرر ط .

قلت : الظاهر نعم لأنهم إنما فرقوا بينهما فى أنه لا يحكم بقصاص وحد ودية على عاقلة (قوله بنكاح صحيح) احترز به عن الفاسد لأنه لا يفيد حل الوطء ولو صدر حقيقة ط (قوله خالية عن الموانع) تفسير لكونها محلا للإنشاء والموانع مثل كونها مشركة أو محرما له أو زوجة الغير أو معتدته ح (قوله وقضى القاضى بنكاحها) ويشترط لنفاذ القضاء باطنا عند الإمام حضور شهود عند قوله قضيت ، وبه أخذ عامة المشايخ ، وقيل : لا لأن العقد ثبت مقتضى صحة قضائه فى الباطن ، وما ثبت مقتضى صحة الغير لا يثبت بشرائطه كالبيع فى قوله أعتق عبدك عنى بألف . وفى الفتح أنه الأوجه ويدل عليه إطلاق المتون بحر . قلت : لكن ذكر فى البحر فى كتاب القاضى إلى القاضى أن المعتمد الأول (قوله ولم يكن الخ) الجملة حالية (قوله خلافا لهما) راجع للمسألتين وهذا بناء على أنه لا ينفذ القضاء باطنا عندهما بشهادة الزور ولو فى العقود والفسوخ لأن القاضى أخطأ الحجة إذ الشهود كذبة ، وله أن الشهود صدقة عنده ، وهو الحجة لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق ، وأمكن تنفيذ القضاء باطنا بتقديم النكاح فينفذ قطعا للمنازعة . وطعن فيه بعض المغاربة بأنه يمكنه قطع المنازعة بالطلاق ، فأجابه الأكمل بأنك إن أردت الطلاق غير المشروع فلا يعتبر أو المشروع ثبت المطلوب ، إذ لا يتحقق إلا فى نكاح صحيح . وتعقبه تلميذه قارئ الهداية بأن له أن يريد غير المشروع ليكون طريقا لقطع المنازعة . وتعقبهما تلميذه ابن الهمام بأن الحق التفصيل وهو أنه يصلح لقطع المنازعة إن كانت هى المدعية . أما لو كان هو المدعى فلا يمكنها التخلص منه إلا بالنفاذ باطنا مع أن الحكم أعم من دعواها أو دعواه (قوله وبقولهما يفتى) قال الكمال وقول الإمام أوجه . واستدل له بدلالة الإجماع على أن من اشترى جارية ثم ادعى فسخ بيعها كذبا وبرهن فقضى به حل للبائع وطؤها واستخدامها مع علمه بكذب دعوى المشترى مع أنه يمكنه التخلص بالعتق وإن كان فيه إتلاف ماله ، فإنه ابتلى ببليتين فعليه أن يختار أهونهما وذلك ما يسلم له فيه دينه اه وللعلامة قاسم رسالة فى هذه المسألة أطال فيها الاستدلال لقول الإمام فراجعها .

قلت : وحيث كان الأوجه قول الإمام من حيث الدليل على ما حققه فى الفتح وفى تلك الرسالة فلا يعدل عنه لما تقرر أنه لا يعدل عن قول الإمام إلا لضرورة أو ضعف دليله كما أوضحناه فى منظومة رسم المفتى وشرحها

العدة وحل للشاهد) زورا (تزوجها وحرمت على الأول) وعند الثانى لاتحل لهما ، وعند محمد تحل للأول ما لم يدخل الثانى وهى من فروع القضاء بشهادة الزور كما سيجئ (والنكاح لايصح تعليقه بالشرط) كتزوجتك إن رضى أبى لم ينعقد النكاح لتعليقه بالخطر كما فى العمادية وغيرها ، فما فى الدرر فيه نظر (ولا إضافته إلى المستقبل) كتزوجتك غدا أو بعد غد لم يصح (ولكن لايبطل) النكاح (بالشرط الفاسد و) إنما (يبطل الشرط دونه) يعنى لو عقد مع شرط فاسد لم يبطل النكاح بل الشرط بخلاف مالو علقه بالشرط (إلا أن يعلقه بشرط) ماض (كائن) لامحالة (فيكون تحقيقا) فينعقد فى الحال كأن خطب بنتاً لابنه فقال أبوها زوجتها قبلك من فلان فكذبه فقال إن لم أكن زوجتها لفلان فقد زوجتها لابنك فقبل ثم علم كذبه انعقد لتعليقه بموجود، وكذا إذا وجد المعلق عليه فى المجلس ، كذا ذكره جواهر زاده وعممه المصنف بحثا

(قوله وحل للشاهد) وكذا لغيره بالأولى لعدم علمه بحقيقة الحال (قوله لاتحل لهما) أى للزوج المقضى عليه والزوج الثانى . أما الثانى فظاهر بناء على أن القضاء بالزور لاينفذ باطنا عندهما ، وأما الأول فلأن الفرقة وإن لم تقع باطنا لكن قول أبى حنيفة أورث شبهة ، ولأنه لو فعل ذلك كان زانيا عند الناس فيحدونه كذا فى رسالة العلامة قاسم (قوله مالم يدخل الثانى) فإذا دخل بها حرمت على الأول لوجوب العدة كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة بحر (قوله وهى) أى هذه المسائل الثلاث (قوله كما سيجىء) أى فى كتاب القضاء (قوله والنكاح لايصح تعليقه بالشرط) المراد أن النكاح المعلق بالشرط لايصح لاماتوهمه ظاهر العبارة من أن التعليق يلغو ويبقى العقد صحيحا كما فى المسألة الآتية ، وهذا منشأ توهم الدرر الآتى (قوله لتعليقه بالخطر) بفتح الخاء المعجمة والطاء المهملة مايكون معدوما يتوقع وجوده اهـ ح (قوله فما فى الدرر) حيث قال : لايصح تعليق النكاح بالشرط مثل أن يقول لبنت إن دخلت الدار زوجتك فلانا وقال فلان تزوجتها فإن التعليق لايصح وإن صح النكاح (قوله فيه نظر) لأنه صرح بعدم صحة النكاح المعلق فى الفتح والخلاصة والبزازية عن الأصل والخانية والتتارخانية وفتاوى أبى الليث وجامع الفصولين والقنية . ولعله اشتبه عليه النكاح المعلق على شرط بالنكاح المشروط معه شرط فاسد وبينهما فرق واضح شرنبلالية (قوله كتزوجتك) بفتح كاف الخطاب (قوله لم يصح) كلام المتن غنى عنه (قوله ولكن لايبطل الخ) لما كان يتوهم أنه لافرق بين النكاح المعلق بالشرط الفاسد والمقرون بالشرط الفاسد كما وقع لصاحب الدرر أتى بالاستدراك وإن كان الثانى مسألة مستقلة ، ولذا قال الشارح بعده بخلاف مالو علقه بالشرط ، وفيه تنبيه على منشأ وهم الدرر فافهم (قوله يعنى لو عقد) أتى بالعناية لإيهام كلام المصنف أن هذا من تتمة المسألة الأولى مع أنه مسألة مستقلة ، وإنما أتى فى أولها بالاستدراك للتنبيه المار (قوله مع شرط فاسد) كما إذا قال تزوجتك على أن لا يكون لك مهر فيصح النكاح ويفسد الشرط ويجب مهر المثل (قوله إلا أن يعلقه) استثناء من قوله لايصح تعليقه بالشرط (قوله ماض) أى مستمر إلى الحال ، وقيد به احترازا عن تعليقه بمستقبل كائن لامحالة كمجىء الغد ، وقوله كائن وإن كان اسم فاعل وهو حقيقة فى المتلبس بالفعل فى الحال لكنه يستعمل بالمعنى الثانى فافهم (قوله وكذا الخ) عطف على قوله إلا أن يعلقه ومثاله مافى المنح عن الفصول العمادية : لو قال تزوجتك بألف درهم إن رضى فلان اليوم ، فإن كان فلان حاضرا فقال رضيت جاز النكاح استحسانا ، وإن كان غير حاضر لم يجز اهـ (قوله وعممه المصنف بحثا) حيث قال بعد نقل كلام العمادية : وينبغى أن يجرى هذا التفصيل فى مسألة التعليق برضا الأب إذ لافرق بينهما فيما يظهر اهـ أى لافرق بين إن رضى أبى أو إن رضى فلان فى التفصيل فيهما .

قلت : بل إذا جاز التعليق برضا فلان الأجنبى الحاضر يجوز تعليقه برضا الأب بالأولى لأن الأب له ولاية

لكن فى النهر قبيل كتاب الصرف فى مسألة التعليق برضا الأب والحق الإطلاق فليتأمل المفتى .

باب الولى

(هو) لغة : خلاف العدو . وعرفا : العارف بالله تعالى وشرعا : (البالغ العاقل الوارث) ولو فاسقا على المذهب مالم يكن متهتكا ، وخرج نحو صبى ووصى

فى الجملة ، وله حق الاعتراض لو الزوج غير كفء . وله كمال الشفقة فيختار لها المناسب فكيف يقال بالجواز فى الأجنبى دون الأب على أنه قد نص على هذا التفصيل فى مسألة الأب أيضا فى الظهيرية حيث قال : لو كان الأب حاضرا فى المجلس فقبل جاز فما بحثه المصنف موافق للمنقول (قوله لكن فى النهر) استدراك على مابحثه المصنف . وعبارة النهر بعد أن ذكر كلام الظهيرية ، وهو مشكل والحق ما فى الخانية اهـ . والذى فى الخانية هو قوله : تزوجتك إن أجاز أبى أو رضى فقالت قبلت لايصح لأنه تعليق والنكاح لايحتمل التعليق اهـ .

قلت : الظاهر حمل ما فى الخانية على ما إذا كان الأب غير حاضر فى المجلس ، أو على أن ذلك هو القياس لأنه فى الخانية ذكر بعد ذلك مسألة التعليق برضا فلان فقال إن كان فلان حاضرا فى المجلس ورضى جاز استحسانا وإلا فلا وإن رضى اهـ وبما قلنا يحصل التوفيق بين كلاميه مالم يثبت الفرق بين الأب وغيره ، وقد علمت من عبارة الظهيرية عدمه وأن الجواز فى الأب ثابت بالأولى ولم نر أحدا صرح بتصحيح خلاف هذا حتى يتبع فافهم .

باب الولى

لما ذكر النكاح وألفاظه ومحله شرع فى بيان عاقده وأخره لأنه ليس من شروط صحته فى جميع الصور والولى فعيل بمعنى فاعل ط (قوله وعرفا) أى فى عرف أهل أصول الدين . قال فى البحر : وفى أصول الدين هو العارف بالله تعالى بأسمائه وصفاته حسبما يمكن المواظب على الطاعات المجتنب عن المعاصى الغير المنهمك فى الشهوات واللذات كما فى شرح العقائد ح (قوله الوارث) كذا فى الفتح وغيره . قال الرملى : وذكره مما لاينبغى إذ الحاكم ولى وليس بوارث اهـ .

قلت : وكذا سيد العبد فالتعريف خاص بالولى من جهة القرابة (قوله على المذهب) وما فى البزازية من أن الأب أو الجد إذا كان فاسقا ، فللقاضى أن يزوج من الكفء . قال فى الفتح إنه غير معروف فى المذهب (قوله مالم يكن متهتكا) فى القاموس : رجل منهتك ومتهتك ومستهتك لايبالى أن يهتك ستره اهـ قال فى الفتح عقب مانقلنا عنه آنفا ، نعم إذا كان متهتكا لاينفذ تزويجه إياها بنقص عن مهر المثل ومن غير كفء وسيأتى هذا اهـ .

وحاصله أن الفسق وإن كان لايسلب الأهلية عندنا ، لكن إذا كان الأب متهتكا لاينفذ تزويجه إلا بشرط المصلحة . ومثله ماسيأتى من قول المصنف ولزم ولو بغبن فاحش أو بغير كفء إن كان الولى أبا أو جدا لم يعرف منهما سوء الاختيار وإن عرف لا اهـ وبه ظهر أن الفاسق المتهتك وهو بمعنى سيئ الاختيار لاتسقط ولايته مطلقا لأنه لو زوّج من كفء بمهر المثل صح كما سيأتى بيانه ، وهذا خلاف مامر عن البزازية ، ولايمكن التوفيق بحمل مامر على هذا لأن قوله فللقاضى أن يزوج من الكفء يقتضى سقوط ولاية الأب أصلا فافهم (قوله نحو صبى) أى كمجنون ومعتوه غير أن الصبى خرج بقوله البالغ والمجنون والمعتوه بالعاقل ط (قوله ووصى) أى ونحو وصى ممن ليس بوارث كعبد وككافر له بنت مسلمة ومسلم له بنت كافرة كما سيأتى ، نعم لو كان الوصى قريبا أو حاكما يملك

مطلقا على المذهب (والولاية تنفيذ القول على الغير) تثبت بأربع : قرابة، وملك ، وولاء، وإمامة (شاء أو أبى) وهي هنا نوعان : ولاية ندب على المكلفة ولو بكرا ، وولاية إجبار على الصغيرة ولو ثيباً ومعتوهة ومرقوقة كما أفاده بقوله (وهو) أي الولي (شرط) صحة (نكاح صغير ومجنون ورقيق) لا مكلفة (فنفذ نكاح حرة مكلفة

التزويج بالولاية كما سيأتي في الشرح عند بيان الأولياء (قوله مطلقا على المذهب) أي سواء أوصى إليه الأب بذلك أم لا، وفي رواية يجوز وكذا سواء عين له الموصي رجلا في حياته أولا خلافا لما في فتح القدير كما سيأتي (قوله والولاية الخ) بفتح الواو ، وما ذكره تعريفها الفقهي كما في البحر وإلا فمعناها اللغوي المحبة والنصرة كما في المغرب ، لكن ما ذكره تعريف لأحد نوعيها وهو ولاية الإجبار بقرينة قوله وهي هنا نوعان . وأفاد أن المذكور في المتن غير خاص بهذا الباب بل منه ولاية الوصي وقيم الوقف وولاية وجوب صدقة الفطر بناء على أن المراد بتنفيذ القول ما يكون في النفس أو في المال أو فيهما معا، والمراد في هذا الباب ما يشمل الأول والثالث دون الثاني (قوله تثبت) أي الولاية المذكورة والمراد هنا ولاية الاجبار في هذا الباب فقط ففيه شبه الاستخدام، وإلا فالولاية المعرفة أعم كما علمت ، وحيث كانت أعم فليس المراد بها الثابتة لخصوص الولي المعروف بالبالغ العاقل الوارث حتى يرد أنه ليس في الملك والإمامة إرث ، وحينئذ فلا حاجة إلى التكلف في الجواب بأن المراد بالارث المأخوذ في تعريف الولي هو أخذ المال بعد الموت من باب عموم المجاز ، فالإمام يأخذ مال من لا وارث له ليضعه في بيت المال ، والولي يأخذ كسب عبده المأذون في التجارة بعد موته وإن لم يكن ذلك إرثا حقيقة فإنه كما قال ط لا دليل على هذا المجاز والتعريف يصان عن مثل هذا فافهم (قوله قرابة) دخل فيها العصبات والأرحام (قوله وملك) أي ملك السيد لعبده أو أمته (قوله وولاء) أي ولاء العتاقة والموالاة كما سيأتي (قوله وإمامة) دخل فيها القاضي المأذون بالتزويج لأنه نائب عن الإمام (قوله شاء أو أبى) احترز به عن ولاية الوكيل (قوله وهي هنا) فيه شبه الاستخدام ، لأن الولاية المعرفة خاصة بولاية الإجبار ، وقيد بقوله هنا احترازا عن الولاية في غير النكاح كما قدمناه (قوله ولاية ندب) أي يستحب للمرأة تفويض أمرها إلى وليها كي لا تنسب إلى الوقاحة بحر وللخروج من خلاف الشافعي في البكر ، وهذه في الحقيقة ولاية وكالة (قوله على المكلفة) أي البالغة العاقلة (قوله ولو بكرا) الأولى أن يقول : ولو ثيبا ليفيد أن تفويض البكر إلى وليها يندب بالأولى لما علمته من علة الندب ، إلا أن يكون مراده الإشارة إلى خلاف الشافعي بقرينة ما بعده أي أنها تندب لا تجب ولو بكرا عندنا خلافا له (قوله ولو ثيبا) أشار إلى خلاف الشافعي فإنه يقول : إن ولاية الإجبار منوطة بالبكارة فيزوجها بلا إذنها ولو بالغة لا إن كانت ثيبا ولو صغيرة ، فالثيب الصغيرة لا تزوج عنده ما لم تبلغ لسقوط ولاية الأب (قوله ومعتوهة ومرقوقة) بالجر فيهما عطفا على قوله الصغيرة لعدم تقييدهما بالصغر ، والأولى تعريفهما بأل لئلا يتوهم عطفهما على ثيبا (قوله صغير الخ) الموصوف محذوف أي شخص صغير الخ فيشمل الذكر والأنثى (قوله لا مكلفة) الأولى زيادة حرة ليقابل الرقيق ط . وهذا تصريح بمفهوم المتن ذكره ليفيد أن قوله فنفذ مفرع عليه (قوله فنفذ الخ) أراد بالنفاذ الصحة وترتب الأحكام من طلاق وتوارث وغيرهما لا اللزوم، إذ هو أخص منها لأنه ما لا يمكن نقضه وهذا يمكن رفعه إذا كان من غير كفء، فقوله في الشرنبلالية أي ينعقد لازما في إطلاقه نظر . واحترز بالحرة عن المرقوقة ولو مكاتبة أو أم ولد وبالمكلفة عن الصغيرة والمجنونة ، فلا يصح إلا بولي كما قدمه ، وأما حديث « أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل » وحسنه الترمذي وحديث « لا نكاح إلا بولي » رواه أبو داود وغيره ، فمعارض بقوله صلى الله عليه وسلم « الأيم أحق بنفسها من وليها » رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي ومالك في الموطأ ،

بلا) رضا (ولى) والأصل أن كل من تصرف فى ماله تصرف فى نفسه ومالا فلا (وله) أى للولى (إذا كان عصبة) ولوغير محرم كابن عم فى الأصح خانية ، وخرج ذوو الأرحام والأم والقاضى (الاعتراض فى غير الكفء) فيفسخه القاضى ويتجدد بتجدد النكاح (مالم) يسكت حتى (تلد منه) لئلا يضيع الولد وينبغى إلحاق الحبل الظاهر به (ويفتى) فى غير الكفء

والأيم من لازوج لها بكرا أولا فإنه ليس للولى إلا مباشرة العقد إذا رضيت وقد جعلها أحق منه به ، ويترجح هذا بقوة السند والاتفاق على صحته ، بخلاف الحديثين الأولين فإنهما ضعيفان أو حسنان ، أو يجمع بالتخصيص ، أو بأن النفي للكمال ، أو بأن يراد بالولى من يتوقف على إذنه أى لانكاح إلا بمن له ولاية لينفى نكاح الكافر للمسلمة والمعتوهة والعبد والأمة ، والمراد بالباطل حقيقته على قول من لم يصحح مباشرته من غير كفء ، أو حكمه على قول من يصححه أى للولى أن يبطله وكل ذلك سائغ فى إطلاقات النصوص ويجب ارتكابه لدفع المعارضة وتمام الكلام على ذلك مبسوط فى الفتح (قوله والأصل الخ) عبارة البحر : والأصل هنا أن كل من يجوز تصرفه فى ماله بولاية نفسه الخ فإنه يخرج الصبى المأذون ، فإنه وإن جاز تصرفه فى ماله لكن لابولاية نفسه ؛ لكن يرد على العكس المحجورة فإنها تملك النكاح وإن لم تملك التصرف فى مالها على قولهما بالحجر على الحر فالأصل مبنى على قول الإمام تأمل (قوله إذا كان عصبة) أى بنفسه ، فلا يرد العصبة بالغير كالبنت مع الابن ، ولا العصبة مع الغير كالأخت مع البنت كما فى البحر ح (قوله فى غير الكفء) أى فى تزويجها نفسها من غير كفء ، وكذا له الاعتراض فى تزويجها نفسها بأقل من مهر مثلها ، حتى يتم مهر المثل أو يفرق القاضى كما سيذكره المصنف فى باب الكفاءة (قوله فيفسخه القاضى) فلا تثبت هذه الفرقة إلا بالقضاء لأنه مجتهد فيه وكل من الخصمين يتشبث بدليل ، فلا ينقطع النكاح إلا بفعل القاضى والنكاح قبله صحيح يتوارثان به إذا مات أحدهما قبل القضاء وهذه الفرقة فسخ لاتنقص عدد الطلاق ، ولا يجب عندها شىء من المهر إن وقعت قبل الدخول وبعده لها المسمى وكذا بعد الخلوة الصحيحة ، وعليها العدة ولها نفقة العدة لأنها كانت واجبة فتح ، ولها أن لاتمكنه من الوطء حتى يرضى الولى كما اختاره الفقيه أبو الليث لأن الولى عسى أن يفرق فيصير وطء شبهة ، وأما على المفتى به الآتى فهو حرام لعدم الانعقاد أفاده فى البحر (قوله ويتجدد) أى اعتراض الولى بتجدد النكاح ، كما لوزوجها الولى بإذنها من غير كفء فطلقها ثم زوجت نفسها منه ثانياً كان لذلك الولى التفريق ، ولا يكون الرضا بالأول رضا بالثانى فتح ، وقيد بتجديد النكاح لأنه لو طلقها رجعيا ثم راجعها فى العدة ليس للولى الاعتراض كما ذكره فى الذخيرة (قوله مالم يسكت حتى تلد) زاد لفظ يسكت للإشارة إلى أن سكوته قبل الولادة لايكون رضا ، وأن هذه ليست من المسائل التى نزل فيها السكوت منزلة القول كما ستأتى الإشارة إليها ، ويفهم منه أنه لو لم يسكت بل خاصم حين علم فكذلك بالأولى فافهم ، لكن يبقى الكلام فيما لو لم يعلم أصلا حتى ولدت فهل له حق الاعتراض ؟ ظاهر المتن لاوظاهر الشرح نعم تأمل (قوله لئلا يضيع الولد) أى بالتفريق بين أبويه ، فإن بقاءهما مجتمعين على تربيته أحفظ له بلا شبهة فافهم (قوله وينبغى الخ) البحث لصاحب البحر ح (قوله ويفتى فى غير الكفء الخ) قيد بذلك لئلا يتوهم عوده إلى قوله : فنفذ نكاح الخ وللاحتراز عما لو تزوجت بدون مهر المثل ، فقد علمت أن للولى الاعتراض أيضا ، والظاهر أنه لاخلاف فى صحة العقد وأن هذا القول المفتى به خاص بغير الكفء كما أشار إليه الشارح ، ولم أر من أجرى هذا القول فى المسألتين ، والفرق إمكان الاستدراك بإتمام مهر المثل فلذا قالوا له الاعتراض حتى يتم مهر المثل أو يفرق القاضى فإذا أتم المهر زال سبب الاعتراض بخلاف عدم الكفاءة ، هذا

(بعدم جوازه أصلا) وهو المختار للفتوى (لفساد الزمان) فلا تحل مطلقة ثلاثا نكحت غير كفء بلا رضا ولى بعد معرفته إياه فليحفظ (و) بناء (على الأول) وهو ظاهر الرواية (فرضا البعض) من الأولياء قبل العقد أو بعده (كالكل) لثبوته لكل كلا كولاية أمان وقود وسنحققه فى الوقف (او استووا فى الدرجة وإلا فللأقرب) منهم

ماظهر لى فافهم (قوله بعدم جوازه أصلا) هذه رواية الحسن عن أبى حنيفة ، وهذا إذا كان لها ولى لم يرض به قبل العقد، فلا يفيد الرضا بعده بحر. وأما إذا لم يكن لها ولى فهو صحيح نافذ مطلقاً اتفاقاً كما يأتى، لأن وجه عدم الصحة على هذه الرواية دفع الضرر عن الأولياء ، أما هى فقد رضيت بإسقاط حقها فتح ، وقول البحر : لم يرض به يشمل ما إذا لم يعلم أصلا فلا يلزم التصريح بعدم الرضا بل السكوت منه لايكون رضا كما ذكرنا فلابد حينئذ لصحة العقد من رضاه صريحاً، وعليه فلوسكت قبله ثم رضى بعده لايفيد فليتأمل (قوله وهو المختار للفتوى) وقال شمس الأئمة وهذا أقرب إلى الاحتياط كذا فى تصحيح العلامة قاسم لأنه ليس كل ولى يحسن المرافعة والخصومة ولا كل قاض يعدل ، ولوأحسن الولى وعدل القاضى فقد يترك أنفة للتردد على أبواب الحكام واستثقالا لنفس الخصومات فيتقرر الضرر فكان منعه دفعا له فتح (قوله نكحت) نعت لمطلقة وقوله بلا رضا متعلق بنكحت وقوله بعد ظرف للرضا ، والضمير فى معرفته للولى وفى إياه لغير الكفء ، وقوله بلا رضا نفى منصب على المقيد الذى هو رضا الولى والقيد الذى هو بعد معرفته إياه فيصدق بنفى الرضا بعد المعرفة وبعدمها وبوجود الرضا مع عدم المعرفة ، ففى هذه الصور الثلاثة لاتحل وإنما تحل فى الصورة الرابعة وهى رضا الولى بغير الكفء مع علمه بأنه كذلك اهـ ح .

قلت : والأنسب أن يقول مع علمه به عينا لما فى البحر : لو قال الولى رضيت بتزوجها من غير كفء ولم يعلم بالزوج عينا هل يكفى صارت حادثة الفتوى . وينبغى لايكفى لأن الرضا بالمجهول لايصح كما ذكره فى الخانية فيما إذا استأذنها الولى ولم يسم الزوج فقال لأن الرضا بالمجهول لايتحقق ولم أره منقولا اهـ . وأقره فى النهر لكن ليس على عمومه لما سيأتى فى كلام الشارح أنها لوفوضت الأمر إليه يصح كقولها زوجنى ممن تختاره ونحوه . قال الخير الرملى : ومقتضاه أن الولى لو قال لها أنا راض بما تفعلين أو زوجى نفسك ممن تختارين ونحوه أنه يكفى وهو ظاهر لأنه فوض الأمر إليها ولأنه من باب الإسقاط اهـ (قوله فليحفظ) قال فى الحقائق شرح المنظومة النسفية وهذا مما يجب حفظه لكثرة وقوعه اهـ . وقال الكمال : لأن المحلل فى الغالب يكون غير كفء ، وأما لو باشر الولى عقد المحلل فإنها تحل للأول اهـ . وفى البحر وهذا كله إذا كان لها ولى وإلا فهو صحيح مطلقا اتفاقا (قوله وهو ظاهر الرواية) وبه أفتى كثير من المشايخ فقد اختلف الإفتاء بحر لكن علمت أن الثانى أقرب إلى الاحتياط (قوله قبل العقد أو بعده) فيه أن الرضا قبل العقد يصح على كل من الأول والثانى ، وأما المبنى على الأول فقط فهو الرضا بعد العقد ، فإنه يصح عليه لا على الثانى المفتى به كما قدمناه عن البحر وكلام المتن يوهم أنه على الثانى لايكون رضا البعض كالكل ولا وجه له ولعل الشارح قصد بما ذكره دفع هذا الإيهام تأمل (قوله لثبوته لكل كلا) لأنه حق واحد لايتجزأ لأنه ثبت بسبب لايتجزأ بحر (قوله كولاية أمان وقود) فإذا أمن مسلم حربيا ليس لمسلم آخر أن يتعرض للحربى أو لماله ، وإذا عفا أحد أولياء القصاص ليس لولى آخر طلبه ح (قوله وسنحققه فى الوقف) حيث زاد على ماهنا مما يقوم فيه البعض مقام الكل بعض مستحق الوقف ينتصب خصما عن الكل ، وكذا بعض الورثة وكذا إثبات الاعسار فى وجه أحد الغرماء وولاية المطالبة بإزالة الضرر العام عن طريق المسلمين (قوله وإلا الخ) أى

(حق الفسخ وإن لم يكن لها ولى فهو) أى العقد (صحيح) نافذ (مطلقا) اتفاقا (وقبضه) أى ولى له حق الاعتراض (للمهر ونحوه) مما يدل على الرضا (رضا) دلالة إن كان عدم الكفاءة ثابتا عند القاضى قبل مخاصمته وإلا لم يكن رضا كما (لا) يكون (سكوته) رضا مالم تلد، وأما تصديقه بأنه كفء، فلا يسقط حق الباقين مبسوط (ولا تجبر البالغة البكر على النكاح) لانقطاع الولاية بالبلوغ (فإن استأذنها هو) أى الولى وهو السنة

وإن لم يستووا فى الدرجة، وقد رضى الأبعد فللأقرب الاعتراض بحر عن الفتح وغيره (قوله وإن لم يكن لها ولى الخ) أى عصبة كما مر، والأولى التعبير به وهذا الذى ذكره المصنف من الحكم ذكره فى الفتح بحثا بصيغة ينبغى أخذا من التعليل بدفع الضرر عن الأولياء، وأنها رضيت بإسقاط حقها وجزم به فى البحر فتبعه المصنف، والظاهر أنه لو كان لها عصبة صغير فهو بمنزلة من لا ولى لها لأنه لا ولاية له وكذا لو كان عبدا أو كافرا كما سيشير إليه الشارح عند قوله الولى فى النكاح العصبة الخ كما سنبينه هناك، وعلى هذا فلو بلغ أو عتق أو أسلم لايتجدد له حق الاعتراض. وأما لو كان لها عصبة غائب فهو كالحاضر، لأن ولايته لاتنقطع بدليل أنه لو زوج الصغيرة حيث هو صح، وإن كان لها ولى آخر حاضر على مافيه من الخلاف كما سيأتى، والظاهر أيضا أن هذا فى البالغة أما الصغيرة فلا يصح لأنها لم ترض بإسقاط حقها؛ ألا ترى أنها لو كان لها عصبة فزوجها من غير كفء لم يصح فكذا إذا لم يكن لها عصبة هذا كله. ماظهر لى تفقها من كلامهم ولم أره صريحا (قوله مطلقا) أى سواء نكحت كفؤا أو غيره ح (قوله اتفاقا) أى من القائلين برواية ظاهر المذهب والقائلين برواية الحسن المفتى بها (قوله أى ولى له حق الاعتراض) يوهم أن الولى فى قوله: وإن لم يكن لها ولى المراد به مايشمل الأرحام وليس كذلك كما علمت فالمناسب ذكر هذا التفسير هناك ليعلم المراد فى الموضعين. ويرتفع الايهام المذكور (قوله ونحوه) بالرفع عطفا على قبضه أى ونحو قبض المهر كقبض النفقة أو المخاصمة فى أحدهما وإن لم يقبض وكالتجهيز ونحوه فتح (قوله إن كان الخ) كذا ذكره فى الذخيرة وأقره فى البحر والنهر والشرنبلالية وشرح المقدسى، وظاهره أن هذا شرط فى الرضا دلالة فقط، وأن مجرد العلم بعدم الكفاءة لايكفى هنا بخلاف الرضا الصريح حيث يكفى فيه العلم فقط لكن هذا مخالف لإطلاق المتون ولم يذكره فى الفتح، ولا فى كافى الحاكم الذى جمع كتب ظاهر الرواية، وأيضا فوجهه غير ظاهر إلا أن يكون الفرق انحطاط رتبة الدلالة عن الصريح فليتأمل.

وصورة المسألة: أن تكون هذه المرأة تزوجت غير كفء فخاصم الولى، وأثبت عند القاضى عدم الكفاءة فقبض الولى المهر قبل التفريق أو فرق القاضى بينهما ثم تزوجته ثانيا بلا إذن الولى فقبض المهر (قوله كما لايكون الخ) مكرر بقوله المار مالم يسكت حتى تلد (قوله وأما تصديقه الخ) قال فى البحر: قيد بالرضا لأن التصديق بأنه كفء من البعض لايسقط حق من أنكرها. قال فى المبسوط: لو ادعى أحد الأولياء أن الزوج كفء وأثبت الآخر أنه ليس بكفء يكون له أن يطالبه بالتفريق، لأن المصدق ينكر سبب الوجوب، وإنكار سبب الشىء لايكون إسقاطاله اهـ.

وفى الفوائد التاجية: أقام وليها شاهدين بعدم الكفاءة وأقام زوجها بالكفاءة لايشترط لفظ الشهادة لأنه إخبار اهـ (قوله ولاتجبر البالغة) ولا الحر البالغ والمكاتب والمكاتبة ولو صغيرين ح عن القهستانى (قوله البكر) أطلقها فشمل ما إذا كانت تزوجت قبل ذلك، وطلقت قبل زوال البكارة فتزوج كما تزوج الأبكار نص عليه فى الأصل بحر (قوله وهو السنة) بأن يقول لها قبل النكاح فلان يخطبك أو يذكرك فسكتت، وإن زوجها بغير استئمار فقد أخطأ السنة وتوقف على رضاها بحر عن المحيط. واستحسن الرحمتى ماذكره الشافعية من أن السنة فى الاستئذان أن

(أو وكيله أو رسوله أو زوّجها) وليها وأخبرها رسوله أو فضولى عدل (فسكتت) عن رده مختارة (أو ضحكت غير مستهزئة أو تبسمت أو بكت بلا صوت) فلو بصوت لم يكن إذنا ولاردا حتى لو رضيت بعده انعقد معراج وغيره ، فما فى الوقاية والملتقى فيه نظر (فهو إذن) أى توكيل فى الأول إن اتحد الولى ، فلو تعدد الزوج

يرسل إليها نسوة ثقات ينظرن مافى نفسها والأم بذلك أولى لأنها تطلع على مالا يطلع عليه غيرها اﻫ (قوله أو وكيله أو رسوله) الأول أن يقول وكلتك تستأذن لى فلانة فى كذا ، والثانى أن يقول : اذهب إلى فلانة وقل لها إن أخاك فلانا يستأذنك فى كذا (قوله وأخبرها رسوله الخ) أفاد أن قول المصنف : أو زوجها محمول على ما إذا زوّجها فى غيبتها ، وهذا وإن كان خلاف المتبادر منه ، لكن يرجحه دفع التكرار مع قوله الآتى وكذا إذا زوجها عندها فسكتت .

وفى البحر : واختلف فيما إذا زوجها غير كفء فبلغها فسكتت ، فقالا لايكون رضا . وقيل فى قول أبى حنيفة يكون رضا إن كان المزوج أبا أو جدا وإن كان غيرهما فلا كما فى الخانية أخذا من مسألة الصغيرة المزوجة من غير كفء اﻫ . قال فى النهر : وجزم فى الدراية بالأول بلفظ قالوا (قوله أو فضولى عدل) الشرط فى الفضولى العدالة أو العدد ، فيكفى إخبار واحد عدل أو مستورين عند أبى حنيفة ، ولا يكفى إخبار واحد غير عدل ، ولها نظائر ستأتى فى متفرقات القضاء (قوله فسكتت) أى البكر البالغة بخلاف الابن الكبير فلا يكون سكوته رضا حتى يرضى بالكلام كافى الحاكم (قوله عن رده) قيد به إذ ليس المراد مطلق السكوت لأنها لو بلغها الخبر فتكلمت بأجنبى فهو سكوت هنا فيكون إجازة ؛ فلو قالت الحمد لله اخترت نفسى أو قالت هو دباغ لا أريده فهذا كلام واحد فهو رد بحر (قوله مختارة) أما لو أخذها عطاس أو سعال ، حين أخبرت فلما ذهب قالت لا أرضى أو أخذ فمها ثم ترك فقالت ذلك صح ردها لأن سكوتها كان عن اضطرار بحر (قوله غير مستهزئة) وضحك الاستهزاء لايخفى على من يحضره لأن الضحك إنما جعل إذنا لدلالته على الرضا ، فإذا لم يدل على الرضا لم يكن إذنا بحر وغيره (قوله أو بكت بلا صوت) هو المختار للفتوى لأنه حزن على مفارقة أهلها بحر : أى وإنما يكون ذلك عند الإجازة معراج (قوله فما فى الوقاية والملتقى) أى من أنه هو والبكاء بلا صوت إذن ومعه رد (قوله فيه نظر) أى لمخالفته لما فى المعراج ، ولايخفى مافيه فإن مافى الوقاية والملتقى ذكر مثله فى النقاية والإصلاح والمتون مقدمة على الشروح .

وفى الشارح الجامع الصغير لقاضيخان : وإن بكت كان ردا فى إحدى الروايتين عن أبى يوسف ، وعنه فى رواية يكون رضا . قالوا : إن كان البكاء عن صوت وويل لايكون رضا وإن كان عن سكوت فهو رضا اﻫ وبه ظهر أن أصل الخلاف فى أن البكاء هل هو رد أولا ، وقوله قالوا الخ توفيق بين الروايتين ، فعنى لايكون رضا أنه يكون ردا كما فهمه صاحب الوقاية وغيره ، وصرح به أيضا فى الذخيرة حيث قال بعد حكاية الروايتين ، وبعضهم قالوا إن كان مع الصياح والصوت فهو رد وإلا فهو رضا وهو الأوجه وعليه الفتوى اﻫ كيف والبكاء بالصوت والويل قرينة على الرد وعدم الرضى ، وعن هذا قال فى الفتح بعد حكاية الروايتين ، والمعول اعتبار قرائن الأحوال فى البكاء والضحك فإن تعارضت أو أشكل احتيط . اﻫ فقد ظهر لك أن مافى المعراج ضعيف لا يعول عليه (قوله فهو إذن) أى وإن لم تعلم أنه إذن كما فى الفتح (قوله أى توكيل فى الأول) أى فيما إذا استأذنها قبل العقد حتى لو قالت بعد ذلك لا أرضى ولم يُعلم به الولى فزوجها صح كما فى الظهيرية لأن الوكيل لاينعزل حتى يعلم بحر (قوله فلو تعدد المزوّج الخ) عبارة البحر ، ولو زوجها وليان متساويان كل واحد منهما من رجل فأجازتهما معا بطلا لعدم الأولوية ، وإن سكتت بقيا موقوفين حتى تجيز أحدهما بالقول أو بالفعل وهو ظاهر الجواب كما فى البدائع اﻫ .

لم يكن سكوتها إذنا وإجازة في الثاني إن بقي النكاح لا لو بطل بموته ولو قالت بعد موته : زوجني أبي بأمرى وأنكرت الورثة فالقول لها فترث وتعتد ، ولو قالت : بغير أمرى لكنه بلغني فرضيت فالقول لهم وقولها غيره أولى منه رد قبل العقد لابعده . ولو زوّجها لنفسه فسكوتها رد بعد العقد لاقبله ، ولو استأذنها في معين فردت ثم زوجها منه فسكتت صح في الأصح بخلاف مالو بلغها فردت ثم قالت : رضيت لم يجز لبطلانه بالرد ، وللذا استحسنوا التجديد عند الزفاف لأن الغالب إظهار النفرة عند فجأة السماع ولو استأذنها فسكتت فوكل من يزوجها

ولا يخفى أن هذا في الاجازة والكلام الآن في التوكيل : أي الإذن قبل العقد ، لكن الظاهر أن الحكم لا يختلف في الموضعين إن زوجاها معا بعد الاستئذان ، أما لو استأذناها فسكتت فزوجاها متعاقبا من رجلين ينبغي أن يصح السابق منهما لعدم المزاحم فافهم (قوله وإجازة) عطف على توكيل ، وقوله في الثاني أي فيما استأذنها بعد العقد وهذا هو الأصح . وفي رواية لا يكون السكوت بعد العقد رضا كما بسطه في الفتح ، وقدمنا الخلاف أيضا فيما إذا زوّجها غير كفء فبلغها فسكتت (قوله لا لو بطل بموته) لأن الإجازة شرطها قيام العقد بحر (قوله فالقول لها) لأن الأصل أن المسلم المكلف لايعقد إلا العقد الصحيح النافذ (قوله فالقول لهم) لأنها أقرت أن العقد وقع غير تام ، ثم ادعت النفاذ بعد ذلك فلا يقبل منها لمكان التهمة بحر ، وحينئذ فلا ترث وهل تعتد ؟ فإن كانت صادقة في نفس الأمر ، فلا شك في وجوب العدة عليها ديانة وإلا فلا . نعم لو أرادت أن تتزوج تمنع مؤاخذة لها بقولها ، وأما لو تزوجت. ففي الذخيرة لو تزوجت المرأة ثم ادعت العدة فقال الزوج تزوجتك بعدها فالقول قوله لأنه يدعي الصحة اه فلعله يقال هنا كذلك لأن إقرارها السابق لم يثبت من كل وجه هذا ما ظهر لي (قوله وقولها غيره) أي غير هذا الزوج (قوله رد قبل العقد لا بعده) فرقوا بينهما بأنه يحتمل الإذن وعدمه فقبل النكاح لم يكن النكاح ، فلا يجوز بالشك وبعده كان فلا يبطل بالشك كذا في الظهيرية وهو مشكل ، لأنه لا يكون نكاحا إلا بعد الصحة ، وهي بعد الإذن فالظاهر أنه ليس بإذن فيهما بحر . وأصل الإشكال لصاحب الفتح . وأجاب عنه المقدسي بأن العقد إذا وقع ثم ورد بعده ما يحتمل كونه تقريرا له وكونه ردا ترجح بوقوعه احتمال التقرير ، وإذا ورد قبله مايحتمل الإذن وعدمه ترجح الرد لعدم وقوعه فيمنع من إيقاعه لعدم تحقق الإذن فيه (قوله ولو زوجها لنفسه الخ) محترز قول المصنف أو زوجها أي أن الولي لو تزوجها كابن العم إذا تزوج بنت عمه البكر البالغ بغير إذنها فبلغها فسكتت لا يكون رضا لأنه كان أصيلا في نفسه فضوليا في جانب المرأة فلم يتم العقد في قول أبي حنيفة ومحمد فلا يعمل الرضا ، ولو استأمرها في التزويج من نفسه فسكتت ، جاز إجماعا بحر عن الخانية .

والحاصل : أن الفضولي ولو من جانب إذا تولى طرفي العقد لا يتوقف عقده على الإجازة عندهما بل يقع باطلا ، بخلاف ما لو باشر العقد مع غيره من أصيل أو ولي أو وكيل أو فضولي آخر فإنه يتوقف اتفاقا كما سيأتي في آخر باب الكفاءة (قوله فسكتت) أما لو قالت حين بلغها قد كنت قلت إني لا أريد فلانا ولم تزد على هذا لم يجز النكاح لأنها أخبرت أنها على إبائها الأول ذخيرة (قوله بخلاف ما لو بلغها الخ) لأن نفاذا التزويج كان موقوفا على الاجازة ، وقد بطل بالرد والرد في الأول كان للاستئذان لا للتزوج العارض بعده ، لكن قال في الفتح : الأوجه عدم الصحة لأن ذلك الرد الصريح بضعف كون ذلك السكوت دلالة الرضا اه وأقره في البحر . وقد يقال : إنه قد تكون علمت بعد ذلك بحسن حاله ، وقد يكون ردها الأول حياء لما علمته من أن الغالب إظهار النفرة عند فجأة السماع ، ولو كانت على امتناعها الأول لصرحت بالرد كما صرحت به أولا ولم تسعها منه

ممن سماه جاز إن عرف الزوج والمهر كما فى القنية . واستشكله فى البحر بأنه ليس للوكيل أن يوكل بلا إذن، فقضاه عدم الجواز أو أنها مستثناة (إن علمت بالزوج) أنه من هو لتظهر الرغبة فيه أو عنه ،ولو فى ضمن العام كجيراني أو بنى عمى لو يحصون وإلا لا مالم تفوض له الأمر (لا) العلم (بالمهر) وقيل يشترط ، وهو قول المتأخرين بحر عن الذخيرة وأقره المصنف ، وما صححه فى الدرر عن الكاف رده الكمال

(قوله إن عرف) بالبناء للمجهول ونائب الفاعل ضمير المرأة(١) والذى فى البحر: إن عرفت (قوله والمهر) ينبغى أن يكون على الخلاف كما فى مسألة المتن الآتية ح (قوله واستشكله فى البحر الخ) يؤيده ما قدمناه أول النكاح فى أن قوله : زوجنى توكيل أو إيجاب عن الخلاصة لو قال الوكيل : هب ابنتك لفلان فقال وهبت لا ينعقد ما لم يقل الوكيل بعده قبلت لأن الوكيل لايملك التوكيل اه فهذا يدل على أن الوكيل ليس له التوكيل فى النكاح ، وأنه ليس من المسائل التى استثنوها من هذه القاعدة . وقال الرحمتى هناك وفى حاشية الحموى على الأشباه عن كلام محمد فى الأصل : إن مباشرة وكيل الوكيل بحضرة الوكيل فى النكاح لاتكون كمباشرة الوكيل بنفسه بخلافه فى البيع . وفى مختصر عصام أنه جعله كالبيع فباشرته بحضرته كمباشرته بنفسه اه فيمكن أن يكون ما فى القنية مفرعا على رواية عصام لكن الأصل وهو المبسوط من كتب ظاهر الرواية فالظاهر عدم الجواز فافهم (قوله ولو فى ضمن العام) وكذا لو سمى لها فلانا أو فلانا فسكتت فله أن يزوجها من أيهما شاء بحر (قوله لو يحصون) عبارة الفتح وهم محصورون معروفون لها اه ، ومقتضاها أنها لولم تعرفهم لم يصح وإن كانوا محصورين (قوله وإلا لا) كقوله أزوجك من رجل أو من بنى تميم بحر (قوله ما لم تفوض له الأمر) أما إذا قالت أنا راضية بما تفعله أنت بعد قوله إن أقواما يخطبونك أو زوجنى ممن تختاره ونحوه ، فهو استئذان صحيح كما فى الظهيرية وليس له بهذه المقالة أن يزوجها من رجل ردت نكاحه أولا لأن المراد بهذا العموم غيره كالتوكيل بتزويج امرأة ليس للوكيل أن يزوجه مطلقته إذ كان الزوج قد شكا منها للوكيل وأعلمه بطلاقها كما فى الظهيرية بحر (قوله لا العلم بالمهر) أشار بتقدير العلم إلى أن المصنف راعى المعنى فى عطفه المهر على التزوج ، وأصل التركيب بشرط العلم بالزوج لا المهر ح (قوله وقيل يشترط) أشار إلى ضعفه وإن قال فى الفتح إنه الأوجه ، لأن صاحب الهداية صحح الأول وقال فى البحر إنه المذهب لقول الذخيرة إن إشارات كتب محمد تدل عليه اه .

قلت : وعلى القول باشتراط تسميته يشترط كونه مهر المثل فلا يكون السكوت رضا بدونه كما فى البحر عن الزيلعى . وبقى على القول بعدم الاشتراط . فهل يشترط أن يزوجها بمهر المثل ؟ حتى لو نقص عنه لم يصح العقد إلا برضاها صارت حادثة الفتوى .

ورأيت فى الحادى عشر من البزازية وإن لم يذكر المهر فزوج الوكيل بأكثر من مهر المثل بمالا يتغابن الناس فيه أو بأقل من المثل بما لايتغابن فيه الناس صح عنده خلافا لهما ، لكن للأولياء حق الاعتراض فى جانب المرأة دفعا للعار عنهم اه أى إذا رضيت بذلك ، ومقتضاه أنه إذا كان الوكيل هو الولى كما فى حادثتنا ورضيت به صح وإلا فلا تأمل (قوله وما صححه فى الدرر) أى من التفصيل . وهو أن الولى إن كان أبا أوجدا فذكر الزوج يكفى لأن الأب لو نقص عن مهر المثل لا يكون إلا لمصلحة تزيد عليه وإن كان غيرهما فلابد من تسمية الزوج والمهر (قوله عن الكاف) أى ناقلا تصحيحه عن الكاف فافهم (قوله رده الكمال) بقوله وما ذكر من التفصيل ليس بشىء

---

(١) (قوله ضمير المرأة) لعل النسخة التى وقعت للمحشى ليس فيها لفظ الزوج وإلا فالنسخ التى بأيدينا ما رأيته بالهامش فليحرر الصواب اه مصححه .

(وكذا إذا زوجها الولى عندها) أى بحضرتها (فسكتت) صح (فى الأصح) إن علمته كامر والسكوت كالنطق فى سبع وثلاثين مسألة مذكورة فى الأشباه (فإن استأذنها غير الأقرب) كأجنبى أو ولى بعيد (فلا) عبرة لسكوتها (بل لابد من القول كالثيب) البالغة لافرق بينهما إلا فى السكوت لأن رضاهما يكون بالدلالة

لأن ذلك فى تزويجه الصغيرة بحكم الجبر ، والكلام فى الكبيرة التى وجب مشاورته لها والأب فى ذلك كالأجنبى (قوله إن علمته) أى الزوج . وأما المهر ففيه ما مر آنفا كما نبه عليه فى البحر (قوله فى سبع وثلاثين مسألة مذكورة فى الأشباه) أى فى قاعدة لا ينسب إلى ساكت قول . وذكر المحشى عبارته بتمامها وزاد عليها ط عن الحموى مسائل أخر سيذكرها الشارح فى الفوائد التى ذكرها بين كتاب الوقف وكتاب البيوع ، وسيأتى الكلام عليها كلها هناك إن شاء الله تعالى (قوله كأجنبى) المراد به من ليس له ولاية فشمل الأب إذا كان كافرا أو عبدا أو مكاتبا لكن رسول الولى قائم مقامه فيكون سكوتها رضا عند استئذانه كما فى الفتح والوكيل كذلك كما فى البحر عن القنية (قوله أو ولى بعيد) كالأخ مع الأب إذا لم يكن الأب غائبا غيبة منقطعة كما فى الخانية (قوله فلا عبرة لسكوتها) وعن الكرخى يكفى سكوتها فتح (قوله كالثيب البالغة) أما الصغيرة فلا استئذان فى حقها كالبكر الصغيرة فتح (قوله إلا فى السكوت) حيث يكون سكوت البكر البالغة إذنا فى حق الولى الأقرب ، ولا يكون إذنا فى الثيب البالغة مطلقا ، والاستثناء منقطع ، لأن قول المصنف كالثيب تشبيه بالبكر التى استأذنها غير الأقرب ، وهذه لا فرق بينها وبين الثيب البالغة فى السكوت (قوله لأن رضاهما يكون بالدلالة الخ) أشار إلى ما أورده الزيلعى على الكنز وغيره ، من أن رضاها لايقتصر على القول ، فإنه لافرق بينهما فى اشتراط الاستئذان والرضا وفى أن رضاها قد يكون صريحا وقد يكون دلالة ، غير أن سكوت البكر رضا دلالة لحيائها دون الثيب ، لأن حياءها قد قل بالممارسة فتخلص المصنف عن ذلك بزيادة قوله : أو ما هو فى معناه الخ لكن أجاب فى الفتح بأن الحق أن الكل من قبيل القول إلا التمكين فيثبت دلالة لأنه فوق القول : أى لأنه إذا ثبت الرضا بالقول يثبت بالتمكين من الوطء بالأولى لأنه أدل على الرضا . واعترضه فى البحر بأن قبول التهنئة ليس بقول بل سكوت ، زاد فى النهر ولهذا عدوه فى مسائل السكوت .

قلت : وفيه نظر لأن مقتضى كلام الفتح أن المراد بقبول التهنئة مايكون قولا باللسان لا مجرد السكوت ، لأن مراده إدخال الجميع تحت القول ، ولذا لم يستثن إلا التمكين . ولا ينافيه قوله من قبيل القول ، لأن مراده أنه من قبيل القول الصريح بالرضا مثل قولها رضيت ونحوه بدليل أنه قال قبله إنه يكون إما بالقول كنعم ورضيت وبارك الله لنا وأحسنت . أو بالدلالة كطلب المهر أو النفقة الخ ثم قال : والحق أن الكل من قبيل القول أى من قبيل القول الذى ذكره ، وأما قوله فى النهر : ولهذا الخ ففيه أن المذكور فى مسائل السكوت قولهم إذا سكت الأب ولم ينف الولد مدة التهنئة لزمه ومعناه سكت عن نفى الولد لاعن جواب التهنئة .

وأما الجواب عن اعتراض البحر بأن قول الفتح إنه من قبيل القول أى لا من القول حقيقة بل هو منزل منزلته فلا يرد السكوت عند التهنئة ، ففيه أنه لو كان مراده ذلك لم يحتج إلى استثناء التمكين ولم يكن فيه دفع لما أورده الزيلعى ، لأن الزيلعى يقول إن الدلالة بمنزلة القول فى الإلزام فافهم ، نعم الذى يظهر ماقاله الزيلعى لأن الظاهر أن طلب المهر ونحوه لايلزم أن يكون بالقول ولذا عبر الشارح بقوله : من فعل يدل على الرضا ، ومقتضاه أن قبض المهر ونحوه رضا كما مر من جعله رضا دلالة فى حق الولى ، وبه صرح فى الخانية بقوله الولى إذا زوج الثيب فرضيت بقلبها ولم تظهر الرضا بلسانها كان لها أن ترد لأن المعتبر فيها الرضا باللسان أو الفعل الذى يدل

كما ذكره بقوله (أو ماهو فى معناه) من فعل يدل على الرضا (كطلب مهرها) ونفقتها (وتمكينها من الوطء) ودخوله بها برضاها ظهيرية (وقبول التهنئة) والضحك سرورا ونحو ذلك بخلاف خدمته أو قبول هديته (من زالت بكارتها بوثبة) أى نطة (أو) درور (حيض أو) حصول (جراحة أو تعنيس) أى كبر بكر حقيقة كتفريق بجب أو عنة أو طلاق أو موت بعد خلوة قبل وطء (أو زنى) وهذه فقط (بكر حكما) إن لم يتكرر ولم تحد به وإلا فثيب كموطوءة بشبهة أو نكاح فاسد (قال) الزوج للبكر البالغة (بلغك النكاح فسكت

على الرضا نحو التمكين من الوطء وطلب المهر وقبول المهر دون قبول الهدية وكذا فى حق الغلام اه (قوله ودخوله بها الخ) هذا مكرر والظاهر أنه تحريف والأصل وخلوته بها ، فإن الذى فى البحر عن الظهيرية ولو خلابها برضاها هل يكون إجازة لارواية لهذه المسألة ، وعندى إن هذا إجازة اه . وفى البزازية الظاهرة أنه إجازة (قوله والضحك سرورا) احترازعن الضحك استهزاء . قال فى البحر : وأما الضحك فذكر فى فتح القدير أولا أنه كالسكوت لايكفى وسلم هنا أنه يكفى وجعله من قبيل القول لأنه حروف اه .

قلت : وماهنا هو الموافق لما صرح به الزيلعى وغيره (قوله ونحو ذلك) كقبول المهر كما مر عن الخانية . والظاهر أن مثله قبول النفقة (قوله بخلاف خدمته) أى إن كانت تخدمه من قبل فى البحر عن المحيط والظهيرية ولو أكلت من طعامه أو خدمته كما كانت فليس برضا دلالة (قوله أى نطة) هى من فوق إلى أسفل والطفرة عكسها (قوله أى كبر) أى بلا تزويج فى النهر عن الصحاح يقال : عنست الجارية تعنس بضم النون عنوسا وعناسا فهى عانس إذا طال مكثها بعد إدراكها فى منزل أهلها حتى خرجت عن عداد الأبكار (قوله بكر حقيقة) خبر من وفى الظهيرية البكر اسم لامرأة لم تجامع بنكاح ولا غيره اه لأن مصيبها أول مصيب لها ومنه الباكورة لأول الثمار والبكرة بضم الباء لأول النهار وحاصل كلامهم أن الزائل فى هذه المسائل العذرة أى الجلدة التى على محل البكارة فكانت بكرا حقيقة وحكما ولذا تدخل فى الوصية لإبكار بنى فلان ولا يرد الجارية لو شريت على أنها بكر ، فوجدت زائلة العذرة بشىء من ذلك له ردها لأن المتعارف من اشتراط البكارة صفة العذرة أفاده فى البحر (قوله كتفريق بجب) أى كذات تفريق الخ ط ، وهو تنظير فى كونها بكرا حقيقة وحكما لاتمثيل فلا يرد أن هذه مازالت عذرتها ، فكيف يشبهها بمن زالت عذرتها ح (قوله أو طلاق) عطف على تفريق لا على جب ح (قوله بعد خلوة) يصلح ظرفا للتفريق والطلاق والموت ، لكن لما كان قوله قبل الوطء ظرفا للأخيرين فقط ، لعدم إمكان الوطء فى الأول : أما فى الجب فظاهر ، وأما فى العنة فلأن الوطء يمنع التفريق كان الأنسب تعلقه بالأخيرين فقط ، وفهم من قوله : بعد خلوة أنه لو وقع الطلاق أو الموت قبل الخلوة كانت بكرا حقيقة وحكما بالأولى وقيد بقوله قبل وطء لأنها بعد الوطء ثيب حقيقة وحكما اه ح (قوله وهذه فقط بكر حكما) أراد بالحكمى ماليس بحقيقى بدلالة المقابلة ، كما هو المتبادر ولذا حاول الشارح فى عبارة المصنف فقدر خبرا لمن ومبتدأ لبكر ، وإلا فعبارة المصنف فى نفسها صحيحة ، لأن الحقيقى حكمى أيضا والحكمى أعم لأنه قد يكون غير حقيقى ولكن لما كان المتبادر من إطلاق الحكمى إرادة ماليس بحقيقى أول عبارة المصنف ولم يقل بكر حكما فقط لما قلنا فافهم (قوله إن لم يتكرر ولم تحد به) هذا معنى قولهم إن لم يشتهر زناها يكتفى بسكوتها لأن الناس عرفوها بكرا ، فيعيبونها بالنطق ، فيكتفى بسكوتها كى لاتتعطل عليها مصالحها ، وقد ندب الشارع إلى ستر الزنى فكانت بكرا شرعا بخلاف ما إذا اشتهر زناها (قوله وإلا) صادق بثلاث صور ما إذا تكرر منها الزنا ولم تحد أو حدت ، ولم يتكرر أو تكرر وحدت ح (قوله كموطوءة بشبهة) أى فإنها ثيب حقيقة وحكما ح (قوله أو نكاح فاسد) عطف على بشبهة أى وكموطوءة بنكاح فاسد فافهم أما إذا لم توطأ فيه فهى بكر حقيقة وحكما

وقالت رددت) النكاح (ولابينة لهما) على ذلك (ولم يكن دخل بها طوعا) فى الأصح (فالقول قولها) بيمينها على المفتى به وتقبل بينته على سكوتها لأنه وجودى بضم الشفتين ولو برهنا

كما فى النكاح الصحيح ط (قوله وقالت رددت) أى ولم يوجد منها مايدل على الرضا كما فى الشرنبلالية ط (قوله ولابينة لهما) قيد به لأن أيهما أقام البينة قبلت بينته بحر وإن أقاماها فيأتى فى قوله ولو برهنا (قوله ولم يكن دخل بها طوعا) بأن لم يدخل أو دخل كرها واحترز به عما إذا دخل بها طوعا حيث لاتصدق فى دعوى الرد فى الأصح لأن التمكين من الوطء كالإقرار ، وعن هذا صحح فى الولوالجية أنها لو أقامت بعد الدخول البينة على الرد لم تقبل لكن فى حاشية الغزى على الأشباه أنه وقع اختلاف التصحيح فى قبول بينتها بعد الدخول على أنها كانت ردت النكاح قبل الإجازة ، ففى البزازية أن المذكور فى الكتب أنها تقبل وصحح فى الواقعات عدمه لتناقضها فى الدعوى والصحيح القبول لأنه وإن بطلت الدعوى ، فالبينة لاتبطل لقيامها على تحريم الفرج والبرهان عليه مقبول بلا دعوى قال الغزى : وقد ألف شيخنا العلامة على المقدسى فيها رسالة اعتمد فيها تصحيح القبول (قوله فالقول قولها) لأنه يدعى لزوم العقد وملك البضع والمرأة تدفعه ، فكانت منكرة ، ولا يقبل قول وليها عليها بالرضا لأنه يقر عليها بثبوت الملك ، وإقراره عليها بالنكاح بعد بلوغها غير صحيح كذا فى الفتح ، وينبغى أن لاتقبل شهادته لو شهد مع آخر بالرضا لكونه ساعيا فى إتمام ماصدر منه فهو متهم ولم أره منقولا بحر .

قلت : وفى الكافى للحاكم الشهيد وإذا زوج الرجل ابنته فأنكرت الرضا فشهد عليها أبوها وأخوها لم يجز اه فتأمل :

ثم اعلم أنه ذكر فى البحر فى باب المهر عند الكلام على النكاح الفاسد مانصه : وإذا ادعت فساده وهو صحته فالقول له وعلى عكسه فرق بينهما وعليها العدة ولها نصف المهر إن لم يدخل ، والكل إن دخل كذا فى الخانية . وينبغى أن يستثنى منه ماذكره الحاكم الشهيد فى الكافى من أنه لو ادعى أحدهما أن النكاح كان فى صغره فالقول قوله ولا نكاح بينهما ولا مهر لها إن لم يكن دخل بها قبل الإدراك اه مافى البحر .

قلت : وقد علل الأخيرة فى البزازية عن المحيط بقوله : لاختلافهما فى وجود العقد وعللها فى الذخيرة بقوله لأن النكاح فى حالة الصغر قبل إجازة الولى ليس بنكاح معنى الخ وذكر قبله أن الاختلاف لو فى الصحة والفساد فالقول لمدعى الصحة بشهادة الظاهر ، ولو فى أصل وجود العقد فالقول لمنكر الوجود .

قلت : وعلى هذا فلا استثناء لأن مافى الخانية من الأول وما فى الكافى من الثانى ولعل وجه قوله فى الخانية وعلى عكسه فرق بينهما الخ كونه مؤاخذا بإقراره فيسرى عليه ولذا كان لها المهر . ثم إن الظاهر أن مانحن فيه من قبيل الاختلاف فى أصل وجود العقد لأن الرد صير الإيجاب بلا قبول ، وكذا المسألة الآتية هذا ماظهر لى (قوله على المفتى به) وهو قولهما وعنده لايمين عليها ، كما سيأتى فى الدعوى فى الأشياء الستة بحر (قوله لأنه وجودى الخ) جواب عما يقال إن بينته على سكوتها بينة على النفى ، وهى غير مقبولة فأجاب : بأن السكوت وجودى لأنه عبارة عن ضم الشفتين ويلزم منه عدم الكلام كما فى المعراج زاد فى البحر أو هو نفى : يحيط به علم الشاهد ، فيقبل كما لو ادعت أن زوجها تكلم بما هو ردة فى مجلس ، فبرهن على عدم التكلم فيه تقبل ، وكذا إذا قال الشهود كنا عندها ولم نسمعها تتكلم ثبت سكوتها كما فى الجوامع اه ولايخفى أن الجواب الأول مبنى على المنع والثانى على التسليم وبحث فى الأول فى السعدية بما فى شرح العقائد ، من أن السكوت ترك الكلام ، وأقره عليه فى النهر .

فبينتها أولى إلا أن يبرهن على رضاها أو إجازتها (كما لو زوجها أبوها) مثلا زاعما عدم بلوغها (فقالت أنا بالغة والنكاح لم يصح وهي مراهقة وقال الأب) أو الزوج (بل هي صغيرة) فإن القول لها إن ثبت أن سنها تسع وكذا لو ادعى المراهق بلوغه ولو برهنا فبينة البلوغ أولى على الأصح بخلاف قول الصغيرة رددت حين بلغت وكذبها الزوج فالقول له لإنكاره زوال ملكه هذا لو اختلفا بعد زمان البلوغ ولو حالة البلوغ فالقول لها شرح وهبانية فليحفظ (وللولي) الآتي بيانه (إنكاح الصغير والصغيرة)

قلت : ويمكن الجواب بأن هذا تفسير باللازم ، وبحث في النفي أيضا بأنه مخالف لما في أيمان الهداية من باب اليمين في الحج والصلاة. من أن الشهادة على النفي غير مقبولة مطلقا أحاط به علم الشاهد أولا اه وكذا قال في البحر هناك. الحاصل : أن الشهادة على النفي المقصود لاتقبل ، سواء كان نفيا صورة أو معنى وسواء أحاط به علم الشاهد أولا اه .

قلت : وهذا في غير الشروط ، فلو قال إن لم أدخل الدار اليوم فكذا فشهدا أنه دخلها تقبل (قوله فبينتها أولى) لإثبات الزيادة أعني الرد فإنه زائد على السكوت بحر (قوله إلا أن يبرهن على رضاها أو إجازتها) أي فترجح بينته لاستوائهما في الإثبات وزيادة بينته باثبات اللزوم ، كذا في الشروح وعزاه في النهاية للتمرتاشي . وكذا هو في غير كتاب من الفقه لكن في الخلاصة عن أدب القاضي للخصاف أن بينتها أولى ففي هذه الصورة اختلاف المشايخ ، ولعل وجهه أن السكوت لما كان مما تتحقق الإجازة به لم يلزم من الشهادة بالإجازة كونها بأمر زائد على السكوت مالم يصرحوا بذلك كذا في الفتح وتبعه في البحر ، واستفيد منه التوفيق بين القولين بحمل الأول على ما إذا صرح الشهود بأنها قالت : أجزت أو رضيت ، وحمل الثاني على ما إذا شهدوا بأنها أجازت أو رضيت لاحتمال إجازتها بالسكوت فافهم (قوله كما لو زوجها الخ) أي أن الاختلاف في البلوغ كالاختلاف في السكوت كما في النهر (قوله مثلا) فالمراد الولي المجبر (قوله فإن القول لها) لأنها إذا كانت مراهقة كان المخبر به يحتمل الثبوت فيقبل خبرها لأنها منكرة وقوع الملك عليها عن البحر (قوله إن ثبت أن سنها تسع) تفسير للمراهقة كما يدل عليه كلام المنح ح (قوله وكذا لو ادعى المراهق بلوغه) بأن باع أبوه ماله فقال الابن أنا بالغ ولم يصح البيع وقال المشتري والأب إنه صغير فالقول للابن لأنه ينكر زوال ملكه وقد قيل بخلافه والأول أصح بحر عن الذخيرة (قوله ولو برهنا الخ) ذكره في البزازية عقب المسألة الأولى ، وكأن الشارح أخره ليفيد أن الحكم كذلك في المسألتين فافهم . استشكل بعض المحشين تصور البرهان على البلوغ .

قلت : وهو ممكن بالحبل أو الإحبال أو سن البلوغ أو رؤية الدم أو المني كما في الشهادة على الزنى (قوله على الأصح) راجع لمسألة المراهقة والمراهق ، فقد نقل التصحيح فيهما في البحر عن الذخيرة (قوله بخلاف قول الصغيرة) أي التي زوجها غير الأب والجد أما من زوجاها فلا خيار لها ط (قوله ردت حين بلغت الخ) أي قالت بعد مابلغت : رددت النكاح واخترت نفسي ، حين أدركت لم يقبل قولها لأن الملك ثابت عليها وتريد بذلك إبطال الثابت عليها كما في الذخيرة فافهم . وبهذا علم أن قولها ذلك بعد البلوغ وكأنه سماها صغيرة باعتبار ما كان زمن العقد أي المتحقق صغرها وقته بخلاف المراهقة المحتمل بلوغها وقته (قوله ولو حالة البلوغ) بأن قالت عند القاضي أو الشهود : أدركت الآن وفسخت فانه يصح كما يأتي بيانه (قوله وللولي الآتي بيانه) أي في قوله الولي في النكاح العصبة بنفسه الخ ، واحترز به عن الولي الذي له حق الاعتراض فإنه يخص العصبة كما مر وعن الوصي غير القريب كما مر ويأتي أيضا (قوله إنكاح الصغير والصغيرة) قيد بالانكاح لأن إقراره به عليهما لا يصح إلا بشهود

جبرا (ولو ثيبا) كمعتوه ومجنون شهرا (ولزم النكاح ولو بغبن فاحش) بنقص مهرها وزيادة مهره (أو) زوجها (بغير كفء إن كان الولى) المزوج بنفسه بغبن (أبا أو جدا) وكذا المولى وابن المجنونة (لم يعرف منهما سوء الاختيار) مجانة وفسقا

أو بتصديقهما بعد البلوغ كما سيذكره المصنف آخر الباب ، ولو قال وللولى إنكاح غير المكلف والرقيق لشمل المعتوه ونحوه .

[تتمة] ليس لغير الأب والجد أن يسلم الصغيرة قبل قبض ماتعورف قبضه من المهر ولو سلمها الأب له أن يمنعها أفاده ط وتمامه فى البحر .

قلت : وليس له تسليمها للدخول بها قبل إطاقة الوطء ولا عبرة للسن كما سيذكره الشارح فى آخر باب المهر (قوله ولو ثيبا) صرح به لخلاف الشافعى ، فإن علة الاجبار عنده البكارة وعندنا العجز بعدم العقل أو نقصانه وتوضيحه فى كتب الأصول (قوله كمعتوه ومجنون) أى ولو كبيرين والمراد كشخص معتوه الخ ، فيشمل الذكر والأنثى . قال فى النهر : فللولى إنكاحهما إذا كان الجنون مطبقا ، وهو شهر على ماعليه الفتوى . وفى منية المفتى بلغ مجنونا أو معتوها تبقى ولاية الأب كما كانت فلو جن أوعته بعد البلوغ تعود فى الأصح . وفى الخانية زوج ابنه البالغ بلا إذنه فجن قالوا ينبغى للأب أن يقول أجزت النكاح على ابنى لأنه يملك إنشاءه بعد الجنون (قوله ولزم النكاح) أى بلا توقف على إجازة أحد وبلا ثبوت خيار فى تزويج الأب والجد والمولى وكذا الإبن على ما يأتى (قوله ولو بغبن فاحش) هو مالا يتغابن الناس فيه أى لايتحملون الغبن فيه احترازا عن الغبن اليسير : وهو مايتغابنون فيه أى يتحملونه . قال فى الجوهرة : والذى يتغابن فيه الناس مادون نصف المهر كذا قاله شيخنا موفق الدين ، وقيل مادون العشر اه فعلى الأول الغبن الفاحش هو النصف فما فوقه ، وعلى الثانى العشر فما فوقه تأمل (قوله بنقص) الباء لتصوير الغبن أى أن الغبن يتصور فى جانب الصغيرة بالنقص عن مهر المثل ، وفى جانب الصغير بالزيادة (قوله أو زوجها بغير كفء) بأن زوج ابنه أمة أو بنته عبدا ، وهذا عند الإمام . وقالا لايجوز أن يزوجها غير كفء ولايجوز الحط ولا الزيادة إلا بما يتغابن الناس ح عن المنح . ولا ينبغى ذكر المثال الأول لأن الكفاءة غير معتبرة فى جانب المرأة للرجل أفاده فى الشرنبلالية ونحوه فى ط .

قلت . وعن هذا قال الشارح أو زوجها مضافا إلى ضمير المؤنثة مع تعميمه فى الغبن الفاحش بقوله بنقص مهرها وزيادة مهره فلله دره ما أمهره فافهم لكن فى هذا كلام نذكره قريبا (قوله المزوج بنفسه) احترز به عما إذا وكل وكيلا بتزويجها وسيأتى بيانه قريبا ح (قوله بغبن) كان عليه أن يقول أو بغير كفء ، ولو قال المزوج بنفسه على الوجه المذكور كما قال فى المنح لسلم من هذا ح (قوله وكذا المولى) أى إذا زوج الصغير أو الصغيرة المرقوقين ثم أعتقهما ثم بلغا ، فان نكاحهما لازم ولو من غير كفء أو بغير مهر المثل ، ولا يثبت لهما خيار البلوغ لكمال ولاية المولى فهو أقوى من الأب والجد ولأن خيار العتق يغنى عنه ط ، وهذا هو الصواب فى التصوير . وأما تصوير المسألة بما إذا كان الإعتاق قبل التزويج ، فغير صحيح لأنه فى هذه الصورة يثبت لهما خيار البلوغ كما سيذكره والكلام فى اللزوم بلا خيار كما فى الأب والجد فافهم (قوله وابن المجنونة) ومثلها المجنون قال فى البحر : المجنون والمجنونة إذا زوجهما الإبن ثم أفاقا لاخيار لهما (قوله لم يعرف منهما الخ) أى من الأب والجد ، وينبغى أن يكون الإبن كذلك بخلاف المولى فإنه يتصرف فى ملكه ، فينبغى نفوذ تصرفه مطلقا كتصرفه فى سائر أمواله رحمتى فافهم (قوله مجانة وفسقا) نصب على التمييز . وفى المغرب الماجن الذى لايبالى مايصنع وما قيل له ومصدره المجون والمجانة اسم منه والفعل من باب طلب اه . وفى شرح المجمع حتى لو عرف من الأب سوء

(وإن عرف لا) يصح النكاح اتفاقا وكذا لو كان سكران فزوجها من فاسق، أو شرير، أو فقير، أو ذى حرفة دنيئة لظهور سوء اختياره فلا تعارضه شفقته المظنونة بحر (وإن كان المزوج غيرهما) أى غير الأب وأبيه ولو الأم أو القاضى

الاختيار لسفهه أو لطمعه لايجوز عقده إجماعا اه (قوله وإن عرف لايصح النكاح) استشكل ذلك فى فتح القدير بما فى النوازل: لو زوج بنته الصغيرة ممن ينكر أنه يشرب المسكر، فإذا هو مدمن له وقالت لا أرضى بالنكاح أى مابعد ماكبرت إن لم يكن يعرفه الأب بشربه وكان غلبة أهل بيته صالحين فالنكاح باطل لأنه إنما زوج على ظن أنه كفء اه قال إذ يقتضى أنه لو عرف الأب بشربه فالنكاح نافذ مع أن من زوج بنته الصغيرة القابلة للتخلق بالخير والشر ممن يعلم أنه شريب فاسق فسوء اختياره ظاهر. ثم أجاب بأنه لايلزم من تحقق سوء اختياره بذلك أن يكون معروفا به فلا يلزم بطلان النكاح عند تحقق سوء الاختيار مع أنه لم يتحقق للناس كونه معروفا بمثل ذلك اه.

والحاصل: أن المانع هو كون الأب مشهورا بسوء الاختيار قبل العقد فإذا لم يكن مشهورا بذلك ثم زوج بنته من فاسق صح وإن تحقق بذلك أنه سيء الاختيار واشتهر به عند الناس. فلو زوج بنتا أخرى من فاسق لم يصح الثانى لأنه كان مشهورا بسوء الاختيار قبله، بخلاف العقد الأول لعدم وجود المانع قبله. ولو كان المانع مجرد تحقق سوء الاختيار بدون الاشتهار لزم إحالة المسألة أعنى قولهم ولزم النكاح ولو بغبن فاحش أو بغير كفء إن كان الولى أبا أو جدا.

ثم اعلم أن مامر عن النوازل من أن النكاح باطل معناه أنه سيبطل كما فى الذخيرة. لأن المسألة مفروضة فيما إذا لم ترض البنت بعد ماكبرت كما صرح به فى الخانية والذخيرة وغيرهما، وعليه يحمل مافى القنية: زوج بنته الصغيرة من رجل ظنه حر الأصل وكان معتقا فهو باطل بالاتفاق اه.

وعلم من عبارة القنية أنه لافرق فى عدم الكفاءة بين كونه بسبب الفسق أو غيره. حتى لو زوجها من فقير أو ذى حرفة دنية ولم يكن كفؤا لها لم يصح فقصر ابن الهمام كلامهم على الفاسق مما لاينبغى كما أفاده فى البحر وما ذكرنا من ثبوت الخيار للبيت إذا بلغت إنما هو فى الصغيرة، أما لو زوج الأولياء الكبيرة بإذنها ولم يعلموا عدم الكفاءة ثم ظهر عدمها فلا خيار لأحد كما سيذكره الشارح أول الباب الآتى ويأتى تمام الكلام عليه هناك (قوله فزوجها من فاسق الخ) وكذا لو زوجها بغبن فاحش فى المهر لايجوز إجماعا والصاحى يجوز. لأن الظاهر من حال السكران أنه لايتأمل إذ ليس له رأى كامل. فبقى النقصان ضررا محضا. والظاهر من حال الصاحى أنه يتأمل بحر عن الذخيرة ثم قال: وكذا السكران لو زوج من غير الكفء كما فى الخانية، وبه علم أن المراد بالأب من ليس بسكران ولا عرف بسوء الاختيار اه.

قلت: ومقتضى التعليل أن السكران أو المعروف بسوء الاختيار لو زوجها من كفء بمهر المثل صح لعدم الضرر المحض، ومعنى قوله: والظاهر من حال الصاحى أنه يتأمل أى أنه لوفور شفقته بالأبوة لايزوج بنته من غير كفء أو بغبن فاحش إلا لمصلحة تزيد على هذا الضرر كعلمه بحسن العشرة معها وقلة الأذى ونحو ذلك، وهذا مفقود فى السكران وسيىء الاختيار إذا خالف لظهور عدم رأيه وسوء اختياره فى ذلك (قوله أى غير الأب وأبيه) الأولى أن يزيد والابن والمولى لما مر (قوله ولو الأم أو القاضى) هو الأصح لأن ولايتهما متأخرة عن ولاية الأخ والعم، فإذا ثبت الخيار فى الحاجب ففى المحجوب أولى بحر. ولقصور الرأى فى الأم ونقصان

أو وكيل الأب ، لكن فى النهر بحثا لو عين لوكيله القدر صح (لايصح) النكاح (من غير كفء أو بغبن فاحش أصلا) ومافى صدر الشريعة صح ولهما فسخه

الشفقة فى القاضى ذخيرة ، لكن سنذكر فى مسألة عضل الأقرب أن تزويج القاضى نيابة عنه فليس لها الخيار ويأتى تمامه هناك (قوله لو عين لوكيله القدر) أى الذى هو غبن فاحش نهر وكذا لو عين له رجلا غير كفء كما بحثه العلامة المقدسى .

مطلب مهم هل للعصبة تزويج الصغير امرأة غير كفء له

[تنبيه] ذكر فى شرح المجمع أن تزويج الأب الصغير والصغيرة من غير كفء أو بغبن فاحش جائز عنده لاعندهما ثم قال : وفى المحيط الوكيل بالنكاح إذا زاد أو نقص عن مهر المثل فعلى هذا الاختلاف اه وهذا خلاف ماذكره الشارح تبعا لما فى البحر عن القنية . وقد يجاب بأن الوكيل فى عبارة شرح المجمع ، ليس المراد به وكيل الأب ، بل وكيل الزوج أو الزوجة البالغين بقرينة مافى البدائع حيث ذكر الخلاف السابق ، ثم قال : وعلى هذا الخلاف التوكيل بأن وكل رجل رجلا بأن يزوجه امرأة فزوجه بأكثر من مهر مثلها مقدار مالايتغابن الناس فى مثله ، أو وكلت امرأة رجلا بأن يزوجها من رجل فزوجها بدون صداق مثلها أو من غير كفء اه وقدمناه أيضا عن البزازية ، وعليه فلا منافاة فتدبر (قوله لايصح النكاح من غير كفء) مثله قول الكنز : ولو زوج طفله غير كفء أو بغبن فاحش صح ولم يجز ذلك لغير الأب والجد ، ومقتضاه أن الأخ لو زوج أخاه الصغير امرأة أدنى منه لايصح وفيه مامر عن الشرنبلالية من أن الكفاءة لاتعتبر للزوج كما سيأتى فى بابها أيضا . وقدمنا أن الشارح أشار إلى ذلك أيضا وقد راجعت كثيرا فلم أر شيئا صريحا فى ذلك ؛ نعم رأيت فى البدائع مثل مافى الكنز حيث قال : وأما إنكاح الأب والجد الصغير الصغيرة فالكفاءة فيه ليست بشرط عند أبى حنيفة لصدوره ممن له كمال النظر لكمال الشفقة ، بخلاف إنكاح الأخ والعم من غير كفء فإنه لايجوز بالإجماع لأنه ضرر محض اه فقوله بخلاف الخ ظاهر فى رجوعه إلى كل من الصغير والصغيرة ، وعلى هذا فمعنى عدم اعتبار الكفاءة للزوج أن الرجل لو زوج نفسه من امرأة أدنى منه ليس لعصباته حق الاعتراض ؛ بخلاف الزوجة وبخلاف الصغيرين إذا زوجهما غير الأب والجد هذا ماظهر لى ، وسنذكر فى أول باب الكفاءة مايؤيده ، والله أعلم (قوله أصلا) أى لا لازما ولا موقوفا على الرضا بعد البلوغ ، قال فى فتح القدير : وعلى هذا ابتنى الفرع المعروف : لو زوج العم الصغيرة حرة الجد من معتق الجد فكبرت وأجازت لايصح لأنه لم يكن عقدا موقوفا إذ لامجيز له فإن العم ونحوه لم يصح منهم التزويج بغير الكفء اه . قال فى البحر : ولذا ذكر فى الخانية وغيرها أن غير الأب والجد إذا زوج الصغيرة فالأحوط أن يزوجها مرتين مرة بمهر مسمى ومرة بغير التسمية ، لأنه لو كان فى التسمية نقصان فاحش ولم يصح النكاح الأول يصح الثانى اه . وليس للتزويج من غير كفء حيلة كما لايخفى اه (قوله صح ولهما فسخه) أى بعد بلوغهما ، والجملة قصد بها لفظها مرفوعة المحل على أنها بدل من ما أو محكية بقول محذوف أى قائلا . وقوله : وهم خبر عن ما ، وعبارة صدر الشريعة فى متنه : وصح إنكاح الأب والجد الصغير والصغيرة بغبن فاحش ومن غير كفء لاغيرهما . وقال فى شرحه : أى لو فعل الأب أو الجد عند عدم الأب لايكون للصغير والصغيرة حق الفسخ بعد البلوغ ، وإن فعل غيرهما فلهما أن يفسخا بعد البلوغ اه . ولا يخفى أن الوهم فى عبارة الشرح وقد نبه على وهمه ابن الكمال ، وكذا المحقق التفتازانى فى التلويح فى بحث العوارض ، وذكر أنه

وهم (وإن كان من كفء وبمهر المثل صح و) لكن (لهما) أى لصغير وصغيرة وملحق بهما (خيار الفسخ) ولو بعد الدخول (بالبلوغ أو العلم بالنكاح بعده) لقصور الشفقة ويغنى عنه خيار العتق ، ولو بلغت وهو صغير فرق بحضرة أبيه أو وصيه

لايوجد له رواية أصلا ، وأجاب القهستانى بأن صحته بالغبن الفاحش نقلها فى الجواهر عن بعضهم وبغير كفء نقلها فى الجامع عن بعضهم قال وهذا يدل على وجود الرواية اه .

قلت : وفيه نظر ، فإن ماكان قولا لبعض المشايخ لايلزم أن يكون فيه رواية عن أئمة المذهب ولا سيما إذا كان قولا ضعيفا مخالفا لما فى مشاهير كتب المذهب المعتمدة (قوله ولكن لهما خيار الباوغ(١)) دفع به توهم اللزوم المتبادر من الصحة ط وأطلق فشمل الذميين والمسلمين وما إذا زوجت الصغيرة نفسها فأجاز الولى ، لأن الجواز ثبت بإجازة الولى فالتحق بنكاح باشره بحر عن المحيط (قوله وملحق بهما) كالمجنون والمجنونة إذا كان المزوج لها غير الأب والجد والابن بأن كان أخا أو عما مثلا . قال فى الفتح بعد أن ذكر العصبات : وكل هؤلاء يثبت لهم ولاية الإجبار على البنت والذكر فى حال صغرهما أو كبرهما إذا جنا مثلا غلام بلغ عاقلا ثم جن فزوجه أبوه وهو رجل جاز إذا كان مطبقا فإذا أفاق فلا خيار له ، وإن زوجه أخوه فأفاق فله الخيار اه (قوله بالبلوغ) أى إذا علما قبله أو عنده قهستانى (قوله أو العلم بالنكاح بعده) أى بعد البلوغ بأن بلغا ولم يعلما به ثم علما بعده (قوله لقصور الشفقة) أى ولقصور الرأى فى الأم ، وهذا جواب عن قول أبى يوسف إنه لاخيار لهما اعتبارا بما لو زوجهما الأب أو الجد (قوله ويغنى عنه خيار العتق) اعلم أن خيار العتق لايثبت للذكر بل للأنثى فقط صغيرة أوكبيرة ، فإذا زوجها مولاها ثم أعتقها فلها الخيار لأنه كان يزول ملك الزوج عليها بطلقتين فصار لايزول إلا بثلاث ، لكن لو صغيرة لاتخير مالم تبلغ فإذا بلغت خيرها القاضى خيار العتق لاخيار الباوغ ، وإن ثبت لها أيضا لأن الأول أعم فينتظم الثانى تحته ، وقيل لايثبت لها خيار الباوغ وهو الأصح ، وهكذا ذكره محمد فى الجامع لأن ولاية المولى ولاية كاملة لأنها بسبب الملك فلا يثبت خيار البلوغ كما فى الأب والجد ، ولو زوج عبده الصغير حرة ثم أعتقه ثم بلغ فليس له خيار بلوغ ولاخيار عتق لأن إنكاح المولى باعتبار الملك لابطريق النظر له . بخلاف ما إذا زوجه بعد العتق وهو صغير لأنه بطريق النظر هذا خلاصة مافى الذخيرة من الفصل السابع عشر ونحوه فى جامع الصغار للإمام الاسترو شنى ؛ وفى البحر عن الاسبيجابى : لو أعتق أمته الصغيرة أولا ثم زوجها ثم بلغت فإن لها خيار البلوغ اه : أى لما مر من أن ولايته عليها بطريق النظر ، ولأنها ولاية إعتاق وهى متأخرة عن جميع العصبات فلها خيار الباوغ كما فى ولاية الأخ والعم بل أولى بخلاف مالو زوجها قبل الاعتاق ، ثم بلغت فإنه ليس لها خيار البلوغ كما مر لأن ولاية الملك أقوى من ولاية الأب والجد .

والحاصل : أن خيار العتق لايثبت للذكر الرقيق صغيرا أو كبيرا ويثبت للأنثى مطلقا إذا زوجها حالة الرق ؛ وأن خيار البلوغ يثبت للصغير والصغيرة إذا زوجهما بعد العتق وأنه لايثبت لها إذا زوجهما قبله لااستقلالا ولا تبعا لخيار العتق للصغيرة على الصحيح ، فقوله ويغنى عنه خيار العتق مبنى على الضعيف (قوله بحضرة أبيه أو وصيه) فإن لم يوجد أحدهما ينصب القاضى وصيا يخاصم فيحضره ويطلب منه حجة للصغير تبطل دعوى الفرقة من بينة على رضاها بالنكاح بعد البلوغ أو تأخيرها طلب الفرقة وإلا يحلفها الخصم ، فإن حلفت يفرق بينهما الحاكم بحضرة الخصم بلا انتظار إلى باوغ الصبى دأب الأوصياء عن جامع الفصولين .

---

(١) (قوله ولكن لها خيار البلوغ) فى نسخ الشرح التى بأيدينا خيار الفسخ بالبلوغ اه مصححه .

(بشرط القضاء) للفسخ (فيتوارثان فيه) ويلزم كل المهر ثم الفرقة إن من قبلها ففسخ لا ينقص عدد طلاق ولا يلحقها طلاق إلا فى الردة وإن من قبله فطلاق

قلت : والظاهر أن وصى الأب مقدم على الجد كما صرحوا به فى بابه ، ثم رأيته هنا فى جامع الصفار قال فى امرأة الصبى لو وجدته مجبوبا فالقاضى يفرق بينهما بخصومتها ولو وجدته عنينا ينتظر بلوغه ثم قال : فإن لم يكن له أب ولا وصى فالجد أو وصيه خصم فيه ، فإن لم يكن نصب القاضى عنه خصما الخ فافهم (قوله بشرط القضاء) أى لأن فى أصله ضعفا فيتوقف عليه كالرجوع فى الهبة ، وفيه إيماء إلى أن الزوج لو كان غائبا لم يفرق بينهما مالم يحضر للزوم القضاء على الغائب نهر . قلت : وبه صرح الاستروشنى فى جامعه (قوله للفسخ) أى هذا الشرط إنما هو لفسخ لا لثبوت الاختيار .

وحاصله أنه إذا كان المزوج للصغير والصغيرة غير الأب والجد، فلهما الخيار بالبلوغ أو العلم به . فإن اختار الفسخ لا يثبت الفسخ إلا بشرط القضاء . فلذا فرع عليه بقوله فيتوارثان فيه أى فى هذا النكاح قبل ثبوت فسخه (قوله ويلزم كل المهر) لأن المهر كما يلزم جميعه بالدخول ولو حكما كالخلوة الصحيحة ، كذلك يلزم بموت أحدهما قبل الدخول ، أما بدون ذلك فيسقط ولو الخيار منه ؛ لأن الفرقة بالخيار فسخ للعقد والعقد إذا انفسخ يجعل كأنه لم يكن كما فى النهر (قوله إن من قبلها) أى وليست بسبب من الزوج كذا فى النهر . واحترز به عن التخيير والأمر باليد، فإن الفرقة فيهما وإن كانت من قبلها لكن لما كانت بسبب من الزوج كانت طلاقا ح (قوله لا ينقص عدد طلاق) فلو جدد العقد بعده ملك الثلاث كما فى الفتح (قوله ولا يلحقها طلاق) أى لا يلحق المعتدة بعدة الفسخ فى العدة طلاق ولو صريحا ح . وإنما تلزمها العدة إذا كان الفسخ بعد الدخول . وما ذكره الشارح نقله فى البحر عن النهاية على خلاف ما بحثه فى الفتح ، وقيد بعدة الفسخ لما فى الفتح من أن كل فرقة بطلاق يلحقها الطلاق فى العدة إلا فى اللعان لأنه يوجب حرمة مؤبدة اهـ وسيأتى بيان ذلك مستوفى إن شاء الله تعالى قبيل باب تفويض الطلاق (قوله إلا فى الردة) يعنى أن الطلاق الصريح يلحق المرتدة فى عدتها وإن كانت فرقتها فسخا ، لأن الحرمة بالردة غير متأبدة لارتفاعها بالاسلام فيقع طلاقه عليها فى العدة مستتبعا فائدته من حرمتها عليه بعد الثلاث حرمة مغياة بوطء زوج آخر كذا فى الفتح .

واعترضه فى النهر بأنه يقتضى قصر عدم الوقوع فى العدة على ما إذا كانت الفرقة بما يوجب حرمة مؤبدة كالتقبيل ، والإرضاع وفيه مخالفة ظاهرة لظاهر كلامهم عرف ذلك من تصفحه اهـ أى لتصريحهم بعدم اللحاق فى عدة خيار العتق والبلوغ ، وعدم الكفاءة ، ونقصان المهر والسبى ، والمهاجرة والإباء والارتداد . ويمكن الجواب عن الفتح بأن مراده بالتأبيد ماكان من جهة الفسخ .

وذكر فى أول طلاق البحر أن الطلاق لا يقع فى عدة الفسخ إلا فى ارتداد أحدهما وتفريق القاضى بإباء أحدهما عن الإسلام ، لكن الشارح قبيل باب تفويض الطلاق قال تبعا للمنح لا يلحق الطلاق وعدة الردة مع اللحاق ، فيقيد كلام البحر هنا بعدم اللحاق كما لا يخفى وقد نظمت ذلك بقولى :

ويلحق الطلاق فرقة الطلاق   أو الإبا أو ردة بلا لحاق

قال ح : وسيأتى هناك أيضا أن الفرقة بالإسلام لا يلحق الطلاق عدتها فتأمل وراجع اهـ .

قلت : ما ذكره آخرا قال الخير الرملى إنه فى طلاق أهل الحرب : أى فيما لو هاجر أحدهما مسلما لأنه لا عدة عليها وسيأتى تمامه هناك وفى باب نكاح الكافر إن شاء الله تعالى (قوله وإن من قبله فطلاق) فيه نظر فإنه

إلا بملك أوردة أوخيار عتق وليس لنا فرقة منه ولا مهر عليه إلا إذا اختار نفسه بخيار عتق وشرط للكل القضاء إلا ثمانية

يقتضى أن يكون التباين والتقبيل والسبى والإسلام وخيار البلوغ والردة والملك طلاقا وإن كانت من قبله ، وليس كذلك كما ستراه ، واستثناؤه الملك والردة وخيار العتق لا يجدى نفعا لبقاء الأربعة الأخر . فالصواب أن يقال وإن كانت الفرقة من قبله ولا يمكن أن تكون من قبلها فطلاق كما أفاده شيخنا طيب الله تعالى ثراه ، وإليه أشار فى البحر حيث قال : وإنما عبر بالفسخ ليفيد أن هذه الفرقة فسخ لا طلاق ، فلا تنقص عدده لأنه يصح من الأنثى ولا طلاق إليها اه ومثله فى الفتاوى الهندية وعبارته : ثم الفرقة بخيار البلوغ ليست بطلاق لأنها فرقة يشترك فى سببها المرأة والرجل ، وحينئذ يقال فى الأول ثم إن كانت الفرقة من قبلها لا بسبب منه أو من قبله ويمكن أن تكون منها ففسخ فاشدد يديك عليه فإنه أجدى من تفاريق العصى اه ح .

قلت : لكن يرد عليه إباء الزوج عن الإسلام فإنه طلاق مع أنه يمكن أن يكون منها ، وكذا اللعان فإنه من كل منهما وهو طلاق . وقد يجاب عن الأول بأنه على قول أبى يوسف إن الإباء فسخ ولو كان من الزوج . وعن الثانى بأن اللعان لما كان ابتداؤه منه صار كأنه من قبله وحده عليتأمل (قوله أو خيار عتق) يقتضى أن للعبد خيار عتق ، وهو سهو منه فإنا قدمنا عن البحر وفتح القدير أن خيار العتق يختص بالأنثى وسيصرح به الشارح فى باب نكاح الرقيق حيث يقول : ولا يثبت لغلام ح (قوله وليس لنا فرقة منه) أى قبل الدخول ح (قوله إلا إذا اختار نفسه بخيار عتق) صوابه بخيار بلوغ ، ويدل عليه قول البحر : وليس لنا فرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول ولا مهر عليه إلا هذه ، فإنه راجع إلى خيار البلوغ لأن كلامه فيه لا فى خيار العتق كما تعلمه بمراجعته ثم قال : وهذا الحصر غير صحيح لما فى الذخيرة قبيل كتاب النفقات : حر تزوج مكاتبة بإذن سيدها على جارية بعينها فلم تقبض المكاتبة الجارية ، حتى زوجها من زوجها على مائة درهم جاز النكاحان ، فإن طلق الزوج المكاتبة أولا ثم طلق الأمة وقع الطلاق على المكاتبة ولا يقع على الأمة ، لأن بطلاق المكاتبة تنتصف الأمة وعاد نصفها إلى الزوج بنفس الطلاق فيفسد نكاح الأمة قبل ورود الطلاق عليها فلم يعمل طلاقها ، ويبطل جميع مهر الأمة عن الزوج مع أنها فرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول بها ، لأن الفرقة إذا كانت من قبل الزوج إنما لا تسقط كل المهر إذا كانت طلاقا ، وأما إذا كانت من قبله قبل الدخول وكانت فسخا من كل وجه توجب سقوط كل الصداق كالصغير إذا بلغ . وأيضا لو اشترى منكوحته قبل الدخول بها فإنه يسقط كل الصداق مع أن الفرقة جاءت من قبله لأن فساد النكاح حكم معلق بالملك ، وكل حكم تعلق بالملك فإنه يحال به على قبول المشترى لا على إيجاب البائع ، وإنما سقط كل الصداق لأنه فسخ من كل وجه اه بلفظه .

ويرد على صاحب الذخيرة إذا ارتد الزوج قبل الدخول فإنها فرقة هى فسخ من كل وجه مع أنه لم يسقط كل المهر بل يجب عليه نصفه ، فالحق أن لا يجعل لهذه المسألة ضابط بل يحكم فى كل فرد بما أفاده الدليل اه كلام البحر .

قال فى النهر : أقول : فى دعوى كون الفرقة من قبله فيما إذا ملكها أو بعضها نظر . فى البدائع : الفرقة الواقعة بملكه إياها أو شقصا منها فرقة بغير طلاق لأنها فرقة حصلت بسبب لا من قبل الزوج فلا يمكن أن نجعل طلاقا فتجعل فسخا اه وسيأتى إيضاحه فى محله اه كلام النهر ح (قوله إلا ثمانية) لأنها تبتنى على سبب جلى بخلاف غيرها فإنه يبنى على سبب خفى لأن الكفاءة شىء لا يعرف بالحس وأسبابها مختلفة وكذا بنقصان مهر المثل وخيار البلوغ مبنى على قصور الشفقة وهو أمر باطنى والإباء ربما يوجد وربما لا يوجد كذا فى البحر ح .

ونظم صاحب النهر فقال :

فرق النكاح أتتك جمعا نافعا ... فسخ طلاق وهذا الدر يحكيها
تباين الدار مع نقصان مهر كذا ... فساد عقد وفقد الكفء ينعيها
تقبيل سبي وإسلام المحارب أو ... إرضاع ضرتها قد عد ذا فيها
خيار عتق بلوغ ردة وكذا ... ملك لبعض وتلك الفسخ يحصيها

مطلب فى فرق النكاح

(قوله فرق النكاح) هذا الشطر الأول من بحر الكامل وما عداه من البسيط ، وهو لايجوز وقد غيرته إلى قولى « إن النكاح له فى قولهم فرق » ح (قوله فسخ طلاق) بدل من فرق بدل مفصل والخبر قوله أتتك أو خبر بعد خبر ط (قوله وهذا الدر) اسم الإشارة مبتدأ والدر بدل منه أو عطف بيان ، والمراد به النظم المذكور شبهه بالدر لنفاسته وجملة يحكيها أى يذكرها خبر (قوله تباين الدار) حقيقة وحكما ، كما إذا خرج أحد الزوجين الحربيين إلى دار الإسلام غير مستأمن بأن خرج إلينا مسلما أو ذميا أو أسلم ، أو صار ذمة فى دارنا بخلاف ما إذا خرج مستأمنا لتباين الدار حقيقة فقط ، وبخلاف ما إذا تزوج مسلم أو ذمى حربية ثمة لتباين الدار حكما فقط ح بزيادة (قوله مع نقصان مهر) بتسكين عين مع وهو لغة وكسر راء مهر بلا تنوين للضرورة يعنى إذا نكحت بأقل من مهرها وفرق الولى بينهما فهى فسخ ، لكن إن كان ذلك قبل الدخول فلا مهر لها وإن كان بعده فلها المسمى كما يأتى ط (قوله كذا فساد عقد) كأن نكح أمة على حرة ط أو تزوج بغير شهود (قوله وفقد الكفء) أى إذا نكحت غير الكفء فللأولياء حق الفسخ ، وهذا على ظاهر الرواية ، أما على رواية الحسن فالعقد فاسد ط وتقدم أنها المفتى بها (قوله ينعيها) النعى هو الإخبار بالموت ، وهو تكملة أشار به إلى أن من نكحت غير كفء فكأنها ماتت ط (قوله تقبيل) بالرفع من غير تنوين للضرورة : أى فعله مايوجب حرمة المصاهرة بفروعها الإناث وأصولها أو فعلها ذلك بفروعه الذكور وأصوله ط (قوله سبى) فيه نظر لما فى باب نكاح الكافر والمرأة تبين بتباين الدارين لابالسبى وإن كان المراد السبى مع التباين فالتباين مغن عنه ح (قوله وإسلام المحارب) أى لو أسلم أحد المجوسيين فى دار الحرب بانت منه بمضى ثلاث حيض أو ثلاثة أشهر قبل إسلام الآخر إقامة لشرط الفرقة ، وهو مضى الحيض أو الأشهر مقام السبب ، وهو الإباء لتعذر العرض بانعدام الولاية ، فيصير مضى ذلك بمنزلة تفريق القاضى وهذه الفرقة طلاق عندهما فسخ عند أبى يوسف قال فى البحر فى باب نكاح الكافر : ينبغى أن يقال إنها طلاق فى إسلامها لأنه هو الآبى حكما فسخ فى إسلامه (قوله أو إرضاع ضرتها) أى إذا أرضعت الكبيرة ضرتها الصغيرة فى أثناء الحولين ينفسخ النكاح ، كما يأتى فى باب الرضاع لكونه يصير جامعا بين الأم وبنتها ط والضرة غير قيد فإن منه ماماثل به فى البدائع : لو أرضعت الصغيرة أم زوجها أو أرضعت زوجتيه الصغيرتين امرأة أجنبية (قوله خيار عتق) قد علمت أنه لايكون إلا من جهتها بخلاف ما بعده ح (قوله بلوغ) بالجر عطفا على عتق بإسقاط العاطف ط (قوله ردة) بالرفع عطفا على تباين بحذف العاطف ط والمراد ردة أحدهما فقط بخلاف مالو ارتدا معا فإنهما لو أسلما معا يبقى النكاح (قوله ملك لبعض) أفاد أن ملك الكل كذلك بدلالة الأولى ح (قوله وتلك الفسخ يحصيها) أى يجمعها ويتحقق فى كل منها ، والإشارة إلى الاثنى عشر المتقدمة وقد علمت سقوط السبى ،وكان ينبغى أن يذكر بدله ما فى البدائع : تزوج مسلم كتابية يهودية أو نصرانية فتمجست تثبت الفرقة بينهما لأن المجوسية لاتصلح لنكاح المسلم ، ثم لو كانت قبل الدخول فلا مهر لها ولانفقة

أما الطلاق فجب عنة وكذا إيلاؤه ولعان ذاك يتلوها
قضاء قاض أتى شرط الجميع خلا ملك وعتق وإسلام أتى فيها
تقبيل سبى مع الإيلاء يا أملى تباين مع فساد العقد يدنيها

(وبطل خيار البكر بالسكوت) لو مختارة (عالمة بأصل النكاح) فلو سألت عن قدر المهر قبل الخلد: أو عن الزوج أو سلمت على الشهود لم يبطل خيارها نهر بحثا

لأنها فرقة بغير طلاق فكانت فسخا ولو بعد الدخول فلها المهر دون النفقة لأنها جاءت من قبلها اهـ وقد غيرت البيت الذى قبل هذا وأسقطت منه السبى وزدت هذه المسألة فقلت:

إرضاع إسلام حربى تمجس نصرانية قبلة قد عد ذا فيها

وقد علمت أن كون إسلام الحربى فسخا مفرع على قول الثانى أو على مابحثه فى البحر (قوله أما الطلاق الخ) أى أما الفرقة التى هى طلاق فهى الفرقة بالجب. والعنة. والإيلاء. واللعان. وبقى خامس ذكره فى الفتح وهو إباء الزوج عن الإسلام: أى لو أسلمت زوجة الذمى وأبى عن الإسلام فإنه طلاق بخلاف عكسه. فإنها لو أبت يبقى النكاح وقد غيرت البيت إلى قولى:

أما الطلاق فجب عنة وإباء الزوج إيلاؤه واللعن يتلوها

وكذا إسلام أحد الحربيين فرقة بطلاق على قولهما لكن لما مشى على كونه فسخا لم تذكره.

[تتمة] قدمنا عن الفتح أن كل فرقة بطلاق يلحق الطلاق عدتها إلا اللعان لأنه حرمة مؤبدة (قوله خلا ملك الخ) أراد بالملك ملك أحدهما للآخر أو لبعضه وبالعتق خيار الأمة إذا أعتقها مولاها بعد ما زوجها بعد لا العبد وبالإسلام إسلام أحد الحربيين، وبالتقبيل فعل مايوجب حرمة المصاهرة، فإنه لا يرتفع النكاح بمجرد ذلك، بل بعد المتاركة أو تفريق القاضى كما مر فى المحرمات، فلم يتعين التفريق، وقد علمت أن ذكر السبى لامحل له

وحاصل ماذكره مما لايحتاج إلى القضاء ثمانية ويرد عليه الفرقة بالردة فسيأتى أن ارتداد أحدهما فسخ فى الحال وقد غيرت البيت الأخير إلى قولى:

إيلاؤه ردة أيضا مصاهرة تباين مع فساد العقد يدنيها

(قوله وبطل خيار البكر) أى من بلغت وهى بكر (قوله لو مختارة) أما لو بلغها الخبر فأخذها العطاس أو السعال فلما ذهب عنها قالت لاأرضى جاز الرد إذا قالته متصلا وكذا إذا أخذ فيها فترك فقالت لاأرضى جاز الرد ط عن الهندية (قوله عالمة بأصل النكاح) فلا يشترط علمها بثبوت الخيار لها أو أنه لايمتد إلى آخر المجلس كما فى شرح الملتقى؛ وفى جامع الفصولين: لو بلغت وقالت الحمد لله اخترت نفسى، فهى على خيارها وينبغى أن تقول فى فور البلوغ اخترت نفسى ونقضت النكاح فبعده لايبطل حقها بالتأخير حتى يوجد التمكين اهـ (قوله فلو سألت الخ) لامحل لهذا التفريع بل المقام مقام الاستدراك، لأن بطلان الخيار بعلمها بأصل النكاح يقتضى بطلانه بالأولى فى هذه المسائل المذكورة لاعدم بطلانه لأنها إنما تكون بعد العلم بأصل النكاح. ولو فرض وجودها قبله لم يحصل نزاع فى عدم بطلان الخيار بها مع أن النزاع قائم كما تراه قريبا (قوله نهر بحثا) أى على خلاف ماهو المنقول فى الزيلعى والمحيط والذخيرة، وأصل البحث للمحقق ابن الهمام حيث قال: وما قيل لو سألت عن اسم الزوج أو عن المهر أو سلمت على الشهود بطل خيارها تعسف لادليل عليه، وغاية الأمر كون هذه الحالة كحالة

(ولا يمتد إلى آخر المجلس) لأنه كالشفعة ولو اجتمعت معه تقول أطلب الحقين ثم تبدأ بخيار البلوغ لأنه ديني وتشهد قائلة بلغت الآن ضرورة إحياء

ابتداء النكاح ، ولو سألت البكر عن اسم الزوج لاينفذ عليها وكذا عن المهر وكذا السلام على القادم لا يدل على الرضا كيف وإنما أرسلت لغرض الإشهاد على الفسخ اه ملخصا . ونازعه فى البحر فى السلام بأن خيار البكر يبطل بمجرد السكوت ، ولا شك أن الاشتغال بالسلام فوق السكوت .

قال فى النهر وأقول : ممنوع فقد نقلوا فى الشفعة أن سلامه على المشترى لايبطلها لأنه صلى الله عليه وسلم قال « السلام قبل الكلام » ولاشك أن طلب المواثبة بعد العلم بالبيع يبطل بالسكوت كخيار البلوغ ولو كان السلام فوقه لبطلت ، وقالوا لو قال من اشتراها وبكم اشتراها لاتبطل شفعته كما فى البزازية ، وهذا يؤيد مافى فتح القدير نعم ماوجه به فى المهر إنما يتم إذا لم يخل بها أما إذا خلا بها خلوة صحيحة فالوتوف على كميته اشتغال بما لايفيد لوجوبه بها فإطلاق عدم سقوطه مما لاينبغى اه كلام النهر وعن هذا الأخير قال الشارح قبل الخلوة .

والحاصل أن المنقول فى هذه المسائل الثلاث بطلان الخيار ، وبحث فى الفتح عدمه فيها ونازعه فى البحر فى مسألة السلام فقط ، وانتصر فى النهر للفتح فى الكل . وكذا المحقق المقدسى والشرنبلالى وكأن أصل الحكم مذكور بطريق التخريج والاستنباط من بعض مشايخ المذهب ، فنازعهم فى الفتح فى صحة هذا التخريج فإنه وإن كان من أهل الترجيح كما ذكره فى قضاء البحر بل بالغ رتبة الاجتهاد كما ذكره المقدسى فى باب نكاح العبد ، لكنه لايتابع فيما يخالف المذهب ، فلو كان هذا الحكم منقولا عن أحد أئمتنا الثلاثة لما ساغ لهؤلاء اتباع بحثه المخالف لمنقول المذهب ، ومما يؤيد أنه قول لبعض المشايخ لانص مذهبي قول المحقق وماقيل الخ فافهم (قوله ولا يمتد إلى آخر المجلس) أى مجلس بلوغها أو علمها بالنكاح كما فى الفتح : أى إذا بلغت وهى عالمة بالنكاح أو علمت به بعد بلوغها فلابد من الفسخ فى حال البلوغ أو العلم فلو سكتت ولو قليلا بطل خيارها ولو قبل تبدل المجلس (قوله لأنه كالشفعة) أى فى أنه يشترط لثبوتها أن يطلبها الشفيع فور علمه فى ظاهر الرواية حتى لو سكت لحظة أو تكلم بكلام لغو بطلت ، وما صححه الشارح فى بابها من أنها تمتد إلى آخر المجلس ضعيف كما سيأتى إن شاء الله تعالى (قوله ولو اجتمعت معه) أى الشفعة مع خيار البلوغ ح (قوله ثم تبدأ بخيار البلوغ) هذا قول وقيل بالشفعة وفى شفعة البزازية له حق خيار البلوغ والشفعة فقال : طلبتها واخترت نفسى يبطل المؤخر ويثبت المقدم ، لأنه يمكنه أن يقول طلبتهما ، أو أجزتهما أو اخترتهما جميعا نفسى والشفعة قال القاضى أبو جعفر : يقدم خيار البلوغ لأن فى خيار الشفعة ضرب سعة لما مر أنه لو قال من اشترى وبكم اشترى لانبطل وقيل يقول طلبت الحقين اللذين ثبتا لى الشفعة ورد النكاح اه وتوقف الخير الرملى فى وجه التعيين ، واستبعد الخلاف فيه لأن الظاهر أن بعض المتقدمين قال على سبيل التمثيل طلبتهما نفسى والشفعة ، وبعضهم قال الشفعة ونفسى فظن بعض المتأخرين أن ذلك حتم ، وليس كذلك لأن طلب الحقين جملة هو المانع من السقوط فحيث ثبت ذلك بالإجمال المتقدم لايضر فى البيان تقديم أحدهما على الآخر ، بل لو قيل لاحاجة إلى التفسير لكان له وجه وجيه اه ملخصا فتأمل .

قلت : وأما الثيب فتبدأ بالشفعة بلا خلاف لأن خيارها يمتد كما يأتى (قوله وتشهد الخ) قال فى البزازية : وإن أدركت بالحيض تختار عند رؤية الدم ، ولو فى الليل تختار فى تلك الساعة ، ثم تشهد فى الصبح وتقول رأيت الدم الآن لأنها لو أسندت أفسدت وليس هذا بكذب محض بل من قبيل المعاريض المسوغة لإحياء الحق لأن الفعل الممتد لدوامه حكم الابتداء والضرورة داعية إلى هذا لاإلى غيره اه .

الحق (وإن جهلت به) لتفرغها للعلم (بخلاف) خيار (المعتقة) فإنه يمتد لشغلها بالمولى (وخيار الصغير والثيب إذا بلغا لايبطل) بالسكوت (بلا صريح) رضا (أو دلالة) عليه (كقبلة و لمس) ودفع مهر (لا) يبطل (بقيامهما عن المجلس) لأن وقته العمر فيبقى حتى يوجد الرضا ، ولو ادعت التمكين كرها صدقت ، ومفاده

وحاصله : أنها تعنى بقولها بلغت الآن إنى الآن بالغة ، لئلا يكون كذباً صريحاً لأنه حيث أمكن إحياء الحق بالتعريض : وهو أن يريد المتكلم ماهو خلاف المتبادر من كلامه كان أولى من الكذب الصريح فافهم . وفى جامع الفصولين فإن قالوا متى بلغت تقول كما بلغت نقضته ، لانزيد على هذا فإنها لو قالت بلغت قبل هذا ونقضته حين بلغت لاتصدق و الإشهاد لايشترط لاختيارها نفسها . لكن شرط لإثباته ببينة ليسقط اليمين عنها وتحليفها على اختيارها نفسها كتحليف الشفيع على الشفعة فإن قالت للقاضي : اخترت نفسي حين بلغت صدقت مع اليمين ولو قالت : بلغت أمس وطلبت الفرقة لايقبل وتحتاج إلى البينة . وكذا الشفيع لو قال طلبت حين علمت فالقول له ، ولو قال : علمت أمس وطلبت لايقبل بلا بينة اه .

قلت : وتحصل من مجموع ذلك أنها لو قالت : بلغت الآن وفسخت تصدق بلا بينة ولا يمين . ولو قالت فسخت حين بلغت تصدق بالبينة أو اليمين ، ولو قالت بلغت أمس وفسخت ، فلابد من البينة لأنها لا تملك إنشاء الفسخ فى الحال بخلاف الصورة الثانية ، حيث لم تسنده إلى الماضى فقد حكت ماتملك استئنافه فظهر الفرق بين الصورتين وإن خفى على صاحب الفصولين كما أفاده فى نور العين (قوله وإن جهلت به) أى بأن لها خيار البلوغ أو بأنه لايمتد قال القهستانى : وهذا عند الشيخين وقال محمد إن خيارها يمتد إلى أن تعلم أن لها خيارا كما فى المنية (قوله لتفرغها للعلم) أى لأنها تتفرغ لمعرفة أحكام الشرع والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل بخلاف الأمة فإنها لاتتفرغ للتعلم لفقد مايمنعها منه ، وإن لم تكنف به قبل بلوغها (قوله بخلاف خيار المعتقة فإنه يمتد) أى يمتد إلى آخر المجلس ويبطل بالقيام عنه كما فى الفتح فافهم ، وكذا لايحتاج إلى القضاء بخلاف خيار البكر على مامر .

والحاصل كما فى النهر : أن خيار العتق خالف خيار البلوغ فى خمسة ثبوته للأنثى فقط . وعدم بطلانه بالسكوت فى المجلس وعدم اشتراط القضاء فيه ، وكون الجهل عذرا وفى بطلانه بما يدل على الإعراض . وهذا الأخير بخلاف خيار الثيب والغلام على مايأتى اه . وأراد بالمعتقة التى زوجها مولاها قبل العتق صغيرة أو كبيرة . فيثبت لها خيار العتق لاخيار البلوغ لو صغيرة إلا إذا زوجها بعد العتق ، فيثبت لها وللعبد الصغير أيضا بخلاف خيار العتق فإنه لايثبت له لو زوجه قبل العتق صغيرا أو كبيرا كما حررناه سابقا (قوله والثيب) شمل ما لو كانت ثيبا فى الأصل أو كانت بكرا ثم دخل بها ثم بلغت كما فى البحر وغيره (قوله أو دلالة) عطف على صريح وضمير عليه للرضا ط (قوله ودفع مهر) حمله فى الفتح على ما إذا كان قبل الدخول ، أما لو دخل بها قبل بلوغه . ينبغى أن لايكون دفع المهر بعد بلوغه رضا لأنه لابد منه أقام أو فسخ اه بحر ، ومثله يقال فى قبولها المهر بعد الدخول بها أو الخلوة أفاده ط ومن الرضا دلالة فى جانبها تمكينه من الوطء وطلب الواجب من النفقة ، بخلاف الأكل من طعامه وخدمته نهر عن الخلاصة وتقدم فى استئذان البالغة تقييد الخدمة بما إذا كانت تخدمه من قبل والظاهر جريانه هنا (قوله لأن وقته العمر الخ) على هذا تظافرت كلمتهم كما فى غاية البيان ، فما نقل عن الطحاوى من أنه يبطل بصريح الإبطال ، أو بما يدل عليه كما إذا اشتغلت بشىء آخر مشكل إذ يقتضى تقيده بالمجلس فتح .

والجواب : أن مراده بالشىء الآخر عمل يدل على الرضا كالتمكين ونحوه لتصريحه بأنه لايبطل بالقيام عن المجلس بحر (قوله صدقت) أى لأن الظاهر يصدقها فتح (قوله ومفاده الخ) قال فى المنح : وهذا الفرع يدل على

أن القول لمدعى الإكراه لو فى حبس الوالى فليحفظ (الوالى فى النكاح) لا المال (العصبة بنفسه) وهو من يتصل بالميت حتى المعتقة (بلا توسطة أنثى) بيان لما قبله (على ترتيب الإرث والحجب) فيقدم ابن المجنونة على أبيها

مانقله البزازى وأفتى به مولانا صاحب البحر من أن القول قول مدعى الإكراه إذا كان فى حبس الوالى ح (قوله لا المال) فإنه الولى فيه الأب ووصيه والجد ووصيه والقاضى ونائبه فقط ح ثم لايخفى أن قوله لا المال على معنى فقط أى المراد بالولى هنا الولى فى النكاح ، سواء كان له ولاية فى المال أيضا كالأب والجد والقاضى أولا كالأخ لاالولى فى المال فقط ، وبه اندفع مافى الشرنبلالية من أن فيه تدافعا بالنسبة إلى الأب والجد لأن لهما ولاية فى المال أيضا (قوله العصبة بنفسه) خرج به العصبة بالغير كالبنت تصير عصبة بالابن ، ولا ولاية لها على أمها المجنونة وكذا العصبة مع الغير كالأخوات مع البنات ، ولا ولاية للأخت على أختها المجنونة كما فى المنح والبحر . والمراد خروجهما من رتبة التقديم وإلا فلهما ولاية فى الجملة يدل عليه قول المصنف بعد فإن لم يكن عصبة الخ . والحاصل أن ولاية من ذكر بالرحم لا بالتعصيب ، وإن كانت فى حال عصوبتها كالبنت مع الابن الصغير فإنها تزوج أمها المجنونة بالرحم لا بكونها عصبة مع الابن (قوله وهو من يتصل بالميت) الضمير لعصبة المذكور المراد به المعهود فى باب الإرث بقرينة قوله على ترتيب الإرث والحجب ، فيكون تعريفه ماعرفوه به فى باب الارث . فلا يرد ماقيل إنه لا ميت هنا فالأولى أن يقال وهو من يتصل بغير المكلف فافهم . هذا وفى النهر هو من يأخذ كل المال إذا انفرد والباقى مع ذى سهم وهذا أولى من تعريفه بذكر يتصل بلا واسطة أنثى إذا المعتقة لها ولاية الإنكاح على معتقها الصغير حيث لا أقرب منها اه . فعبر الشارح عن بدل ذكر لادخال المعتقة فيندفع اعتراض النهر لكن يرد عليه كما قال الرحمتى عصبات المعتقة فإن لهم ولاية بعدها مع أنهم متصلون بواسطة أنثى اه . فالأولى تعريف النهر ، ولا يرد عليه أن العصبة هنا لايأخذ كل المال ولا شيئا منه لما قلنا آنفا ، ونظيره قولهم فى نفقة الأرحام تجب النفقة على الوارث بقدر إرثه مع أن الكلام فى النفقة على الحى أو يقال المراد من يسمى عصبة لو فرض المقصود تزويجه ميتا ، وعلى كل فتكلف التأويل عند ظهور المعنى غير لازم ، والاعتراض بما لايخطر بالبال غير وارد بل ربما يعاب على فاعله كما عيب على من أورد على تعريفهم الماء الجارى بأنه مايذهب بتبنة أنه يصدق على الحمار مثلا أنه يذهب بها (قوله بيان لما قبله) أى لقوله العصبة بنفسه ، لأنه لا يكون إلا بلا توسط أنثى بمعنى إذا كان من جهة النسب ، أما من السبب فقد يكون كعصبة المعتقة ، ولا يخفى أنه بيان بالنسبة لكلام المتن أما فى كلام الشارح فهو جزء من التعريف لأنه أفاد إخراج من يتصل بالميت بواسطة أنثى كالجد لأم مثلا (قوله فيقدم ابن المجنونة على أبيها) هذا عندهما خلافا لمحمد ، حيث قدم الأب ، وفى الهندية عن الطحاوى أن الأفضل أن يأمر الأب الابن بالنكاح حتى يجوز بلا خلاف اه . وابن الابن كالابن ، ثم يقدم الأب ، ثم أبوه ، ثم الأخ الشقيق ثم لأب ، وذكر الكرخى أن تقديم الجد على الأخ قول الإمام وعندهما يشتركان والأصح أنه قول الكل ثم ابن الأخ الشقيق ثم لأب ثم العم الشقيق ثم لأب ثم ابنه كذلك ثم عم الأب كذلك ثم ابنه كذلك ثم عم الجد كذلك ثم ابنه كذلك كل هؤلاء لهم إجبار الصغيرين ، وكذا الكبيرين إذا جنا ثم المعتق ولو أنثى ثم ابنه وإن سفل ثم عصبته من النسب على ترتيبهم بحر عن الفتح وغيره .

[تنبيه] يشترط فى المعتق أن يكون الولاء له ليخرج من كانت أمها حرة الأصل وأبوها معتق فإنه لاولاية لمعتق الأب عليها ، ولا يرثها فلا يلى إنكاحها كما نبه عليه صاحب الدرر فى كتاب الولاء . فلو لم يوجد لها سوى الأم ومعتق

لأنه يحجبه حجب نقصان (بشرط حرية وتكليف وإسلام فى حق مسلمة) تريد التزوج (وولد مسلم) لعدم الولاية (وكذا لاولاية) فى نكاح ولا فى مال (لمسلم على كافرة إلا) بالسبب العام

الأب، فالولاية للأم دونه ولم أر من نبه عليه هنا أفاده السيد أبو السعود عن شيخه (قوله لأنه يحجبه حجب نقصان) فيه أن الأب لايرث بالفرضية أكثر من السدس، وذلك مع الابن وابنه ومع البنت يرثه بالفرض، والباقى بالتعصيب وعند عدم الولد بالتعصيب فقط، وليس مايرثه بالتعصيب مقدرا حتى ينقص منه فالأولى التعليل بأنه لايكون عصبة مع الابن تأمل (قوله بشرط حرية الخ) قلت : وبشرط عدم ظهور كون الأب أو الجد سىء الاختيار مجانة وفسقا إذا زوج الصغير أو الصغيرة بغير كفء أو بغبن فاحش وكونه غير سكران أيضا كما مر بيانه . واحترز بالحرية عن العبد فلا ولاية له على ولده ولو مكاتبا إلا على أمته دون عبده لتقصه بالمهر والنفقة كما سيأتى فى بابه . وبالتكليف عن الصغيرة والمجنونة ، فلا يزوج فى حال جنونه مطبقا أو غير مطبق . ويزوج حال إفاقته عن المجنون بقسميه ، لكن إن كان مطبقا تسلب ولايته فلا تنتظر إفاقته وغير المطبق الولاية ثابتة له فتنتظر إفاقته كالنائم ، ومقتضى النظر أن الكفء الخاطب إذا فات بانتظار إفاقته تزوج موليته . وإن لم يكن مطبقا وإلا انتظر على ما اختاره المتأخرون فى غيبة الولى الأقرب على ما سنذكره فتح وتبعه فى البحر والنهر والمطبق شهر وعليه الفتوى بحر .

مطلب لايصح تولية الصغير شيخا على خيرات

[تنبيه] علل الزيلعى عدم الولاية لمن ذكر بأنهم لا ولاية لهم على أنفسهم فأولى أن لايكون لهم ولاية على غيرهم لأن الولاية على الغير فرع الولاية على النفس . وذكر السيد أبو السعود عن شيخه أن هذا نص فى جواب حادثة سئل عنها هى : أن الحاكم قرر طفلا فى مشيخة على خيرات بقبض غلاتهم وتوزيع الخبز عليهم والنظر فى مصالحهم فأجاب ببطلان التولية أخذا مما ذكر (قوله فى حق مسلمة) قيد فى قوله وإسلام (قوله تريد التزوج) أشار إلى أن المراد بالمسلمة البالغة، حيث أسند التزوج إليها لئلا يتكرر مع قوله : وولد مسلم فإن الولد يشمل الذكر والأنثى وحينئذ فليس فى كلامه مايقتضى أن للكافر التصرف فى مال بنته الصغيرة المسلمة فافهم ، وعلى ماقلنا فإذا زوجت المسلمة نفسها وكان لها أخ أو عم كافر ، فليس له حق الاعتراض لأنه لاولاية له . وقد مر أول الباب أن من لاولى لها فنكاحها صحيح نافذ مطلقا أى ولو من غير كفء أو بدون مهر المثل ، وإذا سقطت ولاية الأب الكافر على ولده المسلم ، فبالأولى سقوط حق الاعتراض على أخته المسلمة أو بنت أخيه ويؤخذ من هذا أيضا أنه لوكان لها عصبة رقيق أو صغير فهى بمنزلة من لاعصبة لها لأنه لاولاية لهما كما علمته وقدمنا ذلك أول الباب (قوله لعدم الولاية) تعليل للمفهوم بمعنى أن الكافر لايلى على المسلمة وولده المسلم لقوله تعالى — ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا — ح (قوله وكذا الخ) عطف على المفهوم الذى قلناه والمسألة مذكورة فى الفتح والبحر (قوله لمسلم على كافرة) لقوله تعالى — والذين كفروا بعضهم أولياء بعض — (قوله إلا بالسبب العام الخ) قالوا وينبغى أن يقال إلا أن يكون المسلم سيد أمة كافرة أو سلطانا قال السروجى : لم أر هذا الاستثناء فى كتب أصحابنا ، وإنما هو منسوب إلى الشافعى ومالك . قال فى المعراج : وينبغى أن يكون مرادا ورأيت فى موضع معزوا إلى المبسوط الولاية بالسبب العام تثبت للمسلم على الكافر كولاية السلطنة والشهادة فقد ذكر معنى ذلك الاستثناء اهـ بحر وفتح ومقدسى . وذكره الزيلعى أيضا بصيغة وينبغى وتبعه فى الدرر والعينى وغيره . فحيث عبروا كلهم عنه بصيغة ينبغى كان المناسب للمصنف أن يتابعهم لئلا يوهم أنه منقول فى كتب المذهب صريحا وقول المعراج : ورأيت

(بأن يكون) المسلم (سيد أمة كافرة أو سلطانا) أو نائبه أو شاهدا (وللكافر ولاية على) كافر (مثله) اتفاقا (فإن لم يكن عصبة فالولاية للأم) ثم لأم الأب وفى القنية عكسه ، ثم للبنت ، ثم لبنت الابن ، ثم لبنت البنت ، ثم لبنت ابن الابن ، ثم لبنت بنت البنت ، وهكذا ، ثم للجد الفاسد (ثم للأخت لأب وأم ، ثم للأخت

فى موضع الخ لايكفى فى النقل لجهالته فافهم (قوله أو نائبه) أى كالقاضى ، فله تزويج اليتيمة الكافرة حيث لاولى لها وكان ذلك فى منشوره نهر (قوله فإن لم يكن عصبة) أى لانسبية ولا سببية كالعتق ولو أنثى وعصباته كما مر فيقدمان على الأم بحر (قوله فالولاية للأم الخ) أى عند الإمام ومعه أبو يوسف فى الأصح وقال محمد : ليس لغير العصبات ولاية وإنما هى للحاكم والأول الاستحسان ، والعمل عليه إلا فى مسائل ليست هذه منها فما قيل من أن الفتوى على الثانى غريب لمخالفته المتون الموضوعة لبيان الفتوى من البحر والنهر (قوله وفى القنية عكسه) أى حيث قال فيها أم الأب أولى فى الترجيح من الأم قال فى النهر : وحكى عن خواهر زاده وعمر النسفى تقديم الأخت على الأم لأنها من قوم الأب ، وينبغى أن يخرج مافى القنية على هذا القول اه أى فيكون من اعتبر ترجيح الجدة قوم الأب يرجح لأب والأخت على الأم لكن المتون على ذكر الأم عقب العصبات . وعلى ترجيحها على الأخت وصرح فى الجوهرة بتقديم الجدة على الأخت فقال وأولاهم الأم ، ثم الجدة ، ثم الأخت لأب وأم . ونقل ذلك الشرنبلالى فى رسالة عن شرح النقاية للعلامة قاسم وقال ولم يقيد الجدة بكونها لأم أو لأب . غير أن السياق يقتضى أنها الجدة لأم . وهل تقدم أم الأب عليها أو تتأخر عنها أو تزاحمها كلام القنية يدل على الأول وسياق كلام الشيخ قاسم يدل على الثانى ، وقد يقال بالمزاحمة لعدم المرجح وقد يقال قرابة الأب لها حكم العصبة فتقدم أم الأب فليتأمل اه ملخصا .

قلت : وجزم الخير الرملى بهذا الأخير فقال قيد فى القنية بالأم لأن الجدة لأب أولى من الجدة لأم قولا واحدا فتحصل بعد الأم أم الأب ثم أم الأم ثم الجد الفاسد تأمل اه وما جزم به الرملى أفتى به فى الحامدية ، ثم هذا فى الجدة الصحيحة أما الفاسدة فهى كالجد الفاسد كما يأتى قريبا (قوله ثم للبنت) إلى قوله وهكذا ذكر ذلك فى أحكام الصغار عقب الأم وكذا فى فتح القدير والبحر وقول الكنز وإن لم تكن عصبة فالولاية للأم ، ثم للأخت الخ يخالفه ، لكن اعتذر عنه فى البحر بأنه لم يذكره فى الكنز بعد الأم لأنه خاص بالمجنون والمجنونة (قوله وهكذا) أى إلى آخر الفروع وإن سفلوا ط (قوله ثم للجد الفاسد) قال فى البحر : وظاهر كلام المصنف أن الجد الفاسد مؤخر عن الأخت لأنه من ذوى الأرحام وذكر المصنف فى المستصفى أنه أولى منها عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف الولاية لهما كما فى الميراث وفى فتح القدير وقياس ماصحح فى الجد والأخ من تقدم الجد تقدم الجد الفاسد على الأخت اه فثبت بهذا أن المذهب أن الجد الفاسد بعد الأم قبل الأخت اه كلام البحر : أى بعد الأم فى غير المجنون والمجنونة وإلا فالبنت مقدمة عليه كما علمت .

قلت : ووجه القياس أنهم ذكروا أن الأصح أن الجد أبا الأب مقدم على الأخ عند الكل وإن اشترك مع الأخ فى الميراث عندهما لأن الولاية تبتنى على الشفقة وشفقة الجد فوق شفقة الأخ ، وحينئذ يقاس عليه الجد الفاسد مع الأخت فإن شفقته أقوى منها . ومقتضى هذا أن الجدة الفاسدة كذلك ، ويؤيد هذا أن من أخر الجد الفاسد عن الأخت ذكر معه الجدة الفاسدة . وهو ما مشى عليه فى شرح درر البحار حيث قال : وعند أبى حنيفة الأم ثم الجدة الصحيحة . ثم الأخت لأبوين . ثم لأب . ثم الأخ ، أو الأخت لأم وبعد هؤلاء ذوو الأرحام كجد وجدة فاسدين ، ثم ولد أخت لأبوين أو لأب . ثم ولد أخ لأم . ثم العمة ، ثم الخال ، ثم الخالة ، ثم بنت العم ،

لأب ثم لولد الأم) الذكر والأنثى سواء ، ثم لأولادهم (ثم لذوى الأرحام) العمات ، ثم الأخوال ، ثم الخالات ، ثم بنات الأعمام . وبهذا الترتيب أولادهم شمنى ثم مولى الموالاة (ثم للسلطان ثم لقاض نص له عليه فى منشوره) ثم لنوابه إن فوض له ذلك وإلا لا (وليس للوصى) من حيث هو وصى (أن يزوج) اليتيم (مطلقا) وإن أوصى إليه الأب بذلك على المذهب .

وهكذا الأقرب فلأقرب اه (قوله الذكر والأنثى سواء) لأن لفظ الولد يشملهما ، ومقتضاه أنهما فى رتبة واحدة ، ومقتضى تقديم الأخوال على الخالات كما يأتى أن يقدم الذكر هنا تأمل (قوله ثم لأولادهم) أى أولاد الأخت الشقيقة ، وما عطف عليها على هذا الترتيب كما علمته مما نقلناه عن شرح درر البحار وهذا يغنى عنه مابعده (قوله وبهذا الترتيب أولادهم) فيقدم أولاد العمات ، ثم أولاد الأخوال ثم أولاد الخالات ، ثم أولاد بنات الأعمام ط (قوله ثم مولى الموالاة) هو الذى أسلم على يده أبو الصغيرة ووالاه لأنه يرث فتثبت له ولاية التزويج فتح أى إذا كان الأب مجهول النسب ووالاه على أنه إن جنى يعقل عنه ، وإن مات يرثه وقد تكون الموالاة من الطرفين كما سيأتى فى بابها وشمل المولى الأنثى كما فى شرح الملتقى (قوله ثم لقاض) نقل القهستانى عن النظم أنه مقدم على الأم .

قلت : وهو خلاف مافى المتون وغيرها (قوله نص له عليه فى منشوره) أى على تزويج الصغار والمنشور ماكتب فيه السلطان إنى جعلت فلانا قاضياً ببلدة كذا ، وإنما سمى به لأن القاضى ينشره وقت قراءته على الناس قهستانى ، وسنذكر فى مسألة عضل الأقرب أنه تثبت الولاية فيها للقاضى وإن لم يكن فى منشوره أى لأن ثبوت الولاية له فيها بطريق النيابة عن الأب أو الجد الفاضل دفعاً لظلمه ، فيحمل ماهنا على ماإذا ثبتت له الولاية لابطريق النيابة تأمل (قوله إن فوض له ذلك وإلا فلا) أى وإن لم يفوض للقاضى التزويج فليس لنائبه ذلك لما فى المجتبى ، ثم للقاضى ونوابه إذا شرط فى عهده تزويج الصغار والصغائر وإلا فلا اه قال فى البحر : هذا بناء على أن هذا الشرط إنما هو فى حق القاضى دون نوابه . ويحتمل أن يكون شرطاً فيهما ، فإذا كتب فى منشور قاضى القضاة ، فإن كان ذلك فى عهد نائبه منه ملكه النائب وإلا فلا ، ولم أر فيه منقولا صريحا اه .

وحاصله : أن القاضى إذا كان مأذونا بالتزويج ، فهل يكفى ذلك لنائبه أم لابد أن ينص القاضى لنائبه على الإذن ؟ وعبارة المجتبى محتملة والمتبادر منها الأول ، وما فى النهر من أن مافى المجتبى لايفيد عدم اشتراط تفويض الأصيل للنائب كما توهمه فى البحر رده الرملى بأنه كيف لايفيد مع إطلاقه فى نوابه والمطلق يجرى على إطلاقه ، ووجهه أنه لما فوض لهم ماله ولايته التى من جملتها التزويج صار ذلك من جملة مافوض إليهم ، وقد تقرر أنهم نواب السلطان حيث أذن له بالاستنابة عنه فيما فوضه إليه اه فافهم .

قلت : لكن قال فى أنفع الوسائل الظاهر أن النائب الذى لم ينص له القاضى على تزويج الصغائر لايملكه لأنه إن كان فوض إليه الحكم بين الناس فهذا مخصوص بالرافعات ، فلا يتعدى إلى التزويج ، وكذا لو قال استنبتك فى الحكم أما لو قال له استنبتك فى جميع مافوض إلى السلطان فيملكه حيث عمم له اه ، ثم استظهر فى أنفع الوسائل أنه إذا ملك التزويج ليس له أن يأذن به لغيره لأنه بمنزلة الوكيل عن القاضى ، وليس للوكيل أن يوكل إلا بإذن اه (قوله وليس للوصى) أى وصى الصغير والصغيرة بحر . واليتيم بوزن فعيل يشملهما (قوله من حيث هو وصى) احترز به عن قوله الآتى نعم لو كان قريبا أو حاكماً يملكه الخ (قوله على المذهب) لأنه المذكور فى كافى الحاكم مطلقاً ، حيث قال والوصى ليس بولى وزاد فى الذخيرة ، سواء أوصى إليه الأب بالنكاح

نعم لو كان قريبا أو حاكما يملكه بالولاية كما لايخفى .

[فروع] ليس للقاضي تزويج الصغيرة من نفسه ولا ممن لاتقبل شهادته له كما فى معين الحكام ، وأقره المصنف وبه علم أن فعله حكم وإن عرى عن الدعوى .

صغيرة زوجت نفسها ولا ولى ولا حاكم ثمة توقف ، ونفذ بإجازتها بعد بلوغها لأن له مجيزا وهو السلطان ،

أولا ، نعم فى الخانية وغيرها : أنه روى هشام فى نوادره عن أبى حنيفة أنه له ذلك إن أوصى إليه به ، وعليه مشى الزيلعى قال فى البحر وهى رواية ضعيفة ، واستثنى فى الفتح مالو عين له الموصى فى حياته رجلا واعترضه فى البحر بأنه إن زوجها من المعين فى حياة الموصى فهو وكيل لاوصى وإن بعد موته ، فقد بطلت الوكالة وانتقلت الولاية للحاكم عند عدم قريب (قوله يملكه) أى التزويج إن لم يكن أحد أولى منه (قوله ولا ممن لاتقبل شهادته له) كأصوله وإن علوا فروعه وإن سفلوا ط (قوله علم أن فعله حكم) أى وليس له أن يحكم لنفسه لأنه فى حق نفسه رعية وكذا السلطان ح عن المندية .

[تنبيه] أفتى ابن نجيم بأن القاضى إذا زوج يتيمة ارتفع الخلاف ، فليس لغيره نقضه أى لما علمت من أن ذلك حكم منه ثم رأيت ماأفتى به فى أنفع الوسائل (قوله وإن عرى عن الدعوى) وأما قولهم شرط نفاذ القضاء فى المجتهدات أن يصير الحكم حادثة تجرى فيه خصومة صحيحة عند القاضى من خصم على خصم ، فالظاهر أنه محمول على الحكم القولى ، أما الفعلى فلا يشترط فيه ذلك توفيقا بين كلامهم نهر .

قلت : وكذا القضاء الضمنى لايشترط له الدعوى والخصومة كما إذا شهدا على خصم بحق وذكرا اسمه واسم أبيه وجده وقضى بذلك الحق كان قضاء بنسبه ضمنا وإن لم يكن فى حادثة النسب ، وكذا لو شهدا بأن فلانة زوجة فلان وكلت زوجها فلانا فى كذا على خصم منكر وقضى بتوكيلها كان قضاء بالزوجية بينهما ونظيره الحكم بثبوت الرمضانية فى ضمن دعوى الوكالة وتمامه فى قضاء الأشباه (قوله صغيرة زوجت نفسها) أى من كفء بمهر المثل ، وإلا لم يتوقف لأن الحاكم لايملك العقد عليها بذلك فلا يملك إجازته فكان عقدا بلا مجيز ، نعم لو كان لها أب أو جد وزوجت نفسها كذلك توقف لأن له مجيزا وقت العقد لأن الأب والجد يملكان العقد بذلك والصغير كالصغيرة لما فى الخانية من أن الصغير لو زوج بالغة ثم غاب فتزوجت آخر وكان الصبى أجاز بعد بلوغه العقد الذى باشره فى صغره فإن كانت الإجازة بعد العقد الثانى جاز الثانى لأنها تملك الفسخ قبل إجازته ، وإن كانت قبله فإن كان الأول بمهر المثل أو بغبن فاحش وللصغير أب أو جد نفذ بإجازة الصبى بعد بلوغه وإلا فيجوز الثانى (قوله ولا حاكم ثمة) أى فى موضع العقد (قوله توقف الخ) هذا قول بعض المتأخرين فى أحكام الصغار : فإن كانت فى موضع لم يكن فيه قاض إن كان ذلك الموضع تحت ولاية قاضى تلك البلدة ينعقد ، ويتوقف على إجازة ذلك القاضى وإلا فلاينعقد وقال بعض المتأخرين : ينعقد ويتوقف على إجازتها بعد البلوغ اه .

واستشكله فى البحر بأنهم قالوا كل عقد لامجيز له حال صدوره فهو باطل لا يتوقف ثم قال التوقف فيه باعتبار أن مجيزه السلطان كما لايخفى اه وهذا مبنى على كفاية كون ذلك المكان تحت ولاية السلطان وإن لم يكن تحت ولاية قاض ، وعليه فبطلان العقد يتصور فيما إذا كان فى دار الحرب أو البحر أو المفازة ونحو ذلك بخلاف القرى والأمصار ويدل عليه مافى الفتح فى فصل الوكالة بالنكاح حيث قال : ومالا مجيز له أى ماليس له من يقدر على الإجازة يبطل كما إذا كانت تحته حرة فزوجه الفضولى أمة أو أخت امرأته أو خامسة أو زوجه معتدة أو مجنونة أو صغيرة يتيمة فى دار الحرب أو إذا لم يكن سلطان ولا قاضي لعدم من يقدر على الإمضاء حالة العقد فوقع باطلا اه

ولو زوّجها وليان مستويان قدم السابق فإن لم يدر أو وقعا معا بطلا (وللولى الأبعد التزويج بغيبة الأقرب) فلو زوج الأبعد حال قيام الأقرب توقف على إجازته ولو تحولت الولاية إليه لم يجز إلا باجازته بعد التحول قهستانى وظهيرية (مسافة القصر) واختار فى الملتقى مالم ينتظر الكفء الخاطب جوابه واعتمده الباقانى ونقل ابن الكمال أن عليه الفتوى وثمرة الخلاف فيمن اختفى في المدينة هل تكون غيبة منقطعة (ولو زوجها الأقرب حيث هو جار) النكاح (على) القول (الظاهر) ظهيرية

وسيأتى تمامه فى آخر الباب الآتى وقد أطلنا الكلام فى تحرير هذه المسألة فى تنقيح الفتاوى الحامدية من كتاب المأذون (قوله وليان مستويان) كأخوين شقيقين فلو أحد الوليين أقرب من الآخر ، فلا ولاية للأبعد مع الأقرب إلا إذا غاب غيبة منقطعة ، فنكاح الأبعد يجوز إذا وقع قبل عقد الأقرب بحر : أى يجوز على أحد القولين وفيه كلام يأتى قريبا (قوله فإن لم يدر) ينبغى أنها لو بلغت وادعت أن أحدهما هو الأول يقبل لما فى الفتح ولو زوجها أبوها وهى بكر بالغة بأمرها وزوجت هى نفسها من آخر فأيهما قالت هو الأول فالقول لها وهو الزوج لأنها أقرت بملك النكاح له على نفسها ، وإقرارها حجة تامة عليها وإن قالت : لا أدرى الأول ولا يعلم من غيرها فرق بينهما وكذا لو زوجها وليان بأمرها اه . (قوله وللولى الأبعد الخ) المراد بالأبعد من يلى الغائب فى القرب كما عبر به فى كافى الحاكم ، وعليه فلو كان الغائب أباها ولها جد وعم ، فالولاية للجد لا للعم قال فى الاختيار : ولا تنتقل إلى السلطان لأن السلطان ولى من لا ولى له وهذه لها أولياء إذ الكلام فيه اه ومثله فى الفتح وغيره وبه علم أنه ليس المراد بالأبعد هنا القاضى وما فى الشرنبلالية من أن المراد به القاضى دون غيره لأن هذا من باب دفع الظلم اه . إنما قاله فى المسألة الآتية أى مسألة عضل الأقرب كما يأتى بيانه ، ويدل عليه التعليل بدفع الظلم فإنه لاظلم فى الغيبة بخلاف العضل فالاعتراض على الشرنبلالية بمخالفتها لإطلاق المتون ناشىء عن اشتباه إحدى المسألتين بالأخرى فافهم (قوله حال قيام الأقرب) أى حضوره وهو من أهل الولاية أما لو كان صغيرا أو مجنونا جاز نكاح الأبعد ذخيرة (قوله توقف على إجازته) تقدم أن البالغة لو زوجت نفسها غير كفء ، فللولى الاعتراض مالم يرض صريحا أو دلالة كقبض المهر ونحوه ، فلم يجعلوا سكوته إجازة والظاهر أن سكوته هنا كذلك فلا يكون سكوته إجازة لنكاح الأبعد وإن كان حاضرا فى مجلس العقد مالم يرض صريحا أو دلالة تأمل (قوله ولو تحولت الولاية إليه) أى إلى الأبعد بموت الأقرب أو غيبته غيبة منقطعة ط (قوله مسافة القصر الخ) اختلف فى حد الغيبة فاختار المصنف تبعا للكنز أنها مسافة القصر ونسبه فى الهداية لبعض المتأخرين والزيلعى لأكثرهم قال : وعليه الفتوى اه . وقال فى الذخيرة الأصح أنه إذا كان فى موضع لو انتظر حضوره أو استطلاع رأيه فات الكفء الذى حضر فالغيبة منقطعة وإليه أشار فى الكتاب اه .

وفى البحر عن المجتبى والمبسوط : أنه الأصح وفى النهاية واختاره أكثر المشايخ وصححه ابن الفضل ، وفى الهداية أنه أقرب إلى الفقه . وفى الفتح أنه الأشبه بالفقه وأنه لاتعارض بين أكثر المتأخرين وأكثر المشايخ أى لأن المراد من المشايخ المتقدمون وفى شرح الملتقى عن الحقائق أنه أصح الأقاويل وعليه الفتوى اه . وعليه مشى فى الاختيار والنقاية ويشير كلام النهر إلى اختياره وفى البحر والأحسن الافتاء بما عليه أكثر المشايخ (قوله هل تكون غيبة منقطعة) أى فعلى الأول لا وعلى الثانى نعم لأنه لم يعتبر مسافة السفر :

قلت : لكن فيه أن الثانى اعتبر فوات الكفء الذى حضر فينبغى أن ينظر هنا إلى الكفء إن رضى بالانتظار مدة يرجى فيها ظهور الأقرب المختفى لم يجز نكاح الأبعد وإلا جاز ولعله بناه على أن الغالب عدم الانتظار تأمل (قوله جاز على الظاهر) أى بناء على أن ولاية الأقرب باقية مع الغيبة . وذكر فى البدائع اختلاف المشايخ فيه :

(ويثبت للأبعد) من أولياء النسب شرح وهبانية. لكن في القهستاني عن الغياثي: أولم يزوج الأقرب زوج القاضي عند فوت الكفء (التزويج بعضل الأقرب) أي بامتناعه عن التزويج

وذكر أن الأصح القول بزوالها وانتقالها للأبعد قال في المعراج وفي المحيط لا رواية فيه وينبغي أن لا يجوز لانقطاع ولايته ، وفي المبسوط لا يجوز ولئن سلم فلأنها انتفعت برأيه ، ولكن هذه منفعة حصلت لها اتفاقا فلا يبنى الحكم عليها اهـ . وكذا ذكر في الهداية المنع ثم التسليم بقوله ولو سلم قال في الفتح: وهذا تنزل وأيد الزيلعي المنع من حيث الرواية والمنقول ، وكذا في البدائع وبه علم أن قوله على الظاهر ، ليس المراد به ظاهر الرواية لما علمت من أنه لا رواية فيه ، وإنما هو استظهار لأحد القولين ؛ وقد علمت ما فيه من تصحيح خلافه ومنعه في أكثر الكتب ؛

أقول : ويؤخذ من هذا بالأولى أن الوليين لو كانا في درجة واحدة كأخوين غاب أحدهما فزوج في مكانه لا يصح لأنه إذا لم يصح تزويج الأقرب الغائب مع حضور الأبعد، فعدم صحة العقد من الغائب مع حضور المساوي له في الدرجة بالأولى ،تأمل (قوله من أولياء النسب) احتراز عن القاضي (قوله لكن في القهستاني الخ) استدراك على ما في شرح الوهبانية فإنه لم يستند فيه إلى نقل صريح ، وهذا منقول وقد أيده أيضا العلامة الشرنبلالي في رسالة سماها [كشف المعضل فيمن عضل] بأنه ذكر في أنفع الوسائل عن المنتقى إذا كان للصغيرة أب امتنع عن تزويجها لا تنتقل الولاية إلى الجد بل يزوجها القاضي ،ونقل مثله ابن الشحنة عن الغاية عن روضة الناطفي ، وكذا المقدسي عن الغاية والنهر عن المحيط والفيض عن المنتقى ، وأشار إليه الزيلعي حيث قال في مسألة تزويج الأبعد بغيبة الأقرب وقال الشافعي : بل يزوجها الحاكم اعتبارا بعضله ، وكذا قال في البدائع إن نقل الولاية إلى السلطان أي حال غيبة الأقرب باطل ، لأنه ولي من لا ولي له وههنا لها ولي أو وليان، فلا تثبت الولاية للسلطان إلا عند العضل من الولي ولم يوجد وكذا فرق في التسهيل بين الغيبة والعضل بأن العاضل ظالم بالامتناع فقام السلطان مقامه في دفع الظلم، بخلاف الغائب خصوصا للحج ونحوه في شرح المجمع الملكي وبه أفتى العلامة ابن الشلبي ،فهذه النقول تفيد الاتفاق عندنا على ثبوتها بعضل الأقرب للقاضي فقط . وأما ما في الخلاصة والبزازية من أنها تنتقل إلى الأبعد بعضل الأقرب إجماعا فالمراد بالأبعد القاضي لأنه آخر الأولياء فالتفضيل على بابه وحمله في البحر على الأبعد من الأولياء ثم ناقض نفسه بعد سطرين بقوله قالوا وإذا خطبها كفء وعضلها الولي تثبت الولاية للقاضي نيابة عن العاضل فله التزويج وإن لم يكن في منشوره اهـ . هذا خلاصة ما في الرسالة ثم ذكر فيها عن شرح المنظومة الوهبانية عن المنتقى ثبوت الخيار لها بالبلوغ إذا زوجها القاضي بعضل الأقرب ، وعن المجرد عدم ثبوته والأول على أن تزويجه بطريق الولاية والثاني على أنه بطريق النيابة عن العاضل ، رجحه الشرنبلالي دفعا للتعارض في كلامهم .

قلت : ويؤيده ما مر عن التسهيل ، وكذا قولهم فله التزويج وإن لم يكن في منشوره ويجب حمل ما في المجرد على ما إذا كان العاضل الأب أو الجد لثبوت الخيار لها عند تزويج غيرهما فكذا عند تزويج القاضي نيابة عنه (قوله عند فوت الكفء) أي خوف فوته (قوله أي بامتناعه عن التزويج) أي من كفء بمهر المثل ، أما لو امتنع عن غير الكفء ، أو لكون المهر أقل من مهر المثل ، فليس بعاضل ط وإذا امتنع عن تزويجها من هذا الخاطب الكفء ليزوجها من كفء غيره استظهر في البحر أنه يكون عاضلا قال ولم أره وتبعه المقدسي والشرنبلالي ، واعترضه الرملي بأن الولاية بالعضل تنتقل إلى القاضي نيابة لدفع الإضرار بها ولا يوجد مع إرادة التزويج بكفء غيره اهـ .

قلت : وفيه نظر لأنه متى حضر الكفء الخاطب لا ينتظر غيره خوفا من فوته ولذا تنتقل الولاية إلى الأبعد

إجماعا خلاصة (ولا يبطل تزويجه) السابق (بعود الأقرب) لحصوله بولاية تامة (وولى المجنونة) والمجنون ولو عارضا (فى النكاح) أما التصرف فى المال فالأب اتفاقا (ابنها) وإن سفل (دون أبيها) كما مر ، والأولى أن يأمر الأب به ليصح اتفاقا (ولو أقر ولى صغير أو صغيرة أو) أقر (وكيل رجل أو امرأة أو مولى لعبد النكاح لم ينفذ) لأنه إقرار على الغير بخلاف مولى الأمة حيث ينفذ إجماعا لأن منافع بضعها ملكه (إلا أن يشهد الشهود على النكاح) بأن ينصب القاضى خصما عن الصغير ، حتى ينكر فتقام البينة عليه (أو يدرك الصغير أو الصغيرة فيصدقه) أى الولى المقر (أو يصدق الموكل أو العبد) عند أبى حنيفة وقالا : يصدق فى ذلك

عند غيبة الأقرب كما مر . نعم لو كان الكفء الآخر حاضرا أيضا وامتنع الولى الأقرب من تزويجها من الكفء الأول لايكون عاضلا لأن الظاهر من شفقته على الصغيرة أنه اختار لها الأنفع لتفاوت الأكفاء أخلاقا وأوصافا فيتعين العمل بهذا التفصيل والله أعلم (قوله ولا يبطل تزويجه) يعنى تزويج الأبعد حال غيبة الأقرب . وكان الأولى ذكر هذه الجملة بعد قوله وللولى الأبعد التزويج بغيبة الأقرب ط (قوله السابق) أى المتحقق سبقه احترازا عما لو زوجها الغائب الأقرب قبل الحاضر الأبعد ، فإنه يلغو المتأخر وعما لو جهل التاريخ ، فإنه يبطل كل منهما بناء على بقاء ولاية الغائب ، أما على ماقدمناه من انقطاع ولايته فالعبرة لعقد الحاضر مطلقا (قوله وولى المجنونة والمجنون) أى جنونا مطبقا وهو شهر كما مر ، وتقدم أيضا أن المعتوه كذلك (قوله ولو عارضا) أى ولو كان جنونهما عارضا بعد البلوغ خلافا لزفر (قوله اتفاقا) أى بخلاف الولاية فى النكاح ففيها خلاف محمد ، فهى عنده للأب أيضا وعندهما للابن (قوله دون أبيها) أى أوجدها والمراد أنه إذا اجتمع فى المجنونة أبوها أو جدها مع ابنها ، فالولاية للابن عندهما دون الأب أو الجد كما فى الفتح وكذا الباقى العصبات تزويجها على الترتيب المار فيهم كما قدمناه عن الفتح (قوله ولو أقر الخ) قال الحاكم الشهيد فى الكافى الجامع لكتب ظاهر الرواية وإذا أقر الأب أو غيره من الأولياء على الصغير أو الصغيرة بالنكاح أمس لم يصدق على ذلك إلا بشهود أو تصديق منهما بعد الإدراك فى قول أبى حنيفة ، وكذلك إقرار المولى على عبده . وأما إقراره على أمته بمثل ذلك فجائز مقبول وقال أبو يوسف ومحمد : الإقرار من هؤلاء فى جميع ذلك جائز وكذلك إقرار الوكيل على موكله على هذا الاختلاف اهـ ونقل فى الفتح عن المصفى عن أستاذه الشيخ حميد الدين : أن الخلاف فيما إذا أقر الولى فى صغرهما ، وإليه أشار فى المبسوط وغيره قال : وهو الصحيح وقيل فيما إذا بلغا وأنكرا فأقر الولى ، أما لو أقر فى صغرهما يصح اتفاقا ، واستظهره فى الفتح وقد علمت أن الأول ظاهر الرواية وأنه الصحيح (قوله بخلاف مولى الأمة) أى إذا ادعى رجل نكاحها فأقر له مولاها يقضى به بلا بينة ، وتصديق درر أى لو عتقت لايحتاج إلى تصديقها ، ومقتضى تعليل الشارح أنه لايصح إقراره عليها بعد العتق (قوله بأن ينصب القاضى الخ) أى لأن الأب مقر ، والصغير لايصح إنكاره ولا بد فى الدعوى من خصم فينصب عنه خصما حتى ينكر فتقام عليه البينة ، فيثبت النكاح على الصغير أفاده فى الفتح (قوله أى الولى المقر) بالنصب تفسيرا للضمير المنصوب (قوله أو يصدق) بالنصب عطفا على يدرك ، وقوله الموكل أو العبد مرفوعان على الفاعلية والمفعول محذوف أى يصدق الموكل الوكيل أو العبد المولى (قوله وقالا يصدق فى ذلك) أى يصدق المقر فى جميع فروع هذه المسألة السابقة مثل إقرار المولى على أمته كما سمعت التصريح به فى عبارة الكافى ومثله فى البدائع فافهم (قوله وهذه المسألة) أى مسألة عدم قبول الإقرار من ولى الصغير أو الصغيرة ، ومن الوكيل وولى العبد مخرجة أى مستثناة على قول الإمام من قاعدة من ملك إنشاء عقد ملك الإقرار به كالمولى إذا أقر بالوطء فى مدة الإيلاء وزوج المعتدة إذا قال فى العدة راجعتك ، وهو وجه قولهما

وهذه المسألة مخرجة من قولهم من ملك الانشاء ملك الاقرار به ولها نظائر .

[فرع] هل لولى مجنون ومعتوه تزويجه أكثر من واحدة ؟ لم أره ومنعه الشافعى وجوّزه فى الصبى للحاجة :

باب الكفاءة

من كافأه إذا ساواه والمراد هنا مساواة مخصوصة أو كون المرأة أدنى (الكفاءة معتبرة) فى ابتداء النكاح للزومه أو لصحته (من جانبه) أى الرجل لأن الشريفة تأبى أن تكون فراشا للدنيء ولذا (لا) تعتبر (من جانبها) لأن

بالقبول هنا كما فى إقراره بتزويج أمته ، ووجه قول الإمام حديث : « لا نكاح إلا بشهود » وأنه إقرار على الغير فيما لا يملكه ، وتمامه فى البدائع وعلى ما استظهره فى الفتح فى مسألة الصغيرين . فهى داخلة فى مفهوم القاعدة على قول الإمام لأنه لا يملك الإنشاء حال بلوغهما فلا يملك الإقرار ، وعلى قولهما تكون خارجة عن القاعدة (قوله ملك الإقرار به) الأولى حذف به لعدم مرجع الضمير وإن علم من المقام لأن المعنى من ملك إنشاء شيء ملك الإقرار به ط (قوله ولها نظائر) كاقرار الوصى بالاستدانة على اليتيم لايصح ، وإن ملك إنشاء الاستدانة بحر عن المبسوط ، وكما لو وكله بعتق عبد بعينه فقال الوكيل: أعتقته أمس وقد وكله قبل الأمس لايصدق بلابينة ، وتمامه فى حواشى الأشباه للحموى من الإقرار (قوله هل لولى مجنون الخ) البحث لصاحب النهر ، والظاهر أن الصبى فى حكم من ذكر ط (قوله ومنعه الشافعى) لاندفاع الضرورة بالواحدة نهر (قوله وجوّزه) أى تزويج أكثر من واحدة :

باب الكفاءة

لما كانت شرط اللزوم على الولى إذا عقدت المرأة بنفسها حتى كان له الفسخ عند عدمها ، كانت فرع وجود الولى ، وهو بثبوت الولاية فقدم بيان الأولياء ومن تثبت له ثم أعقبه فصل الكفاءة فتح (قوله أو كون المرأة أدنى) اعترضه الخير الرملى بما ملخصه أن كون المرأة أدنى ليس بكفاءة غير أن الكفاءة من جانب المرأة غير معتبرة (قوله الكفاءة معتبرة) قالوا معناه معتبرة فى اللزوم على الأولياء حتى أن عند عدمها جاز للولى الفسخ اه فتح وهذا بناء على ظاهر الرواية من أن العقد صحيح ، وللولى الاعتراض ، أما على رواية الحسن المختارة للفتوى من أنه لايصح . فالمعنى معتبرة فى الصحة . وكذا لو كانت الزوجة صغيرة ، والعاقد غير الأب والجد ، فقدم أن العقد لايصح (قوله فى ابتداء النكاح) يغنى عنه قول المصنف الآتى : واعتبارها عند ابتداء العقد الخ وكأنه أشار إلى أن الأولى ذكره هنا (قوله للزومه أو لصحته) الأول بناء على ظاهر الرواية ، والثانى على رواية الحسن ، وقدمنا أول الباب السابق لاختلاف الافتاء فيهما ، وأن رواية الحسن أحوط (قوله من جانبه الخ) أى يعتبر أن يكون الرجل مكافئا لها فى الأوصاف الآتية بأن لايكون دونها فيها ، ولا تعتبر من جانبها بأن تكون مكافئة له فيها بل يجوز أن تكون دونه فيها (قوله ولذا لا تعتبر) تعليل للمفهوم ، وهو أن الشريف لا يأبى أن يكون مستفرشا للدنيئة كالأمة والكتابية لأن ذلك لايعد عارا فى حقه بل فى حقها لأن النكاح رق للمرأة والزوج مالك :

[تنبيه] تقدم أن غير الأب والجد لو زوج الصغير أو الصغيرة غير كفء لايصح ، ومقتضاه أن الكفاءة للزوج معتبرة أيضا وقدمنا أن هذا فى الزوج الصغير لأن ذلك ضرر عليه فما هنا محمول على الكبير ، ويشير إليه ما قدمناه آنفا عن الفتح من أن معنى اعتبار الكفاءة اعتبارها فى اللزوم على الأولياء الخ .

فإن حاصله : أن المرأة إذا زوجت نفسها من كفء لزم على الأولياء ، وإن زوجت من غير كفء لايلزم

الزوج مستفرش فلا تغيظه دناءة الفراش وهذا عند الكل فى الصحيح ، كما فى الخانية لكن فى الظهيرية وغيرها هذا عنده وعندهما تعتبر فى جانبها أيضا (و) الكفاءة (هى حق الولى لاحقها) فلو نكحت رجلا ولم تعلم حاله فإذا هو عبد لاخيار لها بل للأولياء ولو زوجوها برضاها ولم يعلموا بعدم الكفاءة ثم علموا لاخيار لأحد إلا إذا

أو لا يصح بخلاف جانب الرجل فإنه إذا تزوج بنفسه مكافئة له أولا فإنه صحيح لازم . وقال القهستانى : الكفاءة لغة : المساواة وشرعا : مساواة الرجل للمرأة فى الأمور الآتية وفيه إشعار بأن نكاح الشريف الوضيعة لازم فلا اعتراض للولى بخلاف العكس اه فقد أفاد أن لزومه فى جانب الزوج إذا زوج نفسه كبيرا لا إذا زوجه الولى صغيرا، كما أن الكلام فى الزوجة إذا زوجت نفسها كبيرة فثبت اعتبار الكفاءة من الجانبين فى الصغيرين عند عدم الأب والجد كما حررناه فيما تقدم والله تعالى أعلم (قوله لكن فى الظهيرية الخ) لاوجه للاستدراك بعد ذكره الصحيح فإنه حيث ذكر القولين كان حق التركيب تقديم الضعيف والاستدراك عليه بالصحيح، كما فعل فى البحر وذكر أن مافى الظهيرية غريب ورده أيضا فى البدائع كما بسطه فى النهر (قوله هى حق الولى لاحقها) كذا قال فى البحر ، واستشهد له بما ذكره الشارح عن الولوالجية وفيه نظر بل هى حق لها أيضا بدليل أن الولى لو زوج الصغيرة غير كفء لايصح، مالم يكن أبا أوجدا غير ظاهر الفسق ولما فى الذخيرة قبيل الفصل السادس، من أن الحق فى إتمام مهر المثل عند أبى حنيفة للمرأة وللأولياء حق الكفاءة وعندهما للمرأة لاغير اه . وظاهر قوله كحق الكفاءة الاتفاق ، على أنه حق لكل منهما وكذا ما فى البحر عن الظهيرية ، لو انتسب الزوج لها نسبا غير نسبه ، فإن ظهر دونه وهو ليس بكفء فحق الفسخ ثابت للكل وإن كان كفؤا فحق الفسخ لها دون الأولياء ، وإن كان ماظهر فوق ما أخبر فلا فسخ لأحد وعن الثانى أن لها الفسخ لأنها عسى تعجز عن المقام معه اه ومن هذا القبيل ماسيذكره الشارح قبيل باب العدة لو تزوجته على أنه حر أو سنى أو قادر على المهر والنفقة فبان بخلافه أو على أنه فلان ابن فلان فإذا هو لقيط أو ابن زنا لها الخيار اه . ويأتى تمام الكلام على ذلك هناك زاد فى البدائع على مامر عن الظهيرية ، وإن فعلت المرأة ذلك فتزوجها ، ثم ظهر بخلاف ما أظهرت فلا خيار للزوج ، سواء تبين أنها حرة أو أمة لأن الكفاءة فى جانب النساء غير معتبرة اه وقد يجاب بأن الكلام كما مر فيما إذا زوجت نفسها بلا إذن الولى وحينئذ لم يبق لها حق فى الكفاءة لرضاها باسقاطها فبقى الحق للولى فقط فله الفسخ (قوله فلو نكحت الخ) تفريع على قوله : لا حقها وفيه أن التقصير جاء من قبلها حيث لم تبحث عن حاله كما جاء من قبلها وقبل الأولياء فيما لو زوجوها برضاها ، ولم يعلموا بعدم الكفاءة ، ثم علموا رحمتى وفى كلام الولوالجية مايفيده كما يأتى قريبا وعلى ماذكرناه من الجواب فالتفريع صحيح، لأن سقوط حقها إذا رضيت ولو من وجه وهنا كذلك ولذا لو شرطت الكفاءة بقى حقها (قوله لا خيار لأحد) هذا فى الكبيرة(١) كما هو فرض المسألة بدليل قوله : نكحت رجلا وقوله : برضا فلا يخالف ماقدمناه فى الباب المار عن النوازل لو زوج بنته الصغيرة ممن ينكر أنه يشرب المسكر ، فإذا هو مدمن له وقالت بعد ماكبرت : لا أرضى بالنكاح إن لم يكن يعرفه الأب بشربه وكان غلبة أهل بيته صالحين فالنكاح باطل لأنه إنما زوج على ظن أنه كفء اه خلافا لما ظنه المقدسى من إثبات المخالفة بينهما كما نبه عليه الخير الرملى ،

قلت : ولعل وجه الفرق أن الأب يصح تزويجه الصغيرة من غير الكفء لمزيد شفقته وأنه إنما فوت الكفاءة لمصلحة تزيد عليها وهذا إنما يصح إذا علمه غير كفء، أما إذا لم يعلمه فلم يظهر منه أنه زوجها للمصلحة المذكورة

---

(١) (قوله هذا فى الكبيرة الخ) على هذا الكلام على قول الشارح كان لهم الخيار وما كتبه المحشى هناك فلاحظه اه

شرطوا الكفاءة أو أخبرهم بها وقت العقد فزوجوها على ذلك ثم ظهر أنه غير كفء كان لهم الخيار ولوالجية فليحفظ :

(وتعتبر) الكفاءة للزوم النكاح خلافا لمالك (نسبا فقريش) بعضهم (أكفاء) بعض (و) بقية (العرب) بعضهم (أكفاء) بعض واستثنى فى الملتقى تبعا للهداية بنى باهلة

كما إذا كان الأب ماجنا أو سكران ، لكن كان الظاهر أن يقال لايصح العقد أصلا كما فى الأب الماجن والسكران مع أن المصرح به أن لها إبطاله بعد البلوغ وهو فرع صحته فليتأمل (قوله كان لهم الخيار) لأنه إذا لم يشترط الكفاءة كان عدم الرضا بعدم الكفاءة من الولى ، ومنها ثابتا من وجه دون وجه لما ذكرنا أن حال الزوج محتمل بين أن يكون كفؤا وأن لايكون . والنص إنما أثبت حق الفسخ بسبب عدم الكفاءة حال عدم الرضا بعدم الكفاءة من كل وجه فلا يثبت حال وجود الرضا بعدم الكفاءة من وجه بحر عن الولوالجية (قوله للزوم النكاح)أى على ظاهر الرواية ولصحته على رواية الحسن المختارة للفتوى (قوله خلافا لمالك)فى اعتبار الكفاءة خلاف مالك والثورى والكرخى من مشايخنا ، كذا فى فتح القدير ، فكان الأولى ذكر الكرخى وفى حاشية الدرر للعلامة نوح أن الإمام أبا الحسن الكرخى ، والإمام أبا بكر الجصاص وهما من كبار علماء العراق ، ومن تبعهما من مشايخ العراق لم يعتبروا الكفاءة فى النكاح ، ولو لم تثبت عندهم هذه الرواية عن أبى حنيفة لما اختاروها وذهب جمهور مشايخنا إلى أنها معتبرة فيه ولقاضى القضاة سراج الدين الهندى مؤلف مستقل فى الكفاءة ذكر فيه القولين على التفصيل وبين الكل منهما من السند والدليل اه (قوله نسبا) أى من جهة النسب ونظم العلامة الحموى ما تعتبر فيه الكفاءة فقال :

إن الكفاءة فى النكاح تكون فى ... ست لها بيت بديع قد ضبط

نسب وإسلام كذلك حرفة ... حرية وديانة مال فقط

قلت : وفى الفتاوى الحامدية عن واقعات قدرى أفندى عن القاعدية غير الأب والجد من الأولياء لو زوج الصغيرة من عنين معروف لم يجز لأن القدرة على الجماع شرط الكفاءة كالقدرة على المهر والنفقة بل أولى اه وأما الكبيرة فسنذكر عن البحر أنه لو زوجها الوكيل غنيا مجبوبا جاز وإن كان لها التفريق بعد (قوله فقريش الخ) القرشيان من جمعهما أب هو النضر بن كنانة فمن دونه ، ومن لم ينتسب إلا لأب فوقه فهو عربى غير قرشى والنضر هو الجد الثانى عشر للنبى صلى الله عليه وسلم ، فإنه محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف بن قصى ابن كلاب بن مرة بن كعب بن لؤى بن غالب بن فهر بن مالك بن النضر بن كنانة بن خزيمة بن مدركة بن إلياس ابن مضر بن نزار بن معدّ بن عدنان ، على هذا اقتصر البخارى والخلفاء الأربعة كلهم من قريش وتمامه فى البحر (قوله بعضهم أكفاء بعض) أشار به إلى أنه لا تفاضل فيما بينهم من الهاشمى ، والنوفلى والتيمى والعدوى وغيرهم ، ولهذا زوج على وهو هاشمى أم كلثوم بنت فاطمة لعمر وهو عدوى قهستانى فلو تزوجت هاشمية قرشيا غير هاشمى لم يرد عقدها وإن تزوجت عربيا غير قرشى لهم رده كتزوج العربية عجميا بحر وقوله لم يرد عقدها ذكر مثله فى التبيين ، وكثير من شروح الكنز والهداية ، وغالب المعتبرات فقوله فى الفيض القرشى لايكون كفؤا للهاشمى كلمة لافيه من تحريف النساخ رملى (قوله وبقية العرب أكفاء) العرب صنفان : عرب عاربة : وهم أولاد قحطان ومستعربة : وهم أولاد إسمعيل ، والعجم أولاد فروخ أخى إسمعيل ، وهم الموالى والعتقاء والمراد بهم غير العرب وإن لم يمسهم رق سموا بذلك إما لأن العرب لما افتتحت بلادهم وتركتهم أحرارا بعد أن كان لهؤلاء الاسترقاق ، فكأنهم أعتقوهم ، أو لأنهم نصروا العرب على قتل الكفار والناصر يسمى مولى نهر (قوله بنى باهلة) قال فى البحر :

لحسنهم والحق الاطلاق قاله المصنف كالبحر والنهر والفتح والشرنبلالية ويعد لده إطلاق المصنفين كالكنز والدرر وهذا فى العرب (و) أما فى العجم فتعتبر (حرية وإسلاما) فمسلم بنفسه أو معتق غير كفء لمن أبوها مسلم أو حر أو معتق وأمها حرة الأصل ومن أبوه مسلم أو حر غير كفء لذات أبوين (وأبوان فيهما كالآباء) لتمام النسب

باهلة فى الأصل اسم امرأة من همدان كانت تحت معن بن أعصر بن سعد بن قيس عيلان فنسب ولده إليها وهم معروفون بالخساسة قيل كانوا يأكلون بقية الطعام مرة ثانية وكانوا يأخذون عظام الميتة يطحنونها(١) ويأخذون دسومتها ولذا قيل :

ولا ينفع الأصل من هاشم إذا كانت النفس من باهله

وقيل : إذا قيل للكلب ياباهلى عوى الكلب من شؤم هذا النسب

(قوله والحق الإطلاق) فإن النص لم يفصل مع أنه صلى الله عليه وسلم كان أعلم بقبائل العرب وأخلاقهم وقد أطلق ، وليس كل باهلى كذلك بل فيهم الأجواد وكون فصيلة منهم أو بطن صعاليك فعلوا ذلك لا يسرى فى حق الكل فتح (قوله ويعضده) أى يقويه .

قلت : يعضده أيضا إطلاق محمد فى كافى الحاكم قريش بعضها أكفاء لبعض والعرب بعضهم أكفاء لبعض ، وليسوا بأكفاء لقريش ومن كان له من الموالى أبوان أو ثلاثة فى الإسلام فبعضهم أكفاء لبعض وليسوا بأكفاء للعرب اهـ .

والحاصل : أنه كما لا يعتبر التفاوت فى قريش حتى أن أفضلهم بنى هاشم أكفاء لغيرهم منهم ، فكذلك فى بقية العرب بلا استثناء ويؤخذ من هذا أن من كانت أمها عاوية مثلا وأبوها عجمى يكون العجمى كفؤا لها ، وإن كان لها شرف ما لأن النسب للآباء ولهذا جاز دفع الزكاة إليها فلا يعتبر التفاوت بينهما من جهة شرف الأم ولم أر من صرح بهذا والله أعلم (قوله وهذا فى العرب) أى اعتبار النسب إنما يكون فى العرب فلا يعتبر فيهم الإسلام كما فى المحيط والنهاية وغيرهما ولا الديانة كما فى النظم ولا الحرفة كما فى المضمرات ، لأن العرب لايتخذون هذه الصنائع حرفا ، وأما الباقى أى الحرية والمال فالظاهر من عباراتهم أنه معتبر قهستانى لكن فيه كلام ستعرفه فى مواضعه (قوله وأما فى العجم) المراد بهم من لم ينتسب إلى إحدى قبائل العرب ، ويسمون الموالى والعتقاء كما مر وعامة أهل الأمصار والقرى فى زماننا منهم ، سواء تكلموا بالعربية أو غيرها إلا من كان له منهم نسب معروف كالمنتسبين إلى أحد الخلفاء الأربعة أو إلى الأنصار ونحوهم (قوله فتعتبر حرية وإسلاما) أفاد أن الإسلام لايكون معتبرا فى حق العرب كما اتفق عليه أبو حنيفة وصاحباه لأنهم لايتفاخرون به ، وإنما يتفاخرون بالنسب فعربى له أب كافر يكون كفؤا لعربية لها آباء فى الإسلام ، وأما الحرية فهى لازمة للعرب لأنه لايجوز استرقاقهم نعم الإسلام معتبر فى العرب بالنظر إلى نفس الزوج لا إلى أبيه وجده ، فعلى هذا فالنسب معتبر فى العرب فقط وإسلام الأب والجد فى العجم فقط والحرية فى العرب والعجم وكذا إسلام نفس الزوج هذا حاصل ملف البحر (قوله لمن أبوها مسلم) راجع إلى قوله مسلم بنفسه ح (قوله أو حر أو معتق) كل منهما راجع لقوله أو معتق ح (قوله وأمها حرة الأصل) لأن الزوج المعتق فيه أثر الرق وهو الولاء والمرأة لما كانت أمها حرة الأصل ، كانت هى حرة الأصل بحر عن التجنيس ، أما لو كانت أمها رقيقة فهى تبع لأمها فى الرق فيكون المعتق كفؤا لها بخلاف ما لو كانت أمها معتقة لأن لها أبا فى الحرية لقوله فى البحر والحرية نظير الإسلام أفاده ط (قوله لذات أبوين) أى فى الإسلام والحرية ط (قوله وأبوان فيهما كالآباء) أى فمن له أب وجد فى الإسلام أو الحرية كفء لمن له آباء

---

(١) قوله (يطحنونها) كذا بخط المؤلف والذى فى كتب اللغة يطبخونها قاله نصر

بالجد ، وفى الفتح ولا يبعد مكافأة مسلم بنفسه لمعتق بنفسه وأما معتق الوضيع ، فلا يكافىء معتقة الشريف . وأما مرتد أسلم فكفء لمن لم يرتد ، وأما الكفاءة بين الذميين فلا تعتبر إلا لفتنة (و) تعتبر فى العرب والعجم (ديانة)

قال فى فتح القدير : وألحق أبو يوسف الواحد بالمثنى كما هو مذهبه فى التعريف أى فى الشهادات والدعوى قيل كان أبو يوسف إنما قال ذلك فى موضع لايعد كفر الجد عيبا بعد أن كان الأب مسلما وهما قالاه فى موضع يعد عيبا، والدليل على ذلك أنهم قالوا جميعا إن ذلك ليس عيبا فى حق العرب لأنهم لايعيرون فى ذلك، وهذا حسن وبه ينتفى الخلاف اه وتبعه فى النهر (قوله ولا يبعد الخ) ظاهره أنه قاله تفقها ، وقد رأيته فى الذخيرة ونصه ذكر ابن سماعة فى الرجل يسلم والمرأة معتقة أنه كفء لها اه .

ووجهه : أنه إذا أسلم وهو حر وعتقت وهى مسلمة يكون فيه أثر الكفر وفيها أثر الرق وهما منقصان وفيه شرف حرية الأصل وفيها شرف إسلام الأصل وهما مكملان فتساويا بقى مالوكان بالعكس بأن أسلمت المرأة وعتق الرجل فالظاهر أن الحكم كذلك بشرط أن لايكون إسلامه طارئا وإلا ففيه أثر الكفر ، وأثر الرق معا فلا يكون كفؤا لمن فيها أثر الكفر فقط تأمل (قوله وأما معتق الوضيع الخ) عزاه فى البحر إلى المجتبى ومثله فى البدائع قال حتى لايكون مولى العرب كفؤا لمولاة بنى هاشم حتى لو زوجت مولاة بنى هاشم نفسها من مولى العرب كان لمعتقها حق الاعتراض ، لأن الولاء بمنزلة النسب قال النبى صلى الله عليه وسلم «الولاء لحمة كلحمة النسب» اه ومثله فى الذخيرة وذكر الشارح فى كتاب الولاء الكفاءة تعتبر فى ولاء العتاقة فمعتقة التاجر كفء لمعتق العطار دون الدباغ اه ويشكل عليه ماذكره فى البدائع أيضا قبل ماقدمناه ، حيث قال : وموالى العرب أكفاء لموالى قريش لعموم قوله صلى الله عليه وسلم والموالى بعضهم أكفاء لبعض اه فتأمل .

[تنبيه] مولى الموالاة لايكافىء مولاة العتاقة قال فى الذخيرة : روى المعلى عن أبى يوسف أن من أسلم على يدى إنسان لايكون كفؤا لموالى العتاقة وفى شرح الطحاوى : معتقة أشرف القوم تكون كفؤا للموالى لأن لها شرف الولاء وللموالى شرف إسلام الآباء اه (قوله وأما مرتد أسلم الخ) نقله فى البحر عن القنية ، وسكت عليه وكأنه محمول على مرتد لم يطل زمن ردته ولذا لم يقيده باللحاق بدار الحرب ، لأن المرتد فى دار الإسلام يقتل إن لم يسلم، أما من ارتد وطال زمن ردته حتى اشتهر بذلك ولحق أولا ثم أسلم فينبغى أن لايكون كفؤا لمن لم ترتد فإن العار الذى يلحقها بهذا أعظم من العار بكافر أصلى أسلم بنفسه فليتأمل (قوله إلا لفتنة) أى لدفعها قال فى الفتح عن الأصل إلا أن يكون نسبا مشهورا كبنت ملك من ملوكهم خدعها حائك أو سائس فإنه يفرق بينهم لا لعدم الكفاءة بل لتسكين الفتنة والقاضى مأمور بتسكينها بينهم كما بين المسلمين اه (قوله وتعتبر فى العرب والعجم الخ) قال فى البحر وظاهر كلامهم أن التقوى معتبرة فى حق العرب والعجم ، فلا يكون العربى الفاسق كفؤا لصالحة عربية كانت أو عجمية اه قال فى النهر : وصرح بهذا فى إيضاح الإصلاح على أنه المذهب اه. وذكر فى البحر أيضا أن ظاهر كلامهم اعتبار الكفاءة مالا فيهما أيضا .

قلت وكذا حرفة كما يظهر مما نذكره عن البدائع (قوله ديانة) أى عندهما وهو الصحيح وقال محمد لاتعتبر إلا إذا كان يصفع ويسخر منه ، أو يخرج إلى الأسواق سكران ، ويلعب به الصبيان لأنه مستخف به هداية ، ونقل فى الفتح عن المحيط : أن الفتوى على قول محمد لكن الذى فى التاترخانية عن المحيط قيل وعليه الفتوى ، وكذا فى المقدسى عن المحيط البرهانى ومثله فى الذخيرة قال فى البحر : وهو موافق لما صححه فى المبسوط وتصحيح

أى تقوى فليس فاسق كفؤا لصالحة أوفاسقة بنت صالح معلنا كان أولا

الهداية معارض له فالإفتاء بما فى المتون أولى اه (قوله فليس فاسق الخ) اعلم أنه قال فى البحر : ووقع لى تردد فيما إذا كانت صالحة دون أبيها أوكان أبوها صالحا دونها هل يكون الفاسق كفؤا لها أولا : فظاهرها كلام الشارحين أن العبرة لصلاح أبيها وجدها ، فإنهم قالوا لايكون الفسق كفؤا لبنت الصالحين ، واعتبر فى المجمع صلاحها فقال : فلا يكون الفاسق كفؤا للصالحة وفى الخانية لايكون الفاسق كفؤا للصالحة بنت الصالحين فاعتبر صلاح الكل . والظاهر أن الصلاح منها أو من آبائها كاف لعدم كون الفاسق كفؤا لها ولم أره صريحا اه ونازعه فى النهر بأن قول الخانية أيضا إذا كان الفاسق محترما معظما عند الناس كأعوان السلطان يكون كفؤا لبنات الصالحين ، وقال بعض مشايخ بلخ لايكون معلنا كان أولا وهو اختيار ابن الفضل اه يقتضى اعتبار الصلاح من حيث الآباء فقط وهذا هو الظاهر وحينئذ فلا اعتبار بفسقها اه أى إذا كانت فاسقة بنت صالح لايكون الفاسق كفؤا لها ، لأن العبرة لصلاح الأب ، فلا يعتبر فسقها ، ويؤيده أن الكفاءة حق الأولياء إذا أسقطتها هى ، لأن الصالح يعير بمصاهرة الفاسق ، لكن مانقله فى البحر عن الخانية يقتضى اعتبار صلاحها أيضا كما مر ، وحينئذ فيمكن حمل كلام الخانية الثانى عليه بناء على أن بنت الصالح صالحة غالبا قال فى الحواشى اليعقوبية قوله فليس فاسق كفء بنت صالح فيه كلام ، وهو أن بنت الصالح يحتمل أن تكون فاسقة فيكون كفؤا كما صرحوا به ، والأولى ما فى المجمع وهو أن الفاسق ليس كفؤا للصالحة إلا أن يقال الغالب أن بنت الصالح صالحة وكلام المصنف بناء على الغالب اه . ومثله قول القهستانى أى وهى صالحة وإنما لم يذكر لأن الغالب أن تكون البنت صالحة بصلاحه اه وكذا قال المقدسى .

قلت : اقتصارهم بناء على أن صلاحها يعرف بصلاحهم ، لخفاء حال المرأة غالبا لاسيما الأبكار والصغار اه وفى الذخيرة ذكر شيخ الإسلام أن الفاسق لايكون كفؤا للعدل عند أبى حنيفة ، وعن أبى يوسف ومحمد أن الذى يسكر إن كان يسر ذلك ولا يخرج سكران كان كفؤا لامرأة صالحة من أهل البيوتات ، وإن كان يعلن ذلك فلا قيل وعليه الفتوى اه .

قلت : والحاصل : أن المفهوم من كلامهم اعتبار صلاح الكل ، وإن من اقتصر على صلاحها أو صلاح آبائها نظر إلى الغالب من أن صلاح الولد والوالد متلازمان ، فعلى هذا فالفاسق لايكون كفؤا لصالحة بنت صالح بل يكون كفؤا لفاسقة بنت فاسق ، وكذا لفاسقة بنت صالح كما نقله فى اليعقوبية ، فليس لأبيها حق الاعتراض لأن ما يلحقه من العار ببنته أكثر من العار بصهره . وأما إذا كانت صالحة بنت فاسق فزوجت نفسها من فاسق فليس لأبيها حق الاعتراض ، لأنه مثله وهى قد رضيت به ، وأما إذا كانت صغيرة فزوجها أبوها من فاسق فإن كان عالما بفسقه صح العقد ، ولا خيار لها إذا كبرت لأن الأب له ذلك مالم يكن ماجنا كما مر فى الباب السابق . وأما إذا كان الأب صالحا وظن الزوج صالحا فلا يصح . قال فى البزازية : زوج بنته من رجل ظنه مصلحا لايشرب مسكرا فإذا هو مدمن فقالت بعد الكبر : لا أرضى بالنكاح إن لم يكن أبوها يشرب المسكر ، ولا عرف به وغلبة أهل بيتها مصلحون فالنكاح باطل بالاتفاق اه فاغتنم هذا التحرير فإنه مفرد (قوله بنت صالح) نعت لكل من قوله صالحة وفاسقة وأفرده للعطف بأو فرجع إلى أن المعتبر صلاح الآباء فقط وأنه لاعبرة بفسقها بعد كونها من بنات الصالحين ، وهذا هو الذى نقلناه عن النهر فافهم نعم هو خلاف مانقلناه عن اليعقوبية (قوله معلنا كان أو لا) أما إذا كان معلنا فظاهر وأما غير المعلن فهو بأن يشهد عليه أنه فعل كذا من المفسقات وهو لايجهر به

على الظاهر نهر (ومالا) بأن يقدر على المعجل ونفقة شهر لو غير محترف ، وإلا فإن كان يكتسب كل يوم كفايتها لو تطيق الجماع (وحرفة) فمثل حائك غير كفء لمثل خياط ولاخياط لبزاز وتاجر ولاهما لعالم وقاض،

فيفرق بينهما بطلب الأولياء ط (قوله على الظاهر) هذا استظهار من صاحب النهر لا كما يتوهم من أنه ظاهر الرواية فإنه قد صرح فى الخانية عن السرخسى بأنه لم ينقل عن أبى حنيفة فى ظاهر الرواية فى هذا شىء والصحيح عنده أن الفسق لايمنع الكفاءة اهـ وقدمنا أن تصحيح الهداية معارض لهذا التصحيح (قوله ومالا) أى فى حق العربى والعجمى كما مر عن البحر ، لأن التفاخر بالمال أكثر من التفاخر بغيره عادة وخصوصا فى زماننا هذا بدائع (قوله بأن يقدر على المعجل الخ) أى على ما تعارفوا تعجيله من المهر ، وإن كان كله حالا فتح فلا تشترط القدرة على الكل ، ولا أن يساويها فى الغنى فى ظاهر الرواية وهو الصحيح زيلعى، ولو صبيا فهو غنى بغنى أبيه أو أمه أو جده كما يأتى وشمل مالو كان عليه دين بقدر المهر ، فإنه كفء لأن له أن يقضى أى الدينين شاء كما فى الونوالجية ومالو كانت فقيرة بنت فقراء كما صرح به فى الواقعات معللا بأن المهر والنفقة عليه فيعتبر هذا الوصف فى حقه ومالو كان ذا جاه كالسلطان والعالم قال الزيلعى: وقيل يكون كفؤا وإن لم يملك إلا النفقة لأن الخلل ينجبر به ومن ثم قالوا الفقيه العجمى كفء للعربى الجاهل (قوله ونفقة شهر) صححه فى التجنيس وصحح فى المجتبى الاكتفاء بالقدرة عليها بالكسب فقد اختلف التصحيح واستظهر فى البحر الثانى ووفق فى النهر بينهما بما ذكره الشارح وقال إنه أشار إليه فى الخانية (قوله لو تطيق الجماع) فلو صغيرة لاتطيقه فهو كفء وإن لم يقدر على النفقة لأنه لانفقة لها فتح ومثله فى الذخيرة (قوله وحرفة) ذكر الكرخى أن الكفاءة فيها معتبرة عند أبى يوسف وأن أبا حنيفة بنى الأمر فيها على عادة العرب أن مواليهم يعملون هذه الأعمال لايقصدون بها الحرف ، فلا يعيرون بها وأجاب أبو يوسف على عادة أهل البلاد وأنهم يتخذون ذلك حرفة ، فيعيرون بالدنى منها فلا يكون بينهما خلاف فى الحقيقة بدائع فعلى هذا لوكان من العرب من أهل البلاد من يحترف بنفسه تعتبر فيهم الكفاءة فيها وحينئذ فتكون معتبرة بين العرب والعجم (قوله فمثل حائك الخ) قال فى الملتقى وشرحه : فحائك أو حجام أو كناس أو دباغ أوحلاق أوبيطار أو حداد أو صفار غير كفء لسائر الحرف كعطار أوبزاز أوصواف وفيه إشارة إلى أن الحرف جنسان ليس أحدهما كفؤا للآخر . لكن أفراد كل منها كفء لجنسها وبه يفتى زاهدى اهـ أى إن الحرف إذاتباعدت لايكون أفراد إحداها كفؤا لأفراد الأخرى ، بل أفراد كل واحدة أكفاء بعضهم لبعض ، وأفاد كما فى البحر أنه لايلزم اتحادهما فى الحرفة ، بل التقارب كاف فالحائك كفء لحجام والدباغ كفء لكناس ، والصفار كفء لحداد والعطار كفء لبزاز قال الحلوانى : وعليه الفتوى .

وفى الفتح : أن الموجب هو استنقاص أهل العرف فيدور معه وعلى هذا ينبغى أن يكون الحائك كفؤا للعطار بالإسكندرية لما هناك من حسن اعتبارها وعدم عدها نقصا البتة اللهم إلا أن يقترن بها خساسة غيرها اهـ . فأفاد أن الحرف إذا تقاربت أو اتحدت يجب اعتبار التكافؤ من بقية الجهات فالعطار العجمى غير كفء لعطار أو بزاز عربى أو عالم نقى النظر فى نحو دباغ أو حلاق عربى ، هل يكون كفؤا لعطار أو بزاز عجمى .

والذى يظهر لى أن شرف النسب أو العلم يجبر نقص الحرفة بل يفوق سائر الحرف ، فلا يكون نحو العطار العجمى الجاهل كفؤا لنحو حلاق عربى أو عالم ويؤيده ما فى الفتح أنه روى عن أبى يوسف أن الذى أسلم بنفسه لو عتق إذا أحرز من الفضائل مايقابل نسب الآخر كان كفؤا له اهـ فليتأمل (قوله لبزاز) قال فى القاموس البز الثياب أو متاع البيت من الثياب ونحوها وبائعه البزاز وحرفته البزازة اهـ ط (قوله ولاهما لعالم وقاض) قال فى النهر وفى البناية عن الغاية

وأما أتباع الظلمة فأخس من الكل وأما الوظائف فمن الحرف فصاحبها كفء للتاجر لو غير دنيئة كبوابة وذو تدريس أو نظر كفء لبنت الأمير بمصر بحر (و) الكفاءة

الكناس والحجام والدباغ والحارس والسائس والراعي والقيم أى البلان فى الحمام ليس كفؤا لبنت الخياط ولا الخياط لبنت البزاز والتاجر ولا هما لبنت عالم وقاض والحائك ليس كفؤا لبنت الدهقان وإن كانت فقيرة وقيل هو كفء اه وقد غلب اسم الدهقان على ذى العقار الكثير كما فى المغرب اه .

قلت : والظاهر أن نحو الخياط إذا كان أستاذا يتقبل الأعمال وله أجراء يعملون له يكون كفؤا لبنت البزاز والتاجر فى زماننا كما يعلم من كلام الفتح المار إذ لا يعد فى العرف ذلك نقصا تأمل . وما فى شرح الملتقى عن الكافى من أن الخفاف ليس بكفء للبزاز والعطار فالظاهر أن المراد به من يعمل الأخفاف أو النعال بيده أما لو كان أستاذا له أجراء أو يشتريها مخيطة ويبيعها فى حانوته فليس فى زماننا أنقص من البزاز والعطار قال ط : وأطلقوا فى العالم والقاضى ولم يقيدوا العالم بذى العمل، ولا القاضى بمن لا يقبل الرشوة والظاهر التقييد . لأن القاضى حينئذ ظالم ونحوه العالم غير العامل وليحرر اه .

قلت : لعلهم أطلقوا ذلك لعلمه من ذكرهم الكفاءة فى الديانة ، فالظاهر حينئذ أن العالم والقاضى الفاسقين لا يكونان كفأين لصالحة بنت صالحين لأن شرف الصلاح فوق شرف العلم والقضاء مع الفسق (قوله فأخس من الكل) أى وإن كان ذا مروءة وأموال كثيرة لأنه من آكلى دماء الناس وأموالهم كما فى المحيط نعم بعضهم أكفاء بعض شرح الملتقى وفى النهر عن البناية فى مصر جنس هو أخس من كل جنس وهم الطائفة الذين يسمون بالسراباتية اه .

قلت : مفهوم التقييد بالإتباع أن المتبوع كأمير وسلطان ليس كذلك لأنه أشرف من التاجر عرفا كما يفيده ما يأتى فى الشارح عن البحر وقد علمت أن الموجب هو استنقاص أهل العرف فيدور معه فعلى هذا من كان أميرا أو تابعا له وكان ذا مال ومروءة وحشمة بين الناس لا شك أن المرأة لا تعير به فى العرف كتعيرها بدباغ وحائك ونحوهما فضلا عن سراباتى ينزل كل يوم إلى الكنيف، وينقل نجاسته فى بيت مسلم وكافر ، وإن كان قاصدا بذلك تنظيف الناس أو المساجد من النجاسات وكان الأمير أو تابعه آكلا أموال الناس لأن المدار هنا على النقص والرفعة فى الدنيا ولهذا لما قال محمد: لا تعتبر الكفاءة فى الديانة لأنها من أحكام الآخرة ، فلا تبنى عليها أحكام الدنيا قالوا فى الجواب عنه إن المعتبر فى كل موضع ما اقتضاه الدليل من البناء على أحكام الآخرة وعدمه ، بل اعتبار الديانة مبنى على أمر دنيوى وهو تعيير بنت الصالحين بفسق الزوج .

قلت: ولعل ما تقدم عن المحيط من أن تابع الظالم أخس من الكل كان فى زمنهم الذى الغالب فيه التفاخر بالدين والتقوى ، دون زماننا الغالب فيه التفاخر بالدنيا فافهم والله أعلم (قوله وأما الوظائف) أى فى الأوقاف بحر (قوله فمن الحرف) لأنها صارت طريقا للاكتساب فى مصر كالصنائع بحر (قوله لو غير دنيئة) أى عرفا كبوابة وسواقة وفراشة ووقادة بحر (قوله فلو تدريس) أى فى علم شرعى (قوله أو نظر) هو بحث لصاحب البحر ، لكنه الآن ليس بشريف، بل هو كآحاد الناس وقد يكون عتيقا زنجيا وربما أكل مال الوقف وصرفه فى المنكرات فكيف يكون كفؤا لمن ذكر اللهم إلا أن يقيد بالناظر ذى المروءة وبناظر نحو مسجد بخلاف ناظر وقف أهلى بشرط الواقف ، فإنه لا يزداد رفعة بذلك ط (قوله كفء لبنت الأمير بمصر) لا يخفى أن تخصيص بنت الأمير بالذكر للمبالغة أى فيكون كفؤا لبنت التاجر بالأولى ، فيفيد أن الأمير أشرف من التاجر كما هو العرف ؛ وهذا يؤيد

(واعتبارها عند) ابتداء (العقد فلا يضر زوالها بعده) فلو كان وقته كفؤا ثم فجر لم يفسخ ، وأما لو كان دباغا فصار تاجرا فإن بقي عارها لم يكن كفؤا وإلا لا ، نهر بحثا (العجمي لا يكون كفؤا للعربية ولو) كان العجمي (عالما) أو سلطانا (وهو الأصح) فتح عن الينابيع وادعى في البحر أنه ظاهر الرواية وأقره المصنف لكن في النهر إن فسر الحسيب بذي المنصب والجاه فغير كفء للعلوية كما في الينابيع وإن بالعالم فكفء لأن شرف العلم فوق شرف النسب والمال كما جزم به البزازي وارتضاه الكمال وغيره

لبحثنا السابق كما نبهنا عليه (قوله اعتبارها عند ابتداء العقد) قلت : يرد عليه ما في الذخيرة حجام تزوج امرأة مجهولة النسب ثم ادعاها قرشي وأثبت أنها بنته له أن يفرق بينهما ، وأما لو أقرت بالرق لرجل لم يكن له إبطال النكاح اه ، وقد يجاب بأن ثبوت النسب لما وقع مستندا إلى وقت العلوق كان عدم الكفاءة موجودا وقت العقد لا أنها كانت موجودة ثم زالت حتى ينافي كون العبرة لوقت العقد وأما مسألة الإقرار فلأن إقرارها يقتصر عليها، فلا يلزم الزوج بموجبه لما تقرر أن الإقرار حجة قاصرة على المقر (قوله ثم فجر) الأولى أن يقول : ثم زالت كفاءته لأن الفجور يقابل الديانة وهي إحدى مايعتبر في الكفاءة ط (قوله وأما لو كان دباغا الخ) هذا فرعه صاحب البحر على ماتقدم بأنه ينبغي أن يكون كفؤا ثم استدرك عليه بمخالفته لقولهم إن الصنعة وإن أمكن تركها يبقى عارها ووفق في النهر بقوله ولو قيل إنه إن بقي عارها لم يكن كفؤا وإن تناسى أمرها لتقادم زمانها كان كفؤا لكان حسنا اه . (قوله لكن في النهر الخ) حيث قال ودل كلامه على أن غير العربي لا يكافىء العربي ، وإن كان حسيبا لكن في جامع قاضيخان قالوا الحسيب يكون كفؤا للنسيب ، فالعالم العجمي يكون كفؤا للجاهل العربي والعلوية ، لأن شرف العلم فوق شرف النسب وارتضاه في فتح القدير وجزم به البزازي وزاد والعالم الفقير يكون كفؤا للغني الجاهل والوجه فيه ظاهر لأن شرف العلم فوق شرف النسب فشرف المال أولى . نعم الحسب قد يراد به المنصب والجاه كما فسره به في المحيط عن صدر الإسلام وهذا ليس كفؤا للعربية كما في الينابيع اه . كلام النهر ملخصا .

أقول : حيث كان ما في الينابيع من تصحيح عدم كفاءة الحسيب للعربية مبنيا على تفسير الحسيب بذي المنصب والجاه لم يصح ما ذكره المصنف من تصحيح عدم الكفاءة في العالم ، وعزوه في شرحه إلى الينابيع ، وذكر الخير الرملي عن مجمع الفتاوى : العالم يكون كفؤا للعلوية لأن شرف الحسب أقوى من شرف النسب وعن هذا قيل إن عائشة أفضل من فاطمة لأن لعائشة شرف العلم كذا في المحيط ، وذكر أيضا أنه جزم به في المحيط والبزازية والفيض وجامع الفتاوى وصاحب الدرر ثم نقل عبارة المصنف هنا ثم قال : فتحرر أن فيه اختلافا ولكن حيث صح أن ظاهر الرواية أنه لا يكافئها ، فهو المذهب خصوصا وقد نص في الينابيع أنه الأصح اه .

أقول : قد علمت أن ما صححه في الينابيع غير ما مشى عليه المصنف ، وأما ما ذكره من ظاهر الرواية فقد تبع فيه البحر ، وقول الشارح وادعى في البحر الخ يفيد أن كونه ظاهر الرواية مجرد دعوى لا دليل عليها سوى قولهم في المتون وغيرها والعرب أكفاء أي فلا يكافئهم غيرهم ، ولا يخفى أن هذا وإن كان ظاهره الإطلاق ، ولكن قيده المشايخ بغير العالم وكم له من نظير فإن شأن مشايخ المذهب إفادة قيود وشرائط لعبارات مطلقة استنباطا من قواعد كلية أو مسائل فرعية أو أدلة نقلية وهنا كذلك ، فقد ذكر في آخر الفتاوى الخيرية في قرشي جاهل تقدم في المجلس على عالم أنه يحرم عليه إذ كتب العلماء طافحة بتقدم العالم على القرشي ، ولم يفرق سبحانه بين القرشي وغيره في قوله ـ هل يستوي الذين يعلمون والذين لا يعلمون ـ إلى آخر ما أطال به فراجعه فحيث كان شرف العلم

والوجه فيه ظاهر ولذا قيل : إن عائشة أفضل من فاطمة رضى الله عنهما ذكره القهستانى والحنفى كفء لبنت الشافعى ومتى سألنا عن مذهبه أجبنا بمذهبنا كما بسطه المصنف معزياً لجواهر الفتاوى (القروى كفء المدنى) فلا عبرة بالبلد كما لاعبرة بالجمال خانية . ولا بالعقل ولا بعيوب يفسخ بها البيع خلافا للشافعى ، لكن فى النهر عن المرغينانى المجنون ليس بكفء للعاقلة (وكذا الصبى كفء بغنى أبيه)

أقوى من شرف النسب بدلالة الآية وتصريحهم بذلك اقتضى تقييد ما أطلقوه هنا اعتمادا على فهمه من محل آخر، فلم يكن ماذكره المشايخ مخالفا لظاهر الرواية ، وكيف يصح لأحد أن يقول إن مثل أبى حنيفة أو الحسن البصرى وغيرهما ممن ليس بعربى أنه لايكون كفؤا لبنت قرشى جاهل ، أو لبنت عربى بوال على عقبيه ، فلا جرم إنه جزم بما قاله المشايخ صاحب المحيط وغيره كما علمت وارتضاه المحقق ابن الهمام ، وصاحب النهر وتبعهم الشارح فافهم والله سبحانه أعلم (قوله ولذا قيل الخ) أى لكون شرف العلم أقوى قيل إن عائشة أفضل لكثرة علمها وظاهره أنه لايقال إن فاطمة أفضل من جهة النسب ، لأن الكلام مسوق لبيان أن شرف العلم أقوى من شرف النسب لكن قد يقال بإخراج فاطمة رضى الله عنها من ذلك لتحقق البضعية فيها بلا واسطة ، ولذا قال الإمام مالك : إنها بضعة صلى الله عليه وسلم ولا أفضل على بضعة منه أحدا ولا يلزم من هذا إطلاق أنها أفضل ، وإلا لزم تفضيل سائر بناته صلى الله عليه وسلم على عائشة بل على الخلفاء الأربعة ، وهو خلاف الإجماع كما بسطه ابن حجر فى الفتاوى الحديثية وحينئذ فما نقل عن أكثر العلماء من تفضيل عائشة محمول على بعض الجهات كالعلم ، وكونها فى الجنة مع النبى صلى الله عليه وسلم وفاطمة مع على رضى الله عنهما ، ولهذا قال فى بدء الأمالى :

وللصديقة الرجحان فاعلم   على الزهراء فى بعض الخلال

وقيل إن فاطمة أفضل ويمكن إرجاعه إلى الأول وقيل بالتوقف لتعارض الأدلة واختاره الإسروشنى من الحنفية وبعض الشافعية كما أوضحه منلا على القارى فى شرح الفقه الأكبر وشرح بدء الأمالى (قوله والحنفى كفء لبنت الشافعى الخ) المراد بالكفاءة هنا صحة العقد يعنى لو تزوج حنفى بنت شافعى نحكم بصحة العقد ، وإن كان فى مذهب أبيها أنه لايصح العقد إذا كانت بكرا إلا بمباشرة وليها لأنا نحكم بما نعتقد صحته فى مذهبنا قال فى البزازية : وسئل أى شيخ الإسلام عن بكر بالغة شافعية زوجت نفسها من حنفى أو شافعى ، بلا رضا الأب هل يصح ؟ أجاب نعم وإن كانا يعتقدان عدم الصحة لأنا نجيب بمذهبنا لابمذهب الخصم لاعتقادنا أنه خطأ يحتمل الصواب وإن سئلنا كيف مذهب الشافعى فيه لانجيب بمذهبه اه وقوله : لاعتقادنا الخ مبنى على القول بأن المقلد يلزمه تقليد الأفضل ليعتقد أرجحية مذهبه ، والمعتمد عند الأصوليين خلافه كما بسطناه فى صدر الكتاب ، ثم لايخفى مما ذكرنا أنه لامناسبة لذكر هذا الفرع فى الكفاءة تأمل (قوله القروى) بفتح القاف نسبة إلى القرية (قوله فلا عبرة بالبلد) أى بعد وجود مامر من أنواع الكفاءة قال فى البحر : فالتاجر فى القرى كفء لبنت التاجر فى المصر للتقارب (قوله كما لاعبرة بالجمال) لكن النصيحة أن يراعى الأولياء المجانسة فى الحسن والجمال هندية عن التاترخانية ط (قوله ولا بالعقل) قال قاضيخان فى شرح الجامع . وأما العقل فلا رواية فيه عن أصحابنا المتقدمين واختلف فيه المتأخرون اه أى فى أنه هل يعتبر فى الكفاءة أولا (قوله ولا بعيوب الخ) أى ولا يعتبر فى الكفاءة السلامة من العيوب التى يفسخ بها البيع كالجذام والجنون والبرص والبخر والدفر بحر (قوله خلافا للشافعى) وكذا لمحمد فى الثلاثة الأول إذا كان بحال لاتطيق المقام معه إلا أن التفريق أو الفسخ للزوجة لا للولى كما فى الفتح (قوله ليس بكفء للعاقلة) قال فى النهر : لأنه يفوت مقاصد النكاح فكان أشد من الفقر ودناءة الحرفة ، وينبغى اعتماده لأن الناس يعيرون

أو أمه أو جده نهر عن المحيط (بالنسبة إلى المهر) يعني المعجل كما مر (لا) بالنسبة إلى (النفقة) لأن العادة أن الآباء يتحملون عن الأبناء المهر لاالنفقة ذخيرة (ولو نكحت بأقل من مهرها فللولى) العصبة (الاعتراض حتى يتم) مهر مثلها (أو يفرق) القاضي بينهما دفعا للعار (ولو طلقها) الزوج (قبل تفريق الولى قبل الدخول فلها نصف المسمى) فلو فرق الولى بينهما قبل الدخول فلا مهر لها وإن بعده فلها المسمى وكذا لو مات أحدهما قبل التفريق فليس للولى المطالبة بالإتمام لانتهاء النكاح بالموت جواهر الفتاوى .

بتزويج المجنون أكثر من ذى الحرفة الدنيئة (قوله أو أمه أو جده) عزاه فى النهر إلى المحيط ، وزاد فى الفتح الجدة لكن فيه أن اعتباره كفؤا بغنى أبيه مبنى على ماذكر من العادة بتحمل المهر ، وهذا مسلم فى الأم والجد أما الجدة فلم تجر العادة بتحملها وإن وجد فى بعض الأوقات تأمل (قوله كما مر) أى عند قول المصنف ومالا (قوله لأن العادة الخ) مقتضاه أنه لو جرت العادة بتحمل النفقة أيضا عن الابن الصغير كما فى زماننا أنه يكون كفؤا بل فى زماننا يتحملها عن ابنه الكبير الذى فى حجره ، والظاهر أنه يكون كفؤا بذلك لأن المقصود حصول النفقة من جهة الزوج بملك أو كسب أو غيره ، ويؤيده أن المتبادر من كلام الهداية وغيرها أن الكلام فى مطلق الزوج صغيرا أو كبيرا فإنه قال وعن أبى يوسف أنه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر لأنه تجرى المساهلة فى المهر ويعد المرء قادرا عليه بيسار أبيه اه . نعم زاد فى البدائع أن ظاهر الرواية عدم الفرق بين النفقة والمهر . لكن مامشى عليه المصنف نقل فى البحر تصحيحه عن المجتبى ، ومقتضى تخصيصه بالصبى أن الكبير ليس كذلك ووجهه أن الصغير غنى بغنى أبيه فى باب الزكاة بخلاف الكبير لكن إذا كان المناط جريان العادة بتحمل الأب لايظهر الفرق بينهما ولا بين المهر والنفقة فيهما حيث تعورف ذلك والله تعالى أعلم (قوله بأقل الخ) أى بحيث لايتغابن فيه وقدمنا تفسيره فى الباب السابق (قوله فللولى العصبة) أى لاغيره من الأقارب ولا القاضى لو كانت سفيهة ، كما فى الذخيرة نهر . والذى فى الذخيرة من الحجر المحجور عليها إذا تزوجت بأقل من مهر مثلها ليس للقاضى الإعتراض عليها لأن الحجر فى المال لافى النفس اه بحر .

قلت : لكن فى حجر الظهيرية إن لم يدخل بها الزوج قيل له أتم مهر مثلها ، فإن رضى وإلا فرق بينهما وإن دخل فعليه إتمامه ولا يفرق بينهما لأن التفريق كان للنقصان عن مهر المثل وقد انعدم حين قضى لها بمهر مثلها بالدخول اه (قوله الإعتراض) أفاد أن العقد صحيح . وتقدم أنها لو تزوجت غير كفء ، فالمختار للفتوى رواية الحسن أنه لايصح العقد . ولم أر من ذكر مثل هذه الرواية هنا ، ومقتضاه أنه لاخلاف فى صحة العقد ، ولعل وجهه أنه يمكن الاستدراك هنا بإتمام مهر المثل ، بخلاف عدم الكفاءة والله تعالى أعلم (قوله أو يفرق القاضى) فى الهندية عن السراج ، ولا تكون هذه الفرقة إلا عند القاضى . ومالم يقض القاضى بالفرقة بينهما فحكم الطلاق والظهار والإيلاء والميراث باق اه (قوله دفعا للعار) أشار إلى الجواب عن قولهما ليس للولى الإعتراض . لأن مازاد على عشرة دراهم حقها ومن أسقط حقه لايعترض عليه ، ولأبى حنيفة أن الأولياء يفتخرون بغلاء المهور ويتعيرون بنقصانها فأشبه الكفاءة بحر والمتون على قول الإمام (قوله فلها نصف المسمى) أى وليس لهم طلب التكميل لأنه عند بقاء النكاح وقد زال (قوله فلا مهر لها) لأن الفرقة جاءت من قبل من له الحق وهى فسخ ط عن شرح الملتقى (قوله فلها المسمى) هذا فى غير السفيهة وفيها لاتفريق بعد الدخول ، ولزم مهر المثل كما علمته (قوله لإنتهاء النكاح بالموت) فلا يمكن الولى طلب الفسخ ، فلا يلزم الإتمام لأنه إنما يلتزمه الزوج لخوف الفسخ وقد زال للنكاح بالموت ط .

(أمره بتزويج امرأة فزوجه أمة جاز وقالا : لايصح) وهو استحسان ملتقى تبعا للهداية وفى شرح الطحاوى قولهما أحسن للفتوى ، واختاره أبو الليث ، وأقره المصنف وأجمعوا أنه لو زوجه بنته الصغيرة أو موليته لم يجز كما لو أمره بمعينة أو بحرة أو أمة ، فخالف أو أمرته بتزويجها ولم تعين فزوجها غير كفء لم يجز اتفاقا

مطلب فى الوكيل والفضولى فى النكاح

(قوله أمره بتزويج الخ) شروع فى بعض مسائل الوكيل والفضولى وذكرها فى باب الولى لأن الوكالة نوع من الولاية لنفاذ تصرفه على الموكل ونفاذ عقد الفضولى بالإجازة يجعله فى حكم الوكيل ، وعقد ذلك فى الكنز وغيره فصلا على حدة .

واعلم أنه لاتشترط الشهادة على الوكالة بالنكاح بل على عقد الوكيل ، وإنما ينبغى أن يشهد على الوكالة إذا خيف جحد الموكل إياها فتح (قوله بتزويج امرأة) أى منكرة ويأتى محترزه وأطلق فى الأمة فشمل المكاتبة وأم الولد بشرط أن لاتكون للوكيل للتهمة ، ومالو كانت عمياء أو مقطوعة اليدين أو مفلوجة أو مجنونة خلافا لهما أو صغيرة لاتجامع اتفاقا ، وقيل على الخلاف فتح زاد فى البحر : أو كتابية أو من حلف بطلاقها أو آلى منها أو فى عدة الموكل أو بغبن فاحش فى المهر (قوله جاز) فى بعض النسخ نفذ وهى أنسب لأن الكلام فى النفاذ لافى الجواز ح (قوله وقالا لايصح) أى إذا رده الآمر والأولى التعبير بلا ينفذ ليفيد أنه موقوف . ووجه قول الإمام أن هذا رجوع إلى إطلاق اللفظ ، وعدم التهمة ووجه قولهما إن المطلق ينصرف إلى المتعارف وهو التزوج بالإكفاء . وجوابه أن العرف مشترك فى تزوج المكافئات وغيرهن وتمامه فى الفتح (قوله وهو استحسان) قال فى الهداية : وذكر فى الوكالة أن اعتبار الكفاءة فى هذا استحسان عندهما لأن كل أحد لايعجز عن التزوج بمطلق الزوجة فكانت الاستعانة فى التزوج بالكفء اه قال فى الفتح : وفيه إشارة إلى اختيار قولهما لأن الاستحسان مقدم على غيره إلا فى المسائل المعلومة والحق أن قول الإمام ليس قياساً لأنه أخذ بنفس اللفظ المنصوص فكان النظر فى أى الاستحسانين أولى اه . والمراد باللفظ المنصوص لفظ الموكل (قوله بنته الصغيرة) فلو كبيرة برضاها لايجوز عنده خلافا لهما ولو زوجه أخته الكبيرة برضاها جاز اتفاقا بحر ومثله فى الذخيرة (قوله أو موليته) بتشديد الياء كرمية اسم مفعول أى التى هى مولى عليها من جهته أى له عليها الولاية وهذا عطف عام على خاص ، وذلك كبنت أخيه الصغيرة (قوله كما لو أمره بمعينة) محترز قول المتن امرأة بالتنكير ، ومثله مالو عين المهر كألف فزوجه بأكثر فإن دخل بها غير عالم فهو على خياره ، فإن فارقها فلها الأقل من المسمى ، ومهر المثل ولو هى الموكلة وسمت له ألفا فزوجها ثم قال الزوج ولو بعد الدخول : تزوجتك بدينار وصدقه الوكيل إن أقر الزوج أنها لم توكل بدينار فهى بالخيار ، فإن ردت فلها مهر المثل بالغا مابلغ ، ولا نفقة عدة لها لأن بالرد تبين أن الدخول حصل فى نكاح موقوف فيوجب مهر المثل دون نفقة العدة ، وإن كذبها الزوج فالقول لها مع يمينها ، فإن ردت فباق الجواب بحاله ويجب الإحتياط فى هذا ، فإنه ربما يحصل لها منه أولاد ثم تنكر قدر مازوجها به الوكيل ، ويكون القول قولها فترد النكاح فتح ملخصا قال فى البزازية : وهذا إن ذكر المهر وإن لم يذكر فزوجه بأكثر من مهر المثل بما لايتغابن فيه الناس أو زوجها بأقل منه كذلك صح عنده خلافا لهما لكن للأولياء حق الاعتراض فى جانب المرأة دفعا للعار عنهم اه . وانظر ماقدمناه فى باب الولى (قوله لم يجز اتفاقا) لأن الكفاءة معتبرة فى حقها فلو كان كفؤا إلا أنه أعمى أو مقعد أو صبى أو معتوه ، فهو جائز وكذا لو كان خصيا أو عنينا ، وإن كان لها التفريق بعد ذلك بحر ثم قال : ولو زوجها من

(ولو) زوجه المأمور بنكاح امرأة (امرأتين فى عقد واحد لا) ينفذ للمخالفة ؛ وله أن يجيزهما أو إحداهما ولو فى عقدين لزم الأول وتوقف الثانى ؛ ولو أمره بامرأتين فى عقدة فزوجه واحدة أو ثنتين فى عقدتين جاز إلا إذا قال : لاتزوجنى إلا امرأتين فى عقدة أو فى عقدتين لم تجز المخالفة (ولا يتوقف الإيجاب على قبول غائب عن المجلس فى سائر العقود) من نكاح وبيع وغيرهما ، بل يبطل الإيجاب ، ولا تلحقه الإجازة اتفاقا (ويتولى طرفى النكاح واحد) بإيجاب يقوم مقام القبول فى خمس صور كأن كان وليا أو وكيلا من الجانبين أو أصيلا من جانب

أبيه أو ابنه لم يجز عنده وفى كل موضع لاينفذ فعل الوكيل فالعقد موقوف على إجازة الموكل وحكم الرسول كحكم الوكيل فى جميع ماذكرناه ، وتوكيل المرأة المتزوجة بالتزويج إذا طلقت وانقضت عدتها صحيح كتوكيله أن يزوجه المتزوجة . فطلقت وحلت فزوجها فإنه صحيح (قوله بنكاح امرأة) نكرها دلالة على أنه لو عينها فزوجها مع أخرى ، لايكون مخالفا بل ينفذ عليه فى المعينة وفى الخانية وكله بأن يزوجه فلانة أو فلانة فأيهما زوجه جاز ولا يبطل التوكيل بهذه الجهالة نهر (قوله للمخالفة) تعليل قاصر وعبارة الهداية لأنه لاوجه إلى تنفيذهما للمخالفة ولا إلى التنفيذ فى إحداهما غير عين للجهالة ولا إلى التعيين لعدم الأولوية ، فتعين التفريق اه (قوله وله أن يجيزهما أو إحداهما) اعترض الزيلعى بهذا على قول الهداية فتعين التفريق ، وأجاب فى البحر بأن مراده عند عدم الأجازة فإن أجاز نكاحهما أو إحداهما نفذ (قوله وتوقف الثانى) لأنه فضولى فيه ط (قوله إلا إذا قال الخ) فى غاية البيان أمره بامرأتين فى عقدة ، فزوجه واحدة جاز إلا إذا قال لاتزوجنى إلا امرأتين فى عقدة فلا يجوز اه أى لايجوز أن يزوجه واحدة فلو زوجه ثنتين فى عقدتين فالظاهر عدم الجواز لأن قوله فى عقدة داخل تحت الحصر وهو المفهوم من كلام الشارح :

وفى المحيط أمره بإمرأتين فى عقدة فزوجهما فى عقدتين جاز وفى لاتزوجنى امرأتين إلا فى عقدتين فزوجهما فى عقدة لايجوز . والفرق أنه فى الأول أثبت الوكالة حالة الجمع ، ولم ينفها حالة التفرد نصا ، بل سكت والتنصيص على الجمع لاينفى ماعداه وفى الثانى نفاها حالة التفرد والنفى مفيد لما فى الجمع من تعجيل مقصوده فلم يصر وكيلا حالة الإنفراد اه والظاهر أن فى صورة النفى هذه لو زوجه امرأة يصح ، ولا يتوقف على تزويج الثانية فى عقد آخر ، وكذا فى صورة النفى فى كلام الشارح ، وهى لاتزوجنى إلا امرأتين فى عقدتين وهو خلاف المفهوم من كلامه فتأمل (قوله على قبول غائب) أى شخص غائب فإذا أوجب الحاضر ، وهو فضولى من جانب أو من الجانبين لايتوقف على قبول الغائب ، بل يبطل وإن قبل العاقد الحاضر بأن تكلم بكلامين كما يأتى وقيد بالغائب لأنه لو كان حاضرا فتارة يتوقف كالفضوليين ، وتارة ينفذ بأن لم يكن فضوليا ولو من جانب كما فى الصور الخمس الآتية (قوله فى سائر العقود) قال المصنف فى المنح : هو أولى مما وقع فى الكنز من قوله على قبول ناكح غائب ، لأنه ربما أفهم الاختصاص بالنكاح وليس كذلك (قوله بل يبطل) لما كان يتوهم من عدم التوقف أنه تام ما كفاه بالإيجاب وحده دفع هذا الإيهام بالإضراب ، ومحل البطلان إذا لم يقبل فضولى عن الغائب أما إذا قبل عنه توقف على الإجازة ط (قوله ولا تلحقه الإجازة) يعنى أنه إذا بلغ الآخر الإيجاب فقبل لايصح العقد لأن الباطل لايجاز ط (قوله يقوم مقام القبول) كقوله مثلا : زوجت فلانة من نفسى ؛ فإنه يتضمن الشطرين ، فلا يحتاج إلى القبول بعده وقيل يشترط ذكر لفظ هو أصيل فيه كتزوجت فلانة بخلاف ماهو نائب فيه كزوجتها من نفسى وكلام الهداية صريح فى خلافه كما فى البحر عن الفتح (قوله وليا أو وكيلا من الجانبين) كزوجت ابنى بنت أخى أو زوجت موكلى فلانا موكلتى فلانة قال ط : ويكفى شاهدان على وكالته ، ووكالتها وعلى العقد لأن

ووكيلا أو وليا من آخر ، أو وليا من جانب وكيلا من آخر كزوجت بنتى من موكلى (ليس) ذلك الواحد (بفضولى) ولو (من جانب) وإن تكلم بكلامين على الراجح ، لأن قبوله غير معتبر شرعا لما تقرر أن الإيجاب لايتوقف على قبول غائب (ونكاح عبد وأمة بغير إذن السيد موقوف) على الإجازة (كنكاح الفضولى) سيجىء فى البيوع توقف عقوده كلها إن لها مجيز حالة العقد ولا تبطل

الشاهد يتحمل الشهادات العديدة اه . وقدمنا أن الشهادة على الوكالة لاتلزم إلا عند الجحود (قوله ووكيلا أو وليا من آخر) كما لو وكلته امرأة أن يزوجها من نفسه ، أو كانت له بنت عم صغيرة لاولى لها أقرب منه فقال تزوجت موكلتى أو بنت عمى (قوله كزوجت بنتى من موكلى) مثال للصورة الخامسة ، ولابد من التعريف بالإسم والنسب وإنما لم يذكره لأنه مر بيانه (قوله ليس ذلك الواحد) أى المتولى للطرفين بفضولى كما فى الخمس المارة (قوله ولو من جانب) أى سواء كان فضولياً من جانب واحد ، أو من جانبين أى جانب الزوج والزوجة فإذا كان فضوليا منهما أو كان فضولياً من أحدهما ، وكان من الآخر أصيلا أو وكيلا أو ولياً فى هذه الأربع لايتوقف بل يبطل عندهما خلافا للثانى ، حيث قال إنه يتوقف على قبول الغائب ؛ كما يتوقف اتفاقا لو قبل عنه فضولى آخر والخمسة السابقة نافذة اتفاقا ، وبقى صورة عاشرة عقلية وهى الأصيل من الجانبين لم يذكرها لاستحالتها (قوله وإن تكلم بكلامين) أى بإيجاب وقبول كزوجت فلانا وقبلت عنه ، وهذه مبالغة على المفهوم وهو أن الواحد لايتولى طرفى النكاح عندهما إذا كان فضولياً ، ولو من جانب سواء تكلم بكلام واحد أو بكلامين ، خلافا لما فى حواشى الهداية ، وشرح الكافى من أنه يبطل عندهما إذا تكلم بكلام واحد أما لو تكلم بكلامين فإنه لايبطل ، بل يتوقف على قبول الغائب اتفاقا ورده فى الفتح بأن الحق خلافه ، وأنه لاوجود لهذا القيد فى كلام أصحاب المذهب وإنما المنقول أن الفضولى الواحد لايتولى الطرفين عندهما ، وهو مطلق (قوله لأن قبوله) أى الفضولى المتولى الطرفين (قوله لما تقرر الخ) حاصله : أن الإيجاب لما صدر من الفضولى وليس له قابل فى المجلس ولو فضوليا آخر صدر باطلا غير متوقف على قبول الغائب ، فلا يفيد قبول العاقد بعده ولم يخرج بذلك عن كونه فضولياً من الجانبين قال فى الفتح : إن كون كلامى الواحد عقدا تاماً هو أثر كونه مأمورا من الطرفين أو من طرف وله ولاية الطرف الآخر (قوله ونكاح عبد) أى ولو مدبرا أو مكاتبا نهر (قوله وأمة) أى ولو أم ولد نهر (قوله على الإجازة) أى إجازة السيد أو إجازة العبد بعد الإذن المتأخر عن العقد لما فى البحر عن التجنيس : لو تزوج بغير إذن السيد ثم أذن لاينفذ لأن الإذن ليس بإجازة ، فلابد من إجازة العبد العاقد وإن صدر العقد منه اه (قوله كنكاح الفضولى) أى الذى باشره مع آخر أصيل أو ولى أو وكيل أو فضولى أما لو تولى طرف العقد ، وهو فضولى من الجانبين أو أحدهما ، فإنه لايتوقف خلافا لأبى يوسف كما مر ؛

قال فى البحر : الفضولى من يتصرف لغيره بغير ولاية ولا وكالة أو لنفسه ، وليس أهلا وإنما زدناه أى قوله أو لنفسه ليدخل نكاح العبد بلا إذن إن قلنا إنه فضولى ، وإلا فهو ملحق به فى أحكامه اه والصبى كالعبد وإنما قال من يتصرف لامن يعقد ليدخل اليمين ، كما لو علق طلاق زوجة غيره على دخول الدار مثلا ، فإنه يتوقف على إجازة الزوج ، فإن أجاز تعلق ، فتطلق بالدخول بعد الإجازة لاقبلها مالم يقل الزوج أجزت الطلاق على ، ولو قال أجزت هذا اليمين على لزمته اليمين ولا يقع الطلاق مالم تدخل بعد الإجازة كما فى الفتح عن الجامع والمنتقى (قوله إن لها مجيز الخ) فسر المجيز فى النهاية بقابل يقبل الإيجاب ، سواء كان فضوليا أو وكيلا أو أصيلا ، وقال فيها فى فصل بيع الفضولى لو باع الصبى ماله أو اشترى أو تزوج أو زوّج أمه أو كاتب عبده ونحوه توقف على إجازة

(ولابن العم أن يزوج بنت عمه الصغيرة) فلو كبيرة فلابد من الاستئذان ، حتى لو تزوجها بلا استئذان فسكتت أو افصحت بالرضا لايجوز عندهما . وقال أبو يوسف : يجوز وكذا المولى المعتق والحاكم والسلطان جوهرة به يفتى بخلاف الصغيرة كما مر فليحرر (من نفسه) فيكون أصيلا من جانب ولياً من آخر (كما للوكيل)

الولى ، فلو بلغ هو فأجاز نفذ ولو طلق أو خلع أو أعتق عبده على مال أو بدونه أو وهب أو تصدق أو زوج عبده أو باع ماله بمحاباة فاحشة أو اشترى بغبن فاحش ، أو غير ذلك مما لو فعله وليه لاينفذ كان باطلا لعدم المجيز وقت العقد إلا إذا كان لفظ الإجازة يصلح لابتداء العقد ، فيصح على وجه الإنشاء كأن يقول بعد البلوغ أوقعت ذلك الطلاق أو العتاق اه قال فى الفتح : وهذا يوجب أن يفسر المجيز هنا بمن يقدر على إمضاء العقد لا بالقابل مطلقا ولا بالولى إذ لايتوقف فى هذه الصور وإن قبل فضولى آخر أو ولى لعدم قدرة الولى على إمضائها فعلى هذا فما لا مجيز له أى ماليس له من يقدر على الإجازة يبطل كما إذا كان تحته حرة فزوجه الفضولى أمة أو أخت امرأته أو خامسة أو معتدة أو مجنونة أو صغيرة يتيمة فى دار الحرب أو إذا لم يكن سلطان ، ولا قاض لعدم من يقدر على الإمضاء فى حالة العقد ، فوقع باطلا حتى و زال المانع بموت امرأته السابقة ، وانقضاء عدة المعتدة فأجاز لاينفذ وأما إذا كان فيجب أن يتوقف لوجود من يقدر على الإمضاء اه ملخصا . وقوله : وأما إذا كان أى وجد سلطان أو قاض فى مكان عقد الفضولى على المجنونة أو اليتيمة ، فيتوقف أى وينفذ بإجازتها بعد عقلها أو بلوغها لأن وجود المجيز حالة العقد ، لايلزم كونه من أولياء النسب كما تقدم فى الباب السابق قبل قوله وللولى إلا بعد التزويج بغيبة الأقرب (قوله ولابن العم الخ) هذه من فروع قوله : ويتولى طرفى النكاح واحد ليس بفضولى من جانب فيتولاه هنا بالأصالة من جانبه والولاية من جانبها ومثل الصغيرة المعتوهة والمجنونة ولا يخفى أن المراد حيث لاولى أقرب منه (قوله فلابد من الاستئذان) أى إذا زوجها لنفسه لابد من استئذانها قبل العقد (قوله لايجوز عندهما) لأنه تولى طرفى النكاح ، وهو فضولى من جانبها فلم يتوقف عندهما بل بطل كما مر ، وإذا لم يتوقف لاينفذ بالاجازة بعده بالسكوت أو الإفصاح ، وهذا إذا زوجها لنفسه كما قلنا أما لو زوجها لغيره ، وبلا استئذان سابق ، فسكتت بكرا أو أفصحت بالرضا ثيبا يكون إجازة لأنه انعقد موقوفا لكونه لم يتول الطرفين بنفسه ، بل باشر العقد مع غيره من أصيل ، أو ولى أو وكيل أو فضولى فتكون المسألة حينئذ من فروع قوله كنكاح فضولى (قوله جوهرة) جميع ماتقدم من قوله ولابن العم إلى قوله السلطان عبارة الجوهرة ح (قوله يعنى بخلاف الصغيرة الخ) توضيحه أن قول الجوهرة ، وكذا المولى الخ إشارة إلى أن ذكر ابن العم أولا غير قيد بل المراد به من له ولاية التزوج والتزويج ، وظاهره أن هذا التعميم جار فى الصغيرة والكبيرة أى يزوج الولى الصغيرة من نفسه ، وكذا الكبيرة لكن بالاستئذان ، وهذا صحيح فى الكبيرة أما الصغيرة فلا لأنه ليس للحاكم والسلطان أن يتزوجا صغيرة لاولى لها غيرهما لأن فعلهما حكم فيتعين أن يكون قول الجوهرة وكذا الخ راجعا إلى قوله : فلو كبيرة لبيان تعميم الولى فيها فقط ، وهذا معنى قول الشارح بخلاف الصغيرة كما مر أى فى الفروع من الباب السابق ، فى قوله : ليس للقاضى تزويج الصغيرة من نفسه الخ لكن بعد حمل كلام الجوهرة على هذا يبقى فيه إشكال آخر ، وهو أن الحاكم والسلطان لايزوجان الصغيرة لنفسهما لأن فعلهما حكم كما مر ، وهذا لايظهر فى المولى المعتق فقرانه معهما فى الذكر ، وإن ظهر بالنسبة إلى الكبيرة لكنه لايظهر بالنسبة إلى الصغيرة المفهومة من التقييد بالكبيرة ، فلذا قال فليحرر فافهم .

والذى يظهر أنه لا مانع من تزوج المولى المعتق معتقته الصغيرة لنفسه حيث الأولى أقرب منه ، لأنه حينئذ

الذى وكلته أن يزوجها من نفسه فإن له (ذلك) فيكون أصيلا من جانب وكيلا من آخر (بخلاف مالو وكلته بتزويجها من رجل فزوجها من نفسه) لأنها نصبته مزوجا لا متزوجا (أو وكلته أن يتصرف فى أمرها أو قالت له زوج نفسى ممن شئت) لم يصح تزويجها من نفسه كما فى الخانية .

هو الولى المجبر فيكون أصيلا من جانبه وليا من جانبها كابن العم ، فيكون داخلا تحت قولهم : ويتولى طرفى النكاح واحد ليس بفضولى من جانب ، ولا يعارض ذلك عبارة الجوهرة التى هى غير محررة إذ لولا وجود المانع فى الحاكم ، وهو أن فعله حكم لكان داخلا تحت هذه القاعدة ولا مانع فى المولى ، فيبقى داخلا تحتها وأيضا لو كان المولى كالحاكم يلزم أن لا يملك تزويجها من ابنه ونحوه ممن لا تقبل شهادته له ، ويخالفه ما فى الفتح عن التجنيس لو زوج القاضى الصغيرة التى هو وليها من ابنه لا يجوز كالوكيل بخلاف سائر الأولياء لأن تصرف القاضى حكم وحكمه لابنه لا يجوز بخلاف تصرف الولى اهـ . فقوله بخلاف سائر الأولياء يشمل المولى المعتق فهذا صريح فى أنه ليس كالقاضى .

[تنبيه] تقدم أن المعتق آخر العصبات وأن له ولاية التزويج ، ولو كان امرأة ثم بنوه وإن سفلوا ثم عصبته من النسب على ترتيبهم كما فى الفتح ، وحيث علمت أن له تزويج الصغيرة لنفسه ، فكذا بنوه وعصباته ، وكذا لو كان امرأة تزوج معتقها الصغير لنفسها والله تعالى أعلم (قوله من نفسه) فى المغرب زوجته امرأة وتزوجت امرأة وليس فى كلامهم تزوجت بامرأة ، ولا زوجت منه امرأة (قوله فإن له ذلك) أى تزويجها لنفسه بشرط أن يعرفها الشهود ، أو يذكر اسمها واسم أبيها وجدها أو تكون حاضرة منتقبة ، فتكفى الإشارة إليها وعند الخصاف لا يشترط كل ذلك ، بل يكفى قوله زوجت نفسى من موكلتى كما بسطه فى الفتح والبحر ، وقدمنا الكلام عليه عند قوله وبشرط حضور شاهدين ثم إن قول الشارح : فإن له إخراج إعراب المتن عن أصله ، ولا يضر ذلك لأنه لم يغير اللفظ ، وإنما زاده لإصلاح المتن فإن قول المصنف كما للوكيل الكاف فيه للتشبيه بمسألة ابن العم وما مصدرية أو كافة وللوكيل خبر مقدم والمصدر المنسبك من أن وصلتها مبتدأ مؤخر واسم الإشارة بدل منه وفيه أمران : الأول : إطلاق الوكيل مع أن المراد منه وكيل مقيد بأن يزوجها من نفسه والثانى : إنه لا حاجة إلى زيادة اسم الإشارة فأصلح الشارح الأول بزيادة قوله الذى وكلته ، والثانى بزيادة قوله فإن له وحينئذ فقوله للوكيل خبر لمبتدإ محذوف تقديره أن يزوج من نفسه ، ولم يصرح به لدلالة التشبيه عليه وقوله الذى وكلته الخ نعت للوكيل ، ولا يخفى حسن هذا السباك . نعم يمكن إصلاح كلام المتن بدونه بجعل اسم الإشارة مبتدأ ، وللوكيل خبره وقوله أن يزوجها على تقدير الباء الجارة متعلق بالوكيل ، وهذا وإن صح لكنه غير متبادر من هذا اللفظ وعلى كل فلا خلل فى كلام الشارح فافهم (قوله من رجل) أى غير معين ، وكذا المعين بالأولى وفى الهندية عن المحيط : رجل وكل امرأة أن تزوجه فزوجت نفسها منه لا يجوز اهـ (قوله فزوجها من نفسه) وكذا لو زوجها من أبيه أو ابنه عند أبى حنيفة كما قدمناه عن البحر ، لأن الوكيل لا يعقد مع من لا تقبل شهادته له للتهمة (قوله لأنها الخ) يوهم الجواز لو زوجها من أبيه أو ابنه ، وقد علمت أنه لا يجوز (قوله أو وكلته أن يتصرف فى أمرها) لأنه لو أمرته بتزويجها لا يملك أن يزوجها من نفسه فهذا أولى هندية عن التجنيس .

قلت : ومقتضى التعليل صحة تزويجها من غيره وينبغى تقييده بالقرينة ، وينبغى أنه لو قامت قرينة على إرادة تزويجها منه أنه يصح كما لو خطبها لنفسه فقالت : أنت وكيل فى أمورى (قوله أو قالت له) فى غالب النسخ بأو وفى بعضها بالواو والأول هو الموافق لما فى البحر وغيره فهى مسألة ثانية ونقل المصنف فى المنح عن جواهر الفتاوى

والأصل أن الوكيل معرفة بالخطاب فلا يدخل تحت النكرة (ولو أجاز) من له الإجازة (نكاح الفضولي بعد موته صح) لأن الشرط قيام المعقود له وأحد العاقدين لنفسه فقط (بخلاف إجازة بيعه) فإنه يشترط قيام أربعة أشياء كما سيجيء .

[فروع] الفضولي قبل الإجازة لايملك نقض النكاح بخلاف البيع يشترط للزوم عقد الوكيل موافقته في المهر المسمى وحكم رسول كوكيل .

باب المهر

أنه يصح قال البزدوي لعل هذا القائل ذهب إلى أنها علمت من الوكيل أنه يريد تزويجها فحينئذ يجوز (قوله لم يصح) أي لم ينفذ بل يتوقف على إجازتها لأنه صار فضوليا من جانبها (قوله والأصل الخ) بيانه أن قولها وكلتك أن تزوجني من رجل الكاف فيه للخطاب ، فصار الوكيل معرفة وقد ذكرت رجلا منكرا والمعرف غيره ، وكذا قولها ممن شئت فإنه بمعنى أي رجل شئته (قوله وأحد العاقدين) هو العاقد لنفسه كما في البحر: أي سواء كان أصيلا أو وليا أو وكيلا فإنه عاقد لنفسه بمعنى أنه غير فضولي تأمل : وانظر ما لو كان فضوليا بأن كان كل من العاقدين فضوليين ، والظاهر أن الشرط قيام المعقود لها فقط (قوله أربعة أشياء) وهم العاقدان، والمبيع وصاحبه، ويزاد الثمن إن كان عرضا كما في البحر فافهم (قوله كما سيجيء) أي في البيوع (قوله لايملك نقض النكاح) أي لاقولا ولا فعلا قال في الخانية : العاقدون في الفسخ أربعة عاقد لايملك الفسخ قولا وفعلا ، وهو الفضولي حتى لو زوج رجلا امرأة بلا إذنه ثم قال قبل إجازته فسخت لاينفسخ ، وكذا لو زوجه أختها يتوقف الثاني ، ولايكون فسخا للأول ،وعاقد يفسخ بالقول فقط وهو الوكيل بنكاح معينة إذا خاطب عنها فضولي، فهذا الوكيل يملك الفسخ بالقول ولو زوجه أختها لا ينفسخ الأول وعاقد يفسخ بالفعل فقط وهو الفضولي إذا زوج رجلا امرأة بلا إذنه ثم وكله الرجل أن يزوجه امرأة غير معينة فزوجه أخت الأول ينفسخ نكاح الأولى ،ولو فسخه بالقول لايصح ، وعاقد يفسخ بهما وهو الوكيل بتزويج امرأة بعينها إذا زوجه امرأة خاطب عنها فضولي فإن فسخه الوكيل أو زوجه أختها انفسخ (قوله بخلاف البيع) والفرق أنه بالبيع تلحقه العهدة، فله الرجوع كي لايتضرر، بخلاف النكاح فإن الحقوق ترجع إلى المعقود له عمادية (قوله موافقته في المهر المسمى) قدمنا الكلام عليه عند قوله بمعينة (قوله وحكم رسول كوكيل) قال في الفتح : ذكر في الرسول من مسائل أصل المبسوط قال إذا أرسل إلى المرأة رسولا حرا أو عبدا صغيرا أو كبيرا فقال إن فلانا يسألك أن تزوجيه نفسك ، فأشهدت أنها زوجته وسمع الشهود كلامهما أي كلامها وكلام الرسول ، فإن ذلك جائز إذا أقر الزوج بالرسالة أو قامت عليه بينة فإن لم يكن أحدهما ، فلا نكاح بينهما لأن الرسالة لما لم تثبت كان الآخر فضوليا ، ولم يرض الزوج بصنعه . ولا يخفى أن مثل هذا بعينه في الوكيل ثم ذكر فروعا كلها تجري في الوكيل اهـ . وقدمنا أول النكاح أحكام التزوج بإرسال الكتاب والله تعالى أعلم .

باب المهر

لما فرغ من بيان ركن النكاح وشرطه شرع في بيان حكمه ، وهو المهر فإن مهر المثل يجب بالعقد ، فكان حكما كذا في العناية ، واعترضه في السعدية بأن المسمى من أحكامه أيضا . وأجاب في النهر بأنه إنما خص مهر المثل لأن حكم الشيء هو أثره الثابت به والواجب بالعقد إنما هو مهر المثل ، ولذا قالوا إنه الموجب الأصلي في باب النكاح وأما المسمى ، فإنما قام مقامه للتراضي به ثم عرف المهر في العناية بأنه اسم للمال الذي يجب

ومن أسمائه : الصداق والصدقة ، والنحلة ، والعطية ، والعقر . وفى استيلاد الجوهرة العقر فى الحرائر مهر المثل وفى الإماء عشر قيمة البكر ونصف عشر قيمة الثيب (أقله عشرة دراهم) لحديث البيهقى وغيره ، لامهر أقل من عشرة دراهم ، ورواية الأقل تحمل على المعجل (فضة وزن سبعة) مثاقيل كما فى الزكاة (مضروبة كانت أولا)

فى عقد النكاح على الزوج فى مقابلة البضع إما بالتسمية أو بالعقد ،واعترض بعدم شموله للواجب بالوطء بشبهة ومن ثم عرفه بعضهم بأنه اسم لما تستحقه المرأة بعقد النكاح أو الوطء . وأجاب فى النهر بأن المعرف مهر هوحكم النكاح بالعقد تأمل (قوله ومن أسمائه الخ) أفاد أن له أسماء غيرها كالأجر والعلائق والحباء قال فى النهر وقدجمعها بعضهم فى قوله :

صداق ومهر نحلة وفريضة حباء وأجر ثم عقر علائق

لكنه لم يذكر العطية والصدقة (قوله وفى استيلاد الجوهرة)أى فى باب الاستيلاد من الجوهرة نقلا عن الإمام السرخسى (قوله فى الحرائر مهر المثل) سيأتى تفسيره وتفصيله (قوله وفى الإماء الخ) أى عشر قيمة الأمة إن كانت بكرا ونصف عشر قيمتها إن كانت ثيبا ، والظاهر أنه يشترط عدم نقصان العشر أو نصفه عن عشرة دراهم فإن نقص وجب تكميله إلى العشرة لأن المهر لاينقص عن عشرة ، سواء كان مهر المثل أو مسمى ح :

قلت : وقال فى الفيض بعد نقله ماذكره الشارح عن بعض المحققين ، وقيل فى الجوارى ينظر إلى مثل تلك الجارية جمالا ومولى بكم تتزوج فيعتبر بذلك وهو المختار اه والظاهر أن هذا هو المراد من قوله الآتى عند ذكر مهر المثل أن مهرالأمة بقدر الرغبة فيها،وفى باب نكاح الرقيق من الفتح العقر هو مهر مثلها فى الجمال أى مايرغب به فى مثلها جمالا فقط . وأما ماقيل مايستأجر به مثلها للزنى لو جاز فليس معناه بل العادة أن مايعطى لذلك أقل ممايعطى مهرا لأن الثانى للبقاء بخلاف الأول اه(قوله لحديث البيهقى وغيره) رواه البيهقى بسند ضعيف ورواه ابن أبى حاتم وقال الحافظ ابن حجر : إنه بهذا الإسناد حسن كما فى فتح القدير فى باب الكفاءة (قوله ورواية الأقل الخ) أى مايدل بحسب الظاهر من الأحاديث المروية على جواز التقدير بأقل من عشرة وكلها ،ضعفة إلا حديث ، التمس ولو خاتما من حديد ، يجب حملها على أنه المعجل ، وذلك لأن العادة عندهم تعجيل بعض المهر قبل الدخول حتى ذهب بعض العلماء إلى أنه لا يدخل بها حتى يقدم شيئا لها تمسكا بمنعه صلى الله عليه وسلم عليا أن يدخل بفاطمة رضى الله تعالى عنها حتى يعطيها شيئا فقال يارسول الله ليس لى شىء فقال، أعطها درعك فأعطاها درعه، رواه أبو داود والنسائى ، ومعلوم أن الصداق كان أربعمائة درهم وهى فضة ، لكن المختار الجواز قبله لما روت عائشة رضى الله تعالى عنها قالت ، أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أدخل امرأة على زوجها قبل أن يعطيها شيئا، رواه أبو داود فيحمل المنع المذكور على الندب : أى ندب تقديم شىء إدخالا للمسرة عليها تألفا لقلبها وإذا كان ذلك معهودا وجب حمل ماخالف مارويناه عليه جمعا بين الأحاديث ،وهذا وإن قيل إنه خلاف الظاهر فى حديث ، التمس ولو خاتما من حديد ، لكن يجب المصير إليه لأنه قال فيه بعده زوجتكها بما معك من القرآن ، فإن حمل على تعليمه إياها مامعه أو نفى المهر بالكلية عارض كتاب الله تعالى وهو قوله تعالى — أن تبتغوا بأموالكم — فقيد الإحلال بالابتغاء بالمال ، فوجب كون الخبر غير مخالف له وإلا لم يقبل لأنه خبر واحد ، وهو لا ينسخ القطعى فى الدلالة وتمام ذلك مبسوط فى الفتح (قوله فضة) تمييز منصوب أو مجرور فلدراهم تمييز لعشرة وفضة تمييز لدراهم على أن المراد بها آلة الوزن (قوله وزن) بالرفع صفة عشرة وبالنصب حال على تقدير ذات وزن ط (قوله سبعة مثاقيل) هو أن يكون كل درهم أربعة عشر قيراطا شرنبلالية (قوله مضروبة كانت أولا) فلو سمى

ولو دينا أو عرضاً قيمته عشرة وقت العقد ، أما فى ضمانها بطلاق قبل الوطء فيوم القبض (وتجب) العشرة (إن سماها أو دونها و) يجب (الأكثر منها إن سمى) الأكثر ويتأكد (عند وطء أو خلوة صحت) من الزوج (أو موت أحدهما) أو تزوج ثانياً فى العدة

عشرة تبرا أو عرضا قيمته عشرة تبرا لا مضروبة صح ، وإنما تشترط المصكوكة فى نصاب السرقة للقطع تقليلا لوجود الحد بحر (قوله ولو دينا) أى فى ذمتها أو فى ذمة غيرها أما الأول فظاهر ، وأما الثانى فكما لو تزوجها على عشرة له على زيد فإنه يصح وتأخذها من أيهما شاءت فإن اتبعت المديون أجبر الزوج على أن يوكلها بالقبض منه كما فى النهر : أى لئلا يلزم تمليك الدين من غير من عليه الدين اهـ لكن إذا أضيف النكاح إلى دراهم فى ذمتها تعلق بالعين لا بالمثل بخلاف ما إذا كان فى ذمة غيرها فإنه يتعلق بالمثل لئلا يكون تمليك الدين من غير من عليه الدين وبيان ذلك فى الذخيرة (قوله أو عرضا) وكذا لو منفعة كسكنى داره ، وركوب دابته وزراعة أرضه حيث علمت المدة كما فى الهندية .

قلت : ولابد من كونها مما يستحق المال بمقابلتها ليخرج ما يأتى من عدم صحة التسمية فى خدمة الزوج الحر لها وتعليم القرآن (قوله قيمته عشرة وقت العقد) أى وإن صارت يوم التسليم ثمانية ، فليس لها إلا هو ولو كان على عكسه لها العرض المسمى ودرهمان ، ولا فرق فى ذلك بين الثوب والمكيل والموزون لأن ما جعل مهرا لم يتغير فى نفسه وإنما التغير فى رغبات الناس بحر عن البدائع (قوله أما فى ضمانها الخ) يعنى أما الحكم فى ضمانها الخ ، وذلك كما لو تزوجها على ثوب وقيمته عشرة فقبضته وقيمته عشرون ، وطلقها قبل الدخول والثوب مستهلك ردت عشرة لأنه إنما دخل فى ضمانها بالقبض فتعتبر قيمته يوم القبض بحر عن المحيط . والهلاك كالاستهلاك لأنها إذا لم تؤاخذ بما زاد فى قيمته بعد القبض فى الاستهلاك ، ففى الهلاك بالأولى ، وأفاد أنه لو قائما تعتبر قيمته يوم الطلاق لا يوم القبض وأنه ليس له أخذه منها ليعطيها نصف قيمته ، بل إن كان مما لا يتعيب بالقسمة كمكيل وموزون أخذ نصفه ، والا بقى مشتركا بعد القضاء أو الرضا لما سيأتى من أنه لو كان مسلما لها لم يبطل ملكها ، ويتوقف عوده إلى ملكه على القضاء أو الرضا حتى ينفذ تصرفها فيه قبل ذلك لا تصرفه كذا أفاده السيد محمد أبو السعود ، وأفاد أيضا أنها لو أرادت أن تعطيه نصف قيمته ، فالظاهر أنه يجبر على القبول .

قلت : وفيه نظر لأنه قبل القضاء أو الرضا لاوجه لإجباره ، لأن له ترك المطالبة بالكلية وكذا بعده إذا صار مشتركا لاوجه لإجباره على قبول قيمة حصته فافهم (قوله وتجب العشرة إن سماها الخ) هذا إن لم تكسد الدراهم المسماة ، فلو كسدت وصار النقد غيرها فعليه قيمتها يوم كسدت على المختار بخلاف البيع حيث يبطل بكساد الثمن فتح (قوله ويجب الأكثر) أى بالغا ما بلغ فالتقدير بالعشرة لمنع النقصان (قوله ويتأكد) أى الواجب من العشرة أو الأكثر وأفاد أن المهر وجب بنفس العقد لكن مع احتمال سقوطه بردتها أو تقبيلها ابنه أو تنصفه بطلاقها قبل الدخول ، وإنما يتأكد لزوم تمامه بالوطء ونحوه وبه ظهر أن ما فى الدرر من أن قوله عند وطء متعلق بالوجوب غير مسلم كما أفاده فى الشرنبلالية . قال فى البدائع : وإذا تأكد المهر بما ذكر لا يسقط بعد ذلك ، وإن كانت الفرقة من قبلها لأن البدل بعد تأكده لا يحتمل السقوط إلا بالإبراء كالثمن إذا تأكد بقبض المبيع اهـ (قوله صحت) احتراز عن الخلوة الفاسدة كما سيأتى بيانها (قوله من الزوج) متعلق بقوله وطء أو خلوة على التنازع لا بقوله صحت حتى يرد أن شروط الصحة ليست من جانبه فقط فافهم (قوله أو تزوج ثانيا) هذا مؤكد رابع زاده فى البحر بحثا بقوله : وينبغى أن لا يزاد رابع ، وهو وجوب العدة عليها منه فيما لو طلقها بائنا بعد الدخول ، ثم تزوجها فى العدة وجب

أو إزالة بكارتها بنحو حجر بخلاف إزالتها بدفعة فإنه يجب النصف بطلاق قبل وطء ولو الدفع من أجنبي ، فعلى الأجنبي أيضاً نصف مهر مثلها إن طلقت قبل الدخول وإلا فكله نهر بحثا

كمال المهر الثاني بدون الخلوة والدخول لأن وجوب العدة عليها فوق الخلوة اه . وأقره في النهر وفيه بحث فإنه يمكن إدخاله فيما قبله ، وهو الوطء لما سيأتي في باب العدة من أنه في هذه الصورة يجب عليه مهر تام، وعليها عدة مبتدأة لأنها مقبوضة في يده بالوطء الأول لبقاء أثره وهو العدة ، وهذه إحدى المسائل العشرة المبنية على أن الدخول في النكاح الأول دخول في الثاني (قوله أو إزالة بكارتها الخ) هذا مؤكد خامس زاده في البحر أيضا حيث قال : وينبغي أن يزاد خامس ، وهو مالو أزال بكارتها بحجر ونحوه فإن لها كمال المهر كما صرحوا به بخلاف ما إذا أزالها بدفعة فإنه يجب النصف لو طلقها قبل الدخول ولو دفعها أجنبي فزالت بكارتها وطلقت قبل الدخول وجب نصف المسمى على الزوج ، وعلى الأجنبي نصف صداق مثلها اه . وأقره في النهر أيضا وفيه بحث أيضا فإن الذي يظهر لي دخول هذا فيما قبله ، وهو الخلوة لأن العادة أن إزالة البكارة بحجر ونحوه كأصبع إنما تكون في الخلوة ، فلذا وجب كل المهر ، بخلاف إزالتها بدفعة ، فإن المراد حصولها في غير خلوة ، ثم رأيت مايفيد ذلك في جنايات الفتاوى الهندية عن المحيط حيث قال : ولو دفع امرأته ولم يدخل بها فذهبت عذرتها ، ثم طلقها فعليه نصف المهر ولو دفع امرأة الغير وذهبت عذرتها ثم تزوجها ودخل وجب لها مهران اه أي مهر بالدخول بحكم النكاح ومهر بإزالة العذرة بالدفع كما في جنايات الخانية فقوله : ولو دفع امرأته ولم يدخل بها ذكر مثله في جنايات الخانية ، ومثله في المنح هنا وهو صريح فيما قلناه في مسألة الدفع ومشير إلى أن مسألة الحجر في الخلوة إذ لايظهر الفرق بين مجرد إزالتها بحجر أو دفعة ، ويدل عليه أن المفاد من إيجاب نصف المهر في مسألة الدفع أن الزوج لاضمان عليه في إزالة بكارة الزوجة بأي سبب كان لأن وجوب نصف المهر عليه إنما هو بحكم الطلاق قبل الدخول وإلا لوجب عليه مهر آخر لإزالتها بالدفع كما في مسألة امرأة الغير . وبه علم أن لزوم كمال المهر فيما لو أزالها بحجر إنما هو بحكم الطلاق بعد الخلوة لابسبب إزالتها بالحجر ، وإلا لكان الواجب عليه مهرين حتى لو كان قد ضربها بحجر بدون خلوة فأزال بكارتها لايلزمه شيء لإزالة البكارة فإذا طلقها قبل الخلوة أيضا فعليه نصف المهر بحكم الطلاق كما في مسألة الدفع . ويدل أيضا على ماقلنا من عدم الفرق بين إزالتها بحجر أو دفع أنه صرح في الخانية بأنه لودفع بكرا أجنبية صغيرة أو كبيرة فذهبت عذرتها لزمه المهر وذكر مثله فيما لو أزالها بحجر أو نحوه ، فلم يفرق بين الدفع والحجر في الأجنبية ، فعلم أن الفرق بينهما في الزوجة من حيث الخلوة وعدمها إذ لاشيء على الزوج في مجرد إزالتها بالدفع لملكه ذلك بالعقد فلا وجه لضمانه به بخلاف الأجنبي وحيث لم يلزمه شيء بمجرد الدفع لايلزمه شيء أيضا بمجرد إزالتها بالحجر ونحوه إذ لافرق بين آلة وآلة في هذه الإزالة فالدفع غير قيد . ثم رأيت في جنايات أحكام الصغار صرح بأن الزوج لو أزال عذرتها بالأصبع لايضمن ويعزر اه . ومقتضاه أنه مكروه فقط ، وهل تنتفي الكراهة بسبب العجز عن الوصول إليها بكرا ؟ الظاهر لا فإنه يكون عنينا بذلك ، ويكون لها حق التفريق ، ولو جاز ذلك لما ثبتت عنته بذلك العجز والله أعلم فافهم (قوله فعلى الأجنبي أيضا) أي كما أن على الزوج نصف المسمى كما مر عن البحر (قوله إن طلقت) أي طلقها زوجها (قوله نهر بحثا) راجع إلى قوله وإلا فكله وذلك حيث قال : وفي جامع الفصولين تدافعت جارية مع أخرى فزالت بكارتها وجب عليها مهر المثل اه . وهو باطلاقه يعم مالو كانت المدفوعة متزوجة فيستفاد منه وجوبه على الأجنبي كاملا فيما إذا لم يطلقها الزوج قبل الدخول فتدبره انتهى كلام النهر . وفيه : أن عبارة جامع الفصولين تدل على وجوب كمال مهر المثل مطلقا من غير تفصيل بين ما إذا طلقها قبل الدخول أو لم يطلقها كما

(و) يجب (نصفه بطلاق قبل وطء أو خلوة) فلو كان نكحها على ما قيمته خمسة كان لها نصفه ودرهمان ونصف (وعاد النصف إلى ملك الزوج

لايخفى ، وحينئذ يعارض إيجابهم نصف مهر المثل على الأجنبي فيما إذا طلقها الزوج قبل الدخول اهـ ح . وما في جامع الفصولين هو المذكور في الخانية والبزازية وغيرهما ، وهو الوجه لما علمت من أن إزالة البكارة من أجنبي غير الزوج توجب مهر المثل على المزيل ، سواء كانت بدفع أو حجر ، وذلك لاينافي وجوب نصف المسمى على الزوج بطلاقها قبل الدخول ، لا ختلاف السبب : فإن سبب إيجاب المهر كاملا على الدافع الجناية وسبب إيجاب النصف على الزوج الطلاق ، ولو كان ما وجب على الزوج منقصا للجناية ، حتى أوجب النصف على الجاني لزم أن لايجب على الجاني شيء إذا طلقها الزوج بعد الخلوة الصحيحة لوجوب المهر كاملا على الزوج .

هذا ، وفي المنح عن جواهر الفتاوى :

ولو افتض مجنون بكارة امرأة بأصبع ، فقد أشار في المبسوط والجامع الصغير إذا افتضها كرها بأصبع أو حجر أو آلة مخصوصة حتى أفضاها فعليه المهر ، ولكن مشايخنا يذكرون أن هذا وقع سهوا ، فلا يجب إلا بالآلة الموضوعة لقضاء الشهوة والوطء ويجب الأرش في ماله اهـ .

قلت : وهذا مشكل فإن الافتضاض إزالة البكارة ، والافضاء خلط مسلكي البول والغائط والمشهور في الكتب المعتمدة المتداولة أن موجب الأول مهر المثل ، ولو بغير آلة الوطء كما علمته مما قدمناه ، وموجب الثاني الدية كاملة إن لم تستمسك البول وإلا فثلثها لأنها جراحة جائفة ، وهذا لو من أجنبي ، فلو من الزوج لم يجب في الأول ضمان كما مر ، وكذا في الثاني عندهما خلافا لأبي يوسف حيث جعل الزوج فيه كأجنبي ، واعتمده ابن وهبان لتصريحهم بأن الواجب في سلس البول الدية ورده الشرنبلالي في شرح الوهبانية ، بأن هذا في غير الزوج ، وأطال في ذلك والله تعالى أعلم (قوله ويجب نصفه) أي نصف المهر المذكور ، وهو العشرة إن سماها أو دونها أو الأكثر منها إن سماه ، والمتبادر التسمية وقت العقد ، فخرج مافرض أو زيد بعد العقد فإنه لاينصف كالمتعة كما سيأتي :

وفي البدائع ولو شرط مع المسمى ماليس بمال بأن تزوجها على ألف درهم وعلى أن يطلق امرأته الأخرى أو على أن لايخرجها من بلدها ثم طلقها قبل الدخول ، فلها نصف المسمى ، وسقط الشرط لأنه إذا لم يف به يجب تمام مهر المثل ومهر المثل لايثبت بالطلاق قبل الدخول ، فسقط اعتباره فلم يبق إلا المسمى فيتنصف ، وكذلك إن شرط مع المسمى شيئا مجهولا كأن يهدى لها هدية ، ثم طلقها قبل الدخول فلها نصف المسمى لأنه إذا لم يف بالهدية يجب مهر المثل ولا مدخل لمهر المثل في الطلاق قبل الدخول فيسقط اعتبار هذا الشرط ، وكذا لو تزوجها على ألف أو على ألفين حتى وجب مهر المثل انتهى (قوله بطلاق) الباء للمصاحبة لاللسببية لما مر من أن الوجوب بالعقد أفاده في الشرنبلالية ، ولو قال بكل فرقة من قبله لشمل مثل ردته وزناه وتقبيله ومعانقته لأم امرأته وبنتها قبل الخلوة قهستاني عن النظم (قوله قبل وطء أو خلوة) هو معنى قول الكنز قبل الدخول ، فإن الدخول يشمل الخلوة أيضا لأنها دخول حكما كما في البحر عن المجتبى وسيأتي متنا أن القول لها لو ادعت الدخول وأنكره لأنها تنكر سقوط النصف (قوله فلو كان نكحها الخ) تفريع على قوله ويجب نصفه الشامل للعشر فيما لو سمى مادونها كما قررناه فافهم (قوله ودرهمان ونصف) لأنه لما سمى ما قيمته دون العشرة لزم خمسة أخرى تكملة العشرة فلما طلقها قبل الدخول كان لها نصف المسمى ونصف التكملة (قوله وعاد النصف إلى ملك الزوج) أي ولو كان تبرع به عنه آخر ، وإذا كانت الفرقة قبل الدخول من قبلها عاد إليه الكل :

بمجرد الطلاق إذا لم يكن مسلما لها ، وإن) كان (مسلما) لها لم يبطل ملكها منه بل (توقف) عوده إلى ملكه (على القضاء أو الرضا) فلهذا (لانفاذ لعتقه) أى الزوج (عبدا لمهر بعد طلاقها قبله) أى قبل القضاء ونحوه لعدم ملكه قبله (ونفذ تصرف المرأة) قبله (فى الكل لبقاء ملكها) وعليها نصف قيمة الأصل يوم القبض ؛ لأن زيادة المهر المنفصلة تتنصف قبل القبض لابعده

قال فى البحر عن القنية : لو تبرع بالمهر عن الزوج ثم طلقها قبل الدخول ، أو جاءت الفرقة من قبلها يعود نصف المهر فى الأول والكل فى الثانى إلى ملك الزوج ، بخلاف المتبرع بقضاء الدين إذا ارتفع السبب يعود إلى ملك القاضى إن كان بغير أمره (قوله بمجرد الطلاق) أى بالطلاق المجرد عن القضاء والرضا (قوله إذا لم يكن مسلما لها) وكذا إذا كان دينا لم تقبضه ، فإنه يسقط نصف المسمى بالطلاق ، ويبقى النصف كما فى البدائع (قوله بل توقف عوده) أى عود النصف إلى ملكه لأن العقد وإن انفسخ بالطلاق فقد بقى القبض بالتسليط الحاصل بالعقد ، وأنه من من أسباب الملك فلا يزول الملك إلا بالفسخ من القاضى ، لأنه فسخ لسبب الملك أو بتسليمها ؛ لأنه نقض للقبض حقيقة بدائع (قوله عبدا لمهر) مفعول لعتق والمراد نصفه وكذا كله بالأولى إذ لاحق له فى النصف الآخر (قوله بعد طلاقها قبله) الظرفان متعلقان بعتق (قوله ونحوه) المراد به الرضا اهـ ح (قوله لعدم ملكه قبله) أى قبل القضاء ونحوه ، حتى لو قضى القاضى بعد العتق بالنصف له لاينفذ ذلك العتق ، لأنه عتق سبق ملكه كالمقبوض بشراء فاسد إذا أعتقه البائع ، ثم رد عليه لاينفذ ذلك العتق الذى كان قبل الرد فتح (قوله ونفذ تصرف المرأة) من جملة المفرع على قوله بل توقف الخ ط : وشمل التصرف العتق والبيع والهبة وقوله قبله أى قبل القضاء ونحوه (قوله وعليها نصف قيمة الأصل الخ) لأنه إذا نفذ تصرفها فقد تعذر عليها رد النصف بعد وجوبه فتضمن نصف قيمته للزوج يوم قبضت بحر : أى لأنه بالقبض دخل فى ضمانها (قوله لأن زيادة المهر) تعليل لما استفيد من التقييد بالأصل ، وهو أن المهر لو زاد بعد القبض لاتضمن الزيادة ، لكن فى المسألة تفصيل ، لأن الزيادة فى المهر إما متصلة متولدة من الأصل كسمن الجارية وجمالها وأثمار الشجر أو غير متولدة كصبغ الثوب والبناء فى الدار أو منفصلة متولدة كالولد والثمر إذا جذ أو غير متولدة كالكسب والغلة وكل إماأن يكون قبل القبض فيتنصف إلا الغير المتولدة بقسميها أو بعده فلا يتنصف ، فالأقسام ثمانية كما فى النهر وغيره ؛

والحاصل أن الزيادة لاتنتصف بل تسلم للزوجة إذا حدثت بعض القبض مطلقا أو قبله إن كانت غير متولدة متصلة ومنفصلة ، فكان الأولى للشارح أن يقول لأن الزيادة المتولدة قبل القبض تتنصف دون غيرها .

ثم اعلم أن هذا كله إذا حدثت الزيادة قبل الطلاق ، فلو بعده ، فإن كانت قبل القبض تنصفت كالأصل ، وإن بعد القبض ، فإن كان بعد القضاء للزوج بالنصف فكذلك ، وإلا فالمهر فى يدها كالمقبوض بعقد فاسد لأنه فسد ملكها النصف بالطلاق كما فى البدائع . وبقى مسائل نقصان المهر ، وهى خمس وعشرون صورة مذكورة فى البحر والنهر (قوله قبل القبض) ظرف لقوله تتنصف ، والواقع فى النهر وغيره جعله ظرفا للزيادة ، فإن المؤدى واحد ط :

قلت : ويصح جعل الظرف متعلقا بمحذوف حال من زيادة فتتحد العبارتان :

(ووجب مهر المثل فى الشغار) هو أن يزوجه بنته على أن يزوجه الآخر بنته أو أخته مثلا معاوضة بالعقدين ، وهو منهى عنه لخلوّه عن المهر ، فأوجبنا فيه مهر المثل فلم يبق شغارا (و) فى (خدمة زوج حر) سنة (للإمهار) لحرة أو أمة لأن فيه قلب الموضوع

مطلب نكاح الشغار

(قوله فى الشغار) بكسر الشين مصدر شاغر اهـ ح (قوله هو أن يزوّجه الخ) قال فى النهر : وهو أن يشاغر الرجل : أى يزوجه حريمته على أن يزوجه الآخر حريمته ولا مهر إلا هذا ، كذا فى المغرب : أى على أن يكون بضع كل صداقا عن الآخر ، وهذا القيد لابد منه فى مسمى الشغار ؛ حتى لو لم يقل ذلك ولا معناه بل قال زوّجتك بنتى على أن تزوجنى بنتك فقبل أو على أن يكون بضع بنتى صداقا لبنتك فلم يقبل الآخر بل زوّجه بنته ولم يجعلها صداقا لم يكن شغارا بل نكاحا صحيحا اتفاقا وإن وجب مهر المثل فى الكل ، لما أنه سمى مالا يصلح صداقا . وأصل الشغور : الخلوّ ، يقال بلدة شاغرة إذا خلت عن السكان ، والمراد هنا الخلوّ عن المهر لأنهما بهذا الشرط كأنهما أخليا البضع عنه نهر (قوله معاوضة بالعقدين) المراد بالعقد المعقود عليه وهو البضع كما فى الحواشى السعدية : أى على أن يكون كل بضع عوض الآخر مع القبول من العاقد الآخر كما يشير إليه لفظ المفاعلة ، فاحترز عما إذا لم يصرح بكون كل بضع عوض البضع للآخر أو صرح به أحدهما وقال الآخر زوّجتك بنتى كما مر (قوله وهو منهى عنه لخلوّه عن المهر الخ) جواب عما أورده الشافعى من حديث الكتب الستة مرفوعا من النهى عن نكاح الشغار والنهى يقتضى فساد المنهى عنه . والجواب أن متعلق النهى مسمى الشغار المأخوذ فى مفهومه خلوّه عن المهر وكون البضع صداقا ، ونحن قائلون بنفى هذه الماهية وما يصدق عليها شرعا ، فلا نثبت النكاح كذلك بل نبطله ، فيبقى نكاحا سمى فيه مالا يصلح مهرا فينعقد موجبا لمهر المثل كالمسمى فيه خمر أو خنزير فما هو متعلق النهى لم نثبته ، وما أثبتناه لم يتعلق به بل اقتضت العمومات صحته ، وتمامه فى الفتح . زاد الزيلعى : أو هو أى النهى محمول على الكراهة اهـ أى والكراهة لاتوجب الفساد .

وحاصله أنه مع إيجاب مهر المثل لم يبق شغارا حقيقة ، وإن سلم فالنهى على معنى الكراهة ، فيكون الشرع أوجب فيه أمرين الكراهة ومهر المثل ؛ فالأول مأخوذ من النهى ، والثانى من الأدلة الدالة على أن ما سمى فيه مالا يصلح مهرا ينعقد موجبا لمهر المثل ، وهذا الثانى دليل على حمل النهى على الكراهة دون الفساد ، وبهذا التقرير اندفع ما أورد من أن حمله على الكراهة يقتضى أن الشغار الآن غير منهى عنه لإيجابنا فيه مهر المثل .

ووجه الدفع أنه إذا حمل النهى على معنى الفساد فكونه غير منهى الآن . أى بعد إيجاب مهر المثل مسلم . وإن حمل على معنى الكراهة فالنهى باق فافهم (قوله وفى خدمة زوج حر) أى يجب مهر المثل عندهما فى جعله المهر خدمته إياها سنة . وقال محمد : لها قيمة الخدمة قيد بالخدمة لأنه لو تزوجها على سكنى داره أو ركوب دابته أو الحمل عليها أو على أن تزرع أرضه ونحو ذلك من منافع الأعيان مدة معلومة صحت التسمية لأن هذه المنافع مال أو ألحقت به للحاجة نهر عن البدائع . واحترز بالحر عن العبد كما يأتى فى قوله ولها خدمته لو عبدا ، وزاد قوله أو أمة لقول النهر إن الظاهر من كلامهم أنه لافرق بينها وبين الحرة ، بل التنافى المعلل به أقوى فى الأمة منه فى الحرة (قوله سنة) إنما ذكره لتوهم صحة التسمية بتعيين المدة ، فإذا لم تصح فى المعينة ففى المجهولة بالأولى ط (قوله لأن فيه قلب الموضوع) لأن موضوع الزوجية أن تكون هى خادمة له لا بالعكس فإنه حرام لما فيه من الإهانة والإذلال كما يأتى ، فقد سمى مالا يصلح مهرا فصح العقد ووجب مهر المثل .

كذا قالوا . ومفاده صحة تزوجها على أن يخدم سيدها أو وليها كقصة شعيب مع موسى كصحته على خدمة عبده أو أمته أو عبد الغير برضا مولاه أو حر آخر برضاه (و) فى (تعليم القرآن) للنص بالابتغاء بالمال وباء « زوجتك بما معك من القرآن »

قال فى النهر : واختلفت الروايات فى رعى غنمها وزراعة أرضها للتردد فى تمحضها خدمة وعدمه ؛ فعلى رواية الأصل والجامع لايجوز وهو الأصح . وروى ابن سماعة أنه يجوز ؛ ألا ترى أن الابن لو استأجر أباه للخدمة لايجوز ، ولو استأجره للرعى والزراعة يصح كذا فى الدراية وهذا شاهد قوى ، ومن هنا قال المصنف فى كافيه بعد ذكر رواية الأصل الصواب أن يسلم لها إجماعا اه (قوله كذا قالوا) الأولى إسقاطه لأن عادتهم فى مثل هذه العبارة تضعيف القول والتبرى عنه ، وهو غير مراد هنا تأمل (قوله ومفاده الخ) البحث لصاحب النهر . قال الرحمتى : والظاهر أن وليها يضمن لها حينئذ قيمة الخدمة ، بخلاف سيدها لأنه المستحق لمهر أمته . والظاهر هنا الاتفاق على صحة التزويج بخلاف خدمته لها اه .

قلت : لكن فى البحر عن الظهيرية : لو تزوجها على أن يهب لأبيها ألف درهم لها مهر المثل وهب له أولا . فإن وهب كان له أن يرجع فى هبته اه . ومقتضاه وجوب مهر المثل فى خدمة وليها وعدم لزوم الخدمة ، وكذا فى مثل قصة شعيب عليه السلام ؛ ولو فعل الزوج ماسمى ينبغى أن يجب له أجر المثل على وليها ، كما قالوا فيما لو قال له اعمل معى فى كرمى لأزوجك ابنتى فعمل ولم يزوجه له أجر المثل تأمل (قوله كقصة شعيب) فإنه زوج موسى عليهما السلام بنته على أن يرعى له غنمه ثمانى سنين . وقد قصه الله تعالى علينا بلا إنكار ، فكان شرعا لنا . وقد استدل بهذه القصة على ترجيح مامر من رواية الجواز فى رعى غنمها . ورده فى الفتح بأنه إنما يلزم لو كانت الغنم ملك البنت دون شعيب وهو منتف اه وتبعه فى البحر . ومفاده صحة الاستدلال بها على الجواز فى رعى غنم الأب (قوله على خدمة عبده) أى عبد الزوج أى خدمة عبده إياها ، فالمصدر مضاف لفاعله وكذا ما بعده (قوله أو حر آخر برضاه) فى الغاية عن المحيط : لو تزوجها على خدمة حر آخر فالصحيح صحته وترجع على الزوج بقيمة خدمته اه . قال فى الفتح : وهذا يشير إلى أنه لايخدمها ، فإما لأنه أجنبى لايؤمن الانكشاف عليه مع مخالطته للخدمة ، وإما أن يكون مراده إذا كان بغير أمر ذلك الحر ، ثم قال بعد كلام ويجب أن ينظر ، فإن لم يكن بأمره ولم يجزه وجب قيمة الخدمة ، وإن بأمره فإن كانت خدمة معينة تستدعى مخالطة لايؤمن معها الانكشاف والفتنة وجب أن تمنع وتعطى هى قيمتها ، أولا تستدعى ذلك وجب تسليمها وإن كانت غير معينة بل تزوجها على منافع ذلك الحر حتى تصير أحق بها لأنه أجير وحد(١) فإن صرفته فى الأول فكالأول أو فى الثانى فكالثانى اه أى إن صرفته واستخدمته فى النوع الأول وهو مايستدعى المخالطة فكالأول من المنع وإعطاء قيمة الخدمة وإن استخدمته بما لايستدعى ذلك فحكمه كالثانى من وجوب تسليم الخدمة (قوله وفى تعليم القرآن) أى يجب مهر المثل فيما لو تزوجها على أن يعلمها القرآن أو نحوه من الطاعات ، لأن المسمى ليس بمال بدائع أى لعدم صحة الاستئجار عليها عند أئمتنا الثلاثة (قوله وباء زوجتك بما معك) أى الوارد فى حديث سعد الساعدى(٢) من قوله صلى الله عليه وسلم « التمس ولو خاتما من حديد ، فالتمس فلم يجد شيئا ، فقال عليه الصلاة والسلام : هل معك

---

(١) (قوله وحد) كذا بالأصل المقابل على خط المؤلف ، والذى فى حاشية العلامة الطحاوى : وحينئذ وهو الظاهر . فليراجع اه مصححه .

(٢) (قوله سعد الساعدى) فى صحيح البخارى : عن سهل بن سعد الساعدى ، فسقط هنا لفظ سهل بن ، اه مصححه .

للسببية أو للتعليل ، لكن فى النهر ينبغي أن يصح على قول المتأخرين (ولها خدمته لو) كان الزوج (عبدا) مأذونا فى ذلك ، أما الحر فخدمته لها حرام لما فيه من الإهانة والإذلال ، وكذا استخدامه نهر عن البدائع .

(وكذا يجب) مهر المثل (فيما إذا لم يسم) مهرا

شيء من القرآن ؟ قال نعم سورة كذا وسورة كذا السور سماها ، فقال عليه الصلاة والسلام : قد ملكتكها بما معك من القرآن، ويروى « أنكحتكها وزوجتكها » ح عن الزيلعي ، (قوله للسببية أو للتعليل) أى بسبب أو لأجل أنك من أهل القرآن فليست الباء متعينة للعوض (قوله لكن فى النهر) أصله لصاحب البحر حيث قال : وسيأتى إن شاء الله تعالى فى كتاب الإجارات أن الفتوى على جواز الاستئجار لتعليم القرآن والفقه، فينبغي أن يصح تسميته مهرا ، لأن ماجاز أخذ الأجرة فى مقابلته من المنافع جاز تسميته صداقا كما قدمنا ، نقله عن البدائع، ولهذا ذكر فى فتح القدير هنا أنه لما جوز الشافعي أخذ الأجر على تعليم القرآن صحح تسميته مهرا فكذا نقول يلزم على المفتى به صحة تسميته صداقا ، ولم أر من تعرّض له ، والله الموفق للصواب اه .

واعترضه المقدسي بأنه لاضرورة تلجئ إلى صحة تسميته بل تسمية غيره تغنى ، بخلاف الحاجة إلى تعليم القرآن فإنها تحققت للتكاسل عن الخيرات فى هذا الزمان اه . وفيه أن المتأخرين أفتوا بجواز الاستئجار على التعليم للضرورة كما صرحوا به ، ولهذا لم يجز على مالا ضرورة فيه كالتلاوة ونحوها ، ثم الضرورة إنما هى علة لأصل جواز الاستئجار ، ولا يلزم وجودها فى كل فرد من أفراده، وحيث جاز على التعليم للضرورة صحت تسميته مهرا لأن منفعته تقابل بالمال كسكنى الدار ، ولم يشترط أحد وجود الضرورة فى المسمى ، إذ يلزم أن يقال مثله فى تسمية السكنى مثلا أن تسمية غيرها تغنى عنها مع أن الزوجة قد تكون محتاجة إلى التعليم دون السكنى والمال .

واعترض أيضا فى الشرنبلالية بأنه لايصح تسمية التعلم لأنه خدمة لها وليست من مشترك مصالحهما : أى بخلاف رعي غنمها وزراعة أرضها، فإنه وإن كان خدمة لها لكنه من المصالح المشتركة بينه وبينها . وأجاب تلميذه الشيخ عبد الحى بأن الظاهر عدم تسليم كون التعليم خدمة لها، فليس كل خدمة لا تجوز، وإنما يمتنع لو كانت الخدمة للترذيل . قال ط : وهو حسن لأن معلم القرآن لايعدّ خادما للمتعلم شرعا ولا عرفا اه .

قلت : ويؤيده أنهم لم يجعلوا استئجار الابن أباه لرعي الغنم والزراعة خدمة، ولو كان رعي الغنم خدمة أو رذيلة لم يفعله نبينا وموسى عليهما الصلاة والسلام، بل هو حرفة كباقى الحرف الغير المسترذلة يقصد بها الاكتساب فكذا التعليم لايسمى خدمة بالأولى .

[تنبيه] قال فى النهر : والظاهر أنه يلزمه تعليم كل القرآن إلا إذا قامت قرينة على إرادة البعض ، والحفظ ليس من مفهومه كما لا يخفى اه : أى فلا يلزمه تعليمه على وجه الحفظ عن ظهر قلبها (قوله ولها خدمته) لأن الخدمة إذا كانت بإذن المولى صار كأنه يخدم المولى حقيقة بحر ، فليس فيه قلب الموضوع اه ح ولأن استخدام زوجته إياه ليس بحرام، لأنه عرضة للاستخدام والابتذال لكونه مملوكا ملحقا بالبهائم بدائع (قوله مأذونا فى ذلك) أى فى التزوج على خدمته، فلو بلا إذن مولاه لم يصح العقد (قوله أما الحر)أى الزوج الحر (قوله فخدمته لها حرام) أى إذا خدمها فيما يخصها على الظاهر ولو من غير استخدام، يدل على ذلك عطف الاستخدام عليه ط (قوله وكذا استخدامه) صرح به فى البدائع أيضا. وقال : ولهذا لايجوز للابن أن يستأجر أباه للخدمة . قال فى البحر : وحاصله أنه يحرم عليها الاستخدام ، ويحرم عليه الخدمة (قوله فيما إذا لم يسمّ مهرا) أى لم يسمه تسمية صحيحة أو سكت عنه نهر ، فدخل فيه مالو سمى غير مال كخمر ونحوه ، أو مجهول الجنس كدابة وثوب .

(أو نفى إن وطئ) الزوج (أو مات عنها إذا لم يتراضيا على شىء) يصلح مهراً (وإلا فذلك) الشىء (هو الواجب. أو سمى خمراً أو خنزيرا أو هذا الخل وهو خمر أو هـذا العبد وهو حر) لتعذر التسليم (أو دابة) أو ثوباً أو دارا و (لم يبين جنسها) لفحش الجهل

قال فى البحر : ومن صور ذلك ما إذا تزوجها على ألف على أن ترد إليه ألفا ، أو تزوجها على عبدها أوقالت زوجتك نفسى بخمسين دينارا وأبرأتك منها فقبل ، أو تزوجها على حكمها أو حكمه أو حكم رجل آخر ، أو على مافى بطن جاريته أو أغنامه ، أو على أن يهب لأبيها ألف درهم ،أو على تأخير الدين عنها سنة والتأخير باطل ،أوعلى إبراء فلان من الدين ، أو على عتق أخيها أو طلاق ضرتها ؛ وليس منه مالو تزوجها على عبد الغير لوجوب قيمته إذا لم يجز مالكه ،أو على حجة لوجوب قيمة حجة وسط ،لامهر المثل والوسط بركوب الراحلة ،أو على عتق أخيها عنها لثبوت الملك لها فى الأخ اقتضاء ، أو تزوجته بمثل مهر أمها وهو لايعلمه لأنه جائز بمقداره ، وله الخيار إذا علم اهـ ملخصا باختصار (قوله أو نفى) بأن تزوجها على أن لامهر لها ط (قوله إن وطئ الزوج) أى ولو حكما نهر أى بالخلوة الصحيحة فإنها كالوطء فى تأكد المهر كما سيأتى (قوله أو مات عنها) قال فى البحر : لو قال أو مات أحدهما لـكان أولى لأن موتها كموته كما فى التبيين اهـ .

واعلم أنه إذا ماتا جميعا فعنده لايقضى بشىء ، وعندهما يقضى بمهر المثل : قال السرخسى : هذا إذا تقدم العهد بحيث يتعذر على القاضى الوقوف على مهر المثل ، أما إذا لم يتقادم يقضى بمهر المثل عنده أيضا حموى عن البرجندى أبو السعود .

[تنبيه] استفتى الشيخ صالح ابن المصنف من الخير الرملى عما لو طلبت المرأة مهر مثلها قبل الوطء أو الموت هل لها ذلك أم لا ؟ فأجابه بما فى الزيلعى من أن مهر المثل يجب بالعقد ، ولهذا كان لها أن تطالبه به قبل الدخول . فيتأكد ويتقرر بموت أحدهما أو بالدخول على مامر فى المهر المسمى فى العقد اهـ . وبه صرح الكمال وابن ملك وغيرهما ،وقد بسط ذلك فى الخيرية فراجعها (قوله إذا لم يتراضيا) أى بعد العقد (قوله وإلا) بأن تراضيا على شىء فهو الواجب بالوطء أو الموت أما لو طلقها قبل الدخول فتجب المتعة كما يأتى فى قوله : وما فرض بعد العقد أو زيد لاينتصف (قوله أو سمى خمرا أو خنزيرا) أى سمى المسلم لأن الكلام فيه ؛ أما غير المسلم فسيأتى فى بابه ،وكذا الميتة والدم بالأولى لأنه ليس بمال أصلا ،وشمل مالو كانت الزوجة ذمية لأنه لايمكن إيجاب الخمر على المسلم ،لأنها ليست بمال فى حقه وخرج مالو سمى عشرة دراهم ورطل خمر فلها المسمى ولا يكمل مهر المثل بحر ملخصا (قوله أو هذا الخل وهو خمر الخ) أى يجب مهر المثل إذا سمى حلالا وأشار إلى حرام عند أبى حنيفة ، فلو بالعكس كهذا الحر فإذا هو عبد لها العبد المشار إليه فى الأصح ، وأشار إلى وجوب مهر المثل بالأولى لو كانا حرامين ، ولو كانا حلالين وقد اختلفا جنسا كما إذا قال على هذا الدن من الخل فإذا هو زيت وعلى هذا العبد فإذا هو جارية كان لها مثل الدن خلا وعبد بقيمة الجارية كما فى الذخيرة إلا أن الذى فى الخانية أن لها مثل ذلك المسمى ، ومقتضاه وجوب عبد وسط أو قيمته ولا ينظر إلى قيمة الجارية بحر ونهر ملخصا .

قال فى البحر : فصار الحاصل أن القسمة رباعية ، لأنهما إما أن يكونا حرامين أو حلالين أو مختلفين فيجب مهر المثل فيما إذا كانا حرامين أو المشار إليه حراما ، وتصح التسمية فى الباقين . قال : وأشار المصنف بوجوب مهر المثل عينا إلى أن المشار إليه لو كان حرا حربيا فاسترق وملكه الزوج لايلزمه تسليمه . وفى الأسرار أنه متفق عليه ، وكذا الخمر لو تخللت لم يجب تسليمها (قوله أو دابة أو ثوبا) لأن الثياب أجناس كالحيوان والدابة ، فليس البعض

(و) تجب (متعة لمفوضة) وهى من زوّجت بلا مهر (طلقت قبل الوطء. وهى درع وخمار وملحفة لاتزيد على نصفه) أى نصف مهر المثل لو الزوج غنياً (ولا تنقص عن خمسة دراهم) لو فقيرا

أولى من البعض بالإرادة فصارت الجهالة فاحشة بحر، ثم ذكر تعريف الجنس عند الفقهاء. وسيأتى الكلام عليه عند قول المصنف ولو تزوجها على فرس فالواجب الوسط أو قيمته.

مطلب فى أحكام المتعة

(قوله وتجب متعة لمفوضة) بكسر الواو: من فوّضت أمرها لوليها وزوجها بلا مهر. وبفتحها من فوضها وليها إلى الزوج بلا مهر.

واعلم أن الطلاق الذى تجب فيه المتعة ما يكون قبل الدخول فى نكاح لاتسمية فيه سواء فرض بعده أولا أو كانت التسمية فيه فاسدة كما فى البدائع. قال فى البحر: وإنما تجب فيما لم تصح فيه التسمية من كل وجه، فلو صحت من وجه دون وجه لاتجب المتعة وإن وجب مهر المثل بالدخول، كما إذا تزوجها على ألف درهم وكرامتها أو على ألف وأن يهدى لها هدية. فإذا طلقها قبل الدخول كان لها نصف الألف لا المتعة مع أنه لو دخل بها وجب مهر المثل لاينقص عن الألف كما فى غاية البيان. لأن المسمى لم يفسد من كل وجه لأنه على تقدير كرامتها والإهداء يجب الألف لامهر المثل اهـ. وقدمنا عن البدائع فى تعليل ذلك أنه لامدخل لمهر المثل فى الطلاق قبل الدخول (قوله طلقت قبل الوطء) أى والخلوة بحر. وقدمنا أنها وطء حكما. والمراد بالطلاق فرقة جاءت من قبل الزوج ولم يشاركه صاحب المهر فى سببها طلاقا كانت أو فسخا: كالطلاق والفرقة بالإيلاء واللعان، والجب والعنة والردة: وإبائه الإسلام وتقبيله ابنها أو أمها بشهوة. فلو جاءت من قبلها: كردتها وإبائها الإسلام، وتقبيلها ابنه بشهوة والرضاع، وخيار البلوغ والعتق، وعدم الكفاءة فإنه لا متعة لها لا وجوبا ولا استحبابا كما فى الفتح كما لايجب نصف المسمى لو كان وخرج مالو اشترى هو أو وكيله منكوحته من المولى فإن مالك المهر يشارك الزوج فى السبب وهو الملك فلذا لاتجب المتعة ولانصف المسمى، بخلاف مالو باعها المولى من رجل ثم اشتراها الزوج منه فإنها واجبة كما فى التبيين بحر (قوله وهى درع الخ) الدرع: بكسر المهملة ماتلبسه المرأة فوق القميص كما فى المغرب، ولم يذكره فى الذخيرة وإنما ذكر القميص وهو الظاهر بحر.

وأقول: درع المرأة قميصها والجمع أدرع: وعليه جرى العينى. وعزاه فى البناية لابن الأثير، فكونه فى الذخيرة لم يذكره مبنى على تفسير المغرب. والخمار: ماتغطى به المرأة رأسها. والملحفة: بكسر الميم ماتلتحف به المرأة من قرنها إلى قدمها. قال فخر الإسلام، هذا فى ديارهم. أما فى ديارنا فيزاد على هذا إزار ومكعب كذا فى الدراية ولايخفى إغناء الملحفة عن الإزار، إذ هى بهذا التفسير إزار إلا أن يتعارف تغايرهما كما فى مكة المشرفة، ولو دفع قيمتها أجبرت على القبول كما فى البدائع نهر. وما ذكر من الأثواب الثلاثة أدنى المتعة شرنبلالية عن الكمال. وفى البدائع وأدنى ماتكتسى به المرأة وتستر به عند الخروج ثلاثة أثواب اهـ.

قلت: ومقتضى هذا مع مامر عن فخر الإسلام من أن هذا فى ديارهم الخ أن يعتبر عرف كل بلدة لأهلها فيما تكتسى به المرأة عند الخروج تأمل:

ثم رأيت بعض المحشين قال: وفى البرجندى قالوا: هذا فى ديارهم، أما فى ديارنا فينبغى أن يجب أكثر من ذلك لأن النساء فى ديارنا تلبس أكثر من ثلاثة أثواب فيزاد على ذلك إزار ومكعب اهـ. وفى القاموس: المكعب الموشى من البرود والأثواب اهـ. أى المنقوش (قوله لاتزيد على نصفه الخ) فى الفتح عن الأصل والمبسوط: المتعة لاتزيد

(وتعتبر) المتعة (بحالهما) كالنفقة به يفتى (وتستحب المتعة لمن سواها) أى المفوّضة (إلا من سمى لها مهر وطلقت قبل وطء) فلا تستحب لها بل للموطوءة سمى لها مهر أولا ، فالمطلقات أربع (وما فرض) بتراضيهما أو بفرض قاض مهر المثل (بعد العقد) الخالى عن المهر (أو زيد) على ماسمى فإنها تلزمه

على نصف مهر المثل لأنها خلفه ، فإن كانا سواء فالواجب المتعة لأنها الفريضة بالكتاب العزيز ، وإن كان النصف أقل منها فالواجب الأقل إلا أن ينقص عن خمسة فيكمل لها الخمسة اه . وقول الشارح أولا : لو الزوج غنيا وثانيا لو فقيرا لم يظهر لى وجهه بل الظاهر أنه مبنى على القول باعتبار حال الزوج فى المتعة . وهو خلاف مابعده فليتأمل (قوله وتعتبر المتعة بحالها) أى فإن كانا غنيين فلها الأعلى من الثياب ، أو فقيرين فالأدنى . أو مختلفين فالوسط وما ذكره قول الخصاف . وفى الفتح : إنه الأشبه بالفقه . والكرخى : اعتبر حالها ، واختاره القدورى ، والإمام السرخسى اعتبر حاله ، وصححه فى الهداية .

قال فى البحر : فقد اختلف الترجيح . والأرجح قول الخصاف ، لأن الولوالجى صححه وقال وعليه الفتوى كما أفتوا به فى النفقة ، وظاهر كلامهم أن ملاحظة الأمرين ، أى أنها لاتزاد على نصف مهر المثل ولا تنقص عن خمسة دراهم معتبرة على جميع الأقوال كما هو صريح الأصل والمبسوط اه .

وذكر فى الذخيرة اعتبار كون المتعة وسطا لابغاية الجودة ولا بغاية الرداءة . واعترضه فى الفتح بأنه لايوافق رأيا من الثلاثة .

وأجاب فى البحر بأنه موافق للكل ، فعلى القول باعتبار حالها لو فقيرة لها كرباس وسط ، ولو متوسطة فقز وسط ، ولو مرتفعة فإبريسم وسط ، وكذا يقال على القول باعتبار حاله ، وكذا على قول من اعتبر حالهما لو فقيرين فلها كرباس وسط أو غنيين فإبريسم وسط أو مختلفين فقز وسط اه . وفى النهر : إن حمل مافى الذخيرة على هذا ممكن . واعتراض الفتح عليه وارد من حيث الإطلاق فإنه يفيد أنه يجب من القز أبدا (قوله أى المفوّضة) تفسير للضمير المجرور فى سواها ، وإنما أخرجها لأن متعتها واجبة كما علمت (قوله إلا من سمى لها مهر الخ) هذا على مافى بعض نسخ القدورى ، ومشى عليه صاحب الدرر ، لكن مشى فى الكنز والملتقى على أنها تستحب لها ، ومثله فى المبسوط والمحيط ، وهو رواية التأويلات وصاحب التيسير والكشاف والمختلف كما فى البحر .

قلت : وصرح به أيضا فى البدائع ، وعزاه فى المعراج إلى زاد الفقهاء وجامع الإسبيجابى . وعن هذا قال فى شرح الملتقى إنه المشهور . وقال الخير الرملى إن مافى بعض نسخ القدورى لايصادم مافى المبسوط والمحيط .

قلت : فكيف مع ماذكر فى هذه الكتب . وعليه فكان ينبغى للمصنف إسقاط هذا الاستثناء .

وفى البحر : وقدمنا أن الفرقة إذا كانت من قبلها قبل الدخول لاتستحب لها المتعة أيضا لأنها الجانية (قوله بل للموطوءة الخ) أى بل يستحب لها قال فى البدائع : وكل فرقة جاءت من قبل الزوج بعد الدخول تستحب فيها المتعة إلا أن يرتد أو يأبى الإسلام ، لأن الاستحباب طلب الفضيلة والكافر ليس من أهلها (قوله فالمطلقات أربع) أى مطلقة قبل الوطء أو بعده سمى لها أولا . فالمطلقة قبله إن لم يسم لها فمتعتها واجبة ، وإن سمى فغير واجبة ولا مستحبة أيضا على ماهنا . والمطلقة بعده متعتها مستحبة ، سمى لها أولا (قوله أو بفرض قاض مهر المثل) بنصب مهر مفعول فرض . قال فى البدائع : لو تزوجها على أن لامهر لها وجب مهر المثل بنفس العقد عندنا ، بدليل أنها لو طلبت الفرض من الزوج يجب عليه الفرض ، حتى لو امتنع يجبره القاضى عليه ، ولو لم يفعل ناب منابه فى الفرض ، وهذا دليل الوجوب قبل الفرض (قوله فإنها تلزمه) أى الزيادة إن وطء أو مات عنها ، وهلذا

بشرط قبولها فى المجلس أو قبول ولى الصغيرة ومعرفة قدرها وبقاء الزوجية على الظاهر نهر .
وفى الكافى : جدد النكاح بزيادة ألف لزمه ألفان على الظاهر :

التفريع مستفاد من مفهوم قوله لاينصف . أى بالطلاق قبل الدخول ، فيفيد لزومه وتأكده بالدخول ومثله الموت (قوله بشرط قبولها الخ) أفاد أنها صحيحة ولو بلا شهود أو بعد هبة المهر والإبراء منه وهى من جنس المهر أو من غير جنسه بحر ، وسواء كانت من الزوج أو ولى ، فقد صرحوا بأن الأب والجد لو زوّج ابنه ثم زاد فى المهر صح نهر . وفى أنفع الوسائل : ولا يشترط فيها لفظ الزيادة بل تصح بلفظها ، وبقوله راجعتك بكذا إن قبلت وإن لم يكن بلفظ زدتك فى مهرك ، وكذا بتجديد النكاح وإن لم يكن بلفظ الزيادة على خلاف فيه ، وكذا لو أقر لزوجته بمهر وكانت قد وهبته له فإنه يصح إن قبلت فى مجلس الإقرار وإن لم يكن بلفظ الزيادة (قوله ومعرفة قدرها) أى الزيادة ، فلو قال زدتك فى مهرك ولم يعين لم تصح الزيادة للجهالة كما فى الوقعات بحر (قوله وبقاء الزوجية الخ) أى الذى فى البحر أن الزيادة بعد موتها صحيحة إذا قبلت الورثة عند أبى حنيفة خلافا لهما كما فى التبيين من البيوع اه وعزاه فى أنفع الوسائل إلى القدورى ، ثم قال : ولم يذكر الزيادة بعد الطلاق البائن وانقضاء العدة فى الرجعى : والظاهر أنه يجوز عنده بالأولى لأنه بالموت انقطع النكاح وفات محل التمليك وبعد الطلاق المحل باق ، وقد ثبتها ذلك عنده فى الموت ، ففى الطلاق أولى . وما ذكره فى البحر المحيط من رواية بشر عن أبى يوسف من أن الزيادة بعد الفرقة باطلة يحمل على أنه قول أبى يوسف وحده لأنه خالف أبا حنيفة فى الزيادة بعد الموت فيكون قد مشى على أصله ، ولم ينقل عن الإمام فى الزيادة بعد البينونة شىء ، فيحمل الجواب فيه على مانقل عنه فى الزيادة بعد الموت اه وتبعه فى البحر . قال فى النهر : والظاهر عدم الجواز بعد الموت والبينونة ، وإليه يرشد تقييد المحيط بحال قيام النكاح ، إذ نقلوا أن ظاهر الرواية أن الزيادة بعد هلاك المبيع لاتصح ، وفى رواية النوادر : تصح ، ومن ثم جزم فى المعراج وغيره بأن شرطها بقاء الزوجية ، حتى لو زادها بعد موتها لم تصح والالتحاق بأصل العقد وإن كان يقع مستندا إلا أنه لابد أن يثبت أولا فى الحال ثم يستند ، وثبوته متعذر لانتفاء المحل فتعذر استناده ، وما ذكره القدورى موافق لرواية النوادر اه . قال ط : والذى يظهر أن مافى المحيط والمعراج مخرّج على قولهما فلا ينافى مافى التبيين ، وكون ظاهر الرواية عدم صحة الزيادة بعد هلاك المبيع لايقتضى أن يكون ظاهر الرواية هنا لفرق بين الفصلين قام عند المجتهد فإنه فى النكاح أمر الله تعالى بعدم نسيان الفضل بين الزوجين وهذه الزيادة من مراعاة الفضل ، ويؤيده مشروعية المتعة فيه بخلاف البيع اه (قوله وفى الكافى الخ) حاصل عبارة الكافى : تزوجها فى السر بألف ثم فى العلانية بألفين ظاهر المنصوص فى الأصل أنه يلزم عنده الألفان ويكون زيادة فى المهر . وعند أبى يوسف المهر هو الأول ، لأن العقد الثانى لغو . فيلغو مافيه . وعند الإمام أن الثانى وإن لغا لايلغو مافيه من الزيادة ، كمن قال لعبده الأكبر سنا منه هذا ابنى لما لغا عندهما لم يعتق العبد : وعنده وإن لغا فى حكم النسب يعتبر فى حق العتق كذا فى المبسوط اه . وذكر فى الفتح أن هذا إذا لم يشهدا على أن الثانى هزل وإلا فلا خلاف فى اعتبار الأول ، فلو ادعى الهزل لم يقبل بلا بينة ثم ذكر أن بعضهم اعتبر مافى العقد الثانى فقط بناء على أن المقصود تغيير الأول إلى الثانى ، وبعضهم أوجب كلا المهرين ، لأن الأول ثبت ثبوتا لامرد له والثانى زيادة عليه فيجب بكماله :

ثم ذكر أن قاضيخان أفتى بأنه لايجب بالعقد الثانى شىء مالم يقصد به الزيادة فى المهر ، ثم وفق بينه وبين إطلاق الجمهور اللزوم بحمل كلامه على أنه لايلزم عند الله تعالى فى نفس الأمر إلا بقصد الزيادة وإن لزم فى حكم الحاكم لأنه يؤاخذه بظاهر لفظه إلا أن يشهد على الهزل ، وأطال الكلام فراجعه :

وفى الخانية : ولو وهبته مهرها ثم أقر بكذا من المهر وقبلت صح ، ويحمل على الزيادة .
وفى البزازية : الأشبه أنه لايصح بلا قصد الزيادة (لاينصف) لاختصاص التنصيف بالمفروض فى العقد بالنص ، بل تجب المتعة فى الأول ونصف الأصل فى الثانى :
(وصح حطها) لـكله أو بعضه (عنه) قبل أولا ، ويرتد بالرد كما فى البحر :

أقول : بقى ماإذا جدد بمثل المهر الأول ، ومقتضى مامر من القول باعتبار تغيير الأول إلى الثانى أنه لايجب بالثانى شىء هنا إذ لازيادة فيه ، وعلى القول الثانى يجب المهران .

[تنبيه] فى القنية : جدد للحلال نـكاحا بمهر يلزم إن جدده لأجل الزيادة لالاحتياطا اهـ أى لو جدده لأجل الاحتياط لاتلزمه الزيادة بلا نزاع كما فى البزازية . وينبغى أن يحمل على ماإذا صدقته الزوجة أو أشهد ، وإلا فلا يصدق فى إرادته الاحتياط كما مر عن الجمهور ، أو يحمل على ماعند الله تعالى ، وسيأتى تمام الكلام على مسألة مهر السر والعلانية فى آخر هذا الباب (قوله ويحمل على الزيادة) لوجوب تصحيح التصرف ماأمكن ، واشترط القبول لأن الزيادة فى المهر لاتصح إلا به فتح عن التجنيس (قوله وفى البزازية) استدراك على مافى الخانية وأقره فى النهر ، لـكن ارتضى فى الفتح مافى الخانية ، وهو الأوجه لأنه حيث ثبت جواز الزيادة فى المهر يحمل كلامه عليها بقرينة الهبة الدالة على إرادة الزيادة على ماكان عليه لقصد التعويض عنه ، فلا يصدق فى أنه لم يرد الزيادة تأمل (قوله لاينصف) أى بالطلاق قبل الدخول بحر ، وهذا خبر قوله وما فرض الخ (قوله بالمفروض) متعلق باختصاص ، وقوله فى العقد متعلق بالمفروض ، وقوله بالنص : أى قوله تعالى — فنصف مافرضتم — متعلق باختصاص : أى وما فرض بعد العقد أو زيد بعده ليس مفروضا فى العقد (قوله بل تجب المتعة فى الأول) أى فيما لو فرض بعد العقد ، لأن هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل وذلك لايتنصف ، فكذا مانزل منزلته نهر . وعند أبى يوسف لها نصف مافرض ، والأول أصح كما فى شرح الملتقى (قوله ونصف الأصل فى الثانى) أى فيما لو زاد بعد العقد .

مطلب فى حط المهر والابراء منه

(قوله وصح حطها) الحط : الإسقاط كما فى المغرب ، وقيد بحطها لأن حط أبيها غير صحيح لو صغيرة ، ولو كبيرة توقف على إجازتها ، ولابد من رضاها .

ففى هبة الخلاصة خوّفها بضرب حتى وهبت مهرها لم يصح لو قادرا على الضرب اهـ . ولو اختلفا فالقول لمدعى الإكراه ولو برهنا فبينة الطوع أولى قنية وأن لاتـكون مريضة مرض الموت . ولو اختلف مع ورثتها فالقول للزوج أنه كان فى الصحة لأنه ينكر المهر خلاصة . ولو وهبته فى مرضها فمات قبلها فلا دعوى لها بل لورثتها بعد موتها ، وتمام الفروع فى البحر (قوله لـكله أو بعضه) قيده فى البدائع بما إذا كان المهر دينا أى دراهم أودنانير لأن الحط فى الأعيان لايصح بحر . ومعنى عدم صحته أن لها أن تأخذه منه مادام قائما ، فلو هلك فى يده سقط المهر عنه لما فى البزازية : أبرأتك عن هذا العبد يبقى العبد وديعة عنده اهـ نهر (قوله ويرتد بالرد) أى كهبة الدين ممن عليه الدين ذكره فى أنفع الوسائل بحثا وقال لم أره . واستدل له فى البحر بما فى مداينات القنية ، قالت لزوجها أبرأتك ولم يقل قبلت ، أو كان غائبا فقالت أبرأت زوجى يبرأ إلا إذا رده اهـ . قال فى النهر : ولا يخفى أن المدعى إنما هو رد الحط وكأنه نظر إلى أن الحط إبراء معنى :

(والخلوة) مبتدأ خبره قوله الآتى كالوطء (بلا مانع حسى) كمرض لأحدهما يمنع الوطء (وطبعى) كوجود ثالث عاقل ذكره ابن الكمال ، وجعله فى الأسرار من الحسى ، وعليه فليس للطبعى مثال مستقل (وشرعى) كإحرام لفرض أو نفل .

(و) من الحسى (رتق) بفتحتين : التلاحم (وقرن) بالسكون : عظم (وعفل) بفتحتين : غدة (وصغر) ولو بزوج (لايطاق معه الجماع

(قوله كمرض لأحدهما يمنع الوطء) أى أو يلحقه به ضرر . قال الزيلعى : وقيل هذا التفصيل فى مرضها ، وأما مرضه فمانع مطلقا لأنه لايعرى عن تكسر وفتور عادة وهو الصحيح اه ومثله فى الفتح والبحر والنهر .

قلت : إن كان التكسر والفتور منه مانعا من الوطء أو مضرا له كان مثل المرأة فى اشتراط المنع أو الضرر وإلا فهو كالصحيح ، فما وجه كون مرضه مانعا من صحة الخلوة ، إلا أن يقال المراد أن مرضه فى العادة يكون مانعا من وطئه فلا فائدة فى ذكر التفصيل فيه ، بخلاف مرضها فتأمل .

مطلب فى أحكام الخلوة

(قوله وجعله فى الأسرار من الحسى) قلت : وجعله فى البحر مانعا لتحقق الخلوة حيث ذكر أن لإقامة الخلوة مقام الوطء شروطا أربعة : الخلوة الحقيقية ، وعدم المانع الحسى أو الطبعى أو الشرعى ، فالأول للاحتراز عما إذا كان هناك ثالث فليست بخلوة ، وعن مكان لايصلح للخلوة كالمسجد والطريق العام والحمام الخ .

ثم ذكر عن الأسرار أن هذين من المانع الحسى ، وعليه فالمانع الحسى مايمنعها من أصلها أو مايمنع صحتها بعد تحققها كالمرض فافهم (قوله فليس للطبعى مثال مستقل) فإنهم مثلوا للطبعى بوجود ثالث وبالحيض أو النفاس مع أن الأولى منهى شرعا وينفر الطبع عنه فهو مانع حسى طبعى شرعى ، والثانى طبعى شرعى ، نعم سيأتى عن السرخسى أن جارية أحدهما تمنع بناء على أنه يمتنع من وطء الزوجة بحضرتها طبعا مع أنه لابأس به شرعا ، فهو مانع طبعى لاشرعى ، لكنه حسى أيضا فافهم (قوله كإحرام لفرض أو نفل) لحج أو عمرة قبل وقوف عرفة أو بعده قبل طواف . وأطلق فى إحرام النفل فعم ما إذا كان بإذنه أو بغير إذنه ، وقد نصوا على أنه له أن يحللها إذا كان بغير إذنه ط .

قلت : فالظاهر أن التعميم الأخير غير مراد لأن العلة الحرمة وهى مفقودة (قوله ومن الحسى الخ) لما كان ظاهر العطف يقتضى أن الرتق وما عطف عليه يخرج عن الموانع الثلاثة مع أنها من الحسى قدره الشارح ط (قوله بالسكون) نقل الخير الرملى عن شرح الروض للقاضى زكريا أن القرن بفتح رائه أرجح من إسكانها (قوله عظم) فى البحر عن المغرب : القرن فى الفرج مانع يمنع من سلوك الذكر فيه إما غدة غليظة أو لحم أو عظم ، وامرأة رتقاء بها ذلك اه ومقتضاه ترادف القرن والرتق (قوله وعفل) بالعين المهملة والفاء ، وقوله غدة بالغين المعجمة : أى فى خارج الفرج . فى القاموس أنه شىء يخرج من قبل المرأة شبيه بالأدرة للرجال (قوله ولو بزوج) الباء للمصاحبة : أى ولو كان الصغر مصاحب الزوج ، يعنى لافرق بين أن يكون الزوج أو الزوجة أو كل منهما صغيرا اه . قال فى البحر : وفى خلوة الصغير الذى لايقدر على الجماع قولان ، وجزم قاضيخان بعدم الصحة فكان هو المعتمد ولذا قيد فى الصغيرة بالمراهق اه وتجب العدة بخلوته وإن كانت فاسدة ، لأن تصريحهم بوجوبها بالخلوة الفاسدة شامل لخلوة الصبى كذا فى البحر من باب العدة (قوله لايطاق معه الجماع) وتقديره بالإطاقة بالبلوغ ، وقيل بالتسع ، والأولى عدم التقدير كما قدمناه : ولو قال الزوج تطيقه وأرادت الدخول وأنكر الأب

و) بلا (وجود ثالث معهما ولو نائما أو أعمى (إلا أن يكون) الثالث (صغيرا لايعقل بأن لايعبر عما يكون بينهما (أو مجنونا أو مغمى عليه) لكن فى البزازية: إن فى الليل صحت لافى النهار ، وكذا الأعمى فى الأصح (أو جارية أحدهما) فلا تمنع ، به يفتى مبتغى (والكلب يمنع إن) كان (عقورا) مطلقا. وفى الفتح: وعندى أن كلبه لايمنع مطلقا (أو) كان (للزوجة وإلا) يكن عقورا وكان له (لا) يمنع ، وبقى منه

فالقاضى يريها لنساء ولم يعتبر السن كذا فى الخلاصة بحر (قوله وبلا وجود ثالث) قدر قوله بلا ليكون عطفا على قوله بلا مانع حسى بناء على أنه طبعى فقط ، لكن علمت مافيه . قال ط : ولا يتكرر مع ماتقدم لأن ذاك تمثيل من الشارح وهذا من المصنف تقييد (قوله واو نائما أو أعمى) لأن الأعمى يحس والنائم يستيقظ ويتناوم فتح ، ودخل فيه الزوجة الأخرى وهو المذهب ، بناء على كراهة وطئها بحضرة ضرتها بحر .

قلت : وفى البزازية من الحظر والإباحة. ولابأس بأن يجامع زوجته وأمته بحضرة النائمين إذا كانوا لايعلمون به ، فإن علموا كره اه ومقتضاه صحة الخلوة عند تحقق النوم تأمل .

وفى البحر : وفصل فى المبتغى فى الأعمى، فإن لم يقف على حالة تصح ، وإن كان أصم إن كان نهارا لاتصح وإن كان ليلا تصح اه .

قلت : الظاهر أنه أراد بالأصم غير الأعمى ، أما لو كان أعمى أيضا فلا فرق فى حقه بين النهار والليل تأمل (قوله والمجنون والمغمى عليه) وقيل يمنعان فتح. قلت: يظهر لى المنع فى المجنون لأنه أقوى حالا من الكلب العقور تأمل (قوله وكذا الأعمى(١)) قد علمت مافيه من أنه لايظهر الفرق بين الليل والنهار فى حقه تأمل (قوله به يفتى) زاد فى البحر عن الخلاصة أنه المختار ، ثم قال : وجزم الإمام السرخسى فى المبسوط بأن كلا منهما يمنع ، وهو قول أبى حنيفة وصاحبيه لأنه يمتنع من غشيانها بين يدى أمته طبعا اه أى وكذا بين يدى أمتها بالأولى لأنها أجنبية لاتحل له . قلت: وجزم به أيضا الإمام قاضيخان فى شرح الجامع . وفى البدائع: لو كان الثالث جارية له ، روى أن محمدا كان يقول أولا تصح خلوته ثم رجع وقال لاتصح اه ولعل وجه الأول ماصرحوا به من أنه لابأس بوطء المنكوحة بمعاينة الأمة دون عكسه ، لكن هذا يظهر فى أمته دون أمتها، على أن نفى البأس شرعا لايلزم منه عدم نفرة الطباع السليمة عنه ، وحيث كان هو المنقول عن أئمتنا الثلاثة كما مر ، وعزاه أيضا فى الفتاوى الهندية إلى الذخيرة والمحيط . والخانية : لاينبغى العدول عنه لموافقته الدراية والرواية ، ولذا قال الرحمتى : العجب كيف يجعل المذهب المفتى به ماهو خلاف قول الإمام وصاحبيه مع عدم اتجاهه فى المعنى (قوله إن كان عقورا مطلقا) أى سواء كان كلبه أو كلبها (قوله لايمنع مطلقا) أى عقورا أولا ، وعلله فى الفتح بقوله لأن الكلب قط لايعتدى على سيده ولا على من يمنعه سيده عنه اه : وحينئذ فلو رآه الكلب فوقها يكون سيده فى صورة الغالب لها فلا يعدو عليه ، وكذا لو أمرها الزوج أن تكون فوقه ، لأنها وإن كانت فى صورة الغالبة له وأمكن أن يعدو عليها الكلب لكن يمنعه سيده عنها فتصح الخلوة فافهم (قوله أو كان للزوجة) أى أو كان غير عقور وكان للزوجة فإنه يكون مانعا لكن مقتضى ماعلل به فى الفتح أنه لافرق بين كلبه وكلبها لأن كلبها وإن رآها تحت الزوج يمكن أن تمنعه عنه فلا يعدو عليه فتصح الخلوة تأمل (قوله وكان له) بالواو . وفى بعض النسخ بأو وهو تحريف اه ح أى لأن الصور أربع : عقور له أو لها وغير عقور كذلك ، فذكر أولا أن المانع ثلاث صور : عقور مطلقا ، وغير عقور هو لها وبقى غير مانع : الصورة الرابعة هى أن يكون غير عقور وكان له (قوله وبقى الخ) وبقى أيضا من المانع الشرعى أن يعلق طلاقها بخلوتها فإذا خلا بها طلقت فيجب نصف المهر لحرمة وطئها بحر عن الواقعات

---

(١) (قوله والمجنون والمغمى عليه) كذا بخط المحشى ، وهو غير موافق لقول المصنف أو مجنونا الخ كتبه نصر .

عدم صلاحية المكان كسجد وطريق وحمام وصحراء وسطح وبيت بابه مفتوح ، وما إذا لم يعرفها :

(وصوم التطوع والمنذور والكفارات والقضاء غير مانع لصحتها) فى الأصح ، إذ لا كفارة بالإفساد .
ومفاده أنه لو أكل ناسيا فأمسك فخلا بها

قال : وزاد فى البزازية والخلاصة أنه لا تجب العدة فى هذا الطلاق لأنه يتمكن من الوطء ، وسيأتى وجوبها فى الخلوة الفاسدة على الصحيح فتجب العدة هنا احتياطا اه ومشى الشارح فيما سيأتى بعد صفحة على مافى البزازية ، ويأتى تمام الكلام فيه ، وسيأتى أيضا عند قوله ولو افترقا أن امتناعها من تمكينه فى الخلوة يمنع صحتها لو كانت ثيبا لا لو بكرا (قوله عدم صلاحية المكان) أى للخلوة وصلاحيته ، بأن يأمنا فيه اطلاع غيرهما عليهما كالدار والبيت ولو لم يكن له سقف ، وكذا المحل الذى عليه قبة مضروبة والبستان الذى له باب مغلق ، بخلاف ما ليس له باب وإن لم يكن هناك أحد بحر ؛ ولو كانا فى مخزن من خان يسكنه الناس فرد الباب ولم يغلق والناس قعود فى وسطه غير مترصدين لنظرهما صحت ، وإن كانوا مترصدين فلا فتح (قوله كمسجد وطريق) لأن المسجد يجمع الناس فلا يأمن الدخول عليه ساعة فساعة وكذا الوطء فيه حرام . قال تعالى ــ ولا تباشروهن وأنتم عاكفون فى المساجد ــ والطريق ممر الناس عادة وذلك يوجب الانقباض فيمنع الوطء بدائع .

قلت : ويؤخذ من قوله وكذا الوطء فيه حرام الخ أنه مانع وإن كان خاليا وبابه مغلق فتأمل . وفى الفتح : ولو سافر بها فعدل عن الجادة بها إلى مكان خال فهى صحيحة (قوله وحمام) أى بابه مفتوح ، أما لو كان مقفولا عليهما وحدهما فلا مانع من صحتها كما لا يخفى فافهم (قوله وسطح) أى ليس على جوانبه ستر وكذا إذا كان الستر رقيقا أو قصيرا بحيث لو قام إنسان يطلع عليهما فتح . وفيه : ولا تصح فى المسجد والحمام . وقال شداد : إن كانت ظلمة شديدة صحت لأنها كالساتر . وعلى قياس قوله تصح على سطح لا ساتر له إذا كانت ظلمة شديدة .

والأوجه أن لا تصح ، لأن المانع الإحساس ولا يختص بالبصر ، ألا ترى إلى الامتناع لوجود الأعمى ولا إبصار للإحساس اه .

قلت : الإحساس إنما يمكن إذا كان معهما أحد على السطح ، أما لو كانا فوقه وحدهما وأمنا من صعود أحد إليهما لم يبق الإحساس إلا بالبصر والظلمة الشديدة تمنعه كما لا يخفى تأمل (قوله وبيت بابه مفتوح) أى بحيث لو نظر إنسان رآهما ، وفيه خلاف .

ففى مجموع النوازل : إن كان لا يدخل عليهما أحد إلا بإذن فهى خلوة . واختار فى الذخيرة أنه مانع وهو الظاهر بحر . ووجهه أن إمكان النظر مانع بلا توقف على الدخول ، فلا فائدة فى الإذن وعدمه (قوله وما إذا لم يعرفها) لأن التمكن لا يحصل بدون المعرفة ، بخلاف ما إذا لم تعرفه . والفرق أنه متمكن من وطئها إذا عرفها ولم تعرفه ، بخلاف عكسه فإنه يحرم عليه كذا فى البحر . وفيه أنه إذا لم تعرفه يحرم عليها تمكينه منها ، فالظاهر أنها تمنعه من وطئها بناء على ذلك ، فينبغى أن يكون مانعا فتأمل ح .

قلت : إن هذا المانع بيده إزالته ، بأن يخبرها أنه زوجها فلما جاء التقصير من جهته يحكم بصحة الخلوة فيلزم المهر ط (قوله فى الأصح) أى أصح الروايتين ، لكن صرح شراح الهداية بأن رواية المنع فى التطوع شاذة ويشير إليه قول الخانية : وفى صوم القضاء والكفارات والمنذورات روايتان . والأصح أنه لا يمنع الخلوة ، وصوم التطوع لا يمنعها فى ظاهر الرواية ، وقيل يمنع اه .

أن تصح ، وكذا كل ما أسقط الكفارة نهر (بل المانع صوم رمضان) أداء وصلاة الفرض فقط (كالوطء) فيما يجيء .

(ولو) كان الزوج (مجبوبا أو عنينا أو خصيا) أو خنثى ، إن ظهر حاله وإلا فنكاحه موقوف ، وما في البحر والأشباه ليس على ظاهره كما بسطه في النهر .

وقول الكنز وصوم الفرض يدخل فيه القضاء والكفارات والمنذورات فيكون اختيارا منه لرواية المنع في غير التطوع ، لأن الإفطار فيه بغير عذر جائز في رواية ، ويؤيد مافي الكنز تعبير الخانية بالأصح فإنه يفيد أن مقابله صحيح ، وكذا قول الهداية وصوم القضاء والمنذور كالتطوع في رواية فإنه يفيد أن رواية كونهما كصوم رمضان أقوى ، وبهذا يتأيد مابحثه في البحر بقوله وينبغي أن يكون صوم الفرض ولو منذورا مانعا اتفاقا ، لأنه يحرم إفساده وإن كان لا كفارة فيه فهو مانع شرعي اه (قوله أن تصح) أي الخلوة ، لسقوط الكفارة بشبهة خلاف الامام مالك رحمه الله فإنه يرى فطره بأكله ناسيا ولا كفارة ط (قوله وكذا كل ما أسقط الكفارة) كشرب وجماع ناسيا ونية نهارا ونية نفلا ط (قوله وصلاة الفرض فقط) قال في البحر : لاشك أن إفساد الصلاة لغير عذر حرام فرضا كانت أو نفلا ، فينبغي أن تمنع مطلقا ، مع أنهم قالوا إن الصلاة الواجبة لا تمنع كالنفل مع أنه يأثم بتركها :

وأغرب منه مافي المحيط أن صلاة التطوع لا تمنع إلا الأربع قبل الظهر لأنها سنة مؤكدة ، فلا يجوز تركها بمثل هذا العذر اه فإنه يقتضي عدم الفرق بين السنن المؤكدة وأن الواجبة تمنع بالأولى اه .

قلت : والحاصل أنهم لم يفرقوا في إحرام الحج بين فرضه ونفله ، لاشتراكهما في لزوم القضاء والدم . وفرقوا بينهما في الصوم والصلاة . أما الصوم فظاهر للزوم القضاء والكفارة في فرضه ، بخلاف نفله وما ألحق به ، لأن الضرر فيه بالفطر يسير لأنه لا يلزم إلا القضاء لا غير كما في الجوهرة . وأما في الصلاة فالفرق بينهما مشكل ، إذ ليس في فرضها ضرر زائد على الإثم ولزوم القضاء ، وهذا موجود في نفلها وواجبها ، نعم الإثم في الفرض أعظم وفي كونه مناطا لمنع صحة الخلوة خفاء وإلا لزم أن لا يكون قضاء رمضان والكفارات كالنفل ، ولعل هذا وجه اختيار الكنز إطلاق فرض الصوم كما قدمناه ، فكذا الصلاة ينبغي أن يكون فرضها ونفلها كفرض الصوم ، بخلاف نفله لأنه أوسع بدليل أنه يجوز إفطاره بلا عذر في رواية ، ونفل الصلاة لا يجوز قطعه بلا عذر في جميع الروايات فكان كفرضها ، ولعل المجتهد قام عنده فرق بينهما لم يظهر لنا ، والله تعالى أعلم (قوله فيما يجيء) أي من الأحكام ط (قوله ولو مجبوبا) أي مقطوع الذكر والخصيتين ، من الجب : وهو القطع . قال في الغاية : والظاهر أن قطع الخصيتين ليس بشرط في المجبوب ، ولذا اقتصر الإسبيجابي على قطع الذكر ح عن النهر (قوله أو خصيا) بفتح الخاء المعجمة فعيل بمعنى مفعول ، وهو من سلت خصيتاه وبقي ذكره ح (قوله إن ظهر حاله) أي إن ظهر قبل الخلوة أن هذا الزوج والخنثى رجل وظهر أن نكاحه صحيح فإن وطأه حينئذ جائز فتكون الخلوة كالوطء ، وإن لم يظهر فالنكاح موقوف لا يبيح الوطء فلا تكون خلوته كالوطء فافهم (قوله وما في البحر) حيث أطلق صحة خلوته ولم يقيد بظهور حاله ، وما في الأشباه ستعرفه (قوله في النهر) عبارته : ويجب أن يراد به من ظهر حاله أما المشكل فنكاحه موقوف إلى أن يتبين حاله ، ولهذا لا يزوّجه وليه من تختنه لأن النكاح الموقوف لا يفيد إباحة النظر كذا في النهاية اه أي فلا يبيح الوطء بالأولى فلا تصح خلوته كالخلوة بالحائض بل أولى ، لأنه قبل التبين بمنزلة الأجنبي . ثم قال في النهر : وأفاد في المبسوط أن حاله يتبين بالبلوغ ، فإن ظهرت فيه علامة

وفيه عن شرح الوهبانية أن العنة قد تكون لمرض أوضعف خلقة أو كبر سن (فى ثبوت النسب) ولو من المجبوب (و) فى (تأكد المهر) المسمى (و) مهر المثل بلا تسمية و(النفقة والسكنى والعدة وحرمة نكاح أختها وأربع سواها) فى عدتها (وحرمة نكاح الأمة ومراعاة وقت الطلاق فى حقها)

الرجل وقد زوجه أبوه امرأة حكم بصحة نكاحه من حين عقد الأب ، فإن لم يصل إليها أجل كالعنين ، وإن زوج رجلا تبين بطلانه ، وهذا صريح فى عدم صحة خلوته قبل ذلك . وبهذا التقرير علمت أن مانقله فى الأشباه عن الأصل : لو زوجه أبوه رجلا فوصل إليه جاز وإلا فلاعلم لى بذلك؛ أو امرأة فبلغ فوصل إليها جاز وإلا أجل كالعنين ليس على ظاهره ، والله الموفق اه أى أن ظاهر مافى الأشباه أنه بمجرد وصول الرجل إليه أى وطئه له أو بوصوله إلى المرأة يصح النكاح ولو قبل البلوغ وظهور علامة فيه ، وأن الوطء يحل قبل التبين ، وأن الخلوة به صحيحة ، وأنه بعد البلوغ قد يتبين حاله وقد لايتبين مع أنه فى المبسوط جزم بتبين حاله بالبلوغ ، وأنه قبل التبين يكون نكاحه موقوفا فهو صريح فى عدم صحة الخلوة قبل التبين لعدم حل الوطء وفيه نظر ، فإن قوله جاز معناه جاز العقد لتبين حاله بذلك ، فقد صرحوا بأن ذلك رافع لإشكاله ولا يلزم منه حل الوطء ، وقوله وإلا فلا علم لى بذلك : أى إن لم تظهر فيه هذه العلامة لاأحكم بصحة العقد ولا بعدمها بل يتوقف ذلك على ظهور علامة أخرى وقول المبسوط إن حاله يتبين بالبلوغ مبنى على الغالب ؛ وإلا فقد صرحوا بأنه قد يبقى حاله مشكلا بعده . كما إذا حاض من فرج النساء وأمنى من فرج الرجال ؛ وقد يتبين حاله قبل البلوغ كأن يبول من أحد الفرجين دون الآخر فتصح خلوته . والحاصل أن تقييد صحة الخلوة بتبين حاله ظاهر لعدم حل الوطء قبله (قوله لمرض الخ) وكذا السحر ، ويسمى المعقود كما سيأتى فى بابه عن الوهبانية (قوله فى ثبوت النسب الخ) الذى حققه فى البحر بحثا ثم رآه منقولا عن الخصاف أن الخلوة لم تقم مقام الوطء إلا فى حق تكميل المهر ووجوب العدة . قال : وما سواه فهو من أحكام العقد كالنسب ، أى فإنه يثبت وإن لم توجد خلوة أصلا ، كما فى تزوج مشرقى مغربية أو من أحكام العدة كالبقية . والعجب من صاحب النهر حيث تابع أخاه فى هذا التحقيق ثم خالفه فى النظم الآتى .

وما ذكره فى البحر سبقه إليه ابن الشحنة فى عقد الفرائد . لكنه أفاد أن المطلقة قبل الدخول لو ولدت لأقل من ستة أشهر من حين الطلاق ثبت نسبه للتيقن بأن العلوق قبل الطلاق وأن الطلاق بعد الدخول ، ولو ولدته لأكثر لايثبت لعدم العدة ، ولو اختلى بها فطلقها يثبت وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر . قال : فى هذه الصورة تكون الخصوصية للخلوة (قوله ولو من المجبوب) لإمكان إنزاله بالسحاق ، وسيأتى فى باب العنين أنه يثبت نسبه إذا خلا بها ثم فرق بينهما ولو جاءت به لسنتين (قوله وفى تأكد المهر) أى فى خلوة النكاح الصحيح ، أما الفاسد فيجب فيه مهر المثل بالوطء لابالخلوة كما سيذكره المصنف فى هذا الباب لحرمة الوطء فيه ، فكان كالخلوة بالحائض (قوله والعدة) وجوبها من أحكام الخلوة سواء كانت صحيحة أم لا ط : أى إذا كانت فى نكاح صحيح ، أما الفاسد فتجب فيه العدة بالوطء كما سيأتى (قوله فى عدتها) متعلق بنكاح والأولى تأخيره بعد قوله وحرمة نكاح الأمة ط (قوله وحرمة نكاح الأمة) أى لو طلق الحرة بعد الخلوة بها لايصح تزوجه أمة مادامت الحرة فى العدة ولو الطلاق بائنا (قوله ومراعاة وقت الطلاق فى حقها) بيانه أن الموطوءة طلاقها فى الحيض بدعى فلا يحل بل يطلقها واحدة فى طهر لاوطء فيه وهو أحسن أو ثلاثة متفرقة فى ثلاثة أطهار لاوطء فيها وهو حسن ، بخلاف غير الموطوءة فإن طلاقها واحدة ولو فى الحيض حسن ، وإذا كانت المختلى بها

وكذا فى وقوع طلاق بائن آخر على المختار (لا) تكون كالوطء (فى حق) بقية الأحكام كالغسل و (الإحصان وحرمة البنات وحلها للأول والرجعة

كالموطوءة توقت طلاقها بالطهر فلا يحل فى مدة الحيض فافهم (قوله وكذا فى وقوع طلاق بائن آخر الخ) فى البزازية : والمختار أنة يقع عليها طلاق آخر فى عدة الخلوة ، وقيل لا اه . وفى الذخيرة : وأما وقوع طلاق آخر فى هذه العدة فقد قيل لايقع وقيل يقع ، وهو أقرب إلى الصواب ، لأن الأحكام لما اختلفت يجب القول بالوقوع احتياطا ، ثم هذا الطلاق يكون رجعيا أو بائنا ذكر شيخ الإسلام أنه يكون بائنا اه ومثله فى الوهبانية وشرحها.

والحاصل أنه إذا خلا بها خلوة صحيحة ثم طلقها طلقة واحدة فلا شبهة فى وقوعها، فإذا طلقها فى العدة طلقة أخرى فمقتضى كونها مطلقة قبل الدخول أن لاتقع عليها الثانية ، لكن لما اختلفت الأحكام فى الخلوة فى أنها تارة تكون كالوطء وتارة لاتكون جعلناها كالوطء فى هذا فقلنا بوقوع الثانية احتياطا لوجودها فى العدة ، والمطلقة قبل الدخول لايلحقها طلاق آخر إذا لم تكن معتدة بخلاف هذه .

والظاهر أن وجه كون الطلاق الثانى بائنا هو الاحتياط أيضا ، ولم يتعرضوا للطلاق الأول . وأفاد الرحمتى أنه بائن أيضا لأنه طلاق قبل الدخول غير موجب للعدة ، لأن العدة إنما وجبت لجعلنا الخلوة كالوطء احتياطا . فإن الظاهر وجود الوطء فى الخلوة الصحيحة ، ولأن الرجعة حق الزوج وإقراره بأنه طلق قبل الوطء ينفذ عليه فيقع بائنا ، وإذا كان الأول لا تعقبه الرجعة يلزم كون الثانى مثله اه . ويشير إلى هذا قول الشارح طلاق بائن آخر فإنه يفيد أن الأول بائن أيضا ، ويدل عليه ما يأتى قريبا من أنه لا رجعة بعده ، وسيأتى التصريح به فى باب الرجعة ، وقد علمت مما قررناه أن المذكور فى الذخيرة هو الطلاق الثانى دون الأول فافهم . ثم ظاهر إطلاقهم وقوع البائن أولا وثانيا وإن كان بصريح الطلاق ، وطلاق الموطوءه ليس كذلك فيخالف الخلوة الوطء فى ذلك .

وأجاب ح : بأن المراد التشبيه من بعض الوجوه وهو ان فى كل منهما وقوع طلاق بعد آخر اه . ولما الجواب بأن البائن قد يلحق البائن فى الموطوءة فلا يدفع المخالفة المذكورة فافهم (قوله كالغسل) أى لا يجب الغسل على واحد منهما بمجرد الخلوة بخلاف الوطء (قوله والإحصان) فلو زنى بعد الخلوة الصحيحة لا يلزمه الرجم لفقد شرط الإحصان وهو الوطء . قال فى عقد الفرائد : وهذا إن لم يفهم أنه خاص بالرجل فهو ساكت عن ثبوت الإحصان لها بذلك . والذى يظهر لى أنه لا فرق بينه وبينها فيه ، ولم أقف على نقل فيه صريح ، والله أعلم .

قلت : فى البحر ولم يقيموها مقام الوطء فى حق الإحصان إن تصادقا على عدم الدخول ، وإن أقرا به لزمهما حكمه ، وإن أقر به أحدهما صدق فى حق نفسه دون صاحبه كما فى المبسوط اه (قوله وحرمة البنات)أى لم يقيموا الخلوة مقام الوطء فى ذلك، فلو خلا بزوجته بدون وطء ولامس بشهوة لم تحرم عليه بناتها، بخلاف الوطء، والكلام فى الخلوة الصحيحة كما صرح به فى التبيين والفتح وغيرهما ، فما حرره فى عقد الفرائد مما حاصله أن حرمة البنات بالخلوة الصحيحة لاخلاف فيها بين الصاحبين ، والخلاف فى الفاسدة . قال الثانى تحرم وقال محمد لاتحرم فهو ضعيف ، ولذا ادعاه من عدم الخلاف ممنوع كما بسطه فى النهر (قوله وحلها للأول) أى لا تحل مطلقة الثلاث للزوج الأول بمجرد خلوة الثانى بل لابد من وطئه لحديث العسيلة (قوله والرجعة) أى لايصير مراجعا بالخلوة ولا رجعة له

والميراث) وتزويجها كالأبكار على المختار وغير ذلك كما نظمه صاحب النهر فقال :

وخلـوة الزوج مثـل الوطء ... فى صور وغيره وبهذا العقد تحصيل
تـكميل مهر وأعداد كذا نسب ... إنفاق سكنى ومنع الأخت مقبول
وأربع وكذا قالوا الإما ولقد ... راعوا زمان فراق فيـه ترحيل
وأوقعوا فيـه تطليقا إذا لحقا ... وقيل لا والصواب الأول القيل
أما المغاير فالإحصان يا أمـلى ... ورجعة وكذا التوريث معقـول
سقوط وطء وإحلال لها وكذا ... تحريم بنت نـكاح البكر مبذول

بعد الطلاق الصريح بعد الخلوة بحر : أى لوقوع الطلاق بائنا كما قدمناه (قوله والميراث) أى لو طلقها ومات وهى فى عدة الخلوة لا ترث بزازية ، ومثله فى البحر عن المجتبى .

وحكى ابن الشحنة فى عقد الفرائد قولا آخر أنها ترث وإن تصادقا على عدم الدخول بعد الخلوة . قال الرحمتى : وعلى هذا أى ما فى الشرح لو طلقها فى مرضه بعد الخلوة الصحيحة قبل الوطء ومات فى عدتها لا ترث ، وبه جزم الطواقى فيما كتبه على هذا الشرح ، وأقره عليه تلميذه حامد أفندى العمادى مفتى دمشق اهـ . (قوله وتزويجها كالأبكار) كان عليه أن يقول كالثيبات ليوافق ماقبله من المعطوفات فإنها من خواص الوطء دون الخلوة ، فالمعنى أنها ليست كالوطء فى تزويجها كالثيبات بل تزوج كالأبكار أفاده ط (قوله على المختار) وما فى المجتبى من أنها تزوج كما تزوج الثيب ضعيف كما فى البحر (قوله وغير ذلك) أى غير السبعة المذكورة من زيادة أربعة أخرى فى النظم المذكور ، وهى : سقوط الوطء ، والفىء ، والتكفير ، وعدم فساد العبادة .

وبقى مسألتان أيضا لم يذكرهما لعدم تسليمهما ، وهما أن الخلوة لاتكون إجازة للنكاح الموقوف عند بعضهم وأن المرأة لا تمنع نفسها للمهر بعدها عندهما . أما عند أبى حنيفة فلها المنع بعد حقيقة الوطء كما أفاده فى البحر ، وزاد فى الوهبانية أيضا بقاء عنة العنين ، ويمكن دخولها فى النظم كما يأتى (قوله وغيره) بالرفع عطفا على مثل والضمير للوطء ح أى ومغايرة للوطء فى إحدى عشرة مسألة (قوله وبهذا العقد تحصيل) جملة من مبتدإ خبر ، والعقد بكسر العين شبه الشعر المنظوم بعقد الدر المنظوم (قوله تـكميل مهر الخ) بيان لصور المماثلة (قوله وإعداد) بالـكسر ، والمراد به العدة (قوله وأربع) بالجر عطفا على الأخت (قوله الإما) جمع أمة ، وقصره للضرورة ؛ ولو أسقط لام ولقد استغنى عن قصره (قوله فراق فيه ترحيل) المراد به الطلاق اهـ ح .

وأما الترحيل ، فهو من ترحل القوم عن المكان : انتقلوا : أى طلاق فيه نقل الزوجة من بيته أو من عصمته فافهم (قوله وأوقعوا فيه) أى فى الأعداد بمعنى العدة اهـ ح فالضمير عائد على مذكور وهو الأعداد المذكور فى البيت الثانى فافهم (قوله إذا لحقا) الضمير للتطليق والألف للإطلاق اهـ ح والمراد بلحاقه وقوعه فى العدة بعد طلاق سابق عليه (قوله القيل) بدل من الأول ح (قوله ورجعة) أى فى صورتين كما قدمناه فى قوله والرجعة (قوله سقوط وطء) أى مايلزمه فيه الوطء لايسقط بالخلوة ، فحق الزوجة فى القضاء الوطء مرة واحدة ، ولايسقط عنه بالخلوة وكذا العنين إذا اختلى بها لايسقط عنه الوطء بها ، فللزوجة طلب التفريق ، وعلى هذا الحل يستغنى عن ذكر بقاء العنة المذكور فى الوهبانية ، لـكن يستغنى به أيضا عن ذكر الفىء الآتى فكان الأولى ذكرهما معا أو إسقاطهما معا تأمل

كذلك الفىء والتكفير ،مافسدت عبادة وكذا بالغســل تـكميل

(ولو افترقا فقالت بعد الدخول وقال الزوج قبل الدخول فالقول لها) لإنكارها سقوط نصف المهر ؛ وإن أنكر الوطء ولو لم تمكنه فى الخلوة ، فإن بكرا صحت وإلا لا ؛ لأن البكر إنما توطأ كرها

(قوله كذلك الفىء) يعنى إن آلى منها ثم وطئها فى المدة كان فيئا ؛ وإن خلا بها لا اهـ ح (قوله التكفير) يعنى إن وطئ فى نهار رمضان فعليه الكفارة؛ وإن خلا بها لا اهـ ح . وفى النهر: وعد التكفير هنا مما لا ينبغى . إذ الكلام فى الخلوة الصحيحة وصوم الأداء يفسدها كما مر ط (قوله مافسدت عبادة) ما نافية . يعنى إن وطئها فى عبادة يفسدها الوطء فسدت ؛ وإن خلا بها لا اهـ ح .

ويرد عليه ما ورد على سابقه ، فإن ما يفسد بالوطء كالإحرام والصوم والصلاة والاعتكاف المنذور يفسد الخلوة والكلام فى الصحيحة ، إلا أن يمثل بما لا يفسد الخلوة على أحد القولين كصوم غير الأداء وصلاة النافلة تأمل .

والحاصل أنه ينبغى إسقاط التكفير وفساد العبادة وزيادة فقد العنة . فتصير الأحكام التى خالفت الخلوة فيها الوطء عشرة ، وقد نظمتها فى بيتين مقتصرا عليها للعلم بأن ماسواها لا تخالف فيها الخلوة الوطء فقلت :

وخلوته كالوطء فى غير عشرة مطالبة بالوطء إحصان تحليل
وفىء وإرث رجعة فقد عنــة وتحريم بنت عقد بكر وتغسيل

(قوله فقالت بعد الدخول) يطلق الدخول على الوطء وعلى الخلوة المجردة ، والمتبادر منه الأول ، والمراد هنا الاختلاف فى الخلوة مع الوطء ، أو فى الخلوة المجردة لا فى الوطء مع الإتفاق على الخلوة ، لأن الخلوة مؤكدة لتمام المهر فلو كان الإختلاف بينهما فى الوطء مع الإتفاق على الخلوة لم تظهر ثمرة للإختلاف (قوله فالقول لها لإنكارها سقوط نصف المهر) كذا فى القنية للزاهدى ، ونظمه ابن وهبان وقال فى شرحه إنه تتبع هذا الفرع فما ظفر به ولا وجد ما يناقضه ووجهه ماش على القواعد لأن القول للمنكر اهـ .

قلت : رأيته فى حاوى الزاهدى أيضا ، وحكى فيه قولين ، فذكر مامر معزيا إلى المحيط وكتاب آخر ، ثم عزا إلى الأسرار أن القول قوله لأنه ينكر وجوب الزيادة على النصف اهـ . ويظهر لى أرجحية القول الأول ولذا جزم به المصنف وذلك أن المهر يجب بنفس العقد والدخول أو الموت مؤكد له والطلاق قبلهما منصف له فسبب وجوب الكل متحقق والمنصف له عارض ؛ والمرأة تنكر العارض وتتمسك بالسبب المحقق الموجب للكل ولذا تثبت لها المطالبة بتمام المهر قبل الدخول ، ولا يعود نصف المهر المقبوض إلى ملكه بالطلاق قبل الدخول إلا بالقضاء أو الرضا ولا ينفذ تصرفه فيه قبل ذلك وينفذ تصرف المرأة فيه والزوج وإن أنكر الزيادة على النصف لكنه مقر بسببها ، كما لو أقر بالغصب وادعى الرد وكذبه المالك فدعواه الرد إنكار للضمان بعد الإقرار بسببه فلا يقبل تأمل (قوله وإن أنكر الوطء) كذا فى كثير من النسخ ، وكان المناسب أن يقول وإن أنكر الدخول لما قررناه من أن الاختلاف بينهما ليس فى الوطء مع الاتفاق على الخلوة ، وليكون إشارة إلى رد ماقاله فى الأسرار : أى أن إنكاره لا يعتبر لأنه فى الحقيقة مدع لسقوط النصف بالعارض على السبب الموجب للكل فكان إنكارها هو المعتبر . وفى بعض النسخ وإن أنكرت بالتاء ، والمعنى أن القول لها وإن أنكرت أنه لم يطأها فى هذا الدخول الذى ادعته : لكن الأولى أن يقول وإن اعترفت بعدم الوطء لأنه لم يدع الوطء حتى يقابل بإنكارها له (قوله إنما توطأ كرها) لأنها تستحى بالطبع ، فلم تكن بالإمتناع مختارة لعدم تأكد المهر ، بخلاف الثيب لأن امتناعها يدل على اختيارها لعدم تأكد المهر

كما بحثه الطرسوسي وأقره المصنف :

(ولو قال إن خلوت بك فأنت طالق فخلا بها طلقت) بائنا لوجود الشرط (ووجب نصف المهر) ولا عدة عليها بزازية (وتجب العدة فى الكل) أى كل أنواع الخلوة ولو فاسدة (احتياطا) أى استحسانا لتوهم الشغل (وقيل) قائله القدورى ، واختاره التمرتاشي وقاضيخان (إن كان المانع شرعيا) كصوم (تجب) العدة

(قوله كما بحثه الطرسوسي) أى فى أنفع الوسائل والبحث فى التفصيل المذكور ، فإن الطرسوسي نقل أولا عن الذخيرة إذا خلابها ولم تمكنه من نفسها اختلف المتأخرون فيه . قال : وفى طلاق النوازل عليه نصف المهر ، ثم ذكر هذا التفصيل وقال قلته على وجه التفقه ولم أظفر فيه بنقل . والظاهر أنه أراد به التوفيق بين القولين ، وذكر أيضا أن هذا إذا صدقته فى ذلك ، فلو كذبته فالقول قولها بيمينها لأنها منكرة (قوله وأقره المصنف) أى تبعا لشيخه صاحب البحر (قوله فخلابها) أى خلوة صحيحة لأنها المتبادر من لفظ الخلوة اه ح . أى فى قول الحالف إن خلوت بك فيراد بها الخالية عما يمنعها أو يفسدها مما مر ، والمراد مايفسدها من غير التعليق ، لما مر عن البحر من أن هذا التعليق مفسد لها ، فهو نظير قولهم ، الخلوة الصحيحة فى النكاح الفاسد كالخلوة الفاسدة فى النكاح الصحيح مع أنها فى النكاح الفاسد فاسدة كما ذكره فى البحر ، فالمراد بالصحيحة فيه الخالية عما يفسدها سوى فساد النكاح فافهم (قوله بائنا) لتصريحهم بأن الطلاق الواقع بعد الخلوة الصحيحة يكون بائنا منح أى فهنا أولى لعدم صحتها فإنها لا تماثل الوطء إلا فى وجوب العدة ط (قوله لوجود الشرط) علة لطلقت ، وأما علة كونه بائنا فهى ماقدمناه عن المنح أفاده ح . (قوله ووجب نصف المهر) فى بعض النسخ بعد هذا زيادة وهى لعدم الخلوة الممكنة من الوطء اه : أى لأنها بانت بمجرد الخلوة فكان غير متمكن من الوطء شرعا (قوله ولا عدة عليها) قال فى البحر وسيأتى وجوبها فى الخلوة الفاسدة على الصحيح فتجب العدة فى هذه الصورة احتياطا اه : واعترضه الخير الرملى بقوله كيف القطع بوجوبها مع مصادمته للنقل ، على أن هذه مطلقة قبل الدخول فهى أجنبية والخلوة بالأجنبية لا توجب العدة فايست من قسم الخلوة الصحيحة ولا الفاسدة فتأمل ، وانظر إلى قولهم إنما تقام مقام الوطء إذا تحقق التسليم اه .

أقول : التسليم منها موجود ولكن عاقه مانع من جهته وهو التعليق كالعنين ، وكما لو دخل عليها فأحرم بالحج أو بالصلاة ، وكونها خلوة بأجنبية ممنوع لأن الخلوة شرط الطلاق ، وإنما يقع بعد وجود شرطه ؛ كما لو قال لأجنبية إن تزوجتك فأنت طالق ، فوقوع الطلاق دليل تحقق الخلوة ، إذ لولاها لم يقع غير أنه وجد بعد تحققها مانع من جهته كما ذكرنا ، وتصريحهم بوجوب العدة بالخلوة الفاسدة على الصحيح شامل لهذه الصورة فقول البزازية لاعدة عليها مبنى على خلاف الصحيح فهو مصادمة نقل بنقل أصح منه فافهم (قوله وتجب العدة) ظاهره الوجوب قضاء وديانة .

وفى الفتح قال العتابى : تكلم مشايخنا فى العدة الواجبة بالخلوة الصحيحة أنها واجبة ظاهرا أو حقيقة ، فقيل لو تزوجت وهى متيقنة بعدم الدخول حل لها ديانة لاقضاء (قوله فى الكل الخ) هذا فى النكاح الصحيح أما النكاح الفاسد لا تجب العدة فى الخلوة فيه بل بحقيقة الدخول فتح (قوله لتوهم الشغل) أى شغل الرحم نظرا إلى التمكن الحقيقى ، وكذا فى المجبوب لقيام احتمال الشغل بالسحق وهى حق الشرع وحق الولد ، ولذا لا تسقط لو أسقطاها ، ولا يحل لها الخروج ولو أذن لها الزوج ، وتتداخل العدتان ولا يتداخل حق العبد فتح ، وتمامه فى المعراج (قوله واختاره التمرتاشي الخ) وجزم به فى البدائع . قال فى الفتح : ويؤيده ماذكره العتابى (قوله تجب العدة) لثبوت التمكن

(وإن) كان (حسيا) كصغر ومرض مدنف (لا) تجب ، والمذهب الأول لأنه نص محمد قاله المصنف .
وفى المجتبى : الموت أيضا كالوطء فى حق العدة والمهر فقط ، حتى لو ماتت الأم قبل دخوله بها حلت بنتها (قبضت ألف المهر فوهبته له وطلقت قبل وطء رجع) عليها (بنصفه) لعدم تعين النقود فى العقود (وإن لم تقبضه أو قبضت نصفه فوهبته الكل) فى الصورة الأولى (أو مابقى) وهو النصف فى الثانية (أو) وهبت (عرض المهر) كثوب معين أو فى الذمة (قبل القبض أو بعده لا) رجوع لحصول المقصود .
(نكحها بألف على أن لايخرجها من البلد أو لايتزوج عليها أو) نكحها (على ألف إن أقام بها وعلى ألفين

حقيقة فتح (قوله كصغر ومرض مدنف) قال فى الفتح : الأوجه على هذا القول أن يخص الصغر بغير القادر والمرض بالمدنف لثبوت التمكن حقيقة فى غيرهما اهـ .

قلت : ونص على التقييد بالمدنف فى جامع الفصولين . وفى القاموس : دنف المريض كفرح ثقل (قوله لأنه نص محمد) أى فى كتابه الجامع الصغير الذى روى مسائله عن أبى يوسف عن الإمام صاحب المذهب (قوله قاله المصنف) أى تبعا لشيخه فى البحر ، وأقره فى النهر والشرنبلالية (قوله الموت أيضا) أى كما أن الخلوة كالوطء فيهما ، والمراد الموت قبل الدخول : أى موت الرجل بالنسبة للعدة ، وموت أيهما كان بالنسبة للمهر كما أفاده ح (قوله فى حق العدة والمهر) أى إذا مات عنها لزمها عدة الوفاة واستحقت جميع المهر كالموطوءة (قوله فقط) هو معنى قول المجتبى وفيما سواهما كالعدم .

قلت : ولايقال إنه يعطى حكمه أيضا فى الإرث ، لأن الإرث من أحكام العقد فلذا تحقق قبل الخلوة التى هى دون الوطء فافهم (قوله حلت بنتها) أى كما تحل بعد الخلوة الصحيحة ، فلا تحرم إلا بحقيقة الوطء على مامر (قوله فوهبته له) ذكر الضمير لأن الألف مذكر لايجوز تأنيثه كما فى ط عن المصباح ، وكذا لو وهبت نصفه فتح (قوله قبل وطء) أى وخلوة نهر ، وهى وطء حكما كما مر (قوله لعدم تعين النقود فى العقود) ولذا لو أشار فى النكاح إلى دراهم كان له أن يمسكها ويدفع مثلها جنسا ونوعا وقدرا وصفة ؛ ولو لم تهب شيئا وطلقت قبل الدخول كان لها إمساك المقبوض ودفع غيره ولذا تزكى الكل ، وتمامه فى النهر .

والحاصل أنه لم يصل إليه بالهبة عين مايستحقه بالطلاق قبل الدخول وهو نصف المهر منح (قوله أو قبضت نصفه) احتراز عما لو قبضت أكثر من النصف فإنه ترد عليه مازاد على النصف ، بخلاف مالو قبضت الأقل ووهبته الباقى فهو معلوم بالأولى بحرأى لايرجع عليها بشىء (قوله فى الصورة الأولى) الأنسب أن يقول فى الصورتين فيكون قوله أو الباقى إشارة إلى أن هبة الألف ليس بقيد فى الثانية كما نص عليه فى البحر . قال فى النهر : ومعنى هبة الألف بعد قبض النصف أنها وهبت له المقبوض وغيره (قوله أو وهبت عرض المهر) أشار إلى أنه لم يتعيب ، إذ لو وهبته بعد ماتعيب فاحشا يرجع بنصف قيمته يوم قبضت لأنه صار كأنها وهبته عينا أخرى ، أما العيب اليسير فكالعدم لما سيأتى أنه فى المهر متحمل ، وقيد بالهبة لأنها لو باعته منه يرجع بالنصف : أى نصف قيمته لا نصف الثمن المدفوع فيما يظهر ؛ ولو وهبته أقل من نصفه ترد مازاد على النصف ، ولو وهبته الأكثر أو النصف فلا رجوع له بحر (قوله أو فى الذمة) أشار إلى أنه لافرق بين العرض المعين وغيره ، وهو من خصوص النكاح ، فإن العرض فيه يثبت فى الذمة لأن المال فيه ليس بمقصود فيتسامح فيه ، بخلاف البيع بحر (قوله لحصول المقصود) لأنه وصل إليه عين مايستحقه بالطلاق قبل الدخول لتعينه فى الفسخ كتعينه فى العقد بدليل أنه ليس لواحد منهما دفع بدله ، حتى لو تعيب فاحشا فوهبته له رجع بنصف قيمته كما مر نهر .

إن أخرجها ، فإن وفى) بما شرطه فى الصورة الأولى (وأقام) بها فى الثانية (فلها الألف) لرضاها به . فهنا صورتان : الأولى تسمية المهر مع ذكر شرط ينفعها

[تتمة] حكم الموزون غير المعين وهو ما كان فى الذمة حكم النقد، أما المعين منه فكالعرض . واختلف فى التبر والنقرة من الذهب والفضة ، ففى رواية كالعرض ، وفى أخرى كالمضروب ، كذا فى البدائع نهر :

[تنبيه] قال فى البحر : وقد ظهر لى أن هذه المسألة على ستين وجها ، لأن المهر إما ذهب أو فضة أو مثلى غيرهما أو قيمى ، . فالأول على عشرين وجها لأن الموهوب إما الكل أو النصف ، وكل منهما إما أن يكون قبل القبض أو بعده ، أو بعد قبض النصف أو أقل منه أو أكثر فهى عشرة ، وكل منها إما أن يكون مضروبا أو تبرا فهى عشرون، والعشرة الأولى فى المثلى ، وكل منها إما أن يكون معينا أولا وكذا فى القيمى ، والأحكام مذكورة اهـ وتبعه فى النهر .

قلت : ويزاد مثلها فتصير مائة وعشرين ، بأن يقال إن الموهوب إما الكل أو النصف أو الأكثر من النصف أو الأقل . فهى أربعة تضرب فى الخمسة المارة تبلغ عشرين ، وكل منها إما أن يكون مضروبا أو تبرا فهى أربعون وكذا فى كل من المثلى والقيمى أربعون ، وقد مر حكم هبة الأكثر من النصف أو الأقل (قوله فإن وفى) بتشديد الفاء ماضى يوفى توفية لا بالتخفيف من وفى يفى وفاء بقرينة قوله وإلا يوف أفاده ح (قوله وأقام بها) إنما ذكر التوفية فى الأولى دون هذه ، لأنه فى الأولى جعل المسمى مالا وغير مال وهو ماشرطه لها ووعدها به من عدم إخراجها أو عدم التزوج عليها ، أما هنا فالمسمى مال فقط ردد فيه بين القليل على تقدير والكثير على تقدير كما أشار إليه الشارح ، فليس هنا فى المسمى وعد بشىء ليناسبه التعبير بالتوفية ، يوضحه أنه قد يردد فيه بين كونها ثيبا أو بكرا كما يأتى فافهم (قوله الأولى الخ) ضابطها أن يسمى لها قدرا ومهر مثلها أكثر منه ويشترط منفعة لها أو لأبيها أو لذى رحم محرم منها وكانت المنفعة مباحة الانتفاع متوقفة على فعل الزوج لا حاصلة بمجرد العقد ولم يشترط عليها رد شىء له ، وذلك كأن تزوجها بألف على أن لا يخرجها من البلد ، أو على أن يكرمها أو يهدى لها هدية ، أو على أن يزوج أباها ابنته ، أو على أن يعتق أخاها ، أو على أن يطلق ضرتها ، فلو المنفعة لأجنبى ولم يوف فليس لها إلا المسمى لأنها ليست منفعة مقصودة لأحد المتعاقدين ، ومثله بالأولى لو شرط مايضرها كالتزوج عليها ، وكذا لو كان المسمى مهر المثل أو أكثر منه ؛ ولو كان المشروط غير مباح كخمر وخنزير ، فلو المسمى عشرة فأكثر وجب لها وبطل المشروط ولا يكمل مهر المثل ، لأن المسلم لا ينتفع بالحرام فلا يجب عوض بفواته ؛ ولو تزوجها على ألف وعتق أخيها أو طلاق ضرتها بلفظ المصدر لا المضارع عتق الأخ وطلقت الضرة بنفس العقد طلقة رجعية لمقابلتها بغير متقوم وهو البضع وللزوجة المسمى فقط والولاء له إلا إذا قال وعتق أخيها عنها فهو لها ، ولو تزوجها على ألف وعلى أن يطلق امرأته فلانة ، وعلى أن ترد عليه عبدا ينقسم الألف على مهر مثلها ، وعلى قيمة العبد ؛ فإن كانا سواء صار نصف الألف ثمنا للعبد والنصف صداقا فإذا طلقها قبل الدخول فلها نصف ذلك وإن بعده نظر ، وإن كان مهر مثلها خمسمائة أو أقل فليس لها إلا ذلك وإن أكثر فإن وفى بالشرط فكذلك وإلا فمهر المثل ، وتمامه فى المحيط والفتح عن المبسوط وفى اشتراط الكرامة والهدية كلام سيأتى .

وحاصل المسألة على وجوه ، لأن الشرط إما نافع لها أو لأجنبى أو ضار ، وكل إما حاصل بمجرد النكاح أو متوقف على فعل الزوج ، وعلى كل من الستة إما أن يكون مهر المثل أكثر من المسمى أو أقل أو مساويا ، وكل إما أن يكون قبل الدخول أو بعده ، وكل إما أن يباح الانتفاع بالشرط أولا ، وكل إما أن يشترط عليها

والثانية تسمية مهر على تقدير وغيره على تقدير (وإلا) يوف ولم يقم (فهر المثل) لفوت رضاها بفوات النفع (و) لكن (لايزاد) المهر في المسألة الأخيرة (على ألفين ولا ينقص عن ألف) لاتفاقهما على ذلك، ولو طلقها قبل الدخول تنصف المسمى في المسألتين لسقوط الشرط . وقالا الشرطان صحيحان (بخلاف مالو تزوجها على ألف إن كانت قبيحة وعلى ألفين إن كانت جميلة فإنه يصح الشرطان) اتفاقا في الأصح لقلة الجهالة

رد شيء أولا ، وكل إما أن يحصل الوفاء بالشرط أولا ، فهي مائتان وثمانية وثمانون هذا خلاصة مافي البحر (قوله والثانية الخ) قال في الفتح : وأما الثانية فكأن يتزوجها على ألف إن أقام بها أو أن لايتسرى عليها أو أن يطلق ضرتها أو إن كانت مولاة أو إن كانت أعجمية أو ثيبا وعلى ألفين إن كان أضدادها (قوله بفوات النفع) الباء للسببية لأنه في الأولى سمى لها مالها فيه نفع وهو عدم إخراجها وعدم التزوج عليها ونحوه. فإذا وفى فلها المسمى لأنه صلح مهرا وقد تم رضاها به ، وعند فواته ينعدم رضاها بالمسمى فيكمل مهر مثلها وفي الثانية سمى تسميتين ثانيتهما غير صحيحة للجهالة كما يأتي فوجب فيها مهر المثل (قوله في المسألة الأخيرة) قيد في قوله ولا يزاد على ألفين فقط ح . وفي بعض النسخ في الصورة الثانية ذات التقديرين (قوله ولا ينقص عن ألف) أي في المسألتين (قوله لاتفاقهما على ذلك) أي لو زاد مهر مثلها في المسألة الأخيرة على ألفين ليس لها أكثر من ألفين لأنها رضيت معه بهما لتردد يده لها بين الألف والألفين ، بخلاف المسألة الأولى ، فإنه لو زاد على ألف لها مهر المثل بالغا مابلغ ، لأنها لم ترض بالألف وحده بل مع الوصف النافع ولم يحصل لها ، ولو نقص عن ألف في المسألتين فلها الألف لأنه رضي به (قوله لسقوط الشرط) لأنه إذا لم يف يجب تمام مهر المثل ومهر المثل لا يتنصف في الطلاق قبل الدخول فسقط اعتباره ، فلم يبق إلا المسمى فينتصف بدائع (قوله وقالا الشرطان صحيحان) أي في المسألة الأخيرة . قال في الهداية : حتى كان لها الألف إن أقام بها والألفان إن أخرجها . وقال زفر الشرطان فاسدان ولها مهر مثلها لا ينقص من الألف ولا يزاد على ألفين . وأصل المسألة في الإجارات في قوله إن خطته اليوم فلك درهم وإن خطته غدا فلك نصف درهم اه (قوله في الأصح) مقابله مافي نوادر ابن سماعة عن محمد أنها على الخلاف ، وضعفه في البحر (قوله لقلة الجهالة) جواب عما يرد على قول الإمام حيث أفسد الشرط الثاني في المسألة المتقدمة ، وهي ما إذا تزوجها على ألف إن أقام بها وألفين إن أخرجها وفي هذه الصورة صحح الشرطين مع أن الترديد موجود في الصورتين . وأجاب في الغاية بأنه في المتقدمة دخلت المخاطرة على التسمية الثانية ، لأن الزوج لا يعرف هل يخرجها أولا أما هنا فالمرأة على صفة واحدة من الحسن أو القبح وجهالة الزوج بصفتها لاتوجب خطرا .

ورده الزيلعي بأن من صور المسألة المتقدمة ما لو تزوجها على ألفين إن كانت حرة أو إن كانت له امرأة وعلى ألف إن كانت مولاة أو لم تكن له امرأة مع أنه لا مخاطرة ولكن جهل الحال . وأجاب في البحر بأن المرأة وإن كانت في الكل على صفة واحدة لكن الجهالة قوية في الحرية وعدمها لأنها ليست أمرا مشاهدا ، ولذا لو وقع التنازع احتيج إلى إثباتها فكان فيها مخاطرة معنى . بخلاف الجمال والقبح فإنه أمر مشاهد فجهالته يسيرة لزوالها بلا مشقة .

واعترضه في النهر بأنه على هذا ينبغي الصحة فيما لو تزوجها على ألفين إن كانت له امرأة وعلى الف إن لم تكن لأن النكاح يثبت بالتسامع فلا يحتاج إلى إثبات عند المنازعة .

قلت : ولا يخفى مافيه ، فإن إثباته بالتسامع إنما هو عند الاحتياج إلى إثباته على أنه قد تكون له امرأة غائبة في بلدة أخرى لايعلم بها أحد بخلاف الجمال والقبح . فلذا اتبع الشارح ما في البحر ولم يلتفت لما في النهر

بخلاف مالو ردد فى المهر بين القلة والكثرة للثيوبة والبكارة ، فإنها إن ثيبا لزمه الأقل وإلا فمهر المثل لايزاد على الأكثر ولا ينقص عن الأقل فتح ، ولو شرط البكارة فوجدها ثيبا لزمه الكل درر ، ورجحه فى البزازية .

(ولو تزوجها على هذا العبد أو على هذا الألف) أو الألفين (أو على هذا العبد وهذا العبد) أو على أحد هذين (وأحدهما أوكس حكم) القاضى (مهر المثل)

(قوله بخلاف ما لوردد الخ) هذا أيضا من صورة المسألة المتقدمة التى ذكر أنها مخالفة لمسألة الترديد للقبح والجمال فلا حاجة إلى إعادته .

والحاصل أن ترديد المهر بين القلة والكثرة إن وجد فيه شرط الأقل لزمه الأقل وإلا فلا يلزمه الأكثر بل مهر المثل ، خلافا لهما إلا فى مسألة القبح والجمال فإنه يجب المسمى فى أى شرط وجد اتفاقا ، والفرق للإمام مامر (قوله ولو شرط الخ) هذه مسألة استطرادية ليست من جنس ما قبلها ، ومناسبتها تعليق المسمى على وصف مرغوب له (قوله لزمه الكل) لأن المهر إنما شرع لمجرد الاستمتاع دون البكارة ح عن مجمع الأنهر (قوله ورجحه فى البزازية) أقول : عبارتها تزوجها على أنها بكر فإذا هى ليست كذلك يجب كل المهر حملا لأمرها على الصلاح بأن زالت بوثبة فإن تزوجها بأزيد من مهر مثلها على أنها بكر فإذا هى غير بكر لاتجب الزيادة ، والتوفيق واضح للمتأمل اه :

ووجه التوفيق ماذكره فى العمادية عن فوائد المحيط فى تعليل المسألة الثانية أنه قابل الزيادة بما هو مرغوب وقد فات فلا يجب ماقوبل به ، وأنت خبير بأن كلام البزازية ليس فيه ترجيح للزوم الكل مطلقا بل فيه ترجيح للتفصيل ، والفرق بين التزوج بمهر المثل وبأزيد منه ، نعم قال فى البزازية بعد ذلك : وإن أعطاها زيادة على المعجل على أنها بكر فإذا هى ثيب قيل ترد الزائد . وعلى قياس مختار مشايخ بخارى فيما إذا أعطاها المال الكثير بجهة المعجل على أن يجهزوها بجهاز عظيم ولم تأت به رجع بما زاد على معجل مثلها ، وكذا أفتى أئمة خوارزم ينبغى أن يرجع الزيادة ، ولكن صرح فى فوائد الإمام ظهير الدين أنه لايرجع فى كلتا الصورتين اه أى فى صورة الزيادة على مهر المثل وصورة الزيادة على المعجل كما يعلم من مراجعة الفصول العمادية ، فقول البزازية تبعا للعمادية ولكن صرح الخ يفيد ترجيح عدم الرجوع ، وأنه يلزم كل المهر ولذا نظم المسألة فى الوهبانية وعبر عن عدم وجوب الزيادة بقيل ، فأفاد أيضا ترجيح لزوم الكل كما هو مقتضى إطلاق صاحب الدرر والوقاية والملتقى (قوله ولو تزوجها الخ) حاصل هذه المسألة أن يسمى شيئين مختلفى القيمة اتحد الجنس أو اختلف نهر (قوله أو الألفين) لافائدة فى ذكره بعد الألف العلم قطعا بأن الألف غير قيد ، فالأولى قول البحر : أو على هذا الألف أو الألفين ، فهو مثال آخر مثل الذى بعده مما الاختلاف(١) فيه قيمة مع اتحاد الجنس ، ويمكن عطف قوله أو الألفين على مجموع قوله على هذا العبد أو على هذا الألف بأن يعطف على كل واحد بانفراده كأن يقول الزوج تزوجتك على هذا العبد أو هذين الألفين أو يقول على هذا الألف أو هذين الألفين تأمل (قوله أو على أحد هذين) أى أنه لافرق بين كلمة أو ولفظ أحدهما فإن الحكم فيه كذلك كما صرح به فى المحيط بحر (قوله وأحدهما أوكس) الجملة فى موضع الحال فى القاموس الوكس كالوعد النقص والتنقيص لازم ومتعد اه وقيد به لأنهما لو تساويا قيمة صحت التسمية اتفاقا بحر عن الفتح ه وقال قبله ، لوكانا سواء فلا تحكيم ولها الخيار فى أخذ أيهما شاءت (قوله حكم مهر المثل) هذا قوله وعندهما لها الأقل والمتون على الأول ، ورجح فى التحرير قولهما ، والخلاف مبنى على أن مهر المثل أصل عنده

---

(١) (قوله مما الاختلاف) كذا بالأصل المقابل على خط المؤلف ، ولعله ما للاختلاف اه مصححه

فإن مثل الأرفع أو فوقه فلها الأرفع ، وإن مثل الأوكس أو دونه فلها الأوكس وإلا فمهر المثل .

(وفى الطلاق قبل الدخول يحكم متعة المثل) لأنها الأصل ، حتى لو كان نصف الأوكس أقل من المتعة وجبت المتعة فتح .

(ولو تزوجها على فرس) أو عبد أو ثوب هروى أو فراش بيت أو عدد معلوم من نحو إبل (فالواجب) فى كل جنس له وسط (الوسط أو قيمته) وكل مالم يجز السلم فيه فالخيار للزوج وإلا فللمرأة

والمسمى خلف عنه إن صحت التسمية وقد فسدت هنا للجهالة فيصار إلى الأصل . وعندهما بالعكس ، ومحله إذالم يصرح بالخيار لها أو له ، فلو قال على أنها بالخيار تأخذ أيهما شاءت ، أو على أنى بالخيار أعطيك أيهما شئت فإنه يصح اتفاقا لانتفاء المنازعة ، وقيد بالنكاح لأن الخلع على أحد شيئين مختلفين أو الإعتاق عليه يوجب الأقل اتفاقا لأنه ليس له موجب أصلى يصار إليه عند فساد التسمية فوجب الأقل ، وكذا فى الإقرار ، وتمامه فى البحر (قوله فلها الأرفع) لأنها رضيت بالحط هداية (قوله فلها الأوكس) لأن الزوج رضى بالزيادة هداية (قوله وإلا) أى بأن كان بين الأرفع والأوكس (قوله لأنها الأصل) أى فى الطلاق قبل الدخول ، كما أن الأصل مهر المثل قبل الطلاق بحر (قوله وجبت المتعة) أشار به إلى أن ماوقع فى الدرر تبعا للوقاية والهداية من أنه يجب نصف الأوكس اتفاقا مبنى على الغالب أن المتعة لاتزيد على نصف الأوكس كما علل به فى الهداية ، حتى لو زادت وجبت كما صرح به فى الخانية والدراية . وقال فى الفتح : التحقيق أن الحكم المتعة أفاد أنها لو كانت أزيد من نصف الأعلى لايزاد على نصفه لرضاها به رحتى (قوله ولو تزوجها على فرس الخ) شروع فى مسألة أخرى موضوعها أنه تزوجها على ما هو معلوم الجنس دون الوصف كما فى الهداية ؛ وقوله فالواجب الوسط أوقيمته يفيد صحة التسمية لأن الجنس المعلوم مشتمل على الجيد والردىء والوسط ذو حظ منهما ، بخلاف مجهول الجنس لأنه لا وسط له لاختلاف معانى الأجناس ، وإنما تخير الزوج بين دفع الوسط أو قيمته لأن الوسط لا يعرف إلا بالقيمة فصارت أصلا فى حق الإيفاء ، وقيد بالمبهم لأنه فى المعين بإشارة كهذا العبد أو الفرس يثبت الملك لها بمجرد القبول إن كان مملوكا له وإلا فلها أن تأخذ الزوج بشرائه لها ، فإن عجز لزمه قيمته وكذا باضافة إلى نفسه كعبدى ، فلا تجبر على قبول القيمة لأن الإضافة إلى نفسه من أسباب التعريف كالإشارة لكن فى هذا إذا كان له أعبد ثبت ملكها فى واحد منهم وسط وعليه تعيينه ، وقوله فى البحر إنه يتوقف ملكها له على تعيينه غير صحيح لأنه يلزم كون الإضافة كالإبهام ، فإنه فى الإبهام لو عين لها وسطا أجبرت على قبوله ، وتمامه فى النهر (قوله فى كل جنس له وسط) قصد بهذا التعميم أن هذا الحكم لايخص الفرس والعبد وما عطف عليهما ، بل يعم كل جنس له وسط معلوم ح (قوله وكل ما لم يجز السلم فيه الخ) فإذا وصف الثوب كهروى خير الزوج بين دفع الوسط أو قيمته كما مر ، وكذا لوبالغ فى وصفه ، بأن قال طوله كذا فى ظاهر الرواية ، نعم لو ذكر الأجل مع هذه المبالغة كان لها أن لاتقبل القيمة ، لأن صحة السلم فى الثياب موقوفة على ذكر الأجل ، وفى المكيل والموزون إذا ذكر صفته كجيدة خالية من الشعير صعيدية أو بحرية يتعين المسمى ، وإن لم يذكر الأجل لأن الموصوف فيها يثبت فى الذمة وإن لم يكن مؤجلا كما فى النهر والبحر ، فمعنى كون الخيار للمرأة أنها أن لاتقبل القيمة إذا أراد إجبارها عليها لابمعنى أن لها أن تجبره على القيمة إذا أراد دفع العين لأنه إذا صح السلم تعين حقها فى العين

هذا وفى الفتح التصريح بأن قول الهداية فى ظاهر الرواية احترازا عما روى عن أبى حنيفة أن الزوج يجبر على دفع عين الوسط ، وهو قول زفر : وعن قول أبى يوسف أنه لو ذكر الأجل مع المبالغة فى وصف الثوب بالطول

(وكذا الحكم) وهو لزوم الوسط (فى كل حيوان ذكر جنسه) هو عند الفقهاء المقول على كثيرين مختلفين فى الأحكام (دون نوعه) هو المقول على كثيرين متفقين فيها ،

والعرض والرقة تعين الثوب . وذكر مثله عن المبسوط . ثم رجح رواية زفر ، وصرح فى المجمع بأنها الأصح ، وكذا فى درر البحار . وأقره فى غرر الأذكار وابن ملك .

ثم لا يخفى أنه وإن لم يتعين فلابد فى عين الوسط أو قيمته من اعتبار الأوصاف التى ذكرها الزوج (قوله وكذا الحكم فى كل حيوان الخ) فذكر الفرس ليس قيدا ؛ ولو قال أولا ولو تزوجها على معلوم جنس وجب الوسط أو قيمته لكان أخصر وأشمل فإنه يعم نحو العبد والثوب الهروى أفاده ح (قوله هو عند الفقهاء الخ) أما عند المناطقة فهو المقول على كثيرين مختلفين فى الحقائق فى جواب ماهو . والنوع المقول على كثيرين مختلفين فى العدد (قوله مختلفين فى الأحكام) كإنسان فإنه يقول على الذكر والأنثى ، وأحكامهما مختلفة .

قال فى البحر : ولا شك أن الثوب تحته الكتان والقطن والحرير والأحكام مختلفة فإن الثوب الحرير لا يحل لبسه وغيره يحل ، فهو جنس عندهم ، وكذا الحيوان تحته الفرس والحمار ، وأما الدار فتحتها مايختلف اختلافا فاحشا بالبلدان والمحال والسعة والضيق وكثرة المرافق وقلتها (قوله متفقين فيها) أى فى الأحكام مثل له الأصوليون فى بحث الخاص بالرجل .

وأورد عليهم أنه يشمل الحر والعبد والعاقل والمجنون وأحكامهم مختلفة . فأجابوا بأن اختلاف الأحكام بالعرض لا بالأصالة بخلاف الذكر والأنثى فإن اختلاف أحكامهما بالأصالة بحر .

[تنبيه] علم مما ذكرنا أن نحو الحيوان والدابة والمملوك والثوب جنس . وأن نحو الفرس والحمار والعبد والثوب الهروى أو الكتان أو القطن نوع . وأن الذى تصح تسميته ويجب فيه الوسط أو قيمته الثانى ، فكان على المصنف أن يقول وكذا الحكم فى كل حيوان ذكر نوعه دون وصفه كما قال فى متن المختار : تزوجها على حيوان فإن سمى نوعه كالفرس جاز ، وإن لم يصفه . وقال فى شرحه الاختيار : ثم الجهالة أنواع : جهالة النوع والوصف كقوله ثوب أو دابة أو دار فلا تصح التسمية هذه . ومنها ماهو معلوم النوع مجهول الصفة كقوله عبد أو فرس أو بقرة أو شاة أو ثوب هروى فإنه تصح التسمية ويجب الوسط الخ فقد جعل الدابة والثوب معلوم الجنس مجهول النوع والوصف ، وجعل العبد والفرس والثوب الهروى معلوم الجنس والنوع مجهول الوصف . وهذا موافق لما مر فى تعريف الجنس والنوع عند الفقهاء .

فإن قلت : قال فى الهداية . معنى هذه المسألة أن يسمى جنس الحيوان دون الوصف بأن تزوجها على فرس أو حمار . أما إذا لم يسم الجنس بأن تزوجها على دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل اه . فقد جعل الفرس والحمار جنسا .

قلت : أراد بالجنس النوع كما صرح به فى غاية البيان . ولذا قابله بالوصف . وأما قول البحر : لا حاجة إلى حمل الجنس على النوع لأن الجنس عند الفقهاء هو المقول على كثيرين الخ ففيه أنه لا يصح حمل الجنس فى كلام الهداية على الجنس الفقهى كما لا يخفى ، بل يتعين حمله على النوع ، وكذا قال فى الهداية ؛ ولو سمى جنسا بأن قال هروى تصح التسمية ويخير الزوج فقد سمى الهروى جنسا وليس هو جنسا بالمعنى المار ، ولو تبع المصنف الهداية فقال ذكر جنسه بدون وصفه بدل قوله دون نوعه لصح كلامه ، بأن يراد بالجنس النوع لمقابلته له بالوصف .

بخلاف مجهول الجنس كثوب ودابة لأنه لاوسط له

أما مع مقابلته بالنوع فلا يصح هذا ماظهر لى (قوله بخلاف مجهول الجنس) أى ماذكر جنسه بلا تقييد بنوع كثوب ودابة فإنه لاتصح تسميته ، فلا يجب الوسط أو قيمته بل يجب مهر المثل .

[تنبيه] حاصل هذه المسألة أن المسمى إذا كان من غير النقود بأن كان عرضا أو حيوانا إما أن يكون معينا بإشارة أو إضافة فيجب بعينه أو لايكون معينا ؛ فإن كان غير مكيل وموزون ، فإن جهل نوعه كدابة أو ثوب فسدت التسمية ووجب مهر المثل ، وإن علم نوعه وجهل وصفه كفرس أو ثوب هروى أو عبد صحت التسمية وتخير بين الوسط أو قيمته ،وكذلك لو علم وصف الثوب على ظاهر الرواية . وعلى مامر أنه الأصح يتعين الوسط لأنه يجب فى الذمة كالسلم ، بخلاف الحيوان فإنه لايجب فى الذمة فى السلم ؛ وإن كان مكيلا أو موزونا ، فإن علم نوعه ووصفه كأردب قمح جيد خال من الشعير صعيدى تعين المسمى وصار كالعرض المشار إليه لأنه يثبت فى الذمة حالا كالقرض ومؤجلا كالسلم ، وإن لم يعلم وصفه تخير الزوج بين الوسط أو قيمته كما فى ذكر الفرس أو الحمار . هذا خلاصة مافى الاختيار والفتح والبحر .

مطلب تزوجها على عشرة دراهم وثوب

لكن يشكل مافى الخانية : لو تزوجها على عشرة دراهم وثوب ولم يصفه كان لها عشرة دراهم ، ولو طلقها قبل الدخول بها كان لها خمسة دراهم إلا أن تكون متعتها أكثر من ذلك اه .

قال فى البحر : وبهذا علم أن وجوب مهر المثل فيما إذا سمى مجهول الجنس إنما هو فيما إذا لم يكن معه مسمى معلوم ، لكن ينبغى على هذا أن لاينظر إلى المتعة أصلا ، لأن المسمى هنا عشرة فقط وذكر الثوب لغو بدليل أنه لم يكمل لها مهر المثل قبل الطلاق اه .

وأجاب الخير الرملى بأن الثوب محمول على العدة والتبرع كما جرت به العادة غير داخل فى التسمية ، إذ لو دخل لأوجب فسادها لفحش الجهالة . وقال فى فتاواه الخيرية : إنه زاغ فهم صاحب البحر وأخيه فى جعل الثوب لغوا ولا حول ولا قوة إلا بالله اه . قلت حمله على العدة والتبرع هو بمعنى إلغائه فى التسمية .

ووجه إشكال هذا الفرع أن الثوب إن لم يدخل فى التسمية لزم أن يجب لها نصف المسمى بالطلاق قبل الدخول بلا نظر إلى المتعة لصحة تسمية العشرة وإن دخل فيها ينبغى أن يعطى حكم مالو تزوجها على ألف وكرامتها أو يهدى لها هدية ، فقد صرح فى النهر بأنه فى المبسوط بعد أن ذكر عبارة محمد : لو تزوجها على ألف وكرامتها أو يهدى لها هدية فلها مهر مثلها لاينقص عن الألف . قال هذه المسألة على وجهين : إن أكرمها وأهدى لها هدية فلها المسمى ، وإلا فمهر المثل اه .

قلت : فهو مثل مالو تزوجها بألف على أن لايخرجها أو لايتزوج عليها كما قدمناه . وبه صرح فى الهداية وغاية البيان .

وفى البدائع : لو شرط مع المسمى شيئا مجهولا كأن تزوجها على ألف درهم وأن يهدى لها هدية ثم طلقها قبل الدخول فلها نصف المسمى ، لأنه إذا لم يف بالكرامة والهدية يجب تمام مهر المثل ومهر المثل لامدخل له فى الطلاق قبل الدخول اه لكن قال فى الاختيار : ولو تزوجها على ألف وكرامتها فلها مهر المثل لاينقص عن ألف لأنه رضى بها ، وإن طلقها قبل الدخول لها نصف الألف لأنه أكثر من المتعة اه . ونقل نحوه فى البحر عن الولوالجية

. . . .

والمحيط . واعترض به على مامر من إيجاب المسمى بأن الهدية والإكرام مجهولتان ، ولا يمكن الوفاء بالمجهول بل تفسد التسمية فيجب مهر المثل . وقد أجبت عنه فيما علقته على البحر بما حاصله إنه يمكن حمل مافى الاختيار على ما إذا لم يكرمها أما إذا أكرمها فلها المسمى وهذا عين ماحمل عليه فى المبسوط كلام محمد ، ومشى عليه فى الهداية وغاية البيان والبدائع كما مر ، وجهالة الهداية والإكرام ترتفع بعد وجودها . والظاهر كما فى النهر أنه يكفى هنا أدنى ما يعد إكراما وهدية اهـ فإذا لم يكرمها بشىء بقيت التسمية مجهولة لعدم رضا المرأة بالألف وحده فيجب مهر المثل، وكذا إذا طلقها قبل الدخول تقرر الفساد فوجبت المتعة كما هو الحكم عند عدم التسمية أوعندفسادها، وإنما أطلق فى البدائع لزوم نصف الألف لأنه فى العادة أكثر من المتعة كما علمته من كلام الاختيار ، وهو نظير ما مر فى مسألة الأوكس فقد حصل بما ذكرنا التوفيق بين كلامهم ، ويتعين حمل مافى الخانية عليه أيضا ، وذلك بأن يقيد بما إذا كان مهر مثلها عشرة دراهم ولم يدفع لها ثوبا فحينئذ تجب لها العشرة لأنها مهر المثل وهو الواجب عند فساد التسمية وتجب المتعة بالطلاق قبل الدخول . وأما دعوى الرملى إلغاء ذكر الثوب لجهالته فلا تصح ، لأن جهالة الإكرام والهداية أفحش من جهالة الثوب ، لأن الإكرام تحته أجناس الثياب والحيوان والعروض والعقار والنقود والمكيل والموزون ومع هذا لم يلغوه ، فعدم إلغاء الثوب بالأولى .

وأيضا يشكل على إلغائه اعتبار المتعة . وعلى ماقررناه لا إشكال ، والله أعلم بحقيقة الحال .

مطلب مسألة دراهم النقش والحمام ولفافة الكتاب ونحوها

ونظير مافى الخانية ماهو معروف بين الناس فى زماننا من أن البكر لها أشياء زائدة على المهر : منها مايدفع قبل الدخول كدراهم للنقش والحمام وثوب يسمى لفافة الكتاب وأثواب أخر يرسلها الزوج ليدفعها أهل الزوجة إلى القابلة وبلانة الحمام ونحوها . ومنها ما يدفع بعد الدخول كالإزار والخف والمكعب وأثواب الحمام ، وهذه مألوفة معروفة بمنزلة المشروط عرفا ، حتى لو أراد الزوج أن لايدفع ذلك يشترط نفيه وقت العقد أو يسمى فى مقابلته دراهم معلومة يضمها إلى المهر المسمى فى العقد . وقد سئل عنها فى الخيرية فأجاب بما حاصله أن كلقرر فى الكتب من أن المعروف كالمشروط يوجب إلحاق ماذكر بالمشروط ، فإن علم قدره لزم كالمهر وإلا وجب مهر المثل لفساد التسمية إن ذكر أنه من المهر، وإن ذكر على سبيل العدة فهو غير لازم بالكلية ، والذى يظهر الأخير ، ومافى الخانية صريح فيه ثم ذكر عبارة الخانية المارة وما تقدم من اعتراضه على البحر .

وأنت خبير بأن هذه المذكورات تعتبر فى العرف على وجه اللزوم على أنها من جملة المهر ، غير أن المهر منه ما يصرح بكونه مهرا ومنه مايسكت عنه بناء على أنه معروف لابد من تسليمه ، بدليل أنه عند عدم إرادة تسليمه لابد من اشتراط نفيه أو تسمية ما يقابله كما مر ، فهو بمنزلة المشروط لفظا فلا يصح جعله عدة وتبرعا ، وكون كلام الخانية صريحا فيه قد علمت ما يناقضه وينافيه . وقد رأيت فى الملتقط التصريح بلزومه كما قلنا حيث ذكر فى مسألة منع المرأة نفسها حتى تقبض المهر فقال : ثم إن شرط لها شيئا معلوما من المهر معجلا فأوفاها ذلك ليس لها أن تمنع نفسها ، وكذلك المشروط عادة كالخف والمكعب وديباج اللفافة ودراهم السكر على ماهو عادة أهل سمرقند ، وإن شرطوا أن لا يدفع شىء من ذلك لايجب ، وإن سكتوا لا يجب إلا من صدق العرف من غير تردد فى الإعطاء لمثلها من مثله ، والعرف الضعيف لايلحق المسكوت عنه بالمشروط اهـ ، ثم رأيت المصنف أفتى به فى فتاويه :

ووسط العبيد فى زماننا الحبشى (وإن أمهرها العبدين و) الحال أن (أحدهما حر فمهرها العبد) عند الإمام (إن ساوى أقله) أى عشرة دراهم (وإلا كمل لها العشرة) لأن وجوب المسمى وإن قل يمنع مهر المثل . وعند الثانى لها قيمة الحر لو عبدا ورجحه الكمال ، كما لو استحق أحدهما .

(ويجب مهر المثل فى نكاح فاسد) وهو الذى فقد شرطا من شرائط الصحة كشهود

وحاصله أن ذلك إن صرح باشتراطه لزم تسليمه ، وكذا إن سكت عنه وكان العرف به مشهورا معلوما عند الزوج . ولا يخفى أن هذا لو كان تبرعا وعدة لم يكن لها منع نفسها لقبضه ولا المطالبة به ، وكذا لو كان لازما مفسدا للتسمية بل ينبغى أن يقال إنه بمنزلة اشتراط الهدية والإكرام ترتفع الجهالة بدفعه فيجب المسمى دون مهر المثل .

أو يقال وهو الأقرب: إن ذلك من قبيل معلوم النوع مجهول الوصف كالفرس والعبد فإن التفاوت فى ذلك يسير فى العرف ، فمثل اللفافة يعرف نوعها أنها من القصب والحرير أو من القطن والحرير باعتبار الفقر والغنى وقلة المهر وكثرته ، وكذا باقى المذكورات ، فيعتبر الوسط من كل نوع منها ، فهذا ما تحرر لى فى هذا المقام الذى كثرت فيه الأوهام وزلت الأقدام ، فاحفظه فإنه مهم والسلام (قوله ووسط العبيد فى زماننا الحبشى) وأما أعلاه فالرومى وأدناه الزنجى ، كذا فى البحر والمنح . ذكروا أن ذلك عرف القاهرة . وذكر السيد أبو السعود أن الحبشى فى عرفنا لايجب إلا بالتنصيص لأن العبد متى أطلق لاينصرف إلا للأسود، فإذا اقتصر على ذكر العبد وجب الوسط من السودان اهـ ح

قلت : والعبد فى عرف الشام لا يشمل الرومى لأنه يسمى مملوكا بل يشمل الحبشى والزنجى ، وكذا الجارية والرومية تسمى سرية ،وعليه فالوسط أعلى الزنجى (قوله وإن أمهرها العبدين الخ) أراد بالعبدين الشيئين الخارجين وبالحر أن يكون أحدهما حراما فدخل فيه ما إذا تزوجها على هذا العبد وهذا البيت فإذا العبد حر ، أو على مذبوحتين فإذا إحداهما ميتة كما فى شرح الطحاوى بحر (قوله أقله) أى أقل المهر (قوله يمنع مهر المثل)جواب عن قول محمد وهو رواية عن الإمام ، لها العبد الباقى وتمام مهر مثلها إن كان مهر مثلها أكثر منه (قوله لها قيمة الحر لو عبدا) أى لها مع العبد الباقى قيمة الحر لو فرض كونه عبدا (قوله ورجحه الكمال) والمتون على قول الإمام . وفى القهستانى عن الخانية أنه ظاهر الرواية (قوله كما لو استحق أحدهما) أى أحد العبدين المسميين، فإن لها الباقى وقيمة المستحق، ولو استحقا جميعا فلها قيمتهما ، وهذا بالإجماع كما فى شرح الطحاوى بحر .

مطلب فى النكاح الفاسد

(قوله فى نكاح فاسد) وحكم الدخول فى النكاح الموقوف كالدخول فى الفاسد ، فيسقط الحد ويثبت النسب ويجب الأقل من المسمى ومن مهر المثل ، خلافا لما فى الاختيار من كتاب العدة ، وتمامه فى البحر ، وسنذكر فى العدة التوفيق بين ما فى الاختيار وغيره (قوله وهو الذى الخ) بخلاف ما لو شرط شرطا فاسدا كما لو تزوجته على أن لايطأها فإنه يصح النكاح ويفسد الشرط رحتى (قوله كشهود) ومثله تزوج الأختين معا ونكاح الأخت فى عدة الأخت ونكاح المعتدة والخامسة فى عدة الرابعة والأمة على الحرة . وفى المحيط : تزوج ذمى مسلمة فرق بينهما لأنه وقع فاسدا اهـ : فظاهره أنهما لا يحدان وأن النسب يثبت فيه والعدة إن دخل بحر .

(بالوطء) فى القبل (لابغيره) كالخلوة لحرمة وطئها (ولم يزد) مهر المثل (على المسمى) لرضاها بالحط ، ولو كان دون المسمى لزم مهر المثل لفساد التسمية بفساد العقد ، ولو لم يسم أو جهل لزم بالغا مابلغ (و) يثبت (لكل واحد منهما فسخه ولو بغير محضر عن صاحبه دخل بها أولا)

قلت : لكن سيذكر الشارح فى آخر فصل فى ثبوت النسب عن مجمع الفتاوى: نكح كافر مسلمة فولدت منه لا يثبت النسب منه ولا تجب العدة لأنه نكاح باطل اهـ . وهذا صريح فيقدم على المفهوم فافهم ، ومقتضاه الفرق بين الفاسد والباطل فى النكاح ، لكن فى الفتح قبيل التكلم على نكاح المتعة.أنه لا فرق بينهما فى النكاح، بخلاف البيع ، نعم فى البزازية حكاية قولين فى أن نكاح المحارم باطل أو فاسد . والظاهر أن المراد بالباطل ماوجوده كعدمه ، ولذا لا يثبت النسب ولا العدة فى نكاح المحارم أيضا كما يعلم مما سيأتى فى الحدود . وفسر القهستانى هنا الفاسد بالباطل ، ومثله بنكاح المحارم وبإكراه من جهتها أو بغير شهود الخ وتقييده الإكراه بكونه من جهتها قدمنا الكلام عليه أول النكاح قبيل قوله وشرط حضور شاهدين ، وسيأتى فى باب العدة أنه لاعدة فى نكاح باطل . وذكر فى البحر هناك عن المجتبى أن كل نكاح اختلف العلماء فى جوازه كالنكاح بلا شهود فالدخول فيه موجب للعدة .

أما نكاح منكوحة الغير ومعتدته فالدخول فيه لا يوجب العدة إن علم أنها للغير ، لأنه لم يقل أحد بجوازه فلم ينعقد أصلا . قال : فعلى هذا يفرق بين فاسده وباطله فى العدة ،ولهذا يجب الحد مع العلم بالحرمة لأنه زنى كما فى القنية وغيرها اهـ .

والحاصل أنه لافرق بينهما فى غير العدة ،أما فيها فالفرق ثابت . وعلى هذا فيقيد قول البحر هنا ونكاح المعتدة بما إذا لم يعلم بأنها معتدة ، لكن يرد على مافى المجتبى مثل نكاح الأختين معا فإن الظاهر أنه لم يقل أحد بجوازه ولكن لينظر وجه التقييد بالمعية . والظاهر أن المعية فى العقد لافى ملك المتعة، إذلو تأخر أحدهما عن الآخر فالمتأخر باطل قطعا (قوله فى القبل) فلو فى الدبر لايلزمه مهر لأنه ليس بمحل النسل كما فى الخلاصة والقنية، فلا يجب بالمس والتقبيل بشهوة شىء بالأولى كما صرحوا به أيضا بحر (قوله كالخلوة) أفاد أنه لايجب المهر بمجرد العقد الفاسد بالأولى (قوله لحرمة وطئها) أى فلم يثبت بها التمكن من الوطء فهى غير صحيحة كالخلوة بالحائض فلا تقام مقام الوطء ، وهذا معنى قول المشايخ : الخلوة الصحيحة فى النكاح الفاسد كالخلوة الفاسدة فى النكاح الصحيح ، كذا فى الجوهرة ، وفيه مسامحة لفساد الخلوة بحر. والظاهر أنهم أرادوا بالصحيحة هنا الخالية عما يمنعها أو يفسدها من وجود ثالث أو صوم أو صلاة أو حيض ونحوه مما سوى فساد العقد لظهور أنه غير مراد ، وهذا سبب المسامحة وفيه مسامحة أخرى ، وهى أن الخلوة فى النكاح الفاسد لا توجب العدة كما قدمناه عن الفتح مع أن الفاسدة فى النكاح الصحيح توجبها كما مر أنه المذهب (قوله ولم يزد مهر المثل الخ) المراد بمهر المثل مايأتى فى المتن ، بخلاف مهر المثل الواجب بالوطء بشبهة بغير عقد فإن المراد به غيره كما نص عليه فى البحر ، ويأتى بيانه فافهم .

هذا ، وفى الخانية : لو تزوج محرمه لاحد عليه عند الإمام وعليه مهر مثلها بالغا مابلغ اهـ فهى مستثناة إلا أن يقال إن نكاح المحارم باطل لافاسد على مامر من الخلاف ويكون ذلك ثمرة الاختلاف وبيانا لوجه الفرق بينهما كما أشار إليه فى البحر (قوله لرضاها بالحط) لأنها لما لم تسم الزيادة كانت راضية بالحط مسقطة حقها فيها لالأجل أن التسمية صحيحة من وجه ، لأن الحق أنها فاسدة من كل وجه لوقوعها فى عقد فاسد ، ولهذا لوكان مهر المثل أقل من المسمى وجب مهر المثل فقط . وظاهر كلامهم أن مهر المثل لوكان أقل من العشرة فليس لها

فى الأصح خروجا عن المعصية. فلا ينافى وجوبه بل يجب على القاضى التفريق بينهما (وتجب العدة بعد الوطء) لاالخلوة للطلاق لاللموت (من وقت التفريق) أو متاركة الزوج

غيره ، بخلاف النكاح الصحيح إذا وجب فيه مهر المثل فإنه لاينقص عن عشرة بحر ، ومثله فى النهر ، وفيه نظر ، فإن مهر مثلها المعتبر بقوم أبيها كيف يكون أقل من العشرة مع أن العشرة أقل الواجب فى المهر شرعا فتأمل (قوله فى الأصح) وقيل بعد الدخول ليس لأحدهما فسخه إلا بحضرة الآخر كما فى النهر وغيره ح (قوله فلا ينافى وجوبه) قال فى النهر : وقول الزيلعى ولكل منهما فسخه بغير محضر من صاحبه لايريد به عدم الوجوب ، إذ لاشك فى أنه خروج من المعصية والخروج منها واجب بل إفادة أنه أمر ثابت له وحده اهـ ح وضمير ينافى لتعبير المصنف باللام فى قوله ولكل وضمير وحده لكل أى يثبت لكل منهما وحده (قوله بل يجب على القاضى) أى إن لم يتفرقا (قوله وتجب العدة) ظاهر كلامهم وجوبها من وقت التفريق قضاء وديانة . وفى الفتح : يجب أن يكون هذا فى القضاء . أما إذا علمت أنها حاضت بعد آخر وطء ثلاثا ينبغى أن يحل لها التزوج فيما بينها وبين الله تعالى على قياس ماقدمنا من نقل العتابى اهـ . ومحله فيما إذا فرق بينهما . أما إذا حاضت ثلاثا من آخر وطء ولم يفارقها فليس لها التزوج اتفاقا كما أشار إليه فى غاية البيان ، وظاهر الزيلعى يوهم خلافه بحر (قوله بعد الوطء لاالخلوة) أى لاتجب بعد الخلوة المجردة عن وطء ، ووجوب العدة بعد الخلوة ولو فاسدة إنما هو فى النكاح الصحيح . وفى البحر عن الذخيرة : ولو اختلفا فى الدخول فالقول له فلا يثبت شىء من هذه الأحكام اهـ . وفيه عن الفتح : ولو كانت هذه المرأة الموطوءة أخت امرأته حرمت عليه امرأته إلى انقضاء عدتها (قوله للطلاق) متعلق بمحذوف حال من العدة ، وقوله لاللموت عطف عليه ، والمراد أن الموطوءة بنكاح فاسد سواء فارقها أو مات عنها تجب عليها العدة التى هى عدة طلاق وهى ثلاث حيض ، لاعدة موت وهى أربعة أشهر وعشر ، وهذا معنى قول المنح والبحر : والمراد بالعدة هنا عدة الطلاق . وأما عدة الوفاة فلا تجب عليها من النكاح الفاسد اهـ . ولا يصح تعلق قوله للطلاق بقوله تجب ، لأن الطلاق لايتحقق فى النكاح الفاسد بل هو متاركة كما فى البحر ، وكذا لايصح أن يراد بقوله لاللموت موت الرجل قبل الوطء ، ليفيد أنه لو مات بعده تجب عدة الموت ، لما علمت من إطلاق عبارة البحر والمنح أنها لاتجب فى النكاح الفاسد ، ولما سيأتى فى باب العدة من أنها تجب بثلاث حيض كوامل فى الموطوءة بشبهة أو نكاح فاسد فى الموت والفرقة اهـ أى إن كانت تحيض وإلا فثلاثة أشهر أو وضع الحمل فافهم (قوله من وقت التفريق) أى تفريق القاضى ، ومثله التفرق وهو فسخهما أو فسخ أحدهما ح ، وهو متعلق بتجب : أى لامن آخر الوطآت خلافا لزفر ، وهو الصحيح كما فى الهداية ، وأقره شراحها كالفتح والمعراج وغاية البيان ، وكذا صححه فى الملتقى والجوهرة والبحر . ولا يخفى تقديم مافى هذه المعتبرات على مافى مجمع الأنهر من تصحيح قول زفر وعبارة المواهب واعتبرنا العدة من وقت التفريق لامن آخر الوطآت فافهم (قوله أو متاركة الزوج) فى البزازية : المتاركة فى الفاسد بعد الدخول لاتكون إلا بالقول كخليت سبيلك أو تركتك ومجرد إنكار النكاح لايكون متاركة . أما لو أنكر وقال أيضا اذهبى وتزوجى كان متاركة والطلاق فيه متاركة لكن لاينقص به عدد الطلاق ، وعدم مجىء أحدهما إلى الآخر بعد الدخول ليس متاركة لأنها لاتحصل إلا بالقول . وقال صاحب المحيط : وقبل الدخول أيضا لايتحقق إلا بالقول اهـ . وخص الشارح المتاركة بالزوج كما فعل الزيلعى لأن ظاهر كلامهم أنها لاتكون من المرأة أصلا مع أن فسخ هذا النكاح يصح من كل منهما بمحضر الآخر اتفاقا . والفرق بين المتاركة والفسخ بعيد كذا فى البحر .

وإن لم تعلم المرأة بالمتاركة فى الأصح (ويثبت النسب) احتياطا بلا دعوة (وتعتبر مدته) وهى ستة أشهر (من الوطء، فإن كانت منه إلى الوضع أقل مدة الحمل) يعنى ستة أشهر فأكثر (يثبت) النسب (وإلا) بأن ولدته لأقل من ستة أشهر (لا) يثبت ، وهذا قول محمد وبه يفتى . وقالا : ابتداء المدة من وقت العقد كالصحيح ، ورجحه فى النهر بأنه أحوط ، وذكر من التصرفات الفاسدة إحدى وعشرين ، ونظم منها العشرة التى فى الخلاصة فقال:

وفاسد من العقود عشر ... إجارة وحكم هذا الأجر
وجوب أدنى مثل أو مسمى ... أو كله مع فقدك المسمى

وفرق فى النهر بأن المتاركة فى معنى الطلاق فيختص به الزوج . أما الفسخ فرفع العقد فلا يختص به وإن كان فى معنى المتاركة . ورده الخير الرملى بأن الطلاق لا يتحقق فى الفاسد فكيف يقال إن المتاركة فى معنى الطلاق ، فالحق عدم الفرق ، ولذا جزم به المقدسى فى شرح نظم الكنز الخ ، وتمامه فيما علقناه على البحر ، وسيأتى قبيل باب الطلاق قبل الدخول عن الجوهرة طلق المنكوحة فاسدا ثلاثا له تزوجها بلا محلل ، قال ولم يحك خلافا فهذا أيضا مؤيد لكون الطلاق لا يتحقق فى الفاسد ولذا كان غير منقص للعدد بل هو متاركة كما علمت ، حتى لو طلقها واحدة ثم تزوجها صحيحا عادت إليه بثلاث طلقات (قوله فى الأصح) هذا أحد قولين مصححين ، ورجحه فى البحر وقال إنه اقتصر عليه الزيلعى والآخر أنه شرط ، حتى لو لم يعلمها بها لا تنقضى عدتها (قوله ويثبت النسب) أما الإرث فلا يثبت فيه وكذا النكاح الموقوف ط عن أبى السعود (قوله احتياطا) أى فى إثباته لإحياء الولد ط (قوله وتعتبر مدته) أى ابتداء مدته التى يثبت فيها (قوله وهى ستة أشهر) أى فأكثر (قوله من الوطء) أى إذا لم تقع الفرقة كما يأتى بيانه (قوله يعنى ستة أشهر فأكثر) أشار إلى أن التقدير بأقل مدة الحمل إنما هو للاحتراز عما دونه لا عما زاد لأنها لو ولدته لأكثر من سنتين من وقت العقد أو الدخول ولم يفارقها فإنه يثبت نسبه اتفاقا بحر (قوله وقال الخ) تظهر فائدة الخلاف فيما إذا أتت بولد لستة أشهر من وقت العقد ولأقل منها من وقت الدخول فإنه لا يثبت نسبه على المفتى به بحر .

[تنبيه] ذكر فى الفتح أنه يعتبر ابتداء المدة من وقت التفريق إذا وقعت فرقة وإلا فمن وقت النكاح والدخول على الخلاف .

واعترضه فى البحر بأنه يقتضى أنها لو أتت بعد التفريق لأكثر من ستة أشهر من وقت العقد أو الدخول ولأقل منها من وقت التفريق أنه لا يثبت نسبه مع أنه يثبت .

وأجاب فى النهر بأن اعتبار ابتداء المدة من وقت النكاح أو الدخول معناه نفى الأقل كما مر ، واعتبارها من وقت التفريق معناه نفى الأكثر ، حتى لو جاءت به لأكثر من سنتين من وقت التفريق لا يثبت النسب اه ومثله فى شرح المقدسى .

والحاصل أنه قبل التفريق يثبت النسب ولو ولدته بعد العقد أو الدخول لأكثر من سنتين كما مر ، أما بعد التفريق فلا يثبت إلا إذا كان أقل من سنتين من حين التفريق بشرط أن لا يكون بين الولادة والعقد أو الدخول أقل من ستة أشهر (قوله ورجحه فى النهر) ترجيحه لا يعارض قول صاحب الهداية وغيره إن الفتوى على قول محمد .

والواجب الأكثر فى الكتابة ... من الذى سماه أو من قيمة
وفى النكاح المثل إن يكن دخل ... وخارج البذر لمالك أجل
والصلح والرهن لكل نقضه ... أمانة أو كالصحيح حكمه
ثم الهبه مضمونة يوم قبض ... وصح بيعه لعبد اقترض
مضاربه وحكمها الأمانة ... والمثل فى البيع وإلا القيمة

مطلب التصرفات الفاسدة

(قوله وذكر من التصرفات الفاسدة) أى التى تفسد إذا فقد منها شرط من شروط الصحة (قوله وحكم هذا) أى حكم الإجارة الفاسدة بشرط فاسد كرمة دار أو بجهالة المسمى أو بعدم التسمية أو بتسمية نحو خمر والأجر خبر حكم ، والمراد به أجر المثل ، أو المسمى فى الصورة الأولى وأجر المثل بالغا مابلغ فى الثلاثة الأخيرة ، وقد فصل ذلك بقوله وجوب أدنى مثل الخ فأدنى إما مضاف والإضافة بيانية أو غير مضاف ومثل بدل منه كما لايخفى ح (قوله والواجب الأكثر الخ) يعنى أن الكتابة الفاسدة كما إذا كاتبه على عين معينة لغيره يجب على المكاتب الأكثر من قيمته والمسمى وتاء الكتابة والقيمة مجروران ولا يوقف عليهما بالهاء لئلا تختلف القافية ح (قوله وفى النكاح) أى الفاسد بعدم الشهود مثلا مهر المثل أى بالغا مابلغ إن لم يسم مايصلح مهرا ، وإلا فالأقل من مهر المثل أو المسمى ح (قوله إن يكن دخل) أما إذا لم يدخل لا يجب شىء ح (قوله وخارج البذر) يعنى أن المزارعة الفاسدة كما إذا شرط فيها قفزان معينة لأحدهما يكون الخارج فيها لصاحب البذر . ثم إن كانت الأرض له فعليه مثل أجر العامل ، وإذا كان البذر من العامل فعليه أجر مثل الأرض ح (قوله أجل) تكملة بمعنى نعم ح (قوله والصلح والرهن) أى الصلح الفاسد بنحو جهالة البدل المصالح عليه ، والرهن الفاسد كرهن المشاع لكل من المتعاقدين نقضه ح (قوله أمانة) خبر مبتدإ محذوف عائد على كل من بدل الصلح والمرهون اللذين دل عليهما الصلح والرهن أى حينئذ يكون ما فى يد المصالح أمانة ، وكذلك المصالح عليه فى يد من هو فى يده ، وكذلك الرهن فى يد المرتهن لأن كلا قبض مال صاحبه بإذنه ، لكنه قبضه لنفسه لا لمالكه فينبغى أن يكون مضمونا عليه ، وهو ما أشار إليه بقوله أو كالصحيح حكمه ، وحكم الصحيح فى الصلح أنه مضمون عليه ببدل الصلح ، وصحيح الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين ، وينبغى أن يكون هذا هو المعتمد رحمتى .

قلت : وسيأتى فى كتاب الرهن التوفيق بأن فاسد الرهن كصحيحه إذا كان سابقا على الدين وإلا فلا ، ويأتى تمامه هناك إن شاء الله تعالى (قوله ثم الهبه) بسكون الهاء للضرورة ، يعنى أن الموهوب مضمون على الموهوب له بالقيمة يوم القبض فى الهبة الفاسدة كهبة مشاع يقسم ح لأنه قبضه لنفسه ، ومن قبض لنفسه ولو بإذن مالكه كان قبضه قبض ضمان رحمتى (قوله وصح بيعه) أى بيع المستقرض واللام لتعدية البيع ، وقوله اقترض نعت لعبد وفاعله مستتر عائد على المستقرض ومفعوله محذوف عائد على العبد ، يعنى إذا استقرض عبدا كان قرضا فاسدا لأنه قيمى يفيد الملك فيصح بيعه ح . وقال ط : اللام فى لعبد زائدة (قوله مضاربه) بسكون الهاء للضرورة يعنى أن المضاربة الفاسدة بنحو اشتراط عمل رب المال حكمها الأمانة : أى يكون مال المضاربة فى يد المضارب أمانة ح أى لأنه قبضها لمالكها بإذنه ، وما كان كذلك فهو أمانة ، ولأنه لما فسدت صار المضارب أجيرا والمال فى يد الأجير أمانة رحمتى (قوله والمثل فى البيع) أى الواجب فى البيع الفاسد بنحو شرط لا يقتضيه العقد ضمان مثل

. . . .

المقبوض الهالك إن كان مثليا وقيمته إن كان قيميا وتاء الأمانة والقيمة مرفوعان ولا يوقف عليهما بالسكون لما مرح .

وأما بقية الإحدى والعشرين فقال فى النهر : وبقى من التصرفات الفاسدة : الصدقة والخلع والشركة والسلم والكفالة والوكالة والوقف والإقالة والصرف والوصية والقسمة :

أما الصدقة ففى جامع الفصولين أنها كالهبة الفاسدة مضمونة بالقبض . وأما الخلع ، فحكمه أنه إذا بطل العوض فيه وقع بائنا ، وذلك كالخلع على خمر أو خنزير أو ميتة . وأما الشركة وهى المفقود منها شرطها ، مثل أن يجعل الربح فيها على قدر المال كما فى المجمع ، ولا ضمان عليه لو هلك المال فى يده كما فى جامع الفصولين . وأما السلم ، وهو مافقد فيه شرط من شرائط الصحة فحكم رأس المال فيه كالمغصوب ، فيصح فيه أن يأخذ به مابدا له يدا بيد كذا فى الفصول . وأما الكفالة كما إذا جهل المكفول عنه مثلا كقوله مابايعت أحدا فعلىّ ، فحكمها عدم الوجوب عليه ورجع بما أداه حيث كان الضمان فاسدا كذا فى الفصول أيضا . وأما الوكالة والوقف والإقالة والصرف والوصية فالظاهر أنهم لم يفرقوا بين فاسدها وباطلها ، وصرحوا بأن الإقالة كالنكاح لايبطلها الشرط الفاسد ، وقد عرف أنه لافرق بين فاسده وباطله ، وقالوا : لو وقعت الإقالة بعد القبض بعد ماولدت الجارية فهى باطلة اه .

أقول : وما عزاه إلى المجمع فى قوله وأما الشركة الخ فغير موجود فيه ولم نر أحدا قاله ، بل تجوز الشركة مع التساوى فى الربح وعدمه ، فالصواب أن يمثل بالتى شرط فيها دراهم مسماة لأحدهما فإنه مفسد لها ، وحكم الفاسدة أن يجعل الربح فيها على قدر المال وإن شرط التفاضل ، وهذا هو الذى فى المجمع وغيره فافهم ، وذكر القسمة ولم يتعرض لحكمها ، وسيذكر المصنف والشارح فى بابها أن المقبوض بالقسمة الفاسدة كقسمة على شرط هبة أو صدقة أو بيع من المقسوم أوغيره يثبت الملك فيه ويفيد جواز التصرف فيه لقابضه ويضمنه بالقيمة كالمقبوض بالشراء الفاسد . وقيل لايثبت ، وجزم بالقيل فى الأشباه ، وبالأول فى البزازية والقنية اه . وما ذكره فى النكاح من عدم الفرق بين فاسده وباطله قد علمت مافيه :

هذا ، وقد زاد الرحمتى الحوالة ونظم حكمها مع حكم مازاد على العشرة تكميلا لنظم النهر على الترتيب المذكور فقال :

صدقة كهبة سواء	والخلع بائن ولا جزاء
إن شرط الخمر أو الخنزير أو	لميتة بدله كذا رأوا
بقدر مال ربح شركة فسد	كان لقطع شركة الربح قصد
ولا ضمان بهلاك المال	فى يده حزت ذرا المعالى
وسلم بعض شروطه فقد	ففاسد كما من الفقه شهد
ورأس مال فيه كالمغصوب عد	فخذ به ماشئت إن يدا بيد
كفالة المجهول مفسد لها	فارجع بما أديت إن خب ودهى
إذا بنى الدفع على الكفاله	ولا رجوع إن يرد وفاله
وفاسد القسمة إن شرط نمى	لايقتضيه العقد ياهذا الكمى
فيملك المقسوم بالقيمة إن	يقبض وقيل لافقد فاز الفطن

(و) الحرة (مهر مثلها) الشرعى (مهر مثلها) اللغوى : أى مهر امرأة تماثلها (من قوم أبيها) لا أمها إن لم تكن من قومه كبنت عمه .

وفى الخلاصة : ويعتبر بأخواتها وعماتها ، فإن لم يكن فبنت الشقيقة وبنت العم انتهى ومفاده اعتبار الترتيب فليحفظ .

وكالة وصاية والوقف ... إقالة ياصاح ثم الصرف
لافرق فيها بين ماقد فسدا ... وبين باطل هديت الرشدا
حوالة بشرط أن يؤدى ... من بيع دار للمحيل يردى
فإن يؤدى المال فهو راجع ... على المحيل أو محال خاشع

وقوله فخذ به ماشئت الخ أى له أن يستبدل برأس مال السلم الفاسد بخلاف الصحيح . لكن بشرط أن يكون يدا بيد لئلا ينفصل عن دين بدين ، وقوله إذا بنى الدفع على الكفالة الخ أى لو ظن لزومها له فأداه عما كفله وقال هذا ماكفلت لك به رجع عليه ، لأنه أداه ماليس بلازم عليه على زعم لزومه كما لو قضاه دينه ثم تبين أن لادين عليه ، وأما إذا قال خذ هذا وفاء عمالك فى ذمته فلا يرجع عليه لأن من قضى دين غيره بلا أمره لارجوع له على أحد (قوله والحرة) احترز بها عن الأمة كما يأتى .

مطلب فى بيان مهر المثل

(قوله مهر مثلها) مبتدأ خبره قوله مهر مثلها ، ولا يلزم الإخبار عن الشيء بنفسه لما أشار إليه من اختلافهما شرعا ولغة ، ولأن الثانى مقيد بقوله من قوم أبيها .

ثم اعلم أن اعتبار مهر المثل المذكور حكم كل نكاح صحيح لاتسمية فيه أصلا أو سمى فيه ماهو مجهول ، أو مالا يحل شرعا ، وحكم كل نكاح فاسد بعد الوطء سمى فيه مهر أولا .

وأما المواضع التى يجب فيها المهر بسبب الوطء بشبهة فليس المراد بالمهر فيها مهر المثل المذكور هنا لما فى الخلاصة أن المراد به العقر ، وفسره الاسبيجابى بأنه ينظر بكم تستأجر للزنى لو كان حلالا يجب ذلك القدر ، وكذا نقل عن مشايخنا فى شرح الأصل للسرخسى اهـ . وظاهره أنه لافرق بين الحرة والأمة . ويخالفه مافى المحيط : لو زفت إليه غير امرأته فوطئها لزمه مهر مثلها إلا أن يحمل على العقر المذكور توفيقا بحر (قوله لا أمها) المقصود أنه لااعتبار للأم وقومها مع قوم الأب ، لا أنها لاتعتبر أصلا حتى تكون أدنى حالا من الأجانب ط عن البرجندى .

قلت : لكن الأم قد تكون من قبيلة لاتماثل قبيلة الأب ، والمعتبر من الأجانب من كانت من قبيلة تماثل قبيلة الأب على مايأتى ، فمن كانت كذلك فهى أعلى حالا من الأم فافهم (قوله كبنت عمه) مثال للمنفى ح أى المنفى فى قوله إن لم تكن من قومه ، والضمير فيهما للأب ، فالأم إذا كانت بنت عم الأب كانت من قوم الأب وقول الدرر كبنت عمها سبق قلم أو مجاز (قوله ومفاده اعتبار الترتيب) كذا فى البحر والنهر ، لكن قال فى البحر بعده وظاهر كلامهم خلافه اهـ .

قلت : وتظهر الثمرة فيما لو ساوتها أختها وبنت عمها مثلا فى الصفات المذكورة واختلف مهراهما ، فعلى مافى الخلاصة تعتبر الأخت . وأما على ظاهر كلامهم فيشكل

وتعتبر المماثلة فى الأوصاف (وقت العقد سنا وجمالا ومالا وبلدا وعصرا وعقلا ودينا وبكارة وثيوبة وعفة وعلما وأدبا وكمال خلق) وعدم ولد . ويعتبر حال الزوج أيضا ، ذكره الكمال

وقد قال فى البحر : ولم أر حكم ماإذا ساوت المرأة امرأتين من أقارب أبيها مع اختلاف مهرهما ، هل يعتبر بالمهر الأقل أو الأكثر ؟ وينبغى أن كل مهر اعتبره القاضى وحكم به فإنه يصح لقلة التفاوت اه وفيه أنه قد يكون التفاوت كثيرا .

وقال الخير الرملى : نص علماؤنا على أن التفويض لقضاة العهد فساد : والذى يقتضيه نظم الفقيه اعتبار الأقل للتيقن به اه .

قلت : ويظهر لى أنه ينظر فى مهر كل من هاتين المرأتين ، فمن وافق مهرها مهر مثلها تعتبر ، إذ يمكن أن يكون حصل فى مهر إحداهما محاباة من الزوج أو الزوجة تأمل (قوله فى الأوصاف) الأولى حذفه لإغناء قوله سنا الخ عنه مع احتياجه مع تكلف فى الإعراب (قوله وقت العقد) ظرف لمثلها الثانية بالنظر للمتن ، ولتعتبر بالنظر للشارح اه ح .

والمعنى أنه إذا أردنا أن نعرف مهر مثل امرأة تزوجت بلا تسمية مثلا ننظر إلى صفاتها وقت تزوجها من سن وجمال الخ وإلى امرأة من قوم أبيها كانت حين تزوجت فى السن والجمال الخ مثل الأولى ، ولا عبرة بما حدث بعد ذلك فى واحدة منهما من زيادة جمال ونحوه أو نقص أفاده الرحمتى (قوله سنا) أراد به الصغر أو الكبر بحر ، ومثله فى غاية البيان . وظاهره أنه ليس المراد تحديد السن بالعدد كعشرين سنة مثلا ، بل مطلق الصغر أو الكبر فيما لا يعتبر فيه التفاوت عرفا فبنت عشرين مثل بنت ثلاثين ، ولذا قال فى المعراج : لأن مهر المثل يختلف باختلاف هذه الأوصاف ، فإن الغنية تنكح بأكثر ماتنكح به الفقيرة ، وكذا الشابة مع العجوز ، والحسناء مع الشوهاء اه . وظاهره أن بقية الصفات كذلك ، فيعتبر المماثلة فى أصل الصفة احترازا عن ضدها لا عن الزيادة فيها (قوله وجمالا) وقيل لايعتبر الجمال فى بيت الحسب والشرف بل فى أوساط الناس ، وهذا جيد فتح . والظاهر اعتباره مطلقا بحر ، وكذا رده فى النهر باطلاق عبارة الكنز وغيره :

قلت : ووجهه أن الكلام فيمن كانت من قوم أبيها ، فإذا ساوت إحداهما الأخرى فى الحسب والشرف وزادت عليها فى الجمال كانت الرغبة فيها أكثر (قوله وبلدا وعصرا) فلو كانت من قوم أبيها لكن اختلف مكانهما أو زمانهما لايعتبر بمهرها ، لأن البلدين تختلف عادة أهلهما فى غلاء المهر ورخصه ، فلو زوجت فى غير البلد الذى زوّج فيه أقاربها لا يعتبر بمهورهن فتح ، ومثله فى كافى الحاكم الذى هو جمع كتب محمد ، حيث قال : ولا ينظر إلى نسائها إذا كن من غير أهل بلدها لأن مهور البلدان مختلفة اه . ومقتضى هذا أنه لابد من اعتبار الزمان والمكان وإن قلنا بالاكتفاء ببعض هذه الصفات على مايأتى فافهم (قوله وعقلا) هو قوة مميزة بين الأمور الحسنة والقبيحة ، أو هيئة محمودة للإنسان فى مثل حركاته وسكناته كما فى كتب الأصول ، وهو بهذا المعنى شامل لما شرطه فى التتف من العلم والأدب والتقوى والعفة وكمال الخلق قهستانى (قوله ودينا) أى ديانة وصلاحا قهستانى (قوله وعدم ولد) أى إن كان من اعتبر لها المهر كذلك وإن كان لها ولد اعتبر مهر مثلها بمهر من لها ولد ط (قوله ذكره الكمال) أى نقلا عن المشايخ ، وفسره بأن يكون زوج هذه كأزواج أمثالها من نسائها فى المال والحسب وعدمهما اه أى وكذا فى بقية الصفات ، فإن الشاب والمتقى مثلا يزوج بأرخص من الشيخ والفاسق

قال : ومهر الأمة بقدر الرغبة فيها (ويشترط فيه) أى فى ثبوت مهر المثل لما ذكر (إخبار رجلين أو رجل وامرأتين ولفظ الشهادة) فإن لم يوجد شهود عدول فالقول للزوج بيمينه ، وما فى المحيط من أن للقاضى فرض المهر حمله فى النهر على ما إذا رضيا بذلك

كما فى البحر والنهر (قوله ومهر الأمة الخ) قدمنا الكلام عليه أول الباب . قال ح : دخل فى إطلاقه ما إذا كان لها قوم أب ، كما إذا تزوج حر أمة رجل ولم يشترط الحرية فبنته أمة ، وهى وإن كانت من قوم أبيها لكن خالفتهم فى الحرية فلم تحصل المماثلة (قوله أى فى ثبوت مهر المثل) أشار إلى أن ضمير فيه عائد إلى مهر المثل بتقدير مضاف وهو ثبوت (قوله لما ذكر) علة لثبوت مهر المثل ، والمراد بما ذكر المماثلة سنا وما عطف عليه . وأشار به إلى أنه لابد من الشهادة على الأمرين : المماثلة بينهما ، وأن مهر الأولى كان كذا ح . وفى بعض النسخ بما ذكر ، فالباء للسببية : أى لثبوته بسبب ماذكر من المماثلة فى الأوصاف (قوله شهود عدول) أشار إلى اشتراط العدالة مع العدد لأن المقصود إثبات المال والشرط فيه ذلك (قوله فالقول للزوج) لأنه منكر للزيادة التى تدعيها المرأة (قوله وما فى المحيط الخ) جواب عما ذكره فى البحر من المخالفة بين ما فى الخلاصة والمنتقى ، وهو مامر من اشتراط الشهادة المذكورة ، وبين ما فى المحيط حيث قال : فإن فرض القاضى أو الزوج بعد العقد جاز ، لأنه يجرى ذلك مجرى التقدير لما وجب بالعقد من مهر المثل زاد أو نقص ، لأن الزيادة على الواجب صحيحة والحط عنه جائز اه .

ووجه المخالفة أن ظاهر مامر أنه لايصح القضاء بمهر المثل بدون الشهادة أو الإقرار من الزوج . وأجاب فى النهر بأن ما فى المحيط ينبغى أن يحمل على ما إذا رضيا بذلك وإلا فالزيادة على مهر المثل عند إبائه والنقص عنه عند إبائها لايجوز اه .

أقول : قدمنا عن البدائع عند قول المصنف : وما فرض بعد العقد أو زيد لاينصف أن مهر المثل يجب بنفس العقد بدليل أنها لو طلبت الفرض من الزوج يلزمه ، ولو امتنع يجبره القاضى عليه ، ولو لم يفعل ناب منابه فى الفرض اه فهذا صريح فى أن المراد فرض مهر المثل وإن فرض القاضى عند عدم التراضى . فلا يصح حمل ما فى المحيط على ماذكره فى النهر . وأما قول المحيط زاد أو نقص الخ فينبغى حمله على صورة فرض الزوج إذا رضيت بها .

وبيان ذلك على وجه تندفع به المخالفة أنك قد علمت أن مهر المثل إنما يجب بالنظر إلى من يساويها من قوم أبيها ، وقد علمت أيضا أنه لايثبت إلا بشاهدين ، فإذا تزوجت بلا مهر وطلبت من الزوج أن يفرض لها مهر مثلها فامتنع ورافعته إلى القاضى وأتت بشاهدين شهدا بأن فلانة من قوم أبيها تساويها فى الصفات المذكورة وأنها تزوجت بكذا يحكم لها القاضى بمثل مهر فلانة المذكورة بلا زيادة ولا نقص ؛ وإنما يمكن الزيادة والنقص عند فرض الزوج بالتراضى كما قلنا .

وإذا كان فرض القاضى مبنيا على ما قلنا من الشهادة المذكورة تندفع المخالفة التى ادعاها فى البحر ، لأنه لامسوغ لحمل ما فى المحيط ، على أن القاضى يفرض لها مهرا برأيه ويلزم أحدهما بالزيادة أو النقص بلا رضاه مع إمكان المصير إلى الواجب لها شرعا عند وجود من يساويها فى الصفات من قوم أبيها ، وإن كان المراد حمل كلام المحيط على حكم القاضى عند عدم وجود من يساويها من قوم أبيها ومن الأجانب فلا يخالف ما فى الخلاصة والمنتقى أيضا لأن كلامهما فى مهر المثل وهو لايكون إلا عند وجود المماثل ، فيتوقف ثبوته على الشهادة أو الإقرار . أما عند عدم المماثل يكون تقديريا لمهر المثل جاريا مجراه لاعينه ؛ فينظر فيه القاضى نظر تأمل واجتهاد ، فيحكم به بدون شهود وإقرار من الزوج ، فموضوع الكلامين مختلف كما لايخفى ؛ وعلى هذا لايتأتى أيضا فيه زيادة أو نقصان

(فإن لم يوجد من قبيلة أبيها فمن الأجانب) أى فمن قبيلة تماثل قبيلة أبيها (فإن لم يوجد فالقول له) أى للزوج فى ذلك بيمينه كما مر :

(وصح ضمان الولى مهرها ولو) المرأة (صغيرة) ولو عاقدا لأنه سفير ،

إذ لا يمكن ذلك إلا عند وجود المماثل ، ولكن حمل كلام المحيط على ماذكر ينافيه ماقدمناه عن البدائع من أن المراد الحكم بمهر المثل ، وكذا ماذكره قريبا عن الصيرفية من أنه إذا عدم المماثل لايعطى لها شىء ، ولا يمكن حمله على حالة التراضى ، لما علمت من كلام البدائع ولأنه عند وجود التراضى يستغنى عن الترافع إلى القاضى وعند عدم وجود الشاهدين ، فالقول للزوج بيمينه كما مر ويأتى فيحكم لها القاضى بما يحلف عليه فاغتنم هذا التحرير والله الموفق (قوله فإن لم يوجد) أى من يماثلها فى الأوصاف المذكورة كلها أو بعضها بحر ، ومقتضاه الإكتفاء ببعض هذه الأوصاف ؛ وبه صرح فى الاختيار بقوله فان لم يوجد ذلك كله فالذى يوجد منه لأنه يتعذر اجتماع هذه الأوصاف فى امرأتين ؛ فيعتبر بالموجود منها لأنها مثلها اه . ومثله فى شرح المجمع لابن ملك وغرر الأذكار وهو موجود فى بعض نسخ الملتقى .

قلت : لكن يشكل عليه اتفاق المتون على ذكر معظم هذه الأوصاف وتصريح الهداية بأن مهر المثل يختلف باختلاف هذه الأوصاف وكذا يختلف باختلاف الدار والعصر اه إذ لاشك أن الرغبة فى البكر الشابة الجميلة الغنية أكثر من الثيب العجوز الشوهاء الفقيرة وإن تساوتا فى العقل والدين والعلم والأدب وغيرها من الأوصاف ؛ فكيف يقدر مهر إحداهما بمهر الأخرى مع هذا التفاوت ؛ وقولهم لأنه يتعذر اجتماع هذه الأوصاف فى امرأتين مسلم لو التزمنا اعتبارها فى قوم الأب فقط :

أما عند اعتبارها من الأجانب أيضا فلا على أنه لو فرض عدم الوجود يكون القول للزوج كما ذكره المصنف بعد وإن امتنع يرفع الأمر للقاضى ليقدر لها مهرا على مامر ؛ لكن فى البحر عن الصيرفية : مات فى غربة وخلف زوجتين غريبتين تدعيان المهر ولا بينة لهما وليس لهما أخوات فى الغربة قال يحكم بجمالها بكم ينكح مثلهما؟ قيل له يختلف بالبلدان قال إن وجد فى بلدهما يسأل وإلا فلا يعطى لهما شىء اه أى لعدم إمكان الحلف بعد الموت لكن فيه أن ورثة الزوج تقوم مقامه فتأمل .

[تنبيه] جرى العرف فى كثير من قرى دمشق بتقدير المهر بمقدار معين لجميع نساء أهل القرية بلا تفاوت فينبغى أن يكون ذلك عند السكوت عنه بمنزلة المذكور المسمى وقت العقد ، لأن المعروف كالمشروط ، وحينئذ فلا يسأل عن مهر المثل ، والله تعالى أعلم :

مطلب فى ضمان الولى المهر

(قوله وصح ضمان الولى مهرها) أى سواء كان ولى الزوج أو الزوجة صغيرين كانا أو كبيرين ، أما ضمان ولى الكبير منهما فظاهر ، لأنه كالأجنبى . ثم إن كان بأمره رجع وإلا لا .

وأما ولى الصغيرين فلأنه سفير ومعبر ، فإذا مات كان لها أن ترجع فى تركته ، ولباقى الورثة الرجوع فى نصيب الصغير خلافا لزفر ، لأن الكفالة صدرت بأمر معتبر من المكفول عنه لثبوت ولاية الأب عليه ، فإذن الأب إذنه منه معتبر ، وإقدامه على الكفالة دلالة ذلك من جهته نهر عن الفتح (قوله ولو عاقدا) أى ولو كان هو الذى باشر عقد النكاح بالولاية عليها أو عليه أو عليهما فافهم (قوله لأنه سفير) تعليل لقوله صح بالنسبة لما إذا كانا

لكن بشرط صحته ؛ فلو فى مرض موته وهو وارثه لم يصح ، وإلا صح من الثلث ، وقبول المرأة أو غيرها فى مجلس الضمان (وتطالب أيا شاءت) من زوجها البالغ ، أو الولى الضامن (فإن أدى رجع على الزوج إن أمر) كما هو حكم الكفالة (ولا يطالب الأب بمهر ابنه الصغير الفقير) أما الغنى فيطالب أبوه بالدفع من مال ابنه لامن مال نفسه (إذا زوّجه امرأة إلا إذا ضمنه) على المعتمد

صغيرين أو أحدهما ، ويصلح جوابا عما يقال لو كان الضامن ولى الصغيرة يلزم أن يكون مطالبا ومطالبا لأن حق المطالبة له ، ولذا لو باع لها شيئا ثم ضمن الثمن عن المشترى لم يصح .

والجواب أنه فى النكاح سفير ومعبر عنها فلاترجع الحقوق إليه ، وفى البيع أصيل وولاية قبض المهر له بحكم الأبوة لاباعتبار أنه عاقد ، ولذا لايملك قبضه بعد بلوغها إذا نهته بخلاف البيع ، وتمامه فى الفتح (قوله لكن) استدراك على قوله وصح (قوله بشرط صحته) أى الولى (قوله وهو) أى المكفول عنه والمكفول له ط (قوله وارثه) أى وارث الولى كأن يكون الولى أبا الزوج أو أبا الزوجة (قوله لم يصح) لأنه تبرع لوارثه فى مرض موته فتح زاد فى البحر عن الذخيرة : وكذا كل دين ضمنه عن وارثه أو لوارثه اهـ . أى لأنه بمنزلة الوصية لوارثه .

لايقال : إنه لا تبرع من الكفيل بشىء ، فإنه لو مات قبل الأداء ترجع المرأة فى تركته ويرجع باقى الورثة فى نصيب الابن لو كفله الأب بأمره أو كان صغيرا كما قدمناه . لأنا نقول : رجوع باقى الورثة على المكفول عنه لا يخرج الكفالة عن كونها تبرعا ابتداء ، لأنه قد يهلك نصيبه وهو مفلس أو قد لا يمكنهم الرجوع ، ويدل على ذلك أيضا أن كفالة المريض لأجنبى تعتبر من الثلث ، ولو لم تكن تبرعا لصحت من كل المال كباقى تبرعاته بل أبلغ من هذا أنه لو باع وارثه شيئا من ملكه بمثل القيمة أو أقل أو أكثر فالبيع باطل حتى لا تثبت به الشفعة خلافا لهما كما فى المجمع فافهم (قوله وإلا) أى وإن لم يكن المكفول له أو عنه وارث الولى الكافل ، بأن كان ابن ابنه الحى أو بنت عمه ط (قوله صح) أى الضمان من الثلث كما صرحوا به فى ضمان الأجنبى بحر : أى إن كان مال الكفالة قدر ثلث تركته صح ، وإن كان أكثر منه صح بقدر الثلث ، لأن الكفالة تبرع ابتداء كما قلنا (قوله وقبول المرأة) عطف على صحته ، وهذا إذا كانت المرأة بالغة ح . (قوله أو غيرها) وهو وليها أوفضولى غيره كما سيأتى فى كتاب الكفالة ، ولذا قال فى البحر ولابد من قبولها أو قبول قابل فى المجلس فافهم . قال ح : وهذا فيما إذا كانت صغيرة والكفيل ولى الزوج ، أما إذا كان وليها فإيجابه يقوم مقام القبول كما فى النهر (قوله فى مجلس الضمان) لأن شطر العقد لا يتوقف على قبول غائب على المذهب ط (قوله أو الولى الضامن) سواء كان وليه أو وليها ح ، وقيد بالضامن لأن الكلام فيه ولأنه لا يطالب بلا ضمان على ما يذكره قريبا (قوله إن أمر) أى إن أمر الزوج بالكفالة . وأفاد أنه لو ضمن عن ابنه الصغير وأدى لايرجع عليه للعرف بتحمل مهور الصغار إلا أن يشهد فى أصل الضمان أنه دفع ليرجع فتح ، ويأتى تمامه (قوله بمهر ابنه) أى مهر زوجة ابنه أو المهر الواجب على ابنه (قوله إذا زوجه امرأة) مرتبط بقوله ولا يطالب الأب الخ لأن المهر مال يلزم ذمة الزوج ولا يلزم الأب بالعقد ، إذ لو لزمه لما أفاد الضمان شيئا بحر (قوله على المعتمد) مقابله مافى شرح الطحاوى والتتمة أن لها مطالبة أبى الصغير ضمن أو لم يضمن . قال فى الفتح : والمذكور فى المنظومة أن هذا قول مالك ونحن نخالفه : ثم قال فى الفتح وهذا هو المعول عليه .

قلت : ومثل مافى المنظومة فى المجمع ودرر البحار وشروحهما . وفى مواهب الرحمن : لو زوج طفله الفقير لا يلزمه المهر عندنا . وأجاب فى البحر عما ذكره شارح الطحاوى بحمله على ما إذا كان للصغير مال ، بدليل

(كما فى النفقة) فإنه لايؤخذ بها إلا إذا ضمن ، ولارجوع للأب إلا إذا أشهد على الرجوع عند الأداء

أنه فى المعراج ذكر ما فى شرح الطحاوى . ثم ذكر أن المهر لايلزم أبا الفقير بلا ضمان ، فتعين كون الأول فى الغنى .

قلت : وأصرح من هذا مافى العناية حيث قال ناقلا عن شرح الطحاوى : إن الأب إذا زوج الصغير امرأة فللمرأة أن تطلب المهر من أبى الزوج ، فيؤدى الأب من مال ابنه الصغير وإن لم يضمن الخ . وعلى هذا فقول الشارح على المعتمد لا محل له (قوله كما فى النفقة) أى أنه لايؤاخذ أبو الصغير بالنفقة إلا إذا ضمن ، كذا ذكره المصنف فى المنح عن الخلاصة .

وفى الخانية وإن كانت كبيرة وليس للصغير مال لا تجب على الأب نفقتها ويستدين الأب عليه ثم يرجع على الابن إذا أيسر اه .

وفى كافى الحاكم : فإن كان صغيرا لامال له لم يؤاخذ أبوه بنفقة زوجته إلا أن يكون ضمنها اه . ومثله فى الزيلعى وغيره .

قلت : وهو مخالف لما سيذكره الشارح فى باب النفقة فى الفروع حيث قال وفى المختار والملتقى ، ونفقة زوجة الابن على أبيه إن كان صغيرا فقيرا أو زمنا اه . اللهم إلا أن يحمل ماسيأتى على أنه يؤمر بالانفاق ليرجع بما أنفقه على الابن إذا أيسر ، كما قالوا فى الابن الموسر إذا كانت أمه وزوجها معسرين يؤمر بالإنفاق على أمه ويرجع بها على زوجها إذا أيسر ، ويؤيده عبارة الخانية المذكورة فليتأمل (قوله ولا رجوع للأب الخ) أى لو أدى الأب المهر من مال نفسه لا رجوع له على ابنه الصغير . قيل لأن الكفيل لا رجوع له إلا بالأمر ولم يوجد ، لكن قدمنا أن إقدامه على كفالته بمنزلة الأمر لثبوت ولايته عليه . ولهذا لو ضمنه أجنبى بإذن الأب يرجع ، فكذا الأب ، نعم ذكر فى غاية البيان رجوع الأب لما ذكر . وفى الإستحسان : لارجوع له لتحمله عنه عادة بلا طمع فى الرجوع والثابت بالعرف كالثابت بالنص إلا إذا شرط الرجوع فى أصل الضمان فيرجع ، لأن الصريح يفوق الدلالة أعنى العرف ، بخلاف الوصى فإنه يرجع لعدم العادة فى تبرعه . فصار كبقية الأولياء غير الأب اه . فعدم الرجوع بلا إشهاد مخصوص بالأب . ومقتضى هذا رجوع الأم أيضا حيث لا عرف إذا كانت وصية وكفلته ، أما بدون ذلك فقد صار حادثة الفتوى فى صبى زوّجه وليه ودفعت أمه عنه المهر وهى غير وصية عليه ثم بلغ فأرادت الرجوع عليه . وينبغى فى هذه الحادثة عدم الرجوع لإيفائها دين الصبى بلا إذن ولا ولاية ، ولا سيما على القول الآتى من اشتراط الإشهاد فى غير الأب أيضا تأمل . وفى البزازية إذا أشهد أى الأب عند الأداء أنه أدى ليرجع رجع وإن لم يشهد عند الضمان اه .

والحاصل أن الإشهاد عند الضمان أو الأداء شرط الرجوع كما فى البحر . وقيده فى الفتح بما إذا كان الصغير فقيرا واعترضه فى النهر بما مر عن غاية البيان أى من حيث أنه مطلق مع عموم التعليل بالعرف .

وقد يقال : إن مافى الفتح مبنى على عدم اطراد العرف إذا كان الصغير غنيا فله الرجوع وإن لم يشهد ولاسيما لو كان الأب فقيرا فتأمل .

وبقى ما لو دفع بلا ضمان ، ومقتضى التعليل بالعادة أنه لا فرق ، فيرجع إن أشهد وإلا لا ، وسيذكر الشارح فى آخر باب الوصى .

ولو اشترى لطفله ثوبا أو طعاما وأشهد أنه يرجع به عليه يرجع به لو له مال وإلا لا لوجوبها عليه ح . ومثله

(ولها منعه من الوطء)ودواعيه شرح مجمع (والسفر بها ولو بعد وطء وخلوة رضيتهما) .لأن كل وطأة معقود عليها ، فتسليم البعض لايوجب تسليم الباقي

لو اشترى له دارا أو عبدا يرجع سواء كان له مال أولا ، وإن لم يشهد لايرجع كذا عن أبي يوسف وهو حسن يجب حفظه اهـ .

قلت وحاصله الفرق بين الطعام والكسوة وبين غيرهما ، ففي غيرهما لايرجع إلا إذا أشهد سواء كان الصغير فقيرا أولا ، وكذا فيهما إن كان الصغير غنيا . أما لو فقيرا فلا رجوع له وإن أشهد لوجوبهما عليه ، بخلاف نحو الدار والعبد ومقتضى هذا أن المهر بلا ضمان كالدار والعبد لعدم وجوبه عليه : فله الرجوع عليه إن أشهد ولو فقيرا ، وإلا فلا وهذا يؤيد ما في النهر فتدبر .

هذا وسنذكر هناك اختلاف القولين في أن الوصي لو أنفق من ماله على قصد الرجوع هل يشترط الإشهاد أم لا ، والاستحسان الأول . وعليه فلا فرق بينه وبين الأب . فما مر عن غاية البيان من قوله بخلاف الوصي يبنى على القول الآخر ، والله تعالى أعلم .

وشمل الرجوع بعد الإشهاد ما لو أدى بعد بلوغ الابن كما في الفيض . وفيه أن هذا : أي اشتراط الإشهاد إذا لم يكن للصبي دين على أبيه ، فلو على الأب دين له فأدى مهر امرأته ولم يشهد ثم ادعى أنه أداه من دينه الذي عليه صدق ، ولو كان الابن كبيرا فهو متبرع لأنه لايملك الأداء بلا أمره اهـ .

[تنبيه] اشتراط الإشهاد لرجوع الأب لاينافيه ماقدمناه ، من أنه لو مات وأخذت الزوجة مهرها من تركته فلباقي الورثة الرجوع في نصيب الصغير ، لما علمت من أنه صار كفيلا بالأمر دلالة ، والكفيل بأمر المكفول عنه يرجع بما أدى ، وإنما لم يرجع لو أدى بنفسه بلا إشهاد للعادة بأنه يؤدي تبرعا . أما إذا لم يدفع بنفسه وأخذت الزوجة من تركته لم يوجد التبرع منه ، فلذا يرجع باقي الورثة في نصيب الصغير من التركة .

[فرع] في الفيض : ولو أعطى ضيعة بمهر امرأة ابنه ولم تقبضها حتى مات الأب فباعتها المرأة لم يصح إلا إذا ضمن الأب المهر ثم أعطى الضيعة به فحينئذ لاحاجة إلى القبض .

مطلب في منع الزوجة نفسها لقبض المهر

(قوله ولها منعه الخ) وكذا لولي الصغيرة المنع المذكور حتى يقبض مهرها وتسليمها نفسها غير صحيح فله استردادها ، وليس لغير الأب والجد تسليمها قبل قبض المهر ممن له ولاية قبضه ، فإن سلمها فهو فاسد ، وأشار إلى أنه لايحل له وطؤها على كره منها إن كان امتناعها لطلب المهر عنده . وعندهما يحل كما في المحيط . بحر . وينبغي تقييد الخلاف بما إذا كان وطئها أو لابرضاها ، أما إذا لم يطأها ولم يخل بها كذلك فلا يحل اتفاقا نهر (قوله ودواعيه الخ) لم يصرح به في شرح المجمع ، وإنما قال لها أن تمنعه من الاستمتاع بها ، فقال في النهر إنه يعم الدواعي ط (قوله والسفر) الأولى التعبير بالإخراج كما عبر في الكنز ليعم الإخراج من بيتها كما قاله شارحوه ط (قوله وخلوة) يعلم حكمها من الوطء بالأولى ، وإنما تظهر فائدة ذكرها على قولها الآتي (قوله رضيتهما) وكذا لو كانت مكرهة أو صغيرة أو مجنونة بالأولى وهو بالاتفاق . أما مع الرضا ، فعندهما ليس لها المنع وتكون به ناشزة لانفقة لها أي إلا أن تمنعه من الوطء وهي في بيته بحر بحثا ، أخذا مما صرحوا به في النفقات أن ذلك ليس بنشوز بعد أخذ المهر

(لأخذ مابين تعجيله) من المهر كله أو بعضه (أو) أخذ (قدر مايعجل لمثلها عرفا) به يفتى ، لأن المعروف كالمشروط (إن لم يؤجل) أو يعجل (كله) فكما شرط ، لأن الصريح يفوق الدلالة إلا إذا جهل الأجل جهالة فاحشة فيجب حالا غاية : إلا التأجيل لطلاق أو موت فيصح للعرف بزازية . وعن الثانى لها منعه إن أجله كله ،

(قوله لأخذ مابين تعجيله) علة لقوله ولها منعه ، أو غاية له واللام بمعنى إلى ، فلو أعطاها المهر إلا درهما واحدا فلها المنع ، وليس له استرجاع ماقبضت هندية عن السراج ه

وفى البحر عن المحيط : لو أحالت به رجلا على زوجها لها الامتناع إلى أن يقبض المحتال لالو أحالها به الزوج اه وأشار إلى أن تسليم المهر مقدم سواء كان عينا أو دينا ، بخلاف البيع والثمن عين فإنهما يسامان معا ، لأن القبض والتسليم معا متعذر هنا ، بخلاف البيع كما فى النهر عن البدائع ، وتمامه فيه ؛ لكن فى الفيض : لو خاف الزوج أن يأخذ الأب المهر ولا يسلم البنت يؤمر الأب بجعلها مهيأة للتسليم ثم يقبض المهر (قوله أو أخذ قدر مايعجل لمثلها عرفا) أى إن لم يبين تعجيله أو تعجيل بعضه فلها المنع لأخذ مايعجل لها منه عرفا .

وفى الصيرفية : الفتوى على اعتبار عرف بلدهما من غير اعتبار الثلث أو النصف . وفى الخانية : يعتبر التعارف لأن الثابت عرفا كالثابت شرطا .

قلت : والمتعارف فى زماننا فى مصر والشام تعجيل الثلثين وتأجيل الثلث ، ولا تنس ماقدمناه عن الملتقط من أن لها المنع أيضا للمشروط عادة كالخف والمكعب وديباج اللفافة ودراهم السكر كما هو عادة سمرقند ، فإنه يلزم دفعه على من صدق العرف من غير تردد فى إعطاء مثلها من مثله مالم يشرطا عدم دفعه ؛ والعرف الضعيف لايلحق المسكوت عنه بالمشروط (قوله إن لم يؤجل) شرط فى قوله أو أخذ قدر مايعجل لمثلها ، يعنى أن محل ذلك إذا لم يشترطا تأجيل الكل أو تعجيله ط وكذا البعض كما قدمه فى قوله كلا أو بعضا . وفى الفتح : حكم التأجيل بعد العقد كحكمه فيه (قوله فكما شرطا) جواب شرط محذوف تقديره فإن أجل كله أو عجل كله ح . وفى مسألة التأجيل خلاف يأتى (قوله لأن الصريح الخ) أى يعتبر ماشرطا وإن تعورف تعجيل البعض ، لأن الشرط صريح والعرف دلالة ، والصريح أقوى (قوله إلا إذا جهل الأجل) إذا هنا ظرفية فهو استثناء من أعم الظروف : أى فكما شرطا فى كل وقت إلا فى وقت جهل الأجل فافهم .

قال فى البحر : فإن كانت جهالة متقاربة كالحصاد والدياس ونحوه فهو كالمعلوم على الصحيح كما فى الظهيرية بخلاف البيع فإنه لايجوز بهذا الشرط ، وإن كانت متفاحشة كإلى الميسرة أو إلى هبوب الريح ، أو إلى أن تمطر السماء فالأجل لايثبت ويجب المهر حالا ، وكذا فى غاية البيان اه (قوله إلا التأجيل) استثناء من المستثنى ح (قوله فيصح للعرف) قال فى البحر : وذكر فى الخلاصة والبزازية اختلافا فيه ، وصحح أنه صحيح . وفى الخلاصة : وبالطلاق يتعجل المؤجل ، ولو راجعها لايتأجل اه يعنى إذا كان التأجيل إلى الطلاق . أما لو إلى مدة معينة لايتعجل بالطلاق . كما قد يقع فى مصر من جعل بعضه حالا وبعضه مؤجلا إلى الطلاق ، أو الموت وبعضه منجما ، فإذا طلقها تعجل البعض المؤجل لا المنجم ، فتأخذه بعد الطلاق على نجومه كما تأخذه قبله .

واختلف هل يتعجل المؤجل بالطلاق الرجعى مطلقا أو إلى انقضاء العدة ، وجزم فى القنية بالثانى ، وعزاه إلى عامة المشايخ :

ولو ارتدت ولحقت ثم أسلمت وتزوجها فالمختار أنه لايطالب بالمهر المؤجل إلى الطلاق كما فى الصيرفية ، لأن

وبه يفتى استحسانا ولوالجية .

وفى النهر : لو تزوجها على مائة على حكم الحلول على أن يعجل أربعين لها منعه حتى تقبضه .

(و) لها (النفقة) بعد المنع (و) لها (السفر والخروج من بيت زوجها للحاجة ؛ و) لها (زيارة أهلها بلا إذنه مالم تقبضه) أى المعجل ، فلا تخرج إلا لحق لها أو عليها

الردة فسخ لاطلاق اه ملخصا (قوله وبه يفتى استحسانا) لأنه لما طلب تأجيله كله فقد رضى بإسقاط حقه فى الاستمتاع .

وفى الخلاصة أن الأستاذ ظهير الدين كان يفتى بأنه ليس لها الامتناع ، والصدر الشهيد كان يفتى بأن لها ذلك اه فقد اختلف الإفتاء بحر . قلت : والاستحسان مقدم ، فلذا جزم به الشارح .

وفى البحر عن الفتح : وهذا كله إذا لم يشترط الدخول قبل حلول الأجل ، فلو شرطه ورضيت به ليس لها الامتناع اتفاقا اه .

[تنبيه] يفهم من قول الشارح إن أجله كله أنه لو اجل البعض ودفع المعجل ليس لها الامتناع على قول الثانى مع أنه فى شرح الجامع لقاضيخان ذكر أولا أنه لو كان المهر مؤجلا ليس لها المنع قبل حلول الأجل ولا بعده ، وكذا لو كان المؤجل بعضه واستوفت العاجل ، وكذا لو أجلته بعد العقد .

ثم قال : وعلى قول أبى يوسف لها المنع إلى استيفاء الأجل فى جميع هذه الفصول إذا لم يكن دخل بها الخ وهذا مخالف لقول المصنف لأخذ مابين تعجيله الخ لكن رأيت فى الذخيرة عن الصدر الشهيد أنه قال فى مسألة تأجيل البعض أن له الدخول بها فى ديارنا بلا خلاف . لأن الدخول عند أداء المعجل مشروط عرفا فصار كالمشروط نصا ؛ أما فى تأجيل الكل فغير مشروط لاعرفا ولا نصا فلم يكن له الدخول على قول الثانى استحسانا اه فافهم (قوله على أن يعجل أربعين) أى قبل الدخول (قوله لها منعه حتى تقبضه) أى تقبض الباقى بعد الأربعين ، إذ ليس فى اشتراط تعجيل البعض مع النص على حلول الجميع دليل على تأخير الباقى إلى الطلاق أو الموت بوجه من وجوه الدلالات . والذى عليه العادة فى مثل هذا التأخير إلى اختيار المطالبة بحر عن فتاوى العلامة قاسم .

[فرع] فى الهندية عن الخانية : تزوجها بألف على أن ينقدها ماتيسر له والبقية إلى سنة فالألف كله إلى سنة مالم تبرهن أنه تيسر له منه شىء أو كله فتأخذه (قوله ولها النفقة بعد المنع) أى المنع لأجل قبض المهر ، ويشمل المنع من الوطء وهى فى بيته وهو ظاهر ، وكذا لو امتنعت من النقلة إلى بيته فلها النفقة كما يأتى فى بابها ، وكذا لو سافرت .

ويشكل عليه أن النفقة جزاء الاحتباس ، ولهذا لو كانت مغصوبة أو حاجة وهو ليس معها لانفقة لها مع أنها لم تحتبس بعذر .

وقد يجاب بأن التقصير جاء من جهته بعدم دفع المهر فكانت محتبسة حكما كما لو أخرجها من منزله فلها النفقة بخلاف المغصوبة والحاجة فإن ذلك ليس من جهته ، هذا ماظهر لى (قوله فلا تخرج الخ) جواب شرط مقدر : أى فإن قبضته فلا تخرج الخ ، وأفاد به تقييد كلام المتن ، فإن مقتضاه أنها إن قبضته ليس لها الخروج للحاجة وزيارة أهلها بلا إذنه مع أن لها الخروج وإن لم يأذن فى المسائل التى ذكرها الشارح كما هو صريح عبارته فى شرحه على الملتقى عن الأشباه ، وكذا فيما لو أرادت حج الفرض بمحرم أو كان أبوها زمنا مثلا يحتاج إلى خدمتها

أو لزيارة أبويها كل جمعة مرة أو المحارم كل سنة ، ولكونها قابلة أو غاسلة لافيما عدا ذلك ، وإن أذن كانا عاصيين والمعتمد جواز الحمام بلا تزين أشباه، وسيجيء في النفقة (ويسافر بها بعد أداء كله) مؤجلا ومعجلا (إذا كان مأمونا عليها وإلا) يؤدكله ، أو لم يكن مأمونا (لا) يسافر بها ، وبه يفتى كما فى شروح المجمع ، واختاره فى ملتقى الأبحر ومجمع الفتاوى ، واعتمده المصنف ، وبه أفتى شيخنا الرملى ، لكن فى النهر : والذى عليـــه العمل فى ديارنا أنه لايسافر بها جبرا عليها ،

ولو كان كافرا أو كانت لها نازلة ولم يسأل لها الزوج عنها من عالم فتخرج بلا إذنه فى ذلك كله كما بسطه فى نفقات الفتح : خلافا لما فى القهستانى وإن تبعه ح حيث قال بعد الأخذ ليس لها أن تخرج بلا إذنه أصلا فافهم (قوله أو لزيارة أبويها) سيأتى فى باب النفقات عن الاختيار تقييده بما إذا لم يقدرا على إتيانها، وفى الفتح أنه الحق. قال: وإن لم يكونا كذلك ينبغى أن يأذن لها فى زيارتهما فى الحين بعد الحين على قدر متعارف، أما فى كل جمعة فهو بعيد، فإن فى كثرة الخروج فتح باب الفتنة خصوصا إن كانت شابة والرجل من ذوى الهيآت (قوله أو لكونها قابلة أو غاسلة) أى تغسل الموتى كما فى الخانية : وسيذكر الشارح فى النفقات عن البحر أن له منعها لتقدم حقه على فرض الكفاية ، وكذا بحثه الحموى . وقال ط : إنه لايعارض المنقول. وقال الرحمتى : ولعله محمول على ماإذا تعين عليها ذلك اهـ .

قلت : لكن المتبادر من كلامهم الإطلاق ، ولا مانع من أن يكون تزوجه بها مع علمه بحالها رضا بإسقاط حقه تأمل . ثم رأيت فى نفقات البحر ذكر عن النوازل أنها تخرج بإذنه وبدونه ثم نقل عن الخانية تقييده بإذن الزوج (قوله فيما عدا ذلك) عبارة الفتح : وما عدا ذلك من زيارة الأجانب وعيادتهم والوليمة لايأذن لها ولاتخرج الخ (قوله والمعتمد الخ) عبارته فيما سيجىء فى النفقة : وله منعها من الحمام إلا النفساء وإن جاز بلا تزين وكشف عورة أحد. قال الباقانى : وعليه فلا خلاف فى منعهن للعلم بكشف بعضهن ، وكذا فى الشرنبلالية معزيا للكمال اهـ وليس عدم التزين خاصا بالحمام لما قاله الكمال . وحيث أبحنا لها الخروج فبشرط عدم الزينة فى الكل ، وتغيير الهيئة إلى ما لايكون داعية إلى نظر الرجال واستمالتهم (قوله مؤجلا ومعجلا) تفسير لقوله كله والنصب بتقدير يعنى :

مطلب فى السفر بالزوجة

قال فى البحر عن شرح المجمع : وأفتى بعضهم بأنه إذا أوفاها المعجل والمؤجل وكان مأمونا سافر بها وإلا لالأن التأجيل إنمايثبت بحكم العرف، فلعلها إنما رضيت بالتأجيل لأجل إمساكها فى بلدها ، أما إذا أخرجها إلى دار الغربة فلا الخ (قوله لكن فى النهر الخ) ومثله فى البحر حيث ذكر أولا أنه إذا أوفاها المعجل فالفتوى على أنه يسافر بها كما فى جامع الفصولين . وفى الخانية والولوالجية أنه ظاهر الرواية ، ثم ذكر عن الفقيهين أبى القاسم الصفار وأبى الليث أنه ليس له السفر مطلقا بلا رضاها لفساد الزمان لأنها لاتأمن على نفسها فى منزلها فكيف إذا خرجت وأنه صرح فى المختار بأن عليه الفتوى . وفى المحيط أنه المختار . وفى الولوالجية أن جواب ظاهر الرواية كان فى زمانهم ، أما فى زماننا فلا ، وقال : فجعله من باب اختلاف الحكم باختلاف العصر والزمان كما قالوا فى مسألة الاستئجار على الطاعات ، ثم ذكر مافى المتن عن شرح المجمع لمصنفه ، ثم قال : فقد اختلف الإفتاء ؛ والأحسن الإفتاء بقول الفقيهين من غير تفصيل ، واختاره كثير من مشايخنا كما فى الكافى ، وعليه عمل القضاة فى زماننا كما فى أنفع الوسائل اهـ .

وجزم به البزازى وغيره . وفى المختار : وعليه الفتوى . وفى الفصول : يفتى بما يقع عنده من المصلحة (وينقلها فيما دون مدته) أى السفر (من المصر إلى القرية وبالعكس) ومن قرية إلى قرية ، لأنه ليس بغربة ، وقيده فى التاتارخانية بقرية يمكنه الرجوع قبل الليل إلى وطنه ، وأطلقه فى الكافى قائلا : وعليه الفتوى

ولا يقال : إنه إذا اختلف الإفتاء لايعدل عن ظاهر الرواية لأن ذلك فيما لايكون مبنيا على اختلاف الزمان كما أفاده كلام الولوالجية ، وقول البحر فجعله الخ فإن الاستئجار على الطاعات كالتعلم ونحوه لم يقل بجوازه الإمام ولا صاحباه . وأفتى به المشايخ للضرورة التى لو كانت فى زمان الإمام لقال به ، فيكون ذلك مذهبه حكما كما أوضحت ذلك فى شرح أرجوزتى المنظومة فى رسم المفتى فافهم (قوله وجزم به البزازى) كذا فى النهر مع أن الذى حط عليه كلام البزازى تفويض الأمر إلى المفتى ، فإنه قال وبعد إيفاء المهر إذا أراد أن يخرجها إلى بلاد الغربة يمنع من ذلك ، لأن الغريب يؤذى ويتضرر لفساد الزمان :

ما أذل الغريب ما أشقاه ... كل يوم يهينه من يراه

كذا اختار الفقيه وبه يفتى وقال القاضى : قول الله تعالى — أسكنوهن من حيث سكنتم — أولى من قول الفقيه قيل قوله تعالى — ولا تضاروهن — فى آخره دليل قول الفقيه . لأنا قد علمنا من عادة زماننا مضارة قطعية فى الاغتراب بها . واختار فى الفصول قول القاضى ، فيفتى بما يقع عنده من المضارة وعدمها ، لأن المفتى إنما يفتى بحسب مايقع عنده من المصلحة اه . فقوله فيفتى الخ صريح فى أنه لم يجزم بقول الفقيه ولا بقول القاضى وإنما جزم بتفويض ذلك إلى المفتى المسئول عن الحادثة . وأنه لاينبغى طرد الإفتاء بواحد من القولين على الإطلاق ، فقد يكون الزوج غير مأمون عليها يريد نقلها من بين أهلها ليؤذيها أو يأخذ مالها ، بل نقل بعضهم أن رجلا سافر بزوجته وادعى أنها أمته وباعها فمن علم منه المفتى شيئا من ذلك لايحل له أن يفتيه بظاهر الرواية ، لأنا نعلم يقينا أن الإمام لم يقل بالجواز فى مثل هذه الصورة . وقد يتفق تزوج غريب امرأة غريبة فى بلدة ولا يتيسر له فيها المعاش فيريد أن ينقلها إلى بلده أو غيرها وهو مأمون عليها ، بل قد يريد نقلها إلى بلدها فكيف يجوز العدول عن ظاهر الرواية فى الصورة والحال أنه لم يوجد الضرر الذى علل به القائل بخلافه بل وجد الضرر للزوج دونها فنعلم يقينا أيضا أن من أفتى بخلاف ظاهر الرواية لايقول بالجواز فى مثل هذه الصورة ، ألا ترى أن من ذهب بزوجته للحج فقام بها فى مكة مدة ثم حج وامتنعت من السفر معه إلى بلده هل يقول أحد بمنعه عن السفر بها وبتركها وحدها تفعل ما أرادت ، فتعين تفويض الأمر إلى المفتى ، وليس هذا خاصا بهذه المسألة بل لو علم المفتى أنه يريد نقلها من محلة إلى محلة أخرى فى البلدة بعيدة عن أهلها لقصد إضرارها لايجوز له أن يعينه على ذلك ومن أراد الاطلاع على أزيد من ذلك فلينظر فى رسالتنا المسماة [نشر العرف فى بناء بعض الأحكام على العرف] التى شرحت بها بيتا من أرجوزتى فى رسم المفتى وهو قولى :

والعرف فى الشرع له اعتبار ... لذا عليه الحكم قد يدار

(قوله وفى الفصول الخ) قد علمت أن هذا اختيار صاحب البزازية وأن مافى الفصول غيره (قوله وقيده) الضمير يعود إلى النقل المفهوم من قوله وينقلها ، وكذا الضمير فى قوله وأطلقه ، وقوله يمكنه الرجوع الأولى يمكنها :

وفى الشرنبلالية : وينبغى العمل بالقول بعدم نقلها من المصر إلى القرية فى زماننا لما هو ظاهر من فساد الزمان ، والقول بنقلها إلى القرية ضعيف ، لقول الاختيار : وقيل يسافر بها إلى قرى المصر القريبة لأنها ليست

(وإن اختلفا) فى المهر (ففى أصله) حلف منكر التسمية ، فإن نكل ثبت ، وإن حلف (يجب مهر المثل) وفى المهر يحلف (إجماعا ، و) إن اختلفا (فى قدره حال قيام النكاح فالقول لمن شهد له مهر المثل) بيمينه (وأى أقام بينة قبلت) سواء (شهد مهر المثل له أولها أولا ولا ، وإن أقاما البينة فبينتها) مقدمة

بغربة اه وليس المراد السفر الشرعى ، بل النقل لقوله لأنها ليست بغربة اه مافى الشرنبلالية :

قلت : وفيه أنه بعد تصريح الكافى بأن الفتوى على جواز النقل ، وقول القنية إنه الصواب كيف يكون ضعيفا ، نعم لو اقتصر على الترجيح بفساد الزمان لكان أولى ، لكن ينبغى العمل بمامر عن البزازية من تفويض الأمر إلى المفتى ؛حتى لو رأى رجلا يريد نقلها للإضرار بها والإيذاء لايفتيه ولا سيما إذاكانت من أشراف الناس ولم تكن القرية مسكنا لأمثالها ، فإن المسكن يعتبر بحالها كالنفقة كما سيأتى فى بابها .

مطلب مسائل الاختلاف فى المهر

(قوله وإن اختلفا فى المهر) قال فى الفتح : الاختلاف فى المهر إما فى قدره أو فى أصله ، وكل منهما فى حال الحياة أو بعد موتهما أو موت احدهما ، وكل منهما إما بعد الدخول أو قبله (قوله ففى أصله) بأن ادعى أحدهما التسمية وأنكر الآخر (قوله حلف) أى بعد عجز المدعى عن البرهان ، ولم يتعرض الشارحون للتحليف لظهوره كما فى البحر (قوله يجب مهر المثل) قال فى البحر : ظاهر أنه يجب بالغا مابلغ ، وليس كذلك ، بل لايزاد على ما ادعته المرأة لو هى المدعية للتسمية ، ولا ينقص عما ادعاه الزوج لو هو المدعى لها كما أشار إليه فى البدائع اه .

قلت : هذا يظهر لو سمى المدعى شيئا وإلا فلا تأمل . ثم هذا مقيد بما إذا كان الاختلاف قبل الطلاق مطلقا أو بعده وبعد الدخول أو الخلوة أما لو طلقها قبل الدخول والخلوة فالواجب المتعة كما فى البحر ، ولم يتعرض له هنا لانفهامه من قوله الآتى وفى الطلاق قبل الوطء حكم متعة المثل (قوله وفى المهر يحلف إجماعا) إشارة إلى الرد على صدر الشريعة حيث قال ينبغى أن لايحلف المنكر عند أبى حنيفة لأنه لاتحليف عنده فى النكاح فيجب مهر المثل . قال فى البحر : وفيه نظر ، لأن التحليف هنا على المال لاعلى أصل النكاح فيتعين أن يحلف منكر التسمية إجماعا اه وكذا اعترضه صاحب الدرر وابن الكمال ونسبه إلى الوهم (قوله إجماعا) قيد لقوله يجب ولقوله يحلف (قوله وإن اختلفا فى قدره) أى نقدا كان أو مكيلا أو موزونا ، وهو دين موصوف فى الذمة أو عين . وقيد بالقدر لأنه لو كان فى جنسه كالعبد والجارية أو صفته من الجودة والرداءة أو نوعه كالتركى والرومى ؛ فإن كان المسمى عينا فالقول للزوج ، وإن كان دينا فهو كالاختلاف فى الأصل ، وتمامه فى البحر (قوله حال قيام النكاح) أى قبل الدخول أو بعده ، وكذا بعد الطلاق والدخول رحتى ، أما بعد الطلاق قبل الدخول فيأتى (قوله فالقول لمن شهد له مهر المثل) أى فيكون القول لها إن كان مهر مثلها كما قالت أو أكثر ، وله إن كان كما قال أو أقل ، وإن كان بينهما أى أكثر مما قال وأقل مما قالت ولا بينة تحالفا ولزم مهر المثل كذا فى الملتقى وشرحه ، وهذا على تخريج الرازى .

وحاصله أن التحالف فيما إذا خالف قولهما، أما إذا وافق قول أحدهما فالقول له وهو المذكور فى الجامع الصغير. وعلى تخريج الكرخى يتحالفان فى الصور الثلاث ثم يحكم مهر المثل ، وصححه فى المبسوط والمحيط ، وبه جزم فى الكنز فى باب التحالف . قال فى البحر : ولم أر من رجح الأول .

(إن شهد مهر المثل له ، وبينته) مقدمة (إن شهد) مهر المثل (لها) لأن البينات لإثبات خلاف الظاهر (وإن كان مهر المثل بينهما تحالفا ، فإن حلفا أو برهنا قضى به ، وإن برهن أحدهما قبل برهانه) لأنه نوّر دعواه .

(وفى الطلاق قبل الوطء حكم متعة المثل) لو المسمى دينا

وتعقبه فى النهر بأن تقديم الزيلعى وغيره له تبعا للهداية يؤذن بترجيحه ، وصححه فى النهاية . وقال قاضيخان : إنه الأولى ، ولم يذكر فى شرح الجامع الصغير وغيره ، والأولى البداءة بتحليف الزوج ، وقيل يقرع بينهما اه .

قلت : بقى ما إذا لم يعلم مهر المثل كيف يفعل ؟ والظاهر أنه يكون القول للزوج لأنه منكر للزيادة كما تقدم فيما إذا لم يوجد من يماثلها تأمل (قوله وبينته مقدما الخ) هذا ماقاله بعض المشايخ ، وجزم به فى الملتقى ، وكذا الزيلعى هنا وفى باب التحالف . وقال بعضهم : تقدم بينتها أيضا لأنها أظهرت شيئا لم يكن ظاهرا بتصادقهما كما فى البحر (قوله لإثبات خلاف الظاهر) أى والظاهر مع من شهد له مهر المثل ط (قوله وإن كان الخ) هذا بيان لثالث الأقسام فى قوله فالقول لمن شهد له مهر المثل ، وقوله وإن أقاما البينة الخ فإنه إذا لم يقيما البينة أو أقاماها قد يشهد مهر المثل له أو لها أو يكون بينهما فقدم بيان القسمين الأولين فى المسألتين ، وهذا بيان الثالث ، وقوله فإن حلفا راجع إلى المسألة الأولى وقوله أو برهنا راجع إلى الثانية ، لكن كان عليه حذف قوله تحالفا لأنه إذا برهنا لا تحالف (قوله تحالفا) فإن نكل الزوج يقضى بألف وخمسمائة ، كما لو أقر بذلك صريحا ، وإن نكلت المرأة وجب المسمى ألف لأنها أقرت بالحط ، وكذا فى العناية .

واعترضه فى السعدية بأنه إذا نكل يقضى بألفين على ما عرف أن أيهما نكل لزمه دعوى الآخر اه .

وصورة المسألة فيما إذا ادعت الألفين وادعى هو الألف وكان مهر المثل ألفا وخمسمائة (قوله قضى به) أى بمهر المثل ، لكن إذا برهنا يتخير الزوج فى مهر المثل بين دفع الدراهم والدنانير ، بخلاف التحالف لأن بينة كل واحد منهما تنفى تسمية الآخر فخلا العقد عن التسمية فيجب مهر المثل ، ولا كذلك التحالف لأن وجوب قدر ما يقرب به الزوج بحكم الاتفاق والزائد بحكم مهر المثل بحر ، وتمامه فيه (قوله وإن برهن أحدهما الخ) أى فيما إذا كان مهر المثل بينهما ، ويغنى عن هذا قوله قبله وأى أقام بينة قبلت شهد له مهر المثل أولا ، فإن قوله أولا صادق بما إذا شهد لها أو كان بينهما (قوله لأنه نور دعواه) أى لأن المبرهن أظهر دعواه وأوضحها بإقامة برهانه ط (قوله وفى الطلاق) مقابل قوله حال قيام النكاح (قوله قبل الوطء) أى أو الخلوة نهر (قوله حكم متعة المثل) فيكون القول لها إن كانت متعة المثل كنصف ماقالت أو أكثر ، وله إن كانت المتعة كنصف ماقال أو أقل ، وإن كانت بينهما تحالفا ولزمت المتعة .

وعند أبى يوسف القول له قبل الدخول وبعده لانه ينكر الزيادة إلا أن يذكر ما لا يتعارف مهرا أو متعة لها ، كذا فى الملتقى وشرحه .

وذكر فى البحر أن رواية الأصل والجامع الصغير أن القول للزوج فى نصف المهر من غير تحكيم للمتعة ، وأنه صححه فى البدائع وشرح الطحاوى ، ورجحه فى الفتح بأن المتعة موجبة فيما إذا لم تكن تسمية ، وهنا اتفقا على التسمية فقلنا ببقاء مااتفقا عليه وهو نصف ما أقرّ به الزوج ، ويحلف على نصف دعواها الزائد اه . والحاصل ترجيح قول أبى يوسف ، لكن نقضه فى الفتح بعد ذلك ، وتمامه فيما علقناه على البحر (قوله لو المسمى دينا) هو مايثبت فى الذمة غير معين ، بل بالوصف كالنقود والمكيل والموزون والمذروع كما يعلم مما قدمناه عن البحر

وإن عينا كمسألة العبد والجارية فلها المتعة بلا تحكيم إلا أن يرضى الزوج بنصف الجارية (وأى أقام بينة قبلت . فإن أقاما فبينتها) أولى (إن شهدت له) المتعة (وبينته إن شهدت لها ، وإن كانت) المتعة (بينهما تحالفا ؛ وإن حلف وجب متعة المثل ؛ وموت أحدهما كحياتهما في الحكم) أصلا وقدرا لعدم سقوطه بموت أحدهما (وبعد موتهما في القدر القول لورثته ، و) في الاختلاف (في أصله) القول لمنكر التسمية (لم يقض بشيء) مالم يبرهن على التسمية (وقالا يقضى بمهر المثل) كحال حياة (وبه يفتى وهذا) كله (إذا لم تسلم نفسها ، فإن سلمت ووقع الاختلاف في الحالين) الحياة وبعدها (لايحكم بمهر المثل) لأنها لاتسلمه نفسها إلا بعد تعجيل شيء عادة (بل يقال لها لابد أن تقرى بما تعجلت وإلا قضينا عليك بالمتعارف) تعجيله (ثم يعمل في الباقي بما ذكرنا)

(قوله وإن عينا) أي معينا (قوله كمسألة العبد والجارية) أي المذكورة في البحر في الاختلاف في القدر قبل الطلاق بقوله وإن كان المسمى عينا بأن قال تزوجتك على هذا العبد وقالت المرأة على هذه الجارية الخ فالمسألة مفروضة في المعين المشار إليه لافي مطلق عبد وجارية فافهم (قوله فلها المتعة الخ) قال في البحر فلها المتعة من غير تحكيم إلا أن يرضى الزوج أن تأخذ نصف الجارية ، بخلاف ما إذا اختلفا في الألف والألفين ، لأن نصف الألف ثابت بيقين لاتفاقهما على تسمية الألف ، والملك في نصف الجارية ليس بثابت بيقين لأنهما لم يتفقا على تسمية أحدهما فلا يمكن القضاء بنصف الجارية إلا باختيارهما فإذا لم يوجد سقط البدلان فوجب الرجوع إلى المتعة ، كذا في البدائع (قوله تحالفا) وتهاترت البينتان (قوله وإن حلفا) الأولى التفريع بالفاء (قوله أصلا وقدرا) فإن كان الاختلاف بين الحي وورثة الميت في الأصل ، بأن ادعى الحي أن المهر مسمى وورثة الآخر أنه غير مسمى أو بالعكس وجب مهر المثل ، وإن كان في المقدار حكم مهر المثل ط عن أبي السعود (قوله لعدم سقوطه) أي مهر المثل . قال في الدرر لأن مهر المثل لايسقط اعتباره بموت أحدهما ، ألا ترى أن للمفوضة مهر المثل إذا مات أحدهما (قوله القول لورثته) فيلزمهم مااعترفوا به بحر ، ولا يحكم بمهر المثل لأن اعتباره يسقط عند أبي حنيفة بعد موتهما درر (قوله القول لمنكر التسمية) هم ورثة الزوج أيضا كما في البحر ، فالقول لهم في المسألتين ، ولذا قال في الكنز ولو ماتا ولو في القدر فالقول لورثته فلو وصلية كما أفاده في النهر والعيني ، فتفيد أن الاختلاف في التسمية كذلك (قوله لم يقض بشيء) الأولى ولم يقض بالعطف أي لأن موتهما يدل على انقراض أقرانهما فلا يمكن للقاضي أن يقدر مهر المثل كما في الهداية ، لأن مهر المثل يختلف باختلاف الأوقات ، فإذا تقادم العهد يتعذر الوقوف على مقداره فتح ، وهذا يدل على أنه لو كان العهد قريبا قضى به بحر . قلت : وبه صرح قاضيخان في شرح الجامع (قوله مالم يبرهن) بالبناء للمجهول : أي مالم يبرهن ورثة الزوجة (قوله وبه يفتى) ذكره في الخانية ، وتبعه في متن الملتقى ، وبه قالت الأئمة الثلاثة ، لكن الشافعي يقول بعد التحالف . وعندنا وعند مالك لايجب التحالف فتح ، وانظر إذا تقادم العهد كيف يقضى بمهر المثل .

وقد يقال : يجرى فيه ماتقدم من أنه إذا لم يوجد من يماثلها من قوم أبيها ولا من الأجانب فالقول للزوج ، لكن مر أن القول له بيمينه تأمل .

ثم رأيت في البزازية معترضا على قول الكرخي إن جواب الإمام يتضح في تقادم العهد بقوله ، وفيه نظر لأنه إذا تعذر اعتبار مهر المثل لايكون الظاهر شاهدا لأحد فيكون القول لورثة الزوج لكونهم مدعى عليهم كما في سائر الدعاوى (قوله وهذا كله الخ) نقله في البحر عن المحيط ، وقال : وأقره عليه الشارحون اهـ وكذا ذكره قاضيخان في شرح الجامع وأقره .

وهذا إذا ادعى الزوج إيصال شيء إليها بحر .

(ولو بعث إلى امرأته شيئا ولم يذكر جهة عند الدفع غير) جهة (المهر) كقوله لشمع أو حناء ثم قال إنه من المهر لم يقبل قنية لوقوعه هدية فلا ينقلب مهرا (فقالت هو) أى المبعوث (هدية وقال هو من المهر) أو من الكسوة أو عارية (فالقول له) بيمينه والبينة لها ، فإن حلف والمبعوث قائم فلها أن ترده

قلت : وحاصل ذلك أن المرأة إذا مات زوجها وقد دخل بها فجاءت تطلب مهرها هي أو ورثتها بعد موتها وقد جرت العادة أنها لاتسلم نفسها إلا بعد قبض شيء من المهر كمائة درهم مثلا لايحكم لها بجميع مهر المثل عند عدم التسمية بل ينظر ، فإن أقرت بما تعجلت من المتعارف وإلا قضى عليها به ثم يعمل فى الباقى كما ذكرنا : أى إن حصل اتفاق على قدر المسمى يدفع لها الباقى منه ، وإلا فإن أنكر ورثة الزوج أصل التسمية فلها بقية مهر المثل وإن أنكروا القدر فالقول لمن شهد له مهر المثل ، وبعد موتها القول فى قدره لورثة الزوج ، هذا هو المفهوم من هذه العبارة ، فسرنا المتعارف تعجيله بمائة مثلا ليأتى قوله قضينا عليك بالمتعارف ، وقوله ثم يعمل فى الباقى كما ذكرنا لأنه لو كان المتعارف حصة شائعة كثلثى المهر كما هو المتعارف فى زماننا لايمكن أن يقضى عليها به إلا إذا كان المهر مسمى معلوم القدر ، وإذا كان كذلك لايتأتى فيه التفصيل المار ، ولكن يعلم منه أن الحكم كذلك فيقضى عليها بالثلثين مثلا ويدفع لها الباقى .

وفى المنح عن الخانية : رجل مات وترك أولادا صغارا فادعى رجل دينا على الميت أو وديعة وادعت المرأة مهرها ، قال أبو القاسم ليس للوصى أن يؤدى شيئا من الدين والوديعة مالم يثبت بالبينة .

وأما المهر : فإن ادعت قدر مهر مثلها دفعه إليها إذا كان النكاح ظاهرا معروفا ويكون النكاح شاهدا لها قال الفقيه أبو الليث : إن كان الزوج بنى بها فإنه يمنع منها مقدار ماجرت العادة بتعجيله ويكون القول قول المرأة فيما زاد على المعجل إلى تمام مهر مثلها اه .

هذا ، ونقل الرحمتى عن قاضيخان أنه قال إن فى هذا نوع نظر لأن كل المهر كان واجبا بالنكاح فلا يقضى بسقوط شيء منه بحكم الظاهر لأنه لايصلح حجة لإبطال ما كان ثابتا اه ثم أطال فى تأييد كلام القاضى ورد على الرملى فى اعتراضه على القاضى بأن النظر مدفوع بغلبة فساد الناس ، فقال إن الفساد لايسقط به حق ثابت بلا دليل والمهر دين فى ذمة الزوج وقضاء بعضه إثبات دين فى ذمتها بقدره وذلك لايكون بظاهر الحال ، لأن الظاهر يصلح للدفع لا للإثبات .

قلت : وذكر فى البزازية قريبا مما قاله القاضى ، لكن ماقاله الفقيه مبنى على أن العرف الشائع مكذب لها فى دعواها عدم قبض شيء ، وحيث أقره الشارحون وكذا قاضيخان فى شرح الجامع فيفتى به وهو نظير إعمالهم العرف وتكذيب الأب أن الجهاز عارية على ماياتى بيانه مع أنه هو المملك ، فلولا العرف لكان القول قوله ، والله أعلم (قوله وهذا إذا ادعى الزوج الخ) هذا من عند صاحب البحر ، والمراد الزوج لو كان حيا أو ورثته كما هو ظاهر فلا يرد مافى الشرنبلالية من أن هذا لايأتى فى حال موتهما .

مطلب فيما يرسله إلى الزوجة

(قوله ولو بعث إلى امرأته شيئا) أى من النقدين أو العروض أو مما يؤكل قبل الزفاف أو بعد مابنى بها نهر (قوله ولم يذكر الخ) المراد أنه لم يذكر المهر ولا غيره ط (قوله كقوله الخ) تمثيل للمنفى وهو يذكر (قوله والبينة لها) أى إذا أقام كل منهما بينة تقدم بينتها ط (قوله فلها أن ترده) لأنها لم ترض بكونه مهرا بحر

وترجع بباقى المهر ذكره ابن الكمال .

ولو عوضته ثم ادعاه عارية فلها آن تسترد العوض من جنسه زيلعى (فى غير المهيأ للأكل) كثياب وشاة حية وسمن وعسل وما يبقى شهرا أخى زاده (و) القول (لها) بيمينها (فى المهيأ له)

(قوله وترجع بباقى المهر) أو كله إن لم يكن دفع لها شيئا منه . قال فى النهر : وإن هلك وقد بقى لأحدهما شىء رجع به اه أما لو كانت قيمة الهالك قدر المهر فلا رجوع لأحد .

وفى البزازية : اتخذ لها ثيابا ولبستها حتى تخرقت ثم قال هو من المهر وقالت هو من النفقة أعنى الكسوة الواجبة عليه فالقول لها ، ولو الثوب قائما فالقول له لأنه أعرف بجهة التمليك ، بخلاف الهالك لأنه يدعى سقوط بعض المهر والمرأة تنكر ، وبالهلاك خرج عن المملوكية وحيث لاملك بحال فالاختلاف فى جهة التمليك باطل ، فيكون اختلافا فى ضمان الهالك وبدله ، فالقول لمن يملك البدل والضمان اه ملخصا .

واستشكله فى النهر وقال هذا يقتضى أن القول لها فى الهالك فى مسألة المتن ، وهو مخالف لما قدمناه ، والفرق يعسر فتدبره اه .

قلت : بل الفرق يسير إن شاء الله تعالى ، وذلك أن مسألة المتن فى دعواها أنه هدية فلا تصدق ويكون القول له فى حالتى الهلاك وعدمه ، لأنه المملك ولا شىء يخالف دعواه ، أما هنا فقد ادعت الكسوة الواجبة عليه فيكون القول له فى القائم لما ذكرنا وتطلب منه مهرها وكسوتها .

أما الهالك فالقول لها فيه لأمرين : أحدهما أن الظاهر يصدقها فيه كما يأتى فى المهيإ للأكل وما ينقله الشارح عن الفقيه . ثانيهما أنه لو كان القول له فيه لزم ضياع حقها فى الكسوة الواجبة عليه ، لأنها من النفقة والنفقة تسقط بمضى المدة فلا يمكنها المطالبة عما مضى ويلزم بذلك فتح باب الدعاوى الباطلة ، بأن يدعى كل زوج بعد عشرين سنة أن جميع مادفع لها من كسوة ونفقة من المهر فيرجع عليها بقيمته ، وفى ذلك ما لا يرضاه الشرع من الإضرار بالنساء مع أن الظاهر والعادة تكذبه . أما فى القائم فلا ضرر لأنها تطالبه بكسوة أخرى إذا لم يرض بكونه كسوة ، ولا تقتضى العادة أن يكون المدفوع كسوتها لأن له أن يقول أعطيها كسوة غيرها ، هذا ماظهر لى ، والله الميسر لكل عسير (قوله ولو عوضته) وكذا لو عوضه أبوها من مالها بإذنها أو من ماله فله الرجوع أيضا كما فى الفتح وكأنه فى البحر لم يره ، فاستشكل ماقاله فى الفتح قبل ذلك من أنه لو بعث أبوها من ماله فله الرجوع لو قائما وإلا فلا ولو من مالها بإذنها فلا رجوع لأنه هبة منها ، والمرأة لاترجع فى هبة زوجها اه .

قلت : وهذا محمول على ماإذا كان لاعلى جهة التعويض ، فلا ينافى قول الشارح ولو عوضته الخ بقرينة مانقلناه أولا عن الفتح .

هذا ، وقد ذكر مسألة التعويض فى الفتح وغيره مطلقة وكذا فى الخانية ، لكنه قال فيها : وقال أبو بكر الإسكاف : إن صرحت حين بعثت أنها عوض فكذلك وإلا كان هبة منها وبطلت نيتها اه ومثله فى المنلية ، وهذا يحتمل أن يكون بيانا لمرادهم أو حكاية لقول آخر تأمل . وينبغى اعتبار العرف فيما يقصد به التعويض فيكون كالملفوظ تأمل ، وماق ط من أن المعتمد خلاف ماقاله الإسكاف وعزاه إلى المنلية لم أره فيها ، نعم سيذكر الشارح فى آخر كتاب الهبة أنه لافرق بين تصريحها بالعوض وعدمه (قوله من جنسه) لم يذكر الزيلعى هذه الزيادة ط ، ولم أر أحدا ذكرها ، ولعل المراد بها أن العوض لو كان هالكا وهو مثلى ترجع عليه بمثله فأراد بالجنس المثل

كخبز ولحم مشوى ، لأن الظاهر يكذبه ، ولذا قال الفقيه : المختار أنه يصدق فيما لايجب عليه كخف وملاءة لافيما يجب كخمار ودرع ، يعنى مالم يدع أنه كسوة ، لأن الظاهر معه .

(خطب بنت رجل وبعث إليها أشياء ولم يزوجها أبوها فما بعث للمهر يسترد عينه قائما) فقط وإن تغير بالاستعمال (أو قيمته هالكا) لأنه معاوضة ولم تتم فجاز الاسترداد (وكذا) يسترد (مابعث هدية وهو قائم دون الهالك والمستهلك) لأنه فى معنى الهبة .

(ولو ادعت أنه) أى المبعوث (من المهر وقال هو وديعة . فإن كان من جنس المهر فالقول لها ، وإن كان

تأمل (قوله مشوى) لا مفهوم له ط (قوله لأن الظاهر يكذبه) قال فى الفتح : والذى يجب اعتباره فى ديارنا أن جميع ماذكر من الحنطة واللوز والدقيق والسكر والشاة الحية وباقيها يكون القول فيها قول المرأة ، لأن المتعارف فى ذلك كله أن يرسله هدية ، والظاهر معها لا معه ، ولا يكون القول قوله إلا فى نحو الثياب والجارية اه .

قال فى البحر : وهذا البحث موافق لما فى الجامع الصغير ، فإنه قال إلا فى الطعام الذى يؤكل فإنه أعم من المهيأ للأكل وغيره اه .

قال فى النهر : وأقول وينبغى أن لايقبل قوله أيضا فى الثياب المحمولة مع السكر ونحوه للعرف اه .

قلت : ومن ذلك مايبعثه إليها قبل الزفاف فى الأعياد والمواسم من نحو ثياب وحلى ، وكذا مايعطيها من ذلك أو من دراهم أو دنانير صبيحة ليلة العرس ويسمى فى العرف صبحة ، فإن كل ذلك تعورف فى زماننا كونه هدية لامن المهر ولاسيما المسمى صبحة ، فإن الزوجة تعوضه عنها ثيابا ونحوها صبيحة العرس أيضا (قوله ولذا قال الفقيه) أى أبو الليث (قوله كخف وملاءة) لأنه لا يجب عليه تمكينها من الخروج بل يجب منعها إلا فيما سنذكره فتح .

قلت : ينبغى تقييد ذلك بما لم تجربه العادة ، لما حررناه من أن ذلك فى عرفنا يلزم الزوج وأنه من جملة المهر كما قدمناه عن الملتقط أن لها منع نفسها للمشروط عادة كالخف والمكعب وديباج اللفافة ودراهم السكر الخ ومثله فى عرفنا مناشف الحمام ونحوها ، فإن ذلك بمنزلة المشروط فى المهر فيلزمه دفعه ولاينافيه وجوب منعها من الخروج والحمام كما لايخفى (قوله كخمار ودرع) ومتاع البيت بحر ، فمتاع البيت واجب عليه ؛ فهذا محل ذكره فافهم .
وسيذكر المصنف فى النفقة أنه يجب عليه آلة الطحن وآنية شراب وطبخ ككوز وجرة وقدر ومغرفة . قال الشارح : وكذا سائر أدوات البيت كحصير ولبد وطنفسة الخ (قوله مالم يدع أنه كسوة) هذا تقييد من عند صاحب الفتح وأقره فى البحر : أى أن مايجب عليه لو ادعاه مهرا لايصدق ، لأن الظاهر يكذبه ؛ أما لو ادعى أنه كسوة وادعت أنه هدية فالقول له لأن الظاهر معه (قوله ولم يزوجها أبوها) مثله ما إذا أبت وهى كبيرة ط (قوله فما بعث للمهر) أى مما اتفقا على أنه من المهر أو كان القول له فيه على ماتقدم بيانه (قوله فقط) قيد فى عينه لا فى قائما ، واحترز به عما إذا تغير بالاستعمال كما أشار إليه الشارح . قال فى المنح لأنه مسلط عليه من قبل المالك فلا يلزم فى مقابلة ما انتقص باستعماله شىء ح (قوله أو قيمته) الأولى أو بدله ليشمل المثلى (قوله لأنه فى معنى الهبة) أى والهلاك والاستهلاك مانع من الرجوع بها ، وعبارة البزازية لأنه هبة اه ومقتضاه أنه يشترط فى استرداد القائم القضاء أو الرضا ، وكذا يشترط عدم مايمنع من الرجوع ، كما لو كان ثوبا فصبغته أو خاطته ، ولم أر من صرح بشىء من ذلك فليراجع ، والتقييد بالهدية احترازا عن النفقة فيما يظهر كما يأتى فى مسألة الإنفاق على معتدة الغير (قوله ولو ادعت الخ) ذكر فى البحر هذه المسألة عند قول الكنز بعث إلى امرأته شيئا الخ وقال قيد بكونه ادعاه مهرا

من خلافه فالقول له) بشهادة الظاهر .
(أنفق) رجل (على معتدة الغير

لأنه لو ادعته مهرا و دعاه وديعة فإن كان من جنس المهر فالقول لها وإلا فله اه .
فعلم أن هذه المسألة فى دعوى الزوجة لافى دعوى المخطوبة التى لم يزوجها أبوها فكان المناسب ذكرها قبل قوله خطب بنت رجل الخ وذلك لأن دعوى المخطوبة أن المبعوث من المهر تضرها لأنه يلزمها رده قائما وهالكا فالمناسب أن تكون دعوى الوديعة لها ودعوى المهر للزوج ، لأن الوديعة لايلزمها ردها إذا هلكت ، بخلاف الزوجة فإن دعواها أنه من المهر تنفعها لمنع الاسترداد مطلقا ، ودعواه أنه وديعة تنفعه لأنه يطالبها باستردادها قائمة وبضمانها مستهلكة (قوله بشهادة الظاهر) يرجع إلى الصورتين ط .

مطلب أنفق على معتدة الغير

(قوله أنفق على معتدة الغير الخ) حكى فى البزازية فى هذه المسألة ثلاثة أقوال مصححة . حاصل الأول أنه يرجع مطلقا شرط التزوج أولا تزوجته أولا ، لأنه رشوة . وحاصل الثانى أنه إن لم يشرط لايرجع . وحاصل الثالث وقد نقله عن فصول العمادى أنه إن تزوجته لا يرجع ، وإن أبت رجع شرط الرجوع أولا إن دفع إليها الدراهم لتنفق على نفسها وإن أكل معها لايرجع بشىء أصلا اه .
وحاصل مافى فتح القدير حكاية الأول والأخير . وحكى فى البحر الأول أيضا ثم قال : وقيل لا يرجع إذا زوجت نفسها وقدكان شرطه وصحح أيضا ، وإن أبت ولم يكن شرطه لايرجع على الصحيح اه فقوله لا يرجع إذا زوّجت نفسها الخ يفهم منه عدم الرجوع بالأولى إذا تزوجته ولم يشترط ، وقوله وإن أبت الخ يفهم منه أنه إن أبت وقد شرطه يرجع ، فصار حاصل هذا القول الثانى أنه يرجع فى صورة واحدة ، وهى ما إذا أبت وكان شرط التزوج .
ولا يرجع فى ثلاث : وهى ماإذا أبت ولم يشترطه ، أو تزوجته وشرطه ، أو لم يشرط ، فهذه أربعة أقوال كلها مصححة .
وذكر المصنف فى شرحه أن المعتمد مافى فصول العمادى أعنى القول الثالث وأن شيخه صاحب البحر أفتى به اه .
قلت : والذى اعتمده فقيه النفس الإمام قاضيخان هو القول الأول ، فإنه ذكر أنه إن شرط التزوج رجع لأنه شرط فاسد ، وإلا فإن كان معروفا فقيل يرجع وقيل لا ثم قال : وينبغى أن يرجع لأنه إذا علم أنه لو لم تتزوج لاينفق عليها كان بمنزلة الشرط كالمستقرض إذا أهدى إلى المقرض شيئا لم يكن أهدى إليه قبل الإقراض كان حراما ، وكذا القاضى لايجيب الدعوة الخاصة ، ولايقبل الهدية من رجل لو لم يكن قاضيا لايهدى إليه ، فيكون ذلك بمنزلة الشرط وإن لم يكن مشروطا اه وأيده فى الخيرية فى كتاب النفقات . وأفتى به حيث سئل فيمن خطب امرأة وأنفق عليها وعلمت أنه ينفق ليتزوجها فتزوجت غيره ، فأجاب بأنه يرجع ، واستشهد له بكلام قاضيخان المذكور وغيره وقال إنه ظاهر الوجه فلا ينبغى أن يعدل عنه اه .
[تنبيه] أفاد مافى الخيرية حيث استشهد على مسألة المخطوبة بعبارة الخانية أن الخلاف الجارى هنا جار فى مسألة المخطوبة المارة وأن مامر فيها من أن له استرداد القائم دون الهالك والمستهلك خاص بالهدية دون النفقة والكسوة ،

بشرط أن يتزوجها) بعد عدتها (إن تزوجته لارجوع مطلقا ، وإن أبت فله الرجوع إن كان دفع لها ، وإن أكلت معه فلا مطلقا) بحر عن العمادية .

وفيه عن المبتغى (جهز ابنته بجهاز وسلمها ذلك ليس له الاسترداد منها ولا لورثته بعده إن سلمها ذلك فى صحته) بل تختص به (وبه يفتى) وكذا لو اشتراه لها فى صغرها ولوالجية .

والحيلة أن يشهد عند التسليم إليها أنه إنما سلمه عارية ، والأحوط أن يشتريه منها ثم تبرئه درر .

إذ لاشك أن المعتدة مخطوبة أيضا ، ولا تأثير لكونها معتدة بحرم التصريح بخطبتها ، بل التأثير للشرط وعدمه ، وكونه شرطا فاسدا،وكون ذلك رشوة كما علمته من تعليل الأقوال. وعلى هذا فما يقع فى قرى دمشق من أن الرجل يخطب امرأة ويصير يكسوها ويهدى إليها فى الأعياد ويعطيها دراهم للنفقة والمهر إلى أن يكمل لها المهر فيعقد عليها ليلة الزفاف ، فإذا أبت أن تتزوجه ينبغى أن يرجع عليها بغير الهدية الهالكة على الأقوال الأربعة المارة؛لأن ذلك مشروط بالتزوج كما حققه قاضيخان فيما مر .

وبقى ماإذا ماتت فعلى القول الأول لا كلام فى أن له الرجوع ، أما على الثالث فهل يلحق بالإباء ؟لم أره . وينبغى الرجوع لأن الظاهر أن علة القول الثالث أنه كالهبة المشروطة بالعوض وهو التزوج كما يفيده مافى حاوى الزاهدى برمز البرهان صاحب المحيط : بعثت الصهرة إلى بيت الختن ثيابا لا رجوع لها بعده ولو قائمة ثم سئل ، فقال لها الرجوع لو قائما . قال الزاهدى : والتوفيق أن البعث الأول قبل الزفاف ثم حصل للزفاف فهو كالهبة بشرط العوض وقد حصل فلا ترجع ، والثانى بعد الزفاف فترجع اهـ وكذا لم أر ما لو مات هو أو أبى فليراجع .

[تتمة] لم يذكر مالو أنفق على زوجته ثم تبين فساد النكاح ، بأن شهدوا بالرضاع وفرق بينهما . ففى الذخيرة له الرجوع بما أنفق بفرض القاضى لأنه تبين أنها أخذت بغير حق،ولو أنفق بلا فرض لايرجع بشىء (قوله بشرط أن يتزوجها) الأولى أن يقول بطمع أن يتزوجها كما عبر فى البحر (قوله مطلقا) تفسير الإطلاق فى الموضعين كما دل عليه كلام المصنف فى شرحه شرط التزوج أو لم يشرطه،ولذا قلنا الأولى أن يقول بطمع أن يتزوجها ليتأتى الإطلاق المذكور،وهذا القول هو الثالث قد اعتمده المصنف فى متنه وشرحه . وقال فى الفيض: وبه يفتى (قوله وإن أكلت معه فلا) أى لأنه إباحة لاتمليك ، أو لأنه مجهول لايعلم قدره تأمل.ولينظر وجه عدم الرجوع فى الهدية الهالكة أو المستهلكة على ماقلناه من عدم الفرق بين المخطوبة والمعتدة (قوله بحر عن العمادية) صوابه منح عن العمادية ، فإن مافى المتن عزاه فى المنح إلى الفصول العمادية ، وهو القول الثالث من الأقوال الأربعة التى قدمناها . وأما مافى البحر فهو القول الأول ،والقول الرابع ، ولم يذكر القول الثالث أصلا ولا وقع فيه العزو إلى العمادية (قوله ليس له الاسترداد منها) هذا إذا كان العرف مستمرا أن الأب يدفع مثله جهازا لاعارية كما يذكره قريبا وكان يغنيه مايأتى عما ذكره هنا . ويمكن أن يكون هذا بيان حكم الديانة والآتى بيان حكم القضاء (قوله فى صحته) احتراز عما لو سلمها فى مرض موته فإنه تمليك للوارث ،ولا يصح بدون إجازة الورثة (قوله وكذا لو اشتراه لها فى صغرها) أى وإن سلمها فى مرضه أو لم يسلمها أصلا لأنها ملكته بشراء الأب لها قبل التسليم كما يأتى . ولو مات قبل دفع الثمن رجع البائع على تركته ولا رجوع للورثة عليها .

ففى أدب الأوصياء عن الخانية وغيرها الأب إذا شرى خادما للصغير ونقد الثمن من مال نفسه لايرجع عليه إلا إذا أشهد بالرجوع وإن لم ينقده حتى مات ولم يكن أشهد أخذ من تركته ولا يرجع عليه بقية الورثة اهـ . (قوله والحيلة) أى فيما لو أراد الاسترداد منها (قوله والأحوط) أى لاحتمال أنه اشترى لها بعض الجهاز فى صغرها فلا يحل له

(أخذ أهل المرأة شيئا عند التسليم فللزوج ان يسترده) لأنه رشوة .
(جهز ابنته ثم ادعى أن مادفعه لها عارية وقالت هو تمليك أو قال الزوج ذلك بعد موتها ليرث منه وقال الأب) أو ورثته بعد موته (عارية ف) المعتمد أن (القول للزوج ولها إذا كان العرف مستمرا أن الأب يدفع مثله جهازا لاعارية ، و) أما (إن مشتركا) كمصر والشام (فالقول للأب)

أخذه بهذا الإقرار ديانة كما فى البحر والدرر ، وكذا لو كان بعد ماسلمه إليها وهى كبيرة (قوله عند التسليم) أى بأن أبى أن يسلمها أخوها أونحوه حتى يأخذ شيئا ، وكذا لو أبى أن يزوجها فللزوج الاسترداد قائما أو هالكا لأنه رشوة بزازية . وفى الحاوى الزاهدى برمز الأسرار للعلامة نجم الدين : وإن أعطى إلى رجل شيئا لإصلاح مصالح المصاهرة إن كان من قوم الخطيبة أو غيرهم الذين يقدرون على الإصلاح والفساد وقال هو أجرة لك على الإصلاح لايرجع وإن قال على عدم الفساد والسكوت يرجع لأنه رشوة ، والأجرة إنما تكون فى مقابلة العمل والسكوت ليس بعمل وإن لم يقل هو أجرة يرجع ؛ وإن كان ممن لايقدرون على ذلك ، إن قال هو عطية أو أجرة لك على الذهاب والإياب أو الكلام أو الرسالة بينى وبينها لايرجع ، وإن لم يقل شيئا منها يكون هبة له الرجوع فيها إن لم يوجد مايمنع الرجوع (قوله وقالت هو تمليك) كذا فى الفتح والبحر وغيرهما . ويشكل جعل القول لها بأنه اعتراف بملكية الأب وانتقال الملك إليها من جهته ، وقد صرح فى البدائع بأن المرأة لو أقرت بأن هذا المتاع اشتراه لى زوجى سقط قولها لأنها أقرت بالملك له ثم ادعت الانتقال إليها فلا يثبت إلا بدليل اه .

ويجاب بأن هذه من المسائل التى عملوا فيها بالظاهر كاختلاف الزوجين فى متاع البيت ونحوها مما يأتى فى كتاب الدعوى آخر باب التحالف ، ومثله مامر فى الاختلاف فى دعوى المهر والهدية (قوله فالمعتمد الخ) عبر عنه فى فتح القدير بأنه المختار للفتوى . ومقابله مانقله قبله من أن القول لها أى بدون تفصيل بشهادة الظاهر لأن العادة دفع ذلك هبة . وما اختاره الإمام السرخسى من أن القول للأب لأن ذلك يستفاد من جهته اه . والظاهر أن القول المعتمد توفيق بين هذين القولين بجعل الخلاف لفظيا (قوله فالقول للأب) أى مع اليمين كما فى فتاوى قارئ الهداية .

قلت : وينبغى تقييد القول للأب بما إذا كان الجهاز كله من ماله ، أما لو جهزها بما قبضه من مهرها فلا ، لأن الشراء وقع لها حيث كانت راضية بذلك وهو بمنزلة الإذن منها عرفا نعم لو زاد على مهرها فالقول له فى الزائد إن كان العرف مشتركا .

ثم اعلم أنه قال فى الأشباه : إن العادة إنما تعتبر إذا اطردت أو غلبت ، ولذا قالوا فى البيع : لو باع بدراهم أو دنانير فى بلد اختلف فيها النقود مع الاختلاف فى المالية والرواج انصرف البيع إلى الأغلب . قال فى الهداية لأنه هو المتعارف فينصرف المطلق إليه اه كلام الأشباه .

مطلب فى دعوى الأب أن الجهاز عارية

قلت : ومقتضاه أن المراد من استمرار العرف هنا غلبته ، ومن الاشتراك كثرة كل منهما إذ لانظر إلى النادر ولأن حمل الاستمرار على كل واحد من أفراد الناس فى تلك البلدة لا يمكن ، ويلزم عليه إحالة المسألة إذ لاشك فى صدور العارية من بعض الأفراد ، والعادة الفاشية الغالبة فى أشراف الناس وأوساطهم دفع مازاد على المهر من الجهاز تمليكا سوى مايكون على الزوجة ليلة الزفاف من الحلى والثياب ، فإن الكثير منه أو الأكثر عارية ، فلو ماتت ليلة الزفاف لم يكن للرجل أن يدعى أنه لها بل القول فيه للأب أو الأم أنه عارية أو مستعار لها كما يعلم من قول

كما لو كان أكثر مما يجهز به مثلها (والأم كالأب فى تجهيزها) وكذا ولى الصغيرة شرح وهبانية.
واستحسن فى النهر تبعا لقاضيخان أن الأب إن كان من الأشراف لم يقبل قوله أنه عارية.
(ولو دفعت فى تجهيزها لابنتها أشياء من أمتعة الأب بحضرته وعلمه وكان ساكتا وزفت إلى الزوج فليس للأب أن يسترد ذلك من ابنته) لجريان العرف به (وكذا لو أنفقت الأم فى جهازها ماهو معتاد والأب ساكت لاتضمن) الأم، وهما من المسائل السبع والثلاثين

الشارح، كما لو كان أكثر مما يجهز به مثلها وقد يقال هذا ليس من الجهاز عرفا. وبقى لو جرى العرف فى تمليك البعض وإعارة البعض.

ورأيت فى حاشية الأشباه للسيد محمد أبى السعود عن حاشية الغزى قال الشيخ الإمام الأجل الشهيد: المختار للفتوى أن يحكم بكون الجهاز ملكا لا عارية لأنه الظاهر الغالب إلا فى بلدة جرت العادة بدفع الكل عارية فالقول للأب. وأما إذا جرت فى البعض يكون الجهاز تركة يتعلق بها حق الورثة وهو الصحيح اه. ولعل وجهه أن البعض الذى يدعيه الأب بعينه عارية لم تشهد له به العادة، بخلاف مالو جرت العادة بإعارة الكل فلا يتعلق به حق ورثتها بل يكون كله للأب، والله تعالى أعلم.

[تنبيه] ذكر البيرى فى شرح الأشباه أن ماذكروه فى مسألة الجهاز إنما هو فيما إذا كان النزاع من الأب. أما لو مات فادعت ورثته فلا خلاف فى كون الجهاز للبنت لما فى الولوالجية: جهز ابنته ثم مات فطلب بقية الورثة القسمة، فإن كان الأب اشترى لها فى صغرها أو فى كبرها وسلم لها فى صحته فهو لها خاصة اه.

قلت: وفيه نظر لأن كلام الولوالجية فى ملك البنت له بالشراء لو صغيرة، وبالتسليم لو كبيرة. ولا فرق فيه بين موت الأب وحياته، ويدل عليه مامر من قول المصنف والشارح ليس له الاسترداد منها ولا لورثته بعده، وإنما الكلام فى سماع دعوى العارية بعد الشراء أو التسليم والمعتمد البناء على العرف كما علمت، ولا فرق فى ذلك أيضا بين موت الأب وحياته، فدعوى ورثته كدعواه فتأمل (قوله ما لو كان الخ) والظاهر أنه إن أمكن التمييز فيما زاد على مايجهز به مثلها كان القول قوله فيه، وإلا فالقول قوله فى الجميع رحمتى (قوله والأم كالأب) عزاه المصنف إلى فتاوى قارئ الهداية، وكذا بحثه ابن وهبان كما يأتى (قوله وكذا ولى الصغيرة) ذكره ابن وهبان فى شرح منظومته بحثا حيث قال: وينبغى أن يكون الحكم فيما تدعيه الأم، وولى الصغيرة إذا زوجها كما مر لجريان العرف فى ذلك، لكن قال ابن الشحنة فى شرحه قلت: وفى الولى عندى نظر اه. وتردد فى البحر فى الأم والجد، وقال: إن مسألة الجد صارت واقعة الفتوى ولم يجد فيها نقلا. وكتب الرملى أن الذى يظهر ببادى الرأى أن الأم والجد كالأب الخ (قوله واستحسن فى النهر) حيث قال: وقال الإمام قاضيخان: وينبغى أن يقال إن كان الأب من الأشراف لم يقبل قوله إنه عارية، وإن كان ممن لا يجهز البنات بمثل ذلك قبل قوله، وهذا لعمرى من الحسن بمكان اه.

قلت: ولعل وجه استحسانه مع أنه لايغاير القول المعتمد أنه تفصيل له، وبيان لكون الاشتراك الذى قد يقع فى بعض البلاد إنما هو فى غير الأشراف (قوله وعلمه) عطف تفسير، فالمدار على العلم والسكوت بعده وإن كان غائبا (قوله وزفت إلى الزوج) قيد به لأن تمليك البالغة بالتسليم، وهو إنما يتحقق عادة بالزفاف لأنه حينئذ يصير الجهاز بيدها فافهم (قوله ماهو معتاد) مفهومه أنه لو كان زائدا على المعتاد لايكون سكوته رضا فتضمن، وهل تضمن الكل أو قدر الزائد؟ محل تردد، وجزم ط بالثانى (قوله السبع والثلاثين) قال ح: قدمناها فى باب الولى

بل الثمان والأربعين على ماف زواهر الجواهر التى السكوت فيها كالنطق .

[فرع] لو زفت إليه بلا جهاز يليق به فله مطالبة الأب بالنقد قنية ، زاد فى البحر عن المبتغى إلا إذا سكت طويلا فلا خصومة له ، لكن فى النهر عن البزازية : الصحيح أنه لا يرجع على الأب بشيء ، لأن المال فى النكاح غير مقصود

عن الأشباه (قوله على ماف زواهر الجواهر) أى حاشية الأشباه للشيخ صالح ابن مصنف التنوير ، فإنه زاد على ماف الأشباه ثلاث عشرة مسألة ذكرها الشارح فى كتاب الوقف ح (قوله يليق به) الضمير فى عبارة البحر عن المبتغى عائد إلى مابعثه الزوج إلى الأب من الدراهم والدنانير ، ثم قال : والمعتبر مايتخذ للزوج لاما يتخذ لها اه :
قلت : وهذا المبعوث يسمى فى عرف الأعاجم بالدستيمان كما يأتى (قوله إلا إذا سكت طويلا) قال الشارح فى كتاب الوقف ولو سكت بعد الزفاف زمانا يعرف بذلك رضاه لم يكن له أن يخاصم بعد ذلك وإن لم يتخذ له شيء اه ح وأشار بقوله يعرف إلى أن المعتبر فى الطول والقصر العرف (قوله لكن فى النهر الخ) ومثله فى جامع الفصولين ولسان الحكام عن فتاوى ظهير الدين المرغينانى ، وبه أفتى فى الحامدية .

قلت : وفى البزازية مايفيد التوفيق حيث قال : تزوجها وأعطاها ثلاثة آلاف دينار الدستيمان وهى بنت موسر ولم يعط لها الأب جهازا أفتى الإمام جمال الدين وصاحب المحيط بأن له مطالبة الجهاز من الأب على قدر العرف والعادة أو طلب الدستيمان . قال : وبهذا اختيار الأئمة . وقال الإمام المرغينانى : الصحيح أنه لا يرجع بشيء ، لأن المال فى النكاح غير مقصود . وكان بعض أئمة خوارزم يعترض بأن الدستيمان هو المهر المعجل كما ذكره فى الكافى وغيره ، فهو مقابل بنفس المرأة ، حتى ملكت حبس نفسها لاستيفائه فكيف يملك الزوج طلب الجهاز والشيء لايقابله عوضان .

وأجاب عنه الفقيه ناقلا عن الأستاذ أن الدستيمان إذا أدرج فى العقد فهو المعجل الذى ذكرته ، وإن لم يدرج فيه ولم يعقد عليه فهو كالهبة بشرط العوض وذلك ماقلناه ، ولهذا قلنا إن لم يذكره فى العقد وزفت إليه بلا جهاز وسكت الزوج أياما لايتمكن من دعوى الجهاز ، لأنه لما كان محتملا وسكت زمانا يصلح للاختيار دل أن الغرض لم يكن الجهاز اه ملخصا .

وحاصله أن ذلك المعجل لايلزم كونه هو المهر المعجل دائما كما يوهمه كلام الكافى حتى يرد أنه مقابل لنفسها لابجهازها بل فيه تفصيل ، وهو أنه إن جعل من جملة المهر المعقود عليه فهو المهر المعجل وهو مقابل بنفس المرأة وإلا فهو مقابل بالجهاز عادة ، حتى لو سكت بعد الزفاف ولم يطالب جهازا علم أنه دفعه تبرعا بلا طلب عوض وهو فى غاية الحسن ، وبه يحصل التوفيق ، والله الموفق . لكن الظاهر جريان الخلاف فى صورة ما إذا كان معقودا عليه ، لأنه وإن ذكر على أنه مهر ، لكن من المعلوم عادة أن كثرته لأجل كثرة الجهاز ، فهو فى المعنى بدل له أيضا ، ولهذا كان مهر من لا جهاز لها أقل من مهر ذات الجهاز وإن كانت أجمل منها .

ويجاب بأنه لما صرح بكونه مهرا وهو مايكون بدل البضع الذى هو المقصود الأصلى من النكاح دون الجهاز لم يعتبر المعنى ، وسيأتى فى باب النفقة إن شاء الله تعالى مزيد بيان لهذه المسألة وأن هذا غير معروف فى زماننا ، بل كل أحد يعلم أن الجهاز للمرأة إذا طلقها تأخذه كله ، وإذا ماتت يورث عنها ، وإنما يزيد المهر طمعا فى تزيين بيته به وعوده إليه ولأولاده إذا ماتت ، وهذه المسألة نظير مالو تزوجها بأكثر من مهر المثل على أنها بكر فإذا هى ثيب ، فقد مر الخلاف فى لزوم الزيادة وعلمه بناء على الخلاف فى هذه المسألة وقد مر أن المرجح اللزوم ، فلذا

(نكح ذمى) أو مستأمن (ذمية أو حربى حربية ثمة بميتة أو بلا مهر بأنسكتا عنه أو نفياه و) الحال أن (ذا جائز عندهم فوطئت أو خلقت قبله أو مات عنها فلا مهر لها) لو أسلما أو ترافعا إلينا لأنا أمرنا بتركهم وما يدينون (وتثبت) بقية (أحكام النكاح فى حقهم كالمسلمين من وجوب النفقة فى النكاح ووقوع الطلاق ونحوهما) كعدة ونسب وخيار بلوغ وتوارث بنكاح صحيح وحرمة مطلقة ثلاثا ونكاح محارم .

(وإن نكحها بخمر أو خنزير عين) أى مشار إليه (ثم أسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض فلها ذلك) فتخلل الخمر وتسيب الخنزير ، ولو طلقها قبل الدخول فلها نصفه (و) لها (فى غير عين) قيمة الخمر ومهر المثل فى الخنزير ، إذ أخذ قيمة القيمى كأخذ عينه .

كان المصحح هنا عدم الرجوع بشىء كما مر عن المرغينانى (قوله نكح ذمى الخ) لما فرغ من مهور المسلمين ذكر مهور الكفار ، ويأتى بيان أنكحتهم ، وقوله أو مستأمن يشير إلى أنه لو عبر المصنف بالكافر لكان أولى . لأن المستأمن كالذمى هنا نهر عن العناية (قوله ثمة) أى فى دار الحرب (قوله بميتة) المراد بها كل ماليس بمال كالدم بحر (قوله وذا جائز عندهم) بأن كان لا يلزم عندهم مهر المثل بالنفى وبما ليس بمال (قوله قبله) أى قبل الوطء (قوله فلا مهر لها) هذا قوله . وعندهما لها مهر المثل إذا دخل بها أو مات عنها ، والمتعة لو طلقها قبل الوطء وقيل فى الميتة والسكوت روايتان . والأصح أن الكل على الخلاف هداية ، لكن فى الفتح بأن ظاهر الرواية وجوب مهر المثل فى السكوت عنه ، لأن النكاح معاوضة ، فما لم ينص على نفى العوض يكون مستحقا لها . وذكر الميتة كالسكوت لأنها ليست مالا عندهم فذكرها لغو نهر (قوله ولو أسلما الخ) لو وصلية . وعبارة الفتح : ولو أسلما أو رفع أحدهما إلينا أو ترافعا اه ولم يقل أو أسلم أحدهما لانفهامه بالأولى (قوله لأنا أمرنا بتركهم) أى ترك إعراض لاتقرير ، وقوله ومايدينون الواو للعطف أو للمصاحبة فلا نمنعهم عن شرب الخمر وأكل الخنزير وبيعهما ط عن أبى السعود (قوله وتثبت بقية أحكام النكاح) أى إن اعتقداها أو ترافعا إلينا ط (قوله كعدة) أى لو طلقها وأمرها بلزوم بيتها إلى انقضاء عدتها ورفع الأمر إلينا حكمنا عليها بذلك ، وكذا لو طلبت نفقة العدة ألزمناه بها رحتى (قوله ونسب) أى يثبت نسب ولده فيما يثبت به النسب بيننا رحتى (قوله وخيار بلوغ) أى لصغير وصغيرة إذا كان المزوج غير الأب والجد ط (قوله وتوارث بنكاح صحيح) هو مايقران عليه إذا أسلما ، بخلاف نكاح محرم أو فى عدة مسلم كما سيأتى فى الفرائض (قوله وحرمة مطلقة ثلاثا الخ) فيفرق بينهما ولو بمرافعة أحدهما ، وأما لو كانا محرمين فلا يفرق إلا بمرافعتهما كما سيأتى فى نكاح الكافر (قوله قبل القبض) أما بعده فليس لها إلا ماقبضته ولو كان غير معين وقت العقد نهر (قوله فلها ذلك) هذا قول الإمام وقال الثانى لها مهر المثل فى المعين وغيره وقال الثالث لها القيمة فيهما نهر (قوله وتسيب الخنزير) كذا فى الفتح . قال الرحتى : والأولى فتقتل الخنزير (قوله ولو طلقها الخ) قال فى الفتح : ولو طلقها قبل الدخول ففى المعين لها نصفه عند أبى حنيفة ، وفى غير المعين فى الخمر لها نصف القيمة ، وفى الخنزير المتعة . وعند محمد لها نصف القيمة بكل حال لأنه أوجب القيمة فتنتصف . وعند أبى يوسف وهو الموجب لمهر المثل لها المتعة لأن مهر المثل لا يتنصف اه (قوله إذ أخذ قيمة القيمى الخ) بيانه أن أخذ المثل فى المثلى أو القيمة فى القيمى بمنزلة أخذ العين والخمر مثلى ، فأخذ قيمته ليس كأخذ عينه ، بخلاف القيمة فى القيمى كالخنزير فلذا أوجبنا فيه مهر المثل .

وأورد مالو شرى ذمى من ذمى دارا بخنزير فإن لشفيعها المسلم أخذها بقيمة الخنزير . وأجيب بأن قيمة الخنزير كعينه لو كانت بدلا عنه كمسألة النكاح والقيمة فى الشفعة بدل عن الدار لا عن الخنزير ، وإنما صير إليها للتقدير بها لاغير .

[فروع] الوطء فى دار الإسلام لايخلو عن حد أو مهر إلا فى مسألتين : صبى نكح بلا إذن وطاوعته . وبائع أمته قبل تسليم ، ويسقط من الثمن ماقابل البكارة وإلا فلا .

واعترض بأن القيمة فى النكاح أيضا بدل عن الغير وهو البضع والمصير إليه للتقدير : والجواب ماقالوا من أنه لو أتاها بقيمة الخنزير قبل الإسلام أجبرت على القبول ، لأن القيمة لها حكم العين فكانت من موجبات تلك التسمية وبالإسلام تعذر أخذ القيمة فأوجبنا ماليس من موجباتها وهو مهر المثل ، فهذا يدل على أن قيمة الخنزير بدل عنه فى النكاح بمنزلة عينه ولذا أجبرت المرأة على قبولها قبل الإسلام لا بعده، بخلاف مسألة الدار ؛ ولو سلم عدم الفرق فقد يجاب بما مر آخر الزكاة فى باب العاشر من أن جواز الأخذ بالقيمة فى الدار لضرورة حق الشفيع ولا ضرورة هنا لإمكان إيجاب مهر المثل (قوله الوطء فى دار الإسلام) أى إذا كان بغير ملك اليمين . واحترز عن الوطء فى دار الحرب فإنه لاحد فيه ، وأما المهر فلم أره (قوله إلا فى مسألتين) كذا فى الأشباه من النكاح وفيها من أحكام غيبوبة الحشفة أن المستثنى ثمان مسائل ، فزاد على ماهنا الذمية إذا نكحت بغير مهر ثم أسلما وكانوا يدينون أن لامهر فلا مهر . والسيد إذا زوج أمته من عبده فالأصح أن لامهر ، والعبد إذا وطئ سيدته بشبهة فلا مهر أخذا من قولهم فيما قبلها أن المولى لا يستوجب على عبده دينا ، وكذا لو وطئ حربية أو وطئ الجارية الموقوفة عليه أو وطئ المرهونة بإذن الراهن ظانا الحل . قال : ينبغى أن لامهر فى الثلاثة الأخيرة ولم أره الآن اه

ونقل ح عن حدود البحر فى نوع مالا حد فيه لشبهة المحل أن من هذا النوع وطء المبيعة فاسدا قبل القبض لاحد فيه لبقاء الملك أو بعده ، لأن له حق الفسخ فله حق الملك فيها ،وكذا المبيعة بشرط الخيار للبائع لبقاء ملكه أو للمشترى لأنها لم تخرج عن ملكه بالكلية اه . قال ح : وهل لامهر فى هذه الأربع ؟ إطلاق الشارح يشعر بذلك ، فليراجع .

قلت : أما الأولى فداخلة فى مسألة بيع الأمة قبل التسليم فلا مهر ،ومثلها المبيعة بخيار للبائع لأن وطأها يكون فسخا للبيع ،أما المبيعة فاسدا بعد القبض فينبغى لزوم المهر لوقوع الوطء فى ملك غيره ،وكذا المبيعة بخيار للمشترى إن أمضى البيع فافهم (قوله صبى نكح الخ) فى الخانية : المراهق إذا تزوج بلا إذن وليه امرأة ودخل بها فرد أبوه نكاحه قالوا لايجب على الصبى حد ولا عقر ، أما الحد فلمكان الصبا ، وأما العقر فلأنها إنما زوجت نفسها منه مع علمها أن نكاحه لاينفذ فقد رضيت ببطلان حقها اه وكذا لو زنى بثيب وهى نائمة فلا حد عليه ولا عقر أو ببكر بالغة دعته إلى نفسها وأزال عذرتها ، وعليه المهر لو مكرهة أو صغيرة أو أمة ولو بأمرها لعدم صحة أمر الصغيرة فى إسقاط حقها وأمر الأمة فى إسقاط حق المولى ،ولا مهر عليه بإقراره بالزنى اه هندية ملخصا (قوله وبائع أمته) أى إذا وطئها قبل التسليم إلى المشترى لا حد عليه ولا مهر لأنه من شبهة المحل لكونها فى ضمانه ويده ، إذ لو هلكت عادت إلى ملكه والخراج بالضمان ،فلو وجب عليه المهر استحقه(١) (قوله ويسقط) أى عن المشترى ويثبت له الخيار ، كما لو أتلف جزءا منها ولو البجية (قوله وإلا فلا) أى وإن لم تكن بكارة فلا يسقط شىء

---

(١) (قوله فلو وجب عليه المهر استحقه) أى لأن المهر يصير من الزوائد المنفصلة وهى مملوكة لمن بيده به ضمان فكأننا أوجبنا المهر عليه لنفسه

تدافعت جارية مع أخرى فأزالت بكارتها لزمها مهر المثل .
لأبي الصغيرة المطالبة بالمهر ، وللزوج المطالبة بتسليمها إن تحملت الرجل : قال البزازى : ولا يعتبر السن ، فلو تسلمها فهربت لم يلزمه طلبها :
خدع امرأة وأخذها حبس إلى أن يأتي بها ويعلم موتها .
المهر مهر السر ، وقيل العلانية :

ولا خيار له أيضا : وروى عن الإمام أن له الخيار ولو ابجية (قوله تدافعت جارية الخ) تقدم الكلام عليها أول الباب .

مطلب لأبي الصغيرة المطالبة بالمهر

(قوله لأبي الصغيرة المطالبة بالمهر) ولو كان الزوج لا يستمتع بها كما في الهندية عن التجنيس ، والصغيرة غير قيد . ففي الهندية للأب والجد والقاضي قبض صداق البكر صغيرة كانت أو كبيرة إلا إذا نهته وهي بالغة صح النهي ، وليس لغيرهم ذلك ، والوصي يملك ذلك على الصغيرة والثيب البالغة حق القبض لها دون غيرها اهـ . وشمل قوله وليس لغيرهم الأم ، فليس لها القبض إلا إذا كانت وصية ، وحينئذ فتطالب الأم إذا بلغت دون الزوج كما أفاده في الهندية ط :

قلت : أي تطالب الأم إذا ثبت القبض بغير إقرار الأم لما في البزازية وغيرها : أدركت وطلبت المهر من الزوج فادعى الزوج أنه دفعه إلى الأب في صغرها وأقر الأب به لا يصح إقراره عليها لأنه لا يملك القبض في هذه الحالة فلا يملك الإقرار به وتأخذ من الزوج ولا يرجع على الأب لأنه أقر بقبض الأب في وقت له ولاية القبض إلا إذا كان قال عند الأخذ أبرأتك من مهرها ثم أنكرت البنت له الرجوع هنا على الأب اهـ . وفيها قبض المولى المهر ثم ادعى الرد على الزوج لا يصدق إذا كانت بكرا لأنه يلي القبض لا الرد ولو ثيبا يصدق لأنه أمين ادعى رد الأمانة اهـ . وفيها قبض الأب مهرها وهي بالغة أولا وجهزها أو قبض مكان المهر عينا ليس لها أن لا تجيز لأن ولاية قبض المهر إلى الآباء وكذا التصرف فيه اهـ لكن في الهندية : لو قبض بمهر البالغة ضيعة فلم ترض إن جرى التعارف بذلك جاز له وإلا فلا ولو بكرا ، وتمام مسائل قبض المهر في البحر والنهر أول باب الأولياء (قوله قال البزازى الخ) عبارته : ولا يجبر الأب على دفع الصغيرة إلى الزوج ولكن يجبر الزوج على إيفاء المعجل ، فإن زعم الزوج أنها تتحمل الرجال وأنكر الأب فالقاضي يريها النساء ولا يعتبر السن اهـ .

قلت : بل في التتارخانية : البالغة إذا كانت لا تتحمل لا يؤمر بدفعها إلى الزوج .

مطلب في مهر السر ومهر العلانية

(قوله المهر مهر السر الخ) المسألة على وجهين :

الأول تواضعا في السر على مهر ثم تعاقدا في العلانية بأكثر والجنس واحد ، فإن اتفقا على المواضعة فالمهر مهر السر وإلا فالمسمى في العقد مالم يبرهن الزوج على أن الزيادة سمعة وإن اختلف الجنس ، فإن لم يتفقا على المواضعة فالمهر هو المسمى في العقد ، وإن اتفقا عليها انعقد بمهر المثل ، وإن تواضعا في السر على أن المهر دنانير ثم تعاقدا في العلانية على أن لا مهر لها فالمهر ما في السر من الدنانير ، لأنه لم يوجد ما يوجب الإعراض عنها وإن تعاقدا على أن لا تكون الدنانير مهرا لها أو سكتا في العلانية عن المهر انعقد بمهر المثل .

المؤجل إلى الطلاق يتعجل بالرجعي ولا يتأجل بمراجعتها . ولو وهبته المهر على أن يتزوجها فأبى فالمهر باق نكحها أولا . ولو وهبته لأحد ووكلته بقبضه صح . ولو أحالت به إنسانا ثم وهبته للزوج لم تصح ، وهذه حيلة من يريد أن يهب ولا تصح .

باب نكاح الرقيق

هو المملوك كلا أو بعضا ،

الوجه الثاني أن يتعاقدا في السر على مهر ثم أقر في العلانية بأكثر فإن اتفقا أو أشهدا أن الزيادة سمعة فالمهر ماذكر عند العقد في السر وإن لم يشهد فعندهما المهر هو الأول . وعنده هو الثاني ويكون جميعه زيادة على الأول لو من خلاف جنسه وإلا فالزيادة بقدر مازاد على الأول اهـ ملخصا من الذخيرة .

والحاصل في الوجه الأول أن العقد إنما جرى في العلانية فقط ، وفي الوجه الثاني بالعكس أو جرى مرتين مرة في السر ومرة في العلانية كما قدمناه مبسوطا عن الفتح عند قول المصنف ، وما فرض بعد العقد أو زيد لاينتصف وفيه نوع مخالفة لما هنا يمكن دفعها بإمعان النظر (قوله المؤجل إلى الطلاق) احتراز عن المهر المؤجل إلى مدة معلومة فإنه يبقى إلى أجله بعد الطلاق ، وقوله يتعجل بالرجعي أي مطلقا أو إلى انقضاء العدة كما هو قول عامة المشايخ ، وعلى الأول لايتأجل لو راجعها وليس الرجعي بقيد بل البائن مثله بالأولى ، وقدمنا تمام الكلام على ذلك عند قوله ولها منعه من الوطء الخ (قوله ولو وهبته المهر الخ) أي لو قال لمطلقته لاأتزوجك حتى تهبيني مالك على من مهرك ففعلت على أن يتزوجها فأبى فالمهر عليه تزوج أم لابزازية ، وقوله فأبى : أي قال لا أتزوجك فيكون ردا للهبة ، فلذا بقي المهر عليه وإن تزوجها بعد الإباء (قوله ولو وهبته لأحد) أي غير الزوج ، لأن هبة الدين لمن عليه الدين تصح مطلقا . أما هبته لغيره فلا تصح مالم يسلطه على قبضه فيصير كأنه وهبه حين قبضه ، ولا يصح إلا بقبضه كما في جامع الفصولين (قوله لم تصح) أي الهبة (قوله وهذه حيلة الخ) أفاد أنها غير قاصرة على المهر ، وفيها بعد الاشتراط رضا المديون بالحوالة . فإذا كان طالبا للهبة لايرضى بالحوالة إلا أن يصور فيمن يجهل أن الحوالة تمنع من صحة الهبة . وأجاب الشارح في مسائل شتى آخر الكتاب بأنه يتمكن المحال من مطالبة المديون برفعه إلى من لايشترط قبوله : أي كما لكي المذهب تأمل .

ومن الحيل شراء شيء ملفوف من زوجها بالمهر قبل الهبة أي ثم ترده بعدها بخيار رؤية أو يصالحها إنسان عن المهر بشيء ملفوف قبل الهبة كما في البحر عن القنية ، والأخيرة أحسن ، والله تعالى أعلم .

باب نكاح الرقيق

لما فرغ من نكاح من له أهلية النكاح من المسلمين شرع في بيان من ليس له ذلك وهو الرقيق ، وقدمه على الكافر لأن الإسلام غالب فيهم نهر (قوله هو المملوك) في الصحاح الرقيق المملوك يطلق على الواحد والجمع . قال في البحر : والمراد هنا المملوك من الآدمي ، لأنهم قالوا إن الكافر إذا أسر في دار الحرب فهو رقيق لامملوك وإذا أخرج فهو مملوك أيضا ، فعلى هذا فكل مملوك من الآدمي رقيق لاعكسه اهـ وعليه فالمراد بالرقيق هنا الرقيق المحرز بدارنا ، فالأمة إذا أسرت ولم تخرج إلى دارنا لو تزوجت لايتوقف نكاحها بل يبطل لأنه لامجيز له وقت وقوعه كما في النهر بحثا . قلت : قد يقال إن له مجيزا وهو الإمام لأن له بيعها قبل الإخراج وبعده فتأمل (قوله كلا أو بعضا) يشمل المبعض والمملوك ملكا ناقصا كالمكاتب ومن ولد له سبب الحرية كالمدبر وأم الولد

والقن المملوك كلا :

(توقف نكاح قنّ وأمة ومكاتب ومدبر وأم ولد على إجازة المولى ، فإن أجاز نفذ ، وإن رد بطل) فلا مهر مالم يدخل فيطالب بمهر المثل بعد عتقه ، ثم المراد بالمولى من له ولاية تزويج الأمة كأب وجد وقاض ووصى ومكاتب ومفاوض ومتولّ ،

(قوله والقن المملوك كلا) أخرج المبعض ، لكن دخل فيه المكاتب والمدبر وأم الولد لدخولهم فى المملوك . وفى المغرب : القن من العبيد من ملك هو وأبواه ، وكذلك الاثنان والجمع والمؤنث وأما أمة قنة فلم نسمعه : وعن ابن الأعرابى عبد قن خالص العبودية ، وعليه قول الفقهاء لأنهم يعنون به خلاف المدبر والمكاتب اهـ فالمناسب مافى الرحمتى من أن القن المملوك ملكا تاما لم ينعقد له سبب الحرية .

قال ح : ثم اعلم أن كلا من الرق والملك كامل وناقص ، فى القن كاملان ، وفى معتق البعض ناقصان . وفى المكاتب كمل الرق، وفى المدبر وأم الولد كمل الملك (قوله توقف نكاح قن) أطلق فى نكاحه فشمل ماإذا تزوج بنفسه أو زوّجه غيره ، وقيد بالنكاح لأن التسرّى حرام مطلقا .

قال فى الفتح : [فرع] ، مهم للتجار مما يدفع لعبده جارية ليتسرى بها ، ولايجوز للعبد أذن له مولاه أولا ، لأن حل الوطء لايثبت شرعا إلا بملك اليمين أو عقد النكاح ، وليس للعبد ملك يمين فانحصر حل وطئه فى عقد النكاح اهـ بحر (قوله وأمة) قد علمت أن القن يشمل الذكر والأنثى (قوله ومكاتب) لأن الكتابة أوجبت فك الحجر فى حق الاكتساب ومنه تزويج أمته إذ به يحصل المهر والنفقة للمولى ، بخلاف تزويج نفسه وعبده . ودخل فى المكاتب معتق البعض لايجوز نكاحه عنده ، وعندهما يجوز لأنه حر مديون ، أفاده فى البحر (قوله وأم ولد) وفى حكمها ابنها من غير مولاها ، كما إذا زوّج أم ولده من غيره فجاءت بولد من زوجها . وأما ولدها من مولاها فحر وتمامه فى البحر (قوله فإن أجاز نفذ الخ) إن كان كل من الإجازة أو الرد قبل الدخول فالأمر ظاهر ؛ وإن كان بعده ففى الرد يطالب العبد بعد العتق كما ذكره بقوله فيطالب الخ ، وفى الإجازة قال فى البحر عن المحيط وغيره القياس أن يجب مهران مهر بالدخول ومهر بالإجازة كما فى النكاح الفاسد إذا جدده صحيحا .

وفى الاستحسان : لايلزمه إلا المسمى ، لأن مهر المثل لو وجب لوجب باعتبار العقد ، وحينئذ فيجب بعقد واحد مهران وإنه ممتنع اهـ .

ثم الإجازة تكون صريحا ودلالة وضرورة كما سيأتى ؛ وفيه رمز إلى أن سكوته بعد العلم ليس باجازة كما فى القهستانى عن القنية (قوله فلا مهر) تفريع على قوله بطل ح أى لامهر على العبد ولا مهر للأمة (قوله فيطالب) جواب شرط مقدر أى فإن دخل فيطالب فافهم (قوله من له ولاية تزويج الأمة) أى وإن لم يكن مالكا لها بحر وشمل الوارث والمشترى ؛ فلو مات الولى أو باعه فأجاز سيده الوارث أو المشترى يجوز وإلا فلا كما أشير إليه فى العمادية قهستانى ، وشمل الشريكين . فلو زوّج أحدهما الأمة ودخل الزوج ، فإن رد الآخر فله نصف مهر المثل وللمزوج الأقل من نصفه ومن نصف المسمى بحر (قوله كأب) أى أبى اليتيم فإنه يزوّج أمته وكذا جده وكذا وصيه والقاضى ح لأنه من باب الاكتساب فتح (قوله ومكاتب) لأنه كما تقدم يجوز له تزويج أمته لكونه من الاكتساب لاعبده ط وخرج العبد المأذون فلا يملك تزويج الأمة أيضا بحر ، ومثله الصبى المأذون درر (قوله ومفاوض) فإنه يزوج أمة المفاوضة لاعبدها ح عن القهستانى ، بخلاف شريك العنان فلا يملك تزويج الأمة كما مر وكذا المضارب كما فى البحر (قوله ومتولّ) ذكره فى النهر بحثا حيث قال ولم أر حكم نكاح رقيق بيت المال والرقيق

وأما العبد فلا يملك تزويجه إلا من يملك إعتاقه درر .

(فإن نكحوا بالإذن فالمهر والنفقة عليهم) أى على القن وغيره لوجود سبب الوجوب منـه (ويسقطان بموتهم) لفوات محل الاستيفاء (وبيع قن فيهما لا) يباع (غيره) كمدبر بل يسعى ، ولو مات مولاه لزمه جملة إن قدر ، نهر وقنية (لكنه يباع فى النفقة مرارا) إن تجددت

فى الغنيمة المحرزة بدارنا قبل القسمة والوقف إذا كان بإذن الإمام والمتولى ، وينبغى أن يصح فى الأمة دون العبد كالوصى . ثم رأيت فى البزازية : لايملك تزويج العبد إلا من يملك إعتاقه اه أى فإنه يدل على أنه لايصح فى العبد وأما فى الأمة فينبغى الجواز تخريجا على الوصى كما قال ، ولعل الشارح اقتصر على المتولى ولم يذكر الإمام لأن أحكام الوصى والمتولى مستقيان من واد واحد ، لكن الإمام فى مال بيت المال ملحق بالوصى أيضا ، حتى أنه لايملك بيع عقار بيت المال إلا فيما يملكه الوصى ، وله بيع عبد الغنيمة قبل الإحراز وبعده فينبغى أن يملك تزويج الأمة إذا رأى المصلحة تأمل (قوله وأما العبد الخ) يستثنى من ذلك مالو زوّج الأب جارية ابنه من عبد ابنه فإنه يجوز عند أبى يوسف ، بخلاف الوصى لكن فى المبسوط أنه لايجوز فى ظاهر الرواية فلا استثناء بحر (قوله وغيره) أى من مدبر ومكاتب (قوله لوجود سبب الوجوب منه) أى من القن وغيره فإن العقد سبب لوجوب المهر والنفقة وقد وجد من أهله مع انتفاء المانع وهو حق المولى لإذنه بالعقد (قوله ويسقطان بموتهم) قيد سقوط المهر فى البحر عند قول الكنز ولو زوّج عبدا مأذونا بما إذا لم يترك كسبا ، وفى كلام الشارح إشارة إليه أما النفقة ولو مقضية فتسقط عن الحر بموته فالعبد بالأولى (قوله وبيع قن) أى باعه سيده ، لأنه دين تعلق فى رقبته وقد ظهر فى حق المولى بإذنه فيؤمر ببيعه ، فإن امتنع باعه القاضى بحضرته إلا إذا رضى أن يؤدى قدر ثمنه ، كذا فى المحيط نهر ، واشتراط حضرة المولى لاحتمال أن يفديه ، وقد ذكر فى المأذون المدبون أن للغرماء استسعاءه أيضا قال فى البحر من النفقة ومفاده أن زوجته لو اختارت استسعاءه لنفقة كل يوم أن يكون لها ذلك أيضا اه قلت : وكذا للمهر (قوله كمدبر) أدخلت الكاف المكاتب ومعتق البعض وابن أم الولد كما فى البحر (قوله بل يسعى) لأنه لايقبل البيع فيؤدى من كسبه لامن نفسه ، فلو عجز المكاتب صار المهر دينا فى رقبته فيباع فيه إلا إذا أدى المهر مولاه واستخلصه كما فى القن . وقياسه أن المدبر لو عاد إلى الرق بحكم شافعى ببيعه أن يصير المهر فى رقبته بحر (قوله ولو مات مولاه الخ) فى القنية : زوج مدبره امرأة ثم مات المولى فالمهر فى رقبة العبد يؤخذ به إذا عتق اه وفيه نظر لأن حكمه السعاية قبل العتق لاالتأخر إلى مابعد العتق بحر . قال فى النهر : هذا مدفوع بأن مافى القنية فيه إفادة حكم سكتوا عنه ، هو أن المدبر إذا لزمته السعاية فى حياة المولى هل يؤاخذ بالمهر بعد العتق ؟ قال نعم ، وهو ظاهر فى أنه يؤاخذ به جملة واحدة حيث قدر عليه ويبطل حكم السعاية اه .

أقول : حاصل الجواب أن المدبر يسعى فى حياة مولاه فى المهر ، أما بعد موت مولاه فإنه يسعى أولا فى ثلثى قيمته لتخليص رقبته من الرق ويصير المهر فى رقبته يؤديه بعد عتقه كدين الأحرار لابطريق السعاية ، فإن وجد معه جملة أخذ منه وإلا عومل معاملة المديون المعسر . ولما كان فهم ذلك من عبارة القنية فيه خفاء عزا ذلك إليها وإلى النهر فافهم (قوله إن تجددت) يعنى إن لزمه نفقة فبيع فيها فلم يف ثمنه بما عليه من النفقة بقى الفضل فى ذمته فيطالب به بعد العتق ولايتعلق برقبته فلا يباع فيه عند السيد الثانى . ثم إن تجمعت عليه نفقة عند السيد الثانى بيع فيها ويفعل بالفضل كما مر .

ووجهه مافى البحر عن المبسوط أن النفقة يتجدد وجوبها بمضى الزمان وذلك فى حكم دين حادث اه أى إن

(وفى المهر مرة) ويطالب بالباقى بعد عتقه إلا إذا باعه منها خانية .
(ولو زوّج) المولى (أمته من عبده لا يجب المهر) فى الأصح ولوالجية .

ماتجدد وجوبه عند السيد الثانى فى حكم دين حادث فيباع فيه ، بخلاف ماتجمد عليه وبيع فيه أولا فإنه لايباع فيه ثانيا لاستيفاء باقيه لأنه فى حكم دين واحد ، خلافا لما فى نفقات صدر الشريعة حيث يفهم منه أنه يباع فى الباقى أيضا كما سيأتى بيانه هناك إن شاء الله تعالى .

ثم الظاهر أن هذا مفروض فيما إذا كانت النفقة مفروضة بالتراضى أو بقضاء القاضى لأنها بدون ذلك تسقط بمضى المدة كما ذكروه فى النفقات :

ثم رأيت فى نفقات البحر صور المسألة بما إذا فرض القاضى لها نفقة شهر مثلا وعجز عن أدائها باعه القاضى إن لم يفده المولى . وأفاد أنه إنما يباع فيما يعجز عن أدائه لا لنفقة كل يوم مثلا للإضرار بالمولى ولا لاجتماع قدر قيمته للإضرار بها . وينبغى أن لا يصح فرضها بتراضيهما لحجر العبد عن التصرف ولاتهامه بقصد الزيادة لإضرار المولى ، ولذا فرض المسألة فى البحر فيما إذا فرضها القاضى تأمل (قوله وفى المهر مرة) فيه أنه لو لزمه مهر آخر عند السيد الثانى كما إذا طلقها ثم تزوجها بيع ثانيا فلا فرق بين المهر والنفقة إلا باعتبار أن النفقة تتجدد عند السيد الثانى ولابد ، بخلاف المهر ح عن شيخه السيد . وأجاب ط بأن النفقة التى حدثت عند الثانى سببها متحقق عند الأول فتكرر بيعه فى شىء واحد ، بخلاف بيعه فى مهر ثان حدث عند الثانى ، فإن هذا مسبب عن عقد مستقل حتى توقف على إذنه اهـ .

قلت : وحاصله أن النفقة المتجددة عند الثانى وإن كانت فى حكم دين حادث ولذا بيع فيها ثانيا إلا أنها لما كان سببها متحدا وهو العقد الأول لم تكن دينا حادثا من كل وجه ، أما المهر الثانى فهو دين حادث من كل وجه لوجوبه بسبب جديد ، وأنت خبير بأن هذا جواب إقناعى . ثم اعلم أن دين المهر والنفقة عيب فى العبد فللمشترى الخيار إن لم يرض به .

[تنبيه] قال فى البحر : علل فى المعراج لعدم تكرار بيعه فى المهر بأنه بيع فى جميع المهر ، فيفيد أنه لو بيع فى مهرها المعجل ثم حل الأجل يباع مرة أخرى لأنه إنما بيع فى بعضه اهـ .

أقول : فيه نظر لأنه مخالف لما نقله قبله عن المبسوط من أنه ليس شىء من ديون العبد مايباع فيه مرة بعد أخرى إلا النفقة لأنه يتجدد وجوبها بمضى الزمان الخ ولايخفى أن المهر المؤجل كان واجبا قبل حلول الأجل ، وإنما تأخرت المطالبة إلى حلوله ، فلم يتجدد الوجوب عند المشترى حتى يباع ثانيا عنده ، ولأنه يلزم أنه لو كان المهر ألفا مثلا وقيمة العبد مائة فبيع بمائة أن يباع ثانيا وثالثا وهكذا لأنه فى كل مرة لم يبع فى كل المهر وهو خلاف ماصرحوا به ، ومراد المعراج بقوله بيع فى جميع المهر أنه إنما بيع لأجل جميع المهر : أى لأجل ما كان جميعه واجبا وقت البيع ، بخلاف النفقة الحادثة عند الثانى فإنه لم يبع فيها عند الأول فيباع فيها ثانيا عند الثانى ، فالمراد بيان الفرق بين المهر والنفقة كما صرح به فى البحر من النفقات فراجعه فافهم (قوله إلا إذا باعه منها) فإن ماعليها من مقدار ثمنه يلتقى قصاصا بقدره مما لها والباقى يسقط ، لأن السيد لايستوجب دينا على عبده ح (قوله ولو زوّج المولى أمته الخ) حاصله تقييد المسألة الأولى التى يباع فيها القن بما إذا لم تكن الأمة أمة مولى العبد فهذا كالاستثناء مما قبله ؛ ثم استثنى من هذا الاستثناء ما إذا كانت أمة المولى مأذونة مديونة فإنه يباع لها أيضا ، وأطلق هنا الأمة والعبد ، فشمل ما إذا كانا قنين أو مدبرين ، أو كانت أم ولد ، أو كان ابن أم ولد (قوله لايجب المهر) لاستلزامه الوجوب لنفسه على نفسه وهو

وقال البزازى : بل يسقط ، ومحل الخلاف إذا لم تكن الأمة مأذونة مديونة ، فإن كانت بيع أيضا لأنه يثبت لها ثم ينتقل للمولى نهر (فلو باعه سيده بعد ما زوّجه امرأة فالمهر برقبته يدور معه أينما دار كدين الاستهلاك) لكن للمرأة فسخ البيع لو المهر عليه لأنه دين فكانت كالغرماء منح (وقوله لعبده طلقها رجعية إجازة)

لايعقل ، وهذا بناء على أن مهر الأمة يثبت للسيد ابتداء فى غير المأذونة والمكاتبة ومعتقة البعض كما فى النهر ح . وفى استثناء المأذونة كلام يأتى قريبا (قوله بل يسقط) أى بل يجب على السيد ثم يسقط بناء على أن مهر الأمة يثبت لها أولا ثم ينتقل للسيد كما فى النهر عن الفتح ح . وفائدة وجوبه لها أنه لو كان عليها دين يستوفى منه ويقضى دينها . قالوا والأول أظهر ، كذا فى شرح الجامع الكبير بيرى على الأشباه ، وأيده أيضا فى الدرر ، وهذا مؤيد لتصحيح الولوالجى قال فى البحر : ولم أر من ذكر لهذا الاختلاف ثمرة .

ويمكن أن يقال إنها تظهر فيما لو زوج الأب أمة الصغير من عبده ، فعلى الثانى يصح ، وهو قول أبى يوسف وعلى الأول لايصح التزويج ، وهو قولهما ، وبه جزم فى الولوالجية معللا بأنه نكاح للأمة بغير مهر لعدم وجوبه على العبد فى كسبه للحال اه .

واعترضه الرحمتى بأنه لا استحالة فى وجوب المال للصغير على أبيه ، بخلاف مالو زوجها من أمة نفسه .

قلت : وكأنه فهم أن الضمير فى قوله من عبده للأب مع أنه للصغير كما صرح به فى الظهيرية .

هذا ، وجعل العلامة المقدسى ثمرة الخلاف قضاء دينها منه وعدمه . وقال: ويترجح القول بالوجوب ، ولهذا صححه ابن أمير حاج (قوله ومحل الخلاف الخ) ذكره فى النهر بحثا بقوله وينبغى أن يكون محل الخلاف ما إذا لم تكن الأمة مأذونة مديونة ، فإن كانت بيع أيضا ، ويدل عليه ما فى الفتح : مهر الأمة يثبت لها ثم ينتقل إلى المولى ، حتى لو كان عليها دين قضى من المهر اه .

قلت : أنت خبير أن قول الفتح يثبت لها الخ هو أحد القولين ، فكيف يجعله دليلا لعدم الخلاف فإن المتبادر من عباراتهم أن قضاء دينها منه مبنى على القول بأنه يثبت لها أولا أما على القول بأنه يثبت للسيد ابتداء فلا قضاء ولهذا جعله العلامة المقدسى ثمرة الخلاف كما مر فتأمل (قوله لأنه يثبت لها) أى لأن المهر يثبت للأمة مأذونة أو غيرها ثم ينتقل للمولى إن لم يكن عليها دين وإلا فلا ينتقل إليه فالضمير راجع للأمة المذكورة لابقيد كونها مأذونة فهو استدلال بالأعم على الأخص فافهم (قوله فالمهر برقبته) وقيل فى ثمنه والأول الصحيح كما فى المنية ولو أعتقه كان عليه الأقل من المهر والنفقة كما فى النتف قهستانى (قوله يدور معه الخ) أى يباع فيه وإن تداولته الأيدى مرارا (قوله كدين الاستهلاك) أى كما لو استهلك مال إنسان عند سيده (قوله لكن للمرأة فسخ البيع) ذكره فى البحر بحثا ونقله المصنف فى المنح عن جواهر الفتاوى حيث قال رجل زوج غلامه ثم أراد أن يبيعه بدون رضا المرأة إن لم يكن للمرأة على العبد مهر فللمولى بيعه وإن كان فلا إلا برضاها وهذا كما قلنا فى العبد المأذون والمديون إذا باعه بدون رضا الغرماء فلو أراد الغريم الفسخ فله أن يفسخ البيع كذلك هنا إذا كان عليه المهر لأن المهر دين اه أما لو المولى قضاه عنه فلا فسخ أصلا (قوله طلقها رجعية) مثله أوقع عليها الطلاق أو طلقها تطليقة تقع عليها بحر .

(قوله إجازة) لأن الطلاق الرجعى لايكون إلا بعد النكاح الصحيح ، فكان الأمر به إجازة اقتضاء ، بخلاف البائن لأنه يحتمل المتاركة كما فى النكاح الفاسد والموقوف : ويحتمل الإجازة فحمل على الأدنى . وأشار إلى أن الإجازة تثبت بالدلالة كما تثبت بالصريح وبالضرورة ، فالصريح كرضيت وأجزت وأذنت ونحوه . والدلالة تكون بالقول ، كقول المولى بعد بلوغه الخبر حسن أو صواب أولا بأس به وبفعل يدل عليها كسوق المهر أوشىء

للنكاح (الموقوف ، لاطلقها أو فارقها) لأنه يستعمل للمتاركة ، حتى لو أجازه بعد ذلك لاينفذ . بخلاف الفضولى (وإذنه لعبده فى النكاح ينتظم جائزه وفاسده ، فيباع العبد لمهر من نكحها فاسدا بعد إذنه فوطئها) خلافا لهما ؛ ولو نوى المولى الصحيح فقط تقيد به ،

منه إلى المرأة والضرورة بنحو عتق العبد أو الأمة فالإعتاق إجازة ،وتمامه فى البحر ؛ولو أذن له السيد بعدماتزوج لايكون إجازة ، فإن أجاز العبد ماصنع جاز استحسانا كالفضولى إذا وكل فأجاز ماصنعه قبل الوكالة ، وكالعبد إذا زوجه فضولى فأذن له مولاه فى التزوج فأجاز ماصنعه الفضولى كذا فى الفتح .

أقول : ولعل وجهه أن العقد إذا وقع موقوفا على الإجازة فحصل الإذن بعده ملك استئناف العقد فيملك إجازة الموقوف بالأولى ، لكن علمت أن من الإجازة الصريحة لفظ أذنت فيناقض ماذكر من أن الإذن بعد التزوج لايكون إجازة ؛

وأجاب فى البحر بحمل الأول على ما إذا علم بالنكاح فقال أذنت ، والثانى على ما إذا لم يعلم ، وبه جزم فى النهر ؛

مطلب فى الفرق بين الإذن والإجازة

قلت : يظهر مما ذكرنا الفرق بين الإذن والإجازة ، فالإذن لما سيقع ، والإجازة لما وقع : ويظهر منه أيضا أن الإذن يكون بمعنى الإجازة إذا كان لأمر وقع وعلم به الآذن ، وعلى هذا فقول البحر وغيره الإجازة تثبت بالدلالة وبالصريح الخ أنسب من قول الزيلعى الإذن يثبت الخ . وعلم أن المصنف لو قال إذن بدل قوله إجازة لصح أيضاً ، لأن الأمر بالطلاق يكون بعد العلم ، والإذن بعد العلم إجازة ، فقول النهر : ولم يقل أذن لأنه لوكان لاحتاج إلى الإجازة ، فيه نظر فتدبر (قوله للنكاح الموقوف) يستفاد من قوله الموقوف أنه عقد فضولى فتجرى فيه أحكام الفضولى من صحة فسخ العبد والمرأة قبل إجازة المولى ، وتمامه فى النهر (قوله لأنه) أى قول المولى طلقها أو فارقها لأنه يستعمل للمتاركة : أى فيكون ردا . ويحتمل الإجازة ، فحمل على الرد لأنه أدنى لأن الدفع أسهل من الرفع ، أو لأنه أليق بحال العبد المتمرد على مولاه فكانت الحقيقة متروكة بدلالة الحال ، بحر عن العناية .

وعلى الثانى ينبغى لو زوجه فضولى فقال المولى للعبد طلقها أنه يكون إجازة ، إذ لاتمرد منه فى هذه الحالة نهر .

قلت : التعليل الأول يشمل هذه الصورة فلا يكون إجازة (قوله حتى لو أجازه الخ) تفريع على مافهم من المقام من أن ذلك رد . وقال فى البحر : وقد علم مما قررناه ، أن قوله طلقها أو فارقها وإن لم يكن إجازة فهو رد فينفسخ به نكاح العبد حتى لاتلحقه الإجازة بعده (قوله بخلاف الفضولى) أى إذا قال له الزوج طلقها يكون إجازة لأنه يملك التطليق بالإجازة فيملك الأمر به ، بخلاف المولى ، وهذا مختار صاحب المحيط . وفى الفتح أنه الأوجه ، ومختار الصدر الشهيد ونجم الدين النسفى أنه ليس بإجازة ، فلا فرق بينهما . وعلى هذا الاختلاف إذا طلقها الزوج .

وفى جامع الفصولين أن هذا الاختلاف فى الطلقة الواحدة ، أما لو طلقها ثلاثا فهى إجازة اتفاقا وعليه فينبغى أن تحرم عليه لو طلقها ثلاثا لأنه يصير كأنه إجازة أولا ثم طلق اهـ وبه صرح الزيلعى بحر (قوله وإذنه لعبده الخ) أطلقه فشمل ماإذا أذن له فى نكاح حرة أو أمة معينة أولا فما فى الهداية من التقييد بالأمة والمعينة اتفاق بحر (قوله بعد إذنه) متعلق بنكحها ، وقيد به لئلا يتوهم أن قوله وإذنه لعبده يدخل فيه الإذن بعد النكاح ، لأن الإذن مايكون قبل الوقوع على مامر بيانه فافهم (قوله فوطئها) قيد به لأن المهر لايلزم فى الفاسد إلا به ط (قوله خلافا لهما) فعندهما الإذن لايتناول إلا الصحيح فلا يطالب بالمهر فى الفاسد إلا بعد العتق (قوله تقيد به) أى ويصدق قضاء وديانة .

كما لو نص عليه ، ولو نص على الفاسد صح وصح الصحيح أيضاً نهر .

(ولو نكحها ثانياً) صحيحا (أو) نكح أخرى (بعدها صحيحا وقف على الإجازة) لانتهاء الإذن بمرة وإن نوى مراراً ؛ ولو مرتين صح لأنهما كل نكاح العبد ، وكذا التوكيل بالنكاح (بخلاف التوكيل به) فإنه لايتناول الفاسد فلا ينتهي ، به يفتى . والوكيل بنكاح فاسد لايملك الصحيح ، بخلاف البيع ابن ملك »

وفى الأشباه من قاعدة الأصل فى الكلام الحقيقة الإذن فى النكاح والبيع

قال فى النهر واعلم أنه ينبغي أن يقيد الخلاف بما إذالم ينو المولى الصحيح فقط فإن نواه تقيد به أخذامن قولهم لو حلف أنه مانزوج فى الماضي يتناول يمينه الفاسد أيضاً قال فى التلخيص: ولو نوى الصحيح صدق ديانة وقضاء وإن كان فيه تخفيف رعاية لجانب الحقيقة اه نهر (قوله كما لونص عليه) أى فإنه يتقيد به اتفاقا أيضاً كما بحثه فى البحر أخذا ممابعده (قوله صح) أى فإذا دخل بها يلزمه المهر فى قولهم جميعاً ، بحر عن البدائع(قوله وصح الصحيح أيضاً) أى اتفاقا ،وهذا مابحثه فىالنهر على خلاف مابحثه فىالبحر من أنه لايصح اتفاقا.وإذا تأملت كلام كل منهما يظهر لك أرجحية مافى البحر كما أوضحته فيما علقته عليه ويأتى قريبا بعض ذلك (قوله ولو نكحها ثانيا) أى بعد الفاسد وهذا عطف على قوله فيباع الخ فهو أيضاً من ثمرة الخلاف لأنه إذا انتظم الفاسد عنده ينتهى به الإذن ، وإذا لم ينتظمه لاينتهى به عندهما فله أن يتزوج صحيحا بعده بها أوبغيرها (قوله لانتهاء الإذن بمرة) ومثل الإذن الأمر بالتزويج ، كما لوقال له تزوج فإنه لايتزوج إلا مرة واحدة لأن الأمر لايقتضى التكرار وكذا إذا قال تزوج امرأة لأن قوله امرأة اسم لواحدة من هذا الجنس بحر عن البدائع (قوله وإن نوى مرارا الخ) أى لو قال لعبده تزوج ونوى به مرة بعد أخرى لم يصح لأنه عدد محض ولو نوى ثنتين يصح لأن ذلك كل نكاح العبد ، إذ العبد لايملك التزوج بأكثر من ثنتين ، بحر عن شرح المغنى للهندى .

وحاصله أن الأمر يتضمن المصدر وهو للفرد الحقيقي أو الاعتبارى أى جملة مايملكه دون العدد المحض ، كما قالوا فى طلق امرأتى ونوى الواحدة أو الثلاث يصح دون الثنتين (قوله وكذا التوكيل بالنكاح) بأن قال زوّج لى امرأة لايملك أن يزوجه إلا امرأة واحدة ، ولو نوى الموكل الأربع ينبغي أن يجوز على قياس ماذكرنا لأنه كل جنس النكاح فى حقه ولكنى ماظفرت بالنقل ، كذا فى شرح المغنى للهندى فى بحث الأمر بحر فافهم ، لكن نية الأربع إنما تصح إذا لم يقل امرأة ، أمالو قاله كما هو تصوير المسألة قبله فلا كما أفاده الرحمتى ، ويؤيده مامر آنفا عن البدائع من أن المرأة اسم لواحدة من هذا الجنس (قوله بخلاف التوكيل به) أى توكيل من يريد النكاح به ، وهذا مرتبط بقول المصنف والإذن بالنكاح ينتظم جائزه وفاسده (قوله فإنه لايتناول الفاسد) لأن النكاح الفاسد ليس بنكاح لأنه لايفيد شيئا من أحكام النكاح ، ولهذا لوحلف لايتزوج فتزوج نكاحا فاسدا لايحنث ، بخلاف البيع يجوز فى قول أبي حنيفة لأن الفاسد بيع يفيد حكم البيع وهو الملك ، ويدخل فى يمين البيع فيحنث به خانية (قوله به يفتى) عبارة البحر : فلا ينتهى به اتفاقا،وعليه الفتوى كما فى المصنى،وأسقط الشارح اتفاقا لأن قوله وعليه الفتوى يشعر بالخلاف وإرجاع ضمير عليه إلى الاتفاق فيه نظر ،إذ لامعنى للإفتاء بالاتفاق فافهم (قوله لايملك الصحيح) لأنه قد يكون له غرض فى الفاسد وهو عدم لزوم المهر بمجرد العقد فإنه لايلزم إلا بالوطء : وفى الصحيح يلزم المهر بمجرد العقد ، ويتأكد بالخلوة والموت ولو بدون وطء ، ففيه إلزام على الموكل بما لم يلتزمه ، وهذا يؤيد مابحثه فى البحر كما مر عند قوله وصح الصحيح أيضا (قوله بخلاف البيع) أى بخلاف الوكيل ببيع فاسد فإنه يملك الصحيح ، لأن البيع الفاسد بيع حقيقة لإفادته الملك بعد القبض ، بخلاف النكاح الفاسد كما مر (قوله الإذن فى النكاح) الأولى بالنكاح بالباء ، والمراد الإذن للعبد المحجور وهو فك الحجر

والتوكيل بالبيع يتناول الفاسد ، وبالنكاح لا ، واليمين على نكاح وصلاة وصوم وحج وبيع ، إن كانت على الماضي يتناوله ، وإن على المستقبل لا :

(ولو زوّج عبداً له مأذونا مديونا صح وساوت) المرأة (الغرماء فى مهر مثلها) والأقل (والزائد) عليه (تطالب به) بعد استيفاء الغرماء (كدين الصحة مع) دين (المرض) إلا إذا باعه منها

وإسقاط الحق ، لأن العبد له أهلية التصرف فى نفسه ،وإنما حجر عنه لحق المولى فبالإذن يتصرف لنفسه بأهليته. وعند زفر والشافعى هو توكيل وإنابة كما سيأتى فى بابه إن شاء الله تعالى . والظاهر أن هذا غير خاص بالعبد لأنه يقال أذنت لزيد بأكل طعامى أو بسكنى دارى ففيه فك حجر وإسقاط حق، وكذا يقال أذنت له ببيع دارى فيكون بمعنى الإحلال والإعارة والتوكيل ؛ وإنما لم يكن الإذن للعبد توكيلا عندنا لما علمت من أنه بالإذن يتصرف لنفسه لابطريق النيابة عن المولى (قوله والتوكيل بالبيع) أى توكيل أجنبى به . وقول البحر أشار المصنف إلى أن الإذن بالبيع وهو التوكيل به يتناول الفاسد بالأولى اتفاقا يوهم أن الإذن هو التوكيل ، لكن قد علمت أنه ليس عينه مطلقا بل قد يطلق عليه ، فمراده الإذن الذى بمعنى توكيل الأجنبى لاإذن العبد تأمل (قوله وبالنكاح لا) أى والتوكيل بالنكاح لايتناول الفاسد كما مر (قوله واليمين على نكاح) كما إذا حلف لايتزوج فإنه لايحنث إلا بالصحيح . وأما إذا حلف أنه ماتزوج فى الماضى فإنه يتناول الصحيح والفاسد أيضا ،لأن المراد فى المستقبل الإعفاف وفى الماضى وقوع العقد ، بحر عن المبسوط (قوله وصلاة) يقال على قياس ماتقدم :إن يمينه فى الماضى منعقدة على صورة الفعل وقد وجدت ، بخلافها فى المستقبل فمنعقدة على المتهيئة للثواب وهو لايحصل بالفاسد . ومثله الصوم والحج ط .

قلت : وسيأتى فى الأيمان حلف لايصوم حنث بصوم ساعة بنية وإن أفطر لوجود شرطه ؛ ولو قال صوما أو يوما حنث بيوم ، وحنث فى لايصلى بركعة ، وفى لايصلى صلاة بشفع ،وفى :لايحج لايحنث حتى يقف بعرفة عن الثالث أو حتى يطوف أكثر الطواف عن الثانى اهـ .

وبه علم أن المراد بالصحيح فى المستقبل مايتحقق به الفعل المحلوف عليه شرعا مع شرائطه ، وذلك فى الصوم بساعة ، وفى الصلاة بركعة وإن أفسده بعده تأمل (قوله صح) أى النكاح لأنه يبتنى على ملك الرقبة وهو باق بعد الدين كما هو قبله بحر (قوله وساوت الغرماء) أى أصحاب الديون ، وفيه تصريح بأن المهر كسائر الديون ؛ فلو مات العبد وكان له كسب يوفى منه . وما فى الفتح عن التمرتاشى : لو مات العبد سقط المهر والنفقة يجب حمله فى المهر على ما إذا لم يترك شيئا نهر ، وأصل هذا الاستخراج والتوفيق لصاحب البحر (قوله والأقل) أى إن كان المهر المسمى أقل من مهر المثل تساوى الغرماء فيه ، ولم يذكره المصنف لعلمه بالأولى (قوله والزائد عليه الخ) أى إذا كان المسمى أكثر من مهر المثل فإنها تساويهم فى قدره والزائد عليه يطالب به بعد استيفاء الغرماء بحر : أى فيسعى لها به إن بقى فى ملك مولاه أو تصبر إلى أن يعتق ؛ ولو باعه الغرماء معها ليس لها بيعه ثانيا لأخذ الزائد لأنه لايباع فى المهر مرتين كما حررناه فيما مر تأمل (قوله كدين الصحة) أى إذا كان على المريض دين صحة وهو ماثبت ببينة مطلقا أو باقراره صحيحا قدم على دين المرض وهو ماأقربه مريضا لأن فيه إضرارا بالغرماء فيقضى بعد قضاء ديونهم (قوله إلا إذا باعه منها) فى الخانية : زوّجه بألف وباعه منها بتسعمائة وعليه دين ألف فأجاز الغريم البيع كانت التسعمائة بينهما يضرب الغريم فيها بألف والمرأة بألف ، ولاتتبعه المرأة بعد ذلك ويتبعه الغريم بما بقى من دينه إذا عتق اهـ وقوله ولا تتبعه بتاءين ثم باء موحدة : أى لاتطالبه بما بقى من مهرها لأنه صار ملكها وانفسخ النكاح والسيد

كما مر :

(ولو زوّج بنته مكاتبه ثم مات لايفسد النكاح) لأنها لم تملك المكاتب بموت أبيها (إلا إذا عجز فرد فى الرق) فحينئذ يفسد للتنافى :

(زوّج أمته) أو أم ولده (لاتجب) عليه (تبوئتها) وإن شرطها فى العقد أما لو شرط الحر

لايستوجب على عبده مالا ، بخلاف مابقى للغريم فإنه باق فى ذمة العبد فيطالبه به بعد عتقه ؛ أما قبله فلا لما مر من أن العبد لايباع فى دين أكثر من مرة إلا النفقة ، ولأن الغريم لما أجاز بيع المولى منها تعلق حقه فى القيمة فقط . ولا يخفى أن للمرأة بيعه وعتقه كما لو باعه المولى من غيرها ، ولا يمنع من بيعه تعلق الدين برقبته إلى ما بعد عتقه لما قلنا ، فما قيل من أنه ليس لها بيعه لتعلق حق الغريم به فهو وهم منشؤه التصحيف ،ولو كانت النسخة ولا تبيعه ويبيعه الغريم من البيع نافى قوله إذا عتق فافهم (قوله كما مر) أى قبيل قوله ولو زوّج المولى أمته من عبده ح ، (قوله بنته) المراد من ترثه من النساء بعد موته سواء كانت بنتا أو بنت ابن أو أختا ط (قوله لأنها لم تملك المكاتب) لأنه لايحتمل النقل من ملك إلى ملك مالم يعجز ، وإنما تملك مافى ذمته من بدل الكتابة ،وأما صحة عتقها إياه فلأنه برأ به عن بدل الكتابة أولا ثم يعتق فتح (قوله للتنافى) أى بين كونه مالكا لها وكونها مالكة له (قوله أو أم ولده) ومثلها المدبرة ، ولا تدخل المكاتبة بقرينة قوله فتخدمه :أى المولى لأن المكاتبة لايملك المولى استخدامها فلذا تجب النفقة لها بدون التبوئة بحر . وأما نفقة الأولاد فتكون على الأم لأن ولد المكاتبة دخل فى كتابتها ،وتمامه فى شرح أدب القضاء للخصاف (قوله لا تجب تبوئتها) هى فى اللغة مصدر بوأته منزلا أى أسكنته إياه . وفى الاصطلاح على مافى شرح النفقات للخصاف : أن يخلى المولى بين الأمة وبين زوجها ويدفعها إليه ولا يستخدمها : أما إذا كانت تذهب وتجيء وتخدم مولاها لاتكون تبوئة اه بحر . وقال قبله وقيد بالتبوئة لأن المولى إذا استوفى صداقها أمر أن يدخلها على زوجها وإن لم يلزمه أن يبوئها ، كذا فى المبسوط ؛ ولذا قال فى المحيط : لو باعها بحيث لايقدر الزوج عليها سقط مهرها كما سيأتى فى مسألة ما إذا قتلها اه أى سقط لو قبل الوطء .

هذا وإنما نقله عن الخصاف وما نقله عن المبسوط شبه التنافى ، لأن الأول أفاد أنه لابد فى تحقق معنى التبوئة اصطلاحا من تسليم الأمة إلى الزوج ، والثانى أفاد أن التسليم إليه بعد قبض الصداق واجب ،وعدم وجوب التبوئة ينافى وجوب التسليم المذكور . والجواب ما أفاده فى النهر من أن التسليم الواجب يكتفى فيه بالتخلية ، بل بالقول بأن يقول له المولى متى ظفرت بها وطئتها كما صرح به فى الدراية ، والتبوئة المنفية أمر زائد على ذلك لابد فيها من الدفع ، والاكتفاء فيها بالتخلية كما ظن بعضهم غير واقع اه . وهذا أولى مما أجاب به المقدسى من أن المراد بالتبوئة المنفية التبوئة المستمرة (قوله وإن شرطها) لأنه شرط باطل ، لأن المستحق للزوج ملك الحل لاغير لأنه لو صح الشرط لايخلو إما أن يكون بطريق الإجارة أو الإعارة ، فلا يصح الأول لجهالة المدة ، ولا الثانى لأن الإعارة لايتعلق بها اللزوم بحر (قوله أما لو شرط الحرائخ) بيان للفرق بين المسألتين ،وهو أن اشتراط حرية الأولاد وإن كان لايقتضيه نكاح الأمة أيضا إلا أنه صح ، لأنه فى معنى تعليق الحرية بالولادة والتعليق صحيح ، ويمتنع الرجوع عنه لأنه يثبت مقتضاه جبرا ، بخلاف اشتراط التبوئة لأنه يتوقف وجودها على فعل حسى اختيارى لأنه وعد يجب الإيفاء به غير أنه إذا لم يف به لايثبت متعلقه أعنى نفس الموعود به فتح ملخصا ، وأقره فى البحر والنهر : ومقتضى وجوب الوفاء به أنه شرط غير باطل ، لكن لايلزم من صحته وجوده بخلاف اشتراط الحرية ، لكن تقدم التصريح بأنه باطل ، وكذا صرح به فى كافى الحاكم فقال : لو شرط ذلك للزوج كان هذا الشرط باطلا ولا يمنعه أن يستخدم أمته ، ولعل معنى وجوب الوفاء به أنه واجب ديانة ، ومعنى بطلانه أنه غير لازم قضاء فتأمل :

حرية أولادها فيه صح وعتق كل من ولدته فى هذا النكاح لأن قبول المولى الشرط والتزويج على اعتباره هو معنى تعليق الحرية بالولادة فيصح فتح ، ومفاده أنه لو باعها أو مات عنها قبل الوضع فلا حرية .

ولو ادعى الزوج الشرط ولا بينة له حلف المولى نهر (لكن لا نفقة ولا سكنى لها إلا بها) بأن يدفعها إليه ولا يستخدمها (وتخدم المولى ويطأ الزوج إن ظفر بها فارغة) عن خدمة المولى ؛

[تنبيه] قال فى النهر : وقيد الرجل فى الفتح بالحر حتى لو كان عبدا كانت الأولاد عبيدا عندهما خلافا لمحمد اه ونظر فيه ح بأن التعليق المعنوى موجود :

قلت : وهو الذى يظهر ، وهذا القيد غير معتبر المفهوم ، ولذا لم يقيد به فى كثير من الكتب . وأما ما ذكره فى النهر من الخلاف فإنما رأيتهم ذكروه فى مسألة العبد المغرور إذا تزوج امرأة على أنها حرة فظهرت أمة . بخلاف الحر المغرور فإن أولاده أحرار بالقيمة اتفاقا فالظاهر أن ما فى النهر سبق نظر بقرينة أنه ذكر مسألة المغرور ثم قال وقيد الرجل فى الفتح الخ فاشتبه عليه مسألة بمسألة فليراجع (قوله حرية أولادها) أى أولاد القنة ونحوها ؛ وقوله فيه : أى فى العقد ؛ والظاهر أن اشتراطها بعده كذلك ويحرر ط (قوله فى هذا النكاح) أما لو طلقها ثم نكحها ثانيا فهم أرقاء إلا إذا شرط كالأول ط (قوله والتزويج) عطف على قبول ط . وهو أحسن من قول ح إنه عطف على الشرط (قوله على اعتباره) حالا من التزويج والهاء للشرط ح (قوله هو معنى الخ) خبر أن ح ؛ فكأنه قال إن ولدت أولادا من هذا النكاح فهم أحرار ط (قوله ومفاده) أى مفاد التعليل المذكور ، وذلك لأن المعلق قبل وجود الشرط عدم ولابد له من بقاء الملك عند وجود الشرط ، وهذا البحث لصاحب البحر ، وأقره عليه أخوه فى النهر والمقدسى . وقال فى البحر : وقد ذكر ذلك فى المبسوط فى التعليق صريحا بقوله كل ولد تلدينه فهو حر ، فقال : لو مات المولى وهى حبلى لم يعتق ما تلده لفقد الملك لانتقالها للورثة ؛ ولو باعها المولى وهى حبلى جاز بيعه ، فإن ولدت بعده لم تعتق اه إلا أن يفرق بين التعليق صريحا والتعليق معنى ولم يظهر لى الآن اه .

قلت : يظهر لى الفرق بينهما من حيث أن هذا التعليق المعنوى تعلق به حق الزوج فى ضمن العقد المقصود منه أصالة الولد والرقيق ميت حكما فصار المقصود به أصالة حرية الولد ، فلا يكون فى حكم التعليق الصريح ، فلا يبطل بزوال ملك المولى ونظيره المكاتب ، فإن عقد الكتابة معاوضة وهو متضمن لتعليق التعليق على أداء البدل ، ولا يبطل هذا التعليق الضمنى بموت المولى المعلق . وأيضا فإن المغرور الذى تزوج امرأة على أنها حرة يكون شارطا الحرية أولاده معنى ، فإذا ظهر أنها أمة تكون أولاده أحرارا مع أن هذا الشرط لم يكن مع المولى وفى مسألتنا وقع شرط الحرية مع المولى صريحا فلا ينزل حاله عن حال المغرور ، فتأمل (قوله ولو ادعى الزوج الخ) هذا ذكره فى النهر بحثا وقال إنه حادثة الفتوى .

واستنبطه مما فى جامع الفصولين فى المغرور : لو ادعى أنه تزوجها على أنها حرة وكذبه المولى ، فإن برهن فالأولاد أحرار بالقيمة وإلا حلف المولى لأنه ادعى عليه ما لو أقر به لزمه ، فإذا نكل يحلف (قوله لكن لا نفقة الخ) لأنها جزاء الاحتباس ، ولذا لم تجب نفقة الناشزة والحاجة مع غير الزوج والمغصوبة والمحبوسة بدين عليها رحتى ، وعطف السكنى على النفقة عطف خاص على عام لأن النفقة اسم لها وللطعام والكسوة (قوله ولا يستخدمها) مبنى على ما مر عن نفقات الخصاف .

وذكر فى البحر أن التحقيق أن العبرة لكونها فى بيت الزوج ليلا ، ولا يضر الاستخدام نهارا اه ويأتى مثله قريبا (قوله فارغة عن خدمة المولى) ظاهره أنه لو وجدها مشغولة بخدمة المولى فى مكان خال ليس له وطؤها ولم أره صريحا .

ويكفي في تسليمها قوله متى ظفرت بها وطئتها نهر (فإن بوأها ثم رجع) عنها (صح) رجوعه لبقاء حقه (وسقطت) النفقة :

(ولو خدمته) أي السيد بعد التبوئة (بلا استخدامه) أو استخدمها نهارا وأعادها لبيت زوجها ليلا (لا) تسقط لبقاء التبوئة :

(وله) أي المولى (السفر بها) أي بأمته (وإن أبي الزوج) ظهيرية (وله إجبار قنه وأمته) ولو أم ولد ، ولا يلزمه الاستبراء بل يندب ؛ فلو ولدت لأقل من نصف حول فهو من المولى والنكاح فاسد ، بحر من الاستيلاد وثبوت النسب (على النكاح) وإن لم يرضيا لامكاتبه ومكاتبته ، بل يتوقف على إجازتهما ولو صغيرين إلحاقا بالبالغ ؛ فلو أديا وعتقا عاد موقوفا على إجازة المولى لاعلى إجازتهما

وقد يقال : إن كان استمتاعه لاينقص خدمة المولى أبيح له لأنه ظفر بحقه غير منقص حق المولى لاسيا والمدة قصيرة ط (قوله ويكفي في تسليمها) أي الواجب بمقتضى العقد وهو بهذا المعنى لا ينافي عدم وجوب التبوئة كما أوضحناه قبل (قوله أو استخدمها نهارا الخ) هذا ما تقدم قريبا عن البحر أنه التحقيق . قال ح : وتكون نفقة النهار على السيد ونفقة الليل على الزوج كما في القهستاني عن القنية (قوله وإن أبي الزوج) أي وإن أوفى المهر بتمامه لأن حق المولى أقوى ط (قوله وله) أي للمولى حيث تم الملك له نهر ، احترازا عن المكاتب ، فإن ملكه فيه ناقص ، فولاية الإجبار في المملوك تعتمد كمال الملك ، وهو كامل في المدبر وأم الولد وإن كان الرق ناقصا ، والمكاتب على عكسهما بحر (قوله ولو أم ولد) ومثلها المدبر والمدبرة ، وأشار إلى أن القنة كذلك بالأولى ، لكنها داخلة في القن لإطلاقه عليهما كما مر ، فافهم (قوله ولا يلزمه الاستبراء) قدمنا في فصل المحرمات أن الصحيح وجوب الاستبراء على السيد إذا أراد أن يزوجها وكان يطؤها . وأما الزوج فقال في الهداية إنه لايستبرئها لااستحبابا ولا وجوبا عندهما . وقال محمد : لا أحب أن يطأها قبل أن يستبرئها اه . ورجح أبو الليث قول محمد ، وتقدم تمام الكلام على ذلك (قوله فهو من المولى) أي إن ادعاه في القنة والمدبرة ولم ينفه عنه في أم الولد ط .

قلت : وهذا إذا زوجها غير عالم ، لما قدمناه في المحرمات عن التوشيح من أنه ينبغي أنه لو زوّجها بعد العلم قبل اعترافه به أنه يجوز النكاح ويكون نفيا (قوله والنكاح فاسد) فلا يلزم المهر إلا بوطء الزوج ط (قوله وإن لم يرضيا) أشار إلى ما في القهستاني وغيره من أن المراد بالإجبار تزويجهما بلا رضاهما لا إكراههما على الإيجاب والقبول كما قيل اه فافهم (قوله لا مكاتبه ومكاتبته) لأنهما التحقا بالأجانب بعقد الكتابة ، ولهذا يستحقان الأرش على المولى بالجناية عليهما ، وتستحق المكاتبة المهر إذا وطئها المولى فصارا كالحرين فلايجبران على النكاح ط عن أبي السعود (قوله ولو صغيرين) ظاهره أن المراد الإجازة ولو في حال الصغر مع أن عبارة الصغيرين الحرين غير معتبرة أصلا . ويحتمل أن يكون المراد أنه لاينفذ نكاح المولى عليهما ولو كانا صغيرين ، بل يتوقف على إجازتهما بعد بلوغهما ، والمتبادر من كلامهم الأول تأمل (قوله فلو أديا) أي بدل الكتابة قبل رد العقد فتح (قوله عاد موقوفا على إجازة المولى) لأنه تجدد له ولاية أخرى غير الولاية التي قارنها رضاه بتزويجها ، لأن تلك الولاية كانت بحكم الملك وهذه بحكم الولاء ، فيشترط تجدد رضاه لتجدد الولاية وصار كالشريك إذا زوّج العبد المشترك ثم ملك باقيه ، فإن النكاح يحتاج إلى إجازته لتجدد ملكه في الباقي ، وكمن أذن لعبد ابنه الصغير في التجارة ثم مات الابن فورثه فإن العبد يحتاج في التصرف إلى إذن جديد من الأب لتجدد ولاية ملكه ، وكمن زوّج نافلته مع وجود ابنه ثم مات الابن فالنكاح يحتاج إلى إجازة الجد لتجدد ولايته ، بخلاف الراهن إذا باع العبد المرهون

لعدم أهليتهما إن لم يكن عصبة غيره ، ولو عجزا توقف نكاح المكاتب على رضا المولى ثانياً لعود مؤن النكاح عليه وبطل نكاح المكاتبة لأنه طرأ حل باتّ على موقوف فأبطله . والدليل يعمل العجائب ، وبحث الكمال هنا غير صائب .

والمولى إذا باع العبد المأذون المديون ثم سقط الدين فى الصورتين بطريق من طرق السقوط حيث لا يفتقر العقد فيهما إلى إجازة المالك ثانيا ، لأن نفاذ العقد فيهما بالولاية الأصلية وهى ولاية الملك من شرح تلخيص الجامع الكبير (قوله لعدم أهليتهما) لأن الكتابة لم تبق بعد العتق والصغير ليس من أهل الإجازة (قوله إن لم يكن الخ) قيد لقوله عاد الخ (قوله ثانيا) راجع إلى رضا لا إلى توقف : أى رضا ثانيا قال فى شرح التلخيص : لكن لابد من إجازة المولى وإن كان قد رضى أولا اه فافهم (قوله لعود مؤن النكاح عليه) لأنه لما زوّجه إنما رضى بتعلق مؤن النكاح كالمهر والنفقة بكسب المكاتب لا بملك نفسه ، وكسب المكاتب بعد عجزه ملك للمولى ، شرح التلخيص (قوله لأنه طرأ حل باتّ) أى حل وطئها للسيد على حل موقوف : أى حلها للزوج فأبطله كالأمة إذا تزوجت بغير إذن ثم ملكها من تحل له بطل النكاح لطريان الحل البات على الموقوف ، ولا يبطل نكاح العبد المكاتب لعدم الطريان المذكور ، من شرح التلخيص (قوله والدليل يعمل العجائب) وجه العجب أن المولى يملك إلزام النكاح بعد العتق لا قبله ، وأنه يتوقف على إجازة المكاتب قبل العتق ولا يتوقف على إجازته بعده وأن المكاتبة لو ردت إلى الرق يبطل النكاح الذى باشره المولى وإن أجازه ولو عتقت جاز بإجازته ، ولهذا قيل إنها مهما زادت من المولى بعد ازادت قربا إليه فى النكاح (قوله وبحث الكمال هنا غير صائب) قال الكمال : الذى يقتضيه النظر عدم التوقف على إجازة المولى بعد العتق بل بمجرد عتقها ينفذ النكاح ، لما صرحوا به من أنه إذا تزوج العبد بغير إذن سيده فأعتقه نفذ لأنه لو توقف فإما على إجازة المولى وهو ممتنع لانتفاء ولايته وإما على العبد ولا وجه له لأنه صدر من جهته فكيف يتوقف ولأنه كان نافذا من جهته وإنما توقف على السيد فكذا السيد هنا فإنه ولى مجبر ، وإنما التوقف على إذنها لعقد الكتابة وقد زال فبقى النفاذ من جهة السيد فهذا هو الوجه ، وكثيرا مايقلد الساهون الساهين .

ورده فى البحر بأنه سوء أدب وغلط . أما الأول فلأن المسألة صرح بها الإمام محمد فى الجامع الكبير فكيف ينسب السهو إليه وإلى مقلديه ، وأما الثانى فلأن محمدا رحمه الله علل لتوقفه على إجازة المولى بأنه تجدد له ولاية لم تكن وقت العقد وهى الولاء بالعتق ، ولذا لم يكن له الاجازة إذا كان لها ولى أقرب منه كالأخ والعم ، فصار كالشريك إلى آخر ماقدمناه عن شرح التلخيص قال : وكثيرا مايعترض المخطىء على المصيبين اه ومثله فى النهر والشرنبلالية وشرح الباقانى .

مطلب على أن الكمال ابن الهمام بلغ رتبة الاجتهاد

وأجاب العلامة المقدسى بأن ما بحثه الكمال هو القياس كما صرح به الإمام الحصيرى فى شرح الجامع الكبير : وإذا كان هو القياس لا يقال فى شأنه إنه غلط وسوء أدب على أن الشخص الذى بلغ رتبة الاجتهاد إذا قال مقتضى النظر كذا الشىء هو القياس لا يردّ عليه بأن هذا منقول لأنه إنما تبع الدليل المقبول وإن كان البحث لا يقضى على المذهب اه .

والذى ينفى عنه سوء الأدب فى حق الإمام محمد أنه ظن أن الفرع من تفريعات المشايخ بدليل أنه قال فى صدر المسألة : ومن هذا استطرفت مسألة نقلت من المحيط ، هى أن المولى إذا زوّج مكاتبته الصغيرة إلى أن قال

(ولو قتل) المولى (أمته قبل الوطء) ولو خطأ فتح (وهو مكلف) فلو صبيا لم يسقط على الراجح (سقط المهر) لمنعه المبدل كحرة ارتدت ولو صغيرة (لا لو فعلت ذلك) القتل (امرأة) ولو أمة على الصحيح خانية (بنفسها) أو قتلها وارثها أو ارتدت الأمة أو قبلت ابن زوجها كما رجحه فى النهر ، إذ لا تفويت من المولى (أو فعله بعده) أى الوطء لتقرره به ، ولو فعله بعبده

هكذا تواردها الشارحون ، .فهذا يدل على أنه ظن أنها غير منصوص عليها فالأنسب حسن الظن بهذا الامام (قوله ولو قتل المولى أمته) قيد بالقتل لأنه لو باعها وذهب بها المشترى من المصر أو غيبها بموضع لا يصل إليه الزوج لا يسقط المهر بل تسقط المطالبة به إلى أن يحضرها . وفى الخانية : لو أبقت فلا صداق لها مالم تحضر فى قياس قول الشيخين نهر ، وكالقتل مالو أعتقها قبل الدخول فاختارت الفرقة ، وقيد بالمولى لأن قتل غيره لا يسقط به المهر اتفاقا ؛ وبالأمة لأنه لو قتل المولى الزوج لا يسقط لأنه تصرف فى العاقد دون المعقود عليه، وأراد بالأمة القنة والمدبرة وأم الولد لأن مهر المكاتبة لها لا للمولى فلا يسقط بقتل المولى إياها بحر ؛ وكالمكاتبة المأذونة والمديونة على ماسيجىء (قوله قبل الوطء) أى ولو حكما نهر لما مر مرارا أن الخلوة الصحيحة وطء حكما (قوله ولو خطأ) أى أو تسببا كما هو مقتضى الاطلاق نهر (قوله فلو صبيا) مثله المجنون بالأولى نهر (قوله على الراجح الخ) ذكر فى المصفى فيه قولين :

وفى الفتح : لو لم يكن من أهل المجازاة بأن كان صبيا زوّج أمته وصيه مثلا قالوا يجب أن لا يسقط فى قول أبى حنيفة ، بخلاف الحرة الصغيرة إذا ارتدت يسقط مهرها ، لأن الصغيرة العاقلة من أهل المجازاة على الردة ، بخلاف غيرها من الأفعال لأنها لم تحظر عليها والردة محظورة عليها اهـ فترجح عدم السقوط بحر قال الرحمتى : لكن الصبى من أهل المجازاة فى حقوق العباد الا ترى أنه يجب عليه الدية إذا قتل والضمان إذا أتلف ، والمجنون مثله ولذا ترك التقييد بالمكلف فى الهداية والوقاية والدرر والملتقى والكنز والدليل يعضده وفيهم الأسوة الحسنة (قوله سقط المهر) هـذا عنده خلافا لهما لأنه منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل ، وإن كان مقبوضا لزمه رد جميعه على الزوج بحر (قوله كحرة ارتدت) لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل تقرر المهر فيسقط رحمتى (قوله ولو صغيرة) لحظر الردة عليها بخلاف غيرها من الأفعال كما مر (قوله لا لو فعلت ذلك القتل امرأة) أى القتل المذكور وهو مايكون قبل الوطء . قال فى النهر : لأن جناية الحر على نفسه هدر فى أحكام الدنيا ،وبتسليم أنها ليست هدرا فقتلها نفسها تفويت بعد الموت ، وبالموت صار للورثة فلا يسقط وإذا لم يسقط مع أن الحق لها أولا فعدم السقوط بقتل الوارث أولى اهـ (قوله ولو أمة) لأن المهر لمولاها ولم يوجد منه منع المبدل بحر :

قال ح : حاصل مايفهم من كلامهم أن العلة فى سقوط المهر أمران : الأول أن يكون صادرا ممن له المهر : الثانى أن يترتب عليه حكم دنيوى كالمذكور فى صدر المتن ؛ ففى الأمة غير المأذونة وغير المكاتبة إذا قتلت نفسها فقد الأمران ؛ وفى الحرة إذا قتلت نفسها والمولى الغير المكلف إذا قتل أمته فقد الثانى ، وفى الأجنبى أو الوارث إذا قتل حرة أو أمة فقد الأول اهـ أى لأن الوارث بالقتل لم يبق وارثا مستحقا للمهر لحرمانه به فصار كالأجنبى بحر (قوله أو ارتدت الأمة) مقابل قوله كحرة ارتدت (قوله كما رجحه فى النهر) راجع للأخيرتين ، وسبقه إلى ذلك فى البحر قياسا على تصحيح عدم السقوط فى قتل الأمة نفسها ، فإن الزيلعى جعل الروايتين فى الكل ، وإذا كان الصحيح منهما فى مسألة القتل عدم السقوط فليكن كذلك هنا وهو الظاهر لأن المستحق وهو المولى لم يفعل شيئا اهـ (قوله أو فعله) الضمير المستتر للمولى المكلف والبارز للقتل ح (قوله لتقرره) أى المهر به أى بالوطء ح (قوله ولو فعله بعبده) صورته زوّج عبده ثم قتله وضمن قيمته يوفى منها مهر المرأة ، ومثله ما إذا

أو مكاتبته أو مأذونته المديونة لم يسقط اتفاقا :

(والإذن فى العزل) وهو الإنزال خارج الفرج (لمولى الأمة لالها) لأن الولد حقه، وهو يفيد التقييد بالبالغة وكذا الحرة نهر :

(ويعزل عن الحرة) وكذا المكاتبة نهر بحثا (بإذنها) لكن فى الخانية أنه يباح فى زماننا لفساده .

باعه قال فى النهر : وسيأتى أنه لو أعتق المديون كان عليه قيمته ؛ فالقتل أولى ح (قوله أو مكاتبته) لما عرف أن مهر المكاتبة لها لاللمولى بحر (قوله أو مأذونته المديونة) بحث لصاحب النهر حيث قال وأقول : ينبغى أن يقيد الخلاف : أى الخلاف المار بين الإمام وصاحبيه بما إذا لم تكن مأذونة لحقها به دين ؛ فإن كانت لايسقط اتفاقا لما مر من أن المهر فى هذه الحالة لها توفى منه ديونها غاية الأمر أنه إذا لم يف بدينها كان على المولى قيمتها للغرماء فتضم إلى المهر ويقسم بينهم اه :

[تنبيه] الحاصل أن المرأة إذا ماتت فلا يخلو إما أن تكون حرة أو مكاتبة أو أمة وكل من الثلاث إما أن يكون حتف أنفها أو بقتلها نفسها أو بقتل غيرها وكل من التسعة إما قبل الدخول أو بعده فهى ثمانية عشر ، ولا يسقط مهرها على الصحيح إلا إذا كانت أمة وقتلها سيدها قبل الدخول بحر . قلت : ويزاد فى التقسيم المأذونة المديونة فتبلغ الصور أربعة وعشرين .

مطلب فى حكم العزل

(قوله والإذن فى العزل) أى عزل زوج الأمة (قوله وهو الانزال خارج الفرج) أى بعد النزع منه لامطلقا فقد قال فى المصباح : فائدة المجامع إن أمنى فى الفرج الذى ابتدأ الجماع فيه قبل أمناه وألقى ماءه ؛ وإن لم ينزل فإن كان لاعياء وفتور قيل أكسل وأقحط وفهر ؛ وإن نزع وأمنى خارج الفرج قيل عزل وإن أولج فى فرج آخر فأمنى فيه قيل فهر فهرا من باب منع ونهى عن ذلك . وإن أمنى قبل أن يجامع فهو الزملق بضم الزاى وفتح الميم المشددة وكسر اللام (قوله لمولى الأمة) ولو مدبرة أو أم ولد ؛ وهذا هو ظاهر الرواية عن الثلاثة لأن حقها فى الوطء قد تأدى بالجماع :

وأما سفح الماء ففائدته الولد والحق فيه للمولى فاعتبر إذنه فى إسقاطه فإذا أذن فلا كراهة فى العزل عند عامة العلماء وهو الصحيح ؛ وبذلك تضافرت الأخبار .

وفى الفتح : وفى بعض أجوبة المشايخ الكراهة ، وفى بعض عدمها نهر ، وعنهما أن الإذن لها . وفى القهستانى أن للسيد العزل عن أمته بلا خلاف وكذا لزوج الحرة بإذنها ، وهل للأب أو الجد الإذن فى أمة الصغير؟ فى حاشية أبى السعود عن شرح الحموى نعم قال ط : وفيه أنه لامصلحة للصبى فيه لأنه لو جاء ولد يكون رقيقا له إلا أن يقال إنه متوهم اه . وفيه أنه لولم يعتبر التوهم هنا لما توقف على إذن المولى تأمل (قوله وهو) أى التعليل المذكور يفيد التقييد : أى تقييد احتياجه إلى الإذن بالبالغة وكذا الحرة بتقييد احتياجه بالبالغة ، إذ غير البالغة لاولد لها قال الرحمتى : وكالبالغة المراهقة إذ يمكن بلوغها وحبلها اه ومفاد التعليل أيضا أن زوج الأمة لو شرط حرية الأولاد لايتوقف العزل على إذن المولى كما بحثه السيد أبو السعود (قوله نهر بحثا) أصله لصاحب البحر حيث قال وأما المكاتبة فينبغى أن يكون الإذن إليها لأن الولد لم يكن للمولى ولم أره صريحا اه وفيه أن للمولى حقا أيضا باحتمال عجزها وردها إلى الرق فينبغى توقفه على إذن المولى أيضا رعاية للحقين رحمتى (قوله لكن فى الخانية) عبارتها

قال الكمال: فليعتبر عذرا مسقطا لإذنها، وقالوا يباح إسقاط الولد قبل أربعة أشهر ولو بلا إذن الزوج (وعن أمته بغير إذنها) بلا كراهة، فإن ظهر بها حبل حل نفيه إن لم يعد قبل بول (وخيرت أمة).

على مافي البحر : ذكر في الكتاب أنه لايباح بغير إذنها وقالوا في زماننا يباح لسوء الزمان اه (قوله قال الكمال) عبارته : وفي الفتاوى إن خاف من الولد السوء في الحرة يسعه العزل بغير رضاها لفساد الزمان ، فليعتبر مثله من الأعذار مسقطا لإذنها اه .

فقد علم مما في الخانية أن منقول المذهب عدم الإباحة وأن هذا تقييد من مشايخ المذهب لتغير بعض الأحكام بتغير الزمان ، وأقره في الفتح ، وبه جزم القهستاني أيضا حيث قال : وهذا إذا لم يخف على الولد السوء لفساد الزمان وإلا فيجوز بلا إذنها اه لكن قول الفتح فليعتبر مثله الخ يحتمل أن يريد بالمثل ذلك العذر ، كقولهم : مثلك لايبخل . ويحتمل أنه أراد إلحاق مثل هذا العذر به كأن يكون في سفر بعيد، أو في دار الحرب فخاف على الولد ، أو كانت الزوجة سيئة الخلق ويريد فراقها فخاف أن تحبل، وكذا مايأتي في إسقاط الحمل عن ابن وهبان فافهم .

مطلب في حكم إسقاط الحمل

(قوله وقالوا الخ) قال في النهر : بقي هل يباح الإسقاط بعد الحمل ؟ نعم يباح مالم يتخلق منه شيء ولن يكون ذلك إلا بعد مائة وعشرين يوما . وهذا يقتضي أنهم أرادوا بالتخليق نفخ الروح وإلا فهو غلط ، لأن التخليق يتحقق بالمشاهدة قبل هذه المدة كذا في الفتح ؛ وإطلاقهم يفيد عدم توقف جواز إسقاطها قبل المدة المذكورة على إذن الزوج .

وفي كراهة الخانية : ولا أقول بالحل إذ المحرم لو كسر بيض الصيد ضمنه لأنه أصل الصيد فلما كان يؤاخذ بالجزاء فلا أقل من أن يلحقها إثم هنا إذا أسقطت بغير عذر اه قال ابن وهبان : ومن الأعذار أن ينقطع لبنها بعد ظهور الحمل وليس لأبي الصبي مايستأجر به الظئر ويخاف هلاكه .

ونقل عن الذخيرة لو أرادت الإلقاء قبل مضي زمن ينفخ فيه الروح هل يباح لها ذلك أم لا ؟ اختلفوا فيه، وكان الفقيه علي بن موسى يقول إنه يكره ، فإن الماء بعدما وقع في الرحم مآله الحياة فيكون له حكم الحياة كما في بيضة صيد الحرم ، ونحوه في الظهيرية قال ابن وهبان : فإباحة الإسقاط محمولة على حالة العذر ، أو أنها لا تأثم إثم القتل اه .

وبما في الذخيرة تبين أنهم ماأرادوا بالتحقيق إلا نفخ الروح ، وأن قاضيخان مسبوق بما مر من التفقه ، والله تعالى الموفق اه كلام النهر ح .

[تنبيه] أخذ في النهر من هذا ومما قدمه الشارح عن الخانية والكمال أنه يجوز لها سد فم رحمها كما تفعله النساء مخالفا لما بحثه في البحر من أنه ينبغي أن يكون حراما بغير إذن الزوج قياسا على عزله بغير إذنها :

قلت : لكن في البزازية أن له منع امرأته عن العزل اه نعم النظر إلى فساد الزمان يفيد الجواز من الجانبين ؛ فما في البحر مبني على ماهو أصل المذهب، وما في النهر على ماقاله المشايخ والله الموفق (قوله إن لم يعد قبل بول) بأن لم يعد أصلا أو عاد بعد بول نهر أي وعزل في العود أيضا كما نقله أبو السعود عن الحانوتي .

ونقل أيضا عن خط الزيلعي أنه ينبغي أن يزاد بعد غسل الذكر : أي لنفي احتمال أن يكون على رأس الذكر بقية منه بعد البول فتزول بالغسل ، وبه ظهر أن ماذكروه في باب الغسل أن النوم والمشي مثل البول في حصول الإنقاء لايتأتى هنا فافهم (قوله وخيرت أمة) هذا يسمى خيار العتق : قال في النهر : ولو اختارت نفسها بلا علم

ولو أم ولد (ومكاتبة) ولو حكما كمعتقة بعض (عتقت تحت حر أو عبد ولو كان النكاح برضاها) دفعا لزيادة الملك عليها بطلقة ثالثة ، فإن اختارت نفسها فلا مهر لها أو زوجها فالمهر لسيدها ، ولو صغيرة تؤخر لبلوغها ، وليس لها خيار بلوغ في الأصح (أو كانت) الأمة (عند النكاح حرة ثم صارت أمة) بأن ارتدا ولحقا بدار الحرب ثم سبيا معا فأعتقت خيرت عند الثاني خلافا للثالث مبسوط (والجهل بهذا الخيار) خيار العتق (عذر)

الزوج يصح ، وقيل لايصح بغيبته كذا في جامع الفصولين (قوله ولو أم ولد) أي أو مدبرة ، وشمل الكبيرة والصغيرة بحر (قوله ومكاتبة) خالف زفر فقال لاخيار لها، وقواه في الفتح وأجاب عنه في البحر (قوله ولو كان النكاح برضاها) وكذا بدون رضاها بالأولى . وعبارة الزيلعي وغيره : ولافرق في هذا بين أن يكون برضاها أو بغيره اهـ وهذا التعميم ظاهر في غير المكاتبة لما قدمه الشارح قريبا من أن له إجبار قنه على النكاح لامكاتبه ولا مكاتبته .

وفي المعراج أنه ليس له إجبارهما بالاجماع ، وبه تأيد قوله في الشرنبلالية إن نفي رضا المكاتبة منفي فإنه كما لاينفذ تزويجها نفسها بدون إذن مولاها لبقاء ملكه لرقبتها لاينفذ تزويجه إياها بدون إذنها لموجب الكتابة ، وتمامه هناك (قوله دفعا لزيادة الملك عليها) علة لقوله خيرت ، وذلك أن الزوج كان يملك عليها طلقتين فلما صارت حرة صار يملك عليها طلقة ثالثة وفيه ضرر لها فملكت رفع أصل العقد لدفع الزيادة المضرة لها ، ولهذا لم يثبت خيار العتق للعبد الذكر لأنه ليس عليه ضرر وهو قادر على الطلاق (قوله فلامهر لها) أي إن لم يدخل بها الزوج ، لأن اختيارها نفسها فسخ من الأصل ، وإن كان دخل بها فالمهر لسيدها لأن الدخول بحكم نكاح صحيح فتقرر به المسمى بحر (قوله أو زوجها) بالنصف عطف على قوله نفسها (قوله فالمهر لسيدها) أي سواء دخل الزوج بها أو لم يدخل لأن المهر واجب بمقابلة ماملك الزوج من البضع وقد ملكه عن المولى فيكون بدله للمولى بحر عن غاية البيان .

قلت : وقوله سواء دخل بها الزوج أو لم يدخل لاينافي ماسيأتي متنا من التفصيل ، بأنه لو وطئ الزوج قبل العتق فالمهر للمولى أو بعده فلها لأن ذاك فيما إذا كان النكاح بدون إذن المولى ونفذ النكاح بالعتق وبه تملك منافعها فإذا وطئ بعده فالمهر لها بخلاف ماهنا فإن النكاح بالإذن فنفذ النكاح في حال قيام الرق كما سيأتي فافهم (قوله ولو صغيرة) أي لو كانت المعتقة صغيرة وقد زوجها مولاها قبل العتق تأخر خيارها إلى بلوغها . قال في البحر لأن فسخ النكاح من التصرفات المترددة بين النفع والضرر فلا تملكه الصغيرة ولا يملكه وليها لقيامه مقامها ، كذا في جامع الفصولين ، فإذا بلغت كان لها خيار العتق لاخيار البلوغ على الأصح كذا في الذخيرة اهـ . وقيل يثبت لها خيار البلوغ أيضا ، ويدخل تحت خيار العتق . وأما لو زوجها بعد العتق ثم بلغت فإن لها خيار البلوغ ، لأن ولاية المولى عليها في الصورة الأولى كولاية الأب بل أقوى ، وفي هذه كولاية الأخ والعم بل أضعف كما أوضحناه في باب الولي (قوله معا) قيد في الجمل الثلاثة وإنما قيد به لأن بارتداد أحدهما أو لحاقه أو سبيه ينفسخ النكاح اهـ ح (قوله خيرت عند الثاني) لأنها بالعتق ملكت أمر نفسها وازداد ملك الزوج عليها ح عن البحر (قوله خلافا للثالث) أي حيث قال لاخيار لها لأن بأصل العقد ثبت عليها ملك كامل برضاها ثم انتقص الملك ، فإذا أعتقت عاد إلى أصله كما كان ، ولا يخفى ترجيح قول أبي يوسف لدخوله تحت النص كذا في البحر ، ومراده بالنص قوله صلى الله عليه وسلم لبريرة حين أعتقت « ملكت بضعك فاختاري » اهـ ح أي حيث أفاد قوله فاختاري أن علة الاختيار ملك البضع على وجه زاد ملك الزوج عليها مثل زنى فرجم وسرق فقطع حيث أفادت الفاء أن العلة الزنى والسرقة كما تقرر في الأصول ، فلا يرد ماأورده الرحمتي من أن النص لاعموم فيه لأنه خطاب لمعينة فتدبر (قوله خيار العتق) بدل من هذا الخيار ح (قوله عذر) أي لاشتغالها بخدمة المولى فلا تتفرغ للتعلم .

فلو لم تعلم به حتى ارتدا ولحقا فعلمت ففسخت صح إلا إذا قضى باللحاق وليس هذا حكما بل فتوى كافى (ولا يتوقف على القضاء) ولا يبطل بسكوت ولا يثبت لغلام ويقتصر على مجلس كخيار مخيرة ، بخلاف خيار البلوغ فى الكل خانية .

(نكح عبد بلا إذن فعتق) أو باعه فأجاز المشترى (نفذ) لزوال المانع (وكذا) حكم (الأمة ولا خيار لها)

ثم إذا علمت يبطل بما يدل على الإعراض فى مجلس العلم كخيار المخيرة ؛ ولو جعل لها قدرا على أن تختاره فقعلت سقط خيارها كما فى النهر . زاد فى تلخيص الجامع ولا شىء لها لأنه حق ضعيف فلا يظهر فى حق الاعتياض كسائر الخيارات والشفعة والكفالة بالنفس ، بخلاف خيار العيب (قوله فلو لم تعلم به) قال فى البحر عن المحيط : إذا زوج عبده أمته ثم أعتقها فلم تعلم أن لها الخيار حتى ارتدا ولحقا بدار الحرب ورجعا مسلمين ثم علمت بثبوت الخيار أو علمت بالخيار فى دار الحرب فلها الخيار فى مجلس العلم اهـ وكذا الحربية إذا تزوجها حربى ثم أعتقت خيرت سواء علمت فى دار الحرب أو فى دارنا بعد الإسلام نهر (قوله إلا إذا قضى باللحاق) أى فلا يصح فسخها لعودها رقيقة بالحكم بلحاقها لأن الكفار فى دار الحرب كلهم أرقاء وإن كانوا غير مملوكين لأحد كما يأتى أول العتاق اهـ ح ، وأقره ط والرحمتى :

قلت : مايأتى محمول على الحربى إذا أسر فهو رقيق قبل الإحراز بدارنا وبعده رقيق ومملوك كما سيأتى هناك وهو صريح ماقدمناه أول هذا الباب ، فالظاهر أن علة عدم صحة الفسخ كون الحكم باللحاق موتا حكميا يسقط به التصرفات الموقوفة على الإسلام فيسقط به حق الفسخ الذى هو حق مجرد بالأولى ، ثم رأيت فى شرح التلخيص علل بما قلته ، فلله تعالى الحمد (قوله وليس هذا حكما) جواب سؤال تقديره كيف حكمتم بصحة فسخ من فى دار الحرب وأحكامنا منقطعة عنهم ح (قوله بل فتوى) أى إخبار عند السؤال عن الحادثة ط (قوله ولا يتوقف) أى الفسخ بخيار العتق لا يتوقف على قضاء القاضى (قوله ولا يبطل بسكوت) أى ولو كانت بكرا بل لابد من الرضا صريحا أو دلالة ط (قوله ولا يثبت لغلام) أى لعبد ذكر لأنه ليس فيه زيادة ملك عليه ، بخلاف الأمة ولأنه يملك الطلاق فلا حاجة إلى الفسخ (قوله ويقتصر على مجلس) أى مجلس العلم ويمتد إلى آخره ، فإذا قامت بطل (قوله كخيار مخيرة) أى من قال لها زوجها اختارى نفسك فإنها تختار مادامت فى المجلس (قوله بخلاف خيار البلوغ فى الكل) أى فى كل الخمسة المذكورة ؛ فإن الجهل فيه ليس بعذر ، ويتوقف على القضاء ويبطل بسكوتها بعد علمها بالنكاح ، ويثبت للأنثى والغلام ولا يمتد إلى آخر المجلس إن كانت بكرا ، ولو ثيبا فوقته العمر إلى وجود الرضا صريحا أو دلالة كما فى الغلام إذا بلغ (قوله نكح عبد بلا إذن) قيد بالنكاح ؛ لأنه لو اشترى شيئا فأعتقه المولى لاينفذ الشراء بل يبطل لأنه لو نفذ عليه بتغير المالك بحر (قوله فعتق) بفتح أوله مبنيا للفاعل ولا يجوز ضمه بالبناء للمفعول لأنه لازم أبو السعود عن الحموى ط (قوله أو باعه) أى مثلا والمراد انتقال الملك إلى آخر بشراء أو هبة أو إرث (قوله فأجاز المشترى) أى أجاز النكاح الواقع عند المالك الأول (قوله لزوال المانع) لأن المانع من النفاذ كان حق المولى وقد زال لما خرج عن ملكه (قوله وكذا حكم الأمة) أطلقها فشمل القنة والمدبرة وأم الولد والمكاتبة ، لكن فى المدبرة وأم الولد تفصيل يأتى بحر ، وهذا فى الأمة إذا أعتقت ، أما لو ماتت عنها أو باعها فإن كان المالك الثانى لايحل له وطؤها فكالعبد ، وإلا فإن كان الزوج لم يدخل بها بطل العقد الموقوف لطروّ الحل البات عليه ، وإن كان دخل ففى ظاهر الرواية كذلك لبطلان الموقوف باعتراض الملك الثانى وإن كان ممنوعا من غشيانها ، وتوضيحه فى البحر (قوله ولا خيار لها) أى للأمة ، أما العبد فلا خيار له أصلا وإن نكح

لكون النفوذ بعد العتق فلم تتحقق زيادة الملك ، وكذا لو اقترنا بأن زوّجها فضولى وأعتقها فضولى وأجازهما المولى ، وكذا مدبرة عتقت بموته وكذا أم الولد إن دخل بها الزوج ، وإلا لم ينفذ لأن عدتها من المولى تمنع نفاذ النكاح (فلو وطئ) الزوج الأمة (قبله) أى العتق (فالمهر المسمى له) أى للمولى (أو بعده فلها) لمقابلته بمنفعة ملكتها .

(ومن وطئ قنة ابنه فولدت) فلو لم تلد لزم عقرها

بالإذن كما مر ، وشمل المكاتبة فإنها لاخيار لها للعلة الآتية ، وبها صرح فى الشرنبلالية ، وما قاله ابن كمال باشا من أنه لها الخيار كما مر فهو سبق قلم ، وكذا لما كتبه بهامشه من قوله فى الهداية وقال زفر لا خيار لها، بخلاف الأمة الخ فهو كذلك ، لأن مامر من أن لها الخيار عندنا خلافا لزفر إنما هو فى مسألة تزوجها بإذن مولاها ، وكلامنا فى التزوج بدون إذنه كما هو صريح فى كلام الهداية فتنبه (قوله لكون النفوذ بعد العتق) فصارت كما إذا زوجت نفسها بعد العتق ولذا قال الإسبيجابى : الأصل أن عقد النكاح متى تم على المرأة وهى مملوكة ثبت لها خيار العتق ومتى تم عليها وهى حرة لايثبت لها خيار العتق بحر (قوله فلم تتحقق زيادة الملك) أى بطلقة ثالثة ، وعلة ثبوت الخيار ثبوت الزيادة المذكورة كما مر (قوله وكذا لو اقترنا) أى العتق ونفاذ النكاح ، فإنهما لما أجازهما المولى معا ثبتا معا (قوله وكذا مدبرة عتقت بموته) أى حكمها حكم ما إذا أعتقا فى حياته المذكور فى قوله وكذا حكم الأمة . وأفاد بقوله عتقت أنها تخرج من الثلث ، فإن لم تخرج لم ينفذ حتى تؤدى بدل السعاية عنده . وعندهما جاز كما فى البحر عن الظهيرية : أى لأنها عندهما تسعى وهى حرة (قوله وكذا أم الولد الخ) أى إذا أعتقها أو مات عنها المولى، إن دخل بها الزوج قبل العتق نفذ النكاح على رواية ابن سماعة عن محمد، لأنه وجبت العدة من الزوج فلا تجب العدة من المولى ، أما على ظاهر الرواية لاتجب العدة من الزوج فوجبت العدة من المولى ، ووطؤها منه قبل الإجازة يوجب انفساخ النكاح كما فى البحر عن المحيط ، وإنما لم تجب العدة من الزوج لأنها لا تجب إلا بعد التفريق بينهما كما أفاده فى البحر فى المسألة السابقة (قوله تمنع نفاذ النكاح) أى تبطله، إذ لايمكن توقفه مع العدة بحر ، لأن المعتدة لاتحل لغير من اعتدت منه (قوله فلو وطئ الزوج الأمة) أى التى نكحت بغير إذن مولاها ثم نفذ نكاحها بالعتق (قوله فالمهر المسمى له) أى إن كان وإلا فمهر المثل نهر ، وإنما كان له لأن الزوج استوفى منافع مملوكة للمولى بحر (قوله لمقابلته بمنفعة ملكتها) لأن العقد نفذ بالعتق ، وبه تملك منافعها ، بخلاف النفاذ بالإذن والرق قائم بحر (قوله ومن وطئ قنة ابنه) أى أو بنته حموى عن البرجندى ، وشمل الابن الكافر قهستانى والصغير والكبير بحر ، وشمل مااذا كانت موطوءة للابن أو لم تكن ظهيرية من العتق ، ومحترز القنة مايأتى فى قوله ولو ادعى ولد أم ولده الخ ، ومحترز الابن مايأتى فى قول المصنف ولو وطئ جارية امرأته أو والده الخ (قوله فولدت) عطف على وطئ وتعقيب كل شيء بحسبه كما فى تزوج زيد فولد له فالظاهر أنها لو ولدت قبل مضى مدة الحمل لم تصح الدعوى ، بل مفاد قوله فادعاه عطفا على فولدت أنه لو ادعاه وهى حبلى لم تصح حتى تلد : قال فى البحر ولم أره صريحا . وفى النهر : ينبغى أنها لو ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت دعوته أن تصح .

مطلب فى تفسير العقر

(قوله لزم عقرها) قال فى الفتح : العقر هو مهر مثلها فى الجمال : أى مايرغب فيه فى مثلها جمالا فقط ، وأماماقيل مايستأجر به مثلها للزنى لوجاز فليس معناه ، بل العادة أن مايعطى للدلك أقل مما يعطى مهرا لأن الثانى للبقاء بخلاف الأول اهـ . وإذا تكرر منه الوطء ولم تحبل لزمه مهر واحد ، بخلاف وطء الابن جارية الأب مرارا فعليه بكل

وارتكب محرما ، ولا يحد قاذفه (فادعاه الأب) وهو حر مسلم عاقل (ثبت نسبه) بشرط بقاء ملك ابنه من وقت الوطء إلى الدعوة ، وبيعها لأخيه مثلا لايضر نهر بحثا (وصارت أم ولده) لاستناد الملك

وطء مهر ، لأن المهر وجب بسبب دعوى الشبهة ، ولو لم يدعها يلزمه الحد فبتكرر دعواها يتكرر المهر ، بخلاف الأب فإنه لايحتاج إلى دعوى الشبهة خانية (قوله وارتكب محرما الخ) كذا فى النهر وأصله فى البحر حيث قال : وقيد بالولادة لأنه لو وطئ أمة ابنه ولم تحبل فإنه يحرم عليه ولا يملكها ويلزمه عقرها ، بخلاف ما إذا حبلت منه فإنه يتبين أن الوطء حلال لتقدم ملكه عليه ، ولا يحد قاذفه فى المسألتين ، أما إذا لم تلد منه فظاهر لأنه وطئ وطأ حراما فى غير ملكه ، وأما إذا حبلت منه فلأن شبهة الخلاف فى أن الملك يثبت قبل الإيلاج أو بعده مسقطة لإحصانه كما فى الفتح وغيره اهـ وقوله فإنه يتبين أن الوطء حلال تصريح بمفهوم ماهنا وفيه تأمل ، لأن ثبوت ملكه لها قبيل الوطء عندنا وقبيل العلوق عند الشافعى إنما هو لضرورة ثبوت النسب كما أوضحه فى الفتح ، ولا يلزم من ذلك حل الأقدام على هذا الوطء ، كما لو غصب شيئا وأتلفه ثم أدى ضمانه لمالكه لايلزم من استناد الملك إلى وقت الغصب حل ماصنع ، ولعل المراد بقوله حلال أنه ليس بزنى إذ لو كان زنى لزمه العقر ولم يثبت النسب ، ويدل على ماقلنا إطلاق قوله الآتى ، ولذا يحل له عند الحاجة الطعام لا الوطء ، وكذا ماقدمناه عن الظهيرية من صحة الدعوى فى الأمة الموطوءة للابن مع أنها محرمة على الأب حرمة مؤبدة فليتأمل (قوله فادعاه) أى عند قاض كما فى شرح ابن الشلبى . وأفاد أنه لايشترط فى صحة الدعوى دعوى الشبهة ولا تصديق الابن فتح . والظاهر أن الفاء لمجرد الترتيب فلا يلزم الدعوى عقب الولادة . وادعى الحموى اللزوم فورا وهو بعيد ، فليراجع (قوله وهو حر مسلم عاقل) فلو كان عبدا أو مكاتبا أو كافرا أو مجنونا لم تصح الدعوى لعدم الولاية ، ولو أفاق المجنون ثم ولدت لأقل من ستة أشهر يصح استحسانا ، ولو كانا من أهل الذمة إلا أن ملتيهما مختلفة جازت الدعوى من الأب فتح ، فأفاد أن الإسلام شرط فيما لو كان الابن مسلما ، أما لو كان كافرا فلا يشترط إسلام الأب ولو اختلفت الملة لأن الكفر ملة واحدة . وفى الظهيرية : ولو كان الأب مسلما والابن كافرا صحت دعوته ، ولو كان الأب مرتدا فدعوته موقوفة عنده نافذة عندهما (قوله بشرط الخ) فلو حبلت فى غير ملكه أو فيه وأخرجها الابن عن ملكه ثم استردها لا تصح الدعوى ، لأن الملك إنما يثبت بطريق الاستناد إلى وقت العلوق فيستدعى قيام ولاية التملك من حين العلوق إلى التملك هذا إن كذبه الابن ، فإن صدقه صحت الدعوى ولا يملك الجارية كما إذا ادعاه أجنى ويعتق على المولى كما فى المحيط بحر . قال فى النهر المذكور فى الشرح للزيلعى : وعليه جرى فى فتح القدير وغيره أنه لايشترط فى صحتها دعوى الشبهة ولا تصديق الابن اهـ .

أقول : كأنه فهم أن الإشارة فى قوله هذا إن كذبه الابن راجعة إلى أصل المسألة أعنى ما إذا بقيت الجارية فى ملك الابن ، وليس كذلك بل هى راجعة إلى قوله فلو حبلت فى غير ملكه أو فيه وأخرجها الابن عن ملكه الخ فلا ينافى ذلك ماذكره فى الزيلعى والفتح من عدم اشتراط التصديق ، لأنه فى أصل المسألة لافيما نحن فيه بدليل أن اشتراط بقائها فى ملك الابن مذكور فى الزيلعى والفتح ، فلو كان لايشترط تصديق الابن وإن أخرجها عن ملكه لم يبق فائدة لاشتراط بقائها فى ملكه .

وفى الظهيرية من العتق : يشترط أن تكون الجارية فى ملكه من وقت العلوق إلى الدعوة ، حتى لو علقت فباعها الابن ثم اشتراها أو ردت عليه بعيب بقضاء أو غيره أو بخيار رؤية أو شرط أو بفساد البيع ثم ادعاه الأب لايثبت النسب إلا إذا صدقه الابن اهـ فهذا أيضا صريح فيما قلنا فتدبر (قوله وبيعها لأخيه مثلا) أى أو ابنه أو ابن أخيه لايضر

لوقت العلوق (وعليه قيمتها) ولو فقيرا لقصور حاجة بقاء نسله عن بقاء نفسه ولذا يحل له عند الحاجة الطعام لا الوطء. ويجبر على نفقة أبيه لاعلى دفع جارية لتسريه (لاعقرها وقيمة ولدها) مالم تكن مشتركة فتجب حصة الشريك وهذا إذا أدعاه وحده ، فلو مع الابن ، فإن شريكين قدم الأب وإلا فالابن ولو ادعى ولد أم ولده المنفى أو مدبرته أو مكاتبته شرط تصديق الابن

لأنها لا تخرج والحالة هذه عن كونها جارية فرعه اهح . وفيه أن بيعها لابنه لايفيد لأنه لاولاية للجد عليه مع وجود الأب ، نعم بيعها لابن أخيه يفيد إذا كان أبو ذلك الابن ميتا أو مسلوب الولاية بكفر أورق أو جنون ليكون للجد المدعى ولاية ، لأن دعوة الجد لاتصح إلا عند الولاية على فرعه كما يأتى ، أفاد الرحمتى فافهم (قوله لوقت العلوق) كذا فى الفتح : أى لوقت الوطء القريب من وقت العلوق كى لاينافى ما يأتى قريبا تأمل (قوله وعليه قيمتها) أى لولده يوم علقت كما فى مسكين ط .

وفى المحيط : ولو استحقها رجل يأخذها وعقرها وقيمة ولدها ، لأن الأب صار مغرورا ، ويرجع الأب على الابن بقيمة الجارية دون العقر وقيمة الولد لأن الابن ماضمن له سلامة الأولاد اه بحر (قوله لقصور الخ) أى أن للأب ولاية تملك مال ابنه للحاجة إلى إبقاء نفسه فكذا إلى صون نسله لأنه جزء منه ، لكن الأولى أشد ، ولذا يتملك الطعام بغير قيمته والجارية بالقيمة ، ويحل له الطعام عند الحاجة دون وطء الجارية ، ويجبر الابن على الإنفاق عليه دون دفع الجارية للتسرى : فللحاجة جاز له التملك ، ولقصورها أوجبنا عليه القيمة مراعاة للحقين فتح ، وماذكره من أنه لايجبر على الجارية للتسرّى ذكره الزيلعى أيضا ، ومثله فى الدرر وغاية البيان والنهاية ، وما فى هذه الشروح المعتبرة لايعارضه ماسيأتى فى النفقة ، وعزاه فى الشرنبلالية إلى الجوهرة من أنه يجبر فتدبر (قوله لاعقرها) تقدم تفسيره قريبا . وعند الشافعى وزفر عليه عقرها لثبوت الملك فيها قبيل العلوق لضرورة صيانة الولد . وعندنا قبيل الوطء لأن لازم كون الفعل زنى ضياع الماء شرعا ، فلو لم يقدم عليه ثبت لازمه فظهر أن الضرورة لاتندفع إلا بإثباته قبل الإيلاج ، بخلاف مالو لم تحبل حيث يجب العقر فتح أى لأنها إذا لم تحبل لم توجد علة تقدم ملكه فيها وهى صيانة الولد كما أفاده الزيلعى (قوله وقيمة ولدها) أى ولا قيمة ولدها لأنه علق حر التقدم ملكه نهر (قوله مالم تكن مشتركة) قال فى البحر : فلو كانت مشتركة بينه : أى بين الابن وبين أجنبى كان الحكم كذلك إلا أنه يضمن لشريكه نصف عقرها ولم أره ، ولو كانت مشتركة بين الأب والابن أو غيره يجب حصة الشريك الابن وغيره من العقر ، وقيمة باقيها إذا حبلت لعدم تقديم الملك فى كلها لانتفاء موجبه وهو صيانة النسل ، إذ ما فيها من الملك يكفى لصحة الاستيلاد ، وإذا صح ثبت الملك فى باقيها حكما لاشرطا كما فى الفتح وهى مسألة عجيبة ، فإنه إذا لم يكن للواطئ فيها شىء لامهر عليه وإذا كانت مشتركة لزمه اه (قوله وهذا الخ) الإشارة إلى جميع مامر (قوله قدم الأب) لأن له جهتين حقيقة الملك فى نصيبه وحق التملك فى نصيب ولده بحر .

قلت : وفى الظهيرية : ولو كانت مشتركة بين رجل وابنه وجده فادعوه كلهم فالجد أولى ، وينبغى حمله على ما إذا كان أبو الرجل ميتا مثلا ليصير للجد الترجيح من جهتين تأمل (قوله وإلا) أى وإن لم يكونا شريكين ، وهذا صادق بما إذا كانت للابن وحده أو للأب وحده ، والثانى لايصح هنا لكن أصل المسألة مفروض فى جارية الابن ، فهو قرينة على أن المراد الأول فقط فافهم (قوله فالابن) أى تقدم دعواه لأنها سابقة معنى بحر : أى لأن له حقيقة الملك ولأبيه حق التملك ، ولأن ملك الابن سابق فصار كأنه ادعى قبل الأب تأمل اه (قوله ولو ادعى) أى الأب ، وقوله المنفى بالنصب نعت لولد أم الولد ، وقوله أو مدبرته أو مكاتبته مجروران بالعطف على أم ، وهذا بيان لمحترز قوله قنة ابنه : أى لو ادعى ولد أم ولد ابنه الذى نفاه ابنه لايثبت نسبه إلا بتصديق الابن لأن أم

(وجد صحيح كأب بعد زوال ولايته بموت وكفر وجنون ورق فيه) أى فى الحكم المذكور (لا) يكون كالأب (قبله) أى قبل زوال المذكورة ، ويشترط ثبوت ولايته من الوطء إلى الدعوة .

(ولو تزوجها) ولو فاسدا (أبوه) ولو بالولاية (فولدت لم تصر أم ولده) لتولده من نكاح (ويجب المهر لا القيمة وولدها حر) بملك أخيه له ، ومن الحيل أن يملك أمته لطفله ثم يتزوجها .

الولد لاتقبل الانتقال إلى ملك غير المستولد ، وقيد بقوله المنفى ، لأنه إذا لم ينفه الابن يثبت نسبه منه فلا يمكن ثبوته من الأب وإن صدقه الابن ، وكذا لو ادعى ولد مدبرة ابنه أو ولد مكاتبة ابنه الذى ولدته فى الكتابة أو قبلها لايثبت نسبه إلا بتصديق الابن كما فى البحر ، لأنه لايمكن جعل الأب متملكا لها قبل الوطء ، فإن صدقه ثبت نسبه لاحتمال وطء الأب بشبهة والظاهر لزوم العقر للمكاتبة لأن لها العقر بوطء المولى ، فبوطء أبيه أولى ، وحيث لم يثبت الملك فى أم الولد المدبرة ينبغى لزوم العقر للابن على أبيه كما يفيده ماقدمناه فيما لو وطئها ولم تحبل تأمل (قوله وجد صحيح) خرج به الجد الفاسد كأبى الأم ، وكذا غير الجد من الرحم المحرم فلا يصدق فى جميع الأحوال لفقد ولايتهم ، بحر عن المحيط (قوله بعد زوال ولايته) أى الأب ، وأراد بزوال الولاية عدمها ليشمل مالو كان كفره أو جنونه أو رقه أصليا ، أفاده الرحمتى ، والمراد بالولاية ولاية التملك كما مر (قوله فيه) متعلق بكاف التشبيه ح .

فالمعنى أن الجد مشابه للأب في الحكم المذكور (قوله ويشترط ثبوت ولايته) أى ولاية الجد الناشئة عن فقد ولاية الأب : أى لايكفى ثبوتها وقت الدعوة فقط ، بل لابد من ثبوتها من وقت العلوق إلى وقت الدعوة قال فى الفتح : حتى لو أتت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت انتقال الولاية إليه لم تصح دعوته لما قلنا فى الأب اهـ. أى من أن الملك إنما يثبت بطريق الاستناد إلى وقت العلوق ، فيستدعى قيام ولاية التملك من حين العلوق إلى التملك (قوله ولو فاسدا) لأن الفاسد يثبت فيه النسب ، فاستغنى عن تقدم الملك له بحر (قوله أبوه) أى أوجده رحمتى (قوله ولو بالولاية) فى البحر عن الخانية إذا تزوج الرجل جارية ولده الصغير فولدت منه لاتصير أم ولده ، ويعتق الولد بالقرابة (قوله لتولده من نكاح) فلم تبق ضرورة إلى تملكها من وقت العلوق لثبوت النسب بدونه ، وأمومية الولد فرع التملك والنكاح ينافيه (قوله ويجب المهر) لالتزامه إياه بالنكاح وهو إن لم يكن مسمى مهر مثلها فى الجمال نهر (قوله لاالقيمة) لعدم تملكه نهر (قوله بملك أخيه له) فعتق عليه بالقرابة هداية ، وظاهره أن الولد علق رقيقا :

واختلف فيه ؛ فقيل يعتق قبل الانفصال ، وقيل بعده وثمرته تظهر فى الإرث ، فلومات المولى وهو الابن يرثه الولد على الأول دون الثانى والوجه هو الأول لأنه حدث على ملك الأخ من حين العلوق فلما ملكه عتق عليه بالقرابة بالحديث كذا فى غاية البيان . والظاهر عندى هو الثانى لأنه لاملك له من كل وجه قبل الوضع لقولهم الملك هو القدرة على التصرفات فى الشىء ابتداء ، ولا قدرة للسيد على التصرف فى الجنين ببيع أو هبة وإن صح الإيصاء به وإعتاقه ، فلم يتناوله الحديث لأنه فى المملوك من كل وجه ، ولذا لو قال كل مملوك أملكه فهو حر لايتناول الحمل بحر ، وأقره فى النهر والمقدسى (قوله ومن الحيل) أى من جملة الحيل التى يدفع بها الإنسان عنه مايضره ، وهذه حيلة لما إذا أراد وطء الأمة ولاتصير أم ولده وإن ولدت منه كى لاتتمرد عليه إذا ولدت وعلمت أنها لاتباع فيملكها لطفله بهبة أو بيع ثم يتزوجها بالولاية فيصير حكمها مامر ، فإذا احتاج إلى بيعها باعها وحفظ ثمنها لطفله

(ولو وطئ جارية امرأته أو والده أو جده فولدت وادعاه لايثبت النسب إلا بتصديق المولى) فلو كذبه ثم ملك الجارية وقتا ماثبت النسب ، وسيجيء فى الاستيلاد (حرة) متزوجة برقيق (قالت لمولى زوجها) الحر المكلف (أعتقه عنى بألف) أو زادت ورطل من خمر إذ الفاسد هنا كالصحيح (ففعل فسد النكاح) لتقدم الملك اقتضاء ، كأنه قال بعته منك وأعتقته عنك ، لكن لو قال كذلك وقع العتق عن المأمور لعدم القبول كما فى الحواشى السعدية ؛

أو أنفقه عليه أو على نفسه إن احتاج إليه (قوله ولووطىء جارية امرأته الخ) محترز قوله سابقا قنة ابنه ط (قوله لايثبت النسب إلا بتصديق المولى الخ) فيه اختصار .

وعبارة البحر : لايثبت النسب ، ويدرأ عنه الحد للشبهة ؛ فإن قال أحلها المولى لى لايثبت النسب إلا أن يصدقه المولى فى الإحلال وفى أن الولد منه فإن صدقه فى الأمرين جميعا ثبت النسب وإلا فلا وإن كذبه المولى ثم ملك الجارية يوما من الدهر ثبت النسب كذا فى الخانية .

وفى القنية وطىء جارية أبيه فولدت منه لايجوز بيع هذا الولد ادعى الواطىء الشبهة أولا لأنه ولد ولده فيعتق عليه حين دخل فى ملكه وإن لم يثبت النسب ، كمن زنى بجارية غيره فولدت منه ثم ملك الولد يعتق عليه وإن لم يثبت نسبه منه اهـ .

قلت : ومعنى أحلها المولى أى بنكاح أو بهبة مثلا لابقوله جعلتها حلالا لك (قوله وسيجيء الخ) ذكر هناك مايفيد الخلاف ، وفيه كلام سيأتى هناك إن شاء الله تعالى (قوله قالت لمولى زوجها) وكذا لو قال ذلك زوج الأمة لمولى زوجته لكن لايسقط المهر بحر (قوله الحر المكلف) قيد به ليمكن الإعتاق ؛ وفيه أنه ليس بمعتق إنما هو وكيل عنها فيه ، فمقتضاه أن يتوقف بيع الصبى على إجازة وليه . وأما الإعتاق فلا ينظر إليه لصحة توكيله فيه ط .

وصورة كون مولى الزوج غير حر أو غير مكلف أن يشترى العبد المأذون عبدا متزوجا أو يرثه الصبى أو المجنون من أبيه ، وإلا فقد مرأنه لايملك تزويج العبد إلا من يملك إعتاقه (قوله ورطل من خمر) مفعول زادت : أى زادته على قولها بألف (قوله كالصحيح) لأن البيع هنا غير مقصود ، فلا يلزم وجود شروطه كما يأتى قريبا (قوله ففعل) أى قال أعتقه ح عن النهر (قوله اقتضاء) هو دلالة اللفظ على مسكوت يتوقف عليه صدق الكلام أو صحته ، فالأول كحديث : رفع الخطأ والنسيان ، أى رفع حكمهما وهو الإثم وإلا فهما واقعان فى الخارج ، والثانى كمسألتنا فإنه لايمكن تصحيحه إلا بتقديم الملك ، إذ الملك شرط لصحة العتق عنه ، فتقدم الملك بالبيع مقتضى بالفتح والإعتاق عن الآمر مقتض بالكسر ، فيصير قوله أعتق طلب التمليك منه بالألف ثم أمره بإعتاق عبد الآمر عنه ، وقوله أعتقت تمليك منه ثم الإعتاق عنه .

وإذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافى بين الأمرين ، ثم الملك فيه شرط والشروط أتباع فلذا ثبت البيع المقتضى بالفتح بشروط المقتضى وهو العتق لابشروط نفسه إظهارا للتبعية ، فيشترط أهلية الآمر للإعتاق ، حتى لو كان صبيا مأذونا لم يثبت البيع ويسقط القبول الذى هو ركن البيع ، ولايثبت فيه خيار رؤية أو عيب ، ولا يشترط كونه مقدور التسليم ، فصح الأمر باعتاق الآبق ، ويسقط اعتبار القبض فى الفاسد ، كما لو قال أعتقه عنى بألف ورطل من خمر اهـ بحر بالمعنى (قوله لكن لو قال الخ) حاصله أن ماثبت بالاقتضاء إنما يثبت بشروط المقتضى بالكسر لابشروط نفسه كما علمت ، لكن هذا إذا لم يصرح بالمقتضى بالفتح . قال فى فتح القدير : فلو

ومفاده أنه لو قال قبلت وقع عن الآمر (والولاء لها) ولزمها الألف وسقط المهر (ويقع) العتق (عن كفارتها إن نوته) عنها ، ولو لم تقل بألف لا) يفسد لعدم الملك (والولاء له) لأنه المعتق ؛ والله أعلم :

باب نكاح الكافر

يشمل المشرك والكتابي . وههنا ثلاثة أصول : الأول أن (كل نكاح صحيح بين المسلمين فهو صحيح بين أهل الكفر) خلافا لمالك ، ويرده قوله تعالى – وامرأته حمالة الحطب – وقوله عليه الصلاة والسلام « ولدت من نكاح لامن سفاح » (و) الثاني أن (كل نكاح حرم بين المسلمين لفقد شرطه)

صرح بالبيع فقال بعتكه وأعتقته لايقع عن الآمر بل عن المأمور فيثبت البيع ضمنا فى هذه المسألة ولا يثبت صريحا كبيع الأجنة فى الأرحام فإذا صرح به ثبت بشرط نفسه والبيع لايتم إلا بالقبول ولم يوجد فيعتق عن نفسه اهـ أى ولا يفسد النكاح كما فى البحر (قوله ومفاده الخ) البحث لصاحب النهر ح (قوله لوقال) أى الآمر ، والأولى التصريح به والإتيان بعده بضميره (قوله وسقط المهر) لاستحالة وجوبه على عبدها نهر (قوله لايفسد) أى النكاح خلافا لأبى يوسف ، و الله تعالى أعلم .

باب نكاح الكافر

لما فرغ من نكاح الأحرار والأرقاء من المسلمين شرع فى نكاح الكفار ، وتقدم فى آخر باب المهر حكم مهر الكافر ، وأنه تثبت بقية أحكام النكاح فى حقهم كالمسلمين : من وجوب النفقة فى النكاح ، ووقوع الطلاق ونحوهما : كعدة ونسب ، وخيار باوغ ، وتوارث بنكاح صحيح ، وحرمة مطلقة ثلاثا ، ونكاح محارم (قوله يشمل المشرك والكتابى) لوقال يشمل الكتابى وغيره لكان أولى ، ليدخل من ليس بمشرك ولا كتابى كالدهرى ، وأشار إلى أن التعبير بالكافر لشموله الكتابى أولى من تعبير الهداية تبعا للقدورى بالمشرك اهـ ح : واعتذر فى الفتح عن الهداية بأنه أراد بالمشرك ما يشمل الكتابى إما تغليبا أو ذهابا إلى ما اختاره البعض من أهل الكتاب داخلون فى المشركين ، أو باعتبار قول طائفة منهم عزير ابن الله والمسيح ابن الله تعالى الله رب العزة والكبرياء (قوله خلافا لمالك) فلا يقول بصحة أنكحتهم ولو صحت بين المسلمين ، وأخذ منه أنه لايقول بالأصلين الأخيرين بالأولى ط (قوله ويرده) أى قول مالك المفهوم من قوله خلافا لمالك ، فإنه بمنزلة وقال مالك لايصح ط (قوله وامرأته حمالة الحطب) أى فهذه الإضافة قاضية عرفا ولغة بالنكاح ، وقد قصها الله تعالى فى كتابه مفيدة لهذا المعنى ط (قوله ولدت من نكاح لامن سفاح) أى لامن زنا ، والمراد به نفى ما كانت عليه الجاهلية من أن المرأة تسافح رجلا مدة ثم يتزوجها ، وقد استدل بالحديث المذكور فى الفتح أيضا . ووجهه أنه صلى الله عليه وسلم سمى ماوجد قبل الإسلام من أنكحة الجاهلية نكاحا .

مطلب فى الكلام على أبوى النبى صلى الله عليه وسلم وأهل الفترة

ولايقال : إن فيه إساءة أدب لاقتضائه كفر الأبوين الشريفين مع أن الله تعالى أحياهما له وآمنا به كما ورد فى حديث ضعيف . لأنا نقول : إن الحديث أعم بدليل رواية الطبرانى وأبى نعيم وابن عساكر « خرجت من نكاح ولم أخرج من سفاح من لدن آدم إلى أن ولدنى أبى وأمى لم يصبنى من سفاح الجاهلية شىء » وإحياء الأبوين بعد موتهما لاينافى كون النكاح كان فى زمن الكفر ، ولا ينافى أيضا ماقاله الإمام فى الفقه الأكبر من أن والديه صلى الله عليه وسلم ماتا على الكفر ، ولا مافى صحيح مسلم « استأذنت ربى أن أستغفر لأمى فلم يأذن لى » ومافيه أيضا

لعدم شهود (يجوز فى حقهم إذا اعتقدوه) عند الإمام (ويقرون عليه بعد الإسلام . و) الثالث (أن كل نكاح حرم لحرمة المحل) كمحارم (يقع جائزا . وقال مشايخ العراق : لا) بل فاسدا ، والأول أصح

« أن رجلا قال يارسول الله أين أبى ؟ قال : فى النار ، فلما قفا دعاه فقال إن أبى وأباك فى النار » لإمكان أن يكون الإحياء بعد ذلك ، لأنه كان فى حجة الوداع ، وكون الإيمان عند المعاينة غير نافع فكيف بعد الموت فذاك فى غير الخصوصية التى أكرم الله بها نبيه صلى الله عليه وسلم .

وأما الاستدلال على نجاتهما بأنهما ماتا فى زمن الفترة فهو مبنى على أصول الأشاعرة أن من مات ولم تبلغه الدعوى يموت ناجيا ، أما الماتريدية ، فإن مات قبل مضى مدة يمكنه فيها التأمل ولم يعتقد إيمانا ولا كفرا فلا عقاب عليه ، بخلاف ما إذا اعتقد كفرا أو مات بعد المدة غير معتقد شيئا ، نعم البخاريون من الماتريدية وافقوا الأشاعرة ، وحملوا قول الإمام لاعذر لأحد فى الجهل بخالقه على مابعد البعثة . واختاره المحقق ابن الهمام فى التحرير ، لكن هذا فى غير من مات معتقدا للكفر ، فقد صرح النووى والفخر الرازى بأن من مات قبل البعثة مشركا فهو فى النار ، وعليه حمل بعض المالكية ماصح من الأحاديث فى تعذيب أهل الفترة بخلاف من لم يشرك منهم ولم يوحد بل بقى عمره فى غفلة من هذا كله ففيهم الخلاف ، وبخلاف من اهتدى منهم بعقله كقس بن ساعده وزيد بن عمرو بن نفيل فلا خلاف فى نجاتهم ، وعلى هذا فالظن فى كرم الله تعالى أن يكون أبواه صلى الله عليه وسلم من أحد هذين القسمين ، بل قيل إن آباءه صلى الله عليه وسلم كلهم موحدون . لقوله تعالى — وتقلبك فى الساجدين — لكن رده أبو حيان فى تفسيره بأنه قول الرافضة ، ومعنى الآية وترددك فى تصفح أحوال المتهجدين فافهم .

وبالجملة كما قال بعض المحققين : إنه لاينبغى ذكر هذه المسألة إلا مع مزيد الأدب . وليست من المسائل التى يضر جهلها أو يسأل عنها فى القبر أو فى الموقف ، فحفظ اللسان عن التكلم فيها إلا بخير أولى وأسلم ، وسيأتى زيادة كلام فى هذه المسألة فى باب المرتد عند قوله وتوبة اليأس مقبولة دون إيمان اليأس (قوله كعدم شهود) وعدة من كافر (قوله عند الإمام) هو الصحيح كما فى المضمرات قهستانى . وعند زفر لا يجوز ، وهما مع الإمام فى النكاح بغير شهود ، ومع زفر فى النكاح فى عدة الكافر ح . قال فى الهداية : ولأبى حنيفة أن الحرمة لا يمكن إثباتها حقا للشرع لأنهم لا يخاطبون بحقوقه ، ولا وجه إلى إيجاب العدة حقا للزوج لأنه لايعتقده ، بخلاف ما إذا كانت تحت مسلم لأنه يعتقده اهـ . وظاهره أنه لا عدة من الكافر عند الإمام أصلا وإليه ذهب بعض المشايخ فلا تثبت الرجعة للزوج بمجرد طلاقها ، ولا يثبت نسب الولد إذا أتت به لأقل من ستة أشهر بعد الطلاق . وقيل تجب ، لكنها ضعيفة لا تمنع من صحة النكاح ، فيثبت للزوج الرجعة والنسب ، والأصح الأول كما فى القهستانى عن الكرمانى ومثله فى العناية ، وذكر فى الفتح أنه الأولى ولكن منع عدم ثبوت النسب ، لأنهم لم ينقلوا ذلك عن الإمام بل فرعوه على قوله بصحة العقد بناء على عدم وجوب العدة فلنا أن نقول بعدم وجوبها وبثبوت النسب لأنه إذا علم من له الولد بطريق آخر وجب إلحاقه به بعد كونه عن فراش صحيح ، ومجيئها به لأقل من ستة أشهر من الطلاق مما يفيد ذلك اهـ . وأقره فى البحر ، ونازعه فى النهر لأن المذكور فى المحيط والزيلعى أنه لا يثبت النسب ، قال : وقد غفل عنه فى البحر ، وأنت خبير بأن صاحب الفتح لم يدّع أن ذلك لم يذكروه بل اعترف بذلك ، وإنما نازعهم فى التخريج وأنه لايلزم من عدم ثبوت العدة عدم ثبوت النسب فافهم (قوله لحرمة المحل) أى محل العقد وهو الزوجة ، بأن كانت غير محل له أصلا ، فإن المحرمية منافية له ابتداء وبقاء ، بخلاف عدم الشهود والعدة كما يأتى (قوله كمحارم) وكمطلقة ثلاث ومعتدة مسلم (قوله بل فاسدا) أفاد أن الخلاف فى الجواز والفساد مع

وعليه فتجب النفقة ويحد قاذفه . وأجمعوا على أنهم لا يتوارثون لأن الإرث ثبت بالنص على خلاف القياس في النكاح الصحيح مطلقا فيقتصر عليه ، ابن ملك .

(أسلم المتزوجان بلا) سماع (شهود أو في عدة كافر معتقدين ذلك أقرا عليه) لأنه أمرنا بتركهم ومايعتقدون (ولو كانا) أي المتزوجان اللذان أسلما (محرمين أو أسلم أحد المحرمين أو ترافعا إلينا وهما على الكفر فرق) القاضي أو الذي حكماه (بينهما)

اتفاقهم على عدم التعرض قبل الإسلام والمرافعة رملي (قوله وعليه) أي على الأصح من وقوعه جائزا تجب النفقة إذا طلبتها ، وإذا دخل بها ثم أسلم فقذفه إنسان يحد كما في البحر . وأما على القول بوقوعه فاسد لا تجب ولا يحد قاذفه لأنه وطيء في غير ملكه فلا يكون محصنا (قوله وأجمعوا الخ) جواب عما يقال إنه على القول بالجواز ينبغي ثبوت الإرث أيضا .

والجواب أن القياس عدم ثبوت الإرث لأحد الزوجين لأنهما أجنبيان ، لكنه ثبت بالنص على خلاف القياس في النكاح الصحيح مطلقا أي مايسمى صحيحا عند الإطلاق كالنكاح المعتبر شرعا . وأما نكاح المحارم فيسمى صحيحا لا مطلقا بل بالنسبة إلى الكفار فيقتصر على مورد النص .

قلت : وفيه أن مافقد شرطه ليس صحيحا عند الإطلاق أيضا مع أنه يثبت فيه التوارث كما سيذكره الشارح في كتاب الفرائض ، حيث قال معزيا للجوهرة : وكل نكاح لو أسلما يقران عليه يتوارثان به ، ومالا فلا . قال وصححه في الظهيرية اه تأمل .

ثم في حكاية الإجماع تبعا للبدائع نظر ، فقد جرى القهستاني على ثبوت الإرث ، لكن الصحيح خلافه كما سمعت وكذا قال في سكب الأنهر . ولا يتوارثون بنكاح لايقران عليه كنكاح المحارم ، وهذا هو الصحيح اه (قوله أسلم المتزوجان الخ) وكذا لو ترافعا إلينا قبل الإسلام أقرا عليه ولم يذكره لأنه معلوم بالأولى كما في النهر والبحر (قوله أو في عدة كافر) احترز عن عدة مسلم كما ينبه عليه المصنف بعد ، وقيد في الهداية الإسلام والمرافعة بما إذا كانا والحرمة قائمة . قال في العناية : وأما إذا كانا بعد انقضاء العدة فلا يفرق بينهما بالإجماع (قوله معتقدين ذلك) فلو لم يكن جائزا عندهم يفرق بينهما اتفاقا لأنه وقع باطلا فيجب التجديد بحر . ونقل بعض المحشين عن ابن كمال أن الشرط جوازه في دين الزوج خاصة اه .

قلت : والظاهر أنه أراد الزوج الأول وهو الذي طلقها ، لأن العدة حق الزوج المطلق ، فإذا كان لايعتقدها لايمكن إيجابها له ، بخلاف مالو كانت تحت مسلم كما قدمناه قريبا عن الهداية تأمل (قوله أقرا عليه) أي عنده خلافا لهما فيما إذا كان النكاح في العدة كما مر ، لكن في البحر والفتح عن المبسوط : إذا أسلما والعدة منقضية لايفرق بالإجماع (قوله لأنا أمرنا بتركهم الخ) هذا التعليل إنما يظهر فيما إذا ترافعا وهما كافران ، أما بعد الإسلام فالعلة ما في البحر من أن حالة الإسلام والمرافعة حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها ، وكذا العدة لاتنافيها كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة اه ط . أي فإن الموطوءة بشبهة تجب العدة عليها حال قيام النكاح مع زوجها وتحرم عليه فتح : أي تحرم عليه إلى انقضاء العدة (قوله محرمين) بأن زوج مجوسي أمه أو بنته ، وكذا لو تزوج مطلقته ثلاثا أو جمع بين خمس أو أختين في عقدة ثم أسلما أو أحدهما فرق بينهما إجماعا فتح ، وكذا قال في النهر ، وليس الحكم مقصورا على المحرمية ، بل كذلك لو تزوج مطلقته ثلاثا الخ ثم قيدنا بكونه تزوج خمسا في عقدة ، لأنه لو تزوجهن على التعاقب فرق بينه وبين الخامسة فقط ؛ ولو تزوج واحدة ثم أربعا جاز نكاح الواحدة لاغير ، ولو أسلم بعد مافارق إحدى الأختين أقرا عليه اه وتمامه فيه (قوله فرق القاضي) أما على قولهما فظاهر ، لأن هذه الأنكحة لما

لعدم المحلية (وبمرافعة أحدهما لا) يفرق لبقاء حق الآخر ، بخلاف إسلامه لأن الإسلام يعلو ولا يعلى (إلا إذا طلقها ثلاثا وطلبت التفريق فإنه يفرق بينهما) إجماعا (كما لو خالعها ثم أقام معها من غير عقد أو تزوج كتابية فى عدة مسلم) أو تزوجها قبل زوج آخر وقد طلقها ثلاثا ، فإنه فى هذه الثلاثة يفرق من غير مرافعة . بحر عن المحيط

حكم البطلان فيما بينهم ، وأما على قوله فلأنه وإن كان لها حكم الصحة فى الأصح حتى تجب النفقة ويحد قاذفه إلا أن المحرمية وما معها تنافى البقاء كما تنافى الابتداء بخلاف العدة نهر . وفى أبى السعود عن الحموى قال البرجندى ظاهر العبارة يدل على أنه لا تقع البينونة بالإسلام . وقال قاضيخان : تبين بدون تفريق القاضى . ذكره فى القنية (قوله لعدم المحلية) أى محلية المحرمية وما معها لعقد الزوجية ابتداء وبقاء ، وهذا تعليل على قول الإمام كما علمت (قوله وبمرافعة أحدهما لا يفرق) أى عنده خلافا لهما ، بخلاف ما إذا ترافعا فإنه يفرق بينهما عنده أيضا ، لأنهما رضيا بحكم الإسلام فصار القاضى كالمحكم فتح (قوله لبقاء حق الآخر) لأنه لم يرض بحكمنا (قوله بخلاف إسلامه) أى إسلام أحدهما جواب عن قولهما بأنه يفرق بمرافعة أحد الزوجين كما يفرق بإسلامه .

وبيان الجواب على قوله بالفرق ، وهو أنه بإسلام أحدهما ظهرت حرمة الآخر لتغير اعتقاده و اعتقاد المصر لا يعارض إسلام المسلم ، لأن الإسلام يعلو ولا يعلى ، بخلاف مرافعة أحدهما ورضاه فإنه لا يتغير به اعتقاد الآخر فتح (قوله إلا إذا طلقها ثلاثا الخ) استثناء من قوله وبمرافعة أحدهما لا يفرق ط (قوله فإنه يفرق بينهما) لأن هذا التفريق لا يتضمن إبطال حق على الزوج ، لأن الطلقات الثلاث قاطعة لملك النكاح فى الأديان كلها بحر .

قلت : لكن المشهور الآن من اعتقاد أهل الذمة أنه لا طلاق عندهم ، ولعله مما غيروه من شرائعهم (قوله كما لو خالعها) تشبيه فى مطلق تفريق لا بقيد كونه بعد مرافعة ؛ لقول الشارح بعد فإنه فى هذه الثلاثة يفرق من غير مرافعة ط (قوله من غير عقد) وذلك لأن الخلع طلاق والذمى يعتقد كون الطلاق مزيلا للنكاح والوطء بعده حرام فى الأديان كلها يحدون به نهر أى بالوطء بعده ، ومحل الحد إن لم يعتقد شبهة الحل فى العدة كما نص عليه فى الحدود ومثل هذا التعليل يقال فى مسألة الطلاق الثلاث الآتية ط (قوله أو تزوج كتابية فى عدة مسلم) وكذا لو تزوج الذمى مسلمة حرة أو أمة ، ففى الكافى للحاكم الشهيد أنه يفرق بينهما ويعاقب إن دخل بها ، ولا يبلغ أربعين سوطا وتعزر المرأة ومن زوجها له ، وإن أسلم بعد النكاح لم يترك على نكاحه :

[تنبيه] قال فى النهر : قيد المصنف بكون المتزوج كافرا ، لأن المسلم لو تزوج ذمية فى عدة كافر ذكر بعض المشايخ أنه يجوز ، ولا يباح له وطؤها حتى يستبرئها عنده . وقالا النكاح باطل ، وكذا فى الخانية .

وأقول : وينبغى أن لا يختلف فى وجوبها بالنسبة إلى المسلم ، لأنه يعتقد وجوبها ألا ترى أن القول بعدم وجوبها فى حق الكافر مقيد بكونهم لا يدينونها وبكونه جائزا عندهم ، لأنه لو لم يكن جائزا بأن اعتقدوا وجوبها يفرق إجماعا . قال فى الفتح : فيلزم فى المهاجرة وجوب العدة إن كانوا يعتقدونه لأن المضاف إلى تباين الدار الفرقة لا نفى العدة اهـ .

قلت : قوله وينبغى الخ قد يقال فيه إنه مما لا ينبغى ، لما مر من أن العدة إنما تجب حقا للزوج : أى الذى طلقها ولا تجب له بدون اعتقاده ، ولما قدمناه أيضا عن ابن كمال من اعتبار دين الزوج خاصة ، وكذا ما قدمناه من ترجيح القول بأنه لا عدة من الكافر عند الإمام أصلا تأمل (قوله أو تزوجها قبل زوج آخر الخ) مقتضاه أن المسألة الأولى مفروضة فيما إذا طلقها ثلاثا وأقام معها من غير تجديد عقد آخر حتى تكون مسألة أخرى .

ويشكل الفرق بينهما ، فإنه إذا توقف التفريق فى الأولى على طلب المرأة يلزم أن يتوقف هنا على طلبها

خلافا للزيلعي والحاوى من اشتراط المرافعة .

(وإذا أسلم أحد الزوجين المجوسيين أو امرأة الكتابي عرض الإسلام على الآخر ، فإن أسلم) فيها (وإلا) بأن أبى

بالأولى ، لأنه إذا جدد عقده عليها قبل زوج آخر حصلت شبهة العقد ، فكيف يفرق بينهما بلا طلب أصلا مع وجود شبهة العقد ، ولايفرق إلا بطلب عند عدم وجود شبهة العقد ، ولذا والله أعلم ذكر فى البحر عن الإسبيجابى أنه إذا طلقها ثلاثا ، إن أمسكها من غير تجديد النكاح عليها فرق بينهما وإن لم يترافعا إلى القاضى ، وإن جدده عليها من غير أن تتزوج بآخر فلا تفريق . ثم قال : وهو مخالف لما فى المحيط لأنه سوّى فى التفريق بين ما إذا تزوجها أولا حيث لم تتزوج بغيره اه .

قلت : لكنه مخالف أيضا لما قدمناه عن الفتح وغيره من أن مثل المحرمين مالو تزوج مطلقته ثلاثا إلا أن يخص ذلك بما إذا أسلما أو أحدهما ، لكنه خلاف مافى الزيلعى ، حيث قال : وعلى هذا الخلاف المطلقة ثلاثا والجمع بين المحارم والخمس اه أى الخلاف المارّ بين الإمام وصاحبيه من أنه يفرق بمرافعتهما عنده لا بمرافعة أحدهما فليتأمل (قوله خلافا للزيلعى الخ) أقول مافى الحاوى القدسى ليس فيه مخالفة لما هنا ، كما يعلم من عبارة الحاوى التى نقلها المصنف فى منحه فراجعها . وأما الزيلعى ففيه مخالفة ، فإنه ذكر ماقدمناه عنه آنفا ، ثم قال : وذكر فى الغاية معزيا إلى المحيط أن المطلقة ثلاثا لو طلبت التفريق يفرق بينهما بالإجماع لأنه لايتضمن إبطال حق الزوج وكذا فى الخلع وعدة المسلم لو كانت كتابية ، وكذا لو تزوجها قبل زوج آخر فى المطلقة ثلاثا اه :

ووجه المخالفة أن قوله وكذا فى الخلع الخ يفيد توقف التفريق على الطلب فى المسائل الثلاث كالمسألة الأولى كما هو مقتضى التشبيه ، وصرح بذلك فى الفتح حيث ذكر عبارة الغاية وقال عقب قوله وكذا فى الخلع : يعنى اختلعت من زوجها الذمى ثم أمسكها فرفعته إلى الحاكم فإنه يفرق بينهما ، لأن إمساكها ظلم الخ ، فما عزاه فى الغاية إلى المحيط ونقله عنها الزيلعى وصاحب الفتح مخالف لما فى البحر عن المحيط ، وهو الذى مشى عليه المصنف من عدم توقفه على المرافعة فى المسائل الثلاث . وتوقفه فى المسألة الأولى فقط . وذكر فى النهر أيضا عبارة المحيط الرضوى وهى كما مشى عليه صاحب البحر والمصنف ، فهذا هو وجه المخالفة الذى أراده الشارح ، ونبه عليه فى النهر أيضا وقد خفى على المحشين فافهم . نعم فى كلام الزيلعى مخالفة من وجه آخر ، وهو أنه ذكر أولا أن المطلقة ثلاثا مثل المحرمين فى جريان الخلاف كما ذكرناه قريبا ثم ذكر مافى الغاية من أنه يفرق بطلبها إجماعا . ورأيت فى كافى الحاكم الشهيد مايؤيد مافى الغاية ، وذلك حيث قال : وإذا طلق الذمى زوجته ثلاثا ثم أقام عليها فرافعته إلى السلطان فرق بينهما ، وكذلك لو كانت اختلعت :

وإذا تزوج الذمى الذمية وهى فى عدة من زوج مسلم قد طلقها أو مات عنها فإنى أفرق بينهما اه لكن مفاده أن التفريق فى هذه الأخيرة لايحتاج إلى مرافعة وطلب أصلا لتعلق حق المسلم ، ومثلها ماقدمناه عن الكافى أيضا ، وهو مالو تزوج الذمى مسلمة (قوله وإذا أسلم أحد الزوجين الخ) حاصل صور إسلام أحدهما على اثنين وثلاثين ، لأنهما إما أن يكونا كتابيين أو مجوسيين ، أو الزوج كتابى وهى مجوسية أو بالعكس . وعلى كل فالمسلم إما الزوج أو الزوجة ، وفى كل من الثمانية إما أن يكونا فى دارنا أو فى دار الحرب ، أو الزوج فقط فى دارنا أو بالعكس ، أفاده فى البحر . وفيه أيضا قيد بالإسلام لأن النصرانية إذا تهودت أو عكسه لايلتفت إليهم ، لأن الكفر كله ملة واحدة ، وكذا لو تمجست زوجة النصرانى فهما على نكاحهما كما لو كانت مجوسية فى الابتداء اه والمراد بالمجوسى من ليس له كتاب سماوى ، فيشمل الوثنى والدهرى . وأراد المصنف بالزوجين المجتمعين فى دار الإسلام ، وسيأتى محترزه فى قوله ولو أسلم أحدهما ثمة الخ (قوله أو امرأة الكتابى) أما إذا أسلم زوج الكتابية فإن النكاح يبقى

أو سكت (فرق بينهما، ولو كان) الزوج (صبيا مميزا) اتفاقا على الأصح (والصبية كالصبى) فيما ذكر والأصل أن كل من صح منه الإسلام إذا أتى به صح منه الإباء إذا عرض عليه (وينتظر عقل) أى تمييز (غير المميز ، ولو) كان (مجنونا) لاينتظر لعدم نهايته بل (يعرض) الإسلام (على أبويه) فأيهما أسلم تبعه فيبقى النكاح، فإن لم يكن له أب نصب القاضى عنه وصيا فيقضى عليه بالفرقة ، باقانى عن البهنسى عن روضة العلماء للزاهدى ؛

(ولو أسلم الزوج وهى مجوسية فتهودت أو تنصرت بقى نكاحها كما لو كانت فى الابتداء كذلك) لأنها كتابية مآلا (والتفريق) بينهما (طلاق) ينقص العدد (لو أبى لا لو أبت)

كما يأتى متنا (قوله أو سكت) غير أنه فى هذه الحالة يكرر عليه العرض ثلاثا احتياطا ؛ كذا فى المبسوط نهر (قوله فرق بينهما) ومالم يفرق القاضى فهى زوجته ، حتى لو مات الزوج قبل أن تسلم امرأته الكافرة وجب لها المهر : أى كاله وإن لم يدخل بها لأن النكاح كان قائما ويتقرر بالموت فتح ، وإنما لم يتوارثا لمانع الكفر (قوله صبيا مميزا) أى يعقل الأديان ، لأن ردته معتبرة فكذا إباؤه فتح . قال فى أحكام الصغار : والمعتوه كالصبى العاقل اه (قوله على الأصح) وقيل لا يعتبر إباؤه عند أبى يوسف كما لا تعتبر ردته عنده فتح (قوله فيما ذكر) أى من حكم الإسلام والإباء والسكوت (قوله ولو كان) أى الصبى كما تفيده عبارة الفتح . وليس بقيد بل البالغ مثله (قوله لعدم نهايته) بخلاف عدم التمييز فإن له نهاية (قوله بل يعرض الإسلام على أبويه الخ) قال فى التحرير وشرحه : وإنما يعرض الإسلام على أبيه أو أمه لصيرورته مسلما بإسلام أحدهما، فإن أسلم أحدهما أقرا على النكاح وإن أبى فرق بينهما دفعا للضرر عن المسلمة ، ويصير مرتدا تبعا بارتداد أبويه ولحاقهما به ، بخلاف ما إذا تركاه فى دار الإسلام أو بلغ مسلما ثم جن أو أسلم عاقلا فجن قبل البلوغ فارتدا ولحقا به ، لأنه صار مسلما بتبعية الدار عند زوال تبعية الأبوين أو بتقرر ركن الإيمان منه ؛ قال شمس الأئمة : وليس المراد من عرض الإسلام على والده أن يعرض عليه بطريق الإلزام بل على سبيل الشفقة المعلومة من الآباء على الأولاد عادة فلعل ذلك يحمله على أن يسلم ألا ترى أنه إذا لم يكن له والدان جعل القاضى له خصما وفرق بينهما ، فهذا دليل على أن الإباء يسقط اعتباره هنا للتعذر اه وهذا مانقله عن الباقانى ، ومثله فى التتارخانية .

وحاصله أن فائدة نصب الوصى الحكم بالتفريق بلا عرض بل يسقط العرض للضرورة ، لأنه لايصير مسلما بتبعية غير الأبوين ، وقد علم مما ذكرناه أنه لو كان له أم فقط يعرض الإسلام عليها ، فإن أبت فرق بينهما لأنه تبع لها ، وإن لم تكن لها ولاية عليه ، لأن المناط هنا التبعية لا الولاية ، فقول بعض المحشين إنه عند عدم الأب لايعرض على الأم بل ينصب له وصيا غير صحيح ، نعم لو كان أبواه مجنونين أيضا ينبغى أن ينصب عنه وصيا .

والحاصل أن المجنون كالصبى فى تبعيته لأبويه إسلاما وكفرا مالم يسلم قبل جنونه (قوله وهى مجوسية الخ) بخلاف عكسه ، وهو مالو كانت نصرانية وقت إسلامه ثم تمجست فإنه تقع الفرقة بلا عرض عليها بحر عن المحيط . وظاهره وقوع الفرقة بلا تفريق القاضى لأنها صارت كالمرتدة تأمل (قوله طلاق ينقص العدد) أشار إلى أن المراد بالطلاق حقيقته لا الفسخ ، فلو أسلم ثم تزوجها يملك عليها طلقتين فقط عندهما . وقال أبو يوسف : إنه فسخ ، ثم هذا الطلاق بائن قبل الدخول أو بعده ؛ قال فى النهاية : حتى لو أسلم الزوج لايملك الرجعة ؛ قال فى البحر : وأشار بالطلاق إلى وجوب العدة عليها إن كان دخل بها ، لأن المرأة إن كانت مسلمة فقد التزمت أحكام الإسلام ومن حكمه وجوب العدة وإن كانت كافرة لاتعتقد وجوبها فالزوج مسلم والعدة حقه ، وحقوقنا لاتبطل بدياناتهم وإلى وجوب النفقة فى العدة إن كانت هى مسلمة لأن المنع من الاستمتاع جاء من جهته ، بخلاف ما إذا كانت

لأن الطلاق لايكون من النساء .

(وإباء المميز وأحد أبوى المجنون طلاق) فى الأصح ، وهو من أغرب المسائل حيث يقع الطلاق من صغير ومجنون زيلعى . وفيه نظر ، إذ الطلاق من القاضى وهو عليهما لا منهما فليسا بأهل للإيقاع بل للوقوع ؛

كافرة وأسلم الزوج لأن المنع من جهتها . ولذا لامهر لها إن كان قبل الدخول اه . أما لو أسلمت وأبى الزوج فلها نصف المهر قبل الدخول وكله بعده كما فى كافى الحاكم . ثم قال فى البحر : وأشار أيضا إلى وقوع طلاقه عليها مادامت فى العدة . كما لو وقعت الفرقة بالخلع أو بالجب أو العنة كذا فى المحيط . وظاهره أنه لا فرق فى وقوع الطلاق عليها بين أن يكون هو الآبى أو هى . وظاهر مافى الفتح أنه خاص بما إذا أسلمت وأبى هو ، والظاهر الأول اه .

أقول : مافى الفتح صريح فى الأول ، حيث قال : إذا أسلم أحد الزوجين الذميين وفرق بينهما بإباء الآخر فإنه يقع عليها طلاقه وإن كانت هى الآبية مع أن الفرقة فسخ وبه ينتقض ماقيل إذا أسلم أحد الزوجين لم يقع عليها طلاقه اه نعم ظاهر مافى المحيط يفيد أنه خاص بما إذا كان هو الآبى وهو قوله كما لو وقعت الفرقة بالخلع الخ لأنها فرقة من جانبه فتكون طلاقا ، ومعتدة الطلاق يقع عليها الطلاق ، أما لو كانت هى الآبية تكون الفرقة فسخا والفسخ رفع للعقد فلا يقع الطلاق فى عدته نعم فى البحر أول كتاب الطلاق أنه لايقع فى عدة الفسخ إلا فى ارتداد أحدهما وتفريق القاضى بإباء أحدهما عن الإسلام .

وفى البزازية : وإذا أسلم أحد الزوجين لايقع على الآخر طلاقه ، لكن قال الخير الرملى : إن هذا فى طلاق أهل الحرب : أى فيما لو هاجر أحدهما إلينا مسلما ؛ لأنه لاعدة عليها .

قلت : إن هذا الحمل ممكن فى عبارة البزازية دون عبارة طلاق البحر فليتأمل وسيأتى تمام الكلام على ذلك آخر باب الكنايات (قوله لأن الطلاق لايكون من النساء) بل الذى يكون من المرأة عند القدرة على الفرقة شرعا هو الفسخ ، فينوب القاضى منابها فيما تملكه (قوله وإباء المميز) أى تفريق القاضى بسبب الإباء ، وإلا فالإباء ليس بطلاق ح (قوله وأحد أبوى المجنون) أى إذا لم يوجد إلا أحدهما أبا أو أما ، أما لو وجدا فلابد من إباء كل منهما ؛ لأنه لو أسلم أحدهما تبعه كما مر (قوله طلاق فى الأصح) يشير إلى أنه فى غير الأصح يكون فسخا أبو السعود

مطلب الصبى والمجنون ليسا بأهل لإيقاع طلاق بل للوقوع

(قوله فليسا بأهل للإيقاع) أى إيقاع الطلاق منهما ، بل هما أهل للوقوع : أى حكم الشرع بوقوعه عليهما عند وجود موجبه .

وفى شرح التحرير قال صاحب الكشف وغيره المراد من عدم شرعية الطلاق أو العتاق فى حق الصغير عدمها عند عدم الحاجة . فأما عند تحققها فمشروع . قال شمس الأئمة السرخسى : زعم بعض مشايخنا أن هذا الحكم غير مشروع أصلا فى حق الصبى ، حتى إن امرأته لاتكون محلا للطلاق . وهذا وهم عندى ؛ فإن الطلاق يملك بملك النكاح إذ لاضرر فى إثبات أصل الملك بل الضرر فى الإيقاع ، حتى إذا تحققت الحاجة إلى صحة إيقاع الطلاق من جهته لدفع الضرر كان صحيحا . فإذا أسلمت زوجته وأبى فرق بينهما وكان طلاقا عند أبى حنيفة ومحمد ، وإذا ارتد والعياذ بالله تعالى وقعت البينونة وكان طلاقا فى قول محمد . وإذا وجدته مجبوبا فخاصمته فرق بينهما وكان طلاقا عند بعض المشايخ اه .

كما لو ورث قريبه .

ولو قال : إن جننت فأنت طالق فجن لم يقع ، بخلاف إن دخلت الدار فدخلها مجنونا وقع :

(ولو أسلم أحدهما) أى أحد المجوسيين أو امرأة الكتابى (ثمة) أى فى دار الحرب وملحق بها كالبحر الملح (لم تبن حتى تحيض ثلاثا) أو تمضى ثلاثة أشهر (قبل إسلام الآخر) إقامة لشرط الفرقة مقام السبب : وليست بعدة لدخول غير المدخول بها .

قلت : وحاصله أنه كالبالغ فى وقوع الطلاق منه بهذه الأسباب إلا أنه لايصح إيقاعه منه ابتداء لتضرر عليه ومثله المجنون ، وبه ظهر أنه لاحاجة إلى أنه إيقاع من القاضى ، لأن تفريق القاضى هنا كتفريقه بإباء البالغ عن الإسلام ، وهو طلاق منه بطريق النيابة ، فكذا فى الصبى والمجنون ، لكن لما كان المشهور أنه لايقع طلاقهما أى ابتداء وكان وقوعه منهما بعارض غريبا قال الزيلعى وغيره إنه من أغرب المسائل فافهم (قوله كما لو ورث قريبه) أى الرحم المحرم منه كأن ورث أباه المملوك لأخيه من أم مثلا فإنه يعتق عليه ، وكما لو تزوج مملوكة أبيه فورثها منه انفسخ النكاح (قوله لم يقع) لأنه علقه على ماينافى وقوعه منه ، فإن الجزاء وهو أنت طالق لاينعقد سببا للطلاق إلا عند وجود الشرط فلابد من كون الشرط صالحا له فهو كقوله إن مت فأنت طالق . كذا ظهر لى (قوله وقع) لما صرحوا به من أن الأهلية إنما تعتبر وقت التعليق لاوقت وجود الشرط ، وليس الشرط هنا وهو دخول الدار منافيا لانعقاد الجزاء سببا للطلاق ، بخلاف المسألة الأولى .

والحاصل أنه لابد فى صحة التعليق من وجود الأهلية وقته وعدم منافاة الشرط المعلق عليه للجزاء المعلق وهنا وجد كل منهما ، بخلاف الأولى فإنه وجدت فيها الأهلية وقت التعليق وفقد الآخر وهو عدم المنافاة . هذا ماظهر لى (قوله ولو أسلم أحدهما ثمة) هذا مقابل قوله فيما مر وإذا أسلم أحد الزوجين المجوسيين أو امرأة الكتابى الخ فإنه مفروض فيما إذا اجتمعا فى دار الاسلام كما قدمناه ، ولذا قال فى البحر هنا : أطلق فى إسلام أحدهما فى دار الحرب فشمل ماإذا كان الآخر فى دار الاسلام أو فى دار الحرب أقام الآخر فيها أو خرج إلى دار الاسلام .

فحاصله أنه مالم يجتمعا فى دار الإسلام فإنه لايعرض الإسلام على المصر ، سواء خرج المسلم أو الآخر ، لأنه لايقضى لغائب ولا على غائب ، كذا فى المحيط اه (قوله كالبحر الملح) قال فى النهر : وينبغى أن يكون مالبس بدار حرب ولا إسلام ملحقا بدار الحرب كالبحر الملح ، لأنه لاقهر لأحد عليه ، فإذا أسلم أحدهما وهو راكبه توقفت البينونة على مضى ثلاث حيض أخذا من تعليلهم بتعذر العرض لعدم الولاية اه . وهل حكم البحر الملح فى غير هذه حكم دار الحرب ، حتى لو خرج إليه الذمى صار حربيا وانتقض عهده . وإذا خرج إليه الحربى وعاد قبل الوصول إلى داره ينقض أمانه ويعشر مامعه يحرر ط (قوله لم تبن حتى تحيض الخ) أفاد بتوقف البينونة على الحيض أن الآخر لو أسلم قبل انقضائها فلا بينونة بحر (قوله أو تمضى ثلاثة أشهر) أى إن كانت لاتحيض لصغر أو كبر كما فى البحر ، وإن كانت حاملا فحتى تضع حملها ح عن القهستانى (قوله إقامة لشرط الفرقة) وهو مضى هذه المدة مقام السبب وهو الإباء لأن الإباء لايعرف إلا بالعرض ، وقد عدم العرض لانعدام الولاية ومست الحاجة إلى التفريق لأن المشرك لايصلح للمسلم وإقامة الشرط عند تعذر العلة جائز ، فإذا مضت هذه المدة صار مضيها بمنزلة تفريق القاضى وتكون فرقة بطلاق على قياس قولهما : وعلى قياس قول أبى يوسف بغير طلاق لأنها بسبب الإباء حكما وتقديرا بدائع .

وبحث فى البحر أنه ينبغى أن يقال إن كان المسلم هو المرأة تكون فرقة بطلاق . لأن الآبى هو الزوج حكما والتفريق بإبائه طلاق عندهما فكذا ماقام مقامه وإن كان المسلم الزوج فهى فسخ (قوله وليست بعدة) أى ليست

(ولو أسلم زوج الكتابية) ولو مآلا كما مر (فهى له ، و) المرأة (تبين بتباين الدارين) حقيقة وحكما (لا) بـ(السبى ، فلو خرج) أحدهما (إلينا مسلما) أو ذميا أو أسلم أو صار ذا ذمة فى دارنا (أو أخرج مسبيا) وأدخل فى دارنا (بانت) بتباين الدار ، إذ أهل الحرب كالموتى . ولا نكاح بين حى وميت (وإن سبيا) أو خرجا إلينا (معا) ذميين أو مسلمين أو ثم أسلما أو صارا ذميين (لا) تبين لعدم التباين، حتى لو كانت المسبية منكوحة مسلم أو ذمى لم تبن ، ولو نكحها ثمة ثم خرج قبلها بانت وإن خرجت قبله لا ، وما فى الفتح عن المحيط تحريف نهر :

هذه المدة عدة لأن غير المدخول بها داخلة تحت هذا الحكم، ولو كانت عدة لاختص ذلك بالمدخول بها ، وهل تجب العدة بعد مضى هذه المدة ، فإن كانت المرأة حربية فلا لأنه لاعدة على الحربية ، وإن كانت هى المسلمة فخرجت إلينا فتمت الحيض هنا فكذلك عند أبى حنيفة خلافا لهما لأن المهاجرة لاعدة عليها عنده خلافا لهما كما سيأتى بدائع وهداية ، وجزم الطحاوى بوجوبها قال فى البحر : وينبغى حمله على اختيار قولهما (قوله ولو أسلم زوج الكتابية) هذا محترز قوله فيما مر أو امرأة الكتابى (قوله كما مر) أى فى قوله كما لو كانت فى الابتداء كذلك، وأشار إلى أن الذى صرح به فيما مر يمكن انفهامه من هنا بأن يراد بالكتابية الكتابية حالا أو مآلا (قوله فهى له) لأنه يجوز له التزوج بها ابتداء ، فالبقاء أولى لأنه أسهل نهر (قوله حقيقة وحكما) المراد بالتباين حقيقة تباعدهما شخصا . وبالحكم أن لايكون فى الدار التى دخلها على سبيل الرجوع بل على سبيل القرار والسكنى، حتى لو دخل الحربى دارنا بأمان لم تبن زوجته لأنه فى داره حكما إلا إذا قبل الذمة نهر (قوله لابالسبى) تنصيص على خلاف الشافعى فإنه عكس وجعل سبب الفرقة السبى لاالتباين فتتفرع أربع صور وفاقيتان وخلافيتان، فقوله فلو خرج أحدهما الخ وقوله وإن سبيا الخ خلافيتان ، وقوله أو أخرج مسبيا ، وقوله أو خرجا إلينا الخ وفاقيتان (قوله فلو خرج أحدهما الخ) هذه خلافية لوجود التباين دون السبى : قال فى البدائع : ثم إن كان الزوج هو الذى خرج فلا عدة عليها بلا خلاف لأنها حربية ، وإن كانت هى فكذلك عنده خلافا لهما اهـ . وفى الفتح : لو كان الخارج هو الرجل يحل له عندنا التزوج بأربع فى الحال وبأخت امرأته التى فى دار الحرب إذا كانت فى دار الإسلام (قوله أو أخرج) هذه وفاقية لوجود التباين والسبى (قوله وأدخل فى دارنا) أفاد أنه لايتحقق التباين بمجرد السبى بل لابد من الإحراز فى دارنا كما فى البدائع (قوله كالموتى) ولهذا لو التحق بهم المرتد يجرى عليه أحكام الموتى ط (قوله وإن سبيا) هذه خلافية والتى بعدها وفاقية لعدم السبى فيها (قوله أو ثم أسلما) عبارة البحر أو مستأمنين ثم أسلما الخ فأو هنا عاطفة لحال محذوفة على الحال السابقة وهى قوله ذميين ، وثم عاطفة لأسلما على تلك الحال المحذوفة (قوله حتى لو كانت الخ) تفريع على اشتراط تباين الدارين حقيقة وحكما (قوله لم تبن) لأن الدار وإن اختلفت حقيقة لكنها متحدة حكما لأن فرض المسألة فيما إذا نكحها مسلم أو ذمى ثمة ثم سبيت ، ولا يمكن فرضها فيما لو نكحها هنا لأنه لايصح لأن تباين الدارين يمنع بقاء النكاح فيمنع ابتداءه بالأولى كما قاله الرحمتى ؛ ولو نكحها وهى هنا بأمان صارت ذمية ، لأن المرأة تبع لزوجها فى المقام كما فى الفتح من باب المستأمن فافهم (قوله ولو نكحها) أى المسلم أو الذمى (قوله بانت) لتباين الدارين حقيقة وحكما ط (قوله وإن خرجت قبله لا) أى لاتبين لأن الزوج من أهل دار الإسلام ، فإذا خرجت قبله صارت ذمية لاتمكن من العود لأنها تبع لزوجها فى المقام كما علمت فافهم (قوله وما فى الفتح الخ) قال فى النهر : وفى المحيط : مسلم تزوج حربية فى دار الحرب فخرج بها رجل إلى دار الإسلام بانت من زوجها بالتباين ، فلو خرجت بنفسها قبل زوجها لم تبن لأنها صارت من أهل دارنا بالتزامها أحكام المسلمين، إذ لاتمكن من العود والزوج من أهل دار الإسلام فلا تباين .

(ومن هاجرت إلينا) مسلمة أو ذمية (حائلا بانت بلا عدة) فيحصل تزوجها ؛ أما الحامل فحتى تضع على الأظهر لا للعدة بل لشغل الرحم بحق الغير (وارتداد أحدهما) أى الزوجين (فسخ) فلا ينقص عددا (عاجل)

قال فى الفتح بعد نقله : يريد فى الصورة الأولى إذا أخرجها الرجل قهرا حتى ملكها لتحقق التباين بينها وبين زوجها حينئذ حقيقة وحكما . أما حقيقة فظاهر ، وأما حكما فلأنها فى دار الحرب حكما وزوجها فى دار الإسلام قال فى الحواشى السعدية : وفى قوله وأما حكما الخ بحث اه ولعل وجهه مامر من أن معنى الحكم أن لايكون فى الدار التى دخلها على سبيل الرجوع بل على سبيل القرار ، وهى هنا كذلك إذ لاتمكن من الرجوع ؛ ثم راجعت المحيط الرضوى فإذا الذى فيه مسلم تزوج حربية كتابية فى دار الحرب فخرج عنها الزوج وحده بانت ؛ ولو خرجت المرأة قبل الزوج لم تبن ، وعلله بما مر وهذا لاغبار عليه . والظاهر أن ماوقع فى نسخة صاحب الفتح تحريف . والصواب ماأسمعتك اه ح .

قلت : وما نقله فى النهر عن المحيط ذكر مثله فى كافى الحاكم الشهيد ، فالصواب فى المسألة الأولى التى نقلها فى الفتح عن المحيط أنها لاتبين لاختلاف الدار حقيقة لاحكما (قوله ومن هاجرت إلينا الخ) المهاجرة التاركة دار الحرب إلى دار الإسلام على عزم عدم العود ، وذلك بأن تخرج مسلمة أو ذمية أو صارت كذلك بحر ، وهذه المسألة داخلة فيما قبلها ، لكن مامر فيما إذا خرج أحدهما مهاجرا وقعت الفرقة بينهما . والمقصود من هذه أنه إذا كانت المهاجرة المرأة ووقعت الفرقة فلا عدة عليها عند أبى حنيفة سواء كانت حاملا أو حائلا فتزوج للحال ، إلا الحامل فتتربص لاعلى وجه العدة بل ليرتفع المانع بالوضع . وعندهما عليها العدة فتح وبه يظهر أن تقييد المصنف بالحائل أى غير الحبلى لاوجه له ، بخلاف قول الكنز وتنكح المهاجرة الحائل بلا عدة فإنها للاحتراز عن الحامل كما علمت لكنه يوهم أن الحامل لها عدة كما توهمه ابن ملك وغيره وليس كذلك (قوله على الأظهر) مقابله رواية الحسن أنه يصح نكاحها قبل الوضع ، لكن لايقربها زوجها حتى تضع كالحبلى من الزنى ورجحها الأقطع ، لكن الأولى ظاهر الرواية نهر ، وصححها الشارحون وعليها الأكثر بحر (قوله لاللعدة) نفى لقولهما ولما توهمه ابن ملك وغيره (قوله بل لشغل الرحم بحق الغير) أفاد به الفرق بينهما وبين الحامل من الزنى فإن هذه حملها ثابت النسب فيؤثر فى منع العقد احتياطا لئلا يقع الجمع بين الفراشين وهو ممتنع بمنزلة الجمع وطأ كما فى الفتح ، بخلاف الحامل من الزنى فإن ماء الزنى لاحرمة له وليس فيه حق الغير فلذا صح نكاحها فافهم (قوله فسخ) أى عند الإمام بخلاف الإباء عن الإسلام . وسوّى محمد بينهما بأن كلا منهما طلاق . وأبو يوسف بأن كلا منهما فسخ ، وفرق الإمام بأن الردة منافية للنكاح لمنافاتها العصمة ، والطلاق يستدعى قيام النكاح فتعذر جعلها طلاقا ، وتمامه فى النهر .

قال فى الفتح : ويقع طلاق زوج المرتدة عليها مادامت فى العدة ، لأن الحرمة بالردة غير متأبدة فإنها ترتفع بالإسلام فيقع طلاقه عليها فى العدة مستتبعا فائدته من حرمتها عليه بعد الثلاث حرمة مغياة بوطء زوج آخر ، بخلاف حرمة المحرمية فإنها متأبدة لاغاية لها فلا يفيد لحوق الطلاق فائدة اه . قلت : وهذا إذا لم تلحق بدار الحرب .

ففى الخانية قبيل الكنايات : المرتد إذا لحق بدار الحرب فطلق امرأته لايقع وإن عاد مسلما وهى فى العدة فطلقها يقع ؛ والمرتدة إذا لحقت فطلقها زوجها ثم عادت مسلمة قبل الحيض ، فعندهما يقع (قوله فلا ينقص عددا) فلو ارتد مرارا وجدد الإسلام فى كل مرة وجدد النكاح على قول أبى حنيفة تحل امرأته من غير إصابة

بلا قضاء (فللموطوءة) ولو حكما (كل مهرها) لتأكده به (ولغيرها نصفه) لو مسمى أو المتعة (لو ارتد) وعليه نفقة العدة (ولا شيء من المهر والنفقة سوى السكنى ، به يفتى (لو ارتدت) لمجيء الفرقة منها قبل تأكده ولو ماتت فى العدة ورثها زوجها المسلم استحسانا ، وصرحوا بتعزيرها خمسة وسبعين ، وتجبر على الإسلام وعلى تجديد النكاح زجرا لها بمهر يسير كدينار ، وعليه الفتوى ولوالجية . وأفتى مشايخ بلخ بعدم الفرقة بردتها زجرا وتيسيرا لاسيما التى تقع فى المكفر ثم تنكر . قال فى النهر : والإفتاء بهذا أولى من الإفتاء بما فى النوادر لكن قال المصنف : ومن تصفح أحوال نساء زماننا ومايقع منهن من موجبات الردة مكررا فى كل يوم لم يتوقف فى الإفتاء برواية النوادر .

زوج ثان بحر عن الخانية (قوله بلا قضاء) أى بلا توقف على قضاء القاضى ، وكذا بلا توقف على مضى عدة فى المدخول بها كما فى البحر (قوله ولو حكما) أراد به الخلوة الصحيحة ح (قوله كل مهرها) أطلقه فشمل ارتداده وارتدادها بحر (قوله لتأكده) أى تأكد تمام المهر به : أى بالوطء الحقيقى أو الحكمى (قوله أو المتعة) أى إن لم يكن مسمى (قوله لو ارتد) قيد فى قوله ولغيرها النصف الخ (قوله وعليه نفقة العدة) أى لو مدخولا بها إذ غيرها لاعدة عليها . وأفاد وجوب العدة سواء ارتد أو ارتدت بالحيض أو بالأشهر لوصغيرة أو آيسة أو بوضع الحمل كما فى البحر (قوله ولا شيء من المهر) أى فى غير المدخول بها لأنها محل التفصيل بقوله لو ارتد ، وقوله لو ارتدت (قوله والنفقة) قد علمت أن الكلام فى غير المدخول بها ، وهذه لانفقة لها لعدم العدة لالكون الردة منها ، لكن المدخول بها كذلك لانفقة لها لو ارتدت ، ولذا قال فى البحر : وحكم نفقة العدة كحكم المهر قبل الدخول ، فإن كان هو المرتد فلها نفقة العدة ، وإن ارتدت فلا نفقة لها (قوله سوى السكنى) فلا تسقط سكنى المدخول بها فى العدة لأنها حق الشرع ، بخلاف نفقة العدة ولذا صح الخلع على النفقة دون السكنى . والظاهر أن هذا مفروض فيما لو أسلمت وإلا فالمرتدة تحبس حتى تعود ، وسيأتى أن المحبوسة كالخارجة بلا إذنه لانفقة لها ولا سكنى (قوله لو ارتدت) أطلقه فشمل الحرة والأمة والصغيرة والكبيرة بحر (قوله قبل تأكده) أى المهر فإنه يتأكد بالموت أو الدخول ولو حكما (قوله ورثها زوجها استحسانا) هذا إذا ارتدت وهى مريضة ثم ماتت أو لحقت بدار الحرب ، بخلاف ردتها فى الصحة ، وبخلاف مالو ارتد هو فإنها ترثه مطلقا إذا مات أولحق وهى فى العدة كما فى الخانية من فصل المعتدة التى ترث ، وسيذكره المصنف أيضا فى طلاق المريض . ووجهه أن ردته فى معنى مرض الموت ، لأنه إن لم يسلم يقتل فيكون فارا فترثه مطلقا ، أما المرأة فلا تقتل بالردة فلم تكن فارة إلا إذا كانت ردتها فى المرض (قوله وصرحوا بتعزيرها خمسة وسبعين) هو اختيار لقول أبى يوسف فإن نهاية تعزير الحر عنده خمسة وسبعون وعندهما تسعة وثلاثون . قال فى الحاوى القدسى : وبقول أبى يوسف نأخذ . قال فى البحر : فعلى هذا المعتمد فى نهاية التعزير قول أبى يوسف سواء كان فى تعزير المرتدة أولا (قوله وتجبر) أى بالحبس إلى أن تسلم أو تموت (قوله وعلى تجديد النكاح) فلكل قاض أن يجدده بمهر يسير ولو بدينار رضيت أم لا وتمنع من التزوج بغيره بعد إسلامها ؛ ولا يخفى أن محله ما إذا طلب الزوج ذلك ، أمالو سكت أو تركه صريحا فإنها لاتجبر وتزوج من غيره لأنه ترك حقه بحر ونهر (قوله زجرا لها) عبارة البحر حسما لباب المعصية : والحيلة للخلاص منه اه ولا يلزم من هذا أن يكون الجبر على تجديد النكاح مقصورا على ما إذا ارتدت لأجل الخلاص منه ، بل قالوا ذلك سدا لهذا الباب من أصله سواء تعمدت الحيلة أم لا كى لاتجعل ذلك حيلة (قوله قال فى النهر الخ) عبارته : ولا يخفى أن الإفتاء بما اختاره بعض أئمة بلخ أولى من الإفتاء بما

قلت : وقد بسطت فى القنية والمجتبى والفتح والبحر . وحاصلها أنها بالردة تسترق وتكون فيئا للمسلمين عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ، ويشتريها الزوج من الإمام أو يصرفها إليه لو مصرفا .

ولو استولى عليها الزوج بعد الردة ملكها وله بيعها مالم تكن ولدت منه فتكون كأم الولد : ونقل المصنف فى كتاب الغصب أن عمر رضى الله عنه هجم على نائحة فضربها بالدرة حتى سقط خمارها ، فقيل له : ياأمير المؤمنين قد سقط خمارها ، فقال إنها لاحرمة لها . ومن هنا قال الفقيه أبو بكر البلخى حين مر بنساء على شط نهر كاشفات الرؤوس والذراع ، فقيل له كيف تمر ؟ فقال ، لاحرمة لهن ، إنما الشك فى إيمانهن كأنهن حربيات (وبقى النكاح

ى النوادر ، ولقد شاهدنا من المشاق فى تجديدها فضلا عن جبره بالضرب ونحوه مالايعد ولا يحد . وقد كان بعض مشايخنا من علماء العجم ابتلى بامرأة تقع فيما يوجب الكفر كثيرا ثم تنكر وعن التجديد تأبى ، ومن القواعد : المشقة تجلب التيسير ، والله الميسر لكل عسير اهـ .

قلت : المشقة فى التجديد لاتقتضى أن يكون قول أئمة بلخ أولى مما فى النوادر ، بل أولى مما مر أن عليه الفتوى ، وهو قول البخاريين لأن مافى النوادر هو مايأتى من أنها بالردة تسترق تأمل (قوله وقد بسطت) أى رواية النوادر (قوله والفتح) فيه أنه لم يزد على قوله ولاتسترق المرتدة مادامت فى دار الإسلام فى ظاهر الرواية . وفى رواية النوادر عن أبى حنيفة تسترق اهـ ثم رأيت صاحب الفتح بسط ذلك فى باب المرتد (قوله وحاصلها الخ) قال فى القنية بعد مامر عن الفتح : ولوكان الزوج عالما استولى عليها بعد الردة تكون فيئا للمسلمين عند أبى حنيفة ثم يشتريها من الإمام أو يصرفها إليه إن كان مصرفا ، فلو أفتى مفت بهذه الرواية حسما لهذا الأمر لابأس به اهـ . قال فى البحر : وهكذا فى خزانة الفتاوى ، ونقل قوله فلو أفتى مفت الخ عن شمس الأئمة السرخسى اهـ .

قلت : ومقتضى قوله ثم يشتريها الخ أنه إن كان مصرفا لايملكها بمجرد الاستيلاء عليها وقوله تكون فيئا قال ط : ظاهره ولو أسلمت بعده لأن إسلام الرقيق لايخرجه عن الرق اهـ (قوله ولو استولى عليها الزوج) فيه اختصار مخل .

وعبارة القنية بعد ماتقدم قلت : وفى زماننا بعد فتنة التتر العامة صارت هذه الولايات التى غلبوا عليها وأجروا أحكامهم فيها كخوارزم وما وراء النهر وخراسان ونحوها صارت دار الحرب فى الظاهر ، فلو استولى عليها الزوج بعد الردة يملكها ولا يحتاج إلى شرائها من الإمام فيفتى بحكم الرق حسما لكيد الجهلة ومكر المكرة على ماأشار إليه فى السير الكبير اهـ فقوله يملكها الخ مبنى على ظاهر الرواية من أنها لاتسترق مادامت فى دار الإسلام ، ولا حاجة إلى الإفتاء برواية النوادر لما ذكره من صيرورة دارهم دار حرب فى زمانهم فيملكها بمجرد الاستيلاء عليها لأنها ليست فى دار الإسلام فافهم (قوله وله بيعها الخ) ذكره فى البحر بحثا أخذا من قول القنية يملكها واستشهد لقوله مالم تكن الخ بما فى الخانية لو لحقت أم الولد بعد ارتدادها بدار الحرب ثم سبيت وملكها الزوج يعود كونها أم ولده وأمومية الولد تتكرر بتكرار الملك اهـ (قوله بالدرة) بالكسر : السوط والجمع درر مثل سدرة وسدر مصباح (قوله والذراع) أل للجنس والمناسب لما قبله الأذرع بالجمع ط (قوله فقال) تأكيد لقال الأول ط والداعى إليه طول الفاصل (قوله كأنهن حربيات) أى فهن فىء مملوكات والرأس والذراع ليس بعورة من الرقيق : ووجه الأخذ من قول عمر رضى الله تعالى عنه أنه إذا سقطت حرمة النائحة تسقط حرمة هؤلاء الكاشفات رؤوسهن فى ممر الأجانب لما ظهر له من حالهن أنهن مستخفات مستهينات وهذا مذهب مسقط لحرمتهن حالهم .

إن ارتدا معا) بأن لم يعلم السبق فيجعل كالغرق (ثم أسلما كذلك) استحسانا (وفسد إن أسلم أحدهما قبل الآخر) ولا مهر قبل الدخول لو المتأخر هي ، ولو هو فنصفه أو متعة :

(والولد يتبع خير الأبوين دينا) إن اتحدت الدار

ثم اعلم أنه إذا وصلن إلى حال الكفر وصرن مرتدات فحكمهن ما مر من أنهن لا يملكن ما دمن فى دار الإسلام على ظاهر الرواية . وأما مامر من أنه لا بأس من الإفتاء بما فى النوادر من جواز استرقاقهن فذا بالنسبة إلى ردة الزوجة للضرورة لامطلقا إذ لا ضرورة فى غير الزوجة إلى الإفتاء بالرواية الضعيفة ، ولا يلزم من سقوط الحرمة وجواز النظر إليهن جواز تملكهن فى دارنا ، لأن غايته أنهن صرن فيئا ولا يلزم من جواز النظر إليهن جواز الاستيلاء والتمتع بهن وطئا وغيره لأنه يجوز النظر إلى مملوكة الغير ولا يجوز وطؤها بلا عقد نكاح . وبهذا ظهر غلط من ينسب نفسه إلى العلم فى زماننا فى زعمه الباطل أن الزانيات اللاتى يظهرن فى الأسواق بلا احتشام يجوز وطؤهن بحكم الاستيلاء فإنه غلط قبيح يكاد أن يكون كفرا حيث يؤدى إلى استباحة الزنى ، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم .

[فرع] فى البحر عن الخانية : غاب عن امرأته قبل الدخول بها فأخبره بردتها مخبر ولو مملوكا أو محدودا فى قذف وهو ثقة عنده أو غيره ثقة ، لكن أكبر رأيه أنه صادق له التزوج بأربع سواها وإن أخبرت بردة زوجها لها التزوج بآخر بعد العدة فى رواية الاستحسان . قال السرخسى وهى الأصح (قوله إن ارتدا معا) المسألة مقيدة بما إذا لم يلحق أحدهما بدار الحرب ، فإن لحق بانت وكأنه استغنى عنه بما قدمه من أن تباين الدارين سبب الفرقة نهر (قوله بأن لم يعلم السبق) أما المعية الحقيقية فمتعذرة . وما فى البحر هى ما لو علم أنهما ارتدا بكلمة واحد ففيه بعد ظاهر ، نعم ارتدادهما معا بالفعل ممكن ، بأن حملا مصحفا وألقياه فى القاذورات أو سجدا للصنم معا نهر (قوله كالغرق) فإنه إذا لم يعلم سبق أحدهم بالموت ينزلون منزلة من ماتوا معا ولا يرث أحد منهم الآخر فالتشبيه فى أن الجهل بالسبق كحالة المعية ط (قوله كذلك) أى معا بأن لم يعلم السبق (قوله وفسد الخ) لأن ردة أحدهما منافية للنكاح ابتداء فكذا بقاء نهر ، وهذا تصريح بمفهوم قوله ثم أسلما كذلك ، وسكت عن مفهوم قوله إن ارتدا معا لأنه تقدم فى قوله وارتداد أحدهما فسخ عاجل (قوله قبل الآخر) وكذا لو بقى أحدهما مرتدا بالأولى نهر (قوله قبل الدخول) أما بعده فلها المهر فى الوجهين ، لأن المهر يتقرر بالدخول دينا فى ذمة الزوج والديون لا تسقط بالردة فتح (قوله لو المتأخر هى) لمجىء الفرقة من قبلها بسبب تأخرها (قوله فنصفه) أى عند التسمية أو متعة عند عدمها :

مطلب الولد يتبع خير الأبوين دينا

(قوله والولد يتبع خير الأبوين دينا) هذا يتصور من الطرفين فى الإسلام العارض ، بأن كانا كافرين فأسلم أو أسلمت ثم جاءت بولد قبل العرض على الآخر ، والتفريق أو بعده فى مدة يثبت النسب فى مثلها أو كان بينهما ولد صغير قبل إسلام أحدهما فإنه بإسلام أحدهما يصير الولد مسلما . وأما فى الإسلام الأصلى فلا يتصور إلا أن تكون الأم كتابية والأب مسلما فتح ونهر .

[تنبيه] يشعر التعبير بالأبوين بإخراج ولد الزنى . ورأيت فى فتاوى الشهاب الشلبى قال : واقعة الفتوى فى زماننا : مسلم زنى بنصرانية فأتت بولد فهل يكون مسلما ؟ أجاب بعض الشافعية بعدمه وبعضهم بإسلامه . وذكر

ولو حكما ، بأن كان الصغير فى دارنا والأب ثمة ، بخلاف العكس (والمجوسى ، ومثله) كوثنى

أن السبكى نص عليه وهو غير ظاهر ، فإن الشارع قطع نسب ولد الزنى وبنته من الزنى تحل له عندهم فكيف يكون مسلما . وأفتى قاضى القضاة الحنبلى بإسلامه أيضا ، وتوقفت عن الكتابة فإنه وإن كان مقطوع النسب عن أبيه حتى لا يرثه فقد صرحوا عندنا بأن بنته من الزنى لا تحل له ، وبأنه لا يدفع زكاته لابنه من الزنى ، ولا تقبل شهادته له والذى يقوى عندى أنه لا يحكم بإسلامه على مقتضى مذهبنا ، وإنما أثبتوا الأحكام المذكورة احتياطا نظرا لحقيقة الجزئية بينهما اهـ .

قلت : يظهر لى الحكم بالإسلام للحديث الصحيح « كل مولود يولد على الفطرة حتى يكون أبواه هما اللذان يهودانه أو ينصرانه » فإنهم قالوا إنه جعل اتفاقهما ناقلا له عن الفطرة ، فإذا لم يتفقا بقى على أصل الفطرة أو على ما هو أقرب إليها ، حتى لو كان أحدهما مجوسيا والآخر كتابيا فهو كتابى كما يأتى وهنا ليس له أبوان متفقان فيبقى على الفطرة ولأنهم قالوا إن إلحاقه بالمسلم منهما أو بالكتابى أنفع له ، ولا شك أن النظر لحقيقة الجزئية أنفع له . وأيضا حيث نظروا للجزئية فى تلك المسائل احتياطا فلينظر إليها هنا احتياطا أيضا ، فإن الاحتياط بالدين أولى ، ولأن الكفر أقبح القبيح فلا ينبغى الحكم به على شخص بدون أمر صريح ، ولأنهم قالوا فى حرمة بنته من الزنى إن الشرع قطع النسبة إلى الزانى لما فيها من إشاعة الفاحشة فلم يثبت النفقة والإرث لذلك ، وهذا لا ينفى النسبة الحقيقية ، لأن الحقائق لا مرد لها فمن ادعى أنه لابد من النسبة الشرعية فعليه البيان .

[تتمة] ذكر الاستروشنى فى سير أحكام الصغار أن الولد لا يصير مسلما بإسلام جده ولو أبوه ميتا ، وأن هذه من المسائل التى ليس فيها الجد كالأب ، لأنه لو كان تابعا له لكان تابعا لجد الجد وهكذا ، فيؤدى إلى أن يكون الناس مسلمين بإسلام آدم عليه السلام . وفيه أيضا الصغير تبع لأبويه أو أحدهما فى الدين ، فإن انعدما فلذى اليد . فإن عدمت فللدار ، ويستوى فيما قلنا أن يكون عاقلا أو غير عاقل لأنه قبل البلوغ تبع لأبويه فى الدين ما لم يصف الإسلام اهـ . فأفاد أن التبعية لا تنقطع إلا بالبلوغ أو بالإسلام بنفسه ، وبه صرح فى البحر والمنح من باب الجنائز . وذكر أيضا المحقق ابن أمير حاج فى شرح التحرير عن شرح الجامع الصغير لفخر الإسلام أنه لا فرق فى الصغير بين أن يعقل أولا ، وأنه نص عليه فى الجامع الكبير وشرحه .

قلت : وفى شرح السير الكبير للإمام السرخسى قال بعد كلام ما نصه : وبهذا تبين خطأ من يقول من أصحابنا إن الذى يعبر عن نفسه لا يصير مسلما تبعا لأبويه ، فقد نص ههنا على أنه يصير مسلما اهـ . وذكر قبله أيضا أن التبعية تنقطع ببلوغه عاقلا اهـ أى فلو بلغ مجنونا تبقى التبعية ، فقد تبين لك أن ما فى القهستانى من أن المراد بالولد هنا الطفل الذى لا يعقل الإسلام خطأ كما سمعته من عبارة السرخسى وإن أفتى به الشهاب الشلبى لمخالفته لما نص عليه الإمام محمد فى الجامع الكبير والسير الكبير ، ولما صرح به فى هذه الكتب ، ولإطلاق المتون أيضا فافهم (قوله ولو حكما) أى سواء كان الاتحاد حقيقة أو حكما كأن يكون خير الأبوين مع الولد فى دار الإسلام أو فى دار الحرب أو كان حكما فقط كما مثل به الشارح . واحترز عن اختلافهما حقيقة وحكما بأن كان الأب فى دارنا والصغيرة ثمة ، وإليه أشار بقوله بخلاف العكس اهـ ح . قلت : وما فى الفتح من جعله حكم العكس كما قبله قال فى البحر إنه سهو (قوله والمجوسى شر من الكتابى) قال فى النهر : أردف هذه الجملة لبيان أن أحد الأبوين لو كان كتابيا والآخر مجوسيا كان الولد كتابيا نظرا له فى الدنيا لاقترابه من المسلمين بالأحكام من حل الذبيحة والمناكحة ، وفى الآخرة من نقصان العقاب كذا فى الفتح ؛ يعنى أن الأصل بقاؤه بعد البلوغ على ما كان عليه ، وإلا فأطفال المشركين فى الجنة

وسائر أهل الشرك (شر من الكتابى) والنصرانى شر من اليهودى فى الدارين لأنه لاذبيحة له بل يخنق كمجوسى وفى الآخرة أشد عذابا . وفى جامع الفصولين : لوقال النصرانية خير من اليهودية أو المجوسية كفر لإثباته الخير لما قبح بالقطعى لكن ورد فى السنة أن المجوس أسعد حالة من المعتزلة لإثبات المجوس

وتوقف فيهم الإمام كما مر ولم يدخله فى حيز الجملة الأولى تحاميا عما وقع فى بعض العبارات من إطلاق الخير على الكتابى، بل الشر ثابت فيه غير أن المجوسى شر اه . وعلى هذا فقوله والولد يتبع خير الأبوين دينا المراد به دين الإسلام فقط لئلا تتكرر الجملة الثانية ، فإنه ليس المراد منها مجرد بيان أن المجوسى شر من الكتابى إذ لادخل له فى بحثه، بل المراد بيان لازمه المقصود هنا وهو تبعية الولد لأخفهما شرا فتحل مناكحته وذبيحته ، وإنما لم يكتف عنها بالجملة الأولى بأن يراد بالدين الأعم تحاميا عن إطلاق الخيرية على غير دين الإسلام فافهم (قوله وسائر أهل الشرك) ممن لادين له سماويا (قوله والنصرانى شر من اليهودى) كذا نقله فى البحر عن البزازية والخيازية . ونقل عن الخلاصة عكسه ، ثم قال : إنه يلزم على الأول كون الولد المتولد من يهودية ونصرانى أو عكسه تبعا لليهودى لا النصرانى اه أى وليس بالواقع نهر :

قلت : بل مقتضى كلام البحر أنه الواقع لأنه قال إن فائدته خفة العقوبة فى الآخرة وكذا فى الدنيا، لما فى أضحية الولوالجية : يكره الأكل من طعام المجوسى والنصرانى لأن المجوسى يطبخ المنخنقة والموقوذة والمتردية والنصرانى لاذبيحة له وإنما يأكل ذبيحة المسلم أو يخنق ولابأس بطعام اليهودى لأنه لايأكل إلا من ذبيحة اليهودى أو المسلم اه ؛ فعلم أن النصرانى شر من اليهودى فى أحكام الدنيا أيضا اه كلام البحر (قوله لأنه لاذبيحة له)أى لايذبح بدليل قوله بل يخنق، وليس المراد أنه لوذبح لاتؤكل ذبيحته لمنافاته لما تقدم أول كتاب النكاح من حل ذبيحته ولوقال المسيح ابن الله ح (قوله أشد عذابا) لأن نزاع النصارى فى الإلهيات ونزاع اليهود فى النبوات وقوله تعالى — وقالت اليهود عزير ابن الله — كلام طائفة منهم قليلة كما صرح به فى التفسير ، وقوله تعالى — لتجدن أشد الناس عداوة — الآية لا يرد لأن البحث فى قوة الكفر وشدته لا فى قوة العداوة وضعفها اه بزازية (قوله كفر الخ) قال فى البحر : هذا يقتضى أنه لو قال الكتابى خير من المجوسى يكفر مع أن هذه العبارة وقعت فى المحيط وغيره ، إلا أن يقال بالفرق وهو الظاهر لأنه لاخيرية لإحدى الملتين أى اليهودية والنصرانية على الأخرى فى أحكام الدنيا والآخرة، بخلاف الكتابى بالنسبة إلى المجوسى للفرقة بين أحكامهما فى الدنيا والآخرة اه :

قلت : وهذا كلام غير محرر . وأما أولا فلأنه مخالف لما حرره من أن النصرانى شر من اليهودى فى الدنيا والآخرة كما تقدم ، وأما ثانيا فلأن علة الإكفار هى إثبات الخير لما قبح قطعا لا لعدم خيرية إحدى الملتين على الأخرى لأنه لو كانت العلة هذه لم يلزم الإكفار ، وحينئذ فالقول بأن النصرانية خير من اليهودية مثل القول بأن الكتابى خير من المجوسى ، لأن فيه إثبات الخيرية له مع أنه لاخير فيه قطعا وإن كان أقل شرا ، فالظاهر عدم الفرق بين العبارتين ، وأن ما فى المحيط وغيره دليل على أنه لايكفر بذلك ، ولعل وجهه أن لفظ خير قد يراد به ما هو أقل ضررا كما يقال فى المثل : الرمد خير من العمى ، وكقول الشاعر . ولكن قتل الحر خير من الأسر . ثم رأيت فى آخر المصباح أن العلماء قد يقولون هذا أصح من هذا ومرادهم أنه أقل ضعفا ولا يريدون أنه صحيح فى نفسه اه وهذا عين ماقلته ، ولله الحمد حينئذ، فالقول بالإكفار مبنى على إرادة ثبوت الخيرية سواء استعمل أفعل التفضيل على بابه أو أريد أصل الفعل كما فى — أى الفريقين خير — والقول بعدمه مبنى على ماقلنا ، والله أعلم (قوله لكن ورد فى السنة الخ) يوهم أن هذا حديث وليس كذلك : وعبارة البزازية والمذكور فى كتب أهل السنة الخ وروى

خالقين فقط وهؤلاء خالقا لاعدد له بزازية ونهر (ولو تمجس أبو صغيرة نصرانية تحت مسلم) بانت بلا مهر ولو كان (قدماتت الأم نصرانية) مثلا وكذا عكسه (لم تبن) لتناهي التبعية بموت أحدهما ذميا أو مسلما أو مرتدا فلم تبطل بكفر الآخر :

وفي المحيط : لو ارتدا لم تبن مالم يلحقا ، ولو بلغت عاقلة مسلمة ثم جنت فارتدا

الاستدراك أن تعبير علماء أهل السنة والجماعة بذلك دليل على جواز القول بأن النصرانية خير من اليهودية وبأن الكتابي خير من المجوسي ، لأن فيه إثبات أسعدية المجوس وخيريتهم على المعتزلة . قال في البزازية : أجيب عنه بأن المنهى عنه هو كونهم خيرا من كذا مطلقا لا كونهم أسعد حالا بمعنى أقل مكابرة وأدنى إثباتا للشرك ، إذ يجوز أن يقال كفر بعضهم أخف من بعض وعذاب بعض أدنى من بعض وأهون ، أو الحال بمعنى الوصف كذا قيل ولا يتم اه أي لا يتم هذا الجواب لأنه إذا صح تأويل هذا بما ذكر صح تأويل ذاك بمثله ، وكون أسعد مسندا إلى الحال لأنه فاعل معنى أو كون الحال بمعنى الوصف لا يفيد . قال في النهر : لكن مقتضى مامر عن جامع الفصولين القول بالكفر في الصورتين ، وهو الموافق للتعليل الأول ، وكأنه الذي عليه المعول اه . وفيه أن مامر عن الفصولين مع تعليله هو محل النزاع ، فالتحرير أن في المسألة قولين وأن الذي عليه المعوّل الجواز لما سمعت من وقوعه في كلامهم (قوله خالقين) هما النور المسمى يزدان والظلمة المسماة أهرمن ح (قوله خالقا لاعدد له) أي حيث قالوا إن الحيوان يخلق أفعاله الاختيارية ح .

قلت : وتكفير أهل الأهواء فيه كلام ، والمعتمد خلافه كما سيأتي بسطه إن شاء الله تعالى في البغاة (قوله بانت) أي إن تمجست الأم أيضا ، ولا حاجة إلى هذه الزيادة مع هذا الإيهام ، والأحسن إبقاء المتن على حاله . وأظن أن الشارح زاد ألفا في قول المتن أبو صغيرة فصار أبوا بلفظ التثنية فأسقطها النساخ ، فلتراجع النسخ .

وذكر ط عن الهندية أن مثل الصغيرة ما إذا بلغت معتوهة لبقائها تابعة للأبوين في الدين لأنه ليس للمعتوهة إسلام بنفسها حقيقة فكانت بمنزلة الصغيرة من هذا الوجه (قوله بلا مهر) أي إن لم يدخل بها ح (قوله مثلا) راجع إلى قوله ماتت : أي إن الموت غير قيد ، أو إلى قوله نصرانية أي أو يهودية (قوله وكذا عكسه) بأن تمجست أمها بعد أن مات أبوها نصرانيا ح (قوله لتناهي التبعية) أي انتهاء تبعية الولد للأبوين (قوله بموت أحدهما ذميا الخ) أي إذا مات أحد الكتابيين ذميا أو مسلما ثم تمجس الباقي منهما لا يتبعه الولد ، وكذا لو مات أحدهما مرتدا ، لأن حكم المرتد المجبر على الإسلام فله حكم المسلم ، حتى إن كسب إسلامه يرثه وارثه المسلم فهو أقرب إلى الإسلام من الكتابي وغيره : قال في البحر : ولو مات أحد الأبوين في دارنا مسلما أو مرتدا ثم ارتد الآخر ولحق بها ثم بدار الحرب لم تبن ويصلى عليها إذا ماتت ، لأن التبعية حكم تناهي بالموت مسلما وكذا بالموت مرتدا لأن أحكام الإسلام قائمة (قوله فلم تبطل) أي التبعية بكفر الآخر . قال ط : والأولى أن يقول بتمجس الآخر لأنه كان أولا كافرا غاية الأمر أنه انتقل إلى حالة من الكفر شر من التي كان عليها . بقي أن يقال : إن التبعية إنما تناهت وانقطعت عمن بقي من الوالدين بتمجسه لا بموت أحدهما ، لأنه لو أسلم من بقي تبعته ابنته اه والجواب أن المراد انقطاع التبعية عن الباقي منهما إذا انتقل إلى حالة دون التي كان عليها ، لما تقرر أن الولد إنما يتبع خير الأبوين دينا أو أخفهما شرا ، فالمراد بالتبعية المتناهية هذه فافهم (قوله لم تبن) لأن البنت مسلمة تبعا لهما وتبعا للدار بحر (قوله مالم يلحقا) أي بالبنت ، فإن لحقا بها بدار الحرب بانت لانقطاع حكم الدار بحر أي بانت من زوجها لتباين الدارين ولأنها صارت مرتدة تبعا لهما قال في شرح تلخيص الجامع الكبير : وهذا بخلاف ما إذا كانت الصغيرة تعقل

لم تبن مطلقا .

مسلم تحته نصرانية فتمجسا أو تنصرا بانت .

(ولا) يصلح (أن ينكح مرتد أو مرتدة أحدا) من الناس مطلقا .

(أسلم) الكافر (وتحته خمس نسوة فصاعدا أو أختان أو أم وبنتها بطل نكاحهن إن تزوجهن بعقد واحد، فإن رتب فالآخر) باطل . وخيره محمد والشافعي عملا بحديث فيروز .

وتعبر عن نفسها حيث لاتبين وإن لحقا بها ، إلا إذا ارتدت بنفسها فحينئذ تبين عندهما خلافا لأبي يوسف اه فتأمله مع ماقدمنا من أن التبعية لاتنقطع قبل البلوغ ، وقيدنا بلحاقهما بالبنت لأنه إذا لحقا وتركاها فإنها لاتبين كماقدمناه عن شرح التحرير . قال في النهر : في الفرق بين مالو تمجسا أو ارتدا تأمل فتدبر اه .

قلت : الفرق ظاهر : وهو أن البنت بارتداد أبويها المسلمين تبقى مسلمة تبعا لهما وللدار ، لأن المرتد مسلم حكما لجبره على الإسلام ، فلذا لم تبن من زوجها مالم يلحقا بها للتباين وانقطاع ولاية الجبر ، بخلاف تمجس أبويها النصرانيين لأنها تتبعهما في التمجس لعدم جبرهما على العود إلى النصرانية فصار كارتداد المسلمين مع لحاقهما ، ولايمكن تبعيتها للدار مع بقاء تبعية الأبوين فلذا بانت من زوجها فتدبر (قوله لم تبن مطلقا) أي سواء لحقا بها أو لا ، لأنها مسلمة أصالة لا تبعا ، وكذلك الصبية العاقلة أسلمت ثم جنت لأنها صارت أصلا في الإسلام بحر عن المحيط (قوله فتمجسا) أي المسلم وزوجته النصرانية معا، وقوله أو تنصرا صوابه أو تهودا لأن موضوع المسألة أن الزوجة نصرانية . قال في النهر : قيد بالردة لأن المسلم لو كان تحته نصرانية فتهود وقعت الفرقة بينهما اتفاقا .

واختلف الشيخان فيما لو تمجسا . قال أبو يوسف تقع . وقال محمد لاتقع . لأبي يوسف أن الزوج لايقر على ذلك والمرأة تقرفصاركردة الزوج وحده . وفرق محمد بأن المجوسية لاتحل للمسلم فأحدثا كالارتداد اه أي فكأنهما ارتدا معا . ثم الذي في البحر عن المحيط تأخير تعليل أبي يوسف وظاهره اعتماده ، وهو ظاهر قوله في الفتح أيضا تقع الفرقة عند أبي يوسف خلافا لمحمد فلذا جزم به الشارح (قوله مطلقا) أي مسلما أو كافرا أو مرتدا وهو تأكيد لما فهم من النكرة في النفي ح (قوله وخيره محمد) أي خير محمد هذا الذي أسلم في اختيار الأربع مطلقا أي أربع نسوة أي أربع كانت ، وخيره أيضا في اختيار أي الأختين شاء والبنت أي يختار البنت في هذه الصورة لا الأم أو يتركهما جميعا ، لأنه روى « أن غيلان الديلمي(١) أسلم وتحته عشر نسوة أسلمن معه ، فخيره النبي صلى الله عليه وسلم فاختار أربعا منهن ،وكذا فيروز الديلمي أسلم وتحته أختان فخيره فاختار إحداهما » وإنما يختار البنت لأن نكاحها أمنع في نكاح الأم من نكاح الأم لها .

ولهما أن هذه الأنكحة فاسدة ، لكن لانتعرض لهم لأنا أمرنا بتركهم وما يدينون ، فإذا أسلموا يجب التعرض وتخيير غيلان وفيروز كان في التزوج بعد الفرقة ح عن المنح . وقوله في التزوج بعد الفرقة : أي التزوج بعقد جديد وما ذكره في نكاح البنت إنما هو إذا لم يدخل بواحدة منهما ؛ فإن دخل بإحداهما ثم تزوج الثانية فنكاحها باطل لأن الدخول محرم سواء كان بالأم أو البنت ، وإن دخل بالثانية فقط ، فإن كانت الأم بطل نكاحهما جميعا اتفاقا لأن نكاح البنت يحرم الأم ، والدخول بالأم يحرم البنت وإن كانت البنت فكذلك عندهما لا أن له تزوج البنت دون الأم . وعند محمد : نكاح البنت هو الجائز قد دخل بها وهي امرأته ، ونكاح الأم باطل كذا في البدائع

---

(١) (قوله غيلان الديلمي) كذا في الأصل المقابل على خط المؤلف. والذي في منتقى الأخبار : غيلان الثقفي ، وفيه عزو الحديث لأحمد وابن ماجه والترمذي اه مصححه .

قلنا : كان تخييره فى التزوج بعد الفرقة بلغت المسلمة المنكوحة ولم تصف الإسلام بانت ولا مهر قبل الدخول وينبغى أن يذكر الله تعالى بجميع صفاته عندها وتقر بذلك ، وتمامه فى الكافى .

باب القسم

بفتح القاف : القسمة ، وبالكسر : النصيب .

(يجب) وظاهر الآية أنه فرض نهر (أن يعدل) أى أن لايجور (فيه) أى فى القسم

(قوله بلغت المسلمة) سماها مسلمة باعتبار ماكان لها قبل البلوغ من الحكم بالإسلام تبعا للأبوين ، ولذا قيل سماها محمد مرتدة ، وقوله بانت أى من زوجها لأنها لم يبق لها دين الأبوين لزوال التبعية بالبلوغ ، وليس لها دين نفسها فكانت كافرة لا ملة لها ، كذا فى شرح التلخيص (قوله وتمامه فى الكافى) حيث قال : مسلم تزوج صغيرة نصرانية ولها أبوان نصرانيان فكبرت وهى لاتعقل دينا من الأديان ولا تصفه وهى غير معتوهة فإنها تبين من زوجها وكذلك الصغيرة المسلمة إذا بلغت عاقلة وهى لاتعقل الإسلام ولا تصفه وهى غير معتوهة بانت من زوجها . كذا فى المحيط . ولامهر لها قبل الدخول وبعده يجب المسمى ، ويجب أن يذكر الله تعالى بجميع صفاته عندها ويقال لها أهو كذلك ، فإن قالت نعم حكم بإسلامها ، وإن قالت أعرفه وأقدر على وصفه ولا أصفه بانت ، ولو قالت لا أقدر على وصفه اختلف فيه ، ولو عقلت الإسلام ولم تصفه لم تبن ، وإن وصفت المجوسية بانت عندهما خلافا لأبى يوسف ، وهى مسألة ارتداد الصبى اهـ ط . وقوله ولو عقلت الإسلام أى قبل البلوغ محترز قوله بلغت . وإنما لم تبن لأنها مسلمة تبعا لأبويها قبل البلوغ كما فى شرح التلخيص ، وبه استدل على نفى وجوب أداء الإيمان على الصبى ، وتمامه فى أول الفصل الثانى من شرح التحرير .

وفى سير أحكام الصغار أن قوله يعقل الإسلام يعنى صفة الإسلام يدل على أن من قال « لا إله إلا الله » لا يكون مسلما حتى يعلم صفة الإيمان ، وكذلك إذا اشترى جارية واستوصفها الإسلام فلم تعلم لاتكون مؤمنة . وصفة الإيمان ماذكره فى حديث جبريل عليه السلام « أن تؤمن بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر ، والبعث بعد الموت ، والقدر خيره وشره من الله تعالى » اهـ وقدمنا فى الجنائز مثله عن الفتح » والله أعلم .

باب القسم

(قوله القسمة) فى المغرب : القسم بالفتح مصدر قسم القسام المال بين الشركاء : فرقه بينهم وعين أنصباءهم ومنه القسم بين النساء اهـ أى لأنه يقسم بينهن البيتوتة ونحوها . وفى المصباح : قسمته قسما من باب ضرب والاسم القسم بالكسر ، ثم أطلق على الحصة والنصيب فيقال هذا قسمى والجمع أقسام مثل حمل وأحمال : واقتسموا المال بينهم والاسم القسمة ، وأطلقت على النصيب أيضا وجمعها قسم مثل سدرة وسدر . ويجب القسم بين النساء اهـ . فعلم أن القسم هنا مصدر على أصله ، ويصح أن يراد به القسمة أى الاقتسام أو النصيب تأمل (قوله وظاهر الآية أنه فرض) فإن قوله تعالى — فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة — أمر بالاقتصار على الواحدة عند خوف الجور ، فيحتمل أنه للوجوب ، فيعلم إيجاب العدل عند تعددهن كما قاله فى الفتح أو للندب ، ويعلم إيجاب العدل من حيث إنه إنما يخاف على ترك الواجب كما فى البدائع ، وعلى كل فقد دلت الآية على إيجابه تأمل (قوله أى أن لايجور) أشار به إلى التخلص عما اعترض به على الهداية حيث قال : وإذا كان للرجل امرأتان حرتان فعليه أن يعدل بينهما فإنه يفهم أنه لايجب بين الحرة والأمة . وأجاب فى الفتح بأن معنى العدل هنا التسوية لاضد الجور ، فإذا كانتا

بالتسوية فى البيتوتة (وفى الملبوس والمأكول) والصحبة (لا فى المجامعة) كالمحبة بل يستحب : ويسقط حقها بمرة ويجب ديانة أحيانا

حرتين أو أمتين فعليه التسوية بينهما وإن كانتا حرة وأمة فلا يعدل بينهما : أى لا يسوّى بل يعدل بمعنى لايجور ، وهو أن يقسم للحرة ضعف الأمة فالإيهام نشأ من اشتراك اللفظ اهـ ولـكن لما لم يقيد المصنف هنا بحرة ولا غيرها ناسب أن يفسر كلامه بعدم الجور: أى عدم الميل عن الواجب عليه من تسوية وضدها ، فيشمل التسوية بين الحرتين أو الأمتين وعدمها بين الحرة والأمة ، وكذا فى النفقة لعدم لزوم التسوية فيها مطلقة كما يأتى (قوله بالتسوية فى البيتوتة) الأولى حذف قوله بالتسوية لأنها لاتجب بين الحرة والأمة كما علمت بل يجب عدمها :

وقد يجاب بأن المراد التسوية إثباتا أو نفيا : أى يجب أن لايجور بإثباتها بين الحرة والأمة وبنفيها بين الحرتين وبين الأمتين ، ولم يذكر الإقامة فى النهار لأنها تجب فى الجملة بلا تقدير كما سيأتى (قوله وفى الملبوس والمأكول) أى والسكنى ؛ ولو عبر بالنفقة لشمل الكل . ثم إن هذا معطوف على قوله فيه ، وضميره للقسم المراد به البيتوتة فقط بقرينة العطف وقد علمت أن العدل فى كلامه بمعنى عدم الجور لا بمعنى التسوية فإنها لاتلزم فى النفقة مطلقا :

قال فى البحر : قال فى البدائع : يجب عليه التسوية بين الحرتين والأمتين فى المأكول والمشروب والملبوس والسكنى والبيتوتة ، وهكذا ذكر الولوالجى .

والحق أنه على قول من اعتبر حال الرجل وحده فى النفقة . وأما على القول المفتى به من اعتبار حالهما فلا فإن إحداهما قد تكون غنية والأخرى فقيرة ، فلا يلزم التسوية بينهما مطلقا فى النفقة اهـ . وبه ظهر أنه لاحاجة إلى ماذكره المصنف فى المنح من جعله مافى المتن مبنيا على اعتبار حاله (قوله والصحبة) كان المناسب ذكره عقب قوله فى البيتوتة لأن الصحبة أى المعاشرة والمؤانسة ثمرة البيتوتة :

ففى الخانية : ومما يجب على الأزواج للنساء : العدل والتسوية بينهن فيما يملكه ، والبيتوتة عندها للصحبة ، والمؤانسة لا فيما لايملكه وهو الحب والجماع (قوله لافى المجامعة) لأنها تبتنى على النشاط ، ولا خلاف فيه .

قال بعض أهل العلم : إن تركه لعدم الداعية والانتشار عذر ، وإن تركه مع الداعية إليه لكن داعيته إلى الضرة أقوى فهو مما يدخل تحت قدرته فتح وكأنه مذهب الغير ، ولذا لم يذكره فى البحر والنهر تأمل (قوله بل يستحب) أى ماذكر من المجامعة ح .

أما المحبة فهى ميل القلب وهو لا يملك . قال فى الفتح : والمستحب أن يسوّى بينهن فى جميع الاستمتاعات من الوطء والقبلة ، وكذا بين الجوارى وأمهات الأولاد ليحصنهن عن الاشتهاء للزنى والميل إلى الفاحشة ، ولايجب شىء لأنه تعالى قال — فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ماملكت أيمانكم — فأفاد أن العدل بينهن ليس واجبا (قوله ويسقط حقها بمرة) قال فى الفتح : واعلم أن ترك جماعها مطلقا لايحل له ، صرح أصحابنا بأن جماعها أحيانا واجب ديانة ، لكن لايدخل تحت القضاء والإلزام إلا الوطأة الأولى ولم يقدروا فيه مدة . ويجب أن لايبلغ به مدة الإيلاء إلا برضاها وطيب نفسها به اهـ . قال فى النهر : فى هذا الكلام تصريح بأن الجماع بعد المرة حقه لاحقها اهـ .

قلت : فيه نظر بل هو حقه وحقها أيضاً ، لما علمت من أنه واجب ديانة .

قال فى البحر : وحيث علم أن الوطء لايدخل تحت القسم فهل هو واجب للزوجة .

وفى البدائع : لها أن تطالبه بالوطء لأن حله لها حقها ، كما أن حلها له حقه ، وإذا طالبته يجب عليه ويجبر عليه فى الحكم مرة والزيادة تجب ديانة لافى الحكم عند بعض أصحابنا وعند بعضهم تجب عليه فى الحكم اهـ :

ولا يبلغ مدة الإيلاء إلا برضاها ، ويؤمر المتعبد بصحبتها أحيانا ، وقدره الطحاوى بيوم وليلة من كل أربع لحرة وسبع لأمة :

ولو تضررت من كثرة جماعه لم تجز الزيادة على قدر طاقتها ، والرأى فى تعيين المقدار للقاضى بما يظن طاقتها نهر بحثا

وبه علم أنه كان على الشارح أن يقول ويسقط حقها بمرة فى القضاء أى لأنه لولم يصبها مرة يؤجله القاضى سنة ثم يفسخ العقد : أما لو أصابها مرة واحدة لم يتعرض له لأنه علم أنه غير عنين وقت العقد ، بل يأمره بالزيادة أحيانا لوجوبها عليه إلا لعذر ومرض أو عنة عارضة أو نحو ذلك ، وسيأتى فى باب الظهار أن على القاضى إلزام المظاهر بالتكفير دفعا للضرر عنها بحبس أو ضرب إلى أن يكفر أو يطلق ، وهــذا ربما يؤيد القول المار بأنه تجب الزيادة عليه فى الحكم فتأمل (قوله ولا يبلغ مدة الإيلاء) تقدم عن الفتح التعبير بقوله ويجب أن لا يبلغ الخ وظاهره أنه منقول ، لكن ذكر قبله فى مقدار الدور أنه لاينبغى أن يطلق له مقدار مدة الإيلاء وهو أربعة أشهر ، فهذا بحث منه كما سيذكره الشارح ، فالظاهر أن ماهنا مبنى على هذا البحث تأمل ، ثم قوله وهو أربعة أشهر يفيد أن المراد إيلاء الحرة ، ويؤيد ذلك أن عمر رضى الله تعالى عنه لما سمع فى الليل امرأة تقول :

فوالله لولا الله تخشى عواقبه لزحزح من هذا السرير جوانبه

فسأل عنها فإذا زوجها فى الجهاد ، فسأل بنته حفصة : كم تصبر المرأة عن الرجل : فقالت أربعة أشهر ، فأمر أمراء الأجناد أن لايتخلف المتزوج عن أهله أكثر منها ، ولو لم يكن فى هذه المدة زيادة مضارة بها لما شرع الله تعالى الفراق بالإيلاء فيها (قوله ويؤمر المتعبد الخ) فى الفتح : فأما إذا لم يكن له إلا امرأة واحدة فتشاغل عنها بالعبادة أو السرارى اختار الطحاوى رواية الحسن عن أبى حنيفة أن لها يوما وليلة من كل أربع ليال وباقيها له ، لأن له أن يسقط حقها فى الثلاث بتزوج ثلاث حرائر ، وإن كانت الزوجة أمة فلها يوم وليلة فى كل سبع ، وظاهر المذهب أن لايتعين مقدار لأن القسم معنى نسبى وإيجابه طلب إيجاده وهو يتوقف على وجود المنتسبين فلا يطلب قبل تصوره ، بل يؤمر أن يبيت معها ويصحبها أحيانا من غير توقيت اهـ .

ونقل فى النهر عن البدائع أن مارواه الحسن هو قول الإمام أولا ثم رجع عنه وأنه ليس بشىء (قوله وسبع لأمة) لأن له أن يتزوج عليها ثلاث حرائر فيقسم لهن ستة أيام ولها يوم (قوله نهر بحثا) حيث قال : ومقتضى النظر أنه لايجوز له أن يزيد على قدر طاقتها ، أما تعيين المقدار فلم أقف عليه لأئمتنا ، نعم فى كتب المالكية خلاف فقيل يقضى عليهما بأربع فى الليل وأربع فى النهار ، وقيل بأربع فيهما . وعن أنس بن مالك عشر مرات فيهما : وفى دقائق ابن فرحون باثنى عشر مرة . وعندى أن الرأى فيه للقاضى فيقضى بما يغلب على ظنه أنها تطيقه اهـ .

قال الحموى عقبه : وأقول ينبغى أن يسألها القاضى عما تطيق ويكون القول لها بيمينها لأنه لايعلم إلا منها وهذا طبق القواعد ، وأما كونه منوطا بظن القاضى فهو إن لم يكن صحيحا فبعيد :

هذا ، وقد صرح ابن مجد أن فى تأسيس النظائر وغيره أنه إذا لم يوجد نص فى حكم من كتب أصحابنا يرجع إلى مذهب مالك :

وأقول : لم أر حكم مالو تضررت من عظم آلته بغلظ أو طول وهى واقعة الفتوى اهـ .

أقول : مانقله عن ابن مجد غير مشهور ، ولم أر من ذكره غيره ، نعم ذكر فى الدرر المنتقى فى باب الرجعة عن القهستانى عن ديباجة المصفى أن بعض أصحابنا مال إلى أقواله ضرورة .

(بلا فرق بين فحل وخصى وعنين ومجبوب ومريض وصحيح) وصبى دخل بامرأته وبالغ لم يدخل بحر بحثا ، وأقره المصنف ، ومريضة وصحيحة(وحائض وذات نفاس

هذا ، وقد صرحوا عندنا بأن الزوجة إذا كانت صغيرة لا تطيق الوطء لا تسلم إلى الزوج حتى تطيقه . والصحيح أنه غير مقدر بالسن بل يفوض إلى القاضي بالنظر إليها من سمن أو هزال . وقدمنا عن التاترخانية أن البالغة إذا كانت لاتحتمل لايؤمر بدفعها إلى الزوج أيضا ، فقوله لا تحتمل يشمل مالو كان لضعفها أو هزالها أو لكبر آلته .

وفى الأشباه من أحكام غيبوبة الحشفة فيما يحرم على الزوج وطء زوجته مع بقاء النكاح : قال : وفيما إذا كانت لا تحتمله لصغر أو مرض أو سمنة اه . وربما يفهم من سمنه عظم آلته . وحرر الشرنبلالى فى شرحه على الوهبانية أنه لو جامع زوجته فماتت أو صارت مفضاة ، فإن كانت صغيرة أو مكرهة أولا تطيق تلزمه الدية اتفاقا .

نعلم من هذا كله أنه لا يحل له وطؤها بما يؤدى إلى إضرارها فيقتصر على ما تطيق منه عددا بنظر القاضى أو إخبار النساء ، وإن لم يعلم بذلك فبقولها وكذا فى غلظ الآلة ، ويؤمر فى طولها بإدخال قدر ماتطيقه منها أوبقدر آلة رجل معتدل الخلقة ، والله تعالى أعلم (قوله بلا فرق الخ) لأنه حيث علم أن وجوب القسم إنما هو للصحبة والمؤانسة دون المجامعة فلا فرق بين زوج وزوج بحر (قوله ومريض) قال فى البحر :ولم أر كيفية قسمه فى مرضه حيث كان لايقدر على التحول إلى بيت الأخرى والظاهر أن المراد أنه إذا صح ذهب عند الأخرى بقدر ما أقام عند الأولى مريضا اه .

ولا يخفى أنه إذا كان الاختيار فىمقدار الدور إليه حال صحته ففى مرضه أولى، فإذا مكث عند الأولى مدة أقام عند الثانية بقدرها نهر .

قلت : وهذا إذا أرادأن يجعل مدة إقامته دورا حتى لاينافى مايأتى منأنه لوأقام عند إحداهما شهرا هدرمامضى (قوله وصبى دخل بامرأته) الذى فى البحر وغيره بامرأتيه بالتثنية . قال فى البحر : لأن وجوبه لحق النساء ، وحقوق العباد تتوجهعلى الصبيان عند تقررالسبب . وفىالفتح : وقال مالك :ويدور ولى الصبى به علىنسائه ،وظاهره أنه لم يطلع على شيء عندنا ، وينبغىأن يأثم الولى إذا لم يأمره بذلك ولم يدر به اه : قال الخير الرملى :وقيد فىالخانية الصبى بالمراهق فلا قسم على غيره ، وليس بقيد بل المميز الممكن وطؤه كذلك اه (قوله وبالغلم يدخل) ومثله مالودخل بالأولى ح (قوله بحر بحثا) راجع إلىقوله وبالغ لم يدخل . قالفى البحر :وفىالمحيط وإنلم يدخلالصغير بها فلا فائدة فى كونه معها اه . وظاهره أن القسم على البالغ لغير المدخول بها لأن فى كونه معها فائدة ولذا إنما قيدوا بالدخول فى امرأة الصبى اه .

قلت : يظهر لىأن دخول الصبى غير قيد ، وإنما المراد به الذى بلغسن الدخول وحصول الصحبة والاستئناس به ولذا لم يقيد فى الخانية بالدخول ، بل قال والمراهق والبالغ فى القسم سواء ، فقوله فى المحيط وإن لم يدخل أى لمهبلغ هذا السن بقرينة قوله فلا فائدة فى كونه معها إذلاشك أن لها فائدة فى كون المراهق معها منالاستئناس به والعشرة معه زيادة على ما إذا كانت وحدها . وحينئذ فلا فرق بين المراهق والبالغ فى وجوب القسم كما هو صريح عبارة الخانية ، وهو شامل لما بعد الدخول وقبله ، لأن سبب وجوبه عقد النكاح كما فى البدائع ، فإذا وجب عليه نفقتها قبل الدخول وجب عليه القسم فى البيتوتة معها مالم ترض بالإقامة فى بيت أهلها لإصلاح شأنها وإلا فهو ظالم لها

ومجنونة لا تخاف ورتقاء وقرناء) وصغيرة يمكن وطؤها ومحرمة ومظاهر ومولى منها ومقابلاتهن ، وكذا مطلقة رجعية إن قصد رجعتها وإلا لا بحر .

(ولو أقام عند واحدة شهرا فى غير سفر ثم خاصمته الأخرى) فى ذلك (يؤمر بالعدل بينهما فى المستقبل وهدر مامضى وإن أثم به) لأن القسمة تكون بعد الطلب (وإن عاد إلى الجور بعد نهى القاضى إياه عزر) بغير حبس جوهرة لتفويته الحق ، وهذا إذا لم يقل إنما فعلت ذلك ، لأن خيار الدور إلى ،

(قوله ومجنونة لا تخاف) بضم التاء : أى لايخاف منها الزوج ، بأن كانت لا تضرب ولا تؤذى لأنها حينئذ تجب عليه نفقتها وسكناها ، وإلا فهى فى حكم الناشزة (قوله يمكن وطؤها) عبر عنها فى الخانية وغيرها بالمراهقة . قال الخير الرملى فى حاشية المنح : بخلاف مالايمكن وطؤها فإنه لاحق لها ، فاعلم ذلك ولا تغتر بمافى كثير من نسخ المنح لايمكن وطؤها فإنه خطأ اه (قوله ومحرمة) أى بحج أوعمرة أو بهما (قوله ومظاهر) بفتح الهاء ، وقوله ومولى بضم الميم وسكون الواو وفتح اللام منونة من الإيلاء ، وقوله منها تنازعه كل من مظاهر ومولى ح (قوله ومقابلاتهن) أى مقابل ماذكر من قوله وحائض الخ ط (قوله رجعية) منصوب على أنه صفة لمفعول مطلق محذوف : أى وكذا مطلقة طلقة رجعية ح .

[تنبيه] قال فى النهر : ولم أرحكم المنكوحة إذا وطئت بشبهة وهى فى العدة ، والمحبوسة بدين لاقدرة لها على وفائه والناشزة ، والمسطور فى كتب الشافعية أنه لاقسم لها فى الكل : وعندى أنه يجب للموطوءة بشبهة أخذا من قولهم إنه لمجرد الإيناس ودفع الوحشة ، وفى المحبوسة تردد . وأما الناشزة فلاينبغى التردد فى سقوطه لها لأنها بخروجها رضيت بإسقاط حقها اه .

واعترضه الحموى بأن الموطوءة بشبهة لانفقة لها عليه فى هذه العدة ، ومعلوم أن القسم عبارة عن التسوية فى البيتوتة والنفقة والسكنى اه . زاد بعض الفضلاء أنه يخاف من القسم لها الوقوع فى الحرام ، لأنها معتدة للغير ويحرم عليه مسها وتقبيلها فلا يجب لها ، وكذا المحبوسة لأن فى وجوبه عليه ضررا به بدخوله الحبس (قوله ولو أقام عند واحدة شهرا) أى قبل الخصومة أو بعدها خانية (قوله فى غير سفر) أما إذا سافر بإحداهما ليس للأخرى أن تطلب منه أن يسكن عندها مثل التى سافر بها ط عن الهندية (قوله وهدر مامضى) فليس لها أن تطلب أن يقيم عندها مثل ذلك ط عن الهندية .

والذى يقتضيه النظر أن يؤمر بالقضاء إذا طلبت لأنه حق آدمى وله قدرة على إيفائه فتح : وأجاب فى النهر بما ذكره الشارح من التعليل . قال الرحمتى : ولأنه لايزيد على النفقة وهى تسقط بالمضى (قوله لأن القسمة تكون بعد الطلب) علة لقوله هدر مامضى ، وقدمنا عن البدائع أن سبب وجوب القسم عقد النكاح ولهذا يأثم بتركه قبل الطلب وهذا يؤيد بحث الفتح .

وقد يجاب بأن المعنى أن الإجبار على القسمة من القاضى يكون بعد الطلب وإلا لزم أنها لو طالبته بها ثم جار يلزمه القضاء ، وهو مخالف لما قدمناه عن الخانية من قوله قبل الخصومة أو بعدها ، وكذا تعليل المسألة فى البزازية وغيرها بأن القسم لايصير دينا فى الذمة فإنه يشمل مابعد الطلب (قوله بعد نهى القاضى) أفاد أنه لايعزر بالمرة الأولى وبه صرح فى البحر ط (قوله عزر بغير حبس) بل يوجعه عقوبة ويأمره بالعدل ، لأنه أساء الأدب وارتكب ماهو محرم عليه وهو الجور معراج ، وهذا مستثنى من قولهم إن للقاضى الخيار فى التعزير بين الضرب والحبس بحر قلت : ومثله مالو امتنع من الإنفاق على قريبه (قوله لتفويته الحق) الضمير للحبس ح ويؤيده قول الجوهرة

فحينئذ يقضى القاضى بقدره نهر بحثا (والبكر والثيب والجديدة والقديمة والمسلمة والكتابية سواء) لإطلاق الآية .
(وللأمة والمكاتبة وأم الولد والمدبرة) والمبعضة (نصف ماللحرة) أى من البيتوتة والسكنى معها ، أما النفقة فبحالها .
(ولا قسم فى السفر) دفعا للحرج (فله السفر بمن شاء منهن والقرعة أحب) تطييبا لقلوبهن .
(ولو تركت قسمها) بالكسر : أى نوبتها (لضرتها صح ، ولها الرجوع فى ذلك) فى المستقبل ،

لأنه لايستدرك الحق فيه بالحبس لأنه يفوت بمضى الزمان اهـ أى لما مر أن القسم للصحبة والمؤانسة ، ولا شك أنه فى مدة الحبس يفوتها ذلك وكذلك عللوا لعدم الحبس بالامتناع من الإنفاق على قريبه فافهم (قوله فحينئذ يقضى القاضى بقدره) أ. نى خاصمت ، ومفهومه أنه لو لم يقل ذلك يسقط مامضى مع أن هذا بعد المخاصمة والطلب ، لما علمت من أن القسم لايصير دينا ، وأطلق القدر مع أن فيه كلاما يأتى (قوله والبكر الخ) نص على الأوليين لأن فيهما خلاف الأئمة الثلاثة ، وعلى الأخيرة لدفع مايتوهم من عدم مساواة الكتابية للمسلمة بسبب ارتفاعها عليها بالإسلام ، أفاده فى النهر ، ولعله لم يقتصر على قوله والجديدة والقديمة ليشمل مالو كانت البكر والثيب جديدتين بأن تزوجهما معا تأمل (قوله لإطلاق الآية) أى قوله تعالى -ولن تستطيعوا أن تعدلوا- أى فى المحبة - فلا تميلوا- فى القسم قاله ابن عباس ، وقوله تعالى - وعاشروهن بالمعروف - وغايته القسم ، وقوله تعالى - فإن خفتم ألا تعدلوا- ولإطلاق أحاديث النهى ، ولأن القسم من حقوق النكاح ، ولا تفاوت بينهما فى ذلك . وأما ماروى من نحو « للبكر سبع وللثيب ثلاث » فيحتمل أن المراد التفضيل فى البداءة دون الزيادة فوجب تقديم الدليل القطعى كما فى البحر . وفى شرح درر البحار أن الحديث لايدل على نفى التسوية ، بل على اختيار الدور بالسبع والثلاث جمعا بينه وبين ما روينا (قوله وللأمة الخ) أى إذا كان له زوجتان أمة وحرة فللأمة النصف وهذا إذا بوأها السيد منزلا ، ولم أر من ذكره وكأنه لظهوره (قوله أما النفقة) هى الأكل والشرب واللبس والمسكن (قوله فبحالها) أى إن كان كل من الزوج والزوجة غنيين فالواجب نفقة الأغنياء ، أو فقيرين فنفقة الفقراء ، أو مختلفين فالوسط ، وهذا هو المفتى به كما مر ، وقدمنا أن كلام المصنف والشارح محمول عليه فافهم (قوله ولا قسم فى السفر الخ) لأنه لايتيسر إلا بحملهن معه ، وفى إلزامه ذلك من الضرر مالايخفى نهر ، ولأنه قد يثق بإحداهما فى السفر وبالأخرى فى الحضر ، والقرار فى المنزل لحفظ الأمتعة أو لخوف الفتنة أو يمنع من سفر إحداهما كثرة سمنها فتعين من يخاف صحبتها فى السفر لخروج قرعتها إلزام للضرر الشديد ، وهو مندفع بالنافى للحرج فتح ، وانظر مالو سافر ببعض هل يقسم (قوله والقرعة أحب) وقال الشافعى مستحقة ، لما رواه الجماعة من « أنه صلى الله عليه وسلم كان إذا أراد سفرا أقرع بين نسائه فمن خرج سهمها خرج بها معه » قلنا كان استحبابا لتطييب قلوبهن ، لأن مطلق الفعل لايقتضى الوجوب مع أنه صلى الله عليه وسلم لم يكن القسم واجبا عليه ، وتمامه فى الفتح والبحر ، وهذا مع قوله قبله فتعيين من يخاف صحبتها الخ صريح فى أن من خرجت قرعتها لا يلزمه السفر بها (قوله صح) شمل مالو كان بشرط رشوة منه لو منها وإن بطل الشرط كما أوضحه فى الفتح خلافا لما بحثه الباقانى لأنه اعتياض عن حق لم يجب ولذا لم يسقط حقها .

ولا يقال إنه مثل أخذ العوض فى النزول عن الوظائف ، لأن من أجازه بناه على العرف ولا عرف هنا فتدبر نعم ذكر بعض الشافعية أنه يستنبط من هذه المسألة ومن خلع الأجنبى على مال جواز النزول عن الوظائف بالدراهم وأنه أفتى به شيخ الاسلام زكريا من الشافعية والشيخ نور الدين الدميرى من المالكية والشيشى من الحنابلة .

لأنه ماوجب فاسقط، ولوجعلته لمعينة هل له جعله لغيرها؟ ذكر الشافعي لا : وفي البحر بحثا نعم، ونازعه في النهر ؛ (ويقيم عند كل واحدة منهن يوما وليلة) لـكن إنما تلزمه التسوية في الليل، حتى لو جاء للأولى بعد الغروب وللثانية بعد العشاء فقد ترك القسم ، ولا يجامعها في غير نوبتها ، وكذا لا يدخل عليها إلا لعيادتها ولو اشتد : ففي الجوهرة : لابأس أن يقيم عندها حتى تشفى أو تموت انتهى ، يعني إذا لم يكن عندها من يؤنسها .

ولو مرض هو في بيته دعا كلا في نوبتها ، لأنه لو كان صحيحا وأراد ذلك ينبغي أن يقبل . بحر (وإن شاء ثلاثا) أي ثلاثة أيام ولياليها (ولا يقيم عند إحداها أكثر إلا بإذن الأخرى) خاصة

قلت : واضطرب فيه رأى المتأخرين من الحنفية ، وأفتى الخير الرملي بعدمه ، وسيأتي تمام الكلام عليه إن شاء الله تعالى في الوقف (قوله لأنه) أي حقها وهو القسم ماوجب أي لم يجب بعد ، فا سقط أي فلم يسقط بإسقاطها ح (قوله وفي البحر بحثا نعم) حيث قال ولعل المشايخ إنما لم يعتبروا هذا التفصيل لأن هذه الهبة إنما هي إسقاط عنه فكان الحق له سواء وهبت له أو لصاحبتها ، فله أن يجعل حصة الواهبة لمن شاء ح (قوله ونازعه في النهر) حيث قال : أقول كون الحق له فيما إذا وهبت لصاحبتها ممنوع . ففي البدائع في توجيه المسألة بأنه حق يثبت لها فلها أن تستوفى ولها أن تترك اهـ ح .

أقول : وقد نقل المحقق ابن الهمام ماذكره الشافعية وأقره غير أنه قال : وفرعوا إذا كانت ليلة الواهبة تلي ليلة الموهوبة قسم لها ليلتين متواليتين، وإن كانت لاتليها فهل له نقلها فيوالي لها ليلتين على قولين للشافعية والحنابلة والأظهر عندي أن ليس له ذلك إلا برضا التي تليها في النوبة لأنها قد تتضرر بذلك اهـ فما استظهره المحقق يقتضي ترجيح مافي النهر بالأولى (قوله لـكن الخ) قال في الفتح : لانعلم خلافا في أن العدل الواجب في البيتوتة والتأنيس في اليوم والليلة ، وليس المراد أن يضبط زمان النهار ، فبقدر ماعاشر فيه إحداها يعاشر الأخرى بل ذلك في البيتوتة وأما النهار ففي الجملة اهـ يعني لو مكث عند واحدة أكثر النهار كفاه أن يمكث عند الثانية ولو أقل منه بخلافه في الليل نهر (قوله ولا يجامعها في غير نوبتها) أي ولو نهارا ط (قوله يعني إذا لم يكن الخ) هذا التقييد لصاحب النهر بحثا وهو ظاهر، وأطلقه في الشرنبلالية ط (قوله ولو مرض هو في بيته) هذا إذا كان له بيت ليس فيه واحدة منهن ، وإلا فإن لم يقدر على التحول إلى بيت الأخرى يقيم بعد الصحة عند الأخرى بقدر ما أقام عند الأولى مريضا كما قدمناه عن البحر (قوله ولا يقيم عند إحداها أكثر الخ) لم يبين مالو أقام أكثر من ثلاثة أيام هل يهدر الزائد أو يقيم عند الأخرى بقدر ما أقام عند الأولى ثم يقسم بينهما ثلاثة وثلاثة أو يوما ويوما ؛ والظاهر الثاني ، لأن هدر مامضى فيما إذا أقام عند إحداها لا على سبيل القسم كما تقدم وهنا في الاقامة على سبيل القسم فلا يهدر شيء ويؤيده مافي الخانية من أنه لو أقام عند الجديدة ثلاثة أيام أو سبعة أيام يقيم عند الأولى كذلك اهـ لـكن ظاهره أن له أن يجعل الدور مستمرا ثلاثة أو سبعة ، وهذا مخالف لما ذكره المصنف ، ويؤيده ماقدمناه عن شرح درر البحار في التوفيق بين الأدلة أن الحديث يدل على اختيار الدور بالسبع أو الثلاث تأمل، وعن هذا نقل القهستاني عن الخانية والسراجية وغيرهما أن له أن يقيم عند امرأته ثلاثة أو سبعة وعند أخرى كذلك اهـ. والذي في الخانية هو ماذكرناه: وفي كافي الحاكم الشهيد يكون عند كل واحدة منهما يوما وليلة ، وإن شاء أن يجعل لـكل واحدة منهما ثلاثة أيام فعل . وروى عن الأشعث عن الحكم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لأم سلمة حين دخل بها وإن شئت سبعة لك وسبعة لهن(۱)» اهـ ومقتضى روايته الحديث أن له التسبيع ، بل في غاية البيان إن شاء ثلث لـكل واحدة

---

(۱) قوله (سبعة لك وسبعة لهن) كذا بالنسخة المقابلة على خط المؤلف بالهاء المربوطة ، واللفظ في سائر روايات مسلم « سبعت » في الموضعين بالتاء المجرورة اهـ مصححه .

زاد فى الخانية (والرأى فى البداءة) فى القسم (إليه) وكذا فى مقدار الدور هداية وتبيين . وقيده فى الفتح بحثا بمدة الإيلاء أو جمعة ، وعممه فى البحر ، ونظر فيه فى النهر . قال المصنف : وظاهر بحثهما أنهما لم يطلعا على مافى الخلاصة من التقييد بالثلاثة أيام كما عوّلنا عليه فى المختصر ، والله أعلم .

[فروع] لو كان عمله ليلا كالحارس ذكر الشافعية أنه يقسم نهارا وهو حسن ، وحقه عليها أن تطيعه فى كل مباح يأمرها به ، وله منعها من الغزل ومن أكل مايتأذى من رائحته ، بل ومن الحناء والنقش إن تأذى برائحته نهر وتمامه فيما علقته على الملتقى .

وإن شاء سبع إلى غير ذلك (قوله زاد فى الخانية) يوهم أن عبارة الخانية صريحة فى الحصر كعبارة الخلاصة ، وليس كذلك ، فإن الذى فيها عليه أن يسوى بينهما ، فيكون عند كل واحدة منهما يوماً وليلة أو ثلاثة أيام ولياليها والرأى فى البداية إليه اه . فالظاهر أن هذا بيان للأفضل لالنفى الزيادة بقرينة عبارته المارة تأمل (قوله وقيده فى الفتح) أى قيد كلام الهداية المذكور ، حيث قال اعلم أن هذا الإطلاق لايمكن اعتباره على صراحته ، لأنه لو أراد أن يدور سنة سنة ما يظن إطلاق ذلك ، بل ينبغى أن يطلق له بمقدار مدة الإيلاء وهو أربعة أشهر ، وإذا كان وجوبه للتأنس ورفع الوحشة وجب أن تعتبر المدة القريبة وأظن أن أكثر من جمعة مضارة إلا أن يرضيا اه فقوله وأظن الخ إضراب إبطالى عن مدة الإيلاء فيناسب أن تكون «أو» فى قول الشارح أوجمعة بمعنى بل كما فى قول الشاعر « كانوا ثمانين أو زادوا ثمانية » ح (قوله وعممه فى البحر) حيث قال : والظاهر الإطلاق ، لأنه لامضارة حيث كان على وجه القسم لأنها مطمئنة بمجىء نوبتها (قوله ونظر فيه فى النهر) حيث قال فى نفى المضارة مطلقا نظر لايخفى اه.

قلت : وأيضا فإن الاطمئنان بمجىء النوبة منتف مع طول المدة كسنة مثلا لاحتمال موته أو موتها مع مافيه من تفويت المعنى الذى شرع القسم لأجله وهو الاستئناس (قوله وظاهر بحثهما) أى صاحب الفتح والبحر كما فى المنح ح (قوله من التقييد بالثلاثة أيام) قد علمت ماينافى هذا التقييد (قوله وهو حسن) كذا قاله فى النهر (قوله فى كل مباح) ظاهره أنه عند الأمر به منه يكون واجبا عليها كأمر السلطان الرعية به ط (قوله ومن أكل مايتأذى به) أى برائحته كثوم وبصل . ويؤخذ منه أنه لو تأذى من رائحة الدخان المشهور له منعها من شربه (قوله بل ومن الحناء) ذكره فى الفتح بحثا أخذا مما قبله (قوله وتمامه فيما علقته على الملتقى) وعبارته عن الخانية معزياً للمنتقى : لوكان له امرأة وسرارى أمر بيوم وليلة من أربع عندها ، وفى البواقى عند من شاء منهن ، وكذا لوكان له ثلاث نسوة أمر بيوم وليلة عند كل منهن ، ويقيم فى يوم وليلة عند من شاء من السرارى ، ولوله أربعة أقام عند كل يوما وليلة ولم يكن عند السرارى إلا وقفة المار .

ويكره للرجل أن يطأ امرأته وعندها صبى يعقل أو أعمى أو ضرتها أو أمتها أو أمته اه . ثم قال ولا يجمع بين الضرائر إلا بالرضا ، ولو قالت لا أسكن مع أمتك ليس لها ذلك ، ولو أقام عند الأمة يوما فعتقت يقيم عند الحرة يوما وكذلك العكس اه أى لو أقام عند الحرة يوما فعتقت زوجته الأمة يتحول إلى المعتقة ، ولا يكمل للحرة يومين تنزيلا للحرية انتهاء منزلتها ابتداء كما فى المعراج .

أقول : ومانقله أولا عن المنتقى مبنى على رواية الحسن المرجوع عنها كما تقدم من أن للحرة يوما وليلة من كل أربع ، هكذا خطر لى . ثم رأيت الشرنبلالى صرح به فى رسالته [تجدد المسرات بالقسم بين الزوجات] وقال : ولم أر من نبه على ذلك :

ومبنى الرسالة على سؤال فى رجل له زوجتان وجوار يقسم للزوجتين ثم يبيت عند جواريه ماشاء ثم يرجع إلى

باب الرضاع

(هو) لغة بفتح وكسر : مص الثدى . وشرعا (مص من ثدى آدمية) ولو بكرا أو ميتة أو آيسة ، وألحق بالمص الوجور والسعوط (فى وقت مخصوص) هو (حولان ونصف عنده وحولان) فقط (عندهما وهو الأصح) فتح ، وبه يفتى كما فى تصحيح القدورى عن العون ، لكن فى الجوهرة أنه فى الحولين ونصف ،ولو بعد الفطام

زوجتيه ويقسم لها أجاب بالجواز أخذا من قول ابن الهمام اللازم أنه إذا بات عند واحدة ليلة يبيت عند الأخرى كذلك لأنه يجب أن يبيت عند واحدة منهما دائما ، فإنه لو ترك المبيت عند الكل بعض الليالى وانفرد لم يمنع من ذلك اه يعنى بعد تمام دورهن ، وسواء انفرد بنفسه أوكان مع جواريه اه فافهم ، والله سبحانه أعلم .

باب الرضاع

لما كان المقصود من النكاح الولد وهو لايعيش غالبا فى ابتداء إنشائه إلا بالرضاع وكان له أحكام تتعلق به وهى من آثار النكاح المتأخرة عنه بمدة وجب تأخيره إلى آخر أحكامه ، ثم قيل كتاب الرضاع ليس من تصنيف محمد إنما عمله بعض أصحابه ونسبه إليه ليروجه، ولذا لم يذكره الحاكم أبو الفضل فى مختصره المسمى بالكافى مع التزامه إيراد كلام محمد فى جميع كتبه محذوفة التعاليل وعامتهم على أنه من أوائل مصنفاته ، وإنما لم يذكره الحاكم اكتفاء بما أورده من ذلك فى كتاب النكاح فتح (قوله بفتح وكسر) ولم يذكروا الضم مع جوازه لأنه بمعنى أن ترضع معه آخر كما فى القاموس : وفيه أن فعله جاء من باب علم فى لغة تهامة : وهى مافوق نجد ، ومن باب ضرب فى لغة نجد، وجاء من باب كرم نهر. زاد فى المصباح لغة أخرى من باب فتح ،مصدره رضاعا ورضاعة بالفتح (قوله مص الثدى) قال فى المصباح : الثدى للمرأة ، ويقال فى الرجل أيضا : قال ابن السكيت يذكر ويؤنث اه وهذا التعريف قاصر لأنه فى اللغة يعم المص ولو من بهيمة ،فالأولى مافى القاموس: هو لغة شرب اللبن من الضرع والثدى ط (قوله آدمية) خرج بها الرجل والبهيمة بحر (قوله أو آيسة) ذكره فى النهر أخذا من إطلاقهم قال :وهو حادثة الفتوى (قوله وألحق بالمص الخ) تعريض بالرد على صاحب البحر حيث قال التعريف منقوض طردا ، إذ قد يوجد المص ولارضاع إن لم يصل إلى الجوف وعكسا ، إذ قد يوجد الرضاع ولامص كما فى الوجور والسعوط .ثم أجاب بأن المراد بالمص الوصول إلى الجوف من المنفذين، وخصه لأنه سبب للوصول فأطلق السبب وأراد المسبب .

واعترضه فى النهر بأن المص يستلزم الوصول إلى الجوف لما فى القاموس: مصمصه شربته شربا رقيقا، وجعل الوجور والسعوط ملحقين بالمص ح . وفى المصباح :الوجور بفتح الواو الدواء يصب فى الحلق،وأوجرت المريض إيجارا فعلت به ذلك ، ووجرته أجره من باب وعد لغة . والسعوط : كرسول دواء يصب فى الأنف ،والسعوط كقعود مصدر ، وأسعطه الدواء يتعدى إلى مفعولين (قوله فى وقت مخصوص) قد يقال إنه لاحاجة إليه للاستغناء عنه بالرضيع ، وذلك أنه بعد المدة لايسمى رضيعا نص عليه فى العناية نهر وفيه نظر . والذى فى العناية أن الكبير لايسمى رضيعا، ذكره ردا على من سوى فى التحريم بين الكبير والصغير (قوله عن العون) كذا فى عامة النسخ وفى بعضها عن العيون بالياء بين العين والواو ، وهو اسم كتاب أيضا ، وهو الذى رأيته فى النهر، وفى تصحيح القدورى أيضا فافهم (قوله لكن الخ) استدراك على قوله وبه يفتى . وحاصله أنهما قولان أفتى بكل منهما ط

محرم، وعليه الفتوى . واستدلوا لقول الإمام بقوله تعالى ـ وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ـ أى مدة كل منهما ثلاثون غير أن النقص فى الأول قام بقول عائشة : لايبقى الولد أكثر من سنتين ومثله لايعرف إلا سماعا ، والآية مؤولة لتوزيعهم الأجل على الأقل والأكثر فلم تكن دلالتها قطعية ، على أن الواجب على المقلد العمل بقول المجتهد وإن لم يظهر دليله كما أفاده فى رسم المفتى ، لكن فى آخر الحاوى : فان خالفا قيل يخير المفتى، والأصح أن العبرة لقوة الدليل ، ثم الخلاف فى التحريم ،

(قوله أى مدة كل منهما ثلاثون) تقدير المضاف ليس لصحة الحمل ، لأن الإخبار بالزمان عن المعنى صحيح بلا تقدير فافهم ، بل لبيان حاصل المعنى .

قال فى الفتح : ووجهه أنه سبحانه ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكمالها كالأجل المضروب لدينين على شخصين ، بأن قال أجلت الدين الذى على فلان والدين الذى على فلان سنة يفهم منه أن السنة بكمالها لكل (قوله غير أن النقص) أى عن الثلاثين فى الأول : يعنى فى مدة الحمل ، أى أكثر مدته قام: أى تحقق وثبت (قوله لايبقى الولد الخ) الذى فى الفتح : الولد لايبقى فى بطن أمه أكثر من سنتين ولو بقدر فلكة مغزل ، وفى رواية : ولو بقدر ظل مغزل ، وسنخرجه فى موضعه اهـ . وفلكة المغزل كتمرة معروفة مصباح وهو على تقدير مضاف وقد جاء صريحا فى شرح الإرشاد : ولو بدور فلكة مغزل ، والغرض تقليل المدة مغرب (قوله ومثله لايعرف إلا سماعا) لأن المقدرات لايهتدى العقل إليها فتح ، أى فهو فى حكم المرفوع المسموع من النبى صلى الله عليه وسلم (قوله والآية مؤولة) أى قابلة للتأويل بمعنى آخر ، فلم تكن قطعية الدلالة على المعنى الأول فجاز تخصيصها بخبر الواحد (قوله لتوزيعهم) أى العلماء كالصاحبين وغيرهما الأجل : أى ثلاثون شهرا على الأقل : أى أقل مدة الحمل وهو ستة أشهر ، والأكثر : أى أكثر مدة الرضاع وهو سنتان ، فالثلاثون بيان لمجموع المدتين لا لكل واحدة (قوله على أن الخ) ترق فى الجواب . وفيه إشارة إلى ما أورده فى الفتح على دليل الإمام المار من أنه يستلزم كون لفظ ثلاثين مستعملا فى إطلاق واحد فى مدلول ثلاثين وفى أربعة وعشرين ، وهو الجمع بين الحقيقة والمجاز بلفظ واحد ، ومن أن أسماء العدد لايتجوز بشىء منها فى الآخر نص عليه كثير من المحققين لأنها بمنزلة الأعلام على مسمياتها اهـ .

وأجاب الرحمتى بأن حمله وفصاله مبتدآن وثلاثون خبر عن أحدهما أى الثانى وحذف خبر الآخر فأحد الخبرين مستعمل فى حقيقته والآخر فى مجازه فلا جمع فى لفظ واحد . وعن الثانى بأنه أطلق أشهر فى قوله تعالى ـ الحج أشهر معلومات ـ على شهرين وبعض الثالث اهـ .

قلت : وفيه أن الشهر ليس من أسماء العدد ، فالمناسب الجواب بما قاله الجمهور من أن عشرة إلا اثنين أريد به ثمانية كما أشار إليه فى الفتح ، لكن هذا خاص بالاستثناء والكلام ليس فيه (قوله كما أفاده فى رسم المفتى) المفيد لذلك الإمام قاضيخان فى فصل رسم المفتى من أول فتاواه بطريق الإشارة لا بصريح العبارة (قوله لكن الخ) استدراك على قوله الواجب على المقلد الخ فإنه يفيد وجوب اتباعه سواء وافقه صاحباه أو خالفاه ، وهو قول عبدالله بن المبارك (قوله قيل يخير المفتى) أى وقيل لايخير مطلقا كما علمت، فهذا قول ثان . قال فى السراجية : والأول أصح إن لم يكن المفتى مجتهدا ، ومفاده اختيار القول الثانى: أى التخيير إن كان مجتهدا ، ولا يخفى أن تخيير المجتهد إنما هو فى النظر فى الدليل ، وهذا معنى قول الحاوى والأصح أن العبرة لقوة الدليل لأن قوة الدليل لاتظهر لغير المجتهد فى المذهب تأمل ، وتمام تحرير هذه المسألة فى شرح أرجوزتى فى رسم المفتى (قوله والأصح أن العبرة لقوة الدليل) قال فى البحر : ولا يخفى قوة دليلهما ، فإن قوله تعالى ـ والوالدات يرضعن ـ الآية يدل على أن

أما لزوم أجر الرضاع للمطلقة فمقدر بحولين بالإجماع (ويثبت التحريم) فى المدة فقط ولو (بعد الفطام والاستغناء بالطعام على) ظاهر (المذهب) وعليه الفتوى فتح وغيره. قال فى المصنف كالبحر: فما فى الزيلعى خلاف المعتمد، لأن الفتوى متى اختلفت رجح ظاهر الرواية (ولم يبح الإرضاع بعد مدته) لأنه جزء آدمى والانتفاع به لغير ضرورة حرام على الصحيح شرح الوهبانية.

وفى البحر: لايجوز التداوى بالمحرم فى ظاهر المذهب، أصله بول المأكول كما مر.

(وللأب إجبار أمته على فطام ولدها منه قبل الحولين إن لم يضره) أى الولد (الفطام، كماله) أيضا (إجبارها) أى أمته (على الإرضاع، وليس له ذلك) يعنى الإجبار

لارضاع بعد التمام، وأما قوله تعالى - فإن أرادا فصالا عن تراض منهما - فإنما هو قبل الحولين بدليل تقييده بالتراضى والتشاور، وبعدهما لايحتاج إليهما. وأما استدلال صاحب الهداية للإمام بقوله تعالى- وحمله وفصاله ثلاثون شهرا - بناء على أن المدة لكل منهما كما مر، فقد رجع إلى الحق فى باب ثبوت النسب من أن الثلاثين لما للحمل ستة أشهر والعامان للفصال اه (قوله أما لزوم أجر الرضاع الخ) وكذا وجوب الإرضاع على الأم ديانة نهر عن المجتبى (قوله فى المدة فقط) أما بعدها فإنه لايوجب التحريم بحر (قوله فما فى الزيلعى) أى من قوله: وذكر الخصاف أنه إن فطم قبل مضى المدة واستغنى بالطعام لم يكن رضاعا وإن لم يستغن تثبت به الحرمة. وهو رواية عن أبى حنيفة رحمه الله وعليه الفتوى (قوله لأن الفتوى الخ) ولأن الأكثرين على الأول كما فى النهر (قوله ولم يبح الإرضاع بعد مدته) اقتصر عليه الزيلعى، وهو الصحيح كما فى شرح المنظومة بحر. لكن فى القهستانى عن المحيط: لو استغنى فى حولين حل الإرضاع بعدهما إلى نصف ولا تأثم عند العامة خلافا لخلف ابن أيوب اه ونقل أيضا قبله عن إجارة القاعدى أنه واجب إلى الاستغناء، ومستحب إلى حولين، وجائز إلى حولين ونصف اه.

قلت: قد يوفق بحمل المدة فى كلام المصنف على حولين ونصف بقرينة أن الزيلعى ذكره بعدها، وحينئذ فلا يخالف قول العامة تأمل (قوله وفى البحر) عبارته: وعلى هذا أى الفرع المذكور لايجوز الانتفاع به للتداوى. قال فى الفتح: وأهل الطب يثبتون للبن البنت أى الذى نزل بسبب بنت مرضعة نفعا لوجع العين. واختلف المشايخ فيه، قيل لايجوز، وقيل يجوز إذا علم أنه يزول به الرمد. ولا يخفى أن حقيقة العلم متعذرة، فالمراد إذا غلب على الظن وإلا فهو معنى المنع اه. ولا يخفى أن التداوى بالمحرم لايجوز فى ظاهر المذهب، أصله بول مايؤكل لحمه فإنه لايشرب أصلا اه (قوله بالمحرم) أى المحرم استعماله طاهرا كان أو نجسا ح (قوله كما مر) أى قبيل فصل البئر حيث قال: فرع اختلف فى التداوى بالمحرم. وظاهر المذهب المنع كما فى إرضاع البحر، لكن نقل المصنف ثمة وهنا عن الحاوى: وقيل يرخص إذا علم فيه الشفاء ولم يعلم دواء آخر كما خص الخمر للعطشان وعليه الفتوى اه ح.

قلت: لفظ وعليه الفتوى رأيته فى نسختين من المنح بعد القول الثانى كما ذكره الشارح كما علمته، وكذا رأيته فى الحاوى القدسى، فعلم أن مافى نسخة ط تحريف فافهم (قوله وللأب إجبار أمته الخ) لأنها لاحق لها فى التربية فى حال رقها، بل الحق له لأنها ملكه، وكذا الحكم فى ولدها من غيره لأنه ملك له رحمتى.

قلت: والظاهر أن للمولى إجبارها أيضا وإن شرط الزوج حرية الأولاد، لأن الرضاع يهزلها ويشغلها عن خدمته (قوله على الإرضاع) الإطلاق شامل لولده منها أو من غيرها ولولد أجنبى بأجرة أو بدونها، لأن له

بنوعيه (مع زوجته الحرة) ولو (قبلهما) لأن حق التربية لها جوهرة (ويثبت به) ولو بين الحربيين بزازية (وإن قل) إن علم وصوله لجوفه من فمه أو أنفه لا غير، فلو التقم الحلمة ولم يدر أدخل اللبن فى حلقه أم لا لم يحرم، لأن فى المانع شكا ولوالجية .

استخدامها بما أراد (قوله بنوعيه) أى الإجبار على الفطام وعلى الإرضاع (قوله مع زوجته الحرة) أما زوجته الأمة فالحق لسيدها وإن شرط الزوج حرية الأولاد فيما يظهر كما ذكرناه آنفا فافهم (قوله ولو قبلهما) أى قبل الحولين ، وهذا التعميم المستفاد من زيادة لو صحيح بالنسبة إلى عدم الإجبار على الرضاع : أى ليس له إجبارها عليه فى القضاء مالم تتعين لذلك فى المدة بأن لم يأخذ ثدى غيرها أو لم يكن للأب ولا للصغير مال كما سيأتى فى الحضانة والنفقة ، أما بالنسبة إلى النوع الآخر وهو عدم الإجبار على الفطام فإنما يصح قبل الحولين ، وأما بعدهما فالظاهر أنه يجبرها على الفطام ، لما أن الإرضاع بعدهما حرام على القول بأن مدته الحولان تأمل ح بزيادة .

قلت : وما استظهره مبنى على ظاهر كلام المصنف السابق ، وقدمنا الكلام فيه (قوله ولو بين الحربيين) قال فى البحر : وفى البزازية والرضاع فى دار الإسلام ودار الحرب سواء ، حتى إذا رضع فى دار الحرب وأسلموا وخرجوا إلى دارنا تثبت أحكام الرضاع فيما بينهم اهـ ح (قوله وإن قل) أشار به إلى نفى قول الشافعى وإحدى الروايتين عن أحمد أنه لا يثبت التحريم إلا بخمس رضعات مشبعات ، لحديث مسلم « لا تحرم المصة والمصتان » وقول عائشة رضى الله عنها « كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرّمن ثم نسخ(١) بخمس رضعات معلومات يحرمن ، فتوفى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهى فيما يقرأ من القرآن » رواه مسلم .

والجواب أن التقدير منسوخ صرح بنسخه ابن عباس وابن مسعود . وروى عن ابن عمر أنه قيل له إن ابن الزبير يقول لا بأس بالرضعة والرضعتين ، فقال قضاء الله خير من قضائه . قال تعالى — وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة — فهذا إما أن يكون ردا للرواية بنسخها أو لعدم صحتها أو لعدم إجازته تقييد إطلاق الكتاب بخبر الواحد ، وهذا معنى قوله فى الهداية إنه مردود بالكتاب أو منسوخ به .

وأما ما روته عائشة فالمراد به نسخ الكل نسخا قريبا ، حتى إن من لم يبلغه كان يقرؤها وإلا لزم ضياع بعض القرآن كما تقوله الروافض ، وما قيل ليكره نسخ التلاوة مع بقاء الحكم فليس بشىء لأن ادعاء بقاء حكمه بعد نسخه يحتاج إلى دليل ، وتمام ذلك مبسوط فى الفتح والتبيين وغيرهما .

[تنبيه] نقل ط عن الخيرية أنه لو قضى شافعى بعدم الحرمة برضعة نفذ حكمه ، وإذا رفع إلى حنفى أمضاه اهـ فتأمل (قوله لا غير) يأتى محترزه فى قول المصنف : والاحتقان والإقطار فى أذن وجائفة وآمة (قوله فلو التقم الخ) تفريع على التقييد بقوله إن علم .

وفى القنية : امرأة كانت تعطى ثديها صبية واشتهر ذلك بينهم ثم تقول لم يكن فى ثديى لبن حين ألقمتها ثديى ولم يعلم ذلك إلا من جهتها جاز لابنها أن يتزوج بهذه الصبية اهـ ط .

وفى الفتح : لو أدخلت الحلمة فى فى الصبى وشكت فى الارتضاع لا تثبت الحرمة بالشك ، ثم قال : والواجب على النساء أن لا يرضعن كل صبى من غير ضرورة ، وإذا أرضعن فليحفظن ذلك وليشهرنه ويكتبنه احتياطا اهـ

---

(١) (قوله ثم نسخ الخ) الذى فى صحيح مسلم « ثم نسخن بخمس معلومات ، فتوفى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن الخ » اهـ فراجعه إن شئت اهـ مصححه .

ولو أرضعها أكثر أهل قرية ثم لم يدر من أرضعها فأراد أحدهم تزوجها ، إن لم تظهر علامة ولم يشهد بذلك جاز خانية (أمومية المرضعة للرضيع ، و) يثبت (أبوة زوج مرضعة) إذا كان (لبنها منه له) وإلا لا كما سيجيء (فيحرم منه) أى بسببه (ما يحرم من النسب) رواه الشيخان .

واستثنى بعضهم إحدى وعشرين صورة وجمعها فى قوله :

يفارق النسب الإرضاع فى صور كأم نافلة أو جـدة الولد

وفى البحر عن الخانية : يكره للمرأة أن ترضع صبيا بلا إذن زوجها إلا إذا خافت هلاكه (قوله ثم لم يدر) أى لم يدر من أرضعها منهم فلابد أن تعلم المرضعة (قوله إن لم تظهر علامة) لم أر من فسرها . ويمكن أن تمثل بتردد المرأة ذات اللبن على المحل الذى فيه الصبية أو كونها ساكنة فيه فإنه أمارة قوية على الإرضاع ط (قوله ولم يشهد بذلك) بالبناء للمجهول والجار والمجرور نائب الفاعل (قوله جاز) هذا من باب الرخصة كى لا ينسد باب النكاح وهذه المسألة خارجة عن قاعدة : الأصل فى الإرضاع التحريم ، ومثلها مالو اختلطت الرضيعة بنساء يحصرن وهذا بخلاف المسألة الأولى فإنه لاحاجة إلى إخراجها لأن سبب الحرمة غير متحقق فيها ، كذا أفاده فى الأشباه (قوله أمومية) بالرفع فاعل يثبت . قال القهستانى : والأمومة مصدر هو كون الشخص أما اهـ (قوله وأبوة زوج مرضعة لبنها منه) المراد به اللبن الذى نزل منها بسبب ولادتها من رجل زوج أو سيد فليس الزوج قيدا بل خرج مخرج الغالب بحر . وأما إذا كان اللبن من زنى ففيه خلاف سيذكره الشارح ؛ ويأتى الكلام فيه (قوله له) أى للرضيع وهو متعلق بالأبوة ح أى لأنه مصدر معناه كونه أبا ط (قوله كما سيجيء) أى فى قوله طلق ذات لبن ح (قوله أى بسببه) أشار إلى أن من بمعنى باء السببية ط (قوله مايحرم من النسب) معناه أن الحرمة بسبب الرضاع معتبرة بحرمة النسب ، فشمل زوجة الابن والأب من الرضاع لأنها حرام بسبب النسب فكذا بسبب الرضاع ، وهو قول أكثر أهل العلم ، كذا فى المبسوط بحر .

وقد استشكل فى الفتح الاستدلال على تحريمها بالحديث لأن حرمتها بسبب الصهرية لا النسب ، ومحرمات النسب هى السبع المذكورة فى آية التحريم ، بل قيد الأصلاب فيها يخرج حليلة الأب والابن من الرضاع فيفيد حلها وتمامه فيه (قوله رواه الشيخان) أشار به إلى أنه حديث ، لكن فيه تغيير اقتضاه تركيب المتن وهو زيادة الفاء ووضع المضمر موضع الظاهر ، وأصله « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » ح وتقدم أنه يجوز رواية الحديث بالمعنى للعارف ، على أن المصنف لم يقصد رواية الحديث ط (قوله يفارق النسب الإرضاع) بنصب النسب ورفع الإرضاع ح ولعله إنما نسبت إليه المفارقة وإن كان مفاعلة من الجانبين ، لأنه الفرع والنسب هو الأصل المعتبر فى التحريم ، والمفارقة غالبا تكون من العارض ط (قوله فى صور) أى سبع ، وإنما كانت إحدى وعشرين باعتبار تعلق الرضاع بالمضاف أو المضاف إليه أو بهما كما سيأتى إيضاحه . ولا يخفى عليك أن المذكور فى البيتين ست صور ، فإن قوله وأم أخ مكرر مع قوله وأم أخت إذ كل واحدة من هذه المذكورات كذلك ، فإن أخت البنت مثل أخت الابن وأم الخالة مثل أم الخال ، وقس عليه ح (قوله كأم نافلة) أشار بالكاف إلى عدم الحصر فى ذلك ؛ لما قال فى الفتح : إن المحرم فى الرضاع وجود المعنى المحرم فى النسب ، فإذا انتفى فى شيء من صور الرضاع انتفت الحرمة ، فيستفاد أنه لاحصر فيما ذكر اهـ فافهم . والنافلة الزيادة تطلق على ولد الولد لزيادته على الولد الصلبى ، وتقدم أن كل صورة من هذه السبع تتفرع إلى ثلاث صور ، فولد ولدك إذا كان نسبيا وله أم من الرضاع تحل لك ، بخلاف أمه من النسب لأنها حليلة ابنك ، وإن كان رضاعيا بأن رضع من زوجة ابنك ولهذا الرضيع أم نسبية أو رضاعية أخرى تحل لك (قوله أو جدة الولد) صادق بأن يكون الولد رضاعيا بأن رضع من

وأم أخت وأخت ابن وأم أخ وأم خال وعمة ابن اعتمد

(إلا أم أخيه وأخته) استثناء منقطع ، لأن حرمة من ذكر بالمصاهرة لا بالنسب فلم يكن الحديث متنا ولا لما استثناه الفقهاء فلا تخصيص بالعقل كما قيل ، فإن حرمة أم أخته وأخيه نسبا لكونها أمه أو موطوءة أبيه

زوجتك وله جدة نسبية أو جدة أم أم أخرى أرضعته ، وبأن يكون نسبيا له جدة رضاعية ، بخلاف النسبية فلا تحل لك لأنها أمك أو أم زوجتك . واحترز بجدة الولد عن أم الولد لأنها حلال من النسب وكذا من الرضاع (قوله وأم أخت) صادق بأن يكون كل منهما من الرضاع كأن يكون لك أخت من الرضاع لها أم أخرى من الرضاع أرضعتها وحدها ، وبأن تكون الأخت فقط من الرضاع لها أم نسبية ، وبأن تكون الأم فقط من الرضاع كأن تكون لك أخت نسبية لها أم رضاعية ، بخلاف النسبية لأنها إما أمك أو حليلة أبيك (قوله وأخت ابن) أي كل منهما رضاعي أو الأول رضاعي والثاني نسبي أو العكس ، بخلاف ما إذا كان كل منهما نسبيا ، فلا تحل أخت الابن لأنها إما بنتك أو ربيبتك ، ومن هنا يعلم ما إذا رضع ولدك من أم أمه فإن أمه لا تحرم عليك لكونها أخت ابنك رضاعا أفاده الرملي ط وأخت البنت كأخت الابن .

وأورد أنه يتصور الحل في أخت ابنه وبنته نسبا بأن يدعي شريكان في أمة ولدها ، فإذا كان لكل منهما بنت من غير الأمة حل لشريكه التزوج بها وهي أخت ولده نسبا من الأب . والغز بها في شرح الوهبانية ، وأجاب عنها شرنبلالية (قوله وأم أخ) الكلام فيه كالكلام في أم الأخت ، وفيه ما مر عن ح (قوله وأم خال) فيه الصور الثلاث ، أما إذا كانا نسبيين فلا تحل ، لأن أم خالك من النسب جدتك أو منكوحة جدك (قوله وعمة ابن) فيه الصور الثلاث أيضا بأن يكون كل منهما رضاعيا كأن رضع صبي من زوجتك ورضع أيضا من زوجة رجل آخر له أخت فهذه الأخت عمة ابنك من الرضاع أو الأول رضاعيا فقط بأن يكون ذلك الرضيع ابنك من النسب أو الثاني فقط بأن يكون ابنك من الرضاع له عمة من النسب ، بخلاف ما لو كان كل منهما من النسب فإن العمة لا تحل لك لأنها أختك (قوله استثناء منقطع الخ) جواب عن قول البيضاوي : إن استثناء أخت ابنه وأم أخيه من الرضاع من هذا الأصل ليس بصحيح ، فإن حرمتهما في النسب بالمصاهرة دون النسب اهـ فعدم الصحة مبني على جعل الاستثناء متصلا . وفيه جواب أيضا عن قوله في الغاية إن هذا تخصيص للحديث بدليل عقلي . وبيان الجواب ما قاله الزيلعي : إن هذا سهو ، فإن الحديث يوجب عموم الحرمة لأجل الرضاع حيث وجدت الحرمة لأجل النسب وحرمة أم أخيه من النسب لا لأجل أنها أم أخيه بل لكونها أمه أو موطوءة أبيه ، ألا ترى أنها تحرم عليه وإن لم يكن له أخ ، وكذا أخت ابنه من النسب إنما حرمت عليه لأجل أنها بنته أو بنت امرأته بدليل حرمتها وإن لم يكن له ابن ، وهذا المعنى يوجب الحرمة في الرضاع أيضا حتى لا يجوز له أن يتزوج بأمه ولا موطوءة أبيه ولا بنت امرأته كل ذلك من الرضاع فبطل دعوى التخصيص اهـ وحاصله يرجع إلى أن الاستثناء منقطع كما قال الشارح لعدم تناول الحديث له .

هذا ، وقد اعترض ح قول الشارح تبعا للبيضاوي إن حرمة من ذكر بالمصاهرة بأن فيه نظرا من وجهين :

الأول أن المصاهرة لا تتصور في عمة ولده لأنها أخته الشقيقة أو لأب أو لأم ، وكذا في بنت عمة ولده لأنها بنت أخته الشقيقة أو لأب أو لأم .

الثاني أن المصاهرة في الصور السبعة الباقية إنما تتصور على تقدير واحد فقط . وعلى التقدير الآخر أو التقديرين الآخرين فالحرمة بالنسب لا بالمصاهرة .

وهذا المعنى مفقود فى الرضاع (و) قس عليه (أخت ابنه) وبنته (وجدة ابنه) وبنته (وأم عمه وعمته وأم خاله

بيان ذلك أن أم أخيك إنما تكون حرمتها بالمصاهرة إذا كان الأخ أخا لأب ، فإن أمه حينئذ امرأة أبيك ، بخلاف الأخ الشقيق أو لأم فإن حرمة أمه بالنسب لأنها أمك وحرمة أخت ابنك النسبى إنما تكون بالمصاهرة إن كانت أخت الابن لأمه لأنها ربيبتك بخلافها شقيقة أو لأب فإنها بنتك وحرمة جدة ابنك إنما تكون بالمصاهرة إذا كانت أم أمه لأنها أم امرأتك ، بخلافها أم أبيه لأنها أمك، وحرمة أم عمك إنما تكون بالمصاهرة لو العم لأب بخلافه لو شقيقا أو لأم لأنها جدتك ، ومثل أم العم أم الخال ، وحرمة بنت أخت ولدك إنما تكون بالمصاهرة لو كانت الأخت لأم لأنها تكون بنت ربيبتك ، بخلافها شقيقة أو لأب لأنها بنت بنتك . وحرمة أم ولد ولدك إنما تكون بالمصاهرة إذا كانت أم ابن ابنك لأنها حليلة ابنك ، بخلاف أم بنت بنتك فإنها بنتك . فقد ظهر أن التعليل بهذا غير صحيح بل التعليل الصحيح ماذكره بقوله فإن حرمة أم أخته الخ كما سنبينه اه .

أقول : والجواب عن الأول أن قول الشارح إن حرمة من ذكر بالمصاهرة المراد بمن ذكر هو أم أخيه وأخته لأنه هو الذى سبق ذكره دون بقية الصور الآتية ، ولأنه ذكر بعده تعليلا آخر شاملا للجميع وهو قوله فإن حرمة أم أخته وأخيه الخ مع قوله وقس عليه أخت ابنه الخ كما سنوضحه . وعن الثانى أعنى قوله إن المصاهرة إنما تتصور على تقدير واحد فقط بأن المراد هو ذلك التقدير .

وبيان ذلك أن الحديث دل على أن كل مايحرم من النسب يحرم نظيره من الرضاع ، فيقال : تحرم الأم نسبا فكذا تحرم الأم رضاعا ، وتحرم البنت نسبا فكذا تحرم البنت رضاعا ، وهكذا إلى آخر المحرمات النسبية . فأم أخيك الشقيق أو لأم إنما تحرم لكونها أمك لا لكونها أم أخيك ولذا تحرم عليك ولو لم يكن لك أخ منها فلا يحسن أن يقال تحرم أم الأخ الشقيق أو لأم لأنه يتكرر مع قولهم تحرم الأم، فعلم أن المراد أم الأخ لأب فقط ولما ورد عليه أن أم الأخ لأب إنما حرمت بالمصاهرة ، والحديث إنما رتب حرمة الرضاع على حرمة النسب لاعلى حرمة المصاهرة .

أجاب بأن الاستثناء منقطع ،وكذا يقال أخت الابن إذا كانت شقيقة أو لأب إنما تحرم لكونها بنتك، وقدعلم تحريم البنت من النسب فيراد بها الأخت لأم لأنها ربيبتك ، فلم تعلم حرمتها من محرمات النسب فلم تكن تكرارا لكن لما لم تدخل فى الحديث كان استثناؤها منقطعا ، وهكذا يقال فى البواقى .

والحاصل أن الحديث لما رتب حرمة الرضاع على حرمة النسب وكان مايحرم من النسب من نظائر هذه المستثنيات قد يحرم من النسب على تقدير ومن المصاهرة على تقدير لم يصح أن يراد منه التقدير الأول لأنه يلزم منه التكرار بلا فائدة ، فتعين إرادة التقدير الثانى وإن كان الاستثناء فيه منقطعا ، دفعا للتكرار وتنبيها على بيان مايحل لزيادة التوضيح ، هذا غاية مايمكن توجيه كلامهم به ، والله تعالى أعلم فافهم (قوله وهذا المعنى مفقود فى الرضاع) لأن أم أخته وأخيه رضاعا ليست أمه ولا موطوءة أبيه (قوله وقس عليه الخ) أى قس على ما ذكر من المعنى أخت ابنه وبنته الخ بأن تقول : إنما حرمت عليه أخت ابنه وبنته نسبا لكونها بنته أو بنت امرأته وهذا المعنى مفقود فى الرضاع ، وكذا جدة ابنه وبنته نسبا إنما حرمت عليه لكونها أمه أو أم امرأته وهذا مفقود فى الرضاع وهكذا البواقى .

وبهذا التقرير علم أن التعليل المذكور بقوله فإن حرمة أم أخته الخ جار فى جميع الصور ، لكن لكل صورة عبارة تليق بها فلذا قال وقس عليه الخ وإن ضمير عليه راجع إليه لا إلى أم أخته وأخيه ، حتى يرد أنه لا معنى

وخالته ، وكذا عمة ولده وبنت عمته وبنت أخت ولده وأم أولاد أولاده فهؤلاء من الرضاع حلال للرجل وكذا أخو ابن المرأة لها ، فهذه عشر صور تصل باعتبار الذكورة والأنوثة إلى عشرين ،وباعتبار مايحل لهأولها إلىأربعين مثلا يجوز تزوجه بأم أخيه وتزوجها بأبي أخيها ، وكل منها يجوز أن يتعلق

لجعل البعض مقيسا والبعض مقيسا عليه فافهم (قوله وكذا عمة ولده) لم يذكروا خالة ولده لأنها حلال من النسب أيضا لأنها أخت زوجته بحر (قوله وبنت عمته) أى عمة ولده وتحرم من النسب لأنها بنت أخته ، وأما بنت عمة نفسه فإنها حلال نسبا ورضاعا ط (قوله وبنت أخت ولده) وتحرم من النسب لأنها بنت بنته أو بنت ربيبته ط (قوله للرجل) متعلق بالمستثنى فى قوله إلا أم أخته الخ يعنى أن شيئا من النسوة المذكورات لايحرم للرجل إذا كانت من الرضاع اهـ ح عن المنح ، وهذا بالنظر إلى المتن وإلا فهو متعلق بقول الشارح حلال (قوله وكذا أخو ابن المرأة لها) فى ذكر هذه العاشرة نظر ، فإنها من مقابلات التسعة لاقسم مباين للتسعة كما سنبينه أفاده ح (قوله باعتبار الذكورة والأنوثة) أى فى المضاف إليه ، فتصير مع الذكورة أم أخيه وأخت ابنه وجدة ابنه وأم عمه وأم خاله وعمة ابنه وبنت عمة ابنه وبنت أخت ابنه وأم ولد ابنه ، ومع الأنوثة أم أخته وأخت بنته وجدة بنته وأم عمته وأم خالته وعمة بنته وبنت عمة بنته وبنت أخت بنته وأم ولد بنته اهـ ح فهذه ثمانية عشر ، وعدها عشرين بالنظر إلى العاشرة المكررة (قوله وباعتبار مايحل له) أى إذا نسب الحل للرجل ، بأن يقال : تحل له أم أخيه وأخت ابنه إلى آخر الأمثلة المذكورة (قوله أولها) أى إذا نسب الحل لها ، بأن يقال: يحل لها أبو أخيها وأخو ابنها وجد ابنها وأبو عمها وأبو خالها وخال ولدها وابن خالة ولدها وابن أخت ولدها وابن ولد ولدها، وإنما قلناوخال ولدها وابن خالة ولدها ، وكان القياس أن نقول وعم ولدها وابن عمة ولدها لأنهما لايحرمان عليهما من النسب أيضا كما صرح به فى البحر أفاده ح . وأفادط أنه يمكن تقرير المقام بحل آخر ، فيقال فى مقابلة تزوجه أم أخيه وأخته تزوجها أخا ابنها وبنتها ، وفى أخت ابنه أو بنته أبو أخيها أو أختها ، وفى جدة ابنه أو بنته جد ابنها أو بنتها ، وفى أم عمه ابن أخى ابنها ، وفى أم عمته ابن أخى بنتها ، وفى أم خاله ابن أخت ابنها، وفى أم خالته ابن أخت بنتها وفى عمة ولده عم ولدها ،وفى بنت عمة ولده خالها ، وفى مقابلة تزوجها بأخى ابنها تزوجه بأم أخيه وهي المكررة اهـ لكن الصواب فى الثامنة والتاسعة أن يقال :وفى عمة ولده أبو ابن أخيها، وفى بنت عمة ولده أبو ابن خالها فافهم . والذى قرره ح هو الذى فى البحر ، وهو الأوفق لقول الشارح وتزوجها بأبى أخيها .

وحاصله أن تبدل المضاف الأول المؤنث بمذكر مقابل له وتبدل الضمير المذكر بضمير المؤنث، فتبدل الأم بالأب والأخت بالأخ والجدة بالجد وهكذا وتذكر الضمير ،فتقول فى أم أخيه أبو أخيها،وفى أخت ابنه أخو ابنها وفى جدة ابنه جد ابنها الخ .

وحاصل التقرير الثانى أن تنظر إلى كل صورة، وتنظر إلى نسبة المرأة فيها إلى الزوج فتسميها باسم تلك النسبة، مثلا إذا تزوج أم أخيه أو أخته تكون المرأة قد تزوجت أخا ابنها أو بنتها ، وإذا تزوج أخت ابنه أو بنته تكون قد تزوجت أبا أخيها أو أختها وهكذا ، ولا يخفى أن هذا تكرار محض وإنما اختلف بالتعبير فقط فافهم (قوله وتزوجها بأبى أخيها) كذا فى بعض النسخ ،ومثله فى البحر ، وهو الأوفق لما قرره ح كما علمت : وفى بعض النسخ بابن أخيها ، وهو كذلك فى النهر ولا وجه له ، فإن هذا لايقابل تزوجه بأم أخيه على التقريرين الماضيين : ووقع فى بعض نسخ البحر التعبير بأخى ابنها ، وهو موافق لما قرره ط كما مر ، وفيه ماعلمت (قوله وكل منها) أى من الأربعين ح . وفى بعض النسخ :منهما بضمير التثنية : أى كل من الاعتبارين اللذين بلغ العدد فيهما أربعين فافهم

الجار والمجرور أعنى من الرضاع تعلقا معنويا بالمضاف كالأم كأن تكون له أخت نسبية لها أم رضاعية ، أو بالمضاف إليه كالأخ كأن يكون له أخ نسبى له أم رضاعية ، أو بهما كأن يجتمع مع آخر على ثدى أجنبية ولأخيه رضاعا أم أخرى رضاعية فهى مائة وعشرون وهذا من خواص كتابنا .

(وتحل أخت أخيه رضاعا) يصح اتصاله بالمضاف كأن يكون له أخ نسبى له أخت رضاعية ، وبالمضاف إليه كأن يكون لأخيه رضاعا أخت نسبا وبهما وهو ظاهر (و) كذا (نسبا) بأن يكون لأخيه لأبيه أخت لأم ، فهو متصل بهما لا بأحدهما للزوم التكرار كما لايخفى .

(ولا حل بين رضيعى امرأة) لكونهما أخوين وإن اختلف الزمن والأب (ولا) حل (بين الرضيعة وولد مرضعتها) أى التى أرضعتها (وولد ولدها) لأنه ولد الأخ (ولبن بكر بنت تسع سنين) فأكثر (محرم)

(قوله الجار والمجرور) أى المقدر بعد الاستثناء المدلول عليه بالمستثنى منه ، والتقدير : فيحرم من الرضاع مايحرم من النسب إلا أم أخيه من الرضاع فإنها لا تحرم اهـ ح (قوله تعلقا معنويا) على أنه صفة أو حال لأنه معرفة غير محضة ، لأن التعريف الإضافى هنا كالتعريف الجنسى ، وأما تعلقه الصناعى فباستقرار محذوف وجوبا . وتمام ذلك فى ح عن البحر (قوله كالأخ) الأولى أن يقول كالأخت ، أو يقول فى الأول كأن يكون له أخ نسبى ، إلا أن يقال مراده التنويع فى المضاف إليه ذكورة وأنوثة ح (قوله كأن يكون له أخ نسبى له أم رضاعية) تبع فى هذه العبارة النهر . قال ح : وصوابه كأن يكون له أخ رضاعى له أم نسبية كما لا يخفى (قوله وهذا من خواص كتابنا) اعلم أن ابن وهبان فى شرح منظومته أوصلها إلى نيف وستين ، وبينها صاحب البحر وزاد عليها حتى أوصلها إلى إحدى وثمانين وقال إنه من خواص هذا الكتاب ، وأصلها فى النهر إلى مائة وثمانية وقال إنها من خواص كتابه ، فأراد الشارح أن يوصلها إلى مائة وعشرين بزيادة العاشرة من الصور لتكون من خواص كتابه كما قال لكنها ما تمت له أفاده ح أى بل بقى العدد مائة وثمانية (قوله وهو ظاهر) كأن يكون له أخ رضاعى رضع مع بنت من امرأة أخرى (قوله فهو) أى قوله نسبا ط (قوله للزوم التكرار) لأنه إذا اتصل بالمضاف فقط كان المضاف إليه من الرضاع أو بالمضاف إليه فقط كان المضاف من الرضاع ، وهما داخلان فى قوله وتحل أخت أخيه رضاعا ح (قوله لكونهما أخوين) أى شقيقين إن كان اللبن الذى شرباه منها لرجل واحد أو لأم إن لم يكن كذلك ، وقد يكونان لأب كما إذا كان لرجل امرأتان وولد تامنه فأرضعت كل واحدة صغيرا فإن الصغيرين أخوان لأب ، حتى لو كان أحدهما أنثى لايحل النكاح بينهما كما ذكره مسكين ح (قوله وإن اختلف الزمن) كأن أرضعت الولد الثانى بعد الأول بعشرين سنة مثلا وكان كل منهما فى مدة الرضاع (قوله وولد مرضعتها) أى من النسب ، أما الذى من الرضاع فإنه وإن كان كذلك لكنه فهم حكمه من قوله ولا حل بين رضيعى امرأة ح وأطلقه فأفاد التحريم وإن لم ترضع ولدها النسبى ، بخلاف ما إذا كان الولدان أجنبيين فإنه لابد من ارتضاعهما من امرأة واحدة كما أفادته الجملة الأولى ولهذا لم يستغن بها عن هذه الجملة ، ومافى البحر والمنح رده فى النهر ، وشمل أيضا مالو ولدته قبل إرضاعها للرضيعة أو بعده ولو بسنين ه .

[فرع] فى البحر عن آخر المبسوط : لو كانت أم البنات أرضعت أحد البنين وأم البنين أرضعت إحدى البنات لم يكن للابن المرتضع من أم البنات أن يتزوج واحدة منهن وكان لإخوته أن يتزوجوا بنات الأخرى إلا الابنة التى أرضعتها أمهم وحدها لأنها أختهم من الرضاعة (قوله أى التى أرضعتها) تفسير للمضاف إلى الضمير (قوله ولبن بكر) المراد بها التى لم تجامع قط بنكاح أو سفاح وإن كانت العذرة غير باقية كأن زالت بنحو وثبة حوى والحرمة

وإلا لاجوهرة (وكذا) يحرم (لبن ميتة) ولو محلوبا ، فيصير ناكحها محرما للميتة فييممها ويدفنها بخلاف وطئها ، وفرق بوجود التغذى لا اللذة (ومخلوط بماء أو دواء أو لبن أخرى أو لبن شاة إذا غلب لبن المرأة وكذا إذا استويا) إجماعا لعدم الأولوية جوهرة ، وعلق محمد الحرمة بالمرأتين مطلقا ، قيل وهو الأصح (لا) يحرم (المخلوط بطعام) مطلقا وإن حساه حسوا

لاتتعدى إلى زوجها ، حتى لو طلقها قبل الدخول له التزوج برضيعتها لأن اللبن ليس منه قهستانى ط ؛ أما لو طلقها بعد الدخول فليس له التزوج بالرضيعة لأنها صارت من الربائب التى دخل بأمها بحر عن الخانية (قوله وإلا لا) أى وإن لم تبلغ تسع سنين فنزل لها لبن لايحرم جوهرة ، لأنهم نصوا على أن اللبن لايتصور إلا ممن تتصور منه الولادة فيحكم بأنه ليس لبنا ، كما لو نزل للبكر ماء أصفر لايثبت من إرضاعه تحريم كما فى شرح الوهبانية (قوله ولو محلوبا) سواء حلب قبل موتها فشربه الصبى بعد موتها أو حلب بعد موتها بحر (قوله فيصير ناكحها) أى ناكح الرضيعة المعلومة من المقام أفاده ح (قوله محرما للميتة) لأنها أم امرأته بحر (قوله فييممها) أى بلاخرقة إذا ماتت بين رجال فقط ، أما غير المحرم فييممها بخرقة ، وقيل تغسل فى ثيابها أفاده ط (قوله ويدفنها) لأن الأولى بالدفن المحارم ط (قوله بخلاف وطئها) أى الميتة فإنه لايتعلق به حرمة المصاهرة (قوله وفرق بوجود التغذى لا اللذة) لأن المقصود من اللبن التغذى والموت لا يمنع منه ، والمقصود من الوطء اللذة المعتادة وذلك لايوجد فى الميتة بحر عن الجوهرة ، وإذا انتفت اللذة المعتادة بالوطء لكون الميتة ليست محلاله عادة صارت كالبهيمة بل أبلغ ، لأن الموت منفر طبعا فيلزم انتفاء قصد الولد الذى هو فى الحقيقة علة حرمة المصاهرة ، فالمراد نفى اللازم بانتفاء الملزوم فلا يرد أن اللذة ليست هى العلة فافهم (قوله ومخلوط) عطف على لبن ميتة : أى وكذا يحرم لبن امرأة مخلوط بماء الخ اه ح . ومثل الماء كل مائع بل والجامد كذلك ، أفاده فى النهر ط (قوله إذا غلب لبن المرأة) أى على أحد المذكورات ، وفسر الغلبة فى أيمان الخانية من حيث الإجزاء . وقال هنا فسرها محمد فى الدواء بأن يغيره عن كونه لبنا . وقال الثانى إن غير الطعم واللون لا إن غير أحدهما نهر ، ونحوه فى البحر . ووفق فى الدر المنتقى فقال : تعتبر الغلبة بالإجزاء فى الجنس ، وفى غيره بتغير طعم أو لون أو ريح كما روى عن أبى يوسف اه إلا أنه اعتبر التغير فى غير الجنس بوصف واحد والمذكور آنفا أنه لايعتبر إلا إذا غير الطعم واللون ، نعم يوافقه مافى الهندية من اعتبار أحد الأوصاف إلا أنه لم يعزه لأبى يوسف ط (قوله وكذا إذا استويا) أى لبن المرأة وأحد المذكورات ح (قوله لعدم الأولوية) علة لاستواء لبن المرأتين ، وأفاد به ثبوت التحريم منهما . وأما علة استواء لبن المرأة مع الباقى فهى أن لبنها غير مغلوب فلم يكن مستهلكا كما فى البحر (قوله وعلق محمد الخ) مقابل لما أفاده كلام المصنف من أنه لو كان لبن إحدى المرأتين غالبا تعلق التحريم به فقط ، ولو استويا تعلق بهما (قوله مطلقا) أى تساويا أو غلب أحدهما لأن الجنس لايغلب الجنس ح (قوله قيل وهو الأصح) قال فى البحر : وهو رواية عن أبى حنيفة ، قال فى الغاية : وهو أظهر وأحوط ، وفى شرح المجمع : قيل إنه الأصح اه : وفى الشرنبلالية : ورجح بعض المشايخ قول محمد ، وإليه مال صاحب الهداية لتأخيره دليل محمد كما فى الفتح اه ح (قوله مطلقا) أى سواء كان غالبا أو مغلوبا عند الإمام . وقال : إن كان غالبا يحرم ، والخلاف مقيد بالذى لم تمسه النار ، فإذا طبخ فلا تحريم مطلقا اتفاقا ، وبما إذا كان الطعام ثخينا ، أما إذا كان رقيقا يشرب اعتبرت الغلبة اتفاقا ، قيل وبما إذا لم يكن اللبن متقاطرا عند رفع اللقمة ، أما معه فيحرم اتفاقا ، والأصح عدم اعتبار التقاطر على قوله نهر (قوله وإن حساه حسوا) فى القاموس : حسا زيد المرق شربه شيئا بعد شىء بحر ، وما أفاده من أنه لايحرم وإن حساه مخالف لما ذكرناه آنفا

وكذا لو جبنه ، لأن اسم الرضاع لا يقع عليه بحر (و) لا (الاحتقان والإقطار فى أذن) وإحليل (وجائفة وآمة ، و) لا (لبن رجل) ومشكل إلا إذا قال النساء إنه لايكون على غزارته إلا للمرأة وإلا لا ، جوهرة (و) لا لبن (شاة) وغيرها لعدم الكرامة .

(ولو أرضعت الكبيرة) ولو مبانة

عن النهر، وكذا ماجزم به فى الفتح من أن الطعام لو كان رقيقا يشرب اعتبرنا غلبة اللبن إن غلب وأثبتنا الحرمة ، وكذا مافى الخانية : لو حساه حسوا تثبت الحرمة فى قولهم جميعا ،وكذا فى البحر عن المستصفى وقال إن وضع محمد فى الأكل يدل عليه اه أى يدل على أن الشرب محرم ، نعم نقل ح عن مجمع الأنهر عن الخانية أنه قيل إنه لاتثبت الحرمة بكل حال ، وإليه مال السرخسى وهو الصحيح كما فى أكثر الكتب اه .

قلت : والذى رأيته فى الخانية وكذا فى البحر عنها هو مانقلناه عنها آنفا وليس فيها ماذكره عن السرخسى ، والمنقول عن السرخسى ليس فى الحسو بل فى غيره . ففى الذخيرة : قيل إنما لاتثبت الحرمة على قول أبى حنيفة إذا كان لايتقاطر اللبن عندحمل اللقمة ،فلو يتقاطر تثبت ، وقيل لاتثبت وإليه مال شمس الأئمة السرخسى . وذكر شيخ الإسلام إنما لا تثبت على قول أبى حنيفة إذا أكل لقمة لقمة ، فلو حساه حسوا تثبت اه . فما قاله شمس الأئمة إنما هو عدم اعتبار التقاطر عند الأكل وهو الأصح كما مر عن النهر ، وصرح بتصحيحه أيضا فى الهداية وغيرها ، وكلامنا فيما إذا كان الطعام رقيقا يشرب حسوا ، وهذا تثبت به الحرمة كما سمعته ، ولم أر من صحح خلافه ، ولا يقال : يلزم من تقاطر اللبن عند رفع اللقمة أن يكون الطعام رقيقا يشرب ،لأنه لو كان كذلك لم يكن التقاطر من اللبن وحده بل يكون منهما معا ، فعلم أن المراد كون الطعام ثخينا لا يشرب ، ولفظ اللقمة مشعر بذلك أيضا فافهم (قوله وكذا لوجبنه) قال فى البحر :ولو جعل اللبن مخيضا أو رائبا أو شيرازا أو جبنا أوأقطا أو مصلا فتناوله الصبى لا تثبت به الحرمة لأن اسم الرضاع لايقع عليه ، وكذا لاينبت اللحم ولا ينشز العظم ولا يكتفى به الصبى فى الاغتذاء فلا يحرم اه ح .

وفى القاموس: اللبن المخيض ما أخذ زبده . والشيراز : اللبن الرائب المستخرج ماؤه . والأقط مثلث ويحرك: شىء يتخذ من المخيض الغنمى . والمصل: اللبن يوضع فى وعاء خوص أوخزف ليقطر ماؤه اه ط (قوله ولاالاحتقان) فى المصباح: حقنت المريض إذا أوصلت الدواء إلى باطنه من مخرجه بالمحقنة واحتقن هو والاسم الحقنة مثل الغرفة من الاغتراف ، ثم أطلقت على مايتداوى به والجمع حقن مثل غرفة وغرف اه بحر .

والمناسب أن يقال ولا الحقن أى حقن الصبى باللبن إذ الاحتقان من احتقن ،وهو فعل قاصر والصبى لايحتقن بنفسه بل يحقنه غيره ،ولا يصح أخذه من احتقن المبنى للمجهول لأنه لايبنى من القاصر ،ولايلزم من تفسير الاحتقان فى تاج المصادر بعمل الحقنة تعديته للمفعول الصريح كالصبى . فى عبارة الهداية : حيث قال إذا احتقن الصبى خلافا لما فى النهاية والمعراج كما حققه فى الفتح، وتنظير النهرفيه نظر فتدبر (قوله والإنطار) فى بعض النسخ الاقتطار من الافتعال، والظاهر أنه تحريف (قوله وجائفة) الجراحة فى الجوف . والآمة بالمد والتشديد: الجراحة فى الرأس تصل إلى أم الدماغ (قوله ومشكل) أى خنثى مشكل (قوله إلا إذا قال الخ) لأنه حينئذ يتضح أنه امرأة كماذكروه فى باب الخنثى فيثبت به التحريم رحمتى (قوله وإلا لا) تكرار لأنه علم من إطلاق قوله ومشكل بدليل الاستثناء (قوله لعدم الكرامة) لأن ثبوت الحرمة بالرضاع بطريق الكرامة للجزئية فلم تعتبر الشاة أم الصبى وإلا لكان الكبش أباه والأختية فرع الأمية ، وتمام تحقيقه فى الفتح (قوله ولو أرضعت الكبيرة) أطلقها فشمل المدخولة

(ضرتها) الصغيرة وكذا لو أوجره رجل فى فيها (حرمتا) أبدا إن دخل بالأم أو اللبن منه

وغيرها، وسواء كان لبنها منه أو من غيره وقع الإرضاع قبل الطلاق أو بعده فى عدة رجعى أو بائن بينونة صغرى أو كبرى ، فقوله ولو مبانة يفهم منه حكم الرجعية بالأولى ، لأن الزوجية قائمة من كل وجه ، ثم التقييد بها ليس احترازيا لأن أخت الكبيرة وأمها بنتها نسبا ورضاعا إن دخل بالكبيرة مثلها للزوم الجمع بين المرأة وبنت أختها فى الأول وبين الأختين فى الثانى وبين المرأة وبنت بنتها فى الثالث، وليس له أن يتزوج بواحدة منهما قط ولا المرضعة أيضا ، وإن لم يكن دخل بالكبيرة فى الثالث فإن المرضعة لا تحل له لكونها أم امرأته ولا الكبيرة لكونها أم أم امرأته ، وتحل الصغيرة لكونها ابنة ابنة امرأته ولم يدخل بها ، وتمامه فى البحر ط (قوله ضرتها الصغيرة) أى التى فى مدة الرضاع ، ولا يشترط قيام نكاح الصغيرة وقت إرضاعها بل وجوده فيما مضى كاف لما فى البدائع : لو تزوج صغيرة فطلقها ثم تزوج كبيرة لها لبن فأرضعتها حرمت عليه لأنها صارت أم منكوحة كانت له فتحرم بنكاح البنت اهـ بحر ، وإن كان دخل بالأم حرمت الصغيرة أيضا ، لا لأنه صار جامعا بينهما ، بل لأن الدخول بالأمهات يحرم البنات ، والعقد على البنات يحرم الأمهات ، والرضاع الطارئ على النكاح كالسابق .

وفى الخانية : لو زوج أم ولده بعبده الصغير فأرضعته بلبن السيد حرمت على زوجها وعلى مولاها لأن العبد صار ابنا للمولى فحرمت عليه لأنها كانت موطوءة أبيه وعلى المولى لأنها امرأة ابنه اهـ نهر (قوله وكذا لو أوجره) أى لبن الكبيرة رجل فى فيها أى الصغيرة ، وأشار إلى أن الحرمة لا تتوقف على الإرضاع بل المدار على وصول لبن الكبيرة إلى جوف الصغيرة ، فتبين كلاهما منه ، ولكل نصف الصداق على الزوج ، ويغرم الرجل للزوج نصف مهر كل واحدة منهما إن تعمد الفساد بأن أرضعها من غير حاجة ، بأن كانت شبعى ويقبل قوله إنه لم يتعمد الفساد بحر (قوله إن دخل بالأم) سواء كان اللبن منه أو من غيره ، وسواء وقع الإرضاع فى النكاح أو بعد الطلاق ولو بائنا ولو بعد العدة ، أما إذا كان اللبن منه ووقع الإرضاع فى النكاح أو عدة الرجعى أو البائن أو بعد العدة حرمتا أبدا وانفسخ النكاح فى الأولين ، أما حرمة الصغيرة فلأنها صارت بنته وبنت مدخولته رضاعا ، وأما حرمة الكبيرة فلأنها أم بنته وأم معقودته رضاعا . وإذا كان اللبن من غيره حرمتا أيضا وانفسخ النكاح فى الأولين ، أما حرمة الصغيرة فلأنها بنت مدخولته رضاعا ، وأما حرمة الكبيرة فلأنها أم معقودته رضاعا أفاده ح . وذكر فى البحر أن النكاح لا ينفسخ ، لأن المذهب عند علمائنا أن النكاح لا يرتفع بحرمة الرضاع والمصاهرة بل يفسد ، حتى لو وطئها قبل التفريق لا يحد ، نص عليه محمد فى الأصل اهـ . ثم قال : وينبغى أن يكون الفساد فى الرضاع الطارئ على النكاح أى كما هنا ، أما لو تزوجها فشهدا أنها أخته ارتفع النكاح ، حتى لو وطئها يحد ولها التزوج بعد العدة من غير متاركة اهـ . قال الرملى : لكن سيأتى أنه لا تقع الفرقة إلا بتفريق القاضى فراجعه وتأمل اهـ (قوله أو اللبن منه) هذا يقتضى إمكان انفراد كون اللبن منه عن كونها مدخولة ، وهو فاسد لأنه يلزم من كون اللبن منه أن تكون مدخولة . وفى نسخة واللبن منه بالواو ، وهى فاسدة أيضا لأنها تقتضى عدم حرمتها إذا كانت مدخولة واللبن من غيره ، وهو ظاهر البطلان فالصواب إسقاطها اهـ ح .

قلت : والشارح متابع للبحر والنهر والمقدسى . وأجاب عنه ط بإمكان أن تكون حبلى من زناه بها فنزل لها لبن فأرضعتها به فقد حرمتا واللبن منه مع عدم تحقيق الدخول اهـ وفيه أن الحبل من الزنى دخول بها ، وحمل الدخول المذكور على الدخول فى النكاح اللاحق لا فائدة فيه بعد تحقق الدخول فى الزنى السابق . وأجاب السائحانى بالحمل على ما إذا طلق ذات لبنه ثلاثا ثم تزوجها بعد زوج آخر وبقى لبنها فأرضعت به ضرتها وفيه ما علمت .

وإلا جاز تزوج الصغيرة ثانيا (ولا مهر للكبيرة إن لم توطأ) لمجيء الفرقة منها (وللصغيرة نصفه) لعدم الدخول (ورجع) الزوج (به على الكبيرة) وكذا على الموجر (إن تعمدت الفساد) بأن تكون عاقلة طائعة متيقظة عالمة بالنكاح وبإفساد الإرضاع ولم تقصد دفع جوع أو هلاك (وإلا لا) لأن التسبب يشترط فيه التعدى ، والقول لها إن لم يظهر منها تعمد الفساد معراج .

(طلق ذات لبن فاعتدت وتزوجت) بآخر (فحبلت وأرضعت فحكمه من الأول) لأنه منه بيقين فلا يزول بالشك ويكون ربيبا للثانى (حتى تلد) فيكون اللبن من الثانى ، والوطء بشبهة كالحلال ، قيل وكذا الزنى ، والأوجه لا فتح .

والأحسن الجواب بأن قوله إن دخل بالأم على تقدير قولنا واللبن من غيره ؛ وقوله أو اللبن منه عطف على هذا المقدر وهو القرينة على هذا التقدير لتحصل المقابلة بين المتعاطفين ؛ ولو قال واللبن منه أولا لكان أوضح وأولى (قوله وإلا) أى وإن لم تكن مدخولة ولبنها حينئذ من غيره قطعا ، وهذا شامل لما إذا كان الإرضاع قبل الطلاق أو بعده ، فإن كان قبله انفسخ نكاحهما لكونه جامعا بين البنت وأمها رضاعا . وله أن يعيد العقد على البنت لعدم الدخول بالأم ، وإن كان بعده لاينفسخ نكاح البنت ، وحرمت الأم أبدا فى الصورتين للعقد على البنت ، وكلام الشارح قاصر على الصورة الأولى اهـ ح (قوله إن لم توطأ) فلو وطئت لها كمال المهر مطلقا ، لكن لا نفقة لها فى هذه العدة إذا جاءت الفرقة من قبلها وإلا فلها النفقة بحر (قوله لمجىء الفرقة منها) فصار كردتها ، وبه يعلم أنها لو كانت مكرهة أو نائمة فارتضعتها الصغيرة أو أخذ شخص لبنها فأوجر به الصغيرة أو كانت الكبيرة مجنونة كان لها نصف المهر لانتفاء إضافة الفرقة إليها بحر (قوله لعدم الدخول) تعليل لتنصيف المهر ، وأما علة أصل استحقاقها له فهى وقوع الفرقة لامن جهتها ، والارتضاع وإن كان فعلها وبه وقع الفساد لكن لايؤثر فى إسقاط حقها لعدم خطابها بالأحكام كما لو قتلت مورثها ، ولأنها مجبورة طبعا عليه ، وإنما سقط مهرها بارتداد أبويها ولحاقها بهما مع أنها لافعل منها أصلا لأن الردة محظورة فى حق الصغيرة أيضا ، وإضافة الحرمة إلى ردتها التابعة أبويها والارتضاع لاحاظر فيستحق النظر فتستحق المهر اهـ ملخصا من الفتح وغيره (قوله لعدم الدخول) إذ لايتأتى فى الرضيعة (قوله وكذا على الموجر) أى يرجع الزوج عليه بما لزم الزوج وهو نصف صداق كل منهما كما قدمناه بحر ، وقدمنا عنه أيضا أن الشرط فيه أيضا تعمد الفساد (قوله إن تعمدت الفساد) قيد فى الرجوع عليها ، أما سقوط مهرها قبل الوطء فلا يشترط له تعمد الفساد ط عن أبى السعود (قوله بأن تكون عاقلة) فلا رجوع على المجنونة والمكرهة والنائمة . وفيه أن اشتراط العلم يغنى عن قوله عاقلة متيقظة ، أفاده فى النهر (قوله ولم تقصد الخ) فلو أرضعتها على ظن أنها جائعة ثم ظهر أنها شبعانة لا تكون متعمدة بحر (قوله يشترط فيه) أى فى التضمين به التعدى كحافر البئر ، إن كان فى ملكه لايضمن وإلا ضمن ، وتمامه فى البحر (قوله والقول لها) أى فى أنها لم تتعمد مع يمينها بحر (قوله طلق ذات لبن) أى منه ، بأن ولدت منه ؛ لأنه لو تزوج امرأة ولم تلد منه قط ونزل لها لبن وأرضعت ولدا لايكون الزوج أبا للولد ، لأن نسبته إليه بسبب الولادة منه ، وإذا انتفت انتفت النسبة فكان كلبن البكر ، ولهذا لو ولدت للزوج فنزل لها لبن فأرضعت به ثم جف لبنها ثم در فأرضعته صبية فإن لابن زوج المرضعة التزوج بهذه الصبية ، ولو كان صبيا كان له التزوج بأولاد هذا الرجل من غير المرضعة بحر عن الخانية (قوله ويكون ربيبا للثانى) فيحل له التزوج ببنات الثانى من غير المرضعة بحر (قوله والوطء بشبهة كالحلال) صورته : وطئت امرأة بشبهة فحبلت وولدت ثم تزوجت ثم أرضعت صبيا كان ابنا للواطىء بشبهة لا للزوج ، ومثله صورة الزنى اهـ ح (قوله فتح) وذلك حيث قال ولبن الزنى كالحلال ، فإذا أرضعت به بنتا حرمت على الزانى وآبائه وأبنائه وإن سفلوا

(قال) لزوجته (هذه رضيعتى ثم رجع) عن قوله (صدق) لأن الرضاع مما يخفى فلا يمنع التناقض فيه (ولو ثبت عليه ، بأن قال) بعده (هو حق كما قلت ونحوه) هكذا فسر الثبات فى الهداية وغيرها

وفى التجنيس عن الجرجانى : ولعم الزانى التزوج بها كالمولودة من الزانى لأنه لم يثبت نسبها من الزانى ، والتحريم على آباء الزانى وأولاده للجزئية ولا جزئية بينها وبين العم ، وإذا ثبت هذا فى المتولدة من الزنى فكذا فى المرضعة بلبن الزنى : قال فى الخلاصة : وكذا لو لم تحبل من الزنى وأرضعت لابلبن الزنى تحرم على الزانى كما تحرم بنتها عليه .

وذكر الوبرى أن الحرمة تثبت من جهة الأم خاصة مالم يثبت النسب ، فحينئذ تثبت من الأب ، وكذا ذكر الإسبيجابى وصاحب الينابيع ، وهو أوجه لأن الحرمة من الزنى للبعضية وذلك فى المولود نفسه لأنه مخلوق من مائه دون اللبن ، إذ ليس اللبن كائنا من منيه لأنه فرع التغذى، وهو لايقع إلا بما يدخل من أعلى المعدة لامن أسفل البدن كالحقنة فلا إنبات فلا حرمة ، بخلاف ثابت النسب لأن النص أثبت الحرمة منه . وإذا ترجح عدم حرمة الرضيعة بلبن الزانى على الزانى فعدمها على من ليس اللبن منه أولى ، خلافا لما فى الخلاصة ولأنه يخالف المسطور فى الكتب المشهورة إذ يقتضى تحريم بنت المرضعة بلبن غير الزوج على الزوج بطريق أولى اهـ : كلام الفتح ملخصا .

وحاصله أن فى حرمة الرضيعة بلبن الزنى على الزانى وكذا على أصوله وفروعه روايتين كما صرح به القهستانى أيضا ، وإن الأوجه رواية عدم الحرمة ، وإن مافى الخلاصة من أنها لو رضعت لابلبن الزانى تحرم على الزانى . مردود لأن المسطور فى الكتب المشهورة أن الرضيعة بلبن غير الزوج لاتحرم على الزوج كما تقدم فى قوله طلق ذات لبن الخ . وكلام الخلاصة يقتضى تحريمها بالأولى ، ومافى الفتاوى إذا خالف مافى المشاهير من الشروح لايقبل هذا تقرير كلام الفتح ،وقد وقع فى فهمه خبط كثير منه ماادعاه فى البحر من أن محل الخلاف أصول الزانى وفروعه وأنها لاتحل للزانى اتفاقا اهـ .

والحاصل كما قال فى البحر أن المعتمد فى المذهب أن لبن الزانى لايتعلق به التحريم ، وظاهر المعراج والخانية أن المعتمد ثبوته اهـ .

قلت : وذكر فى شرح المنية أنه لايعدل عن الدراية إذا وافقتها رواية ، وقد علمت أن الوجه مع رواية عدم التحريم (قوله قال لزوجته) التقييد بالزوجة لقوله بعده فرق بينهما ، وإلا فقوله ذلك لأجنبية قبل العقد عليها كذلك (قوله هكذا فسر الثبات فى الهداية وغيرها) أى بذلك للرد على من جعل تكرار الإقرار ثباتا أيضا مثل قوله هو حق ونحوه ، وجزم فى البحر بأنه ليس مثله ، وهذه المسألة صارت واقعة الفتوى فى زمن العلامة عبدالبر ابن الشحنة ، خالفه فيها بعض معاصريه وعقد لها مجالس عديدة بأمر السلطان قايتباى وكتب خطوط العلماء من المذاهب الأربعة كما ذكره المقدسى فى شرحه ، وسرد فيه نصوص أئمتنا . ثم قال : ظاهر هذه العبارات أن الثبات على الإقرار المانع عن الرجوع هوأن يقول ،اقلته حق أوما أقررت به ثابت وأما تكرار الإقرار فلا يكون مانعا اهـ وقد لوح المصنف فى مسائل شتى من المنح آخر الكتاب إلى تلك الواقعة ،وأنها عرضت على شيخ الإسلام زكريا الشافعى فأجاب بما فيه كفاية اهـ .

قلت : ورأيتها فى فتاوى شيخ الإسلام زكريا فقال بعد عرض النقول من كلام أئمتنا ماصورته : صريح هذه النقول ومنطوقها مع العلم بوقوع العطف التفسيرى فى الكلام الفصيح ومع النظر إلى ماهو واجب من الجمع

(فرق بينهما وإن أقرت) المرأة بذلك (ثم أكذبت نفسها وقالت أخطأت وتزوجها جاز كما لو تزوجها قبل أن تكذب نفسها) وإن أصرت عليه لأن الحرمة ليست إليها . قالوا : وبه يفتى فى جميع الوجوه بزازية .

ومفاده أنها لو أقرت بالثلاث من رجل

بين كلام الأئمة المذكورين وغيرهم، ومن النظر إلى المعنى المفهوم من كلامهم شاهد بأن المراد بالثبات والدوام والإصرار واحد بأن المقر بأخوة الرضاع ونحوها إن ثبت على إقراره لايقبل رجوعه عنه وإلا قبل ، وبأن الثبات عليه لايحصل إلا بالقول بأن يشهد على نفسه بذلك ، أو يقول هو حق، أوكما قلت أومافى معناه، كقوله هو صدق أوصواب أوصحيح أولاشك فيه عندى، إذ لاريب أن قوله صدق آكد من قوله هو كما قلت فكلام من جمع بين هو حق وكما قلت كما فعل السراج الهندى محمول على التأكيد ، وكلام من اقتصر على بعضها ولو بطريق الحصر مؤول بتقدير أو مافى معناه كما قلنا فى قوله تعالى — قل إنما يوحى إلىّ أنما إلهكم إله واحد — وقوله صلى الله عليه وسلم « إنما الربا فى النسيئة » وليس فى منطوق النصوص المذكورة أن التكرار يقوم مقام قوله هو حق أو مافى معناه حتى يمتنع الرجوع بعده ، نعم يؤخذ من قول صاحب المبسوط : ولكن الثابت على الإقرار كالمجدد له بعد العقد أنه إذا أقر بذلك قبل العقد ثم أقر به بعده يقوم مقام ذلك اه .

قلت : لكن مراد صاحب المبسوط بقوله كالمجدد الخ أى مع الثبات ، لأن مراده بيان أن الإقرار قبل العقد بمنزلة الإقرار بعده فى إثبات الحرمة لأن عبارته هكذا : ولكن الثابت على الإقرار كالمجدد له بعد العقد وإقراره بالحرمة بعد العقد صحيح موجب للفرقة ، فكذلك إذا أقر به قبل العقد وثبت عليه حتى تزوجها . ثم قال فى مسألة الإقرار بعد العقد : ولو ثبت على هذا النطق وقال هو حق وشهدت عليه الشهود بذلك فرقت بينهما اه .

وفى البدائع : أما الإقرار ، فهو أن يقول لامرأة تزوجها هى أختى من الرضاع ويثبت على ذلك ويصرّ عليه فيفرق بينهما ، وكذلك إذا أقر بهذا قبل النكاح وأصر على ذلك ودام عليه لايجوز له أن يتزوجها اه .

قلت : ووجه ذلك أن الرضاع لما كان مما يخفى لأنه لايعلمه إلا بالسماع من غيره لم يمنع التناقض فيه لاحتمال أنه لما أقر به بناء على ما أخبره به غيره تبين له كذبه فرجع عن إقراره ، ولا فرق فى ذلك بين كونه أقر مرة أو أكثر، بخلاف ما إذا شهد على إقراره أوقال هو حق أو نحوه فإنه يدل على علمه بصدق الخبر وأنه جازم به فلا يقبل رجوعه بعده (قوله فرق بينهما) أى ولو جحد بعد ذلك لأن شرط الفرقة وهو الثبات قد وجد فلا ينفعه الجحود بعده ذخيرة (قوله جاز) أى صح النكاح (قوله لأن الحرمة ليست إليها) أى لم يجعلها الشارع لها فلا يعتبر إقرارها بها ط (قوله فى جميع الوجوه) أى سواء أقرت قبل العقد أولا ، وسواء أصرت عليه أولا ، بخلاف الرجل فإن إصراره مثبت للحرمة كما علمت ،

ويفهم مما فى البحر عن الخانية أن إصرارها قبل العقد مانع من تزوجها به ، ونحوه فى الذخيرة لكن التعليل المذكور يؤيد عدمه (قوله بزازية) ذكر ذلك فى البزازية آخر كتاب الطلاق حيث قال : قالت لرجل : إنه أبى رضاعا وأصرت عليه يجوز أن يتزوجها إذا كان الزوج ينكره ، وكذا إذا أقر به ثم أكذبته فيه لايصدق على قولها لأن الحرمة ليست إليها، حتى لو أقرت به بعد النكاح لايلتفت إليه، وهذا دليل على أن لها أن تزوج نفسها منه فى جميع الوجوه ، وبه يفتى اه (قوله ومفاده الخ) هذا ذكره فى الخلاصة عن الصغرى للصدر الشهيد بلفظ :

حل لها تزوجه (أو أقرا بذلك جميعا ثم أكذبا أنفسهما وقالا) جميعا (أخطأنا ثم تزوجها) جاز (وكذا) الإقرار (فى النسب ليس يلزمه إلا ماثبت عليه) فلو قال : هذه أختى أو أمى وليس نسبها معروفا ثم قال وهمت صدق ، وإن ثبت عليه فرق بينهما (و) الرضاع (حجته حجة المال) وهى شهادة عدلين أو عدل وعدلتين ، لكن لا تقع الفرقة إلا بتفريق القاضى

وفيه دليل على أنها لو ادعت الطلقات الثلاث وأنكر الزوج حل لها أن تزوج نفسها منه ، وذكره فى البزازية آخر الطلاق بقوله قالت طلقنى ثلاثا ثم أرادت تزويج نفسها منه ليس لها ذلك أصرت عليه أو أكذبت نفسها ، ونص فى الرضاع على أنها إذا قالت هذا ابنى رضاعا وأصرت عليه جاز له أن يتزوجها لأن الحرمة ليست إليها. قالوا وبه يفتى فى جميع الوجوه اه كلام البزازية ، فقوله ونص الخ يريد به الاستدلال على أن لها التزوج به فى مسألة الطلاق كما فعل فى الخلاصة ، وبهذا يعلم مافى كلام الشارح قبيل باب الإيلاء حيث ذكر عبارة البزازية هذه وأسقط قوله ونص فى الرضاع الخ (قوله حل لها تزوجه) لأن الطلاق فى حقها مما يخفى لاستقلال الرجل به فصح رجوعها نهر أى حل فى الحكم ، أما فيما بينها وبين الله تعالى فلا إذا كانت عالمة بالثلاث ح (قوله أو أقرا بذلك) أى بأخوة الرضاع أى ولم يصر الرجل على إقراره فإنه إذا أصر لاينفعه إكذاب نفسه بعده كما مر (قوله وإن ثبت عليه فرق بينهما) أى إذا لم يكن لها نسب معروف وكانت تصلح أماله أو بنتاله فيفرق بينهما لظهور السبب بإقراره مع إصراره . وإن كان لها نسب معروف أو لاتصلح أما له أو بنتاله لايفرق بينهما وإن دام على ذلك لأنه كاذب فى إقراره بيقين بدائع (قوله حجته الخ) أى دليل إثباته وهذا عند الإنكار لأنه يثبت بالإقرار مع الإصرار كما مر (قوله وهى شهادة عدلين الخ) أى من الرجال . وأفاد أنه لايثبت بخبر الواحد امرأة كان أو رجلا قبل العقد أو بعده ، وبه صرح فى الكافى والنهاية تبعا ، لما فى رضاع الخانية : لو شهدت به امرأة قبل النكاح فهو فى سعة من تكذيبها ، لكن فى محرمات الخانية إن كان قبله والمخبر عدل ثقة لايجوز النكاح ، وإن بعده وهما كبيران فالأحوط التنزه ، وبه جزم البزازى معللا بأن الشك فى الأول وقع فى الجواز ، وفى الثانى فى البطلان والدفع أسهل من الرفع ؛

ويوفق بحمل الأول على ما إذا لم تعلم عدالة المخبر أو على مافى المحيط من أن فيه روايتين ، ومقتضاه أنه بعد العقد لايعتبر اتفاقا ، لكن نقل الزيلعى عن المغنى وكراهية الهداية أن خبر الواحد مقبول فى الرضاع الطارئ بأن كان تحته صغيرة فشهدت واحدة بأن أمه أو أخته أرضعتها بعد العقد .

قلت : ويشير إليه مامر من قول الخانية وهما كبيران ، لكن قال فى البحر بعد ذلك : إن ظاهر المتون أنه لايعمل به مطلقا ، فليكن هو المعتمد فى المذهب .

قلت : وهو أيضا ظاهر كلام كافى الحاكم الذى هو جمع كتب ظاهر الرواية ، وفرق بينه وبين قبول خبر الواحد بنجاسة الماء أو اللحم ، فراجعه من كتاب الاستحسان .

[تنبيه] فى الهندية : تزوج امرأة فقالت امرأة أرضعتكما فهو على أربعة أوجه : إن صدقاها فسد النكاح ولامهر إن لم يدخل ، وإن كذباها وهى عدلة فالتنزه المفارقة والأفضل له إعطاء نصف المهر لولم يدخل والأفضل لها أن لاتأخذ شيئا ، ولودخل فالأفضل دفع كماله والنفقة والسكنى ، والأفضل لها أخذ الأقل من مهر المثل والمسمى لاالنفقة والسكنى ويسعه المقام معها ، وكذا لوشهد غير عدول او امرأتان أو رجل وامرأة ، وإن صدقها الرجل وكذبتها فسد النكاح والمهر بحاله وإن بالعكس لايفسد ولها أن تحلفه ويفرق إذا نكل اه (قوله وعدلتين) أى ولو إحداهما

لتضمنها حق العبد (وهل يتوقف ثبوته على دعوى المرأة ؛ الظاهر لا) لتضمنها حرمة الفرج وهى من حقوقه تعالى (كما فى الشهادة بطلاقها) .

ولو شهد عندها عدلان على الرضاع بينهما أو طلاقها ثلاثا وهو يجحد ثم ماتا أو غابا قبل الشهادة عند القاضى لايسعها المقام معه ولا قتله به يفتى ، ولا التزوج بآخر . وقيل لها التزوج ديانة شرح وهبانية .

[فروع] قضى القاضى بالتفريق برضاع بشهادة امرأتين لم ينفذ .

مص رجل ثدى زوجته لم تحرم .

تزوج صغيرتين فأرضعت كلا امرأة ولبنهما من رجل لم يضمنا وإن تعمدتا الفساد لعروضه بالأختية .

قبل الابن زوجة أبيه وقال تعمدت الفساد غرم المهر .

المرضعة ، ولا يضركون شهادتها على فعل نفسها لأنه لاتهمة فى ذلك كشهادة القاسم والوزان والكيال على رب الدين حيث كان حاضرا بحر :

قلت : ومافى شرح الوهبانية عن النتف من أنه لاتقبل شهادة المرضعة عند أبى حنيفة وأصحابه ، فالظاهر أن المراد إذا كانت وحدها احترازا عن قول مالك وإن أوهم نظم الوهبانية خلاف ذلك فتأمل (قوله لتضمنها) أى الشهادة حق العبد أى إبطال حقه وهو حل التمتع فلابد من القضاء أى إن لم توجد المتاركة لما فى النهر : الحاصل أن المذهب عندنا كما قال الزيلعى فى اللعان أن النكاح لايرتفع بحرمة الرضاع والمصاهرة بل يفسد ، حتى لو وطئها قبل التفريق لايجب عليه الحد اشتبه الأمر أولم يشتبه نص عليه فى الأصل وفى الفاسد لابد من تفريق القاضى أو المتاركة بالقول فى المدخول بها ، وفى غيرها يكتفى بالمفارقة بالأبدان كما مر اه (قوله الظاهر لا) كذا استظهره فى البحر مستندا لمسألة الطلاق المذكورة ، ومثلها الشهادة بعتق الأمة ونحوها من المسائل الأربعة عشر التى تقبل الشهادة فيها حسبة بلا دعوى ، وهى مذكورة فى قضاء الأشباه فتزاد هذه عليها (قوله ثم ماتا) أى الشاهدان (قوله لايسعها المقام معه) لأن هذه شهادة لو قامت عند القاضى يثبت الرضاع فكذا إذا أقامت عندها خانية (قوله وقيل لها التزوج ديانة) أشار إلى ضعفه ، لما فى شرح الوهبانية عن القنية عن العلاء الترجمانى أنه لايجوز فى المذهب الصحيح اه وجزم به الشارح فى آخر باب الرجعة فافهم (قوله قضى القاضى) أى المجتهد أو المقلد كما لكى (قوله لم ينفذ) لأنه من المسائل التى لايسوغ فيها الاجتهاد وهى نيف وثلاثون مذكورة فى قضاء الأشباه (قوله مص رجل) قيد به احترازا عما إذا كان الزوج صغيرا فى مدة الرضاع فإنها تحرم عليه (قوله ولبنهما من رجل) أى واحد ، وقيد به ليتصور التحريم بين الصغيرتين لأنهما صارتا أختين لأب رضاعا أما لوكان لبن كل واحدة من رجل لم تحرم الصغيرتان ، والمراد بالرجل غير الزوج ، إذ لوكان لبنهما من الزوج ففى الفتح أن الصواب وجوب الضمان على كل منهما لأن كلا أفسدت ، لصيرورة كل صغيرة بنتاله ، خلافا لمن حرف المسألة وقال لبنهما منه بدل قوله من رجل اه (قوله لم يضمنا الخ) بخلاف مامر فيما لو أرضعت الكبيرة ضرتها متعمدة الفساد حيث ضمنت ، لأن فعل الكبيرة هناك مستقل بالإفساد فيضاف الافساد إليها ، أما هنا ففعل كل من الكبيرتين غير مستقل بها فلا يضاف إلى واحدة منهما ، لأن الفساد باعتبار الجمع بين الأختين منهما ، بخلاف الحرمة هناك لأنه للجمع بين الأم والبنت وهو يقوم بالكبيرة فتح ملخصا (قوله غرم المهر) أى يجب المهر على الأب ويرجع به على الابن والمسألة مذكورة فى المندية فى المحرمات ، وقيدها بما إذا كانت الزوجة مكرهة وصدق الزوج أن التقبيل بشهوة لتقع الفرقة وإلا فالقول له اه ، وأما لو كانت مطاوعة فلا مهر لها ، لأن الفرقة جاءت من قبلها ثم يلبغى كما قاله

ولو وطئها وقال ذلك لا للزوم الحد فلم يلزم المهر :

كتاب الطلاق

(هو) لغة رفع القيد لـكن جعلوه فى المرأة طلاقا وفى غيرها إطلاقا ، فلذا كان أنت مطلقة بالسكون كناية ، وشرعا (رفع قيد النـكاح

الرحمتى أن يكون ذلك مقيدا بما قبل الدخول ، وأن المراد بالمهر نصفه ، أما بعد الدخول فلا غرم لأن المهر وجب بالدخول والأب قد استوفاه ؛ كما قالوا فى رجوع شاهدى الطلاق إن كان قبل الدخول غرما نصف المهر وإن بعده فلا غرم أصلا (قوله وقال ذلك) أى تعمدت الفساد (قوله لا) أى لا يغرم مالزم الأب من نصف المهر بزازية وتعبيره بالنصف مؤيد لما قاله الرحمتى (قوله فلم يلزم المهر) لأنه لايجمع بين حد ومهر بزازية ، والله تعالى أعلم ، وله الحمد على ماعلم .

كتاب الطلاق

لما ذكر النكاح وأحكامه اللازمة والمتأخرة عنه شرع فيما به يرتفع ، وقدم الرضاع لأنه يوجب حرمة مؤبدة بخلاف الطلاق تقديما للأشد على الأخف بحر (قوله لـكن جعلوه الخ) عبارة البحر قالوا : إنه استعمل فى النكاح بالتطليق وفى غيره بالإطلاق ، حتى كان الأول صريحا والثانى كناية فلم يتوقف على النية فى طلقتك وأنت مطلقة بالتشديد ، وبتوقف عليها فى أطلقتك ومطلقة بالتخفيف اهـ . قال فى البدائع : وهذا الاستعمال فى العرف وإن كان المعنى فى اللفظين لايختلف فى اللغة ومثل هذا جائز كما يقال حصان وحصان فإنه بفتح الحاء يستعمل فى المرأة وبكسرها فى الفرس اهـ . والظاهر أنه أراد بالعرف عرف اللغة لأنه صرح فى محل آخر أن الطلاق فى اللغة والشرع عبارة عن رفع قيد النكاح ، وصرح أيضا بما يدل على أن الطلاق فى اللغة صريح وكناية فافهم (قوله وشرعا رفع قيد النكاح) اعترضهم فى البحر بأمور :

الأول أنهم قالوا ركنه اللفظ المخصوص الدالّ على رفع القيد فينبغى تعريفه به ، لأن حقيقة الشىء ركنه ، فعلى هذا هو لفظ دال على رفع قيد النكاح .

الثانى أن القيد صيرورتها ممنوعة عن الخروج والبروز كما فى البدائع ، فكان هـذا التعريف مناسبا للمعنى اللغوى لا الشرعى .

الثالث أنه كان ينبغى تعريفه بأنه رفع عقد النكاح بلفظ مخصوص ولو مآلا اهـ :

أقول : والجواب عن الأول أن الطلاق اسم بمعنى المصدر الذى هو التطليق كالسلام والسراح بمعنى التسليم والتسريح ، أو مصدر طلقت بضم اللام أو فتحها طلاقا كالفساد كذا فى الفتح ، وتقدم أنه لغة رفع الوثاق مطلقا أى حسيا كوثاق البعير والأسير ، ومعنويا كما هنا وأن المعنى الشرعى مستعمل فى اللغة أيضا ، فقد ثبت أن حقيقة الطلاق الشرعى هو الحدث الذى هو مدلول المصدر لانفس اللفظ ، لـكن لما كان أمرا معنويا لايتحقق إلا باللفظ المستعمل فيه قيل إن ركنه اللفظ فليس اللفظ حقيقته بل دالّ عليه فلذا قال المصنف تبعا للفتح إنه رفع قيد النكاح بلفظ مخصوص . وعن الثانى والثالث أن المراد بالقيد العقد ، ولذا قال فى الجوهرة : هو فى الشرع عبارة عن المعنى الموضوع لحل عقدة النكاح ، فقد فسره بالمعنى المصدرى كما قلنا أولا ، وعبر عن رفع القيد بحل العقدة أى بفك رابطة النكاح استعارة ، والمراد برفع العقد رفع أحكامه ، لأن العقود كلمات لاتبقى بعد التكلم بها كما حققه

فى الحال) بالبائن (أو المآل) بالرجعى (بلفظ مخصوص) هو مااشتمل على الطلاق ، فخرج الفسوخ كخيار ، عتق وبلوغ وردة فإنه فسخ لاطلاق ، وبهذا علم أن عبارة الكنز والملتقى منقوضة طردا وعكسا بحر (وإيقاعه مباح) عند العامة لإطلاق الآيات أكمل (وقيل) قائله الكمال (الأصح حظره) أى منعه (إلا لحاجة) كريبة وكبر ، والمذهب الأول كما فى البحر ،

فى التلويح فى بحث العلل، وعن هذا قال فى البدائع : وأما بيان مايرفع حكم النكاح فالطلاق ، وقال قبله : للنكاح الصحيح أحكام بعضها أصلى وبعضها من التوابع ؛ فالأول حل الوطء إلا لعارض . والثانى حل النظر وملك المتعة وملك الحبس وغير ذلك اه .

وأما ما أورد فى البحر من أن من آثار العقد العدة فى المدخول بها فلذا لم يفسروه برفع العقد ، ففيه أن العدة ليست من أحكام النكاح لأنه غير موضوع لها ، وكونها من آثاره لاينافى وجودها بعد رفع أحكامه كما أن نفس الطلاق من آثار عقد النكاح ولا يصح أن يكون من أحكامه بيان ذلك أن العقود علل لأحكامها كما صرحوا به . وقالوا أيضا : إن الخارج المتعلق بالحكم إن كان مؤثرا فيه فهو العلة ، وإن كان مفضيا إليه بلا تأثير فهو السبب وإن لم يكن مؤثرا فيه ولا مفضيا إليه؛ فإن توقف عليه وجود الحكم فهو الشرط ، وإلا فإن دل عليه فهو العلامة وتمامه فى كتب الأصول . ولا شبهة أن عقد النكاح علة لحل الوطء ونحوه لالرفع الحل بل رفع الحل علته الطلاق لأنه وضع له ، نعم النكاح شرطه كما أن الطلاق شرط لوجوب العدة الواجبة لأجله فقد صرحوا فى باب العدة أن شرطها رفع النكاح أو شبهته ، فالنكاح شرط لانعقاد الطلاق شرطا للعدة فصح كونها من آثاره بهذا الاعتبار فافهم (قوله فى الحال بالبائن) متعلقان برفع (قوله أو المآل) أى بعد انقضاء العدة أو انضمام طلقتين إلى الأولى وعليه فلو ماتت فى العدة أو بعد ماراجعها ينبغى أن يتبين عدم وقوع الطلقة الأولى ؛ حتى لو حلف أن لا يوقع عليها طلاقا قط لايحنث بحر . وفيه أن المراجعة تقتضى وقوع الطلاق ، فقد صرح الزيلعى وغيره بأن المراجعة بدون وقوع الطلاق محال مقدسى فالصواب فى تعريفه الشامل لنوعيه مافى القهستانى ، من أنه إزالة النكاح أو نقصان حله بلفظ مخصوص .

قلت : ولذا قال فى البدائع : أما الطلاق الرجعى فالحكم الأصلى له نقصان العدد ، فأما زوال الملك وحل الوطء فليس بحكم أصلى له لازم حتى لايثبت للحال بل بعد انقضاء العدة ، وهذا عندنا . وعند الشافعى زوال حل الوطء من أحكامه الأصلية له حتى لايحل له وطؤها قبل المراجعة (قوله هو مااشتمل على الطلاق) أى على مادة ط ل ق صريحا ، مثل أنت طالق ،أو كناية كمطلقة بالتخفيف وكانت ط ل ق وغيرهما كقول القاضى فرقت بينهما عند إباء الزوج الإسلام والعنة واللعان وسائر الكنايات المفيدة للرجعة والبينونة ولفظ الخلع فتح ، لكن قوله وغيرهما أى غير الصريح والكناية يفيد أن قول القاضى فرقت ، والكنايات ولفظ الخلع مما اشتمل على مادة ط ل ق وليس كذلك ، فالمناسب عطفه على ما اشتمل والضمير عائد على ماونثناه نظرا للمعنى لأنه واقع على الصريح والكناية (قوله فخرج الفسوخ الخ) قال فى الفتح : فخرج تفريق القاضى فى إبائها ،وردة أحد الزوجين وتباين الدارين حقيقة وحكما وخيار البلوغ والعتق ، وعدم الكفاءة ،ونقصان المهر فإنها ليست طلاقا اه وقد مر نظمها فى باب الولى ، ماهو طلاق وما هو فسخ وما يشترط فيه قضاء القاضى وما لايشترط فراجعه (قوله وبهذا) أى بزيادة قوله أو المآل وقوله بلفظ مخصوص (قوله عبارة الكنز والملتقى) هى رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح (قوله منقوضة طردا وعكسا) أى أنها غير مانعة لدخول الفسوخ فيها وغير جامعة لخروج الرجعى (قوله كريبة) هى الظن والشك : أى ظن الفاحشة (قوله والمذهب الأول) لإطلاق قوله تعالى — فطلقوهن لعدتهن — لاجناح

وقولهم الأصل فيه الحظر ، معناه أن الشارع ترك هذا الأصل فأباحه ،

عليكم إن طلقتم النساء — ولأنه صلى الله عليه وسلم طلق حفصة لالريبة ولا كبر ، وكذا فعله الصحابة والحسن ابن على رضى الله عنهما استكثر النكاح والطلاق . وأما مارواه أبو داود أنه صلى الله عليه وسلم قال « أبغض الحلال إلى الله عز وجل الطلاق » فالمراد بالحلال ماليس فعله بلازم الشامل للمباح والمندوب والواجب والمكروه كما قاله الشمنى بحر ملخصا .

قلت : لكن حاصل الجواب أن كونه مبغوضا لاينافى كونه حلالا ، فإن الحلال بهذا المعنى يشمل المكروه وهو مبغوض ، بخلاف ما إذا أريد بالحلال مالا يترجح تركه على فعله ؛ وأنت خبير أن هذا الجواب مؤيد للقول الثانى ، ويأتى بعده تأييده أيضافافهم (قوله وقولهم الخ) جواب عن قوله فى الفتح : إن قولهم بإباحته وإبطالهم قول من قال لايباح إلا لكبر أوريبة بأنه صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ولم يقترن بواحد منهما ينافى لقولهم الأصل فيه الحظر لمافيه من كفران نعمة النكاح والإباحة للحاجة إلى الخلاص ، والحديث « أبغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق » وأجاب فى البحر بأن هذا الأصل لايدل على أنه محظور شرعا ، وإنما يفيد أن الأصل فيه الحظر وترك ذلك بالشرع فصار الحل هو المشروع ؛ فهو نظير قولهم : الأصل فى النكاح الحظر ، وإنما أبيح للحاجة إلى التوالد والتناسل ، فهل يفهم منه أنه محظور ؟ فالحق إباحته لغير حاجة طلبا للخلاص منها للأدلة المارة اهـ .

أقول : لايخفى مابين الأصلين من الفرق فإن الحظر الذى هو الأصل فى النكاح قد زال بالكلية ؛ فلم يبق فيه حظر أصلا إلا لعارض خارجى بخلاف الطلاق ، فقد صرح فى الهداية بأنه مشروع فى ذاته من حيث أنه إزالة الرق ، وأن هذا لاينافى الحظر لمعنى فى غيره ؛ وهو مافيه من قطع النكاح الذى تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية اهـ فهذا صريح فى أنه مشروع ومحظور من جهتين وأنه لامنافاة فى اجتماعهما لاختلاف الحيثية كالصلاة فى الأرض المغصوبة ، فكون الأصل فيه الحظر لم يزل بالكلية بل هو باق إلى الآن ؛ بخلاف الحظر فى النكاح فإنه من حيث كونه انتفاعا بجزء الآدمى المحترم واطلاعا على العورات قد زال للحاجة إلى التوالد وبقاء العالم .

وأما الطلاق فإن الأصل فيه الحظر ، بمعنى أنه محظور إلا لعارض يبيحه ، وهو معنى قولهم الأصل فيه الحظر والإباحة للحاجة إلى الخلاص ، فإذا كان بلا سبب أصلا لم يكن فيه حاجة إلى الخلاص بل يكون حمقا وسفاهة رأى ومجرد كفران النعمة وإخلاص الإيذاء بها وبأهلها وأولادها ، ولهذا قالوا : إن سببه الحاجة إلى الخلاص عند تباين الأخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم إقامة حدود الله تعالى ، فليست الحاجة مختصة بالكبر والريبة كما قيل ، بل هى أعم كما اختاره فى الفتح ، فحيث تجرد عن الحاجة المبيحة له شرعا يبقى على أصله من الحظر ، ولهذا قال تعالى — فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا — أى لاتطلبوا الفراق ، وعليه حديث « أبغض الحلال إلى الله الطلاق » قال فى الفتح : ويحمل لفظ المباح على ما أبيح فى بعض الأوقات أعنى أوقات تحقق الحاجة المبيحة اهـ وإذا وجدت الحاجة المذكورة أبيح وعليها يحمل ماوقع منه صلى الله عليه وسلم ومن أصحابه وغيرهم من الأئمة صونا لهم عن العبث والإيذاء بلا سبب ، فقوله فى البحر إن الحق إباحته لغير حاجة طلبا للخلاص منها ، إن أراد بالخلاص منها الخلاص بلا سبب كما هو المتبادر منه فهو ممنوع لمخالفته لقولهم إن إباحته للحاجة إلى الخلاص ، فلم يبيحوه إلا عند الحاجة إليه لاعند مجرد إرادة الخلاص وإن أراد الخلاص عند الحاجة إليه فهو المطلوب ؛ وقوله فى البحر أيضا إن ماصححه فى الفتح اختيار للقول الضعيف وليس المذهب عن علمائنا فيه نظر ، لأن الضعيف هو عدم إباحته إلا لكبر أو ريبة . والذى صححه فى الفتح عدم التقييد بذلك كما هو مقتضى إطلاقهم الحاجة .

بل يستحب لو مؤذية أو تاركة صلاة غاية : ومفاده أن لا إثم بمعاشرة من لاتصلى ، ويجب لو فات الامساك بالمعروف ويحرم لو بدعيا :

ومن محاسنه التخلص به من المكاره ، وبه يعلم أن طلاق الدور بنحو : إن طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثا واقع إجماعا كما حرره المصنف معزيا لجواهر الفتاوى ، حتى لو حكم بصحة الدور حاكم لاينفذ أصلا .

وبما قررناه أيضا زال التنافى بين قولهم بإباحته ، وقولهم إن الأصل فيه الحظر لاختلاف الحيثية . وظهر أيضا أنه لامخالفة بين مادعاه أنه المذهب وماصححه فى الفتح فاغتنم هذا التحرير فإنه من فتح القدير (قوله بل يستحب) إضراب انتقالى ط (قوله لو مؤذية) أطلقه فشمل المؤذية له أولغيره بقولها أو بفعلها ط (قوله أو تاركة صلاة) الظاهر أن ترك الفرائض غير الصلاة كالصلاة . وعن ابن مسعود لأن ألقى الله تعالى وصداقها بذمتى خير من أن أعاشر امرأة لاتصلى ط (قوله ومفاده) أى مفاد استحباب طلاقها ، وهذا قاله فى البحر . وقال : ولهذا قالوا فى الفتاوى: له أن يضربها على ترك الصلاة ولم يقولوا عليه،مع أن فى ضربها على تركها روايتين ذكرهما قاضيخان اهـ (قوله لو فات الإمساك بالمعروف) كما لو كان خصيا أو مجبوبا أو عنينا أو شكازا أومسحرا والشكاز : بفتح الشين المعجمة وتشديد الكاف وبالزاى هو الذى تنتشر آلته للمرأة قبل أن يخالطها ثم لاتنتشر آلته بعده لجماعها . والمسحر بفتح الحاء المشددة وهو المسحور ، ويسمى المربوط فى زماننا ح عن شرح الوهبانية (قوله لو بدعيا) يأتى بيانه (قوله ومن محاسنه التخلص به من المكاره) أى الدينية والدنيوية بحر : أى كأن عجز عن إقامة حقوق الزوجة أو كان لايشتهيها .

قال فى الفتح : ومنها أى من محاسنه جعله بيد الرجال دون النساء لاختصاصهن بنقصان العقل وغلبة الهوى ونقصان الدين . ومنها شرعه ثلاثا ، لأن النفس كذوبة ربما تظهر عدم الحاجة إليها ثم يحصل الندم فشرع ثلاثا ليجرب نفسه أولا وثانيا اهـ ملخصا .

مطلب طلاق الدور

(قوله وبه) أى بكون التخلص المذكور من محاسنه ، إذ لو لم يقع طلاق الدور لفاتت هذه الحكمة اهـ ح.

وسمى بالدور لأنه دار الأمر بين متنافيين لأنه يلزم من وقوع المنجز وقوع الثلاث المعلقة قبله ، ويلزم من وقوع الثلاث قبله عدم وقوعه فليس المراد الدور المصطلح عليه فى علم الكلام ، وهو توقف كل من الشيئين على الآخر ، فيلزم توقف الشىء على نفسه وتأخره إما بمرتبة أو مرتبتين ط (قوله واقع) أى إذا طلقها واحدة يقع ثلاث الواحدة المنجزة وثنتان من المعلقة ، ولو طلقها ثنتين وقعتا وواحدة من المعلقة أو طلقها ثلاثا يقعن فيلزل الطلاق المعلق لايصادف أهلية فيلغو ، ولو قال إن طلقتك فأنت طالق قبله ثم طلقها واحدة وقع ثنتان المنجزة والمعلقة،وقس على ذلك كذا فى فتح القدير (قوله حتى لو حكم الخ) تفريع على قوله واقع إجماعا ، ثم هذا ذكره المصنف أيضا عن جواهر الفتاوى ، فإنه قال : ولو حكم حاكم بصحة الدور وبقاء النكاح وعدم وقوع الطلاق لاينفذ حكمه ويجب على حاكم آخر تفريقهما ، لأن مثل هذا لايعد خلافا لأنه قول مجهول باطل فاسد ظاهر البطلان ونقل قبله عن جواهر الفتاوى أن هذا القول لأبى العباس بن سريج من أصحاب الشافعى ، وأنه أنكر عليه جميع أئمة المسلمين ، وأنه قول مخترع فإن الأمة من الصحابة والتابعين وأئمة السلف من أبى حنيفة والشافعى وأصحابهما أجمعت على أن طلاق المكلف واقع اهـ .

قلت : لكن يشكل على دعوى الإجماع أن كثيرا من أئمة الشافعية قالوا بصحة الدور كالمزنى وابن الحداد والقفال والقاضى أبى الطيب والبيضاوى وكذا الغزالى والسبكى ، لكنهما رجعا عنه .

(وأقسامه ثلاثة : حسن ، وأحسن ، وبدعي يأثم به) وألفاظه : صريح، وملحق به وكناية (ومحله المنكوحة) وأهله زوج عاقل بالغ مستيقظ ، وركنه لفظ مخصوص

وقد عزا فى فتح القدير القول ببطلان الدور إلى بعض المتأخرين من مشايخنا والقول بصحته ، وأنها لاتطلق إلى أكثرهم ، وانتصر له صاحب البحر ، لكن رأيت مؤلفا جافلا للعلامة ابن حجر المكى فى بطلانه ، وأنه قول أكثر الشافعية ، وأن القرافى من المالكية نقل عن شيخه العز بن عبد السلام الشافعى الملقب بسلطان العلماء أنه لايصح ، بل يحرم تقليد القائل بصحته وينقض قضاء القاضى به لمخالفته لقواعد الشرع ، وقال إنه شنع على القائل به جماعة من الحنفية والمالكية والحنابلة ، وأنه نقل بعض الأئمة عن أبى حنيفة وأصحابه الاتفاق على فساد الدور ، وإنما وقع عنهم فى وقوع الثلاث أو المنجز وحده ، وأن شارح الإرشاد قال إن المعتمد فى الفتوى وقوع المنجز ، وعليه العمل فى الديار المصرية والشامية ، وعزاه الرافعى إلى أبى حنيفة وأنه بالغ السروجى من الحنفية فقال إنه يشبه مذاهب النصارى أنه لايمكن الزوج إيقاع طلاق على زوجته مدة عمره اه ملخصا وذكر فى فتح القدير أيضا أن القول بصحة الدور مخالف لحكم اللغة ولحكم العقل ولحكم الشرع ، وقرره بما لامزيد عليه فارجع إليه .

[تنبيه] قد بان لك أن المعتمد عند الشافعية وقوع المنجز فقط بناء على إبطال الكلام كله وهو جملة التعليق : وقد مر عن الفتح الجزم بوقوع الثلاث عندنا بناء على إبطال لفظ قبله فقط، لأن الدور إنما حصل به ونقل ابن حجر عن مغنى الحنابلة حكاية القولين عندهم ، وقدمنا مايفيد أن الخلاف ثابت عندنا أيضا والله أعلم (قوله وأقسامه ثلاثة الخ) يأتى بيانها قريبا (قوله صريح) هو مالا يستعمل إلا فى حل عقدة النكاح سواء كان الواقع به رجعيا أو بائنا كما سيأتى بيانه فى الباب الآتى (قوله وملحق به) أى من حيث عدم احتياجه إلى النية كلفظ التحريم أو من حيث وقوع الرجعى به وإن احتاج إلى نية : كاعتدى، واستبرئى رحمك، وأنت واحدة أفاده الرحمتى (قوله وكناية) هى مالم يوضع للطلاق واحتمله وغيره كما سيأتى فى بابه (قوله ومحله المنكوحة) أى ولو معتدة عن طلاق رجعى أو بائن غير ثلاث فى حرة وثنتين فى أمة أو عن فسخ بتفريق لإباء أحدهما عن الإسلام أو بارتداد أحدهما، ونظم ذلك المقدسى بقوله :

بعدة عن الطلاق يلحق ⁂ أوردة أو بالإباء يفرق

بخلاف عدة الفسخ بحرمة مؤبدة كتقبيل ابن الزوج، أو غير مؤبدة كالفسخ بخيار عتق وبلوغ وعدم كفاءة ونقصان مهر وسبى أحدهما ومهاجرته، فلا يقع الطلاق فيها كما حرره فى البحر عن الفتح، وكذا ماسيأتى آخر الباب : لو حررت زوجها حين ملكته فطلقها فى العدة لايقع، ويأتى تمام الكلام عليه آخر الكنايات (قوله وأهله زوج عاقل الخ) احترز بالزوج عن سيد العبد ووالد الصغير، وبالعاقل ولو حكما عن المجنون والمعتوه والمدهوش والمبرسم والمغمى عليه ، بخلاف السكران مضطرا أو مكرها ، وبالبالغ عن الصبى ولو مراهقا ، وبالمستيقظ عن النائم . وأفاد أنه لايشترط كونه مسلما صحيحا طائعا جادا عامدا فيقع طلاق العبد والسكران بسبب محظور، والكافر والمريض والمكره والهازل والمخطىء كما سيأتى (قوله وركنه لفظ مخصوص) هو ماجعل دلالة على معنى الطلاق من صريح أو كناية فخرج الفسوخ على مامر ، وأراد اللفظ ولو حكما ليدخل الكتابة المستبينة وإشارة الأخرس والإشارة إلى العدد بالأصابع فى قوله أنت طالق هكذا كماسيأتى، وبه ظهر أن من تشاجر مع زوجته فأعطاها ثلاثة أحجار ينوى الطلاق ولم يذكر لفظا لاصريحا ولا كناية لايقع عليه كما أفتى به الخير الرملى وغيره ، وكذا مايفعله بعض سكان البوادى

خال عن الاستثناء (طلقة) رجعية (فقط فى طهر لا وطء فيه) وتركها حتى تمضى عدتها (أحسن) بالنسبة إلى البعض الآخر (وطلقة لغير موطوءة ولو فى حيض ، ولموطوءة تفريق الثلاث

من أمرها بحلق شعرها لايقع به طلاق وإن نواه (قوله خال عن الاستثناء) أما إذا صاحبه استثناء بشروطه فلا يتحقق طلاق كقوله إن شاء الله تعالى. أو إلا أن يشاء الله تعالى زاد فى البحر : وأن لايكون الطلاق انتهاء غاية ، فإنه لو قال أنت طالق من واحدة إلى ثلاث لم تقع الثالثة عند الإمام ط (قوله طلقة) التاء للوحدة ، وقيد بها لأن الزائد عليها بكلمة واحدة بدعى ومتفرقا ليس بأحسن بحر (قوله رجعية) فالواحدة البائنة بدعية فى ظاهر الرواية ، وفى رواية الزيادات لا تكره بحر عن الفتح . ثم ذكر عن المحيط أن الخلع فى حالة الحيض لايكره بالإجماع لأنه لايمكن تحصيل العوض إلا به اه وسيذكره الشارح ، ويأتى تمامه (قوله فى طهر) هذا صادق بأوله وآخره ، قيل والثانى أولى احترازا من تطويل العدة عليها ، وقيل الأول . قال فى الهداية : وهو الأظهر من كلام محمد نهر ، واحترز به عن الحيض فإنه فيه بدعى كما يأتى (قوله لاوطء فيه) جملة فى محل جر صفة لطهر ، ولم يقل منه ليدخل فى كلامه مالو وطئت بشبهة فإن طلاقها فيه حينئذ بدعى نص عليه الإسبيجابى ، لكن يرد عليه الزنى فإن الطلاق فى طهر وقع فيه سنى ؛ حتى لو قال لها أنت طالق للسنة وهى طاهرة ولكن وطئها غيره ، فإن كان زنى وقع ، وإن بشبهة فلا ، كذا فى المحيط ، وكأن الفرق أن وطء الزنى لم يترتب عليه أحكام النكاح فكان هدرا ، بخلاف الوطء بشبهة ، وبهذا عرف أن كلام المصنف أولى من قوله غيره لم يجامعها فيه ، لكن لابد أن يقول : ولا فى حيض قبله ، ولا طلاق فيهما ، ولم يظهر حملها ، ولم تكن آيسة ولا صغيرة كما فى البدائع ؛ لأنه لو طلقها فى طهر وطئها فى حيض قبله كان بدعيا ، وكذا لو كان قد طلقها فيه وفى هذا الطهر ، لأن الجمع بين تطليقتين فى طهر واحد مكروه عندنا ؛ ولو طلقها بعد ظهور حملها أو كانت ممن لاتحيض فى طهر وطئها فيه لا يكون بدعيا لعدم العلة أعنى تطويل العدة عليهما نهر (قوله وتركها حتى تمضى عدتها) معناه الترك من غير طلاق آخر لا الترك مطلقا ، لأنه إذا راجعها لايخرج الطلاق عن كونه أحسن بحر (قوله أحسن) أى من القسم الثانى لأنه متفق عليه ، بخلاف الثانى ، فإن مالكا قال بكراهته لاندفاع الحاجة بواحدة بحر عن المعراج (قوله بالنسبة إلى البعض الآخر) أى لا أنه فى نفسه حسن ، فاندفع به ما قيل كيف يكون حسنا مع أنه أبغض الحلال وهذا أحد قسمى المسنون ، ومعنى المسنون هنا ماثبت على وجه لايستوجب عتابا لا أنه المستعقب للثواب ، لأن الطلاق ليس عبادة فى نفسه ليثبت له ثواب ، فالمراد هنا المباح نعم لو وقعت له داعية أن يطلقها بدعيا فمنع نفسه إلى وقت السنى يثاب على كف نفسه عن المعصية لا على نفس الطلاق ككف نفسه عن الزنى مثلا بعد تهيىء أسبابه ووجود الداعية ، فإنه يثاب لا على عدم الزنى لأن الصحيح أن المكلف به الكف لا العدم كما عرف فى الأصول بحر وفتح (قوله وطلقة) مبتدأ ولغير موطوءة أى مدخول بها متعلق بمحذوف صفة له ، وكذا الجار فى قوله ولو فى حيض ، وقوله ولموطوءة متعلق بتفريق أو حال منه على رأى ، وتفريق معطوف بهذه الواو على المبتدإ قبله ، وقوله فى ثلاثة أطهار متعلق بتفريق أيضا ، وقوله فيمن تحيض حال من ثلاث المضاف إليه تفريق لكونه مفعوله فى المعنى ، وقوله وفى ثلاثة أشهر عطف على فى ثلاثة أطهار ، وقوله حسن خبر المبتدإ وما عطف عليه .

وحاصله أن السنة فى الطلاق من وجهين : العدد والوقت ؛ فالعدد وهو أن لايزيد على الواحدة بكلمة واحدة لا فرق فيه بين المدخولة وغيرها لكنه فى المدخولة خاص بما إذا كان فى طهر لاوطء فيه ولا فى حيض قبله كامر وإلا فهو بدعى ، وفى غيرها لا فرق بين كونه فى طهر أو فى حيض لأن الوقت أعنى الطهر الخالى عن الجماع

فى ثلاثة أطهار لاوطء فيها ولا فى حيض قبلها ولاطلاق فيه فيمن تحيض ، و) فى ثلاثة (أشهر فى) حق (غيرها) حسن وسنى ، فعلم أن الأول سنى بالأولى (وحل طلاقهن) أى الآيسة والصغيرة والحامل (عقب وطء) لأن الكراهة فيمن تحيض لتوهم الحبل وهو مفقود هنا ه

(والبدعى ثلاث متفرقة أو ثنتان بمرة أو مرتين

خاص بالمدخولة ، فلزم فى المدخولة مراعاة الوقت والعدد ، بأن يطلقها واحدة فى الطهر المذكور فقط وهو السنى الأحسن ، أو ثلاثا مفرقة فى ثلاثة أطهار أو أشهر وهو السنى الحسن . وذكر فى البحر عن المعراج أن الخلوة كالوطء هنا ، وتقدم التصريح بذلك فى أحكام الخلوة من كتاب النكاح (قوله فى ثلاثة أطهار) أى إن كانت حرة وإلا ففى طهرين برجندى ، والخلاف المتقدم فى أول الطهر ، وآخره يجرى هنا كما نبه عليه فى البحر (قوله ولا طلاق فيه) أى فى الحيض لأنه بمنزلة ما لو أوقع التطليقتين فى هذا الطهر وهو مكروه ، وإنما لم يقل ولاطلاق فيه ولا فى الطهر لأن الموضوع تفريق الثلاث فى ثلاثة أطهار ط (قوله وفى ثلاثة أشهر) أى هلالية إن طلقها فى أول الشهر وهو الليلة التى رؤى فيها الهلال ، وإلا اعتبر كل شهر ثلاثين يوما فى تفريق الطلاق اتفاقا ، وكذا فى حق انقضاء العدة عنده . وعندهما شهر بالأيام وشهران بالأهلة : قال فى الفتح : قيل الفتوى على قولهما لأنه أسهل ، وليس بشىء اه (قوله فى حق غيرها) أى فى حق من بلغت بالسن ولم تر دما أو كانت حاملا أوصغيرة لم تبلغ تسع سنين على المختار ، أو آيسة بلغت خمسا وخمسين سنة على الراجح ، أما ممتدة الطهر فمن ذوات الأقراء لأنها شابة رأت الدم فلا يطلقها للسنة إلا واحدة مالم تدخل فى حد الإياس ، إذ الحيض مرجو فى حقها صرح به غير واحد نهر ه

قال فى البحر : فعلى هذا لو كان قد جامعها فى الطهر وامتد لايمكن تطليقها للسنة حتى تحيض ثم تطهر ، وهى كثيرة الوقوع فى الشابة التى لا تحيض زمان الرضاع اه .

قلت : وتقييد الصغيرة بالتى لم تبلغ تسعا يفيد أن التى بلغتها لايفرق طلاقها على الأشهر وليس كذلك وإنما تظهر فائدته فى قوله بعده وحل طلاقهن عقب وطء كما تعرفه (قوله بالأولى) لأن الأول أحسن منه ، وهذا جواب لصاحب النهر عن قول الفتح لاوجه لتخصيص هذا باسم طلاق السنة ، لأن الأول أيضا كذلك ، فالمناسب تمييزه بالمفضول من طلاق السنة اه (قوله أى الآيسة والصغيرة والحامل) أى المفهومات من قوله فى غيرها ، وكان الأولى للمصنف التصريح بهن هناك ليعود الضمير فى طلاقهن إلى مذكور صريحا ، ولئلا يرد عليه من بلغت بالسن وامتد طهرها أو بلغت تسعا كما يظهر مما بعده (قوله لأن الكراهة الخ) أى لأن كراهة الطلاق فى طهر جامع فيه ذوات الحيض لتوهم الحبل فيشتبه وجه العدة أنها بالحيض أو بالوضع .

قال فى الفتح : وهذا الوجه يقتضى فى التى لا تحيض لالصغر ولا لكبر ، بل اتفق امتداد طهرها متصلا بالصغر وفى التى لم تبلغ بعد وقد وصلت إلى سن البلوغ أن لايجوز تعقيب وطئها بطلاقها لتوهم الحبل فى كل منهما اه . وقال قوله : وفى المحيط قال الحلوانى : هذا فى صغيرة لا يرجى حبلها ، أما فيمن يرجى فالأفضل له أن يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر كما قال زفر . ولا يخفى أن قول زفر ليس هو أفضلية الفصل بل لزومه اه .

وأجاب فى البحر بأن التشبيه إنما هو بأصل الفاصل وهو الشهر لافى الأفضلية اه واحترز بقوله متصلا بالصغر أى بأن بلغت بالسن وامتد طهرها عمن امتد طهرها بعد ما بلغت بالحيض فإنها لاتطلق للسنة إلا واحدة كما مر ، لأنها شابة قد رأت الدم وهو مرجو الوجود ساعة فساعة ، فبقى فيها أحكام ذوات الأقراء ، بخلاف من بلغت ولم تر الدم أصلا (قوله والبدعى) منسوب إلى البدعة ، والمراد بها هنا المحرمة لتصريحهم بعصيانه بحر (قوله ثلاثة بمتفرقة)

فى طهر واحد (لا رجعة فيه ، أو واحدة فى طهر وطئت فيه ،أو) واحدة فى (حيض موطوءة) لو قال والبدعى ماخالفهما لـكان أوجز وأفود (وتجب رجعتها) على الأصح (فيه) أى فى الحيض رفعا للمعصية

وكذا بكلمة واحدة بالأولى . وعن الإمامية : لايقع بلفظ الثلاث ولا فى حالة الحيض لأنه بدعة محرمة. وعن ابن عباس يقع به واحدة، وبه قال ابن إسحق وطاوس وعكرمة ،لما فى مسلم أن ابن عباس قال : كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر : إن الناس قد استعجلوا فى أمر كان لهم فيه أناة ، فلو أمضيناه عليهم ، فأمضاه عليهم .وذهب جمهور الصحابة والتابعين ومن بعدهم من أئمة المسلمين إلى أنه يقع ثلاث :

قال فى الفتح بعد سوق الأحاديث الدالة عليه: وهذا يعارض ماتقدم، وأما إمضاء عمر الثلاث عليهم مع عدم مخالفة الصحابة له وعلمه بأنها كانت واحدة فلا يمكن إلا وقد اطلعوا فى الزمان المتأخر على وجود ناسخ أو لعلمهم بانتهاء الحكم لذلك لعلمهم بإناطته بمعان علموا انتفاءها فى الزمن المتأخر .

وقول بعض الحنابلة : توفى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مائة ألف عين رأته فهل صح لكم عنهم أو عن عشر عشر عشرهم القول بوقوع الثلاث باطل؟ أما أولا فإجماعهم ظاهر لأنه لم ينقل عن أحد منهم أنه خالف عمر حين أمضى الثلاث ، ولا يلزم فى نقل الحكم الإجماعى عن مائة ألف تسمية كل فى مجلد كبير لحكم واحد على أنه إجماع سكوتى . وأما ثانيا فالعبرة فى نقل الإجماع نقل ماعن المجتهدين والمائة ألف لايبلغ عدة المجتهدين الفقهاء منهم أكثر من عشرين كالخلفاء والعبادلة وزيد بن ثابت ومعاذ بن جبل وأنس وأبى هريرة، والباقون يرجعون إليهم ويستفتون منهم . وقد ثبت النقل عن أكثرهم صريحا بإيقاع الثلاث ولم يظهر لهم مخالف — فماذا بعد الحق إلا الضلال . وعن هذا قلنا لو حكم حاكم بأنها واحدة لم ينفذ حكمه لأنه لايسوغ الاجتهاد فيه فهو خلاف لا اختلاف، وغاية الأمر فيه أن يصير كبيع أمهات الأولاد أجمع على نفيه وكن فى الزمن الأول يبعن اهـ ملخصا ثم أطال فى ذلك (قوله فى طهر واحد) قيد للثلاث والثنتين (قوله لا رجعة فيه) فلو تخلل بين الطلقتين رجعة لايكره إذ كانت بالقول أو بنحو القبلة أو اللمس عن شهوة ، لا بالجماع إجماعا لأنه طهر فيه جماع ،وهذا على رواية الطحاوى الآتية . وظاهر الرواية أن الرجعة لاتكون فاصلة ،وكذا لو تخلل النكاح أفاده فى البحر (قوله وطئت فيه) أى ولم تكن حبلى ولا آيسة ولا صغيرة لم تبلغ تسع سنين كما مر (قوله فى حيض موطوءة) أى مدخول بها ، ومثلها المختلى بها كما مر (قوله لـكان أوجز وأفود) أما الأول فظاهر ، وأما الثانى فلأنه يشمل ماذكره ويشمل الطلاق البائن كما مر ،ومالو طلقها فى النفاس فإنه بدعى كما فى البحر ، ومالو طلقها فى طهر لم يجامعها فيه بل فى حيض قبله ، ومالو طلقها فى طهر طلقها فى حيض قبله فافهم (قوله وتجب رجعتها) أى الموطوءة المطلقة فى الحيض (قوله على الأصح) مقابله قول القدورى إنها مستحبة ،لأن المعصية وقعت فتعذر ارتفاعها ،ووجه الأصح قوله صلى الله عليه وسلم لعمر فى حديث ابن عمر فى الصحيحين « مر ابنك فليراجعها » حين طلقها فى حالة الحيض ، فإنه يشتمل على وجوبين : صريح وهو الوجوب على عمر أن يأمر . وضمنى ، وهو مايتعلق بابنه عند توجيه الصيغة إليه ، فإن عمر نائب فيه عن النبى صلى الله عليه وسلم فهو كالمبلغ ، وتعذر ارتفاع المعصية لايصلح صارفا للصيغة عن الوجوب لجواز إيجاب رفع أثرها وهو العدة وتطويلها ، إذ بقاء الشىء بقاء ماهو أثره من وجه فلا تترك الحقيقة ،وتمامه فى الفتح (قوله رفعا للمعصية) بالراء، وهى أولى من نسخة الدال ط أى لأن الدفع بالدال لما لم يقع والرفع بالراء للواقع والمعصية هنا

(فإذا طهرت) طلقها (إن شاء) أوأمسكها، قيد بالطلاق لأن التخيير والاختيار والخلع فى الحيض لايكره مجتبى، والنفاس كالحيض جوهرة :

(قال لموطوءة وهى) حال كونها ممن تحيض (أنت طالق ثلاثا) أو ثنتين (للسنة وقع عند كل طهر طلقة)

وقعت، والمراد رفع أثرهاوهو العدة وتطويلها كما علمت، لأن رفع الطلاق بعد وقوعه غير ممكن (قوله فإذاطهرت طلقها إن شاء) ظاهر عبارته أنه يطلقها فى الطهر الذى طلقها فى حيضه ، وهو موافق لما ذكره الطحاوى ، وهو رواية عن الإمام؛ لأن أثر الطلاق انعدم بالمراجعة فكأنه لم يطلقها فى هذه الحيضة فيسن تطليقها فى طهرها لكن المذكور فى الأصل وهوظاهر الرواية كما فى الكافى وظاهر المذهب، وقول الكل كما فى فتح القدير إنه إذا راجعها فى الحيض أمسك عن طلاقها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر فيطلقها ثانية . ولا يطلقها فى الطهر الذى يطلقهافى حيضه لأنه بدعى، كذا فى البحر والمنح، وعبارة المصنف تحتمله اه ح . ويدل لظاهر الرواية حديث الصحيحين «مرابنك فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر ، فان بدا له أن يطلقها فليطلقها قبل أن يمسها فتلك العدة كما أمر الله عز وجل » بحر .

قال فى الفتح : ويظهر من لفظ الحديث تقييد الرجعة بذلك الحيض الذى أوقع فيه ، وهو المفهوم من كلام الأصحاب إذا تؤمل ، فلو لم يفعل حتى طهرت تقررت المعصية اه :

وقديقال : هذا ظاهر على رواية الطحاوى، أما على المذهب فينبغى أن لاتقرر المعصية حتى يأتى الطهر الثانى بحر:

قلت : وفيه نظر ، فإنه حيث كان ذلك هو المفهوم من الحديث وكلام الأصحاب يحمل المذهب عليه، فتأمل (قوله قيد بالطلاق) أى فى قوله أو فى حيض موطوءة ، والمراد أيضا بالطلاق الرجعى احترازا عن البائن فإنه بدعى فى ظاهر الرواية وإن كان فى الطهر كما مر (قوله لأن التخيير الخ) أى قوله لها اختارى نفسك وهى حائض وكذا لو اختارت نفسها . قال فى الذخيرة عن المنتقى : ولا بأس بأن يخلعها فى الحيض إذا رأى منها مايكره . ولا بأس بأن يخيرها فى الحيض . ولا بأس بأن تختار نفسها فى الحيض، ولو أدركت فاختارت نفسها فلابأس للقاضى أن يفرق بينهما فى الحيض اه .

وفى البدائع : وكذا إذا أعتقت فلا بأس بأن تختار نفسها وهى حائض وكذا امرأة العنين اه . وكذا الطلاق على مال لايكره فى الحيض كما صرح به فى البحر عن المعراج ، والمراد بالخلع مإذا كان خلعا بمال، لما قدمناه عن المحيط من تعليل عدم كراهته بأنه لايمكن تحصيل العوض إلا به .

وفى الفتح : من فصل المشيئة عن الفوائد الظهيرية : لو قال لها طلقى نفسك من ثلاث ماشئت فطلقت نفسها ثلاثا على قولهما أو ثنتين على قوله لايكره لأنها مضطرة ، فإنها لو فرقت خرج الأمر من يدها اه (قوله لايكره) لأن علة الكراهة دفع الضرر عنها بتطويل العدة ، لأن الحيضة التى وقع فيها الطلاق لا تحسب من العدة وبالاختيار والخلع قد رضيت بذلك رحمتى :

وفيه أنه يلزم حل الطلاق مطلقا فى الحيض إذا رضيت به مع أن إطلاقهم الكراهة ينافيه ، فالأظهر تعليل الخلع والطلاق بعوض بما مر عن المحيط ، وبأن التخيير ليس طلاقا بنفسه لأنها لاتطلق مالم تختر نفسها فصارت كأنها أوقعت الطلاق على نفسها فى الحيض ، والممنوع هوالرجل لاهى أوالقاضى، هذا ماظهر لى فتأمل (قوله والنفاس كالحيض) قال فى البحر ، ولما كان المنع منه الطلاق فى الحيض لتطويل العدة عليها كان النفاس مثله كما فى الجوهرة (قوله قال لموطوءته) أى ولو حكما كالمختلى بها كما مر (قوله للسنة) اللام فيه للوقت وليست اللام بقيد ، فمثلها

وتقع أولاها فى طهر لاوطء فيه ، فلو كانت غير موطوءة أولا تحيض تقع واحدة للحال ثم كلما نكحها أو مضى شهر تقع . (وإن نوى أن تقع الثلاث الساعة أو) أن تقع عند رأس (كل شهر واحدة صحت نيته) لأنه محتمل كلامه : (ويقع طلاق كل زوج بالغ عاقل) ولو تقديرا بدائع ، ليدخل السكران (ولو عبدا أو مكرها) فإن طلاقه صحيح لا إقراره بالطلاق ، وقد نظم فى النهر مايصح مع الإكراه فقال :

فى السنة أو عليها أو معها ، وكذا السنة ليست بقيد بل مثلها مافى معناه كطلاق العدل وطلاقا عدلا وطلاق العدة أو للعدة وطلاق الدين أو الإسلام أو أحسن الطلاق أو أجمله أو طلاق الحق أو القرآن أو الكتاب . وتمامه فى البحر (قوله وتقع أولاها) أى أولى المذكورات من الثلاث أو الثنتين فافهم ، وقوله فى طهر لاوطء فيه أى ولا فى حيض قبله كما يفيده ماتقدم ، فإن كان ذلك الطهر هو الذى طلقها فيه تقع فيه واحدة للحال ثم عند كل طهر أخرى . وإن كانت حائضا أو جامعها فيه لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر كما فى البحر (قوله فلو كانت غير موطوءة) محترز قوله لموطوءته وقوله أو لاتحيض محترز قوله وهى ممن تحيض ، وشمل من لا تحيض الحامل خلافا لمحمد كما فى البحر (قوله تقع واحدة للحال) أى فى الصورتين وأطلق فى الحال فشمل حالة الحيض (قوله ثم كلما نكحها) راجع للصورة الأولى أى فإذا وقعت عليها واحدة للحال بانت منه بلا عدة لأنه طلاق قبل الدخول فلا يقع غيرها ، مالم يتزوجها فتقع أخرى بلا عدة ، فإذا تزوجها أيضا وقعت الثالثة . وعلله فى البحر بأن زوال الملك بعد اليمين لايبطلها اهـ فتأمل (قوله أو مضى شهر) يرجع إلى الصورة الثانية (قوله وإن نوى الخ) أفاد أن وقوع الثلاث على الأطهار مقيد بما إذا نواه أو أطلق . أما إذا نوى غيره فإنه يصح نهر (قوله لأنه محتمل كلامه) وهذا لأن اللام كما جاز أن تكون للوقت جاز أن تكون للتعليل أى لأجل السنة التى أوجبت وقوع الثلاث ، وإذا صحت نيته للحال فأولى أن تقع عند كل رأس شهر ، قيد بذكر الثلاث لأنه لو لم يذكرها وقعت واحدة للحال إن كانت فى طهر لم يجامعها فيه وإلا فحتى تطهر ، ولو نوى ثلاثا مفرقة على الأطهار صح ، ولو جملة فقولان ، ورجح فى الفتح القول بأنه لايصح ، وتمامه فى النهر (قوله ويقع طلاق كل زوج) هذه الكلية منقوضة بزوج المبانة إذ لايقع طلاقه بائنا عليها فى العدة . وأجيب بأنه ليس بزوج من كل وجه أو أن امتناعه لعارض هو لزوم تحصيل الحاصل ، ثم كلامه شامل لما إذا وكل به أو أجازه من الفضولى نهر وسيأتى (قوله ليدخل السكران) أى فإنه فى حكم العاقل زجرا له ، فلامنافاة بين قوله عاقل وقوله الآتى أو سكران .

مطلب فى الإكراه على التوكيل بالطلاق والنكاح والعتاق

(قوله فإن طلاقه صحيح) أى طلاق المكره ، وشمل ما إذا أكره على التوكيل بالطلاق فوكل فطلق الوكيل فإنه يقع بحر . قال محشيه الخير الرملى : ومثله العتاق كما صرحوا به . وأما التوكيل بالنكاح فلم أر من صرح به . والظاهر أنه لايخالفهما فى ذلك ، لتصريحهم بأن الثلاث تصح مع الإكراه استحسانا .

وقد ذكر الزيلعى فى مسألة الطلاق أن الوقوع استحسان والقياس أن لاتصح الوكالة ، لأن الوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الإكراه كالبيع وأمثاله .

وجه الاستحسان أن الاكراه لايمنع انعقاد البيع ولكن يوجب فساده ، فكذا التوكيل ينعقد مع الإكراه والشروط الفاسدة لاتؤثر فى الوكالة لكونها من الإسقاطات ، فإذا لم تبطل فقد نفذ تصرف الوكيل اهـ . فانظر إلا علة الاستحسان فى الطلاق تجدها فى النكاح فيكون حكمهما واحدا تأمل اهـ كلام الرملى . قلت : وسيأتى تمام الكلام على ذلك فى كتاب الإكراه إن شاء الله تعالى (قوله لا إقراره بالطلاق) قيد بالطلاق لأن الكلام فيه ،

طلاق وإيلاء ظهار ورجعة نكاح مع استيلاد عفو عن العمد
رضاع وأيمان وفيء ونذره قبول لإيداع . : :

وإلا فإقرار المكره بغيره لايصح أيضا ؛ كما لو أقر بعتق أو نكاح أو رجعة أو فيء أو عفو عن دم عمد أو بعبده أنه ابنه أو جاريته أنها أم ولده كما نص عليه الحاكم فى الكافى :

هذا ، وفي البحر أن المراد الإكراه على التلفظ بالطلاق ، فلو أكره على أن يكتب طلاق امرأته فكتب لاتطلق ، لأن الكتابة أقيمت مقام العبارة باعتبار الحاجة ولا حاجة هنا ، كذا فى الخانية . ولو أقر بالطلاق كاذبا أو هازلا وقع قضاء لاديانة اهـ ويأتى تمامه :

مطلب فى المسائل التى تصح مع الاكراه

(قوله طلاق) أطلقه فشمل البائن بقسميه والرجعى ، وهو مع ماعطف عليه مبتدأ والخبر محذوف تقديره تصح مع الإكراه ، دل عليه قوله آخرا فهذه تصح مع الإكراه .

ثم إن كان الزوج قد وطئ فلا رجوع له على المكره ، وإلا فله الرجوع بنصف المسمى ، كذا ذكره المصنف فى الإكراه ط (قوله وإيلاء) فإن تركت أربعة أشهر بانت منه ، فإن لم يكن دخل بها وجب نصف المهر ولم يرجع به على الذى أكرهه كافى (قوله نكاح) يشمل ماإذا أكره الزوج أو الزوجة على عقد النكاح كما هو مقتضى إطلاقهم ، خلافا لما قيل من أن العقد لايصح إذا أكرهت هى عليه ، كما أوضحناه فى النكاح قبيل قوله وشرط حضور شاهدين فافهم (قوله مع استيلاد) بكسر الدال من غير تنوين لضرورة النظم ح .

وصورته : أن يكرهه على استيلاد أمته ، فإذا وطئها وأتت بولد ثبت منه : ولا يجوز له نفيه ط . وفيه أن هذا إكراه على فعل حسى وهو الوطء ترتب عليه حكم آخر وهو صيرورتها أم ولد وأمثلته كثيرة ؛ كما لو أكره على دخول دار علق عتق عبده على دخولها فإنه يعتق ولا يضمن له المكره شيئا وأكره على شراء عبد علق عتقه على ملكه له فإنه يعتق وعليه قيمته للبائع ولا يرجع على المكره بشئ كما فى كافى الحاكم من الإكراه . قال : وكذا لو أكرهه على شراء ذى رحم محرم منه ، أو أمة قد ولدت منه ، أو أمة قد جعلها مدبرة إذا ملكها اهـ وصوره الرحمتى بأن يكره على أن يقر بأنها أم ولده ، وفيه ماعلمته مما نقلناه قبله عن الكافى أيضا ، والله أعلم (قوله عفو عن العمد) أى لو وجب له على رجل قصاص فى نفس أو فيما دونها فأكره بوعيد تلف أو حبس حتى عفا فالعفو جائز ، ولا ضمان له على الجانى ولا على المكره لأنه لم يتلف له مالا ، وكذلك الشهود إذا رجعوا فلا ضمان عليهم ولو وجب له على رجل حق من مال أو كفالة بنفس أو غير ذلك فأكره بوعيد بقتل أو حبس حتى أبرأه من ذلك كانت البراءة باطلة كذا فى الكافى ، وبه علم أنه احترز بالعمد عن الخطإ لأن موجبه المال فلا تصح البراءة منه (قوله رضاع) يرد عليه ماذكرناه فى الاستيلاد فإنه أيضا فعل حسى ترتب عليه حكم آخر ، وهذا لاينحصر كما علمته ، وكذا يقال مثله مالو أكره على الخلوة بزوجته أو على وطئها فإنه يتقرر عليه جميع المهر ، وكذا لو أكره على وطء أم زوجته أو بنتها تحرم عليه زوجته (قوله وأيمان) جمع يمين . قال فى الكافى فى باب الإكراه على النذر واليمين : ولو أكره رجل بوعيد تلف حتى جعل على نفسه صدقة لله تعالى أو صوما أو حجا أو عمرة أو غزوة فى سبيل الله تعالى أو بدنة أو شيئا يتقرب به إلى الله تعالى لزمه ذلك ولا ضمان على المكره ، وكذلك لو أكرهه على اليمين بشيء من ذلك أو بغيره من الطاعات أو المعاصى اهـ (قوله وفيء) أى فى الإيلاء بقول أو فعل ذكره الشارح فى الاكراه (قوله ونذره) قدمنا الكلام عليه قريبا (قوله قبول لإيداع) أخذه فى البحر من قوله فى القنية أكره

: : : : : : : : : : كذا الصلح عن عمد
طلاق على جعل يمين به أنت كذا العتق والإسلام تدبير للعبد
وإيجاب إحسان وعتق فهذه صح مع الإكراه عشرين فى العد

على قبول الوديعة فتلفت فى يده فلمستحقها تضمين المودع اه بناء على أن المودع بفتح الدال . قال فى النهر بعد نقله : ثم ظهر لى أنه بكسر الدال ، فليس من المواضع فى شيء وذلك أنه فى البزازية قال : أكره بالحبس على إيداع ماله عند هذا الرجل وأكره المودع أيضا على قبوله فضاع لاضمان على المكره والقابض ، لأنه ماقبضه لنفسه ، كما لو هبت الريح فألقته فى حجره فأخذه ليرده فضاع فى يده لايضمن اه :

قلت : وحاصله أن التعليل المذكور يدل على أن المستحق للوديعة فى مسألة القنية ليس له تضمين المودع بالفتح لأنه إذا كان مكرها على قبولها لم يكن قابضا لنفسه ، فتعين أنه بالكسر لأنه دفعها باختياره فللمستحق تضمينه ولكن مع هذا أيضا لو صح قراءته بالفتح لم يكن من هذه المواضع أيضا لأن الكلام فيما يصح مع الإكراه ، وتضمينه يدل على أنه لم يصح قبوله للوديعة لأن حكم المودع بالفتح عدم الضمان بالتلف فتأمل (قوله كذا الصلح عن عمد) أى قبول القاتل الصلح عن دم العمد على مال ، كذا فى البحر : أى إذا أكره على أن يصالح صاحب الحق على مال أكثر من الدية أو أقل فصالحه بطل الدم ولم يلزم الجانى شيء كما فى كافى الحاكم ، وذكر قبله أنه لو أكره ولى دم العمد على أن صالح منه على ألف فلا شيء له غير الألف اه وإنما لزم المال القاتل فى الثانية لأنه غير مكره (قوله طلاق على جعل) أى قبول المرأة الطلاق على مال بحر ، فيقع الطلاق ولا شيء عليها من المال ولو كان مكان التطليقة خلع بألف درهم كان الطلاق بائنا ولا شيء عليها ، ولو كان هو المكره على الخلع على ألف وقد دخل بها وهى غير مكرهة وقع الخلع ولزمها الألف ، وتمامه فى الكافى (قوله يمين به أنت) أى بالطلاق وفاعل أنت ضمير اليمين ح . والمراد به تعليق الطلاق على شيء ، كما إذا أكره على أن يقول إن كلمت زيدا فزوجتى كذا (قوله كذا العتق) أى الإكراه على اليمين بالعتق . وأما الإكراه على نفس العتق فسيأتى فافهم ، كما لو أكره على أن قال إن دخلت الدار فأنت حر ، أو إن صليت أو أكلت أو شربت ففعل يعتق العبد ويغرم الذى أكرهه قيمته ، وتمامه فى الكافى (قوله والإسلام) ولو من ذمى كما أطلقه كثير من المشايخ . وما فى الخانية من التفصيل بين الذمى فلا يصح والحربى فيصح فقياس ، والاستحسان صحته مطلقا أفاده الشارح فى الإكراه ط ، ولو كان أكرهه على الإقرار بالإسلام فيما مضى فالإقرار باطل ، كذا فى الكافى (قوله تدبير للعبد) بضم الراء من غير تنوين للضرورة ح ، وتقييده بالعبد لمناسبة الروى والأمة مثله ط (قوله وإيجاب إحسان) أى إيجاب صدقة بحر ، وتقدم نقله عن الكافى (قوله وعتق) ويرجع بقيمة العبد على المكره إذا أعتقه لغير كفارة ، وإلا فلا رجوع كما ذكره المصنف فى الإكراه ط وشمل العتق بالفعل كما لو أكرهه على شراء محرمه لكنه لايرجع على المكره بشيء كما قدمناه عن الكافى ، وبه صرح فى البزازية من الاكراه خلافا لما يوهمه مانقله الشارح فى الإكراه عن ابن الكمال فافهم (قوله عشرين فى العد) حال من فاعل تصح . قال فى النهر : وهى ترجع إلى ستة عشر لدخول إيجاب الاحسان فى النذر ، ودخول الطلاق على جعل ، واليمين بالطلاق فى الطلاق ، ودخول اليمين فى العتق بالعتق اه ح وتقدم عن النهر أن قبول الايداع ليس منها فعادت إلى خمسة عشر ، وقدمنا أن الاستيلاد والرضاع من الأفعال الحسية المترتب عليها أمر آخر فلا ينبغى تخصيصهما بالذكر فعادت إلى ثلاثة عشر ، وقد زدت عليها خمسة أخر التقطتها من إكراه كافى الحاكم :

(أو هازلا) لايقصد حقيقة كلامه (أو سفيها)

الأولى الخلع على مال ، بأن أكره على خلع امرأته على ألف وقد تزوجها على أربعة آلاف ودخل بها والمرأة غير مكرهة فالخلع واقع ولها عليه(١) الألف ؛ ولا شيء على الذى أكرهه، ولو كانت هى المكرهة كان الطلاق بائنا ولا شيء عليها .

الثانية الفسخ ، كما لو أعتقت ولها زوج حر لم يدخل بها فأكرهت على أن اختارت نفسها فى مجلسها بطل المهر عن الزوج ولا شيء على المكره ، ولو كان دخل بها الزوج قبل ذلك فالمهر لمولاها على الزوج ولا يرجع على المكره .

الثالثة التكفير ، كما لو أكره بوعيد تلف على أن يكفر يمينا قد حنث فيها ولا رجوع له على المكره وإن أكرهه على عتق عبده هذا عنها لم يجزه وعلى المكره قيمته ؛ ولو أكره بالحبس أجزأه عنها وكذلك كل شيء وجب عليه لله تعالى من نذر أو هدى أو صدقة أو حج فأكره على أن يمضيه ولم يأمره المكره بشيء بعينه أجزأه ولا ضمان على المكره .

الرابعة ما كان شرطا لغيره كما لو علق عتق عبد على شرائه أو طلاق زوجته على دخول الدار فأكره على الشراء أو الدخول أو أكره على شراء ذى محرمه أو أمة قد ولدت منه ونحو ذلك، ويدخل فيه الرضاع فإنه شرط للمحرمية والاستيلاد أى الوطء لطلب الولد فإنه شرط لثبوته منه أيضا.

الخامسة ماقدمناه من التوكيل بالطلاق والعتق ؛ فقد صارت ثمانى عشرة صورة نظمتها بقولى :

طلاق وإعتاق نكاح ورجعة ظهار وإيلاء وعفو عن العمد
يمين وإسلام وفىء ونذره قبول لصلح العمد تدبير للعبد
ثلاث وعشر صححوها لمكره وقدزدت خمسا وهى خلع على نقد
وفسخ وتكفير وشرط لغيره وتوكيل عتق أو طلاق فخذ عدى

(قوله أو هازلا) أى فيقع قضاء وديانة كمايذكره الشارح ، وبه صرح فى الخلاصة معللا بأنه مكابر باللفظ فيستحق التغليظ ، وكذا فى البزازية . وأما مافى إكراه الخانية : لو أكره على أن يقر بالطلاق فأقر لايقع ، كما لو أقر بالطلاق هازلا أوكاذبا فقال فى البحر ، إن مراده لعدم الوقوع فى المشبه به عدمه ديانة ، ثم نقل عن البزازية والقنية لو أراد به الخبر عن الماضى كذبا لايقع ديانة ، وإن أشهد قبل ذلك لايقع قضاء أيضا اه .

ويمكن حمل مافى الخانية على ما إذا أشهد على أنه يقر بالطلاق هازلا ، ثم لايخفى أن مامر عن الخلاصة إنما هو فيما لو أنشأ الطلاق هازلا. ومافى الخانية فيما لو أقر به هازلا فلا منافاة بينهما . قال فى التلويح : وكما أنه يبطل الإقرار بالطلاق والعتاق مكرها كذلك يبطل الإقرار بهما هازلا ، لأن الهزل دليل الكذب كالإكراه ، حتى لو أجاز ذلك لم يجز لأن الإجازة إنما تلحق سببا منعقدا يحتمل الصحة والبطلان ، وبالإجازة لايصير الكذب صدقا ، وهذا بخلاف إنشاء الطلاق والعتاق ونحوهما مما لايحتمل الفسخ فإنه لا أثر فيه للهزل اه . وبهذا اندفع ما أورده الرملى من المنافاة بين عبارة الخانية وغيرها (قوله لايقصد حقيقة كلامه) بيان لمعنى الهازل ، وفيه قصور .

---

(١) (قوله ولها عليه) لعل الصواب وله عليها تأمل .

خفيف العقل (أو سكران) ولو بنبيذ أو حشيش

ففي التحرير وشرحه : الهزل لغة اللعب : واصطلاحا : أن لا يراد باللفظ ودلالته المعنى الحقيق ولا المجازى بل أريد به غيرهما، وهو مالا تصح إرادته منه . وضده الجد، وهو أن يراد باللفظ أحدهما (قوله خفيف العقل) فى التحرير وشرحه : السفه فى اللغة ، الخفة . وفى اصطلاح الفقهاء خفة تبعث الإنسان على العمل فى ماله بخلاف مقتضى العقل .

مطلب فى تعريف السكران وحكمه

(قوله أوسكران) السكر : سرور يزيل العقل فلا يعرف به السماء من الأرض . وقالا بل يغلب على العقل فيهذى فى كلامه . ورجحوا قولهما فى الطهارة والأيمان والحدود . وفى شرح بكر : السكر الذى تصح به التصرفات أن يصير بحال يستحسن مايستقبحه الناس وبالعكس ، لكنه يعرف الرجل من المرأة قال فى البحر : والمعتمد فى المذهب الأول نهر .

قلت : لكن صرح المحقق ابن الهمام فى التحرير أن تعريف السكر بمامر عن الإمام إنما هو فى السكر الموجب للحد ، لأنه لو ميز بين الأرض والسماء كان فى سكره نقصان وهو شبهة العدم فيندرئ به الحد . وأما تعريفه عنده فى غير وجوب الحد من الأحكام فالمعتبر فيه عنده اختلاط الكلام والهذيان كقولهما . ونقل شارحه ابن أمير حاج عنه أن المراد أن يكون غالب كلامه هذيانا ، فلو نصفه مستقيما فليس بسكر ، فيكون حكمه حكم الصحاة فى إقراره بالحدود وغير ذلك ، لأن السكران فى العرف من اختلط جده بهزله فلا يستقر على شىء ، ومال أكثر المشايخ إلى قولهما ، وهو قول الأئمة الثلاثة ، واختاروه للفتوى لأنه المتعارف ، وتأيد بقول على رضى الله عنه : إذا سكر هذى رواه مالك والشافعى ، ولضعف وجه قوله ثم بين وجه الضعف فراجعه . وبه ظهر أن المختار قولهما فى جميع الأبواب فافهم . وبين فى التحرير حكمه أنه إن كان سكره بطريق محرم لايبطل تكليفه فتلزمه الأحكام وتصح عباراته من الطلاق والعتاق ، والبيع والإقرار ، وتزويج الصغار من كفء ، والإقراض والاستقراض ، لأن العقل قائم ، وإنما عرض فوات فهم الخطاب بمعصيته ، فبقى فى حق الإثم ووجوب القضاء ، ويصح إسلامه كالمكره لاردته لعدم القصد . وأما الهازل فإنما كفر مع عدم قصده لما يقول بالاستخفاف لأنه صدر منه عن قصد صحيح استخفافا بالدين بخلاف السكران (قوله بنبيذ) أى سواء كان سكره من الخمر أو الأشربة الأربعة المحرمة أو غيرها من الأشربة المتخذة من الحبوب والعسل عند محمد . قال فى الفتح : وبقوله يفتى لأن السكر من كل شراب محرم . وفى البحر عن البزازية المختار فى زماننا لزوم الحد ووقوع الطلاق اهـ . ومافى الخانية من تصحيح عدم الوقوع فهو مبنى على قولهما من أن النبيذ حلال والمفتى به خلافه . وفى النهر عن الجوهرة أن الخلاف مقيد بما إذا شربه للتداوى فلو للهو والطرب فيقع بالإجماع .

مطلب فى الحشيشة والأفيون والبنج

(قوله وحشيش(١)) قال فى الفتح : اتفق مشايخ المذهبين من الشافعية والحنفية بوقوع طلاق من غاب عقله بأكل الحشيش ، وهو المسمى بورق القنب لفتواهم بحرمته بعد أن اختلفوا فيها . فأفتى المزنى(٢) بحرمتها ، وأفتى

---

(١) (قول المحشى وحشيش) كذا بالأصل المقابل على خط المؤلف ، والذى فى نسخ الشارح (أو حشيش) اهـ مصححه .

(٢) المزنى من أصحاب الإمام الشافعى ، وأسد بن عمرو صاحب الإمام أبى حنيفة اهـ منه .

أو أفيون أو بنج زجرا ، به يفتى تصحيح القدورى :

واختلف التصحيح فيمن سكر مكرها أو مضطرا، نعم لو زال عقله بالصداع أو بمباح لم يقع . وفى القهستانى معزيا للزاهدى أنه لو لم يميز مايقوم به الخطاب كان تصرفه باطلا اهـ :

واستثنى فى الأشباه من تصرفات السكران سبع مسائل : منها الوكيل بالطلاق صاحيا ، لكن قيده البزازى

أسد بن عمرو بحلها ، لأن المتقدمين لم يتكلموا فيها بشىء لعدم ظهور شأنها فيهم فلما ظهر من أمرها من الفساد كثير وفشا عاد مشايخ المذهبين إلى تحريمها . وأفتوا بوقوع الطلاق ممن زال عقله بها اهـ (قوله أو أفيون أو بنج) الأفيون : مايخرج من الخشخاش . والبنج : بالفتح نبت مسبت . وصرح فى البدائع وغيرها بعدم وقوع الطلاق بأكله معللا بأن زوال عقله لم يكن بسبب هو معصية .

والحق التفصيل ، وهو إن كان للتداوى لم يقع لعدم المعصية ، وإن للهو وإدخال الآفة قصدا فينبغى أن لايتردد فى الوقوع .

وفى تصحيح القدورى عن الجواهر : وفى هذا الزمان إذا سكر من البنج والأفيون يقع زجرا ، وعليه الفتوى ، وتمامه فى النهر (قوله زجرا) أشار به إلى التفصيل المذكور ، فإنه إذا كان للتداوى لا زجر عنه لعدم قصد المعصية ط (قوله اختلف التصحيح الخ) فصحح فى التحفة وغيرها عدم الوقوع . وجزم فى الخلاصة بالوقوع. قال فى الفتح: والأول أحسن، لأن موجب الوقوع عند زوال العقل ليس إلا التسبب فى زواله بسبب محظور وهو منتف . وفى النهر عن تصحيح القدورى أنه التحقيق (قوله نعم لو زال عقله بالصداع) لأن علة زوال العقل الصداع والشرب علة العلة ، والحكم لايضاف إلى علة العلة إلا عند عدم صلاحية العلة ، وتمامه فى الفتح .

هذا ، وقد فرض المسألة فى الفتح والبحر فيما إذا شرب خمرا فصدع : ويخالفه مافى الملتقط : لو كان النبيذ غير شديد فصدع فذهب عقله بالصداع لايقع طلاقه . وإن كان النبيذ شديدا حراما فصدع فذهب عقله يقع طلاقه اهـ فقد فرق بين ماإذا كان بطريق محرم وغير محرم كما ترى فتأمل (قوله أو بمباح) كما إذا سكر من ورق الرمان فإنه لايقع طلاقه ولا عتاقه . ونقل الإجماع على ذلك صاحب التهذيب كذا فى الهندية ط . قلت : وكذا لو سكر ببنج أو أفيون تناوله لا على وجه المعصية بل للتداوى كما مر (قوله وفى القهستانى الخ) هذا مبنى على تعريف السكران الذى تصح تصرفاته عدنا بأنه من معه من العقل مايقوم به التكليف . وتعجب منه فى الفتح وقال: لاشك أنه على هذا التقدير لايتجه لأحد أن يقول لاتصح تصرفاته (قوله منها الوكيل بالطلاق صاحيا) أى فإنه إذا طلق سكران لايقع ، ومنها الردة . ومنها الإقرار بالحدود الخالصة . ومنها الإشهاد على شهادة نفسه . ومنها تزويج الصغيرة بأقل من مهر المثل أو الصغير بأكثر فإنه لاينفذ ، ومنها الوكيل بالبيع لو سكر فباع لم ينفذ على موكله. ومنها الغصب من صاح ورده عليه وهو سكران كذا فى الأشباه ح .

قلت: لكن اعترضه محشيه الحموى فى الأخيرة بأن المنقول فى العمادية أن الغاصب يبرأ بالرد عليه من الضمان فحكمه فيها كالصاحى ، وكذا فى مسألة الوكالة بالطلاق بأن الصحيح الوقوع ، نص عليه فى الخانية والبحر (قوله لكن قيده البزازى) قال فى النهر عن البزازية : وكله بطلاقها على مال فطلقها فى حال السكر فإنه لايقع ، ولن كان التوكيل والإيقاع حال السكر وقع ولو بلا مال وقع مطلقا ، لأن الرأى لابد منه لتقدير البدل اهـ .

بكونه على مال وإلا وقع مطلقا ؛ ولم يوقع الشافعي طلاق السكران ، واختاره الطحاوى والكرخى . وفى التاتارخانية عن التفريق : والفتوى عليه (أو أخرس) ولوطارئا إن دام للموت به يفتى ، وعليه فتصرفاته موقوفة . واستحسن الكمال اشتراط كتابته (بإشارته) المعهودة فإنها تكون كعبارة الناطق استحسانا (أومخطئا) بأن أراد التكلم بغير الطلاق فجرى على لسانه الطلاق أو تلفظ به غير عالم بمعناه أو غافلا أو ساهيا

أقول : والتعليل يفيد أنه لو وكله بطلاقها على ألف فطلقها فى حال السكر وقع مطلقا ح (قوله واختاره الطحاوى والكرخى) وكذا محمد بن سلمة ، وهو قول زفر كما أفاده فى الفتح (قوله عن التفريق) صوابه عن التفريد بالدال آخره لابالقاف كما رأيته فى نسخ التاترخانية (قوله والفتوى عليه) قد علمت مخالفته لسائر المتون ح . وفى التاترخانية : طلاق السكران واقع إذا سكر من الخمر أو النبيذ وهو مذهب أصحابنا (قوله إن دام للموت) قيد فى طارئا فقط ح . قال فى البحر : فعلى هذا إذا طلق من اعتقل لسانه توقف ، فإن دام به إلى الموت نفذ ، وإن زال بطل اهـ .

قلت : وكذا لوتزوج بالإشارة لايحل له وطؤها لعدم نفاذه قبل الموت وكذا سائر عقوده ، ولا يخفى مافى هذا من الحرج (قوله به يفتى) وقدر التمرتاشى الامتداد بسنة بحر .

وفى التاترخانية عن الينابيع : ويقع طلاق الأخرس بالإشارة ، يريد به الذى ولد وهو أخرس أو طرأ عليه ذلك ودام حتى صارت إشارته مفهومة وإلا لم تعتبر (قوله واستحسن الكمال الخ) حيث قال : وقال بعض الشافعية : إن كان يحسن الكتابة لايقع طلاقه بالإشارة لاندفاع الضرورة بما هو أدل على المراد من الإشارة ؛ وهو قول حسن ، وبه قال بعض مشايخنا اهـ .

قلت : بل هذا القول تصريح بما هو المفهوم من ظاهر الرواية . ففى كافى الحاكم الشهيد مانصه : فإن كان الأخرس لايكتب وكان له إشارة تعرف فى طلاقه ونكاحه وشرائه وبيعه فهو جائز ، وإن كان لم يعرف ذلك منه أو شك فيه فهو باطل اهـ . فقد رتب جواز الإشارة على عجزه عن الكتابة ، فيفيد أنه إن كان يحسن الكتابة لاتجوز إشارته . ثم الكلام كما فى النهر إنما هو فى قصر صحة تصرفاته على الكتابة وإلا فغيره يقع طلاقه بكتابته كما يأتى آخر الباب ، فما بالك به (قوله بإشارته المعهودة) أى المقرونة بتصويت منه ، لأن العادة منه ذلك فكانت الإشارة بيانا لما أجمله الأخرس بحر عن الفتح ، وطلاقه المفهوم بالإشارة إذا كان دون الثلاث فهو رجعى ، كذا فى المضمرات ط عن الهندية (قوله بأن أراد التكلم بغير الطلاق) بأن أراد أن يقول سبحان الله فجرى على لسانه أنت طالق تطلق لأنه صريح لايحتاج إلى النية ، لكن فى القضاء كطلاق الهازل واللاعب ط عن المنح ، وقوله كطلاق الهازل واللاعب مخالف لما قدمناه ولما يأتى قريبا .

وفى فتح القدير عن الحاوى معزيا إلى الجامع الأصغر أن أسدا سأل عمن أراد أن يقول زينب طالق فجرى على لسانه عمرة على أيهما يقع الطلاق ؟ فقال : فى القضاء تطلق التى سمى وفيما بينه وبين الله تعالى لاتطلق واحدة منهما ، أما التى سمى فلأنه لم يردها ، وأما غيرها فلأنها لو طلقت طلقت بمجرد النية (قوله غير عالم بمعناه) كما لو قالت لزوجها : اقرأ علىّ اعتدى أنت طالق ثلاثا ففعل طلقت ثلاثا فى القضاء لافيما بينه وبين الله تعالى إذا لم يعلم الزوج ولم ينو بحر عن الخلاصة (قوله أو غافلا أو ساهيا) فى المصباح : الغفلة غيبة الشىء عن بال الإنسان وعدم تذكره له . وفيه أيضا سها عن الشىء يسهو غفل قلبه عنه حتى زال عنه فلم يتذكره . وفرقوا بين الساهى والناسى بأن الناسى إذا ذكر تذكر والساهى بخلافه اهـ . فالظاهر أن المراد هنا بالغافل الناسى بقرينة عطف الساهى

أو بألفاظ مصحفة يقع قضاء فقط ، بخلاف الهازل واللاعب فإنه يقع قضاء وديانة لأن الشارع جعل هزله به جدا فتح (أو مريضا أو كافرا) لوجود التكليف . وأما طلاق الفضولي والإجازة قولا وفعلا فكالنكاح بزازية (و) بناء على اعتبار الزوج المذكور (لا يقع طلاق المولى على امرأة عبده) لحديث ابن ماجه « الطلاق لمن أخذ بالساق » إلا إذا قال زوّجتها منك على أن أمرها بيدي أطلقها كلما شئت فقال العبد قبلت ، وكذا إذا قال العبد إذا تزوجتها فأمرها بيدك أبدا كان كذلك خانية

عليه . وصورته أن يعلق طلاقها على دخول الدار مثلا فدخلها ناسيا التعليق أو ساهيا (قوله أو بألفاظ مصحفة) نحو طلاع وتلاغ وطلاك وتلاك كما يذكره أول الباب الآتي (قوله يقع قضاء) متعلق بالمخطئ وما بعده ح ، لكن في وقوعه في الساهي والغافل على ماصوّرناه لا يظهر التقييد بالقضاء ، إذ لا فرق في مباشرة سبب الحنث بين التعمد وغيره .

[تنبيه] في الحاوي الزاهدي : ظن أنه وقع الثلاث على امرأته بإفتاء من لم يكن أهلا للفتوى وكلف الحاكم كتابتها في الصك فكتبت ثم استفتى ممن هو أهل للفتوى فأفتى بأنه لا يقع والتطليقات الثلاث مكتوبة في الصك بالظن فله أن يعود إليها ديانة ولكن لا يصدق في الحكم اهـ (قوله واللاعب) الظاهر أنه عطف على الهازل للتفسير ح (قوله جعل هزله به جدا) لأنه تكلم بالسبب قصدا فيلزمه حكمه وإن لم يرض به لأنه مما لا يحتمل النقض كالعتاق والنذر واليمين (قوله أو مريضا) أي لم يزل عقله بالمرض بدليل التعليل ط (قوله أو كافرا) أي وقد ترافعا إلينا لأنه لا يحكم بالفرقة إلا في ثلاث كما مر في نكاح الكافر ط (قوله لوجود التكليف) علة لهما ، وهو جرى على المعتمد في الكفار أنهم مكلفون بأحكام الفروع اعتقادا وأداء ط (قوله فكالنكاح) أي فكما أن نكاح الفضولي صحيح موقوف على الإجازة بالقول أو بالفعل فكذا طلاقه ح ؛ فلو حلف لا يطلق فطلق فضولي إن أجاز بالقول حنث ، وبالفعل لا بحر . والإجازة بالفعل يمكن أن تكون بأن يدفع إليها مؤخر صداقها بعد ماطلق الفضولي كما أفاده في النهر ، لكن في حاشية الخير الرملي أنه نقل في جامع الفصولين عن فوائد صاحب المحيط أنّ بعث المهر إليها ليس بإجازة لوجوبه قبل الطلاق ، بخلاف النكاح وأنه نقل عن مجموع النوازل في الطلاق والخلع قولين في قبض الجعل هل هو إجازة أم لا فراجعه اهـ . قلت : وقد يحمل مافي الفوائد على بعث المعجل ، فلا ينافي مافي النهر تأمل (قوله لحديث ابن ماجه) رواه عن ابن عباس من طريق فيها ابن لهيعة ، ورواه الدارقطني أيضا من غيرها كما في الفتح ، ومراده تقوية الحديث لأن ابن لهيعة متكلم فيه ، فقد اختلف المحدّثون في جرحه وتوثيقه (قوله الطلاق لمن أخذ بالساق) كناية عن ملك المتعة (قوله إلا إذا قال) أي المولى عند تزويج أمته من عبده وصورها بما إذا بدأ المولى ، لأنه لو بدأ العبد فقال زوجني أمتك هذه على أن أمرها بيدك تطلقها كلما شئت فزوّجها منه يجوز النكاح ولا يكون الأمر بيد المولى كما في البحر عن الخانية ولم يذكر وجه الفرق . وذكره في الخانية في مسألة قبلها ، وهي إذا تزوج امرأة على أنها طالق جاز النكاح وبطل الطلاق . وقال أبو الليث : هذا إذا بدأ الزوج وقال تزوجتك على أنك طالق ، وإن ابتدأت المرأة فقالت زوجت نفسي منك على أني طالق أو على أن يكون الأمر بيدي أطلق نفسي كلما شئت فقال الزوج قبلت جاز النكاح ويقع الطلاق ويكون الأمر بيدها ، لأن البداءة إذا كانت من الزوج كان الطلاق والتفويض قبل النكاح فلا يصح ، أما إذا كانت من المرأة يصير التفويض بعد النكاح لأن الزوج لما قال بعد كلام المرأة قبلت ، والجواب يتضمن إعادة مافي السؤال صار كأنه قال قبلت على أنك طالق أو على أن يكون الأمر بيدك فيصير مفوضا بعد النكاح اهـ (قوله وكذا الخ) هذه الصورة حيلة لصيرورة الأمر بيد المولى بلا توقف على قبول العبد ، لأنه في الأولى قد تم النكاح بقول المولى زوجتك أمتي

(والمجنون) إلا إذا علق عاقلا ثم جن فوجد الشرط ، أو كان عنينا أو مجبوبا أو أسلمت وهو كافر وأبى أبواه الإسلام وقع الطلاق أشباه (والصبى) ولو مراهقا أو أجازه بعد البلوغ ، أما لو قال أوقعته وقع لأنه ابتداء إيقاع وجوّزه الإمام أحمد (والمعتوه) من العته ، وهو اختلال فى العقل (والمبرسم) من البرسام بالكسر علة كالجنون (والمغمى عليه) هو لغة المغشى (والمدهوش) فتح . وفى القاموس : دهش الرجل تحير ودهش بالبناء للمفعول فهو مدهوش وأدهشه الله (والنائم) لانتفاء الإرادة ، ولذا لايتصف بصدق ولا كذب ولا خبر ولا إنشاء

فيمكن العبد أن لايقبل فلا يصير الأمر بيد المولى ، أفاده فى البحر (قوله والمجنون) قال فى التلويح : الجنون اختلال القوة المميزة بين الأمور الحسنة والقبيحة المدركة للعواقب ، بأن لاتظهر آثارها وتتعطل أفعالها ، إما لنقصان جبل عليه دماغه فى أصل الخلقة ، وإما لخروج مزاج الدماغ عن الاعتدال بسبب خلط أو آفة ، وإما لاستيلاء الشيطان عليه وإلقاء الخيالات الفاسدة إليه بحيث يفرح ويفزع من غير مايصلح سببا اهـ .

وفى البحر عن الخانية : رجل عرف أنه كان مجنونا فقالت له امرأته طلقتنى البارحة فقال أصابنى الجنون ولا يعرف ذلك إلا بقوله كان القول قوله اهـ (قوله إلا إذا علق عاقلا الخ) كقوله إن دخلت الدار فدخلها مجنونا بخلاف إن جننت فأنت طالق فجن لم يقع ، كذا ذكره الشارح فى باب نكاح الكافر ، فالمراد إذا علق على غير جنونه (قوله أو كان عنينا) أى وفرق القاضى بينه وبين زوجته بطلبها بعد تأجيله سنة ، لأن الجنون لايعدم الشهوة كما سيأتى فى بابه إن شاء الله تعالى (قوله أو مجبوبا) أى وفرق القاضى بينهما فى الحال بطلبها (قوله وقع الطلاق) جواب إذا ووقوعه فى المسائل الأربع للحاجة ، ودفع الضرر لاينافى عدم أهليته للطلاق فى غيرها كما مر تحقيقه فى باب نكاح الكافر (قوله والصبى) أى إلا إذا كان مجبوبا وفرق بينهما أو أسلمت زوجته فعرض الإسلام عليه مميزا فأبى وقع الطلاق رملى . قال : وقد أفتيت بعدم وقوعه فيما إذا زوجه أبوه امرأة وعلق عليه متى تزوج أو تسرى عليه فكذا فكبر فتزوج عالما بالتعليق أولا اهـ (قوله أو أجازه بعد البلوغ) لأنه حين وقوعه وقع باطلا والباطل لايجاز ط (قوله لأنه ابتداء إيقاع) لأن الضمير فى أوقعته راجع إلى جنس الطلاق . ومثله مالو قال أوقعت ذلك الطلاق ، بخلاف قوله أوقعت الذى تلفظته فإنه إشارة إلى المعين الذى حكم ببطلانه ، فأشبه ما إذا قال أنت طالق ألفا ثم قال ثلاثا عليك والباقى على ضراتك ، فإن الزائد على الثلاث ملغى أفاده فى البحر (قوله وجوزه الإمام أحمد) أى إذا كان مميزا يعقله بأن يعلم أن زوجته تبين منه كما هو مقرر فى متون مذهبه فافهم (قوله من العته) بالتحريك من باب تعب مصباح (قوله وهو اختلال فى العقل) هذا ذكره فى البحر تعريفا للجنون وقال ويدخل فيه المعتوه . وأحسن الأقوال فى الفرق بينهما أن المعتوه هو القليل الفهم المختلط الكلام الفاسد التدبير ، لكن لايضرب ولا يشتم بخلاف المجنون اهـ وصرح الأصوليون بأن حكمه كالصبى إلا أن الدبوسى قال تجب عليه العبادات احتياطا . ورده صدر الإسلام بأن العته نوع جنون فيمنع وجوب أداء الحقوق جميعا كما بسطه فى شرح التحرير (قوله بالكسر الخ) أى كسر الباء . قال فى البحر : وفى بعض كتب الطب أنه ورم حار يعرض للحجاب الذى بين الكبد والأمعاء ثم يتصل بالدماغ ط (قوله هو لغة المغشى) قال فى التحرير : الإغماء آفة فى القلب أو الدماغ تعطل القوى المدركة والمحركة عن أفعالها مع بقاء العقل مغلوبا وإلا عصم منه الأنبياء ، وهو فوق النوم فلزمه مالزمه وزيادة كونه حدثا ولو فى جميع حالات الصلاة ومنع البناء ، وبخلاف النوم فى الصلاة إذا اضطجع حالة النوم له البناء (قوله وفى القاموس دهش) أى بالكسر كفرح . ثم إن اقتصاره على ذكر التحير غير صحيح ، فإنه فى القاموس قال بعده أو ذهب عقله حياء أو خوفا اهـ وهذا هو المراد هنا ، ولذا جعله فى البحر داخلا فى المجنون .

ولو قال : أجزته أو أوقعته لايقع لأنه أعاد الضمير إلى غير معتبر جوهرة . ولو قال : أوقعت ذلك الطلاق

مطلب فى طلاق المدهوش

وقال فى الخيرية : غلط من فسره هنا بالتحير ، إذ لايلزم من التحير وهو التردد فى الأمر ذهاب العقل . وسئل نظما فيمن طلق زوجته ثلاثا فى مجلس القاضي وهو مغتاظ مدهوش ، فأجاب نظما أيضا بأن الدهش من أقسام الجنون فلا يقع ، وإذا كان يعتاده بأن عرف منه الدهش مرة يصدق بلا برهان اهـ .

قلت : وللحافظ ابن القيم الحنبلى رسالة فى طلاق الغضبان قال فيها إنه على ثلاثة أقسام : أحدها أن يحصل له مبادى الغضب بحيث لايتغير عقله ويعلم مايقول ويقصده ، وهذا لاإشكال فيه . الثانى أن يبلغ النهاية فلا يعلم مايقول ولا يريده ، فهذا لاريب أنه لاينفذ شيء من أقواله . الثالث من توسط بين المرتبتين بحيث لم يصر كالمجنون فهذا محل النظر ، والأدلة تدل على عدم نفوذ أقواله اهـ ملخصا من شرح الغاية الحنبلية ، لكن أشار فى الغاية إلى مخالفته فى الثالث حيث قال : ويقع طلاق من غضب خلافا لابن القيم اهـ وهذا الموافق عندنا لما مر فى المدهوش ، لكن يرد عليه أنا لم نعتبر أقوال المعتوه مع أنه لايلزم فيه أن يصل إلى حالة لايعلم فيها مايقول ولا يريده .

وقد يجاب بأن المعتوه لما كان مستمرا على حالة واحدة يمكن ضبطها اعتبرت فيه واكتفى فيه بمجرد نقص العقل ، بخلاف الغضب فإنه عارض فى بعض الأحوال ، لكن يرد عليه الدهش فإنه كذلك .

والذى يظهر لى أن كلا من المدهوش والغضبان لايلزم فيه أن يكون بحيث لايعلم مايقول بل يكتفى فيه بغلبة الهذيان واختلاط الجد بالهزل كما هو المفتى به فى السكران على مامر ، ولا ينافيه تعريف الدهش بذهاب العقل فإن الجنون فنون ، ولذا فسره فى البحر باختلال العقل وأدخل فيه العته والبرسام والإغماء والدهش ، ويؤيد ماقلنا قول بعضهم : العاقل من يستقيم كلامه وأفعاله إلا نادرا ، والمجنون ضده . وأيضا فإن بعض المجانين يعرف مايقول ويريده ويذكر مايشهد الجاهل به بأنه عاقل ثم يظهر منه فى مجلسه ماينافيه ، فإذا كان المجنون حقيقة قد يعرف مايقول ويقصده فغيره بالأولى ، فالذى ينبغى التعويل عليه فى المدهوش ونحوه إناطة الحكم بغلبة الخلل فى أقواله وأفعاله الخارجة عن عادته ، وكذا يقال فيمن اختل عقله لكبر أو لمرض أو لمصيبة فاجأته : فما دام فى حال غلبة الخلل فى الأقوال والأفعال لاتعتبر أقواله وإن كان يعلمها ويريدها ، لأن هذه المعرفة والإرادة غير معتبرة لعدم حصولها عن إدراك صحيح كما لاتعتبر من الصبى العاقل ، نعم يشكل عليه ماسيأتى فى التعليق عن البحر ، وصرح به فى الفتح والخانية وغيرهما ، وهو : لو طلق فشهد عنده اثنان أنك استثنيت وهو غير ذاكر ، إن كان بحيث إذا غضب لايدرى مايقول وسعه الأخذ بشهادتهما وإلا لا اهـ فإن مقتضاه أنه إذا كان لايدرى مايقول يقع طلاقه وإلا فلا حاجة إلى الأخذ بقولهما إنك استثنيت ، وهذا مشكل جدا ، إلا أن يجاب بأن المراد بكونه لايدرى مايقول أنه لقوة غضبه قد ينسى مايقول ولا يتذكره بعد ، وليس المراد أنه صار يجرى على لسانه ما لايفهمه أو لايقصده ، إذ لاشك أنه حينئذ يكون فى أعلى مراتب الجنون ، ويؤيد هذا الحمل أنه فى هذا الفرع عالم بأنه طلق وهو قاصد له ، لكنه لم يتذكر الاستثناء لشدة غضبه ، هذا ماظهر لى فى تحرير هذا المقام ، والله أعلم بحقيقة المرام . ثم رأيت مايؤيد ذلك الجواب ، وهو أنه قال فى الولوالجية : إن كان بحال لو غضب يجرى على لسانه مالايحفظه بعده جاز له الاعتماد على قول الشاهدين ، فقوله لايحفظه بعده صريح فيما قلنا ، والله أعلم (قوله لأنه أعاد الضمير إلى غير معتبر) أشار به إلى أن الفرق بين كلام الصبى وبين كلام النائم هو أن كلام الصبى معتبر فى اللغة والنحو غاية الأمر أن الشارع ألغاه ، بخلاف كلام النائم فإنه غير معتبر عند أحد اهـ ح .

أوجعلته طلاقا وقع بحر (وإذا ملك أحدهما الآخر) كله (أو بعضه بطل النكاح ، ولو حررته حين ملكته فطلقها في العدة أو خرجت الحربية) إلينا (مسلمة ثم خرج زوجها كذلك) مسلما فطلقها في العدة ألغاه الثاني في المسألتين (وأوقعه الثالث) فيهما

قلت : وهو مأخوذ من قول الشارح ولذا لايتصف بصدق ولا كذب ولا خبر ولا إنشاء .

وفي التحرير : وتبطل عباراته من الإسلام والردة والطلاق ، ولم توصف بخبر وإنشاء وصدق وكذب كألحان الطيور اه . ومثله في التلويح ، فهذا صريح في أن كلام النائم لايسمى كلاما لغة ولا شرعا بمنزلة المهمل . وأما فساد صلاته به فلأن إفسادها لايتوقف على كون الكلام معتبرا في اللغة أو الشرع لأنها تفسد بالمهمل أكثر من غيره ، فقد اتضح الفرق بين كلامه وكلام الصبي فافهم .

ثم لايخفى أنه لاحاجة إلى الفرق بينهما في قوله أجزته لأنه لايقع فيهما ، لأن الإجازة لما ينعقد موقوفا ، وكل من طلاق الصبي والنائم وقع باطلا لاموقوفا كما هو الحكم في تصرفات الصبي التي هي ضرر محض كالطلاق والعتق . بخلاف المتردد بين النفع والضرر كالبيع والشراء والنكاح فإنه ينعقد موقوفا ، حتى لو بلغ فأجازه صح كما قدمناه قبيل باب المهر ، وإنما يحتاج إلى الفرق بينهما في قوله أوقعته فإنه قدم في الصبي أنه يقع لأنه ابتداء إيقاع ولم يجعل في النائم كذلك .

وتوضيح الفرق أن كلام الصبي له معنى لغوي وإن لم يلزمه الشرع بموجبه ، فصح عود الضمير في أوقعته إلى جنس الطلاق الذي تضمنه قوله لزوجته طلقتك بخلاف النائم فإن كلامه لما لم يعتبر لغة أيضا كان مهملا لم يتضمن شيئا ، فقد عاد الضمير على غير مذكور أصلا فكأنه قال أوقعت بدون ضمير فلم يصح جعله ابتداء إيقاع (قوله أو جعلته طلاقا) كذا عبارة البحر . والذي رأيته في التاترخانية : أو قال جعلت ذلك الطلاق طلاقا باسم الإشارة كالتي قبلها .

قلت : ويشكل الفرق ، فإن اسم الإشارة كالضمير في عوده إلى ماسبق فينبغي عدم الوقوع هنا أيضا . وقد يجاب بأن اسم الإشارة لما لغا مرجعه اعتبر لفظ الطلاق المذكور بعده فصار كأنه قال أوقعت الطلاق أو جعلت الطلاق طلاقا فصح جعله ابتداء إيقاع ، بخلاف الضمير إذا لغا مرجعه كما قررناه .

وفي التاترخانية : ولو قال أوقعت ماتلفظت به حالة النوم لايقع شيء اه وهو ظاهر كما مر في طلاق الصبي (قوله وإذا ملك أحدهما الآخر) يعني ملكا حقيقيا فلا تقع الفرقة بين المكاتب وزوجته إذا اشتراها لقيام الرق والثابت له حق الملك وهو لايمنع بقاء النكاح كما في الفتح شرنبلالية (قوله ألغاه الثاني) أي قال أبو يوسف لايقع الطلاق في المسألتين وأوقعه محمد فيهما ، لأن العدة قائمة والمعتدة محل للطلاق . ولأبي يوسف أن الفرقة وقعت بملك أحد الزوجين صاحبه أو بتباين الدارين فخرجت المرأة من محلية الطلاق ، وبالعدة لاتثبت المحلية كما في النكاح الفاسد ، قيد بالتحرير والمهاجرة لأن الطلاق قبلهما لايقع اتفاقا ، لأن العدة لم يظهر أثرها في حق الطلاق ، وإنما يظهر أثرها في حق التزوج بزوج آخر كذا في المصفى اه ابن ملك على المجمع .

[تنبيه] قال في الشرنبلالية : لم يذكر المصنف عكس المسألة الأولى ، وهو مالو حررها بعد شرائه ثم طلقها في العدة والحكم وقوع الطلاق في قول محمد وأبي يوسف الأول . ورجع أبو يوسف عن هذا وقال لايقع ، وهو قول زفر وعليه الفتوى قاله قاضيخان ، فعليه تكون الفتوى على مامشى عليه المصنف تبعا للمجمع من عدم وقوع الطلاق فيما لو حررته هي بعد شرائها إياه اه .

(واعتبار عدده بالنساء) وعند الشافعي بالرجال (فطلاق حرة ثلاث، وطلاق أمة ثنتان) مطلقا (ويقع الطلاق بلفظ العتق بنية) أو دلالة حال (لاعكسه) لأن إزالة الملك أقوى من إزالة القيد .

[فروع] كتب الطلاق، إن مستبينا على نحو لوح وقع إن نوى، وقيل مطلقا، ولو على نحو الماء فلا مطلقا. ولو كتب على وجه الرسالة والخطاب ؛ كأن يكتب يافلانة : إذا أتاك كتابي هذا فأنت طالق طلقت بوصول الكتاب جوهرة .

مطلب اعتبار عدد الطلاق بالنساء

(قوله واعتبار عدده بالنساء) لقوله صلى الله عليه وسلم « طلاق الأمة ثنتان، وعدتها حيضتان » رواه أبوداود والترمذي وابن ماجه والدار قطني عن عائشة ترفعه . وقال الترمذي : حديث غريب ؛ والعمل عليه عند أهل العلم من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرهم . وفي الدارقطني قال القاسم وسالم : عمل به المسلمون وتمامه في الفتح ؛ وحقق أنه إن لم يكن صحيحا فهو حسن (قوله مطلقا) راجع إلى الحرة والأمة أي سواء كانت الحرة أو الأمة تحت حر أو عبد ط (قوله ويقع الطلاق الخ) يعني إذا قال لامرأته أعتقتك تطلق إذا نوى أو دل عليه الحال . وإذا قال لأمته طلقتك لاتعتق ، لأن إزالة الملك أقوى من إزالة القيد ، وليست الأولى لازمة للثانية فلا تصح استعارة الثانية للأولى ويصح العكس درر .

مطلب في الطلاق بالكتابة

(قوله كتب الطلاق الخ) قال في الهندية : الكتابة على نوعين : مرسومة وغير مرسومة ، ونعني بالمرسومة أن يكون مصدرا ومعنونا مثل مايكتب إلى الغائب . وغير المرسومة أن لايكون مصدرا ومعنونا، وهو على وجهين مستبينة وغير مستبينة ، فالمستبينة مايكتب على الصحيفة والحائط والأرض على وجه يمكن فهمه وقراءته . وغير المستبينة مايكتب على الهواء والماء وشيء لايمكن فهمه وقراءته . ففي غير المستبينة لايقع الطلاق وإن نوى، وإن كانت مستبينة لكنها غير مرسومة إن نوى الطلاق يقع وإلا لا ، وإن كانت مرسومة يقع الطلاق نوى أو لم ينو ثم المرسومة لاتخلو إما أن أرسل الطلاق بأن كتب : أما بعد فأنت طالق ، فكما كتب هذا يقع الطلاق وتلزمها العدة من وقت الكتابة ، وإن علق طلاقها بمجيء الكتاب بأن كتب: إذا جاءك كتابي فأنت طالق فجاءها الكتاب فقرأته أو لم تقرأ يقع الطلاق كذا في الخلاصة ط (قوله إن مستبينا) أي ولم يكن مرسوما أي معتادا وإنما لم يقيده به لفهمه من مقابله وهو قوله : ولو كتب على وجه الرسالة الخ فإنه المراد بالمرسوم (قوله مطلقا) المراد به في الموضعين نوى أو لم ينو، وقوله ولو على نحو الماء مقابل قوله إن مستبينا (قوله طلقت بوصول الكتاب) أي إليها ولا يحتاج إلى النية في المستبين المرسوم ، ولا يصدق في القضاء أنه عنى تجربة الخط بحر ، ومفهومه أنه يصدق ديانة في المرسوم رحمتي . ولو وصل إلى أبيها فرقه ولم يدفعه إليها ، فإن كان متصرفا في جميع أمورها فوصل إليه في بلدها وقع ، وإن لم يكن كذلك فلا مالم يصل إليها ، وإن أخبرها بوصوله إليه ودفعه إليها ممزقا، إن أمكن فهمه وقراءته وقع وإلا فلا ط عن الهندية .

وفي التاترخانية : كتب في قرطاس : إذا أتاك كتابي هذا فأنت طالق ثم نسخه في آخر أو أمر غيره بنسخه ولم يمله عليه فأتاها الكتابان طلقت ثنتين قضاء إن أقر أنهما كتاباه أو برهنت ، وفي الديانة تقع واحدة بأيهما أتاها ويبطل الآخر ، ولو قال للكاتب : اكتب طلاق امرأتي كان إقرارا بالطلاق وإن لم يكتب ؛ ولو استكتب من

وفى البحر : كتب لامرأته : كل امرأة لى غيرك وغير فلانة طالق ثم محا اسم الأخيرة وبعثه لم تطلق ، وهذه حيلة عجيبة ، وسيجىء مالو استثنى بالكتابة .

باب الصريح

(صريحه مالم يستعمل إلا فيه) ولو بالفارسية (كطلقتك وأنت طالق ومطلقة)

آخر كتابا بطلاقها وقرأه على الزوج فأخذه الزوج وختمه وعنونه وبعث به إليها فأتاها وقع إن أقر الزوج أنه كتابه أو قال للرجل ابعث به إليها ، أو قال له اكتب نسخة وابعث بها إليها ، وإن لم يقر أنه كتابه ولم تقم بينة لكنه وصف الأمر على وجهه لاتطلق قضاء ولا ديانة ، وكذا كل كتاب لم يكتبه بخطه ولم يمله بنفسه لايقع الطلاق مالم يقر أنه كتابه اه ملخصا (قوله كتب لامرأته) الخ. صورته : له امرأة تدعى زينب ثم تزوج فى بلدة أخرى امرأة تدعى عائشة فبلغ زينب فخاف منها ، فكتب إليها كل امرأة لى غيرك وغير عائشة طالق ، ثم محا قوله وغير عائشة اه ح .

قلت : وينبغى أن يشهدعلى كتابةمامحاه لئلا يظهر الحال فيحكم عليه القاضى بطلاق عائشة تأمل (قوله عجيبة) وجه العجب نفع الكتابة بعد محوها ط (قوله وسيجىء مالو استثنى بالكتابة) أى فى باب التعليق عند قوله قال لها أنت طالق إن شاء الله متصلا اه ح .

وفى الهندية : وإذا كتب الطلاق واستثنى بلسانه أو طلق بلسانه واستثنى بالكتابة هل يصح ؟ لارواية هذه المسألة وينبغى أن يصح كذا فى الظهيرية ط ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

باب الصريح

لما قدم ذكر الطلاق نفسه وأقسامه الأولية السنى والبدعى وبعض أحكام تلك الكليات ذكر أحكام بعض جزئياتها مضافة إلى المرأة أو إلى بعضها وما هو صريح منها أو كناية ، فصار كتفصيل يعقب إجمالا (قوله مالم يستعمل إلا فيه) أى غالبا كما يفيده كلام البحر .

وعرفه فى التحرير بما يثبت حكمه الشرعى بلا نية ، وأراد بما اللفظ أو مايقوم مقامه من الكتابة المستبينة أو الإشارة المفهومة ، فلا يقع بإلقاء ثلاثة أحجار إليها أو بأمرها بحلق شعرها وإن اعتقد الإلقاء والحلق طلاقا كما قدمناه ، لأن ركن الطلاق اللفظ أو مايقوم مقامه مما ذكر كما مر (قوله ولو بالفارسية) فما لايستعمل فيها إلا فى الطلاق فهو صريح يقع بلا نية ، وما استعمل فيها استعمال الطلاق وغيره فحكمه حكم كنايات العربية فى جميع الأحكام بحر .

وفى حاشيته للخير الرملى عن جامع الفصولين أنه ذكر كلاما بالفارسية معناه إن فعل كذا تجرى كلمة الشرع بينى وبينك ينبغى أن يصح اليمين على الطلاق لأنه متعارف بينهم فيه اه .

قلت : لكن قال فى [نور العين] الظاهر أنه لايصح اليمين لما فى البزازية من كتاب ألفاظ الكفر : إنه قد اشتهر فى رساتيق شروان أن من قال جعلت كلما أو على كلما أنه طلاق ثلاث معلق ، وهذا باطل ومن هذيانات العوام اه فتأمل .

بالتشديد قيد بخطابها، لأنه لو قال: إن خرجت يقع الطلاق أو لا تخرجى إلا بإذنى فإنى حلفت بالطلاق فخرجت لم يقع لتركه الإضافة إليها (ويقع بها) أى بهذه الألفاظ وما بمعناها من الصريح ،

مطلب « سن بوش » يقع به الرجعى

[تنبيه] قال فى الشرنبلالية : وقع السؤال عن التطليق بلغة الترك هل هو رجعى باعتبار القصد أو بائن باعتبار مدلول «سن بوش » أو « بوش أول » لأن معناه خالية أو خلية فينظر اه .

قلت : وأفتى الرحيمى تلميذ الخير الرملى بأنه رجعى وقال كما أفتى به شيخ الإسلام أبو السعود . ونقل مثله شيخ مشايخنا التركمانى عن فتاوى على أفندى مفتى دار السلطنة وعن الحامدية (قوله بالتشديد) أى تشديد اللام فى مطلقة ، أما بالتخفيف فيلحق بالكناية بحر ، وسيذكره فى بابها (قوله لتركه الإضافة) أى المعنوية فإنها الشرط والخطاب من الإضافة المعنوية ، وكذا الإشارة نحو هذه طالق ، وكذا نحو امرأتى طالق وزينب طالق اه ح.

أقول : وما ذكره الشارح من التعليل أصله لصاحب البحر أخذا من قول البزازية فى الأيمان قال لها: لاتخرجى من الدار إلا بإذنى فإنى حلفت بالطلاق فخرجت لايقع لعدم ذكر حلفه بطلاقها ، ويحتمل الحلف بطلاق غيرها فالقول له اه ومثله فى الخانية . وفى هذا الأخذ نظر ، فإن مفهوم كلام البزازية أنه لو أراد الحلف بطلاقها يقع لأنه جعل القول له فى صرفه إلى طلاق وغيرها ، والمفهوم من تعليل الشارح تبعا للبحر عدم الوقوع أصلا لفقد شرط الإضافة ، مع أنه لو أراد طلاقها تكون الإضافة موجودة ويكون المعنى فإنى حلفت بالطلاق منك أو بطلاقك ، ولا يلزم كون الإضافة صريحة فى كلامه ؛ لما فى البحر لو قال: طالق فقيل له من عنيت؟ فقال امرأتى طلقت امرأته اه ؛ على أنه فى القنية قال عازيا إلى البرهان صاحب المحيط : رجل دعته جماعة إلى شرب الخمر فقال إنى حلفت بالطلاق أنى لاأشرب وكان كاذبا فيه ثم شرب طلقت . وقال صاحب التحفة : لاتطلق ديانة اه وما فى التحفة لايخالف ماقبله ، لأن المراد طلقت قضاء فقط ، لما مر من أنه لو أخبر بالطلاق كاذبا لايقع ديانة بخلاف الهازل ، فهذا يدل على وقوعه وإن لم يضفه إلى المرأة صريحا ، نعم يمكن حمله على ما إذا لم يقل إنى أردت الحلف بطلاق غيرها فلا يخالف مافى البزازية ؛ ويؤيده مافى البحر لو قال: امرأة طالق أو قال طلقت امرأة ثلاثا وقال لم أعن امرأتى يصدق اه ويفهم منه أنه لو لم يقل ذلك تطلق امرأته ، لأن العادة أن من له امرأة إنما يحلف بطلاقها لابطلاق غيرها ، فقوله إنى حلفت بالطلاق ينصرف إليها مالم يرد غيرها لأنه يحتمله كلامه ، بخلاف مالو ذكر اسمها أو اسم أبيها أو أمها أو ولدها فقال : عمرة طالق أو بنت فلان أو بنت فلانة أو أم فلان ، فقد صرحوا بأنها تطلق ، وأنه لو قال : لم أعن امرأتى لايصدق قضاء إذا كانت امرأته كما وصف كما سيأتى قبيل الكنايات ، وسيذكر قريبا أن من الألفاظ المستعملة : الطلاق يلزمنى ، والحرام يلزمنى ، وعلىّ الطلاق، وعلىّ الحرام ، فيقع بلا نية للعرف الخ فأوقعوا به الطلاق مع أنه ليس فيه إضافة الطلاق إليها صريحا ، فهذا مؤيد لما فى القنية ، وظاهره أنه لايصدّق فى أنه لم يرد امرأته للعرف ، والله أعلم (قوله وما بمعناها من الصريح) أى مثل ماسيذكره من نحو : كونى طالقا واطلقى ويامطلقة بالتشديد ، وكذا المضارع إذا غلب فى الحال مثل أطلقك كما فى البحر .

قلت : ومنه فى عرف زماننا : تكونى طالقا ، ومنه : خذى طلاقك فقالت أخذت ، فقد صحح الوقوع به بلا اشتراط نية كما فى الفتح ، وكذا لايشترط قولها أخذت كما فى البحر . وأما مافى البحر من أن منه: شلت طلاقك،

ويدخل نحو طلاغ وتلاغ وطلاك وتلاك أو « ط ل ق » أو « طلاق باش » بلا فرق بين عالم وجاهل ، وإن قال تعمدته تخويفا لم يصدق قضاءً إلا إذا أشهد عليه قبله ، به يفتى ؛ ولو قيل له طلقت امرأتك فقال نعم أو بلى بالهجاء طلقت بحر (واحدة رجعية ،

ورضيت طلاقك ، ففيه خلاف . وجزم الزيلعي بأنه لابد فيهما من النية كما ذكره الخير الرملي : أي فيكون كناية لأن الصريح لايحتاج إلى النية :

وأما مافى البحر أيضا من أن منه : وهبت لك طلاقك وأودعتك طلاقك ورهنتك طلاقك فسيذكر الشارح تصحيح الوقوع به . وأما أنت الطلاق فليس بمعنى المذكورات ، لأن المراد بها مايقع به واحدة رجعية وإن نوى خلافها كما صرح به المصنف ، وأنت الطلاق تصح فيه نية الثلاث كما ذكره عقبه . وأما أنت أطلق من فلانة : ففى النهر عن الولوالجية أنه كناية قال : فإن كان جوابا لقولها إن فلانا طلق امرأته وقع ولايدين كما فى الخلاصة . لأن دلالة الحال قائمة مقام النية ، حتى لو لم تكن قائمة لم يقع إلا بالنية اه فافهم .

مطلب من الصريح الألفاظ المصحفة

(قوله ويدخل نحو طلاغ وتلاغ الخ) أي بالغين المعجمة . قال فى البحر : ومنه الألفاظ المصحفة وهى خمسة فزاد على ماهنا تلاق . وزاد فى النهر إبدال القاف لاما . قال ط : وينبغى أن يقال إن فاء الكلمة إما طاء أو تاء واللام إما قاف أو عين أو غين أو كاف أو لام واثنان فى خمسة بعشرة تسعة منها مصحفة ، وهى ماعدا الطاء مع القاف اه (قوله أو ط ل ق) ظاهر ماهنا ومثله فى الفتح والبحر أن يأتى بمسمى أحرف الهجاء ، والظاهر عدم الفرق بينها وبين أسمائها :

ففى الذخيرة من كتاب العتق : وعن أبى يوسف فيمن قال لأمته : ألف نون تاء حاء راء هاء ، أو قال لامرأته ألف نون تاء طاء ألف لام قاف أنه إن نوى الطلاق والعتاق تطلق المرأة وتعتق الأمة ، وهذا بمنزلة الكناية ، لأن هذه الحروف يفهم منها ماهو المفهوم من صريح الكلام ، إلا أنها لا تستعمل كذلك فصارت كالكناية فى الافتقار إلى النية اه . وأنت خبير بأنه إذا افتقر إلى النية لايناسب ذكره هنا ، لأن الكلام فيما يقع به الرجعية وإن لم ينو ، وسيصرح الشارح أيضا بعد صفحة بافتقاره إلى النية ، وذكره أيضا فى باب الكناية ، وقدمناه أيضا أول الطلاق عن الفتح :

وفى البحر : يقع بالتهجى كأنت ط ل ق ، وكذا لو قيل له طلقتها فقال ن ع م أو ب ل ى بالهجاء وإن لم يتكلم به أطلقه فى الخانية ولم يشترط النية ، وشرطها فى البدائع اه .

قلت : عدم التصريح بالاشتراط لاينافى الاشتراط ، على أن الذى فى الخانية هو مسألة الجواب بالتهجى والسؤال بقول القائل طلقتها قرينة على إرادة جوابه فيقع بلا نية ، بخلاف قوله ابتداء أنت طالق بالتهجى تأمل (قوله أو طلاق باش) كلمة فارسية :

قال فى الذخيرة : ولو قال لها سه طلاق باش أو قال بطلاق باش يحكم النية ، وكان الإمام ظهير الدين يفتى بالوقوع فى هذه الصورة بلا نية (قوله بلافرق الخ) هذا ذكره فى الألفاظ المصحفة فكان عليه ذكره عقبها بلافاصل (قوله تعمدته) أى التصحيف تخويفا لها بلاقصد الطلاق (قوله طلقت امرأتك) وكذا تطلق لو قيل له ألست طلقت امرأتك على مابحثه فى الفتح من عدم الفرق فى العرف بين الجواب بنعم أو بلى كما سيأتى فى الفروع آخر هذا الباب (قوله طلقت) أى بلا نية على ماقررناه آنفا (قوله واحدة) بالرفع فاعل قوله ويقع وهو صفة لموصوف محذوف أى طلقة واحدة ، أفاده القهستانى (قوله رجعية) أى عند عدم مايجعل بائنا :

وإن نوى خلافها) من البائن أو أكثر خلافا للشافعي (أو لم ينو شيئا) ولو نوى به الطلاق

مطلب الصريح نوعان رجعي وبائن

ففي البدائع أن الصريح نوعان : صريح رجعي ، وصريح بائن .

فالأول أن يكون بحروف الطلاق بعد الدخول حقيقة غير مقرون بعوض ولا بعدد الثلاث لانصا ولا إشارة ولا موصوف بصفة تنبيء عن البينونة أو تدل عليها من غير حرف العطف ولا مشبه بعدد أو صفة تدل عليها ؛ وأما الثاني فبخلافه ، وهو أن يكون بحروف الإبانة وبحروف الطلاق ، لكن قبل الدخول حقيقة أو بعده ، لكن مقرونا بعدد الثلاث نصا أو إشارة أو موصوفا بصفة تنبيء عن البينونة أو تدل عليها من غير حرف العطف ، أو مشبها بعدد أو صفة تدل عليها اه . ويعلم محترز القيود مما يذكره المصنف آخر الباب من وقوع الثلاث في أنت هكذا مشيرا بأصابعه ، ووقوع البائن في أنت طالق بائن بخلاف وبائن وبأنت طالق كألف أو تطليقة طويلة ، واختار في الفتح أن القسم الثاني ليس من الصريح ، فلا حاجة للاحتراز عنه ؛ واستظهر في البحر ما في البدائع معللا بأن حد الصريح يشمل الكل . قال في النهر : للقطع بأنه قبل الدخول أو على مال ونحوه ذلك ليس كناية ، وإلا لاحتاج إلى النية أو دلالة الحال ، فتعين أن يكون صريحا إذ لا واسطة بينهما اه .

وفيه عن الصيرفية : لو قال لها : أنت طالق ولا رجعة لي عليك فرجعية ، ولو قال : على أن لا رجعة لي عليك فبائن اه وسيأتي آخر الباب تمام الكلام على الفرع الأخير (قوله وإن نوى خلافها) قيد بنيته ، لأنه لو قال جعلتها بائنة أو ثلاثا كانت كذلك عند الإمام ، ومعنى جعل الواحدة ثلاثا على قوله إنه ألحق بها اثنتين لا أنه جعل الواحدة ثلاثا ، كذا في البدائع ، ووافقه الثاني في البينونة دون الثلاث ونفاهما الثالث نهر ، وتمامه فيه . وفي البحر : وسيذكره المصنف في باب الكنايات .

وعلم مما ذكرنا أنه لو قرنه بالعدد ابتداء فقال : أنت طالق ثنتين ، أو قال ثلاثا يقع لما سيأتي في الباب الآتي أنه متى قرن بالعدد كان الوقوع به . وسنذكر في الكنايات مالو ألحق العدد بعد ماسكت (قوله من البائن أو أكثر) بيان لقوله خلافها فإن الضمير فيه للواحدة الرجعية فخلاف الواحدة الأكثر رجعيا أو بائنا ، وخلاف الرجعية البائن ففي كلامه لف ونشر مشوش . وفيه أيضا إشارة إلى أنه لايشمل نية المكره الطلاق عن وثاق ، فلا يرد أنه تصح نيته قضاء كما يأتي قريبا فافهم (قوله خلافا للشافعي) راجع إلى قوله أو أكثر فقط ، والأولى أن يقول خلافا للأئمة الثلاثة كما يفاد من البحر ، وهو القول الأول للإمام ، لأنه نوى محتمل لفظه ط .

مطلب في قول البحر : إن الصريح يحتاج في وقوعه ديانة إلى النية

(قوله أو لم ينو شيئا) لما مر أن الصريح لايحتاج إلى النية ، ولكن لابد في وقوعه قضاء وديانة من قصد إضافة لفظ الطلاق إليها عالما بمعناه ولم يصرفه إلى ما يحتمله كما أفاده في الفتح ، وحققه في النهر ، احترازا عما لو كرر مسائل الطلاق بحضرتها ، أو كتب ناقلا من كتاب امرأتي طالق مع التلفظ ، أو حكى يمين غيره فإنه لايقع أصلا مالم يقصد زوجته ، وعما لو لقنته لفظ الطلاق فتلفظ به غير عالم بمعناه فلا يقع أصلا على ما أفتى به مشايخ أوزجند صيانة عن التلبيس وغيرهم من الوقوع قضاء فقط ، وعما لو سبق لسانه من قول أنت حائض مثلا إلى أنت طالق فإنه يقع قضاء فقط ، وعما لو نوى بأنت طالق الطلاق من وثاق فإنه يقع قضاء فقط أيضا .

وأما الهازل فيقع طلاقه قضاء وديانة لأنه قصد السبب عالما بأنه سبب فرتب الشرع حكمه عليه أراده أو لم يرده

عن وثاق دين إن لم يقرنه بعدد ؛ ولو مكرها صدق قضاء أيضا كما لو صرح بالوثاق أو القيد ، وكذا لو نوى طلاقها من زوجها الأول على الصحيح خانية ؛ ولو نوى عن العمل لم يصدق أصلا ؛ ولو صرح به دين فقط : (وفى أنت الطلاق) أو طلاق (أو أنت طالق الطلاق أو أنت طالق طلاقا يقع واحدة رجعية إن لم ينو شيئا

كما مر ، وبهذا ظهر عدم صحة مافى البحر والأشباه من أن قولهم إن الصريح لايحتاج إلى النية إنما هو فى القضاء : أما فى الديانة فيحتاج إليها أخذا من قولهم : لو نوى الطلاق عن وثاق أو سبق لسانه إلى لفظ الطلاق يقع قضاء فقط أى لاديانة ، لأنه لم ينوه . وفيه نظر ، لأن عدم وقوعه ديانة فى الأول لأنه صرف اللفظ إلى ما يحتمله ، وفى الثانى لعدم قصد اللفظ ، واللازم من هذا أنه يشترط فى وقوعه ديانة قصد اللفظ وعدم التأويل الصحيح .

أما اشتراط نية الطلاق فلا بدليل أنه لو نوى الطلاق عن العمل لايصدق ويقع ديانة أيضا كما يأتى مع أنه لم ينو معنى الطلاق وكذا لو طلق هازلا (قوله عن وثاق) بفتح الواو وكسرها القيد وجمعه وثق كرباط وربط مصباح وعلم أنه لو نوى الطلاق عن قيد دين أيضا (قوله دين) أى تصح نيته فيما بينه وبين ربه تعالى ، لأنه نوى مايحتمله لفظه فيفتيه المفتى بعدم الوقوع : أما القاضى فلا يصدقه ويقضى عليه بالوقوع لأنه خلاف الظاهر بلا قرينة (قوله إن لم يقرنه بعدد) هذا الشرط ذكره فى البحر وغيره فيما لو صرح بالوثاق أو القيد ، بأن قال أنت طالق ثلاثا من هذا القيد فيقع قضاء وديانة كما فى البزازية ، وعلله فى المحيط بأنه لايتصور رفع القيد ثلاث مرات فانصرف إلى قيد النكاح كى لايلغو اه . قال فى النهر : وهذا التعليل يفيد اتحاد الحكم فيما لو قال مرتين اه ولذا أطلق الشارح العدد . ولا يخفى أنه إذا انصرف إلى قيد النكاح بسبب العدد مع التصريح بالقيد فمع عدمه بالأولى (قوله صدق قضاء أيضا) أى كما يصدق ديانة لوجود القرينة الدالة على عدم إرادة الإيقاع ، وهى الإكراه ط (قوله كما لو صرح الخ) أى فإنه يصدق قضاء وديانة إلا إذا قرنه بالعدد فلا يصدق أصلا كما مر (قوله وكذا لو نوى الخ) قال فى البحر : ومنه أى من الصريح : ياطالق أويا مطلقة بالتشديد؛ ولو قال أردت الشتم لم يصدق قضاء ودين خلاصة ، ولو كان لها زوج طلقها قبل فقال أردت ذلك الطلاق صدق ديانة باتفاق الروايات وقضاء فى رواية أبى سليمان ، وهو حسن كما فى الفتح ، وهو الصحيح كما فى الخانية . ولو لم يكن لها زوج لايصدق ، وكذا لو كان لها زوج قدمات اه .

قلت : وقد ذكروا هذا التفصيل فى صورة النداء كما سمعت ، ولم أر من ذكره فى الإخبار كأنت طالق فتأمل (قوله لم يصدق أصلا) أى لاقضاء ولاديانة . قال فى الفتح : لأن الطلاق لرفع القيد وهى ليست مقيدة بالعمل فلايكون محتمل اللفظ . وعنه أنه يدين لأنه يستعمل للتخلص (قوله دين فقط) أى ولايصدق قضاء لأنه يظن أنه طلق ثم وصل لفظ العمل استدراكا بخلاف مالو وصل لفظ الوثاق لأنه يستعمل فيه قليلا فتح .

والحاصل كما فى البحر أن كلا من الوثاق والقيد والعمل إما أن يذكر أو ينوى ؛ فإن ذكر فإما أن يقرن بالعدد أولا ، فإن قرن به وقع بلا نية وإلا فنى ذكر العمل وقع قضاء فقط ، وفى لفظى الوثاق والقيد لايقع أصلا ، وإن لم يذكر بل نوى لايدين فى لفظ العمل ودين فى الوثاق والقيد ، ويقع قضاء إلا أن يكون مكرها والمرأة كالقاضى إذا سمعته أو أخبرها عدل لايحل لها تمكينه . والفتوى على أنه ليس لها قتله ، ولا تقتل نفسها بل تفدى نفسها بمال أو تهرب ، كما أنه ليس له قتلها إذا حرمت عليه وكلما هرب ردته بالسحر . وفى البزازية عن الأوزجندى أنها ترفع الأمر للقاضى ، فإن حلف ولا بينة لها فالإثم عليه اه . قلت : أى إذا لم تقدر على الفداء أو الهرب ولا على منعه عنها فلا ينافى ماقبله (قوله وفى أنت الطلاق أو طلاق الخ) بيان لما إذا أخبر عنها بمصدر معرف أو منكر أو اسم فاعل

أو نوى) يعنى بالصدر ، لأنه لو نوى بطالق واحدة وبالطلاق أخرى وقعتا رجعيتين لو مدخولا بها كقوله: أنت طالق أنت طالق زيلعى (واحدة أو ثنتين) لأنه صريح مصدر لايحتمل العدد (فإن نوى ثلاثا فثلاث) لأنه فرد حكمى (ولذا) كان (الثنتان فى الأمة) وكذا فى حرة تقدمها واحدة جوهرة ، لكن جزم فى البحر أنه سهو (بمنزلة الثلاث فى الحرة) :

ومن الألفاظ المستعملة: الطلاق يلزمنى ، والحرام يلزمنى ، وعلىّ الطلاق ، وعلىّ الحرام فيقع بلانية للعرف ،

بعده مصدر كذلك (قوله يعنى بالمصدر الخ) الأولى ذكره بعد قول المصنف أو ثنتين (قوله وقعتا رجعيتين)هذا مامشى عليه فى الهداية ويروى عن الثانى ، وبه قال أبو جعفر . ومقتضى الإطلاق عدم الصحة ، وبه قال فخر الإسلام ، وأيده فى الفتح . وذكر فى النهر أنه المرجح فى المذهب (قوله لو مدخولا بها) وإلا بانت بالأول فيلغو الثانى (قوله أو ثنتين) أى فى الحرة (قوله لأنه صريح مصدر) علة لقوله أو ثنتين ، يعنى أن المصدر من ألفاظ الوحدان لايراعى فيها العدد المحض بل التوحيد وهو بالفردية الحقيقية أو الجنسية والمثنى بمعزل عنهما نهر (قوله لأنه فرد حكمى) لأن الثلاث كل الطلاق فهى الفرد الكامل منه ، فإرادتها لاتكون إرادة العدد ط (قوله ولذا كان) أى للفردية الحكمية (قوله لكن جزم فى البحر أنه سهو) حيث قال : وأما مافى الجوهرة من أنه إذا تقدم على الحرة واحدة فإنه يقع ثنتان إذا نواهما يعنى مع الأولى فسهو ظاهر اه : ونظر فيه صاحب النهر ، بأنه إذا نوى الثنتين مع الأولى فقد نوى الثلاث ، وإذا لم يبق فى ملكه الاثنتان وقعتا اهـ ح أقول إن كان المراد أنه نوى الثنتين مضمومتين إلى الأولى لم يخرج بذلك عن نية الثنتين وذلك عدد محض لاتصح نيته ، وإن كان المراد أنه نوى الثلاث التى من جملتها الأولى فهو صحيح ، لأن الثلاث فرد اعتبارى :

قال فى الذخيرة : ولو طلق الحرة واحدة ثم قال لها أنت علىّ حرام ينوى ثنتين لاتصح نيته ، ولو نوى الثلاث تصح نيته وتقع تطليقتان أخريان اه فافهم :

[فرع] فى البزازية قال لامرأتيه : أنتما علىّ حرام ونوى الثلاث فى إحداهما والواحدة فى الأخرى صحت نيته عند الإمام وعليه الفتوى (قوله فيقع بلا نية للعرف) أى فيكون صريحا لا كناية ، بدليل عدم اشتراط النية وإن كان الواقع فى لفظ الحرام البائن لأن الصريح قد يقع به البائن كما مر ، لكن فى وقوع البائن به بحث سنذكره فى باب الكنايات ، وإنما كان ماذكره صريحا لأنه صار فاشيا فى العرف فى استعماله فى الطلاق لايعرفون من صيغ الطلاق غيره ولا يحلف به إلا الرجال ، وقد مر أن الصريح ماغلب فى العرف استعماله فى الطلاق بحيث لايستعمل عرفا إلا فيه من أى لغة كانت ، وهذا فى عرف زماننا كذلك فوجب اعتباره صريحا كما أفتى المتأخرون فى أنت علىّ حرام بأنه طلاق بائن للعرف بلا نية مع أن المنصوص عليه عند المتقدمين توقفه على النية ، ولا ينافى ذلك مايأتى من أنه لو قال طلاقك علىّ لم يقع ، لأن ذاك عند عدم غلبة العرف . وعلى هذا يحمل ما أفتى به العلامة أبو السعود أفندى مفتى الروم ، من أن علىّ الطلاق أو يلزمنى الطلاق ليس بصريح ولا كناية : أى لأنه لم يتعارف فى زمنه ، ولذا قال المصنف فى منحه : إنه فى ديارنا صار العرف فاشيا فى استعماله فى الطلاق لايعرفون من صيغ الطلاق غيره فيجب الإفتاء به من غير نية ، كما هو الحكم فى الحرام يلزمنى وعلىّ الحرام ، وممن صرح بوقوع الطلاق به للتعارف الشيخ قاسم فى تصحيحه ، وإفتاء أبى السعود مبنى على عدم استعماله فى ديارهم فى الطلاق أصلا كما لايخفى اه . وما ذكره الشيخ قاسم ذكره قبله شيخه المحقق ابن الهمام فى فتح القدير ، وتبعه فى البحر والنهر ، ولسيدى عبد الغنى النابلسى رسالة فى ذلك سماها [رفع الانغلاق فى علىّ الطلاق] ونقل فيها الوقوع عن بقية المذاهب الثلاثة :

. . . .

أقول : وقد رأيت المسألة منقولة عندنا عن المتقدمين . ففى الذخيرة وعن ابن سلام فيمن قال : إن فعلت كذا فثلاث تطليقات علىّ أو قال على واجبات يعتبر عادة أهل البلد هل غلب ذلك فى أيمانهم اه وكذا ذكرها السروجى فى الغاية كما يأتى وما أفتى به فى الخيرية من عدم الوقوع تبعا لأبى السعود أفندى فقد رجع عنه وأفتى عقبه بخلافه ، وقال : أقول الحق . الوقوع به فى هـذا الزمان لاشتهاره فى معنى التطليق ، فيجب الرجوع إليه والتعويل عليه عملا بالاحتياط فى أمر الفروج اه .

[تنبيه] عبارة المحقق ابن الهمام فى الفتح هكذا : وقد تعورف فى عرفنا فى الحلف : الطلاق يلزمنى لاأفعل كذا يريد إن فعلته لزم الطلاق ووقع فيجب أن يجرى عليهم، لأنه صار بمنزلة قوله إن فعلت فأنت طالق ، وكذا تعارف أهل الأرياف الحلف بقوله علىّ الطلاق لاأفعل اه وهذا صريح فى أنه تعليق فى المعنى على فعل المحلوف عليه بغلبة العرف وإن لم يكن فيه أداة تعليق صريحا .

ورأيت التصريح بأن ذلك معتبر فى الفصل التاسع عشر من التاترخانية حيث قال : وفى الحاوى عن أبى الحسن الكرخى فيمن اتهم أنه لم يصل الغداة فقال عبده حر أنه قد صلاها وقد تعارفوه شرطا فى لسانهم ؛ قال : أجرى أمرهم على الشرط على تعارفهم ، كقوله : عبدى حر إن لم أكن صليت الغداة وصلاها لم يعتق كذا هنا اه .

وفى البزازية : وإن قال أنت طالق لو دخلت الدار لطلقتك فهذا رجل حلفَ بطلاق امرأته ليطلقنها إن دخلت الدار ، بمنزلة قوله عبده حر إن دخلت الدار لأضربنك، فهذا رجل حلف بعتق عبده ليضربنها إن دخلت الدار فإن دخلت الدار لزمه أن يطلقها ، فإن مات أو ماتت فقد فات الشرط فى آخر الحياة اه أى فيقع الطلاق كما فى منية المفتى .

قلت : فيصير بمنزلة قوله إن دخلت الدار ولم أطلقك فأنت طالق، وإن دخلت الدار ولم أضربك فعبدى حر . وذكر الحنابلة فى كتبهم أنه جار مجرى القسم بمنزلة قوله والله فعلت كذا .

مطلب فى قولهم علىّ الطلاق علىّ الحرام

قال فى النهر : ولو قال علىّ الطلاق أو الطلاق يلزمنى أو الحرام ولم يقل لاأفعل كذا لم أجده فى كلامهم اه .

وفى حواشى مسكين : وقد ظفر فيه شيخنا مصرحا به فى كلام الغاية للسروجى معزيا إلى المغنى . ونصه : الطلاق يلزمنى أو لازم لى صريح لأنه يقال لمن وقع طلاقه لزمه الطلاق وكذا قوله علىّ الطلاق اه . ونقل السيد الحموى عن الغاية معزيا إلى الجواهر : الطلاق لى لازم يقع بغير نية اه .

قلت : لكن يحتمل أن يكون مراد الغاية ما إذا ذكر المحلوف عليه لما علمت من أنه يراد به فى العرف التعليق وأن قوله علىّ الطلاق لاأفعل كذا بمنزلة قوله إن فعلت كذا فأنت طالق ، فإذا لم يذكر لا أفعل كذا بقى قوله علىّ الطلاق بدون تعليق، والمتعارف استعماله فى موضع التعليق دون الإنشاء ، فإذا لم يتعارف استعماله فى الإنشاء منجزا لم يكن صريحا فينبغى أن يكون على الخلاف الآتى فيما لو قال طلاقك علىّ ثم رأيت سيدى عبد الغنى ذكر نحوه فى رسالته :

[تتمة] ينبغى أنه لو نوى الثلاث تصح نيته لأن الطلاق مذكور بلفظ المصدر ، وقد علمت صحتها فيه ، وكذا

فلو لم يكن له امرأة يكون يمينا فيكفر بالحنث تصحيح القدورى ؛ وكذا علىّ الطلاق من ذراعى بحر :
ولو قال طلاقك علىّ لم يقع ، ولو زاد واجب أو لازم أو ثابت أو فرض هل يقع ؟ قال البزازى : المختار
لا . وقال القاضى الخاصى : المختار نعم ولو قال : طلاقك الله هل يفتقر لنية ؟

فى قوله علىّ الحرام فقد صرحوا بأنه تصح نية الثلاث فى أنت علىّ حرام (قوله يكون يمينا الخ) يعنى فى صورة الحلف بالحرام فإنه المذكور فى الذخيرة وغيرها .

ثم رأيت فى البزازية قال فى المواضع التى يقع الطلاق بلفظ الحرام إن لم تكن له امرأة إن حنث لزمته الكفارة والنسفى على أنه لايلزم اهـ .

مطلب فى قوله علىّ الطلاق من ذراعى

(قوله وكذا علىّ الطلاق من ذراعى) هذا بحث لصاحب البحر أخذه مما مر ، من أنه لو قال : أنت طالق من هذا العمل ولم يقرنه بالعدد وقع قضاء لاديانة ، قال : فإنه يدل على الوقوع قضاء هنا بالأولى . ورده العلامة المقدسى : بأنه فى المقيس عليه خاطب المرأة التى هى محل للطلاق ثم ذكر العمل الذى لم تكن مقيدة به حسا ولا شرعا فلم يصح صرف اللفظ عن المعنى الشرعى المتعارف إلى غيره بلا دليل ، بخلاف المقيس لأنه أضاف الطلاق إلى غير محله وهو ذراعه مع أنه إذا قال أنا منك طالق يلغو اهـ ملخصا ، وذكر نحوه الخير الرملى.

قلت : وقد يقال ليس فيه إضافة الطلاق إلى غير محله ، لما مر من أن قوله علىّ الطلاق لاأفعل كذا بمنزلة إن فعلت فأنت طالق فهو فى العرف مضاف إلى المرأة معنى ، ولولا اعتبار الإضافة المذكورة لم يقع ، فكذلك صار هذا بمنزلة قوله إن فعلت كذا فأنت طالق من ذراعى فساوى المقيس عليه فى الإضافة إلى المرأة . وأيضا فإن قوله أنا منك طالق فيه وصف الرجل بالطلاق صريحا فلا يقع لأن الطلاق صفة للمرأة . وأما قوله علىّ الطلاق فإن معناه وقوع طلاق المرأة على الزوج فليس فيه إضافة الطلاق إلى غير محله بل إلى محله مع إضافة الوقوع إلى محله أيضا ، فإنه شاع فى كلامهم قولهم إذا قال كذا وقع عليه الطلاق ، نعم قال الخير الرملى : إن الحالف بقوله علىّ الطلاق من ذراعى لايريد به الزوجة قطعا إذ عادة العوام الإعراض به عنها خشية الوقوع ، فيقولون تارة من ذراعى وتارة من كشتوانى وتارة من مروتى ، وبعضهم يزيد بعد ذكره لأن النساء لاخير فى ذكرهن اهـ :

قلت : إن كان العرف كذلك فينبغى أن لايتردد فى عدم الوقوع لأنه أوقع الطلاق على ذراعه ونحوه لاعلى المرأة . ثم قال الخير الرملى : اللهم إلا أن يقول علىّ الطلاق ثلاثا من ذراعى فالقول بوقوعه وجه ، لأن ذكر الثلاث يعينه فتأمل اهـ (قوله ولو قال وطلاقك علىّ لم يقع) قال فى الخانية : ولو قال طلاقك علىّ ذكر فى الأصل على وجه الاستشهاد فقال : ألا ترى أنه لو قال لله على طلاق امرأتى لايلزمه شىء اهـ .

قلت : ومقتضاه أن علة عدم الوقوع فى طلاقك على أنه صيغة نذر كقوله على حجة فكأنه نذر أن يطلقها النذر لايكون إلا فى عبادة مقصودة ، والطلاق أبغض الحلال إلى الله تعالى فليس عبادة فلذا لم يلزمه شىء (قوله ولو زاد الخ) ظاهره أن قوله طلاقك على بدون زيادة ليس فيه الخلاف المذكور ، وهو المفهوم من الخانية والخلاصة أيضا ، لكن نقل سيدى عبد الغنى عن أدب القاضى للسرخسى : رجل قال لامرأته : طلاقك علىّ فرض ولازم أوقال طلاقك على فالصحيح أنه يقع فى الكل بخلاف العتق ، لأنه مما يجب فجعل إخبارا ، ونقل مثله عن مختصر المحيط (قوله وقال الخاصى المختار نعم) عبارة فتاوى الخاصى قال لها : طلاقك علىّ واجب ،

قال الكمال : الحق نعم ، ولو قال لها : كونى طالقا أو اطلقى أو يامطلقة بالتشديد وقع ، وكذا ياطال بكسر اللام وضمها لأنه ترخيم أو أنت طال بالكسر وإلا توقف على النية ،

أو قال وطلاقك لازم لى يقع بلا نية عند أبى حنيفة ، وهو المختار ، وبه قال محمد بن مقاتل ، وعليه الفتوى اه وأنت خبير بأن لفظ الفتوى آكد ألفاظ التصحيح . ونقل فى الخانية عن الفقيه أبى جعفر أنه يقع فى قوله واجب لتعارف الناس لافى قوله ثابت أو فرض أولازم لعدم التعارف ، ومقتضاه الوقوع فى قوله علىّ الطلاق لأنه المتعارف فى زماننا كما علمت : وعلل الخاصى الوقوع بقوله : لأن الطلاق لايكون واجبا أو ثابتا بل حكمه ، وحكمه لايجب ولا يثبت إلا بعد الوقوع . قال فى الفتح : وهذا يفيد أن ثبوته اقتضاء ، ويتوقف على نيته إلا أن يظهر فيه عرف فاش فيصير صريحا فلا يصدق قضاء فى صرفه عنه ، وفيما بينه وبين الله تعالى إن قصده وقع وإلا لا ، فإنه قد يقال : هذا الأمر علىّ واجب ، بمعنى ينبغى أن أفعله لا أنى فعلته فكأنه قال ينبعى أن أطلقك اه (قوله قال الكمال الحق نعم) نقله عنه فى البحر والنهر ، وأقراه عليه بعد حكايتهما الخلاف : ووجهه أنه يحتمل الدعاء فتوقف على النية :

وفى التتارخانية عن العتابية : المختار عدم توقفه عليها ، وبه كان يفتى ظهير الدين . قال المقدسى : ويقع فى عصرنا نظير هذا ، يطلب الرجل من المرأة فتقول أبرأك الله وكانت حادثة الفتوى وكتبت بصحتها لتعارفهم بذلك اه ٥ قلت : ومثله فى فتاوى قارئ الهداية والمنظومة المحبية ، وسيأتى تمامه فى الخلع (قوله كونى طالقا أو اطلقى) قال فى الفتح عن محمد : إنه يقع لأن كونى ليس أمرا حقيقة لعدم تصور كونها طالقا منها بل عبارة عن إثبات كونها طالقا كقوله تعالى - كن فيكون - ليس أمرا بل كناية عن التكوين ، وكونها طالقا يقتضى إيقاعا قبل فيتضمن إيقاعا سابقا ، وكذا قوله اطلقى ومثله للأمة كونى حرة (قوله أو يامطلقة) قدمنا أنه لو كان لها زوج طلقها قبل فقال أردت ذلك الطلاق صدق ديانة وكذا قضاء فى الصحيح . وفى التاترخانية عن المحيط قال : أنت طالق ثم قال يامطلقة لاتقع أخرى (قوله بالتشديد) أى تشديد اللام ؛ أما بتخفيفها فهو ملحق بالكناية كما قدمناه عن البحر (قوله وقع) أى من غير نية لأنه صريح (قوله بكسر اللام وضمها) ذكر الضم بحث لصاحب النهر حيث قال : وينبغى أن يكون الضم كذلك ، إذ هو لغة من لاينتظر ، بخلاف الفتح فإنه يتوقف على النية اه :

واعترض بأنه ينبغى توقف الضم أيضا على النية ، لأنه إذا لم ينتظر الآخر لم تكن مادة ط ل ق موجودة ولا ملاحظة فلم يكن صريحا ، بخلاف الكسر على لغة من ينتظر اه :

قلت : قد يجاب بأن الضم فى نداء الترخيم لما كان لغة ثابتة لم يخرج به اللفظ عن إرادة معناه المراد بقبل النداء فإن كل من سمع اللفظ المرخم يعلم أن المراد به نداء تلك المادة وأن انتظار المحذوف وعدمه أمر اعتبارى لمروه ليبنوا عليه الضم والكسر والالازم أن يكون المنادى اسما آخر غير المقصود نداؤه هذا ماظهرلى فتأمل (قوله أوأنت طال بالكسر) أى فإنه يقع بلانية ، بخلاف أنت طاق بحذف اللام فلايقع وإن نوى لأن حذف آخر الكلام معتاد عزاه تتارخانية (قوله وإلا توقف على النية) أى وإن لم يكسر اللام فى غير المنادى توقف الوقوع على نية الطلاق : أى أوما فى حكمها كالمذاكرة والغضب كما فى الخانية :

وفى كنايات الفتح أن الوجه إطلاق التوقف على النية مطلقا لأنه بلا قاف ليس صريحا بالاتفاق لعدم غلبة الاستعمال ولا الترخيم لأنه جائز فى غير النداء، فانتفى لغة وعرفا فيصدق قضاء مع اليمين إلا عند الغضب أو مذاكرة الطلاق فيقع قضاء أسكنها أولا ، وتمامه فيه .

كما لو تهجى به أو بالعتق .

وفى النهر عن التصحيح : الصحيح عدم الوقوع برهنتك طلاقك ونحوه :

(وإذا أضاف الطلاق إليها) كأنت طالق (أو) إلى (مايعبر به عنها كالرقبة والعتق والروح والبدن والجسد) الأطراف داخلة فى الجسد دون البدن (والفرج والوجه والرأس) وكذا الاست ، بخلاف البضع والدبر

قلت : وما قدمناه آنفا عن التاترخانية من أن حذف آخر الكلام معتاد عرفا يفيد الجواب ، فإن لفظ طالق صريح قطعا ، فإذا كان حذف الآخر معتادا عرفا لم يخرجه عن صراحته ،وقد عد حذف آخر الكلمة من محسنات الكلام وعده أهل البديع من قسم الاكتفاء ، ونظم فيه المولدون كثيرا ، ومنه « أين النجاة لعاشق أين النجا » وأيضا فإن إبدال الآخر بحرف غيره كالألفاظ المصحفة المتقدمة لم يخرجه عن صراحته مع عدم غلبة الاستعمال فيها ، وما ذاك إلا لكونها أريد بها اللفظ الصريح وأن التصحيف عارض لجريانه على اللسان خطأ أو قصدا لكونه لغة المتكلم ، هذا ماظهر لفهمى القاصر (قوله كما لو تهجى به) أى فإنه يتوقف على النية ، وقد مر بيانه فافهم (قوله وفى النهر عن التصحيح الخ) أى تصحيح القدورى للعلامة قاسم وقصد به الرد على مافهمه فى البحر ، من أن وهبتك طلاقك من الصريح ، وكذا أودعتك ورهنتك :

قال فى النهر : نقل فى تصحيح القدورى عن قاضيخان : وهبتك طلاقك الصحيح فيه عدم الوقوع اهـ ففى أودعتك ورهنتك بالأولى وسيأتى أن رهنتك كناية . وفى المحيط : لو قال رهنتك طلاقك قالوا لايقع لأن الرهن لايفيد زوال الملك اهـ .

قلت : ومقتضى كونه كناية أنه يقع بشرط النية وقد عده فى البحر فى باب الكنايات منها ، وكذا عد منها : وهبتك طلاقك ، وأودعتك طلاقك ، وأقرضتك طلاقك وسيأتى تمامه هناك (قوله كأنت طالق) وكذا لو أتى بالضمير الغائب أو اسم الإشارة العائد إليها أو باسمها العلمى ونحو ذلك ، وأشار إلى أن المراد به مايعبر به عن جملتها وضعا ، والمراد بقوله أو إلى مايعبر به عنها مايعبر به عن الجملة بطريق التجوز كرقبتك ، وإلا فالكل يعبر به عن الجملة كما فى الفتح ، وهو أظهر مما فى الزيلعى من أن الروح والبدن والجسد مثل أنت كما فى البحر ، لأن الروح بعض الجسد وكذا الجسد باعتبار الروح والبدن لاتدخل فيه الأطراف ، أفاده فى النهر (قوله كالرقبة الخ) فإنه عبر بها عن الكل فى قوله تعالى — فتحرير رقبة — والعنق فى — فظلت أعناقهم لها خاضعين — لوصفها بجمع المذكر الموضوع للعاقل والعقل للذوات لا للأعضاء ، والروح فى قولهم : هلكت روحه أى نفسه ، ومثلها النفس كما فى — وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس — (قوله الأطراف الخ) أى اليدان والرجلان والرأس ، وهذه التفرقة بين الجسد والبدن عزاها فى النهر إلى ابن كمال فى إيضاح الإصلاح ، وعزاها الرحمتى إلى الفائق للزمخشرى والمصباح . ورأيت فى فصل العدة من الذخيرة قال محمد : والبدن هو من أليتيه إلى منكبيه (قوله والفرج) عبر به عن الكل فى حديث « لعن الله الفروج على السروج » قال فى الفتح إنه حديث غريب جدا (قوله والوجه والرأس) فى قوله تعالى — كل شىء هالك إلا وجهه — ويبقى وجه ربك — أى ذاته الكريمة ، وأعتق رأسا ورأسين من الرقيق ، وأنا بخير مادام رأسك سالما ، يقال مرادا به الذات أيضا فتح . قال فى البحر : وفى الفتح من كتاب الكفالة : ولم يذكر محمد ما إذا كفل بعينه . قال البلخى : لايصح كما فى الطلاق إلا أن ينوى به البدن والذى يجب أن يصح فى الكفالة والطلاق إذ العين مما يعبر به عن الكل ، يقال عين القوم ، وهو عين فى الناس ، ولعله لم يكن معروفا فى زمانهم أما فى زماننا فلا شك فى ذلك اهـ (قوله وكذا الاست الخ) قال فى البحر : فالاست وإن كان مرادفا للدبر لايلزم

والدم على المختار خلاصة (أو) أضافه (إلى جزء شائع منها) كنصفها وثلثها إلى عشرها (وقع) لعدم تجزيه ؛ ولو قال نصفك الأعلى طالق واحدة ونصفك الأسفل ثنتين وقعت ببخارى ، فأفتى بعضهم بطلقة ، وبعضهم بثلاث عملا بالإضافتين خلاصة .

مساواتهما فى الحكم ، لأن الاعتبار هنا لكون اللفظ يعبر به عن الكل ، ألا ترى أن البضع مرادف للفرج وليس حكمه هنا كحكمه فى التعبير اهـ ؛

والحاصل أن الاست والفرج يعبر بهما عن الكل فيقع إذا أضيف إليهما ، بخلاف مرادف الأول وهو الدبر ومرادف الثانى وهو البضع فلا يقع لعدم التعبير بهما عن الكل ، ولا يلزم من الترادف المساواة فى الحكم لكن أورد فى الفتح أنه إن كان المعتبر اشتهار التعبير يجب أن لا يقع بالإضافة إلى الفرج : أى لعدم اشتهار التعبير به عن الكل ، وإن كان المعتبر وقوع الاستعمال من بعض أهل اللسان يجب أن يقع فى اليد بلا خلاف لثبوت استعمالها فى الكل فى قوله تعالى — ذلك بما قدمت يداك — أى قدمت ، وقوله صلى الله عليه وسلم « على اليد ما أخذت حتى ترد » اهـ ؛

قلت : قد يجاب بأن المعتبر الأول ، لكن لا يلزم اشتهار التعبير به عن الكل عند جميع الناس بل فى عرف المتكلم فى بلده مثلا ، فيقع بالإضافة إلى اليد إذا اشتهر عنده التعبير بها عن الكل ، ولا يقع بالإضافة إلى الفرج إذا لم يشتهر . ثم رأيت فى كلام الفتح مايفيد ذلك حيث قال : ووقوعه بالإضافة إلى الرأس باعتبار كونه معبرا به عن الكل لا باعتبار نفسه مقتصرا ، ولذا لو قال الزوج عنيت الرأس مقتصرا قال الحلوانى : لا يبعد أن يقال لا يقع لكن ينبغى أن يكون ذلك ديانة ؛ وأما فى القضاء إذا كان التعبير به عن الكل عرفا مشتهرا لا يصدق ، ولو قال عنيت باليد صاحبتها كما أريد ذلك فى الآية والحديث وتعارف قوم التعبير بها عن الكل وقع لأن الطلاق يبنى على العرف ، ولذا لو طلق النبطى بالفارسية يقع ولو تكلم به العربى ولا يدريه لا يقع اهـ فقد قيد الوقوع قضاء فى الإضافة إلى الرأس أو اليد بما إذا كان التعبير به عن الكل متعارفا ، وصرح أيضا بقوله وتعارف قوم التعبير بها أى باليد ، فأفاد أنه عند عدم تعارف ذلك عندهم لا يقع مع أن التعبير بالرأس واليد عن الكل ثابت لغة وشرعا والله تعالى اعلم (قوله والدم) كان المناسب إسقاطه حيث ذكر فى محله فيما سيأتى ، وأما ذكر البضع والدبر هنا فلذكر مرادفهما ح (قوله كنصفها وثلثها إلى عشرها) وكذا لو أضافه إلى جزء من ألف جزء منها كما فى الخانية لأن الجزء الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع وغيره هداية قال ط إلا أنه يتجزأ فى غير الطلاق : وقال شيخى زاده : إنه يقع فى ذلك الجزء ثم يسرى إلى الكل لشيوعه فيقع فى الكل (قوله لعدم تجزيه) علة لقوله أو إلى جزء شائع منها ط . وفيه أنه يلزم منه وقوع الطلاق بالإضافة إلى الأصبع مثلا ، فالمناسب التعليل بما ذكرناه آنفا عن الهداية (قوله ولو قال الخ) أشار به إلى أن تقييد الجزء بالشائع ليس للاحتراز عن المعين لما ذكر من الفرع أفاده فى البحر (قوله وقعت ببخارى) أى ولم يوجد فيها نص عن المتقدمين ولا عن المتأخرين تاترخانية (قوله عملا بالإضافتين) أى لأن الرأس فى النصف الأعلى والفرج فى الأسفل فيصير مضيفا الطلاق إلى رأسها وإلى فرجها ط عن المحيط قال فى البحر : وقد علم به أنه لو اقتصر على أحدهما وقعت واحدة اتفاقا اهـ وهو ممنوع فى الثانى كما هو ظاهر نهر : أى لأن من أوقع واحدة بالإضافتين لم يعتبر كون الفرج فى الثانية ، فإذا اقتصر على الإضافة الثانية فقط كيف يقع بها اتفاقا ، نعم لو اقتصر على الإضافة الأولى يقع اتفاقا .

ثم اعلم أن كلا من القولين مشكل ، لأن النصف الأعلى أو الأسفل ليس جزءا شائعا وهو ظاهر ولا مما يعبر به عن

(وإذا قال الرقبة منك أو الوجه أو وضع يده على الرأس والعنق) أو الوجه (وقال هذا العضو طالق لم يقع فى الأصح) لأنه لم يجعله عبارة عن الكل بل عن البعض ، حتى لو لم يضع يده بل قال هذا الرأس طالق وأشار إلى رأسها وقع فى الأصح ، ولو نوى تخصيص العضو ينبغى أن يدين فتح (كما) لايقع (لو أضافه إلى اليد) إلا بنية المجاز (والرجل والدبر والشعر والأنف والساق والفخذ والظهر والبطن واللسان والأذن والفم والصدر والذقن والسن والريق والعرق) وكذا الثدى والدم جوهرة لأنه لايعبر به عن الجملة ، فلو عبر به قوم عنها وقع ،

الكل ، ووجود الرأس فى الأول والفرج فى الثانى لايصيره معبرا به من الكل ، لأن مامر من أنه يقع بالإضافة إلى جزء يعبر به عن الكل على تقدير مضاف أى اسم جزء كما أفاده فى الفتح وقال فإن نفس الجزء لايتصور التعبير به عن الكل اه . وحينئذ فالموجود فى النصف الأعلى نفس الرأس ، وفى الأسفل نفس الفرج لا اسمهما الذى يعبر به عن الكل ، ولهذا لو وضع يده على رأسها وقال هذا الرأس طالق لاتطلق ح لأن وضع اليد قرينة على إرادة نفس الرأس ، بخلاف ما إذا لم يضعها عليه كما يأتى لأنه يكون بمعنى هذه الذات فليتأمل . (قوله أو الوجه) أى منك ط (قوله بل عن البعض) بقرينة ذكر منك فى الأول ووضع اليد فى الأخير (قوله بل قال هذا الرأس) ومثله فيما يظهر هذا الوجه أو هذه الرقبة . والظاهر أنه هنا لابد من التعبير باسم الرأس ونحوه ، وأنه لو عبر عنه بقوله هذا العضو لم يقع لأن المعبر به عن الكل هو اسم الرأس ونحوه لا اسم العضو ، نظير ماقدمناه آنفا تأمل (قوله وقع فى الأصح) ولهذا لو قال لغيره : بعت منك هذا الرأس بألف درهم وأشار إلى رأس عبده فقال المشترى قبلت جاز البيع بحر عن الخانية (قوله فتح) قدمنا عبارته قبل صفحة (قوله كما لايقع لو أضافه إلى اليد) لأنه لم يشتهر بين الناس التعبير بها عن الكل ، حتى لو اشتهر بين قوم وقع كما قدمناه عن الفتح (قوله إلا بنية المجاز) أى بإطلاق البعض على الكل إذا لم يكن مشتهرا فلو اشتهر بذلك فلا حاجة إلى نية المجاز . وذكر فى الفتح ماحاصله أنه عند الشافعى يقع بإضافته إلى اليد والرجل ونحوهما حقيقة .

وبيان ذلك أن الطلاق محله المرأة لأنها محل النكاح ومحلية أجزائها للنكاح بطريق التبعية فلا يقع الطلاق إلا بالإضافة إلى ذاتها أو إلى جزء شائع منها هو محل للتصرفات أو إلى معين عبر به عن الكل ، حتى لو أريد نفسه لم يقع فالخلاف فى أن مايملك تبعا هل يكون محلا لإضافة الطلاق إليه على حقيقته دون صيرورته عبارة عن الكل ، فعنده نعم ، وعندنا لا وأما على كونه مجازا عن الكل فلا إشكال أنه يقع يدا كان أو رجلا بعد كونه مستعملا لغة اه أى بخلاف نحو الريق والظفر فإنه لايستقيم لإرادة الكل به ط

والحاصل كما فى البحر أن هذه الألفاظ ثلاثة : صريح يقع قضاء بلا نية كالرقبة وكناية لايقع إلا بالنية كاليد ، وماليس صريحا ولا كناية لايقع به وإن نوى كالريق والسن والشعر والظفر والكبد والعرق والقلب (قوله والذقن) قلت : إطلاق الذقن مرادا بها الكل عرف مشتهر الآن ، فإنه يقال : لا أزال بخير مادامت هذه الذقن سالمة فينبغى أن تكون كالرأس (قوله وكذا الثدى والدم جوهرة) أقول : الذى فى الجوهرة : إذا قال دمك فيه روايتان ، الصحيحة منهما يقع لأن الدم يعبر به عن الجملة ، يقال ذهب دمه هدرا اه وهكذا نقل عن الجوهرة فى البحر والنهر . ونقل فى النهر عن الخلاصة تصحيح عدم الوقوع كما هو ظاهر المتون (قوله لأنه لايعبر به) أى بالمذكور من هذه الألفاظ اهـ ط (قوله فلو عبر به قوم) أى بما ذكر ولا خصوص له ، بل لو عبروا بأى عضو كان فهو كذلك ، ذكره أبو السعود عن الدرر . ونقل الحموى عن المحاكمات لجلال زاده مانصه : يجب أن يحتاط فى أمر الطلاق إذا أضيف إلى اليد والرجل باللسان التركى فإنهما فيه يعبر بهما عن الجملة والذات اه ط

وكذا كل ماكان من أسباب الحرمة لاالحل اتفاقا (وجزء الطلقة) ولو من ألف جزء (تطليقة) لعدم التجزي ، فلو زادت الأجزاء، وقع أخرى وهكذا مالم يقل نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة فيقع الثلاث، ولو بلا واو فواحدة .

ولو قال طلقة ونصفها فثنتان على المختار جوهرة ، وكذا لو كان مكان السدس ربعا فثنتان على المختار ، وقيل

(قوله وكذا الخ) أصل هذا في الفتح حيث ذكر أن مالايعبربه عن الجملة كاليدوالرجل والإصبع والدبر لايقع الطلاق بإضافته إليه خلافا لزفر الشافعي ومالك وأحمد . ولا خلاف أنه بالإضافة إلى الشعر والظفر والسن والريق والعرق لايقع . ثم قال : والعتاق والظهار والإيلاء وكل سبب من أسباب الحرمة على هذا الخلاف ؛ فلو ظاهر أو آلى أو أعتق أصبعها لايصح عندنا ويصح عندهم ، وكذا العفو عن القصاص ، وماكان من أسباب الحل كالنكاح لايصح إضافته إلى الجزء المعين الذى لايعبر به عن الكل بلا خلاف اه .

قلت : ولم يعلم منه حكم الإضافة إلى جزء شائع أو مايعبر به عن الكل في النكاح، وتقدم هناك قوله ولا ينعقد بتزوجت نصفك في الأصح احتياطا خانية، بل لابد أن يضيفه إلى كلها أو مايعبر به عن الكل ومنه الظهر والبطن على الأشبه ذخيرة ورجحوا في الطلاق خلافه فيحتاج للفرق اه وقدمنا الكلام على ذلك وأن من اختار صحة النكاح بالإضافة إلى الظهر والبطن اختار الوقوع في الطلاق ، ومن اختار عدم الصحة في النكاح اختار عدم الوقوع فلا حاجة إلى الفرق (قوله ولو من ألف جزء) بأن يقول : أنت طالق جزءا من ألف جزء من طلقة ط (قوله لعدم التجزي) أي في الطلاق ، فذكر جزئه كذكر كله صونا لكلام العاقل عن الإلغاء ، ولذا جعل الشارع العفو عن بعض القصاص عفوا عن كله نهر . وعلى هذا لو قال : أنت طالق طلقة وربعا أو نصفا طلقت طلقتين جوهرة (قوله فلو زادت الأجزاء) أي مع الإضافة إلى الضمير كأنت طالق نصف طلقة وثلثها وربعها فقد زادت الأجزاء على الواحدة بنصف السدس فتقع به طلقة أخرى ط (قوله وهكذا) يعني لو زادت الأجزاء على الطلقتين وقع ثلاث ، نحو : أنت طالق ثلثي طلقة وثلاثة أرباعها وأربعة أخماسها ح . قال في فتح القدير إلا أن الأصح في اتحاد المرجع وإن زادت أجزاء واحدة أن تقع واحدة لأنه أضاف الأجزاء إلى واحدة نص عليه في المبسوط ، والأول هو المختار عند جماعة من المشايخ اه .

قال في البحر : وعلى الأصح لو قال أنت طالق واحدة ونصفها تقع واحدة كما في الذخيرة ، بخلاف واحدة ونصفا اه وما في الذخيرة عزاه في الهندية إلى المحيط والبدائع ، لكن الذى رأيته في البدائع : ولو تجاوز العدد عن واحدة لم يذكر هذا في ظاهر الرواية . واختلف المشايخ فيه قال بعضهم : تقع تطليقتان ، وقال بعضهم واحدة اه (قوله فيقع الثلاث) لأن المنكر إذا أعيد منكرا كان الثاني غير الأول فيتكامل كل جزء بخلاف ماإذا قال نصف تطليقة وثلثها وسدسها حيث تقع واحدة ، لأن الثاني والثالث عين الأول ؛ وهذا في المدخول بها أما غيرها فلا يقع إلا واحدة في الصور كلها بحر (قوله ولو بلا واو فواحدة) أي بأن قال : نصف طلقة ، ثلث طلقة سدس طلقة لدلالة حذف العاطف على أن هذه الأجزاء من طلقة واحدة وأن الثاني بدل من الأول والثالث بدل من الثاني والبدل هو المبدل منه أو بعضه (قوله على المختار) أي عند جماعة من المشايخ وقد علمت عن المبسوط أن الأصح خلافه عند اتحاد المرجع وأنه جرى عليه في الذخيرة والمحيط (قوله وكذا لو كان مكان السدس ربعا الخ) نص عبارة القهستاني نقلا عن المحيط : لو قال نصف تطليقة وثلث تطليقة وربع تطليقة فثنتان على المختار ، وقيل واحدة، ولو كان مكان الربع سدسا فثلاث ، وقيل واحدة اه والظاهر أنه سبق قلم من القهستاني ، فإنه في الثانية

واحدة قهستانى ، وسيجىء أن استثناء بعض التطايق لغو بخلاف إيقاعه (و) يقع بقوله (من واحدة إلى ثنتين أو مابين واحدة إلى ثنتين ، واحدة) بقوله من واحدة أو مابين واحدة (إلى ثلاث ثنتان) الأصل فيا أصله الحظر دخول الغاية الأولى فقط عند الإمام ، وفيا مرجعه الإباحة كخذ من مالى من مائة إلى ألف الغايتين اتفاقا (و) يقع (بثلاثة أنصاف طلقتين ثلاثة) وقيل ثنتان (وبثلاثة أنصاف طلقة

لم تزد الأجزاء على الواحدة وجعل الواقع فيها ثلاثا ، وفى الأولى زادت وجعل الواقع ثنتين مع أنه يجب أن يكون الواقع ثلاثا فى الصورتين لأن اعتبار الأجزاء إنما هو عند اتحاد المرجع ؛ أما عند الاتيان بالاسم النكرة فيعتبر كل جزء بطلقة كما تقدم . على أن عبارة المحيط كما نقله ط عن الهندية ، هكذا لو قال : أنت طالق نصف تطليقة وثلث تطليقة وسدس تطليقة يقع ثلاث ، لأنه أضاف كل جزء إلى تطليقة منكرة والنكرة إذا كررت كانت الثانية غير الأولى ؛ ولو قال نصف تطليقة وثلثها وسدسها يقع واحدة ، فإن جاوز مجموع الأجزاء تطليقة بأن قال : نصف تطليقة وثلثها وربعها ، قيل تقع واحدة ، وقيل ثنتان وهو المختار ، كذا فى محيط السرخسى ، وهو الصحيح كذا فى الظهيرية اه : وقدمنا عن الفتح أنه فى المبسوط صحح وقوع الواحدة ، وعلى كل فموضوع الخلاف هو الإضافة إلى الضمير لاإلى الاسم المنكر ، لكن رأيت فى التاترخانية عن المحيط مانصه : وذكر الصدر الشهيد فى واقعاته : إذا قال لها أنت طالق نصف تطليقة وثلث تطليقة وربع تطليقة تقع ثنتان هو اختار ، فعلى قياس ماذكر الصدر الشهيد ينبغى فى قوله أنت طالق نصف تطليقة وثلث تطليقة وسدس تطليقة تقع تطليقة واحدة اه وهذا أقل إشكالا ، وكأنه مبنى على اعتبار الأجزاء فى الإضافة إلى الاسم النكرة أيضا كالاضافة إلى الضمير ، لكنه خلاف ماجزم به فى البدائع والفتح والنهر من الفرق بينهما (قوله وسيجىء) أى متنا فى آخر التعليق حيث قال إخراج بعض التطليق لغو ، بخلاف إيقاعه ، فلو قال : أنت طالق ثلاثا إلا نصف تطليقة وقع الثلاث فى المختار اه قال فى الفتح : وقيل على قول أبى يوسف ثنتان ، لأن التطليق لايتجزأ فى الإيقاع فكذا فى الاستثناء فكأنه قال إلا واحدة (قوله بخلاف إيقاعه) أى إيقاع البعض وهو ماذكره هنا (قوله ويقع الخ) كان الأولى بالمصنف تأخير هذه المسألة عما بعدها كما فعل فى الهداية والكنز ليقع الكلام على الأجزاء متصلا (قوله فيا أصله الحظر) أى بأن لايباح إلا لدفع الحاجة كالطلاق (قوله عند الامام) وقالا بدخول الغايتين ، فيقع فى الأولى ثنتان ، وفى الثانية ثلاث . وقال زفر لايقع فى الأولى شىء ، ويقع فى الثانية واحدة وهو القياس ، لعدم دخول الغايتين فى المحدود كبعتك من هذا الحائط إلى هذا الحائط ، وقول الثلاثة استحسان بالعرف ، وهو أن هذا الكلام متى ذكر فى العرف وكان بين الغايتين عدد يراد به الأكثر من الأقل والأقل من الأكثر كقولك سنى من ستين إلى سبعين أى أكثر من ستين وأقل من سبعين ؛ ففى نحو : طالق من واحدة إلى ثنتين انتفى ذلك العرف عند الامام فوجب إعمال طالق فوقع به واحدة ، ويدخل الكل فيا أصله الاباحة كخذ من مالى من دراهم إلى درهمين ، أما ما أصله الحظر فلا ، فإن حظره قرينة على عدم إرادة الكل إلا أن الغاية الأولى دخلت ضرورة إذ لابد من وجودها ليترتب عليها الطلقة الثانية ، إذ لاثانية بلا أولى بخلاف الغاية الثانية وهى ثلاث فإنه يصح وقوع الثانية بلا ثالثة ، أما فى صورة من واحدة إلى ثنتين فلا حاجة إلى إدخالها لعدم الضرورة المذكورة ، وتمام تقريره فى الفتح (قوله الغايتين) أى دخول الغايتين ، فله أخذ الكل أى الألف فى المثال المذكور كما أفاده فى البحر فافهم (قوله ثلاثة الخ) لأن نصف التطليقتين واحدة ، فثلاثة أنصاف تطليقتين ثلاث تطليقات ضرورة نهر (قوله وقيل ثنتان) لأن التطليقتين إذا نصفتا كانت أربعة أنصاف ، فثلاثة منها طلقة ونصف فتكمل تطليقتين . وأجيب بأن هذا التوهم منشؤه اشتباه

أو نصفى طلقتين طلقتان، وقيل يقع ثلاث) والأول أصح (وبواحدة فى ثنتين واحدة إن لم ينو أو نوى الضرب) لأنه يكثر الأجزاء لا الأفراد (وإن نوى واحدة وثنتين فثلاث) لو مدخولا بها .

(وفى غير الموطوءة واحدة ك) قوله لها (واحدة وثنتين) لأنه لم يبق للثنتين محل (وإن نوى مع الثنتين فثلاث) مطلقا (و) يقع (بثنتين) فى ثنتين ولو (بنية الضرب ثنتان) لما مر ، ولو نوى معنى الواو أو مع فكما مر (و) بقوله (من هنا إلى الشام واحدة رجعية) ما لم يصفها بطول أو كبر فبائنة (و) أنت طالق (بمكة أو فى مكة أو فى

قولنا نصفا تطليقتين ونصفنا كلا من تطليقتين ، والثانى هو الموجب للأربعة أنصاف ، واللفظ وإن كان يحتمله ولذا لو نواه دين لكنه خلاف الظاهر نهر . قال فى الفتح : لأن الظاهر هو أن نصف التطليقتين تطليقة لانصفا تطليقتين (قوله أو نصفى طلقتين) وكذا نصف ثلاث تطليقات ، ولو قال نصف تطليقتين فواحدة ، أو نصفى ثلاث تطليقات فثلاث بحر (قوله طلقتان) لأنها طلقة ونصف فيتكامل النصف ؛ وفى نصفى طلقتين يتكامل كل نصف فيحصل طلقتان .

قلت : وينبغى أن يكون أربعة أثلاث طلقة وخمسة أرباع طلقة مثل ثلاث أنصاف طلقة تأمل (قوله وقيل يقع ثلاث) لأن كل نصف يتكامل فى نفسه فتصير ثلاثا (قوله والأول أصح) قال فى البحر ، وهو المنقول فى الجامع الصغير ، واختاره الناطفى ، وصححه العتابى اه . ثم ذكر للتنصيف اثنتى عشرة صورة وذكر أحكامها فراجعه (قوله لأنه يكثر الأجزاء الخ) أى أن الضرب يؤثر فى تكثير أجزاء المضروب لافى زيادة العدد، والطلقة التى جعل لها أجزاء كثيرة لاتزيد على طلقة، ولو زاد فى العدد لم يبق فى الدنيا فقير لأنه يضرب درهمه فى مائة فيصير مائة ثم المائة فى ألف فتصير مائة ألف . وقال زفر والحسن بن زياد والأئمة الثلاثة، يقع ثنتان، لأن عرف أهل الحساب فيه تضعيف أحد العددين بعدد الآخر ، ورجحه فى الفتح بأن العرف لايمنع والفرض أنه تكلم بعرفهم وأراده فصار كما لو أوقع بلغة أخرى فارسية أو غيرها وهو يدريها ، والإلزام بأنه لو كان كذلك لم يبق فى الدنيا فقير غير لازم ، لأن ضرب درهمه فى مائة، إن كان إخبارا كقوله عندى درهم فى مائة فهو كذب ، وإن كان إنشاء كجعلته فى مائة لايمكن لأنه لاينجعل بقوله ذلك ، واختاره أيضا فى غاية البيان .

وما أجاب به فى البحر من أن قوله فى ثنتين ظرف حقيقة وهو لايصلح له ، وإذا لم يكن صالحا لم يعتبر فيه العرف ولا النية ، كما لو نوى بقوله اسقنى الماء الطلاق فإنه لايقع ، رده المقدسى بأن اللفظ صريح : أى حقيقة عرفية لأهل الحساب صريح فى معناه العرفى ، وكذا رده فى النهر والمنح : قال الرحمتى : فتزاد هذه المسألة على المسائل المفتى بها بقول زفر اه أى لأن المحقق ابن الهمام من أهل الترجيح كما اعترف به صاحب البحر فى كتاب القضاء (قوله فثلاث) لأنه يحتمله كلامه ، فإن الواو للجمع والظرف يجمع المظروف ، فصح أن يراد به معنى الواو بحر ، وفيه تشديد على نفسه نهر (قوله لو مدخولا بها) أى ولو حكما ليشمل المختلى بها ، فإن الطلاق فى العدة يلحقها احتياطا وهو الأقرب للصواب كما تقدم فى أحكام الخلوة من باب المهر ، وبسطنا الكلام عليه هناك (قوله كقوله لها) أى لغير الموطوءة أنت طالق واحدة وثنتين فإنها تبين بقوله واحدة لا إلى عدة فلا يلحقها مابعدها (قوله فثلاث) لأن إرادة معنى مع ثابت كقوله تعالى - ويتجاوز عن سيآتهم فى أصحاب الجنة - فصار كما إذا قال لها أنت طالق واحدة مع ثنتين، أفاده فى البحر (قوله مطلقا) أى مدخولا بها أولا ح (قوله لما مر) أى من قوله لأنه يكثر الأجزاء لا الافراد ح (قوله فكما مر) أى فيقع فى صورة معنى الواو ثلاث فى المدخول بها وثنتان فى غيرها وفى صورة معنى مع ثلاث مطلقا ح (قوله واحدة رجعية) لأنه وصفه بالقصر لأنه متى وقع فى مكان وقع فى كل الأماكن،

الدار أو الظل أو الشمس أو ثوب كذا تنجيز) يقع للحال (كقوله أنت طالق مريضة أو مصلية) أو وأنت مريضة أو وأنت تصلين (ويصدق) فى الكل (ديانة) لاقضاء (لو قال عنيت إذا) دخلت أو إذا (لبست أو إذا مرضت) ونحو ذلك ، فيتعلق به كقوله : إلى سنة أو إلى رأس الشهر أو الشتاء .

(وإذا دخلت مكة تعليق) وكذا فى دخولك الدار أو فى لبسك ثوب كذا أو فى صلاتك ونحو ذلك ، لأن الظرف يشبه الشرط ، ولو قال لدخولك أو لحيضك تنجيز ؛ ولو بالباء تعلق ؛ وفى حيضك وهى حائض فحتى

فتخصيصه بالشام تقصير بالنسبة إلى ماوراءه ثم لايحتمل القصر حقيقة ، فكان قصر حكمه وهو بالرجعى وطوله بالبائن ، ولأنه لم يصفها بعظم ولا كبر بل مدها إلى مكان وهو لايحتمله ، فلم يثبت به زيادة شدة نهر (قوله أو ثوب كذا) أى وعليها ثوب غيره نهر (قوله يقع للحال) تفسير لقوله تنجيز ، وذلك لأن الطلاق الذى هو رفع القيد الشرعى معدوم فى الحال ، وقد جعل الشارع لمن أراده أن يعلق وجوده بوجود أمر معدوم يوجد الطلاق عند وجوده والأفعال والزمان هما الصالحان لذلك ، لأن كلامنهما معدوم فى الحال ثم يوجد ، بخلاف المكان الذى هو عين ثابتة فإنه لايتصور الإناطة به ، وتمامه فى الفتح (قوله لاقضاء) لما فيه من التخفيف على نفسه بحر (قوله فيتعلق) عطف على قوله ويصدق ، وقوله به : أى بالشرط المذكور فى الصور ط (قوله كقوله إلى سنة الخ) فى التاترخانية عن المحيط : ولو قال أنت طالق إلى الليل أو إلى شهر أو إلى سنة أو إلى الصيف أو إلى الشتاء أو إلى الربيع أو إلى الخريف فهو على ثلاثة أوجه : إما أن ينوى الوقوع بعد الوقت المضاف إليه فيقع الطلاق بعد مضيه ، أو ينوى الوقوع ويجعل الوقت للامتداد فيقع للحال ، أولا تكون له نية أصلا فيقع بعد الوقت عندنا ، وللحال عند زفر . قاسه على ما إذا جعل الغاية مكانا كإلى مكة أو إلى بغداد فإنه تبطل الغاية ويقع للحال اهـ (قوله تعليق) لوجود حقيقته بحر (قوله وكذا الخ) أى فيتعلق بالفعل فلا تطلق حتى تفعل بحر (قوله أو فى صلاتك) ولا تطلق حتى تركع وتسجد ، وقيل حتى ترفع رأسها من السجدة ، وقيل حتى توجد القعدة تاترخانية (قوله ونحو ذلك) كقوله فى مرضك أو وجعك فإنه لافرق بين الفعل الاختيارى وغيره كما فى البحر ط (قوله لأن الظرف يشبه الشرط) من حيث أن المظروف لايوجد بدون الظرف كالمشروط لايوجد بدون الشرط ، فيحمل عليه عند تعذر معناه أعنى الظرف نهر (قوله تنجيز) الأولى تنجز على أنه فعل ماض جواب لو كما قال بعده تعلق بصيغة الفعل ، وإنما تنجز لأنه أوقع الطلاق للحال ، وعلله بما ذكر فيقع سواء وجد الدخول أو الحيض أولا رحمتى : قلت : وينبغى أن يتعلق لو نوى باللام التوقيت كما فى — أقم الصلاة لدلوك الشمس — (قوله ولو بالباء تعلق) لأنها للإلصاق ، وقد أوقع عليها طلاقا ملصقا بما ذكر فلا يقع إلا به رحمتى (قوله وفى حيضك الخ) قال فى البدائع : وإذا قال أنت طالق فى حيضك أو مع حيضك فحين رأت الدم تطلق بشرط أن يستمر ثلاثة أيام ، لأن كلمة فى للظرف والحيض لايصلح ظرفا فيجعل شرطا وكلمة مع للمقارنة ، فإذا استمر ثلاثا تبين أنه كان حيضا من حين وجوده فيقع من ذلك الوقت ، ولو قال : فى حيضتك فما لم تحض وتطهر لاتطلق ، لأن الحيضة اسم للكامل وذلك باتصال الطهر بها ، ولو كانت حائضا فى هذه الفصول كلها لايقع مالم تطهر وتحيض أخرى ، لأنه جعل الحيض شرطا للوقوع والشرط مايكون معدوما على خطر الوجود وهو الحيض المستقبل لا الموجود فى الحال اهـ .

قلت : وينبغى الوقوع لو نوى فى مدة حيضك الموجود تأمل .

وفى الجوهرة : ولو قال لها وهى حائض إذا حضت فهو على حيض مستقبل ، فإن عنى مايحدث من هذا الحيض فهكذا نوى لأنه يحدث حالا فحالا ، بخلاف قوله للحبلى إذا حبلت ونوى هذا الحبل لايحنث لأنه ليس له أجزاء متفرقة اهـ

تحيض أخرى ، وفى حيضتك فحتى تحيض وتطهر ، وفى ثلاثة أيام تنجتز ، وفى مجئ ثلاثة أيام تعلق بمجئ الثالث سوى يوم حلفه ، لأن الشروط تعتبر فى المستقبل ، ويوم القيامة لغو ، وقبله تنجيز .

وفى طالق تطليقة حسنة فى دخولك الدار إن رفع حسنة تنجز وإن نصبها تعلق .

وسأل الكسائى محمدا عمن قال لامرأته :

فإن ترفقى ياهند فالرفق أيمن ... وإن تخرقى ياهند فالخرق أشأم

وفى الخانية : قال لحائض إذا حضت فأنت طالق فهو على حيض مستقبل ، ولو قال لها : إذا حضت غدا فهو على دوام ذلك الحيض إلى فجر الغد ، لأنه لا يتصور حدوث حيضة فى الغد فيحمل على الدوام ، وكذا إذا مرضت وهى مريضة بخلاف قوله للصحيحة إذا صححت فيقع كما سكت ، لأن الصحة أمر يمتد فلدوامه حكم الابتداء ، كقوله للقائم إذا قمت ، وللقاعد إذا قعدت ، وللمملوك إذا ملكتك ، والحيض والمرض وإن كان يمتد إلا أن الشرع لما علق بالجملة أحكاما لاتتعلق بكل جزء منه فقد جعل الكل شيئا واحدا اهـ (قوله وفى ثلاثة أيام تنجيز) لأن الوقت يصلح ظرفا لكونها طالقا ، ومتى طلقت فى وقت طلقت فى سائر الأوقات بحر (قوله بمجىء الثالث) لأن المجيء فعل فلم يصح ظرفا فصار شرطا بحر (قوله لأن الشروط تعتبر فى المستقبل) علة لقوله سوى يوم حلفه ، فإن مجيء اليوم عبارة عن مجيء أول جزئه ، يقال جاء يوم الجمعة كما طلع الفجر واليوم الأول قد مضى أول جزئه ، أفاده فى البحر . ومفاده أن هذا فيما لو حلف نهارا .

وفى التاترخانية : ولو قال فى الليل أنت طالق فى مجيء ثلاثة أيام طلقت كما طلع الفجر من اليوم الثالث ، ولو قال فى مضى ثلاثة أيام إن قال ذلك ليلا طلقت بغروب شمس الثالث ، هكذا فى بعض نسخ الجامع ، وفى بعضها لاتطلق حتى تجيء ساعة حلفه من الليلة الرابعة ، وهكذا ذكره القدورى اهـ (قوله لغو) لأن التكاليف رفعت فيه ، وإنما لم يتنجز لأنه جعل الوقوع فى زمان معين والزمان يصلح للإيقاع إلا أنه منع مانع من إيقاعه فيه ط (قوله وقبله تنجيز) لأن القبلية ظرف متسع فيصدق بحين التكلم ط (قوله إن رفع الخ) الفرق أنه على الرفع يكون نعتا للمرأة فكان فاصلا ، وعلى النصب يكون نعتا للتطليقة ، فلم يكن فاصلا نهر عن المحيط : أى وإذا لم يكن فاصل أجنبي لم يكن قوله فى دخولك مستأنفا بل يتعلق بطالق فيتقيد به (قوله وسأل الكسائى محمدا الخ) أشار به إلى رد ماذكره ابن هشام فى المغنى من الباب الأول من بحث اللام : أنه كتب الرشيد إلى أبى يوسف يسأله عن ذلك ، فقال هذه مسألة نحوية فقهية ولا آمن من الخطأ إن قلت فيها ، فسألت الكسائى فقال : إن رفع ثلاثا طلقت واحدة لأنه قال أنت طلاق ثم أخبر أن الطلاق التام ثلاث ، وإن نصبها طلقت ثلاثا لأن معناه أنت طالق ثلاثا ، وما بينهما جملة معترضة اهـ ملخصا .

قال فى الفتح : وهو بعد كونه غلطا بعيد عن معرفة مقام الاجتهاد ، فإن من شرطه معرفة العربية وأساليبها ، لأن الاجتهاد يقع فى الأدلة السمعية العربية . والذى نقله أهل الثبت من هذه المسألة عن قرأ الفتوى حين وصلت خلافه ، وأن المرسل الكسائى إلى محمد بن الحسن ، ولا دخل لأبى يوسف أصلا ولا للرشيد ، ولمقام أبى يوسف أجل من أن يحتاج فى مثل هذا التركيب مع إمامته واجتهاده وبراعته فى التصرفات من مقتضيات الألفاظ :

ففى المبسوط : ذكر ابن سماعة أن الكسائى بعث إلى محمد بفتوى فدفعها إلى فقرأتها عليه ، فكتب فى جوابه ماتقدم ، فاستحسن الكسائى جوابه اهـ . وذكر ح عن حاشية المغنى للجلال السيوطى أن هذا هو المروى فى تاريخ الخطيب البغدادى (قوله فإن ترفقى الخ) بعد هذين البيتين بيت ثالث وهو قوله :

فأنت طلاق والطلاق عزيمة   ثلاث ومن يخرق أعق وأظلم

كم يقع ؟ فقال : إن رفع ثلاثا فواحدة ، وإن نصبها فثلاث ، وتمامه فى المغنى وفيما علقناه على الملتقى (و) قوله (أنت طالق غدا أو فى غد يقع عند) طلوع (الصبح ، وصح فى الثانى نية العصر) أى آخر النهار (قضاء وصدق

فبينى بها إن كنت غير رفيقة   وما لامرئ بعد الثلاث مقدم

قال فى النهر : وفى شرح الشواهد للجلال : الرفق ضد العنف ، يقال رفق بفتح الفاء يرفق بضمها . والخرق : بالضم وسكون الراء الاسم ؛ من خرق بالكسر يخرق بالفتح خرقا بفتح الخاء والراء : وهو ضد الرفق . وفى القاموس أن ماضيه بالكسر كفرح وبالضم ككرم . وأيمن من اليمن : وهو البركة ، وأشأم من الشؤم : وهو ضد اليمن . وذكر ابن يعيش أن فى البيت الثانى حذف الفاء والمبتدإ ، أى فهو أعق وإن تعليلية واللام مقدرة : أى لأجل كونك غير رفيقة . والمقدم مصدر ميمى من قدم بمعنى تقدم : أى ليس لأحد تقدم إلى العشرة والألفة بعد تمام الثلاث ، إذ بها تمام الفرقة اهـ .

مطلب فى قول الشاعر فأنت طلاق والطلاق عزيمة

(قوله فأنت طلاق) يقال فيه ماقيل فى زيد عدل ط (قوله والطلاق عزيمة) أى معزوم عليه ليس بلغو ولا لعب نهر (قوله وتمامه فى المغنى) حيث قال : أقول : إن الصواب أن كلا من الرفع والنصب محتمل لوقوع الثلاث والواحدة ، أما الرفع فلأن أل فى والطلاق إما لمجاز الجنس كزيد الرجل : أى هو الرجل المعتدّ به ، وإما للعهد الذكرى أى وهذا الطلاق المذكور عزيمة ثلاث ، فعلى العهدية تقع الثلاث ، وعلى الجنسية تقع واحدة . وأما النصب فإنه يحتمل أن يكون على المفعول المطلق فيقتضى وقوع الثلاث ، إذ المعنى فأنت طالق طلاقا ثلاثا ثم اعترض بينهما بقوله : والطلاق عزيمة وأن يكون حالا من المستتر فى عزيمة وحينئذ لايلزم وقوع الثلاث ، لأن المعنى والطلاق عزيمة إذا كان ثلاثا بل يقع مانواه ، هذا مايقتضيه اللفظ . والذى أراده الشاعر الثلاث لقوله فبينى بها الخ اهـ .

وذكر فى الفتح أن الظاهر فى النصب المفعول المطلق ، وفى الرفع العهد الذكرى فيقع الثلاث ، ولذا ظهر من الشاعر أنه أراده .

مطلب فى إضافة الطلاق إلى الزمان

(قوله وبقوله أنت الخ) هذا عقد له فى الهداية وغيرها فصلا فى إضافة الطلاق إلى الزمان (قوله يقع عند طلوع الصبح) أى الفجر الصادق لاالكاذب ، ولكونه أخص من الفجر عبر به . ووجه الوقوع عند طلوعه أنه وصفها بالطلاق فى جميع الغد فيتعين الجزء الأول لعدم المزاحم بحر (قوله وصح فى الثانى نية العصر) لأنه وصفها به فى جزء منه بحر (قوله أى آخر النهار) تفسير مراد : والظاهر أنه لو أراد وقت الضحوة أو الزوال صدق كذلك ط (قوله قضاء) وقالا : لاتصح كالأول ، ولا خلاف فى صحتها فيهما ديانة . والفرق له عموم معلقها بدخولها مقدرة لاملفوظا بها للفرق لغة بين صمت سنة وفى سنة . وشرعا بين لأصومن عمرى حيث لايبر إلا بصوم كله وفى عمرى حيث يبر بساعة ، وبين قوله إن صمت شهرا فعبده حر حيث يقع على صوم جميعه ، بخلاف إن صمت فى هذا الشهر حيث يقع على صوم ساعة منه كما فى المحيط ، فنية جزء من الزمان مع ذكرها نية الحقيقة ومع حذفها نية تخصيص العام فلا يصدق قضاء ، وهذا بخلاف ما لايتجزأ الزمان فى حقه فإنه لافرق فيه بين الحذف والإثبات كصمت يوم الجمعة أو فى يومها ، وتمامه فى البحر والنهر .

فيهما ديانة) ومثله أنت طالق شعبان أو فى شعبان (وفى أنت طالق اليوم غدا أو غدا اليوم اعتبر اللفظ الأول) ولو عطف بالواو يقع فى الأول واحدة وفى الثانى ثنتان ، كقوله : أنت طالق بالليل والنهار أو أول النهار وآخره وعكسه ، أو اليوم ورأس الشهر ، والأصل أنه متى أضاف الطلاق لوقتين كائن ومستقبل بحرف عطف ، فإن بدأ بالكائن اتحد أو بالمستقبل تعدد ، وفى أنت طالق اليوم وإذا جاء غد أو أنت طالق لا بل غدا طلقت واحدة للحال وأخرى فى الغد (أنت طالق واحدة أولا أو مع موتى أو مع موتك لغو) أما الأول فلحرف الشك ، وأما

قلت : وكذا لافرق بينهما فيما يتجزأ زمانه مع العلم بعدم شموله مثل أكلت يوم الجمعة أو فى يومها (قوله أو فى شعبان) فإذا لم تكن له نية طلقت حين تغيب الشمس من آخر يوم من رجب وإن نوى آخر شعبان فهو على الخلاف فتح (قوله اعتبر اللفظ الأول) فيقع فى اليوم فى الأول وفى غد فى الثانى لأنه بذكره اللفظ الأول ثبت حكمه تنجيزا فى الأول وتعليقا فى الثانى ، فلا يحتمل التغيير بذكر الثانى ، لأن المنجز لايقبل التعليق ولا المعلق التنجيز نهر (قوله ولو عطف الخ) قال فى التبيين لأن المعطوف غير المعطوف عليه غير أنه لاحاجة لنا إلى إيقاع الأخرى فى الأولى لإمكان وصفها غدا بطلاق واقع عليها اليوم ولايمكن ذلك فى الثانية فيقعان اهـ ح (قوله كقوله أنت طالق بالليل والنهار) أى فإنه يقع واحدة إذا كانت هذه المقالة فى الليل ، وكذا أول النهار وآخره إن كانت هذه المقالة فى أول النهار ح (قوله وعكسه) بالجر عطف على مدخول الكاف ، يعنى إذا قال أنت طالق بالنهار والليل أو آخر النهار وأوله طلقت ثنتين إذا كانت هذه المقالة بالليل فى أول النهار أيضا ، فلو كانت هذه المقالة بالنهار أو آخر النهار انعكس الحكم فى الكل كما فى البحر ح .

قلت : وهذا إذا لم يصرح فى المعطوف بلفظ فى لما فى الذخيرة ؛ ولو قال ليلا : أنت طالق فى ليلك وفى نهارك أو قال نهارا : أنت طالق فى نهارك وفى ليلك طلقت فى كل وقت تطليقة ، فإن نوى واحدة دين لأنه يحتمله لفظه بحمل لفظ « فى » على معنى مع (قوله أو اليوم ورأس الشهر) أى فيقع واحدة ، ولو قال : رأس الشهر واليوم فثنتان فكان الأولى تقديمه على قوله وعكسه كما لايخفى (قوله كائن ومستقبل) كاليوم وغدا ، وأما الماضى والكائن كأمس واليوم ففيه كلام يأتى قريبا فى الشرح . وفى الخانية : قال لها فى وسط النهار أنت طالق أول هذا اليوم وآخره فهى واحدة ، ولو عكس فثنتان ، لأن الطلاق الواقع فى آخر اليوم لايكون واقعا فى أوله فيقع طلاقان (قوله اتحد) لأنها إذا طلقت اليوم تكون طالقا فى غد فلا حاجة إلى التعدد ، لكن فى البحر عن الخانية : أنت طالق اليوم وبعد غد طلقت ثنتين فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ، ولعل وجهه أن اليوم وغدا بمنزلة وقت واحد لدخول الليل فيه ، بخلاف وبعد غد فهما كوقتين ، لأن تركه يوما من البين قرينة على إرادته تطليقا آخر فى بعد الغد كما يأتى قريبا مايؤيده ، لكن يشكل عليه وقوع الواحدة فى اليوم ورأس الشهر ، إلا أن يجاب بأن المراد ما إذا كان الحلف فى آخر اليوم من الشهر فلا يوجد فاصل تأمل (قوله طلقت واحدة للحال وأخرى فى الغد) أما فى قوله أنت طالق اليوم وإذا جاء غد فلأن المجىء شرط معطوف على الإيقاع والمعطوف غير المعطوف عليه ، والموقع للحال لايكون متعلقا بشرط ، فلابد وأن يكون المتعلق تطليقة أخرى ، فإن لم يذكر الواو لاتطلق إلا بطلوع الفجر فتوقف المنجز لاتصال مغير الأول بالآخر كذا فى البحر . وأما فى قوله :أنت طالق لا بل غدا فلأنه أراد بالإضراب إبطال المنجز ولا يمكنه إبطاله ويقع بقوله بل غدا أخرى ح (قوله فلحرف الشك) هذا قول الإمام والثانى آخرا . وقال محمد : والثانى أولا تطلق رجعية لأنه أدخل الشك فى الواحدة فبقى قوله أنت طالق : ولهما أن الوصف متى قرن بذكر العدد كان الوقوع بالعدد ، بدليل ماأجمعوا عليه من أنه لو قال لغير المدخول بها

الثانى فلإضافته لحالة منافية للإيقاع أو الوقوع (كذا أنت طالق قبل أن أتزوجك أو أمس و) قد (نكحها اليوم) ولو نكحها قبل أمس وقع الآن ، لأن الإنشاء فى الماضى إنشاء فى الحال ؛ ولو قال أمس واليوم تعدد ، وبعكسه اتحد ، وقيل بعكسه (أو أنت طالق قبل أن أطلق أو قبل أن تخلق أو طلقتك وأنا صبى أو نائم) أو مجنون وكان معهودا كان لغوا (بخلاف) قوله (أنت حر قبل أن أشتريك أو أنت حر أمس وقد اشتراه اليوم فإنه يعتق، كما) يعتق (لو أقر لعبد ثم اشتراه) لإقراره بحريته (أنت طالق قبل موتى بشهرين أو أكثر ومات قبل مضى شهرين لم تطلق) لانتفاء الشرط (وإن مات بعده طلقت

أنت طالق ثلاثا وقعن ، ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلاث نهر ، وقيد بالعدد ، لأنه لو قال أنت طالق أولا لايقع فى قولهم لأنه أدخل الشك فى الإيقاع ، وكذا أنت طالق إلا لأنه استثناء ؛ وكذا أنت طالق إن كان أو إن لم يكن أو لولا لأنه شرط والإيقاع إذا لحقه استثناء أو شرط لم يبق إيقاعا بحر ، وتمام فروع المسألة فيه (قوله لحالة منافية للإيقاع أو الوقوع) نشر مرتب ح أى لأن موته مناف لإيقاع الطلاق منه وموتها مناف لوقوعه عليها (قوله كذا أنت طالق الخ) لأنه أسند الطلاق إلى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فكان حاصله إنكار الطلاق فيلغو ، ولأنه حين تعذر تصحيحه إنشاء أمكن تصحيحه إخبارا عن عدم النكاح : أى طالق أمس عن قيد النكاح إذ لم تنكحى بعد أو عن طلاق كان لها إن كان اه فتح ، وقيد بكونه لم يعلقه بالتزوج لأنه لو علقه به كأنت طالق قبل أن أتزوجك إذا تزوجتك أو أنت طالق إذا تزوجتك قبل أن أتزوجك ففيهما يقع عند التزوج اتفاقا وتلغو القبلية ،وإن أخر الجزاء كإن تزوجتك فأنت طالق قبل أن أتزوجك لم يقع خلافا لأبى يوسف لأن الفاء رجحت الشرطية ،والمعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده، فصار كأنه قال بعد التزوج أنت طالق قبل أن أتزوجك وتمامه فى البحر (قوله ولو نكحها قبل أمس الخ) لم أر مالو نكحها فى الأمس،ومقتضى قول الفتح المذكور آنفا ولأنه حين تعذر تصحيحه إنشاء الخ أنه يقع لأنه لم يتعذر تأمل ، ثم رأيت التصريح بالوقوع فى شرح دررالبحار حيث قال ولو تزوجها فيه أو قبله تنجز (قوله لأن الإنشاء فى الماضى إنشاء فى الحال) لأنه ما أسنده إلى حالة منافية ، ولا يمكن تصحيحه إخبارا لكذبه وعدم قدرته على الإسناد ،فكان إنشاء فى الحال ، وعلى هذه النكتة حكم بعض المتأخرين من مشايخنا فى مسألة الدور بالوقوع ، وحكم أكثرهم بعدمه ، وتمامه فى الفتح والبحر والنهر وقدمنا الكلام عليها مستوفى أول الطلاق (قوله تعدد) لأن الواقع فى اليوم لايكون واقعا فى الأمس ، فاقتضى أخرى بحر عن المحيط .

قال فى النهر : أنت خبير بأن العلة المذكورة فى الأمس واليوم تأتى فى اليوم والأمس ، فتدبر فى الفرق بينهما فإنه دقيق ، على أن مقتضى الأصل : أى المتقدم قريبا وقوع واحدة فى الأمس واليوم لأنه بدأ بالكائن اه تأمل (قوله وقيل بعكسه) جزم به فى الخانية . وقال فى الذخيرة عازيا إلى المنتقى : أنت طالق أمس واليوم يقع واحدة وفى عكسه ثنتان ، كأنه قال أنت طالق واحدة قبلها واحدة اه . قال ح :وهذا هو الحق ، لأن إيقاعه فى الأمس إيقاع فى اليوم كما قال المقدسى (قوله وكان معهودا) أى الجنون ولو بإقامة بينة عليه (قوله كان لغوا) لأن حاصله إنكار الطلاق كما مر (قوله لإقراره بحريته) علة للصور الثلاث ط (قوله قبل موتى) مثله قبل موتك ط (قوله لانتفاء الشرط) اعترض بأن الموت كائن لامحالة فليس بشرط إلا فى معناه ، بل هو معرف للوقت المضاف إليه الطلاق ، ولذا يقع مستندا لو مات بعد الشهرين ، بخلاف القدوم كما سيأتى ،

وأجاب الرحتى بأن المراد لانتفاء شرط صحة الاستناد لأن شرطه وجود زمان يستند إليه الوقوع قبل الموت وهو المدة المعينة اه .

مستندا) لأول المدة لاعند الموت (و) فائدته أنه (لاميراث لها) لأن العدة قد تنقضى بشهرين بثلاث حيض .
(قال لها أنت طالق كل يوم) أو كل جمعة أو رأس كل شهر (ولا نية له تقع واحدة) فإن نوى كل يوم

قلت : على أن الشرط ليس هو الموت بل مضى شهرين بعد الحلف وهذا محتمل الوقوع وعدمه ، فإذا لم يمض لم يوجد الشرط .

فإن قيل : يمكن تكميل ذلك من الماضى كأنت طالق أمس . قلت : هنا يحتمل أن يموت بعد شهرين فاعتبر حقيقة كلامه بخلاف الأمس تأمل (قوله مستندا لأول المدة) هذا قول الإمام . وعندهما يقع عند الموت مقتصرا وقد انتفت أهلية الإيقاع أو الوقوع فيلغو ، فقوله لا عند الموت ردّ لقولهما رحمتى (قوله وفائدته أنه لاميراث لها الخ) اعترضه الشرنبلالى بما حاصله أن عدم ميراثها بناء على إمكان انقضاء العدة بشهرين ضعيف . والصحيح المفتى به اقتصار العدة عند الإمام على وقت الموت فترثه ، نص عليه فى شرح الجامع الكبير ، إذ لا يظهر الاستناد فى الميراث كما فى الطلاق ، لما فيه من إبطال حقها ومع ضعفه فوجهه غير ظاهر لأن عدة زوجة الفار أبعد الأجلين ، وبمضى ثلاث حيض فى شهرين حقيقة لاتنقضى عدتها ويبقى شهران وعشرة أيام لإتمام أبعد الأجلين فترثه ، فكيف تمنع بإمكان الثلاث فى شهرين اه .

وأوضحه الرحمتى بأن الطلاق يقع عنده مستندا لأول المدة . فإن كان فيها مريضا إلى الموت فقد تحقق الفرار منه وإلا فكذلك لأنه لا يعلم وقوع طلاقه إلا بموته وتعلق حقها بماله ، ولا يتأتى موته بعد العدة لأنها تجب بالموت عنده على الصحيح لأنها لا تثبت مع الشك فى وجود سببها ، وعلى الضعيف من أنها تستند إلى حين الوقوع فإنها تكون بأبعد الأجلين لا بمجرد ثلاث حيض فى شهرين ؛ ولو سلم فلابد من تحقق ذلك ، بأن تعترف بأنها حاضت ثلاثا لابمضى الشهرين بل ولا بمضى السنة والسنتين . فما ذكره المصنف تبعا للدرر لا ينطبق على قواعد الفقه بوجه فليتنبه له اه (قوله بشهرين بثلاث حيض) الباء الأولى للتعدية متعلقة بتنقضى والثانية للمصاحبة فى موضع الحال من شهرين فافهم (قوله أنت طالق كل يوم) قال فى البحر : ومما تفرّع على حذف فى وإثباتها لو قال أنت طالق كل يوم تقع واحدة عند أئمتنا الثلاث . وقال زفر : تقع ثلاث فى ثلاثة أيام ؛ ولو قال فى كل يوم طلقت ثلاثا فى كل يوم واحدة إجماعا ؛ كما لو قال عند كل يوم أو كلما مضى يوم . والفرق لنا أن « فى » للظرف والزمان إنما هو ظرف من حيث الوقوع فيلزم من كل يوم فيه وقوع تعدد الواقع ، بخلاف كل يوم فيه الاتصاف بالواقع ، فلو نوى أن تطلق كل يوم تطليقة أخرى صحت نيته اه (قوله أو كل جمعة) محله ما إذا نوى كل جمعة تمر بأيامها على الدهر أو لم تكن له نية ، وإن كانت نيته على كل يوم جمعة فهى طالق فى كل يوم جمعة حتى تبين بثلاث ط عن البحر .

وحاصله إن نوى بالجمعة الأسبوع أو أطلق فواحدة ، وإن نوى اليوم المخصوص فثلاث لوجود الفاصل بين الأيام كما يتضح قريبا (قوله أو رأس كل شهر) الصواب حذف رأس .

ففى الذخيرة والمنطية والتاترخانية : أنت طالق رأس كل شهر تطلق ثلاثا فى رأس كل شهر واحدة ، ولو قال أنت طالق كل شهر طلقت واحدة ، لأن فى الأول بينهما فصل فى الوقوع ولا كذلك الثانى اه أى لأن رأس الشهر أوله ، فبين رأس الشهر ورأس الآخر فاصل ، فاقتضى إيقاع طلقة فى أول كل شهر ؛ ونظيره مامر عن الخانية فى أنت طالق اليوم وبعد غد ، بخلاف قوله فى كل شهر ، فإن الوقت المضاف إليه الطلاق متصل فصار بمنزلة وقت واحد فكان الواقع فى أوله واقعا فى كله ونظيره أنت طالق اليوم وغدا هذا ماظهر لى (قوله فإن نوى كل يوم)

أوقال فى كل يوم أو مع أو عند أوكلما مضى يوم يقع ثلاث فى أيام ثلاثة والأصل أنه متى ترك كلمة الظرف اتحد وإلا تعدد .

وفى الخلاصة أنت طالق مع كل يوم تطليقة وقع ثلاث للحال (قال أطولكما عمرا طالق الآن لاتطلق حتى تموت إحداهما فتطلق الأخرى) لوجود شرطه حينئذ .

(قال أنت طالق قبل قدوم زيد بشهر فقدم بعد شهر وقع الطلاق مقتصرا) .

أى نوى أن يقع تطليقة فى كل يوم أو فى كل جمعة أى أسبوع ، وكذا لو نوى بالجملة يومها المخصوص كما مر (قوله أو قال فى كل يوم) لأنه جعل كل يوم ظرفا للوقوع فيتعدد الواقع (قوله وفى الخلاصة الخ) كذا وقع فى البحر ، وتبعه الشارح ، وفيه تحريف بزيادة لفظة يوم ، فإن عبارة الخلاصة أنت طالق مع كل تطليقة بدون لفظة يوم ، وحينئذ فلا يناقض قوله أو مع فافهم (قوله فتطلق الأخرى) أى مستندا عنده ومقتصرا عندهما فتح . قال المقدسى : قلت فيلزمه العقر لو وطئها بينهما لو كان بائنا ويراجع لو رجعيا ، ولو قال نظيره لإحدى أمتيه فالحكم كذلك فليتأمل اهـ وقوله بينهما أى بين الحلف والموت (قوله لوجود شرطه) أى المعنوى وهو طول العمر وقوله حينئذ أى حين إذا ماتت الأخرى قبلها ط وهذا مبنى على أن المراد بأطولكما عمرا من تأخرت حياتها عن حياة الأخرى لا من زاد عمرها من حين المولد إلى حين الوفاة على عمر الأخرى ، وإلا فقد تكون التى ماتت أولا أطول عمرا من الأخرى ، كأن ماتت الأولى فى سن السبعين مثلا وكانت الأخرى فى سن العشرين ؛ فلو كان المراد الثانى لم تطلق الباقية حتى يزيد سنها على السبعين ، وكل من المعنيين مستعمل فى العرف ، والأقرب للمراد هنا تعبير الفتح وغيره بقوله أطولكما حياة ، فإن المتبادر منه من تأخرت حياتها عن حياة الأخرى فكان الأولى للمصنف التعبير به (قوله وقع الطلاق مقتصرا) وقال زفر مستندا ، وإن قال قبل موت زيد بشهر وقع مستندا عند أبى حنيفة وقالا مقتصرا على الموت ، وفائدة الخلاف تظهر فى اعتبار العدة ؟ فعند أبى حنيفة تعتبر من أول الشهر ، فلو كان وطئها فى الشهر يصير مراجعا إن كان الطلاق رجعيا ، ولو كان ثلاثا ووطئها فيه غرم العقر . وعندهما تعتبر العدة من الحال ولا يصير مراجعا ولا يلزمه عقر ، وقيل تعتبر العدة من وقت الموت اتفاقا احتياطا ولو مات زيد قبل تمام الشهر لاتطلق لعدم شهر قبل الموت ، ولو مات بعد العدة فيما إذا طلقها فى أثناء الشهر ثم وضعت حملها أو لم تكن مدخولا بها فلم تجب عدة لايقع لعدم المحل إذ المستقبل يثبت للحال ثم يستند ، كذا فى الجامع الكبير والأسرار .

والفرق لأبى حنيفة بين القدوم والموت أن الموت معرف والجزاء لا يقتصر على المعرَّف كما لو قال إن كان زيد فى الدار فأنت طالق فخرج منها آخر النهار طلقت من حين تكلم ، وهذا لأن الموت فى الابتداء يحتمل أن يقع قبل الشهر فلا يوجد الوقت أصلا ، فأشبه سائر الشروط فى احتمال الخطر ، فإذا مضى شهر فقد علمنا بوجود شهر قبل الموت لأن الموت كائن لا محالة ، إلا أن الطلاق لا يقع فى الحال ، لأنا نحتاج إلى شهر يتصل بالموت وأنه غير ثابت والموت يعرفه ، ففارق من هذا الوجه الشرط ، وأشبه الوقت فى قوله أنت طالق قبل رمضان بشهر فقلنا بأمر بين الظهور والاقتصار وهو الاستناد ؛ ولو قال قبل رمضان بشهر وقع فى شعبان اتفاقا وتمامه فى الفتح .

اعلم أن طريق ثبوت الأحكام أربعة : الانقلاب ، والاقتصار ، والاستناد، والتبين . فالانقلاب : صيرورة ماليس بعلة علة كالتعليق . والاقتصار : ثبوت الحكم فى الحال . والاستناد : ثبوته فى الحال مستندا إلى ماقبله بشرط بقاء المحل كل المدة ، كلزوم الزكاة حين الحول مستندا لوجود النصاب . والتبين : أن يظهر فى الحال تقدم الحكم كقوله إن كان زيد فى الدار فأنت طالق وتبين فى الغد وجوده فيها تطلق من حين القول فتعتد منه (أنت طالق مالم أطلقك أو متى لم أطلقك أو متى مالم أطلقك وسكت طلقت) للحال بسكوته (وفى إن لم أطلقك

مطلب الانقلاب والاقتصار والاستناد والتبين

(قوله أن طريق ثبوت الحكم أربعة) المراد جنس الطريق فصح الإخبار بقوله أربعة ط (قوله والتبيين) كذا عبارتهم فهو مصدر بمعنى التبين أى الظهور (قوله كالتعليق) كما فى أنت طالق إن دخلت الدار ، فإن أنت طالق علة لثبوت حكمه وهو الطلاق ، مثل بعت علة لثبوت الملك وأعتقت علة لثبوت الحرية لكنه بالتعليق لم ينعقد علة إلا عند وجود شرطه وهو دخول الدار ؛ وعند الشافعى ينعقد علة فى الحال ، والتعليق يؤخر نزول حكمه إلى وجود الشرط ، وثمرة الخلاف فى قوله إن تزوجتك فأنت طالق فإنه يصح عندنا لانعقاد علته فى وقت الملك لاعنده لعدمه كما بسط فى الأصول فافهم (قوله ثبوت الحكم فى الحال) كإنشاء البيع والطلاق والعتاق وغيرها ح عن المنح (قوله والاستناد الخ) قال فى الأشباه : وهو دائر بين التبيين والاقتصار ، وذلك كالمضمونات تملك عند أداء الضمان مستندا إلى وقت وجود السبب ، وكالنصاب فإنه تجب الزكاة عند تمام الحول مستندا إلى وقت وجوده وكطهارة المستحاضة والمتيمم تنتقض عند خروج الوقت ورؤية الماء مستندا إلى وقت الحدث ولهذا لايجوز المسح لها (قوله بشرط بقاء المحل الخ) هذا الشرط هو الفارق بين الاستناد والتبيين كما أوضحه عن المنح : ومن فروع المسألة ما قالوه : لو قال لأمته أنت حرة قبل موت فلان بشهر ثم ولدت ولدا ثم باعهما أو لم يبعهما أو باع الأم فقط أو بالعكس عتق الولد عنده لاعندهما ، وعتقت الأم بالإجماع لو لم يبعها ، وهذا لأن عنده لما استند العتق سرى إلى الولد ، وعندهما لايسرى لعدم الاستناد ، ولو باعها فى وسط الشهر ثم اشتراها ثم مات فلان لتمام الشهر ، فعنده لاتعتق لعدم إمكان الاستناد إلى أول الشهر لزوال الملك فى أثنائه ، وعندهما تعتق لأنه مقتصر . وتمام الفروع فى حواشى الأشباه (قوله حين الحول) أى حين تمامه (قوله مستندا لوجود النصاب) أى فى أول الحول بشرط وجود النصاب كل المدة . قال ط : والمراد أن لايعدم كله فى الأثناء ، لأنه إذا عدم جميعه ثم ملك نصابا آخر ولو بعد الأول بساعة اعتبر حول مستأنف (قوله تطلق من حين القول) أى بلا اشتراط بقاء المحل . حتى لو حاضت بعد القول ثلاثا ثم طلقها ثلاثا ثم ظهر أنه كان فى الدار لاتقع الثلاث لأنه تبين وقوع الأول ، وأن إيقاع الثانى كان بعد انقضاء العدة كما فى المنح عن الأكمل (قوله فتعتد منه) أى من حين القول (قوله وسكت) محترزه قوله الآتى وفى قوله أنت طالق مالم أطلقك أنت طالق (قوله طلقت للحال) وكذا لو قال أنت طالق زمان لم أطلقك أو حيث لم أطلقك أو يوم لم أطلقك ، لأنه أضاف الطلاق إلى زمان أو مكان خال عن طلاقها ، وبمجرد سكوته وجد المضاف إليه فيقع « وما » وإن كانت مصدرية إلا أنها تأتى نائبة عن ظرف الزمان ؛ ومنه — مادمت حيا — وهى وإن استعملت للشرط إلا أن الوضع للوقت ، لأن التطليق استدعى الوقت لامحالة فرجحت جهة الوقت ، وتمامه فى النهر . وفيه : ثم لايخفى أن الفرق بين البر والحنث لايظهر له أثر فى أنت طالق مالم أطلقك ونحوه ، ومن ثم قيد بعض المتأخرين موضوع المسألة بقوله ثلاثا وهو الأولى ، نعم لو قال كلما لم أطلقك فأنت طالق وقع الثلاث متتابعات ولذا لو كانت غير مدخول بها وقعت واحدة لا غير اه (قوله وفى إن لم أطلقك) ذكرهم إن وإذا هنا بالتبعية وإلا فالمناسب لهما باب التعليق ط

لا) تطلق بالسكوت بل يمتد النكاح (حتى يموت أحدهما قبله) أى قبل تطليقه فتطلق قبيل الموت لتحقق الشرط ويكون فارا .

(وإذا ما وإذا بلا نية مثل إن عنده و) مثل (متى عندهما) وقد مر حكمها .

(وإن نوى الوقت أو الشرط اعتبرت) نيته اتفاقا مالم تقم قرينة الفور فعلى الفور .

(وفى) قوله (أنت طالق مالم أطلقك أنت طالق مع الوصل) بقوله مالم أطلقك (طلقت ب) المنجزة (الأخيرة) فقط

عن البحر (قوله لا تطلق بالسكوت الخ) لأن شرط البر تطليقه إياها فى المستقبل ، وهو ممكن فى كل وقت يأتى مالم يمت أحدهما فيتحقق شرط الحنث وهو عدم التطليق ، وهذا عند عدم النية أو دلالة الفور كما يأتى فى إذا (قوله حتى يموت أحدهما) أشار به إلى أن موته كموتها وهو الصحيح خلافا لرواية النوادر ، بخلاف قوله إن لم أدخل الدار فأنت طالق حيث يقع بموته لا بموتها لأنه بعد موتها يمكنه الدخول فلا يتحقق اليأس بموتها فلا يقع ، أما الطلاق فإنه يتحقق اليأس عنه بموتها فتح (قوله لتحقق الشرط) أى شرط الحنث ؛ أما فى موته فظاهر ، وأما فى موتها فلتحقق اليأس عنه . قال فى الفتح : وإذا حكمنا بوقوعه قبل موتها لا يرثها الزوج لأنها بانت قبل الموت فلم تبق بينهما زوجية حالة الموت . وإنما حكمنا بالبينونة وإن كان المعلق صريحا لانتفاء العدة كغير المدخول بها ، لأن الفرض أن الوقوع فى آخر جزء لا يتجزى فلم يله إلا الموت وبه تبين . قال فى البحر : وقد ظهر أن عدم إرثه منها مطلق سواء كانت مدخولا بها أولا ثلاثا أو واحدة ، وبه ظهر أن تقييد الزيلعى عدمه بعدم الدخول أو الثلاث غير صحيح اهـ ومثله فى النهر (قوله ويكون فارا) أى إذا كان هو الميت لو قوع طلاقه فى حال إشرافه على الموت ، ويأتى فى باب طلاق المريض : لو علق الطلاق فى صحته وحنث مريضا كان فارا وهذا منه رحمتى ، فإن كانت مدخولا بها ورثته بحكم الفرار وإن كان الطلاق ثلاثا ، وإلا لا ترثه بحر (قوله مثل إن عنده الخ) أى فلا تطلق عنده مالم يمت أحدهما وتطلق عندهما للحال بسكوته .

والحاصل أن إذا عنده هنا حرف لمجرد الشرط لأنها تستعمل ظرفا وحرفا فلا يقع الطلاق للحال بالشك ، وهذا قول بعض النحاة كما فى المغنى ، لكن ذكر أن جمهورهم على أنها منظمنة معنى الشرط ولا تخرج عن الظرفية . قال فى البحر : وهو مرجح لقولهما هنا ، وقد رجحه فى فتح القدير (قوله وإن نوى الوقت أو الشرط الخ) قال فى البحر : وقيدنا بعدم النية لأنه لو نوى بإذا معنى متى صدق اتفاقا قضاء وديانة لتشديده على نفسه ، وكذا إذا نوى بإذا معنى إن على قولهما ، وينبغى أن يصدق عندهما ديانة فقط لأنها عندهما ظاهرة فى الظرفية والشرطية احتمال فلا يصدقه القاضى اهـ والبحث أصله لصاحب الفتح ، وانظر لو نوى بأن الفور هل يصح : الظاهر نعم ؛ كما لو قامت قرينة عليه (قوله مالم تقم قرينة الفور) وهى قد تكون لفظية وقد تكون معنوية ، فمن الأول طلقنى طلقنى ، فقال إن لم أطلقك فأنت كذا كان على الفور كما فى القنية ، ومن الثانى مالو طلب جماعها فأبت فقال إن لم تدخلى البيت فأنت كذا فدخلته بعد ما سكنت شهوته طلقت والبول لا يقطعه ، وينبغى أن يكون الطيب ونحوه وكل ما كان من دواعى الجماع كذلك ، وفى الصلاة خلاف نهر : أى إذا خافت خروج وقتها . قال الحسن : لا تقطع الفور ، وبه يفتى . وقال نصير : تقطع ، وستأتى مسائل الفور فى آخر باب اليمين على الدخول والخروج إن شاء الله تعالى بحر . وفى المثالين دلالة على اعتبار قرينة الفور فى إن وإن كانت لمحض الشرط اتفاقا (قوله فعلى الفور) جواب شرط مقدر أى فإن قامت قرينة الفور فتطلق على الفور ط (قوله مع الوصل) فلو كان مفصولا وقع المنجز والمعلق بحر (قوله فقط) أى دون المعلقة ، وفائدة وقوع المنجزة دون المعلقة أن المعلق لو كان ثلاثا وقعت واحدة بالمنجز فقط بحر .

استحسانا ،
[فرع] قال : إن لم أطلقك اليوم ثلاثا فأنت طالق ثلاثا فحيلته أن يطلقها على ألف ولاتقبل المرأة ، فإن مضى اليوم لاتطلق به يفتى خانية ، لأن التطليق المقيد يدخل تحت المطلق (أنت طالق يوم أتزوجك فنكحها ليلا حنث بخلاف الأمر باليد) أى أمرك بيدك يوم يقدم زيد فقدم ليلا لم تتخير ولو نهارا بقى للغروب ، والأصل أن اليوم متى قرن بفعل ممتد يستوعب المدة يراد به النهار كالأمر باليد فإنه يصح جعله بيدها يوما أو شهرا ، ومتى قرن بفعل لايستوعبها يراد به مطلق الوقت

قلت : بل تظهر فائدته وإن كان المعلق واحدة حيث لم تقع المعلقة أيضا بل هذه فائدة تنجيز الواحدة موصولا فإنه لولا إيقاعه الواحدة موصولا لوقع الثلاث المعلقة ، أما لوكان المعلق واحدة فلا فرق بين تنجيز الواحدة وعدمه إلا على قول زفر الآتى فافهم (قوله استحسانا) والقياس أن يقع المضاف والمنجز جميعا إن كانت مدخولا بها وإلا وقع المضاف وحده ، وهو قول زفر لأنه وجد زمان لم يطلقها فيه وإن قل ، وهو زمان قوله أنت طالق قبل أن يفرغ منه . وجه الاستحسان أن زمان البر مستثنى بدلالة حال الحالف لأن مقصوده بالبمين البر ولا يمكن إلا بجعل هذا القدر مستثنى ، وتمامه فى الفتح (قوله لأن التطليق المقيد) أى بقوله على ألف يدخل تحت المطلق أى الذى فى قوله إن لم أطلقك فإنه صادق بالمقيد وغيره ، فإذا وجد التطليق ولو مقيدا انعدم شرط الحنث وهو عدم التطليق :

مطلب فى قولهم اليوم متى قرن بفعل ممتد

(قوله والأصل أن اليوم الخ) قيد باليوم ، لأن الليل لايستعمل لمطلق الوقت بل هو اسم لسواد الليل وضعا وعرفا ، فلو قال إن دخلت ليلا لم تطلق إن دخلت نهارا ، أما لفظ اليوم فيطلق على بياض النهار حقيقة اتفاقا قيل وعلى مطلق الوقت حقيقة أيضا فيكون مشتركا ، وقيل مجازا وهو الصحيح ، لأن المجاز أولى من الاشتراك : أى لعدم احتياجه إلى تكرر الوضع ، والمشهور أن اليوم من طلوع الفجر إلى غروب الشمس والنهار من طلوعها إلى غروبها ولو نوى باليوم بياض النهار صدق قضاء ، لأنه نوى حقيقة كلامه فيصدق وإن كان فيه تخفيف على نفسه ذكره الزيلعى ، ثم اليوم إنما يكون لمطلق الوقت فيما لا يمتد إذا كان منكرا فلو عرف بأل التى للعهد الحضورى مثل لاأكلمك اليوم فإنه يكون لبياض النهار ، وتمامه فى البحر .

وما فى النهر من أنه لو خرج الفرع المذكور على أن الكلام مما يمتد لاستغنى عن هذا التقييد فيه نظر ، لأنه يقتضى دخول الليل على القول بأن الكلام لايمتد مع أن اليوم معرف بالعهد الحضورى فكيف يكون لغيره فالحق ما فى البحر ، نعم قد يدخل الليل إذا اقترن المعرف بما يدخله كما في أمرك بيدك اليوم وغدا ، ففى الجامع الصغير دخلت فيه الليلة . قال فى التلويح وليس مبنيا على أن اليوم لمطلق الوقت بل على أنه بمنزلة : أمرك بيدك يومين ، وفى مثله يستتبع اسم اليوم الليلة ، بخلاف أمرك بيدك اليوم وبعد غد ، فإن اليوم المنفرد لايستتبع بإزائه من الليل اه (قوله متى قرن بفعل ممتد الخ) المراد بالممتد ما يصح ضرب المدة له كالسير والركوب والصوم وتخيير المرأة وتفويض الطلاق ، وبما لايمتد عكسه كالطلاق والتزوج والكلام والعتاق والدخول والخروج بحر . فيقال : لبست الثوب يومين ، وركبت الفرس يوما ، بخلاف قدمت يومين ودخلت ثلاثة أيام تلويح . وذكر بعض محشيه أن المراد بامتداد اللبس والركوب امتداد بقائهما مجازا والقرينة التقييد باليوم لا أصلهما أى لأن حقيقة الركوب الحركة التى يصير بها فوق الدابة واللبس جعل الثوب على بدنه وذلك غير ممتد ، وأشار الشارح بقوله يستوعب المدة إلى ما فى شرح الوقاية من أن المراد امتداد يمكن أن يستوعب النهار لامطلق الامتداد ، لأنهم جعلوا التكلم من قبيل غير

كإيقاع الطلاق ، فإنه لو قال : طلقتك شهرا كان ذكر المدة لغوا وتطلقك للحال (أنا منك طالق) أو برىء (ليس بشىء ولونوى) به الطلاق (وتبين فى البائن والحرام) أى أنا منك بائن أوأنا عليك حرام (إن نوى) لأن الإبانة لإزالة الوصلة والتحريم لإزالة الحل وهما مشتركان فتصح الإضافة إليه ، حتى لو لم يقل منك أو عليك لم يقع بخلاف أنت بائن أو حرام حيث يقع

الممتد ، ولاشك أنه يمتد زمانا طويلا لكن لابحيث يستوعب النهار اه وجزم فى الهداية بأن التكلم غير ممتد . وقال فى البحر إنه الحق ، وجزم المتدى فى شرح المغنى بأنه ممتد ، وجعل مافى الهداية ظنا لبعض المشايخ ، ورجحه أيضا فى الفتح . وعليه فلا حاجة إلى تقييد الامتداد بنهار بل هو مبنى على القول الأول كما حققه صاحب النهر والمقدسى ، ويشير إليه قول التلويح : مايصح ضرب المدة له تأمل ، وأشار بقوله كالأمر باليد إلى أن المراد بالفعل الممتد المظروف : أى العامل فى اليوم لا الذى أضيف إليه اليوم فإنه لاعبرة بامتداده ، وعدمه عند المحققين لأنه وإن كان مظروفا أيضا لكنه ذكر لتعيين الظرف ، والمقصود بذكر الظرف إنما هو إفادة وقوع العامل فيه :

وحاصله أن الصور أربع لأنه قد يكون المضاف إليه ، ومظروف اليوم مما يمتد كأمرك بيدك يوم يركب زيد وقد يكونان من غير الممتد كأنت طالق يوم يقدم زيد ، وفى هذين لافرق بين اعتبار المضاف إليه أو المظروف ، وقد يكون المظروف ممتدا والمضاف إليه غير ممتد كأمرك بيدك يوم يقدم زيد ، أو بالعكس كأنت حر يوم يركب زيد ، وفى هذين يظهر الفرق ، واتفقوا فيهما على اعتبار المظروف فإذا قدم زيد أوركب ليلا لايكون الأمر بيدها ولا يعتق العبد اتفاقا(١) . ووقع فى كلام بعضهم أن المعتبر المضاف إليه لكنه لم يعتبره فى هذين بل اعتبره فى الأولين وقدعلمت أنه لافرق فيهما بين اعتبار المضاف إليه أو المظروف ، فعلى هذا لاخلاف فى الحقيقة كما فى الكشف والتلويح وغيرهما وبه يرد على من حكى الخلاف ، وعلى مافى الزيلعى وشرح الوقاية من ترجيح اعتبار الممتد منهما كما فى البحر :

ثم اعلم أن ماذكر من الأصل إنما هو عند الإطلاق والخلو عن الموانع ، فلا تمتنع مخالفته للقرينة ، فكثيرا مايمتد الفعل مع كون اليوم لمطلق الوقت ، مثل اركبوا يوم يأتيكم العدو ، وأحسنوا الظن بالله يوم يأتيكم الموت ، وبالعكس مثل أنت طالق يوم يصوم زيد ، وأنت حر يوم تكسف الشمس ، أفاده فى التلويح (قوله كإيقاع الطلاق) أشار به إلى أن قولهم : الطلاق مما لايمتد المراد به إيقاعه لاكون المرأة طالقا لأنه يمتد بل هو أمر مستمر لافائدة فى تعليق الظرف به كما أفاده صدر الشريعة . والحاصل أن المراد إنشاء الطلاق وهو لايمتد بل ينقضى بمجرد صدوره لاأثره وهو كونها طالقا (قوله أو برىء) بخلاف أنت بريئة فإنه يقع به البائن كما يأتى فى الكنايات ، أفاده ح (قوله ليس بشىء) لأن محلية الطلاق قائمة بها لابه ، فالإضافة إليه إضافة إلى غير محله فيلغو نهر ، ولهذا لو ملكها الطلاق فطلقته لايقع بحر (قوله أو أنا عليك حرام) الأولى وأنا بالواو كما فى بعض النسخ (قوله لأن الإبانة) أى لفظها موضوع لإزالة وصلة النكاح من البون وهو الفصل ، وكذا يقال فى التحريم (قوله وهما مشتركان) بفتح الراء مبنيا للمجهول : أى الوصلة والتحريم مشتركان بين الزوجين ، أو بكسرها مبنيا للمعلوم أى الزوجان مشتركان فى الوصلة والتحريم (قوله حتى لو لم يقل الخ) أى بأن قال أنا بائن أو أنا حرام ، ثم الأولى أن يقول ولو لم يقل لأنه محترز التقييد بمنك وعليك كما فى البحر ط . ويوجد فى بعض النسخ ولو لم بدون حتى (قوله لم يقع بخلاف الخ) قال فى التبيين : والفرق أن البينونة أو الحرام إذا كان مضافا إليها تعين لإزالة مابينهما من الوصلة والحل ، وإذا أضيف إليه لايتعين لجواز أن تكون له امرأة أخرى فيريد بقوله أنا بائن منها أو حرام

---

(١) (قوله لا يكون الأمر بيدها ولا يعتق العبد الخ) لعل الصواب إسقاط لا فيهما تأمل اه .

إذا نوى وإن لم يقل منى ، نعم لو جعل أمرها بيدها شرط قولها بائن منى ، ويقع بأبرأتك عن الزوجية بلا نية (أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك إياك فأعتق) سيدها طلقت ثنتين (وله الرجعة) لوجود التطليق بعد الإعتاق لأنه شرط . ونقل ابن الكمال أن كلمة مع إذا أقحم بين جنسين مختلفين يحل محل الشرط :

(ولو علق) بالبناء للمجهول (عتقها وطلاقها بمجيء الغد فجاء) الغد (لا رجعة له لتعلقهما بشرط واحد (وعدتها) فى المسألتين (ثلاث حيض) احتياطا .

عليها اهـ ح (قوله إذا نوى) هذا القيد جار فى أنت حرام على أصل المذهب ، أما فى الفتوى فيقع بلانية كما يأتى فى الإيلاء اهـ ح (قوله وإن لم يقل منى) رد على مافى خزانة الأكمل(١) لأبى عبد الله الجرجانى حيث ذكر أنه إذا لم يقل منى يكون باطلا وهو سهو ، ومحله فى الصورة المذكورة بعد كما أوضحه فى البحر عن القنية (قوله نعم الخ) قال فى البحر : والحاصل أنه إذا أضاف الحرمة أو البينونة إليها كأنت بائن أو حرام وقع من غير إضافة إليها ، وإن أضاف إلى نفسه كأنا حرام أو بائن لايقع من غير إضافة إليها ؛ وإن خيرها فأجابت بالحرمة أو البينونة فلا بد من الجمع بين الإضافتين : أنت حرام على أنا حرام عليك أنت بائن منى أنا بائن منك (قوله بلا نية) فى حال الغضب وغيره تاترخانية . ومقتضاه أنه طلاق صريح وفيه نظر .

وفى كنايات الجوهرة أنا برىء من نكاحك يقع إن نوى ؛ وفى أنا برىء من طلاقك لايقع لأن البراءة من الشيء ترك له اهـ (قوله لأنه شرط) لأنه علق التطليق بالإعتاق غير أنه عبر عنه بالعتق مجازا من استعارة الحكم للعلة ؛ والمعلق يوجد بعد الشرط فتطلق وهى حرة . وهذا لأن الشرط مايكون معدوما على خطر الوجود وللحكم تعلق به والمذكور بهذه الصفة .

وأورد أن كلمة مع للقران فيكون منافيا لمعنى الشرط . وأجيب بأنها قد تذكر للمتأخر تنزيلا له منزلة المقارن لتحقق وقوعه ، ومنه – إن مع العسر يسرا – وصير إليه هنا لموجب هو وجود معنى الشرط لها ، وتمامه فى النهر (قوله بين جنسين) كالطلاق والعتاق والعسر واليسر ط (قوله يحل محل الشرط) فكأنه قال إن أعتقتك فتكون مع بمعنى بعد ح (قوله ولو علق الخ) أى علق الزوج والسيد بأن قال السيد : إذا جاء الغد فأنت حرة ، وقال الزوج إذا جاء الغد فأنت طالق ثنتين ط (قوله بمجيء الغد) أى مثلا إذ المدار اتحاد المعلق عليه ، أفاده ط (قوله لارجعة له) أى اتفاقا فى رواية ، وفى رواية أن عند محمد له الرجعة لأن الطلاق والعتق لما تعلقا بشرط واحد وجب أن تطلق زمان نزول الحرية فيصادفها وهى حرة لاقترانهما وجودا فلا تحرم بهما حرمة غليظة . ولهما أن زمان ثبوت العتق هو زمان ثبوت الطلاق ضرورة تعلقهما بشرط واحد . ولا خفاء أن العتق فى زمان ثبوته ليس بثابت لإطباق العقلاء على أن الشيء فى زمان ثبوته ليس بثابت فلا تصادفها التطليقتان وهى حرة ، بخلاف المسألة الأولى ، لأن العتق ثمة شرط فيقع الطلاق بعده ، وتمامه فى النهر (قوله فى المسألتين) أى اتفاقا بحر عن المحيط (قوله ثلاث حيض) أى إن كانت من ذوات الحيض وإلا فثلاثة أشهر أو وضع الحمل ط (قوله احتياطا) متعلق بالمسألة الثانية فقط ح يعنى أن التعليل بالاحتياط لوجوب الاعتداد بثلاث حيض خاص بالثانية ، لأن مقتضى وقوع الطلاق عليها وهى أمة أن تكون عدتها حيضتين ولذا بانت بالطلقتين ، لكن وجبت العدة بثلاث حيض للاحتياط ، ولعل وجهه أنها وإن طلقت فى حال الرقية لكن لما أعقبه الحرية بلا مهلة وجبت العدة عليها وهى حرة ، لأن الطلاق وإن كان علة

---

(١) (خزانة الأكمل) اسم كتاب فى ست مجلدات تصنيف أبى عبد الله يوسف بن على بن محمد الجرجانى ، ونسب لأبى الليث . والصحيح أنه لهذا كذا فى تاج التراجم للعلامة قاسم اهـ منه .

(ولو) كان الزوج (مريضا لا ترث منه) لوقوعه وهى أمة فلا ترث مبسوط (أنت طالق هكذا مشيرا بالأصابع) المنشورة (وقع بعدده) بخلاف مثل هذا ، فإنه إن نوى ثلاثا وقعن وإلا فواحدة لأن الكاف للتشبيه فى الذات ومثل للتشبيه فى الصفات ، ولذا قال أبو حنيفة : إيمانى كإيمان جبريل لا مثل إيمان جبريل بحر (وتعتبر المنشورة)

لوجوب العدة والعلة مقارنة للمعلول فى الزمان لكنه متأخر عنها فى الرتبة تأمل : أما فى المسألة الأولى فوجوب الاعتداد بثلاث حيض ظاهر ، لأن وقوع الطلاق عليها بعد الإعتاق من كل وجه ، ولذا لم تبن بالطلقتين كما مر (قوله ولو كان الزوج مريضا) أى وقت التعليل (قوله لا ترث منه) إنما يظهر فى الصورة الثانية ط ، ويدل عليه التعليل : أما فى الصورة الأولى فالظاهر أنها ترث ، لأن التطليق فيها بعد الإعتاق كما مر والطلاق رجعى ، فيكون قد مات عنها وهى حرة فى عدة طلاق رجعى فترث منه (قوله لوقوعه) أى الطلاق وهى أمة أى والأمة لا ترث ، فلا يتحقق الفرار . قال فى النهر : ومقتضى ما مر عن محمد أن ترث اهـ أى لأن عنده يقع الطلاق عليها وهى حرة ويملك الرجعة فترث ، وهذا مؤيد لما قلنا فى الصورة الأولى (قوله المنشورة) يغنى عنه قول المصنف وتعتبر المنشورة (قوله وقع بعدده) أى بعدد ما أشار إليه من الأصابع الإشارة اللغوية أو بعدد ما أشار به منها الإشارة الحسية تأمل ، فإن أشار بثلاث فهى ثلاث أو بثنتين فثنتان أو بواحدة فواحدة كما فى الهداية . قال فى البحر : لأن هذا تشبيه بعدد المشار إليه وهو العدد المفاد كميته بالأصابع المشار إليه بذا ، لأن الهاء للتنبيه والكاف للتشبيه وذا للإشارة اهـ وانظر هل الإشارة إلى غير الأصابع من المعدودات كذلك أم لا لاختصاص إرادة العدد فى العادة بالأصابع تأمل (قوله بخلاف مثل هذا) أى بخلاف قوله أنت طالق مثل هذا وأشار بأصابعه الثلاث بحر (قوله وإلا فواحدة) أى بائنة كقوله أنت طالق كألف بحر عن المحيط . وبيانه ما نقله أيضا عن البدائع من أنه : أى هذا اللفظ يحتمل التشبيه فى العدد أو الصفة وهى الشدة فأيهما نوى صح ، وإن لم تكن له نية يحمل على التشبيه فى الصفة لأنه أدنى اهـ أى إن لم ينو يحمل على أن الواقع طلقة واحدة شبيهة بالثلاث فى الشدة وهى البينونة (قوله لأن الكاف) أى فى هذا ط (قوله ولذا) أى للفرق المذكور بين الكاف ومثل ط .

مطلب فى قول الإمام إيمانى كإيمان جبريل

(قوله كإيمان جبريل) فإن الحقيقة فى الفردين واحدة وهى التصديق الجازم (قوله لا مثل إيمان جبريل) لزيادته فى الصفة من كونه عن مشاهدة فيحصل به زيادة الاطمئنان كما أشير إليه فى قوله تعالى — قال رب أرنى كيف تحيى الموتى — الآية ، وبه يحصل زيادة القرب ورفع المنزلة ، لكن ما نقل عن الإمام هنا يخالفه ما فى الخلاصة من قوله : قال أبو حنيفة : أكره أن يقول الرجل إيمانى كإيمان جبريل ، ولكن يقول آمنت بما آمن به جبريل اهـ وكذا ما قاله أبو حنيفة فى كتاب العالم والمتعلم : إن إيماننا مثل إيمان الملائكة لأنا آمنا بوحدانية الله تعالى وربوبيته وقدرته وما جاء من عند الله عز وجل بمثل ما أقرت به الملائكة وصدقت به الأنبياء والرسل ، فمن ههنا إيماننا مثل إيمانهم لأنا آمنا بكل شىء آمنت به الملائكة مما عاينته من عجائب الله تعالى ولم نعاينه نحن ، ولهم بعد ذلك علينا فضائل فى الثواب على الإيمان وجميع العبادات الخ .

ولا يخفى أن بين هذه العبارات الثلاث تخالفا بحسب الظاهر . ويمكن التوفيق بحمل الأولى على العالم لأنه قال أقول إيمانى كإيمان جبريل ولا أقول مثل إيمان جبريل : والثانية على غيره لقوله : أكره أن يقول الرجل . والثالثة على ما إذا فصل ، وصرح بالمؤمن به وإن كان بلفظ المثلية لعدم الإيهام بعد التصريح ، فيجوز للعالم والجاهل ،

لا المضمومة إلا ديانة ككف ، والمعتمد فى الإشارة فى الكف نشر كل الأصابع . ونقل القهستانى أنه يصدق قضاء بنية الإشارة بالكف وهى واحدة ، ولو لم يقل هكذا يقع واحدة لفقد التشبيه ، ولو قال أنت هكذا مشيرا

وللعلامة ابن كمال باشا رسالة فى هذه المسألة ، هذا خلاصة مافيها (قوله ككف) يعنى إذا نوى الكف صدق ديانة ووقفت عليه واحدة ، لأن الكف واحدة ح (قوله والمعتمد الخ) لم أر من صرح بهذا الاعتماد . وكأنه فهمه من عبارة البحر ، وهو فهم فى غير محله كما تعرفه . وفى الهداية : والإشارة تقع بالمنشورة منها ، فلو نوى الإشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لاقضاء ، وكذا إذا نوى الإشارة بالكف حتى تقع فى الأولى ثنتان وفى الثانية واحدة لأنه يحتمله لكنه خلاف الظاهر اهـ . قال فى غاية البيان : وأراد بالأولى نية الإشارة بالمضمومتين ، وبالثانية نيتها بالكف . فلايصدق قضاء فى الصورتين ، وتطلق ثلاثا لأنه أشار إليها بأصابعه الثلاث المنشورة اهـ .

وفى كافى الحاكم : وإن كان يعنى بثلاث أصابع أنها واحدة ويقول إنما أشرت بالكف دين ولا يصدق قضاء . فهذا صريح فى أن إرادة الكف تصح ديانة مع الإشارة بثلاث أصابع فقط . وعبارة البحر : والإشارة تقع بالمنشورة منها دون المضمومة للعرف والسنة ؛ ولو نوى الإشارة بالمضمومتين صدق ديانة لاقضاء ، وكذا لو نوى الإشارة بالكف ، والإشارة بالكف أن تقع الأصابع كلها منشورة ، وهذا هو المعتمد .

وهناك أقوال ذكرها فى المعراج : الأول لو جعل ظهر الكف إلى المرأة وبطون الأصابع المنشورة إليه صدق قضاء وبالعكس لا . الثانى لو باطن كفه إلى السماء فالعبرة للنشر وإن للأرض فللضم . الثالث إن نشرا عن ضم فالعبرة للنشر ، وإن ضما عن نشر فللضم اهـ ملخصا . فقوله وهذا هو المعتمد راجع لقوله والإشارة تقع بالمنشورة : أى بدون تفصيل بقرينة حكايته الأقوال الثلاثة بعده ، ويدل عليه أيضا قوله فى الفتح بعد حكايته الأقوال المذكورة والمعول عليه إطلاق المصنف : أى أن العبرة للمنشورة مطلقا وليس راجعا لقوله والإشارة بالكف أن تقع الأصابع كلها منشورة كما فهمه الشارح لما علمت ، ولما ذكرناه من أن صريح الهداية وغاية البيان وكافى الحاكم صحة إرادة الكف ديانة مع نشر الثلاث فقط ، وما ذكره من اشتراط نشر الأصابع كلها عزاه فى الفتح إلى معراج الدراية ، ولعله قول آخر أو هو محمول على أنه حينئذ يصدق قضاء كما يشعر به كلام الفتح كما أوضحته فيما علقته على البحر ، فيوافق ما يأتى عن القهستانى ، ووجهه ظاهر ، فإن نشر الكل قرينة على أنه لم يرد الثلاث بل الكف . والظاهر أنه احتراز عن نشر البعض ، إذ لو ضم الكل فهو أظهر فى إرادة الكف دون الثلاث ، هذا ماظهر لى فى هذا المحل ، والله أعلم (قوله ونقل القهستانى الخ) قد علمت ظهور وجهه فافهم (قوله ولو لم يقل هكذا) أى بأن قال أنت طالق وأشار بثلاث أصابع ونوى الثلاث ولم يذكر باسانه فإنها تطلق واحدة خانية (قوله لفقد التشبيه) أى بالعدد . قال القهستانى لأنه كما لايتحقق الطلاق بدون اللفظ لايتحقق عدده بدونه (قوله لم أره) كذا قال فى الأشباه من أحكام الإشارة ، وجزم الخير الرملى بأنه لغو وإن نوى به الطلاق ، وقال : لأن اللفظ لايشعر به والنية لا تؤثر بغير اللفظ . قال الزيلعى فى تعليل أصل المسألة : لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد عرفا وشرعا إذا اقترنت بالاسم المبهم اهـ ولا طلاق هنا يشار إليه به فتأمل : وقد رأيت كما ذكرته بالعلة المذكورة فى كتب الشافعية اهـ كلام الرملى ملخصا :

ورأيت بخط السائحانى : مقتضى مافى الخانية من قوله ولو قال لامرأته أنت بثلاث . قال ابن الفضل : إذا نوى يقع أنه يقع هنا إذا نوى . وفيها أيضا إذا قال طالق فقيل من عنيت فقال امرأتى طلقت ؛ ولو قال أنت منى ثلاثا طلقت إن نوى أو كان فى مذاكرة الطلاق ، وإلا قالوا يخشى أن لايصدق قضاء اهـ وكذا نقل الرحمتى عبارة الخانية الأولى ثم قال : والظاهر أن قوله هكذا مثل قوله بثلاث اهـ .

ولم يقل طالق لم أره .

(ولو أشار بظهورها فالمضمومة) للعرف ، ولو كان رؤوسها نحو المخاطب فإن نشرا عن ضم فالعبرة للنشر ، وإن ضما عن نشر فالضم ابن كمال .

(و) يقع (ب)قوله (أنت طالق بائن أو البتة) وقال الشافعي : يقع رجعيا لو موطوءة (أو أفحش الطلاق أو طلاق الشيطان أو البدعة ، أو أشر الطلاق ،

أقول : أى لأن كلا منهما مرتبط بلفظ طالق مقدرا ، وقول الرملى إن اللفظ لايشعر به غير مسلم : ومانقله عن الزيلعى لاينافيه ، لأن المراد بالاسم المبهم لفظ هكذا المراد به العدد الذى أشير به إليه ، وسماه مبهما لكونه لم يصرح بكميته كما حققه فى النهر ،والاسم المبهم مذكور فى مسألتنا ،فيفيد العلم بعدد الطلاق المقدر الذى نواه المتكلم، كما أن قوله بثلاث دل على عدد طلاق مقدر نواه المتكلم ،ولا فرق بينهما إلا من جهة أن العدد فى أحدهما صريح وفى الآخر غير صريح ،وهذا الفرق غير مؤثر بدليل أنه لافرق بين قوله أنت طالق هكذا مشيرا إلى الأصابع الثلاث وبين قوله أنت طالق بثلاث ، هذا ماظهرلى فافهم (قوله ولو أشار بظهورها فالمضمومة) أراد به تقييد قوله قبله وتعتبر المنشورة لا المضمومة أى تعتبر إذا أشار ببطونها ، بأن جعل باطن المنشورة إلى المرأة وظهرها إلى نفسه ، أما لو أشار بظهورها بأن جعل ظهرها إلى المرأة وباطنها إليه فالمعتبر المضمومة ، وهذا التفصيل عبر عنه فى الهداية بقيل ،وصرح فى الشرنبلالية بأنه ضعيف وقال إن المعتبر المنشورة مطلقا ،وعليه المعول ،فلا تعتبر المضمومة مطلقا قضاء للعرف والسنة ، وتعتبر ديانة كما فى التبيين والمواهب والخانية والبحر والفتح ، وقيل النشر لو عن طى والطى لو عن نشر ، وقيل إن بطن كفه إلى السماء فالمنشور وإن للأرض فالمضموم اهـ وكذا قدمنا عن البحر أن المعتمد الإطلاق ، وعن الفتح أنه المعول عليه ، فالأقوال الثلاثة المفصلة ضعيفة وإن مشى على الأول منها فى الوقاية والدرر فافهم (قوله ويقع الخ) شروع فى بيان وقوع البائن بوصف الطلاق بما ينبئ عن الشدة والزيادة نهر ، وفاعل يقع قوله الآتى واحدة بائنة (قوله البتة) مصدر بت أ.ره إذا قطع به وجزم نهر (قوله وقال الشافعى الخ) كان المناسب ذكره بعد قوله واحدة بائنة ،وذكره هنا لأنه محل الخلاف دون الألفاظ التى بعده كما يفيده كلام الهداية لكن كلام درر البحار وشرحه يفيد أن الخلاف فى الكل (قوله أو أفحش الطلاق) أشار به إلى كل وصف على أفعل مما يأتى لأنه للتفاوت وهو يحصل بالبينونة ، وهو أفحش من الطلاق الرجعى بحر (قوله أو طلاق الشيطان أو البدعة) إنما وقع بائنا ، لأن الرجعى سنى غالبا :

فإن قلت : قد تقدم فى الطلاق البدعى أنه لو قال أنت طالق للبدعة أو طلاق البدعة ولا نية ، فإن كان فى طهر فيه جماع أو فى حالة الحيض أو النفاس وقعت واحدة من ساعته ، وإن كان فى طهر لاجماع فيه لايقع فى الحال حتى تحيض أو يجامعها فى ذلك الطهر :

قلت : لامنافاة بينهما ، لأن ماذكروه هنا هو وقوع الواحدة البائنة بلا نية أعم من كونه تقع الساعة أو بعد وجود شىء بحر ، لكن قال فى النهر مقتضى كلام المصنف وقوع بائنة للحال وإن لم تتصف بهذا الوصف ، لأن البدعى لم ينحصر فيما ذكره ، إذ البائن بدعى كما مر اهـ :

قلت : وبوقوع البائنة للحال صرح فى شرح درر البحار . ويرد عليه أيضا مافى البدائع من هذا الباب : ولو قال أنت طالق للبدعة فهى واحدة رجعية ، لأن البدعة قد تكون فى البائن ، وقد تكون فى الطلاق حالة الحيض فيقع الشك فى البينونة فلا تثبت بالشك ، وكذا إذا قال طلاق الشيطان . وروى عن أبى يوسف فى أنت طالق

أو كالجبل أو كألف ، أو ملء البيت ، أو تطليقة شديدة ، أو طويلة ، أو عريضة أو أسواه ، أو أشده ، أو أخبثه) أو أخشنه (أو أكبره ، أو أعرضه أو أطوله ، أو أغلظه أو أعظمه واحدة بائنة) فى الكل ، لأنه وصف الطلاق بما يحتمله (إن لم ينو ثلاثا) فى الحرة وثنتين فى الأمة ، فيصح لما مر ،

للبدعة إذا نوى واحدة بائنة صح لأن لفظه يحتمل ذلك اه لكن فى الهداية ذكر أولا وقوع البائن ثم ذكر ماعن أبى يوسف ، ثم قال : وعن محمد يكون رجعيا ، فعلم أن ماذكره أولا قول الإمام وعليه المتون ، ومافى البدائع أولا قول محمد ، وما نقله فى البحر فالظاهر أنه مبنى على قول أبى يوسف لأنه لم يوقع البائن إلا بنيته . فإذا لم ينوه فهو على التفصيل الذى ذكره فى البحر تأمل (قوله أو كالجبل) قال فى البحر : الحاصل أن الوصف بما ينبئ عن الزيادة يوجب البينونة والتشبيه كذلك أى شيء كان المشبه به كرأس إبرة وكحبة خردل وكسمسمة لاقتضاء التشبيه الزيادة واشترط أبو يوسف ذكر العظم مطلقا . وزفر أن يكون عظيما عند الناس . فرأس إبرة بائن عند الأول فقط وكالجبل عند الأول والثالث فقط ، وكعظم الجبل عند الكل ، وكعظم إبرة عند الأولين . ومحمد قيل مع الأول ، وقيل مع الثانى (قوله أو كألف) لاحتمال كون التشبيه فى القوة أو فى العدد . فإن نوى الثانى وقع الثلاث وإلا يثبت الأقل وهو البينونة ، وكذا فى مثل ألف ومثل ثلاث ، بخلاف كعدد الألف أو كعدد الثلاث فثلاث بلا نية ، وفى واحدة كألف واحدة اتفاقا وإن نوى الثلاث ، لأن الواحدة لاتحتمل الثلاث وتمامه فى البحر (قوله أو ملء البيت) وجه البينونة به أن الشيء قد يملأ البيت لعظمه فى نفسه وقد يملؤه لكثرته فأيهما نوى صحت نيته ، وعند عدمها يثبت الأقل بحر (قوله أو تطليقة شديدة الخ) لأن مايصعب تداركه يشتد عليه ويقال فيه لهذا الأمر طول وعرض وهو البائن بحر ، قيد بذكر التطليقة لأنه لو قال :أنت طالق قوية أو شديدة أو طويلة أو عريضة كان رجعيا لأنه لايصلح صفة للطلاق بل للمرأة قاله الإسبيجابى ، وبطويلة لأنه لوقال [illegible] طولا أو عرض كذا لم تصح نية الثلاث وإن كانت بائنة أيضا نهر (قوله أو أخشنه) بالشين المعجمة قبل النون ويرجع إلى معنى الأشدية ط (قوله أو أكبره) بالباء الموحدة ، أما أكثره بالمثناة أو المثلثة فيأتى قريبا (قوله لأنه وصف الطلاق بما يحتمله) وهو البينونة فإنه يثبت به البينونة قبل الدخول للحال ،وكذا عند ذكر المال وبعده إذا انقضت العدة بحر (قوله فيصح لما مر) أى فى أول هذا الباب من أنه مصدر يحتمل الفرد الاعتبارى ، وهو الثلاثة فى الحرة والثنتان فى الأمة فتصح نيته ، والفاء فى جواب شرط محذوف : أى فإن نوى ماذكر صح أفاده ح .

فإن قالت لم يذكر المصدر فى نحو طالق أشد الطلاق . قلت : قال فى الفتح : وإن المعنى طالق طلاقا هو أشد الطلاق لأن أفعل التفضيل بعض ما أضيف إليه ، فكان أشد معبرا به عن المصدر الذى هو الطلاق :

[تنبيه] ظاهر كلامه صحة نية الثلاث فى جميع مامر . وقال فى النهر : لكن قال العتابى : الصحيح أنها لاتصح فى تطليقة شديدة أو طويلة أو عريضة لأن النية إنما تعمل فى المحتمل وتطليقه بتاء الوحدة لاتحتمل الثلاث ونسبه إلى السرخسى اه ومثله فى الفتح والبحر . قلت : لكن المتون على خلافه .

وقد يجاب بأن التاء لايلزم أن تكون هنا للوحدة بل لتأنيث اللفظ أو زائدة كقولهم فى الذنب ذنبة ، وفى أمثال العرب : إذا أخذت بذنبة الضب أغضبته ذكره الزمخشرى ، ولو سلم أن التاء هنا للوحدة فيجاب بأنهم قد عللوا صحة نية الثلاث فى جميع مامر بأنه وصف الطلاق بالبينونة ، وهى نوعان : خفيفة وغليظة ، فإذا نوى الثانية صح ، فيقال حينئذ : إن تاء الوحدة لاتنافى إرادة البينونة الغليظة وهى مالا تحل له المرأة معها إلابزوج آخر ، فليس المراد أنه نوى بها أنت طالق ثلاث طلقات بل نوى حكم الثلاث وهو البينونة الغليظة ، ونظيره

كما لو نوى بطالق واحدة وبنحو بائن أخرى فيقع ثنتان بائنتان ؛ ولو عطف وقال وبائن أو ثم بائن ولم ينو شيئا فرجعية ؛ ولو بالفاء فبائنة ذخيرة .

(كما) يقع البائن (لو قال : أنت طالق طلقة تملكى بها نفسك) لأنها لاتملك نفسها إلا بالبائن .

ولو قال أنت طالق على أن لارجعة لى عليك له الرجعة ؛ وقيل لا جوهرة . ورجح فى البحر الثانى ؛ وخطأ من أفتى بالرجعى فى التعاليق ؛ وقول الموثقين تكون طالقا طلقة تملك بها نفسها الخ ؛

قولهم : لو نوى الثلاث بأنت بائن أو حرام فهى ثلاث ، فإن معناه لو نوى حكم الثلاث لالفظها لأن لفظ بائن وحرام لايفيد ذلك فكذلك هنا ، على أن الثلاث فرد اعتبارى ولهذا صح إرادته بالمصدر ولم تصح إرادة الثنتين به لأنهما عدد محض ، وفرديته باعتبار ماقلنا ، فلا ينافى تاء الوحده ، هذا ماظهر لى (قوله كما لو نوى) تشبيه فى الصحة ط (قوله وبنحو بائن) أى من كل كناية قرنت بطالق كما فى الفتح والبحر (قوله فيقع ثنتان بائنتان) أى على أن التركيب خبر بعد خبر ، ثم بينونة الأولى ضرورة بينونة الثانية إذ معنى الرجعى كونه بحيث يملك رجعتها وذلك منتف باتصال البائنة الثانية ، فلا فائدة فى وصفها بالرجعية فتح (قوله ولو عطف الخ) محترز تقييد المصنف المسألة بدون عطف (قوله فرجعية) أى فهى طالق طلقة رجعية ذخيرة (قوله ولو بالفاء فبائنة) أى إذا لم ينو شيئا كما أفاده فى الذخيرة بقوله ولو عطف بالفاء وباقى المسألة بحالها ، فهى طالق طلقة بائنة اهـ ولعل وجه الفرق أن الفاء للتعقيب بلا مهلة ، والطلاق الذى يعقبه البينونة لايكون إلا بائنا ؛ أما الواو فلا تقتضى التعقب بل تصاحب له وللتراخى الذى هو معنى ثم والطلاق الذى تتراخى عنه البينونة لايلزم كونه بائنا فيكون قوله وبائن لغوا ، ولا تحمل الواو على التعقيب لأنه عند الاحتمال يراد الأدنى وهو الرجعى هنا ، كما لايراد تكرير الإيقاع لعدم النية ؛ وانظر لم لم يتعين تكرير الإيقاع مع وجود مذاكرة الطلاق فإن الأصل فى العطف المغايرة ، فكان ينبغى وقوع بائنتين مع الواو وثم ، ومفهوم التقييد بعدم النية أنه لو نوى تكرير الإيقاع مع الحروف الثلاثة أو نوى بالبائن الثلاث أنه يقع مانوى (قوله كما لو قال الخ) يشعر كلام المصنف فى المنح أن هذا الفرع غير منقول حيث قال فإنه يقع به الطلاق البائن كما أفتى به مولانا صاحب البحر ،واستظهر له بما فى البدائع من قوله إذا وصف الطلاق بصفة تدل على البينونة كان بائنا الخ (قوله تملكى بها نفسك) حقه أن يقال تملكين لأنه مضارع مرفوع بالنون ، نعم سمع حذفها فى قول الشاعر :

أبيت أسرى وتبيتى تدلكى   وجهك بالعنبر والمسك الذكى

وهو لغة خرج عليها بعض المحققين حديث « كما تكونوا يولى عليكم » وحديث « لاتدخلوا الجنة حتى تؤمنوا ولا تؤمنوا حتى تحابوا » (قوله لأنها لاتملك نفسها إلا بالبائن) صرح به فى البدائع ، وقال أيضا إذا وصف الطلاق بصفة تدل على البينونة كان بائنا اهـ وهذه الصفة بمعنى قوله أنت طالق طلقة بائنة لأن ملكها نفسها ينافى الرجعى الذى يملك هو رجعتها فيه بدون رضاها (قوله ورجح فى البحر الثانى) وذلك أنه تقدم أنه إذا وصف الطلاق بضرب من الشدة والزيادة يقع به البائن عندنا . وقال الشافعى : يقع به الرجعى لأنه خلاف المشروع فيلغو كما إذا قال أنت طالق على أن لارجعة لى عليك . ورده فى الهداية بأنه وصفه بما يحتمله وبأن مسألة الرجعة ممنوعة : أى لانسلم أنه يقع فيها الرجعى بل تقع واحدة بائنة كما فى العناية والفتح وغاية البيان والتبيين . قال فى البحر : فقد علمت أن المذهب فى مسألة الرجعة وقول البائن (قوله وخطأ) أى نسبه إلى الخطإ ، مثل فسقته نسبته إلى الفسق ، وقوله وقول الموثقين بالجر قال ح : عطف تفسير على التعاليق وهو بكسر الثاء المثلثة وهم عدول دار القاضى

لكن فى البزازية وغيرها قال للمدخولة : إن طلقتك واحدة فهى بائنة أو ثلاث ثم طلقها يقع رجعيا ، الوصف لايسبق الموصوف ، وكذا لو قال : إن دخلت الدار فكذا ثم قبل دخولها الدار قال جعلته بائنا أو ثلاثا لا يصح لعدم وقوع الطلاق عليها انتهى : ومفاده وقوع الطلاق الرجعى فى : متى تزوجت عليك فأنت طالق طلقة تملكين بها نفسك ، إذ غايته مساواته لأنت بائن ، والوصف لايسبق الموصوف ، كذا حرره المصنف هنا وفى الكنايات :

ويسمون بالشهود،وسموا موثقين لأنهم يوثقون من يشهد ببيان أنه ثقة اه أولأنهم يكتبون صكوك الوثائق أفاده ط.

قلت : وأصل المسألة التى ذكرها صاحب البحر . وقد ألف فيها رسالة أيضا هى : أن رجلا قال لزوجته : متى ظهر لى امرأة غيرك أو أبرأتنى (١) من مهرك فأنت طالق واحدة تملكين بها نفسك ثم ظهر له امرأة غيرها وأبرأته من مهرها . فأجاب فيها بأنه بائن ورد على من أفتى بأنه رجعى (قوله لكن فى البزازية الخ) انتصار لذلك المفتى . ورده الخير الرملى فى حواشى المنح بأن المعلق فى حادثة التعاليق هو الطلاق الموصوف بالبينونة . وفى مسألة البزازية : المعلق وصف البينونة فقط والموصوف لم يوجد بعد ، فهو فى مسألة التعاليق كأنه قال : إن تزوجت عليك فأنت طالق بائنا ولا قائل بمنعه تأمل اه .

والحاصل أنه فى مسألة البزازية الأولى قد علقت الصفة وحدها على وجود الموصوف ، والحكم فى المعلق أنه لولا التعليق لوجد فى الحال ، ولا يمكن أن يوجد فى الحال بينونة طلقة غير موجودة ولا كونها ثلاثا ،لأن الوصف لايسبق موصوفه ، وكذا فى المسألة الثانية جعل الطلقة المعلقة بائنة أو ثلاثا قبل وجودها فيلزم أيضا سبق الصفة موصوفها فافهم (قوله ومفاده الخ) هذه عبارة المصنف فى الكنايات مع بعض تغيير ، وقد علمت الفرق بين المقيسة والمقيس عليها (قوله مساواته لأنت بائن) كان حق التعبير أن يقال مساواته لهو بائن بناء على مافهمه من أنه تعليق لوصف الطلاق فقط ، وقد علمت عدم المساواة ، نعم هو مساو لأنت بائن على ماقاله صاحب البحر من أنه تعليق للموصوف وصفته معا فصار فى معنى متى تزوجت عليك فأنت بائن ، فهذا نطق بالحق بلا قصد .

[تتمة] يقع كثيرا فى كلام العوام : أنت طالق تحلى للخنازير وتحرمى على ، وأفتى فى الخيرية بأنه رجعى ، لأن قوله وتحرمى على إن كان للحال فخلاف المشروع لأنها لا تحرم إلا بعد انقضاء العدة ، وإن كان للاستقبال فصحيح ولا ينافى الرجعة ، وكذلك أفتى بالرجعى فى قولهم أنت طالق لايردك قاض ولا عالم ، لأنه لايملك إخراجه عن موضوعه الشرعى . وأيده فى حواشيه على المنح بما فى الصيرفية : لو قال أنت طالق ولا رجعة لى عليك فرجعية ،ولو قال على أن لارجعةلى عليك فبائن اه وقال إن قولهم لايردك قاض الخ مثل قوله ولا رجعة لى عليك لأن حذف الواو كإثباتها كما هو ظاهر ، لامثل على أن لارجعة اه .

قلت : والفرق أن على أن لارجعة قيد للطلاق لأنه شرط فيه ، فهو فى معنى أنت طالق طلاقا مشروطا فيه عدم الرجعة : أى طلاقا بائنا ، فهو داخل تحت القاعدة من أنه إذا وصف الطلاق بضرب من الشدة والزيادة يقع به البائن كما مر عن الهداية ، أما ولارجعة لى عليك فليس صفة للطلاق بل هو كلام مستأنف أخبر به عما هو خلاف الشرع ، فإن الشرع هو وقوع الرجعى بأنت طالق ، فقوله ولا رجعة لغو ، مثل قوله : أنت طالق وبائن أو ثم بائن بلا نية كما مر ، وكذا قولهم لايردك قاض الخ ليس صفة للطلاق بل هو صفة للمرأة فلم يدخل تحت القاعدة

---

(١) (قوله أو أبرأتنى) هكذا بالأصل المقابل على خط المؤلف ، ولعل الظاهر إسقاط الألف .

(بخلاف) أنت طالق (أكثره) أى الطلاق (بالتاء المثناة من فوق فإنه يقع به الثلاث ، ولا يدين فى) إرادة (الواحدة) كما لو قال أكثر الطلاق أو أنت طالق مرارا أو ألوفا أو لاقليل ولا كثير فثلاث هو المختار كما فى الجوهرة :

المذكورة ؛ ومثله تحلى للخنازير وتحرمى علىّ ، وقد خفى ذلك على الرحمتى فجزم بأن هذا وما فى الصيرفية من الفرق بين المسألتين مخالف للقاعدة المذكورة ، نعم لو قصد بقوله وتحرمى علىّ إيقاع الطلاق وقع به أخرى بائنة مالم ينو به الثلاث فثلاث كما فى أنت طالق وبائن كما قدمناه ، ومثله قول العوام فى زماننا أيضا : أنت طالق كلما أحلك شيخ حرّمك شيخ ، فإن مرادهم بالثانى تأبيد الحرمة ، فهو بمنزلة قوله كلما حللت لى حرمت علىّ فكلما عقد عليها بانت منه إلا أن يريد بذلك الكلام الإخبار عن الطلاق المذكور دون إنشاء التحريم ودون جعل هذه الجملة صفة للطلاق المذكور فلا تحرم أبدا ، لأنه إخبار بخلاف المشروع ، لكن العامى لايفهم ذلك ، بل الظاهر أنه يريد إنشاء تأبيد الحرمة ؛ فما وقع فى فتاوى الشيخ إسمعيل الحائك من وقوع الرجعى به فقط مرة واحدة غير ظاهر ، فاغتنم تحرير هذا المحل فإنه مما يخفى (قوله بالتاء المثناة من فوق) الظاهر أنه قيد بذلك ليعلم بالأولى ماإذا قاله بالثاء المثلثة ، وليفيد أن هذا التحريف هنا لايضر ، لأن ذلك صار لغة عامية ، وقد مر أن الطلاق يقع بالألفاظ المصحفة ، فلا يرد مااعترض به فى الخيرية على المصنف من أن هذا ذهول منه وأن المذكور فى كلامهم ضبطه بالمثلثة ، ولم نر أحدا ضبطه بالمثناة . وعبارة البحر إلا أكثره بالثاء المثلثة فإنه يقع به الثلاث ، ولا يدين إذا قال نويت واحدة (قوله ولا يدين فى إرادة الواحدة) مفهومه أنه يدين فى إرادة الثنتين . ووجهه أن أفعل التفضيل قد يراد به أصل الفعل : أى كثير الطلاق ، فكان محتمل كلامه فيصدق ديانة اهـ ح . قلت : لكن يأتى ترجيح أن الكثير ثلاث لااثنتان ، وحينئذ فلا فرق بين أكثر وكثير فافهم (قوله كما لو قال أكثر الطلاق) أى بالثاء المثلثة ، وأشار به إلى ماقلنا من أن ضبطه بالمثناة ليس للاحتراز عن المثلثة (قوله أو أنت طالق مرارا) فى البحر عن الجوهرة : لو قال أنت طالق مرارا تطلق ثلاثا إن كان مدخولا بها كذا فى النهاية اهـ .

وذكر فى البحر قبله بأكثر من ورقة عن البزازية : أنت علىّ حرام ألف مرة تقع واحدة اهـ . وما فى البزازية ذكره فى الذخيرة أيضا ، وذكره الشارح آخر باب الإيلاء :

أقول : ولا يخالف مافى الجوهرة ، لأن قوله ألف مرة بمنزلة تكريره مرارا متعددة ، والواقع به فى أول مرة طلاق بائن ، ففى المرة الثانية لايقع شىء ، لأن البائن لايلحق البائن إذا أمكن جعل الثانى خبرا عن الأول ، كما فى أنت بائن أنت بائن كما يأتى بيانه فى الكنايات ، بخلاف ماإذا نوى الثلاث بأنت حرام أو بأنت بائن فإنه يصح ، لأنه لفظ واحد صالح للبينونة الصغرى والكبرى ، وقوله أنت طالق مرارا بمنزلة تكرار هذا اللفظ ثلاث مرات فأكثر ، والواقع بالأولى رجعى ، وكذا بما بعدها إلى الثالثة لأنه صريح ، والصريح يلحق الصريح مادامت فى العدة ، ولذا قيد بالمدخول بها لأن غيرها تبين بالمرة الأولى لاإلى عدة فلا يلحقها مابعدها ، فاغتنم تحرير هذا المقام فقد خفى على كثير من الأفهام (قوله أو ألوفا) جمع ألف ح أى فيقع به الثلاث ويلغو الزائد (قوله أو لاقليل الخ) عبارة الجوهرة : وإن قال أنت طالق لاقليل ولاكثير تقع ثلاثا هو المختار ، لأن القليل واحدة والكثير ثلاث ، فإذا قال أو لا لاقليل فقد قصد الثلاث ثم لايعمل قوله ولاكثير بعد ذلك اهـ .

قلت : لكن فى الخلاصة والبزازية يقع الثلاث فى المختار ، وقال الفقيه أبو جعفر : ثنتان فى الأشبه اهـ وذكر فى الذخيرة أن الأول اختيار الصدر الشهيد وعلله بما مر :

ولو قال : أقل الطلاق فواحدة ،ولو قال عامة الطلاق أو أجله أو لونين منه أو أكثر الثلاث أو كبير الطلاق فثنتان ، وكذا لا كثير ولا قليل على الأشبه مضمرات .

وفى القنية : طلقتك آخر الثلاث تطليقات فثلاث وطالق آخر ، ثلاث تطليقات فواحدة . والفرق دقيق حسن.

[فروع] يقع بأنت طالق كل التطليقة واحدة ، وكل تطليقة ثلاث ،

ثم قال : وحكى عن أبى جعفر الهندوانى أنه يقع ثنتان ،لأنه لما قال لاقليل فقد قصد إيقاع الثنتين،لأن الثنتين كثير فلا يعمل قوله ولاكثير بعد ذلك ، وهذا القول أقرب إلى الصواب اه .

وفى الخانية أنه الأظهر اه وبه علم أنهما قولان مرجحان ، ومبناهما على الاختلاف فى الكثير .

ففى البحر عن المحيط : ولو قال أنت طالق كثيرا ذكر فى الأصل أنه يقع الثلاث ، لأن الكثير هو الثلاث وذكر أبو الليث فى الفتاوى يقع ثنتان اه .

قلت : وينبغى أرجحية القول الأول ، لأن الأصل من كتب ظاهر الرواية ، وهو مقدم على ما فى الفتاوى (قوله فواحدة) أى رجعية لعدم مايفيد البائن ، ولأن الرجعى أقل الطلاق (قوله ولو قال عامة الطلاق) إنما وقع به ثنتان لكثرة استعماله فى الغالب وغالب الطلاق ثنتان ط (قوله أو أجله) كأنه تحريف من الكاتب . والذى فى البحر جله بضم الجيم وتشديد اللام ، وكذا فى الذخيرة . وجل الشىء : معظمه ، أما الأجل فينبغى أن يكون ثلاثا رجعى . والأحسن ماقاله ط من أنه إن نوى بالأجل الأعظم من جهة الكم فثلاث ،أو من جهة موافقته للسنة فواحدة رجعية فى طهر لاوطء فيه ولا فى حيض قبله (قوله أو لونين منه) وهما طلقتان رجعيتان ؛ ولو قال ثلاثة ألوان فثلاثة ، وكذلك لو قال ألوانا من الطلاق فثلاثة ، وإن نوى ألوان الحمرة والصفرة صح ديانة . وكذا ضروبا أو أنواعا أو وجوها من الطلاق ذخيرة .

قلت : وينبغى فيما لو نوى ألوان الحمرة والصفرة أن يكون الواقع واحدة بائنة لما مر من أصل الإمام فيما إذا وصف الطلاق (قوله وكذا لا كثير ولا قليل) الذى فى البحر عن المحيط أنه يقع به واحدة وكذا فى الذخيرة والبزازية والخلاصة والجوهرة وغيرها ؛ فليراجع كتاب المضمرات ؛ نعم لكل وجه فوجه الواحدة أنه لما نفى الكثير أثبت القليل فلا يفيد نفيه بعد . ووجه الثنتين أن الكثير ثلاث والقليل واحدة ، فإذا نفاهما ثبت ما بينهما (قوله والفرق دقيق حسن) وجه الفرق أنه أضاف الآخر إلى ثلاث معهودة ومعهوديتها بوقوعها بخلاف المنكر اه ح .

أقول : هذا بعد تسليمه إنما يتم بناء على ماذكره الشارح تبعا للبحر فى أول باب الطلاق الصريح من تعريف لفظ ثلاث فى الأولى وتنكيره فى الثانية مع أنه منكر فى الصورتين كما رأيته فى عدة كتب كالتاترخانية والهندية والذخيرة والبزازية وقد ذكر الفرق فى البزازية بأن الآخر هو الثالث ، ولا يتحقق إلا بتقدم مثليه عليه ، لكنه فى الأولى أخبر عن إيقاع الثلاث ، وفى الثانية وصف المرأة بكونها آخر الثلاث بعد الإيقاع وهى لاتوصف بذلك ، فبقى أنت طالق وبه تقع الواحدة اه . فمناط الفرق من التعبير بالفعل الماضى فى الأول واسم الفاعل فى الثانى لامن التعريف والتنكير فافهم ممكن(١) ومقتضاه أن لفظ آخر فى الثانية مرفوع خبرا ثانيا عن أنت ليصير وصفا للمرأة ؛ أما لو كان منصوبا يكون وصفا للطلاق فيساوى الصورة الأولى ، واحتمال كونه منصوبا على الظرفية خبرا ثانيا بعيد (قوله يقع بأنت طالق الخ) لأن كلا إذا أضيفت إلى معرف أفادت عموم الأجزاء ، وأجزاء الطلقة لاتزيد على طلقة ،وإذا أضيفت

---

(١) (قوله ممكن) هكذا بالأصل المقابل على خطه فليحرر .

وعدد التراب واحدة ، وعدد الرمل ثلاث ، وعدد شعر إبليس أو عدد شعر بطن كفي واحدة ، وعدد شعر ظهر كفي أو ساقي أو ساقك أو فرجك أو عدد مافي هذا الحوض من السمك وقع بعدده إن وجد وإلا لا . لست لك بزوج أو لست لي بامرأة أو قالت له لست لي بزوج

إلى منكر أفادت عموم الأفراد اهـ ولذا كان قولك كل الرمان مأكول كاذبا لأن قشره لايؤكل ، بخلاف كل رمان بالتنكير ، وهذا عند الخلو عن القرائن كما حررناه في باب المسح على الخفين .

[تنبيه] ذكر في الذخيرة : لو قال كل الطلاق فواحدة وهكذا نقل عنها في البحر ، لكن في مختارات النوازل أنه يقع ثلاث .

قلت : وهو الذي يظهر ، لأن الطلاق مصدر يحتمل الثلاث ، بخلاف الطلقة على أنه ذكر في الذخيرة أيضا أنت طالق الطلاق كله فهو ثلاث ، ولا فرق يظهر بين كل الطلاق والطلاق كله تأمل (قوله وعدد التراب واحدة) قال في الفتح : ولو شبه بالعدد فيما لاعدد له فقال طالق كعدد الشمس أو التراب أو مثله . فعند أبي يوسف رجعية واختاره إمام الحرمين من الشافعية ، لأن التشبيه بالعدد فيما لاعدد له لغو ولا عدد للتراب . وعند محمد يقع ثلاث وهو قول الشافعي وأحمد لأنه يراد بالعدد إذا ذكر الكثرة ، وفي قياس قول أبي حنيفة واحدة بائنة ، لأن التشبيه يقتضي ضربا من الزيادة كما مر . أما لو قال مثل التراب يقع واحدة رجعية عند محمد اهـ (قوله وعدد الرمل ثلاث) أي إجماعا كما في البحر عن الجوهرة ، وإنما كان التراب غير معدود لأنه اسم جنس إفرادي بخلاف رمل لأنه اسم جنس جمعي لايصدق على أقل من ثلاثة نهر .

وحاصله أن مادل على الماهية صادقا على القليل والكثير كالتراب والماء والعسل ، فهو اسم جنس إفرادي ، بخلاف مالا يدل على أقل من ثلاث ، وميز بين قليله وكثيره بالتاء كالرمل والتمر فهو اسم جنس جمعي والجمع ذو أفراد أقلها ثلاث فيقع بإضافة العدد إليه ثلاث (قوله وعدد شعر إبليس الخ) أي تقع واحدة لو أضافه إلى عدد مجهول النفي والإثبات أو إلى عدد معلوم النفي كالمثالين كما في الفتح ، ولم يذكر أنها بائنة أولا ، ومقتضى ماذكره في عدد التراب أنها بائنة في قياس قول أبي حنيفة ، ورجعية عند أبي يوسف ، ويدل عليه مانذكره قريبا عن المحيط من أنه يلغو ذكر العدد ويصير كأنه قال أنت طالق (قوله وقع بعدده) أي مما يقبله المحل والزائد لغو ط (قوله وإلا لا) أي وإن لم يوجد شيء من الشعر بأن أطلى بالنورة مثلا ولا وجد شيء من السمك لم يقع شيء ، وهذا صحيح في غير مسألة السمك أما فيهما فقد ذكر في الجوهرة وكذا في البحر عن الظهيرية أنه إذا لم يكن في الحوض سمك تقع واحدة فكان الصواب ذكرها مع مسألة شعر إبليس وشعر بطن كفي ه

وقد ذكر في النهر أنه علل في المحيط مسألة السمك وشعر إبليس وبطن كفي بأنه إذا لم يكن شعر ولا سمك لم يعتبر ذكر العدد بل يصير لغوا وصار كأنه قال أنت طالق اهـ :

وفي البحر عن محمد في الفرق بين مسألة ظهر كفي وقد أطلى ، ومسألة بطن كفي أنه في الأولى لايقع شيء لأنه يقع على عدد الشعور النابتة ، فإذا لم يكن عليه شعر لم يوجد الشرط ، وفي الثانية تقع واحدة لأنه لايقع على عدد الشعر اهـ .

قلت : وحاصله أن ظهر الكف ومثله الساق والفرج لما كان محل الشعر غالبا وزواله لايكون إلا بعارض صار العدد بمنزلة الشرط فلا يقع شيء عند عدمه بخلاف ما إذا كان معلوم الانتفاء كشعر بطن كفي أو مجهوله ولا يمكن علمه كشعر إبليس أو يمكن ، لكن انتفاؤه لايتوقف على عارض كسمك الحوض فلا يتوقف على وجود عدد

فقال صدقت طلاق إن نواه خلافا لها . ولو أكد بالقسم أو سئل ألك امرأة ؟ فقال لا تطلق اتفاقا ، وإن نوى ، لأن اليمين والسؤال قرينتا إرادة النفى فيهما .

وفى الخلاصة : قيل له ألست طلقتها ؟ تطلق ببلى لا بنعم . وفى الفتح : ينبغى عدم الفرق للعرف . وفى البزازية قالت له : أنا امرأتك ، فقال لها أنت طالق كان إقرارا بالنكاح ، وتطلق لاقتضاء الطلاق النكاح وضعا .

علم أنه حلف ولم يدر بطلاق أو غيره لغا ، كما لو شك أطلق أم لا .

ولو شك أطلق واحدة أو أكثر بنى على الأقل .

بل يقع الطلاق مطلقا لكن فى مسألة السمك لما أمكن وجود العدد فإذا وجد وقع بقدره (قوله طلاق إن نواه) لأن الجملة تصلح لإنشاء الطلاق كما تصلح لإنكاره فيتعين الأول بالنية وقيد بالنية لأنه لا يقع بدونها اتفاقا لكونه من الكنايات ، وأشار إلى أنه لا يقوم مقامها دلالة الحال ، لأن ذلك فيما يصلح جوابا فقط وهو ألفاظ ليس هذا منها ، وأشار بقوله طلاق إلى أن الواقع بهذه الكناية رجعى ، كذا فى البحر من باب الكنايات (قوله لا تطلق اتفاقا وإن نوى) ومثله قوله لم أتزوجك أو لم يكن بيننا نكاح ، أو لا حاجة لى فيك بدائع لكن فى المحيط ذكر الوقوع فى قوله لا عند سؤاله . قال : ولو قال لا نكاح بيننا يقع الطلاق والأصل إن نفى النكاح أصلا لا يكون طلاقا بل يكون جحودا ونفى النكاح فى الحال يكون طلاقا إذا نوى ،وما عداه فالصحيح أنه على هذا الخلاف اه بحر (قوله قرينتا إرادة النفى فيهما) وذلك لأن اليمين لتأكيد مضمون الجملة الخبرية فلا يكون جوابه الأخير ، وكذا جواب السؤال والطلاق لا يكون إلا إنشاء فوجب صرفه إلى الإخبار عن نفى النكاح كذبا (قوله وفى الخلاصة الخ) عبارة الخلاصة : ألست طلقتها ووجد كذلك فى بعض النسخ كما يفيده ما فى نح . قال صاحب البحر فى شرحه على المنار : وذكر فى التحقيق أن موجب نعم تصديق ما قبلها من كلام منفى أو مثبت استفهاما كان أو خبرا كما إذا قيل لك قام زيد أو أقام زيد أو لم يقم زيد فقلت نعم كان تصديقا لما قبله وتحقيقا لما بعد الهمزة ، وموجب بلى إيجاب ما بعد النفى استفهاما كان أو خبرا فإذا قيل لم يقم زيد فقلت بلى كان معناه قد قام ، إلا أن المعتبر فى أحكام الشرع العرف حتى يقام كل واحد منهما مقام الآخر اه (قوله وفى الفتح الخ) عبارته : والذى ينبغى عدم الفرق فإن أهل العرف لا يفرقون بل يفهمون منهما إيجاب المنفى (قوله وفى البزازية) أى فى أوائل كتاب النكاح (قوله كان إقرارا بالنكاح وتطلق) أى فإذا كان أنكره ؛ يلزمه مهرها ونفقة عدتها ؛ وترثه لو مات فى عدتها (قوله لاقتضاء الطلاق النكاح وضعا) لأن الطلاق لغة وشرعا رفع القيد الثابت بالنكاح فلابد لصحته من سبق النكاح لأن المقتضى ما يقدر لصحة الكلام ، فكأنه قال نعم أنت امرأتى وأنت طالق ؛ كما قالوا فى : أعتق عبدك عنى بألف . قلت : وهذا حيث لا مانع .

ففى الخلاصة من النكاح عن المنتقى قال لها ما أنت لى بزوجة وأنت طالق فليس بإقرار بالنكاح . قال فى البزازية لقيام القرينة المتقدمة على أنه ما أراد الطلاق حقيقة اه : أى لأن تصريحه بنفى الزوجية ينافى اقتضاءها فلا يكون الطلاق مرادا به حقيقة (قوله بنى على الأقل) أى كما ذكره الإسبيجابى ، إلا أن يستيقن بالأكثر أو يكون أكبر ظنه .

وعن الإمام الثانى إذا كان لا يدرى أثلاث أم أقل يتحرى ؛ وإن استويا عمل بأشد ذلك عليه ؛ أشباه عن البزازية ٥ قال ط : وعلى قول الثانى اقتصر قاضيخان ؛ ولعله لأنه يعمل بالاحتياط خصوصا فى باب الفروج اه ٥ قلت : ويمكن حمل الأول على القضاء والثانى على الديانة ؛ ويؤيده مسألة المتون فى باب التعليق . لو قال ٥

وفى الجوهرة طلق المنكوحة فاسدا ثلاثا له تزوجها بلا محلل ولم يحك خلافا .

باب طلاق غير المدخول بها

(قال لزوجته غير المدخول بها أنت طالق) يازانية (ثلاثا) فلا حدولا لعان لوقوع الثلاث عليها وهى زوجته ثم بانت بعده ، وكذا أنت طالق ثلاثا يازانية إن شاء الله تعلق الاستثناء بالوصف بزازية

إن ولدت ذكرا فأنت طالق واحدة وإن ولدت أنثى فأنت طالق ثنتين فولدتهما ولم يدر الأول تطلق واحدة قضاء وثنتين تنزها أى ديانة ه

هذا وفى الأشباه أيضا : وإن قال عزمت على أنه ثلاث يتركها وإن أخبره عدول حضروا ذلك المجلس بأنها واحدة وصدقهم أخذ بقولهم (قوله له تزوجها بلا محلل) لأن الطلاق إنما يلحق المنكوحة نكاحا صحيحا ، أو المعتدة بعدة الطلاق ، أو الفسخ بالردة ، أو الإباء عن الإسلام كما قدمناه عن البحر ح أى والمنكوحة فاسدا ليست واحدة ممن ذكر ط : أى فلا يتحقق الطلاق فى النكاح الفاسد ولا ينقص عددا لأنه متاركة كما قدمناه عن البحر والبزازية فى باب المهر عند الكلام على النكاح الفاسد ، فحيث كان متاركة لاطلاقا حقيقة كان له تزوجها بعقد صحيح بلا محلل ، ويملك عليها ثلاث طلقات ، والله تعالى أعلم .

باب طلاق غير المدخول بها

(قوله فلا حد ولا لعان الخ) أى عند الإمام بناء على أنه كلام واحد ، وأن قوله يازانية ليس بفاصل بين الطلاق والعدد ولا بين الجزاء والشرط ، فى مثل : أنت طالق يازانية إن دخلت الدار ، فيتعلق الطلاق بالدخول ويقع الثلاث فى أنت طالق يازانية ثلاثا ، ولا حد عليه لوقوع القذف وهى زوجته ، لما يأتى من أنه متى ذكر العدد كان الوقوع به ولا لعان أيضا ، لأن أثره التفريق بينهما وهو لايتأتى بعد البينونة وهو لايصح بدون أثره ، ومثله : يازانية أنت طالق ثلاثا ، بخلاف أنت طالق ثلاثا يازانية حيث يحد كما فى لعان البحر لوقوع القذف بعد الإبانة . وعند أبى يوسف يقع فى مسألتنا واحدة وعليه الحد ، لأنه جعل القذف فاصلا فيلغو قوله ثلاثا ، وكان الوقوع بقوله أنت طالق فكان بعد الطلاق البائن لأنها غير مدخول بها فوجب الحد اهـ ح ملخصا مع زيادة (قوله لوقوع الثلاث الخ) كذا فى البزازية ، وصوابه لوقوع القذف ، ويكون الضمير فى بعده للقذف كما ظهر لك مما قررناه (قوله وكذا الخ) أى يقع الثلاث ولا حد ولا لعان كما هو مقتضى التشبيه بناء على أن المراد بالوصف ماوصفها به فى قوله يازانية وهو القذف ، فإذا انصرف الاستثناء إليه ينتفى الحد واللعان ، لأنه لم يبق قذفا منجزا وتقع الثلاث لعدم تعلقها بالاستثناء ، وهذا التقرير هو الموافق لما فى شرحنه على الملتقى ، ولعبارة البزازية ونصها : أنت طالق ثلاثا يازانية إن شاء الله يقع ، وصرف الاستثناء إلى الوصف ، وكذا أنت طالق ياطالق إن شاء الله ، وكذا أنت طالق ياخبيثة إن شاء الله يصرف الاستثناء إلى الكل ولا يقع الطلاق ، كأنه قال يافلانة والأصل حفظه أن المذكور فى آخر الكلام إذا كان يقع به طلاق أو يلزم به حد كقوله ياطالق يازانية فالاستثناء على الوصف ، وإن كان لايجب به حد ولا يقع به طلاق كقوله ياخبيثة فالاستثناء على الكل اهـ لكن قوله وكذا أنت طالق ياخبيثة صوابه : ولو قال أنت طالق ياخبيثة كما عبر فى الذخيرة وغيرها لكنه تساهل لظهور المراد بذكر الأصل المذكور وقوله يقع : أى الطلاق دليل على أن المراد بالوصف القذف لا الطلاق ، وإلا لم يصح قوله وصرف الاستثناء

(وقعن) لما تقرر أنه متى ذكر العدد كان الوقوع به ، وما قيل من أنه لا يقع لنزول الآية في الموطوءة باطل محض منشؤه الغفلة عما تقرر أن العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب . وحمله في غرر الأذكار على كونها متفرقة فلا يقع إلا الأولى فقط :

إلى الوصف ، وكذا ماقرره من الأصل . وأصرح منه قوله في الذخيرة وغيرها فالاستثناء على الآخر وهو القذف ويقع الطلاق فافهم .

ثم اعلم أن هذا الذي ذكره الشارح عن البزازية عزاه في الذخيرة إلى النوادر وهو ضعيف ، فقد ذكر الفارسي في شرح تلخيص الجامع أن قوله يازانية إن تخلل بين الشرط والجزاء كأنت طالق يازانية إن دخلت الدار أو بين الإيجاب والاستثناء كأنت طالق يازانية إن شاء الله لم يكن قذفا في الأصح وإن تقدم عليهما أو تأخر عنهما كان قذفا في الحال . وعن أبي يوسف أن المتخلل لايفصل ، فلا يتعلق الطلاق بل يقع للحال ويجب اللعان . وعن محمد يتعلق الطلاق ويجب اللعان .

وجه ظاهر الرواية أن يازانية نداء للإعلام بما يراد به فلا يفصل . ويتعلق الطلاق بالشرط فيتعلق القذف أيضا ، لأنه أقرب إلى الشرط اه ملخصا ، فهذا تصريح بأن انصراف الاستثناء إلى الكل هو الأصح وظاهر الرواية وصرح بذلك في الذخيرة أيضا ، ومشى عليه الشارح في باب التعليق (قوله وقعن) جواب الشرط المقدر في قول المتن قال لزوجته وكان الأولى للشارح ذكره عقب قوله ثلاثا (قوله لما تقرر الخ) لأن الواقع عند ذكر العدد مصدر موصوف بالعدد : أي تطليقا ثلاثا فتصير الصيغة الموضوعة لإنشاء الطلاق متوقفا حكمها عند ذكر العدد عليه بحر . قال في الفتح : وبه اندفع قول الحسن البصري وعطاء وجابر بن زيد : إنه يقع عليها واحدة لبينونتها بطلاق ، ولايؤثر العدد شيئا .

ونص محمد رحمه الله تعالى قال : وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثا جميعا فقد خالف السنة وأثم وإن دخل بها أو لم يدخل سواء بلغنا ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن علي وابن مسعود وابن عباس وغيرهم رضوان الله عليهم (قوله وماقيل الخ) رد على مانقله في شرح المجمع عن كتاب المشكلات وأقره عليه ، حيث قال : وفي المشكلات من طلق امرأته الغير مدخول بها ثلاثا فله أن يتزوجها بلا تحليل ، وأما قوله تعالى - فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره - ففي حق المدخول بها اه .

ووجه الرد أنه مخالف للمذهب ، لأنه إما أن يريد عدم وقوع الثلاث عليها بل تقع واحدة كما هو قول الحسن وغيره وقد علمت رده أو يريد أنه لايقع شيء أصلا . وعبارة الشارح تحتمل الوجهين ، لكن كلام الدرر يعين الأول ، أو يريد وقوع الثلاث مع عدم اشتراط المحلل .

وقد بالغ المحقق ابن الهمام في رده حيث قال في آخر باب الرجعة لافرق في ذلك أي اشتراط المحلل بين كون المطلقة مدخولا بها أولا لصريح إطلاق النص ، وقد وقع في بعض الكتب أن غير المدخول بها تحل بلا زوج ، وهو زلة عظيمة مصادمة للنص والإجماع لايحل لمسلم رآه أن ينقله فضلا عن أن يعتبره ، لأن في نقله إشاعته . وعند ذلك ينفتح باب الشيطان في تخفيف الأمر فيه . ولا يخفى أن مثله مما لايسوغ الاجتهاد فيه لفوات شرطه من عدم مخالفة الكتاب والإجماع ، نعوذ بالله من الزيغ والضلال ، والأمر فيه من ضروريات الدين لايبعد إكفار مخالفه اه (قوله لعموم اللفظ) أي لفظ النص فإنه يعم غير المدخول بها . وفيه أن الآية صريحة في المدخول بها لأن الطلاق ذكر فيها مفرقا وتفريقه يخصها ، ولا يكون في غير المدخول بها إلا بتجديد النكاح . فالأولى الاستناد إلى السنة ، وهو ما ذكر عن الإمام محمد ط (قوله وحمله في غرر الأذكار) حيث قال :

(وإن فرق) بوصف أو خبر أو جمل بعطف أو غيره (بانت بالأولى) لا إلى عدة(و) لذا (لم تقع الثانية بخلاف الموطوءة حيث يقع الكل وعم التفريق قوله (وكذا أنت طالق ثلاثا متفرقات) أو ثنتين مع طلاقى إياك (ف) طلقها واحدة وقع (واحدة) كما لو قال نصفا وواحدة على الصحيح جوهرة .

ولو قال : واحدة ونصفا فثنتان اتفاقا لأنه جملة واحدة .

ولو قال : واحدة وعشرين أو وثلاثين فثلاث لما مر .

ولا يشكل ما فى المشكلات لأن المراد من قوله ثلاثا ثلاث طلقات متفرقات ليوافق ما فى عامة كتب الحنفية اه فافهم .

قلت : يؤيد هذا الحل قوله فى المشكلات : وأما قوله تعالى - فإن طلقها - الخ فإنه ذكر فى الآية مفرقا ، فلذا أجاب عنه صاحب المشكلات بأن ما فى الآية وارد فى المدخول بها فتأمل (قوله وإن فرق بوصف) نحو أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة ، أو خبر نحو : أنت طالق طالق طالق ، أو أجمل نحو : أنت طالق أنت طالق أنت طالق ح ، ومثله فى شرح الملتقى (قوله بعطف) أى فى الثلاثة ، سواء كان بالواو أو الفاء أو ثم أو بل ح وسيذكر المصنف مسألة العطف سنجزة ومعلقة مع تفصيل فى المعلقة (قوله أو غيره) الأولى أو دونه ط (قوله بانت بالأولى) أى قبل الفراغ من الكلام الثانى عند أبى يوسف . وعند محمد بعده لجواز أن يلحق بكلامه شرطا أو استثناء ورجح السرخسى الأول والخلاف عند العطف بالواو . وثمرته فيمن ماتت قبل فراغه من الثانى وقع عند أبى يوسف لا عند محمد وتمامه فى البحر والنهر (قوله ولذا) أى لكونها بانت لا إلى عدة ح (قوله لم تقع الثانية) المراد بها ما بعد الأولى ، فيشمل الثالثة (قوله بخلاف الموطوءة) أى ولو حكما كالمختلى بها فإنها كالموطوءة فى لزوم العدة ، وكذا فى وقوع طلاق بائن آخر فى عدتها ، وقيل لا يقع ، والصواب الأول كما مر فى باب المهر نظما وأوضحناه هناك (قوله حيث يقع الكل) أى فى جميع الصور المتقدمة لبقاء العدة ، ولا يصدق قضاء أنه عنى الأولى كما سيأتى فى الفروع إلا إذا قيل له ماذا فعلت فقال طلقتها أو قد قلت هى طالق ، لأن السؤال وقع عن الأول فانصرف الجواب إليه بحر (قوله أو ثنتين مع طلاقى إياك الخ) أى لأن مع هنا بمعنى بعد كما تقدم فى قوله مع عتق مولاك إياك اه ح أى فيكون الطلاق شرطا فإذا طلقها واحدة لا تقع الثنتان ، لأن الشرط قبل المشروط (قوله كما لو قال نصفا وواحدة) أى تقع واحدة لأنه غير مستعمل على هذا الوجه فلم يجعل كله كلاما واحدا ، وعزاه فى المحيط إلى محمد بحر أى لأن المستعمل عطف الكسر على الصحيح (قوله لأنه جملة واحدة) لأنه إذا أراد الإيقاع بهما ليس لها عبارة يمكن النطق بها أخصر منهما ، وكذا لو قال واحدة وأخرى وقع ثنتان لعدم استعمال أخرى ابتداء نهر .

لا يقال : أنت طالق ثنتين أخصر منهما ، لأن الكلام عند إرادة الإيقاع بالصحيح والكسر وبلفظ أخرى فقد يكون فيه غرض . على أنه إن لم يكن له غرض صحيح فالعبرة للفظ ، ولفظ ثنتين لا يؤدى معنى النصف ؛ ومعنى أخرى لغة وإن كان المراد بهما طلقة ، بخلاف أنت طالق واحدة وواحدة فإنه يغنى عنه طالق ثنتين . فعدوله عن ثنتين إليه قرينة على إرادة التفريق ، وكذا نصفا وواحدة ، لأن نصف الطلقة فى حكم الطلقة كما مر فى محله فصار بمنزلة واحدة وواحدة ، وهو من فلتفرق بقرينة العدول عن الأصل من تقديم الصحيح على الكسر فافهم (قوله لما مر) أى من قوله لأنه جملة واحدة اه ح أى لأنه أخصر ما يتلفظ به إذا أراد الإيقاع بهذه الطريقة وهو مختار فى التعبير لغة اه بحر لكنه ذكر ذلك فى إحدى وعشرين لا فى واحدة وعشرين ثم نقل عن المحيط : لو قال واحدة وعشرا وقعت واحدة ، بخلاف أحد عشر فثلاث لعدم العطف ، وكذا لو قال واحدة ومائة أو واحدة وألفا

(والطلاق يقع بعدد قرن به لابه) نفسه عند ذكر العدد ، وعند عدمه الوقوع بالصيغة .
(فلو ماتت) يعم الموطوءة وغيرها (بعد الإيقاع قبل) تمام (العدد لغا) لما تقرر .
(ولو مات) الزوج أو أخذ أحد فه قبل ذكر العدد (وقع واحدة)

أو واحدة وعشرين تقع واحدة ، لأن هذا غير مستعمل في المعتاد ، فإنه يقال في العادة مائة واحدة وألف وواحدة ، فلم تجعل هذه الجملة كلاما واحدا ، بل اعتبر عطفا . وقال أبو يوسف : يقع الثلاث ، لأن قوله واحدة ومائة ومائة وواحدة سواء اه . وظاهره أن قول أبي يوسف في هذه المسائل غير المعتمد ، لكن قال في النهر : وجزم الزيلعي به في واحدة وعشرين يومىء إلى ترجيحه .

مطلب الطلاق يقع بعدد قرن به لا به

(قوله والطلاق يقع بعدد قرن به لابه) أي متى قرن الطلاق بالعدد كان الوقوع بالعدد بدليل ما أجمعوا عليه من أنه لو قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثا طلقت ثلاثا ، ولو كان الوقوع بطالق لبانت لا إلى عدة فلغا العدد ، ومن أنه لو قال أنت طالق واحدة إن شاء الله لم يقع شيء ولو كان الوقوع بطالق لكان العدد فاصلا فوقع .

ثم اعلم أن الوقوع أيضا بالمصدر عند ذكره ، وكذا بالصفة عند ذكرها كما إذا قال أنت طالق البتة ، حتى لو قال بعدها إن شاء الله متصلا لا يقع ، ولو كان الوقوع باسم الفاعل لوقع ، ويدل عليه ما في المحيط : لو قال أنت طالق للسنة أو أنت طالق بائن فماتت قبل قوله للسنة أو بائن لا يقع شيء لأنه صفة للإيقاع لا للتطليقة فيتوقف الإيقاع على ذكر الصفة وأنه لا يتصور بعد الموت اه وكذا ما في عتق الخانية قال لعبده أنت حر البتة فمات العبد قبل البتة يموت عبدا بحر من الباب المار عند قوله أنت طالق واحدة أولا ، وقال هنا ويدخل في العدد أصله وهو الواحد ولابد من اتصاله بالإيقاع ، ولا يضر انقطاع النفس فلو قال : أنت طالق وسكت ثم قال ثلاثا فواحدة ، ولو انقطع النفس أو أخذ إنسان فمه ثم قال ثلاثا على الفور فثلاث ، ولو قال لغير المدخولة : أنت طالق يا فاطمة أو يا زينب ثلاثا وقعن ؛ ولو قال : أنت طالق اشهدوا ثلاثة فواحدة ، ولو قال : فاشهدوا فثلاث ، كذا في الظهيرية اه :

قلت : وحاصله أن انقطاع النفس وإمساك الفم لا يقطع الاتصال بين الطلاق وعدده ، وكذا النداء لأنه لتعيين المخاطبة ، وكذا عطف فاشهدوا بالفاء لأنها تعلق ما بعدها بما قبلها فصار الكل كلاما واحدا (قوله عند ذكر العدد) أي عند التصريح به ، فلا يكفي قصده كما يأتي فيما لو مات أو أخذ أحد فمه فافهم (قوله بعد الإيقاع) المراد به ذكر الصيغة الموضوعة للإيقاع لولا العدد (قوله قبل تمام العدد) قدر لفظ تمام تبعا للبحر احترازا عما لو قال أنت طالق أحد عشر فماتت قبل تمام العدد (قوله لغا) أي فلا يقع شيء نهر ، فيثبت المهر بتمامه وورث الزوج منها ط (قوله لما تقرر) أي من أن الوقوع بالعدد وهي لم تكن محلا عند وقوع العدد ح أو لما تقرر من أن صدر الكلام يتوقف على آخره لوجود ما يغيره كالشرط والاستثناء ، حتى لو قال : أنت طالق إن دخلت الدار أو إن شاء الله فماتت قبل الشرط أو الاستثناء لم تطلق ، لأن وجودهما يخرج الكلام عن أن يكون إيقاعا ، بخلاف : أنت طالق ثلاثا يا عمرة فماتت قبل قوله يا عمرة طلقت لأنه غير مغير ، وكذا أنت طالق وأنت طالق فماتت قبل الثاني ، لأن كل كلام عامل في الوقوع إنما يعمل إذا صادفها وهي حية ، ولو قال : أنت طالق وأنت طالق إن دخلت الدار فماتت عند الأول أو الثاني لا يقع لما مر كما في البحر عن الذخيرة (قوله أو أخذ أحد فمه) أي ولم يذكر العدد على الفور

عملا بالصيغة، لأن الوقوع بلفظه لا بقصده .

(ولو قال) لغير الموطوءة (أنت طالق واحدة وواحدة) بالعطف (أو قبل واحدة أو بعدها واحدة يقع واحدة) بائنة ، ولا تلحقها الثانية لعدم العدة .

(وفى) أنت طالق واحدة (بعد واحدة أو قبلها واحدة أو مع واحدة أو معها واحد ثنتان)، الأصل أنه متى أوقع بالأول لغا الثانى ، أو بالثانى اقترنا ، لأن الإيقاع فى الماضى إيقاع فى الحال .

(و) يقع (بأنت طالق واحدة وواحدة إن دخلت الدار ثنتان لو دخلت) لتعلقهما بالشرط دفعة :

عند رفع اليد عن فمه ، أما لو قال ثلاثا مثلا على الفور وقعن كما مر (قوله عملا بالصيغة) أشار إلى وجه الفرق بين موتها وموته ، وهو أن الزوج وصل لفظ الطلاق بذكر العدد فى موتها ولم يتصل فى موته ذكر العدد بلفظ الطلاق ، فبقى قوله أنت طالق وهو عامل بنفسه فى وقوع الطلاق كما فى أخذ الفم إذا لم يقل بعده شيئا حيث تقع واحدة ، أفاده فى البحر عن المعراج (قوله لأن الوقوع بلفظه لا بقصده) الضميران للزوج أو للعدد، وعلى الأول يكون التعليل لمنطوق العلة التى قبله . وعلى الثانى لمفهومها وهو عدم العمل بالعدد الذى قصد فافهم (قوله بالعطف) أى بالواو فتقع واحدة لأن الواو لمطلق الجمع أعم من كونه للمعية أو للتقدم أو التأخر، فلا يتوقف الأول على الآخر إلا لو كانت للمعية وهو منتف فيعمل كل لفظ عمله ، فتبين بالأولى فلا يقع مابعدها ، ومثل الواو العطف بالفاء وثم بالأولى لاقتضاء الفاء التعقيب وثم التراخى مع الترتيب فيهما ؛ وأما بل فى أنت طالق واحدة لا بل ثنتين فكذلك لأنها باق بالأولى ، ولو كانت مدخولا بها تقع ثلاث لأنه أخبر أنه غلط فى إيقاع الواحدة ورجع عنها إلى إيقاع الثنتين بدلها فصح إيقاعهما دون رجوعه ، نعم لو قال لها : طلقتك أمس واحدة لا بل ثنتين تقع ثنتان لأنه خبر يقبل التدارك فى الغلط ، بخلاف الإنشاء بحر ملخصا (قوله أو قبل واحدة الخ) الضابط أن الظرف حيث ذكر بين شيئين إن أضيف إلى ظاهر كان صفة للأول كجاءنى زيد قبل عمرو ، وإن أضيف إلى ضمير الأول كان صفة للثانى كجاءنى زيد قبله أو بعده عمرو لأنه حينئذ خبر عن الثانى والخبر وصف للمبتدإ، والمراد بالصفة المعنوية والمحكوم عليه بالوصفية هو الظرف فقط ، وإلا فالجملة فى قبله عمرو حال من زيد لوقوعها بعد معرفة والحال وصف لصاحبها : ففى واحدة قبل واحدة أوقع الأولى قبل الثانية فبانت بها، فلا تقع الثانية وفى بعدها ثانية كذلك لأنه وصف الثانية بالبعدية ، ولو لم يصفها بها لم تقع فهذا أولى ، وهذا فى غير المدخول بها وفى المدخول بها تقع ثنتان لوجود العدة كما يأتى (قوله ثنتان) لأنه فى واحدة بعد واحدة جعل البعدية صفة للأولى فاقتضى إيقاع الثانية قبلها ، لأن الإيقاع فى الماضى إيقاع فى الحال لامتناع الاستناد إلى الماضى فيقترنان فتقع ثنتان ، وكذا فى واحدة قبلها واحدة ، لأنه جعل القبلية صفة للثانية فاقتضى إيقاعها قبل الأولى فيقترنان، وأما مع فللقران . فلا فرق فيها بين الإتيان بالضمير ، وإلا فاقتضى وقوعهما معا تحقيقا لمعناها (قوله متى أوقع بالأول) كما فى قبل واحدة وبعدها واحدة فإن الأولى فيهما هى الواقعة لوصفها بأنها قبل الثانية أو بأن الثانية بعدها ، وهو معنى كونها قبل الثانية فتكون الثانية متأخرة فى الصورتين فلغت (قوله أو بالثانى اقترنا) المراد بالثانى المتأخر فى إنشاء الإيقاع لا فى اللفظ وذلك كما فى بعد واحدة أو قبلها واحدة فإنه أوقع فيهما واحدة وهى الأولى الموصوفة بأنها بعد الثانية، أو بأن الثانية قبلها ، وهو معنى كونها بعد الثانية فيقترنان . ويحتمل أن يراد بالثانى اللفظ المتأخر فإنه سابق فى الإيقاع من حيث الإخبار لتضمن الكلام الإخبار عن إيقاع الثانية قبل الأولى (قوله ويقع الخ) من عطف الخاص على العام لدخوله تحت قوله وإن فرق فكان الأولى ذكره عقبه (قوله ثنتان) أى إن اقتصر عليهما، وإن زاد فثلاث (قوله لتعلقهما بالشرط دفعة) لأن الشرط مغير للإيقاع ، فإذا اتصل المغير توقف صدر الكلام عليه فيتعلق به كل من الطلقتين

(و) تقع (واحدة إن قدم الشرط) لأن المعلق كالمنجز .
(و) يقع (فى الموطوءة ثنتان فى كلها لوجود العدة ؛ ومن مسائل قبل وبعد ماقيل :

مايقول الفقيه أيده الله ولا زال عنده الإحسان
فى فتى علق الطلاق بشهر قبل مابعــد قبله رمضان

وينشد على ثمانية أوجه ، فيقع بمحض قبل فى ذى الحجة ، وبمحض بعد فى جمادى الآخرة وبقبل أولا أو وسطا أو آخرا فى شوال ، وببعد كذلك فى شعبان لإلغاء الطرفين فيبقى قبله أو بعده رمضان .

معا فيقعان عند وجود الشرط كذلك ، بخلاف مالو قدم الشرط فلا يتوقف لعدم المغير (قوله وتقع واحدة إن قدم الشرط) هذا عنده ، وعندهما ثنتان أيضا ، ورجحه الكمال وأقره فى البحر ، وقوله لأن المعلق كالمنجز : أى يصير عند وجود شرطه كالمنجز ، ولو نجزه حقيقة لم تقع الثانية ، بخلاف ما إذا أخر الشرط لوجود المغير زيلعى .

[تنبيه] العطف بالفاء كالواو فتقع واحدة إن قدم الشرط اتفاقا على الأصح وتلغو الثانية ، وثنتان إن أخره وفى العطف بثم إن أخره تنجزت واحدة ولغاما بعدها ، ولو موطوءة تعلق الأخير وتنجز ماقبله ، وإن قدم الشرط لغا الثالث وتنجز الثانى وتعلق الأول ، فيقع عند الشرط بعد التزوج الثانى ، ولو موطوءة تعلق الأول وتنجز مابعده . وعندهما تعلق الكل بالشرط قدمه أو أخره إلا أن عند وجود الشرط تطلق الموطوءة ثلاثا وغيرها واحدة ، وتمامه فى البحر (قوله كلها) أى كل الصور التى ذكرها فى العطف بلا تعليق بشرط وفى قبل وبعد وفى الشرط المتقدم أو المتأخر .

مطلب فى قبل ما بعد قبله رمضان

(قوله ومن مسائل قبل وبعد ماقيل) أى ماقاله بعضهم نظما من بحر الخفيف . ورأيت فى شرح المجمع للأشمونى شارح الألفية أن هذا البيت رفع للعلامة أبى عمرو بن الحاجب بأرض الشام وأفتى فيه وأبدع وقال إنه من المعانى الدقيقة التى لايعرفها أحد فى مثل هذا الزمان وإنه ينشد على ثمانية أوجه لأن مابعد ، ماقد يكون قبلين أو بعدين أو مختلفين ، فهذه أربعة أوجه كل منها قد يكون قبله قبل أو بعد صارت ثمانية ، والقاعدة فى الجميع أنه كلما اجتمع فيه منها قبل وبعد فالغهما ، لأن كل شهر حاصل بعد ماهو قبله وحاصل قبل ماهو بعده ، ولا يبقى حينئذ إلا بعده رمضان ، فيكون شعبان أو قبله رمضان فيكون شوالا الخ (قوله فى ذى الحجة) لأن قبله ذا القعدة ، وقبل هذا القبل شوال ، وقبل قبل القبل رمضان ط (قوله فى جمادى الآخرة) لأن بعده رجبا ، وبعد ذلك البعد شعبان وبعد بعد البعد رمضان ط (قوله فى شوال) صوابه فى شعبان ح أى لأن فرض المسألة أن قبلا ذكر مرة واحدة وتكرر بعد فيلغى لفظ قبل ولفظ بعد مرة ويبقى لفظ بعد الثانى هو المعتبر ، فيصير كأنه قال بعده رمضان وهو شعبان كما مر (قوله وببعد كذلك) أى أولا وسطا أو واسطا أو آخرا ح (قوله فى شعبان) صوابه فى شوال ح أى لنظير ماقلنا (قوله لإلغاء الطرفين) المراد بالطرفين قبل وبعد ، وكأنه إنما أطلق عليهما طرفين لما بينهما من التقابل ، وعبارة الفتح : يلغى قبل ببعد . وعبارة النهر : يلغى قبل وبعد لأن كل شهر بعد قبله وقبل بعده ، فيبقى قبله رمضان وهو شوال أو بعده رمضان وهو شعبان ح :

قلت : وأما مافى البحر من أن الملغى الطرفان الأولان يعنى الخاليين عن الضمير سواء اختلفا أو اتفقا وفرع عليه معتبرا للأخير المضاف للضمير فقط فهو خطأ مخالف لما قرره نفسه أولا ولما قرره غيره :

(ولو قال امرأتى طالق وله امرأتان أو ثلاث تطلق واحدة منهن وله خيار التعيين) اتفاقا . وأما تصحيح الزيلعى فإنما هو فى غير الصريح كامرأتى حرام كما حرره المصنف ، وسيجىء فى الإيلاء

[تنبيه] هذا كله مبنى على أن ماملغاة لامحل لها من الإعراب ويحتمل أن تكون موصولة أو نكرة موصوفة فتكون فى محل جر بإضافة الظرف الذى قبلها إليها ؛ وفيه الأوجه الثمانية ؛ لكن أحكامها تختلف . ففى محض قبل يقع فى شوال ، وفى محض بعد فى شعبان ، وفى قبل ثم بعدين فى جمادى الآخر وفى بعد ثم قبلين فى ذى الحجة وفى الصور الأربع الباقية على عكس مامر فى إلغاء ما : أى فما وقع منها فى شوال أو فى شعبان على تقدير الإلغاء يقع بعكسه على تقدير الموصولية أو الموصوفية كما ذكره العلامة بدر الدين الغزى الشافعى . ورأيته بخطه معزيا إلى العلامة ابن الحاجب . وقال إن للسبكى فى ذلك مؤلفا . قلت : وقد أوضحت هذه المسألة فى رسالة كنت سميتها [إتحاف الذكى النبيه بجواب مايقول الفقيه] وبينت فيها المقام بما لامزيد عليه ، وخلاصة ذلك أن قوله : بشهر قبل ماقبل قبله رمضان على كون مازائدة يكون رمضان مبتدأ والظرف الأول خبر عنه وهو مضاف إلى الثانى ، لأن ما الزائدة لا تكف عن العمل نحو – فبما رحمة – وغير مارجل والثانى مضاف إلى الثالث والجملة من المبتدإ والخبر صفة شهر ، والرابط الضمير المضاف إليه الظرف الأخير ؛ والمعنى بشهر رمضان كائن قبل قبل قبله وهو ذو الحجة ، وعلى كون ماموصولة يكون الظرف الأول صفة لشهر وهو مضاف إلى الموصول والظرف الثانى المضاف إلى الثالث خبر مقدم عن رمضان والجملة صلة ما والعائد الضمير الأخير ؛ والمعنى بشهر كائن قبل الشهر الذى رمضان كائن قبل قبله ، فالشهر الذى رمضان قبل قبله هو ذو الحجة ، فالذى قبله هو شوال ، وكذا يقال على تقدير مانكرة موصوفة ، وعلى هذا القياس فى باقى الصور ، وقد نظمت جميع مامر من الصور فقلت :

خذ جوابا عقوده المرجان ... فيه عما طلبته تبيان
فجمادى الأخير فى محض بعد ... ولعكس ذو حجة إبان
ثم شوال لو تكرر قبل ... مع بعد وعكسه شعبان
الغ ضدا بضده وهو بعد ... مع قبل وما بقى الميزان
ذاك إن تلغ ما وأما إذا ما ... وصلت أو صفتها فالبيان
جاء شوال فى تمحض قبل ... ولعكس شعبان جاء الزمان
وجمادى لقبل ما بعد بعد ... فهو ثم ذو حجة لعكس أوان
وسوى ذا بعكس إلغائها افهم ... فهو تحقيق من هم الفرسان

وتوضيح ذلك فى رسالتنا المذكورة ، والحمد لله رب العالمين (قوله وأما تصحيح الزيلعى الخ) رد على صاحب الدرر حيث ذكر ماذكره المصنف وقال هو الصحيح ؛ احترازا عما قيل يقع على كل واحدة طلاق ، وعزاه إلى إيلاء الزيلعى :

واعترضه فى المنح بأن عبارة الزيلعى هكذا وذكر فى الفتاوى : إذا قال لامرأته أنت على حرام والحرام عنده طلاق ولكن لم ينو الطلاق وقع الطلاق ، ولو كان له أربع نسوة والمسألة بحالها تقع على كل واحدة منهن طلقة بائنة ، وقيل تطلق واحدة منهن ، وإليه البيان وهو الأظهر والأشبه .

وفى إيلاء الفتح والبحر أن فى المواضع التى يقع الطلاق بلفظ الحرام ، إن كان له أكثر من زوجة واحدة تقع على كل تطليقة واحدة ، بخلاف الصريح نحو : امرأته طالق وله أكثر من واحدة فلا تقع إلا واحدة . وأجاب الأوزجندى أنه لايقع إلا على واحدة وهو الأشبه ، وعزاه فى البحر إلى البزازية والخلاصة والذخيرة .

وفى الفتح : الأشبه عندى مافى الفتاوى ، لأن قوله حلال الله أو حلال المسلمين يعم كل زوجة على سبيل الاستغراق كقوله هن طوالق لا البدل كإحداكن طالق ، وحيث وقع بهذا اللفظ وقع بائنا ه

مطلب فيما قال : امرأته طالق وله امرأتان أو أكثر تطلق واحدة

وفى الخانية : امرأته طالق وله امرأتان معروفتان له أن يصرف الطلاق إلى أيتهما شاء ، ولم يحك خلافا فظهر أن التصحيح فى غير الصريح كحلال المسلمين ونحوه ، لكونه يعم كل زوجة لا كما زعم فى الدرر اه كلام المنح ملخصا ، وسيأتى فى الإيلاء عن النهر أن قول الزيلعى هنا والمسألة بحالها يعنى التحريم ، لا بقيد أنت علىّ حرام مخاطبا لواحدة ، بل يجب فيه أن لايقع إلا على المخاطبة اه .

أقول : والحاصل أنه لاخلاف فى : امرأته طالق أن له أن يصرفه إلى أيتهما شاء خلافا لما فى الدرر ، ولا فى : أنت علىّ حرام أنه لايقع إلا على المخاطبة فقط خلافا لما يوهمه كلام الزيلعى ، وإنما الخلاف فيما يعم كل زوجة على سبيل الاستغراق ، فاختار الأوزجندى أنه لايقع إلا على واحدة فله صرفه إلى أيتهما شاء نظرا إلى أنه لفظ مفرد ، واختار المحقق ابن الهمام أنه يقع على الكل لاستغراقه ، وهذا هو الظاهر ، ويدل على أن محل الخلاف ماقلنا إنه فى الذخيرة حكاه فى حلال المسلمين علىّ حرام ، وهو صريح تعليل الفتح . والظاهر أنه لاخلاف فى كل حل علىّ حرام ، لأنه بعد التصريح بأداة العموم لايمكن حمله على فرد خاص ، بخلاف العموم المستفاد من الإضافة ويظهر لى أن عدم الخلاف فى الصريح لالخصوص صراحته بل لكونه بلفظ امرأتى الذى عمومه بدلى : أى صادق على واحدة لابعينها أىّ واحدة كانت ، مثل قوله إحداهن طالق ، حتى لو كان الصريح بلفظ عمومه استغراقى مثل : حلال الله طالق أو من يحل لى طالق ، أو من فى عقد نكاحى طالق ، جرى فيه الخلاف المذكور وكان فيه ترجيح ابن الهمام أظهر . ويظهر من هذا أن قوله امرأتى حرام لايتأتى فيه الخلاف المذكور ، لما علمت من أن عمومه بدلى لا استغراقى فهو مثل امرأتى طالق ، وبه ظهر أن حمل الشارح تصحيح الزيلعى على امرأتى حرام غير مناسب للمقام ، وقوله كما حرره المصنف الخ فيه أنه مخالف لما قدمناه عن المصنف من قوله فظهر أن التصحيح فى غير الصريح كحلال المسلمين ونحوه لكونه يعم كل زوجة فالذى حرره المصنف هو الحمل على العام الاستغراقى كما اختاره ابن الهمام فافهم . ويظهر مما قررناه أيضا أن قوله على الطلاق كما هو الشائع فى زماننا مثل قوله امرأتى طالق ، لأن معناه كما مر إن فعلت كذا لزم الطلاق ووقع . ولا يخفى أن هذا محتمل لأن يكون المراد لزم الطلاق من امرأة أو من أكثر ولا ترجيح لأحدهما على الآخر ، فينبغى أن يثبت له صرفه إلى من شاء ، وينبغى أن يكون قوله علىّ الحرام كذلك لأن معناه إن فعل كذا فامرأته حرام عليه .

[تنبيه] لافرق فى ذلك بين المعلق والمنجز ، وكذا لافرق بين حلفه مرة أو أكثر ، فله صرف الأكثر إلى واحدة . ففى البزازية عن فوائد شيخ الإسلام قال : حلال الله عليه حرام إن فعل كذا وفعله وحلف بطلاق امرأته إن فعل كذا وفعله وله امرأتان فأراد أن يصرف هذين الطلاقين فى واحدة منهما أشار فى الزيادات إلى أنه يملك ذلك اه لكن إذا بانت إحداهما قبل وقوع الثانى ليس له صرفه إليها .

ففى البزازية أيضا من كتاب الأيمان : إن فعلت كذا فامرأته طالق وله امرأتان أو أكثر طلقت واحدة وإليه البيان ، وإن طلق إحداهما بائنا أو رجعيا ومضت عدتها ثم وجد الشرط تعينت الأخرى للطلاق وإن كان لم تنقض العدة فالبيان إليه اه .

(قال لنسائه الأربع بينكن تطليقة طلقت كل واحدة تطليقة ، وكذا لو قال بينكن تطليقتان أو ثلاث أو أربع ، إلا أن ينوى قسمة كل واحدة بينهن فتطلق كل واحدة ثلاثا ؛ ولو قال بينكن خمس تطليقات يقع على كل واحدة طلاقان هكذا إلى ثمان تطليقات فإن زاد عليها طلقت كل واحدة ثلاثا) ومثله قوله أشركتكن فى تطليقة خانية . وفيها (قال لامرأتين لم يدخل بواحدة منهما امرأتى طالق امرأتى طالق ثم قال أردت واحدة منهما لا يصدق ، ولو مدخولتين فله إيقاع الطلاق على إحداهما) لصحة تفريق الطلاق على المدخولة لا على غيرها .

(قال : امرأته طالق ولم يسم وله امرأة) معروفة طلقت امرأته

بقى شىء ؛ وهو ما لو كان الطلاق ثلاثا فهل له أن يوقع على كل واحدة طلقة أم لا بد أن يجمع الثلاث على واحدة وعلى الأول فهل تكون كل واحدة من الثلاث بائنة لئلا يلغو وصف البينونة وهى صفة الأصل ، أو تكون رجعية نظرا للواقع .

ورأيت بخط شيخ مشايخنا السائحانى عن المنية : لو كان لرجل ثلاث نساء فقال امرأتى ثلاث تطليقات يقع ثلاث لكل واحدة : وعند أبى حنيفة لكل واحدة منهن طلاقا بائن وهو الأصح اه وفيه مخالفة لما قدمناه من أنه لا خلاف فى أن له صرفه إلى من شاء فليتأمل (قوله قال لنسائه الخ) وجه وقوع الواحدة فى هذه الصور أن بعض الطلقة طلقة كامر فيصيب كل واحدة فى إيقاع طلقة بينهن ربعها ، وفى طلقتين نصف طلقة ، وفى ثلاث ثلاثة أرباع طلقة ، وفى أربع طلقة كاملة (قوله فتطلق كل واحدة ثلاثا) أى إلا فى التطليقتين ، فيقع على كل واحدة منهن طلقتان ، كذا فى كافى الحاكم الشهيد ومثله فى الفتح والبحر (قوله يقع على كل واحدة طلاقان الخ) لأنه يصيب كل واحدة منهن فى الخمس طلقة وربع طلقة ، وفى الست طلقة ونصف ، وفى السبع طلقة وثلاثة أرباع ، وفى الثمان طلقتان ، وهذا حيث لا نية له كما فى الكافى والفتح احترازا عما إذا نوى قسمة كل واحدة بينهن فإنه يقع على كل واحدة ثلاث (قوله ثلاثا) لأنه يصيب كل واحدة من الثمانية طلقتان وتقسم التاسعة منهن ، فيقع على كل طلقة ثالثة (قوله ومثله) أى مثل بين . قال فى الفتح : فلفظ بين ولفظ الإشراك سواء بخلاف ما لو طلق امرأتين كل واحدة واحدة ثم قال لثالثة أشركتك فيما أوقعت عليهما يقع عليها تطليقتان اه وتمامه فيه عند قوله فى الباب السابق : ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة (قوله امرأتى طالق امرأتى طالق) مثله ، ولو قال وامرأتى بالعطف كما فى الذخيرة (قوله لصحة تفريق الطلاق الخ) كذا علل فى البحر بعد نقله المسألة عن الذخيرة أى لأن المدخولة محل لإيقاع الثانية بسبب العدة ، فله إيقاع الطلاقين عليها ، بخلاف غير المدخولة لأنها بانت بالأول فلا يصدق فى إرادته لها بالثانى ، كما لو كان طلق المدخولة بائنا أو رجعيا وانقضت عدتها ، فلا تصح إرادتها بالأول ولا بالثانى كما يعلم مما نقلناه قريبا عن البزازية .

بقى ، ما إذا كانت إحداهما مدخولا بها فقط وهى فى نكاحه ، فإن أرادها بالطلاقين صح ، وإن أراد غير المدخول بها لا يصدق فى الثانى لأنها لم تبق امرأته ، بل الثانية امرأته فيقع عليها الثانى كما هو ظاهر (قوله ولم يسم) أما لو سماها باسمها فكذلك بالأولى ، ويقع على التى عناها أيضا لو كانت زوجته . قال فى البزازية : ولو قال فلانة بنت فلان طالق ثم قال أردت امرأة أخرى أجنبية بذلك الاسم والنسب لا يصدق ويقع على امرأته ، بخلاف ما إذا أقر بمال لمسمى فادعى رجل أنه هو وأنكر يصدق بالحلف ماله على هذا المال لا ما هو فلان ، وكذا لو قال زينب طالق وهو اسم امرأته ثم قال أردت به غير امرأتى لا يصدق ويقع عليهما إن كانتا زوجة له ، وكذا لو نسبها إلى أمها أو أختها أو ولدها وهى كذلك ، ولو حلف إن خرج من المصر فامرأته عائشة كذا واسمها فاطمة لا تطلق

استحسانا ، فإن قال: لى امرأة أخرى إياها عنيت لايقبل قوله إلا ببينة ؛ ولو كان (له امرأتان كلتاهما معروفة له صرفه إلى أيهما شاء) خانية ولم يحك خلافا .

[فروع [كرر لفظ الطلاق وقع الكل ، وإن نوى التأكيد دين .

كان اسمها طالقا أو حرة فناداها إن نوى الطلاق أو العتاق وقعا وإلا لا .

قال لامرأته : هذه الكلبة طالق طلقت ، أو لعبده هذا الحمار حر عتق .

قال : أنت طالق أو أنت حر وعنى الإخبار كذبا وقع قضاء ،إلا إذا أشهد على ذلك؛ وكذا المظلوم إذا أشهد عند استحلاف الظالم بالطلاق الثلاث أنه يحلف كاذبا صدق قضاء وديانة شرح وهبانية .

وفى النهر قال : فلانة طالق واسمها كذلك وقال عنيت غيرها دين؛ ولو غيره صدق قضاء . وعلى هذا لو حلف لدائنه بطلاق امرأته فلانة واسمها غيره لاتطلق .

إذا خرج اه (قوله استحسانا) كذا فى البحر عن الظهيرية ، ومثله فى الخانية ، ومقتضاه أن القياس خلافه تأمل (قوله كلتاهما معروفة) احتراز عما لو كانت إحداهما معروفة فقط وهو المسألة التى قبلها ، وأما المجهولتان فكالمعروفتين ، ثم هذه المسالة كما قال ح مكررة مع قوله ولو قال امرأتى طالق وله امرأتان أو ثلاث (قوله ولم يحك خلافا) ردّ على صاحب الدرر كما مر تقريره (قوله كرر لفظ الطلاق) بأن قال للمدخولة : أنت طالق أنت طالق أو قد طلقتك قد طلقتك أو أنت طالق قد طلقتك أو أنت طالق وأنت طالق ، وإذا قال : أنت طالق ثم قيل له ماقلت ؟ فقال: قد طلقتها أو قلت هى طالق فهى طالق واحدة لأنه جواب ، كذا فى كافى الحاكم (قوله وإن نوى التأكيد دين) أى ووقع الكل قضاء ،وكذا إذا طلق أشباه : أى بأن لم ينو استئنافا ولا تأكيدا لأن الأصل عدم التأكيد (قوله وإلا لا) أى بأن قصد النداء أو أطلق فلا يقع على المعتمد أشباه فى العاشر من مباحث النية ؛ وذكر قبله فى التاسع أنه فرق المحبوبى فى التلقيح بين الطلاق فلا يقع وبين العتق فيقع وهو خلاف المشهور اهـ .

قلت : وفى عبارة الأشباه قلت: لأن المحبوبى فرق بأن الحر اسم صالح للتسمية وهو اسم لبعض الناس ،بخلاف طالق أو مطلقة فالنداء به يقع على إثبات المعنى فتطلق ، بخلاف الحر ،ويوافقه مافى الخلاصة : أشهد أن اسم عبده حر ثم دعاه ياحر لايعتق ،ولو سمى امرأته طالقا ثم دعاها ياطالق تطلق (قوله قال لامرأته هذه الكلبة طالق طلقت الخ) لما قالوا : من أنه لا تعتبر الصفة والتسمية مع الإشارة ، كما لو كان له امرأة بصيرة فقال امرأته هذه العمياء طالق وأشار إلى البصيرة تطلق ، ولو رأى شخصا ظن أنه امرأته عمرة فقال ياعمرة أنت طالق ولم يشر إلى شخصها فإذا الشخص غير امرأته تطلق ،لأن المعتبر عند عدم الإشارة الاسم وقد وجد كما فى الخانية ، وقدمنا بسط الكلام على مسألة الاشارة والتسمية فى باب الإمامة (قوله وعنى الإخبار كذبا الخ) قدمنا الكلام عليه فى أول الطلاق (قوله على ذلك) أى على أنه يخبر كذبا (قوله وكذا المظلوم إذا أشهد الخ) أقول : التقييد بالإشهاد إذا كان مظلوما غير لازم ففى الأشباه : وأما نية تخصيص العام فى اليمين فمقبولة ديانة اتفاقا وقضاء عند الخصاف ، والفتوى على قوله إن كان الحالف مظلوما ، كذلك اختلفوا هل الاعتبار لنية الحالف أو المستحلف؟ والفتوى على نية الحالف إن كان مظلوما لا إن كان ظالما كما فى الولوالجية والخلاصة اهـ .

وفى حواشيه عن مآل الفتاوى: التحليف بغير الله تعالى ظلم والنية نية الحالف وإن كان المستحلف محقا (قوله أنه يحلف) متعلق بأشهد ح (قوله قال فلانة) أى زينب مثلا ، وقوله واسمها كذلك أى زينب وضمير غيره عائد إليه أفاده ح .(قوله وعلى هذا الخ) أى لأن المعتبر الاسم عند عدم الإشارة كما ذكرناه آنفا ، وبهذا الفرع

وقد كثر فى زماننا قول الرجل : أنت طالق على الأربعة مذاهب : قال المصنف : وينبغى الجزم بوقوعه قضاء وديانة .

ولو قال : أنت طالق فى قول الفقهاء أو فلان القاضى أو المفتى دين .

قال : نساء الدنيا أو نساء العالم طوالق لم تطلق امرأته ، بخلاف نساء المحلة والدار والبيت : وفى نساء القرية والبلدة خلاف الثانى وكذا العتق .

قالت لزوجها : طلقنى فقال فعلت طلقت ، فإن قالت زدنى فقال فعلت طلقت أخرى .

ولو قالت : طلقنى طلقنى طلقنى ، فقال طلقت فواحدة إن لم ينو الثلاث ؛ ولو عطفت بالواو فثلاث .

.نقول ذكرناه قريبا عن البزازية فافهم (قوله وينبغى الجزم بوقوعه قضاء وديانة) ولا شبهة فى كونه رجعيا لاباتنا لا تفاق المذاهب كلها على وقوع الرجعى بأنت طالق ، وتمامه فى الخيرية ؛ وكذا أنت طالق على مذهب اليهود والنصارى كما أفتى به الخير الرملى أيضا ، وكذا : أنت طالق لايردك قاض ولا عالم ، أو أنت تحلى للخنازير وتحرمى على فيقع بالكل طلقة رجعية كما قدمناه قبل هذا الباب (قوله فى قول الفقهاء الخ) وكذا فى قول القضاة أو المسلمين أو القرآن فتطلق قضاء ولا تطلق ديانة إلا بالنية خانية ، لكن فى الفتح أول الطلاق : ولو قال طالق فى كتاب الله أوبكتاب الله أو معه ، فإن نوى طلاق السنة وقع فى أوقاتها وإلاوقع فى الحال ، لأن الكتاب يدل على الوقوع للسنة والبدعة فيحتاج إلى النية ؛ ولو قال : على الكتاب أو به أو على قول القضاة أو الفقهاء أو طلاق القضاة أو الفقهاء فإن نوى السنة دين ، وفى القضاء يقع فى الحال ، لأن قول القضاة والفقهاء يقتضى الأمرين ، فإذا خصص دين ولا يسمع فى القضاء لأنه غير ظاهر اه فتأمل (قوله قال نساء الدنيا الخ) فى الأشباه عن عتق الخانية : رجل قال عبيد أهل بغداد أحرار ولم ينو عبده وهو من أهلها ، أو قال كل عبيد أهل بغداد أو كل عبد فى الأرض أو فى الدنيا قال أبو يوسف لايعتق عبده . وقال محمد : يعتق ، وعلى هذا الخلاف الطلاق والفتوى على قول أبى يوسف ؛ ولو قال : كل عبد فى هذه السكة أو فى المسجد الجامع حر فهو على هذا الخلاف ؛ ولو قال : كل عبد فى هذه الدار وعبيده فيها عتقوا فى قولهم ، لا لو قال ولد آدم كلهم أحرار فى قولهم اه وهو صريح فى جريان الخلاف فى المحلة كالبلدة لأنها بمعنى السكة ، لكن ذكر فى الذخيرة أولا الخلاف فى : نساء أهل بغداد طالق فعند أبى يوسف ورواية عن محمد لا تطلق إلا أن ينويها ، لأن هذا أمر عام . وعن محمد أيضا تطلق بلا نية ، ثم نقل عن فتاوى سمرقند أن فى القرية اختلاف المشايخ ، منهم من ألحقها بالبيت والسكة ، ومنهم من ألحقها بالمصر اه ومقتضاه عدم الخلاف فى السكة ، ثم علل عدم الوقوع فى المصر وأهل الدنيا ، بأنه لو وقع به لكان إنشاء فى حقه فيكون إنشاء أيضا فى حقهم ، وهو متوقف على إجازتهم وهى متعذرة (قوله فقال فعلت) أى طلقت بقرينة الطلب (قوله فواحدة إن لم ينو الثلاث) أى بأن نوى الواحدة أو لم ينو شيئا لأنه بدون العطف يحتمل تكرير الأول ويحتمل الابتداء ، فأى ذلك نوى الزوج صحت نيته كذا فى عيون المسائل . وفى المنتقى أنه تقع الثلاث ولم يشترط نية الزوج ذخيرة (قوله ولو عطفت بالواو فثلاث) لأنه قرينة التكرار فيطابقه الجواب . وفى الخانية : قالت له طلقنى ثلاثا فقال فعلت ، أو قال طلقت وقعن ؛ ولو قال مجيبا لها : أنت طالق أو فأنت طالق تقع واحدة اه أى وإن نوى الثلاث .

والفرق أن طلقنى أمر بالتطليق ، وقوله طلقت تطليق فصح جوابا ، والجواب يتضمن إعادة ما فى السؤال ، بخلاف أنت طالق فإنه إخبار عن صفة قائمة بالمحل ، وإنما يثبت التطليق اقتضاء تصحيحا للوصف ، والثابت اقتضاء ضرورى فيثبت التطليق فى حق صحة هذا الوصف لا فى حق كونه جوابا فبقى أنت طالق كلاما مبتدأ وأنه لايحتمل

ولو قالت : طلقت نفسى فأجاز طلقت اعتبارا بالإنشاء ، كذا أبنت نفسى إذا نوى ولو ثلاثا ، بخلاف الأول : وفى اخترت لايقع لأنه لم يوضع إلا جوابا :

وفى البزازية قال بين أصحابه : من كانت امرأته عليه حرام فليفعل هذا الأمر ففعله واحد منهم فهو إقرار منه بحرمتها، وقيل لا انتهى :

وسئل أبو الليث عمن قال لجماعة : كل من له امرأة مطلقة فليصفق بيده فصفقوا فقال طلقن ، وقيل ليس هو بإقرار .

جماعة يتحدثون فى مجلس فقال رجل منهم : من تكلم بعد هذا فامرأته طالق ثم تكلم الحالف طلقت امرأته لأن كلمة من للتعميم

الثلاث ، أفاده فى الذخيرة (قوله اعتبارا بالإنشاء) لأنه يملك إنشاء الطلاق عليها فيملك الإجازة التى هى أضعف بالأولى شرح تلخيص الجامع للفارسى (قوله إذا نوى) صوابه إذا نويا بضمير المثنى كما هو فى تلخيص الجامع . قال الفارسى فى شرحه : وكذا لو قالت المرأة أبنت نفسى فقال الزوج أجزت لما قلنا ، لكن بشرط نية الزوج والمرأة الطلاق وتصح هنا نية الثلاث :

أما اشتراط نية الزوج فلأن لفظ البينونة من كنايات الطلاق ، وأما نية المرأة فلم يذكر محمد فى الكتاب وقالوا يجب أن يشترط حتى يقع التصرف تطليقا فيتوقف على الإجازة ، وأما بدون نيتها يقع إخبارا عن بينونة الشخص أو بينونة شىء آخر ، كما لو كان من جانب الزوج فلا يحتمل الإجازة فلا يتوقف : وأما صحة نية الثلاث فلما عرف من احتمال لفظ هذه الكناية الثلاث اه (قوله بخلاف الأول) لأن قوله أجزت بمنزلة قوله طلقت فلا يحتاج إلا نية ولا تصح فيه نية الثلاث ح (قوله وفى اخترت لايقع الخ) أى لو قالت المرأة اخترت نفسى منك فقال الزوج أجزت ونوى الطلاق لايقع شىء ، لأن قولها اخترت لم يوضع للطلاق لاصريحا ولا كناية ، ولهذا لو أنشأ بنفسه فقال لها اخترتك أو اخترت نفسك ونوى الطلاق لم يقع شىء ، لأنه نوى مالا يحتمله لفظه ولا عرف فى إيقاع الطلاق به إلا إذا وقع جوابا لتخيير الزوج إياها فى الطلاق شرح التلخيص (قوله من كانت إمرأته عليه حرام) كذا فى بعض النسخ برفع حرام ، والصواب ما فى أكثر النسخ من النصب لأنه خبر كان (قوله فهو إقرار منه بحرمتها) عبارة البزازية قال فى المحيط : فهذا إقرار منه بحرمتها عليه فى الحكم اهـ . وأفاد قوله في الحكم أى فى القضاء أنها لاتحرم ديانة إذا لم يكن حرمها من قبل ، كما لو أخبر بطلاقها كاذبا :

لايقال : إن هذه تصلح لغزا لأنه وقع الطلاق بلا لفظ أصلا لاصريح ولا كناية وبلا ردة وإباء . لأنا نقول : هذا إقرار عن تحريم منه سابق لا إنشاء طلاق فى الحال بغير لفظ ، نعم يقال هذا إقرار بغير لفظ بل بالفعل ، وقد صرحوا بأن الإقرار قد يكون بالإشارة وقد يكون بلا لفظ ولا فعل كالسكوت فى بعض المواضع فافهم (قوله وقيل لا) بناء على أن هذا الفعل لايكون إقرارا فافهم (قوله وسئل الخ) تأييد لما قبله وبيان لعدم الفرق بين الفعل من واحد أو أكثر وبين التحريم المفيد البائن والتطليق المفيد الرجعى (قوله طلقن) أى طلق نساء كل من المصفقين بناء على أن هذا التصفيق إقرار (قوله ثم تكلم الحالف) سكت عما إذا تكلم غيره ، والظاهر أنه لايقع لأن تعليق المتكلم لايسرى حكمه إلى غيره إلا إذا قال الغير وأنا كذلك مثلا ، وأما الفرعان السابقان فجعلا من الإقرار لا الإنشاء والتعليق إنشاء ط :

قلت : يؤيده مافى أيمان البزازية جماعة كان يصفع بعضهم بعضا فقال واحد منهم من صفع صاحبه بعده فامرأته

والحالف لايخرج نفسه عن اليمين فيحنث .

باب الكنايات

(كنايته) عند الفقهاء (مالم يوضع له) أى الطلاق (واحتمله) وغيره (ف) الكنايات (لا تطلق بها)

طالق فقال واحد « هلا » ثم صفع القائل صاحبه لايقع ،لأن هلا ليس بيمين اه وهلا كلمة فارسية (قوله والحالف لايخرج نفسه عن اليمين) أشار بهذا إلى أن دخول الحالف هنا فى عموم كلامه لقرينة إن قلنا إن المتكلم لايدخل فى عموم كلامه . وفى التحرير أن دخوله قول الجمهور ؛ والله تعالى أعلم .

باب الكنايات

لما فرغ من أحكام الصريح الذى هو الأصل فى الكلام لما أنه موضوع للإفهام والصريح أدخل فيه شرع فى الكنايات ، وهو مصدر كنايكنو إذا ستر نهر (قوله كنايته عند الفقهاء) أى كناية الطلاق المرادة فى هذا المحل وإلا فعناها عندهم مطلقا كالأصوليين : ما استتر المراد منه فى نفسه . قال فى النهر : وخرج بالأخير مااستتر المراد فى الصريح بواسطة نحو غرابة اللفظ أو انكشف المراد فى الكناية بواسطة التفسير ، والصريح والكناية من أقسام الحقيقة والمجاز فالحقيقة التى لم تهجر صريح ، والمهجورة التى غلب معناها المجاز كناية ، والمجاز الغالب الاستعمال صريح وغير الغالب كناية اهـ ح (قوله مالم يوضع له الخ) أى بل وضع لما هو أعم منه ومن حكمه لأن ماسوى الثلاث الرجعية الآتية لم يرد به الطلاق أصلا ، بل هو حكمه من البينونة من النكاح ؛ وعليه ففى قوله واحتمله تساهل ، والمراد احتمله متعلقا لمعناه ، أفاده فى الفتح ، وأشار به إلى عدم حصرها ، ولذلك قال فى شرح الملتقى ثم ألفاظ الكناية كثيرة ترتقى إلى أكثر من خمسة وخمسين لفظا على مافى النظم والنتف وزيد غيرها فتنبه اهـ . ومنها عديت عنها فيقع به البائن بالنية كما أفتى به الشيخ إسمعيل الحائك : قلت : ومنها أنت خالصة المستعمل فى زماننا فإنه فى معنى خلية وبرية تأمل .

وفى البزازية : قال لآخر إن كنت تضربنى لأجل فلانة التى تزوجتها فإنى تركتها فخذها ونوى الطلاق تقع واحدة بائنة .

[تنبيه] أفتى بعض المتأخرين بأن منها على يمين لاأفعل كذا ناويا الطلاق ، فتقع به واحدة بائنة لقولهم الكناية ما احتمل الطلاق وغيره ، ورده عصريه السيد محمد أبو السعود فى حاشية مسكين بأنه لايلزمه إلا كفارة يمين ، لأن ماذكروه فى تعريف الكناية ليس على إطلاقه ، بل هو مقيد بلفظ يصح خطابها به ويصلح لإنشاء الطلاق الذى أضمره أو للإخبار بأنه أوقعه كأنت حرام ، إذ يحتمل لأنى طلقتك أو حرام الصحبة وكذا بقية الألفاظ ، وليس لفظ اليمين كذلك إذ لايصح بأن يخاطبها بأنت يمين فضلا عن إرادة إنشاء الطلاق به أو الإخبار بأنه أوقعه حتى لو قال أنت يمين لأنى طلقتك لايصح فليس كل مااحتمل الطلاق من كنايته بل بهذين القيدين ولابد من ثالث هو كون اللفظ مسببا عن الطلاق وناشئا عنه كالحرمة فى أنت حرام ، ونقل فى البحر عدم الوقوع ، بلا أحبك لاأشتهيك لارغبة لى فيك وإن نوى . ووجهه أن معانى هذه الألفاظ ليست ناشئة عن الطلاق ، لأن الغالب الندم بعده فتنشأ المحبة والاشتهاء والرغبة ، بخلاف الحرمة ، فإذا لم يقع بهذه الألفاظ مع احتمال أن يكون المراد لأنى طلقتك ، فنى لفظ اليمين بالأولى، ولأنهم قسموا الكناية ثلاثة أقسام كما يأتى مايصلح جوابا لسؤال الطلاق لاغير كاعتدى ، ومايصلح جوابا وردا لسؤالها كاخرجى ؛ وما يصلح جوابا وسبا كخلية ، ولاشك أن هذا اللفظ غير

قضاء (إلا بنية أودلالة الحال) وهى حالة مذاكرة الطلاق أو الغضب ،

صالح لشيء من الثلاثة لأنها إذا سألته الطلاق لايصلح جوابها بقوله عليّ يمين لأفعلن كذا لأن الجواب يكون بما يدل على إنشاء الطلاق إجابة لسؤالها كاعتدى أو على عدمه ردا لطلبها كاخرجي أو سبا لها كخلية وعليّ يمين لايدل على إنشاء الطلاق اه ملخصا مع زيادة ؛ ثم قال وبه ظهر أن مانقل عن فتاوى الطورى إذا قال أيمان المسلمين تلزمنى تطلق امرأته خطأ فاحش ، وسمعت كثيرا من شيخنا أن فتاوى الطورى كفتاوى ابن نجيم لايوثق بها إلا إذا تأيدت بنقل آخر اه .

واعترضه ط بأن عليّ يمين يحتمل الطلاق وغيره لأنه يكون به وبالله تعالى ، فحيث نوى الطلاق عملت نيته وكأنه قال عليّ الطلاق لأفعل كذا ؛ وتقدم أن عليّ الطلاق من التعليق المعنوى . ومافى فتاوى الطورى من تخصيصه بالطلاق للعرف كحلال المسلمين عليّ حرام اه .

أقول : والحاصل أن عليّ يمين ليس كناية لمامر ، وليس صريحا أيضا لأنه مالا يستعمل إلا فى الطلاق ، وهذا ليس كذلك ، وهو ظاهر ، لكن لفظ اليمين جنس من إفراده الحلف بالطلاق ؛ فإذا عينه بالنية صار كأنه قال عليّ حلف بالطلاق لاأفعل كذا وهو لو صرح بهذا المنوى صار حالفا به والأعم إذا أريد به الأخص ثبت به حكم ذلك الأخص ؛ والأخص هنا طلاق صريح فتقع به واحدة رجعية لابائنة .

وفى أيمان البزازية من الفصل الثانى قال نى : حلف أو قال لى حلف بالطلاق أن لاأفعل كذا ثم فعل طلقت وحنث وإن كان كاذبا ، وقدمنا فى أول فصل الصريح عن جامع الفصولين إن فعلت كذا تجرى كلمة الشرع بينى وبينك ينبغى أن يصح اليمين عليّ الطلاق لأنه متعارف بينهم فيه ؛ وقدمنا هناك أيضا عن الذخيرة لو قال لها ألف نون تاء طاء ألف لام قاف إن نوى الطلاق تطلق ؛ لأن هذه الحروف يفهم منها ماهو المفهوم من الصريح إلا أنها لاتستعمل كذلك فصارت كالكناية فى الافتقار إلى النية ، فهذا يدل على أنه لو أراد باليمين الطلاق يصح ويقع به رجعية إذا حنث .

وأما أيمان المسلمين فإنه جمع يمين والإضافة إلى المسلمين قرينة على أنه أراد جميع أنواع الأيمان التى يحلف بها المسلمون كاليمين بالله تعالى والطلاق والعتاق المعلقين ، وسيأتى لهذا زيادة بيان فى كتاب الأيمان إن شاء الله تعالى (قوله قضاء) قيد به لأنه لايقع ديانة بدون النية ؛ ولو وجدت دلالة الحال فوقوعه بواحد من النية أو دلالة الحال إنما هو فى القضاء فقط كما هو صريح البحر وغيره (قوله أودلالة الحال) المراد بها الحالة الظاهرة المفيدة لمقصوده ومنها تقدم ذكر الطلاق بحر عن المحيط ؛ ومقتضى إطلاقه هنا كالكنز أن الكنايات كلها يقع بها الطلاق بدلالة الحال . قال فى البحر : وقد تبع فى ذلك القدورى والسرخسى فى المبسوط ؛ وخالفهما فخر الإسلام وغيره من المشايخ فقالوا بعضها لايقع بها إلا بالنية اه وأراد بهذا البعض مايحتمل الرد كاخرجي واذهبي وقومى ؛ لكن المصنف وافق المشايخ فى التفصيل الآتى فبقى الاعتراض على عبارة الكنز . وأجاب عنه فى النهر بما ذكره ابن كمال باشا فى إيضاح الإصلاح بأن صلاحية هذه الصور للرد كانت معارضة لحال مذاكرة الطلاق فلم يبق الرد دليلا ؛ فكانت الصورة المذكورة خالية عن دلالة الحال ولذلك توقف فيها على النية اه (قوله وهى حالة مذاكرة الطلاق) أشار به إلى مافى النهر من أن دلالة الحال تعم دلالة المقال . قال : وعلى هذا فتفسر المذاكرة بسؤال الطلاق أو تقديم الإيقاع كما فى اعتدى ثلاثا وقال قبله المذاكرة أن تسأله هى أو أجنبى الطلاق (قوله أو الغضب) ظاهره أنه

فالحالات ثلاث : رضا وغضب ومذاكرة » والكنايات ثلاث مايحتمل الرد أو مايصلح للسب، أولا ولا (فنحو اخرجي واذهبي وقومي) تقنعي تخمري استتري انتقلي انطلقي اغربي اعزبي من الغربة أو من العزوبة (يحتمل ردا، ونحو خلية برية حرام

معطوف على مذاكرة فيكون من دلالة الحال (قوله فالحالات ثلاث) لما كان الغضب يقابله الرضا فهو مفهوم منه صح التفريع :

وفى الفتح : واعلم أن حقيقة التقسيم فى الأحوال قسمان : حالة الرضا وحالة الغضب : وأما حالة المذاكرة فتصدق مع كل منهما بل لايتصور سؤالها الطلاق إلا فى إحدى الحالتين لأنهما ضدان لاواسطة بينهما .

قال فى البحر بعد نقله : وبه علم أن الأحوال ثلاثة : حالة مطلقة عن قيدى الغضب والمذاكرة، وحالة المذاكرة وحالة الغضب اه .

وفى النهر وعندى أن الأولى هو الاقتصار على حالة الغضب والمذاكرة ، إذ الكلام فى الأحوال التى تؤثر فيها الدلالة مطلقا . ثم رأيته فى البدائع بعد أن قسم الأحوال ثلاثة قال : ففى حالة الرضا يدين فى القضاء وإن كان فى حال مذاكرة الطلاق أو الغضب ، فقد قالوا إن الكنايات أقسام ثلاثة الخ . وهذا هو التحقيق اه (قوله والكنايات ثلاث الخ) حاصله أنها كله تصلح للجواب : أى إجابته لها فى سؤالها الطلاق منه ، لكن منها قسم يحتمل الرد أيضا : أى عدم إجابة سؤالها ، كأنه قال لها لاتطلبى الطلاق فإنى لاأفعله وقسم يحتمل السب والشتم لها دون الرد ، وقسم لايحتمل الرد ولا السب بل يتمحض للجواب كما يعلم من القهستانى وابن الكمال ، ولذا عبر بلفظ يحتمل .

وفى أبى السعود عن الحموى أن الاحتمال إنما يكون بين شيئين يصدق بهما اللفظ الواحد معا ، ومن ثم لايقال يحتمل كذا أوكذا كما نبه عليه العصام فى شرح التلخيص من بحث المسند إليه (قوله فنحو اخرجى واذهبى وقومى) أى من هذا المكان لينقطع الشر فيكون ردا أو لأنه طلقها فيكون جوابا رحمتى. ولو قال فبيعى الثوب لايقع وإن نوى عند أبى يوسف لأن معناه عرفا لأجل البيع فكان صريحه خلاف المنوى ، ووافقه زفر نهر. ولو قال : اذهبى فتزوجى بالفاء أو الواو فسيأتى الكلام عليه فى الفروع (قوله تقنعى تخمرى استترى) أمر بأخذ القناع أى الخمار على الوجه ، ومثله تخمرى وأمر بالاستتار . قال فى البحر : أى لأنك بنت وحرمت على بالطلاق أولئلا ينظر إليك أجنبى اه ، فهو على الأول جواب ، وعلى الثانى رد .

وفى البحر عن شرح قاضيخان : لوقال استترى منى خرج عن كونه كناية اه وهل المراد عدم الوقوع به أصلا أو أنه يقع بلانية : والظاهر الثانى ، وعليه فهل الواقع بائن أو رجعى. والظاهر البائن لكون قوله منى قرينة لفظية على إرادة الطلاق بمنزلة المذاكرة تأمل (قوله انتقلى انطلقى) مثل اخرجى ، وقد تقدم خ (قوله من الغربة) بالغين المعجمة والراء راجع للأول ، وقوله أو من العزوبة بالمهملة والزاى راجع للثانى ، من عزب عنى فلان يعزب : أى فمعناه أيضا تباعدى ح بزيادة ففيه مافى اخرجى أيضا من الاحتمالين (قوله يحتمل ردا) أى ويصلح جوابا أيضا ولايصلح سبا ولاشتما ح (قوله خلية) بفتح الخاء المعجمة فعيلة بمعنى فاعلة : أى خالية إما عن النكاح أو عن الخير خ : أى فهو على الأول جواب ، وعلى الثانى سب وشتم ، ومثله ما يأتى (قوله برية) بالهمزة وتركه ، أى منفصلة إما عن قيد النكاح أو حسن الخلق ح (قوله حرام) من حرم الشىء بالضم حراما امتنع ، أريد بها هنا الوصف ومعناه الممنوع فيحمل على ماسبق ، وسيأتى وقوع البائن به بلا نية فى زماننا للتعارف ، لافرق فى ذلك بين

. . . .

محرمة وحرمتك ، سواء قال على أولا أو حلال المسلمين على حرام وكل حل على حرام وأنت معى فى الحرام، وفى قوله حرمت نفسى لابد أن يقول عليك ، وأورد أنه إذا وقع الطلاق بهذه الألفاظ بلانية ينبغى أن يكون كالصريح فى أعقابه الرجعية .

وأجيب بأن المتعارف إنما هو إيقاع البائن لاالرجعى ، حتى لوقال لم أنو لم يصدق ولوقال مرتين ونوى بالأولى واحدة وبالثانية ثلاثا صحت نيته عند الإمام وعليه الفتوى كما فى البزازية ح عن النهر .

قلت : لكن عبارة البزازية قال لامرأتيه أنتما على حرام ونوى الثلاث فى إحداهما والواحدة فى الأخرى صحت نيته عند الإمام ، وعليه الفتوى .

ثم اعلم أن ماذكره من الإيراد والجواب مذكور فى البزازية أيضا ، ومقتضى الجواب وقوع الرجعى به فى زماننا لأنه لم يتعارف إيقاع البائن به ، فإن العامى الجاهل الذى يحلف بقوله على الحرام لاأفعل كذا لايميز بين البائن والرجعى فضلا عن أن يكون عرفه إيقاع البائن به ، وإنما المعروف عنده أن من حنث بهذا اليمين يقع عليه الطلاق مثل قوله على الطلاق لاأفعل كذا ، وقد مر أن الوقوع بقوله على الطلاق إنما هو للعرف لأنه فى حكم التعليق ، وكذا على الحرام وإلا فالأصل عدم الوقوع أصلا كما فى طلاقك على كما قدمنا تقريره ، فحيث كان الوقوع بهذين اللفظين للعرف ينبغى أن يقع بهما المتعارف بلا فرق بينهما ، وإن كان الحرام فى الأصل كناية يقع بها البائن لأنه لما غلب استعماله فى الطلاق لم يبق كناية ، ولذا لم يتوقف على النية أو دلالة الحال ، ولاشىء من الكناية يقع به الطلاق بلا نية أو دلالة الحال كما صرح به فى البدائع ، ويدل على ذلك ماذكره البزازى عقب قوله فى الجواب المار إن المتعارف به إيقاع البائن لا الرجعى ، حيث قال مانصه : بخلاف فارسية قوله سرحتك وهو « رهاء كردم » لأنه صار صريحا فى العرف على ماصرح به نجم الزاهدى الخوارزمى فى شرح القدورى اهـ . وقد صرح البزازى أولا بأن : حلال الله على حرام بالعربية أو الفارسية لايحتاج إلى نية ، حيث قال : ولو قال حلال « أيزدبروى » أو حلال الله عليه حرام لاحاجة إلى النية ، وهو الصحيح المفتى به للعرف وأنه يقع به البائن لأنه المتعارف ثم فرق بينه وبين سرحتك فإن سرحتك كناية لكنه فى عرف الفرس غلب استعماله فى الصريح ، فإذا قال . « رها كردم » أى سرحتك يقع به الرجعى مع أن أصله كناية أيضا ، وماذاك إلا لأنه غلب فى عرف الفرس استعماله فى الطلاق ، وقد مر أن الصريح مالم يستعمل إلا فى الطلاق من أى لغة كانت ، لكن لما غلب استعمال حلال الله فى البائن عند العرب والفرس وقع به البائن ، ولولا ذلك لوقع به الرجعى .

والحاصل أن المتأخرين خالفوا المتقدمين فى وقوع البائن بالحرام بلا نية حتى لايصدق إذا قال لم أنو لأجل العرف الحادث فى زمان المتأخرين ، فيتوقف الآن وقوع البائن به على وجود العرف كما فى زمانهم . وأما إذا تعورف استعماله فى مجرد الطلاق لابقيد كونه بائنا يتعين وقوع الرجعى به كما فى فارسية سرحتك ، ومثله ماقدمناه فى أول باب الصريح من وقوع الرجعى بقوله « سن بوش » أو « بوش » أول فى لغة الترك مع أن معناه العربى أنت خلية ، وهو كناية لكنه غلب فى لغة الترك استعماله فى الطلاق ، هذا ماظهر لفهمى القاصر ، ولم أر أحدا ذكره وهى مسألة مهمة كثيرة الوقوع فتأمل ، ثم ظهر لى بعد مدة ماعسى يصلح جوابا ، وهو أن لفظ حرام معناه عدم حل الوطء ودواعيه وذلك يكون بالإيلاء مع بقاء العقد وهو غير متعارف ، ويكون بالطلاق الرافع للعقد ، وهو قسمان : بائن ورجعى ، لكن الرجعى لايحرم الوطء فتعين البائن ، وكونه التحق بالصريح للعرف

بائن) ومرادفها كبتة بتلة (يصلح سبا ، ونحو اعتدى واستبرئى رحمك ، أنت واحدة ، أنت حرة ، اختارى ، أمرك بيدك ، سرحتك ، فارقتك لايحتمل السب والرد ، فنى حالة الرضا) أى غير الغضب والمذاكرة (تتوقف الأقسام) الثلاثة تأثيرا (على نية) للاحتمال والقول له

لاينافى وقوع البائن به ، فإن الصريح قد يقع به البائن كتطليقة شديدة ونحوه : كما أن بعض الكنايات قد يقع به الرجعى ، مثل اعتدى واستبرئى رحمك وأنت واحدة .

والحاصل أنه لما تعورف به الطلاق صار معناه تحريم الزوجة وتحريمها لايكون إلا بالبائن ، هذا غاية ماظهرلى فى هذا المقام ، وعليه فلا حاجة إلى ماأجاب به فى البزازية من أن المتعارف به إيقاع البائن ، لما علمت مما يرد عليه ، والله سبحانه أعلم (قوله بائن) من بان الشىء : انفصل أى منفصلة من وصلة النكاح أو عن الخير ح (قوله كبتة) من البت بمعنى القطع ، فيحتمل ما احتمله البائن ، وأوجب سيبويه فيه الألف واللام ، وأجاز الفراء إسقاطهما ، أو بتلة من البتل وهو الانقطاع ، وبه سميت مريم لانقطاعها عن الرجال وفاطمة الزهراء لانقطاعها عن نساء زمانها فضلا ودينا وحسبا وقيل عن الدنيا إلى ربها ، وفيه من الاحتمال مامر ح من النهر (قوله يصلح سبا) أى ويصلح جوابا أيضا ولا يصلح رداح ومثله فى النهر وابن الكمال والبدائع ، خلافا لما يظهر من البحر من أنه يصلح للرد أيضا (قوله اعتدى) أمر بالاعتداد الذى هو من العدة أو من العد : أى اعتدى نعمى عليك بدائع (قوله واستبرئى) أمر بتعرف براءة الرحم وهى طهارتها من الماء وأنه كناية عن الاعتداد الذى هو من العدة . ويحتمل استبرئى لأطلقك بدائع (قوله أنت واحدة) أى طالق تطليقة واحدة . ويحتمل أنت واحدة عندى أوفى قومك مدحا أو ذما ، فإذا نوى الأول فكأنه قاله .

مطلب لا اعتبار بالإعراب هنا

ولا اعتبار بإعراب الواحدة عند عامة المشايخ ، وهو الأصح ، لأن العوام لايميزون بين وجوه والخواص لايلتزمونه فى مخاطبتهم بل تلك صناعتهم والعرف لغتهم ، ولذا ترى أهل العلم فى مجارى كلامهم لايلتزمونه ، على أن الرفع لاينافى الوقوع لاحتمال أن يريد أنت طلقة واحدة ، فجعلها نفس الطلقة مبالغة كرجل عدل ، لكن قد إعتبروا الإعراب فى الإقرار فيما لو قال له على درهم غير دانق رفعا ونصبا فيطلب الفرق ، وكأنه عملا بالاحتياط فى البابين فتدبره ، وتمامه فى النهر (قوله أنت حرة) أى لبراءتك من الرق أو من رق النكاح وأعتقتك مثل أنت حرة كما فى الفتح ، وكذا كونى حرة أو اعتقى كما فى البدائع نهر (قوله اختارى أمرك بيدك) كنايتان عن تفويض الطلاق : أى اختارى نفسك بالفراق أو فى عمل أو أمرك بيدك فى الطلاق أو فى تصرف آخر .

وفى النهر عن الحواشى السعدية : وهذا لايناسب ذكره فى هذا المقام ، ولقد وقع بسبب ذلك خطأ عظيم من بعض المفتين فزعم أنه يقع به الطلاق وأفتى به وحرم حلالا نعوذ بالله من ذلك اه وقد نبه عليه الشارح عندقوله خلا اختارى ح أى حيث ذكر أنه لايقع بهما الطلاق مالم تطلق المرأة نفسها أى مع نية الزوج تفويض الطلاق لها أو دلالة الحال من غضب أو مذاكرة ، كما يأتى فى الباب الآتى ويعلم مما هنا (قوله سرحتك) من السراح بفتح السين : وهو الإرسال أى أرسلتك لأنى طلقتك أو لحاجة لى ، وكذا فارقتك لأنى طلقتك أو فى هذا المنزل نهر (قوله لايحتمل السب والرد) أى بل معناه الجواب فقط ح أى جواب طلب الطلاق أى التطليق فتح (قوله تأثيرا) تمييز محول عن الفاعل : أى يتوقف تأثير الأقسام الثلاثة على نية ط (قوله للاحتمال) لما ذكرنا من أن كل واحد

بيمينه فى عدم النية ويكفى تحليفها له فى منزله ، فإن أبى رفعته للحاكم فإن نكل فرق بينهما مجتبى .
(وفى الغضب) توقف (الأولان) إن نوى وقع وإلا لا (وفى مذاكرة الطلاق) يتوقف (الأول فقط) ويقع

من الألفاظ يحتمل الطلاق وغيره والحال لاتدل على أحدهما فيسأل عن نيته ويصدق فى ذلك قضاء بدائع .قال ط : فإن قلت: إن مايصلح جوابا ينبغى الوقوع به وإن لم تكن نية.قلت: ليس المراد بكونه جوابا أنه جواب لتحصيل الطلاق بل هو جواب لكلامها بغير السؤال ، أما إذا تكلمت بسؤال الطلاق فقد حصلت المذاكرة ، وفيها لايتوقف على النية إلا الأول كما يأتى اه .

قلت :لكنه مخالف لما ذكرناه آنفا عن الفتح من تفسيره المحتمل للجواب بأنه جواب طلب الطلاق أى التطليق فالأولى الجواب عن الإيراد بأن يقال إن نحو اعتدى يتمحض للتطليق إجابة لسؤالها أى أنه إن كان هناك سؤال الطلاق تمحض للتطليق ولا يلزم وجود سؤال الطلاق فى جميع الحالات ، لأنه قد تكون الحالة حالة رضا فقط أو حالة غضب فقط بدون سؤال الطلاق ومع ذلك لايخرج نحو اعتدى عن كونه متمحضا للجواب ، بمعنى أنه لو كان سؤال لتمحض جوابا له ولذا يقع بلا توقف على نية فى حالة الغضب المجردة عن السؤال تأمل(قوله بيمينه) فاليمين لازمة له سواء ادعت الطلاق أم لا حقالله تعالى ط عن البحر (قوله فإن نكل) أى عند القاضى لأن النكول عند غيره لايعتبر ط (قوله توقف الأولان) أى مايصلح ردا وجوابا وما يصلح سبا وجوابا ولا يتوقف مايتعين للجواب : بيان ذلك أن حالة الغضب تصلح للرد والتبعيد وللسب والشتم كما تصلح للطلاق .وألفاظ الأولين يحتملان ذلك أيضا فصار الحال فى نفسه محتملا للطلاق وغيره ، فإذا عنى به غيره فقد نوى مايحتمله كلامه ولا يكذبه الظاهر فيصدق فى القضاء ، بخلاف ألفاظ الأخير : أى مايتعين للجواب ، لأنها وإن احتملت الطلاق وغيره أيضا لكنها لما زال عنها احتمال الرد والتبعيد والسب والشتم اللذين احتملتهما حال الغضب تعينت الحال دالة على إرادة الطلاق فترجح جانب الطلاق فى كلامه ظاهرا ، فلايصدق فى الصرف عن الظاهر ، فلذا وقع بها قضاء بلا توقف على النية كما فى صريح الطلاق إذا نوى به الطلاق عن وثاق (قوله يتوقف الأول فقط) أى مايصلح للرد والجواب ،لأن حالة المذاكرة تصلح للرد والتبعيد كما تصلح للطلاق دون الشتم وألفاظ الأول كذلك ، فإذا نوى بها الرد لا الطلاق فقد نوى محتمل كلامه بلا مخالفة للظاهر فتوقف الوقوع على النية ، بخلاف ألفاظ الأخيرين فإنها وإن احتملت الطلاق لكنها لا تحتمل ماتحتمله المذاكرة من الرد والتبعيد ، فترجح جانب الطلاق ظاهرا فلا يصدق فى الصرف عنه فلذا وقع بها قضاء بلا نية

والحاصل أن الأول يتوقف على النية فى حالة الرضا والغضب والمذاكرة ،والثانى فى حالة الرضا والغضب فقط ويقع فى حالة المذاكرة بلا نية ، والثالث يتوقف عليها فى حالة الرضا فقط ،ويقع فى حالة الغضب والمذاكرة بلا نية وقد نظمت ذلك بقولى :

نحو اخرجى قومى اذهبى ردا يصح ... خلية برية سبا صلح
واستبرئى اعتدى جوابا قد حتم ... فالأول القصد له دوما لزم
والثانى فى الغضب والرضا انضبط ... لا الذكر والثالث فى الرضا فقط

ورسمتها فى شباك لزيادة الإيضاح بهذه الصورة :

بالأخيرين وإن لم ينو ، لأن مع الدلالة لا يصدق قضاء فى نفى النية لأنها أقوى لكونها ظاهرة ، والنية باطنة ولذا تقبل بينتها على الدلالة لاعلى النية إلا أن تقام على إقراره بها عمادية ، ثم فى كل موضع تشترط النية فلو السؤال بهل يقع بقول نعم إن نويت ، ولو بكم يقع بقول واحدة ولا يتعرض لاشتراط النية بزازية فليحفظ .

(وتقع رجعية بقوله اعتدى واستبرئى رحمك وأنت واحدة) وإن نوى أكثر ، ولا عبرة بإعراب واحدة فى الأصح (و) يقع (بباقيها) أى باقى ألفاظ الكنايات المذكورة ، فلا يرد وقوع الرجعى ببعض الكنايات أيضا ، نحو : أنا برىء من طلاقك ،

	رد وجواب اخرجى اذهبى	سب وجواب خلية برية	جواب فقط اعتدى استبرىء
رضا	تلزم النية	تلزم النية	تلزم النية
غضب	تلزم النية	تلزم النية	يقع بلا نية
مذاكرة	تلزم النية	يقع بلا نية	يقع بلا نية

(قوله لأن مع الدلالة) اسم إن ضمير الشأن محذوف (قوله لأنها) أى الدلالة (قوله بينتها) أى المرأة (قوله على الدلالة) أى الغضب أوالمذاكرة (قوله لاعلى النية) أي لو برهنت فيما يتوقف على نية الطلاق على أنه نوى لاتقبل (قوله فلو السؤال بهل يقع) يعنى إذا قال السائل : قلت كذا هل يقع على الطلاق : يقول المفتى نعم إن نويت ح (قوله ولو بكم يقع) يعنى لو قال السائل : قلت كذا كم يقع على يقول له المفتى يقع واحدة ، ولايتعرض لاشتراط النية ؛ يعنى لايقول له المفتى تقع واحدة إن نويت ح (قوله وتقع رجعية) أى وإن نوى البائن ح (قوله بقوله اعتدى) لأنه من باب الإضمار : أى طلقتك فاعتدى أو اعتدى لأنى طلقتك، ففى المدخول بها يثبت الطلاق وتجب العدة ، وفى غيرها يثبت الطلاق عملا بنيته ولا تجب العدة ، كذا فى التلويح وتمامه فى النهر (قوله واستبرئى رحمك) قدمنا عن البدائع أنه كناية عن الاعتداد من العدة : فيقال فيه ماقلناه آنفا فى اعتدى (قوله وأنت واحدة) لأنه إذا نوى الطلاق صار لفظ واحدة صفة لمصدر محذوف ؛ أى طالق طلقة واحدة . وصريح الطلاق يعقب الرجعة والمصدر وإن احتمل نية الثلاث ، لكن التنصيص على الواحدة يمنع إرادة الثلاث (قوله فى الأصح) كذا صححه فى الهداية وغيرها ، وقدمنا الكلام عليه (قوله فلا يرد الخ) أى إذا علمت أن الضمير فى باقيها عائد إلى الألفاظ المذكورة فى المتن ، فلا يرد أن غيرها من ألفاظ الكنايات قد يقع به الرجعى من كل كناية كان فيها ذكر الطلاق ، لكن جعلها فى البحر داخلة بالأولى تحت الألفاظ الثلاثة الواقع بها الرجعى ، لأن علة وقوع الرجعى بها وجود الطلاق مقتضى أومضمرا ، فما ذكر فيها الطلاق يقع بها الرجعى بالأولى (قوله نحو أنا برىء من طلاقك) أى يقع به الرجعى إذا نوى فتح ، لكن فى الجوهرة ؛ ولو قال أنا برىء من نكاحك وقع الطلاق إذا نواه ، وإن قال أنا برىء من طلاقك لايقع شىء ، لأن البراءة من الشىء ترك له اهـ .

وذكر فى البزازية اختلاف التصحيح فى : برئت من طلاقك ، وجزم فى الخانية بتصحيح عدم الوقوع به لكن قال فى الفتح : وفى الخلاصة : اختلف فى برئت من طلاقك ، والأوجه عندى أن يقع بائنا لأن حقيقة تبرئته منه تستلزم عجزه عن الإيقاع وهو بالبينونة بانقضاء العدة أو الثلاث أو عدم الإيقاع أصلا وبذلك صار كناية ، فإذا

وخليت سبيل طلاقك ، وأنت مطلقة بالتخفيف ، وأنت أطلق من امرأة فلان ، وهى مطلقة ، وأنت ط ل ق وغير ذلك مما صرحوا به (خلا اختارى) فإن نية الثلاث لا تصح فيه أيضا ،ولا تقع به ولا بأمرك بيدك ،الم تطلق المرأة نفسها كما يأتى (البائن إن نواها أو الثنتين) لما تقرر أن الطلاق مصدر

أراد الأول وقع وصرف إلى إحدى البينونتين وهى التى دون الثلاث اه . قلت : مقتضى هذا وقوع واحدة بائنة لأن الوقوع ليس بلفظ الصريح بل بلفظ برئت تأمل (قوله وخليت سبيل طلاقك) وكذا خليت طلاقك أو تركت طلاقك ، إن نوى وقع وإلا فلا خانية (قوله بالتخفيف) أى تخفيف اللام ، أما بالتشديد فهو صريح يقع به بلا نية كما مر فى بابه (قوله وأنت أطلق من امرأة فلان) فإن كان جوابا لقولها إن فلانا طلق امرأته وقع ولا يدين لأن دلالة الحال قائمة مقام النية ؛ حتى لو لم تكن قائمة لم يقع إلا بالنية نهر فى باب الصريح عن الخلاصة فليس من الصريح وإلا لم يتوقف على النية ، وعلله فى الفتح بأن أفعل التفضيل ليس صريحا فافهم (قوله وهى مطلقة) أى والحال أن امرأة فلان مطلقة وإلا فلا يقع ، وهذا القيد ذكره فى البحر، لكن فى الفتح فى أول باب الصريح أنه لا فرق بين كونها مطلقة أولا . قال : والمعنى عند عدم كونها مطلقة لأجل فلانة ، يعنى أن من فى قوله من امرأة فلان للتعليل (قوله وأنت ط ل ق) قدمنا فى باب الصريح عن الذخيرة تعليله بأن هذه الحروف يفهم منها ماهو المفهوم من صريح الكلام إلا أنها لا تستعمل كذلك ، فصارت كالكناية فى الافتقار إلى النية (قوله وغير ذلك الخ) مثل الطلاق عليك ، وهبتك طلاقك ، بعتك طلاقك ، إذا قالت اشتريت من غير بدل خذى طلاقك ، أقرضتك طلاقك ، قد شاء الله طلاقك أو قضاه ، أو شئت ؛ ففى الكل يقع بالنية رجعى كما فى الفتح : زاد فى البحر : الطلاق لك أو عليك ، أنت طال بحذف الآخر ، لست لى بامرأة وما أنا لك بزوج ، أعرتك طلاقك ، ويصير الأمر بيدها على مافى المحيط اه ومثله طلقك الله وهو الحق ، خلافا لمن قال لا تشترط له النية كما قدمه الشارح فى باب الصريح، لكن قدمنا هناك تصحيح عدم اشتراط النية فى خذى طلاقك فهو من الصريح وأما ماقيل من أن من الصريح أيضا فى الأصح أعرتك طلاقك ووهبته لك وشئت طلاقك، فقدمنا تصحيح خلافه هناك فافهم ، وقدم الشارح هناك أن أنت طال إن بالكسر لا يتوقف على النية وإلا توقف ، وقدمنا الكلام عليه ثمة .

وذكر فى الفتح هناك : لو قال أنت بثلاث وقعت ثلاث إن نوى لأنه محتمل لفظه ، ولو قال لم أنو لايصدق إذا كان فى حال مذاكرة الطلاق لأنه لايحتمل الرد وإلا صدق (قوله خلا اختارى) استثناء من قوله وبباقيها بالنظر إلى قوله الآتى وثلاث إن نواه ، ولو أخره بعده بأن يقول وثلاث إن نواه إلا فى اختارى لكان أولى ط (قوله لاتصح فيه أيضا) أى كما لاتصح نية الثلاث فى الألفاظ الثلاثة السابقة ط (قوله مالم تطلق المرأة نفسها) أى مع نية الزوج الطلاق أو دلالة الحال لأن ذلك كناية إيقاع كما يأتى فى الباب الآتى (قوله البائن) بالرفع فاعل يقع فى قوله ويقع بباقيها (قوله إن نواها) أى نوى الواحدة وليس الضمير للبائن ،وأنثه لكونه بمعنى الطلقة لأن وقوع البائن لايتوقف على نيته ، وقوله أو الثنتين عطف على الهاء :

وحاصله أنه إذا نوى الواحدة أو الثنتين لاتقع إلا واحدة حتى لو طلق الحرة واحدة ثم أبانها ونوى ثنتين كانت واحدة ، ولو نوى الثلاث وقعن لحصول البينونة فى حقها بالثنتين وبالواحدة السابقة بحر عن المحيط ، وتقدم فى باب الصريح أن مافى الجوهرة سهو ، وقدمنا الكلام عليه (قوله لما تقرر أن الطلاق مصدر) فيه أن ألفاظ الكنايات سوى الثلاثة السابقة غير متضمنة للفظ الطلاق ، لأنها كناية عما هو أعم منه ومن حكمه لأنها لم يرد بها الطلاق أصلا

لايحتمل محض العدد (وثلاث إن نواه) للواحدة الجنسية ولذا صح فى الأمة نية الثنتين (قال اعتدى ثلاثا ونوى بالأول طلاقا وبالباقى حيضا صدق) قضاء لنيته حقيقة كلامه (وإن لم ينو به) أى بالباق (شيئا فثلاث) لدلالة الحال بنية الأول ؛ حتى لو نوى بالثانى فقط فثنتان أو بالثالث فواحدة ؛ ولو لم ينو بالكل لم يقع ، وأقسامها أربعة وعشرون ذكرها الكمال ؛ ويزاد لو نوى بالكل واحدة

بل البينونة كما قدمناه أول الباب ، وإلا لكان الواقع بها رجعيا كالألفاظ الثلاثة والألفاظ المصرح فيها بذكره ؛ فالمناسب التعبير بالبينونة فإنها مصدر والمصادر من ألفاظ الوحدان لايراعى فيها العدد المحض بل التوحيد وهو بالفردية الحقيقية أو الجنسية والمثنى بمعزل عنهما لأنه عدد محض . ثم رأيت صاحب الجوهرة عبر بالبينونة كما قلنا بدل الطلاق .

وبما قررناه علم أنه ليس المراد بالمصدر نفس ألفاظ الكناية حتى يعترض عليه بأن نحو سرحتك فارقتك خلية برية لامصدر فيها فافهم (قوله ولذا صح فى الأمة الخ) لأن الثنتين فى حقها كل الجنس كالثلاث للحرة (قوله قال اعتدى ثلاثا) أى قاله ثلاث مرات (قوله وبالباقى حيضا) هذا إذا كان الخطاب مع من هى من ذوات الحيض فلو كانت آيسة أو صغيرة فقال أردت بالأول طلاقا وبالباقى تربصا بالأشهر كان حكمه كذلك فتح (قوله لنيته حقيقة كلامه) وهو إرادته أمرها بالاعتداد بالحيض بعد الطلاق (قوله بنية الأول) أى دلالة الحال بسبب نيته الإيقاع بالأول . قال فى فتح القدير فقد ظهر مما ذكر أن حالة مذاكرة الطلاق لاتقتصر على السؤال ، وهو خلاف ماقدموه من أنها حال سؤالها أو سؤال أجنبى طلاقها بل هى أعم منه ومن مجرد ابتداء الإيقاع (قوله حتى) تفريع على مافهم من اعتبار دلالة الحال ط (قوله لو نوى بالثانى فقط) أى نوى به الطلاق ولم ينو بغيره شيئا فثنتان : أى يقع به واحدة ؛ وكذا بالثالث أخرى وإن لم ينوبه لدلالة الحال بإيقاع الثانى ، ولا يقع بالأول شىء لأنه لم ينوبه ودلالة الحال وجدت بعده (قوله أربعة وعشرون) حاصلها أنه إما أن ينوى بالكل طلاقا أو بالأولى طلاقا أو حيضا لاغير أو بالأوليين طلاقا لاغير أو بالأولى والثالثة كذلك أو بالثانية والثالثة طلاقا وبالأولى حيضا ، ففى هذه الستة تقع الثلاث أو بالثانية طلاقا لاغير ؛ أو بالأولى طلاقا وبالثانية حيضا لاغير ، أو بالأولى طلاقا وبالثالثة حيضا لاغير أو بالأخريين طلاقا لاغير ؛ أو بالأوليين حيضا لاغير أو بالأولى والثالثة حيضا لاغير ، أو بالأولى والثانية طلاقا وبالثانية حيضا أو بالأولى والثالثة طلاقا ، وبالثانية حيضا ، أو بالأولى والثانية حيضا وبالثالثة طلاقا أو بالأولى والثالثة حيضا وبالثانية طلاقا أو بالثانية حيضا لاغير . فهذه إحدى عشرة تقع فيها ثنتان أو بكل منها حيضا أو بالثالثة طلاقا أوحيضا لاغير ،أوبالثانية طلاقا وبالثالثة حيضا لاغير او بالأخريين حيضا لاغير أوبالأولى طلاقا وبالثانية والثالثة حيضا ؛ وفى هذه الستة تقع واحدة والرابعة والعشرون أن لاينوى بكل منها شيئا فلا يقع شىء ، والأصل أنه إذا نوى الطلاق بواحدة ثبتت مذاكرة الطلاق ، فإذا نوى بما بعدها الحيض صدق لظهور الأمر بالاعتداد بالحيض عقب الطلاق ؛ ولا يصدق فى عدم نية شىء بما بعدها . وإذا لم ينو الطلاق بشىء صح وكذا كل ماقبل المنوىّ بها ، ونية الحيض بواحدة غير مسبوقة بواحدة ينوى بها الطلاق يقع بها الطلاق وتثبت حالة المذاكرة فيجرى فيها الحكم المذكور بخلاف ما إذا كانت مسبوقة بواحدة أريد بها الطلاق حيث لا تقع بها الثانية كذا فى النهر عن الفتح ح .

قلت : ولنبين هذا الأصل فى بعض الصور المارة لزيادة التوضيح فإذا نوى بالأولى حيضا لاغير وقع الثلاث لأنه لما نوى بالأولى الحيض وقعت طاقة لأنها غير مسبوقة بإيقاع ، ولما نوى بالثانية والثالثة الحيض أيضا صحت

فواحدة ديانة وثلاث قضاء؛ ولو قال : أنت طالق اعتدى أو عطفه بالواو أو الفاء ، فإن نوى واحدة فواحدة أو ثنتين وقعتا ، وإن لم ينو ففي الواو ثنتان وفي الفاء قيل واحدة وقيل ثنتان .

(طلقها واحدة) بعد الدخول (فجعلها ثلاثا صح، كما لو طلقها رجعيا فجعله) قبل الرجعة (بائنا) أو ثلاثا ، وكذا لو قال في العدة: ألزمت امرأتي ثلاث تطليقات بتلك التطليقة أو ألزمتها بتطليقتين بتلك التطليقة

نيته لوقوع الأولى قبلهما؛ وإذا نوى بالأولى طلاقا وبالثانية حيضا لاغير يقع ثنتان لأن نيته الحيض بالثانية صحيحة لسبقها بإيقاع الأولى ؛ ولما لم ينو بالثالثة شيئا وقع بها أخرى لثبوت المذاكرة بوقوع الأولى . وإذا نوى بالكل حيضا تقع واحدة وهي الأولى لعدم سبقها بإيقاع ، وصحت نيته بالثانية والثالثة الحيض لسبق الإيقاع بواحدة قبلهما وعلى هذا القياس (قوله فواحدة ديانة) لاحتمال قصده التأكيد كأنت طالق طالق فتح (قوله وثلاث قضاء) لأنه يكون ناويا بكل لفظ ثلث تطليقة ، وهو مما لايتجزى فيتكامل فيقع الثلاث بحر عن المحيط . قال في الفتح : والتأكيد خلاف الظاهر ، وعلمت أن المرأة كالقاضي لايحل لها أن تمكنه إذا علمت منه ما ظاهره خلاف مدعاه اه .

وفي البحر عن المحيط : لو قال عنيت تطليقة تعتد بها ثلاث حيض يصدّق لأنه محتمل والظاهر لايكذبه اه قلت: ومثله في كافي الحاكم الشهيد (قوله فإن نوى واحدة) أي بأن نوى باعتدى في الصور الثلاث الأمر بالعدة بالحيض دون الطلاق فيصدق لظهور الأمر فيه عقب الطلاق كما مر (قوله وقعتا) وتكونان رجعيتين لأن اعتدى لايقع به البائن كما علمت (قوله ففي الواو ثنتان) وكذا في صورة عدم العطف أصلا لأنه في الصورتين يكون أمرا مستأنفا وكلاما مبتدأ وهو في حال مذاكرة الطلاق ، فيحمل على الطلاق بحر عن المحيط (قوله قيل واحدة) جزم به في المحيط على أنه المذهب معللا بأن الفاء للوصل: أي فتفيد حمل الأمر على الاعتداد بالحيض (قوله وقيل ثنتان) مشى عليه في الخانية ،ووجهه حمل الأمر على الطلاق للمذاكرة . قلت: والأول أوجه تأمل (قوله طلقها واحدة الخ) عبارة الذخيرة وغيرها : طلقها رجعية ثم قال في العدة جعلت هذه التطليقة بائنة أو ثلاثا صح عند أبي حنيفة ، وهي أخصر من عبارة المصنف وأظهر ،وقيد بقوله في العدة لأنه بعدها تصير المرأة أجنبية فلا يمكنه جعل طلاقها ثلاثا أو بائنا ، ولذا قيد الشارح بقوله بعد الدخول ، لأنه لو قبله لايمكن جعلها ثلاثا لكونها بانت قبل الجعل لا إلى عدة وبقوله قبل الرجعة لأنه بعدها يبطل عمل الطلاق فيتعذر جعلها بائنة أو ثلاثا أيضا ؛ وإذا جعلها بائنة في العدة فالعدة من يوم إيقاع الرجعي كما ذكره في البزازية أي لا من يوم الجعل ، وقدمنا في أول باب الصريح عن البدائع أن معنى جعل الواحدة ثلاثا أنه ألحق بها اثنتين لا أنه جعل الواحدة ثلاثا .

[تنبيه] ذكر الطلاق بلا عدد فقيل له بعد ماسكت كم ؟ فقال ثلاثا وقع ثلاث عندهما خلافا لمحمد ؛ ولو لم يسأل وقال بعد ماسكت ثلاثا إن كان سكوته لانقطاع النفس تطلق ثلاثا لأنه مضطر له فلا يعد فاصلا ، وإلا فواحدة كما في البزازية .

وفي الجوهرة قال أنت طالق فقيل له بعد ماسكت كم ؟ فقال ثلاث فعنده ثلاث . وفي الخانية : ويحتمل أن هذا قول أبي حنيفة ، فإن عنده إذا طلق واحدة ثم قال جعلتها ثلاثا تصير ثلاثا اه ومن هنا يعلم حكم مالو قيل للمطلق قل بالثلاث فقال بالثلاث أنه يقع بالأولى، لأن الجعل فيه أظهر . وفي البزازية قال لها: أنت طالق واحدة فقالت هزار فقال هزار فعلى مانوى وإلا فلا شيء اه وهزار بالفارسية ألف ، ولا يخالف هذا مافهمناه لأنها لم

فهو كما قال ؛ ولو قال إن طلقتك فهى بائن أو ثلاث ثم طلقها يقع رجعيا ، لأن الوصف لايسبق الموصوف كما مر فتذكر (الصريح يلحق الصريح و) يلحق (البائن) بشرط العدة (والبائن يلحق الصريح) الصريح مالايحتاج إلى نية بائنا كان الواقع به أو رجعيا فتح ،

تأمره أن يجعله ألفا وإنما تعرضت تعريضا محتملا ، وفيما نحن فيه أمر بأن يصيره ثلاثا فأجاب والجواب يتضمن مافى السؤال ، كذا بخط شيخ مشايخنا السائحانى .

قلت : والذى يظهر أن قولها له قل بالثلاث أمر بإلحاق العدد بأول كلامه فلا يلحق كما لو تكلم به بعد سكوته بلا طلب ، نعم لو قال لها : أنت طالق فقالت طلقنى بالثلاث فقال بالثلاث ، فإنه لاشبهة فى كونه جملا وإنشاء لأنه جواب للطلب ، والله أعلم (قوله فهو كما قال) أى فهى ثلاث فى الأول وثنتان فى الثانى كما فى الخانية والبزازية وعليه فيكون قد ألحق بالطلقة الأولى طلقتين فى الأولى وطلقة فى الثانى (قوله كما مر) أى قبيل طلاق غير المدخول بها ح ، وقوله فتذكر أشار به إلى البحث السابق هناك مع صاحب البحر فى مسألة التعاليق ، وقد علمت مافيه .

مطلب الصريح يلحق الصريح والبائن

(قوله الصريح يلحق الصريح) كما لو قال لها : أنت طالق ثم قال أنت طالق أو طلقها على مال وقع الثانى بحر ، فلا فرق فى الصريح الثانى بين كون الواقع به رجعيا أو بائنا (قوله ويلحق البائن) كما لو قال لها أنت بائن أو خالعها على مال ثم قال أنت طالق أو هذه طالق بحر عن البزازية ، ثم قال : وإذا لحق الصريح البائن كان بائنا لأن البينونة السابقة عليه تمنع الرجعة كما فى الخلاصة . وقال أيضا : قيدنا الصريح اللاحق للبائن بكونه خاطبها بهوأشار إليها للاحتراز عما إذا قال كل امرأة له طالق فإنه لايقع على المختلعة الخ وسيذكره الشارح فى قوله ويستثنى مافى البزازية الخ ، ويأتى الكلام فيه (قوله بشرط العدة) هذا الشرط لابد منه فى جميع صور اللحاق ، فالأولى تأخيره عنها اهـ ح (قوله الصريح .الا يحتاج إلى نية) من هنا إلى قوله على المشهور كان الواجب ذكره قبل قوله والبائن يلحق الصريح لأن هذا كله من متعلقات الجملة الأولى أعنى قوله الصريح يلحق الصريح والبائن ولأن المراد بالصريح فى الجملة الثانية خصوص الرجعى كما تعرفه قريبا ، يعنى أن المراد بالصريح هنا حقيقته لانوع خاص منه وهو ماوقع به الرجعى فقط بل الأعم .

وأما الكناية الرواجع كاعتدى واستبرئى رحمك وأنت واحدة وما ألحق بها فإنها وإن كانت تلحق البائن فى ظاهر الرواية بشرط النية لكنها لماوقع بها الرجعى كانت فى معنى الصريح كما فى البدائع : أى فهى ملحقة بالصريح فى حكم اللحاق للبائن ، أفاده فى البحر .

وقال فى المنح : إن صحة هذه الألفاظ بالإضمار ؛ فإن معنى قوله أنت واحدة أنت طالق طلقة واحدة فيصير الحكم للصريح ، لكن لابد من النية ليثبت هذا المضمر اهـ . فأفاد وجه كونها فى حكم الصريح وهو كونه مضمرا فيها وأن الإيقاع إنما هو به لابها نفسها لكن ثبوته مضمرا توقف على النية وبعد ثبوته بالنية لايحتاج إلى النية .قال ح : ولا يرد أنت على حرام على المفتى به من عدم توقفه على النية مع أنه لايلحق البائن ، ولا يلحقه البائن لكونه بائنا لما أن عدم توقفه على النية أمر عرض له لابحسب أصل وضعه اهـ (قوله بائنا كان الواقع به أو رجعيا) يؤيده ماقدمناه فى أول فصل الصريح عن البدائع من أن الصريح نوعان : صريح رجعى ، وصريح بائن ، وحينئذ

فمنه الطلاق الثلاث فيلحقهما ، وكذا الطلاق على مال فيلحق الرجعي ويجب المال والبائن ولا يلزم المال كما فى الخلاصة فالمعتبر فيه اللفظ لا المعنى على المشهور

فيدخل فيه الطلاق الرجعي والطلاق على مال ، وكذا مامر قبل فصل طلاق غير المدخول بها من ألفاظ الصريح الواقع بها البائن،مثل :أنت طالق بائن أو البتة أو أفحش الطلاق أو طلاق الشيطان أو طلقة طويلة أو عريضة الخ فهذا كله صريح لايتوقف على النية ، ويقع به البائن ويلحق الصريح والبائن . قال فى الخلاصة : والصريح يلحق البائن وإن لم يكن رجعيا .

هذا ، وفى المنصورى شرح المسعودى للراسخ المحقق أبى منصور السجستانى : المختلعة يلحقها صريح الطلاق إذا كانت فى العدة ، والكناية أيضا تلحقها إذا كانت فى حكم الصريح كاعتدى الخ . ثم قال : والكنايات والبوائن لاتلحقها أى المختلعة ، وإن كان الطلاق رجعيا يلحقها الكنايات ، لأن ملك النكاح باق . قال فى عقد الفرائد : هذا مؤيد لما فى الفتح ؛ ومعنى العطف فى قول المنصورى والبوائن ما أوقع من البوائن لا بلفظ الكنايات فإنه يلغو ذكر البائن كما أطبقوا عليه اه ونقله فى النهر وأقره .

أقول : والصواب أن الواو فى والبوائن زائدة من الناسخ وأن مراد المنصورى الكنايات البوائن المقابلة للكنايات الرجعية التى ذكرها قبله ، لما علمته من أن البوائن بغير لفظ الكناية من الصريح الذى يلحق البائن وإلا صار منافيا لكلام الفتح لامؤيدا له فتدبر (قوله فمنه الخ) أى إذا عرفت أن قوله الصريح يلحق والبائن المراد بالصريح فيه ماذكر ظهر أن منه الطلاق الثلاث فيلحقهما : أى يلحق الصريح والبائن ؛ فإذا أبان امرأته ثم طلقها ثلاثا فى العدة وقع وهى واقعة حلب . قال فى فتح القدير : الحق أنه يلحقها لما سمعت من أن الصريح وإن كان بائنا يلحق البائن ومن أن المراد بالبائن الذى لايلحق هو ماكان كناية اه وتبعه تلميذه ابن الشحنة فى عقد الفرائد، وكذا صاحب البحر والنهر والمنح والمقدسى والشرنبلالى وغيرهم ، وهو صريح مانقلناه آنفا عن الخلاصة وأيده صاحب الدرر والغرر كما نذكره قريبا خلافا لمن رجح عدم وقوع الثلاث فإنه خلاف المشهور كما يأتى (قوله وكذا الطلاق على مال) أى إنه أيضا من الصريح وإن كان الواقع به بائنا (قوله والبائن) بالنصب معطوف على قوله الرجعي (قوله ولا يلزم المال) أى إذا أبانها ثم طلقها فى العدة على مال وقع الثانى أيضا ، ولا يلزمها المال لأن إعطاءه لتحصيل الخلاص المنجز وأنه حاصل كما فى البحر عن البزازية : أى بخلاف ماقبله . فإنه إذا طلقها رجعيا توقف الخلاص على انقضاء العدة ؛ فإذا طلقها بعده بمال فى العدة لزم المال لأنها بانت منه فى الحال .

قال فى البحر : ثم اعلم أن المال وإن لم يلزم أى فى مسألتنا فلابد فى الوقوع من قبولها لأن قوله أنت طالق على ألف تعليق طلاقها بالقبول فلا يقع بلا وجود الشرط كما فى البزازية فالمعتبر فيه أى فى الصريح هنا اللفظ : أى كونه من ألفاظ الصريح وإن كان معناه أى الواقع به البائن ، والمراد باللفظ مايشمل المضمر كما فى الكنايات الرجعية كما مر (قوله على المشهور) رد على ماذكره بعضهم فى واقعة حلب المذكورة آنفا من أنه لايقع الثلاث لأنه بائن فى المعنى والبائن لايلحق البائن ، واعتبار المعنى أولى من اعتبار اللفظ ، وجعله الأصح المفتى به أفاده المصنف .

قلت : وفى الحاوى الزاهدى عازيا إلى الأسرار لنجم الدين قال لها : أنت بائن ثم قال فى العدة أنت طالق ثلاثا لايقع الثلاث عند أبى حنيفة لكون الثلاث بيتونة غليظة فى المعنى . وعندهما يقع لكونها فى اللفظ صريحا . والأصح قوله لأن الاعتبار للمعنى دون اللفظ ، ثم عزا إلى شرح العيون مثله ، ثم عزا إلى كتاب آخر . قال محمد

(لا) يلحق البائن (البائن)

لا يقع الثلاث؛ والفتوى على قوله . ثم قال: وفي فصول الاستروشني مثله اه وقد تكفل برده المصنف في المنح، ونقله عنه في الشرنبلالية وأقره . وقد تكرر أن الزاهدي ينقل الروايات الضعيفة فلا يتابع فيما يتفرد به وقد وجد النقل عن الخلاصة والبزازية وغيرهما بما يخالفه كما قدمناه . وقد استدل في الدرر واليعقوبية على خلافه أيضا كما نذكره قريبا ، ويكفينا قدوة ماذكره في فتح القدير وتابعه عليه من بعده كما قدمناه فلذا اعتمده الشارح وجعله المشهور ومما يدل عليه قطعاً أنه لو طلقها ثم خلعها ثم قال في عدة الخلع أنت طالق فهذا صريح لفظا بائن معنى وهو واقع قطعا ؛ فقد استدلوا على لحوق الصريح البائن بقوله تعالى — فلا جناح عليهما فيما افتدت به — يعني الخلع ، ثم قال تعالى — فإن طلقها فلا تحل له من بعد — الخ والفاء للتعقيب . قال في الفتح : فهو نص على وقوع الثالثة بعد الخلع اه ومثله في الدرر عن التلويح .

وفي حواشي الخير الرملي قال في مشتمل الأحكام: والبائن لايلحق البائن يعني البائن اللفظي ، أما البائن المعنوي يلحق اللفظي مثل الثلاث من المبسوط اه (قوله لايلحق البائن البائن) المراد بالبائن الذي لايلحق هو ماكان بلفظ الكناية لأنه هو الذي ليس ظاهرا في إنشاء الطلاق كذا في الفتح ، وقيد بقوله الذي لايلحق إشارة إلى أن البائن الموقع أولا أعم من كونه بلفظ الكناية أو بلفظ الصريح المفيد للبينونة كالطلاق على مال ، وحينئذ فيكون المراد بالصريح في الجملة الثانية أعني قولهم والبائن يلحق الصريح لاالبائن هو الصريح الرجعي فقط دون الصريح البائن ، وبه ظهر أن مانقله الشارح أولا عن الفتح من أن الصريح مالا يحتاج إلى نية بائنا كان الواقع به أو رجعيا خاص بالصريح في الجملة الأولى : أعني قولهم الصريح يلحق الصريح والبائن كما دل عليه كلام الفتح الذي ذكرناه هنا ، ويدل عليه أيضا أمور :

منها ماأطبقوا عليه من تعليلهم عدم لحوق البائن البائن بإمكان جعل الثاني خبرا عن الأول ؛ ولا يخفى أن ذلك شامل لما إذا كان البائن الأول بلفظ الكناية أو بلفظ الصريح .

ومنها مافي الكافي للحاكم الشهيد الذي هو جمع كلام محمد في كتبه ظاهر الرواية حيث قال: وإذا طلقها تطليقة بائنة ثم قال لها في عدتها أنت عليّ حرام أو خلية أو برية أو بائن أو بتة أو شبه ذلك وهو يريد به الطلاق لم يقع عليها شيء لأنه صادق في قوله هي عليّ حرام وهي مني بائن اه أي لأنه يمكن جعل الثاني خبرا عن الأول، وظاهر قوله طلقها تطليقة بائنة أن المراد به الصريح البائن بقرينة مقابلته له بألفاظ الكناية تأمل .

ومنها قول الزيلعي: أما كون البائن يلحق الصريح فظاهر لأن القيد الحكمي باق من كل وجه لبقاء الاستمتاع اه فهذا صريح في أن المراد بالصريح في الجملة الثانية هو الصريح الرجعي ، إذ لايخفى أن بقاء قيد النكاح من كل وجه وبقاء الاستمتاع لايكون بعد الصريح البائن .

ومنها ماقدمناه من قول المنصوري وإن كان الطلاق رجعيا يلحقها الكنايات ، لأن ملك النكاح باق ؛ فتقييده بالرجعي دليل على أن الصريح البائن لايلحقه الكنايات ، وكذا تعليله دليل على ذلك .

ومنها مافي التاترخانية قبيل الفصل السادس : ولو طلقها على مال أو خلعها بعد الطلاق الرجعي يصح ، ولو طلقها بمال ثم خلعها في العدة لايصح اه .

فانظر كيف فرق بين الرجعي والصريح البائن وهو الطلاق على مال حيث جعل الخلع واقعا بعد الأول لابعد

إذا أمكن جعله إخبارا عن الأول :

الثانى ، فهذا صريح فيا قلناه أيضا من أن المراد بالصريح هنا الرجعى فقط ، وبالبائن الأول مايشمل البائن الصريح .

ومنها فرعان ذكرهما فى البحر : الأول مافى القنية عن الأوزجندى : طلقها على ألف فقبلت ثم قال فى عدتها أنت بائن لايقع اهـ . والثانى مافى الخلاصة من الجنس السادس من الخلع : لو طلقها بمال ثم خلعها فى العدة لم يصح اهـ فهذا أيضا صريح فيا قلناه ، وبه سقط مافى البحر ، وتبعه فى النهر من استشكاله الفرعين بناء على فهمه أن المراد بالصريح مايشمل الصريح البائن . قال : وقد جعلوا الطلاق على مال من قبيل الصريح ، وقالوا : إن البائن يلحق الصريح فينبغى الوقوع فى الفرع الأول وصحة الخلع فى الفرع الثانى . ثم قال فى البحر : ولا مخلص إلا بكون المراد بعدم صحة الخلع عدم لزوم المال ، والدليل عليه أن صاحب الخلاصة صرح فى عكسه وهو ما إذا طلقها على مال بعد الخلع أنه يقع ولا يجب المال ولا فرق بينهما كما لايخفى اهـ .

أقول : وهذا عجيب من مثله ، أما أولا فلأن المراد بالصريح فى الجملة الثانية هو الرجعى فقط ، بخلاف الصريح فى الجملة الأولى كما دل عليه ماذكرناه من تعليلاتهم وفروعهم . وعليه فلا إشكال فى الفرعين أصلا ، بل هما دليلان على ماقلناه ، وأما ثانيا فلأن ماذكره من المخلص بعيد جدا بل المخلص ما قلناه ، وأما ثالثا فلأن دعواه عدم الفرق بين هذا الفرع وعكسه كما لايخفى فى غاية الخفاء للفرق الواضح بينهما ، لأنه إذا طلقها بمال بعد الخلع إنما لايجب المال لأن إعطاء المال لتحصيل الخلاص المنجز وإنه حاصل كما قدمنا بيانه . أما إذا طلقها على مال قبل الخلع فلا وجه لسقوط المال ، لأن الطلاق بدونه لايحصل به الخلاص المنجز بل يتوقف إلى انقضاء العدة ، فقد حصل بالمال ما هو المطلوب به ولايبطل بالخلع العارض بعده بعد تحقق المطلوب به بل يبطل الخلع نفسه ، لأن الخلاص المنجز حاصل قبله فلا يفيد ، هذا ماظهرلى فى تقرير هذا المقام ، الذى زلت فيه أقدام الأفهام ، فاغتنمه فإنه من جملة ما اختص به هذا الكتاب ، بعون الملك الوهاب .

ثم رأيت فى الحواشى اليعقوبية على صدر الشريعة مانصه : وأيضا قولهم والبائن الغير الصريح يلحق الصريح ينبغى أن لايكون على إطلاقه ، لأنه لايلحق الصريح البائن لاحتمال الخبرية عن الأول كما لايخفى ، إلا أن يدعى الفرق بين البائنين فلا يصح الخبر بأحدهما عن الآخر اهـ وهذا عين مافهمته بحمد الله تعالى من أن المراد بالصريح فى الجملة الثانية الصريح الرجعى فقط ، وقوله إلا أن يدعى الفرق الخ قد علمت مما قررناه أولا عدم الفرق فإنه لاشبهة فيه لذى فهم ، والله سبحانه أعلم (قوله إذا أمكن الخ) قيد فى عدم لحاق البائن البائن ، ومحترزه ما أفاده بقوله بخلاف أبنتك بأخرى الخ ط .

قال فى البحر : وينبغى أنه إذا أبانها ثم قال لها أنت بائن ناويا طلقة ثانية أن تقع الثانية بنيته لأنه بنيته لايصلح خبرا ، فهو كما لو قال أبنتك بأخرى ، إلا أن يقال إن الوقوع إنما هو بلفظ صالح له وهو أخرى بخلاف مجرد النية اهـ . وفيه أن اللفظ الثانى صالح ، ولو أبدل صالح بمعين له لـكان أظهر ط .

أقول : ويدفع البحث من أصله تعبيرهم بالإمكان ، وبأنه لاحاجة إلى جعله إنشاء متى أمكن جعله خبرا عن الأول لأنه صادق بقوله أنت بائن على أن البائن لايقع إلا بالنية ، فقولهم البائن لايلحق البائن لاشك أن المراد به البائن المنوى ، إذ غير المنوى لايقع به شىء أصلا ولم يشترطوا أن ينوى به الطلاق الأول .

نعم أن قولهم إذا أمكن الخ احتراز عما إذا لم يمكن جعله خبرا كما فى أبنتك بأخرى ، لاعما إذا نوى به طلاقا

كأنت بائن بائن ، أو أبنتك بتطليقة فلا يقع لأنه إخبار فلا ضرورة فى جعله إنشاء ، بخلاف أبنتك بأخرى أو أنت طالق بائن ، أو قال نويت البينونة الكبرى لتعذر حمله على الإخبار فيجعل إنشاء ، ولذا وقع المعلق كما قال (إلا إذا كان) البائن (معلقا بشرط) أو مضافا (قبل) إيجاد (المنجز البائن) كقوله : إن دخلت الدار فأنت بائن ناويا ثم أبانها ثم دخلت وبانت بأخرى لأنه لايصلح إخبارا ،

آخر فتدبر . وأما اعتدى اعتدى فإنه ملحق بالصريح كما تقدم ، فلا ينافى ماهنا حيث أوقعوا به مكررا تأمل (قوله كأنت بائن بائن) كذا فى بعض النسخ مكررا ، وفى بعضها كأنت بائن بدون تكرار وهو الأصوب ، لأن المقصود التمثيل لايقاع البائن على المبانة ،ولأنه كما قال ط ليس المراد الإخبار النحوى بل الإخبار عما صدر أولا ولأنه يوهم أن يلزم كونه فى مجلس واحد وهو غير لازم اه (قوله أو أبنتك بتطليقة) عطف على بائن الثانية أى أنت بائن أبنتك بتطليقة اه ح وأشار به إلى أنه لا يشترط اتحاد اللفظين فشمل ما إذا كان الأول بلفظ الكناية البائنة أو الخلع أو الطلاق الصريح إذا كان على مال أو موصوفا بما ينبىء عن البينونة كما علم مما قدمناه بعد كون الثانى بلفظ الكناية البائنة كالخلع ونحوه مما يتوقف على النية ولو باعتبار الأصل كأنت حرام ، بخلاف الكناية الرجعية فإنها فى حكم الصريح فتلحق البائن كما مر (قوله فلا يقع) أى وإن نوى ، لما فى البحر عن الحاوى : ولا يقع بكنايات الطلاق شىء وإن نوى اه ط (قوله لأنه إخبار)أى يجعل إخبارا لأنه أمكن ذلك(قوله بخلاف أبنتك بأخرى) أى لو أبانها أولا ثم قال فى العدة أبنتك بأخرى وقع ،لأن لفظ أخرى مناف لإمكان الإخبار بالثانى عن الأول (قوله أو أنت طالق بائن) لأن وقوعه بأنت طالق وهو صريح ، ويلغو قوله بائن لعدم الحاجة إليه : لأن الصريح بعد البائن بائن ، كذا فى شرح المنار لصاحب البحر ،وهو إشارة إلى ماذكره فى البحر عن الذخيرة من الفرق بين هذا وبين قوله للمبانة أبنتك بتطليقة ، وهو أنه إذا ألغينا بائنا يبقى قوله طالق وبه يقع ، ولو ألغينا أبنتك يبقى قوله بتطليقة وهو غير مفيد اه .

قلت : لكن يشكل عليه ماقدمناه فى باب طلاق غير المدخول بها من أن الطلاق متى قيد بعدد أو وصف أو مصدر فالوقوع بالقيد،حتى لو قال:أنت طالق وماتت قبل قوله ثلاثا أو بائن لم يقع،فهذا ينافى ماأطبقوا عليه من إلغاء الوصف هنا، إلا أن يجاب بأن اعتبار الوقوع به هنا لايصح لسبق البينونة قبله ولوقوع البائن بالصريح هنا وإن لم يوصف، فتعين إلغاء الوصف كما علمت آنفا . وبقى إشكال آخر مذكور مع جوابه فى البحر (قوله أو قال نويت) أى بالبائن الثانى البينونة الكبرى أى الحرمة الغليظة وهى التى لاحل بعدها إلا بنكاح زوج آخر،وهذا هو المعتمد كما فى البحر ، وقيل لايقع لأن التغليظ صفة البينونة فإذا ألغت النية فى أصل البينونة لكونها حاصلة لغت فى إثبات وصف التغليظ محيط ، وهذا صريح فى إلغاء نية البينونة ؛ ومثله ماقدمناه آنفا عن الحاوى فلا تصح نية بينونة أخرى خلافا لما بحثه فى البحر كما مر .

قال فى الدرر : أقول وهذا يدل قطعا على أنه إذا أبانها ثم قال فى العدة أنت طالق ثلاثا يقع الثلاث، لأن الحرمة الغليظة إذا ثبتت بمجرد النية بلا ذكر الثلاث لعدم ثبوتها فى المحل فلأن تثبت إذا صرح بالثلاث أولى ، وتمامه فيه ونحوه فى اليعقوبية (قوله لتعذر الخ) علة لقوله بخلاف الخ (قوله ولذا) أى لتعذر حمله على الإخبار (قوله إلا إذا كان البائن معلقا الخ) يشمل ما إذا آلى من زوجته ثم أبانها قبل مضى أربعة أشهر ثم مضت قبل أن يقربها وهى فى العدة فإنه يقع خلافا لزفر بحر (قوله قبل إيجاد المنجز) سيذكر الشارح محترز القبلية ، وتنجيز الثانى غير قيد بل لو علقه قبل وقوع المعلق الأول فكذلك كما يذكره أيضا (قوله ناويا) لأنه كناية فلا بدله من نية (قوله لأنه لايصلح إخبارا) أى لأن التعليق قبل فلا يصح إخبارا عنه وكذا الإضافة ح وأعاد التعليل وإن علم من قوله

ومثله المضاف كأنت بائن غدا ثم أبانها ثم جاء الغد يقع أخرى .

وفى البحر عن الوهبانية : أنت بائن كناية معلقا كان أو منجزا فيفتقر للنية ، ولو قال : إن دخلت الدار فأنت بائن ، ثم قال إن كلمت زيدا فأنت بائن ثم دخلت وبانت ثم كلمت يقع أخرى ذخيرة .

وفى البزازية : إن فعلت كذا فحلال الله علىّ حرام ثم قال كذلك لأمر آخر ففعل أحدهما بانت ، وكذا لو فعل الثانى على الأشبه فليحفظ ، قيد بالقبلية لأنه لو أبانها أولا ثم أضاف البائن أو علقه لم يصح كتنجيزه بدائع . ويستثنى مافى البزازية : كل امرأة له طالق لم يقع على المختلعة ، ولو قال إن فعلت كذا فامرأته كذا لم يقع على معتدة البائن .

سابقا ولذا وقع المعلق لطول الفصل فافهم (قوله ومثله المضاف) الأولى ومثال المضاف ، لأن المماثلة فى الحكم فهمت من قوله سابقا أو مضافا ط (قوله وفى البحر الخ) مراده بهذا النقل الاستدلال على قوله ناويا ح (قوله فيفتقر للنية) أى أو المذاكرة (قوله ولو قال إن دخلت) بيان لما إذا كانا معلقين كما فى البحر (قوله ثم دخلت وبانت) أشار بالعطف بثم إلى أنه لابد من كون التعليق الثانى قبل وجود شرط الأول : لأنها لو دخلت وبانت ثم قال إن كلمت زيدا فكلمته لايقع ، لأن الأول لما وجد شرطه قبل تعليق الثانى صار منجزا ، والمعلق لايلحق إلا إذا كان التعليق قبل إيجاد المنجز كما علمته من كلام المتن ، لأن قوله ثانيا فأنت بائن صادق بثبوت البينونة أولا فيصلح كون الثانى خبرا عن الأول ، وبه سقط ما قيل إن كلامه شامل لكون التعليق الثانى بعد وجود الشرط الأول أو قبله ، وكذا سقط قول هذا القائل إنّ تعذر جعله إخبارا عن الأول موجود فى المعلق والمضاف ، سواء كان التعليق أو الإضافة قبل التنجيز أو بعده ، فينبغى عدم الفرق وإن اتفقت كلمتهم على اشتراط كونه قبل إيجاد المنجز اهـ . إذ لايخفى أن التعليق بعد إيجاد المنجز يصلح كون المعلق فيه وهو البينونة الثانية خبرا عن المنجز الثابت أولا ، بخلاف ماقبله ، فالوجه ماقالوه دون ماقابله فتدبر (قوله ثم كلمت) فلو عكست أى بأن كلمته أولا ثم دخلت ، فالظاهر أن الحكم كذلك لوجود العلة ، لأن كلا من تعليقيه لا يصلح إخبارا عن الآخر لعدم كونها طالقا عند كل من التعليقين اهـ ح (قوله وفى البزازية الخ) لافرق بينه وبين مافى الذخيرة إلا فى لفظ البائن والحرام . وفى إفادة أنه يقع بأيهما سبق من قوله ففعل أحدهما وهذا مؤيد لما بحثه المحشى أفاده ط (قوله وكذا لو فعل الثانى) أراد بالثانى الآخر لا الترتيب بدليل قوله أحدهما ح (قوله قيد بالقبلية) أى بقوله فى المتن قبل المنجز البائن (قوله لم يصح) لأنه يمكن جعله خبرا عن الأول المنجز كما قلنا (قوله ويستثنى الخ) أى من قولهم الصريح يلحق البائن ؛ وأنت خبير بأنه إنما لم يقع الطلاق فى هاتين الصورتين لعدم تناول لفظ المرأة معتدة البائن ؛ حتى لو لم يذكر لفظ المرأة وقع . قال فى النهر : وفى المنصورى شرح المسعودى : المختلعة يلحقها صريح الطلاق إذا كانت فى العدة اهـ ح .

مطلب المختلعة والمبانة ليست امرأة من كل وجه

وحاصله أن عدم الوقوع لكونها ليست امرأة له من كل وجه بل تسمى مختلعة ومبانته وإن كان أثر النكاح وهو العدة باقيا حتى لحقها الصريح إذا أضافه إليها بخطاب أو إشارة ، وكذا لو نواها بالطلاق كما صرح به فى كاف الحاكم ، ومثله فى الذخيرة حيث قال كل امرأة لى لاتدخل المبانة بالخلع والإيلاء إلا أن يعينها : أى فعند عدم النية صارت فى حكم الأجنبية فلا تسمى امرأته ؛ ولذا قال فى حاوى الزاهدى قال لامرأته أنت طالق واحدة ثم قال إن كنت امرأة لى فأنت طالق ثلاثا إن كان الطلاق الأول بائنا لايقع الثانى ، وإن كان رجعيا يقع الثانى اهـ لكن يشكل على هذا مافى تعليق البحر عن المحيط : لو حلف لاتخرج امرأته من هذه الدار فطلقها وانقضت عدتها وخرجت

ويضبط الكل ماقيل :

كلا أجز لابائنا مع مثله إلا إذا علقته من قبله
إلا بكل امرأة وقد خلع والحق الصريح بعد لم يقع

(كل فرقة هى فسخ من كل وجه) كإسلام

يحنث ، وكذا لوقال إن قبلت امرأتى فعبدى حر فقبلها بعد البينونة لأن الإضافة للتعريف لاللتقييد اه أى لتعيين ذات المحلوف عليها لابقيد كونها امرأة له ، فإذا كان لفظ المرأة شاملا لها بعد البينونة وانقضاء العدة ففى حال بقاء العدة كما فى مسألتنا بالأولى .

وقد يجاب بأن المعتبر فى المعلق حالة التعليق لاحالة وجود الشرط ، وهى فى حالة التعليق كانت امرأة له من كل وجه ولذا وقع البائن المعلق قبل وجود البائن المنجز كامر ، وسنذكر تحقيق المسألة إن شاء الله تعالى فى التعليق عند قوله وزوال الملك لايبطل اليمين (قوله ويضبط الكل) بضم الباء وكسرها ، والمراد بالكل صور الحاق والمستثنى منها ط (قوله ماقيل) البيت الأول لوالد شيخ الإسلام عبد البر شارح النظم الوهبانى كما فى المنح ، والبيت الثانى لصاحب النهر ح (قوله كلا أجز) أى أجز كلا من وقوع الصريح والبائن بعد الصريح والبائن ح ولا يخفى مافى قوله كلا من الإبهام نهر . قلت : وفى كثير من نسخ الشرح لحوقا بدل كلا ولايستقيم معه الوزن (قوله لا بائنا) عطف على كلا ومع بسكون العين للوزن بمعنى بعد كما فى قوله تعالى — إن مع العسر يسرا — نعت لقوله بائنا : أى لاتجز بائنا كائنا بعد مثله ، وهذا العطف كالاستثناء فى المعنى كأنه قال كلا أجز إلا بائنا بعد مثله ، وقوله إلا إذ علقته من قبله استثناء من العطف الذى هو بمنزلة الاستثناء : أى لاتجز بائنا بعد بائن إلا إذا علقت البائن الواقع بعد المثل قبل المثل ، فضمير علقته للبائن الأول ، وضمير قبله للمثل الذى هو البائن الثانى اه ح والتعبير بالمثل مشعر بإخراج البينونة الكبرى ، ولا يخفى مافى البيت من التعقيد ، والأوضح ماقيل :

صريح طلاق المرء يلحق مثله ويلحق أيضا بائنا كان قبله
كذا عكسه لابائن بعد بائن سوى بائن قد كان علق قبله

(قوله إلا بكل امرأة) استثناء ثان من قوله كلا أجز فإنه بعد إخراج البائن بعد البائن منه بقى البائن بعد الصريح والصريح بعد الصريح والصريح بعد البائن ، فاستثنى منه باعتبار هذا الأخير مافى البزازية مع قوله كل امرأة لى طالق وكان له مختلعة فإنه صريح لحق بائنا ولم يقع لما قدمنا وباء بكل بمعنى فى ، وكل بالضم على الحكاية والواو فى قوله وقد خلع للحال ، والحق مبنى للفاعل معطوف على خلع ، وبعد مبنى على الضم لقطعه عن الإضافة ونية معناها وهو ظرف لالحق : أى والحق الصريح بعد الخلع ح (قوله كل فرقة الخ) أفاد به أن قوله والصريح يلحق الصريح الخ إنما هو فى الطلاق لاالفسخ :

هذا ، ويرد على الكلية الأولى إباء أحدهما عن الإسلام وارتداد أحدهما ، وعلى الثانية الفرقة كاللعان كما يأتى بيانه (قوله كإسلام) أى إسلام الزوج لوامرأته مجوسية أبت الإسلام أو إسلام زوجة حربى هاجرت إلينا دونه كذا بخط السائحانى :

وذكر فى الفتح أول كتاب الطلاق : إذا سبى أحد الزوجين لايقع طلاقه عليها ، وكذا لوهاجر أحدهما مسلما أو ذميا أو خرجا مستأمنين فأسلم أحدهما أو صار ذميا فهى امرأته حتى تحيض ثلاث حيض فتقع الفرقة بلا طلاق فلا يقع عليها طلاقه ، ثم قال : إذا أسلم أحد الزوجين الذميين وفرق بينهما بإباء الآخر فانه يقع عليها طلاقه وإن

وردة مع لحاق وخيار بلوغ وعتق (لا يقع الطلاق فى عدتها) مطلقا (وكل فرقة هى طلاق يقع) الطلاق (فى عدتها) على نحو مابينا .

[فروع] إنما يلحق الطلاق لمعتدة الطلاق ،

كانت هى الآبية أى وإن كانت مجوسية . قال : وبه ينتقض ماقبل : إذا أسلم أحد الزوجين لم يقع عليها طلاقه اهـ.

قلت : وهو رد على ما فى البزازية : إذا أسلم أحد الزوجين لايقع على الآخر طلاقه وتبعه الشارح ، لكن ذكر الخير الرملى أن موضوع مافى البزازية فى طلاق أهل الحرب .

قلت : وعليه ، فكان لفظ أسلم محرف عن سبى تأمل ، ومسألة الإباء واردة على المصنف لأنها فسخ ولحق فيها الطلاق (قوله وردة مع لحاق) أى إذا ارتد ولحق بدار الحرب فطلق امرأته لايقع ، وإن عاد مسلما فطلقها فى العدة يقع ، والمرتدة إذا لحقت فطلقها زوجها ثم عادت مسلمة قبل الحيض ، فعنده لايقع ، وعندهما يقع خانية ؛ وقيد باللحاق إذ بدونه يقع لأن الحرمة غير متأبدة فإنها ترتفع بالإسلام فتح ، ومر تمامه فى باب نكاح الكافر :

وفى الذخيرة : ولو ارتدت المرأة ولم تلحق وطلقها فى العدة وقع لالوخالعها لأنها بالارتداد بانت والمبانة يلحقها صريح الطلاق لاالخلع اهـ . ولا يخفى أن الفرقة بالردة فسخ ولو بدون لحاق ، فهى واردة على المصنف (قوله وخيار بلوغ وعتق) وكذا الفرقة بحرمة المصاهرة كتقبيل ابن الزوج ، لأنها حرمة مؤبدة فلا يفيد الطلاق فائدته كما فى الفتح أول الطلاق ،وصرح فى موضع آخر بأنه لايقع فى الفرقة باللعان لأنه حرمة مؤبدة أيضا :

قلت : ومثله الفرقة بالرضاع ،وصرح أيضا بعدم اللحاق فى الفسخ بعدم الكفاءة ونقصان المهر : وذكر فى الذخيرة أيضا عدم اللحاق فى ملكها زوجها وقد طلقها قبل أن تبيعه أو تعتقه ، لالو أخرجته عن ملكها وهى فى العدة فإنه يقع لأنه مادام عبدا لها لانفقة عليه لها ولا سكنى فلا يقع طلاقه عليها، بخلاف ما إذا باعته أو أعتقته فيقع (قوله مطلقا) أى صريحا أو كناية ح ويفيده مابعده (قوله وكل فرقة هى طلاق) كالفرقة فى الإيلاء واللعان والجب والعنة ، وتقدم فى باب المهر نظما بيان الفرق ، وبيان مايكون منها فسخا ، ومايكون طلاقا ، ومايتوقف منها على قضاء القاضى ، وما لايتوقف ، وصرح فى الذخيرة بأن معتدة اللعان يلحقها الطلاق ، وهو خلاف ماقدمناه آنفا عن الفتح مع أن الفرقة باللعان طلاق لافسخ ، لكن تعليله بأنها حرمة مؤبدة يرجح ماقاله لكن سيأتى فى بابه أنها حرمة مؤبدة مادامها أهلا للعان ، فإذا خرجا عن أهلية اللعان أو أحدهما له أن ينكحها ، وكذا لو أكذب نفسه حد ، وله أن ينكحها تأمل (قوله على نحو مابينا) أى من قوله الصريح يلحق الصريح الخ ح (قوله إنما يلحق الطلاق لمعتدة الطلاق الخ) اعترضه فى أول طلاق الفتح بأنه غير حاصر ، لأن العدة قد تتحقق بدون الطلاق والوطء كما لو عرض الفسخ بخيار بعد مجرد الخلوة ، إلا أن يجاب بأن الخلوة ملحقة بالوطء ثم يقتضى أن عدة الفسخ لايقع فيها طلاق مع أنه منقوض بما إذا أسلم أحدهما وأبت عن الإسلام فإنه يقع طلاقه عليها مع أن الفرقة فيها فسخ ، وبما إذا ارتد أحدهما فإنه يقع طلاقه مع أن الفرقة بردته فسخ ، خلافا لأبى يوسف وكذا بردتها إجماعا اهـ وهذا النقض وارد أيضا على عبارة المتن كما قدمناه .

فصار الحاصل أن الطلاق يلحق فى عدة فرقة عن طلاق أو إباء أوردة بدون لحاق بدار الحرب ، ونظمت ذلك بقولى :

ويلحق الطلاق فرقة الطلاق ‏ ‏ ‏ أو الإبا أو ردة بلا لحاق

أما المعتدة للوطء فلا يلحقها خلاصة .

وفى القنية : زوج امرأته من غيره لم يكن طلاقا ثم رقم ، إن نوى طلقت اذهبى وتزوجى تقع واحدة بلا نية اذهبى إلى جهنم يقع إن نوى خلاصة ، وكذا اذهبى عنى وأفلحى وفسخت النكاح ، وأنت على كالميتة أو كلحم الخنزير أو حرام كالماء لأنه تشبيه بالسرعة ، ولا يقع بأربعة طرق عليك مفتوحة وإن نوى مالم يقل خذى أى طريق شئت .

باب تفويض الطلاق

لما ذكر مايوقعه بنفسه بنوعيه ذكر مايوقعه غيره بإذنه . وأنواعه ثلاثة :

وهو أحسن من قول المقدسى :

فى عدة عن الطلاق يلحق أو ردة أو بالإباء يفرق

(قوله أما المعتدة للوطء فلا يلحقها) مثاله لو طلقها بائنا أوخالعها ثم بعد مضى حيضتين من عدتها مثلا وطئها عالما بالحرمة فلزمها عدة ثانية وتداخلتا ، فإذا حاضت الثالثة فهى منهما ولزمها حيضتان أيضا لإكمال الثانية ؛ فلو طلقها فى الحيضتين الأخيرتين لايقع لأنها عدة وطء لاطلاق أفاده فى الذخيرة (قوله ثم رقم) أى رمز عازيا إلى كتاب آخر . لأن عادته ذكر حروف اصطلح عليها يرمز بها إلى أسماء الكتب (قوله إن نوى طلقت) لعل وجهه أن قوله زوجتك امرأتى فلانة يحتمل أن يكون على تقدير إن صح تزويجها منك ، أو تقدير لأنها طالق منى ، فاذا نوى الطلاق تعين الثانى فتطلق (قوله تقع واحدة بلا نية) لأن تزوجى قرينة ، فإن نوى الثلاث فثلاث بزازية ، ويخالفه مافى شرح الجامع الصغير لقاضيخان : ولوقال اذهبى فتزوجى وقال لم أنو الطلاق لايقع شىء ، لأن معناه إن أمكنك اه إلا أن يفرق بين الواو والفاء وهو بعيد هنا بحر ، على أن تزوجى كناية مثل اذهبى فيحتاج إلى النية فمن أين صار قرينة على إرادة الطلاق باذهبى مع أنه مذكور بعده ، والقرينة لابد أن تتقدم كما يعلم مما مر فى اعتدى ثلاثا ، فالأوجه مافى شرح الجامع ، ولا فرق بين الواو والفاء ، ويؤيده مافى الذخيرة اذهبى وتزوجى لايقع إلا بالنية وإن نوى فهى واحدة بائنة ، وإن نوى الثلاث فثلاث (قوله وافلحى) فى البدائع قال محمد قال لها : افلحى يريد الطلاق يقع لأنه بمعنى اذهبى تقول العرب أفلح بخير أى ذهب بخير ، ويحتمل اظفرى بمرادك يقال أفلح الرجل إذا ظفر بمراده ، بحر (قوله وأنت على كالميتة) أى يقع إن نوى ، والمراد التشبيه بماهو محرم العين كالخمر والخنزير والميتة ، فالحكم فيه كالحكم فى أنت على حرام ، بخلاف مالوقال أنت على كمتاع فلان فلايقع ، وإن نوى أفاده فى الذخيرة أى لأن متاع فلان ليس محرم العين وجعله كأنت على حرام مبنى على مذهب المتقدمين من توقف الوقوع به على النية (قوله لأنه تشبيه بالسرعة) الأولى فى السرعة كأنه قال أنت حرام سريعا كسرعة الماء فى جريه ، وقد مر أن أنت حرام ملحق بالصريح فلا يحتاج إلى نية ، فلعل هذا مبنى على غير المفتى به ط . قلت : وهو المتعين (قوله مالم يقل خذى أى طريق شئت) أى فإن نوى يقع ثلاث فى رواية أسد عن محمد . وقال ابن سلام : أخاف أن يقع ثلاث لمعانى كلام الناس ، كأنه يريد أن مراد الناس بمثله اسلكى الطريق الأربع وإلا فاللفظ إنما يعطى الأمر بسلوك أحدها ، والأوجه أن تقع واحدة بائنة فتح ، والله سبحانه أعلم .

باب تفويض الطلاق

أى تفويضه للزوجة أو غيرها صريحا كان التفويض أو كناية ، يقال : فوض له الأمر : أى رده إليه حموى ، فالكناية قوله اختارى أو أمرك بيدك ، والصريح قوله طلقى نفسك أبو السعود (قوله بنوعيه) أى الصريح والكناية ح (قوله وأنواعه) الضمير عائد إلى مايوقعه الغير لاللتفويض ، وإلا يلزم تقسيم الشىء إلى نفسه وإلى

تفويض ، وتوكيل ، ورسالة . وألفاظ التفويض ثلاثة : تخيير وأمر بيد ، ومشيئة .
(قال لها اختاري أو أمرك بيدك ينوي) تفويض (الطلاق) لأنها كناية فلا يعملان بلا نية (أو طلقي نفسك
فلها أن تطلق في مجلس علمها به) مشافهة أو إخبارا (وإن طال) يوما أو أكثر مالم يوقته ويمضي الوقت

غيره أبو السعود (قوله تفويض وتوكيل) المراد بالتفويض تمليك الطلاق كما يأتي .

وذكر في الفتح في فصل المشيئة أن صاحب الهداية جعل مناط الفرق بين التمليك والتوكيل مرة بأن المالك يعمل برأي نفسه بخلاف الوكيل ، ومرة بأنه عامل لنفسه بخلافه ، ومرة بأنه يعمل بمشيئة نفسه بخلافه . قال : والفرق بين الرأي والمشيئة أن العمل بالرأي عمل بما يراه أصوب بلا اعتبار كونه لنفسه أو غيره ، والعمل بمشيئته أي باختياره ابتداء بلا اعتبار مطابقة أمر الآمر ولا اعتبار معنى الأصوبية ، ثم قال بعد مابحث في الأولين أن الفرق الثالث أصوب (قوله ورسالة) كأن يقول لرجل : اذهب إلى فلانة وقل لها إن زوجك يقول لك اختاري . فهو ناقل لكلام المرسل لامنشىء لكلامه بخلاف المالك والوكيل ، لأنهم قالوا : إن الرسول معبر وسفير ه‍ منصور (قوله ثلاثة) أي بالاستقراء بدأ المصنف منها بالاختيار لثبوته بصريح الإخبار ولم يجعل له فصلا على حدة كصاحب الهداية لأنه لم يسبقه شيء يفصل به عما قبله بخلاف الأخيرين ، فاكتفى فيه بالباب نهر .

وحاصله أن التفويض أعم فناسب أن يترجم له بالباب ، والثلاثة أنواعه فناسب أن يترجم لكل منها بفصل لكن لم يترجم به للتخيير لأنه لم يسبقه كلام ، وبه ظهر أن ترجمة المصنف للثاني بالباب غير مناسبة (قوله قال لها اختاري) أشار بعدم ذكر قبولها إلى أنه تمليك يتم بالمملك وحده فلو رجع قبل انقضاء المجلس لم يصح . وقيد باقتصاره على التخيير المطلق لأنه لو قال لها اختاري الطلاق فقالت اخترت الطلاق فهي واحدة رجعية لأنه لما صرح بالطلاق كان التخيير بين الإتيان بالرجعي وتركه ط عن البحر (قوله أو أمرك بيدك) لاحاجة إليه لذكر أحكام الأمر باليد في فصل مستقل يأتي ط (قوله تفويض الطلاق) دل على هذا المضاف عقد الباب له كما في النهر ح (قوله لأنهما كناية) أي من كنايات التفويض شرنبلالية (قوله فلا يعملان بلا نية) أي قضاء وديانة في حالة الرضا ، أما في حالة الغضب أو المذاكرة فلا يصدق قضاء في أنه لم ينو الطلاق لأنهما مما تمحض للجواب كما مر ولا يسعها المقام معه إلا بنكاح مستقبل لأنها كالقاضي ، أفاده في الفتح والبحر .

ثم اعلم أن اشتراط النية إنما هو فيما إذا لم يذكر النفس أو مايقوم مقامها في كلامه . وإنما ذكرت في كلامها فقط كما يأتي تحريره ، فتنبه لذلك فإني لم أر من نبه عليه (قوله أو طلقي نفسك) هذا تفويض بالصريح ولا يحتاج إلى نية والواقع به رجعي ؛ وتصح فيه نية الثلاث كما سيذكره المصنف أول فصل المشيئة (قوله في مجلس علمها) أفاد أنه لااعتبار بمجلسه ، فلو خيرها ثم قام هو لم يبطل ، بخلاف قيامها بحر عن البدائع ط (قوله مشافهة) أي في الحاضرة أو إخبارا في الغائبة منصوبان على الحالية من علمها (قوله مالم يوقته الخ) فلو قال : جعلت لها أن تطلق نفسها اليوم اعتبر مجلس علمها في هذا اليوم ، فلو مضى اليوم ثم علمت خرج الأمر عن يدها ، وكذا كل وقت قيد التفويض به وهي غائبة ولم تعلم حتى انقضى بطل خيارها فتح وبحر ، وسيأتي فروع في التوقيت آخر الباب وأنه لايبطل الموقت بالإعراض (قوله ويمضي الوقت) معطوف على يوقته المجزوم ؛ وإثبات الياء فيه من تحريف النساخ أو على لغة كما هو أحد الأوجه التي يجاب بها عن قوله تعالى — إنه من يتق ويصبر — في قراءة رفع يصبر ؛ فالمعنى لها أن تطلق في المجلس وإن طال مدة عدم توقيته ، ومضي الوقت بأن لم يوقته أو وقته ولم يمض ، فإن وقته ومضى سقط الخيار ، وأما جعله مرفوعا والواو فيه للحال فهو فاسد صناعة ومعنى ؛ أما الأول فلأن

قبل علمها (مالم تقم) لتبدل مجلسها حقيقة (أو) حكما بأن (تعمل مايقطعه) مما يدل على الإعراض ، لأنه تمليك فيتوقف على قبولها فى المجلس لا توكيل، فلم يصح رجوعه ، حتى لو خيرها ثم حلف أن لايطلقها فطلقت لم يحنث فى الأصح (لا) تطلق (بعده) أى المجلس (إلا إذا زاد) على قوله طلقى نفسك

جملة الحال التى فعلها مضارع مثبت لاتقترن بالواو ، وأما الثانى فلصيرورة المعنى مدة لم يوقت فى حال مضى الوقت وإذا لم يوقت كيف يمضى الوقت فافهم ، نعم فى بعض النسخ فبمضى الوقت بالفاء والباء الجارة للمصدر والمعنى فإن وقت فينتهى المجلس بمضى الوقت (قوله قبل علمها)ليس قيدا احترازيا بل هو تنبيه على الأخفى ليعلم مقابله بالأولى كما هو عادة الشارح فى مواضع لاتحصى فافهم (قوله مالم تقم الخ) الأولى أن يذكر له عاطفا يعطفه على قوله مالم يوقته ، ولو قال مالم تفعل مايدل على الإعراض لكان أخصر وأفود ، ليصح عطف قوله أو حكما على حقيقة ، ولأنه يغنيه عن قوله أو تعمل مايقطعه ، ولأن بطلانه بكل قيام مطلقا قول البعض. والأصح كما فى البحر والنهر أنه لابد أن يدل على الإعراض ، وأثر الخلاف يظهر فيما لو قامت لتدعو الشهود كما يأتى ، ولو أقامها أو جامعها بطل كما يأتى لتمكنها من المبادرة إلى اختيارها نفسها فعدم ذلك دليل الإعراض (قوله لتبدل مجلسها حقيقة) أفاد أن القيام يختلف به المجلس حقيقة وهو خلاف مافى إيضاح الإصلاح ، فإنه قال : إن المجلس وإن لم يتبدل بمجرد القيام إلا أن الخيار يبطل به لأنه يدل على الإعراض ، وهذا ظاهر من كلام صاحب الهداية .

وفى التبيين : المجلس يتبدل تارة حقيقة بالتحول إلى مكان آخر ، وتارة حكما بالأخذ فى عمل آخر اه ط .

قلت : وكأن الشارح حمل القيام على التحول فإنه يقال قام عن مجلسه إذا تحول عنه لامجرد القيام عن قعود ، لما علمت من أن بطلانه بكل قيام مطلقا خلاف الأصح (قوله مما يدل على الإعراض) قيد به لأنه لو خيرها فلبست ثوبا أو شربت لايبطل خيارها لأن اللبس قد يكون لتدعو شهودا ، والعطش قد يكون شديدا يمنع من التأمل ، ودخل فى العمل الكلام الأجنبى ، وهذا فى التخيير المطلق ، أما الموقت بشهر مثلا فلا يبطل بذلك مادام الوقت باقيا كما مر ، أفاده فى البحر ويأتى تمام الكلام فيما يكون إعراضا ومالا يكون (قوله فيتوقف على قبولها فى المجلس) أراد بالقبول الجواب ، والضمير فى يتوقف عائد على التطليق المفهوم من قوله فلها أن تطلق لاعلى التمليك لما صرحوا به من أن هذا التمليك يتم بالمملك وحده ، ولا يتوقف على القبول لكونها تطلق بعد التفويض وهو بعد تمام التمليك كما أوضحه فى الفتح والنهر، وبه علم أن هذا التمليك لايتوقف تمامه على القبول ولا على الجواب فى المجلس ، لأن الجواب : أى التطليق بعد تمامه وإنما المتوقف على الجواب هو صحة التطليق فافهم (قوله فلم يصح رجوعه) تفريع على كونه ليس توكيلا ، فإن الوكالة غير لازمة فلو كان توكيلا لصح عزلها . قال فى البحر عن جامع الفصولين : تفويض الطلاق إليها ، قيل هو وكالة يملك عزلها والأصح أنه لايملكه اه لكن إذا كان تمليكا لايلزم منه عدم صحة الرجوع كما فى المعراج قال لانتقاضه بالهبة فإنها تمليك ويصح الرجوع اه .

وعلل له فى الذخيرة بأنه بمعنى اليمين ، إذ هو تعليق الطلاق بتطليقها نفسها واعترضه فى الفتح بأن هذا يجرى فى سائر الوكالات لتضمنه معنى إذا بعته فقد أجزته مع أن الرجوع عنها صحيح وإنما العلة هى كونه تمليكا يتم بالمملك وحده بلا قبول ، وتمامه فى النهر فافهم (قوله حتى لو خيرها الخ) تفريع ثان على عدم كونه توكيلا بل هو تمليك فإن علة الحنث هو بقول محمد كونها نائبة عنه وهو ممنوع كما فى الفتح عن الزيادات لصاحب المحيط أى لكونها صارت مالكة ، وعليه فلو وكل رجلا بطلاقها يحنث كما سيأتى فى الأيمان إن شاء الله تعالى عند ذكر مايحنث فيه بفعل

وأخواته (متى شئت أو متى ماشئت أو إذا شئت أو إذا ماشئت) فلا يتقيد بالمجلس (ولم يصح رجوعه) لما مر.

(و) أما في (طلقي ضرتك أو) قوله لأجنبي (طلق مرأتي) ف(يصح رجوعه) منه ولم يقيد بالمجلس لأنه توكيل محض، وفي طلقي نفسك وضرتك كان تمليكا في حقها توكيل في حق ضرتها جوهرة (إلا إذا علقه بالمشيئة) فيصير تمليكا لا توكيلا.

والفرق بينهما في خمسة أحكام: ففي التمليك لايرجع ولا يعزل ولا يبطل بجنون الزوج ويتقيد بمجلس لابعقل، فيصح تفويضه لمجنون وصبي لايعقل، بخلاف التوكيل بحر، نعم لو جن بعد التفويض لم يقع فهنا تسومح ابتداء لا بقاء عكس القاعدة فليحفظ

مأموره (قوله وأخواته) الأولى وأختيه، وهما: اختاري؛ وأمرك بيدك. واعلم أن ماذكره المصنف هنا إلى قوله وجلوس القائمة سيذكره أيضا في فصل المشيئة (قوله فلا يتقيد بالمجلس) أما في متى ومتى ما فلأنهما لعموم الأوقات فكأنه قال في أي وقت شئت فلا يقتصر على المجلس، وأما في إذا وإذا ما فإنهما ومتى سواء عندهما. وأما عنده فيستعملان للشرط كما يستعملان للظرف لكن الأمر صار بيدها فلا يخرج بالشك ح عن المنح (قوله لما مر) أي من أنه ليس توكيلا بل لو صرح بتوكيلها لطلاقها يكون تمليكا توكيلا كما في البحر عن الفصولين (قوله أو قوله لأجنبي طلق امرأتي) قيد بالطلاق، لأنه لو قال: أمر امرأتي بيدك يقتصر على المجلس ولا يملك الرجوع على الأصح بحر عن الخلاصة في فصل المشيئة ولو جمع له بين الأمر باليد والأمر بالتطليق ففيه تفصيل مذكور هناك (قوله فيصح رجوعه) زاد الشارح الفاء لتكون في جواب أما التي زادها قبل (قوله لأنه توكيل محض) أي بخلاف طلقي نفسك لأنها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا بحر (قوله كان تمليكا في حقها) لأنها عاملة فيه لنفسها وقوله توكيلا في حق ضرتها لأنها عاملة فيه لغيرها. والظاهر أنه ليس من عموم المجاز ولا من استعمال المشترك في معنييه لأن حقيقة قوله طلق واحدة وهي الأمر بالتطليق وإن اختلف الحكم المترتب عليه باختلاف متعلقه كما قال الآخر طلق امرأتي وامرأتك فإنه وكيل وأصيل فافهم (قوله فيصير تمليكا) فلا يملك الرجوع لأنه فوض الأمر إلى رأيه، والمالك هو الذي يتصرف عن مشيئته والوكيل مطلوب منه الفعل شاء أو لم يشأ ط عن المنح (قوله لاتوكيلا) أي وإن صرح بالوكالة بحر عن الخانية (قوله لايرجع ولا يعزل) لايلزم من عدم ملك الرجوع عدم ملك العزل، لأنه لو قال لأجنبي أمر امرأتي بيدك ثم قال عزلتك وجعلته بيدها لايصح عزله مع أنه لم يرجع عن التفويض بالكلية فافهم (قوله ولا يبطل بجنون الزوج) نظرا إلى أنه تعليق ط (قوله لابعقل) هو الخامس ط (قوله فيصح) تفريع على الخامس.

وبيانه مافي البحر عن المحيط: لو جعل أمرها بيد صبي لايعقل أو مجنون فذلك إليه مادام في المجلس، لأن هذا تمليك في ضمنه تعليق، فإن لم يصح باعتبار التمليك يصح باعتبار معنى التعلق، فصححناه باعتبار التعليق، فكأنه قال: إن قال لك المجنون أنت طالق فأنت طالق، وباعتبار معنى التمليك يقتصر على المجلس عملا بالشبهين اه ط.

قال في الذخيرة: ومن هذا استخرجنا جواب مسألة صارت واقعة الفتوى. صورتها: إذا قال لامرأته الصغيرة أمرك بيدك ينوى الطلاق فطلقت نفسها صح، لأن تقدير كلامه: إن طلقت نفسك فأنت طالق (قوله وصبي لايعقل) بشرط أن يتكلم، فيصح أن يوقع عليها الطلاق ولا يلزم من التعبير العقل ط عن البحر (قوله بخلاف التوكيل) أي في المسائل الخمس، لكن في الأخيرة بحث سأذكره في فصل المشيئة (قوله نعم لو جن) أي المفوض إليه ط (قوله فهنا تسومح الخ) نظيره كما في البحر من فصل المشيئة: لو جن الوكيل بالبيع جنونا

(وجلوس القائمة واتكاء القاعدة وقعود المتكئة ودعاء الأب) أو غيره (للمشورة) بفتح فضم المشاورة (و) دعاء (شهود للإشهاد) على اختيارها الطلاق إذا لم يكن عندها من يدعوهم ، سواء تحولت عن مكانها أولا فى الأصح خلاصة (وإيقاف دابة هى راكبتها لايقطع) المجلس ، ولو أقامها أو جامعها مكرهة بطل لتمكنها من الاختيار (والفلك لها كالبيت وسير دابتها كسيرها) حتى لا يتبدل المجلس بجرى الفلك ، ويتبدل بسير الدابة لإضافته إليه إلا أن تجيب مع سكوته أو يكون فى محل يقودهما الجمال فإنه كالسفينة .

يعقل فيه البيع والشراء ثم باع لاينعقد بيعه . بخلاف ما لو وكل مجنونا بهذه الصفة ؛ لأنه فى الأول كان التوكيل ببيع تكون العهدة فيه على الوكيل وبعد ماجن تكون العهدة على الموكل فلا ينفذ، وفى الثانى إنما وكل ببيع عهدته على الموكل فينفذ عنه كما فى الخانية وفى تفويض الطلاق وإن كان لاعهدة أصلا ، لكن الزوج حين التفويض لم يعلق إلا على كلام عاقل . فإذا طلق وهو مجنون لم يوجد الشرط ، بخلاف ما إذا فوض إلى مجنون ابتداء وإن لم يعقل أصلا فإنه يصح باعتبار معنى التعليق ، وفى التوكيل بالبيع لا يصح إلا إذا كان يعقل البيع والشراء كما مر وكأنه بمعنى المعتوه ومن فرعى التفويض والتوكيل بالبيع ظهر أنه تسومح فى الابتداء مالم يتسامح فى البقاء ، وهو خلاف القاعدة الفقهية من أنه يتسامح فى البقاء مالم يتسامح فى الابتداء اه مافى البحر ملخصا .

قلت : وهذه القاعدة عبر عنها فى الأشباه بقوله : الرابعة يغتفر فى التوابع مالا يغتفر فى غيرها، ثم فرع عليها فروعا ، ثم فرع على عكسها فرعين غير هذين الفرعين . فتصير فروع العكس أربعة بزيادة هذين الفرعين (قوله وجلوس القائمة) فى جامع الفصولين : ولو مشت فى البيت من جانب إلى جانب لم يبطل اه . قال فى البحر : ومعناه أن يخيرها وهى قائمة فمشت من جانب إلى آخر ، أما لو خيرها وهى قاعدة فى البيت فقامت بطل خيارها بمجرد قيامها لأنه دليل الإعراض اه .

قلت : وفيه أن هذا قول البعض وأن الأصح أنه لابد أن يكون مع القيام دليل الإعراض كما مر (قوله واتكاء القاعدة) أما لو اضطجعت . فقيل لايبطل وقيل إن هيأت الوسادة كما يفعل للنوم بطل بحر عن الخلاصة (قوله للمشورة) فلو دعته لغيرها بطل ، لما مر من أن الكلام الأجنبى دليل الإعراض (قوله بفتح وضم) أى فتح الميم وضم الشين . وكذا بسكون الشين مع فتح الميم والواو كما فى المصباح (قوله إذا لم يكن عندها من يدعوهم) صادق بما إذا لم يكن عندها أحد أصلا أو عندها ولا يدعوهم ، فلو عندها من يدعوهم فدعت بنفسها بطل ، والظاهر أن هذا الحكم يجرى فى دعاء الأب للمشورة ط (قوله فى الأصح) وقيل إن تحولت بطل بناء على أن المعتبر إما تبدل المجلس أو الإعراض ، والأصح اعتبار الإعراض أفاده فى البحر(قوله لتمكنها من الاختيار)أى اختيارها نفسها ، فعدم ذلك دليل الإعراض بحر (قوله والفلك) أى السفينة(قوله حتى لايتبدل الخ) لأن سيرها غيرمضاف إلى راكبها بل إلى غيره من الريح ودفع الماء . فلا يبطل الخيار بسيرها بل بتبدل المجلس فتح (قوله إلا أن تجيب مع سكوته) لأنها لايمكنها الجواب بأسرع من ذلك فلا يتبدل حكما ، لأن اتحاد المجلس إنما يعتبر ليصير الجواب متصلا بالخطاب وقد وجد إذا كان بلا فصل ، كذا فى الفتح . وفسر الإسراع فى الخلاصة بأن يسبق جوابها خطوتها نهر ، وظاهر قول الفتح فلا يتبدل حكما أنه لايشترط هذا السبق لأنه لايحصل به التبدل لاحقيقة ولا حكما (قوله فإنه كالسفينة) يعنى بجامع أن السير فى كل منهما غير مضاف إلى راكب . وقياس هذا أنها لو كانت على دابة وثمة من يقودها أن لايبطل بسيرها نهر ، وأقره الرملى .

قلت : قد يقال إنه قياس مع الفارق فإنهما لو كانا فى محمل يقودهما آخر ينسب السير إلى القائد لعدم تمكن

(وفى اختارى نفسك لا تصح نية الثلاث) لعدم تنوع الاختيار ؛ بخلاف أنت بائن أو أمرك بيدك (بل تبين) بواحدة (إن قالت اخترت) نفسي (أو) أنا (أختار نفسي) استحسانا، بخلاف قوله طلقي نفسك فقالت أنا طالق أو أنا أطلق نفسي لم يقع لأنه وعد جوهرة ،

راكب المحمل من تسيير الدابة بخلاف راكب الدابة فإنه يمكنه التسيير فينسب إليه وإن قاده غيره تأمل. قال الرحمتي وينبغي أن الدابة لو جمحت وعجزت عن ردها أن تكون كالسفينة ، لأن فعلها حينئذ لا ينسب إلى الراكب كما يأتي فى الجنايات .

[تتمة] لايبطل خيارها فيما لو نامت قاعدة أو كانت تصلي المكتوبة أو الوتر فأتمتها، أو السنة المؤكدة فى الأصح أو ضمت إلى النافلة ركعة أخرى ، أو لبست من غير قيام ، أو أكلت قليلا ، أو شربت ، أو قرأت قليلا ، أو سبحت أو قالت لم لا تطلقني بلسانك . قال فى الفتح : لأن المبدل للمجلس ما يكون قطعا للكلام الأول وإفاضة فى غيره ، وليس هذا كذلك بل الكل يتعلق بمعنى واحد وهو الطلاق . وتمامه فى النهر (قوله لعدم تنوع الاختيار) لأن اختيارها إنما يفيد الخلوص والصفاء ، والبينونة تثبت به مقتضى ولا عموم له نهر أى معنى اخترت نفسي اصطفيتها من ملك أحد لها وذلك بالبينونة فصارت البينونة مقتضى وهو ما يقدر ضرورة تصحيح الكلام : فإن اصطفاءها نفسها مع ملك الزوج لا يمكن فيقدر لأنى أبنت نفسي ؛ والمقتضى لا عموم له لأنه ضرورى فيقدر بقدر الضرورة وهو البينونة الصغرى إذ بها تستخلص نفسها وتصطفيها من ملك الزوج فلا تصح نية الكبرى لعدم احتمال اللفظ لها رحمتي (قوله بخلاف أنت بائن) لأنه ملفوظ به لا مانع من عمومه ؛ فإذا أطلق انصرف إلى الأدنى وهو البينونة الصغرى ولو نوى الكبرى صح لأنه نوى محتمل لفظه ؛ وكذا قوله أمرك بيدك ؛ ولا يصح إيقاع الرجعي به لأنه تفويض بلفظ الكناية والواقع بها البائن وهو يحتمل البينونتين فينصرف إلى الصغرى ، وإن نوى الكبرى فأوقعتها بلفظها أو بنيتها صح لما قلنا أفاده الرحمتي (قوله استحسانا) راجع إلى قوله أو أنا أختار نفسي : أى لو ذكرت بلفظ المضارع سواء ذكرت أنا أولا ، ففي القياس لا يقع لأنه وعد . ووجه الاستحسان قول عائشة رضى الله عنها لما خيرها النبي صلى الله عليه وسلم ، بل أختار الله ورسوله ، واعتبره صلى الله عليه وسلم جوابا ، لأن المضارع حقيقة فى الحال مجاز فى الاستقبال كما هو أحد المذاهب ، وقيل بالقلب ، وقيل مشترك بينهما ؛ وعلى الاشتراك يرجح هنا إرادة الحال بقرينة كونه إخبارا عن أمر قائم فى الحال وذلك ممكن فى الاختيار لأن محله القلب فيصحح الإخبار باللسان عما هو قائم بمحل آخر حال الإخبار كما فى الشهادة ، بخلاف قولها أطلق نفسي لا يمكن جعله إخبارا عن طلاق قائم ، لأنه إنما يقوم باللسان ، فلو جاز لقام به الأمران فى زمن واحد وهو محال ، وهذا بناء على أن الإيقاع لا يكون بنفس أطلق لعدم التعارف ، وقدمنا أنه لو تعورف جاز ، ومقتضاه أن يقع به هنا لأنه إنشاء لا إخبار ، كذا فى الفتح ملخصا . قال فى النهر وقيد المسألة فى المعراج بما إذا لم ينو إنشاء الطلاق ، فإن نواه وقع اهـ والمناسب التعبير بضمير المؤنث ؛ لأن المسألة هى قول المرأة أطلق نفسي تأمل (قوله أنا طالق) ليس هذا فى الجوهرة ولا فى البحر والنهر والمنح والفتح ، بل صرح فى البحر فى الفصل الآتي نقلا عن الاختيار وغيره ، وسيذكره الشارح أيضا هناك أنه يقع بقولها أنا طالق ، لأن المرأة توصف بالطلاق دون الرجل اهـ .

وعبارة الجوهرة : وإن قال طلقي نفسك فقالت أنا أطلق لم يقع قياسا واستحسانا اهـ ؛ نعم ذكر فى البحر فى فصل المشيئة عن الخانية ، قال لامرأته : أنت طالق ثلاثا إن شئت فقالت أنا طالق لا يقع شيء اهـ لكن عدم الوقوع لأنه علق الثلاث على مشيئتها الثلاث ، ولا يمكن إيقاع الثلاث بلفظ طالق فلا يقع شيء لأنه لم يوجد المعلق عليه ، والذ

مالم يتعارف أو تنو الإنشاء فتح (وذكر النفس أو الاختيارة فى أحد كلاميهما شرط) صحة الوقوع بالإجماع (ويشترط ذكرها متصلا ، فإن كان منفصلا فإن فى المجلس صح) لأنها تملك فيه الإنشاء (وإلا لا) إلا أن يتصادقا على اختيار النفس فيصح وإن خلا كلامهما عن ذكر النفس درر والتاجية وأقره البهنسى والباقانى ، لكن رده الكمال ونقله الأكمل بقيل ، والحق ضعفه نهر .

(فلو قال اختارى اختيارة أو طلقة) أو أمك (وقع لو قالت اخترت) فإن ذكر الاختيارة كذكر النفس إذ التاء فيه للوحدة ،وكذا ذكر التطليقة وتكرار لفظ اختارى وقولها اخترت أبى أو أمى أو أهلى أو الأزواج بقوم

قال فى الذخيرة: لايقع إلا أن تقول أنا طالق ثلاثا ، وبه علم أن لفظ أنا طالق يصلح جوابا،وإنما لم يقع هنا لما قلنا فتدبر (قوله أو تنو) مضارع مبنى للمعلوم فاعله ضمير المرأة مجزوم بحذف الياء عطفا على يتعارف المبنى للمجهول ح ثم هذا ليس من عبارة الفتح بل من زيادة الشارح أخذا مما نقلناه آنفا عن النهر عن المعراج (قوله أو الاختيارة) مصدر اختارى . وأفاد أن ذكر النفس ليس شرطا بخصوصه بل هى أو مايقوم مقامها مما يأتى (قوله فى أحد كلاميهما) وإذا كانت النفس فى كلاميهما فبالأولى،وإذا خلت عن كلاميهما لم يقع بحر (قوله بالإجماع) لأن وقوع الطلاق بلفظ الاختيار عرف بإجماع الصحابة وإجماعهم فى اللفظة المفسرة من أحد الجانبين ط عن إيضاح الإصلاح (قوله لأنها تملك فيه الإنشاء) أى فتملك تفسيره أيضا ط . قال فى البحر عن المحيط والخانية : لو قالت فى المجلس عنيت نفسى يقع لأنها مادامت فيه تملك الإنشاء (قوله إلا أن يتصادقا) ظاهره ولو بعد المجلس بحر (قوله والتاجية) نسبة إلى تاج الشريعة (قوله لكن رده الكمال) حيث قال الإيقاع بالاختيار على خلاف القياس فيقتصر على مورد النص فيه ،ولولا هذا لأمكن الاكتفاء بتفسير القرينة الحالية دون المقالية بعد أن نوى الزوج وقوع الطلاق به وتصادقا عليه لكنه باطل ، وإلا لوقع بمجرد النية مع لفظ لايصلح له أصلا كاسقنى اه (قوله ونقله الأكمل) أى فى العناية ط (قوله فلو قال الخ) تفريع على ماعلم من أن الشرط ذكر النفس أو مايقوم مقامها فى تفسير الاختيار (قوله إذ التاء فيه للوحدة) أى واختيارها نفسها هو الذى يتحد مرة، بأن قال لها اختارى فقالت اخترت نفسى تقع واحدة ، ويتعدد أخرى كاختارى نفسك بثلاث تطليقات فقالت اخترت وقعن ، فلما قيد بالوحدة ظهر أنه أراد تخييرها فى الطلاق فكان مفسرا ولا يرد أن هذا مناقض لما مرّ من أن الاختيار لا يتنوّع لأنه لايلزم مما ذكرنا كون الاختيار نفسه يتنوع كالبينونة إلى غليظة وخفيفة حتى يصاب كل نوع منه بالنية من غير زيادة لفظ آخر ، أفاده فى الفتح (قوله وكذا ذكر التطليقة) وتقع بائنة إن فى كلامها ، بأن قالت اخترت نفسى بطليقة بخلافها فى كلامه فإنه يقع بها طلقة رجعية لأنه تفويض بالصريح ،وتصح فيه نية الثلاث كما مر (قوله وتكرار لفظ اختيارى) لأن الاختيار فى حق الطلاق هو الذى يتكرر فكان متعينا ط عن الإيضاح، لكن فى كون التكرار مفسرا كالنفس كلام يأتى قريبا (قوله وقولها اخترت أبى الخ) لأن الكون عندهم إنما يكون للبينونة وعدم الوصلة مع الزوج ، بخلاف اخترت قومى أو ذارحم محرم لايقع ، وينبغى أن يحمل على مالإذا كان لها أب أو أم ، أما إذا لم يكن وكان لها أخ ينبغى أن يقع لأنها حينئذ تكون عنده عادة ، كذا فى الفتح . قال فى النهر : ولم أر مالو قالت اخترت أبى أو أمى وقد ماتا ولا أخ لها ، وينبغى أن يقع لقيام ذلك مقام اخترت نفسى اه .

والحاصل أن المفسر ثمانية ألفاظ : النفس، والاختيارة والتطليقة ،والتكرار ،وأبى ،وأمى ،وأهلى ،والأزواج ويزاد تاسع وهو العدد فى كلامه ، فلو قال : اختارى ثلاثا فقالت اخترت يقع ثلاث ، لأنه دليل إرادة الاختيار

مقام ذكر النفس والشرط ، ذكر ذلك فى كلام أحدهما كما مثلنا ، فلم يختص اختياره بكلام الزوج كما ظن ، ولو قالت اخترت نفسى وزوجى أو نفسى لا بل زوجى وقع ، وما فى الاختيار من عدم الوقوع سهو ، نعم لو عكست لم يقع اعتبار للمقدم وبطل أمرها كما لو عطفت بأو ، أو أرشاها لتختاره فاختارته أو قالت ألحقت نفسى بأهلى .

(ولو كررها) أى لفظة اختارى (ثلاثا) بعطف أو غيره (فقالت) اخترت أو (اخترت اختيارة أو اخترت الأولى أو الوسطى(١) أو الأخيرة يقع بلا نية)

الطلاق لأنه هو الذى يتعدد وقولها اخترت ينصرف إليه فيقع الثلاث ، أفاده فى البحر (قوله والشرط الخ) إنما اكتفى بذكر هذه الأشياء فى أحد الكلامين ، لأنها إن كانت فى كلامه تضمن جوابها إعادتها كأنها قالت فعلت ذلك وإن كانت فى كلامها فقد وجد ما يختص بالبينونة فى اللفظ العامل فى الإيقاع ، فإذا وجدت نية الزوج تمت علة البينونة فتثبت ، بخلاف ما إذا لم يذكر النفس ونحوها فى شىء من الطرفين ، لأن المبهم لا يفسر المبهم والإجماع المار ، وتمامه فى الفتح (قوله فلم يختص الخ)أخذه من القهستانى ح ،وكيف يختص مع مخالفته لقول المتون : وذكر النفس أو الاختيارة فى أحد كلاميهما شرط (قوله وما فى الاختيار) هو شرح المختار لمؤلفه (قوله من عدم الوقوع) أى فى مسألة الإضراب (قوله سهو) لمخالفته لما هو المنقول فى الكتب المعتمدة بحر (قوله لو عكست) بأن قالت اخترت زوجى لا بل نفسى أو قالت زوجى ونفسى بحر (قوله اعتبارا للمقدم) لعدم صحة الرجوع عنه (قوله وبطل أمرها) عطف على لم يقع ح :أى خرج الأمر من يدها فى مسألتى العكس (قوله كما لو عطفت بأو) أى فإنه لا يقع ويخرج الأمر من يدها لأن أو لأحد الشيئين فلم يعلم اختيارها نفسها ولا زوجها على التعيين ، فكان اشتغالا بما لا يعنيها فكان إعراضا اهـ ح (قوله أو أرشاها الخ) أى جعل لها مالا لتختاره فاختارته لا يقع ، ولا يجب المال لأنه رشوة إذ هو اعتياض عن ترك حق تملك نفسها فهو كالاعتياض عن ترك حق الشفعة فتح (قوله أو قالت الخ) قال فى البحر : ولو قال لها اختارى فقالت ألحقت نفسى بأهلى لم يقع كما فى جامع الفصولين ، وهو مشكل لأنه من الكنايات ، فهو كقولها أنا بائن اهـ ح وهذا ذكره فى البحر فى الفصل الآتى ، وسنذكر جوابه ثمة عند قوله وكل لفظ يصلح للإيقاع الخ (قوله بعطف) أى بواو أو فاء أو ثم . وفى شرح التلخيص للفارسى أنه فى العطف بثم لو اختارت نفسها قبل تكلم الزوج بالثانية وهى غير مدخول بها بانت بالأولى ولم يقع بغيرها شىء بحر (قوله بلا نية) كذا فى الكنز والهداية والصدر الشهيد والعتابى ، ووجهه ما قاله الشارح من دلالة التكرار على إرادة الطلاق ، وكذا قال فى تلخيص الجامع الكبير والتعدد : أى التكرار خاص بالطلاق ، فأغنى عن ذكر النفس والنية لكن قال فى غاية البيان : إن المصرح به فى الجامع الكبير اشتراط النية وهو الظاهر اهـ . وذهب إليه قاضيخان ، وأبو المعين النسفى ، ورجحه فى الفتح بأن تكرار الأمر بالاختيار لا يصيره ظاهرا فى الطلاق لجواز أن يريد اختارى فى المال أو اختارى فى المسكن . قال فى البحر : والاختلاف فى الوقوع قضاء بلا نية مع الاتفاق ، على أنه لا يقع فى نفس الأمر إلا بها . والحاصل أن المعتمد رواية ودراية اشتراط النية دون النفس اهـ .

أقول : والذى مال إليه العلامة قاسم والمقدسى هو الأول ، وقول البحر باشتراط النية دون النفس فيه نظر ،

---

(١) (قول المصنف أو اخترت الأولى أو الوسطى الخ) قال أبو حنيفة لأنها ملكت الكل دفعة بدون ترتيب ، فلم تتحقق الأولية مثلا فيلغو ذكر الأولى الوسطى مثلا ويبقى قولها اخترت ، وهى لو اقتصرت عليه يقع الثلاث. وقال الطرفان يقع واحدة لأن قولها الأولى مثلا متضمن الفردية والوصف بالأولية فكأنها قالت اخترت واحدة سابقة ، وحيث لا تحقق للوصف يلغو ويبقى قولها واحدة فتقع اهـ .

من الزوج لدلالة التكرار (ثلاثا) وقالا : يقع فى اخترت الأولى إلى آخره واحدة بائنة ، واختاره الطحاوى بحر ، وأقره الشيخ على المقدسى . وفى الحاوى القدسى : وبه نأخذ انتهى ، فقد أفاد أن قولهما هو المفتى به ، لأن قولهم وبه نأخذ من الألفاظ المعلم بها على الإفتاء، كذا بخط الشرف الغزى محشى الأشباه :

(ولو قالت) فى جواب التخيير المذكور (طلقت نفسى أو اخترت نفسى بتطليقة)أو اخترت الطلقة الأولى (بانت بواحدة فى الأصح)

لأن من قال بعدم اشتراط النية بناء على التكرار دليل إرادة الطلاق يقول لايشترط ذكر النفس أيضا بدلالة التكرار كما هو صريح عبارة التلخيص المارة وصريح مامر أيضا من عد التكرار من المفسرات النسعة ، ومن قال باشتراط النية لم يجعل التكرار دليلا على إرادة الطلاق كما هو صريح كلام الفتح المار ، ومثله فى شرح الزيادات لقاضيخان ، فحيث لم يكن التكرار دليلا على إرادة الطلاق بقى لفظ الاختيار بلا مفسرا وتقدم الإجماع على اشتراطه ، فلزم من القول باشتراط النية اشتراط ذكر النفس ، ولا يحصل التفسير بالنية لما فى الفتح حيث قال : والإيقاع بالاختيار على خلاف القياس ، فيقتصر على مورد النص ؛ ولولا هذا لأمكن الاكتفاء بتفسير القرينة الحالية دون المقالية إن نوى الزوج وقوع الطلاق به وتصادقا عليه ، لكنه باطل اهـ نعم حيث كان الاختلاف المار إنما هو فى الوقوع قضاء ينبغى أن يقال إن ذكر الزوج النفس مع التكرار لايشترط معه النية اتفاقا ، لما علمته من أن مناط الاختلاف هو أن التكرار هل يقوم مقام ذكر النفس فى الدلالة على إرادة الطلاق أولا ، فإذا وجد التصريح بذكر النفس تعينت الدلالة على إرادة الطلاق ، فلا يبقى محل للخلاف فى اشتراط النية قضاء ، لأن ذكر النفس يكذبه فى دعواه أنه لم ينو كما مر فى كنايات الطلاق من أن الدلالة أقوى من النية لكونها ظاهرة والنية باطنة ، فتعين كون الخلاف المار فى أنه هل تشترط النية فى صورة التكرار أولا تشترط ، محله ما إذا لم يذكر النفس أو مايقوم مقامها ، هذا ماظهر لى فى هذا المقام فتدبره فإنه مفرد ، ومن هنا ظهر لك أنه لاتنافى بين قوله هنا بلا نية وقوله فى أول الباب ينوى الطلاق ، لأن ماذكره أولا من اشتراط النية إنما هو فيما إذا لم تذكر النفس ونحوها من المفسرات فى كلام الزوج وإنما ذكرت فى كلام المرأة فتشترط النية لتتم علة البينونة كما قدمناه سابقا عن الفتح ، وقدمنا أن الغضب أو المذاكرة يقوم مقام النية فى القضاء :

أما إذا ذكرت النفس ونحوها فى كلامه فلا حاجة إلى النية فى القضاء لوجود مايختص بالبينونة ، وهل التكرار فى كلامه مفسر كالنفس فيغنى عن النية أولا ؟ فيه الخلاف الذى سمعته ، وأما إذا لم تذكر النفس أو نحوها لافى كلامه ولا فى كلامها لايقع أصلا وإن نوى كما مر (قوله ثلاثا) يوجد فى بعض النسخ ذكرها قبل قوله بلا نية ، وهو الذى فى المنح ، وهو الأنسب لإفادته أن الثلاثة لاتشترط لها النية أيضا ط (قوله فى اخترت الأولى) قيد به لأن فى قولها اخترت أو اخترت اختيارة يقع ثلاث اتفاقا ، وكذا اخترت مرة أو بمرة أو دفعة أو بدفعة أو بواحدة أو اختيارة واحدة تقع الثلاث ف. قولهم بحر (قوله إلى آخره) أى أو الوسطى أو الأخيرة ، والمراد أنها قالت اخترت الأولى ، أو قالت اخترت الوسطى أو قالت الأخيرة ، ويحتمل كون المراد أنها ذكرت الثلاثة مع العطف بأو (قوله وأقره الشيخ على المقدسى) فيه أن المقدسى فى شرحه على نظم الكنز إنما حكى القولين ثم ذكر توجيه قولهما وأعقبه بتوجيه قول الإمام (قوله فقد أفاد الخ) فيه أن قول الإمام مشى عليه أصحاب المتون وأخر دليله فى الهداية فكان هو المرجح عنده على عادته ، وأطال فى الفتح وغيره فى توجيهه ودفع مايرد عليه ، وتبعه فى البحر والنهر فكان هو المعتمد لأصحاب المتون والشروح ، فلا يعارضه اعتماد الحاوى القدسى (قوله فى جواب التخيير المذكور) أى المكرر ثلاثا كما فى النهر . وعبارة البحر : فى جواب قوله اختارى (قوله فى الأصح) الأنسب إبداله بقوله

لتفويضه بالبائن فلا تملك غيره (أمرك بيدك فى تطليقة أو اختارى تطليقة فاختارت نفسها طلقت رجعية) لتفويضه إليها بالصريح ، والمفيد للبينونة إذا قرن بالصريح صار رجعيا كعكسه قيد بفى ومثلها الباء بخلاف لتطلقى نفسك أو حتى تطلقى فهى بائنة ، كما لو جعل أمرها بيدها لو لم تصل نفقتى إليك فطلقى نفسك متى شئت فلم تصل فطلقت كان بائنا ، لأن لفظة الطلاق لم تكن فى نفس الأمر .

[فروع] قال الرجل خير امرأتى فلم تختر مالم يخبرها ، بخلاف أخبرها بالخيار لإقراره به . قال لها : أنت طالق إن شئت واختارى فقالت شئت واخترت وقع ثنتان .

قال اختارى اليوم وغدا اتحد ، ولو واختارى غدا تعدد .

هو الصواب ، لأن مافى الهداية وبعض نسخ الجامع الصغير من أنه يملك الرجعة جزم الشارحون بأنه غلط . ومافى البحر من أنه رواية رده فى النهر (قوله لتفويضه بالبائن) لأن لفظ التخيير كناية فيقع به البائن (قوله فلا تملك غيره) لأنه لاعبرة لإيقاعها بل لتفويض الزوج ؛ ألا ترى أنه لو أمرها بالبائن أو الرجعى فعكست وقع ما أمر به الزوج بحر (قوله فاختارت نفسها) أشار إلى أن اخترت كما يصلح جوابا للاختيار يصلح جوابا للأمر باليد كما يأتى أفاده ط (قوله والمفيد للبينونة الخ) جواب عن سؤال هو أن كلا من أمرك بيدك واختارى يفيد البينونة فلا يجوز صرفه عنها إلى غيرها . قال السائحانى : ومن هنا يعلم أن قوله لزوجته روحى طالقة رجعى (قوله كعكسه) يعنى أن الصريح إذا قرن بالكناية كان بائنا نحو أنت طالق بائن ح (قوله بخلاف) الباء للسببية متعلق بقيد : أى إنما قيد بفى بسبب مخالفة الخ وقوله ومثلها الباء اعتراض ح (قوله فهى بائنة) لأنه فوض إليها بلفظ البائن ، وذكر الصريح علة أو غاية لا على أنه هو المفوض ، بخلاف فى لأنه جعل الأمر مظروفا فى التطليقة والباء هنا بمعنى «فى» رحمتى (قوله كما لو جعل أمرها بيدها) أى بأن قال أمرك بيدك لو لم الخ فقوله لو لم تصل شرط ، وقوله أمرك بيدك دليل جوابه وقوله فطلقى تفسير لكون أمرها بيدها ح (قوله لأن لفظة الطلاق) علة للمسائل الثلاث ط (قوله لم تكن فى نفس الأمر) أى فى نفس الأمر باليد : أى لم تكن معمولا له ، وليس المراد بنفس الأمر الواقع ح (قوله فلم تختر) يعنى لم يكن لها الخيار كما عبر به فى البحر ، وحيث ارتكب الشارح هذا التركيب كان عليه أن يحذف الفاء كما لايخفى ح . وفى بعض النسخ : فلا خيار لها ما لم يخبرها (قوله بخلاف أخبرها بالخيار) أى فقبل أن يخبرها سمعت الخبر فاختارت نفسها وقع ، لأن الأمر بالإخبار يقتضى تقدم المخبر عنه ، فكان هذا إقرارا من الزوج بثبوت الخيار لها بحر (قوله وقع ثنتان) إحداهما بالمشيئة وأخرى بالخيار لأنه فوض إليها طلاقين أحدهما صريح والآخر كناية والكناية حال ذكر الصريح لا تفتقر إلى نية بحر (قوله اتحد) حتى إذا ردت فى اليوم بطل أصلا هندية ومثله إذا قال اختارى فى اليوم وغد كما فى البحر ط (قوله ولو واختارى غدا) بأن قال اختارى اليوم واختارى غدا ، فهما خياران بقرينة إعادة ذكر الاختيار ط ، وسيأتى مايتحد وما يتعدد فى الباب الآتى (قوله قال اختارى اليوم الخ) لما ذكره معرفا انصرف إلى المعهود وهو الحاضر ولم يمكن تخييرها فى الماضى منه فكانت مخيرة إلى انقضائه ، وذلك بغروب الشمس فى اليوم وبرؤية الهلال فى الشهر وبتمام ذى الحجة فى السنة ، كما لو حلف لايكلمه اليوم أو الشهر أو السنة ، وأما لو نكره انصرف إلى كامله وكان ابتداؤه من حين التخيير فينتهى بمثله من الغد ، فيدخل مابينهما من الليل ضرورة مع أن الليل لا يتبع اليوم المفرد ، وكأن هذه المسألة مستثناة من ذلك رحمتى ، وما ذكره الشارح مأخوذ من الجوهرة .

وعبارة البحر فى الفصل الآتى عن الذخيرة : لو قال أمرك بيدك يوما أو شهرا أو سنة فلها الأمر من تلك الساعة

قال اختارى اليوم أو أمرك بيدك هذا الشهر خيرت فى بقيتهما ، وإن قال يوما أو شهرا فمن ساعة تكلم إلى مثلها من الغد وإلى تمام ثلاثين يوما ، ولو جعله لها رأس الشهر خيرت فى الليلة الأولى ويومها ،ولا يبطل المؤقت بالإعراض بل بمضى الوقت علمت أولا .

باب الأمر باليد

هو كالاختيار إلا فى نية الثلاث لاغير (إذا قال لها) ولو صغيرة لأنه كالتعليق بزازية (أمرك بيدك) أوبشمالك أو أنفك أو لسانك (ينوى ثلاثا) أى تفويضها (فقالت) فى مجلسها (اخترت نفسى بواحدة) أو قبلت نفسى ، أو اخترت أمرى ، أو أنت علىّ حرام ، أو منى بائن ، أو أنا منك بائن أو طالق

إلى استكمال المدة المذكورة اه وهذه العبارة تحتمل أن يكون المراد أنه يكمل من الليل أو يكمل من اليوم الثانى مع دخول الليل وعدمه ، لكن صرحوا فى الأيمان فى : لا أكلمه يوما بتكميله من اليوم الثانى مع دخول الليل كما مر عن الرحتى (قوله وإلى تمام ثلاثين يوما) لأن التفويض حصل فى بعض الشهر فلا يمكن اعتبار الأهلة فيه فيعتبر بالأيام بالإجماع ذخيرة ، ومفهومه أنه لو كان حين أهلّ الهلال يعتبر بالهلال كما فى مسألة الإجارة (قوله فى الليلة الأولى ويومها) لأن الرأس الأول ، وتحت الشهر نوعان : الليل والنهار ،فأول الليالى الليلة الأولى، وأول الأشهر اليوم الأول ط (قوله ولا يبطل المؤقت) أى الخيار المؤقت بيوم أو شهر أو سنة بالإعراض فى مجلس العلم بل بمضى الوقت المعين علمت بالتخيير أو لا ، أما الخيار المطلق فيبطل بالإعراض ط والله أعلم .

باب الأمر باليد

الأمر هنا بمعنى الحال واليد بمعنى التصرف بحر عن المصباح ، والمعنى باب بيان حال طلاق المرأة الذى جعله زوجها فى تصرفها ط ، وقدمنا أن المناسب الترجمة هنا بالفصل بدل الباب (قوله هو كالاختيار) أى فى اشتراط النية ، وذكر النفس أو مايقوم مقامها ، وعدم ملك الزوج الرجوع ، وتقييده بمجلس التفويض أو مجلس علمها إذا كانت غائبة أو بالمدة إذا كان مؤقتا (قوله إلا فى نية الثلاث) فإنها تصح هنا لافى التخيير ، لأن الأمر جنس يحتمل الخصوص والعموم ، فأيهما نوى صحت نيته . وماف البدائع من عدم اشتراط ذكر النفس هنا مخالف لعامة الكتب كما فى البحر والنهر (قوله ولو صغيرة) هذه واقعة الفتوى التى قدمناها فى الباب المارّ عن الذخيرة (قوله لأنه كالتعليق) أى لأنه وإن كان تمليكا لكن فيه معنى التعليق كما مر بيانه فى التخيير (قوله أمرك بيدك) مثله المعلق ، كإن دخلت الدار فأمرك بيدك، فإن طلقت نفسها كما وضعت القدم فيها طلقت،وإن بعد مامشت خطوتين لم تطلق لأنها طلقت بعد ماخرج الأمر من يدها بحر عن المحيط ه

وفى العتابية : وإن مشت خطوة بطل فيحمل على ما إذا كانت رجلها فوق العتبة والأخرى دخلت بها ، وما سبق على ما إذا كانت خارج العتبة فبأول خطوة لم تتعد أول الدخول ، وبالثانية تتعدى ويخرج الأمر من يدها مقدسى (قوله أو بشمالك الخ) وفى البزازية : أمرك فى عينيك وأمثاله يسأل عن النية بحر (قوله ينوى ثلاثا) أشار إلى أنه لابد من نية التفويض ديانة أو دلالة الحال قضاء كما فى البحر،وسيأتى محترز قوله ثلاثا (قوله أى تفويضها) أى تفويض الثلاث ، وأشار إلى أن هذه الألفاظ كناية عن التفويض لاعن الإيقاع ، حتى لو نوى بها الإيقاع لم يقع لأن لفظها لايحتمل ذلك وهو ظاهر فى غير الأمر باليد ، أما هو فيحتمل الإيقاع لأنه إذا أبانها كان أمرها بيدها وكأنه لم يجعل كناية عنه لعدم التعارف رحمتى (قوله فى مجلسها) استفيد هذا القيد من الفاء التعقيبية نهر ،

(وقعن) وكذا لو قال أبوها قبلتها خلاصة ، وينبغي أن يقيد بالصغيرة (وأعرتك طلاقك) وأمرك بيد الله ويدك وأمري بيدك على المختار خلاصة (كأمرك بيدك) وذكر اسمه تعالى للتبرك ، وإن لم ينو ثلاثا فواحدة ؛ ولو طلقت ثلاثا فقال نويت واحدة ولا دلالة حلف وتقبل بينتها على الدلالة كما مر (واتحاد المجلس وعلمها) وذكر النفس أو مايقوم مقامها (شرط ، فلو جعل أمرها بيدها ولم تعلم) بذلك (وطلقت نفسها لم تطلق) لعدم شرطه خانية .

(وكل لفظ يصلح للإيقاع منه يصلح للجواب منها ومالا) يصلح للإيقاع منه (فلا) يصلح للجواب منها ، فلو قالت : أنا طالق أو طلقت نفسي وقع ، بخلاف طلقتك لأن المرأة توصف بالطلاق دون الرجل اختيار (إلا لفظ الاختيار خاصة)

وهذا قيد في التفويض المطلق عن الوقت كما مر (قوله وقعن) أي الثلاث ، لأن الاختيار يصلح جوابا للأمر باليد لكونه تمليكا كالتخيير والواحدة صفة للاختيارة فصار كأنها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك تقع الثلاث مر . أما طلقي نفسك فإن الإختيار لايصلح جوابا له كما يأتي في الفصل الآتي (قوله وينبغي الخ) فيه نظر .

وعبارة الخلاصة عن المنتقى : لو جعل أمرها بيد أبيها فقال أبوها قبلتها طلقت ، وكذا لو جعل أمرها بيدها فقالت قبلت نفسي طلقت اه وفي مثل هذا لايتوقف على صغرها لأنه يصح أن يجعل الأمر بيد أجنبي وإن كانت بالغة ، وليس في عبارة الخلاصة أنه جعل أمرها بيدها فقبل أبوها حتى يتأتى مابحثه الشارح تبعا لصاحب النهر رحمتي .

قلت : على أنه إذا جعل أمرها بيدها يكون في معنى التعليق على اختيارها نفسها ، فلا يصح من أبيها ولو كانت صغيرة ، وكذا لو جعله بيد أبيها لايصح منها ولو كبيرة لعدم وجود المعلق عليه (قوله وذكر اسمه تعالى للتبرك) أي فتنفرد المخاطبة بالأمر (قوله وإن لم ينو ثلاثا) محترز قوله ينوى ثلاثا ، وهو صادق بأن لم ينو عددا أو نوى واحدة أو ثنتين في الحرة فإنها تقع واحدة بائنة ، وقدمنا أنه لابد من نية التفويض إليها ديانة أو يدل الحال عليه قضاء بحر (قوله ولا دلالة) أما إذا وجدت الدلالة على الثلاث كمذاكرتها أو الإشارة بثلاث أصابع فيعمل بها ، وهذا أولى من قول النهر ، كما إذا كان في حال الغضب أو مذاكرة الطلاق فإنه لايدل على نية الثلاث ط (قوله وتقبل بينتها على الدلالة) أي على الغضب أو المذاكرة مثلا ، ولا تقبل على النية إلا أن تقام على إقراره بها كما في النهر عن العمادية (قوله كما مر) أي في أول الكنايات ح (قوله أو مايقوم مقامها) كالاختيارة واخترت أمري ط وكاخترت أبي أو أمي أو أهلي أو الأزواج كما يعلم مما مر في التخيير والظاهر أيضا أن التكرار هنا مثله هناك (قوله فلو جعل أمرها بيدها الخ) محترز قوله وعلمها وترك الآخرين لظهورهما فلو اختارت نفسها بعد انقضاء المجلس لايقع ، وهذا إذا أطلق ، أما إذا وقته كأمرك بيدك يوما فلها الخيار مادام الوقت ، ولو قال لها أمرك بيدك فقالت اخترت ولم تقل نفسي ولا مايقوم مقامها لم يقع رحمتي (قوله لم تطلق) كالوكيل لايصير وكيلا قبل العلم بالوكالة حتى لو تصرف لايصح تصرفه ، بخلاف الوصي لأنه خلافة كالوراثة بزازية (قوله وكل لفظ الخ) نقل هذا الأصل في البحر عن البدائع ، ولم أر من أوضحه .

والذي ظهر لي في بيانه أنه ليس المراد تشخيص اللفظ بمادته وهيئته ولا بتغيير الضمائر والهيئات كما قيل : بل المراد أن تسند اللفظ إلى مالو أسنده إليه الزوج يقع به الطلاق ، فبهذا يكون مايصلح للإيقاع منه يصلح للجواب منها ، فقولها : أنت علي حرام أو أنت مني بائن أو أنا منك بائن يصلح للجواب كما مر ، لأنها أسندت الحرمة والبينونة في الأولين إلى الزوج وهو لو أسندهما إليه يقع بأن قال : أنا عليك حرام أو أنا منك بائن ، وفي الثالث أسندت البينونة إلى

فإنه ليس من ألفاظ الطلاق ويصلح جوابا منها بدائع ، لكن يرد عليه صحته بقبولها وقبول أبيها كما مر فتدبر .ء وفى قولها فى جوابه (طلقت نفسى واحدة أو اخترت نفسى بتطليقة بانت بواحدة) لما تقرر أن المعتبر تفويض الزوج لا إيقاعها .

(ولا يدخل الليل فى) قوله (أمرك بيدك اليوم وبعد غد) لأنهما تمليكان (فإن ردت الأمر فى يومها بطل الأمر فى ذلك اليوم فكان أمرها بيدها بعد غد)

نفسها وهو لو أسندها إلى نفسها يقع بأن قال : أنت منى بائن ،وكذا قولها أنا طالق أو طلقت نفسى أسندت الطلاق إلى نفسها فيصح جوابا لأنه لو أسند الطلاق إليها يقع ، بخلاف قولها طلقتك ، ومثله قولها أنت منى طالق لأنها أسندت الطلاق إليه ،وهو لو أسنده إلى نفسه لم يقع ؛ فحيث لم يكن صالحا للإيقاع منه لم يصلح للجواب منها فهذا هو الصواب فى تقرير هذا الضابط ، وبه سقط ماقيل إنه منقوض بهذا الأخير ،لأنه لوقال لها طلقتك يقع، وهو مبنى على أن المراد تغيير الضمائر والهيئات وليس كذلك بل المراد ماذكرنا .

ثم اعلم أن المراد من قولهم : كل ماصلح للإيقاع من الزوج مايصلح له بلا توقف على نية بعد طلبها منه الطلاق لما فى جامع الفصولين : الأصل أن كل شىء من الزوج طلاق إذا سألته فأجابها به ، فإذا أوقعت مثله على نفسها بعد ماصار الطلاق بيدها تطلق ، فلو قالت : طلقنى فقال أنت حرام أو بائن أو خلية أو برية تطلق ، فلو قالته بعد ماصار الطلاق بيدها تطلق أيضا ، ولو قالت له طلقنى فقال الحقى بأهلك وقال لم أنو طلاقا صدق ، فلو قالته بعد ماصار الأمر بيدها بأن قالت ألحقت نفسى بأهلى لاتطلق أيضا اه أي لأنه من الكنايات التى تحتمل الرد فتتوقف على النية فى حالة الغضب والمذاكرة ، فلا تتعين للإيقاع بعد سؤالها الطلاق إلا بالنية ، بخلاف حرام وبائن فإنه يقع بلا نية فى حال المذاكرة ، وبه اندفع مافى البحر من استشكاله الفرق بين ألحقت نفسى وأنا بائن فافهم (قوله فإنه ليس من ألفاظ الطلاق) لأنه لو نوى به الإيقاع لم يقع لأنه كناية تفويض لا لإيقاع ، لكنه ثبت بالإجماع على خلاف القياس كما مر ، ومثله : أمرك بيدك ، وإنما لم يستثنه لأنه لايصلح جوابا منها ، بأن تقول أمرى بيدى كما صرح به فى البحر (قوله لكن يرد عليه) أى على هذا الضابط صحته أى صحة الجواب منها بقولها قبلت أو قول أبيها ذلك إذا كان التفويض إليه مع أن القبول لايصلح للإيقاع منه ، وهذا الإيراد لصاحب البحر .وقد يجاب عنه بأن قولها قبلت عبارة عن اخترت نفسى فهو داخل تحت المستثنى (قوله لما تقرر الخ) علة لقوله بانت ، يعنى وإن أجابت بالصريح الواقع به الرجعى ، لكن يقع بائنا لأن المعتبر تفويض الزوج ، وتفويضه إنما يكون بالبائن لأنها به تملك أمرها لابالرجعى .

وأما علة وقوع الواحدة دون الثلاث فهى أن الواحدة فى كلامها صفة لمصدر هو طلقة إذ خصوص العامل اللفظى قرينة خصوص المقدر ، وبهذا وقع الفرق بين طلقت نفسى بواحدة واخترت نفسى بواحدة ، واندفع ماقيل إنه ينبغى وقوع الوحدة فى الثانى أيضا ، وتمامه فى الفتح (قوله ولايدخل الليل) أراد بالليل الجنس فيشمل الليلتين ، وكذا لايدخل اليوم الفاصل وسكت عنه لظهوره ح . وفى الحاوى القدسى : ولا يدخل الليلان وغد فيه (قوله لأنها تمليكان) قال فى البحر :لأن عطف زمن على زمن مماثل مفصول بينهما بزمن مماثل لهما ظاهر فى قصد تقييد الأمر المذكور بالأول وتقييد أمر آخر بالثانى ،فيصير لفظ اليوم مفردا غير مجموع إلى مابعده فى الحكم المذكور لأنه صار عطف جملة على جملة : أى أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك بعد غد، ولو أفرد اليوم لايدخل الليل فكذا إذا عطف جملة أخرى اه ح (قوله فكان أمرها بيدها بعد غد) الذى شرح عليه المصنف وكان بالواو وهى

ولوطلقت ليلا لم يصح ولا تطلق إلا مرة (ويدخل) الليل (فى أمرك بيدك اليوم وغدا ، وإن ردته فى يومها لم يبق فى الغد) لأنه تفويض واحد .

(ولو قال أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك غدا فهما أمران) خانية ولم يذكر خلافا ، ولا يدخل الليل كما لا يخفى .

[تنبيه] ظاهر مامر أنه يرتد بردها ، لكن فى العمادية أنه يرتد قبل قبوله لا بعده

الأولى ط . قلت : وهى كذلك فى بعض النسخ (قوله ولو طلقت) مضعف مبنى للمعلوم حذف مفعوله . يعنى ولو طلقت نفسها ليلا : أى فى إحدى الليلتين لا يصح ، وهذا تصريح بما فهم من قوله ولا يدخل الليل ح (قوله ولا تطلق إلا مرة) أراد بهذا دفع مايتوهم من اقتضاء كونهما تمليكين جواز أن تطلق نفسها مرتين فى كل يوم مرة اهـ ح .

أقول : هذا يحتاج إلى نقل صريح بهذا المعنى ، لأن كونهما تمليكين يدل على أن لها أن تطلق نفسها اليوم بعد غد .

فى المنح : لما ثبت أنهما أمران لانفصال وقتهما ثبت لها الخيار فى كل واحد من الوقتين على حدة فبرد أحدهما لا يرتد الآخر وفيه خلاف زفر اهـ فالظاهر أن مراد الشارح أنها لا تطلق فى كل يوم إلا مرة .

قال فى البدائع · ولواختارت نفسها فى الوقت مرة ليس لها أن تختار مرة أخرى ، لأن اللفظ يقتضى الوقت لا التكرار ذكر ذلك فى بحث المؤقت كاليوم والشهر ، فإذا كان تمليكين فى وقتين فلها أن تختار فى كل واحد منهما مرة فقط ، ويدل عليه مانذكره قريبا عن البدائع أيضا فافهم (قوله وإن ردته الخ) عطف على قوله ويدخل الليل لبيان الفرق بين هذه المسألة والتى قبلها من وجهين : أحدهما أن لها أن تطلق نفسها ليلا . والثانى لو ردت الأمر اليوم لم تملكه فى الغد ، وبه علم أن العطف بالواو أحسن منه بالفاء فافهم (قوله لم يبق فى الغد) قال فى الهداية : هو ظاهر الرواية . وعن أبى حنيفة لها أن تختار نفسها غدا لأنها لا تملك رد الأمر كما لا تملك رد الإيقاع اهـ (قوله لأنه تفويض واحد) لأنه لم يفصل بينهما بيوم آخر وكان جمعا بحرف الجمع فى التمليك الواحد ، فهو كقوله أمرك بيدك يومين، وفيه تدخل الليلة المتوسطة استعمالا لغويا وعرفيا بحر (قوله فهما أمران) قال فى البدائع : حتى لو اختارت زوجها اليوم أوردت الأمر فهى على خيارها غدا ، لأنه لما كرر اللفظ فقد تعدد التفويض فرد أحدهما لا يكون ردا للآخر ، ولو اختارت نفسها فى اليوم الأول فطلقت ثم تزوجها قبل الغد فأرادت أن تختار نفسها فلها ذلك ، وتطلق أخرى لأنه ملكها بكل واحد من التفويضين طلاقا ؛ فالإيقاع بأحدهما لا يمنع الإيقاع بالآخر اهـ فهذا دليل على ماذكرناه فى المسألة الأولى من أن لها أن تطلق فى كل يوم مرة واحدة (قوله ولم يذكر خلافا) أى لم يذكر فى الخانية خلافا فى كونهما أمرين ، فما فى الهداية من تخصيص أبى يوسف برواية ذلك عنه ليس لإثبات الخلاف وإنما هو لأنه مخرج الفرع المذكور كما فى الفتح (قوله ولا يدخل الليل) لأنه أثبت لها الأمر فى يوم مفرد والثابت فى اليوم الذى يليه أمر آخر فتح (قوله ظاهر مامر) أى من قوله فإن ردت الأمر فى يومها بطل الأمر فى ذلك اليوم ، وإنما قال ظاهر لاحتمال أن يراد برد الأمر اختيارها زوجها لا قولها رددته ، وستسمع التفصيل فيه ح (قوله لكن فى العمادية الخ) فيه اختصار ، فكان عليه أن يقول وفى الذخيرة أنه لا يرتد ، ووفق فى العمادية الخ .

وبيان ذلك أن الحكم بصحة ردها مناقض لما فى الذخيرة من أنه لو جعل أمرها بيدها أو بيد أجنبى ثم ردت

كالإبراء ، وأنه فى المتحد لايبقى فى الغد ، لكن فى الولوالجية : أمرك بيدك إلى رأس الشهر فقالت اخترت زوجى بطل خيارها فى اليوم ، ولها أن تختار نفسها فى الغد عند الإمام . ووجهه فى الدراية بأنه متى ذكر الوقت اعتبر تعليقا وإلا فتمليكا .

الأمر أو رده الأجنبى لايصح ، لأن هـذا تمليك شىء لازم فيقع لازما ، والمسألة مروية عن أصحابنا رحمهم الله تعالى اه .

قال العمادى فى فصوله : والتوفيق أنه يرتد بالرد عند التفويض لابعد قبوله نظيره الإقرار ، فإن من أقر لإنسان بشىء فصدقه المقر له ثم رد إقراره لايصح الرد اه ومشى على هـذا التوفيق شراح الهداية واختار المحقق ابن الهمام فى الفتح توفيقا آخر ، وهو أن المراد بقولهم فإن ردت الأمر فى يومها بطل هو اختيارها زوجها اليوم ، وحقيقته انتهاء ملكها ، والمراد بما فى الذخيرة أن تقول رددت اه وإليه يرشد قول الهداية لأنها إذا اختارت نفسها اليوم لايبقى لها الخيار فى غد فكذا إذا اختارت زوجها برد الأمر . ووفق فى جامع الفصولين بأنه يحتمل أن يكون فى المسألة روايتان ، لأنه تمليك من وجه ، فيصح رده قبل قبوله نظرا إلى التمليك ، ولا يصح نظرا إلى التعليق لاقبله ولا بعده ، فرواية صحة الرد نظرا للتمليك وفساده نظرا للتعليق اه . واستظهره فى البحر ، وأيده بأنه فى الهداية نقل رواية عن أبى حنيفة بأنها لاتملك رد الأمر كما لاتملك رد الإيقاع ، وقال : فلا حاجة إلى ماتكلفه ابن الهمام والشارحون . وأورد قبل ذلك على ماقاله العمادى والشارحون أن قولها بعد القبول رددت إعراض مبطل لخيارها وتابعه على هذا الإيراد المقدسى فقال : وهذا عجيب حيث أبطلوه بما يدل على الإعراض والرد كالأكل والشرب ولم يبطلوه بصريح الرد اه .

أقول : هذا مدفوع بأن الكلام فى المؤقت وقد صرحوا بأنه لايبطل بالقيام عن المجلس والأكل والشرب مالم يمض الوقت ، بخلاف المطلق عن الوقت كما مر (قوله قبل قبوله) مصدر مضاف لمفعوله : أى قبول المرأة التفويض (قوله كالإبراء) أى عن الدين فإنه بعد ثبوته لايتوقف على القبول ، ويرتد بالرد لما فيه من معنى الإسقاط والتمليك فتح (قوله وأنه فى المتحد) عطف على قوله إنه يرتد بردها أى وظاهر مامر أيضا أنه فى المتحد ، مثل أمرك بيدك اليوم وغدا لايبقى فى الغد ، وفيه أن هذا منصوص فى كلام المصنف صريحا ، وقوله لكن الخ استدراك على قوله لايبقى فى الغد (قوله إلى رأس الشهر) أى الشهر الآتى (قوله بطل خيارها فى اليوم الخ) المراد باليوم والغد المجلس كما عبر به فى التتارخانية لاخصوص اليوم الأول والثانى (قوله ولها أن تختار نفسها فى الغد) أى فقد بقى مع أنه من المتحد ح (قوله عند الإمام) وكذا عند محمد . وقال أبو يوسف : خرج الأمر من يدها فى الشهر كله . وذكر فى البدائع أن بعضهم ذكر الخلاف على العكس : أى أنه يخرج الأمر فى الشهر كله عندهما لاعند أبى يوسف ، وكذا فى التتارخانية وقال إنه الصحيح (قوله بأنه متى ذكر الوقت) أى كأمرك بيدك اليوم وغدا أو إلى رأس الشهر اعتبر تعليقا أى والتعليق لايرتد بالرد وإلا : أى وإن لم يذكر الوقت كأمرك بيدك يعتبر تمليكا أى والتمليك يرتد قبل قبوله كما مر ، وفيه نظر من وجهين :

الأول أن القبول هنا بمعنى اختيارها أحد الأمرين نفسها أو زوجها ، فإذا قالت اخترت زوجى وجد القبول فلا تملك الرد بعده باختيارها نفسها فلا فرق حينئذ بين اعتبار التعليق والتمليك فليتأمل .

الثانى ماأورده ح من أن هذا التوجيه لايدفع التناقض بين مافى المتن ومافى الولوالجية لأنه يقتضى أن يبقى الأمر بيدها فى الغد إذا اختارت زوجها اليوم فى أمرك بيدك اليوم وغدا مع أنه خلاف مانص عليه المصنف ، وأجاب ط بأن مقصود الشارح ثبوت التناقض لادفعه .

بقى لو طلقها بائنا هل يبطل أمرها إن كان التفويض منجزا ، نعم وإن معلقا كإن دخلت الدار فأمرك بيدك أو مؤقتا ، لاعمادية ؛ لـكن فى البحر عن القنية : ظاهر الرواية أن المعلق كالمنجز .

[فروع] نكحها على أن أمرها بيدها صح ؛ ولو ادعت جعله أمرها بيدها لم تسمع إلا إذا طلقت نفسها بحكم الأمر ثم ادعته فتسمع .

قالت : طلقت نفسى فى المجلس بلا تبدل وأنكر فالقول لها .

أقول : والجواب عن التناقض أن الخلاف جار فى مسألة المتن أيضا كما قدمناه عن الهداية . وفى البدائع : ولو قال أمرك بيدك اليوم وغدا فهو على مامر من الاختلاف ، وصرح به الولوالجى أيضا فقال فى مسألة اليوم وغدا : لو ردت الأمر فى اليوم يبقى فى الغد . وفى الجامع الصغير لايبقى ، وعليه الفتوى اه وقد علمت مما مر من حكاية الخلاف فى مسألة الشهر أن الأمر لايبقى فى الغد عندهما خلافا لأبى يوسف فافهم (قوله بقى لو طلقها بائنا الخ) قيد بالبائن ، لأنه لو طلقها رجعيا بقى أمرها قولا واحدا ح وأراد الشارح الجواب عن مناقضة أخرى بين كلامهم فإن العمادى ذكر فى فصوله أنه لو قال أمرك بيدك ثم طلقها بائنا خرج من يدها فى ظاهر الرواية ، وقال فى موضع آخر لايخرج ، ثم وفق بحمل الأول على التفويض المنجز والثانى على المعلق . قال فى النهر : وأصله مامر من أن البائن لايلحق البائن إلا إذا كان معلقا (قوله لـكن فى البحر الخ) استدراك على توفيق العمادى ؛ فإنه صرح فى القنية بأنه إذا قال : إن فعلت كذا فأمرك بيدك ثم طلقها قبل وجود الشرط طلاقا بائنا ثم تزوجها يبقى الأمر فى يدها ثم رقم لايبقى فى ظاهر الرواية ، فهذا صريح فى أن المعلق يخرج كالمنجز فى ظاهر الرواية :

قال فى البحر : فالحق أن فى المسألة اختلاف الرواية ، وأن ظاهر الرواية بطلانه بالإبانة لو طلقت نفسها فى العدة لابعد زوج آخر لقولهم : إن زوال الملك بعد اليمين لايبطلها والتخيير بمنزلة التعليق . وأجاب فى النهر بأن مافى القنية مبنى على الطلاق ، وظاهر الرواية وهو مقيد بما مر من التوفيق .

قلت : ويؤيده مافى شرح المقدسى عن الخلاصة . قال السرخسى : قال لامرأته : اختارى ثم طلقها بائنا بطل الخيار ، وكذا الأمر باليد ، ولو رجعيا لايبطل ، أصله أن البائن لايلحق البائن ، فلو تزوجها فى العدة أو بعدها لايعود الأمر ، بخلاف ماإذا كان الأمر معلقا بشرط ثم أبانها ثم وجد الشرط .

وفى الإملاء : لو قال اختارى إذا شئت أو أمرك بيدك إذا شئت ثم طلقها واحدة بائنة ثم تزوجها واختارت نفسها عند أبى حنيفة تطلق بائنا. وعند أبى يوسف لا. قال الإمام السرخسى قوله ضعيف اه فظهر بهذا قوة ماوفق به فى الفصول .

فإن قلت : نفس الاختيار فيه معنى التعليق فينبغى أن لايكون فرق قلنا : الفرق بين التعليق الصريح ومافيه معنى التعليق ظاهر لايخفى على من عنده نوع تحقيق . ولبعضهم هنا كلام يغنى النظر إليه عن التكلم عليه اه . والظاهر أنه أراد بالبعض صاحب البحر ، فإن ماذكره من عدم الفرق بين المنجز والمعلق وتقييده البطلان بما إذا طلقت نفسها فى العدة لابعدها بناء على أن التخيير بمنزلة التعليق يرده صريح كلام السرخسى فافهم (قوله صح) مقيد بما إذا ابتدأت المرأة فقالت زوّجت نفسى منك على أن أمرى بيدى أطلق نفسى كلما أريد أو على أنى طالق فقال الزوج قبلت ، أما لو بدأ الزوج لاتطلق ولايصير الأمر بيدها كما فى البحر عن الخلاصة والبزازية (قوله لم تسمع) أى لعدم حصول ثمرته ط (قوله بحكم الأمر) الباء للسببية ، لأن حكم الشىء ثمرته وأثره المترتب عليه ، وحكم الأمر ملكها طلاق نفسها (قوله ثم ادعته) أى ادعت الجعل المذكور أو الطلاق (قوله فالقول لها) لأنه وجد

جعل أمرها بيدها ، إن ضربها بغير جناية فضربها ثم اختلفا فالقول له لأنه منكر وتقبل بينتها على الشرط المنفى كما سيجيء .

طلب أولياؤها طلاقها فقال الزوج لأبيها ماتريد منى ، افعل ماتريد وخرج فطلقها أبوها لم تطلق إن لم يرد الزوج التفويض والقول له فيه خلاصة .

لايدخل نكاح الفضولى مالم يقل إن دخلت امرأة فى نكاحى .

جعل أمرها بين رجلين فطلقها أحدهما لم يقع :

سببه بإقراره وهو التخيير ، فالظاهر عدم الاشتغال بشيء آخر بحر ، ولأنه لما أقر بالتخيير والطلاق صار بإنكاره مدعيا بطلان السبب والأصل عدمه ، وهذا بخلاف مالو قال لقنه جعلت أمرك بيدك فى العتق أمس فلم تعتق نفسك وقال القن فعلت لايصدق إذ المولى لم يقر بعتقه ، لأن جعل الأمر بيده لايوجب العتق مالم يعتق القن نفسه والمولى ينكره بخلاف الطلاق فإنه أقر به وادعى إبطاله فلم يقبل منه كما أوضحه فى البحر جوابا عما فى جامع الفصولين من أنه ينبغى عدم الفرق (قوله ثم اختلفا) أى قال ضربتها بجناية وقالت بدونها ، وينبغى أن يكون ذلك بعد اختيارها نفسها كما علم مما قبله (قوله فالقول له) لأنه ينكر صيرورة الأمر بيدها وإن لم يبين الجناية ، ولو أقامت بينة على أنه بغير جناية ينبغى أن تقبل وإن قامت على النفى ، لكونها على الشرط والشرط يجوز إثباته بالبينة وإن كان نفيا نهر عن العمادية (قوله كما سيجيء) أى فى باب التعليق عند قوله إلا إذا برهنت ح (قوله ماتريد منى) استفهام ، وقوله افعل ماتريد أمر (قوله لم تطلق الخ) أى لأنه وإن كان فى مذاكرة الطلاق لكنه لايتعين تفويضا لاحتمال التهكم أى افعل إن قدرت تأمل (قوله لايدخل نكاح الفضولى الخ) فى البحر عن القنية : إن تزوجت عليك امرأة فأمرها بيدك فدخلت امرأة فى نكاحه بنكاح الفضولى وأجاز بالفعل ليس لها أن تطلقها ، ولو قال إن دخلت امرأة فى نكاحى فلها ذلك ؛ وكذا فى التوكيل بذلك اهـ أى لأنه بعقد الفضولى مع عدم الإجازة بالقول لم يصدق أنه تزوجها بل صدق أنها دخلت فى نكاحه ، ومثل دخلت قوله تحل لى ، لكن سيذكر فى آخر كتاب الأيمان عدم الحنث مطلقا ، حيث قال : كل امرأة تدخل فى نكاحى أو تصير حلالا لى فكذا فأجاز نكاح فضولى بالفعل لايحنث ، ومثله إن تزوجت امرأة بنفسى أو بوكيلى أو بفضولى أو دخلت فى نكاحى بوجه ماتكن زوجته طالقا لأن قوله أو بفضولى عطف على قوله بنفسى وعامله تزوجت وهو خاص بالقول ، وإنما ينسد باب الفضولى لو زاد أو أجزت نكاح فضولى ولو بالفعل ، ولا مخلص له إلا إذا كان المعلق طلاق المتزوجة فيرفع الأمر إلى شافعى ليفسخ اليمين المضافة اهـ

وحاصله أنه إما أن يعلق طلاق زوجته أو طلاق التى يتزوجها ، ففى الثانية يرفع الأمر إلى شافعى ، وعلم أن فى المسألة قولين . ووجه عدم الحنث فى : أو دخلت امرأة فى نكاحى أن دخولها لايكون إلا بالتزويج فكأنه قال إن تزوجتها وبتزويج الفضولى لايصير متزوجا ، بخلاف كل عبد دخل فى ملكى فإنه يحنث بعقد الفضولى ، فإن ملك اليمين لايختص بالشراء بل له أسباب سواه ، وقد ذكر المصنف القولين فى فتاواه ورجح القول بعدم الحنث ، وسيأتى إن شاء الله تعالى تمام الكلام على ذلك فى الأيمان (قوله لم يقع) لأنه تمليك منهما وهو فى معنى التعليق على فعلهما فلم يوجد المعلق عليه بفعل أحدهما ، والله تعالى أعلم .

فصل فى المشيئة

(قال لها طلقى نفسك ولم ينو أو نوى واحدة) أو ثنتين فى الحرة (فطلقت وقعت رجعية . وإن طلقت ثلاثا ونواه وقعن) قيد بخطابها : لأنه لو قال طلقى أى نسائى شئت لم تدخل تحت عموم خطابه (وبقولها) فى جوابه

فصل فى المشيئة

هذا هو النوع الثالث من أنواع التفويض ، وليس المراد تعليق الطلاق على المشيئة صريحا بل ما يشمل الضمنى فقد قال فى كافى الحاكم : وإذا قال لها طلقى نفسك ولم يذكر فيه مشيئة فذلك بمنزلة المشيئة . وكذا ذكر فى الجامع اه أى لأنه موقوف على مشيئتها وتطليقها مشيئة ، ولذا قال فى الكافى : لو قال لها طلقى نفسك واحدة إن شئت فقالت قد طلقت نفسى واحدة فهى طالق . وقد شاءت حيث طلقت نفسها اه .

وبما قررناه اندفع ما أورده فى النهر عن العناية من أن المناسب للترجمة الابتداء بمسألة فيها ذكر المشيئة . ولا حاجة إلى ما أجاب عنه فى الحواشى السعدية . من أن ذكر ما فيه المشيئة منزل مما لم تذكر فيه منزلة المركب من المفرد يعنى والمفرد يسبق المركب فكذا ما نزل منزلته اه وإن أقره فى النهر ، نعم يصلح هذا للجواب عما قد يقال لم ذكر مسائل المشيئة ضمنا قبل مسائل المشيئة صريحا وإن كان كل منهما مقصودا من هذا الباب فافهم (قوله أو نوى واحدة) لو حذف هذا العلم بالأولى نهر (قوله أو ثنتين فى الحرة) لأنهما فى حقها عدد محض ، بخلاف الأمة فتصح نية الثنتين فى حقها لأنهما فرد اعتبارى كالثلاث فى حق الحرة (قوله فطلقت) أى واحدة أو ثنتين أو ثلاثا . وكل مع عدم النية أصلا أو مع نية الواحدة أو الثنتين فى الحرة فهى تسعة ، والواقع فيها طلقة رجعية . أما فى الأمة فالصور أربع أفاده ح لأنها إما أن تطلق واحدة أو ثنتين ، وكل مع عدم النية أو مع نية الواحدة ؛ لكن قوله أو ثلاثا جار على قولهما بوقوع واحدة رجعية أما عند الإمام فإنها إذا طلقت ثلاثا ونوى واحدة أو لم ينو أصلا لا يقع شىء . لأن موجب طلقى هو الفرد الحقيقى فيثبت وإن لم ينوه ، والفرد الاعتبارى أعنى الثلاث محتملة لا يثبت إلا بنيته فإتيانها بالثلاث حينئذ اشتغال بغير ما فوض إليها فلا يقع شىء كما أفاده فى الشرنبلالية ؛ ومقتضاه أنه إذا نوى ثنتين فطلقت ثلاثا لا يقع عنده شىء أيضا فافهم (قوله ونواه) أى الثلاث ، وأفرد الضمير باعتبار المذكور ، أو لأنها فرد اعتبارى وقيد به احترازا عما إذا لم ينو أصلا أو نوى واحدة أو ثنتين فإنه لا يقع شىء عنده كما علمت (قوله وقعن) أى الثلاث سواء أوقعتها بلفظ واحد أو متفرقا ، وإنما صح إرادة الثلاث لأن قوله طلقى نفسك معناه افعلى التطليق ، فهو مذكور لغة لأنه جزء معنى اللفظ فصح نية العموم ، غير أن العموم فى حق الأمة ثنتان وفى حق الحرة ثلاث فتح ، وقوله أو متفرقا يدل على أنه لو نوى الثلاث فطلقت واحدة أو ثنتين وقع ؛ ويأتى التصريح بوقوع الواحدة فى طلقى نفسك ثلاثا فطلقت واحدة ، ويأتى تمامه (قوله قيد بخطابها) أى بقوله نفسك فافهم (قوله وبقولها فى جوابه الخ) اعلم أنه لو قال لها طلقى نفسك فقالت فى جوابه أبنت نفسى طلقت رجعية ؛ ولو قالت اخترت نفسى لم تطلق ..

قال فى الفتح : وحاصل الفرق أن المفوّض الطلاق والإبانة من ألفاظه التى تستعمل فى إيقاعه كناية ، فقد أجاب بما فوّض إليها ، بخلاف الاختيار ليس من ألفاظ الطلاق لا صريحا ولا كناية ، ولهذا لو قالت أبنت نفسى توقف على إجازته ، ولو قالت : اخترت نفسى فهو باطل ، ولا يلحقه إجازة وإنما صار كناية بإجماع الصحابة فيما إذا جعل جوابا للتخيير ، غير أنها زادت وصف تعجيل البينونة فيه فيلغو الوصف ويثبت الأصل اه وقوله

(أبنت نفسى طلقت) رجعية إن أجازه لأنه كناية (لاباخترت) نفسى وإن أجازه ، لأن الاختيار ليس بصريح ولا كناية (ولا يملك) الزوج (الرجوع عنه) أى عن التفويض بأنواعه الثلاثة ، لما فيه من معنى التعليق (وتقيد بالمجلس) لأنه تمليك (إلا إذا زاد متى شئت) ونحوه مما يفيد عموم الوقت فتطلق مطلقا ، وإذا قال لرجل ذلك أو قال لها طلقى ضرتك (لم يتقيد بالمجلس)

ولهذا الخ استدلال على إثبات الفرق فى مسألتنا باثباته في مسألة أخرى : وهى مالو ابتدأت وقالت أبنت نفسى بدون قوله لها طلقى نفسك وقع إن أجازه أى مع النية منه وكذا منها كما قدمناه قبيل الكنايات عن تلخيص الجامع وشرحه ولو ابتدأت وقالت اخترت نفسى لايقع وإن أجازه مع النية ، لأن اخترت لم يوضع كناية إلا فى جواب التخيير ولهذا لو قال لها اخترتك ناويا الطلاق لم يقع . بخلاف لفظ الإبانة . وقوله غيرأنها الخ بيان لوقوع الرجعى فى مسألتنا وبما قررناه ظهر لك أنه اشتبه على الشارح مسألة الابتداء بمسألة الجواب . فالصواب إسقاط قوله إن أجاز ، وقوله بعده وإن أجازه ، لأن ذلك فيما إذا ابتدأت بقولها أبنت نفسى أو اخترت ، وقد ذكر المسألة قبيل الكنايات ، وكلامنا الآن فيما إذا قالت ذلك فى جواب قوله لها طلقى نفسك وذلك لا يتوقف على الإجازة أصلا ولا على نيتها الطلاق ، خلافا لما فى النهر عن التلخيص ، لأن مافى التلخيص من اشتراط نيتها إنما ذكره فى مسألة الابتداء لافى مسألة الجواب ، لأن قولها أبنت نفسى فى جواب قوله طلقى نفسك غير محتاج إلى النية . وأيضا فإن الواقع هنا رجعى وفى مسألة الابتداء بائن ، ورأيت ط نبه على بعض ما قلنا وكذا الرحمتى فافهم (قوله لأنه كناية) علة لقوله طلقت ، وأما علة كونها رجعية فتقدمت (قوله ولا كناية) أى ليس من كنايات الطلاق بل هو كناية تفويض : وإنما عرف جوابا للتخيير بلفظ اختارى بالإجماع وألحق به الأمر باليد ، بخلاف طلقى فإنه لايقع الاختيار جوابا .

قال فى البحر : وأفاد بعدم صلاحيته للجواب أن الأمر يخرج من يدها لاشتغالها بما لايعنيها كما فى الفتح ، ودل اقتصاره على نفى الاختيار أن كل لفظ يصلح للإيقاع من الزوج يصلح جوابا لطلقى نفسك كجواب الأمر باليد كما صرح به فى الخلاصة اه (قوله بأنواعه الثلاث) أى التخيير والأمر باليد والمشيئة (قوله لما فيه من معنى التعليق) أو لكونه تمليكا يتم بالمملك وحده بلا توقف على القبول كما علل به فى الفتح وقدمناه فى التفويض (قوله لأنه تمليك) أى وإن صرح بلفظ الوكالة ، كما إذا قال وكلتك فى طلاقك كما فى الخانية : أى لأنها عاملة لنفسها والوكيل عامل لغيره أفاده فى البحر . ثم قال : والظاهر أنه لافرق بين تعليق التطليق أو الطلاق فى حق هذا الحكم أى تقييده بالمجلس لما فى المحيط : إذا قال لها طلقى نفسك ولم يذكر مشيئة فهو بمنزلة المشيئة إلا فى خصلة ، وهى أن نية الثلاث صحيحة فى طلقى دون أنت طالق إن شئت اه وظاهره أنها إذا لم تشأ فى المجلس خرج الأمر من يدها اه (قوله ونحوه الخ) كإذا شئت أو إذا ماشئت أو حين شئت فإن لها أن تطلق فى المجلس وبعده ، لأن هذه الألفاظ لعموم الأوقات ، فصار كما إذا قال : فى أى وقت شئت ، وكلما كمتى مع إفادة التكرار إلى الثلاث ، بخلاف إن وكيف وحيث وكم وأين وأينما فإنه فى هذه يتقيد بالمجلس والإرادة والرضا والمحبة كالمشيئة ، بخلاف ما إذا علقه بشىء آخر من أفعالها كالأكل فإنه لايقتصر على المجلس نهر فى الجميع بحر فتأمله .

واعلم أنه متى ذكر المشيئة سواء أتى بلفظ يوجب العموم أولا إذا طلقت نفسها بلا قصد غلطا لايقع ، بخلاف ما إذا لم يذكرها حيث يقع . قال فى الفتح : وقدمنا مايوجب حمل ماأطلق من كلامهم من الوقوع بلفظ الطلاق غلطا على الوقوع قضاء لاديانة نهر (قوله مطلقا) أى فى المجلس وبعده (قوله وإذا قال لرجل ذلك) اسم الإشارة راجع

لأنه توكيل فله الرجوع إلا إذا زاد وكلما عزلتك فأنت وكيل (إلا إذا زاد إن شئت) فيتقيد به (ولا يرجع) لصيرورته تمليكا فى الخانية .

طلقها إن شاءت لم يصر وكيلا مالم تشأ ، فإن شاءت فى مجلس علمها طلقها فى مجلسه لاغير والوكلاء عنه غافلون .

(قال لها طلقى نفسك ثلاثا) أو ثنتين (وطلقت واحدة وقعت) لأنها بعض مافوضه ،

إلى الأمر بالتطليق : أى قال له طلق امرأتى . قيد به احترازا عما لو قال له أمر امرأتى بيدك فإنه يقتصر على المجلس ولا يملك الرجوع على الأصح ، وكذا جعلت إليك طلاقها فطلقها يقتصر على المجلس ويكون رجعيا بحر . وأراد بالرجل العاقل احترازا عن الصبى والمجنون لأنه لابد فى صحة التوكيل من عقل الوكيل كما صرح به فى كتاب الوكالة بخلاف ماإذا جعل أمرها بيد صبى أو مجنون فإنه يصح لأنه تمليك فى ضمنه تعليق : فكأنه قال : إن قال لك المجنون أنت طالق فأنت طالق ، فهذا مما خالف فيه التمليك التوكيل ، أفاده فى البحر . وتقدم ذلك فى باب التفويض . لكن نقل فى البحر بعد ذلك عن البزازية : التوكيل بالطلاق تعليق الطلاق بلفظ الوكيل . ولذا يقع منه حال سكره اه إلا أن يقال : إن هذا لاينافى اشتراط العقل لصحة التوكيل ابتداء ، لكن مقتضى التعليق بلفظ الوكيل عدم اشتراط عقله لوجود المعلق عليه بالتطليق ، وعليه فلا فرق بين التمليك والتوكيل فى ذلك فليتأمل (قوله إلا إذا زاد وكلما عزلتك الخ) أى فإنه لايقبل الرجوع ويصير لازما كما فى الخلاصة وغيرها نهر ، ومقتضاه أنه لايمكنه عزله لأنه من أنواع الرجوع ، ويخالفه مافى البحر عن الخانية : الصحيح أنه يملك عزله : وفى طريقه أقوال . قال السرخسى : يقول عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف إلى المعلق والمنجز . وقيل يقول عزلتك كما وكلتك ، وقيل يقول رجعت عن الوكالات المعلقة وعزلتك عن الوكالة المطلقة (قوله فيتقيد به الخ) لأنه علقه بالمشيئة والمالك هو الذى يتصرف عن مشيئته هداية .

ثم اعلم أنه لو قال شئت لايقع ، لأن الزوج أمره بتطليقها إن شاء ولم يوجد التطليق بقوله شئت . ولو قال هى طالق إن شئت فقال شئت وقع لوجود الشرط وهو مشيئته : ولو قال طلقها فقال فعلت وقع لأنه كناية عن قوله طلقت بحر عن المحيط .

وفيه عن كافى الحاكم : لو وكله أن يطلق امرأته فطلقها الوكيل ثلاثا إن نوى الزوج الثلاث وقعن وإلا لم يقع شىء عنده ، وقالا تقع واحدة (قوله طلقها فى مجلسه لاغير) فلو قام من مجلسه بطل التوكيل هو الصحيح ، لأن ثبوت الوكالة بالطلاق بناء على مافوض إليها من المشيئة ومشيئتها تقتصر على المجلس فكذا الوكالة ، كذا فى الخانية . قال الحلوانى : ينبغى أن يحفظ هذا فإنه مما عمت به البلوى ، فإن الوكلاء يؤخرون الإيقاع عن مشيئتها ولايدرون أن الطلاق لايقع ، وهذا مما يستثنى من قوله لم يتقيد بالمجلس نهر وهذا مما يلغز به فيقال وكالة تقيدت بمجلس الوكيل بحر (قوله وطلقت واحدة) قال فى البحر : لافرق بين الواحدة والثنتين ولو قال : وطلقت أقل وقع ما أوقعته لكان أولى وأشار إلى أنها لو طلقت ثلاثا فإنه يقع بالأولى وسواء كانت متفرقة أو بلفظ واحد اه (قوله وقعت) أى رجعية لأن اللفظ صريح كذا فى بعض النسخ (قوله لأنها) أى الواحدة . وقال فى الفتح : لأنها لما ملكت إيقاع الثلاث كان لها أن توقع منها ماشاءت كالزوج نفسه اه .

قال الرملى : مقتضاه أن فى مسألة ماإذا قال لها طلقى نفسك ونوى ثلاثا فطلقت ثنتين تقع ثنتان لأنها ملكت أيضا إيقاع الثلاث فكان لها أن توقع منها ماشاءت ، ولم أر من نبه عليه ، ويدل عليه قولهم فيها إنه لافرق بين إيقاعها

وكذا الوكيل ،الم يقل بألف (لا) يقع شيء (فى عكسه) وقالا واحدة طلقى نفسك ثلاثا إن شئت فطلقت واحدة (و) كذا (عكسه لا) يقع فيهما لاشتراط الموافقة لفظا لما فى تعليق الخانية أمرها بعشر فطلقت ثلاثا أو بواحدة فطلقت نصفا لم يقع .

(أمرها ببائن أو رجعى فعكست فى الجواب وقع ماأمر) الزوج (به) ويلغو وصفها ،

الثلاث بلفظ واحد أو متفرقة ، فإنا عند التفريق قد حكمنا بوقوع الثانية قبل الثالثة ، فلو اقتصرنا على لا الثانية تقع الثنتان فقط . فلو لم تملك الثنتين لما جاز التفويض تأمل اهـ (قوله وكذا الوكيل الخ) قال فى البحر : وفرق فى هذا الحكم بين التمليك والتوكيل ، فلو وكله أن يطلقها ثلاثا فطلقها واحدة وقعت واحدة ، فلو وكله أن يطلقها ثلاثا بألف درهم فطلقها واحدة لم يقع شيء إلا أن يطلقها واحدة بكل الألف كذا فى كافى الحاكم اهـ أى لأن الواحدة وإن كانت بعض مافوض إليه ، لكن الزوج لم يرض بالطلاق إلا بعوض مخصوص فلا يصح بدونه (قوله لايقع شيء فى عكسه) أى فيما إذا أمرها بالواحدة فطلقت ثلاثا بكلمة واحدة عند الإمام . أما لو قالت واحدة وواحدة وواحدة وقعت واحدة اتفاقا لامتثالها بالأولى ويلغو مابعده . وكذا لو قال أمرك بيدك ينوى واحدة فطلقها نفسها ثلاثا . قال فى المبسوط : تقع واحدة اتفاقا ، لأنه لم يتعرض للعدد لفظا واللفظ صالح للعموم والخصوص ، وتمامه فى البحر (قوله وقالا واحدة) أى تقع واحدة (قوله طلقى نفسك الخ) لافرق فى المعلق بالمشيئة بين كونه أمرا بالتطليق أو نفس الطلاق ، حتى لو قال لها أنت طالق ثلاثا : إن شئت أو واحدة إن شئت فخالفت لم يقع شيء بحر (قوله وكذا عكسه) بأن يقول طلقى نفسك واحدة إن شئت فطلقت ثلاثا بحر (قوله لايقع فيهما) بلا خلاف فى الأولى ، لأن تفويض الثلاث معلق بشرط هو مشيئتها إياها ، لأن معناه إن شئت الثلاث فلم يوجد الشرط ، لأنها لم تشأ إلا واحدة ، بخلاف ما إذا لم يقيد بالمشيئة . ودخل فى كلامه ما لو قالت شئت واحدة وواحدة وواحدة منفصلا بعضها عن بعض بالسكوت لأنه فاصل فلم توجد مشيئة الثلاث ، بخلاف المتصلة بلا سكوت لأن مشيئة الثلاث قد وجدت بعد الفراغ من الكل وهى فى نكاحه ، ولافرق بين المدخولة وغيرها وأما الثانية فعدم الوقوع فيها قول الإمام ، وعندهما تقع واحدة بحر (قوله لاشتراط الموافقة لفظا) إنما تشترط الموافقة لفظا فيما هو أصل لافيما هو تبع وهنا كذلك لأن الإيقاع بالعدد عند ذكره لا بالوصف ، فإذا أمرها بثلاث أو بالواحدة فعكست تكون قد خالفت فى الأصل الذى به الإيقاع ، بخلاف مامر من أنه لو قال لها طلقى نفسك فقالت أبنت نفسى فإنها تطلق لأنها خالفت فى الوصف فقط فيلغو ويقع الرجعى كما مر . لكن هذا يقتضى عدم الفرق بين المعلق بالمشيئة وغيره ، مع أنه تقدم فى غير المعلق بها كطلقى نفسك ثلاثا وطلقت واحدة أنه يقع واحدة . إلا أن يقال إن اشتراط الموافقة لفظا خاص بالمعلق بالمشيئة فيكون تعليقا للإتيان بصورة اللفظ كما يفيده مايذكره الشارح قريبا عن الخانية فليتأمل (قوله لما فى تعليق الخانية) عبارته على مافى البحر : طلقى نفسك عشرا إن شئت فقالت طلقت نفسى ثلاثا لايقع ثم قال : لو قال لها أنت طالق واحدة إن شئت فقالت شئت نصف واحدة لاتطلق اهـ وبه علم أن الشارح أسقط قيد المشيئة ووجه عدم الوقوع المخالفة فى اللفظ وإن وافق فى المعنى ، لأن العشرة لايقع منها إلا ثلاثة والنصف يقع واحدة (قوله أمرها ببائن أو رجعى الخ) بأن قال لها طلقى نفسك بائنة فقالت طلقت نفسى رجعية ، أو قال لها رجعية فقالت طلقت نفسى بائنة . وشمل ما إذا قالت أبنت نفسى لأنه راجع لما قبله ، وقد فرق بينهما قاضيخان فى حق الوكيل فقال رجل قال لغيره طلق امرأتى رجعية فقال لها الوكيل طلقتك بائنة تقع واحدة رجعية ، ولوقال الوكيل أبنتها لايقع شيء اهـ ولعل الفرق بين الوكيل والمأمورة أن الوكيل بالطلاق لا يملك الإيقاع بلفظ الكناية

والأصل أن المخالفة فى الوصف لاتبطل الجواب بخلاف الأصل ، وهذا إذا لم يكن معلقا بمشيئتها ، فإن علقه فعكست لم يقع شىء لأنها ماأتت بمشيئة مافوّض إليها خانية بحر :

(قال لها أنت طالق إن شئت فقالت شئت إن شئت أنت ، فقال : شئت ينوى الطلاق أو قالت شئت إن كان كذا لمعدوم) أى لم يوجد بعد كإن شاء أبى أو إن جاء الليل وهى فى النهار (بطل) الأمر لفقد الشرط .

(وإن قالت شئت إن كان الأمر قد مضى) أراد بالماضى المحقق وجوده كإن كان أبى فى الدار وهو فيها ، أو إن كان هذا ليلا وهى فيه مثلا (طلقت) لأنه تنجيز (قال لها أنت طالق متى شئت أو متى ماشئت أو إذا شئت

لأنها متوقفة على نيته وقد أمره بطلاق لايتوقف على النية فكان مخالفا فى الأصل ، بخلاف المرأة فإنه ملكها الطلاق بكل لفظ يملك الإيقاع به صريحا كان أو كناية لكنه يتوقف على وجود النقل بأن الوكيل لايملك الإيقاع بالكناية بحر .

واعترضه فى النهر بأن مافى الخانية صريح فى أن الوكيل يكون مخالفا بإيقاعه بالكناية .

هذا ، وقيد الشهاب الشلبى كلام المتن بما إذا قالت طلقت نفسى بائنة بخلاف أبنت نفسى فإنه لايقع شىء وقال : فاغتنم هذا التحرير فإنك لاتجده فى شرح من الشروح ، ونقله الشرنبلالى وأقره .

قلت : لكن الشلبى قيد بذلك أخذا من كلام قاضيخان فى الوكيل وهو يتوقف على ثبوت عدم الفرق بينهما وفيه ما علمت مع أنه تقدم أول الفصل أنها تطلق بقولها أبنت نفسى فليتأمل (قوله والأصل الخ) قال فى الفتح : والحاصل أن المخالفة إن كانت فى الوصف لا تبطل الجواب بل يبطل الوصف الذى به المخالفة ويقع على الوجه الذى فوض به ، بخلاف ما إذا كانت فى الأصل حيث يبطل كما إذا فوض واحدة فطلقت ثلاثا على قول أبى حنيفة أو فوض ثلاثا فطلقت ألفا (قوله خانية بحر) أى نقله فى البحر عن الخانية . وفى بعض النسخ وبحر بالواو وهى صحيحة أيضا ، بل أولى لأن ذلك مستفاد من مجموع الكتابين ، فإنه فى الخانية ذكر فى باب التعليق قال لها : طلقى نفسك واحدة بائنة إن شئت فطلقت نفسها رجعية ، أو قال واحدة أملك الرجعة إن شئت فطلقت بائنة لايقع شىء فى قياس قول أبى حنيفة ، لأنها ما أتت بمشيئة مافوض إليها فاستنبط منه فى البحر أن ماذكره المصنف مفروض فى غير المعلق بالمشيئة فافهم (قوله أى لم يوجد بعد) لما كان قوله لمعدوم صادقا على مامضى والقطع مع أن التعليق به تنجيز خصصه بقوله أى لم يوجد بعد ح ، وإنما أطلقه المصنف اعتمادا على ماذكره فى مقابله (قوله كإن شاء الخ) مثل بمثالين إشارة إلى أنه لا فرق بين أن يكون المعدوم محقق المجىء أو محتمله ح (قوله بطل الأمر الخ) أى حال الطلاق . قال فى البحر : لأنه علق الطلاق بمشيئتها المنجزة وهى أتت بالمعلقة فلم يوجد الشرط ، قيد بقوله شئت مقتصرة عليه ، لأنها لو قالت شئت طلاق الخ وقع ، لأنها إذا لم تذكر الطلاق لا تعتبر النية بلا لفظ صالح للإيقاع .

ويستفاد منه أنه لو قال شئت طلاقك وقع بالنية ، لأن المشيئة تنبىء عن الوجود لأنها من الشىء وهو الموجود بخلاف أردت طلاقك لأنه لاينبىء عن الوجود ، فقد فرّق الفقهاء بين المشيئة والإرادة فى صفات العبد وإن كانا مترادفين فى صفاته تعالى كما هو اللغة فيهما وأحببت ورضيت مثل أردت اهـ (قوله وإن قالت) أى فى المجلس بحر (قوله أراد بالماضى المحقق وجوده) أى سواء وجد وانقضى ، مثل إن كان فلان قد جاء وقد جاء أو كائنا حاضرا كما مثل الشارح (قوله مثلا) راجع إلى قوله ليلا (قوله لأنه تنجيز) أى لأن التعليق بكائن تنجيز ، ولهذا صح تعليق الإبراء بكائن ، ولا يرد أنه لو قال هو كافر إن كنت كذا وهو يعلم أنه قد فعله مع أن المختار أنه لايكفر ،

أو إذا ماشئت فردت الأمر لايرتد ولا يتقيد بالمجلس ولا تطلق) نفسها (إلا واحدة) لأنها تعم الأزمان لا الأفعال فتملك التطليق فى كل زمان لاتطليق بعد تطلق (ولها تفريق الثلاث فى كلما شئت ولا تجمع) ولا تثنى

لأن الكفر يبقى على تبدل الاعتقاد وتبدله غير واقع مع ذلك الفعل، وتمامه فى البحر (قوله فردت الأمر) بأن قالت لا أشاء نهر (قوله لايرتد) فلها بعدذلك أن تشاء، لأنه لم يملكها فى الحال شيئا بل أضافه إلى وقت مشيئتها فلايكون تمليكا قبله فلا يرتد بالرد كذا فى الهداية .

وقد يقال : إنه ليس تمليكا فى حال أصلا بل هو تعليق للطلاق على مشيئتها، وقولها طلقت إيجاد للشرط الذى هو مشيئتها ، وليس الواقع إلا طلاقه المعلق ، نعم هذا صحيح فى قوله طلقى نفسك إن شئت فتح .

وأجاب فى البحر بما فى المحيط من أنه يتضمن معنى التعليق وهو لازم لايقبل الإبطال ومعنى التمليك ؛لأن المالك هو الذى يتصرف عن مشيئته وإرادته وهى عاملة فى التطليق لنفسها والمالك هو الذى يعمل لنفسه ،وجواب التمليك يقتصر على المجلس .

وفى الجامع : أنت طالق إن شئت أو أحببت أو هويت ليس بيمين لأنه تمليك معنى تعليق صورة ، ولهذا يقتصر على المجلس والعبرة للمعنى دون الصورة اه . وفائدته أنه لايحنث فى يمينه لايحلف ٧ اه .

أقول : وقوله وجواب التمليك يقتصر على المجلس خاص بما إذا علق بأداة لا تفيد عموم الوقت كإن وكيف وحيث وكم وأين ،بخلاف مايدل على العموم وهو المذكور هنا ،وتقدم أيضا أول الفصل (قوله ولا يتقيد بالمجلس) أما فى كلمة متى ومتى ما فلأنها للتوقيت وهى عامة فى الأوقات كلها ، كأنه قال فى أى وقت شئت . وأما إذا وإذا ما فكمتى عندهما وعند الإمام وإن كانت تستعمل للشرط ، فكما تستعمل له تستعمل للوقت لكن الأمر صار بيدها فلا يخرج بالقيام عن المجلس بالشك ، نعم لو قال أردت مجرد الشرط لنا أن نقول يتقيد بالمجلس ويحلف لنفى التهمة نهر ، وتمامه فى الفتح (قوله لأنها تعم الأزمان) تعليل لعدم التقييد بالمجلس ، كما أن قوله لا الأفعال علة لقوله ولا تطلق إلا واحدة ط (قوله لاتطليقا) كذا فى بعض النسخ بالنصب عطفا على التطليق ، وفى أكثر النسخ لا تطليق . ويمكن تأويله بجعل لا نافية للجنس والخبر محذوف دل عليه ماقبله ، والتقدير : لا تطليق بعد تطليق مملوك لها فافهم (قوله ولا تجمع ولا تثنى) عبارة الهداية : فلا تملك الإيقاع جملة وجمعا . قال فى العناية : قيل معناهما واحد ، وقيل الجملة أن تقول طلقت نفسى ثلاثا ،والجمع أن تقول طلقت واحدة وواحدة وواحدة هذا هو الظاهر اه يعنى فى تفسير الجمع ،فكأنه يشير إلى مافى الدراية حيث فسر الجمع بأن تقول طلقت وطلقت وطلقت . قال : والأول أصح ، يعنى كونهما بمعنى واحد كذا فى النهر . ويمكن أن يراد بالجملة الثنتان وبالجمع الثلاث ، ويكون قوله ولا تجمع ولا تثنى إشارة إلى ذلك .

ثم اعلم أن مافى الدراية من تفسير الجمع ، بأن تقول طلقت وطلقت وطلقت وأن الأصح خلافه ،يفيد أن لها أن تطلق ثلاثا متفرقة فى مجلس واحد على الأصح ،وإليه يشير مافى العناية أيضا حيث فسره بطلقة واحدة وواحدة وواحدة فإنه جمع لاتحاد العامل ، بخلاف مافى الدراية فإنه تفريق لاجمع لتكرر الفعل،وعلى هذا فما فى القهستانى من قوله تطلق ثلاثا متفرقة أى فى ثلاثة مجالس ،فلا تطلق نفسها فى كل مجلس أكثر من واحدة ، لأن كلما لعموم الأفراد فلا تطلق ثلاثا مجتمعة اه مبنى على خلاف الأصح إلا أن يحمل قوله أكثر من واحدة على المجتمعة بقرينة قوله فلا تطلق ثلاثا مجتمعة تأمل ، ويدل على ماقلنا مافى جامع الفصولين : أمرك بيدك كلما شئت فلها أن تختار نفسها كلما شاءت فى المجلس أو بعده حتى تبين بثلاث إلا أنها لاتطلق نفسها فى دفعة واحدة أكثر من واحدة اه .

لأنها لعموم الأفراد .

(ولو طلقت بعدزوج آخر لايقع) إن كانت طلقت نفسها ثلاثا متفرقة وإلا فلها تفريقها بعد زوج آخر وهى مسألة الهدم الآتية (أنت طالق حيث شئت أو أين شئت لاتطلق إلا إذا شاءت فى المجلس ، وإن قامت من مجلسها قبل مشيئتها لا) مشيئة لها

فإن مقتضاه أن لها أن تطلق فى مجلس واحد ثلاثا متفرقة إلا أن يفرق بين أنت طالق وأمرك بيدك ، لكن فى غاية البيان قال : وهذه من مسائل الجامع الصغير . وصورتها : محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل قال لامرأته أنت طالق كلما شئت ، قال لها أن تطلق نفسها وإن قامت من مجلسها وأخذت فى عمل آخر واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلاثا الخ . قال فى غاية البيان : لأن كلمة كلما لتعميم الفعل فلها مشيئة بعد مشيئة إلى أن تستوفى الثلاث فإذا قامت من المجلس أو أخذت فى عمل آخر بطلت مشيئتها المملوكة لها فى ذلك المجلس بوجود دليل الإعراض ولكن لها مشيئة أخرى بحكم كلما اهـ فهذا صريح فى أن لها تفريق الثلاث فى مجلس واحد اهـ وأصرح منه مافى التاترخانية عن المحيط ،ولو قال لها أنت طالق كلما شئت فلها ذلك أبدا كلما شاءت فى المجلس وغيره واحدة بعد واحدة حتى تطلق ثلاثا اهـ فافهم .

[تنبيه] قال فى الفتح : فلو طلقت ثلاثا أو ثنتين وقع عندهما واحدة ، وعنده لايقع شىء اهـ . وفى البحر عن المبسوط : كلما شئت فأنت طالق ثلاثا فقالت شئت واحدة فهذا باطل ،لأن معنى كلامه كلما شئت الثلاث اهـ.

قلت: فأفاد أن تفريق الثلاث إنما هو فيما إذا لم يصرح بالعدد . وفى كافى الحاكم : كلما شئت فأنت طالق ثلاثا فشاءت واحدة فذلك باطل ، وكذا فأنت طالق واحدة فشاءت ثلاثا ، وكذا لو قال فأنت طالق ولم يقل ثلاثا فشاءت ثلاثا اهـ أى جملة ، فلو متفرقة ولو فى مجلس جاز كما علمت (قوله لأنها لعموم الأفراد) بكسر الهمزة أى الانفراد ، كذا ضبطه الشارح فى شرحه على المنار ، وكذا ضبطه ح وقال هو مصدر فيوافق تعبيرهم بالانفراد ويجوز فتحها اهـ .

وفى شرح العينى : لأن كلما تعم الأوقات والأفعال عموم الانفراد لاعموم الاجتماع فيقتضى إيقاع الواحدة فى كل مرة إلى مالا يتناهى إلا أن اليمين تصرف إلى الملك القائم اهـ (قوله لايقع) لأن التعليق إنما ينصرف إلى الملك القائم وهو الثلاث ، فباستغراقه ينتهى التفويض بحر (قوله وإلا) أى وإن لم تطلق نفسها أصلا أو طلقت نفسها ثلاثا فى مجلس أو طلقت نفسها واحدة فقط أو ثنتين فى مجلس ح .

مطلب فى مسألة الهدم

(قوله وهى مسألة الهدم الآتية) أى فى آخر باب الرجعة ، وهى أن الزوج الثانى يهدم مادون الثلاث كما يهدم الثلاث ، فمن طلق امرأته واحدة أو أكثر ثم عادت إليه بعد زوج آخر عادت إليه بملك جديد فيملك عليها ثلاث طلقات ، وهذا عندهما . وعند محمد إنما يهدم الثانى الثلاث فقط لاما دونها ، فمن طلق امرأته ثنتين ثم عادت إليه بعد زوج آخر عادت إليه بما بقى وهو طلقة واحدة ، فإذا طلقها بعد العود طلقة واحدة لاتحرم عليه حرمة غليظة عندهما ، وعنده تحرم ؛ وكذا إذا قال : كلما دخلت الدار فأنت طالق فدخلتها مرتين ووقع عليها الطلاق وانقضت عدتها ثم عادت إليه بعد زوج آخر ؛ فعندهما تطلق كلما دخلت الدار إلى أن تبين بثلاث طلقات خلافا لمحمد كماذكره الزيلعى فى باب التعليق عند قوله وتعليق الثلاث يبطل تنجيزه . وعبارة البحر هنا : قيدنا بكونه بعد الطلاق الثلاث

لأنهما للمكان ولا تعلق للطلاق به فجعلا مجازا عن إن لأنها أم الباب :

(وفى كيف شئت يقع) فى الحال (رجعية ، فإن شاءت بائنة أو ثلاثا وقع) ماشاءته (مع نيته) وإلا فرجعية لو موطوءة وإلا بانت وبطل الأمر ، وقول الزيلعي والعيني قبل الدخول صوابه بعده فتنبه .

لأنها لو طلقت نفسها واحدة أو ثنتين ثم عادت إليه بعد زوج آخر فلها أن تفرق الثلاث خلافا لمحمد ، وهى مسألة الهدم الآتية اهـ وهو موافق لما نقلناه عن الزيلعي ، ومثله فى الفتح وغاية البيان ، وهذا صريح فى أنها بعد العود لها أن تطلق نفسها ثلاثا متفرقة عندهما . وعند محمد تطلق مابقى فقط ، فتفريق الثلاث مبنى على قولهما لا على قول محمد فافهم ، نعم يشكل على هذا التعليل المار بأن التعليق إنما ينصرف إلى الملك القائم وهو الثلاث ، فإنه يقتضى أنها لو طلقت نفسها ثنتين ثم عادت إليه بعد زوج آخر ليس لها أن تطلق نفسها أصلا عندهما لأنها عادت إليه بملك حادث وطلقات الملك الأول هدمها الزوج الثانى .

ولا إشكال على قول محمد من أنها تطلق واحدة فقط لأنها الباقية لكون الزوج الثانى لم يهدم مادون الثلاث عنده . ثم رأيت المحقق فى الفتح أفاد الجواب عن ذلك فى باب التعليق بما حاصله أن قولهم إن المعلق طلقات هذا الملك الثلاث مقيد بمادام مالكا لها فإذا زال ماسلكه لبعضها صار المعلق ثلاث مطلقة (قوله لأنهما للمكان) فحيث ظرف مكان مبنى على الضم وأين ظرف مكان يكون استفهاما ، فإذا قيل أين زيد لزم الجواب بتعيين مكانه ويكون شرطا أيضا وتزاد فيه «ما» فيقال أينما تقم أقم بحر عن المصباح (قوله ولا تعلق للطلاق به) ولذا لو قال أنت طالق بمكة أو فى مكة كان تنجيزا للطلاق كما مر فتكون طالقا فى كل مكان فى الحال بخلاف الزمان فإن الطلاق يتعلق به (قوله فجعلا مجازا عن إن الخ) جواب عن إيرادين .

أحدهما أنه إذا ألغى ذكر المكان صار أنت طالق شئت ، وبه يقع للحال كأنت طالق دخلت الدار .

ثانيهما أنه إذا كان مجازا عن الشرط فلم حمل على إن دون متى مما لا يبطل بالقيام عن المجلس . والجواب عن الأول أنه جعل الظرف مجازا عن الشرط ، لأن كلا منهما يفيد ضربا من التأخير وهو أولى من إلغائه بالكلية . وعن الثانى بأن حمله على إن أولى لأنها أم الباب ولأنها حرف الشرط وفيه يبطل بالقيام ، أفاده فى الفتح (قوله ويقع فى الحال رجعية الخ) أى تطلق طلقة رجعية بمجرد قوله ذلك شاءت أولا ، ثم إن قالت شئت بائنة أو ثلاثا وقد نوى الزوج ذلك تصير كذلك للموافقة ، وهذا عنده . أما عندهما فما لم تشأ لم يقع شىء ، فعنده أصل الطلاق لا يتعلق بمشيئتها بل صفته ، وعندهما يتعلقان معا ، وتمامه فى الفتح . وكتبت فى حاشيتى على شرح المنار الفرق بين هذا التفويض وعامة التفويضات حيث لم تحتج إلى نية الزوج أن المفوض ههنا حال الطلاق وهو متنوع بين البينونة والعدد فيحتاج إلى النية لتعيين أحدهما بخلاف عامة التفويضات (قوله وإلا فرجعية) صادق بما إذا شاءت خلاف مانوى وبما إذا لم ينو شيئا ، والمراد الأول لما فى الفتح : وإن اختلفا بأن شاءت بائنة والزوج ثلاثا أو على القلب فهى رجعية لأنه لغت مشيئتها لعدم الموافقة ، فبقى إيقاع الزوج بالصريح ، ونيته لا تعمل فى جعله بائنا أو ثلاثا ولو لم تحضر الزوج نية لم يذكره فى الأصل ، ويجب أن تعتبر مشيئتها ، حتى لو شاءت بائنة أو ثلاثا ولم ينو الزوج يقع ماأوقعت بالاتفاق الخ اهـ (قوله لو موطوءة) قيد لقوله رجعية فى الموضعين ، وتقدم فى باب المهر نظما أن المختلى بها كالموطوءة فى لزوم العدة ، وكذا فى وقوع طلاق آخر فى عدتها فافهم (قوله وإلا) أى بأن كانت غير مدخول بها طلقت طلقة بائنة وخرج الأمر من يدها لفوات محليتها بعدم العدة كذا فى الفتح ، أما المختلى بها فتلزمها العدة كما علمت فتطلق رجعية ولا يخرج الأمر من يدها فافهم (قوله وقول الزيلعي) عبارته : وثمرة الخلاف تظهر فى موضعين

(وفى كم شئت أو ماشئت لها أن تطلق ماشاءت) فى مجلسها ولم يكن بدعيا للضرورة (وإن ردت) أو أتت بما يفيد الإعراض (ارتد) لأنه تمليك فى الحال فجوابه كذلك .

(قال لها طلقى) نفسك (من ثلاث ماشئت تطلق مادون الثلاث ، ومثله اختارى من الثلاث ماشئت) لأن من تبعيضية . وقالا : بيانية ، فتطلق الثلاث ، والأول أظهر .

[فروع] قال : أنت طالق إن شئت وإن لم تشائى طلقت للحال

فيما إذا قامت عن المجلس قبل المشيئة ، وفيما إذاكان ذلك قبل الدخول فإنه يقع عنده طلقة رجعية . وعندهما لايقع شىء والرد كالقيام اه ح (قوله لها أن تطلق ماشاءت) أى واحدة أو ثنتين أو ثلاثا ، ويتعلق أصل الطلاق بمشيئتها بالاتفاق بخلاف مسألة كيف شئت على قوله ، لأن كم اسم للعدد وماشئت تعميم للعددوالواحد عدد على اصطلاح الفقهاء فكان التفويض فى نفس العدد والواقع ليس إلا العدد إذا ذكر ، فصار التفويض فى نفس الواقع فلا يقع شىء مالم تشأ فتح .

[تنبيه] لم يذكر اشتراط النية من الزوج وشرطه الشارح فى شرحه على المنار ، وكذا فى شرح المرقاة . وذكر فى الكشف أنه رأى بخط شيخه معلما بعلامة البزدوى أن مطابقة إرادة الزوج شرط لأنه لما كان للعدد المبهم احتيج إلى النية ، وأقره فى التقرير ، لكن ظاهر الهداية والفتح وغيره أنه لايشترط ، واستظهره صاحب البحر فى شرحه على المنار لأنه لااشتراك لأن المفوض إليها القدر فقط وله أفراد فلا إبهام ، بخلافه فى كيف لأن المفوض إليها الحال وهو مشـترك كما قدمناه . قلت : وهو ظاهر المتون أيضا (قوله فى مجلسها) لأنه تمليك فيقتصر عليه كامر (قوله ولم يكن بدعيا) قال فى البحر : وأفاد بقوله ماشاءت أن لها أن تطلق أكثر من واحدة من غير كراهة ، ولا يكون بدعيا إلا ما أوقعه الزوج لأنها مضطرة إلى ذلك لأنها لو فرقت لخرج الأمر من يدها اه .

قلت : وكذا لوكانت حائضا ، وقد مر التصريح به فى أول الطلاق . قال ط : ويقال نظير ذلك فى كيف شئت السابق إذا أوقعت ثلاثا مع النية (قوله وإن ردت) بأن قالت لاأطلق فتح (قوله بما يفيد الإعراض) كالنوم والقيام عن المجلس (قوله لأنه تمليك فى الحال) احتراز عن إذا ومتى ، يعنى هذا تمليك منجز غير مضاف إلى وقت فى المستقبل فاقتضى جوابا فى الحال فتح (قوله والأول أظهر) لأنه لوكان المراد البيان لكفى قوله طلقى ماشئت كمافى النهر عن التحرير ح .

مطلب أنت طالق إن شئت وإن لم تشائى

(قوله إن شئت وإن لم تشائى) اعلم أنه إذا جعل المشيئة وعدمها شرطا واحدا أو المشيئة والإباء فإنها لاتطلق أبدا للتعذر ، كأنت طالق إن شئت ولم تشائى ، أوإن شئت وأبيت ، وإن كرر إن وقدم الجزاء كأنت طالق إن شئت وإن لم تشائى فشاءت فى مجلسها أو لم تشأ تطلق ، لأنه جعل كلا منهما شرطا على حدة ، كقوله : أنت طالق إن دخلت الدار أولم تدخلى ، وإن أخر الجزاء كإن شئت وإن لم تشائى فأنت طالق لاتطلق أبدا لأنه مع التأخير صارا كشرط واحد وتعذر اجتماعهما ، بخلاف ماإذا أمكن فلا تطلق حتى يوجدا كإن أكلت وإن شربت فأنت طالق ، وإن كرر إن وأحدهما المشيئة والآخر الإباء كأنت طالق إن شئت وإن أبيت وقع شاءت أو أبت ، وإن سكتت حتى قامت من المجلس لايقع لأن كلا منهما شرط على حدة والإباء فعل كالمشيئة فأيهما وجد لايقع ، وإذا انعدما لايقع ، وكذا لولم يكرر إن وعطف بأو كأنت طالق إن شئت أو أبيت لأنه علقه بأحدهما ؛ ولو قال إن شئت

ولو قال : إن كنت تحبين الطلاق فأنت طالق ، وإن كنت تبغضينه فأنت طالق لم تطلق ، لأنه يجوز أن لا تحبه ولا تبغضه ولا يجوز أن تشاء ولا تشاء ، ولو قال لهما : أشدكما حبا للطلاق أو أشدكما بغضا له طالق فقالت كل أنا أشد حبا له لم يقع لدعوى كل أن صاحبتها أقل حبا منها فلم يتم الشرط ، ثم التعليق بالمشيئة أو الإرادة أو الرضا أو الهوى أو المحبة يكون تمليكا فيه معنى التعليق ، فيتقيد بالمجلس كأمرك بيدك بخلاف التعليق بغيرها .

فأنت طالق وإن لم تشائى فأنت طالق طلقت للحال ، بخلاف إن كنت تحبين الطلاق فأنت طالق وإن كنت تبغضين فأنت طالق ، لأنه يجوز أن لا تحب ولا تبغض فلم يتيقن شرط الوقوع ، ولا يجوز أن تشاء ولا تشاء فيكون أحد الشرطين ثابتا لا محالة فوقع ؛ ولو قال أنت طالق إن أبيت أو كرهت فقالت أبيت تطلق ، ولو قال إن لم تشائى فأنت طالق فقالت لا أشاء لا تطلق ، لأن أبيت صيغة لإيجاد الإباء ، فقد علق بالإباء منها وقد وجد فوقع ، وقوله وإن لم تشائى صيغة للعدم لا للإيجاد فصار بمنزلة إن لم تدخلى الدار وعدم المشيئة لا يتحقق بقولها لا أشاء ، لأن لها أن تشاء من بعد ، وإنما يتحقق بالموت بحر عن المحيط . وذكر بعده أنه لو علقه بعدم مشيئة نفسه فهو كذلك ، بخلاف إن لم يشأ فلان فقال لا أشاء . والفرق أن شرط البر فى الأجنبى مشيئة طلاقها فى المجلس ، وبقوله لا أشاء تبدل المجلس لأنه اشتغال بما لا يحتاج إليه إذ يكفيه فى الإيقاع السكوت حتى يقوم (قوله لم تطلق) محله ما إذا قالت لا أحب ولا أبغض أو سكتت ، أما لو قالت أحب أو أبغض طلقت لأن التعليق بالمحبة ونحوها تعليق على الإخبار بذلك ولو كان مخالفا لما فى الواقع كما سيأتى (قوله ولا يجوز أن تشاء ولا تشاء) لأن المشيئة تنبىء عن الوجود ولا واسطة بين الوجود وعدمه (قوله أو أشدكما بغضا له) هذه مسألة ثانية ، وقوله فقالت كل أنا أشد حبا له الخ جواب المسألة الأولى وترك جواب المسألة الثانية لكونه معلوما بالمقايسة تقديره فقالت كل أنا أشد بغضا له لم يقع لدعوى كل أن صاحبتها أقل بغضا منها فلم يتم الشرط ح (قوله فقالت كل الخ) أى وكذبهما الزوج كما قيده فى حاكم ، ومقتضاه لو صدقهما وقع عليهما ، لأن أفعل التفضيل ينتظم الواحد والأكثر كما سيأتى فى الوقف فيما لو شرط النظر للأرشد تأمل (قوله فلم يتم الشرط) لأنها غير مصدقة فى الشهادة على صاحبتها بحر : أى لأنها لا تكون أشد حبا أو بغضا إلا إذا كانت الأخرى أقل وهى لا تصدق على ما فى قلب الأخرى فلم يثبت كونها أشد من الأخرى ، ويقال فى الأخرى كذلك فلم يثبت أشدية واحدة منهما فلم يتم شرط الوقوع على واحدة منهما ، ومقتضى التعليل أنه لو قالت واحدة منهما فقط أنا أشد لم يقع عليها ، إلا أن يقال فى أن دعوى كل منهما تكذيب كل للأخرى ، بخلاف دعوى إحداهما ، وسيأتى فى التعليق أنه لو قال إن كنت تحبين كذا فأنت كذا وفلانة فقالت أحب تصدق فى حق نفسها تأمل (قوله ثم التعليق بالمشيئة الخ) وكذا التعليق بكل ما هو من المعانى التى لا يطلع عليها غيرها بحر ط (قوله فيتقيد بالمجلس) وكذا إذا كانت كاذبة فى الإخبار بالمحبة والبغض يقع ، بخلاف التعليق بالحيض ونحوه ، ثم إن هذا تفريع على التمليك ، قيل والأولى زيادة ولا يملك الرجوع عنه ليتفرع على كونه تعليقا فإنه أظهر من تفريعه على التمليك .

قلت : وفيه أن المراد بيان ما خالف التعليق بهذه المذكورات التعليق بغيرها وعدم الرجوع عنه مما توافق فيه الجميع فافهم (قوله بخلاف التعليق بغيرها) كالتعليق على الحيض أو على دخول الدار فإنه تعليق محض لا يتقيد بالمجلس ، وكذا لا يقع فى نفس الأمر بالإخبار كذبا كما سيأتى ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

باب التعليق

(هو) لغة من علقه تعليقا قاموس : جعله معلقا . واصطلاحا (ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى) ويسمى يمينا مجازا ،

باب التعليق

ذكره بعد بيان تنجيز الطلاق صريحا وكناية ، لأنه مركب من ذكر الطلاق والشرط ، فأخره عن المفرد نهر .

مطلب فيما لو حلف لايحلف فعلق

(قوله من علقه تعليقا) كذا فى البحر . والأولى أن يقول : وهو مصدر علقه جعله معلقا : أى لأن كلامه يوهم اشتقاق المصدر من الفعل وهو خلاف المختار ، لكن المراد بيان المادة لإفادة أن المراد به لغة مطلق التعليق الشامل للحسى والمعنوى (قوله واصطلاحا ربط الخ) فهو خاص بالمعنوى والمراد بالجملة الأولى فى كلامه جملة الجزاء ، وبالثانية جملة الشرط ، وبالمضمون ماتضمنته الجملة من المعنى ، فهو فى مثل إن دخلت الدار فأنت طالق ربط حصول طلاقها بحصول دخولها الدار (قوله ويسمى يمينا مجازا) لما فى النهر من أن التعليق فى الحقيقة إنما هو شرط وجزاء فإطلاق اليمين عليه مجاز لما فيه من معنى السببية اه . وفيه أن هذا بيان للجملة الشرطية المتضمنة للتعليق المعرّف بالربط الخاص كما علمت ، وهذا الربط يسمى يمينا .

قال فى الفتح : إن اليمين فى الأصل القوة ، وسميت إحدى اليدين باليمين لزيادة قوتها على الأخرى . وسمى الحلف بالله تعالى يمينا لإفادته القوة على المحلوف عليه من الفعل أو الترك بعد تردد النفس فيه ، ولا شك فى أن تعليق المكروه للنفس على أمر بحيث ينزل شرعا عند نزوله يفيد قوة الامتناع عن ذلك الأمر وتعليق المحبوب لها أى للنفس على ذلك يفيد الحمل عليه فكان يمينا اه لكن هذا يحتمل أنه حقيقة أو مجاز فى اللغة .

وفى أيمان البحر : ظاهر مافى البدائع أن التعليق يمين فى اللغة أيضا ، قال : لأن محمدا أطلق عليه يمينا وقوله حجة فى اللغة اه فأفاد أنه يمين لغة واصطلاحا ، ولذا قال فى معراج الدراية : اليمين يقع على الحلف بالله تعالى وعلى التعليق :

قلت : لكن مقتضى كلام الفتح المار أن المراد به التعليق على أمر اختيارى للمعلق ليفيد قوة الامتناع عن الأمر المحلوف عليه أو قوة الحمل عليه ، نحو : إن بشرتنى بكذا فأنت حر فغيره من التعليق لايسمى يمينا ، مثل إن طلعت الشمس أو إن حضت فأنت كذا ، لكن فى تلخيص الجامع وشرحه للفارسى : لو حلف لايحلف بيمين حنث بتعليق الجزاء بما يصلح شرطا ، سواء كان الشرط فعل نفسه أم فعل غيره أم مجىء الوقت ، كأنت طالق إن دخلت أو إن قدم زيد أو إذا جاء غد ، وكذا إذا جاء رأس الشهر ، أو إذا أهل الهلال والمرأة من ذوات الحيض دون الأشهر ، لوجود ركن اليمين وهو تعليق الجزاء ، ووجود اليمين شرط الحنث فيحنث ، إلا أن يعلق بعمل من أعمال القلب كإن شئت أو أردت أو أحببت أو هويت أو رضيت ، أو بمجىء الشهر كإذا جاء رأس الشهر والمرأة من ذوات الأشهر فلا يحنث ، أما الأول فلأنه مستعمل فى التمليك ولذا يقتصر على المجلس فلم يتمحض للتعليق ، وأما الثانى فلأنه مستعمل فى بيان وقت السنة ، لأن رأس الشهر فى حقها وقت وقوع الطلاق السنى فلم يتمحض للتعليق ، ولهذا لم يحنث بتعليق الطلاق بالتطليق كأنت طالق إن طلقتك لاحتمال إرادة الحكاية عن الواقع من كونه مالكا لتطليقها فلم يتمحض للتعليق ، ولا بقوله لعبده إن أديت إلىّ ألفا فأنت حر وإن عجزت فأنت رقيق وإن وجد

وشرط صحته كون الشرط معدوما على خطر الوجود ، فالمحقق كإن كان السماء فوقنا تنجيز ، والمستحيل كإن دخل الجمل فى سم الخياط لغو

الشرط والجزاء لأنه تفسير الكتابة فلم يتمحض للتعليق ، ولا بقوله أنت طالق إن حضت حيضة لأن الحيضة الكاملة لاوجود لها إلا بوجود جزء من الطهر فيقع فى الطهر فأمكن جعله تفسيرا لطلاق السنة فلم يتمحض للتعليق وإنما لم نحنثه بما لم يتمحض للتعليق فى هذه الصور ، لأن الحلف بالطلاق محظور ، وحمل كلام العاقل على وجه فيه إعدام المحظور أولى ، وقد أمكن حمله هنا على مايحتمله من التمليك أو التفسير فلا يحمل على الحلف بالطلاق ، وإنما حنث فى قوله إن حضت فأنت طالق لوجود شرط الحنث وهو اليمين بذكر ركنه وهو الجزاء والشرط ، وقوله إن حضت لايصلح تفسيرا للطلاق البدعى لتنوع البدعى إلى أنواع فلم يمكن جعله تفسيرا بخلاف السنى فإنه نوع واحد وإنما حنث فيما إذا قال لها أنت طالق إن طلعت الشمس مع أن معنى اليمين وهو الحمل أو المنع مفقود ومع أن طلوع الشمس متحقق الوجود لايصلح شرطا ، لأنه لاخطر فى وجوده . لأنا نقول : الحمل والمنع ثمرة اليمين وحكمته ، فقد تم الركن فى اليمين دون الثمرة والحكمة ، إذ الحكم الشرعى فى العقود الشرعية يتعلق بالصورة لابالثمرة والحكمة ، ولذا لو حلف لايبيع فباع فاسدا حنث لوجود ركن البيع وإن كان المطلوب منه وهو انتقال الملك غير ثابت ، ولا تسلم عدم الخطر لاحتمال قيام الساعة فى كل زمان اه ملخصا

مطلب لايحنث بتمليق الطلاق بالتطليق

وحاصله أن كل تعليق يمين سواء كان تعليقا على فعله أو فعل غيره أو على مجىء الوقت وإن لم توجد فيه ثمرة اليمين وهى الحمل أو المنع فيحنث به فى حلفه لايحلف إلا إذا أمكن صرفه عن صورة التعليق إلى جعله تمليكا أو تفسيرا لطلاق السنة أو لبيان الواقع أو للكتابة كما فى هذه المسائل الخمس المستثناة ، كما سيأتى فى كتاب الأيمان إن شاء الله تعالى ، وبهذا يتضح ماقاله فى البحر من أن تعبير المصنف بالتعليق أولى من قول الهداية باب اليمين بالطلاق ، لأن التعليق يشمل الصورى كهذه الخمس ، وبعضها قد ذكر فى هذا الباب مع أنها ليست يمينا كما علمت وقوله فى النهر إنه لايحنث فيها لأنها ليست يمينا عرفا فلا ينافى كونها يمينا فى اصطلاح الفقهاء ساقط لما علمت من أن عدم الحنث فيها لعدم تمحضها تعليقا وأنها ليست يمينا عندهم . وأيضا لو كان ذلك مبنيا على العرف فما الفرق فى العرف بين إن حضت وإن حضت حيضة حتى كان الأول يمينا دون الثانى (قوله كون الشرط) أى مدلول فعل الشرط (قوله على خطر الوجود) أى مترددا بين أن يكون وأن لايكون لامستحيلا ولا متحققا لامحالة ، لأن الشرط للحمل والمنع وكل منهما لايتصور فيهما شرح التحرير (قوله فالمحقق) محترز قوله معدوما ح (قوله تنجيز) ليس على إطلاقه بل فيما لبقائه حكم ابتدائه ، كقوله لعبده إن ملكتك فأنت حر عتق حين سكت ، وقوله لها إن أبصرت أو سمعت أو صححت وهى بصيرة أو سميعة أو صحيحة طلقت الساعة ، لأن ذلك أمر يمتد ، فكان لبقائه حكم الابتداء ، بخلاف إن حضت أو مرضت وهى حائض أو مريضة فعلى حيضة مستقبلة ، لأن الحيض والمرض مما لايمتد أفاده فى البحر .

ووجهه كما فى الخانية أن الحيض والمرض وإن كان يمتد إلا أن الشرع لما علق بالجملة أحكاما لاتتعلق بكل جزء منه فقد جعل الكل شيئا واحدا فافهم (قوله والمستحيل) محترز قوله على خطر الوجود ح (قوله لغو) فلا يقع أصلا لأن غرضه منه تحقيق النفى حيث علقه بأمر محال ، وهذا يرجع إلى قولهما إمكان البر شرط انعقاد اليمين خلافا لأبى يوسف . وعلى هذا ظهر مافى الخانية : لو قال لها إن لم تردى على الدينار الذى أعطيته من كيسى فأنت

وكونه متصلا إلا لعذر وأن لايقصد به المجازاة ، فلو قالت ياسفلة فقال : إن كنت كما قلت فأنت كذا

طالق فإذا الدينار فى كيسه لاتطلق بحر ، ومنه مافى القنية : سكران طرق الباب فلم يفتح له فقال إن لم تفتحى الباب الليلة فأنت طالق ولم يكن فى الدار أحد لاتطلق نهر ، ومنه مسائل ستأتى فى الفروع آخر الباب .

مطلب إن لم تتزوجى بفلان فأنت طالق

[تنبيه] فى فتاوى الكازرونى عن فتاوى المحقق عبد الرحمن المرشدى أنه سئل عمن قال لزوجته أنت طالق إن لم تتزوجى بفلان . فأجاب لاخفاء فى أن مراد الزوج بهذا التعليق إنما هو عدم تزوجها بفلان بعد زوال سلطانه عنها بانفصال العصمة وانقضاء العدة وهى حينئذ فى غير ملكه فيكون لغوا فيلغو الشرط ويبقى قوله أنت طالق فتطلق منجزا كما اختاره بعض المتأخرين من علماء اليمن ، بناء على استحالة وجود الشرط المعلق عليه الطلاق حالة بقائها فى عصمة الزوج واختار بعض منهم صحة التعليق وجعله ممكنا وأوقع الطلاق فى آخر جزء من حياته أو حياتها لأنه فى معنى العدم والعدم متحقق مستمر ، لكنه لما علقه بالمستقبل صلح جميع زمان الاستقبال لوجوده فلا يتعين له وقت آخر إلى أن ينتهى إلى آخر جزء من الحياة فيتضيق فيقع . ولحظ بعضهم أنه شرط إلزامى فكأنه يريد إلزامها بعدم تزوجها بفلان وهو إلزام مالا يلزم ، فيلغو ويقع الطلاق منجزا .

أقول : ولو قيل بأن مراد الزوج التعليق بعدم إرادتها التزوج بفلان بعد الطلاق صونا لكلام العاقل عن الإلغاء لم يبعد ويكون فى ذلك القول قولها مع يمينها كما فى نظائره من الأمور القلبية ، نحو إن كنت تحبينى ، فإن قالت له لم أرد التزوج به بعدك وقع الطلاق وإلا فلا اه ملخصا . ثم نقل الكازرونى هذه المسألة ثانيا عن الحدادى صاحب الجوهرة وأنه أجاب عنها سراج الدين الهاملى رواية عن شيخه على بن نوح بأنها تطلق وتتزوج من أرادت . قال الكازرونى : وهو الذى ينبغى أن يعول عليه : أى بناء على أنه تعليق بمستحيل أو شرط إلزامى(١) .

(قوله وكونه متصلا الخ) أى بلا فاصل أجنبى ، وسيأتى الكلام عليه عند قوله قال لها أنت طالق إن شاء الله متصلا .

مطلب التعليق المراد به المجازاة دون الشرط

(قوله وأن لايقصد به المجازاة الخ) قال فى البحر : فلو سبته بنحو قرطبان وسفلة ، فقال : إن كنت كما قلت فأنت طالق تنجز ، سواء كان الزوج كما قالت أو لم يكن لأن الزوج فى الغالب لايريد إلا إيذاءها بالطلاق ، فإن أراد التعليق يدين وفتوى أهل بخارى عليه كما فى الفتح اه يعنى على أنه للمجازاة دون الشرط كما رأيته فى الفتح وكذا فى الذخيرة . وفيها والمختار والفتوى أنه إن كان فى حالة الغضب فهو على المجازاة وإلا فعلى الشرط اه ومثله فى التاترخانية عن المحيط . وفى الولوالجية : إن أراد التعليق لايقع مالم يكن سفلة ، وتكلموا فى معنى السفلة . عن أبى حنيفة أن المسلم لايكون سفلة إنما السفلة الكافر وعن أبى يوسف أنه الذى لايبالى ماقال وما قيل له . وعن

---

(١) (قوله أو شرط إلزامى) قلت : ورأيت فى وصايا خزانة الأكل مانصه ، حيث قال : أوصى لأمته أن تعتق على أن لاتتزوج ثم ماتت فقالت لا أتزوج فإنها تعتق من ثلثه ، فإن تزوجت بعده لم تبطل الوصية ، وكذا لو قال هى حرة على أن تثبت على الإسلام أو على أن لا ترجع عن الإسلام ، فإن أقامت على الإسلام ساعة فهى حرة من ثلثه ولا تبطل بارتدادها بعد ؛ وكذا نصرانى قال إن ثبتت على النصرانية بعده أو على الإسلام ، وإن أوصى لأم ولده إن لم تتزوج أبدا إن وقت وقتا فهو كما قال ، فإن تزوجت بعد ذلك بطلت وصيته ، وكذا إن قال لأمته هى حرة إن لم تتزوج شهرا اه منه .

تنجيز كان كذلك أولا وذكر المشروط ، فنحو أنت طالق إن لغو ، به يفتى ، ووجود رابط حيث تأخر الجزاء كما يأتى (شرطه الملك) حقيقة كقوله لقنه : إن فعلت كذا فأنت حر أو حكما ، ولو حكما (كقوله لمنكوحته) أو معتدته (إن ذهبت فأنت طالق ، أو الإضافة إليه) أى الملك الحقيقى عاما أو خاصا ، كإن ملكت عبدا أو إن ملكتك لمعين فكذا أو الحكمى كذلك (كإن) نكحت امرأة أو إن (نكحتك فأنت طالق)

محمد أنه الذى يلعب بالحمام ويقامر . وقال خلف : إنه من إذا دعى لطعام يحمل من هناك شيئا . والفتوى على ماروى عن أبى حنيفة لأنه هو السفلة .طلقاه والقرطبان الذى لاغيرة له (قوله تنجيز) الأولى تنجز بصيغة الماضى لأنه جواب قوله فلو قال (قوله وذكر المشروط) أى فعل الشرط لأنه مشروط لوجود الجزاء (قوله لغو) أى فلا تطلق لأنه ماأرسل الكلام إرسالا ، وكذا لو قال أنت طالق ثلاثا لولا أو إلا أو إن كان أو إن لم يكن بحر (قوله به يفتى) هو قول أبى يوسف . وقال محمد تطلق للحال بحر (قوله ووجود رابط)أى كالفاء وإذا الفجائية ح (قوله كما يأتى) أى عند قوله والفاظ الشرط ح (قوله شرطه الملك) أى شرط لزومه(١) فإن التعليق فى غير الملك والمضاف إليه صحيح موقوف على إجازة الزوج حتى لو قال أجنبى لزوجة إنسان إن دخلت الدار فأنت طالق توقف على الإجازة ، فإن أجازه لزم التعليق فتطلق بالدخول بعد الإجازة لاقبلها ،وكذا الطلاق المنجز من الأجنبى موقوف على إجازة الزوج ،فإذا أجازه وقع مقتصرا على وقت الإجازة بخلاف البيع فإنه بالإجازة يستند إلى وقت البيع . والضابط فيه أن ماصح تعليقه بالشرط(٢) يقتصر وما لايصح يستند بحر (قوله حقيقة) أشار إلى أن المراد مايشمل تعليق الطلاق والعتق وكذا النذر كإن شفى الله .ريضى فلله على أن أتصدق بهذا الثوب اشترط ملكه له حالة التعليق ؛ أفاده الرحمتى (قوله أو حكما) أى أو كان الملك حكما كملك النكاح فإنه ملك انتفاع بالبضع لاملك رقبة .

ثم إن هذا الحكمى إن كان النكاح قائما فهو حكمى حقيقة ، وإن كان بعد الطلاق وهى فى العدة فهو حكمى حكما وإلى هذا أشار بقوله ولو حكما ط (قوله لمنكوحته أو معتدته) فيه نشر مرتب . قال فى البحر : وقدمنا آخر الكنايات عند قوله والصريح يلحق الصريح أن تعليق طلاق المعتدة فيها صحيح فى جميع الصور إلا إذا كانت معتدة عن بائن وعلق بائنا كما فى البدائع اعتبارا للتعليق بالتنجيز (قوله أو الإضافة إليه) بأن يكون معلقا بالملك كما مثل ، وكقوله : إن صرت زوجة لى أو بسبب الملك كالنكاح : أى التزوج وكالشراء فى إن اشتريت عبدا بخلاف قوله لعبد مورثه : إن مات سيدك فأنت حر فإنه لايصح التعليق ، لأن الموت ليس بموضوع للملك بل لإبطاله .

ثم اعلم أن المراد هنا بالإضافة معناها اللغوى الشاملة للتعليق المحض وللإضافة الاصطلاحية ، كأنت طالق يوم أتزوجك كما أشار إليه فى الفتح ، وقد أطال فى البحر فى بيان الفرق بينهما فراجعه (قوله فكذا) أى فهو حر أو فأنت حر (قوله أو الحكمى) عطف على الحقيقى ح (قوله كذلك) أى عاما أو خاصا ، وأشار بذلك إلى خلاف مالك رحمه الله حيث خصه بالخاص بامرأة أو بمصر أو قبيلة أو بكارة أو ثيوبة ككل بكر أو ثيب (قوله كإن نكحت امرأة) أى فهى طالق ، وحذفه لدلالة مابعده عليه (قوله أو إن نكحتك) لافرق بين كونها

---

(١) (قوله أى شرط لزومه الخ) لعل هذا التقدير خاص بالمتزوجة، وأما الخالية من الأزواج فالملك فيه شرط صحة ، حتى لو قال رجل لامرأة خالية من الزوج أنت طالق أو إن دخلت الدار فأنت طالق كان قوله لاغيا لعدم الملك اه .

(٢) (قوله ما صح تعليقه بالشرط الخ) أى والموقوف معلق فى المعنى على إجازة المالك، والتعليق الحقيقى يقتصر على وقت الشرط فيصح ، هذا فى الطلاق دون البيع فيستند اه .

وكذا كل امرأة، ويكفى معنى الشرط إلا فى المعينة باسم أو نسب أو إشارة فلو قال: المرأة التى أتزوجها طالق تطلق بتزوجها، ولو قال هذه المرأة الخ لالتعريفها بالإشارة فلغا الوصف (فلغا قوله لأجنبية إن زرت زيدا فأنت طالق فنكحها فزارت) وكذا كل امرأة اجتمع معها فى فراش فهى طالق فتزوجها لم تطلق ، وكل جارية أطؤها حرة فاشترى جارية فوطئها لم تعتق لعدم الملك والإضافة إليه .

وأفاد فى البحر أن زيارة المرأة فى عرفنا لاتكون إلا بطعام معها يطبخ عند المزور فليحفظ .

أجنبية أو معتدة كما فى البحر (قوله وكذا كل امرأة) أى إذا قال : كل امرأة أتزوجها طالق ، والحيلة فيه مافى البحر من أنه يزوجه فضولى ويجيز بالفعل كسوق الواجب إليها أو يتزوجها بعد ماوقع الطلاق عليها ، لأن كلمة كل لاتقتضى التكرار اه وقدمنا قبل فصل المشيئة مايتعلق بهذا البحث

[فرع] قال : كل امرأة أتزوجها فهى طالق إن كلمت فلانا فكلم ثم تزوج لايقع الطلاق عليها . وإن كلم ثم تزوج ثم كلم طلقت المتزوجة بعد الكلام الأول خانية ، وانظر مافى الفصل العاشر(١) من الذخيرة (قوله باسم أو نسب) الذى فى البحر وغيره : ونسب بالواو . قال : فلو قال فلانة بنت فلان التى أتزوجها طالق فتزوجها لم تطلق اه أى لأنه لما لغا الوصف بالتزوج بقى قوله فلانة بنت فلان طالق وهى أجنبية ولم توجد الإضافة إلى الملك فلا يقع إذا تزوجها (قوله أو إشارة) التعريف بالإشارة فى الحاضرة ، وبالاسم والنسب فى الغائبة ، حتى لو كانت المرأة حاضرة عند الحلف لايحصل التعريف بذكر اسمها ونسبها ولا تلغو الصفة ، ويتعلق الطلاق بالتزوج .

وعليه مافى الجامع : رجل اسمه محمد بن عبد الله وله غلام فقال إن كلم غلام محمد بن عبد الله هذا أحد فامرأته طالق وأشار الحالف إلى الغلام لاإلى نفسه ثم كلم الغلام بنفسه تطلق ، لأن الحالف حاضر ، فتعريفه بالإشارة أو الإضافة ولم يوجد فبقى منكرا فدخل تحت اسم النكرة ، أفاده فى البحر عن جامع شيخ الإسلام (قوله فلغا الوصف) أى قوله أتزوجها ، فصار كأنه قال هذه طالق كقوله لامرأته هذه المرأة التى تدخل الدار طالق فإنها تطلق للحال دخلت أولا بحر ، وإنما لم تطلق الأجنبية لعدم الملك وعدم الإضافة إليه لإلغاء الوصف ، بخلاف امرأته (قوله لعدم الملك والإضافة إليه) أما فى مسألة المتن فظاهر، وكذا فيما بعدها لأن الاجتماع فى فراش لايلزم كونه عن نكاح ، كما أن وطء الجارية لايلزم كونه عن ملك ؛ ومثل ذلك مالو قال لوالديه إن زوجتمانى امرأة فهى طالق ثلاثا فزوجاه بلا أمره لاتطلق لأنه غير مضاف إلى ملك النكاح ، لأن تزويجهما له بلا أمره لايصح بحر عن المحيط . ثم قال لافرق بين كونه بأمره أو بلا أمره كما فى المعراج اه .

قلت : لكن فى الخانية فى صورة الأمر أن الصحيح أنه يصح اليمين وتطلق اه وهو مشكل ، لأن الكلام فى وجود شرط التعليق وهو الملك أو الإضافة إليه ، وتزويج الأبوين غير سبب للملك من كل وجه ، لأنه قد يكون بأمره وبدونه، اللهم إلا أن يكون مراد الخانية ما إذا قال إن زوجتمانى بأمرى فحينئذ يصح اليمين وتطلق وإلا فلا وجه للتفصيل المذكور قبل صحة التعليق ، فالأوجه مافى المعراج (قوله وأفاد فى البحر الخ) قلت : هذا العرف فى دمشق الآن غير مطرد بل كان وبان ، نعم بقى بين أطراف الناس وقال ط : قلت العرف الجارى فى مصر الآن

---

(١) (قوله وانظر مافى الفصل العاشر) حاصل ماذكره صاحب البحر فى هذه المسألة أنه لو قدم الشرط بأن قال كلمت زيدا فكل امرأة الخ يكون الشرط حصول كلام قبل التزوج ؛ وأما لو عكس بأن أخر الشرط انعكس الحكم وكان الشرط حصول كلام بعد التزوج ؛ حتى لو كلم ثم تزوج تطلق فى المسألة الأولى دون الثانية ، ولو كلم بعد هذا التزوج طل المسألة الثانية تطلق لحصول الشرط وهو الكلام بعد التزوج اه.

(كما لغا إيقاعه) الطلاق (مقارنا لثبوت ملك) كأنت طالق مع نكاحك ، ويصح مع تزوجي إياك لتمام الكلام بفاعله ومفعوله (أو زواله) كمع موتى أو موتك .

[فائدة] فى المجتبى عن محمد فى المضافة لايقع ، وبه أفتى أئمة خوارزم انتهى ، وهوقول الشافعى : وللحنفى تقليده بفسخ قاض

أنها تعذ زائرة ولو معها شيء غير مايطبخ (قوله كما لغا الخ) أصل ذلك مافى البحر عن المعراج : ولو أضافه إلى النكاح لايقع ، كما لوقال أنت طالق مع نكاحك أو فى نكاحك ذكره فى الجامع ،بخلاف أنت طالق مع تزوجى إياك فإنه يقع ،وهو مشكل . وقيل الفرق أنه لما أضاف التزوج إلى فاعله واستوفى مفعوله جعل التزويج مجازا عن الملك لأنه سببه وحمل مع على بعد تصحيحا له وفى نكاحك لم يذكر الفاعل؛ فالكلام ناقص فلا يقدر بعد النكاح فلا يقع ويصح النكاح اه . وأشار الشارح إلى هذا الفرق بقوله لتمام الكلام الخ . ومقتضاه أنه لو قال : مع نكاحي إياك ؛ أو قال مع تزوجك انعكس الحكم لكن قال ح : وفى النفس من هذا التعليل شيء فإن قوله مع نكاحك على تقدير مع نكاحى إياك والمقدر كالملفوظ ، وإلى هذا الضعف أشار بصيغة التمريض اه .

قلت : الأظهر الفرق بأنه عند عدم التصريح بالفاعل يحتمل تزوجه لها أو تزوج غيره لها ، لكن مقتضى هذا عدم الفرق بين النكاح والتزوج فى أنه إن صرح بذكر الفاعل يقع فيهما وإلا فلا فيهما فتأمل .

وأقرب من هذا كله مااستنبطه بعض فضلاء الدرس أن التزوج يعقب التزويج ، فإذا قارن الطلاق التزوج وجد الملك قبله بالتزويج فيصح وتطلق ، بخلاف مع نكاحك لأنه مقارن للملك (قوله كمع موتى أو موتك) لإضافته لحالة منافية للإيقاع فى الأول والوقوع فى الثانى كما تقدم فى باب الصريح (قوله فى المجتبى عن محمد فى المضافة) أى فى اليمين المضافة إلى الملك .

وعبارة المجتبى على مافى البحر : وقد ظفرت برواية عن محمد أنه لايقع ،وبه كان يفتى كثير من أئمة خوارزم اه وأما مافى الظهيرية من أنه قول محمد وبه يفتى فذاك غير ماعن فيه كما يأتى بيانه قريبا فافهم (قوله وللحنفى تقليده الخ) أى تقليد الشافعى .

مطلب فى فسخ اليمين المضافة إلى الملك

قال فى البحر : وللحنفى أن يرفع الأمر إلى شافعى يفسخ اليمين المضافة ، فلو قال : إن تزوجت فلانة فهى طالق ثلاثا فتزوجها فخاصمته إلى قاض شافعى وادعت الطلاق فحكم بأنها امرأته وأن الطلاق ليس بشيء حل له ذلك ، ولو وطئها الزوج بعد النكاح قبل الفسخ ثم فسخ يكون الوطء حلالا إذا فسخ ، وإذا فسخ لايحتاج إلى تجديد العقد ، ولو قال : كل امرأة أتزوجها فهى طالق فتزوج امرأة وفسخ اليمين ثم تزوج امرأة أخرى لايحتاج إلى الفسخ فى كل امرأة ؛ وكذا فى الخلاصة . وفى الظهيرية أنه قول محمد ، وبقوله يفتى اه .

قلت : ومفهومه أن عندهما يحتاج إلى الفسخ فى كل امرأة ، وبه صرح فى الظهيرية أيضا ، فالخلاف هنا فيما إذا فسخ القاضى الشافعى اليمين فى امرأة ثم تزوج الحالف امرأة أخرى، فعندهما لايكفى الفسخ الأول بل يقع الطلاق على الثانية مالم يفسخ ثانياً . وعند محمد يكفى لأنها يمين واحدة فلا يحتاج إلى فسخها ثانياً ، وبقول محمد يفتى . ولا يخفى أن هذا مبنى على صحة اليمين عنده، وأنه يقع بها الطلاق، فلاينافى مامر عن المجتبى من أن عدم الوقوع رواية عنه ، فمن زعم أنه فى الظهيرية جعل عدم الوقوع قول محمد لا رواية عنه وأنه المفتى به فقد وهم فافهم ؛

بل محكم بل إفتاء عدل

ثم قال فى البحر : وإذا عقد أيمانا على امرأة واحدة ، فإذا قضى بصحة النكاح بعده ارتفعت الأيمان كلها ، وإذا عقد على كل امرأة يمينا على حدة لاشك أنه إذا فسخ على امرأة لاينفسخ على الأخرى ، وإذا عقد يمينه بكلمة كلما فإنه يحتاج إلى تكرار الفسخ فى كل يمين اه فهى أربع مسائل فى شرح المجمع للمصنف . فإن أمضاه قاض حنفى بعد ذلك كان أحوط اه . ومحل الفسخ من الشافعى إذا كان قبل أن يطلقها ثلاثا ، لأنه لو فسخ تطلق ثلاثا بالتنجيز بعد النكاح فلا يفيد كما فى الخانية . وفيها أيضا أن شرطه أن لايأخذ القاضى عليه مالا فلو أخذ لاينفذ عند الكل إلا إن أخذ على الكتابة قدر أجرة المثل ، فلو أزيد لاينفذ ، والأولى أن لايأخذ مطلقا اه .

[تنبيه] ذكر فى البحر فى كتاب القاضى إلى القاضى عن الولوالجية : لو قال لها أنت طالق البتة فترافعا إلى قاض يراها رجعية وهو يراها بائنة فإنه يتبع رأى القاضى عند محمد، فيحل له المقام معها. وقيل إنه قول أبى حنيفة، وعند أبى يوسف لايحل هذا إن قضى له ، فإن قضى عليه بالبينونة والزوج لايراها يتبع رأى القاضى إجماعا ، هذا كله إذا كان الزوج عالما له رأى واجتهاد، فلو عاميا اتبع رأى القاضى سواء قضى له أو عليه وهذا إذا قضى له ، أما إن أفتى له فهو على الاختلاف السابق ، لأن قول المفتى فى حق الجاهل بمنزلة رأيه واجتهاده اه أى فيلزم الجاهل اتباع قول المفتى كما يلزم العالم اتباع رأيه واجتهاده ، وبهذا علم أنه لاحاجة إلى التقليد مع القضاء ، لأن القضاء ملزم سواء وافق رأى الزوج أو خالفه ، وكذا مع الإفتاء لو الزوج جاهلا (قوله بل محكم) فى الخانية : حكم المحكم كالقضاء على الصحيح . وفى البزازية وعن الصدر أقول لايحل لأحد أن يفعل ذلك . وقال الحلوانى : يعلم ولا يفتى به لئلا يتطرق الجهال إلى هدم المذهب اه بحر (قوله بل إفتاء عدل الخ) عطف على مجرور الباء وهو فسخ . وفى البحر عن البزازية : وعن أصحابنا ماهو أوسع من ذلك . وهو أنه لو استفتى فقيها عدلا فأفتاه ببطلان اليمين حل له العمل بفتواه وإمساكها . وروى أوسع من هذا . وهو أنه لو أفتاه مفت بالحل ثم أفتاه آخر بالحرمة بعد ماعمل بالفتوى الأولى فإنه يعمل بفتوى الثانى فى حق امرأة أخرى لا فى حق الأولى ، ويعمل بكلا الفتوتين(١) فى حادثتين لكن لايفتى به اه .

قلت : يعنى أن المفتى لايفتى صاحب الحادثة بما يتوصل به إلى فسخ اليمين ، فلا يقول له ارفع الأمر إلى شافعى أحكمه فى ذلك أو استفته ، بل يقول يقع عليك الطلاق ، لأن عليه أن يجيب بما يعتقده ، وليس له أن يدله على مايهدم مذهبه ، وليس المراد أنه لايفتيه بفسخ اليمين إذا فعل صاحب الحادثة شيئا من ذلك ، لما علمت من أن الجاهل يلزمه اتباع رأى القاضى والمفتى. على أن قضاء القاضى فى محل الاجتهاد يرفع الخلاف ، فإذا فعل شيئا من ذلك فعلى الحنفى أن يفتيه بصحة الفسخ .

لايقال : إذا كان ذلك قول محمد فكيف لايفتيه به ، لما علمت من أن ذلك رواية عن محمد ، وأن قوله كقول الشيخين بالوقوع ، وأن ما فى الظهيرية لاينافى ذلك كما قررناه آنفا ، وليس للمفتى الإفتاء بالرواية الضعيفة ، وكونها أفتى بها كثير من أئمة خوارزم لاينافى ضعفها ، ولذا تقدم عن الصدر أنه لا يحل لأحد أن يفعل ذلك ، وكذا ما يقدم عن الحلوانى من أنه يعلم ولا يفتى به ، فلو ثبتت هذه الرواية عن محمد أو كانت صحيحة لبنوا الحكم عليها ولم يحتاجوا إلى بنائه على مذهب الشافعى ، فهذا يدل على أنها رواية شاذة كما يشير إليه كلام المجتبى المار فافهم .

(١) (قول المحشى الفتوتين) وقع فيما سيعترض به على الشارح من أن الصواب الفتويين قاله نصر .

وبفتوتين فى حادثتين ، وهذا يعلم ولا يفتى به بزازية .

(ويبطل تنجيز الثلاث) للحرة والثنتين للأمة (تعليقه) للثلاث وما دونها إلا المضافة إلى الملك كما مر (لاتنجيز مادونها) .

اعلم أن التعليق يبطل بزوال الحل لابزوال الملك ، فلو علق الثلاث أو مادونها بدخول الدار ثم نجز الثلاث ثم نكحها بعد التحليل بطل التعليق فلا يقع بدخولها شىء ، ولو كان نجز مادونها لم يبطل فيقع المعلق كله ، وأوقع محمد بقية الأول وهى مسألة الهدم الآتية ،

هذا ، وفى البحر عن البزازية : والتزوج فعلا أولى من فسخ اليمين فى زماننا ، وينبغى أن يجىء إلى عالم ويقول له ماحلف واحتياجه إلى نكاح الفضولى فيزوجه العالم امرأة ويجيز بالفعل فلا يحنث ، وكذا إذا قال لجماعة لى حاجة إلى نكاح الفضولى فزوجه واحد منهم ، أما إذا قال لرجل اعقد لى عقد فضولى يكون توكيلا اهـ (قوله وبفتوتين) صوابه وبفتويين بياءين إحداهما منقلبة عن الألف المقصورة والثانية ياء التثنية كما فى تثنية حبلى وقصوى ، قال فى الألفية : آخر مقصور تثنى اجعله يا إن كان عن ثلاثة مرتقيا

مطلب فى معنى قولهم ليس للمقلد الرجوع عن مذهبه

(قوله فى حادثتين) قيد به لأن المستفتى إذا عمل بقول المفتى فى حادثة فأفتاه آخر بخلاف قول الأول ليس له نقض عمله السابق فى تلك الحادثة ، نعم له العمل به فى حادثة أخرى كمن صلى الظهر مثلا مع مس امرأة أجنبية مقلدا لأبى حنيفة فقلد الشافعى ليس له إبطال تلك الظهر ، نعم يعمل بقول الشافعى فى ظهر آخر ، وهذا هو المراد من قول من قال ليس للمقلد الرجوع عن مذهبه ، وتقدم تمام الكلام على ذلك أول الكتاب فى رسم المفتى (قوله ولا يفتى به) علمت وجهه آنفا (قوله تعليقه للثلاث) هذا خاص بالحرة ، وقولهم ومادونها يعم الحرة والأمة ، وتقديره فى الأمة : ويبطل تنجيز الثنتين فى الأمة تعليق مادون الثلاث ، وهو صادق بالثنتين وبالواحدة . وظاهر عبارة الشارح أن ضمير تعليقه للزوج المعلق ، وهو أولى من عوده على الطلاق ، لأن الأصل إضافة المصدر إلى فاعله كما ذكره فى النهر ط (قوله إلا المضافة إلى الملك) أى فى نحو : كلما تزوجت امرأة فهى طالق ثلاثا فطلق امرأته ثلاثا ثم تزوجها فإنها تطلق ، لأن مانجزه غير ماعلقه ، فإن المعلق طلاق ملك حادث فلا يبطله تنجيز طلاق ملك قبله (قوله كما مر) لم يتقدم ذلك فى كلامه صريحا . ويمكن أن يكون مراده ماقدمه فى فصل المشيئة فيما لو قال لها أنت طالق كلما شئت فطلقت بعد زوج آخر لايقع إن كانت طلقت نفسها ثلاثا متفرقة (قوله يبطل بزوال الحل) وذلك بوقوع الثلاث ، وقوله لابزوال الملك : أى بوقوع مادونها ، فإن الملك وإن زال به عند انقضاء العدة لكن الحل ثابت ، فإن له أن يعود إليها بلا زوج آخر محلل ، بخلاف الثلاث ، فإن وقوعها يزيل الحل بالكلية بحيث لايعود إلا بمحلل ، ولما كان المعلق هو طلقات هذا الملك بطل التعليق بزوالها لابزوال مادونها (قوله بطل التعليق) أى لزوال الحل بتنجيز الثلاث (قوله لم يبطل) لأنه لم يزل الحل بتنجيز مادون الثلاث وإن زال الملك (قوله فيقع المعلق كله) لأن بطلان التعليق بزوال الحل ولم يزل فيبقى التعليق ، فإذا وجد المعلق عليه وهو دخول الدار يقع المعلق وهو الثلاث ، ولا ينافيه قولهم إن المعلق طلقات هذا الملك وقد زال بعضها ، لأنه مقيد بما إذا كانت الثلاث باقية ، فإذا زال بعضها صار المعلق ثلاثا مطلقة ، كما أفاده فى الفتح وقدمناه قبل هذا الباب (قوله بقية الأول) أى مابقى من طلقات النكاح الأول (قوله وهى مسألة الهدم الآتية) قدمنا قبل هذا

وثمرته فيمن علق واحدة ثم نجز ثنتين ثم نكحها بعد زوج آخر فدخلت له رجعتها خلافا لمحمد ، وكذا يبطل بلحاقه مرتدا بدار الحرب خلافا لهما ، وبفوت محل البر كإن كلمت فلانا أو دخلت هذه الدار فمات أوجعلت بستانا كما بسطناه فيما علقناه على الملتقى ، وستجيء مسألة الكوز بفرعها .

الباب الكلام عليها . وحاصلها أن الزوج الثانى يهدم الثلاث ومادونها عندهما ، وعند محمد يهدم الثلاث فقط (قوله وثمرته) أى ثمرة الخلاف فى مسألة الهدم (قوله له رجعتها) أى عندهما ، لأن الزوج الثانى عدم الواحدة الباقية وعادت المرأة إلى الأول بملك جديد فيملك عليها ثلاث طلقات فإذا دخلت الدار تقع واحدة من الثلاث ويبقى منها ثنتان فيملك الرجعة (قوله خلافا لمحمد) فعنده لايملك الرجعة لعودها بما بقى من الملك الأول وهى واحدة ، وقد وقعت بالدخول ط (قوله وكذا يبطل) أى التعليق ، وهذا عطف على المتن ح (قوله بلحاقه) بفتح اللام ط عن القاموس (قوله خلافا لهما) أى للصاحبين ، فعندهما لايبطل التعليق ، لأن زوال الملك لايبطله ، وله أن بقاء تعليقه باعتبار قيام أهليته وبالارتداد ارتفعت العصمة فلم يبق تعليقه لفوات الأهلية ، فإذا عاد إلى الإسلام لم يعد ذلك التعليق الذى حكم بسقوطه بحر عن شرح المجمع للمصنف (قوله وبفوت محل البر الخ) نقله فى البحر عن الثانى ، لكن بلفظ : ومما يبطله فوت محل الشرط كفوت محل الجزاء ؛ كما إذا قال إن كلمت فلانا الخ والتمثيل المذكور لفوات محل الشرط ، فإن الشرط هو كلمت ودخلت : أى مضمونهما وهو الكلام والدخول ؛ ومحلهما هو فلان والدار المشار إليها ، وفوت محل الجزاء كموت المرأة التى هى محل الطلاق ، فإن بفوت هذين المحلين يبطل التعليق ، لأن التعليق لابد أن يكون على أمر على خطر الوجود وقد تحقق عدمه .

ولا يقال : يمكن حياة زيد بعد موته وإعادة البستان دارا لأن يمينه انعقدت على حياة كانت فيه ، كما قالوا فى ليقتلن فلانا ، وما أعيد بعد البناء دار أخرى غير المشار إليها كما صرحوا به أيضا فى لايدخل هذه الدار تأمل .

مطلب فى مسألة الكوز

(قوله وستجيء مسألة الكوز بفروعها) أى فى باب اليمين فى الأكل والشرب من كتاب الأيمان .

وحاصلها أن إمكان تصور البر فى المستقبل شرط انعقاد اليمين وشرط بقائها خلافا لأبى يوسف ، فلو حلف ليشربن ماء هذا الكوز اليوم ولاماء فيه أوكان فيه فصب قبل مضى اليوم لايحنث عندهما لعدم انعقادها فى الأول ولبطلانها فى الثانى ، وإن لم يقل اليوم ولاماء فيه فكذلك لعدم انعقادها . أما إن كان فيه ماء فصب فإنه يحنث اتفاقا لانعقادها بإمكان البر ثم يحنث بالصب ، لأن البر يجب عليه كما فرغ ، فإذا صب فات البر فيحنث كالوماتالحالف والماء باق ، بخلاف المؤقتة فإنه لايجب عليه البر إلا فى آخر أجزاء الوقت المعين . ومن فروعها ليقتلن زيدا اليوم ، أوليأكلن هذا الرغيف اليوم ، أوليقضين دينه غدا فمات زيد أو أكل الرغيف غيره قبل مضى اليوم ، أوقضى الدين أو أبرأه فلان قبل الغد لم يحنث ، وتمامه فى البحر من الأيمان .

أقول : وإنما لم يذكر هذا التفصيل فى المسألة السابقة ، لأن شرط الحنث فيها أمر وجودى وهو الكلام أو الدخول فإذا مات أو جعلت بستانا فقد فات المحل ووقع اليأس من الحنث فلافائدة فى بقاء اليمين ، سواء كانت مؤقتة أو مطلقة بخلاف ما إذا كان شرط الحنث أمرا عدميا ، مثل : إن لم أكلم زيدا أو إن لم أدخل فإنها لاتبطل بفوت المحل بل يتحقق به الحنث لليأس من شرط البر وهذا إذا لم يكن شرط البر مستحيلا ، وإلا فهو مسألة الكوز ، وقد علمت مافيها من التفصيل ، وليس منها قوله لأصعدن السماء ، فإن اليمين فيها منعقدة ويحنث عقبها ، لأن صعود السماء أمر ممكن

[فرع] قال لزوجته الأمة : إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا فعتقت فدخلت له رجعتها قنية .

(وألفاظ الشرط) أى علامات وجود الجزاء (إن) المكسورة ؛ فلو فتحها وقع للحال مالم ينو التعليق فيدين ، وكذا لو حذف الفاء من الجواب

فى نفسه ، وقد وقع لبعض الأنبياء وللملائكة وغيرهم ؛ ولكنه يحنث عقب اليمين أو فى آخر الوقت فى المؤقتة لتحقق اليأس عادة ، وهذا بخلاف مسألة الكوز ، فإن شرب ماليس موجودا فى الكوز أوماأريق منه غيرممكن فى نفسه ولا فى العادة فلذا تبطل اليمين ، ولا يحنث إلا إذا صب منه وكانت اليمين مطلقة كما سيأتى تحقيقه فى الأيمان إن شاء الله تعالى ، وانظر ماسنذكره آخر الباب (قوله له رجعتها) لأنه لما عاق الثلاثة كانت أمة وهو لايملك عليها إلا ثنتين فكان معلقا ثنتين ح .

مطلب فى ألفاظ الشرط

(قوله وألفاظ الشرط) عدل عن الأسماء والحروف لاشتمالها عليهما ؛ وهو بسكون الراء مشتق اشتقاقا كبيرا من الشرط محركة : بمعنى العلامة ؛ سمى بذلك لأنه علامة على ترتيب الثانية على الأولى وسمى الثانى جوابا لأنه لما لزم على القول الأول صار كالكلام الآتى بعد كلام السائل وجزاء تجوزا لأنه لما ترتب على فعل آخر أشبه الجزاء كما فى النهر ، فإضافة الألفاظ إلى الشرط إضافة المسمى إلى الاسم ح وقدمنا فى صدر الكتاب الكلام على الاشتقاق ، والظاهر أنه لا اشتقاق هنا إذ لابد من المغايرة لفظا بل الشرط هنا بمعنى العلامة على شىء خاص تأمل (قوله أى علامات وجود الجزاء) أى أن هذه الأدوات تدل بالذات على وجود الجزاء كما فى النهر : أى عند وجود الشرط ح (قوله فلو فتحها وقع للحال) هو قول الجمهور لأنها للتعليل ، ولا يشترط وجود العلة وقت الوقوع بل يقع الطلاق نظرا لظاهر اللفظ . وزعم الكسائى مناظرا للشيبانى فى مجلس الرشيد أنها شرطية بمعنى إذا ، وهو مذهب الكوفيين . ورجحه فى المغنى . وعلى كل حال إذا نوى التعليق ينبغى أن تصح نيته نهر مختصرا ، وإلى ذلك أشار الشارح بقوله فيدين ط .

مطلب فيما لو حذف الفاء من الجواب

(قوله وكذا لوحذف الفاء من الجواب) يعنى يقع للحال مالم ينو التعليق فيدين . وعن أبى يوسف أنه يتعلق حملا لكلامه على الفائدة فتضمر الفاء ، والخلاف مبنى على جواز حذفها اختيارا ، فأجازه أهل الكوفة وعليه فرّع أبو يوسف ، ومنعه أهل البصرة وعليه تفرّع المذهب بحر . وذكر قبله عن المغنى أن الأخفش قال : إن ذلك واقع فى النثر الفصيح ، وأن منه — إن ترك خيرا الوصية للوالدين — وقال ابن مالك : يجوز فى النثر نادرا ، ومنه حديث اللقطة « فإن جاء صاحبها وإلا استمتع بها » اهـ .

قلت : ينبغى فى زماننا إذا قال إن دخلت أنت طالق أن يتعلق قضاء ، لأن العامة لايفرقون بين دخول الفاء وعدمه عند قصد التعليق ، وقد صار ذلك لغتهم ولاسيما مع وقوعه فى الكلام الفصيح كما مر ، وكما فى قوله تعالى — وإن أطعتموهم إنكم لمشركون — وإذا تتلى عليهم آياتنا بينات ماكان حجتهم — والذين إذا أصابهم البغى هم ينتصرون — وغير ذلك ، وإن ادعى تأويل الأول بأنه على تقدير القسم والثانى والثالث على جعل إذا لمجرد الوقت بلاملاحظة الشرط فإنه مؤيد لقول الكوفيين والتأويل خلاف الظاهر ، وإذا صار ذلك لغة للعامة ينبغى حمل كلامهم عليه ، كما لوتكلم به

فى نحو : طلبية واسمية وبجامد وبما وقد وبلن وبالتنفيس

كما لخصناه فى شرح الملتقى (وإذا وإذا ما وكل و) لم تسمع (كلما) إلا منصوبة ولو مبتدأ لإضافتها لمبنى (ومنى ومتى ما) ونحو ذلك

من كان من أهل تلك اللغة من العرب ، وكذا لو كان التعليق بلفظ أعجمى ، وقد قال العلامة قاسم إنه يحمل كلام كل عاقد وناذر وحالف على لغته ، هذا ماظهرلى والله سبحانه وتعالى أعلم .

ثم رأيت بعد كتابتى لهذا فى شرح نظم الكنز للعلامة المقدسى أقول : ينبغى ترجيح قول أبى يوسف لكثرة حذف الفاء كما سمعت ، وقالوا العوام لا يعتبر منهم اللحن فى قولهم أنت واحدة بالنصب الذى لم يقل به أحد اه .

مطلب المواضع التى يجب اقترانها بالفاء

[تنبيه] وجوب اقتران الجواب بالفاء حيث تأخر الجواب كما قدمه الشارح أول الباب ، وإذا كانت الأداة أن تقوم إذا الفجائية مقام الفاء فى ربط الجواب كما تقرر فى محله (قوله فى نحو طلبية الخ) أى فى نحو المواضع السبعة المذكورة فى قول الشاعر طلبية الخ فإنها إذا وقعت جوابا يجب اقترانها بالفاء . قال فى النهر : أى جملة طلبية كالأمر والنهى والاستفهام والتمنى والعرض والتحضيض والدعاء ، وأراد بالجامد نعم وبئس وعسى وفعل التعجب ، وقوله وبما : أى وبالجملة الفعلية المقرونة بما النافية ، وبقد ظاهرة أومقدرة كما فى التسهيل . وعبارة الرضى : كل جملة فعلية مصدّرة بحرف سوى لا ولم فى المضارع سواء كان الفعل المصدر ماضيا أومضارعا ، فدخل النفى بأن كما زاده المرادى ، وزاد المقرونة بالقسم أو رب ، لكن جعل ابن هشام القسمية من الطلبية اه وتمام ذلك فى البحر .

والحاصل أن المزيد أربعة : المقرونة بسوف أو إن أو رب أو القسم ، فالجملة أحد عشر موضعا أشار إليها الشارح بقوله فى نحو طلبية الخ ، ونظمها المحقق ابن الهمام فى الفتح بقوله :

تعلم جواب الشرط حتم قرانه بفاء إذا ما فعله طلبا أتى
كذا جامدا أو مقسما كإن أو بقد ورب وسين أو بسوف ادر يافتى
أو اسمية أو كان منفى ما وإن ولن من يحد عما حددناه قد عتا

مطلب مايكون فى حكم الشرط

(قوله وكل) لم يذكر النحاة كلا وكلما فى أدوات الشرط لأنهما ليسا منها ، وإنما ذكرهما الفقهاء لثبوت معنى الشرط معهما وهو التعليق بأمر على خطر الوجود ، وهو الفعل الواقع صفة الاسم الذى أضيفا إليه بحر (قوله ولم تسمع كلما إلا منصوبة الخ) قال فى النهر : نقل النحاة أن كلما المقتضية للتكرار منصوبة على الظرفية والعامل فيها محذوف دل عليه جواب الشرط ، والتقدير : أنت طالق كلما كان كذا وكذا ، وما التى معها هى المصدرية التوقيتية . وزعم ابن عصفور أنها مبتدأ وما نكرة موصوفة والعائد محذوف وجملة الشرط والجزاء فى موضع الخبر . ورده أبوحيان بأن كلما لم تسمع إلا منصوبة ، وأنت خبير بأن هذا بعد تسليمه لاينافى كونها مبتدأ . إذ الفتحة فيها فتحة بناء وبنيت لإضافتها إلى مبنى اه فمراد الشارح بالنصب مايشمل فتحة الإعراب وفتحة البناء كما هو عرف المتقدمين ، وقوله ولو مبتدأ أى كما هو قول ابن عصفور أشار به إلى الرد على أبى حيان ، فإن المسموع فيها فتح لامها . ولا ينافى ذلك كونها مبتدأ بجعل الفتحة فتحة بناء لإضافتها إلى مبنى فقد أفاده فى النهر بأوجز عبارة فافهم (قوله ونحو ذلك) أشار به إلى أنه ليس المراد حصر ألفاظ الشرط بالستة المذكورة فإن منها لو ومن وأين وأيان وأنى وأىّ وما وفى الفتح

كلو كانت طالق لو دخلت الدار تعلق بدخولها ، ومن نحو من دخل منكن الدار فهى طالق ، فلو دخلت واحدة مرارا طلقت بكل مرة ، لأن الدخول أضيف إلى جماعة فازداد عموما ، كذا فى الغاية وهى غريبة وجعله فى البحر أحد القولين (وفيها) كلها (تنحل) أى تبطل (اليمين) ببطلان التعليق (إذا وجد الشرط مرة إلا فى كلما فإنه ينحل بعد الثلاث) لاقتضائها عموم الأفعال

فرع قال : أنت طالق لولا دخولك أو لولا أبوك أو صهرك لا يقع وكذا فى الإخبار بأن قال : طلقتك بالأمس لولا كذا اه . قلت : ومنها ما أفاد معناها :

ففى البحر : أنت طالق بدخول الدار أو بحيضك لم تطلق حتى تدخل أو تحيض ، لأن الباء للوصل والإلصاق وإنما يتصل الطلاق ويلصق بالدخول إذا تعلق به ، ولو قال أنت طالق على دخولك الدار إن قبلت يقع وإلا فلا ، لأنه استعمل الدخول استعمال الأعواض فكان الشرط قبول العوض لا وجوده كما لو قال على أن تعطينى ألف درهم اه :

قلت : وقد يكون الكلام متضمنا للتعلق بدون تصريح بأداته كما مر فى قوله ويكفى معنى الشرط الخ ، ومنه مافى البحر حيث قال : وفى المحيط : وعن أبى يوسف : لو قال أنت طالق لدخلت فهذا يخبر أنه دخل الدار وأكده باليمين فيصير كأنه قال إن لم أكن دخلت الدار ، فإن لم يكن دخل طلقت ، ولو قال : أنت طالق لادخلت الدار يتعلق بالدخول اه . ثم قال : ولو قال : أنت طالق ووالله لا أفعل كذا فهو تعليق ويمين ، ولو قال : أنت طالق والله لا أفعل كذا طلقت للحال ذكرهما فى جوامع الفقه اه .

قلت : والفرق أنه إذا لم يعطف القسم تعين مابعده جوابا له وصار فاصلا ، فلم يصلح أنت طالق للتعليق فتنجز ومنه أيضا على الطلاق لا أفعل كذا (قوله كلو) هذا ماجزم به فى البحر من أن المذهب أنها بمعنى الشرط ، خلافا لما فى الفتح من أنها لتحقيق عدم الشرط فلا تأتى للتعليق على مافيه خطر الوجود (قوله تعلق بدخولها) كذا فى المحيط . وفيه : وعن أبى يوسف : أنت طالق لو دخلت الدار لطلقتك فهذا رجل حلف بطلاق امرأته ليطلقنها إن دخلت الدار فإذا دخلت لزمه أن يطلقها ولا يقع إلا بموت أحدهما كقوله إن لم آت البصرة اه بحر ، وقدمنا الكلام فى ذلك أوائل باب الصريح (قوله فازداد عموما) فيه أن الفعل لا عموم له . وعبارة الغاية كما فى الفتح والبحر : لأن الفعل وهو الدخول أضيف إلى جماعة فيزداد به عمومه عرفا مرة بعد أخرى اه فراده بالعموم التكرار (قوله وهى غريبة) أى لمخالفتها لقول المتون ، وفيها تنحل اليمين إذا وجد الشرط مرة إلا فى كلما ، وجزم بغرابتها فى الفتح والبحر ، واستشكلها الزيلعى (قوله وجعله فى البحر أحد القولين) ذكر ذلك عند قول الكنز : ففيها إن وجد الشرط حيث قال : والحق أن مافى الغاية أحد القولين نقل القولين فى القنية فى مسألة صعود السطح اه ونقل هنا عن المعراج .

وعن بعض الحنابلة أن متى تقتضى التكرار ، والصحيح أن غير كلما لا يوجب التكرار اه فأفاد ضعف هذا القول ، وضعف ماعن بعض الحنابلة فافهم (قوله أى تبطل اليمين) أى تنتهى وتتم ، وإذا تمت حنث فلا يتصور الحنث ثانيا إلا بيمين أخرى لأنها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة نهر (قوله ببطلان التعليق) فيه أن اليمين (١) : هنا هى التعليق (قوله إلا فى كلما) فإن اليمين لاتنتهى بوجود الشرط مرة ، وأفاد حصره أن متى لاتفيد التكرار ، وقيل تفيده .

---

(١) (قوله فيه أن اليمين الخ) قال شيخنا : يمكن تصحيح العبارة بأن يراد باليمين فعل الفاعل الذى هو الإلزام وبالتعليق نفس جملتى الشرط والجزاء اه ويمكن أن يراد باليمين نفس الطلاق المعلق ، وبالتعليق معناه العرفى الذى هو ربط الطلاق بدخول الدار مثلا . وأظن أن هذا أحسن لإطلاق اليمين على نفس الطلاق كثيرا فى لسان الفقهاء ، تأمل بإنصاف اه .

كاقتضاء كل عموم الأسماء (فلا يقع إن نكحها بعد زوج آخر إلا إذا دخلت) كلما (على التزوج نحو : كلما تزوجت فأنت كذا) لدخولها على سبب الملك وهو غير متناه ؛ ومن لطيف مسائلها لو قال لموطوءته : كلما طلقتك

والحق أنها إنما تفيد عموم الأوقات ، ففي متى خرجت فأنت طالق المفاد أن أي وقت تحقق فيه الخروج يقع الطلاق ثم لا يقع بخروج آخر ؛ وإن المقرونة بلفظ أبدا كمتى ، فإذا قال إن تزوجت فلانة أبدا فهي كذا فتزوجها فطلقت ثم تزوجها ثانيا لا تطلق ، لأن التأبيد إنما ينفي التوقيت فيتأبد عدم التزوج ولا يتكرر ، وأي كذلك ؛ حتى لو قال : أي امرأة أتزوجها فهي طالق لا يقع إلا على امرأة واحدة كما في المحيط وغيره ، بخلاف : كل امرأة أتزوجها نهر . والفرق أن لفظ كل للعموم ولفظ أي إنما يعم بعموم الصفة ، لقولهم في : أي عبيدي ضربته فهو حر لا يتناول إلا واحدا لأنه أسند إلى خاص ، وفي أي عبيدي ضربك يعتق الكل إذا ضربوا لإسناده إلى عام ، وفي أي امرأة زوجت نفسها مني فهي طالق يتناول الجميع ، وتمام تحقيقه في البحر (قوله كاقتضاء كل عموم الأسماء) لأن كلما تدخل على الأفعال وكل تدخل على الأسماء ، فيفيد كل منهما عموم ما دخلت عليه ، فإذا وجد فعل واحد أو اسم واحد فقد وجد المحلوف عليه فانحلت اليمين في حقه وفي حق غيره من الأفعال والأسماء باقية على حالها فيحنث كلما وجد المحلوف عليه غير أن المحلوف عليه طلقات هذا الملك وهي متناهية .

فالحاصل أن كلما لعموم الأفعال وعموم الأسماء ضروري ، فيحنث بكل فعل حتى تنتهي طلقات هذا الملك ، وكل لعموم الأسماء وعموم الأفعال ضروري ؛ ولو قال المصنف إلا في كل وكلما لكان أولى ، لأن اليمين في كل وإن انتهت في حق اسم بقيت في حق غيره من الأسماء .

ومن فروعها ، لو كان له أربع نسوة فقال كل امرأة تدخل الدار فهي طالق فدخلت واحدة طلقت ولو دخلن طلقن ، فإن دخلت تلك المرأة مرة أخرى لا تطلق ؛ ولو قال : كلما دخلت فدخلت امرأة طلقت ، ولو دخلت ثانيا تطلق وكذا ثالثا ، فإن تزوجت بعد الثلاث وعادت إلى الأول ثم دخلت لم تطلق خلافا لزفر .

ومنها لو قال : كلما دخلت فامرأتي طالق وله أربع نسوة فدخل أربع مرات ولم يعن واحدة بعينها يقع بكل دخلة واحدة ، إن شاء فرقها عليهن وإن شاء جمعها على واحدة بحر . وفي الشرنبلالية : فرع يكثر وقوعه : قال في السراج نقلا عن المنتقى قال : إن تزوجت امرأة فهي طالق ثلاثا وكلما حلت حرمت فتزوجها فبانت بثلاث ثم تزوجها بعد زوج يجوز ، وإن عنى بقوله كلما حلت حرمت الطلاق فليس بشيء ، وإن لم يكن أراد به طلاقا فهو يمين اهـ .

قلت : ولعل وجهه أن قوله وكلما حلت حرمت ليس تعليقا بالملك الخاص ، لأنه لا يلزم أن يكون حلها بالعقد لجواز أن ترتد ثم تسترق فليتأمل (قوله فلا يقع) تفريع على قوله فإنه ينحل بعد الثلاث ، وإنما لم يقع لأن المحلوف عليه طلقات هذا الملك وهي متناهية كما مر . أما لو كان الزوج الآخر قبل الثلاث فإنه يقع ما بقي (قوله لدخولها على سبب الملك) أي التزوج ، فكلما وجد هذا الشرط وجد ملك الثلاث فيتبعه جزاؤه بحر ، وفيه عن الكافي وغيره : لو قال كلما نكحتك فأنت طالق فنكحها في يوم ثلاث مرات ووطئها في كل مرة طلقت طلقتين وعليه مهران ونصف ، وقال محمد : بانت بثلاث ، وعليه أربعة مهور ونصف اهـ .

قلت : ووجهه كما في الولوالجية أنه لما تزوجها أولا وقعت واحدة ووجب نصف مهر ، فإذا دخل بها وجب مهر كامل لأنه وطء بشبهة في المحل ووجبت العدة ، فإذا تزوجها ثانيا وقعت أخرى وهذا طلاق بعد الدخول معنى ، فإن من تزوج المعتدة وطلقها قبل الدخول بها يكون عند أبي حنيفة وأبي يوسف طلاقا بعد الدخول

فأنت طالق فطلقها واحدة تقع ثنتان، وفى : كلما وقع عليك طلاق يقع ثلاث لتكرار الوقوع لكنه لايزيد على الثلاث (وزوال الملك)

معنى فيجب مهر كامل فصار مهران ونصف ، فإذا دخل بها وهى معتدة عن رجعى صار مراجعا ولا يجب بالوطء شيء ، فإذا تزوجها ثالثا لم يصح النكاح لأنه تزوجها وهى منكوحته اه (قوله لتكرار الوقوع) إشارة إلى الفرق .

وحاصله أنه فى الأول علق وقوع الطلاق على إيقاعه الطلاق ، فإذا طلق مرة يقع الطلاق عليها مرة أخرى ، ولا تقع الثالثة لأن الثانية واقعة وليست بموقعة ، بخلاف الثانى فإن المعلق عليه فيه وقوع الطلاق الصادق بالإيقاع فإن الإيقاع يستلزم الوقوع ، فإذا طلقها مرة وجد الشرط فتقع أخرى ، وبوقوع أخرى وجد شرط آخر فتقع أخرى اه ح .

مطلب المنعقد بكلمة كلما أيمان منعقدة للحال لا يمين واحدة

[تنبيه] المنعقد بكلمة كلما أيمان منعقدة للحال ، لأن كلما بمنزلة تكرار الشرط والجزاء ،وهذه رواية الجامع وعليها الفتوى لأنها أحوط . وفى رواية المبسوط : المنعقد للحال يمين واحدة ويتجدد انعقادها مرة بعد أخرى كلما حنث اه محيط .

وينبغى أن تظهر الثمرة فيما إذا قال : كلما حلفت فأنت طالق ثم علق بكلمة كلما فيقع الآن ثلاث على الأول وواحدة على الثانى . وفى قضاء البزازية قال : كلما تزوجتك فأنت كذا ثلاثا فتزوجها وفسخ اليمين شافعى ثم طلقها ثلاثا ثم تزوجها بعد زوج آخر ، فعلى رواية الجامع وهى الأصح يحتاج إلى الحكم بالفسخ ثانيا بحر ملخصا .

مطلب زوال الملك لا يبطل اليمين

(قوله وزوال الملك لايبطل اليمين) أى زواله بما دون الثلاث كما فى الفتح ،وأطلقه اكتفاء بما مر من أن التعليق يبطل بزوال الحل : أى بتنجيز الثلاث ، نعم يرد عليه أنه يبطل بالردة مع اللحاق خلافا لهما . وأجاب فى البحر بأن البطلان فيه لخروج المعلق عن الأهلية لا لزوال الملك . واعترضه فى النهر بأن عتق مدبريه وأمهات أولاده دليل زوال ملكه ، وقيد بزوال الملك لأن زوال محل البر مبطل لليمين كما مر .

فإن قلت : قد جعلوا زوال الملك مبطلا لليمين فيما لو حلف لا تخرج امرأته إلا بإذنه فخرجت بعد الطلاق وانقضاء العدة لم يحنث وبطلت اليمين بالبينونة ، حتى لو تزوجها ثانيا ثم خرجت بلا إذن لم يحنث .

قلت : اليمين مقيدة بحال ولاية الإذن والمنع بدلالة الحال وذلك حال قيام الزوجية فسقط اليمين بزوال الزوجية كالوحلف لايخرج إلابإذن غريمه فقضى دينه ثم خرج لم يحنث ، بخلاف إلا بإذن فلان ولامعاملة بينهما لأنها مطلقة كما فى المحيط بحر .

وحاصله أنها لم تبطل لزوال الملك بل لفقد شرط قيدت به اليمين . ونظيره : لو حلفه الوالى ليعلمنه بكل مفسد تقيد بحال قيام ولايته كما سيأتى فى الأيمان .

[تنبيه] استثنى فى البحر من عدم بطلانها بزوال الملك فرعا . فى القنية : إن سكنت فى هذه البلدة فامرأته طالق وخرج على الفور وخلع امرأته ثم سكنها قبل انقضاء العدة لا تطلق لأنها ليست امرأته وقت وجود الشرط اه . قال فى البحر : فقد بطلت اليمين بزوال الملك هنا ، فعلى هذا يفرق بين كون الجزاء فأنت طالق

من نكاح أو يمين (لا يبطل اليمين) فلو أبانها أو باعه ثم نكحها أو اشتراه فوجد الشرط طلقت وعتق لبقاء التعليق ببقاء محله (وتنحل) اليمين (بعد) وجود (الشرط مطلقا) لكن إن وجد في الملك طلقت وعتق وإلا لا ، فحيلة من علق الثلاث بدخول الدار أن يطلقها واحدة ثم بعد العدة تدخلها فتنحل اليمين فينكحها .

وبين كونه فامرأته طالق لأنها بعد البينونة لم تبق امرأته فليحفظ هذا فإنه حسن جدا اهـ . وسيذكره الشارح في الفروع . وحاصله تقييد قولهم زوال الملك لا يبطل اليمين بما إذا لم يكن الجزاء فامرأته طالق ، أما لو كان كذلك فإنها تبطل :

أقول : ما في القنية ضعيف لأنه مبني على اعتبار حالة الشرط بدليل التعليل بقوله لأنها وقت وجود الشرط ليست امرأته ، وهو خلاف الأظهر . ففي القنية أيضا : إن فعلت كذا فحلال الله عليّ حرام ثم قال إن فعلت كذا فحلال الله عليّ حرام ففعل أحد الفعلين حتى بانت امرأته ثم فعل الآخر ، فقيل لا يقع الثاني لأنها ليست امرأته عند وجود الشرط ، وقيل يقع وهو الأظهر اهـ .

فأفاد أن الأظهر اعتبار حالة التعليق لا حالة وجود الشرط ، وهي في حالة التعليق كانت امرأته فلا يضر بينونتها بعده ، وهذا هو الموافق لما أطلقه أصحاب المتون هنا ، ولما صرحوا به أيضا في الكنايات من أن البائن لا يلحق البائن إلا إذا كان البائن معلقا قبل إيجاد المنجز البائن ، كقوله : إن دخلت الدار فأنت بائن ثم أبانها ثم دخلت بانت بأخرى وذلك باعتبار حالة التعليق ، فإنها كانت امرأة له من كل وجه ؛ ولو اعتبر حالة وجود الشرط لزم أن لا يقع المعلق ، فقد ظهر أن المرجح اعتبار حالة التعليق .

مطلب مهم : الإضافة للتعريف لا للتقييد فيما لو قال لا تخرج امرأتي من الدار

وعليه ما في البحر عن المحيط : لو حلف لا تخرج امرأته من هذه الدار فطلقها وانقضت عدتها وخرجت ؛ أو قال إن قبلت امرأتي فلانة فعبدي حر فقبلها بعد البينونة يحنث فيهما ، لأن الإضافة للتعريف لا للتقييد اهـ وكذا ما قدمناه عن البحر : لو قال كلما دخلت فامرأتي طالق وله أربع نسوة فدخل أربع مرات الخ فإن تصريحه بأن له أن يجمعها على واحدة يشمل ما إذا كانت غير موطوءة وذلك بناء على اعتبار حالة التعليق لأنها وقته كانت امرأته فدخلت في الأيمان الثلاث ، لما علمت من ترجيح أن المنعقد بكلمة كلما أيمان منعقدة للحال ، وينبغي على القول بأنه كلما حنث ينعقد يمين آخر أنه لا يملك جمعها على واحدة لأنها بعد الحنث لم تبق امرأته فلا تدخل في اليمين المنعقدة بعده ، لما قدمناه في آخر الكنايات من أنه إذا قال : كل امرأة لي لا تدخل المبانة بالخلع والإيلاء إلا أن يعينها فاغتنم تحقيق هذا المقام وعليك السلام (قوله من نكاح أو يمين) بيان للملك ، وقوله فلو أبانها أو باعه الخ تفريع عليهما بطريق النشر المرتب (قوله فلو أبانها) أي بما دون الثلاث (قوله وتنحل اليمين الخ) لا تكرار بين هذه وبين قوله فيما سبق وفيها تنحل اليمين إذا وجد الشرط مرة ، لأن المقصود هناك الانحلال بمرة في غير كلما وهنا مجرد الانحلال اهـ ح ولأنه هنا بين انحلالها بوجودها في غير الملك بخلاف ما سبق ط (قوله مطلقا) أي سواء وجد الشرط في الملك أو لا كما يدل عليه اللاحق ح (قوله لكن إن وجد في الملك طلقت) أطلق الملك فشمل ما إذا وجد في العدة والمراد وجود تمامه في الملك لا جميعه ، حتى لو قال : إن حضت حيضتين فأنت طالق فحاضت الأولى في غير ملكه والثانية في ملكه طلقت ، وتمامه في البحر ، وسيأتي عند قول المصنف علق الثلاث بشيئين يقع المعلق إن وجد الثاني في الملك وإلا لا (قوله فحيلة الخ) تفريع على قوله وإلا لا .

(فإن اختلفا فى وجود الشرط) أى ثبوته ليعم العدمى (فالقول له مع اليمين) لإنكاره الطلاق ، ومفاده أنه لو علق طلاقها بعدم وصول نفقتها أياما فادعى الوصول وأنكرت أن القول له ، وبه جزم فى القنية ، لكن صحح فى الخلاصة والبزازية أن القول لها ، وأقره فى البحر والنهر ، وهو يقتضى تخصيص المتون ؛ لكن قال المصنف: وجزم شيخنا فى فتواه بما تفيده المتون والشروح لأنها الموضوعة لنقل المذهب كما لايخفى

مطلب اختلاف الزوجين فى وجود الشرط

(قوله فى وجود الشرط) أى أصلا أو تحققا كما فى شرح المجمع : أى إختلفا فى وجود أصل التعليق بالشرط أو فى تحقق الشرط بعد التعليق .

وفى البزازية : ادعى الاستثناء أو الشرط فالقول له، ثم قال : وذكر النسفى : ادعى الزوج الاستثناء وأنكرت فالقول لها ولايصدق بلا بينة ، وإن ادعى تعليق الطلاق بالشرط وادعت الإرسال فالقول له اه وسيذكر المصنف الاختلاف فى دعوى الاستثناء . وظاهر ماذكر عن النسفى أن الاختلاف غير جار فى دعوى الشرط تأمل .

وفى البحر عن القنية : ادعت أنه طلقها من غير شرط والزوج يقول طلقتها بالشرط ولم يوجد فالبينة فيه للمرأة ؛ ولو ادعت عليه أنه حلف لايضربها وادعى هو أنه لايضربها من غير ذنب وأقاما البينة فيثبت كلا الأمرين وتطلق بأيهما كان اه (قوله ليعم العدمى) نحو إن لم تدخلى الدار اليوم (قوله فالقول له) أى إلا إذا لم يعلم وجوده إلا منها ففيه القول لها فى حق نفسها كما يأتى (قوله لإنكاره الطلاق) أى إنكاره وقوعه؛ وهذا أولى من التعليل بأنه متمسك بالأصل وهو عدم الشرط لأنه لايشمل مثل : إن لم أجامعك فى حيضتك فالقول له أنه جامعها مع أن الظاهر شاهد لها من وجهين : كون الأصل عدم العارض، وكون الحرمة مانعة له من الجماع (قوله ومفاده) أى مفاد إطلاق قوله فالقول له(قوله أن القول له) بكسر الهمزة والجملة جواب لو ،وهى وجوابها خبرأن الأولى المفتوحة الهمزة والمصدر المنسبك من المفتوحة وجملتها خبر للمبتدإ وهو مفاد .

قال فى البحر : ثم اعلم أن ظاهر المتون يقتضى أنه لو علق طلاقها بعدم وصول نفقتها شهرا ثم ادعى الوصول وأنكرت فالقول قوله فى عدم وقوع الطلاق، وقولها فى عدم وصول المال الخ (قوله فادعى الوصول) أى بعد مضى الأيام المعينة كما فى القنية والذخيرة (قوله وبه جزم فى القنية) كذا قاله فى البحر والنهر ، لكنْ الذى رأيته فى القنية رامزا للعيون وللأصل القول للمرأة ، ثم رمز للمنتقى على العكس : أى القول للرجل (قوله وأقره فى البحر) حيث قال فى فصل الأمر باليد ، قيل القول له لأنه ينكر الوقوع ، لكن لايثبت وصول النفقة إليها : والأصح أن القول قولها فى هذا وفى كل موضع يدعى إيفاء حق وهى تنكر اه . وقال هنا : وكأنه ثبت فى ضمن قبول قولها فى عدم وصول المال اه . ونقل الخير الرملى أيضا تصحيحه عن الفيض والفصول .

ثم اعلم أنه ذكر فى جامع الفصولين برمز فوائد صدر الإسلام أنه قال فى مسألة النفقة : لو نشزت حتى مضت المدة ينبغى أن لاتطلق لأنها لما نشزت لم يبق لها نفقة (قوله وهو يقتضى تخصيص المتون) أى تخصيصها بكون القول له إذا لم يتضمن دعوى إيصال مال حملا للمطلق على المقيد (قوله وجزم شيخنا) يعنى الشيخ زين بن نجيم صاحب البحر ، حيث سأل عمن حلف بالطلاق لدائنه أنه يدفع له الدين فى وقت معين: فأجاب بأنه يصدق فى الدفع بيمينه بالنسبة إلى عدم وقوع الطلاق ، ولا يبرأ من الدين ، ويحلف الدائن على عدم القبض ويستحقه اه .

قلت : وهذا نظير المأمور بدفع الدين إذا ادعى الدفع من مال الآمر فإنه يصدق فى حق براءة نفسه لا فى حق براءة الآمر .

(إلا إذا برهنت) فإنّ البينة تقبل على الشرط وإن كان نفيا كإن لم تجئ صهرى الليلة فامرأتى كذا فشهد أنها لم تجئه قبلت وطلقت منح .

وفى التبيين : إن لم أجامعك فى حيضتك فأنت طالق للسنة ثم قال جامعتك إن حائضا فالقول له ، لأنه يملك الإنشاء وإلا لا .

هذا ، وقد علم مما قدمناه عن القنية وعن صاحب البحر أن فى المسألة قولين فقط : أحدهما القول بالتفصيل . والآخر كون القول للمرأة فى حق الطلاق وفى حق عدم وصول المال ، وأما كون القول للرجل فى الأمرين فلا قائل به خلافا لما توهمه الخير الرملى ، وكذا صاحب نور العين من كلام جامع الفصولين ، حيث ذكر أن القول للرجل لأنه منكر للحكم . ثم ذكر أن القول لها وأنه الأصح ، ثم رمز للذخيرة التفصيل ، فتوهم منه أن الأقوال ثلاثة مع أنه لا يمكن أن يقال إن القول له فى إيفاء المال إليها أو إلى الدائن أصلا ، إذ لا وجه له مع مايلزم عليه من اتخاذ ذلك حيلة لكل مديون أراد منع الحق عن مستحقه حيث يمكنه أن يعلق الطلاق على عدم الأداء فى وقت معين ثم يدعى الأداء ، وهذا مما لا يقول به أحد فضلا عن أن يكون هو المفاد من المتون والشروح ، فعلم أن ما ذكره فى جامع الفصولين آخرا هو المراد بالقول الذى ذكره أولا ، ويدل عليه التعليل بأنه منكر للحكم : أى حكم التعليق وهو الحنث عند وجود الشرط فتدبر (قوله إلا إذا برهنت) وكذا لو برهن غيرها لأنه لا يشترط دعوى المرأة للطلاق ، ولا أن تبرهن لأن الشهادة على عتق الأمة وطلاق المرأة تقبل حسبة بلا دعوى ، أفاده فى البحر ولو برهنا فالظاهر ترجيح برهانها لأنه إذا كان القول له كان برهانه لغوا ، ويدل عليه أيضا ماقدمناه عن البحر عن القنية فيما لو ادعت أنه طلقها بلا شرط الخ (قوله وإن كان نفيا) لأنها على النفى صورة وعلى إثبات الطلاق حقيقة ، والعبرة للمقاصد لا للصورة ، كما لو شهدا أنه أسلم واستثنى وشهد آخران أنه أسلم ولم يستثن تقبل الثانية ولو كان فيها نفى ، إذ غرضهما إثبات إسلامه .

ويشكل عليه ماسيأتى فى الأيمان : لو قال عبده حر إن لم يحج العام فشهدا بنحره بالكوفة لم يعتق خلافا لمحمد ، لأنها شهادة نفى معنى لأنها بمعنى لم يحج العام ، فهذا يدل على أن شهادة النفى لا تقبل على الشرط ، ولذا قال فى الفتح إن قول محمد أوجه ، لكن قيل إن علة عدم العتق اشتراط الدعوى فى شهادة عتق العبد ؛ وعليه فلو كانت أمة تعتق اتفاقا إذ لا تشترط دعواها ، فحينئذ لا إشكال ، أفاده فى البحر (قوله لأنه يملك الإنشاء) أى فلا يتهم ، أما إن كانت طاهرة فلا يصدق لأنه يريد إبطال حكم واقع فى الظاهر لوجود وقت السنة ، وقد اعترف بالسبب ، لأن المضاف سبب للحال زيلعى :

قلت : وهذا مشكل لأن الاعتراف بالسبب إنما يثبت عند ثبوت الشرط وقد أنكر الشرط ، نعم هذا يظهر لو قال أنت طالق للسنة بدون تعليق . ففى البحر عن الكافى : لو قال لامرأته الموطوءة أنت طالق للسنة لا يقع إلا فى طهر خال عن الطلاق ، والوطء عقيب حيض خال عن الطلاق والوطء ، فإذا حاضت وطهرت وادعى الزوج جماعها أو طلاقها فى الحيض لا يقبل قوله فى منع الطلاق السنى لانعقاد المضاف سببا للحال ، وإنما يتراخى حكمه فقط ، فدعوى الطلاق أو الجماع بعده دعوى المانع ، فلا يقبل قوله فى منع وقوع الطلاق فى الطهر ، لكن يقع طلاق آخر بإقراره بالطلاق فى الحيض ، وإن ادعى الطلاق أو الجماع وهى حائض صدق ، ولو قال : إن لم أجامعك فى حيضتك فأنت طالق فادعى الجماع فى الحيض لا تطلق ، لأنه علق الطلاق بصريح الشرط ، والمعلق بالشرط إنما ينعقد سببا عند الشرط لما عرف ، فإذا أنكر الشرط فقد أنكر السبب ، فيقبل قوله ؛ وكذا لو قال : والله

قلت : فالمسألة السابقة والآتية ليستا على إطلاقهما (وما لايعلم) وجوده (إلا منها صدّقت فى حق نفسها خاصة) استحسانا بلا يمين نهر بحثا ،

لا أقربك أربعة أشهر فمضت المدة ثم ادعى قربانها فى المدة لا يقبل ، لأن الإيلاء سبب فى الحال لكن تراخى وقوع الطلاق إلى مضىّ المدة وقد مضت المدة ووقع ظاهرا ، فدعوى القربان دعوى المانع فلا يقبل ؛ ولو ادعى القربان قبل مضى المدة يقبل قوله لأنه لم يقع الطلاق بعد ، وقد أخبر عما يملك إنشاءه فيقبل قوله ؛ ولو قال : إن لم أقربك فى أربعة أشهر فأنت طالق فمضت المدة ثم ادعى القربان فى المدة لايقع ، لأنه علق الطلاق بصريح الشرط ، فتى أنكر الشرط فقد أنكر السبب فيقبل قوله اه فهذا كما ترى مخالف لما مر عن الزيلعى فليتأمل (قوله فالمسألة السابقة) هى قوله فإن اختلفا فى وجود الشرط الخ ، والآتية هى قوله إن حضت كما بينه الشارح فيما ح : والأحسن تفسير الآتية بقوله وما لايعلم إلا منها الخ (قوله ليستا على إطلاقهما) فتقيد الأولى بما إذا كان يملك الإنشاء ، وتقيد الآتية بما إذا كان لا يملكه أخذا من هذا التفصيل المذكور هنا وما قاله الشارح تبع فيه ابن كمال فى شرح الإصلاح وفيه بحث . أما أولا فلما علمت من مخالفة هذا التفصيل لما ذكرناه عن الكافى ، وأما ثانيا فلأن الاختلاف هنا فى الجماع لافى الحيض ، والجماع ليس مما لايعلم وجوده إلا منها ، لأن الرجل يعلمه لكونه فعله . وأما ثالثا فلأنه لو سلم هذا التفصيل فى هذه المسألة لايلزم منه تقييد هاتين المسألتين اللتين هما قاعدتان تحتهما مسائل جزئية لها ، قد أطلق بعضها وصرح فى بعضها بما يخالف هذا التفصيل كما قدمناه فى مسألة النفقة عن الذخيرة والقنية من دعوى الوصول بعد مضى الأيام المعينة ، وكما قدمناه عن الكافى قريبا فى قوله إن لم أقربك فى أربعة أشهر من أن الدعوى بعد مضى المدة فقد قبل قوله مع أنه لايملك الإنشاء فتدبر (قوله وما لايعلم إلا منها) قيد به ، لأنه لو كان يعلم من غيرها توقف الوقوع على تصديقه أو البينة كالدخول والكلام اتفاقا .

واختلفوا فيما لو علق بولادتها ، فقالا : يقع بشهادة القابلة ، وعنده لابد من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين جوهرة ، ولا يشمل مالو قال إن شربت مسكرا بغير إذنك فأمرك بيدك وشرب ثم اختلفا فالقول له لأنه ينكر وقوع الطلاق مع أن الإذن لايستفاد إلا منها لكن يطلع عليه بالقول بخلاف الحيض والمحبة (قوله استحسانا) والقياس أن يكون القول قوله لأنها تدعى شرط الحنث على الزوج ووقوع الطلاق وهو منكر فيكون القول قوله ولا تصدق إلا بحجة كغيره من الشروط .

وجه الاستحسان أن هذا الأمر لايعرف إلا من قبلها ، وقد ترتب عليه حكم شرعى فيجب عليها أن تخبر كى لانقع فى الحرام ، إذ الاجتناب عنه واجب عليهما شرعا فيجب طريقه وهو الإخبار فتعينت له ، فيجب قبول قولها لتخرج عن عهدة الواجب زيلعى (قوله نهر بحثا) أصل البحث لأخيه صاحب البحر ، حيث قال : وظاهره أنه لايمين عليها ، ويدل عليه قولهم إن الطلاق المعلق بإخبارها وقد وجد ، ولا فائدة فى التحليف لأنه وقع بقولها والتحليف لرجاء النكول ، وهى لو أخبرت ثم قالت كنت كاذبة لايرتفع الطلاق لتناقضها اه لكن فى حواشى مسكين : نقل الحموى عن رمز المقدسى أن عليها اليمين بالإجماع ، إذ ليس هذا من المواضع المستثناة من قولهم كل من قبل قوله فعليه اليمين اه .

قلت : ولا يخفى مافيه لما علمت من عدم الفائدة فى التحليف ، ومن وجه الاستحسان ، وعدم ذكرها فى المستثنيات لايدل على عدم كونها منها ، فكم من أصل استثنى منه أشياء مع بقاء غيرها لكون ذلك بحسب ماخطر فى ذهن المستثنى ولا سيما مع ظهور الوجه ، نعم هذا فى القضاء ظاهر ؟ وأما فى الديانة فينبغى التفرقة بين الحيض

ومراهقة كبالغة واحتلام كحيض فى الأصح (كقوله إن حضت فأنت طالق وفلانة، أو إن كنت تحبين عذاب الله فأنت كذا أو عبده حر ، فلو قالت حضت) والحيض قائم ، فإن انقطع

والمحبة ، لأن تعلق الطلاق بإخبارها قضاء وديانة إنما هو فى المحبة ، أما فى الحيض فلا تطلق ديانة إلا إذا كانت صادقة كما تعرفه قريبا فافهم (قوله ومراهقة كبالغة) وأما حكم الصغيرة التى لا يحيض مثلها والآيسة؛ فقال فى النهر لم أره ، وينبغى أن يقبل من الآيسة لا الصغيرة (قوله واحتلام كحيض فى الأصح) قال فى النهر : واختلف فيما لو قال لعبده إن احتلمت فأنت حر فقال احتلمت ، فروى هشام أنه لا يصدق، والأصح أنه يصدق لأن الاحتلام لا يعرفه غيره كالحيض كذا فى المحيط (قوله كقوله إن حضت الخ) اعلم أن التعليق بالمحبة كالتعليق بالحيض إلا فى شيئين :

أحدهما أن التعليق بالمحبة يقتصر على المجلس لكونه تخييرا ، حتى لو قامت وقالت أحبك لا تطلق ، والتعليق بالحيض لا يبطل بالقيام كسائر التعليقات .

الثانى أنها إن كانت كاذبة فى الإخبار تطلق فى التعليق بالمحبة لما قلنا . وفى التعليق بالحيض لا تطلق فيما بينه وبين الله تعالى زيلعى ، ومثله فى الفتح وغيره .

وفى كافى الحاكم الشهيد: ولو قال أنت طالق إن كنت تحبين كذا وكذا لشىء يعرف أنها تحبه أو لا تحبه كالموت والعذاب فقالت أنا أحبه فالقول قولها مادامت فى مجلسها، وكذا إن كنت تبغضين كذا لشىء يعلم أنها تحبه كالحياة والغنى فقالت أنا أبغضه فهى طالق ، وإن قال أنت طالق ثلاثا إن كنت تحبين كذا فقالت لست أحبه وهى كاذبة لم يقع ، وكذا لو قال أنت طالق ثلاثا إن كنت أنا أحب ذلك ثم قال لست أحبه وهو كاذب فهى امرأته فيما بينه وبين الله تعالى أن يطأها ، وكذلك اليمين على البغض ، وكذلك لو قال : إن كنت تحبين الطلاق بقلبك أو تريدينه أو تشتهينه بقلبك دون لسانك فأنت طالق ثلاثا فقالت لا أشاء ولا أحب ولا أهوى ولا أريد ولا أشتهى فهى امرأته ، ولا تصدق بعد ذلك على قولها خلافه، وإن كانت فى مجلسها ذلك أو سكتت فلم تقل شيئا حتى يقوم فهى امرأته ، وإن كان فى قلبها خلاف ما أظهرت فإنه يسعها أن تقيم معه فيما بينها وبين الله تعالى فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف . وقال محمد : لا يسعها المقام معه إن كان مافى قلبها خلاف ما أظهرت على لسانها اهـ .

وذكر فى البحر فى مسألة إن كنت أنا أحب كذا الخ . قال شمس الأئمة : هذا مشكل ، لأنه يعرف مافى قلبه حقيقة ؛ وإن كان لا يعرف مافى قلبها لكن الطريق ماقلنا إن الحكم يدار على الظاهر وهو الإخبار وجودا وعدماً ه

وذكر قاضيخان قال لامرأته : إن سررتك فأنت طالق فضربها فقالت سرنى ، قالوا لا تطلق ، لأنا نتيقن بكذبها . قال قاضيخان : وفيه إشكال ، وهو أن السرور مما لا يوقف عليه فينبغى أن يتعلق الطلاق بخبرها ويقبل قولها فى ذلك وإن كنا نتيقن بكذبها ، كما لو قال : إن كنت تحبين أن يعذبك الله بنار جهنم فأنت طالق فقالت أحب يقع اهـ .

قال فى البحر : وهو ممنوع لقول الهداية إنه لا يتيقن بكذبها لأنها لشدة بغضها إياه قد تحب التخلص منه بالعذاب اهـ وبهذا ظهر أنه لو علق بفعل قلبى وأخبرت به ، فإن تيقنا بكذبها لم يقع وإلا وقع .

وفى البدائع : إن كنت تكرهين الجنة تعلق بإخبارها بالكراهة مع أنها لا تصل إلى حالة تكره الجنة ، فقد تيقنا بكذبها .

لم يقبل قولها زيلعي وحدادى (أو أحب طلقت هى فقط) إن كذبها الزوج ، فإن صدّقها أو علم وجود الحيض منها طلقتا جميعا حدادى .

(وفى إن حضت لايقع برؤية الدم) لاحتمال الاستحاضة (فإن استمر ثلاثا وقع من حين رأت)

وقد يقال : إنها لشدة محبتها للحياة الدنيا تكره الجنة لأنها لاتوصل إليها إلا بالموت وهى تكرهه فلم نتيقن بكذبها . وظاهر كلامهم هنا أنها لاتكفر بقولها أنا أحب عذاب جهنم وأكره الجنة اه . وفرق فى النهر بينه وبين مسألة السرور بأن إيلام الضرب القائم بها دليل ظاهر على كذبها ، بخلاف مجرد محبة العذاب فإنه لادليل فيه على التيقن بكذبها ، لما مر اه .

قلت : لكن يبقى الإشكال فى مسألة إن كنت أنا أحب كذا إذا أخبر بخلاف مافى قلبه فإنه يتيقن بكذبه . وإذا أدير الحكم على الإخبار كما مر عن شمس الأئمة لم يرد هذا ، لكن يتوجه إشكال قاضيخان فى مسألة السرور إلا أن يجاب بأنه يتعلق الحكم بالإخبار مالم يتيقن غير المخبر بكذبه . وبه يندفع إشكال شمس الأئمة وإشكال قاضيخان فتأمل .

[تنبيه] قال فى البحر : قيد بمحبتها لأنه لو علقه بمحبة غيرها ، فظاهر مافى المحيط أنه لابد من تصديق الزوج فإنه قال : لو قال أنت طالق إن لم تكن أمك تهوى ذلك فقالت الأم أنا لا أهوى وكذبها الزوج لاتطلق ، فإن صدقها طلقت لما عرف .

وروى ابن رستم عن محمد أنه لو قال : إن كان فلان مؤمنا فأنت طالق لاتطلق ، لأن هذا لايعلمه إلا هو ولا يصدق هو على غيره وإن كان هو من المسلمين يصلى ويحج ، ولو قال لآخر لى إليك حاجة فاقضها لى فقال امرأته طالق إن لم أقض حاجتك فقال حاجتى أن تطلق زوجتك فله أن لايصدقه فيه ولا تطلق زوجته ، لأنه يحتمل للصدق والكذب فلا يصدق على غيره اه .

قال الخير الرملى : فقد علم من هذه الفروع أنه إن علق بفعل الغير لايصدق ذلك الغير عليه سواء كان مما لايعلم إلا منه أم لا ، ولابد من تصديق الزوج فيهما أو البينة فيما يثبت بها من الأمر الذى يعلم (قوله لم يقبل قولها) لأنه ضرورى فيشترط فيه قيام الشرط زيلعى أى لأن قبول قولها ضرورة ترتب حكم شرعى عليه ، ويأتى تمامه (قوله طلقت هى فقط) أى دون فلانة ، لأن المنظور إليه فى حقها شرعا الإخبار به لأنها أمينة ، وفى حق ضرتها متهمة ، وشهادتها على ذلك شهادة فرد ، ولا بعد فى أن يقبل قول الإنسان فى حق نفسه لافى حق غيره كأحد الورثة إذا أقر بدين على الميت اقتصر على نصيبه إذا لم يصدقه الباقون ، وتمامه فى البحر (قوله أو علم وجود الحيض منها) لاينافيه ماتقدم من قوله ومالا يعلم إلا منها الخ ، لأن ذاك فيما إذا أشكل أمرها ، وذا فيما لم يشكل بأن أخبرت فى وقت عدتها المعروفة لزوجها وضرتها وشوهد الدم منها بحيث لم يبق شك تأمل رملى (قوله وفى إن حضت الخ) تفصيل وبيان لما أجمله أولا ، ومثله التعليق بنى أو مع كأنت طالق فى حيضك أو مع حيضك كما فى البحر (قوله وقع من حين رأت) لأنه بالاستمرار تبين أنه حيض من الابتداء فيجب على المفتى أن يعينه فيقول طلقت من حين رأت الدم ، وليس هذا من باب الاستناد وإنما هو من باب التبيين ، ولذا قال من حين رأت ، وتمام بيانه فى البحر .

وفيه عن الكافى فى مسألة إن حضت فعبدى حر وضرتك طالق إذا رأت الدم فقالت حضت وصدقها أنه

وكان بدعيا ، فإن غير مدخوله فتزوجت بآخر فى ثلاثة أيام صح ؛ فلو ماتت فيها فإرثها للزوج الأول دون الثانى وتصدق فى حقها دون ضرتها .

(و) فى (إن حضت حيضة) أو نصفها أو ثلثها أو سدسها لعدم تجزيها (لايقع حتى تطهر منها) لأن الحيضة اسم للكامل ، ثم إنما يقبل قولها مالم تر حيضة أخرى جوهرة .

قبل الاستمرار يمنع الزوج عن وطء المرأة واستخدام العبد فى الثلاثة لاحتمال الاستمرار (قوله وكان بدعيا) لوقوعه فى الحيض ، بخلاف إن حضت حيضة كما يأتى ، وهذا بيان لثمرة التبين : وتظهر أيضا فيما لو كان المعلق بالحيض عتقا فجنى العبد أوجنى عليه بعدرؤية الدم . فبالاستمرار تكون الجناية جناية الأحرار . وفى أنها لاتحتسب هذه الحيضة من العدة لأن الشرط حيث كان هو رؤية الدم لزم أن يكون الوقوع بعد بعضها ولذا قلنا إنه بدعى . وفيما إذا خالعها فى الثلاث حيث يبطل الخلع لأنها مطلقة قاله الحدادى ونظر فيه فى البحر بأن الخلع يلحق الصريح وأجاب فى النهر بأن الظاهر أنه محمول على ما إذا لم تكن مدخولا بها (قوله فإن غير مدخولة) تفريع على قوله وقع من حين رأت ، واحترز عن المدخول بها ولو حكما كالمختلى بها لأنها لايمكنها التزوج بآخر فى الأيام الثلاثة لوجوب العدة عليها من الأول (قوله فى ثلاثة أيام) الأولى فى الثلاثة الأيام . وعبارة النهر : فتزوجت حين رأت الدم ح (قوله فإرثها للزوج الأول) لأنه لايدرى أكان ذلك حيضا أولا بحر أى فلم يتحقق شرط وقوع الطلاق . فهى باقية على عصمته ، ومقتضاه أن عقد الثانى عليها باطل فلا يلزمه المهر (قوله وتصدق فى حقها الخ) أى فيما إذا علق طلاقها وطلاق ضرتها على حيضها ، وهذا يغنى عنه قول المصنف المار طلقت هى فقط .

وفى البحر عن شرح المجمع : فإن قال الزوج انقطع الدم فى الثلاثة وأنكرت المرأة والعبد فالقول لهما(١) لأن الزوج أقر بوجود شرط العتق ظاهرا ، لأن رؤية الدم فى وقته تكون حيضا ، ولهذا تؤمر بترك الصلاة والصوم . ثم ادعى عارضا يخرج المرئى من أن يكون حيضا فلا يصدق ؛ فإن صدقته المرأة وكذبه العبد فى الأيام الثلاث فالقول لهما ، وإن كان بعدها فالقول للعبد (قوله وفى إن حضت حيضة الخ) مثله أنت طالق مع حيضتك أوفى حيضتك بالتاء بحر (قوله لعدم تجزيها) علة لمساواة التعبير بنصفها ونحوه لتعبير بحيضة . فإن ذكر بعض مالايتجزأ كذكر كله .

وفى النهر عن الجوهرة : ولوقال إذا حضت نصفها فأنت كذا وإذا حضت نصفها الآخر فأنت كذا لايقع شىء مالم تحض وتطهر ، فإذا طهرت وقع طلقتان (قوله لايقع حتى تطهر منها) إما بانقطاعه لعشرة أو بالاغتسال أو بما يقوم مقامه من صيرورة الصلاة دينا فى ذمتها فيما إذا انقطع لما دونها نهر (قوله لأن الحيضة) بفتح الحاء المرة الواحدة والحيضة بالكسر الاسم والجمع الحيض بحر عن الصحاح (قوله اسم للكامل) أى ولا تكمل الحيضة إلا بالطهر منها ، فلوكانت حائضا لاتطلق حتى تطهر ثم تحيض ، فإن نوى ماىحدث من هذه الحيضة فهو على مانوى وكذا إذا قال إن حبلت إلا أن هنا إذ نوى الحبل الذى هى فيه لايحنث لأنه ليس له أجزاء متعددة ، بخلاف الحيض قاله الحدادى نهر (قوله مالم تر حيضة أخرى) وذلك بأن تخبر وهى متلبسة بالحيض أو بعد الطهر منه ، أما إذا أخبرت بعد تلبسها بحيضة أخرى لايقبل قولها إلا إذا طهرت من الحيضة الأخرى ، وهذا بخلاف قوله إذا حضت ولم يقل حيضة فإن الشرط إخبارها حال قيام الحيض فلا يقبل بعدة كما مر . قال فى الفتح لأنه ضرورى فيشترط قيام الشرط ، بخلاف قوله إن حضت حيضة حيث يقبل قولها فى الطهر الذى يلى الحيضة لاقبله ولا بعده ، حتى

---

(١) (قوله فالقول لهما) أى الزوج والزوجة ، فلا تطلق ولا يعتق العبد اه منه .

(وفى إن صمت يوما فأنت طالق تطلق حين غربت) الشمس (من يوم صومها ، بخلاف إن صمت) فإنه يصدق بساعته :

(قال لها إن ولدت غلاما فأنت طالق واحدة ، وإن ولدت جارية فأنت طالق ثنتين فولدتهما ولم يدر الأول تلزمه طلقة واحدة قضاء وثنتان تنزها) أى احتياطا لاحتمال تقدم الجارية (ومضت العدة) بالثانى فلذا لم يقع به شيء ، لأن الطلاق المقارن لانقضاء العدة لايقع ، فإن علم الأول فلا كلام ،وإن إختلفا فالقول للزوج لأنه منكر وإن تحقق ولادتهما معا وقع الثلاث وتعتد بالأقراء :

(وإن ولدت غلاما وجاريتين ولا يدرى الأول يقع ثنتان قضاء وثلاث تنزها) وإن ولدت غلامين وجارية فواحدة قضاء وثلاث تنزها (و) هذا بخلاف ما (لو قال : إن كان حملك غلاما فأنت طالق واحدة ، وإن كان

لو قالت بعد مدة حضت وطهرت وأنا الآن حائض بحيضة أخرى لايقبل قولها ولا يقع لأنها أخبرت عن الشرط حال عدمه ، ولايقع إلا إذا أخبرت عن الطهر بعد انقضاء هذه الحيضة ،فحينئذ يقع لأنها جعلت أمينة شرعا فيما تخبر من الحيض والطهر ضرورة إقامة الأحكام المتعلقة بها ،فلا تكون مؤتمنة حال عدم تلك الأحكام لعدم الحاجة إذا كذبها الزوج اه . ومفهومه أنها لاتطلق بمجرد طهرها من الحيضة الأخرى بل لابد من الإخبار لما مر من أن مالا يعلم إلا منها يتعلق بإخبارها . ويفهم من قوله إذا كذبها الزوج ، أنه إذا صدقها يقع وإن لم تطهر من الثانية (قوله وفى إن صمت يوما) نظيره إن صمت صوما لايقع إلا بتمام يوم لأنه مقدر بمعيار اه فتح (قوله بخلاف إن صمت الخ) أى أنه يتعلق بما يسمى صوما فى الشرع وقد وجد بركنه وشرطه بإمساك ساعة فيقع به وإن قطعته بعده ، وكذا إذا صمت فى يوم أو فى شهر لأنه لم يشترط إكماله، وإذا صليت صلاة يقع بركعتين ، وفى إذا صليت يقع بركعة (قوله فولدتهما) أى واحدا بعد واحد نهر ، ويأتى محترزه ومحترز قوله ولم يدر الأول (قوله وثنتان تنزها) أى تباعدا عن الحرمة نهر . وفى القهستانى : أى ديانة ، يعنى فيما بينه وبين الله تعالى كما ذكره المصنف وغيره اه .

قلت : ومقتضاه أنه إذا وقعت عليه طلقة أخرى يجب عليه ديانة أن يفارقها للاحتياط والتباعد عن الحرمة وإن كان القاضى لايحكم عليه بذلك بل يفتيه المفتى بذلك ، ويدل على الوجوب تعبير المصنف وغيره باللزوم ، ولكن فى الهداية : والأولى أن يأخذ بالثنتين تنزها واحتياطا فتأمل ، وإنما تلزمه الثنتان فى القضاء لأن وقوعهما غير محقق . والحل كان ثابتا بيقين فلا يزول بالاحتمال . قيل : ولو قال وأخرى تنزها لكان أولى لإيهام العبارة أن الثنتين غير الواحدة ، وإن سلم فالتنزه إنما هو بواحدة والأخرى قضاء (قوله أو مضت العدة بالثانى) أشار إلى أنه لارجعة ولا إرث بحر (قوله فلا كلام) أى فإنه يقع المعلق بالسابق ولا يقع بالأخرى شيء لما ذكره من أن الطلاق والمقارن الخ (قوله لأنه منكر) أى للطلقة الزائدة ، وهـذا من فروع قوله وإن اختلفا فى وجود الشرط الخ (قوله وإن تحقق .ولادتهما معا الخ) لم يذكره المصنف لاستحالته عادة نهر ، وإن ولدت خنثى وقعت واحدة وتوقفت الأخرى حتى يتبين حاله هندية عن البحر الزاخر ط (قوله يقع ثنتان قضاء الخ) لأن الغلام إن كان أولا أوثانيا تطلق ثلاثا واحدة به ، وثنتين بالجارية الأولى لأن العدة لاتنقضى مابقى فى البطن ولد ، وإن كان آخرا يقع ثنتان بالجارية الأولى ولا يقع بالثانية شيء لأن اليمين بالجارية انحلت بالأولى ، ولا يقع بالغلام شيء ، لأنه حال انقضاء العدة ، وتردد بين ثلاث وثنتين فيحكم بالأقل قضاء وبالأكثر تنزها فتح (قوله فواحدة قضاء) لأنه إن كان الغلامان أولا وقعت واحدة بأولهما ، ولا يقع بالثانى شيء ولا بالجارية

جارية فثنتين فولدت غلاما وجارية لم تطلق) لأن الحمل اسم للكل ، فما لم يكن الكل غلاما أو جارية لم تطلق (وكذا) لو قال (إن كان مافى بطنك غلاما) والمسألة بحالها لعموم ما (بخلاف إن كان فى بطنك) والمسألة بحالها (فإنه يقع الثلاث) لعدم اللفظ العام .

[فروع] علق طلاقها بحبلها لم تطلق حتى تلد لأكثر من سنتين من وقت اليمين .

قال : إن ولدت ولدا فأنت طالق أو حرة فولدت ولدا ميتا طلقت وعتقت .

قال لأم ولده : إن ولدت فأنت حرة تنقضى به العدة جوهرة (علق) العتاق أو الطلاق ولو (الثلاث بشيئين

الأخيرة لانقضاء العدة وإن كانت الجارية أولا أو وسطا وقع ثنتان بها وواحدة بالغلام بعدها أو قبلها فتردد بين ثلاث وواحدة (قوله لأن الحمل اسم للكل) لأنه اسم جنس مضاف فيعم كذا فتح (قوله والمسألة بحالها) أى وولدت غلاما وجارية (قوله لعموم ما) أى فيقتضى أن شرط وقوع الواحدة أو الثنتين كون جميع مافى بطنها غلاما أو جارية ، ومثله مافى الفتح : إن كان مافى هذا العدل حنطة فهى طالق أو دقيقا فطالق فإذا فيه حنطة ودقيق لاتطلق (قوله لعدم اللفظ العام) أى ولصدق اللفظ فإنه يصدق على الجارية والغلام أنهما كانا فى البطن ط .

وفى الجامع : لو قال إن ولدت ولدا فأنت طالق ، فإن كان الذى تلدينه غلاما فأنت طالق ثنتين فولدت غلاما يقع الثلاث لوجود الشرطين ، لأن المطلق موجود فى المقيد ، وهو قول مالك والشافعى فتح (قوله لم تطلق حتى تلد الخ) لأنه علقه بحدوث الحبل بعد اليمين وبتوهم حدوث الحبل قبل اليمين إلى سنتين فوقع الشك فى الموقع فلا يقع بالشك كذا فى المحيط بحر . وتنقضى العدة بالولادة كما فى كافى الحاكم ، وهو صريح فى أن الطلاق لم يقع بعد الولادة وإلا لم تنقض العدة بها بل يقع قبلها بالحبل الحادث بعد اليمين ، لأنه المعلق عليه . فقوله حتى تلد معناه ظهر بالولادة لأكثر من سنتين من وقت اليمين أن الطلاق قد وقع من أول الحبل ، وإنما اشترط كون الولادة لأكثر من سنتين من وقت اليمين ليتحقق حدوث الحبل بعد اليمين . إذ لو كان لأقل من ذلك احتمل حدوثه قبل اليمين فلا يقع بالشك ، ثم إذا ظهر بالولادة وقوع الطلاق من وقت الحبل فوقت الحبل مجهول فلم يعلم وقت الوقوع ، إلا أن يقال بوقوعه قبل الولادة بستة أشهر لتيقن الحبل فيه وما قبله مشكوك فيه فلا يقع بالشك كذا بحثه ح .

[تنبيه] هذه اليمين لاتحرم الوطء ، لكن يستحب أن لا يطأها إلا بالاستبراء لتصور حدوث الحبل كما فى البحر عن المحيط ، وإنما لم يجب الاستبراء لأن حل الوطء أصل ، وحدوث الحبل موهوم كما أفاده ح (قوله تنقضى به العدة) فى العبارة سقط والأصل عتقت لأنه ولد تنقضى به العدة . وعبارة الجوهرة هكذا : وإذا قال إن ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت ، وكذا إذا قال لأمته : إذا ولدت ولدا فأنت حرة فهو كذلك لأن الموجود مولود فيكون ولدا حقيقة ، ويعتبر ولدا فى الشرع حتى تنقضى به العدة والدم بعده نفاس وأمه أم ولد فتحقق الشرط وهو ولادة الولد اهـ فقوله حتى تنقضى به العدة غاية لقوله ويعتبر ولدا فى الشرع وليس معناه مايفهم من الشرح من أن أم الولد تخرج به من العدة لأن العدة تجب عقب الحرية والحرية معلقة بالولادة فهى واقعة عقبها ، فالولادة متقدمة على وجوب العدة بمرتبتين فكيف تنقضى العدة بالولادة كما أفاده ح :

حقيقة بتكرر الشرط أولا كإن جاء زيد وبكر فأنت كذا (يقع) المعلق (إن وجد) الشرط (الثانى فى الملك وإلا لا) لاشتراط الملك حالة الحنث والمسألة رباعية .

مطلب فيما لو تكرر الشرط بعطف أو بدونه

(قوله بتكرر الشرط) وذلك بأن عطف شرطا على آخر وأخر الجزاء ، نحو : إذا قدم فلان وإذا قدم فلان فأنت طالق فإنه لايقع حتى يقدما لأنه عطف شرطا محضا على شرط لاحكم له ثم ذكر الجزاء ، فيتعلق بهما فصارا شرطا واحدا فلا يقع إلا بوجودهما ، فإن نوى الوقوع بأحدهما صحت نيته بتقديم الجزاء على أحدهما وفيه تغليظ .

أو بأن كرر أداة الشرط بغير عطف كإن أكلت إن لبست فأنت طالق لاتطلق مالم تلبس ثم تأكل وتقدم المؤخر ، والتقدير إن لبست ، فإن أكلت فأنت طالق وكذا كل امرأة أتزوجها إن كلمت فلانا فهى طالق يقدم المؤخر ، فيصير التقدير، إن كلمت فلانا فكل امرأة أتزوّجها طالق .وعلى هذا إذا قال : إن أعطيتك إن وعدتك إن سألتني فأنت طالق لاتطلق حتى تسأله أولا ثم يعدها ثم يعطيها لأنه شرط فى العطية الوعد وفى الوعد السؤال ، فكأنه قال : إن سألتنى إن وعدتك إن أعطيتك كذا فى الفتح : وهذا إذا لم يكن الشرط الثانى مترتبا على الأول عادة وكان الجزاء متأخرا عن الشرطين أو متقدما عليهما وإلا كان كل شرط فى موضعه ، كإن أكلت إن شربت فأنت حر ، حتى إذا شرب ثم أكل لم يعتق ، وكذا إن دعوتنى إن أجبتك أو إن ركبت الدابة إن أتيتنى يقر كل شرط فى موضعه لأنهما إذا كانا مرتبين عرفا أضمرت كلمة ثم .وكذا إن توسط الجزاء بين الشرطين يقر كل شرط فى موضعه لأنه تخلل الجزاء بين الشرطين بحرف الوصل وهو الفاء ، فيكون الأول شرطا لانعقاد اليمين ، والثانى شرط الحنث كإن دخلت الدار فأنت طالق إن كلمت فلانا ويشترط قيام الملك عند الشرط الأول لأنه جعل شرط انعقاد اليمين كأنه قال عند الدخول إن كلمت فلانا فأنت طالق واليمين لاتنعقد إلا فى الملك أو مضافة إليه ،فإن كانت فى ملكه عند دخول الدار صحت اليمين المتعلقة بالكلام فإذا كلمت يقع وإلا بإن دخلت بعد الطلاق والعدة لم يصح وإن كلمت وإذا دخلت الدار فى العدة وكلمت فيها طلقت .

مطلب لو تكررت أداة الشرط بلا عطف فهو على التقديم والتأخير

والحاصل أنه إذا كرر أداة الشرط بلا عطف توقف الوقوع على وجودهما ، لكن إن قدم الجزاء عليهما أو أخره فالملك يشترط عند آخرهما وهو الملفوظ به أولا على التقديم والتأخير ،وإن وسطه فلا بد من الملك عندهما وإن كان بالعطف توقف على أحدهما قدم الجزاء أو وسطه ، فإن أخره توقف عليهما ، وإن لم يكرر أداة الشرط فلا بد من وجود الشيئين قدم الجزاء عليهما أو أخره بحر ملخصا ، وتمامه فيه (قوله أولا) عطف على حقيقة : قال فى البحر :وأما الثانى أعنى ماليسا شرطين حقيقة ،وهو أن يكون فعلامتعلقا بشيئين من حيث هو متعلق بهما نحو : إن دخلت هذه الدار وهذه ،أو إن كلمت أبا عمرو وأبا يوسف فكذا فإنهما شرط واحد إلا أن ينوى الوقوع بأحدهما فاشترط للوقوع قيام الملك عند آخرهما ، وكذا إذا كان فعلا قائما باثنين من حيث هو قائم بهما نحو : إن جاء زيد وعمرو فكذا فإن الشرط مجيئهما اهـ (قوله إن وجد الشرط الثانى فى الملك) احتراز عن الشرط الأول فإنه على التفصيل كما علمت . وأما أصل التعليق فشرط صحته الملك أو الإضافة إليه كما مر أول الباب فالكلام فيما بعد صحة التعليق (قوله والمسألة رباعية) لأنهما إما أن يوجدا فى الملك أو خارجه أوالأول فقط فى الملك أوالعكس

(علق الثلاث أو العتق) لأمته (بالوطء) حنث بالتقاء الختانين و (لم يجب) عليه (العقر) فى المسألتين (باللبث) بعد الإيلاج ، لأن اللبث ليس بوطء (و) لذا (لم يصر به مراجعا فى) الطلاق (الرجعى إلا إذا أخرج ثم أولج ثانيا) حقيقة أو حكما بأن حرك نفسه فيصير مراجعا بالحركة الثانية ؛ ويجب العقر لا الحد لاتحاد المجلس .

(لانطلق) الجديدة (فى) قوله للقديمة (إن نكحتها) أى فلانة (عليك فهى طالق إذا نكح) فلانة (عليها

فإن كان الثانى فى الملك وقع الطلاق سواء كان الأول فى الملك أولا ، وإن كان الثانى خارج الملك لايقع سواء كان الأول فى الملك أولا اه ح؛ فى قوله إذا جاء زيد وبكر فأنت طالق إذا جاءا معا وهى فى ملكه أو طلقها وانقضت عدتها فجاء زيد ثم تزوجها فجاء عمرو طلقت ، وإن جاء بعد العدة قبل التزوج أو جاء زيد فى العدة وعمرو بعدها قبل التزوج لانطلق (قوله ولم يجب عليه العقر) أشار بنفى العقر فقط إلى ثبوت الحرمة باللبث فإن الواجب عليه النزع للحال . والعقر : بالضم مهر المرأة إذا وطئت بشبهة وبالفتح : الجرح كما فى الصحاح بحر . وقد مر الكلام عليه فى باب المهر (قوله باللبث) بفتح اللام وسكون الباء : المكث من ابث كسمع . وهو نادر لأن المصدر من فعل بالكسر قياسه التحريك إذا لم يتعد بحر عن القاموس (قوله لأن اللبث ليس بوطء) لأن الوطء أى الجماع إدخال الفرج فى الفرج وليس له دوام حتى يكون لدوامه حكم ابتدائه . كمن حلف لايدخل هذه الدار وهو فيها لايحنث باللبث بحر (قوله لم يصر به مراجعا) أى عند محمد لأنه فعل واحد فليس لآخره حكم فعل على حدة وقال أبو يوسف يصير مراجعا لوجود المس بشهوة وهو القياس نهر . قال فى البحر : وجزم المصنف بقول محمد دليل على أنه المختار وقيل ينبغى أن يصير مراجعا عند الكل لوجود المساس بشهوة ، كذا فى المعراج . وينبغى تصحيح قول أبى يوسف لظهور دليله اه (قوله فى الطلاق الرجعى) أى فيما إذا كان المعلق على الوطء طلاقا رجعيا (قوله حقيقة أو حكما) لايصح جعله تعميما لقوله ثم أولج ثانيا بعد قوله إذا أخرج لأنه بعد الإخراج لايمكنه تحريك نفسه إلا بعد إيلاج ثان حقيقة فيصير مراجعا بالإيلاج الثانى لابالتحريك؛ فيتعين جعله تعميما لمجموع قوله أخرج ثم أولج . وعلى كل فقوله فيصير مراجعا بالحركة الثانية لاوجه لتقييدها بالثانية إلا أن تصور المسألة بما إذا أولج فقال إن جامعتك فأنت طالق فإنه كما قال فى البحر : إذا لم ينزع ولم يتحرك حتى أنزل لاتطلق ، فإن حرك نفسه طلقت ويصير مراجعا بالحركة الثانية (قوله ويجب العقر) أى فيما إذا علق الثلاث أو عتق الأمة ط لأن البضع المحترم لايخلو عن عقر أو عقر بحر (قوله لاتحاد المجلس) أى لايجب الحد بالإيلاج ثانيا وإن كان جماعا ، لما فيه من شبهة أنه جماع واحد بالنظر إلى اتحاد المقصود وهو قضاء الشهوة فى المجلس الواحد . وقد كان أوله غير موجب للحد فلا يكون آخره موجبا له وإن قال ظننت أنها على حرام .

وبهذا اندفع مايقال : إنه ينبغى أن يجب الحد فى العتق لأنه وطء لافى ملك ولا فى شبهته وهى العدة ، بخلاف الطلاق لوجود العدة . أفاده فى المعراج ، لكن روى عن محمد : لو زنى بامرأة ثم تزوجها فى تلك الحالة ، فإن لبث على ذلك ولم ينزع وجب مهران : مهر بالوطء أى لسقوط الحد بالعقد ، ومهر بالعقد وإن لم يستأنف الإدخال لأن دوامه على ذلك فوق الخلوة بعد العقد . قال فى النهر : وهذا يشكل على مامر ، إذ قد جعل لآخر هذا الفعل الواحد حكم على حدة اه . وأجاب ح تبعا للحموى بأن هذا مروى عن محمد وذاك قوله فلا تنافى .

واعترضه ط بما فى البحر عقب هذه المسألة من أن تخصيص الرواية بمحمد لايدل على خلاف بل لأنها رويت عنه دون غيره اه فتأمل .

قلت : والجواب الحاسم للإشكال من أصله أن اعتبار آخر الفعل هنا من جهة كونه خلوة مقررة للمهر بل فوقها

فى عدة البائن) لأن الشرط مشاركتها فى القسم ولم يوجد .

(فلو) نكح (فى عدة الرجعى) أو لم يقل عليك (طلقت) الجديدة ذكره مسكين ؛ وقيده فى النهر بحثا بما إذا أراد رجعتها وإلا فلا قسم لها كما مر .

(قال لها أنت طالق إن شاء الله متصلا)

لامن جهة كونه وطأ، ولا يمكن اعتبار ذلك فى إيجاب الحد وثبوت الرجعة. لأن الخلوة لاتوجب ذلك فافهم (قوله لأن الشرط الخ) عبارة البحر لأن الشرط لم يوجد، لأن التزوج عليها أن يدخل عليها من ينازعها فى الفراش ويزاحمها فى القسم ولم يوجد (قوله وقيده) أى قيد الطلاق إذا نكحها فى عدة الرجعى بما ذكر أخذا من مفهوم التعليل ، وقال إن هذه واردة على المصنف يعنى صاحب الكنز .

قلت : وقد يقال : إن المزاحمة فى القسم موجودة حكما وإن لم يرد مراجعتها وقت الطلاق لاحتمال تغير الإرادة بعده بارادة المراجعة ، كما لو تزوجها فى حال سفره أو حال نشوز الأولى فإن الذى يظهر الوقوع وإن لم توجد المزاحمة حقيقة وقت التزوج فتأمل (قوله كما مر) أى فى باب القسم ح .

مطلب مسائل الاستثناء والمشيئة

(قوله قال لها الخ) شروع فى مسائل الاستثناء ، وعقد لها فى الهداية فصلا على حدة . قال فى الفتح : والحق الاستثناء بالتعليق لاشتراكهما فى منع الكلام من إثبات موجبه إلا أن الشرط يمنع الكل والاستثناء البعض ، وقدم مسألة إن شاء الله لمشابهتها الشرط فى منع الكل ، وذكر أداة التعليق ولكنه ليس على طريقة لأنه منع لا إلى غاية والشرط منع إلى غاية تحققه كما يفيده : أكرم بنى تميم إن دخلوا ، ولذا لم يورده فى بحث التعليقات ، ولفظ الاستثناء اسم توقيفى قال تعالى – ولا يستثنون – أى لايقولون إن شاء الله .

مطلب الاستثناء يثبت حكمه فى صيغ الإخبار لافى الأمر والنهى

وللمشاركة فى الاسم أيضا اتجه ذكره فى فصل الاستثناء وإنما يثبت حكمه فى صيغ الإخبار وإن كان إنشاء إيجاب لافى الأمر والنهى ؛ فلو قال أعتقوا عبدى من بعد موتى إن شاء الله لايعمل الاستثناء فلهم عتقه ؛ ولو قال بع عبدى هذا إن شاء الله كان للمأمور بيعه . وعن الحلوانى : كل مايختص باللسان يبطله الاستثناء كالطلاق والبيع ، بخلاف مالايختص به كالصوم لايرفعه ، لو قال نويت صوم غد إن شاء الله تعالى له أداؤه بتلك النية ، كذا فى الفتح ؛ ومعنى قوله توقيفى أنه وارد فى اللغة لا اصطلاحى فقط .

مطلب الاستثناء يطلق على الشرط لغة واستعمالا

وفى حاشية البيضاوى للخفاجى من سورة الكهف : الاستثناء يطلق على التقييد بالشرط فى اللغة والاستعمال كما نص عليه السيرافى فى شرح الكتاب . قال الراغب : الاستثناء رفع مايوجبه عموم سابق كما فى قوله تعالى – قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة – أو رفع مايوجبه اللفظ ، كقوله امرأتى طالق إن شاء الله اهـ . وفى الحديث « من حلف على شىء فقال إن شاء الله فقد استثنى » اهـ ويأتى الخلاف فى أنه إبطال أو تعليق (قوله متصلا) احتراز عن المنفصل ، بأن وجد بين اللفظين فاصل من سكوت بلا ضرورة تنفس ونحوه أو من كلام لغو كما يأتى وقيد فى الفتح السكوت بالكثير .

إلا لتنفس أوسعال أوجشاء أو عطاس أوثقل لسان أوإمساك فم أو فاصل مفيد لتأكيد أوتكميل أوحد أوطلاق ، أو نداء كأنت طالق يازانية أو ياطالق إن شاء الله صح الاستثناء بزازية وخانية ، بخلاف الفاصل اللغو كأنت طالق رجعيا إن شاء الله وقع وبائنا لايقع ؛ ولو قال : رجعيا أو بائنا يقع بنية البائن لا الرجعي قنية ،

مطلب قال أنت طالق وسكت ثم قال ثلاثا تقع واحدة

وفى الخانية قال لزوجته أنت طالق وسكت ثم قال ثلاثا ، إن كان سكوته لانقطاع النفس تطلق ثلاثا وإلا تقع واحدة . وفى أيمان البزازية : أخذه الوالى وقال بالله فقال مثله ، ثم قال لتأتين يوم الجمعة فقال الرجل مثله فلم يأت لم يحنث لأنه بالحكاية والسكوت صار فاصلا بين اسم الله تعالى وحلفه ، وكذا فيما لو كان الحلف بالطلاق اهـ (قوله إلا لتنفس) أى وإن كان له منه بد ، بخلاف مالو سكت قدر النفس ثم استثنى لايصح الاستثناء لنفصل . كذا فى الفتح . فعلم أن السكوت قدر النفس بلاتنفس كثير وأن السكوت لتنفس ولوبلاضرورة عفو (قوله أوإمساك فم) أى إذا أتى بالاستثناء عقب رفع اليد عن فه (قوله لتأكيد) نحو أنت طالق طالق إن شاء الله إذا قصد التأكيد فإنه تقدم فى الفروع قبيل الكنايات أنه لوكرر لفظ الطلاق وقع الكل ، فإن نوى التأكيد دين اهـ وكذا أنت حر حر إن شاء الله كما فى البحر ح ، ويأتى تمام الكلام على ذلك (قوله أو تكميل) نحو أنت طالق واحدة وثلاثا إن شاء الله ، بخلاف ثلاثا وواحدة إن شاء الله فيقع الثلاث كما فى البحر ، لأن ذكر الواحدة بعد الثلاث لغو ، بخلاف العكس (قوله كأنت طالق يازانية أو ياطالق إن شاء الله) مثالان : المفيد الحد ، والطلاق على سبيل النشر المرتب :

قال فى البحر : وفى البزازية أنت طالق ثلاثا يازانية إن شاء الله يقع وصرف الاستثناء إلى الوصف ، وكذا أنت طالق ياطالق إن شاء الله ، وكذا أنت طالق ياصبية إن شاء الله يصرف الاستثناء إلى الكل ولا يقع الطلاق . كأنه قال يافلانة ، والأصل عنده أن المذكور فى آخر الكلام إذا كان يقع به طلاق أو يلزمه حد . كقوله : ياطالق يازانية فالاستثناء على الكل اهـ ح .

أقول : فى هذه العبارة تحريف وسقط ، فالأول فى قوله وكذا أنت طالق ياصبية ، فإن صوابه ولو قال أنت طالق ياصبية الخ كما عبر فى الذخيرة لمخالفته حكم ماقبله ، والثانى فى قوله والأصل الخ فإن قوله فالاستثناء على الكل مخالف لقوله قبله يقع ، وصرف الاستثناء إلى الوصف : أى يقع الطلاق بقوله أنت طالق . ويصرف الاستثناء إلى الوصف : أى ماوصفها به من قوله ياطالق أو يازانية فلا يقع به طلاق ، ولا يلزمه حد . فالصواب قوله فى الذخيرة والأصل أن المذكور فى آخر الكلام إذا كان يقع به طلاق ، أو يجب به حد فالاستثناء عليه نحو قوله يازانية أو ياطالق ، وإن كان لايجب به حد ولا يقع به طلاق فالاستثناء على الكل نحو قوله ياخبيثة اهـ .

ثم اعلم أن هذا التفصيل نقله فى الذخيرة بلفظ وفى نوادر أبى الوليد عن أبى يوسف الخ . ونقل قبله عن ظاهر الرواية انصراف الاستثناء إلى الكل بدون تفصيل وقال إنه الصحيح ، ومثله فى شرح تلخيص الجامع ، فما مشى عليه فى البزازية خلاف الصحيح كما أوضحناه أول باب طلاق غير المدخول بها ، ويوافقه قول الشارح هنا صح الاستثناء ، فإن المتبادر منه انصراف الاستثناء إلى الكل أى الطلاق والوصف لا إلى الوصف فقط ، وحينئذ فلا يقع الطلاق ولا يلزمه حد ولا لعان ، لكن هذا مخالف لما مشى عليه فى البزازية كما علمت فلا يناسب عزو الشارح المسألة إلى البزازية فافهم (قوله وقع) الأولى فإنه يقع ، وإنما كان الفاصل هنا لغوا لأنه لافائدة فى ذكر الرجعى

وقواه فى النهر (مسموعا) بحيث لو قرّب شخص إذنه إلى فيه يسمع فصح استثناء الأصم خانية . (لايقع) للشك (وإن ماتت قبل قوله إن شاء الله) وإن مات يقع (ولا يشترط) فيه (القصد ولا التلفظ) بهما ، فلو تلفظ بالطلاق وكتب الاستثناء ،وصولا أو عكس أو أزال الاستثناء بعد الكتابة لم يقع عمادية (ولا العلم بمعناه) حتى لو أتى بالمشيئة من غير قصد جاهلا لم يقع خلافا للشافعى .

لكونه مدلول الصيغة شرعا ط ، وانظر لم لم يجعل تأكيدا أو تفسيرا ؟ كما قالوا فى حر حر أو حر وعتيق (قوله وقواه فى النهر) اعلم أنه قال فى القنية : لو قال أنت طالق رجعيا أو بائنا إن شاء الله يسأل عن نيته ، فإن عنى الرجعى لايقع ،وإن عنى البائن يقع ولا يعمل الاستثناء اه قال فى البحر : وصوابه إن عنى الرجعى يقع لعدم صحة الاستثناء للفاصل ، وإن عنى البائن لم يقع لصحة الاستثناء اه .

قال فى النهر : أقول بل الصواب مافى القنية ، وذلك أن معنى كلامه أنت طالق أحد هذين ، وبهذا لايكون الرجعى لغوا وإن نواه بخلاف ماإذا نوى البائن ، وأما البائن فليس لغوا على كل حال اه .

أقول : لايخفى مافى هذا الكلام من عدم الالتئام والتناقض التام . بيانه أن قوله : وأما البائن فليس لغوا على كل حال يقتضى عدم الوقوع لصحة الاستثناء ومساواته للرجعى الذى قال فيه إنه لايكون لغوا وإن نواه ، وحينئذ فلا يقع فيهما ، وهو خلاف مافى القنية ، ومناقض لقوله بخلاف ماإذا نوى البائن فافهم .ولذا قال ح : إن الحق مافى البحر ، لأنه إذا نوى الرجعى فجملة أنت طالق تفيده ، فكان قوله رجعيا أو بائنا الذى هو بمعنى أحد هذين لغوا ، بخلاف ماإذا نوى البائن فإن تلك الجملة لاتفيده فلم يكن قوله رجعيا أو بائنا لغوا .

فإن قلت : لما نوى البائن كان قوله رجعيا لغوا إذا كان يكفيه أن يقول أنت طالق بائنا. قلت: هو تركيب صحيح لغة وشرعا ، كما فى إحدى امرأتى طالق ، وحيث كان مقصوده البائن وكان قوله أنت طالق غير مفيد للبائن ، فهو مخير بين أن يقول أنت طالق رجعيا أو بائنا وينوى البائن ، وبين أن يقول أنت طالق بائنا اه (قوله مسموعا) هذا عند الهندوانى وهو الصحيح كما فى البدائع . وعند الكرخى ليس بشرط (قوله بحيث الخ) أشار به إلى أن المراد بالمسموع ماشأنه أن يسمع وإن لم يسمعه المتكلم لكثرة أصوات مثلا ط (قوله للشك) أى للشك فى مشيئة الله تعالى الطلاق لعدم الاطلاع عليها ح (قوله وإن ماتت قبل قوله إن شاء الله) لأن ماجرى تعليق لا تطليق وموتها لاينافى التعليق لأنه مبطل والموت أيضا مبطل فلا يتنافيان ، فيكون الاستثناء صحيحا فلا يقع عليها الطلاق كذا فى التبيين ح (قوله وإن مات يقع) أى إذا مات الزوج وهو يريده يقع لأنه لم يتصل به الاستثناء وتعلم إرادته بأن يذكر لآخر ذلك قبل الطلاق وكذا فى النهر ح (قوله ولا يشترط فيه القصد) هو الظاهر من المذهب ، لأن الطلاق مع الاستثناء ليس طلاقا . قال شداد بن حكيم رحمه الله: وهو الذى صلى بوضوء الظهر ظهر اليوم الثانى ستين سنة ، خالفنى فى هذه المسألة خلف بن أيوب الزاهد . فرأيت أبا يوسف فى المنام فسألته ، فأجاب بمثل قولى وطالبته بالدليل ، فقال : أرأيت لو قال أنت طالق فجرى على لسانه أو غير طالق أيقع ؟ قلت لا ، قال : هذا كذلك بزازية وفتح (وله ولا التلفظ بهما) أى بالطلاق والاستثناء (قوله أو عكس) أى كتب الطلاق وتلفظ بالاستثناء (قوله أو أزال الاستثناء الخ) أشار به إلى قسم رابع ، وهو ماإذا كتبهما معا فإنه يصح أيضا وإن أزال الاستثناء بعد الكتابة فافهم (قوله ولا العلم بمعناه) فصار كسكوت البكر إذا زوّجها أبوها ولا تدرى أن السكوت رضا يمضى به العقد عليها فتح (قوله من غير قصد) راجع لقوله ولا يشترط القصد ، وقوله جاهلا راجع لقوله ولا العلم بمعناه ح .

وأفتى الشيخ الرملي الشافعي فيمن حلف على شيء بالطلاق فأنشأ له الغير ظانا صحته بعدم الوقوع اه .
قلت : ولم أره لأحد من علمائنا ، والله أعلم .
ولو شهدا بها وهو لايذكرها، إن كان بحال لايدرى مايجرى على لسانه لغضب جازله الاعتماد عليهما وإلا لابحر.
(ويقبل قوله إن ادعاه) وأنكرته

مطلب فيما لو حلف وأنشأ له آخر

(قوله وأفتى الشيخ الرملي الشافعي الخ) اعلم أن هذه المسألة مبنية عند الشافعية على أن من أخذ بقول غيره معتمدا عليه لايحنث ، وفرعوا عليه مالو فعل المحلوف عليه معتمدا على إفتاء مفت بعدم حنثه به وغلب على ظنه صدقه لم يحنث وإن لم يكن أهلا للإفتاء إذ المدار على غلبة الظن وعدمها لاعلى الأهلية . قالوا : ومنه قول غير الحالف له بعد حلفه إلا أن يشاء الله ثم يخبره بأن مشيئة غيره تنفعه فيفعل المحلوف عليه اعتمادا على خبر المخبر اه وبهذا تعلم مافى عبارة الشارح من الخفاء ، لأن قوله ظانا صحته حال من الضمير فى له وهو مشروط بالإخبار كما علمته ، وقوله بعدم الوقوع متعلق بقوله وأفتى (قوله قلت الخ) اعلم أن المقرر عندنا أنه يحنث بفعل المحلوف عليه ولو مكرها أو مخطئا أو ذاهلا أو ناسيا أو ساهيا أو مغمى عليه أو مجنونا ، فإذا كان يحنث بفعله مكرها ونحوه فكيف لايحنث بفعله قصدا مع ظن عدم الحنث ؟ نعم صرحوا فى الأيمان بأنه لو حلف على ماض أو حال يظن نفسه صادقا لايؤاخذ فيها إلا فى ثلاث: طلاق وعتاق ونذر ، وقد قال الشارح هناك فيقع الطلاق على غالب الظن إذا تبين خلافه ، وقد اشتهر عن الشافعية خلافه اه (قوله إن كان بحال الخ) أما لو لم يكن بتلك الحال لايجوز له الاعتماد عليهما كما فى الفتح وغيره .

قلت : ومقتضى هذا الفرع أن من وصل فى الغضب إلى حالة لا يدرى فيها مايقول يقع طلاقه وإلا لم يحتج إلى اعتماد قول الشاهدين إنه استثنى مع أنه مر أول الطلاق أنه لايقع طلاق المدهوش .

وأفتى به الخير الرملي فيمن طلق وهو مغتاظ مدهوش لأن الدهش من أقسام الجنون . ولا يخفى أن من وصل إلى حالة لايدرى فيها مايقول كان فى حكم المجنون ، وقدمنا الجواب هناك بأنه ليس المراد بما هنا أنه وصل إلى حالة لايدرى مايقول بأن لايقصده ولا يفهم معناه بحيث يكون كالنائم والسكران ، بل المراد أنه قد ينسى مايقول لاشتغال فكره باستيلاء الغضب ، والله تعالى اعلم .

مطلب فيما لو ادعى الاستثناء وأنكرته الزوجة

(قوله ويقبل قوله الخ) قال الخير الرملي فى حواشي المنح : لم يذكر أهو بيمينه وكذلك صاحب البحر والنهر والكمال ، ولم أره لأحد ، وينبغي على ماهو المعتمد أن يكون بيمينه إذا أنكرته الزوجة ، وأما إذا لم تنكره فلا يمين عليه اللهم إلا إذا اتهمه القاضي اه (قوله إن ادعاه وأنكرته) أى ادعى الاستثناء ، ومثله الشرط كما فى الفتح وغيره ، وقيد بإنكارها لأنه محل الخلاف إذ لو لم يكن له منازع فلا إشكال فى أن القول قوله كما صرح به فى الفتح .

قلت : لكن فى التاترخانية عن الملتقط إذا سمعت المرأة الطلاق ولم تسمع الاستثناء لايسعها أن تمكنه من الوطء اه أى فيلزمها منازعته إذا لم تسمع .

قال فى البحر : ولو شهدوا بأنه طلق أو خالع بلا استثناء أو شهدوا بأنه لم يستثن تقبل ، وهذا مما تقبل فيه البينة على النفى ، لأنه فى المعنى أمر وجودى ، لأنه عبارة عن ضم الشفتين عقيب التكلم بالموجب ، وإن قالوا طلق

(فى ظاهر المروىّ) عن صاحب المذهب (وقيل لا) يقبل إلا ببينة (وعليه الاعتماد) والفتوى احتياطا لغلبة الفساد خانية ، وقيل إن عرف بالصلاح فالقول له (وحكم مالم يوقف على مشيئته) فيما ذكر (كالإنس والجن) والملائكة والجدار والحمار (كذلك) وكذا إن شرك كإنشاء الله وشاء زيد لم يقع أصلا ، ومثل إن إلا ، وإن لم ، وإذا ،

ولم نسمع منه غير كلمة الخلع والزوج يدعى الاستثناء فالقول له لجواز أنه قاله ولم يسمعوه والشرط سماعه لا اسماعهم على ما عرف فى الجامع الصغير اهـ .

قال فى النهر عقبه : وفى فوائد شمس الإسلام لايقبل قوله ، وفى الفصول وهو الصحيح اهـ .

قلت : وكذا لايقبل قوله إذا ظهر منه دليل صحة الخلع كقبض البدل أو نحوه كما فى جامع الفصولين . قال فى التاترخانية : والمراد ذكر البدل لاحقيقة الأخذ ، فعلى هذا إذا ذكر البدل وقت الطلاق والخلع لايصدق قضاء فى دعوى الاستثناء اهـ (قوله وقيل لايقبل الخ) قال الخير الرملى أقول : حيثما وقع خلاف وترجيح لكل من القولين فالواجب الرجوع إلى ظاهر الرواية ، لأن ماعداها ليس مذهبا لأصحابنا . وأيضا كما غلب الفساد فى الرجال غلب فى النساء ، فقد تكون كارهة له فتطلب الخلاص منه فتفترى عليه فيفتى المفتى بظاهر الرواية الذى هو المذهب ويفوض باطن الأمر إلى الله تعالى ، فتأمل وأنصف من نفسك اهـ .

قلت : الفساد وإن كان فى الفريقين لكن أكثر العوام لايعرفون أن الاستثناء مبطل لليمين ، وإنما يعلمه ذلك حيلة بعض من لايخاف الله تعالى . وأيضا فإن دعوى الزوج خلاف الظاهر فإنه بدعوى الاستثناء يدعى إبطال الموجب بعد الاعتراف به ، بخلاف مامر من أن القول قوله فى وجود الشرط كدخولها الدار مثلا ، فإنه بعد قوله إن دخلت الدار فأنت طالق لم ينعقد الموجب للطلاق إلا بعد وجود الدخول وهو ينكره والظاهر يشهد له أما هنا فالظاهر خلاف قوله وإذا عم الفساد ينبغى الرجوع إلى الظاهر . قال فى الفتح : نقل نجم الدين النسفى عن شيخ الإسلام أبى الحسن أن مشايخنا أجابوا فى دعوى الاستثناء فى طلاق أن لايصدق الزوج إلا ببينة لأنه خلاف الظاهر وقد فسد حال الناس اهـ (قوله وقيل إن عرف بالصلاح الخ) قائله صاحب الفتح حيث قال عقب مانقلناه عنه آنفا . والذى عندى أن ينظر ، فإن كان الرجل معروفا بالصلاح والشهود لايشهدون على النفى ينبغى أن يؤخذ بما فى المحيط من عدم الوقوع تصديقا له ، وإن عرف بالفسق أو جهل حاله فلا لغلبة الفساد فى هذا الزمان اهـ .

قلت : ولا يخفى أن هذا تحقيق للقول الثانى المفتى به ، لأن المشايخ علاوه بفساد الزمان : أى فيكون الزوج متهما ، وإذا كان صالحا تنتفى التهمة فيقبل قوله فلا يكون هذا قولا ثالثا فتدبر (قوله وحكم من لم يوقف على مشيئته الخ) تعميم بعد تخصيص ، فإن البارى عز وجل ممن لا يوقف على مشيئته . وأفاد بالتمثيل أن المراد مايعم من له مشيئة لايوقف عليها كإن شاء الإنس ومن لامشيئة له أصلا كإن شاء الجدار أفاده ط (قوله فيما ذكر) متعلق بحكم والمراد بما ذكر التعليق بالمشيئة ح (قوله كذلك) أى كالمعلق بمشيئة الله تعالى فى عدم الوقوع ح (قوله وكذا إن شرك) بأن علق بمشيئة الله تعالى مثلا ومشيئة من يوقف على مشيئته (قوله لم يقع أصلا) أى وإن شاء زيد بحر (قوله ومثل إن إلا) أى إذا قال إلا أن يشاء الله تعالى فهو مثل إن شاء الله تعالى ، ويحتمل أن يراد إلا المركبة من إن الشرطية ولا النافية كما فى قوله تعالى — إلا تفعلوه تكن فتنة — .

[تنبيه] ذكر فى الولوالجية : رجل قال لا أكلمه إلا ناسيا فكلمه ناسيا ثم كلمه ذاكرا حنث ، بخلاف إلا إن أنسى فلا يحنث ، والفرق أنه فى الأول أطلق واستثنى الكلام ناسياً فقط ، وفى الثانى وقت اليمين بالنسيان ، لأن قوله إلا أن بمعنى حتى فينتهى اليمين بالنسيان (قوله وإن لم) أى إن لم يشإ الله تعالى ، فلو قال أنت طالق واحدة إن شاء الله تعالى وأنت طالق ثنتين إن لم يشإ الله تعالى لايقع شىء ، أما فى الأولى فللاستثناء ، وأما فى الثانية فلأنا

وما، وما لم يشأ، ومن الاستثناء: أنت طالق لولا أبوك ، أو لولا حسنك ، أو لولا أنى أحبك لم يقع خانية . ومنه: سبحان الله ذكره ابن الهمام فى فتواه .

(قال أنت طالق ثلاثا وثلاثا إن شاء الله أو أنت حر وحر إن شاء الله طلقت ثلاثا وعتق العبد (عند الإمام) لأن اللفظ الثانى لغو ، ولا وجه لكونه توكيدا للفصل بالواو ، بخلاف قوله حر حر أو حر وعتيق لأنه توكيد وعطف تفسير فيصح الاستثناء (وكذا) يقع الطلاق بقوله (إن شاء الله أنت طالق) فإنه تطليق عندهما

لو أوقعناه علمنا أن الله تعالى شاءه ، لأن الوقوع دليل المشيئة ، لأن كل واقع بمشيئة الله تعالى وهو علق بعدم مشيئة الله تعالى الطلاق لا بمشيئته جل وعلا فيبطل الإيقاع ضرورة بحر ، وتمام الكلام على هذه المسألة فى التلويح عند الكلام على فى الظرفية (قوله وما) أى ما شاء الله تعالى فلا يقع ، أما على كونها مصدرية ظرفية فظاهر لما مر وأما على كونها موصولا اسميا فكذلك لأن المراد أنت طالق الطلاق الذى شاء الله تعالى . ومشيئته لا تعلم فلا يقع . إذ العصمة ثابتة بيقين فلا تزول بالشك ، أفاده فى النهر (قوله ومالم يشأ) ومعناه أنت طالق مدة عدم مشيئة الله طلاقك ، والوجه فى عدم الوقوع ماذكر فى إن لم ط (قوله لولا أبوك الخ) إنما كان هذا استثناء . لأن لولا تدل على امتناع الجزاء الذى هو الطلاق لوجود الشرط الذى هو وجود الأب أو حسنها ط (قوله ذكره ابن الهمام فى فتواه) كأن الشارح رأى ذلك فى فتوى معزوة إلى ابن الهمام ، لأنا لم نسمع أن له كتاب فتاوى . والظاهر أن ذلك غير ثابت عنه لمخالفته لما ذكره فى فتح القدير ، حيث قال ويتراءى خلافه فى الفصل بالذكر القليل . فإنه ذكر فى النوازل لو قال : والله لا أكلم فلانا أستغفر الله إن شاء الله تعالى هو مستثن ديانة لا قضاء . وفى الفتاوى : لو أراد أن يحلف رجلا ويخاف أن يستثنى فى السر يحلفه وبأمره أن يذكر عقب الحلف موصولا سبحان الله أو غيره من الكلام ، والأوجه أن لا يصح الاستثناء الفصل بالذكر اهـ فهذا كما ترى صريح فى أن نحو : سبحان الله عقب اليمين فاصل مبطل للاستثناء ، أما إنه استثناء فلم يقل به أحد فافهم (قوله لأنه توكيد) راجع لقوله حر حر قال فى الفتح : وقياسه إذا كرر ثلاثا بلا واو أن يكون مثله اهـ وقوله وعطف تفسير راجع لقوله حر وعتيق ؛ ففيه لف ونشر مرتب ، وإنما لم يجعل حر وحر من عطاف التفسير ، لأنه إنما يكون بغير لفظ الأول كما فى الفتح .

مطلب مهم لفظ إن شاء الله هل هو إبطال أو تعليق

(قوله فإنه تطليق الخ) اعلم أن التعليق بمشيئة الله تعالى إبطال عندهما : أى رفع لحكم الإيجاب السابق . وعند أبى يوسف تعليق ، ولهذا شرط كونه متصلا كسائر الشروط .

ولهما أنه لا طريق للوصول إلى معرفة مشيئته تعالى فكان إبطالا ، بخلاف بقية الشروط ؛ وعلى كل لا يقع الطلاق فى مثل أنت طالق إن شاء الله تعالى ، نعم تظهر ثمرة الخلاف فى مواضع .

منها ما إذا قدم الشرط ولم يأت بالفاء فى الجواب ، كإن شاء الله أنت طالق . فعندهما لا يقع لأنه إبطال فلا يختلف . وعنده يقع لأن التعليق لا يصح بدون الفاء فى موضع وجوبها .

ومنها ما إذا حلف لا يحلف بالطلاق وقاله حنث على التعليق لا الإبطال كما يأتى ، هذا ما قرره الزيلعى وابن الهمام وغيرهما ، ومشاه فى متن مواهب الرحمن حيث قال : وجعل : أى أبو يوسف إن شاء الله تعليق وهما للإبطال وبه يفتى . فلو قال : إن شاء الله أنت كذا بلا فاء يقع على الأول ويلغو على الثانى اهـ لكن ذكر فى متن المجمع عكس ذلك حيث قال : وإن شاء الله أنت طالق يجعله تعليقا وهما تطليقا ، وحمله فى البحر على ما تقدم ، وفيه نظر ، فإن مقابلة التعليق بالتطليق تقتضى عدم الوقوع على قول أبى يوسف القائل بالتعليق والوقوع على قولهما .

تعليق عند أبي يوسف لاتصال المبطل بالإيجاب فلا يقع كما لو أخر ، وقيل الخلاف بالعكس ، وعلى كل فالمفتى به عدم الوقوع إذا قدم المشيئة ولم يأت بالفاء ، فإن أتى بها لم يقع اتفاقا كما فى البحر والشرنبلالية والقهستانى وغيرها فليحفظ . وثمرته فيمن حلف لايحلف

على أنه صرح بذلك صاحب المجمع فى شرحه . ولا يخفى أن صاحب الدار أدرى ، وصرح بذلك أيضا فى شرح درر البحار حيث ذكر أولا أن أبا يوسف يجعله تعليقا ، لأن المبطل لما اتصل بالإيجاب أبطل حكمه ، ثم قال : وجعلاه تنجيزا لأنه لما انتفى رابط الجملتين وهو الفاء بقى قوله أنت طالق منجزا اهـ :

وقال فى التاترخانية : وإن قال إن شاء الله أنت طالق بدون حرف الفاء فهذا استثناء صحيح فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف . وفى الولوالجية : وبه نأخذ . وفى المحيط : وقال محمد هذا استثناء منقطع والطلاق واقع فى القضاء ويدين إن أراد به الاستثناء ، وذكر الخلاف على هذا الوجه فى القدورى . وفى الخانية لاتطلق فى قول أبى يوسف وتطلق فى قول محمد ، والفتوى على قول أبى يوسف اهـ ومثله فى الذخيرة . وذكر فى الخانية قبل هذا أول باب التعليق مثل مامر عن الزيلعى وغيره .

والحاصل أن أبا يوسف قائل بأن المشيئة تعليق ولكن اختلف فى التخريج على قوله ، فقيل تلزم الفاء فى الجواب كما فى بقية الشروط فيقع بدونها ، وقيل لا فلا يقع وإن محمدا قائل بأنها إبطال .

واختلف فى التخريج على قوله ، فقيل إنما تكون إبطالا إن صح الربط بوجود الفاء فى الجواب ، فلو حذفت فى موضع وجوبها وقع منجزا وهو معنى كونها حينئذ للتطليق ، وقيل إنها عنده للإبطال مطلقا فلا يقع وإن سقطت الفاء . وأما أبو حنيفة فقيل مع أبى يوسف ، وقيل مع محمد ، وبهذا ظهر أن مافى البحر من أنه على القول بالتعليق لايقع الطلاق إذا لم يأت بالفاء خلافا لما توهمه فى الفتح من أنه يقع فيه نظر لما علمت من اختلاف التخريج وظهر أيضا أن مافى الفتح من أن أبا يوسف قائل بأنها للإبطال وأنه صرح فى الخانية بذلك ، فهو مخالف لما سمعته على أن الذى رأيته فى الخانية التصريح بأنها عنده للتعليق ، وكذا مافيه من أن مافى شرح المجمع غلط ، وتبعه فى النهر ، فهو بعيد لما علمت من موافقته لعدة كتب معتبرة ، ولتصريح القدورى به بل هو أحد قولين ، وقد خفى هذا على صاحب الفتح والبحر والنهر وغيرهم ، فاغتنم تحرير هذا المقام الذى زلت فيه أقدام الأفهام (قوله لاتصال المبطل بالإيجاب) علة لقوله تعليق كما مر عن شرح درر البحار ، والمراد بالمبطل لفظ إن شاء الله فإنه استثناء صحيح وإن سقطت الفاء من جوابه كما مر عن التاترخانية فيلغو الإيجاب وهو قوله أنت طالق ، فلا يقع .

واستشكله فى البحر بأن مقتضى التعليق الوقوع عند عدم الفاء لعدم الرابط . وأجاب الرملى بما فى الولوالجية من أن المقصود منه إعدام الحكم لاالتعليق ، وفى الإعدام لايحتاج إلى حرف الجزاء ، بخلاف قوله إن دخلت الدار فأنت طالق ، لأن المقصود منه التعليق فافترقا اهـ .

قلت : وهذا على أحد التخريجين ، وهو ماشى عليه فى المجمع وغيره : أما على التخريج الآخر من عدم صحة التعليق بدون الفاء وهو مافى الزيلعى وغيره فيقع كما مر فافهم (قوله وقيل الخلاف بالعكس) يعنى الخلاف فى أن التعليق بالمشيئة هل هو إبطال أو تعليق لافى مسألة المتن : أى فقيل إنه إبطال عند أبى يوسف تعليق عند محمد ، ولم يذكر هذا القائل أبا حنيفة ، ويحتمل إرادة الخلاف فى مسألة المتن : أى قيل إنه يقع عند أبى يوسف لاعندهما كما مر عن الزيلعى وغيره فافهم (قوله وعلى كل الخ) أى سواء قيل إن التعليق أو الإبطال قول أبى يوسف أو قول غيره ، فالمفتى به عدم الوقوع ، فما مشى عليه المصنف خلاف المفتى به (قوله لم يقع اتفاقا) إذ لاشك حينئذ فى صحة التعليق (قوله وثمرته الخ) هذا الضمير لامرجع له فى كلامه لأنه راجع إلى أنه لو أخر الشرط وقال

بالطلاق وقاله حنث على التعليق لاالإبطال (وبأنت طالق بمشيئة الله أو بإرادته أو بمحبته أو برضاه) لاتطلق ، لأن الباء للإلصاق فكانت كإلصاق الجزاء بالشرط (وإن أضافه) أى المذكور من المشيئة وغيرها (إلى العبد كان ذلك (تمليكا فيقتصر على المجلس) كما مر .

(وإن قال بأمره أو بحكمه أو بقضائه أو بإذنه أو بعلمه أو بقدرته يقع فى الحال أضيف إليه تعالى أو إلى العبد) إذ يراد بمثله التنجيز عرفا (كقوله) أنت طالق (بحكم القاضى ، وإن) قال ذلك (باللام يقع فى الوجوه كلها) لأنه للتعليل (وإن) كان ذلك (بحرف فى إن أضافه إلى الله تعالى لايقع فى الوجوه كلها) لأن فى بمعنى الشرط (إلا فى العلم فإنه يقع فى الحال) وكذا القدرة إن نوى بها ضد العجز لوجود قدرة الله تعالى قطعا كالعلم (وإن أضاف إلى العبد كان تمليكا فى الأربع الأول) وما بمعناها كالهوى والرؤية (تعليقا فى غيرها) وهى ستة ، ثم العشرة إما أن تضاف لله أو للعبد، والعشرون إما أن تكون بباء أو لام أو فى فهى ستون . وفى البزازية كتب الطلاق

أنت طالق إن شاء الله أو قدمه ، وأتى بالفاء فى الجواب ، فهو إبطال عندهما تعليق عند أبى يوسف ، وقدمنا أن ثمرة الخلاف تظهر فى مواضع منها مسألة المتن ، وهى ما إذا قدم الشرط ولم يأت بالفاء فى الجواب كما قررناه سابقا ومنها هذه ، وبيانها مافى الخانية حيث قال : ولو قال إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال لها أنت طالق إن شاء الله طلقت امرأته فى قول أبى يوسف ، ولا تطلق فى قول محمد ، لأن على قول أبى يوسف أنت طالق إن شاء الله يمين لوجود الشرط والجزاء ، وعلى قول محمد ليس بيمين اه أى لأنه عنده للإبطال ، وقدمنا أن الفتوى عليه ، وبما ذكرناه علم أن الضمير فى قوله وقاله راجع إلى مالو أخر الشرط كأنت طالق إن شاء الله أو قدمه وأتى بالفاء الرابطة كإن شاء الله فأنت طالق (قوله أو برضاه) الرضا ترك الاعتراض على الفاعل وإن لم يكن معه شهوة ط (قوله لأن الباء للإلصاق) أى هو المعنى الحقيقى لها فيلتصق وقوع الطلاق بأحد هذه الأربعة وهى غيب لا يطلع عليها فلا تطلق بالشك ط (قوله وإن أضافه) أى بالباء (قوله أى المذكور) جواب عن المصنف حيث أفرد الضمير ومرجعه متعدد ط (قوله فيقتصر على المجلس) أى مجلس علمه ، فإن شاء فيه طلقت وإلا خرج الأمر من يده (قوله كما مر) أى فى فصل المشيئة ح (قوله إذ يراد بمثله التنجيز عرفا) أى فلا يصدق فى إرادة التعليق والظاهر أنه يصدق ديانة تأمل (قوله وإن قال ذلك) أى المذكور من الألفاظ العشرة (قوله فى الوجوه كلها) أى سواء أضيفت إلى الله تعالى أو إلى العبد (قوله لأنه للتعليل) أى تعليل الإيقاع كقوله طالق لدخولك الدار فتح أى والإيقاع لايتوقف على وجود علته كما مر ، فلا يرد أن المشيئة ونحوها غير معلومة ، ولا كون محبة الله تعالى للطلاق معدومة لكونه أبغض الحلال إليه تعالى (قوله لأن فى بمعنى الشرط) فيكون تعليقا بما لا يوقف عليه فتح قيل وفى قوله بمعنى الشرط إشارة إلى أنه لايصير شرطا محضا حتى يقع الطلاق بعده ، بل يقع معه . وتظهر الثمرة فيما لو قال للأجنبية أنت طالق فى نكاحك فتزوجها لاتطلق ، كما لو قال مع نكاحك ، بخلاف إن تزوجتك تلويح : أى لأن الطلاق لايكون إلا متأخرا عن النكاح (قوله فإنه يقع فى الحال) لأنه لايصح نفيه عن الله تعالى بحال لأنه يعلم ما كان ومالم يكن فكان تعليقا بأمر موجود فيكون إيقاعا زيلعى (قوله إن نوى بها ضد العجز) أى نوى حقيقتها لأنها صفة منافية للعجز فيكون تعليقا بأمر موجود ، أما لو نوى بها التقدير فلا يقع لأنه تعالى قد يقدر شيئا وقد لايقدره (قوله والرؤية) الكثير فيها أن تكون مصدر رأى البصرية ومصدر القلبية الرأى ومصدر الحلمية الرؤيا وقد يستعمل كل فى الآخر ، وهذا منه لأن رؤية طلاقها بالقلب لا بالبصر رحمتى (قوله ثم العشرة) الأظهر فى التركيب أن يقول فالحاصل أن العشرة الخ كما لا يخفى ح (قوله إما أن تكون بباء) ترك إن من التقسيم كما ترك المصنف بقية الكلام عليها .

واستثنى بالكتابة صح ، وعلى مامر عن العمادية فهى مائة وثمانون ، وفى كيف شاء الله تطلق رجعية (أنت طالق ثلاثا إلا واحدة يقع ثنتان ، وفى إلا ثنتين واحدة ، وفى إلا ثلاثا) يقع (ثلاث) لأن استثناء الكل باطل

وحاصل حكمها أنها إبطال أو تعليق فى العشرة إن أضيفت إلى الله تعالى ، وتمليك فيها إن أضيفت إلى العبد . قال فى البحر : والحاصل أنه إن أتى بإن لم يقع فى الكل اه يعنى إذا أضيفت إلى الله تعالى فالأقسام حينئذ ثمانون اه ح .

قلت : الذى ذكره المصنف كغيره أن الأربعة الأول للتمليك ، وهذا وإن ذكره مع الباء وفى لكنهما بمعنى الشرط . وأصل أدوات الشرط هو إن فلا تكون الستة الباقية للتمليك أصلا . ثم رأيت الزيلعى صرح بذلك حيث قال : فالحاصل أن هذه الألفاظ عشرة : أربعة منها للتمليك ، وهى المشيئة وأخواتها . وستة ليست للتمليك وهى الأمر وأخواته الخ . وعلى هذا فإذا أضيفت إلى العبد بإن الشرطية كانت الأربعة الأول للتمليك فتتوقف على المجلس والستة الباقية للتعليق لا تتوقف عليه ، فقوله فى البحر لم يقع فى الكل : أى لم يقع أصلا إن أضيفت إلى الله تعالى ، ولم يقع فى الحال إن أضيفت إلى العبد فافهم . لكن يرد على البحر كما قال ط إن هذا ينافى ماذكره المصنف فى صورة العلم إذا أضيف إليه تعالى فإنه يقع ، وعلله بأنه تعليق بأمر موجود فيكون تنجيزا (قوله وعلى مامر عن العمادية) أى من قوله : فلو تلفظ بالطلاق وكتب الاستثناء موصولا أو عكس أو أزال الاستثناء بعد الكتابة لم يقع (قوله فهى مائة وثمانون) صوابه مائتان وأربعون ، لأن ما فى البزازية صورة هى كتابة الطلاق والاستثناء معا . وما فى العمادية ثلاث صور وبضرب أربعة فى ستين تبلغ مائتين وأربعين وقد تزيد ، وذلك أن العشرة إما أن تضاف إلى الله تعالى أو إلى من يوقف على مشيئته من العباد أو من لا يوقف أو إلى الثلاثة أو إلى اثنين منها : فهى سبعة تضرب فى العشرة تبلغ سبعين ، وعلى كل إما بإن أو الباء أو اللام أو فى تبلغ مائتين وثمانين . وعلى كل إما أن يتلفظ بالطلاق والاستثناء وما بمعناه أو يكتبهما أو يمحوهما بعد الكتابة أو يمحو الطلاق أو الإنشاء أو يتلفظ بالطلاق ويكتب الآخر أو بالعكس أو يمحو ماكتب . فهى ثمانية فى مائتين وثمانين تبلغ ألفين ومائتين وأربعين (قوله تطلق رجعية) لأن المضاف إلى مشيئة الله تعالى حال الطلاق وكيفيته من المفرد والمتعدد والرجعى والبائن لا أصله فيقع أقله لأنه المتيقن وهو الواحدة الرجعية (قوله أنت طالق ثلاثا إلا واحدة) شروع فى استثناء التحصيل بعد الفراغ من استثناء التعطيل كما ذكره القهستانى

مطلب أحكام الاستثناء الوضعى

وفى البحر : الاستثناء نوعان : عرفى وهو مامر من التعليق بالمشيئة ، ووضعى وهو المراد هنا ، وهو بيان بإلا أو إحدى أخواتها أن مابعدها لم يرد بحكم الصدر . ويبطل بخمسة : بالسكتة اختيارا وبالزيادة على المستثنى منه ، وبالمساواة ، وباستثناء بعض الطلقة ، وبإبطال البعض كانت طالق ثنتين وثنتين إلا ثلاثا كما فى الخانية اه ملخصا : أى لأن إخراج الثلاث من إحدى الثنتين لغو .

وفى الفتح عن المنتقى أنت طالق ثلاثا وثلاثا إلا أربعا فهى ثلاث عنده لأنه يصير قوله وثلاثا فاصلا لغوا . وعندهما يقع ثنتان كأنه قال ستا إلا أربعا ، ولو قال ثلاثا إلا واحدة أو ثنتين طولب بالبيان ، فإن مات قبله طلقت واحدة هو الصحيح ، وفى رواية ثنتين (قوله وفى الاثنتين واحدة) عن أبى يوسف لا يصح ، وهو قول طائفة من أهل العربية ، وبه قال أحمد ، وتحقيق ذلك فى الفتح (قوله لأن استثناء الكل باطل) هذا مقيد بما إذا لم يكن

إن كان بلفظ الصدر أو مساويه ، وإن بغيرهما كنسائى طوالق إلا هؤلاء أو إلا زينب وعمرة وهند وعبيدى أحرار إلا هؤلاء أو إلا سالما وغانما وراشدا وهم الكل صح كما سيجىء فى الإقرار .

(ويعتبر) فى (المستثنى كونه كلا أو بعضا من جملة الكلام إلا من جملة الكلام الذى يحكم بصحته) وهو الثلاث ، ففى أنت طالق عشرا إلا تسعا تقع واحدة ، وإلا ثمانية تقع ثنتان ، وإلا سبعا تقع ثلاث ، ومتى تعدد الاستثناء بلا واو كان كل إسقاطا مما يليه فيقع ثنتان بأنت طالق عشرا إلا تسعا إلا ثمانية إلا سبعة ، ويلزمه خمسة

بعده استثناء يكون جبرا للصدر ، فإن كان صح ، وعلى هذا تفرع مالو قال أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا إلا واحدة حيث يقع واحدة ؛ ولو قال إلا ثنتين إلا واحدة وقع ثنتان نهر ، وهذا من تعدد الاستثناء ويأتى بيانه ، وإنما بطل استثناء الكل لأنه لايبقى بعده شيء يصير متكلما به والاستثناء لم يوضع إلا للتكلم بالباقى بعد الثنيا لا لأنه رجوع بعد التقرر كما قيل ، وإلا لصح فيما يقبل الرجوع ؛ كما لو قال : أوصيت لفلان بثلث مالى إلا ثلث مالى أفاده فى الفتح (قوله إن كان بلفظ الصدر) أى كما مثل به فى المتن ، وكقوله نسائى طوالق إلا نسائى وعبيدى أحرار إلا عبيدى كما فى البحر ح .

وفى الفتح : ولو قال واحدة وثنتين إلا ثنتين أو قال ثنتين وواحدة إلا ثنتين يقع الثلاث وكذا ثنتين وواحدة إلا واحدة لأنه فى الأولين إخراج الثنتين من الثنتين أو من الواحدة ، وفى الثالثة واحدة من واحدة فلا يصح ، بخلاف مالو قال واحدة وثنتين إلا واحدة حيث تطلق ثنتين لصحة إخراج الواحدة من الثنتين . والأصل أن الاستثناء إنما ينصرف إلى مايليه ، وإذا تعقب جملا فهو قيد للأخيرة منها اهـ (قوله أو مساويه) نحو : أنت طالق ثنتين إلا واحدة وواحدة ، وأنت طالق ثلاثا إلا ثنتين وواحدة ، ونحو أنتن طوالق إلا زينب وعمرة وهندا وليس له رابعة ، وأنتم أحرار إلا سالما وغانما وراشدا وليس له رابع اهـ ح ، (قوله صح) أى صح الاستثناء فى هذه الأمثلة وكذا قوله كل امرأة لى طالق إلا هذه وليس له سواها لاتطلق ، لأن المساواة فى الوجود لا تمنع صحته إن عم وضعا لأنه تصرف صيغى بحر ، يعنى أنه ينظر فيه إلى صيغة المستثنى منه ، فإن عمت المستثنى وغيره وضعا صح الاستثناء فإن كل امرأة يعم فى الوضع هذه وغيرها ، وكذا لفظ نسائى يعم المسميات وغيرهن ، بخلاف أنتن فإنه لايعم غير المسميات المخاطبات ، وبخلاف ما إذا لم يكن فيه عموم أصلا ، ومنه مافى الفتح حيث قال : ولو قال طالق واحدة وواحدة وواحدة إلا ثلاثا بطل الاستثناء اتفاقا لعدم تعدد يصح معه إخراج شيء اهـ . وكذا مافى البحر : لو قال للمدخولة أنت طالق أنت طالق أنت طالق إلا واحدة تقع الثلاث ، وكذا لو قال أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة إلا واحدة لأنه ذكر كلمات متفرقة فيعتبر كل كلام فى حق صحة الاستثناء كأنه ليس معه غيره ، وكذا هذه طالق وهذه وهذه إلا هذه ، ولو قال : أنتن طوالق إلا هذه صح الاستثناء اهـ (قوله تقع واحدة) ولو كان المعتبر مايحكم بصحته من العشرة وهو الثلاث لزم استثناء التسعة من الثلاث فيلغو ويقع الثلاث .

مطلب فيما لو تعدد الاستثناء

(قوله ومتى تعدد الاستثناء) أى وأمكن استثناء بعضه من بعض ، بخلاف مالا يمكن كقاموا إلا زيدا إلا بكرا إلا عمرا فإن حكم مابعد الأول كحكمه . قال فى الفتح : وأصل صحة الاستثناء من الاستثناء قوله تعالى – إلا آل لوط إنا لمنجوهم أجمعين إلا امرأته – (قوله بلا واو) فإن كان بالواو كان الكل إسقاطا من الصدر ، نحو : أنت طالق عشرا إلا خمسا وإلا ثلاثا وإلا واحدة تقع واحدة ح (قوله كان كل) أى كل واحد من المستثنيات إسقاطا مما يليه أى مما قبله ، فالضمير المستتر فى يليه عائد على كل والبارز على ما فهو صلة جرت على غير من هى له ، لكن اللبس مأمون لعدم صحة

بله على عشرة إلا ٩ إلا ٨ إلا ٧ إلا ٦ إلا ٥ إلا ٤ إلا ٣ إلا ٢ إلا واحدة ، وتقريبه أن تأخذ العدد الأول بيمينك والثانى بيسارك والثالث بيمينك والرابع بيسارك وهكذا ، ثم تسقط مابيسارك مما بيمينك ، فما بقى فهو الواقع (إخراج بعض التطليق لغو ، بخلاف إيقاعه ، فلو قال أنت طالق ثلاثا إلا نصف تطليقة وقع الثلاث فى المختار) وعن الثانى ثنتان فتح .

وفى السراجية أنت طالق إلا واحدة يقع ثنتان انتهى فكأنه استثنى من ثلاث مقدر .

(سألت امرأة الثلاث فقال أنت طالق خمسين طلقة فقالت المرأة ثلاث تكفينى فقال ثلاث لك والبواقى لصواحبك وله ثلاث نسوة غيرها تطلق المخاطبة ثلاثا لاغيرها أصلا) هو المختار لصيرورة البواقى لغوا ، فلم يقع بصرفه لصواحبها شىء .

[فروع] فى أيمان الفتح مالفظه ، وقد عرف فى الطلاق أنه لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق، إن دخلت الدار فأنت طالق ، إن دخلت الدار فأنت طالق وقع الثلاث ، وأقره المصنف ثمة .

إسقاط الأكثر من الأقل فلا يجب إبراز الضمير اهـ ح ؛ وبيان ذلك فى مسألة الطلاق أن تسقط السبعة من الثمانية يبقى واحد تسقطه من التسعة يبقى ثمانية تسقطها من العشرة يبقى ثنتان (قوله أن تأخذ العدد الأول الخ) بيانه أن تعد الأوتار بيمينك أى الأول والثالث والخامس والسابع والتاسع ، وهى تسعة وسبعة وخمسة وثلاثة وواحدة وجملتها خمسة وعشرون ، وتعد الأشفاع بيسارك: أى الثانى والرابع والسادس والثامن ،وهى ثمانية وستة وأربعة واثنان وجملتها عشرون تسقطها مما باليمين يبقى خمسة .

قلت : وله طريقة ثانية ، وهى إخراج الأوتار وإدخال الأشفاع ، بأن تخرج كل وتر من شفع قبله بيانه أن تخرج التسعة من العشرة يبقى واحد تضمه إلى الثمانية تصير تسعة ، أخرج منها سبعة يبقى اثنان تضمها إلى الستة تصير ثمانية ، أخرج منها خمسة يبقى ثلاثة ، تضمها إلى الأربعة تصير سبعة ، أخرج منها ثلاثة يبقى أربعة ، تضمها إلى الاثنين تصير ستة أخرج منها الواحد يبقى خمسة .

والطريقة الثالثة إسقاط كل مما يليه كما مر ، بأن تسقط الواحد من الاثنين يبقى واحد أسقطه من الثلاثة يبقى اثنان أسقطهما من الأربعة يبقى اثنان أيضا أسقطهما من الخمسة يبقى ثلاثة أسقطها من الستة يبقى ثلاثة أيضا أسقطها من السبعة يبقى أربعة ، أسقطها من الثمانية يبقى أربعة أيضا ، أسقطها من التسعة يبقى خمسة ، أسقطها من العشرة يبقى خمسة (قوله فهو الواقع) أى المقر به ط (قوله وعن الثانى ثنتان) لأن التطليقة لا تتجزأ فى الإيقاع فكذا فى الاستثناء ، فكأنه قال إلا واحدة . والجواب أن الإيقاع إنما لا يتجزأ المعنى فى الموقع وهو لم يوجد فى الاستثناء فيتجزأ فيه ، فصار كلامه عبارة عن تطليقتين ونصف فنطلق ثلاثا كذا فى الفتح .

وحاصله أن إيقاع نصف الطلقة مثلا غير متصور شرعا ، فكان إيقاعا للكل ، بخلاف استثناء النصف فإنه ممكن لكنه يلغو ، لأن النصف الباقى تقع به طلقة .

قلت : والأقرب فى الجواب أنه لما أخرج نصفا له حكم الكل وأبقى نصفا كذلك أوقعنا عليه طلقة بما أبقى ولم يصح إخراجه ، لأنه لو صح لزم إخراج طلقة حكمية من طلقة حكمية فيلغو (قوله فكأنه استثنى من ثلاث مقدر) قلت : وجهه أن لفظ طالق لايحتمل الثنتين لأنهما عدد محض ، بل يحتمل الفرد الحقيقى أو الجنس أعنى الثلاث ، والأول لايصح هنا لأنه يلزم منه إلغاء الاستثناء فتعين الثانى فافهم (قوله فى أيمان الفتح) خبر عن ما وليس نعتا لفروع ، لأن الفرع الأول فقط فى أيمان الفتح ح (قوله وقع الثلاث) يعنى بدخول واحد كما تدل عليه عبارة

إن سكنت هذه البلدة فامرأته طالق وخرج فورا وخلع امرأته ثم سكنها قبل العدة لم تطلق ، بخلاف فأنت طالق فليحفظ .

إن تزوجتك وإن تزوجتك فأنت كذا لم يقع حتى يتزوجها مرتين ، بخلاف مالو قدم الجزاء فليحفظ .

إن غبت عنك أربعة أشهر فأمرك بيدك ثم طلقها فاعتدت فتزوجت ثم عادت للأول ثم غاب أربعة أشهر فلها أن تطلق نفسها ولو اختلعت لا لأنه تنجيز والأول تعليق .

دعاها للوقاع فأبت فقال متى يكون ؟ فقالت غدا ، فقال : إن لم تفعلى هذا المراد غدا فأنت كذا ثم نسياه حتى مضى الغد لايقع .

أيمان الفتح ، حيث قال : ولو قال لامرأته والله لا أقربك ثم قال والله لا أقربك فقربها مرة لزمه كفارتان اه . والظاهر أنه إن نوى التأكيد يدين ح .

قلت : وتصوير المسألة بما إذا ذكر لكل شرط جزاء، فلو اقتصر على جزاء واحد . فى البزازية إن دخلت هذه الدار إن دخلت هذه الدار فعبدى حر وهما واحد، فالقياس عدم الحنث حتى تدخل دخلتين فيها. والاستحسان يحنث بدخول واحد ويجعل الباقى تكرارا وإعادة اه ثم ذكر إشكالا وجوابه وذكر عبارته بتمامها فى البحر عند قوله والملك يشترط لآخر الشرطين ، وقوله وهما واحد : أى الداران فى الموضعين واحد . بخلاف مالو أشار إلى دارين فلا بد من دخولين كما هو ظاهر (قوله لم تطلق) هذا مبنى على قول ضعيف كما حققناه عند قوله وزوال الملك لايبطل اليمين فافهم (قوله بخلاف مالو قدم الجزاء) هكذا فى بعض النسخ وفى بعضها بخلاف مالو لم يؤخر الجزاء وكلاهما صحيح ، وأما مافى بعض النسخ ، بخلاف مالو أخر الجزاء فقال ح : صوابه قدم الجزاء . ومع ذلك فقد ترك مالو إذا وسطه .

قال فى النهر وفى المحيط : لو قال إن تزوجتك وإن تزوجتك فأنت طالق لم يقع حتى يتزوجها مرتين. بخلاف ما إذا قدم الجزاء أو وسطه اه كلام النهر، وفصله فى الفتاوى الهندية فقال: وإن كرر بحرف العطف فقال إن تزوجتك وإن تزوجتك ، أو قال إن تزوجتك ، فإن تزوجتك أو إذا تزوجتك أو متى تزوجتك لايقع الطلاق حتى يتزوجها مرتين، ولو قدم الطلاق فقال أنت طالق إن تزوجتك وإن تزوجتك فهذا على تزوج واحد، ولو قال إن تزوجتك فأنت طالق وإن تزوجتك طلقت بكل واحد من التزويجين (قوله إن غبت عنك الخ) أقول : المسألة ذكرها فى البحر عند قول الكنز وزوال الملك بعد اليمين لايبطلها .

ونصه فى القنية : لو قال لها أمرك بيدك ثم اختلعت منه وتفرقا ثم تزوجها فنى بقاء الأمر بيدها روايتان ، والصحيح أنه لايبقى . قال : إن غبت عنك أربعة أشهر فأمرك بيدك ثم طلقها وانقضت عدتها وتزوجت ثم عادت إلى الأول وغاب عنها أربعة أشهر فلها أن تطلق نفسها اه . والفرق بينهما أن الأول تنجيز للتخيير فيبطل بزوال الملك ، والثانى تعليق التخيير فكان يمينا فلا يبطل اه كلام البحر ، وبه تعلم مافى كلام الشارح من الإيجاز المخل .

والحاصل أن التخيير يبطل بالطلاق البائن إذا كان التخيير متجزا ، بخلاف المعلق وهذا ماوفق به فى الفصول العمادية بين كلامهم كما حررناه قبيل فصل المشيئة (قوله لايقع) لأن الحنث شرطه أن يطلب منها غدا وتمتنع ولم يطلب بحر ، ونحوه فى التاترخانية عن المنتقى .

قلت : ومقتضاه أن النسيان لا تأثير له هنا ، لكن سيأتى فى الأيمان بأن تعليله إمكان البر شرط لبقاء اليمين بعد انعقادها كما هو شرط لانعقادها ، خلافا لأبى يوسف . ولا يخفى مافيه ، فإن إمكان البر محقق بالتذكر ،

حلف أن لايأتيها فاستلقى فجاءت فجامعت إن مستيقظا حنث

إن لم أشبعك من الجماع فعلى إنزالها .

إن لم أجامعك ألف مرة فكذا فعلى المبالغة لا العدد .

وإن وطئتك فعلى جماع الفرج ، وإن نوى الدوس بالقدم حنث به أيضا :

له امرأة جنب وحائض ونفساء فقال أخبثكن طالق طلقت النفساء ، وفى أفحشكن طالق فعلى الحائض .

قال : لى إليك حاجة فقال امرأته طالق إن لم أقضها ، فقال هى أن تطلق امرأتك فله أن لايصدقه .

قال لأصحابه إن لم أذهب بكم الليلة إلى منزلى فامرأته كذا فذهب بهم بعض الطريق فأخذهم العسس فحبسهم لايحنث .

إن خرجت من الدار إلا بإذنى فخرجت لحريقها لايحنث .

على أنه يلزم أن يكون النسيان عذرا فى عدم الحنث فى غير هذه الصورة أيضا ، وهو خلاف المنصوص فافهم (قوله إن مستيقظا حنث) لأنه يسمى إتيانا منه . قال تعالى –فأتوا حرثكم أنى شئتم– (قوله فعلى إنزالها) أى تنعقد اليمين على أن يجامعها حتى تنزل لأن شبعها يراد به كسر شهوتها به (قوله فعلى المبالغة لا العدد) فلا تقدير لذلك والسبعون كثير خانية . والظاهر أن محله مالم ينو العدد ، فإن نواه عملت نيته لأنه شدد على نفسه ط (قوله حنث به أيضا) أى كما يحنث بالجماع فلا يصح نفيه المعنى المتبادر ويؤاخذ بما نواه لأنه شدد على نفسه فأيهما فعل حنث به: بقى لو فعل كلا منهما هل يحنث مرتين ؟ الظاهر نعم ، وينبغى أن لايحنث فى الديانة إلا بما نوى . قال ط ولو قال إن وطئت من غير ذكر امرأة ولا ضميرها فهو على الدوس بالقدم هو اللغة والعرف وذلك باتفاق أصحابنا ومحله مالم ينو الجماع وإلا عملت نيته فيما يظهر (قوله له امرأة الخ) لامناسبة لها فى هذا الباب إذ ليس فيها تعليق، وقوله طلقت النفساء ،لعل وجهه أن الخبيث قد يطلق على المستكره ريحه كالثوم والبصل ودم النفساء منتن لطول مكثه (قوله فعلى الحائض). لعل وجهه النهى عنه فى القرآن نصا أو كثرته وزيادة أوقاته ومنه غبن فاحش . ثم رأيت فى البحر عن القنية علل له بقوله لأنه نص (قوله فله أن لايصدقه) ولا تطلق زوجته لأنه محتمل للصدق والكذب فلا يصدق على غيره بحر عن المحيط . ولا يقال إن هذا مما لايوقف عليه إلا منه ، فالقول له كقوله لها إن كنت تحبين فقالت أحب لأن ذلك فيما إذا كان المعلق عليه من جهة الزوجة لا من جهة أجنبى كما قدمناه ، وأفاد أنه لو صدقه حنث (قوله لايحنث) ينافى ما يأتى قريبا من أن شرط الحنث إن كان عدميا وعجز حنث اهـ ح وأصله لصاحب البحر .

أقول : لا إشكال لأنه صدق عليه أنه ذهب فعدم الحنث لوجود البر ، ويشهد له مايأتى متنا فى الأيمان : لايخرج أو لايذهب إلى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث إذا جاوز عمران مصره على قصدها اهـ فإن عدم الحنث فيه(١) لوجود المحلوف عليه ط .

قلت : وذكر فى الخانية تخريج عدم الحنث فى مسألة العسس على قول أبى حنيفة ومحمد فيما إذا حلف ليشربن الماء الذى فى هذا الكوز اليوم فأهرقه قبل مضى اليوم لايحنث عندهما اهـ وفى الذخيرة مايدل على أن فى المسألة خلافا (قوله فخرجت لحريقها لايحنث) وكذا لو خرجت للغرق ، لأن الشرط الخروج بغير إذنه لغير الغرق والحرق بحر أى لأن ذلك غير مراد عرفا فلا يدخل فى اليمين ، وكذا يتقيد ببقاء النكاح كما سيأتى فى الأيمان ،

---

(١) (قوله فإن عدم الحنث فيها) أى فى أصل مسألة الشارح لا مسألة الخروج إلى مكة اهـ .

حلف لايرجع الدار ثم رجع لشيء نسيه لايحنث .

حلف ليخرجن ساكن داره اليوم والساكن ظالم فإن لم يمكنه إخراجه فاليمين على التلفظ باللسان

وعلله فى الفتح هناك بأن الإذن إنما يصح لمن له المنع ، وهو مثل السلطان إذا حلف إنسانا ليرفعن إليه خبر كل داعر فى المدينة كان على مدة ولايته ، فلو أبانها ثم تزوجها فخرجت بلا إذن لاتطلق وإن كان زوال الملك لايبطل اليمين عندنا لأنها لم تنعقد إلا على بقاء النكاح اه ومثله تحليف رب الدين الغريم أن لايخرج من البلد إلا بإذنه تتقيد بقيام الدين كما سيأتى هناك إن شاء الله تعالى (قوله حلف لايرجع الخ) فى الخانية رجل خرج مع الوالى فحلف أن لا يرجع إلا بإذن الوالى فسقط من الحالف شيء فرجع لأجله لايحنث ، لأن هذا الرجوع مستثنى من اليمين عادة اه أى لأن المحلوف عليه هو الرجوع بمعنى ترك الذهاب معه ، فإذا رجع لحاجة على نية العود لم يتحقق المحلوف عليه .

مطلب اليمين تتخصص بدلالة العادة والعرف

والحاصل أن هذه المسألة والتى قبلها تخصصت اليمين فيهما بدلالة العادة والعادة مخصصة كما تقرر فى كتب الأصول . ونظير ذلك مافى الخانية أيضا : رجل حلف رجلا أن يطيعه فى كل مايأمره وينهاه عنه ثم نهاه عن جماع امرأته لايحنث إن لم يكن هناك سبب يدل عليه ، لأن الناس لايريدون بهذا النهى عن جماع امرأته عادة . كما لايراد به النهى عن الأكل والشرب . وفيها أيضا : اتهمته امرأته بجارية فحلف لايمسها انصرف إلى المس الذى تتكره المرأة ، وكذا لو قال إن وضعت يدى على جاريتى فهى حرة فضربها ووضع يده عليها لايحنث إن كانت تهمة لأجل المرأة ولأمر يدل على أنه يريد الوضع لغير الضرب اه .

قلت : ومثله فيما يظهر ماذكره بعض محققى الحنابلة فيمن قال لزوجته إن قلت لى كلاما ولم أقل لك مثله فأنت طالق ، فقالت له أنت طالق ولم يقل لها مثله من أنها لاتطلق ، لأن كلام الزوج مخصص بما كان سبا أو دعاء أو نحوه إذ ليس مراده أنها لو قالت اشتر لى ثوبا أن يقول لها مثله بل أراد الكلام الذى كان سبب حلفه اه (قوله فاليمين على التلفظ باللسان) كذا فى القنية والحاوى للزاهدى معزيا للوبرى ، ولعله محمول على ما إذا كان الحالف عالما وقت الحلف بأنه لايمكنه إخراجه بالفعل ، فينصرف إلى التلفظ بقوله أخرج من دارى ، ولو حمل على اليمين المؤقتة كما فى لأشربن ماء هذا الكوز اليوم ولا ماء فيه لكان ينبغى عدم الحنث بمضى اليوم وإن لم يقل له أخرج ولعله لم يحمل عليها لإمكان صرف اليمين إلى التلفظ المذكور بقرينة العجز عن الحقيقة .

مطلب لايدع فلانا يسكن فى هذه الدار

كما لو حلف لايدع فلانا يسكن فى هذه الدار ، فقد قالوا : إن كانت الدار ملكا للحالف فالمنع بالقول والفعل وإلا فبالقول فقط أى لأنه لايملك منعه بالفعل ، ومثله مالو كان آجره الدار ، فقد صرحوا بأنه يبر بقوله أخرج من دارى . ووجهه أن المستأجر ملك المنافع فصار الحالف كالأجنبى الذى لاملك له فى الدار . وأما ماسيذكره الشارح آخر كتاب الأيمان حيث قال لايدخل فلان داره فيمينه على النهى إن لم يملك منعه وإلا فعلى النهى والمنع جميعا ، فهو مخالف لما رأيته فى كثير من الكتب من ذكر هذا التفصيل فى حلفه لايدعه أو لايتركه .

ففى الولوالجية قال ، إن أدخلت فلانا بيتى أو قال إن دخل فلان بيتى أو قال إن تركت فلانا يدخل بيتى فامرأته طالق ، فاليمين فى الأول على أن يدخل بأمره لأنه متى دخل بأمره فقد أدخله ، وفى الثانى على الدخول

إن لم تجيئى بفلان أو إن لم تردى ثوبى الساعة فأنت طالق فجاء فلان من جانب آخر بنفسه وأخذ الثوب قبل دفعها لايحنث . كذا إن لم أدفع إليك الدينار الذى علىّ إلى رأس الشهر فكذا فأبرأته قبل رأس الشهر بطل اليمين .

بقى مايكتب فى التعاليق متى نقلها أو تزوج عليها وأبرأته من كذا أو من باقى صداقها ، فلو دفع لها الكل هل تبطل ؟ الظاهر لا لتصريحهم بصحة براءة الإسقاط والرجوع بما دفعه .

أمر الحالف أولم يأمر علم أو لم يعلم لأنه وجد الدخول ، وفى الثالث على الدخول بعلم الحالف . لأن شرط الحنث الترك للدخول ، فمتى علم ولم يمنع فقد ترك اهـ . ومثله فى أيمان البحر عن المحيط وغيره ، فتعليله للثانى بأنه وجد الدخول صريح فى انعقاد اليمين على نفس فعل الغير ، ولذا قال الشارح هناك قال لغيره : والله لتفعلن كذا فهو حالف ، فإذا لم يفعله المخاطب حنث الخ فعلم أنه فى حلفه لايدخل فلان داره يحنث بدخوله وإن نهاه الحالف لأنه وجد شرط الحنث . بخلاف لايتركه يدخل فإن فيه التفصيل المار ؛ ولو جرى هذا التفصيل فى الحلف على فعل الغير لزم أنه لو قال إن دخل فلان دارى فأنت طالق أنه لو نهاه عن الدخول ثم دخل لايقع الطلاق ، وأنه لو قال والله لتفعلن كذا وأمره بالفعل فلم يفعل لا يحنث . وقد يجاب بحمل قول الشاعر فى الأيمان فيمينه على النهى إن لم يملك منعه على ماذكره هنا من كون المحلوف عليه ظالما بقرينة أن فرض المسأله فى الحلف على دار الحالف فلا يمكن حمله على التفصيل المذكور فيما إذا كانت الدار ملك الحالف أو ملك غيره ، وسيأتى إن شاء الله تعالى زيادة تحرير لهذا المحل فى الأيمان ، وإنما تعرضنا لذكر ذلك هنا لأن بعض محشى الأشباه اغتر بعبارة الشارح المذكورة فى الأيمان فأفتى بعدم الحنث بعدم الدخول فى قوله لايدخل فلان دارى ، وهو ما اشتهر على ألسنة العوام من أنه لايحنث فى الحلف على مالا يملكه ولبس على إطلاقه فتنبه لذلك (قوله إن لم تجيء) بفعل المؤنثة المخاطبة ليناسب قوله فأنت طالق ح (قوله الساعة) راجع إليهما ، وقيد بها لأن المطلقة لايحنث فيها إلا باليأس بنحو موت الحالف أو ضياع الثوب ط (قوله لايحنث) لعدم إمكان البر ، وقيل يحنث فيهما ط عن البحر .

قلت : وفى الخانية قال لامرأته : إن لم تجيء بمتاع كذا غدا فأنت طالق فبعثت المرأة به على يد إنسان ، فإن كان نوى وصول المتاع إليه غدا لايحنث لأنه نوى محتمل لفظه ، وإن لم ينو شيئاً أو نوى حملها بنفسها حنث ولا يكون اليمين على الوصول إلا بالنية اهـ (قوله بطل اليمين) لأنه بعد إبرائها منه لم يبق لها عليه فلا يمكن دفعه (قوله مايكتب فى التعاليق) أى مايكتبه الزوج على نفسه عند خوف المرأة من نقلها أو تزوجه عليها (قوله متى نقلها الخ) جواب متى محذوف أى فهى طالق ، وقوله وأبرأته بالواو العاطفة على قوله نقلها أو تزوج عليها (قوله فلو دفع لها الكل) أى كل الدين المعبر عنه بقوله من كذا أو كل باقى الصداق (قوله هل تبطل) أى اليمين المذكور ، ووجه التوقف أن الطلاق معلق على شرطين وهما النقل والإبراء أو التزوج والإبراء فإذا وجد أحدهما فلا بد من وجود الآخر وهو الإبراء مع أن المبرأ عنه قد دفعه لها (قوله لتصريحهم الخ) قال فى الأشباه : الإبراء بعد قضاء الدين صحيح لأن الساقط بالقضاء المطالبة لا أصل الدين فيرجع المديون بما أداه إذا أبرأه براءة إسقاط وإذا أبرأه براءة استيفاء فلا رجوع .

واختلفوا فيما إذا أطلقها : وعلى هذا لو علق طلاقها بابرائها عن المهر ثم دفعه لها لايبطل التعليق ، فإذا أبرأته براءة إسقاط وقع ورجع عليها اهـ .

والحاصل أن الدين وصف فى ذمة المديون والدين يقضى بمثله أى إذا أوفى ماعليه لغريمه ثبت له على غريمه مثل ما لغريمه عليه فتسقط المطالبة ، فإذا أبرأه غريمه براءة إسقاط سقط مابذمته لغريمه فتثبت له مطالبة غريمه

حلف بالله أنه لم يدخل هذه الدار اليوم ثم قال عبده حر إن لم يكن دخل لا كفارة ولا يعتق عبده، إما لصدقه أو لأنها غموس، ولا مدخل للقضاء فى اليمين بالله حتى لو كانت يمينه الأولى بعتق أو طلاق حنث فى اليمين لدخولها فى القضاء.

أخذت من ماله درهما فاشترت به لحما وخلطه اللحام بدراهمه وقال زوجها إن لم تردیه اليوم فأنت كذا فحيلته أن تأخذ كيس اللحام وتسلمه للزوج قبل مضى اليوم ولا حنث، ولو ضاع من اللحام فما لم يعلم أنه أذيب أو سقط فى البحر لا يحنث.

حلف إن لم أكن اليوم فى العالم أو فى هذه الدنيا فكذا يحبس ولو فى بيت حتى يمضى اليوم، ولو حلف إن لم يخرب بيت فلان غدا فقيد ومنع حتى مضى الغد حنث؛ وكذا إن لم أخرج من هذا المنزل فكذا فقيد. أو إن لم أذهب بك إلى منزلى فأخذها فهربت منه، أو إن لم تحضرى الليلة منزلى فكذا فمنعها أبوها حنث فى المختار،

بما أوفاه، فقد صحت البراءة بعد الدفع، فلا تبطل اليمين بل يتوقف الوقوع على البراءة، بخلاف ما إذا أبرأه براءة استيفاء لأنها بمعنى إقراره باستيفاء دينه وبأنه لا مطالبة له عليه فلا يرجع عليه المديون لعدم سقوط ما بذمته بذلك. وأما لو أطلق فينبغى فى زماننا حملها على الاستيفاء لعدم فهمهم غيرها (قوله حلف بالله أنه لم يدخل) كذا فى بعض النسخ، وفى بعضها لا يدخل. والصواب الأول، لأنه على الثانى تكون اليمين منعقدة لكونها على المستقبل. وفرض المسألة فيما إذا كانت على الماضى لتناقض اليمين الثانية.

ففى البحر عن المحيط من باب الأيمان التى يكذب بعضها بعضا: حلف بالله تعالى أنه لم يدخل هذه الدار اليوم ثم قال عبده حر إن لم يكن دخلها اليوم لا كفارة ولا يعتق عبده، لأنه إن كان صادقا فى اليمين بالله تعالى لم يحنث ولا كفارة وإن كان كاذبا فهى يمين الغموس فلا توجب الكفارة، واليمين بالله تعالى لا مدخل لها فى القضاء فلم يصر فيها مكذبا شرعا، فلم يتحقق شرط الحنث فى اليمين بالعتق وهو عدم الدخول؛ حتى لو كانت اليمين الأولى بعتق أو طلاق حنث فى اليمينين؛ لأن لها مدخلا فى القضاء اهـ (قوله حنث فى اليمينين) لأنه كل زعم الحنث فى الأخرى كما يأتى فى باب عتق البعض اهـ ح (قوله ولو ضاع من اللحام الخ) هذا نقله فى البحر عن الخانية فى اليمين المطلقة عن ذكر اليوم، ثم قال: ومفهومه أنه إذا لم يمكن رده فإنه يحنث؛ فعلم به أن قولهم يشترط لبقاء اليمين إمكان البر إنما هو فى المقيدة بالوقت فعدمه مبطل لها أما المطلقة فعدمه موجب للحنث اهـ.

وحاصله أنه إذا كانت اليمين مقيدة بالوقت يحنث بمضيه إلا إذا عجزت عن رده بأن ضاع أو أذيب أما لو كانت مطلقة فلا يحنث وإن ضاع ما دام حيين لإمكان وجدانه أما لو مات أحدهما أو علم أنه أذيب أو سقط فى البحر فإنه يحنث لتعذر الرد، وبه تعلم ما فى كلام الشارح (قوله إن لم أكن الخ) كذا فى البحر عن الصيرفية، وقد راجعت عبارة الصيرفية فرأيت فيها أن أكن بدون لم وهو الصواب (قوله يحبس الخ) سواء حبسه القاضى أو الوالى لأن الحبس يسمى نفيا قال تعالى — أو ينفوا من الأرض — بحر عن الصيرفية أى فإن الآية محمولة عندنا على الحبس.

مطلب المحبوس ليس فى الدنيا

ورأيت فى بعض الكتب أن الوزير ابن مقلة لما حبسه الراضى بالله سنة اثنين وعشرين وثلثمائة أنشد قوله:

خرجنا من الدنيا ونحن من أهلها ... فلسنا من الموتى نعدّ ولا الأحيا

إذا جاءنا السجان يوما لحاجة ... فرحنا وقلنا جاء هذا من الدنيا

بخلاف لا أسكن فأغلق الباب أو قيد لا يحنث فى المختار .
قلت قال ابن الشحنة : والأصل أنه متى عجز عن شرط الحنث حنث فى العدمى لا الوجودى . قال فى النهر

(قوله لا يحنث فى المختار) لأنه مسكن لا ساكن ، وشرط الحنث هو السكنى ، وإنما تكون السكنى بفعله إذا كان باختياره ، بخلاف إن لم أخرج ونحوه لأن الشرط الحنث عدم الفعل والعدم يتحقق بدون الاختيار أفاده فى الذخيرة . وأفاده أيضا أن الخلاف فيما إذا أغلق الباب لا فيما إذا منع بقيد ، ومثله فى البحر وصرح به فى البزازية .

وحاصله أنه لو كان المنع حسيا لا يحنث بلا خلاف ولو كان بغيره لا يحنث أيضا فى المختار ، وقيل لا يحنث .

مطلب الأصل أن شرط الحنث إن كان عدميا وعجز يحنث

(قوله والأصل الخ) عبارة ابن الشحنة والأصل أن شرط الحنث إن كان عدميا وعجز عن مباشرته فالمختار الحنث ، وإن كان وجوديا وعجز فالمختار عدم الحنث اهـ .

قلت : والظاهر أن الضمير فى قوله مباشرته يعود إلى شرط البر لا شرط الحنث ، لأن العجز عن الشىء فرع عن تطلبه والحالف إنما يطلب شرط البر فيحصله أو يعجز عنه فكان على الشارح أن يقول متى عجز عن شرط البر فافهم .

هذا ، وقد استشكل فى البحر فرعين : أحدهما مسألة العسس المارة ، والثانى ما فى القنية إن لم أعمل هذه السنة فى المزارعة بتمامها فمرض ولم يتم حنث ، ولو حبسه السلطان لا يحنث اهـ قال : فإن الشرط فيهما العدم وقد أثر فيه الحبس اهـ .

قلت : أما مسألة العسس فقد مر الجواب عنها . وأما مسألة القنية فالظاهر أنها مبنية على خلاف المختار ، وهو عدم الحنث فيما إذا كان المنع غير حسى . فلذا فرق بين المنع بالمرض والمنع بحبس السلطان ، لأن الحبس إغلاق لباب الحبس فهو منع غير حسى . بخلاف المرض فإنه كالقيد فهو منع حسى . لكن فى أيمان البزازية من الخامس عشر إن لم تحضرينى الليلة فكذا فقيدت ومنعت منعا حسيا ، ذكر الفضلى أنه يحنث . والأصح أنه لا يحنث فقد صحح عدم الحنث فى المنع الحسى ، لكن ذكر فى الذخيرة أن المختار الحنث ولم يقيد بكونها منعت منعا حسيا ، فالظاهر أنه ترجيح لقول الفضلى . وهو الموافق للأصل المار ، لأن الشرط هنا عدمى ويكون التفصيل بين المنع الحسى وغيره خاصا فيما إذا كان الشرط وجوديا ، ويكون ما فى القنية والبزازية مبنيا على إجرائه فى العدمى أيضا والله أعلم .

[تنبيه] أعلم أنهم صرحوا بأن فوات المحل يبطل اليمين ، وبأن العجز عن فعل المحلوف عليه يبطلها أيضا لو موقتة لا لو مطلقة . وبأن إمكان تصور البر شرط لانعقادها فى الابتداء مطلقا وشرط لبقائها لو موقتة ، وعلى هذا فقولهم فى ليشربن ماء هذا الكوز اليوم ولا ماء فيه لا يحنث . ووجهه أنها لم تنعقد لعدم إمكان البر ابتداء ، وفيما لو كان فيه ماء فصب تبطل لعدم إمكان البر بعد انعقادها . والعجز فيه ناشىء عن فوات المحل ، وفى إن لم أخرج ونحوه فقيد ومنع يحنث . لأن العجز لم ينشأ عن فوات المحل . لأن المحل فيه هو الحالف أو المرأة ونحو ذلك ، وهو موجود ، بخلاف الماء الذى صب . فإذا لم يخرج تحقق شرط الحنث لبقاء المحل ، وإن عجز حقيقة لإمكان البر عقلا ، بأن يطلقه الحابس له كما فى قوله إن لم أمس السماء اليوم فإنه يحنث بمضيه ، لأنه وإن استحال عادة ، لكنه فى نفسه ممكن لأنه وجد من بعض الأنبياء بخلاف ما لو صب الماء لأن عود الماء المحلوف عليه غير ممكن

ومفاده الحنث فيمن حلف ليؤدين اليوم دينه فعجز لفقره وفقد من يقرضه . خلافا لما بحثه فى البحر فتدبر .

باب طلاق المريض

عنون به لأصالته، ويقال له الفار لفراره من إرثها، فيرد عليه قصده

أصلا وفى لا أسكن فقيد ومنع لايحنث ، لأن شرط الحنث وجودى وهو سكناه بنفسه والوجودى يمكن إعدامه بالإكراه والمنع بأن ينسب لغيره وهو المكره بالكسر ، بخلاف لايخرج لأن شرط الحنث عدمى وهو لايمكن إعدامه بالإكراه لتحققه من المكره بالفتح ، وهذا معنى قولهم الإكراه يؤثر فى الوجودى لافى العدمى ، فصار الحاصل أنه إذا كان شرط الحنث عدميا ، فإن عجز عن شرط البر بفوات محله لايحنث وإن مع بقاء المحل حنث سواء كان المانع حسيا أولا ، وكذا لوكان المانع كونه مستحيلا عادة ، كمس السماء ، وإن كان الشرط وجوديا لايحنث مطلقا ولو كان المانع غير حسى فى المختار ، هذا ماتحرر لى من كلامهم ، والله تعالى أعلم فافهم (قوله ومفاده الخ) أى لأن شرط الحنث فيه عدمى وهو عدم الأداء والمحل وهو الحالف باق . وإذا كان يحنث فى حلفه ليمس السماء اليوم مع كون شرط البر مستحيلا عادة فحنثه هنا بالأولى ، لأن شرط البر ممكن ، بأن يغصب ، الا أو يجد من يقرضه أو يرث قريبا له ونحو ذلك ، فإن ذلك ليس بأبعد من مس السماء . ولا يرد ماقيل إنه يستفاد عدم الحنث من قوله فى المنح : حلف ليقضين فلانا دينه غدا ومات أحدهما قبل مضى الغد أو قضاه قبله أو أبرأه لم تنعقد اه لأن عدم الحنث فيه لبطلان اليمين بفوت المحل ، كما لو صب مافى الكوز فإن شرط البر صار مستحيلا عقلا وعادة ، بخلاف مس السماء فإنه ممكن عقلا وإن استحال عادة ، وكذا لايرد مافى الخانية إن لم آكل هذا الرغيف اليوم فأكله غيره قبل الغروب لايحنث لأنه من فروع مسألة الكوز كما صرحوا به لفوات المحل وهو الرغيف ، وما استشهد به صاحب البحر حيث قال إن قوله فى القنية متى عجز عن المحلوف عليه واليمين مؤقتة فإنها تبطل يقتضى بطلانها فى الحادثة المذكورة اه فيه نظر ، لأن مراد القنية العجز الحقيقى كما فى مسألة الكوز وإلا ناقضه ما أطبق عليه أصحاب المتون من عدم البطلان فى لأصعدن السماء . ثم رأيت الرملى نقل عن فتاوى صاحب البحر أنه أفتى بالحنث فى مسألتنا مستندا إلى إمكان البر حقيقة وعادة مع الإعسار بهبة أو تصدق أو إرث اه وهو عين ماقلناه أولا ، ولله الحمد .

باب طلاق المريض

لما كان المرض من العوارض أخره (قوله عنون به لأصالته) أى اقتصر على ذكر المريض فى الترجمة مع أن قوله من غالب حاله الهلاك بمرض أوغيره صريح فى أن الحكم فى غير المريض كذلك ، ولكن الأصل فى هذا الباب المريض وغيره ممن كان فى حكمه ملحق به . وقيل المراد بالمريض من غالب حاله الهلاك مجازا فيشمل غيره (قوله لفراره من إرثها) أى ظاهرا وإن اتفق أنه لم يقصد الفرار (قوله فيرد عليه قصده) بيان لوجه توريثها منه اعتبارا بقاتل مورثه بجامع كونه فعلا محرما لغرض فاسد ، وتمام تقريره فى الفتح . وعن هذا قال فى البحر : وقد علم من كلامهم أنه لايجوز للزوج المريض التطليق لتعلق حقها بماله إلا إذا رضيت به اه .

قال فى النهر ، وفيه نظر ، لأن الشارع حيث رد عليه قصده لم يكن آثما إلا بصورة الإبطال لابحقيقته فتدبر اه.

وقد يقال : لولم يكن ذلك القصد محظورا لم يرده عليه الشارع كقتل المورث استعجالا لإرثه . ثم رأيت فى التاترخانية عن المنتقط قال محمد : إذا مرض الرجل وقد دخل بامرأته أكره له أن يطلقها ولو كان قبل الدخول

إلى تمام عدتها ؛ وقد يكون الفرار منها كما سيجيء .
(من غالب حاله الهلاك بمرض أو غيره بأن أضناه مرض عجز به عن إقامة مصالحه خارج البيت) هو الأصح كعجز الفقيه عن الإتيان إلى المسجد وعجز السوقي عن الإتيان إلى دكانه . وفي حقها أن تعجز عن مصالحها داخله كما في البزازية ، ومفاده أنها لو قدرت على نحو الطبخ دون صعود السطح لم تكن مريضة .

لايكره اه (قوله إلى تمام عدتها) لأن الميراث لابد أن يكون لنسب أو سبب وهو الزوجية والعتق والزوجية تنقطع بالبينونة ، وهذا إشارة إلى خلاف مالك في قوله بإرثها وإن مات بعد تزوجها كما يأتي (قوله كما سيجيء) أي في قول المصنف ولو باشرت سبب الفرقة وهي مريضة الخ ط (قوله بأن أضناه مرض) أي لازمه حتى أشرف على الموت مصباح (قوله عجز به الخ) فلو قدر على إقامة مصالحه في البيت كالوضوء والقيام إلى الخلاء لايكون فارا(١) وفسره في الهداية بأن يكون صاحب فراش وهو أن لايقوم بحوائجه كما يعتاد الأصحاء وهذا أضيق من الأول لأن كونه ذا فراش يقتضي اعتبار العجز عن مصالحه في البيت فلو قدر عليها فيه لايكون فارا وصححه في الفتح حيث قال : فأما إذا أمكنه القيام بها في البيت لا في خارجه فالصحيح أنه صحيح اه .
أقول : ومقتضى هذا كله أنه لو كان مريضا مرضا يغلب منه الهلاك لكنه لم يعجزه من مصالحه كما يكون في ابتداء المرض لايكون فارا . وفي نور العين . قال أبو الليث : كونه صاحب فراش ليس بشرط لكونه مريضا مرض الموت بل العبرة للغلبة لو الغالب من هذا المرض الموت فهو مرض الموت وإن كان يخرج من البيت ، وبه كان يفتي الصدر الشهيد . ثم نقل عن صاحب المحيط أنه ذكر محمد في الأصل مسائل تدل عن أن الشرط خوف الهلاك غالبا لا كونه صاحب فراش اه ويأتي تمامه (قوله هو الأصح) صححه الزيلعي ، وقيل من لايصلي قائما ، وقيل من لايمشي ، وقيل من يزداد مرضه ط عن القهستاني (قوله كعجز الفقيه الخ) ينبغي أن يكون المراد العجز عن نحو ذلك من الإتيان إلى المسجد أو الدكان لإقامة المصالح القريبة في حق الكل ، إذ لو كان محترفا بحرفة شاقة ، كما لو كان مكاريا أو حمالا على ظهره أو دقاقا أو نجارا أو نحو ذلك مما لايمكن إقامته مع أدنى مرض وعجز عنه مع قدرته على الخروج إلى المسجد أو السوق لايكون مريضا وإن كانت هذه مصالحه ، وإلا لزم أن يكون عدم القدرة على الخروج إلى الدكان للبيع والشراء مثلا مرضا وغير مرض بحسب اختلاف المصالح تأمل .
ثم هذا إنما يظهر أيضا في حق من كان له قدرة على الخروج قبل المرض ، أما لو كان غير قادر عليه قبل المرض لكبر أو لعلة في رجليه فلا يظهر ، فينبغي اعتبار غلبة الهلاك في حقه ، وهو مامر عن أبي الليث ، وينبغي اعتماده لما علمت من أنه كان يفتي به الصدر الشهيد وإن كلام محمد يدل عليه ولا طراده فيمن كان عاجزا قبل المرض ، ويؤيده أن من ألحق بالمريض كمن بارز رجلا ونحوه إنما اعتبر فيه غلبة الهلاك دون العجز عن الخروج ولأن بعض من يكون مطعونا أو به استسقاء قبل غلبة المرض عليه قد يخرج لقضاء مصالحه مع كونه أقرب إلى الهلاك من مريض ضعف عن الخروج لصداع أو هزال مثلا .
وقد يوفق بين القولين ، بأنه إن علم أن به مرضا مهلكا غالبا وهو يزداد إلى الموت فهو المعتبر ، وإن لم يعلم أنه مهلك يعتبر العجز عن الخروج للمصالح . هذا ماظهر لي .
فإن قلت : إن مرض الموت هو الذي يتصل به الموت فما فائدة تعريفه بما ذكر .

---

(١) (قوله إلى الخلاء لايكون فارا) لعل الصواب بمفاده ، حيث كان مفرعا على كلام المصنف تأمل اه .

قال في النهر : وهو الظاهر .

قلت : وفي آخر وصايا المجتبى : المرض المعتبر المضنى المبيح لصلاته قاعدا والمقعد والمفلوج والمسلول إذا تطاول ولم يقعده في الفراش كالصحيح ثم رمز شح : حد التطاول سنة . انتهى وفي القنية : المفلوج والمسلول والمقعد مادام يزداد كالمريض (أو بارز رجلا أقوى) منه (أو قدم ليقتل من قصاص أو رجم)

قلت : فائدته أنه قد يطول سنة فأكثر كما يأتي فلا يسمى مرض الموت وإن اتصل به الموت . وأيضا فقد يموت المريض بسبب آخر كالقتل فلابد من حد فاصل تبتني عليه الأحكام (قوله قال في النهر وهو الظاهر) رد على قوله في الفتح : أما المرأة فإن لم يمكنها الصعود إلى السطح فهي مريضة فإنه يقتضي أنها لو عجزت عنه لا عما دونه كالطبخ تكون مريضة مع أنه خلاف ما في الملتقى وغيره من اعتبار عدم قدرتها على القيام بمصالح بيتها تأمل (قوله المرض) مبتدأ والمعتبر صفته والمضنى خبره وقد علمت أن هذا القول مقابل الأصح (قوله والمقعد) هو الذي لا حراك به من داء في جسده كأن الداء أقعده ، وعند الأطباء هو الزمن . وبعضهم فرق وقال : المقعد المتشنج الأعضاء . والزمن الذي طال مرضه مغرب (قوله ولم يقعده في الفراش) احترازا عما إذا تطاول ثم تغير حاله فإنه إذا مات من ذلك التغير يعتبر تصرفه من الثلث كما في الخلاصة (قوله ثم رمز شح) أي شين وحاء وهو رمز لشمس الأئمة الحلواني .

وفي الهندية عن التمرتاشي : وفسر أصحابنا التطاول بالسنة ، فإذا بقي على هذه العلة سنة فتصرفه بعدها كتصرفه في حال صحته اه أي مالم يتغير حاله كما علمت (قوله وفي القنية الخ) قال ح : أخذا مما تقدم عن الهندية أن هذا لا ينافي ما قبله ، لأن ازدياده إلى السنة فقط اه ولا يخفى ما فيه .

وفي الهندية أيضا : المقعد والمفلوج مادام يزداد ما به كالمريض ، فإن صار قديما ولم يزد فهو كالصحيح في الطلاق وغيره كذا في الكافي ، وبه أخذ بعض المشايخ ، وبه كان يفتي الصدر الشهيد حسام الأئمة والصدر الكبير برهان الأئمة ، وفسر أصحابنا إلى آخر ما مر .

قلت : وحاصله أنه إن صار قديما بأن تطاول سنة ولم يحصل فيه ازدياد فهو صحيح ، أما لو مات حالة الازدياد الواقع قبل التطاول أو بعده فهو مريض (قوله أو بارز رجلا أقوى منه) بيان الحكم الصحيح الملحق بالمريض هنا ، وهو من كان غالب حاله الهلاك كما في النهاية وغيرها . والأولى أن يقال من يخاف عليه الهلاك غالبا على أن غالبا متعلق بالخوف وإن لم يكن مواقع غلبة الهلاك ، فإن في المبارزة لا يكون الهلاك غالبا إلا أن يبرز لمن علم أنه ليس من أقرانه ، بخلاف غلبة خوف الهلاك كذا في البحر ، ومثله في الفتح . ومقتضاه أن الأولى ترك التقييد بكونه أقوى منه ، ولذا لم يقيد به في الكنز وغيره بناء على أن المعتبر غلبة خوف الهلاك لا غلبة الهلاك ، فإن من خرج عن صف القتال وبارز رجلا يغلب عليه خوف الهلاك ، وإن لم يكن الرجل أقوى منه ولا يغلب عليه الهلاك ، إلا إذا علم أنه أقوى منه ، فما جرى عليه المصنف مبني على ما في النهاية من أن المعتبر غلبة الهلاك ، وعليه جرى في النهر وقال : ولذا قيد بعضهم المسألة بما إذا علم أن المبارز ليس من أقرانه بل أقوى منه اه .

وبما قررناه علم أن ما في المتن مخالف لما اختاره في البحر تبعا للفتح فافهم ، ويؤيد ما في الفتح ما ذكره في معراج الدراية من كتاب الوصايا : لو اختلطت الطائفتان للقتال وكل منهما مكافئة للأخرى أو مقهورة فهو في حكم مرض الموت ، وإن لم يختلطوا فلا اه فإنه يدل على أن المكافأة تكفي (قوله من قصاص أو رجم) وكذا لو قدمه ظالم

أو بقى على لوح من السفينة أو افترسه سبع وبقى فى فيه (فارّ بالطلاق) خبر من ، و (لايصح تبرعه إلا من الثلث ، فلو أبانها) وهى من أهل الميراث علم بأهليتها أم لا ، كأن أسلمت أو أعتقت ولم يعلم (طائعا) بلا رضاها ، فلو أكره أو رضيت لم ترث ولو أكرهت على رضاها

ليقتله قهستانى (قوله أو بقى على لوح من السفينة) يوهم أن انكسار السفينة شرط لكونه فارا وليس كذلك ؛ فقد قال فى المبسوط : فإن تلاطمت الأمواج وخيف الغرق فهو كالمريض ، وكذا فى البدائع ، وقيده الإسبيجابى بأن يموت من ذلك الموج ، أما لو سكن ثم مات لاترث اهـ بحر .

قلت : وهذا شرط فى المبارزة وغيرها أيضا كما يأتى (قوله وبقى فى فيه) أما لو تركه فهو كالصحيح مالم يجرحه جرحا يخاف منه الهلاك غالبا كما يفهم مما مر (قوله فار بالطلاق) أى هارب من توريثها من ماله بسبب الطلاق فى هذه الحالة (قوله خبر من) أى خبر من الموصولة فى قوله من غالب حالة الهلاك الخ (قوله ولا يصح تبرعه إلا من الثلث) أى كوقفه ومحاباته وتزوجه بأكثر من مهر المثل .

واستفيد من هذا أن المرض فى حق الوصية والفرار لايختلف ط ، والمراد بقوله تبرعه : أى الأجنبى ، فلو لوارث لم يصح أصلا (قوله فلو أبانها) أى بواحدة أو أكثر ولم يقل أو طلقها رجعيا كما قال فى الكنز لما قال فى النهر وعندى أنه كان ينبغى حذف الرجعى من هذا الباب لأنها فيه ترث ، ولو طلقها فى الصحة مابقيت العدة ، بخلاف البائن فإنها لاترثه إلا إذا كان فى المرض . وقد أحسن القدورى فى اقتصاره على البائن ، ولم أر من نبه على هذا اهـ قال ط والطلاق ليس بقيد ، بل كذلك لو أبانها بخيار بلوغه أو تقبيله أمها أو بنتها أورد:ه كما فى البدائع ، وكأنه كنى به عن كل فرقة جاءت من قبله حموى اهـ لكن هذا فى قول الكنز طلقها أما قول المصنف أبانها لايحتاج إلى دعوى الكناية (قوله وهى من أهل الميراث) أى من وقت الطلاق إلى وقت الموت كما سيوضحه الشارح (قوله علم بأهليتها أم لا الخ) هذا كله سيأتى متنا وشرحا، وأشار إلى أن الأولى ذكره هنا (قوله فلو أكره) محترز قوله طائعا : أى لو أكره على طلاقها البائن لاترث ، وهذا لو كان الإكراه بوعيد تلف ، فلو كان بحبس أو قيد يصير فارا كما فى الهندية عن العتابية .

ثم إنه ذكر فى جامع الفصولين أنه لارواية لهذه المسألة فى الكتب . وذكر فيها عن المشايخ قولين : الأول أنها ترث ، لأن الإكراه لايؤثر فى الطلاق بدليل وقوع طلاق المكره . والثانى أنه ينبغى أن لاترث للجبر ، إذ لو أكره على قتل مورثه يرثه ولا يرثه المكره أى بالكسر لو وارثا ولو لم يوجد منه القتل اهـ . واستظهر الرحتى الأول لتعلق حقها فى إرثه بمرضه ولم يوجد منها مايبطله إلا إذا كانت هى التى أكرهته على الطلاق ، ويؤيده أنه لو جامعها ابنه مكرهة ورثت مع أن الفرقة ليست باختيارها اهـ .

قلت : الظاهر ترجيح الثانى ، ولذا جزم به الشارح تبعا للبحر ، لأن إرث من أبانها فى مرضه لرد قصده عليه وهو فراره من إرثها ، ومع الإكراه لم يظهر منه فرار فيعمل الطلاق عمله فلا ترثه كما أن علة عدم إرث القاتل لمورثه قصده تعجيل الميراث فيرد قصده عليه ، وإذا كان مكرها لم يظهر هذا القصد فيرثه مع أن القتل محظور عليه ، بخلاف الطلاق فإنه مع الإكراه غير محظور ، وقوله أو جامعها ابنه مكرهة ورثت صوابه لم ترث كما يأتى التنبيه عليه فهو مؤيد لما قلنا (قوله أو رضيت) محترز قوله بلا رضاها : أى كأن خالعت ، وفى حكمه كل فرقة وقعت من قبلها كاختيار امرأة العنين نفسها قهستانى ط (قوله ولو أكرهت على رضاها) أى على مفيد رضاها

أو جامعها ابنه مكرهة ورثت (وهو كذلك) بذلك الحال (ومات) فيه ، فلو صح ثم مات فى عدتها لم ترث (بذلك السبب) موته (أو بغيره) كان يقتل المريض أو يموت بجهة أخرى فى العدة للمدخولة (ورثت هى) منه لاهو منها لرضاه بإسقاط حقه .

كسؤالها الطلاق ، ولو قال على سؤالها الطلاق كما قال غيره لكان أولى ط (قوله أو جامعها ابنه مكرهة) بحث لصاحب النهر وأقره الحموى عليه . ويخالفه مافى البحر عن البدائع : الفرقة لو وقعت بتقبيل ابن الزوج لاترث مطاوعة كانت أو مكرهة ، أما الأول فلرضاها بإبطال حقها ، وأما الثانى فلم يوجد من الزوج إبطال حقها المتعلق بالإرث لوقوع الفرقة بفعل غيره اهـ والجماع كالتقبيل فى حرمة المصاهرة ، وليس لنا إلا اتباع النص ط .

قلت : وفى جامع الفصولين أيضا : جامعها ابن مريض مكرهة لم ترثه إلا إن أمره الأب بذلك فينتقل فعل الإبن إلى الأب فى حق الفرقة فيصير فارا اهـ ومثله فى الذخيرة معزيا للأصل ، وكذا فى الولوالجية والهندية . وللرحمتى هنا كلام مصادم للمنقول فهو غير مقبول (قوله بذلك الحال) بدل من قوله كذلك ، والمراد به حال غلبة الهلاك من مرض ونحوه . واحترز به عما إذا طلق فى الصحة ثم مرض ومات وهى فى العدة لاترث منه بحر : أى إذا كان الطلاق رجعيا فإنها ترثه ، وكذا يرثها لو ماتت فى العدة جامع الفصولين .

وفيه : قال فى مرضه : قد كنت أبنتك فى صحتى أو تزوجتك بلا شهود أو بيننا رضاع قبل النكاح أو تزوجتك فى العدة وأنكرت المرأة ذلك بانت منه وترثه لا لو صدقته (قوله فلو صح) الأولى فلو زال ذلك الحال اهـ ح أى ليعم مالو عاد المبارز إلى الصف أو أعيد المخرج للقتل إلى الحبس أو سكن الموج ثم مات فهو كالمريض إذا برئ من مرضه كما فى البدائع ، وعزاه إليها فى الفتاوى الهندية ويؤيده ماقدمناه عن الإسبيجابى من التصريح بأنه لو سكن الموج ثم مات لاترث ، لكن فى الفتح : ولو قرب للقتل فطلق ثم خلى سبيله أو حبس ثم قتل أو مات فهو كالمريض ترثه لأنه ظهر فراره بذلك الطلاق ثم ترتب موته فلا يبالى بكونه بغيره اهـ ومثله فى معراج الدراية بدون تعليل ، وتبعه فى البحر والنهر ، وهو مشكل لأنه يلزم عليه أن المريض لو صح ثم مات أن ترثه لصدق التعليل المذكور عليه مع أنه خلاف ماأطبقوا عليه من اشتراطهم موته فى ذلك الوجه : أى الوجه الذى هو حالة غلبة الهلاك ، ولا شك أنه بعد ماخلى سبيله أو أعيد للحبس ثم مات لم يمت فى ذلك الوجه بل مات فى غيره فى حالة لايغلب فيها الهلاك ولذا لو طلق وهو فى الحبس قبل إخراجه للقتل لم يكن فارا فكذا بعد إعادته إليه ، نعم ماذكر من التعليل إنما يصح لموته فى ذلك الوجه بسبب آخر كموت المريض بقتل وموت من أخرج للقتل بافتراس سبع ونحوه . والظاهر أن فى عبارة الفتح سقطا من قلم الناسخ ، والأصل فى العبارة فهو كالمريض إذا برئ بخلاف موته بسبب غيره فإنها ترثه لأنه ظهر فراره الخ فليتأمل (قوله بذلك السبب) متعلق بقوله ومات ، لكن زيادة الشارح قوله موته اقتضت إعرابه خبرا مقدما وموته مبتدأ مؤخرا ولا حاجة إلى هذه الزيادة وقد سقطت من بعض النسخ (قوله فى العدة) والقول لها فى أنه مات قبل انقضاء العدة مع اليمين ، فإن نكلت فلا إرث لها ، ولو تزوجت قبل موته ثم قالت لم تنقض عدتى لايقبل قولها ، ولو كانت أمة ثم عتقت ومات الزوج فادعت العتق فى حياته وادعت الورثة أنه بعد موته فالقول لهم ولا يعتبر قول المولى ، كما إذا ادعت أنها أسلمت فى حياته وقالت الورثة بعد موته فالقول لهم ، وتمامه فى البحر عن الخانية (قوله للمدخولة) أى المدخول بها حقيقة أعنى الموطوءة ليخرج المختلى بها فإنها وإن وجبت عليها العدة لكنها لاترثه كما مر فى باب المهر فى الفرق بين الخلوة والدخول أفاده ط فافهم (قوله لاهو منها) أى لو أبانها فى مرضه فماتت هى قبل انقضاء عدتها لايرث منها بخلاف مالو طلقها رجعيا كما يأتى

وعند أحمد ترث بعد العدة مالم تتزوج بآخر :

(وكذا) ترث (طالبة رجعية) أو طلاق فقط (طلقت) بائنا (أو ثلاثا) لأن الرجعى لايزيل النكاح حتى حل وطؤها ، ويتوارثان فى العدة مطلقا ، وتكفى أهليتها للإرث وقت الموت ، بخلاف البائن (وكذا) ترث (مبانة قبلت) أو طاوعت (ابن زوجها) لمجىء الحرمة ببينونته :

(ومن لاعنها فى مرضه أو آلى منهما مريضا كذلك) أى ترثه لما مر :

(وإن آلى فى صحته وبانت به) بالإيلاء (فى مرضه أو أبانها فى مرضه فصح فمات أو أبانها فارتدت فأسلمت فمات (لا) ترثه لأنه لابد أن يكون المرض الذى طلقها فيه مرض الموت ، فإذا صح تبين أنه لم يكن مرض الموت ، ولابد فى البائن أن تستمر أهليتها للإرث من وقت الطلاق إلى وقت الموت ، حتى لو كانت كتابية أومملوكة وقت الطلاق ثم أسلمت أو عتقت لم ترث .

(قوله وعند أحمد الخ) وعن مالك وإن تزوجت بأزواج . وعند الشافعى لاترث المختلعة والمطلقة ثلاثا وغيرهما يرث ، لأن الكنايات عنده رواجع در منتقى (قوله وكذا ترث طالبة رجعية) أى فى مرضه كما هو الموضوع ، واحترز بالرجعية عما لو أبانها بأمرها كما يذكر (قوله أو طلاق فقط) أى بأن قالت له فى مرضه طلقنى فطلقها ثلاثا فمات فى العدة ترثه إذا صار مبتدئا فلا يبطل حقها فى الإرث ؛ كقولها طلقنى رجعية فأبانها جامع الفصولين (قوله لأن الرجعى لايزيل النكاح) أى قبل انقضاء العدة أى فلم تكن راضية بإسقاط حقها ، بخلاف مالو طلبت البائن (قوله حتى حل وطؤها) أى بدون تجديد عقد ؛ لكن إذا كان الوطء قبل المراجعة بالقول كان هو مراجعة مكروهة (قوله ويتوارثان فى العدة مطلقا) أى سواء كان طلاقه لها فى صحته أو مرضه برضاها أو بدونه كما فى البدائع فأيهما مات وهى فى العدة يرثه الآخر ، بخلاف مابعد العدة لأنه زال النكاح ، وقدمنا قريبا أن القول لها فى أنه مات قبل انقضاء العدة .

بقى هنا مسألة هى واقعة الفتوى سألت عنها ولم أرها صريحة فى رجل طلق زوجته المريضة طلاقا رجعيا ثم ماتت بعد شهرين فادعى عدم انقضاء العدة ليرث منها وادعى ورثتها انقضاءها وهى لم تقر قبل موتها بانقضائها ولم تبلغ سن اليأس ، فهل القول له أو لهم ؟ والذى يظهر لى أن القول للزوج لأن سبب الإرث وهو الزوجية كان متحققا ، لأن الرجعى لايزيله فلا يزول بالاحتمال ؛ وهى لو ادعت قبل موتها انقضاءها فى مدة تحتمله يكون القول لها لأنه لايعلم إلا من جهتها بخلاف ورثتها فتأمل (قوله بخلاف البائن) فإن فيه لابد من استمرار الأهلية من وقت الطلاق إلى وقت الموت كما يذكره قريبا (قوله وكذا ترث مبانة الخ) أى من طلقها بائنا قيد ، بها لأنه لو كانت مطلقة رجعية لاترث كما يذكره المصنف ، وكذا لو بانت بتقبيل ابن الزوج ولو مكرهة كما مر (قوله لمجىء الحرمة ببينونته) أى فكان الفرار منه (قوله ومن لاعنها فى مرضه) أطلقه فشمل مالإذا كان القذف فى الصحة أو فى المرض . وقال محمد إن كان القذف فى الصحة واللعان فى المرض لم ترث نهر (قوله أو آلى منها مريضا) أراد به أن يكون مضى المدة فى المرض أيضا بحر (قوله لما مر) أى من أن الفرقة جاءت بسبب منه . قال فى الهداية : وهذا ملحق بالتعليق بفعل لابد منه ، إذهى ملجأة إلى الخصومة لدفع العار عنها (قوله وإن آلى فى صحته الخ) وجه عدم الإرث فيها أن الإيلاء فى معنى تعليق الطلاق بمضى أربعة أشهر خالية عن الوقاع ، ولابد أن يكون التعليق والشرط فى مرضه وهنا وإن تمكن من إبطاله بالفىء لكن بضرر يلزمه وهو وجوب الكفارة عليه فلم يكن متمكنا بحر (قوله فمات) أى فى عدتها كما مر (قوله لأنه لابد الخ) تعليل للمسألة الثانية ط (قوله ولابد فى البائن الخ) تعليل للمسألة الثالثة أى والردة

(كما) لاترث (لو طلقها رجعيا) أو لم يطلقها (فطاوعت) أو قبلت (ابنـه) لمجيء الفرقة منها (أو أبانها بأمرها) قيد به لأنها لو أبانت نفسها فأجاز ورثت عملا بإجازته قنية (أو اختلعت منه أو اختارت نفسها) ولو ببلوغ وعتق وجب وعنة لم ترث لرضاها.

(ولو) كان الزوج (محصورا) بحبس (أو فى صف القتال)

تقطع أهلية الإرث ط (قوله أو لم يطلقها) أى لافرق بين الطلاق الرجعى وعدم الطلاق أصلا (قوله فطاوعت) المطاوعة ليست بقيد، إذ لو كانت مكرهة لا ترث أيضا لأنه لم يوجد من الزوج إبطال حقها كما فى البحر عن البدائع لكن لو أمره أبوه بذلك ورثت كما قدمناه (قوله لمجئ الفرقة منها) أى فكانت راضية بإسقاط حقها (قوله أو أبانها بأمرها) يصدق بما إذا سألته واحدة بائنة فطلقها ثلاثا، فقوله فى البحر لم أر حكمه أى صريحا، ثم قال كما يوجد فى بعض نسخ البحر: وينبغى أن لا ميراث لها لرضاها بالبائن اه (قوله عملا بإجازته) لأنها هى المبطلة للإرث.

واعترضه فى النهر بأن هذا لايجدى نفعا فيما إذا كان الطلاق فى مرضه، إذ دليل الرضا فيه قائم اه.

قلت: فيه نظر، لأنها رضيت بطلاق موقوف غير مبطل لحقها ولا يلزم منه رضاها بما يبطله. وعبارة جامع الفصولين: وليس هذا كطلاق بسؤالها إذ لم ترض بعمل المبطل، إذ قولها طلقت نفسى لم يكن مبطلا بل بتوقف على إجازته؛ فإذا أجاز فى مرضه فكأنه أنشأ الطلاق فكان فارا اه فافهم (قوله أو اختلعت منه) قيد به: لأنه لو خلعها أجنبى من زوجها المريض فلها الإرث لو مات فى العدة، لأنها لم ترض بهذا الطلاق فيصير الزوج فارا بحر عن جامع الفصولين.

قلت: ومفاد التعليل أن الأجنبى لو خلعها من زوجها على مهرها وأجازت فعله ترث أيضا، لأن إجازتها حصلت بعد البينونة فلم تؤثر فيها بل أثرت فى سقوط مهرها، فقد ثبت الفرار قبل الإجازة فلا يرتفع بها، فلا يصح أن يقال إنها لاترث، لأن دليل الرضا قائم، لأن المعتبر قيامه قبل البينونة لابعدها فافهم (قوله ولو ببلوغ الخ) أفاد أنه غير مقصور على اختيار بتفويض الطلاق.

لايقال: إن الفرقة فى خيار البلوغ تتوقف على فسخ القاضى فلم تكن بفعلها فصار كما لو أبانت نفسها فأجازه الزوج، لأن فسخ القاضى موقوف على طلبها ذلك منه فصار كطلبها البائن من زوجها وذلك رضا، هذا ماظهر لى (قوله لرضاها) أى لأن الفرقة وقعت باختيارها لأنها تقدر على الصبر عليه بدائع (قوله محصورا بحبس) عبارته فى الدر المنتقى فى حصن، وكذا عبارة غيره، والحصر وإن كان بمعنى المنع ويشمل الحبس والحصن لكن مسألة الحبس ذكرها بعد، وقوله أو فى صف القتال احتراز عما إذا خرج عن الصف للمبارزة فإنه يكون فارا كما مر؛ وكذا لو التحم القتال واختلط الصفان كما قدمناه عن المعراج وإنما لم يكن فارا هنا لما قالوا من أن الحصن لدفع بأس العدو وكذا المنعة أى بمن معه من المقاتلين. قال فى النهر: وإطلاقه يفيد أنه لافرق بين أن تكون فئة قليلة بالنسبة إلى الأخرى أولا، ولم أره لهم اه.

قلت: الظاهر أنه مادام فى الصف لافرق، أما لو اختلطوا فقد علمت مما قدمناه عن المعراج أنه فى حكم المرض إلا إذا كانت إحداهما غالبة.

[تنبيه] مثل من فى الصف من كان راكب سفينة قبل خوف الغرق أو نزل بمسبعة أو بمخيف من عدو بحر.

ومثله حال فشو الطاعون أشباه (أو قائما بمصالحه خارج البيت مشتكيا) من ألم (أو محموما أو محبوسا بقصاص أو رجم لا) ترث لغلبة السلامة .

(والحامل لاتكون فارة إلا بتلبسها بالمخاض) وهو الطلق، لأنها حينئذ كالمريضة . وعند مالك إذا تم لها ستة أشهر (إذا علق) المريض (طلاقها) البائن (بفعل أجنبي) أى غير الزوجين ولو ولدها منه (أو بمجيء الوقت و) الحال أن (التعليق والشرط فى مرضه أو) علق طلاقها (بفعل نفسه وهما فى المرض أو الشرط فقط) فيه (أو علق بفعلها ولابد لها منه)

مطلب حال فشو الطاعون هل للصحيح حكم المريض

(قوله ومثله حال فشو الطاعون) نقل فى الفتح عن الشافعية أنه فى حكم المرض وقال ولم أره لمشايخنا اه وقواعد الحنفية تقتضى أنه كالصحيح . قال الحافظ العسقلانى فى كتابه بذل الماعون: وهو الذى ذكره لى جماعة من علمائهم . وفى الأشباه : غايته أن يكون كمن فى صف القتال فلا يكون فارا اه وهو الصحيح عند مالك كما فى الدر المنتقى . قال فى الشرنبلالية : وليس مسلما إذ لا مماثلة بين من هو مع قوم يدفعون عنه فى الصف وبين من هو مع قوم هم مثله ليس لهم قوة الدفع عن أحد حال فشو الطاعون اه .

قلت : إذا دخل الطاعون محلة أو دارا يغلب على أهلها خوف الهلاك كما فى حال التحام القتال ، بخلاف المحلة أو الدار التى لم يدخلها فينبغى الجرى على هذا التفصيل ، لما علمت من أن العبرة لغلبة خوف الهلاك ، ثم لايخفى أن هذا كله فيمن لم يطعن (قوله أو محموما) عطف على مشتكيا ، وقوله أو محبوسا عطف على قائما ، ولايصح عطف محموما على قائما لأنه يلزم عليه أن لاترث منه وإن لم يقم بمصالحه خارج البيت ، لأن العطف يقتضى المغايرة .

والحاصل أن المحموم إذا كان يقدر على القيام بمصالحه لايكون مريضا وإلا فهو مريض كما يعلم من عبارة الملتقى .وأما مافى الدراية من التصريح بأن المحموم مريض فهو محمول على ماإذا عجز عن القيام بمصالحه فلا يخالف مافى الملتقى . وأما مافى النهر من دعوى المخالفة والتوفيق بحمل مافى الدراية على ماإذا جاءت نوبة الحمى ففيه نظر لأنها إذا جاءت نوبتها ولم يعجز عن القيام بمصالحه لم يكن مريضا بمنزلة الحامل التى يأخذها الطلق ثم يسكن كما يأتى قريبا (قوله لغلبة السلامة) لأن الحصن لدفع العدو ، وقد يتخلص من المسبعة والحبس بنوع من الحيل ط عن الهندية (قوله وهو الطلق) اختلف فى تفسير الطلق، فقيل الوجع الذى لايسكن حتى تموت أو تلد ، وقيل وإن سكن لأن الوجع يسكن تارة ويهيج أخرى ، والأول أوجه بحر عن المجتبى (قوله إذا علق المريض) أى من كان مريضا عند التعليق والشرط أو عند أحدهما احترازا عما إذا كان صحيحا عند كل من التعليق والشرط ، فليس من صور المسألة فافهم (قوله البائن) قيد به ، لأن حكم الفرار لايثبت إلا به بحر ، لأن الرجعى لافرار فيه ولو نجزه فى المرض بدون رضاها كما مر (قوله بفعل أجنبى) سواء كان له منه بد أم لا بحر ، والمراد بالفعل مايعم الترك كما فى إيضاح الإصلاح ط (قوله أى غير الزوجين) دفع به مايتوهم من إرادة حقيقة الأجنبى : وهو من لاقرابة له ط (قوله أو بمجيء الوقت) المراد به التعليق بأمر سماوى : أى مالا صنع فيه للعبد ،وجعله من التعليق لأن المضاف فى معنى الشرط من حيث أن الحكم يتوقف عليه كما حققه فى البحر من باب التعليق فافهم (قوله بفعل نفسه) أى سواء كان له منه بد أولا (قوله أو الشرط فقط) أى المعلق عليه كدخول الدار مثلا فى إن دخلت الدار

طبعا أو شرعا كأكل وكلام أبوين (وهما في المرض أو الشرط) فيه فقط (ورثت) لفراره ، ومنه ماقى البدائع : إن لم أطلقك أو إن لم أتزوج عليك فأنت طالق ثلاثا فلم يفعل حتى مات ورثته ، ولو ماتت هى لم يرثها .

(وفى غيرها لايرث وهو ماإذا كانا فى الصحة أو التعليق فقط أو بفعلها ولها منه بد) وحاصلها ستة عشر . لأن التعليق إما بمجىء وقت أو بفعل أجنبي أو بفعله أو بفعلها ، وكل وجه على أربعة ، لأن التعليق والشرط

(قوله كأكل وكلام أبوين) لف ونشر مرتب ، وكالأبوين كل ذى رحم محرم كمافى الحموى عن البرجندى ط ، ومثله الصوم والصلاة وقضاء الدين واستيفاؤه نهر .

وفى التاترخانية : لو علقه على الخروج إلى منزل والديها فخرجت ترث لأنه مما لابد لها منه اه وينبغى تقييده بما إذا خرجت على وجه ليس له منعها منه (قوله أو الشرط فيه فقط) فيه خلاف محمد ؛ فعنده إذا كان التعليق فىالصحة فلا ميراث لها مطلقا . قال فى البحر : وصححوا قول محمد ، ونقل فى النهر تصحيحه عن فخر الإسلام (قوله ورثت لفراره) أما إذا كان التعليق بفعل أجنبي أو بمجىء الوقت ووجدا فى المرض فلأن القصد إلى الفرار قد تحقق بمباشرة التعليق فى حال تعلق حقها بماله ، ولذا لوكان الموجود فى المرض الشرط فقط لم ترث عندنا خلافا لزفر ،وأما إذا كان بفعل نفسه وكانا فى المرض أوالشرط فيه فقط فلأنه قصد إبطال حقها بالتعليق والشرط أو بالشرط وحده واضطراره لايبطل حق غيره كإتلاف مال الغير حالة الاضطرار . وأما إذا كان بفعلها الذى لابد لها منه وكان الشرط فى المرض فلأنها مضطرة فى المباشرة لخوف الهلاك فى الدنيا أو فى العقبى نهر ملخصا (قوله ومنه) أى من الفرار وهو من قسم التعليق بفعل نفسه ، وإنما ورثته لأنه وجد الشرط وهو عدم التطليق أو عدم التزوج قبيل موته وهو وقت مرض فكان فارا وإن كان التعليق فى الصحة ، وإنما لم يرثها لرضاه بإسقاط حقه حيث أخر الشرط إلى موتها . وذكر فى البدائع أيضا أنه لو قال : إن لم آت البصرة فأنت طالق ثلاثا فلم يأتها حتى مات ورثته لما قلنا ، أما إذا ماتت هى يرثها لأنها ماتت وهى زوجته لعدم شرط الوقوع ، لجواز أن يأتى البصرة بعد موتها اه أى بخلاف تطليقها وتزوجه عليها فإنه لايمكن بعد موتها .

[تنبيه] تقييد الشارح الطلاق بكونه ثلاثا غير لازم فى مسألة موتها لأنه لو كان رجعيا وحكمنا بالوقوع فى آخر جزء من أجزاء حياتها وهو الجزء الذى يعقبه الموت يكون الواقع به بائنا ، لعدم إمكان العدة ، كمن لم يدخل بها كما قدمناه عن الفتح فى باب الصريح عند قوله إن لم أطلقك فأنت طالق (قوله أو التعليق فقط) أى التعليق بفعل أجنبي أو بمجىء الوقت كما فى البحر وهو المفهوم من المتن فيامر ،فالتعليق هنا لايحمل على عمومه حتى يشمل فعل نفسه ، لأن التعليق به إذا وجد فى الصحة فقط أى ووجد الشرط فى المرض ورثت منه ، وقد صرح به المتن فلايصح دخوله فى العموم كذا بخط السائحانى فافهم (قوله أو بفعلها ولها منه بد) أى مطلقا سواء كان التعليق والشرط فى المرض أو أحدهما ، أولا ولا . قال فى التبيين :وفى غيرها أى فى غير هذه الصور التى ذكرناها لاترث وهو ماإذا كان التعليق والشرط فى الصحة فى الوجوه كلها ، أو كان التعليق فى الصحة فيما إذا علقه بفعل الأجنبى أو بمجىء الوقت ، أو كيفما كان إذا علقه بفعلها الذى لها منه بد فإنها لاترث فى هذه الصورة كلها اهـ ح (قوله وحاصلها ستة عشر) يمكن بسطها إلى ثمانية وعشرين ، لأنه إذا علقه على فعله أو فعلها أو فعل أجنبى فالفعل إما منه بد أولا ، فهذه ستة تضرب فى أوجه الشرط والتعليق الأربعة فتبلغ أربعة وعشرين ، وفى تعليقه على الوقت أربع صور فتبلغ ثمانية وعشرين ، لكن فى فعله أو فعل الأجنبى لافرق بين مامنه بد أولا ، بخلاف فعلها كما علمت . ثم لايخفى أن كون كل من التعليق والشرط فىالصحة لادخل له فى طلاق المريض ولذا لم يذكره فى البحر ، فالمناسب إسقاطه

إما فى الصحة أو المرض أو أحدهما ، وقد علم حكمها :

(قال لها فى صحته إن شئت) أنا (وفلان فأنت طالق ثلاثا ثم مرض فشاء الزوج والأجنبى الطلاق معا أو شاء الزوج ثم الأجنبى ثم مات الزوج لاترث ، وإن شاء الأجنبى أولا ثم الزوج ورثت) كذا فى الخانية ، والفرق لايخفى إذ بمشيئة الأجنبى أولا صار الطلاق معلقا على فعله فقط .

(تصادقا) أى المريض مرض الموت والزوجة (على ثلاث فى الصحة و) على (مضى العدة ثم أقر لها بدين) أو عين (أو أوصى لها بشىء فلها الأقل منه) أى مما أقر أو أوصى (ومن الميراث) للتهمة وتعتد من وقت إقراره به يفتى .

وتكون الصور إحدى وعشرين (قوله أو أحدهما) با لنصب أو الرفع عطفا على اسم إن أى أو أحدهما فى أحد المذكورين بأن يكون التعليق فى الصحة والشرط فى المرض أو بالعكس (قوله قال لها فى صحته) أما إذا كان هذا التعليق فى المرض ورثت فى جميع الصور لأنه من التعليق بفعل الأجنبى وفعله ، وقد تقدم مايدل عليه من الصور السابقة ط (قوله والفرق لايخفى) قال فى البحر : وحاصله أن الطلاق تعلق على مشيئتهما فإذا شاءآ معا لم يكن الزوج تمام العلة فلا يكون فارا ؛ بخلاف ماإذا تأخرت مشيئة الزوج لأنه حينئذ تمت العلة به اھ أى فيكون من التعليق بفعله فيكفى فيه كون الشرط فقط فى المرض ، بخلاف الوجهين الأولين فإنهما من قبيل التعليق بفعل الأجنبى ، فلابد فيه من كون التعليق والشرط فى المرض ، والفرض أن التعليق فى الصحة (قوله وعلى مضى العدة) قيد به ليظهر خلاف الصاحبين حيث قالا بجواز إقراره ووصيته لانتفاء التهمة بانتفاء العدة كما فى التبيين ، فيفهم منه أنه لوتصادقا على الثلاث فى الصحة ولم يتصادقا على انقضاء العدة يكون لها الأقل اتفاقا اھ ح (قوله فلها الأقل منه ومن الميراث) من فى الموضعين بيان للأقل والواو بمعنى أو ، وصلة الأقل محذوفة تقديرها من الآخر ، والمعنى فلها الموصى به الذى هو أقل من الميراث أو الميراث الذى هو أقل من الموصى به ، ولا يجوز أن تكون الواو للجمع ، إذ يصير المعنى حينئذ فلها الميراث والموصى به اللذان هما الأقل وهو فاسد كما لايجوز أن تكون فى الموضعين صلة الأقل سواء كانت الواو للجمع أو بمعنى أو إذ يصير المعنى على الأول فلها الأقل من كل واحد منهما ، وعلى الثانى فلها الأقل من أحدهما وكلاهما فاسد اھ ح أى لأنه يصير الأقل شيئا خارجا عن الميراث والموصى به مع أن المراد بالأقل واحد منهما هو الأقل من الآخر (قوله للتهمة) أى تهمة مواضعة الزوجين على الإقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليعطيها الزوج زيادة على ميراثها ، وهذه التهمة فى الزيادة فقط فرددناها وقالا بجواز الإقرار والوصيه لأنها صارت أجنبية عنه لعدم العدة ، بدليل قبول شهادته لها ، ودفع زكاته لها وتزوجها بآخر . والجواب أنه لامواضعه عادة فى حق الزكاة والشهادة والتزوج فلاتهمة بحر ملخصا عن الهداية وشروحها (قوله وتعتد من وقت إقراره الخ) كذا ذكر فى الهداية والخانية فى باب العدة أن الفتوى عليه ، وحينئذ فلايثبت شىء من هذه الأحكام المذكورة آنفا ولا تزوجه بأختها وأربع سواها وهو خلاف ماصرحوا به هنا ، وبه اندفع مافى غاية السروجى من أنه ينبغى تحكيم الحال فإن كان جرى بينهما خصومة وتركت خدمته فى مرضه فهو دليل عدم المواضعة فلا تهمة وإلا فلاتصح للتهمة بحر ملخصا ، وأقره فى النهر .

وحاصله أن ماقرروه هنا من قبول شهادته لها ونحوه من الأحكام يقتضى أن ابتداء العدة يستند إلى وقت الطلاق وماصححوه فى باب العدة من وجوبها من وقت الإقرار يقتضى انفاء هذه الأحكام .

أقول : لايخفى أن العدة إنما تجب من وقت الطلاق وإذا أقر الزوجان بمضيها صدقا فيما لاتهمة فيه ، ولذا صرحوا

ولو مات بعد مضيها فلها جميع ماأقر أو أوصى عمادية ؛ ولو لم يكن بمرض موته صح إقراره ووصيته ،ولو كذبته لم يصح إقراره شرح المجمع .

وفى الفصول : ادعت عليه مريضا أنه أبانها فجحد وحلفه القاضى فحلف ثم صدقته ومات ترثه لو صدقته قبل موته لالو بعده

بأنه لاتجب لها نفقة ولاسكنى عملا بتصديقهاله ، والشهادة ونحوها مما مر لاتهمة فيها إذ لامواضعة عادة فيها كما تقدم ، بخلاف الوصية بما زاد على قدر الميراث فلم يصدقا فى حقها عند أبى حنيفة ، وقدر أن العدة لم تنقض لإبطال الزيادة لأنها موضع تهمة فليس المراد عدم انقضاء العدة فى سائر الأحكام بل فى موضع التهمة فقط ، وبه علم أن كلا من القول باعتبارها من وقت الطلاق والقول باعتبارها من وقت الإقرار ليس على عمومه ، ولذا قال فى فتح القدير فى باب العدة : إن فتوى المتأخرين أى بوجوبها من وقت الإقرار مخالفة للأئمة الأربعة وجمهور الصحابة والتابعين ، وحيث كانت مخالفتهم للتهمة فينبغى أن يتحرى به محالها والناس الذين هم مظانها ، ولهذا فصل الإمام السعدى بحمل كلام محمد فى المبسوط من أن ابتداء العدة من وقت الطلاق على ماإذا كانا متفرقين من الوقت الذى أسند الطلاق إليه ، أما إذا كانا مجتمعين فالكذب فى كلامهما ظاهر فلا يصدقان فى الإسناد . قال فى البحر هناك : وهذا هو التوفيق اهـ أى بين كلام المتقدمين والمتأخرين ، وبه ظهر صحة ماقاله السروجى من أنه ينبغى تحكيم الحال ، لكن ماقاله من أن الخصومة وترك الخدمة دليل عدم المواضعة رده فى الفتح بأنه غير ظاهر ، لأن وصيته لها بأكثر من الميراث ظاهرة فى أن تلك الخصومة حيلة ليست على حقيقتها اهـ نعم ماذكره الإمام السعدى من التفرق ظاهر فى عدم المواضعة لتصح وصيته لها وتزوجه أختها وأربعا سواها ، والله سبحانه أعلم

[تنبيه] اعلم أن ماتأخذه له شبه بالميراث ، فلو توى شىء من التركة قبل القسمة كان على الكل ، ولو طلبت أخذ الدراهم والتركة عروض لم يكن لها ذلك وشبه بالدين ، حتى كان للورثة أن يعطوها من غير التركة مؤاخذة لها بزعمها أن ماتأخذه دين كذا أفاده فى فتح القدير والبحر وغيرهما (قوله بعد مضيها) أى مضى العدة من وقت الإقرار (قوله فلها جميع ما أقر أو أوصى) لأنها صارت أجنبية فانتفت التهمة ، ومقتضاه أن ماتأخذه لم يبق له شبه بالميراث أصلا فلا يأتى فيه مامر آنفا ، لأنها قبل مضى العدة لم تعط الزائد على الميراث للتهمة فكان ما تأخذه إرثا نظرا للورثة ووصية نظرا لزعمها فاعتبر فيه الشبهان ، وبعد مضى العدة لم تبق التهمة فلذا استحقت جميع ماأقر أو أوصى به وتمحض كونه دينا أو وصية ، وبه علم أن من ذكر الشبهين هنا تبعا لظاهر عبارة النهر لم يصب فافهم (قوله ولو لم يكن بمرض موته) الباء بمعنى فى : أى ولو لم يكن هذا التصادق فى مرض موته بأن صح منه أو كان غير مريض أصلا ثم مات فى عدتها صح إقراره ووصيته لعدم التهمة (قوله ولو كذبته) محترز قوله تصادقا ط (قوله لم يصح إقراره) أى ولا وصيته معاملة لها بزعمها أنها زوجة وهى وارثة ، ولا وصية للوارث ولا إقرار له ط وينبغى تقييده بما إذا مات فى مرضه قبل مضى عدتها من وقت الإقرار ، لأنه لما أقر بطلاقها ثلاثا بانت منه عملا بإقراره ، وإن كذبته وصار فارا فإذا صح من مرضه ثم مات فى العدة أو لم يصح ومات بعد العدة لم ترث منه فتصح وصيته وإقراره لها بالمال ، وليس تكذيبها له فى الطلاق السابق رضا بالطلاق الواقع الآن كما لايخفى هذا ماظهر لى (قوله لا لو بعده) أقول : هذا إنما يظهر لو ادعت أن الإبانة كانت فى الصحة لأن دعواها تتضمن اعترافها بأنها لا ترث معه لكونه غير فار ، أما لو ادعت أن الإبانة كانت فى ذلك المرض الذى مات فيه فلا ، لأنها ادعت

(كمن طلقت ثلاثا بأمرها فى مرضه ثم أوصى لها أو أقر) فإن لها الأقل :
(قال صحيح لامرأتيه إحداكما طالق ثم بين) الطلاق (فى مرضه) الذى مات فيه (فى إحداهما صار فارا بالبيان فترث منه) كافى ، ومفاده أنه لو حلف صحيحا وحنث مريضا فبينه فى إحداهما صار فارا ولم أره نهر (ولا يشترط علمه) أى الزوج (بأهليتها) أى المرأة للميراث .
(فلو طلقها بائنا فى مرضه وقد كان سيدها أعتقها قبله) أو كانت كتابية فأسلمت (ولم يعلم به كان فارا)فترثه ظهيرية ، بخلاف مالو قال لأمته أنت حرة غدا وقال الزوج أنت طالق ثلاثا بعد غد ، إن علم بكلام المولى كان فارا وإلا) يعلم (لا) ترث خانية .

عليه طلاقا ترث منه غير أنها لما زعمت أنها بانت منه وجب عليها مفارقته ، فإذا ادعت عليه ذلك الواجب لايلزم منه أن تكون راضية بطلاقها كما لايخفى ، فيجب أن ترث سواء أصرت على دعواها أو صدقته قبل موته أوبعده كما لو أقر لها بما أدعت عليه ، ولم أر من تعرض لذلك ، وكأنهم سكتوا عنه لظهوره فافهم (قوله كمن طلقت الخ) جعل حكم المسألة الأولى مشبها بهذه لأنه لاخلاف فيها ، بخلاف الأولى كما علمت (قوله بأمرها) الأولى برضاها ليشمل اختيارها نفسها فى التفويض أفاده الحموى عن البرجندى ط (قوله فإن لها الأقل)أى مما أقر أو أوصى به ومن الإرث ، وهذا تصريح بوجه الشبه المفاد بالكاف (قوله قال صحيح) قيد به ليكون فراره بالبيان أمالوكان مريضا يكون فارا بذلك القول لابنفس البيان فافهم (قوله إحداكما طالق)أى ثلاثا كما فى عبارة الفتح عن الكافى وهو المراد لأن الكلام فيما يكون به فارا ولا فرار فى الرجعى (قوله فترث منه) لأنه بين الطلاق بعد تعلق حقها بماله فيرد عليه قصده ، كما لو أنشأ فجعل إنشاء فى حق الإرث للتهمة ، ولو ماتت إحداهما قبله ثم مات تعينت الأخرى ولم ترث ، لأنه بيان حكمى فانتفت التهمة عنه ، وتمامه فى الفتح
قلت : وما ذكر من أنه يصير فارا بهذا البيان ،مؤيد للقول بأن البيان فى الطلاق المبهم إيقاع للطلاق معلقا بشرط البيان معنى : أى ينعقد سببا للحال لوقوع الطلاق عند البيان فيقع عند البيان بالكلام السابق ،أما على القول بأنه إيقاع للحال فى واحدة غير عين والبيان تعيين لمن وقع عليها الطلاق ، فينبغى أن لايصير فارا لأن الوقوع يكون فى حال صحته كذا فى البدائع ، وتمام الكلام على ذلك مبسوط فيه (قوله لو حلف صحيحا) أى بأن علق على فعل غيره كأن قال : إن دخل زيد داره فإحداكما طالق ثلاثا . أما لو علق على فعله صار فارا بالفعل فى مرضه لابنفس البيان ، فافهم (قوله صار فارا) يظهر لك وجهه بما ذكرناه آنفا عن البدائع (قوله ولايشترط علمه الخ) حاصله أن أهلية الزوجة للميراث شرط فى كونه فارا . فإذا كانت أمة أوكتابية فأبانها فى مرضه لم ترث لعدم أهليتها لذلك لكن لو كانت أعتقت أو أسلمت وهو غير عالم فأبانها فى مرضه صار فارا وترثه لتحقق الشرط وقت الإبانة (قوله بعد غد) أما لو قال لها أيضا أنت طالق ثلاثا غدا يقع الطلاق والعتاق معا ولا ميراث لها ،ولوقال إذا أعتقت فأنت طالق ثلاثا كان فارا كذا فى الظهيرية أى لأن المعلق يعقب المعلق عليه فيتحقق شرط الفرار قبل وقوع الطلاق بخلاف ماقبله فإن المضافين إلى الغد وقعا معا (قوله وإلا يعلم لاترث) لأنه وقت التعليق لم يقصد إبطال حقها حيث لم يعلم وإن صارت أهلا قبل نزول الطلاق ولم تكن حرة وقت التعليق ، لأن عتقها مضاف ،بخلاف مالإذا كانت حرة وقته ولم يعلم به لأنه أمر حكمى فلا يشترط العلم به كذا فى البحر . والأظهر أن يقال : لأنه أمر ثابت تأمل
[تنبيه] مقتضى قول المصنف كان فارا أنه يقع عليها ثلاث طلقات وإلا كان رجعيا لأنها صارت حرة ولافرار فى الرجعى فافهم .

ولو علقه بعتقها أو بمرضه أو وكله به وهو صحيح فأوقعه حال مرضه قادرا على عزله كان فارا .
(ولو باشرت) المرأة (سبب الفرقة وهى) أى والحال أنها (مريضة وماتت قبل انقضاء العدة ورثها) الزوج (كما إذا وقعت الفرقة) بينهما (باختيارها نفسها فى خيار البلوغ والعتق أو بتقبيلها) أو مطاوعتها (ابن زوجها) وهى مريضة لأنها من قبلها ولذا لم يكن طلاقا (بخلاف وقوع الفرقة) بينهما (بالجب والعنة واللعان) فإنه لا يرثها (على) مافى الخانية والفتح عن الجامع وجزم به فى الكافى . قال فى البحر : فكان هو (المذهب)

ويشكل عليه مامر قبيل ألفاظ الشرط من باب التعليق أنه لو قال لزوجته الأمة إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا فعتقت فدخلت له رجعتها اهـ ومقتضاه أن يقع هنا طلقتان ولايكون فارا وقد يجاب أخذا مما قالوا(١) فى الفرق بين الإضافة والتعليق إن المضاف ينعقد سببا للحال ، بخلاف المعلق ، حتى لو قال أنت حر غدا لم يملك بيعه اليوم ويملكه إذا قال إذا جاء غد كما فى طلاق الأشباه والنظائر .
ففى مسألتنا لما قال لأمته أنت حرة غدا انعقد سببا للحال ، فإذا قال الزوج أنت طالق ثلاثا بعد غد انعقد سببا للطلاق بعد تحقق سبب الحرية فتطلق ثلاثا ، بخلاف مسألة التعليق فإنه وقت التعليق لا يملك أكثر من طلقتين ولم يتحقق سبب الحرية وقته فلا يقع أكثر مما يملك ، هذا غاية ما ظهر لى فتأمله (قوله ولو علقه) أى الطلاق البائن بعتقها وكان التعليق والشرط فى المرض لأنه تعليق بفعل أجنبى ط (قوله أو بمرضه) كقوله إن مرضت فأنت طالق ثلاثا يكون فارا لأنه جعل شرط الحنث المرض مطلقا والمرض المطلق هو صاحب الفراش الذى كان الموت غالبا فيه وذا مرض الموت كذا فى الولوالجية . ونقل فى البحر تصحيحه عن الخانية .
قلت : ومقتضاه أنه لو مرض قبله ثم صح منه لم تطلق لحمله المرض على المطلق أى الكامل منه وهو الذى يتصل به الموت ، فليس المراد مطلق مرض بل المراد مرض مطلق ، وبينهما فرق واضح مثل ماء مطلق ومطلق ماء فافهم (قوله أو وكل به الخ) قال فى البدائع : وقالوا فيمن فوض طلاق امرأته إلى أجنبى فى الصحة وطلقها فى المرض إن التفويض إن كان على وجه لايملك عزله عنه بأن ملكه الطلاق لاترث . لأنه لما لم يقدر على فسخه بعد مرضه صار الإيقاع فى المرض كالإيقاع فى الصحة ، وإن كان يمكنه عزله فلم يفعل صار كإنشاء التوكيل فى المرض فترثه (قوله ولو باشرت الخ) شروع فى كون المرأة فارة بعد بيان كون الرجل فارا ، وهذا ما أشار إليه فى أول الباب بقوله وقد يكون الفرار منها (قوله ورثها الزوج) لأنه كما تعلم حقها بماله فى مرض موته تعلق حقه بما لها فى مرض موتها بحر (قوله أو مطاوعتها ابن زوجها) احتراز عما لو أكرهها فإنه لا يرثها لعدم مباشرتها سبب الفرقة ، ومثله بالأولى مالو أمر ابنه بإكراهها ، بخلاف ما إذا كان هو المريض وأمر ابنه بإكراهها فإنه يكون فارا وترثه ، وإن لم يأمره فلا كما مر (قوله وهى مريضة) قيد للفروع المذكورة صرح به ليصح اندراجها تحت الأصل المذكور ، وهو قوله ولو باشرت المرأة الخ فلا تكرار فافهم (قوله لأنها) أى الفرقة بالأسباب المذكورة ومثلها ردة المرأة كما يأتى (قوله ولذا) أى لكونها جاءت من قبلها لم تكن طلاقا بل هى فسخ ، لأن المرأة ليست أهلا للطلاق (قوله فإنه لا يرثها) أى ولا ترثه كما مر عند قول المصنف واختلعت منه أو اختارت نفسها : أى إذا

---

(١) (قوله وقد يجاب أخذا مما قالوا الخ) قال شيخنا : التحقيق أن التعليق والإضافة مستويان فى عدم الانعقاد إلا عند وجود الشرط أو الوقت ، حتى يملك المولى بيع المضاف عتقه إلا إذا كانت الإضافة إلى ما بعد الموت فحينئذ يكون الإشكال باقيا .
ويمكن دفعه بأن مسألة التعليق لم يوجد فيها مايقتضى العتق قبل التعليق ، بخلاف مسألة الإضافة فإنه قد وجد فيها إضافة الطلاق قبل إضافة العتق ، فنقول ابتداء بإلغاء الطلقة الزائدة على مايملكه فى الأولى لعدم تقدم مقتضى العتق . وفى الثانية لما وجدت الإضافة المقتضية للعتق لم نقل بإلغاء الثالثة ولو كانت هذه الإضافة لا تعمل إلا بعد وجود الوقت اهـ .

لأنها طلاق فكانت مضافة إليه (وقيل) قائله الزيلعي (هو كالأول) فيرثها .

(ولو ارتدت ثم ماتت أو لحقت بدار الحرب . فإن كانت الردة في المرض ورثها زوجها) استحسانا (وإلا) ارتدت في الصحة (لا) يرثها بخلاف ردته فإنها في معنى مرض موته فترثه مطلقا .

ولو ارتدا معا ، فإن أسلمت هي ورثته وإلا لا خانية .

(علق تطليق امرأة تزوجها طالق ثلاثا فنكح امرأة ثم أخرى ثم مات الزوج) طلقت الأخرى (عند التزوج) و (لا يصير فارا) خلافا لهما ، لأن الموت معرف واتصافه بالآخرية من وقت الشرط فيثبت مستندا درر .

كان ذلك في مرضه ط ، لكن في اللعان ترثه كما مر ، لأن ابتداءه من جهته (قوله لأنها طلاق) فيعتبر إيقاعا من جهته ، فلا تكون فارة لاضطرارها إلى ذلك .

أما في اللعان فلدفع العار عنها ، وأما في الجب والعنة فلعدم حصول الإعفاف المطلوب من النكاح فصار مثل التعليق بفعلها الذي لابد لها منه ، بخلاف ما إذا سألته الطلاق في مرضه فطلقها لرضاها بإسقاط حقها بلا ضرورة فلا ترثه وإن كان إيقاعا من جهته فافهم ، نعم يشكل عدم إرثها منه باختيار نفسها في مرضه للجب والعنة ، فإن علة عدم إرثها كونها راضية كما مر ، فينافي دعوى اضطرارها . والجواب أنه ليس اضطرارا حقيقيا فلا منافاة ، ولو سلم اضطرارها حقيقة لا يلزم منه إرثها منه ، لأن إرثها منه لا يكون إلا إذا ثبت فراره ، ولم يثبت لأنه لم يضطرها إلى ذلك فهي كمن وطئها ابنه مكرهة لا ترث منه إلا إذا أمر ابنه بذلك كما مر ، فلم يلزم من اضطرارها فراره لعدم جنايته عليها ، بخلاف ما هنا فإن اضطرارها عذر في نفي فرارها لأنه من جهتها فيؤثر فيه ، بخلاف فراره فإنه من جهته فلا يؤثر اضطرارها فيه كالمكره ، فإن اضطراره إلى قتل غيره إنما يؤثر في فعله من حيث نفي القود عنه لا في فعل غيره وهو من أكرهه ، ويؤيد ما قلنا قوله في الفتح لو حصلت الفرقة في مرضه بالجب والعنة وخيار البلوغ والعتق لا ترثه لرضاها بالمبطل وإن كانت مضطرة لأن سبب الاضطرار ليس من جهته فلم يكن جانيا في الفرقة اهـ هذا ما ظهر لي في هذا المحل فتأمله (قوله ثم ماتت أو لحقت) أي قبل انقضاء العدة ط (قوله ورثها) لأنه تبين أن قصدها الفرار ط (قوله استحسانا) والقياس أن لا يرثها لعدم جريانه بين المسلم والكافر ط (قوله لا يرثها) لأنها بانت بنفس الردة قبل أن تصير مشرفة على الهلاك وليست بالردة مشرفة عليه لأنها لا تقتل كذا في الفتح (قوله بخلاف ردته الخ) لأنه يقتل إن استدامها ط (قوله مطلقا) أي سواء كانت في الصحة أو المرض ط (قوله ولو ارتدا معا الخ) قال في البحر : وإن ارتدا معا ثم أسلم أحدهما ثم مات أحدهما ، إن مات المسلم لا يرث المرتد ، وإن كان الذي مات مرتدا هو الزوج ورثته المسلمة ، وإن كانت المرتدة قد ماتت ، فإن كانت ردتها في المرض ورثها الزوج المسلم ، وإن كانت في الصحة لم ترث كذا في الخانية .اهـ (قوله طلقت الأخرى) زاد الشارح ذلك تبعا للدرر لإصلاح عبارة المتن ، لأنه قوله عند التزوج متعلق بقوله طلقت ، وعلى ما في المتن متعلق بقوله مات وليس المعنى عليه ، وقوله ولا يصير فارا الواو فيه من الشرح للعطف على طلقت ، وإذا لم يصر فارا لا ترث منه ، فإن كان دخل بها فلها مهر ونصف ، فالمهر بالدخول بشبهة والنصف بالطلاق قبل الدخول ، وعدتها بالحيض بلا إحداد زيلعي من باب اليمين بالطلاق والعتاق (قوله خلافا لهما) وعندهما يقع عند الموت لأنه الوقت الذي تحققت فيه الآخرية ، ويصير فارا فترثه ، ولها مهر واحد ، وتعتد بأبعد الأجلين من عدة الطلاق والوفاة ، وإن كان الطلاق رجعيا فعليها عدة الوفاة والإحداد أفاده الزيلعي (قوله لأن الموت معرف الخ) علة لقول الإمام أي يعرف أن هذه المرأة آخر امرأة (قوله واتصافه) أي التزوج من وقت الشرط وهو التزوج ط (قوله فيثبت مستندا) أي

[فروع) أبانها فى مرضه ثم قال لها إذا تزوجتك فأنت طالق ثلاثا فتزوجها فى العدة ومات فى مرضه لم ترث لأنها فى عدة مستقبلة ، وقد حصل التزوج بفعلها فلم يكن فرارا خلافا لمحمد خانية .

كذبها الورثة بعد موته فى الطلاق فى مرضه فالقول لها كقولها طلقنى وهو نائم .

وقالوا فى اليقظة والواجية : طلقها فى المرض ومات بعد العدة فالمشكل من متاع البيت لوارث الزوج لصيرورتها أجنبية بخلافه فى العدة جامع الفصولين .

باب الرجعة

بالفتح وتكسر يتعدى ولا يتعدى .

(هى استدامة الملك القائم)

إلى وقت التزوج . كما لو علق الطلاق بحيضها لم يحنث برؤية الدم لاحتمال الانقطاع ، فإذا استمر ثلاثا ظهر أنه وقع من أولها زيلعى ، ومقتضى هذا أنه لو كان وقت التزوج مريضا أن يصير فارا فترثه (قوله لم ترث الخ) بيانه أن عدتها الأولى قد بطلت بالتزوج فبطل إرثها الثابت لها بسبب الإبانة فى مرضه . لأنها إنما ترث مادامت فى العدة وقد زالت ووجب عليها عدة مستقبلة بالطلاق الثانى كما يأتى فى العدة أن من طلق معتدته قبل الوطء يجب عليها عدة مستقبلة ، ولا يمكن أن ترث بعد الطلاق الثانى ، لأن شرط وقوعه التزوج وقد حصل بفعلهما فكانت راضية بوقوع الثلاث ، وهذا عندهما . ومحمد يقول ترثه لأن عليها تمام العدة الأولى فقط فبقى حكم الفرار بالطلاق الأول لبقاء عدته رحمتى (قوله كذبها الورثة الخ) أى لو ادعت أنه أبانها فى مرض موته وأنه مات وهى فى العدة وقالت الورثة بل فى الصحة فالقول لها بيمينها لإنكارها سقوط الإرث ، لأنها تقر بطلاق لايسقط الميراث (قوله فالمشكل من متاع البيت) هو مايصلح للرجل والمرأة أما مايصلح لأحدهما فالقول لكل فيما يصلح له . وفى المسألة تفصيل سيأتى إن شاء الله تعالى فى باب التحالف من كتاب الدعوى (قوله لصيرورتها أجنبية) أى فلم تبق ذات يد بل اليد للورثة والقول لذى اليد (قوله بخلافه فى العدة) أى بخلاف موته فى عدتها ، فإن المشكل حينئذ للمرأة عند أبى حنيفة لأنها ترث فلم تكن أجنبية فكأنه مات قبل الطلاق جامع الفصولين . والله سبحانه أعلم .

باب الرجعة

ذكرها بعد الطلاق لأنها متأخرة عنه طبعا فكذا وضعا نهر (قوله بالفتح وتكسر) قال فى النهر : والجمهور على أن الفتح فيها أفصح من الكسر خلافا للأزهرى فى دعوى أكثرية الكسر ، ولمكى تبعا لابن دريد فى إنكار الكسر على الفقهاء (قوله يتعدى ولا يتعدى) أى يستعمل فعله متعديا بنفسه ولازما فيتعدى بإلى .

قال فى الفتح : يقال رجع إلى أهله ورجعته إليهم : أى رددته ، وقال تعالى — فإن رجعك الله إلى طائفة منهم ويقال فى مصدره أيضا رجعا ورجوعا ومرجعا والرجعة والرجعى بكسر الراء ، وربما قالوا إلى الله رجعاتك (قوله هى استدامة الملك) عبر بالاستدامة بدل الرد الذى هو معنى الرجعة لأن المتبادر منه مايكون بعد الزوال . فينافى قوله القائم ، ولأن المراد به هنا الإبقاء ، قال تعالى — وبعولتهن أحق بردهن — قال فى الفتح : والرد يصدق حقيقة بعد انعقاد سبب زوال الملك وإن لم يكن زال بعد . يقال : رد البائع المبيع فى بيع الخيار للبائع اه فهذا الرد إبقاء للملك القائم : أى إدامة له وإمساك . قال تعالى — فإذا بلغن أجلهن — أى قارب البلوغ — فأمسكوهن بمعروف — قال فى النهر : والإمساك استدامة القائم لا إعادة الزائل ، ولذا صح الإيلاء منها والظهار واللعان .

بلا عوض مادامت (فى العدة) أى عدة الدخول حقيقة ، إذ لارجعة فى عدة الخلوة ابن كمال .
وفى البزازية : ادعى الوطء بعد الدخول وأنكرت فله الرجعة لافى عكسه . وتصح مع إكراه وهزل ولعب وخطإ (بنحو) متعلق باستدامة (راجعتك) (ورددتك ومسكتك بلا نية لأنه صريح (و) بالفعل مع الكراهة

وتناولها قوله زوجاتى طوالق ، ولم يشترط فيها شهود ، ولم يجب عوض مالى ؛ حتى لو راجعها توقف لزومه على قبولها وتجعل زيادة فى مهرها . وقال أبو بكر لايصير زيادة فلا تجب .ولو راجع الأمة على الحرة التى تزوجها بعد طلاقها صح اه (قوله بلا عوض) أى بلا اشتراط عوض ، فالمراد نفى اشتراطه لانفى وجوده لما علمت ، وإنما ذكره تأكيدا لدعوى قيام الملك ، إذ لو زال اشترط فى ردها إليه العوض (قوله أى عدة الدخول حقيقة) أى الوطء ح (قوله إذ لارجعة فى عدة الخلوة) أى ولو كان معها لمس أو نظر بشهوة ولو إلى الفرج الداخل ح ووجهه أن الأصل فى مشروعية العدة بعد الوطء تعرف براءة الرحم تحفظا عن اختلاط الأنساب ، ووجبت بعد الخلوة بلا وطء احتياطا ، وليس من الاحتياط تصحيح الرجعة فيها رحمتى (قوله ابن كمال) حيث قال فى العدة بعد الدخول لابد من هذا القيد ، لأن العدة قد تجب بالخلوة الصحيحة بلا دخول ولا تصح فيها الرجعة اه .

قلت : وتقدم أيضا فى باب فى المهر أن الخلوة الصحيحة لاتكون كالوطء فى الرجعة اه . وإذا كان ذلك فى الخلوة الصحيحة فالفاسدة بالأولى (قوله وفى البزازية الخ) الأولى إسقاطه لأنه سيأتى متنا وشرحا ، وقوله بعد الدخول المراد به بعد الخلوة والأولى التعبير به كما عبر به فيما سيأتى (قوله وتصح مع إكراه الخ) قال فى البحر : ومن أحكامها أنها لاتصح إضافتها إلى وقت فى المستقبل ولا تعليقها بالشرط ، كما إذا قال إذا جاء غد فقد راجعتك ، أو إن دخلت الدار فقد راجعتك ، وتصح مع الإكراه والهزل واللعب والخطإ كالنكاح كذا فى البدائع ط . وفى القنية : لو أجاز مراجعة الفضولى صح ذلك بحر (قوله وهزل ولعب) فسرهما فى القاموس بضد الجد أفاده ط (قوله وخطإ) كأن أراد أن يقول اسقنى الماء فقال راجعت زوجتى (قوله بنحو راجعتك) الأولى أن يقول بالقول نحو راجعتك ليعطف عليه قوله الآتى وبالفعل ط . وهذا بيان لركنها وهو قول أو فعل .

والأول قسمان : صريح كما مثل ، ومنه النكاح والتزويج كما يأتى ، وبدأ به لأنه لاخلاف فيه . وكناية مثل أنت عندى كما كنت وأنت امرأتى . فلا يصير مراجعا إلا بالنية أفاده فى البحر والنهر (قوله راجعتك) أى فى حال خطابها ، ومثله : راجعت امرأتى فى حال غيبتها وحضورها أيضا ، ومنه ارتجعتك ورجعتك فتح (قوله ورددتك ومسكتك) قال فى الفتح : وفى المحيط مسكتك بمنزلة أمسكتك وهما لغتان ، وفى بعض المواضع يشترط فى رددتك ذكر الصلة فيقول إلى أو إلى نكاحى أو إلى عصمتى وهو حسن ، إذ مطلقه يستعمل لضد القبول اه (قوله وبالفعل) هذا ليس من الصريح ولا الكناية لأنهما من عوارض اللفظ فافهم ، نعم ظاهر كلامهم أن الفعل فى حكم الصريح لثبوت الرجعة به من المجنون كما يأتى (قوله مع الكراهة) الظاهر أنها تنزيهية كما يشير إليه كلام البحر فى شرح قوله والطلاق الرجعى لا يحرم الوطء رملى ، ويؤيده قوله فى الفتح عند الكلام على قول الشافعى بحرمة الوطء إنه عندنا يحل لقيام ملك النكاح من كل وجه ، إنما يزول عند انقضاء العدة فيكون الحل قائما قبل انقضائها اه .
ولا يرد حرمة السفر بها ، لأن ذلك ثابت بالنص على خلاف القياس كما يأتى ، ويؤيده أيضا قوله فى الفتح :—

(بكل مايوجب حرمة المصاهرة) كمس ولو منها اختلاسا أو نائما أو مكرها أو مجنونا أو معتوها إن صدقها هو أو ورثته بعد موته جوهرة ورجعة المجنون بالفعل بزازية (و) تصح (بتزوجها فى العدة) به يفتى جوهرة (وطئها فى الدبر على المعتمد) لأنه لايخلو عن مس بشهوة

والمستحب أن يراجعها بالقول فافهم (قوله بكل مايوجب حرمة المصاهرة) بدل من الفعل (١) . بدل بعض من كل ح أى لأن من الفعل مالايوجب حرمة المصاهرة كالتزوج والوطء فى الدبر ولذا عطفهما المصنف على قوله بكل ، فليس مراده الحصر بما يوجب حرمة المصاهرة فافهم ، وباعتبار هذا العطف يصح كونه بدل مفصل من مجمل (قوله كمس) أى بشهوة كما فى المنح ، ويفيده قوله بما يوجب حرمة المصاهرة ح . قال فى البحر : ودخل الوطء والتقبيل بشهوة على أى موضع كان ، فما أوخدا أو ذقنا أو جبهة أو رأسا ، والمس بلا حائل أو بحائل يجد الحرارة معه بشهوة ، والنظر إلى داخل الفرج بشهوة بأن كانت متكئة ؛ وخرج ما إذا كانت هذه الأفعال بغير شهوة أو نظر إلى داخل الفرج بشهوة ولو إلى حلقة الدبر فإنه لايكون مراجعا لكنه مكروه كما فى الولوالجية . وفى القنية ويصير مراجعا بوقوع بصره على فرجها بشهوة من غير قصد المراجعة اه . وفى المحيط : ويكره التقبيل واللمس بغير شهوة إذا لم يرد الرجعة اه (قوله ولو منها اختلاسا) خلست الشىء خلسا من باب ضرب : اختطفته بسرعة على غفلة واختلسته كذلك مصباح .

قال فى البحر : ولا فرق بين كون التقبيل والمس والنظر بشهوة منه أو بشرط أن يصدقها سواء كان بتمكينه أو فعلته اختلاسا أو كان نائما أو مكرها أو معتوها ، أما إذا ادعته وأنكره لاتثبت الرجعة الا (قوله إن صدقها هو) قال فى الفتح : هذا إذا صدقها الزوج فى الشهوة . فإن أنكر لاتثبت الرجعة ، وكذا إن مات فصدقها الورثة . ولا تقبل البينة على الشهوة لأنها غيب كذا فى الخلاصة اه .

قلت : لكن مر فى محرمات النكاح متنا وشرحا : وإن ادعت الشهوة فى تقبيله أو تقبيلها ابنه وأنكرها الرجل فهو مصدق لاهى ، إلا أن يقوم إليها منتشرا آلته فيعانقها لقرينة كذبه أو يأخذ ثديها أو يركب معها أو يمسها على الفرج أو يقبلها على الفم اه ومقتضاه أنها لو مست فرجه أو قبلته على الفم أن تصدق وإن كذبها وأنه تقبل البينة على الشهوة لأنها مما تعرف بالآثار كما صرح به هناك ، ويأتى تمامه فتأمل (قوله ورجعة المجنون بالفعل) أى إذا طلق رجعيا ثم جن . قال فى الفتح ورجعة المجنون بالفعل ولا تصح بالقول ؛ وقيل بالعكس وقيل بهما اه وظاهرة ترجيح الأول ، واقتصر عليه البزازى . قال فى البحر : ولعله الراجح لما عرف أنه مؤاخذ بأفعاله دون أقواله . وعلله فى الصيرفية بأن الرضا ليس بشرط ، ولهذا لو أكره على الرجعة بالفعل يصح اه (قوله وتصح بتزوجها) الأولى حذف تصح لأن قول المصنف وبتزوجها معطوف على قوله بكل المتعلق بقوله استدامة (قوله به يفتى) قال فى البحر : وهو ظاهر الرواية كذا فى البدائع ، وهو المختار ، كذا فى الولوالجية ، وعليه الفتوى ، كذا فى الينابيع ؛ فقول الشارحين إنه ليس برجعة عنده خلافا لمحمد على غير ظاهر الرواية كما لايخفى ، فعلم أن لفظ النكاح يستعار للرجعة ولا تستعار هى له اه ملخصا .

قلت : وفيه أنه صرح نفسه فى النكاح بأنه ينعقد بقوله لمبانته راجعتك بكذا فافهم ، إلا أن يجاب بأن مراده فى نكاح الأجنبية (قوله على المعتمد) لأن عليه الفتوى كما فى الفتح والبحر (قوله لأنه لايخلو عن مس بشهوة)

---

(١) (قول الحلبى بدل من الفعل) فيه جعل كلام المصنف بدلا من كلام الشارح إلا أن يقال لما امتزجا كانا كأنهما من كلام ط يكون قول الشارح أو قاله معطوفا على قول المتن وإن أبت ، ويكون قول المحشى قوله وإن قال صوابه قوله أو قال حتى يلتئم الكلامان فليتأمل كتبه نصر الهورينى .

(إن لم يطلق بائنا) فإن أبانها فلا (وإن أبت) أو قال أبطلت رجعتى أو لارجعة لى فله الرجعة بلا عوض ، ولو سمى هل يجعل زيادة فى المهر؟ قولان .ويتعجل المؤجل بالرجعى ولا يتأجل برجعتها خلاصة . وفى الصيرفية : لا يكون حالا حتى تنقضى العدة .

المعتبر هنا المس بالشهوة ، بخلاف المصاهرة لأنه يعتبر فيها زيادة على ذلك شهوة تكون سببا للولد والدائم يوجبها ذلك الوطء، كما لو أنزل بعد المس ولذا لم يشرط أحد هنا عدم الإنزال بالمس ونحوه (قوله إن لم يطلق بائنا) هذا بيان لشرط الرجعة ؛ ولها شروط خمس تعلم بالتأمل شرنبلالية .

قلت : هى أن لا يكون الطلاق ثلاثا فى الحرة أو ثنتين فى الأمة ولا واحدة مقترنة بعوض مالى ولا بصفة تنبىء عن البينونة كطويلة أو شديدة ولا مشبهة كطلقة مثل الجبل ، ولا كناية يقع بها بائن . ولا يخفى أن الشرط واحد هو كون الطلاق رجعيا ،وهذه شروط كونه رجعيا متى فقد منها شرط كان بائنا كما أوضحناه أول كتاب الطلاق ، وقد استغنى عنها المصنف بقوله إن لم يطلق بائنا ، وهو أولى من قول الكنز إن لم يطلق ثلاثا ، لكن قال الخير الرملى : لاحاجة إلى هذا مع قوله استدامة الملك القائم فى العدة ، لأن البائن ليس فيه ملك من كل وجه وانكلام فى الرجعى لافى البائن ، فقد غفل أكثرهم فى هذا المحل اه لكن لايخفى أن المساهلة فى العبارة لزيادة الإيضاح لابأس بها فى مقام الإفادة .

[تنبيه] شرط كون الثنتين فى الأمة كالثلاث فى الحرة أن لايكون رقها ثابتا بإقرارها بعدهما :

فنى النهر عن الخانية : لو كان اللقيط امرأة أقرت بالرق لآخر بعد ماطلقها ثنتين كان له الرجعة ، ولو بعد ماطلقها واحدة لا يملكها . والفرق أنها بإقرارها فى الأول تبطل حقا ثابتا له وهو الرجعة ، بخلافه فى الثانى إذ لم يثبت له حق البتة اه (قوله فلا) أى فلا رجعة (قوله وإن أبت) أى سواء رضيت بعد علمها أو أبت وكذا لو تعلم بها أصلا . وما فى العناية من أنه يشترط إعلام الغائبة بها فسهو لما استقر من أن إعلامها إنما هو مندوب فقط نهر (قوله وإن قال) كذا فى بعض النسخ وفى بعضها قالت بتاء المؤنثة ، والظاهر أنها تحريف (قوله فله الرجعة) لأنه حكم أثبته الشارع غير مقيد برضاها ، ولا يسقط بالإسقاط كالميراث ، وقد جعل الشارح إن الوصلية من كلام المصنف شرطية ، وجعل قوله فله الرجعة جوابها ط ويجوز إبقاؤها وصلية ويكون قوله فله الرجعة تفريعا على مافهم مما قبله وتصريحا به ليرتب عليه ما بعده (قوله بلا عوض) قد تقدم ، وكأنه أعاده تمهيدا لما بعده رحمتى (قوله قولان) أى قيل نعم إن قبلت وقيل لا كما قدمناه ووجه الثانى مافى الجوهرة من أن الطلاق الرجعى لا يزيل الملك والعوض لا يجب على الإنسان فى مقابلة ملكه اه (قوله ويتعجل المؤجل بالرجعى) أى لو طلقها رجعيا صار ما كان مؤجلا بذمته من المهر حالا فتطالبه به فى الحال ولو قبل انقضاء العدة ولايعود مؤجلا إذا راجعها فى العدة .

قال فى البحر من باب المهر : يعنى إذا كان التأجيل إلى الطلاق ، أما إذا كان إلى مدة معينة فلا يتعجل بالطلاق اه (قوله وفى الصيرفية الخ) قال فى البحر من باب المهر : وذكر قولين فى الفتاوى الصيرفية فى كونه يتعجل المؤجل بالطلاق الرجعى مطلقا أو إلى انقضاء العدة ، وجزم فى القنية بأنه لا يحل إلى انقضاء العدة ، قال وهو قول عامة مشايخنا اه أى لأن العادة تأجيله إلى طلاق يزيل الملك أو إلى الموت ، والرجعى لايزيل الملك إلا بعد مضى العدة، فلا يصير حالا قبلها ، وقد ظهر لك بما نقلناه أن مافى الخلاصة أحد القولين وأنه ليس فى كلام الصيرفية الذى اقتصر عليه الشارح مايفيد حلوله بالمراجعة وإن بطلت العدة بها ، لأن القول بحلوله بانقضاء العدة بسبب حصول الفرقة

(وندب إعلامها بها) لئلا تنكح غيره بعد العدة ، فإن نكحت فرق بينهما وإن دخل شمنى (وندب الإشهاد) بعدلين ولو بعد الرجعة بالفعل (و) ندب (عدم دخوله بلا إذنها عليها) لتتأهب وإن قصد رجعتها لكراهتها بالفعل كما مر .

(ادعاها بعد العدة فيها) بأن قال كنت راجعتك فى عدتك (فصدقته صح) بالمصادقة (وإلا لا) يصح إجماعا (و) كذا (لو أقام بينة بعد العدة أنه قال فى عدتها قد راجعتها أو) أنه (قال قد جامعتها)

وزوال الملك كما قلنا لا بسبب زوال العدة ، ومع المراجعة لا يوجد انقضاء العدة المشروط لحلوله ، لأن فائدة هذا الشرط عدم حلوله بالمراجعة لاحلوله بهافافهم (قوله لئلا تنكح غيره) أولى من قول الهداية لئلا تقع فى المعصية إذ لامعصية فيه مع عدم علمها بالرجعة وإن أجيب بأن المعصية لتقصيرها بترك السؤال لما فيه من إيجاب السؤال عليها وإثبات المعصية بالعمل بما ظهر عندها ، وتمامه فى الفتح (قوله فرق بينهما) أى إذا ثبتت المراجعة بالبينة ؛ وقوله وإن دخل : أى الزوج الثانى ، وقوله فى الفتح دخل بها الأول أولا لعله من تحريف النساخ أو سبق قلم إذ لا رجعة مع عدم دخول الأول كما لايخفى (قوله وندب الإشهاد) احترازا عن التجاحد وعن الوقوع فى مواقع التهم لأن الناس عرفوه مطلقا فيتهم بالقعود معها ، وإن لم يشهد صح ، والأمر فى قوله تعالى - وأشهدوا ذوى عدل - للندب زيلعى (قوله ولو بعد الرجعة بالفعل) لما فى البحر عن الحاوى القدسى : وإذا راجعها بقبلة أو لمس فالأفضل أن يراجعها بالإشهاد ثانيا اهـ. أى الإشهادة على القول ، فلايشهد على الوطء والمس والنظر بشهوة لأنه لا علم للشاهد بها كما أشير إليه فى الظهيرية در منتقى .

قال فى البحر : وأشار المصنف إلى أن الرجعة على ضربين : سنى وبدعى . فالسنى أن يراجعها بالقول ويشهد على رجعتها ويعلمها ، ولو راجعها بالقول ولم يشهد أو أشهد ولم يعلمها كان مخالفا للسنة كما فى شرح الطحاوى اهـ قلت : وكذا لو راجعها بالفعل ولم يشهد ثانيا . قال الرحتى : والبدعى هنا خلاف المندوب وفى الطلاق مكروه تحريما (قوله بلا إذنها) حقه أن يقول بلا إيذانها : أى إعلامها ، إذ لايكره دخوله إذا لم تأذن له ؛ وعبارة الكنز حتى يؤذنها . قال فى البحر : أى يعلمها بدخوله إما بخفق النعل أو بالتنحنح أو بالنداء ونحو ذلك (قوله وإن قصد رجعتها) خلافا لما فى الهداية وغيرها من التقييد بعدم قصدها ، ولذا قال فى البحر : أطلقه فشمل ما إذا قصد رجعتها أولا ، فإن كان الأول فإنه لايأمن أن يرى الفرج بشهوة فتكون رجعة بالفعل من غير إشهاد ، وهومكروه من جهتين كما قدمناه ، وإن كان الثانى فلأنه ربما يؤدى إلى تطويل العدة عليها ، بأن يصير مراجعا بالنظر من غير قصد ثم يطلقها وذلك إضرار بها اهـ وقوله وهو مكروه من جهتين أى لكونها رجعة بالفعل وبدون إشهاد والكراهة تنزيهية فيهما كما علمت ، وبه اندفع مافى الشرنبلالية (قوله ادعاها) أى الرجعة بعد العدة فيها أى فى العدة والظرف متعلق بادعى والجار والمجرور متعلق بالضمير العائد على الرجعة أى ادعى بعد العدة الرجعة فى العدة فهو على حد قول الشاعر . وماهو عنها بالحديث المترجم(١) . أى وما الحديث عنها (قوله صح بالمصادقة) لأن النكاح يثبت بتصادقهما فالرجعة أولى بحر . وظاهره ولو كانا كاذبين ، ولا يخفى أن هذا حكم القضاء ، أما الديانة فعلى مافى نفس الأمر (قوله وإلا لا يصح) أى مادعاه من الرجعة لأنه أخبر عن شىء لايملك إنشاءه فى الحال وهى تنكره ، فكان القول لها بلا يمين لما عرف فى الأشياء الستة بحر : أى الآتية فى كتاب الدعوى حيث قال المصنف هنالك : ولا تحليف فى نكاح ورجعة وفىء إيلاء واستيلاد ورق ونسب وولاء وحد ولعان ، والفتوى على أنه يحلف فى الأشياء السبعة اهـ أى السبعة الأولى ، وهذا قولهما أما الأخيران فلا تحليف اتفاقا (قوله ولذا) أى لكونه لايقبل

---

(١) (قوله بالحديث المترجم) كذا بالأصل المقابل على خط المؤلف ، والمعروف بالحديث المرجم : أى الذى لا يوقف على حقيقته كما يؤخذ من الصحاح اهـ مصححه .

وتقدم قبولها على نفس اللمس والتقبيل فليحفظ (كان رجعة) لأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة وهذا من أعجب المسائل حيث لايثبت إقراره بإقراره بل بالبينة (كما لو قال فيها كنت راجعتك أمس) فإنها تصح (وإن كذبته) لملكه الإنشاء فى الحال (بخلاف) قوله لها (راجعتك) يريد الإنشاء (فقالت) على الفور (مجيبة له قد مضت عدتى) فإنها لاتصح عند الإمام لمقارنتها لانقضاء العدة ؛ حتى لو سكتت ثم أجابت صحت اتفاقا ، كما لو نكلت عن اليمين عن مضى العدة .

(قال زوج الأمة بعدها) أى العدة (راجعتها فيها فصدقه السيد وكذبته) الأمة ولا بينة (أو قالت مضت

قوله إذا لم تصدقه لو أقام بينة تقبل لأنه إذا كان القول لها تكون البينة عليه ، لأن البينة لإثبات خلاف الظاهر . وفى نسخة وكذا بالكاف وكلاهما صحيحتان فافهم (قوله وتقدم الخ) أى فى فصل المحرمات ح حيث قال وتقبل الشهادة على الإقرار باللمس والتقبيل عن شهوة ،وكذا تقبل على نفس اللمس والتقبيل والنظر إلى ذكره أو فرجها عن شهوة فى المختار تجنيس ،لأن الشهوة ربما يوقف عليها فى الجملة بانتشار أو آثاره وقدمنا قريبا أن القول لمدعى الشهوة فى المعانقة مع الانتشار والمس للفرج والتقبيل على الفم وهو مؤيد لقبول الشهاد بالشهوة (قوله وهذا من أعجب المسائل الخ) نقلوا ذلك عن مبسوط الإمام السرخسى أى لأنه إذا قيل لك رجل أقر بشىء فى الحال فلم يثبت إقراره ولو برهن على أنه أقر به فى الماضى يثبت فإنك تتعجب من ذلك ، لأن إقراره فى الحال ثابت بالمعاينة وهو أقوى من الثابت بالبينة لاحتمال أن البينة كاذبة ، ولذلك لو ادعى على آخر بمال وبرهن عليه ثم أقر المدعى عليه به بطلت البينة ، لأن الإقرار أقوى وهنا عكسوا ذلك ، ووجهه أن إقراره فى الحال بأنه أقر فى العدة مجرد دعوى فلا تثبت بلا بينة ، وإذا ظهر السبب بطل العجب ، فإطلاق الاعتراض عليهم بأنه لاعجب ناشىء عن سوء الأدب فافهم (قوله لملكه الإنشاء فى الحال الخ) أى ومن ملك الإنشاء ملك الإخبار كالوصى والمولى والوكيل بالبيع ومن له الخيار بحر عن تلخيص الجامع (قوله يريد الإنشاء) أما إذا أراد الإخبار فيرجع إلى تصديقها ط (قوله فقالت مجيبة له) أشار إلى أنها قالته موصولا كما يأتى محترزه وإلى أن الزوج بدأ ، فلو بدأت فقالت انقضت عدتى فقال الزوج راجعتك فالقول لها اتفاقا . وفى الفتح : لو وقع الكلامان معا ينبغى أن لاتثبت الرجعة نهر (قوله فإنها لاتصح الخ) لايخفى أن هذا مقيد بما إذا كانت المدة تحتمل الانقضاء وإلا تثبت الرجعة إلا إن ادعت أنها ولدت وثبت ذلك . وعندهما تصح لأنه إنشاء حال قيام العدة ظاهرا ، وأبو حنيفة يمنع قيامها حال كلامه لأنها أمينة فى الإخبار ،وأقرب زمان يحال عليه خبرها زمان تكلمه فتكون الرجعة مقارنة لانقضاء العدة فلا تصح وتمامه فى الفتح (قوله صحت اتفاقا) لأنها متهمة بسبب سكوتها وعدم جوابها على الفور فتح (قوله كما لو نكلت الخ) قال فى الفتح : وتستحلف المرأة هنا بالإجماع على أن عدتها كانت منقضية حال إخبارها .

والفرق لأبى حنيفة بين هذه وبين الرجعة حيث لاتستحلف عنده أنه لم يراجعها فى العدة أن إلزام اليمين لفائدة النكول وهو بذل عنده وبذل الرجعة وغيرها من الأشياء الستة لايجوز ، والعدة هى الامتناع عن التزوج والاحتباس فى منزل الزوج وبذله جائز ، ثم إذا نكلت هنا تثبت الرجعة بناء على ثبوت العدة لنكولها ضرورة كثبوت النسب بشهادة القابلة بناء على شهادتها بالولادة اهـ لكن ماذكره من الإجماع تبعا للزيلعى وشرح المجمع اعترضه فى البحر بأن مذهبهما صحة الرجعة هنا فلا يتصور الاستحلاف عندهما ، ولذا اقتصر على الاستحلاف عنده فى البدائع وغيرها (قوله عن مضى العدة) الأولى على مضى العدة لأنه متعلق باليمين ط (قوله فصدقه السيد وكذبته) قيد به لأنهما لو صدقاه تثبت الرجعة اتفاقا ، ولو كذباه لاتثبت اتفاقا ط عن النهر (قوله ولا بينة) فلو أقامها تثبت الرجعة

عادتي وأنكر) الزوج والمولى (فالقول لها) عند الإمام لأنها أمينة (فلو كذبه المولى وصدقته الأمة فالقول له) أي للمولى على الصحيح لظهور ملكه في البضع فلا يمكنها إبطاله (قالت انقضت عدتي ثم قالت لم تنقض كان له الرجعة) لإخبارها بكذبها في حق عليها شمني ، ثم إنما تعتبر المدة لو بالحيض لا بالسقط . وله تحليفها أنه مستبين الخلق ، ولو بالولادة لم يقبل إلا ببينة ولو حرة فتح (وتنقطع) الرجعة (إذا طهرت من الحيض الأخير) يعم الأمة (لعشرة) أيام مطلقا (وإن لم تغتسل ولأقل لا) تنقطع (حتى تغتسل) ولو بسؤر حمار لاحتمال طهارته مع وجود المطلق ، لكن لا تصلي لاحتمال النجاسة ولا تتزوج احتياطا (أو يمضي) جميع (وقت صلاة) فتصير دينا في ذمتها ، ولو عاودها ولم يجاوز العشرة فله الرجعة (أو) حتى (تتيمم) عند عدم الماء (وتصلي) ولو نفلا صلاة تامة

نهر (قوله فالقول لها عند الإمام) وقالا : القول للمولى لأنه أقر بما هو خالص حقه فيقبل ، كما لو أقر عليها بالنكاح . وله أن حكم الرجعة من الصحة وعدمها مبني على العدة من قيامها وانقضائها وهي أمينة فيها مصدقة بالإخبار بالانقضاء والبقاء لا قول للمولى فيها أصلا ، وإنما قبل قوله في النكاح لانفراده به ، بخلاف الرجعة نهر (قوله على الصحيح) أي عند الكل . قال في الفتح : إن القول للمولى بالاتفاق ، وقوله على الصحيح احتراز عما في الينابيع أنه على الخلاف أيضا اهـ (قوله لظهور الخ) قال في النهر : والفرق للإمام بين هذا وما مر أنها منقضية العدة في الحال ، ويستلزم ظهور ملك المولى المتعة فلا يقبل قولها في إبطاله ، بخلاف مامر لأن المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة فلم يظهر ملكه مع العدة ليقبل قوله اهـ . قال في البحر : فالحاصل أنه لا فرق في الحكم بين المسألتين وهو عدم صحة الرجعة وإن اختلف التصوير (قوله ثم إنما تعتبر المدة) يعني أن في المسائل التي يقبل فيها قوله انقضت عدتي لابد من كون المدة تحتمل ذلك ، ثم إنما يشترط احتمال المدة ذلك إذا كانت العدة بالحيض فلو كانت العدة بوضع الحمل ولو سقطا مستبين الخلق فلا تشترط مدة اهـ ح وسيأتي آخر الباب بيان المدة (قوله يعم الأمة) لأن عدتها حيضتان والأخير يشمل الثانية ، فهو أولى من قول الهداية من الحيضة الثالثة (قوله لعشرة) علة لطهرت أي لأجل تمامها سواء انقطع الدم أولا نهر لكن إذا لم ينقطع على العشرة ولها عادة انقطعت الرجعة من حين انتهاء عادتها كما في الدر المنتقى عن الزيلعي وغيره (قوله مطلقا) يفسره ما بعده ، ويحتمل أن يكون المراد به انقطع الدم أولا ، فهو إشارة إلى ماذكرناه آنفا عن النهر (قوله احتياطا) راجع للكل ، لأن سؤر الحمار مشكوك في طهوريته ، فإذا اغتسلت به مع وجود الماء المطلق فالاحتياط انقطاع الرجعة لاحتمال تطهيره وعدم الصلاة والتزوج لاحتمال عدمه (قوله أو يمضي جميع وقت صلاة) المراد خروج الوقت بتمامه ، سواء كان الانقطاع قبله في وقت مهمل كوقت الشروق أو في أوله أو في أثنائه احتراز عن مضي زمن منه يسع الصلاة فإنه لا يعتبر مالم يخرج الوقت بتمامه ، لأن المراد أن تصير الصلاة دينا في ذمتها ، ولهذا لو طهرت في آخر الوقت بحيث لم يبق منه مايسع الغسل والتحريمة لا تنقطع الرجعة مالم يخرج الوقت الذي بعده لأنها بخروج الوقت الأول لم تصر الصلاة دينا بذمتها لعدم قدرتها فيه على الأداء فافهم (قوله ولو عاودها الخ) قال في البحر : وإنما شرط في الأقل أحد الشيئين ، لأنه لما احتمل عود الدم لبقاء المدة فلا بد من أن يتقوى الانقطاع بحقيقة الاغتسال أو بلزوم شيء من أحكام الطاهرات ، فخرجت الكتابية لأنه لا يتوقع في حقها أمارة زائدة فاكتفى بالانقطاع كذا ذكره الشارحون وظاهره أن القاطع للرجعة الانقطاع ، لكن لما كان غير محقق اشترط معه مايحققه فأفاد أنها لو اغتسلت ثم عاد الدم ولم يجاوز العشرة كان له الرجعة وتبين أن الرجعة لم تنقطع بالغسل ، ولو تزوجت بعد الانقطاع للأقل قبل الغسل

فى الأصح ، وفى الكتابية بمجرد الانقطاع ملتقى لعدم خطابها .
قلت : ومفاده أن المجنونة والمعتوهة كذلك .
(ولو اغتسلت ونسيت أقل من عضو تنقطع) لتسارع الجفاف ، فلو تيقنت عدم الوصول أو تركته عمدا لاتنقطع .
(ولو) نسيت (عضـوا لا) تنقطع وكل واحد من المضمضة والاستنشاق كالأقل

ومضى الوقت تبين صحة النكاح ، هكذا أفاده فى فتح القدير بحثا ، وهو وإن خالف ظاهر المتون لكن المعنى يساعده والقواعد لا تأباه اه أى لأن عبارة المتون تفيد أن القاطع للرجعة هو الاغتسال أو مضى الوقت لا نفس الانقطاع : أى انقطاع الدم ؛ فلو انقطع ثم اغتسلت أومضى الوقت ثم راجعها أو تزوجت ثم عاد الدم ولم يجاوز العشرة فظاهر المتون صحة التزوج دون المراجعة ؛ ولو انقطع ولم يعاودها فتزوجت بآخر قبل الاغتسال ومضى الوقت لم يصح التزوج وبقيت الرجعة ، ولا شك أن هذا خلاف مابحثه فى الفتح خلافا لما فهمه فى النهر .

وقد يقال : إن مرادهم بالانقطاع لما دون العشرة الانقطاع حقيقة بأن لايكون معه معاودة ، لأنه إذا عاودها ولم يجاوز العشرة تبين أن غسلها لم يصح وأن الصلاة لم تصر دينا بذمتها فبقيت الرجعة ولم يصح تزوجها ، لكن تبقى المخالفة فيما لو راجعها أو تزوجت قبل الغسل ومضى وقت الصلاة ولم يعاودها الدم أصلا ، فإن مقتضى المتون صحة الرجعة دون التزوج ، وهذا لايحتمل التأويل فمخالفته بمجرد البحث غير مقبولة ، وإذا كان الانقطاع هو نفسه للرجعة فلا بعد فى أن يكون مشروطا بشرط يقوّيه ؛ وهو حكم الشرع عليها بأخذ أحكام الطاهرات ، لأنها إذا اغتسلت يجوز لها الشرع القراءة والطواف ونحوهما ، وكذا إذا حكم عليها بصيرورة الصلاة دينا بذمتها ؛ فإن القياس بقاء حيضها مادامت مدة يعود فيها الدم ، فإذا حكم الشرع عليها بشىء من أحكام الطاهرات يكون حكما منه بارتفاع الحيض مالم يتيقن عدمه بالعود فى المدة ، فإذا عاد زال الحكم المذكور وإلا بقى ، وحينئذ فلا يعمل الانقطاع عمله من انقطاع الرجعة وصحة التزوج إلا بهذا الشرط وهو الحكم المذكور المستمر ، فإذا زال بعود الدم بطل عمله ؛ وإن بقى الحكم بقى العمل ، وعن هذا والله تعالى أعلم اقتصر الشارح على بعض البحث المذكور الذى يمكن حمل كلامهم عليه وترك منه مالا يمكن (قوله فى الأصح) نقل تصحيحه فى الفتح عن المبسوط ، وكذا فى التبيين وشرح المجمع ، لكن نقل فى الجوهرة عن الفتاوى تصحيح انقطاعها بمجرد الشروع ، ولو مست المصحف أو قرأت القرآن أو دخلت المسجد ، قال الكرخى تنقطع ، وقال الرازى لا ، كذا فى الفتح شرنبلالية . قال فى النهر وتقييد المصنف بالصلاة يومىء إلى اختيار قول الرازى ، وهذا عندهما . وقال محمد : تنقطع بمجرد التيمم . وهو القياس ، لأنه طهارة مطلقة ؛ ورجحه فى الفتح ، وأقره فى البحر والنهر (قوله بمجرد الانقطاع) أى بلا توقف على غسل أو مضى وقت أو تيمم كما قدمناه عن البحر لعدم خطابها بالأداء حالة الكفر (قوله قلت ومفاده) البحث لصاحب النهر (قوله ونسيت أقل من عضو) كالأصبع والأصبعين وبعض العضد والساعد بحر ، والمراد بالنسيان الشك لأن المراد أنها وجدت بعض العضو جافا ولم تدر هل أصابه ماء أو لا بقرينة ما بعده أفاده الرحتى وط (قوله تنقطع) أى الرجعة ، وقيد به لأنه لايحل لزوجها قربانها ولا يحل تزوجها بآخر مالم تغسل تلك اللمعة أو يمضى عليها أدنى وقت صلاة مع القدرة على الاغتسال بحر عن الإسبيجابى : أى احتياطا فى أمر الفروج نهر فلذا لم يعتبروا هنا ما اعتبروه فى الطهارة من أنه إذا شك قبل الفراغ غسل ماشك فيه ، ولو بعده لا يعتبر فافهم (قوله لتسارع الجفاف) ظاهره أن الحكم المذكور فيما إذا حصل الشك قبل ذهاب البلة ، فلو شكت بعد مدة طويلة ذهبت فيها البلة فالظاهر عدم اعتباره سواء حصل الشك فى عضو تام أو أقل لعدم ظهور العلة هنا تأمل (قوله ولو نسيت عضوا)

لأنهما عضو واحد على الصحيح بهنسي (طلق حاملا منكرا وطأها فراجعها) قبل الوضع (فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر) من وقت الطلاق ولستة أشهر (فصاعدا) من وقت النكاح (صحت) رجعته السابقة ، وتوقف ظهور صحتها على الوضع لاينافى صحتها قبله ، فلا مسامحة فى كلام الوقاية (كما) صحت

كاليد والرجل بحر (قوله لأنهما عضو واحد) أى بمنزلته ، وكل واحد بانفراده بمنزلة مادون العضو . وهذا قول محمد ورواية عن أبي يوسف . وفى رواية عنه أن ترك كل بانفراده كترك عضو ، وأشار إلى تصحيح الأول فى الملتقى حيث قدمه ، وفى الهداية حيث أخره مع تعليله بأن فى فرضيته اختلافا بخلاف غيره من الأعضاء (قوله طلق حاملا) أى من ظهر كونها حاملا وقت الطلاق بودلاتها لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق (قوله فراجعها قبل الوضع) هذا زاده المصنف تبعا لصدر الشريعة كما يأتى لأنه بعد الوضع لا مراجعة (قوله فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر فصاعدا من وقت النكاح) كذا فى أكثر النسخ ، وفى بعضها فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق ، ولستة أشهر فصاعدا من وقت النكاح ، وهذه هى الصواب لأنه بذلك يعلم أن الولد علق بعد النكاح قبل الطلاق (قوله صحت رجعته السابقة) أى المذكورة فى قوله فراجعها قبل الوضع ، أى ظهر بهذه الولادة أن تلك الرجعة كانت صحيحة وإن كان مقتضى إنكاره الوطء أنها لاتصح لأنها على زعمه قبل الدخول والمطلقة قبله لارجعة ، لها لكن لما ثبت نسبه منه صار مكذبا شرعا فصحت رجعته .

مطلب فيما قيل إن الحبل لايثبت إلا بالولادة

(قوله وتوقف ظهور صحتها الخ) اعلم أنه قال فى الوقاية طلق ذات حمل أو ولد وقال لم أطأ راجع اه ومثله فى الكنز والهداية وغيرها :

واعترضهم المحقق صدر الشريعة بأن ذات الحمل فيها إشكال ، وذلك أن وجود الحمل وقت الطلاق إنما يعرف إذا ولدته لأقل من ستة أشهر من وقته ، وإذا ولدت انقضت العدة فكيف يملك الرجعة .

ولا يرد أنه يملك الرجعة قبل وضع الحمل أى بأن يحكم بصحتها قبله لأنه لما أنكر الوطء لم يكن مكذبا شرعا إلا بعد الولادة لأقل من ستة أشهر لاقبلها ، فالصواب أن يقال : ومن طلق حاملا منكرا وطأها فراجعها فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر صحت الرجعة اه ملخصا ، وقد تبعه المصنف فى متنه كما رأيت ، وقد أشار الشارح إلى الجواب عن الوقاية بأن قوله راجع معناه أنه لو راجع قبل الولادة صحت رجعته متوقفة على الولادة لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق ، وتوقف ظهور صحتها على الولادة لاينافى صحتها لكن لايخفى مافى ذلك من البعد ، لكن انتصر فى البحر للمشايخ ، ورد قول صدر الشريعة أن وجود الحمل الخ بأن الحمل يثبت قبل الوضع ويثبت به النسب ، لما صرحوا به فى باب خيار العيب أن حمل الجارية المبيعة يثبت بظهوره قبل الوضع ، وفى باب ثبوت النسب أنه يثبت بالحبل الظاهر اه أى وإذا كان الحمل يثبت قبل الولادة يمكن الحكم بصحة الرجعة قبلها .

ورده أيضا يعقوب باشا فى حواشيه عليه من وجهين : أحدهما مامر عن البحر . والثانى أنه سيجىء فى المسألة الآتية أنه لو راجعها ثم ولدته لأقل من عامين ثبت نسبه . قال : فعلم أن الحمل يعرف بالولادة لأكثر من ستة أشهر اه وأقره فى النهر .

أقول : وقد أجاب عن الوجه الأول العلامة المقدسى حيث قال : إن كلام صدر الشريعة تحقيق بالقبول حقيق

. . . .

وقول من رده بأن الحمل يثبت قبل الوضع ويثبت النسب به قبله مردود . أما ما استدل به فى باب خيار العيب فرواية ضعيفة عن محمد أنه يرد بشهادة المرأة بالعيب . وعن أبى يوسف روايتان ، أظهرهما أنه إنما يقبل قولها للخصومة لا للرد(١) وأما ما فى باب ثبوت النسب من قولهم الحبل الظاهر فإنما يثبت النسب بالفراش والولادة بقول المرأة ، والخلاف هناك معروف أن أبا حنيفة يقول إذا جحد الزوج ولادة المعتدة لا تثبت إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين إلا أن يكون الحبل ظاهرا فيثبت معه بشهادة المرأة وهى القابلة ، فليس فى هذا أن الحبل يثبت وإنما ظهوره يؤيد شهادة المرأة . وأما ثبوته فمتوقف على الولادة كما نص عليه فى المبسوط فيما لو قال إن حبلت فطالق ، فقال : لو وطئها مرة فالأفضل أن لا يقربها ، ثم قال : إن أتت بولد بعد قوله المذكور لأكثر من سنتين يقع الطلاق وتنقضى العدة بالولد ، فلم يثبته إلا بالولادة على الوجه المخصوص ، وظهوره لا يسمى ثبوتا ولا يترتب عليه ما يتوقف على الثبوت اهـ .

قلت : وفيه نظر ، فإن الذى حرره الزيلعى هناك أن الولادة تثبت بقول المرأة ولدت إذا كان هناك حبل ظاهر أو فراش قائم أو اعتراف من الزوج بظهور الحبل ، حتى لو علق طلاقها بولادتها يقع بقولها ولدت عند أبى حنيفة وشهادة القابلة شرط عنده لتعيين الولد ؛ وعندهما لا تثبت الولادة إلا بشهادة القابلة ، فقد ظهر أن الولادة تثبت بظهور الحبل عنده ، وقد قال العلامة قاسم هناك إن المراد بظهوره أن تظهر أماراته بحيث يغلب ظن كل من شاهدها بكونها حاملا ، نعم يعتبر ظهوره حيث لم يعارضه غيره كما فى مسألتنا فإن إقراره بأنه لم يطأ يناقى صحة رجعته ما لم يظهر كذبه بأن تلد لدون ستة أشهر . ونظيره ما لو أخبرت المعتدة بانقضاء عدتها ثم ادعت الحبل ، فإنهم لم ينظروا إلى ظهور الحبل وإنما نظروا إلى ولادتها ، فإذا ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإخبار ثبت النسب للتيقن بكذبها ، ولو لأكثر فلا للتناقض ، فلم ينظروا إلى ظهور الحبل عند التناقض ، وإنما نظروا إلى ما يظهر به كذب الإخبار الأول يقينا ، فهذا مؤيد لما قاله صدر الشريعة : وأما الجواب عن الوجه الثانى فهو أن الطلاق فى المسألة الآتية مفروض بعد إقراره بالخلوة بها والطلاق بعد الخلوة موجب للعدة ، ومعتدة الرجعى إذا لم تقر بانقضاء عدتها وجاءت بولد ثبت نسبه ، لكن إن ولدته لأكثر من سنتين كانت الولادة رجعة وإلا لا لجواز علوقه قبل الطلاق كما سيأتى فى العدة ، فإذا ثبت نسبه وكان قد راجعها بالقول مثلا تبين صحة تلك الرجعة بالولادة لأقل من عامين . أما فى مسألتنا فإنه لم يقر بالخلوة لتلزمها العدة فإذا طلقها يكون طلاقا قبل الدخول ظاهرا فلا عدة عليها ، فإذا ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق تبين أن الطلاق كان بعد الدخول وأنها معتدة ، فإذا كان قد راجعها قبل الولادة تبين صحة الرجعة لأنها فى العدة ، بخلاف ما إذا ولدت بعد ستة أشهر من وقت الطلاق فإنه لا يعلم أن الرجعة كانت فى العدة ولا يثبت نسب الولد ، لما صرحوا به من أن الأصل أن كل امرأة لم تجب عليها العدة ، فإن نسب ولدها لا يثبت من الزوج إلا إذا علم يقينا أنه منه بأن تجىء به لأقل من ستة أشهر . وبه ظهر أنه لا فرق بين المسألتين فى توقف صحة الرجعة على الولادة وثبوت النسب ، وأن النسب لا يثبت فى مسألتنا إلا بالولادة لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق للعلم بأنها علقت به قبل الطلاق وأنها معتدة ، بخلاف المسألة الآتية لأنها

---

(١) (قوله للخصومة لا للرد) يعنى إذا ادعى المشترى الحبل لا تتوجه له الخصومة على المشترى ما لم تشهد النساء به ، فحينئذ تتوجه الخصومة ، ليحلف البائع على أنها ليس بها حبل وقت البيع ، فان حلف فبها وإلا ردت عليه ، وليس المراد أنه يثبت الرد بمجرد شهادة النساء به ، ومثل هذا فى دعوى العذرية وغيرها ما لا يطلع عليه الرجال اهـ منه

(لو طلق من ولدت قبل الطلاق) فلو ولدت بعده فلا رجعة لمضى المدة (منكرا وطأها) لأن الشرع كذبه بجعل الولد للفراش ، فبطل زعمه حيث لم يتعلق بإقراره حق الغير (ولو خلا بها ثم أنكره) أى الوطء (ثم طلقها لا) يملك الرجعة لأن الشرع لم يكذبه ، ولو أقر به وأنكرته فله الرجعة ولو لم يخل بها فلا رجعة له لأن الظاهر شاهد لها ولوالجية .

(فإن طلقها فراجعها) والمسألة بحالها (فجاءت بولد لأقل من حولين) من حين الطلاق (صحت) رجعته السابقة لصيرورته مكذبا كما مر .

(ولو قال : إن ولدت فأنت طالق فولدت) فطلقت فاعتدت (ثم) ولدت (آخر ببطنين) يعنى بعد ستة أشهر ولو لأكثر من عشر سنين مالم تقر بانقضاء العدة ، لأن امتداد الطهر لاغاية له إلا اليأس (فهو) أى الولد الثانى (رجعة) إذ يجعل العلوق بوطء حادث فى العدة ، بخلاف مالو كانا ببطن واحد .

(وفى كلما ولدت) فأنت طالق

مفروضة فى المختلى بها الواجب عليها العدة فتصح رجعتها وإن ولدت لأكثر من ستة أشهر ، فاغتنم تحرير هذا المقام الذى زلت فيه أقدام الأفهام والسلام فافهم (قوله من ولدت قبل الطلاق) أى إذا جاءت به لستة أشهر فأكثر من وقت النكاح (قوله حيث لم يتعلق بإقراره حق الغير) قال فى البحر : ولا يرد ما أورده فى الكافى بأن من أقر بعبد لآخر ثم اشتراه ثم استحق منه ثم وصل إليه فإنه يؤمر بالتسليم إلى المقر له وإن صار مكذبا شرعا لكونه تعلق بإقراره حق الغير ، بخلاف مسألة الرجعة اهـ ح (قوله لأن الشرع لم يكذبه) لأنه لايملك الرجعة إلا فى عدة الدخول : أى الوطء لافى عدة الخلوة وهو قد أنكر الوطء فيصدق فى حق نفسه والرجعة حقه ولم يكذبه الشرع فيه ، بخلاف مامر وما يأتى فإنه بثبوت النسب صار مكذبا شرعا .

ولا يرد أنه بالخلوة يتأكد المهر وتجب العدة ، لأن تأكد المهر يبتنى على تسليم المبدل والعدة تجب احتياطا لاحتمال الوطء ، ولا يلزم من ذلك إثبات الوطء فلم يكن مكذبا شرعا بإنكاره ، كذا يفاد من البحر (قوله فله الرجعة) لأن الظاهر شاهد له فإن الخلوة دلالة الدخول بحر (قوله والمسألة بحالها) يعنى اختلى بها وأنكر وطأها (قوله صحت رجعته) أى ظهر صحتها (قوله لصيرورته مكذبا) أى فى قوله لم أجامعها لأنه بثبوت النسب نزل واطئا قبل الطلاق لابعده وإن أنكر ، لأن تكذيبه أولى من حمله على الزنا نهر ، وقدمنا تحقيق المسألة (قوله فاعتدت) أى دخلت فى العدة ، وهو معنى قول البحر ووجبت العدة ، وليس معناه مضت عدتها حتى يقال إن الصواب حذفه فافهم (قوله ببطنين) حال من مفعول ولدت الأول وولدت الثانى لامتعلق بولدت (قوله يعنى بعد ستة أشهر) تفسير لقوله ببطنين ، لأنه لوكان بين الولادتين أقل من ذلك تعين كون الثانى موجودا قبل ولادة الأول فيكون قد اجتمعا فى بطن ، فلا تكون ولادة الثانى رجعة لأنه علق قبل الطلاق يقينا (قوله فهو رجعة) أى الوطء الذى كان الولد منه رجعة وأسندها إليه ، لأن الوطء لم يعلم إلا به (قوله بوطء حادث) أى بعد الطلاق فى العدة فيصير به مراجعا حملا لحالها على الصلاح حيث لم تقر بانقضاء العدة ، كما إذا طلقها رجعيا فولدت لأكثر من سنتين فإنه يكون بوطء حادث البتة بخلاف ما إذا ولدته لأقل من سنتين فإنه لايكون رجعة لاحتمال علوقه قبل الطلاق كما قدمناه ، وهذا الاحتمال ساقط هنا لأنهما متى كانا من بطنين كان الثانى من وطء حادث بعد الطلاق البتة كما ذكره فى الفتح ، وبه اندفع مافى شرح مسكين من دعوى المخالفة (قوله بخلاف الخ) قد علمت وجهه

(فولدت ثلاث بطون تقع الثلاث والولد الثانى رجعة) فى الطلاق الأول كما مر وتطلق به ثانيا (كالولد الثالث) فإنه رجعة فى الثانى وتطلق به ثالثا عملا بكلما (وتعتـــد) الطلاق الثالث (بالحيض) لأنها من ذوات الأقراء مالم تدخل فى سن اليأس فبالأشهر ولو كانوا ببطن يقع ثنتان بالأولين لا بالثالث لانقضاء العدة به فتح .

(والمطلقة الرجعية تتزين) ويحرم ذلك فى البائن والوفاة (لزوجها) الحاضر لا الغائب لفقد العلة (إذا كانت) الرجعة (مرجوّة) وإلا فلا تفعل ، ذكره مسكين (ولا يخرجها من بيتها) ولو لما دون السفر للنهى المطلق (مالم يشهد على رجعتها) فتبطل العدة ، وهذا إذا صرح بعدم رجعتها ؛ فلو لم يصرح كان السفر رجعة دلالة فتح بحثا وأقره المصنف :

آنفا (قوله ثلاث بطون) بأن كان بين كل ولادتين ستة أشهر فأكثر (قوله كمامر) أى من جعل العلوق بوطء حادث فى العدة .

لا يقال : فيه الحكم عليه بالوطء فى النفاس ، وهو حرام لأن النفاس ليس لأقله عدد ، ويجوز أن لا ترى دما أصلا نهر (قوله ثالثا) الأولى أن يقول ثالثا ليوافق قوله ثانيا (قوله عملا بكلما)علة لقوله وتطلق فى الموضعين: أى فإن كلما تقتضى التكرار لأنها لعموم الأفعال (قوله فبالأشهر) أى فتعتد بالأشهر ، ويبطل مامضى من الحيض إن وجد منه شىء ط (قوله ولو كانوا ببطن) بأن يكون بين كل اثنين أقل من ستة أشهر (قوله لانقضاء العدة به) فيكون وقت الشرط وهو الولادة قارن وقت انقضاء العدة فلا يقع به شىء . قال فى الدر المنتقى إلا أن تجىء برابع أى فتطلق بالثالث ، ولو لم تلد الثالث لا تطلق بالثانى ، ولو كان الأولان فى بطن والثالث فى بطن تقع واحد بالأول وتنقضى العدة بالثانى ولا يقع شىء بالثالث ، ولو كان الأول فى بطن والثانى والثالث فى بطن تقع ثنتان بالأول والثانى وتنقضى العدة بالثالث فلا يقع شىء بحر عن الفتح اهـ (قوله والمطلقة الرجعية تتزين) لأنها حلال للزوج لقيام نكاحها والرجعة مستحبة والتزين حامل عليها فيكون مشروعا بحر (قوله ويحرم ذلك فى البائن والوفاة) أما فى البائن فلحرمة النظر إليها وعدم مشروعية الرجعة ، وأما فى الوفاة فلوجوب الإحداد أفاده فى البحر (قوله لفقد العلة) وهى الحمل على المراجعة ط (قوله وإلا) بأن كانت تعلم أنه لا يراجعها لشدة بغضها بحر (قوله ذكره مسكين) أى ذكر قوله إذا كانت الرجعة مرجوة الخ أقره فى البحر وغيره (قوله للنهى المطلق) أى فى قوله تعالى -لا تخرجوهن من بيوتهن- نزل فى المطلقة رجعية والنهى عن الإخراج مطلق شامل لما دون سفر (قوله مالم يشهد على رجعتها) لعل الأولى ما لم يراجعها ،لأن الإشهاد مندوب فقط ط أى فلا يحسن جعل الإشهاد غاية لحرمة الإخراج لأنها تنتهى بالرجعة مطلقا . وذكر فى الفتح أن مقتضى مافى الهداية قصر كراهة المسافرة والخلوة أيضا عند عدم قصد المراجعة على تقدير ما إذا لم يراجعها بعد ذلك فى العدة لأنه تبين أنها لم تكن أجنبية لأن الطلاق لم يعمل عمله والأوجه تحريم السفر مطلقا لإطلاق النص فى منعه دون الخلوة لعدم النص فيها اهـ ملخصا فافهم(قوله فتبطل العدة) أى فإن أشهد فتبطل(قوله وهذا الخ) الإشارة إلى مافهم من قوله مالم يشهد من أن الإخراج ليس رجعة . ففى البحر أن المراد إن كان يصرح بعدم رجعتها، أما إذا سكت كانت المسافرة رجعة دلالة ، كما أشار إليه فى الفتح وشرح الجامع الصغير للقاضى وفتاويه والبدائع وغاية البيان معللين بأن السفر دلالة الرجعة فانتفى به ماذكره الزيلعى من أن السفر ليس دلالة الرجعة اهـ (قوله فتح بحثا) فيه أنه ليس فى كلام الفتح مايفيد أنه بحث منه كيف وهو مشار إليه فى الكتب السابقة . وعبارة الفتح: ولحرمتها أى المسافرة بهذا النص لم تكن رجعة قيل ولا دلالتها: أى ولا تكون دلالة الرجعة لأن الكلام فيمن يصرح بعدم رجعتها :

(والطلاق الرجعي لايحرم الوطء) خلافا للشافعي رضي الله عنه (فلو وطئ لاعقر عليه) لأنه مباح (لكن تكره الخلوة بها) تنزيها (إن لم يكن من قصده الرجعة وإلا لا) تكره (ويثبت القسم لها إن كان من قصده المراجعة وإلا لا) قسم لها بحر عن البدائع . قال: وصرحوا بأن له ضرب امرأته على ترك الزينة وهو شامل للمطلقة رجعيا (وينكح مبانته بما دون الثلاث في العدة وبعدها بالإجماع) ومنع غيره فيها لاشتباه النسب (لا) ينكح (مطلقة) من نكاح صحيح نافذ

وأورد عليه أن التقبيل بشهوة ونحوه يكون نفسه رجعة وإن نادى على نفسه بعدم الرجعة . وجوابه الفرق بالحل والحرمة اه أي فإن التقبيل حلال فيكون رجعة والمسافرة حرام فلا تكون رجعة ولا دلالة عليها مع التصريح بعدمها . فقوله لأن الكلام الخ يفيد أن ذلك منقول لا بحث فافهم (قوله خلافا للشافعي) مبنى الخلاف هو أن الرجعة عندنا استدامة الملك القائم . وعنده استحداث الحل الزائل ، فيحل عندنا لقيام ملك النكاح من كل وجه . وإنما يزول عند انقضاء العدة (قوله لأنه مباح) فيه مسامحة لأن الوطء مكروه عندنا لمخالفته للسنة كما مر تحريره . والمباح ماتعلق به خطاب الشارع تخييرا بين الفعل والترك على السواء ، والمكروه ولو تنزيها راجح الترك فلا يكون مباحا فالأولى أن يقول لأنه جائز فإن الجائز يطلق على ما لايحرم شرعا ولو واجبا أو مكروها كما ذكره في التحرير (قوله لكن تكره الخلوة بها) الاستدراك مستدرك فإن الوطء مثلها كما علمت (قوله إن لم يكن من قصده الرجعة) لأن الخلوة ربما أدت إلى المس بشهوة فيصير مراجعا وهو لايريدها فيطلقها فتطول العدة عليها ط عن البحر (قوله ويثبت القسم لها الخ) سيأتي في الباب الآتي أن المطلقة الرجعية لاحق لها في الجماع لا قضاء ولا ديانة ولذا استحب مراجعتها بغيره ، وحينئذ فالقسم لأجل الاستئناس تأمل (قوله وإلا لا) أي وإن لم يكن من قصده المراجعة لايثبت القسم لأنه لو ثبت مع عدم قصدها ربما أدى إلى الخلوة فيلزم ما مر ط .

مطلب في العقد على المبانة

(قوله وينكح مبانته بما دون الثلاث) لما ذكر ما يتدارك به الطلاق الرجعي ذكر ما يتدارك به غيره فتح ولذا عقد له في الهداية هنا فصلا (قوله بالإجماع) راجع إلى قوله في العدة وهو جواب عن سؤال هو أن قوله : ـ ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ـ يعني انقضاء العدة عام ، فكيف جاز للزوج تزوجها في العدة والنص بعمومه يمنعه ، والجواب أنه خص منه العدة من الزوج نفسه بالاجماع (قوله ومنع غيره) أي غير الزوج في العدة لاشتباه النسب بالعلوق ، فإنه لا يوقف على حقيقته أنه من الأول أو الثاني ، وهذا حكمة شرعية العدة في الأصل ، والمراد بذكرها هنا بيان عدم المانع من تخصيص الزوج بالإجماع لا بيان علته ؛ لأنه يرد عليه الصغيرة والآيسة ، وعدة الوفاة قبل الدخول ، ومعتدة الصبي ، والحيضة الثانية والثالثة فإنه لا اشتباه في ذلك ، ولا يجوز التزوج في المدة لعلة أخرى هي إظهار خطر المحل أو هو حكم تعبدي ، وتمام بيانه في الفتح (قوله لا ينكح مطلقة) تقديره لفظ ينكح هو مقتضى العطف على ما قبله ، لكن الأولى أن يزيد ولا يطأ بملك يمين لأنه كما لايحل له نكاحها بالعقد لايحل له وطؤها بالملك كما يأتي ؛ ولو قال لا تحل كما في الآية الكريمة لشمل كلا منهما (قوله من نكاح صحيح نافذ) احترز بالصحيح عن الفاسد ، وهو ما عدم بعض شروط الصحة ككونه بغير شهود فإنه لا حكم قبل الوطء . وبعده يجب مهر المثل ، والطلاق فيه لاينقص عددا لأنه متاركة فلو طلقها ثلاثا لا يقع شيء وله تزوجها بلا محلل كما تقدم آخر باب الصريح ، واحترز بالنافذ عن الموقوف ؛

كما سنحققه (بها) أى بالثلاث (لو حرة وثنتين لو أمة) ولو قبل الدخول ، وما فى المشكلات باطل أو مؤول كما مر (حتى يطأها غيره ولو) الغير (مراهقا) يجامع مثله ، وقدره شيخ الإسلام بعشر سنين ،

ففي نكاح الرقيق من الفتاوى الهندية عن المحيط : إذا تزوج العبد أو المكاتب أو المدبر أو ابن أم الولد بلا إذن المولى ثم طلقها ثلاثا قبل إجازة المولى فهذا الطلاق متاركة النكاح لاطلاق على الحقيقة حتى لاينقص من عدد الطلاق فإن أجاز المولى النكاح بعد لانعمل إجازته ، وإن أذن له بتزوجها بعده كرهت له تزوجها ولم أفرق بينهما اه (قوله كما سنحققه) أى فى باب العدة حيث قال هناك : والخلوة فى النكاح الفاسد لاتوجب العدة ، والطلاق فيه لاينقص عدد الطلاق لأنه فسخ جوهرة اه ولم يذكر الموقوف هناك لأنه من أقسام الفاسد . ويحتمل أن مراده مايأتى قريبا من قوله خرج الفاسد والموقوف الخ فإنه وإن كان فى المحلل لكنه يفهم أنه فى الذى طلق غير معتبر أيضا وليس مراده الإشارة إلى تحقيق مايأتى بعده من قوله ثم هذا كله فرع صحته النكاح الأول الخ . لأن مراده به صحته فى المذاهب كلها كما ستعرفه ، وليس مما نحن فيه فافهم (قوله وما فى المشكلات) حيث قال : من طلق امرأته قبل الدخول بها ثلاثا فله أن يتزوجها بلا تحليل . وأما قوله تعالى — فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره — فنى المدخول بها (قوله باطل) أى إن حمل على ظاهره ، ولذا قال فى الفتح إنه زلة عظيمة مصادمة للنص والإجماع لايحل لمسلم رآه أن ينقله فضلا عن أن يعتبره ، لأن فى نقله إشاعته ، وعند ذلك ينفتح باب الشيطان فى تخفيف الأمر فيه . ولا يخفى أن مثله مما لايسوغ الاجتهاد فيه لفوت شرطه من عدم مخالفة الكتاب والإجماع ، نعوذ بالله من الزيغ والضلال ، والأمر فيه من ضروريات الدين لايبعد إكفار مخالفه اه .

أقول : وإياك أن تغتر بماذكره الزاهدى فى آخر الحاوى فى أول كتاب الحيل فإنه عقد فيه فصلا فى حيلة تحليل المطلقة ثلاثا ، وذكر فيه هذه المسألة غير قابلة للتأويل الآتى ، وذكر حيلا كثيرة كلها باطلة مبنية على ما يأتى رده من الاكتفاء بالعقد بدون وطء (قوله أو مؤول) أى بما قاله العلامة البخارى فى شرحه [غرر الأذكار على درر البحار] ولا يشكل مافى المشكلات ، لأن المراد من قوله ثلاثا ثلاث طلقات متفرقات ليوافق مافى عامة الكتب الحنفية اه وقدمنا تأييد هذا التأويل بجواب صاحب المشكلات عن الآية ، فإن الطلاق ذكر فيها مفرقا مع التصريح فيها بعدم الحل ، فأجاب بأنها فى المدخول بها فافهم (قوله كما مر) أى فى أول باب طلاق غير المدخول بها (قوله حتى يطأها غيره) أى حقيقة أو حكما ، كما لو تزوجت بمجبوب فحبلت منه كما سيأتى ، وشمل مالو وطئها حائضا أو محرمة ، وشمل ما لو طلقها أزواج كل زوج ثلاثا قبل الدخول فتزوجت بآخر ودخل بها تحل للكل بحر ، ولابد من كون الوطء بالنكاح بعد مضى عدة الأول لو مدخولا بها ، وسكت عنه لظهوره .

ثم اعلم أن اشتراط الدخول ثابت بالإجماع فلا يكفي مجرد العقد . قال القهستانى : وفى الكشف وغيره من كتب الأصول أن العلماء غير سعيد بن المسيب اتفقوا على اشتراط الدخول . وفى الزاهدى أنه ثابت بإجماع الأمة . وفى المنية أن سعيدا رجع عنه إلى قول الجمهور ، فمن عمل به يسود وجهه ويبعد ، ومن أفتى به يعزر ، وما نسب إلى الصدر الشهيد فليس له أثر فى مصنفاته بل فيها نقيضه . وذكر فى الخلاصة عنه أن من أفتى به فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين ، فإنه مخالف الإجماع ولاينفذ قضاء القاضى به وتمامه فيه (قوله ولو مراهقا) هو الدانى من البلوغ نهر ولابد أن يطلقها بعد البلوغ لأن طلاقه غير واقع در منتقى عن التاترخانية (قوله يجامع مثله) تفسير للمراهق ذكره فى الجامع ، وقيل هو الذى تتحرك آلته ويشتهى النساء كذا فى الفتح ، ولا يخفى أنه لاتنافى بين القولين نهر . والأولى أن يكون حرا بالغا : فإن الإنزال شرط عند مالك كما فى الخلاصة .

أو خصياً ، أو مجنونا ، أو ذميا لذمية (بنكاح) نافذ خرج الفاسد والموقوف ، فلو نكحها عبد بلا إذن سيده ووطئها قبل الإجازة لايحلها حتى يطأها بعدها .

ومن لطيف الحيل أن تزوج لمملوك مراهق بشاهدين ، فإذا أولج يملكه لها فيبطل النكاح ثم تبعثه لبلد آخر فلا يظهر أمرها ، لكن على رواية الحسن المفتى بها .

مطلب مال أصحابنا إلى بعض أقوال مالك رحمه الله ضرورة

فالأولى الجمع بين المذهبين لأنه كان تلميذ لأبى حنيفة ولذا مال أصحابنا إلى بعض أقواله ضرورة كما فى ديباجة المصفى قهستانى .

وفى حاشية الفتال : وذكر الفقيه أبو الليث فى تأسيس النظائر أنه إذا لم يوجد فى مذهب الإمام قول فى مسألة يرجع إلى مذهب مالك لأنه أقرب المذاهب إليه اه (قوله أو خصيا) بفتح الخاء : وهو من قطعت خصيتاه ، وإنما جاز تحليله لوجود الآلة ط (قوله أو مجنونا) بنونين ح ، وفى نسخة أو مجبوبا بباءين : وهو الذى لم يبق له شىء يولجه فى محل الختان ، لكن شرط تحليله أن تحبل منه كما يأتى (قوله أو ذميا لذمية) أى ولو كان التحليل لأجل زوجها المسلم كما فى البحر (قوله خرج الفاسد والموقوف) أى خرجا بقيد النافذ . وفيه أن الفاسد مقابل للصحيح لا النافذ ، لأن النافذ من العقود ما لايتوقف على إجازة غير العاقد فالبيع بشرط فاسد نافذ بالمعنى المذكور ، نعم الموقوف فيه طريقان للمشايخ ، قيل هو قسم من الصحيح . وقيل من الفاسد كما سيأتى تحقيقه فى بيوع الفضولى إن شاء الله تعالى فعلى الطريق الثانى كل موقوف فاسد ولا عكس لغويا ، ويقال أيضا كل صحيح نافذ ولا يصح العكس على الطريقين فافهم ، وبه علم أنه كان ينبغى للمصنف متابعة الكنز وغيره فى التعبير بنكاح صحيح . فيخرج الفاسد وكذا الموقوف على أحد الطريقين . وقد يجاب بأن النكاح المطلق هو الصحيح فيخرج به الفاسد (قوله ووطئها قبل الإجازة) أى وإن أجاز بعد ، ولعل وجهه أن النكاح المشروط بالنص ينصرف إلى الكامل لأنه المعهود شرعا بخلاف الفاسد والموقوف (١) . وإلا فقد صرحوا بأن الموقوف ينعقد سببا فى الحال ويتأخر حكمه إلى وقت الإجازة فيظهر به الحل من وقت العقد

مطلب حيلة إسقاط عدة المحلل

(قوله ومن لطيف الحيل الخ) أى حيل التحليل على وجه يؤمن فيه من علوقها منه ، ومن امتناعه من طلاقها ، ومن ظهور أمر التحليل بين الناس ، بخلاف ما إذا كان حرا بالغا (قوله لكن الخ) استدراك على هذه الحيلة .

وحاصله أنها إنما تتم على ظاهر المذهب من أن الكفاءة فى النكاح ليست بشرط للانعقاد . أما على رواية الحسن المفتى بها من أنها شرط فلا يحلها الرقيق لعدم الكفاءة إن كان لها ولى لم يرض بذلك وإلا بأن لم يكن لها ولى أصلا أو كان ورضى فيحلها اتفاقا كما مر فى باب الكفاءة ، وهذا أحد وجهين أو ردهما الإمام الحلوانى . ثانيهما كما فى البزازية أن المراهق فيه خلاف ، فلعله يرفع إلى حاكم يرى مذهب من لا يقول بالصحة فيفسخه فلا يحصل المرام اه

---

(١) (قوله بخلاف الفاسد والموقوف الخ) انظر هذا مع قوله فيظهر بها الحل ، فإنه بظهور الحل يظهر الكمال أيضا . قال شيخنا : إلا أن الإسناد لا يؤثر فى الأحكام المتلاشية بل تأثيره قاصر على القائم والآتى ، فحينئذ لا يحكم على الوطء الماضى بالكمال اه

أنه لايحلها لعدم الكفاءة أن لها ولى وإلا فيحلها اتفاقا كما مر (وتمضى عدته) أى الثانى (لابملك يمين) لاشتراط الزوج بالنص ، فلا يحلها وطء المولى ولا ملك أمة بعد طلقتين أو حرة بعد ثلاث وردة وسبى ، نظيره من فرق بينهما بظهار أو لعان ثم ارتدت وسبيت ثم ملكها لم تحل له أبدا (والشرط التيقن بوقوع الوطء فى المحل) المتيقن به ، فلو كانت صغيرة لايوطأ مثلها لم تحل للأول وإلا حلت وإن أفضاها بزازية .

(قوله أنه لايحلها) الأولى حذف أن (قوله وتمضى عدته) ذكر بعض الشافعية حيلة لإسقاط العدة ، بأن تزوج بصغير لم يبلغ عشر سنين ويدخل بها مع انتشار آلته ويحكم بصحة النكاح شافعى ثم يطلقها الصبى ويحكم حنبلى بصحة طلاقه وأنه لاعدة عليها . أما لو بلغ عشرا لزمت العدة عند الحنبلى أو يطلقها وليه إذا رأى فى ذلك المصلحة ويحكم به مالكى وبعدم وجوب العدة بوطئه ثم يتزوجها الأول ويحكم شافعى بصحته لأن حكم الحاكم يرفع الخلاف بعد تقدم الدعوى مستوفيا شرائطه فتحل للأول اه

قلت : ومن شروطه أن لايأخذ على الحكم مالا وفى قوله ويحكم به مالكى (١) مخالفة لما قدمناه من اشتراط الإنزال عند مالك ، وكأنه قول آخر (قوله أى الثانى) أى النكاح الثانى ويجوز أن يراد بالزوج الثانى وعليه جرى الزيلعى لكنه مجاز . قال العينى والأول أقرب . والثانى أظهر نهر (قوله لابملك يمين) عطف على قوله بنكاح نافذ (قوله لاشتراط الزوج بالنص) أى فى قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره ، فإنه جعل غاية لعدم الحل الثابت بقوله تعالى — فلا تحل له — فإذا طلق زوجته الأمة ثنتين ثم بعد العدة وطئها مولاها لايحلها للأول ، لأن المولى ليس بزوج (قوله ولا ملك أمة الخ) عطف على قوله وطء المولى : أى لو طلقها ثنتين وهى أمة ثم ملكها أو ثلاثا وهى حرة فارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت وملكها لايحل له وطؤها بملك اليمين حتى يزوجها فيدخل بها الزوج ثم يطلقها كما فى الفتح . ثم لايخفى أن هذه المسألة لم يشملها كلام المصنف لامنطوقا ولا مفهوما فلا يصح تفريعها على قوله لابملك يمين . لأن معناه لاينكحها المطلق حتى يطأها غيره بالنكاح لابملك اليمين ، فالمشروط وطؤه بالنكاح لابالملك هو الغير لانفس المطلق بل يصح تفريع الأولى وهى عدم حلها للمطلق بوطء المولى ، نعم لو قال المصنف فيما مر لاينكح ولا يطأ بملك يمين الخ لصح تفريع هذه أيضا كما أفاده ح ، فيتعين جعله تفريعا على قوله لاشتراط الزوج بالنص ؛ فإن الزوج المشروط بالنص جعل غاية لعدم الحل كما علمت ، وهو شامل لعدم الحل بنكاح أو ملك يمين ، فيصح تفريع المسألتين عليه فافهم (قوله من فرق بينهما) أراد بالتفريق المنع عن الوطء من عموم المجاز فيشمل القاطع للنكاح وغيره فلا يرد أنه لاتفريق فى الظهار فافهم (قوله لم تحل له أبدا) أى ما لم يكفر فى الظهار ويكذب نفسه أو تصدقه فى اللعان ح فوجه الشبه بين المسألتين أن الردة واللحاق والسبى لم تبطل حكم الظهار واللعان كما لم تبطل حكم الطلاق (قوله فى المحل المتيقن) هو محل غيبوبة الحشفة من القبل (قوله فلو كانت صغيرة) محترز قوله والشرط التيقن بوقوع الوطء ، وقوله فلو وطئ مفضاة تفريع على قوله فى المحل المتيقن ، وكان عليه عطفه بالواو (قوله لم تحل للأول) لأن قبلها لاتغيب فيه الحشفة ، ولذا لم يجب الغسل بمجرد وطئها ولم تثبت به حرمة المصاهرة حتى حل لو وطئها تزوج بنتها (قوله وإلا) أى بأن كانت صغيرة يوطأ مثلها حلت للأول لوجود الشرط وهو الوطء فى محله المتيقن الموجب للغسل كما يأتى وإن أفضاها بهذا الوطء لأن الإفضاء حصل بعد الوطء المعتبر شرعا ، بخلاف المفضاة قبله لحصول الشك فى كون الوطء فى القبل أو فى الدبر ، وهذا الشك حاصل قبل الوطء لابعده فافهم (قوله بزازية) لم أر فيها قوله وإن أفضاها ؛ نعم رأيته فى الفتح والنهر

---

(١) (قوله وفى قوله ويحكم به مالكى الخ) لامخالفة أصلا ، لأن المالكى لم يحكم بالتحليل بوطء الصبى بل إنما حكم بصحة طلاق الولى فتنبه اه

(فلو وطئ مفضاة لاتحل له إلا إذا حبلت) ليعلم أن الوطء كان فى قبلها (كما لو تزوجت بمجبوب) فإنها لاتحل حتى تحبل لوجود الدخول حكما حتى يثبت النسب فتح ، فالاقتصار على الوطء قصور إلا أن يعمم بالحقيقى والحكمى .

(والإيلاج فى محل البكارة يحلها والموت عنها لا) كما فى القنية . واستشكله المصنف . وفى النهر : وكأنه ضعيف لما فى التبيين : يشترط أن يكون الإيلاج موجبا للغسل وهو التقاء الختانين بلا حائل يمنع الحرارة ، وكونه عن قوة نفسه فلا يحلها من لايقدر عليه إلا بمساعدة اليد

(قوله إلا إذا حبلت الخ) قال فى الدر المنتقى : وقد نظم الفقيه الأجل سراج الدين أبو بكر على بن موسى الهاملى رحمه الله ذلك نظما جيدا فقال :

وفى المفضاة مسألة عجيبه لدى من ليس يعرفها غريبه
إذا جرمت على زوج وحلت لثان نال من وطء نصيبه
فطلقها فلم تحبل فليست حلالا للقديم ولا خطيبه
لشك أن ذاك الوطء منها بفرج أو شكيلته القريبه
فإن حبلت فقد وطئت بفرج ولم تبق الشكوك لنا مريبه

(قوله فإنها لاتحل حتى تحبل الخ) هذه العبارة عزاها المصنف فى المنح للبزازية . والذى فى الفتح هكذا : فلا تحل بسحقه حتى تحبل ، ثم قال : وفى التجريد لو كان مجبوبا لم تحل فإن حبلت وولدت حلت للأول عند أبى يوسف خلافا لمحمد اه (قوله حتى يثبت) برفع يثبت على أن حتى ابتدائية (قوله فالاقتصار على الوطء قصور الخ) أى اقتصار المتون على قولهم حتى يطأها غيره ، وهذا مأخوذ من المصنف فى المنح . وقال الرحمتى جعله قصورا مع أنه هو الذى عليه المتون والشروح ، ويشهد له حديث العسيلة الذى ثبت به الحكم ، وما تمسك به رواية عن أبى يوسف لم تعتمد فترجيحها على ماهو المذهب هو القصور اه .

قلت : لكن جزم به فى الخانية وغيرها : وكذا فى الفتح كما علمت ، ونقله الزيلعى عن الغاية وقال خلافا لزفر ، ومثله فى البدائع ، وهذا يفيد اعتماد قول أبى يوسف ، نعم الأوجه قول محمد وزفر ولا ينافيه ثبوت النسب فإنه يعتمد قيام الفراش وإن لم يوجد وطء حقيقة ، والتحليل يعتمد الوطء لامجرد العقد المثبت للنسب فإنه خلاف الإجماع كما تقدم ، ويلزم على هذا ثبوت التحليل بتزوج مشرقى بمغربية جاءت بولد لستة أشهر لثبوت نسبه مع العلم بعدم الوطء ، وما ذاك إلا لكون النسب مما يحتال لإثباته بما أمكن ولو توهما عملا بنص والولد للفراش ، وإقامة للعقد مقام الوطء كالخلوة الموجبة للعدة . وأما التحليل فقد شدد الشرع فى ثبوته ، ولذا قالوا إن شرعيته لإغاظة الزوج عومل بما يبغض حين عمل أبغض مايباح فلذا اشترطوا فيه الوطء الموجب للغسل بإيلاج الحشفة بلا حائل فى المحل المتيقن ؛ احترازا عن المفضاة والصغيرة من بالغ أو مراهق قادر عليه بعقد صحيح لافاسد ولا موقوف ولا بملك يمين (قوله والموت عنها لا) أى لو مات عنها قبل الوطء لايحلها للأول وإن كان الموت كالدخول فى إيجاب العدة وتقرير المهر المسمى ، لأن الشرط هنا الوطء (قوله واستشكله المصنف) الضمير يرجع إلى الإحلال المفهوم من قول المصنف يحلها ، وأصل الإشكال لصاحب البحر ، فإنه قال بعد ذكر هذا الفرع مع أنه نقل فى المحيط من كتاب الطهارة أنه لو أتى امرأة وهى عذراء لاغسل عليه مالم ينزل لأن العذرة مانعة من مواراة

إلا إذا انتعش وعمل ولو فى حيض ونفاس وإحرام وإن كان حراما وإن لم ينزل ، لأن الشرط الذوق لا الشبع .

قلت : وفى المجتبى : الصواب حلها بدخول الحشفة مطلقا ؛ لكن فى شرح المشارق لابن ملك : لو وطئها وهى نائمة لا يحلها للأول لعدم ذوق العسيلة ، وينبغى أن يكون الوطء فى حالة الإغماء كذلك .

(وكره) التزوج للثانى (تحريما) لحديث لعن المحلل والمحلل له (بشرط التحليل) كتزوجتك على أن أحللك

الحشفة اه أى ولا يحلها الوطء الموجب للغسل ط . وأجاب الرحمتى والسائحانى بحمل ما فى القنية على ما إذا أزال البكارة بقرينة الإيلاج فإنه لا يكون بدونه . وفيه أن عبارة القنية هكذا إذا أولج إلى مكان البكارة وحمل «إلى» على معنى «فى» بعيد . ثم لا يخفى أن ما ينفرد به صاحب القنية لا يعتمد عليه ، كيف وهو مخالف لما فى المشاهير كقول الهداية والشرط الإيلاج . وقول الفتح بقيد كونه عن قوة نفسه وإن كان ملفوفا بخرقة إذا كان يجد حرارة المحل الخ ما يأتى عن التبيين ، وكذا ما مر عن البزازية ومسألة المفضاة وبعد اعتراف المصنف بإشكاله ما كان ينبغى له جعله متنا (قوله إلا إذا انتعش وعمل) هذا لم يذكره فى التبيين ، نعم ذكره فى الفتح والنهر . والظاهر أن الاستثناء منقطع لأن الانتعاش الانتهاض ، والمراد به وبالعمل أن يكون له نوع انتشار يحصل به إيلاج كى لا يكون بمنزلة إدخال خرقة فى الفم فإنه ربما لا يحصل به التقاء الختانين ، ولذا قال بعد ذلك فى الفتح : بخلاف من فى آلته فتور وأولجها فيها حتى التقى الختانان فإنها تحل به (قوله ولو فى حيض الخ) الأولى حذف هذه الجملة من هنا وذكرها عند قول المصنف حتى يطأها غيره (قوله مطلقا) أى سواء كان الإيلاج بمساعدة اليد أولا .

وعبارة المجتبى : وقيل إيلاج الشيخ الفانى بيده يحلها ، وقيل إذا لم تنتشر آلته فأدخله بيده أو بيدها أو كان الذكر أشل لا يحلها بالإيلاج ، والصواب حلها لأنه متعلق بدخول الحشفة اه وأقره فى الشرنبلالية : وهو خلاف ما مشى عليه الزيلعى وابن الهمام وصاحب النهر كما مر . وفيه أن الحل معلق بذوق العسيلة كما علمت فتأمل (قوله لكن فى شرح المشارق الخ) فيه أن هذا الكتاب ليس موضوعا لنقل المذهب ؛ وإطلاق المتون والشروح يرده وذوق العسيلة للنائمة موجود حكما ألا ترى أن النائم إذا وجد البلل يجب عليه الغسل وكذا المغمى عليه مع أن خروج المنى لا يوجبه إلا مع وجود اللذة ، وما ذاك إلا لوجودها حكما لأنه ربما حصلت وذهل عنها بثقل النوم والإغماء ، وقد تقدم أن المجنون يحلها والجنون فوق الإغماء والنوم رحمتى .

قلت : ورأيت فى معراج الدراية : ووطء النائمة والمغمى عليه يحل عندنا وفى أحد قولى الشافعى اه هكذا رأيته فى نسخة سقيمة فلتراجع نسخة أخرى . ثم لا يخفى أن نومه وإغماءه كنومها وإغمائها ، لكن إذا قلنا(١) إن إيلاج الشيخ الفانى لا يحلها ما لم ينتعش ويعمل يلزم أن يكون مثله النائم والمغمى عليه وكذا فى جانبها ، نعم على تصويب المجتبى من الاكتفاء بدخول الحشفة يظهر الإحلال فى الكل فتأمل (قوله وكره التزوج للثانى) كذا فى البحر : لكن فى القهستانى : وكره للأول والثانى ، وعزاه محشى مسكين إلى الحموى عن الظهيرية . وينبغى أن يزاد المرأة بل هى أولى من الأول فى الكراهة ، لأن العقد بشرط التحليل إنما جرى بينها وبين الثانى ، والأول ساع فى ذلك ومتسبب والمباشر أولى من المتسبب ولفظ الحديث يشمل الكل ؛ فإن المحلل له يصدق على المرأة أيضا (قوله لحديث لعن المحلل والمحلل له) بإضافة حديث إلى لعن ؛ فهو حكاية للمعنى ، وإلا فلفظ الحديث كما فى الفتح « لعن الله المحلل والمحلل له » وهو كذلك فى بعض النسخ (قوله بشرط التحليل) تأويل للحديث بحمل

---

(١) (قوله لكن إذا قلنا الخ) فيه أن إيلاج الشيخ الفانى لا يفيد لذة أصلا . بخلاف النائم الخ فإن فيه لذة كالإيلاج المستيقظ . غاية الأمر أنه بالنوم أو الإغماء يحصل ذهول منها ولم يقل أحد باشتراط تذكرها ، فقوله يلزم أن يكون مثله النائم الخ غير مناسب للفرق الجلى بين المسألتين وقد تقدم له قريبا ما يفيد هذا الفرق اه .

(وإن حلت للأول) لصحة النكاح وبطلان الشرط فلا يجبر على الطلاق كما حققه الكمال ، خلافا لما زعمه البزازى.
ومن لطيف الحيل قوله إن تزوجتك وجامعتك أو وأمسكتك فوق ثلاث مثلا فأنت بائن . ولو خافت أن لايطلقها تقول زوجتك نفسى على أن أمرى بيدى زيلعى ، وتمامه فى العمادية (أما إذا أضمرا ذلك لا) يكره (وكان) الرجل (مأجورا) لقصد الإصلاح وتأويل اللعن إذا شرط الأجر ذكره البزازى

اللعن على ذلك ، ويأتى تمام الكلام عليه (قوله وإن حلت للأول الخ) هذا قول الإمام . وعن أبى يوسف أنه يفسد النكاح لأنه فى معنى المؤقت لايحلها . وعن محمد يصح ولا يحلها لأنه استعجل ما أخره الشرع كما فى قتل المورث هداية (قوله خلافا لما زعمه البزازى) حيث قال : زوجت المطلقة نفسها من الثانى بشرط أن يجامعها ويطلقها لتحل للأول . قال الإمام : النكاح والشرط جائزان حتى إذ أبى الثانى طلاقها أجبره القاضى على ذلك وحلت للأول اه وهو مأخوذ من روضة الزندوستى . قال فى النهر : قال الإمام ظهير الدين : هذا البيان لم يوجد فى غيره من الكتب كذا فى العناية وفى فتح القدير ، هذا مما لم يعرف فى ظاهر الرواية ، ولا ينبغى أن يعول عليه ولا يحكم به لأنه مع كونه ضعيف الثبوت تنبو عنه قواعد المذهب لأنه لاشك أنه شرط فى النكاح لايقتضيه العقد وهو مما لايبطل بالشروط الفاسدة ، بل يبطل الشرط ويصح ، فيجب بطلان هذا وأن لايجبر على الطلاق اه (قوله أو وأمسكتك) أى أو يقول إن تزوجتك وأمسكتك ، وهذا إذا خافت إمساكها مطلقا . والأول إذا خافت إمساكها بعد الجماع (قوله ولو خافت الخ) الأولى أو تقول زوجتك الخ لأن الحيلتين السابقتين سببهما الخوف المذكور ط (قوله وتمامه فى العمادية) حيث قال : ولو قال لها تزوجتك على أن أمرك بيدك فقبلت جاز النكاح ولغا الشرط ، لأن الأمر إنما يصح فى الملك أو مضافا إليه ولم يوجد واحد منهما بخلاف مامر فإن الأمر صار بيدها مقارنا لصيرورتها منكوحة اه نهر وقدمناه قبل فصل المشيئة .

والحاصل أن الشرط صحيح إذا ابتدأت المرأة لا إذا ابتدأ الرجل ولكن الفرق خفى (١) نعم يظهر على القول بأن الزوج هو الموجب تقدم أو تأخر والمرأة هى القابلة كذلك تأمل (قوله أما إذا أضمرا ذلك) محترز قوله بشرط التحليل (قوله لايكره) بل يحل له فى قولهم جميعا قهستانى عن المضمرات (قوله لقصد الإصلاح) أى إذا كان قصده ذلك لامجرد قضاء الشهوة ونحوها .

وأورد السروجى أن الثابت عادة كالثابت نصا أى فيصير شرط التحليل كأنه منصوص عليه فى العقد فيكره . وأجاب فى الفتح بأنه لايلزم من قصد الزوج ذلك أن يكون معروفا بين الناس ، إنما ذلك فيمن نصب نفسه لذلك وصار مشتهرا به اه تأمل (قوله وتأويل اللعن الخ) الأولى أن يقول وقيل تأويل اللعن الخ كما هو عبارة البزازية ولا سيما وقد ذكره بعد ما مشى عليه المصنف من التأويل المشهور عند علمائنا ليفيد أنه تأويل آخر وأنه ضعيف. قال فى الفتح : وهنا قول آخر ، وهو أنه مأجور وإن شرط لقصد الإصلاح ، وتأويل اللعن عند هؤلاء إذا شرط الأجر على ذلك اه .

قلت: واللعن على هذا الحمل أظهر لأنه كأخذ الأجرة على عسب التيس وهو حرام . ويقربه أنه عليه الصلاة والسلام سماه التيس المستعار .

---

(١) (قوله ولكن الفرق خفى) قال شيخنا : لعل وجهه ، هو أن قول المرأة على أن أمرى بيدى لاغ لكونه قبل النكاح فلا يؤثر قبول الزوج فيه ، وليس صحيحا موقوفا على الاجازة حتى يكون القبول تأثيره فساوى بدء الزوج اه .

ثم هذا كله فرع صحة النكاح الأول : حتى لو كان بلا ولى بل بعبارة المرأة أو بلفظ هبة أو بحضرة فاسقين ثم طلقها ثلاثا وأراد حلها بلا زوج

وأورد على التأويل الأول أنه مع اشتراط التحليل مكروه تحريما ، وفاعل الحرام لا يستوجب اللعن ففاعل المكروه أولى :

مطلب فى حكم لعن العصاة

أقول : حقيقة اللعن المشهورة هى الطرد عن الرحمة ، وهى لا تكون إلا لكافر ، ولذا لم تجز على معين لم يعلم موته على الكفر بدليل وإن كان فاسقا متهورا كيزيد على المعتمد ، بخلاف نحو إبليس وأبى لهب وأبى جهل فيجوز وبخلاف غير المعين كالظالمين والكاذبين فيجوز أيضا ، لأن المراد جنس الظالمين وفيهم من يموت كافرا ، فيكون اللعن لبيان أن هذا الوصف وصف الكافرين للتنفير عنه والتحذير منه لا لقصد اللعن على كل فرد من هذا الجنس لأن لعن الواحد المعين كهذا الظالم لا يجوز فكيف كل فرد من أفراد الظالمين ، وإذا كان المراد الجنس لما قلنا من التنفير والتحذير لا يلزم أن تكون تلك المعصية حراما من الكبائر ، خلافا لمن أناط اللعن بالكبائر فإنه ورد اللعن فى غيرها كلعن المصورين ، ومن أم قوما وهم له كارهون ، ومن سل سخيمته : أى تغوط على الطريق ، والمرأة السلتاء أى التى لا تخضب يديها والمرهاء أى التى لا تكتحل ، والمرأة إذا خرجت من دارها بغير إذن زوجها وناكح اليد ، وزائرات القبور ، ومن جلس وسط الحلقة وغير ذلك ، ومنه ما هنا ، هذا ما ظهر لى ، لكن يشكل على منع لعن المعين مشروعية اللعان وفيه لعن معين ، نعم يجاب بأنه معلق على تقدير كونه كاذبا لكنه لا يخرج عن لعن معين تأمل .

ثم رأيت فى لعان القهستانى قال : اللعن فى الأصل الطرد . وشرعا فى حق الكفار الإبعاد من رحمة الله تعالى وفى حق المؤمنين الإسقاط عن درجة الأبرار اه .

وفى لعان البحر : فإن قلت : هل يشرع لعن الكاذب المعين . قلت : قال فى غاية البيان من باب العدة : وعن ابن مسعود أنه قال : من شاء باهلته ، والمباهلة : الملاعنة ، وكانوا يقولون إذا اختلفوا فى شىء بهلة الله على الكاذب منا ، قالوا : هى مشروعة فى زماننا أيضا اه . وعن هذا قيل إن المراد باللعن فى مثل ذلك الطرد عن منازل الأبرار لا عن رحمة العزيز الغفار . وقيل إن الأشبه أن حقيقة اللعن هنا ليست بمقصودة بل المقصود إظهار خساسة المحلل بالمباشرة والمحلل له بالعود إليها بعد مضاجعة غيره ، وعزاه القهستانى فى الكشف ثم قال : وفيه كلام فتأمل اه ولعل وجهه أنه لو كان كذلك لا يلزم كونه مكروها تحريما (قوله ثم هذا كله) أى كل ما مر من لزوم التحليل بالشروط المارة وكراهة التصريح بالشرط (قوله فرع صحة النكاح) كذا عبر فى النهر ، والمراد صحته باتفاق الأئمة لا صحته عندنا بقرينة ما بعده فافهم ، وقد مر أنه لو كان فاسدا أو موقوفا لا يلزم التحليل بل تحل بدونه وإن كره ، وهل تقبل دعواه الفساد عندنا لإسقاط التحليل ؟ لم أره الآن ، نعم يأتى آخر الباب أنه لو ادعى بعد الثلاث أنه طلقها واحدة قبل وانقضت عدتها لا يصدقان ، وسيأتى هذه المسألة فى العدة وتأتى هناك حادثة الفتوى فى ذلك فراجعها (قوله أو بحضرة فاسقين) أى تحقق فسقهما وإلا فظاهر العدالة يكفى عند الشافعى فافهم .

يرفع الأمر لشافعي فيقضي به وببطلان النكاح : أي في القائم والآتي لا في المنقضي بزازية . وفيها قال الزوج الثاني كان النكاح فاسداً أو لم أدخل بها وكذبته فالقول لها .

مطلب في حيلة إسقاط التحليل بحكم شافعي بفساد النكاح الأول

(قوله يرفع الأمر لشافعي الخ) أقول : الذي عليه العمل عند الشافعية هو ما حرره ابن حجر في التحفة مع أن الحاكم لا يحكم بفسخ النكاح بالنسبة لسقوط التحليل ، وذلك أنه ذكر أن الزوجين لو توافقا أو أقاما بينة بفساد النكاح لم يلتفت لذلك بالنسبة لسقوط التحليل لأنه حق الله تعالى ، نعم يجوز لهما العمل به باطنا ، لكن إذا علم بهما الحاكم فرق بينهما ثم قال في موضع آخر : وحينئذ فمن نكح مختلفا فيه ، فإن قلد القائل بصحته أو حكم بها من يراها ثم طلق ثلاثا تعين التحليل وليس له تقليد من يرى بطلانه لأنه تلفيق للتقليد في مسألة واحدة وهو ممتنع قطعا وإن انتفى التقليد والحكم لم يحتج لمحلل ، نعم يتعين أنه لو ادعى بعد الثلاث عدم التقليد لم يقبل منه لأنه يريد بذلك رفع التحليل الذي لزمه باعتبار ظاهر فعله . وأيضا ففعل المكلف يصان عن الإلغاء لاسيما إن وقع منه ما يصرح بالاعتداد به كالتطليق ثلاثا هنا اهـ . والذي تحرر من كلاميه أن الزوج إن علم بفساد النكاح فإن قلد القائل بصحته أو حكم بها حاكم يراها لا يسقط التحليل وإلا سقط وله تجديد العقد بعد الثلاث ديانة ، وإذا علم به الحاكم فرق بينهما ؛ ولو ادعى عدم التقليد لم يصدقه الحاكم . وإذا علمت ذلك علمت أنه لا فائدة في قول الشارح تبعا لغيره يرفع الأمر لشافعي إذ لا يحكم الشافعي بسقوط التحليل ولا يقبل ما يسقطه ، لكن قال ابن قاسم في حاشية التحفة إن له تقليد الشافعي والعقد بلا محلل ، لأن هذه قضية أخرى فلا تلفيق ما لم يحكم بصحة التقليد الأول حاكم اهـ .

قلت : لكن هذا في الديانة ، لما علمت من أن الحاكم يفرق بينهما إذا علم به ، لأن التحليل حق الله تعالى ، نعم صرح شيخ الإسلام زكريا في شرح منهجه بأن الزوجين لو اختلفا في المسمى ومهر المثل وأقيمت بينة على فساده يثبت مهر المثل ويسقط التحليل تبعا اهـ لكن استظهر ابن حجر عدم سقوطه ، والله أعلم .

فإن قلت : يمكن الحكم به عندنا على قول محمد باشتراط الولي . قلت : لا يمكن في زماننا لأنه خلاف المعتمد في المذهب والقضاة مأمورون بالحكم بأصح الأقوال . على أنه نقل في التاترخانية أن شيخ الإسلام سئل هل يصح القضاء به فقال لا أدري ؛ فإن محمدا وإن شرط الولي ، لكنه قال لو طلقها ثم أراد أن يتزوجها فإني أكره له ذلك اهـ أي فإن لفظ أكره قد يستعمل من المجتهد في الحرام (قوله فيقضي به) أي بحلها للأول ، وقوله وببطلان النكاح عطف سبب على مسبب فإن قضاءه ببطلان النكاح الأول سبب لحلها بلا زوج آخر اهـ وإنما ذكر القضاء لتصير الحادثة الخلافية كالمجمع عليها ط وقدمنا في باب التعليق ما ينبغي استذكاره هنا ولا نعيده لقرب العهد به (قوله أي في القائم والآتي لا في المنقضي) عبارة البزازية على ما في النهر : وبه لا يظهر أن الوطء في النكاح الأول كان حراما وأن في الأولاد خبثا لأن القضاء اللاحق كدليل النسخ يعمل في القائم والآتي لا في المنقضي اهـ أي لأن ما مضى كان مبنيا على اعتقاد الحل تقليدا لمذهب صحيح . وإنما لزمه العمل بخلافه بعد الحكم الملزوم ، كما لو نسخ حكم إلى آخر لا يلزم منه بطلان ما مضى ، ومثله ما لو تغير رأى المجتهد . وكذا لو توضأ حنفي ولم ينو وصلى به الظهر ثم صار شافعيا بعد دخول وقت العصر يلزمه إعادة الوضوء بالنية دون ما صلاه به (قوله فالقول لها) كذا في البحر .

وعبارة البزازية : ادعت أن الثاني جامعها وأنكر الجماع حلت للأول وعلى القلب لا اهـ ومثله في الفتاوى

ولو قال الزوج الأول ذلك فالقول له : أي في حق نفسه (والزوج الثاني يهدم بالدخول) فلو لم يدخل لم يهدم اتفاقا قنية (مادون الثلاث أيضاً) أي كما يهدم الثلاث إجماعا لأنه إذا هدم الثلاث فما دونها أولى خلافا لمحمد ، فمن طلقت دونها وعادت إليه بعد آخر عادت بثلاث لو حرة وثنتين لو أمة . وعند محمد وباقي الأئمة بما بقي وهو الحق فتح ، وأقره المصنف كغيره :

(ولو أخبرت مطلقة الثلاث بمضي عدته وعدة الزوج الثاني) بعد دخوله

الهندية عن الخلاصة ، ويخالف قوله وعلى القلب لا (١) مافي الفتح والبحر : ولو قالت دخل بي الثاني والثاني منكر فالمعتبر قولها وكذا في العكس اهـ فتأمل (قوله فالقول له) أي في حق الفرقة كأنه طلقها لا في حقها حتى يجب لها نصف المسمى أو كماله إن دخل بها بحر .

مطلب مسألة الهدم

(قوله والزوج الثاني) أي نكاحه نهر (قوله مادون الثلاث) أي يهدم ما وقع من الطلقة أو الطلقتين فيجعلهما كأن لم يكونا ، وما قيل إن المراد أنه يهدم مابقي من الملك الأول فهو من سوء التصور كما نبه عليه الهندي ، أفاده في النهر (قوله أي كما يهدم الثلاث) تفسير لقوله أيضا (قوله لأنه الخ) جواب عما قاله محمد من أن قوله تعالى — حتى تنكح زوجا غيره — جعل غاية لانتهاء الحرمة الغليظة فيهدمها . والجواب أنه إذا هدمها يهدم مادونها بالأولى فهو مما ثبت بدلالة النص ، وتمام مباحث ذلك في كتب الأصول ، وقولهما مروى عن ابن عمر وابن عباس ، وقول محمد مروى عن عمر وعلي وأبي بن كعب وعمران بن الحصين كما في الفتح (قوله وهو الحق) ليس هذا في عبارة الفتح بل ذكره في التحرير وتبعه في النهر . وعبارة الفتح بعد ما أطال في الكلام من الجانبين : فظهر أن القول ماقاله محمد وباقي الأئمة الثلاثة ، ولقد صدق قول صاحب الأسرار ، ومسألة يخالف فيها كبار الصحابة يعوز فقهها (٢) . ويصعب الخروج منها (قوله وأقره المصنف كغيره) أي كصاحب البحر والنهر والمقدسي والشرنبلالي والرملي والحموي وكذا شارح التحرير المحقق ابن أمير حاج ، لكن المتون على قول الإمام ، وأشار في متن الملتقى إلى ترجيحه ، ونقل ترجيحه العلامة قاسم عن جماعة من أصحاب الترجيح ، ولم يعرج على ماقاله شيخه في الفتح وكذا لم يعرج عليه في مواهب الرحمن مع أنه كثيرا مايتبع صاحب الفتح في ترجيحه (قوله بمضي عدته) أي الزوج الأول أسند العدة إليه لأنه سببها نهر وإلا فالعدة للطلاق (قوله وعدة الزوج الثاني) ليس المراد أنها قالت مضت عدتي من الثاني فقط بل قالت تزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي كما ذكره في الهداية لأن قولها مضت عدتي لايفيد ماذكر لوجوبها بالخلوة وبمجردها لا تحل ، ومن ثم قال في النهاية : إنما ذكر في الهداية إخبارها مبسوطا ، لأنها لو قالت حللت لك فتزوجها ثم قالت لم يكن الثاني دخل بي ، إن كانت عالمة بشرائط الحل لم تصدق وإلا تصدق ، وفيما ذكرته مبسوطا لاتصدق في كل حال .

---

(١) (قوله ويخالف قوله وعلى القلب لا الخ) لايخفى أن قول البزازي وعلى القلب لا ، معناه أنه لو ادعى الزوج الثاني الجماع وأنكرته لا تحل للأول ، فهذا اعتبار لقولها كالمسألة الأولى ، وحينئذ فلا مخالفة بين ما في البزازية والفتح ، فإن قول الفتح وكذا في العكس أي الحكم في مسألة العكس كالحكم في الأصل من اعتبار قول المرأة فيكون قوله وكذا في العكس مساويا لقول البزازي وعلى القلب لا اهـ .

(٢) (قوله يعوز فقهها الخ) يعوز بفتح الواو من عوز كفرح . بمعنى فقد : أي المسألة الخلافية بين كبار الصحابة يفقد فقهها : أي فهمها أي لا يوقف فيها على الواقع بفقهها اهـ

(والمدة تحتمله جاز له) أى للأول (أن يصدقها إن غلب على ظنه صدقها) وأقل مدة عدة عنده بحيض شهران ولأمة أربعون يوما مالم تدّع السقط كما مر .

وعن السرخسي : لايحل له أن يتزوجها حتى يستفسرها لاختلاف الناس فى حلها بمجرد العقد . وعن الإمام الفضلي : لوقالت تزوجنى فإنى تزوجت غيرك وانقضت عدتى ثم قالت مازوجت صدقت إلا أن تكون أقرت بدخول الثانى اه لأنها غير متناقضة بحمل قولها تزوجت على العقد ، وقولها مازوجت معناه مادخل بى ، فإذا أقرت بالدخول ثبت تناقضها كما أفاده فى الفتح ، ويأتى تمامه (قوله له أن يصدقها) لأنه إما من المعاملات لكون البضع متقوما عند الدخول أو الديانات لتعلق الحل به وقول الواحد مقبول فيهما درر (قوله إن غلب على ظنه صدقها) أشار به إلى أن عدالتها ليست شرطا ولهذا قال فى البدائع وكافى الحاكم وغيرهما : لابأس أن يصدقها إن كانت ثقة عنده أووقع فى قلبه صدقها اه . وكذا لو قالت منكوحة رجل لآخر طلقنى زوجى وانقضت عدتى جاز تصديقها إذا وقع فى ظنه عدلة كانت أم لا ، ولو قالت نكاحى الأول فاسد لاولو عدلة كذا فى البزازية بحر (قوله وأقل مدة عدة عنده) أى عند الإمام ، وهذا بيان لقوله والمدة تحتمله فلا احتمال فيما دون ذلك (قوله بحيض) متعلق بقوله عدة ، وهذا أولى مما قيل : أى بسبب كون المرأة حائضا فافهم ، واحترز به عن العدة بالأشهر فى حق ذوات الأشهر فإن عدتها ليس لها أقل وأكثر بل هى ثلاثة أشهر لو حرة ونصفها لوأمة (قوله شهران) أى ستون يوما عنده لأنه يجعله مطلقا فى أول الطهر حذرا من وقوع الطلاق فى طهر وطئ فيه ، فيحتاج إلى ثلاثة أطهار بخمسة وأربعين وثلاث حيض بخمسة عشر حملا للطهر على أقله والحيض على وسطه لأن اجتماع أقلهما فى مدة واحدة نادر ، وهذا على تخريج محمد لقول الإمام : أما على تخريج الحسن فيجعله مطلقا فى آخر الطهر حذرا من تطويل العدة عليها فيحتاج إلى طهرين بثلاثين وثلاث حيض بثلاثين حملا للطهر على أقله والحيض على أكثره ليعتد لا وتحتاج إلى مثلها فى عدة الزوج الثانى وزيادة طهر على تخريج الحسن فتصدق فى مائة وخمسة وثلاثين يوما ، وعلى تخريج محمد فى مائة وعشرين يوما(١) اه أفاده ح .

قلت : والمراد بزيادة الطهر هو الطهر الذى تزوجها فيه الثانى وطلقها فى آخره ، لكن يلزم على هذا التخريج وقوع الطلاق فى طهر وطئها فيه إذ لابد من دخوله بها تأمل ، وهذا يؤيد تخريج محمد (قوله ولأمة أربعون) عطف على محذوف ، كأنه قال لحرة شهران ولأمة أربعون يوما : أى على تخريج محمد طهران بثلاثين وحيضتان بعشرة ، وعلى تخريج الحسن خمسة وثلاثون يوما طهر بخمسة عشر وحيضتان بعشرين ، فتصدق بثمانين يوما على تخريج محمد وخمسة وثمانين يوما على تخريج الحسن ، وتمام التفصيل وحكاية الخلاف فى التبيين ح (قوله مالم تدع السقط) أى من الزوج الأول ، لأنه يمكن إسقاطها فى يوم الطلاق فتنقضى عدتها به ، أما ادعاؤه من الثانى فلابد من أنه يمضى عليه زمن يمكن أن يستبين فيه بعض خلقه رحمتى . قلت : وكذا لو ادعته من الأول لابد أن يكون بينه وبين عقد الأول مدة أربعة أشهر (قوله كما مر) أى فى أول الباب حلبى .

مطلب الإقدام على النكاح إقرار بمضى المدة

(قوله ولو تزوجت الخ) قال فى الفتح : وفى التفاريق لو تزوجها ولم يسألها ثم قالت مازوجت أو مادخل بى صدقت إذ لايعلم ذلك إلا من جهتها :

---

(١) (قوله وعلى تخريج محمد فى مائة وعشرين يوما) ينبغى أن يزاد طهرها أيضا ليكون زواج الثانى وطلاقه واقعين فيه ، وحينئذ يلزم عليه أن يطلقها فى طهر وطئت فيه فيساوى تخريج الحسن ، وبهذا تعلم مافى قول المحشى لكن يلزم على هذا التخريج الخ اه .

ولو تزوجت بعد مدة تحتمله ثم قالت لم تنقض عدتى أو ماتزوجت بآخر لم تصدق ، لأن إقدامها على التزوج دليل الحل . وعن السرخسى لايحل تزوجها حتى يستفسرها .

وفى البزازية : قالت طلقنى ثلاثا ثم أرادت تزويج نفسها منه ليس لها ذلك أصرت عليه أم أكذبت نفسها (سمعت من زوجها أنه طلقها ولا تقدر على منعه من نفسها) إلا بقتله

واستشكل بأن إقدامها على النكاح اعتراف منها بصحته فكانت متناقضة فينبغى أن لا يقبل منها ؛ كما لوقالت بعد التزوج بها كنت مجوسية أو مرتدة أو معتدة أو منكوحة الغير أو كان العقد بغير شهود ، ذكره فى الجامع الكبير وغيره ؛ بخلاف قولها لم تنقض عدتى ثم رأيت فى الخلاصة مايوافق الإشكال المذكور . قال فى الفتاوى فى باب الباء: لو قالت بعد ماتزوجها الأول ماتزوجت بآخر فقال الزوج الأول تزوجت بآخر ودخل بك لاتصدق المرأة اه مافى الفتح .

أقول : قد يدفع الإشكال بأن المطلقة ثلاثا قام فيها المانع من إيراد العقد عليها ولايزول إلا بعد وجود شرط الحل وذلك بأن تخبر بأنها تزوجت بعده بآخر ودخل بها وانقضت عدتها والمدة تحتمله أو تخبر بأنها حلت له وهى عالمة بشرائط الحل على مامر عن النهاية فحينئذ لايقبل قولها للتناقض أما بدون ذلك فيقبل ، ولاتناقض لاحتمال ظنها الحل بمجرد العقد ، ولأن إقدامها على العقد بدون تفسير لايزول به المانع فلم يكن اعترافا ، ولذا قال السرخسى لابد من استفسارها ، ويؤيده مامر عن الفضلى أيضا ،وهذا بخلاف قولها كنت مجوسية الخ فإنها حين العقد لم يقم مانع من إيراد العقد عليها فصح العقد فلا يقبل إخبارها بما ينافيه لتناقضها، فإن مجرد إقدامها على العقد اعتراف بعدم مانع منه ، فإذا ادعت ماينافيه لم يقبل،وما مر عن الفتاوى محمول على ما إذا تزوجها بعد مافسرت توفيقا بين كلامهم .

وفى البزازية: تزوجت المطلقة ثم قالت للثانى تزوجتنى فى العدة ، إن كان بين النكاح والطلاق أقل من شهرين صدقت فى قول الإمام وكان النكاح الثانى فاسدا ، وإن أكثر لا وصح الثانى ، والإقدام على النكاح إقرار بمضى العدة لأن العدة حق الأول والنكاح حق الثانى ولا يجتمعان فدل الإقدام على المضى ، بخلاف المطلقة ثلاثا إذا تزوجت بالأول بعد مدة ثم قالت لك تزوجت قبل نكاح الثانى حيث لايكون إقدامها دليل على إصابة الثانى ونكاحه .

قالت المطلقة ثلاثا: تزوجت غيرك وتزوجها الأول ثم قالت كنت كاذبة فيما قلت لم أكن تزوجت ، فإن لم تكن أقرت بدخول الثانى كان النكاح باطلا ، وإن كانت أقرت به لم تصدق اه وهذا مؤيد لما قلنا من الفرق والتوفيق، وبالله التوفيق ، وبما قررناه ظهر لك مافى كلام الشارح ، والظاهر أنه تابع مابحثه فى الفتح (قوله وفى البزازية الخ) اقتصر على بعض عبارة البزازية تبعا للبحر وهو غير مرضى ، وتمام عبارتها هكذا : ونص فى الرضاع على أنها إذا قالت هذا ابنى رضاعا وأصرت عليه له أن يتزوجها لأن الحرمة ليست إليها . الواوبه يفتى فى جميع الوجوه اه ومقتضاه أن المفتى به أن لها أن تزوج نفسها منه هنا ،وهذا ماقدمه الشارح فى آخر الرضاع بقوله ومفاده الخ وقدمنا أن ماذكره الشارح هناك نقله فى الخلاصة عن الصدر الشهيد بلفظ: وفيه دليل على أنها لو ادعت الطلقات الثلاث وأنكر الزوج حل لها أن تزوج نفسها منه اه . وعلله فى النهر بأن الطلاق فى حقها مما يخفى لاستقلال الرجل به فصح رجوعها اه أى صح فى الحكم ، أما فى الديانة لو كانت عالمة بالطلاق فلا يحل ، وبما قررناه علمت أن ماقدمه الشارح منقول لابحث منه فافهم (قوله أنه طلقها) أى ثلاثا لأن مادونها يمكن فيه تجديد العقد إلا إذا كان ينكر

(لها قتله) بدواء خوف القصاص ، ولا تقتل نفسها . وقال الأوزجندى : ترفع الأمر للقاضى ، فإن حلف ولا بينة فالإثم عليه ، وإن قتلته فلا شيء عليها . والبائن كالثلاث بزازية ، وفيها شهدا أنه طلقها ثلاثا لها التزوج بآخر للتحليل لو غائبا انتهى .

قلت : يعنى ديانة . والصحيح عدم الجواز قنية ، وفيها : لو لم يقدر هو أن يتخلص عنها ولو غاب سحرته وردته إليها لايحل له قتلها ، ويبعد عنها جهده (وقيل لا) تقتله قائله الإسبيجابى (وبه يفتى) كما فى التاترخانية وشرح الوهبانية عن الملتقط أى والإثم عليه كما مر .

(قال بعد) أى بعد طلاقه ثلاثا (كان قبلها طلقة واحدة وانقضت عدتها وصدقته) المرأة (فى ذلك لايصدقان على المذهب المفتى به) كما لو لم تصدقه هى ، وقيل يصدقان ؛ ولو طلقها ثنتين قبل الدخول ثم قال كنت طلقتها قبلهما واحدة أخذ بالثلاث .

(قوله لها قتله بدواء) قال فى المحيط : وينبغى لها أن تفتدى بما لها أو تهرب منه ، وإن لم تقدر قتلته متى علمت أنه يقربها ، ولكن ينبغى أن تقتله بالدواء وليس لها أن تقتل نفسها ، وإن قتلته بالآلة يجب القصاص اهـ بحر (قوله فالإثم عليه) أى وحده ، وينبغى تقييده بما إذا لم تقدر على الافتداء أو الهرب (قوله وإن قتلته الخ) أفاد إباحة الأمرين ط (قوله لو غائبا) تمام عبارة البزازية وإن كان حاضرا لا ، لأن الزوج إن أنكرا حتيج بالفرقة ، ولايجوز القضاء بها إلا بحضرة الزوج اهـ (قوله والصحيح عدم الجواز) قال فى القنية : قال يعنى البديع .

والحاصل أنه على جواب شمس الأئمة الأوزجندى ونجم الدين النسفى والسيد أبى شجاع وأبى حامد والسرخسى يحل لها أن تتزوج بزوج آخر فيما بينها وبين الله تعالى ، وعلى جواب الباقين لايحل .

وفى الفتاوى السراجية : إذا أخبرها ثقة أن الزوج طلقها وهو غائب وسعها أن تعتد وتتزوج ولم يقيده بالديانة اهـ كذا فى شرح الوهبانية .

قلت : هذا تأييد لقول الأئمة المذكورين : فإنه إذا حل لها التزوج بإخبار ثقة فيحل لها التحليل هنا بالأولى إذا سمعت الطلاق أو شهد به عدلان عندها ، بل صرحوا بأن لها التزوج إذا أتاها كتاب منه بطلاقها ولو على يد غير ثقة إن غلب على ظنها أنه حق . وظاهر الإطلاق جوازه فى القضاء حتى لو علم بها القاضى يتركها ، فتصحيح عدم الجواز هنا مشكل ، إلا أن يحمل على القضاء وإن كان خلاف الظاهر فتأمل ، نعم لو طلقها وهو مقيم معها يعاشرها معاشرة الأزواج ليس لها التزوج لعدم انقضاء عدتها منه كما سيأتى بيانه فى العدة (قوله لايحل له قتلها) ينبغى جريان الخلاف فيه ، بل القول بقتلها هنا أقرب من القول بقتلها له فيما مر لأنها ساحرة والساحر يقتل وإن تاب تأمل (قوله وقيل لاتقتله الخ) نقل فى التاترخانية أيضاً القول الأول بقتله عن الشيخ الإمام أبى القاسم وشيخ الإسلام أبى الحسن عطاء بن حمزة والإمام أبى شجاع ، ونقله عن فتاوى الإمام محمد بن الوليد السمرقندى عن عبد الله ابن المبارك عن أبى حنيفة . ونقل أيضاً أن الشيخ الإمام نجم الدين كان يحكى قول الإمام أبى شجاع ويقول إنه رجل كبير وله مشايخ أكابر ، لايقول مايقول إلا عن صحة فالاعتماد على قوله اهـ وبه علم أنه قول معتمد أيضاً (قوله وانقضت عدتها) إنما قال ذلك لتصير أجنبية لايلحقها الطلاق الثلاث .

أقول : وهذا إذا لم يكن انقضاء العدة معروفا لما سيذكره الشارح فى آخر العدة عن القنية أيضاً : طلقها ثلاثا ويقول كنت طلقتها واحدة ومضت عدتها فلو مضيها معلوما عند الناس لم تقع الثلاث وإلا تقع ، ولو حكم عليه بوقوع الثلاث بالبينة بعد إنكاره ، فلو برهن أنه طلقها قبل ذلك بمدة طلقة لم يقبل اهـ (قوله أخذ بالثلاث) لأن إقدامه على الطلاق يدل على بقاء العصمة وتطلق ثلاثا عملا بإقراره واحتياطا ط ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

باب الإيلاء

مناسبته البينونة مآلا (هو) لغة اليمين . وشرعا (الحلف على ترك قربانها) مدته ولو ذمياً (والمولى هو الذى لايمكنه قربان امرأته إلا بشيء) مشق (يلزمه)

باب الإيلاء

(قوله مناسبته البينونة مآلا) أى مناسبة ذكر هذا الباب عقب باب الرجعة ماذكره فى البحر من أن الإيلاء يوجب البينونة فى ثانى الحال كالطلاق الرجعى اه . ويحتمل أن المناسبة للبائن المذكور آخر باب الرجعة فى قوله وينكح مبانته الخ لكن فيه أن المطلوب إبداء المناسبة بين كل باب وما قبله ،والبائن ذكر فى باب الرجعة استطرادا فافهم (قوله هو لغة اليمين) وجمعه ألايا وفعله آلى يولى إيلاء كتصريف أعطى فتح (قوله وشرعا الحلف الخ) يشمل التعليق بما يشق فإنه يسمى يمينا كما قدمناه فى باب التعليق ، ولهذا قال فى الفتح : وفى الشرع هو اليمين على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعدا بالله تعالى أو بتعليق مايستشقه على القربان . قال : وهو أولى من قول الكنز الحلف على ترك قربانها أربعة أشهر ، لأن مجرد الحلف يتحقق فى نحو إن وطئتك فلله على أن أصلى ركعتين أو أغزو فإنه لايكون بذلك موليا لأنه ليس مما يشق فى نفسه وإن تعلق إشقاقه بعارض ذميم من النفس من الجبن والكسل اه وهــذا وارد على المصنف ، وما أجاب به فى البحر رده فى النهر وشرح المقدسى (قوله على ترك قربانها) أى الزوجة حالا أو مآلا ، كقوله لأجنبية إن تزوجتك فوالله لاأقربك ، لأن المعتبر وقت تنجيز الإيلاء كما يأتى ، فلا حاجة إلى قول ابن كمال إنه لابد من أن يقال فى التعريف حاصلا فى النكاح أو مضافا إليه ، على أن ذلك كما قال فى النهر شرط ، وشأن الشروط خروجها من التعريف اه ودخل فى الزوجة حالا معتدة الرجعى ، وما لو آلى من زوجته الحرة ثم أبانها بطلقة ثم مضت مدة الإيلاء وهى معتدة فإنه يقع عليها أخرى كما سيأتى . وأورد عليه القهستانى مافى الخانية : لو آلى من زوجته الأمة ثم اشتراها فانقضت مدته لم يقع اه .

قلت : يجاب بأن شراءها فسخ للعقد فكأنها لم تكن زوجة وقته أو بأن الشرط بقاء الزوجية أو أثرها كالعدة ولا عدة هنا ، كما لو مضت عدة الحرة قبل المدة ودخل أيضاً الصغيرة ولو لاتوطأ ، وقيد بالقربان أى الوطء ؛ لأنه لو حلف على غيره كوالله لايمس جلدى جلدك أو لاأقرب فراشك ونحو ذلك ولم ينو الوطء لم يكن موليا كما يأتى (قوله مدته) أى الآتى بيانها (قوله ولو ذمياً) تعميم لفاعل المصدر وهو قربانها ذكره هنا ، وإن صرح به المصنف بعد إشارة إلى دخوله فى التعريف على قول الإمام لصحة حلفه وإن لم تلزمه الكفارة كما يأتى فافهم (قوله والمولى) بضم الميم وكسر اللام اسم فاعل من آلى (قوله إلا بشيء مشق يلزمه) الشرط كونه مشقا فى نفسه كالحج ونحوه كما يأتى ، فخرج غيره كالغزو وصلاة ركعتين وإن عرض إشقاقه لجبن أو كسل كما مر عن الفتح ، ومن المشق الكفارة :

وأورد فى البحر إيلاء الذمى بما فيه كفارة كوالله لاأقربك فإنه يصح عند الإمام بلا لزوم كفارة، وما إذا قال لنسائه الأربع والله لاأقربكن فإنه يمكنه قربان ثلاث منهن بلا شيء يلزمه . وأجاب عن الأول بما فى الكافى من أنه ماخلا عن حنث لزمه بدليل أنه يحلف فى الدعاوى بالله العظيم ولكن منع من وجوب الكفارة عليه مانع وهو كونها عبادة وهو ليس من أهلها :

إلا لمانع كفر . وركنه الحلف (وشرطه محلية المرأة بكونها منكوحة وقت تنجيز الإيلاء ، ومنه : إن تزوجتك فوالله لا أقربك ، ولو زاد وأنت طالق ثم تزوجها لزمه كفارة بالقربان ووقع بائن بتركه (وأهلية الزوج للطلاق) وعندهما للكفارة (فصح إيلاء الذمى) بغير ماهو قربة . وفائدته وقوع الطلاق . ومن شرائطه عدم النقص عن المدة .

قلت : والجواب عن الثانى أن الإيلاء وقع على جملة الأربع لاعلى بعضهن ولذا لم يحنث بقربان البعض لأنه غير المحلوف عليه بل بعضه كما أفاده شراح الهداية فهو كقوله لأكلم زيدا وعمرا لايحنث بأحدهما مالم يكلم الآخر. وفى البدائع : لو قال لامرأته وأمته والله لأقربكما لايكون موليا من امرأته حتى يقرب الأمة اهـ ، أى لأن شرط الحنث قربانهما فلا يحنث بقربان إحداهما ، لكن إذا قربها تعين شرط البر بالمنع عن قربان الثانية ، فإن كانت الثانية هى الزوجة صار مولياً منها ، ومقتضاه أنه لو قرب الثلاثة فى المسألة المارة صار مولياً من الرابعة .

[تنبيه] لو حلف على ترك قربانها بعتق عبده ثم باعه أو مات العبد سقط الإيلاء لأنه صار بحال لايلزمه شىء بقربانها ، فلو عاد إلى ملكه بعده البيع قبل القربان عاد حكم الإيلاء بدائع (قوله إلا لمانع كفر) إشارة إلى مامر عن الكافى (قوله وركنه الحلف) أى الحلف المذكور (قوله بكونها منكوحة) أى واو حكما كمعتدة الرجعى كما قدمناه ، وشمل مالو أبانها بعده ثم مضت مدته فى العدة كما مر ، وبه علم أنه لايبطل بالإبانة بما دون الثلاث . قال فى البدائع : والإيلاء لاينعقد فى غير الملك ابتداء وإن كان يبقى بدون الملك اهـ فخرجت الأجنبية والمبانة كما سيأتى ، وكذا الأمة والمدبرة وأم الولد ، لقوله تعالى — للذين يؤلون من نسائهم — والزوجة هى المملوكة ملك النكاح كما فى البدائع (قوله ومنه) أى من كونها منكوحة وقت تنجيز الإيلاء إن تزوجتك فوالله لاأقربك لأن المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط فهى منكوحة وقت التنجيز ح (قوله ثم تزوجها) أى بعد ماوقع عليه الطلاق المعلق ، وقوله لزمه كفارة الخ معناه ثبت حكم الإيلاء وعمل عمله من لزوم الكفارة بالقربان فى المدة ووقوع البائن بترك القربان ، وهذا لأنه لما علق الإيلاء والطلاق على التزوج نزلا مرتبين فنزل الإيلاء قبل البينونة ونزل الطلاق عقبه وبانت به ، لأنه قبل الدخول وزوال الملك لايبطل حكم الإيلاء ، فإذا تزوجها فى مدته عمل عمله ، أما لو قدم الطلاق على الإيلاء بطل حكمه عند الإمام لأنه ينزل عقب البينونة والإيلاء لاينعقد فى غير الملك ، كما أفاده فى البحر فى باب التعليق بقوله : لو قال إن تزوجتك فأنت طالق وأنت علىّ كظهر أمى ووالله لاأقربك ثم تزوجها ووقع الطلاق ويلغو الظهار والإيلاء عنده لأنه ينزل الطلاق أولا فتصير مبانة ، وعندهما ينزلن جميعا ، ولو أخر الطلاق فتزوجها وقع وصح الظهار والإيلاء اهـ فافهم (قوله وأهلية الزوج للطلاق) أفاد اشتراط العقل والبلوغ ، فلا يصح إيلاء الصبى والمجنون لأنهما ليسا من أهل الطلاق ، ويصح إيلاء العبد مما لايتعلق بالمال كإن قربتك فعلىّ صوم أو حج أو عمرة أو امرأتى طالق ، فإن حنث لزمه الجزاء ، أو والله لاأقربك ، فإن حنث لزمه الكفارة بالصوم ، بخلاف مايتعلق بالمال مثل فعلىّ عتق رقبة أو أن أتصدق بكذا لأنه ليس من أهل ملك المال بدائع (قوله فصح إيلاء الذمى) أى عنده لاعندهما ، لكن كل من القولين ليس على إطلاقه لأن إيلاءه بما هو قربة محضة كالحج لايصح اتفاقا ، وبما لايلزم كونه قربة كالعتق يصح اتفاقا ، وبما فيه كفارة كوالله لا أقربك يصح عنده لاعندهما كما فى البحر وغيره (قوله بغير ماهو قربة) أى محضة ، احترز به عن نحو الحج والصوم كما علمت (قوله وفائدته الخ) أى أن تصحيح إيلاء الذمى وإن لم تلزمه الكفارة بالحنث له فائدة ، وهى وقوع الطلاق بترك قربانها فى المدة (قوله ومن شرائطه الخ) ومنها أن لايقيد بمكان لأنه يمكن قربانها فى غيره ، وأن لايجمع بين الزوجة وغيرها كأمته أو أجنبية لأنه يمكنه قربان امرأته وحدها بلا لزوم شىء كما مر

(وحكمه وقوع طلقة بائنة إن بر) ولم يطأ (و) لزم (الكفارة أو الجزاء) المعلق (إن حنث) بالقربان : (و) المدة (أقلها للحرة أربعة أشهر ، وللأمة شهران) ولا حد لأكثرها ، فلا إيلاء بحلفه على أقل من الأقلين . وسببه كالسبب فى الرجعى ، وألفاظه صريح وكناية

وأما اشتراط أن لايقيد بزمان فغير صحيح ، لأنه إن أريد بالزمان مدة الإيلاء فلا يصح نفيه ، وإن أريد نفى مادونها فهو مازاده الشارح فافهم ، نعم يشترط أن لايستثنى بعض المدة مثل لا أقربك سنة إلا يوما على تفصيل فيه سيأتى ، وأن يكون المنع عن القربان فقط ، لما فى الولوالجية : لو قال إن قربتك أو دعوتك إلى الفراش فأنت طالق لايصير موليا لأنه يمكنه القربان بلا شىء يلزمه بأن يدعوها إلى الفراش فيحنث ثم يقربها فى المدة اه (قوله وحكمه) أى الدنيوى : أما الأخروى فالإثم إن لم يفئ إليها كما يفيده قوله تعالى ـ فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم ـ وصرح القهستانى عن النتف بأن الإيلاء مكروه ، وصرحوا أيضا بأن وقوع الطلاق بمضى المدة جزاء لظلمه ، لكن ذكر فى الفتح أول الباب أن الإيلاء لا يلزمه المعصية ، إذ قد يكون برضاها لخوف غيل على الولد وعدم موافقة مزاجها ونحوه فيتفقان عليه لقطع لجاج النفس (قوله ولم يطأ) عطف تفسير ، والمراد بالوطء حقيقته عند القدرة أو مايقوم مقامه كالقول عند العجز ، فالمراد ولم يفئ : أى لم يرجع إلى ماحلف عليه (قوله والكفارة أو الجزاء) بالعطف بأو ، وفى بعض النسخ بالواو موافقا لما فى الدرر وشرح المصنف ، وهى بمعنى أو لأن المراد بيان نوعيه بقرينة قوله الآتى : ففى الحلف بالله تعالى وجبت الكفارة وفى غيره وجب الجزاء أى المعلق عليه كالحج والعتق والطلاق ونحو ذلك . ويمكن حمل الواو على معناها ، إذ يمكن اجتماع الكفارة والجزاء ، فى نحو والله لا أقربك وإن قربتك فعلى حج كذا قيل . وفيه أنهما إيلاءان يجب بالحنث فى أحدهما الكفارة وفى الآخر الجزاء وإن وقع عند البر طلاق واحد بدليل ماقالوا فى : والله لا أقربك إذا كرره ثلاثا ولم ينو التأكيد أنه أيمان ثلاثة يجب لكل كفارة ويقع بها طلقة واحدة كما سيأتى آخر الباب فافهم (قوله إن حنث بالقربان) أى الوطء حقيقة ، فلا يحنث بالفئ باللسان عند العجز عن الوطء لأنه غير المحلوف عليه ؛ ولو وطئ بعده فى المدة حنث كما سيأتى (قوله أربعة أشهر) لا خلاف أنه إن وقع فى غرة الشهر اعتبرت مدته بالأهلة ، ولو وقع فى بعضه فلا رواية عن الإمام . وقال الثانى: تعتبر بالأيام . وعن زفر اعتبار بقية الشهر بالأيام والشهر الثانى والثالث بالأهلة ، ويكمل أيام الشهر الأول بالأيام من أول الشهر الرابع(١) نهر عن البدائع (قوله وللأمة شهران) يعم مالو كان زوجها حرا ، ولو أعتقت فى أثناء المدة بعد ماطلقت انتقلت إلى مدة الحرائر نهر ، ومثله فى البدائع (قوله فلا إيلاء) أى فى حق الطلاق بدائع : أى لا فى حق الحنث ، فلو قال لحرة والله لا أقربك شهرين ولم يقربها فيهما لم تطلق ، ولو قربها فيهما حنث (قوله وسببه كالسبب فى الرجعى) وهو الداعى من قيام المشاجرة وعدم الموافقة نهر ، ومثله فى شرح درر البحار وكأنه خص الرجعى لكونه أشبه فى البينونة .آلا على مامر تأمل (قوله صريح وكناية) وقبل ثلاثة : صريح ومايجرى مجراه وكناية ؛ فالصريح لفظان الجماع والنياك ، أما القربان والمباضعة والوطء فهى كنايات تجرى مجرى الصريح ؛ قال فى الفتح : والأولى جعل الكل من الصريح ، لأن الصراحة منوطة بتبادر المعنى لغلبة الاستعمال فيه سواء كان حقيقة أو مجازا لا بالحقيقة ، وإلا لوجب كون الصريح لفظ النيك فقط . وفى البدائع : الافتضاض فى البكر يجرى مجرى الصريح اه وستأتى ألفاظ الكناية :

(١) (قوله من أول الشهر الرابع الخ) صوابه الخامس ، وكذا قوله والثالث صوابه والرابع أيضا تأمل والله أعلم اه .

(فمن الصريح (لو قال والله) وكل ماينعقد به اليمين (لا أقربك) لغير حائض ذكره سعدى، لعدم إضافة المنع حينئذ إلى اليمين (أو) والله (لا أقربك) لاأجامعك لاأطؤك لاأغتسل منك من جنابة (أربعة أشهر) ولو

وفى البحر : لو ادعى فى الصريح أنه لم يعن الجماع لايصدق قضاء ويصدق ديانة. والكناية : كل لفظ لايسبق إلى الفهم معنى الوقاع منه ويحتمل غيره ، ولا يكون إيلاء بلا نية ويدين فى القضاء (قوله فمن الصريح الخ) ذكر منه أربعة ألفاظ ، وأشار إلى أنه بقى غيرها ، فإن منه قوله للبكر لا أفتضك كما مر . وفى المنتقى لا أنام معك إيلاء بلانية ،وكذا لايمس فرجى فرجك ،وهذا يخالف ما فى البدائع من أن لا أبيت معك فى فراش كناية ،وما فى جوامع الفقه من أنه لو قال لايمس جلدى جلدك لايصير موليا ، لأنه يمكن أن يلف ذكره بشىء ، أفاده فى الفتح . وظاهره مافى الجوامع أنه ليس صريحا ولا كناية .

قلت : والذى يظهر مافى المنتقى من أن اللفظين من الصريح ، لما علمت من أن الصراحة منوطة بتبادر المعنى والمتبادر من قولك فلان نام مع زوجته هو الوطء ، نعم لايتبادر ذلك من قولك بات معها فى فراش وتبقى المخالفة فى مسألة المس ، وماذكر من الإمكان لاينافى التبادر ،وإلا لزم أن تكون المباضعة كذلك لأنها بمعنى وضع البضع على البضع أى الفرج ، فيمكن أن يقال : لا يلزم منه الجماع ، وكذا الافتضاض : أى إزالة البكارة يمكن بأصبع ونحوها تأمل (قوله لو قال والله الخ) قيد بالقسم ، لأنه لو قال : لا أقربك ولم يقل والله لا يكون موليا ذكره الإسبيجابى بحر : أى لأنه لابد من لزوم مايشق (قوله وكل ماينعقد به اليمين) كل مبتدأ حذف خبره تقديره كذلك . قال فى البحر : وأراد بقوله والله ماينعقد به اليمين كقوله تالله وعظمة الله وجلاله وكبريائه ، فخرج مالاينعقد به كقوله وعلم الله لا أقربك وعليه غضب الله تعالى وسخطه إن قربتك اهـ ط (قوله لا أقربك) أى بلابيان مدة ، أشار إلى أنه كالمؤقت بمدة الإيلاء ، لأن الإطلاق كالتأبيد ، ومثله لو جعل له غاية لايرجى وجودها فى مدة الإيلاء ، كقوله فى رجب لا أقربك حتى أصوم المحرم ، وكقوله إلا فى مكان كذا أو حتى تفطمى ولدك وبينهما أربعة أشهر فأكثر ، ولو أقل لم يكن موليا ، وكذا حتى تطلع الشمس من مغربها أو حتى تخرج الدابة أو الدجال استحسانا لأنه فى العرف للتأبيد ، وكذا إن كان يرجى وجودها فى مدته لكن لايتصور بقاء النكاح معه كحتى تموتى أو أموت أوأطلقك ثلاثا أوحتى أملكك أوأملك شقصا منك وهى أمة ،وإن تصور بقوة كحتى أشتريك لايكون موليا لأن مطلق الشراء لايزيل النكاح لأنه قد يشتريها لغيره ، ولو زاد لنفسى فكذلك لأنه قد يكون الشراء فاسدا لايملك إلا بالقبض ؛ حتى لو قال لنفسى وأقبضك كان موليا فيصير تقديره لا أقربك مادمت فى نكاحى ؛ ولو قال حتى أعتق عبدى أو أطلق زوجتى فهو إيلاء عندهما خلافا لأبى يوسف . ولا خلاف فى عدمه فى حتى أدخل الدار أو أكلم زيدا كما فى النهر وغيره (قوله لغير حائض الخ) فى غاية البيان معزيا للشامل : حلف لايقربها وهى حائض لم يكن موليا ، لأن الزوج ممنوع عن الوطء بالحيض فلا يصير المنع مضافا لليمين اهـ. وبهذا علم أن الصريح وإن كان لايحتاج إلى النية لايقع به لوجود صارف كذا فى البحر ، وقيده الشرنبلالى بحثا بما إذا كان عالما بحيضها . وفصل سعدى فى حواشى العناية بحمل مافى الشامل على ما إذا قال لا أقربك ولم يقيد بمدة أما لو قال أربعة أشهر فإنه يكون موليا ولو كانت حائضا ، وهذا معنى قول الشارح هنا لغير حائض ، وقوله بعده فى المقيد ولو لحائض . وأوضحه فى النهر بأنه إذا قيده بأربعة أشهر يكون قرينة على إضافة المنع إلى اليمين اهـ .

أقول : هذا كله مبنى على أن قول الشامل وهى حائض ليس من كلام الزوج ، لكن ذكر المقدسى أنه حال من مفعول يقربها لامن فاعل حلف أى فهو من كلام الزوج :

لحائض لتعيين المدة (أو إن قربتك فعلي حج أو نحوه) مما يشق ، بخلاف فعليّ صلاة ركعتين فليس بمول لعدم مشقتهما ، بخلاف فعليّ مائة ركعة ، وقياسه أن يكون موليا بمائة ختمة أو اتباع مائة جنازة ولم أره (أو فأنت طالق أو عبده حر) ومن الكناية لا أمسك لا آتيك لا أغشاك لا أقرب فراشك لا أدخل عليك ،

قلت : وربما أفاده مافى كافى الحاكم حيث قال : وإن حلف لايقربها وهى حائض لم يكن موليا ، وإن حلف لايقربها حتى تفعل شيئا تقدر على فعله قبل مضى أربعة أشهر لم يكن موليا وإن تأخر ذلك أربعة أشهر لم يضره اﻫ فقوله حتى تفعل من كلام الزوج قطعا ، فكذا قوله وهى حائض ، وقد أفاد علته بما ذكره بعده ، وهى أن مدة الحيض يمكن مضيها قبل أربعة أشهر فلا يصير موليا وإن زادت عليها ، ويؤيده تعليل الولوالجى بقوله لأنه منع نفسه عن قربانها فى مدة الحيض وأنه أقل من أربعة أشهر اﻫ .

ولو كانت العلة مامر من كون الزوج ممنوعا عن الوطء بالحيض الخ لكان الواجب ذكر ذلك فى شروط صحة الإيلاء ، بأن يقال يشترط فى صحته أن لايكون الزوج ممنوعا عن وطئها وقت الإيلاء .

ويرد عليه أنه يشمل ماإذا كانت محرمة أو معتكفة أو صائمة أو مصلية مع أنه سيأتى أنه يصح الإيلاء وهى محرمة وإن كان بينها وبين الحرم أكثر من أربعة أشهر ، ولايكون فيؤه باللسان بل بالجماع ، لأن الإحرام مانع شرعى وهو لايسقط حقها فى الجماع ، فقد صح الإيلاء مع علمه بأنه ممنوع عن قربانها شرعا فى مدة أربعة أشهر ففى حالة الحيض يصح بالأولى ، فما كان الجواب عن حالة الإحرام فهو الجواب عن حالة الحيض ، فاغتنم تحرير هذا المقام والسلام (قوله لتعيين المدة) أى لأن ذكر المدة قرينة على أن المنع لليمين لا للحيض ، بخلاف ما إذا لم يذكرها كما مر (قوله أو نحوه مما يشق) كقوله فعليّ عمرة أو صدقة أو صيام أو هدى أو اعتكاف أو يمين أو كفارة يمين أو فأنت طالق أو هذه الزوجة أخرى أو فعبدى حر ، أو فعليّ عتق لعبد مبهم أو فعلى صوم يوم بخلاف صوم هذا الشهر لأنه يمكنه قربانها بعد مضيه بلا شىء يلزمه ، ولو قال فعلى اتباع جنازة أو سجدة تلاوة أو قراءة القرآن أو تسبيحة أو الصلاة فى بيت المقدس لم يكن موليا . وفى الذخيرة خلاف محمد لأنها تلزم بالنذر كذا فى الفتح ، وأشار فى الفتح إلى الجواب عن قول محمد بأن المدار على لزوم مايشق لاعلى صحة النذر وإلا لزم أن يكون موليا بالتعليق على صلاة ركعتين . والمذهب أنه يسقط النذر بصلاتها فى غير بيت المقدس (قوله لعدم مشقتهما) أى وإن لزماه بالحنث لصحة النذر بهما ، وأشار إلى أنه لاتعتبر المشقة العارضة بنحو كسل كما لاتعتبر العارضة بالجبن فى نحو فعليّ غزو كما مر (قوله وقياسه الخ) هذا البحث لصاحب النهر ، وهو فى غير محله لما تقدم من أن المولى هو الذى لايمكنه قربان زوجته إلا بشىء مشق يلزمه فلابد من كونه لازما وكونه مشقا(١) ولايصح النذر بقراءة القرآن وصلاة الجنازة وتكفين الموتى كما فى أيمان القهستانى ، فإذا لم يصح نذره أمكنه قربانها بلاشىء يلزمه أصلا ، كما لو قال : إن قربتك فعليّ ألف وضوء فلا يكون موليا فافهم (قوله أو فأنت طالق أو عبده حر) كان ينبغى ذكره قبل قوله أو نحوه فإن قربها تطلق رجعية ويعتق العبد وظاهره وإن لم يكن ممن يشق عليه لأنه فى الأصل مشق كما أفاده ط وقدمنا أنه لو باع العبد سقط الإيلاء ولو عاد إلى ملكه عاد ، ولو قال فعليّ ذبح ولدى يصح ويلزمه بالحنث ذبح شاة كما فى البدائع (قوله ومن الكناية الخ) ومنها لا أجمع رأسى ورأسك لا ألمسك لا أضاجعك لأغيظنك لأسوأنك فتح ، والأخيران باللام الجوابية . وذكر أيضا أنه عد منها فى البدائع الدنوّ وكذا

---

(١) (قوله بشىء مشق وكونه مشقا) كذا بالأصل المقابل على خطه ، والمعروف من كتب اللغة بأيديها شاق لامشق اﻫ مصححه .

ومن المؤبد نحو حتى تخرج الدابة أو الدجال أو تطلع الشمس من مغربها (فإن قربها فى المدة) ولو مجنونا (حنث) وحينئذ (ففى الحلف بالله وجبت الكفارة ، وفى غيره وجب الجزاء وسقط الإيلاء) لانتهاء اليمين (وإلا) يقربها (بانت بواحدة) بمضيها . ولو ادعاه بعد مضيها لم يقبل قوله إلا ببينة (وسقط الحلف لو) كان (مؤقتا) ولو بمدتين . إذ بمضى الثانية تبين بثانية وسقط الإيلاء (لا لو كان مؤبدا) وكانت طاهرة كما مر وفرع عليه (فلو نكحها ثانيا وثالثا ومضت المدتان بلا فىء) أى قربان (بانت بأخريين) والمدة من وقت التزوج

لا أبيت معك ، وتقدم الكلام على الأخير (قوله ومن المؤبد الخ) لأنه يذكر فى العرف للتأبيد . ولأن له أمارات سابقة تدل على أنه لا يقع فى مدة أربعة أشهر . وكان المناسب ذكر هذه الجملة عند قول المصنف الآتى لا لو كان مؤبدا كما فعل فى الفتح (قوله فإن قربها فى المدة الخ) إنما ذكره وإن أغنى عنه قوله سابقا وحكمه الخ ليرتب عليه ما بعده ط (قوله ولو مجنونا) لأن الأهلية تعتبر وقت الحلف لا وقت الحنث (قوله وجبت الكفارة) ولو كفر قبل الحنث لا تعتبر بحر (قوله وجب الجزاء) سيأتى فى الأيمان أن فى مثله يخير بين الوفاء بما التزمه من النذر أو كفارة اليمين رحمتى أى على الصحيح الذى رجع إليه الإمام شرنبلالية . وهذا إن بقى الإيلاء . فلو سقط بموت العبد المحلوف بعتقه فلا يجب شىء كما علمت (قوله وسقط الإيلاء) عطف على حنث . فلو مضت أربعة أشهر لا يقع طلاق لانحلال اليمين بالحنث ، وسواء حلف على أربعة أشهر أو أطلق أو على الأبد بحر (قوله بانت بواحدة) أى بطلقة واحدة ، وقوله بمضيها : أى بسبب مضى المدة ، وأشار إلى أنه لا حاجة إلى إنشاء تطليق أو الحكم بالتفريق خلافا للشافعى كما أفاده فى الهداية (قوله ولو ادعاه) أى القربان فى المدة (قوله لم يقبل قوله إلا ببينة) أى على إقراره فى المدة أنه جامعها بحر ، لأنه فى المدة يملك الإنشاء فيملك الإخبار فصح إشهاده عليه . وتقدم فى الرجعة نظيره وأنه من أعجب المسائل (قوله ولو بمدتين الخ) بأن حلف على ثمانية أشهر كما فى الدر المنتقى تبعا للقهستانى . وهو مخالف لما فى الكنز وغيره من قوله : وسقط الإيلاء لو حلف على أربعة أشهر فإنه يقتضى أنه لو حلف على مدتين أو أكثر لا يسقط ، وهو معنى قوله إذ بمضى الثانية تبين بثانية : لكن مراد الشارح أنه يسقط بعد مضى المدتين (قوله تبين بثانية) يعنى إذا تزوجها ثانيا وإلا فهو على غير الأصح الآتى فى المؤبد . إذ لا فرق يظهر بينهما ثم رأيت القهستانى قال وفى الثانية : أى فى مسألة المدتين إذا بانت ثم تزوجها ثانيا ثم مضت أربعة أشهر أخرى بانت بواحدة أخرى وسقط الإيلاء اه .

وفى الولوالجية : والله لا أقربك سنة فمضى أربعة أشهر فبانت ثم تزوجها ومضى أربعة أشهر أخرى بانت أيضا ، فإن تزوجها ثالثا لا يقع لأنه بقى من السنة بعد التزوج أقل من أربعة أشهر (قوله لا لو كان مؤبدا) أى لا يسقط الحلف : أى الإيلاء لو كان مؤبدا . قال فى الفتح : هو أن يصرح بلفظ الأبد أو يطلق فيقول لا أقربك إلا أن تكون حائضا فليس بمول أصلا اه (قوله وكانت طاهرة) هو معنى قول الفتح إلا أن تكون حائضا وقد علمت ما فيه مما مر (قوله وفرع عليه فلو نكحها) أى فرّع هذا الكلام ، وضمير عليه لقوله لا لو كان مؤبدا . وأفاد أنه لا يتكرر الطلاق بدون تزوج لعدم منع حقها . وقيل لو بانت بمضى أربعة أشهر بالإيلاء ثم مضت أربعة أخرى وهى فى العدة وقعت أخرى ، فإن مضت أربعة أخرى وهى فى العدة وقعت أخرى . والأول أصح لأن وقوع الطلاق جزاء الظلم ، وليس للمبانة حق فلا يكون ظالما كما فى الزيلعى ، ووافقه فى الفتح والبحر والنهر ، وعليه المتون (قوله والمدة من وقت التزوج) سواء كان التزوج فى العدة أو بعد انقضائها .

قال فى النهر : واختلف فى اعتبار ابتداء مدته . ففى الهداية : وعليه جرى فى الكافى أنها من وقت التزوج

(فإن نكحها بعدزوج آخر لم تطلق) لانتهاء هذا الملك، بخلاف مالو بانت بالإيلاء بمادون ثلاث أو أبانها تنجيز الطلاق ثم عادت بثلاث يقع بالإيلاء خلافا لمحمد كما مر فى مسألة الهدم (وإن وطئها) بعدزوج آخر (كفر) لبقاء اليمين للحنث (والله لا أقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين) إيلاء (لتحقق) المدة

وقيد فى النهاية والعناية تبعا للتمرتاشي والمرغينانى بما إذا كان التزوج بعد انقضاء العدة. فإن كان فيها اعتبر ابتداؤه من وقت الطلاق . قال الزيلعى : وهذا لايستقيم(١) إلا على قول من قال بتكرر الطلاق قبل التزوج وقد مر ضعفه قال فى الفتح : فالأولى الإطلاق كما فى الهداية ح (قوله فإن نكحها) أى المولى الذى انتهى ملكه بالثلاث ح أى نكحه (٢) قبل أن تتزوج بغيره وكذا بعده ولكنها مسألة الهدم الآتية (قوله لانتهاء هذا الملك) فهذه المسألة فرع ماإذا علق طلاقها بالدخول مثلا ثم نجز الثلاث فتزوجت بغيره ثم أعادها فدخلت لاتطلق خلافا لزفر ، وكذا لو آلى منها ثم طلقها ثلاثا بطل الإيلاء ، حتى لو مضت أربعة أشهر وهى فى العدة لم يقع الطلاق خلافا(٣) لزفر ، ولو تزوجها بعد زوج آخر فى الإيلاء المؤبد لايعود الإيلاء خلافا له فتح (قوله بتنجيز الطلاق) أى بتنجيز طلقة أو طلقتين ح (قوله ثم عادت بثلاث) بأن تزوجها بعد زوج آخر بناء على قولهما إن الزوج الثانى يهدم مادون الثلاث ويثبت حلا جديدا فتعود للأول بثلاث لا بما بقى (قوله يقع بالإيلاء) الضمير عائد إلى الثلاث باعتبار معنى الطلاق الثلاث . والأولى أن يقول تقع بالتاء الفوقية يعنى تطلق كلما مضى عليها أربعة أشهر لم يجامعها فيها حتى تبين بثلاث ، كذا قال فى الفتح والنهر والتبيين .

قلت : ولابد من تقييده بأن يتزوجها بعد كل مدة على ماهو الأصح ليكون الطلاق جزاء الظلم كما مر وكأنهم أطلقوه هنا لقرب العهد فتأمل (قوله خلافا لمحمد) فعنده لاتقع الثلاث بل مابقى من واحدة أو ثنتين بناء على قوله إن الثانى لايهدم مادون الثلاث كما مر قبيل هذا الباب ومر اعتماد قوله (قوله بعد زوج آخر) مكرر بما ذكره المصنف قبل . وكان الأولى للمصنف فى التعبير أن يقول وكفر إن وطىء ليكون عطفا على جواب الشرط ؛ وهو قوله لم تطلق (قوله لبقاء اليمين للحنث) أى لحق الحنث وإن لم تبق فى حق الطلاق فصار كما لو قال لأجنبية لاأقربك لايكون بذلك موليا ، وتجب الكفارة إذا قربها زيلعى (قوله بعد هذين الشهرين) قيد اتفاقى ، لأنه لو قال شهرين وشهرين كان الحكم كذلك كما صرح به فى التبيين ح ومثله فى الفتح والبحر (قوله لتحقق المدة) أى أربعة أشهر ولهذا لو قال لا أكلم فلانا يومين ويومين كان كقوله لا أكلمه أربعة أيام ، والأصل فى جنس هذه المسائل أنه متى عطف من غير إعادة حرف النفى ولا تكرار اسم الله تعالى يكون يمينا واحدا ، ولو أعاد حرف النفى أو كرر اسم الله تعالى يكون يمينين وتتداخل مدتهما . بيانه لوقال : والله لاأكلم زيدا يومين ولا يومين(٤) يكون يمينين ومدتهما واحدة ، حتى لو كلمه فى اليوم الأول أو الثانى يحنث فيهما ويجب عليه كفارتان ، وإن كلمه فى اليوم الثالث لايحنث لانقضاء مدتهما ، وكذا لو قال والله لاأكلم زيدا يومين والله لا أكلم زيدا يومين لما ذكرنا ، ولو قال والله لاأكلمه

---

(١) (قوله وهذا لايستقيم الخ) أقول : بل لا يستقيم أيضا على ذلك القول . فإن أصحاب ذلك يحسبون المدة من وقت الطلاق على كل حال ، ويحتاج الفرق بين ما إذا تزوجت بعد العدة حيث لم تحسب مدتها وبين ماإذا تزوجت فيها حيث احتسب من وقت الطلاق ، فالظاهر أنه قول ثالث اه .

(٢) (قوله أى نكحها الخ) هذا لايناسب ذكره هنا فإن فرض المسألة فيما إذا طلق ثلاثا . وحينئذ لا يمكن تزوجها قبل زوج آخر . والظاهر أن محل هذا الكلام عند قول المصنف ، فلو نكحها ثانيا وثالثا اه .

(٣) (قوله لم يقع الطلاق خلافا الخ) لعل هذا سبق قلم ، وإلا فبعد تنجيز الثلاث لايتصور وقوع طلاق آخر إجماعا وهو واضح اه .

(٤) (قوله يومين ولا يومين) هكذا فى الزيلعى ، وما وقع فى حاشية ح يوما ولا يومين اهو تحريف فافهم اه منه .

(ولو مكث يوما) أراد به مطلق الزمان إذ الساعة كذلك بحر (ثم قال والله لا أقربك شهرين) لم يكن موليا (قال بعد الشهرين الأولين) أو لا لنقص المدة لكن إن قاله اتحدت الكفارة وإلا تعددت (أو قال والله لا أقربك سنة

يومين ويومين كان يمينا واحدا ومدته أربعة أيام ؛ حتى لو كلمه فيهما تجب عليه كفارة واحدة . وعلى هذا لو قال والله لا أكلمه يوما ويومين كانت يمينا واحدة إلى ثلاثة أيام ، حتى لو كلمه فيها تجب كفارة واحدة . ولو قال والله لا أكلمه يوما ولا يومين أو قال والله لا أكلمه يوما والله لا أكلمه يومين يكون يمينين فمدة الأولى يوم ومدة الثانية يومان ، حتى لو كلمه في اليوم الأول يجب عليه كفارتان وفي اليوم الثاني كفارة واحدة . ولو كلمه في اليوم الثالث لايحنث لانقضاء مدتهما ، وعلى هذا لو قال والله لا أقربك شهرين ولا شهرين أو قال والله لاأقربك شهرين والله لا أقربك شهرين لايكون موليا لأنهما يمينان فتتداخل مدتهما ، حتى لو قربها قبل مضي شهرين تجب عليه كفارتان ، ولو قربها بعد مضيهما لايجب عليه شيء لانقضاء مدتهما زيلعي .

قلت : وحاصله أنه يحكم بتعدد اليمين باعادة حرف النفي أو بتكرار اسم الله تعالى ؛ ومتى كانت اليمين متعددة كانت المدة متحدة : أي تكون المدة في اليمين الأولى داخلة في مدة اليمين الثانية ، ومتى كانت اليمين متحدة كانت المدة متعددة : أي تكون المدة الثانية غير الأولى ، وقد تتعدد المدة مع تعدد اليمين بأن نص على مغايرة المدة فيجب في كل مدة كفارة واحدة كما يأتي في المسألة الثانية (قوله ولو مكث يوما) يعني بعد قوله والله لا أقربك شهرين (قوله إذ الساعة كذلك) أي الزمانية ، فالمراد أن يفصل بين الحلفين بفاصل(١) (قوله قال بعد الشهرين الأولين أو لا) أي أن التقييد بالظرف هنا اتفاقي كما في المسألة الأولى (قوله لنقص المدة) أي بقدر الفاصل بين الحلفين وهو اليوم مثلا لأن مدة الامتناع عن قربانها في الحلف الأول شهران وفي الثاني شهران بعدهما . وبين الحلفين مدة لم يلزمه شيء بقربانها فيها فلم توجد مدة الإيلاء ؛ بخلاف المسألة الأولى فإن الأربعة أشهر فيها لافاصل بينها كامر ، وهذا إن قال هنا بعد الشهرين الأولين فإنه نص على تغاير المدة وإن تعدد القسم ، أما إذا لم يقله تتحد المدة لتعدد القسم بتكرار اسمه تعالى بلا موجب لتعدد المدة فلم توجد مدة الإيلاء أيضا (قوله لكن إن قاله الخ) استدراك على ماذكره من عدم الفرق بين ذكر الظرف وعدمه أي أنه لافرق بينهما من حيث أنه لايكون موليا ولكن بينهما فرق من جهة أخرى أفادها في الفتح وغيره ، وهي أنه إن قاله تتعين مدة اليمين الثانية كذا في البحر والنهر : أي تصير مرادة بعينها غير داخلة فيما قبلها ، وعبر الشارح عن هذا بقوله اتحدت الكفارة أخذا من قوله في الفتح في هذه الصورة : فلو قربها في الشهرين الأولين لزمته كفارة واحدة وكذا في الشهرين الآخرين ، لأنه لم يجتمع على الشهرين يمينان بل على كل شهرين يمين واحدة اهـ . وما توارد عليه شراح الهداية من أنه يلزمه بالقربان كفارتان قال في الفتح إنه خطأ لما علمت . قال في النهر : لأنه إذا كان لكل يمين مدة على حدة فلا تداخل بين المدتين حتى تلزمه الكفارتان ، إلا أن يراد القربان في مدتيهما ، كذا في الحواشي السعدية . وعندي أن هذا الحل مما يجب المصير إليه اهـ :

قلت : وما وقع في الفتح وتبعه عليه في البحر من قوله ولكن تتداخل المدتان ، فلو قربها في الشهرين الأولين لزمته كفارة واحدة الخ سبق قلم ، وصوابه لاتتداخل ولم أر من نبه عليه ، ولكن المعنى وسوابق الكلام ولواحقه

---

(١) (قوله بفاصل) هل يشترط أن يكون الفاصل مدة تسع الوطء؟ الظاهر نعم ، ولكن لم أره فليراجع اهـ ثم سمعت من شيخنا الإطلاق ، وليس للنفس ميل إليه ، والظاهر أن يكون السكوت اختيارا كالفاصل في الاستثناء اهـ شمس الأئمة الكردي هو أول من قرأ الهداية على مؤلفها كما في حاشية سعدي على العناية اهـ منه .

إلا يوما) لم يكن موليا للحال بل إن قربها وبقي من السنة أربعة أشهر فأكثر صار موليا وإلا لا ، ولو حذف سنة لم يكن موليا حتى يقربها فيصير موليا ولو زاد إلا يوما أقربك فيه لم يكن موليا أبدا لأنه استثنى كل يوم يقربها فيه فلم يتصور منعه أبدا (أوقال وهو بالبصرة والله لا أدخل مكة وهي بها لا) يكون موليا لأنه يمكنه أن يخرجها منها فيطأها (آلى من المطلقة رجعيا صح) لبقاء الزوجية ،

تدل عليه ، وكذا صريح مانقلناه عن النهر . وأما إذا لم يقل بعد الشهرين الأولين تصير مدتهما واحدة وتتأخر الثانية عن الأولى بيوم كذا في البحر والنهر ، وعبر الشارح عن هذا بقوله وإلا تعددت : أي وإن لم يقله تعددت الكفارة أخذا من قوله في الفتح لم يكن موليا لتداخل المدتين فتتأخر المدة الثانية عن الأولى بيوم واحد أو ساعة بحسب مافصل بين اليمينين . فالحاصل من اليمينين الحلف على شهرين ويوم أو ساعة على حسب الفاصل اهـ :

قلت : وحاصله أنه لما قال لاأقربك شهرين ثم بعد يوم مثلا قال كذلك اتحدت المدتان لتعدد القسم كما مر ، لكن اليوم الفاصل بين اليمينين دخل في اليمين الأولى دون الثانية فلزم تكميل الشهرين في اليمين الثانية بزيادة يوم على الشهرين ، وهذا اليوم الزائد دخل في اليمين الثانية دون الأولى عكس اليوم الفاصل ، ولزم من هذا تداخل المدتين ماعدا اليومين المذكورين لأنه لم يجتمع عليهما يمينان ، فلو قربها في أحدهما تلزمه كفارة واحدة ، بخلاف بقية المدة لدخولها تحت اليمينين فتتعدد فيها الكفارة . هذا ماظهر لي في هذا المقام (قوله إلا يوما) مثله الساعة ط عن الحموي (قوله لم يكن موليا للحال) لأنه استثنى يوما منكرا فيصدق على كل يوم من أيام السنة حقيقة فيمكنه قربانها قبل مضي أربعة أشهر من غير شيء يلزمه ، وصرفه إلى الأخير كما يقوله زفر إخراج له عن حقيقته وهي التنكير إلى التعيين بلا حاجة ، بخلاف قوله إلا نقصان يوم لأن النقصان لايكون عرفا إلا من آخرها ، وبخلاف قوله أجرتك داري أو أجلت ديني سنة إلا يوما فإنه يراد به الأخير لحاجة تصحيح العقد وتأخير المطالبة ، وبخلاف قوله والله لاأكلم زيدا سنة إلا يوما لأن الحامل وهو المغايظة اقتضى عدم كلامه في الحال فتأخر ، والإيلاء قد يكون عن تراض كما مر وإن كان عن مغايظة لكن لزوم أحد المكروهين فيه لو تأخر عارض جهة المغايظة فتساقطا وعمل بمقتضى اللفظ وهو التنكير ، هذا حاصل مافي البحر والنهر (قوله بل إن قربها) أي في يوم ولم يقربها بعده (قوله صار موليا) أي إذا غربت الشمس من ذلك اليوم لابمجرد القربان . بخلاف قوله سنة إلا مرة فإنه إذا قربها صار موليا من ساعته بحر (قوله وإلا لا) أي وإن لم يبق أربعة أشهر لايصير موليا (قوله فيصير موليا) أي مؤبدا لأن مابعد اليوم المستثنى لاغاية له فيجرى عليه مامر من حكم الإيلاء المؤبد ، ولو حذف قوله إلا يوما وتركها سنة صار موليا ووقع عليه طلقتان فقط كما في البحر عن الولوالجية وقدمناعبارتها (قوله لم يكن موليا أبدا) سواء قربها أولا بحر (قوله وهي بها) أي قال ذلك والحال أن زوجته بمكة (قوله فيطأها) أي في المدة من غير شيء يلزمه ، فإن كان لايمكنه بأن كان بين الموضعين ثمانية أشهر صار موليا على مافي جوامع الفقه ، وأما على ماذكره قاضيخان فالعبرة لأربعة أشهر . والذي يظهر ضعفه لإمكان خروج كل منهما إلى الآخر فيلتقيان في أقل من ذلك بحر . وفيه أنه لم يتحقق الإيلاء على كل من القولين لأنه الحلف على ترك قربانها والحلف هنا على عدم الدخول . وقد يجاب بأنه من كنايته فلا يكون موليا به إلا بالنية ط (قوله لبقاء الزوجية) فيتناولها قوله تعالى — للذين يؤلون من نسائهم — .

واعترض بأن الإيلاء جزاء الظلم بمنع حقها من الجماع والرجعية لاحق لها فيه لاقضاء ولا ديانة حتى استحب له مراجعتها بدون الجماع فلا يكون ظالما . وأجاب شمس الأئمة الكردي بأن الحكم في المنصوص مضاف إلى النص لا إلى المعنى ، وتمامه في العناية . قال في الفتح : ألا ترى لايثبت الإيلاء وإن أسقطت حقها في الجماع لخوف الغيل

ويبطل بمضى العدة .
(ولو آلى من مبانته أو أجنبية نكحها بعده) أى بعد الإيلاء ولم يضفه للملك كما مر (لا) يصح لفوات محله ولو وطئها كفر لبقاء اليمين ؛ ولو آلى فأبانها ، إن مضت مدته وهى فى العدة بانت بأخرى وإلا لا خانية (عجز) عجزا حقيقيا لا حكميا كإحرام لكونه باختياره (عن وطئها لمرض بأحدهما

على ولد أو غيره ، فعلم أن التعليل بالظلم باعتبار بناء الأحكام على الغالب (قوله ويبطل بمضى العدة) أى بمضيها قبل تمام مدته ، أما لو كانت من ذوات الأقراء وامتد طهرها بانت بمضى مدته نهر (قوله من مبانته) أى بثلاث أو ببائن نهر (قوله نكحها) أى الأجنبية بعده ، فلو مضى أربعة أشهر وهى فى نكاحه ولم يقربها لم تبن ، وأما لو نكح المبانة(١) فنذكره قريبا عن الخانية (قوله ولم يضفه للملك) أما إذا أضافه بأن قال إن تزوجتك فوالله لا أقربك كان موليا ط (قوله كما مر) فى شرح قول المصنف وشرطه محلية المرأة ط (قوله لفوات محله) لأن شرطه محلية المرأة بكونها منكوحة وقت تنجيز الإيلاء كما قدمه المصنف (قوله لبقاء اليمين) أى فى حق وجوب الكفارة عند الحنث لأن انعقاد اليمين يعتمد التصور حسا لا شرعا ؛ ألا ترى أنها تنعقد على ما هو معصية فتح (قوله ولو آلى) أى من زوجته فأبانها بعده صح ، أشار به إلى أن بقاء النكاح بعده غير شرط (قوله وإلا لا) أى وإن لم تمض المدة فى العدة بل بعدها لا تبين . وفى الخانية أيضا(٢) إن تزوجها قبل انقضاء العدة كان الإيلاء على حاله . حتى لو تمت أربعة أشهر من وقت الإيلاء بانت بأخرى ، وإن تزوجها بعد انقضاء العدة كان موليا ؛ وتعتبر مدته من وقت التزوج (قوله عجز عن وطئها) ظاهر صنيعه أن العجز حدث بعد الإيلاء مع أنه يشترط فى العجز دوامه من وقت الإيلاء إلى مضى مدته كما يأتى التصريح به ؛ فالمراد به العجز القائم لا العارض ، ثم رأيت فى الهندية عن الفتح : هذا إذا كان عاجزا من وقت الإيلاء إلى مضى أربعة أشهر الخ . ثم قال : وإن كان الإيلاء معلقا بالشرط فإنه تعتبر الصحة والمرض فى حق جواز الفىء باللسان حال وجود الشرط لا حالة التعليق اهـ (قوله عجزا حقيقيا) بأن لا يكون المانع عن الوطء شرعيا فإنه لو كان شرعيا يكون قادرا عليه حقيقة عاجزا عنه حكما كما فى البدائع (قوله لا حكميا كإحرام) أى كما إذا آلى من امرأته وهى محرمة أو هو محرم وبينهما وبين الحج أربعة أشهر . فإن فيأه لا يصح إلا بالفعل وإن كان عاصيا فى فعله كذا فى التاترخانية عن شرح الطحاوى : وعلله فى الفتح والبحر بأنه المتسبب باختياره بطريق محظور فيما لزمه فلا يستحق تخفيفا اهـ . وقوله فيما لزمه : أى من وقوع الطلاق ؛ وهو متعلق بالمتسبب ، والطريق المحظور هو الايلاء فإنه فعله باختياره ، فكان متسببا فيما لزمه به مع قدرته على الجماع حقيقة فصار ظالما بمنع حقها وهو حق عبده فلا يسقط وإن عجز عنه حكما بسبب الاحرام ، ولا يكون عجزه الحكمى سببا للتخفيف بالفىء باللسان ، لأنه بمباشرته المحظور لم يستحق التخفيف ؛ وإنما استحقه فى العجز الحقيقى لأنه لا تكليف بما لا يطاق ، فصار كالعاصى بسفره إذا عجز عن الماء يباح له التيمم ، هذا ما ظهر لى (قوله لكونه باختياره) أى لكون الإيلاء لا الإحرام كما ظهر لك مما قررناه ولا سيما فى صورة إحرام المرأة ، وهذا يؤكد ما قلنا من أن حيضها غير مانع من صحة الإيلاء ؛ لأن غايته أنه مانع شرعى وإلا لزم أن لا يصح فى مسألة

---

(١) (قوله وأما لو نكح المبانة الخ) أى المبانة بعد الإيلاء كما هو موضوع مسألة الخانية الآتية ، وليس المراد أنه آلى من المبانة ثم تزوجها ، لأن الحكم فى هذه المسألة كالحكم فى الأجنبية اهـ .

(٢) (قوله وفى الخانية أيضا الخ) موضوع المسألة . ذكره الشارح بقوله ولو آلى فأبانها : أى آلى من زوجته فأبانها كما نبهنا عليه قريبا .

أو صغرها أو رتقها) أوجبه أو عنته (أو بمسافة لايقدر على قطعها في مدة الإيلاء أولحبسه) إذا لم يقدر على وطئها في السجن كما في البحر عن الغاية ، وقوله (لابحق) لم أره لغيره فليراجع ، وكذا حبسها ونشوزها ففيئه (نحو) قوله بلسانه (فئت إليها) أو راجعتك أوأبطلت الإيلاء أو رجعت عماقلت ونحوه لأنه آذاها بالمنع فيرضيها بالوعد (فإن قدر على الجماع في المدة ففيؤه الوطء في الفرج) لأنه الأصل (فإن وطئ في غيره) كدبر (لا) يكون فيئا ، ومفاده

الإحرام كما قدمناه (قوله أوصغرها) أما صغره فهو مانع من صحة الإيلاء كما قدمناه (قوله أو رتقها) رتقت المرأة من باب تعب فهي رتقاء : إذا انسد مدخل الذكر من فرجها ولا يستطاع جماعها مصباح (قوله أو جبه أو عنته) أي كونه مجبوبا أو عنينا (قوله أو بمسافة الخ) عطف على قوله لمرض (قوله في مدة الإيلاء) أي أربعة أشهر أو أكثر كما صرح به في الفتح وكافي الحاكم الشهيد ، وقال : وإن كان أقل من أربعة أشهر لم يجز الفيء إلا بالجماع أي وإن منعه سلطان أو عدو ولأنه نادر على شرف الزوال كما في الفتح (قوله أو لحبسه الخ) قال في الفتح : واختلف في الحبس ، فصحح الفيء باللسان بسببه في البدائع ، وفي شرح الطحاوي خلافه وهو جواب الرواية ، نص عليه الحاكم في الكافي ، ووفق في البدائع بحمل مافي الكافي وشرح الطحاوي على إمكان الوصول إلى السجن بأن تدخل عليه فيجامعها والحبس بحق لايعتبر في الفيء باللسان وبظلم يعتبر اهـ فما ذكره الشارح هو التوفيق المذكور .

وأفاد في الفتح بقوله والحبس بحق الخ أن هذا الخلاف والتوفيق إنما هو فيما إذا كان الحبس بظلم ، فلو بحق لايعتبر أصلا لأنه قادر على الخروج منه بإيفاء الحق ، ويحتمل أن يكون إشارة إلى توفيق آخر وعليه مشى المقدسي (قوله فليراجع) قال ح راجعناه فرأيناه منقولا في الفتاوى الهندية عن غاية السروجي . قلت : ولقد أبعد في النجعة(١) فإنه مذكور في الفتح كما سمعته (قوله وكذا حبسها) أي سواء كان بحق أو بظلم لأن العذر إذا لم يكن منه لم يقدر على رفعه رحمتي (قوله ونشوزها) قال في البحر : ودخل تحت العجز أن تكون ممتنعة منه أو كانت في مكان لا يعرفه وهي ناشزة أو حال القاضي بينهما لشهادة الطلاق الثلاث للتزكية (قوله ففيؤه الخ) أي المبطل للإيلاء في حق الطلاق ، أما في حق بقاء اليمين باعتبار الحنث فلا ، حتى لو وطئها بعد الفيء باللسان في مدة الإيلاء لزمه كفارة لتحقق الحنث بحر . لأن اليمين لاتنحل إلا بالحنث والحنث إنما يحصل بفعل المحلوف عليه والقول ليس محلوفا عليه فلا تنحل اليمين بدائع (قوله بلسانه) قيد به لأن المريض لوفاء بقلبه لابلسانه لايعتبر بحر عن الخانية ، وقيل يعتبر إن صدقته والأول أوجه فتح (قوله ونحوه) كرجعتك وارتجعتك ، فقول المصنف نحو قوله الخ لبيان أن لفظ فئت غير قيد ، وقول الشارح هنا ونحوه لبيان أنه لم يستوف ألفاظه ، لأن المراد مايدل على الفيء فافهم (قوله فإن قدر على الجماع الخ) شمل ما إذا كان قادرا وقت الإيلاء ثم عجز بشرط أن يمضي زمن يقدر على وطئها بعد الإيلاء ، وما إذا كان عاجزا وقته ثم قدر في المدة ، وقيد بكونه في المدة لأنه لو قدر عليه بعدها لايبطل بحر (قوله لأنه الأصل) أي واللسان خلفه ، وإذا قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل بطل كالمتيمم إذا رأى الماء في صلاته بحر (قوله فإن وطئ في غيره) كذا إذا وطئها حال الحيض أو قبلها بشهوة أولمسها أونظر إلى فرجها بشهوة كما في الهندية ط .

قلت : لكن الذي في الهندية خلاف ما نقله عنها في مسألة الحيض ، ونصها : المريض المولي إذا جامع امرأته فيما دون الفرج لا يكون ذلك فيئا منه ، وإن قربها في حالة الحيض يكون فيئا كذا في الظهيرية اهـ ويؤيده ماقدمناه عن التاترخانية من صحة الفيء بالوطء حالة الإحرام ، فإن المانع الشرعي موجود في كل منهما فافهم (قوله ومفاده الخ)

---

(١) النجعة : اسم من الانتجاع ، وهو طلب الكلام . ومنه أبعد في النجعة ، كذا في المغرب اهـ منه .

اشتراط دوام العجز من وقت الإيلاء إلى مضى مدته ، وبه صرح فى الملتقى . وفى الحاوى : آلى وهو صحيح ثم مرض لم يكن فيؤه إلا الجماع . وبقى شرط ثالث ذكره فى البدائع ، وهو قيام النكاح وقت الفئ باللسان ، فلو أبانها ثم فاء بلسانه بقى الإيلاء .

(قال لامرأته أنت على حرام)

أى مفاد قوله فان قدر على الجماع الخ أنه يشترط لصحة الفىء باللسان دوام العجز .

قلت : ومفاد هذا الشرط أنه لو زال العجز بطل الفىء باللسان وإن وجد فى المدة عجز غيره ، لما فى جامع الفصولين فى طلاق المريض : إذا آلى مريض ثم مرضت امرأته قبل برئه ثم برئ وبقيت مريضة إلى مضى المدة ، فإن فيئه بجماع عندنا ، وعند زفر بلسانه .

لنا أنه اختلف سبب الرخصة إذ كلا المرضين يوجب جواز الفىء بلسانه ، واختلاف أسباب الرخصة يمنع الاحتساب بالرخصة الأولى على الثانية ، وتصير الأولى كأن لم تكن : كمسافر تيمم لعدم الماء ثم مرض مرضا يبيح له التيمم بانفراده ، كذا هنا مرض المرأة يبيح الفىء بلسانه فلا يبنى حكمه على مرض الزوج اهـ وقد لخص الشارح هذه العبارة فى باب التيمم ، لكن فى الفتح والبدائع : ولو آلى إيلاء مؤبدا وهو مريض وبانت بمضى المدة ثم صح وتزوجها وهو مريض ففاء بلسانه لم يصح عندهما وصح عند أبى يوسف ، وهو الأصح على ماقالوا لأن الإيلاء وجد منه وهو مريض وعاد حكمه وهو مريض ، وفى زمان الصحة هى مبانة لاحق لها فى الوطء فلا يعود حكم الإيلاء فيه . ولهما أنه إذا صح فى المدة الثانية فقد قدر على الجماع حقيقة فسقط اعتبار الفىء باللسان فى تلك المدة وإن كان لايقدر على جماعها إلا بمعصية كما مر فيما إذا كان محرما اهـ فهنا اختلف سبب الرخصة ولم يعتبر على قول أبى يوسف فتأمل ، ولعل الجواب أن اختلاف أسباب الرخصة إنما يمنع الاحتساب بالرخصة الأولى إذا اجتمع السببان فى وقت واحد فإنه حينئذ يعتبر الأول ويلغو الثانى ، فإذا زال الأول لم يعتبر الثانى بعد الحكم بإلغائه ، بخلاف ما إذا وجد الثانى بعد زوال الأول فإن الثانى يعمل عمله لعدم مايلغيه كما فى المسألة الثانية ويدل على ذلك أنهم لم يعللوا قول الإمامين باختلاف أسباب الرخصة كما سمعت ، فاغتنم هذا التحرير فإنه مفرد (قوله وبه صرح فى الملتقى) قلت وكذا فى البدائع (قوله وفى الحاوى الخ) من فروع الشرط المذكور كما فى البدائع (قوله ثم مرض) أى بعد مضى مدة من صحته يقدر فيها على الجماع ، فإن كان لا يقدر لقصرها ففيؤه بالقول لأنه ليس بمفرط فى ترك الجماع فكان معذورا بدائع (قوله وبقى شرط ثالث) أى زائد على مامر من اشتراط العجز واشتراط دوامه (قوله وهو قيام النكاح) بأن تكون زوجته غير بائنة منه بدائع (قوله بقى الإيلاء) فإذا تزوجها ومضت المدة تبين منه ، لأن الفىء بالقول حال قيام النكاح إنما يرفع الإيلاء فى حق حكم الطلاق لحصول إيفاء حقها به ولا حق لها حال البينونة ، بخلاف الفىء بالجماع فإنه يصح بعد ثبوت البينونة حتى لايبقى الإيلاء بل يبطل ، لأنه حنث بالوطء فانحلت اليمين وبطلت ولم يوجد الحنث ، وههنا لاتنحل اليمين ولا يرتفع الإيلاء بدائع .

مطلب فى قوله أنت على حرام

(قوله قال لامرأته أنت على حرام إيلاء إن نوى التحريم الخ) أقول : هكذا عبارة المتون هنا ، وعبارتها فى كتاب الأيمان : كل حل على حرام فهو على الطعام والشراب والفتوى على أنه تبين امرأته من غير نية . وذكر فى الهداية هناك أنه ينصرف إلى الطعام والشراب للعرف ، فإنه يستعمل فيما يتناول عادة ، فيحنث إذا أكل أوشرب ولا يتناول المرأة إلا بالنية ، وإذا نواها كان إيلاء ، ولاتصرف اليمين عن المأكول والمشروب ، وهذا كله جواب

ونحو ذلك كأنت معى فى الحرام (إيلاء إن نوى التحريم أو لم ينو شيئا ، وظهار إن نواه ، وهدر إن نوى الكذب) وذا ديانة ، وأما قضاء فإيلاء قهستانى (وتطليقة بائنة) إن نوى الطلاق وثلاث إن نواها ، ويفتى بأنه طلاق بائن

ظاهر الرواية . ثم ذكر اختيار المشايخ المتأخرين أنه تبين امرأته بلا نية :

وحاصله أن ظاهر الرواية انصرافه للطعام والشراب عرفا، وإذا نوى تحريم المرأة لايختص بها بل يصير شاملا لها وللطعام والشراب ، وبه ظهر أن ماهنا من التفصيل بين نية تحريم المرأة أو الظهار أو الكذب أو الطلاق خاص بما إذا لم يكن اللفظ عاما، بخلاف ما إذا كان عاما مثل كل حل أو حلال الله أو حلال المسلمين فإنه ينصرف للطعام والشراب بلا نية للعرف ، وللمرأة أيضا إن نواها ، والفتوى على قول المتأخرين بانصرافه إلى الطلاق البائن عاما كان أو خاصا، فاغتنم هذا التحرير (قوله ونحو ذلك) أى من الألفاظ الخاصة كما علمت (قوله إيلاء الخ) أى مطلق فى معنى المؤبد وقد مر حكمه . قال فى الدر : فإن هذا اللفظ مجمل فكان بيانه إلى المجمل، فإن قال أردت به التحريم أو لم أرد به شيئا كان يمينا ويصير به موليا، لأن تحريم الحلال يمين (قوله وظهار إن نواه) لأن فى الظهار حرمة ، فإذا نواه صح لأنه محتمله درر (قوله وهدر) بالتحريك أى باطل (قوله إن نوى الكذب) لأنه نوى حقيقة كلامه إذ حقيقته وصفها بالحرمة وهى موصوفة بالحل فكان كذبا .

وأورد: لو كان حقيقة كلامه لانصرف إليه بلا نية مع أنه بلا نية ينصرف إلى اليمين . والجواب أن هذه حقيقة أولى فلا تنال إلا بالنية واليمين الحقيقة الثانية بواسطة الاشتهار بحر عن الفتح . وحاصله أن الأولى حقيقة لغوية والثانية عرفية (قوله وأما قضاء فإيلاء) أى لايصدق فى القضاء أنه أراد الكذب، لأن تحريم الحلال يمين بالنص وهذا قول شمس الأئمة السرخسى . قال فى الفتح : وهذا هو الصواب على ماعليه العمل والفتوى كما سنذكره والأول قول الحلوانى وهو ظاهر الرواية ، لكن الفتوى على العرف الحادث اه .

وحاصله أن فيه عرفين: عرف أصلى وهو كونه يمينا بمعنى الإيلاء . وعرف حادث وهو إرادة الطلاق، وماقاله شمس الأئمة من أنه لايصدق فى القضاء، بل يكون إيلاء مبنى على العرف الأصلى ، والفتوى على العرف الحادث لأن كلام كل عاقد وحالف ونحوه يحمل على عرفه وإن خالف ظاهر الرواية، كما قالوا من أن الحاكم أو المفتى ليس له أن يحكم أو يفتى بظاهر الرواية ويترك العرف ، فكان الصواب ماقاله شمس الأئمة من أنه لايصدق قضاء ولكن حمله على الإيلاء ليس هو الصواب فى زماننا ، بل الصواب حمله على الطلاق لأنه العرف الحادث المفتى به، فقوله فى الفتح : وهذا هو الصواب على ماعليه العمل والفتوى احتراز عن إرادة (١) اليمين أى الإيلاء الذى هو العرف الأصلى ، وبهذا التقرير سقط مافى البحر والنهر من أن فيه نظرا لأن العمل والفتوى إنما هو فى انصرافه إلى الطلاق من غير نية لافى كونه يمينا اه (قوله إن نوى الطلاق) أى أو دلت عليه الحال نهر : أى بأن كان فى حال مذاكرة الطلاق، أما فى حالة الرضا أو الغضب فلابد من النية لأنه مما يصلح سبا كما مر فى الكنايات فافهم، وشمل نية الطلاق ماإذا نوى واحدة أو ثنتين فى الحرة وما إذا طلقها واحدة ثم قال أنت على حرام ناويا ثنتين فإنه وإن تم به الثلاث لم يقع بالحرام إلا واحدة كما فى البحر ، وسيأتى فى الفروع آخر الباب خلافا لما يوهمه كلام الفتح من أنه لايقع به شىء كما سنذكره (قوله وثلاث إن نواها) لأن هذا اللفظ من الكنايات على مامر وفيها تصح نية الثلاث نهر ،

---

(١) (قوله احتراز عن إرادة الخ) لعل هذا سبق قلم ، وأصل العبارة احتراز من تصديقه فى نية الكذب كما يدل عليه سياق الكلام. وقد أبق شيخنا العبارة على حالها ، وأفاد أن قول المحشى احتراز عن إرادة اليمين الخ معناه أنه احتراز عن قول السرخسى : وحل مرجع الضمير فى قول الكمال ، وهذا هو الصواب على قول ذكره أولا ولم يذكره المحشى هنا . قال : ويدل عليه قول الكمال : على ما عليه العمل والفتوى ، فإن ما عليه العمل والفتوى إنما هو الحكم بالطلاق لا الإيلاء اه فتأمل .

وإن لم ينوه) لغلبة العرف ، ولذا لايحلف به إلا الرجال ، ولو لم تكن له امرأة

ولا تصح نية الثنتين لأنهما عدد محض كما مر إلا إذا كانت أمة (قوله وإن لم ينوه) هذا فى القضاء ، وأما فى الديانة فلا يقع مالم ينو ، وعدم نية الطلاق صادق بعدم نية شىء أصلا وبنية الظهار أو الإيلاء ، فإنه لايصدق قضاء كما صرح به الزيلعى ، حيث قال : وعن هذا لو نوى غيره لايصدق قضاء ح .

قلت : الظاهر أنه إذا لم ينو شيئا أصلا يقع ديانة أيضا . قال فى البحر : وذكر الإمام ظهير الدين لانقول لاتشترط النية لكن يجعل ناويا عرفا اهـ وفى الفتح : فصار كما إذا تلفظ بطلاقها لايصدق فى القضاء بل فيما بينه وبين الله تعالى اهـ فهذا ظاهر فيما قلنا فافهم (قوله لغلبة العرف) إشارة إلى مافى البحر ؛ حيث قال : فإن قلت إذا وقع الطلاق بلا نية ينبغى أن يكون كالصريح فيكون الواقع به رجعيا . قلت : المتعارف به إيقاع البائن ، كذا فى البزازية اهـ .

أقول : وفى هذا الجواب نظر فإنه يقتضى أنه لو لم يتعارف به إيقاع البائن يقع به الرجعى كما فى زماننا . فإن المتعارف الآن استعمال الحرام فى الطلاق ، ولا يميزون بين الرجعى والبائن فضلا عن أن يكون عرفهم فيه البائن ، وعلى هذا فالتعليل بغلبة العرف لوقوع الطلاق به بلا نية ، وأما كونه بائنا فلأنه مقتضى لفظ الحرام ، لأن الرجعى لايحرم الزوجة مادامت فى العدة وإنما يصح وصفها بالحرام بالبائن ، وهذا حاصل مابسطناه فى الكنايات فافهم .

[تنبيه] قال الخير الرملى فى حاشية المنح فى كتاب الأيمان : أقول أكثر عوام بلادنا لايقصدون بقولهم أنت محرمة على أو حرام على أو حرمتك على إلا حرمة الوطء المقابل لحمله ، ولذلك أكثرهم يضرب مدة لتحريمها ، ولا يريد قطعا إلا تحريم الجماع إلى هذه المدة ، ولاشك أنه يمين موجب للإيلاء تأمل ، فقل من حققهذه المسألة على وجهها ، وانظر إلى قولهم لانقول لاتشترط النية ، لكن يجعل ناويا عرفا ، فهو صريح فى اعتبار العرف ، فإن لم يكن العرف كذلك بل كان مشتركا تعين اعتبار النية وتصديق الحالف كما هو مذهب المتقدمين اهـ .

وفى أيمان الفتح : وقال البزدوى فى مبسوطة : لم يتضح لى عرف الناس فى هذا : أى فى كل حل على حرام ، لأن من لا امرأة له يحلف به كما يحلف ذو الحليلة ، ولو كان العرف مستفيضا فى ذلك لما استعمله إلا ذو الحليلة ، فالصحيح أن نقول إن نوى الطلاق يكون طلاقا فأما من غير دلالة فالاحتياط أن يقف الإنسان فيه ولا يخالف المتقدمين .

واعلم أن مثل هذا اللفظ لم يتعارف فى ديارنا بل المتعارف فيه حرام على كلامك ونحوه كأكل كذا ولبسه دون الصيغة العامة ، وتعارفوا أيضا : الحرام يلزمنى ، ولا شك فى أنهم يريدون الطلاق معلقا فإنهم يزيدون بعده لا أفعل كذا فهى طلاق ، ويجب إمضاؤه عليهم .

والحاصل أن المعتبر فى انصراف هذه الألفاظ عربية أو فارسية إلى معنى بلا نية التعارف فيه ، فإن لم يتعارف سئل عن نيته وفيما ينصرف بلا نية لو قال أردت غيره يصدق ديانة لاقضاء اهـ مافى الفتح ، وتبعه فى البحر .

قلت : والمتعارف فى ديارنا إرادة الطلاق بقولهم على الحرام لا أفعل كذا دون غيره من الألفاظ المذكورة (قوله ولذا لايحلف به إلا الرجال) أى حيث يقال إن فعلت كذا فكل حلال عليه حرام (قوله ولولم تكن له امرأة) قال فى البزازية : وفى المواضع التى يقع الطلاق بلفظ الحرام إن لم تكن له امرأة إن حنث لزمته الكفارة ، والنسفى على أنه لاتلزمه اهـ ومثله فى البحر :

أو حلفت به المرأة كان يمينا ، كما لو ماتت أو بانت لا إلى عدة ثم وجد الشرط لم تطلق امرأته المتزوجة ، به يفتى لصيرورتها يمينا ولا تنقلب طلاقا ، ومثله أنت معى فى الحرام والحرام يلزمنى وحرمتك على وأنت محرمة أو حرام على أو لم يقل على وأنا عليك حرام أو محرم أوحرمت نفسى عليك أو أنت على كالحمار أو كالخنزير بزازية.

(ولو كان له) أربع (نسوة) والمسألة بحالها (وقع على كل واحدة منهن طلقة) بائنة (وقيل تطلق واحدة

قلت : وفى الظهيرية مايفيد التوفيق فإنه قال : وإن حلف بهذا اللفظ أنه ما كان فعل كذا ، وقد كان فعل ولم تكن له امرأة لايلزمه شىء لأنه جعل يمينا بالطلاق ، ولو جعلناه يمينا بالله تعالى فهو غموس، وإن حلف على أمر فى المستقبل ففعل وليس له امرأة كان عليه الكفارة لأن تحريم الحلال يمين اه فيحمل كلام النسفى على الحلف على غير المستقبل .

وبما قررناه ظهر لك أن مافى أيمان النهاية عن النوازل إن لم تكن له امرأة تلزمه الكفارة معناه إذا حلف على أنه لايفعل كذا فى المستقبل وحنث بفعله لا كما حمله عليه فى البحر هناك من أن معناه إذا أكل أو شرب وقال لانصرافه عند عدم الزوجة إلى الطعام والشراب اه لأن انصرافه إلى ذلك قبل تغير العرف بارادة الطلاق من لفظ الحرام ، أما بعده فيصير يمينا عند عدم الزوجة كما سمعت من كلامهم ، ويأتى قريبا مثله (قوله أو حلفت به المرأة) قال فى البحر : قيد بالزوج ، لأن الزوجة لو قالت لزوجها أنا عليك حرام أو حرمتك صار يمينا، حتى لو جامعها طائعة أو مكرهة تحنث اه وقوله طائعة أو مكرهة أولى من قول الفتح فلومكنته حنثت وكفرت (قوله كما لو ماتت الخ) نص عبارة البزازية : وإذا كان له امرأة وقت الحلف وماتت قبل الشرط أو بانت لا إلى عدة ثم باشر الشرط الصحيح أنه لاتطلق امرأته المتزوجة ، وعليه الفتوى لأن حلفه صار حلفا بالله تعالى وقت الوجود فلا ينقلب طلاقا اه وهكذا نقل العبارة فى البحر عن البزازية . ولا يخفى أن التعليل لايناسب ماقبله ، وفى العبارة سقط يدل عليه مانقله ح عن الخانية ونصه : وإن كان له امرأة وقت اليمين فماتت قبل الشرط أو بانت لا إلى عدة ثم باشر الشرط لاتلزمه كفارة اليمين ، لأن يمينه انصرفت إلى الطلاق وقت وجودها، وإن لم تكن له امرأة وقت اليمين فتزوج امرأة ثم باشر الشرط اختلفوا فيه . قال الفقيه أبو جعفر : تبين المتزوجة . وقال غيره لاتطلق ، وعليه الفتوى لأن يمينه جعلت يمينا بالله تعالى وقت وجودها فلا تصير طلاقا بعد ذلك اه .

قلت : ومثله فى أيمان البحر عن الظهيرية ، فقد سقط من عبارة البزازية قوله ثم باشر الشرط إلى قوله ثانيا ثم باشر الشرط (قوله ومثله) أى مثل أنت على حرام والأولى ذكر هذه الجملة عند أول المسألة كما فعل فى النهر (قوله والحرام يلزمنى) هذا ذكره فى الفتح كما قدمناه ، ومثله على الحرام كما مر (قوله أو لم يقل على) رد على صاحب خزانة الأكمل حيث اشترطه كما أوضحه فى البحر عن القنية ، وقدمناه فى الكنايات عن البحر أنه إذا أضاف الحرمة أو البينونة إليها كانت بائن أو حرام وقع من غير إضافة إليه ، وإن أضاف إلى نفسه كأنا حرام أو بائن لايقع من غير إضافة إليها ، وإن خيرها فأجابت بالحرمة أو البينونة فلابد من الجمع بين الإضافتين : أنت حرام على أو أنا حرام عليك، أنت بائن منى أو أنا بائن منك اه (قوله أو حرمت نفسى عليك) فى هذا يشترط أن يقول عليك نهر ، لأنه أضاف الحرمة إلى نفسه . قال فى البزازية : حتى لو قال حرمت نفسى ولم يقل عليك ونوى الطلاق لايقع (قوله أو أنت على كالحمار الخ) قال فى البزازية: وإن قال أنت على كالحمار والخنزير أو ما كان محرم العين فهو كقوله أنت على حرام، وإن لم ينو هل يكون يمينا فقد اختلفوا فيه اه . ومقتضاه أنه لولم ينو الطلاق لايكون طلاقا لعدم العرف، بخلاف أنت على حرام فإن العرف فيه قام مقام النية كما مر فافهم (قوله والمسألة بحالها)

منهن) وإليه البيان كما مر فى الصريح (وهو الأظهر) والأشبه ، ذكره الزيلعى والبزازى وغيرهما . وقال الكمال : الأشبه عندى الأول ، وبه جزم صاحب البحر فى فتاواه ، وصححه فى جواهر الفتاوى ، وأقره المصنف فى شرحه لكن فى النهر يجب أن يكون معنى قول الزيلعى والمسألة بحالها ، يعنى التحريم لا بقيد أنت علىّ حرام مخاطباً لواحدة كما فى المتن ، بل يجب فيه أن لا يقع إلا على المخاطبة اه .

قلت : يعنى بخلاف حلال الله أو حلال المسلمين فإنه يعم ، وبه يحصل التوفيق فليحفظ .

سيأتى عن النهر بيانه (قوله كما مر فى الصريح) أى فى باب طلاق غير المدخول بها أنه لو طلق بالصريح كقوله امرأتى طالق وله أربع مثلا يقع على واحدة منهن بلا حكاية خلاف ، وقدمنا بسطه هناك (قوله ذكره الزيلعى) الضمير عائد إلى المذكور متنا وشرحا من قوله ولو كان له الخ (قوله وقال الكمال) عبارته : وفى الفتاوى : لو قال لامرأته أنت علىّ حرام أو حلال الله علىّ حرام فهذا على ثلاثة أوجه إلى أن قال : وإن كان له أربع طلقت كل واحدة طلقة ، وعلى فتوى الأوزجندى والإمام مسعود الكشانى تقع واحدة وإليه البيان . قال فى الذخيرة : والخلاصة هو الأشبه .

وعندى أن الأشبه ما فى الفتاوى ، لأن قوله حلال الله أو حلال المسلمين يعم كل زوجة ، فإذا كان فيه عرف فى الطلاق يكون بمنزلة قوله هن طوالق لأن حلال الله يشملهن على سبيل الاستغراق لا على سبيل البدل كما فى قوله إحداكن طالق اه . وأنت خبير بأن تعليله صريح فى أن محل الخلاف والترجيح هو اللفظ العام لا الخاص كأنت علىّ حرام وإن كان مذكورا فى عبارة الفتاوى ، إذ لا يخفى على أحد أنه لا يدخل فيه سوى المخاطبة ، فليس النزاع فيه كما يأتى عن النهر : ويدل على ذلك أيضا أنه فى الذخيرة قد حكى الخلاف المذكور فى حلال المسلمين علىّ حرام كذا فى البزازية (قوله لكن فى النهر الخ) استدراك على ما مر من قول الزيلعى والمسألة بحالها ، فإنه يوهم أن المراد المسألة المذكورة قبله فى الكنز ، وهى : أنت علىّ حرام مع أن هذا لا يمكن جريان الخلاف فيه ، فيجب كون المراد الإتيان بلفظ حرام ، لكن لا بالخطاب مع واحدة كما وقع فى المتن ، بل على وجه عام كحلال الله أو حلال المسلمين علىّ حرام ، فإن هذا هو محل النزاع كما علمته من عبارة الكمال (قوله قلت الخ) بيان لقول النهر لا بقيد أنت علىّ حرام الخ : وحاصله أنه ليس مراد الزيلعى اللفظ الخاص بل العام كما قلنا (قوله وبه يحصل التوفيق) أى بما ذكره فى النهر وذلك بحمل القول بأنه يقع على كل واحدة منهن طلقة على ما إذا كان اللفظ عاما ، والقول بأنه تطلق واحدة منهن فقط على ما إذا كان اللفظ خاصا ، هذا هو المتبادر من كلام الشارح ولا يخفى ما فيه فإن الزيلعى قد ذكر الخلاف ، وقد حملنا كلامه على أن مراده ما إذا كان اللفظ عاما فيكون الخلاف فيه وهو صريح كلام الفتح والذخيرة والبزازية كما علمت . وأيضا كيف يصح فى أنت علىّ حرام أن يقال يقع على واحدة من الأربع وإليه البيان ، بل لا يقع إلا على المخاطبة فقط .

وأما ما ذكره الشارح فى باب طلاق غير المدخول بها من حمله كلام الزيلعى على نحو امرأتى علىّ حرام ، وتفرقته بينه وبين امرأتى طالق حيث جعل الخلاف المذكور جاريا فى الأول دون الثانى ، وعزاه هناك إلى المصنف فقد ذكرنا هناك أنه مخالف لكلام المصنف ، فإن المصنف حمل كلام الزيلعى على حلال المسلمين ، وحققنا هناك عدم الفرق بين قوله امرأتى حرام وامرأتى طالق ، وأنه فى كل منهما يقع على واحدة وإليه البيان . لأن لفظ امرأتى عمومه بدلى يصدق على واحدة منهن لا بعينها ، بخلاف حلال المسلمين فإن عمومه استغراقى يعم

[فروع] أنت على حرام ألف مرة تقع واحدة .
طلقها واحدة ثم قال أنت حرام ناوياً ثنتين تقع واحدة
كرره مرتين ونوى بالأول طلاقا وبالثانى يمينا صح .
قال ثلاث مرات : حلال الله علىّ حرام إن فعلت كذا ووجد الشرط وقع الثلاث .
قال لهما : أنتما علىّ حرام ونوى فى إحداهما ثلاثا وفى الأخرى واحدة فكما نوى به يفتى ، وتمامه فى البزازية .
قال : أنتما علىّ حرام حنث بوطء كل .
ولو قال : والله لا أقربكما لم يحنث إلا بوطئهما ، والفرق لايخفى .

الكل دفعة واحدة ، وإذا كان لاخلاف فى قوله امرأتى طالق فى أنه لايقع إلا على واحدة يقال مثله فى امرأتى حرام . وكون أحدهما صريحا والآخر كناية لايوجب الفرق ، ومن ادعاه فعليه البيان .
والحاصل أنه لاخلاف فى إن أنت عليه حرام يخص المخاطبة وفى إن كل حل عليه حرام يعم الأربع لصريح أداة العموم الاستغراقى ، وفى : امرأته حرام أو طالق يقع على واحدة غير معينة ، وإنما الخلاف فى نحو : حلال الله أو حلال المسلمين ، فقيل يقع على واحدة غير معينة نظرا إلى صورة أفراده ، والأشبه أنه يعم الكل ، وقدمنا هناك تمام الكلام على ذلك ، فافهم واغنم هذا التقرير الفريد ، وانزع عنك قلادة التقليد . (قوله تقع واحدة) كذا فى الذخيرة والبزازية . ووجهه أنه عبارة عن تكرير هذا اللفظ ألف مرة وهو لو كرره لايقع إلا الأول ، لأن البائن لايلحق البائن ، بخلاف مامر قبيل طلاق غير المدخول بها من أنه يقع الثلاث فيما لو قال للمدخول بها أنت طالق مرارا أو ألوفا ، لأنه صريح والصريح إذا تكرر يلحق الصريح ، ولذا قيد بالمدخول بها لبقاء العدة كما أوضحناه هناك فافهم (قوله ناويا ثنتين) أى بقوله أنت علىّ حرام، وقوله تقع واحدة لأن الثنتين عدد محض، ولفظ حرام لايحتمله إلا أن تكون أمة لأنه فى حقها الفرد الاعتبارى ، وفى قوله تقع واحدة رد على مافى الفتح من قوله لم يقع شىء فإنه سبق قلم ، والواقع فى عباراتهم لم تصح نيته ، بخلاف ما إذا نوى الثلاث فإنه يصح وتقع ثنتان تكملة للثلاث كما فى الخانية وغيرها ، أفاده فى البحر . وأجاب فى النهر بأن قوله لم يقع شىء أى بنيته وإن وقع بلفظه تأمل . وفيه رد أيضا على مافى الجوهرة من أنه يقع ثنتان إذا نواهما مع الأولى كما قدمه الشارح فى أول باب الصريح ، وقدمنا الكلام عليه هناك (قوله وبالثانى يمينا) أى إيلاء(١) وقوله صح : أى مانوى لأن فيه تشديدا على نفسه ، لأنه لو نوى به طلاقا أو أطلق وانصرف إلى الطلاق كما هو المفتى به لم يقع به شىء لأنه بائن والبائن لايلحق مثله كما مر فافهم (قوله وقع الثلاث) لأن البائن يلحق البائن إذا كان معلقا لأنه حينئذ لايصلح جعله خبرا عن الأول كما مر فى بابه (قوله وتمامه فى البزازية) وعبارته قال: لامرأتيه أنتما علىّ حرام ونوى الثلاث فى إحداهما والواحدة فى الأخرى صحت نيته عند الإمام وعليه الفتوى . ولو قال: نويت الطلاق فى إحداهما واليمين فى الأخرى عند الثانى يقع الطلاق عليهما وعندهما كما نوى . قال لثلاث : أنتن علىّ حرام ونوى الثلاث فى الواحدة واليمين فى الثانية والكذب فى الثالثة طلقن ثلاثا ، وقيل هذا على قول الثانى ، وعلى قولهما ينبغى أن يكون على مانوى اهـ (قوله حنث بوطء كل) يعنى يكون إيلاء من كل واحدة منهما ، وهذا على غير المفتى به ، وعلى المفتى به يقع على كل واحدة منهما طلقة بائنة اهـ أى لأنه فى العرف طلاق (قوله والفرق لايخفى) الفرق هو أن هتك حرمة اسم الله تعالى لاتتحقق إلا بوطئهما ، وفى قوله أنتما علىّ حرام صار إيلاء باعتبار معنى التحريم وهو موجود فى كل منهما كذا فى الفتح عن المحيط ، ومثله فى البحر وغيره .

---

(١) (قوله أى إيلاء الخ) فيه أن شرط صحة الإيلاء قيام الزوجية حقيقة وقد زالت بالبينونة ، تأمل ذلك.

وفى الجوهرة : كرر والله لاأقربك ثلاثا فى مجلس ، إن نوى التكرار اتحدا ، وإلا فالإيلاء واحد واليمين ثلاث ، وإن تعدد المجلس تعدد الإيلاء واليمين :

باب الخلع

(هو) لغة الإزالة ، واستعمل فى إزالة الزوجية بالضم وفى غيره بالفتح . وشرعا كما فى البحر (إزالة ملك النكاح) خرج به الخلع فى النكاح الفاسد وبعد البينونة والردة فإنه لغو كما فى الفصول

وقال ح : الفرق هو أن فى قوله أنتما علىّ حرام حرمهما على نفسه وتحريمهما تحريم لكل منهما ، وفى قوله لا أقربكما منع نفسه من قربانهما جميعا فلا يحنث إلا بوطئهما ، وقد صرح بهذا الفرق صاحب النهر فى كتاب الأيمان عند قوله ومن حرم ملكه لم يحرم ، حيث فرق بين أكل هذا الرغيف علىّ حرام وبين لا آكل هذا الرغيف بأن بتحريمه الرغيف على نفسه حرم أجزاءه أيضا ، وفى الثانى إنما منع نفسه من أكل الرغيف كله فلا يحنث بالبعض اهـ .

قلت : لكن ذكر فى البحر هناك عن الخانية : قال مشايخنا : الصحيح أنه لايحنث بأكل لقمة لأن قوله هذا الرغيف علىّ حرام بمنزلة قوله والله لآكل هذا الرغيف اهـ أى لأن تحريم الحلال يمين ، لكن مقتضى مامر عن الفتح أنه يفرق بين الحلف باسمه تعالى وبين غيره مما ألحق به تأمل (قوله إن نوى التكرار) أى التأكيد اتحدا أى يكون إيلاء واحدا ويمينا واحدة حتى لو لم يقربها فى المدة طلقت طلقة واحدة وإن قربها فيها لزمه كفارة واحدة (قوله وإلا) أى وإن لم ينو شيئا أو أراد التشديد والتغليظ وهو الابتداء دون التكرار ، كذا فى الفتح (قوله فالإيلاء واحد الخ) والقياس أن يكون الإيلاء ثلاثا أيضا ، وهو قول محمد ؛ حتى إذا مضت أربعة أشهر ولم يقربها تبين بتطليقة ثم عقيبها تبين بأخرى ثم بأخرى إلا أن تكون غير مدخول بها فلا يقع إلا واحدة . وفى الاستحسان وهو قولهما : الإيلاء واحد فلا يقع إلا واحدة لأن المدة لما كانت متحدة كان المنع متحدا فلا يتكرر الإيلاء . ويجب بالقربان ثلاث كفارات إجماعا ، لأن الشرط الواحد يكفى لأيمان كثيرة كما فى الفتح . والله سبحانه أعلم .

باب الخلع

أخره عن الإيلاء ، لأن الإيلاء لتجرده عن المال كان أقرب إلى الطلاق ، بخلاف الخلع فإن فيه معنى المعاوضة من جانب المرأة ، ولأن مبنى الإيلاء نشوز من قبله والخلع نشوز من قبلها غالبا ، فقدم ما بالرجل على ما بالمرأة عناية (قوله هو لغة الإزالة الخ) يقال : خلعت النعل وغيره خلعا نزعته ، وخالعت المرأة زوجها مخالعة إذا افتدت منه فخلعها هو خلعا والاسم الخلع بالضم وهو استعارة من خلع اللباس ، لأن كل واحد منهما لباس للآخر ، فإذا فعلا ذلك فكأن كل واحد نزع لباسه عنه بحر عن المصباح (قوله واستعمل الخ) ظاهره أنه خاص بالضم فى ذلك وهو اسم المصدر ، وهو خلاف مامر عن المصباح وأنه تصرف لغوى ، ونظيره مامر فى الطلاق أن الطلاق والإطلاق رفع القيد مطلقا لكنه خص الطلاق لغة برفع قيد النكاح واستعمل فى غيره الإطلاق (قوله وفى غيره) الأنسب وفى غيرها ط (قوله إزالة ملك النكاح) شمل مالو خالع المطلقة رجعيا بمال فإنه يصح ويجب المال بحر وسيأتى (قوله فإنه لغو) لأن النكاح الفاسد لايفيد ملك المتعة ، وبالبينونة والردة حصلت الإزالة قبله ، فلم يكن فى الخلع إزالة . قال فى البحر : فلا يسقط المهر ويبقى له بعد الخلع ولاية الجبر على النكاح فى الردة كما فى البزازية اهـ

قلت : وظاهر إطلاقه أنه لايسقط المهر فى النكاح الفاسد ولو بعد الوطء لكن فى جامع الفصولين : نكحها

(المتوقفة على قبولها) خرج مالو قال خلعتك ناوياً الطلاق فإنه يقع بائنا غير مسقط للحقوق لعدم توقفه عليه ، بخلاف خالعتك بلفظ المفاعلة أو اختلعى بالأمر ولم يسم شيئا فقبلت فإنه خلع مسقط ، حتى لو كانت قبضت البدل ردته خانية

فاسدا فوطئها فاختلعت بالمهر قيل يسقط إذ الخلع يجعل كناية عن الإبراء لأن الخلع وضع لهذا ، وقيل لا يسقط لأن الخلع لغا لأنه إنما يصح فى النكاح القائم اه .

وفى البحر أيضا : ولو خالعها بمال ثم خالعها فى العدة لم يصح كما فى القنية ، ولكن يحتاج إلى الفرق بين ما إذا خالعها بعد الخلع حيث لم يصح وبين ما إذا طلقها بمال بعد الخلع حيث يقع ولا يجب المال وقد ذكرناه آخر الكنايات اه .

قلت : قدمنا الفرق هناك ، وهو أن الخلع بائن وهو لا يلحق مثله ، والطلاق بمال صريح فيلحق الخلع ، وإنما لم يجب المال هنا لأن المال إنما يلزم إذا كانت تملك به نفسها ولذا يقع به البائن . وإذا طلقها بمال بعد الخلع لم يفد الطلاق ملكها نفسها لحصوله بالخلع قبله ، ولذا لزم المال فيما لو طلقها بمال ثم خلعها ، وقدمنا تمام الكلام على ذلك هناك (قوله المتوقفة) بالرفع صفة لإزالة ، وقوله على قبولها : أى المرأة . قال فى البحر : ولا بد من القبول منها حيث كان على مال أو كان بلفظ خالعتك أو اختلعى اه .

وفى التاترخانية : قال لامرأته : إذا دخلت الدار فقد خالعتك على ألف فدخلت الدار يقع الطلاق بألف يريد به إذا قبلت عند الدخول اه . ومفاده عدم صحة القبول قبل الشرط كما نذكره (قوله فخرج مالو قال خلعتك الخ) أى ولم يذكر المال ، لأنه متى كان على مال لزم قبولها كما ذكرناه آنفا ، وقيد بقوله ناويا بناء على ظاهر الرواية لأنه كناية فلابد له من النية أو دلالة الحال ، لكن سيأتى أنه لغلبة الاستعمال صار كالصريح (قوله غير مسقط للحقوق) أى المتعلقة بالزوجية ، وسيأتى بيانها (قوله بخلاف خالعتك الخ) كان الأولى أن يقول بخلاف ما إذا ذكر المال أو قال خالعتك الخ . وأفاد أن التعريف خاص بالخلع المسقط للحقوق ، فقوله لها خلعتك بلا ذكر مال لا يسمى خلعا شرعاً بل هو طلاق بائن غير متوقف على قبولها ، بخلاف ما إذا ذكر معه المال أو كان بلفظ المفاعلة أو الأمر فإنه لابد من قبولها كما مر لأنه معاوضة من جانبها كما يأتى . والظاهر أن خالعتك بلفظ المفاعلة إنما يتوقف على القبول لسقوط المهر لا لوقوع الطلاق به ، إذ لا يظهر فرق فى الوقوع بين خالعتك وخلعتك ، وسيأتى ما يؤيده تأمل ، وفى حكمه الطلاق على مال فلابد من القبول وإن لم يسم خلعا ، وبه ظهر أنه لا فرق عند ذكر المال بين خلعتك وخالعتك وأنه ليس كل ما توقف على قبولها يسمى خلعاً ، ولا كل ما كان بلفظ الخلع يتوقف على القبول ويسقط الحقوق .

[تنبيه] فى التاترخانية وغيرها : مطلق لفظ الخلع محمول على الطلاق بعوض ، حتى لو قال لغيره اخلع امرأتى فخلعها بلا عوض لا يصح (قوله أو اختلعى الخ) إذا قال لها اخلعى نفسك فهو على أربعة أوجه : إما أن يقول بكذا فخلعت يصح وإن لم يقل الزوج بعده أجزت أو قبلت على المختار ، وإما أن يقول بمال ولم يقدره أو بما شئت فقالت خلعت نفسى بكذا ، فنى ظاهر الرواية لا يتم الخلع مالم يقبل بعده ، وإما أن يقول اخلعى ولم يزد عليه فخلعت . فعند أبى يوسف لم يكن خلعا : وعن محمد تطلق بلا بدل ، وبه أخذ كثير من المشايخ ، والرابع أن يقول بلا مال فخلعت يتم بقولها ، وتمامه فى جامع الفصولين ، ومثله فى الخانية . ولا يخفى أن ماذكره الشارح هو الوجه الثالث . وقد ذكر فى الخانية الخلاف المار ، وذكر أن قول محمد أخذ به أكثر المشايخ ، فما فيه اختلاف ماعزاه إليها ، نعم ذكر فى الخانية قال : خالعتك فقبلت برىء مما عليه من المهر ، فإن لم يكن عليه مهر ردت ماساق

(بلفظ الخلع) خرج الطلاق على مال فإنه غير مسقط فتح ، وزاد قوله (أو ما فى معناه) ليدخل لفظ المبارأة فإنه مسقط كما سيجيء ولفظ البيع والشراء فإنه كذلك كما صححه فى الصغرى خلافا للخانية ، وأفاد التعريف صحة خلع المطلقة رجعيا .

(ولا بأس به عند الحاجة) للشقاق بعدم الوفاق (بما يصلح للمهر) بغير عكس كلى لصحة الخلع بدون العشرة وبما فى يدها وبطن غنمها. وجوّز العينى انعكاسها .

(و) شرطه كالطلاق ،

إليها ، كذا ذكر الحاكم الشهيد ، وبه أخذ ابن الفضل ، وهذا يؤيد ماذكرنا عن أبى يوسف أن الخلع لايكون إلا بعوض اهـ لكن فيه كلام سنذكره (قوله بلفظ الخلع) متعلق بإزالة (قوله فإنه غير مسقط) أى للمهر على المعتمد كما سيذكره المصنف ، نعم يسقط النفقة ولو مفروضة كما سيأتى (قوله كما سيجىء) فى قول المصنف ويسقط الخلع والمبارأة الخ (قوله فإنه كذلك) أى خلع مسقط للحقوق بحر . قال فى العمادية : وذكر فى الملتقط : لو قال بعت منك نفسك ولم يذكر مالا فقالت اشتريت يقع الطلاق على ماقبضت من المهر وترده إليه ؛ وإن لم تقبض سقط مافى ذمة الزوج اهـ (قوله خلافا للخانية) حيث قال إن الصحيح أن الخلع بلفظ البيع والشراء لايوجب البراءة عن المهر إلا بذكره ، وفيه كلام سنذكره (قوله وأفاد التعريف الخ) لأن الرجعى لايزيل الملك (قوله ولا بأس به) أى ولو فى حالة الحيض ، فلا يكره بالإجماع لأنه لايمكن تحصيل العوض إلا به بحر أول كتاب الطلاق ، وقدمه الشارح هناك (قوله للشقاق) أى لوجود الشقاق وهو الاختلاف والتخاصم . وفى القهستانى عن شرح الطحاوى : السنة إذا وقع بين الزوجين اختلاف أن يجتمع أهلهما ليصلحوا بينهما ، فإن لم يصطلحا جاز الطلاق والخلع اهـ ط ، وهذا هو الحكم المذكور فى الآية ، وقد أوضح الكلام عليه فى الفتح آخر الباب (قوله بما يصلح للمهر) هذا التركيب يوهم اشتراط البدل فى الخلع لأن الظاهر تعلقه بإزالة ، مع أنك علمت أنه لو قال خالعتك فقبلت تم الخلع بلا ذكر بدل ، وبهذا اعترض فى البحر على الفتح حيث ذكر فى التعريف قوله ببدل ، ثم قال إلا أن يقال مهرها الذى سقط به بدل فلم يعر عن البدل اهـ .

والأولى تعبير الكنز وغيره بقوله وما صلح مهرا صلح بدل الخلع ، فإن معناه أنه إذا ذكر فى الخلع بدل يصلح جعله مهراً فإنه يصح ، وسيأتى أنه إذا بطل العوض فيه تطلق بائناً مجانا (قوله بغير عكس كلى) فلايصح أن يقال مالا يصلح مهرا لايصلح بدل الخلع ، لأن بعض مالا يصلح مهرا يصلح بدل خلع كما مثل ، فالكلية كاذبة ، نعم يصدق عكسها موجبة جزئية كبعض مايصلح بدل خلع يصلح مهرا (قوله وجوّز العينى انعكاسها) أى كلية تبعاً لقوله فى غاية البيان إنه مطرد منعكس كليا ، لأن الغرض من طرد الكلى أن يكون مالا متقوما ليس فيه جهالة مستتمة وما دون العشرة بهذه المثابة . ومن عكس الكلى أن لايكون مالا متقوما أو أن يكون فيه جهالة مستتمة وما دون العشرة مال متقوم ليس فيه جهالة ، فلا يرد السؤال لا على الطرد الكلى ولا على عكسه اهـ قال فى النهر : لايخفى أن الصلاحية المطلقة هى الكاملة ، وكون مطلق المال المتقوم خالياً عن الكمية يصلح مهرا ممنوع فلذا منع المحققون انعكاسها كلية (قوله وشرطه كالطلاق) وهو أهلية الزوج وكون المرأة محلا للطلاق منجزا أو معلقا على الملك :

وأما ركنه فهو كما فى البدائع : إذا كان بعوض الإيجاب والقبول لأنه عقـد على الطلاق بعوض ، فلا تقع الفرقة ، ولا يستحق العوض بدون القبول ، بخلاف ما إذا قال خالعتك ولم يذكر العوض ونوى الطلاق فإنه يقع

وصفته ماذكره بقوله (هو يمين فى جانبه) لأنه تعليق الطلاق بقبول المال (فلا يصح رجوعه) عنه (قبل قبولها، ولا يصح شرط الخيار له، ولا يقتصر على المجلس) أى مجلسه، ويقتصر قبولها على مجلس علمها (وفى جانبها معاوضة) بمال (فصح رجوعها) قبل قبوله (و) صح (شرط الخيار لها) ولو أكثر من ثلاثة أيام بحر

وإن لم تقبل . لأنه طلاق بلا عوض فلا يفتقر إلى القبول اه ونحوه فى الشرنبلالية آخر الباب عن الخانية وظاهره أن خالعتك مثل خلعتك فى أنه بلا ذكر مال لايتوقف على القبول ، وهو خلاف ظاهر مامر، إلا أن يقال توقف لفظ المفاعلة على القبول شرط لكونه مسقطا للحقوق ، بخلاف خلعتك فإنه لايسقط ولو مع القبول تأمل :

وفى الخانية قال : خالعتك فقبلت يقع البائن ، وكذا إن لم تقبل لأن الطلاق يقع بقوله خالعتك . وفيها أيضاً قال : خالعتك على كذا وسمى مالا معلوما لايقع الطلاق مالم تقبل ، كما لو قال طلقتك على ألف اه أى لأنه معلق على القبول . وأما إذا لم يذكر المال فلا يكون معلقا على القبول معنى فيقع الطلاق وإن لم تقبل تأمل (قوله لأنه تعليق الطلاق بقبول المال) كذا صرح به فى البدائع ، ولذا قال فى الخانية : ولوقال خالعتك على كذا وسمى مالا معلوما لايقع الطلاق مالم تقبل ، كما لو قال طلقتك على ألف درهم لايقع مالم تقبل اه . ويتفرع على هذا ماسيأتى آخر الباب فى أول الفروع كما سنوضحه فافهم (قوله فلا يصح رجوعه الخ) أى لو ابتدأ الزوج الخلع ، فقال خالعتك على ألف درهم لايملك الرجوع عنه ، وكذا لايملك فسخه ، ولا نهى المرأة عن القبول ، وله أن يعلقه بشرط ويضيفه إلى وقت ، مثل : إذا قدم زيد فقد خالعتك على كذا أو خالعتك على كذا غداً أو رأس الشهر والقبول إليها بعد قدوم زيد ومجيء الوقت لأنه تطليق عند وجود الشرط والوقت فكان قبولها قبل ذلك لغوابدائع (قوله ولا يقتصر على المجلس) فلا يبطل بقيامه عنه قبل قبولها بدائع (قوله ويقتصر قبولها الخ) فيه أن هذا من فروع كونه معاوضة من جانبها فكان الأولى تأخيره . وعبارة البدائع : ولا يشترط حضور المرأة بل يتوقف على ماوراء المجلس ، حتى لو كانت غائبة فبلغها فلها القبول لكن فى مجلسها لأنه فى جانبها معاوضة (قوله وفى جانبها معاوضة) عطف على قوله يمين فى جانبه : أى لأن المرأة لاتملك الطلاق بل هو ملكه وقد علقه بالشرط والطلاق يحتمله ولا يحتمل الرجوع ولا شرط الخيار بل يبطل الشرط دونه ولا يتقيد بالمجلس . وأما فى جانبها فإنه معاوضة المال لأنه تمليك المال بعوض فيراعى فيه أحكام معاوضة المال كالبيع ونحوه كما فى البدائع (قوله فصح رجوعها) أى إذا كان الابتداء منها ، بأن قالت اختلعت نفسى منك بكذا فلها أن ترجع عنه قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها عن المجلس وبقيامه أيضاً ، ولا يتوقف على ماوراء المجلس بأن كان الزوج غائبا ، حتى لو بلغه وقبل لم يصح ولا يصح تعليقه ولا إضافته بدائع (قوله وصح شرط الخيار لها) بأن قال خالعتك على كذا على أنك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت جاز الشرط عنده ، حتى لو اختارت فى المدة وقع الطلاق ووجب المال ، وإن ردت لايقع ولا يجب ه وعندهما شرط الخيار باطل والطلاق واقع والمال لازم بدائع . قال فى البحر : قيد بخيار الشرط لأن خيار الرؤية لايثبت فى الخلع ولا فى كل عقد لايحتمل الفسخ كما فى الفصول . وأما خيار العيب فى بدل الخلع فثابت فى العيب الفاحش ، وهو مايخرجه من الجودة إلى الرساطة ومنها إلى الرداءة دون اليسير (قوله ولو أكثر من ثلاثة أيام) أى بخلاف البيع ، لأن اشتراطه فى البيع على خلاف القياس لأنه من التمليكات ، وتمامه فى البحر عن الكشف. وإذا أطلقا أى عن ذكر المدة ينبغى أن يكون لها الخيار فى مجلسها فقط استنباطا مما إذا أطلقا فى البيع بحر ، وفيه نظر لأنه إن أراد ذكر الخيار المطلق ففيه أن ثبوته فى البيع مقيد بما بعد العقد ، أما عند العقد فيفسد البيع كما فى النهر ؛ وحينئذ فإن ذكره بعد قبولها الخلع لايفيد لأنه لايحتمل الفسخ بعدتمامه بخلاف البيع وإن ذكره قبل القبول لم يصح قياسه على البيع لأنه لايثبت فيه ، اللهم إلا أن يقال لايثبت فيه لأنه يفسد بالشروط الفاسدة بخلاف الخلع

(ويقتصر على المجلس) كالبيع .

[فائدة] يشترط فى قبولها علمها بمعناه لأنه معاوضة ، بخلاف طلاق وعتاق وتدبير لأنه إسقاط والإسقاط يصح مع الجهل (وطرف العبد فى العتاق) على مال (كطرفها فى الطلاق . و) الخلع (يكون بلفظ البيع والشراء والطلاق والمباراة) كبعت نفسك أو طلاقك أو طلقتك على كذا أو بارأتك : أى فارقتك وقبلت المرأة .

لكن لو ثبت فى البيع لثبت مقتصرا على المجلس ، كما لو ثبت فيه بعد العقد فكذلك فى الخلع لايتجاوز المجلس تأمل (قوله ويقتصر على المجلس) الضمير راجع للخلع فيبطل بقيامها عن المجلس وبقيامها أيضاً كما مر (قوله يشترط الخ) فلو لقنها اختلعت منك بالمهر ونفقة العدة بالعربية وهى لاتعلم معناه أو لقنها أبرأتك من نفقة العدة الأصح أنه لايصح لأن التفويض كالتوكيل لايتم إلا بعلم الوكيل ، والإبراء عن نفقة العدة والمهر وإن كان إسقاطا لكنه إسقاط يحتمل الفسخ فصار فيه شبهة البيع ، والبيع وكل المعاوضات لابد فيها من العلم ، وهذه الصورة كثيرا ماتقع فتح .

قلت : الظاهر أن المراد يصح الخلع ولا يلزم البدل ، لأن جهلها بمعناه عذر فى عدم سقوط حقها . ولايلزم منه عدم طلاقها إذا قبل فتأمل. هذا، وعامة نساء زماننا لايعرفون موجب الخلع أنه مسقط للحقوق : فإذا طلبت منه أن يخلعها فقال خالعتك ورضيت فهل يسقط مهر ها بمجرد ذلك أم لا ،لم أر من صرح به . ومقتضى ماذكروه فى سقوط خيار البلوغ أنها لاتعذر بالجهل ، وسيأتى فى الشركة أن المفاوضة لاتصح إلا بلفظ المفاوضة وإن لم يعرفا معناها فتأمل (قوله يصح مع الجهل) أى قضاء فقط كما قدمه فى باب الطلاق رحمتى (قوله وطرف العبد الخ) أى جانبه . قال فى النقاية وشرحها للقهستانى : والعبد والأمة فى العتق بمنزلتها : أى المرأة فى الخلع فإنه بمنزلته حتى إنه إذا قال العبد للمولى اشتريت نفسى منك بكذا كان له الرجوع قبل دخول المولى له . وإذا قال المولى بعت نفسك منك بكذا ليس له الرجوع ، وقس عليه شرط الخيار والاقتصار على المجلس اه ط .

وحاصله أن العتق بمال معاوضة من جانب العبد كالخلع فى جانب المرأة فتعتبر من جانبه أحكام المعاوضات ، بخلاف جانب المولى فإنه بمنزلة الزوج فتنعكس فيه تلك الأحكام (قوله كطرفها فى الطلاق) أى فى الخلع لأن الكلام فيه وأطلقه عليه لأنه طلاق بالكناية تأمل .

مطلب ألفاظ الخلع خمسة

(قوله والخلع يكون الخ) فى الجوهرة : ألفاظ الخلع خمسة : خالعتك ، باينتك ، بارأتك ، فارقتك ، طلقى نفسك على ألف اه ويزاد عليه ماذكره المصنف من لفظ البيع والشراء (قوله كبعت نفسك) تقدم عن الصغرى تصحيح أنه مسقط للحقوق (قوله أو طلاقك) فى البحر : ولو قال بعت منك طلاقك بمهرك فقالت طلقت نفسى بانت منه بمهرها بمنزلة قولها اشتريت ،وقيل يقع رجعيا ، والأول أصح . ولو قال بعت منك تطليقة فقالت اشتريت يقع رجعيا مجانا لأنه صريح اه وقيد الثانية فى الخانية بما إذا لم يذكر البدل ، ثم قال : ولو قال بعت نفسك منك فقالت اشتريت يقع طلاق بائن لأن بيع الطلاق تمليك الطلاق ، فإذا لم يذكر البدل يصير كأنه قال طلقتك فيكون رجعيا . أما بيع نفسها تمليك النفس من المرأة وملك النفس لايحصل إلا بالبائن فيكون بائنا اه فأفاد أن بعت منك تطليقة بكذا يقع به البائن أيضا (قوله أو طلقتك على كذا) هذا مبنى على أن الطلاق على مال مسقط للمهر وهو خلاف المعتمد كما سيأتى ح أى لما مر أن المراد الخلع المسقط للحقوق والطلاق على مال ليس منه

(و) حكمه أن (الواقع به) ولو بلا مال (وبالطلاق) الصريح (على مال طلاق بائن) وثمرته فيما لو بطل البدل كما سيجيء (و) الخلع (هو من الكنايات فيعتبر فيه مايعتبر فيها) من قرائن الطلاق ، لكن لو قضى بكونه فسخا نفذ لأنه مجتهد فيه ، وقيل لا

(قوله أن الواقع به) أي بالخلع ولو بلفظ البيع والمبارأة بحر (قوله ولو بلا مال) هذا إذا كان بلفظ الخلع أو بلفظ بيع النفس ، بخلاف بيع الطلاق أو الطلقة بلا ذكر بدل فإنه يقع به الرجعي كما علمته آنفا (قوله ولو بالطلاق الخ) في بعض النسخ وبالطلاق بإسقاط لو وهو الأولى ، لما علمت من أن الطلاق على مال خارج عن الخلع المسقط للحقوق ، لكن لما كان المراد بيان وقوع البائن به صح إطلاق الخلع عليه ، وإنما ذكر الصريح نصا على المتوهم إذ الكناية كذلك كما أفاده ط . وأراد بالمال مايشمل الإبراء منه حتى لو قالت أبرأتك عمالى عليك على طلاق ففعل برئ وبانت ، بخلاف طلقني على أن أؤخر مالي عليك فإن التأخير ليس بمال ، وصح التأخير لو له غاية معلومة وإلا فلا ، والطلاق رجعي مطلقا بحر عن البزازية .

مطلب أبرأته من حق يكون للنساء على الرجال

وفي الفتح آخر الباب قال : أبرئيني من كل حق يكون للنساء على الرجال ففعلت فقال في فوره طلقتك وهي مدخول بها يقع بائنا لأنه بعوض . وإذا اختلعت بكل حق لها عليه فلها النفقة مادامت في العدة لأنها لم يكن لها حق حال الخلع ، فقد ظهر أن تسمية كل حق لها عليه وكل حق يكون للنساء صحيحة وينصرف إلى القائم لها إذ ذاك اهـ .

قلت : نعم لو قالت من كل حق للنساء على الرجال قبل الخلع وبعده فإن النفقة تسقط كما في البزازية ، وسيأتي تمامه ، وسيأتي أيضا مالو خالعها على البراءة من نفقة الولد (قوله وثمرته) أي ثمرة تقييد الطلاق بكونه على مال دون الخلع تظهر فيما لو بطل البدل ، كما سيجيء أنه لو طلقها بخمر أو خنزير أو ميتة وقع بائن في الخلع رجعي في الطلاق مجانا فيهما لبطلان البدل ، وإذا بطل بقي الخلع والواقع به بائن ، ولفظ الطلاق والواقع به رجعي لأنه صريح ، فلو لم يكن ذكر المال شرطا في وقوع البائن بالطلاق دون الخلع لم تظهر ثمرة للتقييد به ، لكن الاقتصار في بيان الثمرة على بطلان البدل محل نظر ، فإن مثله مالو لم يذكر البدل أصلا تأمل . وأما كون الخلع يسقط الحقوق والطلاق على مال لايسقطها فليس ثمرة التقييد بالمال كما لايخفى فافهم (قوله والخلع من الكنايات) لأنه يحتمل الانخلاع عن اللباس أو الخيرات أو عن النكاح عناية ، ومثله المبارأة (قوله فيعتبر فيه مايعتبر فيها) ويقع به تطليقة بائنة إلا إن نوى ثلاثا فتكون ثلاثا ، وإن نوى ثنتين كانت واحدة بائنة كما في الحاكم (قوله من قرائن الطلاق) كمذاكرة الطلاق وسؤالها له . وفي الدر المنتقى : وتسمية المال وإن لم يكن متقوما من القرائن اهـ ط (قوله لو قضى بكونه فسخا) أي كما هو قول الحنابلة إنه لايقع به طلاق بل هو فسخ لاينقص العدد بشرط عدم نية الطلاق بحر .

مطلب معنى المجتهد فيه

(قوله نفذ لأنه مجتهد فيه) أي موضع اجتهاد صحيح ، بمعنى أنه يسوغ فيه الاجتهاد لأنه لم يخالف كتابا ولا سنة مشهورة ولا إجماعا ، إذ لو خالف شيئا من ذلك في رأي المجتهد لم يكن مجتهدا فيه ، حتى لو حكم به حاكم يراه لاينفذ كما قرر في محله ، ويأتي في أول الباب الآتي عن الفتح مايوضحه . ولا يخفى أن المراد بقوله نفذ هو مالو حكم به حنبلي في مسألتنا بخلاف الحنفي فإنه وإن صح حكمه بغير مذهبه على أحد القولين ، لكنه في زماننا لايصح اتفاقا

(خلعها ثم قال لم أنو به الطلاق ، فإن ذكر بدلا لم يصدق) قضاء فى الصور الأربع (وإلا صدق في) ما إذا وقع بلفظ (الخلع والمبارأة) لأنهما كنايتان ولا قرينة ، بخلاف لفظ بيع وطلاق لأنه خلاف الظاهر . وفيه إشارة إلى اشتراط النية وهو ظاهر الرواية إلا أن المشايخ قالوا لانشترط النية ههنا لأنه بحكم غلبة الاستعمال صار كالصريح كما فى القهستانى عن متفرقات طلاق المحيط .

(وكره) تحريما (أخذ شيء) ويلحق به الإبراء عما لها عليه (إن نشز وإن نشزت لا) ولو منه نشوز أيضاً ولو بأكثر مما أعطاها على الأوجه فتح ، وصحح الشمنى كراهة الزيادة ، وتعبير الملتقى لابأس به يفيد أنها تنزيهية . وبه يحصل التوفيق

لتقييد السلطان قضاءه بالحكم بالصحيح من مذهبنا فلا ينفذ حكمه بالضعيف فضلا عن مذهب الغير فافهم (قوله لم يصدق قضاء) أى بل ديانة لأن الله تعالى عالم بسره لكن لايسع المرأة أن تقيم معه لأنها كالقاضى لاتعرف منه إلا الظاهر بحر عن المبسوط (قوله فى الصور الأربع) أى فيما لو كان بلفظ الخلع أو البيع والشراء أو الطلاق أو المبارأة (قوله بخلاف لفظ بيع وطلاق) لأنهما صريحان تاترخانية . لكن صراحة البيع مثل بعت نفسك أو طلاقك بمعنى أن دلالته عليه قطعية لاتتخلف عنه . لأن البيع فيه زوال ملك اليمين فيلزم منه قطعا زوال ملك المتعة كما أفاده المصنف فى المنح تأمل . وأما صراحة الطلاق فظاهرة وإن كان لايكون حكمه حكم الخلع إلا عند ذكر المال ، لأن الكلام فى أنه يقع به الطلاق : أى الرجعى إذا لم يكن بمال ولا يصدق فى أنه لم يرد به الطلاق لكونه صريحا فافهم (قوله وفيه إشارة إلى اشتراط النية) أى اشتراطها للوقوع بها ديانة ، وكذا قضاء إذا لم تكن قرينة من ذكر مال ونحوه كما هو الحكم فى سائر الكنايات (قوله ههنا) أى فى لفظ الخلع .

وفى البحر عن البزازية : فلو كانت المبارأة أيضا كذلك : أى غلب استعمالها فى الطلاق لم تحتج إلى النية وإن كانت من الكنايات وإلا تبقى النية مشروطة فيها وفى سائر الكنايات على الأصل اهـ وفيه إشارة إلى أن المبارأة لم يغلب استعمالها فى الطلاق عرفا ، بخلاف الخلع فإنه مشتهر بين الخاص والعام فافهم (قوله وكره تحريما أخذ شيء) أى قليلا كان أو كثيرا .

والحق أن الأخذ إذا كان النشوز منه حرام قطعا لقوله تعالى - فلا تأخذوا منه شيئا - إلا أنه إن أخذ ملكه بسبب خبيث ، وتمامه فى الفتح ، لكن نقل فى البحر عن الدر المنثور للسيوطى : أخرج ابن أبى جرير(1) عن ابن زيد فى الآية قال : ثم رخص بعد ، فقال - فإن خفتم أن لايقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به - قال فنسخت هذه تلك اهـ وهو يقتضى حل الأخذ مطلقا إذا رضيت اهـ أى سواء كان النشوز منه أو منها أو منهما . لكن فيه أنه ذكر فى البحر أولا عن الفتح أن الآية الأولى فيما إذا كان النشوز منه فقط ، والثانية فيما إذا لم يكن منه فلا تعارض بينهما ، وأنهما لو تعارضتا فحرمة الأخذ بلا حق ثابتة بالإجماع ، وبقوله تعالى - ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا - وإمساكها لالرغبة بل إضرارا لأخذ مالها فى مقابلة خلاصها منه مخالف للدليل القطعى فافهم (قوله ويلحق به) أى بالأخذ (قوله إن نشز) فى المصباح نشزت المرأة من زوجها نشوزا من باب قعد وضرب عصته . ونشز الرجل من امرأته نشوزا بالوجهين : تركها وجفاها . وأصله الارتفاع اهـ ملخصا (قوله ولو منه نشوز أيضا) لأن قوله تعالى - فلا جناح عليهما فيما افتدت به - يدل على الإباحة إذا كان النشوز من الجانبين بعبارة النص ، وإذا كان من جانبها فقط بدلالته بالأولى (قوله وبه يحصل التوفيق) أى بين مارجحه فى الفتح من نفى كراهة أخذ الأكثر

---

(1) (قوله ابن أبى جرير) هكذا بالأصل المقابل على خطه ، ولعل الصواب إسقاط لفظ أبى كما هو مشهور . اهـ مصححه .

(أكرهها) الزوج (عليه تطلق بلا مال) لأن الرضا شرط للزوم المال وسقوطه.

(ولو هلك بدله فى يدها) قبل الدفع (أو استحق فعليها قيمته لو) البدل (قيميا، ومثله لو مثليا) لأن الخلع لا يقبل الفسخ.

(خلعها أو طلقها بخمر أو خنزير أو ميتة ونحوها) مما ليس بمال (وقع) طلاق (بائن فى الخلع رجعى فى غيره) وقوعا (مجانا) فيهما لبطلان البدل وهو الثمرة كما مر، ولو سمت حلالا كهذا الخل فإذا هو خمر رجع بالمهر إن لم يعلم وإلا لاشىء له (كخالعنى على ما فى يدى) أى الحسية (ولا شىء فى يدها) لعدم التسمية وكذا عكسه، لكن لو كان فى يده جوهرة لها فقبلت فهى له علمت أولا لإضرارها نفسها بقولها (وإن زادت من مال أو دراهم

وهو رواية الجامع الصغير، وبين مارجحه الشمنى من إثباتها وهو رواية الأصل، فيحمل الأول على نفى التحريمية والثانى على إثبات التنزيهية، وهذا التوفيق مصرح به فى الفتح، فإنه ذكر أن المسألة مختلفة بين الصحابة وذكر النصوص من الجانبين ثم حقق ثم قال: وعلى هذا يظهر كون رواية الجامع أوجه، نعم يكون أخذ الزيادة خلاف الأولى، والمنع محمول على الأولى اه. ومشى عليه فى البحر أيضا (قوله عليه) أى على الخلع منح: أى على أن تقول له خالعنى. وفى البحر على القبول: أى إذا كان هو المبتدئ بقوله خالعتك فافهم (قوله تطلق) أى بائنا إن كان بلفظ الخلع، ورجعيا إن كان بلفظ الطلاق على مال كمامر ويأتى (قوله شرط للزوم المال) أى عليها وهو البدل المذكور فى الخلع، وقوله وسقوطه أى عن الزوج وهو المهر الذى عليه (قوله أو استحق) أى ادعاه آخر وأثبت أنه له، ومثله ما فى الفتح عن كافى الحاكم لو كان عبدا حلال الدم فقتل عنده رجع عليها بقيمته، وكذا لو وجب قطع يده فقطع عنده رده وأخذ قيمته اه (قوله مما ليس بمال) كالدم والحر (قوله وقع) أى إن قبلت بحر (قوله بائن فى الخلع) لأنه من الكنايات الدالة على قطع الوصلة فكان الواقع به بائنا بخلاف لفظ اعتدى وأخويه كما مر فى بابه؛ بخلاف الطلاق فإنه صريح لا يقتضى البينونة أيضا (قوله مجانا فيهما) أى فى الصورتين والمجان كشداد: عطية الشىء بلا بدل. قال فى الفتح أى بلا شىء يجب للزوج؛ لأن ملك النكاح فى الخروج غير متقوم ولذا لا يلزم شىء فى الطلاق اه وأوجب زفر عليها رد المهر كما فى المحيط بحر. وأما لو كان المهر فى ذمته فإنه يسقط لما مر من أن خالعتك مسقط للحقوق وإن لم يكن بعوض تأمل (قوله كما مر) أى فى قوله وثمرته فيما لو بطل البدل وقدمنا بيانه (قوله ولو سمت حلالا الخ) قال فى الفتح: وفى كتب المالكية: لو خلعها على حلال وحرام كخمر ومال صح ولا يجب له إلا المال، قيل وهو قياس قول أصحابنا وهو صحيح اه (قوله رجع بالمهر) أى إن أخذته وإلا سقط عنه، وهذا عند الإمام. وعندهما يجب مثله من خل وسط لأنه صار مغرورا من جهتها بتسمية المال اه ح (قوله أى الحسية) قيد به لئلا يتكرر مع قوله الآتى والبيت والصندوق الخ مما هو فى يدها الحكمية فافهم (قوله ولا شىء فى يدها) أما لو كان فيها شىء ولو قليلا فهو له بحر (قوله لعدم التسمية) علة لما فهم من التشبيه، وهو وقوع البائن مجانا أى لعدم تسمية شىء تصير به غارة له بحر، لأن ما فى يدها قد يكون متقوما، وقد يكون غيره فكان راضيا بذلك فتح (قوله وكذا عكسه) بأن قال لها خالعتك على ما فى يدى ولا شىء فيها بحر وهذا مفهوم بالأولى (قوله لكن الخ) لما كان عدم لزوم شىء فى المسألة الأولى لعدم التغرير منها صار مظنة أن يتوهم هنا أنه لا يستحق الجوهرة لتغريره لها، فاستدرك على ذلك بأنها له لأن المرأة أضرت بنفسها حيث قبلت الخلع قبل أن تعلم ما فى يده فهذا الاستدراك فى محله فافهم (قوله وإن زادت) أى على قولها خالعنى على ما فى يدى

ردت) عليه فى الأولى (مهرها) إن قبضته وإلا لاشىء عليها جوهرة (أو ثلاثة دراهم) فى الثانية ولو فى يدها أقل كلتها، ولو سمت دراهم فبان دنانير لم أره.

(والبيت والصندوق وبطن الجارية) إذا لم تلد لأقل المدة (و) بطن (الغنم) وثمر الشجر (كاليد) فذكر

أى ولا شىء فى يدها (قوله ردت عليه فى الأولى مهرها) أى فى قولها من مال ؛ ومثله من متاع أو من مال المهر وقد أوفاه لها ، أو على مافى بطن جاريتى أو غنمى من حمل لأنها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال إلا بالعوض ، ولا وجه إلى إيجاب المسمى أو قيمته للجهالة ولا إلى قيمة البضع أعنى مهر المثل لأنه غير متقوم حالة الخروج فتعين إيجاب ماقام عن الزوج من المسمى أو مهر المثل نهر (قوله وإلا) أى وإن لم تكن قبضته برئ منه ولا شىء عليها ، وكذا لاشىء عليها لو كانت قد أبرأته منه بحر (قوله أو ثلاثة دراهم فى الثانية) أى فى قولها من دراهم معرفا أو منكرا لأنها ذكرت الجمع ، وأقصاه لاغاية له، وأدناه ثلاثة فوجبت . ولو قالت : على مافى هذا المكان من الشياه والخيل والبغال والحمير أو الثياب لزمها ثلاثة أيضا كذا فى الدراية ، قال فى البحر : وفى الثياب نظر للجهالة . وأقول: ينبغى إيجاب الوسط فى الكل ؛ وبه يندفع ماقال نهر .

قلت : وفيه نظر لأن الثياب مجهول الجنس مثل الدابة والعبد ، بخلاف البغل والحمار ، ولذا لو تزوجها على ثوب أو عبد وجب مهر المثل ؛ ولو على فرس أو ثوب هروى وجب الوسط ، وعليه فينبغى فى الثياب المطلقة رد المهر كما فى الأولى . ثم رأيت فى كافى الحاكم الشهيد مانصه : وإن اختلعت منه على موصوف من المكيل والموزون والثياب فهو جائز ،وإن اختلعت منه بثوب غير منسوب إلى نوع أو على دار كذلك فله المهر الذى أعطاها وكذلك الدابة اهـ (قوله ولو فى يدها أقل الخ) ولو كان أكثر من ثلاثة فله ذلك درر عن النهاية (قوله لم أره) قال فى النهر ولو سمت دراهم فإذا فى يدها دنانير لايجب له غير الدراهم ولم أره اهـ ح. قلت : وينبغى فى عرفنا لزوم الدنانير ، لأن الدراهم تطلق عرفا على مايشملهما ،

والحاصل أنها إذا اختلعت على شىء غير المهر فهو على أوجه :

الأول أن يكون ذلك المسمى غير متقوم كالخمر والميتة فيقع مجانا .

الثانى أن يحتمل كونه مالا أو غيره مثل مافى بيتها أو يدها من شىء ، فإن الشىء يشمل المال وغيره ، وكذا مافى بطن شاتها أو جاريتها ، فإن مافى البطن قد يكون ريحا ، فإن وجد المسمى فهو له وإلا وقع مجانا .

الثالث أن يكون مالا سيوجد مثل ماتثمر نخيلها أو تلد غنمها العام أو ماتكتسب العام ، فعليها رد ماقبضت من المهر سواء وجد ذلك أولا .

الرابع أن يكون مالا لكنه لايوقف على قدره مثل مافى بيتها أو يدها من المتاع أو مافى نخيلها من الثمار أو مافى بطون غنمها من الولد ، فإن وجد منه شىء فهو له وإلا ردت ماقبضت من المهر .

الخامس أن يكون مالا له مقدار معلوم مثل مافى يدها من دراهم ، فإن أقله ثلاث فكان مقداره معلوما فله الثلاثة أو الأكثر .

السادس إذا سمت مالا وأشارت إلى غير مال كهذا الخل فإذا هو خمر ، فإن علم بأنه خمر فلا شىء له وإلا رجع بالمهر ، هذا حاصل مافى الذخيرة (قوله إذا لم تلد لأقل المدة) أى مدة الحمل ، وهذا قيد لعدم وجوب شىء، أما لو ولدت لأقلها فهو له لتحقق وجوده ، والأولى ذكر هذا بعد قوله وبطن الغنم ، لأن الظاهر اعتبار أقل مدته أيضا .

اليد مثال كما فى البحر . قال : وقيده فى الخلاصة وغيرها بعدم العلم فقال : لو علم أنه لامتاع فى البيت أو أنه لامهر لها عليه فى خلعها بمهرها لايلزمها شىء لأنها لم تطمعه فلم يصر مغرورا ؛ ولو ظن أن عليه المهر ثم تذكر عدمه ردت المهر.

(خالعت على عبد آبق لها على براءتها من ضمانه لم تبرأ) وعليها تسليمه إن قدرت وإلا فقيمته لأنه لايبطل بالشرط الفاسد كالنكاح.

(قالت طلقنى ثلاثا بألف أو على ألف فطلقها واحدة وقع فى الأول بائنة بثلثه) أى بثلث الألف إن طلقها فى مجلسه وإلا فجانا فتح . وفى الخانية : لو كان طلقها ثنتين فله كل الألف (وفى الثانية رجعية مجانا) لأن على للشرط ، قالا كالباء

[فائدة] فى إقرار الجوهرة : أقل مدة حمل الدواب سوى الشاة ستة أشهر ، وأقل مدة حمل الشاة أربعة أشهر

(قوله وقيده فى الخلاصة وغيرها) كان المناسب ذكر هذا عقب قوله ردت مهرها أو ثلاثة دراهم كما فعل فى البحر ليعلم أن مرجع الضمير هو الرد المذكور .

وعبارة الخلاصة هكذا : وفى الفتاوى : رجل خلع امرأته بمالها عليه من المهر ظنا منه أن لها عليه بقية المهر ثم تذكر أنه لم يبق لها عليه شىء من المهر وقع الطلاق عليها بمهرها فيجب عليها أن ترد المهر إن قبضته ، أما إذا علم أن لامهر لها عليه بأن وهبت صح الخلع ولا ترد على الزوج شيئا ، كما إذا خالعها على مافى هذا البيت من المتاع وعلم أنه لامتاع فى هذا البيت اه وكذا على مافى يدها من المال وعلم أنه ليس فى يدها شىء كما فى المجتبى (قوله على براءتها من ضمانه) معناه أنها إن وجدته سلمته وإلا فلا شىء عليها ، وأما لو شرطت البراءة من عيب فى البدل صح الشرط بحر (قوله لم تبرأ) لأنه عقد معاوضة فيقتضى سلامة العوض بحر (قوله لأنه) تعليل لما استفيد من المقام أن الخلع صحيح فيصح الخلع ويبطل الشرط الفاسد ، ومنه لو خالعها على أن يمسك الولد عنده أو على أن يكون صداقها لولدها أو لأجنبى ، بخلاف الشرط الملائم كما لو اختلعت بشرط الصك أو بشرط أن يردّ إليها أقمشتها فقبل لانحرم ، ويشترط كتب الصك ورد الأقمشة فى المجلس كما سيأتى فى الفروع ، وتمامه فى البحر (قوله طلقنى ثلاثا بألف) أما لو قالت واحدة بألف فطلقها ثلاثا ، فإن قال بألف وقبلت وقعن ، وإن لم تقبل لايقع شىء ، وإن لم يذكر المال طلقت عنده ثلاثا بلا شىء . وعندهما واحدة بألف وثنتان بلا شىء ، كما لو فرقها وقال أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة عند الكل كما فى البحر عن الخانية (قوله فطلقها واحدة) مثلها ثنتان شلبى ولو طلقها ثلاثا كان له جميع الألف سواء كانت بلفظ واحد أو متفرقة فى مجلس واحد بحر ط (قوله بثلثه) لأن الباء تصحب الأعواض وهو ينقسم على المعوض بحر (قوله إن طلقها فى مجلسه) فلو قام فطلقها لم يجب شىء نهر. ووجهه أنه معاوضة من جانبها ، فيشترط فى قبوله المجلس كما فى قبول البيع رحمتى . ولو بدأ هو فقال خالعتك على ألف اعتبر مجلسها دونه ، فلو ذهب ثم قبلت فى مجلسها ذلك صح بحر عن الجوهرة (قوله لو كان طلقها ثنتين) أى قبل قولها له طلقنى الخ ثم طلقها واحدة بعد قولها ذلك فله كل الألف لحصول المقصود ولذا قال فى الخلاصة قالت طلقنى أربعا بألف فطلقها ثلاثا فهى بالألف ، ولو طلقها واحدة فبثلث الألف ، وتمامه فى البحر (قوله لأن على للشرط) والمشروط لايتوزع على أجزاء الشرط ، ولو طلقها ثلاثا متفرقة فى مجلس واحد لزمها الألف لأن الأولى والثانية تقع عنده رجعية فإيقاع الثالثة وهى منكوحة فله الألف ؛ وإن فى ثلاثة مجالس ، فعندهما له ثلث الألف ، وعنده لاشىء له بحر عن المحيط :

(قال لها طلقي نفسك ثلاثا بألف) أو على ألف (فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء) لأنه لم يرض بالبينونة إلا بكل الألف ، بخلاف ما مر لرضاها بها بألف فببعضها أولى (وقوله لها أنت طالق بألف أو على ألف وقبلت) في مجلسها (لزم) إن لم تكن مكرهة كما مر ؛ ولا سفيهة ولا مريضة كما يجيء (الألف) لأنه تعويض أو تعليق . وفي البحر عن التاترخانية : قال لامرأتيه إحداكما طالق بألف درهم والأخرى بمائة دينار فقبلتا طلقتا بغير شيء (أنت طالق وعليك ألف أو أنت حر وعليك ألف طلقت وعتق مجانا) وإن لم يقبلا ، لأن قوله وعليك ألف

مطلب تستعمل على في الاستعلاء واللزوم حقيقة

[تنبيه] قيل إن على حقيقة للاستعلاء مجاز للشرط . والحق أنها حقيقة للاستعلاء إن اتصلت بالأجسام المحسوسة كقمت على السطح وفي غيرها حقيقة في معنى اللزوم الصادق على الشرط المحض نحو- يبايعنك على أن لايشركن- وأنت طالق على أن تدخلي الدار ، وعلى المعاوضة الشرعية المحضة كبعني هذا على ألف ، والعرفية كافعل هذا على أن أشفع لك عند زيد ، وما نحن فيه مما يصح فيه كل من معنيي اللزوم ، لأن الطلاق مما يتعلق على الشرط المحض والاعتياض ، وذكر المال لايرجح الثاني ؛ فإن المال يصح جعله شرطا محضاً حتى لاتنقسم أجزاؤه على أجزاء مقابله كما يصح جعله عوضا منقسما فلا يجب المال بالشك وعلى هذا يكون لفظ على مشتركا بين الاستعلاء واللزوم لقيام دليل الحقيقة فيهما وهو التبادر بمجرد الإطلاق ، وكون المجاز خيرا من الاشتراك هو عند التردد ، وقول أهل العربية إنها للاستعلاء محمول على هذا ، فإن أهل الاجتهاد هم أهل العربية ، وتمام تحقيقه في الفتح . وذكر في البحر أنه ذكر في التحرير ترجيح العوضية بذكر المال لأنها الأصل (قوله فببعضها أولى) فيه بحث لأنها قد يكون لها غرض في الثلاث حسما لمادة الرجوع إليه لشدة بغضه فتخاف من أن يحملها أحد على المعاودة إليه فلا يتم إلا بالثلاث مقدسي .

وقد يقال : إن هذا لاينظر إليه بعد حصول المقصود بملكها نفسها على أن إمكان المعاودة حاصل بالحل على التحليل فافهم (قوله وقبلت في مجلسها) فلو بعده لم يلزمها المال لأنه مبادلة من جانبها كما مر وهذا إذا لم يكن معلقا ولا مضافا وإلا اعتبر القبول بعد وجود الشرط والوقت كما قدمناه عن البدائع ، ومثله في البحر (قوله كما مر) أي في قول المصنف أكرهها عليه تطلق بلا مال (قوله ولا سفيهة ولا مريضة) فلو سفيهة لم يلزم المال ولو مريضة اعتبر من الثلث كما يأتي بيانه (قوله لأنه تعويض) بالعين المهملة لابالفاء كما يوجد في بعض النسخ وهذا راجع لقوله بألف ، وقوله أو تعليق راجع لقوله على ألف . قال الزيلعي : ولابد من قبولها لأنه عقد معاوضة أو تعليق بشرط ، فلا تنعقد المعاوضة بدون القبول ولا ينزل المعلق بدون الشرط إذ لاولاية لأحدهما في إلزام صاحبه بدون رضاه ، والطلاق بائن لأنها ما التزمت المال إلا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة اهـ (قوله طلقتا بغير شيء) لأنه علق طلاقهما على قبولهما وقد وجد ولم يعلم مايلزم كل واحدة منهما ، فإن لكل أن تقول لايلزمني إلا الدراهم وينبغي أن يلزم لو رضي منهما بالدراهم ، وإذا طلقتا بلا شيء كان رجعيا(1) لأنه بلفظ الصريح رحمتي ، وما قيل من أنه ينبغي أن يلزمهما رد مهرهما فهو مما لاينبغي ، فإن الطلاق الصريح ولو على مال غير مسقط للمهر على المعتمد كما يأتي متناً فافهم (قوله وإن لم يقبلا) مبالغة على قوله طلقت ، وعتق لأنه عند القبول تطلق ، ويعتق بالأولى لأنه متفق عليه ، فالمبالغة إشارة إلى رد قولهما ، ولا يصح جعل المبالغة لقوله مجانا لأن المناسب له أن يقول وإن

---

(1) (قوله كان رجعيا الخ) قال شيخنا : فيه أن هذا طلاق بمال ، وإنما سقط المال للجهالة فيكون بائنا ؛ ألا ترى إلى قوله ينبغي أنه يلزم لو رضي منهما بالدراهم فإنه حينئذ يكون الواقع بائنا جزما اهـ .

جملة تامة : وقالا : إن قبلا صح ولزم المال عملا بأن الواو للحال ، وفى الحاوى وبقولهما يفتى .

(قال طلقتك أمس على ألف فلم تقبلى وقالت قبلت فالقول له بيمينه ، بخلاف قوله بعتك طلاقك أمس على ألف فلم تقبلى وقالت قبلت فالقول لها) وكذا لو قال لعبده كذلك (كقوله) لغيره (بعت منك هذا العبد بألف أمس فلم تقبل وقال المشترى قبلت) فإن القول للمشترى . والفرق أن الطلاق بمال يمين من جانبه وهى تدعى حنثه وهو ينكر ؛ أما البيع فإقراره به إقرار بالقبول فإنكاره رجوع فلا يسمع ولو برهنا أخذ ببينتها تتارخانية .

(ولو ادعى الخلع على مال وهى تنكر يقع الطلاق) بإقراره (والدعوى فى المال بحالها) فيكون القول لها لأنها تنكر (وعكسه لا) يقع كيفما كان بزازية .

[فروع] أنكر الخلع أو ادعى شرطا أو استثناء

قبلا كما لايخفى (قوله جملة تامة) أى فلا ترتبط بما قبلها لابدلالة الحال إذ الأصل فى الجملة الاستقلال، ولادلالة هنا لأن الطلاق والعتاق ينفكان عن المال ، بخلاف البيع والإجارة فإنهما لايوجدان بدونه درر .

[تنبيه] اتفقوا على أنها للحال فى أد إلى ألفا وأنت حر لتعذر عطف الخبر على الإنشاء ، وعلى أنها بمعنى باء المعاوضة فى احمل هذا ولك درهم ، لأن المعاوضة فى الإجارة أصلية ، وعلى تعين العطف فى قول المضارب خذ هذا المال واعمل به فى البز الإنشائية فلا تتقيد المضاربة به ، وعلى احتمال الأمرين فى أنت طالق وأنت مريضة أو مصلية إذ لامانع ولا معين فيتنجز الطلاق قضاء ، ويتعلق ديانة إن نواه وتمامه فى البحر (قوله عملا بأن الواو للحال) فكأنه قال أنت طالق فى حال وجوب الألف لى عليك ولا يتحقق ذلك إلا بالقبول وبه يلزم المال نهر (قوله وكذا لو قال لعبده كذلك) أى كذا الحكم لو قال لعبده أعتقتك أمس على ألف فلم تقبل أو بعتك أمس نفسك منك بألف فلم تقبل بحر (قوله يمين من جانبه) فهو عقد تام فلا يكون الإقرار به إقرارا بقبول المرأة بخلاف البيع فإنه بلا قبول ليس ببيع بحر (قوله أخذ ببينتها) على أنها قبلت لأن الأصل أن من كان القول له لايحتاج إلى بينة لأنها لإثبات خلاف الظاهر ، والظاهر لمن كان القول له وهو هنا الزوج المنكر وجود شرط الحنث ، وهو القبول ، وخلاف الظاهر قول المرأة فتقدم بينتها عند التعارض، ولأنها أكثر إثباتا لأنها تثبت الطلاق ، وأما ماقيل من أن بينتها قامت على الإثبات وبينته على النفى فلم تقبل ففيه أن البينة على النفى فى شرط الحنث مقبولة كما مر فى التعليق فافهم (قوله يقع الطلاق بإقراره) أى الطلاق البائن وإن لم يثبت المال لأنه يبقى لفظ الخلع المقر به وهو كناية فيقع به البائن كما مر (قوله بحالها) أى على حالها المعروف فى الدعاوى من أن القول للمنكر والبينة للمدعى (قوله وعكسه) أى لو ادعت الخلع لايقع بدعواها شئ لأنها لاتملك الإيقاع رحمتى (قوله كيفما كان) أى سواء ادعته بمال أو بدونه ، ولا يلزمها المال لأنها إنما أقرت به فى مقابلة الخلع ، فحيث لم يثبت الخلع لم يثبت المال ولأن الزوج بإنكاره قد رد إقرارها به رحمتى .

[فرع] اختلفا فى كمية الخلع فقال مرتان وقالت ثلاث ، قيل القول له ، وقيل لو اختلفا بعد التزوج فقالت لم يجز التزوج لأنه وقع بعد الخلع الثالث وأنكره فالقول له ، ولو اختلفا فى العدة أو بعد مضيها فقال هى عدة الخلع الثانى وقالت عدة الخلع الثالث فالقول لها فلا يحل النكاح جامع الفصولين (قوله أنكر الخلع) مكرر مع قول المصنف وعكسه لا اهـ ط (قوله أو ادعى شرطا أو استثناء) بأن قال أنت طالق بألف فقبلت ثم ادعى أنه قال إن دخلت الدار أو إن شاء الله :

قال فى جامع الفصولين : طلق أو خلع ثم ادعى الاستثناء صدق لو لم يذكر البدل فى الخلع ، لا لو ذكره بأن قال خلعتك بكذا . ولو ادعى الاستثناء وقال ماقبضته منك فهو حق كان عليك وقالت إنى دفعته لبدل الخلع فالقول

أو أن ماقبضه من دينه أو اختلفا فى الطوع والكره فالقول له . ولو قالت كان بغير بدل فالقول لها .
ادعت المهر ونفقة العدة وأنه طلقها وادعى الخلع ولا بينة فالقول لها فى المهر وله فى النفقة .
خلع امرأتيه على عبد قسمت قيمته على مسميهما .
خالعتك على عبدى وقف على قبولها ولم يجب شىء بحر ،

له لأنه لما أنكر صحة الخلع فقد أنكر وجوب البدل عليها وأقر أن له عليها مالا واحدا لا مالين والمرأة مقرة أن له عليها مالا آخر فصدق الزوج ، بخلاف مالو لم يدّع الاستثناء لأنه أقر أن عليها بدل الخلع والمملك هو المرأة فقبل قولها وفيه نظر اه .

وحاصله أن دعواه الاستثناء مقبولة إلا إذا كان فى الخلع ببدل فإن البدل قرينة على قصد الخلع فلا تقبل دعوى إبطاله بالاستثناء إلا إذا ادعى أن ماقبضه ليس بدل الخلع بل عن حق آخر فإن القول له لإنكاره صحة الخلع ووجوب البدل بدعوى الاستثناء .

قلت : لكن فيه أن المانع من صحة دعوى الاستثناء ذكر البدل فى عقد الخلع لاقبضه بعده : فحيث ذكر البدل لم تقبل دعواه الاستثناء فلم يقبل إنكاره صحة الخلع ووجوب البدل ، بل بقى الخلع ببدل وادعى بعد ذلك أن ماقبضه هو حق آخر وهى تقول بل بدل الخلع ، فيكون القول قولها لأنها المملكة بالدفع والقول قول المملك فلم يبق فرق بين ماإذا ادعى الاستثناء أو لم يدعه ، ولعل هذا وجه النظر ، والله تعالى أعلم .

هذا ، وقد مر فى باب التعليق أن الفتوى على عدم قبول قوله فى دعوى الاستثناء والشرط لفساد الزمان . وتقدم الكلام فيه هناك (قوله أو أن ماقبضه من دينه) فى البزازية : دفعت بدل الخلع وزعم الزوج أنه قبضه بجهة أخرى أفتى الإمام ظهير الدين أن القول له وقيل لها لأنها المملكة اه .

قلت : الظاهر الثانى ولذا جزم به فى جامع الفصولين كما علمت ، وهذه مسألة مستقلة مبناها على ماإذا اتفقا على الخلع ببدل واختلفا فى جهة القبض ولذا عطفها بأو ويصح عطفها بالواو فتكون من تتمة ماقبلها ، لكن يرد ماعلمته من النظر فافهم (قوله واختلفا فى الطوع والكره) أى فى القبول ، وأما إيقاع الخلع بإكراه فصحيح كما يأتى ط (قوله فالقول لها) لأن صحة الخلع لا تستدعى البدل فتكون منكرة ويكون القول قولها بحر (قوله وادعى الخلع) ينبغى حمله على ما إذا كان مدعيا أن نفقة العدة من جملة بدل الخلع بحر (قوله فالقول لها فى المهر وله فى النفقة) لأن المهر كان ثابتا عليه قبله فدعوى سقوطه غير مقبولة ؛ وأما نفقة العدة فليست واجبة قبله وهى تدعى استحقاقها بالطلاق وهو ينكر فكان القول له ، وهو مشكل فإنهما اتفقا على سبب استحقاقها لأن الخلع والطلاق يوجبان نفقة العدة فكيف تسقط بحر . قلت : وأصل الاستشكال لصاحب جامع الفصولين واعترضه فى نور العين على أنه ساقط بلا مين(١) (قوله قسمت قيمته على مسميهما) فإذا كانت قيمته ثلاثين ومهر إحداهما مائتان ومهر الأخرى مائة لزم الأولى عشرون والأخرى عشرة ولايقسم بينهما مناصفة ، ومحله إذا كان العبد لأجنبى أو لها والمهران متفاوتان ، أما لو كان بينهما مناصفة والمهران متساويان يكون العبد بدل الخلع ط وفرض المسألة فى كافى الحاكم بما إذا خلع امرأتيه على ألف (قوله وقف على قبولها) قال فى المجتبى : الظاهر أنه عنى به وقوع الطلاق ومعرفة هذه المسألة من أهم المهمات فى هذا الزمان ، لأن الناس يعتادون إضافة الخلع إلى مال الزوج

---

(١) (قوله ساقط بلامين) بيانه هو أن موضوع المسألة أن الزوج يدعى الخلع مع التنصيص على سقوط النفقة ، والتنصيص فى أصل الخلع على سقوط النفقة لا يكون هذا الخلع سببا لاستحقاق النفقة ، فاعترافه بهذا الخلع لا يكون اعترافا بالسبب لأن السبب الخلع الخالى من اشتراط سقوط النفقة ولم يوجد من الزوج اعتراف بذلك اه.

(ويسقط الخلع) فى نكاح صحيح ولو بلفظ بيع وشراء كما اعتمده العمادى وغيره :
(والمبارأة) أى الإبراء من الجانبين (كل حق)

بعد إبرائها إياه من المهر ، فبهذا علم أنها إذا قبلت وقع الطلاق ولم يجب على الزوج شىء . وفى منية الفقهاء : خالعتك بمالى عليك من الدين وقبلت ينبغى أن يقع الطلاق ولا يجب شىء ويبطل الدين اهـ مافى المجتبى ، وسيذكر الشارح آخر الباب صحة إيجاب بدل الخلع عليه، وسيأتى تمامه (قوله فى نكاح صحيح) ذكره لبيان الواقع وإلا فقد أخرج الفاسد أول الباب بقوله إزالة ملك النكاح أفاده ط ، وقدمنا قولين فى سقوط المهر بعد الدخول فى الفاسد وتقدم أيضا أنه لو أبانها ثم خالعها على مهرها لم يسقط المهر . قال فى الفصول : لأنه لم يسلم لها بعد الخلع شىء ، وكذا لو ارتدت فخالعها (قوله كما اعتمده العمادى وغيره) أى كصاحب الفتاوى الصغرى فإنه صحح أنه يسقط المهر كالخلع والمبارأة ، وصحح فى الخانية أنه لا يسقط المهر إلا بذكره ، وصححه فى جامع الفصولين أيضا فقد اختلف التصحيح ، وقول الشارح أول الباب خلافا للخانية تبع فيه قول البحر وإن صرح قاضيخان بخلافه ، ولم يظهر لى وجه ترجيح التصحيح الأول على الثانى مع أنهم قالوا إن قاضيخان من أجل من يعتمد على تصحيحه (قوله والمبارأة) بفتح الهمزة مفاعلة من البراءة وترك الهمزة خطأ ، وهى أن يقول الزوج برئت من نكاحك بكذا قاله صدر الشريعة . وفى الفتح : هو أن يقول بارأتك على ألف فتقبل نهر .

قلت : وما فى الفتح موافق لما فى كافى الحاكم ، ثم قال فى النهر : قيد المصنف بقوله بارأها ، لأنه لو قال لها برئت من نكاحك وقع الطلاق وينبغى أن لا يسقط به شىء اهـ أى لأنه إذا لم يكن بلفظ المفاعلة ولم يذكر له بدلا لم يتوقف على قبولها فيقع به البائن ولا يكون مسقطا بمنزلة قوله خالعتك ، بخلاف ما إذا كان بلفظ المفاعلة أو ذكر له بدلا فإنه يتوقف على القبول حتى يكون مسقطا ، وبهذا ظهر أنه لا منافاة بين مانقله أولا عن صدر الشريعة المصرح فيه بذكر البدل وبين ماذكره آخرا فافهم :

[تنبيه] ذكر فى النهر أول الباب أخذا من عبارة الفتح أن المبارأة من ألفاظ الخلع :

قلت : وقدمنا عن الجوهرة التصريح به ، لكن تقدم عن البزازية أن لفظ الخلع من ألفاظ الكناية إلا أن المشايخ قالوا إنه لغلبة استعماله صار كالصريح ، فلا يفتقر إلى النية وأن المبارأة إذا غلب فيها الاستعمال فهى كذلك ، وتقدم أيضا أن الواقع بالخلع تطليقة بائنة سواء نوى الواحدة أو الثنتين ، وإن نوى الثلاث فثلاث ، وإن أخذ عليه جعلا لم يصدق أنه لم يرد به الطلاق . قال فى الكافى للحاكم : والمبارأة بمنزلة الخلع فى جميع ذلك (قوله أى الإبراء من الجانبين) أى بأن تقول له بارئنى فيقول لها بارأتك أو يقول لها ذلك وتقول هى قبلت كما فى شرح المنظومة ، فالمراد مايعم الإبراء من أحدهما والقبول من الآخر ط (قوله كل حق) شمل المهر والنفقة المفروضة والماضية والكسوة كذلك وكذا المتعة تسقط بلا ذكر ، ويستثنى ما إذا خالعها على مهرها أو بعضه وكان مقبوضا فإنها ترده ولا تبرأ ، ومقتضى إطلاقهم البراءة ٧ إلا أن يقال مرادهم ماعدا بدل الخلع والمهر بدله فلا تبرأ عنه ، كما لو كان مالا آخر بحر ، وهذا قول الإمام . وعند محمد لا يسقط إلا ماسمياه فيهما أى فى الخلع والمبارأة ، وأبو يوسف مع الإمام فى المبارأة ومع محمد فى الخلع ملتقى .

مطلب حاصل مسائل الخلع والمبارأة على أربعة وعشرين وجها

ثم اعلم أن حاصل وجوه المسألة أن البدل إما أن يكون مسكوتا عنه أو منفيا أو مثبتا على الزوج أو عليها بمهرها كله أو بعضه أو بمال آخر ، وكل من الستة على وجهين : إما أن يكون المهر مقبوضا أو لا ، وكل من الاثنى عشر

ثابت وقتهما (لكل منهما على الآخر مما يتعلق بذلك النكاح) حتى لو أبانها ثم نكحها ثانيا بمهر آخر فاختلعت منه على مهرها برىء عن الثانى لاالأول ، ومثله المتعة بزازية . وفيها : اختلعت على أن لادعوى لكل على صاحبه ثم ادعى أن له كذا من القطن صح لاختصاص البراءة بحقوق النكاح (إلا نفقة العدة) وسكناها فلا يسقطان (إلا إذا نص عليها) فتسقط النفقة لا السكنى

إما أن يكون قبل الدخول بها أو بعده ، فإن كان البدل مسكوتا عنه ففيه روايتان أصحهما براءة كل منهما عن المهر لاغير ، فلا ترد ماقبضت ولا يطالب هو بما بقى ، وسيأتى تمام الكلام عليه عند قول المصنف وبرىء عن المؤجل لو عليه الخ وإن كان منفيا كقوله اخلعى نفسك منى بغير شىء ففعلت وقبل الزوج صح بغير شىء لأنه صريح فى عدم المال ووقوع البائن فلا يبرأ كل منهما عن حق صاحبه وإن كان معينا على الزوج ، فسيأتى آخر الباب ، وإن كان بكل المهر ، فإن كان مقبوضا رجع بجميعه وإلا سقط عنه كله مطلقا أى قبل الدخول أو بعده وإن خالعها على أن يجعله لولدها أو لأجنبى جاز الخلع والمهر للزوج ، وإن ببعضه كالعشر مثلا والمهر عشرون . فإن قبضته رجع بدرهمين لو بعد الدخول وسلم لها الباقى ، وبدرهم فقط إن كان قبله لأنه عشر النصف . وإن لم يكن مقبوضا سقط الكل مطلقا المسمى بحكم الشرط والباقى بحكم لفظ الخلع ، وإن بمال آخر غير المهر فله المسمى وبرىء كل منهما مطلقا فى الأحوال كلها اهـ ملخصا من البحر والنهر وغرر الأذكار ، لكن المراد بالأخير ما إذا كان مالا معلوما موجودا فى الحال وإلا فهو على ستة أوجه قدمناها عن الذخيرة (قوله ثابت وقتهما) أى وقت الخلع والمبارأة احترز به عن حق يثبت بعدهما كنفقة العدة والسكنى كما يشير إليه الشارح (قوله مما يتعلق) أى من الحق الذى يتعلق بذلك النكاح الذى وقع الخلع منه (قوله لاالأول) لأنه ليس من حق ذلك النكاح بل هو حق النكاح الأول (قوله ومثله المتعة) الأولى ومنه : أى من الحق الذى يسقط . قال فى البحر : وأما المتعة فقال فى البزازية : خالعها قبل الدخول وكان لم يسم مهرا تسقط المتعة بلا ذكر اهـ ويحتمل أن مراده أن المتعة مثل المهر فتسقط إذا كانت متعة ذلك النكاح لامتعة نكاح قبله كما حمله ح (قوله صح الخ) قال فى البحر : ومقتضى الإبراء العام عدم الصحة وكأنه لما وقع فى ضمن الخلع تخصص بما هو من حقوق النكاح (قوله إلا إذا نص عليها) أى على النفقة فى الخلع ، أما لو لم تسقطها حتى اختلعت ثم أسقطتها لاتسقط لإسقاطها حينئذ قصدا لما لم يجب فإنها إنما تجب شيئا فشيئا ، بخلاف ذلك الإسقاط الضمنى فإنه يسقط باعتبار ماتستحقه وقت الخلع والباقى سقط تبعا فى ضمن الخلع فتح .

وفى الذخيرة من النفقة : قالت لزوجها أنت برىء من نفقتى أبدا مادمت امرأتك لايصح ، لأن صحة الإبراء تعتمد الوجوب أو قيام سبب الوجوب ولم يوجدا هنا لأن سبب وجوبها فى المستقبل هو الاحتباس فى المستقبل وهو غير موجود فى الحال ثم قال وإذا أبرأته عن النفقة قبل أن تصير دينا فى ذمته لايصح بالاتفاق ، وإذا شرطت فى الخلع يصح لأنه إبراء بعوض فيكون استيفاء لما وقعت البراءة عنه ، لأن العوض قام مقامه والاستيفاء قبل الوجوب يصح بالاتفاق اهـ .

وفى القنية : وإن لم تكن النفقة واجبة لكن سببها قائم فصح الإبراء عنها اهـ أى فإن الخلع سبب لوجوب نفقة العدة وهذا معنى قوله فى البدائع فأما نفقة العدة فإنها تجب عند العدة فكان الخلع على النفقة مانعا من وجوبها أى بخلاف إبرائها عن النفقة قبل الخلع أو بعده فإنه لايصح . وفى البزازية : وقيل يصح وهو الأشبه .

قلت : لكن المذكور فى عامة الكتب أنه لايصح ، ولذا جزم به فى الفتح وشرح الطحاوى والبدائع ، وكذا فى الخانية وغيرها بل علمت أنه بالاتفاق :

وفى الولوالجية : اختلعت منه بكل حق هو لها عليه فلها النفقة مادامت فى العدة ، لأنها لم تكن حقا لها وقت الخلع . وفى البحر عن البزازية : اختلعت بتطليقة بائنة على كل حق يجب للنساء على الرجال قبل الخلع وبعده ولم تذكر الصداق ونفقة العدة تثبت البراءة عنهما لأن المهر ثابت قبل الخلع والنفقة بعده اه.

مطلب حادثة الفتوى أبرأته عن مهرها وعن أعيان معلومة فقال إن كانت براءتك صادقة فأنت طالقة

[تنبيه] وقعت حادثة سئلت عنها فى امرأة طلبت من زوجها الطلاق على أن تبرئه من مهرها ومن أعيان معلومة فرضي وأبرأته من ذلك فقال إن كانت براءتك صادقة فأنت طالقة. فأجبت بأنها لا تطلق لقولهم إن البراءة عن الأعيان لا تصح . ومراد الزوج التعليق على صحة البراءة عن الكل ليسلم له جميع العوض ، هكذا ظهر لى . ثم رأيت بعد جوابى هذا فى فتاوى الكازرونى نقلا عن فتاوى العلامة عبد الرحمن المرشدى أنه سأل عما يقع كثيرا من قول المرأة أبرأتك من المهر ونفقة العدة وقول الزوج طلاقك بصحة براءتك . فأجاب بعدم الوقوع قال : ووافقنى بعض حنفية العصر ، وتوقف بعضهم محتجا بأن شيخنا جار الله بن ظهيرة كان يفتى بالوقوع لقولهم إن نفقة العدة تسقط بالتسمية فقلت هذا بمعزل عما نحن فيه ، لأن النفقة تجب بالطلاق يوما فيوما ، والإبراء عن المعدوم باطل والمعلق به كذلك لانتفاء المعلق عليه بانتفاء جزئه . وأما المذكور فى باب الخلع فالمراد به المبارأة التى هى نوع من الخلع الموقوف على قبولها فى المجلس ، فإذا كان على المهر ونفقة العدة سقطت النفقة تبعا له ، أما هنا فهو تعليق محض فلا يقع ببطلان بعض المعلق عليه اه ملخصا . ثم رأيت البيرى فى شرح الأشباه صوّب ما أفتى به ابن ظهيرة وردّ على المرشدى مستندا لما مر من التصريح بسقوط النفقة بالشرط .

أقول : والصواب أنه إذا لم يكن الإبراء مبنيا على طلب الطلاق لم تسقط النفقة وإن طلقها عقبه لأنه فى حال قيام النكاح ، وإن كان مبنيا عليه سقطت وإن كان حال قيام النكاح لأنه حينئذ يصير مقابلا بعوض .

ففى الذخيرة والخانية وغيرهما : طلبت منه طلاقها فقال أبرئيني عن كل حق لك حتى أطلقك فقالت أبرأتك عن كل حق للنساء على الأزواج فقال الزوج فى فوره طلقتك واحدة وهى مدخول بها تقع بائنة لأنه طلاق بعوض وهو الإبراء دلالة اه . وأفاد فى الفتح أن النفقة لا تسقط بذلك لانصراف الحق إلى القائم لها إذ ذاك اه نعم قدمنا آنفا ، أنها لو أبرأته عن كل حق قبل الخلع وبعده تسقط ، فكذا إذا طلب إبراءها له عن المهر والنفقة صريحا ليطلقها فأبرأته وطلقها فورا يصح الإبراء لأنه إبراء بعوض وهو ملكها نفسها فكأنها استوفت النفقة باستيفاء بدلها والاستيفاء قبل الوجوب يصح ، كما لو دفع لها نفقة شهر يصح ، وعلى هذا يكون إبراء بشرط فإذا لم يطلقها لم يبرأ، فقد صرح فى الخانية بأنها لو أبرأته عما لها عليه على أن يطلقها فإن طلقها جازت البراءة وإلا فلا ، بخلاف ما لو أبرأته على أن لا يتزوج عليها فتصح البراءة دون الشرط ، لأن الأول يصح فيه الجعل دون الثانى فيكون الشرط فيه باطلا . وفى الحاوى الزاهدى : ولو أبرأته ليطلقها فقام ثم طلقها يبرأ إن لم ينقطع حكم المجلس وإلا فلا اه .

إذا علمت ذلك فقد ظهر لك أن صحة هذه البراءة موقوفة على الطلاق فورا أى فى المجلس ، فإذا قال لها طلاقك بصحة براءتك يكون قد علق الطلاق على صحة البراءة فيقتضى تحقق صحتها قبله كما هو مقتضى الشرط ولا صحة لها إلا به فلم يوجد المعلق عليه فلا يقع الطلاق ، بخلاف مالو نجز الطلاق فإنه يقع وتصح به البراءة ، فقد ظهر أن الحق

لأنها حق الشرع إلا إذا أبرأته عن مؤنة السكنى فيصح فتح ، وهو مستغنى عنه بما ذكرنا ، إذ النفقة والسكنى لم تجبا وقتهما بل بعدهما (وقبل الطلاق على مال) مسقط للمهر (كالخلع والمعتمد لا) ذكره البزازى ، ولا يبرأ بأبرأك الله ذكره البهنسى (شرط البراءة من نفقة الولد إن وقتا) كسنة (صح ولزم وإلا لا) بحر ، وفيه عن الملتقى وغيره : لو كان الولد رضيعا صح وإن لم يوقتا وترضعه حولين بخلاف الفطيم ؛

ماقاله المرشدى ولاينافيه تصريحهم بسقوط النفقة بالشرط ، لما علمت من أن سقوطها موقوف على الطلاق أو الخلع فلا توجد البراءة قبله وإنما توجد بطلاق أو خلع منجز لا معلق على صحتها ، هذا ماظهر لى فى هذا المحل ، وهذه المسألة كثيرة الوقوع ، فاغتنم تحريرها والله سبحانه أعلم (قوله لأنها حق الشرع) لأن سكناها فى غير بيت الطلاق معصية بحر عن الفتح (قوله إلا إذا أبرأته عن مؤنة السكنى) بأن كانت ساكنة فى بيت نفسها أو تعطى الأجرة من مالها فيصح التزامها ذلك فتح ، لكن مقتضى هذا أنه لابد من التصريح بمؤنة السكنى مع أنه ذكر فى الفتح وغيره فى فصل الإحداد : لو اختلعت على أن لاسكنى لها فإن مؤنة السكنى تسقط عن الزوج ويلزمها أن تكترى بيت الزوج . ولا يحل لها أن تخرج منه اه تأمل (قوله وهو) أى قول المصنف إلا نفقة العدة الخ مستغنى عنه بما قدره الشارح من قوله ثابت وقتهما ، لأن قوله لكل منهما متعلق بذلك المحذوف على أنه صفة لحق فإذا كان تقدير كلامه ذلك استغنى به عن الاستثناء المذكور فكان الأولى تركه فافهم (قوله مسقط للمهر) قيد به لما فى البحر أنه صرح فى شرح الوقاية والخلاصة والبزازية والجوهرة بأن النفقة المقضى بها تسقط بطلاق ، وأطلقوه فشمل الطلاق بمال وغيره اه وفيه كلام سيأتى فى النفقة (قوله ذكره البزازى) بلفظ وعليه الفتوى ، ومثله فى الفصول وغيرها . وفى البحر أنه ظاهر الرواية وصححه الشارحون وقاضيخان اه .

قلت : وحاصل عبارة قاضيخان أن الطلاق بمال حكمه حكم الخلع عندهما أى أنه غير مسقط للمهر ، وعنده فى رواية كقولهما ، وهو الصحيح ، وفى رواية كالخلع عنده أى فى أنه مسقط اه وقدمنا ذكر الخلاف فى الخلع عن الملتقى ، وبهذا تعلم مافى عبارة النهر من الإيهام الذى أوقع غيره فى الغلط فافهم .

مطلب فى البراءة بقولها أبرأك الله

(قوله ذكره البهنسى) وتبعه تلميذه الباقانى فى شرحه على الملتقى ، وأفتى به الخير الرملى ، لكن نقل ط عن العلامة المقدسى أنه أفتى بصحة البراءة به للتعارف .

قلت : وبه أفتى قارئ الهداية وابن الشلبى معللا بأن العرف على كونه إبراء قال : وكتب مثله الناصر اللقانى وشيخ الإسلام الحنبلى اه وكذا ذكره فى المنظومة المحبية ، وأفتى به فى الحامدية ، وأيده السائحانى بما فى البزازية . قال : طلقك الله أو لأمته أعتقك الله يقع الطلاق والعتاق زاد فى الجوهرة نوى أو لم ينو .

مطلب فى الخلع على نفقة الولد

(قوله من نفقة الولد) شمل الحمل بأن شرط براءته من نفقته إذا ولدته (قوله من نفقة الولد) وهى مؤنة الرضاع ، كذا فى البحر عن الفتح ، ومثله فى الكفاية والاختيار (قوله وفيه عن الملتقى الخ) ظاهره أن هذه رواية أخرى يؤيده مافى الخلاصة ، وإنما يصح على إمساك الولد إذا بين المدة ، وإن لم يبين لايصح سواء كان الولد رضيعا أو فطيما .

وفى الملتقى الخ قلت : ولعل وجه الرواية الأولى أن الخلع إذا وقع على نفقته أو إمساكه وهو رضيع يفضى إلى المنازعة ، لأن المرأة تقول أردت نفقته شهرا مثلا والزوج يقول أكثر ، ووجه الرواية الثانية أن كونه رضيعا قرينة على إرادة مدة الرضاع ، وقد جزم بهذه الرواية فى الخانية والبزازية (قوله بخلاف الفطيم)لأن مدة بقائه عندها استغناء الغلام وحيض الجارية وهى مجهولة اه ح .

ولو تزوجها أو هربت أو ماتت أو مات الولد رجع ببقية نفقة الولد والعدة إلا إذا شرطت براءتها ولها مطالبته بكسوة الصبى إلا إذا اختلعت عليها أيضاً ، ولو فطيا فيصح كالظئر .

(ولو خالعته على نفقة ولده شهرا) مثلا (وهى معسرة فطالبته بالنفقة يجبر عليها) وعليه الاعتماد فتح : وفيه لو اختلعت على أن تمسكه إلى البلوغ صح فى الأنثى لا الغلام ؛ ولو تزوجت فللزوج أخذ الولد وإن اتفقا على

قلت : لم أر هذا التعليل لغيره ، وهو ظاهر إذا كان الخلع على إمساكه عندها مدة الحضانة على أنه لا يظهر على القول المعتمد من تقدير مدة الحضانة بسبع للغلام وعشر للجارية ، بل الظاهر أن مراده أن الخلع إذا كان على نفقة الولد وهو رضيع يراد بها مؤنة الرضاع ، لأن نفقته هى إرضاعه وهو مؤقت شرعا فتنصرف إليه ، بخلاف ما إذا كان فطيا فلابد من التوقيت لأن نفقته طعامه وشرابه وذلك ليس له وقت مخصوص لأنه يأكل مدة عمره فلا تصح التسمية بدون توقيت للجهالة . وفى الذخيرة : روى أبو سليمان عن محمد عن أبى حنيفة فى المرأة تختلع من زوجها بنفقة ولد له منها ما عاشوا فإن عليها أن ترد المهر الذى أخذت منه اه أى فهو نظير ما إذا خالعها على ما فى بيتها من المتاع ولم يوجد فيه شىء فافهم (قوله ولو تزوجها) أى وقد خالعها على نفقة العدة أو الولد نهر ط أى وكان التزوج قبل تمام المدة (قوله أو هربت) أى وتركت الولد على الزوج بحر ، وكذا لو خالعته على نفقة العدة ولم تسكن فى منزل الطلاق حتى سقطت نفقتها يرجع عليها بالنفقة كما بحثه فى البحر (قوله أو مات الولد) وكذا لو لم يكن فى بطنها ولد فيما إذا خالعها على إرضاع حملها إذا ولدته إلى سنتين فترد قيمة الرضاع ، ولو قالت عشر سنين رجع عليها بأجرة رضاع سنتين ونفقته باقى السنين فتح (قوله رجع ببقية نفقة الولد) بأن مضت سنة من السنتين مثلا ترد قيمة رضاع سنة كما فى الفتح (قوله والعدة) أى وببقية نفقة العدة فيما لو خالعها عليها أيضا (قوله إلا إذا شرطت براءتها) أى وقت الخلع بموت الولد أو موتها كما فى الفتح .

قال فى البحر : والحيلة فى براءتها أن يقول الزوج خالعتك على أنى برىء من نفقة الولد إلى سنتين ، فإن مات الولد قبلها فلا رجوع لى عليك كذا فى الخانية ، بخلاف ما لو استأجر الظئر للإرضاع سنة بكذا على أنه إن مات قبلها فالأجر لها فالإجارة فاسدة كذا فى إجارات الخلاصة اه . قال فى البزازية : إذ يجوز فى الخلع ما لا يجوز فى غيره (قوله ولها مطالبته الخ) أى أن الكسوة لا تدخل إلا بالتنصيص عليها . قال فى الفتح : ولها أن تطالبه بكسوة الصبى إلا إن اختلعت على نفقته وكسوته فليس لها وإن كانت الكسوة مجهولة وسواء كان الولد رضيعا أو فطيا اه ومثله فى الخلاصة ، وانظر ما فائدة التعميم (١) فى الولد .

هذا ، وقد تعورف الآن خلع المرأة على كفالتها للولد بمعنى قيامها بمصالحه كلها وعدم مطالبة أبيه بشىء منها إلى تمام المدة . والظاهر أنه يكفى عن التنصيص على الكسوة لأن المعروف كالمشروط تأمل (قوله فيصح كالظئر) أى كما يصح فى استئجار الظئر وهى المرضعة . قال فى البزازية : وإن خالعها على إرضاع ولده سنة وعلى نفقة ولده بعد الفطام عشر سنين يصح والجهالة لا تمنع هنا ، كما لو استأجر ظئرا بطعامها وكسوتها يصح عند الإمام ، لأن العادة جرت بالتوسعة على الأظآر ، وهنا يصح عند الكل لأنه لا تجرى المناقشة ولو من لئيم فى نفقة ولده اه (قوله يجبر عليها) لأن بدل الخلع دين عليها فلا تسقط نفقة الولد بدين له عليها ، كما إذا كان له عليها دين آخر وهى لا تقدر على قضائه لا تسقط نفقة الولد عنه . قال : وعليه الاعتماد لا على ما أجاب به سائر المفتين أنه تسقط ، كذا فى القنية والحاوى ، ونحوه فى الفتح وغيره . وأفاد هذا أن الأب يرجع عليها بعد يسارها (قوله صح فى الأنثى لا الغلام)

---

(١) (قوله وانظر ما فائدة التعميم الخ) لعل فائدته دفع توهم الفرق بينهما ، بأن نفقة الرضيع إنما هى إرضاعه فتصح المطالبة بكسوته ، بخلاف الفطيم فإن نفقته أكله وشربه وكسوته فاحتاج إلى دفع هذا الوهم بالتعميم اه .

تركه لأنه حق الولد ، وينظر إلى مثل إمساكه لتلك المدة فيرجع به عليها :

(خلع الأب صغيرته بمالها أو مهرها طلقت) فى الأصح ، كما لو قبلت هى وهى مميزة ولم يلزم المال لأنه تبرع وكذا الكبيرة إلا إذا قبلت فيلزمها المال ، ولا يصح من الأم مالم تلزم البدل ولا على صغير أصلا (كما لو خالعت) المرأة (بذلك) أى بمالها أو بمهرها

لأنه يحتاج إلى معرفة آداب الرجال والتخلق بأخلاقهم ، فإذا طال مكثه مع الأم يتخلق بأخلاق النساء ، وفى ذلك من الفساد مالا يخفى ، كذا فى الفتاوى الهندية . قال المقدسى : وفى قوله صح فى الأنثى بحث لأن المفتى به الآن أن الأنثى لاتبقى عند الأم إلى البلوغ فتأمل اهـ .

قلت : العلة تضييع حق الولد ، ولا تضييع فى إبقاء الأنثى إلى البلوغ عند أمها ، نعم يرد أن يقال إن مدة البلوغ مجهولة ولعل الجهالة تغتفر ، لأن الغالب البلوغ فى خمسة عشر (قوله لأنه حق الولد) لأن إبقاءه عند زوجها الأجنبى مضر بالولد ، ولذا سقط حقها فى الحضانة . ومثله مافى الخانية : لو خالعها على أن يكون الولد عنده سنين معلومة صح الخلع وبطل الشرط ، لأن كون الولد الصغير عند الأم حق الولد فلا يبطل بابطالها (قوله وينظر إلى مثل إمساكه) أى أجر مثل إمساكه كما عبر فى الخلاصة :

مطلب فى خلع الصغيرة

(قوله طلقت) أى بائنا لو بلفظ الخلع كما يأتى ، ومر أيضا (قوله فى الأصح) وقيل لاتطلق لأنه معلق بلزوم المال وقد عدم . ووجه الأصح أنه معلق بقبول الأب وقد وجد بزازية (قوله كما لو قبلت هى) أشار بالكاف إلى أنها مسألة اتفاقية فافهم . قال فى الفتح : هذا أى ماذكر من الخلاف إذا قبل الأب ، فإن قبلت وهى عاقلة تعقل أن النكاح جالب والخلع سالب وقع الطلاق بالاتفاق ولا يلزمها المال اهـ :

قلت : ويقع كثيرا أنه يطلقها بمقابلة إبرائها إياه من مهرها . والظاهر أنه يقع الرجعى لعدم سقوط المهر . ثم رأيت فى جامع الفصولين مانصه : واقعة . قال لامرأته الصبية أنت طالق بمهرك فقبلت ينبغى أن تطلق رجعيا ولا يسقط المهر اهـ ويأتى مايؤيده عن شرح الوهبانية (قوله ولم يلزم المال) أى لاعليها ولا على الأب على قول ابن سلمة وعنه : يلزمه وإن لم يضمن جامع الفصولين . أما إذا ضمنه فلا كلام فى لزومه عليه وهى مسألة المتن الآتية . قال فى البحر : ومذهب مالك أن الأب إذا علم أن الخلع خير لها بأن كان الزوج لايحسن عشرتها فالخلع على صداقها صحيح فإن قضى به قاض نفذ قضاؤه كذا فى البزازية ، والمراد بالقاضى المالكى (قوله وكذا الكبيرة الخ) أى إذا خلعها أبوها بلا إذنها فإنه لايلزمها المال بالأولى ، لأنه كالأجنبى فى حقها . وفى الفصولين : إذا ضمنه الأب أو الأجنبى وقع الخلع . ثم إن أجازت نفذ عليها وبرىء الزوج من المهر وإلا ترجع به على الزوج والزوج على الخالع ، وإن لم يضمن توقف الخلع على إجازتها ، فإن أجازت جاز وبرىء الزوج عن المهر وإلا لم يجز . قال فى الذخيرة : ولا تطلق ه وقال غيره : ينبغى أن تطلق لأنه معلق بالقبول وقد وجد اهـ أى بقبول الخالع . وفى البزازية : وإن لم يضمن توقف على قبولها فى حق المال . قال : وهذا دليل على أن الطلاق واقع ، وقيل لايقع إلا بإجازتها اهـ (قوله ولا يصح من الأم الخ) قال فى البحر : قيد بالأب ، لأنه لو جرى الخلع بين زوج الصغيرة وأمها ، فإن أضافت الأم البدل إلى مال نفسها أو ضمنت تم الخلع كالأجنبى وإلا فلا رواية فيه . والصحيح أنه لايقع الطلاق ، بخلاف الأب (قوله ولا على صغير أصلا) قال فى البحر : وقيد بالأنثى ، لأنه لو خلع ابنه الصغير لايصح ولا يتوقف خلع الصغير على إجازة الولى : وحاصله أنه فى الصغيرة لايلزم المال مع وقوع الطلاق ، وفى الصغير لاوقوع أصلا .

(وهي غير رشيدة) فإنها تطلق ولايلزم ، حتى لو كان بلفظ الطلاق يقع رجعيا فيهما شرح وهبانية (فإن خالعها) الأب على مال (ضامنا له) أى ملتزما لا كفيلا لعدم وجوب المال عليها (صح والمال عليه) كالخلع مع الأجنبى فالأب أولى (بلا سقوط مهر) لأنه لم يدخل تحت ولاية الأب .
ومن حيل سقوطه أن يجعل

مطلب فى خلع غير الرشيدة

(قوله وهي غير رشيدة)الرشد: كون الشخص مصلحا فى ماله ولو فاسقا كما سيأتى فى الحجر . وذكروا هناك أن الحجر بالسفه يفتقر عند أبى يوسف إلى القضاء كالحجر بالدين . وقال محمد : يثبت بمجرد السفه وهو تبذير المال وتسييعه على خلاف الشرع . وظاهر مافىشرح الوهبانية اعتماد الثانى ، فإنه قال عن المبسوط :وإذا بلغت المرأة مفسدة فاختلعت من زوجها بمال جاز الخلع لأن وقوع الطلاق فىالخلع يعتمد القبول وقد تحقق منها ، ولم يلزمها المال لأنها التزمته لا لعوض هو مال ولا لمنفعة ظاهرة فتجعل كالصغيرة ، فإن كان طلقها تطليقة على ذلك المال يملك رجعتها، لأن وقوعه بالصريح لايوجب البينونة إلا بوجوب البدل ،بخلاف ماإذا كان بلفظ الخلع اه ملخصا (قوله فإنها تطلق الخ) تصريح بوجه المشابهة بين مسألتى الصغيرة وغير الرشيدة ،وقوله فيهما : أى فى المسألتين (قوله فإن خالعها) أىالصغيرة (قوله على مال) شمل المهر (قوله لعدم وجوب المال عليها) فلم تتحقق الكفالة لأنها ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل فى المطالبة ، ولا مطالبة على الأصيل ط (قوله كالخلع من الأجنبى) أى الفضولى .
وحاصل الأمر فيه أنه إذا خاطب الزوج ، فإن أضاف البدل إلى نفسه على وجه يفيد ضمانه له أو ملكه إياه كاخلعها بألف علىّ أو على أنى ضامن أو على ألفى هذه أو عبدى هذا ففعل صح والبدل عليه ، فإن استحق لزمه قيمته ولا يتوقف على قبول المرأة ،وإن أرسله بأن قال على ألف أو على هذا العبد، فإن قبلت لزمها تسليمه أوقيمته إن عجزت ، وإن أضافه إلى غيره كعبد فلان اعتبر قبول فلان ،ولو خاطبها الزوج أو خاطبته بذلك اعتبر قبولها سواء كان البدل مرسلا أو مضافا إليها أو إلى الأجنبى ، ولا يطالب الوكيل بالخلع بالبدل إلا إذا ضمنه ويرجع به عليها ، وتمامه فى البحر (قوله فالأب أولى) لأنه يملك التصرف فى نفسها ومالها فتح (قوله بلا سقوط مهر) أى سواء كان الخلع على المهر أو على ألف مثلا ، لكن إذا كان على المهر فلها أن ترجع به على الزوج والزوج يرجع به على الأب لضمانه ، أما لو كان على ألف فإنها إذا رجعت بالمهر على الزوج لايرجع به على الأب لأنه لم يضمن له المهر بل ضمن له الألف وكلام الفتح محمول علىهذا التفصيل كما فى النهر وشرح المقدسى ،خلافا لما فهمه فىالبحر فحكم عليه بالخطإ ، وما ذكره الشارح فى شرح الملتقى فى حل هذا المحل فيه إيجاز مخل (قوله ومن حيل سقوطه) أى سقوط المهر عن الزوج، وأشار إلى أن له حيلا أخر: منها ماقدمناه من حكم مالكى بصحته . ومنها أن يقر الأب بقبض صداقها ونفقة عدتها لصحة إقرار الأب بقبضه بخلاف سائر الأولياء ثم يطلقها الزوج بائنا لكنه يبرأ فى الظاهر أما عند الله تعالى فلا كما فى البحر . واعترضهم فىجامع الفصولين بأن فيه تعليم الكذب وشغل ذمة الزوج : وأجاب المقدسى بأنه عند إضرار الزوج بها وعدم إمكان الخلاص إلا بذلك لايضر .

مطلب فى خلع الفضولى

(قوله أن يحيل) أى الزوج . وفى نسخة أن يحيلا أىهو والأب،وقوله ثم يحيل به: أى بالمهر والزوج فاعل يحيل ، وقوله عليه أى على الأجنبى وهى موجودة فى بعض النسخ ، وقوله من له ولاية مفعول يحيل ، وقوله قبض ذلك منه : أى قبض المهر من الزوج ، والمراد بمن له ولاية قبض المهر منه هو الأب إن كان وإلا نصب

بدل الخلع على أجنبى بقدر المهر ثم يحيل به الزوج عليه من له ولاية قبض ذلك منه بزازية (وإن شرطه) أى الزوج الضمان (عليها) أى الصغيرة (فإن قبلت وهى من أهله) بأن تعقل أن النكاح جالب والخلع سالب (طلقت بلا شىء) لعدم أهلية الغرامة، وإن لم تقبل أو لم تعقل لم تطلق، وإن قبل الأب فى الأصح زيلعى. ولو بلغت وأجازت جاز فتح (قال) الزوج (خالعتك فقبلت) المرأة ولم يذكرا مالا (طلقت) لوجود الإيجاب والقبول (وبرىء عن) المهر (المؤجل لو) كان (عليه وإلا) يكن عليه من المؤجل شىء (ردت) عليه (ماساق إليها من المهر المعجل) لما مر أنه معاوضة فتعتبر بقدر الإمكان

القاضى وصيا. وصورتها أنه إذا كان المهر ألفا مثلا يخالع الزوج مع أجنبى على ألف من ماله ثم يحيل الزوج الأب أو الوصى بالمهر على الأجنبى بشرط القبول، وأن يكون الأجنبى أملأ من الزوج، فحينئذ يبرأ الزوج عن المهر ويصير فى ذمة ذلك الأجنبى، لكن فى ذلك ضرر للأجنبى؛ فلذا قيل ثم يبرئه الأب أو يقر بقبضه منه؛ لكن يكفى فى الظاهر إقرار الأب ابتداء بدون هذا التكلف كما قدمناه آنفا. وفى بعض النسخ: ثم يحيل به الزوج على من له ولاية قبض ذلك منه، وهذه حيلة أخرى ذكرها فى البحر عن البزازية؛ وعليها ففاعل يحيل ضمير يعود على الأجنبى والزوج مفعوله، والضمير فى به يعود على بدل الخلع أى يحيل الأجنبى الزوج بالألف بدل الخلع على من له ولاية القبض: أى على الأب أو الوصى فيبرأ الأجنبى من البدل ويصير فى ذمة الأب وقوله فى البزازية فيبرأ الزوج منه غير ظاهر تأمل، لكن يغنى عن هذه الحيلة الثانية التزام الأب البدل ابتداء بدون هذا التكلف تأمل (قوله أى الزوج الضمان) تفسير للضمير المستتر والبارز، والمراد بالضمان المضمون ليوافق قول الفتح: أى لو شرط الزوج الألف عليها توقف على قبولها الخ.

وفى البزازية: الخلع إذا جرى بين الزوج والمرأة فإليها القبول كان البدل مرسلا أو مطلقا أو مضافا إلى المرأة أو الأجنبى إضافة ملك أو ضمان اهـ. أمثلة ذلك: اخلعنى على هذا العبد أو على عبد أو على عبدى هذا، أو على عبد فلان (قوله طلقت) لوجود الشرط وهو قبولها، والبينونة بالخلع تعتمد القبول دون لزوم المال كما إذا سمت خمرا، ونحوه فتح (قوله وإن قبل الأب) لأن قبولها شرط وهو لا يحتمل النيابة فتح (قوله فى الأصح) وفى رواية يصح لأنه نفع محض إذ تتخلص من عهدته بلا مال فتح (قوله وأجازت) أى أجازت قبول الأب ح ومثله فى الدر المنتقى، وهو المفهوم من الفتح فافهم (قوله قال الزوج خالعتك) قيد بصيغة المفاعلة لأنه لو قال خلعتك لا يتوقف على القبول ولا يبرأ كما فى البحر، وتقدم أول الباب، وهذه المسألة فى الزوجة البالغة (قوله وبرىء عن المهر المؤجل الخ) ذكر فى الخلاصة والبزازية أنه فى هذه الصورة يبرأ كل واحد منهما عن صاحبه فى إحدى الروايتين عن أبى حنيفة، وهو الصحيح، وإن لم يكن على الزوج مهر فعليها رد ماساق إليها من المهر لأن المال مذكور عرفا بذكر الخلع اهـ وهكذا فى الفتح. قال فى البحر: وظاهر أول العبارة أن المهر إذا كان مقبوضا فلا رجوع له، وصريح أخرها الرجوع، وبه صرح فى الخانية، فحينئذ لم يبرأ كل منهما عن صاحبه. قال: وقد ظهر لى أن محل البراءة ما إذا خالعها بعد دفع المعجل فإنها تبرأ عن المعجل ويبرأ هو عن المؤجل، ولذا قال فى المحيط الصحيح أنه يسقط المهر ما قبضت المرأة فهو لها، وما بقى فى ذمته يسقط اهـ.

قلت: ويؤيده أنه فى الخانية لم يقل يبرأ كل واحد منهما؛ بل قال ويبرأ الزوج عن المهر الذى لها عليه، فإن لم يكن لها عليه مهر لزمها رد ماساق إليها كذا ذكره الحاكم الشهيد وابن الفضل اهـ.

وحاصله أن الزوج يبرأ مما لها فى ذمته من المهر كلا أو بعضا، وأما هى فلا تبرأ إلا من البعض، ولو قبضت

(خلع المريضة يعتبر من الثلث) لأنه تبرع ، فله الأقل من إرثه وبدل الخلع إن خرج من الثلث وإلا فالأقل من إرثه ، والثلث إن ماتت فى العدة ولو بعدها أو قبل الدخول ، فله البدل إن خرج من الثلث ، وتمامه فى الفصولين (اختلعت المكاتبة لزمها المال بعد العتق ولو بإذن المولى) لحجرها عن التبرع

الكل لزمها رده ، وبهذا ظهر مافى قول المصنف وإلا ردت ماساق إليها من المعجل ، فإنه يوهم أنه لايلزمها رد المؤجل إذا قبضت كل المهر ، فكان حقه أن يقول وإلا ردت المهر ، إلا أن يجاب بأنها إذا قبضت الكل صار كله معجلا فتأمل .

ثم اعلم أن هذا كله مخالف لما فى الفتح عند قوله ويسقط الخلع والمبارأة كل حق الخ من أن البدل إن كان مسكوتا عنه ففيه ثلاث روايات أصحها براءة كل منهما عن المهر لاغير ، فلا يطالب به أحدهما الآخر قبل الدخول أو بعده مقبوضا أولا ، حتى لاترجع عليه بشىء إن لم يكن مقبوضا ، ولا يرجع الزوج عليها إن كان مقبوضا كله والخلع قبل الدخول لأن المال مذكور عرفا بالخلع الخ ومثله فى الزيلعى وشرح الوهبانية والمقدسى والشرنبلالية ، وقوله والخلع قبل الدخول أى ومثله لو بعده بالأولى لأنها إذا طلقت قبل الدخول لزمها رد نصف المهر ، فإذا لم يلزمها رد شىء منه هنا لم يلزمها بعد الدخول بالأولى .

وفى شرح الجامع الصغير لقاضيخان : خلعها ولم يذكر العوض عندهما لايبرأ أحدهما عن صاحبه عن المال الواجب بالنكاح . وعن أبى حنيفة روايتان ، والصحيح براءة كل منهما عن صاحبه اهـ . وفى متن المختار : والمبارأة كالخلع يسقطان كل حق لكل منهما على الآخر مما يتعلق بالنكاح ، حتى لو كان قبل الدخول وقد قبضت المهر لايرجع عليها بشىء ، ولو لم تقبض شيئا لاترجع عليه بشىء اهـ ومثله فى متن الملتقى . وفى شرح درر البحار وشرح المجمع إن لم يسميا شيئا برىء كل منهما من الآخر قبضت المهر أم لا دخل بها أم لا اهـ .

قلت : وبه علم أن مامر عن الفتاوى قول آخر غير المصحح فى الشروح والمتون ، وظهر بهذا خلل كلام المصنف من وجهين : أحدهما أنه مشى على خلاف الصحيح . والثانى أنه يوهم أنها ترد المعجل فقط مع أنه لم يقل به أحد ، وإنما الخلاف فى رد جميع المهر إذا كانت قبضته .

مطلب فى خلع المريضة

(قوله خلع المريضة) أى مرض الموت ، إذ لو برئت منه كان للزوج كل البدل لتراضيهما ، كما لو وهبته شيئا ثم برئت من مرضها وإن ماتت فى العدة (قوله لأنه تبرع) لما تقرر أن البضع غير متقوم عند الخروج ، فما بذلته من بدل الخلع تبرع لايصح لوارث وينفذ للأجنبى من الثلث ، لكنه يعطى الأقل دفعا لتهمة المواضعة كما مر فى طلاقه لها فى مرضه (قوله فله الأقل الخ) بيانه لو كان إرثه منها خمسين وبدل الخلع ستين والثلث مائة فقد خرج الإرث والبدل من الثلث فلها الأقل وهو خمسون ، وإن كان الثلث أربعين فلها الأقل منه ومن الإرث وهو أربعون .

والحاصل أن له الأقل من ميراثه ومن بدل الخلع ومن الثلث ، ولو عبر بذلك تبعا لجامع الفصولين لكان أخصر وأظهر (قوله فله البدل إن خرج من الثلث) أفاد أنه لاينظر إلى الإرث هنا لعدمه بموتها بعد العدة أو قبل الدخول لحصول البينونة ، فينظر إلى البدل والثلث فيعطى الأقل ، لكن أفاد فى التاترخانية أنه لو قبل الدخول والخلع على المهر يسقط نصفه بطلاقها والنصف الآخر وصية لغير الوارث ، فلو لم يكن لها مال غيره يسلم له ثلث ذلك النصف (قوله وتمامه فى الفصولين) أى فى أحكام المرضى أواخر الكتاب ، وذكر عبارته بتمامها فى البحر عند قول الكنز ولزمها المال (قوله لحجرها عن التبرع) أى ولو بالإذن كهبتها بحر ، وهذا علة لتأخره إلى مابعد العتق

(والأمة وأم الولد إن بإذن المولى لزمهما المال للحال) فتباع الأمة وتسعى أم الولد والمدبرة ولو بلا إذن فبعد العتق .

(خلع الأمة مولاها على رقبتها ، إن زوجها حرا صح الخلع مجانا ، وإن) زوجها (مكاتبا أو عبدا أو مدبرا صح وصارت أمة للسيد) فلا يبطل النكاح ؛ أما الحر فلو ملكها لبطل النكاح فبطل الخلع فكان فى تصحيحه إبطاله اختيار .

[فروع] قال خالعتك على ألف قاله ثلاثا فقبلت طلقت بثلاثة آلاف لتعليقه بقبولها

(قوله لزمهما المال للحال) لانفكاك الحجر بإذن المولى فظهر فى حقه كسائر الديون بحر (قوله فتباع الأمة) أى إلا أن يفديها المولى كسائر الديون جامع الفصولين .

[فرع] الأمة تفارق الحرة الصغيرة العاقلة إذا اختلعت من زوجها بأنها لاتؤاخذ ببدل الخلع بعد البلوغ كما لاتؤاخذ به فى الحال كما فى الذخيرة . وفى جامع الفصولين : ولو طلق الصبية بمال يصير رجعيا ، وفى الأمة يصير بائنا إذ الطلاق بمال يصح فى الأمة لكنه مؤجل ، وفى الصبية يقع بلا مال ولو عاقلة (قوله على رقبتها) أى بجعل السيد للزوج رقبتها بدل الخلع ط (قوله صح الخلع مجانا) ظاهره أنه لايسقط المهر ، والظاهر سقوطه لبطلان التسمية فهو كتسمية الخمر والخنزير ط (قوله للسيد) أى سيد الزوج غير المكاتب (قوله فلا يبطل النكاح) لأنها لاتصير مملوكة للزوج بل لسيده ، وأما المكاتب فإنه يثبت له فيها حق الملك وحق الملك لايمنع بقاء النكاح فلا يفسد بحر عن الجامع . وما فى المنح من أن الملك يقع لسيد المكاتب وهو مقتضى إطلاق متنه يمكن تأويله بأن للسيد فيها حقا بحيث لو عجز المكاتب صارت لسيده أفاده الرحمتى (قوله فكان فى تصحيحه إبطاله) أى وما كان كذلك فهو باطل ؛ والمراد بطلان كونه معاوضة لا مطلقا لما مر أول الباب أنه يمين فى جانب الزوج ومعاوضة فى جانبها ، فإذا بطلت جهة المعاوضة بقيت الجهة الأخرى وإلى هذا أشار فى الفتح بقوله لكنه يقع طلاق بائن لأنه بطل البدل ، وبقى لفظ الخلع وهو طلاق بائن اهـ (قوله طلقت بثلاثة آلاف) أى طلقت ثلاثا بثلاثة آلاف كما صرح به فى البحر عن المحيط عند قول الكنز ولزمها المال وقال لأنه لم يقع شىء إلا بقبولها لأن الطلاق يتعلق بقبولها فى الخلع فوقع الثلاث عند قبولها جملة بثلاثة آلاف اهـ .

قلت : وهذا إذا كان بمال وإلا لم يكن معاوضة فلا يتوقف على القبول فتقع الأولى ويلغو مابعدها ، لأن البائن لايلحق البائن ، ولذا قال فى جامع الفصولين : قال لها قد خلعتك وكرره ثلاثا وأراد به الطلاق فهى واحدة بائنة ، ولو قال قد خلعتك على مالك علىّ من المهر قاله ثلاثا فقبلت طلقت ثلاثا لأنه لم يقع إلا بقبولها ، وكذا لو قالت خلعت نفسى منك بألف قالته ثلاثا فقال رضيت أو أجزت كانت ثلاثا بثلاثة آلاف ، وهذا خلاف مافى فتاوى العدة ، ومافى العدة هو الصحيح اهـ .

قلت : ومافى العدة هو أنه يقع واحدة بالمسمى ويبطل الأول بالثانى والثانى بالثالث كما فى المعاوضات اهـ ولعل وجهه أنه لما كان يمينا من جانبه صار معلقا على قبولها إذا ابتدأ ، بخلاف ماإذا ابتدأت هى فإنه من جانبها معاوضة فلا يصير تعليقا على قبوله ، فإذا قبل يكون قبولا للعقد الثالث ويلغو الثانى به ، والأول بالثانى ، هذا ماظهر لى .

وفى جامع الفصولين أيضا قال : طلقتك على ألف طلقتك على ثلاثة آلاف فقبلت فهو على المالين جميعا ، ومثله العتق على مال ؛ بخلاف البيع فإنه يقع على آخر الأثمان ، إذ الرجوع فى البيع قبل قبوله يصح بخلاف عتق

فى المنتقى : أنت طالق أربعا بألف فقبلت طلقت ثلاثا ، وإن قبلت الثلاث لم تطلق لتعليقه بقبولها بإزاء الأربع . أنت طالق على دخولك الدار توقف على القبول ، وعلى أن تدخلى الدار توقف على الدخول . قات : فيطلب الفرق . فإن أن والفعل بمعنى المصدر فتدبر .

قال خالعتك واحدة بألف وقالت إنما سألتك الثلاث فلك ثلثها

وطلاق اه . والظاهر أنها لو ابتدأت هى بذلك فقبل تقع طلقة واحدة بالمال الأخير فقط لأنه يصح رجوعها لارجوعه كما مر أول الباب بناء على ماقلنا من أنه يمين من جانبه معاوضة من جانبها (قوله طلقت ثلاثا الخ) أى بألف فتح .

وفيه عن الخلاصة عن أبى يوسف : لو قالت طلقنى أربعا بألف فطلقها ثلاثا فهى بألف ، ولو طلقها واحدة فبثلث الألف اه أى لأنها إذا ابتدأت كان معاوضة لاتعليقا ، بخلاف ماإذا ابتدأ كما قلنا .

مطلب فى الفرق بين على أن تدخلى وعلى دخولك وعلى أن تعطينى

(قوله قات فيطلب الفرق الخ) وكذا يطلب الفرق بين على أن تدخلى الدار حيث توقف على الدخول وبين على أن يعطينى كذا حيث توقف على القبول مثل على دخولك الدار . وقد سئل عن هذه الفروع الثلاثة فى البحر ولم يبد فرقا ، ونقل كلامه فى النهر ، وسكت عليه .

مطلب فى الفرق بين المصدر الصريح والمؤول

ونقل فى الدر المنتقى عن شرح اللباب الفرق بين المصدر الصريح والمؤول صحة ، حمل الثانى على الجثة دون الأول أى فيصح زيد إما أن يقوم وإما أن يقعد ، بخلاف زيد إما قيام وإما قعود ، ولكن لم يظهر الفرق فيما نحن فيه كما قاله ح .

أقول : قد يظهر الفرق ولابد له من مقدمات : إحداها ماقاله السبكى فى التعليقات : الفرق بين المصدر الصريح والمؤول مع اشتراكهما فى الدلالة على الحدث أن موضوع الصريح الحدث فقط وهو أمر تصورى ، والمؤول يزيد عليه بالحصول إما ماضيا وإما حالا وإما مستقبلا إن كان إثباتا ، وبعدم الحصول فى ذلك إن كان منفيا وهو أمر تصديقى ، ولهذا يسد أن والفعل مسد المفعولين لما بينهما من النسبة اه . ونقله السيوطى فى الأشباه النحوية . ونقل أيضا أن المصدر الصريح غير مؤقت بخلاف المؤول ، فالصريح دال على الأزمنة الثلاثة دلالة مبهمة فهو عام ، بخلاف المؤول . وأيضا المؤول اسم تقديرى غير ملفوظ به ، وإنما الملفوظ به حرف وفعل ، وله شبه بالمضمر ولذا لم يصح وصفه ، بخلاف الصريح فإنه يقال يعجبنى ضربك الشديد ، بخلاف أن تضرب الشديد .

ثانيها ماقدمناه عن المحقق ابن الهمام أن على تستعمل حقيقة للاستعلاء إن اتصلت بالأجسام ، وفى غيرها لمعنى اللزوم الصادق على الشرط المحض وعلى المعاوضة الشرعية أو العرفية ، وتترجح المعاوضة عند ذكر العوض لأنها الأصل كما فى التحرير .

ثالثها أن الطلاق يتعلق بالزمان دون المكان ونحوه .

إذا علمت ذلك فنقول : إذا قال لها على أن تعطينى كذا فهو تعليق على فعل مستقبل صالح للمعاوضة فيشترط قبولها ليلزمها المال . فصار كأنه علقه على القبول إذ به يحصل غرضه من الطلاق بعوض فتطلق بالقبول وإن لم تعطه فى الحال . بخلاف على أن تدخلى فإنه صالح للشرط المحض لعدم مايفيد المعاوضة فتعين تعلقه بالدخول بلاتوقف

فالقول لها :

خلعها على أن صداقها لولدها أو لأجنبى أو على أن يمسك الولد عنده صح الخلع وبطل الشرط .

قالت : اختلعت منك فقال لها طلقتك بانت وقيل رجعى .

ولا رواية لو قالت أبرأتك من المهر بشرط الطلاق الرجعى فطلقها رجعيا ،

على قبول إذ لاغرامة تلحقها ، وأما على دخولك الدار فليس فيه فعل يصلح جعله شرطا بل هو أمر تصورى لايصلح جعله شرطا إلا بذكر فعل معه يدل على الحصول فى أحد الأزمنة الثلاثة ليصير بمنزلة إن دخلت أو بتقدير الوقت كما فى أنت طالق فى دخولك الدار بقرينة فى الظرفية ، إذ الطلاق لايكون مظروفا فى الدخول بل فى زمانه ولا يحسن هنا تقدير الوقت لعدم مايقتضيه ، لأن جعل على للمعاوضة يغنى عنه بدون تكلف ، فإن العاقل قد يكون له غرض فى جعل الدخول مثلا عوضا عن الطلاق ، هذا غاية ماظهر من الفرق ، والله تعالى أعلم (قوله فالقول لها) لأنها تنكر الزيادة على ثلث الألف فتصدق . قال فى البحر مع يمينها ، فإن أقاما البينة فالبينة بينة الزوج اﻫ (قوله صح الخلع) لأنه لايفسد بالشرط الفاسد كما مر (قوله وبطل الشرط) أى فلا يكون المهر للولد ولا للأجنبى بل يكون للزوج كما فى البزازية وغيرها ، وليس له إمساك الولد عنده ، لأن إمساكه عند أمه حقه فلا يبطل بابطالهما كما قدمناه عن الخانية (قوله بانت الخ) قال فى الخانية : قالت له اخلعنى على ألف فقال أنت طالق ، قيل هو جواب ويتم الخلع ، وقيل لا بل طلاق . والمختار الأول لأنه جواب ظاهرا ، فإن قال لم أعن به الجواب صدّق ووقع الطلاق بلا شىء ، وكذا لو قالت المرأة اختلعت منك فقال طلقتك ، قيل هو جواب ويتم الخلع ، وقيل لابل رجعى ، وقيل يسأل الزوج عن النية . وفى المسألة الأولى ينبغى أن يسأل أيضا اﻫ . وفى البزازية : والمختار أنه إذا أراد الجواب يكون جوابا ويجعل كأنه قال أنت طالق بالخلع لأنه خرج جوابا فيكون خلعا ويبرأ عن المهر (قوله ولا رواية الخ) ذكر ذلك فى آخر القنية فى باب المسائل التى لم يوجد فيها رواية ولا جواب شاف للمتأخرين ، وقال : فهل يقع بائنا للمقابلة بالمال كمسألة الزيادات أم رجعيا ؟ وهل يبرأ الزوج لوجود الشرط صورة أو لايبرأ اﻫ . ونقل عبارته فى البحر قبيل قوله ولزمها المال ، وكتبت فيما علقته عليه أن صاحب القنية ذكر فى الحاوى عن الأسرار الجواب بأن الواقع رجعى ، ويبرأ الزوج لتراضيهما على وقوع الرجعى ، ومقابلته بالمال لاتغيره عن وصفه بالرجعى . وأما مسألة الزيادات فهى فيما إذا طلبت منه المرأة طلقتين بائنتين بألف ، فقابلة المال تغير وصفه بالرجعى فيلغو لأنها لم ترض بلزوم الألف مع بقاء النكاح ولأن الباء تصحب الأعواض والعوض يستلزم المعوض وهو انصرام النكاح بينهما اﻫ ملخصا .

قلت : هذا الجواب إنما يظهر إذا كان الواقع أنه قال ذلك بعد طلبها منه البائنتين ، أما لو ابتدأ الزوج بذلك وقالت قبلت يلزم أن يقع به الرجعى لوجود تراضيهما على ذلك مع أن المنقول يخالفه ه

فنى الذخيرة من الباب السادس فى الطلاق : أنت طالق الساعة واحدة وغدا أخرى بألف فقبلت وقع فى الحال واحدة بنصف الألف وغدا أخرى بلا شىء ، لأن شرط وجوب البدل بالطلاق زوال الملك به وقد زال الملك بالأولى ، لكن إن تزوجها قبل مجىء الغد تطلق أخرى غدا بنصف الألف لزوال الملك بها ، ولو قال للمدخولة أنت طالق الساعة واحدة رجعية وغدا أخرى بألف فقبلت وقعت فى الحال واحدة بلا شىء لوصفها بما ينافى البدل ، فإن الطلاق ببدل لايكون رجعيا وفى الغد تطلق أخرى بألف لزوال الملك بها ، لأن الأولى رجعية لاتزيله ؛ ولو قال أنت طالق اليوم بائنة وغدا أخرى بألف تقع فى الحال بائنة بلا شىء ، لأن البائن بصريح الإبانة لايقابله

لكن فى الزيادات أنت طالق اليوم رجعياً وغدا أخرى رجعيا بألف فالبدل لهما وهما بائنتان ، لكن يقع غدا بغير شيء إن لم يعد ملكه .

وفى الظهيرية : قال لصغيرة إن غبت عنك أربعة أشهر فأمرك بيدك بعد أن تبرئيني من المهر فوجد الشرط فأبرأته وطلقت نفسها لايسقط المهر ويقع الرجعى .

وفى البزازية : اختلعت بمهرها على أن يعطيها عشرين درهما أو كذا منا من الأرز صح ولا يشترط بيان مكان الإيفاء لأن الخلع أوسع من البيع .

قلت : ومفاده صحة إيجاب بدل الخلع عليه فليحفظ .

شيء وغدا أى أخرى بلا شيء ، لأن الملك زال بالأولى لا بها إلا إذا تزوجها قبل مجيء الغد فتقع أخرى بألف لزوال الملك بها ؛ ولو قال أنت طالق الساعة واحدة رجعية وغدا أخرى رجعية بألف ينصرف البدل إليهما ، وكذا أنت طالق الساعة ثلاثا وغدا أخرى بائنة بألف ، أو الساعة واحدة بغير شيء وغدا أخرى بغير شيء بألف درهم ينصرف إليهما فتكونان بائنتين لأنه لابد من إلغاء الوصف المنافى أو البدل ، وإلغاء الأول أولى لأن الآخر ناسخ له فتقع واحدة فى الحال بنصف الألف وغدا أخرى مجانا إلا إذا تزوجها قبل الغد فتقع الثانية بنصفه ؛ ولو قال أنت طالق اليوم واحدة وغدا أخرى رجعية بألف ينصرف البدل إليهما أيضا لأنه وصف الثانية بالمنافى فينصرف البدل إلى الطلقتين اهـ ملخصا . وقد ذكر فى الفتح لذلك أصلا ، وهو أنه متى ذكر طلاقين وذكر عقيبهما مالا يكون مقابلا بهما إلا إذا وصف الأول بما ينافى وجوب المال فيكون المال حينئذ مقابلا بالثانى وأنه يشترط للزوم المال حصول البينونة به اهـ. وقوله إلا إذا وصف الأول أى فقط ، فلو وصف بالمنافى كلا منهما أو الثانى فقط أو لم يصف شيئا منهما بما ينافى يكون المال مقابلا بهما ، ولايضر عدم وجوب شيء بالثانى لعارض بينونة سابقة عليه ، لأن ذلك العارض إذا زال كما إذا تزوجها قبل وقت الثانى يجب المال به أيضا ، وبهذا يسهل فهم هذه المسائل (قوله لكن فى الزيادات الخ) ليس فى عبارة القنية والحاوى المنقولة عن الزيادات لفظ رجعيا فى الموضعين بل فى الأول فقط ، والمناسب مافعله الشارح من ذكره فى الموضعين ليوافق ماذكرناه آنفا ، إذ على ما فى القنية لايكون البدل لهما بل للثانى فقط لزوال الملك به كما مر التصريح به فى عبارة الذخيرة وعبارة الفتح (قوله لكن يقع الخ) هذا غير مذكور فى عبارة الزيادات المنقولة فى القنية ولا يناسبها أيضا لما علمت نعم هو الصحيح على ما ذكرناه الشارح ومر التصريح به فى عبارة الذخيرة فى هذه المسألة فافهم . قال ح : يعنى أن فى اليوم الأول يقع طلقة بائنة بخمسمائة وفى غد تقع أخرى بخمسمائة إن عقد عليها قبل مجئ الغدو إلا وقعت أخرى بغير شيء اهـ (قوله وفى الظهيرية الخ) لم أجده فيها ، ونقله فى البحر عن الولوالجية بلفظ فأمرك بيدك فطلقى نفسك متى شئت ، ومثله فى جامع الفصولين بلفظ لتطلق ، وقد أسقطه الشارح ولابد منه لقوله بعده ويقع الرجعى ، إذ لو لم يذكر الصريح تفسيرا لما قبله لكان الواقع البائن ، لأن التفويض بالأمر باليد من الكنايات ويقع به البائن وإن قالت طلقت نفسى لأن العبرة بتفويض الزوج لا لإيقاع المرأة كما مر فى محله ، فإذا أتى بعده بالصريح اعتبر كما هنا . ففى الذخيرة : أمرك بيدك فى تطليقة فهى رجعية اهـ ولذا قال فى البحر لا يسقط المهر لعدم صحة إبراء الصغيرة ويقع الرجعى لأنه كالقائل لها عند وجود الشرط أنت طالق على كذا ، وحكمه ماذكرنا اهـ ومثله فى جامع الفصولين .

مطلب فى إيجاب بدل الخلع على الزوج

(قوله أو كذا منا) المن رطلان : والأرز بفتح الهمزة وتشديد الزاى معروف ط (قوله أوسع من البيع) أى من السلم ، لأنه هو الذى يشترط فيه ذلك ط (قوله قلت ومفاده الخ) مخالف لما قدمه قبيل قوله ويسقط الخلع

وفي القنية : اختلعت بشرط الصك أو بشرط أن يرد إليها أقمشتها فقبل لم تحرم ، ويشترط كتبه الصك ورد الأقمشة في المجلس ، والله أعلم .

باب الظهار

هو لغة مصدر ظاهر من امرأته : إذا قال لها أنت علىّ كظهر أمي .

والمبارأة الخ من قوله خلعتك على عبدي وقف على قبولها ولم يجب شيء ، وقدمنا هناك عن المجتبى ما يؤيده ، لكن ذكر في البحر هناك عن البزازية : اختلعت مع زوجها على مهرها ونفقة عدتها على أن الزوج يردّ عليها عشرين درهما صح ولزم الزوج عشرون ، دليله ماذكر في الأصل : خالعت على دار على أن الزوج يردّ عليها ألفا لاشفعة فيه . وفيه دليل على أن إيجاب بدل الخلع عليه يصح :

وفي صلح القدوري : ادعت عليه نكاحا وصالحها على مال بدله لها لم يجز . وفي بعض النسخ جاز ، والرواية الأولى تخالف المتقدم ، والتوفيق أنها إذا خالعت على بدل يجوز إيجاب البدل على الزوج أيضا ويكون مقابلا ببدل الخلع ، وكذا إذا لم يذكر نفقة العدة في الخلع يكون تقدير النفقة العدة ، أما إذا خالعت على نفقة العدة ولم تذكر عوضا آخر ينبغي أن لا يجب بدل الخلع على الزوج اه مافي البحر عن البزازية ، وهذا من الحسن بمكان نهر .

والحاصل أنه لاوجه لإيجاب البدل على الزوج لأن الخلع عقد معاوضة من جهتها فإنها تملك نفسها بما تدفعه له ، ولهذا كان الطلاق على مال بائنا ، حتى لو أبانها قبله لم يجب المال لعدم مايقابله ، وحينئذ فإن خالعها على مال أو على مافي ذمته من المهر وشرط على نفسه لها مالا يجعل ذلك استثناء من بدل الخلع ، فإن زاد عليه أو لم يكن بدل أصلا يجعل تقديرا لنفقة العدة ، إلا إذا كانت النفقة مخالعا عليها أيضا فلا يجب الزائد ، والله سبحانه أعلم لكن ذكر في البزازية في موضع آخر وأقره عليه في البحر أن المختار جواز البدل عليه ، وطريقه بالحمل على الاستثناء من المهر إن كان عليه مهر وإلا فهو استثناء من النفقة ، فإن زاد عليها يجعل كأنه زاد على مهرها ذلك القدر قبل الخلع ثم خالع تصحيحا للخلع بقدر الإمكان اه وقوله استثناء من النفقة أي إذا خالعها عليها وإلا فهو تقدير لها كما مر :

وفي جامع الفصولين : لاحاجة إلى هذا التطويل وتلحق الزيادة بأصل العقد كما في البيع (قوله اختلعت بشرط الصك) أي بشرط أن يكتب لها صكا فيه ذلك . والصك : الكتاب الذي يكتب في المعاملات والأقارير جمعه صكوك كفلس وفلوس وصكاك كسهم وسهام مصباح (قوله لم تحرم) أي بمجرد قبوله بل لابد من كتابة الصك ورد الأقمشة ، ولابد أن يكون ذلك في المجلس ح ، والله تعالى أعلم .

باب الظهار

مناسبته للخلع أن كلا منهما يكون عن النشوز ظاهرا ، أو قدم الخلع لأنه أكمل في باب التحريم ، إذ هو تحريم يقطع النكاح وهذا مع بقائه فتح (قوله هو لغة الخ) هذا أحد معانيه في اللغة لأن ظاهر مفاعلة من الظهر فيقال ظاهرته إذا قابلت ظهرك لظهره حقيقة وإذا غايظته لأن المغايظة تقتضي هذه المقابلة وإذا نصرته لأنه يقال قوى ظهره إذا نصره ، وتمامه في الفتح . وفيه : وإنما عدى بمن مع أنه متعدّ بنفسه لتضمنه معنى التبعيد لأنه كان طلاقا وهو مبعد اه .

وفي البحر عن المصباح : وإنما خص بذكر الظهر لأنه من الدابة موضع الركوب والمرأة مركوبة وقت الغشيان

وشرعا (تشبيه المسلم) فلا ظهار لذمى عندنا (زوجته) ولو كتابية أو صغيرة أو مجنونة (أو) تشبيه ما يعبر به عنها من أعضائها أو تشبيه (جزء شائع منها بمحرم عليه تأبيدا) بوصف لايمكن زواله ،

فركوب الأم مستعار من ركوب الدابة ثم شبه ركوب الزوجة بركوب الأم الممتنع ، وهو استعارة لطيفة فكأنه قال ركوبك للنكاح حرام على (قوله وشرعا تشبيه المسلم الخ) شمل التشبيه الصريح والضمنى ، كما لو كانت امرأة رجل ظاهر منها زوجها فقال أنت على مثل فلانة ينوى ذلك ، وكذا لو ظاهر من امرأته فقال للأخرى أشركتك فى ظهارها أو أنت على مثل هذه ناويا فإنه يكون مظاهرا ولو بعد موتها وبعد التكفير لتضمنه أنت على كظهر أمى ، وشمل المعلق ولو بمشيئتها والمؤقت بيوم أو شهر مثلا كما سيأتى بحر ، واحترز به عن نحو أنت أمى بلا تشبيه فإنه باطل وإن نوى كما سيأتى ، والمراد بالمسلم العاقل ولو حكما البالغ ، فلا يصح ظهار المجنون والصبى والمعتوه والمدهوش والمبرسم والمغمى عليه والنائم ، ويصح من السكران والمكره والمخطىء والأخرس بإشارته المفهمة ولو بكتابة الناطق المستبينة أو بشرط الخيار كما فى البدائع نهر ، ولو ظاهر ثم ارتد بقى ظهاره عنده لا عندهما بحر (قوله فلا ظهار لذمى) لأنه ليس من أهل الكفارة ويصح عند الشافعى ط (قوله زوجته) شمل الأمة ، وخرجت مملوكته والأجنبية إلا إذا أضافه إلى سبب الملك كما سيأتى والمبانة بواحدة أو ثلاث : قال فى البحر : حتى لو علق الظهار بشرط ثم أبانها ثم وجد الشرط فى العدة لا يصير مظاهرا لأنه وقت وجود الشرط صادق فى التشبيه ، بخلاف الإبانة المعلقة لأن فائدتها تنقيص العدد (قوله ولو كتابية) الأولى ولو كافرة ليشمل المجوسية : ففى البحر عن المحيط : أسلم زوج المجوسية فظاهر منها قبل عرض الإسلام عليها صح لكونه من أهل الكفارة ، ودخل فيه الرتقاء والمدخولة وغيرها كما فى النهر (قوله من أعضائها) كالرأس والرقبة (قوله أو تشبيه جزء شائع) كنصفك ونحوه . والأصوب أن يقول أو تشبيهه جزءا شائعا بالإضافة إلى ضمير الفاعل ، ونصب جزءا شائعا لأنه فى كلام المصنف معطوف على زوجته المنصوب على المفعولية (قوله بمحرم عليه) أى بعضو يحرم النظر إليه من أعضاء محرمة عليه نسبا أو صهرية أو رضاعا كما فى البحر ، أو بجملتها كأنت على كأمى فإنه تشبيه بالظهر وزيادة كما يأتى ، لكن هذا كناية لابد له من النية كما سيأتى ، وعلم أنه لابد فى المشبه به من كون الجزء يحرم النظر إليه ، وإلا فلا يصح وإن كان يعبر به عن الكل كرأس أمى أو وجهها ، بخلاف الزوجة المشبهة فإنه يكفى ذكر الجزء الذى يعبر به عن الكل منها وإن لم يحرم النظر إليه كرأسك فتنبه ، وخرج بالمحرمة عليه زوجته الأخرى وأمته : قال فى الفتح : ولا فرق بين كون ذلك العضو الظهر أو غيره مما لا يحل النظر إليه ، وإنما خص باسم الظهار تغليبا للظهر لأنه كان الأصل فى استعمالهم ، وقيد فى النهاية التحريم بكونه متفقا عليه احترازا عن أم المزنى بها وبنتها ، فلو شبهها بهما لم يكن مظاهرا وعزاه إلى شرح الطحاوى ، لكن هذا قول محمد . وقال أبو يوسف : يكون مظاهرا قيل وهو قول الإمام . قال القاضى ظهير الدين : وهو الصحيح ، لكن رجح العمادى قول محمد نهر :

مطلب مايسوغ فيه الاجتهاد

قال فى الفتح : والخلاف مبنى على نفاذ حكم الحاكم بحل نكاحها وعدمه لا على كون الحرمة مجمعا عليها أولا بل على كونها يسوغ فيها الاجتهاد أولا ، وعدم تسويغ الاجتهاد لوجود الإجماع أو النص الغير المحتمل للتأويل بلا معارضة نص آخر فى نظر المجتهد وإن كانت المعارضة ثابتة فى الواقع ، ولهذا يختلف فى كون المحل يسوغ فيه الاجتهاد وفى نفاذ حكم الحاكم بخلافه اهـ (قوله بوصف) الباء لسببية التحريم أو التأبيد (قوله لا يمكن زواله)

فخرج تشبيهه بأخت امرأته أو بمطلقته ثلاثا وكذا بمجوسية لجواز إسلامها ، وقوله بمحرم صفة لشخص المتناول للذكر والأنثى ؛ فلو شبهها بفرج أبيه أو قريبه كان مظاهرا ، قاله المصنف تبعا للبحر: ورده فى النهر بما فى البدائع من شرائط الظهار ، كون المظاهر به من جنس النساء حتى لو شبهها بظهر أبيه أو ابنه لم يصح ، لأنه إنما عرف بالشرع والشرع ورد فى النساء ، نعم يرد ما فى الخانية : أنت علىّ كالدم والخمر والخنزير والغيبة والنميمة والزنا والربا والرشوة وقتل المسلم إن نوى طلاقا أو ظهارا فكما نوى على الصحيح كأنت علىّ كأمى فإن التشبيه بالأم تشبيه بظهرها وزيادة ، ذكره القهستانى معزيا للمحيط (وصح إضافته إلى ملك أو سببه) كإن نكحتك فكذا ، حتى لو قال إن تزوجتك فأنت علىّ كظهر أمى مائة مرة فعليه لكل مرة كفارة تاترخانية (وظهارها منه لغو) فلا حرمة عليها ولا كفارة ، به يفتى جوهرة ، ورجح ابن الشحنة إيجاب كفارة يمين (وذا) أى الظهار

كالأمية والأختية ولو رضاعا والمصاهرة (قوله لجواز إسلامها) أى وصيرورتها كتابية كما فى البحر ، فحرمتها مؤبدة بالنظر إلى بقاء وصف المجوسية غير مؤبدة إذا انقطع ط (قوله ورده فى النهر بما فى البدائع الخ) أقول : ومثله مافى الخانية التشبيه بالرجل أى رجل كان لايكون ظهارا ، ونحوه فى التاترخانية عن التهذيب ، وكذا فى الظهيرية ثم رأيته أيضا صريحا فى كافى الحاكم ، وهذا يعارض مابحثه فى المحيط بلفظ وينبغى أن يكون مظاهرا . قال فى النهر : وبه اندفع مافى البحر حيث جزم بما فى المحيط ولم ينقله بحثا (قوله نعم يرد مافى الخانية الخ) كذا فى النهر : وهو مردود ، فإن الذى فى الخانية خلاف هذا :

ونصه : ولو قال لامرأته أنت علىّ كالميتة والدم ولحم الخنزير اختلفت الروايات فيه ، والصحيح أنه إن لم ينو شيئا لايكون إيلاء ، وإن نوى الطلاق يكون طلاقا ، وإن نوى الظهار لايكون ظهارا اهـ وكذا فى التاترخانية والشرنبلالية معزيا للخانية ، فعلم أن لفظة لا ساقطة من نسخة صاحب النهر ، وبه تأيد مافى البدائع وغيرها فافهم (قوله فإن التشبيه بالأم الخ) جواب عما قيل إنه ليس فيه تشبيه بعضو يحرم النظر إليه من محرمه (قوله معزيا للمحيط) الذى رأيته فى القهستانى عزوه للنظم بدون ذكر التصحيح ، وإنما هو مذكور فى الخانية ، ولكن لعكس ما قال كما علمت (قوله كإن نكحتك) أى تزوجتك ، وهذا مثال لسبب الملك ، ومثال الملك كإن صرت زوجة لى (قوله فكذا) أى فأنت علىّ كظهر أمى ؛ ولو زاد وأنت طالق ثم تزوجها بعد ماوقع الطلاق المعلق بقى حكم الظهار إلا إذا قدم فقال فأنت طالق وأنت علىّ كظهر أمى ، لأنها بانت بنزول الطلاق أو لا لكونه قبل الدخول بناء على الترتيب فى النزول عنده خلافا لهما كما فى الدر المنتقى آخر الباب ، وقدمناه فى التعليق وفى أول باب الإيلاء (قوله مائة مرة) يحتمل أن يكون حالا من مقول القول أى قال ذلك الكلام مكررا له مائة مرة ، والأقرب المتبادر أنه حال من جملة جواب الشرط ، فهو من تتمة مقول القول ، وتكرر الظهار والكفارة على الأول ظاهر ، وكذا على الثانى ؛ بمنزلة مالو قال أنت طالق مرارا أو ألوفا حيث تطلق ثلاثا كما مر قبيل باب طلاق غير المدخول بها ، بخلاف مالو قال أنت علىّ حرام ألف مرة وهى مدخول بها حيث تقع واحدة فقط ، وقدمنا هناك وكذا فى آخر الإيلاء الفرق بينهما بأن هذا بمنزلة تكرار هذا الكلام بقدر العدد المذكور ، والحرام إذا كرر مرارا لايقع به إلا واحدة لأنه بائن ، بخلاف الطلاق لأنه صريح يلحق مثله ، والظهار يلحق الظهار أيضا كما سيأتى متنا فافهم (قوله وظهارها منه لغو) أى إذا قالت أنت علىّ كظهر أمى أو أنا عليك كظهر أمك فهو لغو ، لأن التحريم ليس إليها ط (قوله فلا حرمة الخ) بيان لكونه لغوا أى فلا حرمة عليها إذا مكنته من نفسها ولا كفارة ظهار ولا يمين ط (قوله به يفتى) مقابله مافى شرح الوهبانية للشرنبلالى عن الحسن بن زياد من صحة ظهارها وعليها كفارة الظهار : وروى عن أبى يوسف اهـ ط (قوله إيجاب كفارة يمين) فتجب بالحنث ، وقيل كفارة ظهار ، فإن كان

(كانت عليّ كظهر أمى) أو أمك وكذا لو حذف عليّ كما فى النهر (أو رأسك) كظهر أمى (ونحوه) كالرقبة مما يعبر به عن الكل (أو نصفك) ونحوه من الجزء الشائع (كظهر أمى أو كبطنها أو كفخذها أو كفرجها أو كظهر أختى أو عمتى أو فرج أمى أو فرج بنتى) كذا فى نسخ الشرح ، ولا يخفى ما فيه من التكرار . والذى فى نسخ المتن أو فرج أبى بالباء أو قريبى ، وقد علمت رده (يصير به مظاهرا) بلا نية لأنه صريح (فيحرم وطؤها عليه ودواعيه) للمنع عن التماس الشامل للكل ، وكذا يحرم عليها تمكينه ولا يحرم النظر . وعن محمد : لو قدم من سفر له تقبيلها للشفقة (حتى يكفر)

تعليقا تجب متى تزوجت به وإن كانت فى نكاحه تجب للحال مالم يطلقها لأنه لا يحل لها العزم على منعه من الجماع بحر عن ابن وهبان (قوله كانت على) قال فى البحر ومنى وعندى ومعى كعلى (قوله على كما فى النهر) أى بحثا مخالفا لما بحثه فى البحر من أنه ينبغى أن لايكون مظاهرا . وقال الخير الرملى : لايكون ظهارا مالم ينو به الظهار ، لأن حذف الظرف عند العلم به جائز ، وإذا نواه صح تأمل اهـ وعليه فهو كناية ظهار تتوقف على النية لاحتمال كظهر أمى على غيرى (قوله ونحوه الخ) قال فى البحر : كل ماصح إضافة الطلاق إليه كان مظاهرا به ، فخرج اليد والرجل أى ونحوهما (قوله كظهر أمى الخ) أى من كل عضو لايحل النظر إليه من محرمة تأبيدا كما مر ، فخرج مايحل النظر إليه كاليد والرجل والجنب فلا يكون ظهارا . وفى الخانية : أنت عليّ كركبة أمى فى القياس يكون مظاهرا ، ولو قال : فخذك كفخذ أمى لايكون مظاهرا وكذا رأسك كرأس أمى اهـ أى لفقد الشرط فى الثانية من جهة المشبه ، وفى الثالثة من جهة المشبه به (قوله ولا يخفى مافيه من التكرار) وذلك فى فرج الأم فإنه ذكر مرتين : وأجاب ط بأن المراد بقوله أو فرج أمى أو فرج بنتى أنه ذكره مرددا بينهما (قوله والذى فى نسخ المتن) أى المجرد عن الشرح (قوله يصير به مظاهرا بلا نية) أى لايكون إلا ظهارا ، ولو نوى به الطلاق لا يصح لأنه منسوخ فلا يتمكن من الإتيان به ، كذا فى الهداية ، وهو يقتضى أن الظهار كان طلاقا فى الإسلام حتى يوصف بالنسخ مع أنه قال أولا إنه كان طلاقا فى الجاهلية ، وهو يقتضى أن جعله ظهارا ليس ناسخا بحر . والجواب أنه كان طلاقا فيهما بدليل قوله عليه الصلاة والسلام « ماأراك إلا قد حرمت عليه » فنزلت آية — قد سمع — (قوله لأنه صريح) ظاهر كلامهم أن الصريح ماكان فيه ذكر العضو در منتقى ، وسيذكر المصنف ألفاظ الكناية قال ط : فيصح ظهار الهازل ، ولا يوجب الظهار نقصان عدد الطلاق ولا بينونة وإن طالت المدة هندية (قوله ودواعيه) من القبلة والمس والنظر إلى فرجها بشهوة ، أما المس بغير شهوة فخارج بالإجماع نهر (قوله للمنع عن التماس الخ) أى فى قوله تعالى — من قبل أن يتماسا — فإنه شامل للوطء ودواعيه ، ولا موجب فيه للحمل على المجاز وهو الوطء لإمكان الحقيقة فيحرم الكل بالنص كما فى الفتح .

قلت : وخروج المس بغير شهوة بالإجماع غير موجب للحمل على المجاز ، خلافا لما فى البحر (قوله ولا يحرم النظر) أى إلى ظهرها وبطنها ولا إلى الشعر والصدر بحر أى ولو بشهوة ، بخلاف النظر إلى الفرج بشهوة كما مر (قوله للشفقة) أفاد أن التقبيل لايحرم إلا إذا كان عن شهوة ، وينبغى تقييده بأن لايكون على الفم ، لأنه على الفم يوجب حرمة المصاهرة مطلقا تأمل(١) (قوله حتى يكفر) غاية لقوله فيحرم ، وهذا إذا لم يكن مؤقتا فلو مؤقتا سقط بمضى

---

(١) (قوله لأنه على الفم يوجب حرمة المصاهرة مطلقا تأمل) فيه أن ثبوت حرمة المصاهرة بهذا التقبيل لا تقتضى حرمته على المظاهر بدون شهوة لما بينهما من الفرق ، فإن حرمة المصاهرة فيها شبه المعاملات من حيث أن القاضى الطريق بين المتعانقين على الفم إذا تزوجا بخلاف هذا فإنه أمر دينى محض لاتعلق للقاضى به فيكون الفم فى هذا الحكم كسائر الأعضاء متى علم الرجل من نفسه أنه يأمن من وجود الشهوة بهذا التقبيل يكون له ذلك ولا إثم بفعله اهـ .

وإن عادت إليه بملك يمين أو بعد زوج آخر لبقاء حكم الظهار ، وكذا اللعان (فإن وطئ قبله) تاب و (استغفر وكفر للظهار فقط) وقيل عليه أخرى للوطء (ولايعود) لوطئها ثانيا (قبلها) قبل الكفارة (وعوده) المذكور فى الآية (عزمه) عزما مؤكدا ؛ فلوعزم ثم بدا له أن لايطأها لاكفارة عليه (على) استباحة (وطئها) أى يرجعون عما قالوا فيريدون الوطء : قال الفراء : العود الرجوع ، واللام بمعنى عن .

(وللمرأة أن تطالبه بالوطء) لتعلق حقها به (وعليها أن تمنعه من الاستمتاع حتى يكفر وعلى القاضى إلزامه به) بالتكفير دفعا للضرر عنها بحبس أو ضرب إلى أن يكفر أو يطلق ، فإن قال كفرت صدق مالم يعرف بالكذب .

الوقت كما يأتى (قوله وإن عادت إليه الخ) قال فى النهر : أفاد بالغاية أى بقوله حتى يكفر أنه لو طلقها ثلاثا ، ثم عادت إليه تعود بالظهار ، وكذا لو كانت أمة فاشتراها وانفسخ العقد ، أو كانت حرة فلحقت مرتدة بدار الحرب وسبيت ثم اشتراها لاتحل له مالم يكفر (قوله وكذا اللعان) أى تبقى حرمته مؤبدة ، ولو عادت إليه بعد زوج آخر حتى تصدقه أو يكذب نفسه أو يخرجا أو أحدهما عن أهلية اللعان كما سيأتى تقريره ، ولا يخفى أن كونها أمة أو مرتدة مخرج لها عن أهلية اللعان فلا يصح تصوير المسألة بهما أيضافافهم (قوله تاب واستغفر) قال فى البحر الاستغفار منقول فى الموطأ من قول مالك ؛ والمراد منه التوبة من هذه المعصية ، وهى حرمة الوطء قبل الكفارة اهـ . وأفاد أنه لم يثبت به حديث كما فى الفتح ، لكن نقل نوح أفندى عن العلامة قاسم أنه ذكره محمد فى الأصل فقال باب الظهار . بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « أن رجلا ظاهر من امرأته فوقع عليها قبل أن يكفر ، فبلغ ذلك النبى صلى الله عليه وسلم ، فأمره أن يستغفر الله تعالى ولا يعود حتى يكفر » .

مطلب بلاغات محمد رحمه الله مسندة

وبلاغات محمد مسندة ، وقد أسنده فى كتاب الصوم (قوله وقيل عليه أخرى للوطء) ظاهره أن القائل به من أهل المذهب وليس كذلك ؛ لما فى الفتح : فلا تجب كفارتان كما نقل عن عمرو بن العاص وقبيصة وسعيد بن جبير والزهرى وقتادة ، ولا ثلاث كفارات كما هو عن الحسن البصرى والنخعى (قوله ولا يعود الخ) فإن عاد تاب واستغفر أيضا لقيام الحرمة قبل التكفير (قوله عزما مؤكدا) أى مستمرا بدليل مابعده ط (قوله لاكفارة عليه) لعدم العزم المؤكد لالأنها وجبت عليه بنفس العزم ثم سقطت كما قال بعضهم ؛ لأنها بعد سقوطها لاتعود إلا بسبب جديد بحر عن البدائع ، لكن فيه فى الباب الآتى : ولو عزم ثم أبانها سقطت اهـ . ويمكن الجواب بأنه عبر به عن عدم الوجوب مسامحة (قوله على استباحة وطئها) قدر استباحة لقوله فى البحر ومراد المشايخ من قولهم العزم على وطئها العزم على استباحة وطئها لاالعزم على نفس الوطء لأنهم قالوا : المراد فى الآية ـ ثم يعودون ـ لنقض ماقالوا ورفعه وهو إنما يكون باستباحتها بعد تحريمها لكونه ضدا للحرمة لانفس وطئها (قوله أى يرجعون الخ) تفسير لقوله يعودون ، والمناسب التعبير بأو العاطفة بدل أى التفسيرية لأن تفسير العود بالعزم على استباحة الوطء مبنى على أن الآية على تقدير مضاف : أى يعودون لضد أو لنقض ماقالوا كما مر ، وهذا تفسير آخر مبنى على مانقله عن الفراء تأمل (قوله وعلى القاضى إلزامه به) اعترض بأنه لافائدة للإجبار على التكفير إلا الوطء والوطء لايقضى به عليه إلا مرة واحدة فى العمر كما مر فى القسم ، ولهذا لو صار عنينا بعد ماوطئها مرة لايؤجل ؛ قال الحموى : وفرض المسألة فيما إذا لم يطأها قبل الظهار أبدا بعيد . وقد يقال فائدة الإجبار على التكفير رفع المعصية اهـ أى أن الظهار معصية حاملة له على الامتناع من حقها الواجب عليه ديانة فيأمره برفعها لتحل له كما يأمر المولى من امرأته بقربانها فى المدة أو يفرق بينهما ، فإن لم يقربها بانت منه لدفع الضرر عنها (قوله بحبس أو ضرب) أى بحبسه أولا ، فإن

ولو قيده بوقت سقط بمضيه وتعليقه بمشيئة الله تبطله ، بخلاف مشيئة فلان (وإن نوى بأنت علىّ مثل أمى) أو كأمى ، وكذا لو حذف علىّ خانية (برا أو ظهارا أو طلاقا صحت نيته) ووقع مانواه لأنه كناية (وإلا) ينو شيئا أو حذف الكاف (لغا) وتعين الأدنى أى البر، يعنى الكرامة . ويكره قوله أنت أمى ويا ابنتى ويا أختى ونحوه (وبأنت علىّ حرام كأمى صح مانواه من ظهار أو طلاق) وتمنع إرادة الكرامة لزيادة لفظ التحريم ، وإن لم ينو

أى ضربه كما فى البحر (قوله ولو قيده بوقت الخ) فلو أراد قربانها داخل الوقت لايجوز بلا كفارة بحر . والظاهر أن الوقت إذا كان أربعة أشهر فأكثر أنه لايكون إيلاء لعدم ركنه وهو الحلف أو التعليق بمشق ط وهو ظاهر : وفى الزيلعى فى غير هذا المحل : وقول من قال إن الظهار يمين فاسد لأن الظهار منكر من القول وزور محض واليمين تصرف مشروع مباح اه ثم رأيت فى كافى الحاكم ولايدخل على المظاهر إيلاء وإن لم يجامعها أربعة أشهر اه (قوله بخلاف مشيئة فلان) فإنها لاتبطله بل إن شاء فلان فى المجلس كان ظهارا كما فى النهر ح (قوله وإن نوى الخ) بيان لكنايات الظهار ، وأشار إلى أن صريحه لابد فيه من ذكر العضو بحر (قوله لأنه كناية) أى من كنايات الظهار والطلاق . قال فى البحر : وإذا نوى به الطلاق كان بائنا كلفظ الحرام ،وإن نوى الإيلاء فهو إيلاء عند أبى يوسف ، وظهار عند محمد . والصحيح أنه ظهار عند الكل لأنه تحريم مؤكد بالتشبيه اه . ونظر فيه فى الفتح بأنه إنما يتجه فى أنت علىّ حرام كأمى والكلام فى مجرد أنت كأمى اه أى بدون لفظ حرام : قلت : وقد يجاب بأن الحرمة مرادة وإن لم تذكر صريحا .

هذا ، وقال الخير الرملى : وكذا لو نوى الحرمة المجردة ينبغى أن يكون ظهارا ، وينبغى أن لايصدق قضاء فى إرادة البر إذا كان فى حال المشاجرة وذكر الطلاق اه (قوله أو حذف الكاف) بأن قال : أنت أمى ، ومن بعض الظن جعله من باب زيد أسد در منتقى عن القهستانى .

قلت : ويدل عليه مانذكره عن الفتح من أنه لابد من التصريح بالأداة (قوله لغا) لأنه مجمل فى حق التشبيه فما لم يتبين مراد مخصوص لايحكم بشىء فتح (قوله ويكره الخ) جزم بالكراهة تبعا للبحر والنهر .

والذى فى الفتح : وفى أنت أمى لايكون مظاهرا ، وينبغى أن يكون مكروها ، فقد صرحوا بأن قوله لزوجته ياأخية مكروه : وفيه حديث رواه أبو داود « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سمع رجلا يقول لامرأته ياأخية فكره ذلك ونهى عنه » ومعنى النهى قربه من لفظ التشبيه ، ولولا هذا الحديث لأمكن أن يقال هو ظهار ، لأن التشبيه فى أنت أمى أقوى منه مع ذكر الأداة ، ولفظ ياأخية استعارة بلا شك ، وهى مبنية على التشبيه ؛ لكن الحديث أفاد كونه ليس ظهارا حيث لم يبين فيه حكما سوى الكراهة والنهى ، فعلم أنه لابد فى كونه ظهارا من التصريح بأداة التشبيه شرعا ، ومثله أن يقول لها يابنتى أو ياأختى ونحوه اه (قوله من ظهار) لأنه شبهها فى الحرمة بأمه وهو إذا شبهها بظهرها يكون مظاهرا فبكلها أولى نهر (قوله أو طلاق) لأن هذا اللفظ من الكنايات ، وبها يقع الطلاق بالنية أو دلالة الحال على مامر ؛ وقوله كأمى تأكيد للحرمة ؛ ولم أر مالو قامت دلالة على إرادة الطلاق، بأن سألته إياه وقال نويت الظهار نهر :

قلت : ينبغى أن لايصدق ، لأن دلالة الحال قرينة ظاهرة تقدم على النية فى باب الكنايات فلا يصدق فى نية الأدنى لأن فيه تخفيفا عليه تأمل .

هذا ، ولم يبين فى هذه المسألة ما إذا نوى الإيلاء أو مجرد التحريم . وفى التاترخانية عن المحيط : وإن نوى التحريم لا غير صحت نيته . وفيها عن الخانية : إن نوى الطلاق أو الظهار أو الإيلاء فهو على ما نوى . قال الخير الرملى : وإذا قلنا بصحة نية التحريم يكون إيلاء عند أبى يوسف ، وظهارا عند محمد . وعلى ماصحح فيما تقدم

ثبت الأدنى وهو الظهار فى الأصح (وبأنت على) حرام (كظهر أمى ثبت الظهار لاغير) لأنه صريح (ولا ظهار) صحيح (من أمته ولا ممن نكحها بلا أمرها ثم ظاهر منها ثم أجازت) لعدم الزوجية (أنتن على كظهر أمى ظهار منهن) إجماعا (وكفر لكل) وقال مالك وأحمد: يكفيه كفارة واحدة كالإيلاء.

(ظاهر من امرأته مرارا فى مجلس أو مجالس فعليه لكل ظهار كفارة، فإن عنى التكرار) والتأكيد (فإن بمجلس صدق) قضاء (وإلا لا) على المعتمد، وكذا لو علقه بنكاحها كما مر عن التاترخانية.

[فروع] أنت على كظهر أمى كل يوم اتحد، ولو أتى بفى تجدد وله قربانها ليلا، ولو قال كظهر أمى اليوم وكلما جاء يوم فكلما جاء يوم صار مظاهرا ظهارا آخر مع بقاء الأول، ومتى علق بشرط متكرر تكرر.

يكون ظهارا على قول الكل، لأنه تحريم مؤكد بالتشبيه، وإنما ذكرنا ذلك لكثرة وقوعه فى ديارنا اهـ.

قلت: وفى كافى الحاكم: وإن أراد التحريم ولم ينو الطلاق فهو ظهار اهـ (قوله ثبت الأدنى) لعدم إزالته ملك النكاح وإن طال ط (قوله فى الأصح) لأنه تحريم مؤكد بالتشبيه كما مر. قال فى الخانية: وفى رواية عن أبى حنيفة يكون إيلاء، والصحيح الأول (قوله لأنه صريح) لأن فيه التصريح بالظهر، فكان مظاهرا سواء نوى الطلاق أو الإيلاء أو لم تكن له نية بحر.

وعندهما إذا نوى الطلاق أو الإيلاء فعلى مانوى. وعن أبى يوسف إذا أراد به الطلاق لزمه ولا يصدق فى إبطال الظهار، وكذا إذا أراد به اليمين فيكون موليا ومظاهرا تاترخانية (قوله من أمته) أى لا يصح ظهاره منها ابتداء، أما بقاء فيصح لما مرأنه لوظاهر من زوجته الأمة ثم اشتراها بقى الظهار، لأن حرمة الظهار إذا صادفت المحل لا تزول إلا بالكفارة كما فى النهر (قوله ثم أجازت) أى أجازت النكاح، وإنما بطل الظهار لأنه صادق فى التشبيه قبل الإجازة، ولا يتوقف بالإرادة ظهاره على الإجازة وتمامه فى البحر (قوله كالإيلاء) فإنه لو آلى منهن كان موليا منهن ولزمه كفارة واحدة. والفرق عندنا أن الكفارة فى الظهار لرفع الحرمة، وهى متعددة بتعددهن، وفى الإيلاء لهتك حرمة الاسم الكريم وهو ليس بمتعدد، أفاده فى البحر وغيره (قوله فإن بمجلس صدق قضاء الخ) أقول: الذى فى فتح القدير: لو كرر الظهار من امرأة واحدة مرتين أو أكثر فى مجلس أو مجالس تتكرر الكفارة بتعدده إلا إن نوى بما بعد الأول تأكيدا فيصدق قضاء فيهما لا كما قيل فى المجلس لا المجالس اهـ ومثله فى الشرنبلالية عن السراج. وقال فى البحر: وفى بعض الكتب فرق بين المجلس والمجالس والمعتمد الأول اهـ وبه تعلم أنه اشتبه الأمر على المصنف والشارح، ثم رأيت ط نبه على ذلك (قوله وكذا) أى يتكرر الظهار والكفارة لو علقه بنكاحها بما يفيد التكرار كما مر: أى فى قوله: لو قال إن تزوجتك فأنت على كظهر أمى مائة مرة، وكذا لو علقه بشرط متكرر كما يأتى قريبا (قوله اتحد) أى كان ظهارا واحدا بحر فيبطل بكفارة واحدة هندية، وليس له أن يقربها ليلا اهـ ط أى قبل الكفارة لأنه ظهار مؤبد (قوله تجدد) أى الظهار كل يوم، فإذا مضى يوم بطل ظهار ذلك اليوم وكان مظاهرا فى اليوم الآخر، وله أن يقربها ليلا بحر، لأن الظرف فيه معنى الشرط اهـ ط، وإذا عزم على وطئها نهارا لزمه كفارة ذلك اليوم دون مامضى لبطلانه كما هو ظاهر (قوله فكلما جاء يوم صار الخ) فى العبارة سقط يوضحه مافى البحر: أنت على كظهر أمى اليوم، وكلما جاء يوم كان مظاهرا منها اليوم، وإذا مضى بطل هذا الظهار، وله أن يقربها فى الليل فإذا جاء غد كان مظاهرا ظهارا آخر دائما غير موقت، وكذلك كلما جاء يوم صار مظاهرا ظهارا آخر مع بقاء الأول اهـ ومقتضاه أن يكفر لليوم الأول إذا عزم فيه، ثم بعده إذا عزم يكفر عن كل واحد من الأيام السابقة على يوم عزمه لبقاء ظهار كل يوم مع تجدد مايأتى بعده، لأن كلما لتكرار الأفعال، بخلاف كل لأنها لعموم الأفراد: أى الأيام فى مثل قوله كل يوم فى المسألة السابقة (قوله بشرط متكرر)

ولو قال كظهر أمى رمضان كله ورجب كله اتحد استحسانا ، ويصح تكفيره فى رجب لافى شعبان كمن ظاهر ، واستثنى يوم الجمعة مثلا ، إن كفر فى يوم الاستثناء لم يجز وإلا جاز تتارخانية وبحر .

باب الكفارة

اختلف فى سببها . والجمهور أنه الظهار والعود

(هى) لغة من كفر الله عنه الذنب : محاه .

كقوله : كلما دخلت الدار فأنت علىّ كظهر أمى فيتكرر بتكرر الدخول كما فى البحر (قوله ويصح تكفيره فى رجب) وكذا فى رمضان فيما يظهر بل أولى (قوله لا فى شعبان) لأن له وطأها فيه بلا كفارة لعدم دخوله فى مدة الظهار والكفارة لاستباحة الوطء الممنوع شرعا عند العزم عليه فلا تجب قبله . والظاهر أنه لافرق فى ذلك بين كونه وطئها فى رجب أولا ، لأنه بالوطء قبل التكفير لايلزمه إلا التوبة والاستغفار ، ويلزمه التكفير عند العزم على الوطء ، ولزوم التكفير بالظهار السابق لا بالوطء ، فلا يصح التكفير فى غير مدته سواء وطئها قبله أولا فافهم ، والله سبحانه أعلم .

باب الكفارة

(قوله اختلف فى سببها) أى سبب وجوبها ، أما سبب مشروعيتها فما هو سبب لوجوب التوبة وهو إسلامه وعهده مع الله تعالى أن لايعصيه ، وإذا عصاه تاب لأنها من تمام التوبة لأنها شرعت للتكفير بحر (قوله والجمهور أنه الظهار والعود) أى هو مركب منهما ، وقيل الظهار فقط والعود شرط ، لأن سببها ماتضاف إليه ، وقيل عكسه ، وقيل العزم على إباحة الوطء ، وهو قول كثير من مشايخنا ، وتمام الكلام عليه فى الفتح أول الباب السابق .

مطلب لااستحالة فى جعل المعصية سببا للعبادة

وفى البحر مايؤيد أنه الظهار ، حيث قال : وفى الطريقة المعينية : لا استحالة فى جعل المعصية سببا للعبادة التى حكمها أن تكفر المعصية وتذهب السيئة ، خصوصا إذا صار معنى الزجر فيها مقصودا ، وإنما المحال أن تجعل سببا للعبادة الموصلة إلى الجنة اه وفيه أيضا أنه لاثمرة لهذا الاختلاف (قوله من كفر) بيان لمادة الاشتقاق لاللمشتق منه لأنه المصدر لا الفعل (قوله محاه) كذا فى المصباح ، والأنسب ستره . ففى البحر عن المحيط أنها منبئة عن الستر لغة ، لأنها مأخوذة من الكفر وهو التغطية والستر اه ومنه سمى الزارع كافرا . وظاهر هذا أن المعصية لا تمحى من الصحيفة بل تستر ولايؤاخذ بها مع بقائها فيها ، وهو أحد قولين ، وأن الذنب يسقط بها بدون توبة ، وإليه يشير مامر عن الطريقة المعينية ، لكن يخالفه مامر عن البحر من أنها من تمام التوبة وهو الظاهر .

[تنبيه] ركن الكفارة الفعل المخصوص من إعتاق وصيام وإطعام : ويشترط لوجوبها القدرة عليها ، ولصحتها النية المقارنة لفعلها لا المتأخرة ، ومصرفها مصرف الزكاة ، لكن الذى مصرف لها أيضا دون الحربى ، وفيه كلام سيأتى .

وصفتها أنها عقوبة وجوبا عبادة أداء . وحكمها سقوط الواجب عن الذمة وحصول الثواب المقتضى لتكفير الخطايا ، وهى واجبة على التراخى على الصحيح ، فلا يأثم بالتأخير عن أول أوقات الإمكان ويكون مؤديا لاقاضيا ويتضيق من آخر عمره ، فيأثم بموته قبل أدائها ، ولا تؤخذ من تركته بلا وصية من الثلث ، ولو تبرع الورثة بها جاز إلا فى الإعتاق والصوم ، وتمامه فى البحر .

وشرعا(تحرير رقبة) قبل الوطء: أى إعتاقها بنية الكفارة، فلو ورث أباه ناويا الكفارة لم يجز (ولو صغيرا) رضيعا (أو كافرا) أو مباح الدم أو مرهونا أو مديونا أو آبقا علمت حياته أو مرتدة، وفى المرتد وحربى خلى سبيله خلاف (أو أصم) إن صيح به يسمع وإلا لا (أو خصيا أو مجبوبا) أو رتقاء أو قرناء (أو مقطوع الأذنين)

قلت: لكن مر أنه يجبر على التكفير للظهار، ومقتضاه الإثم بالتأخير. وأيضا فحيث كانت من تمام التوبة يجب تعجيلها فتأمل (قوله تحرير رقبة) لابد أن تكون الرقبة غير المظاهر منها، لما فى الظهيرية والتاترخانية: أمة تحت رجل ظاهر منها ثم اشتراها وأعتقها عن ظهاره قبل لم يجز عندهما، خلافا لأبى يوسف بحر. وفيه عن التاترخانية: ولابد أن يكون المعتق صحيحا، وإلا فإن مات من مرضه وهو لايخرج من الثلث لايجوز وإن أجاز الورثة ولو برىء جاز (قوله قبل الوطء) ليس قيدا للصحة بل للوجوب ونفى الحرمة، وفى معنى الوطء دواعيه (قوله بنية الكفارة) أى نية مقارنة لإعتاقه أو لشراء القريب كما يأتى (قوله فلو ورث أباه) تفريع على قوله أى إعتاقها فإنه يفيد أنه لابد من صنعه والإرث جبرى: وصورة إرث الأب أن يملكه ذو رحم من الابن كخالته ثم تموت عنه فلو نوى الكفارة حين موتها لم يجزه، بخلاف مالو نواها عند شرائه أباه كما يأتى (قوله ولو صغيرا الخ) تعميم للرقبة، لأن الرقبة كما فى الهداية عبارة عن الذات: أى الشىء المرقوق المملوك من كل وجه اهـ فشمل جميع ماذكر وقوله من كل وجه متعلق بالمرقوق لأن الكمال فى الرق شرط دون الملك، ولذا جاز المكاتب الذى لم يؤد شيئا لا المدبر عناية، وخرج الجنين وإن ولدته لأقل من ستة أشهر، لأنه رقبة من وجه جزء من الأم من وجه حتى يعتق بإعتاقها كما فى البحر عن المحيط، ودخل الكبير ولو شيخا فانيا، والمريض الذى يرجى برؤه، والمغصوب إذا وصل إليه بحر، لكن فى الهندية عن غاية السروجى: ولايجزىء الهرم العاجز (قوله أو مباح الدم) عزاه فى البحر إلى جامع الجوامع. وذكر قبله عن محمد أنه إذا قضى بدمه ثم أعتقه عن ظهاره ثم عفى عنه لم يجز، ومثله فى الفتح، وظاهره الأول الجواز وإن لم يعف عنه، وليراجع فافهم (قوله أو مرهونا) فى البحر عن البدائع: وكذا لو أعتق عبدا مرهونا فسعى العبد فى الدين فإنه يجوز عن الكفارة ويرجع على المولى، لأن السعاية ليست ببدل عن الرق (قوله أو مديونا) أى وإن اختار الغرماء استسعاءه، لأن استغراق الدين برقبته واستسعاءه لايخل بالرق والملك، فإن السعاية لم توجب الإخراج عن الحرية فوقع تحريرا من كل وجه بغير بدل عليه بحر عن المحيط (قوله أو مرتدة) أى بلا خلاف لأنها لاتقتل، كذا فى الفتح (قوله وفى المرتد الخ) خبر مقدم، وقوله خلاف مبتدأ مؤخر، وقد علمت أن مباح الدم فيه خلاف أيضا فكان المناسب ذكره هنا. وظاهر الفتح اختيار الجواز فى المرتد، فإنه قال: ويدخل فى الكفارة المرتد والمرتدة، ولا خلاف فى المرتدة لأنها لاتقتل. وظاهره أن العلة فى المرتد أنه يقتل. وفى النهر: وفى المرتد خلاف، وبالجواز قال الكرخى، كما لو أعتق حلال الدم. ومن منع قال إنه بالردة صار حربيا، وصرف الكفارة إليه لايجوز اهـ أى لأن إعتاقه فى حكم صرف الكفارة إليه، ومقتضى هذا التعليل أن إعتاق الحربى لايجزىء اتفاقا، ولذا أطلق فى الفتح عدم الإجزاء، لكن فى البحر عن التاترخانية: لو أعتق عبدا حربيا فى دار الحرب، إن لم يخل سبيله لايجوز وإن خلى سبيله ففيه اختلاف المشايخ، بعضهم قالوا لايجوز (قوله إن صيح به يسمع وإلا لا) كذا فى الهداية، وبه حصل التوفيق بين ظاهر الرواية أنه يجوز، ورواية النوادر أنه لايجوز بحمل الثانية على الذى ولد أصم وهو الأخرس فتح (قوله أو خصيا إلى قوله أو قرناء) لأنهم وإن فات فيهم جنس المنفعة لكنها غير مقصودة فى الرقيق إذ المقصود فيه الاستخدام ذكرا أو أنثى، حتى قالوا إن وطء الأمة من باب الاستخدام فإذا لم يمكن وطؤها كان استخدامها قاصرا لامنعدما رحتى (قوله أو مقطوع الأذنين) أى إذا كان السمع باقيا بحر.

أو ذاهب الحاجبين وشعر لحية ورأس أو مقطوع أنف أو شفتين إن قدر على الأكل وإلا لا (أو أعور) أو أعمش (أو مقطوع إحدى يديه وإحدى رجليه من خلاف ،أو مكاتبا لم يؤد شيئا) وأعتقه مولاه لا الوارث (وكذا) يقع عنها (شراء قريبه بنية الكفارة) لأنه بصنعه بخلاف الإرث (وإعتاق نصف عبده ثم باقيه) عنها استحسانا بخلاف المشترك كما يجيء (لا) يجزئ (فائت جنس المنفعة) لأنه هالك حكما (كالأعمى والمجنون) الذى (لايعقل) فمن يفيق يجوز فى حال إفاقته ومريض لايرجى برؤه وساقط الأسنان (والمقطوع يداه أو إبهاماه) أو ثلاث أصابع من كل يد (أو رجلاه أو يد ورجل من جانب) ومعتوه ومغلوب كافى

لأن الفائت فى هذه المسائل الزينة وهى غير مقصودة فى الرقيق ، أما إذا عجز عن الأكل فإنه يؤدى إلى هلاكه ومنفعة الأكل فيه مقصودة ، فكان هالكا حكما كالمريض الذى لايرجى برؤه رحمتى (قوله أو مكاتبا) لأن الرق فيه كامل وإن كان الملك ناقصا فيه ، وجواز الإعتاق عنها يعتمد كمال الرق لا كمال الملك . أما لو أدى شيئا فلايجوز عنها كما يأتى بحر (قوله لا الوارث) أى لو أعتقه الوارث عن كفارته لايجوز عنها ، لأن المكاتب لاينتقل إلى ملك الوارث بعد موت سيده لبقاء الكتابة بعد موته ، فلا ملك للوارث فيه ، بخلاف سيده ، وإنما جاز إعتاق الوارث له لتضمنه الإبراء عن بدل الكتابة المقتضى للإعتاق بحر (قوله شراء قريبه) أى قريب العبد ، وهو كل ذى رحم محرم منه ، والمراد بالشراء تملكه بصنعه ، فيدخل فيه قبول الهبة والصدقه والوصية (قوله بنية الكفارة) الباء بمعنى مع ، فلو تأخرت النية عن الشراء ونحوه لم يجزه كما مر .

قال فى البحر : وما فى الخانية من باب عتق القريب : لو وكل رجلا بأن يشترى أباه فيعتقه بعد شهر عن ظهاره فاشتراه الوكيل يعتق كما اشتراه ، ويجزى عن ظهار الآمر اه فبنى على إلغاء قوله بعد شهر لمخالفته المشروع وهو عتق المحرم عند الشراء اه (قوله بخلاف الإرث) أى لو نوى إعتاقه عنها عند موت مورثه لم يجزه لأن الإرث جبرى كما مر (قوله ثم باقيه) أى قبل المسيس بحر (قوله استحسانا) وفى القياس لايصح لأنه بعتق النصف تمكن النقصان فى الباقى ، فصار كما لو أعتق نصيبه من العبد المشترك فضمن نصيب شريكه . وجه الاستحسان أن هذا النقصان من آثار العتق الأول بسبب الكفارة فى ملكه ومثله غير مانع ، كمن أضجع شاة للتضحية وأصاب السكين عينها فذهبت ، بخلاف العبد المشترك كما يأتى بيانه وهذا عنده ، أما عندهما فالعتق لايتجزأ ، فلو أعتق نصف عبده ولم يعتق الباقى جاز عندهما لأنه يعتق كله منح (قوله لايجزئ فائت جنس المنفعة) أى منفعة البصر والسمع والنطق والبطش والسعى والعقل قهستانى ، والمراد فوت منفعة بتمامها ط أى منفعة مقصودة من العبد ، فلا يرد فوات منفعة النسل فى الخصى ونحوه كما مر (قوله ومريض لايرجى برؤه) لأنه ميت حكما بحر ، وينبغى تقييده بما إذا مات من مرضه ذلك تأمل (قوله وساقط الأسنان) لأنه لايقدر على المضغ بحر عن الولوالجية ، لكن فيه أن ذلك لايفوت جنس المنفعة بالكلية وإنما ينقصها ، وقد مر أنه يجوز عتق الشيخ الفانى والطفل تأمل ، وعبارة الفتح : لاساقط الأسنان العاجز عن الأكل ، وظاهره أنه عجز عنه بالكلية ، وعليه فلا إشكال (قوله والمقطوع يداه) مثله أشل اليدين أو الرجلين والمفلوج اليابس الشق والمقعد والأصم الذى لايسمع شيئا على المختار كما فى الولوالجية بحر (قوله أو إبهاماه) يعنى إبهامى اليدين ، فلو قال أو إبهاماها لكان أولى ليخرج إبهامى الرجلين ، إذ لايمنع قطعهما كما فى السراج شرنبلالية (قوله أو ثلاث أصابع) لأن للأكثر حكم الكل فتح (قوله من جانب) بخلاف ما إذا كان من خلاف فإنه يجوز كما مر ، لأنه يمكنه المشى بإمساك العصا باليد السالمة والمشى على الرجل الأخرى (قوله ومعتوه ومغلوب) عبارة البحر عن الكافى : وكذا المعتوه المغلوب بدون واو ، وهى كذلك فى بعض النسخ ، وفى بعضها

(ولا) يجزئ (مدبر وأم ولد ومكاتب أدى بعض بدله) ولم يعجز نفسه : فإن عجز فحرره جاز . وهي حيلة الجواز بعد أدائه شيئا (وإعتاق نصف عبد) مشترك (ثم باقيه بعد ضمانه) لتمكن النقصان (ونصف عبده عن تكفيره ثم باقيه بعد وطء من ظاهر منها) للأمر به قبل التماس (فإن لم يجد) المظاهر (مايعتق) وإن احتاجه لخدمته أو لقضاء دينه لأنه واجد حقيقة بدائع ، فما في الجوهرة : له عبد للخدمة لم يجز الصوم إلا أن يكون زمنا انتهى يعني العبد ليتوافق كلامهم ، ويحتمل رجوعه للمولى، لكنه يحتاج إلى نقل . ولا يعتبر مسكنه . ولو له مال

ومفلوج (قوله ولا يجزئ مدبر وأم ولد) لاستحقاقهما الحرية بجهة . فكان الرق فيهما ناقصا . والإعتاق عن الكفارة يعتمد كمال الرق كالبيع ، فلذا لايجوز بيعهما بحر (قوله ومكاتب أدى بعض بدله) لأنه تحرير بعوض (قوله جاز) لأنه بالتعجيز بطل عقد الكتابة (قوله وهي) أي مسألة تعجيزه نفسه (قوله لتمكن النقصان) لأن نصيب صاحبه قد انتقض على ملكه لتعذر استدامة الرق فيه ثم يتحول إليه بالضمان لو موسرا عند الإمام . أما لو معسرا وسعى العبد في بقية قيمته حتى عتق كله فلا يجزئه اتفاقا لأنه عتق بعوض وعندهما يجزئه لو موسرا لأنه عتق كله بإعتاق البعض بناء على تجزيء الإعتاق عنده لاعندهما (قوله للأمر به قبل تماس) فالشرط للحل مطلقا إعتاق كل الرقبة قبل التماس ولم يوجد فتقرر الإثم بذلك الوطء . ثم لم يمكن اعتبار ذلك النصف من الشرط حتى يكفي معه عتق النصف الباقي ، لأن المجموع حينئذ ليس قبل التماس بل بعضه قبله وبعضه بعده . فليس هو الشرط ، فتبقى الحرمة بعد المجموع كما كانت إلى أن يوجد الشرط وهو عتق كل الرقبة : أي قبل التماس الثاني ليحل هو وما بعده ، وتمامه في الفتح ، ثم هذا عنده ؛ أما عندهما فإعتاق النصف قبل الوطء إعتاق للكل كما مر (قوله فإن لم يجد) أي وقت الأداء لا وقت الوجوب بحر ، وسيأتي في الفروع (قوله وإن احتاجه لخدمته) مبالغة على المفهوم ، فكأنه قال أما إن وجد تعين عتقه وإن احتاجه لخدمته (قوله أو لقضاء دينه الخ) قال في البحر : وفي البدائع : لو كان في ملكه رقبة صالحة للتكفير يجب عليه تحريرها سواء كان عليه دين أو لم يكن لأنه واجد حقيقة اهـ . وحاصله أن الدين لايمنع تحرير الرقبة الموجودة ويمنع وجوب شرائها بمال على أحد القولين اهـ (قوله يعني العبد) أي أن الضمير في قوله يكون زمنا راجع للعبد ، وهذا التأويل لصاحب البحر ، وتبعه في النهر والمنح والشرنبلالية (قوله ويحتمل الخ) هذا هو المتبادر ، فإن كونه للخدمة ينافي كونه زمنا (قوله لكنه يحتاج إلى نقل) أي لأن ما في الجوهرة محتمل ، وعارضه ما في التاترخانية من قوله ومن ملك رقبة لزمه العتق وإن كان يحتاج إليها اهـ وكذا قول البدائع المتقدم لأنه واجد حقيقة أي فإن النص دل على إجزاء الصوم عند عدم الوجدان ، وهذا واجد .

فإن قلت : المحتاج إليه كالعدم ولذا جاز التيمم مع وجود الماء المحتاج إليه للعطش مع أن إجزاء التيمم مرتب في النص على عدم وجدان الماء .

قلت : ذكر في الفتح أن الفرق عندنا أن الماء مأمور بإمساكه لعطشه واستعماله محظور عليه ، بخلاف الخادم . ونقل ط عن السيد الحموي ولو قيل بجواز الصوم إذا كان المولى زمنا لايجد من يخدمه إذا أعتقه كان له وجه وجيه .

قلت : وهو ظاهر إذا لزم من الإعتاق تحميل ما لا يطلق ، كما إذا كان يكتسب له وينفق عليه ونحو ذلك فإيجاب إعتاقه مع ذلك مما يخالف قواعد الشريعة ، فلا يحتاج إلى نقل بخصوصه كما لا يخفى (قوله ولا يعتبر مسكنه) أي لايكون به قادرا على العتق فلا يتعين عليه بيعه وشراء رقبة بل يجزئه الصوم لأنه كلباسه ولباس أهله خزانة ، وتقييدهم بالمسكن يفيد أنه لو كان له بيت غير مسكنه لزمه بيعه . وفي الدر المنتقى : ولا تعتبر ثيابه التي لابد له منها اهـ : ومفاده لزوم بيع ما لا يحتاجه منها ط (قوله ولو له مال الخ) أي ثمن عبد فاضلا عن قدر كفايته ،

وعليه دين مثله ، إن أدى الدين أجزأه الصوم وإلا فقولان . ولو له مال غائب انتظره : ولو عليه كفارتان وفى ملكه رقبة فصام عن إحداهما ثم أعتق عن الأخرى لم يجز ، وبعكسه جاز (صام شهرين ولو ثمانية وخمسين) بالهلال وإلا فستين يوما ، ولو قدر على التحرير فى آخر الأخير لزمه العتق وأتم يومه ندبا ، ولا قضاء لو أفطر وإن صار نفلا (متتابعين قبل المسيس ليس فيهما رمضان وأيام نهى عن صومها) وكذا كل صوم شرط فيه التتابع

لأن قدرها مستحق الصرف فصار كالعدم ومنها قدر كفايته لقوت يومه لو محترفا وإلا فقوت شهر بحر .

والحاصل أن المسألة على ثلاثة أوجه : إن ملك الرقبة لايجزئه الصوم ولو محتاجا إليها على مامر تفصيله ، وإن وجد غيرها مما هو مشغول بحاجته الأصلية كالمسكن فهو بمنزلة العدم لأنه ليس عين الواجب ولا معدا لتحصيله ؛ وإن وجد ماأعد لتحصيله كالدراهم والدنانير وهو مشغول بحوائجه الأصلية ، فإن صرفها إليه يجزئه الصوم لتحقق عجزه وإلا فقولان : أحدهما أنه يصير بمنزلة المعدوم لحاجته إليه ، والآخر أنه مالك لما أعد لتحصيله ، فهو واجد للرقبة حكما أفاده الرحمتى ، والقولان المذكوران يشير إليهما كلام محمد كما أوضحه فى البحر (قوله ولو له مال غائب انتظره) أى ليعتق به ولا يجزئه الصوم ، وكذا لو كان مريضا مرضا يرجى برؤه فإنه ينتظر الصحة ليصوم بحر ، بخلاف ماإذا كان لايرجى برؤه فإنه يطعم كما سيأتى . وفى البحر عن المحيط : لو له دين لايقدر على أخذه من مديونه يجزئه الصوم ، وإن قدر فلا ، وكذا لو وجبت عليها كفارة وقد تزوجها زوجها على عبد وهو قادر على أدائه إذا طالبته اهـ (قوله لم يجز) أى الصوم عن الأولى ، أما الإعتاق فجائز مطلقا ، ثم هذا ذكره فى البحر بحثا ، وأقره عليه فى النهر والمقدسى أخذا مما فى المحيط عليه كفارتا يمين وعنده طعام يكفى لإحداهما فصام عن إحداهما ثم أطعم عن الأخرى لايجوز صومه لأنه أطعم وهو قادر(١) على التكفير بالمال (قوله بالهلال) حال من لفظ الشهرين المقدر بعد لو ، وفى بعض النسخ لو بالهلال .

وحاصله أنه إذا ابتدأ الصوم فى أول الشهر كفاه صوم شهرين تامين أو ناقصين ، وكذا لو كان أحدهما تاما والآخر ناقصا (قوله وإلا) أى وإن لم يكن صومه فى أول الشهر برؤية الهلال بأن غم أوصام فى أثناء شهر فإنه يصوم ستين يوما . وفى كافى الحاكم وإن صام شهرا بالهلال تسعة وعشرين وقد صام قبله خمسة عشر وبعده خمسة عشر يوما أجزأه (قوله ولو قدر الخ) أفاد أن المراد بعدم الوجود فى قوله فإن لم يجد الخ عدما مستمرا إلى فراغ صوم الشهرين بحر (قوله لزمه العتق) وكذا لو قدر على الصوم فى آخر الإطعام لزمه الصوم وانقلب الإطعام نفلا شرنبلالية (قوله وإن صار نفلا) لأنه شرع مسقطا لاملتزما منح ، أى وقد علم أن الظان لايلزمه الإتمام إن قطع على الفور ؛ أما لو مضى عليه ولو قليلا صار بمنزلة الشروع فى النفل فيلزمه إتمامه رحمتى ، لكن يشترط كون المضى عليه فى وقت النية ، إذ لو كان بعد الزوال لايمكنه الشروع ولا يكون العزم على المضى بمنزلة الشروع كما قررناه فى الصوم (قوله ليس فيهما رمضان الخ) لأنه فى حق الصحيح المقيم لايسع غير فرض الوقت ، أما المسافر فله أن يصوم عن واجب آخر . وفى المريض روايتان كما علم فى الأصول فى بحث الأمر ، والمراد بالأيام المنهية يوما العيد وأيام التشريق ، لأن الصوم بسبب النهى فيها ناقص فلا يتأدى به الكامل . وأفاد أنه لايشترط أن لايكون فيها وقت نذر صومه ، لأن المنذور المعين إذا نوى فيه واجبا آخر وقع عما نوى ، بخلاف رمضان بحر . وصورة عروض يوم الفطر عليه فيما لو كان مسافرا وصام رمضان عن كفارته (قوله وكذا كل صوم الخ) ككفارة قتل وإفطار ويمين .

---

(١) (قوله لأنه أطعم وهو قادر الخ) هكذا نسخة المحشى بلفظ أطعم ، ولعل الصواب صام وهو قادر الخ تأمل اهـ .

(فإن أفطر بعذر) كسفر ونفاس بخلاف الحيض إلا إذا أيست (أو بغيره أو وطئها) أى والمظاهر منها ، وأما لو وطىء غيرها وطأ غير مفطر لم يضر اتفاقا كالوطء فى كفارة القتل (فيهما) أى الشهرين (مطلقا) ليلا أو نهارا عامدا أو ناسيا كما فى المختار وغيره . وتقييد ابن ملك الليل بالعمد غلط بحر . لكن فى القهستانى ما يخالفه قنية (استؤنف الصوم لا الإطعام ، إن وطئها فى خلاله) لإطلاق النص فى الإطعام ، وتقييده فى تحرير وصيام (والعبد) ولو مكاتبا

وفى البحر عن أيمان الفتح : وكالمنذور المشروط فيه التتابع معينا أو مطلقا بخلاف المعين الخالى عن اشتراطه فإن التتابع فيه وإن لزم لكن لا يستقبل إذا أفطر فيه يوما كرجب مثلا فإنه لا يزيد على رمضان ، وحكمه ما ذكرناه (قوله فإن أفطر) أفاد أنه لو أكل ناسيا لم يضر كما فى الكافى (قوله بخلاف الحيض) فإنه لا يقطع كفارة قتلها وإفطارها لأنها لا تجد شهرين خاليين عنه ، بخلاف كفارة اليمين ، وعليها أن تصل ما بعد الحيض بما قبله . فلو أفطرت بعده يوما استقبلت لتركها التتابع بلا ضرورة أما النفاس فيقطع التتابع فى صوم كل كفارة ؛ وتمامه فى البحر (قوله إلا إذا أيست) بأن صامت شهرا مثلا فحاضت ثم أيست استقبلت لأنها قدرت على مراعاة التتابع فلزمها بحر عن المنتقى : أى قدرت عليه قبل إكمال الصوم ، بخلاف ما بعده ، ثم نقل عن المحيط وعن أبى يوسف : إذا حبلت فى الشهر الثانى بنت (قوله أو بغيره) أى بغير عذر ، وهذا تصريح بما هو مفهوم بالأولى (قوله وطأ غير مفطر) كأن وطئها ليلا مطلقا أو نهارا ناسيا كذا فى الهندية ، أما إن وطئها نهارا عامدا بطل صومه ط وهذا داخل فى قوله فان أفطر (قوله كالوطء فى كفارة القتل) فإنه لو وطىء فيها ناسيا لا يستأنف لأن المنع من الوطء فى كفارة الظهار لمعنى يختص بالصوم نهر عن الجوهرة ، والأولى التعليل بأن النص اشترط الصوم قبل تمامهما (قوله وغيره) كالبدائع والتحفة وغاية البيان والعناية والفتح (قوله وتقييد ابن ملك الخ) فيه أن التقييد بالعمد وقع فى أكثر الكتب . والغلط من ابن ملك هو جعله للاحتراز عن النسيان ، بل هو قيد اتفاقى كما فى البحر (قوله لكن فى القهستانى ما يخالفه) حيث قال وكذا استأنف الصوم إن وطئها : أى المظاهر منها عمدا كما فى المبسوط والنظم والهداية والكافى والقدورى والمضمرات والزاهدى والنتف وغيرها ، وبمجرد قول الإسبيجابى فى شرح الطحاوى بالليل عمدا أو نسيانا لا يليق أن يحمل العمد على أنه قيد اتفاقى كما فعله صاحب الكفاية ومن تابعه ، ومن تأييده عدم التفات صاحب النهاية إليه اهـ .

قلت : وقد يقال إن ما فى الإسبيجابى صريح فيقدم على المفهوم كما تقرر فى محله ، ولذا مشى عليه فى المختار وغيره كما علمت : ومشى عليه أيضا العلامة ابن كمال باشا فى متنه . وقال فى هامش الشرح : من هنا تبين أن من قال ليلا عمدا لم يحسن لأن العمد والسهو فى الوطء بالليل سواء اهـ. وقال فى الفتح والعناية إن جماعها ليلا عامدا أو ناسيا سواء لأن الخلاف فى وطء لا يفسد الصوم اهـ أى الخلاف بين أبى يوسف والطرفين فعند جماع المظاهر منها إنما يقطع التتابع إن أفسد الصوم وعندهما مطلقا لأن تقدم الكفارة على التماس شرط بالنص وتمام تقريره فى الفتح ولذا قال فى الحواشى اليعقوبية إن عدم الفرق بين السهو والعمد هو الظاهر لأنه مقتضى دليل أبى حنيفة ومحمد (قوله لإطلاق النص الخ) ومن قواعدنا أنا لا نحمل المطلق على المقيد وإن كانا فى حادثة واحدة بعد أن يكونا فى حكمين وإنما منع عن الوطء قبل الإطعام منع تحريم لجواز قدرته على العتق والصيام فيقعان بعده كذا قالوا وفيه نظر فإن القدرة حال قيام العجز بالفقر والكبر والمرض الذى لا يرجى زواله أمر موهوم وباعتبار الأمور الموهومة لا تثبت الأحكام ابتداء بل يثبت الاستحباب نهر وهو مأخوذ من الفتح (قوله والعبد) مبتدأ خبره قوله لا يجزئه إلا الصوم لأن العبد لا يملك وإن ملك والعتق والإطعام لا يصح إلا ممن يملك (قوله ولو مكاتبا)

أو مستسعى وكذا الحر المحجور عليه بالسفه على المعتمد (لايجزئه إلا الصوم) المذكور ولم يتنصف لما فيها من معنى العبادة ، وليس للسيد منعه منه (ولو) وصلية (أعتق سيده عنه أو أطعم) ولو بأمره لعدم أهلية التملك إلا في الإحصار فيطعم عنه المولى ، قيل ندباً ، وقيل وجوباً (فإن عجز عن الصوم) لمرض لايرجى برؤه أو كبر (أطعم) أى ملك (ستين مسكينا) ولو حكما . ولايجزئ غير المراهق بدائع (كالفطرة) قدرا

لأن ملكه غير تام بل على شرف الزوال (قوله أو مستسعى) هو الذى عتق بعضه وسعى فى باقيه وهذا عنده ، وأما عندهما فيعتق كله ويكون حرا مديونا فيصح تكفيره بالإعتاق والإطعام رحمتى (قوله على المعتمد) أى من جريان الحجر على الحر السفيه وهو قولهما فلو أعتق عبده عنها يسعى فى قيمته ولم يجز عن تكفيره كذا فى خزانة الأكمل وغيرها نهر.

لغز أى حر ليس له كفارة إلا بالصوم ؟

وأفاد فى البحر أنه يلغز فيه فيقال : لنا حر ليس له كفارة إلا بالصوم (قوله ولم يتنصف) جواب عن سؤال كيف لزمه الصوم المذكور وهو صوم شهرين لانصفهما مع أن العبد على النصف من الحر فى كثير من الأحكام . والجواب أنه لم يتنصف لما فى الكفارة من معنى العبادة والعبادة لاتتنصف فى حقه ، وإنما تتنصف العقوبة كالحد والنعمة كالنكاح (قوله وليس للسيد منعه منه) أى من صوم هذه الكفارة لأنه تعلق بها حق المرأة بخلاف بقية الكفارات له أن يمنعه عن صومها لعدم تعلق حق عبد بها بحر (قوله ولو بأمره) أى أمر السيد له بأن ملكه ذلك وأمره أن يكفر به إذ لابد من الاختيار فى أداء ما كلف به أو بأمر العبد للسيد لأنه يتضمن تمليكه ؛ ثم التكفير به عنه كما لو أمر الحر غيره بذلك (قوله فيطعم عنه المولى) فيه مسامحة . وعبارة الفتح إلا فى الإحصار ، فإن المولى يبعث عنه ليحل هو فإذا عتق فعليه حجة وعمرة (قوله قيل ندبا وقيل وجوبا) الخلاف فى الوجوب وعدمه .

فنى البحر عن البدائع : لو أحصر بعد ما أحرم بإذن المولى قيل لايلزم المولى إنفاذ هدى لأنه لايجب للعبد على مولاه حق فإذا عتق وجب عليه . وقيل يلزمه لأن هذا دم وجب لبلية ابتلى بها العبد بإذن المولى فصار كالنفقة اه ملخصا . قال ط : وقد يقال من نفى الوجوب لاينفى الندب ، بل يقول به مراعاة للقول الآخر (قوله لايرجى برؤه) فلو برىء وجب الصوم رحمتى (قوله أى ملك) الإطعام لايختص بالتمليك كما سيأتى ، لكن المراد به هنا التمليك وبما بعده الإباحة ، ولذا قال فى البدائع : إذا أراد التمليك أطعم كالفطرة ، وإذا أراد الإباحة أطعمهم غداء وعشاء (قوله ولو حكما) أى فإن الفقير مثله . وفى القهستانى : وقيد المسكين اتفاقى لجواز الصرف إلى غيره من مصارف الزكاة اه . ويحتمل أن يكون مبالغة فى قوله ستين ، ليشمل مالو أطعم واحدا ستين يوما ، لكن يغنى عنه ما يأتى من تصريح المصنف به (قوله ولا يجزىء غير المراهق) أى لو كان فيهم صبى لم يراهق لايجزئ واختلف المشايخ فيه ، ومال الحلوانى إلى عدم الجواز بحر عند قول الكنز والشرط غداءان أو عشاءان مشبعان وذكر عند قول الكنز وهو تحرير رقبة عن البدائع ، وأما إطعام الصغير عن الكفارة فجائز بطريق التمليك لا الإباحة اه وبه علم أن ذكر ذلك هنا غير صحيح وإن وقع فى النهر ، لأن الكلام هنا فى التمليك وهو صحيح للصغير ، فالصواب ذكره عند قوله وإن غداهم وعشاهم الخ كما فعل فى البحر ، وكذا فى المنح حيث قال هناك : ولو كان فيمن أطعمهم صبى فطيم لم يجزه لأنه لايستوفى كاملا اه . وفى التاترخانية : وإذا دعا مساكين وأحدهم صبى فطيم أو فوق ذلك لايجزيه كذا ذكر فى الأصل . وفى المجرد : إذا كانوا غلمانا يعتمد مثلهم يجوز اه . وبه ظهر أيضا أن المراد بالفطيم وبغير المراهق من لايستوفى الطعام المعتاد (قوله كالفطرة قدرا) أى نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير ودقيق كل كأصله ، وكذا السويق .

ومصرفا (أو قيمة ذلك) من غير المنصوص ، إذ العطف للمغايرة (وإن) أراد الإباحة فـ(غداهم وعشاهم) أو غداهم وأعطاهم قيمة العشاء أو عكسه ، أو أطعمهم غداءين أو عشاءين ، أو عشاء وسحورا وأشبعهم (جاز) بشرط إدام فى خبز شعير وذرة لابر (كما) جاز (لو أطعم واحدا ستين يوما)

واختلفوا هل يعتبر الكيل أو القيمة فيهما كما فى صدقة الفطر بحر . وفى التتارخانية : ولو أدى الدقيق أو السويق أجزأه ، لكن قيل يعتبر فيه تمام الكيل ، وذلك نصف صاع فى دقيق الحنطة وصاع فى دقيق الشعير ، وإليه مال الكرخى والقدورى ، وقيل بالقيمة فلا يعتبر فيه تمام الكيل اهـ . فقول البحر ودقيق كل كأصله مبنى على الأول تأمل .

قال فى البحر : ولو دفع البعض من الحنطة والبعض من الشعير جاز إذا كان قدر الواجب كربع صاع من بر ونصف من شعير لاتحاد المقصود وهو الإطعام ؛ ولا يجوز التكميل بالقيمة كنصف صاع من تمر جيد يساوى صاعا من الوسط (قوله ومصرفا) فلا يجوز إطعام أصله وفرعه وأحد الزوجين ومملوكه والهاشمى . ويجوز إطعام الذمى لا الحربى ولو مستأمنا بحر . قال الرملى : وفى الحاوى وإن أطعم فقراء أهل الذمة جاز . وقال أبو يوسف : لا يجوز ، وبه نأخذ اهـ .

قلت : بل صرح فى كافى الحاكم بأنه لا يجوز . ولم يذكر فيه خلافا ، وبه علم أنه ظاهر الرواية عن الكل (قوله إذ العطف للمغايرة) فإن عطف القيمة على المنصوص المفهوم من قوله كالفطرة يقتضى أن القيمة من غير المنصوص اهـ ح . وما فى النهر من قوله وفيه نظر إذ القيمة أعم من قيمة المنصوص عليه وغيره اهـ فيه كلام ذكرناه فيما علقناه على البحر فافهم .

والحاصل أن دفع القيمة إنما يجوز لو دفع من غير المنصوص ؛ أما لو دفع منصوصا بطريق القيمة عن منصوص آخر لا يجوز إلا أن يبلغ المدفوع الكمية المقدرة شرعا ، فلو دفع نصف صاع تمر تبلغ قيمته نصف صاع بر لا يجوز وعليه أن يتم لمن أعطاهم القدر المقدر من ذلك الجنس الذى دفعه لهم ، فإن لم يجدهم بأعيانهم استأنف فى غيرهم . وتمامه فى البحر (قوله فغداهم) فى بعض النسخ غداهم بدون فاء كما هو أصل المتن والأولى أولى ، فزاد الشارح الفاء لأنه قدر فعلا للشرط ، وجواب الشرط هو قوله جاز (قوله أو غداهم وأعطاهم قيمة العشاء) أى يجوز الجمع بين الإباحة والتمليك ، لأنه جمع بين شيئين جائزين على الانفراد ، وكذا يجوز إذا ملك ثلاثين وأطعم ثلاثين وكذا يجوز تكميل أحدهما بالآخر بحر . ففى كافى الحاكم : وإن أعطى كل مسكين نصف صاع من تمر ومدا من حنطة أجزأه ذلك (قوله أو أطعمهم غداءين) أى أشبعهم بطعام قبل نصف النهار مرتين ، وقوله أو عشاءين : أى أشبعهم بطعام بعد نصف النهار مرتين ، كذا فى الدرر . وهذا ظاهر فى أن ذلك فى يوم واحد ، فلا تكفى فى يوم أكلة وفى آخر أخرى ، لكن صريح ما يأتى فى الفروع آخر الباب يخالفهم (قوله وأشبعهم) أى وإن قل ما أكلوا كما فى الوقاية فالشرط فى طعام الإباحة أكلتان مشبعتان لكل مسكين ، ولو كان فيهم شبعان قبل الأكل أو صبى غير مراهق لم يجز بحر ، وسيأتى أيضا ، وقدمنا أن الصواب ذكر الصبى هنا لافى التمليك (قوله بشرط إدام الخ) أى ليمكنهم الاستيفاء إلى الشبع ، وهذا أحد قولين ، وإليه مال الكرخى ، والآخر لا يجوز إلا بخبز البر لأن محمدا نص على البر فى الزيادات كما فى البحر . وفى التاترخانية : والمستحب أن يغديهم ويعشيهم بخبز معه إدام (قوله كما جاز لو أطعم) يشمل التمليك والإباحة ، وعبر فى الكنز بأعطى المختص بالتمليك . والحق أنه لا فرق على المذهب ، وتمامه فى البحر . وفيه : والكسوة فى كفارة اليمين كالإطعام ، حتى لو أعطى واحدا عشرة أثواب

لتجدد الحاجة (ولو أباحه كل الطعام في يوم واحد دفعة أجزأ عن يومه ذلك فقط) اتفاقا (وكذا إذا ملكه الطعام بدفعات في يوم واحد على الأصح) ذكره الزيلعي ، لفقد التعدد حقيقة وحكما .

(أمر غيره أن يطعم عنه عن ظهاره ففعل) ذلك الغير (صح) وهل يرجع ؟ إن قال على أن ترجع رجع ، وإن سكت فني الدين يرجع اتفاقا ، وفي الكفارة والزكاة لايرجع على المذهب (كما صحت الإباحة) بشرط الشبع (في طعام الكفارات) سوى القتل (و) في (الفدية) لصوم وجناية حج ، وجاز الجمع بين إباحة وتمليك (دون الصدقات والعشر) والضابط أن ماشرع بلفظ إطعام وطعام جاز فيه الإباحة ، وما شرع بلفظ إيتاء وأداء شرط فيه التمليك .

(حرر عبدين عن ظهارين) من امرأة أو امرأتين (ولم يعين) واحدا بواحد (صح عنهما ، ومثله) في الصحة (الصيام) أربعة أشهر

في عشرة أيام يجوز ، ولو غدى واحدا عشرين يوما في كفارة اليمين أجزأه اه .

قلت : ومقتضاه أنه لو غداه مائة وعشرين يوما أجزأه عن كفارة الظهار . ثم رأيته صريحا قال في التاترخانية : وعن الحسن بن زياد عن أبي حنيفة إذا غدى واحدا مائة وعشرين يوما أجزأه (قوله لتجدد الحاجة) لأن المقصود سد خلة المحتاج ، والحاجة تتجدد بتجدد الأيام ، فتكرر المسكين بتكرر الحاجة حكما فكان تعدادا حكما . وفي المصباح : الخلة بالفتح الفقر والحاجة بحر (قوله دفعة) أي أو بدفعات ، وقوله بدفعات أي أو بدفعة كما أفاده في البحر ، فهو من قبيل الاحتباك ، حيث صرح في كل من الموضعين بما سكت عنه في الموضع الآخر (قوله وكذا إذا ملكه) أي لايجزئ إلا عن يوم واحد ، وفصله عما قبله لأن في التمليك خلافا بخلاف الإباحة فافهم (قوله لفقد التعدد الخ) علة للمسألتين . قال في المنح لأنه لما اندفعت حاجته في ذلك اليوم فانصرف إليه بعد ذلك يكون إطعام الطاعم فلا يجوز ط (قوله أمر غيره الخ) قيد بالأمر ، لأنه لو أطعم عنه بلا أمر لم يجز وبالإطعام ؛ لأنه لو أمره بالعتق عن كفارته لم يجز عندهما خلافا لأبي يوسف ، ولو بجعل سماه جاز اتفاقا ، وتكفير الوارث بالإطعام جائز . وفي كفارة اليمين بالكسوة أيضا ، بخلاف الإعتاق ، ولذا امتنع تبرعه في كفارة القتل كما في المحيط نهر (قوله صح) لأنه طلب منه التمليك معنى ، ويكون الفقير قابضا له أولا ثم لنفسه نهر (قوله فني الدين يرجع) أي لو أمره بأن يقضي دينه ؛ وكذا لو أمره بأن ينفق عليه بزازية من كتاب الوكالة (قوله وفي الكفارة والزكاة) أي لو قال أعطه عن كفارتي أو أد زكاة مالي ، وكذا ٧ عوض عن هبتي أو هب لفلان عني ألفا لايرجع بلا شرط الرجوع ، ففي كل موضع ملك المدفوع إليه المال المدفوع مقابلا بملك المال فالمأمور يرجع بلا شرط ، ولو بلامقابلة مال لايرجع بلا شرط بزازية ، وتمام الكلام على هذه المسائل ذكرناه في تنقيح الحامدية (قوله في طعام الكفارات) قيد به لأن الإباحة في الكسوة في كفارة اليمين لاتجوز ؛ كما لو أعار عشرة مساكين كل مسكين ثوبا بحر (قوله سوى القتل) فإنه لا إطعام فيه فلا إباحة ، وإنما ذكره للرد على العيني حيث قال أعني كفارات الظهار واليمين والصوم والقتل (قوله وفي الفدية) هذا ظاهر الرواية ، وروى الحسن أنه لابد فيها من التمليك بحر (قوله لصوم) أي في الشيخ الفاني أو من أخرج عنه بعد موته (قوله وجناية حج) كحلق أو لبس بعذر فإنه يذبح أو يطعم أو يصوم (قوله وجاز الجمع بين إباحة وتمليك) مكرر مع قوله المار أو غداهم وأعطاهم قيمة العشاء (قوله دون الصدقات) أي الزكاة وصدقة الفطر (قوله والضابط الخ) بيانه أن الوارد في الكفارات والفدية الإطعام وهو حقيقة في التمكين من الطعم ، وإنما جاز التمليك باعتبار أنه تمكين ، وفي الزكاة الإيتاء ، وفي صدقة الفطر الأداء وهما للتمليك حقيقة . أفاده في البحر (قوله ومثله في الصحة الخ) قلت : وكذا لو جمع بين التحرير والصيام والإطعام ؛

(والإطعام) مائة وعشرين فقيرا لاتحاد الجنس ، بخلاف اختلافه ، إلا أن ينوى بكل كلا فيصح (وإن حرر عنهما رقبة) واحدة (أو صام) عنهما (شهرين صح عن واحد) بتعيينه ، وله وطء التى كفر عنها دون الأخرى (وعن ظهار وقتل لا) يصح لما مر ، مالم يحرر كافرة فتصح عن الظهار استحسانا لعدم صلاحيتها للقتل .

(أطعم ستين مسكينا كلا صاعا) بدفعة واحدة (عن ظهارين) كما مر (صح عن واحد) كذا فى نسخ الشرح ونسخ المتن لم يصح : أى عنهما ، خلافا لمحمد ، ورجحه الكمال (وعن إفطار وظهار صح) عنهما اتفاقا ، والأصل أن نية التعيين فى الجنس المتحد سببه لغو ، وفى المختلف سببه مفيد .

فنى كافى الحاكم : وإن ظاهر من أربع نسوة فأعتق رقبة ليس له غيرها ثم صام أربعة أشهر متتابعة ثم مرض وأطعم ستين مسكينا ولم ينو بشىء من ذلك واحدة بعينها أجزأه عنهن كلهن استحسانا اه (قوله لاتحاد الجنس) أى فلا حاجة إلى نية معينة هداية ، وسيأتى بيانه فى الأصل الآتى (قوله بخلاف اختلافه) أى الجنس ، كما لو كان عليه كفارة يمين وكفارة ظهار وكفارة قتل فأعتق عبيدا عن الكفارات لا يجزئه عن الكفارة ، ولو أعتق كل رقبة ناويا عن واحدة منها لابعينها جاز بالإجماع ، ولا يضر جهالة المكفر عنه كذا فى المحيط بحر ، وقوله ولو أعتق الخ هو المراد بقول الشارح إلا أن ينوى الخ وإن كان موهما خلاف المراد (قوله بتعيينه) هو معنى قول الزيلعى وكان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء ، وهذا الجعل هو تعيينه . وفى بعض النسخ بعينه ، وهو تحريف رحمتى . وفى نسخة يعينه بصيغة الفعل المضارع ، وهو فى معنى الأولى (قوله لما مر) من قوله بخلاف اختلافه (قوله لعدم صلاحيتها) للقتل ، فإنه لابد فى كفارة القتل من كونها مؤمنة للآية . ونظيره مالو جمع بين المرأة وبنتها أو أختها ونكحهما معا ، فإن كانتا فارغتين لم يصح العقد على كل منهما ، وإن كانت إحداهما متزوجة صح فى الفارغة بحر عن الد[illegible] (قوله كلا صاعا) أى من البر إذ لو كان من تمر أو شعير يكون موضوع المسألة كلا صاعين بحر (قوله [illegible] واحدة) أما لو كان بدفعات جاز اتفاقا كما فى الكافى ، معللا بأنه فى المرة الثانية كمسكين آخر بحر (قوله [illegible] نعت لظهارين : أى عن ظهارين من امرأة أو امرأتين ح (قوله صح عن واحد) لأن النقصان عن العدد لايجوز فالواجب فى الظهارين إطعام مائة وعشرين ، فلا يجوز صرف الواجب إلى الأقل ، كما لو أطعم ثلاثين مسكينا لكل واحد صاعا فإنه لايكفى عن ظهار واحد . وفى البدائع : وكذا لو أطعم عشرة مساكين عن يمينين لكل مسكين صاعا فهو على هذا الخلاف بحر (قوله أى عنهما) فلا ينافى صحته عن أحدهما ، لكن لما كان فيه إيهام أنه لايصح أصلا أصلحها المصنف حال شرحه ط (قوله خلافا لمحمد) حيث قال يصح عنهما (قوله ورجحه الكمال) وكذا الإتقانى فى غاية البيان (قوله والأصل الخ) لأن النية إنما اعتبرت لتميز بعض الأجناس عن بعض لاختلاف الأغراض باختلاف الأجناس ، فلا يحتاج إليها فى الجنس الواحد ، لأن الأغراض لا تختلف باعتباره فلا تعتبر ، فبقى فيه مطلق نية الظهار وبمجردها لا يلزم أكثر من واحد ، وكون المدفوع لكل مسكين أكثر من نصف صاع لايستلزم ذلك ، لأن نصف الصاع أدنى المقادير ، لا لمنع الزيادة عليه بل النقصان ، بخلاف ما إذا فرق الدفع أو كانا جنسين .

وقد يقال : اعتبارها للحاجة إلى التميز وهو محتاج إليه فى أشخاص الجنس الواحد كما فى الأجناس ، وقد ظهر أثر هذا الاعتبار فيما صرحوا به ، من أنه لو أعتق عبدا عن أحد الظهارين بعينه صح نية التعيين ولم تلغ حتى حل وطء التى عينها اه فتح ، وقوله وقد يقال الخ بيان لترجيح قول محمد ، وأقره فى البحر أولا ، ثم قال بعده : وقد قرر المراد فى النهاية بما يدفع الإيراد فقال : أراد به تعميم الجنس بالنية ، ألا ترى أنه إذا عين ظهار إحداهما صح وحل له قربانها ، وكذا فى الفوائد الظهيرية اه .

[فروع] المعتبر فى اليسار والإعسار وقت التكفير ، أطعم مائة وعشرين لم يجز إلا عن نصف الإطعام فيعيد على ستين منهم غداء أو عشاء ولو فى يوم آخر للزوم العدد مع المقدار ، ولم يجز إطعام فطيم ولا شبعان :

باب اللعان

هو لغة مصدر لاعن كقاتل ، من اللعن : وهو الطرد والإبعاد ، سمى به لا بالغضب للعنه نفسه قبلها والسبق من أسباب الترجيح :

وشرعا (شهادات) أربعة كشهود الزنا (مؤكدات بالأيمان مقرونة شهادته) باللعن وشهادتها بالغضب لأنهن يكثرن اللعن ، فكان الغضب أردع لها (قائمة) شهاداته (مقام حد القذف فى حقه و) شهاداتها (مقام حد الزنا فى حقها) أى إذا تلاعنا سقط عنه حد القذف وعنها حد الزنا ،

قلت : وحاصله أن المراد بالتعيين اللغو تعيين جميع أفراد الجنس لا فرد خاص فتأمل:

ثم اعلم أن متحد الجنس (١) يعرف باتحاد السبب ومختلفه باختلافه ، ولذا كان صوم رمضان من قبيل الأول وانعشلة من الثانى ، وكذا صوم يومين من رمضانين ، وتمامه فى البحر والنهر (قوله وقت التكفير) برفع وقت على أنه خبر المعتبر ، حتى لو كان وقت الظهار غنيا ووقت التكفير فقيرا أجزأه الصوم ، وعلى العكس لم يجزه تاترخانية (قوله أطعم مائة وعشرين) أى كل واحد أكلة واحدة (قوله فيعيد على ستين منهم) أى من المائة والعشرين ، وينبغى أنه إذا غدى العدد ثم غابوا أن ينتظر حضورهم أو يعيد الغداء مع العشاء على غيرهم بحر ، فلو كان المطعم صبيا ينبغى أن يجب عليه الانتظار إلا أن يغلب على ظنه عدم وجودهم فيستأنف نهر (قوله للزوم العدد) وهو الستون مع المقدار ، وهو الأكلتان المشبعتان فى الإباحة ، والصاع أو نصفه فى التمليك (قوله ولم يجز إطعام فطيم ولا شبعان) تقدم الكلام عليه ، والله سبحانه أعلم :

باب اللعان

(قوله مصدر لاعن) أى سماعا ، والقياس الملاعنة ، لكن ذكر غير واحد من النحاة أنه قياسى أيضا نهر (قوله سمى به لا بالغضب) أى مع أنه مشتمل على ذكر الغضب فى جانبها كما اشتمل على ذكر اللعن فى جانبه (قوله شهادات أربعة) هذا بيان لركنه ، ودل على اشتراط أهليتهما للشهادة فى حق كل منهما كما سيصرح به لا أهلية اليمين كما ذهب إليه الشافعى ، وسيأتى (قوله كشهود الزنا) أى اعتبرناه بهم ، فالملاعن لما كان شاهدا لنفسه كرر عليه أربعا ، أفاده فى شرح الملتقى ط (قوله مؤكدات بالأيمان) أى مقويات بها ، لأن لفظه أشهد بالله كما سيأتى (قوله باللعن) أى بعد الرابعة ومثله الغضب (قوله لأنهن يكثرن اللعن) كما ورد فى الحديث « إنهن يكثرن اللعن ويكفرن العشير » أى الزوج . قال فى العناية : فعساهن يجترئن على الإقدام عليه لكثرة جريه على ألسنتهن وسقوط وقعه عن قلوبهن ، فقرن الركن فى جانبهن بالغضب ردعا لهن عن الإقدام (قوله فى حقه) أى على تقدير كذبه ؛ وظاهر إطلاقه يقتضى عدم قبول شهادته أبدا ، وبه جزم العينى هنا تبعا لما فى الاختيار . وذكر الزيلعى فى القذف أنها تقبل نهر (قوله ومقام حد الزنا فى حقها) أى على تقدير صدقه كما فى النهر ح (قوله أى إذا تلاعنا الخ)

---

(١) (قوله ثم اعلم ان متحد الجنس الخ) مقتضى هذا الكلام أن يكون الظهار من قبيل مختلف الجنس ، لأن الألفاظ ، أعراض سيالة فقوله اليوم مثلا أنت على كظهر أمى غير قوله ذلك أمس وأجاب شيخنا لأن هذا تدقيق فلسفى لا تعتبره الفقهاء ، بل يجعلون الثانى من الألفاظ عين الأول ، وهذا هو المحقق ، إذ لو قيل بالتغاير لزم أن ما يتلى الآن غير المنزل اه .

لأن الاستشهاد بالله مهلك كالحد بل أشد.

(وشرطه قيام الزوجية وكون النكاح صحيحا) لافاسدا ، (وسببه قذف الرجل زوجته قذفا يوجب الحد فى الأجنبية) خصت بذلك لأنها هى المقذوفة فتتم لها شروط الإحصان . وركنه شهادات مؤكدات باليمين واللعن .

(وحكمه حرمة الوطء والاستمتاع بعد التلاعن ولو قبل التفريق بينهما) لحديث « المتلاعنان لايجتمعان أبدا »

(وأهله من هو أهل للشهادة) على المسلم

بيان لوجه قيام الشهادات من الجانبين مقام الحدين (قوله مهلك) أى إذا كان كاذبا كما فى التبيين ح (قوله بل أشد) لأن إهلاك الحد دنيوى وإهلاك التجرى على اسم الله تعالى أخروى — ولعذاب الآخرة أشد — (قوله وشرطه قيام الزوجية) فلا لعان بقذف المنكوحة فاسدا أو المبانة ولو بواحدة ، بخلاف المطلقة رجعية ،ولا بقذف زوجته الميتة .

ويشترط أيضا: الحرية والعقل والبلوغ والإسلام والنطق وعدم الحد فى قذف ، وهذه شروط راجعة إليهما . ويشترط فى القاذف خاصة : عدم إقامة البينة على صدقه ،وفى المقذوف خاصة إنكارها وجود الزنا منها ، وعفتها عنه . ويشترط أيضا كون القذف بصريح الزنا، وكونه فى دار الإسلام ،هذا حاصل مافى البحر عن البدائع ونفى الولد بمنزلة صريح الزنا ، ويأتى أكثر هذه الشروط فى غضون كلامه (قوله يوجب الحد فى الأجنبية) أى بأن تكون محصنة (قوله خصت بذلك) أى باشتراط كونها محصنة .

وحاصله كما فى الفتح أن المرأة هى المقذوفة دونه ، فاختصت باشتراط كونها ممن يحد قاذفها بعد اشتراط أهلية الشهادة ، بخلافه فإنه ليس مقذوفا وهو شاهد ، فاشترطت أهليته للشهادة دون كونه ممن يحد قاذفه اهـ . وفيه رد لما فى النهاية من أن كونه محصنا شرط أيضا فى اللعان ، وقد خطأه الزيلعى وغيره (قوله فتتم لها شروط الإحصان) الفاء فصيحة : أى فإذا كانت هى المقذوفة دونه فيشترط أن يتم لها شروط الإحصان الخمسة ، وهى أن تكون عفيفة عن الزنا ، عاقلة بالغة ، حرة مسلمة (قوله وركنه) يغنى عنه ماذكره فى تعريفه ط (قوله والاستمتاع) أى بالدواعى، ومن حكمه وجوب التفريق بينهما ووقوع البائن بهذا التفريق بحر ط (قوله بعد التلاعن) أى مادام حكمه باقيا؛فلو خرجا أو أحدهما عن أهلية اللعان له أن ينكحها كما يأتى ،وعليه حمل الحديث المذكور . ولاينافيه قوله أبدا كما فى قوله تعالى— إنهم إن يظهروا عليكم يرجموكم أو يعيدوكم فى ملتهم ولن تفلحوا إذا أبدا — أى مادمتم فى ملتهم كما فى البدائع ، وتمام الكلام على الحديث مبسوط فى الفتح (قوله من هو أهل للشهادة) أى لأدائها على المسلم لا لتحملها ، فلا لعان بين كافرين وإن قبلت شهادة بعضهم على بعض عندنا ، ولا بين مملوكين ، ولا من أحدهما مملوك أو صبى أو مجنون أومحدود فى قذف أو كافر ، وصح بين الأعميين والفاسقين لأنهما أهل للأداء ، إلا أنها لاتقبل للفسق ولعدم قدرة الأعمى على التمييز ، وقد قبلت شهادته فيما يثبت بالتسامع كالموت والنكاح والنسب وتمامه فى البحر والنهر ، لكن قال فى الدر المنتقى قلت: الأصح عدم القبول كما سيجىء،نعم عمم القهستانى الأهلية ولو بحكم القاضى لنفوذ القضاء بشهادتهما اهـ أى المراد النفوذ وإن لم يجز للقاضى فعله ، لكن يرد عليه المحدود فى القذف . قال ابن كمال باشا : وأما المحدود في القذف فلا يجوز القضاء بشهادته أصلا ، نعم لو قضى بها ينفذ ، لكن الكلام فى الجواز فإنه أمر وراء النفاذ اهـ .

قلت : ويرد عليه الفاسق فإنه ينفذ القضاء بشهادته مع أنه لايجوز ،ولعل مراده بنفى الجواز نفى الصحة وبالنفاذ نفاذ الحكم بصحتها ممن يراها كشافعى . والفاسق يصح القضاء بشهادته ، وكذا الأعمى على القول بصحتها فيما يثبت

(فمن قذف) بصريح الزنا فى دار الإسلام (زوجته) الحية بنكاح صحيح ولو فى عدة الرجعى العفيفة عن فعل الزنا وتهمته ، بأن لم توطأ حراما ولو مرة بشبهة ولا بنكاح فاسد ولا لها ولد بلا أب (وصلحا لأداء الشهادة) على المسلم ؛ فخرج نحو قن وصغير ، ودخل الأعمى والفاسق لأنهما من أهل الأداء (أو) من (نفى نسب الولد) منه أو من غيره (وطالبته)

بالتسامع ، بخلاف المحدود فى القذف (قوله بصريح الزنا) كيازانية أو يازانى لأنه ترخيم قد زنيت قبل أن أتزوجك جسدك أو نفسك زان ، وخرج الكناية والتعريض نحو لست أنا بزان ، أفاده القهستانى ، وخرج بذكر الزنا اللواط فلا لعان فيه عنده ، وعندهما يثبت فيه كذا فى البحر ط ، وخرج أيضا وجدت معها رجلا يجامعها لأن الجماع لايستلزم الزنا بحر (قوله فى دار الإسلام) أخرج دار الحرب لانقطاع الولاية (قوله زوجته) شمل غير المدخول بها كما فى الدر المنتقى وغيره (قوله الحية)لأن الميتة لم تبق زوجة ولأنه لايتأتى منها اللعان ، فلو قذف زوجته الميتة فطالب من وقع القدح فى نسبه من غير أولاد القاذف يحد للقذف إن لم يبرهن ، أما لو طالبه من للقاذف عليه ولادة يسقط عنه لأنه لايحد لوالده رحمتى (قوله بنكاح صحيح) هو إيضاح للتقييد بالزوجية ، لأن المنكوحة فاسدا غير زوجة ، ولو دخل بها فيه لم تبق عفيفة أيضا فلا يحد قاذفها أفاده الرحمتى (قوله ولو فى عدة الرجعى) خرجت المبانة فلا لعان فيها ، لكنه يحد كالأجنبى قهستانى عن شرح الطحاوى ط (قوله العفيفة) ذات لها صفة تغلب على الشهوة : وفى الشريعة امرأة بريئة من الوطء الحرام والتهمة قهستانى (قوله بأن لم توطأ الخ) بيان للعفة الشرعية ، وقوله حراما : أى وطأ حراما : أى محرما لعينه لا لعارض ، وذلك بأن يكون فى غير ملك صحيح ، بخلاف مالو كان فى ملكه وحرم لعارض حيض ونحوه ، فليس المراد بالزنا هنا ما أوجب الحد ، ولذا قال ولو مرة بشبهة : أى ولو كان بشبهة كوطء معتدته من بائن وإن ظن حله ، وقوله ولا بنكاح فاسد ، الأولى أو بنكاح فاسد عطفا على قوله بشبهة لأنه من الوطء الحرام ، وقوله ولا لها ولد الخ الأولى ولم يكن لها ولد عطفا على قوله لم توطأ لأنه بيان لقوله وتهمته فإنها تتهم بالزنا بوجود ولد لها بلا أب أى بلا أب معروف ، وسيأتى فى باب القذف إن شاء الله تعالى أن المراد بعدم معرفته عدمها فى بلد القذف لا فى كل البلاد (قوله وصلحا) أى كل من الزوجين (قوله لأداء الشهادة)لا لتحملها كما مر فإن الصبى أهل للتحمل لا للأداء (قوله فخرج نحو قن الخ) أى من كل من لاتصح شهادته ، ومنه ما إذا كان أحدهما محدودا فى قذف أو كافرا كما مر . وصورة ما إذا كان الزوج كافرا فقط ما فى البدائع : أسلمت امرأته ثم قبل عرض الإسلام عليه قذفها بالزنا اه أى لأنه يشهد عليها بالزنا ، ولا شهادة لكافر على مسلم ، وهذا يرد ما فى القهستانى من أنه يشترط صلاحية الشهادة حالة اللعان لا حالة القذف ، فإنه يلزم عليه جريانه بين كافرين ورقيقين بعد الإسلام والعتق . والظاهر أنه شرط فى الحالتين ، وسيذكر المصنف أيضا أن العبرة للإحصان حالة القذف (قوله ودخل الأعمى الخ) تقدم بيانه (قوله أو من نفى نسب الولد) أطلقه فشمل ما إذا صرح معه بالزنا أولا على مختار صاحب الهداية والزيلعى وهو الحق ، خلافا لما فى المحيط والمبتغى ، لأن قطع النسب من كل وجه يستلزم الزنا ، واحتمال كون الولد بوطء شبهة ساقط بالإجماع على أن من قال لست لأبيك يكون قاذفا لأمة حتى يلزمه حد القذف مع وجود هذا الاحتمال ، وتمامه فى البحر :

[تنبيه] فى الذخيرة لايشرع اللعان بنفى الولد فى المجبوب والخصى ومن لايولد له ولد لأنه لايلحق به الولد اه وفيه نظر لأن المجبوب ينزل بالسحق ويثبت نسب ولده على ماهو المختار ، كذا فى الفتح ، ويأتى فى أول اللعان مايؤيده (قوله منه) متعلق بنسب أو بنفى ، وقوله أو من غيره بأن نفى نسب ولد زوجته من أبيه (قوله وطالبته)

أو طالبه الولد المنفى (به) أى بموجب القذف وهو الحد عند القاضى ولو بعد العفو أو التقادم ، فإن تقادم الزمان لايبطل الحق فى قذف وقصاص وحقوق عباد جوهرة . والأفضل لها الستر وللحاكم أن يأمرها به (لاعن) خبر لمن : أى إن أقر بقذفه أو ثبت قذفه بالبينة ، فلو أنكر ولا بينة لها لم يستحلف وسقط اللعان (فإن أبى حبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه فيحد) للقذف (فإن لاعن لاعنت) بعده لأنه المدعى ، فلو بدأ بلعانها أعادت ، فلو فرق قبل الإعادة صح لحصول المقصود اختيار (وإلا حبست) حتى تلاعن أو تصدقه (فيندفع به اللعان ، ولا تحد)

قيد به لأنها لو لم تطالبه فلا لعان لأنه حقها لدفع العار عنها ، ومراده طلبها إذا كان القذف بصريح الزنا ، أما بنفى الولد فالطلب حقه أيضا لاحتياجه إلى نفى من ليس ولده عنه بحر (قوله أو طالبه الولد المنفى) هذا سبق قلم ولم أره لغيره ، والصواب أن يقال أو طالب النافى للولد . وعبارة الفتح : ويشترط طلبها بخلاف ما إذا كان القذف بنفى الولد فإن الشرط طلبه لاحتياجه إلى نفى من ليس ولده عنه . وعبارة الزيلعى لابد من طلبها إلا أن يكون القذف بنفى الولد فإن له أن يطالب لاحتياجه الخ ، ومثله ماذكرناه آنفا عن البحر : ولا يخفى أن الضمير فى طلبه راجع للقاذف لاللولد ، نعم طلب الولد شرط لوجوب حد القذف إن كان ولد غير القاذف وكانت الأم ميتة وإلا فالشرط طلبها كما سيأتى فى بابه ، والكلام فى الطلب الذى هو شرط وجوب اللعان ولا يكون بعد موتها ، وهذا ظاهر جلى ثم رأيت الرحمتى أشار إلى بعض ماقلنا (قوله أى بموجب القذف) أشار إلى أن الضمير راجع إلى القذف المفهوم من قوله قذف ؛ لكن على تقدير مضاف وهو موجب أو أعاد الضمير عليه بمعنى موجبه على طريق الاستخدام وعليه اقتصر القهستانى (قوله وهو الحد) أى حد القذف إن أكذب نفسه ، أو اللعان إن أصر كما يأتى (قوله عند القاضى) متعلق بطالبته : قال فى البحر : ولابد من كونه : أى الطلب فى مجلس القاضى ، كذا فى البدائع (قوله ولو بعد العفو) أى لايسقط بالعفو ، لكن مع العفو لاحد لالصحة العفو بل لترك الطالب ، حتى لو عاد المقذوف وطلب بحد القاذف ، خلافا لمن فهم من عدم سقوطه بالعفو أن القاضى يقيم الحد عليه مع العفو كما نبه عليه فى البحر فى باب حد القذف (قوله لايبطل الحق فى قذف الخ) بخلاف بقية الحدود ، وسيأتى فى القضاء إن شاء الله تعالى أن السلطان إذا نهى القاضى عن سماع الدعوى بعد مضى خمس عشرة سنة صح ، ولا يصح سماعها منه ، وهذا إذا كان الخصم منكرا ولم يكن الترك بعذر ، وإلا فإنه يصح . ولا يخفى أن النهى عن سماعها لايسقط الحق بل هو باق فى الدنيا والآخرة ، ولذا لو أذن السلطان بسماعها بعد ذلك يثبت الحق فافهم (قوله إن أقر بقذفه الخ) قيد لقوله لاعن ، وهو مقيد أيضا بإصراره وبعجزه عن البينة على زناها أو على إقرارها به أو على تصديقها له ، وتمامه فى البحر (قوله أو ثبت قذفه بالبينة) هى رجلان لارجل وامرأتان بحر ، وعلله فى كافى الحاكم بأنه لاشهادة للنساء فى الحدود وهذا منها اه . فما فى النهر وتبعه فى الدر المنتقى من قوله أو رجل وامرأتان سبق قلم (قوله لم يستحلف) أى لأنه حد كافى أى والاستحلاف فائدته النكول وهو إقرار معنى لاصريح ففيه شبهة يندرىء الحد بها (قوله حبس حتى يلاعن الخ) قال ابن كمال : هنا غاية أخرى ينتهى الحبس بها ، وهى أن تبين منه بطلاق أو غيره ذكره السرخسى فى المبسوط اه وهو مفهوم من قول المصنف سابقا وشرطه قيام الزوجية شرنبلالية (قوله فيحد) فيه دلالة على أنه لايحد بمجرد امتناعه خلافا لمن شذ من المشايخ نهر (قوله لأنه المدعى) علة للبعدية (قوله فلو بدأ) ضميره يعود للقاضى ، وكذا ضمير فرق (قوله أعادت) ليكون على الترتيب المشروع بحر عن الاختيار ، وظاهره الوجوب ، لكن قال فى محل آخر ، وفى الغاية لاتجب الإعادة ، وقد أخطأ السنة ، ورجحه فى الفتح بأنه الوجه ، وهو قول مالك اه ومثلها فى الشرنبلالية (قوله ولا تحد) وما فى بعض نسخ القدورى

وإن صدقته أربعا لأنه ليس بإقرار قصدا ، ولا ينتفي النسب لأنه حق الولد فلا يصدقان في إبطاله ، ولو امتنعا حبسا ، وحمله في البحر على ما إذا لم تعف المرأة .

واستشكل في النهر حبسها بعد امتناعه لعدم وجوبه عليها حينئذ:

(وإذا لم يصلح) الزوج (شاهدا) لرقه أو كفره (وكان أهلا للقذف) أي بالغا عاقلا ناطقا (حد) الأصل أن اللعان إذا سقط لمعنى من جهته فلو القذف صحيحا حد وإلا فلا حد ولا لعان (فإن صلح) شاهدا (و) الحال أنها (هي) لم تصلح أو (ممن لا يحد قاذفها فلا حد) عليه ، كما لو قذفها أجنبي (ولا لعان)

فتحد غلط ، لأن الحد لا يجب بالإقرار مرة فكيف يجب بالتصديق مرة بحر وزيلعي .

قلت : وقد يجاب بأن مراد القدوري بالتصديق الإقرار بالزنا لا بمجرد قولها صدقت ،واكتفى عن ذكر التكرار اعتمادا على ما ذكره في بابه ، ويشير إلى هذا قول الحاكم في الكافي ، وإذا صدقت المرأة زوجها عند الإمام فقالت صدق ولم تقل زنيت وأعادت ذلك أربع مرات في مجالس متفرقة لم يلزمها حد الزنا ، ويبطل اللعان ولا يحد من قذفها بعد هذا اهـ (قوله ولا ينتفي النسب) لأنه إنما ينتفي باللعان ولم يوجد،وبه ظهر أن ما في شرحي الوقاية والنقاية من أنها إذا صدقته ينتفي غير صحيح كما نبه عليه في شرح الدرر والغرر بحر ،وسيأتي أن شروط النفي ستة منها تفريق القاضي بينهما بعد اللعان (قوله لعدم وجوبه عليها حينئذ) أي حين امتنع ،لأنه لا يجب عليها إلا بعد لعانه ، فقبله ليس امتناعا لحق وجب نهر . وأجاب ط بأنه بعد الترافع منهما صار إمضاء اللعان حق الشرع فإذا لم تعف وأظهرت الامتناع تحبس ، بخلاف ما إذا أبى هو فقط فلا تحبس اهـ فتأمل . وأجاب الرحمتي بأنه ليس المراد أنهما امتنعا في آن واحد بل المراد امتناعه بعد المطالبة به وامتناعها بعد لعانه فارجع المسألة إلى ما في المتن ، والله تعالى أعلم بالصواب (قوله لرقه) أو لكونه محدودا في قذف بحر (قوله أو كفره) بأن أسلمت ثم قذفها قبل عرض الإسلام عليه بحر (قوله أي بالغا عاقلا ناطقا) أما لو كان صبيا أو مجنونا أو أخرس فلا حد ولا لعان منح لأن قذفه غير صحيح (قوله إذا سقط لمعنى من جهته) بأن لم يصلح شاهدا لرقه ونحوه ، أما لو سقط لمعنى من جهتها وهو المسألة الآتية في كلام المصنف فلا حد ولا لعان .

وبقي ما لو سقط من جهتهما كما لو كانا محدودين في قذف فهو كالأول لأنه سقط لمعنى من جهته لأن البداءة به فلا تعتبر جهتها معه كما أفاده في الجوهرة ، ويأتي تمامه قريبا (قوله فلو القذف صحيحا) بأن كان بالغا عاقلا ناطقا (قوله وإلا)أي وإن لم يكن القذف صحيحا بأن لم يكن كذلك (قوله فلا حد ولا لعان) نفي اللعان تأكيد لأن الكلام فيما إذا سقط (قوله لم تصلح) أي الشهادة ، وإنما زاده ليشمل المحدودة في قذف ،فإنها لم تدخل في كلام المصنف لأنها ممن يحد قاذفها كذا أفاده في البحر ، ولولا هذه الزيادة لكان المفهوم من كلام المصنف أنه يحد لها مع أنه لا يحد كما يأتي بيانه (قوله فلا حد عليه) لأن شرط الحد الإحصان ، وهو كونها مسلمة حرة بالغة عاقلة عفيفة كما مر . وشرط اللعان : الإحصان وأهلية الشهادة ،فإذا كانت غير محصنة فلا حد ولا لعان لفقد الإحصان، وإذا كانت محصنة لكنها محدودة في قذف فلا لعان لعدم أهلية الشهادة ، ولا حد أيضا لأنه سقط اللعان لمعنى من جهتها لا من جهته .

والحاصل أنها إذا كانت كافرة أو رقيقة أو صغيرة أو مجنونة فلا حد لعدم الإحصان ولا لعان لذلك ولعدم أهليتها للشهادة ،وإذا كانت غير عفيفة سقطا أيضا لعدم الإحصان ولأنه صادق في قوله وإذا كانت عفيفة محدودة فلما علمت هكذا ينبغي تحرير هذا المقام فافهم (قوله كما لو قذفها أجنبي) هذا في غير العفيفة المحدودة ، أما فيها

لأنه خلفه لكنه يعزر حسما لهذا الباب ، وهذا تصريح بما فهم .

(ويعتبر الإحسان عند القذف ، فلو قذفها وهى أمة أو كافرة ثم أسلمت أو أعتقت فلا حد ولالعان) زيلعى (ويسقط) اللعان بعد وجوبه (بالطلاق البائن ثم لايعود بتزوجها بعده) لأن الساقط لايعود (وكذا) يسقط (بزناها ووطئها بشبهة وبردتها) ولا يعود لو أسلمت بعده (ويسقط بموت شاهد القذف وغيبته ، لا) يسقط (لو عمى) الشاهد (أو فسق أو ارتد ، ولو قال) لزوجته (زنيت وأنت صبية أو مجنونة وهو) أى الجنون

فيحد الأجنبى بقذفها كما فى الشرنبلالية لأن سقوط الحد عن الزوج لعلة غير موجودة فى الأجنبى (قوله لأنه خلفه) كذا فى الدرر . والصحيح فى التعليل ماقدمناه لأن هذا لا يظهر فى العفيفة المحدودة لأن اللعان فيها لم يسقط تبعا للحد بل بالعكس ، إلا أن يقال(١) الضمير فى لأنه للحد وفى خلفه للعان ، بناء على أن الواجب الأصلى فى قذف الزوج هو اللعان والحد خلف عنه ، بمعنى أنه إذا سقط اللعان وجب الحد حيث لامانع منه . وفى كلام ابن الكمال مايدل على هذا التأويل فتدبر (قوله لكنه يعزر) أى وجوبا لأنه أذاها وألحق الشين بها كذا فى البحر . وظاهره وجوب التعزير فى غير العفيفة قاله أبو السعود . وقد يقال : إنما هى التى ألحقت الشين بنفسها ط .

قلت : هذا ظاهر إن كانت مجاهرة وإلا فيعزر بطلبها لإظهاره الفاحشة (قوله وهذا) أى قوله وإذا لم يصلح شاهدا الخ (قوله تصريح بما فهم) أى من قوله قذفا يوجب الحد فى الأجنبية ، وقوله وصلحا لأداء الشهادة فإنه احتراز عن غير العفيفة وعما إذا لم يصلح وصلحت أو عكسه فافهم .

[تتمة] قال فى البحر : ولم يتعرض صريحا لما إذا لم يصلحا لأداء الشهادة وقد فهم من اشتراطه أولا أنه لا لعان وأما الحد فلا يجب لو صغيرين أو مجنونين أو كافرين أو مملوكين ، ويجب لو محدودين فى قذف لامتناع اللعان لمعنى من جهته ، وكذا يجب لو كان هو عبدا وهى محدودة لأن قذف العفيفة موجب للحد ولو كانت محدودة (قوله ويعتبر الإحصان) يعلم منه ومن قوله وكذا يسقط بزناها اشتراط دوامه من حين القذف إلى حين التلاعن ط (قوله بالطلاق البائن) لو قال بالبينونة لشمل البينونة بالطلاق أو الفسخ أو الموت . وفى كافى الحاكم : وإذا قذف الرجل امرأته ثم بانت منه بطلاق أو غيره فلا حد عليه ولا لعان لأن حده كان اللعان فلما لم يستقر اللعان بعد البينونة لم يحول إلى الحد ، ولو أكذب نفسه لم يحد ، ولو قال أنت طالق ثلاثا يازانية كان عليه الحد ،ولو قال يازانية أنت طالق ثلاثا لم يلزمه الحد ولا اللعان اهـ أى لحصول البينونة بعد وجوب اللعان (قوله ويسقط بموت الخ) أى إذا شهد وعدله القاضى ثم مات أو غاب لايقضى به :

قال فى الفتح : وفى الجامع : لو مات الشاهدان أو غابا بعد ماعدلا لايقضى باللعان وفى المال يقضى ، بخلاف مالو عميا أو فسقا أو ارتدا حيث يلاعن بينهما اهـ :

قلت : ولعل وجه الفرق أن الحد يدرأ بالشبهات ، واحتمال رجوع الشاهد عن شهادته قبل القضاء شبهة فادام حيا حاضرا فالاحتمال قائم ، فإذا قضى القاضى بشهادته ولم يرجع زال الاحتمال ، وبعد القضاء يلغو ذلك الاحتمال لتأكد الحق بالقضاء ، أما إذا مات أو غاب فلا يقضى بشهادته ، لأنه لو كان موجودا احتمل رجوعه قبل القضاء فتأمل هذا . وفى اشتراط حضور الشاهدين لإقامة الحد كلام مذكور فى الشرنبلالية فى باب حد السرقة فراجعه

---

(١) (قوله إلا أن يقال الخ) قال شيخنا : فيه أن هذا التعليل لاينتج المدعى ، إذ لايلزم من سقوط الأصل سقوط الخلف بل الكثير ثبوت الخلف عند سقوط الأصل بل هذا معنى الخلفية ، ثم قال إلا أن يكون فى الكلام حذف ، والتقدير : لأنه خلفه حيث لامانع من ثبوت الخلف ، وهنا قد وجد المانع وهو سقوط اللعان لمعنى من جهتها اهـ .

(معهود فلا لعان) لإسناده لغير محله (بخلاف) زنيت (وأنت ذمية أو أمة أو منذ أربعين سنة وعمرها أقل) حيث يتلاعنا لاقتصاره فتح .

(وصفته مانطق النص) الشرعى (به) من كتاب وسنة (فإن التعنا) ولو أكثره (بانت بتفريق الحاكم) فيتوارثان قبل تفريقه (الذى وقع اللعان عنده) ويفرق (وإن لم يرضيا) بالفرقة شمنى ؛ ولو زالت أهلية اللعان ، فإن بما يرجى زواله كجنون فرق وإلا لا ، ولو تلاعنا فغاب أحدهما ووكل بالتفريق فرق تاترخانية ، ومفاده أنه إذا لم يوكل ينتظر (فلو لم يفرق) الحاكم (حتى عزل أو مات استقبله الحاكم الثانى) خلافا لمحمد اختيار

وسيأتى بيانه هناك إن شاء الله تعالى (قوله معهود) أى عهد وقوعه منها (قوله فلا لعان) أى ولا حد لعدم الاحصان (قوله لإسناده لغير محله) أى لإسناده الزنا ، فإن محله البالغة العاقلة . وعبارة الفتح : لم يكن قذفا فى الحال لأن فعلها لايوصف بالزنا (قوله حيث يتلاعنا) صوابه يتلاعنان بالنون فى آخره كما يوجد فى بعض النسخ (قوله لاقتصاره) أى لأنه يقع مقتصرا على زمن التكلم ولا يستند لأنها توصف بالزنا وهى ذمية أو أمة فقد ألحق بها الشين فافهم ، وكذا فى منذ أربعين سنة ولو عمرها أقل لأنه مبالغة فى القدم تأمل (قوله من كتاب وسنة) بيان للنص الشرعى ، وبه استغنى عما فى البحر الظاهر أنه أراد بالصفة الركن يعنى الماهية إذ صفته على وجه السنة لم ينطق بها النص ، وهو أن القاضى يقيمهما متقابلين ويقول له التعن فيقول الزوج أشهد بالله إنى لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا وفى الخامسة لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير إليها فى كل مرة ، ثم تقول المرأة أربع مرات أشهد بالله إنه من الكاذبين فيما رمانى به من الزنا وفى الخامسة غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به من الزنا كذا فى النهر ح .

مطلب فى الدعاء باللعن على معين

[تنبيه] مقتضى مشروعية اللعان جواز الدعاء باللعن على كاذب معين ، فإن قوله لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين دعاء على نفسه باللعن على تقدير كذبه ؛ فتعليقه على ذلك لايخرجه عن التعيين ، نعم يقال إن مشروعيته إن كان صادقا فلو كان كاذبا لايحل له . وذكر فى البحر مايدل على الجواز بما فى عدة غاية البيان من أن المباهلة مشروعة فى زماننا وهى الملاعنة ، كانوا يقولون إذا اختلفوا فى شىء بهلة الله على الكاذب منا ، وقدمنا الكلام على ذلك فى باب الرجعة (قوله بانت بتفريق الحاكم) أى تكون الفرقة تطليقة بائنة عندهما وقال أبو يوسف : هو تحريم مؤبد هداية (قوله فيتوارثان قبل تفريقه) لأنها امرأته مالم يفرق القاضى بينهما كافى ، نعم يحرم الوطء ودواعيه قبل التفريق كما مر ويأتى ، ثم هذا تفريع على المفهوم ، وهو أنه لاتقع الفرقة بنفس اللعان قبل تفريق الحاكم ، ويتفرع عليه أيضا فى السعدية عن الكفاية أنه لو طلقها فى هذه الحالة طلاقا بائنا يقع ، وكذا لو أكذب نفسه حل له الوطء من غير تجديد النكاح اه . وعند الشافعى تقع الفرقة بنفس اللعان ، والكلام معه مبسوط فى الفتح وهذا أحد المواضع التى شرط فيها القضاء ، وقد ذكرها فى المنح منظومة ، وتقدمت فى الطلاق (قوله الذى وقع اللعان عنده) محترزه قوله الآتى فلو لم يفرق الخ (قوله ولو زالت الخ) هذا أيضا من فروع عدم وقوع الفرقة قبل التفريق (قوله فرق) لأنه يرجى عود الإحصان فتح (قوله وإلا لا) أى وإن زالت أهلية اللعان بما لايرجى زواله ، بأن أكذب نفسه أو قذف أحدهما إنسانا فحد للقذف أو وطئت هى وطأ حراما أو خرس أحدهما لايفرق بينهما فتح (قوله ينتظر) لأن التفريق حكم فلا يصح على الغائب رحمتى (قوله استقبله الحاكم الثانى) أى استأنف اللعان (قوله خلافا لمحمد) فعنده لايستقبل لأن اللعان قائم مقام الحد فصار كإقامة الحد حقيقة ، وذلك لايؤثر فيه

(ولو أخطأ الحاكم ففرق بينهما بعد وجود الأكثر من كل منهما صح ولو بعد الأقل) أى مرة أو مرتين (لا) ولو فرق بعد لعانه قبل لعانها نفذ لأنه مجتهد فيه تاترخانية ، وقيده فى البحر بغير القاضى الحنفى ، أما هو فلا ينفذ (وحرم وطؤها بعد اللعان قبل التفريق) لما مر ولها نفقة العدة (وإن قذف) الزوج (بولد) حى (نفى) الحاكم (نسبه) عن أبيه (وألحقه بأمه) بشرط صحة النكاح ، وكون العلوق فى حال يجرى فيه اللعان حتى لو علق وهى أمة أو كتابية فعتقت أو أسلمت لاينتفى لعدم التلاعن ، وأما شروط النفى فستة مبسوطة مذكورة فى البدائع وسيجىء (وإن أكذب نفسه)

عزل الحاكم وموته . ولهما أن تمام الإمضاء فى التفريق والإنهاء فلا يتناهى قبله فيجب الاستقبال كذا فى الاختيار ، ومفاده أنه لاتحصل حرمة الوطء قبل التفريق ، وسيأتى خلافه ، ومفاده أيضا أنه لابد من طلبها التلاعن عند الحاكم الثانى فليراجع (قوله بعد وجود الأكثر) بأن التعن كل منهما ثلاث مرات (قوله صح) أى التفريق وقد أخطأ السنة كافى (قوله لأنه مجتهد فيه) فإن الإمام الشافعى رحمه الله تعالى قائل بوقوع الفرقة بلعان الزوج فقط ، كذا فى النهر ح :

قلت : وقدمنا فى الخلع وفى أول الظهار معنى المجتهد فيه ، وإذا فهمته تعلم أنه لايثبت كونه مجتهدا فيه بمجرد وقوع الخلاف فيه بين المجتهدين (قوله بغير القاضى الحنفى) المراد بغيره من يرى جوازه باجتهاد منه أو بتقليد للمجتهد كشافعى (قوله أما هو فلا ينفذ) أى بناء على المعتمد من أن القاضى ليس له الحكم بخلاف مذهبه ، ولا سيما قضاة زماننا المأمورين بالحكم بأصح أقوال أبى حنيفة (قوله وحرم وطؤها) أى ودواعيه كما مر ط (قوله لما مر) أى من حديث « المتلاعنان لايجتمعان أبدا » ح (قوله ولها) أى للملاعنة بعد التفريق ط (قوله نفقة العدة) أى والسكنى ، وإذا جاءت بولد إلى سنتين لزمه ، وإن لم تكن عليها عدة لزمه إلى ستة أشهر كما فى الكافى (قوله حى) فلو نفاه بعد موته لاعن ولم يقطع نسبه ، وكذا لو جاءت بولدين أحدهما ميت فنفاهما أو مات أحدهما قبل اللعان كما سيأتى (قوله نفى نسبه) أى لابد أن يقول قطعت نسب هذا الولد عنه بعد ماقال فرقت بينكما كما روى عن أبى يوسف . وفى المبسوط : هذا هو الصحيح ، لأنه ليس من ضرورة التفريق نفى النسب كما بعد الموت يفرق بينهما ولا ينتفى النسب بحر عن النهاية (قوله وألحقه بأمه) هذا غير لازم فى النفى ، وإنما خرج مخرج التأكيد نهر عن النهاية (قوله بشرط صحة النكاح) هذا الشرط والذى بعده زادهما فى البحر على شروط النفى الستة المذكورة فى البدائع ، وإنما لم يعدهما الشارح مع الستة إشارة إلى أنهما ليسا شرطين للنفى أصالة ، وإنما هما شرطان للعان كما أفاده فى النهر فهما من شروط النفى بواسطة لكن الثانى يغنى عن الأول تأمل (قوله لعدم التلاعن) لأنه نفى نسبه مستندا إلى وقت العلوق وليست وقته من أهل اللعان ، ولا ينتفى النسب بدون لعان (قوله فستة) الأول التفريق الثانى أن يكون عند الولادة أو بعدها بيوم أو يومين . الثالث أن لايتقدم منه إقرار به ولو دلالة كسكوته عند التهنئة مع عدم رده . الرابع حياة الولد وقت التفريق . الخامس أن لاتلد بعد التفريق ولدا آخر من بطن واحد . السادس أن لايكون محكوما بثبوته شرعا كأن ولدت ولدا فانقلب على رضيع فمات الرضيع وقضى بديته على عاقلة الأب ثم نفى الأب نسبه يلاعن القاضى بينهما ولا يقطع نسب الولد ، لأن القضاء بالدية على عاقلة الأب قضاء بكون الولد منه ، ولا ينقطع النسب بعده ، وتمامه فى البحر (قوله وسيجىء) أى عند قوله نفى الولد الحى الخ لكن المذكور هناك أكثر الشروط لا كلها (قوله وإن أكذب نفسه حد) أى إذا أكذبها بعد اللعان ، فلو قبله ينظر ، فإن لم يطلقها قبل الإكذاب فكذلك وإن أبانها ثم أكذب فلا حد ولا لعان زيلعى أى لأن اللعان لم يستقر بعد البينونة

ولو دلالة بأن مات الولد المنفي عن مال فادعى نسبه (حد) للقذف (وله) بعد ماكذب نفسه (أن ينكحها) حد أولا (وكذا إذا قذف غيرها فحد أو) صدقته أو (زنت) وإن لم تحد لزوال العفة .

والحاصل أن له تزوجها إذا خرجا أو أحدهما عن أهلية اللعان .

(ولا لعان لو كانا أخرسين أو أحدهما ، وكذا لو طرأ ذلك) الخرس (بعده) أى اللعان (قبل التفريق ، فلا تفريق ولا حد) لدرئه بالشبهة مع فقد الركن وهو لفظ أشهد ولذا لاتلاعن بالكتابة (كما لالعان بنفي الحمل) لعدم تيقنه عند القذف ؛

فلم يحول إلى الحد كما قدمناه عن الكافي. قال فى الشرنبلالية :وقوله وإن أكذب نفسه ليس تكرارا مع قوله حبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه فيحد لأن ذاك فيما قبل اللعان وهذا فيما بعده (قوله ولو دلالة) أى سواء كان الإكذاب باعترافه أو ببينة أو دلالة نهر (قوله فادعى نسبه) أى فإنه لايصدق على النسب ولا الميراث ويضرب الحد ، فإن كان الولد ترك ولدا ذكرا أو أنثى يثبت نسبه من المدعى وورث الأب منه كافى الحاكم (قوله للقذف) أى لقذف الثانى الذى تضمنته كلمات اللعان كشهود الزنا إذا رجعوا فإنهم يحدون لاللقذف الأول لأنه أخذ بموجبه وهو اللعان كما أفاده فى البحر ،وأفاد الرحمتى أنه لما أكذب نفسه تبين أن اللعان لم يقع موقعه من قيامه مقام حد القذف فرجعنا إلى الأصل من لزوم الحد بالقذف الأول فافهم (قوله حد أولا) أشار إلى مافى البحر من أن تقييد الزيلعى بالحد اتفاقى (قوله أو زنت وإن لم تحد) أراد الزنا الوطء الحرام وإن لم يكن زنا شرعا كما ذكره الاسبيجابى بحر . ثم إن عبارة الهداية والكنز : أو زنت فحدت .

قال فى الفتح : قيل لا يستقيم لأنها إذا حدت كان حدها الرجم فلا يتصور حلها للزوج بل بمجرد ان تزنى تخرج عن الأهلية ، ومنهم من ضبطه بتشديد النون بمعنى نسبت غيرها للزنا وهو معنى القذف ، فيستقيم حينئذ توقف حلها للأول على حدها لأنه حد القذف . وتوجيه تخفيفها أن يكون القذف واللعان قبل الدخول بها ثم زنت فحدت فإن حدها حينئذ الجلد لا الرجم لأنها ليست بمحصنة اهـ . وذكر القهستانى أنه يتصور الزنا فى المدخولة كما أشار إليه فى المضمرات بأن ترتد وتلحق بدار الحرب ثم تسبي وتقع فى ملك رجل فيزنى رجل بها اهـ : وفيه أن الأهلية زالت بالردة لا بالزنا . وذكر فى البحر أن الرواية بالتخفيف ، فلذا لم يذكر المصنف الحد ، وأشار الشارح بقوله وإن لم تحد إلى أن التقييد بالحد غير معتبر المفهوم على رواية التخفيف ،بخلافه على التشديد كما صرح به فى النهر (قوله لزوال العفة) علة لحل النكاح فيما إذا صدقته أو زنت ، أما إذا أكذب نفسه ولم يحد أو حد بعد القذف فلظهور أن اللعان لم يقع موقعه كما قدمناه تأمل (قوله عن أهلية اللعان) لأنهما لم يبقيا متلاعنين لاحقيقة لأن حقيقة التلاعن حين وقوعه ، ولا حكما لزوال الأهلية التى كان التلاعن باقيا بها حكما بعد وقوعه ، فلا ينافى الحديث كما تقدم (قوله لدرئه بالشبهة) وهى احتمال تصديق أحدهما للآخر لو كان ناطقا (قوله مع فقد الركن) أى فيما إذا كان الخرس قبل اللعان (قوله ولذا) أى لفقد الركن أو للشبهة وهو أظهر ،لأن الكتابة قائمة مقام النطق فى الطلاق ونحوه ، لكن فيها شبهة كإشارة الأخرس فيندرئ الحد بها :

مطلب الحمل يحتمل كونه نفخا وفيه حكاية

(قوله لعدم تيقنه) قال فى الفتح : إذ يحتمل كونه نفخا أو ماء : وقد أخبرنى بعض أهلى عن بعض خواصها أنه ظهر بها حمل واستمر إلى تسعة أشهر ولم يشككن فيه حتى تهيأت له بتهيئة ثياب المولود ثم أصابها طلق وجلست الداية تحتها فلم تزل تعصر العصرة بعد العصرة وفى كل عصرة تصب الماء حتى قامت فارغة من غير ولد. وأما لرؤيته

ولو تيقناه بولادتها لأقل المدة يصير كأنه قال إن كنت حاملا فكذا ، والقذف لا يصح تعليقه بالشرط (وتلاعنا) بقوله (زنيت وهذا الحمل منه) للقذف الصريح (ولم ينف) الحاكم (الحمل) لعدم الحكم عليه قبل ولادته ، ونفيه عليه الصلاة والسلام ولد هلال لعلمه بالوحي (نفى الولد) الحي (عند التهنئة) ومدتها سبعة أيام عادة (و) عند (ابتياع آلة الولاد صح وبعده لا) لإقراره به دلالة ، ولو غائباً فحالة علمه كحالة ولادتها (ولاعن فيهما) فيما إذا صح أولا لوجود القذف ، فقد تحقق اللعان بنفي الولد ولم ينتف النسب ، فقوله فيما مر ونفى نسبه ليس على إطلاقه .

(نفى أول التوأمين وأقر بالثاني حد) إن لم يرجع لتكذيبه نفسه

والوصية به وله فلا يثبت له إلا بعد الانفصال ، فيثبتان للولد لا للحمل . وأما العتق فإنه يقبل التعليق بالشرط فعتقه معلق معنى ، وأما رد الجارية المبيعة بالحمل فلأن الحمل ظاهر ، واحتمال الريح شبهة . والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة ، ويمتنع اللعان بها لأنه من قبيل الحدود ، والنسب يثبت بالشبهة فلا يقاس على العيب اهـ (قوله ولو تيقناه الخ) جواب عن قول الصاحبين بجريان اللعان إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر للتيقن بقيامه (قوله لعلمه بالوحي) أي لعلمه صلى الله عليه وسلم بالحمل وحيا من الله تعالى ، والمراد الجواب عما استدلا به لقولهما إنه يلاعن إذا ولدته لأقل المدة . وعن قول الشافعي أنه يلاعن قبل الولادة ، وهذا بعد تسليم كون هلال قذفها بنفي الحمل . فقد أنكره ابن حنبل بل قذفها بالزنا وقال وجدت شريك بن سحماء على بطنها يزني بها على أن كون لعانهما قبل الوضع معارض بما في الصحيحين من أنه بعده ، فلا يستدل بأحدهما بعينه للتعارض ، وتمامه في الفتح . ولكن لم يذكر فيه أنه صلى الله عليه وسلم نفاه قبل الوضع كما اقتضاه كلام الشارح تبعا للنهر ، وإنما فيه قوله صلى الله عليه وسلم « انظروها فإن جاءت به كذا فهو لهلال ، أو جاءت به كذا فهو لشريك وأنها ولدت فألحق الولد بالمرأة وجاءت به أشبه الناس بشريك » (قوله عند التهنئة) بالهمز من هنأته بالولد بالتثقيل والهمز مصباح (قوله ومدتها سبعة أيام عادة) أشار به إلى أنه لم يقدر زمنها بشيء كما هو ظاهر الرواية . وعن الإمام تقديره بثلاثة أيام . وفي رواية الحسن سبعة وضعفه السرخسي بأن نصب المقادير بالرأي لا يجوز شرنبلالية . وعندهما تقديره بمدة النفاس فتح (قوله وعند ابتياع آلة الولادة) أي عند شرائها كالمهد ونحوه ، والواو بمعنى أو كما يفيده كلام المصنف في المنح وكلام الفتح وغيره (قوله وبعده لا) أي بعد قبوله التهنئة أو سكوته عندها أو شراء آلة الولادة ، وسكوته عن النفي ومضى ذلك الوقت إقرار منه منح . قال في الفتح : وهذا من المواضع التي اعتبر فيها السكوت رضا إلا في رواية عن محمد في ولد الأمة إذا هنئ به فسكت لا يكون قبولا لأنه غير ثابت إلا بالدعوة والسكوت ليس دعوة ، ونسب ولد المنكوحة ثابت منه فسكوته يسقط حقه في النفي اهـ وولد أم الولد كولد المنكوحة لأن لها فراشا ، بخلاف الأمة لأنها لا فراش لها جوهرة (قوله فحالة علمه كحالة ولادتها) فتجعل كأنها ولدته الآن ، فله النفي عند أبي حنيفة في مقدار ما يقبل فيه التهنئة ، وعندهما في مقدار مدة النفاس بعد القدوم كما في الفتح شرنبلالية (قوله ليس على إطلاقه) بل هو مشروط بالشروط الستة المارة (قوله نفى أول التوأمين) تثنية توأم فوعل والأنثى توأمة والجمع توائم وتؤام كدخان مصباح . وهما ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر بحر (قوله إن لم يرجع) قيد به لأنه لو رجع عن الإقرار بالثاني يلاعن اهـ ح . وذكر الرحمتي أن هذا القيد لم يذكره في البحر والنهر والدرر والمنح وغيرها ولا هو في شرح الملتقى ، وكأنه غلط من الكاتب لأنه بإقراره بالثاني كذب نفسه بنفي الأول لأنهما من ماء واحد فصار قاذفا ورجوعه لا يسقط الحد عنه اهـ (قوله لتكذيبه نفسه) أي بإقراره بالثاني ، وهذا علة لقوله

(وإن عكس لاعن) إن لم يرجع لقذفها بنفيه (والنسب ثابت فيهما) لأنهما من ماء واحد:

(ولو جاءت بثلاثة فى بطن واحد فنفى) الثانى وأقر بالأول والثالث لاعن وهم بنـــوه ، ولو نفى الأول و(الثالث وأقر بالثانى يحد وهم بنوه) كموت أحدهم شمنى.

(مات ولد اللعان وله ولد فادعاه الملاعن ، إن ولد اللعان ذكرا يثبت نسبه) إجماعا (وإن) كان (أنثى لا) لاستغنائه بنسب أبيه خلافا لهما ابن ملك.

حد (قوله وإن عكس) بأن أقر بالأول ونفى الثانى (قوله إن لم يرجع) لأنه لو رجع لا يلاعن بل يحد اهـ ح لأنه أكذب نفسه ، وهذا صحيح موافق لما مر ولما يأتى قريبا فافهم (قوله لقذفها بنفيه) علة لقوله لاعن اهـ ح.

قال فى الفتح : لايقال ثبوت نسب الأول معتبر باق بعد نفى الثانى ؛ فباعتبار بقائه شرعا يكون مكذبا نفسه بعد نفى الثانى وذلك يوجب الحد. لأنا نقول الحقيقة انقطاعه وثبوته أمر حكمى والحد لايحتاط فى إثباته ، فكان اعتبار الحقيقة هنا متعينا لا الحكمى اهـ وقوله وذلك يوجب الحد يؤيد ماقاله ح من أنه لو رجع يحد . ولاينافيه مافى البحر عن الفتح من أنه لو قال بعد نفى الثانى هما ابناى أو ليسا بابنى فلا حد فيهما اهـ لعدم الرجوع فى الأول وعدم القذف فى الثانى :

ففى الفتح : ولو قال بعد ذلك هما ولداى لاحد عليه لأنه صادق لثبوت نسبهما ، ولا يكون رجوعا لعدم إكذاب نفسه بخلاف ماإذا قال كذبت عليها للتصريح بالرجوع . ولو قال ليسا ابنى كانا ابنيه،ولايحد لأن القاضى نفى أحدهما وذلك نفى للتوأمين فليسا ولديه من وجه ولم يكن قاذفا لها مطلقا بل من وجه اهـ فافهم (قوله لاعن) كذا فى الفتح والبحر ، ومثله فى الجوهرة عن الوجيز ، ومقتضى مافى النهر أنه يحد،وعزاه إلى الفتح ، وهوخلاف الواقع فافهم ، نعم قال الرحمتى : إن ماهنا مشكل ، لأن باقراره بالثالث صار مكذبا نفسه فى نفى الثانى فينبغى أن يحد لأنه بعد الإكذاب لم يبق محلا للتلاعن اهـ :

قلت : والجواب أنه لما أقر بالأول كان إقرارا بالكل فيكون إقراره بالثالث تأكيدا لإقراره أولا ، فلم يكن رجوعا لأنه صادق فيه كما مر آنفا ولذا علل فى الفتح المسألة بقوله لأن الإقرار بثبوت نسب بعض الحمل إقرار بالكل ، كمن قال يده أو رجله منى . وقال : وكذا فى ولد واحد إذا أقر به ونفاه ثم أقر به يلاعن ويلزمه اهـ (قوله يحد) لأنه لما نفى الأول لزمه اللعان فلما أقر بالثانى صار مكذبا نفسه فلزمه الحد ولا يقبل رجوعه بعد (قوله كموت أحدهم) قال فى الفتح : لو نفاهما فمات أحدهما أو قتل قبل اللعان لزماه لأنه لايمكن نفى الميت لانتهائه بالموت واستغنائه عنه فلا ينتفى الحى ، لأنه لايفارقه ، ويلاعن بينهما عند محمد لوجود القذف ، واللعان ينفك عن نفى الولد . ولا يلاعن عند أبى يوسف لأن القذف أوجب لعانا يقطع النسب اهـ ملخصا :

قلت : واقتصر الحاكم فى الكافى على ذكر الأول بلا حكاية خلاف ، فعلم أنه ظاهر الرواية عن الكل فكان ينبغى للشارح ذكر قوله كموت أحدهم عقب قوله فى المسألة الأولى لاعن وهم بنوه ليكون التشبيه بثبوت النسب واللعان ، أما على ماذكره فإنه يقتضى عدم اللعان ، وهو خلاف ظاهر الرواية ويقتضى وجوب الحد . وفيه نظر لأنه على القول بعدم اللعان ، فالظاهر عدم الحد أيضا لأن اللعان سقط لمعنى ليس من جهته (قوله يثبت نسبه) أى نسب ولد ولد اللعان . قال فى البحر: وورث الأب منه اتفاقا لحاجة الولد الثانى إلى ثبوت النسب فبقاؤه كبقاء الأول (قوله لاستغنائه) أى استغناء ولد الأنثى بنسب أبيه ، فإن ولد البنت ينسب إلى أبيه . قال فى البحر : قيد بموتها أى موت الأنثى المنفية ،لأنها لو كانت حية ثبت نسبها بدعوة ولدها اتفاقا (قوله خلافا لهما) فعندهما يثبت

[فروع] الإقرار بالولد الذى ليس منه حرام كالسكوت لاستلحاق نسب من ليس منه بحر . وفيه نفى سقط اللعان بوجه ما أو ثبت النسب بالإقرار أو بطريق الحكم لم ينتف نسبه أبدا ، فلو نفاه ولم يلاعن حتى قذفها أجنبى بالولد فحد فقد ثبت نسب الولد ، ولا ينتفى بعد ذلك.

نفى نسب التوأمين ثم مات أحدهما عن توأمه وأمه وأخ لأم فالإرث أثلاثا فردا وردا للأم السدس وللأخوين الثلث والباقى يرد عليهم ، وبه علم أن نفيه يخرجه عن كونه عصبة ، قالوا وصرحوا ببقاء نسبه بعد القطع فى كل الأحكام لقيام فراشها إلا فى حكمين : الإرث والنفقة فقط ، حتى لاتصح دعوة غير النافى وإن صدقه الولد انتهى قلت : قال البهنسى : إلا أن يكون ممن يولد مثله لمثله ، أو ادعاه بعد موت الملاعن فليحفظ .

نسبه منه بحر (قوله الإقرار بالولد الخ) قال عليه الصلاة والسلام حين نزلت آية الملاعنة « أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله فى شىء ولن يدخلها الله جنته ، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله عنه يوم القيامة وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين » رواه أبو داود والنسائى . وفى الصحيحين عنه عليه الصلاة والسلام « من ادعى أبا فى الإسلام غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام » كذا فى الفتح (قوله بوجه ما) كعدم صلوح أحدهما للشهادة أو عدم الإحصان (قوله فقد ثبت نسب الولد) أى ضمنا لأن حد قاذفها يتضمن ثبوت نسب الولد من أبيه (قوله فالإرث أثلاثا الخ) الإرث مبتدأ خبره محذوف تقديره يكون أو يثبت . وفى كلام العرب : حكمك مسمطا ، وما ذكره هنا هو ماجزم به فى البحر والنهر نقلا عن شرح التلخيص وعزاه فى البحر قبل هذا إلى شهادات الجامع ، وهو مخالف لما ذكره الشارح فى الفرائض من أنه يرث من توأمه ميراث أخ لأبوين ، ومثله فى سكب الأنهر معزيا إلى الاختيار ، لكن نسب السرخسى فى المبسوط الأول إلى علمائنا ونسب الثانى إلى الإمام مالك ، وسيأتى تمام الكلام عليه فى الفرائض إن شاء الله تعالى (قوله يرد عليهم) أى بقدر حصصهم ، فيخص كلا ثلث ، فالمسألة الفرضية من ستة والردية من ثلاثة ط (قوله وبه علم الخ) قال فى البحر : وهذا يبين أن قطع النسب جرى فى التوأم ، لأنه لولم يقطع نسبه عن أخيه التوأم لكان عصبة يأخذ الثلثين وقطع النسب عن أخيه التوأم بالتبعية لأبيهما ، وتمامه فى شرح التلخيص اهـ (قوله فى كل الأحكام) فيبقى النسب بين الولد والملاعن فى حق الشهادة والزكاة والقصاص والنكاح وعدم اللحوق بالغير ، حتى لاتجوز شهادة أحدهما للآخر ، ولا صرف زكاة ماله إليه ، ولا يجب القصاص على الأب بقتله ، ولو كان لابن الملاعنة ابن وللزوج بنت من امرأة أخرى لايجوز للابن أن يتزوج بتلك البنت ، ولو ادعى إنسان هذا الولد لايصح وإن صدقه الولد فى ذلك فتح عن الذخيرة (قوله لقيام فراشها) أى لثبوت كونها فراشا : أى زوجة وقت الولادة . قال فى المصباح وكل واحد من الزوجين يسمى فراشا للآخر كما يسمى لباسا .

قال فى البحر : لأن النفى باللعان ثبت شرعا ، بخلاف الأصل بناء على زعمه وظنه مع كونه مولودا على فراشه وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش » فلا يظهر فى حق سائر الأحكام (قوله حتى لاتصح دعوة غير النافى) أما دعوة النافى فتصح مطلقا ولو كان المنفى كبيرا جاحدا للنسب من النافى بحر (قوله قال البهنسى الخ) كذا رأيته فى شرح البهنسى على الملتقى غير معزى لأحد مع أن ذلك ذكره فى الفتح بحثا فإنه قال بعد نقله مامر عن الذخيرة ، وهو مشكل فى ثبوت النسب إذا كان المدعى ممن يولد مثله لمثله وادعاه بعد موت الملاعن لأنه مما يحتاط فى إثباته وهو مقطوع النسب من غيره ووقع الإياس من ثبوته من الملاعن وثبوته من أمه لاينافيه اهـ أى لإمكان كونه وطئها بشبهة ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

باب العنين وغيره

(هو) لغة من لايقدر على الجماع فعيل بمعنى مفعول جمعه عنن .
وشرعا (من لايقدر على جماع فرج زوجته) يعنى لمانع منه ككبر سن أو سحر ؛ إذ الرتقاء لاخيار لها للمانع منها خانية .
(إذا وجدت) المرأة (زوجها مجبوبا) أو مقطوع الذكر فقط أو صغيره جدا كالزر ولو قصيرا لايمكنه إدخاله داخل الفرج فليس لها الفرقة بحر ؛ وفيه نظر

باب العنين وغيره

شروع فى بيان من به مرض له تعلق بالنكاح (قوله وغيره) الأولى ونحوه من كل من لايقدر على جماع زوجته : كالمجبوب والخصى والمسحور والشيخ الكبير . والشكاز كشداد بشين معجمة وزاى : من إذا حدث المرأة أنزل قبل أن يخالطها قاموس (قوله على الجماع) أى جماع زوجته أو غيرها . فهو أعم من المعنى الشرعى الآتى (قوله فعيل بمعنى مفعول) هذا مبنى على أنه من عنّ بمعنى حبس لامن عن بمعنى أعرض . قال فى المصباح قال الأزهرى : وسمى عنينا لأن ذكره يعن بقبل المرأة عن يمين وشمال أى يعترض إذا أراد إيلاجه . والعنة : بالضم حظيرة الإبل والخيل ، فقول الفقهاء لو عنّ عن امرأة نخرج على المعنى الثانى دون الأول لأنه يقال عنّ عن الشيء يعن من باب ضرب بالبناء للفاعل : إذا أعرض عنه وانصرف ، ويجوز أن يقرأ بالبناء للمفعول اه . وذكر أيضا أن قول الفقهاء به عنة . وفى كلام الجوهرى مايشبهه كلام ساقط . والمشهور رجل عنين بين التعنين والعنينة (قوله جمعه عنن) بضم أوله وثانيه أفاده ط (قوله على جماع فرج زوجته) أى مع وجود الآلة سواء كانت تقوم أولا ، أخرج الدبر فلا يخرج عن العنة بالإدخال فيه خلافا لابن عقيل من الحنابلة معراج لأن الإدخال فيه وإن كان أشد ، لكنه قد يكون ممنوعا عن الإدخال فى الفرج لسحر . وأخرج أيضا مالو قدر على جماع غيرها دونها أو على الثيب دون البكر . وفى المعراج : إذا أولج الحشفة فقط فليس بعنين وإن كان مقطوعها فلابد من إيلاج بقية الذكر . قال فى البحر : وينبغى الاكتفاء بقدرها من مقطوعها ، ولم أر حكم ما إذا قطعت ذكره وإطلاق المجبوب يشمله ، لكن قولهم لو رضيت به فلا خيار لها ينافيه ، وله نظيران : أحدهما لو خرب المستأجر الدار . الثانى لو أتلف البائع المبيع قبل القبض اه أى فإنه ليس له فسخ الإجارة ولا الرجوع بالثمن (قوله لمانع منه) أى فقط ، فخرج ما إذا كان المانع منها فقط أومنهما جميعا كما يأتى ط (قوله أو سحر) قال فى البحر : فهو عنين فى حق من لايصل إليها لفوات المقصود فى حقها ، فإن السحر عندنا حق وجوده وتصوره ونكون أثره كما فى المحيط اه (قوله إذ الرتقاء) أى التى وجدت زوجها مجبوبا والقرناء مثلها كما يأتى (قوله مجبوبا) فى المصباح جببته جبا من باب قتل : قطعته وهو مجبوب بين الجباب بالكسر : إذا استؤصلت مذاكيره اه فالمصدر هو الجب والاسم هو الجباب فافهم ، والمذاكير جمع ذكر والمراد بها الذكر والخصيتان تغليبا (قوله أو مقطوع الذكر فقط) قال فى النهر ولم يذكروه . والظاهر أنه يعطى هذا الحكم اه وهذا لاشبهة فيه (قوله أو صغيره) بهاء الضمير أى صغير الذكر ، وقوله جدا أى نهاية ومبالغة مصباح (قوله كالزر) بالزاى المكسورة واحد الأزرار (قوله وفيه نظر) أشار إلى ماقاله الشرنبلالى فى شرحه على الوهبانية .
أقول : إن هذا حاله دون حال العنين لإمكان زوال عنته فيصل إليها ، وهو مستحيل هنا فحكمه حكم المجبوب

وفيه : المجبوب كالعنين إلا فى مسألتين التأجيل ومجيء الولد (فرق) الحاكم بطلبها لو حرة بالغة غير رتقاء وقرناء وغير عالمة بحاله قبل النكاح وغير راضية به بعده (بينهما فى الحال) ولو المجبوب صغيرا لعدم فائدة التأجيل (فلو جب بعد وصوله إليها) مرة (أو صار عنينا بعده) أى الوصول (لا) يفرق لحصول حقها بالوطء مرة .
(جاءت امرأة المجبوب بولد) ولم تعلم بجبه فادعاه ثبت نسبه

يجامع أنه لايمكنه إدخال آلته القصيرة داخل الفرج ، فالضرر الحاصل للمرأة به مساو لضرر المجبوب فلها طلب التفريق ؛ وبهذا ظهر أن انتفاء التفريق لاوجه له وهو من القنية فلا يسلم اه .

قلت : لكن لم ينفرد به صاحب القنية ، بل نقله فى الفتح والبحر عن المحيط . والأحسن الجواب بأن المراد بداخل الفرج نهايته المعتاد الوصول إليها ، ولذا قال فى البحر : وظاهره أنه إذا كان لا يمكنه إدخاله أصلا فإنه كالمجبوب لتقييده بالداخل اه وقدمنا ماهو صريح فى اشتراط إدخال الحشفة (قوله إلا فى مسألتين التأجيل ومجيء الولد) أى أن المجبوب لا يؤجل بل يفرق فى الحال ، ولو ولدت امرأته بعد التفريق لا يبطل التفريق كما يأتى : وزاد فى البحر مسألتين أيضا : أنه يفرق بلا انتظار بلوغه ، ولا انتظار صحته لو مريضا (قوله فرق الحاكم) وهو طلاق بائن كفرقة العنين بحر عن الخانية ، ولها كل المهر ، وعليها العدة إن خلابها عنده . وعندهما لها نصفه كما لو لم يخل بها بدائع (قوله بطلبها) هو على التراخى كما يأتى بيانه (قوله لو حرة) أما الأمة فالخيار لمولاها كما يأتى متنا (قوله بالغة) فلو صغيرة انتظر بلوغها فى المجبوب والعنين لاحتمال أن ترضى بهما بحر وغيره ؛ وأما العقل فغير شرط فيفرق بطلب ولى المجنونة أو من ينصبه القاضى كما فى الفتح ويأتى (قوله غير رتقاء وقرناء) أما هما فلا خيار لهما لتحقق المانع منهما كما مر ، ولأنه لاحق لهما فى الجماع . وفى البحر عن التاترخانية : لو اختلفا فى كونها رتقاء يريها النساء (قوله وغيره عالمة بحاله الخ) أما لو كانت عالمة فلا خيار لها على المذهب كما يأتى ،وكذا لو رضيت به بعد النكاح (قوله ولو المجبوب صغيرا) قيد بالمجبوب لأن العنين لو كان صغيرا ينتظر بلوغه كما مر ،وشمل إطلاقه المجنون بالنون. ففى البحر عن الفتح : لو كان أحدهما مجنونا فإنه لايؤخر إلى عقله فى الجب والعنة لعدم الفائدة ويفرق بينهما فى الحال فى الجب وبعد التأجيل فى العنين لأن الجنون لايعدم الشهوة اه .

قال فى النهر : ولو كان يجن ويفيق هل تنتظر إفاقته ؟ لم أر المسألة . والذى ينبغى أن يقال : إن كان هو الزوج لاينتظر ،وفى الزوجة تنتظر لجواز رضاها به إذا هى أفاقت كما لو كانت غير بالغة اه . وصحح فى البدائع أن المجنون لايؤجل لأنه لايملك الطلاق ، لكن فى البحر عن المعراج : ويؤهل الصبى هنا للطلاق فى مسألة الجب لأنه مستحق عليه كما يؤهل ليعتق القريب ، ومنهم من جعله فرقة بغير طلاق ، والأول أصح اه .

[تتمة] لو اختلفا فى كونه مجبوبا ، فإن كان لايعرف بالمس من وراء الثياب أمر القاضى أمينا أن ينظر إلى عورته فيخبر بحاله لأنه يباح عند الضرورة خانية (قوله لحصول حقها بالوطء مرة) وما زاد عليها فهو مستحق ديانة لاقضاء بحر عن جامع قاضيخان ، ويأثم إذا ترك الديانة متعنتا مع القدرة على الوطء ط (قوله ولم تعلم) أى وقت العقد ، وقيد به ليثبت الخيار لها (قوله فادعاه ثبت نسبه) الذى فى التاترخانية : وأثبت القاضى نسبه ، فلو أتى بالعطف لزالت الركاكة . قال ط : وإنما قيد بالدعوى لدفع مايتوهم أنه لما ادعاه وسلمت دعواه صريحا يسقط حقها ، وإلا فثبوت النسب منه لايتوقف على الدعوى كما تفيده عبارة الهندية اه .

قلت : وهو مفاد ماذكره قريبا عن التاترخانية : وفى عدة البحر عن كافى الحاكم : والخصى كالصحيح

ثم علمت فلها الفرقة تاترخانية ؛ ولو ولدت (بعد التفريق إلى سنتين ثبت نسبه) لإنزاله بالسحق (والتفريق) باق (بحاله) لبقاء جبه (ولو) كان (عنينا بطل التفريق) لزوال عنته بثبوت نسبه كما يبطل التفريق بالبينة على إقرارها بالوصول قبل التفريق لابعده للتهمة فسقط نظر الزيلعي .

(ولو وجدته عنينا) هو من لايصل إلى النساء لمرض أوكبر أو سحر ويسمى المعقود وهبانية (أو خصيا) لاينتشر ذكره ، فإن انتشر لم تخير بحر ، وعليه فهو من عطف الخاص على العام لخفائه وإن كان بأو لأن الفقهاء

فى الولد والعدة ، وكذا المجبوب إذا كان ينزل وإلا لم يلزمه الولد فكان بمنزلة الصبى فى الولد والعدة (قوله ثبت نسبه) أى إذا خلا بها . قال فى التاترخانية : ولوكان الزوج مجبوبا ففرق القاضى بينهما فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الفرقة لزمه الولدخلا بها أو لم يخل ، وهذا عند أبى يوسف . وقال أبوحنيفة : يلزمه إلى سنتين إذا خلا بها والفرقة ماضية بلا خلاف (قوله قبل التفريق) متعلق بإقرارها (قوله لابعده) أى لايبطل التفريق لو أقرت بعده إن كان وصل إليها بحر فلا حاجة إلى إقامة الزوج البينة هنا فافهم (قوله للتهمة) أى باحتمال كذبها بل هى به متناقضة فتح (قوله فسقط نظر الزيلعى) هو أن الطلاق وقع بتفريقه وهو بائن فكيف يبطل بثبوت النسب ألا ترى أنها لو أقرت بعد التفريق أنه كان قد وصل إليها لايبطل التفريق اهـ : وجوابه أن ثبوت النسب من المجبوب باعتبار الإنزال بالسحق ، والتفريق بينهما باعتبار الجب وهو موجود ، بخلاف ثبوته من العنين فإنه يظهر به أنه ليس بعنين والتفريق باعتباره ، بخلاف ما استشهد به من إقرارها فإنها متهمة فى إبطال القضاء لاحتمال كذبها فظهر أن البحث بعيد كما فى فتح القدير بحر .

قلت : لكن قد يقرر به أن النسب يثبت من العنين مع بقاء عنته بالسحق أيضا أو بالاستدخال فلا يلزم زوال عنته به ، اللهم إلا أن يقال وجود الآلة دليل على أن الولد حصل بالوطء لأنه الأصل الغالب فلا ينظر إلى النادر بلا ضرورة (قوله ولو وجدته) أى لو وجدت المرأة الحرة غير الرتقاء كما مر فى زوجة المجبوب زوجها ولو معتوها فيؤجل بحضرة خصم عنه كما فى البحر ، ويشترط لتأجيله فى الحال كونه بالغا أو مراهقا ، وكونه صحيحا وغير متلبس بإحرام كما سيأتى ؛ وشمل مالو وصل إليها ثم أبانها ثم تزوجها ولم يصل إليها فى النكاح الثانى لتجدد حق المطالبة بكل عقد كما فى البحر (قوله عنينا) ومثله الشكاز كما مر (قوله هو من لايصل إلى النساء الخ) هذا معناه لغة ، وأما معناه الشرعى المراد هنا : فهو من لايقدر على جماع فرج زوجته مع قيام الآلة لمرض به كما مر ، فالأولى حذف هذه الجملة كما أفاده ط (قوله لمرض) أى مرض العنة : وهو مايحدث فى خصوص الآلة مع صحة الجسد فلا ينافى مايأتى من أن المريض لايؤجل حتى يصح ، لأن المراد به المرض المضعف للأعضاء حتى حصل به فتور فى الآلة تأمل (قوله أو سحر) زاد فى العناية أو ضعف فى أصل خلقته أو غير ذلك :

مطلب لفك المسحور والمربوط

[فائدة] نقل ط عن تبيين المحارم عن كتاب وهب بن منبه أنه مما ينفع للمسحور والمربوط أن يؤخذ سبع ورقات سدر خضر وتدق بين حجرين ثم تمزج بماء ويحسو منه ويغتسل بالباقى فإنه يزول بإذن الله تعالى (قوله أو خصيا) بفتح الخاء : من نزع خصيتاه وبقى ذكره فعيل بمعنى مفعول والجمع خصيان مصباح (قوله وعليه الخ) أى على التقييد بقوله لاينتشر ، والمراد الجواب عن اعتراض البحر بأنه لاحاجة إلى عطفه على العنين لدخوله فيه

يتسامحون فى ذلك نهر (أجل سنة) لاشتمالها على الفصول الأربعة ، ولا عبرة بتأجيل غير قاضى البلدة (قمرية) بالأهلة على المذهب وهى ثلثمائة وأربعة وخمسون يوما وبعض يوم ، وقيل شمسية بالأيام وهى أزيد بأحد عشر يوما ، قيل وبه يفتى ، ولو أجل فى أثناء الشهر فبالأيام إجماعا (ورمضان وأيام حيضها منها)

مطلب فى عطف الخاص على العام

فأجاب بأنه من عطف الخاص على العام ، لكن لابد له من نكتة كما فى عطف جبريل على الملائكة لزيادة شرفه ، وبينها بقوله لخفائه : أى خفاء دخوله فيه بسبب تسميته باسم خاص . ولما كان المشهور فى عطف الخاص على العام اختصاصه بالواو وبحتى كما فى : مات الناس حتى الأنبياء دون أو ، أجاب بأنه تسامح للفقهاء ، والتسامح استعمال كلمة مكان أخرى لا لعلاقة وقرينة ، لكن فيه أنه وقع بأو فى الحديث الصحيح « ومن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها أو امرأة ينكحها » وجوزه بعض المحققين بثم أيضا كما فى حديث « وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة ثم ليرح ذبيحته ، وليحد شفرته » (قوله لاشتمالها على الفصول الأربعة) لأن الامتناع لعلة معترضة أو آفة أصلية ، فإن كان من علة معترضة ، فإما عن غلبة حرارة أو برودة أو رطوبة أو يبوسة والسنة تشتمل على الفصول الأربعة :

مطلب فى طبائع فصول السنة الأربعة

فالصيف حار يابس . والخريف بارد يابس ، وهو أردأ الفصول . والشتاء بارد رطب . والربيع حار رطب فإن كان مرضه عن أحد هذه تم علاجه فى الفصل المضادّ فيه ، أو من كيفيتين فيتم فى مجموع فصلين مضادين ، فكانت السنة تمام مايتعرف به الحال ، فإذا مضت ولم يصل عرف أنه بآفة أصلية ، وفيه نظر ، إذ قد يمتد سنين بآفة معترضة كالمسحور .

فالحق أن التفريق إما بغلبة ظن عدم زواله لزمانته أو للآفة الأصلية ، ومضى السنة موجب لذلك ، أو هو عدم إيفاء حقها ، والسنة جعلت غاية فى الصبر وإبلاء العذر شرعا ، وتمامه فى الفتح (قوله ولا عبرة بتأجيل غير قاضى البلدة) لأن هذا مقدمة أمر لايكون إلا عند القاضى وهو الفرقة فكذا مقدمته ولو الجية ، فلا يعتبر تأجيل المرأة ولا تأجيل غيرها بحر عن الخانية ، ولايعتبر تأجيل غير الحاكم كائنا من كان فتح ، وظاهره ولو محكما تأمل : وفى البحر : ولو عزل القاضى بعد ماأجله بنى المولى على التأجيل الأول (قوله بالأهلة على المذهب) وجهه أن الثابت عن الصحابة كعمر وغيره اسم السنة ، وأهل الشرع إنما يتعارفون الأشهر والسنين بالأهلة ، فإذا أطلقوا السنة انصرفوا إلى ذلك مالم يصرحوا بخلافه فتح (قوله وبعض يوم) هو ثمان ساعات وثمان وأربعون دقيقة قهستانى وذلك ثلث يوم وثلث عشر يوم (قوله وقيل شمسية) اختاره شمس الأئمة السرخسى وقاضيخان وظهير الدين ، وهى رواية الحسن عن أبى حنيفة فتح . وعن محمد أن الاعتبار للعددية وهى ثلثمائة وستون يوما قهستانى (قوله وهى أزيد بأحد عشر يوما) أى وخمس ساعات وخمس وخمسين دقيقة أو تسع وأربعين دقيقة ، وتمامه فى القهستانى (قوله فبالأيام إجماعا) ظاهر إطلاقه اعتبار السنة العددية كل شهر ثلاثون يوما وأنه لايكمل الأول ثلاثين من الشهر الأخير ، وباقى الأشهر بالأهلة كما هو قول الصاحبين فى الإجارة ، وقد أجروا هذا الخلاف بين الإمام وصاحبيه فى العدة ، وبعضهم ذكر أن المعتبر فيها الأيام إجماعا وأن الخلاف إنما هو فى الإجارة وهو مقتضى إطلاق المصنف هناك (قوله وأيام حيضها) وكذا نفاسها ط عن البحر ، لكنى لم أره فى البحر فلتراجع نسخة أخرى (قوله منها)

وكذا حجه وغيبته (لامدة) حجها وغيبتها و (مرضه ومرضها) مطلقا به ، يفتى ولوالجية :
ويؤجل من وقت الخصومة مالم يكن صبيا أو مريضاً أو محرما ، فبعد بلوغه وصحته وإحرامه ، ولو مظاهرا لايقدر على العتق أجل سـنة وشهرين (فإن وطئ) مرة فبها (وإلا بانت بالتفريق) من القاضي إن أبى طلاقها (بطلبها) يتعلق بالجميع ، فيعم امرأة المجبوب كما مر ولو مجنونة بطلب وليها

أى يحتسب عليه من السنة ولا يعوّض عليه بدله (قوله وكذا حجه وغيبته) لأن العجز جاء بفعله ، ويمكنه أن يخرجها معه أو يؤخر الحج والغيبة فتح .

ولا يقال يعذر على القول بوجوب الحج فورا وعدم إمكان إخراجها معه لأن الحج حق الله تعالى فلا يسقط به حق العبد تأمل (قوله لامدة حجها وغيبتها) أى لاتحتسب عليه ، لأن العجز من قبلها فكان عذرا فيعوض . وكذا لو حبس الزوج ولو بمهرها وامتنعت من المجيء إلى السجن ، فإن لم تمتنع وكان له موضع خلوة فيه احتسب عليه فتح (قوله ومرضه ومرضها) أى مرضا لايستطيع معه الوطء وعليه الفتوى قهستانى عن الخزانة (قوله مطلقا) أى سواء كان شهرا أو دونه أو أكثر كما يعلم بمراجعة كلام الولوالجية . قال فى البحر : وصحح فى الخانية أن الشهر لايحتسب بل مادونه . وفى المحيط : أصح الروايات عن أبى يوسف أن مازاد على نصف الشهر لايحتسب اهـ فافهم ولا يصح أن يدخل تحت الإطلاق أن يستطيع معه الوطء أو لا فإنه لاوجه لعدم احتساب أيام المرض التى يمكنه فيها الوطء ، لأن ذلك تقصير منه فكيف يعوض وعليه بدلها فافهم . والظاهر أن قول القهستانى المار وعليه الفتوى مقابل للتفصيل المذكور عن الخانية والمحيط ، فلم يكن فى المسألة اختلاف الفتوى ، بل اختلاف تصحيح فقط فافهم . والظاهر ترجيح ماذكره الشارح لأن لفظ الفتوى آكد ألفاظ الترجيح ، فيقدم على مافى الخانية والمحيط ، وهو أيضاً مقتضى إطلاق المتون كالهداية والملتقى والوقاية وغيرها (قوله مالم يكن صبيا) أى غير قادر على الوطء ، لما فى الفتح عن قاضيخان : الغلام الذى بلغ أربع عشرة سنة إذا لم يصل إلى امرأته ويصل إلى غيرها يؤجل اهـ تأمل (قوله وإحرامه) كذا عبر فى الخلاصة والفتح ، والأولى إبدال الإحرام بالإحلال كما وقع فى البدائع (قوله أجل سنة وشهرين) الأولى أجل سنة بعد شهرين أى لأجل الصوم :

وفى الفتح : ولو رافعته وهو مظاهر منها تعتبر المدة من حين المرافعة إن كان قادرا على الإعتاق ، وإن كان عاجزا أمهله شهرى الكفارة ثم أجله فيتم تأجيله سنة وشهرين ، ولو ظاهر بعد التأجيل لم يلتفت إلى ذلك ولم يزد على المدة اهـ وينبغى أنه لو رافعته فى رمضان أن يمهله رمضان وشهرين بعده لأنه لايمكنه صوم الكفارة فيه (قوله فبها) أى فبالقضية المطلوبة أتى (قوله وإلا بانت بالتفريق) لأنها فرقة قبل الدخول حقيقة ، فكانت بائنة ولها كمال المهر وعليها العدة لوجود الخلوة الصحيحة بحر (قوله من القاضى إن أبى طلاقها) أى إن أبى الزوج لأنه وجب عليه التسريح بالإحسان حين عجز عن الإمساك بالمعروف ، فإذا امتنع كان ظالما فناب عنه وأضيف فعله إليه ، وقيل يكفى اختيارها نفسها ولا يحتاج إلى القضاء كخيار العتق ، قيل وهو الأصح كذا فى غاية البيان ، وجعل فى المجمع الأول قول الإمام والثانى قولهما نهر . وفى البدائع عن شرح مختصر الطحاوى أن الثانى ظاهر الرواية ، ثم قال : وذكر فى بعض المواضع أن ماذكر فى ظاهر الرواية قولهما (قوله بطلبها) أى طلبا ثانياً ، فالأول للتأجيل والثانى للتفريق ، وطلب وكيلها عند غيبتها كطلبها على خلاف فيه ، ولم يذكره محمد بحر (قوله يتعلق بالجميع) أى جميع الأفعال وهى فرق وأجل وبانت ح عن النهر (قوله كما مر) المراد به قوله بطلبها المذكور بعد قوله فرق ح (قوله بطلب وليها) أفاد أنه لايؤخر إلى عقلها لأنه ليس له غاية معروفة بخلاف الصغيرة فإنه

أو من نصبه القاضى (ولو أمة فالخيار لمولاها) لأن الولد له (وهو) أى هذا الخيار (على التراخى) لاالفور، (فلو وجدته عنينا) أو مجبوباً (ولم تخاصم زمانا لم يبطل حقها) وكذا لو خاصمته ثم تركت مدة فلها المطالبة ولو ضاجعته تلك الأيام خانية (كما لو رفعته إلى قاض فأجله سنة ومضت) السنة (ولم تخاصم زمانا) زيلعى.

(ولو ادعى الوطء وأنكرته، فإن قالت امرأة ثقة) والثنتان أحوط (هى بكر) بأن تبول على جدار أويدخل فى فرجها مح بيضة (خيرت)

يؤخر إلى بلوغها لاحتمال رضاها به كما مر، نعم يتجه مابحثه فى النهر من أنها لو كانت تفيق تؤخر كاقدمناه فافهم (قوله أو من نصبه القاضى) أى إن لم يكن لها ولى ينصب لها القاضى خصما عنها كما أفاده فى الفتح (قوله فالخيار لمولاها) أى كما فى العزل. وعند أبى يوسف لها كقوله فى العزل بحر، والفتوى على الأول ولوالجية (قوله لأن الولد له) مقتضى هذا التعليل أنه لو شرط حرية الولد لم يكن الخيار للمولى، لكن علل فى البدائع بعده بقوله ولأن اختيار الفرقة والمقام مع الزوج تصرف منها على نفسها، ونفسها وجميع أجزائها ملك المولى، فكان ولاية التصرف له (قوله أى هذا الخيار) الإشارة إلى الخيار فى هذا الباب: أى خيار زوجة العنين ونحوه، احترز به عن خيار البلوغ فإنه على الفور، وحينئذ فيشمل خيار الطلب قبل الأجل وبعده كما هو صريح مافى المتن فافهم.

وفى الفتح: ولا يسقط حقها فى طلب الفرقة بتأخير المرافعة قبل الأجل ولا بعد انقضاء السنة بعد التأجيل مهما أخرت، لأن ذلك قد يكون للتجربة وترجى الوصول لا للرضا به فلا يبطل حقها بالشك اه وهذا قبل تخيير القاضى لها، فلو بعده كان على الفور كما يأتى بيانه فافهم (قوله لم يبطل حقها) أى مالم تقل رضيت بالمقام معه كذا قيده فى التاترخانية عن المحيط هنا، وفى قوله الآتى كما لو رفعته الخ (قوله ثم تركت مدة) أى قبل المرافعة والتأجيل لئلا يتكرر بما بعده (قوله ولو ادعى الوطء الخ) هذا شامل لما قبل التأجيل وبعده، لكن قول الشارح الآتى فى مجلسها يعين الثانى كما تعرفه.

والحاصل كما فى الملتقى وغيره أنهما إذا اختلفا فى الوطء قبل التأجيل، فإن كانت حين تزوجها ثيبا أو بكرا وقال النساء هى الآن ثيب فالقول له مع يمينه، وإن قلن بكر أجل، وكذا إن نكل، وإن اختلفا بعد التأجيل وهى ثيب أو بكر وقلن ثيب، فالقول له، وإن قلن بكر أو نكل خيرت اه.

وحاصله كما فى البحر أنها لو ثيبا فالقول له بيمينه ابتداء وانتهاء، فإن نكل فى الابتداء أجل وفى الانتهاء تخير للفرقة، ولو بكرا أجل فى الابتداء ويفرق فى الانتهاء (قوله ثقة) يشير إلى مافى كافى الحاكم من اشتراط عدالتها تأمل (قوله والثنتان أحوط) وفى البدائع أوثق، وفى الاسبيجابى أفضل بحر (قوله بأن تبول الخ) قال فى الفتح: وطريق معرفة أنها بكر أن تدفع يعنى المرأة فى فرجها أصغر بيضة للدجاج، فإن دخلت من غير عنف فهى ثيب وإلا فبكر أو تكسر وتسكب فى فرجها، فإن دخلت فثيب وإلا فبكر، وقيل إن أمكنها أن تبول على الجدار فبكر وإلا فثيب اه وتعبيره فى الثالث بقيل مشير إلى ضعفه، ولذا قال القهستانى وفيه تردد، فإن موضع البكارة غير المبال اه (قوله أو يدخل الخ) بالبناء للمجهول أى يمتحن بإدخال ذلك، فإن لم يدخل فهى بكر، والأظهر مافى بعض النسخ أو لايدخل بلا النافية (قوله مح بيضة) المح بالضم وبالحاء المهملة: خالص كل شىء وصفرة البيض كالمحة أو مافى البيض كله قاموس (قوله خيرت) أى يكون القول قولها ويخيرها القاضى: قال فى النهر: وظاهر كلامه أنها لاتستحلف اه.

قلت: صرح به فى البدائع عن شرح الطحاوى معللا بأن البكارة فيها أصل وقد تفوت بشهادتهن. قال فى الفتح

فى مجلسها (وإن قالت هى ثيب) أو كانت ثيباً (صدق بحلفه) فإن نكل فى الابتداء أجل وفى الانتهاء خيرت (كما) يصدق (لو وجدت ثيبا وزعمت زوال عذرتها بسبب آخر غير وطئه كأصبعه مثلا) لأنه ظاهر والأصل عدم أسباب أخطر معراج (وإن اختارته) ولو دلالة (بطل حقها ؛ كما لو) وجد منها دليل إعراض بأن (قامت من مجلسها أو أقامها أعوان القاضى) أو قام القاضى (قبل أن تختار شيئا) به يفتى واقعات لإمكانه مع القيام، فإن اختارت طلق أو فرق القاضى (تزوج) الأولى أو امرأة (أخرى عالمة بحاله لاخيار لها على المذهب) المفتى به بحر عن المحيط خلافا لتصحيح الخانية .

وإذا اختارت نفسها أمره القاضى أن يطلقها، فإن أبى فرق بينهما (قوله فى مجلسها) قال فى البحر : وعليه الفتوى كما فى المحيط والواقعات . وفى البدائع : ظاهر الرواية أنه لايتوقف على المجلس اه ومشى على الأول فى الفتح .

هذا ثم اعلم أن مامر من أن خيارها على التراخى لاعلى الفور لا ينافى ماهنا ، لأن مامر إنما هو فى الخيار قبل التأجيل أو بعده قبل المرافعة ، وتخيير القاضى لها وماهنا فيا بعد التأجيل والمرافعة ثانيا ، يعنى أنها إذا وجدته عنينا فلها أن ترفعه إلى القاضى ليؤجله سنة ؛ وإن سكتت مدة طويلة ، فإذا أجله ومضت السنة فلها أن ترفعه ثانيا إلى القاضى ليفرق بينهما ؛ وإن سكتت بعد مضى السنة مدة طويلة قبل المرافعة ثانيا ، فإذا رفعته إليه وثبت عدم وصوله إليها خيرها القاضى ، فإن اختارت نفسها فى المجلس أمره القاضى أن يطلقها . قال فى البدائع : فإن خيرها القاضى فأقامت معه مطاوعة فى المضاجعة وغير ذلك كان دليل الرضا به ، ولو فعلت ذلك بعد مضى الأجل قبل تخيير القاضى لم يكن ذلك رضا .

وذكر الكرخى عن أبى يوسف أنه إذا خيرها الحاكم فقامت عن مجلسها قبل أن تختار أو قام الحاكم أو أقامها عن مجلسها أعوانه ولم تقل شيئا فلا خيار لها : وذكر القاضى أنه لايقتصر على المجلس فى ظاهر الرواية اه ملخصا فهذا صريح فيا قلنا من أن الخيار الثابت لها قبل تخيير القاضى على التراخى ولايبطل بمضاجعتها له ؛ وأما بعد تخيير القاضى فيبطل بالمضاجعة ونحوها ، وكذا بقيامها عن المجلس قبل اختيار الضريق على ماعليه الفتوى ، هكذا فهمته قبل أن أرى النقل ، ولله تعالى الحمد فافهم (قوله أو كانت ثيبا) أى حين تزوجها وهو عطف على قالت (قوله صدق بحلفه) أى على أنه وطئها لأنه منكر استحقاق الفرقة والأصل والسلامة (قوله فى الابتداء) أى قبل التأجيل (قوله لأنه ظاهر) أى أن الظاهر زوال عذرتها بالوطء وزوالها بسبب آخر خلاف الأصل .

بقى لو أقر بأنه أزالها بأصبعه وادعى أنه صار قادرا على وطئها ووطئها فهل يبقى خيارها أم لا ؟ والظاهر الثانى لحصول المقصود وإن كان يمنع عن ذلك ، لما فى أحكام الصغار : من الجنايات أن الزوج لو أزال عذرة الزوجة بالأصبع لايضمن ويعزر اه (قوله وإن اختارته) أى بعد تمام السنة وتخيير القاضى لها بقرينة مابعده ، أما قبل تخيير القاضى فإنه لا يبطل حقها قبل التأجيل أو بعده مالم ترض صريحا ولا يتقيد بالمجلس كما مر تحريره (قوله ولو دلالة) أى بتأخير الاختيار إلى أن قامت أو أقيمت عناية ، ومثله فى البحر والنهر (قوله كما لو وجد منها دليل إعراض الخ) بيان للاختيار دلالة كما علمت ، فإن دليل الإعراض عن التفريق دليل اختيارها الزوج (قوله لإمكانه) أى الاختيار (قوله أو فرق القاضى) أى إذا لم يطلق الزوج (قوله عالمة بحاله) قيد فى قوله أو امرأة أخرى ، وأما الأولى فمعلوم أنها عالمة بحاله اه ح وكأنه حمل الأولى على التى اختارت فرقته وهو غير لازم لصدقها على من طلقها قبل علمها بحاله كما أفاده ط (قوله خلافا لتصحيح الخانية) حيث قال فرق بين العنين وامرأته ثم تزوج بأخرى تعلم بحاله اختلفت الروايات ، والصحيح أن للثانية حق الخصومة لأن الإنسان قد يعجز عن امرأة

(ولا يتخير أحدهما) أى الزوجين (بعيب الآخر) فاحشا كجنون وجذام وبرص ورتق وقرن ، وخالف الأئمة الثلاثة فى الخمسة لو بالزوج ، ولو قضى بالرد صح فتح .
(ولو تراضيا) أى العنين وزوجته (على النكاح) ثانياً (بعد التفريق صح) وله شق رتق أمته وكذا زوجته ، وهل تجبر ؟ الظاهر : نعم ، لأن التسليم الواجب عليها لايمكنه بدونه نهر .
قلت : وأفاد البهنسى أنها لو تزوجته على أنه حر أو سنى أو قادر على المهر والنفقة فبان بخلافه ، أو على أنه فلان بن فلان فإذا هو لقيط أو ابن زنا كان لها الخيار فليحفظ .

ولا يعجز عن غيرها اه ح . واستظهر الرحمتى مافى الخانية بأن عجزه عن الوصول إلى الأولى قد يكون لسحره عنها فقط .
قلت : ووجه المفتى به أنه بعد علمها بتحقق عجزه وعدم علمها بأن عجزه مختص بالأولى تكون راضية به وطمعها فى وصوله إليها يؤكد رضاها به (قوله ولايتخير الخ) أى ليس لواحد من الزوجين خيار فسخ النكاح بعيب فى الآخر عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وهو قول عطاء والنخعى وعمر بن عبد العزيز وأبى زياد وأبى قلابة وابن أبى ليلى والأوزاعى والثورى والخطابى وداود الظاهرى وأتباعه . وفى المبسوط أنه مذهب على وابن مسعود رضى الله تعالى عنهم فتح (قوله وجذام) هو داء يتشقق به الجلد وينتن ويقطع اللحم قهستانى عن الطلبة (قوله وبرص) هو بياض فى ظاهر الجلد يتشاءم به قهستانى (قوله ورتق) بالتحريك : انسداد مدخل الذكر كما أفاده فى المصباح (قوله وقرن) كفلس : لحم ينبت فى مدخل الذكر كالغدة ، وقد يكون عظما مصباح . ونقل الخير الرملى عن شرح الروض للقاضى زكريا أن الفتح على إرادة المصدر والإسكان على إرادة الاسم ، إلا أن الفتح أرجح لكونه موافقا لباقى العيوب فإنها كلها مصادر ، هذا هو الصواب . وأما إنكار بعضهم على الفقهاء فتحه وتلحينه إياهم فليس كما ذكر اه (قوله لو بالزوج) فى العبارة خلل فإنها تقتضى عدم خيار الزوج عندهم إذا كانت هذه الخمسة فى الزوجة والواقع خلافه . والظاهر أن أصلها : وخالف الأئمة الثلاثة فى الخمسة مطلقا ، ومحمد فى الثلاثة الأول لو بالزوج كما يفهم من البحر وغيره اه ح .
قلت : وفى نسخة : وعند محمد لو بالزوج ، لكن يرد عليها أن الرتق والقرن لايوجدان بالزوج .
هذا ، وقد تكفل فى الفتح برد مااستدل به الأئمة الثلاثة ومحمد بما لامزيد عليه (قوله ولو قضى بالرد صح) أى لو قضى به حاكم يراه فأفاد أنه مما يسوغ فيه الاجتهاد ، وهذه المسألة ذكرها فى البحر ولم أرها فى الفتح (قوله صح) إلا رواية عن أحد أنهما لايجتمعان كتفرقة اللعان ، وهذا باطل لاأصل له بحر عن المعراج (قوله وكذا زوجته) أى له شق رتقها ، لكن هذه العبارة غير منقولة وإنما المنقول قولهم فى تعليل عدم الخيار بعيب الرتق لإمكان شقه ، وهذا يدل على أن له ذلك ولذا قال فى البحر بعد نقله التعليل المذكور ، ولكن مارأيت هل يشق جبرا أم لا (قوله لأن التسليم الواجب الخ) فيه أنه لايلزم من وجوبه ارتكاب هذه المشقة ، فقد سقط القيام فى الصلاة للمشقة وسقط الصوم عن المرضع إذا خافت على نفسها أو ولدها ونظائره كثيرة . وقد يفرق بأن هذا واجب له مطالب من العباد ط (قوله لها الخيار) أى لعدم الكفاءة . واعترضه بعض مشايخ مشايخنا بأن الخيار للعصبة .
قلت : وهو موافق لما ذكره الشارح أول باب الكفاءة من أنها حق الولى لاحق المرأة لكن حققنا هناك أن الكفاءة حقهما ، ونقلنا عن الظهيرية : لو انتسب الزوج لها نسبا غير نسبه فإن ظهر دونه وهو ليس بكفء فحق الفسخ

باب العدة

(هى) لغة بالكسر الإحصاء ، وبالضم الاستعداد للأمر . وشرعا تربص يلزم المراة أو الرجل عند وجود سببه ؛

ثابت للكل ، وإن كان كفؤا فحق الفسخ لها دون الأولياء ، وإن كان ،اظهر فوق ماأخبر فلا فسخ لأحد . وعن الثانى أن لها الفسخ لأنها عسى تعجز عن المقام معه ، وتمامه هناك ، لكن ظهر لى الآن أن ثبوت حق الفسخ لها للتغرير لا لعدم الكفاءة بدليل أنه لو ظهر كفؤا يثبت لها حق الفسخ لأنه غرها ، ولا يثبت للأولياء لأن التغرير لم يحصل لهم وحقهم فى الكفاءة وهى موجودة ، وعليه فلا يلزم من ثبوت الخيار لها فى هذه المسائل ظهوره غير كفء ، والله سبحانه أعلم .

باب العدة

لما ترتبت فى الوجود على الفرقة بجميع أنواعها أوردها عقيب الكل بخر (قوله الإحصاء) يقال : عددت الشيء عدة أحصيته إحصاء ، وتقال أيضا على المعدود فتح . قلت : وفى الصحاح والقاموس وغيرهما : عدة المرأة أيام أقرائها فهو معنى لغوى أيضا (قوله الاستعداد) أى التهيؤ للأمر ، ويقال لما أعددته لحوادث الدهر من مال وسلاح ، نهر ومصباح (قوله وشرعا تربص الخ) أى انتظارا انقضاء المدة بالتزوج ، فحقيقته الترك للتزوج والزينة اللازم شرعا فى مدة معينة شرعا : قالوا : وركنها حرمات تثبت عند الفرقة ، وعليه فينبغى أن يقال فى التعريف هى لزوم التربص ليصح كون ركنها حرمات ، لأنها لزومات ، وإلا فالتربص فعلها ، والحرمات أحكام الله تعالى فلا تكون نفسه ، وتمامه فى الفتح .

قلت : لكن تقدير اللزوم مع قول الشارح كالكنز يلزم المرأة ركيك ، وأى مانع من أن يراد بالتربص الامتناع من التزوج والخروج ونحوهما ، ويكون المراد من الحرمات هذه الامتناعات بدليل أن العدة صفة شرعية قائمة بالمرأة فلا بد أن يكون ركنها قائما بالمرأة ، وعليه فلا حاجة إلى مافى الحواشى السعدية من أنه إذا كان ركنها الحرمات يكون التعريف بالتربص تعريفا باللازم اهـ . وعرفها فى البدائع بأنها أجل تضرب لانقضاء مابقى من آثار النكاح : قال : وعند الشافعى هى اسم لفعل التربص الذى هو الكف .

قلت : وهذا الموافق لما مر عن الصحاح وغيره ، وهو الذى حققه فى الفتح عند قوله : وإذا وطئت المعتدة بشبهة ، وقال : إن الذى يفيده حقيقة كتاب الله تعالى ، وهو قوله سبحانه ـ فعدتهن ثلاثة أشهر ـ أنه نفس المدة الخاصة التى تعلقت الحرمات فيها وتقيدت بها ، لا الحرمات الثابتة فيها ولا وجود الكف ولا التربص اهـ .

ولا يشكل عليه كون الحرمات ركنا ، لأن له منعه ولذا جعلها بعضهم حكم العدة وهو الأظهر على التعريفين قال فى النهر : وتعريف البدائع شامل لعدة الصغيرة ، بخلاف تعريف المصنف ، وأكثر المشايخ لا يطلقون لفظ الوجوب عليها بل يقولون تعتد ، والوجوب إنما هو على الولى بأن لا يزوجها حتى تنقضى العدة : قال شمس الأئمة : إنها مجرد مضى المدة ، فثبوتها فى حقها لا يؤدى إلى توجيه خطاب الشرع عليها ؛

فإن قلت : كون مسماها المدة لا يستلزم انتفاء خطاب الولى أن لا يزوجها . قلت : إذا كان كذلك فالثابت فيها عدم صحة التزوج لا خطاب أحد بل وضع الشارع عدم صحة التزوج لو فعل اهـ وهو ملخص من الفتح . والحاصل أن الصغير أهل لخطاب الوضع وهذا منه كما خوطب بضمان المتلفات كما فى البحر (قوله أو الرجل الخ) قال فى الفتح حرمة

ومواضع تربصه عشرون مذكورة فى الخزانة ، حاصلها يرجع إلى أن من امتنع نكاحها عليه لمانع لزم زواله كنكاح أختها وأربع سواها

واصطلاحا (تربص يلزم المرأة) أو ولى الصغيرة (عند زوال النكاح) فلا عدة لزنا (أو شبهته) كنكاح فاسد ومزفوفة لغير زوجها :

تزوجه بأختها لايكون من العدة بل هو حكم عدتها ولا شك أنه معنى كونه هو أيضا فى العدة لأن معنى العدة وجوب الانتظار بالتزوج وهو مضى المدة وهو كذلك فى العدة غير أن اسم العدة اصطلاحا خص بتربصها لا بتربصه اه

مطلب عشرون موضعا يعتدّ فيها الرجل

(قوله عشرون) وهى : نكاح أخت امرأته وعمتها وخالتها ، وبنت اخيها ، وبنت أختها ، والخامسة ، وإدخال الأمة على الحرة ، ونكاح أخت الموطوءة فى نكاح فاسد أو فى شبهة عقد ، ونكاح الرابعة كذلك أى إذا كان له ثلاث زوجات ووطئ أخرى بنكاح فاسد أو شبهة عقد ليس له تزوج الرابعة حتى تمضى عدة الموطوءة . ونكاح المعتدة للأجنبى أى بخلاف معتدته ونكاح المطلقة ثلاثا أى قبل التحليل ، ووطء الأمة المشتراة أى قبل الاستبراء ، والحامل من الزنا إذا تزوجها أى قبل الوضع ، والحربية إذا أسلمت فى دار الحرب وهاجرت إلينا وكانت حاملا فتزوجها رجل أى قبل الوضع ، والمسبية لاتوطأ حتى تحيض أو يمضى شهر لولا تحيض لصغر أوكبر ونكاح المكاتبة ، ووطؤها لمولاها حتى تعتق أو تعجز نفسها ، ونكاح الوثنية والمرتدة والمجوسية لايجوز حتى تسلم اه بحر موضحا . وقوله والخامسة يحتمل أن يراد به أن من له أربع يمنع عن نكاح الخامسة حتى يطلق إحدى الأربع ، ويحتمل أن يراد أنه لو طلق إحدى الأربع يمنع عن تزوج خامسة مكانها حتى تمضى عدة المطلقة ، وهكذا يقال فى المسائل الخمس التى قبلها ، وكذا فى قوله وإدخال الأمة على الحرة فافهم (قوله لمانع) كحق الغير عقدا أو عدة ، وإدخال الأمة على الحرة ، والزيادة على أربع ، والجمع بين المحارم أو لوجوب تحليل أو استبراء (قوله وأربع سواها) أى تزوج أربع سوى امرأته بعقد واحد (قوله واصطلاحا) أى فى اصطلاح الفقهاء ، وهو أخص من المعنى الشرعى المار ، لما علمت من أن اسم العدة خص بتربصها لابتربصه (قوله أو ولى الصغيرة) بمعنى أنه يجب عليه أن يربصها أى يجعلها متصفة بصفة المعتدات ، لأن العدة صفتها لا صفة وليها ، إذ لايصح أن يقال إذا طلقت أومات زوجها وجب على وليها أن يعتد وقد مر أنهم يقولون تعتد هى ، والوجوب إنما هو على الولى بأن لايزوجها حتى تنقضى العدة أى مدة العدة تأمل ، والمجنونة كالصغيرة (قوله عند زوال النكاح) أو رد عليه أن الرجعى لايزول فيه النكاح إلا بانقضاء العدة ، فالأولى تعريف البدائع المار ، ويندفع عنه إيراد الصغيرة ، إذ ليس فيه ذكر اللزوم ، وأولى منه قول ابن كمال هى اسم لأجل ضرب لانقضاء مابقى من آثار النكاح أو الفراش لشموله عدة أم الولد ط (قوله فلا عدة لزنا) بل يجوز تزوج المزنى بها وإن كانت حاملا ، لكن يمنع عن الوطء حتى تضع وإلا فيندب له الاستبراء ط ، وسيأتى آخر الباب : لو تزوجت امرأة الغير ودخل بها عالما بذلك لايحرم على الزوج وطؤها لأنه زنا (قوله أو شبهته) عطف على زوال لاعلى النكاح ، لأنه لو عطف عليه لاقتضى أنها لاتجب إلا عند زوال الشبهة وليس كذلك ، كذا فى البحر ، ومراده الرد على الفتح حيث صرح بعطفه على النكاح .

قلت : أى لأن الشبهة التى هى صفة الوطء السابق لاتزول عنه ، إذ لو زالت لوجب به الحد ، نعم إذا أريد زوال منشئها صح عطف أو شبهته على النكاح ، لما سيأتى من أن مبدأ العدة فى النكاح الفاسد بعد التفريق من القاضى

وينبغي زيادة أو شبهه ليشمل عدة أم الولد .
(وسبب وجوبها) عقد (النكاح المتأكد بالتسليم وماجرى مجراه) من موت أو خلوة أى صحيحة، فلا عدة بخلوة الرتقاء . وشرطها الفرقة . وركنها حرمات ثابتة بها كحرمة تزوج وخروج (وصحة الطلاق فيها) أى في العدة وحكمها حرمة نكاح أختها . وأنواعها حيض ، وأشهر ، ووضع حمل كما أفاده بقوله (وهى فى) حق (حرة) ولو كتابية تحت مسلم (تحيض لطلاق) ولو رجعيا (أو فسخ بجميع أسبابه »

بينهما أو المتاركة ، وبذلك يزول منشؤها الذى هو النكاح الفاسد ، وفى الوطء بشبهة عند انتهاء الوطء واتضاح الحال فافهم (قوله زيادة أو شبهه) أى بكسر الشين وسكون الباء أو بفتحهما وكسر الهاءين ثانيتهما ضمير النكاح والشبه المثل (قوله ليشمل عدة أم الولد) لأن لها فراشا كالحرة وإن كان أضعف من فراشها ، وقد زال بالعتق بحر (قوله عقد النكاح) أى ولو فاسدا بحر (قوله بالتسليم) أى بالوطء (قوله وما جرى مجراه) عطف على التسليم والضمير يعود إليه ، والأولى العطف بأو لأن التأكد يكون بأحدهما ، وهذا خاص بالنكاح الصحيح أما الفاسد فلا تجب فيه العدة إلا بالوطء كما مر فى باب المهر ، ويأتى .

قلت : ومما جرى مجراه مالو استدخلت منيه فى فرجها كما بحثه فى البحر ، وسيأتى فى الفروع آخر الباب (قوله أى صحيحة) فيه نظر ، فإن الذى تقدم فى باب المهر أن المذهب وجوب العدة للخلوة صحيحة أو فاسدة . وقال القدورى : إن كان الفساد لمانع شرعى كالصوم وجبت، وإن كان لمانع حسى كالرتق لاتجب؛ فكلام الشارح لم يوافق واحدا من القولين اهـ ح .

قلت : يمكن حمله على الثانى بجعل المانع الشرعى كالعدم غير مفسد لها فهى صحيحة معه ، وإنما المفسد المانع الحسى ، ويدل عليه قوله فلا عدة بخلوة الرتقاء (قوله وشرطها الفرقة) أى زوال النكاح أو شبهته كما فى الفتح. قال : فالإضافة فى قولنا عدة الطلاق إلى الشرط (قوله وركنها حرمات) أى لزومات كما مر عن الفتح لانفس التحريم : أى أشياء لازمة للمرأة يحرم عليها تعديها ، وقوله ثابتة بها على تقدير مضاف أى بسببها عند وجود(١) شرطها ، وإلا لزم ثبوت الشىء بنفسه ، لأن ركن الشىء ماهيته تأمل (قوله كحرمة تزوج) أى تزوجها غيره فإنها حرمة عليها ، بخلاف تزوجه أختها أو أربع سواها فإنه حرمة عليه فلا يكون من العدة بل هو حكمها كما أفاده فى الفتح (قوله وخروج) أى حرمة خروجها من منزل طلقت فيه ،وسيأتى باقى الحرمات فى فصل الحداد (قوله وصحة الطلاق فيها) لاوجه لجعله ركنا من العدة بل هو من أحكامها كما مشى عليه فى الدرر ، على أنه لا يتحقق فى عدة البائن بعد البائن ولا فى عدة الثلاث ، فذكره هنا سبق قلم ،والظاهر أنه أراد أن يقول وحكمها حرمات الخ فسبق قلمه إلى قوله وركنها ، ويدل عليه تعبيره بقوله ثابتة بها فإنه يناسب الحكم لا الركن ،وجعل هذه الحرمات أحكاما تبعا لصاحب الدرر وغيره أظهر من جعلها أركانا كما مر فتدبر (قوله وحكمها حرمة نكاح أختها) أى من حكمها ، والمراد بالأخت مايشمل كل ذات رحم محرم منها ، وكثير من المسائل التى يتربص فيها الرجل من حكم العدة ومنه صحة الطلاق فيها كما علمت (قوله ولو كتابية تحت مسلم) لأنها كالمسلمة حرتها كحرتها وأمتها كأمتها بحر ، واحترز عما لو كانت تحت ذمى وكانوا لايدينون عدة كما سيأتى متنا آخر الباب (قوله لطلاق أو فسخ) تقدم فى باب الولى نظما فرق النكاح التى تكون فسخا والتى تكون طلاقا (قوله بجميع أسبابه) مثل الانفساخ بخيار

---

(١) (قوله أى بسببها عند وجود الخ) معناه أن الحرمات المذكورة ثبتت بالسبب المؤثر فى وجوب العدة وهو عقد النكاح الخ وليس معناه أن العدة سبب فى ثبوت تلك الحرمات لئلا يلزم اتحاد السبب والمسبب اهـ .

ومنه الفرقة بتقبيل ابن الزوج نهر (بعد الدخول حقيقة أو حكما) أسقطه فى الشرح، وجزم بأن قوله الآتى إن وطئت راجع للجميع (ثلاث حيض كوامل) لعدم تجزى الحيضة، فالأولى لتعرف براءة الرحم، والثانية لحرمة النكاح، والثالثة لفضيلة الحرية (كذا) عدة (أم ولد مات مولاها أو أعتقها) لأن لها فراشا كالحرة،

البلوغ، والعتق، وعدم الكفاءة، وملك أحد الزوجين الآخر، والردة فى بعض الصور، والافتراق عن النكاح الفاسد، والوطء بشبهة فتح؛ لكن الأخير ليس فسخا.

ويرد على الإطلاق فسخ نكاح المسبية بتباين الدارين، والمهاجرة إلينا مسلمة أو ذمية فإنه لا عدة على واحدة منهما مالم تكن حاملا كما سيذكره المصنف آخر الباب تأمل. وقيد فى الشرنبلالية قوله وملك أحد الزوجين الآخر بما إذا ملكته لإخراج ما إذا ملكها، لكن ذكر الزيلعى مايخالفه فى فصل الحداد وفى النسب؛ ووفق بينهما السيد محمد أبو السعود بأنه إذا ملكها لا عدة عليها له بل لغيره. وأيضا لا عدة عليها له فيما لو ملكته فأعتقته فتزوجته على مايفهم من كلامهم اه.

قلت: وفى البحر لو اشترى زوجته بعد الدخول لا عدة عليها له وتعتد لغيره فلا يزوجها لغيره مالم تحض حيضتين، ولهذا لو طلقها السيد فى هذه العدة لم يقع لأنها معتدة لغيره ولذا تحل له بملك اليمين، وتمامه فيه (قوله ومنه الفرقة الخ) رد على ابن كمال حيث قال للطلاق أو الفسخ أو الرفع فزاد الرفع، وقال اعلم أن النكاح بعد تمامه لا يحتمل الفسخ عندنا فكل فرقة بغير طلاق قبل تمام النكاح كالفرقة بخيار بلوغ أو عتق أو بعدم كفاءة فسخ وبعد تمامه كالفرقة بملك أحد الزوجين للآخر أو بتقبيل ابن الزوج ونحوه رفع، وهذا واضح عند من له خبرة فى هذا الفن اه. قال فى النهر: وهذا التقسيم لم نر من عرج عليه. والذى ذكره أهل الدار أن القسمة ثنائية، وأن الفرقة بالتقبيل من الفسخ كما قدمناه (قوله أو حكما) المراد به الخلوة ولو فاسدة كما مر وسيأتى (قوله أسقطه) أى أسقط المصنف قوله بعد الدخول حقيقة أو حكما من متنه الذى شرح عليه ط (قوله راجع للجميع) أى لأنواع المعتدة بالحيض والمعتدة بالأشهر، ولا بد أيضا من ادعاء شموله للوطء الحكمى ليغنى عن قوله أو حكما (قوله ثلاث حيض) بالنصب على الظرفية أى فى مدة ثلاث حيض ليلائم كون مسمى العدة تربصا يلزم المرأة، والرفع إنما يناسب كون مسماها نفس الأجل إلا أن يكون أطلقها على المدة مجازا كما فى فتح القدير نهر.

[تنبيه] لو انقطع دمها فعالجته بدواء حتى رأت صفرة فى أيام الحيض أجاب بعض المشايخ بأنه تنقضى به العدة كما قدمناه فى باب الحيض عن السراج (قوله لعدم تجزّى الحيضة) علة لكون الثلاث كوامل، حتى لو طلقت فى الحيض وجب تكميل هذه الحيضة ببعض الحيضة الرابعة، لكنها لما لم تتجزّ اعتبرنا تمامها كما تقرر فى كتب الأصول درر، لكن سيأتى فى المتن أنه لا اعتبار لحيض طلقت فيه، ومقتضاه أن ابتداء العدة من الحيضة التالية له، وهو الأنسب لعدم التجزى لتكون الثلاث كوامل (قوله فالأولى الخ) بيان لحكمة كونها ثلاثا مع أن مشروعية العدة لتعرف براءة الرحم أى خلوّه عن الحمل وذلك يحصل بمرة فبين أن حكمة الثانية لحرمة النكاح أى لإظهار حرمته، واعتباره حيث لم ينقطع أثره بحيضة واحدة فى الحرة والأمة، وزيد فى الحرة ثالثة لفضيلتها (قوله كذا) أى كالحرة فى كون عدتها ثلاث حيض كوامل إذا كانت ممن تحيض درر وغيرها (قوله لأن لها فراشا) أى وقد وجبت العدة بزواله فأشبه عدة النكاح، ثم إمامنا فيه عمر رضى الله عنه؛ فإنه قال: عدة أم الولد ثلاث حيض كذا فى الهداية، ولأن لها فراشا يثبت نسب ولدها منه بالسكوت لكنه أضعف من فراش الحرة، ولذا ينتفى النسب بمجرد النفى بلا لعان.

مالم تكن حاملا أو آيسة أو محرمة عليه ، ولو مات مولاها وزوجها ولم يدر الأول تعتد بأربعة أشهر وعشر أو بأبعد الأجلين بحر . ولا ترث من زوجها لعدم تحقق حريتها يوم موته . ولا عدة على أمة ومدبرة كان يطؤها لعدم الفراش جوهرة (و) كذا (موطوءة بشبهة) كزفوفةلغير بعلها (أو نكاح فاسد)

مطلب حكاية شمس الأئمة السرخسي

حكى أن شمس الأئمة لما أخرج من السجن زوّج السلطان أمهات أولاده من خدامه الأحرار ، فاستحسنه العلماء ، وخطأه شمس الأئمة بأن تحت كل خادم حرة ، وهذا تزوج الأمة على الحرة فقال السلطان أعتقهن وأجدد العقد فاستحسنه العلماء ، وخطأه شمس الأئمة بأن عليهن العدة بعد الإعتاق . وقيل إن هذا كان سبب حبسه ، وأن القاضي أغراه عليه وأن الطلبة لما لم تمتنع عنه منعوا عنه كتبه فأملى المبسوط من حفظه (قوله مالم تكن حاملا) فإن كانت فعدتها الوضع بحر (قوله أو آيسة) فإن كانت فعدتها ثلاثة أشهر بحر (قوله أو محرمة عليه) فلا عدة لزوال فراشه قهستانى . وأسباب الحرمة عليه ثلاث : نكاح الغير وعدته وتقبيل ابن المولى ، فلا عدة عليها بموت المولى أو إعتاقه بعد تقبيل ابنه كما فى الخانية بحر (قوله ولو مات مولاها وزوجها الخ) أى بعد ماأعتقها مولاها .

واعلم أن هذه المسألة على ثلاثة أوجه

الأول أن يعلم أن بين موتيهما أقل من شهرين وخمسة أيام فعليها أن تعتد بأربعة أشهر وعشر ، لأن المولى إن كان قد مات أولا ثم مات الزوج وهى حرة فلا يجب بموت المولى شىء وتعتد للوفاة عدة الحرة ، وإن كان الزوج مات أولا وهى أمة لزمها شهران وخمسة أيام ، ولا يلزمها بموت المولى شىء لأنها معتدة الزوج ، فى حال يلزمها أربعة أشهر وعشر ؛ وفى حال نصفها فلزمها الأكثر احتياطا ، ولا تنتقل عدتها على احتمال الثانى لما قدمنا أنها لاتنتقل فى الموت .

الثانى أن يعلم أن بين موتيهما شهرين وخمسة أيام أو أكثر، فعليها أن تعتد أربعة أشهر وعشرا فيها ثلاث حيض احتياطا ، لأن المولى إن كان مات أولا لم تلزمها عدته لأنها منكوحة ، وبعد موت الزوج يلزمها أربعة أشهر وعشر لأنها حرة وإن مات الزوج أولا لزمها شهران وخمسة أيام ، وقد انقضت عدتها منه لأنها مصورة أن بينهما هذه المدة أو أكثر ، فموت المولى بعده يوجب عليها ثلاث حيض فيجمع بينهما احتياطا .

الثالث أن لايعلم كم بين موتيهما ولا الأول منهما فكالأول عنده وكالثانى عندهما ، كذا فى المعراج وغيره بحر . وتوجيه الثالث مذكور فى ح عن البحر فراجعه . وفى كلام الشارح إشارة إلى هذه الأوجه الثلاثة ، فأشار إلى الأول والثالث بقوله تعتد بأربعة أشهر وعشر وإلى الثالث عندهما بقوله أو بأبعد الأجلين (قوله ولا عدة على أمة وأم ولد(١)) أى إذا مات مولاهما أو أعتقهما إجماعا بحر ، وهذا محترز قول المصنف كذا أم ولد (قوله وكذا موطوءة بشبهة أو نكاح فاسد) أى عدة كل منهما ثلاث حيض ، وسيذكر المصنف هذه المسألة مرة ثانية ويأتى الكلام عليها .

---

(١) (قول المحشى وأم ولد) صوابه ومدبرة كما هى عبارة الشارح اه .

كوقت (فى الموت والفرقة) يتعلق بالصورتين معا (و) العدة (فى) حق (من لم تحض) حرة أم أم ولد (لصغر) بأن لم تبلغ تسعا (أو كبر)

مطلب حكاية أبى حنيفة فى الموطوءة بشبهة

[لطيفة] حكى فى المبسوط أن رجلا زوج ابنيه بنتين فأدخل النساء زوجة كل أخ على أخيه ، فأجاب العلماء بأن كل واحد يجتنب التى أصابها وتعتد لتعود إلى زوجها . وأجاب أبو حنيفة رحمه الله تعالى بأنه إذا رضى كل واحد بموطوءته يطلق كل واحد زوجته ويعقد على موطوءته ويدخل عليها للحال لأنه صاحب العدة ففعلا كذلك ورجع العلماء إلى جوابه (قوله فى الموت) إنما تجب عدة الوفاة لأنها إنما تجب لإظهار الحزن على زوج عاشرها إلى الموت ولا زوجية هنا بحر (قوله يتعلق بالصورتين معا) أى إن قوله فى الموت والفرقة مرتبط بصورتى الموطوءة بشبهة أو بنكاح فاسد (قوله والعدة فى حق من لم تحض) شروع فى النوع الثانى من أنواع العدة وهو العدة بالأشهر وهو معطوف على قوله وهى فى حق حرة تحيض (قوله حرة أم أم ولد) أى لافرق بينهما فيما سيأتى من أن عدة كل منهما ثلاثة أشهر ، وهذا فى أم الولد إذا مات مولاها أو أعتقها ، أما إذا كانت منكوحة فعدتها نصف ما للحرة فى الموت أو الطلاق سواء كانت ممن تحيض أولا كما يعلم مما سيأتى . ثم إن أم الولد لاتكون إلا كبيرة ، فقوله أصغر خاص بالحرة ، وقوله أو كبر شامل لهما كما لايخفى فافهم (قوله بأن لم تبلغ تسعا) وقيل سبعا بتقديم السين على الباء الموحدة .

مطلب فى عدة الصغيرة المراهقة

وفى الفتح : والأول أصح ، وهذا بيان أقل سن يمكن فيه بلوغ الأنثى ، وتقييده بذلك تبعا للفتح والبحر والنهر لايعلم منه حكم من زاد سنها على ذلك ولم تبلغ بالسن وتسمى المراهقة ، وقد ذكر فى الفتح أن عدتها أيضا ثلاثة أشهر ، فلو أطلق الصغيرة وفسرها بمن لم تبلغ بالسن لتشمل المراهقة ومن دونها ، وهى من لم تبلغ تسعا .

وقد يقال : مراده إخراج المراهقة اختيارا لما ذكره فى البحر بقوله وعن الإمام الفضلى أنها إذا كانت مراهقة لاتنقضى عدتها بالأشهر بل يوقف حالها حتى يظهر هل حبلت من ذلك الوطء أم لا ، فإن ظهر حبلها اعتدت بالوضع وإلا فبالأشهر . قال فى الفتح : ويعتد بزمن التوقف من عدتها لأنه كان ليظهر حالها فإذا لم يظهر كان من عدتها اهـ .

قلت : يعنى إذا ظهر عدم حبلها يحكم بمضى العدة بثلاثة أشهر مضت ويكون زمن التوقف بعدها لغوا حتى لو تزوجت فيه صح عقدها .

وفى نفقات الفتح فرع : فى الخلاصة عدة الصغيرة ثلاثة أشهر إلا إذا كانت مراهقة فينفق عليها مالم يظهر فراغ رحمها ، كذا فى المحيط اهـ من غير ذكر خلاف وهو حسن اهـ كلام الفتح ؛ لكن ينبغى الإفتاء به احتياطا قبل العقد بأن لايعقد عليها إلا بعد التوقف ، لكن لم يذكروا مدة التوقف التى يظهر بها الحمل . وذكر فى الحامدية عن بيوع البزازية أنه يصدق فى دعوى الحبل فى رواية إذا كان من حين شرائها أربعة أشهر وعشر لا لأقل ، وفى رواية بعد شهرين وخمسة أيام وعليه عمل الناس اهـ ومشى فى الحامدية على الأخيرة ، وفيه نظر لأن المراد فى مسألتنا التوقف بعد مضى ثلاثة أشهر ، فالأولى الأخذ بالرواية الأولى ، فإذا مضت أربعة أشهر وعشر ولم يظهر الحبل

بأن بلغت سن الإياس (أو بلغت بالسن) وخرج بقوله (ولم تحض) الشابة الممتدة بالطهر بأن حاضت ثم امتد طهرها ، فتعتد بالحيض إلى أن تبلغ سن الإياس جوهرة وغيرها ، وما فى شرح الوهبانية من انقضائها بتسعة أشهر غريب مخالف لجميع الروايات فلا يفتى به .

كيف وفى نكاح الخلاصة : لو قيل لحنفى مامذهب الإمام الشافعى فى كذا وجب أن يقول قال أبو حنيفة كذا ، نعم لو قضى مالكى بذلك نفذ كما فى البحر والنهر ، وقد نظمه شيخنا الخير الرملى سالما من النقد فقال :

لممتدة طهرا بتسعة أشهر ، وفا عدة إن مالكى يقدر

علم أن العدة انقضت من حين مضى ثلاثة أشهر (قوله بأن بلغت سن الإياس) سيأتى تقديره فى المتن ويأتى تمام الكلام عليها (قوله أو بلغت بالسن) أى خمس عشرة سنة ط عن العناية ، ومثلها لو بلغت بالإنزال قبل هذه المدة ، وقوله ولم تحض شامل لما إذا لم تردما أصلا أو رأت وانقطع قبل التمام . قال فى البحر عن التاترخانية بلغت فرأت يوما دما ثم انقطع حتى مضت سنة ثم طلقها فعدتها بالأشهر اهـ وسيذكر الشارح عن البحر أنها إذا بلغت ثلاثين سنة ولم تحض حكم بإياسها ويأتى بيانه (قوله بأن حاضت) أى ثلاثة أيام مثلا (قوله ثم امتد طهرها) أى سنة أو أكثر بحر (قوله من انقضائها بتسعة أشهر) ستة منها مدة الإياس وثلاثة منها للعدة . ورأيت بخط شيخ مشايخنا السائحانى أن المعتمد عند المالكية أنه لابد لوفاء العدة من سنة كاملة تسعة أشهر لمدة الإياس وثلاثة أشهر لانقضاء العدة . قلت : ولذا عبر فى المجمع بالحول .

مطلب فى الإفتاء بالضعيف

(قوله فلا يفتى به) اعترض بأنه قول مالك ، والتقليد جائز بشرط عدم التلفيق كما ذكره الشيخ حسن الشرنبلالى فى رسالة بل ومع التلفيق كما ذكره المنلا ابن فروخ فى رسالة .

قلت : ماذكره ابن فروخ رده سيدى عبد الغنى فى رسالة خاصة ، والتقليد وإن جاز بشرطه فهو للعامل لنفسه لا للمفتى لغيره ، فلا يفتى بغير الراجح فى مذهبه ، لما قدمه الشارح فى رسم المفتى بقوله : وحاصل ماذكره الشيخ قاسم فى تصحيحه أنه لافرق بين المفتى والقاضى إلا أن المفتى مخبر عن الحكم والقاضى ملزم به ، وأن الحكم والفتيا بالقول المرجوح جهل وخرق للإجماع ، وأن الحكم الملفق باطل بالإجماع وأن الرجوع عن التقليد بعد العمل باطل اتفاقا الخ وقدمنا الكلام عليه هناك فافهم (قوله وجب أن يقول الخ) هذا مبنى على قول بعض الأصوليين لايجوز تقليد المفضول مع وجود الفاضل ، وبنى على ذلك وجوب اعتقاد أن مذهبه صواب يحتمل الخطأ ، وأن مذهب غيره خطأ يحتمل الصواب ، فإذا سئل عن حكم لايجيب إلا بما هو صواب عنده ، فلا يجوز أن يجيب بمذهب الغير وقدمنا فى ديباجة الكتاب تمام الكلام على ذلك (قوله نعم لو قضى مالكى بذلك نفذ) لأنه مجتهد فيه ، وهذا كله رد على مافى البزازية . قال العلامة : والفتوى فى زماننا على قول مالك وعلى مافى جامع الفصولين : لو قضى قاض بانقضاء عدتها بعد مضى تسعة أشهر نفذ اهـ لأن المعتمد أن القاضى لايصح قضاؤه بغير مذهبه خصوصا قضاة زماننا (قوله لممتدة) بالتنوين ونصب طهرا على التميز ط (قوله وفا عدة) بقصر وفا للضرورة وهو مبتدأ خبره قوله بتسعة أشهر ، والجملة دليل جواب الشرط الذى هو أن مالكى يقدر يعنى أن حكم القاضى المالكى بتقدير التسعة أشهر لممتدة الطهر كان هذا المقدار عدتها ومن بعده : أى من بعد قضاء القاضى المالكى بهذا المقدار لاوجه لنقض القاضى الحنفى حكمه لأنه فصل مجتهد فيه ، فقضاؤه رفع الخلاف اهـ ح . وفى بعض النسخ : أن مالكى

ومن بعده لاوجه للنقض هكذا يقال بلا نقد عليه ينظر

وأما ممتدة الحيض فالمفتى به كما فى حيض الفتح تقدير طهرها بشهرين ، فستة أشهر للإطهار وثلاث حيض بشهر احتياطا (ثلاثة أشهر) بالأهلة لو فى الغرة وإلا فبالأيام بحر وغيره (إن وطئت) فى الكل ولو حكما كالخلوة ولو فاسدة كما مر ، ولو رضيعا تجب العدة لاالمهر قنية

يقرر بالراء ، لكن قد علمت أن المعتمد عند المالكية تقدير المدة بحول ، ونقله أيضا فى البحر عن المجمع معزيا لمالك (قوله هكذا يقال) يعنى ينبغى أن يقال مثل هذا القول الخالى من نقد . واعتراض ينظر به عليه لا كما قال بعضهم من أنه يفتى به للضرورة اهـ ح :

قلت : لكن هذا ظاهر إذا أمكن قضاء مالكى به أو تحكيمه ، أما فى بلاد لايوجد فيها مالكى يحكم به فالضرورة متحققة ، وكأن هذا وجه مامر عن البزازية والفصولين ، فلا يرد قوله فى النهر إنه لاداعى إلى الإفتاء بقول نعتقد أنه خطأ يحتمل الصواب مع إمكان الترافع إلى مالكى يحكم به اهـ تأمل ، ولهذا قال الزاهدى : وقد كان بعض أصحابنا يفتون بقول مالك فى هذه المسألة للضرورة اهـ :

ثم رأيت مابحثته بعينه ذكره محشى مسكين عن السيد الحموى ، وسيأتى نظير هذه المسألة فى زوجة المفقود حيث قيل إنه يفتى بقول مالك إنها تعتد عدة الوفاة بعد مضى أربع سنين (قوله وأما ممتدة الحيض) الأولى : أن يقول ممتدة الدم أو المستحاضة ، والمراد بها المتحيرة التى نسيت عادتها ، وأما إذا استمر بها الدم وكانت تعلم عادتها فإنها ترد إلى عادتها كما فى البحر (قوله فالمفتى به الخ) حاصله أنها تنقضى عدتها بسبعة أشهر ، وقيل بثلاثة (قوله وإلا فبالأيام) فى المحيط : إذا اتفق عدة الطلاق والموت فى غرة الشهر اعتبرت الشهور بالأهلة وإن نقصت عن العدد ، وإن اتفق فى وسط الشهر : فعند الإمام يعتبر بالأيام فتعتد فى الطلاق بتسعين يوما ، وفى الوفاة بمائة وثلاثين : وعندهما يكمل الأول من الأخير وما بينهما بالأهلة ومدة الإيلاء واليمين أن لايكلم فلانا أربعة أشهر والإجارة سنة فى وسط الشهر وسن الرجل إذا ولد فى أثنائه وصوم الكفارة إذا شرع فيه وسط على هذا الخلاف اهـ وقدمنا عن المجتبى تأجيل العنين إذا كان فى أثناء الشهر فإنه يعتبر بالأيام إجماعا بحر .

ثم قال : وفى الصغرى أن اعتبار العدة بالأيام إجماعا إنما الخلاف فى الإجارة . واستشكله القهستانى بأن الأول هو المذكور فى المحيط والخانية والمبسوط وغيرها (قوله فى الكل) يعنى أن التقييد بالوطء شرط فى جميع مامر من مسائل العدة بالحيض والعدة بالأشهر كما أفاده سابقا بقوله راجع للجميع (قوله ولو فاسدة) أطلقها فشمل ما إذا كان فسادها المانع حسى أو شرعى ، وهذا هو الحق كما بيناه عند قوله صحيحة اهـ ح (قوله كما مر) أى فى باب المهر لا فى هذا الباب ، فإن الذى قدمه فيه التقييد بالصحيحة ط .

مطلب فى عدة زوجة الصغير

(قوله ولو رضيعا الخ) فيه مسامحة ، لأن الكلام فيمن وطئت ، والرضيع لايتأتى منه وطء زوجته ، فكان الأولى أن يقول ولو غير مراهق . وعبارة القنية تجب العدة بدخول زوجها الصبى المراهق . وفى آحاد الجرجانى فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف أن المهر والعدة واجبان بوطء الصبى . وفى قول محمد تجب العدة دون المهر ، ثم قال : ولا خلاف بينهم لأنهما أجابا فى مراهق يتصور منه الإعلاق : أى أن تعلق منه أى تحبل ، ومحمد أجاب فيمن لايتصور منه ، لأن ذكره فى حكم أصبعه اهـ . وذكر فى البحر قبل ذلك أنهم صرحوا بفساد خلوته ، وبوجوب

(و) العدة (للموت أربعة أشهر) بالأهلة لو فى الغرة كما مر (وعشر) من الأيام بشرط بقاء النكاح صحيحا إلى الموت (مطلقا) وطئت أولا ولو صغيرة أو كتابية تحت مسلم ولو عبدا فلم يخرج عنها إلا الحامل . قلت: وعم كلامه ممتدة الطهر كالمرضع وهى واقعة الفتوى ، ولم أرها للآن فراجعه

العدة بالخلوة الفاسدة الشاملة لخلوة الصبى ، وبوجوب العدة إذا وطئها بنكاح فاسد فكذا الصحيح بالأولى ، ثم قال : فحاصله أنه كالبالغ فى الصحيح والفاسد ، وفى الوطء بشبهة فى الوفاة والطلاق والتفريق ووضع الحمل كما لايخفى فليحفظ اهـ ومسألة عدة زوجته بوضع الحمل تأتى قريبا .

وصورة الطلاق الموجب لعدتها بعد الدخول أن يكون ذميا فتسلم زوجته ويأبى وليه عن الإسلام أو أن يختلى بها فى صغره ويطلقها فى كبره وصورة التفريق أن يدخل بها بعقد فاسد .

مطلب فى عدة الموت

(قوله والعدة للموت) أى موت زوج الحرة ، أما الأمة فيأتى حكمها بعيده (قوله كما مر) أى قريبا (قوله من الأيام) أى والليالى أيضا كما فى المجتبى .

وفى غرر الأذكار : أى عشر ليال مع عشرة أيام من شهر خامس . وعن الأوزاعى أن المقدر فيه عشر ليال لدلالة حذف التاء فى الآية عليه فلها التزوج فى اليوم العاشر . قلنا إن ذكر كل من الأيام والليالى بصيغة الجمع لفظا أو تقديرا يقتضى دخول مايوازيه استقراء اهـ ومثله فى الفتح ، وما مر عن الأوزاعى عزاه فى الخانية لابن الفضل وقال إنه أحوط ، لأنه يزيد بليلة : أى لو مات قبل طلوع الفجر فلابد من مضى الليلة بعد العاشر . وعلى قول العامة تنقضى بغروب الشمس كما فى البحر ، وفيه نظر ، بل هو مساو لقول العامة لما علمت من التقدير بعشرة أيام وعشر ليال ، وقد ينقص عن قولهم لو فرض الموت بعد الغروب فكان الأحوط قولهم لاقوله (قوله بشرط بقاء النكاح صحيحا إلى الموت) لأن العدة فى النكاح الفاسد ثلاث حيض للموت وغيره كما مر . قال فى البحر : ولهذا قدمنا أن المكاتب لو اشترى زوجته ثم مات عن وفاء لم تجب عدة الوفاة ، فإن لم يدخل بها فلا عدة أصلا ، وإن دخل فولدت منه تعتد بحيضتين لفساد النكاح قبل الموت ، وإن لم يترك وفاء تعتد بشهرين وخمسة أيام عدة الوفاة لأنهما مملوكان للمولى كما فى الخانية (قوله ولو صغيرة) الأولى ولو كبيرة، لأن المراد أن عدة الموت أربعة أشهر وعشرا ، وإن كانت من ذوات الحيض فمن كانت من ذوات الأشهر بالأولى تأمل (قوله تحت مسلم) أما لو كانت تحت كافر لم تعتد إذا اعتقدوا ذلك كما سيذكره المصنف (قوله ولو عبدا) أى ولو كان زوج الحرة عبد (قوله فلم يخرج عنها إلا الحامل) فإن عدتها للموت وضع الحمل كما فى البحر ، وهذا إذا مات عنها وهى حامل ، أما لو حبلت فى العدة بعد موته فلا تتغير فى الصحيح كما يأتى قريبا (قوله وعم كلامه ممتدة الطهر الخ) الظاهر أن محل ذكر هـــذه المسألة عند ذمه مسألة الشابة الممتدة الطهر ، يعنى أنها مثلها فى أنها تعتد للطلاق بالحيض لابالأشهر . وأما ذكر هاهنا فلا محل له ، لأن التى ترى الدم تعتد للموت بأربعة أشهر وعشر ، فغيرها تعتد بالأشهر لابالحيض بالأولى ، إذ لادخل للحيض فى عدة الوفاة . وأيضا قوله فلم يخرج عنها إلا الحامل صريح فى ذلك . ثم رأيت الرحمتى أفاد بعض ذلك . وقدمنا عن السراج مايفيد بحث الشارح ؛ وهو أن المرضع إذا عالجت الحيض حتى رأت صفرة فى أيامه تنقضى به العدة . فأفاد أنه لابد من حيض المرضع ولو بحيلة الدواء ، وأصرح منه مافى المجتبى . قال أصحابنا : إذا تأخر حيض المطلقة لعارض أو غيره بقيت فى العدة حتى تحيض أو تبلغ حد

(وفى) حق (أمة لم تحض) لطلاق أو فسخ (حيضتان) لعدم التجزى (و) فى (أمة تحيض) لطلاق أو فسخ (أو مات عنها زوجها نصف الحرة) لقبول التنصيف .

(و) فى حق (الحامل) مطلقا ولو أمة أو كتابية أو من زنا بأن تزوج حبلى من زنا ودخل بها ثم مات أو طلقها تعتد بالوضع جواهر الفتاوى (وضع) جميع (حملها)

الإياس اه (قوله وفى حق أمة) أطلقها فشمل الزوجة القنة وأم الولد والمدبرة والمكاتبة والمستسعاة عند الإمام ، ولابد من قيد الدخول فى الأمة إلا فى المتوفى عنها زوجها بحر ، وقيد بالزوجة لأنها لو كانت موطوءة بملك اليمين لاعدة عليها إلا إذا كانت أم ولد مات عنها سيدها أو أعتقها فعدتها ثلاث حيض كما مر (قوله لعدم التجزى) يعنى أن الرق منصف ، ومقتضاه لزوم حيضة ونصف لكن الحيض لايتجزأ فوجبت حيضتان (قوله لطلاق أو فسخ) أو نكاح فاسد أو وطء بشبهة قهستانى (قوله نصف الحرة) أى شهر ونصف فى طلاق ونحوه ، وشهران وخمسة أيام فى الموت (قوله وفى حق الحامل) أى من نكاح ولو فاسدا ، فلا عدة على الحامل من زنا أصلا بحر (قوله مطلقا) أى سواء كان عن طلاق أو وفاة أو متاركة أو وطء بشبهة نهر (قوله ولو أمة) أى منكوحة سواء كانت قنة أو مدبرة أو مكاتبة أو أم ولد أو مستسعاة ط عن الهندية ، ومثل المنكوحة أم الولد إذا مات عنها سيدها أو أعتقها كما فى كاف الحاكم (قوله أو كتابية) لم يقل تحت مسلم كما قال فى سابقه ، إذ لافرق هنا بين كونها تحت مسلم أو ذمى على ماسيأتى فى المتن (قوله أو من زنا الخ) ومثله مالو كان الحمل فى العدة كما فى القهستانى والدر المنتقى .
وفى الحاوى الزاهدى : إذا حبلت المعتدة وولدت تنقضى به العدة سواء كان من المطلق أو من زنا . وعنه لاتنقضى به من زنا ولو كان الحبل بنكاح فاسد وولدت تنقضى به العدة إن ولدت بعد المتاركة لاقبلها اه لكن يأتى قريبا فيمن حبلت بعد موت زوجها الصبى أن لها عدة الموت ، فالمراد بقوله إذا حبلت المعتدة معتدة الطلاق بقرينة مابعده تأمل ، ثم رأيت فى النهر عند مسألة الغار الآتية .

قال : واعلم أن المعتدة لو حملت فى عدتها ذكر الكرخى أن عدتها وضع الحمل ولم يفصل ، والذى ذكره محمد أن هذا فى عدة الطلاق ، أما فى عدة الوفاة فلا تتغير بالحمل وهو الصحيح كذا فى البدائع اه .

وفى البحر عن التاترخانية : المعتدة عن وطء بشبهة إذا حبلت فى العدة ثم وضعت انقضت عدتها . وفيه عن الخانية : المتوفى عنها زوجها إذا ولدت لأكثر من سنتين من الموت حكم بانقضاء عدتها قبل الولادة بستة أشهر وزيادة ، فتجعل كأنها تزوجت بآخر بعد انقضاء العدة وحبلت منه (قوله بأن تزوج حبلى من زنا الخ) أفاد أن العدة ليست من أجل الزنا ، لما تقدم أنه لاعدة على الحامل من الزنا أصلا ، وإنما العدة لموت الزوج أو طلاقه .
قال الرحمتى : ويعلم كون الحمل من زنا بولادتها قبل ستة أشهر من حين العقد (قوله ودخل بها) هو قيد لغير المتوفى عنها لما مر أن عدة الوفاة لايشترط لها الدخول ودخوله بها بالخلوة أو بوطئها مع حرمته لأنه وإن جاز نكاح الحبلى من زنا لايحل وطؤها رحمتى ، ونقل المسألة فى البحر عن البدائع بدون قيد الدخول (قوله وضع حملها) أى بلا تقدير بمدة سواء ولدت بعد الطلاق أو الموت بيوم أو أقل جوهرة ، والمراد به الحمل الذى استبان بعض خلقه أو كله ، فإن لم يستبن بعضه لم تنقض العدة ، لأن الحمل اسم لنطفة متغيرة ، فإذا كان مضغة أو علقة لم تتغير ، فلا يعرف كونها متغيرة بيقين إلا باستبانة بعض الخلق بحر عن المحيط . وفيه عنه أيضا أنه لايستبين إلا فى مائة وعشرين يوما . وفيه عن المجتبى أن المستبين بعض خلقه يعتبر فيه أربعة أشهر وتام الخلق ستة أشهر ، وقدمنا فى الحيض استشكال صاحب البحر لهذا بأن المشاهد ظهور الخلق قبل أربعة أشهر ، فالظاهر أن المراد نفخ الروح

لأن الحمل اسم لجميع مافى البطن .

وفى البحر : خروج أكثر الولد كالكل فى جميع الأحكام إلا فى حلها للأزواج احتياطا ، ولا عبرة بخروج الرأس ولو مع الأقل ، فلا قصاص بقطعه ولا يثبت نسبه من المبانة لو لأقل من سنتين ثم باقيه لأكثر (ولو) كان (زوجها) الميت (صغيرا) غير مراهق وولدت لأقل من نصف حول من موته فى الأصح لعموم آية ـ وأولات الأحمال ـ (وفيمن حبلت بعد موت الصبى) بأن ولدت لنصف حول فأكثر (عدة الموت) إجماعا لعدم الحمل عند الموت (ولا نسب فى حاليه) إذ لاماء للصبى ، نعم ينبغى ثبوته من المراهق احتياطا ، ولو مات فى بطنها ينبغى بقاء عدتها إلى أن ينزل أو تبلغ حد الإياس نهر .

لأنه لايكون قبلها ، وقدمنا تمامه هناك (قوله لأن الحمل الخ) علة لتقدير لفظ الجميع ، فلو ولدت وفى بطنها آخر تنقضى العدة بالآخر ، وإذا أسقطت سقطا إن استبان بعض خلقه انقضت به العدة لأنه ولد وإلا فلا (قوله خروج أكثر الولد كالكل الخ) هذا ينافى تقدير جميع فى قوله وضع جميع حملها ، إلا أن يراد جميع الأفراد لاجميع الأجزاء .

وقد يقال : إن قوله إلا فى حلها للأزواج يقتضى عدم انقضاء عدتها بخروج الأكثر ، وفيه أنها لولم تنقض لصحت مراجعتها قبل خروج باقيه ، فالمراد أنها تنقضى من وجه دون وجه ، ولذا قال فى البحر وقال فى الهارونيات لو خرج أكثر الولد لم تصح الرجعة وحلت للأزواج . وقال مشايخنا : لاتحل للأزواج أيضا ، لأنه قام مقام الكل فى حق انقطاع الرجعة احتياطا ، ولا يقوم مقامه فى حق حلها للأزواج احتياطا اهـ (قوله فى جميع الأحكام) أى فى انقطاع الرجعة ووقوع الطلاق ، أو العتق المعلق بولادتها وصيرورتها نفساء ، فلا تصلى ولا تصوم هذا مايقتضيه الإطلاق (قوله ولو مع الأقل) فى بعض النسخ : ولا مع الأقل بلا النافية وهى الصواب . وعبارة البحر وخروج الرأس فقط أو مع الأقل لاعتبار به ، وذكر قبله عن النوادر تفسير البدن بأنه من الأليتين إلى المنكبين ولا يعتد بالرأس ولا بالرجلين أى فقط (قوله فلا قصاص بقطعه) بل فيه الدية بحر (قوله ولا يثبت نسبه الخ) أى لو جاءت المبانة المدخولة بولد فخرج رأسه لأقل من سنتين وخرج الباقى لأكثر لم يلزمه حتى يخرج الرأس ونصف البدن لأقل من سنتين بحر (قوله ولو كان زوجها) لو وصلية وهو مبالغة على قوله وضع حملها (قوله غير مراهق) أى لم يبلغ ثنى عشرة سنة قهستانى (قوله وولدت لأقل الخ) أى ليتحقق وجود الحمل وقت الموت (قوله فى الأصح) مقابله ماروى شاذا عن الثانى أن لها عدة الموت نهر (قوله بأن ولدت لنصف حول فأكثر) وقيل لأكثر من سنتين وليس بشىء فتح (قوله لعدم الحمل عند الموت) أى لعدم تحقق وجوده عنده فلم تكن من أولات الأحمال (قوله فى حاليه) أى حالى موت الصبى أو حالى وجود الحمل عند موته وحدوثه بعده (قوله إذ لاماء للصبى) أى فلا يتصور منه العلوق ، وإنما ثبت نسب ولد المشرق من مغربية إقامة للعقد مقام العلوق لتصوره حقيقة ، بخلاف الصبى كما فى البحر (قوله نعم ينبغى الخ) عبارة الفتح : ثم يجب كون ذلك الصبى غير مراهق ، أما المراهق فيجب أن يثبت النسب منه إلا إذا لم يمكن بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر من العقد اهـ وأيده فى البحر بقوله ولهذا صور المسألة الحاكم الشهيد فى الكافى بما إذا كان رضيعا اهـ . ولا يخفى أن مفهوم الرواية معتبر فافهم (قوله أو تبلغ حد الإياس) يعنى فتعتد بالأشهر بعده ، وفيه أنه مناف لقوله تعالى ـ وأولات الأحمال ـ الآية فتأمل ح .

قلت : وفى حاشية البحر للشيخ خير الدين : لامعنى للقول بالانقضاء مع وجوده لاشتغال الرحم به كذا

(وفى) حق (امرأة الفارّ من) الطلاق (البائن) إن مات وهى فى العدة (أبعد الأجلين من عدة الوفاة وعدة الطلاق) احتياطا، بأن تتربص أربعة أشهر وعشرا من وقت الموت فيها ثلاث حيض من وقت الطلاق شمنى، وفيه قصور لأنها لو لم تر فيها حيضا تعتد بعدها بثلاث حيض، حتى لو امتد طهرها تبقى عدتها حتى تبلغ سن الإياس فتح (و) قيد بالبائن لأن (لمطلقة الرجعى ما للموت) إجماعا

فى كتب الشافعية. قال الرملى فى شرح المنهاج: ولو مات واستمر أكثر من أربع سنين لم تنقض إلا بوضعه لعموم الآية كما أفتى به الوالد، ولا مبالاة بتضررها بذلك. وقال ابن قاسم فى حاشية شرح المنهج: قال شيخنا الطبلاوى أفتى جماعة عصرنا بالتوقف على خروجه: والذى أقوله عدم التوقف إذا أيس من خروجه لتضررها بمنعها من التزوج اه ولاشىء من قواعدنا يدفع ماقالوه فاعلم ذلك اه ملخصا، وبه ظهر أن المراد من قوله أو تبلغ حد الإياس هو الإياس من خروجه، وهل المراد منه نهاية حد الحمل وهو أربع سنين عند الشافعية وسنتان عندنا أو أعم من ذلك، محتمل. والذى ينبغى العمل بما قاله الجماعة الموافقته صريح الآية (قوله وفى حق امرأة الفار الخ) معطوف على قوله سابقا فى حق حرة تحيض، ومتعلق بما تعلق به وهو الضمير العائد على العدة، وقوله من الطلاق متعلق به: ولو قال للطلاق باللام لكان أظهر، والمراد بامرأة الفارّ من أبانها فى مرضه بغير رضاها بحيث صار فارا ومات فى عدتها فعدتها أبعد الأجلين عندهما خلافا لأبى يوسف لأنه وإن انقطع النكاح بالطلاق حقيقة لكنه باق حكما فى حق الإرث فيجمع بين عدة الطلاق والوفاة احتياطا، وتمامه فى الفتح.

قلت: وهو صريح فى أنه لو أبانها فى مرضه برضاها بحيث لم يصر فارا تعتد عدة الطلاق فقط وهى واقعة الفتوى فلتحفظ. وخرج أيضا مالو طلقها بائنا فى صحته ثم مات لاتنتقل عدتها ولا ترث اتفاقا صرح به فى الفتح لأنه ليس فارا (قوله إن مات وهى فى العدة) بأن لم تحض ثلاثا قبل موته، فإن حاضت ثلاثا قبله انقضت عدتها ولم تدخل تحت المسألة لأنه لاميراث لها إلا إذا مات قبل انقضاء العدة. وقد أشكل ذلك على بعض حنفية العصر لعدم التأمل بحر (قوله من عدة الوفاة الخ) بيان لأبعد الأجلين، فمن بيانية لا متعلقة بأبعد ط (قوله احتياطا) علمت وجهه (قوله وفيه قصور) لأن قوله فيها ثلاث حيض يقتضى أنه لابد أن تكون الحيض الثلاث أو بعضها فى مدة الأربعة الأشهر وعشر (قوله حتى تبلغ الإياس) فإذا بلغت سن الإياس تعتد بالأشهر كما صرح به فى الفتح أيضا فافهم (قوله وقيد بالبائن الخ) حاصل المسألة أن الزوج إذا طلق زوجته طلاقا رجعيا فى صحته أو مرضه ودخلت فى عدة الطلاق ثم مات والعدة باقية تنتقل عدتها إلى عدة الموت إجماعا لأنها حينئذ زوجته وترث منه. أما إذا كانت منقضية لم تكن زوجته، فلا يجب عليها بموته شىء ولا ترثه، وكذا لو طلقها بائنا فى صحته ثم مات فى عدتها كما مر؛

ثم لايخفى أن امرأة الفارّ هى التى طلقها بائنا فى مرضه ومات فى عدتها فلو كان رجعيا لم تكن كذلك، فقول المصنف تبعا للكنز وغيره ولمطلقة الرجعى عطفا على قوله من البائن يقتضى أن امرأة الفارّ تارة يكون طلاقها بائنا وتارة رجعيا، وأن حكم طلاقها البائن مامر وهذا حكم طلاقها الرجعى؛

ولايخفى أن مطلقة الرجعى لو سميت امرأة الفار لزم منه لوازم باطلة، ذكرها فى الشرنبلالية وألف لها رسالة خاصة وذكر أن هذا الإيهام وقع فى كثير من الكتب وحكم عليها بالخطإ؛

ولايخفى أنه ليس فيها سوى المسامحة فى العطف على امرأة الفارّ اعتمادا على ظهور المراد لأجل الاختصار ليستغنى

(و) العدة (فيمن أعتقت فى عدة رجعى لا) عدة (البائن و) لا (الموت) أن تتم (كعدة حرة . ولو) أعتقت (فى أحدهما) أى البائن أو الموت (فكعدة أمة) لبقاء النكاح فى الرجعى دون الأخيرين ، وقد تنتقل العدة ستا كأمة صغيرة منكوحة طلقت رجعيا فتعتد بشهر ونصف فحاضت تصير حيضتين فأعتقت تصير ثلاثا فامتد طهرها للإياس تصير بالأشهر فعاد دمها تصير بالحيض فمات زوجها تصير أربعة أشهر وعشرا .

(آيسة اعتدت بالأشهر ثم عاد دمها) على جارى عادتها أو حبلت من زوج آخر بطلت عدتها وفسد نكاحها و (استأنفت بالحيض) لأن شرط الخلفية تحقق الإياس عن الأصل وذلك بالعجز الدائم إلى الموت ، وهو ظاهر الرواية كما فى الغاية ، واختاره فى الهداية فتعين المصير إليه ،

عن التقييد بموته فى العدة (قوله والعدة) مبتدأ خبره قوله أن تتم ، وأشار به إلى أنها لا يجب عليها أن تستأنف عدة حرة بل انتقلت عدتها إلى عدة الحرائر ، فتبنى على مامضى وتكمل ثلاث حيض أو ثلاثة أشهر إن كانت ممن لا تحيض فافهم ، وأفاد قوله أعتقت فى عدة رجعى أن العتق بعد طلاق الزوج ، إذ لو كان قبله لزمها عدة الحرة ابتداء وأن هذه عدة طلاق لا عتق ، لأنها لو كانت أم ولده وأعتقها وهى منكوحة الغير لا عدة عليها لكونها محرمة عليه كما مر ، وأفاد أن العدة باقية ، إذ لو أعتقها بعد انقضاء عدتها أو مات لزمها ثلاث حيض كما مر لأنها عادت فراشا له كما يعلم من الجوهرة (قوله فكعدة أمة) أى حيضتين أو شهر ونصف أو شهرين وخمسة أيام بلا انقلاب إلى عدة الحرة قهستانى (قوله لبقاء النكاح فى الرجعى) بيان للفرق ، وهو أن النكاح قائم من كل وجه بعد الطلاق الرجعى ، وبالعتق كمل ملك الزوج عليها ، والعدة فى الملك الكامل مقدرة شرعا بثلاث حيض بخلافه بعد البائن أو الموت (قوله وقد تنتقل العدة ستا) جعلها ستا باعتبار المنتقل عنه وإلا فالانتقالات خمس أفاده ط (قوله طلقت رجعيا) قيد بالرجعى ليمكن انتقالها بالعتق وبالموت ، وقد خفى ذلك على محشى مسكين أفاده ط (قوله فحاضت) أى قبل تمام العدة وكذا يقال فيما بعده ط (قوله تصير ثلاثا) أى تنتقل إلى عدة الحرائر لأن طلاقها رجعى كما علمت (قوله الإياس) أى إلى أن وصلت إلى سن الإياس (قوله تصير بالأشهر) ولا يعتبر الأيام التى وجدت حال الصغر قبل حدوث الحيض ط (قوله فعاد دمها) ومثله مالو حبلت ، ولو ذكره لاستوفى المثال أنواع العدة الثلاثة ، وهى العدة بالحيض ، وبالأشهر ، وبوضع الحمل ، لكن لو مات زوجها تبقى عدتها بوضع الحمل ولا تنتقل إلى الأشهر (قوله تصير بالحيض) مبنى على أحد الأقوال الآتية (قوله تصير أربعة أشهر وعشرا) لأنها معتدة الرجعى فلها عدة الموت كما مر .

قلت : وقد اشتمل هذا المثال على عدة الصغيرة والكبيرة والأمة والحرة والحائض والآيسة والمطلقة والمتوفى عنها زوجها والمعتقة ، ويزاد عاشرة وهى الحبلى على ماذكرنا (قوله ثم عاد دمها) أى فى أثناء الأشهر أو بعدها ، يدل عليه قوله أو حبلت من زوج آخر فإن حبلها منه لا يكون إلا بعد الأشهر ، ويدل عليه أيضا مقابله وهو قوله لكن اختار البهنسى الخ اهـ ح (قوله على جارى عادتها) مقتضاه اعتبار عادة نفسها ، وهذا أحد أقوال وهو غير المعتمد ، فالأولى التعبير بقوله على العادة كما فى الهداية :

قال فى البحر : واختلفوا فى معنى قوله إذا رأت الدم على العادة ، فقيل معناه إذا كان سائلا كثيرا احترازا عما إذا رأت بلة يسيرة ، وقيل معناه ماذكر وأن يكون أحمر أو أسود لا أصفر ولا أخضر أو تربية ، وقيل معناه أن يكون على العادة الجارية ، حتى لو كان عادتها قبل الإياس أصفر فرأته كذلك انتقض كذا فى الفتح ، وصرح فى المعراج بأن الفتوى على الأول اهـ والأخير هو ماذكره الشارح فافهم (قوله لأن شرط الخلفية) أى خلفية الأشهر

قاله فى البحر بعد حكاية ستة أقوال مصححة وأقره المصنف ، لكن اختار البهنسى مااختاره الشهيد أنها إن رأته قبل تمام الأشهر استأنفت لابعدها.

قلت : وهو مااختاره صدر الشريعة ومنلاخسرو والباقانى ،وأقره المصنف فى باب الحيض، وعليه فالنكاح جائز وتعتدّ فى المستقبل بالحيض كما صححه فى الخلاصة وغيرها . وفى الجوهرة والمجتبى أنه الصحيح المختار ،وعليه الفتوى . وفى تصحيح القدورى : وهذا التصحيح أولى من تصحيح الهداية . وفى النهر أنه أعدل الروايات ، وتمامه فيما علقته على الملتقى.

(والصغيرة) لو حاضت بعد تمام الأشهر (لا) تستأنف (إلا إذا حاضت فى أثنائها) فتستأنف بالحيض (كما تستأنف) العدة (بالشهور من حاضت حيضة) أو ثنتين (ثم أيست) تحرزا عن الجمع بين الأصل والبدل (و) الإياس (سنة) للرومية وغيرها (خمس وخمسون) عند الجمهور وعليه الفتوى . وقيل الفتوى على خمسين نهر . وفى البحر عن الجامع : صغيرة بلغت ثلاثين سنة ولم تحض حكم بإياسها.

عن الحيض ، والخلف هو الذى لا يصار إليه إلا عند تعذر الأصل كالفدية للشيخ الفانى . وأما البدل كالمسح على الخفين فلا يشترط فيه ذلك أفاده ط (قوله ستة أقوال مصححة) أحدها ينتقض مطلقا ، واختاره فى الهداية . الثانى لاينتقض مطلقا ، واختاره الإسبيجابى . الثالث ينتقض إن رأته قبل تمام الأشهر لابعدها ، وأفتى به الصدر الشهيد . وفى المجتبى وهو الصحيح المختار للفتوى . الرابع ينتقض على رواية عدم التقدير للإياس التى هى ظاهر الرواية ، فإنما ثبت الأمر على ظنها فلما حاضت تبين خطؤها ، ولاينتقض على رواية التقدير له ، واختاره فى الإيضاح واقتصر عليه فى الخانية ، وجزم به القدورى والجصاص ، ونصره فى البدائع . الخامس ينتقض إن لم يكن حكم بإياسها ، وإن حكم به فلا كأن يدعى أحدهما فساد النكاح فيقضى بصحته ، وهو قول محمد بن مقاتل ، وصححه فى الاختيار . السادس ينتقض فى المستقبل فلا تعتد إلا بالحيض للطلاق بعده لا الماضى فلا تفسد الأنكحة المباشرة بعد الاعتداد بالأشهر ، وصححه فى النوازل اهـ (قوله وعليه) أى على هذا القول فالنكاح جائز لأنه إنما يتم بعد تمام الأشهر فوقع معتبر الوجود شرطه وهو الإياس بوجود سببه وهو الانقطاع فى مدته التى يغلب فيها ارتفاع الحيض وهو الخمس والخمسون ،ولا تعتد فى المستقبل إلا بالحيض لتحقق الدم المعتاد خارجا من الفرج على غير وجه الفساد بل على الوجه المعتاد ، فإذا تحقق اليأس تحقق حكمه وإذا تحقق الحيض تحقق حكمه . وأما اشتراط دوام الانقطاع إلى الموت فى اليأس فلا دليل له فقد يتحقق اليأس من الشىء ثم يوجد ، وتمامه فى الفتح ، وهذا كما ترى ترجيح أيضا لهذا القول (قوله لاتستأنف) لأنه لم يتبين بالحيض أنها كانت قبل من ذوات الأقراء بخلاف الآيسة ط (قوله إلا إذا حاضت) استثناء منقطع ط (قوله فى أثنائها) أى قبل تمامها ولو بساعة ط (قوله ثم أيست) أى بلغت سن الإياس عند الحيضتين وانقطع دمها فتح (قوله للرومية وغيرها) وقيل الرومية خمس وخمسون ولغيرها ستون ، وقيل ستون مطلقا ، وقيل سبعون : وفى ظاهر الرواية لاتقدير فيه بل أن تبلغ من السن مالايحيض مثلها فيه ، وذلك يعرف بالاجتهاد والمماثلة فى تركيب البدن والسمن والهزال اهـ ح عن البحر . وفى القهستانى وقيل ثلاثون (قوله وقيل الفتوى على خمسين) قال القهستانى : وبه يفتى اليوم كما فى المفاتيح (قوله وفى البحر عن الجامع الخ) يحتمل أن يكون مبنيا على القول بتقديره بثلاثين ، لكن ظاهر قوله ولم تحض أنها لم يسبق لها حيض أصلا وهى الشابة التى بلغت بالسن ومر حكمها ، ويؤيده مافى التاترخانية عن الينابيع : امرأة مترأت الدم وهى بنت ثلاثين سنة مثلا رأت يوما دما لاغير ثم طلقها زوجها قال : ليست هى بآيسة . وقال أبو جعفر : تعتد بالشهور لأنها من اللاتى لم يحضن ، وبه نأخذ اهـ .

(وعدة المنكوحة نكاحا فاسدا) فلا عدة فى باطل وكذا موقوف قبل الإجازة اختيار ، لكن الصواب ثبوت العدة والنسب بحر .

[تنبيه] هل يؤخذ بقولها إنها بلغت سن اليأس كما يقبل قولها بالبلوغ بعد الصغر أم لابد من بينة ؟ لم أر من صرح به من علمائنا ، وينبغى الأول على رواية التقدير بمدة ، أما على رواية عدمه فالمعتبر اجتهاد الرأى كما مر تأمل .

[تتمة] ذكر فى الحقائق شرح المنظومة النسفية فى باب ٧ الإمام مالك مانصه : وعندنا مالم تبلغ حد الإياس لا تعتد بالأشهر ، وحده خمس وخمسون سنة هو المختار ، لكنه يشترط للحكم بالإياس فى هذه المدة أن ينقطع الدم عنها مدة طويله وهى ستة أشهر فى الأصح ، ثم هل يشترط أن يكون انقطاع ستة أشهر بعد مدة الإياس ؟ الأصح أنه ليس بشرط ، حتى لو كان منقطعا قبل مدة الإياس ثم تمت مدة الإياس وطلقها زوجها يحكم بإياسها وتعتد بثلاثة أشهر ، هذا هو المنصوص فى الشفاء فى الحيض وهذه دقيقة تحفظ اه . ونقل هذه العبارة وأقرها الشهاب أحمد بن يونس الشلبى فى شرحه على الكنز عن خط العلامة باكير شارح الكنز غير معزية لأحد، ونقلها ط عن السيد الحموى .

مطلب عدة المنكوحة فاسدا والموطوءة بشبهة

(قوله وعدة المنكوحة الخ) مبتدأ خبره قوله الآتى الحيض ، وهذه الجملة بتمامها مستغنى عنها بقوله سابقا كذا أم ولد مات عنها مولاها أو أعتقها وموطوءة بشبهة أو نكاح فاسد فى الموت والفرقة ط . على أن كلامه هنا يوهم وجوب العدة فى النكاح الفاسدة ولو قبل الوطء وليس كذلك ، فإنها لا تجب فيه بالخلوة بل بالوطء فى القبل كامر فى باب المهر (قوله نكاحا فاسدا) هى المنكوحة بغير شهود ، ونكاح امرأة الغير بلا علم بأنها متزوجة ، ونكاح المحارم مع العلم بعدم الحل فاسد عنده خلافا لهما فتح .

مطلب فى النكاح الفاسد والباطل

(قوله فلا عدة فى باطل) فيه أنه لا فرق بين الفاسد والباطل فى النكاح ، بخلاف البيع كما فى نكاح الفتح والمنظومة المحبية ، لكن فى البحر عن المجتبى : كل نكاح اختلف العلماء فى جوازه كالنكاح بلا شهود فالدخول فيه موجب للعدة ، أما نكاح منكوحة الغير ومعتدته فالدخول فيه لا يوجب العدة إن علم أنها للغير لأنه لم يقل أحد بجوازه فلم ينعقد أصلا ، فعلى هذا يفرق بين فاسده وباطله فى العدة ، ولهذا يجب الحد مع العلم بالحرمة لكونها زنا كما فى القنية وغيرها اه .

قلت : ويشكل عليه أن نكاح المحارم مع العلم بعدم الحل فاسد كما علمت مع أنه لم يقل أحد من المسلمين بجوازه وتقدم فى باب المهر أن الدخول فى النكاح الفاسد موجب للعدة وثبوت النسب ، ومثل له فى البحر هناك بالتزوج بلا شهود وتزوج الأختين معا أو الأخت فى عدة الأخت ، ونكاح المعتدة والخامسة فى عدة الرابعة والأمة على الحرة اه (قوله اختيار) ومثله فى المحيط معللا بأن النسب لا يثبت فيه لأنه موقوف فلم ينعقد فى حق حكمه فلا يؤثر شبهة الملك اه (قوله لكن الصواب الخ) فقد نقل الزيلعى فى النكاح الفاسد ما نصه : وذكر فى كتاب الدعوى من الأصل : إذا تزوجت المرأة بغير إذن مولاها ودخل بها الزوج وولدت لستة أشهر مذ تزوجها فادعاه المولى والزوج فهو ابن الزوج ، فقد اعتبره من وقت النكاح لا من وقت الدخول ، ولم يحك

(والموطوءة بشبهة) ومنه تزوج امرأة الغير غير عالم بحالها كما سيجيء ، والموطوءة بشبهة أن تقيم مع زوجها الأول وتخرج بإذنه فى العدة لقيام النكاح بينهما ، إنما حرم الوطء حتى تلزمه نفقتها وكسوتها بحر : يعنى إذا لم تكن عالمة راضية

خلافا : قال الحلوانى : هذه المسألة دليل على أن الفراش ينعقد بنفس العقد فى النكاح الفاسد ، خلافا لما يقوله البعض إنه لاينعقد إلا بالدخول اه فهذا صريح فى ثبوت النسب فيه ، ويتبعه وجوب العدة ، فكان مافى المحيط والاختيار سهوا بحر .

قلت : لكن يشكل على هذا تصريحهم بأن النكاح الفاسد إنما يجب فيه مهر المثل ،والعدة بالوطء لابمجرد العقد ولا بالخلوة لفسادها لعدم التمكن فيها من الوطء كالخلوة بالحائض ، فلا تقام مقام الوطء كما صرح بذلك فى الفتح والبحر وغيرهما فى باب المهر ، إلا أن يقال إن انعقاد الفراش بنفس العقد إنما هو بالنسبة إلى النسب لأنه يحتاط فى إثباته إحياء للولد .

ثم اعلم أنه ذكر فى البحر هناك أنه تعتبر مدة النسب وهى ستة أشهر من وقت الدخول عند محمد وعليه الفتوى لأن النكاح الفاسد ليس بداع إليه والإقامة باعتباره ، كذا فى الهداية أى إقامة العقد مقام الوطء باعتبار كون العقد داعيا إلى الوطء . وعندهما ابتداء المدة من وقت العقد قياسا على الصحيح ، والمشايخ أفتوا بقول محمد لعدم صحة القياس المذكور . وفائدة الخلاف فيما إذا أتت بولد لستة أشهر من وقت العقد ولأقل منها من وقت الدخول فإنه لايثبت نسبه على المفتى به اه .

إذا علمت ذلك فيمكن أن يحمل مافى الاختيار والمحيط على قول محمد ، وأن المراد من عدم ثبوت النسب إذا أتت به لأقل من ستة أشهر من وقت الدخول وإن كان لأكثر منها من وقت العقد ،ويحمل ماتقدم عن الزيلعى على قولهما بدليل أنه فرض المسألة فيما إذا ولدت لستة أشهر مذتزوجها ولم يعتبر وقت الدخول بقرينة تمام الكلام ولا يخفى أن التوفيق أولى من الخطأ وشق العصا (قوله والموطوءة بشبهة) كالتى زفت إلى غير زوجها والموجودة ليلا على فراشه إذا ادعى الاشتباه كذا فى الفتح . وأفاد فى النهر بحثا أن من ذلك ماوقع الاستفتاء عنه فيمن اشترى أمة فوطئها ثم أثبتت أنها حرة الأصل اه وهو ظاهر . ومن ذلك مالووطئ معتدته بشبهة وسيأتى ،ومنه مافى كتب الشافعية إذا أدخلت منيا فرجها ظانته منى زوج أو سيد عليها العدة كالموطوءة بشبهة . قال فى البحر : ولم أره لأصحابنا ، والقواعد لاتأباه لأن وجوبها لتعرف براءة الرحم (قوله ومنه) أى من قسم الوطء بشبهة . قال فى النهر : وأدخل فى شرح السمرقندى منكوحة الغير تحت الموطوءة بشبهة . حيث قال أى بشبهة الملك أو العقد ، بأن زفت إليه غير امرأته فوطئها أو تزوج منكوحة الغير ولم يعلم بحالها . وأنت خبير بأن هذا يقتضى الاستغناء عن المنكوحة فاسدا إذ لاشك أنها موطوءة بشبهة العقد أيضا بل هى أولى بذلك من منكوحة الغير إذ اشتراط الشهادة فى النكاح مختلف فيه بين العلماء بخلاف الفراغ عن نكاح الغير اه :

إذا علمت ذلك ظهر لك أن الشارح متابع لما فى شرح السمرقندى لامخالف له ، إذلو قصد مخالفته كان عليه أن يذكر قوله ومنه الخ عقب قوله المنكوحة نكاحا فاسدا لابعد قوله والموطوءة بشبهة فافهم . ويمكن الجواب عن السمرقندى بأنه حمل المنكوحة نكاحا فاسدا على ماسقط منه شرط الصحة بعد وجود المحلية كالنكاح المؤقت أو بغير شهود ، أما منكوحة الغير فهى غير محل إذ لايمكن اجتماع ملكين فى آن واحد على شىء واحد ، فالعقد لم يؤثر ملكا فاسدا وإنما أثر فى وجود الشبهة والشارح كثير المتابعة للنهر ، فلعله خالفه هنا إشارة إلى ماقلنا (قوله كما سيجيء) أى فى المتن آخر الباب (قوله يعنى إذا لم تكن عالمة راضية) هذا مذكور أيضا فى البحر ، واستشهد له

كما سيجيء (وأم الولد) فلا عدة على مدبرة ومعتقة (غير الآيسة والحامل) فإن عدتهما بالأشهر والوضع (الحيض للموت) أى موت الواطئ (وغيره) كفرقة أو متاركة ، لأن عدة هؤلاء لتعرف براءة الرحم وهو بالحيض ، ولم يكتف بحيضة احتياطا (ولااعتداد بحيض طلقت فيه) إجماعا .

(وإذا وطئت المعتدة بشبهة)

مما فى الخانية من أن المنكوحة إذا تزوجت رجلا ودخل بها ثم فرق بينهما لايجب على الزوج الأول نفقتها مادامت فى العدة ، لأنها لما وجبت عليها العدة صارت ناشزة اهـ (قوله كما سيجىء) أى قبيل الفروع (قوله وأم الولد) أى التى مات مولاها أو أعتقها ولا نفقة لها فى هذه العدة كما فى البحر عن كافى الحاكم أى لأنها عدة وطء لاعقد (قوله فلا عدة على مدبرة ومعتقة) المناسب وأمة بدل قوله ومعتقة :

قال فى البحر : وقيد بأم الولد لأن المدبرة والأمة إذا أعتقت أو مات سيدها لاعدة عليها بالإجماع كما ذكره الإسبيجابى اهـ أى لأنه لا فراش لها كما قدمه الشارح (قوله غير الآيسة والحامل) منصوب على الحالية من ضمير المنكوحة والموطوءة وأم الولد أو مجرورنعت لهن ، وكان الأولى أن يزيد قوله وغير المحرمة عليه وهذا فى أم الولد وكأنه لم يذكره لكونه صرح به فيما مر (قوله بالأشهر والوضع) فيه لف ونشر مرتب (قوله الحيض) جمع حيضة أى عدة المذكورات ثلاث حيض إن كن من ذوات الحيض وإلا فالأشهر أو وضع الحمل ، وهذا إن كانت المنكوحة نكاحا فاسدا أو الموطوءة بشبهة حرة إذ للأمة حيضتان كما فى البحر (قوله أى موت الواطئ) أى فى المسائل الثلاث ، وأفاد أنه لاعدة فى النكاح الفاسد بدون وطء كما قدمناه والواطئ فى الأخيرة هو المولى الذى مات عنها أو أعتقها ، أما لو كان زوجا تكون عدتها عدة الأمة المنكوحة (قوله وغيره) أى غير الموت وهذا خاص فيما عدا الأخيرة (قوله كفرقة) الأولى كتفريق أى تفريق القاضى ، وسيأتى أن ابتداء العدة فى الموت من وقت الموت وفى غيره من وقت التفريق أو المتاركة ، ويأتى بيان المتاركة (قوله لأن عدة هؤلاء الخ) جواب سؤال حاصله لم كانت عدة هؤلاء بالحيض ولم يعتبروا فيهن عدة وفاة ط (قوله لتعرف براءة الرحم) أى لأجل أن يعرف أن الرحم غير مشغول لا لقضاء حق النكاح إذ لانكاح صحيح والحيض هو المعرف (قوله ولم يكتف بحيضة) كالاستبراء لأن الفاسد ملحق بالصحيح احتياطا منح (قوله ولا اعتداد بحيض طلقت فيه) أى إذا طلقها فى الحيض لايحسب من العدة ، لأن ما وجد قبل الطلاق لايحتسب به منها لعدم التجزى ، فلو احتسب كل من الرابعة فوجبت كلها لعدم التجزى أيضا نهر . قال فى الدر المنتقى ، لو قال بحيض وقعت الفرقة فيه لكان أشمل .

مطلب فى وطء المعتدة بشبهة

(قوله وإذا وطئت المعتدة) أى من طلاق أو غيره در منتقى ، وكذا المنكوحة إذا وطئت بشبهة ثم طلقها زوجها كان عليها عدة أخرى وتداخلتا كما فى الفتح وغيره (قوله بشبهة) متعلق بقوله وطئت ، وذلك كالموطوءة للزوج فى العدة بعد الثلاث بنكاح ، وكذا بدونه إذا قال ظننت أنها تحل لى أو بعد ما أبانها بألفاظ الكناية ، وتمامه فى الفتح ، ومفاده أنه لو وطئها بعد الثلاث فى العدة بلا نكاح عالما بحرمتها لاتجب عدة أخرى لأنه زنا .

وفى البزازية : طلقها ثلاثا ووطئها فى العدة مع العلم بالحرمة لاتستأنف العدة بثلاث حيض ويرجمان إذا علما بالحرمة ووجد شرائط الإحصان ، ولو كان منكرا طلاقها لا تنقضى العدة ، ولو ادعى الشبهة تستقبل . وجعل فى النوازل البائن كالثلاث ، والصدر لم يجعل الطلاق على مال والخلع كالثلاث ، وذكر أنه لو خالعها ولو بمال ثم وطئها فى العدة عالما بالحرمة تستأنف العدة لكل وطأة وتتداخل العدد إلى أن تنقضى الأولى ، وبعده تكون الثانية والثالثة عدة الوطء لا الطلاق حتى لا يقع فيها طلاق آخر ولا تجب فيها نفقة اهـ وما قاله الصدر هو ظاهر

ولو من المطلق (وجبت عدة أخرى) لتجدد السبب (وتداخلتا، والمرئي) من الحيض (منهما و) عليها أن (تتم) العدة (الثانية إن تمت الأولى) وكذا لو بالأشهر أو بهما لومعتدة وفاة، فلو حذف قوله والمرئي منهما لعمهما وعم الحائل لو حبلت فعدتها الوضع إلا معتدة الوفاة

ماقدمناه آنفا عن الفتح حيث جعل الوطء بعد الإبانة ألفاظ الكناية من الوطء بشبهة أي لقول بعض الأئمة بأنه لايقع بها البائن فأورث الخلاف فيها شبهة (قوله ولو من المطلق) أي كما مثلنا آنفا. ثم الأولى أن يقول ولو من غيرالمطلق لما في الفتح من أن الشافعي وافقنا في أحد قوليه فيما إذا كان الواطئ المطلق اهـ. فعلم أن غيرالمطلق هومحل الخلاف، فكان المناسب التنصيص عليه ليدخل المطلق بالأولى.

وفي الدرر: اعلم أن المرأة إذا وجب عليها عدتان، فإما أن يكونا من رجلين أو من واحد، ففي الثاني لاشك أن العدتين تداخلتا، وفي الأول إن كانتا من جنسين كالمتوفى عنها زوجها إذا وطئت بشبهة أو من جنس واحد كالمطلقة إذا تزوجت في عدتها فوطئها الثاني وفرق بينهما تداخلتا عندنا ويكون ماتراه من الحيض محتسبا منهما جميعا، وإذا انقضت العدة الأولى ولم تكمل الثانية فعليها إتمام الثانية اهـ (قوله والمرئي منهما الخ) بيان للتداخل، فلو كانت وطئت بعد حيضة من الأولى فعليها حيضتان تكملة الأولى وتحتسب بهما من عدة الثاني، فإذا حاضت واحدة بعد ذلك تمت الثانية أيضا نهر، وهذا إذا كان بعد التفريق بينهما وبين الواطئ الثاني، أما إذا حاضت حيضة قبله فهي من عدة الأول خاصة، وتمامه في البحر عن الجوهرة: وقال: وإذا كان الواطئ هو المطلق فهل يشترط أن يكون بعد التفريق أيضا؟ لم أره صريحا اهـ.

قلت: الظاهر أن التفريق حكم العقد الفاسد لرفع شبهته، أما الوطء بشبهة بدون عقد فإن الشبهة ترتفع بمجرد العلم بحقيقة الحال، والله أعلم.

وفي البحر عن الخانية: وإذا تمت عدة الأول حل للثاني أن يتزوجها لا لغيره مالم تتم عدة الثاني بثلاث حيض من حين التفريق، وإذا كان طلاق الأول رجعيا كان له أن يراجعها في عدته ولا يطؤها حتى تنقضي عدة الثاني اهـ ملخصا. وفيه عن الجوهرة: ثم إذا تداخلتا والعدة من رجعي فلا نفقة لها على واحد منهما ولو من بائن فنفقتها على الأول، والزوجة إذا تزوجت بآخر وفرق بينهما بعدالدخول فلا نفقة لها على زوجها لأنها منعت نفسها في العدة اهـ.

قلت: ولعل الفرق في البائن أن المنع بالبينونة لابالعدة من الثاني بخلاف الرجعي، وإنما لم تجب على الواطئ لأن عدتها منه عدة وطء ولا نفقة فيها تأمل.

[تنبيه] يمكن انقضاء العدتين معا كمعتدة بالأشهر لوفاة وطئت فيها بشبهة وحاضت فيها ثلاثا وانقضاء الثانية قبل الأولى، كما لو تمت الحيض قبل تمام أربعة أشهر وعشر ويمكن تأخر الثانية بجملتها عن الأولى كما لو حاضت بعد تمام الأشهر (قوله وكذا لو بالأشهر) كآيسة وطئت بشبهة في خلال عدتها فإنها تتم الثانية بالأشهر أيضا نهر (قوله أو بهما لو معتدة وفاة) مثاله ماذكرناه في التنبيه آنفا، وكان الأولى أن يزيد أو بوضع الحمل وهو مسألة الحائل الآتية (قوله فلو حذف قوله والمرئي منهما) أي الذي هو قاصر على الحيض. وقد يجاب بأن المراد بالمرئي الحاصل بالعلم لابرؤية البصر ط (قوله لعمهما) أي لعم من تعتد العدتين بالأشهر ومن تعتد بالأشهر للوفاة وبالحيض لوطء الشبهة (قوله وعم الحائل لو حبلت) عطف على لعمهما: أي ولعم من تعتد العدتين بوضع الحمل كالحائل بالمثنى وهي من لم تكن حبلى، فإذا حبلت في العدة تنقضي بوضعه سواء كان من المطلق أو من زنا أو من نكاح فاسد إذا ولدته بعد المتاركة لاقبلها كما قدمناه عن الحاوي الزاهدي (قوله إلا معتدة الوفاة الخ) أفاد أن المراد بالحائل إذا كانت معتدة من طلاق أو فسخ بخلاف المعتدة من وفاة فافهم. قال في النهر: وفي الخلاصة: وكل

فلا تتغير بالحمل كما مر ؛ وصححه فى البدائع (ومبدأ العدة بعد الطلاق و) بعد (الموت) على الفور (وتنقضى العدةوإن جهلت) المرأة (بهما) أى بالطلاق والموت لأنها أجل فلايشترط العلم بمضيه سواء اعترف بالطلاقأوأنكر (فلو طلق امرأته ثم أنكره وأقيمت عليه بينة وقضى القاضى بالفرقة) كأن ادعته عليه فى شوال وقضى به فى المحرم (فالعدة من وقت الطلاق لامن وقت القضاء) بزازية : وفى الطلاق المبهم من وقت البيان ؛ ولو شهدا بطلاقها ثم بعد أيام عدلا فقضى بالفرقة فالعدة من وقت الشهادة لاالقضاء ، بخلاف ما (لو أقر بطلاقها منذ زمان) ماض فإن الفتوى أنها من وقت الإقرار مطلقا

من حملت فى عدتها فعدتها أن تضع حملها ، وفى المتوفى عنها زوجها إذا حملت بعد موت الزوج فعدتها بالشهور اه وقدمر عن البدائع اه . والذى مر عن البدائع ذكره فى النهر عند مسألة عدة الفار ، وهو الذى كتبناه فى عدة الحامل عند قوله أو من زنا حيث قال أما فى عدة الوفاة فلا تتغير بالحمل وهو الصحيح أى بل تبقى عدتها أربعة أشهر وعشرا (قوله كما مر) أى عند قول المصنف وللموت أربعة أشهر وعشر مطلقا ، حيث قال الشارح هناك فلم يخرج عنها إلا الحامل يعنى من مات عنها وهى حامل كما قدمناه :

فعلم أن من لم تكن حاملا عند الموت وحبلت بعده فهى داخلة تحت الإطلاق فلا تتغير عدتها بل تبقى بالأشهر ويعلم أيضا من قوله بعده وفيمن حبلت بعد موت الصبى عدة الموت إجماعا لعدم الحمل عند الموت اه فافهم ، لكن الظاهر أن هذا بالنظر إلى الوفاة ، أما عدة الوطء الذى حصل منه الحمل فلا تنقضى إلا بوضعه إن كان بشبهة لأنه ثابت النسب ، بخلاف مالو كان من زنا لأن الزنا لاعدة له أصلا فافهم (قوله لأنها أجل) أى لأن العدة أجل فلا يشترط العلم بمضيه أى بمضى الأجل اهـ ح وفى عامة النسخ لأنهما بضمير التثنية أى عدة الطلاق وعدة الموت :

قلت : وهذا مبنى على تعريف البدائع من أن العدة أجل ضرب لانقضاء مابقى من آثار النكاح وقدمنا ترجيحه (قوله فلو طلق) تفريع على المتن ط (قوله من وقت البيان) لأنه إنشاء من وجه بحر ، وهذه الجملة بمنزلة الاستثناء من قوله ومبدأ العدة بعد الطلاق والموت اهـ ح . قال فى الشرنبلالية : قوله وابتداؤها عقيبهما أى عقيب الطلاق والموت يستثنى منه من بين طلاقها فإن عدتها من وقت البيان لامن وقت قوله إحدا كما طالق ، وإن مات قبل البيان لزم كلا منهما عدة الوفاة تستكمل فيها ثلاث حيض كما فى البزازيةاه وسيأتى استثناء مسائل أخر فى كلامه (قوله عدلا) أى الشاهدان أى زكاهما غيرهما ليصح القضاء بشهادتهما على ماعرف فى موضعه (قوله من وقت الشهادة) على حذف مضاف : أى من وقت تحمل الشهادة لأن من وقت أدائها ، فإنهما لو شهدا فى المحرم أنه طلقها فى شوال كان ابتداء العدة من شوال كما تقدم ح :

قلت : والظاهر أن يراد وقت الشهادة على ظاهره بناء على أن أداءها حصل وقت التحمل لأنها شهادة حسبة يفسق الشاهد بتأخيرها بلا عذر فلا تقبل كما أشار إليه فى البحر (قوله بخلاف الخ) مرتبط بقوله فالعدة من وقت الطلاق (قوله فإن الفتوى أنها من وقت الإقرار مطلقا) أى سواء صدقته أم كذبته أم قالت لا أدرى كما يدل عليه السياق . قال فى البحر : وظاهر كلام محمد فى المبسوط : وعبارة الكنز اعتبارها من وقت الطلاق إلا أن المتأخرين اختاروا وجوبها من وقت الإقرار حتى لايحل له التزوج بأختها وأربع سواها زجرا له حيث كتم طلاقها وهو المختار كما فى الصغرى اهـ ووفق السعدى بحمل كلام محمد على ما إذا كانا متفرقين من الوقت الذى أسند الطلاق إليه ، أما إذا كانا مجتمعين فالكذب فى كلامهما ظاهر فلا يصدقان فى الإسناد ؛ قال فى البحر : وهذا هو التوفيق

نفيا لتهمة المواضعة، لكن (إن كذبته) فى الإسناد أو قالت لا لاأدرى (وجبت) العدة (من وقت الإقرار ولها النفقة والسكنى، وإن صدقته فكذلك غير أنه) إن وطئها لزمه مهر ثان اختيار، و (لانفقة) ولا كسوة (ولاسكنى) لها لقبول قولها على نفسها خانية. وفيها: أبانها ثم أقام معها زمانا، إن مقرا بطلاقها تنقضى عدتها لاإن منكرا ه

وفى أول طلاق جواهر الفتاوى: أبانها وأقام معها فإن اشتهر طلاقها فيما بين الناس تاقضى وإلا لا، وكذا لو خالعها، فإن بين الناس وأشهد على ذلك تنقضى وإلا لا هو الصحيح، وكذا لو كتم طلاقها لم تنقض زجرا اه

إن شاء الله تعالى. وفى الفتح أن فتوى المتأخرين مخالفة للأئمة الأربعة وجمهور الصحابة والتابعين، وحيث كانت مخالفتهم للتهمة فينبغى أن يتحرى به محالها والناس الذين هم مظانها، ولهذا فصل السغدى بما مر اه ملخصا، وأقره فى البحر والنهر (قوله نفيا لتهمة المواضعة) أى الموافقة على الطلاق وانقضاء العدة ليصح إقرار المريض لها بالدين أو ليتزوج أختها أو أربعا سواها فتح (قوله لكن الخ) استدراك على ماقبله حيث سكت فيه عن بيان النفقة والسكنى فإن فيها فرقا بين التصديق والتكذيب، وكان الأخصر أن يقول فإنه الفتوى أنها إن كذبته الخ (قوله إن وطئها لزمه مهر ثان) ينبغى تقييده بما إذا كان فى عدة مادون الثلاث أو فى عدة الثلاث، لكن مع ظنه الحل لما قدمناه عن البزازية أنه لو وطئها فى عدة الثلاث مع العلم بالحرمة كان زنا. بقى هل يتكرر المهر بتكرر الوطآت؟ ذكر فى البحر فى باب المهر عن الخلاصة: لو وطىء المعتدة من ثلاث وادعى الشبهة يلزمه مهر واحد أم بكل وطء مهر؟ قيل إن كانت الطلقات الثلاث جملة فظن أنها لم تقع فهو ظن فى موضعه فيلزمه مهر واحد، وإن ظن أنها تقع لكن ظن أن وطأها حلال فهو ظن فى غير موضعه فيلزمه بكل وطء مهر اه تأمل (قوله ولا نفقة الخ) أى إذا كان الزمن الماضى استغرق العدة، أما إذا بقى منها شىء تجب النفقة والسكنى فيه ط (قوله لقبول قولها على نفسها) أى فى حق نفسها فيسقط ماوجب لها.

قال فى البحر: والحاصل أنها إن كذبته فى الإسناد أو قالت لا أدرى فمن وقت الإقرار، وإن صدقته ففى حقها من وقت الطلاق وفى حق الله تعالى من وقت الإقرار اه. وفيه أن السكنى من حق الله تعالى ومقتضاه لزومها وإن صدقته ط.

قلت: وليس فى عبارة البحر لفظ السكنى بل عبارته ولكن لانفقة لها ولا كسوة إن صدقته وهكذا فى النهر: وأصل المسألة فى الخانية كما عزاه الشارح إليها. وعبارتها: وفى الفتوى عليها العدة من وقت الإقرار ولا يظهر أثر تطليقها إلا فى إبطال النفقة، فقد ظهر أن ذكر السكنى فى كلام المصنف مستدرك فافهم (قوله ثم أقام معها) أطلقه فشمل ما إذا وطئها أولا اه ط (قوله إن مقرا بطلاقها تنقضى عدتها) أى يكون ابتداؤها من وقت الطلاق والظاهر أن المراد إقراره به بين الناس لا مجرد إقراره به عندها مع تصديقها له، وأن المراد إقراره به من حين التطليق، وبه ظهر الفرق بين هذه المسألة ومسألة المتن فإنها مفروضة فيما لو كتم طلاقها ثم أقر به بعد زمان وظهر أيضا عدم مخالفته للتصحيح الآتى عن جواهر الفتاوى من اعتبار الاشتهار ولا لما سيأتى فى الفروع من اعتباره أيضا فافهم (قوله فإن اشتهر الخ) فلو طلقها ثلاثا بعد هذه الطلقة المشتهرة لا تقع الثلاث كما سيأتى فى الفروع (قوله وكذا لو خالعها) هو داخل تحت قوله أبانها، لكن الإبانة قد تكون بدون علمها بخلاف الخالعة لأنها مفاعلة فأشار إلى أنه لا فرق فى اشتراط الاشتهار بين كونها عالمة أولا فافهم (قوله وأشهد) أشار إلى أن الاشتهار لابد أن يكون بإقراره بين الناس لابمجرد سماعهم من غيره وإلى أن إقراره عند رجلين يكفى فلا يلزمه الإقرار عند أكثر، فإن الشهادة إشهار كما قالوه فى النكاح من أن الإعلان الذى قال باشتراطه الإمام مالك يحصل بالشاهدين فافهم (قوله وكذا لو كتم طلاقها لم تنقض زجرا) أى زجرا له عن الكتمان، وهذا

وحينئذ فبدؤها من وقت الثبوت والظهور (و) مبدؤها (فى النكاح الفاسد بعد التفريق من القاضى بينهما ، ثم لو وطئها حد جوهرة وغيرها ، وقيده فى البحر بحثا بكونه بعد العدة لعدم الحد بوطء المعتدة (أو) المتاركة

التعليل ذكره فى الخانية ، وتقدم تعليل آخر وهو قوله نفيا لتهمة المواضعة ، وهو مذكور فى الهداية . وذكر هذه المسألة مكرر بما مر فى المتن لأنه مفروض فيما لو كتم طلاقها ثم أخبر به بعد زمان كما مر . وفى بعض النسخ ولذا باللام وهي أولى :

والحاصل أنه إن كتمه ثم أخبر به بعد مدة فالفتوى على أنه لا يصدق فى الإسناد بل تجب العدة من وقت الإقرار سواء صدقته أو كذبته ، وإن لم يكتمه بل أقر به من وقت وقوعه ، فإن لم يشتهر بين الناس فكذلك ، وإن اشتهر بينهم تجب العدة من حين وقوعه وتنقضى إن كان زمانها مضى ، وهذا إذا لم يكن وطئها بشبهة ظن الحل وإلا وجبت بالوطء عدة أخرى وتداخلتا كما مر ، وكذا كلما وطئها تجب عدة أخرى فلا يحل لها التزوج بآخر مالم تمض عدة الوطء الأخير ، بخلاف ما إذا كان الوطء بلا شبهة فإنه لايوجب عدة لتمحضه زنا والزنا لا يوجب عدة كما مر ، فلها التزوج بآخر كما صرح به فى التتارخانية فى الفصل الثانى والعشرين من الطلاق : أى إذا كان الطلاق مشتهرا ومضت عدته كما علمته وإلا فلا ، ولحوق الثلاث بعد هذه الطلقة على هذا التفصيل كما سيأتى فى الفروع (قوله وحينئذ فبدؤها من وقت الثبوت والظهور) أى وحين إذ علمت هذا التفصيل الذى ذكرنا حاصله ظهر أن هذه المسائل إذا لم يكن الطلاق فيها مشتهرا يكون مبدأ العدة من وقت الثبوت أى ثبوت الطلاق وظهوره بينهم ، فقوله والظهور عطف تفسير أى يكون مبدؤها من وقت إقراره به بين الناس فتكون هذه المسائل مستثناة أيضا من قوله ومبدأ العدة بعد الطلاق ، بخلاف ما إذا كان مشتهرا من الأصل فإنها تكون من وقت الطلاق ، وقد علمت أن الإقرار فى عبارة الخانية بمعنى الإشهار بين الناس من حين التطليق ، هكذا ينبغى حل هذا المقام فافهم (قوله ومبدؤها فى النكاح الفاسد بعد التفريق الخ) وقال زفر : من آخر الوطآت ، لأن الوطء هو السبب الموجب :

ولنا أن السبب الموجب للعدة شبهة النكاح ورفع هذه الشبهة بالتفريق ، ألا ترى أنه لو وطئها قبل التفريق لايجب الحد وبعده يجب ، فلا تصير شارعة فى العدة مالم ترتفع الشبهة بالتفريق كما فى الكافى وغيره اه سائحانى :

قلت : ولم أر من صرح بمبدإ العدة فى الوطء بشبهة بلا عقد . وينبغى أن يكون من آخر الوطآت عند زوال الشبهة ، بأن علم أنها غير زوجته ، وأنها لاتحل له إذ لاعقد هنا فلم يبق سبب للعدة سوى الوطء المذكور كما يعلم مما ذكرنا، والله أعلم (قوله بعد التفريق من القاضى) أى عقبه، وهذا إذا كان فى زمان يصلح لابتدائها فلايشكل بما إذا فرق فى الحيض فإنه يعتبر ابتداؤها بعده إذ لابد من ثلاث حيض أفاده القهستانى، والمراد بالتفريق أن يحكم القاضى به بينهما كما فى البحر عن العناية تأمل (قوله وقيده فى البحر بحثا الخ) أقول : لوكان مرادهم وجوب الحد إذا كان الوطء بعد العدة لم يبق لذكره فائدة ،إذ هذا حكم النكاح الصحيح فيعلم منه الفاسد بالأولى، وقد نازعه العلامة المقدسى بقوله. وقد يقال هذه العدة تخالف غيرها فى هذا الحكم لأنها أثر نكاح فاسد كما خالفته فى أنها لا تعتد فى بيت الزوج اه . وأيضا فقد رده السائحانى بأن هذا البحث وإن تابعه عليه غير واحد فيه غفلة عن فهم تعليل المسألة ، وهو مامر فى الرد على زفر من ارتفاع الشبهة بالتفريق الخ أى فلم يبق بعد التفريق مايندرئ به الحد. ورده الرحمتى أيضا بما حاصله أن درء الحد قبل التفريق بشبهة العقد والعدة بعده تكون شبهة الشبهة وهى غير معتبرة ، بخلاف عدة الثلاث فى النكاح الصحيح إذا ظن الحل فإنها شبهة الفعل لأنها محبوسة فى بيته ونفقته دارة عليها وهنا لانفقة ولا احتباس اه .

أى (إظهار العزم) من الزوج (على ترك وطئها) بأن يقول بلسانه تركتك بلا وطء ونحوه ، ومنه الطلاق وإنكار النكاح لو بحضرتها وإلا لا لا بمجرد العزم لو مدخولة وإلا فيكفى تفرق الأبدان . والخلوة فى النكاح الفاسد لاتوجب العدة ، والطلاق فيه لاينقص عدد الطلاق لأنه فسخ جوهرة . ولا تعتد فى بيت الزوج بزازية : (قالت : مضت عدتى والمدة تحتمله وكذبها الزوج قبل قولها مع حلفها وإلا) تحتمله المدة (لا) لأن الأمين إنما يصدّق فيما لايخالفه الظاهر ، ثم لو بالشهور فالمقدر المذكور ، ولو بالحيض فأقلها لحرة ستون يوما

قلت : لكن يشكل عليه ماصرح به فى البحر وغيره من أنه لو تزوج فاسدا أخت امرأته تحرم عليه امرأته إلى انقضاء العدة ، وهذا يدل على بقاء أثر هذا النكاح بالنسبة إليه : وقد يجاب بأن بقاء أثره بالعدة لايمنع كون وطئه فيها زنا به ، كما لو وطىء معتدته من الثلاث عالما بحرمتها فإنه زنا يحد به مع بقاء أثر النكاح قطعا (قوله من الزوج) قيد به لأن ظاهر كلامهم أنها لاتكون من المرأة . قال فى البحر : ورجحنا فى باب المهر أنها تكون من المرأة أيضا ، ولذا ذكر مسكين من صورها أن تقول فارقتك اهـ ورجحه باتفاقهم على أن لكل منهما فسخ هذا النكاح والفسخ متاركة اهـ : قال فى النهر : وقدمنا مايدفعه اهـ أى ذكر هناك أن المتاركة فى معنى الطلاق فيختص بها الزوج اهـ. ورده الخير الرملى بأنه لا طلاق فى النكاح الفاسد ، وتقدم تمامه هناك وأن المقدسى تبع البحر (قوله ونحوه) بالنصب عطف على قوله تركتك أى كخليت سبيلك أو فارقتك (قوله ومنه) أى من النحو أو من الإظهار (قوله لا بمجرد العزم) بالرفع عطفا على الطلاق أو بالجر عطفا على إظهار العزم قصد به التنبيه على مافى الكنز وغيره من قوله أو العزم على ترك وطئها وأنه على تقدير مضاف أى إظهار العزم كما عبر المصنف تبعا لابن كمال ، لما فى العناية أن العزم أمر باطن لايطلع عليه وله دليل ظاهر وهو الإخبار به (قوله وإلا فيكفى تفرق الأبدان) أى مع العزم على تركها : قال فى البحر من المهر : وأما غير المدخول بها فتحقق المتاركة بالقول ، وبالترك عند بعضهم وهو تركها على قصدان لا يعود إليها ، وعند البعض لا تكون المتاركة إلا بالقول فيهما (قوله والخلوة فى النكاح الفاسد) أى سواء كانت صحيحة أو فاسدة ح . وفيه أنها لا تكون إلا فاسدة لأنه ممنوع شرعا عن وطئها كالخلوة بالحائض ، لكن المراد فسادها بغير فساد النكاح بأن كان ثم مانع آخر (قوله لاتوجب العدة) أى ولا المهر وإنما يجبان بحقيقة الوطء (قوله ولا تعتد فى بيت الزوج) لأنها فى حال قيام العقد لاحق له عليها فى احتباسها فى بيته فبعده أولى ، لكن سيأتى فى الفصل الآتى خلافه ، فهذا أحد قولين ، ويأتى تمامه .

[تتمة] ذكر فى البحر أنه قدم فى النكاح الفاسد من باب المهر أن المراد بهذه العدة عدة المتاركة ، فلا عدة عليها بموته إلا الحيض بعد الدخول وأنه لاحداد ولا نفقة فيها ، وأنه تحرم عليه امرأته لو تزوج أختها فاسدا إلى انقضاء العدة ، وأن وجوبها فى القضاء . أما فى الديانة لو علمت أنها حاضت بعد آخر وطء ثلاثا حل لها التزوج بلا متاركة ونحوه . وأن الأرجح عدم اشتراط علمها بالمتاركة (قوله قالت مضت عدتى الخ) اعلم أن انقضاء العدة لاينحصر فى إخبارها بل يكون به وبالفعل ، بأن تزوجت بآخر بعد مدة تنقضى فى مثلها العدة ، فلو قالت بعده لم تنقض لم تصدق ، لأن الإقدام عليه دليل الإقرار بحر عن البدائع (قوله وكذبها الزوج) وأما إذا ادعى هو مضى عدتها وكذبته فسيأتى آخر الفروع (قوله قبل قولها مع حلفها) أى لو كانت مرضعا لأنه يتصور من بعضهن كما فى الأكثر وعن سائحانى (قوله ثم لو بالشهور الخ) شروع فى بيان أدنى ماتحتمله المدة (قوله فالمقدر المذكور) أى إذا كانت ممن تعتد بالشهور فلابد من مضى المقدر شرعا المذكور فيما مر ، وهو ثلاثة أشهر للحرة ونصفها للأمة (قوله ستون يوما)

ولأمة أربعون ، ما لم تدع السقط كما مر فى الرجعة ، وما لم يكن طلاقها معلقا بولادتها فيضم لذلك خمسة وعشرين للنفاس كما مر فى الحيض .

(نكح) نكاحا صحيحا (معتدته) ولو من فاسد (وطلقها قبل الوطء) ولو حكما (وجب عليه مهر تام و)

فيجعل كأنه طلقها فى الطهر بعد الوطء ، ويؤخذ لها أقل الطهر خمسة عشر لأنه لا غاية لأكثره ، وأوسط الحيض خمسة لأن اجتماع أقلهما نادر ، فثلاثة أطهار بخمسة وأربعين ، وثلاث حيض بخمسة عشر فصارت ستين ، وهذا على تخريج محمد لقول الإمام ، وعلى تخريج الحسن له يجعل كأنه طلقها فى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة عليها ويؤخذ لها أقل الطهر وأكثر الحيض ليعتدلا ، فطهران بثلاثين يوما ، وثلاث حيض بثلاثين أيضا . وعندهما أقل مدة تصدق فيها الحرة تسعة وثلاثون يوما ، ثلاث حيض بتسعة أيام ، وطهران بثلاثين أفاده ط (قوله ولأمة أربعون) هذا على تخريج محمد : طهران بثلاثين ، وحيضتان بعشرة ، وعلى تخريج الحسن : خمسة وثلاثون يوما طهر بخمسة عشر ، وحيضتان بعشرين ط . وفى بعض نسخ البحر أنه على رواية الحسن ثلاثون وصوابه خمسة وثلاثون كما فى البدائع وغيرها (قوله ما لم تدع السقط) غاية لاشتراط المدة المذكورة فى الحرة والأمة . قال ط : والمراد السقط الذى ظهر بعض خلقه ولا بد من مدة يحتمل فيها ظهور ذلك اهـ أى فلو نكحها ثم طلقها بعد شهر مثلا لا يقبل قولها لأنه لا يستبين بعض خلقه قبل أربعة أشهر كما تقدم ، وأشار إلى أنها لو ادعت انقضاء العدة ولم تقر بسقط لا تصدق وقيل تصدق لاحتماله . قال فى النهر : والظاهر الأول . وقال الرملى : والثانى ضعيف كما تقدم فى باب الرجعة فراجعه اهـ (قوله كما مر فى الرجعة) حيث قال هناك ثم إنما تعتبر المدة لو بالحيض لا بالسقط ، وله تحليفها أنه مستبين الخلق ، ولو بالولادة لم تقبل إلا ببينة ولو حرة فتح اهـ .

قال فى البحر : وفيه نظر ، فقد صرحوا فى باب ثبوت النسب أن عدتها تنقضى بإقرارها بوضع الحمل ، وأن توقف الولادة على البينة إنما هو لأجل ثبوت النسب (قوله وما لم يكن) عطف على ما لم تدع (قوله معلقا بولادتها) مثله ما لو أوقعه عقب الولادة بلا فاصل ط (قوله فيضم) بالبناء للفاعل وضميره عائد إلى الإمام ، وقوله خمسة وعشرين مفعوله ، وفى نسخة وعشرون بالرفع على أن يضم مبنى للمفعول (قوله كما مر فى الحيض) حيث قال ولا حد لأقله : أى النفاس إلا إذا احتيج إليه لعدة ، كقوله إذا ولدت فأنت طالق فقالت مضت عدتى ، فقدره الإمام بخمسة وعشرين يوما مع ثلاث حيض والثانى بأحد عشر ، والثالث بساعة اهـ .

قلت : وعليه فإذا طلقت عقب الولادة فلا بد من مضى خمسة وعشرين للنفاس ثم تعتد بستين يوما كما مر ، فأقل مدة تصدق فيها عنده خمسة وثمانون ، وهذا على تخريج محمد لقول الإمام . وعلى تخريج الحسن أقل المدة مائة يوم بتقدير النفاس وطهره أربعين . وعلى قول الثانى أقلها خمسة وستون إذ لا بد من مضى أحد عشر يوما للنفاس ثم تطهر خمسة عشر يوما ثم تعتد بتسعة وثلاثين . وعلى قول محمد أقلها أربعة وخمسون يوما وساعة ، فلا بد من مضى ساعة للنفاس وخمسة عشر للطهر ثم تسعة وثلاثين ، وتقدم تمامه فى الحيض (قوله معتدته) أى من طلاق بائن غير ثلاث در منتقى ، لأنها لو كانت معتدته من رجعى فالعقد الثانى رجعة ، ولو من ثلاث لم تحل له قبل زوج آخر (قوله ولو من فاسد) بأن تزوجها فاسدا ودخل بها ففرق بينهما ثم تزوجها صحيحا فى العدة ، أما عكسها بأن تزوجها أولا صحيحا ثم طلقها بعد الدخول فتزوجها فى العدة فاسدا فلا مهر ولا استئناف عدة بل عليها إتمام العدة الأولى بالاتفاق ، لأنه لا يتمكن من الوطء فى النكاح الفاسد ، فلا يجعل واطئا حكما لعدم إمكان الحقيقة ، ولذا لا تجب عدة ولا مهر بالخلوة فى الفاسد ، أفاده فى البحر (قوله ولو حكما) أى ولو كان الوطء حكما وهو الخلوة والمعنى

عليها (عدة مبتدأة) لأنها مقبوضة فى يده بالوطء الأول ابقاء أثره وهو العدة ، وهذه إحدى المسائل العشر المبنية على أن الدخول فى النكاح الأول دخول فى الثانى، وقول زفر لاعدة عليها فتحل للأزواج أبطله المصنف بما يطول وجزم بأن القاضى المقلد إذا خالف مشهور مذهبه لاينفذ حكمه فى الأصح ،

قبل الوطء والخلوة ح (قوله لأنها مقبوضة فى يده الخ) أى فينوب عن القبض المستحق بالعقد الثانى كالغاصب إذا اشترى المغصوب الذى فى يده يصير قابضا بمجرد العقد ، فكان طلاقا بعد الدخول :

لايقال: الطلاق بعد الدخول يملك به الرجعة ولا رجعة له هنا لأنه لايلزم من إقامته مقام الوطء فى العقد الثانى فى حق المهر، والعدة أن يقوم مقامه فى حق الرجعة كالخلوة أقيمت مقام الوطء فى حقهما ولم تقم مقام ملك الرجعة وتمامه فى المنح .

قلت : وأيضا فإن الطلاق الأول بائن كما صرحوا به ، فكيف يملك الرجعة فى عدته وإن كان الثانى رجعيا (قوله وهذه إحدى المسائل العشر) وهى لو تزوج معتدته من نكاح صحيح أو معتدته من فاسد فهذه ثنتان مر بيانهما. ثالثها تزوج معتدته وهو مريض وطلقها قبل الدخول فيكون فارا. رابعها فرق بينهما بعدم الكفاءة بعد الدخول فنكحها فى العدة وفرق بينهما أيضا قبل الدخول. خامسها تزوج صغيرة أو أمة ودخل بها ثم أبانها ثم تزوجها فى العدة فبلغت أو عتقت فاختارت نفسها قبل الدخول . سادسها تزوج الصغيرة أو الأمة فاختارت نفسها بالبلوغ أو العتق بعد الدخول ثم تزوجها فى العدة ثم طلقها قبل الدخول. سابعها تزوج معتدته فارتدت قبل الدخول وباقى الصور وقع فى البحر مكررا بل الصورتان الأوليتان(١) واحدة فهى فى الحقيقة ستة فافهم .

مطلب الدخول فى النكاح الأول دخول فى الثانى فى مسائل

(قوله على أن الدخول فى النكاح الأول دخول فى الثانى) هذا عندهما . وعند محمد وزفر لايكون دخولا فى الثانى فلا عدة مبتدأة ويجب نصف المهر، لكن عند محمد يجب تكميل العدة الأولى وعند زفر لايجب اهـ أى فتحل للأزواج فيصلح حيلة لإسقاط عدة المحلل، بأن يطلقها بعد الدخول ثم يعقد عليها ثم يطلقها قبل الدخول فتحل للأول بلا عدة (قوله أبطله المصنف بما يطول) نقل ح عبارة المصنف بطولها .

وحاصلها أنه قال : وقد يقع كثيرا فى ديارنا العمل بقول زفر من بعض القضاة الذين لاخوف لهم طمعا فى تحصيل الحطام الفانى . قال الكمال فى فتحه : وما قاله زفر فاسد لاستلزامه إبطال المقصود من شرعيتها وهو عدم اشتباه الأنساب ، ومع ذلك هو مجتهد فيه بل صرح فى جامع الفصولين بأنه لو قضى به قاض نفذ قضاؤه لأن للاجتهاد فيه مساغا ، وهو موافق لصريح قوله تعالى — وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها — اهـ .

والوجه عندى فى هذا الزمان عدم نفاذه ، لأنه إنما يقع لأخذ المال بمقابلته كما هو المعهود من قضاة زماننا . وقد سئل شيخنا شيخ الإسلام الكرخى عما يفعله بعض القضاة من الأخذ بقول زفر بعدم العدة فقال : قال بعض المحققين : إن ماقاله زفر فاسد . وذكر بعض العلماء عن زفر أنه يوافق المشايخ الثلاثة فى عدم حل الوطء للأول قبل العدة وإن صح نكاحه إذ لايلزم من صحته حل الوطء، لكن المشهور عن زفر الأول وهو الذى يفعله

---

(١) (قوله الأوليتان) كذا بخط المحشى، وصوابه الأوليان بحذف التاء ، قاله نصر الهورينى .

كما لو ارتشى إلا إن نص السلطان على العمل بغير المشهور فيسوغ فيصير حنفياً زفريا ، وهذا لم يقع بل الواقع خلافه فليحفظ :

(ذمية غير حامل طلقها ذمى أو مات عنها لم تعتد) عند أبي حنيفة (إذا اعتقدوا ذلك) لأنا أمرنا بتركهم وما يعتقدون (ولو) كانت الذمية (حاملا تعتد بوضعه) اتفاقا ، وقيد الولوالجي بما إذا اعتقدوها .

(و) الذمية (لو طلقها مسلم) أو مات عنها (تعتد) اتفاقا مطلقا لأن المسلم يعتقده (وكذا لاتعتد مسبية افترقت بتباين الدارين) لأن العدة حيث وجبت إنما وجبت حقا للعباد ، والحربي ملحق بالجماد (إلا الحامل)

قضاة زماننا لاكثر الله تعالى منهم فيزوّجون فى حالة الطلاق قبل الاستنجال ولا ينظرون إلى مانص عليه علماؤنا من أن القاضي إذا ارتشى فى حادثة لاينفذ حكمه فيها ، والمقلد إذا خالف إمامه فى مسألة لاينفذ حكمه فيها على الأصح ،ومراد من قال بنفاذ حكم القاضي فى هذه المسألة القاضى المجتهد كما نص عليه المحققون . قال الشيخ حافظ الدين : لاخفاء أن علم قضاتنا ليس بشبهة فضلا عن الحجة قاله عن قضاة زمانه وبلاده ، فكيف اليوم وأكثرهم جاهلون ، نعوذ بالله تعالى من الجراءة على أحكام الله تعالى بلا علم ، وليس للقاضى المقلد إلا اتباع مشهور المذهب ولا سيما الذى يقول له السلطان وليتك القضاء على مذهب فلان ،وقد عمل المتأخرون بقول زفر فى مسائل معروفة لموافقتها الدليل والعرف ،وأعرضوا عن هذه لما فيها من خطر الشبهة لاختلاط الأنساب ،ولقد صحبت العلماء العاملين الأكابر قريبا من سبعين سنة فلم أر أحدا منهم أفتى بها ولا حكم بها ولا سمعته عنهم ،فجزاهم الله تعالى خيرا وقدس أرواحهم ، حيث اجتنبوا ماريب واستمسكوا بما لاريب اه (قوله إلا إن نص السلطان الخ) فيه نظر لاقتضائه أن مخالفة القاضي مشهور المذهب تصح إذا نص له السلطان .مع أنا قدمنا فى هذا الباب مامر أول الكتاب من أن الحكم والفتيا بالقول المرجوح جهل وخرق للإجماع تأمل (قوله طلقها ذمى) احترز به عن المسلم كما يأتى (قوله لم تعتد عند أبي حنيفة) فلو تزوجها مسلم أو ذمى فى فور طلاقها جاز كما فى فتح القدير بحر :

قلت : والفرق بين هذه وبين ماإذا كان زوّجها مسلما حيث تعتد ما أفاده بقوله لأنها حقه ومعتقده : أى أن العدة إنما تجب حقا للزوج ،فإذا كان كافرا لايعتقدها لا تجب له وإن تزوجها مسلم ، بخلاف ماإذا كان الزوج مسلما فتجب لأجل حقه واعتقاده وإن تزوجها ذمى مثلها وكان لايعتقدها ،وبه سقط مابحثه فى النهر من باب نكاح الكافر من أنه ينبغى أن لايختلف فى وجوبها إذا تزوجها مسلم لأنه يعتقد وجوبها الخ إذ لايخفى أنه يعتقد وجوبها لنفسه لتحصين مائه ولا يعتقد وجوبها لكافر ، لأنه إنما يعتقد ماثبت عند مجتهده ،ثم ذكر فى الخانية هنالك الذمى إذا أبان امرأته الذمية فتزوجها مسلم أو ذمى من ساعته ذكر بعض المشايخ أنه يجوز نكاحها ولايباح له وطؤها حتى يستبرئها بحيضة فى قول أبي حنيفة ، وفى قول صاحبيه نكاحها باطل حتى تعتدّ بثلاث حيض (قوله لأنا أمرنا بتركهم وما يعتقدون) فحيث لم يعتقدوها حقا لأنفسهم لانلزمهم بها أى أمرنا بتركهم ومعتقدهم ، فما مصدرية والمصدر المنسبك فى محل نصب على أنه مفعول معه (قوله وقيد الولوالجي الخ) قال فى البحر بعد نقله : وأطلقه فى الهداية معللا بأن فى بطنها ولدا ثابت النسب . وعن الإمام : يصح العقد عليها ولا يطؤها كالحامل من الزنا والأول أصح اه مافى الهداية (قوله اتفاقا) أى بين الإمام وصاحبيه ، وقوله مطلقا : أى سواء كانت حائلا أو حاملا منع ، وسواء اعتقدتها هى أولا (قوله لأن المسلم يعتقده) أى يعتقد لزوم الاعتداد من نكاحه فكانت حق آدمى ، فتخاطب به الذمية وإن كان فيها حق الله تعالى (قوله والحربى ملحق بالجماد) حتى كان محلا للتملك هداية أى والجماد لايراعى حقه وإن اعتقدها (قوله لا لأنها معتدة الخ) المذكور فى حاشية العلامة نوح على الدرر

فلا يصح تزوجها لا لأنها معتدة ، بل لأن فى بطنها ولدا ثابت النسب (كحربية خرجت إلينا مسلمة أو ذمية أو مستأمنة ثم أسلمت وصارت ذمية) لما مر أنه ملحق بالجماد (إلا الحامل) لما مر (وكذا لا عدة لو تزوج امرأة الغير) ووطئها (عالما بذلك) وفى نسخ المتن (ودخل بها) ولابد منه وبه يفتى ، ولهذا يحد مع العلم بالحرمة لأنه زنا ، والمزنى بها لا تحرم على زوجها .

وفى شرح الوهبانية : لو زنت المرأة لايقربها زوجها حتى تحيض لاحتمال علوقها من الزنا فلا يسقى ماؤه زرع غيره ، فليحفظ لغرابته (بخلاف ما إذا لم يعلم) حيث تحرم على الأول إلا أن تنقضى العدة ، ولا نفقة لعدتها على الأول لأنها صارت ناشزة خائنة .

قلت : يعنى لو عالمة راضية كما مر فتدبر .

أنها معتدة بلا خلاف ، فلا يجوز نكاحها مالم تضع ، لأن فى بطنها ولدا ثابت النسب فيمنع التزوج كحمل أم الولد يمنع المولى من تزويجها ، لأن الولد إذا كان ثابت النسب كان الفراش قائما فنكاحها يستلزم الجمع بين الفراشين اهـ ملخصا فافهم . وروى عنه أنها فى حكم الحبلى أى من الزنا ، وهو اختيار الكرخى قهستانى (قوله كحربية الخ) بخلاف ما إذا هاجر الزوج مسلما أو ذميا أو مستأمنا ثم صار مسلما أو ذميا وتركها فإنه لا عدة عليها هناك إجماعا ، حتى جاز له تزوج أختها أو أربع سواها كما دخل دارنا لعدم تبليغ الأحكام لها ثمة لا لأنها غير مخاطبة بالعدة لأنها حق الآدمى فتخاطب بها فتح (قوله خرجت إلينا) فى نكاح الهداية والمضمرات وغيرهما أن الخروج ليس بشرط لأنهم قالوا لو أسلمت فى دار الحرب ومضى ثلاث حيض بانت منه ولا عدة عليها عنده خلافا لهما قهستانى (قوله إلا الحامل لما مر) أى من أن فى بطنها ولدا ثابت النسب (قوله ووطئها) أى المتزوج ، وهو معنى قوله ودخل بها لكنه لما كان موجودا فى نسخ المتن المجردة وقد أسقطه المصنف من النسخة التى شرح عليها علم أن المصنف عوّل على عدم ذكره فذكر الشارح قوله ووطئها لأنه لابد من هذا القيد تأمل (قوله ولهذا) أى لكونه لا عدة عليها ، وقوله لأنه زنا علة للعلة فتكون علة للمعلول أيضا بواسطة ، ولو قدم العلة الثانية على الأولى لكان أولى (قوله والمزنى بها لا تحرم على زوجها) فله وطؤها بلا استبراء عندهما . وقال محمد : لا أحب له أن يطأها مالم يستبرئها كما مر فى فصل المحرمات (قوله لايقربها زوجها) أى يحرم عليه وطؤها حتى تحيض وتطهر كما صرح به شارح الوهبانية ، وهذا يمنع من حمله على قول محمد لأنه يقول بالاستحباب ، كذا قاله المصنف فى المنح فى فصل المحرمات وقدمنا عنه أن ما فى شرح الوهبانية ذكره فى النتف وهو ضعيف ، إلا أن يحمل على ما إذا وطئها بشبهة اهـ فافهم (قوله فليحفظ لغرابته) أمر بحفظه لا ليعتمد بل ليجتنب بقرينة قوله لغرابته ، فإن المشهور فى المذهب أن ماء الزنا لا حرمة له لقوله صلى الله عليه وسلم للذى شكا إليه امرأته « إنها لاتدفع يد لامس : طلقها ، فقال إنى أحبها وهى جميلة ، فقال له صلى الله عليه وسلم استمتع بها » وأما قوله « فلا يسقى ماؤه زرع غيره » فهو وإن كان واردا عنه صلى الله عليه وسلم ، لكن المراد به وطء الحبلى لأنه قبل الحبل لايكون زرعا بل ماء مسفوحا ، ولهذا قالوا : لو تزوج حبلى من زنا لايقربها حتى تضع لئلا يسقى زرع غيره ، لأن به يزداد سمع الولد وبصره حدة .

فقد ظهر بما قررناه الفرق بين جواز وطء الزوجة إذا رآها تزنى وبين عدم جواز وطء التى تزوجها وهى حبلى من زنا فاغتنمه (قوله لو عالمة راضية) فإن لم تكن عالمة بأن راجعها وهى لاتشعر أو أكرهها على النكاح لم تكن ناشزة لأنها لم تقصد منع نفسها عن الأول أفاده ط (قوله كما مر) أى فى شرح قول المصنف والموطوءة بشبهة

[فروع] أدخلت منيه فى فرجها هل تعتد فى البحر بحثا ؟ نعم لاحتياجها لتعرف براءة الرحم . وفى النهر بحثا إن ظهر حملها نعم وإلا لا .

وفى القنية : ولدت ثم طلقها ومضى سبعة أشهر فنكحت آخر لم يصح إذا لم تحض فيها ثلاث حيض وإن لم تكن حاضت قبل الولادة لأن من لاتحيض لاتحبل وفيها : طلقها ثلاثا ويقول كنت طلقتها واحدة ومضت عدتها فلو مضيها معلوما عند الناس لم يقع الثلاث وإلا يقع ولو حكم عليه بوقوع الثلاث بالبينة بعد إنكاره ،

وقد أطال هناك على ماهنا ط (قوله أدخلت منيه) أى منى زوجها من غير خلوة ولا دخول ، أما لو أدخلت منى غيره فقد قدمناه فى الموطوءة بشبهة (قوله فى البحر بحثا نعم) حيث قال ولم أر حكم ماإذا وطئها فى دبرها أو أدخلت منيه فى فرجها ثم طلقها من غير إيلاج فى قبلها . وفى تحرير الشافعية وجوبها فيهما ، ولابد أن يحكم على أهل المذهب به فى الثانى لأن إدخال المنى يحتاج إلى تعرف براءة الرحم أكثر من مجرد الإيلاج اه يعنى وأما فى الأول فلا ، لأن الوطء فى الدبر إن كان فى الخلوة فالعدة تجب بالخلوة ، وإن كان بغير خلوة فلا حاجة إلى تعرف البراءة لأنه سفح الماء فى غير محل الحرث فلا يكون مظنة العلوق (قوله وفى النهر الخ) حيث قال : أقول ينبغى أن يقال إن ظهر حملها كان عدتها وضع الحمل وإلا فلا عدة عليها اه .

واعترضه بعض الأفاضل بأن الانتظار إلى ظهور الحمل وعدمه هو العدة التى فررت منها وإن جوزت تزوجها بعد إدخال المنى احتجت إلى نقل اه .

أقول : سنذكر فى الاستيلاد عن البحر عن المحيط مانصه : إذا عالج الرجل جاريته فيما دون الفرج فأنزل فأخذت الجارية ماءه فى شىء فاستدخلته فرجها فى حدثان ذلك فعلقت الجارية وولدت فالولد ولده والجارية أم ولد له اه فهذا الفرع يؤيد بحث صاحب البحر اه ح . قلت : ويؤيده أيضا إثباتهم العدة بخلوة المجبوب ، وماذاك إلا لتوهم العلوق منه بسحقه (قوله ومضى سبعة أشهر) لعل الأولى تسعة بتقديم التاء على السين ليكون إشارة إلى مامر نظما عن الإمام مالك من أن ممتدة الطهر تنقضى عدتها بتسعة أشهر ، فالمعنى أنه لم يصح مالم تحض وإن مضى تسعة أشهر تأمل (قوله لم يصح الخ) هذا ظاهر إذا صدقها الزوج فى أنها لم تحض ، وإلا فالقول له لما قدمناه عن البدائع عند قوله قالت مضت عدتى ، ومثله ماقدمناه فى الرجعة عن البزازية من أن المطلقة لو قالت للثانى تزوجتنى فى العدة ، إن كان بين الطلاق والنكاح أقل من شهرين صدقت عنده وفسد النكاح ، وإن أكثر لا وصح النكاح لأن الإقدام على النكاح إقرار بمضى العدة (قوله لأن من لاتحيض لاتحبل) أى فلما حبلت تبين أنها من أهل الحيض فلا تنقضى عدتها إلا بثلاث حيض (قوله فلو مضيها معلوما عند الناس) أى بأن كان أقر وقت الطلاق به وأشهره بينهم ومضت مدة يمكن فيها انقضاء العدة تنقضى وإن كان مقيما معها لأن إقامته معها بعد اشتهار الطلاق لاتمنع مضيها فى الصحيح كما قدمه عن جواهر الفتاوى . لكن إذا وطئها عالما بالحرمة بلا شبهة كان زنا فلا تجب عدة أخرى ، ولو كان الوطء بشبهة وجب لكل وطء عدة أخرى وتداخلت مع التى قبلها ، فلا يحل تزوجها بغيره قبل انقضاء العدة من الوطء الأخير . ولو طلقها ثلاثا بعد انقضاء عدة الطلاق الأول لم تقع وإن كانت فى عدة الوطء كما قدمناه عن البزازية ، وبه ظهر جواب حادثة الفتوى فى رجل أبان زوجته بلفظ الحرام فاستفتى شافعيا فأفتاه بأنه رجعى وأقام معها مدة ثم أبانها كذلك فراجعها له شافعى أيضا ومضت مدة طويلة أيضا ثم أبانها أيضاً كذلك فأفتاه شافعى بكفارة يمين ثم طلقها الآن ثلاثا وكان مقرا بالثلاث الأول واشتهرت بين الناس وكان كل واحد بعد انقضاء عدة الذى قبله ، ومقتضى مامر أنه لايقع عليه سوى طلقة واحدة وهى الأولى حيث كانت

فلو برهن أنه طلقها قبل ذلك بمدة طلقة لم يقبل بحر .
وفيه عن الجوهرة : أخبرها ثقة أن زوجها الغائب مات أو طلقها ثلاثا أو أتاها منه كتاب على يد ثقة بالطلاق ، إن أكبر رأيها أنه حق فلا بأس أن تعتد وتتزوج ، وكذا لو قالت امرأته لرجل طلقنى زوجى وانقضت عدتى لابأس أن ينكحها .
وفيه عن كافى الحاكم : لو شكت فى وقت موته تعتد من وقت تستيقن به احتياطا .
وفيه عن المحيط : كذبته فى مدة تحتمله لم تسقط نفقتها ، وله نكاح أختها عملا بخبريهما بقدر الإمكان ،

مشهورة وهو مقر بها ومضت عدتها فلا تقع الثانية ولا مابعدها وإن وطئها فى تلك العدة لأنه وطء شبهة كما علمته ، والله سبحانه وتعالى أعلم (قوله لم يقبل) أى لأن العدة من هذه الطلقة لاتنقضى مالم يكن الطلاق مشتهرا كما علمته ولو كان مشتهرا لتمسك به قبل الحكم عليه بالثلاث لأنه مانع من صحة الحكم بها ، فعدوله عن ذلك إلى إنكار الثلاث دليل على كذبه فلا يقبل منه ، فلا ينافى قولهم إن الدفع بعد الحكم صحيح ، هذا ماظهر لى (قوله على يد ثقة) هذا غير قيد كما فى الولوالجية .

مطلب فى المنعى إليها زوجها

وفى جامع الفصولين أخبرها واحد بموت زوجها أو بردته أو بتطليقها حل لها التزوج ، ولو سمع من هذا الرجل آخر له أن يشهد لأنه من باب الدين فيثبت بخبر الواحد ، بخلاف النكاح والنسب . أخبرها عدل أو غير عدل فأتاها بكتاب من زوجها بطلاق ولا تدرى أنه كتابه أولا إلا أن أكبر رأيها أنه حق فلا بأس بالتزوج اه وتقدم قبيل الإيلاء مايفيد أن هذا فى الديانة .

ثم رأيت بخط السائحانى عن جامع الفتاوى : شهد اثنان أن الغائب طلق زوجته لاتقبل فى حق الحكم بطلاق الغائب وتقبل فى حق سكوت الحاكم فى أنها تعتد وتتزوج بآخر اه .

وحاصله أنه يسوغ للحاكم السكوت لأنه أمر دينى لا إثبات الطلاق لأنه حكم على غائب فلا يصح . ويظهر أن ابتداء العدة من وقت وقوع الطلاق لامن وقت الإخبار لأنه غير مقيم معها فلا تهمة ، وقوله فلا بأس يفيد أن الأولى عدمه .

وفى البحر : أخبرها رجل بموته وآخر بحياته ، فإن شهد أنه عاين موته أو جنازته وهو عدل وسعها أن تعتد وتتزوج مالم يؤرخا وتاريخ الحياة متأخر . ولو تزوجت وأخبرها جماعة بأنه حى ، إن صدقت الأول صح النكاح (قوله لابأس أن ينكحها) فى الخانية قالت : ارتد زوجى بعد النكاح وسعه أن يعتمد على خبرها ويتزوجها ؛ وإن أخبرت بالحرمة بأمر عارض بعد النكاح من رضاع طارئ أو نحو ذلك ، فإن كانت ثقة أو لم تكن ووقع فى قلبه صدقها فلا بأس بأن يتزوجها إلا لو قالت كان نكاحى فاسدا أو كان زوجى على غير الإسلام لأنها أخبرت بأمر مستنكر اه أى لأن الأصل صحة النكاح سائحانى (قوله لو شكت) أى التى أتاها خبر موت زوجها (قوله وفيه عن المحيط) صوابه عن الفتح وعبارته هكذا : وفى فتح القدير : إذا قال الزوج أخبرتنى بأن عدتها قد انقضت فإن كانت فى مدة لاتنقضى فى مثلها لايقبل قوله ولا قولها إلا أن تبين ماهو محتمل من إسقاط سقط مستبين الخلق فحينئذ يقبل قولها ، ولو كان فى مدة تحتمله فكذبته لم تسقط نفقتها ، وله أن يتزوج بأختها لأنه أمر دينى يقبل قوله فيه اه .

فلو ولدت لأكثر من نصف حول ثبت نسبه ولم يفسد نكاح أختها فى الأصح ، فقوله لو مات دون المعتدة :

فصل فى الحداد

جاء من باب أعدّ ومدّ وفر ، وروى بالجيم ، وهو لغة كما فى القاموس: ترك الزينة للعدة . وشرعا ترك الزينة ونحوها لمعتدة بائن أو موت .

(تحد) بضم الحاء وكسرها كما مر (مكلفة مسلمة ولو أمة منكوحة) بنكاح صحيح ودخل بها ، بدليل قوله

فالحاصل أنه يعمل بخبريهما بقدر الإمكان بخبره فيما هو حقه وحق الشرع وبخبرها فى حقها من وجوب النفقة والسكنى اهـ والمسألة مفروضة فى الاختلاف مع زوجها الذى طلقها (قوله ثبت نسبه) أى لأن حقها فى النسب أصلى كحق الولد لأنها تعير بولد لا أب له فلم يقبل قوله ، ولا ينفذ نكاح أختها لأنه صار مكذبا فى خبره شرعا ، بخلاف القضاء بالنفقة لأنه يتصور استحقاق النفقة لغير العدة ، فكأنه وجبت فى حقها بسبب العدة وفى حقه بسبب آخر ، فإن تزوج أختها ومات فالميراث للأخت ، وقيل إن قال هذا فى الصحة فالميراث للأخت وإلا فللمعتدة ، فإذا قضى به للمعتدة قيل يفسد نكاح الأخت ، والأصح لا لتصور استحقاق الميراث بغير الزوجية فنزل منزلة استحقاق النفقة بحر عن المحيط ملخصا :

وحاصله مسألتان : إحداهما لو ولدت التى أقر بانقضاء عدتها وثبت نسب الولد يفسد نكاح أختها لأنه صار مكذباً شرعا . ثانيتهما لو أقر بذلك ثم تزوج أختها فمات ترثه الأخت دون المعتدة ، وقيل هذا لو أقر فى صحته ، فلو فى مرضه صار فارا فترثه المعتدة ، وإذا ورثته فالأصح أنه لا يفسد نكاح أختها ، إذ لا يلزم من إرثها كونه بطريق الزوجية حتى يفسد نكاح الأخت لتصوره بطريق آخر ، وبه علم أن فى كلام الشارح اختصارا مخلا ، وصواب التعبير أن يقول : ولو مات ترثه الأخت ، وقيل المعتدة إن قال ذلك فى مرضه ولم يفسد نكاح أختها فى الأصح ، ولو ولدت لأكثر من نصف حول ثبت نسبه وفسد نكاح أختها ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

فصل فى الحداد

لما ذكر نفس وجوب العدة وكيفية وجوبها أخذ يذكر ما وجب فيها على المعتدات ، فإنه فى المرتبة الثانية من أصل وجوبها فتح (قوله جاء من باب أعدّ ومدّ وفرّ) أى أنه جاء من المزيد ومن المجرد الذى كنصر أو كضرب قال فى المصباح : أحدت المرأة إحدادا فهى محد ومحدة إذا تركت الزينة لموته ، وحدت تحد وتحد حدادا بالكسر فهى حاد بغيرها ، وأنكر الأصمعى الثلاثى فاقتصر على الرباعى اهـ ولذا قدمه الشارح (قوله وروى بالجيم) أى من جددت الشىء : قطعته ، فكأنها انقطعت عن الزينه وما كانت عليه نهر (قوله ترك الزينة للعدة) أى مطلقا ولو من رجعى أو كانت كافرة أو صغيرة فيكون أعم من الشرعى ط (قوله ونحوها) كالطيب والدهن والكحل ط (قوله تحد) أى وجوبا كما فى البحر (قوله بضم الحاء) يعنى وفتح التاء من باب مد اهـ ح (قوله وكسرها) يعنى وفتح التاء فيكون من باب فر ، أو ضمها فيكون من باب أعد اهـ ح (قوله مكلفة) أى بالغة عاقلة ، وبأتى محترزه ومحترز باقى القيود (قوله مسلمة) شمل من أسلمت فى العدة ، فتحد فيما بقى منها جوهرة (قوله ولو أمة) لأنها مكلفة بحقوق الشرع ما لم يفت به حق العبد بحر .

والحاصل أن الحداد لا يفوّت حق المولى لأنها محرمة عليه ما دامت فى العدة ، بخلاف اعتدادها فى بيت الزوج كما يأتى (قوله منكوحة) بالرفع نعت لمكلفة ح (قوله ودخل بها) هذا القيد صحيح بالنسبة لمعتدة البت ، أما

(إذا كانت معتدة بت أو موت) وإن أمرها المطلق أو الميت بتركه لأنه حق الشرع ، إظهارا للتأسف على فوات النكاح (بترك الزينة) بحلي أو حرير أو امتشاط بضيق الأسنان (والطيب) وإن لم يكن لها كسب إلا فيه (والدهن) ولو بلا طيب كزيت خالص (والكحل والحناء ولبس المعصفر والمزعفر) ومصبوغ بمغرة أو ورس (إلا بعذر)

معتدة الموت فيجب عليها العدة ، ولو كانت غير مدخولة فيجب فيها الحداد ، فكان الصواب إسقاط هذا القيد فإن لفظ معتدة يغني عنه اهـ ح (قوله إذا كانت معتدة بت) من البت : وهو القطع : أي المبتوت طلاقها وهي المطلقة ثلاثا أو واحدة بائنة ، والفرقة بخيار الجب والعنة ونحوهما نهر (قوله لأنه حق الشرع) أي فلا يملك العبد إسقاطه ، ولأن هذه الأشياء دواعي الرغبة وهي ممنوعة عن النكاح ، فتجتنبها لئلا تصير ذريعة إلى الوقوع في المحرم هداية ط (قوله بترك الزينة) متعلق بتحد والباء للآلة المعنوية ، لأن الترك عدمي أو للتصوير أو للسببية أو للملابسة ، لأن في تحد معنى تتأسف ، أو لأن الحد في الأصل المنع ، فلا يرد أن فيه ملابسة الشيء لنفسه (قوله بحلي) أي بجميع أنواعه من فضة وذهب وجواهر بحر . قال القهستاني :والزينة ماتتزين به المرأة من حلي أو كحل كما في الكشاف ، فقد استدرك مابعده،ويؤيده مافي قاضيخان : المعتدة تجتنب عن كل زينة نحو الخضاب ولبس المطيب اهـ . وأجاب في النهر بأن مابعده تفصيل لذلك الإجمال .

قلت : فيه أن هذا التفصيل غير موف بالمقصود ، فالأظهر أنه أراد بالزينة نوعا منها ،وهو ماذكره الشارح من الحلي والحرير لأنه قوامها وغيره خفي بالنسبة إليه فعطفه عليها (قوله أو حرير) أي بجميع أنواعه وألوانه ولو أسود بحر ، وقوله ولو أسود أشار به إلى خلاف مالك حيث قال يباح لها الحرير الأسود كما في الفتح ، وبه علم أنه لايصح استثناء الأسود كما وقع في الدرر المنتقى عن البهنسي فإنه ليس مذهبنا فافهم (قوله بضيق الأسنان) فلها الامتشاط بأسنان المشط الواسعة ذكره في المبسوط ، وبحث فيه في الفتح ، لكن يأتي عن الجوهرة تقييده بالعذر (قوله والطيب) أي استعماله في البدن أو الثوب قهستاني ، وأعم منه قوله في البحر والفتح : فلا تحضر عمله ولا تتجر فيه (قوله والدهن) بالفتح والضم والأول مصدر والثاني اسم ، وقوله ولو بلا طيب يؤيد إرادة اسم العين ، لكن يحتمل أن يكون المعنى ولو بلا استعمال طيب فافهم (قوله كزيت خالص) أي من الطيب وكالشيرج والسمن وغير ذلك، لأنه يلين الشعر فيكون زينة زيلعي،وبه ظهر أن الممنوع استعماله على وجه يكون فيه زينة ، فلا تمنع من مسه بيد لعصر أو بيع أو أكل كما أفاده الرحمتي (قوله والكحل) بالفتح والضم كما مر في الدهن . والظاهر أن المراد به ماتحصل به الزينة كالأسود ونحوه ، بخلاف الأبيض مالم يكن مطيبا (قوله ولبس المعصفر والمزعفر الخ) أي لبس الثوب المصبوغ بالعصفر والزعفران ، والمراد بالثوب ما كان جديدا تقع به الزينة وإلا فلا بأس به ،لأنه لايقصد به إلا ستر العورة والأحكام تبتنى على المقاصد كما في المحيط قهستاني(قوله ومصبوغ بمغرة أو ورس) المغرة الطين الأحمر بفتحتين والتسكين لغة تخفيف . والورس : نبت أصفر يزرع باليمن ويصبغ به ، قيل هو صنف من الكركم ، وقيل يشبهه مصباح . قال الزيلعي : ولا يحل لبس الممشق وهو المصبوغ بالمشق وهو المغرة .

وذكر في الغاية أن لبس العصب مكروه : وهو ثوب موشى يعمل في اليمن،وقيل ضرب من برود اليمن ينسج أبيض ثم يصبغ اهـ . وفي المغرب لأنه يعصب غزله ثم يصبغ ثم يحاك . وفي المصباح المشق وزان حمل: المغرة، وقالوا ثوب ممشق بالتثقيل والفتح ، والعصب بالعين والصاد المهملتين مثل فلس .

قلت : ووقع في كافي الحاكم : ولاثوب قصب بالقاف . في المصباح : القصب ثياب من كتان ناعمة واحدها

راجع للجميع ، إذ الضرورات تبيح المحظورات ، ولا بأس بأسود وأزرق ومعصفر خلق لارائحة له (لا) حداد على سبعة : كافرة وصغيرة ، ومجنونة ، و (معتدة عتق) كونه عن أم ولده (و) معتدة (نكاح فاسد) أووطء بشبهة أو طلاق رجعى :

قصب على النسبة (قوله راجع للجميع) فإن كان وجع بالعين فتكتحل أو حكة فتلبس الحرير أو تشتكى رأسها فتدهن وتمشط بالأسنان الغليظة المتباعدة من غير إرادة الزينة ، لأن هذا تداو لازينة جوهرة . قال فى الفتح : وفى الكافى إلا إذا لم يكن لها ثوب إلا المصبوغ فإنه لابأس به لضرورة ستر العورة، لكن لاتقصد الزينة ؛ وينبغى بتقيده بقدر ماتستحدث ثوبا غيره إما ببيعه والاستخلاف بثمنه أو من مالها إن كان لها اه :

قلت : وقيد بعض الشافعية الاكتحال للعذر بكونه ليلا ثم تنزعه نهارا كما ورد فى الحديث ، وأخرج الحديث فى الفتح أيضا ، ولم أر من قيد بذلك من علمائنا ، وكأنه معلوم من قاعدة إن الضرورة تتقدر بقدرها ، لكن إن كفاها الليل أو النهار اقتصرت على الليل ولا تعكس ، لأن الليل أخفى لزينة الكحل وهو محمل الحديث ، والله سبحانه أعلم (قوله ولا بأس بأسود) فى الفتح : ويباح لها لبس الأسود عند الأئمة الأربعة ، وجعله الظاهرية كالأحمر والأخضر اه : وعلل الزيلعى جوازه بأنه لايقصد به الزينة .

قلت : والمراد الأسود من غير الحرير خلافا لمالك كما مر (قوله وأزرق) ذكره فى النهر بحثا ، وهو ظاهر إلا إذا كان براقا صافى اللون كما نص عليه الشافعية ، لأن الغالب فيه حينئذ قصد الزينة (قوله ومعصفر خلق الخ) فى البحر : ويستثنى من المعصفر والمزعفر الخلق الذى لا رائحة له فإنه جائز كما فى الهداية اه فافهم . قال الرحمتى : والمراد بما لا رائحة له مالم تحصل به الزينة لأنها المانع لا الرائحة ، بخلاف المحرم ؛ ألا يرى منع المغرة ولا رائحة لها اه .

قلت : وأعم منه قول الزيلعى : وذكر الحلوانى أن المراد بالثياب المذكورة الجديد منها ، أما لوكان خلقا لانقع فيه الزينة فلا بأس به اه ومثله مامر عن القهستانى . وفى القاموس : خلق الثوب كنصر وكرم وسمع خلوقة وخلقا محركة بلى :

[تنبيه] مقتضى اقتصارهم على منعها بما مر أن الإحداد خاص بالبدل ، فلا تمنع من تجميل فراش وأثاث بيت وجلوس على حرير كما نص عليه الشافعية . ونقل فى المعراج أن عند الأئمة الثلاثة لها أن تدخل الحمام وتغسل رأسها بالخطمى والسدر اه ولم يذكر حكمه عندنا . قال فى البحر : واقتصار المصنف على ترك ماذكر يفيد جواز دخول الحمام لها (قوله لاحداد) أى واجب كما فى الزيلعى (قوله على سبعة الخ) شروع فى محترزات القيود المارة ويزاد ثامنة ، وهى المطلقة قبل الدخول محترز قوله إذاكانت معتدة (قوله كافرة وصغيرة ومجنونة) لكن لو أسلمت الكافرة فى العدة لزمها الإحداد فيا بقى منها كما مر عن الجوهرة ، وكذا ينبغى أن يقال فى الصغيرة والمجنونة إذا بلغت وأفاقت كما فى البحر ، وإنما لزمت العدة عليهن دون الإحداد لأنه حق الله تعالى كما مر ، ولابد فيه من خطاب التكليف ، لأن اللبس والتطيب فعل حسى محكوم بحرمته ، بخلاف العدة فإنها من ربط المسببات بالأسباب على معنى أنه عند البينونة يثبت شرعا عدم صحة نكاحهن فى مدة معينة ، فهو حكم بعدم فلا يتوقف على خطاب التكليف كما أوضحه فى الفتح فافهم (قوله ومعتدة عتق) هى أم الولد التى أعتقها مولاها ، ومثلها التى مات عنها مولاها فإنها عتقت بموته . ولماكان فى دخولها خفاء صرح بها الشارح وسكت عن الأولى لظهورها فافهم (قوله أو وطء بشبهة) محترز قوله منكوحة فكان المناسب ذكره مع معتدة العتق ح (قوله أو طلاق رجعى)

ويباح الحداد على قرابة ثلاثة أيام فقط ، وللزوج منعها لأن الزينة حقه فتح ، وينبغى حل الزيادة على الثلاثة إذا رضى الزوج أو لم تكن مزوجة نهر .

وفى التتارخانية : ولا تعذر فى لبس السواد وهى آثمة إلا الزوجة فى حق زوجها فتعذر إلى ثلاثة أيام . قال فى البحر : وظاهره منعها من السواد تأسفا على موت زوجها فوق الثلاثة : وفى النهر : لو بلغت فى العدة لزمها الحداد فيما بقى :

(والمعتدة) أى معتدة كانت عينى ، فتعم معتدة عتق ونكاح فاسد . وأما الخالية فتخطب إذا لم يخطبها غيره

كان المناسب أن يزيد معه المطلقة قبل الدخول فإنهما خرجتا بقوله معتدة بت أفاده ح (قوله ويباح الحداد الخ) أى للحديث الصحيح « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد فوق ثلاث إلا على زوجها فإنها تحد أربعة أشهر وعشرا » فدل على حله فى الثلاث دون مافوقها ، وعليه حمل إطلاق محمد فى النوادر عدم الحل كما أفاده فى الفتح . وفى البحر عن التاترخانية أنه يستحب لها تركه أى تركه أصلا (قوله وللزوج منعها الخ) عبارة الفتح : وينبغى أنها لو أرادت أن تحد على قرابة ثلاثة أيام ولها زوج له أن يمنعها لأن الزينة حقه حتى كان له أن يضربها على تركها إذا امتنعت وهو يريدها ، وهذا الإحداد مباح لها لا واجب ، وبه يفوت حقه اه وأقره فى البحر . قال فى النهر : ومقتضى الحديث أنه ليس له ذلك ، والمذكور فى كتب الشافعية أن له ذلك وقواعدنا لا تأباه : وحينئذفيحمل الحل فى الحديث على عدم منعه اه أى بأن يقال إن الحل المفهوم من الحديث محمول على ما إذا لم يمنعها زوجها ، لأن كل حل ثبت لشىء يقيد بعدم المانع منه وإلا فلا يحل كما هنا

ولما كان بحث الفتح داخلا تحت قولهم له ضربها على ترك الزينة كان بحثا موافقا للمنقول ،وأقره عليه من بعده فلذا جزم به الشارح ، وليس البحث لصاحب النهر فقط فافهم (قوله وينبغى حل الزيادة الخ) فيه نظر ، فإن صريح الحديث المذكور نفى الحل فوق ثلاث ، وإذا قيد الحل فى الثلاث الثابت فى الحديث بما إذا رضى لا يلزم منه أن يكون رضاه مبيحا ماثبت عدم حله وهو الإحداد فوق الثلاث كما لايخفى : وقال الرحمتى : الحديث مطلق ، وقد حمله أمهات المؤمنين على إطلاقه فدعت أم حبيبة بالطيب بعد موت أبيها بثلاث ، وكذلك زينب بعد موت أخيها وقالت كل منهما : مالى بالطيب من حاجة غير أنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا يحل لامرأة الخ » كيف وقد أطلق محمد عدم حل الإحداد لمن مات أبوها أو ابنها وقال إنما هو فى الزوج خاصة اه (قوله وفى التتارخانية الخ) عبارتها : سأل أبو الفضل عن المرأة يموت زوجها أو أبوها أو غيرهما من الأقارب فتصبغ ثوبها أسود فتلبسه شهرين أو ثلاثة أو أربعة تأسفا على الميت أتعذر فى ذلك ؟ فقال لا . وسأل عنها على ابن أحمد فقال : لاتعذر ، وهى آثمة إلا الزوجة فى حق زوجها فإنها تعذر إلى ثلاثة أيام اه (قوله وظاهره منعها من السواد الخ) أى فيقيد به إطلاق مامر من أنه لابأس بأسود . وأجاب ط بحمل ماهنا على صبغه لأجل التأسف ولبسه ، ومامر على ما كان مصبوغا أسود قبل موت الزوج لتتوافق عباراتهم ، لكن ينافيه إباحته فى الثلاث تأمل (قوله وفى النهر) هو بحث سبقه إليه فى البحر أخذا من عبارة الجوهرة كما قدمناه فى الكافرة (قوله ونكاح فاسد) فتحرم خطبتها ، لأن الظاهر أنها حيث رضيت به بالنكاح الفاسد ترضى به بالنكاح الصحيح (قوله وأما الخالية) أى عن نكاح وعدة (قوله إذا لم يخطبها غيره وترضى به الخ) نقله فى البحر عن الشافعية ، وقال ولم أره لأصحابنا ، وأصله الحديث الصحيح « لايخطب أحدكم على خطبة أخيه » وقيدوه بأن لايأذن له اه أى بأن لايأذن الخاطب الأول ،وهو منقول عندنا ، فقد قال الرملى : وفى الذخيرة كما نهى صلى الله عليه وسلم عن الاستيام

وترضى به ، فلو سكتت فقولان (تحرم خطبتها) بالكسر وتضم (وصح التعريض) كأريد التزوج (لو معتدة الوفاة) لا المطلقة إجماعاً لإفضائه إلى عداوة المطلق ، ومفاده جوازه لمعتدة عتق ونكاح فاسد ووطء شبهة نهر ، لكن فى القهستانى عن المضمرات أن بناء التعريض على الخروج .

على سوم الغير نهى عن الخطبة على خطبة الغير والمراد من ذلك أن يركن قلب المرأة إلى خاطبها الأول ، كذا فى التاترخانية فى باب الكراهية فافهم اه (قوله فلو سكتت فقولان) أى للشافعية . قال الخير الرملى : وقولهم لاينسب إلى ساكت قول يقتضى ترجيح الجواز اه .

قلت : هذا ظاهر إذا لم يعلم ركون قلبها إلى الأول بقرائن الأحوال وإلا فيكون بمنزلة التصريح بالرضا (قوله بالكسر وتضم) لكن الضم مختص بالموعظة والكسر بطلب المرأة قهستانى ، نعم الضم فى المعنى الثانى غريب كما فى النهر (قوله وصح التعريض) خلاف التصريح . قال القهستانى : والتحقيق أن التعريض هو أن يقصد من اللفظ معناه حقيقة أو مجازا أو كناية ، ومن السياق معناه معرّضا به ، فالموضوع له والمعرض به كلاهما مقصودان لكن لم يستعمل اللفظ فى المعرض به ، كقول السائل جئتك لأسلم عليك ، فيقصد من اللفظ السلام ومن السياق طلب شىء (قوله كأريد التزوج) وأخرج البيهقى عن سعيد بن جبير — إلا أن تقولوا قولا معروفا — قال : يقول إنى فيك لراغب ، وإنى لأرجو أن نجتمع ، وليس فى هذا تصريح بالتزويج والنكاح ، ونحوه : إنك لجميلة أو صالحة فتح .

وفيه ردّ على مافى البدائع من أنه لايقول أرجو أن نجتمع وإنك لجميلة إذ لايحل لأحد أن يشافه أجنبية به اه ووجه الرد أن هذا تفسير مأثور وأقره مشايخ المذهب كصاحب الهداية وغيره . ووجهه أنه من التعريض المأذون فيه لإرادة التزوج ومنعه هو الممنوع ، فإنه لو خاطب أجنبية بصريح التزوج والنكاح على وجه الخطبة يجوز حيث لامانع منه فالتعريض أولى نعم يمنع خطابها بما ذكر إذا لم يكن فى معرض الخطبة وليس الكلام فيه فافهم (قوله لا المطلقة إجماعا الخ) نقله فى البحر والنهر عن المعراج ، وشمل المطلقة البائن وبه صرح الزيلعى . و فى الفتح أن التعريض لايجوز فى المطلقة بالإجماع فإنه لايجوز لها الخروج من منزلها أصلا ، فلا يتمكن من التعريض على وجه لايخفى على الناس ولإفضائه إلى عداوة المطلق اه .

وينافى نقل الإجماع مافى الاختيار حيث قال مانصه : وهذا كله فى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها ، أما المطلقة الرجعية فلا يجوز التصريح ولا التلويح لأن نكاح الأول قائم اه (قوله ومفاده) أى مفاد التعليل حيث قيد بعداوة المطلق ، والضمير فى جوازه للتعريض ، وبه يفرق بين الخطبة والتعريض ط أى لما قدمه الشارح أنه لايجوز خطبة معتدة عتق ونكاح فاسد (قوله لكن فى القهستانى الخ) عبارته هكذا : ولم يوجد نص فى معتدة عتق ومعتدة وطء بالشبهة وفرقة ونكاح فاسد ، وينبغى أن يعرض للأولين بخلاف الأخريين . ففى الظهيرية : لايجوز خروجهما من البيت ، بخلاف الأولين : وفى المضمرات أن بناء التعريض على الخروج اه .

وحاصله أن الأولين : أى معتدة العتق ، ومعتدة وطء الشبهة يجوز أن يعرض لهما لجواز خروجهما من بيت العدة ، بخلاف معتدة الفرقة أى الفسخ ومعتدة النكاح الفاسد ، فلا يجوز التعريض لهما لعدم جواز خروجهما ، فإن جواز التعريض مبنى على جواز الخروج إذ لايتمكن من التعريض لمن لاتخرج ، لكن نص فى كافى الحاكم على جواز خروج معتدة العتق والنكاح الفاسد ، نعم يشكل ذلك فى معتدة العتق فإنك علمت مما مر تعليل حرمة التعريض بإفضائه إلى عداوة المطلق ومعتدة العتق فيها ذلك ، فإن سيدها الذى أعتقها وهى أم ولده إذا كان مراده

(ولا تخرج معتدة رجعى وبائن) بأى فرقة كانت على مافى الظهيرية ولو مختلعة على نفقة عدتها فى الأصح اختيار أو على السكنى فيلزمها أن تكترى بيت الزوج معراج (لو حرة) أو أمة مبوأة ولو من فاسد (مكلفة من بيتها أصلا) لاليلا ولا نهارا ولا إلى صحن دار فيها منازل لغيره ولو بإذنه لأنه حق الله تعالى ،

زوجها من نفسه يعادى من نازعه فى ذلك أكثر إلا أن يريد بمعتدة العتق التى مات عنها سيدها ، فلا يشكل لكونها معتدة وفاة ، هذا . وقد سقطت معتدة العتق من نسخة القهستانى التى وقعت للمحشى ، فحمل كلامه على غير المراد فافهم (قوله بأى فرقة كانت الخ) أى ولو بمعصية كتقبيلها ابن زوجها بحر عن البدائع . قال فى النهر : قيد بمعتدة الطلاق ، لأن معتدة الوطء لاتمنع من الخروج كالمعتدة عن عتق ونكاح فاسد ووطء بشبهة إلا إذا منعها لتحصين مائة كذا فى البدائع . وفى الظهيرية خلافه ، حيث قال : سائر وجوه الفرق التى توجب العدة من النكاح الصحيح والفاسد سواء ، يعنى فى حق حرمة الخروج من بيتها ، وحكى فتوى الأوزجندى أنها لاتعتد فى بيت الزوج اهـ والضمير فى أنها للمنكوحة فاسدا لأنه لاملك له عليها بحر أى لأن النكاح الفاسد لايفيد المنع من الخروج قبل التفريق فكذا بعده وسيذكره الشارح آخر الفصل حكاية الخلاف مع إفادة التوفيق المستفاد من كلام البدائع ويأتى تمامه (قوله فى الأصح) لأنها هى التى اختارت إبطال حقها فلا يبطل به حق عليها كما فى الزيلعى ومقابله ما قيل أنها تخرج نهارا لأنها قد تحتاج كالمتوفى عنها .

مطلب الحق أن على المفتى أن ينظر فى خصوص الوقائع

قال فى الفتح : والحق أن على المفتى أن ينظر فى خصوص الوقائع ، فإن علم فى واقعة عجز هذه المختلعة عن المعيشة إن لم تخرج أفتاها بالحل ، وإن علم قدرتها أفتاها بالحرمة اهـ وأقره فى النهر والشرنبلالية (قوله أو على السكنى) قال الزيلعى : فكان كما اختلعت على أن لا سكنى لها ، فإن مؤنة السكنى تسقط عن الزوج ويلزمها أن تكترى بيت الزوج ، ولا يحل لها أن تخرج منه اهـ ومثله فى الفتح أى لأن سكناها فى بيته واجبة عليها شرعا فلا تملك إسقاطها بل تسقط مؤنتها . وظاهره أنه لايلزم التصريح بمؤنة السكنى بل مجرد الخلع على السكنى مسقط لمؤنتها كما نبهنا عليه فى باب الخلع تأمل (قوله لو حرة) أما غيرها فلها الخروج فى عدة الطلاق والوفاة ، إذ لايلزمها المقام فى منزل زوجها فى حال النكاح فكذا بعده ، ولأن الخدمة حق المولى فلا يجوز إبطالها إلا إذا بوأها منزلا فحينئذ لاتخرج وله الرجوع ، ولو بوأها فى النكاح ثم طلقت فللزوج منعها من الخروج حتى يطلبها المولى كما فى البحر (قوله أو أمة مبوأة) أى أسكنها المولى فى بيت زوجها ولم يطلبها كما علمت (قوله ولو من فاسد) أى ولو كانت العدة من نكاح فاسد ، وهذا مستفاد من قوله بأى فرقة كانت كما بيناه ح (قوله مكلفة) أخرج الصغيرة والمجنونة والكافرة . فنى البحر عن البدائع : أما الأوليان فلا يتعلق بهما شىء من أحكام التكاليف ، وأما الكتابية فلأنها غير مخاطبة بحق الشرع ، ولكن للزوج منع المجنونة والكتابية صيانة لمائه ، وكذا إذا أسلم زوج المجوسية وأبت الإسلام اهـ . وفيه عن المعراج وشرح النقاية : المراهقة كالبالغة فى المنع من الخروج وكالكتابية فى عدم وجوب الإحداد اهـ أى لاحتمال علوقها منه قبل الطلاق فله منعها تحصينا لمائه (قوله من بيتها) متعلق بقوله ولا تخرج ، والمراد به مايضاف إليها بالسكنى حال وقوع الفرقة والموت هداية ، سواء كان مملوكا للزوج أو غيره ، حتى لو كان غائبا وهى فى دار بأجرة قادرة على دفعها فليس لها أن تخرج بل تدفع وترجع إن كان بإذن الحاكم بحر وزيلعى (قوله أصلا) تعميم لقوله لا تخرج ، وبينه بقوله لا ليلا ولا نهارا (قوله فيها منازل لغيره) أى غير الزوج ، بخلاف ما إذا كانت له فإن لها أن تخرج إليها وتبيت فى أى منزل شاءت لأنها تضاف إليها بالسكنى زيلعى (قوله ولو بإذنه) تعميم أيضا لقوله ولا تخرج ، حتى إن المطلقة رجعيا وإن كانت منكوحة حكما لاتخرج من بيت العدة

بخلاف نحو أمة لتقدم حق العبد (ومعتدة موت تخرج فى الجديدين وتبيت) أكثر الليل (فى منزلها) لأن نفقتها عليها فتحتاج للخروج، حتى لو كان عندها كفايتها صارت كالمطلقة فلا يحل لها الخروج فتح. وجوّز فى القنية خروجها لإصلاح مالابد لها منه كزراعة ولا وكيل لها (طلقت) أو مات وهى زائرة (فى غير مسكنها عادت إليه فورا) لوجوبه عليها (وتعتدان) أى معتدة طلاق وموت (فى بيت وجبت فيه) ولايخرجان منه (إلا أن تخرج أو يتهدم المنزل أو تخاف) انهدامه أو (تلف مالها أو لاتجد كراء البيت) ونحو ذلك من الضرورات فتخرج لأقرب موضع إليه،

ولو بإذنه، لأن الحرمة بعد العدة حق الله تعالى فلا يملكان إبطاله، بخلاف ماقبلها لأنها حق الزوج فيملك إبطاله بحر (قوله بخلاف نحو أمة) أراد بالأمة القنة، وبنحوها المدبرة وأم الولد والمكاتبة، والمراد إذا لم تكن مبوأة، لأن الخدمة حق المولى كما مر وعدم الخروج حق الله تعالى، فيقدم حق العبد لاحتياجه (قوله فى الجديدين) أى الليل والنهار فإنهما يتجددان دائما ط (قوله لأن نفقتها عليها) أى لم تسقط باختيارها، بخلاف المختلعة كما مر وهذا بيان للفرق بين معتدة الموت ومعتدة الطلاق. قال فى الهداية: وأما المتوفى عنها زوجها فلأنه لانفقة لها فتحتاج إلى الخروج نهارا لطلب المعاش وقد يمتد إلى أن يهجم الليل ولا كذلك المطلقة، لأن النفقة دارة عليها من مال زوجها اهـ.

قال فى الفتح: والحاصل أن مدار حل خروجها بسبب قيام شغل المعيشة فيتقدر بقدره، فمتى انقضت حاجتها لايحل لها بعد ذلك صرف الزمان خارج بيتها اهـ. وبهذا اندفع قول البحر إن الظاهر من كلامهم جواز خروج المعتدة عن وفاة نهارا ولو كان عندها نفقة، وإلا لقالوا لاتخرج المعتدة عن طلاق أو موت إلا لضرورة فإن المطلقة تخرج للضرورة ليلا أو نهارا اهـ.

ووجه الدفع أن معتدة الموت لما كانت فى العادة محتاجة إلى الخروج لأجل أن تكتسب للنفقة قالوا إنها تخرج فى النهار وبعض الليل، بخلاف المطلقة. وأما الخروج للضرورة فلا فرق فيه بينهما كما نصوا عليه فيما يأتى، فالمراد به هنا غير الضرورة، ولهذا بعد ما أطلق فى كافى الحاكم منع خروج المطلقة قال والمتوفى عنها زوجها تخرج بالنهار لحاجتها ولا تبيت فى غير منزلها، فهذا صريح فى الفرق بينهما، نعم عبارة المتون يوهم ظاهرها ماقاله فى البحر، فلو قيدوا خروجها بالحاجة كما فعل فى الكافى لكان أظهر (قوله وجوز فى القنية الخ) قال فى النهر: ولابد أن يقيد ذلك بأن تبيت فى بيت زوجها (قوله أى معتدة طلاق وموت) قال فى الجوهرة: هذا إذا كان الطلاق رجعيا ولو بائنا فلابد من سترة إلا أن يكون فاسقا فإنها تخرج اهـ فأفاد أن مطلقة الرجعى لاتخرج ولا تجب سترة ولو فاسقا لقيام الزوجية بينهما، ولأن غايته أنه إذا وطئها صار مراجعا (قوله فى بيت وجبت فيه) هو مايضاف إليهما بالسكنى قبل الفرقة ولو غير بيت الزوج كما مر آنفا، وشمل بيوت الأخبية كما فى الشرنبلالية (قوله ولا يخرجان) بالبناء للفاعل، والمناسب تخرجان بالتاء الفوقية لأنه مثنى المؤنث الغائب أفاده ط (قوله إلا أن تخرج) الأولى الإتيان بضمير التثنية فيه وفيما بعده ط، وشمل إخراج الزوج ظلما أو صاحب المنزل لعدم قدرتها على الكراء أو الوارث إذا كان نصيبها من البيت لايكفيها بحر: أى لايكفيها إذا قسمته لأنه لايجبر على سكناها معه إذا طلب القسمة أو المهايأة ولو كان نصيبها يزيد على كفايتها (قوله أو لاتجد كراء البيت) أفاد أنها لو قدرت عليه لزمها من مالها، وترجع به المطلقة على الزوج إن كان بإذن الحاكم كما مر (قوله ونحو ذلك) منه مافى الظهيرية: لو خافت بالليل من أمر الميت والموت ولا أحد معها لها التحول والخوف شديدا وإلا فلا (قوله فتخرج) أى معتدة الوفاة

وفى الطلاق إلى حيث شاء الزوج ، ولو لم يكفها نصيبها من الدار اشترت من الأجانب مجتبى ، وظاهره وجوب الشراء لو قادرة أو الكراء بحر ، وأقره أخوه والمصنف .

قلت : لكن الذى رأيته بنسختى المجتبى استترت من الاستتار فليحرر (ولابد من سترة بينهما فى البائن)لئلا يختلى بالأجنبية ، ومفاده أن الحائل يمنع الخلوة المحرمة (وإن ضاق المنزل عليهما أو كان الزوج فاسقا فخروجه أولى) لأن مكثها واجب لامكثه ، ومفاده وجوب الحكم به ذكره الكمال (وحسن أن يجعل القاضى بينهما امرأة) ثقة

كما دل عليه مابعده ط (قوله وفى الطلاق الخ) عطف على محذوف تقديره هذا فى الوفاة ط . وتعيين المنزل الثانى للزوج فى الطلاق ولها فى الوفاة فتح ؛ وكذا إذا طلقها وهو غائب فالتعيين لها معراج . وفيه أيضا عين انتقالها إلى أقرب المواضع مما انهدم فى الوفاة وإلى حيث شاءت فى الطلاق بحر ، فأفاد أن تعيين الأقرب مفوّض إليها فافهم وحكم ماانتقلت إليه حكم المسكن الأصلى فلا تخرج منه بحر (قوله فليحرر) أقول الذى رأيته فى نسختى المجتبى اشترت من الشراء ، ويؤيده أنه فى المجتبى قال اشترت من الأجانب وأولاده الكبار اه إذ لايجب عليها الاستتار من أولاد زوجها ، لكن رأيت فى كافى الحاكم مانصه : وإذا طلقها زوجها وليس لها إلا بيت واحد فينبغى أن يجعل بينه وبينها حجاباً ، وكذلك فى الوفاة إذا كان له أولاد رجال من غيرها فجعلوا بينهم وبينها سترا أقامت وإلا انتقلت اه وأنت خبير بأن هذا نص ظاهر الرواية فوجب المصير إليه . ولعل وجهه خشية الفتنة حيث كانوا رجالا معها فى بيت واحد وإن كانوا محارم لها بكونهم أولاد زوجها كما قالوا بكراهة الخلوة بالصهرة الشابة . وفى البحر عن المعراج : وكذلك حكم السترة إذا مات زوجها وله أولاد كبار أجانب اه فسماهم أجانب لما قلنا وهذا مؤيد لنسخة الشارح . ولا ينافيه أن فرض المسألة فى المجتبى أن نصيبها لايكفيها . فإذا كان لايكفيها فكيف تؤمر بالمكث فيه مع الاستتار ، لأن المراد أنه لايكفيها بأن تختلى فيه وحدها ولذا فرض المسألة فى الكافى كما مر فى البيت الواحد ثم إن قول الكافى وإلا انتقلت يدل على أنه لايلزمها الشراء ، ومثله مافى النهر عن الخانية وغيرها : لو كان فى الورثة من ليس محرما لها وحصتها لاتكفيها ، فلها أن تخرج وإن لم يخرجوها اه فهذا أيضاً مؤيد لنسخة الشارح وبهذا التقرير سقط تحامل المحشين كلهم على الشارح فافهم (قوله ولابد من سترة بينهما فى البائن) وفى الموت تستتر عن سائر الورثة ممن ليس بمحرم لها هندية . وظاهره أن لاسترة فى الرجعى ، وقول المصنف الآتى : ومطلقة الرجعى كالبائن يفيد طلب السترة فيه أيضا ، ويؤيده ماتقدم فى باب الرجعة أنه لايدخل على مطلقة إلا أن يؤذنها ثم الظاهر ندب السترة فيه لكونها ليست أجنبية ويحرر ط .

قلت : وقدمنا عن الجوهرة مايفيد عدم لزوم السترة فى الرجعى ولو الزوج فاسقا لقيام الزوجية وإعلامها بالدخول ، لئلا يصير مراجعا وهو لايريدها ، فلا يستلزم وجوب السترة بعد الدخول ؛ نعم لامانع من ندبها (قوله ومفاده أن الحائل الخ) أى مفاد التعليل أن الحائل يمنع الخلوة المحرمة . ويمكن أن يقال فى الأجنبية كذلك وإن لم تكن معتدته إلا أن يوجد نقل بخلافه بحر (قوله أو كان الزوج فاسقا) لأنه إنما اكتفى بالحائل ، لأن الزوج يعتقد الحرمة فلا يقدم على المحرم إلا أن يكون فاسقا فتح (قوله ومفاده) أى مفاد التعليل بوجوب مكثها وجوب الحكم به أى بخروجه عنها ، وقولهم وخروجه أولى لعل المراد أنه أرجح ، كما يقال : إذا تعارض محرم ومبيح فالمحرم أولى أو أرجح فإنه يراد الوجوب فتح (قوله وحسن) أى إذا كان فاسقا ولم يخرج يحسن أن يجعل الخ (قوله امرأة ثقة) لايقال : إن المرأة على أصلكم لاتصلح للحيلولة ، حتى لم تجيزوا للمرأة السفر مع نساء ثقات وقلتم بانضمام غيرها تزداد الفتنة لأنا نقول : تصلح للحيلولة فى البلد لبقاء الاستحياء من العشير وإمكان الاستغاثة ،

ترزق من بيت المال بحر عن تلخيص الجامع (قادرة على الحيلولة بينهما) وفى المجتبى الأفضل الحيلولة بستر ، ولو فاسقا فبامرأة . قال : ولهما أن يسكنا بعد الثلاث فى بيت واحد إذا لم يلتقيا التقاء الأزواج ، ولم يكن فيه خوف فتنة انتهى :

وسئل شيخ الإسلام عن زوجين افترقا ولكل منهما ستون سنة وبينهما أولاد تتعذر عليهما مفارقتهم فيسكنان فى بيتهم ولا يجتمعان فى فراش ولا يلتقيان التقاء الأزواج هل لهما ذلك ؟ قال نعم ، وأقره المصنف .

(أبانها أو مات عنها فى سفر) ولو فى مصر (وليس بينها) وبين مصرها مدة سفر رجعت ولو بين مصرها مدته وبين مقصدها أقل مضت (وإن كانت تلك) أى مدة السفر (من كل جانب) منهما ولا يعتبر ما فى ميمنة وميسرة ، فإن كانت فى مفازة (خيرت) بين رجوع ومضى (معها ولى أولا فى الصورتين والعود أحمد) لتعتد فى منزل الزوج (و) لكن (إن مرت) بما يصلح للإقامة كما فى البحر وغيره . زاد فى النهر : وبينه وبين مقصدها

بخلاف المفاوز زيلعى ، وأفاد أن معنى قدرتها على الحيلولة إمكان الاستغاثة (قوله ترزق من بيت المال) لأنها مشغولة بمنع الزوج حقا لله تعالى احتياطا لأمر الفروج ، فكانت نفقتها فى ماله تعالى ذخيرة من النفقات (قوله وفى المجتبى الخ) حيث قال : والأفضل أن يحال بينهما فى البيتوتة بستر إلا أن يكون فاسقا فيحال بامرأة ثقة ، وإن تعذر فلتخرج هى وخروجه أولى اهـ ملخصا ، وفيه مخالفة لما مر ، فإن السترة لابد منها كما عبر المصنف تبعا للهداية ، وهو الظاهر لحرمة الخلوة بالأجنبية (قوله وسئل شيخ الإسلام) حيث أطلقوه ينصرف إلى بكر المشهور بخواهر زاده ، وكأنه أراد بنقل هذا تخصيص ما نقله عن المجتبى بما إذا كانت السكنى معها لحاجة ، كوجود أولاد يخشى ضياعهم لو سكنوا معه أو معها أو كونهما كبيرين لا يجد هو من يعوله ولا هى من يشترى لها أو نحو ذلك ، والظاهر أن التقييد بكون سنهما ستين سنة وبوجود الأولاد مبنى على كونه كان كذلك فى حادثة السؤال كما أفاده ط (قوله رجعت) سواء كانت فى مصر أو غيره وهذا إذا كان المقصد مدة سفر بحر أى فيجب الرجوع لئلا تصير مسافرة فى العدة بلا محرم ، بخلاف ما إذا لم يكن بينها وبين المقصد مدة سفر فإنها تخير على إحدى الروايتين لعدم السفر فافهم (قوله ولو بين مصرها الخ) هذه عكس المسألة الأولى (قوله مضت) أى إلى المقصد ، لأن فى رجوعها إنشاء سفر (قوله وإن كانت تلك الخ) هذه مسألة ثالثة ، وفى حكمها عكسها ، وهو ما إذا لم يكن مدة سفر من الجانبين فتخير ، والرجوع أحمد ، وهذا على ما فى الكافى ، أما على ما فى النهاية وغيرها فيتعين الرجوع كما فى البحر ولم يرجح أحدهما على الآخر . ويظهر لى أرجحية الثانى ، لأن فيه قطع السفر وهو أولى من إتمامه إلا إذا لزم من قطعه إنشاء سفر آخر كما فى المسألة الثانية .

ثم رأيت صاحب الفتح قال إنه الأوجه وإنه مقتضى إطلاق صاحب الهداية الرجوع فى المسألة الأولى أى حيث لم يقيدها بما قيده فى البحر (قوله ولا يعتبر ما فى ميمنة وميسرة) أى من الأمصار أو القرى لأنه ليس وطنا ولا مقصدا ، فنى اعتباره إضرار بها (قوله فى الصورتين) أى صورة تعيين الرجوع وصورة التخيير (قوله لتعتد الخ) لأنهما حيث تساويا فى مدة السفر كان فى العود مرجح وهو حصول الواجب الأصلى فكان أولى وإنما لم يجب لعدم الوصل إليه إلا بمسيرة سفر (قوله ولكن إن مرت) أى فى المضى أو العود بحر : والأنسب فى التعبير أن يقول وإن كانت فى مصر تعتد ثمة ليكون مقابلا لقوله وإن كانت فى مفازة ثم يقول وكذا إن مرت بما يصلح للإقامة فتأمل ط (قوله وبينه) أى بين ما مرت به مما يصلح للإقامة وبين مقصدها الذى كانت ذاهبة إليه ، وانظر ما فائدة هذه الزيادة ، لأن فرض المسألة المرور على ذلك فى رجوعها إلى مصرها أو مضيها وبين الجانبين مدة سفر ، ثم رجعت

سفر (أو كانت فى مصر) أو قرية تصلح للإقامة (تعتد ثمة) إن لم تجد محرما اتفاقا ، وكذا إن وجدت عند الإمام (ثم تخرج بمحرم) إن كان (وتنتقل المعتدة) المطلقة بالبادية فتح (مع أهل الكلا) فى محفة أو خيمة مع زوجها (إن تضررت بالمكث فى المكان) الذى طلقها فيه فله أن يتحول بها وإلا لا . وليس للزوج المسافرة بالمعتدة ولو عن رجعى بحر .

(ومطلقة الرجعى كالبائن) فيما مر (غير أنها تمنع من مفارقة زوجها فى) مدة (سفر) لقيام الزوجية . بخلاف المبانة كما مر .

[فروع] طلب من القاضى أن يسكنها بجواره لايجيبه وإنما تعتد فى مسكن المفارقة ظهيرية .

قبلت ابن زوجها فلها السكنى لاالنفقة . تتارخانية لاتمنع معتدة نكاح فاسد من الخروج مجتبى .

قلت : مر عن البزازية خلافه ، لكن فى البدائع لها منعها لتحصين مائه ككتابية ومجنونة وأم ولد أعتقها فليحفظ .

النهر فلم أرها فيــه (قوله أو كانت) أى حين الطلاق أو الموت (قوله تصلح للإقامة) بأن تأمن فيها على نفسها ومالها وتجد ماتحتاجه (قوله وليس للزوج الخ) أى ليس له إذا طلقها فى منزلها أن يسافر بها (قوله فى محفــة) بكسر الميم : مركب النساء كالهودج قاموس (قوله مع زوجها) أى حالة كونها معه فى المحفة أو الخيمة فلو قدم الظرف على المجرور لكان أولى وعبارة البحر عن الظهيرية : طلقها بالبادية وهى معه فى محفة أو خيمة والزوج ينتقل من موضع الخ .

قلت : والظاهر أن هذا إذا لم يمكن انفرادها فى المحفة أو الخيمة عنه ولاعمل ساتر بينهما قال الرحمتى : فإن كان فاسقا يجب أن يحال بينهما بامرأة ثقة قادرة على الحيلولة ، والله أعلم (قوله ولا عن رجعى) . تقدم تمكينها فى الرجعة عدّ السفر رجعة ط (قوله فيما مر) أى من أحكام الطلاق فى السفر ، هكذا يفهم من كلامهم (قوله بخلاف المبانة) فإنها ترجع أو تمضى مع من شاءت لارتفاع النكاح بينهما فصار أجنبيا زيلعى (قوله طلب من القاضى الخ) علم هذا مما مر متنا (قوله فلها السكنى) لأنها حق الشرع لا النفقة ، لأن الفرقة جاءت بمعصيتها ط (قوله مر عن البزازية خلافه) أى مر فى باب العدة قبيل قول المصنف قالت مضت عدتى الخ حيث قال هناك ولا تعتد فى بيت الزوج بزازية اه فافهم ، لكن هذا موافق لما فى المجتبى لا مخالف ، فكان المناسب أن يقوم مر عن الظهيرية خلافه : أى مر فى هذا الفصل عند قول المصنف ولا تخرج معتدة رجعى وبائن حيث قال الشارح بأى فرقة كانت على ما فى الظهيرية ، وقدمنا عبارتها هناك ، ومنها حكاية ما فى البزازية عن الأوزجندى (قوله لكن فى البدائع الخ) كأنه أراد بهذا الاستدراك رفع التنافى بين النصين بحمل جواز الخروج على عدم منع الزوج وعدم الخروج على المنع فتأمل اه ح .

قلت : لكن ينبغى تقييده بما إذا لم يكن لها زوج ، لأن حق زوجها مقدم ، ويؤيده ما فى كافى الحاكم : وليس على أم الولد فى عدتها من سيدها ولا على المعتدة من نكاح فاسد اتقاء شىء من ذلك .

ولهما أن تخرجا وتبيتا فى غير منازلهما ، ألا ترى أن امرأة رجل لو تزوجت ودخل بها الزوج ثم فرق بينهما وردت إلى زوجها الأول كان لها أن تتشوف إلى زوجها الأول وتتزين له وعليها عدة الآخر ثلاث حيض اه والله سبحانه أعلم .

فصل فى ثبوت النسب

(أكثر مدة الحمل سنتان) لخبر عائشة رضى الله عنها كما مر فى الرضاع ، وعند الأئمة الثلاثة أربع سنين (وأقلها ستة أشهر) إجماعا (فيثبت نسب) ولد (معتدة الرجعى) ولو بالأشهر لإياسها بدائع وفاسد النكاح فى ذلك كصحيحه قهستانى (وإن ولدت لأكثر من سنتين) ولو لعشرين سنة فأكثر لاحتمال امتداد طهرها وعلوقها فى العدة (مالم تقر بمضى العدة) والمدة تحتمله (وكانت) الولادة (رجعة) لو (فى الأكثر منهما)

فصل فى ثبوت النسب

أى فى بيان ما يثبت النسب فيه ومالا يثبت .

قال فى النهر : لما فرغ من ذكر أنواع المعتدات ذكر مايلزم من اعتداد ذوات الحمل وهو ثبوب النسب، وهو مصدر نسبه إلى أبيه (قوله لخبر عائشة) هو ما أخرجه الدارقطنى والبيهقى فى سننهما أنها قالت « ما تزيد المرأة فى الحمل على سنتين قدر مايتحول ظل عمود المغزل » وفى لفظ «لا يكون الحمل أكثر من سنتين » الخ وتمامه فى الفتح . قال فى البحر : وظل المغزل مثل للقلة لأنه حال الدوران أسرع زوالا من سائر الظلال (قوله أربع سنين) لما روى الدارقطنى عن مالك بن أنس قال : هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة أبطن فى اثنتى عشرة سنة كل بطن فى أربع سنين . ولايخفى أن قول عائشة رضى الله تعالى عنها مما لايعرف إلا سماعا فهو مقدم على هذا ، لأنه بعد صحة نسبته إلى الشارع لايتطرق إليه الخطأ ، بخلاف الحكاية فإنها بعد صحة نسبتها إلى مالك يحتمل خطؤها ، وكون دمها انقطع أربع سنين ثم جاءت بولد فيجوز أنها امتد طهرها سنتين أو أكثر ثم حبلت ولو وجدت حركة فى البطن مثلا فليس قطعا فى الحمل ، وتمامه فى الفتح (قوله ولو بالأشهر لإياسها) أى لظن إياسها لأنه تبين بولادتها أنها لم تكن آيسة ط عن أبى السعود .

قلت : وهذا تعميم للمعتدة أى لا فرق بين المعتدة بالحيض أو بالأشهر فى البائن والرجعى إذا لم تقر بانقضاء العدة ، وإن أقرت بانقضائها مفسرا بثلاثة أشهر فكذلك لأنه تبين أن عدتها لم تكن بالأشهر فلم يصح إقرارها ، وإن أقرت به مطلقا فى مدة تصلح لثلاثة أقراء ، فإن ولدت لأقل من ستة أشهر مذ أقرت ثبت النسب وإلا فلا ، لأنه لما بطل اليأس حمل إقرارها على الانقضاء بالأقراء حملا لكلامها على الصحة عند الإمكان اهـ من البدائع ملخصا ، واختصره فى البحر اختصار مخلا (قوله وفاسد النكاح فى ذلك كصحيحه) فيه نظر ، فإنه لا يلائم قولهم ، إذا أتت به لتمام السنتين أو لأكثر منهما كان رجعة ، لأن الوطء فى عدة النكاح الفاسد لايوجب الرجعة فتأمل ح . وأجاب ط بأن الإشارة فى قوله ذلك لثبوت النسب لا للرجعة . قال . ثم إن محل ثبوت النسب فيه إذا أتت به لأقل من سنتين من وقت المفارقة لا لأكثر منهما ، ويحرر الحكم فيما إذا أتت به لتمامها اهـ وقدمنا فى باب المهر تمام الكلام عليه (قوله والمدة تحتمله) أى تحتمل المضى وهذا القيد لمفهوم المتن لا لمنطوقه ، لأن عدم إقرارها بمضى العدة فيما إذا ولدته لأكثر من سنتين لا يصح تقييده باحتمال المضى .

وعبارة الفتح وغيره . ما لم تقر بانقضاء العدة ، فإن أقرت بانقضائها والمدة تحتمله بأن تكون ستين يوما على قول الإمام وتسعة وثلاثين على قولهما ثم جاءت بولد لايثبت نسبه إلا إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار فإنه يثبت نسبه للتيقن بقيام الحبل وقت الإقرار فيظهر كذبها ، وكذا هذا فى المطلقة البائنة والمتوفى عنها إذا ادعت انقضاءها ثم جاءت بولد لتمام ستة أشهر لا يثبت نسبه ولأقل يثبت اهـ (قوله فى الأكثر منهما) أى من

أو لتمامهما لعلوقها فى العدة (لا فى الأقل) للشك وإن ثبت نسبه (كما) يثبت بلا دعوة احتياطا (فى مبتونة جاءت به لأقل منهما) من وقت الطلاق لجواز وجوده وقته ولم تقر بمضيها كما مر (ولو لتمامهما لا) يثبت النسب ، وقيل يثبت لتصور العلوق فى حال الطلاق ، وزعم فى الجوهرة أنه الصواب (إلا بدعوته) لأنه التزمه ، وهى شبهة عقد أيضا وإلا إذا ولدت توأمين أحدهما لأقل من سنتين والآخر لأكثر

السنتين (قوله أو لتمامهما) تصريح بما فهم من قوله لا فى الأقل ، لأن التقييد به مع فهمه من التقييد بالأكثر لبيان أن حكم السنتين حكم الأكثر كما نبه عليه فى البحر (قوله لعلوقها فى العدة) فيصير بالوطء مراجعا نهر ، فقوله وكانت الولادة رجعة معناه أنها دليل الرجعة لأن الرجعة حقيقة بالوطء السابق لا بها (قوله للشك) لأنه يحتمل العلوق قبل الطلاق ، ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك (قوله وإن ثبت نسبه) لوجود العلوق فى النكاح أو فى العدة جوهرة (قوله كما فى مبتونة) يشمل البت بالواحدة والثلاث والحرة والأمة بشرط أن لا يملكها كما يأتى ، ويشمل ما إذا تزوجها فى العدة أولا بحر ، وسيأتى بيانه فى الفروع . ونقل ط عن الحموى عن البرجندى اشتراط كون المبتوتة مدخولا بها فلو غير مدخول بها فولدت لستة أشهر أو أكثر من وقت الفرقة لا يثبت ، وإن لأقل منها ثبت : أى إذا كان من وقت العقد ستة أشهر فأكثر اهـ

مطلب فى ثبوت النسب من المطلقة

وفى البحر : واعلم أن شرط ثبوت النسب فيما ذكر من ولد المطلقة الرجعية والبائنة مقيد بما سيأتى من الشهادة بالولادة أو اعتراف من الزوج بالحبل أو حبل ظاهر بحر (قوله لجواز وجوده) أى الحمل وقته : أى وقت الطلاق (قوله ولم تقر بمضيها) فلو أقرت به فكالرجعى كما قدمناه عن الفتح (قوله كما مر) أى اشتراط عدم الإقرار المذكور مماثل لما مر فى الرجعى (قوله ولو لتمامهما لا) خصه بالذكر لأن فى الولادة للأكثر لا يثبت بالأولى اهـ ح (قوله لا يثبت النسب) لأنه لو ثبت لزم سبق العلوق على الطلاق إذ لا يحل الوطء بعده ، بخلاف المطلقة الرجعية ، فحينئذ يلزم كون الولد فى بطن أمه أكثر من سنتين بحر .

(قوله لتصور العلوق فى حال الطلاق) أى فيكون قبل زوال الفراش كما قرره قاضيخان وهو حسن ، وحينئذ فلا يلزم كون الولد فى البطن أكثر من سنتين أفاده فى النهر وهو مأخوذ من الفتح (قوله وزعم فى الجوهرة أنه الصواب) حيث جزم بأن قول القدورى لا يثبت سهو ، لأن المذكور فى غيره من الكتب أنه يثبت . قال فى النهر والحق حمله على اختلاف الروايتين لتوارد المتون على عدم ثبوته كما قال القدورى ، إذ قد جرى الكنز والواف ، وهكذا صدر الشريعة وصاحب المجمع وهم بالرواية أدرى (قوله لأنه التزمه) أى وله وجه بأن وطئها بشبهة فى العدة هداية وغيرها (قوله وهى شبهة عقد أيضا) أى كما أنها شبهة فعل ، وأشار به إلى الجواب عن اعتراض الزيلعى بأن المبتوتة بالثلاث إذا وطئها الزوج بشبهة كانت شبهة فى الفعل ، وقد نصوا على أن شبهة الفعل لا يثبت فيها النسب وإن ادعاه . وأجاب فى البحر بأن وطء المطلقة بالثلاث أو على مال لم تتمحض للفعل بل هى شبهة عقد أيضا فلا تناقض أى لأن ثبوت النسب لوجود شبهة العقد ، على أنه صرح ابن ملك فى شرح المجمع بأن من وطىء امرأة زفت إليه وقيل له إنها امرأتك فهى شبهة فى الفعل وأن النسب يثبت إذا ادعاه ، فعلم أنه ليس كل شبهة فى الفعل تمنع دعوى النسب اهـ وسيأتى فى الحدود إن شاء الله تعالى تحقيق الفرق بين شبهة الفعل وشبهة العقد وشبهة المحل اهـ ح ملخصا (قوله وإلا إذا ولدت توأمين الخ) أى فيثبت نسبهما ، كمن باع جارية فجاءت بتوأمين كذلك فادعاهما

وإلا إذا ملكها فيثبت إن ولدته لأقل من ستة أشهر من يوم الشراء ولو لأكثر من سنتين من وقت الطلاق وكالطلاق سائر أسباب الفرقة بدائع ، لكن في القهستاني عن شرح الطحاوى أن الدعوة مشروطة فى الولادة لأكثر منهما (وإن لم تصدقه) المرأة (لافى رواية) وهى الأوجه فتح .

(و) يثبت نسب ولد المطلقة ولو رجعيا (المراهقة والمدخول بها) وكذا غير المدخولة (إن ولدت لأقل من الأقل غير المقرة بانقضاء عدتها ،

البائع يثبت نسبهما وينقض البيع وهذا عندهما . وقال محمد : لا يثبت لأن الثانى من علوق حادث بعد الإبانة ، فيتبعه الأول لأنهما توأمان ، قيل هو الصواب ، لأن ولد الجارية الثانى يجوز كونه حدث على ملك البائع قبل بيعه ، بخلاف الولد الثانى فى المبتونة فتح (قوله وإلا إذا ملكها) أقول : هذه المسألة ستأتى فى أول الفروع .

وحاصلها أنه إذا طلق أمته فاشتراها ، فإما أن يطلقها قبل الدخول أو بعده ، والثانى إما رجعى أو بائن بواحدة أو اثنتين . فإن كان قبل الدخول اشترط لثبوت نسبه ولادته لأقل من نصف حول مذ طلقها ، وإن كان بعده بطلقتين اشترط سنتان فأقل مذ طلقها ، ولا اعتبار لوقت الشراء فيهما وإن بطلقة بائنة فكذلك ، ولو رجعيا يثبت ولو لعشر سنين بعد الطلاق بشرط كونه لأقل من ستة أشهر مذ شراها فى المسألتين ، وبه علم أن قوله ولو أكثر من سنتين خاص بالرجعى وكلامنا فى البائن ، فالصواب حذف لفظ أكثر فافهم (قوله بدائع) حيث قال : وكل جواب عرفته فى المعتدة عن طلاق فهو الجواب فى المعتدة من غير طلاق من أسباب الفرقة اهـ بحر : أى كالفرقة بردة أو بخيار بلوغ أو عتق أو عدم كفاءة أو عدم مهر مثل (قوله لكن فى القهستانى الخ) استدراك على قول المصنف وإن لتمامهما لا إلا بدعوته . وعبارة القهستانى : لكن فى شرح الطحاوى أن الدعوة مشروطة فى الولادة لأكثر منهما اهـ فإنه يقتضى مفهومه أنه لايحتاج إلى دعوة فى الولادة لتمامهما . ويمكن جريانه على الرواية التى جرى عليها فى الجوهرة ، وكلام المصنف على رواية القدورى ط فافهم (قوله وإن لم تصدقه) أى فى أن الولد منه (قوله وهى الأوجه) لأنه يمكن منه وقد ادعاه ولا معارض ، ولذا لم يذكر اشتراط تصديقها فى رواية إلا السرخسى فى المبسوط والبيهقى فى الشامل ، وذلك ظاهر فى ضعفها وغرابتها فتح .

مطلب فى ثبوت النسب من الصغيرة

(قوله ويثبت الخ) قال فى الفتح : حاصل المسئلة أن الصغيرة إذا طلقت ، فإما قبل الدخول أو بعده ، فإن كان قبله فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر ثبت نسبه للتيقن بقيامه قبل الطلاق به ، وإن جاءت به لأكثر منها لا يثبت . لأن الفرض أن لاعدة عليها ، ولا يستلزم كونه قبل الطلاق لتلازم العدة ؛ وإن طلقها بعد الدخول ، فإن أقرت بانقضاء العدة بعد ثلاثة أشهر ثم ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ثبت ، وإن لستة أشهر أو أكثر لا يثبت لانقضاء العدة بإقرارها ، ولا يستلزم كونه قبلها حتى يتيقن بكذبها وإن لم تقر بانقضائها ولم تدع حبلا ؛ فعندهما إن جاءت به لأقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق ثبت وإلا فلا . وعند أبى يوسف يثبت إلى سنتين فى البائن وإلى سبعة وعشرين شهرا فى الرجعى لاحتمال وطئها فى آخر عدتها الثلاثة الأشهر وإن ادعت حبلا فكالكبيرة فى أنه لا يقتصر انقضاء عدتها على أقل من تسعة أشهر لا مطلقا اهـ وتمامه فيه (قوله ولد المطلقة) أما الصغيرة المتوفى عنها فيأتى بيانها (قوله ولو رجعيا) إنما بالغ به لأنه يخالف حكم البائن بالسهولة كما تقدم ، فأفاد بها اتحاده مع البائن هنا ط (قوله المراهقة) المقاربة للبلوغ ، وهى من بلغت سنا يمكن أن تبلغ فيه وهو تسع سنين ولم توجد منها علامة البلوغ أما من دونها فلا يمكن فيها الحبل (قوله إن ولدت لأقل من الأقل) أى من أقل مدة الحمل ،

وكذا المقرة إن ولدت لذلك من وقت الإقرار إذا لم تدع حبلا ، فلو ادعته فكبالغة لأقل من تسعة أشهر مذ طلقها لكون العلوق فى العدة (وإلا لا) لكونه بعدها ، لأنها لصغرها يجعل سكوتها كالإقرار بمضى عدتها .

(فلو ادعت حبلا فهى ككبيرة) فى بعض الأحكام (لاعترافها بالبلوغ ، و) يثبت نسب ولد معتدة (الموت لأقل منهما من وقته) أى الموت (إذا كانت كبيرة ولو غير مدخول بها) أما الصغيرة ، فإن ولدت لأقل من عشرة أشهر وعشرة أيام ثبت وإلا لا . ولو أقرت بمضيها بعد أربعة أشهر وعشر فولدته لستة أشهر لم يثبت .

وأما الآيسة فكحائض لأن عدة الموت بالأشهر للكل

فالمعنى لأقل من ستة أشهر : أى من وقت الطلاق (قوله وكذا المقرة) أى من أقرت بانقضائها بعد ثلاثة أشهر (قوله إن ولدت لذلك) أى لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار أى ولأقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق لظهور كذبها بيقين كما فى الزيلعى ، وحينئذ فلا فرق بين الإقرار وعدمه فى أنه لا يثبت النسب إلا إذا ولدته لأقل من تسعة أشهر ، وإنما قيد بعدم الإقرار لأن فيه خلاف أبى يوسف كما مر ، بخلاف ما إذا أقرت فإنه بالاتفاق كما علمت أفاده ح (قوله فلو ادعته فكبالغة) تكرار مع ما يأتى فى المتن مع ما فيه من الإطلاق فى محل التقييد ح (قوله لأقل من تسعة أشهر) قيد لقوله ويثبت نسب ولد المطلقة المراهقة : أى ولدها المولود لأقل الخ وإنما ثبت فى ذلك لأن عدتها ثلاثة أشهر وأدنى مدة الحمل ستة أشهر ، فإذا ولدته لأقل من تسعة أشهر مذ طلقها تبين أن الحمل كان قبل انقضاء العدة ، وهذا معنى قول الشارح لكون العلوق فى العدة (قوله وإلا لا) أى وإن لم يكن لأقل بل ولدته لتسعة أشهر فأكثر فإنه لا يثبت نسبه لأنه حمل حادث بعد العدة أما إن أقرت بانقضائها فظاهر ، وأما إن لم تقر فكان القياس على الكبيرة يقتضى أن يثبت إذا ولدته لأقل من سنتين كما قال أبو يوسف .

والفرق لهما أن لانقضاء عدة الصغيرة جهة واحدة فى الشرع فيمضيها يحكم الشرع بالانقضاء ، وهى فى الدلالة فوق إقرارها ، وتمامه فى الفتح (قوله لكونه بعدها) علة لعدم الثبوت ، وقوله لأنها الخ علة للبعدية ، وقوله لصغرها علة للجعل مقدمة على معلولها (قوله فى بعض الأحكام) أى فى حق ثبوت نسبه من حيث إنه لا يقتصر على أقل من تسعة أشهر ، بل يثبت إذا ولدته لأقل من سنتين لو الطلاق بائنا ، ولأقل من سبعة وعشرين شهرا لو رجعيا لا مطلقا ، فإن الكبيرة يثبت نسب ولدها فى الطلاق الرجعى لأكثر من سنتين وإن طال إلى سن الإياس لجواز امتداد طهرها ووطئه إياها فى آخر الطهر بحر . أما الصغيرة فإن عدتها ثلاثة أشهر فيحتمل وطؤها فى آخر عدتها ثم تحبل سنتين فلابد من أن يكون أقل من سبعة وعشرين شهرا من حين الإقرار (قوله لاعترافها بالبلوغ) لأن غير البالغة لا تحبل (قوله لأقل منهما) أى من سنتين (قوله إن كانت كبيرة) أى ولم تقر بانقضاء عدتها ، وأما إذا أقرت فهى داخلة فى عموم قوله الآتى ، وكذا المقرة بمضيها الخ بحر (قوله أما الصغيرة) أى التى لم تقر بالحبل ولا بانقضاء العدة ، وهذا عندهما . وعند أبى يوسف يثبت إلى سنتين . والوجه ما بينا فى المعتدة الصغيرة من الطلاق زيلعى (قوله ثبت) لأنه تبين أنه كان موجودا قبل مضى عدة الوفاة بحر (قوله وإلا لا) لأنه حادث بعد مضيها بحر (قوله ولو أقرت بمضيها الخ) يغنى عنه ما يذكره المصنف فى بيان المقرة ، لكنه لما رأى المصنف قيد أول المسألة بالكبيرة دفع توهم عدم دخول الصغيرة فى كلامه الآتى فخصها بالذكر هنا .

وبقى مالو ادعت الصغيرة الحبل وهى كالكبيرة يثبت نسبه إلى سنتين ، لأن القول قولها فى ذلك زيلعى (قوله لستة أشهر) أى فصاعدا زيلعى (قوله لم يثبت) لاحتمال حدوثه بعد الإقرار كما يأتى (قوله وأما الآيسة فكحائض الخ) اعلم أن ماذكره الشارح هنا من حكم الصغيرة والآيسة تبع فيه الزيلعى ، ومشى عليه فى النهر ، وكذا فى البحر

إلا الحامل زيلعي .

(وإن ولدته لأكثر منهما) من وقته (لا) يثبت بدائع ، ولو لهما فكالأكثر بحر بحثا (و) كذا (المقرة بمضيها) لو (لأقل من أقل مدته من وقت الإقرار) ولأقل من أكثرها من وقت البت للتيقن بكذبها (وإلا لا) يثبت ، لاحتمال حدوثه بعد الإقرار .

(و) يثبت نسب ولد (المعتدة) بموت أو طلاق (إن جحدت ولادتها

فى مسألة المراهقة السابقة ، لكنه خالف هنا فقال وشمل ماإذا كانت من ذوات الأقراء أو الأشهر لكن قيده فى البدائع بأن تكون من ذوات الأقراء . قال : وأما إذا كانت من ذوات الأشهر ، فإن كانت آيسة أو صغيرة فحكمها فى الوفاة ماهو حكمها فى الطلاق وقد ذكرناه اه . وذكر فى النهر أنه لم ير ذلك فى البدائع . قلت : فلعله ساقط من نسخته فقد رأيته فيها (قوله إلا الحامل) فعدتها بوضع الحمل للموت وغيره (قوله من وقته) أى الموت (قوله ولو لهما) أى ولو ولدته لسنتين (قوله فكالأكثر) قياسا على مامر فى معتدة الطلاق البت ، لكن تقدم أن فيه اختلاف الروايتين (قوله وكذا المقرة بمضيها) أى يثبت نسب ولدها أى مطلقا سواء كانت معتدة بائن أو رجعى أو وفاة كما فى الهداية ، لكن فى الخانية أنه يثبت فى المطلقة الآيسة إلى سنتين وإن أقرت بانقضائها ، وقدمناه عن البدائع فارجع إليه بحر ، وشمل الإطلاق المراهقة أيضا كما فى شرح مسكين ، ولذا قال ابن الشلبى فى شرحه على الكنز ماذكر من أول الفصل إلى هنا قبل الاعتراف بمضيها (قوله لو لأقل من أقل مدته) أى مدة الحمل أى لأقل من ستة أشهر (قوله ولأقل من أكثرها) أى أكثر مدة الحمل أى ولأقل من سنتين من وقت الفراق . فإن الأكثر لايثبت ولو لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار بحر (قوله للتيقن بكذبها) استشكله الزيلعى بما إذا أقرت بانقضائها بعد مضى سنة مثلا ثم ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ، ولأقل من سنتين من وقت الفراق فإنه يحتمل أن عدتها انقضت فى شهرين أو ثلاثة ثم أقرت بعد ذلك بزمان طويل ، ولايلزم من إقرارها بانقضائها أن تنقضى فى ذلك الوقت . فلم يظهر كذبها بيقين إلا إذا قالت انقضت عدتى الساعة ثم ولدت لأقل المدة من ذلك الوقت اه . واستظهره فى البحر وقال : يجب حمل كلامهم عليه كما يفهم من غاية البيان ، وتبعه فى النهر والشرنبلالية :

لايقال : إن النسب يثبت عند الإطلاق لأنه حق الولد فيحتاط فى إثباته نظرا للولد . لأنا نقول : إن ذلك عند قيام العقد ، أما بعد زواله أصلا فلا ، وهنا لما أقرت بانقضاء العدة والقول قولها فى ذلك زال العقد أصلا وحكم الشرع بحلها للأزواج مالم يوجد مايبطل إقرارها ويتيقن بكذبها . وعند الإطلاق لم يوجد ذلك ، وإلا لزم أن يثبت وإن ولدته لأكثر من ستة أشهر من وقت الإقرار مع أنهم أطبقوا على خلافه لاحتمال حدوثه فافهم (قوله وإلا لا) أى وإن لم تلد لأقل من ستة شهر ، بأن ولدته لتمامها أو لأكثر من وقت الإقرار أو ولدته لأقل منها ولأكثر من سنتين من وقت البت ، وقوله لاحتمال حدوثه بعد الإقرار قاصر على الأول ، أما العلة فى الثانى فهى أن الولد لا يمكث فى البطن أكثر من سنتين أفاده ط (قوله بموت أو طلاق) أى بائن أو رجعى ، وبه صرح فخر الإسلام ، وعليه جرى قاضيخان ، وقيده السرخسى بالبائن .

قال فى البحر : والحق أنها فى الرجعى ، إن جاءت به لأكثر من سنتين احتيج إلى الشهادة كالبائن ، وإن لأقل يثبت نسبه بشهادة القابلة اتفاقا لقيام الفراش نهر . وعليه جرى الشارح كما يأتى فى قوله كما تكون فى معتدة رجعى الخ . فيحمل الطلاق هنا على البائن ليوافق كلامه الآتى فافهم (قوله إن جحدت) بالبناء للمجهول والفاعل

بحجة تامة) واكتفيا بالقابلة ، قيل وبرجل (أو حبل ظاهر) وهل تكفي الشهادة بكونه كان ظاهرا في البحر بحثا؟ نعم (أو إقرار) الزوج (به) بالحبل، ولو أنكر تعيينه تكفي شهادة القابلة إجماعا كما تكفي في معتدة رجعي ولدت لأكثر من سنتين

الورثة في الموت والزوج في الطلاق ح (قوله بحجة تامة) متعلق بيثبت : أي بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين . ويصور فيما إذا دخلت المرأة بحضرتهم بيتا يعلمون أنه ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد فيعلمون أنها ولدته ، وفيما إذا لم يتعمدوا النظر بل وقع اتفاقا ، وبه يندفع ما أورد من أن شهادة الرجال تستلزم فسقهم فلا تقبل فتح ونهر (قوله واكتفيا بالقابلة) أي إذا كانت حرة مسلمة عدلة كما في النسفي (قوله قيل وبرجل) أي على قولهما، وعبر عنه بقيل تبعا للفتح وغيره إشارة إلى ضعفه ، لكن قال في الجوهرة : وفي الخلاصة يقبل على أصح الأقاويل ، كذا في المستصفى اه ، ولعل وجه أن شهادة الرجل أقوى من شهادة المرأتين (قوله أو حبل ظاهر) ظهوره بأن تأتي به لأقل من ستة أشهر كما في السراج . وقال الشيخ قاسم : المراد بظهوره أن تكون أمارات حملها بالغة مبلغا يوجب غلبة الظن بكونها حاملا لكل من شاهدها اه شرنبلالية . ومشى في النهر على الثاني حيث قال أو حبل ظاهر يعرفه كل أحد اه وهذا يفيد أن الحبل قد يثبت بدون ولادة ، وهذا مؤيد لما قدمناه في باب الرجعة (قوله وهل تكفي الشهادة) أي إذا ولدت وجحد الزوج الولادة ظهور الحبل ، لأن الحبل وقت المنازعة لم يكن موجودا حتى يكفي ظهوره بحر .

وحاصله أنه قبل الولادة إذا كان ظاهرا يعرفه كل أحد فلا حاجة إلى إثباته ، وأما بعد الولادة فبحث في البحر أنه تكفي الشهادة على أنه كان ظاهرا ، وهو ظاهر فافهم (قوله ولو أنكر تعيينه الخ) بيناء أنكر للمجهول فيشمل إنكار الزوج وإنكار الورثة اه ح يعني لو اعترف بولادتها وأنكر تعيين الولد يثبت تعيينه بشهادة القابلة إجماعا . ولا يثبت بدونها إجماعا لاحتمال أن يكون غير هذا المعين بحر .

[تنبيه] لم يذكر ما إذا اعترف بالحبل أو كان ظاهرا أو كان الفراش قائما هل يحتاج في ثبوت النسب إلى شهادة القابلة لتعيين الولد أم لا ؟ ظاهر كلام المصنف كالكنز والهداية لا ، وبه صرح في البدائع ، وكذا في غاية السروجي وأنكر على صاحب ملتقى البحار اشتراطه ذلك عند أبي حنيفة ، لكن رده الزيلعي بأنه سهو وأنه لابد منها لتعيين الولد إجماعا في جميع هذه الصور وأطال فيه، وجزم به ابن كمال، ومثله ما في الجوهرة من أنه لابد من شهادة القابلة لجواز أن تكون ولدت ولدا ميتا وأرادت إلزامه ولد غيره اه وهو صريح كلام الهداية آخرا، وكذا كلام الكافي النسفي والاختيار والفتح وغيرهم ، وذكر في البحر توفيقا بين القولين . قال في النهر : إنه بعيد عن التحقيق . ورده أيضا المقدسي في شرحه .

والحاصل كما في الزيلعي أن شهادة النساء لا تكون حجة في تعيين الولد إلا إذا تأيدت بمؤيد من ظهور حبل أو اعتراف منه أو فراش قائم ، نص عليه في ملتقى البحار وغيره ، وإنما الخلاف في ثبوت نفس الولادة بقولها : فعنده يثبت في الصور الثلاث . وعندهما لا يثبت إلا بشهادة القابلة ، فلو علق الطلاق بولادتها يقع عنده بقولها ولدت لاعترافه بالحبل أو لظهوره . وعندهما لا يقبل حتى تشهد القابلة، ونص عليه في الإيضاح والنهاية وغيرها اه ملخصا (قوله كما تكفي الخ) تقييد لإطلاق قوله أو طلاق الشامل للرجعي والبائن؛ لأن معتدة الرجعي إذا ولدت لأكثر من سنتين ولم تكن أقرت بانقضاء عدتها يكون ذلك رجعة أفاده ح أي رجعة بالوطء السابق فتكون قد ولدت والنكاح قائم ، فلا يتوقف ثبوت الولادة على الشهادة إذا أنكرها بل يكفي شهادة القابلة لقيام الفراش ،

لا لأقل (أو تصديق) بعض (الورثة) فيثبت فى حق المقرين (و) إما (يثبت النسب فى حق غيرهم) حتى الناس كافة (إن تم نصاب الشهادة بهم) بأن شهد مع المقر رجل آخر ، وكذا لو صدق المقر عليه الورثة وهم من أهل التصديق فيثبت النسب ولا ينفع الرجوع (وإلا) يتم نصابها (لا) يشارك المكذبين ، وهل يشترط لفظ الشهادة ومجلس الحكم ؟ الأصح لا نظرا لشبه الإقرار ، وشرطوا العدد نظرا لشبه الشهادة . ونقل المصنف عن الزيلعى مايفيد اشتراط العدالة . ثم قال : فقول شيخنا وينبغى أن لانشترط العدالة مما لاينبغى .

قلت : وفيه أنه كيف تشترط العدالة فى المقر ، اللهم إلا أن يقال لأجل السراية فتأمل ، وليراجع .

فيثبت النسب بالفراش وتعيين الولادة بشهادة القابلة كما ذكره الزيلعى فى ولادة المنكوحة (قوله لا لأقل) أى لاتكفى شهادة القابلة على الولادة لأقل من سنتين لانقضاء عدتها ، فلم تبق زوجة ، والولادة لتمام السنتين كذلك كما لايخفى ح (قوله أو تصديق بعض الورثة) المراد بالبعض من لايتم به نصاب الشهادة وهو الواحد العدل أو الأكثر مع عدم العدالة كما يظهر من مقابله ح .

وصورة المسألة لو ادعت معتدة الوفاة الولادة فصدقها الورثة ولم يشهد بها أحد فهو ابن الميت فى قولهم جميعا لأن الإرث خالص حقهم فيقبل تصديقهم فيه فتح (قوله فيثبت فى حق المقرين) الأولى فى حق من أقر ليشمل الواحد ولأنهم لو كانوا جماعة ثبت فى حق غيرهم أيضا ، إلا أن يحمل على ماإذا كانوا غير عدول أفاده ط (قوله فى حق غيرهم) أى فى حق من لم يصدق (قوله حتى الناس كافة) فإذا ادعى هذا الولد دينا للميت على رجل تسمع دعواه عليه بلا توقف على إثبات نسبه ثانيا (قوله إن تم نصاب الشهادة بهم) أى بالمقرين (قوله بأن شهد مع المقر رجل آخر) أفاد أنه لايشترط فى تمام نصاب الشهادة أن يكون كلهم ورثة ، لكن إذا كان أحد الشاهدين أجنبيا لابد من شروط الشهادة من مجلس الحكم والخصومة ولفظ الشهادة إذ هم شهود محض ليسوا بمقرين بوجه رحمتى (قوله وكذا لو صدق المقر عليه الورثة الخ) كذا فى أغلب النسخ ، فالمقر اسم فاعل منصوب على أنه مفعول صدق ، وعليه متعلق بصدق : أى على الإقرار والورثة بالرفع فاعل صدق . وفى بعض النسخ : لو صدقه عليه الورثة . وفى بعضها : لو صدق المقر بقية الورثة الخ ، وهما أحسن من النسخة الأولى (قوله وهم من أهل التصديق) المناسب : وهم من أهل الشهادة . قال فى الفتح : أما فى حق ثبوت النسب من الميت ليظهر فى حق الناس كافة ، قالوا : إذا كان الورثة من أهل الشهادة بأن يكونوا ذكورا مع إناث وهم عدول ثبت لقيام الحجة ، فيشارك المقرين منهم والمنكرين ، ويطالب غريم الميت بدينه اهـ (قوله وإلا يتم نصابها) بأن كان المصدق رجلا وامرأة مثلا ، وكذا لو كانا رجلين غير عدلين كما يظهر من عبارة الفتح المذكورة ومما يأتى (قوله لايشارك المكذبين) المناسب لعبارة المصنف أن يقول لا يثبت النسب فلا يشارك المكذبين (قوله الأصح لا) هذا إذا كان الشهود ورثة ، فلو فيهم غير وارث لابد من لفظ الشهادة ومجلس الحكم والخصومة لعدم شبهة الإقرار فى حقه كما تقدم رحمتى ، والمراد ماإذا لم يتم النصاب من الورثة ، إذ لو تم بهم لم ينظر إلى شهادة غيرهم (قوله نظرا لشبه الإقرار) علله فى الفتح بعلة أخرى ، وهى أن الثبوت فى حق غيرهم تبع للثبوت فى حقهم ، ولا يراعى للتبع شرائطه إلا إذا ثبت أصالة . وعلى هذا فلو لم يكونوا من أهل الشهادة لايثبت النسب إلا فى حق المقرين منهم اهـ (قوله عن الزيلعى) حيث قال : ويثبت فى حق غيرهم أيضا إذا كانوا من أهل الشهادة ، بأن كان فيهم رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول فيشارك المصدقين والمكذبين اهـ . ومثله قول الفتح المار" وهم عدول ، وتعبيره بأهلية الشهادة (قوله فقول شيخنا) الشيخ زين ابن نجيم صاحب البحر (قوله إلا أن يقال لأجل السراية) أى لأجل سراية ثبوت النسب

(ولو ولدت فاختلفا) فى المدة (فقالت) المرأة (نكحتنى منذ نصف حول وادعى الأقل فالقول لها بلا يمين) وقالا تحلف ، وبه يفتى كما سيجىء فى الدعوى (وهو) أى الولد (ابنه) بشهادة الظاهر لها بالولادة من نكاح حملا لها على الصلاح .

(قال إن نكحتها فهى طالق فنكحها فولدت لنصف حول مذ نكحها لزمه نسبه) احتياطا لتصور الوطء حالة العقد ؛ ولو ولدته لأقل منه لم يثبت ، وكذا لأكثر ولو بيوم ، ولكن بحث فيه فى الفتح وأقره فى البحر (و) لزمه (مهرها)

إلى غير المقر ،وهذا الجواب ظاهر لايحتاج إلى التأمل والمراجعةح (قوله كما سيجىء فى الدعوى) أى من أن الفتوى على قولهما بالتحليف فى المسائل الستة (قوله بشهادة الظاهر لها الخ) وهو له ظاهر يشهد له أيضا وهو إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته . لكن ترجح ظاهرها بأن النسب يحتاط فى إثباته نهر ولا تحرم عليه بهذا النفى فتح .

[تنبيه] لاتسمع بينته ولا بينة ورثته على تاريخ نكاحها بما يطابق قوله لأنها شهادة على النفى معنى فلا تقبل والنسب يحتال لإثباته مهما أمكن والإمكان هنا بسبق التزوج بها سرا بمهر يسير وجهرا بأكثر سمعة ويقع ذلك كثيرا ، وهذا جوابى لحادثة فليتنبه له شرنبلالية (قوله فولدت لنصف حول) أى من غير زيادة ولا نقصان زيلعى (قوله لزمه نسبه) لأنها فراشه لأنها لما ولدت لستة أشهر من وقت النكاح فقد ولدت لأقل منها من وقت الطلاق ، فكان العلوق قبله من حالة النكاح والتصور ثابت الخ هداية (قوله لتصور الوطء حالة العقد) بأن عقدا بأنفسهما وسمع الشهود كلامهما وهو مخالط لها فوافق النكاح الإنزال ، أو وكلا فى العقد فى ليلة معينة فوطئها فيها فيحمل على المقارنة إذا لم يعلم تقدم العقد كما فى شرح الشلبى ،أو يتزوجها عند الشهود والعاقد من طرفها فضولى ويكون تمام العقد برضاها حال المواقعة كما فى منهوات ابن كمال . قال فى الفتح : وحاصله أن الثبوت يتوقف على الفراش وهو يثبت مقارنا للنكاح المقارن للعلوق فتعلق وهى فراش فيثبت نسبه (قوله لم يثبت) لأنه تبين أن العلوق كان سابقا على النكاح زيلعى (قوله وكذا لأكثر) لأنه تبين أنها علقت بعده ، لأنا حكمنا حين وقع الطلاق بعدم وجوب العدة لكونه قبل الدخول والخلوة ، ولم يتبين بطلان هذا الحكم زيلعى . أما إذا ولدته لستة أشهر لاغير فعليها العدة لحملها بثابت النسب شرنبلالية أى لأنه حكم بعلوقها وقت النكاح قبل الطلاق كما علمت من عبارة الهداية ، فقد وقع الطلاق عليها وهى حامل ، وعليه فهو طلاق بعد الدخول فتعتد بوضع الحمل ، وقد صرح فى النهر بأن هذا الطلاق رجعى وبانقضاء العدة بالوضع (قوله ولو بيوم) أى لحظةح (قوله وأقره فى البحر) حيث قال : وتعقبه فى فتح القدير بأن منعهم النسب هنا فى مدة يتصور أن يكون منه وهى سنتان ينافى الاحتياط فى إثباته ، والاحتمال المذكور فى غاية البعد ، فإن العادة المستمرة كون الحمل أكثر من ستة أشهر وربما تمضى دهور ولم يسمع فيها بولادة ستة أشهر ، فكان الظاهر عدم حدوثه وحدوثه احتمال ، فأى احتياط فى إثبات النسب إذا نفيناه لاحتمال ضعيف يقتضى نفيه وتركنا ظاهرا يقتضى ثبوته ، وليت شعرى أى الاحتمالين : أبعد الاحتمال الذى فرضوه لتصور العلوق منه لثبوت النسب وهو كونه تزوجها وهو يطؤها ووافق الإنزال العقد أو احتمال كون الحمل إذا زاد على ستة أشهر بيوم يكون من غيره اهـ ح .

أقول : وحاصله إلحاق الولادة لأكثر من نصف حول بالولادة لنصفه فى ثبوت النسب . ويمكن الجواب بالفرق ، وهو أنه فى صورة النصف كان الولد موجودا وقت العقد يقينا ، فإذا أمكن حدوثه من العاقد ولو بوجه بعيد تعين ارتكابه ، بخلاف ما إذا أمكن حدوثه بعد العقد ، بأن ولدته لأكثر من نصف حول ولو بيوم ، فإنه لم يتيقن بوجوده وقته حتى يرتكب له الوجه البعيد مع حكم الشرع عليها بما ينافي وجوده وهو عدم العدة .

يجعله واطئا حكما ولا يكون به محصنا نهاية :

(علق طلاقها بولادتها لم تطلق بشهادة امرأة) بل بحجة تامة خلافا لهما كما مر .

(ولو أقر) المعلق (مع ذلك بالحبل) أوكان ظاهرا (طلقت) بالولادة (بلا شهادة) لإقراره بذلك .

وأما النسب ولوازمه كأمومة الولد فلا يثبت بدون شهادة القابلة اتفاقا بحر .

(قال لأمته إن كان فى بطنك ولد) أو إن كان بها حبل (فهو منى فشهدت امرأة) ظاهره يعم غير القابلة

والحاصل أن فى كل من الصورتين الاحتمال البعيد المخالف للعادة المستمرة وهو الولادة لستة أشهر ، لكن إذا زاد عليها بيوم مثلا احتمل وجوده وعدمه ، وقد عارض احتمال الوجود الحكم عليها بعدم العدة ، بخلاف ما إذا لم يزد للتيقن بوجوده وقت العقد مع فقد المعارض ، هذا ماظهر لى فتدبره (قوله يجعله واطئا) لأنه بثبوت النسب جعل واطئا حكما . قال الزيلعى : وكان ينبغى وجوب مهرين مهر بالوطء ومهر بالنكاح ، كما لو تزوج امرأة حال وطئها . وأجاب فى الفتح بمنع الفرع المشبه به وأنه مشكل لمخالفته صريح المذهب ، لأن الأصح فى ثبوت النسب إمكان الدخول ولا يتصور إلا بتزوجها حال وطئها المبتدأ به قبل التزوج ، وقد حكم فيه بمهر واحد فى صريح الرواية ، فالحكم بمهرين فى الفرع المشبه به مخالف لذلك .

قلت : الفرع منقول ، فالأحسن الجواب بأن الوطء فى مسألتنا يمكن تصوره حالة التزوج كما مر تصويره عن ابن الشلبى وابن كمال ، فلا يلزم إلا مهر واحد بالدخول المقارن للعقد بخلاف الفرع المذكور فإن العقد فيه عارض على الوطء فلذا وجب فيه مهران .

ونقل ح عن شيخه فى تصوير المقارنة أن يقال : إنه قال أولا تزوجتك ثم أولج وأمنى وقالت قبلت فى وقت واحد فكان الوطء حاصلا فى صلب العقد غير متقدم عليه ولا متأخر عن وقوع الطلاق اه وماذكرناه أقرب :

وقد يجاب بأحسن من هذا كله وهو أنه جعل واطئا حكما ضرورة ثبوت النسب لاحقيقة فلم يتحقق موجب المهرين فوجب أحدهما بخلاف الفرع المذكور (قوله ولا يكون به محصنا) لأنه وطء حكمى كما علمت ، فإذا زنى يجلد ولا يرجم (قوله لم تطلق بشهادة امرأة) أى على الولادة إذا أنكرها ، لأن شهادتهن ضرورية فى حق الولادة فلا تظهر فى حق الطلاق لأنه ينفك عنها بحر (قوله كما مر) حيث قال فى شرح قول المصنف إن جحدت ولادتها الخ واكتفيا بالقابلة ط ، وقدمنا تقييدها بكونها حرة مسلمة عدلة (قوله مع ذلك) أى التعليق ط (قوله بلا شهادة) أى أصلا : وعندهما تشترط شهادة القابلة بحر (قوله لإقراره بذلك) أى حكما ، لأن إقراره بالحبل إقرار بما يفضى إليه وهو الولادة ، وأما إذا كان الحبل ظاهرا فلأن الطلاق تعلق بأمر كائن لا محالة فيقبل قولها فيه بحر (قوله وأما النسب الخ) محترز قوله لم تطلق ، يعنى أن النسب يثبت بشهادة امرأة ، وكذا ماهو من لوازمه كأمومية الولد لوكانت المعلق طلاقها أمة ، حتى لو ملكها صارت أم ولد له ، وكثبوت اللعان فيما إذا نفاه ووجوب الحد بنفيه إن لم يكن أهلا للعان أفاده فى البحر (قوله أو إن كان بها حبل(١)) أى أو قال إن كان بها حبل فهو منى فلا فرق بينهما بحر : وفى بعض النسخ : إن كان بدون عطف ، وفى بعضها : وكان بدون إن . والظاهر أنهما تحريف (قوله ظاهره الخ) البحث لصاحب البحر وتبعه أخوه فى النهر وهو ظاهر ، ومن عبر بالقابلة بناه على الأغلب

---

(١) (قوله إن كان بها) فى نسخة « بله » وهى أولى من الأولى التى فيها إعادة التسمية موقوفا على الظن مع أنه ما ذكر قاله نصر الهورينى .

(بالولادة ، فهي أم ولده) إجماعا (إن جاءت به لأقل من نصف حول من وقت مقالته ، وإن لأكثر منه لا) لاحتمال علوقه بعد مقالته ، قيد بالتعليق لأنه لو قال هذه حامل منى ثبت نسبه إلى سنتين حتى ينفيه غاية .
(قال لغلام هو ابنى ومات) المقر (فقالت أمه) المعروفة بحرية الأصل والإسلام وبأنها أم الغلام (أنا امرأته وهو ابنه ترثانه استحسانا ، فإن جهلت حريتها) أو أمومتها لم ترث ، وقوله (فقال وارثه أنت أم ولد أبي) قيد اتفاق ، إذ الحكم كذلك لو لم يقل شيئا أو كان صغيرا كما في البحر (أو كنت نصرانية وقت موته ولم يعلم إسلامها) وقته (أو قال) وارثه

(قوله فهي أم ولده) لأن سبب ثبوت النسب وهو الدعوة قد وجد من المولى بقوله فهو منى ، وإنما الحاجة إلى تعيين الولد وهو يثبت بشهادة القابلة اتفاقا درر (قوله وإن لأكثر منه لا) كذا قال الزيلعي . وزاد في الفتح والبحر والنهر وغاية البيان والدرر : أو لتمامها ، وهو مشكل لأنه لا يمكن حينئذ علوقه بعد مقالته ، لأن ما بعدها دون نصف الحول فليتأمل وليراجع رحمتي (قوله حتى ينفيه) هو كذلك في غاية البيان .
وقد يقال كيف يصح أن ينفيه بعد إقراره به فليتأمل رحمتي : قلت بل لي وقفة في ثبوت نسبه لو جاءت به لأكثر من ستة أشهر .
ورأيت في النهر من باب الاستيلاد أنه ينبغي أن يقيد بما إذا وضعته لأقل من نصف حول من وقت الاعتراف ، فلو لأكثر لا تصير أم ولد ثم نقله عن المحيط (قوله قال لغلام) أي يولد مثله لمثله ولم يكن معروف النسب ولم يكذبه ط (قوله المعروفة بحرية الأصل) كذا عبر بعض الشراح .
وذكر ابن الشلبي أن التقييد بالأصل غير ظاهر بل يكفي كونها حرة اﻫ أي لأنه إذا أريد بحرية الأصل كون أوصالها أحرارا فهو غير شرط ، وكذا لو أريد به كونها حرة من حين أصل خلقتها لأن الحرية العارضة تكفي ، لكن قد يقال إن الحرية العارضة لا تكفي إلا إذا كانت قبل ولادة ذلك الغلام بسنتين وإلا فلا لاحتمال كونها أمة له واستولدها أو لغيره وتزوجها منه ثم ولدت هذا الغلام وأقر به فإنها حينئذ ليست من أهل الإرث ، بخلاف ما إذا علمت حريتها قبل الولادة بسنتين فأكثر فإنه يعلم كونها حرة وقت العلوق وأنها ولدت بالزوجية كما يأتي ، هذا ما ظهر لي (قوله وهو ابنه) لم يظهر لي وجه التقييد به فإن البنوة ثابتة باقرار الميت تأمل اﻫ ح .
قلت : لعل وجهه أنها لو قالت أنا امرأته وهذا ابني من رجل غيره تكون مكذبة له فيما توصلت به إلى إثبات كونها امرأته ، وهو قوله هو ابني (قوله يرثانه) أي هي والغلام (قوله استحسانا) والقياس أن لا ميراث لها لأن النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطء عن شبهة وبملك اليمين ، فلم يكن قوله إقرارا بالنكاح .
وجه الاستحسان أن المسألة فيما إذا كانت معروفة بالحرية وبكونها أم الغلام ، والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة لأنه الموضوع لحصول الأولاد دون غيره ، فهما احتمالان لا يعتبران في مقابلة الظاهر القوى ، وكذا احتمال كونه طلقها في صحته وانقضت عدتها ، لأنه لما ثبت النكاح وجب الحكم بقيامه ما لم يتحقق زواله كذا في البحر ح (قوله فإن جهلت حريتها) أى بأن لم تعلم أصلا أو علم عروضها ولم تتحقق وقت العلوق على ما قررناه آنفا (قوله أو أمومتها) في بعض النسخ بياء وتاء ولا حاجة إلى الياء التحتية ، لأن المصدر الأمومة قال ط : والمناسب زيادة أو إسلامها ليكون محترز الثالث (قوله قيد اتفاق) فائدة ذكره أن للوارث أن يقول ذلك كما في البحر عن غاية البيان ح وكان ينبغي تأخير ذلك إلى آخر كلام المصنف (قوله أو كان صغيرا) أي الوارث

(كانت زوجة له وهى أمة لا) ترث فى الصور المذكورة ، وهل لها مهر المثل ؟ قيل نعم .

(زوّج أمته من عبده فجاءت بولد فادعاه المولى يثبت نسبه) للزوم فسخ النكاح وهو لا يقبل الفسخ (وعتق الولد (وتصير) الأمة (أم ولده) لإقراره ببنوته وأمومتها .

(ولدت أمته الموطوءة له ولدا توقف ثبوت نسبه على دعوته) لضعف فراشها (كأمة مشتركة بين اثنين استولدها واحد) عبارة الدرر : استولداها (ثم جاءت بولد لا يثبت النسب بدونها) لحرمة وطئها كأم ولد كاتبها مولاها ، وسيجىء فى الاستيلاد أن الفراش على أربع مراتب وقد اكتفوا بقيام الفراش بلا دخول كتزوج المغربى بمشرقية بينهما سنة فولدت لستة أشهر مذ تزوجها لتصوره كرامة أو استخداما فتح ،

(قوله لا ترث) لأن ظهور الحرية باعتبار الدار حجة فى دفع الرق لا فى استحقاق الإرث هداية ، فهى كالمفقود يجعل حيا فى ماله حتى لا يرث غيره منه لا بالنسبة إلى غيره حتى لا يرث من أحد فتح ، وكذا إسلامها الآن لا يثبت إسلامها وقت موته ليثبت لها حق الإرث (قوله قيل نعم) قائله التمرتاشى ، قال لأنهم أقروا بالدخول ولم يثبت كونها أم ولد بقولهم اهـ . وارتضاه فى النهاية والزيلعى والفتح .

قال فى البحر : ورده فى غاية البيان بأن الدخول إنما يوجب مهر المثل فى غير صورة النكاح إذا كان الوطء عن شبهة ولم يثبت النكاح هنا والأصل عدم الشبهة ، فبأى دليل يحمل على ذلك فلا يجب مهر المثل اهـ وأقره فى النهر ، وأنت خبير بأن هذا خاص بما إذا قال أنت أم ولد أبى مالو قال كنت نصرانية فقد أقر بالنكاح وكذا فى قوله كانت زوجة وهى أمة لكن فى هذه مطالبة المهر لمولاها لا لها (قوله فجاءت بولد) أى لستة أشهر فأكثر من وقت التزوج وإلا فالظاهر ثبوت نسبه منه لما صرحوا به من أن المنكوحة لو ولدت لدون ستة أشهر لم يثبت نسبه من الزوج ويفسد النكاح لأنه لا يلزم كونها حاملا من زنا حتى يصح بل يحتمل كونه من زوج أو وطء شبهة فإذا فسد النكاح هنا صحت دعواه لعدم المانع . ثم رأيت فى حاشية العلامة نوح نقل ذلك عن حاشية الدرر للوانى وعن غيرها (قوله وهو لا يقبل الفسخ) يعنى بعد تمامه احترازا عن فسخه بعدم الكفاءة وبالبلوغ والعتق . وأما بالردة وبتقبيل ابن الزوج فهو وإن كان بعد التمام لكنه انفساخ لا فسخ أفاده ح (قوله لإقراره بنوته وأمومتها) لف ونشر مرتب فالأول علة لعتقه والثانى لصيرورتها أم ولده فتعتق بموته (قوله عبارة الدرر استولداها) أى بضمير التثنية ونبه به على أن ما هنا سبق قلم لأنه إذا استولدها الشريكان بأن جاءت بولد فادعياه وصارت أم ولدهما تبقى مشتركة فإذا جاءت بولد بعد ذلك لا يثبت نسبه بلا دعوة لأنه لا يحل وطؤها لواحد منهما ، بخلاف ما إذا استولدها أحدهما ولزمه لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها وصارت مختصة به فإنه يحل له وطؤها فلا يحتاج الولد الثانى إلى دعوة أفاده الرحمتى فافهم (قوله كأم ولد كاتبها مولاها) فإنها إذا أتت بولد لا يثبت من المولى إلا إذا ادعاه لحرمة وطئها عليه اهـ ح والتشبيه فى عدم ثبوت نسب الولد الثانى إلا بدعوته فحال الولد بعد الكتابة يخالف حاله قبلها فإنه قبلها يثبت بلا دعوة ط :

مطلب الفراش على أربع مراتب

(قوله على أربع مراتب) ضعيف ، وهو فراش الأمة لا يثبت النسب فيه إلا بالدعوة . ومتوسط وهو فراش أم الولد ، فإنه يثبت فيه بلا دعوة ، لكنه ينتفى بالنفى ؛ وقوى ، وهو فراش المنكوحة ومعتدة الرجعى فإنه فيه لا ينتفى إلا باللعان . وأقوى كفراش معتدة البائن ، فإن الولد لا ينتفى فيه أصلا ، لأن نفيه متوقف على اللعان وشرط اللعان الزوجية ح (قوله بلا دخول) المراد نفيه ظاهرا وإلا فلا بد من تصوره وإمكانه ولذا لم يثبتوا النسب من زوجة الطفل ولا ممن ولدت لأقل من ستة أشهر على ما مر تفصيله .

لكن فى النهر : الاقتصار على الثانى أولى ، لأن طى المسافة ليس من الكرامة عندنا .

قلت : لكن فى عقائد التفتازانى جزم بالأول تبعا لمفتى الثقلين النسفى ، بل سئل عما يحكى أن الكعبة كانت تزور واحدا من الأولياء هل يجوز القول به ، فقال : خرق العادة على سبيل الكرامة لأهل الولاية جائز عند أهل السنة ، ولا لبس بالمعجزة لأنها أثر دعوى الرسالة وبادعائها يكفر فورا فلا كرامة ، وتمامه فى شرح الوهبانية من السير عند قوله :

ومن لولى قال طى مسافة ... يجوز جهول ثم بعض يكفر

وإثباتها فى كل ما كان خارقا ... عن النسفى النجم يروى وينصر

مطلب فى ثبوت كرامات الأولياء والاستخدامات

وعبارة الفتح : والحق أن التصور شرط ، ولذا لو جاءت امرأة الصبى بولد لا يثبت نسبه ، والتصور ثابت فى المغربية لثبوت كرامات الأولياء والاستخدامات ، فيكون صاحب خطوة أوجنى اه (قوله ليس من الكرامة عندنا) لما فى العمادية أنه سئل أبو عبد الله الزعفرانى عما روى عن إبراهيم بن أدهم أنهم رأوه بالبصرة يوم التروية ورؤى ذلك اليوم بمكة ؟ قال : كان ابن مقاتل يذهب إلى أن اعتقاد ذلك كفر ،لأن ذلك ليس من الكرامات بل هو من المعجزات ، وأما أنا فأستجهله ولا أطلق عليه الكفر اه (قوله لكن فى عقائد التفتازانى) أى فى شرحه على العقائد النسفية ، وهو متعلق بقوله جزم ، وكذا قوله بالأول ، والمراد به ما فى الفتح من إثبات طى المسافة كرامة ، وذلك أن التفتازانى : قال إنما العجب من بعض فقهاء أهل السنة حيث حكم بالكفر على معتقد ماروى عن إبراهيم بن أدهم الخ ثم قال : والإنصاف ماذكره الإمام النسفى حين سئل عن مايحكى أن الكعبة كانت تزور واحدا من الأولياء هل يجوز القول به ؟ فقال : نقض العادة على سبيل الكرامة لأهل الولاية جائز عند أهل السنة اه .

قال العلامة ابن الشحنة : قلت النسفى هذا هو الإمام نجم الدين عمر مفتى الإنس والجن رأس الأولياء فى عصره اه وعبارة النسفى فى عقائده : وكرامات الأولياء حق ، فتظهر الكرامة على طريق نقض العادة للولى ، من قطع المسافة البعيدة فى المدة القليلة ، وظهور الطعام والشراب واللباس عند الحاجة ، والمشى على الماء والهواء ، وكلام الجماد والعجماء ، واندفاع المتوجه من البلاء ، وكفاية المهم من الأعداء وغير ذلك من الأشياء اه (قوله بل سئل) أى النسفى ، وقوله فقال الخ جواب بالجواز على وجه العموم ، وقدمنا فى بحث استقبال القبلة عن عدة الفتاوى وغيرها : لو ذهبت الكعبة لزيارة بعض الأولياء فالصلاة إلى هوائها اه ومثله فى الولوالجية (قوله ولا لبس بالمعجزة الخ) جواب عن قول المعتزلة المنكرين الكرامات للأولياء ، لأنها لو ظهرت لاشتبهت بالمعجزة فلم يتميز النبى من غيره . والجواب أن المعجزة لابد أن تكون ممن يدعى الرسالة تصديقا لدعواه ، والولى لابد من أن يكون تابعا لنبى وتكون كرامته معجزة لنبيه ، لأنه لا يكون وليا ما لم يكن محقا فى ديانته واتباعه لنبيه ، حتى لو ادعى الاستقلال بنفسه وعدم المتابعة لم يكن وليا بل يكون كافرا ولا تظهر له كرامة :

فالحاصل أن الأمر الخارق للعادة بالنسبة إلى النبى معجزة سواء ظهر من قبله أو من قبل آحاد أمته ، وبالنسبة إلى الولى كرامة لخلوه عن دعوى النبوة ، وتمامه فى العقائد وشرحها (قوله ومن لولى الخ) من موصول مبتدأ وقال صلته ولولى متعلق بيجوز وطى مبتدأ وجملة يجوز خبره والجملة الخبرية مقول القول وجهول خبر من ، والقول

ى ينصر هذا القول بنص محمد: إنا نؤمن بكرامات الأولياء .

(غاب عن امرأته فتزوجت بآخر وولدت أولادا) ثم جاء الزوج الأول (فالأولاد للثانى على المذهب) الذى رجع إليه الإمام ، وعليه الفتوى كما فى الخانية والجوهرة والكافى وغيرها :

وفى حاشية شرح المنار لابن الحنبلى · وعليه الفتوى إن احتمله الحال ، لكن فى آخر دعوى المجمع حكى أربعة أقوال ثم أفتى بما اعتمده المصنف ، وعلله ابن ملك بأنه المستفرش حقيقة ، فالولد للفراش الحقيقى وإن كان فاسدا وتمامه فيه فراجعه .

بالتجهيل أو التكفير هو ماقدمناه عن العمادية (قوله أى ينصر هذا القول الخ) والحاصل أنه وقع الخلاف عندنا فى مسألة طى المسافة البعيدة ؛ فمشايخ العراق قالوا لا يكون ذلك إلا معجزة ، فاعتقاده كرامة جهل أو كفر . ومشايخ خراسان وما وراء النهر أثبتوه كرامة ، ولم يرد نص صريح فى المسألة عن أئمتنا الثلاثة سوى قول محمد هذا ولم يفسر ذلك اه ملخصا من شرح الوهبانية عن جواهر الفتاوى. وفى التتارخانية أن مسألة تزوج المغربى بمشرقية تؤيد الجواز أى فإنها نص المذهب .

والحاصل أنه لاخلاف عندنا فى ثبوت الكرامة ، وإنما الخلاف فيما كان من جنس المعجزات الكبار ، والمعتمد الجواز مطلقا إلا فيما ثبت بالدليل عدم إمكانه كالإتيان بسورة ، وتمام الكلام على ذلك فى حاشية ح (قوله غاب عن امرأته الخ) شامل لما إذا بلغها موته أو طلاقه فاعتدت وتزوّجت ثم بان خلافه ولما إذا ادعت ذلك ثم بان خلافه اه ح (قوله وفى حاشية شرح المنار الخ) قال الشارح فى شرحه على المنار: لكن الصحيح ماأورده الجرجانى أن الأولاد من الثانى إن احتمله الحال ، وأن الإمام رجع إلى هذا القول ، وعليه الفتوى كما فى حاشية ابن الحنبلى عن [الواقعات والأسرار] ونقله ابن نجيم عن الظهيرية اه واحتمال الحال بأن تلده لستة أشهر فأكثر من وقت النكاح (قوله حكى أربعة أقوال) حاصل عبارته مع شرحه لابن ملك أن الأولاد للأول عند أبى حنيفة مطلقا : أى سواء أتت به لأقل من ستة أشهر أولا ، لأن نكاح الأولى صحيح فاعتباره أولى . وفى رواية للثانى ، وعليه الفتوى ؛ لأن الولد للفراش الحقيقى وإن كان فاسدا . وعند أبى يوسف للأول إن أتت به لأقل من ستة أشهر من عقد الثانى لتيقن العلوق من الأول ، وإن لأكثر فللثانى . وعند محمد للأول إن كان بين وطء الثانى والولادة أقل من سنتين ، فلو أكثر منهما فللثانى لتيقن أنه ليس من الأول ، والنكاح الصحيح مع احتمال العلوق منه أولى بالاعتبار ، وإنما وضع المسألة فى الولد إذ المرأة تردّ إلى الأول إجماعا اه .

قلت : وظاهره أنه على المفتى به يكون الولد للثانى مطلقا وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت العقد كما يدل عليه ذكر الإطلاق قبله والاقتصار على التفصيل بعده ، وهذا خلاف ما قاله ابن الحنبلى ، وهذا وجه الاستدراك لكن لايخفى مافيه ، فقد ذكرنا قريبا أن المنكوحة لو ولدت لدون ستة أشهر لم يثبت نسبه من زوج ويفسد النكاح أى لأنه لابد من تصوّر العلوق منه وفيما دون ستة أشهر لايتصور ذلك ، وهذا إذا لم يعلم بأن لها زوجا غيره فكيف إذا ظهر زوج غيره فلا شك فى عدم ثبوته من الثانى ، ولهذا قال فى شرح درر البحار : إن هذا مشكل فيما إذا أتت به لأقل من ستة أشهر مذ تزوجها اه :

والحق أن الإطلاق غير مراد وأن الصواب مانقله ابن الحنبلى ، وبه يظهر أن هذه الرواية عن الإمام المفتى بها هى التى أخذ بها أبو يوسف ، وأنه لابد من تقييد كلام المصنف والمجمع بما نقله ابن الحنبلى ، وأنه لاوجه للاستدراك

[فروع] نكح أمة فطلقها فشراها فولدت لأقل من نصف حول منذ شراها لزمه وإلا لا ، إلا المطلقة قبل الدخول والمبانة بثنتين فذ طلقها ، لكن فى الثانية يثبت لسنتين فأقل .

عليه بما فى المجمع ، والله أعلم (قوله نكح أمة الخ) قال فى الفتح : قوله ومن تزوج أمة فطلقها : أى بعدالدخول واحدة بائنة أو رجعية ثم اشتراها قبل أن تقر بانقضاء عدتها فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ اشتراها لزمه ، وقيد ببعدالدخول وبواحدة لأنه لو كان قبله لايلزمه إلا أن تجىء به لأقل من ستة أشهر منذ فارقها ، لأنه لاعدة لها أو بعده والطلاق ثنتان ثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق ، ثم إذا كانت الواحدة رجعية فهو ولد المعتدة فيلزمه وإن جاءت لعشر سنين بعد الطلاق فأكثر بعد كونه لأقل من ستة أشهر من الشراء ، وإن كانت بائنا ثبت إلى أقل من سنتين أو تمام السنتين بعد كونه لأقل من ستة أشهر من الشراء اه .

قال فى البحر : فالحاصل أن المطلقة قبل الدخول والمبانة بالثنتين لا اعتبار فيهما لوقت الشراء ، بل لوقت الطلاق ، ففى الأولى يشترط لثبوت نسبه ولادته لأقل من ستة أشهر ، وفى الثانية لسنتين فأقل ، وأنه لو كان رجعيا يثبت ولو لعشر سنين بعد الطلاق أو أكثر ولو واحدة بائنة ، فلابد أن تأتى به لتمام سنتين أو أقل بعد أن يكون لأقل من ستة أشهر من وقت الشراء فى المسألتين (قوله فطلقها) أى بعد الدخول طلقة واحدة بائنة أو رجعية بدليل الاستثناء الآتى والطلاق غير قيد ، حتى لو اشتراها ولم يطلقها فالحكم كذلك نهر (قوله فشراها) أى ملكها بأى سبب كان أى قبل أن تقر بانقضاء عدتها كما مر ، لأنه مع الإقرار يشترط أن تأتى به لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار كما مر لا من وقت الشراء كما هنا نهر (قوله لزمه) لأنه ولد المعتدة لتحقق كون العلوق سابقا على الشراء وولدها يثبت نسبه بلا دعوة نهر ، وإن ولدته لسنتين من وقت الطلاق بحر ، لكن فى الرجعية : ولو لأكثر من سنتين كما يأتى (قوله وإلا) أى بأن ولدته لتمام ستة أشهر أو لأكثر منها لا : أى لايلزمه لأنه ولد المملوكة لأنه شراها وهى معتدة منه ووطؤها حلال له ، أما فى الرجعى فظاهر ، وأما فى البائن فلأن عدتها منه لا تحرمها عليه ، فإذا أمكن علوقه فى الملك أسند إليه لأن الحادث يضاف إلى أقرب أوقاته وولد المملوكة لايثبت بدون دعوة ، وهذا بخلاف البائن ببينونة غليظة فإن شراءها لايحلها فتعين العلوق قبله كما يأتى (قوله إلا المطلقة الخ) لما كان قوله فطلقها شاملا لما إذا طلقها واحدة رجعية وبائنة وثنتين قبل الدخول وبعده وكان الحكم المتقدم مختصا بالمطلقة واحدة بعد الدخول رجعية أو بائنة استثنى هذه الصور الثلاث ، فقوله قبل الدخول شامل للطلقة والطلقتين والصورة الثالثة قوله والمبانة لثنتين يعنى بعد الدخول اهـ ح فافهم ، وقيد بقوله بثنتين لأنها أمة وبينونتها الغليظة ثنتان فقط .

والحاصل أن الصور خمس ، لأن الرجعى لا يكون قبل الدخول ، فلذا كان المستثنى ثلاث صور فقط (قوله فذ طلقها) أى فالمعتبر فى هذه الثلاث المستثناة وقت الطلاق ، ولا اعتبار فيها لوقت الشراء كما مر عن البحر (قوله لكن فى الثانية) لما كان قضية الاستثناء أن المعتبر أن تلد لأقل من نصف حول مذ طلقها بين أن هذا خاص بالمطلقة قبل الدخول واحدة أو ثنتين ، فلو ولدت لنصف حول أو أكثر لا يلزمه لعدم العدة كما قدمناه أول الباب .

أما المطلقة ثنتين بعد الدخول فإنه يلزمه ولدها لسنتين فأقل من وقت الطلاق ، وإن لأقل من نصف حول من وقت الشراء لحرمتها عليه حرمة غليظة حتى تنكح غيره فلا يحلها الشراء ، فتعذر العلوق فيه وتعين كونه قبله فيلزمه لسنتين مذ طلقها لجواز أنه كان موجودا وقت الطلاق لا لأكثر لتيقن عدمه ، لكن ثبوته لتمام السنتين مبنى

وفى الرجعى لأكثر مطلقا بعد أن يكون لأقل من نصف حول منذ شرائها فى المسألتين ، وكذا لو أعتقها بعد الشراء .

ولو باعها فولدت لأكثر من الأقل مذ باعها فادعاه هل يفتقر لتصديق المشترى ؟ قولان :

مات عن أم ولده أو أعتقها وولدت لدون سنتين لزمه ولأكثر لا إلا أن يدعيه ؛ ولو تزوجت فى العدة فولدت سنتين من عتقه أو موته ولنصف حول فأكثر مذ تزوجت وادعياه معا كان للمولى اتفاقا لكونها معتدة ، بخلاف مالو تزوجت أم الولد بلا إذنه فإنه للزوج اتفاقا .

ولو تزوجت معتدة بائن فولدت لأقل من سنتين مذ بانت ولأقل من الأقل مذ تزوجت فالولد للأول لفساد نكاح الآخر ، ولو لأكثر منهما مذ بانت ولنصف حول مذ تزوجت فالولد للثانى ، ولو لأقل من نصفه لم يلزم الأول ولا الثانى والنكاح صحيح ،

على مازعم فى الجوهرة أنه الصواب ، وهو أحد الروايتين كما قدمناه أول الباب فافهم (قوله وفى الرجعى لأكثر مطلقا) أى يثبت فيه وإن ولدته لأكثر من سنتين بلا تقييد لذلك الأكثر بمدة (قوله فى المسألتين) يعنى فى مسألة الرجعى ومسألة الطلقة البائنة بعد الدخول كما يعلم من عبارة البحر المتقدمة ، وكلام الشارح يوهم أن إحدى المسألتين البائنة بثنتين لأن البائنة الواحدة لا ذكر لها هنا ، فلذا أورد عليه أن المبانة بثنتين لايعتبر فيها وقت الشراء أصلا كما مر ، لكن لما ذكر الشارح فى أول المسألة اختصاص وقت الشراء بالمطلقة بعد الدخول واحدة رجعية أو بائنة بدليل الاستثناء بعده كما بيناه وذكر هنا الرجعى بين أن قرينته الثانية مثله ، لكن لايخفى مافيه من الخفاء مع أن هذا الحكم فى المسألتين صرح به أولا فلا حاجة إلى إعادته ولكن مع هذا لايحكم عليه بالخطإ فافهم (قوله وكذا لو أعتقها بعد الشراء) لأن العتق مازادها إلا بعدا منه . وعند محمد يلزمه إلى سنتين بلادعواه مذ شراها لأنه بطل النكاح بالشراء ووجبت العدة ، لكنها لاتظهر فى حقه للملك وبالعتق ظهرت ، وحكم معتدة بائن لم تقر بانقضائها ذلك فتح (قوله قولان) فعند أبى يوسف يفتقر لبطلان النكاح . وعند محمد لا إلا أنه لابد من الدعوة هنا لأن العدة لم تظهر فى حقه بخلاف العتق أفاده فى الفتح (قوله لزمه) لأن ولد أم الولد لايحتاج إلى الدعوة ، لكنه ينتفى بالنفى فهل يصح نفيه هنا يراجع رحمتى (قوله ولأكثر لا) لم يذكر حكم تمام السنتين ، وتقدم حكاية الروايتين فى معتدة البت ، وبحث البحر فى معتدة الموت ، فينبغى أن يكون هنا كذلك ، ويأتى قريبا مايدل على أن التمام كالأقل (قوله إلا أن يدعيه) أى فى صورة العتق (قوله ولو تزوجت) أى أم الولد (قوله وادعياه معا) هذا ظاهر فى صورة العتق ، والظاهر أن المراد فى صورة الموت ادعاه ورثته لقيامهم مقامه تأمل (قوله كان للمولى اتفاقا) كذا فى عدة البحر عن الخانية ، فقد ثبت النسب هنا بالولادة لتمام السنتين فكان التمام فى حكم الأقل (قوله لكونها معتدة) أى من المولى ونكاح الزوج باطل ، فيكون الولد لصاحب العدة إذا ادعاه (قوله بخلاف مالو تزوجت) أى فولدت لستة أشهر فأكثر مذ تزوجت فادعياه بحر عن الخانية (قوله فإنه للزوج اتفاقا) لعل وجهه أنها لما لزمها العدة منه للوطء بشبهة العقد وحرم على المولى وطؤها لذلك كان إثباته لصاحب العدة أولى لأنه المستفرش حقيقة وإن كان فاسدا تأمل ، ثم لايخفى أن الكلام الآن فى أم ولد لم يعتقها مولاها فافهم (قوله لفساد نكاح الآخر) ينافى ماتقدم من أن العبرة للفراش الحقيقى ولو فاسدا ، فالأولى التعليل بعدم إمكان جعله من الثانى لعدم أقل مدة الحمل رحمتى وتعليل الشارح لم أره فى البحر (قوله فالولد للثانى) لإمكانه مع تعذر كونه من الأول (قوله ولو لأقل من نصفه) أى مع كونه لأكثر من سنتين مذ بانت (قوله لم يلزم الأول ولا الثانى) لأن النساء لايلدن لأكثر من سنتين ولا لأقل من ستة أشهر كافى الحاكم (قوله والنكاح صحيح) أى عندهما .

ولو لأقل منهما ولنصفه ففي عدة البحر بحثا أنه للأول ، لكنه نقل هنا عن البدائع أنه للثاني معللا بأن إقدامها على التزوج دليل انقضاء عدتها ؛ حتى لو علم بالعدة فالنكاح فاسد وولدها للأول إن أمكن إثباته منه بأن تلد لأقل من سنتين مذ طلق أو مات .

ولو نكح امرأة فجاءت بسقط مستبين الخلق : فإن لأربعة أشهر فنسبه للثاني . وإن لأربعة إلا يوما فنسبه للأول وفسد النكاح الكل من البحر .

قلت : وفي مجمع الفتاوى : نكح كافر مسلمة فولدت منه لايثبت النسب منه ولا تجب العدة لأنه نكاح باطل

باب الحضانة

بفتح الحاء وكسرها : تربية الولد .

(تثبت للأم)

وعند أبي يوسف فاسد ، لأنه إذا لم يثبت من الثاني كان من الزنا ، ونكاح الحامل من الزنا صحيح عندهما لا عنده كذا في البدائع ، وتبعه في البحر ، ولم يظهر لي وجهه لأنه إذا لم يثبت من واحد منهما علم أنه من غيرهما ولا يلزم أن يكون من الزنا لاحتمال كونه بشبهة ، ولا يصح النكاح إلا إذا علم أنه من زنا .

ففي الزيلعي وغيره : لو ولدت المنكوحة لأقل من ستة أشهر مذ تزوجها لم يثبت النسب لأن العلوق سابق على النكاح ، ويفسد النكاح لاحتمال أنه من زوج آخر بنكاح صحيح أو بشبهة اهـ فليتأمل (قوله ولو لأقل منهما) أي لأقل من سنتين من وقت الطلاق ولنصفه أي لنصف حول من وقت تزوج الثاني فقد أمكن هنا جعله من الأول أو من الثاني (قوله لكنه نقل هنا) أي في هذا الباب قبيل قوله إلا أن يدعيه أي والنص هو المتبع فلا يعول على البحث معه ط (قوله دليل انقضاء عدتها) فكان بمنزلة ما إذا أقرت بانقضائها (قوله إن أمكن إثباته منه) أما إذا لم يمكن بأن جاءت به لأكثر من سنتين مذ بانت ولستة أشهر مذ تزوجت فهو للثاني كما في البحر عن البدائع (قوله ولو نكح امرأة) الأولى نكحها ليعود الضمير على معتدة البائن وإن كان الحكم أعم لكن ليوافق آخر الكلام (قوله فنسبه للثاني) أي وجاز النكاح بحر (قوله فنسبه للأول) لأن الخلق لايستبين إلا في مائة وعشرين يوما فيكون أربعين يوما نطفة وأربعين علقة وأربعين مضغة بحر عن الولوالجية ، وقدمنا في العدة كلاما فيه (قوله لأنه نكاح باطل) أي فالوطء فيه زنا لايثبت به النسب ، بخلاف الفاسد فإنه وطء بشبهة فيثبت به النسب ولذا تكون بالفاسد فراشا لا بالباطل رحمتي ، والله سبحانه أعلم .

باب الحضانة

لما ذكر ثبوت نسب الولد عقيب أحوال المعتدة ذكر من يكون عنده الولد فتح (قوله بفتح الحاء وكسرها) كذا في المصباح والبحر عن المغرب ، لكن في القاموس : حضن الصبي حضنا وحضانة بالكسر جعله في حضنه أو رباه كاحتضنه ، ثم قال : وحضن فلانا حضنا وحضانة بفتحهما نحاه عنه (قوله تربية الولد) هذا على إطلاقه معناه اللغوي ، أما الشرعي فهو تربية الولد لمن له حق الحضانة كما أفاده القهستاني (قوله تثبت للأم) ظاهره أن الحق لها وقيل للولد ، وسيأتي الكلام عليه .

مطلب شروط الحاضنة

قال الرملي : ويشترط في الحاضنة أن تكون حرة بالغة عاقلة أمينة قادرة ، وأن تخلو من زوج أجنبي وكذا في الحاضن الذكر سوى الشرط الأخير ، هذا مايؤخذ من كلامهم اهـ .

النسبية (ولو) كتابية أو مجوسية أو (بعد الفرقة إلا أن تكون مرتدة) فحتى تسلم لأنها تحبس (أو فاجرة) فجورا يضيع الولد به كزنا وغناء وسرقة ونياحة كما فى البحر والنهر بحثا .

قال المصنف : والذى يظهر العمل بإطلاقهم كما هو مذهب الشافعى أن الفاسقة بترك الصلاة لاحضانة لها .

وفى القنية : الأم أحق بالولد ولو سيئة السيرة معروفة بالفجور مالم يعقل ذلك (أو غير مأمونة)

قلت : وينبغى أن يزيد بعد قوله حرة أو مكاتبة ولدت فى الكتابة وأن يزيد أن تكون رحما محرما ولم تكن مرتدة ولم تمسكه فى بيت المبغض للولد ولم تمتنع عن تربيته مجانا عند إعسار الأب وسيأتى بيان ذلك كله ، والمراد بكونها أمينة أن لايضيع الولد عندها باشتغالها عنه بالخروج من منزلها كل وقت.وأفتى بعض المتأخرين بأنالمراهقة لها حق الحضانة ، لقول العينى : أحكام المراهقين أحكام البالغين فى سائر التصرفات :

قلت : لايخفى أن هذا عند ادعاء البلوغ وإلا فهو فى حكم القاصر كما حققناه فى تنقيح الحامدية وأفتى به الخير الرملى ، وهل يشترط كونها بصيرة ؟ فى الأشباه فى أحكام الأعمى : ولم أر حكم ذبحه وصيده وحضانته ورؤيته لما اشتراه بالوصف ، وينبغى أن يكره ذبحه . وأما حضانته فإن أمكنه حفظ المحضون كان أهلا وإلا فلا اه وهو بحث وجيه ، وهو معلوم من قول الرملى قادرة كما يعلم منه حكم ما إذا كانت مريضة أو كبيرة عاجزة (قوله النسبية) احترز به عن الأم الرضاعيةفلا تثبت لها اه ح.وكذا الأخت رضاعا ونحوها (قوله ولو كتابية أومجوسية) لأن الشفقة لاتختلف باختلاف الدين. وصورة الثانية أن يكونا مجوسيين ترافعا إلينا أو أسلم الزوج وحده ، وسيأتى تقييده بما إذا لم يعقل الولد دينا (قوله أو بعد الفرقة) عطف على مدخول لو إشارة إلى عدم اختصاص الحضانة بما بعدها ، فتربية الولد فى حال قيام النكاح تسمى حضانة (قوله لأنها تحبس) أى وتضرب فلا تتفرغ للحضانة بحر (قوله كما فى البحر والنهر بحثا) قال فى البحر : وينبغى أن يكون المراد بالفسق فى كلامهم هنا الزنا المقتضى لاشتغال الأم عن الولد بالخروج من المنزل ونحوه لامطلقه الصادق بترك الصلاة ،لما سيأتى أن الذمية أحق بولدها المسلم مالم يعقل الأديان ، فالفاسقة المسلمة أولى . .

قال فى النهر : وأقول فى قصره على الزنا قصور ، إذ لو كانت سارقة أو مغنية أو نائحة فالحكم كذلك ، وعلى هذا فالمراد فسق يضيع الولد به اه .

ويمكن حمل مافى البحر عليه بأن يكون قوله ونحوه مرفوعا عطفا على الزنا . ثم رأيت الخير الرملى أجاب كذلك . قال ح : وعلى هذا لو كانت صالحة كثيرة الصلاة قد استولى عليها محبة الله تعالى وخوفه حتى شغلاها عن الولد ولزم ضياعه انتزع منها ولم أره اه (قوله قال المصنف الخ) عبارته بعد أن نقل عبارة البحر : لكن عندى فى الاستدلال عليه بما ذكر نظر لأن الذمية إنما تفعل ماتفعل ممايوجب الفسق على جهة اعتقاده دينالها فكيف يلحق بها الفاسقة المسلمة ، فالذى يظهر إجراء كلام الكمال وغيره على إطلاقه كما هو مذهب الشافعى رضى الله تعالى عنه من أن الفاسقة بترك الصلاة لاحضانة لها اه . وبعد ماعلمت أن المناط هو الضياع حققت أن بحث المصنف لاحاصل له اه ح (قوله وفى القنية الخ) فيه ردّ على ماقاله المصنف ، والعجب أن المصنف نقله عقب عبارته السابقة (قوله مالم يعقل ذلك) أى مالم يعقل الولد حالها ، وحينئذ يجب تقييد الفجور بأن لايلزم منه ضياع الولد كما لايخفى . وفى النهر : مالم تفعل ذلك ، وفسره بقوله أى مالم يثبت فعله عنها وهو صحيح أيضا اه ح : وفيه أن قول القنية معروفة بالفجور يقتضى فعلها له ط فالمناسب الأول وتكون الفاجرة بمنزلة الكتابية ، فإن الولد يبقى عندها إلى أن يعقل الأديان كما سيأتى خوفا عليه من تعلمه منها ماتفعله فكذا الفاجرة . وقد جزم الرملى بأن مافى النهر تصحيف .

ذكره في المجتبى بأن تخرج كل وقت وتترك الولد ضائعا (أو) تكون (أمة أو أم ولد أو مدبرة أو مكاتبة ولدت ذلك الولد قبل الكتابة) لاشتغالهن بخدمة المولى ، لكن إن كان الولد رقيقا كن أحق به لأنه للمولى مجتبى (أو متزوجة بغير محرم) الصغير (أو أبت أن تربيه مجانا و) الحال أن (الأب معسر والعمة تقبل ذلك) أى تربيته مجانا ولا تمنعه عن الأم قيل للأم إما أن تمسكيه مجانا أو تدفعيه للعمة

والحاصل أن الحاضنة إن كانت فاسقة فسقا يلزم منه ضياع الولد عندها سقط حقها وإلا فهى احق به إلى أن يعقل فينزع منها كالكتابية (قوله بأن تخرج كل وقت الخ) المراد كثرة الخروج ، لأن المدار على ترك الولد ضائعا والولد في حكم الأمانة عندها ، ومضيع الأمانة لايستأمن ، ولايلزم أن يكون خروجها لمعصية حتى يستغنى عنه بما قبله فإنه قد يكون لغيرها ؛ كما لو كانت قابلة أو غاسلة أو بلانة أو نحو ذلك ، ولذا قال في الفتح : إن كانت فاسقة أو تخرج كل وقت الخ فعطفه على الفاسقة يفيد ماقلنا فافهم (قوله أو أم ولد) أى طلقها زوجها ، أما إذا أعتقها مولاها فهى بمنزلة المطلقة الحرة كما في كافى الحاكم (قوله ولدت ذلك الولد قبل الكتابة) أما لو بعدها فهى أحق به لدخوله تحت الكتابة فتح عن التحفة ، ومثله في البحر . ومقتضى هذا أنها بعد الكتابة لا يثبت لها حق في المولود قبلها وإن لم تبق مشغولة بخدمة المولى ، لأنه لم يدخل في كتابتها ، فبقى قنا مملوكا للمولى من كل وجه فصار كولد القنة لو أعتقت : ويدل عليه أيضا قول الكنز : ولاحق للأمة وأم الولد مالم يعتقا . قال في الدرر : فإذا عتقا كان لها حق الحضانة في أولادهما الأحرار لأنهما وأولادهما أحرار حال ثبوت الحق اه فافهم (قوله لكن إن كان الولد الخ) قال في البحر : ولم يذكر المصنف أن الحق في حضانة ولد الأمة للمولى أو لغيره .

والحق التفصيل ، فإن كان الصغير رقيقا فمولاه أحق به حرا كان أبوه أو عبدا ، وكذا لو عتقت أمه بعد وضعه فلا حق لها في حضانته إنما الحق للمولى سواء كانت منكوحة أبيه أو فارقها لأنه مملوكه . وأما إذا كان أى الصغير حرا فالحضانة لأقربائه الأحرار إن كانت أمه أمة ، لا لمولاها ولا لمولاة الذى أعتقه ، وإن أعتقت كانت الحضانة لها اه (قوله كن أحق به) قال في الدرر : ولا يفرق بينه وبين أمه إن كانا في ملكه اه ونحوه في البحر ، فالمراد بالأحقية عدم التفريق بينهما ، فلا ينافى ماتقدم من كون الحق للمولى تأمل (قوله بغير محرم) أى من جهة الرحم فلو كان محرما غير رحم كالعم رضاعا أو رحما من النسب محرما من الرضاع كابن عمه نسبا هو عمه رضاعا فهو كالأجنبى ط (قوله والحال أن الأب معسر) كذا قيده في الخانية والبزازية والخلاصة والظهيرية وكثير من الكتب . وظاهره تخلف الحكم المذكور مع يساره ، لأن المفهوم في التصانيف حجة يعمل به رملى .

وفي الشرنبلالية : تقييد الدفع للعمة بيسارها وإعسار الأب يفيد أن الأب الموسر يجبر على دفع الأجرة للأم نظرا للصغير اه :

قلت : والمراد من هذه الأجرة أجرة الحضانة كما هو مفهوم من سياق كلام المصنف تبعا للفتح والدرر والبحر خلافا لما في العزمية على الدرر من أنها أجرة الرضاع ، والمراد بيسار العمة قدرتها على الإنفاق على الولد كما هو ظاهر ، إذ لاوجه لتقديره بنصاب (قوله والعمة تقبل ذلك) أى ولم يوجد أحد ممن هو مقدم على العمة متبرعا بمثل العمة ، ومع ذلك يشترط أن لاتكون متزوجة بغير محرم للصغير شرنبلالية (قوله ولا تمنعه عن الأم) أى عن رؤيتها له وتعهدها إياه (قوله أو تدفعيه للعمة) صريح في أنه ينزع من الأم مع أن الأم لو طلبت أجرا على الإرضاع ووجدت متبرعة به قدمت وترضعه عند الأم كما صرح به في البدائع ، ولكن هذا إذا بقيت مستحقة للحضانة : وفي مسألتنا سقط حقها منها فلذا ينزع منها . ومثله مالو تزوجت بأجنبى وصارت الحضانة لغيرها كالأخت

(على المذهب) وهل يرجع العم والعمة على الأب إذا أيسر ؛ قيل نعم مجتبى ، والعمة ليست بقيد فيما يظهر . وفى المنية : تزوجت أم صغير توفى أبوه وأرادت تربيته بلا نفقة ،قدرة وأراد وصيه تربيته بها دفع إليها لا إليه إبقاء لما له :

فإنها لا يلزمها أن تربيه أو ترضعه عند الأم (قوله على المذهب) لم أر هذه العبارة لغيره ، وإنما قالوا على الصحيح وهذا لا يلزم أن يكون من نص المذهب بل يحتمل التخريج تأمل ، ومقابله ماقيل إن الأم أولى (قوله مجتبى) هو شرح الزاهدى على مختصر القدورى ، وذلك حيث قال فى النفقات وهل يرجع العم أو العمة على الأب إذا أيسر بما أنفق على الصغير ؟ ثم رمز لبعض الكتب : لا يرجع من يؤدى النفقة على الأب ولا على الابن ، بخلاف الأم إذا أيسر زوجها ثم رمز يرجع ،ثم رمز فيه اختلاف المشايخ اه وهذا مفروض فيما إذا كان الأب معسرا ووجبت نفقة الولد على عمه أو عمته أو أمه ، فالأم ترجع على الأب إذا أيسر ؛ وفى العم والعمة الخلاف المذكور ، فلا محل لذكر هذا هنا ولا لذكر العم ، لأن الكلام فى العمة إذا أخذته لتحضنه مجانا ،وإذا كان لها الرجوع فلا فائدة فى أخذه من الأم ، إلا أن يقال : مراده أن لا ترجع بأجرة الحضانة ، وأما النفقة على الولد إذا لم تتبرع بها فهل لها الرجوع بها على الأب ؟ قيل نعم ،تأمل (قوله والعمة ليست بقيد الخ) هو بحث لصاحب البحر ذكره فى الباب الآتى . قال : بل كل حاضنة كذلك بالأولى لأنها من قرابة الأم . وقال : ولم أر من صرح بأن الأجنبية كالعمة إذا كانت متبرعة . ولا تقاس على العمة لأنها حاضنة فى الجملة ، وقد كثر السؤال عنها فى زماننا . وظاهر المتون أن الأم تأخذ بأجر المثل ولا تكون الأجنبية أولى . بخلاف العمة إلا أن يوجد نقل اه .

قلت : وفى القهستانى بعد كلام مانصه : وفيه إشارة إلى أنها : أى الأم أولى من المحرم وإن طلبت أجرا والمحرم لم يطلبه . والأصح أن يقال لها أمسكيه أو ادفعيه إلى المحرم كما فى النظم اه . فهذا ظاهر فى أن العمة غير قيد بل مثلها بقية المحارم ، وفى أن غير المحرم ليس كذلك . وفى حاشية الخير الرملى على البحر أن هذا تفقه حسن صحيح قال : وقد سئلت عن صغيرة لها أم تطلب زيادة على أجر المثل وبنت ابن عم تريد حضانتها مجانا ، فأجبت بأنها تدفع للأم لكن بأجر المثل فقط . لأن تلك كالأجنبية لا حق لها فى الحضانة أصلا فلا يعتبر تبرعها ؛ لأن فى دفع الصغير إليها ضررا به فلا يعتبر معه الضرر فى المال ؛ لأن حرمته دون حرمته ، ولذا يختلف الحكم فى نحو العمة والخالة عند اليسار فلا يدفع إليهما . إذ لا ضرر على الموسر فى دفع الأجرة ،وبه تتحرر هذه المسألة فاغتنمه ، فقد قل من تفطن له اه .

قلت : ويؤيده أنه لو كان الأب حيا وطلبت الأم النفقة من مال الولد وأراد الأب تربيته عنده بمال نفسه لا يسقط حق الأم مع أن الأب أشفق من الأجنبية .نعم لو كان للأب أم أو أخت عنده تحضن الولد مجانا ولا يرضى من هو أحق منها إلا بأجرة فلها أن تربيه عند الأب وهذه تقع كثيرا لكن هذا إذا طلبت الأم أجرة على الحضانة فلو تبرعت بالحضانة وطلبت الأجرة على الإرضاع وقال الأب إن أمى أو أختى ترضعه مجانا تكون أولى ، ولكن يقال لها أرضعيه فى بيت الأم لأن ذلك لا يسقط حضانتها كما علم مما مر ؛ فتنبه لذلك (قوله بلا نفقة) أى من مال الصغير الموروث له من أبيه فتح ، وظاهره أن المراد نفقة الصبى . والظاهر أن أجرة الحضانة كذلك تأمل (قوله إبقاء لماله) هذا تعليل من المصنف فإنه بعد أن نقل فى المنح كلام المنية قال : وله وجه وجيه ، لأن رعاية المصلحة فى إبقاء ماله أولى من مراعاة عدم لحوق الضرر الذى يحصل له لكونه عند الأجنبى اه. والمراد بالأجنبى زوج الأم ، وفيه نظر ، فإن الوصى أجنبى كزوج الأم إذا لم يذكر أنه رحم محرم منه ، فالأولى الاقتصار على أن

وفى الحاوى : تزوجت بأجنبي وطلبت تربيته بنفقة والتزمه ابن عمه مجانا ولا حاضنة له فله ذلك (ولا تجبر) من لها الحضانة (عليها إلا إذا تعينت لها) بأن لم يأخذ ثدى غيرها أو لم يكن للأب ولا للصغير مال به يفتى خانية وسيجيء فى النفقة :

وإذا أسقطت الأم حقها صارت كميتة أو متزوجة فتنتقل للجدة بحر (ولا تقدر الحاضنة على إبطال حق الصغير فيهما) حتى لو اختلعت على أن تترك ولدها عند الزوج صح الخلع

فى دفعه للأم مصلحة زائدة وهى إبقاء ماله فكانت أولى ، بل فيه مصلحة أخرى وهى كون الأم أشفق عليه من الوصى وهى أهل للحضانة فى الجملة بخلاف الوصى .

ولا يخالف هذا ماقدمناه آنفا عن الرملى حيث لم يعتبر الضرر فى المال ، لأن ذاك عند لزوم دفعه للأجنبية التى لاحق لها فى الحضانة أصلا بخلاف ماهنا ، حتى لو طلبت الأم المتزوجة بالأجنبى تربيته بنفقة مقدرة وتبرع الوصى ينبغى أن يدفع إليها أيضا على قياس ماذكره الرملى ، ولايعتبر تبرع الوصى تأمل . ثم لايخفى أن هذا كله عند عدم وجود متبرع من أهل الحضانة كالعمة أو الخالة وإلا فهى أحق من الأم والأجنبى .

[تنبيه] وقعت حادثة الفتوى سئلت عنها قديما ، وهى : صغير ماتت أمه وتركت له مالا وله أب معسر وجدة أم أم وجدة أم أب متزوجة بجده أرادت أم أمه تربيته بأجر وأم أبيه ترضى بذلك مجانا . فأجبت بأنه يدفع للمتبرعة أخذا مما هنا ، فإنه إذا دفع للأم الساقطة الحضانة إبقاء لماله مع كونها تربيه فى حجر زوجها الأجنبى فبالأولى دفعه لأم أبيه المتبرعة إبقاء لما له مع كونه فى حجر أبيه وجده الشفوقين عليه ، وكنت جمعت فيها رسالة سميتها [الإبانة عن أخذ الأجرة على الحضانة] والله أعلم (قوله والتزمه ابن عمه مجانا) فى بعض النسخ : والتزم ابن العم أن يربيه مجانا وهى أظهر (قوله ولا حاضنة له) أما لوكان له حاضنة كالعمة أو الخالة فهى أولى من أمه لسقوط حقها بالتزوج بأجنبى ومن ابن العم لتقدمها عليه ، والظاهر أنها أولى وإن طلبت النفقة لأنها الحاضنة حقيقة (قوله فله ذلك) أى الالتزام المفهوم من التزمه . ووجهه أن ابن العم له حق حضانة الغلام حيث لاحاضنة غيره والأم ساقطة الحضانة هنا . والظاهر أن له ذلك وإن طلب النفقة أيضا لأنه هو الحاضن حقيقه ، ثم رأيت السائحانى كتب كذلك (قوله ولا تجبر عليها) أى على الحضانة . والصواب أن يقول : ولا تجبر على الإرضاع كما سيذكره المصنف فى باب النفقة ، حيث قال : وليس على أمه إرضاعه إلا إذا تعينت ، وبهذا تندفع المنافاة بينه وبين قوله ولا تقدر الحاضنة الخ فإنه بمعنى أنها تجبر على الحضانة ، وهو أحد قولين فى المسألة كما يأتى ، وإلا فكيف يصح أن يمشى على قولين متقابلين (قوله بأن لم يأخذ الخ) هذا ذكره فى الخانية فى مقام تعينها للإرضاع ، فهو مؤيد لما صوبناه ، وقوله وسيجيء فى النفقة مؤيد لما قلنا أيضا فإنه هو الذى سيجيء هناك (قوله فتنتقل للجدة) أى تنتقل الحضانة لمن يلى الأم فى الاستحقاق كالجدة إن كانت ، وإلا فلمن يليها فيما يظهر ، واستظهر الرحتى أن هذا الإسقاط لايدوم فلها الرجوع لأن حقها يثبت شيئا فشيئا فيسقط الكائن لا المستقبل اه أى فهو كإسقاطها القسم لضرتها ، فلا يرد أن الساقط لايعود لأن العائد غير الساقط ، بخلاف إسقاط حق الشفعة ه

ثم رأيت بخط بعض العلماء : وعن المفتى أبى السعود مسألة فى رجل طلق زوجته ولها ولد صغير منه وأسقطت حقها من الحضانة وحكم بذلك حاكم فهل لها الرجوع بأخذ الولد ؟ الجواب ، نعم لها ذلك فإن أقوى الحقين فى الحضانة للصغير ، ولئن أسقطت الزوجة حقها فلا تقدر على إسقاط حقه أبدا اه (قوله ولا تقدر الحاضنة الخ) اختلف فى الحضانة ، هل هى حق الحاضنة أو حق الولد ؟ فقيل بالأول فلا تجبر إذا امتنعت ورجحه غير واحد

وبطل الشرط لأنه حق الولد ، فليس لها أن تبطله بالشرط ؛ ولو لم يوجد غيرها أجبرت بلا خلاف فتح ، وهذا يعم مالو وجد وامتنع من القبول بحر ، وحينئذ فلا أجرة لها جوهرة (وتستحق) الحاضنة

وعليه الفتوى . وقيل بالثانى فتجبر ، واختاره الفقهاء الثلاثة أبو الليث والهندوانى وخواهر زاده ، وأيده فى الفتح بما فى كافى الحاكم الشهيد الذى هو جمع كلام محمد من مسألة الخلع المذكورة . قال : فأفاد : أى كلام الحاكم أن قول الفقهاء جواب ظاهر الرواية : قال فى البحر : فالترجيح قد اختلف ، والأولى الإفتاء بقول الفقهاء الثلاثة ، لكن قيده فى الظهيرية بأن لايكون للصغير ذو رحم محرم ، فحينئذ تجبر الأم كى لا يضيع الولد ؛ أما لو امتنعت الأم وكان له جدة رضيت بإمساكه دفع إليها ، لأن الحضانة كانت حقا للأم فصح إسقاطها حقها ، وعزى هذا التفصيل للفقهاء الثلاثة . وعلله فى المحيط بأنها لما أسقطت حقها بقى حق الولد ، فصارت بمنزلة الميتة أو المتزوجة فتكون الجدة أولى اهـ مافى البحر ملخصا

قلت : ويؤخذ من هذا التوفيق بين القولين ، وذلك أن مافى المحيط يدل على أن لكل من الحاضنة والمحضون حقا فى الحضانة ، ومثله ما قدمناه عن المفتى أبى السعود ؛ فقول من قال إنها حق الحاضنة فلا تجبر محمول على ما إذا لم تتعين لها ، واقتصر على أنها حقها لأن المحضون حينئذ لايضيع حقه لوجود من يحضنه غيرها ، ومن قال إنها حق المحضون فتجبر محمول على ما إذا تعينت واقتصر على أنها حقه لعدم من يحضنه غيرها . والدليل على ذلك أيضا ما مر عن الظهيرية حيث عزى إلى الفقهاء الثلاثة القائلين بالجبر إنها تجبر عندهم إذا لم يوجد غيرها لا إذا وجد .

وأما قوله فى النهر إن ما فى الظهيرية ليس بظاهر لما فى الفتح من أنه إذا لم يوجد غيرها أجبرت بلا خلاف ، ففيه نظر لأنه على ما علمت من التوفيق يرتفع الخلاف أصلا وإن كان حكاية القولين تفيد الخلاف فيما إذا وجد غيرها ، ولكن حيث أمكن التوفيق كان أولى ويكون الخلاف لفظيا ، وكم له من نظير ، فاغتنم هذا التحرير (قوله لأنه) أى الحضانة وذكر الضمير نظرا للخبر ط (قوله أجبرت بلا خلاف) ولو وجد غيرها لم تجبر بلا خلاف أيضا على ما ذكرناه من التوفيق (قوله وهذا يعم الخ) أى قوله ولو لم يوجد غيرها يشمل عدم الوجود حقيقة وعدمه حكما ، بأن وجد غيرها وامتنع ، وعبارة البحر هكذا : وظاهر كلامهم أن الأم إذا امتنعت وعرض على من دونها من الحاضنات فامتنعت أجبرت الأم لا من دونها (قوله وحينئذ) أى حين لم يوجد(١) غيرها فلا أجرة لها لأنها قامت بأمر واجب عليها شرعا ط . وعبارة الجوهرة : إذا كان لايوجد سواها تجبر على إرضاعه صيانة له عن الهلاك وعليه لا أجرة لها اهـ . فكلام الجوهرة فى الرضاع وكأن الشارح قاس الحضانة عليه ، لكن الظاهر أن مافى الجوهرة بحث منه كما يشعر به قوله وعليه لا أجرة لها .

ويخالفه ما فى الهندية وغيرها : لو استؤجر له من ترضعه شهرا ثم مضى ولم يأخذ ثدى غيرها تجبر على إبقاء الإجارة ، فإن مقتضاه أنها تستحق الأجرة وإلا قيل تجبر على الإرضاع مجانا ، ورأيت بخط شيخ مشايخنا السائحانى قال البرجندى : تجبر الأم على الحضانة إذا لم يكن لها زوج والنفقة على الأب .

وفى المنصورية أن أم الصغيرة إذا امتنعت عن إمساكها ولا زوج للأم تجبر عليه ، وعليه الفتوى ؛ وقال الفقيه أبو جعفر : تجبر وينفق عليها من مال الصغيرة ، وبه أخذ الفقيه أبو الليث ، فهذا نص فى أن الأجرة تؤخذ مع

---

(١) (قوله أى حين لم يوجد) كذا بالأصل المقابل على خط المؤلف . والذى فى ط : أى حين إذا لم يوجد اهـ مصححه .

(أجرة الحضانة إذا لم تكن منكوحة ولامعتدة لأبيه) وهي غير أجرة إرضاعه ونفقته كما في البحر عن السراجية ، خلافا لما نقله المصنف عن جواهر الفتاوى .

وفي شرح النقاية للباقاني عن البحر المحيط : سئل أبو حفص عمن لها إمساك الولد وليس لها مسكن مع الولد؟ فقال : على الأب سكناهما جميعا .

الجبر اه ويأتي بيان وجهه قريبا (قوله إذا لم تكن منكوحة ولا معتدة لأبيه) هذا قيد فيما إذا كانت الحاضنة أما فلو كانت غيرها فالظاهر استحقاقها أجرة الحضانة بالأولى، وقوله لأبيه احتراز عما لو كانت في نكاح أو عدة رجل غير الأب فإنها تستحق الأجرة عليها ، لكن إذا كان الناكح محرما للصغير وإلا فلا حضانة لها كما مر هذا .

وقال المصنف في المنح : وعندي أنه لا حاجة إلى قوله إذا لم تكن منكوحة ولا معتدة لأن الظاهر وجوب أجرة الحضانة لها إذا كانت أهلا ، وماذكر إنما هو شرط لوجوب أجر الرضاع لها لأنها إنما تستأجر له إذا لم تكن منكوحة أو معتدة اه . ونازعه الخير الرملي في حاشيته على المنح بأن امتناع وجوب أجر الرضاع للمنكوحة ومعتدة الرجعي لوجوبه عليها ديانة وذلك موجود في الحضانة ، بل دعوى الأولوية فيها غير بعيدة إلى آخر ما قاله .

قلت: على أنك قد علمت مما قدمناه آنفا أن الأجرة تستحق مع وجود الجبر فلاتنافي الوجوب ، ولعل وجهه أن نفقة الصغير لما وجبت على أبيه لو غنيا وإلا فمن مال الصغير كان من جملتها الإنفاق على حاضنته التي حبست نفسها لأجله عن التزوج ، ومثلها أجرة إرضاعه ، فلم تكن أجرة خالصة من كل وجه حتى ينافيها الوجوب بل لها شبه الأجرة وشبه النفقة، فإذا كانت منكوحة أو معتدة لأبيه لم تستحق أجرة لا على الحضانة ولا على الإرضاع لوجوبهما عليها ديانة ، النفقة ثابتة لها بدونهما ، بخلاف ما بعد انقضاء العدة فإنها تستحقها عملا بشبه الأجرة ، وعن هذا كان الأوجه عدم الفرق بين معتدة الرجعي والبائن كما هو مقتضى إطلاق الكنز . وظاهر الهداية ترجيحه فإنه ذكر في الرضاع أن في معتدة البائن روايتين ، وآخر دليل عدم الجواز لكن ذكر في الجوهرة وغيرها تصحيح الجواز ، ويأتي تمامه في الباب الآتي (قوله وهي غير أجرة إرضاعه ونفقته) قال في البحر : فعلى هذا يجب على الأب ثلاثة : أجرة الرضاع ، وأجرة الحضانة ، ونفقة الولد اه ومثله في الشرنبلالية (قوله عن السراجية) المراد بها هنا فتاوى سراج الدين قارئ الهداية فإنه في الباب الآتي عزى ذلك إليها صريحا ، فلا محل لترديد المصنف لأنه يحتمل أنه أراد بها الفتاوى السراجية المشهورة مع قوله لكني لم أقف على ذلك فيها فافهم ، لكن قوله إذا لم تكن منكوحة ولا معتدة لأبيه نقله في البحر عن السراجية ولم أره فيها ، فإن عبارة فتاوى قارىء الهداية : سئل هل تستحق المطلقة أجرة بسبب حضانة ولدها خاصة من غير إرضاع له ؟ فأجاب : نعم تستحق أجرة على الحضانة ، وكذا إذا احتاج إلى خادم يلزم به اه وأفتى بذلك أيضا صاحب البحر في فتاواه ، وكذا في الخيرية ، ومشى عليه في النهر . وقدمنا أنه مفهوم من قولهم في مسألة العمة والحال أن الأب معسر (قوله خلافا لما نقله المصنف) حيث قال بعد نقل كلام قارئ الهداية : لكن يشكل على هذا الإطلاق ما في جواهر الفتاوى قال : سئل قاضي القضاة فخر الدين قاضيخان عن المبتوتة هل لها أجرة الحضانة بعد فطام الولد ؟ فقال لا ، والله تعالى أعلم اه .

قلت : يمكن حمل المبتوتة على المعتدة من طلاق بات فهو مبني على إحدى الروايتين في البائن كما قدمناه آنفا ، لكن التقييد بما بعد فطام الولد لم يظهر لي وجهه ، ولعله لكونه الواقع في حادثة الفتوى .

وقال نجم الأئمة : المختار أنه عليه السكنى فى الحضانة ، وكذا إن احتاج الصغير إلى خادم يلزم الأب به .
وفى كتب الشافعية : مؤنة الحضانة فى مال المحضون لو له وإلا فعلى من تلزمه نفقته . قال شيخنا : وقواعدنا تقتضيه فيفتى به ثم حرر أن الحضانة كالرضاع ، والله تعالى أعلم (ثم) أى بعد الأم بأن ماتت أو لم تقبل أو أسقطت حقها

مطلب فى لزوم أجرة مسكن الحضانة

(قوله وقال نجم الأئمة المختار أن عليه السكنى) فى نفقات البحر عن التفاريق : لاتجب فى الحضانة أجرة المسكن. وقال آخرون: تجب إن كان للصبى مال وإلا فعلى من تجب عليه نفقته اهـ .وفى النهر : وينبغى ترجيح عدم الوجوب ، لأن وجوب الأجر لا يستلزم وجوب المسكن بخلاف النفقة اهـ .
قلت : صاحب النهر ليس من أهل الترجيح ، فلا يعارض ترجيحه ترجيح نجم الأئمة ولا سيما مع ضعف تعليله ، فإن القول بوجوب أجرة المسكن ليس مبنيا على وجوب الأجر على الحضانة بل على وجوب نفقة الولد ، فقد تكون الحاضنة لا مسكن لها أصلا بل تسكن عند غيرها فكيف يلزمها أجرة مسكن لتحضن فيه الولد ، بل الوجه لزومه على من تلزمه نفقته ، فإن المسكن من النفقة. ونقل الخير الرملى عن المصنف أنه اختلف فى لزومه ، والأظهر اللزوم كما فى بعض المعتبرات . قال الرملى : وهذا يعلم من قولهم : إذا احتاج الصغير لخادم يلزم الأب ، فإن احتياجه إلى المسكن مقرر اهـ .
قلت : واعتمده ابن الشحنة مخالفا لما اختاره ابن وهبان وشيخه الطرسوسى :
والحاصل أن الأوجه لزومه لما قلنا ، لكن هذا إنما يظهر لو لم يكن لها مسكن، أما لو كان لها مسكن يمكنها أن تحضن فيه الولد ويسكن تبعا لها فلا لعدم احتياجه إليه ، فينبغى أن يكون ذلك توفيقا بين القولين ، ويشير إليه قول أبى حفص وليس لها مسكن . ولا يخفى أن هذا هو الأرفق للجانبين فليكن عليه العمل ، والله الموفق فافهم (قوله وكذا الخ) قدمناه عن فتاوى قارئ الهداية (قوله قال شيخنا) يعنى الخير الرملى فى حواشيه على البحر فافهم (قوله وقواعدنا تقتضيه) :
قلت : ما قدمناه قريبا عن خط شيخ مشايخنا السائحانى صريح فى ذلك، فقد وافق بحثه المنقول (قوله ثم حرر) أى الخير الرملى أن الحضانة كالرضاع أى فى أنها لا أجر للأم فيها لو منكوحة أو معتدة ، وإلا فلها الأجرة من مال الصغير إن كان له مال ، وإلا فمن مال أبيه أو من تلزمه نفقته ، هذا خلاصة ما حط عليه رأيه بعد كلام طويل ، وقد علمت تأييده بما نقلناه عن خط السائحانى :
قلت : وهذا كله حيث لم يوجد متبرع بالحضانة ، فإن وجد ، فإما أن يكون أجنبيا عن الصغير أولا : وعلى كل فإما أن يكون الأب معسرا أو لا ، وعلى كل فإما أن يكون للصغير مال أولا ، فإن كان أجنبيا يدفع للأهل للحضانة بأجرة المثل ولو من مال الصغير ، وإن كان المتبرع غير أجنبى ، فإن كان الأب معسرا والصغير له مال أو لا يقال للأم إما أن تمسكيه مجانا أو تدفعيه للعمة مثلا المتبرعة صونا لماله لو له مال ، وإن كان الأب موسرا والصغير له مال فكذلك ، لأن الأجرة حينئذ على الصغير ، وإن كان الأب موسرا ولا مال للصغير فالأم مقدمة وإن طلبت الأجرة نظرا للصغير بلا ضرر له فى ماله ، هذا حاصل ما تحرر للعبد الضعيف بناء على أن الحضانة كالرضاع ، وتمام ذلك فى رسالتنا الإبانة عن أخذ الأجرة على الحضانة (قوله أو لم تقبل أو أسقطت حقها) مبنى على عدم الجبر

أو تزوجت بأجنبي (أم الأم) وإن علت عند عدم أهلية القربى (ثم أم الأب وإن علت) بالشرط المذكور وأما أم أبي الأم فتؤخر عن أم الأب بل عن الخالة أيضا بحر (ثم الأخت لأب وأم ثم لأم) لأن هذا الحق لقرابة الأم (ثم) الأخت (لأب) ثم بنت الأخت لأبوين ثم لأم ثم لأب (ثم الخالات كذلك) أى لأبوين ، ثم لأم ثم لأب ، ثم بنت الأخت لأب ثم بنات الأخ (ثم العمات كذلك) ثم خالة الأم كذلك ، ثم خالة الأب كذلك ثم عمات الأمهات والآباء بهذا الترتيب ؛ ثم العصبات بترتيب الإرث ، فيقدم الأب ثم الجد ثم الأخ الشقيق ، ثم لأب ثم بنوه كذلك ، ثم العم ثم بنوه . وإذا اجتمعوا فالأورع ثم الأسن اختيار ،

كما لا يخفى ح ومر الكلام فيه (قوله أو تزوجت بأجنبي) أشمل من ذلك قول البحر أو لم تكن أهلا للحضانة فإنه يدخل ما لو كانت فاجرة أو غير مأمونة (قوله عند عدم أهلية القربى) قيد لقوله وإن علت ، لأن البعيدة لاحق لها عند أهلية القربى (قوله بالشرط المذكور) هو عدم أهلية القربى (قوله بحر) أى أخذا من قول الخصاف إن أم أبي الأم لا تكون بمنزلة قرابة الأم من قبل أمها، وكذا كل من كان من قبل أبي الأم اه . زاد في الولوالجية لأن هذا الحق لقرابة الأم . قال في البحر ، وظاهره تأخير أم أبي الأم عن أم الأب بل عن الخالة أيضا ، وقد صارت حادثة الفتوى اه . قال ط : ووجه ذلك أن الأخت لأم والخالات متأخرات عن أم الأب فإذا كن أولى من أم أبي الأم لكونهن من قرابة الأم فمن كانت مقدمة عليهن وهى أم الأب أولى بالتقدم اه تأمل (قوله ثم الأخت لأب وأم) أى أخت الصغير ، لأن قرابة الأب وإن كانت لا مدخل لها فيما يعتبر وهو الإدلاء بالأم لكنها تصلح للترجيح خلافا لقول زفر باشتراكها مع الأخت لأم ، أفاده الزيلعي (قوله لأن هذا الحق) أى الحضانة وهذا علة لكون الأخت لأم تلي الأخت الشقيقة (قوله ثم الأخت لأب) تقديمها على الخالة هو ما مشى عليه أصحاب المتون اعتبارا لقرب القرابة ، وتقديم المدلى بالأم على المدلى بالأب عند اتحاد مرتبتهما قربا قال في البحر : وهذه رواية كتاب النكاح . وفي رواية كتاب الطلاق : الخالة أولى لأنها تدلى بالأم وتلك بالأب (قوله ثم بنت الأخت لأبوين ثم لأم) كونهما أحق من الخالة باتفاق الروايات . وأما بنت الأخت لأب ففي رواية أحق . والصحيح أن الخالة أحق منها كما في البحر والزيلعي (قوله ثم لأب) هذا ساقط من بعض النسخ ، وهو المناسب لما علمت من أن الصحيح خلافه مع مخالفته لما بعده (قوله ثم الخالات) أى خالات الصغير (قوله ثم بنت الأخت لأب) هذا هو الصحيح كما علمت ، وبه صرح في الخانية أيضا (قوله ثم بنات الأخ) أى لأب وأم أو لأم أو لأب فيما يظهر ح أى على الترتيب . قال الزيلعي: وبنات الأخت أولى من بنات الأخ، لأن الأخت لها حق في الحضانة دون الأخ فكان المدلى بها أولى (قوله ثم العمات كذلك) أى تقدم العمة لأب وأم ثم لأم ثم لأب ، ولم يذكر بنات الخالة والعمة لأنه لا حق لهن لأنهن غير محرم بحر ، ويأتي الكلام فيه (قوله ثم عمات الأمهات والآباء) قياس ما ذكره في الخالات تقديم عمات الأم على عمات الأب ، ويفيده ما مر من أن هذا الحق لقرابة الأم ، وكذا ما في كافي الحاكم من قوله وكل من كان من قبل الأم فهو أولى ممن هو من قبل الأب (قوله بهذا الترتيب) أى العمة لأبوين ثم لأم ثم لأب (قوله ثم العصبات) أى إن لم يكن للصغير أحد من محارمه النساء بحر ، أو كان إلا أنه ساقط الحضانة لأنه كالمعدوم رملي (قوله ثم الجد) أى أبو الأب وإن علا بحر (قوله ثم بنوه كذلك) أى بنو الأخ الشقيق ثم بنو الأخ لأب ، وكذا كل من سفل من أولادهم بحر (.قوله ثم العم ثم بنوه) ينبغي أن يقول كذلك لما في البحر والفتح : ثم العم شقيق الأب ثم لأب ؛ وأما أولاده فيدفع إليهم الغلام لا الصغيرة لأنهم غير محارم (قوله وإذا اجتمعوا الخ) أى كعمين ط وينبغي إسقاطه والاستغناء عنه بما سيأتي فإنه راجع للكل ح

سوى فاسق ومعتوه وابن عم لمشتهاة وهو غير مأمون ، ثم إذا لم يكن عصبة فلذوى الأرحام ، فتدفع لأخ لأم ثم لابنه ثم للعم للأم ثم للخال لأبوين ثم لأم برهان وعينى بحر ، فإن تساووا فأصلحهم ثم أورعهم ثم أكبرهم ، ولا حق لولد عم وعمة وخال وخالة لعدم المحرمية (و) الحاضنة (الذمية)

(قوله سوى فاسق) استثناء من قوله ثم العصبات . قال فى البحر : ولا للعصبة الفاسق ولا إلى مولى العتاقة تحرزا عن الفتنة اه .

مطلب لو كانت الإخوة أو الأعمام غير مأمونين لاتسلم المحضونة إليهم

وفى البدائع : حتى لو كانت الإخوة والأعمام غير مأمونين على نفسها أو مالها لاتسلم إليهم ، وينظر القاضى امرأة ثقة عدلة أمينة فيسلمها إليها إلى أن تبلغ (قوله ومعتوه) فى نسخة ومعتق : أى بكسر التاء لقول البحر المار ولا إلى مولى العتاقة . وفى الفتح ويدفع الذكر إلى مولى العتاقة لأنه آخر العصبات ولا تدفع الأنثى إليه اه . قلت : ينبغى أنه لو كان مولى العتاقة امرأة أن تدفع الأنثى إليها دون الذكر .

[تنبيه] اشترط فى البدائع فى العصبة اتحاد الدين ، حتى لو كان للصبى اليهودى أخوان أحدهما مسلم يدفع لليهودى لأنه عصبته لا للمسلم اه (قوله وابن عم لمشتهاة الخ) أما إذا كانت لاتشتهى كبنت سنة مثلا فلا منع لأنه لا فتنة ، وكذا إذا كانت تشتهى وكان مأمونا بحر بحثا ، وأيده بما فى التحفة ، وإن لم يكن للجارية غير ابن العم فالاختيار للقاضى ، إن رآه أصلح ضمها إليه وإلا توضع على يد أمينة اه .

قلت : مافى التحفة علله فى شرحها البدائع بقوله لأن الولاية فى هذه الحالة إليه فيراعى الأصلح اه . وهو ظاهر فى أنه لاحق لابن العم فى الجارية مطلقا وأن للقاضى دفعها لأجنبية ولو مأمونا حيث رأى المصلحة فى ذلك ، ولو كان الحق له لم يكن للقاضى الاختيار . وقد رد الرملى مابحثه فى البحر بنحو ماقلنا ، وبتعليلهم بأن ابن العم غير محرم وأنه لاحق لغير المحرم . قال : ولعل وجهه أنه لو ثبت له حضانتها كانت عنده إلى أن تشتهى فتقع الفتنة فحسم من أصله (قوله ثم إذا لم يكن عصبة الخ) أفاد أن العصبات مقدمون على ذوى الأرحام الذكور ، والمراد العصبة المستحق ؛ إذ لو لم يستحق كابن عم لجارية يقدم عليه مثل الأخ لأم والخال كما صرح به فى البدائع ، والمراد بذوى الأرحام من كان منهم محرما احترازا عن ابن العمة والخالة كما يأتى (قوله فتدفع لأخ لأم) كان ينبغى أن يذكر أولا الجد لأم . ففى الهندية إنه أولى من الأخ لأم والخال اه (قوله ثم لأم) الذى فى الشرنبلالية عن البرهان ، وكذا فى الفتح ثم لأب ثم لأم (قوله برهان وعينى بحر) كذا فى بعض النسخ ، وسقط من بعضها لفظ بحر وهو الأولى ، لأنه فى البحر لم يعزه إلى البرهان والعينى (قوله فإن تساووا) كإخوة أشقاء مثلا (قوله ولاحق لولد عم الخ) كان المناسب التعبير بالبنات بدل الولد ، لأن الولد يشمل الذكر والأنثى ، وقد مر أن ابن العم له حق فى الغلام دون الجارية . وأما الفرق بين الجارية المشتهاة وغيرها فقد علمت مافيه فافهم . وفى البحر لاحق لبنات العمة والخالة لأنهن غير محرم ، وكذلك بنات الأعمام والأخوال بالأولى ، كذا فى كثير من الكتب اه .

ووجه الأولوية أن العمة والخالة مقدمتان على العم والخال مع أنه لاحق لبناتهما ، ومقتضاه أنه لاحق لبنت العمة ونحوها فى حضانة الجارية ، ولا لابن العمة فى حضانة الغلام ، وينبغى إجراء التفصيل المذكور فى ابن العم هنا ، ولم أر من ذكره تأمل : وسئلت عن صغير له جد أبو أم وبنت عمة ولا شبهة أن الحضانة للجد كما علمته مما ذكرناه عن الهندية ، أما لو كان الصغير أنثى ، فإن قلنا إن لبنت العمة حقا فى الأنثى ينبغى تقديمها على الجد لأم لأن النساء أقدر لكنه خلاف مامر عن الهندية فليتأمل (قوله والحاضنة الذمية) أشار إلى أن مافى الكنز من التقييد بالأم اتفاقى

ولو مجوسية (كمسلمة مالم يعقل دينا) ينبغى تقديره بسبع سنين لصحة إسلامه حينئذ نهر (أو) إلى أن (يخاف أن يألف الكفر) فينزع منها وإن لم يعقل دينابحر.

(و) الحاضنة (يسقط حقها بنكاح غير محرمه) أى الصغير، وكذا بسكناها عند المبغضين له؛ لما فى القنية: لو تزوجت الأم بآخر فأمسكته أم الأم فى بيت الراب فللأب أخذه.

وفى البحر: قد ترددت فيما لو أمسكته الخالة ونحوها فى بيت أجنبى عازبة، والظاهر السقوط قياسا على مامر، لكن فى النهر: والظاهر عدمه للفرق البين بين زوج الأم والأجنبى. قال: والرحم فقط كابن العم كالأجنبى

بل كل حاضنة ذمية كذلك كما صرح به فى خزانة الأكمل بحر (قوله ولو مجوسية) بأن أسلم زوجها وأبت (قوله بسبع سنين) فائدة هذا تظهر فى الأنثى، لأن الذكر تنتهى حضانته بالسبع حموى (قوله أو إلى أن يخاف) أشار إلى أن قول المصنف أو يخاف منصوب بأن مضمرة بعد أوالتى بمعنى إلى كما فى الفتح، وهذا زاده فى الهداية؛ فظاهره أنه إذا خيف أن يألف الكفر نزع منها وإن لم يعقل دينا بحر. قال ط: ولم يمثلوا لآ لاف الكفر. والظاهر أن يفسر سببه بنحو أخذه لمعابدهم. وفى الفتح: وتمنع أن تغذيه الخمر ولحم الخنزير، وإن خيف ضم إلى ناس من المسلمين. وقول البحر: لم ينزع منها بل يضم إلى أناس من المسلمين فيه تحريف. والظاهر أن لم زائدة وإلا ناقض تأمل (قوله بنكاح غير محرمه) أى سواء دخل بها أولا، وكان ينبغى أن يقول غير محرمه النسبى، لأن الرضاعى كالأجنبى فى سقوط حضانتها به رملى.

قلت: ينبغى أنه لو لم يكن للغلام سوى ابنى عم تزوجت أمه أحدهما أن لا يسقط حقها، لأن الآخر أجنبى مثله فلا فائدة فى دفعه إليه بل إبقاؤه عندها أولى. واحترز عما كان زوج الجدة الجد أو زوج الأم أو الخالة العم ونحوه (قوله فى بيت الراب) بتشديد الباء اسم فاعل، من التربية: وهو زوج الأم والولد ربيب له (قوله فللأب أخذه) أى إلا إذا لم يكن لها مسكن وطلبت من الأب أن يسكنها فى مسكن فإن السكنى فى الحضانة عليه كما مر (قوله للفرق البين الخ) استظهر هذا الخير الرملى أيضا بقولهم: إن زوج الأم الأجنبى يطعمه نزرا: أى قليلا، وينظر إليه شزرا: أى نظر البغض، وهذا مفقود فى الأجنبى عن الحاضنة. قال ح: وفى النفس من هذا الفرق شىء فإن الراب إذا كان كذلك فالأجنبى أولى كما هو المشاهد اه.

قلت: الأصوب التفصيل، وهو أن الحاضنة إذا كانت تأكل وحدها وابنها معها فلها حق، لأن الأجنبى لاسبيل له عليها ولا على ولدها بخلاف ما إذا كانت فى عيال ذلك الأجنبى أو كانت زوجة له، وأنت علمت أن سقوط الحضانة بذلك لدفع الضرر عن الصغير، فينبغى للمفتى أن يكون ذا بصيرة ليراعى الأصلح للولد، فإنه قد يكون له قريب مبغض له يتمنى موته ويكون زوج أمه مشفقا عليه يعز عليه فراقه فيريد قريبه أخذه منها ليؤذيه ويؤذيها أو ليأكل من نفقته أو نحو ذلك، وقد يكون له زوجة تؤذيه أضعاف مايؤذيه زوج أمه الأجنبى وقد يكون له أولاد يخشى على البنت منهم الفتنة لسكناها معهم، فإذا علم المفتى أو القاضى شيئا من ذلك لايحل له نزعه من أمه، لأن مدار أمر الحضانة على نفع الولد، وقد مر عن البدائع: لو كانت الإخوة والأعمام غير مأمونين على نفسها أو مالها لاتسلم إليهم، وقدمنا فى العدة عن الفتح عند قوله إن المختلعة لاتخرج من بيتها فى الأصح أن الحق أن على المفتى أن ينظر فى خصوص الوقائع، فإن علم عجزها عن المعيشة إن لم تخرج أفتاها بالحل لا إن علم قدرتها (قوله قال) أى فى النهر، وأصله للبحر حيث قال: ودخل تحت غير المحرم الرحم الذى ليس بمحرم كابن العم فهو كالأجنبى هنا اه أى فإذا تزوجته سقط حقها، وأنت خبير بأن هذا مفروض فيما إذا كان مستحق للحضانة أقرب منه

(وتعود) الحضانة (بالفرقة) البائنة لزوال المانع ، والقول لها فى نفى الزوج وكذا فى تطليقه إن أبهمته لا إن عينته (والحاضنة) أما أو غيرها (أحق به) أى بالغلام حتى يستغنى عن النساء وقدر بسبع ، وبه يفتى لأنه الغالب . ولو اختلفا فى سنه ، فإن أكل وشرب ولبس واستنجى وحده دفع إليه ولو جبرا وإلا لا (والأم والجدة) لأم أولأب (أحق بها) بالصغيرة (حتى تحيض) أى تبلغ فى ظاهر الرواية . ولو اختلفا فى حيضها فالقول للأم بحر بحثا وأقول : ينبغى أن يحكم سنها ويعمل بالغالب . وعند مالك ، حتى يحتلم الغلام ، وتتزوج الصغيرة ويدخل بها الزوج عينى (وغيرهما أحق بها حتى تشتهى) وقدر بتسع ، وبه يفتى ،

فلو لم يكن غيره وكان الولد ذكرا يبقى عند أمه ؛ وكذا لو كان أنثى لاتشتهى أو كان مأمونا على مابحثه فى البحر فافهم (قوله البائنة) أما الرجعية فلابد من انقضاء العدة فيها نهر ، ومقتضاه العود فى البائنة قبل انقضاء المدة مع أنها تعتد فى بيت الزوج ، ولعل وجهه ارتفاع ولايته عليها فلا ضرر للولد عنده ، وفى ذلك تأييد لما قدمناه من التفصيل تأمل . قال فى الدر المنتقى : وكذا : أى تعود الحضانة لو زالت بجنون وردة ، ثم زال المانع ذكره العينى وغيره ، فالأحسن ويعود الحق بزوال مانعه اه (قوله لزوال المانع) أى ليس من قبيل عود الساقط حتى يقال إن الساقط لايعود ، فقولهم يسقط حقها معناه منع منه مانع كقولهم تسقط النفقة بالنشوز والولاية بالجنون ثم تعود بزوال ذلك أفاده فى النهر . وقد يقال : إن الساقط لم يعد بل عاد حق جديد لقيام سببه ، بخلاف سقوط الشفعة لأنها حق واحد كما مر فتدبر (قوله والقول لها الخ) أى لو ادعى تزوجها وأنكرت فالقول لها ، ولو أقرت به لكنها ادعت الطلاق فإن لم تعين الزوج فالقول لها لا إن عينته ، وينبغى أن يكون مع اليمين فى الفصلين نهر . ووجه الفرق أن دعواها طلاق المعين لما أبطلها الشرع بدون تصديقه لم يقبل قولها أصلا (قوله حتى يستغنى عن النساء) بأن يأكل ويشرب ويستنجى وحده ، والمراد بالاستنجاء تمام الطهارة بأن يتطهر بالماء بلا معين ، وقيل مجرد الاستنجاء وهو التطهير من النجاسة وإن لم يقدر على تمام الطهارة زيلعى أى الطهارة الشاملة للوضوء (قوله وقدر بسبع) هو قريب من الأول بل عينه ، لأنه حينئذ يستنجى وحده ، ألا ترى إلى مايروى عنه صلى الله عيه وسلم أنه قال « مروا صبيانكم إذا بلغوا سبعا » والأمر بما لا يكون إلا بعد القدرة على الطهارة زيلعى (قوله وبه يفتى) وقيل بتسع سنين (قوله لأنه الغالب) أى الاستغناء هو الغالب فى هذا السن (قوله فإن أكل الخ) أفاد أن القاضى لايحلف أحدهما بل ينظر فيا ذكر كما فى البحر عن الظهيرية . ووجهه أن اليمين للنكول ولايملك أحدهما إبطال حق الولد من كونه عند أمه قبل السبع وعند أبيه بعدها (قوله ولو جبرا) أى إن لم يأخذه بعد الاستغناء أجبر عليه كما فى الملتقى ؛ وفى الفتح : ويجبر الأب على أخذ الولد بعد استغنائه عن الأم لأن نفقته وصيانته عليه بالإجماع اه . وفى شرح المجمع : وإذا استغنى الغلام عن الخدمة أجبر الأب أو الوصى أو الولى على أخذه ، لأنه أقدر على تأديبه وتعليمه اه . وفى الخلاصة وغيرها : وإذا استغنى الغلام وبلغت الجارية فالعصبة أولى ، يقدم الأقرب فالأقرب ولاحق لابن العم فى حضانة الجارية اه : قلت : بقى ما إذا انتهت الحضانة ولم يوجد له عصبة ولا وصى ، فالظاهر أنه يترك عند الحاضنة ، إلا أن يرى القاضى غيرها أولى له ، والله أعلم (قوله وإلا) بأن فقدت الأربعة أو بعضها لايدفع إليه ط (قوله والجدة) أى وإن علت ط (قوله أى تبلغ) وبلوغها إما بالحيض أو الإنزال أو السن ط : قال فى البحر : لأنها بعد الاستغناء تحتاج إلى معرفة آداب النساء والمرأة على ذلك أقدر ، وبعد البلوغ تحتاج إلى التحصين والحفظ والأب فيه أقوى وأهدى (قوله فى ظاهر الرواية) مقابله رواية محمد الآتية (قوله فالقول للأم) لأنه يدعى سقوط حقها بحر (قوله وأقول الخ) هو لصاحب النهر حيث قال : وأقول ينبغى أن ينظر إلى سنها ، فإن بلغت سنا تحيض فيه الأنثى غالبا فالقول له وإلا لها اه .

وبنت إحدى عشرة مشتهاة اتفاقا زيلعي (وعن محمد أن الحكم في الأم والجدة كذلك) وبه يفتى لكثرة الفساد زيلعي . وأفاد أنه لاتسقط الحضانة بتزوجها مادامت لاتصلح للرجال إلا في رواية عن الثاني إذا كان يستأنس . كما في القنية .

وفي الظهيرية : امرأة قالت هذا ابنك من بنتي وقد ماتت أمه فأعطني نفقته ،فقال صدقت لكن أمه لم تمت وهي في منزلي وأراد أخذ الصبي يمنع حتى يعلم القاضي أمه وتحضر عنده فتأخذه ، لأنه أقر بأنها جدته وحاضنته ثم ادعى أحقية غيرها وذا محتمل،فإن (أحضر الأب امرأة فقال هذه ابنتك وهذا) ابني (منها وقالت الجدة لا) ماهذه ابنتي (وقد ماتت ابنتي أم هذا الولد فالقول للرجل والمرأة التي معه ويدفع الصبي إليهما) لأن الفراش لهما فيكون الولد لهما (كزوجين بينهما ولد فادعى) الزوج (أنه ابنه لامنها) بل من غيرها (وعكست) فقالت هو ابني لامنه (حكم بكونه ابنا لهما) لما قلنا؛ وكذا لو قالت الجدة هذا ابنك من بنتي الميتة فقال بل من غيرها فالقول له ويأخذ الصبي منها ، وكذا لو أحضر امرأة وقال ابني من هذه لامن بنتك وكذبته الجدة وصدقتها المرأة فالأب أولى به ، لأنه لما قال هذا ابني من هذه المرأة فقد أنكر كونها جدته فيكون منكرا لحق حضانتها وهي أقرت له بالحق انتهى ملخصا :

(ولا خيار للولد عندنا مطلقا) ذكرا كان أو أنثى خلافا للشافعي . قلت : وهذا قبل البلوغ ، أما بعده فيخير بين أبويه ، وإن أراد الانفراد فله ذلك مؤيد زاده معزيا للمنية ،

والذي ينبغي الرجوع إلى الصغيرة، فإن ادعت البلوغ في سن يحتمله صدقت كما هو المصرح به في باقي الأحكام أفاده الرحمتي (قوله مشتهاة اتفاقا) بل في محرمات المنح بنت تسع فصاعدا مشتهاة اتفاقا سائحاني (قوله كذلك) أي في كونها أحق بها حتى تشتهي (قوله وبه يفتى) قال في البحر بعد نقل تصحيحه : والحاصل أن الفتوى على خلاف ظاهر الرواية (قوله وأفاد) أي المصنف بقوله حتى تشتهي من غير تقييد بما قبل التزوج (قوله بتزوجها) أي الصغيرة (قوله مادامت لاتصلح للرجال) فإن صلحت تسقط ،وسيأتي في أول النفقات أن التي تشتهي للوطء فيما دون الفرج يلزمه نفقتها،وكذا التي تصلح للخدمة أو للاستئناس إن أمسكها في بيته عند الثاني واختاره في التحفة اهـ . ومقتضاه أن صلوحها للرجال يكفي بالوطء فيما دون الفرج ولذا لزمه نفقتها ،بخلاف من تصلح للخدمة والاستئناس فقط حيث لاتلزمه نفقتها إلا إن رضي بها وأمسكها في بيته (قوله إلا في رواية الخ) فيه إشارة إلى ضعفها،وظاهره أنها إذا صلحت للرجال قبل البلوغ وقد زوجها أبوها لاحضانة لأمها اتفاقا ، وهذا ظاهر على القول المفتى به لاعلى ظاهر الرواية من قوله حتى تحيض فيحتاج إطلاقه إلى تقييد ، أفاده في البحر : أي تقييد قوله حتى تحيض بما إذا لم تتزوج (قوله وفي الظهيرية الخ) دخول على المتن ط (قوله لكن أمه) أي التي هي ابنتك (قوله لأن الفراش لهما) لكون النكاح يثبت بالتصادق (قوله لما قلنا) من أن الفراش لهما (قوله وكذا لو قالت الجدة) سماها جدة نظرا لزعمها (قوله فقال بل من غيرها) أي من امرأة أجنبية عنك،وهذا هو الفرق بين هذه وبين المسألة الأولى فإنه في الأولى اعترف بأنه من ابنتها وأنها جدته (قوله وكذبته الجدة) بأن قالت ماهذه أمه بل أمه ابنتي ظهيرية (قوله وصدقتها المرأة) بأن قالت صدقت ما أنا بأمه وقد كذب هذا الرجل ولكني امرأته ظهيرية (قوله لأنه لما قال هذا ابني من هذه المرأة) وكذا قوله بل من غيرها (قوله انتهى ملخصا) أي انتهى كلام الظهيرية حال كونها ملخصا ، أفاد به أنه لم يأت بعين عبارتها بل حذف بعضها اختصارا ، وهو كذلك وإن استوفى صور المسألة فافهم (قوله ولاخيار للولد عندنا) أي إذا بلغ السن الذي ينزع من الأم يأخذه الأب ، ولا خيار للصغير

وأفاده بقوله (بلغت الجارية مبلغ النساء ، إن بكرا ضمها الأب إلى نفسه) إلا إذا دخلت فى السن واجتمع لها رأى فتسكن حيث أحبت حيث لاخوف عليها (وإن ثيبا لا) يضمها (إلا إذا لم تكن مأمونة على نفسها) فللأب والجد ولاية الضم لالغيرهما كما فى الابتداء بحر عن الظهيرية .

(والغلام إذا عقل واستغنى برأيه ليس للأب ضمه إلى نفسه) إلا إذا لم يكن مأمونا على نفسه فله ضمه لدفع فتنة أو عار ، وتأديبه إذا وقع منه شيء ، ولا نفقة عليه إلا أن يتبرع بحر .

لأنه لقصور عقله يختار من عنده اللعب ، وقد صح أن الصحابة لم يخيروا . وأما حديث أنه صلى الله عليه وسلم خير فلكونه قال « اللهم اهده » فوفق لاختيارا لانظر بدعائه عليه الصلاة والسلام ، وتمامه فى الفتح (قوله وأفاده) أى أفاد ماذكر من ثبوت التخيير والانفراد للبالغ مع زيادة تفصيل وتقييد لذلك فافهم (قوله مبلغ النساء) أى بما تبلغ به النساء من الحيض ونحوه ، ولو حذفه لكان أوضح (قوله ضمها الأب إلى نفسه) أى وإن لم يخف عليها الفساد لو حديثة السن بحر ، والأب غير قيد ، فإن الأخ والعم كذلك عند فقد الأب مالم يخف عليها منهما ، فينظر القاضي امرأة مسلمة ثقة فتسلم إليها كما نص عليه فى كافى الحاكم ، وذكره المصنف بعد (قوله إلا إذا دخلت فى السن) عبارة الوجيز مختصر المحيط : إلا إذا كانت مسنة ولها رأى . وفى كفاية المتحفظ وفقه اللغة : من رأى البياض فهو أشيب وأشمط ثم شيخ ، فإذا ارتفع عن ذلك فهو مسن رحمتى (قوله لا لغيرهما الخ) الفرق أن الأب والجد كان لهما ولاية الضم فى الابتداء ، فجاز أن يعيداها إلى حجرهما إذا لم تكن مأمونة ، أما غيرهما فلم تكن له ولاية الضم فى الابتداء فلا تكون له ولاية الإعادة أيضا بحر عن الظهيرية .

قلت : وفيه نظر ، فإن المتون مصرحة بأنه إذا لم تكن امرأة فالحضانة للعصبات على ترتيبهم ، ففى ذلك إثبات ولاية الضم ابتداء لغير الأب والجد إلا أن يريد بقوله أما غيرهما العصبة غير المحرم كابن العم ومولى العتاقة ، فإن الأنثى لا تضم إليه كما مر .

وعبارة الفتح : إلا أن تكون غير مأمونة على نفسها لايوثق بها فللأب أن يضمها إليه ، وكذا للأخ والعم الضم إذا لم يكن مفسدا ، فإن كان فحينئذ يضعها القاضى عند امرأة ثقة اه . وزاد الزيلعى : وكذا الحكم فى كل عصبة ذى رحم محرم منها اه وهذا الذى مشى عليه المصنف بعد (قوله والغلام إذا عقل الخ) كان ينبغى الابتداء بمسألة الغلام أو ذكرها آخرا لأن ماقبلها وما بعدها فى الجارية ؛ ثم المراد الغلام البالغ لأن الكلام فيما بعد البلوغ ، وعبارة الزيلعى : ثم الغلام إذا بلغ رشيدا فله أن ينفرد إلا أن يكون مفسدا مخوفا عليه الخ . واحترز عما إذا بلغ معتوها . ففى الجوهرة : ومن بلغ معتوها كان عند الأم سواء كان ابنا أو بنتا اه . وفى الفتح والمعتوه لايخير ويكون عند الأم اه . قال فى البحر بعد نقله مافى الفتح : وينبغى أن يكون عند من يقول بتخيير الولد ، وأما عندنا فالمعتوه إذا بلغ السن المذكور : أى الذى ينزع فيه من الأم يكون عند الأب اه وتبعه فى النهر ، وهو الموافق للقواعد تأمل (قوله فله ضمه) أى للأب ولاية ضمه إليه . والظاهر أن الجد كذلك بل غيره من العصبات كالأخ والعم ، ولم أر من صرح بذلك ، ولعلهم اعتمدوا عن أن الحاكم لا يمكنه من المعاصى ، وهذا فى زماننا غير واقع فيتعين الإفتاء بولاية ضمه لكل من يؤتمن عليه من أقاربه ويقدر على حفظه ، فإن دفع المنكر واجب على كل من قدر عليه لاسيا من يلحقه عاره ، وذلك أيضا من أعظم صلة الرحم ، والشرع أمر بصلتها وبدفع المنكر ما أمكن . قال تعالى – إن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذى القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى يعظكم لعلكم تذكرون – ثم رأيت فى حاشية البحر للرملى ذكر ذلك بحثا أيضا وقال ولم أره ثم قال : ثم رأيت

(والجد بمنزلة الأب فيه) فيما ذكر (وإن لم يكن لها أب ولا جد ، و) لكن (لها أخ أو عم فله ضمها إن لم يكن مفسدا ، وإن كان) مفسدا (لا) يمكن من ذلك(وكذا الحكم فى كل عصبة ذى رحم محرم منها ، فإن لم يكن لها أب ولا جد ولا غيرهما من العصبات أو كان لها عصبة مفسد فالنظر فيها إلى الحاكم ، فإن) كانت (مأمونة خلاها تنفرد بالسكنى وإلا وضعها عند) امرأة (أمينة قادرة على الحفظ ، بلا فرق فى ذلك بين بكر وثيب) لأنه جعل ناظرا للمسلمين ، ذكره العينى وغيره .

وإذا بلغ الذكور حد الكسب يدفعهم الأب إلى عمل ليكتسبوا أو يؤجرهم وينفق عليهم من أجرتهم بخلاف الإناث ؛ ولو الأب مبذرا يدفع كسب الابن إلى أمين كما فى سائر الأملاك ، مؤيد زاده معزيا للخلاصة (ليس للمطلقة) بائنا بعد عدتها (الخروج بالولد من بلدة إلى أخرى بينهما تفاوت) فلو بينهما تفاوت بحيث يمكنه أن يبصر ولده ثم يرجع فى نهاره لم تمنع

النقل فيه وهو مافى المنهاج والخلاصة والتتارخانية ، وإن لم يكن للصبى أب وانقضت الحضانة فن سواه من العصبة أولى الأقرب فالأقرب ، غير أن الأنثى لاتدفع إلا إلى محرم اه .

قلت : كلامنا فيما إذا بلغ الغلام ، ومانقله فيما قبل البلوغ ولذا لم يذكر فيه التفصيل بين كونه مأمونا أو غيره (قوله فيما ذكر) أى من أحكام البكر والثيب والغلام والتأديب ط (قوله وإن لم يكن لها) أى للبكر كما قدمناه عن الكافى ، وكذا الثيب كما علمته خلافا لما مر عن الظهيرية ، وقد صرح المصنف به بعد فى قوله بلا فرق فى ذلك بين بكر وثيب .

[تنبيه] حاصل ماذكره فى الولد إذا بلغ أنه إما أن يكون بكرا مسنة أو ثيبا مأمونة أو غلاما كذلك فله الخيار وإما أن يكون بكرا شابة أو يكون ثيبا أو غلاما غير مأمونين فلا خيار لهم بل يضمهم الأب إليه (قوله وإذا بلغ الذكور حد الكسب) أى قبل بلوغهم مبلغ الرجال إذ ليس له إجبارهم عليه بعده (قوله بخلاف الإناث) فليس له أن يؤجرهن فى عمل أو خدمة تتارخانية ، لأن المستأجر يخلو بها وذلك سيىء فى الشرع ذخيرة ،ومفاده أنه يدفعها إلى امرأة تعلمها حرفة كتطريز وخياطة إذ لا محذور فيه ، وسيأتى تمامه فى النفقات (قوله ولو الأب مبذرا) أى يخشى منه إتلاف كسب الابن (قوله كما فى سائر الأملاك) أى أملاك الصبيان تتارخانية : أى فإن القاضى ينصب لهم وصيا يحفظ لهم مالهم إذا كان الأب مبذرا (قوله ليس للمطلقة بائنا الخ) أما المطلقة رجعية فحكمها حكم المنكوحة ليس لها الخروج ، لأن حق السكنى للزوج ، وأما المعتدة فليس لها الخروج قبل انقضاء العدة مطلقا بحر ، والظاهر أن المتوفى عنها زوجها كالمطلقة فى ذلك ، فلا تملك ذلك بلا إذن الأولياء لقيامهم مقام الأب ، وما فيه إضرار بالولد ظاهر المنع اه رملى .

لايقال : إن معتدة الموت تخرج يوما وبعض الليل ، لأن المراد هنا الانتقال إلى بلدة أخرى وليس لها ذلك فى العدة . وأما بعد انقضائها فلم أره ، وقول الرملى لقيام الأولياء مقام الأب يفيد منعها من ذلك بعد العدة أيضا لكن سأل شيخ مشايخنا العلامة الفقيه منلا على التركمانى عن يتيم فى حضانة أمه له جد لأب تريد أمه السفر به من بلدها التى تزوجت فيها إلى بلدة أخرى فهل لجده منعها ؟ فأجاب بأن الواقع فى كتب المذهب متونا وشروحا تقييد المسألة بالمطلقة والأب ؟ ولم نر من أجراها فى غيرهما ، ومفاده أن الجد ليس له منعها ، وما قاله الخير الرملى لم يستند فيه إلى نقل فينبغى التوقف حتى نرى النقل الصريح فإن العلم أمانة ، هذا حاصل ما رأيته بخطه رحمه الله تعالى : ووجه توقفه التقييد بالأب والمطلقة ، فيحتمل كونه للاحتراز بقرينة تخصيصهم هذا الحكم بالأم المطلقة فقط ، ويحتمل عدمه لما قاله الرملى ، والله سبحانه أعلم (قوله لم تمنع) إلا إذا انتقلت من مصر إلى قرية كما يأتى

مطلقا ، لأنه كالانتقال من محلة إلى محلة شمنى (إلا إذا انتقلت من القرية إلى المصر ، وفى عكسه لا) لضرر الولد بتخلقه بأخلاق أهل السواد (إلا إذا كان) ما انتقلت إليه (وطنها وقد نكحها ثمة) أى عقد عليها فى وطنها ولو قرية فى الأصح إلا دار الحرب إلا أن يكونا مستأمنين (وهذا) الحكم (فى الأم) المطلقة فقط (أما غيرها) كجدة وأم ولد أعتقت (فلا تقدر على نقله) لعدم العقد بينهما (إلا بإذنه) كما يمنع الأب من إخراجه من بلد أمه

(قوله مطلقا) سواء كان وطنا لها أولا ، وقع العقد فيه أولا بحر (قوله من محلة إلى محلة) أى فى بلد واحدة الظاهر أنه لو كان بين المحلتين تفاوت تمنع (قوله إلا إذا انتقلت الخ) قال الرملى فى حواشى المنح : هذا خطأ تبع فيه صاحب البحر ، إذ ليس لها نقله من قرية إلى مصر بينهما تفاوت . والعجب فى حكم لم يقل به أحد جعله متنا بمجرد تقليده للبحر اهـ .

وفى ط عن الهندية عن المحيط : وإن أرادت نقله من قرية إلى مصر جامع وليس ذلك مصرها ولا وقع النكاح فيها فليس لها ذلك إلا أن يكون المصر قريبا من القرية على التفسير الذى قلنا اهـ (قوله وفى عكسه لا الخ) أى وفى انتقالها من المصر إلى القرية لاتمكن من ذلك ولو كانت القرية قريبة لتضرر الولد بتخلقه بأخلاق أهل السواد : أى أهل القرى المجبولة على الجفاء (قوله إلا إذا كان الخ) استثناء من قوله وفى عكسه لا ، ومثله ما إذا انتقلت من قرية إلى مصر أو إلى قرية أو من مصر إلى مصر ، ولذا عمم الشارح بقوله ماانتقلت إليه. ويمكن جعله مستثنى من قوله ليس للمطلقة الخروج ، ولكن كان حقه العطف بالواو وأفاده ط (قوله أى عقد عليها فى وطنها) أفاد أن المراد بالنكاح مجرد العقد ، وأن الإشارة بثمة للوطن ، فلا بد فى جواز الانتقال إلى البلدة البعيدة من شرطين : كونها وطنها ، وكون العقد فيها . وفى رواية الجامع الصغير اشتراط العقد دون الوطن : قال الزيلعى : والأول أصح ، لأن التزوج فى دار ليس التزاما للمقام فيها عرفا فلا يكون لها النقلة إليها (قوله ولو قرية فى الأصح) أى ولو كان الوطن الواقع فيه العقد قرية خلافا لما فى شرح البقالى فإنه ضعيف كما فى البحر (قوله إلا دار الحرب) استثناء من الاستثناء فى المتن ، وقوله إلا أن يكونا مستأمنين استثناء من قوله إلا دار الحرب أى لها الانتقال إلى وطنها الذى نكحها فيه إن لم يكن دار الحرب والزوج مسلم أو ذمى ، فلو كانا حربيين مستأمنين فلها ذلك كما فى البدائع .

والحاصل أن عبارة المتن والشرح فى غاية الخفاء مع التطويل ، فالأظهر والأخصر أن يقال : وللمطلقة الخروج بالولد من قرية إلى مصر قريبة لا عكسه ، ومن بلدة إلى أخرى هى وطنها وقد نكحها فيها ، ولو دار حرب لو زوجها حربيا مثلها فهذه عبارة موجزة نافعة جامعة مانعة (قوله وهذا الحكم) أى الذى ذكر من الخروج والتفصيل فيه ط (قوله كجدة) وغير الجدة من الحاضنات مثلها بالأولى كما فى البحر (قوله لعدم العقد بينهما) لأن العقد على الزوجة فى وطنها دليل الرضا بإقامتها بالولد فيه ولا عقد بينه وبين الجدة (قوله إلا بإذنه) أى إذن الأب وكذا من له حق الحضانة من الرجال ط تأمل (قوله من إخراجه) أى إلى مكان بعيد أو قريب يمكنها أن تبصره فيه ثم ترجع لأنها إذا كانت لها الحضانة يمنع من أخذه منها فضلا عن إخراجه ، فما فى النهر من تقييده بالبعيد أخذا مما يأتى عن الحاوى غير صحيح فافهم (قوله من بلد أمه) الظاهر أن غيرها من الحاضنات كذلك ط (قوله مابقيت حضانتها) كذا فى النهر وفيه كلام (قوله فلو أخذ الخ) تفريع على مفهوم ماقبله : وفى المجمع : ولا يخرج الأب بولده قبل الاستغناء وعلله فى شرحه بما فيه من الإضرار بالأم بإبطال حقها فى الحضانة، قال فى البحر وهو يدل على أن حضانتها إذا سقطت جاز له السفر به ثم نقل كلام السراجية المذكور وقال وهو صريح فيما قلنا اهـ

بلا رضاها مابقيت حضانتها ، فلو (أخذ المطلق ولده منها لتزوجها) جاز (له أن يسافر به إلى أن يعود حق أمه) كما فى السراجية ، وقيده المصنف فى شرحه بما إذا لم يكن له من ينتقل الحق إليه بعدها ، وهو ظاهر .

وفى الحاوى : له إخراجه إلى مكان يمكنها أن تبصر ولدها كل يوم كما فى جانبها فليحفظ .

قلت : وفى السراجية : إذا سقطت حضانة الأم وأخذه الأب لايجبر على أن يرسله لها ، بل هى إذا أرادت أن تراه لاتمنع من ذلك .

وأفتى شيخنا الرملى بأنه يسافر به بعد تمام حضانتها ، وبأن غير الأب من العصبات كالأب . وعزاه للخلاصة والتاترخانية .

[فرع] خرج بالولد ثم طلقها فطالبته برده ، إن أخرجه بإذنها لايلزمه رده ، وإن بغير إذنها لزمه ، كما لوخرج به مع أمه ثم ردها ثم طلقها فعليه رده بحر . والله تعالى أعلم .

باب النفقة

هى لغة ماينفقه الإنسان على عياله .

لكن فى الشرنبلالية عن البرهان وكذا لايخرج الأب به من محل إقامته قبل استغنائه وإن لم يكن لها حق فى الحضانة لاحتمال عوده بزوال المانع اهـ وهو المفهوم مما يأتى عن فتاوى الرملى ويدل له مافى الحاوى كما تعرف ، ولا ينافيه مامر عن شرح المجمع لاحتمال أن يريد بالحق الحال أو المستقبل تأمل (قوله كما فى السراجية) المراد بها فتاوى سراج الدين قارى الهداية (قوله وقيده المصنف الخ) وكذا قيده فى النهر ولا حاجة إليه لأنها إذا تزوجت وكان لها أم أهل للحضانة أو غيرها فليس لأبيه أخذه منها فضلا عن السفر به (قوله وفى الحاوى) يعنى القدسى (قوله إخراجه الخ) أنت خبير بأن هذا محمول على ماإذا لم يكن لها حق الحضانة إذ لو كان لها الحضانة لاتمكنه من أخذه منها فضلا عن إخراجه عنها إلى قرية أو بلدة قريبة أو بعيدة خلافا لما فى النهر كما مر فافهم ، ثم لا يخفى أنه مخالف لما مر عن السراجية ولما يأتى عن شيخه الرملى بل ولما مر عن المجمع والبرهان لأن مافى الحاوى يشمل مابعد الاستغناء وهذا هو الأرفق بالأم ويؤيده مافى التاترخانية : الولد متى كان عند أحد الأبوين لايمنع الآخر عن النظر إليه وعن تعهده اهـ . ولايخفى أن السفر أعظم مانع (قوله كما فى جانبها) أى كما أنها إذا كان الولد عندها لها إخراجه إلى مكان يمكنه أن يبصر ولده كل يوم (قوله لايجبر على أن يرسله) وكذا يقال فى جانبها وقت حضانتها ط : ويفيده ماقدمناه آنفا عن التاترخانية (قوله بأنه يسافر به بعد تمام حضانتها) لم أره فى الخيرية فى هذا المحل (قوله وبأن غير الأب الخ) يوهم أن غير الأب له السفر به أيضا إذا كان عنده ، ولم أر من ذكره ، بل قال القهستانى فلا يخرجه الأب إلا أن يستغنى ، ولا غيره ممن يستحق الحضانة نظرا للصغير اهـ .

والذى أفتى به الرملى فى الخيرية هو أنه إذا تزوجت الأم بأجنبى وللصغير ابن عم له طلبه : قال فى المنهاج العقيلى : وإن لم يكن للصبى أب وانقضت الحضانة فمن سواه من العصبة أولى الأقرب فالأقرب ، غير أن الأنثى لاتدفع إلى غير المحرم ، ومثله فى الخلاصة والتاترخانية وغيرهما اهـ (قوله لايلزمه رده) بل يقال اذهبى وخذيه نهر (قوله فعليه رده) لأنه وإن أخرجه بإذنها لكنها لما خرجت معه لم تكن راضية بفراقه ، فإذا ردها وحدها ثم طلقها لزمه رده إليها ، بخلاف ماإذا أذنت بإخراجه وحده ، والله سبحانه أعلم .

باب النفقة

(قوله هى لغة الخ) النفقة مشتقة من النفوق : وهو الهلاك ، نفقت الدابة نفوقا : هلكت ، أو من النفاق وهو الرواج ، نفقت السلعة نفاقا : راجت ، ذكر الزمخشرى أن كل مافاؤه نون وعينه فاء يدل على معنى الخروج

وشرعا (هى الطعام والكسوة والسكنى) وعرفا هى الطعام (ونفقة الغير تجب على الغير بأسباب ثلاثة : زوجية ، وقرابة ، وملك) بدأ بالأول لمناسبة مامر أو لأنها أصل الولد (فتجب للزوجة) بنكاح صحيح ، فلو بان فساده أو بطلانه رجع بما أخذته من النفقة بحر (على زوجها) لأنها جزاء الاحتباس ، وكل محبوس لمنفعة غيره يلزمه نفقته

والذهاب مثل نفق ونفر ونفخ ونفس ونى ونفد . وفى الشرع : الإدرار على شىء بما فيه بقاؤه ، كذا فى الفتح. قلت : ولا يخفى أن ماذكره بيان لأصل مادتها ومأخذ اشتقاقها ووجه تسميتها فإن بها هلاك المال ورواج الحال، فلا ينافى قولهم أيضا إنها فى اللغة ماينفقه الإنسان على عياله ونحوهم ، فإنه بيان لحقيقة مدلولها وأنها اسم عين لا حدث .

مطلب: اللفظ جامد ومشتق

وعن هذا قالوا : إن اللفظ قسمان : جامد وهو مالم يوافق مصدرا بحروفه الأصول ومعناه كرجل وأسد ، ومشتق وهو خلافه . وهو قسمان : مطرد وغيره. فالأول كاسم الفاعل والمفعول وبقية المشتقات السبعة، فضارب مثلا يطرد إطلاقه على كل من اتصف بمعنى المشتق هو منه . والثانى ماكان معنى المشتق منه مرجحا للتسمية غير داخل فيها كقارورة حتى لايطرد فى كل ماوجد فيه ذلك المعنى، فلا يصح إطلاق قارورة على نحو البئر وإن وجد فيه قرار الماء، فالنفقة من هذا القبيل لامن المطرد ولامن الجامد غير المشتق، وبهذا التقرير اندفع ما أورده فى البحر فافهم (قوله وشرعا هى الطعام الخ) كذا فسرها محمد بالثلاثة لما سأله هشام عنها كما فى البحر عن الخلاصة (قوله وعرفا) أى فى العرف الطارىء فى لسان أهل الشرع هى الطعام فقط، ولذا يعطفون عليه الكسوة والسكنى والعطف يقتضى المغايرة رحمتى ، وعبارة المتون كالكنز والملتقى وغيرهما على هذا (قوله وملك) شامل لنفقة المملوك من بنى آدم والحيوانات والعقار كما فى الدر المنتقى ، لكن فى الأخير لايجبر قضاء ، وفى الثانى خلاف كما سيأتى آخر الباب (قوله لمناسبة مامر) أى من النكاح والطلاق والعدة بحر (قوله أو لأنها أصل الولد) أى لأن القرابة لا تكون إلا بالتوالد ، والولد الذى تكون ابنا أو أبا أو أخا أو عما لا يحصل إلا بالزوجية فقدم الكلام عليها لتقدمها فافهم (قوله بنكاح صحيح) فلا نفقة على مسلم فى نكاح فاسد لانعدام سبب الوجوب وهو حق الحبس الثابت للزوج عليها بالنكاح وكذا فى عدته ، لأن حق الحبس وإن ثبت لكنه لم يثبت بالنكاح بل لتحصين الماء ، ولأن حال العدة لايكون أقوى من حال النكاح بدائع (قوله فلو بان فساده أو بطلانه الخ) لم يذكر فى البحر البطلان ، وقدمنا فى العدة عن الفتح وغيره عدم الفرق بين الفاسد والباطل فى النكاح ، بخلاف البيع .

وفى الهندية عن الذخيرة: ولو كان النكاح صحيحا من حيث الظاهر ففرض لها القاضى النفقة وأخذتها شهرا ثم ظهر فساد النكاح بأن شهدوا أنها أخته رضاعا وفرق بينهما رجع عليها بما أخذت ، ولو أنفق بلا فرض القاضى لم يرجع بشىء اهـ ونحوه فى الفتح . وفى الهندية أيضا عن الخلاصة : وأجمعوا أن فى النكاح بلا شهود تستحق النفقة اهـ قال ط : ونظر فيه الحموى بأنه من أفراد الفاسد اهـ : قلت: ومثله فى النهر . والظاهر أن الصواب لاتستحق بلا النافية إذ لا احتباس فيه (قوله على زوجها) أى ولو عبدا حتى يباع فى نفقتها (قوله وكل محبوس الخ) هذه كبرى قياس من الشكل الأول طويت صغراه للعلم بها من التعليل السابق ، والتقدير :الزوجة محبوسة لمنفعة الزوج الخ ، وينتج

كفت وقاض ووصى زيلعى ، وعامل ومقاتلة قاموا بدفع العدو ومضارب سافر بمال مضاربه ، ولا يرد الرهن لحبسه لمنفعتهما (ولو صغيرا) جدا فى ماله لاعلى أبيه إلا إذا كان ضمنها كما مر فى المهر (لايقدر على الوطء)

لزوم نفقتها عليه فافهم (قوله كفت وقاض) أى ووال ، فلهم قدر مايكفيهم ويكفى من تلزمهم نفقتهم من بيت المال لاحتباسهم فى مصلحة المسلمين رحمتى (قوله ووصى) فله الأقل من نفقته وأجر عمله فى مال الميت. رحمتى وظاهره ولو غنيا أو وصى الميت ، وفيه كلام سيأتى إن شاء الله تعالى فى بابه آخر الكتاب (قوله زيلعى) يوهم أن الزيلعى ذكر هذه الثلاثة فقط مع أنه ذكر الستة وزاد عليهم الوالى ح (قوله وعامل) أى فى الصدقات زيلعى (قوله قاموا بدفع العدو) أى نصبوا أنفسهم لذلك وترقبوا غرته فتجب النفقة لهم ولذريتهم (قوله ومضارب) فنفقته فى مال المضاربة مادام مسافرا لاحتباسه لها ، فلو كان مضاربا بالرجلين أو أكثر فنفقته على حسب المال رحمتى (قوله ولا يرد الرهن) قال فى البحر .

واعترض بأن الرهن محبوس لحق المرتهن وهو الاستيفاء ، ولذا كان أحق به من سائر الغرماء مع أن نفقته على الراهن . وأجيب بأنه محبوس بحق الراهن أيضا ، وهو وفاء دينه عنه عند الهلاك مع كونه ملكا له اه فقوله مع كونه ملكا له ترجيح لجانب الراهن فى وجوب النفقة عليه وحده مع كونه محبوسا لحقهما والشارح أخل به ح .

قلت : لا إخلال بتركه ، فإن المحقق ابن الهمام لم يذكره لأن منفعة الحبس إذا كانت غير مختصة بالغير لاتجب النفقة على الغير ، فهو كالأجير إذا عمل فى المشترك لايستحق أجرا لأنه عامل لنفسه من وجه فافهم .

مطلب لاتجب على الأب نفقة زوجة ابنه الصغير

(قوله فى ماله لاعلى أبيه الخ) كذا فى كافى الحاكم الشهيد، حيث قال : فإن كان صغيرا لامال له لم يؤخذ أبوه بنفقة زوجته إلا أن يكون ضمنها اه .

وفى الخانية : وإن كانت كبيرة وليس للصغير مال لا تجب على الأب نفقتها ، ويستدين الأب عليه ثم يرجع على الابن إذا أيسر اه وعزاه فى البحر والنهر إلى الخلاصة أيضا . قال الرملى : ومثله فى الزيلعى وكثير من الكتب اه .
قلت : وبه جزم المصنف والشارح فى باب المهر . وأنت خبير أن الكافى هو نص المذهب ولا سيما وأكثر الكتب عليه ، فيقدم على ماسيذكره الشارح فى الفروع عن المختار والملتقى من وجوبها على أبيه إلا أن يحمل على وجوب الاستدانة ليرجع تأمل .

[تنبيه] قال فى الشرنبلالية بعد نقله مافى الخانية أقول : هذا إذا كان فى تزويج الصغير مصلحة ، ولا مصلحة فى تزويج قاصر مرضع بالغة حد الشهوة وطاقة الوطء بمهر كثير ولزوم نفقة يقررها القاضى فتستغرق ماله إن كان أو يصير ذا دين كثير . ونص المذهب أنه إذا عرف الأب بسوء الاختيار مجانة أو فسقا فالعقد باطل اتفاقا صرح به فى البحر وغيره ، وقدمه المصنف فى باب الولى اه .

قلت : المصرح به فى المتون والشروح أن للأب تزويج الصغير والصغيرة غير كفء وبدون مهر المثل بغبن فاحش ، لأن كمال شفقة الأب دليل على وجود المصلحة مالم يكن سكران أو معروفا بسوء الاختيار ، لأن ذلك دليل على عدم تأمله فى المصلحة ، وأنت خبير بأن الشرط أن لايكون معروفا بسوء الاختيار قبل العقد فلا يثبت سوء اختياره بمجرد العقد المذكور ، وإلا لزم أن لايتصور صحة عقده بالغبن الفاحش ولغير الكفء كما مر تقريره فى باب

لأن المانع من قبله (أو فقيرا ولو) كانت (مسلمة أو كافرة أو كبيرة أو صغيرة تطيق الوطء) أو تشتهى للوطء فيما دون الفرج ، حتى لو لم تكن كذلك كان المانع منها فلا نفقة كما لو كانا صغيرين (فقيرة أو غنية موطوءة أولا) كأن كان الزوج صغيرا أو كانت رتقاء أو قرناء أو معتوهة أو كبيرة لا توطأ ، وكذا صغيرة تصلح للخدمة أو للاستئناس (إن أمسكها فى بيته عند الثانى ، واختاره فى التحفة ؛ ولو منعت نفسها للمهر) دخل بها أولا ولو كله مؤجلا عند الثانى ، وعليه الفتوى كما فى البحر والنهر ، وارتضاه محشى الأشباه لأنه منع بحق فتستحق النفقة (بقدر حالهما) به يفتى ؛

الولى . فظهر أنه إذا لم يكن معروفا بذلك وزوّج طفله امرأة صح ذلك مطلقا كما هو المنصوص فى عامة كتب المذهب إقامة لشفقته مقام المصلحة فافهم (قوله لأن المانع من قبله) دخل فى هذا المجبوب والعنين والمريض الذى لا يقدر على الجماع كما صرح به فى الهندية (قوله أو فقيرا) ليس عنده قدر النفقة لزوجته منح ، فتستدين عليه بأمر القاضى ط وسيأتى (قوله ولو مسلمة أو كافرة)الأولى إسقاط مسلمة (قوله تطيق الوطء) أى منه أو من غيره كما يفيده كلام الفتح وأشار إلى ما فى الزيلعى من تصحيح عدم تقديره بالسن ، فإن السمينة الضخمة تحتمل الجماع ولو صغيرة السن (قوله أو تشتهى للوطء فيما دون الفرج) لأن الظاهر أن من كانت كذلك فهى مطيقة للجماع فى الجملة وإن لم تطقه من خصوص زوج مثلا فتح (قوله فلا نفقة) أى ما لم يمسكها فى بيته للخدمة أو الاستئناس كما يأتى قريبا (قوله كما لو كانا صغيرين) لأن المانع من الوطء وجد منها ووجوده منه أيضا لا يضر بعد عدم وجود التسليم الموجب ، للنفقة منها (قوله موطوءة أولا) أى سواء دخل بها أم لا (قوله كأن كان الزوج الخ) تمثيل لقوله أولا أفاد به أن عدم وطئها لا فرق فيه بين أن يكون لا مانع منه أصلا أو له مانع من جهته أو من جهتها وهى مشتهاة كالقرناء ونحوها لأن المعتبر فى إيجاب النفقة الاحتباس لانتفاع مقصود من وطء أو من دواعيه ، ولذا وجبت لصغيرة تشتهى للجماع فيما دون الفرج كما مر فافهم (قوله أو معتوهة) فى التاترخانية : المجنونة لها النفقة إذا لم تمنع نفسها بغير حق (قوله وكذا صغيرة) أى لا تشتهى أصلا ولو للجماع فيما دون الفرج وإلا لزمه نفقتها أمسكها أولا كما مر آنفا (قوله إن أمسكها فى بيته) وإن ردها فلا نفقة لها بدائع . وحاصله أنه مخير . أما فى مسألة المشتهاة فلا تخيير بل يلزمه نفقتها مطلقا كما علمته فافهم (قوله ولو منعت نفسها للمهر) أى الذى تعورف تقديمه لأنه منع بحق لتقصير من جهته فلا تسقط النفقة به زيلعى (قوله دخل بها أولا) تعميم للمنع : أى لها النفقة بالمنع المذكور سواء كان قبل الدخول أو بعده ، لكن عند أبى يوسف يسقط حقها فى المنع إذا دخل بها برضاها (قوله وعليه الفتوى) أى استحسانا ، لأنه لما طلب تأجيله كله فقد رضى بإسقاط حقه فى الاستمتاع .

وفى الخلاصة أن الأستاذ ظهير الدين كان يفتى بأنه ليس لها الامتناع . والصدر الشهيد كان يفتى بأن لها ذلك اهـ فقد اختلف الإفتاء بحر من باب المهر ، وقدمنا هناك أن الاستحسان مقدم ، فلذا جزم به الشارح . وفى البحر عن الفتح وهذا كله إذا لم يشترط الدخول قبل حلول الأجل . فلو شرطه ورضيت به ليس لها الامتناع على قول الثانى اهـ وتمام الكلام قدمناه هناك (قوله فتستحق النفقة) أى وإن لم يكن لها المطالبة بالمهر (قوله به يفتى) كذا فى الهداية ، وهو قول الخصاف . وفى الولوالجية : وهو الصحيح ، وعليه الفتوى . وظاهر الرواية اعتبار حاله فقط ، وبه قال جمع كثير من المشايخ ، ونص عليه محمد . وفى التحفة والبدائع أنه الصحيح بحر ، لكن المتون والشروح على الأول . وفى الخانية : وقال بعض الناس يعتبر حال المرأة .

قال فى البحر : واتفقوا على وجوب نفقة الموسرين إذا كانا موسرين ، وعلى نفقة المعسرين إذا كانا معسرين ،

ويخاطب بقدر وسعه والباقى دين إلى الميسرة ، ولو موسرا وهى فقيرة لايلزمه أن يطعمها مما يأكل بل يندب (ولو هى فى بيت أبيها) إذا لم يطالبها الزوج بالنقلة به يفتى ، وكذا إذا طالبها ولم تمتنع أو امتنعت (للمهر أو مرضت فى بيت الزوج) فإن لها النفقـــة استحسانا لقيام الاحتباس ، وكذا لو مرضت ثم إليه نقلت ، أو فى منزلها بقيت ولنفسها مامنعت ، وعليه الفتوى كما حرره فى الفتح .

وفى الخانية : مرضت عند الزوج فانتقلت لدار أبيها ، إن لم يمكن نقلها بمحفة ونحوها فلها النفقة وإلا لا كما لايلزمه مداواتها (لا) نفقة لأحد عشر : مرتدة ، ومقبلة ابنه ، ومعتدة موت ،

وإنما الاختلاف فيما إذا كان أحدهما موسرا والآخر معسرا ، فعلى ظاهر الرواية الاعتبار لحال الرجل ، فإن كان موسرا وهى معسرة فعليه نفقة الموسرين ، وفى عكسه نفقة المعسرين . وأما على المفتى به فتجب نفقة الوسط فى المسألتين وهو فوق نفقة المعسرة ودون نفقة الموسرة اهـ .

[تنبيه] صرحوا ببيان اليسار والإعسار فى نفقة الأقارب ولم أر من عرّفهما فى نفقة الزوجة ، ولعلهم وكلوا ذلك إلى العرف والنظر إلى الحال من التوسع فى الإنفاق وعدمه ، ويؤيده قول البدائع : حتى لو كان الرجل مفرطا فى اليسار يأكل خبز الحوارى ولحم الدجاج والمرأة مفرطة فى الفقر تأكل فى بيت أهلها خبز الشعير يطعمها خبز الحنطة ولحم الشاة (قوله ويخاطب الخ) صرح به فى الهداية ، وقد غفل عنه فى غاية البيان فقال : إذا كان معسرا وهى موسرة وأوجبنا الوسط فقط كلفناه بما ليس فى وسعه (قوله والباقى) أى مايكمل نفقة الوسط (قوله ولو هى فى بيت أبيها) تعميم لقوله فتجب للزوجة ، وهذا ظاهر الرواية ، فتجب النفقة من حين العقد الصحيح وإن لم تنتقل إلى منزل الزوج إذا لم يطلبها . وقال بعض المتأخرين : لا تجب مالم تزف إلى منزله ، وهو رواية عن أبى يوسف ، واختاره القدورى وليس الفتوى عليه ، وتمامه فى الفتح (قوله إذا لم يطالبها الخ) الأخصر والأظهر أن يقول به يفتى إذا لم تمتنع من النقلة بغير حق (قوله لقيام الاحتباس) فإنه يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت ، والمانع لعارض فأشبه الحيض هداية (قوله وكذا لو مرضت الخ) هذا خلاف المفهوم من قول المصنف أو مرضت فى بيت الزوج : أى بعد ماسلمت نفسها صحيحة ، فإن مفهومه أنها لو سلمت نفسها مريضة لانفقة لها ، لأن التسليم لم يصح كما فى الهداية ، لكن حقق فى الفتح أن هذا مبنى على قول البعض من اشتراط التسليم لوجوب النفقة ، وقد علمت أنه خلاف المفتى به من تعلقها بالعقد الصحيح لا بالتسليم ، فالمختار وجوب النفقة لقيام الاحتباس (قوله وإلا لا) أى وإن أمكن نقلها إلى بيت الزوج بمحفة ونحوها فلم تنتقل لانفقة لها كما فى البحر لمنعها نفسها عن النقلة مع القدرة ، بخلاف ما إذا لم تقدر أصلا ، لكن سيأتى أنها لاتجب لمريضة لم تزف إذا لم يمكنها الانتقال معه أصلا ، فقد جعل عدم إمكان الانتقال مانعا من وجوب النفقة وهنا جعل موجبا لها .

وقد يجاب بالفرق ، وهو أنها هنا لما انتقلت إلى بيته فقد تحقق التسليم ولا تصير بعده ناشزة إلا إذا أمكنها الانتقال إليه وامتنعت ، بخلاف ما إذا لم يوجد تسليم أصلا ومرضت بحيث لا يمكنها الانتقال فلا نفقة لها لعدم التسليم أصلا لا حقيقة ولا حكما ، وسيأتى ما يؤيده (قوله كما لايلزمه مداواتها) أى إتيانه لها بدواء المرض ولا أجرة الطبيب ولا الفصد ولا الحجامة هندية عن السراج . والظاهر أن منها ما تستعمله النساء مما يزيل الكلف ونحوه ، وأما أجرة القابلة فسيأتى الكلام عليها (قوله لا نفقة لأحد عشر) أى بعدّ المنكوحة فاسدا وعدتها أمرا واحدا ، وذكر العدد لعدم التمييز اهـ ح . وقد ذكر المصنف منها هنا خمسة ، وذكر الشارح ستة ، لكن مازاده الشارح سيذكره المصنف مفرقا سوى منكوحة فاسد وعدته لأنها غير زوجة ، وسنتكلم عليها فى محالها .

ومنكوحة فاسدا وعدته ، وأمة لم تبوأ ، وصغيرة لاتوطأ ، و (خارجة من بيته بغير حق) وهي الناشزة حتى تعود ولو بعد سفره خلافا للشافعي ، والقول لها في عدم النشوز بيمينها ، وتسقط به المفروضة لا المستدانة في الأصح كالموت ، قيد بالخروج لأنها لو مانعته من الوطء لم تكن ناشزة

وينبغي أن يذكر الموطوءة بشبهة ، لما في الخلاصة : كل من وطئت بشبهة فلا نفقة لها اهـ لأن زوجها ممنوع عنها بمعنى من جهتها ، ويمكن إدخالها في الناشزة تأمل (قوله ومنكوحة فاسدا وعدته) الأولى ومعتدته ، وتقدم الكلام على المنكوحة فاسدا .

وفي الخانية : غاب عنها فتزوجت بآخر ودخل بها وفرق بينهما بعد عود الأول فلا نفقة لها في عدتها لا على الأول ولا على الثاني ، بخلاف المدخولة إذا طلقت ثلاثا فتزوجت في العدة ودخل بها الثاني فلها النفقة والسكنى على الأول اهـ أي لأنها معتدة من طلاق بائن من الأول ، أما في الأولى فإنها معتدة من وطء الثاني بعقد فاسد فلا نفقة لها عليه ولا على زوجها لأنها منعت نفسها بمعنى من جهتها . وفي الهندية : اتهم بامرأة فتزوجها وأنكر أن حبلها منه لانفقة عليه لأنه ممنوع من استمتاعها بمعنى من قبلها وإن أقر به لزمته .

[تنبيه] تزوج معتدة البائن إنما لايسقط نفقتها مادامت في بيت العدة وإلا صارت ناشزة كما في الذخيرة (قوله صغيرة لاتوطأ) وكذا إن صلحت للخدمة أو الاستئناس ولم يمسكها في بيته كما مر فافهم (قوله بغير حق) ذكر محترزه بقوله بخلاف مالو خرجت الخ ، وكذا هو احتراز عما لو خرجت حتى يدفع لها المهر ولها الخروج في مواضع مرت في المهر ، وسيأتي بعضها عند قوله ولا يمنعها من الخروج إلى الوالدين (قوله وهي الناشزة) أي بالمعنى الشرعي أما في اللغة فهي العاصية على الزوج المبغضة له (قوله ولو بعد سفره) أي لو عادت إلى بيت الزوج بعد ماسافر خرجت عن كونها ناشزة بحر عن الخلاصة بأي فتستحق النفقة فتكتب إليه لينفق عليها أو ترفع أمرها للقاضي ليفرض لها عليه نفقة ، أما لو أنفقت على نفسها بدون ذلك فلا رجوع لها لما سيأتي أنها تسقط بالمضي بدون قضاء ولا تراض (قوله والقول لها الخ) أي حيث لابينة له ، وهذا أخذه في البحر مما في الخلاصة : لو قال هي ناشزة فلا نفقة لها ، فإن شهدوا أنه أوفاها المعجل وهي لم تكن في بيته سقطت النفقة ، وإن شهدوا أنها ليست في طاعته للجماع لم تقبل لاحتمال كونها في بيته ولا تسقط لأن الزوج يغلب عليها اهـ .

قلت : ويؤخذ منه أيضا تقييد كون القول لها بما إذا كانت في بيته ، وهذا ظاهر لو كان الاختلاف في نشوز في الحال . أما لو ادعى عليها سقوط النفقة المفروضة في شهر ماض مثلا لنشوزها فيه فالظاهر أن القول لها أيضا لإنكارها موجب الرجوع عليها تأمل ؛ ولو ادعت أن خروجها إلى بيت أهلها كان بإذنه وأنكر أو ثبت نشوزها ثم ادعت أنه بعده بشهر مثلا أذن لها بالمكث هناك هل يكون القول لها أم لا لم أره ، والظاهر الثاني لتحقق المسقط تأمل (قوله وتسقط به) أي بالنشوز النفقة المفروضة ، يعني إذا كان لها عليه نفقة أشهر مفروضة ثم نشزت سقطت تلك الأشهر الماضية ، بخلاف ما إذا أمرها بالاستدانة فاستدانت عليه فإنها لاتسقط كما سيأتي في مسألة الموت اهـ ح .

قلت : وسقوط المفروضة منصوص عليه في الجامع ، أما المستدانة فذكر في الذخيرة أنه يجب أن يكون على الروايتين في سقوطها بالموت ، والأصح منهما عدم السقوط اهـ : ومقتضى هذا أنها لو عادت إلى بيته لايعود ماسقط ، وهل يبطل الفرض فيحتاج إلى تجديده بعد العود إلى بيته أم لا ؟ لم أره ، ويظهر عدم بطلانه ، لأن كلامهم في سقوط المفروض لا الفرض فتأمل (قوله لو مانعته من الوطء الخ) قيده في السراج بمنزل الزوج وبقدرته على

وشمل الخروج الحكمى كأن كان المنزل لها فمنعته من الدخول عليها فهى كالخارجة مالم تكن سألته النقلة، ولو كان فيه شبهة كبيت السلطان فامتنعت منه فهى ناشزة لعدم اعتبار الشبهة فى زماننا ، بخلاف ما إذا خرجت من بيت الغصب أو أبت الذهاب إليه أو السفر معه أو مع أجنبى بعثه لينقلها فلها النفقة ، وكذا لو أجرت نفسها لإرضاع صبى وزوجها شريف ولم تخرج ، وقيل تكون ناشزة :

ولو سلمت نفسها بالليل دون النهار أو عكسه فلا نفقة لنقص التسليم . قال فى المجتبى : وبه عرف جواب واقعة فى زماننا أنه لو تزوّج من المحترفات التى تكون بالنهار فى مصالحها وبالليل عنده فلا نفقة لها انتهى ، قال فى النهر : وفيه نظر

وطئها كرها . وقال بعضهم : لانفقة لها لأنها لناشزة اه والثانى وجيه فى حق من يستحى ، وهذا يشير إلى أن هذا المنع فى منزلها نشوز بالإتفاق سائحانى (قوله لها) أى ملكا أو إجارة (قوله مالم تكن سألته النقلة) بأن قالت له حولنى إلى منزلك أو اكترلى منزلا فإنى محتاجة إلى منزلى هذا آخذ كراءه فلها النفقة بحر (قوله لعدم اعتبار الشبهة فى زماننا) نقله صاحب الهداية فى التجنيس وصاحب المحيط فى الذخيرة (قوله بخلاف الخ) لأن السكنى فى المغصوب حرام والامتناع عن الحرام واجب ، بخلاف الامتناع عن الشبهة ، فإنه مندوب فيقدم عليه حق الزوج الواجب :

وسئلت عن امرأة أسكنها زوجها فى بلاد الدروز الملحدين ثم امتنعت وطلبت منه السكنى فى بلاد الإسلام خوفا على دينها ، ويظهر لى أن لها ذلك لأن بلاد الدروز فى زماننا شبيهة بدار الحرب (قوله أو السفر معه) أى بناء على المفتى به من أنه ليس له السفر بها لفساد الزمان فامتناعها بحق (قوله أو مع أجنبى الخ) هذا مفهوم بالأولى ، لأنها إذا استحقت النفقة عند امتناعها عن السفر معه فمع الأجنبى بالأولى ، أو هو مبنى على أصل المذهب من أن للزوج السفر بها لكنه لما بعث إليها أجنبيا ليأتيه بها كان امتناعها من السفر معه بحق ولذا قيد بالأجنبى ، إذ لو كان محرما لها لم يكن لها نفقة ، لأنه ليس لها الامتناع ، ومسألة السفر فيها كلام بسطناه فى باب المهر (قوله وقيل تكون ناشزة) أشار إلى ضعفه ، وبه صرح فى البحر ، لكن قواه الرحمتى وغيره بأنه قائم بمصالحها وله منعها من الغزل ونحوه ، وعن كل مايتأذى برائحته كالحناء والنقش ، والإرضاع أولى لأن يهزلها ويلحقه عار به إذا كان من الأشراف :

أقول : وأنت خبير بأن هذا كله لا يدل للقول بأنها تصير بذلك ناشزة لأنها الخارجة بغير حق كما مر ، وإلا لزم أنها تصير ناشزة إذا خالفته فى الغزل والنقش والحناء ونحو ذلك مما تخالف به أمره وهى فى بيته وفساده لايخفى نعم يفيد أن له منعها من هذا الإيجار ، بل ذكر الخير الرملى أن له أن يمنعها من إرضاع ولدها من غيره وتربيته أخذا مما فى التتارخانية عن الكافى فى إجارة الظئر ، وللزوج أن يمنع امرأته عما يوجب خللا فى حقه وما فيها أيضا عن السغناقى ، ولأنها فى الإرضاع والسهر تتعب وذلك ينقص جمالها وجمالها حق الزوج فكان له أن يمنعها اه فافهم (قوله قال فى النهر وفيه نظر) وجهه أنها معذورة لاشتغالها بمصالحها ، بخلاف المسألة المقيس عليها فإنها لاعذر لها فنقص التسليم منسوب إليها أفاده ح . وفيه أن المحبوسة ظلما والمغصوبة وحاجة الفرض مع غيره معذورة وقد سقطت نفقتها .

وفى الهندية فى الأمة إذا سلمها السيد لزوجها ليلا فقط فعليه نفقة النهار ، وعلى الزوج نفقة الليل ، وقياسه هنا كذلك ط :

(ومحبوسة) ولو ظلما إلا إذا حبسها هو بدين له فلها النفقة فى الأصح جوهرة ، وكذا لو قدر على الوصول إليها فى الحبس صيرفية كحبسه مطلقا ، لكن فى تصحيح القدورى : لو حبس فى سجن السلطان فالصحيح سقوطها ؛ وفى البحر عن مآل الفتاوى : ولو خيف عليها الفساد تحبس معه عند المتأخرين (ومريضة لم تزف) أى لا يمكنها الانتقال معه أصلا فلا نفقة لها وإن لم تمنع

قلت : وسيذكر الشارح قبيل قوله وتفرض لزوجة الغائب عن البحر أن له منعها من الغزل وكل عمل ولو قابلة ومغسلة اهـ . وأنت خبير بأنه إذا كان له منعها من ذلك ، فإن عصته وخرجت بلا إذنه كانت ناشزة مادامت خارجة ، وإن لم يمنعها لم تكن ناشزة ، والله تعالى أعلم (قوله ومحبوسة ولو ظلما) شمل حبسها بدين تقدر على إيفائه أولا قبل النقلة إليه أو بعدها ، وعليه الاعتماد زيلعى ، وعليه الفتوى فتح لأن المعتبر فى سقوط نفقتها فوات الاحتباس لامن جهة الزوج بحر (قوله صيرفية) كذا نقله عنها فى المنح وأقره ، ونقله فى الشرنبلالية عن الخانية (قوله كحبسه) مصدر مضاف لمفعوله أى ككونه محبوسا فافهم (قوله مطلقا) أى ولو ظلما أو حبسته هى لدين عليه أو أجنبى (قوله لكن الخ) قال فى النهر : قيد بحبسها لأن حبسه مطلقا غير مسقط لنفقتها كذا فى غير كتاب ، إلا أنه فى تصحيح القدورى نقل عن قاضيخان أنه لو حبس فى سجن السلطان ظلما اختلفوا فيه ، والصحيح أنها لاتستحق النفقة اهـ .

قلت : ونقل المقدسى عبارة الخانية كذلك ، وقال كذا فى نسخة المؤيدية ونسخ جديدة لعلها كتبت منها . وفى نسختى العتيقة التى عليها خط بعض المشايخ حذف لا ، فليحرر اهـ .

قلت : وهكذا رأيته بدون لا فى نسخة عتيقة عندى من الخانية وكذا نقله فى الهندية عن الخانية ، فلعل صاحب تصحيح القدورى نقل ذلك من نسخة المدرسة المؤيدية أيضا أو مما نقل عنها فتكون لا زائدة ، ليوافق مافى بقية النسخ القديمة ومافى غير كتاب ، والمعنى يساعده أيضا لأن الاحتباس جاء لمعنى من جهته لامن جهتها كما لو كان مريضا أو صغيرا جدا أو مجبوبا أو عنينا (قوله وفى البحر الخ) عبارته : وفى الخلاصة أنها إذا حبسته وطلب أن تحبس معه فإنها لاتحبس . وذكر فى مآل الفتاوى الخ .

قلت : وهذا إذا كان فى الحبس موضع خال كما فى التتارخانية ، ثم لايخفى أن تقييده بما لو خيف عليها الفساد ظاهر فى أن فرض المسألة فيما إذا ظهر للقاضى أن قصدها بحبسه أن تفعل ماتريد حيث كانت من أهل التهمة والفساد لا بمجرد دعوى الزوج ذلك ، فينبغى للقاضى أن يتحرى فى ذلك ، فقد وقع فى زماننا أن امرأة حبست زوجها بدين لها عليه فطلب حبسها معه لأجل أن تخرجه من الحبس ويأكل مالها ، ولايخفى أن حبسها له غير قيد ، بل لو حبسه غيرها وخاف عليها الفساد فالحكم كذلك ، لأن العلة خوف الفساد (قوله لم تزف) أى لم تنتقل إلى بيت زوجها (قوله أى لا يمكنها الخ) اعلم أن المذهب المصحح الذى عليه الفتوى وجوب النفقة للمريضة قبل النقلة أو بعدها أمكنه جماعها أولا ، معها زوجها أولا حيث لم تمنع نفسها إذا طلب نقلتها ، فلا فرق حينئذ بينها وبين الصحيحة لوجود التمكين من الاستمتاع كما فى الحائض والنفساء ، وحينئذ فلا ينبغى إدخالها فيمن لانفقة لهن ، لكن ظاهر التجنيس أنه إذا كان مرضا مانعا من النقلة فلا نفقة لها وإن لم تمنع نفسها لعدم التسليم بالكلية فهذا مراد من فرّق بين المريضة والصحيحة ، وعليه يحمل كلام المصنف ، هذا حاصل ماحرره فى البحر ، ومشى عليه الشارح حيث ذكر فيما مر أن لها النفقة إذا مرضت بعد النقلة فى بيت الزوج أو قبل النقلة ثم انتقلت إلى بيته أو لم تنتقل ولم تمنع نفسها ، ثم ذكر هنا أن التى لا نفقة لها هى التى مرضت قبل النقلة مرضا لايمكنها

نفسها لعدم التسليم تقديرا بحر (ومغصوبة) كرها (وحاجة) ولو نفلا (لامعه ولو بمحرم) لفوات الاحتباس .

(ولو معه فعليه نفقة الحضر خاصة) لانفقة السفر والكراء (امتنعت المرأة) من الطحن والخبز (إن كانت ممن لاتخدم) أو كان بها علة (فعليه أن يأتيها بطعام مهيإ وإلا) بأن كانت ممن تخدم نفسها وتقدر على ذلك (لا) يجب عليه ولا يجوز لها أخذ الأجرة على ذلك لوجوبه عليها ديانة ولو شريفة لأنه عليه الصلاة والسلام قسم الأعمال بين علي وفاطمة ، فجعل أعمال الخارج على علي رضى الله عنه والداخل على فاطمة رضى الله تعالى عنها مع أنها سيدة نساء العالمين بحر .

(ويجب عليه آلة طحن وخبز وآنية شراب وطبخ ككوز وجرة وقدر ومغرفة) وكذا سائر أدوات البيت كحصر ولبد وطنفسة ، وما تتنظف به وتزيل الوسخ كمشط وأشنان وما يمنع الصنان ، ومداس رجلها ، وتمامه في الجوهرة والبحر . وفيه أجرة القابلة على من استأجرها من زوجة وزوج ولو جاءت بلا استئجار .

الانتقال معه ، وقدمنا الفرق بين هذه وبين التي مرضت عند الزوج ثم عادت إلى دار أبيها ولا يمكنها الانتقال (قوله ومغصوبة) أي من أخذها رجل وذهب بها ، وهذا ظاهر الرواية . وعن أبي يوسف: لها النفقة والفتوى على الأول ، لأن فوات الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا هداية ، وقيد بقوله كرها ؛ لأنه لو ذهب بها على صورة الغصب لكن برضاها فلا خلاف فيها إذ لاشك في أنها ناشزة فافهم (قوله ولو نفلا) المناسب ولو فرضا فيفهم عدم الوجوب في النفل بالأولى لأنه متفق عليه . أما الفرض ففي البحر عن الذخيرة عن أبي يوسف أنه عذر فلها نفقة الحضر . وفي رواية عنه : يؤمر بالخروج معها والإنفاق عليها (قوله لامعه) عطف على مقدر : أي حاجة وحدها أو مع غير الزوج لامعه (قوله لفوات الاحتباس) علة لقوله لا لنفقة لأحد عشر الخ (قوله ولو معه) أي ولو حجت مع الزوج ولو كان الحج نفلا كما في الهندية ط. قلت : وكذا لو خرجت معه لعمرة أو تجارة لقيام الاحتباس لكونها معه (قوله لا نفقة السفر والكراء) فينظر إلى قيمة الطعام في الحضر لا في السفر بحر . قلت : لايخفى أن هذا إذا خرج معها لأجلها ، أما لو أخرجها هو يلزمه جميع ذلك (قوله من الطحن والخبز) عبارة الهندية من الطبخ والخبز (قوله فعليه أن يأتيها بطعام مهيإ) أو يأتيها بمن يكفيها عمل الطبخ والخبز هندية (قوله لايجب عليه) وفي بعض المواضع : تجبر على ذلك . قال السرخسي :لاتجبر ، ولكن إذا لم تطبخ لايعطيها الإدام وهو الصحيح ، كذا في الفتح : وما نقله عن بعض المواضع عزاه في البدائع إلى أبي الليث ، ومقتضى ما صححه السرخسي أنه لا يلزمه سوى الخبز تأمل ، لكن رأيت صاحب النهر قال بعد قوله لايعطيها الإدام ، أي إدام هو طعام لا مطلقا كما لايخفى (قوله على ذلك) أي على الطحن والخبز (قوله لوجوبه عليها ديانة) فتفتى به ، ولكنها لاتجبر عليه إن أبت بدائع (قوله ولو شريفة) كذا قاله في البحر أخذا من التعليل ، وهو مخالف لما قبله من أنها إذا كانت ممن لاتخدم فعليه أن يأتيها بطعام وإلا لا ، فلو وجب عليها ديانة لم يبق فرق بين الصورتين اللهم إلا أن يقال إن الشريفة قد تكون ممن تخدم نفسها وقد لا تكون . والذي يظهر اعتبار حالها في الغنى والفقر لا في الشرف وعدمه فإن الشريفة الفقيرة تخدم نفسها ، وحاله عليه الصلاة والسلام وحال أهل بيته في غاية من التقلل من الدنيا فلا يقاس عليه حال أهل التوسع تأمل . وعبارة صاحب الهداية في مختارات النوازل تؤيده ، حيث قال وإن كانت ممن تخدم نفسها فعليها الطبخ والخبز لأنه عليه الصلاة والسلام الخ (قوله ولبد) كجلد واللبد والطنفسة مثلثا البساط (قوله وتمامه في الجوهرة) حيث قال ويجب عليه ماتتنظف به وتزيل الوسخ كالمشط والدهن والسدر والخطمي والأشنان والصابون على عادة أهل البلد ، أما الخضاب والكحل فلا يلزمه بل هو

قيل عليه وقيل عليها (وتفرض لها الكسوة فى كل نصف حول مرة) لتجدد الحاجة حرا وبردا (وللزوج الإنفاق عليها بنفسه) ولو بعد فرض القاضى خلاصة (إلا أن يظهر للقاضى عدم إنفاقه فيفرض) أى يقدر (لها) بطلبها مع

على اختياره ، وأما الطيب فيجب عليه مايقطع به السهوكة لاغير ، وعليه ماتقطع به الصنان لا الدواء للمرض ولا أجرة الطبيب ولا الفصاد ولا الحجام ، وعليه من الماء ماتغسل به ثيابها وبدنها لاشراء ماء الغسل من الجنابة بل ينقله إليها أو يأذن لها بنقله وإن كانت موسرة استأجرت من ينقله إليها وعليه ماء الوضوء اهـ لكن فى المنية أن ثمن ماء الاغتسال على الزوج وكذا ماء الوضوء ، وعليه فتوى مشايخ بلخ والصدر الشهيد ، وهو اختيار قاضيخان اهـ . وفى البزازية : ولاتفرض لها الفاكهة ، والسهك بالتحريك : ريح العرق ، والصنان : دفر الإبط بالدال المهملة : أى نتنه كما فى المصباح .

[تنبيه] قد علم مما ذكر أنه لايلزمه لها القهوة والدخان وإن تضررت بتركهما ، لأن ذلك إن كان من قبيل الدواء أو من قبيل التفكه فكل من الدواء والتفكه لايلزمه كما علمت (قوله قيل عليه الخ) عبارة البحر عن الخلاصة : فلقائل أن يقول عليه لأنه مؤنة الجماع ، ولقائل أن يقول عليها كأجرة الطبيب اهـ وكذا ذكر غيره ، ومقتضاه أنه قياس ذو وجهين لم يجزم أحد من المشايخ بأحدهما خلاف مايفهمه كلام الشارح ، ويظهر لى ترجيح الأول لأن نفع القابلة معظمه يعود إلى الولد فيكون على أبيه تأمل (قوله وتفرض لها الكسوة) كان على المصنف أن يصل الكلام على الكسوة بعضه ببعض ، بأن يقدم قوله وتزاد فى الشتاء الخ هنا أو يؤخر هذه الجملة هناك ط .

واعلم أن تقدير الكسوة مما يختلف باختلاف الأماكن والعادات فيجب على القاضى اعتبار الكفاية بالمعروف فى كل وقت ومكان ، فإن شاء فرضها أصنافا ، وإن شاء قوّمها وقضى بالقيمة ، كذا فى المجتبى . وفى البدائع : الكسوة على الاختلاف كالنفقة من اعتبار حاله فقط أو حالها بحر (قوله فى كل نصف حول مرة) إلا إذا تزوج وبنى بها ولم يبعث لها كسوة فتطالبه بها قبل نصف الحول والكسوة كالنفقة فى أنه لايشترط مضى المدة بحر عن الخلاصة ؛ وحاصله أنها تجب لها معجلة لابعد تمام المدة .

واعلم أنه لايجدد لها الكسوة مالم يتخرق ماعندها أو يبلغ الوقت الذى يكسوها كافى الحاكم ، وفيه تفصيل سيأتى قبيل قوله ولخادمها (قوله وللزوج الإنفاق عليها بنفسه) لكونه قواما عليها لا ليأخذ مافضل ، فإن المفروضة أو المدفوعة لها ملك لها ، فلها الإطعام منها والتصدق ، ومقتضاه أنها لو أمرته بإنفاق بعض المقرر لها فالباقى لها أو بشراء طعام ليس له أكل مافضل عنها . وفى الخانية : لو أكلت من مالها أو من المسألة لها الرجوع عليه بالمفروض بحر ملخصا (قوله ولو بعد فرض القاضى) لامحل له هنا لأن من شروط فرض القاضى أن يظهر له مطله وعدم إنفاقه كما تعرفه (قوله فيفرض الخ) تفريع على الاستثناء وبيان لنتيجته لكنه غير مفيد ، فكان عليه أن يبدله بقوله فيأمره ليعطيها : أى ليس له أن ينفق عليها ، بل يدفع لها ماتنفقه على نفسها ، وقد صلح الشارح عبارة المصنف حيث عطف قوله ويأمره الخ على قوله فيفرض لكن كان عليه حذف قوله إن شكت مطله ، لأنه يغنى عنه قول المصنف أن يظهر للقاضى عدم إنفاقه مع إيهامه الاكتفاء بمجرد الشكاية . ويوضح ماقلناه ما فى البحر عن الخلاصة والذخيرة الزوج هو الذى يلى الإنفاق إلا إذا ظهر عند القاضى مطله ، فحينئذ يفرض النفقة ويأمره ليعطيها لتنفق على نفسها نظرا لها ، فإن لم يعط حبسه ولا تسقط عنه النفقة اهـ وقوله بطلبها مع حضرته بيان لشرطين لجواز فرض القاضى النفقة ذكرهما فى البدائع ، لكن سيأتى فى المتن فرضها على الغائب لو له مال عند من يقر به وبالزوجية ومطلقا على قول زفر المفتى به . ويؤخذ من كلام الذخيرة والخلاصة شرط ثالث وهو ظهور مطله ،

حضرته ويأمره ليعطيها إن شكت مطله ولم يكن صاحب مائدة لأن لها أن تأكل من طعامه وتتخذ ثوبا من كرباسه بلا إذنه ، فإن لم يعط حبسه ولا تسقط عنه النفقة خلاصة وغيرها ، وقوله (فى كل شهر) أى كل مدة تناسبه كيوم للمحترف وسنة للدهقان ، وله الدفع كل يوم ، كما لها الطلب كل يوم عند المساء لليوم الآتى ،

وقوله ولم يكن صاحب مائدة بيان لشرط رابع ذكره فى غاية البيان حيث قال : إذا كان له طعام كثير وهو صاحب مائدة يمكن المرأة من تناول مقدار كفايتها فليس لها أن تطالبه بفرض النفقة ، وإن لم يكن بهذه الصفة ، فإن رضيت أن تأكل معه فبها ونعمت ، وإن خاصمته يفرض لها بالمعروف اهـ وهو كالصريح فى أن المراد بصاحب المائدة من يمكنها تناول كفايتها من طعامه سواء كان ينفق على من لا تجب عليه نفقته أو لا فافهم (قوله لأن لها الخ) تعليل لما فهم من الشرط الرابع : أى لكونها يحل لها تناول كفايتها ولو بدون إذنه لا يفرض لها إذا أمكنها ذلك فافهم (قوله فإن لم يعط الخ) تفريع على قوله ليعطيها : وفى الفتح : امتنع عن الإنفاق عليها مع اليسر لم يفرق بينهما ويبيع الحاكم ماله عليه ويصرفه فى نفقتها ، فإن لم يجد ماله يحبسه حتى ينفق عليها ولا يفسخ ولا يباع مسكنه وخادمه لأنه من أصول حوائجه وهى مقدمة على ديونه ، وقيل يبيع ماسوى الإزار إلا فى البرد ، وقيل ماسوى دست من الثياب وإليه مال الحلوانى ، وقيل دستين وإليه مال السرخسى ، ولا تباع عمامته قهستانى عن المحيط در منتقى . والدست من الثياب : مايلبسه الإنسان ويكفيه لتردده فى حوائجه جمعه دسوت مصباح (قوله أى كل مدة تناسبه الخ) قالوا : يعتبر فى الفرض الأصلح ، والأيسر ؛ ففى المحترف يوما بيوم لأنه قد لا يقدر على تحصيل نفقة شهر دفعة ، وهذا بناء على أنه يعطيها معجلا ، ويعطيها كل يوم عند المساء عن اليوم الذى يلى ذلك المساء لتتمكن من الصرف فى حاجتها فى ذلك اليوم ، وإن كانا تاجرا فنفقة شهر بشهر ، أو من الدهاقين فنفقة سنة بسنة أو من الصناع الذين لا ينقضى عملهم إلا بانقضاء الأسبوع كذلك فتح وغيره .

قلت : ومشى فى الاختيار وغيره على ما ذكره المصنف من التقدير بشهر لأنه وسط وهو الذى ذكره محمد ، نعم فى الذخيرة عن السرخسى أنه ليس بتقدير لازم وأن بعض المتأخرين اعتبر مامر من التفصيل فى حال الزوج (قوله وله الدفع كل يوم) ذكره فى البحر بحثا حيث ذكر التفصيل المذكور ، ثم قال : وينبغى أن يكون محله ما إذا رضى الزوج ، وإلا فلو قال أنا أدفع نفقة كل يوم معجلا لا يجبر على غيره لأنه إنما اعتبر ماذكر تخفيفا عليه فإذا كان يضره لا يفعل ، وظاهر كلامهم أن كل مدة ناسبت حال الزوج أنه يعجل نفقتها كما صرحوا به فى اليوم اهـ فتأمل (قوله كما لها الطلب الخ) ذكر فى الذخيرة مامر عن محمد من التقدير بشهر لأنه أقل الآجال المعتادة ثم قال وفرّع على هذا أنه لو لم يدفع لها فأرادت أن تطلب كل يوم فإنما تطلب عند المساء ، لأن حصة كل يوم معلومة فيمكن طلبها بخلاف مادون اليوم لأنه مقدر بالساعات فلا يمكن اعتباره اهـ فأفاد أن الخيار لها فى طلب كل يوم إذا لم يدفع لها نفقة الشهر ، فلا ينافى مابحثه فى البحر من جعل الخيار له فى الدفع كل يوم فافهم ، نعم جعل الخيار له قد يكون فيه إضرار بها كما هو مشاهد حيث يحوجها إلى الخروج من بيتها فى كل يوم وإلى المخاصمة والمنازعة ، وربما لا تجده وإن وجدته لا يعطيها ، فالأولى فى زماننا مانقلناه عن الذخيرة من التقدير بالشهر وجعل الخيار لها فى الأخذ كل يوم ، لكن إذا ماطلها كما ذكرناه لا مطلقا ، لأنه إذا دفع لها نفقة كل شهر فامتنعت وطلبت الأخذ كل يوم تكون متعنتة قاصدة لإضراره ومخاصمته فى كل يوم ، فينبغى التعويل على هذا التفصيل الموافق لقواعد الشرع المعلومة من قطع المنازعة والخصومة .

ولها أخذ كفيل بنفقة شهر فأكثر خوفا من غيبته عندالثانى وبه يفتى، وقس سائر الديون عليه وبه أفتى بعضهم جواهر الفتاوى من كفالة الباب الأول ، ولو كفل لها كل شهر كذا أبدا وقع على الأبد وكذا لو لم يقل أبدا عند الثانى ،

مطلب فى أخذ المرأة كفيلا بالنفقه

(قوله ولها أخذ كفيل الخ) عبارة الفتح : امرأة قالت إن زوجى يطيل الغيبة عنى فطلبت كفيلا بالنفقة . قال أبو حنيفة : ليس لها ذلك . وقال أبو يوسف : تأخذ كفيلا بنفقة شهر واحد استحسانا وعليه الفتوى ، فلو علم أنه يمكث فى السفر أكثر من شهر أخذ عند أبى يوسف الكفيل بأكثر من شهر اهـ . فظهر أن محل أخذ الكفيل بنفقة شهر هو عدم العلم بقدر غيبته ، فيخاف أن يمكث أقل أو أكثر فيقتصر على الشهر لأنه أقل الآجال المعتادة كما مر ، ومحل الأكثر لو علم أنه يغيب أكثر كما لو خرج للحج مثلا فيؤخذ بقدرها فافهم ، نعم فى عبارة الشارح اختصار يوهم خلاف المراد، وما أفاده كلامه من أن خلاف أبى يوسف فى المحلين لا فى الأول فقط هو صريح عبارة الفتح المذكورة فافهم (قوله وقس سائر الديون عليه) أى على دين النفقة . قال فى [نور العين] وفى آخر كفالة الخيط : والفتوى فى مسألة النفقة على قول أبى يوسف . وفى سائر الديون : لو أفتى مفت بذلك كان حسنا رفقا بالناس ، وفى الأقضية أجمعوا أن فى الدين المؤجل إذا قرب حلول الأجل وأراد المديون السفر لا يجب عليه إعطاء الكفيل، وفى الصغرى المديون إذا أراد أن يغيب ليس لرب الدين أن يطالبه باعطاء الكفيل. وقال أبو يوسف : لو قال قائل بأن له أن يطالبه قياسا على نفقة شهر لا يبعد . وفى المنتقى : رب الدين لو قال للقاضى إن مديونى فلانا يريد أن يغيب عنى فإنه يطالبه بإعطاء الكفيل وإن كان الدين مؤجلا اهـ ثم لا يخفى أنه لا يتأتى هنا التقييد بالشهر ، بل المراد الكفالة بكل الدين لأنه شىء مقدر ثابت فى ذمة المديون ، بخلاف النفقة فإنها تزداد بزيادة المدة فتتقيد الكفالة بقدر مدة الغيبة ، نعم لو كان الدين مقسطا يظهر التقييد بأخذ الكفيل بأقساط مدة الغيبة فافهم (قوله ولو كفل لها كل شهر كذا الخ) اعلم أن مامر إنما هو فى الخلاف فى جواز أخذها الكفيل منه جبرا عند خوف الغيبة ، والكلام الآن فى قدر المدة التى تصح بها الكفالة ، فإن كفل لها كل شهر عشرة دراهم ، فإن قال أبدا أو مادمتما زوجين وقع على الأبد اتفاقا ، وإلا وقع على شهر واحد عند أبى حنيفة ، وعلى الأبد عند أبى يوسف ، وهو أرفق ، وعليه الفتوى كما فى البحر . ومفاده أنها لا تصح قبل الفرض أو التراضى على شىء معين ، وصرح به فى البحر عن الذخيرة فى شرح قوله ولا تجب نفقة مضت إلا بالقضاء أو الرضا، لكن نقل بعده عن الواقعات لو قالت إنه يريد الغيبة وطلبت منه كفيلا ليس لها ذلك لأن النفقة لم تجب . وقال أبو يوسف : أستحسن أخذ كفيل بنفقة شهر وعليه الفتوى ، لأنها إن لم تجب للحال تجب بعده فيصير كأنه كفل بما ذاب لها على الزوج فيجبر استحسانا رفقا بالناس . قال : وزاد فى الذخيرة : إنه لا فرق بين كونها مفروضة أولا اهـ .

قلت : وهذا مخالف لما قبله من أنها لا تصح قبل الفرض أو التراضى، ووفق الرملى بحمل ماقبله على حال الحضور وحمل هذا على حال إرادة الغيبة فيصح فى الغيبة مطلقا استحسانا ، وعليه فما مر من أن الأب لا يطالب بنفقة زوجة ابنه إلا إذا ضمنها مقيد بالمفروضة أو المقضية توفيقا بين كلامهم .

قلت : وفى الذخيرة عن كتاب الأقضية : إذا ضمن النفقة والمهر عن زوجها فضمان النفقة باطل إلا أن يسمى شيئا بأن يصطلحا على شىء مقدر لنفقة كل شهر ثم يضمنه رجل ، فيجوز لوجوب النفقة بهذا الاصطلاح فيصح الضمان ولكن لا يلزمه أكثر من نفقة شهر اهـ . والظاهر أن هذا هو القياس، إذ لا يصح الضمان بما لم يجب، لأن النفقة لا تجب قبل الاصطلاح على قدر معين بالقضاء أو الرضا ولذا تسقط بالمضى عند عدم ذلك، لكن علمت مما مر أن الاستحسان

وبه يفتى بحر : وفيه عليها دين لزوجها لم يلتقيا قصاصا إلا برضاه لسقوطه بالموت ، بخلاف سائر الديون ؛ وفيه آجرت دارها من زوجها وهما يسكنان فيه لاأجر عليه .

ولو دخل بها فى منزل كانت فيه بأجر فطولبت به بعد سنة فقالت اه أخبرتك بأن المنزل بالكراء عليك الأجر فهو عليها لأنها العاقدة بزازية ، ومفهومه أنها لو سكنت بغير إجارة فى وقف أو مال يتيم أو معد للاستغلال ، فالأجرة عليه فليحفظ (ويقدرها بقدر الغلاء والرخص ولا تقدر بدراهم) ودنانير كما فى الاختيار ، وعزاه المصنف لشرح المجمع للمصنف ، لكن فى البحر عن المحيط ثم المجتبى : إن شاء القاضى فرضها أصنافا أو قومها بالدراهم ثم يقدر بالدراهم .

الجواز وإن لم تجب للحال وأنه يصير كأنه كفل لها بماذاب لها على الزوج ، أى بما ثبت لها عليه بعد ، والكفالة بذلك جائزة فى غير النفقة فكذا فى النفقة . ولا يخفى أن علة الاستحسان جارية فى مسألتى الحضرة والغيبة ، ويدل عليه إطلاقهم مسألة ضمان الأب نفقة زوجة الابن ، وكذا قوله فى فتح القدير ولو ضمن لها نفقة سنة جاز وإن لم تكن واجبة ، هذا ماظهر لى من التوفيق ، وهو بالقبول حقيق فاغتنمه .

[تنبيه] هذه الكفالة تتضمن زمان العدة أيضا لأنه كفيل ما دام النكاح ، وهو فى العدة باق من وجه كما فى الذخيرة ونحوه فى الفتح . ولو كفل لها بنفقة ولدها أبدا أو بنفقة خادمها ماعاش لم يصح لسقوط النفقة عنه إذا أيسر الولد أو بلغ أو استغنت المرأة عن الخادم فكان الوقت مجهولا ، بخلاف نفقة المرأة لوجوبها مابقى النكاح كما فى الذخيرة .

ثم اعلم أن الكفالة بالمال يشترط لصحتها أن يكون المال دينا صحيحا وهو مالا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، ودين النفقة يسقط بالموت والطلاق ، فالقياس أن لاتصح فيه الكفالة ، وكأنهم أخذوا بالاستحسان كماذكره الشارح فى كتاب الكفالة فافهم (قوله لسقوطه) أى لسقوط دين النفقة بموت أحدهما ، وكذا بالطلاق على مافيه من الخلاف على ماسيأتى ، فكان أضعف من دين الزوج فلابد من رضاه اه ح (قوله بخلاف سائر الديون) أى فإنه يقع التقاص فيها تقاصا أولا بشرط التساوى ، فلو اختلفا كما إذا كان أحدهما جيدا والآخر رديئا فلابد من رضا صاحب الجيد كما فى البحر ح (قوله وفيه) أى فى البحر عند قول الكنز والسكنى فى بيت خال الخ ، لكن هذا يوجد فى بعض نسخ البحر (قوله لا أجر عليه) لأن منفعة سكنى الدار تعود إليها ، لكن سيأتى فى الإجارات أن الفتوى على الصحة لتبعيتها له فى السكنى أفاده ح (قوله ومفهومه الخ) من كلام البحر (قوله فالأجرة عليه) لأن هذه الثلاثة تضمن بالغصب ، وهى تابعة للزوج فى السكنى ولم يوجد العقد منها .

واعترضه ط بأن سكناه عارضة بعد تحقق الغصب منها ولا اعتبار لنسبة السكنى العارضة إليه بعد تحقق الفعل منها اه . وقد يجاب بأنها لما كانت تابعة له فى السكنى صارت اليد له فصار كغاصب الغاصب ، لكن مقتضى هذا جواز تضمينها وتضمينه الأجرة كما هو الحكم فى الغاصب وغاصب الغاصب (قوله بقدر الغلاء والرخص) أى يراعى كل وقت أو مكان بما يناسبه . وفى البزازية إذا فرض القاضى النفقة ثم رخص تسقط الزيادة ولا يبطل القضاء وبالعكس لها طلب الزيادة اه وكذا لو صالحته على شىء معلوم ثم غلا السعر أو رخص كما سيذكره المصنف والشارح (قوله ولا تقدر بدراهم ودنانير) أى لاتقدر بشىء معين بحيث لاتزيد ولا تنقص فى كل مكان وزمان ، وماذكره محمد من تقديرها على المعسر بأربعة دراهم فى كل شهر فليس بلازم وإنما هو على ماشاهد فى زمانه ، وإنما على القاضى فى زماننا اعتبار الكفاية بالمعروف كما فى الذخيرة (قوله لكن فى البحر الخ) حيث قال : فالحاصل أنه ينبغى للقاضى

وفيه : لو قترت على نفسها فله أن يرفعها للقاضي لتأكل مما فرض لها خوفا عليها من الهزال فإنه يضره كما له أن يرفعها للقاضي للبس الثوب لأن الزينة حقه (وتزاد في الشتاء جبة) وسروالا وما يدفع به أذى حر وبرد (ولحافا وفراشا) وحدها لأنها ربما تعتزل عنه أيام حيضها ومرضها (إن طلبته، ويختلف ذلك يسارا وإعسارا وحالا وبلدا) اختيار، وليس عليه خفها بل خف أمتها مجتبى :

وفي البحر : قد استفيد من هذا أنه لو كان لها أمتعة من فرش ونحوها لايسقط عن الزوج ذلك بل يجب عليه وقد رأينا من يأمرها بفرش أمتعتها له ولأضيافه جبرا عليها وذلك حرام كمنع كسوتها اه ؛ لكن قدمنا في المهر عنه

إذا أراد فرض النفقة أن ينظر في سعر البلد وينظر مايكفيها بحسب عرف تلك البلدة ويقوّم الأصناف بالدراهم ثم يقدر بالدراهم كما في المحيط ، أما باعتبار حاله أو باعتبار حالها كما مر ؛ ثم قال : وفي المجتبى إن شاء فرض لها أصنافا وإن شاء قوّمها وفرض لها بالقيمة اه .

ثم اعلم أن هذا لاينافي ماعزاه إلى الاختيار والمجمع من عدم تقديرها بدراهم : أي بشيء معين لايزيد ولاينقص بل هو مؤكد له ومفسر ، فلا وجه للاستدراك عليه ؛ فالأولى جعل قوله لكن الخ استدراكا على قوله ويقدرها بقدر الغلاء والرخص ، فإن ماذكره في البحر يفيد أن القاضي مخير بين ذلك وبين فرضها أصنافا : أي من خبز وإدام ودهن وصابون ونحو ذلك ، فإذا ظهر للقاضي عدم إنفاقه بنفسه يأمره بدفع ذلك أو بقيمته بقدر كفايتها ، وحينئذ فالاستدراك صحيح فافهم (قوله وفيه) أي في البحر بحثا (قوله كما له أن يرفعها) الأولى أن يقول بدليل أن له أن يرفعها الخ ليفيد أنه بحث ، فإن صاحب البحر ذكر هذه المسألة عن الخلاصة ، ثم قال وهو يدل على أن له الخ (قوله وتزاد في الشتاء الخ) أي تزاد على ماقدره محمد في الكسوة بدرعين وخمارين وملحفة في كل سنة : قال في الظهيرية : إن هذا في عرفهم ، أما في عرفنا فيجب السراويل والجبة والفراش واللحاف وما تدفع به أذى الحر والبرد ، وفي الشتاء درع خزرجية قز وخمار إبريسم اه : وفي الذخيرة ماذكره محمد على عادتهم ، وذلك يختلف باختلاف الأماكن حرا وبردا والعادات ، فعلى القاضي اعتبار الكفاية بالمعروف في كل وقت ومكان ، وكل جواب عرفته في النفقة من اعتبار حاله أو حالها فهو الجواب في الكسوة (قوله ومايدفع الخ) مفعول لفعل مقدر دل عليه المذكور ، إذ عطفه على جبة لايناسبه تقييد الفعل بالشتاء ، وما يدفع أذى الحر يناسب الصيف (قوله إن طلبته) راجع لقوله ويقدرها وقوله وتزاد (قوله ويختلف ذلك الخ) هو معنى ماذكرناه آنفا عن الظهيرية وعن الذخيرة ، وقوله وحالا : أي حال الزوجين في اليسار والإعسار ، فهو عطف مرادف تأمل ، ولو قال بدله ووقتا لكان أولى (قوله وليس عليه خفها الخ) قال في البزازية : ولم يذكر الخف والإزار في كسوة المرأة وذكرهما في كسوة الخادم وذلك في ديارهم بحكم العرف وفي ديارنا يفرض الإزار والمكعب وما تنام عليه اه : وقال السرخسي : ولم يوجب محمد الإزار لأنه إنما يحتاج للخروج والمرأة منهية عنه . قال في الذخيرة : هذا التعليل إشارة إلى أنه لايفرض للمرأة الإزار في ديارنا أيضا اه :

والحاصل أنه اختلف التعليل لعدم ذكر الإزار ، فقيل للعرف ولذا أوجبه الخصاف لاختلاف العرف في زمانه وقيل لحرمة الخروج ، ولعل الأول أوجه لأنها يحل لها الخروج في مواضع فلابد لها من ساتر ، وتقدم أنه يجب لها مداس رجلها . والظاهر أنه لا خلاف فيه إن كان المراد به ماتلبسه في البيت ، وكذا الخف أو الجورب في الشتاء لدفع البرد الشديد (قوله وفي البحر الخ) وعبارته : والحاصل أن المرأة ليس عليها إلا تسليم نفسها في بيته وعليه لها جميع مايكفيها بحسب حالها من أكل وشرب ولبس وفرش ، ولا يلزمها أن تتمتع بما هو ملكها ولا أن تفرش له شيئا من فرشها الخ :

عن المبتغى : لو زفت إليه بلا جهاز يليق به فله مطالبة الأب بالنقد إلا إذا سكت انتهى . وعليه فلو زفت به إليه لايحرم عليه الانتفاع به وفى عرفنا يلتزمون كثرة المهر لكثرة الجهاز وقلته لقلته ولا شك أن المعروف كالمشروط فينبغى العمل بما مركذا فى النهر . وفيه عن قضاء البحر : هل تقدير القاضى للنفقة حكم منه ؟قلت : نعم ، لأن طلب التقدير بشرطه دعوى فلا تسقط بمضى المدة :

ولو فرض لها كل يوم أوكل شهر هل يكون قضاء مادام النكاح ؟

قلت : ومفاده أنه يلزمه كسوتها من حين عقده عليها أو دخوله بها ؛ ومر التصريح به عن الخلاصة فتجب حالة لامؤجلة إلى مضى نصف الحول ، وإن زفت إليه بثياب فلا يلزمها استعمالها ، كما لو مضت المدة ولم تلبس ما دفعه لها فلها عليه غيره كما مر ويأتى ، وكما لو كانت تملك طعاما يكفيها أو قترت على نفسها وبقى معها دراهم مما فرض لها عليه فيجب لها غيره عليه :

مطلب فيما لو زفت إليه بلا جهاز

(قوله بلا جهاز يليق به) الضمير فى عبارة البحر عن المبتغى عائد إلى مابعثه الزوج إلى الأب من الدراهم والدنانير ؛ ثم قال : والمعتبر مايتخذ للزوج لامايتخذ لها اه وقدمنا فى باب المهر أن هذا المبعوث إلى الأب يسمى فى عرف الأعاجم بالدستيمان وأنه فى الكافى وغيره فسره بالمهر المعجل ، وأن غيره فصل وقال : إن أدرج فى العقد فهو المهر المعجل حتى ملكت المرأة منع نفسها لاستيفائه فلا يملك الزوج طلب الجهاز ، لأن الشيء لايقابله عوضان وإن لم يدرج فيه ولم يعقد عليه فهو كالهبة بشرط العوض ، فله طلب الجهاز على قدر العرف والعادة أو طلب الدستيمان ، وبذلك يحصل التوفيق بين القولين (قوله فله مطالبة الأب بالنقد) أى المنقود ، وهو مابعثه إلى الأب لاعلى كونه من المهر ، بل على كونه بمقابلة مايتخذ للزوج فى الجهاز لما علمت من أنه هبة بشرط العوض فله الرجوع بها عند عدم المعوض فافهم (قوله إلا إذا سكت) أى زمانا يعرف به رضاه (قوله وعليه) أى يبتنى على ما ذكر من أن له المطالبة به لأنه يصير ملكه حين تسلمه بعد الزفاف (قوله فينبغى العمل بما مر) أى من أنه لايحرم الانتفاع به بلا إذنها .

وأما ماذكره صاحب النهر هناك عن البزازية من أن الصحيح أنه لايرجع على الأب بشيء لأن المال فى النكاح غير مقصود اه فهو مبنى على أن ذلك المعجل أدرك فى العقد بدليل التعليل بأن المال وهو الجهاز غير مقصود فى النكاح لأن المهر يجعل بدلا عن البضع وحده .

لايقال : إنه وإن أدرج فى العقد يعتبر بدلا عن الجهاز أيضا بحكم العرف فصار المعقود عليه كلامنهما . لأنا نقول يلزم منه فساد التسمية لعدم العلم بما يخص كل واحد منهما ؛ وأيضا حيث صرح بجعله مهرا وهو بدل البضع لايعتبر المعنى ، على أن هذا العرف غير معروف فى زماننا ، فإن كل أحد يعلم أن الجهاز ملك المرأة وأنه إذا طلقها تأخذه كله ، وإذا ماتت يورث عنها ولا يختص بشيء منه وإنما المعروف أنه يزيد فى المهر لتأتى بجهاز كثير ليزين به بيته وينتفع به بإذنها ويرثه هو وأولاده إذا ماتت ، كما يزيد فى مهر الغنية لأجل ذلك لا ليكون الجهاز كله أو بعضه ملكاله ولا ليملك الانتفاع به وإن لم تأذن فافهم (قوله هل تقدير القاضى) أي من غير قوله حكمت بملك ط : والظاهر أنه بالدال هنا وفيما بعده من المواضع ويصح بالراء ، وكان ينبغى ذكر هذه المسائل عند قول المصنف الآتى والنفقة لاتصير دينا إلا بالقضاء أو الرضا (قوله بشرطه) هو شكوى المطل ، وحضور الزوج ، وكونه غير صاحب مائدة ط (قوله فلا تسقط) أى النفقة ، وهذا تفريع على كونه حكما ح (قوله هل يكون قضاء الخ) قال

قلت: نعم إلا المانع ، ولذا قالوا الإبراء قبل الفرض باطل وبعده يصح مما مضى ومن شهر مستقبل ،حتى لو شرط فى العقد أن النفقة تكون من غير تقدير والكسوة كسوة الشتاء والصيف لم يلزم فلها بعد ذلك طلب التقدير فيهما . ولو حكم بموجب العقد مالكى يرى ذلك فللحنفى تقديرها لعدم الدعوى والحادثة .

فى البحر : ومسألة الإبراء أى الآتية قريبا تدل على أن الفرض فى الشهر الأول منجز وفيما بعده مضاف فيتنجز بدخوله وهكذا اهـ (قوله إلا المانع) كنشوزها فتسقط فى مدته كما مر ، وكتغير السعر غلاء أو رخصا فتنقص أو تزاد (قوله ولذا) أى لما علم مما سبق أن النفقة تصير دينا بالقضاء ولا تسقط بمضى المدة ط (قوله قبل الفرض) يشمل الفرض بالقضاء أو بالرضا ، وقوله باطل لأنها لا تصير دينا بدون الفرض المذكور ، فليس فى كلامه قصور فافهم .

مطلب فى الإبراء عن النفقة

[تنبيه] يستثنى من ذلك مالو خالعها على أن تبرئه من نفقة العدة كما قدمناه فى بابه ، لأنه إبراء بعوض وهو استيفاء قبل الوجوب فيجوز ، أما الأول فهو إسقاط للشىء قبل وجوبه فلا يجوز كما فى الفتح (قوله ومن شهر مستقبل) أى إذا كانت مفروضة بالأشهر ، فلو بالأيام يبرأ من نفقة يوم مستقبل ، وكذا لو بالسنين يبرأ عن نفقة سنة مستقبلة كما هو ظاهر . والظاهر أن المراد بالمستقبل مادخل أوله لأنه إنما يتنجز بدخوله كما علمته آنفا ، و قبل دخول حكمه حكم مابعده من الأشهر المستقبلة ، ويؤيده مافى البحر :وكذا لو قالت أبرأتك عن نفقة سنة لم يبرأ إلا من نفقة شهر واحد ، لأن القاضى لما فرض نفقة كل شهر فإنما فرض لمعنى يتجدد بتجدد الشهر ، فما لم يتجدد الشهر لايتجدد الفرض ومالم يتجدد الفرض لاتصير نفقة الشهر الثانى واجبة الخ .

وحاصله أن النفقة تفرض لمعنى الحاجة المتجددة ، فإذا فرضت كل شهر كذا صارت الحاجة متجددة بتجدد كل شهر ، فقبل تجدده لايتجدد الفرض فلم تجب النفقة قبله ، ولا يصح الإبراء عما لم يجب ، ومقتضاه أنه لو فرضها كل سنة كذا صح الإبراء عن سنة دخلت لا عن أكثر ولا عن سنة لم تدخل ، هذا ماظهر لى فتدبره (قوله حتى لو شرط) تفريع على مفهوم كون تقدير القاضى النفقة حكما منه اهـ ح ، والمفهوم هو كونها بدون تقدير القاضى لا تكون لازمة ، وفيه أنها تلزم بالتراضى على قدر معلوم وتصير به دينا فى ذمة الزوج فيتعين كونه تفريعا على مفهوم قوله الإبراء قبل الفرض باطل ، وقد علمت أن الفرض شامل للقضاء والرضا ، لأن الفرض معناه التقدير وهو حاصل بكل منهما ، ومفهوم أنها قبل الفرض المذكور لا تكون لازمة لأن الشرط المذكور ليس فيه تقدير كما يظهر قريبا فافهم (قوله تكون من غير تقدير) كذا فى بعض النسخ ، وفى بعضها تمون بدل تكون ، فقوله من غير تقدير تفسير للتمون (قوله والكسوة كسوة الشتاء والصيف) أى يأتيها بالكسوة الواجبة فى كل نصف حول ، بأن يأتيها بها ثيابا بلا تقويم وتقدير بدراهم بدل الثياب فافهم(قوله لم يلزم الخ)كذا ذكره فى البحر بحثا :

ووجهه أن ذلك الشرط وعدمه سواء ، لأن ذلك هو الواجب عليه بنفس العقد سواء شرطه أولا ، وإنما يعدل إلى التقدير بشىء معين بالصلح والتراضى أو بقضاء القاضى إذا ظهر له مطله ، فتصير النفقة بذلك لازمة عليه ودينا بذمته حتى لاتسقط بمضى المدة ويصح الإبراء عنها وقبل ذلك لاتصير كذلك كما علمت (قوله فلها بعد ذلك الخ) أى بعد ماذكر من الشرط طلب التقدير فى النفقة والكسوة من الزوج أو القاضى بشرطه المار (قوله ولو حكم بموجب العقد مالكى الخ) أى لو ترافعا إلى مالكى بعد المنازعة فى صحة العقد فقال حكمت بصحته وصحة شروطه

بقى لو حكم الحنفى بفرضها دراهم هل للشافعى بعده أن يحكم بالتموين ؟ قال الشيخ قاسم فى «وجبات الأحكام: لا ، وعليه فلو حكم الشافعى بالتموين ليس للحنفى الحكم بخلافه فليحفظ ، نعم لو اتفقا بعد الفرض على أن تأكل معه تموينا بطل الفرض السابق لرضاها بذلك .

وفى السراجية : قدر كسوتها دراهم ورضيت وقضى به هل لها أن ترجع وتطالب كسوة قماشا ؟ أجاب نعم ، وقالوا : مابقى من النفقة لها فيقضى بأخرى ، بخلاف إسراف وسرقة وهلاك ونفقة محرم وكسوة ، إلا إذا تخرقت

وبموجبه : أى بما يستوجبه العقد ويقتضيه من لزوم المهر ولزم تسليمها نفسها ونحوه صح الحكم : لكن للحنفى تقدير النفقة دراهم وإن كان مذهب المالكى لزوم الشرط بالتموين ، لأن ذلك لم يصح حكم المالكى فيه إذ لابد فى صحة الحكم من الدعوى والحادثة : أى ترافعهما لديه فى الحادثة التى يحكم بها ، ولم يقع بينهما تنازع فى صحة اشتراط التموين حتى يصح حكمه به وإن قال حكمت بشروطه وموجبه ، إذ ليس لزوم اشتراط التموين من موجبات العقد اللازمة له فللحنفى الحكم بخلافه (قوله بقى لو حكم الحنفى) أى حكما مستوفيا شرائطه كما مر (قوله لا) أى ليس للشافعى الحكم بالتموين ، لأن فيه إبطال قضاء الحنفى ط (قوله وعليه الخ) هذا بحث لصاحب النهر ط . (قوله فلو حكم الشافعى بالتموين) بأن ترافعا إليه وطلبت منه التقدير وأبى ولم يظهر للقاضى مطله فحكم لها بالتموين لم يكن للحنفى نقضه .

قلت : إلا أن يظهر بعد ذلك مطله ، فيفرضها دراهم لكون ذلك حادثة أخرى غير التى حكم بها الشافعى (قوله بطل الفرض السابق) أى الفرض الحاصل بالقضاء أو بالرضا (قوله لرضاها بذلك)لأن الفرض كان حقها لكونه أنفع لها فإن النفقة تصير به دينا فى ذمته فلا تسقط بالمضى ، فإذا اتفقا على التموين فى المستقبل يكون إعراضا عن الفرض السابق ، وهذه المسألة ذكرها فى البحر بحثا وقال إنها كثيرة الوقوع ، وقد أخذها مما فى الذخيرة : لو صالحته على ثلاثة دراهم كل شهر قبل التقدير بالقضاء أو الرضا أو بعده كان تقديرا للنفقة ، فتجوز الزيادة عليه لو قالت لايكفينى ، والنقصان عنه لو قال لا أطيقه وعلم القاضى صدقه بالسؤال عنه وإلا لا ، لأن التزامه ذلك باختياره دليل قدرته عليه ولو صالحته على نحو ثوب أو عبد مما لايصح للقاضى أن يفرضه فى النفقة ، فإن كان قبل التقدير بالقضاء أو الرضا كان تقديرا أيضا ، وإن كان بعده كان معاوضة فلا تجوز الزيادة عليه ولا النقصان اه ملخصا . قال فى البحر : وعلم منه أن تراضيهما على مايصلح للنفقة مبطل لفرض القاضى ، فيستفاد منه أنهما لو اتفقا الخ (قوله وفى السراجية الخ) أى فتاوى سراج الدين قارى الهداية وهذا مخالف لما قاله الشيخ قاسم ، وكون ذاك مفروضا فى النفقة وهذا فى الكسوة لايجدى نفعا فى الفرق تأمل .

وقد يجاب بأن ذلك فى فرض القاضى وهذا فى التراضى بدليل قوله ورضيت ، وقوله وقضى به لم يرد به القضاء الحقيقى بل الصورى لأن التقدير صح بتراضيهما قبل القضاء ، وأيضا فان شرط القضاء ظهور المطل وبمجرد التراضى لم يظهر مطل ، وحينئذ فرجوعها وطلب الكسوة قماشا ليس فيه إبطال قضاء سابق بل فيه إعراض عن حقها لكون التقدير برضاها أنفع لها كما مر فى فرض القاضى ، ويظهر من هذا أن قوله السابق لو اتفقا الخ غير قيد بل يكفى طلبها . ويظهر منه أيضا أنه لا فرق بين كون طلبها بعد الفرض والتقدير بالقضاء أو الرضا ولذا ذكر ما فى السراجية عقب قوله لو اتفقا الخ ، لكن يشكل على هذا مامر عن الشيخ قاسم فإنه إذا لم يصح حكم الشافعى بالتموين بعد حكم الحنفى بالتقدير بالدراهم فعدم صحة طلبها بدون حكم يكون بالأولى فليتأمل (قوله وقالوا الخ) الأصل أن القاضى إذا ظهر له الخطأ فى التقدير يرده وإلا فلا فلو قدر لها عشرة دراهم نفقة شهر فمضى

بالاستعمال المعتاد أو استعملت معها أخرى فيفرض أخرى (و) تجب (لخادمها المملوك) لها على الظاهر ملكا تاما ولا شغل له غير خدمتها بالفعل ، فلو لم يكن فى ملكها أو لم يخدمها لانفقة له ، لأن نفقة الخادم بإزاء الخدمة ،

الشهر وبقى منها شيء يفرض لها عشرة أخرى إذا لم يظهر خطؤه فى التقدير بيقين لجواز أنها قترت على نفسها فيبقى التقدير معتبرا فيقضى لها بأخرى ، بخلاف ما إذا أسرفت فيها أوسرقت أوهلكت قبل مضى الوقت لايقضى بأخرى مالم يمضى الوقت لعدم ظهور الخطا ، بخلاف نفقة المحرم وكذا كسوته فإنه إذا مضى الوقت وبقى شيء لايقضى بأخرى لأنها فى حقه باعتبار الحاجة ، ولذا لوضاعت منه يفرض لهأخرى ، وفى حق المرأة معاوضة عن الاحتباس: وبخلاف كسوة المرأة فإنها لايقضى لها بأخرى إلا إذا تخرقت قبل مضى المدة بالاستعمال المعتاد فيقضى لها بأخرى قبل تمام المدة لظهور خطئه فى التقدير حيث وقت وقتا لا تبقى معه الكسوة ، وإلا إذا مضت المدة وهى باقية لكونها استعملت أخرى معها فيقضى لها بأخرى أيضا لعدم ظهور الخطإ ، ومثله ما إذا لم تستعملها أصلا وسكت عنه الشارح لعلمه بالأولى ، وفهم من كلامه أنها إذا تخرقت قبل مضى المدة باستعمال غير معتاد لايقضى بأخرى ما لم تمض المدة لعدم ظهور الخطا فى التقدير ، وأنها إذا بقيت فى المدة مع استعمالها وحدها فكذلك لايقضى لها بأخرى ما لم تتخرق لظهور خطئه حيث وقت وقتا تبقى الكسوة بعده ، وتمام الكلام فى البحر عن الذخيرة :

مطلب فى نفقة خادم المرأة

(قوله وتجب لخادمها المملوك لها) لأن كفايتها واجبة عليه وهذا من تمامها إذ لا بد لها منه هداية ، ويعلم منه أنها إذا مرضت وجب عليه إخدامها ولو كانت أمة ، وبه صرح الشافعية ، وهو مقتضى قواعد مذهبنا ؛ ولم أره صريحا وإن علم من كلامهم رملى :

قلت : هذا ظاهر على خلاف الظاهر : فى البحر : قيل هو أى الخادم كل من يخدمها حرا كان أو عبدا ملكا لها أوله أو لهما أو لغيرهما ، وظاهر الرواية عن أصحابنا الثلاثة كما فى الذخيرة أنه مملوكها ، فلو لم يكن لها خادم لا يفرض عليه نفقة خادم لأنها بسبب الملك ، فإذا لم يكن فى ملكها لا تلزمه نفقته اهـ :

ثم قال : وبهذا علم أنه إذا لم يكن لها خادم مملوك لا يلزمه كراء غلام يخدمها ، لكن يلزمه أن يشترى لها ما تحتاجه من السوق كما صرح به فى السراجية اهـ . إلا أن يقال : هذا فى غير المريضة ، لأنه إذا اشترى لها ماتحتاجه تستغنى عنه ، بخلاف المريضة إذا لم تجد من يمرضها فيكون من تمام الكفاية الواجبة على الزوج . نعم إذا طلبته ليقوم عنها فى الطبخ ونحوه ، فقد مر أنها إذا لم تفعل يأتيها بمن يكفيها ذلك إذا كانت ممن لا يخدم أو لاتقدر ، وكذا إذا كان لخدمة أولاده كما يأتى (قوله على الظاهر) أى ظاهر الرواية كما علمت (قوله ملكا تاما) احترز به عن الزوجة المكاتبة إذا كان لها مملوك فإن نفقته لا تجب على زوجها كما فى المنح أخذا من تقييد الزيلعى وغيره بالحرة :

بقى لو كانت الزوجة حرة وكاتبت أمتها ، فالظاهر أن نفقتها على الزوج إن لم تشتغل عن خدمتها لأن التقييد بالحرة لا يلزم منه إخراج أمتها المكاتبة فافهم (قوله بالفعل) ليس المراد أنه إنما يستحق النفقة فى حال تلبسه بالخدمة دون ما قبل الشروع فيها أو بعد الفراغ منها إذ لايتوهمه أحد ، وإنما المراد الاحتراز عما إذا لم يخدمها وإن كان لا شغل له غير خدمتها ولذا قال فى الدر المنتقى : فلو لم يكن فى ملكها أو كان له شغل غير خدمتها أو لم يكن له شغل لكن لم يخدمها فلا نفقة له اهـ فقد فرع على القيود الثلاثة ؛

ولو جاءها بخادم لم يقبل منه إلا برضاها فلا يملك إخراج خادمها بل مازاد عليه بحر بحثا (لو) حرة لا أمة جوهرة لعدم ملكها (موسرا) لا معسرا فى الأصح والقول له فى العسار، ولو برهنا فبينتها أولى خانية (ولو له أولاد لا يكفيه خادم واحد فرض عليه) نفقة (لخادمين أو أكثر اتفاقا) فتح .

وعن الثانى : غنية زفت إليه بخدم كثير استحقت نفقة الجميع ذكره المصنف . ثم قال : وفى البحر عن الغاية وبه نأخذ . قال : وفى السراجية : ويفرض عليه نفقة خادمها ، وإن كانت من الأشراف فرض نفقة خادمين ،

وفى البحر عن الذخيرة : نفقة الخادم إنما تجب عليه بازاء الخدمة ، فإذا امتنعت عن الطبخ والخبز وأعمال البيت لم تجب ، بخلاف نفقة المرأة فإنها بمقابلة الاحتباس اه فافهم (قوله ولو جاءها بخادم الخ) أى قاصدا إخراج خادمها من بيته فلا يملك ذلك فى الصحيح خانية ، لأنها قد لا تتهيأ لها الخدمة بخادم الزوج ولوالجية .

قال فى النهر : وينبغى أن يقيد بما إذا لم يتضرر من خادمها أما إذا تضرر منه بأن كان يختلس من ثمن مايشتريه كما هو دأب صغار العبيد فى ديارنا ولم تستبدل به غيره وجاءها بخادم أمين فإنه لا يتوقف على رضاها اه . وفيه أنه يمكن الزوج تعاطى الشراء بخادمة لأنه من الواجب عليه وليس ذلك من خدمتها الخاصة بها والكلام فيما يتعلق بها ط ، نعم لو كان خادمها يختلس أمتعة بيته يمكن أن يكون عذرا للزوج فى إخراجه (قوله بحر بحثا) راجع لقوله بل ما زاد . وعبارته : وظاهره أى ظاهر قولهم لا يملك إخراج خادمها أنه يملك إخراج ما عدا خادم واحد من بيته لأنه زائد على قولهما اه . أما على قول أبى يوسف الآتى فلا (قوله او حرة) لا حاجة إليه بعد قول المتن المملوك كما صرح به المصنف فى المنح أفاده ح وأشار إليه الشارح بقوله لعدم ملكها (قوله موسرا) منصوب على أنه خبر كان المقدرة بعد لو ، وعلى حل الشارح صار منصوبا على الحالية من الزوج فى قول المصنف أول الباب فتجب للزوجة على زوجها فإن قوله هنا ولخادمها معطوف على قوله للزوجة فافهم . قال فى البحر : وفى غاية البيان : واليسار مقدر بنصاب حرمان الصدقة لا بنصاب وجوب الزكاة اه .

وفى الذخيرة : ولا تقدر نفقة الخادم بالدراهم على ماذكرنا فى نفقة المرأة بل يفرض له ما يكفيه بالمعروف ولكن لا تبلغ نفقته نفقتها لأنه تبع لها فتنتقص نفقته عنها فى الإدام ، وما ذكره محمد فى الكتاب من ثياب الخادم فهو بناء على عاداتهم وذلك يختلف فى كل وقت ؛ فعلى القاضى اعتبار الكفاية فيما يفرض له فى كل وقت ومكان اه ملخصا (قوله فى الأصح) خلافا لما يقوله محمد من أنه يفرض لخادمها ولو كان الزوج معسرا ، وتمامه فى الفتح والبحر (قوله والقول له فى العسار) لأنه متمسك بالأصل منح ، ولأنه منكر لسبب الوجوب . قال فى البحر : إلا أن تقيم المرأة البينة ، ويشترط فى هذا الخبر العدد والعدالة لا لفظ الشهادة . وفى القهستانى : العسار اسم من الإعسار أى الافتقار يستعمله بعض أهل العلم إلا أنه غير مسموع كما فى الطلبة ، وقال المطرزى : إنه خطأ محض ، وكأنهم ارتكبوها لمزاوجة اليسار (قوله لا يكفيه) عبارة الفتح لا يكفيهم (قوله فرض عليه لخادمين أو أكثر) ظاهره أن الخدم لها أى لا يلزمه نفقة أكثر من خادم لها إلا إذا احتاجهم لأولاده ، لأنها لو لم يكن لها خدم واحتاج أولاده إلى أكثر من خادم يلزمه لأن ذلك من جملة نفقتهم كما لا يخفى (قوله وعن الثانى) أى أبى يوسف ، أشار إلى أن هذا رواية عن أبى يوسف ، لأن المنقول عنه فى الهداية وغيرها أنه يفرض لخادمين لاحتياج أحدهما لمصالح الداخل والآخر لمصالح الخارج (قوله زفت إليه) أشار إلى أن المعتبر حالها فى بيت أبيها لا حالها الطارىء عليها فى بيت الزوج تأمل ، رملى (قوله ثم قال وفى البحر الخ) عبارة البحر هكذا قال الطحاوى :

وعليه الفتوى (ولا يفرق بينهما بعجزه عنها) بأنواعها الثلاثة (ولا بعدم إيفائه) لو غائبا (حقها ولو موسرا) وجوّزه الشافعي بإعسار الزوج وبتضررها بغيبته، ولو قضى به حنفي لم ينفذ، نعم لو أمر شافعيا فقضى به نفذ

وروى صاحب الإملاء عن أبي يوسف أن المرأة إذا كانت ممن يجل مقدارها عن خدمة خادم واحد أنفق على من لا بد لها منه من الخدم ممن هو أكثر من الخادم الواحد أو الاثنين أو أكثر من ذلك، قال وبه نأخذ، كذا في غاية البيان.

وفي الظهيرية والولوالجية: المرأة إذا كانت من بنات الأشراف ولها خدم يجبر الزوج على نفقة خادمين اهـ.

فالحاصل أن المذهب الاقتصار على واحد مطلقا. والمأخوذ به عند المشايخ قول أبي يوسف اهـ.

مطلب في فسخ النكاح بالعجز عن النفقة وبالغيبة

(قوله ولا يفرق بينهما بعجزه عنها) أي غائبا كان أو حاضرا (قوله بأنواعها) وهي مأكول وملبوس ومسكن ح (قوله حقها) أي من النفقة وهو منصوب مفعول المصدر وهو إيفاء (قوله ولو موسرا) المناسب ولو معسرا لأنه إشارة إلى خلاف الشافعي رحمه الله، والأصح عنده عدم الفسخ بمنع الموسر حقها كمذهبنا (قوله بإعسار الزوج) مقابل قوله ولا يفرق بينهما بعجزه ط (قوله وبتضررها بغيبته) أي تضرر المرأة بعدم وصول النفقة بسبب غيبته. وفي بعض النسخ: وبتعذرها بغيبته: أي تعذر النفقة وهي أظهر، وهذا مقابل قوله ولا بعدم إيفائه حقها.

والحاصل أن عند الشافعي إذا أعسر الزوج بالنفقة فلها الفسخ، وكذا إذا غاب وتعذر تحصيلها منه على ما اختاره كثيرون منهم، لكن الأصح المعتمد عندهم أن لا فسخ ما دام موسرا وإن انقطع خبره وتعذر استيفاء النفقة من ماله كما صرح به في الأم. قال في التحفة بعد نقله ذلك: فجزم شيخنا في شرح منهجه بالفسخ في منقطع خبر لا مال له حاضر مخالف للمنقول كما علمت. ولا فسخ بغيبة من جهل حاله يسارا وإعسارا بل لو شهدت بينة أنه غاب معسرا فلا فسخ ما لم تشهد بإعساره الآن وإن علم استنادها للاستصحاب أو ذكرته تقوية لا شكا كما يأتي اهـ (قوله نعم لو أمر شافعيا) أي بشرط أن يكون مأذونا له بالاستنابة خانية.

قال في غرر الأذكار: ثم اعلم أن مشايخنا استحسنوا أن ينصب القاضي الحنفي نائبا ممن مذهبه التفريق بينهما إذا كان الزوج حاضرا وأبى عن الطلاق، لأن دفع الحاجة الدائمة لا يتيسر بالاستدانة، إذ الظاهر أنها لا تجد من يقرضها وغنى الزوج مآلا أمر متوهم، فالتفريق ضروري إذا طلبته، وإن كان غائبا لا يفرق لأن عجزه غير معلوم حال غيبته، وإن قضى بالتفريق لا ينفذ قضاؤه لأنه ليس في مجتهد فيه لأن العجز لم يثبت اهـ.

ونقل في البحر اختلاف المشايخ وأن الصحيح كما في الذخيرة عدم النفاذ لظهور مجازفة الشهود كما في العمادية والفتح. وذكر في قضاء الأشباه في المسائل التي لا ينفذ فيها قضاء القاضي أن منها التفريق للعجز عن الإنفاق غائبا على الصحيح لا حاضرا اهـ.

والحاصل أن التفريق بالعجز عن النفقة جائز عند الشافعي حال حضرة الزوج وكذا حال غيبته مطلقا أو ما لم تشهد بينة بإعساره الآن كما علمت مما نقلناه عن التحفة. والحالة الأولى جعلها مشايخنا حكما مجتهدا فيه فينفذ فيه القضاء دون الثانية، وبه تعلم ما في كلام الشارح حيث جزم بالنفاذ فيهما فإنه مبني على خلاف الصحيح المار عن الذخيرة.

إذا لم يرتش الآمر والمأمور بحر (و) بعد الفرض (يأمرها القاضى بالاستدانة) لتحيل (عليه) وإن أبى الزوج .

وذكر فى الفتح أنه يمكن الفسخ بغير طريق إثبات عجزه بل بمعنى فقده ، وهو أن تتعذر النفقة عليها . ورده فى البحر بأنه ليس مذهب الشافعى .

قلت : ويؤيده ماقدمناه عن التحفة حيث رد على شرح المنهج بأنه خلاف المنقول ، فعلى هذا مايقع فى زماننا من فسخ القاضى الشافعى بالغيبة لا يصح ، وليس للحنفى تنفيذه سواء بنى على إثبات الفقر أو على عجز المرأة عن تحصيل النفقة منه بسبب غيبته ، فليتنبه لذلك ، نعم يصح الثانى عند أحمد كما ذكر فى كتب مذهبه ، وعليه يحمل مافى فتاوى قارئ الهداية حيث سأل عمن غاب زوجها ولم يترك لها نفقة . فأجاب : إذا أقامت بينة على ذلك وطلبت فسخ النكاح من قاض يراه ففسخ نفذ وهو قضاء على الغائب ، وفى نفاذ القضاء على الغائب روايتان عندنا ، فعلى القول بنفاذه يسوغ للحنفى أن يزوجها من الغير بعد العدة ، وإذا حضر الزوج الأول وبرهن على خلاف ما ادعت من تركها بلا نفقة لاتقبل بينته لأن البينة الأولى ترجحت بالقضاء فلا تبطل بالثانية اهـ . وأجاب عن نظيره فى موضع آخر بأنه إذا فسخ النكاح حاكم يرى ذلك ونفذ فسخه قاض آخر وتزوجت غيره صح الفسخ والتنفيذ والتزوج بالغير ، ولا يرتفع بحضور الزوج وادعائه أنه ترك عندها نفقة فى مدة غيبته الخ ، فقوله من قاض يراه لايصح أن يراد به الشافعى فضلا عن الحنفى ، بل يراد به الحنبلى فافهم (قوله إذا لم يرتش الآمر والمأمور) أما الأول فلأن نصب القاضى بالرشوة لا يصح ، وأما الثانى فلأن حكمه بها لايصح ، ولو صح نصبه . وعليه فالمناسب العطف بأو .

مطلب فى الأمر بالاستدانة على الزوج

(قوله وبعد الفرض) أشار إلى أن فى عبارة المصنف كلاما مطويا بعد قوله ولايفرق بينهما بعجزه عنها الخ تقديره بل يفرض لها النفقة عليه ويأمرها بالاستدانة ، لكن الفرض يظهر فيما لو كان المعسر عن النفقة حاضرا ، لأن الغائب إذا لم يكن له مال حاضر لايفرض لها نفقة عليه كما فى الحاكم ، وسيذكره المصنف بعد ، نعم سيذكر أن المفتى به قول زفر فافهم (قوله بالاستدانة) ذكر الخصاف وتبعه الشارحون أنها الشراء بالنسيئة لتقضى الثمن من مال الزوج . وفى المجتبى أنها الاستقراض بحر . ونقل القهستانى عن صدر الشريعة . قال : وإليه يشير كلام المغرب اهـ : وفى اليعقوبية أنه الأولى كما لايخفى . قال فى الدر المنتقى ، لكن التوكيل بالاستقراض لايصح على الأصح فالأصح الأول اهـ ومثله فى الحموى عن البرجندى .

قلت : الثانى أيسر على المرأة لأنها قد لاتجد من يبيعها بالنسيئة ماتحتاجه فى كل يوم ، بخلاف الاستقراض لنفقة شهر مثلا ، ويأتى قريبا الجواب عن الإيراد .

[تنبيه] فى قضاء الحاوى الزاهدى : فإن لم تجد من تستدين منه عليه اكتسبت وأنفقت وجعلته دينا عليه بأمر القاضى ، وإن لم تقدر على الاكتساب لها السؤال ليومها وتجعل مسئولها دينا عليه أيضا بأمره به (قوله لتحيل عليه الخ) اعلم أنهم قالوا : إن للمرأة حق الرجوع على الزوج بالنفقة بعد فرض القاضى سواء أكلت من مالها أو استدانتها بأمر القاضى أو بدونه ، ولكن فائدة الأمر بالاستدانة عدم سقوطها بموت أحدهما كما سيذكره المصنف بقوله : وبموت أحدهما وطلاقها يسقط المفروض إلا إذا استدانت بأمر قاض ، وأشار الشارح إلى فائدة أخرى وهى مافى تجريد القدورى والهداية ، من أن فائدة الأمر بها أن تحيل الغريم على الزوج وإن لم يرض الزوج

أما بدون الأمر فيرجع عليها وهى عليه إن صرحت بأنها عليه أو نوت ، ولو أنكر نيتها فالقول له مجتبى ، وتجب الإدانة على من تجب عليه نفقتها ونفقة الصغار لولا الزوج كأخ وعم ، ويحبس الأخ ونحوه إذا امتنع لأن هذا من المعروف زيلعى واختيار ، وسيتضح (قضى بنفقة الإعسار ثم أيسر فخاصمته تمم) القاضى نفقة يساره فى المستقبل

وبدون الأمر ليس لها ذلك. وذكر فى الفتح عن التحفة أن فائدته رجوع الغريم على الزوج أو على المرأة قال فى البحر وظاهره أن للغريم الرجوع عليه بلا حوالة منها ، وعلى ما فى التجريد لارجوع له بلا حوالة اهـ .

قلت : الظاهر عدم المخالفة ، وأن المراد بالإحالة دلالتها الغريم على زوجها ليطالبه ، بأن تقول له إن زوجى فلان فطالبه بالدين ، إذ لايمكن إرادة حقيقة الحوالة هنا بدليل تصريحهم بأن للغريم مطالبة المرأة بها أيضا ، وأنه لايشترط رضا الزوج بالحوالة هذا .

وقد صرحوا أيضا بأن الاستدانة بأمر القاضى إيجاب الدين على الزوج ، لأن للقاضى ولاية كاملة عليه فلذا كان للغريم أن يرجع عليه وبدون الأمر بها لايرجع عليه بل عليها وهى ترجع على الزوج ، فقد ظهر من هذا أن الاستدانة بالأمر تقع لها ، ويجب بها الدين على الزوج بسبب ولاية القاضى عليه لا بطريق الوكالة عن الزوج ، وبه اندفع ما مر من أن التوكل بالاستقراض لايصح فافهم (قوله إن صرحت الخ) لايصح جعله قيدا لقوله وهى عليه ، لأن رجوع المرأة على الزوج ثابت لها قبل الأمر بالاستدانة كما علمته ، بل هو قيد لقوله لتحيل عليه .

وعبارة المجتبى : فإذا استدانت هل تصرح بأنى أستدين على زوجى أو تنوى ؟ أما إذا صرحت فظاهر ، وكذا إذا نوت ، وإذا لم تصرح ولم تنو لايكون استدانة عليه ، ولو ادعت أنها نوت الاستدانة عليه وأنكر الزوج فالقول له اهـ .

قلت : وفائدة إنكاره عدم رجوع الغريم عليه بل يرجع عليها وهى ترجع عليه وإنها تسقط بموت أحدهما أو طلاقها كما علم مما مر . والظاهر أنه لايمين على الزوج إذ كيف يحلف على عدم نيتها ولذا لم يقيد باليمين ، خلافا لما نقله الرحمتى من التقييد به فإنى لم أره فى المجتبى ولا فى البحر (قوله وتجب الإدانة الخ) قال فى الاختيار : المعسرة إذا كان زوجها معسرا ولها ابن من غيره موسر أو أخ موسر فنفقتها على زوجها ، ويؤمر الابن أو الأخ بالإنفاق عليها ويرجع به على الزوج إذا أيسر ، ويحبس الابن أو الأخ إذا امتنع ، لأن هذا من المعروف ؛ قال الزيلعى : فتبين بهذا أن الإدانة لنفقتها إذا كان الزوج معسرا وهى معسرة تجب على من كانت تجب عليه نفقتها لولا الزوج ، وعلى هذا لو كان للمعسر أولاد صغار ولم يقدر على إنفاقهم تجب نفقتهم على من تجب عليه لولا الأب كالأم والأخ والعم ثم يرجع به على الأب إذا أيسر ، بخلاف نفقة أولاده الكبار حيث لا يرجع عليه بعد اليسار لأنها لاتجب مع الإعسار فكان كالميت اهـ وأقره عليه فى فتح القدير بحر .

قلت : ومقتضاه أنه لافرق بين الأم وغيرها فى ثبوت الرجوع على الأب مع أنه سيذكر قبيل الفروع أنه لارجوع فى الصحيح إلا للأم ، وفيه كلام سنذكره هناك (قوله كأخ وعم) يصح رجوعه لكل من الزوجة والصغار اهـ ح أى كأن يكون لها أخ أو عم ولأولادها أخ من غيرها أو عم فتستدين لنفسها من أخيها أو عمها ولأولادها من أخيهم أو عمهم ، وظاهره أنه لايقدم الأخ على العم هنا تأمل (قوله وسيتضح) أى فى الفروع (قوله ثم أيسر) أى الزوج كما فسره فى المنح . والأولى أن يقول ثم أيسر أحدهما ح . قلت : ومثله مالو أيسرا (قوله فخاصمته) إذ لا تقدير بدون طلبها (قوله تمم) أى القاضى نفقة يساره : أى يسار الزوج الذى امرأته فقيرة وهى الوسط ؛ ولو قال وجب الوسط كما قال فيما بعده لكان أوضح ح (قوله فى المستقبل) أما الماضى قبل المخاصمة فقد رضيت به ولو بعد عروض

(وبالعكس وجب الوسط) كما مر .

(صالحت زوجها عن نفقة كل شهر على دراهم ثم) قالت لاتكفيني زيدت ، ولو (قال الزوج لاأطيق ذلك فهو لازم) فلا التفات لمقالته بكل حال (إلا إذا تغير سعر الطعام وعلم) القاضي (أن مادون ذلك) المصالح عليه (يكفيها) فحينئذ يفرض كفايتها ، نقله المصنف عن الخانية . وفى البحر عن الذخيرة إلا أن يتعرف القاضي عن حاله بالسؤال من الناس فيوجب بقدر طاقته .

وفى الظهيرية صالحها عن نفقة كل شهر على مائة درهم والزوج محتاج لم يلزمه إلا نفقة مثلها .

اليسار (قوله وبالعكس) بأن قضى بنفقة اليسار لكونهما موسرين ثم أعسر الزوج على ماقال أو ثم أعسر أحدهما على ماهو الأولى؛ ولو قال قضى بنفقة الإعسار ثم أيسر أحدهما أو بالعكس وجب الوسط لكان أوضح وأخصر اهـ (قوله كما مر) فى قوله بقدر حالهما ح .

مطلب فى الصلح عن النفقة

(قوله صالحت زوجها الخ) قدمنا عند قوله لرضاها بذلك عن الذخيرة أن الصلح على النفقة تارة يكون تقديرا للنفقة كالصلح على نحو الدراهم قبل تقدير النفقة بالقضاء أو الرضا أو بعده ، فتجوز الزيادة عليه والنقصان عنه : أى بالغلاء أو الرخص ، وتارة يكون معاوضة كالصلح على نحو عبد إن كان بعد تقديرها بما ذكر فلا تجوز الزيادة ولا النقصان ، ولو قبل التقدير فهو تقدير فكلامه هنا محمول على ما إذا لم يكن معاوضة ، ولذا قيد بقوله على دراهم (قوله زيدت) أى يسمع القاضي دعواها ويزيد لها إذا كانت لاتكفيها ؛ لما فى كافى الحاكم : صالحت المرأة زوجها على نفقة لاتكفيها فلها أن ترجع عنه وتطالب بالكفاية اهـ (قوله فلا التفات لمقالته) فإنه التزمه باختياره وذلك دليل على كونه قادرا على أداء ماالتزم فيلزمه جميع ذلك إلا أن يتعرف القاضي عن حاله بالسؤال من الناس فإذا أخبروه أنه لايطيق ذلك نقص عنه وأوجب على قدر طاقته ذخيرة .

وحاصله أنه لايقبل قوله لتناقضه مالم يظهر للقاضي حاله ، بخلاف المرأة فإنه لاتناقض منها فإنها غير ملتزمة لأن لها الرجوع عن الصلح كما مر الكلام فيه ، فحيث لم تكن متناقضة تسمع دعواها على الزوج بعدم الكفاية فإن أقر بذلك ألزمه بالزيادة ، وإن أنكر حلفه أو طلب منها بينة ولا يفعل كذلك فى دعوى الزوج لعدم سماعها هذا ماظهر لى فى بيانه فافهم .

هذا، وأما مافى الذخيرة من أن القاضي لو فرض لها مالا يكفيها فلها أن ترجع لأنه ظهر خطؤه فعليه التدارك بالقضاء بما يكفيها ، وكذلك لو فرض على الزوج زيادة على الكفاية فله الامتناع عنها اهـ . فلا يرد على مامر ، لأن هذا فى القضاء بطريق الإلزام على الزوج فلم يظهر فيه التناقض منه ، بخلاف الصلح برضاه ، وقد خفى هذا على غير واحد فافهم (قوله بكل حال) تابع فيه المصنف فى شرحه ، ولم أره لغيره مع عدم ظهور وجهه ، فالمناسب إسقاطه تأمل (قوله إلا إذا تغير سعر الطعام الخ) لأن ذلك عارض فلا يكون به متناقضا ، لأنه لم يدع أن ذلك كان وقت الصلح بل عرض بعده ، وكذلك الحكم فى دعوى المرأة بالأولى، وكالصلح القضاء . ففى البحر عن الظهيرية : إذا فرض القاضي للمرأة النفقة فغلا الطعام أو رخص فإن القاضي يغير ذلك الحكم اهـ (قوله إلا أن يتعرف الخ) أى يطلب المعرفة ، وهذا استثناء من قوله فلا التفات لمقالته كما علمته فكان المناسب ذكره عقبه (قوله لم يلزمه إلا نفقة مثلها) لظهور أن المائة لكل شهر على الفقير المحتاج شيء كثير فى زمانهم لايغابن فيه؛ قال فى الخلاصة : لو صالحته على أكثر من حقوقها فى النفقة والكسوة ، إن كان قدر مايتغابن الناس فى مثله

(والنفقة لاتصير دينا إلا بالقضاء أو الرضا) أى اصطلاحهما على قدر معين أصنافا أو دراهم ، فقبل ذلك لايلزمه شيء ، وبعده ترجع بما أنفقت ولو من مال نفسها بلا أمر قاض .

ولو اختلفا فى المدة

جاز وإلا فالزيادة مردودة ولا يبطل القضاء اه . وعليه فلو مضت مدة لاتسقط النفقة ، إذ لو بطل أصل القضاء لسقطت بالمضى وتمامه فى البحر ، وكأنه أراد بالقضاء التقدير تأمل .

مطلب لاتصير النفقة دينا إلا بالقضاء أو الرضا

(قوله والنفقة لاتصير دينا الخ) أى إذا لم ينفق عليها بأن غاب عنها أو كان حاضرا فامتنع فلا يطالب بها بل تسقط بمضى المدة .

قال في الفتح : وذكر فى الغاية معزوا إلى الذخيرة أن نفقة مادون الشهر لاتسقط فكأنه جعل القليل مما لايمكن الاحتراز عنه ، إذ لو سقطت بمضى يسير من الزمان لما تمكنت من الأخذ أصلا اه ومثله فى البحر ، وكذا فى الشرنبلالية عن البرهان ووجهه فى غاية الظهور لمن تدبر فافهم .

ثم اعلم أن المراد بالنفقة نفقة الزوجة ، بخلاف نفقة القريب فإنها لاتصير دينا ولو بعد القضاء والرضا ، حتى لو مضت مدة بعدهما تسقط كما يأتى ، وسيأتى أن الزيلعى استثنى نفقة الصغير ، ويأتى تمام الكلام عليه عند قول المصنف قضى بنفقة غير الزوجة الخ (قوله إلا بالقضاء) بأن يفرضها القاضى عليه أصنافا أو دراهم أو دنانير نهر (قوله فقبل ذلك لايلزمه شيء) أى لايلزمه عما مضى قبل الفرض بالقضاء أو الرضا ولا عما يستقبل لأنه لم يجب بعد ، ولذا لايصح الإبراء عنها قبل الفرض وبعده يصح مما مضى ومن شهر مستقبل كما تقدم قبل قوله ولخادمها وأما الكفالة بها شهرا أو أكثر فصرح فى البحر هنا عن الذخيرة أنها لاتصح قبل الفرض والتراضى ، ونقل بعده عن الذخيرة أيضا مايخالفه ، وقدمنا الكلام عليه والتوفيق بين كلاميه (قوله وبعده) أى وبعد القضاء أو الرضا ترجع لأنها بعده صارت ملكا لها كما قدمناه ، ولذا قال فى الخانية : لو أكلت من مالها أو من المسألة لها الرجوع بالمفروض اه ، وكذا لو تراضيا على شيء ثم مضت مدة ترجع بها ولا تسقط : قال فى البحر : فهذا هو المراد بقولهم أو الرضا ، فأما ماتوهمه بعض حنفية العصر من أن المراد به أنه إذا مضت مدة بغير فرض ولا رضا ثم رضى الزوج بشيء فإنه يلزمه فخطأ ظاهر لايفهمه من له أدنى تأمل اه ومقتضاه أنه لا يلزمه شيء بهذا الرضا لكون مامضى قبله لم يجب عليه فهو التزام مالم يلزم ، وإنما يلزمه مايمضى بعد الرضا لأنه صار واجبا به كالقضاء ، وأطلق فى الرجوع فشمل ماإذا شرط الرجوع لها أولا كما هو ظاهر المتون والشروح .

وأما مافى الخانية والظهيرية من أن القاضى إذا فرض لها النفقة فقال الزوج استقرضى كل شهر كذا وأنفق لاترجع مالم يقل و ترجعى بذلك على فلعل المراد لاترجع بما استقرضت بل بالمفروض فقط وإلا فهو غلط محض أفاده فى البحر . وأجاب المقدسى بأن التوكيل فى القرض لايصح ، وإذا شرط الرجوع يكون كالاصطلاح على هذا المقدار فترجع به ، وكذا أجاب الخير الرملى بأنه لما لم يصح الأمر بالاستقراض عليه صارت مستقرضة على نفسها متبرعة إن لم يشترط الرجوع عليه .

[تنبيه] أطلق النفقة فشمل نفقة العدة إذا لم تقبضها حتى انقضت العدة : ففى الفتح أن المختار عند الحلوانى أنها لاتسقط ، وسنذكر عن البحر أن الصحيح السقوط وأنه لابد من إصلاح المتون هنا لإطلاقها عدم السقوط وأن محلما كله فى غير المستدانة ، وسيأتى تمام الكلام فيه (قوله ولو اختلفا فى المدة) أى فى قدر مامضى منها

فالقول له والبينة عليها . ولو أنكرت إنفاقه فالقول لها بيمينها ذخيرة (وبموت أحدهما وطلاقها) ولو رجعيا ظهيرية وخانية ، واعتمد فى البحر بحثا عدم سقوطها بالطلاق ، لكن اعتمد المصنف ما فى جواهر الفتاوى ؛ والفتوى عدم سقوطها بالرجعى كى لايتخذ الناس ذلك حيلة ، واستحسنه محشى الأشباه ، وبالأول أفتى شيخنا الرملى ، لكن صحح الشرنبلالى فى شرحه للوهبانية مابحثه فى البحر من عدم السقوط ولو بائنا قال وهو الأصح وردّ ماذكره ابن الشحنة فيتأمل عند الفتوى (يسقط المفروض)

من وقت القضاء أو الرضا ، وكذا لو اختلفا فى قدر النفقة أو جنسها كما فى البزازية (قوله فالقول له) لأنها تدعى زيادة دين وهو ينكر ، فالقول له مع يمينه ذخيرة (قوله وبموت أحدهما وطلاقها) وكذا بنشوزها كما قدمه الشارح بقوله وتسقط به : أى بالنشوز المفروضة لا المستدانة فى الأصح كالموت اه وموت أحدهما غير قيد ، فكذا موتهما بالأولى كما لايخفى . قال الخير الرملى : وقيد السقوط بالطلاق شيخنا الشيخ محمد بن سراج الدين الحانوتى بما إذا مضى شهر يعنى فأزيد،وهو قيد لابد منه تأمل اه (قوله واعتمد فى البحر بحثا الخ) فإنه أولا نقل السقوط بالطلاق عن النقاية والجوهرة والخانية والظهيرية والمجتبى والذخيرة ، وأن القاضى أبا على النسفى نص على أن ذلك مروى ، وأنه أفتى به الصدر الشهيد والإمام ظهير الدين المرغينانى ، وشبهه بالذمى إذا اجتمع عليه خراج رأسه ثم أسلم يسقط عنه مااجتمع عليه ؛ ثم قال : فقد ظهر من هذا أن الراجح عندهم سقوطها بالطلاق كالموت . ثم قال بعده قال العبد الضعيف : ينبغى ضعف القول بسقوطها بالطلاق ولو بائنا لأمور ؛ وذكر ثلاثة اثنان منها ضعيفان ، وقال الثالث وهو أقواها مافى البدائع من الخلع لو قال: خالعتك ونوى الطلاق يقع الطلاق ولا يسقط شىء من المهر والنفقة . قال فهذا صريح فى المسألة . وفى البدائع أيضا : ولا خلاف بينهم فى الطلاق على مال أنه لايبرأ به عن سائر الحقوق التى وجبت لها بسبب النكاح اه .

فالذى يتعين المصير إليه على كل مفت وقاض اعتماد عدم السقوط خصوصا ماتضمنه القول بالسقوط من الإضرار بالنساء اه ملخصا . ورد عليه العلامة المقدسى والخير الرملى بإمكان حمل مافى البدائع من الحقوق التى لا تسقط على المهر ونفقة مادون الشهر والنفقة المستدانة بأمر ، وبأن هذه الرواية قد أفتى بها من تقدم وذكرت فى المتون كالوقاية والنقاية والإصلاح والغرر وغيرها : قال المقدسى : ولهذا توقفت كثيرا فى الفتوى بالسقوط وظفرت بنقل صريح فى تصحيح عدم السقوط فى خزانة المفتين . وفى الجواهر أنه لاينبغى أن يفتى بسقوطها بالطلاق الرجعى لئلا يتخذها الناس وسيلة لقطع حق النساء اه . والذى يتعين المصير إليه أن يقال : يتأمل عند الفتوى كما جرت به عادة المشايخ فى هذا المقام اه ملخصا (قوله لكن الخ) استدراك على إطلاق الطلاق الشامل للبائن والرجعى بتخصيص السقوط بالبائن وعدمه بالرجعى (قوله والفتوى الخ) هذه عبارة جواهر الفتاوى كما فى المنح فيكون بدلا من ما اه ح . وفى هذه العبارة مخالفة لما نقله المقدسى عنها (قوله وبالأول) أى بالسقوط بالطلاق مطلقا ح (قوله أفتى شيخنا) يعنى الخير الرملى : قال فى الخيرية بعد عزوه إلى الخلاصة والبزازية وكثير من الكتب وأفتى به الشيخ زين الدين بن نجيم ووالد شيخنا الشيخ أمين الدين،وهى فى فتاويهما (قوله لكن صحح الشرنبلالى الخ) وعبارته : المرأة إذا طلقت وقد تجمد لها نفقة مفروضة ، قيل تسقط وهو غير المختار ، وأشار إليه المصنف : أى ابن وهبان بصيغة قيل . والأصح عدم السقوط ولو كان الطلاق بائنا لئلا يتخذ حيلة لسقوط حقوق النساء ، وماذكره الشارح أى ابن الشحنة غير التحقيق فى المسألة اه ويوافقه مافى القهستانى عن خزانة المفتين أن المفروضة لاتسقط بالطلاق على الأصح اه ط (قوله فيتأمل عند الفتوى) بأن ينظر فى حال الرجل هل فعل ذلك تخلصا

لأنها صلة (إلا إذا استدانت بأمر القاضي) فلا تسقط بموت أو طلاق في الصحيح لما مر أنها كاستدانته بنفسه : وعبارة ابن الكمال : إلا إذا استدانت بعد فرض قاض آخر ولو بلا أمره فليحرر .

(ولا تردّ) النفقة والكسوة (المعجلة) بموت أو طلاق عجلها الزوج أو أبوه ولو قائمة ، به يفتى (يباع القن) ويسعى مدبر ومكاتب لم يعجز (المأذون في النكاح) وبدونه يطالب بعد عتقه (في نفقة زوجته)

من النفقة أو لسوء أخلاقها مثلا ، فإن كان الأول يلزم بها ، وإن كان الثاني لايلزم، وهذا ماقاله المقدسي وينبغي التعويل عليه ط (قوله لأنها صلة) أي والصلات تبطل بالموت قبل القبض هداية ،وهذا التعليل لايظهر في الطلاق وتعليله ماقدمناه من أنها كخراج رأس الذمي (قوله في الصحيح) كذا في الزيلعي عن النهاية والبحر والنهر وغيرها ومقابله قول الخصاف بسقوطها ولو مع الأمر بالاستدانة ، وهو ظاهر الهداية . قال في الفتح: والصحيح ماذكره الحاكم الشهيد أنها مع الأمر بالاستدانة لاتسقط بالموت ، لأن الاستدانة بأمر من له ولاية تامة عليه كالاستدانة بنفسه فلا تسقط بالموت ، وعلى هذا الخلاف سقوطها بعد الأمر بالإستدانة بالطلاق ، والصحيح لا تسقط اه (قوله لما مر الخ)لم يمر هذا في كلامه ط (قوله فليحرر)أنت خبير بأنه مخالف للمتون والشروح فلايعول عليه اهح. وقد علمت قول الخصاف بسقوط المفروضة مع الأمر بالاستدانة فكيف بدونه ؟ والظاهر أن ماذكره ابن كمال سبق قلم (قوله بموت أو طلاق) هذا عندهما . وقال محمد : يرفع عنها حصة مامضى ، ويجب رد الباقي إن كان قائما ، وقيمته إن كان مستهلكا ذخيرة .

قال في الفتح والموت والطلاق قبل الدخول سواء . وفي نفقة المطلقة إذا مات الزوج اختلفوا فيه ،قيل ترد وقيل لاتستردّ بالاتفاق ، لأن العدة قائمة في موته ، كذا في الأقضية اه .

قال الخير الرملي : واستفيد منه ومما في الذخيرة جواب حادثة الفتوى : طلقها بائنا وعجل لها نفقة تسعة أشهر فأسقطت سقطا بعد عشرة أيام فانقضت بذلك عدتها هل يرجع عليها بما زاد على حصة العشرة أم لاالجواب لا يرجع عندهما لا عند محمد ، وهو القياس (قوله عجلها الزوج أو أبوه) لما في الولوالجية وغيرها أبو الزوج إذا دفع نفقة امرأة ابنه مائة ثم طلقها الزوج ليس للأب أن يسترد ما دفع ، لأنه لو أعطاها الزوج والمسألة بحالها لم يكن له ذلك عند أبي يوسف ، وعليه الفتوى، فكذا إذا أعطاها أبوه اه : ووجهه أنها صلة لزوجته، ولارجوع فيما يهبه لزوجته ، والعبرة لوقت الهبة لا لوقت الرجوع ، فالزوجية من الموانع من الرجوع كالموت ودفع الأب كدفع الابن ، فلا إشكال بحر .

قلت : وظاهره أن دفع الأجنبي ليس كذلك ،ولعل وجهه أن الأب يدفع بطريق النيابة عن ابنه عادة فكان هبة من الابن فلا رجوع ، بخلاف دفع الأجنبي فتأمل .

مطلب في بيع العبد لنفقة زوجته

(قوله يباع القن) أي يبيعه سيده ، لأنه دين تعلق في رقبته بإذن المولى فيؤمر ببيعه ، فإن امتنع باعه القاضي بحضرته كما قدمناه عن النهر في نكاح الرقيق . والقن عند الفقهاء من لاحرية فيه بوجه . وفي اللغة : من ملك هو وأبوه بحر (قوله ويسعى مدبر ومكاتب) لعدم صحة بيعهما ، ومثلهما ولد أم الولد، وقوله في البحر والنهر وأم الولد فيه سقط ،ومعتق البعض عند الإمام بمنزلة المكاتب هندية عن المحيط، ولو اختارت استسعاء القن دون بيعه ينبغي أن لها ذلك كما قالوا في المأذون المديون إذا اختار الغرماء استسعاءه بحر ، وأقره أخوه والمقدسي (قوله لم يعجز) أما لو عجز نفسه عاد إلى الرق فيجرى عليه حكم القن (قوله وبدونه الخ) يعني إذا تزوج القن أو المدبر ونحوه

المفروضة (إذا اجتمع عليه مايعجز عن أدائه ولم يفده) ذخيرة ولو بلت المولى، لاأمته ولا نفقة ولده ولو زوجته حرة، بل نفقته على أمه ولو مكاتبة لتبعيته للأم ولو مكاتبين سعى لأمه ونفقته على أبيه جوهرة (مرة بعد أخرى) أى لو اجتمع عليه نفقة أخرى بعد ماشتراه من علم به أو لم يعلم ثم علم فرضى بيع ثانيا؛ وكذا المشترى الثالث وهلم جرا لأنه دين حادث قاله الكمال وابن الكمال: فما فى الدرر تبعا للصدر سهو.

بلا إذن السيد يطالب بالنفقة بعد العتق: أى بالنفقة المستقبلة لا التى فى حال رقه لعدم كونها زوجة وقته. قال فى الفتاوى الهندية: فإن تزوج هؤلاء بغير إذن المولى فلا نفقة عليهم ولا مهر، كذا فى الكافى، وإذا أعتق واحد منهم جاز نكاحه حين عتق وعليه المهر والنفقة فى المستقبل اهـ ح (قوله المفروضة) كذا قيد به فى النهر وعزاه إلى الفتح وغيره أى لأنها بدون الفرض تسقط بالمضى كنفقة زوجة الحر. والذى فى الفتح فرضها بقضاء القاضى وهل بالتراضى كذلك لم أره، وذكرت فى باب نكاح الرقيق بحثا أنه ينبغى أن لا يصح فرضها بتراضيهما لحجر العبد عن التصرف ولاتهامه بقصد الزيادة لإضرار المولى تأمل (قوله إذا اجتمع عليه الخ) أفاد أنه لايباع بالقدر اليسير كنفقة كل يوم وأنه لا يلزمها أن تصبر إلى أن يجتمع لها من النفقة قدر قيمته، لما فى الأول من الإضرار بالمولى، وما فى الثانى من الإضرار بها، أفاده فى البحر.

قلت: والظاهر أن الخيار للمولى، إن شاء باعه جميعه أو باع منه بقدر مالها عليه، ثم إذا تجمد لها عليه نفقة أخرى يباع موحصة كل من السيد والمشترى بقدر مايخصه، لأنه عبد مشترك لزمه دين فيغرم كل منهما بقدر مايملكه وهكذا لو بيع منه لثالث ورابع تأمل (قوله ولم يفده) فلو اختار المولى فداءه لايباع، لأن حقها فى النفقة لا فى رقبة العبد (قوله ولو بنت المولى) تعميم للزوجة، فإن لها النفقة على عبد أبيها لأن البنت تستحق الدين على الأب فكذا على عبده بحر عن الذخيرة (قوله لا أمته) أى أمة مولاه أى لايجب على العبد نفقة زوجته التى هى أمة مولاه، سواء بوأها أولا لأنهما جميعا ملك المولى ونفقة المملوك على المالك بحر، وينظر مالو كان مكاتبا للمولى ولعلها عليه شرنبلالية (قوله ولا نفقة ولده الخ) لأنه إذا كانت زوجته حرة فأولادها أحرار تبعا لها، ونفقتهم عليها لو قادرة وإلا فعلى الأقرب فالأقرب ممن يرثهم؛ وإذا كانت مكاتبة فأولادها تبع لها فى الكتابة فنفقتهم عليها.

وإذا كانت الزوجة قنة أو مدبرة أو أم ولد فأولادها تبع لها فى الرق والتدبير والاستيلاد، ونفقتهم على مولاهم لأنهم ملكه، وهذا معنى قوله لتبعية الأم: أى لاتلزم العبد نفقة ولده سواء كانت زوجته حرة أو غيرها لتبعية الولد لأمه فى الحرية لو حرة، والكتابة لو مكاتبة، والرق لو قنة، والتدبير أو الاستيلاد لو مدبرة أو أم ولد فافهم (قوله ولو مكاتبين الخ) فى البحر عن كافى الحاكم وشرحه للنسفى وشرح الطحاوى والشامل، وكذا فى الفتح، المكاتب لاتجب عليه نفقة ولده سواء كانت امرأته حرة أو أمة لهذا المعنى.

وإذا كانت امرأة المكاتب مكاتبة وهما لمولى واحد فنفقة الولد على الأم، لأن الولد تابع للأم فى كتابتها، ولهذا كان كسب الولد لها وأرش الجناية عليه لها وميراثه لها، فكذلك النفقة تكون عليها اهـ. وبه ظهر أن الضمير فى قوله سعى، وكذا مابعده عائد على الولد لأنه معنى كون كسبه لأمه ولا ضرورة لإرجاعه للزوج، لأن الكلام فى نفقة ولد المكاتب، أما نفقة زوجته فعلم حكمها من قوله ومكاتب لم يعجز فافهم، نعم قوله ونفقته على أبيه الظاهر أنه سبق قلم من صاحب الجوهرة، لما علمت من صريح هذه الكتب المعتمدة من أن نفقته على أمه ونحوه فى ح عن الذخيرة (قوله ثم علم فرضى) أما إذا لم يعلم المشترى بحاله أو علم بعد الشراء ولم يرض فله رده لأنه عيب اطلع عليه فتح (قوله لأنه دين حادث) أى عند المشترى، لأن النفقة تتجدد شيئا فشيئا على حسب تجدد الزمان على وجه يظهر فى حق السيد، فهو فى الحقيقة دين حادث عند المشترى فتح (قوله فما فى الدرر الخ) تفريع على قوله

(وتسقط بموته وقتله) فى الأصح (ويباع فى دين غيرها) مرة لعدم التجدد، وسيجيء فى المأذون أن للغرماء استسعاءه ومفاده أن لها استسعاءه ولو لنفقة كل يوم بحر، قال : وهل يباع فى كفنها ؟ ينبغى على قول الثانى المفتى به نعم كما يباع فى كسوتها .

(ونفقة الأمة المنكوحة) ولو مدبرة أو أم ولد ، أما المكاتبة فكالحرة (إنما تجب) على الزوج ولو عبدا (بالتبوئة) بأن يدفعها إليه

بعد ما اشتراه ، وقوله لأنه دين حادث فإن معناه أنه إنما يباع ثانيا بما يجتمع عليه من النفقة عند المشترى لا بما بقى عليه من عند الأول ، كما إذا بيع فلم يف ثمنه بما عليه لا يباع ثانيا بما بقى بل بما يحدث عند الثانى ، ولهذا ردّ تبعا لغيره على مافى الدرر تبعا لصدر الشريعة ، حيث قالا : صورته عبد تزوج امرأة بإذن المولى ففرض القاضى النفقة عليه فاجتمع عليه ألف درهم فبيع بخمسمائة وهى قيمته والمشترى عالم أن عليه دين النفقة يباع مرة أخرى ، بخلاف ما إذا كان عليه ألف بسبب آخر فبيع بخمسمائة لا يباع مرة أخرى اهـ .

وأجاب ح بأن قوله يباع مرة أخرى يحتمل أن يكون المراد به يباع فيما تجدد لا فى الخمسمائة الباقية فالأحسن قول الشرنبلالية فيه تساهل لأنه يوهم أنه يباع فيما بقى عليه من الألف وليس كذلك ، بل فيما يتجدد عليه من النفقة عند المشترى كما هو منقول فى المذهب اهـ لكن قوله بخلاف الخ يمنع من هذا التأويل كما لا يخفى (قوله فى الأصح) وقيل لا تسقط بالقتل لأنه أخلف القيمة فتنتقل إليه كسائر الديون ، وليس بشىء لأن الدين إنما ينتقل إلى القيمة إذا كان دينا لا يسقط بالموت وهذا يسقط بالموت زيلعى (قوله ويباع فى دين غيرها) بتنوين دين وجر غيرها على أنه صفة له أى غير النفقة كالمهر ، ومالزمه بتجارة باذن أو بضمان متلف . قال ح : وفيه أنه لا يظهر فرق بين النفقة وغيرها فإن الدين الحادث فى ملك مولى إذا بيع فيه لا يباع فى بقيته عند مولى آخر نفقة كان أو غيرها . إلا أن يقال : إن سبب النفقة لما كان أمرا واحدا مستمرا يقال إنه يبيع فيه مرارا عند موال متعددة بخلاف غيره (قوله ومفاده أن لها استسعاءه) لكونها من جملة الغرماء ولذا تحاصصهم ط (قوله قال) أى صاحب البحر ، وأقره أخوه والمقدسى . وذكر الرملى أنه سئل عن ذلك فأجاب كذلك قبل وقوفه على ما فى البحر اهـ . قلت : ورأيته مصرحا فى الذخيرة عن أبى يوسف (قوله على قول الثانى) أى من أن مؤنة تجهيزها على الزوج وإن تركت مالا ، لأن الكفن كالكسوة حال الحياة (قوله المنكوحة) أى التى زوجها سيدها لرجل ، أما غير المنكوحة فنفقتها على سيدها مطلقا (قوله أما المكاتبة فكالحرة) لملكها منافعها ، فلم يبق للمولى عليها ولاية الاستخدام ، فلها النفقة بمجرد التمكين من نفسها وإن لم تنتقل ، وتسقط بالنشوز كالحرة ط (قوله ولو عبدا) أى لغير سيد الأمة : إذ لو كان عبده فنفقتها على السيد بوأها أولا ط عن الزيلعى (قوله بأن يدفعها إليه الخ) أى بأن يخلى المولى بين الأمة وزوجها فى منزل الزوج ولا يستخدمها ، كذا فى كافى الحاكم الشهيد بحر ، لأن الاحتباس لا يتحقق إلا بالتبوئة ، لأن المعتبر فى استحقاق النفقة تفريغها لمصالح الزوج وذلك يحصل بالتبوئة ، وإن استخدمها بعد التبوئة سقطت نفقتها لزوال الموجب زيلعى . أى لزوال الاحتباس الموجب للنفقة ، ومقتضاه أنه استخدمها فى غير بيت الزوج ، ويدل عليه قوله فى الهداية إذا بوأها معه أى مع الزوج منزلا فعليه النفقة لأنه تحقق الاحتباس ولو استخدمها بعد التبوئة سقطت النفقة لأنه فات الاحتباس ، وفسر التبوئة بما مر ، فعلم أن النفقة لا تجب إلا بالتبوئة لأن بها يحصل الاحتباس الموجب ، فلو استخدمها وهى فى بيت الزوج بخياطة أو غزل مثلا لم تسقط النفقة لبقاء الاحتباس فى بيت الزوج .

ولا ينافيه قولهم لو استخدمها سقطت النفقة فإن المراد استخدامها فى غير بيت الزوج كما دل عليه كلام

ولا يستخدمها (فلو استخدمها المولى) أو أهله (بعدها أو بوّأها بعد الطلاق لأجل انقضاء العدة لاقبله) أى ولم يكن بوّأها قبل الطلاق (سقطت) بخلاف حرة نشزت فطلقت فعادت .

وفى البحر بحثا : فرضها قبل التبوئة باطل ، ونفقات الزوجات المختلفة مختلفة بحالهما (وكذا تجب لها السكنى فى بيت خال عن أهله)

الزيلعى والهداية ، خلافا لما فهمه فى البحر بناء على ما فهمه من أن قولهم ولا يستخدمها فى تعريف التبوئة شرط آخر لها ، وليس كذلك بل هو عطف تفسير ، فمعناه التخلية بينها وبين الزوج ، ويدل عليه قوله فى الذخيرة : ثم إذا استخدمها المولى بعد ذلك ولم يخل بينها وبين الزوج فلا نفقة لها لفوات موجب النفقة وهو التبوئة من جهة من له الحق ، فشابهت الحرة الناشزة ، فهذا كالصريح فى أن الاستخدام بدون فوات التخلية لايضر ، إذ لا تشبه الناشزة إلا بالخروج من بيت الزوج فافهم (قوله فلو استخدمها المولى) أى فى غير بيت الزوج كما علمت فافهم ، وقيد بالاستخدام ، لأنها لو كانت تأتى إلى المولى فى بعض الأوقات وتخدمه من غير أن يستخدمها لم تسقط نفقتها ، لأن النفقة حق المولى فلا تسقط بصنع غيره ذخيرة .

[فرع] لو سلمها للزوج ليلا واستخدمها نهارا فعلى الزوج نفقة الليل ، كما أفتى به والد صاحب التتمة كما فى التتارخانية (قوله أو أهله) أى لو جاءت إلى بيته وليس هو فيه فاستخدمها أهل البيت ومنعوها من الرجوع إلى بيت الزوج فلا نفقة لها لأن استخدام أهل المولى إياها بمنزلة استخدامه ذخيرة (قوله بعدها) أى بعد التبوئة (قوله لأجل انقضاء العدة) الأولى لأجل الاعتداد لأن انقضاءها لايتوقف على التبوئة وقد مر فى فصل الحداد أنه يجوز للأمة المطلقة الخروج إلا إذا كانت مبوأة (قوله أى ولم يكن بوأها قبل الطلاق) كذا فى البحر عن الولوالجية ، والمراد نفى التبوئة المستمرة إلى وقت الطلاق لا مطلقا لأنه لو بوأها ثم أخرجها قبل الطلاق لم يكن له إعادتها لتطالب بالنفقة كما نص عليه فى كافى الحاكم (قوله سقطت) هذا ظاهر فى مسألة الاستخدام بعد التبوئة أما لو لم يبوئها إلا بعد الطلاق لم تجب أصلا لأنها لم تستحق النفقة بهذا الطلاق فلا تستحق بعده . ثم اعلم أن للمولى أن يرجع ويبوئها ثانيا وثالثا وهكذا فتجب النفقة ، وكلما استردها سقطت كما فى الفتح (قوله بخلاف حرة نشزت الخ) أى أن الحرة إذا نشزت فطلقها زوجها فلها النفقة والسكنى إذا عادت إلى بيت الزوج والفرق كما فى الولوالجية أن نكاح الأمة لم يكن سببا لوجوب النفقة لأنها تجب بالاحتباس وهو التبوئة . والتبوئة لاتجب فيه ، ونكاح الحرة حال الطلاق سبب لوجوب النفقة إلا أنها فوتت بالنشوز فإذا عادت وجبت اه (قوله وفى البحر الخ) حيث قال عقب الفرق المذكور ، وظاهره أن تقدير النفقة من القاضى قبل التبوئة لايصح ، لأنه قبل السبب ، ولم أره صريحا اه (قوله ونفقات الزوجات الخ) فى الذخيرة والولوالجية : وإذا كان للرجل نسوة بعضهن أحرار مسلمات وبعضهن إماء ذميات فهن فى النفقة سواء لأنها مشروعة للكفاية وذلك لايختلف باختلاف الدين والرق والحرية إلا أن الأمة لا تستحق نفقة الخادم اه . قال فى البحر : وينبغى أن يكون هذا مفرعا على ظاهر الرواية من اعتبار حاله ، وأما على المفتى به فلسن فى النفقة سواء لاختلاف حالهن يسارا وعسرا فليست نفقة الموسرة كنفقة المعسرة ، ولا نفقة الحرة كالأمة كما لا يخفى ، ولم أر من نبه عليه اه قال المقدسى : ولا معنى لهذا بعد قولهم لأن النفقة مشروعة للكفاية الخ اه أى لأنه صريح فى ذلك .

مطلب فى مسكن الزوجة

(قوله وكذا تجب لها) أى للزوجة السكنى أى الاسكان ، وتقدم أن اسم النفقة يعمها ، لكنه أفردها لأن لها حكما يخصها نهر (قوله خال عن أهله الخ) لأنها تتضرر بمشاركة غيرها فيه ، لأنها لاتأمن على متاعها ويمنعها

سوى طفله الذى لايفهم الجماع وأمته وأم ولده (وأهلها) ولو ولدها من غيره (بقدر حالهما) كطعام وكسوة وبيت منفرد من دار له غلق . زاد فى الاختيار والعينى : ومرافق ، ومراده لزوم كنيف ومطبخ ، وينبغى الإفتاء به بحر (كفاها) لحصول المقصود هداية .

وفى البحر عن الخانية : يشترط أن لايكون فى الدار أحد

ذلك من المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع إلا أن تختار ذلك؛لأنها رضيت بانتقاص حقها هداية (قوله وأمته وأم ولده) قال فى الفتح : وأما أمته ، فقيل أيضا لا يسكنها معها إلا برضاها، والمختار أن له ذلك لأنه يحتاج إلى استخدامها فى كل وقت غير أنه لايطؤها بحضرتها كما أنه لا يحل له وط زوجته بحضرتها ولا بحضرة الضرة اه وذكر أم الولد فىالبحر معزيا إلى آخر الكنز. قلت: وذكر فىالذخيرة أن هذا مشكل،أما على المعنى الأول(١) فظاهر ، وأما على الثانى فلأنه تكره المجامعة بين يدى أمته اه .

قلت : وقد يكون إضرار أم ولدهلها أكثر من إضرار ضرتها . وفى الدر المنتقى عن المحيط أنأم الولد كأهله (قوله وأهلها) أى له منعهم من السكنى معها فى بيته سواء كان ملكا له أو إجارة أو عارية (قوله من غيره) حال من ولدها لاصفة له وإلا لزم حذف الموصول مع بعض الصلة قهستانى ، إذ التقدير الكائن منغيره اه ح . وأطلق ولدها فشمل الذى لا يفهم الجماع لأنه لا يلزمه إسكان ولدها فى بيته .

وفى حاشية الخير الرملى علىالبحر : له منعها من إرضاعه وتربيته؛لما فىالتتارخانية أن للزوج منعها عما يوجب خللا فى حقه : وما فيها عن السغناق ، ولأنها فى الإرضاع والسهر ينقص جمالها وجمالها حقه فله منعها تأمل اه.

قلت : وعليه فله منعها من إرضاعه ولو كان البيت لها (قوله بقدر حالهما) أى فى اليسار والإعسار ، فليس مسكن الأغنياء كمسكن الفقراء كما فى البحر ؛ لكن إذا كان أحدهما غنيا والآخر فقيرا ؛ فقد مر أنه يجب لها فى الطعام والكسوة الوسط ، ويخاطب بقدر وسعه والباقى دين عليه إلى الميسرة ، فانظر هل يتأتى ذلك هنا (قوله وبيت منفرد) أى مايبات فيه ؛ وهو محل منفرد معين قهستانى . والظاهر أن المراد بالمنفرد ما كان مختصابها ليس فيه ما يشاركها به أحد من أهل الدار (قوله له غلق) بالتحريك : ما يغلق ويفتح بالمفتاح قهستانى (قوله زاد فى الاختيار والعينى) ومثله فى الزيلعى ، وأقره فى الفتح بعد مانقل عن القاضى الإمام أنه إذا كان له غلق يخصه وكان الخلاء مشتركا ليس لها أن تطالبه بمسكن آخر (قوله ومفاده لزوم كنيف ومطبخ) أى بيت الخلاء وموضع الطبخ بأن يكونا داخل البيت أو فى الدار لا يشاركها فيهما أحد من أهل الدار .

قلت : وينبغى أن يكون هذا فى غير الفقراء الذين يسكنون فى الربوع والأحواش بحيث يكون لكل واحد بيت يخصه وبعض المرافق مشتركة كالخلاء والتنور وبئر الماء ، ويأتى تمامه قريبا (قوله لحصول المقصود) هو أنها على متاعها ، وعدم ما يمنعها من المعاشرة مع زوجها والاستمتاع (قوله وفى البحر عن الخانية الخ) عبارة الخانية : فإن كانت دار فيها بيوت وأعطى لها بيتا يغلق ويفتح لم يكن لها أن تطلب بيتا آخر إذا لم يكن ثمة أحد من أحماء الزوج يؤذيها اه قال المصنف فى شرحة : فهم شيخنا أن قوله ثمة إشار للدار لا البيت ؛ لكن فى البزازية : أبت أن تسكن مع أحماء الزوج وفى الدار بيوت إن فرغ لها بيتا له غلق على حدة وليس فيه أحد منهم لا تمكن من مطالبته ببيت آخر اه فضمير فيه راجع للبيت لا الدار وهو الظاهر ، لكن ينبغى أن يكون الحكم كذلك فيما إذا كان فى الدار من الأحماء من يؤذيها وإن لم يدل عليه كلام البزازى اه .

---

(١) (قوله على المعنى الأول) أى ماسر قبله من الضرر بمشاركة غيرها ، وقوله : وأما على الثانى ، أى منعها من المعاشرة مع زوجها اه منه .

من أحماء ا ج يؤذيها ، ونقل المصنف عن الملتقط كفايته مع الأحماء لامع الضرائر ، فلكل من زوجتيه مطالبته ببيت من دار على حدة

قلت : وفى البدائع : ولو أراد أن يسكنها مع ضرتها أو مع أحمائها كأمه وأخته وبنته فأبت فعليه أن يسكنها فى منزل منفرد لأن إباءها دليل الأذى والضرر ؛ ولأنه محتاج إلى جماعها ومعاشرتها فى أى وقت يتفق لايمكن ذلك مع ثالث ؛ حتى لو كان فى الدار بيوت وجعل لبيتها غلقا على حدة قالوا ليس لها أن تطالبه بآخر اه فهذا صريح فى أن المعتبر عدم وجدان أحد فى البيت لا فى الدار (قوله من أحماء الزوج) صوابه من أحماء المرأة كما عبر به فى الفتاوى الهندية عن الظهيرية ، لأن أقارب الزوج أحماء المرأة وأقاربها أحماؤه اه ح . وأجيب بأن الزوج يطلق على المرأة أيضا ، وهذا التأويل بعيد ، وهو فى عبارة البزازية المارة أبعد (قوله ونقل المصنف عن الملتقط الخ) وعبارته : وفرق فى الملتقط لصدر الإسلام بين ما إذا جمع بين امرأتين فى دار وأسكن كلا فى بيت له غلق على حدة لكل منهما أن تطالب ببيت فى دار على حدة ، لأنه لا يتوفر على كل منهما حقها إلا إذا كان لها دار على حدة ، بخلاف المرأة مع الأحماء ، فإن المنافرة فى الضرائر أوفر اه .

قلت : وهكذا نقله فى البزازية عن الملتقط المذكور . والذى رأيته فى الملتقط لأبى القاسم الحسينى وكذا فى تجنيس الملتقط المذكور للإمام الاستروشنى هكذا : أبت أن تسكن مع ضرتها أو صهرتها ، إن أمكنه أن يجعل لها بيتا على حدة فى داره ليس لها غير ذلك ، وليس للزوج أن يسكن امرأته وأمه فى بيت واحد ، لأنه يكره أن يجامعها وفى البيت غيرهما ؛ وإن أسكن الأم فى بيت داره والمرأة فى بيت آخر فليس لها غير ذلك. وذكر الخصاف أن لها أن تقول لا أسكن مع والديك وأقربائك فى الدار فأفرد لى دارا . قال صاحب الملتقط : هذه الرواية محمولة على الموسرة الشريفة ، وما ذكرنا قبله أن إفراد بيت فى الدار كاف إنما هو فى المرأة الوسط اعتبارا فى السكنى بالمعروف اه .

قلت : والحاصل أن المشهور وهو المتبادر من إطلاق المتون أنه يكفيها بيت له غلق من دار سواء كان فى الدار ضرتها أو أحماؤها . وعلى ما فهمه فى البحر من عبارة الخانية وارتضاه المصنف فى شرحه لا يكفى ذلك إذا كان فى الدار أحد من أحمائها يؤذيها ، وكذا الضرة بالأولى . وعلى مانقله المصنف عن ملتقط صدر الإسلام يكفى مع الأحماء لامع الضرة ، وعلى مانقلنا عن ملتقط أبى القاسم وتجنيسه للاستروشنى أن ذلك يختلف باختلاف الناس ، ففى الشريفة ذات اليسار لابد من إفرادها فى دار ، ومتوسط الحال يكفيها بيت واحد من دار. ومفهومه أن من كانت من ذوات الإعسار يكفيها بيت ولو مع أحمائها وضرتها كأكثر الأعراب وأهل القرى وفقراء المدن الذين يسكنون فى الأحواش والربوع ، وهذا التفصيل هو الموافق ، لما مر من أن المسكن يعتبر بقدر حالهما ، ولقوله تعالى – أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم – وينبغى اعتماده فى زماننا هذا ، فقد مر أن الطعام والكسوة يختلفان باختلاف الزمان والمكان ، وأهل بلادنا الشامية لا يسكنون فى بيت من دار مشتملة على أجانب ، وهذا فى أوساطهم فضلا عن أشرافهم إلا أن تكون دارا موروثة بين إخوة مثلا ، فيسكن كل منهم فى جهة منها مع الاشتراك فى مرافقها ، فإذا تضررت زوجة أحدهم من أحمائها أو ضرتها وأراد زوجها إسكانها فى بيت منفرد من دار لجماعة أجانب وفى البيت مطبخ وخلاء يعدون ذلك من أعظم العار عليهم ، فينبغى الإفتاء بلزوم دار من بابها ، نعم ينبغى أن لا يلزمه إسكانها فى دار واسعة كدار أبيها أو كداره التى هو ساكن فيها ، لأن كثيرا من الأوساط والأشراف يسكنون الدار الصغيرة ، وهذا موافق لما قدمناه عن الملتقط من قوله اعتبارا فى السكنى بالمعروف ،

(ولا يلزمه إتيانها بمؤنسة) ويأمره بإسكانها بين جيران صالحين بحيث لاتستوحش سراجية . ومفاده أن البيت بلا جيران ليس مسكنا شرعيا بحر . وفى النهر : وظاهره وجوبها لو البيت خاليا عن الجيران لاسيما إذا خشيت على عقلها من سعته .

قلت : لكن نظر فيه الشرنبلالى بما مر أن مالا جيران له غير مسكن شرعى ، فتنبه (ولا يمنعها من الخروج إلى الوالدين) فى كل جمعة إن لم يقدرا على إتيانها على ما اختاره فى الاختيار ولو أبوها

إذ لا شك أن المعروف يختلف باختلاف الزمان والمكان ، فعلى المفتى أن ينظر إلى حال أهل زمانه وبلده ، إذ بدون ذلك لا تحصل المعاشرة بالمعروف ، وقد قال تعالى —ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن— .

مطلب فى الكلام على المؤنسة

(قوله ولا يلزمه إتيانها بمؤنسة الخ) قال فى النهر : ولم نجد فى كلامهم ذكر المؤنسة إلا فى فتاوى قارئ الهداية قال إنها لاتجب الخ (قوله ومفاده ألخ) عبارة البحــر : هكذا قالوا للزوج أن يسكنها حيث أحب ولكن بين جيران صالحين ؛ ولو قالت إنه يضربنى ويؤذينى فمره أن يسكنى بين قوم صالحين ؛ فإن علم القاضى ذلك زجره ومنعه عن التعدى فى حقها وإلا يسأل الجيران عن صنيعه ، فإن صدقوها منعه عن التعدى فى حقها ولا يتركها ثمة وإن لم يكن فى جوارها من يوثق به أو كانوا يميلون إلى الزوج أمره بإسكانها بين قوم صالحين اه ولم يصرحوا بأنه يضرب وإنما قالوا زجره ولعله لأنها لم تطلب تعزيره وإنما طلبت الإسكان بين قوم صالحين ،وقد علم من كلامهم أن البيت الذى ليس له جيران ليس بمسكن شرعى اه (قوله لكن نظر فيه الشرنبلالى الخ) أى نظر فى كلام النهر وأجيب عنه بحمله على ماإذا رضيت بذلك ولم تطالبه بمسكن له جيران .

فالحاصل أن الإفتاء بلزوم المؤنسة وعدمه يختلف باختلاف المساكن ولو مع وجود الجيران ، فإن كان صغيرا كمساكن الربوع والحيشان فلا يلزم لعدم الاستيحاش بقرب الجيران ، وإن كان كبيرا كالدار الخالية من السكان المرتفعة الجدران يلزم لاسيما إن خشيت على عقلها كما أفاده السيد محمد أبو السعود فى حواشى مسكين ، وهو كلام وجيه لأن مافى السراجية من عدم اللزوم مشروط بشرطين : إسكانها بين جيران صالحين ، وعدم الاستيحاش ، فإذا أسكنها فى دار وكان يخرج ليلا ليبيت عند ضرتها ونحوه وليس لها ولد أو خادم تستأنس به أو لم يكن عندها من يدفع عنها إذا خشيت من اللصوص أو ذوى الفساد كان من المضارة المنهى عنها ولا سيما إذا كانت صغيرة السن فيلزمه إتيانها بمؤنسة أو إسكانها فى بيت من دار عند من لايؤذيها إن كان مسكنا يليق بحالهما ، والله سبحانه أعلم (قوله على مااختاره فى الاختيار) الذى رأيته فى الاختيار شرح المختار : هكذا قيل لايمنعها من الخروج إلى الوالدين وقيل يمنع ، ولا يمنعهما من الدخول إليها فى كل جمعة وغيرهم من الأقارب فى كل سنة هو المختار اه . فقوله هو المختار مقابله القول بالشهر فى دخول المحارم كما أفاده فى الدرر والفتح ، نعم ماذكره الشارح اختاره فى فتح القدير حيث قال : وعن أبى يوسف فى النوادر تقييد خروجها بأن لايقدرا على إتيانها ، فإن قدرا لاتذهب وهو حسن، وقد اختار بعض المشايخ منعها من الخروج إليهما وأشار إلى نقله فى شرح المختار .

والحق الأخذ بقول أبى يوسف إذا كان الأبوان بالصفة التى ذكرت ، وإلا ينبغى أن يأذن لها فى زيارتهما فى الحين بعد الحين على قدر متعارف ، أما فى كل جمعة فهو بعيد، فإن فى كثرة الخروج فتح باب الفتنة خصوصا إذا كانت شابة والزوج من ذوى الهيئات ، بخلاف خروج الأبوين فإنه أيسر اه وهذا ترجيح منه لخلاف ماذكر فى البحر أنه الصحيح المفتى به من أنها تخرج للوالدين فى كل جمعة بإذنه وبدونه ، وللمحارم فى كل سنة مرة بإذنه

زمنا مثلا فاحتاجها فعليها تعاهده ولو كافرا وإن أبي الزوج فتح (ولا يمنعهما من الدخول عليها فى كل جمعة، وفى غيرهما من المحارم فى كل سنة) لها الخروج ولهم الدخول زيلعى (ويمنعهم من الكينونة) وفى نسخة: من البيتوتة لكن عبارة منلا مسكين: من القرار (عندها) به يفتى خانية ، ويمنعها من زيارة الأجانب وعيادتهم والوليمة ، وإن أذن كانا عاصيين كما مر فى باب المهر :

وفى البحر : له منعها من الغزل وكل عمل ولو تبرعا لأجنبى ولو قابلة أو مغسلة

وبدونه (قوله زمنا) أى مريضا مرضاً طويلا (قوله فعليها تعاهده) أى بقدر احتياجه إليها ، وهذا إذا لم يكن له من يقوم عليه كما قيده فى الخانية (قوله ولو كافرا) لأن ذلك من المصاحبة بالمعروف المأمور بها (قوله وإن أبى الزوج) لرجحان حق الوالد ، وهل لها النفقة ؟ الظاهر لا وإن كانت خارجة من بيته بحق كما لو خرجت لفرض الحج (قوله فى كل جمعة) هذا هو الصحيح ، خلافا لمن قال له المنع من الدخول معللا بأن المنزل ملكه ، وله حق المنع من دخول ملكه دون القيام على باب الدار ، ولمن قال لامنع من الدخول بل من القرار لأن الفتنة فى المكث وطول الكلام ، أفاده فى البحر : وظاهر الكنز وغيره اختيار القول بالمنع من الدخول مطلقا ، واختاره القدورى ، وجزم به فى الذخيرة ، وقال : ولا يمنعهم من النظر إليها والكلام معها خارج المنزل إلا أن يخاف عليها الفساد فله منعهم من ذلك أيضا (قوله فى كل سنة) وقيل فى كل شهر كما مر (قوله لها الخروج ولهم الدخول زيلعى) المناسب إسقاط هذه الجملة كما فى بعض النسخ . وعبارة الزيلعى : وقيل لايمنعها من الخروج إلى الوالدين ولا يمنعهم من الدخول عليها فى كل جمعة الخ (قوله ويمنعهم من الكينونة) الظاهر أن الضمير عائد على الأبوين والمحارم (قوله وفى نسخة من البيتوتة الخ) وبه عبر فى النهر ، وتعبير منلا مسكين يؤيد النسخة الأولى ، ومثله فى الزيلعى والبحر ، ويؤيده مامر من التعليل بأن الفتنة فى المكث وطول الكلام (قوله ويمنعها الخ) ولا تتطوع للصلاة والصوم بغير إذن الزوج بحر عن الظهيرية .

قلت : ينبغى تقييد الصلاة بصلاة التهجد فى الليل ، لأن فى ذلك منعا لحقه وتنقيصا لجمالها بالسهر والتعب وجمالها حقه أيضاً كما مر ، أما غيره ولا سيما السنن الرواتب فلا وجه لمنعها منها كما لايخفى (قوله والوليمة) ظاهره ولو كانت عند المحارم ، لأنها تشتمل على جمع فلا تخلو من الفساد عادة رحمتى (قوله وكل عمل ولو تبرعا لأجنبى) كذا ذكره فى البحر بحثا حيث قال : وينبغى عدم تخصيص الغزل ، بل له أن يمنعها من الأعمال كلها المقتضية للكسب ؛ لأنها مستغنية عنه لوجوب كفايتها عليه وكذا من العمل تبرعا لأجنبى بالأولى اه : وقوله بالأولى ينافى قول الشارح ولو تبرعا لاقتضاء لو الوصلية كون غير التبرع أولى وهو غير صحيح كذا قيل : وقد يجاب بأن ما كان غير تبرع بل بالأجرة قد يستدعى خروجها لمطالبة الأجنبى بالأجرة تأمل :

قلت : ثم إن قولهم له منعها من الغزل يشمل غزلها لنفسها ، فإن كانت العلة فيه السهر والتعب المنقص لجمالها فله منعها عما يؤدى إلى ذلك لاما دونه وإن كانت العلة استغناءها عن الكسب كما مر ، ففيه أنها قد تحتاج إلى مالايلزم الزوج شراؤه لها :

والذى ينبغى تحريره أن يكون له منعها عن كل عمل يؤدى إلى تنقيص حقه أو ضرره أو إلى خروجها من بيته أما العمل الذى لاضرر له فيه فلا وجه لمنعها عنه خصوصا فى حال غيبته من بيته ، فإن ترك المرأة بلا عمل فى بيتها يؤدى إلى وساوس النفس والشيطان أو الاشتغال بما لايعنى مع الأجانب والجيران (قوله ولو قابلة ومغسلة) أى التى تغسل الموتى كما فى الخانية ، ونقل فى البحر عنها تقييد خروجها بإذن الزوج بعد مانقل عن النوازل أن لها

لتقدم حقه على فرض الكفاية ، ومن مجلس العلم إلا لنازلة امتنع زوجها من سؤالها ، ومن الحمام إلا النفساء وإن جاز بلا تزين وكشف عورة أحد .

قال الباقانى : وعليه فلا خلاف فى منعهن للعلم بكشف بعضهن ، وكذا فى الشرنبلالية معزيا للكمال .

(وتفرض) النفقة بأنواعها الثلاثة (لزوجة الغائب) مدة سفر صيرفية ، واستحسنه فى البحر ولو مفقودا (وطفله) ومثله كبير زمن وأنثى مطلقا (وأبويه) فقط ، فلا تفرض لمملوكه وأخيه ،

الخروج بلا إذنه ، واقتصر عليه فى الفتح ، وقوى فى البحر الأول بما علل به الشارح (قوله على فرض الكفاية) بخلاف فرض العين كالحج فلها الخروج إليه مع محرم (قوله ومن مجلس العلم) معطوف على قوله من الغزل ، فإن لم تقع لها نازلة وأرادت الخروج لتعلم مسائل الوضوء والصلاة ، إن كان الزوج يحفظ ذلك ويعلمها له منعها ، وإلا فالأولى أن يأذن لها أحيانا بحر .

مطلب فى منع النساء من الحمام

(قوله ومن الحمام الخ) المنع منه قول الفقيه ، وخالفه قاضيخان فقال : دخوله مشروع للنساء والرجال ، خلافا لما قاله بعض الناس ، لكن إنما يباح إذا لم يكن فيه إنسان مكشوف العورة اه .

وعلى ذلك فلا خلاف فى منعهن للعلم بأن كثيرا منهن مكشوف العورة ، وقد وردت أحاديث تؤيد قول الفقيه وورد استثناء النفساء والمريضة ، وتمامه فى الفتح ، وقال قبله : وحيث أبحنا لها الخروج فإنما يباح بشرط عدم الزينة وتغيير الهيئة إلى مايكون داعية لنظر الرجال والاستمالة . قال الله تعالى — ولاتبرجن تبرج الجاهلية الأولى — اه وأشار الشارح بقوله وإن جاز إلى قول قاضيخان ، وإلى أنه لاينافى منع الزوج لها من دخوله مع مشروعيته لها كما لاينافى منعها من صوم النفل وإن كان مشروعا ، نعم ينافى منعها من دخوله ولو بإذن الزوج ، والظاهر أنه مراد الفقيه خلافا لما فهمه الشرنبلالى .

مطلب فى فرض النفقة لزوجة الغائب

(قوله وتفرض النفقة) وكذا لو كانت مفروضة ومضت مدة ثم غاب لها أخذ الماضى من ماله المذكور كما أفاده فى البدائع (قوله مدة سفر) متعلق بالغائب (قوله واستحسنه فى البحر) قال : وهو قيد حسن يجب حفظه فإنه فيما دونها يسهل إحضاره ومراجعته اه لكن فى القهستانى : ويفرض القاضى نفقة عرس الغائب عن البلد سواء كان بينهما مدة سفر أولا كما فى المنية . وينبغى أن تفرض نفقة عرس المتوارى فى البلد ، ويدخل فيه المفقود اه ح .

وفى الحموى عن البرجندى عن القنية عن المحيط : سواء كانت الغيبة مدة سفر أولا ، حتى لو ذهب إلى القرية وتركها فى البلد فللقاضى أن يفرض لها النفقة اه (قوله وطفله) أى الفقير الحر ط (قوله ومثله كبير زمن) المراد به الابن العاجز عن الكسب لمرض أو غيره كما سيأتى بيانه (قوله وأنثى مطلقا) أى ولو غير مريضة ، لأن مجرد الأنوثة عجز ط والمراد بها البنت الفقيرة (قوله وأبويه) أى الفقيرين ولو قادرين على الكسب على أحد القولين كما سيأتى (قوله فلا تفرض لمملوكه وأخيه) المراد به كل ذى رحم محرم مما سوى قرابة الولاد ، لأن نفقتهم لاتجب قبل القضاء ، ولهذا ليس لهم أن يأخذوا من ماله شيئا قبل القضاء إذا ظفروا به فكان القضاء فى حقهم ابتداء إيجاب ولايجوز ذلك على الغائب ، بخلاف الزوجة وقرابة الولاد لأن لهم الأخذ قبل القضاء بلا رضاه ،

ولا يقضى عنه دينه لأنه قضاء على الغائب (فى مال له من جنس حقهم) كتبر أو طعام، أما خلافه فيفتقر للبيع، ولا يباع مال الغائب اتفاقا (عند) أو على (من يقرّ به) عنده للأمانة ، وعلىّ للدين ، ويبدأ بالأول . ويقبل قول المودع فى الدفع للنفقة لا المديون إلا ببينة أو إقرارها بحر وسيجىء ؛ ولو أنفقا بلا فرض ضمنا بلا رجوع (وبالزوجية و) بقرابة (الولاد وكذا) الحكم ثابت (إذا علم قاض بذلك) أى بمال وزوجية ونسب ، ولو علم

فيكون القضاء فى حقهم إعانة وفتوى من القاضى كما فى الدرر . ويرد المملوك فإنه إذا كان عاجزا عن الكسب وامتنع مولاه من الإنفاق عليه فإن له الأخذ من مال مولاه ، ومقتضاه أن يفرض للعاجز فى مال مولاه إلا أن يجاب بأن العبد لا يجب له دين على مولاه فليتأمل . وإذا لم يجد ما يأكله فى بيت مولاه ولم يفرض له القاضى كيف يفعل وينبغى أن يؤجره بقدر نفقته لو قادرا على الكسب ويبيعه لو عاجزا كما يأتى فى العبد الوديعة ، ولم أره فليراجع (قوله ولا يقضى عنه دينه) فلو أحضر صاحب الدين غريما أو مودعا للغائب لم يأمره القاضى بقضاء الدين وإن كان مقرا بالمال وبدينه، لأن القاضى إنما يأمر فى حق الغائب بما يكون نظرا له وحفظا لملكه . وفى الإنفاق على زوجته من ماله حفظ ملكه ، وفى وفاء دينه قضاء عليه بقول الغير بحر عن الذخيرة : ولا يرد المملوك لأن القاضى لا يقضى على مولاه بنفقته ، بخلاف الزوجة تأمل (قوله لأنه قضاء على الغائب) علة لقوله ولا تفرض ولقوله ولا يقضى (قوله فى مال له) فلو لا مال له فيذكره المصنف ط(قوله كتبر) هو غير المضروب من الذهب أو منه ومن الفضة وفى بعض النسخ كبر ، ويغنى عنه قوله أو طعام فكان الأول أولى ، ودخل فيه الدراهم والدنانير بالأولى . قال الزيلعى : والتبر بمنزلة الدراهم فى هذا الحكم لأنه يصلح قيمة للمضروب اهـ وينبغى تقييده بما إذا وقع به التعامل كما قاله الرحمتى (قوله أو طعام) زاد فى البحر وغيره أو كسوة (قوله أما خلافه) أى خلاف جنس الحق كعروض وعقار (قوله عند أو على الخ) يشمل ما كان مال وديعة أو مضاربة بحر ، ومثله الاستحقاق فى غلة الوقف إذا أقر به الناظر كما أفتى به فى الحامدية ، لأن الناظر كوكيل عن أهل الوقف ، وكذا غلة العبد والدار كما فى النهر ، وقيد بكون المال عند شخص ، إذ لو كان فى بيته وعلم القاضى بالنكاح فرض لها فيه لأنه إيفاء لحقها لا قضاء على الزوج بالنفقة ، كما لو أقر بدين ثم غاب وله من جنسه مال فى بيته يقضى لصاحب الدين فيه بحر ، وقيد بإقراره بما ذكر لما يأتى قريبا (قوله ويبدأ بالأول) أى بمال الوديعة لأن القاضى نصب ناظرا فيبدأ به لأنه أنظر للغائب ، لأن الدين محفوظ لا يحتمل الهلاك ، بخلاف الوديعة فتح وذخيرة . وفى البحر عن الخانية : الوديعة أولى من الدين فى البداءة بالإنفاق منها . وذكر الرحمتى أن القاضى والسلطان وولى اليتيم والمتولى يجب عليهم العمل بما هو الأولى والأنظر كما لا يخفى اهـ تأمل . قلت : وإذا خاف إفلاس المديون أو هربه أو إنكاره فالبداءة به أولى (قوله لا المديون) والفرق أن القاضى له ولاية الإلزام ، فإذا فرض النفقة فى ذلك المال صار المودع مأمورا بالدفع منه إلى المفروض له ، فإذا ادعى دفع الأمانة صدق ، بخلاف المديون فإنه لا يصدق لأنه يدعى ثبوت دين له بذمة الغائب لما تقرر أن الديون تقضى بأمثالها (قوله أو إقرارها) ذكره فى البحر بحثا ، وعلله بأنها مقرة على نفسها اهـ أى لأن النفقة تصير بالقضاء دينا لها على الزوج . قلت : لكن ينبغى صحة إقرارها فى حق نفسها ، فلا ترجع على الزوج لا فى حق الزوج تأمل (قوله ولو أنفقا الخ) هذه الجملة فى بعض النسخ مذكورة قبل قوله ويقبل ، والمراد بضمان المديون عدم براءته ، وقوله ولا رجوع : أى لهما على من أنفقا عليه (قوله وبالزوجية) عطف على الضمير المجرور فى قوله من يقرّ به ولذا أعاد الجار (قوله إذا علم قاض بذلك) أى ولم يقرّ به المديون والمودع ، ولا ينافى هذا قولهم إن القاضى لا يقضى بعلمه لما مر من أن هذا ليس قضاء بل إعانة وفتوى ، أفاده الرحمتى (قوله ولو علم)

بأحدهما احتيج للإقرار بالآخر ، ولا يمين ولا بينة هنا لعدم الخصم (وكفلها) أى أخذ منها كفيلا بما أخذته لابنفسها وجوبا فى الأصح (ويحلفها معه) أى مع الكفيل احتياطا ، وكذاكل آخذ نفقته ؛ فلو ذكر الضمير كابن الكمال لكان أولى (أن الغائب لم يعطها النفقة) ولا كانت ناشزة ولا مطلقة مضت عدتها ، فإن حضر الزوج وبرهن أنه أوفاها النفقةطولبت هى أو كفيلها برد ما أخذت ، وكذا لو لم يبرهن ونكلت ،

أى القاضى بأحدهما أى أحد الأمرين، بأن علم بالمال مثلا احتيج إلى إقرار المديون أو المودع بالآخر: أى بالزوجية أو النسب (قوله ولا يمين ولا بينة هنا الخ) محترز قوله من يقرّ به الخ أى إنه لو جحد المال أو النكاح أو جحدهما لا تقبل بينتها على المال ، لأنها ليست بخصم فى إثبات الملك للغائب ولا على الزوجية ، لأن المودع والمديون ليسا بخصم فى إثبات النكاح على الغائب ، ولا يمين عليهما لأنه لايستحلف إلا من كان خصما كذا فى الخانية ، وهذا يستثنى من قولهم كل من أقر بشيء لزمه ، فإذا أنكره يحلف بحر . ولو قال : أوفيته فالظاهر أنه لا يمين لها عليه لأنها ليست خصما فى ذلك رملى ، ولو برهن على أن زوجها دفع لها قبل غيبته نفقة تكفيها أو أنه طلقها ومضت عدتها ينبغى قبوله فى حق منع ما تحت يده مقدسى . قلت : إلا أن تدعى ضياع مادفعه لها أو أنه لم يكفها تأمل (قوله وكفلها) لجواز أنه عجل لها النفقة أوكانت ناشزة أو مطلقة انقضت عدتها بحر (قوله فى الأصح) راجع لكل من قوله بما أخذته،وقوله وجوبا لأن القاضى نصب ناظرا للعاجز فيجب عليه النظر إليه ومقابل الأول القول بأخذ كفيل بنفسها ، ومقابل الثانى قول الخصاف إنه حسن أفاده ح (قوله ويحلفها) كان الأولى تقديمه على الكفيل لأن القاضى يحلف أولا ثم يعطى النفقة ويأخذ الكفيل كما فى إيضاح الإصلاح اهـ ح (قوله أى مع الكفيل) على حذف مضاف أى مع أخذ الكفيل . وعبارة الزيلعى مع التكفيل (قوله وكذا كل آخذ نفقته) بتنوين آخذ ونصب نفقته على أنه مفعوله (قوله كابن الكمال) حيث قال ويحلفه : أى يحلف من يطلب النفقة ويكفله ، ونقل مثله فى البحر عن المستصفى . قال فى الشرنبلالية : ولكنه لو كان صغيرا كيف يحلف فلينظر اهـ .

قلت : الظاهر أنه يحلف أمه أن أباه مادفع لها نفقته فافهم . وفى البحر : وهذا يدل على أنه يؤخذ الكفيل من الوالدين أيضا ، وهو الظاهر لأنه أنظر للغائب .

وقد يقال : إنما يؤخذ من الوالدين لاحتمال التعجيل ، وقدمنا أن النفقة المعجلة للقريب إذا هلكت أو سرقت يقضى له بأخرى ، بخلاف الزوجة فليس فى تكفيله احتياط للغائب ، لأنه لو ادعى هلاكها قبل منه اهـ . وفيه أنه قد يدعى عدم الأخذ دون الهلاك ، فكان الاحتياط فى تكفيله فافهم (قوله ولا كانت ناشزة) كذا فى البحر ، والأولى ولا هى ناشزة الآن لأنها لو كانت ناشزة ثم عادت لبيته ولو بعد غيبته عادت نفقتها كما مر (قوله طولبت هى أو كفيلها) أى يخير الزوج بين مطالبتها ومطالبة كفيلها (قوله وكذا) أى يخير الزوج أيضا إذا استحلفها ونكلت ، ولو أقرت يأخذ منها دون الكفيل ، لأن الإقرار حجة قاصرة فيظهر فى حقها فقط بدائع ، ومثله فى القهستانى حيث قال : وإن حلفها فانكلت رجع على الكفيل أو الزوجة ، فإذا أقرت بأخذها يرجع عليها فقط كما فى شرح الطحاوى اهـ .

قلت : وهو مشكل، فإن النكول إقرار أيضا، فاوجه الفرق هنا ؟ وذكر فى الذخيرة: لو نكلت خير الزوج وإن لم ينكل الكفيل لأن النكول إقرار والأصيل إذا أقر بالمال لزم الكفيل وإن جحد الكفيل اهـ وهذا يقتضى ثبوت التخيير فيهما : ولا إشكال فيه ، لكن اعترض فى البحر على قوله والأصيل إذا أقر الخ بأن هذا فيما لو أقر بدين

ولو أقرت طولبت فقط (لا) تفرض على غائب (بإقامة) الزوجة (بينة على النكاح) أو النسب (ولا) تفرض أيضا (إن لم يخلف مالا فأقامت بينة ليفرض عليه ويأمرها بالاستدانة ولا يقضى به) لأنه قضاء على الغائب (وقال زفر يقضى بها) أى النفقة (لا به) أى بالنكاح (وعمل القضاة اليوم على هذا للحاجة ، فيفتى به) وهذا من الست التى يفتى بها بقول زفر

يجب كقوله ماثبت لك عليه أو ذاب ،أما لو أقر بدين قائم فى الحال كقوله كفلت بمالك عليه فلايلزم الكفيل ،وهنا ضمن ما أخذته ثانيا فكان الدين قائما وقت الضمان فى ذمتها للحال فلا يلزم الكفيل . قال : فالحق ما فى المبسوط وشرح الطحاوى من أنها إذا أقرت بالأخذ يرجع عليها فقط اه .

قلت : لكن يعود الإشكال المار ، فقد علمت مما فى القهستانى أنه فى شرح الطحاوى فرق بين النكول والإقرار ، ولعل له وجها لم يظهر لنا فافهم (قوله ولو أقرت طولبت فقط) كذا فى بعض النسخ . وهو موافق لما ذكرناه . وفى بعضها : ولو حلفت وكأنه فهمه مما فى البحر عن الذخيرة ، فإن لم يكن للزوج بينة وحلفت المرأة على ذلك فلا شيء على الكفيل فإنه يوهم أن عليها شيئا ، وليس بمراد بل المراد أنه لايحلف الكفيل أيضاً بل حلفها يكفى عنها وعنه فى دفع المطالبة ، كما أفاده بعض المحشين وهو كلام جيد ، إذ لو كان عليها شيء لما فائدة التحليف ويلزم أن يقول القول للزوج بلا بينة ، ولا يخفى فساده (قوله بإقامة الزوجة بينة على النكاح أو النسب) هذا محترز ماتقدم من اشتراط إقرار المودع أو المديون بالزوجية أو النسب أو علم القاضى بذلك ، كما أشار إليه بقوله فيما مر ، ولا يمين ولا بينة هنا . قال ح : وكان المناسب لقوله أو النسب أن يقول قبله لانفرض على غائب بإقامة الزوجة أو القريب ولادا كما لايخفى (قوله إن لم يخلف مالا) أى إن لم يترك مالا فى بيته ولا عند مودع ولا على مديون ، وهذا محترز قوله فى مال له . قال فى الذخيرة : إنه إذا لم يكن للزوج مال حاضر وأرادت إقامة بينة على النكاح أو كان القاضى يعلم به وطلبت أن يفرض لها النفقة ويأمرها بالاستدانة لايجيبها إلى ذلك خلافا لزفر (قوله ويأمرها) بالنصب عطفا على يفرض ، وقوله ولا يقضى به : أى بالنكاح عطفا على قوله لاتفرض ح (قوله يقضى بها) وتعطاها من ماله إن كان له مال وإلا تؤمر بالاستدانة ، ولا تحتاج إلى بينة على أنه لم يخلف نفقة بحر (قوله للحاجة) لأن الزوج كثيرا مايغيب ويتركها بلا نفقة خصوصا فى زماننا هذا . قال الزيلعى لأن فى قبول البينة بهذه الصفة نظرا لها ، وليس فيه ضرر على الغائب ، لأنه لو حضر وصدقها أو أثبتت ذلك بطريقة كانت آخذة لحقها وإلا فيرجع عليها أو على الكفيل (قوله فيفتى به) وهو الأصح كما فى البرهان . وقال الخصاف : وهذا أرفق بالناس كما فى النهر ، وهو المختار كما فى ملتقى الأبحر وفى غيره ، وبه يفتى شرنبلالية ، واستحسنه أكثر المشايخ فيفتى به شرح مجمع (قوله وهذا من الست التى يفتى بها بقول زفر) أوصلها الحموى إلى خمس عشرة مسألة ، ونظمها فى قصيدة إحداها هذه ٢ قعود المريض فى الصلاة كهيئة المتشهد ٣ قعود المتنفل كذلك ٤ تغريم من سعى إلى ظالم بِبَرِىء فغرمه ٥ لابد فى دعوى العقار من بيان حدوده الأربع ٦ قبول شهادة الأعمى فيما فيه تسامع ٧ الوكيل بالخصومة لايملك قبض المال ٨ لايسقط خيار المشترى برؤية الدار من صحنها ٩ لايسقط خياره برؤية الثوب مطويا ١٠ يشترط تسليم الكفيل المكفول عنه فى مجلس الحكم ١١ إذا تعيب المبيع يجب على المرابح بيان أنه اشتراه سليما بكذا ١٢ تأخير الشفيع الشفعة شهرا بعد الإشهاد يبطلها ١٣ إذا أوصى بثلث نقده وغنمه فضاع الثلثان فله ثلث الباقى منهما ١٤ إذا قضى الغريم جيادا بدل زيوفه لايجبر على القبول ١٥ إذا أنفق الملتقط على اللقطة وحبسها للاستيفاء فهلكت سقط ماأنفقه اه .

. . . .

قلت : ويجب إسقاط ثلاثة : وهي دعوى العقار ، وشهادة الأعمى والوصية بثلث النقد ، فإن المفتى به خلاف قول زفر فيها ، وهو قول أئمتنا الثلاثة وعليه المتون وغيرها كما نبه عليه سيدى عبد الغنى النابلسى فى شرحه على النظم المذكور هذا .

وقد زدت على ذلك ثمانى مسائل : ١ إذا قال أنت طالق واحدة فى ثنتين وأراد الضرب تقع ثنتان عنده ، ورجحه المحقق الكمال بن الهمام ، والإتقانى فى غاية البيان ٢ تعليق عتق العبد بقوله إن مت أو قتلت فأنت حر تدبير عنده ، ورجحه ابن الهمام ومن بعده ٣ النكاح المؤقت يصح عنده ، ورجحه ابن الهمام بإهمال التوقيت ٤ وقف الدراهم والدنانير يصح عند زفر ، وهى رواية الأنصارى عنه ، وعليها العمل اليوم فى بلاد الروم لتعارفه عندهم ، فهو فى الحقيقة وقف منقول فيه تعامل ، وسيأتى فى الوقف تحقيقه ٥ لو وجد فى بيته امرأة فى ليلة مظلمة ظنها امرأته فوطئها لايحد ، ولو نهارا يحد ، وهو قول زفر . وعن أبى يوسف يحد مطلقا . قال أبو الليث الكبير وبرواية زفر يؤخذ ، كذا فى التتارخانية ٦ لو حلف لايعيز زيدا كذا فدفع المأمور زيد لايحنث عند زفر ، وعليه الفتوى خلافا لأبى يوسف ، وهذا إذا أخرج الكلام مخرج الرسالة ، بأن قال إن زيدا يستعيز منك كذا ، وإلا حنث كما فى النهر وغيره ٧ جواز التيمم لمن خاف فوت الوقت إذا توضأ وهو قول زفر ، وقدمنا فى التيمم ترجيحه ، لكن مع الأمر بالإعادة احتياطا ٨ طهارة زبل الدواب على قول زفر يفتى بها فى محل الضرورة كمجرى مياه دمشق الشام كما حرره العمادى فى هديته وشرحها لسيدى عبد الغنى ، وتقدم بيانه فى الطهارة ، فصارت جملة المسائل عشرين مسألة بعد إسقاط الثلاثة المارة ، وقد نظمتها كذلك بقولى :

بحمد إله العالمين مبسملا ... أتوج نظمى والصلاة على العلا
وبعد فلا يفتى بما قاله زفر ... سوى صور عشرين تقسيمها انجلى
جلوس مريض مثل حال تشهد ... كذا من يصلى قاعدا متنفلا
وتقدير إنفاق لمن غاب زوجها ... بلا ترك مال منه ترجو تحوّلا
يرابح شارى ماتعيب عنده ... إذا قال إنى ابتعته سالم الخلى
وليس يلى قبضاً وكيل خصومة ... ويضمن ساع بالبرىء تقوّلا
وتسليم مكفول بمجلس حاكم ... تحتم أن يشرط على من تكفلا
ويبقى خيار عند رؤية مشتر ... لثوب بلا نشر لمطويه جلا
كذا رؤية للبيت من صحن داره ... إذا لم يكن من داخل قد تأملا
قضاه جيادا عن زيوف أدائها ... فلا جبر إن لم يرض أن يتقبلا
مبادر إشهاد على أخذ شفعة ... بتأخيره شهرا للملك أبطلا
نوى لقطة فى حال حبس لأخذ ما ... صرفت عليها مسقط ذا مكملا
وزد ضرب حساب أراد مطلق ... يصح بترجيح الكمال تعدلا
ورجح أيضا عقد تدبير عبده ... بترديده بالقتل والموت فانقلا
وأيضا نكاحا فيه توقيت مدة ... يصح وذا التوقيت يجعل مرسلا
ووقف دنانير أجز ودراهم ... كما قاله الأنصارى دام مبجلا

وعليه ، ولو غاب وله زوجة وصغار تقبل بينتها على النكاح إن لم يكن عالما به ثم يفرض لهم ثم يأمرها بالإنفاق أو الاستدانة لترجع بحر .

(و) تجب (لمطلقة الرجعي والبائن والفرقة بلا معصية كخيار عتق ، وبلوغ وتفريق بعـدم كفاءة النفقة والسكنى والكسوة) إن طالت المدة ،

وواطئ من قد ظنها زوجة إذا ... أتته بليـل حده صار مهملا
ويحنث في والله لست معير ذا ... لزيد إذا أعطى لمن جاء مرسلا
لمن خاف فوت الوقت ساغ تيمم ... ولـكن ليحتط بالإعادة غاسلا
طهارة زبل في محـل ضرورة ... كمجرى مياه الشام صينت من البلا
فهاك عروسا بالجمال تسربلت ... وجاءت عقود الدر في جيدها حلي
وصلى على ختم النبيـين ربنا ... وآل وأصحاب ومن بالتقى علا

(قوله وعليه الخ) أي على قول زفر ، وهذا تفريع من صاحب البحر (قوله تقبل بينتها على النكاح) أي لايقضى به بل ليفرض لها النفقة ، ولم يذكر البينة على النسب ؛ إما اختصارا ، أو لأنها حيث قامت على النكاح تكون قائمة على النسب ضمنا لقيام الفراش تأمل (قوله إن لم يكن عالما به) إذ لو كان عالما لم يحتج إلى بينة وتكون المسألة على قول أئمتنا الثلاثة كما مر (قوله ثم يفرض لهم) أي للزوجة والصغار بحر (قوله ثم يأمرها بالإنفاق أو الاستدانة) عبارة البحر : ثم يأمرها بالاستدانة ، وبه علم أن المناسب عطف الاستدانة بالواو كما يوجد في بعض النسخ لأنها لو لم تستدن ومضت مدة تسقط نفقة غير الزوجة ولو بعد القضاء كما مر ، لـكن سيأتي أن الزيلعي جعل الصغير كالزوجة في عدم السقوط بالمضى ، بخلاف بقية الأقارب ، ويأتي تمام الـكلام عليه .

مطلب في نفقة المطلقة

(قوله وتجب لمطلقة الرجعي والبائن) كان عليه إبدال المطلقة بالمعتدة ، لأن النفقة تابعة للعدة ، وقيد بالرجعي والبائن احترازا عما لو أعتق أم ولده فلا نفقة لها في العدة كما في كافي الحاكم ، وعما لو كان النكاح فاسدا ففي البحر لو تزوجت معتدة البائن وفرق بعد الدخول فلا نفقة على الثاني لفساد نكاحه ولا على الأول إن خرجت من بيته لنشوزها . وفي المجتبى : نفقة العدة كنفقة النكاح . وفي الذخيرة : وتسقط بالنشوز وتعود بالعود ، وأطلق فشمل الحامل وغيرها والبائن بثلاث أو أقل كما في الخانية ، ويستثنى مالو خالعها على أن لا نفقة لها ولا سكنى فلها السكنى ومن النفقـة كما مر في بابه ويأتي قريبا (قوله والفرقة بلا معصية) أي من قبلها ، فلو كانت بمعصيتها فليس لها سوى السكنى كما يأتي ؛

قال في البحر : فالحاصل أن الفرقة إما من قبله أو من قبلها ، فلو من قبله فلها النفقة مطلقا سواء كانت بمعصية أو لا طلاقا أو فسخا ، وإن كانت من قبلها فإن كانت بمعصية فلا نفقة لها ولها السكنى في جميع الصور اهـ ملخصا (قوله وتفريق بعدم كفاءة) ومثله عدم مهر المثل . ولا يخفى أن هذا في البالغة التي زوّجت نفسها بلا ولي ، فإن العقد يصح في ظاهر الرواية ، وللولي حق الفسخ ، لـكن المفتى به الآن بطلانه كالصغيرة التي زوجها غير الأب والجد غير كفء أو بدون مهر المثل ، وهذا كله فيما بعد الدخول ، أما قبله فلا نفقة لعدم العدة (قوله النفقة الخ) بالرفع فاعل تجب (قوله والسكنى) يلزم أن تلزم المنزل الذي يسكنان فيه قبل الطلاق قهستاني ، وتقدم الـكلام عليه في باب العدة (قوله إن طالت المدة) أشار إلى الاعتذار عن محمد حيث لم يذكر الـكسوة ، وذلك لأن العدة

ولا تسقط النفقة المفروضة بمضى العدة على المختار بزازية؛ ولو ادعت امتداد الطهر فلها النفقة مالم يحكم بانقضائها مالم تدع الحبل فلها النفقة إلى سنتين منذ طلقها، فلو مضتا ثم تبين أن لاحبل فلارجوع عليها وإن شرط لأنه شرط باطل بحر ؛ ولو صالحها عن نفقة العدة إن بالأشهر صح، وإن بالحيض لاللجهالة (لا) تجب النفقة بأنواعها (لمعتدة موت مطلقا) ولو حاملا (إلا إذا كانت أم ولد وهى حامل) من مولاها فلها النفقة من كل المال جوهرة :

لاتطول غالبا فيستغنى عنها ، حتى لو احتاجت إليها لطول المدة كممتدة الطهر يجب (قوله ولا تسقط النفقة الخ) أى إذا مضت مدة العدة ولم تقبضها فلها أخذها لو مفروضة أى أو مصطلحا عليها ، لكن لو مستدانة بأمر القاضى فلا كلام ، وإلا ففيه خلاف اختار الحلوانى أنها لاتسقط أيضا ، وأشار السرخسى إلى أنها تسقط . وفى الذخيرة وغيرها أنه الصحيح : قال فى البحر : وعليه فلابد من إصلاح المتون ، فإنهم صرحوا بأن النفقة تجب بالقضاء أو الرضا وتصير دينا ، وهنا لاتصير دينا إلا إذا لم تنقض العدة لكن فى النهر أن إطلاق المتون يشهد لما اختاره الحلوانى. قلت : وظاهر الفتح اختياره حيث اقتصر عليه (قوله فلها النفقة) أى يكون القول قولها فى عدم انقضائها مع يمينها ولها النفقة كما فى البحر (قوله مالم يحكم بانقضائها) فإن حكم به ، بأن أقام الزوج بينة على إقرارها به برىء منها كما فى البحر ح (قوله مالم تدع الحبل) فى بعض النسخ : ومالم تدع بالعطف على مالم يكن(١) وهى الصواب ، لأنها إذا أقرت بانقضاء عدتها فى مدة تحتمله ثم ولدت لايثبت النسب ، فكيف تجب النفقة ؟ نعم يثبت لو ولدت لأقل من أقله من حين الإقرار ولأقل من أكثره من حين الطلاق لظهور كذبها فى الإقرار كما مر فى بابه ، ولايمكن حمله على هذا لأنه ينافيه قوله فلها النفقة إلى سنتين . وعبارة البحر : وإن ادعت حبلا الخ ولا غبار عليها (قوله فلا رجوع عليها) أى إذا قالت ظننت الحبل ولم أحض وأنا ممتدة الطهر وقال الزوج قد ادعيت الحبل وأكثره سنتان ، فلا يلتفت إلى قوله وتلزمه النفقة حتى تحيض ثلاثا أو تبلغ سن اليأس وتمضى بعده ثلاثة أشهر ، وتمامه فى البحر ، فلو أقرت أن عدتها انقضت منذ كذا وأنها لم تكن حاملا رجع عليها بما أخذت بعد انقضائها كما لايخفى :

[فرع] فى الخلاصة : عدة الصغيرة ثلاثة أشهر إلا إذا كانت مراهقة فينفق عليها مالم يظهر فراغ رحمها ، كذا فى المحيط اه من غير ذكر خلاف وهو حسن ، كذا فى الفتح ، وقدمناه فى العدة بأبسط مما هنا (قوله وإن شرط الخ) ذكر فى البحر جوابا عن حادثة فى زمانه (قوله وإن بالحيض لاللجهالة) أى لاحتمال أن يمتد الطهر بها ، كذا فى الفتح ، ومقتضاه أن الحامل كذلك هذا :

ويرد على التعليل المذكور أن جهالة المصالح عنه لاتضر ، ثم رأيت المقدسى فى باب الخلع اعترض كذلك ؛ وقد يجاب بأن المراد جهالة مايثبت فى الذمة ، بخلاف الدين الثابت فى الذمة إذا صولح عنه فإن جهالته لاتضر تأمل (قوله ولو حاملا) قال القهستانى : وقيل للحامل النفقة فى جميع المال كما فى المضمرات ح (قوله من مولاها) ليس هذا من كلام الجوهرة ، بل ذكره فى النهر حيث قال : وينبغى أن يكون معناه إذا حبلت أمة من سيدها واعترف بأن الحمل منه لكنها لم تلد إلا بعد الموت اه .

ثم اعلم أن استثناء هذه المسألة تبع فيه المصنف صاحب الجوهرة وقال إنها واردة على كثير من المتون . واعترضه الرحمتى بأنه لم يذكرها إلا صاحب الجوهرة أو من تابعه ، وهذه العبارة الشاذة لاتعارض المتون الموضوعة لنقل المذهب مع أنه لاوجه لها ، لأن أم الولد تعتق بموته وتصير أجنبية عنه فلا وجه لإيجاب نفقتها فى تركته :

قلت : ويؤيده مافى البدائع : إذا أعتقت أم الولد أو مات عنها مولاها فلا نفقة لها ولا سكنى ، لأن عدتها عدة

---

(٢) (قوله المحشى على مالم يكن) سبق قلم ، وصوابه ما لم يحكم قاله مصحح .

(وتجب السكنى) فقط (لمعتدة فرقة بمعصيتها) إلا إذا خرجت من بيته فلا سكنى لها فى هذه الفرقة قهستانى وكفاية (كردة) وتقبيل ابنه (لاغير) من طعام وكسوة ، والفرق أن السكنى حق الله تعالى فلا تسقط بحال ، والنفقة حقها فتسقط بالفرقة بمعصيتها (وتسقط النفقة بردتها بعد البت) أى إن خرجت من بيته وإلا فواجبة قهستانى (لابتمكين ابنه) لعدم حبسها ، بخلاف المرتدة ، حتى لو لم تحبس فلها النفقة إلا إذا لحقت بدار الحرب ثم عادت وتابت لسقوط العدة باللحاق لأنه كالموت بحر ، وهو مشير إلى أنه قد حكم بلحاقها وإلا فتعود نفقتها بعودها فليحفظ .

الوطء كعدة المنكوحة فاسدا . وقال فى موضع آخر : لانفقة لها إذا أعتقها وإن كانت ممنوعة من الخروج ، لأن هذا الحبس لم يثبت بسبب النكاح بل لتحصين الماء فأشبهت معتدة الفاسد . وفى الذخيرة : وكذا لو مات عنها لانفقة فى تركته ، ولكن إن كان لها ولد فنفقتها عليه ولو صغيرا ، فهذه العبارات تشمل الحامل وغيرها ، وإذا كانت معتدة الموت من نكاح صحيح لانفقة لها ولو حاملا فكيف الأمة التى عدتها عدة وطء لاعدة عقد . فعلم أنه لاوجه لاستثنائها (قوله بمعصيتها) احتراز عن معصيته ؛ كتقبيله بنتها أو إيلائه أو ردته أو إبائه عن الإسلام ، وعما إذا لم يكن بمعصية منه ولا منها ؛ كخيار بلوغ ونحوه ووطء ابن الزوج لها مكرهة فإن النفقة واجبة لها بأنواعها كما مر (قوله قهستانى وكفاية) الأولى قهستانى عن الكفاية . وعبارته : وهذا إذا خرجت من بيته وإلا فواجب كما أشير إليه فى الكفاية اهـ ح (قوله كردة وتقبيل ابنه) أى كردتها وتقبيلها ابنه (قوله لاغيرها) بالرفع عطفا على السكنى (قوله والفرق) أى بين السكنى وغيرها . وعن هذا قال فى الذخيرة وغيرها : لو شرط فى الخلع أن لانفقة لها ولا سكنى فلها السكنى لاالنفقة ، لأن النفقة حقها، والسكنى فى بيت العدة حقها وحق الشرع وإسقاطها لايعمل فى حق الشرع ؛ حتى لو شرط الزوج عدم مؤنة السكنى ورضيت السكنى فى بيتها أو فى بيت كانت تسكن فيه بالكراء صح ولزمها الأجرة ، لأن ذلك محض حقها (قوله حق الله) أى من وجه حيث أوجب عليها القرار فى منزل الزوج وفيه حقها من وجه لوجوبه لها على الزوج (قوله بعد البت) أى الطلاق البائن بواحدة أو أكثر ، وتقييد الهداية بالثلاث اتفاقى ؛ واحترز به عن معتدة الرجعى إذا طاوعت ابن زوجها أو قبلها بشهوة فلا نفقة لها لأن الفرقة لم تقع بالطلاق بل بمعصيتها بحر (قوله حتى لو لم تحبس فلها النفقة) يعنى إن بقيت فى بيته كما هو صريح عبارة القهستانى المارة ، وحينئذ يستغنى عن هذه الجملة بعبارة القهستانى ويقال بدلها ، فإن عادت إلى بيته عادت النفقة إلا إذا لحقت بدار الحرب وحكم بلحاقها ثم عادت اهـ ح .

والحاصل كما فى البحر أنه لافرق بين الردة والتمكين ، لأن المرتدة بعد البينونة لو لم تحبس لها النفقة كالممكنة والممكنة إذا لم تلزم بيت العدة لانفقة لها فليس للردة أو التمكين دخل فى الإسقاط وعدمه ، بل إن وجد الاحتباس فى بيت العدة وجبت وإلا فلا اهـ ومثله فى الفتح (قوله وهو مشير الخ) أى التعليل بأنه كالموت . قال فى الشرنبلالية وهو يشير إلى أنه قد حكم بلحاقها ، وهو محمل مافى الجامع من عدم عود النفقة بعد مالحقت وعادت ، ومحمل مافى الذخيرة من أنها تعود نفقتها بعودها على ما إذا لم يحكم بلحاقها توفيقا بينهما كما فى الفتح اهـ (قوله وإلا فتعود نفقتها بعودها) كالناشزة إذا عادت لزوال المانع ، بخلاف المبانة بالردة إذا أسلمت لاتعود نفقتها لسقوط نفقتها بمعصيتها والساقط لايعود بحر .

(وتجب) النفقة بأنواعها على الحر (لطفله) يعم الأنثى والجمع (الفقير) الحر ، فإن نفقة المملوك على مالكه والغنى فى ماله الحاضر ؛ فلو غائبا فعلى الأب ثم يرجع إن أشهد لا إن نوى إلا ديانة ؛ فلو كانا فقيرين فالأب يكتسب أو يتكفف وينفق عليهم ، ولو لم يتيسر أنفق عليهم القريب

مطلب الصغير والمكتسب نفقة فى كسبه لا على أبيه

(قوله بأنواعها) من الطعام والكسوة والسكنى ، ولم أر من ذكرهنا أجرة الطبيب وثمن الأدوية ، وإنما ذكروا عدم الوجوب للزوجة ، نعم صرحوا بأن الأب إذا كان مريضا أو به زمانة يحتاج إلى الخدمة فعلى ابنه خادمه وكذلك الابن (قوله لطفله) هو الولد حين يسقط من بطن أمه إلى أن يحتلم ، ويقال جارية طفل وطفلة كذا فى المغرب . وقيل أول مايولد صبى ثم طفل ح عن النهر (قوله يعم الأنثى والجمع) أى يطلق على الأنثى كما علمته ، وعلى الجمع كما فى قوله تعالى –أو الطفل الذين لم يظهروا– فهو مما يستوى فيه المفرد والجمع كالجنب والفلك والإمام – وجعلنا للمتقين إماما – ولا ينافيه جمعه على أطفال أيضا كما جمع إمام على أئمة أيضا فافهم (قوله الفقير) أى إن لم يبلغ حد الكسب ، فإن بلغه كان للأب أن يؤجره أو يدفعه فى حرفة ليكتسب وينفق عليه من كسبه لو كان ذكرا ، بخلاف الأنثى كما قدمه فى الحضانة عن المؤيدية. قال الخير الرملى : لو استغنت الأنثى بنحو خياطة وغزل يجب أن تكون نفقتها فى كسبها كما هو ظاهر ، ولا نقول تجب على الأب مع ذلك ، إلا إذا كان لا يكفيها فتجب على الأب كفايتها بدفع القدر المعجوز عنه ، ولم أره لأصحابنا . ولا ينافيه قولهم بخلاف الأنثى ، لأن الممنوع إيجارها ، ولا يلزم منه عدم إلزامها بحرفة تعلمها اهـ أى الممنوع إيجارها للخدمة ونحوها مما فيه تسليمها للمستأجر بدليل قولهم لأن المستأجر يخلو بها وذا لا يجوز فى الشرع ، وعليه فله دفعها لامرأة تعلمها حرفة كتطريز وخياطة مثلا (قوله على مالكه) أى لا على أبيه الحر أو العبد بحر (قوله والغنى فى ماله الحاضر) يشمل العقار والأردية والثياب ، فإذا احتيج إلى النفقة كان للأب بيع ذلك كله وينفق عليه لأنه غنى بهذه الأشياء بحر وفتح ، لكن سيذكر الشارح عند قوله ولكل ذى رحم محرم أن الفقير من تحل له الصدقة ولو له منزل وخادم على الصواب ، ويأتى تمام الكلام عليه (قوله فلو غائبا) أى فلو كان للولد مال لكنه غائب فنفقته على الأب إلى أن يحضر ماله ؛ وسئل الرملى عما إذا كان له غلة فى وقف : فأجاب بأنه لم ير من صرح بالمسألة ؛ والظاهر أنه بمنزلة المال الغائب (قوله إن أشهد) أى على أنه ينفق عليه ليرجع ، وكالإشهاد الإنفاق بإذن القاضى كما فى البحر (قوله لا إن نوى) أى لا يرجع إن نوى الرجوع بلا إشهاد ولا إذن قاض : أى لا يصدق فى القضاء أنه نوى ذلك ، وإنما يثبت له الرجوع فيما بينه وبين ربه تعالى (قوله يكتسب أو يتكفف) قدم الكسب لأنه الواجب أولا ، إذ لا يجوز التكفف : أى طلب الكفاف بمسألة الناس إلا عند العجز عن الاكتساب . قال فى الذخيرة : فإن قدر على الكسب تفرض النفقة عليه فيكتسب وينفق عليهم ، وإن عجز لكونه زمنا أو مقعدا يتكفف الناس وينفق عليهم كذا فى نفقات الخصاف . وذكر الخصاف فى أدب القضاء أنه فى هذه الصورة يفرضها القاضى على الأب ويأمر المرأة بالاستدانة على الزوج ، فإذا قدر طالبته بما استدانت عليه ، وكذا لو فرضها عليه ثم امتنع مع قدرته اهـ . وقال أيضا : وإن امتنع عن الكسب حبس ، بخلاف سائر الديون . ولا يحبس والد وإن علا فى دين ولده وإن سفل إلا فى النفقة لأن فيه إتلاف الصغير (قوله وينفق عليهم) أى على أولاده الصغار ، وقيل نفقتهم فى بيت المال بحر . وفى القهستانى عن المحيط : وتفرض على المعسر بقدر الكفاية ، وعلى الموسر بقدر ما يراه الحاكم (قوله ولو لم يتيسر) أى الإنفاق عليهم أو الاكتساب . قال فى الفتح : وإن لم يف كسبه بحاجتهم أو لم

ورجع على الأب إذا أيسر ذخيرة . ولو خاصمته الأم فى نفقتهم فرضها القاضى وأمره بدفعها للأم ما لم تثبت خيانتها فيدفع لها صباحا ومساء أو يأمر من ينفق عليهم ، وصح صلحها عن نفقتهم ولو بزيادة يسيرة تدخل تحت التقدير ، وإن لم تدخل طرحت ، ولو على مالا يكفيهم زيدت بحر ؛ ولو ضاعت رجعت بنفقتهم دون حصتها .

وفى المنية : أب معسر وأم موسرة تؤمر الأم بالإنفاق ويكون دينا على الأب وهى أولى من الجد الموسر ،

يكتسب لعدم تيسر الكسب أنفق عليهم القريب الخ ؛ ومثله فى البحر. وظاهره أن إنفاق القريب يثبت بمجرد عجز الأب عن الكسب ؛ وينافيه مامر من أنه إذا عجز عنه يتكفف ؛ ولعل المراد أنه يتكفف إن لم يوجد قريب ينفق عليهم ، وبه يجمع بين الروايتين المنقولتين آنفا عن الخصاف ؛ لكن في الثانية أمر الزوجة بالاستدانة ؛ والظاهر أنه محمول على ما إذا كانت معسرة ؛ فلو موسرة تنفق من مالها لترجع ؛ ويأتى قريبا أنها أولى بالتحمل من سائر الأقارب .

مطلب الكلام على نفقة الأقارب

(قوله ورجع على الأب إذا أيسر) فى جوامع الفقه : إذا لم يكن للأب مال والجد أو الأم أو الخال أو العم موسر يجبر على نفقة الصغير ويرجع بها على الأب إذا أيسر ، وكذا يجبر الأبعد إذا غاب الأقرب ؛ فإن كان له أم موسرة فنفقته عليها ؛ وكذا إن لم يكن له أب إلا أنها ترجع فى الأول اهـ فتح .

قلت : وهذا هو المرافق لما يأتى من أنه لايشارك الأب فى نفقة أولاده أحد فلا يجعل كالميت بمجرد إعساره لتجب النفقة على من بعده بل تجعل دينا عليه ؛ وسيذكر الشارح تصحيح خلافه وأنه لا بد من إصلاح المتون ؛ ويأتى الكلام فيه ؛ وهذا إذا لم يكن الأب زمنا عاجزا عن الكسب وإلا قضى بالنفقة على الجد اتفاقا لأن نفقة الأب حينئذ واجبة على الجد ؛ فكذا نفقة الصغار . ولا يخفى أن كلامنا الآن فى الأب العاجز عن الكسب تأمل (قوله ولو خاصمته الأم) أى بأن شكت منه أن لا ينفق أو أنه يقتر عليهم (قوله ما لم تثبت خيانتها) أى إنه لايقبل قوله إنها لاتنفق أوتضيق عليهم لأنها أمينة ؛ ودعوى الخيانة على الأمين لاتسمع بلاحجة فيسأل القاضى جيرانها ممن يداخلها ؛ فإن أخبروه بما قال الأب زجرها ومنعها عن ذلك نظرا لهم ذخيرة (قوله فيدفع لها الخ) هذا نقله فى الذخيرة عن بعض المشايخ عقب مامر فقال : إن شاء القاضى دفعها إلى ثقة يدفع لها صباحا ومساء ولا يدفع إليها جملة ؛ وإن شاء أمر غيرها لينفق عليهم (قوله وصح صلحها) قيل فى وجهه إن الأب هو العاقد من الجانبين ، وقيل من جانب نفسه والأم من جانب الصغار لأن نفقتهم من أسباب الحضانة وهى للأم ذخيرة (قوله تدخل تحت التقدير) تفسير لليسيرة ، وذلك كما لو وقع الصلح على عشرة ، وإذا نظر الناس فبعضهم يقدر الكفاية بعشرة وبعضهم بتسعة ، بخلاف ما لو وقع الصلح على خمسة عشر أو على عشرين فإن الزيادة حينئذ تطرح عن الأب .

قلت : وتقدم متنا أنه لو صالح على نفقة الزوجة ثم قال لا أطيق ذلك فهو لازم إلا إذا تغير سعر الطعام الخ . والفرق ما قدمناه من أن النفقة فى حق القريب باعتبار الحاجة والكفاية ، وفى حق الزوجة معارضته عن الاحتباس ، ولذا لو مضى الوقت وبقى منها شىء يقضى بأخرى لها لا له وكذا لو ضاعت (قوله زيدت) أى إلى قدر الكفاية (قوله ولو ضاعت الخ) الفرق ما ذكرناه آنفا (قوله وهى أولى من الجد الموسر) أى لو كان مع الأم الموسرة جد موسر أيضا تؤمر الأم بالإنفاق من مالها لترجع على الأب ، ولا يؤمر الجد بذلك لأنها أقرب إلى الصغير فالأم أولى بالتحمل من سائر الأقارب ، وتمامه فى البحر عن الذخيرة .

وفيها : لانفقة على الحر لأولاده من الأمة ولا على العبد لأولاده ولو من حرة ، وعلى الكافر نفقة ولده المسلم ، وسيجيء بحر :

(وكذا) تجب (لولده الكبير العاجز عن الكسب) كأنثى مطلقا وزمن ومن يلحقه العار بالتكسب وطالب علم لايتفرغ لذلك ، كذا فى الزيلعي والعيني . وأفتى أبو حامد بعدمها لطلبة زماننا كما بسطه فى القنية ، ولذا قيده فى الخلاصة بذى رشد (لايشاركه) أى الأب

قلت : اعلم أنه إذا مات الأب فالنفقة على الأم والجد على قدر ميراثهما أثلاثا فى ظاهر الرواية ، وفى رواية على الجد وحده كما سيأتى . وأما إذا كان الأب معسرا فهى على الأب وتستدينها الأم عليه لأنها أقرب من الجد ، هذا على ظاهر المتون كما قدمناه ، وأما على ما يأتى تصحيحه من أن المعسر يجعل كالميت فمقتضاه أنها تجعل عليهما أثلاثا تأمل (قوله لأولاده من الأمة) بل نفقتهم على سيد الأمة إلا أن يشترط الزوج حريتهم فنفقتهم عليه ، والمراد بالأمة غير المكاتبة ، أما هى فنفقتهم عليها لتبعيتهم لها فى الكتابة ط وتقدمت المسألة (قوله ولو من حرة) بل النفقة عليها ، وإن كانت أمة لمولاه فنفقة الجميع عليه ، أو لغيره فنفقتهم على مولى الأم كما علمت . ونفقة العبد على مولاه (قوله وعلى الكافر الخ) فى الجوهرة : ذمى تزوج ذمية ثم أسلمت ولها منه ولد يحكم بإسلام الولد تبعا لها ونفقته على الأب الكافر ، وكذا الصبى إذا ارتد فارتداده صحيح عند أبى حنيفة ومحمد ، ونفقته على الأب اهـ (قوله وسيجىء) يأتى ذلك فى عموم قول المصنف ولا نفقة مع الاختلاف دينا إلا للزوجة والأصول والفروع الذميين (قوله لولده الكبير الخ) فإذا طلب من القاضى أن يفرض له النفقة على أبيه أجابه ويدفعها إليه لأن ذلك حقه وله ولاية الاستيفاء ذخيرة ، وعليه فلو قال له الأب أنا أطعمك ولا أدفع إليك لا يجاب ، وكذا الحكم فى نفقة كل محرم بحر (قوله كأنثى مطلقا) أى ولو لم يكن بها زمانة تمنعها عن الكسب فمجرد الأنوثة عجز إلا إذا كان لها زوج فنفقتها عليه مادامت زوجة وهل إذا نشزت عن طاعته تجب لها النفقة على أبيها محل تردد فتأمل ، وتقدم أنه ليس للأب أن يؤجرها فى عمل أو خدمة ، وأنه لوكان لها كسب لا تجب عليه (قوله وزمن) أى من به مرض مزمن ، والمراد هنا من به مايمنعه عن الكسب كعمى وشلل ، ولو قدر على اكتساب ما لا يكفيه فعلى أبيه تكميل الكفاية (قوله ومن يلحقه العار بالتكسب) كذا فى البحر والزيلعى .

واعترضه الرحمتى بأن الكسب لمؤنته ومؤنة عياله فرض فكيف يكون عارا ؟ الأولى مافى المنح عن الخلاصة إذا كان من أبناء الكرام ولا يستأجره الناس فهو عاجز اهـ ومثله فى الفتح ، وسيأتى تمامه (قوله كما بسطه فى القنية) حاصله أن السلف قالوا بوجوب نفقته على الأب ، لكن أفتى أبوحامد بعدمه لفساد أحوال أكثرهم ، ومن كان بخلافهم نادر فى هذا الزمان فلايفرد بالحكم دفعالحرج التمييز بين المصلح والمفسد . قال صاحب القنية: لكن بعد الفتنة العامة يعنى فتنة التاتار التى ذهب بها أكثر العلماء والمتعلمين نرى المشتغلين بالفقه والأدب اللذين هماقواعد الدين وأصول كلام العرب يمنعهم الاشتغال بالكسب عن التحصيل ويؤدى إلى ضياع العلم والتعطيل ، فكان المختار الآن قول السلف ، وهفوات البعض لا تمنع الوجوب كالأولاد والأقارب اهـ ملخصا ، وأقره فى البحر .

وقال ح : وأقول الحق الذى تقبله الطباع المستقيمة ولا تنفر منه الأذواق السليمة القول بوجوبها لذى الرشد لا غيره ، ولا حرج فى التمييز بين المصلح والمفسد لظهور مسالك الاستقامة وتمييزه عن غيره ، وبالله التوفيق (قوله ولذا الخ) أى لكونها لاتجب لطلبة زماننا الغالب عليهم الفساد (قوله لا يشاركه) جملة استئنافية أو حالية

ولو فقيرا (أحد فى ذلك كنفقة أبويه وعرسه) به يفتى مالم يكن معسرا فيلحق بالميت ، فتجب على غيره بلا رجوع عليه على الصحيح من المذهب إلا لأم موسرة بحر . قال : وعليه فلابد من إصلاح المتون جوهرة .

من الضمير المضاف إليه فى تجب لطفله الفقير الخ تأمل (قوله ولو فقيرا) هذا مجاراة لظاهر إطلاق المصنف الأب تبعا لإطلاق المتون فلا ينافيه قوله مالم يكن معسرا تأمل (قوله فى ذلك) أى فى نفقة طفله وولده الكبير العاجز عن الكسب (قوله كنفقة أبويه وعرسه) أى كما لايشاركه أحد فى نفقة أبويه ولا فى نفقة زوجته (قوله به يفتى) راجع إلى مسألة الفروع ، ومقابله ما روى عن الإمام أن نفقة الولد على الأب والأم أثلاثا يعنى الكبير ، أما الصغير فعلى أبيه خاصة بلا خلاف : قال الشرنبلالى : ووجه الفرق أنه اجتمع للأب فى الصغير ولاية ومؤنة حتى وجب عليه صدقة فطره فاختص بلزوم نفقته عليه ، ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فتشاركه الأم اه ط وصرح العلامة قاسم بأن عدم الفرق بينهما هو ظاهر الرواية ، وبأن عليه الفتوى فلذا تبعه الشارح (قوله مالم يكن معسر الخ) الضمير راجع للأب .

قال فى الذخيرة : ولو كان للفقير أولاد صغار وجد موسر يؤمر الجد بالإنفاق صيانة لولد الولد ويكون دينا على والدهم هكذا ذكر القدورى ، فلم يجعل النفقة على الجد حال عسرة الأب ، وهذا قول الحسن بن صالح . والصحيح فى المذهب أن الأب الفقير يلحق بالميت فى استحقاق النفقة على الجد ، وإن كان الأب زمنا يقضى بها على الجد بلا رجوع اتفاقا ، لأن نفقة الأب حينئذ على الجد فكذا نفقة الصغار اه .

وقال فى الذخيرة أيضا قبل هذا : ولو لهم أم موسرة أمرت أن تنفق عليهم فيكون دينا ترجع به على الأب إذا أيسر وهى أولى بالتحمل من سائر الأقارب الخ :

قال فى البحر : وحاصله أن الوجوب على الأب المعسر إنما هو إذا أنفقت الأم الموسرة ، وإلا فالأب كالميت والوجوب على غيره لو كان ميتا ولا رجوع عليه فى الصحيح . وعلى هذا فلابد من إصلاح المتون والشروح كما لايخفى اه أى لأن قول المتون والشروح : إن الأب لايشاركه فى نفقة ولده أحد يقتضى أنه لو كان معسرا وأمر القاضى غيره بالإنفاق يرجع سواء كان أما أوجدا أو غيرهما ، إذا لو لم يرجع عليه لحصلت المشاركة ، وأجاب المقدسى بحمل مافى المتون على حالة اليسار ، لكن قال الرملى : لاحاجة إلى ذلك لأن مافى المتون مبنى على الرواية الثانية ، وقد اختارها أهل المتون والشروح مقتصرين عليها اه .

قلت : وعلى هذا فلا فرق بين كون المنفق أما أوجدا أو غيرهما فى ثبوت الرجوع على الأب ، مالم يكن الأب زمنا فإنه حينئذ يكون فى حكم الميت اتفاقا ، وقدمنا عن جوامع الفقه ما يؤيد مافى المتون ، ومثله مافى الخانية من أن نفقة الصغار والإناث المعسرات على الأب لايشاركه فى ذلك أحد ولا تسقط بفقره اه ، وكذا مافى البدائع من قوله وإن كان لهم جد موسر لم تفرض عليه بل يؤمر بها ليرجع على الأب ، لأنها لا تجب على الجد عند وجود الأب القادر على الكسب ، ألا ترى أنه لايجب على الجد نفقة ابنه المذكور فنفقة أولاده أولى ، نعم لو كان الأب زمنا قضى بنفقتهم ونفقة الأب على الجد اه . على أن ما صححه فى الذخيرة يرد عليه تسليمه رجوع الأم مع أنها أقرب إلى أولادها من الجد والعم والخال ، فكيف يرجع الأقرب دون الأبعد . ومسألة رجوع الأم منصوص عليها فى كافى الحاكم وغيره ، وهى تثبت رجوع غيرها بالأولى ، وهذا مؤيد لما فى المتون والشروح كما لايخفى فافهم .

[تنبيه] فى البحر : الفقير لايجب عليه نفقة غير الأصول والفروع والزوجة اه وشمل الفروع الولد الكبير العاجز والأنثى ، وتقدم آنفا فى عبارة الخانية (قوله جوهرة) كذا فى عامة النسخ ولا وجه له ، فإن هذا الكلام

[فروع] لو لم يقدر إلا على نفقة أحد والديه فالأم أحق ، ولو له أب وطفل فالطفل أحق به ، وقيل يقسمها فيهما وعليه نفقة زوجة أبيه وأم ولده بل وتزويجه أو تسرّيه ، ولو له زوجات فعليه نفقة واحدة يدفعها للأب ليوزعها عليهن .

وفى المختار والملتقى : ونفقة زوجة الابن على أبيه إن كان صغيرا فقيرا أو زمنا :

وفى واقعات المفتين لقدرى أفندى : ويجبر الأب

لم ينقله فى البحر عن الجوهرة ولا هو موجود فيها . وفى نسخة الرحمتى : وفى الجوهرة فروع الخ وهى الصواب ، فإن هذه الفروع إلى قوله : وفى المختار ذكرها فى الجوهرة فيكون الجار والمجرور خبرا مقدما وفروع مبتدأ مؤخرا (قوله فالأم أحق) لأنها لاتقدر على الكسب . وقال بعضهم : الأب أحق لأنه هو الذى يجب عليه نفقة الابن فى صغره دون الأم ، وقيل يقسمها بينهما جوهرة .

قلت : ويؤيد الأول ما رواه أحمد وأبو داود والترمذى وحسنه عن معاوية القشيرى « قلت يارسول الله من أبر ؟ قال أمك ، قلت : ثم من ؟ قال أمك (١) . قلت ، ثم من ؟ قال : أباك ، ثم الأقرب فالأقرب » أورد الحديث فى الفتح (قوله وقيل يقسمها فيهما) أى فى المسألتين .

مطلب فى نفقة زوجة الأب

(قوله وعليه نفقة زوجة أبيه) أى فى رواية . وفى أخرى إن كان الأب مريضا أو به زمانة يحتاج للخدمة : قال فى المحيط : فعلى هذا لا فرق بين الأب والابن ، فإن الابن إذا كان بهذه المثابة يجبر الأب على نفقة خادمه : قال فى البحر : وظاهر الذخيرة أن المذهب عدم وجوب نفقة امرأة الأب أو جاريته أو أم ولده حيث لم يكن بالأب علة ، وأن الوجوب مطلقا عن رواية أبى يوسف .

وفى حاشية الرملى : والذى تحرر من المذهب أنه لافرق بين الأب والابن فى نفقة الخادم وأنه إذا احتاج أحدهما لخادم وجبت نفقته كما وجبت نفقة المخدوم فكان من جملة نفقته ، وإذا لم يحتج إليه فلا تجب عليه ، فاعلم ذلك واغتنمه فإنه كثير الوقوع ، والله سبحانه وتعالى أعلم اه .

قلت : بقى ما إذا كانت الزوجة أم الابن فهل تجب نفقتها فى هذه الحالة على الابن أم لا ؟ فإن كانت معسرة فالظاهر وجوبها عليه ، ولو لم يكن الأب محتاجا إليها لقولهم لا يشارك الولد فى نفقة أبويه أحد ؛ وأما لو كانت موسرة والأب محتاج إليها فكذلك ، وإلا فالظاهر أنه يؤمر بها ليرجع على أبيه أو تنفق هى لترجع على الأب ، وهذا أقرب تأمل (قوله بل وتزويجه أو تسريه) ذكره فى الشرنبلالية أيضا عن الجوهرة ، وهو مخالف لما مر فى باب نكاح الرقيق ، وعزوناه إلى الزيلعى والدرر وشروح الهداية فيقدم على ماهنا (قوله فعليه نفقة واحدة) بالإضافة ، فلو موسرات فالوسط ، أو معسرات فالدون ، ولو مختلفات فالظاهر أنه يدفع نصف نفقة الوسط ونصف الدون أفاده ط (قوله ليوزعها عليهن) ولهن رفع أمرهن للقاضى ليأمرهن باستدانة الباقى من كفايتهن لتكون دينا على الزوج . وتجب الإدانة على من تجب عليه نفقتهن كما تقدم فافهم (قوله وفى المختار والملتقى الخ) هذا خلاف نص المذهب كما قدمناه أول الباب فافهم (قوله أو زمنا) أى أو كبيرا زمنا (قوله لقدرى أفندى) هو من متأخرى علماء الروم ، اسمه عبد القادر (قوله ويجبر الأب الخ) هذه العبارة فى القنية والمجتبى ، وقد علمت أن المذهب عدم

---

(١) (قوله أمك الخ) كذا بخط المحشى ، أنه صلى الله عليه وسلم أجابه مرتين بقوله أمك ، والذى فى الترمذى عن معاوية المذكور أجابه ثلاثا اه مصححه .

على نفقة امرأة ابنه الغائب وولدها ، وكذا الأم على نفقة الولد لترجع بها على الأب ، وكذا الابن على نفقة الأم ليرجع على زوج أمه، وكذا الأخ على نفقة أولاد أخيه ليرجع بها على الأب، وكذا الأبعد إذا غاب الأقرب انتهى .

وفى الفصولين من الرابع والثلاثين : أجنبى أنفق على بعض الورثة فقال أنفقت بأمر الموصى وأقرّ به الوصى ولا يعلم ذلك إلا بقول الوصى بعد ما أنفق يقبل قول الوصى لو المنفق عليه صغيرا اه . وفيه قال أنفق علىّ أو على

وجوب النفقة لزوجة الابن ولو صغيرا فقيرا ، فلو كان كبيرا غائبا بالأولى إلا أن يحمل على أن الوجوب هنا بمعنى أن الأب يؤمر بالإنفاق عليها ليرجع بها على الابن إذا حضر ، لكن تقدم أن زوجة الغائب يفرض القاضى لها النفقة على زوجها ويأمرها بالاستدانة وأنه تجب الإدانة على من تجب عليه نفقتها (قوله وكذا الأم الخ) أى إذا غاب الأب ولم يترك نفقة تجبر الأم على الإنفاق على الولد من مالها إن كان لها مال كما فى الخانية ، وقدم الشارح عن البحر تفريعا على قول زفر المفتى به أنها تقبل بينتها على النكاح إن لم يكن القاضى عالما به ثم يفرض لهم ويأمرها بالإنفاق والاستدانة لترجع اه .

ولا يخفى أن هذا كله فيما إذا لم يترك مالا عنده أو على من يقر به وبالزوجية والولاد ، وإلا فقد مر أنه يفرض لها فى ذلك المال ، وكذا لو ترك مالا فى بيته كما مر بيانه (قوله وكذا الابن) أى الموسر إذا غاب زوج أمه الفقيرة ، هذا ظاهر السياق لأن كلامه فى الغيبة ، ويحتمل أن يكون المراد ما إذا كان الزوج حاضرا وهو معسر ، لكن هذه تقدمت قبيل قوله قضى بنفقة الإعسار ، وهذا إذا كان زوجها غير أبيه ، فلو كان أباه وهو معسر فهل يرجع عليه إذا أيسر؟ قدمنا الكلام عليه قريبا (قوله وكذا الأخ الخ) الظاهر أنه مقيد بما إذا لم يكن للأولاد أم موسرة لما مر من أن الأم أولى بالتحمل من سائر الأقارب لأنها أقرب إلى أولادها (قوله وكذا الأبعد إذا غاب الأقرب) عطف عام على خاص ، فيشمل ما إذا كان الغائب ابنا أو أبا أو أخا أو أما والحاضر الموسر خال أو عم أو جد ، وقد استفيد مما هنا وكذا مما قدمناه عن جوامع الفقه أن الغيبة كالإعسار فى وجوب النفقة على الأبعد ورجوعه على الأقرب بعد حضوره أو يساره ، وليس الرجوع على الأب خاصا بالأم خلافا لقوله المار إلا الأم موسرة (قوله أجنبى أنفق الخ) ظاهره أنه أنفق من مال نفسه مع أنه ذكر فى جامع الفصولين قبيل هذه المسألة عن أدب القاضى : ادعى وصى أو قيم أنه أنفق من مال نفسه وأراد الرجوع فى مال اليتيم والوقف ليس له ذلك ، إذ يدعى دينا لنفسه على اليتيم والوقف فلا يصح بمجرد الدعوى ، فلو ادعى الإنفاق من مال الوقف واليتيم نفقة المثل فى تلك المدة صدق اه إلا أن يحمل على أن الأجنبى أنفق من مال اليتيم أو يفرق بين مال الأجنبى ومال الوصى ، لكن فيه إثبات دين للأجنبى على اليتيم بمجرد إقرار الوصى ، ولم أر صريحا صحته ، نعم فى القنية وغيرها : او أنفق ماله على الصغير ولم يشهد ، فلو كان المنفق أبا لم يرجع وفى الوصى اختلاف اه وقدمنا فى باب المهر عند الكلام على ضمان الولى المهر أن اشتراط الإشهاد استحسان ، وعليه فلا فرق بين الوصى والأب إن كانت العادة أن الأب ينفق تبرعا ، ومر تمام الكلام هناك فراجعه ، وسيأتى أيضا آخر الكتاب إن شاء الله تعالى .

مطلب أمر غيره بالإنفاق ونحوه هل يرجع

(قوله وفيه الخ) أقول : فى الخانية ذكر فى الأصل إذا أمر صيرفيا فى المصارفة أن يعطى رجلا ألف درهم قضاء عنه أو لم يقل قضاء عنه ففعل يرجع على الآمر فى قول أبى حنيفة ، فإن لم يكن صيرفيا لا يرجع إلا أن يقول عنى ، ولو أمره بشراء الأسير أو بدفع الفداء يرجع عليه استحسانا ، وإن لم يقل على أن ترجع على بذلك ، وكذا لو قال أنفق

عيالى أو على أولادى ففعل ، قيل يرجع بلا شرطه ، وقيل لا . ولو قضى دينه بأمره رجع بلا شرطه ، وكذا كل ماكان مطالبا به من جهة العباد كجناية ومؤن مالية . ثم ذكر أن الأسير ومن أخذه السلطان ليصادره لو قال لرجل خلصنى فدفع المأمور مالا فخلصه ، قيل يرجع ، وقيل لا فى الصحيح به يفتى :

(وليس على أمه إرضاعه) قضاء بل ديانة (إلا إذا تعينت) فتجبر كما مر فى الحضانة ، وكذا الظئر تجبر على إبقاء الإجارة بزازية (ويستأجر الأب من ترضعه عندها) لأن الحضانة لها والنفقة عليه ؛ ولا يلزم الظئر المكث

من مالك على عيالى أو فى بناء دارى يرجع بما أنفق ، وكذا لو قال اقض دينى يرجع على كل حال ، ولو قضى نائبة غيره بأمره رجع عليه وإن لم يشترط الرجوع هو الصحيح اه :

قلت : والمراد بالصيرفى من يستدين منه التجار ويقبض لهم فيرجع بمجرد الأمر للعرف بأن ما يؤمر باعطائه هو دين على الآمر ، بخلاف غير الصيرفى فلا يرجع بقوله أعط فلانا كذا إلا بشرط الرجوع (قوله كجناية) الذى فى جامع الفصولين جباية بالباء بعد الجيم لا بالنون ، والمراد بها مايجبيه السلطان بحق أو بغيره ، وسيأتى فى كتاب الكفالة قبيل كفالة الرجلين أنه تجوز الكفالة بالنوائب ولو بغير حق ، كجبايات زماننا فإنها فى المطالبة كالديون بل فوقها (قوله ومؤن مالية) الظاهر أنه من عطف العام على الخاص لشموله مثل العشر والخراج ، لكن فى جامع الفصولين أيضا الأمر بإنفاق وأداء خراج وصدقات واجبة لا يوجب الرجوع بلا شرط إلا رواية عن أبى يوسف اه . وعليه فيكون عطف مرادف لئلا يشمل العشر والخراج (قوله ليصادره) أى ليأخذ منه ماله (قوله وقيل لا فى الصحيح) سيذكر الشارح فى كتاب الكفالة تصحيح الأول ، ومثله فى البزازية ، ويؤيده ما قدمناه عن الخانية من تصحيح الرجوع بلاشرط فى النائبة ، فإن الظاهر أن النائبة تشمل مسألة الأسير والمصادرة وقاضيخان من أجل من يعتمد على تصحيحه كما نص عليه العلامة قاسم ، وسيأتى تمام الكلام على ذلك فى متفرقات البيوع .

مطلب فى إرضاع الصغير

(قوله وليس على أمه) أى التى فى نكاح الأب أو المطلقة ط (قوله إلا إذا تعينت) بأن لم يجد الأب من ترضعه أو كان الولد لا يأخذ ثدى غيرها ، وهذا هو الأصح ، وعليه الفتوى خانية .ومجتبى ، وهو الأصوب فتح . وظاهر الكنز أنها لا تجبر وإن تعينت لتغذيه بالدهن وغيره : وفى الزيلعى وغيره : إنه ظاهر الرواية ، وبالأول جزم فى الهداية ، وتمامه فى البحر . وفيه عن الخانية : وإن لم يكن للأب ولا للولد مال تجبر الأم على إرضاعه عند الكل اه . قال : فمحل الخلاف عند قدرة الأب بالمال : قال الرملى : وما فى الخانية نقله الزيلعى عن الخصاف وزاد عليه قوله وتجعل الأجرة دينا على الأب اه :

قلت : ومثله فى المجمع وبه علم أنه لا منافاة بين إجبارها ولزوم الأجرة لها خلافا لما قدمه فى الحضانة عن الجوهرة ، ومر تمامه هناك (قوله وكذا الظئر الخ) فى البحر عن غاية البيان عن العيون عن محمد : فيمن استأجر ظئر الصبى شهرا فلما انقضى الشهر أبت أن ترضعه والصبى لايقبل ثدى غيرها ، قال : أجبرها أن ترضع اه فالمراد بإبقاء الإجارة استدامة حكمها بعد مضى مدتها ، كما لو مضت إجارة السفينة فى وسط البحر وهى فى الحقيقة إجارة مبتدأة . والظاهر أن مثلها ما إذا تعينت لإرضاعه قبل استئجارها فتجبر عليها وإن أمكن تغذيه بالدهن مثلا ، فإن فيه تمريضا لضعفه وموته ، وبهذا رجحوا إجبار الأم على ظاهر الرواية تأمل (قوله عندها) أى عند الأم ، وظاهر التعليل أن كل من ثبتت لها الحضانة فى حكم الأم ط (قوله ولا يلزم الظئر المكث الخ) أى بل لها أن ترضعه

عند الأم مالم يشترط فى العقد (لا) يستأجر الأب (أمه لو منكوحة) ولو من مال الصغير خلافا للذخيرة والمجتبى (أو معتدة رجعى) وجاز فى البائن فى الأصح جوهرة، كاستئجار منكوحته لولده من غيرها (وهى أحق) بإرضاع

ثم ترجع إلى منزلها فيما يستغنى عنها من الزمان أو تقول أخرجوه فترضعه عند فناء الدار ثم تدخل الصبى إلى أمه، أو تحمل الصبى معها إلى البيت نهر عن الزيلعى.

وحاصله أن الظئر مخيرة بين هذه الأمور إذا لم يشترط عليها المكث عند الأم، ومقتضاه أن الأم لو طلبت المكث عندها لا يلزم الظئر وإن كان ذلك حق الأم، فعلى الأب إحضار مرضعة ترضعه وهو عند أمه. لأن الظئر قد تغيب عند حاجة الولد إلى الرضاع ولا يمكن الأم إحضارها، وقد لاترضى بإخراج ولدها إلى فناء الدار (قوله لا يستأجر الأب أمه الخ) علله فى الهداية بأن الإرضاع مستحق عليها ديانة بقوله تعالى — والوالدات يرضعن — فلايجوز أخذ الأجر عليه. واعترضه فى الفتح بجواز أخذ الأجرة بعد انقضاء العدة مع أن الوجوب فى الآية يشمل ما قبل العدة وما بعدها ثم قال: والحق أنه تعالى أوجبه عليها مقيدا بإيجاب رزقها على الأب بقوله تعالى — وعلى المولود له رزقهن — ففى حال الزوجية والعدة هو قائم برزقها، بخلاف ما بعدهما فيقوم الأجر مقامه اهـ.

قلت: وتحقيقه أن فعل الإرضاع واجب عليها ومؤنته على الأب لأنها من جملة نفقة الولد، ففى حال الزوجية والعدة هو قائم بتلك المؤنة لا بعد البينونة فتجب عليه بعدها وإن وجب على الأم إرضاعه، لقوله تعالى — لاتضار والدة بولدها — فإن إلزامها بإرضاعه مجانا مع عجزها وانقطاع نفقتها عن الأب مضارة لها، فساغ لها أخذ الأجرة بعد البينونة لأنها لا تجبر على إرضاعه قضاء، وامتناعها عن إرضاعه مع وفور شفقتها عليه دليل حاجتها ولايستغنى الأب عن إرضاعه عند غيرها، فكونه عند أمه بالأجرة أنفع له ولها إلا أن توجد متبرعة فتكون أولى دفعا للمضارة عن الأب أيضا (قوله خلافا للذخيرة والمجتبى) أى لصاحبيهما حيث قالا يجوز استئجارها من مال الصغير لعدم اجتماع الواجبين على الزوج وهما نفقة النكاح والإرضاع. قال فى النهر: والأوجه عندى عدم الجواز، ويدل على ذلك ما قالوه من أنه لو استأجر منكوحته لإرضاع ولده من غيرها جاز من غير ذكر خلاف لأنه غير واجب عليها مع أن فيه اجتماع أجرة الرضاع والنفقة فى مال واحد، ولو صلح مانعا لما جاز هنا فتدبره اهـ ح.

قلت: غاية ما استند إليه يفيد عدم تسليم التعليل المار، وأن اجتماع الواجبين على الزوج لا ينفى جواز الاستئجار. ولا يخفى أن هذا لا يثبت عدم الجواز فى المسألة الأولى لظهور الفرق بين المسألتين، فإنك قد علمت أن إرضاع الولد واجب على أمه ما دام الأب ينفق عليها. فلا يحل لها أخذ الأجرة مع وجوب نفقتها عليه، وفى أخذها الأجرة من مال الصغير أخذ للأجرة على الواجب عليها مع استغنائها، بخلاف أخذها على ولده من غيرها، فإن إرضاعه غير واجب عليها، فهو كأخذها الأجرة على إرضاع ولد لغير زوجها فإنه جائز وإن كان زوجها ينفق عليها.

والحاصل أن الفرق ظاهر بين أخذ الأجرة على إرضاع ولدها الواجب عليها وعلى إرضاع غيره، ولذا علل الثانية بأنه غير واجب عليها. وأيضا فقد نقل الحموى عن البرجندى معزيا للمنصورية أن الفتوى على الجواز أى الذى مشى عليه فى الذخيرة والمجتبى (قوله فى الأصح) وذكر فى الفتح عن بعضهم أنه ظاهر الرواية، ولكن ذكر أيضا أن الأوجه عدم الفرق بين عدة الرجعى والبائن وأن فى كلام الهداية إيماء إلى أنه المختار عنده، إذ من عادته تأخير وجه القول المختار، وكذا هو ظاهر إطلاق القدورى المعتدة. وفى النهر أنه رواية الحسن عن الإمام وهى الأولى اهـ. وفى حاشية الرملى على المنح عن التتارخانية وعليه الفتوى (قوله كاستئجار منكوحته الخ) أى فيجوز لأن إرضاعه غير واجب عليها كما مر (قوله وهى أحق) أى إذا طلبت الأجرة، ولذا قيده بقوله بعد العدة

ولدها بعد العدة (إذا لم تطلب زيادة على ماتأخذه الأجنبية) ولو دون أجر المثل ، بل الأجنبية المتبرعة أحق منها زيلعي أي في الإرضاع ، أما أجرة الحضانة فللأم كما مر ، وللرضيع النفقة والكسوة ، وللأم أجرة الإرضاع بلا عقد إجارة ، وحكم الصلح كالاستئجار . وفي كل موضع جاز الاستئجار ووجبت النفقة لاتسقط بموت الزوج

وإلا فهي أحق قبل العدة أيضا (قوله ولو دون أجر المثل) أي ولوكان الذي تأخذه الأجنبية دون أجر المثل وطلبت الأم أجر المثل فالأجنبية أولى ط (قوله أحق منها) أي من الأم حيث طلبت شيئا ، ولم يقيدوا هنا بكون الأب معسرا كما في الحضانة ط (قوله أما أجرة الحضانة الخ) أفاد أن الحضانة تبقى للأم فترضعه الأجنبية المتبرعة بالإرضاع عند الأم كما صرح به في البدائع ، ونحوه مامر في المتن وإن للأم أخذ أجرة المثل على الحضانة ولا تكون الأجنبية المتبرعة بها أولى ، نعم لو تبرعت العمة بحضانته من غير أن تمنع الأم عنه والأب معسر ، فالصحيح أنه يقال للأم إما أن تمسكي الولد بلاأجر وإما أن تدفعيه إليها كما مر في الحضانة ، وبه ظهر الفرق بين الحضانة والإرضاع هنا ، وهو أن انتقال الإرضاع إلى غير الأم لايتقيد بطلب الأم أكثر من أجر المثل ولا بإعسار الأب ولا بكون المتبرعة عمة أو نحوها من الأقارب فافهم (قوله كما مر) أي في الحضانة (قوله وللرضيع النفقة والكسوة) فبذلك صار على الأب ثلاث نفقات : أجرة الرضاع ، وأجرة الحضـــانة ، ونفقة الولد من صابون ودهن وفرش وغطاء .

وفي المجتبى : وإذاكان للصبي مال فمؤنة الرضاع ونفقته بعد الفطام في مال الصغير بحر ، وسكت عن المسكن الذي تحضنه فيه : والذي في معين المفتي المختار أنه على الأب ، وهو الأظهر حوى عن شرح الوهبانية ط ، وفيه كلام قدمناه في الحضانة (قوله وللأم أجرة الإرضاع بلا عقد إجارة) بل تستحقه بالإرضاع في المدة مطلقا كذا في البحر أخذا من ظاهر كلامهم : ورده المقدسي في [الرمز شرح نظم الكنز] بأن الظاهر اشتراط العقد ، ومن قال بخلافه فعليه إثباته اهـ فافهم ، ويؤيده ما في شرح حسام الدين على أدب القاضي للخصاف : فإن انقضت عدتها وطلبت أجر الرضاع فهي أحق به ، وينظر القاضي بكم يجد امرأة غيرها فيأمر بدفع ذلك إليها لقوله تعالى — فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن — الخ قال في البحر : وأكثر المشايخ على أن مدة الرضاع في حق الأجرة حولان عند الكل حتى لا تستحق بعد الحولين إجماعا وتستحق فيهما إجماعا : وفيه : لو لم يستغن بالحولين يحل لها أن ترضعه بعدهما عند عامة المشايخ إلا عند خلف بن أيوب (قوله وحكم الصلح كالاستئجار) يعني لو صالحت زوجها عن أجرة الرضاع على شيء إن كان الصلح حال قيام النكاح أو في عدة الرجعي لا يجوز ، وإن كان في عدة البائن بواحدة أو ثلاث جاز على إحدى الروايتين ح عن البحر (قوله وفي كل موضع جاز الاستئجار) أي كما إذا كان بعد انقضاء العدة أو في عدة البائن على إحدى الروايتين وهي المعتمدة كما مر ، وقوله ووجبت النفقة الظاهر أنه عطف مرادف ، والمراد به نفقة المرضعة بالأجرة التي تأخذها من الزوج بقرينة التعليل ، يعني أن ما تأخذه الأم من الأب لتنفقه على نفسها بمقابلة إرضاع الولد هو أجرة لانفقة ، فإذا مات الأب لاتسقط هذه الأجرة بموته بل تجب لها في تركته وتشارك غرماءه ، فهي كغيرها من أصحاب ديونه ، ولو كان نفقة لسقطت كما تسقط بالموت نفقة الزوجة والقريب ولو بعد القضاء ما لم تكن مستدانة بأمر القاضي ، هذا ما ظهر لي في حل هذه العبارة ، وأصلها لصاحب الذخيرة ونقلها عنه في البحر بلفظها .

بل تكون أسوة الغرماء لأنها أجرة لا نفقة (و) تجب (على موسر) ولو صغيرا (يسار الفطرة) على الأرجح ورجح الزيلعي والكمال إنفاق فاضل كسبه .

مطلب فى نفقة الأصول

(قوله وتجب الخ) شروع فى نفقة الأصول بعد الفراغ من نفقة الفروع (قوله ولو صغيرا) لأنه كالكبير فيما يجب فى ماله من حق عبد ، فيطالب به وليه كما يطالب بنفقة زوجته (قوله يسار الفطرة على الأرجح) أى بأن يملك مايحرم به أخذ الزكاة وهو نصاب ولو غير نام فاضل عن حوائجه الأصلية ، وهذا قول أبى يوسف : وفى الهداية : وعليه الفتوى ، وصححه فى الذخيرة ، ومشى عليه فى متن الملتقى، وفى البحر أنه الأرجح ، وفى الخلاصة أنه نصاب الزكاة وبه يفتى ، واختاره الولوالجى (قوله ورجح الزيلعى) عبارته : وعن محمد أنه قدره بما يفضل عن نفقة نفسه وعياله شهرا إن كان من أهل الغلة ، وإن كان من أهل الحرف فهو مقدر بما يفضل عن نفقته ونفقة عياله كل يوم ، لأن المعتبر فى حقوق العباد القدرة دون النصاب ، وهو مستغن عما زاد على ذلك فيصرفها إلى أقاربه ، وهذا أوجه . وقالوا : الفتوى على الأول اه .

والذى فى الفتح أن هذا توفيق بين روايتين عن محمد : الأولى اعتبار فاضل نفقة شهر . والثانية فاضل كسبه كل يوم ، حتى لو كان كسبه درهما ويكفيه أربعة دوانق وجب عليه دانقان للقريب . قال : ومال السرخسى إلى قول محمد فى الكسب : وقال صاحب التحفة : قول محمد أرفق : ثم قال فى الفتح بعد كلام : وإن كان كسوبا يعتبر قول محمد ، وهذا يجب أن يعول عليه فى الفتوى اه . وبه علم أن الزيلعى وصاحب التحفة رجحا قول محمد مطلقا ، والسرخسى والكمال رجحا قوله لو كسوبا ، وهى الرواية الثانية عنه . وفى البدائع أيضا أنه الأرفق .

قلت : والحاصل أن فى حد اليسار أربعة أقوال مروية كما قاله فى البحر وأن الثالث تحته قولان ، وعلى توفيق الفتح هى ثلاثة فقط . وبه علم أن الثالث ليس تقييدا لما ذكره المصنف ، بل هو قول آخر فافهم . وقال فى البحر ولم أر من أفتى به أى بالثالث المذكور ، فالاعتماد على الأولين والأرجح الثانى اه .

قلت : مر فى رسم المفتى أن الأصح الترجيح بقوة الدليل ، فحيث كان الثالث هو الأوجه أى الأظهر من حيث التوجيه والاستدلال كان هو الأرجح وإن صرح بالفتوى على غيره ، ولذا قال الزيلعى : قالوا الفتوى على الأول بصيغة قالوا للتبرى ، وكذا قال فى الفتح ، وهذا يجب أن يعوّل عليه فى الفتوى أى على الثالث .

مطلب صاحب الفتح ابن الهمام من أهل الاجتهاد

والكمال صاحب الفتح من أهل الترجيح بل من أهل الاجتهاد كما قدمناه فى نكاح الرقيق ، وقد نقل كلامه تلميذه العلامة قاسم ، وكذا صاحب النهر والمقدسى والشرنبلالى وأقروه عليه . ويكفى أيضا ميل الإمام السرخسى إليه ، وقول التحفة والبدائع إنه الأرفق ، فحيث كان هو الأوجه والأرفق ، واعتمده المتأخرون وجب التعويل عليه ، فكان هو المعتمد .

ثم اعلم أن ماذكره المصنف من اشتراط اليسار فى نفقة الأصول صرح به فى كافى الحاكم والدرر والنقاية والفتح والملتقى والمواهب والبحر والنهر . وفى كافى الحاكم أيضاً : ولا يجبر المعسر على نفقة أحد إلا على نفقة الزوجة والولد اه ومثله فى الاختيار ، ونحوه فى الهداية . وفى الخانية : لايجب على الابن الفقير نفقة والده الفقير حكما إلا إن كان والده زمنا لايقدر على العمل وللابن عيال فعليه أن يضمه إلى عياله وينفق على الكل : وفى الذخيرة أنه

وفى الخلاصة : المختار أن المكسوب يدخل أبويه فى نفقته . وفى المبتغى : للفقير أن يسرق من ابنه الموسر مايكفيه إن أبى ولا قاضى ثمة وإلا أثم (النفقة لأصوله)

ظاهر الرواية عن أصحابنا ؛ لأن طعام الأربعة إذا فرق على الخمسة لايضرهم ضررا فاحشا ، بخلاف إدخال الواحد فى طعام الواحد لتفاحش الضرر . وفى البزازية : إن رأى القاضى أنه يفضل من قوته شىء أجبره على النفقة من الفاضل على المختار ، وإن لم يفضل فلا شىء فى الحكم ، لكن فى ظاهر الرواية يؤمر ديانة بالإنفاق إن كان الابن وحده ، ولو له عيال أجبر على ضم أبيه معهم كيلا يضيع ، ولا يجبر على أن يعطيه شيئا على حدة اه .

والحاصل أنه يشترط فى نفقة الأصول اليسار على الخلاف المار فى تفسيره إلا إذا كان الأصل زمنا لاكسب له ، فلا يشترط سوى قدرة الولد على الكسب . فإن كان لكسبه فضل أجبر على إنفاق الفاضل ، وإلا فلو كان الولد وحده أمر ديانة بضم الأصل إليه ، ولو له عيال يجبر فى الحكم على ضمه إليهم . ولا يخفى أن الأم بمنزلة الأب الزمن ، لأن الأنوثة بمجردها عجز ، وبه صرح فى البدائع ، لكن صرح أيضاً بأنه لايشترط فى نفقة الأصول يسار الولد بل قدرته على الكسب ، وعزاه فى المجتبى إلى الخصاف ؛ وقد أكثرنا لك من النقل بخلافه لتعلم أنه غير المعتمد فى المذهب (قوله وفى الخلاصة الخ) هذا محمول على ما إذا كان الأب زمنا لاقدرة له على الكسب وإلا اشترط يسار الولد على الخلاف المار فى تفسيره ، وعلى ما إذا كان للولد عيال ، فلو كان وحده فلا يدخل أباه فى نفقته بل يؤمر به ديانة ، والأم كالأب الزمن وذلك كله معلوم مما قررناه آنفا فافهم .

وعبارة الخلاصة هكذا : وفى الأقضية الفقر أنواع(١) ثلاثة : فقير لامال له وهو قادر على الكسب والمختار أنه يدخل الأبوين فى نفقته . الثانى فقير لامال له وهو عاجز عن الكسب فلا تجب عليه نفقة غيره . الثالث أن يفضل كسبه عن قوته ، فإنه يجبر على نفقة البنت الكبيرة والأبوين والأجداد ؛ وفى الرحم المحرم كالعم يشترط النصاب الخ .

قلت : وهذا مبنى على رواية الخصاف من عدم اشتراط اليسار فى نفقة الأصول ، بل قدرة الكسب كافية والمعتمد خلافه كما علمت (قوله وفى المبتغى الخ) سيأتى قريبا لو أنفق الأبوان ماعندهما للغائب من ماله على أنفسهما وهو من جنس النفقة لايضمنان لوجوب نفقة الأبوين والزوجة قبل القضاء ، حتى لو ظفر بجنس حقه فله أخذه ولذا فرضت فى مال الغائب بخلاف بقية الأقارب ، ونحوه فى المنح والزيلعى .

وفى زكاة الجوهرة : الدائن إذا ظفر بجنس حقه له أخذه بلا قضاء ولا رضا . وفى الفتح عند قوله ويحلفها بالله ماأعطاها النفقة وفى كل موضع جاز القضاء بالدفع كان لها أن تأخذ بغير قضاء من ماله شرعا اه . فقول المبتغى ولا قاضى ثمة محمول على ما إذا كان مايأخذه من خلاف جنس النفقة كالعروض . أما الدراهم والدنانير فهى من جنس النفقة فلا حاجة فيها إلى القاضى ، وتمامه فى حاشية الرحمتى . وقد أطال وأطاب (قوله النفقة) أشار إلى أن جميع ماوجب للمرأة وجب للأب والأم على الولد من طعام وشراب وكسوة وسكنى حتى الخادم بحر ، وقدمنا فى الفروع الكلام على خادم الأب وزوجتــه (قوله لأصوله) إلا الأم المتزوجة فإن نفقتها على الزوج كالبنت المراهقة إذا زوّجها أبوها . وقدمنا أن الزوج لو كان معسرا فإن الابن يؤمر بأن يقرضها ثم يرجع عليه إذا أيسر لأن الزوج المعسر كالميت كما صرح به فى الذخيرة بحر .

والحاصل أن الأم إذا كان لها زوج تجب نفقتها على زوجها لاعلى ابنها . وهذا لو كان الزوج غير أبيه كما

---

(١) قوله الأقضية الفقر أنواع ؛ لعل الأولى أن يقول الفقير أنواع ؛ بدليل التفصيل بعده قاله نصر .

ولو أب أمه ذخيرة (الفقراء) ولو قادرين على الكسب والقول لمنكر اليسار والبينة لمدعيه (بالسوية) بين الابن والبنت ، وقيل كالإرث ، وبه قال الشافعي .

(والمعتبر فيه القرب والجزئية) فلو له بنت وابن ابن أو بنت بنت وأخ

صرح به فى الذخيرة ، ومفهومه أنه لو كان أباه تجب نفقته ونفقتها على الابن ، لكن هذا ظاهر لو كانت الأم معسرة أيضاً ؛ أما لو كانت موسرة لاتجب نفقتها على ابنها بل على زوجها ، وهل يؤمر الابن بالإنفاق عليها ليرجع على أبيه ؟ لم أره ، نعم لو كان الأب محتاجا إليها فقد مر أن نفقة زوجته حينئذ على ابنه وهذا يشمل مالو كانت موسرة فتأمل (قوله ولو أب أمه) شمل التعميم الجدة من قبل الأب أو الأم ، وكذا الجد من قبل الأم كما فى البحر . وعبارة الكنز : ولأبويه وأجداده وجداته (قوله الفقراء) قيد به لأنه لاتجب نفقة الموسر إلا الزوجة (قوله ولو قادرين على الكسب) جزم به فى الهداية ، فالمعتبر فى إيجاب نفقة الوالدين مجرد الفقر ، قيل وهو ظاهر الرواية فتح ، ثم أيده بكلام الحاكم الشهيد ، وقال وهذا جواب الرواية اهـ . والجد كالأب بدائع ، فلو كان كل من الابن والأب كسوبا يجب أن يكتسب الابن وينفق على الأب بحر عن الفتح : أى ينفق عليه من فاضل كسبه على قول محمد كما مر (قوله والقول الخ) أى لو ادعى الولد غنى الأب وأنكره الأب فالقول له والبينة للابن بحر (قوله بالسوية بين الابن والبنت) هو ظاهر الرواية وهو الصحيح هداية ، وبه يفتى خلاصة ، وهو الحق فتح . وكذا لو كان للفقير ابنان أحدهما فائق فى الغنى والآخر يملك نصابا فهى عليهما سوية خانية ، وعزاه فى الذخيرة إلى مبسوط محمد ، ثم نقل عن الحلوانى قال مشايخنا : هذا لو تفاوتا فى اليسار تفاوتا يسيرا ، فلو فاحشا يجب التفاوت فيها بحر .

قلت : بقى لو كان أحدهما كسوبا فقط وقلنا بما رجحه الزيلعى والكمال من إعطاء فاضل كسبه فهل يلزمه هنا أيضا أم تلزم الابن الغنى فقط تأمل . وفى الذخيرة : قضى بها عليهما فأبى أحدهما أن يعطى للأب ماعليه يؤمر الآخر بالكل ثم يرجع على أخيه بحصته اهـ . ولايخفى أن هذا حيث لم يمكن الأخذ منه لغيبته أو عتوه وإلا فكيف يؤمر الآخر بمجرد الإباء كما أفاده المقدسى . (قوله والمعتبر فيه القرب والجزئية لا الإرث) أى الأصل فى نفقة الوالدين والمولودين القرب بعد الجزئية دون الميراث كذا فى الفتح : أى تعتبر أولا الجزئية : أى جهة الولاد أصولا أو فروعا ، وتقدم على غيرها من الرحم ، ثم يقدم فيها الأقرب فالأقرب ، ولا ينظر إلى الإرث ، فلو له أخ شقيق وبنت بنت فالنفقة عليها فقط للجزئية وإن كان الوارث هو الأخ ، ولو له بنت وابن ابن فعلى البنت لقربها فى الجزئية وإن اشتركا فى الإرث كما فى الفتح وغيره .

قلت : ويرد عليه قولهم : لوله أم وجد لأب فعليهما أثلاثا اعتبارا للإرث مع أن الأم أقرب فى الجزئية ، وكذا قولهم لوله أم وجد لأب وأخ شقيق فعلى الجد عند الإمام مع أن الأم أقرب أيضا وغير ذلك من المسائل .

مطلب ضابط فى حصر أحكام نفقة الأصول والفروع

واعلم أن مسائل هذا الباب ، مما تحير فيها أولو الألباب ، لما يتوهم فيها من الاضطراب ، وكثيرا مارأيت من ضل فيها عن الصواب ، حيث لم يذكروا لها ضابطا نافعا ولا أصلا جامعا ، حتى وفقنى الله تعالى إلى جمع رسالة فيها سميتها [تحرير النقول ، فى نفقات الفروع والأصول] أعاننى فيها المولى سبحانه على شىء لم أسبق إليه ،

. . . .

ولم يحم أحد قبلى عليه ، باختراع ضابط كلى مبنى على تقسيم عقلى ، مأخوذ من كلامهم تصريحا أو تلويحا ، جامع لفروعهم جمعا صحيحا ، بحيث لاتخرج عنه شاذه ، ولا يغادر منها فاذة .

وبيان ذلك أن نقول : لايخلو إما أن يكون الموجود من قرابة الولاد شخصا واحدا أو أكثر . والأول ظاهر ؛ وهو أنه تجب النفقة عليه عند استيفاء شروط الوجوب . والثانى لايخلو ، إما أن يكونوا فروعا فقط أو فروعا وحواشى ، أو فروعا وأصولا ، أوفروعا وأصولا وحواشى ، أوأصولا فقط أوأصولا وحواشى ، فهذه ستة أقسام . وبقى قسم سابع تتمة الأقسام العقلية وهو الحواشى فقط نذكره تتميما للأقسام وإن لم يكن من قرابة الولادة .

القسم الأول : الفروع فقط : والمعتبر فيهم القرب والجزئية : أى القرب بعد الجزئية دون الميراث كما علمت ، ففى ولدين لمسلم فقير ولو أحدهما نصرانيا أو أنثى تجب نفقته عليهما سوية ذخيرة للتساوى فى القرب والجزئية وإن اختلفا فى الإرث ، وفى ابن وابن ابن على الابن فقط لقربه بدائع ، وكذا تجب فى بنت وابن ابن على البنت فقط لقربها ذخيرة . ويؤخذ من هذا أنه لاترجيح لابن ابن على بنت بنت وإن كان هو الوارث لاستوائهما فى القرب والجزئية ولتصريحهم بأنه لا اعتبار للإرث فى الفروع ، وإلا لوجبت أثلاثا فى ابن وبنت ولما لزم الابن النصرانى مع الابن المسلم شىء ، وبه ظهر أن قول الرملى فى حاشية البحر : إنها على ابن الابن لرجحانه مخالف لكلامهم .

القسم الثانى : الفروع مع الحواشى . والمعتبر فيه أيضا القرب والجزئية دون الإرث ؛ ففى بنت وأخت شقيقة على البنت فقط وإن ورثتا بدائع وذخيرة وتسقط الأخت لتقديم الجزئية . وفى ابن نصرانى وأخ مسلم على الابن فقط وإن كان الوارث هو الأخ ذخيرة : أى لاختصاص الابن بالقرب والجزئية . وفى ولد بنت وأخ شقيق على ولد البنت وإن لم يرث ذخيرة : أى لاختصاصه بالجزئية وإن استويا فى القرب لإدلاء كل منهما بواسطة ، والمراد بالحواشى هنا من ليس من عمود النسب : أى ليس أصلا ولا فرعا : فيدخل فيه ما فى الذخيرة : لوله بنت ومولى عتاقة فعلى البنت فقط وإن ورثا أى لاختصاصها بالجزئية .

القسم الثالث : الفروع مع الأصول والمعتبر فيه الأقرب جزئية : فإن لم يوجد اعتبر الترجيح ، فإن لم يوجد اعتبر الإرث ، ففى أب وابن تجب على الابن لترجحه ، بأنت ومالك لأبيك ، ذخيرة وبدائع ، أى وإن استويا فى قرب الجزئية ، ومثله أم وابن لقول المتون ولا يشارك الوالد فى نفقة أبويه أحد . قال فى البحر : لأن لهما تأويلا فى مال الولد بالنص ؛ ولأنه أقرب الناس إليهما اهـ فليس ذلك خاصا بالأب كما قد يتوهم بل الأم كذلك . وفى جد وابن ابن على قدر الميراث أسداسا للتساوى فى القرب ، وكذا فى الإرث وعدم المرجح من وجه آخر بدائع . وظاهره أنه لو له أب وابن ابن أو بنت بنت فعلى الأب لأنه أقرب فى الجزئية فانتفى التساوى ووجد القرب المرجح ، وهو داخل تحت الأصل المار عن الذخيرة والبدائع ؛ وكذا تحت قول المتون لايشارك الأب فى نفقة ولده أحد .

القسم الرابع : الفروع مع الأصول والحواشى ، وحكمه كالثالث . لما علمت من سقوط الحواشى بالفروع لترجحهم بالقرب والجزئية ، فكأنه لم يوجد سوى الفروع والأصول ، وهو القسم الثالث بعينه :

القسم الخامس : الأصول فقط ، فإن كان معهم أب فالنفقة عليه فقط لقول المتون لايشارك الأب فى نفقة

النفقة على البنت أو بنتها لأنه (لا) يعتبر (الإرث) إلا إذا استويا كجد وابن ابن فكإرثهما إلا لمرجح

ولده أحد ، وإلا فإما أن يكون بعضهم وارثا وبعضهم غير وارث أو كلهم وارثين ؛ ففى الأول يعتبر الأقرب جزئية ، لما فى القنية : له أم وجد لأم فعلى الأم أى لقربها ؛ ويظهر منه أن أم الأب كأبى الأم . وفى حاشية الرملى : إذا اجتمع أجداد وجدات فعلى الأقرب ولو لم يدل به الآخر اه فإن تساووا فى القرب فالمفهوم من كلامهم ترجح الوارث ، بل هو صريح قول البدائع فى قرابة الولادة إذا لم يوجد الترجيح اعتبر الإرث اه . وعليه ففى جد لأم وجد لأب تجب على الجد لأب فقط اعتبارا للإرث ، وفى الثانى أعنى لو كان كل الأصول وارثين فكالإرث . ففى أم وجد لأب تجب عليهما أثلاثا فى ظاهر الرواية خانية وغيرها .

القسم السادس : الأصول مع الحواشى ، فإن كان أحد الصنفين غير وارث اعتبر الأصول وحدهم ترجيحا للجزئية ولامشاركة فى الإرث حتى يعتبر فيقدم الأصل سواء كان هو الوارث أو كان الوارث الصنف الآخر ، مثال الأول ماق الخانية : لوله جد لأب وأخ شقيق فعلى الجد اه . ومثال الثانى ما فى القنية : لو له جد لأم وعم فعلى الجد اه أى لترجحه فى المثالين بالجزئية مع عدم الاشتراك فى الإرث لأنه هو الوارث فى الأول ، والوارث هو العم فى الثانى ، وإن كان كل من الصنفين أعنى الأصول والحواشى وارثا اعتبر الإرث . ففى أم وأخ عصبى أو ابن أخ كذلك أو عم كذلك ، على الأم الثلث وعلى العصبة الثلثان بدائع : ثم إذا تعدد الأصول فى هذا القسم بنوعيه ننظر إليهم ونعتبر فيهم ما اعتبر فى القسم الخامس . مثلا : لو وجد فى المثال الأول المار عن الخانية : جد لأم مع الجد لأب نقدم عليه الجد لأب لترجحه بالإرث مع تساويهما فى الجزئية : ولو وجد فى المثال الثانى المار عن القنية أم مع الجد لأم نقدمها عليه لترجحها بالإرث وبالقرب ، وبهذا يسقط الإشكال الذى سنذكره عن القنية كما ستعرفه ، وكذلك لو وجد فى الأمثلة الأخيرة مع الأم جد لأم نقدمها عليه لما قلنا ، ولو وجد معها جد لأب بأن كان للفقير أم وجد لأب وأخ عصبى أو ابن أخ أو عم كانت النفقة على الجد وحده كما صرح به فى الخانية .

ووجه ذلك أن الجد يحجب الأخ وابنه والعم لتنزيله حينئذ منزلة الأب ، وحيث تحقق تنزيله منزلة الأب صار كما لو كان الأب موجودا حقيقة ، وإذا كان الأب موجودا حقيقة لا تشاركه الأم فى وجوب النفقة ، فكذا إذا كان موجودا حكما فتجب على الجد فقط بخلاف ما لو كان للفقير أم وجد لأب فقط فإن الجد لم ينزل منزلة الأب فلذا وجبت النفقة عليهما أثلاثا فى ظاهر الرواية كما مر .

القسم السابع : الحواشى فقط ، والمعتبر فيه الإرث بعد كونه ذا رحم محرم وتقديره واضح فى كلامهم كما سيأتى ثم هذا كله إذا كان جميع الموجودين موسرين ، فلو كان فيهم معسر ، فتارة ينزل المعسر منزلة الميت وتجب النفقة على غيره ، وتارة ينزل منزلة الحى وتجب على من بعده بقدر حصصهم من الإرث ، وسيأتى بيانه أيضا ، فهذا خلاصة ما اشتملت عليه تلك الرسالة النافية للجهالة ، فعض عليه بالنواجذ ، وكن له أرغب آخذ ، وإن أردت الزيادة على ذلك فارجع إليها وعول عليها ، فإنها فريدة فى بابها ، نافعة لطلابها ، وهى من محض فضل الله تعالى ، فله فى كل وقت ألف حمد يتوالى (قوله النفقة على البنت أو بنتها) لف ونشر مرتب ، ففى الأول النفقة على البنت وحدها للقرب ، وفى الثانى على بنتها للجزئية ومثله ابن نصرانى وأخ مسلم وإن كان الوارث هو الأخ كما قدمناه (قوله لأنه لايعتبر الإرث) علة لقوله النفقة على البنت أو بنتها (قوله إلا إذا استويا) أى فى القرب والجزئية ، ففى هذا المثال يجب للفقير على جده سدس النفقة وعلى ابن ابنه باقيها فإن هذا الفقير لو مات يرثان منه كذلك وقوله إلا لمرجح استثناء من هذا الاستثناء : أى عند التساوى يعتبر الإرث إلا إذا ترجح أحد المتساويين ؛ فعلى من معه رجحان فيجب على ابنه دون أبيه مع استوائهما فى القرب :

كوالد وولد (فعلى ولده لترجحه ، بأنت ومالك لأبيك) وفى الخانية : له أم وأبو أب فكإرثهما . وفى القنية : له أم وأبو أم فعلى الأم ، ولو له عم وأبوأم فعلى أبى الأم . واستشكله فى البحر بقولهم : له أم وعم فكإرثهما . قال : ولو له أم وعم وأبو أم هل تلزم الأم فقط أم كالإرث ؟ احتماله .

وبرد على هذا ما لو كان له ابن وبنت فإنهما استويا فى القرب والجزئية مع عدم المرجح والنفقة عليهما بالسوية ، وكذا لو له ابن نصرانى وابن مسلم مع أن المسلم ترجح بكونه هو الوارث ، فيتعين حمل قولهم : والمعتبر فيه القرب والجزئية لا الإرث على ما إذا كان الواجب عليه النفقة فروعا فقط أو فروعا وحواشى وهو القسم الأول ، والثانى من الأقسام السبعة المارة . أما بقية الأقسام فيعتبر فيها الإرث على التفصيل المار فيها.

ثم اعلم أن قوله والمعتبر فيه الخ الضمير فيه راجع إلى ماقبله من نفقة الفروع والأصول على ماقدمناه عن الفتح ومثله فى الذخيرة والبحر وإن كان الأصوب إرجاعه إلى نفقة الأصول فقط أى نفقة الأصول الواجبة على الفروع لما علمت من أن عدم اعتبار الإرث على إطلاقه خاص بهم ، لكن الشارح تابع صاحب الفتح فى إرجاعه الضمير إلى النوعين ، فلذا أورد مسائل من كل منهما بعضها من نفقة الأصول الواجبة على الفروع وبعضها من عكسه فافهم (قوله لترجحه بأنت و مالك لأبيك) أى بهذا الحديث الذى رواه عن النبى صلى الله عليه وسلم جماعة من الصحابة كما فى الفتح ، وهو مؤول للقطع بأن الأب يرث السدس من ولده مع وجود ولد الولد ، فلو كان الكل ملكه لم يكن لغيره شىء معه .

قال الرحمتى : وينبغى فى جد وابن ابن وجوب النفقة على ابن الابن لهذا المرجح ، فإنهم جعلوه مطردا فى جميع الأصول مع الفروع ، وبنوا عليه مسائل : منها أن الجد إذا ادعى ولد أمة ابن ابنه عند فقد الابن صحت دعواه ويتملكها بالقيمة كما هو الحكم فى الأب لهذا الحديث فتأمل اهـ (قوله فكإرثهما) أى ثلاثا ، لأن كلامنهما وارث فلا يرجح أحدهما على الآخر كما مر فى القسم الخامس (قوله فعلى الأم) أى لكونها أقرب من أبيها حيث كان أحدهما وارثا والآخر غير وارث كما مر (قوله فعلى أبى الأم) لأن الجزئية تقدم على غيرها عند عدم المشاركة فى الإرث (قوله واستشكله فى البحر الخ) أصل الإشكال لصاحب القنية . وجهه أن وجوبها فى أم وعم كإرثها نص عليه محمد فى الكتاب ، فيقتضى جعل العم بمنزلة الأم ، وفى المسألة التى قبلها جعل أبو الأم مقدما على العم ، فيلزم أن يتقدم أيضا على الأم لمساواتها للعم ، فيشكل جعل النفقة على الأم فى مسألة أم وأبى أم ، بل الظاهر جعلها على أبى الأم لتقدمه عليها ، وجعلها على الأم يقتضى تقدمها على أبيها ، ويلزم منه تقدمها على العم ، لأن أباها مقدم عليه فكيف تكون عليهما كإرثهما أفاده ط .

وحاصله أن هذه المسائل الثلاثة متناقضة . وأقول : لاتناقض فيها أصلا ، لما علمت من أن الإرث إنما لايعتبر فى نفقة الأصول الواجبة على الفروع ، أما فى غيرها من نفقة الفروع وذوى الرحم فله اعتبار فيها على التفصيل الذى قررناه فى الضابط ، وحينئذ فما ذكر فى المسألة الأولى من تقديم الأم على أبيها لكونها أقرب فى الجزئية مع عدم المشاركة فى الإرث ، وبذلك أجاب الخير الرملى أيضا فى دفع الإشكال : وما فى المسألة الثانية من تقديم أبى الأم على العم لاختصاصه بالجزئية مع عدم المشاركة فى الإرث أيضا . وماذكر فى المسألة الثالثة من كونها على قدر الإرث لوجود المشاركة فى الإرث ، لما قلنا من اعتبار الميراث فى غير نفقة الأصول ، فحيث وجدت المشاركة فى الإرث اعتبر قدر الميراث ، فقد ظهر أن جهة التقديم فى إيجاب النفقة أو المشاركة فيها مختلفة فى المسائل الثلاث فلا تناقض فيها أصلا فافهم ، والله أعلم (قوله قال الخ) أى صاحب البحر ، وقد نقله أيضا عن القنية حيث قال فيها وينفرع

(و) تجب أيضا (لكل ذى رحم محرم صغير أو أنثى) مطلقا (ولو) كانت الأنثى (بالغة) صحيحة (أو كان الذكر (بالغا) لكن (عاجزا) عن الكسب (بنحو زمانة)

من هذه الجملة فرع أشكل الجواب فيه . وهو ماإذا كان له أم وعم وأبو أم موسرون، فيحتمل أن تجب على الأم لا غير، لأن أبا الأم لما كان أولى من العم والأم أولى من أبيها كانت الأم أولى من العم، لكن يترك جواب الكتاب . ويحتمل أن تكون على الأم والعم أثلاثا اهـ .

قلت : ووجه الاحتمال الثانى أنه لما نص فى مسألة الكتاب على وجوبها على الأم والعم كإرثهما أى أثلاثا علم أن المعتبر الإرث هنا، فحينئذ يسقط أبو الأم في هذه المسألة المشكلة وهو الصواب . وبه أجاب الخير الرملى أيضا فقال : إن الظاهر من فروعهم أن الأقربية إنما تقدم إذا لم يكونوا وارثين كلهم ، فأما إذا كانوا كذلك فلا كالأم والعم والجد لقولهم بقدر الإرث اهـ وبذلك أجاب أيضا شيخ مشايخنا السائحانى، وفقيه عصره شيخ مشايخنا منلا على التركمانى ، وهو الموافق لما قدمناه فى الضابط فى قسم اجتماع الأصول مع الحواشي ، وقد نبهنا على سقوط الإشكال هناك فافهم (قوله وتجب أيضا الخ) شروع فى نفقة قرابة غير الولاد وجوبها لايثبت إلا بالقضاء أو الرضا حتى لو ظفر أحدهم بجنس حقه قبل القضاء أو الرضا ليس له الأخذ ، بخلاف الزوجة والولد والأبوين فإن لهم الأخذ قبل ذلك كما مر ، كذا فى الذخيرة وغيرها .

واعترض بأن القاضى غير مشروع بل الوجوب ثابت بقوله تعالى -وعلى الوارث مثل ذلك- وأجيب بأن نفقة القريب المحرم فيها اختلاف المجتهدين بخلاف الزوجية والولاد .

واعترض بأن الخلافيات يعمل فيها بدون القضاء . وأجيب بأنه إذا قوى قول المخالف روعى خلافه واستعين بالحكم كالرجوع فى الهبة وخيار البلوغ . وأجيب أيضا بأن الوجوب ثابت قبل الحكم ، وإنما يتوقف عليه وجوب الأداء ، فقد يجب الشيء ولا يجب أداؤه كدين على معسر .

واعترض بأنه لو ثبت الوجوب لجاز أخذ القريب بما ظفر من جنس حقه : وأجيب بمنع اللزوم لوقوع الشبهة بالاختلاف فى باب الحرمة فنزلت منزلة اليقين خصوصا فى الأموال ، وبالقضاء ترتفع الشبهة ، وله نظائر كثيرة وبسط ذلك فى البحر وفيما علقناه عليه .

مطلب فى نفقة قرابة غير الولاد من الرحم المحرم

(قوله لكل ذى رحم محرم) خرج بالأول الأخ رضاعا ، وبالثانى ابن العم ، ولا بد من كون المحرمية بجهة القرابة . فخرج ابن العم إذا كان أخا من الرضاع فلا نفقة له كذا فى شرح الطحاوى ، وأطلق فيمن تجب عليه النفقة فشمل الصغير الغنى والصغيرة الغنية فيؤمر الوصى بدفع نفقة قريبهما المحرم بشرطه كذا فى أنفع الوسائل بحر :

ثم إن قول المصنف ولكل معطوف على قوله لأصوله أى أصول الموسر ، فأفاد اشتراط اليسار فيمن تجب عليه النفقة هنا أيضا ، إذ لا تجب على فقير إلا للزوجة والولد الصغير كما فى كافى الحاكم . وفى تفسير اليسار الخلاف المار (قوله مطلقا) قيد للأنثى : أى سواء كانت بالغة أو صغيرة صحيحة أو زمنة كما أفاده بقوله ولو كانت الخ ، والمراد بالصحيحة القادرة على الكسب ، لكن لو كانت مكتسبة بالفعل كالقابلة والمغسلة لانفقة لها كما مر (قوله أو كان الذكر بالغا) لايصح دخوله تحت المبالغة بعد تقييده بقوله صغير ، فكان على المصنف أن يقول أو بالغ عاجز بالجر عطفا على صغير (قوله لكن عاجزا) الأولى إسقاط لكن لأن العطف بها يشترط له تقدم نفى أو نهى ط

كعمى وعته وفلج ، زاد فى الملتقى والمختار : أو لايحسن الكسب لحرفة أو لكونه من ذوى البيوتات أو طالب علم (فقيرا) حال من المجموع بحيث تحل له الصدقة ولو له منزل وخادم

(قوله كعمى الخ) أفاد أن المراد بالزمانة العاهة كما فى القاموس . وفى الدر المنتقى أن الزمانة تكون فى ستة : العمى وفقد اليدين أو الرجلين أو اليد والرجل من جانب والخرس والفلج اهـ :

فإن قلت : إن من ذكر قد يكتسب ، فالأعمى يقدر على العمل بالدولاب ، ومقطوع اليدين على دوس العنب برجليه أو الحراسة ، وكذا الأخرس . قلنا : إن اكتسب بذلك واستغنى عن الإنفاق فلا وجوب وإلا فلا يكلف ، لأن هذه الأعذار تمنع عن الكسب عادة فلا يكلف به (قوله وعته) بالتحريك : نقصان العقل (قوله لحرفة) كذا فى بعض النسخ بالحاء والفاء : وفى المغرب : الحرفة بالكسر اسم من الاحتراف الاكتساب . ولا يخفى أنه لا يناسب هنا فالصواب ما فى بعض النسخ لخرقه بالخاء المعجمة والقاف وآخره ضمير الغيبة وهو عدم معرفة عمل اليد . خرق خرقا من باب قرب ٧ فهو أخرق مصباح . وفى الاختيار : لأن شرط وجوب نفقة الكبيرة العجز عن الكسب حقيقة كالزمن والأعمى ونحوهما ، أو معنى كمن به خرق ونحوه اهـ (قوله أو لكونه من ذوى البيوتات) أى من أهل الشرف قال فى المغرب : البيوتات جمع بيت ، ويختص بالأشراف . وعبارة الفتح : وكذا إذا كان من أبناء الكرام لا يجد من يستأجره وعبارة الزيلعى : أو يكون من أعيان الناس يلحقه العار بالتكسب :

واعترضه الرحمتى بأن كسب الحلال فريضة ، وبأن عليا سيد العرب كان يؤجر نفسه لليهود كل دلو ينزعه من البئر بتمرة ، والصديق بعد أن بويع بالخلافة حمل أثوابا وقصد السوق فردوه وفرض له من بيت المال ما يكفيه وأهله وقال سأتجر للمسلمين فى مالهم حتى أعوضهم عما أنفقت على نفسى وعيالى اهـ وأى فضل لبيوت تحمل أهلها أن تكون كلا على الناس اهـ ملخصا :

قلت : لا يخفى أن ذلك لم يكن عارا فى زمن الصحابة بل يعدونه فخرا ، بخلاف من بعدهم ، ألا ترى أن الخليفة بل من دونه فى زماننا لو فعل كذلك لسقط من أعين رعيته فضلا عن أعدائه : وقد أثبت الشارع لولى المرأة فسخ النكاح لدفع العار عنه ، فحيث كان الكسب عارا له كما لو كان ابنا أو أخا للأمير أو لقاضى القضاة مثلا تجب له النفقة عليه بشروطها (قوله أو طالب علم) أى إذا كان به رشد ، ومر الكلام عليه (قوله حال من المجموع) أى من صغير وأنثى وبالغ : قال ط : والأولى جعله حالا من ذى رحم محرم لعمومه الكل ، وفى نسخة فقراء (قوله بحيث تحل له الصدقة) كذا فسره فى البدائع ، وذلك بأن لا يملك نصابا ناميا أو غير نام زائدا عن حوائجه الأصلية . والظاهر أن المراد به ما كان من غير جنس النفقة ، إذ لو كان يملك دون نصاب من طعام أو نقود تحل له الصدقة ، ولا تجب له النفقة فيما يظهر لأنها معللة بالكفاية ، وما دام عنده ما يكفيه من ذلك لا يلزم غيره كفايته تأمل (قوله ولو له منزل وخادم) أى وهو محتاج إليهما ، وهذا عام فى الوالدين والمولودين وذوى الأرحام كما صرح به فى الذخيرة : وفيها : لو كان يكفيه بعض المنزل أمر ببيع بعضه وإنفاقه على نفسه ، وكذا لو كانت له دابة نفيسة يؤمر بشراء الأدنى وإنفاق الفضل اهـ ومثله فى شرح أدب القضاء ، ومتاع البيت المحتاج إليه مثل المنزل والدابة كما فى شرح أدب القضاء ، وهل مثله جهاز المرأة ؟ قدمنا فى الزكاة خلافا فى أنها هل تحرم عليها الصدقة بسببه فراجعه ، وهل تجب نفقة الخادم هنا ؟ مقتضى ما فى البدائع نعم ، فإنه قال : وكل من وجبت عليه نفقة غيره يجب عليه المأكل والملبس والمسكن والرضاع إن كان رضيعا لأن وجوبها للكفاية والكفاية تتعلق بهذه الأشياء ، وإن كان له خادم يحتاج إلى خدمته يفرض له أيضا ، لأن ذلك من جملة الكفاية اهـ واحتياجه إلى خدمته بأن يكون به

على الصواب بدائع (بقدر الإرث) لقوله تعالى - وعلى الوارث مثل ذلك - (و) لذا (يجبر عليه) :

ثم فرع على اعتبار الإرث بقوله (فنفقة من) أى فقير (له أخوات متفرقات) موسرات (عليهن أخماسا) ولو إخوة متفرقين فسدسها على الأخ لأم والباقى على الشقيق (كإرثه) وكذا لو كان معهن أو معهم ابن معسر لأنه يجعل كالميت ليصيروا ورثة ، ولو كان مكانه بنت فنفقة الأب على الأشقاء فقط لإرثهم معها ، وعند التعدد يعتبر

علة كما قدمناه فى خادم الأب ، وكذا لو كان من أهل البيوتات لا يتعاطى خدمة نفسه بيده تأمل (قوله بقدر الإرث) أى تجب نفقة المحرم الفقير على من يرثونه إذا مات بقدر إرثهم منه (قوله وعلى الوارث مثل ذلك) أى مثل الرزق والكسوة التى وجبت على المولود له فأناط الله تعالى النفقة باسم الوارث فوجب التقدير بالإرث ط (قوله ولذا) أى للآية الشريفة حيث عبر فيها بعلى المفيدة للإلزام ط . ويوجد فى بعض النسخ بين قوله ولذا : وقوله يجبر عليه مانصه ينظر ما المراد بالجبر هنا ، هل هو الحبس أو غيره وقد ذكروا فى القضاء حبسه لنفقة الولادة . ومفاده عدم الحبس لغيرهم .

قلت : وكان المناسب ذكر هذا بعد قوله يجبر عليه . ثم لا يخفى أنه إذا حبس الأب فغيره بالأولى لأن الأب لا يحبس فى دين ولده سوى النفقة ، على أن المذكور فى القضاء أنه يحبس لنفقة القريب والزوجة ، وأما ماسيذكره عن البدائع من أن الممتنع من نفقة القريب يضرب ولا يحبس فهو خطأ فى النقل كما ستعرفه قبيل قوله ولمملوكه (قوله يجبر عليه) أى على الإنفاق ، وقدمنا عن البحر أنه لو قال أنا أطعمك ولا أدفع شيئا لا يجاب بل يدفعها إليه (قوله أى فقير) مقيد أيضا بالعاجز عن الكسب إن كان ذكرا بالغا ولو صغيرا أو أنثى ، فمجرد الفقر كاف كما مر (قوله له أخوات متفرقات) أى أخت شقيقة وأخت لأب وأخت لأم (قوله أخماسا) ثلاثة أخماس على الشقيقة وخمس على الأخت لأب ، وخمس على الأخت لأم ، لأنهن لو ورثنه كانت المسألة من ستة ثلاثة للأولى وسهم للثانية وسهم للثالثة وسهم يرد عليهن ، فتصير المسألة ردية من خمسة اهـ ح وكذلك تبقى النفقة أخماسا عند عدم الرد بأن كان معهن ابن عم ، إذ لا نفقة عليه لأنه غير محرم ، فلو كان بدله عم عصبى تصير أسداسا (قوله ولو إخوة متفرقين) أى ولو كان الورثة إخوة متفرقين (قوله فسدسها) أى النفقة على الأخ لأم والباقى على الشقيق لسقوط الأخ لأب بالشقيق فى الأرث ح (قوله كإرثه) مصدر مضاف لمفعوله أى كإرثهم إياه (قوله وكذا) أى الحكم كذلك لو كان معهن أى مع الأخوات أو معهم أى مع الإخوة (قوله ابن معسر) أى صغير أو كبير عاجز كما فى الذخيرة ، إذ لو كان صحيحا أمر بالكسب لينفق على نفسه وعلى أبيه على رواية محمد التى رجحها الزيلعى والكمال . وفى الذخيرة أن نفقة ذلك الابن على عمته الشقيقة فى الأولى وعمه الشقيق فى الثانية ، لأن الأب المعسر كالميت فيكون إرث الابن لعمه أو عمته المذكورين فقط فكذا نفقته (قوله ليصيروا ورثة) أى ويقضى عليهم بالنفقة ، وما لم يجعل الابن كالمعدوم لاتصير الإخوة والأخوات ورثة فيتعذر إيجاب النفقة عليهم ط (قوله فنفقة الأب على الأشقاء) أى على الأخت الشقيقة فى المسألة الأولى وعلى الأخ الشقيق فى الثانية فأطلق الجمع على ما فوق الواحد ، وقوله لإرثهم أى الأشقاء معها : أى مع البنت فلا تجعل البنت كالميت لأنها لا تحرز كل الميراث ، وإنما يجعل كالميت من يحرز كل الميراث لينظر إلى من يرث بعده فتجب النفقة عليه . فى مسألة الابن تجب على كل الإخوة أو الأخوات ، وهنا على الأشقاء فقط لسقوط الإخوة أو الأخوات لأب أو لأم (قوله وعند التعدد) أى تعدد المعسرين والموسرين ، والأولى وعند الاجتماع :

وفى الخانية وغيرها الأصل أنه إذا اجتمع فى قرابة من تجب له النفقة موسر ومعسر ينظر إلى المعسر ، فإن

المعسرون أحياء ، فما يلزم المعسرين ثم يلزمهم الكل ؛ كذى أم وأخوات متفرقات والأم والشقيقة موسرتان فالنفقة عليهما أرباعا .

(والمعتبر فيه) أى الرحم المحرم (أهلية الإرث لاحقيقته) إذ لايتحقق إلا بعد الموت ، فنفقة من له خال وابن عم على الخال لأنه محرم ؛ ولو استويا فى المحرمية كعم وخال رجح الوارث للحال مالم يكن معسرا فيجعل كالميت .

وفى القنية : يجبر الأبعد إذا غاب الأقرب . وفى السراج : معسر له زوجة ولزوجته أخ موسر أجبر أخوها على نفقتها ويرجع به على الزوج إذا أيسر اه . وفيه النفقة إنما هى على من رحمه كامل ، ولذا قال القهستانى : قولهم وابن العم فيه نظر لأنه ليس بمحرم ، والكلام فى ذى الرحم المحرم فافهم .

كان يحرز كل الميراث يجعل كالمعدوم ثم ينظر إلى ورثة من تجب له النفقة فتجعل النفقة عليهم على قدر مواريثهم وإن كان المعسر لا يحرز كل الميراث تقسم النفقة عليه وعلى من يرث معه فيعتبر المعسر لإظهار قدر ما يجب على الموسرين ثم يجعل كل النفقة على الموسرين على اعتبار ذلك اه (قوله كذى أم) أى كصغير فقير أو كبير زمن فقير له أم الخ (قوله فالنفقة عليهما أرباعا) لأن النصف فى الإرث للشقيقة والسدس للأم والسدس للأخت لأب والسدس للأخت لأم ، فكان نصيب الشقيقة والأم أربعة فربع النفقة على الأم وثلاثة أرباعها على الشقيقة اه خ ؛ ولو جعل المعسر كالمعدوم أصلا كانت النفقة على الأم والشقيقة أخماسا : ثلاثة أخماس على الشقيقة والخمسان على الأم اعتبارا بالميراث خانية . وفيها : ولو كان للصغير أم معسرة ولأمه أخوات متفرقات موسرات فالنفقة على الخالة لأب وأم لأن الأم تحرز كل الميراث فتجعل كالمعدومة . وأما نفقة الأم ، فعلى أخواتها أخماسا على الشقيقة ثلاثة أخماس ، وعلى الأخت لأب خمس ، وعلى الأخت لأم خمس اه وتمام ذلك فى رسالتنا [تحرير النقول] . (قوله إذ لا يتحقق الخ) حاصله أن حقيقة الوارث فى الآية غير مرادة فإنه من قام به الإرث بالفعل ، وهذا لايتحقق إلا بعد موت من تجب له النفقة ولا نفقة بعد الموت ، فكان المراد من يثبت له ميراث فتح (قوله ولو استويا فى المحرمية الخ) أى وفى أهلية الإرث ذخيرة :

قال فى الفتح : والحاصل أن قوله أهلية الميراث لا إحرازه فيما إذا كان المحرز للميراث غير محرم ومعه محرم ، أما إذا ثبت محرمية كلهم وبعضهم لا يحرز الميراث فى الحال كالخال والعم إذا اجتمعا فإنه يعتبر إحراز الميراث فى الحال وتجب على العم . وإذا اتفقوا فى المحرمية والإرث فى الحال وكان بعضهم فقيراً جعل كالمعدوم ووجبت على الباقين على قدر إرثهم كأن ليس معهم غيرهم اه . وفى الذخيرة : لوله عم وعمة وخالة موسرون فالنفقة على العم ، فلو العم معسرا فعلى العمة والخالة أثلاثا كإرثهما (قوله وفى القنية الخ) مكرر مع ما قدمه فى الفروع عن الواقعات (قوله وفى السراج الخ) مكرر أيضا مع ما قدمه قبيل قوله قضى بنفقة الإعسار ، وأما ما قدمه قبيل الفروع من أن الرجوع إنما يثبت للأم فقط على الأب دون غيرها فلا يرد ، أما أولا فلأنه خلاف المعتمد كما حررناه هناك ، وأما ثانيا فلأن الرجوع هنا على الزوج لا على الأب فافهم (قوله على من رحمه كامل) أى بأن يكون محرما أيضا (قوله ولذا) أى لاشتراط كونه رحما محرما وهو الرحم الكامل (قوله قولهم) أى فى مسألة خال وابن عم (قوله فيه نظر الخ) عبارة القهستانى : فيه نوع مخالفة لكلام القوم اه فبين الشارح المخالفة بقوله لأنه ليس بمحرم الخ وأنت خبير بأنه غير مخالف لكلامهم أصلا بل هو مقرر له ومؤكد ؛ فإن مسألة خال وابن عم مذكورة فى متون المذهب وشروحه فصرحوا بوجوب النفقة فيها على الخال لكون رحمه كاملا ، كما اشترطوا وإن كان الميراث كله

(ولا نفقة) بواجبة (مع الاختلاف دينا إلا للزوجة والأصول والفروع) علوا أو سفلوا (اللميين) لاالحربيين ولو مستأمنين لانقطاع الإرث (يبيع الأب) لأن له ولاية التصرف (لا الأم) ولا بقية أقاربه ولا القاضى إجماعا (عرض ابنه) الكبير الغائب لاالحاضر إجماعا (لاعقاره) فيبيع عقار صغير ومجنون اتفاقا للنفقة له ولزوجته وأطفاله كما فى النهر بحثا

لابن العم لكون رحمه ناقصا ونبهوا بهذا المثال على شىء آخر أيضا ، وهو أن المعتبر أهلية الإرث لاالإرث حقيقة كما مر فمن أين جاءت المخالفة لكلامهم ؟ وأوهي من هذا ما نقله القهستانى عن بعضهم من أن الأولى التمثيل بخال وعم لأب فإنه خطأ محض كما لا يخفى إن أراد أن النفقة على الخال ، وإن أراد أنها على العم فلا فائدة فى ذكر الخال ، ولم يبق لأهلية الإرث مثال فافهم (قوله مع الاختلاف دينا) أى كالكفر والإسلام ، فلا يجب على أحدهما الإنفاق على الآخر . وفيه إشعار بأن نفقة السنى على الموسر الشيعى كما أشير إليه فى التكميل قهستانى ، والمراد الشيعى المفضل . بخلاف الساب القاذف فإنه مرتد يقتل إن ثبت عليه ذلك ، فإن لم يقتل تساهلا فى إقامة الحدود فالظاهر عدم الوجوب ، لأن مدار نفقة الرحم المحرم على أهلية الإرث ، ولا توارث بين مسلم ومرتد، نعم لو كان يجحدذلك ولابينة يعامل بالظاهروإن اشتهرحاله بخلافه ، والله سبحانه أعلم (قوله إلا للزوجة الخ) لأن نفقة الزوجة جزاء الاحتباس وهو لا يتعلق باتحاد الملة ونفقة الأصول والفروع للجزئية وجزء المرء فى معنى نفسه ، فكما لاتمتنع نفقة نفسه بكفره لا تمتنع نفقة جزئه ، إلا أنهم إذاكانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلم وإن كانوا مستأمنين لأننا نهينا عن البر فى حق من يقاتلنا فى الدين كما فى الهداية (قوله لا نقطاع الإرث) تعليل لقوله ولانفقة مع الاختلاف دينا ولقوله لاالحربيين ، فإن العلة فيهم عدم التوارث كما نص عليه فى كافى الحاكم ، فقد أخر التعليل ليكون للمسألتين فافهم (قوله لأن له ولاية التصرف) فيه نظر : وعبارة الهداية وغيرها لأن للأب ولاية الحفظ فى مال الغائب ؛ ألا ترى أن للوصى ذلك فالأب أولى لوفور شفقته اه . قال فى الفتح : وإذا جاز بيعه صار الحاصل عنده الثمن وهو جنس حقه فيأخذه ، بخلاف العقار لأنه محصن بنفسه فلايحتاج إلى الحفظ بالبيع اه .

وحاصله أن المنقول مما يخشى هلاكه فللأب بيعه حفظا له وبعد بيعه يصير الثمن من جنس حقه فله الإنفاق منه فلايقال إنه إنما يكون حفظا إذا لم ينفق ثمنه لأن نفس البيع حفظا فلاينافى تعلق حقه فى الثمن بعد البيع فافهم ، نعم استشكل الزيلعى أنه إذا كان البيع من باب الحفظ وله ذلك فما المانع منه لأجل دين آخر : قال فى البحر : وأجاب عنه فى غاية البيان بأن النفقة واجبة قبل القضاء والقضاء فيها إعانة لاقضاء على الغائب ، بخلاف سائر الديون اه تأمل .

ثم إن ما ذكر هنا قول الإمام وهو الاستحسان . وعندهما وهو القياس أن المنقول كالعقار لانقطاع ولاية الأب بالبلوغ ، وهل الجد كالأب ؟ لم أره (قوله لا الأم) ذكر فى الأقضية جواز بيع الأبوين ، فيحتمل أن هذا رواية فى أن الأم كالأب : ويحتمل أن المراد أن الأب هو الذى يتولى البيع وينفق عليه وعليها ، أما بيعها بنفسها فبعيد لعدم ولاية الحفظ كما فى الفتح وغيره ، فأفاد ترجيح الثانى . وفى الذخيرة أنه الظاهر ، ومثله فى النهر عن الدراية . وفى القهستانى عن الخلاصة أن ظاهر الرواية أن الأم لاتبيع (قوله ولا بقية أقاربه) وكذا ابنه كما فى القهستانى عن شرح الطحاوى (قوله فيبيع عقار صغير ومجنون) تفريع على قوله لا عقاره الراجع إلى الابن الكبير ، وزاد المجنون لأنه فى حكم الصغير (قوله ولزوجته وأطفاله) المتبادر من كلامه أن الضمير راجع

بقدر حاجته لافوقها (ولا فى دين له سواها) لمخالفة دين النفقة لسائر الديون (ضمن) قضاء لاديانة (مودع الابن) كمديونه (لو أنفق الوديعة على أبويه) وزوجته وأطفاله (بغير أمر) مالك (أو قاض) إن كان وإلا فلا ضمان استحسانا كما لارجوع ، وكما لو انحصر إرثه فى المدفوع إليه لأنه وصل إليه عين حقه :

(و) الأبوان (لو أنفقا ماعندهما) لغائب (من ماله على أنفسهما وهو من جنسه) أى جنس النفقة (لا)

للأب كضمير له . وعبارة النهر ، ولم يقل لنفقته ، لمامرمن أنه ينفق على الأم أيضا من الثمن ، وينبغى أن تكون الزوجة وأولاده الصغار كذلك اه : والمتبادر منها أن المراد زوجة الغائب وأولاده لأن المراد من الأم أمه أيضا (قوله بقدر حاجته) قال فى النهر : وفى قوله للنفقة إيماء إلى أنه لا يجوز له بيع زيادة على قدر حاجته فيها ، كذا فى شرح الطحاوى اه . وعزاه فى البحر إلى غاية البيان :

قلت : وهذا مخالف لبحث النهر ، إلا أن يحمل على ما إذا لم يكن غيره ، ويؤيده أنه ينفق على أم الغائب أيضا كما علمته (قوله ولا فى دين له) أى للأب على الابن الغائب (قوله لمخالفة الخ) أشار إلى مامر من إشكال الزيلعى وجوابه (قوله لاديانة) فلومات الغائب حل له أن يحلف لورثته أنهم ليس لهم عليه حق لأنه لم يردبذلك غير الإصلاح بحر عن الفتح (قوله كمديونه) أى فإنه إذا أنفق على من ذكر مما عليه يضمن ، بمعنى أنه لا يبرأ قضاء ويبرأ ديانة رحمتى (قوله وزوجته وأطفاله) أشار إلى أن ذكر الأبوين غير قيد كما نبه عليه فى البحر . وفى النهر : إنما خص الأبوين ليعم الزوجة والأولاد بالأولى (قوله إن كان) أى إن وجد ثم قاض شرعى ،وهو من لم يأخذالقضاء بالرشوة ، ولم يطلب رشوة على الإذن ، وإلا فهو كالعدم رحمتى (قوله استحسانا) لأنه لم يرد به إلا الإصلاح ذخيرة : وفيها : وكذا قالوا فى مسافرين أغمى على أحدهما أو مات فأنفق الآخر عليه من ماله ، وفى عبد مأذون مات مولاه فأنفق فى الطريق ، وفى مسجد بلا متول له أوقاف أنفق عليه منها بعض أهل المحلة لا يضمن استحسانا فيما بينه وبين الله تعالى :

وحكى عن محمد أنه مات تلميذ له فباع كتبه وأنفق فى تجهيزه ، فقيل له إنه لم يوص بذلك ، فتلا محمد قوله تعالى — والله يعلم المفسد من المصلح — فما كان على قياس هذا لا يضمن ديانة استحسانا ، أما فى الحكم فيضمن، وكذا لو عرف الوصى دينا على الميت فقضاه لا يأثم ، وكذا لو مات رب الوديعة وعليه مثلها دين لآخر لم يقضه فقضاه المودع ، ومثله المديون لو مات دائنه وعليه دين لآخر مثله لم يقضه فقضاه المديون ، وكذا الوارث الكبير لو أنفق على الصغير ولا وصى له فهو محسن ديانة متطوع حكما اه ملخصا من البحر لكن ذكر فى التاترخانية فى المسألة الأخيرة أنه إن كان طعاما لا ينفق سواء كان الصغير فى حجره أولا ، وإن كان دراهم يملك شراء الطعام لو فى حجره ، وإن كان شيئا يحتاج إلى بيعه لا يملك إلا إن كان وصيا (قوله كما لا رجوع) أى للمودع على الأب بما أنفقه عليه إذا ضمنه الغائب ، لأن المودع ملك المدفوع بالضمان فكان متبرعا بملك نفسه :

قال فى البحر : وظاهره أنه لافرق بين أن ينفق عليهم أو يدفع إليهم فى وجوب الضمان وعدم الرجوع عليهم لوجود العلة فيهما . ويظهر أنه لاضمان لو أجاز المالك لأن الإجازة إبراء منه ولأنها كالوكالة السابقة اه (قوله وكما لوانحصر إرثه الخ) فإذا أنفق على أبى الغائب مثلا بلا أمر ثم مات الغائب ولا وارث له غير الأب فلا رجوع للأب على المودع لأنه وصل إليه عين حقه ، وهذا ذكره فى النهر بحثا وشبهه بما لو أطعم المغصوب للمالك بغير علمه (قوله لغائب) أى هو ولدهما (قوله أى جنس النفقة) الأنسب لتذكير الضمير قول المنح من جنس حقهما أى النفقة (قوله لوجوب نفقة الولاد والزوجية) أشار بهذا إلى أن الأبوين فى المتن ليس بقيد بل الزوجة

لايضمنان لوجوب نفقة الولاد والزوجية قبل القضاء، حتى لو ظفر بجنس حقه فله أخذه ، ولذا فرضت من مال الغائب بخلاف بقية الأقارب :

ولو قال الابن أنفقته وأنت موسر وكذبه الأب حكم الحاكم يوم الخصومة، ولو برهنا فبينة الابن خلاصة ه (قضى بنفقة غير الزوجة) زاد الزيلعي والصغير (ومضت مدة) أى شهر فأكثر (سقطت) لحصول الاستغناء فيما مضى ، وأما مادون شهر

وبقية الأولاد كذلك كما فى البحر ح (قوله حتى لو ظفر) أى أحد هؤلاء (قوله فله أخذه) أى بلا قضاء ولارضا بحر ، وهذا مقيد بإباء الابن ، وأن لا يكون ثمة قاض كما سلف ط (قوله حكم الحاكم) كذا فى بعض النسخ ، وفى بعضها حكم الحال : أى حال لأب يوم الخصومة ، فإن كان معسرا فالقول له استحسانا فى نفقة مثله ، وإلا فالقول للابن بحر (قوله ولو برهنا فبينة الابن) أى لأنه يثبت أمرا عارضا خانية أى لأن الأصل الإعسار واليسار عارض ، ومقتضى هذا الإطلاق أنه مع البينة لاينظر إلى تحكيم الحال وإلا فهذا ظاهر فيما إذا كان معسرا يوم الخصومة لأن الظاهر للأب ، ولذا كان القول له فتكون البينة المعتبرة بينة الابن لإثباتهاخلاف الظاهر ، أما لو كان موسرا يومها فينبغى أن تقدم بينة الأب على أنه كان معسرا يوم الإنفاق ، كما لو برهن وحده تأمل .

قلت : وما مر من أن القول لمنكر اليسار والبينة لمدعيه فلعله عند عدم العلم بالحال تأمل (قوله غير الزوجة) يشمل الأصول والفروع والمحارم والمماليك (قوله زاد الزيلعي والصغير) يعنى استثناه أيضا فلا تسقط نفقته المقتضى بها بمضى المدة كالزوجة ، بخلاف سائر الأقارب .

ثم اعلم أن ما ذكره الزيلعي نقله عن الذخيرة عن الحاوى فى الفتاوى ، وأقره عليه فى البحر والنهر وتبعهم الشارح مع أنه مخالف لإطلاق المتون والشروح وكافى الحاكم .

مطلب فى مواضع لايضمن فيها المنفق إذا قصد الإصلاح

وفى الهداية : ولوقضى القاضى للولد والوالدين وذوى الأرحام بالنفقة فمضت مدة سقطت ، لأن نفقةهؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى لا تجب مع اليسار وقد حصلت بمضى المدة ، بخلاف نفقة الزوجة إذا قضى بها القاضى لأنها تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى اه وقرر كلامه فى فتح القدير . ولم يعرج على مامر عن الذخيرة ، على أنه فى الذخيرة صرح بخلافه وعزاه إلى الكتاب فإنه قال فيها قال أى فى الكتاب ، وكذلك إن فرض القاضى النفقة على الأب فغاب الأب وتركهم بلا نفقة فاستدانت بأمر القاضى وأنفقت عليهم ترجع عليه بذلك ، فإن لم تستدن بعد الفرض وكانوا يأكلون من مسألة الناس لم ترجع على الأب بشيء، لأنهم إذا سألوا وأعطوا صار ملكا لهم فوقع الاستغناء عن نفقة الأب واستحقاق هذه النفقة باعتبار الحاجة :

فإن كانوا أعطوا مقدار نصف الكفاية سقط نصف الكفاية عن الأب ، وتصح الاستدانة فى النصف بعد ذلك ، وعلى هذا القياس ، وليس هذا فى حق الأولاد خاصة ، بل فى نفقة جميع المحارم إذا أكلوا من مسألة الناس لارجوع لهم ، لأن نفقة الأقارب لا تصير دينا بالقضاء بل تسقط بمضى المدة ، بخلاف نفقة الزوجة اه ومثله فى شرح أدب القضاء للخصاف ، وذكر مثله قاضيخان جازما به ، وقد قال فى أول كتابه إن مافيه أقوال اقتصرت فيه على قول أوقولين ، وقدمت ما هو الأظهر وافتتحت بما هو الأشهر . وقد راجع الرحتى نسخة من الذخيرة محرفة حتى اشتبه عليه مامر بمسألة الموت الآتية وحكم على الزيلعي ومن تبعه بالوهم ، وقال لأن مراد الحاوى أن نفقة الصغير لا تسقط بعد الاستدانة ، وأطال بما لايجدى نفعا ، والصواب فى الرد على الزيلعي ما قدمناه (قوله وأما مادون شهر) محترز قوله أى شهر فأكثر :

ونفقة الزوجة والصغير فتصير دينا بالقضاء (إلا أن يستدين) غير الزوجة (بأمر قاض) فلو لم يستدن بالفعل فلا رجوع ، بل فى الذخيرة : لو أكل أطفاله من مسألة الناس فلا رجوع لأمهم ؛ ولو أعطوا شيئا واستدانت شيئا أو أنفقت من مالها رجعت بما زادت خانية

ووجهه أن هذه المدة قصيرة وأن القاضى مأموز بالقضاء ، فلو سقطت المدة القصيرة لم يكن للأمر بالقضاء فائدة لأنه إذا كان كل ما مضى سقط لم يمكن استيفاء شيء كما فى الفتح (قوله ونفقة الزوجة والصغير) محترز قوله غير الزوجة والصغير ، أما الصغير ففيه ما علمت ، وأما الزوجة فإنما تصير دينا بالقضاء ولا تسقط بمضى المدة ، لأن نفقتها لم تشرع لحاجتها كالأقارب بل لا حتباسها ، وقد علم من هذا أنها بعد القضاء لاتسقط بمضى المدة سواء كانت شهرا أو أكثر أو أقل ، نعم تسقط نفقتها بمضى المدة قبل القضاء إن كانت شهرا فأكثر كما قدمناه عند قول المصنف والنفقة لا تصير دينا إلا بالقضاء .

والحاصل أن نفقة الزوجة قبل القضاء كنفقة الأقارب بعد القضاء فى أنها تسقط بمضى المدة الطويلة (قوله غير الزوجة) أما هى فترجع بما فرض لها ولو أكلت من مال نفسها أو من مسألة كما فى الخانية وغيرها فاستدانتها بعد الفرض غير شرط ، نعم استدانتها للصغير شرط كما علمته مما مر ويأتى (قوله فلو لم يستدن) أفاد أن مجرد الأمر بالاستدانة لا يكفى ، وما فهمه بعضهم من عبارة الهداية فهو غلط كما نبه عليه فى [أنفع الوسائل] (قوله بل فى الذخيرة) هذا محل التفريع ، فكان المناسب أن يقول ففى الذخيرة الخ ، وهذا أيضا فيما إذا فرض القاضى لهم النفقة وأمر الأم بالاستدانة كما علمته من كلام الذخيرة ، وأنت خبير بأن هذا مخالف لماقدمه عن الزيلعى من قوله والصغير كما نبهنا عليه آنفا فافهم (قوله أو أنفقت من مالها) هذا من كلام الخانية كما تعرفه ، وما قبله مذكور فى الخانية أيضا ، وقوله رجعت بما زادت : أى بما استدانته أو أنفقته من مالها لتكميل نفقتها . وأفاد أن الإنفاق من مالها على الأولاد قائم مقام الاستدانة فهو تقييد لقوله فلو لم تستدن بالفعل فلا رجوع ، لكن هذا فهم لصاحب البحر وهو غير صحيح ، فإنه قال : وفى الخانية : رجل غاب ولم يترك لأولاده الصغار نفقة ولأمهم مال تجبر الأم على الإنفاق ثم ترجع بذلك على الزوج اه : قال فى البحر : ولم يشترط الاستدانة ولا الإذن بها ، فيفرق بين ما إذا أنفقت عليهم من مالها وبين ما إذا أكلوا من المسألة اه :

قلت : لايخفى عليك أن ما فى الخانية من مسائل أمر الأبعد بالإنفاق عند غيبة الأقرب ، وهى كثيرة تقدمت فى الفروع عن واقعات المفتين لقدرى أفندى ، ففيها يأمر القاضى الأبعد ليرجع على الأقرب كالأم ليرجع على الأب فهو أمر بالإدانة ، ويحبس الممتنع عنها لأن هذا من المعروف كما قدمه عن الزيلعى والاختيار قبيل قول المصنف قضى بنفقة الإعسار ، فإذا كانت الأم موسرة تؤمر بالإدانة من مالها ، وإن كانت معسرة تؤمر بالاستدانة ، فى كل منهما إذا أكل الأولاد من مسألة الناس سقطت نفقتهم عن أبيهم لحصول الاستغناء فلاترجع الأم بشيء فى الصورتين . وأما إذا أمرت بالاستدانة ولم تستدن بل أنفقت من مالها فلا رجوع لها أيضا ، بمنزلة ما إذا أكلوا من المسألة لأنها لم تفعل ما أمرها به القاضى القائم مقام الغائب ، ولذا صرحوا باشتراط الاستدانة بالفعل ولم يكف مجرد الأمر بها ، خلافا لمن غلط فيه كما قدمناه عن أنفع الوسائل ، ويدل على أن إنفاقها لايقوم مقام الاستدانة ما صرح به فى البزازية بقوله : وإن أنفقت عليه من مالها أو من مسألة الناس لاترجع على الأب وكذا فى نفقة المحارم اه فهذا صريح فيما قلناه ، وأشار إلى بعضه المقدسى والخير الرملى فافهم ، نعم لو أمرت بالإنفاق وهى موسرة فاستدانت وأنفقت منه ترجع ، لأن ما استدانته دين عليها لاعلى الأب لأنه لايصير دينا على

(وينفق منها) عزاه فى البحر للمبسوط ، لكن نظر فيه فى النهر بأنه لا أثر لإنفاقه بما استدانه حتى لو استدان وأنفق من غيره ووفى مما استدانه لم تسقط أيضاً اهـ (فلو مات الأب) أو من عليه النفقة (بعدها) أى الاستدانة المذكورة (فهى) أى النفقة (دين) ثابت (فى تركته فى الصحيح) بحر ، ثم نقل عن البزازية تصحيح ما يخالفه ، ونقله المصنف عن الخلاصة قائلا : ولو لم ترجع حتى مات لم تأخذها من تركته هو الصحيح اهـ ملخصا ، فتأمل :
وفى البدائع : الممتنع من نفقة القريب المحرم يضرب ولا يحبس لفواتها بمضى الزمن فيستدرك بالضرب ،

الأب إلا بالأمر بالاستدانة عليه لعموم ولاية القاضى ، فإذا كان دينا عليها صار من مالها فلا فرق بين الإنفاق منه أو من مال آخر ، بخلاف ما إذا أمرت بالاستدانة وأنفقت من مالها فإنها تكون متبرعة . فاغتنم تحرير هذا المقام (قوله وينفق منها) الأولى منه : أى مما استدانه (قوله لكن نظر فيه فى النهر الخ) قد يجاب عن البحر بأن المراد من قوله وينفق مما استدانه تحقيق الاستدانة ، فهو للاحتراز عما إذا لم يستدن وأنفق من ماله أو من صدقة . ولذا قال فى البحر بعد ذكر هذا الشرط قال فى المبسوط : فلو أنفق بعد الإذن بالاستدانة من ماله أو من صدقة فلا رجوع له لعدم الحاجة ، وحينئذ فلا خلاف وسقط التنظير ، أفاده ط .

وحاصله أن الإنفاق مما استدانه غير شرط ، لكن قال الرحمتى : لو أنفق من غيره ، فإما أن يكون من ماله فلا يستحق نفقة لغناه به أو من مال غيره فهو استدانة ويصدق أنه أنفق مما استدانه . لكن صاحب النهر مولع بالاعتراض على أخيه فى غير محله اهـ :

قلت : لكن هذا ظاهر إذا كان قبل الاسدانة ، أما بعد أن استدان وصار ما استدانه دينا على المقضى عليه ثم تصدق عليه بشىء فهل تسقط نفقته عن قريبه لأنها تجب كفاية للحاجة ، وقد حصلت بما صار معه من الصدقة فليس له أن ينفق مما استدانه حتى ينفق ما معه ، ولذا لو دفع له القريب نفقة شهر قضى الشهر وبقى معه شىء لم يقض له بأخرى مالم ينفق مابقى ، أم لا تسقط لكون ما استدانه صار ملكه ، ولذا لو عجل له نفقة مدة فمات أحدهما قبل تمام المدة لا يسترد شىء منها اتفاقا كما فى البدائع . ونظيره ما مر فى موت الزوجة أو طلاقها ، فما استدانه فى حكم المعجل فيما يظهر ، فحيث ملكه فله أن ينفق منه أو من الصدقة ، لكن ليس له الاستدانة ثانيا مالم يفرغ جميع ما معه لتتحقق الحاجة .

فالحاصل أنه إذا استدان بأمر قاض صار ملكه ، ولذا لو مات القريب بعدها يؤخذ من تركته ولا يسقط بالموت ، فلا فرق حينئذ بين أن ينفق منه أو مما ملكه بعد الاستدانة بصدقة أو غيرها ، هذا ما ظهر لفهمى القاصر فتأمله (قوله أو من عليه النفقة) أى من بقية الأقارب فالأب غير قيد (قوله دين ثابت فى تركته) فللأم أن تأخذها من تركته ذخيرة (قوله فتأمل) أى عند الفتوى ماهو الأولى من هذين القولين المصححين .

قلت : لكن نقل الثانى فى الذخيرة عن الخصاف الأول عن الأصل . قال الخير الرملى : وأنت على علم بأن تصحيح الخصاف لا يصادم تصحيح الأصل مع ما فيه من الإضرار بالنساء ، فينبغى أن يعول عليه اهـ أى على ما فى الأصل للإمام محمد . وفى شرح المقدسى : ولو مات من عليه النفقة المستدانة بإذن لم تسقط فى الصحيح فتؤخذ من تركته وإن صحح فى الخلاصة خلافه اهـ . ووفق ط بين القولين بما لا يظهر ، وعزا ما فى المتن إلى الكنز والوقاية والإيضاح مع أنه غير الواقع ، فإن مسألة الموت مما زادها المصنف على المتون تبعا لشيخه صاحب البحر فافهم (قوله وفى البدائع الخ) تبع فى النقل عنها صاحب البحر والنهر . والذى رأيته فى البدائع عكس ذلك ، فإنه قال ويحبس فى نفقة الأقارب كالزوجات ، أما غير الأب فلا شك فيه ، وأما الأب فلأن فى النفقة ضرورة

وقيده فى النهر بحثا بما فوق الشهر لعدم سقوط مادونه كما مر ، ولايصح الأمر بالاستدانة ليرجع عليه بعد بلوغه :

(و) تجب النفقة بأنواعها (لمملوكه) منفعة ، وإن لم يملكه رقبة كموصى بخدمته . وفى القنية : نفقة المبيع على البائع مادام فى يده هو الصحيح . واستشكله فى البحر بأنه لاملك له رقبة ولامنفعة ، فينبغى أن تلزم المشترى

دفع الهلاك عن الولد ولأنها تسقط بمضى الزمان ، فلو لم يحبس سقط حق الولد رأسا فكان فى حبسه دفع الهلاك واستدراك الحق عن الفوات ، لأن حبسه يحمله على الأداء ، وهذا لم يوجد فى سائر ديون الولد لأنها لاتفوت ، ولهذا قال أصحابنا : إن الممتنع من القسم يضرب ولا يحبس ، بخلاف سائر الحقوق لأنه لايمكن استدراك هذا الحق بالحبس لأنه يفوت بمضى الزمان فيستدرك بالضرب ، بخلاف سائر الحقوق اه ملخصا . وبه علم أن ما ذكره هو حكم الممتنع عن القسم بين الزوجات ، وقدمنا عن الذخيرة لايحبس والد وإن علا فى دين ولده وإن سفل إلا فى النفقة لأن فيه إتلاف الصغير ، وسيأتى فى فصل الحبس التصريح بذلك :

وفى الكنز : لايحبس فى دين ولده إلا إذا أبى عن الإنفاق عليه ، وذكر المصنف هنا مثله وعلى هذا فلايصح أن يقال إنه يمكن أن يستدين بأمر القاضى فلايلزم المحذور ، لأن الكلام فى الممتنع من الإنفاق وهو شامل للإنفاق بالاستدانة فحبس لينفق من ماله أو ليستدين فافهم . وقول البدائع : فلو لم يحبس سقط حق الولد رأسا أى كله ، بخلاف ما إذا حبس فإنه إنما يسقط حقه فى مدة الحبس فقط . وفى هذا دليل على أن الصغير ليس فى حكم الزوجة خلافا لما مر عن الزيلعى : لو كان فى حكمها لكان يمكن القاضى أن يقضى عليه بالنفقة فلايسقط منها شىء كسائر ديون الصغير (قوله وقيده) أى قيد عدم الحبس فى نفقة القريب ، وهذا مبنى على النقل الخطأ ، أما على الصواب الذى نقلناه فلا تقييد ثم قوله بما فوق الشهر حقه كما فى ط أن يقال بالشهر فما فوقه لأن الذى لا يسقط هو القليل وهو مادون شهر كما مر (قوله ولا يصح الأمر الخ) فى التتارخانية : امرأة لها ابن صغير لامال له ولاللمرأة فاستدانت وأنفقت على الصغير بأمر القاضى فبلغ لاترجع عليه بذلك اه أى أمرها القاضى بأن تستدين وترجع عليه بعد بلوغه كما فى البزازية . قال فى المنح : فقد أفاد أنه يملك الأمر بالاستدانه إلا إذا كان للصغير مال أو كان هناك من تجب نفقته عليه (قوله النفقة) أى على المولى ولو فقيرا قهستانى .

مطلب فى نفقة المملوك

(قوله لمملوكه) أى بقدر كفايته من غالب قوت البلد وإدامه ، وكذا الكسوة ولا يجوز الاقتصار فيها على ستر العورة ، ولا يلزم السيد إن تنعم على أن يدفع له مثله بل يستحب ، ولو قتر على نفسه شحا أو رياضة لزمه الغالب فى الأصح ، ويستحب التسوية بين عبيده وجواريه فى الأصح ، ويزيد جارية الاستمتاع فى الكسوة للعرف ، وعليه شراء ماء الطهارة لهم وينبغى أن يجلسه ليأكل معه ط ملخصا . عن الهندية (قوله منفعة) تمييز محول عن نائب الفاعل ، وخرج به مالك لمنافعه ، ودخل فيه المدبر وأم الولد فإنهما كالقن ولوله كبيرا(١) ذكرا صحيحا ولو له أب حاضر ولو أمة متزوجة مالم يبوئها منزل الزوج كما فى البحر (قوله كموصى بخدمته) إلا إذا مرض مرضا يمنعه من الخدمة أو كان صغيرا لايقدر على الخدمة فنفقته على الموصى له بالرقبة حتى يصح ويبلغ الخدمة نهر (قوله هو الصحيح) وقيل يرفع البائع الأمر إلى الحاكم فيأذن له فى بيعه أو إجارته قنية ، وفيها أن نفقة المبيع بشرط الخيار على من له الملك فى العبد وقت الوجوب ، وقيل على البائع ، وقيل يستدين فيرجع على من يصير له الملك كصدقة الفطر اه (قوله فينبغى أن تلزم المشترى) تتمة عبارة البحر هكذا وتكون تابعة للملك كالمرهون كما بحثه

---

(١) (قوله ولوله كبيرا الخ) هكذا بالأصل المقابل على خطه ، ولعل الظاهر إسقاط لفظ له اه مصححه .

(فإن امتنع فهي في كسبه) إن قدر بأن كان صحيحا ، ولو غير عارف بصناعة فيؤجر نفسه كمعين البناء بحر (وإلا) كـكونه زمنا أو جارية (لا) يؤجر مثلها (أمره القاضي ببيعه) وقالا يبيعه القاضي، وبه يفتى (إن محلاله) وإلا كمدبر وأم ولد ألزم بالإنفاق لاغير :

(عبد لاينفق عليه مولاه أكل) أو أخذ من مال مولاه (قدر كفايته بلا رضاه عاجزا عن الكسب) أو لم يأذن له فيه (وإلا لا) يأكل ، كما لو قتر عليه مولاه لا يأكل منه بل يكتسب إن قدر مجتبى . وفيه : تنازعا في عبد أو دابة في أيديهما يجبران على نفقته (نفقة العبد المغصوب على الغاصب إلى أن يرده إلى مالكه ، فإن طلب) الغاصب (من القاضي الأمر بالنفقة أو البيع لايجيبه) لأنه مضمون عليه (و) لكن (إن خاف) القاضي (على العبد الضياع باعه القاضي لا الغاصب وأمسك) القاضي (ثمنه لمالكه : طلب المودع) أو آخذ الآبق أو أحد شريكي عبد غاب أحدهما (من القاضي الأمر بالنفقة على عبد الوديعة)

بعضهم كما في القنية أيضا اهـ ومثله في النهر : والجواب أن المبيع باق في ضمان البائع واجب تسليمه كالمغصوب نفقته على الغاصب ولا ملك له فيه رقبة ولا منفعة ولأنه قبل القبض بفرض العود إلى ملكه إذا هلك ولذا يسقط ثمنه رحمتي (قوله كمعين البناء) هو من يعجن له الطين ويناوله ما يبنى به ، وهو تمثيل للصحيح غير العارف بصناعة (قوله وإلا) أي إن لم يكن له كسب (قوله أو جارية لا يؤجر مثلها) بأن كانت حسناء يخشى عليها الفتنة والحال أنها عاجزة عن الكسب، حتى لو كانت الأمة قادرة عليه ومعروفة بذلك بأن كانت خبازة أو غسالة تؤمر به أيضا هكذا قال الإمام أبو بكر البلخي وأبو إسحق الفقيه الحافظ هندية . قال في الشرنبلالية : فعلم أن الأنوثة هنا ليست أمارة العجز بخلافها في ذوي الأرحام اهـ وتمامه في ط . وقدمنا هناك عن الرملي أن البنت لو كان لها كسب لا تلزم نفقتها الأب (قوله أمره القاضي) وإن امتنع حبسه كما في الدر المنتقى .

قلت : فلو كان السيد غائبا هل يبيعه القاضي؟ الظاهر نعم كما يأتي في العبد الوديعة ، وتقدم أنه لا يفرض له القاضي في مال سيده الغائب بخلاف الزوجة وقرابة الولاد (قوله وقالا يبيعه القاضي) لأنهما يريان جواز البيع على الحر لأجل حق الغير ، وسيأتي في الحجر أن الفتوى عليه ، فأما الإمام فإنه لا يرى ذلك ولكن يحبسه نهر (قوله ألزم بالإنفاق) فإن غاب ولا مال له حاضر فالظاهر أن القاضي يأمره بالاستدانة على سيده إحياء لمهجته ويحتمل أن تلزم نفقته على بيت المال كالمعتق تأمل (قوله أو أخذ) أي ثوبا يكتسي به أم دراهم يشتري بها (قوله وإلا) أي إن لم يكن عاجزا عن الكسب وأذن له فيه (قوله كما لو قتر) أي ضيق (قوله لا يأكل منه) أي من مال مولاه (قوله يجبران على نفقته) وكذا ولد أمة مشتركة ادعاه الشريكان ، وعليه إذا كبر نفقة كل واحد منهما ط عن الهندية ، ولو أثبت أحدهما الحق له لم يرجع عليه الآخر لتبرعه حيث تعرض لمال غيره أو لوجوبه عليه رحمتي (قوله لأنه مضمون عليه) فإنه لو تعيب عنده أو هلك يضمن للمالك إلى أن يرده عليه والرد واجب ، وإن كان المالك غائبا فأبقى عند الغاصب فهو متبرع بما ينفقه (قوله ولكن إن خاف الخ) بأن خاف هربه بالعبد أو نحوه (قوله أو آخذ الآبق) ما كان ينبغي ذكره على هذا الوجه لأن ذلك بحث لصاحب النهر حيث قال ونقلوا في آخذ الآبق إذا طلب من القاضي ذلك فإن رأى الإنفاق أصلح أمره وإن خاف أن تأكله النفقة أمره بالبيع فيقال إن أمره بالإجارة أصلح فلم يذكروه اهـ فالمنقول في حكمه مخالف للمودع والمشترك على أن الرملي وغيره أجاب بأن الآبق يخشى عليه الإباق ثانيا فالغالب انتفاء أصلحية إجارته للغير فلذا سكتوا عنه ثم بحث الرملي أن الحكم دائر مع الأصلحية حتى في المودع لو كان الأصلح الإنفاق عليه أمره به فلا فرق بينهما تأمل اهـ قال في البحر وكذلك أي كالعبد الآبق إذا وجد دابة ضالة في المصر أو في غير المصر (قوله أو أحد شريكي عبد الخ) أي فيرفع الشريك الأمر إلى القاضي

ونحوها (لايجبيه) لئلا تأكله النفقة (بل يؤجره وينفق منه أو يبيعه ويحفظ ثمنه لمولاه) دفعا للضرر، والنفقة على الآجر والراهن والمستعير. وأما كسوته فعلى المعير، وتسقط بعتقه ولو زمنا، وتلزم بيت المال خلاصة.

(دابة مشتركة بين اثنين امتنع أحدهما من الإنفاق أجبره القاضي) لئلا يتضرر شريكه جوهرة. وفيها (ويؤمر إما بالبيع وإما (بالإنفاق على بهائمه ديانة لاقضاء على) ظاهر (المذهب) للنهي عن تعذيب الحيوان وإضاعة المال. وعن الثاني يجبر؛ ورجحه الطحاوي والكمال، وبه قالت الأئمة الثلاثة: ولا يجبر في غير الحيوان وإن كره تضييع المال مالم يكن له شريك كما مر.

قلت: وفي الجوهرة: وإن كان العبد مشتركا فامتنع أحدهما أنفق الثاني ورجع عليه:

ونقل المصنف تبعا للبحر عن الخلاصة: أنفق الشريك على العبد في غيبة شريكه بلا إذن الشريك أو القاضي

ويقيم البينة على ذلك والقاضي بالخيار في قبول هذه البينة وعدمه، فإن قبلها فالحكم ماذكر كما في البحر عن الخانية، ويأتي ما إذا امتنع أحدهما عن الإنفاق (قوله ونحوها) وهو الآبق والمشترك (قوله لايجبيه الخ) ذكر في الذخيرة أن القاضي إن رأى الإنفاق أصلح أمره بذلك، وكذلك في اللقيط واللقطة، وبه علم أن المدار على الأصلحية (قوله والنفقة على الآجر والراهن) أي نفقة العبد المأجور والمرهون على مالكه والمستعار على المستعير، لأنه يستوفي منفعته بلا عوض. فهو محبوس في منفعته، وقد مر أول الباب أن كل محبوس لمنفعة غيره تلزمه نفقته. ومافي البحر من قوله وكذا النفقة على الراهن والمودع فالظاهر أن المودع بكسر الدال اسم فاعل وإلا خالف ماتقدم من القاضي يؤجره لينفق عليه أو يبيعه (قوله وأما كسوته فعلى المعير) لعل وجه الفرق بين نفقته وكسوته أن الطعام يستهلكه العبد في حال احتباسه في منفعة المستعير فلايملكه المولى، أما الكسوة فتبقى فلو لزمته كسوته صارت ملكا للمولى العبد والعارية تمليك المنفعة بلا عوض. ففي إيجاب الكسوة عليه إيجاب العوض تأمل (قوله وتسقط بعتقه) أي إذا أعتق السيد عبده سقطت عنه نفقته (قوله وتلزم بيت المال) أي إذا كان عاجزا وليس له قريب ممن تلزمه نفقته (قوله أجبره القاضي) أي على الإنفاق عليها. وهذا ذكره في المحيط. وذكر الخصاف أن القاضي يقول للآبي إما أن تبيع نصيبك من الدابة أو تنفق عليها رعاية لجانب الشريك، كذا في الفتح والبحر (قوله جوهرة) لم يذكر في الجوهرة مسألة الدابة المشتركة وإنما ذكر ما بعدها، فالمناسب عزو ذلك للفتح أو البحر كما ذكرنا (قوله ويؤمر الخ) المالك الذي لاشريك معه فهنا لايجبر قضاء، بخلاف ما لو كان معه شريك فإنه يجبر رعاية لحق الشريك كما علمت (قوله لا قضاء) لأنها ليست من أهل الاستحقاق بخلاف العبد كما في الهداية (قوله والكمال) قال: والحق ما عليه الجماعة لأن غاية ما فيه أن يتصور فيه دعوى حسبة فيجبر القاضي على ترك الواجب ولا بدع فيه وأقره في البحر والنهر والمنح (قوله ولا يجبر في غير الحيوان) أي كالدور والعقار والزرع (قوله مالم يكن له شريك) أي فإنه كان له شريك فإنه يجبر حيث لم تمكن القسمة كـكري نهر ومرمة قناة وبئر ودولاب وسفينة معيبة وحائط إلا إن كان يمكن قسمه من أساسه ويبني كل واحد في نصيبه السترة. وسيأتي تمام الكلام عليه في آخر الشركة إن شاء الله تعالى (قوله كما مر) أي نظير مامر آنفا في الدابة المشتركة من أنه يجبر الممتنع لئلا يتضرر شريكه (قوله أنفق الثاني ورجع عليه) هذا خلاف ما قدمه من أن حكمه حكم عبد الوديعة. وأجاب ح بأن هذا متعنت في الامتناع، بخلاف ماتقدم فإنه معذور بغيبته اهـ.

قلت: لكن لابد من إذن القاضي أو الشريك كما أفاده الشارح بعده. وفي البزازية: قال أحدهما: ليس لي شيء أنفقه وأنفق الآخر على حصته يبيع الحاكم حصة الآبي ممن ينفق عليه، فإن لم يجد استدان عليه، فإن لم يجد أنفق

فهو متطوع ، وكذا النخيل والزرع والوديعة واللقطة والدار المشتركة إذا استرمت ، والله أعلم .

كتاب العتق

ميزت الإسقاطات بأسماء اختصارا ، فإسقاط الحق عن القصاص عفو ، وعما فى الذمة إبراء ، وعن البضع طلاق ، وعن الرق عتق . وعنون به لا بالإعتاق ليعم نحو استيلاد وملك قريب .

(هو) لغة الخروج عن المملوكية من باب ضرب ، ومصدره عتق وعتاق . وشرعا (عبارة عن إسقاط المولى

من بيت المال ، فإن قال الشريك أنفق على حصته أيضا ويكون ذادينا على المولى فعل ، لكن لايجبر عليه ، فإن فضل عن قيمة العبد لايكون دينا على العبد بل على المولى اهـ (قوله والوديعة واللقطة) أى إذا أقام بينة على ذلك ، فإن شاء القاضى قبلها وأمره بالإنفاق إن كان أصلح وإلا أمره ببيعها كما فى الذخيرة ، والأمر بالإنفاق يحتمل كونه من أجرتها أو من مال المأمور أيهما كان أصلح يأمره القاضى به كما علم مما مر (قوله إذا استرمت) أى احتاجت للإصلاح كأنها تطلبه . وفى المصباح : رممت الحائط وغيره رما من باب قتل أصلحته ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

كتاب العتق

(قوله ميزت الإسقاطات الخ) جمع إسقاط ، والمراد به ماوضعه الشارع لإسقاط حق للعبد على آخر ، وأشار إلى وجه مناسبة ذكر العتق عقب الطلاق وهو اشتراكهما فى أن كلامنهما إسقاط الحق ، وقدم الطلاق لمناسبة النكاح (قوله اختصارا) لأن أعتق أخصر من أسقط حقه عن مملوكه ، وكذا الباقى (قوله وعن الرق عتق) المناسب إعتاق ، لأن العتق قائم بالعبد والإعتاق وهو الإسقاط فعل المولى ، أفاده الرحمتى . قال فى المصباح : ويتعدى بالهمزة فيقال أعتقته فهو معتق لابنفسه فلا يقال عتقه ولا أعتق هو بالألف مبنيا للفاعل بل الثلاثى لازم والرباعى متعد ، ولا يجوز عبد معتوق ، لأن مجىء مفعول من أفعلت شاذ مسموع لا يقاس عليه وهو عتيق فعيل بمعنى مفعول وجمعه عتقاء ، وأمة عتيق أيضا وربما قيل عتيقة وجمعه عتائق اهـ لكن قال فى الفتح : وقد يقال العتق بمعنى الإعتاق فى الاستعمال الفقهى تجوّزا باسم المسبب ، كقول محمد أنت طالق مع عتق مولاك إياك اهـ (قوله وعنون به الخ) أى جعله عنوانا بضم العين وقد تكسر : مايستدل به على الشىء مصباح ، ومراده أن العتق صفة قائمة بمن كان رقيقا والإعتاق إيقاع العتق من المولى ، وليس فى الاستيلاد وملك القريب إعتاق بل عتق فلذا عنون به لا بالإعتاق . وقد يقال : إن الاستيلاد والشراء فعل المولى . والجواب أن العتق حصل بموت سيد المستولدة . وفى الشراء : هو أثر الملك لافعل منه (قوله لغة الخروج عن المملوكية) عزاه فى البحر إلى ضياء الحلوم ، ورد به قولهم إنه فى اللغة القوّة . وفى الشرع القوة الشرعية ، لأن أهل اللغة لم يقولوا ذلك . واعترضه فى النهر بأن ماورده نقله فى المبسوط ، وعليه جرى كثير ، فبعد كون الناقل ثقة لايلتفت إلى ردّ . قلت : وحقق فى الفتح هذا المقام بما يشفى المرام (قوله ومصدره عتق وعتاق) وكذا عتاقة بفتح الأول فيهن ، والعتق بالكسر اسم منه مصباح ، ومثله فى القهستانى ، وما نقل عن البحر من أن الأول بالكسر والثانى بالفتح لم أجده فيه فافهم (قوله وشرعا عبارة عن إسقاط الخ) المناسب عن سقوط ، لأن المحدّث عنه العتق ، والإسقاط معنى الإعتاق كما علمت إلا أن يكون أطلق العتق على الإعتاق تجوزا كما مر ، والمراد بالوجه المخصوص ما استوفى ركنه وشروطه من قول أو فعل كملك القريب بشراء ونحوه ، فإن فيه إسقاطا معنى وإلا كان التعريف قاصرا فافهم . وعرفه فى الكنز وغيره بأنه إثبات القوة الشرعية للمملوك ، وهى قدرته على التصرفات الشرعية ، وأهليته للولايات والشهادات ، ورفع تصرف الغير عليه .

حقه عن مملوكه بوجه) مخصوص (يصير به المملوك) أي بالإسقاط المذكور (من الأحرار) وركنه اللفظ الدال عليه أو مايقوم مقامه ، كملك قريب ودخول حربى اشترى مسلما دارالحرب: وصفته واجب لكفارة، ومباح بلا نية لأنه ليس بعبادة حتى صح من الكافر . ومندوب لوجه الله تعالى لحديث عتق الأعضاء ، وهل يحصل ذلك بتدبير وشراء قريب ؟ الظاهر نعم ، ومكروه لفلان ، وحرام بل كفر للشيطان :

ثم اعلم أنه سيأتى فى عتق البعض أن الإعتاق يتجزأ عنده لاعندهما ، ومبنى الخلاف على مايوجبه الإعتاق أولا وبالذات . فعنده زوال الملك ويتبعه زوال الرق ، لكن بعد زوال الملك عن الكل. وعندهما زوال الرق ، ولا يخفى أن كلا من التعريفين يأتى على كل من القولين بأن يراد بالأول إسقاط الملك أو إسقاط الرق، وبالثانى إثبات القوة المستتبعة لزوال الملك أو زوال الرق فافهم (قوله يصير به المملوك من الأحرار) خرج به التدبير والكتابة قبل موت السيد وأداء النجوم فإن فيهما إسقاط البيع والهبة والوصية، لكن لم يصر العبد بهما من الأحرار ط (قوله وركنه اللفظ الدال عليه) سواء كان إقرارا بالحرية أو ادعاء النسب أو لفظا إنشائيا والضمير يرجع إلى العتق سواء نشأ عن إعتاق أم لا ليصح قوله وملك قريب ط (قوله ودخول حربى الخ) صورته : اشترى حربى مستأمن عبدا مسلما فأدخله دار الحرب عتق عند مولانا الإمام رضى الله عنه وقال صاحباه لايعتق ط وإنما عتق إقامة لتباين الدارين مقام الإعتاق ، وهذه إحدى مسائل تسع يعتق العبد فيها بلا إعتاق ، لأنه عتق حكمى كما سيأتى فى الجهاد قبيل باب المستأمن إن شاء الله تعالى (قوله واجب لكفارة) أى كفارة قتل وظهار وإفطار ويمين ، وهل المراد بالواجب المصطلح عليه أو الافتراض قولان ط (قوله بلا نية) أى نية قربة أو معصية ط (قوله لأنه ليس بعبادة) أى وضعا ويصير عبادة أو معصية بالنية كغيره من العبادات رحمتى (قوله لحديث عتق الأعضاء) هو ما رواه الستة عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيما امرىء مسلم أعتق امرأ مسلما استنقذ الله بكل عضو منه عضوا من النار » وفى لفظ « من أعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل عضو منها عضوا من أعضائه من النار حتى الفرج بالفرج» وأخرج أبوداود وابن ماجه عنه صلى الله عليه وسلم « أيما رجل مسلم أعتق رجلا مسلما كان فكاكه من النار، وأيما امرأة مسلمة أعتقت امرأة مسلمة كانت فكاكها من النار » وروى أبو داود « وأيما رجل أعتق امرأتين مسلمتين إلا كانتا فكاكه من النار يجزى مكان عظمين منهما عظما من عظامه » وهذا دليل مافى الهداية من استحباب عتق الرجل الرجل والمرأة المرأة ، لأنه ظهر أن عتقه بعتق المرأتين ، بخلاف عتقه رجلا كذا فى الفتح (قوله وهل يحصل ذلك) أى المندوب المترتب عليه الثواب المذكور مع النية من غير توقف على مادة العتق والبحث لصاحب النهر ط (قوله الظاهر نعم) لأن بالتدبير إعتاقا ما لا وبشراء القريب إعتاقا وصلة ، وفى الحديث « لن يجزى ولد والده إلا أن يجده رقيقا فيشتريه فيعتقه » أى فينسبب عن شرائه عتقه إذ هو لا يتأخر عنه رحمتى (قوله ومكروه لفلان) صرح فى الفتح بأنه من المباح ، وكذا فى البحر عن المحيط . ثم قال فى البحر : ففرق بين الإعتاق لآدمى وبين الإعتاق للشيطان ، وعلل حرمة الإعتاق للشيطان بأنه قصد تعظيمه اه أى بخلاف قصد تعظيم فلان لأنه غير منهى تأمل (قوله وحرام بل كفر للشيطان) وكذا للصنم كما سيأتى، ولعل وجه القول بأنه كفر هوما سيذكره عن الجوهرة أن تعظيمهما دليل الكفر الباطن كالسجود للصنم ولوهزلا فيحكم بكفره ، وهذا كله إذا لم يقصد التقرب والعبادة وإلا فهو كفر بلا شبهة سواء كان لفلان أو للشيطان :

وذكر فى فتح القدير أن من الإعتاق المحرم إذا غلب على ظنه أنه لو أعتقه يذهب إلى دار الحرب أو يرتد

(ويصح من حر مكلف) ولو سكران أو مكرها أو مخطئا أو مريضا أو لايعلم بأنه مملوكه ، كقول الغاصب للمالك أو البائع للمشترى أعتق عبدى هذا وأشار إلى المبيع عتق ، لامن صبى ومعتوه ومدهوش ومبرسم ومغمى عليه ومجنون ونائم ، كما لايصح طلاقهم ؛ ولو أسنده لحالة مما ذكر أو قال وأنا حربى فى دار الحرب وقد علم ذلك فالقول له (فى ملكه) ولو رقبة كمكاتب ، وخرج عتق الحمل إذا ولدته لستة أشهر فأكثر (ولو لأقل صح ولو بإضافته إليه) .

أو يخاف منه السرقة وقطع الطريق ، وينفذ عتقه مع تحريمه خلافا للظاهرية . قال : وفى عتق العبد الذمى مالم يخف منه ماذكرنا أجر لتحصيل الجزية منه للمسلمين .

[فرع] فى البحر عن المحيط : ويستحب أن يكتب للعتق كتابا ، ويشهد عليه شهودا توثيقا وصيانة عن التجاحد والتنازع فيه كما فى المداينة ، بخلاف سائر التجارات لأنه مما يكثر وقوعها ، فالكتابة فيها تؤدى إلى الحرج ولا كذلك العتق (قوله ويصح من حر) فلا يصح من عبد ولو مكاتبا لمنعه عن التبرعات أو مأذونا لذلك ولعدم الملك ، ولذا قال فى البحر لاحاجة إليه مع ذكر الملك (قوله مكلف) أى عاقل بالغ ، ومحترزه قوله لامن صبى الخ ولم يشترط الإسلام لأنه يصح من الكافر ولو مرتدا . أما إعتاق المرتد فموقوف عنده نافذ عندهما ؛ ولا قبول العبد لأنه غير شرط إلا فى الإعتاق على مال كما سيذكره فى بابه بحر ، ولا النطق باللسان لأنه يصح بالكتابة المستبينة والإشارة المفهمة بدائع أى من الأخرس (قوله ولو سكران أو مكرها الخ) سيأتى فى المتن التصريح بهذين لكن ذكرهما تتميما للتعميم فإنه أشار إلى أنه لايشترط كونه صاحيا أو طائعا أو عامدا أو مريضا أو عالما بأنه ملكه لأن السكران بمحظور غير معذور فهو فى حكم الصاحى فى الأحكام والمكره اختار أيسر الأمرين فكان قاصدا له وإن عدم الرضا وما صح مع الهزل لايؤثر فيه الإكراه لعدم توقفه على الرضا ولذا صح من المخطىء أيضا (قوله وأشار إلى المبيع) فيه اكتفاء والأصل أو إلى المغصوب (قوله عتق) أى إذا قال المشترى أو المالك أعتقه ويكون هذا بمنزلة القبض من المشترى فيلزمه الثمن ، وبمنزلة القبض من المغصوب منه فلا يلزم الغاصب شىء سائحانى (قوله ومعتوه الخ) تقدم فى أول الطلاق بيان معانيها فراجعه (قوله ومجنون) أى فى حال جنونه ، حتى لو كان يجن ويفيق فأعتق فى حال إفاقته يصح (قوله أو قال وأنا حربى الخ) كونه حربيا غير قيد بل يشترط كون العبد حربيا فإنه لا يعتق إلا بالتخلية ، بخلاف المسلم أو الذمى كما يذكره (قوله وقد علم ذلك) أى علم منه وقوع العته ونحوه ، وكونه فى دار الحرب . وأما الصبا والنوم فعلومان قطعا ، لكن ينبغى تقييد تصديقه فيهما بما إذا لم يعلم ملكه له بعد صباه وبعد إفاقته من آخر نومة تأمل (قوله فالقول له) وهل يحلف إذا طلب العبد تحليفه يحرر ط .

قلت : كل من إذا أقر بشىء لزمه فإنه يحلف رجاء نكوله إلا فى اثنين وخمسين تأتى قبيل البيوع ليست هذه منها (قوله فى ملكه) خرج إعتاق غير المملوك ، ولا يرد عتق الفضولى المجاز كما توهمه فى البحر لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة نهر (قوله إذا ولدته لستة أشهر) أى من وقت العتق لعدم التيقن بوجوده بحر (قوله ولو باضافة إليه(١)) أى باضافة العتق إلى الملك ، وأشار إلى أن الشرط وجود الملك وقت وقوع العتق ، فإن كان منجزا اشترط وجود الملك وقت التنجيز لأنه وقت الوقوع وإن كان معلقا بالملك أو سببه اشترط تحقق ذلك فينزل الجزاء وقت الملك .

---

(١) (قوله ولو بإضافة إليه) هكذا بخطه بغير ضمير . والذى فى المتن (ولو بإضافته) بالضمير ، وهو الذى يشير إليه تفسيره بقوله أى بإضافة العتق الخ تأمل اه مصححه .

كإن ملكتك، أو إلى سببه كإن اشتريتك فأنت حر ، بخلاف إن مات مورثي فأنت حر لايصح لأن الموت ليس سببا للملك :

ومن لطائف التعليق قوله لأمته : إن مات أبي فأنت حرة فباعها لأبيه ثم نكحها فقال إن مات أبي فأنت طالق ثنتين فمات الأب لم تطلق ولم تعتق ظهيرية ، وكأنه لأن الملك ثبت مقارنا لهما بالموت فتأمل (بصريحه بلانية) سواء وصفه به (كأنت حر أو) عتق أو (عتيق أو معتق أو محرر) ولو ذكر الخبر فقط

والحاصل كما في البحر أنه إذا علق بالملك أو بسببه كالشراء لايشترط تحقق الملك وقت التعليق ،وإن علق بغيرهما كدخول الدار اشترط وجود الملك وقت التعليق ووقت نزول الجزاء ولايشترط وجود الملك فيما بينهما (قوله بخلاف الخ) محترز الإضافة إلى سبب الملك لأن موت المورث ليس سببا للملك لأنه قد يخرج من ملك المورث قبل موته ، وإن بقي فقد يوجد مانع من الإرث كقتل وردة ، نعم إذا قال إن ورثتك فهو مثل إن اشتريتك وهذا إذا كان الخطاب لعبد المورث ، أما إذا قال لعبده إن مات مورثي فأنت حر فهو مثل إن دخلت الدار فأنت حر كما لايخفى (قوله لأن الموت ليس سببا للملك) أي ليس سببا مساويا بل قد يكون وقد لايكون كما قلنا ، فهو نظير ماقدمه الشارح في أول باب التعليق لو قال: كل امرأة أجتمع معها في فراش فهي طالق فتزوج لم تطلق وكذا كل جارية أطؤها فهي حرة فاشترى جارية فوطئها لم تعتق أي لأن الاجتماع في فراش لايلزم كونه عن نكاح، كما أن وطء الجارية لايلزم كونه عن ملك فلم توجد الإضافة إلى سبب الملك (قوله فمات الأب) أي ولم يترك وارثا غيره أو ترك بالأولى ط (قوله وكأنه الخ) التوجيه لصاحب النهر .

وتوضيحه أن العتق معلق بالموت وحين الموت لم تكن في ملكه فلا تعتق لأن الملك ينتقل إليه عقبه : والمعلق بشيء وهو العتق هنا يقع بعد وجود ذلك الشيء وهو الموت فصار كل من الملك والعتق حاصلا عقب الموت في آن واحد، وشرط العتق وقوعه على مملوك وهي لم تصر مملوكة إلا مع وجود العتق فلم يوجد شرطه قبله فلم يقع، وكذا الطلاق معلق على الموت فحقه أن يوجد عقبه لكن وجد الملك عقب الموت أيضا وانفسخ به النكاح فلايقع الطلاق لأنه وجد في وقت انفساخ النكاح كما في أنت طالق مع موتي أو موتك فالعتق والطلاق ثبت الملك مقارنا لهما ولا بد من سبقه عليهما حتى يقعا ولم يوجد فلذا لم تطلق ولم تعتق فله وطؤها بملك اليمين، ولو أعتقها ثم تزوجها ملك عليها ثلاثا لعدم وقوع الطلقتين المعلقتين أفاده الرحمتي (قوله بالموت) متعلق بثبت والباء للسببية ح (قوله فتأمل) أشار به إلى دقة تعليل المسألة ح (قوله بصريحه) متعلق بيصح . وصريحه كما في الإيضاح وغيره: ماوضع له، وقد استعمل الشرع والعرف واللغة هذه الألفاظ في ذلك فكانت حقائق شرعية على وفق اللغة فيها، وتمامه في الفتح (قوله بلانية) أي بلا توقف على نيته ، فيقع به نواه أو لم ينو شيئا ، وكذا لو نوى غيره في القضاء ، أما فيما بينه وبين الله تعالى فلا يقع، كما لو قال نويت بالمولى الناصر ،وإن نوى الهزل وقع قضاء وديانة كما يقتضيه كلام محمد، وتمامه في الفتح وفي البحر عن الخانية: لو قال أردت به اللعب يعتق قضاء وديانة (قوله كأنت حر) أي بفتح التاء وكسرها لكل من العبد والأمة كما يذكره عن الخانية .

مطلب الفقهاء لايعتبرون الإعراب

قال القهستاني: وفي حروف المعاني من الكشف أن الفقهاء لايعتبرون الإعراب ،ألا ترى أنه لو قال لرجل زنيت بكسر التاء أو لامرأة بفتحها وجب عليه حد القذف (قوله أو عتق) يحتمل قراءته بكسر التاء صيغة مبالغة فيناسب ماقبله وما بعده ، ويحتمل السكون مصدرا فإنه من الصريح كما سيصرح به، وجزم به في الفتح خلافا لما في جوامع

كان كناية (أو) أخبر نحو (حررتك أو أعتقتك أو أعتقك الله) فى الأصح ظهيرية (أو هذا مولاى أو) نادى نحو (يامولاى) أو يامولاتى ، بخلاف أنا عبدك فى الأصح (أو ياحر أو ياعتيق) .

ولو قال أردت الكذب أو حريته من العمل دين (إلا إذا سماه به) وأشهد وقت تسميته خانية ، فلا يعتق مالم يرد الإنشاء ، وكذا فى الطلاق (ثم) بعد تسميته بالحر (إذا ناداه)

الفقه من أنه لايعتق إلا بالنية فى أنت عتق أو إعتاق، فنى البحر والنهر أنه ضعيف (قوله كان كناية) فيتوقف على النية ولذا قال فى الخانية : لو قال حر فقيل له لمن عنيت ، فقال عبدى عتق عبده بحر .

قلت : لكن هذه النية ليست نية معنى العتق بل نية العبد ، لأن المبتدأ المحذوف لما احتمل أن يكون تقديره عبدى وأن يكون عبد فلان مثلا توقف إعتاق عبده على قصده إياه لا على قصده معنى التحرير الشرعى ، وفى كون ذلك كناية نظر تأمل (قوله أو أخبر) عطف على قوله وصفه به : أى أتى بصيغة الخبر الموضوعة للإنشاء ، لأن الكلام فى الصريح وهو ماوضع له كما مر (قوله فى الأصح) لأن المعنى أعتقك الله لأنى أعتقتك ، وعن هذا أفتى قارئ الهداية وغيره فى أبرأك الله أنه يبرأ ولا سيما والعرف يساعده كما قدمناه فى الخلع ، ومقابل الأصح ماقيل إنه إنما يعتق بالنية كما حكاه فى الفتح (قوله أو هذا مولاى) فإنه ملحق بالصريح ، لأنه وإن كان يأتى لمعان أوصلها ابن الأثير إلى نيف وعشرين كالناصر وابن العم والمعتق بالكسر والمعتق بالفتح إلا أن إضافته للعبد تعين الأخير وهو الأصح . وقيل لايعتق إلا بالنية ، وأيده الإتقانى فى غاية البيان ، ورده المحقق ابن الهمام كما بسطه فى البحر . وفيه عن الظهيرية وغيرها : لو قال أنت مولى فلان عتق قضاء كانت عتيق فلان بخلاف أعتقك فلان (قوله أو نادى) عطف على قوله وصفه ط لأن النداء لاستحضار المنادى فإذا ناداه بوصف يملك إنشاءه كان تحقيقا لذلك الوصف درر (قوله نحو يامولاى) قيد به لأنه لايعتق بيا سيدى أو ياسيد أو يامالكى ، إلا بالنية لأنه قد يذكر على وجه التعظيم والإكرام بحر أى وحقيقته كذب ، بخلاف يامولاى . وفى النهر : وقيل يعتق ، والأصح لامالم ينو (قوله فى الأصح) أى أنه لايعتق .

حكى عن أبى القاسم الصفار أنه سئل عن رجل جاءت جاريته بسراج فوقفت بين يديه ، فقال لها ما أصنع بالسراج فوجهك أضوأ من السراج يامن أنا عبدك ، قال : هذه كلمة لطف لاتعتق بها ، هذا إذا لم ينو العتق ، فإن نوى عن محمد فيه روايتان خانية (قوله دين) أى فيما بينه وبين ربه تعالى ، أما القاضى فلا يصدقه ، وكذا لو صرح بقوله من هذا العمل كما يذكره قريبا ، وهذا بخلاف مالو أراد الهزل أو اللعب فإنه لايدين أيضا كما قدمناه . ووجهه أنه قصد التلفظ بما هو موضوع للعتق ولم يرد به معنى آخر فتعين المعنى الموضوع وإن لم يقصده ، أما هنا فقد أراد به معنى آخر يصلح له اللفظ ، فصح قصده ديانة لكنه خلاف الظاهر فلذا لم يصدق قضاء .

وفى التتارخانية عن المنتقى : له عند حل دمه بالقصاص ، فقال له أعتقتك ثم قال نويت به العتق عن الدم عتق قضاء ولزمه العفو بإقراره ، وإن لم ينو لم يلزمه العفو ، ولو أعتقه لوجه الله تعالى عن القصاص كان كما قال ، ولو كان له على رجل قصاص فقال أعتقتك فهو عفو قياسا واستحسانا (قوله إلا إذا سماه) لأن مراده الإعلام باسم علمه هداية (قوله وأشهد) أى على أنه سماه بذلك ، وهذا إذا لم يكن معروفا به عند الناس ، فلو معروفا به لايعتق كما فى البحر عن المبسوط (قوله وكذا فى الطلاق) رد على مافى التنقيح حيث فرق بين هذا وبين مالو سمى المرأة بطالق حيث يقع إذا ناداها لأنه عهد التسمية بحر كالحر بن قيس ، بخلاف طالق فإنه لم تعهد التسمية به . قال فى البحر : وفى أكثر الكتب لم يفرق بينهما لأن العلم لم يشترط فيه أن يكون معهودا والكلام فيما إذا أشهد وقت

بمرادفه (بالعجمية) كيا أزاد (أو عكس) بأن سماه بأزاد وناداه بالعربية بياحر (عتق) لعدم العلمية (وكذا رأسك) حر (ووجهك) حر (ونحوهما مما يعبر به عن البدن) كما مر فى الطلاق ، ولو أضافه إلى جزء شائع كثلثه عتق ذلك القدر لتجزيه عند الإمام كما سيجىء . ومن الصريح قوله لعبده : أنت حرة ولأمته أنت حر خانية ،ومنه وهبتك أو بعتك نفسك فيعتق مطلقا،ولو زاد بكذا توقف على القبول فتح ، ومنه المصدر نحو العتاق عليك وعتقك علىّ فيعتق بلا نية ، ولو زاد واجب لم يعتق لجواز وجوبه لكفارة ظهيرية .

وفى البدائع : قيل له أعتقت عبدك ؟ فأومأ برأسه أن نعم لم يعتق ،

التسمية فيهما فالظاهر عدم الفرق اه والظاهر أن ما فى التنقيح مبنى على عدم اشتراط الإشهاد أو الشهرة فيهما (قوله بمرادفه بالعجمية) أى بلفظه الأعجمى ، وليس احترازا عن مرادفه العربى كياعتيق كما يدل عليه التعليل (قوله كيا أزاد) بفتح الهمزة وبالزاى المعجمة بعدها ألف ثم دال مهملة ساكنة ح (قوله لعدم العلمية) لأن العلمية بصيغة حر أو أزاد لابالمعنى فيعتبر إخبارا عن الوصف لاطلبا لإقبال الذات (قوله ونحوهما) مما يعبر به عن البدن كالفرج للعبد والأمة ، بخلاف الذكر فى ظاهر الرواية خانية ، وكذا رقبتك أو بدنك أو بدنك كبدن حر (قوله كثلثه) ولو قال سهم منك حر عتق سدس ، ولو قال جزء أو شىء يعتق منه ماشاء المولى فى قوله بحر عن الخانية (قوله لتجزيه عند الإمام) أشار إلى الفرق بينه وبين الطلاق فإنه لايتجزأ اتفاقا فذكر بعضه كذكر كله ، فما فى غاية البيان من التسوية بينهما سهو ، بحر ولعله بنى التسوية على قولهما (قوله ومن الصريح الخ) لأن الفقهاء لايعتبرون الإعراب كما مر آنفا (قوله ومنه وهبتك أو بعتك نفسك) زاد فى الخانية تصدقت بنفسك عليك ، فقيل إن هذه الثلاثة ملحقة بالصريح ، وقيل إنها كناية ، وهما مبنيان على أن الصريح يخص الوضعى . والحق أنها صرائح حقيقة كما قال به جماعة لأنه لايخص الوضعى ، واختاره المحقق ابن الهمام بحر (قوله فيعتق مطلقا) أى سواء قبل أولا نوى أو لا ، لأن الإيجاب من الواهب والبائع إزالة الملك ، وإنما الحاجة إلى القبول من الموهوب له والمشترى لثبوت الملك لهما ، وهنا لايثبت الملك للعبد فى نفسه لأنه لايصلح مملوكا لنفسه فبقى البيع والهبة إزالة الملك عن الرقيق لاإلى أحد ، وهذا معنى الإعتاق بحر عن البدائع (قوله توقف على القبول) أى فى المجلس لأنه مبادلة كما سيأتى فى بابه (قوله لجواز وجوبه لكفارة ظهيرية) تمام عبارة الظهيرية هكذا : بخلاف طلاقك علىّ واجب لأن نفس الطلاق غير واجب وإنما يجب حكمه ، وحكمه وقوعه ، أما العتق فجاز أن يكون واجبا اه أى فإذا صرح بالوجوب فى العتق ولم ينو العتق صدق لأنه محتمل كلامه . واعترض الرحمتى بأن على تفيد اللزوم فينبغى اشتراط النية وإن لم يصرح بالوجوب اه .

قلت : لايخفى أن الوجوب أو اللزوم عامل خاص فلايتعلق به لفظ على بدون قرينة بل يتعلق بالاستقرار العام والحصول فيدل على ثبوته فى الحال تأمل . واعترض الرملى قوله لأن نفس الطلاق غير واجب بأنه ممنوع لأنه قد يجب عند عدم الإمساك بالمعروف ، ولو سلم فلا يلزم من وجوبه وجوده فى الخارج (قوله لم يعتق) فى النهر عن المحيط يعتق وكأنه تحريف ، فقد رأيت فى الذخيرة البرهانية لصاحب المحيط مثل ماهنا ، وفرق بين العتق والنسب حيث يثبت أن العتق يفتقر إلى العبارة ولا تقوم الإشارة مقام العبارة حالة القدرة ، والنسب لايفتقر إلى العبارة ، وسيأتى فى أوائل كتاب الإقرار متنا مانصه : والإيماء بالرأس من الناطق ليس بإقرار بمال وعتق وطلاق وبيع ونكاح وإجارة وهبة ، بخلاف إفتاء ونسب وإسلام وكفر الخ :

وفى الجوهرة : ولو قال العبد لمولاه وهو مريض أنا حر فحرك رأسه أى نعم لايعتق اه ، وأما ماقدمناه عن

ولو زاد من هذا العمل عتق قضاء ، ولو قال ياسالم فأجابه غانم فقال أنت حر ولا نية له عتق المجيب ، ولو قال عنيت سالما عتقا قضاء . وفى الجوهرة قال لمن لايحسن العربية قل لعبدك أنت حر فقال له عتق قضاء ، ولو قال رأسك رأس حر بالإضافة لايعتق وبالتنوين عتق لأنه وصف لاتشبيه (وبكنايته إن نوى) للاحتمال (كلاملك لى عليك ولا سبيل أو لارق ، أو خرجت من ملكى وخليت سبيلك و) كقوله (لأمته قد أطلقتك) وأنت أعتق أو لزوجته أطلق من فلانة وهى مطلقة تعتق وتطلق إن نوى كتهجيهما . وفى الخلاصة :

البدائع من أنه يصح بالإشارة المفهمة فهو محمول على الأخرس ، وتقدم الكلام على ذلك فى أوائل كتاب الطلاق (قوله ولو زاد من هذا العمل الخ) كان الأولى ذكره عقب قوله ولو قال أردت الكذب أو حريته من العمل دين . قال فى البدائع : ولو قال أنت حر من عمل كذا أو أنت حر اليوم من هذا العمل عتق فى القضاء لأن العتق بالنسبة إلى الأعمال لايتجزأ فكان إعتاقا عن الأعمال وفى الأزمان جميعا ، ونية البعض خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضى (قوله عتق المجيب) لأنه المخاطب بالإعتاق (قوله عتقا قضاء) أما ديانة فالذى ناداه فقط ، ولو قال ياسالم أنت حر فإذا عبد آخر له أو لغيره عتق سالم لأنه لامخاطبة هنا إلا له فينصرف إليه بحر عن البدائع (قوله عتق قضاء) أى لاديانة لعدم القصد ط (قوله لايعتق) لأنه على معنى التشبيه ، كما لو قال مثل رأس حر فإنه لايعتق كما فى الهندية عن السراج (قوله لأنه وصف) أى للرأس بالحرية والرأس مما يعبر به عن الكل فكأنه قال أنت حر ط :

مطلب فى كنايات الإعتاق

(قوله وبكنايته إن نوى) قال الحموى : ثبت فى الأصول أن الشرط فى الكناية النية أو مايقوم مقامها من دلالة الحال لبزول مافيها من الاشتباه اه ط (قوله للاحتمال) لأن نفى الملك ومابعده جاز أن يكون بالبيع والكتابة كما جاز أن يكون بالعتق ، ونفى السبيل يحتمل أن يكون عن العقوبة واللوم لكمال الرضا وأن يكون للعتق فينول إلى معنى لاملك لى عليك إذ هو الطريق إلى نفاذ التصرف نهر (قوله قد أطلقتك) بهمز فى أوله من الإطلاق وهو رفع القيد ، بخلافه بدون همز فإنه ليس بصريح ولا كناية فلا يقع به أصلا كما يأتى (قوله وأنت أعتق) فيه حذف دل عليه مابعده ، والتقدير وأنت أعتق من فلانة وهى معتقة ح :

فإن قيل : إنما كان أعتق وأطلق كناية لاحتماله أقدم فى ملكى وأطلق يدا فيقال إن مثله عتيق . فالجواب أن المتبادر فى عتيق إرادة التحرير ، بخلاف أعتق وأطلق لعدم احتمال العتق ، والطلاق للتفاضل الذى هو أصل أفعل التفضيل رحتى (قوله كتهجيهما) أى تهجى ألفاظ الطلاق والعتق .

قال فى الذخيرة : وعن أبى يوسف فيمن قال لأمته ألف نون تاء حاء راء هاء أو قال لامرأته ألف نون تاء طاء ألف لام قاف إنه إن نوى الطلاق والعتاق تطلق المرأة وتعتق الأمة وهذا بمنزلة الكتابة ، لأن هذه الحروف يفهم منها ماهو المفهوم من صريح الكلام إلا أنها لاتستعمل كذلك فصار كالكناية فى الافتقار إلى نية اه (قوله وفى الخلاصة) عبارتها : لو قال لعبده أنت غير مملوك لايعتق ، لكن ليس له أن يدعيه بعد ذلك ، ولا أن يستخدمه ، فإن مات لايرثه بالولاء ، فإن قال المملوك بعد ذلك أنا مملوك له فصدقه كان مملوكا ظاهرا ، وكذا لو قال ليس هذا بعبدى لايعتق اه :

قلت : وذكر فى الذخيرة المسألة الأولى ثم ذكر الثانية بعبارة فارسية ، ثم قال فى جوابها يعتق فى القضاء لأنه

قال لعبده أنت غير مملوك لايعتق بل يثبت له أحكام الأحرار حتى يقر بأنه مملوكه ويصدقه فيملكه ، وكذا ليس هذا بعبدى لايعتق ، وقاس عليه فى البحر لاملك لى عليك لكن نازعه فى النهر (و) يصح أيضاً (بهذا ابنى) أو بنتى (للأصغر) سنا من المالك (والأكبر و) كذا (هذا أبى) أو جدى (أو) هذه (أمى وإن لم) يصلحوا لذلك ولم (بنو العتق) لأنها صرائح لا كناية ولذا جاء بالباء وأخرها لتفصيلها ، فإن صلحوا وجهل نسبهم فى مولدهم

أقر بالعتق . والصحيح أنه لايعتق بدون النية عند أبى حنيفة ، كما فى قوله ليست بامرأتى لأنه ليس من ضرورة أن لايكون عبدا له أن يكون حرا ، ويؤيد هذا القول المسألة الأولى اه .

وحاصله أن اللفظ فى المسألتين كناية ، فإن نوى عتق فيهما وإلا فلا ، لكن ليس له أن يدعيه لنفاذ إقراره على نفسه ، ولهذا قال فى البحر وظاهره أنه لايكون حرا ظاهرا معتقا ، فتكون أحكامه أحكام الأحرار حتى يأتى من يدعيه ويثبت فيكون ملكا له اه (قوله وقاس عليه الخ) أى جعله فى حكم مسألة الخلاصة وهو أنه إذا لم يثبت العتق ليس له أن يدعيه لإقراره بعدم الملك (قوله نازعه فى النهر) حيث قال وعندى أن هذه المسألة أى مسألة الخلاصة مغايرة لمسألة الكتاب : أى قوله لاملك لى عليك ، وذلك أنه فى مسألة الكتاب إنما أقر بأنه لاملك له فيه ، وهذا لاينافى ملكا لغيره . ومسألة الخلاصة موضوعها إقراره بأنه غير مملوك أصلا إما لعتقه له أو لحريته الأصلية فتنبه لهذا فإنه مهم اه .

قال ح قلت : والذى يظهر بأدنى تأمل أن الحق مع صاحب البحر فإن الفرق الذى أبداه فى النهر غير مؤثر ، فإنه إذا نفى ملكه عنه وليس هناك من يدعيه ساوى من قيل له أنت غير مملوك ، ويدل لما قلنا تسوية صاحب الخلاصة بين قوله أنت غير مملوك وبين قوله ليس هذا بعبدى تأمل اه .

قلت : والحاصل أن كلا من مسألة الكتاب ومسألتى الخلاصة كناية فى العتق فلابد له من النية ، وقد نص فى مسألتى الخلاصة على أنه إذا لم يعتق أى عند عدم النية ليس له أن يدعيه أى لإقراره على نفسه بأنه غير مملوك وأنه ليس عبده وهذا موجود فى مسألة الكتاب أيضا فينبغى منع دعواه فيها أيضا ، ولافرق فى صحة إقراره على نفسه بين نفيه عن نفسه فقط أو عنه وعن غيره ، بل نفيه عن غيره لافائدة فيه لأنه لاولاية له على غيره فى ذلك فافهم (قوله أو بنتى) أى أو هذه بنتى ، ولا يصح أن يكون التقدير أو هذا بنتى لما سيأتى أنه كناية وكلامه الآن فى الصريح ؛ ولو قال أو هذه بنتى لكان أولى ح ، وقوله إنه كناية فيه كلام يأتى (قوله وإن لم يصلحوا لذلك) أى للأبوة والجدودة والأمومة (قوله ولذا جاء بالباء الخ) أى إن قول المصنف وبهذا ابنى بإعادة الباء الجارة ليفيد أنه عطف على قوله وبكنايته مقابل له ، ولو حذف الباء لأوهم أنه عطف على أمثلة الكناية مع أنه من أمثلة الصريح ، وإنما أخره وذكره بعد ألفاظ الكناية لما فيه من التفصيل المفاد بقوله فإن صلحوا الخ (قوله فإن صلحوا) حاصله أن هذا ابنى على وجهين إما أن يصلح ابنا له بأن كان مثله يولد له أولا ، وكل منهما إما أن يكون العبد مجهول النسب أولا ، فإن صلح وهو مجهول عتق وثبت نسبه منه إجماعا ، وإن كان معروف النسب لايثبت منه بلا شك لكن يعتق عندنا ، وإن لم يصلح ولدا له فكذلك عند الإمام ، وعندهما لايعتق ، وكذلك الكلام فى هذا أبى أو أمى فإن صلح أبا له أو أما وليس للقائل أب أو أم معروف ثبت النسب والعتق بلا خلاف ، وإن صلح وله أب معروف لايثبت النسب ويعتق عندنا ، وإن لم يصلح لا يثبت النسب ولكن يعتق عنده لاعندهما . ولو قال لصغير هذا جدى فقيل هو على الخلاف وهو الأصح لأنه وصفه بصفة من يعتق عليه بملكه كما فى البحر (قوله فى مولدهم) قال فى القنية : مجهول النسب الذى يذكر فى الكتب هو الذى لايعرف نسبه فى البلدة التى هو فيها اه . ومختار المحققين من شراح

وليس للقائل أب معروف ثبت النسب أيضاً مالم يقل ابنى من الزنا فيعتق فقط ، وهل يشترط تصديقه فيما سوى دعوى البنوة ؟ قولان ، ولا تصير أمه أم ولد .

ولو قال لعبده : هذه بنتى أو لأمته هذا ابنى افتقر للنية ، وفى هذا خالى أو عمى عتق وأخى لا ، مالم ينو من النسب (لا) يعتق (بيا ابنى ويا أخى) ويا أختى ويا أبى

الهداية وغيرهم أنه الذى لايعرف نسبه فى مولده ومسقط رأسه وتمامه فى الدرر (قوله وليس للقائل أب معروف) أراد بالأب الأصل فيشمل الجد والأم . قال ط : وهذا يغنى عنه قوله وجهل نسبهم (قوله فيعتق فقط) أى بلا ثبوت نسب ، لأن العتق باعتبار الجزئية ، والزنا ينفى النسبة الشرعية لا الجزئية (قوله وهل يشترط) أى فى ثبوت النسب تصديق العبد للسيد ، فقيل لا ، لأن إقرار السيد على مملوكه يصح بلا تصديق ، وقيل يشترط فيما سوى دعوى البنوة لأن فيه حمل النسب على الغير زيلعى .

قلت : ومشى فى كافى الحاكم على الثانى حيث قال فى مسألة الأب والأم وصدقا فى ذلك ولم يذكر ذلك فى مسألة الابن (قوله ولا تصير أمه أم ولد) قال فى فتح القدير : ثم إذا قال هذا ابنى هل تصير أمه أم ولد له إذا كانت فى ملكه ؟ فقيل لا سواء كان الولد مجهول النسب أو معروفه ، وقيل تصير فى الوجهين ، وقيل إن كان معروف النسب حتى لم يثبت نسبه منه لاتصير أم ولد له ، وإن كان مجهوله حتى ثبت نسبه منه صارت أم ولد له وهذا أعدل اهـ . وبه علم مافى كلام الشارح من الإطلاق فى محل التفصيل فافهم (قوله افتقر للنية) فيه نظر . ففى المجتبى : قال لغلامه هذه بنتى أو لجاريته هذا ابنى يعتق عندهما خلافا لأبى حنيفة ، وقيل لايعتق عند الكل وهو الأظهر اهـ . ومثله فى الذخيرة والقهستانى . وقال فى النهر : قال فى المجتبى والأظهر أنه لايعتق يعنى إلا بالنية ، ويدل عليه مامر من أنه لو قال لعبده أنت حرة أو لأمته أنت حر ذكر فى بعض المواضع أنه صريح وفى بعضها كناية اهـ فقوله يعنى إلا بالنية الخ ليس من كلام المجتبى كما علمت ، وفيه نظر . وما استدل به لايدل له لجواز كون التأنيث فى قوله للعبد أنت حرة باعتبار كونه ذاتا أو جثة أو نسمة والتذكير فى قوله للأمة أنت حر باعتبار كونها شخصا أو خلقا بخلاف إطلاق البنت على الإبن وعكسه ، لما فى فتح القدير حيث قال فى تعليل المسألة لأن الأول مجاز عن عتق فى الذكر والثانى عنه فى الأنثى ، فانتفى حقيقته لانتفاء محل ينزل فيه ، ولا يتجوز فى لفظ الابن فى البنت وعكسه اتفاقا . ثم قال : وماذكره المصنف يعنى صاحب الهداية بيان لتعذر عتقه بطريق آخر ، وهو أنه إذا اجتمعت الإشارة والتسمية والمسمى من جنس المشار تعلق بالمشار ، وإن كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى ، والمشار إليه هنا مع المسمى جنسان ، لأن الذكر والأنثى فى الإنسان جنسان لاختلاف المقاصد ، فيلزم أن يتعلق الحكم بالمسمى : أعنى مسمى بنت ، وهو معدوم ، لأن الثابت ذكر اهـ .

فأنت ترى أن مقتضى التعليل بهذين الوجهين كون الكلام لغوا لايتعلق به حكم سواء نوى أولا . ويظهر من هذا أنه لا فرق بين قوله للعبد هذا بنتى أو هذه بنتى بتذكير اسم الإشارة أو تأنيثه ، لأن اللغو جاء من إطلاق البنت على الابن حيث لايستعمل أحدهما فى الآخر حقيقة ولامجازا ، ومن كونه خلاف جنس المشار إليه ، كمالو باع فصا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج فالبيع باطل ، ويدل لما قلنا أنه فى متن المنتقى عبر بقوله هذا ابنتى (قوله عتق) أى بلا خلاف فتح ، وينبغى توقفه على النية تأمل (قوله وأخى لا) أى وفى قوله هذا أخى لا يعتق بدون نية . قال فى البحر : وفرق فى البدائع بأن الأخوة تحتمل الإكرام والنسب ، بخلاف العم لأنه لايستعمل للإكرام عادة وهذا كله إذا اقتصر ، فلو قال أخى من أبى أو من أمى أو من النسب فإنه يعتق كما فى الفتح وغيره . ولايخفى أنه إذا اقتصر يكون من الكنايات فيعتق بالنية اهـ (قوله لايعتق بيا ابنى ويا أخى) أى بدون نية كما يأتى . قال فى الدر المنتقى :

(ولاسلطان لى عليك ولا بألفاظ الطلاق) صريحه وكنايته ، بخلاف عكسه كما مر (وإن نوى) قيد للأخيرة لتوقفه فى النداء على النية كما نقله ابن الكمال ، وكذا نفى السلطان كما رجحه الكمال وأقره فى البحر (و) كذا (أنت مثل الحر) يعتق بالنية ذكره ابن الكمال وغيره (إلا فى قوله) أطلقتك ولو لعبده فتح (أمرك بيدك أو اختارى فإنه عتق مع النية) فإنه من كنايات العتق أيضاً ، ولا بدع بدائع ، ويتوقف على القبول فى المجلس ، وكذا اختر العتق أو أمر عتقك بيدك وإن لم يحتج للنية لأنه تمليك كالطلاق ، ولا عتق بنحو أنت على حرام

وعنه أنه يعتق . والظاهر الأول لأن المقصود بالنداء استحضار المنادى ، فإن كان بوصف يمكن إثباته من جهته نحو ياحر كان لإثبات ذلك الوصف ، وإن لم يمكن كالبنوة كان لمجرد الإعلام . قال فى الفتح : وينبغى أن يكون محل المسألة ما إذا كان العبد معروف النسب وإلا فهو مشكل، إذ يجب أن يثبت النسب تصديقا له فيعتق اه . ولوقال يا أخى من أمى أو أبى أو من النسب عتق كمامر اه (قوله ولا سلطان لى عليك) لأن السلطان عبارة عن الحجة واليد ونفى كل منهما لا يستدعى نفى الملك ، كالمكاتب يثبت للمولى فيه الملك دون اليد (قوله بخلاف عكسه) وهو وقوع الطلاق بألفاظ العتق ، لأن إزالة ملك الرقبة تستلزم إزالة ملك المتعة بلا عكس درر (قوله كما مر) أى فى أول الطلاق (قوله قيد للأخيرة) يعنى أن قوله وإن نوى راجع إلى المسألة الأخيرة وهى ألفاظ الطلاق ، أما الأولى وهى مسألة النداء والثانية وهى مسألة نفى السلطان فيتوقف وقوع العتق فيهما على النية فهما من كناياته (قوله كما نقله ابن الكمال) أى عن غاية البيان ، وكذا نقله فى البحر عنها عن التحفة وقال : فحينئذ لاينبغى الجمع بين هذه المسائل فى حكم واحد وأقره فى النهر أيضا .

قلت : بل على مامر من بحث الفتح ينبغى أن يثبت العتق بلانية إذا كان مجهول النسب (قوله كما رجحه الكمال) ونقله أيضا عن بعض المشايخ ، وبه قال الأئمة الثلاثة ، إذ لا يظهر فرق بينه وبين لا سبيل . وعن الإمام الكرخى : فنى عمرى ولم يتضح لى الفرق بينهما ، ثم قال الكمال بعد تقرير عدم الفرق : والذى يقتضيه النظر كونه من الكنايات (قوله وأقره فى البحر) وكذا فى النهر ، والشرنبلالية والمقدسى (قوله يعتق بالنية) الأولى لا يعتق إلا بالنية (قوله ذكره ابن الكمال وغيره) أى ذكر اشتراط النية للعتق ، ومثله فى البحر عن الزيلعى وغاية البيان ، وعزاه فى النهر إلى العناية عن المبسوط (قوله إلا فى قوله الخ) استثناء من قوله وبألفاظ الطلاق ، وزاد قوله أطلقتك مع أنه قدمه المصنف لتكميل ما استثنى ، ولكن استثناء الأمر باليد والاختيار منقطع لأنهما من كنايات التفويض لا كنايات الطلاق (قوله أو اختارى) عزاه فى البحر والنهر إلى البدائع .

قلت : وهو خلاف المذهب ففى الذخيرة : قال محمد فى الأصل : إذا قال الرجل لأمته أمرك بيدك ينوى به العتق يصير العتق بيدها حتى لو أعتقت نفسها فى المجلس جاز ، ولو قال لها اختارى ينوى العتق لا يصير العتق فى يدها ، فقد فرق بين الأمر باليد وبين قوله اختارى فى العتق وسوى بينهما فى الطلاق اه كلام الذخيرة ، وكذا صرح فى الفتح بأنه لو قال لها اختارى فاختارت نفسها لا يثبت العتق وإن نواه اه وصرح بذلك أيضا فى كافى الحاكم بلا حكاية خلاف ، وأنت خبير بأن ما فى الأصل والكافى هو نص المذهب فلا يعدل عنه ، ولم أر من نبه على ذلك فاغتنمه (قوله ولا بدع) أى ليس ذلك أمرا منفردا خارجا عن نظائره ، وهو جواب عن قوله فهو من كنايات العتق أيضا ؛ أى كما أنه من كنايات الطلاق لأنه لما احتمل العتق وغيره كان من كناياته أيضا (قوله ويتوقف) أى العتق فى أمرك بيدك واختارى ، بخلاف أطلقتك فإنه لا تمليك فيه حتى يتوقف (قوله وإن لم يحتج للنية) لأنه صريح حيث ذكر لفظ العتق ح (قوله لأنه تمليك) تعليل للتشبيه : أى وكذا اختر العتق يتوقف على المجلس لأنه تمليك

وإن نوى ، لكن يكفر بوطئها :

(و) يصح أيضا (بقوله عبدى أو حمارى) أو جدارى (حر) كما لو جمع بين امرأته وبهيمة أو حجر وقال إحداكما طالق طلقت امرأته ، لا لو جمع بين امرأته أو أمته الحية والميتة جوهرة وزيلعى (و) يصح أيضا (بملك ذى رحم محرم) أى قريب حرم نكاحه أبدا ، ولو شقصا فيعتق بقدره عنده ، أو حملا كشراء زوجة أبيه الحامل

ح أو هو علة لقوله يتوقف (قوله وإن نوى) لأنه من كنايات الطلاق المختصة به ح (قوله لكن يكفر بوطئها) لأن تحريم الحلال يمين ، فكأنه قال والله لا أطؤك ح (قوله بقوله عبدى أو حمارى) يعنى جمع بين هذين اللفظين ، وقوله أو جدارى أى بدل حمارى وهذا عنده . وقالا لا يصح وبيانه فى الزيلعى ط (قوله الحية) نعت لامرأته وأمته ، وأفرده لكون العطف بأو ، وقوله والميتة بمعنى وامرأته أو أمته الميتة فهو مقابل مدخول بين (قوله جوهرة) ونصها : ولو جمع بين عبده وبين ما لا يقع عليه العتق كالبهيمة والحائط والسارية فقال عبدى حر أو هذا أو قال أحدكما عتق العبد عند أبى حنيفة وعندهما لا يعتق ، وإن قال لعبده أنت حر أولا لا يعتق إجماعا ، وإن قال لعبده وعبد غيره أحدكما لم يعتق عبده إجماعا إلا بالنية لأن عبد الغير لا يوصف بالحرية إلا من جهة مولاه ، وقد يجوز أن يكون أوقع حرية موقوفة على إجازة المولى ، وكذا إذا جمع بين أمة حية وأمة ميتة فقال أنت حرة أو هذه أو إحداكما حرة لم تعتق أمته ، لأن الميتة توصف بالحرية فيقال ماتت حرة وماتت أمة فلا تختص الحرية بأمته اهـ ح .

مطلب فى ملك ذى الرحم المحرم

(قوله بملك ذى رحم محرم) شمل الملك بشراء أو هبة أو وصية أو غيره قهستانى ، وشمل مالو باشره بنفسه أو نائبه فدخل ما إذا اشترى العبد المأذون ذارحم محرم من مولاه ولا دين عليه ، أما المديون فلا يعتق ما اشتراه عنده خلافا لهما ، وخرج المكاتب إذا اشترى ابن مولاه فإنه لا يعتق اتفاقا بحر عن الظهيرية .

[تنبيه] فى القنية : وطىء جارية أبيه فولدت منه لا يجوز بيع الولد ادعى الواطىء الشبهة أولا لأنه ولد ولده فيعتق عليه حين دخل فى ملكه وإن لم يثبت النسب ، كمن زنى بجارية غيره فولدت منه ثم ملك الولد يعتق عليه وإن لم يثبت نسبه منه اهـ :

وفى حاشية الحموى عن غاية البيان : لو اشترى أخاه من الزنا لا يعتق عليه لأنه ينسب إليه بواسطة الأب ونسبة الأب منقطعة فلا تثبت الأخوة . قالوا إلا إذا كان من أمه فيعتق عليه إذا ملكه لأن نسبة الولد إليها لا تنقطع فتكون الأخوة ثابتة اهـ (قوله أى قريب) تفسير لذى الرحم ، وقوله حرم نكاحه أبدا تفسير للمحرم : قال فى الدر المنتقى ثم المحرمان شخصان لا يجوز النكاح بينهما لو كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى ، فالمحرم بلا رحم كابنه رضاعا وزوجة أصله وفرعه فلا يعتق عليه اتفاقا ، وكذا الرحم بلا محرم كبنى الأعمام والأخوال لا يعتق عليه اتفاقا كافى وغيره اهـ (قوله عنده) أى عند الإمام لتجزىء العتق عنده خلافا لهما ط (قوله أو حملا الخ) فيعتق دون أمه ، وليس له بيعها قبل أن تضع حملها لأنه ملك أخاه فيعتق عليه بدائع ، وهذا مناف لقولهم إن الحمل لا يدخل تحت المملوك ، حتى لا يعتق بكل مملوك لى حر فيحتاج إلى الجواب بحر .

وأقول : لا يلزم من كون الشىء ملكا كونه مملوكا مطلقا نهر .

وتوضيحه : أن المملوك فى كل مملوك لى حر حيث أطلق ينصرف إلى ذات مملوكة له مستقلة بنفسها والحمل جزء من أمه ، فلا يلزم من كونه ملكا له أن يصدق عليه اسم مملوك حيث أطلق وهنا علق العتق على دخول

منه (ولو) المالك (صبيا أو مجنونا أو كافرا) فى دارنا ، حتى لو أعتق المسلم أو الحربى عبده فى دار الحرب لايعتق بعتقه بل بالتخلية فلا ولاء له خلافا للثانى ؛ ولو عبده مسلما أو ذميا عتق بالاتفاق لعدم محليته للاسترقاق زيلعى ؛

(و) يصح أيضاً بتحرير (لوجه الله والشيطان والصنم وإن) أثم و (كفر به) أى بالإعتاق للصنم (المسلم عند قصد التعظيم) لأن تعظيم الصنم كفر . وعبارة الجوهرة : لو قال للشيطان أو للصنم كفر (و) يصح أيضاً (بكره)

القريب فى ملكه لاعلى كونه مما يصدق عليه لفظ مملوك مطلق فلذا دخل الحمل هنا لاهناك فافهم (قوله ولو المالك صبيا أو مجنونا) إنما جعلا أهلا لعتق القريب عليهما لأنه تعلق به حق العبد فشابه النفقة بحر (قوله فى دارنا) أى دار الإسلام ، قيد به لأنه لا حكم لنا فى دار الحرب فتح (قوله حتى لو أعتق الخ) تفريع على التقييد بقوله فى دارنا ، وكان الأظهر أن يقول حتى لو ملك قريبه فى دار الحرب ، لكن أفاد ذلك بالأولى لأنه إذا كان لايعتق بالإعتاق الصريح فكذلك بالملك بالأولى ، وقد جمع بينهما فى الفتح فقال : فلو ملك قريبه فى دار الحرب أو أعتق المسلم قريبه فى دار الحرب لا يعتق خلافا لأبى يوسف ، وعلى هذا الخلاف إذا أعتق الحربى عبده فى دار الحرب ذكر الخلاف فى الإيضاح :

وفى كافى الحاكم : عتق الحربى فى دار الحرب قريبه باطل ولم يذكر خلافا ، فأما إذا أعتقه وخلاه فقال فى اختلف يعتق عند أبى يوسف وولاؤه له ، وقالا : لاولاء له لكنه عتق بالتخلية لابالإعتاق فهو كالمراغم(١) ثم قال المسلم إذا دخل دار الحرب فاشترى عبدا حربيا فأعتقه ثمة القياس لايعتق بدون التخلية لأنه فى دار الحرب ولا تجرى عليه أحكام الإسلام . وفى الاستحسان : يعتق من غير تخلية لأنه لم تنقطع عنه أحكام المسلمين ، ولاولاء له عندهما وهو القياس . وقال أبو يوسف : له الولاء ، وهو الاستحسان ، وذكر قول محمد مع أبى يوسف فى كتاب السير وعلى هذا فالجمع بينه وبين مافى الإيضاح أن يراد بالمسلم ثمة الذى نشأ فى دار الحرب ، وهنا نص على أنه داخل هناك بعد أن كان هنا فلذا لم تنقطع عنه أحكام الإسلام اهـ مافى الفتح :

وحاصله أن الحربى إذا أسلم فى دار الحرب أو بقى حربيا لو ملك أو عتق قريبه ثمة لايعتق خلافا لأبى يوسف إلا إذا خلى سبيله ، بأن رفع يده عنه وأطلقه فيعتق بالتخلية لا بالإعتاق ولا ولاء له خلافا لأبى يوسف : فعنده له الولاء وأما المسلم الأصلى إذا دخل دار الحرب فاشترى عبدا حربيا فأعتقه ثمة فالاستحسان أنه يعتق بدون التخلية وله الولاء ، وعلى هذا فإطلاق الشارح المسلم مقيد بكونه ناشئا فى دار الحرب فالأحسن مافى بعض النسخ ؛ حتى لو أعتق المسلم الحربى بدون أو : أى المسلم الناشىء فى دار الحرب (قوله عبده) أى الحربى بقرينة قوله ولو عبده مسلما الخ ح (قوله فلاولاء له) تفريع على عتقه بالتخلية لابالإعتاق ، لأن الولاء من أحكام الإعتاق ولم يعتق به (قوله عتق بالاتفاق) أى بإعتاق سيده أو بشرائه إن كان ذارحم محرم ح (قوله وبتحرير لوجه الله تعالى الخ) لأنه نجز الحرية وبين غرضه الصحيح أو الفاسد فلايقدح فيه كما فى البدائع ، والمراد بوجه الله تعالى ذاته أو رضاه : والشيطان واحد شياطين الإنس أو الجن ، بمعنى مردتهم . والصنم : صورة الإنسان من خشب أو ذهب أو فضة ، فلو من حجر فهو وثن كما فى البحر (قوله وإن أثم وكفر به) لف ونشر مرتب . فالإثم فى الإعتاق للشيطان والكفر فى الإعتاق للصنم بقرينة تفسيره مرجع الضمير المجرور ، وإلا فلا فائدة فى زيادته لفظ إثم لكن لايظهر فرق بينهما ، وما فعله الشارح هو ماشى عليه المصنف فى المنح ، وهو ظاهر البحر أيضا ؛ والأظهر مافى المتن والجوهرة من الكفر بكل منهما

---

(١) (قوله كالمراغم) أى من خرج من دار الحرب على رغم مولاه ؛ أى خرج الينا مسلما أو أسلم بعد اهـ منه .

أى إكراه ولو غير ملجىء (وسكر بسبب محظور) سيجىء أن كل مسكر حرام فلا يخرج الا شرب المضطر فإنه كالإغماء (و) يصح أيضا مع (هزل) هوعدم قصد حقيقة ولا مجاز (وإن علق) العتق (بشرط) كدخول دار (صح) وعتق إن دخل (والتعليق بأمر كائن تنجيز ، فلو قال لعبده) وهو فى ملكه (إن ملكتك فأنت حر عتق للحال ، بخلاف قوله لمكاتبه إن أنت عبدى فأنت حر) لايعتق لقصور الإضافة ظهيرية . وفيها تصبح حرا تعليق ، وتقوم حرا وتقعد حرا تنجيز ، قال : إن سقيت حمارى فذهب به للماء ولم يشرب عتق ؛ لأن المراد عرض الماء عليه ؛

قال عبدى الذى هو قديم الصحبة جر عتق من صحبه سنة هو المختار ؛ ولو قال أنت عتيق ونوى فى الملك دين ولو زاد فى السن لايعتق

(قوله أى إكراه) هوحمل الغير على مالايرضاه بحر : وأشار إلى أن المراد مصدر المزيد لأن الكره أثر الإكراه ؛ لكن كل منهما صحيح أيضا فافهم (قوله ولو غير ملجىء) الملجىء مايفوت النفس أو العضو ، وغير الملجىء بخلافه والأولى المبالغة بالملجىء كما لايخفى ط . وتجب القيمة على المكره جوهرة .

وفى التتارخانية : قال لمولاه فى موضع خال إن أعتقتنى وإلا قتلتك فأعتقه مخافة القتل يعتق ويسعى فى قيمته لمولاه (قوله سيجىء) أى فى كتاب الأشربة أن كل مسكر حرام أى كل ما أسكر كثيره حرم قليله ، وهو قول محمد المفتى به ، فيدخل فيه الأشربة المتخذة من غير العنب والمثلث لا بقصد السكر بل بقصد الاستمراء والتقوى ونقيع الزبيب بلا طبخ ، فالسكر بها يكون بسبب محظور كالسكر من الخمر ، وأما على قول الإمام إذا شربها لا بقصد المعصية فلا يكون محظورا فإذا سكر بها لايصح طلاقه ولا عتاقه ، أما السكر نفسه فهو حرام اتفاقا بمعنى أنه يحرم القدر المؤدى إلى الإسكار ، حتى لو علم أن شرب كأسين لايسكر وإنما يسكر الكأس الثالث حرم شرب الثالث فقط عند الإمام . فلو سكر من كأسين لم يكن بسبب محظور ، وأما عند محمد فإن الحرام كل ذلك وإن قل كالخمر فافهم (قوله فلا يخرج) أى عن السبب المحظور إلا شرب المضطر : أى لإساغة اللقمة أو بسبب الإكراه ، ومثله ما يحصل من مباح كالعسل عند غلبة الصفراء (قوله مع هزل) هو اللعب ، وقدمنا الكلام فيه (قوله وإن علق العتق بشرط الخ) شمل تعليقه بالملك أو بسببه كامر التصريح به ، لكن لا بد من تعليقه على ملك صحيح . ففى الجوهرة : لو قال المكاتب أو العبد كل مملوك أملكه فيما أستقبل فهوحر فعتق ثم ملك مملوكا لا يعتق عنده وعندهما يعتق . وإن قال : إذا عتقت فملكت عبدا فهوحر فأعتق فملك عبدا عتق إجماعا لأنه أضاف الحرية إلى ملك صحيح ، وإن قال : إن اشتريت هذا العبد فهوحر لم يعتق حتى يقول أنا اشتريته بعد العتق ، وعندهما يعتق اهـ (قوله وعتق إن دخل) أى إن بقى فى ملكه فإنه يجوز له بيعه وإخراجه عن ملكه قبل وجود الشرط ، لأن تعليق العتق بالشرط لايزيل ملكه إلا فى التدبير خاصة جوهرة ، ولو باعه ثم اشتراه فدخل عتق كافى (قوله لقصور الإضافة) لأن فى إضافة المكاتب إلى نفسه بعنوان العبد قصورا أى عدم تحقق ؛ إذ مراده بقوله إن أنت عبدى إن كان لايصدر منك أمر إلا بإذنى فأنت حر والمكاتب ليس بهذه الصفة ط

والحاصل أن المطلق ينصرف إلى الكامل والمكاتب عبد ناقص (قوله تعليق) كأنه قال إذا أصبحت فأنت حر ط (قوله تنجيز) لأن المراد أنه معتوق(١) فى جميع أحواله ط (قوله لأن المراد عرض الماء عليه) أى لا لإزالة لعطش لأنه ليس فى وسعه ولأنه يقال سقيته فلم يشرب (قوله عتق من صحبه سنة) المراد أنه يعتق من دخل فى ملكه منذ سنة صاحبه أولا ط (قوله ونوى فى الملك) أى أنه قديم فى ملكه ط (قوله دين) ولا يصدق قضاء (قوله ولو زاد فى السن)

---

(١) (قوله معتوق) صوابه معتق ، لأن عتق الثلاثى لازم ، فلا يأتى منه اسم المفعول ، ولا يصح أن يكون اسم المفعول من أعتق الرباعى . قال فى المصباح : ولا يجوز عبد معتوق لأن مجىء مفعول من أفعلت شيئا مسموع لايقاس عليه اهـ مصححه

(وعتق بما أنت إلا حر) لا بما أنت إلا مثل الحر ، وإن نوى ولا بكل مالى حر ولا بكل عبد فى الأرض أو كل عبيد الدنيا أو أهل بلخ حر عند الثانى وبه يفتى ، بخلاف هذه السكة أو الدار بحر .

(حرر حاملا عتقا) أصالة وقصدا (إذا ولدته بعد عتقها لأقل من نصف حول) ولأكثر عتق تبعا ،وثمرته

ى صرح بذلك ، بأن قال أنت عتيق فى السن : أى كبير السن . وفى البحر عن الخانية : لو قال أنت حر النفس يعنى فى الأخلاق عتق فى القضاء (قوله وعتق بما أنت إلا حر) لأن الاستثناء من النفى على إثبات وجه لتأكيد كما فى كلمة الشهادة هداية ، ويستثنى منه ما نقله الحموى عن منية المفتى : إذا أمر غلامه بشىء فامتنع فقال له ما أنت إلا حر فإنه لا يعتق ذكره أبو السعود . قال ط :لأن قرينة الحال دالة على أن المراد ما أفعالك هذه إلا أفعال الحر (قوله لا بما أنت إلا مثل الحر) وإن نوى كذا نقله فى الدر المنتقى عن المحيط مع أنه فى البحر والقهستانى نقلا هذه المسألة عن المحيط بدون قوله وإن نوى ، وكذا فى الجوهرة لكن بدون عزو ، نعم فى القهستانى : لا يصح بقوله أنت مثل الحر أو الحرة وإن نوى . وقال بعضهم :إنه يعتق بالنية كما فى الاختيار اهـ . واقتصر الزيلعى على الثانى وقال لأنه أثبت المماثلة بينهما ،وهى قد تكون عامة وقد تكون خاصة ، فلا يعتق بلا نية للشك (قوله ولا بكل مالى حر) لأنه يراد به الصفاء والخلوص عن شركة الغير بحر (قوله أو أهل بلخ) أى كل عبيد أهل بلخ وهو من أهل بلخ ولم ينو عبده كما فى التتارخانية ،ومقتضاه أنه لو نوى عبده يعتق : والظاهر أن مثله يقال فى كل عبده فى الأرض وعبيد أهل الدنيا ، ويؤيده أنه قال بعده: ولو قال ولد آدم كلهم أحرار لا يعتق عبده إلا بالنية بالاتفاق (قوله حر) أفرد الخبر نظرا للفظ كل فى المسألة الثانية ط (قوله بخلاف هذه السكة أو الدار) أى فإنه يعتق وإن لم ينو بلا خلاف كما فى التتارخانية . وقال قبله : وعلى هذا الخلاف إذا قال كل عبد فى هذا المسجد : يعنى المسجد الجامع يوم الجمعة فهو حر وعبده فى المسجد إلا أنه لم ينوه ، أو وقال كل امرأة طالق وامرأته فى المسجد إلا أنه لم ينوها اهـ . وحينئذ فالفرق بين السكة والجامع أن المسجد الجامع فى حكم البلدة لكونه جامعا لأهلها ، ولذا قيده بيوم الجمعة ، بخلاف السكة لأن لها أهلا محصورين فلذا عتق فيها بلا نية اتفاقا هذا والشارح عزا المسألة إلى البحر مع أنه فى البحر لم يذكر السكة بل ذكر الدار (قوله عتقا) أطلقه فشمل ما إذا استثنى حملها فإنه يعتق تبعا لها كما فى التتارخانية (قوله أصالة) بفتح الهمزة وعطف القصد عليها من عطف العلة على المعلول ط . أما فى الأم فظاهر ، وأما فى الجنين فمن حيث أنه جزء ، والتحرير المسلط على الكل مسلط على الجزاء أصالة وقصدا ، وهذا لا ينافى قول البحر عتقا : أى الأم والحمل تبعا لها لأنه باعتبار كون الجزء فى ضمن الكل ح ، وهذا مقيد بأن لا يكون خرج أكثر الولد ، فإن خرج أكثره لا يعتق لأنه كالمنفصل فى حق الأحكام ، ألا ترى أنه تنقضى به العدة ، ولو مات فى هذه الحالة يرث ، وتمامه فى البحر (قوله إذا ولدته الخ) للتيقن بوجوده وقت الإعتاق ط (قوله ولو لأكثر) أى من الأقل فيشمل تمام النصف ح (قوله عتق تبعا) حاصله أن الحمل يعتق بإعتاق أمه مطلقا ، لكنه إذا ولدته لأقل من نصف حول يعتق أصالة ولأكثر تبعا ، وإنما قيد المصنف بالأول لئلا يتكرر مع قوله الآتى والولد يتبع الأم الخ (قوله وثمرته) أى ثمرة الفرق بين عتقه أصالة أو تبعا انجرار ولائه ، وهى مذكورة فى كتاب الولاء حيث قال هناك : ومن أعتق أمته والحال أن زوجها قن للغير فولدت لأقل من نصف حول مذ عتقت لا ينتقل ولاء الحمل عن موالى الأم أبدا ، فإذا ولدت بعد عتقها لأكثر من نصف حول فولاؤه لموالى الأم أيضا لتعذر تبعيته للأب لرقه ، فإن عتق القن وهو الأب قبل موت الولد جر ولاء ابنه إلى مواليه لزوال المانع ، هذا إذا لم تكن معتدة ، فلو معتدة فولدت لأكثر من نصف حول من العتق

انجرار ولائه (ولو حرره) ولو بلفظ علقة أو مضغة أو إن حملت بولد فهو حر (عتق فقط) ولم يجز بيع الأم وجاز هبتها ، ولو دبره لم تجز هبتها فى الأصح لأنه كمشاع وبطل شرط المال عليه ، وكذا على أمه ، لكن يشترط قبولها للعتق . وفى الظهيرية : قال : مافى بطنك متى أدى إلى ألفا تعليق . وفيها : أوصى له ومات وأعتقه الورثة جاز وضمنوه يوم الولادة . ولو قال أكبر ولد فى بطنك حر فولدت ولدين فأولهما خروجا أكبر (والولد مادام جنينا (يتبع الأم) ولو بهيمة فيكون لصاحب الأنثى ، ويؤكل ويضحى به لو أمه كذلك (فى الملك)

ولدون حولين من الفراق لاينتقل لموالى الأب اه أى للتيقن بوجود الحمل عند العتق حيث وجبت إضافة العلوق إلى ما قبل الفراق (قوله ولو حرره الخ) أى حرر الحمل وحده ، بأن قال حملك حر أو قال المضغة أو العلقة التى فى بطنك حر عتق خانية ، لكن لابد من تحقق وجوده قبل التحرير بأن ولدته لأقل من ستة أشهر ، فلو لسته فأكثر لا يعتق ، ولا يكون قوله ما فى بطنك حر إقرارا بوجوده لعدم التيقن به لجواز حدوثه ، وتمامه فى البحر (قوله أو إن حملت بولد فهو حر) الظاهر أنه يشترط أن تلده لأكثر من ستة أشهر إذ لو كان أقل علم أنه حمل موجود والشرط حمل حادث ، وينبغى أنه لو أنكر حدوثه بعد ستة أشهر أن يكون القول له إلى سنتين ، أما بعدهما فهو حمل حادث يقينا تأمل (قوله عتق فقط) أى دون الأم إذ لاوجه لإعتاقها مقصودا لعدم الإضافة ، ولا تبعا لأن فيه قلب الموضوع نهر (قوله ولم يجز بيع الأم الخ) لأنه لما كان ما فى بطنها لا يقبل النقل صار بمنزلة الحمل المستثنى والاستثناء شرط فاسد فى البيع والهبة ، لكن البيع يبطل بالشروط الفاسدة ، بخلاف الهبة كما يأتى فى البيع الفاسد ح (قوله لم تجز هبتها فى الأصح) والفرق أن بالتدبير لايزول ملكه عما فى البطن ، فإذا وهب الأم بعد التدبير فالموهوب متصل بما ليس بموهوب فيكون فى معنى هبة المشاع فيما يحتمل القسمة ، وأما بعد العتق مافى البطن غير مملوك بحر عن المبسوط (قوله وبطل شرط المال عليه الخ) لأنه لا وجه إلى إلزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه ولا إلى إلزام أمه ؛ فإذا قال أعتقت ما فى بطنك على ألف عليك فقبلت فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر يعتق بلا شيء لأنه معلق بقبولها الألف وقد قبلته فعتق الولد وبطل المال ، لأن اشتراط بدل العتق على غير المعتق لايجوز بحر ملخصا (قوله لكن يشترط قبولها) أى قبولها المال إذا شرطه عليها ، وقوله للعتق متعلق بيشترط (قوله قال مافى بطنك) الخبر محذوف تقديره حر وهو موجود فى بعض النسخ (قوله تعليق) أى على الأداء ، فإذا ولدت لأقل من ستة أشهر فهو حر متى أدى إليه الألف كما فى البحر (قوله أوصى به) أى بما فى بطن أمته ومات أى الموصى وأعتقه الورثة : أى أعتقوا ما فى بطنها تبعا لإعتاق أمه . والعبارة فى البحر عن الظهيرية : وهكذا رأينا فى الظهيرية . والأحسن عبارة كافى الحاكم فأعتق الوارث الأمة الخ . قال ط والظاهر عدم جواز إعتاقه قصدا لأنه غير مملوك لهم (قوله جاز) أى إعتاقهم لأنها دخلت فى ملكهم ولم يدخل حملها فى ملك الموصى له إذ لايدخل فى ملكه إلا بعد الولادة ط (قوله وضمنوه يوم الولادة) لأنه أول يوم يدخل فى ملكه أن لو بقى بلا إعتاق ط (قوله فأولهما خروجا أكبر) ظاهره لو خرجا معا لم يعتق واحد منهما إلا أن تلد ثالثا قبل مضى ستة أشهر فيعتقان لأنهما أكبر منه والولد وإن ذكر مفردا لكنه مفرد مضاف فيعم ط عن السيد أبى السعود (قوله ما دام جنينا) أما بعد الولادة فلا يتبعها فى شيء مما ذكروه ، حتى لو أعتقت لا يعتق بحر وسيذكر الشارح استثناء مسألتين مع زيادة ثلاثة أخر (قوله يتبع الأم) للإجماع ولأنه متيقن به من جهتها ولذا يثبت نسب الزنا وولد الملاعنة من أمه حتى ترثه ويرثها لأنه قبل الانفصال كعضو منها حسا وحكما ويتبعها فى البيع والعتق وغيرهما فكان جانبها أرجح بحر (قوله فيكون لصاحب الأنثى) كما إذا نزا ذكر لرجل على أنثى لآخر كان حملها لصاحبها فقط (قوله لو أمه كذلك) أى لو كانت أمه مما يؤكل ويضحى بها والمراد أنه يأخذ حكم أمه ولا يزول عنه بعد الولادة كما يأخذ

بسائر أسبابه (والرق) إلا ولد المغرور وصورة الرق بلاملك كالكفار فى دار الحرب: فإن كلهم أرقاء غير مملوكين لأحد، فأول مايؤخذ الأسير يوصف بالرق لا المملوكية حتى يحرز بدارنا، فإذا أخذت ومعها ولد يتبعها فى الرق قهستانى:

(والحرية والعتق وفروعه) ككتابة

حكمها فى العتق وغيره كذلك. فلايرد أن الكلام فى الجنين وهو لايضحى به قبل الولادة فافهم. وفى شرح الوهبانية للشرنبلالى عن جوامع الفقه والواوالجية: الاعتبار فى المتولد للأم فى الأضحية والحل، وقيل يعتبر بنفسه فيه، حتى إذا نزا ظبى على شاة أهلية فإن ولدت شاة تجوز التضحية بها. وإن ولدت ظبيالم تجز ولو ولدت الرمكة حمارا لم يؤكل. وفى الخلاصة فى الأضحية: المتولدة بين الكلب والشاة قال عامة العلماء لايجوز وقال الإمام الجرجانى إن كان يشبه الأم يجوز اهـ وسيأتى مسألة المتولد بين الكلب والشاة فى الذبائح عن نظم الوهبانية. والحاصل أن المفهوم مما مر أن الولد تبع لأمه مطلقا. وقيل لاتعتبر التبعية بل يعتبر بنفسه والأول المعتمد كمايقتضيه كلام البدائع فى كتاب الأضحية وهو مقتضى إطلاق المتون لكن على ماقاله عامة العلماء يستثنى ولدالكلب. والظاهر أن المتولد بين آدمى وشاة كذلك بل أولى لأنه جزء آدمى لا يحل الانتفاع به فضلا عن أكله فافهم (قوله بسائر أسبابه) كشراء وهبة وإرث ح. (قوله إلا ولد المغرور) كما إذا تزوج امرأة على أنها حرة فإذا هى قنة فأولاده منها أحرار بالقيمة، وتعتبر القيمة يوم الخصومة شرنبلالية، وهذا إذا كان المغرور حرا. فلومكاتبا أو عبدا أو مدبرا فالأولاد أرقاء حموى عن البرجندى. قال ط: وينبغى أن يستثنى أيضا ما لو تزوج أمة وشرط حرية الولد فإنه يكون حرا:

مطلب أهل الحرب كلهم أرقاء

(قوله وصورة الرق بلا ملك الخ) لما كان الأصل فى العطف المغايرة كان مظنة أن يقال هل يتصور رق بلا ملك فبين صورته، وأما صورة الملك بلا رق فهى ظاهرة كالحيوان والثياب وكذا صورة اجتماعهما، لكن قد يكونان كاملين كمافى القن. وقد يكون أحدهما كاملا والآخر ناقصا فالمدبرة وأم الولد الرق فيهما ناقص فلم يجز عتقهما عن الكفارة، والملك فيهما كامل حتى جاز وطؤهما. والمكاتب رقه كامل فجاز عتقه عن الكفارة وملكه ناقص حتى خرج من يد المولى، وتمامه فى البحر (قوله فإن كلهم أرقاء) أى بعد الاستيلاء عليهم بدليل التفريع، أما قبله فهم أحرار لما فى الظهيرية: لو قال لعبده نسبك حر أو أصلك حر، إن علم أنه سبى لا تعتق، وإن لم يعلم أنه سبى فهو حر. قال وهذا دليل على أن أهل الحرب أحرار اهـ وسيأتى فى باب استيلاء الكفار ما يؤيده أيضا (قوله فإذا أخذت الخ) ليس هذا التصوير فى القهستانى وهو خطأ إذ الولد حينئذ مسترق أصالة. والمثال الصحيح كما قاله ح أخذ حاملا يتبعها الحمل فى الرق وذلك لأن المقام فى تبعية الجنين لا الولد المنفصل ط (قوله والحرية) أى الأصلية، بأن تزوج عبد حرة أصلية فحملت منه، وأما الطارئة فقد مرت نهر أى فى قوله حرر حاملا عتقا (قوله والعتق) هو حرية طارئة وقد مرت كما علمت، لكن المراد بما مر عتق الولد قصدا ولذا قيده المصنف هناك بما إذا ولدته بعد عتقها لأقل من نصف حول، والمراد بما هنا العتق تبعا للأم، فيراد به ما إذا ولدته لنصف حول فأكثر، فيكون هذه الصورة مفهوم قوله هناك إذا ولدته لأقل من نصف حول فلا تكرار كما أفاده ح: وقدم الشارح الثمرة فى انجرار الولاء، وما قيل إن هذه الصورة سبق قلم لأن الموضوع فى الجنين لا فى الولد بعد انفصاله ففيه أن المراد أنه يحكم بعتقه قبل الولادة ولكن إذا ولد لنصف حول فأكثر علم أنه عتق تبعا لأمه لكونه جزءا منها، وإن ولدته لأقل علم أنه عتق قصدا وأصالة لتيقن وجوده وقت الإعتاق فافهم (قوله ككتابة) بأن

وتدبير مطلق واستيلاد إذا لم يشترط الزوج حرية الولد كما مر ، وفى رهن ودين وحق أضحية واسترداد بيع وسريان ملك ، فهى اثنا عشر ، ولا يتبعها فى كفالة وإجارة وجناية وحد وقود وزكاة سائمة ورجوع فى هبة

كاتب أمته الحامل فجاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الكتابة نهر . قال ح : فيعتقان معا بأدائها البدل ، وكذا كل ولد تلده فى مدة الكتابة اه . وعليه فتقييد النهر بأقل من ستة أشهر لتكون الكتابة واقعة على الحمل أصالة وقصدا ، وإلا فكل حمل فى المدة يتبعها فى حكم الكتابة كما علمت (قوله وتدبير مطلق) احترز به عن المقيد كإن مت من مرضى هذا فأنت حرة فإنه لا يتبعها فيه اه وعزاه فى النهر للظهيرية .

قلت : هذا ظاهر فى الولد الذى تأتى به بعد التدبير وكلامنا فى الحمل ، فإذا دبر حاملا من غير سيدها صار الحمل مدبرا قصدا وأصالة إن ولدته لأقل من ستة أشهر ، وإن لأكثر فهو مدبر تبعا لها لكن لا فرق هنا بين التدبير المطلق والمقيد ، لأن المقيد فى حكم المعلق . فإذا قال إن مت من مرضى هذا فأنت حرة ثم مات بعد شهر مثلا عتقت وعتق حملها تبعا لها لكن هذا من مسائل التبعية فى الحرية العارضة ، وهذا لو ولدت بعد موت المولى ، أما قبله فلا يعتق ولدها ، لأنه ولد قبل عتقها ، بخلاف التدبير المطلق فإنه لا فرق فيه بين ولادتها قبل موته أو بعده لأنه ثبت تدبيرها قبله حتى لا يجوز له بيعها فلعل تقييده بالمطلق لهذا فتأمل (قوله واستيلاد) بأن زوّج أم ولده فحملت تبعها ولدها فى حكم أمومية الولد فيعتق بموت السيد كالأم نهر (قوله إذا لم يشترط الزوج حرية الولد) هذا بحث لصاحب النهر ، فلو شرط ذلك عتق بالولادة قبل موت السيد ح . وينبغى أن يستثنى أيضا المغرور كما لا يخفى (قوله كما مر) أى فى باب نكاح الرقيق كما قاله فى الدر المنتقى (قوله وفى رهن) أى إذا رهن حاملا كان ولدها رهنا معها ح أى فإذا وضعته ليس للراهن نزعه من يد المرتهن ط (قوله ودين) صورته أذن لأمته الحامل فى التجارة ثم لزمها دين تبعها الولد فيه حتى يباع فيه ح (قوله وحق أضحية) أى إذا اشترى شاة حاملا للأضحية لزمه التضحية بولد أيضا اه ح أى بعد خروجه حيا (قوله واسترداد بيع) أى إذا باع أمة بيعا فاسدا ثم استردها وهى حامل يتبعها الولد فى الاسترداد ح (قوله وسريان ملك) قال فى الأشباه : وحق المالك القديم يسرى إليه اه ح . وصورته إذا تداولت الأيدى الجارية فردت بعيب قديم على المالك الأول وهى حامل تبعها حملها وكذا إذا استحقت اه ط (قوله فهى اثنا عشر) أى المسائل التى يتبع فيها الحمل أمه (قوله ولا يتبعها فى كفالة) أى إذا كفلت وهى حامل بمال أو نفس لا يتبعها الولد فى طلب إذا استمرت الكفالة حتى ولدته وكبر ، وكذا إذا كفلت أمة حامل بإذن السيد لا يتبعها ولدها ط أى لا يتبعها بعد الولادة ، أما قبلها فلرب المال بيعها حاملا إذا لم يفدها المولى فإذا ولدت بعد البيع كان الولد للمشترى تأمل (قوله وإجارة) أى إذا آجرها عشر سنين مثلا وكانت حاملا فولدت فى أثنائها لا يدخل الولد فى الإجارة حتى لا يستخدمه ط (قوله وجناية) بأن قتلت رجلا خطأ وهى حامل فلا يتبعها ولدها فى الدفع عن الجناية ، وإذا فدى السيد إنما يفدى الأم فقط اه .

وحاصله أنه لو تبعها للزم بعد الولادة دفعه معها أو فداؤه أيضا ، أما لو دفعها قبل الولادة ملكه المجنى عليه ، حتى لو ولدت بعد الدفع لم يكن للسيد أخذ الولد كما لا يخفى لأنه تبعها فى الملك (قوله وحد) فلا تحد وهى حامل أىّ حد كان ، فإذا ولدته ، فإن كان حدها الرجم رجمت إلا إذا كان الولد لا يستغنى عنها ، وإن كان الجلد فبعد النفاس كما يأتى فى الحدود ط (قوله وقود) فلا تقتل إلا بعد الوضع ح (قوله وزكاة سائمة) لأنه لا شىء فى الفصلان والعجاجيل والحملان ، إلا إذا مات الكبار أثناء الحول وخلفت صغارا فيها كبير فبالأولى لا يجب فى الحمل شىء (قوله ورجوع فى هبة) سيذكر فى الهبة ما نصه : ولو حبلت ولم تلد هل للواهب الرجوع ؟ قال فى السراج لا ، وفى الزيلعى نعم . ووجه فى المنح الأول بأن الولد زيادة متصلة لم تكن وقت الهبة ، والثانى بأن الحبل نقصان لا زيادة اه

وإيصاء بخدمتها ، ولا يتذكى بذكاة أمه فهي تسع كما بسط في بيوع الأشباه . وزاد في البحر : ولا في نسب ، حتى لو نكح هاشمي أمة فولدها هاشمي كأبيه رقيق كأمه ، ولا يتبعها بعد الولادة إلا في مسألتين : إذا استحقت الأم ببينة

قلت : والتوفيق ماسيذكره في باب خيار العيب من أن الحبل عيب في الآدمية لافي البهيمة ، أو ما في المنية من الهبة من أن الجوارى تختلف ، فمنهن من تسمن به ويحسن لونها فيكون زيادة تمنع الرجوع ، ومنهن بالعكس فيكون نقصانا لايمنع الرجوع اهـ ويؤيد هذا التوفيق مافي الخلاصة والبزازية من أن الحبل إن زاد خيرا منع الرجوع وإن نقص لا اهـ : فإذا كانت الموهوبة أمة وحبلت عند الموهوب له ونقصت بذلك كان للواهب الرجوع ولايتبعها حملها ، بل إذا ولدت بعد الرجوع يسترده الموهوب له لكونه حدث على ملكه ، كما قالوا فيما لو بنى في الدار الموهوبة بناء منقصا كبناء تنور في بيت السكنى فإنه لايمنع الرجوع كما في الخانية وللموهوب اهـ أخذه، فقد سقط ماقيل إن ماذكره الشارح لايوافق القولين فافهم : ثم لايخفى أن هذا في الحبل العارض: أما لو وهبها حبلى ورجع بها كذلك صح وليس الكلام فيه خلافا لما فهمه الحموى :

وبقي مالوكان الحبل من الموهوب له ، فبحث بعضهم بأنه مانع من الرجوع ، وسيأتي تمام الكلام على ذلك في الهبة إن شاء الله تعالى (قوله وإيصاء بخدمتها) يعنى إذا أوصى بخدمة جاريته الحامل من غيره ليس للموصى له أن يستخدم الحمل بعد وضعه لعدم دخوله في الوصية وإن كان متحققا وقتها لأنه إنما جعل له الانتفاع بها خاصة لا بذات أخرى ط . وحاصله أن الخدمة منفعة وهو إنما أوصى بمنفعتها لابذاتها ولابمنفعة ولدها ، بخلاف ما إذا أوصى بذاتها فإن الحمل الموجود يتبعها في الملك للموصى له لأنه يملكها بسائر أجزائها وحملها جزء منها (قوله ولا يتذكى بذكاة أمه) أي بذبحها سواء كان تام الخلق أم لا حتى إذا خرج ميتا لم يؤكل وهو الصحيح ، وقالا إن تم خلقه أكل ط (قوله وزاد في البحر الخ) زاد البيرى ثانية ، وهي مافي خزانة الأكمل : لو قال لجارية إذا ملكتك فأنت حرة فولدت ثم اشتراها عتقت دون الولد اهـ :

قلت : وزدت ثالثة وهي ولد المغصوبة لا يتبعها في الغصب ، حتى لو ولدته ومات عند الغاصب بلا تعد منه لم يضمنه ، وكذا سائر زوائد الغصب كثمر الشجر ونحوه لأنه أمانة كما سيأتي في بابه :

مطلب الشرف لايثبت من جهة الأم الشريفة

(قوله ولا في نسب الخ) لأن النسب للتعريف وحال الرجال مكشوف دون النساء كذا في الشمنى ، فهذا صريح بأن الشريف لايثبت من جهة الأم الشريفة باقاني ، نعم لولدها شرف ما بالنسبة لغيره (قوله رقيق كأمه) لأن الزوج قد رضي برق الولد حيث قدم على تزوجها مع العلم برقها بحر .

مطلب يتصور هاشمي رقيق والده هاشميان

قال الخير الرملي : فلو كان هذا الولد أنثى فزوجت بهاشمي فأتى له ولد منها فهو : أي هذا الولد رقيق وهو هاشمي ابن هاشمي وهاشمية ، فيتصور هاشمي من هاشميين وهو رقيق يصح بيعه وسائر مايجوز في الرقيق من التصرفات اهـ (قوله ولا يتبعها بعد الولادة) أي في حكم حدث بعد الولادة ، أما الحكم الحادث قبلها ولو كان قبل الحمل كالتدبير والاستيلاد فإن الأولاد المتأخرين يتبعونها فيه كما سبق ط (قوله إذا استحقت الأم ببينة) أي إذا ولدت المبيعة عند المشترى لا باستيلاده فاستحقت ببينة يتبعها ولدها بشرط القضاء به في الأصح إذا سكت الشهود ، فلو بينوا أنه لذى اليد أو قالوا لاندرى لايقضى به ، وإن أقر ذو اليد بها لرجل لايتبعها كما سيأتي في الاستحقاق

وإذا بيعت ، والبهيمة ومعها ولدها وقته .

(ولد الأمة من زوجها ملك لسيدها) تبعا لها (وولدها من مولاها حر) وقد يكون حرا من رقيقين بلا تحرير كأن نكح عبد أمة أبيه فولده حر لأنه ولد ولد المولى ظهيرية ، وعليه فولدها من سيدها أو ابنه أو أبيه حر :

[فرع] حملت أمة كافرة لكافر من كافر فأسلم هل يؤمر مالكها الكافر ببيعها لإسلامه تبعا ؟ قال في الأشباه لم أره .

قلت : الظاهر أنه لايجبر لأنه قبل الوضع موهوم وبه لايسقط حق المالك ، والله أعلم .

باب عتق البعض

(أعتق بعض عبده) ولو مبهما (صح) ولزمه بيانه (ويسعى فيما بقى) وإن شاء حرره (وهو) أى معتق

إن شاء الله تعالى . والفرق كما ذكره في الدرر هناك أن البينة تثبت الملك من الأصل والولد كان متصلا بها يومئذ فيثبت بها الاستحقاق فيهما ، والإقرار حجة قاصرة تثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الخبر فتتقدر بقدرها (قوله وإذا بيعت البهيمة الخ) سيأتى فى فصل مايدخل فى البيع تبعا أنه يدخل ولد البقرة الرضيع لاولد الأتان رضيعا أولا به يفتى اه . والفرق أن البقرة لاينتفع بها إلا بالعجل ولا كذلك الأتان كما فى البحر هناك أى لأن البقرة تقصد للحلب ومثلها الشاة والناقة ، بخلاف الأتان ، وبخلاف الولد الفطيم .

[تتمة] يزاد تبعية الولد لها إذا أسلمت فإن الولد يتبع خير الأبوين دينا كما مر فى النكاح . وزاد البيرى مسألتين أيضا عن خزانة الأكمل : مالو وكله أن يعتق أمته فولدت ولدا له أن يعتق ولدها أيضا ، ومالو ولدت الوديعة للوكيل قبضه معها إلا إذا ولدت قبل أن يوكله اه. فالمستثنى خمس (قوله ملك لسيدها) هذا داخل تحت قوله والولد يتبع الأم فى الملك ، وتقدم استثناء المغرور من شرط حرية الولد (قوله حر) لأنه علق حرا ، لأن ماء جاريته مملوك له فلا يعارض ماءه كما فى المبسوط ، وقيل إنه يعتق عليه ، وتمامه فى النهر (قوله كأن نكح عبد) أى بإذن سيده (قوله وعليه) أى على مافى الظهيرية والتفريع لصاحب البحر ، وفيه استدراك على تقييد المصنف بالمولى (قوله أو ابنه أو أبيه) أى ونحوهما من كل ذى رحم محرم منه (قوله من كافر) أى من زوج كافر (قوله قلت الخ) البحث لصاحب النهر (قوله لأنه قبل الوضع موهوم) مفاده أنه لو تحقق وجوده بالعلامات القاطعة التى تدركها أرباب الخبرة أنه يجبر إلا أن يراد بكونه موهوما مايعم ماذكر ، ويعم كونه ينفصل عنها أو يموت فى بطنها ، فإن انفصاله موهوم ط (قوله وبه) أى بتوهم الحمل المأخوذ من موهوم ط (قوله لايسقط حق المالك) أى من عينها فلا يجبر على بيعها ط ، والله سبحانه أعلم .

باب عتق البعض

أخره عن الكل إما لأنه من العوارض لقلة وقوعه ، أو للخلاف ، أو لأنه تبع للكل ، أو لأنه دونه فى الثواب نهر (قوله ولو مبهما) كجزء منك حر أو شىء منك حر ، ولو قال سهم منك حر عتق السدس خانية (قوله صح) أى إعتاقه ، وهو عبارة عن زوال الملك عن البعض لاعن زوال الرق لأنه عند الإمام رقيق كله كما فى الفتح ويأتى تمامه (قوله ولزمه بيانه) أى فى المبهم (قوله ويسعى فيما بقى) أى فى بقية قيمته لمولاه ، وتعتبر قيمته فى الحال فتح :

وفى البحر عن جوامع الفقه : الاستسعاء أن يؤاجره ويأخذ قيمة مابقى من أجره اه . وفى القهستانى :

البعض (كمكاتب) حتى يؤدى إلا فى ثلاث (بلا رد إلى الرق لو عجز) ولو جمع بينه وبين قن فى البيع بطل فيهما ، ولو قتل ولم يترك وفاء فلا قود ، بخلاف المكاتب (وقالا) من أعتق بعضه (عتق كله) والصحيح قول الإمام قهستانى عن المضمرات ، والخلاف مبنى على أن الإعتاق يوجب زوال الملك عنده وهو منجز : وعندهما زوال الرق وهو غير منجز ، وعلى هذا الخلاف التدبير والاستيلاد . ولا خلاف فى عدم تجزى العتق والرق . ومن الغريب مافى البدائع من تجزيهما عند الإمام ، لأن الإمام لو ظهر على جماعة من الكفرة وضرب الرق

وعن أبى يوسف أنه يؤجر ولو صغيرا يعقل فيأخذ من أجرته كالحر المديون إلى أن يؤدى السعاية (قوله كمكاتب) فى أنه لايباع ، ولا يرث ، ولا يورث ولا يتزوج ، ولا تقبل شهادته ، ويصير أحق بمكاسبه ، ويخرج إلى الحرية بالسعاية والإعتاق ، ويزول بعض الملك عنه كما يزول ملك اليد عن المكاتب ، فيبقى هكذا إلى أن يؤدى السعاية در منتقى وقهستانى (قوله بلا رد إلى الرق لو عجز) لأنه إسقاط محض فلا يقبل الفسخ ، بخلاف الكتابة در منتقى (قوله بطل فيهما) لأنه لما تعذر رده إلى الرق صار بمنزلة الحر ، ولو جمع بين قن وحر فى البيع بطل فيهما فكذا هذا ح (قوله ولو قتل) أى قتله أحد عمد أو لم يترك وفاء أى مابقى بما عليه لسيده فلا قود بقتله : أى لاقصاص للاختلاف فى أنه يعتق كله أولا كالمكاتب إذا قتل عن وفاء وله وارث ، فقيل يموت حرا ، وقيل لا ، فقد جهل المستحق هل هو الوارث أو المولى . أما المكاتب الذى لم يترك وفاء فإنه مات رقيقا بلا خلاف (قوله والصحيح قول الإمام الخ) وكذا نقل العلامة قاسم تصحيحه عن أئمة التصحيح ، وأيده فى فتح القدير بالمعنى وبالسمع ، ومنه حديث الصحيحين « من أعتق شركا له فى عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق العبد عليه ، وإلا فقد عتق منه ماعتق» أفاد تصور عتق البعض فقط الخ (قوله والخلاف مبنى الخ) هذا ماحققه فى فتح القدير ، وهو أن يراد الخلاف فى تجزى العتق أو الإعتاق وعدمه غلط فى تحرير محل النزاع ، بل الخلاف فيما يوجبه الإعتاق أو لا وبالذات . فعندهما زوال الرق وهو غير منجز اتفاقا . وعنده زوال الملك ويتبعه زوال الرق ، فلزم تجزى موجبه غير أن زوال الرق لا يثبت إلا عند زوال الملك عن الكل شرعا ، كحكم الحدث لايزول إلا عند غسل كل الأعضاء وغسلها منجز ، وهذا لضرورة أن العتق قوة شرعية هى قدرة على التصرفات ، ولا يتصور ثبوتها فى بعضه شائعا وتمامه فيه (قوله وعلى هذا الخلاف التدبير) فإذا دبر بعض عبده اقتصر عليه عنده وسعى فى الباقى بعد موت سيده وسرى إلى كله عندهما ولا سعاية عليه ط (قوله والاستيلاد) أى فإنه منجز عنده لا عندهما . والخلاف فى استيلاد المشتركة المدبرة لا القنة : قال فى الفتح : وأما الاستيلاد فمنجز عنده ، حتى لو استولد نصيبه من مدبرة اقتصر عليه ، حتى لو مات المستولد تعتق من جميع ماله ، ولو مات المدبر عتقت من ثلث ماله ، وإنما كمل فى القنة لأنه لما ضمن نصيب صاحبه بالإتلاف ملكه من حين الاستيلاد فصار مستولدا جارية نفسه فثبت عدم التجزى ضرورة اه (قوله ولا خلاف فى عدم تجزى العتق والرق) فيه أن العتق إن كان بمعنى زوال الملك تجزى ، وإن كان بمعنى زوال الرق لايتجزى اه ح .

قلت : ليس مراد الشارح موجب العتق وهو ماذكر بل مراده نفس العتق . ففى الزيلعى : الإعتاق يوجب زوال الملك عنده ، وهو منجز . وعندهما زوال الرق ، وهو غير منجز . وأما نفس الإعتاق أو العتق فلا يتجزى بالإجماع ، لأن ذات القول(١) وهو العلة وحكمه وهو نزول الحرية فيه لايتصور فيه التجزى ، وكذا الرق لايتجزى بالإجماع لأنه ضعف حكمى ، والعتق والحرية قوة حكمية فلا يتصور اجتماعهما فى شخص واحد اه أى اجتماع الضعف الحكمى والقوة الحكمية وهما الرق والعتق (قوله ومن الغريب الخ) إنما كان غريبا لمخالفته المشهور

---

(١) (قوله لأن ذات القول) أى الإعتاق ، وقوله (وحكمه) أى العتق ، ففيه لف ونشر مرتب اه منه .

على أنصافهم ومن على الأنصاف جاز ، ويكون حكمهم بقاء كالمبعض .

ولو (أعتق شريك نصيبه فلشريكه) ست خيارات بل سبع (إما أن يحرر) نصيبه منجزا ، أو مضافا لمدة كمدة الاستسعاء فتح ، أو يصالح ، أو يكاتب لاعلى أكثر من قيمته لو من النقدين . ولو عجز استسعى ، فإن امتنع آجره جبرا (أو يدبر) وتلزمه السعاية للحال ، فلو مات المولى فلا سعاية إن خرج من الثلث (أو يستسعى) العبد كما مر (والولاء لهما) لأنهما المعتقان (أو يضمن) المعتق (لو موسرا) وقد أعتق بلا إذنه ، فلو به استسعاه على المذهب

من الاتفاق المذكور ، ولكن هذا حكاه فى البدائع عن بعض المشايخ جوابا عن استدلال الصاحبين بأن الرق لايتجزى فى حالة الثبوت ، حتى لايصرف الإمام الرق فى نصف السبايا ويمن على نصفهم فكذا فى حال البقاء. ثم قال فى جوابه : من مشايخنا من منع ذلك ، فإن الإمام لو فعل ذلك جاز ويكون حكمهم حكم معتق البعض فى حالة البقاء اه .

قلت : ويظهر لى الجواب بأنه ليس فى ذلك تجزى الرق فى حالة الثبوت ، لأن الرق ثبت عليهم حالة الاستيلاء كما مر فصرف الرق إلى نصف كل واحد منهم تقرير للثابت والمن على النصف الباقى بمعنى إعتاق أنصافهم ، فصار ذلك إعتاق البعض ابتداء وبقاء فتدبر (قوله فلشريكه) أى الذى يصح منه الإعتاق ، حتى لو كان صبيا أو مجنونا انتظر بلوغه وإفاقته إن لم يكن ولى أو وصى ، فإن كان امتنع عليه العتق فقط نهر (قوله بل سبع) لأن التحرير نوعان منجز ومضاف ، وهذا قول الإمام . وقالا : ليس له إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعسار نهر (قوله أومضافا لمدة كمدة الاستسعاء) قال فى الفتح : وينبغى إذا أضافه أن لاتقبل منه إضافته إلى زمان طويل لأنه كالتدبير معنى ؛ ولو دبره وجب عليه السعاية فى الحال فيعتق كما صرحوا به فينبغى أن يضاف إلى مدة تشاكل مدة الاستسعاء كذا فى البحر ح (قوله أو يصالح) أى الساكت المعتق أو العبد كما يفاد من البحر ط (قوله لاعلى أكثر من قيمته) راجع إلى الصلح والكتابة ، والمراد قيمة حصته كالنصف مثلا ، فيصح على نصف القيمة أو أقل لا أكثر بزيادة لايتغابن الناس فيها ، فالفضل باطل لأنه ربا كما فى البحر (قوله لو من النقدين) فلو على عروض أكثر من قيمته جاز بحر (قوله ولو عجز استسعى) أى لو عجز العبد عن بدل الكتابة استسعاه الساكت ، أفاده فى البحر . والظاهر أن عجزه عن بدل الصلح كذلك ط (قوله فإن امتنع آجره جبرا) أى ويؤخذ نصف القيمة من الأجرة كذا فى الشلبى ، ومنه يستفاد أنه عند العجز عن بدل الكتابة والصلح يرجع إلى اعتبار القيمة لاما وقع عليه العقد وإن كانت الزيادة يسيرة ط (قوله وتلزمه السعاية للحال) ولا يجوز لسيده أن يتركه على حاله ليعتق بعد الموت ، بل إذا أدى عتق لأن تدبيره اختيار منه للسعاية بحر (قوله فلومات المولى الخ) ظاهر كلام الفتح أنه لافائدة للتدبير والكتابة لرجوعهما إلى السعاية . وأجاب فى البحر بأن للتدبير فائدة ، هى أنه لو مات المولى سقطت عنه السعاية إذا خرج من الثلث ، كما أن فائدة الكتابة تعيين البدل لأنه لولا الكتابة لاحتيج إلى تقويمه وإيجاب نصف القيمة وقد يحتاج فيها إلى القضاء عند التنازع فى المقدار (قوله كما مر) من كونه يؤجره جبرا إن امتنع كما يفهم من النهر ح (قوله والولاء لهما) أى فى جميع الخيارات السابقة ط (قوله أو يضمن المعتق) وحينئذ فالسيد أيضا بالخيار ، إن شاء أعتق مابقى ، وإن شاء دبر ، وإن شاء كاتب ، وإن شاء استسعى بدائع ، وإن أبرأه الشريك عن الضمان فله أن يرجع على العبد والولاء للمعتق هندية ط (قوله استسعاه على المذهب) وعن أبى يوسف أن له التضمين لأنه عنده ضمان تمليك لا إتلاف بحر . والظاهر أن اقتصاره على السعاية يريد به نفى الضمان ، لا نفى الإعتاق والتدبير

(ويرجع) بما ضمن (على العبد والولاء) كله (له) لصدور العتق كله من جهته حيث ملكه بالضمان وهل يجوز الجمع بين السعاية والضمان إن تعدد الشركاء؟ نعم وإلا لا ، ومتى اختار أمرا تعين إلا السعاية فله الإعتاق ، ولو باعه أو وهبه نصيبه لم يجز لأنه كمكاتب (ويساره بكونه مالكا قدر قيمة نصيب الآخر) يوم الإعتاق سوى ملبوسه وقوت يومه فى الأصح مجتبى . ولو اختلفا فى قيمته ، إن قائما قوّم للحال وإلا فالقول للمعتق لإنكاره الزيادة ، وكذا لو اختلفا فى يساره وإعساره .

(ولو شهد) أى أخبر لعدم قبولها

والكتابة والصلح فإنها بمنزلة السعاية ط (قوله ويرجع بما ضمن) وله أن يحيل الساكت على العبد فيوكله بقبض السعاية اقتضاء من حقه هندية (قوله إن تعدد الشركاء نعم) أى إذا اختار بعضهم السعاية وبعضهم الضمان فلكل منهم ما اختار فى قول أبى حنيفة بحر عن البدائع (قوله وإلا لا) أى وإن لم يتعدد الشركاء فليس للساكت أن يختار التضمين فى البعض والسعاية فى البعض بحر عن المبسوط . وفى الهندية عن الفقيه أبى الليث أنه لا رواية فى ذلك ، فلقائل أن يقول له ذلك ، ولقائل أن يقول ليس له ذلك (قوله ومتى اختار أمرا تعين) واختياره أن يقول اخترت أن أضمنك ، أو يقول أعطنى حقى . أما إذا اختار بالقلب فليس بشىء ط عن النهاية (قوله إلا السعاية فله الإعتاق) الظاهر أن الكتابة والتدبير والصلح مثل السعاية ط (قوله ولو باعه) أى ولو باع الساكت لشريكه المعتق لم يجز استحسانا ، لأنه ليس محلا للتمليك وإنما يملك بالضمان ضرورة .

قلت : فلو فعل ذلك هل يترتب عليه موجبه حتى لو أعتقه صح أو يكون لغوا ، فلو أعتقه الساكت صح وصار الولاء لهما؟ الظاهر الثانى مقدسى (قوله لأنه كمكاتب) وعندهما حر مديون (قوله ويساره بكونه مالكا الخ) هذا ظاهر الرواية كما فى الفتح ، واقتصر عليه فى الهداية ، واختار بعض المشايخ يسار الغنى المحرّم للصدقة ، والأول أصح كما فى المجتبى (قوله يوم الإعتاق) مرتبط بقوله مالكا وبقوله قيمة ، فلو أعتق وهو موسر ثم أعسر فلشريكه حق التضمين وبعكسه لا ، ولو كان العبد يوم العتق أعمى فانجلى بياض عينيه تجب قيمته أعمى ، وعكسه فى عكسه كما فى الفتح (قوله سوى ملبوسه الخ) قال فى الفتح : وفى رواية الحسن استثنى الكفاف وهو المنزل والخادم وثياب البدن . قال فى البحر : والذى يظهر أن استثناء الكفاف لابد منه على ظاهر الرواية ، ولذا اقتصر عليه فى المحيط وصححه فى المجتبى اهـ (قوله إن قائما قوّم للحال) هذا إذا لم يتصادقا على العتق فيما مضى وإلا ينظر إلى قيمته يوم ظهر العتق ، لأن العتق حادث فيحال على أقرب أوقات حدوثه كذا فى الفتح (قوله وإلا) بأن كان العبد هالكا ، فالقول للمعتق لتعذر معرفة قيمته بالعيان بتغير أوصافه بالموت والساكت يدعى الزيادة والمعتق ينكر فيكون القول له ، وتمامه فى البحر (قوله وكذا) أى يكون القول للمعتق إذا كان العتق متقدما على يوم الخصومة فى مدة يختلف فيها اليسار والإعسار وإلا فيعتبر للحال ، فإن علم يساره فى الحال فلا معنى للاختلاف ، وإن لم يعلم فالقول للمعتق بحر . وبه علم أن القول للمعتق عند الجهالة ، ولم يقيد بذلك لأنه لا معنى للاختلاف عند العلم كما علمت فافهم ، ولم يذكر مسألة ما إذا مات العبد أو المعتق أو الشريك قبل أن يختار شيئا ، وهى مبسوطة فى البحر والفتح (قوله لعدم قبولها) علة لتفسير الشهادة بالإخبار ، وقوله لجرّهم مغنما علة للعلة ، وأشار إلى أن العلة ليست كونها شهادة فرد ، إذ لا يطرد لو كانوا جماعة فشهد كل اثنين منهما (١) على آخر فإنها لا تقبل أيضا لأنهما يثبتان لأنفسهما حق التضمين . زاد فى الفتح : أو يشهدان لعبدهما ، وإنما أثبتنا السعاية باعتراف كل منهما على نفسه

---

(١) (قوله منهما) كذا بخطه بضمير التثنية ، ولعل الصواب منها أو منهم ، أى الجماعة ، فتأمل اهـ مصححه .

وإن تعددوا لجرهم مغنما بدائع (كل من الشريكين بعتق الآخر) حظه وأنكر كل (سعى لهما) مالم يحلفهما القاضى فحينئذ يسترق أو يسعى (فى حظهما) ولو نكل أحدهما صار معترفا فلا سعاية ، ولو مات قبل أن يتفقا فلبيت المال بحر (مطلقا) ولو موسرين أو مختلفين (والولاء لهما) وقال يسعى للمعسرين لا للموسرين (ولو تخالفا يسارا يسعى للموسر لالضده) وهو المعسر، والولاء موقوف فى الكل حتى يتصادقا ، كذا فى البحر والملتقى وعامة الكتب .

قلت : ففى المتن خلل لايخفى فتنبه . ثم رأيت شيخنا الرملى نبه على ذلك كذلك ، فلله الحمد .

[فرع] قال أحد شريكين للآخر : بعت منك نصيبى ، وإن لم أكن بعته منك فهو حر . وقال الآخر :

بحرمة استرقاقه ضمنا لشهادته فتعين السعاية اه (قوله كل من الشريكين) قيد اتفاق ، إذ لو شهد أحدهما على صاحبه أنه أعتقه وأنكره الآخر فالحكم كذلك بحر ونهر (قوله وأنكر كل) فلو اعترفا أنهما أعتقا معا أو على التعاقب وجب أن لايضمن كل الآخر إن كانا موسرين ، ولا يستسعى العبد لأنه عتق كله من جهتهما ، ولو اعترف أحدهما وأنكر الآخر فإن المنكر يجب أن يحلف لأن فيه فائدة ، فإنه إن نكل صار معترفا أو باذلا فصارا معترفين فلا تجب على العبد سعاية كما قلنا فتح (قوله مالم يحلفهما القاضى الخ) أشار إلى أن ماذكره المصنف تبعا لغيره من لزوم استسعاء كل منهما للعبد، إنما هو فيما إذا لم يترافعا إلى قاض بل خاطب كل منهما الآخر بأنك أعتقت نصيبك وهو ينكر ، أما لو أراد أحدهما التضمين أو أراده أو نصيبهما متفاوت فترافعا أو رفعهما ذو حسبة فيما لو استرقاه بعد قولهما فإن القاضى لو سألهما فأجابا بالإنكار فحلفا لا يسترق ، لأن كلا يقول إن صاحبه حلف كاذبا واعتقاده أن العبد يحرم استرقاقه ولكل استسعاؤه ، وإن اعترفا أو أحدهما فقد مر آنفا فتح .

والحاصل أنهما إن حلفا لايسترق بل يسعى لهما ، وإن اعترفا لايسترق ولا يسعى ، ومثله ما لو نكلا لأن النكول اعتراف وبذل كما مر ، وعلى هذا فقول الشارح فحينئذ يسترق أو يسعى صوابه لايسترق أو ولا يسعى أى لايسترق إن حلفا ، ولا يسترق ولايسعى إن اعترفا أو نكلا (قوله ولو نكل أحدهما) أى وحلف الآخر ، إذ لو نكل أيضا صارا معترفين وقد مر (قوله فلا سعاية) أى على العبد للمعترف وعليه السعاية للحالف ح (قوله ولو مات قبل أن يتفقا) يعنى لو مات العبد قبل أن يتفقا على إعتاق أحدهما فولاؤه لبيت المال .

واعلم أن وضع هذه الجملة فى هذا الموضع غلط لأنه يقتضى أن الولاء عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى موقوف وليس كذلك ، وموضعها بعد قوله حتى يتصادقا كما فعل فى البحر والفتح وغيرهما لأنها من تتمة كلام الصاحبين ح (قوله أو مختلفين) صرح به وإن فهم مما قبله تمهيدا للاعتراض الآتى ولأنه منشأ الوهم فى كلام المصنف فافهم (قوله والولاء لهما) لأن كلا منهما يقول عتق نصيب صاحبى عليه بإعتاقه وولاؤه له وعتق نصيبى بالسعاية وولاؤه لى وهو عبد ما دام يسعى كالمكاتب بحر ط (قوله ولو تخالفا الخ) عطف على قوله يسعى للمعسرين (قوله يسعى للموسر) لأنه لا يدعى الضمان على صاحبه لإعساره ، وإنما يدعى عليه السعاية ، فلا يبرأ عنها ولا يسعى للمعسر لأنه يدعى الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد عن السعاية ح عن البحر (قوله والولاء موقوف) أى عندهما فى الكل : أى فى يسارهما وإعسارهما واختلافهما ، لأن كل واحد منهما يحيله على صاحبه ويتبرأ عنه كذا فى البحر ح (قوله حتى يتصادقا) أى يتفقا على إعتاق أحدهما ، فلو مات قبل أن يتفقا وجب أن يأخذه بيت المال كذا فى البحر (قوله كذا فى البحر الخ) الإشارة راجعة إلى ما قرره من مذهب الإمام ومذهب الصاحبين (قوله فى المتن خلل) هو قوله ولو تخالفا يسارا الخ ، حيث أوهم أنها من كلام أبى حنيفة مع أنها منافية لقوله مطلقا . والشارح أصلح المتن بقوله وقالا يسعى للمعسرين لا للموسرين ، وجعل قوله ولو تخالفا الخ من تتمة كلام الصاحبين ح (قوله نبه على ذلك) أى نبه فى حاشيته على المنح على هذا الخلل كذلك أى كما فهمه الشارح .

ما اشتريته وإن كنت اشتريته منك فهو حر فالقول لمنكر الشراء بيمينه ، فإن حلف ولا بينة للبائع عتق بلاسعاية لمدعى البيع ، بل للآخر فى حظه بكل حال ، وكذا عندهما لو البائع معسرا ،ولو موسرا لم يسع لأحد فى الأصح ولو (علق أحدهما عتقه بفعل غدا) مثلا ، كإن دخل فلان الدار غدا فأنت حر (وعكس) الشريك (الآخر) فقال إن لم يدخل فمضى الغد (وجهل شرطه) أدخل أم لا (عتق نصفه) لحنث أحدهما بيقين (وسعى فى نصفه لهما) مطلقا والولاء لهما (ولاعتق) والمسألة بحالها (لو حلفا على عبدين كل واحد منهما لأحدهما) لتفاحش الجهالة

(قوله ولا بينة للبائع) أما لوكان له بينة ثبت حنث منكر الشراء ، فيعتق العبد كله عليه ويلزمه ثمن حصة البائع بموجب الشراء لا الإعتاق (قوله عتق بلاسعاية) أما عتقه فلأن كلا منهما يزعم أن شريكه الآخر حانث ، وأما عدم السعاية لمدعى البيع فلأن شريكه لما أنكر الشراء وكان القول قوله لم يثبت بيعه فقد وجد شرط عتق مدعى البيع فكان العتق من جهته فليس له سعاية على العبد ، وأما سعايته لمنكر الشراء فلأنه لم يثبت عتقه لإنكاره ، وإنما ثبت عتق شريكه لكن لم يثبت عتق شريكه إلا بسبب إنكاره فلم يكن له تضمينه لو كان موسرا ، وإن أضيف العتق حقيقة إلى تعليق مدعى البيع فكان المعلق صاحب العلة والمنكر صاحب الشرط والحكم يضاف لعلته ، ولذا لو رجع شهود الزنا وشهود الإحصان يضمن شهود الزنا فقط ، فلما كان إنكاره شرطا للعتق صار له دخل فى عتقه فلا يضمن شريكه ، ولما كان الشريك مباشر العلة أضيف العتق إليه فكان للمنكر استسعاء العبد بكل حال : أى سواء كان البائع موسرا أو معسرا ، هذا ما ظهر لى فى توجيهه .

لكن قد يقال : إنه كان ينبغى أن يسعى فى نصفه لهما لأنه عتق نصفه بيقين لتعليق عتقه على الشراء وعدمه ، فلابد من أن يكون الذى عتق منه حصة أحدهما وهو مجهول ، وكون الذى عتق حصة مدعى البيع غير ظاهر لأنه منكر شرط العتق ، وكون القول لشريكه أنه ما اشترى إنما يظهر بالنسبة لعدم لزوم الثمن ، فيكون القول له فيه والقول للبائع بالنسبة لعدم العتق ، كما لو علق طلاقها على عدم وصول نفقته إليها يوم كذا فادعى الوصول وأنكرت فالقول لها بالنسبة إلى لزوم النفقة ، والقول له بالنسبة إلى عدم الطلاق ، لأن القول لمنكر شرط الحنث وهنا كذلك نعم قيل إن القول للمرأة فى الطلاق أيضا فيمكن أن يكون ما هنا مبنيا عليه فليتأمل (قوله لو البائع معسرا) لأنه عندهما يلزم السعاية عند الإعسار والضمان عند اليسار (قوله لم يسع لأحد) أما للبائع فلأن العتق من جهته ، وأما للشارى فلأن حقه فى التضمين حينئذ دون الاستسعاء كما علمت (قوله فى الأصح) هو رواية أبى حفص . وفى رواية أبى سليمان يسعى لهما عندهم جميعا إن كانا معسرين ، وإن كانا موسرين يسعى لمدعى البيع فى نصف قيمته فقط نهر عن المحيط (قوله ولو علق أحدهما) أى أحد الشريكين فى عبد واحد ط (قوله بفعل) سواء كان فعل أجنبى أو المحلوف بعتقه ط (قوله مثلا) يعنى أن ذكر الغد ليس قيدا ، بل المراد وقت معين لا فرق بين الغد واليوم والأمس بحر ، وكذا ذكر الدخول ط (قوله فقال إن لم يدخل) أى فلان غدا الدار فأنت حر ط (قوله فمضى الغد) أى مع بقاء ملكهما إلى آخر الغد ، أما إذا أخرجه أحدهما عن ملكه قبل الغد بطل تعليقه بمضى الغد ، وينظر فى تعليق الآخر إن علم وقوع شرطه عتق حظه وإلا فلا كما لا يخفى ط (قوله وجهل شرطه) أى شرط العتق وهو الدخول نفيا أو إثباتا ، فلو علم أحدهما ببينة أو إقرار الحالف لا إقرار فلان عمل بمقتضاه (قوله وسعى فى نصفه) هذا عندهما . وقال محمد : يسعى فى جميع قيمته ، لأن المقضى عليه بسقوط السعاية مجهول نهر (قوله مطلقا) أى موسرين أو معسرين أو مختلفين ح (قوله والمسألة بحالها) أى بأن حلف أحدهما على فعل فلان غدا وعكسه الآخر (قوله كل واحد منهما لأحدهما) أى كل واحد من العبدين بتمامه مملوك لواحد معين من الحالفين (قوله لتفاحش الجهالة) لأن

حتى لو اتحد المالك كأن اشتراهما من علم بحلفهما عتق عليه أحدهما وأمر بالبيان فتح ، أو الحالف بأن (قال عبده حر إن لم يكن فلان دخل هذه الدار اليوم ، ثم قال امرأته طالق إن كان دخل اليوم عتق وطلقت) لأنه بكل يمين زعم الحنث فى الأخرى ، بخلاف مالو كانت الأولى بالله ، إذ الغموس لايدخل تحت الحكم ليكذب به بخلاف الأخرى .

(ومن ملك قريبه) بسبب ما (مع) رجل (آخر عتق حظه بلاضمان علم) الشريك (بقرابته أولا)

المجهول هنا شيئان العبد المقضى له بالحرية وبسقوط نصف السعاية عنه ، والحانث المقضى عليه بالعتق ، والمعلوم واحد وهو المقضى به أعنى الحرية وسقوط السعاية ، وفى العبد الواحد بالعكس لأن المقضى له بالحرية والمقضى به معلومان والمجهول واحد وهو الحانث المقضى عليه فيمتنع القضاء عند غلبة الجهالة كما أفاده ح عن الزيلعى (قوله حتى لو اتحد المالك) غاية على مفهوم التقييد بتفاحش الجهالة ، وإنما حكم بعتق أحدهما لأن الجهالة فى المقضى عليه ارتفعت ط (قوله عتق عليه أحدهما) ولا ينافى علمه بحنث أحد المالكين صحة شرائه للعبد لأنه قبل ملكه له غير معتبر ، كما لو أقر بحرية عبد ومولاه ينكر ثم اشتراه صح وإذا صح شراؤه لهما واجتمعا فى ملكه عتق عليه أحدهما لأن علمه معتبر الآن ، ويؤمر بالبيان لأن المقضى عليه معلوم كذا فى الفتح .

قال فى البحر : وهو يفيد أن أحد الحالفين لو اشترى العبد من الحالف الآخر يصح ويعتق عليه ، ويؤمر بالبيان كما لا يخفى . وفى المحيط : هذا إذا علم المشترى بحالها ، فإن لم يعلم فالقاضى يحلفهما ولا يجبر على البيان ما لم تقم البينة على ذلك اه (قوله أو الحالف) عطف على المالك فإنه لاجهالة هنا أصلا للعلم بالحانث والمقضى له وهو العبد والمرأة والمقضى به وهو الحرية والطلاق فافهم . والظاهر أن الحكم كذلك لو كانت اليمينان على عبديه .

مطلب فى الفرق بين إن لم يدخل و بين إن لم يكن دخل

(قوله عتق وطلقت) وقيل لايعتق ولا تطلق ، لأن أحدهما معلق بعدم الدخول والآخر بوجوده ، وكل منهما يحتمل تحققه وعدمه . قلنا : ذاك فى مثل قوله إن لم يدخل فعبدى حر ، بخلاف إن لم يكن دخل فإنه يستعمل لتحقيق الدخول فى الماضى ردا على المارى فى الدخول وعدمه ، فكان معترفا بالدخول وهو شرط الطلاق فوقع بخلاف إن لم يدخل ليس فيه تحقق وصيغة إن كان دخل ظاهرة لتحقيق عدم الدخول ردا على من تردد فيه فكان معترفا بعدم الدخول وهو شرط وقوع العتق فوقع بخلاف إن دخل فإنه ليس فيه تحقق أصلا ، فقد اشتبه على ذلك القائل تركيب بآخر ، وبه سقط أيضا قول الزيلعى : ينبغى أن يفرق بين التعليق بكائن فيقع لتصور الإقرار فيه وبين غيره لعدمه اه من البحر والنهر ، وأصل الجواب للفتح (قوله بخلاف ما لو كانت الأولى بالله) قال ابن بلبان فى باب اليمين : تنقض صاحبتها من أيمان شرح تلخيص الجامع مانصه : لو كانت اليمين الأولى بالله تعالى بأن قال والله مادخل هذه الدار ثم قال عبده حر إن لم يكن دخل لاتلزمه كفارة ولاعتق ، لأنه إن كان صادقا فلا كفارة ، وإن كان متعمدا للكذب فهو الغموس والغموس ليس مما يدخل تحت حكم الحاكم ليكون الحكم إكذابا لليمين الأخرى اه وقد تقدمت هذه المسألة قبيل طلاق المريض ، ونبهنا هناك على غلط الشارح فى تصويرها ح (قوله ومن ملك قريبه) أى من يعتق عليه (قوله بسبب ما) أى بشراء أو هبة أو صدقة أو إرث نهر . وصورة الإرث : امرأة اشترت ابن زوجها ثم ماتت عن زوجها وعن أخيها ، وكذلك إذا كان لرجلين ابن عم ولابن العم جارية تزوجها أحدهما فولدت ولدا ثم مات ابن العم جوهرة (قوله مع رجل آخر) أى بعقد واحد قبلاه جميعا قاله الإتقانى : ويوضح هذا القيد المسألة الآتية حموى عن شرح ابن الجلبى ، والمراد بالمسألة الآتية قوله وإن اشترى بعضه أجنبى أبو السعود (قوله بلا ضمان) أى لقيمة نصيب شريكه لو موسرا نهر (قوله علم الشريك) أى الأجنبى ، والضمير فى بقرابته للشريك القريب ط

على الظاهر ، لأن الحكم يدار على السبب (ولشريكه أن يعتق أو يستسعى) أما لو ملك مستولدته بالنكاح مع آخر فيضمن حظ شريكه لكونه ضمان تملك (وإن اشترى نصفه أجنبي ثم القريب باقيه فله أن يضمن المشترى) موسرا (أو يستسعى) العبد ، هذه ساقطة من نسخ الشارح (وإن اشترى نصف قريبه ممن يملكه) كله (لا يضمن لبائعه مطلقا) لمشاركته فى العلة ، وقيد يملكه لأنه (لو اشتراه من أحد الشريكين لزمه الضمان) إجماعا (للشريك الذى لم يبع لو) المشترى (موسرا . عبد بين ثلاثة دبره واحد و) بعده (أعتقه آخر وهما موسران ضمن الساكت) الذى لم يدبر ولم يحرر (مدبره) إن شاء ثلث قيمته قنا ورجع بها على العبد (لا معتقه) لأن التدبير ضمان معاوضة

(قوله على الظاهر) أى ظاهر الرواية وهو مرتبط بقوله بسبب ما وبقوله علم الشريك بقرابته أولا وهذا قول الإمام : وقالا : يضمن فى غير الإرث نصف قيمته إن كان موسرا ، وإن كان معسرا يسعى العبد فى نصف قيمته لشريك قريب المشترى ، كذا فى مسكين ط (قوله لأن الحكم) هو الضمان أو عدمه يدار على السبب وهو التعدى أو عدمه وقد عدم التعدى هنا ط كما إذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بملكه بحر (قوله أما لو ملك مستولدته) ولو بالإرث بحر ، وقوله بالنكاح متعلق بقوله مستولدته ط (قوله لكونه ضمان تملك) أى فلا يختلف باليسار والإعسار اهـ ح . ولو قال الشارح فيضمن حظ شريكه ولو كان معسرا لكان أولى ليفيد أن هذه العلة للإطلاق ط (قوله فله) أى للأجنبي أن يضمن المشترى لوجود التعدى ، ولو أبدل المشترى بالقريب لكان أوضح ط (قوله أو يستسعى العبد) لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده خلافا لهما (قوله هذه ساقطة) أى جملة قوله وإن اشترى نصفه أجنبي الخ سقطت من نسخة المتن التى شرحها المصنف ط (قوله لا يضمن لبائعه) وحينئذ فالبائع إن شاء أعتق نصيبه وإن شاء استسعى بحر (قوله مطلقا) أى موسرا كان أو معسرا : وقالا : لو موسرا يجب عليه الضمان بحر (قوله لمشاركته) فإن علة دخول المبيع فى ملك المشترى الإيجاب والقبول وقد تشاركا فيه نهر (قوله لزمه الضمان) أى لزم المشترى ضمان حصة الشريك الذى لم يبع لأنه لم يشاركه فى العلة ، فلا يبطل حقه بفعل غيره ولا يضمن البائع شيئا بحر ط (قوله لو موسرا) فلو معسرا سعى العبد بالإجماع هندية ط (قوله وبعده أعتقه آخر) أى قبل الضمان ، أما لو أعتقه بعد تضمين الساكت المدبر ضمن المدبر المعتق ثلث قيمته قنا ، لأن الإعتاق وجد بعد تملك المدبر نصيب الساكت ، وإنما ضمنه الثلث الذى ضمنه للساكت قنا لبقائه قنا على ملكه ، فإن التدبير يتجزأ ، وثلثا الولاء للمدبر ، وثلثه للمعتق ، لأن ضمان المعتق ضمان جناية لا ضمان تمليك ح عن البحر (قوله وهما موسران) أما لو كان المدبر معسرا فللمدبر الاستسعاء دون التضمين ، وكذا المعتق لو كان معسرا فللمدبر الاستسعاء دون تضمين المعتق بحر (قوله إن شاء) وإن شاء دبر نصيبه أو استسعى العبد فى نصيبه أو أعتقه أو كاتبه أو تركه على حاله ، لأن نصيبه باق على ملكه ، فاسد بإفساد شريكه حيث سد عليه طرق الانتفاع بالبيع ونحوه ح عن الزيلعى (قوله ورجع بها) أى بثلث قيمته وأنث الضمير لاكتساب المضاف التأنيث من المضاف إليه كما فى قطعت بعض أصابعى (قوله لأن التدبير الخ) على حذف مضاف : أى ضمان التدبير :

والحاصل أن التدبير لما كان متجزئا عنده اقتصر على نصيب المدبر وفسد به نصيب الآخرين حيث امتنع بيعه وهبته ، فلكل منهما الخيارات المارة ، فإذا اختار أحدهما العتق تعين حقه فيه فتوجه للساكت سببا ضمان تدبير المدبر وإعتاق المعتق ، غير أن له تضمين المدبر ليكون ضمان معاوضة إذ هو الأصل فى المضمونات عندنا لكونه قابلا للنقل من ملك إلى ملك وقت التدبير لكونه قنا وقته ، ولا يمكن ذلك فى الإعتاق لأجل التدبير لأنه لا يقبل النقل المذكور ، ولهذا يضمن المدبر ، وهذا عنده . وعندهما صار العبد كله مدبرا وإعتاق المعتق باطل ، ويضمن لشريكيه

وهو الأصل (و) ضمن (المدبر معتقه ثلثه مدبرا لاما ضمنه) المدبر من ثلثه قنا لنقصه بتدبيره ، وسيجيء أن قيمة المدبر ثلثا قيمته قنا (والولاء بين المعتق والمدبر أثلاثا: ثلثاه للمدبر، وما بقي للمعتق) لعتقه هكذا على ملكهما

(ولو قال هي أم ولد شريكي وأنكر) شريكه ، ولا بينة (تخدمه يوما وتتوقف) بلا خدمة (يوما) عملا بإقراره ، ونفقتها في كسبها وإلا فعلى المنكر ، وجنايتها موقوفة

ثلثي قيمته موسرا كان أو معسرا لأن التدبير لا يتجزأ عندهما وتمامه في الزيلعي (قوله لنقصه بتدبيره) علة لتضمينه المعتق ثلثه مدبرا فكان الأولى ذكره عقبه فإن المعتق أفسد على المدبر نصيبه مدبرا والضمان يتقدر بقدر المتلف زيلعي وأما علة عدم تضمينه المعتق ثلثه قنا وهو ما ملكه المدبر من جهة الساكت فهي إن ملكه ثبت مستندا: أي إلى ماقبل الإعتاق فكان ثابتا من وجه غير ثابت من وجه فلا يظهر في حق التضمين ولهذا قلنا لو أعتقه بعد تضمين الساكت المدبر كان للمدبر تضمين المعتق ثلث قيمته قنا مع ثلثه مدبرا لأن الإعتاق وجد بعد تملك المدبر نصيب الساكت فله تضمين كل ثلث بصفته وتمامه في الفتح .

والحاصل أن المدبر يرجع على المعتق بما كان له قبل الإعتاق ، فإن كان الساكت ضمنه قيمة ثلثه صار للمدبر الثلثان قبل الإعتاق ثلث مدبر وثلث قن فيرجع بقيمتهما على المعتق ، وإن لم يكن ضمن الساكت شيئا حتى أعتق الآخر يرجع المدبر بما ضمنه للساكت على العبد كما مر ، ويرجع بقيمة ثلثه المدبر على المعتق (قوله وسيجيء) أي في المتن آخر باب التدبير : قال في البحر : فلو كانت قيمته قنا سبعا وعشرين دينارا ضمن : أي المعتق للمدبر ستة دنانير ، لأن ثلثيها وهو قيمة المدبر ثمانية عشر وثلثها وهو المضمون ستة ، والمدبر يضمن للساكت تسعة (قوله أثلاثا) هذا قول الإمام . وعلى قولهما الولاء كله للمدبر كما في الهداية : وقد أهمل الشراح التنبيه على ذلك أبو السعود. (قوله لعتقه هكذا على ملكهما) فإن أحد الثلثين كان للمدبر أصالة والآخر تملكه بأداء الضمان للساكت فصار كأنه دبر ثلثيه من الابتداء ، بخلاف المعتق فإنه وإن كان له ثلث أعتقه وثلث أدى ضمانه للمدبر ليس له إلا ثلث الولاء ، لأن ضمانه ضمان إفساد لا ضمان تملك ومعاوضة ، لما ذكرنا من أن المدبر غير قابل للنقل وحين أعتقه كان مدبرا ، ولو كان الساكت اختار سعاية العبد فالولاء بينهم أثلاثا لكل ثلثه فتح (قوله وأنكر شريكه) فلو صدقه كانت أم ولد له ولزمه نصف قيمتها ونصف عقرها كالأمة المشتركة إذا أتت بولد فادعاه أحدهما كما سيأتي بحر (قوله ولا بينة) أما لو كانت له بينة فهو كما لو صدقه (قوله تخدمه) أي المنكر (قوله بلا خدمة) أي لا تخدم أحدا ، ولا سعاية عليها للمنكر ولا للمقر لأنه يتبرأ منها ويدعي الضمان على شريكه وهذا عند أبي حنيفة وهو قول الثاني آخرا كما في الأصل . وقال محمد : ليس للمنكر إلا الاستسعاء في نصف قيمتها نهر (قوله ونفقتها في كسبها) قال في الفتح : وفي المختلف في باب محمد أن نفقتها في كسبها ، فإن لم يكن لها كسب فعلى المنكر ولم يذكر خلافا في النفقة . وقال غيره : نصف كسبها للمنكر ونصفه موقوف ونفقتها من كسبها ، فإن لم يكن لها كسب فنصف نفقتها على المنكر لأن نصف الجارية للمنكر : وهذا اللائق بقول أبي حنيفة اهـ . قال في النهر ونسبه العيني إليه (قوله وجنايتها موقوفة) أي إلى تصديق أحدهما صاحبه فتح ولم يفصل بين جنايتها والجناية عليه. وفي النهر عن المحيط : والجناية عليها موقوفة في نصيب المقر دون المنكر فيأخذ نصف الأرش ، وأما جنايتها فقيل هي كذلك . والصحيح أنها موقوفة في حقها لأنه تعذر إيجابها في نصيب المنكر عليه لعجزه عن دفعها لها من غير صنع منه فلا تلزمه الفدية ، فوجب التوقف في نصيبه ضرورة كالمقر ، بخلاف الجناية عليها لأنه أمكن دفع نصف الأرش إلى المنكر اهـ .

(ولا قيمة لأم ولد) إلا لضرورة إسلام أم ولد النصرانى وقوّماها بثلث قيمتها قنة (فلا يضمن غنى أعتقها مشتركة) بأن ولدت فادعياه وصارت أم ولد لهما فأعتقها أحدهما لم يضمن ، وكذا لو ولدت فادعاه أحدهما ثبت نسبه ولا ضمان ولا سعاية ، خلافا لهما (و) إنما (تضمن بالجناية) إجماعا (فلو قربها إلى سبع فافترسها ضمن) لأنه ضمان جناية لاضمان غصب ، ولذا يضمن الصبى الحر بمثله زيلعى .

(ولو قال لعبدين عنده من ثلاثة أعبد له أحدكما حر فخرج واحد ودخل آخر فأعاد) قوله أحدكما حر : فما دام حيا يؤمر بالبيان .

مطلب أم الولد لاقيمة لها خلافا لهما

(قوله إلا لضرورة إسلام أم ولد النصرانى) فإنها تسعى فى قيمتها وهو ثلث قيمتها قنة كما يأتى فى الاستيلاد لأنه يعتقد تقومها وقد أمرنا بتركهم وما يدينون وحكمنا بكتابتها عليه دفعا للضرر عنها، إذلا يمكن بقاؤها مملوكة له ولا إخراجها مجانا ط عن الزيلعى (قوله وقوّماها) أى قالا لها قيمة وهى ثلث قيمتها قنة (قوله فلا يضمن غنى الخ) تفريع على ماههده به يظهر أثر الخلاف ، وقيد بالغنى لأنه محل الخلاف ، أما المعسر فلا يضمن اتفاقا بل تسعى عندهما للساكت فى نصف قيمتها (قوله فأعتقها أحدهما الخ) أى أعتق نصيبه ، فإنه يعتق كلها ، ولا سعاية عليها ، ولا ضمان على المعتق عند أبى حنيفة خانية : وبه علم أن عتق أم الولد لا يتجزأ لأنه عتق كلها بعتق بعضها اتفاقا كما سيأتى فى بابها (قوله وكذا لو ولدت) أى ولدا آخر بعد الولد المشترك ط (قوله ولاضمان) أى لايضمن لشريكه قيمة الولد عنده ، لأن ولد أم الولد كأمه فلا يكون متقوما عنده بحر عن الكافى ، وقوله ولا سعاية: أى على الولد ولا على أمه (قوله خلافا لهما) فعندهما يضمن الموسر فى المسألتين، ولو معسرا تسعى الأم فى الأولى والولد فى الثانية .

[تنبيه] زعم الزيلعى أن ماهنا مخالف لما سيأتى فى الاستيلاد ، من أنه لو ادعى ولد أمة مشتركة ثبت نسبه منه وهى أم ولده وضمن نصف قيمتها ونصف عقرها لاقيمة ولدها، ولم يذكروا خلافا فيه ، فإذا لم يضمن ولد القنة فكيف يضمن عندهما ولد أم ولده مع أنه لم يعلق شىء منه على ملك الشريك. وأجاب فى البحر بأنه لم يضمن ولد القنة لأنه ملكها بالضمان فتبين أنه علق على ملكه فلا يغرمه ، بخلاف ولد أم الولد لأنها لاتقبل النقل فلم يكن الاستيلاد فى ملكه التام فيضمن نصيب شريكه ، وتمامه فيه (قوله وإنما تضمن بالجناية إجماعا) أى بثلث قيمتها قنة ط . واحترز بالجناية عن الغصب فإنه على الخلاف ، فلا تضمن به عنده لو ماتت خلافا لهما كما فى النهر (قوله لأنه ضمان) كما لوقتلها حيث يضمن بالاتفاق فتح (قوله ولذا يضمن الصبى الحر بمثله) أى بمثل هذا الفعل فإنه لو قربه رجل إلى سبع فافترسه يضمن الرجل ديته مع أنه حر لاقيمة له أصلا فأم الولد بالأولى، فليس التقييد بالحر للاحتراز عن المملوك بل لكون الحر أشبه أم الولد فى عدم التقوم فافهم (قوله عنده) أى حصرا عنده ط (قوله يؤمر بالبيان) فإن بدأ ببيان الإيجاب الأول ، فإن عنى به الخارج عتق الخارج بالإيجاب الأول ، وتبين أن الإيجاب الثانى بين الثابت والداخل وقع صحيحا لوقوعه بين عبدين فيؤمر بالبيان لهذا الإيجاب، وإن عنى بالإيجاب الأول الثابت عتق الثابت بالإيجاب الأول وتبين أن الإيجاب الثانى وقع لغوا لوقوعه بين حر وعبد فى ظاهر الرواية وإن بدأ ببيان الإيجاب الثانى ، فإن عنى به الداخل عتق الداخل بالإيجاب الثانى وبقى الإيجاب الأول بين الخارج والثابت على حاله كما كان فيؤمر بالبيان ، وإن عنى به الثابت عتق الثابت بالإيجاب الثانى وعتق الخارج بالإيجاب الأول لتعينه

(و) إن (مات بلا بيان عتق مما ثبت ثلاثة أرباعه) نصفه بالأول ونصف نصفه بالثانى (و) عتق (من كل من غيره نصفه) لثبوته بطريق التوزيع والضرورة فلم يتعد (وإن صدر ذلك) المذكور (منه فى مرضه) وضاق الثلث عنهم (ولم يجزه الورثة) وقيمتهم سواء (قسم الثلث بينهم كما مر ، بأن جعل كل عبد سبعة) أسهم (كسهام العتق) لاحتياجنا إلى مخرج له نصف وربع وأقله أربعة ، فتعول لسبعة وهى ثلث المال (وعتق ممن ثبت ثلاثة من سبعة وسعى فى أربعة (و) عتق (من كل من غيره سهمان) وسعى فى خمسة ، فبلغ سهام السعاية أربعة عشر وسهام الوصايا سبعة لنفاذها من الثلث .

للعتق بإعتاق الثابت كذا فى البحر ح (قوله وإن مات) أى السيد ، أما لو مات أحد العبيد قبل البيان فالموت بيان ، فإن مات الخارج عتق الثابت بالإيجاب الأول لزوال المزاحم وبطل الإيجاب الثانى ، وإن مات الثابت تعين الخارج بالإيجاب الأول والداخل بالإيجاب الثانى ، وإن مات الداخل خير فى الإيجاب الأول ، فإن عنى به الخارج تعين الثابت بالإيجاب الثانى ، وإن عنى به الثابت بطل الإيجاب الثانى ، كذا فى التاترخانية . ومثله فى المعراج والعناية وفتح القدير وغرر الأذكار وغيرها ، فما فى البحر تبعا للبدائع من قوله فى الصورة الأخيرة ، فإن عنى به الخارج عتق بالإيجاب الأول وبقى الإيجاب الثانى بين الداخل والثابت فيؤمر بالبيان الخ مشكل ، فإن الموت بيان فوت الداخل يقتضى تعين الثابت بالإيجاب الثانى فلعله تحريف أو سبق قلم فافهم (قوله عتق ممن ثبت ثلاثة أرباعه ومن كل من غيره نصفه) الخارج ، فلأن الإيجاب الأول دائر بينه وبين الثابت فأوجب عتق رقبة بينهما فيصيب كلا منهما النصف ، إذ لامرجح ، وكذا الإيجاب الثانى بينه وبين الداخل غير أن نصف الثابت شاع فى نصفيه ، فما أصاب منه المستحق بالأول لغا ، وما أصاب الفارغ من العتق عتق فتم له ثلاثة الأرباع ، ولامعارض لنصف الداخل فعتق نصفه عندهما . وقال محمد : يعتق ربعه ، لأنه إن أريد بالإيجاب الأول الخارج صح الثانى وإن أريد الثابت بطل ، فدار بين أن يوجب أولا فيتنصف فيعتق نصف رقبة بينهما نهر (قوله لثبوته الخ) جواب عما يقال هذا ظاهر عند الإمام لتجزى العتق عنده ، أما عندهما فلا لعدم تجزيه . والجواب أن قولهما بعدم التجزى إذا وقع فى محل معلوم ، أما إذا كان الحكم بثبوته للضرورة وهى متضمنة لإنقسامه انقسم للضرورة وهى لا تتعدى موضعها .

والحاصل أن عدم التجزى عند الإمكان والانقسام ضرورى ، كذا فى الفتح . ثم ذكر فيه إيرادا قويا لبعض الطلبة ، ونقله ح فراجعه ، وذكره أيضا فى البحر والنهر (قوله وضاق الثلث عنهم الخ) أما لو خرجوا من الثلث أو أجاز الورثة فحكم المرض كالصحة (قوله وقيمتهم سواء) ليس هذا القيد لازما جكما شرنبلالية (قوله كما مر) أى على ثلاثة أرباع الثابت ونصفى الداخل والخارج (قوله بأن جعل الخ) بيانه أن حق الخارج فى النصف وحق الثابت فى ثلاثة الأرباع وحق الداخل عندهما فى النصف أيضا ، فيحتاج إلى مخرج له نصف وربع وأقله أربعة فتعول إلى سبعة ، فحق الخارج فى سهمين وحق الثابت فى ثلاثة وحق الداخل فى سهمين فبلغت سهام العتق سبعة ، فيجعل ثلث المال سبعة لأن العتق فى المرض وصية ، ويصير ثلثا المال أربعة عشر هى سهام السعاية وصار جميع المال أحدا وعشرين وماله ثلاثة أعبد ، فيصير كل عبد سبعة ، فيعتق من الخارج سهمان ويسعى فى خمسة وكذا الداخل ، ويعتق من الثابت ثلاثة ويسعى فى أربعة فبلغ سهام الوصايا سبعة ، وسهام السعاية أربعة عشر فاستقام الثلث والثلثان ، وتمامه فى الدرر : قال السائحانى : فإن لم تستو قيمتهم بأن كانت قيمة الثابت أحدا وعشرين والخارج أربعة عشر والداخل سبعة فالمال اثنان وأربعون وثلثه أربعة عشر ، وسهام الوصية سبعة

(وإن طلق) نسوته الثلاث (كذلك) ومهرهن سواء (قبل وطء) ليفيد البينونة (سقط ربع مهر من خرجت وثلاثة أثمان من ثبتت وثمن من دخلت) لأن بالإيجاب الأول سقط نصف مهر الواحدة منصفا بين الخارجة والثابتة فسقط ربع كل ، ثم بالإيجاب الثانى سقط الربع منصفا بين الثابتة والداخلة .

(وأما الميراث) لهن من ربع أو ثمن (فللداخلة نصفه) لأنه لايزاحمها إلا الثابتة (والنصف الآخر بين الخارجة والثابتة نصفان) لعدم المرجح (وعلى كل واحدة منهن عدة الوفاة احتياطا) لا الطلاق لعدم الدخول (والوطء والموت بيان فى طلاق) بائن (مبهم) كقوله لامرأتيه إحدا كما بائن فوطئ إحداهما أو ماتت كان بيانا للأخرى ،

فيوضع عن الثابت ستة وعن الخارج أربعة وكذا عن الداخل ، ويسعى الثابت فى خمسة عشر والخارج فى عشرة والداخل فى ثلاثة ، فسهام السعاية ثمانية وعشرون (قوله ومهرهن سواء) هذا القيد ليس لازما أيضا كما فى الشرنبلالية (قوله ليفيد البينونة) قال فى المنح : وإنما فرضت المسألة فى الطلاق قبل الوطء ليكون الإيجاب الأول موجبا للبينونة ، فما أصاب الإيجاب الأول لايبقى محلا للإيجاب الثانى ، فيصير فى هذا المعنى كالعتق اهح (قوله ثم بالإيجاب الثانى سقط الربع الخ) قيل هذا قول محمد . وعندهما يسقط ربع مهر الداخلة كما فى العتق . والمختار أنه بالاتفاق كما فى الملتقى وغيره . والفرق لهما كما فى العناية هو أن الثابت فى العتق بمنزلة المكاتب لأنه حين تكلم كان له حق البيان وصرف العتق إلى أيهما شاء من الثابت والخارج ، فما دام له حق البيان كان كل واحد من العبدين حرا من وجه عبدا من وجه ، فإذا كان الثابت كالمكاتب كان الكلام الثانى صحيحا من وجه لأنه دار بين المكاتب والعبد إلا أنه أصاب الثابت منه الربع والداخل النصف لما قلنا ، فأما الثابتة فى الطلاق فمترددة بين أن تكون منكوحة أو أجنبية لأن الخارجة إن كانت المرادة بالإيجاب الأول كانت الثابتة منكوحة ، فيصح الإيجاب الثانى فيسقط نصف النصف وهو الربع موزعا بين مهر الداخلة والثابتة فيصيب كل واحدة منهما الثمن اهـ (قوله من ربع) أى إن لم يكن فرع وارث ، وقوله أو ثمن : أى إن كان فرع وارث ط (قوله لأنه لا يزاحمها إلا الثابتة) أى لا يشاركها فى الزوجية .

واعلم أنه لم يزاحم الداخلة إلا إحدى الأوليين غير معينة والأخرى مطلقة بيقين ، فاستحقت الداخلة النصف وتنصف النصف الآخر بين الخارجة والثابتة . فالأولى أن يقول لأنه لايزاحمها إلا واحدة : أى غير معينة طملخصا من ح (قوله احتياطا) فى أمر الفروج وهى مما يجب الاحتياط فيها ط عن المصنف (قوله لا الطلاق) أى لاعدة الطلاق لعدم الدخول بهن ، والعدة فى الطلاق إنما تجب بعد الدخول ط والمراد بالدخول الشامل للخلوة الصحيحة (قوله فى طلاق بائن) بأن كان قبل الدخول أو بعده فقال طالق بائن أو ثلاثا فتح . ثم قال : وإنما قيدنا به ، لأنه لو كان رجعيا لايكون الوطء بيانا لطلاق الأخرى لأنه يحل وطء المطلقة الرجعية اهـ . وأما بالنسبة إلى الموت فهو غير قيد لأن الطلاق مطلقا لايقع على الميتة فتعينت الأخرى (قوله قبل الخ) قال فى الفتح : وهل يثبت البيان فى الطلاق بالمقدمات؟ فى الزيادات لايثبت . وقال الكرخى : يحصل بالتقبيل كما يحصل بالوطء اهـ (قوله لا الطلاق) قال فى البحر : قيد بالوطء والموت ، لأنه لو طلق إحداهما ينبغى أن لا يكون بيانا لأن المطلقة يقع الطلاق عليها مادامت فى العدة فلا يدل على أن الأخرى هى المطلقة اهـ وفيه إجمال .

والتفصيل أن يقال : إن كان الطلاق المبهم رجعيا لايكون طلاق المعينة بيانا رجعيا كان أو بائنا ، وإن كان بائنا ، فإن كان طلاق المعينة رجعيا فكذلك ، وإن كان بائنا كان بيانا لما علم من أن البائن لايلحق البائن ح . قلت : ويشير إلى هذا قول القهستانى : ولو طلق طلقة واحدة فهل هو بيان قبل مدة صالحة لانقضاء العدة ؟

قبل وكذا التقبيل لا الطلاق ، وهل التهديد بالطلاق كالطلاق كالعرض على البيع كالبيع ؟ لم أره (كبيع) ولو فاسدا (وموت) ولو بقتل العبد نفسه (وتحرير) ولو معلقا (وتدبير) ولو مقيدا (واستيلاد) وكذا كل تصرف لايصح إلا فى الملك ككتابة وإجارة وإيصاء وتزويج ورهن (وهبة وصدقة)

وينبغي أن يكون بيانا لأن الطلاق الرجعي لايحرم الوطء اه . وأفاد بقوله قبل مدة الخ إلى زيادة قيد آخر (قوله وهل التهديد بالطلاق كالطلاق) لامعنى لهذا البحث بالنسبة لما قاله من أن الطلاق لايكون بيانا لأن الطلاق إذا لم يكن بيانا وهو أقوى فلأن لايكون التهديد بيانا وهو أدنى أولى ، نعم لو كان كل من المبهم والمعين بائنا لكان له وجه كما هو ظاهر ح .

قلت : قد يجاب بأن الطلاق إنما لم يكن بيانا لإمكان وقوعه على المطلقة كما علمت ، أما التهديد فإنما يكون بغير الحاصل ، إذ لو كان المهدد به حاصلا لم يكن للتهديد به معنى . فعلم بالتهديد أن المطلقة غيرها إلا أنه قد يقال يجوز أن يكون تهديدا بطلاق آخر ، لكنه خلاف المتبادر ، فظهر أن تردد الشارح فى محله فافهم (قوله كالعرض على البيع كالبيع) فى بعض النسخ والعرض بالواو عطفا على التهديد ، والصواب الكاف لأنه لايناسبه قوله لم أره فإن كون العرض على البيع بيانا فى العتق المبهم كالبيع مشهور فإنه صرح به فى متن الملتقى الذى شرحه ، وكذا فى البحر والنهر والقهستانى وشرح المجمع وغيرها ، وهذه الكتب مآخذ شرحه ، فكيف يقول لم أره ؟ وحينئذ فوجه الشبه أن التهديد بالطلاق فى معنى عرض الطلاق عليها ، لأن قوله أطلقك إن فعلت كذا بمنزلة قوله أبيع عبدى هذا (قوله كبيع الخ) ابتداء كلام لتشبيه البيع وما عطف عليه بما مر من كون كل من المذكورات بيانا فى عتق مبهم . فإنه لو قال أحدكما حر ثم باع عبدا معينا منهما لم يبق محلا للعتق من جهته فتعين الآخر للعتق ، وقوله ولو فاسدا شمل ما كان معه قبض أو لا وما كان مطلقا أو بشرط خيار كما فى القهستانى وغيره . قال فى النهر : وظاهر أنه لو باعهما معا لم يكن بيانا لبطلان البيع لأن أحدهما حر بيقين اه .

قلت : التعليل ببطلان البيع غير مفيد ، لما علمت من أن العرض على البيع كالبيع وكذا المساومة ، وليس فى ذلك بيع أصلا بل الأولى التعليل بأنه لم يخص أحدهما بتصرف يدل على تعين الآخر للعتق (قوله وموت) أى موت أحد العبدين لأنه لم يبق محلا للعتق أصلا ، وقوله ولو بقتل العبد نفسه بحث لصاحب النهر أخذا من الإطلاق فإنه مثل ما لو قتله أجنبى ، أما لو قتله المولى فظاهر كونه بيانا لأنه بفعله . قال فى النهر : وإذا أخذ المولى القيمة من الأجنبى القاتل فبين العتق فى المقتول عتقا وكانت القيمة لورثة المقتول اه أى لإقرار المولى بحريته فلا يستحقها بحر . واحترز بالموت عن قطع اليد فإنه لايكون بيانا ، غير أن المولى إن بين العتق فيه فالأرش له فيما ذكر القدورى. وقال الإسبيجابى : للمجنى عليه نهر (قوله وتحرير) المراد به إنشاؤه فيعتق ، هذا بالإعتاق المستأنف وذاك باللفظ السابق . ولو ادعى أنه عنى بقوله أعتقتك ما لزمه بقوله أحدكما حر صدق قضاء ، ولو لم يقل شيئا عتقا بحر ونهر (قوله ولو معلقا) كأن قال لأحدهما إن دخلت الدار فأنت حر يعتق الآخر بحر : أى يتعين للعتق الأول ، وكذا المضاف كأنت حر غدا . قال ط : لأنه أقوى لتحقق مجيء الزمان ، بخلاف دخول الدار اه . قلت : ولانعقاده علة فى الحال ، بخلاف المعلق (قوله وتدبير) لأن فيه إبقاء الانتفاع إلى موته أو إلى ما قيده به ، وكذا الاستيلاد . وذلك يعين إرادة العبد الآخر بالعتق المبهم (قوله وإجارة) قال الزيلعى : ولا يقال الإجارة لاتختص بالملك لجواز إجارة الحر ، لأنا نقول : الاستبداد بإجارة الأعيان على وجه يستحق الأجر لايكون إلا بالملك فتكون تعيينا دلالة وهكذا نقول فى الإنكاح اهح (قوله وإيصاء) أى إيصاء به بحر لأنه تمليك بعد الموت للموصى له (قوله ورهن) لأن استبداده به على وجه يكون مضمونا بالدين لو هلك دليل على استبقائه على ملكه فيتعين الآخر مرادا بالعتق

ولو غير (مسلمتين) ذكره ابن الكمال ، لأن المساومة بيان فهذه أولى بلا قبض بدائع (ف) حق (عتق مبهم) كقوله أحد كما حر ففعل ماذكر تعين الآخر ، ولو قيل له أيهما نويت فقال لم أعن هذا عتق الآخر ، ثم إن قال لم أعن هذا عتق الأول أيضا وكذا الطلاق ، بخلاف الإقرار اختيار . ولو جنى أحدهما تعين الجانى وعليه الدية دفعا للضرر ولوالجية (لا) يكون (الوطء) ودواعيه بيانا (فيه) وقالا : هو بيان حبلت أولا وعليه الفتوى لعدم حله إلا فى الملك (وكذا الموت لايكون بيانا فى الإخبار) اتفاقا (فلو قال لغلامين أحدكما ابنى ، أو) قال لجاريتين (إحداكما أم ولدى فمات أحدهما لايتعين الباقى للعتق ولا للاستيلاد) لأن الإخبار يصح فى الحى والميت بخلاف الإنشاء .

(قال لأمته إن كان أول ولد تلدينه ذكرا فأنت حرة فولدت ذكرا وأنثى ولم يدر الأول رق الذكر) بكل حال (وعتق نصف الأم والأنثى) لعتقهما بتقديم الذكر ورقهما بعكسه ، فيعتق نصفهما ويستسعيان فى نصف قيمتهما .

(شهدا بعتق أحد مملوكيه) ولو أمتيه (لغت) عند أبى حنيفة

(قوله ولو غير مسلمتين) أشار به إلى أن قول المتن مسلمتين تبعا للهداية قيد اتفاقى كما نبه عليه فى كافى النسفى ، لأن قيد التسليم لإفادة الملك وهو غير لازم (قوله فهذه) أى هذه التصرفات : أعنى الهبة والصدقة أولى بكونها بيانا حالة كونها بدون قبض وتسليم (قوله بخلاف الإقرار) أى بالمال . قال فى الاختيار : كأن قال لأحد هذين الرجلين على ألف درهم فقيل أهو هذا ؟ فقال لا لايجب للآخر شىء . والفرق أن التعيين فى الطلاق والعتاق واجب عليه ، فإذا نفاه عن أحدهما تعين الآخر إقامة للواجب ، أما الإقرار فلا يجب عليه البيان فيه لأن الإقرار بالمجهول(١) لايلزم حتى لايجبر عليه فلم يكن نفى أحدهما تعيينا للآخر اهـ (قوله ولو جنى أحدهما) أما لوجنى عليه بقتل أو قطع فقد مر (قوله دفعا للضرر) أى عن المولى (قوله لايكون الوطء الخ) لأن الملك قائم فى الموطوءة لأن الإيقاع فى المنكرة والموطوءة معينة فكان وطؤها حلالا فلا يجعل بيانا ولهذا حل وطؤها على مذهبه بحر (قوله فيه) أى فى العتق المبهم (قوله حبلت أولا) أشار به إلى أن قول الإمام مقيد بعدم الحبل ، فلو حبلت عتقت الأخرى اتفاقا كما فى البحر (قوله وعليه الفتوى) قال فى البحر : والحاصل أن الراجح قولهما وأنه لايفتى بقول الإمام كما فى الهداية وغيرها لما فيه من ترك الاحتياط مع أن الإمام ناظر إلى الاحتياط فى أكثر المسائل . وفى الفتح : الحق أنه لايحل وطؤهما كما لايحل بيعهما (قوله لعدم حله إلا فى الملك) حاصله أن وطء إحداهما جائز بلا خلاف ، فلو لم يكن بيانا لتخصيص العتق بالأخرى لزم وقوع الوطء فى غير الملك ولا سيما على قوله بحل وطء الأخرى ، إذ لاشك أن إحداهما حرة بيقين ، كذا ظهر لى فى تقرير هذا المحل (قوله بخلاف الإنشاء) ظاهره أن جملة أحدكما ابنى لاتصلح لإنشاء الحرية مع أنه يصلح ، فالوجه التفصيل بين إرادة الإخبار فلا يكون الموت بيانا وبين إرادة الإنشاء فيكون ط (قوله ولم يدر الأول) أى بأن تصادقا على ذلك ، أما لو اتفقا على أن الغلام أولا عتقت الأم والجارية ، أو أنه كان ثانيا لم يعتق أحد ، وتمامه فى ح عن الشرنبلالية (قوله بكل حال) أى على تقدير ولادته أولا أو ثانيا ، لأن ولادته شرط لحرية الأم فتعتق بعد ولادته فلا يتبعها (قوله لعتقهما بتقديم الذكر) فعتق الأم بالشرط وعتق البنت بالتبعية لأن الأم حرة حين ولدتها بحر ، وتمام الكلام على هذه المسألة فيه (قوله ولو أمتيه) أى بالمبالغة لأن عتق الأمة لايتوقف على الدعوى إجماعا ، لما فيه من تحريم فرجها على المولى وهو خالص حقه تعالى فأشبه الطلاق ، لكن لم تقبل الشهادة هنا لأنها على عتق مبهم وهو لا يحرم

---

(١) (قوله لأن الإقرار بالمجهول) هكذا بخطه ، ولعل الأصوب المجهول باللام بدليل صدر العبارة تأمل اهـ مصححه .

لكونها على عتق مبهم (إلا أن تكون) شهادتهما (فى وصية) ومنها التدبير فى الصحة والعتق فى المرض (أو طلاق مبهم) فتقبل إجماعا ، والأصل أن الطلاق المبهم يحرم الفرج إجماعا فيكون حق الله فلا تشترط له الدعوى، بخلاف العتق المبهم فلا يحرمه عنده ، لكن لم يجز أن يفتى به فليحفظ (كما) تقبل (لو شهدا بعد موته أنه) أى المولى (قال فى صحته) لقنيه (أحدكما حر على الأصح) لشيوع العتق فيهما بالموت فصار كل خصما متعينا ، وصححه ابن الكمال وغيره .

[فروع] شهدا بعتق سالم ولا يعرفونه عتق ، ولو له عبدان كل اسمه سالم وجحد فلا عتق ، كشهادتهما بعتقه لمعينة سماها فنسيا اسمها أو بطلاق إحدى زوجتيه وسماها فنسياها لم تقبل للجهالة فتح ، والله تعالى أعلم .

الفرج عنده (قوله لكونها على عتق مبهم) أى فلم تصح الدعوى لجهالة من له الحق (قوله إلا أن تكون الخ) الاستثناء منقطع بحر . ورده فى النهر بأنه متصل ، وفيه نظر إذ لا يصح اتصاله فى قوله أو طلاق مبهم فافهم (قوله ومنها التدبير فى الصحة والعتق فى المرض) المناسب إسقاط قوله ومنها والإتيان بالكاف . لأن المراد بالوصية هنا ماذكر كما فسرها به فى البحر والنهر وغيرهما ، وقيد بالتدبير فى الصحة لا للاحتراز بل للعلم بكوله وصية فى حالة المرض بالأولى .

ثم اعلم أن المتبادر من كلام المصنف قبول الشهادة فيما ذكر سواء أديت فى مرض موته أو بعده ، وبه صرح فى الهداية وقال إنه الاستحسان : يعنى عند الإمام . وللشرنبلالى رسالة سماها [إصابة الغرض الأهم فى العتق المبهم] اعترض فيها على الهداية وشراحها بما فى شرح مختصر الطحاوى للإسبيجابى ، حيث قال فيه : وإذا شهد على رجل أنه قال لعبديه أحدكما حر والعبدان يدعيان أو يدعى أحدهما ، فى قولهما تقبل هذه الشهادة ويجبر على البيان ، وأما على قول أبى حنيفة إن كان هذا فى حال الحياة فلا تقبل ؛ وإن شهدا بعد الوفاة فإن قالا إنه كان فى حال الصحة فهو على الاختلاف أيضا ، وإن قالا كان ذلك فى المرض تقبل استحسانا ويعتق من كل واحد نصفه على اعتبار الثلث ، ولو شهدا أنه قال لعبديه أحدهما مدبر ، فإن شهدا فى حال الحياة فهو على الاختلاف ، وإن كان بعد الوفاة يقبل سواء كان القول فى المرض أو الصحة ، لأن هذه وصية والجهالة لا تبطل الوصية اهـ .

ثم قال فى آخر الرسالة : والحاصل أن الشهادة بأنه أعتق أحدهما فى صحته لا تقبل عنده أصلا غير أن الأصح أنهما لو شهدا بعد موت المولى أنه قال فى صحته أحدكما حر تقبل كما ذكره ابن الهمام ، ونقل تصحيحه ابن كمال باشا عن المحيط . وأما الشهادة على أنه أعتق أحدهما فى المرض أو دبر أحدهما فى الصحة أو فى المرض فلا تقبل حال حياة المولى بل بعد موته اهـ ملخصا .

قلت : ويؤيده ما فى كافى الحاكم حيث قال وإن شهدا أنه أعتق أحد عبديه بغير عينه فالشهادة باطلة فى قول أبى حنيفة ، ولو قالا كان هذا الموت استحسنت أن أعتق من كل واحد منهما نصفه وقال أبو يوسف ومحمد : الشهادة جائزة فى الحياة أيضا اهـ (قوله يحرم الفرج) أى فرجيهما حتى يبين ولو بوطء ، وإذا تبين به أنها زوجته تبين عدم حرمته ط (قوله فلا يحرمه عنده) أى لا يحرم فرجيهما بل يحل وطؤهما عنده كما مر (قوله على الأصح) مقابله مامر آنفا عن شرح الطحاوى (قوله ولا يعرفونه) الأولى ولا يعرفانه (قوله للجهالة) علة لقوله فلا عتق ولقوله لم تقبل : أى لجهالة المشهود له وهما لم يشهدا بما تحملاه وهو عتق معلوم أو معلومة أو طلاقها ، وهو قول الإمام . وعند زفر تقبل ويجبر على البيان . قال فى الفتح : ويجب أن يكون قولهما كقول زفر فى هذه لأنها كشهادتهما على عتق إحدى أمتيه أو طلاق إحدى زوجتيه اهـ ط والله سبحانه أعلم .

باب الحلف بالعتق

(قال إن دخلت الدار فكل مملوك لى يومئذ حر عتق من له حين دخوله) ولو ليلا ، سواء (ملكه بعد حلفه أو قبله) لأن المعنى يوم إذ دخلت فاعتبر ملكه وقت دخول (و) لذا لو لم يقل يومئذ عتق من له وقت حلفه فقط كقوله (كل عبد لى أو أملكه حر بعد غد) أو بعد شهر اعتبر وقت حلفه ، لأن لى أو أملكه للحال

باب الحلف بالعتق

شروع فى بيان التعليق بعد ذكر التنجيز ، وإنما ذكر مسألة التعليق بالولادة فى معتق البعض لبيان أنه يعتق منه البعض عند عدم العلم نهر ، وهو بكسر اللام مصدر سماعى ، وجاء بسكونها وتدخله التاء للمرة كقوله : حلفت لها بالله حلفة فاجر . وتمامه فى الفتح (قوله فكل مملوك لى) يشمل العبد والأمة فإنه كالآدمى يقع على الذكر والأنثى كما فى الذخيرة قهستانى ، ويأتى بيانه . وفى بعض النسخ بعد قوله لى زيادة، وهى بخلاف قوله لعبد غيره إن دخلت الدار فأنت حر فاشتراه فدخل لم يعتق لأنه لم يضف العبد إلى ملكه لاصريحا ولا معنى (قوله ولو ليلا) أى ولو كان دخوله ليلا أفاد أن لفظ اليوم مراد به الوقت لأنه أضيف إلى فعل لايمتد وهو الدخول فتح .

مطلب تحقيق مهم فى يومئذ

(قوله لأن المعنى يوم إذ دخلت) أشار به إلى أن إضافة يوم إلى الدخول أخذ بالحاصل وميل إلى جانب المعنى ، وإلا فالذى يقتضيه التركيب أن يوما مضاف إلى إذ المضافة إلى الدخول . قال فى الفتح لأنه أضيف إلى فعل لايمتد وهو الدخول وإن كان فى اللفظ إنما أضيف إلى إذ المضافة للدخول ، لكن معنى إذ غير ملاحظ وإلا كان المراد يوم وقت الدخول ، وهو وإن كان يمكن على معنى يوم الوقت الذى فيه الدخول تقييدا لليوم ، لكن إذا أريد به مطلق الوقت يصير المعنى وقت وقت الدخول ونحن نعلم مثله كثيرا فى الاستعمال الفصيح كنحو — ويومئذ يفرح المؤمنون بنصر الله — ولا يلاحظ فيه شىء من ذلك ، إذ لايلاحظ فى هذه الآية : وقت يغلبون(١) يفرح المؤمنون ولا يوم وقت يغلبون يفرحون ، ونظائره كثيرة فى كتاب الله تعالى وغيره ، فعرف أن لفظ إذ لم يذكر إلا تكثيرا للعوض عن الجملة المحذوفة أو عمادا له : أعنى التنوين لكونه حرفا واحدا ساكنا تحسينا ، ولم يلاحظ معناها ، ومثله كثير فى أقوال أهل العربية فى بعض الألفاظ لاتخفى على من له نظر فيها اهـ (قوله فاعتبر ملكه وقت دخوله) فيشمل من لم يكن فى ملكه وقت الحلف ثم اشتراه ثم دخل ومن كان وبقى حتى دخل (قوله ولذا) أى لكون المعنى ماذكر فإنه مستفاد من لفظة يومئذ (قوله لأن لى أو أملكه للحال) أى فإن لى متعلق بثابت مثلا وهو اسم فاعل . والمختار فى الوصف من اسم الفاعل أو المفعول أن معناه قائم حال التكلم بمن نسب إليه على وجه قيامه به أو وقوعه عليه .

وصيغة المضارع وإن كانت تستعمل للاستقبال لكن عند الإطلاق يراد بها الحال عرفا وشرعا ولغة ، واللام للاختصاص ، فلزم من التركيب اختصاص ياء المتكلم بالمتصف بالمملوكية للحال ، فلو نوى الاستقبال لم يصدق لصرفه عن ظاهره . فيعتق ما ملكه للحال لما ذكرنا ، وكذا ما استحدث الملك فيه لإقراره : ولو قال : كل مملوك أملكه اليوم فهو حر عتق ما فى ملكه وما استفاد ملكه فى اليوم ، ومثل اليوم الشهر والسنة ، فإن عنى أحده

---

(١) (قوله وقت يغلبون الخ) هكذا بخطه ، والملائم لأول العبارة وقت وقت يغلبون بتكرار كلمة وقت . تأمل اه مصححه .

فلا يتناول الاستقبال ، حتى لو لم يملك شيئا يوم حلفه لغا يمينه (ودبر بكل عبد لى أو أملكه حر بعد موتى ؛ من) كان (له) مملوك (يوم قال) هذا القول (لا) يكون مدبرا مطلقا بل مقيدا (من ملكه بعده ، و) لكن (إن مات عتقا من الثلث) لتعليقه بالموت فيصير وصية (المملوك لايتناول الحمل) لأنه تبع لأمه (فلا يعتق حمل جارية من قال كل مملوك لى ذكر فهو حر) ولو لم يقل ذكر لدخل الحامل فيعتق الحمل تبعا (وكذا) لفظ المملوك والعبد لايتناول (المكاتب) والمشترك ويتناول المدبر والمرهون والمأذون على الصواب ؛

الصنفين صدق ديانة لا قضاء ، وتمامه فى البحر ، وفيه كل مملوك أشتريه فهو حر إن كلمت زيدا أو إذا كلمته فهو على ما يشتريه قبل الكلام لا بعده ، وإن قدم الشرط فبالعكس ، وكذا إن وسطه مثل كل مملوك أشتريه إذا دخلت الدار فهو حر ، ولا يعتق ما اشترى قبله إلا أن ينويهم (قوله ودبر) بالبناء للفاعل كما يفيده قول المصنف فى شرحه إنّ من مفعوله ، لكن الأظهر بناؤه للمفعول ومن نائب الفاعل (قوله مملوك) كذا فى النسخ التى رأيناها وصوابه النصب اه ح (قوله بل مقيدا من ملكه بعده) حاصله أن من كان فى ملكه يوم الحلف يصير مدبرا مطلقا فلا يصح بيعه بعد هذا القول ، ومن ملكه بعده يصير مدبرا مقيدا فيصح بيعه قبل موت سيده (قوله عتقا من الثلث) هذا ظاهر مذاهب الكل ، وعن الثانى لا يعتق ما استفاده بعد ، لأن اللفظ حقيقة للحال كما سبق فلا يعتق به ماسيملكه. ولهما أن هذا أى مجموع التركيب إيجاب عتق وإيصاء أيضا بقوله بعد موتى ولذا اعتبر من الثلث ، فمن حيث الجهة الأولى يتناول المملوك حتى صار مدبرا مطلقا ، ومن حيث الجهة الثانية يتناول المستفاد ، لما استقر أن الوصية يعتبر فيها كل من الجهتين ، ألا ترى أنه يدخل فى الوصية بالمال الأولاد فلأن ما يستفيده ومن يولد له بعدها فيصير كأنه قال عند الموت كل مملوك أملكه فهو حر اه نهر (قوله لأنه تبع لأمه) لأنه كعضو من أعضائها و لذا لم يجز عن الكفارة ولم تجب صدقة فطره ، ولا يجوز بيعه منفردا نهر (قوله ولو لم يقل الخ) يعنى أن المملوك لا يتناول الحمل سواء وصف المملوك بذكر أولا ، وإنما فائدة وصفه به عدم دخول أم الحمل ، فلو لم يوصف به تدخل أمه ، ولكن يعتق هو لايتناول اللفظ له بل بتبعيته لها ، وبه اندفع ما فهمه فى البحر كما أفاده فى النهر .

وذكر فى الفتح أن تناول مملوك الأم مبنى على أن الاستعمال استمر فيه على الأعمية أو على أنه اسم للذات متصفة بالمملوكية ، وقيد التذكير ليس جزء المفهوم وإن كان التأنيث جزء مفهوم مملوكة فيكون مملوك أعم من مملوكة ، فالثابت فيه عدم الدلالة على التأنيث لا الدلالة على عدم التأنيث اه لكن ذكر أيضا فى الأيمان فى باب الحلف بالعتق والطلاق أن لفظ كل مملوك للرجال حقيقة لأنه تعميم مملوك وهو الذكر ، وإنما يقال للأنثى مملوكة ، ولكن عند الإطلاق يستعمل لها المملوك عادة إذا عم بادخال كل ونحوه فيشمل الإناث حقيقة فلذا كان نية الذكور خاصة خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء ، ولو نوى النساء وحدهن لم يصدق أصلا اه (قوله لا يتناول المكاتب) لأنه غير مملوك على الإطلاق إذ هو حر يدا ، ولأنه غير عبد كذلك لأنه يتصرف بلا إذن سيده والعبد ليس كذلك وسيأتى فى باب الحلف بالعتق والطلاق عن الفتح أنه ينبغى فى : كل مرقوق لى حر أن يعتق المكاتب لأن الرق فيه كامل لا أم الولد إلا بالنية (قوله والمشترك) قال فى البحر إلا بالنية . وذكر فى المحيط إلا إذا ملك النصف الأخير بعده فإنه يعتق فى قوله إن ملكت مملوكا فهو حر لأنه وجد الشرط وهو مملوك كامل ، فلو باع نصيبه ثم اشترى نصيب شريكه لم يعتق استحسانا ، وتمامه فيه (قوله على الصواب) تخطئة لصاحب المجتبى فى قوله لايدخل العبد المرهون والمأذون فى التجارة كما ذكره فى البحر ح . ثم المأذون إن لم يكن عليه دين عتق عبيده إن نواهم

ولو نوى الذكور أو لم ينو المدبر دين . وفى : مماليكى كلهم أحرار لم يدين ، لدفع احتمال التخصيص بالتأكيد ؛

[فروع] حلف لايعتق عبده فكاتب أو اشترى قريبا أو اشترى العبد نفسه حنث .

إن بعتك فأنت حر فباعه فاسدا عتق وصحيحا لا .

إن دخلت دار فلان فأنت حر فشهد فلان وآخر أنه دخل عتق؛ وفى إن كلمته لا لأنها على فعل نفسه ؛ ولو شهد ابنا فلان أنه كلم أباهما جازت إن جحد ، وكذا إن ادعاه عند محمد وأبطلها الثانى ؛

باب العتق على جعل بالضم ويفتح : المال

(أعتق عبده على مال)

السيد وإلا فلا ، وإن كان عليه دين لم يعتقوا وإن نواهم ، كذا فى الفتح وغيره ط (قوله ولو نوى الذكور) أى بقوله كل مملوك لى حر فإنه لا يصدق فى القضاء لأنه خلاف الظاهر فى عرف الاستعمال ويصدق ديانة ط (قوله دين) لأنه نوى تخصيص العام ، فقد نوى ما يحتمله لفظه فيصدق ديانة ، لكنه خلاف الظاهر فلم يصدق قضاء اهـ ح . والأولى أن يقول أو نوى غير المدبر لأن عدم نية المدبر صادق بعدم نية شىء أصلا وذلك لا يكون تخصيصا أفاده ط (قوله لم يدين الخ) أى فى نية الذكور لأنه تخصيص للعام وهو مماليكى ، فإنه جمع مضاف فيهم مع احتمال التخصيص ولما أكد بكلهم ارتفع احتمال التخصيص ، بخلاف كل مملوك فإن الثابت فيه أصل العموم فقط فقبل التخصيص أفاده فى البحر (قوله حنث) لأن الكتابة عتق معلق بأداء النجوم ، وفى شراء القريب قد باشر سبب الإعتاق ، وفى الثالثة باع العبد لنفسه وهو إعتاق ط (قوله وصحيحا لا) والفرق أن نزول العتق المعلق بعد الشرط وهو بعد البيع ليس بمملوك فلا يعتق ، والملك فى البيع الفاسد باق لايزول إلا بتسليمه فيعتق ، إلا أن يكون المشترى تسلمه قبل البيع ، فحينئذ يزول ملكه بنفس البيع فلا يعتق كما فى الفتح عن المبسوط (قوله عتق) لأن الدخول فعل العبد وصاحب الدار فى شهادته به غير متهم فصحت شهادته فتح (قوله لأنها على فعل نفسه) كذا قال فى الفتح : أى لأن شهادة فلان على فعل نفسه وهو التكليم : قال المقدسى : وفيه أنه إنما شهد على فعل العبد ، وإنما يظهر هذا لو قال إن كلمك فلان (قوله ولو شهد ابنا فلان) أى فى صورة التعليق على كلام أبيهما (قوله جازت إن جحد) أى الأب ، لأنها على أبيهما بالكلام وعلى أنفسهما بوجود الشرط فتح (قوله عند محمد) لأنه لامنفعة للمشهود به لأبيهما ، فمحمد يعتبر المنفعة لثبوت التهمة ، وأبو يوسف يعتبر مجرد الدعوى والإنكار لأن بشهادتهما يظهر أن صدقه فيما يدعيه فتح ، والله سبحانه أعلم .

باب العتق على جعل

أخره لأن الأصل عدمه (قوله بالضم الخ) قال فى البحر : والجعل فى اللغة بضم الجيم : مايجعل للعامل على عمله ، ثم سمى به مايعطى المجاهد ليستعين به على جهاده ، أو جعلت له : أعطيته له : والجعائل جمع جعيلة أو جعالة بالحركات بمعنى الجعل ، كذا فى المغرب ، وقوله بالحركات : أى حركات الفاء فى جعالة أى الضم والفتح والكسر ، وقد اقتصر فى العناية تبعا للجوهرى على الكسر : واعترضه فى النهر بأن المذكور فى ديوان الأدب وغيره الفتح ثم ذكر مافى المغرب ؛ فعلم أن الضم ضعيف وأن الأشهر الكسر والفتح ، وهذا فى الجعالة ؛ وأما فى الجعل فلم نر من ذكر غير الضم ، فقول الشارح : ويفتح يحتاج إلى نقل : وعبارته فى شرح الملتقى أحسن حيث قال : والجعل بالضم ماجعل للإنسان من شىء على فعل ، وكذا الجعالة بالكسر والفتح (قوله المال) أى المراد به هنا المال المجعول شرطا لعتقه نهر (قوله أعتق عبده على مال) مثل أن يقول أنت حر على ألف درهم أو بألف

صحيح معلوم الجنس والقدر (فقبل العبد) كل المال (فى المجلس) يعم مجلس علمه لو غائبا (عتق) وإن لم يؤد لأنه معلق على القبول لا الأداء ؛ حتى لو ردّ أو أعرض بطل (و) أما (لو علقه بأدائه) كإن أديت فأنت حر (صار مأذونا) له دلالة ، وهل يصح حجره ؟ تردد فيه فى البحر

درهم ، أو على أن تعطينى ألفا ، أو على أن تؤدى إلىّ ألفا ، أو على أن تجيئنى بألف ، أو على أن لى عليك ألفا أو على ألف تؤديها إلىّ ، أو قال بعتك نفسك منك على كذا ، أو وهبت لك نفسك على أن تعوضنى كذا ح عن البحر (قوله صحيح معلوم الجنس والقدر) هذه شروط لصحة التسمية لا لنفاذ العتق فى هذه المسألة لأن نفاذه موقوف على القبول وإن لم تصح التسمية ، وفسادها موجب لقيمة العبد ، احترز بصحيح عن الخمر فى حق المسلم :

قال فى البحر : وشمل إطلاق المال الخمر فى حق الذمى فإنها مال عندهم ؛ فلو أعتق الذمى عبده على خمر أو خنزير فإنه يعتق بالقبول ويلزمه قيمة المسمى ، فإن أسلم أحدهما قبل قبض الخمر ؛ فعندهما على العبد قيمته ، وعند محمد عليه قيمة الخمر كذا فى المحيط اه : وقوله معلوم الخ قال فى البدائع : وإن كان المسمى معلوم الجنس والنوع والصفة كالمكيل والموزون فعليه المسمى ، وإن كان معلوم الجنس والنوع مجهول الصفة كالثياب الهروية والحيوان من الفرس والعبد والجارية فعليه الوسط منه ، وإذا جاء بالقيمة يجبر المولى على القبول ، وإن كان مجهول الجنس كالثوب والدابة والدار فعليه قيمة نفسه لأن الجهالة متفاحشة ففسدت التسمية اه . وفى النهر : وإن لم يعلم الجنس كثوب وحيوان عتق بالقبول ولزمه قيمة رقبته اه : فقد ثبت ماقلنا من أن هذه شروط لصحة التسمية لا لنفاذ العتق هنا :

وأما مانقله ح عن النهر من أنه إذا لم يكن معلوما كدراهم أو كان مجهول الجنس كثوب أو غير صحيح ككذا من الخمر لم يجبر على القبول ، ففيه أن هذا ذكره فى النهر فى المسألة الآتية وهى تعليق عتقه بأدائه ، ففيها لايعتق إلا بالأداء ، ويجبر المولى على قبول المؤدى إلا إذا كان مجهولا أو غير صحيح فلا يجبر على قبوله ، وهذا لايتأتى فى مسألتنا لأن الشرط فيها قبول العبد العتق على المال ، فإذا قبل عتق بالقبول ، ثم إذا كان المال صحيحا معلوما لزمه لصحة التسمية وإلا لزمه قيمة نفسه كما قلنا فافهم (قوله فقبل العبد) شرط قبوله لأنه معاوضة من جانبه ، ولذا ملك الرجوع لو ابتداء وبطل بقيامه قبل قبول المولى وبقيام المولى وإن كان تعليقا من جانب المولى ، ولذا لم يصح رجوعه عنه ولم يبطل بقيامه عن المجلس نهر (قوله كل المال) فلو قبل فى النصف لم يجز عند الإمام لما فيه من الإضرار بالمولى وقالا : يجوز ويعتق كله بالكل بناء على تجزى الإعتاق وعدمه نهر (قوله يعم مجلس علمه لو غائبا) فإن قبل فيه صح وإلا بطل ، أما الحاضر يعتبر فيه مجلس الايجاب (قوله لأنه) أى العتق المفهوم من عتق معلق على القبول : أى قبول العبد العتق لأنه معاوضة من جانبه كما علمت (قوله حتى لو رد الخ) تفريع على التعليل ط (قوله أو أعرض) بأن قام من مجلسه أواشتغل بعمل آخر يعلم منه أنه قاطع لما قبله بحر (قوله فأنت حر) أتى بالفاء فى الجواب لأنه لو لم يأت بها أو أتى بالواو تنجز لكونه ابتداء لاجوابا لعدم الرابط بحر ، وفيه كلام قدمناه فى تعليق الطلاق (قوله صار مأذونا) لم يشرط قبوله هنا : أى فيما إذا علق عتقه بأدائه ، إذ لايحتاج إليه ولا يبطل بالرد كما فى التبيين ، بخلاف المسألة السابقة ، وهى ماإذا قال له أنت حر على ألف شرنبلالية (قوله دلالة) لأنه رغبه فى الاكتساب بطلبه الأداء منه ومراده التجارة لا التكدى ، فكان إذنا له دلالة درر (قوله تردد فيه فى البحر) حيث قال : ولم أر صريحا أنه لو حجر على هذا العبد المأذون هل يصح حجره :

وقد يقال إنه لايصح ، لأن الإذن له ضرورى لصحة التعليل بأداء المال . وقد يقال : إنه يصح لما أنه يملك بيعه

(لامكاتبا) لأنه صريح فى تعليق العتق بالأداء ، وهو يخالف المكاتب فى عشرين مسألة ذكر منها تسعة فقال (فلا يتوقف) عتقه (على قبوله ولا يبطل برده ، وللمولى بيعه قبل وجود شرطه وهو الأداء) ولو باعه ثم اشتراه هل يجب قبول مايأتى به؟ خلاف (وعتق بالتخلية) بحيث لو مد يده للمال أخذه (ولو أدى عنه غيره تبرعا أو أمر غيره بالأداء فأدى (لا) يعتق

فيملك حجره بالأولى اهـ : واستظهر السائحانى الأول والأظهر الثانى لأن له أيضا أخذ ماظفر به من كسب العبد فليتأمل (قوله لأنه صريح فى تعليق العتق بالأداء) أما الكتابة فهى صريحة فى عقد المعاوضة، نعم هو تعليق نظرا إلى اللفظ ومعاوضة نظرا إلى المقصود ، لكن لما لم يكن المال لازما على العبد تأخر اعتبار المعاوضة إلى وقت أدائه إياه ، ولما تأخر إلى ذلك لم يثبت من أحكام المعاوضة إلا ماهو بعد الأداء ، وهو ما إذا وجد السيد بعض المؤدى زيوفا له أن يرجع بالجياد وتقديم ملك العبد لما أداه وإنزاله قابضا إذا أتاه به . وأما فيما قبل الأداء فالمعتبر جهة التعليق فكثرت آثاره ، فلذا خالف المعاوضة التى هى الكتابة فى صور كثيرة اهـ ملخصا من الفتح (قوله فلا يتوقف عتقه على قبوله) فإذا أدى بعد قول المولى إن أديت الخ عتق ، ويشترط القبول فى الكتابة كما فى الوقاية ط (قوله ولا يبطل برده) أى ولو صريحا كقوله لا أرضى (قوله قبل وجود شرطه) أى شرط العتق (قوله خلاف) فعند أبى يوسف يجب : وعند محمد لا ، ولكن لو قبضه عتق ، بخلاف الكتابة فإنه لا خلاف فى أنه يجب أن يقبله ويعد قابضا بحر : واختار فى الفتح الأول وبين وجهه ، ثم إن هذه مسألة رابعة : قال ط : ولا يظهر كون هذه المسألة من مسائل الخلاف وإن عدها فى البحر والنهر منها لأن المكاتب لا يباع (قوله وعتق بالتخلية) التخلية : رفع الموانع ، بأن يضع المال بين يدى المولى بحيث لو مد يده أخذه ، فحينئذ يحكم القاضى بأنه قبضه ، وكذا فى ثمن المبيع وبدل الإجارة وسائر الحقوق ، وهذا معنى قولهم أجبره الحاكم على قبضه : أى حكم به لا أنه يجبره عليه بحبس ونحوه ، وإنما ذكر التخلية ليفيد أنه يعتق بحقيقة القبض بالأولى بحر : قال فى الفتح : وهذا إذا كان العوض صحيحا ، أما لو كان خمرا أو مجهولا جهالة فاحشة ، كما لو قال إن أديت إلىّ خمرا أو ثوبا فأنت حر فأدى ذلك لا يجبر على قبولهما : أى لا ينزل قابضا إلا إن أخذه مختارا .

وحاصله أن العتق بالتخلية إنما يثبت لو العوض صحيحا معلوما وإلا فلا يثبت إلا بحقيقة القبض وهذا معنى مانقله ح عن النهر فى المسألة الأولى ، ومحل ذكره هنا كما نبهنا عليه :

[تنبيه] العتق بالتخلية لايخص العتق المعلق فإن الكتابة كذلك، فلا وجه لعد ذلك من مسائل المخالفة كما أفاده ح ولذا لم يعدها منها فى البحر وغيره ، نعم ذكر فى الفتح أنه عند زفر لايعتق بالتخلية ، وعليه تظهر المخالفة بينه وبين الكتابة (قوله أو أمر غيره بالأداء الخ) مثله ما إذا أدى مديون العبد عنه كما لا يخفى ، فلو أسقط التبرع كان أخصر وأعم ح :

قلت : وفيه أن أداء المديون دينا على دائنه إن كان بأمره برئ المديون وإلا فهو متبرع ، فمسألة مديون العبد لم تخرج عن أحدهما ، نعم لو أسقط متبرعا استغنى عن قوله أو أمر غيره هذا :

وقد نقل فى البحر مسألة الأمر عن المحيط ، ثم نقله بعد ورقة عن البدائع : لو قال لعبدين له إن أديتما إلىّ ألفا فأنتما حران فأدى أحدهما حصته لم يعتق أحدهما لأنه علق العتق بأداء الألف ولم يوجد ، وكذا لو أدى أحدهما الألف كله من عنده ، وإن أدى أحدهما الألف وقال خمسمائة من عندى وخمسمائة بعث بها صاحبى ليؤديها إليك عتقا لوجود الشرط حصة أحدهما بطريق الأصالة وحصة الآخر بطريق النيابة ، لأن هذا باب تجرى فيه النيابة فقام أداؤه مقام أداء صاحبه اهـ ه قال وبين النقلين تناف ، إلا أن يوفق بأن مافى المحيط إنما هو فى الأمر من غير إعطاء شئ من العبد : ومافى البدائع

لأن الشرط أداؤه ولم يوجد .

(كما) لايعتق (لو) قيد بدراهم فأدى دنانير أو بكيس أبيض فدفع فى كيس أسود أو بهذا الشهر فدفع فى غيره أو (حط عنه البعض بطلبه وأدى الباقى) وكذا لو أبرأه (أو مات المولى وأداه إلى الورثة) لعدم الشرط بل العبد بإكسابه للورثة كما لو مات العبد قبل الأداء فتركته لمولاه بل له أخذ ماظفر به أو مافضل عنده من كسبه ، ولو أدى من كسبه قبل التعليق عتق ورجع السيد بمثله عليه (وتعلق أداؤه بالمجلس) إن عاق بإن وبإذا لا ، ولا يتبعه أولاده ، بخلاف المكاتب فى الكل (وهو) أى المال (دين صحيح يصح التكفيل به) بخلاف بدل الكتابة

فيما إذا بعث مع غيره المال فلا إشكال اهـ (قوله لأن الشرط أداؤه) لما مر من أنه صريح فى تعليق العتق بالأداء، بخلاف الكتابة فإنها معاوضة حقيقة فيها معنى التعليق ، فكان المقصود منها حصول البدل (قوله أو حط عنه البعض بطلبه) الظاهر أنه إنما قيد بالطلب لأن الحط يلتحق بأصل العقد ، فإذا لم يلتحق هنا بتراضيهما لايلتحق بدونه بالأولى أفاده السائحانى ، وهذا بخلاف مال الكتابة فإنه مال واجب شرعا لأنها عقد معاوضة ، أما هنا فغير واجب بل هو شرط للعتق وشرط العتق لايحتمل الحط ذخيرة (قوله وكذا لو أبرأه) أى عن البعض أو عن الكل لايبرأ ولايعتق ، بخلاف المكاتب جوهرة .

واعترض فى البحر تبعا للفتح بأن الفرق إنما يكون بعد تحقق الإبراء فى الموضعين ، والإبراء لايتصور فى مسألة التعليق لأنه لادين على العبد بخلاف الكتابة اهـ ومثله يقال فى الحط ، لكن قال ح : ويمكن أن يجاب بأنه يكفى فى الفرق عتق المكاتب إذا قال له مولاه أبرأتك عن بدل الكتابة لصحة الإبراء عنه لأنه دين وعدم عتق المعلق عتقه على الأداء إذا أبرأه مولاه لعدم صحة الإبراء (قوله وأداه إلى الورثة) أى أدى المال المعلق عليه العتق (قوله لعدم الشرط) علة للمسائل الست المذكورة فى قوله كما لا يعتق الخ (قوله بل العبد بأكسابه للورثة) أى فلهم بيعه وأخذ كسبه ، بخلاف المكاتب ، وهذه المسألة عدها فى البحر وغيره من جملة المسائل ، ولو عدت هنا لزادت على العشرين لأنها الرابعة عشر ، ولعل الشارح لم يعد منها قوله وعتق بالتخلية لما مر فتكون هذه الثالثة عشر فافهم (قوله بل له أخذ ما ظفر به) أى من كسب العبد قبل أداء البدل ، وقوله أو ما فضل عنده : أى بعد أداء البدل :

وحاصله أن للسيد أخذ ماظفر به مما فى يد العبد قبل عتقه بأداء البدل وبعده ، بخلاف المكاتب فى الصورتين كما فى البحر (قوله ولو أدى من كسبه قبل التعليق) أى مما اكتسبه قبل التعليق عتق ، بخلاف الكتابة فإنه لايعتق بأدائه لأنه ملك المولى إلا أن يكون كاتبه على نفسه وماله فإنه حينئذ يكون أحق به من سيده ، فإذا أدى منه عتق بحر ، وقوله قبل التعليق متعلق بكسبه ، وقيد به لما فى البحر عن الهداية : لو أدى ألفا اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها ، ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع عليه لأنه مأذون من جهته بالأداء منه اهـ (قوله وتعلق أداؤه) فى بعض النسخ وتقيد أداؤه بالمجلس : أى فلا يعتق مالم يؤد فى ذلك المجلس ، فلو اختلف بأن أعرض أو أخذ فى عمل آخر فأدى لايعتق ، بخلاف الكتابة فتح (قوله وبإذا لا) أى لايتقيد بالمجلس ، ومثلها متى كما فى الفتح لأنهما لعموم الأوقات كما مر فى الطلاق (قوله ولايتبعه أولاده) أى لو كان المعلق عتقه بأدائه أمة فولدت ثم أدت فعتقت لم يعتق ولدها لأنه ليس لها حكم الكتابة وقت الولادة ، بخلاف الكتابة فتح (قوله دين صحيح يصح التكفيل به) فيه أنه قبل الأداء لادين لأن السيد لايستوجب على عبده دينا وبعد الأداء لادين أيضا ، فلا معنى لهذا الكلام ، بل ذكر هذه المسألة غلط هنا ، ومحلها أول الباب عند قول المتن أعتق عبده على مال فقبل العبد فى المجلس عتق كما فعل فى البحر ، حيث قال : فإذا قبل صار حرا ، وما شرط دين عليه حتى تصح الكفالة به ، بخلاف بدل

فإنه لاتصح الكفالة به ، وهذه الموفية عشرون . ويزاد مافي الذخيرة : لو علقه بألف فاستقرضها فدفعها لمولاه عتق ورجع الغريم على المولى لأن غرماء المأذون أحق بماله حتى تتم ديونهم .
ولو استقرض ألفين فدفع أحدها وأكل الأخرى فللغريم مطالبة المولى بهما لمنعه بعتقه من بيعه بدينه .
(ولو قال أنت حر بعد موتي بألف إن قبل بعده) أي بعد موته (وأعتقه) مع ذلك (وارث أو وصي أو قاض عند امتناع الوارث) هو الأصح ، لأن الميت ليس بأهل للإعتاق (عتق) بالألف والولاء للميت (وإلا) يوجد كلا الأمرين (لا) يعتق بذلك .

الكتابة لأنه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق على ماعرف اهـ ح والكفالة لاتصح إلا بالدين الصحيح وهو مالايسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، وبدل الكتابة يسقط بغيرهما وهوالتعجيز (قوله وهذه الموفية عشرون) صوابه عشرين على أنه مفعول الموفية ح وقد علمت أن هذه المسألة ساقطة لأنها ليست من مسائل التعليق على مال ، فالموفي للعشرين مافي الذخيرة (قوله ورجع الغريم على المولى)أي رجع المقرض على المولى بالألف . والظاهر أن المولى لايرجع به على العبد لأنه إنما يرجع بما اكتسبه قبل التعليق لابعده كما قدمناه آنفا عن الهداية ، وهنا الاستقراض بعد التعليق فافهم (قوله فدفع أحدهما) المناسب لما قبله وما بعده إحداهما بألف التأنيث قبل ضمير التثنية (قوله فللغريم مطالبة المولى بهما) أي بالألف التي قبضها وبالألف التي استهلكها العبد ، وقيد المسألة في الذخيرة بما إذا كانت قيمة العبد ألفين أي فلو أقل فللغريم مطالبة المولى بقدر القيمة لأنه بالعتق عطل على الغريم قيمته فقط ، إذ لولا العتق كان له بيعه لاستيفاء دينه (قوله لمنعه بعتقه الخ) الضمير الأول والأخير للغريم والثاني والثالث للعبد ، وهذا التعليل كما قال ط إنما يظهر للألف التي استهلكها ، أما التي دفعها للمولى فعلتها مامر من أن الغرماء أحق بمال المأذون (قوله إن قبل بعده الخ) أما لو قبل قبل الموت لايعتق لأنه مثل أنت حر غدا بألف فإن القبول محله الغد لأن القبول إنما يعتبر في مجلسه ومجلسه وقت وجوده والإضافة تؤخر وجوده إلى وجود المضاف إليه وهو هنا مابعد الموت ، بخلاف أنت مدبر على ألف فإن القبول للحال لأنه إيجاب التدبير في الحال إلا أنه لايجب المال في الحال لقيام الرق ، والمولى لايستحق على عبده دينا ولابعده ، لأنه لما لم يجب عند القبول لم يجب بعده : وروى عن أبي حنيفة أن القبول هنا أيضا بعد الموت ، وكذا روى عن أبي يوسف إلا أنه اختلف كلامه في لزوم المال ، والأعدل لزومه وهو المروى عن محمد أيضا لأن المولى مارضي بعتقه إلا ببدل والمولى يستحق على عبده المال إذا كان بالعتق كالمكاتب على أن استحقاق المال بعد موت المولى وحينئذ يكون حرا اهـ ملخصا من الفتح (قوله مع ذلك) أي مع وجود القبول المذكور (قوله هو الأصح) مقابله ماروى عن الإمام أنه يعتق بمجرد القبول كما هو ظاهر إطلاق المتون ، وأيده في غاية البيان والفتح (قوله لأن الميت ليس بأهل للإعتاق) تعليل للأصح .
واعترض بأنه لو جن بعد تعليق العتق أو الطلاق ثم وجد الشرط وقع ، لأن الأهلية ليست بشرط إلا عند التعليق أو الإضافة ولذا يعتق المدبر بعد الموت ، وليس التدبير إلا تعليق العتق بالموت : وأجيب بالفرق ، وهو أنه هنا خروج عن ملك المعلق إلى ملك الورثة فلم يوجد الشرط إلا وهو في ملك غيره : ولا يخفى أن هذا غير دافع ، لأن الاعتراض على التعليل هو أن فوات أهلية المعلق لا أثر له ، وهذا الجواب إبداء علة أخرى : والصواب في الجواب أن المعترض فهم أن فوات الأهلية بسبب الموت ، والمراد أنه بخروجه عن ملكه ، وتمامه في الفتح : وقد عن لي هذا الجواب قبل أن أراه ولله الحمد ، وبه ظهر أن تعليل الشارح تبعا للهداية صحيح فافهم (قوله والولاء للميت) أي لا للوارث كما في البحر ، فيرثه عصبته المتعصبون بأنفسهم دون الإناث ، ولو كان الولاء للورثة ابتداء لدخل فيه الإناث فليتأمل ط وهو ظاهر (قوله لايعتق بذلك) أي بذلك القول لأنه عتق بمال فلابد فيه من القبول

(ولو حرره على خدمته حولا) مثلا كأعتقتك على أن تخدمنى سنة (فقبل عتق فى الحال) وفى إن خدمتنى سنة فأنت حر لايعتق إلا بالشرط ، فلو خدمه أقل منها أو عوّضه عنها أو قال إن خدمتنى وأولادى فمات بعض أولاده لايعتق ، لأن إن للتعليق ، وعلى للمعاوضة (وخدمه) الخدمة المعروفة بين الناس (مدته) أياكانت (فإن جهلت أو (مات هو) ولو حكما كعمى (أو مولاه قبلها) ولو خدم بعضها فبحسابه (تجب قيمته) فتؤخذ منه للورثة أو من تركته للمولى . وعند محمد تجب قيمة خدمته ، وبه نأخذ حاوى .

وهل نفقة عياله لو فقيرا على مولاه فى المدة كالموصى له بالخدمة أو يكتسب للإنفاق حتى يستغنى ثم يخدم المولى كالمعسر ؟ بحث فى البحر الثانى والمصنف الأول

ولما كان القبول بعد الموت لزم تأخر العتق عن الموت ، ويلزم منه خروجه إلى ملك الورثة فلا يعتق إلا بعتقهم ، كما لو قال أنت حر بعد موتى بشهر ، وتمامه فى الفتح (قوله ولو حرره على خدمته) أى خدمة العبد للمولى أو لغيره أفاده فى النهر (قوله فقبل) أى فى المجلس درمنتقى (قوله عتق فى الحال) لأن الإعتاق على الشئ يشترط فيه وجود القبول فى المجلس لا وجود المقبول كسائر العقود بحر (قوله وفى إن خدمتنى الخ) تقدم أنه إن علق بإن تقيد أداؤه بالمجلس ، ولعل الفرق أن أداء المال ممكن فى المجلس فيتقيد به والخدمة سنة لا يمكن تحصيلها فيه فلم تقتصر على المجلس ، ولو علقها بإن فلينظر اه شرنبلالية (قوله لايعتق إلا بالشرط) أى لايتوقف على القبول ، بل لابد من وجود الشرط وهو الخدمة لأنه تعليق لامعاوضة ، بخلاف مسألة المتن (قوله فلو خدمه أقل منها) أى ولو لعجزه عنها بمرض أو حبس فيما يظهر (قوله لأن إن للتعليق الخ) بيان لوجه الفرق بين مافى المتن وما فى الشرح ، حيث توقف الأول على القبول فقط والثانى على الشرط فقط (قوله وخدمه) يعنى من ساعته بحر : أى أن ابتداء المدة من وقت الحلف (قوله الخدمة المعروفة) عبارة كافى الحاكم : والخدمة خدمة البيت المعروفة بين الناس اه . والظاهر أن المراد خدمة مصالح البيت ، لكن تختلف باختلاف المولى ؛ فلو كان صاحب حرفة أو زراعة يخدمه فى عمله حيث كان معروفا تأمل ، وصرحوا فى الإجارة بأنه لو استأجره للخدمة يخدمه فى الحضر لا السفر لأن خدمة السفر أشق (قوله أياكانت) أى سنة أو أقل أو أكثر بحر : أى المدة المشروطة (قوله أو مات هو) أى العبد (قوله ولو حكما) المراد به أن يصير بحالة لايمكن فيها الخدمة ، وهذا بحث لصاحب البحر ، وتبعه أخوه فى النهر (قوله قبلها) أى الخدمة متعلق بمات بصورتيه ط (قوله ولو خدم بعضها فبحسابه) كسنة من أربع سنين ثم مات ، فعندهما عليه ثلاثة أرباع قيمته ، وعند محمد قيمة خدمته ثلاث سنين بحر عن شرح الطحاوى (قوله فتؤخذ منه للورثة) أى لورثة المولى ؛ وقال عيسى بن أبان : بل يخدمهم مابقى منها لأنها دين فيخلفه وارثه فيه ، كما لو أعتقه على الألف فاستوفى بعضها ومات ، لكن فى ظاهر الرواية لايخدمهم لأن الخدمة منفعة وهى لاتورث ، أو لأن الناس يتفاوتون فيها ، وتمامه فى البحر (قوله حاوى) المراد به الحاوى القدسى ، نقله عنه فى البحر والنهر وأقراه (قوله وهل نفقة عياله الخ) هذه حادثة سئل عنها فى البحر ولم يجد لها نقلا :

قلت : وهذا خاص بمسألة المعاوضة كما هو صورة الحادثة ، أما فى مسألة التعليق فلا شبهة فى أن نفقته على سيده لأنه باق على ملكه إلى انتهاء مدة الخدمة (قوله حتى يستغنى) أى عن الاكتساب (قوله بحث فى البحر الثانى) وقال لأنه الآن معسر عن أداء البدل ، فصار كما إذا أعتقه على مال ولا قدرة له عليه فإنه يؤخر إلى الميسرة ، وأقره فى النهر (قوله والمصنف الأول) حيث قال : ويمكن أن يقال بوجوبها على المولى فى المدة المذكورة ويجعل كالموصى له بالخدمة ، فإن النفقة واجبة عليه وإن لم يكن له ملك الرقبة لكونه محبوسا بخدمته ، والحبس هو الأصل

(كبيع عبد منه بعين) كبعتك نفسك بهذا العين (فهلكت) أو استحقت (تجب قيمته) وعند محمد قيمتها: (ولو قال) رجل لمولى أمة (أعتق أمتك بألف عليّ على أن تزوجنيها ، إن فعل) العتق (وأبت) النكاح (عتقت مجانا ولا شيء له على آمره) لصحة اشتراط البدل على الغير فى الطلاق لافى العتاق (ولو زاد) لفظ (عنى قسم الألف على قيمتها ومهرها) أى مهر مثلها لتضمنه الشراء اقتضاء ، و (لذا تجب حصة ماسلم) أى القيمة وتسقط حصة المهر (فلو نكحت) القائل (فحصة مهر مثلها) من الألف (مهرها)

فى هذا الباب(١) أصله القاضى والمفتى ، فإن مرض فينبغى أن تفرض فى بيت المال ، بخلاف الموصى بخدمته إذا مرض فإن نفقته على مولاه اه .

واعترضه ح بأنه قياس مع الفارق ، فإن الموصى به يخدم الموصى له لا فى مقابلة شيء فلذا كانت نفقته عليه أما هذا فإنه يخدم فى مقابلة رقبته فكان كالمستأجر تأمل اه . وكذا اعترضه الخير الرملى بأن الموصى بخدمته رقيق محبوس فى خدمة الموصى له وليست الخدمة بدل شيء فيه ، وما نحن فيه هو حر قادر على الكسب فكيف نوجب نفقته ونفقة عياله على معتقه بسبب دين واجب له عليه ؛ فإن الخدمة هنا بمنزلة الدين لما فى التتارخانية عن الأصل إذا قال أنت حر على أن تخدمنى سنة فقبل العبد فهو كما لو قال أنت حر على ألف درهم فقبل اه . وقد صرحوا قاطبة بأنها بدل فى هذا المحل تأمل اه (قوله كبيع عبد منه) أى من العبد ، يعنى أن الخلاف المار مبنى على الخلاف فى مسألة أخرى . وهى ما إذا باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت أو هلكت قبل تسليمها يرجع عليه بقيمة نفسه عندهما ، وعند محمد بقيمة الجارية ، وتمامه فى الهداية وغيرها . قال فى الفتح : ولا يخفى أن بناء هذه على تلك ليس بأولى من عكسه ، بل الخلاف فيهما معا ابتدائى (قوله بألف عليّ على أن تزوجنيها) كذا فى بعض النسخ بزيادة على الجارة لضمير المتكلم ، وفائدتها الدلالة على عدم وجوب المال عند عدم ذكرها بالأولى أفاده فى الفتح والبحر (قوله وأبت النكاح) أفاد أن لها الامتناع من تزوجه لأنها ملكت نفسها بالعتق فتح ، وقيدبه لأنها لو تزوجته قسم الألف على قيمتها ومهر مثلها كما يأتى (قوله ولا شيء له على آمره) لأن حاصل كلام الآمر أمره المخاطب بإعتاقه أمته وتزويجها منه على عوض ألف مشروطة عليه عنها وعن مهرها ، فلما لم تتزوجه بطلت عنه حصة المهر منها ، وأما حصة العتق فباطلة لأن العتق يثبت للعبد فيه قوّة حكمية هى ملك البيع والشراء ونحو ذلك ، ولا يجب العوض إلا على من حصل له المعوض اه فتح ، أى ومن حصل له المعوض لايجب عليه لأنه لم يشرط عليه (قوله فى الطلاق) كخلع الأب صغيرته لأنه ليس فى مقابلة عوض حقيقة ، لأن المرأة لم يحصل لها ملك مالم تكن تملكه ، بخلاف العتق (قوله ولو زاد الخ) أى بأن قال أعتق أمتك عنى بألف الخ ولم تتزوجه (قوله لتضمنه الشراء اقتضاء) أى مع المقابلة بالبضع أيضا فى قوله على أن تزوجنيها ، ولما كان ذلك واضحا لكونه مذكورا صريحا لم يذكره فى علة الانقسام فافهم .

والحاصل أن إعتاقه عن الآمر يقتضى سبق ملكه له فصار المعنى بعه منى وأعتقه عنى ، وصار إعتاق المأمور قبولا . قال فى الدرر وإذا كان كذلك فقد قابل الألف بالرقبة شراء والبضع نكاحا فانقسم عليهما ووجب حصة ماسلم له . وهو الرقبة ، وبطل عنه مالم يسلم وهو البضع اه . فلو فرض أن قيمتها ألف ومهر مثلها خمسمائة قسم الألف على ألف وخمسمائة ، فثلثا الألف حصة القيمة وثلثه حصة المهر ، فيأخذ المولى الثلثين ويسقط الثلث ، وعكس فى الشرنبلالية وهو سبق قلم (قوله ولذا) لاداعى للتعليل هنا فالأولى إبقاء المتن على حاله ، لأن قوله وتجب عطف على قسم من تتمة الحكم (قوله فحصة مهر مثلها مهرها) أى إذا نكحته يقسم الألف أيضا على مهر

---

(١) (قوله فى هذا الباب) يعنى باب النفقة اه منه .

فيكون لها (فى وجهيه) ضم عنى وتركه (وما أصاب قيمتها) فى الأولى هدر ؛ و (فى الثانية لمولاها) باعتبار تضمن الشراء وعدمه .

(أعتق) المولى (أمته على أن تزوجه نفسها فزوجته فلها مهر مثلها) وجوزه الثانى اقتداء بفعله عليه الصلاة والسلام فى صفية . قلنا : كان عليه الصلاة والسلام مخصوصا بالنكاح بلا مهر (فإن أبت فعليها) السعاية (قيمتها) اتفاقا ، وكذا لو أعتقت المرأة عبدا على أن ينكحها ، فإن فعل فلها مهرها ، وإن أبى فعليه قيمته (ولو كانت) المعتقة على ذلك (أم ولده) فقبلت عتقت (فإن أبت) نكاحه (فلا شىء عليها) خانية لعدم تقوّم أم الولد :

[فرع] قال أعتق عنى عبدا وأنت حر فأعتق عبدا جيدا لايعتق ، وفى أدّ إلىّ يعتق لأنه إدخال فى ملكه فيكون راضيا بالزيادة ، وأما العتق إخراج لأن كسبه ملك للمولى .

مثلها وقيمتها ، فما أصاب المهر وجب لها فى الوجهين : أعنى الوجه الأول ، وهو ماإذا لم يقل عنى . والوجه الثانى وهو ماإذا قاله ، وما أصاب قيمتها سقط عنه فى الوجه الأول لعدم الشراء فيه . وأخذه مولاها فى الوجه الثانى لتضمن الثانى الشراء اقتضاء كما مر ؛ فلو فرض أن قيمته مائة ومهرها مائة قسم الألف عليهما نصفين فيجب لها نصفه فى الوجهين ، والنصف الثانى يسقط عنه فى الوجه الأول ويأخذه المولى فى الوجه الثانى ؛ وكذا لو تفاوتا بأن كان قيمتها مائتين ومهرها مائة فيجب لها ثلث الألف فى الوجهين ويسقط عنه ثلثاه فى الوجه الأول ويأخذهما المولى فى الوجه الثانى (قوله ضم عنى وتركه) بدل من وجهيه بدل مفصل من مجمل ح (قوله وما أصاب قيمتها الخ) قيل فيه تكرار مع ماسبق ، وليس كذلك فافهم (قوله باعتبار تضمن الشراء وعدمه) لف ونشر مشوش ط (قوله فلها مهر مثلها) أى عندهما لأن العتق ليس بمال فلا يصح مهرا بحر (قوله وجوزه الثانى) أى أبو يوسف أى جوّز هذا التعويض المعلوم من المقام فقال بجواز جعل العتق صداقا ط (قوله فى صفية) هى بنت حيى أم المؤمنين رضى الله تعالى عنها ، من سبى خيبر ، أعتقها صلى الله عليه وسلم وجعل عتقها مهرها ط (قوله قيمتها) بدل من السعاية اهـ ح . وفى نسخة : فى قيمتها ، وهى أوضح ، لكن فيها تغيير إعراب المتن . وفى نسخة : سعاية قيمتها بالإضافة على معنى فى وفيه تغيير المتن أيضا ، لكن الشارح يرتكبه كثيرا (قوله على ذلك) أى على شرط التزوج ط (قوله فقبلت) أفاد به أن القبول شرط العتق هنا وفيما قبلها ط لأنه معاوضة لا تعليق (قوله لعدم تقوّم أم الولد) هذا إنما يظهر على قول الإمام لاعلى قولهما إذ هما يقولان بتقوّمها ط (قوله لأنه إدخال الخ) ذكر هذا التعليل فى البحر عن المحيط ، ومقتضاه أنه يعتق بالعبد الردىء فى الوجه الأول ، وهو مخالف لما فى الهندية من أنه ينصرف إلى الوسط ويصير العبد مأذونا فى التجارة ، فلو أعتق عبدا رديئا أو مرتفعا لايجوز . وفى الأداء إذا لم يبين القيمة ولا الجنس لو أتى بعبد وسط أو مرتفع يجبر المولى على القبول ، لا لو أتى بردىء إلا أن قبله ولو أتى بقيمة الوسط لايجبر ولا يعتق وإن قبلها اهـ ملخصا .

[تتمة] لو قال أدّ إلىّ ألفا وأنت حر بالواو لايعتق مالم يؤد ؛ ولو قال فأنت حر بالفاء يعتق فى الحال . والفرق أن جواب الأمر بالواو بمعنى الحال معناه أنت حر حال الأداء فلايعتق قبله ، وأما بالفاء فهو بمعنى التعليل : أى فإنك حر ، مثل : أبشر فقد أتاك الغوث ، قيل هذا قولهما ، أما عنده فينبغى أن يعتق فى الحال كما فى طلقنى ولك ألف فطلقها يقع مجانا عنده ، وقيل إنه قول الكل ، وتمامه فى الذخيرة .

باب التدبير

(هو) لغة الإعتاق عن دبر ، وهو مابعد الموت . وشرعا (تعليق العتق بمطلق موته) ولو معنى كإن مت إلى مائة سنة ، وخرج بقيد الإطلاق التدبير المقيد كما سنجيء ؛ وبموته تعليقه بموت غيره فإنه ليس بتدبير أصلا بل تعليق بشرط (كإذا) أو متى أو إن (مت) أو هلكت أو حدث بي حادث (فأنت حر) أو عتيق أو معتق (أو أنت حر عن دبر مني أو أنت مدبر أو دبرتك) زاد بعد موتي أولا (أو أنت حر يوم أموت) أريد به مطلق الوقت لقرانه بما لايمتد ، فإن نوى النهار صح وكان مقيدا (أو إن مت إلى مائة سنة) مثلا (وغاب موته قبلها) هو المختار

باب التدبير

شروع في العتق الواقع بعد الموت بعد الفراغ من الواقع في الحياة ، وقدمه على الاستيلاد لشموله الذكر أيضا وركنه اللفظ الدال على معناه . وشرائطه نوعان : عام وخاص . فالعام مامر في شرائط العتق كونه من الأهل في المحل منجزا أو معلقا أو مضافا إلى الوقت أو إلى الملك أو سببه : والخاص تعليقه بمطلق موت المولى لا بموت غيره كما يأتي : وصفته التجزي عنده خلافا لهما ، فلو دبره أحدهما اقتصر على نصيبه وللآخر عند يسار شريكه ست خيارات الخمسة المارة والترك على حاله ، وسيأتي بيان أحكامه ، من عدم جواز إخراجه عن الملك ، ومن عتقه من الثلث بعد موت المولى الخ بحر (قوله هو لغة الخ) يشمل تعليقه بموته مقيدا وبموت غيره ، فهو أعم من المعنى الشرعي ، وفيه بيان وجه التسمية ، فإن الدبر كما في المصباح بضمتين وبخفف : خلاف القبل من كل شيء ، ومنه يقال لآخر الأمر دبر ، وأصله ماأدبر عنه الإنسان ومنه دبر عبده وأعتقه عن دبر : أي بعد دبر .

وفي ضياء الحلوم : التدبير العتق بعد الموت : وتدبير الأمر النظر فيه إلى ماتصير إليه العاقبة . وقصر في الدرر تفسيره لغة على هذا الأخير وقال كأن المولى نظر إلى عاقبة أمره فأخرج عبده إلى الحرية بعده . ثم قال : إنه شرعا يستعمل في المطلق والمقيد اشتراكا معنويا وهو تعليق العتق بالموت : أي موت المولى أو غيره ، فما مر من المعنى اللغوي جعله المعنى الشرعي . ورد بأنه خلاف ظاهر كلام عامة أئمتنا حيث قصروه شرعا على المدبر المطلق كما بسطه في الشرنبلالية ، ولذا خالفه المصنف والشارح مع كثرة متابعتهما له (قوله ولو معنى) قال في النهر : وقولنا لفظا أو معنى يصح أن يكونا حالين من التعلق ، والتعليق معنى الوصية برقبته أو بنفسه أو بثلث ماله لأمته وأن يكونا حالين من مطلق ، والمطلق معنى كإن مت إلى مائة سنة فأنت حر فإنه مطلق في المختار اهـ . وتمثيل الشارح للثاني فقط يوهم قصره عليه (قوله وخرج الخ) فيه رد على الدرر كما مر ، ومن التدبير المقيد تعليقه بموته وموت فلان كما سيأتي ، وكذا أنت حر قبل موتي بشهر ، وسيأتي تمامه (قوله أصلا) أي لامطلقا ولا مقيدا ، خلافا لما يذكره المصنف (قوله أو حدث بي حادث) لأنه تعورف الحدث والحادث في الموت بحر (قوله زاد بعد موتي أولا) أي يصير مدبرا الساعة ، لأن التدبير بعد الموت لايتصور ، فيلغو قوله بعد موتي ، أو يجعل قوله أنت مدبر بمعنى أنت حر كما في البحر عن المحيط (قوله أو أنت حر يوم أموت) لا فرق في العتق المضاف إلى الموت بين أن يكون معلقا بشرط آخر أولا ، فلو قال : إن كلمت فلانا فأنت حر بعد موتي فكلمه صار مدبرا لأنه بعد الكلام صار التدبير مطلقا ، وكذا لو قال أنت حر بعد كلامك فلانا وبعد موتي فكلمه فلان كان مدبرا كذا في البدائع ، ولا فرق في التدبير بين كونه منجزا أو مضافا كأنت مدبر غدا أو رأس شهر كلما فإذا جاء الوقت صار مدبرا بحر (قوله صح الخ) لأنه نوى حقيقة كلامه وكان مدبرا مقيدا ، لأنه علق عتقه بما ليس بكائن لا محالة وهو موته بالنهار بحر عن المبسوط (قوله وغلب موته قبلها) بأن كان كبير السن (قوله هو المختار)

لأنه كالـكائن لامحالة ، وأفاد بالـكاف عدم الحصر ، حتى لو أوصى لعبده بسهم من ماله عتق بموته . ولو بجزء لا ، والفرق لايخفى ، وذكرناه فى شرح الملتقى .

(دبر عبده ثم ذهب عقله فالتدبير على حاله) لمـا مر أنه تعليق ؛ وهو لايبطل بجنون ولا رجوع (بخلاف الوصية) برقبته لإنسان ثم جن ثم مات بطلت (ولا يقبل) التدبير (الرجوع) عنه (ويصح مع الإكراه

كذا فى الزيلعى ، لـكن ذكر قاضيخان ، أنه على قول أصحابنا مدبر مقيد ، وهـكذا فى الينابيع وجوامع الفقه . واعترض فى الفتح على صاحب الهداية بأنه كالمناقض لأنه اعتبره فى النكاح توقيتا وأبطل به النكاح ، وهنا جعله تأبيدا . وأجاب فى البحر بأنه اعتبر فى النكاح توقيتا للنهى عن النكاح المؤقت . فالاحتياط فى منعه تقديما للمحرم لأنه مؤقت صورة ، وهنا نظر إلى التأبيد المعنوى لأن الأصل اعتبار المعنى بلا مانع فلذا كان المختار وإن جزم الولوالجى بأنه غير مدبر مطلق تسوية بينه وبين النكاح .

مطلب فى الوصية للعبد

(قوله وأفاد بالـكاف) أى فى قوله كإذا مت عدم الحصر ؛ لما فى الفتح أن كل ما أفاد إثبات العتق عن دبر فهو صريح . وهو ثلاثة أقسام .

الأول مايكون بلفظ إضافة كدبرتك ، ومنه حررتك أو أعتقتك أو أنت حر أو عتيق بعد موتى .

الثانى مايكون بلفظ التعليق كإن مت الخ ، وكذا أنت حر مع موتى أو فى موتى بناء على أن مع وفى تستعار لمعنى حرف الشرط .

الثالث مايكون بلفظ الوصية كأوصيت لك برقبتك أو بنفسك أو بعتقك وكذا أوصيت لك بثلث مالى ، فتدخل رقبته لأنها من ماله فيعتق ثلث رقبته اهـ ملخصا (قوله وذكرناه فى شرح الملتقى) عبارته : وعن الثانى أوصى لعبده بسهم من ماله يعتق بعد موته ، ولو بجزء لا ، إذ الجزء عبارة عن الشىء المبهم والتعيين فيه للورثة : أى فلم تـكن الرقبة داخلة تحت الوصية ، بخلاف السهم فإنه السدس ؛ فـكان سدس رقبته داخلا فى الوصية اهـ ومثله فى البحر عن المحيط . ثم قال : وما عن أبى يوسف هنا جزم به فى الاختيار اهـ .

قلت : ومقتضى قوله يعتق بعد موته أنه يعتق كله ، وهو خلاف مامر آنفا عن الفتح فى أوصيت لك بثلث مالى أنه يعتق ثلث رقبته ، إذ لا فرق بين الوصية بالثلث أو بالسدس الذى هو معنى السهم ، ولعل ماهنا مبنى على قول الصاحبين بعدم تجزىء التدبير كالإعتاق ، فحيث دخل سدسه فى الوصية عتق كله . وما فى الفتح مبنى على قول الإمام فتأمل . ثم رأيت فى وصايا خزانة الأكمل : أوصى لعبده بدراهم مسماة أو بشىء من الأشياء لم يجز . ولو أوصى له ببعض رقبته عتق ذلك القدر ويسعى فى الباقى عند أبى حنيفة . ولو وهب له رقبته أو تصدق عليه بها عتق من ثلثه : ولو أوصى له بثلث ماله صح وعتق ثلثه ، فإن بقى من الثلث أكمل له ، وإن كان فى قيمته فضل على الثلث سعى للورثة اهـ : وقوله عند أبى حنيفة يشير إلى أنه عندهما يعتق كله بلا سعاية ؛ وقوله فإن بقى من الثلث الخ معناه - والله أعلم - أنه بحكم الوصية استحق ثلث جميع المال ومنه ثلث رقبته ؛ فإن كانت رقبته جميع المال سعى للورثة فى ثلثى رقبته ، وإن كان المال أكثر فإن زاد له على ثلثى رقبته شىء أكمل له ليستوفى ثلث جميع المال ، وإن كان ثلثا رقبته أقل من ثلث باقى المال سعى للورثة فيما زاد (قوله لما مر) أى فى تعريفه أنه تعليق لـكن فيه معنى الوصية لأنه معلق على الموت فـكان تعليقا صورة ووصية معنى (قوله ولا رجوع) تـكرار مع قول المتن ولايقبل الرجوع اهـح (قوله ثم جن) قيل شهرا ، وقيل تسعة أشهر ؛ وقيل سنة . والفتوى على التفويض لرأى القاضى ط عن الحموى ، وجزم الشارح فى الوصايا بتقديره بستة أشهر (قوله بطلت) الأولى فإنها تبطل

بخلافها) فالتدبير كوصية إلا فى هذه الثلاثة أشباه ، ويزاد مدبر السفيه ومدبر قتل سيده (فلا يباع المدبر) المطلق خلافا للشافعى .

ولو قضى بصحة بيعه نفذ ، وهل يبطل التدبير ؟ قيل نعم لو قضى ببطلان بيعه صار كالحر (ولا يوهب ولا يرهن) فشرط واقف الـكتب الرهن باطل ، لأن الوقف فى يد مستعيره أمانة فلا يتأتى الإيفاء والاستيفاء بالرهن به بحر .

(قوله ويزاد مدبر السفيه) فى الخانية : يصح تدبير المحجور عليه بالسفه بالثلث وبموته يسعى فى كل قيمته وإن وصية المحجور عليه بالسفه بالثلث جائزة اه فيطلب الفرق ، ولعل الفرق هو أن التدبير إتلاف الآن ، بخلاف الوصية فإنها بعد الموت وله الرجوع قبله ، فلا إتلاف فيها نهر ، والمراد بقوله يسعى بكل قيمته كل قيمته مدبرا كما فى البحر ح . قلت : وحيث وجبت عليه السعاية فى كل قيمته لم يأخذ حكم التدبير من كل وجه فكأن تدبيره لم يصح فافهم (قوله ومدبر قتل سيده) يعنى إذا قتل المدبر سيده عتق وسعى فى قيمته : وإذا قتل الموصى له الموصى فلا شىء له لأنه لا وصية لقاتل ، وسيأتى تفصيله ح (قوله فلا يباع المدبر المطلق) استشكل بما إذا قال كل مملوك أملكه فهو حر بعد موتى وله مماليك واشترى مماليك ثم مات فإنهم يعتقون . ولو باع الذين اشتراهم صح . وأجيب بأن الوصية بالنسبة إلى المعدوم تعتبر يوم الموت وإلى الموجود عند الإيجاب ، وتمام تقريره فى الفتح . قال ط : والمراد أنه لا يباع من غيره ، وأما بيعه من نفسه وهبته منه فإعتاق بمال أو بلا مال ، فلا إشكال كما فى شرح النقاية للبرجندى (قوله قيل نعم) قال فى البحر : وفى الظهيرية : فإن باعه وقضى القاضى بجواز بيعه نفذ قضاؤه ويكون فسخا للتدبير ، حتى لو عاد إليه يوما من الدهر بوجه من الوجوه ثم مات لايعتق ، وهذا مشكل لأنه يبطل بقضاء القاضى ماهو مختلف فيه ، وما هو مختلف فيه لزوم التدبير لاصحة التعليق ، فينبغى أن يبطل وصف اللزوم لاغير اه . وقوله وهذا مشكل الخ من كلام الظهيرية (قوله نعم لو قضى ببطلان بيعه صار كالحر) أى فى سريان الفساد إلى القن إن ضم إليه فى صفقة . قال فى البحر : وسيأتى فى البيوع أن بيع المدبر باطل لايملك بالقبض ، فلو باعه المولى فرفعه العبد إلى قاض حنفى وادعى عليه أو على المشترى فحكم الحنفى ببطلان البيع ولزوم التدبير فإنه يصير متفقا عليه فليس للشافعى أن يقضى بجواز بيعه بعده كما فى فتاوى الشيخ قاسم ، وهو موافق للقواعد فينبغى أن يكون كالحر ، فلو جمع بينه وبين قن ينبغى أن يسرى الفساد إلى القن كما سنبينه إن شاء الله فى محله اه ح (قوله ولا يرهن) لأن الرهن والارتهان من باب إيفاء الدين واستيفائه عندنا فكان من باب تمليك العين وتملكها بحر عن البدائع .

مطلب فى شرط واقف الـكتب الرهن بها

(قوله فشرط الخ) تفريع على العلة التى ذكرناها كما فعل فى البحر ، وأشار إليه الشارح .

ووجه التفريع أن العلة كما أفادت أن الرهن لابد أن يمكن الاستيفاء منه ، فقد أفادت أيضا أن المرهون به لابد أن يكون دينا مضمونا يطالب بإيفائه ، فبالنظر إلى الأول لايصح رهن المدبر بمال آخر ، وبالنظر إلى الثانى لايصح رهن مال بكتب الوقف ، فالجامع بينهما عدم صحة الرهن فى كل للعلة المذكورة ، فلا تضر المغايرة فى كون المدبر مرهونا والكتب مرهونا بها ؟ فافهم (قوله فلا يتأتى الخ) قيل مقتضى كونها أمانة أنها تضمن بالتعدى ، فما المانع من صحة الرهن لهذه الحيثية ؟ وعليه يحمل شرط الواقفين تصحيحا لأغراضهم .

قلت : قد صرحوا بأن الرهن لا يصح إلا بدين مضمون وأنه لايصح بالأمانات والودائع ، وسيأتى فى بابه

(ولا يخرج من الملك إلا بالإعتاق والكتابة) تعجيلا للحرية وسيتضح فى بابه .
والحيلة لمريد التدبير على وجه يملك بيعه أن يدبره مقيدا كإن مت وأنت فى ملكى أو إن بقيت بعد موتى فأنت حر (ويستخدم) المدبر (ويستأجر) وينكح (والأمة توطأ وتنكح) جبرا (والمولى أحق بكسبه وأرشه ومهر المدبرة) لبقاء ملكه فى الجملة (وبموته) ولو حكما كلحاقه مرتدا (عتق) فى آخر جزء من حياة المولى (من

متنا ، والأمانات تضمن بالتعدى مطلقا برهن أو غيره ،ولا يمكن الاستيفاء من الرهن الباطل ولا حبسه على ذلك فلا فائدة له فافهم .

ثم اعلم أن هذا كله إن أريد بالرهن مدلوله الشرعى ، أما إن أريد مدلوله اللغوى وأن يكون تذكرة فيصح الشرط لأنه غرض صحيح كما قاله السبكى . قال : وإذا لم يعلم مراد الواقف فالأقرب حمله على اللغوى تصحيحا لكلامه ، ويكون المقصود تجويز الواقف الانتفاع لمن يخرجه من خزانته مشروطا بأن يضع فى الخزانة مايتذكر هو به إعادة الموقوف ويتذكر الخازن به مطالبته من غير أن تثبت له أحكام الوقف .

قال فى الأشباه فى القول فى الدين بعد أن نقل عبارة السبكى بطولها : وأما وجوب اتباع شرطه وحمله على المعنى اللغوى فغير بعيد (قوله ولا يخرج من الملك) عطف عام على خاص . وفى الذخيرة وغيرها : كل تصرف لايقع فى الحر نحو البيع والإمهار يمنع فى المدبر لأنه باق على حكم ملك المولى إلا أنه انعقد له سبب الحرية . فكل تصرف يبطل هذا السبب يمنع المولى منه اه فلذا لاتجوز الوصية به ولا رهنه بحر (قوله إلابالإعتاق) أى بلابدل أو به نهر (قوله وسيتضح فى بابه) إيضاحه أن المدبر الذى كوتب إما أن يسعى فى ثلثى قيمته إن شاء ، أو يسعى فى كل البدل بموت سيده فقيرا لم يترك غيره . وأما إذا ترك مالا غيره وهو يخرج من الثلث عتق مجانا ط وهو حاصل مافى البحر عن الفتح (قوله أو إن بقيت الخ) حيلة ثانية اختصرها مما فى البحر عن الولوالجية قال : هذه أمتى إن احتجت إلى بيعها أبيعها ، وإن بقيت بعد موتى فهى حرة فباعها جاز ، كذا فى فتاوى الصدر الشهيد اه فافهم . قال : فى البحر : ولم يصرح بأنها مدبرة تدبيرا مطلقا أو مقيدا اه .

قلت : كيف يصح كون تدبيرها مطلقا مع تصريحه بجواز بيعها فلذا جزم الشارح بكونه مقيدا (قوله ويستخدم المدبر الخ) هو وما بعده بالبناء للمجهول ؛ وكان المناسب أن يقول ويؤجر بدل ويستأجر كما عبر فى الكنز وغيره ، وقوله جبرا قيد للجميع : أى للمولى أن يجبره على الخدمة ، وعلى أن يؤجره ، وعلى أن ينكحه : أى يزوجه بالولاية عليه ، وعلى أن يطأ المدبرة ، وعلى أن ينكحها : أى يزوجها لغيره . قال فى البحر : وإنما جازت هذه التصرفات لأن الملك ثابت فيه ، وبه تستفاد ولاية هذه التصرفات (قوله وأرشه) أى أرش الجناية عليه . وأما أرش الجناية منه ففعلى المولى ، ويطالب بالأقل من القيمة ومن أرش الجناية : ولا يضمن أكثر من قيمة واحدة وإن كثرت الجنايات ، أفاده فى البحر . وفى بعض النسخ وارثه وهو تحريف لأنه مادام سيده حيا لايملك شيئا ط (قوله لبقاء ملكه فى الجملة) تبع فيه الدرر .

واعترضه فى الشرنبلالية بأن الملك فى المدبر كامل لعتقه بقوله كل مملوك لى حر اهـ . وقد يجاب بأن معنى كمال ملكه أنه مملوك رقبة ويدا بخلاف المكاتب ، وهذا لاينافى نقصه من جهة أخرى وهى أنه لا يملك التصرف فيه بما يخرجه عن ملكه بغير العتق والكتابة لأنه انعقد له سبب الحرية كما مر بخلاف القن فإن ملكه كامل من كل وجه (قوله وبموته) أى المولى (قوله كلحاقه) بفتح اللام . أى مع الحكم به كما فى الدر المنتقى : وكذا المستأمن إذا اشترى عبدا فى دار الإسلام فدبره ولحق بدار الحرب فاسترق عتق مدبره كما فى البدائع نهر (قوله عتق فى آخر جزء الخ) نقله فى البحر عن المحيط . ثم قال وهو التحقيق ، وعليه يحمل كلامهم اه . ومفاده أن فيه قولين ،

ثلثه) أى ثلث ماله يوم موته إلا إذا قال فى صحته أنت حر أو مدبر ومات مجهلا فيعتق نصفه من الكل ونصفه من الثلث حاوى (وسعى) بحسابه إن لم يخرج من الثلث و (فى ثلثيه) لأن عتقه من الثلث (إن لم يترك غيره ولهوارث لم يجزه) أى التدبير (فإن لم يكن) وارث (أو كان وأجازه عتق كله) لأنه وصية ، ولذا لو قتل سيده سعى فى قيمته كمدبر السفيه ولو قتلته أم الولد لاشئ عليها كما بسطه فى الجوهرة (وسعى فى كله) أى كل قيمته مدبرا مجتبى وهو حينئذ كمكاتب ، وقالا حر مديون (لو) المولى (مديونا) بمحيط .

ولو دبر أحد الشريكين فللآخر خيارات العتق ، فإن ضمن شريكه فمات سعى فى نصفه مختار .

وفيه نظر فإنه إذا قال إن مت فأنت حر أو أنت حر بعد موتى لا تقع الحرية إلا بعد الموت ط (قوله يوم موته) صفة لماله : أى من ثلث ماله الكائن يوم موته لا يوم التدبير (قوله فى صحته) فلو فى مرضه فكل من النصفين يخرج من الثلث ط (قوله أنت حر أو مدبر) أى ردد بينهما (قوله ومات مجهلا) اسم فاعل من المضعف : أى لم يبين مراده ، فلو بين فعلى مابين ح (قوله فيعتق الخ) أى مراعاة اللفظين ، فلو لم يترك غيره وكانت قيمته ستمائة مثلا عتق نصفه بثلثمائة وعتق من نصفه الآخر مائتان وسعى بمائة (قوله إن لم يخرج من الثلث) كما لوكانت قيمته ثلثمائة وكان الثلث مائتين فإنه يسعى فى مائة (قوله وفى ثلثيه) عطف على قوله بحسابه (قوله لأن عتقه من الثلث) لما مر أنه تعليق العتق بالموت ، فحيث لم يترك سيدة غيره يعتق من الثلث ويسعى فى ثلثيه ، أما إذا خرج من الثلث فلا سعاية عليه إلا إذا كان السيد سفيها وقت التدبير أو قتل سيده فإنه يسعى فى قيمته كما فى الدر المنتقى عن الأشباه ، وقد مر ويأتى (قوله سعى فى قيمته) لأنه لا وصية لقاتل إلا أن فسخ العقد بعد وقوعه لا يصح فوجب عليه قيمة نفسه . ثم إذا كان القتل خطأ فالجناية هدر ، وكذا فيما دون النفس ولو عمدا فللورثة تعجيل القصاص أو تأخيره إلى مابعد السعاية جوهرة ملخصا (قوله كمدبر السفيه) فإنه يسعى فى كل قيمته مدبرا ، وليس عليه نقصان التدبير كالصالح إذا دبره ومات عليه ديون بحر (قوله لاشيء عليها) أى أنها تعتق لأن القتل موت ، ويقتص منها لو القتل عمدا وإلا فلا سعاية ولا غيرها لأن عتقها ليس بوصية ، بخلاف المدبرة فإن قتلها له ردللوصية جوهرة ملخصا (قوله أى كل قيمته مدبرا) وهى ثلثا قيمته لنا كما مر فى عتق البعض ويأتى (قوله وهو حينئذ كمكاتب الخ) كذا ذكره فى البحر . وفرّع عليه أنه لاتقبل شهادته ، ولايزوج نفسه عنده مستدلا بما فى المجمع لو ترك مدبرا فقتل خطأ وهو يسعى للوارث فعليه قيمته لوليه . وقالا : ديته على عاقلته اه . قال : وكذا المنجز عتقه فى مرض الموت إذا لم يخرج من الثلث فإنه فى زمن السعاية كالمكاتب عنده . وللعلامة الشرنبلالى رسالة سماها [إيقاظ ذوى الدراية لوصف من كلف السعاية] حرر فيها أنه إذا لم يخرج من الثلث يسعى ، وهو حر وأحكامه أحكام الأحرار اتفاقا ، وكذا المعتق فى مرض الموت والمعتق على مال أو خدمة وأطال وأطاب ، ولخصنا كلامه فيما علقناه على البحر . وقال السيد الحموى فى حاشية الأشباه : وهو تحقيق بالقبول حقيق يعض عليه بالنواجذ (قوله بمحيط) أى بدين محيط بجميع ماله الذى من جملته المدبر أو برقبة المدبر إن لم يكن مال سواه اه ح . أما لو كان الدين أقل من قيمته فإنه يسعى فى قدر الدين . والزيادة على الدين ثلثها وصية ، ويسعى فى ثلثى الزيادة بحر عن شرح الطحاوى (قوله خيارات العتق) وهى سبعة إذا كان الشريك موسرا وستة إذا كان معسرا بإسقاط التضمين ط ومرت فى باب عتق البعض (قوله فإن ضمن شريكه) أى ضمن الساكت الشريك المدبر فالضامن أن يرجع بما ضمن على العبد ، وإن لم يرجع حتى مات عتق نصيبه من ثلث ماله وسعى العبد فى النصف الآخر كاملا للورثة ، وهذه الخيارات عند الإمام . وعندهما صار العبد كله مدبرا بتدبير أحدهما ، وهو ضامن لنصيب

(وولد المدبرة) تدبيرا مطلقا (مدبر) أما المقيد فلا يتبعها ، وذكر المصنف فى البيع الفاسد أن ولد المدبر كأبيه فتأمل ، وأما تدبير الحمل فكعتقه .

(ولو ولدت المدبرة من سيدها فهى أم ولده وبطل التدبير) لأنه من الثلث والاستيلاد من الكل فكان أقوى (وبيع) ووهب ورهن المدبر المقيد (كأن قال له إن مت فى سفرى أو مرضى) هذا (أو إلى عشرين سنة مثلا) مما يقع غالبا ، أو إن مت أو غسلت أو كفنت ، أو إن مت أو قتلت خلافا لزفر

شريكه موسرا كان أو معسرا ح عن الهندية ملخصا (قوله وولد المدبرة) أى المولود بعد التدبير لا قبله ، لأن حق الحرية لم يكن ثابتا فى الأم وقت الولادة حتى يسرى إلى الولد . ولو اختلفا فادعت ولادته بعد التدبير فالقول للمولى أنها قبله مع يمينه على العلم والبينة لها ، وتمامه فى البدائع والفتح (قوله مدبر) فيعتق بموت سيد أمه (قوله وذكر المصنف الخ) عبارته وولد المدبر كهو اه : ووقع نحوه فى بعض نسخ الهداية بلفظ : وولد المدبر مدبر: ورده فى البحر بأن التبعية إنما هى للأم لا للأب . وأجاب ح بأن لفظ المدبر يتناول الذكر والأنثى كما مر فى لفظ المملوك ، ويكون المراد به فى عبارتهما الأنثى بقرينة ماقدمناه من أن الولد يتبع الأم فى التدبير لا الأب اه لكن هذا الجواب لايصح فى عبارة الشارح حيث عبر بقوله كأبيه ، فلو ذكر عبارة المصنف من غير تصرف فيها لكان أولى ط (قوله فتأمل) أمر بالتأمل لمخالفته لما مر من عدم تبعيته للأب . وفى بعض النسخ : قال وهو تحريف ظاهر ، لأن مابعده لم يذكره المصنف فى البيع الفاسد ولو كان ذكره لايناسب تفريعه على ما قبله كما قاله المحشى (قوله وأما تدبير الحمل فكعتقه) أى أنه يصح تدبيره وحده ، لكن قال فى الكافى : ولم يكن له أن يبيع الأم ولا يهبها ولا يمهرها ، فإن ولدت لأقل من ستة أشهر كان الولد مدبرا ، وإن لأكثر كان رقيقا اه وتقدم فى كتاب العتق أنه لو أعتق الحمل لم يجز بيع الأم وجاز هبتها ، ولو دبره لم تجز هبتها فى الأصح ، وتقدم وجه الفرق ، وهذا قبل الولادة فيجوز بعدها البيع والهبة (قوله وبطل التدبير) ، معنى البطلان كما قاله صاحب الذخيرة أنه لايظهر حكمه بعد الاستيلاد فكأنه بطل ، وليس المراد بطلانه بالكلية .

فإن قلت : مافائدة التدبير حينئذ؟ قلت : دخولها فى قوله كل مدبر لى حر فتعتق حالا ولا يتوقف عتقها إلى مابعد الموت ط (قوله وبيع الخ) قال فى البحر : بيان للمدبر المقيد وأحكامه .

وحاصله أن يعلق عتقه بموته على صفة لا بمطلقه أو بزيادة شىء بعد موته كإن مت وغسلت أو كفنت ودفنت فأنت حر فيعتق إذا مات استحسانا ، وإنما بيع المدبر المقيد لأن سبب الحرية لم ينعقد فى الحال للتردد فى هذا القيد لجواز أن لايموت منه فصار كسائر التعليقات ، بخلاف المدبر المطلق لأنه تعلق عتقه بمطلق موته وهو كائن لامحالة اه وأشار الشارح بقوله ووهب إلى أن المراد بالبيع الإخراج عن الملك لا خصوصه ط (قوله مما يقع غالبا) أى مما تقع حياته بعدها غالبا احترز به عن نحو إلى مائة سنة فإنه يكون مدبرا مطلقا ، وقد مر الكلام عليه ، ومعنى قوله إلى عشرين سنة : أى إن وقع موتى فى هذه المدة التى ابتداؤها هذا الوقت وتنتهى إلى عشرين ط وكذا إلى سنة ، فلو مات قبلها عتق وبعدها لا ، ولو فى رأسها فمقتضى الوجه لايعتق لأن الغاية هنا للإسقاط ، إذ لولاها تناول الكلام مابعدها فتح ملخصا . وأجاب فى البحر بأن هذا غير مطرد لانتقاضه فى لا أكلمه إلى غد فإن الغاية لا تدخل فى ظاهر الرواية فله أن يكلمه فى الغد مع أنها للإسقاط . ونازعه المقدسى بأن السنة ليست فى الحقيقة غاية ، فلابد أن يقدر إلى مضى سنة ، بخلاف الغد فإنه اسم لزمان مستقبل له اسم خاص دخل عليه إلى التى للغاية تأمل (قوله وكفنت) فى نسخ بأو وهى الموافقة لما فى البحر ط (قوله أو إن مت أو قتلت) أى بترداده بين

ورجحه الكمال ، أو أنت حر بعد موتى وموت فلان مالم يمت فلان قبله فيصير مطلقا (أو أنت حر بعد موت فلان) كما فى الدرر والكنز ورده فى البحر بما فى المبسوط وغيره من أنه ليس تدبيرا بل تعليقا ، حتى لو مات فلان والمولى حى عتق من كل المال . ولو مات المولى أولا بطل التعليق (ويعتق) المقيد (إن وجد الشرط) بأن مات من سفره أو مرضه ذلك (كعتق المدبر) من الثلث لوجود الإضافة للموت (قال إن مت من مرضى هذا فهو حر فقتل لايعتق، بخلاف) مالو قال (فى مرضى) ففرق بين من وفى ولوله حمى فتحول صداعا أو بعكسه، قال محمد هو مرض واحد مجتبى .

(وقيمة المدبر) المطلق (ثلثا قيمته قنا) به يفتى (و) المدبر (المقيد يقوّم قنا) درر عن الخانية : وفيها عنها

الجملتين ، فليس بمدبر مطلق عند أبى يوسف لأن الموت ليس بقتل وتعليقه بأحد الأمرين يمنع كونه عزيمة فى أحدهما خاصة بحر .

مطلب الكمال ابن الهمام من أهل الترجيح

(قوله ورجحه الكمال) أى رجح قوله زفر إنه مدبر مطلق بأنه أحسن ، لأنه فى المعنى تعليق بمطلق موته كيفما كان قتلا أو غير قتل ، وقدمنا غير مرة أن الكمال من أهل الترجيح كما أفاده فى قضاء البحر ، بل صرح بعض معاصريه بأنه من أهل الاجتهاد ولا سيما وقد أقره على ذلك فى البحر والنهر والمنح، ورمز المقدسى والشارح وهم أعيان المتأخرين فافهم (قوله بعد موتى وموت فلان) أوموت فلان وموتى كافى الحاكم (قوله فيصير مطلقا) جواب للمفهوم، والتقدير، فإن مات فلان قبله صار الآن مدبرا مطلقا . قال فى الكافى : ألا ترى أنه لو قال أنت حر بعد كلامك فلانا وبعد موتى فكلم فلانا كان مدبرا ، وكذلك قوله : إن كلمت فلانا فأنت حر بعد موتى فكلمه صار مدبرا اهـ . قال ح عن الهندية : فلو مات المولى قبل موت فلان لايصير مدبرا وكان للورثة أن يبيعوه (قوله من أنه) أى ماذكره من مسألة المتن ، وكذا قوله بعد موتى وموت فلان كما فى البحر (قوله حتى لو مات الخ) تفريع على كونه تعليقا متضمن لبيان الفرق بينه وبين التدبير المقيد بعد اشتراكهما فى جواز البيع والعتق بالموت : والفرق هو أنه إن مات فلان فقط فى مسألة المتن عتق من كل المال ، وإن مات المولى أولا فى المسألتين بطل التعليق كما لو قال إن دخلت الدار فأنت حر فمات المولى قبل الدخول والمدبر المقيد مثل المطلق لايعتق إلا بموت المولى ومن ثلث ماله لاكله (قوله بأن مات من سفره أو مرضه ذلك) أى أو فى المدة المعينة، فلو أقام أو صح أو مضت المدة ثم مات لم يعتق لبطلان اليمين قبل الموت بحر (قوله من الثلث) متعلق بقوله ويعتق، وذكره بيانا لوجه الشبه . وأفاد أنه يسعى فيما زاد وإن استغرق ففى كله ٧ كما فى الدر المنتقى (قوله ففرق بين من وفى) ووجهه أن «من» تفيد أن الموت مبتدأ وناشئ من ذلك المرض، بأن يكون ذلك المرض سبب الموت والقتل سبب آخر . وأما «فى» فإنها تفيد أن الموت واقع فى ذلك المرض سواء كان بسببه أو بسبب آخر (قوله فتحول) أعاد الضمير مذكرا مع أن الحمى مؤنثة على تأويلها بالمرض (قوله هو مرض واحد) لعل وجهه أن أحد هذين المرضين ينشأ عن الآخر غالبا فعدا مرضا واحدا وإلا فالمذكور فى كتب الطب أنهما مرضان ، ولعل تخصيص محمد بالذكر لكونه المخرج للفرع وإلا فلم أر له مقابلا أفاده ط (قوله به يفتى) وقيل هى قيمته قنا، وقيل قيمة خدمته مدة عمره، وقيل نصف قيمته قنا كالمكاتب ، وهو الأصح ، وعليه الفتوى باقانى . وفى البحر أنه مختار الصدر الشهيد والولوالجى : قال فى الدر المنتقى فى باب عتق البعض قلت : ولكن المتون على الأول . ووجهه كما صرح به فى الهداية أن المنافع أنواع ثلاثة : البيع وأشباهه ، والاستخدام وأمثاله ، والإعتاق وتوابعه ، وبالتدبير فات البيع (قوله يقوّم قنا) فإذا

صحيح قال لعبده أنت حر قبل موتى بشهر فمات بعد شهر عتق من كل ماله. زاد فى المجتبى ولمولاه بيعه فى الأصح .

[فرع] قال مريض أعتقوا غلامى بعد موتى إن شاء الله صح الإيصاء ، وفى هو حر بعد موتى إن شاء الله لم يصح ، لأن الأول أمر والاستثناء فيه باطل والثانى إيجاب فيصح الاستثناء .

باب الاستيلاد

هو لغة : طلب الولد من زوجة أو أمة ، وخصه الفقهاء بالثانى .

(وإذا ولدت) ولو سقطا (الأمة)

لم يخرج من الثلث ولزمه السعاية فى ثلثى قيمته أوفى كلها يقوّم قنا لامدبرا (قوله قبل موتى بشهر) أما لوقال بعد موتى بشهر فهو وصية بالإعتاق فلا يعتق إلا بإعتاق الوارث أو الوصى كما فى البحر عن المجتبى (قوله عتق من كل ماله) فى الخانية : ولو مات بعد شهر ، قيل يعتق من الثلث ، وقيل من الكل لأن على قول الإمام يستند العتق إلى أول الشهر وهو كان صحيحا ، فيعتق من الكل وهو الصحيح : وعلى قولهما يصير مدبرا بعد مضى الشهر قبل موته اهـ وفى الظهيرية فإن مضى شهر كان مطلقا عند البعض . وقال بعضهم : هو باق على التقييد اهـ .

قلت : القول بعتقه من الثلث يصح بناؤه على كل من القولين الأخيرين ، وأما ما صححه فى الخانية من عتقه من الكل فهو على أنه غير مدبر أصلا ، لما علمت من أن المدبر المطلق والمقيد إنما يعتق من الثلث ، وقيد بأنه مات بعد شهر ؛ لما فى المجتبى من أنه لو مات المولى قبل مضى الشهر لايعتق بالإجماع (قوله ولمولاه بيعه) قال فى الشرنبلالية وتقييد صحة بيعه بأن يعيش المولى بعد البيع أكثر من شهر لينتفى المحل للعتق حال المدة التى يليها موت المولى تأمل اهـ أى لأنه لو مات بعد البيع بأقل من شهر ظهر أنه وقت البيع كان حرا لإسناد العتق إلى أول الشهر الذى يليه الموت فافهم ، لكن هذا التقييد غير صحيح ، لما قالوا من أن الاستناد هو أن يثبت الحكم فى الحال ثم يستند إلى وقت وجود السبب ؛ حتى لو قال أنت حرة قبل موت فلان بشهر ثم باعها ثم مات فلان لتمام الشهر لم تعتق لعدم المحلية أى لعدم كونها محلا فى الحال ، وانظر مامر فى الطلاق فى الأحكام الأربعة فى باب الطلاق الصريح (قوله فى الأصح) راجع إلى قوله عتق من كل ماله ، وقوله ولمولاه بيعه (قوله لأن الأول أمر الخ) أى والأمر هو طلب الفعل من المأمور ، وهو أمر متحقق مع التلفظ به فلا يصح استثناؤه ، بخلاف أنت حر فإنه فى الأصل إخبار محتمل للصدق والكذب ثم استعمل لإنشاء الحرية فيصح استثناؤه نظرا لأصله كما مر فى بابه . وفرق فى الذخيرة هنا بأن الإيجاب يقع ملزما بحيث لا يقدر على إبطاله بعده فيحتاج إلى الاستثناء فيه حتى لايلزمه حكمه والأمر لايقع لازما فإنه يقدر على إبطاله بعزل المأمور به فلا يحتاج للاستثناء اهـ وسيأتى تمامه قبيل باب اليمين فى الدخول والخروج والله تعالى أعلم .

باب الاستيلاد

تقدم فى التدبير وجه المناسبة ، وهو على تقدير مضاف : أى أحكام الاستيلاد (قوله وخصه الفقهاء بالثانى) أى خصوا الاستيلاد بطلب الولد من الأمة : أى استلحاقه . قال فى الدر المنتقى : فأم الولد جارية استولدها الرجل بملك اليمين أو النكاح أو بالشبهة ثم ملكها ، فإذا استولدها بالزنا لاتصير أم ولد عندهم استحسانا ، وتصير أم ولد قياسا كما قال زفر اهـ ؛ لكن لو ملك الولد عتق عليه كما سيأتى فى الفروع (قوله ولو سقطا) قال فى البحر : أطلق فى الولد فشمل الولد الحى والميت ، لأن الميت ولد بدليل أنه يتعلق به أحكام الولادة ، حتى تنقضى به العدة

ولو مدبرة (من سيدها) ولو باستدخال منيه فرجها (بإقراره) وينبغي أن يشهد لئلا يسترق ولده بعد موته (ولو حاملا) كقوله: حملها وما في بطنها مني كما مر في ثبوت النسب وهذا قضاء، أما ديانة فيثبت بلا دعوة كاستيلاد معتوه ومجنون

وتصير به المرأة نفساء ؛ وشمل السقط الذي استبان بعض خلقه ، وإن لم يستبن شيء لا تكون أم ولد وإن ادعاه اهـ (قوله ولو مدبرة) فيجتمع لحريتها سببان التدبير والاستيلاد ، وقوله في الباب السابق وبطل التدبير تقدم معناه (قوله من سيدها) أي المالك لها كلا أو بعضا ، وشمل المسلم والكافر ذميا أو مرتدا أو مستأمنا كما في البدائع . قال في الدر المنتقى : وسواء كان مولاها حقيقة أو حكما ، ليشمل ما إذا وطئ الأب جارية الابن ثم ولدت فادعاه (قوله ولو باستدخال الخ) تعميم للولادة : أي سواء كانت بسبب الوطء أو بإدخالها منيه في فرجها (قوله بإقراره) أي بإقرار المولى بأن الولد منه منح ، ومثله في الدرر ، وقوله ولو حاملا: أي ولو كان إقراره حال كونها حاملا درر .

قلت : فالباء في بإقراره بمعنى مع حال من الولادة المفهومة من ولدت ، وقوله ولو حاملا حال من إقراره ، والمراد منه إقراره بالولد كما علمت ، فصار المعنى إذا ولدت من سيدها ولادة مقترنة بإقراره بالولد ولو كان إقراره بالولد في حال كونها حاملا ، لأن الإقرار وإن كان قبل الولادة يبقى حكمه فيقارن الولادة : ولا يخفى أن هذا المعنى صحيح ، فلا حاجة إلى تطريق احتمالات لا تصح وردها فافهم : وأفاد أن المدار على الإقرار والدعوى سواء ثبت النسب معها أولا ، لما قالوا من أنه لو ادعى نسب ولد أمته التي زوجها من عبده فإن نسبه إنما يثبت من العبد لا من السيد وصارت أم ولد له لإقراره بثبوت النسب منه وإن لم يصدقه الشرع ، وبه اندفع ما في الفتح من أنهم أخلوا بقيد ثبوت النسب كما حرره في النهر ؛

قلت : لكن يرد عليه ما لو زنى بأمة غيره وادعى أن الولد منه فإنها لا تصير أم ولده إذا ملكها عندنا كما مر ، لأن أمومية الولد فرع ثبوت النسب ، وسيأتي آخر الباب مزيد بيان (قوله كقوله حملها الخ) قال في النهر : ينبغي أن يقيد بما إذا وضعته لأقل من ستة أشهر من وقت الاعتراف ؛ فإن وضعته لأكثر لا تصير أم ولد :

وفي الزيلعي : لو اعترف بالحمل فجاءت به لستة أشهر من وقت الإقرار لزمه للتيقن بوجوده ، ويوافقه ما في المحيط : لو أقر أن أمته حبلى منه ثم جاءت بولد لستة أشهر يثبت نسبه منه لأنها صادفت ولدا موجودا في البطن ، وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر لم يلزمه النسب لأنا لم نتيقن بوجوده وقت الدعوى لاحتمال حدوثه بعدها ، فلا تصح الدعوى بالشك اهـ (قوله وما في بطنها مني) لكن إن قال ما في بطنها من حمل أو ولد لم يقبل قوله إنها لم تكن حاملا وإنما كان ريحا ولو صدقته ، وإن لم يقل وصدقته يقبل كما في البحر (قوله أما ديانة الخ) قال في الفتح : فأما الديانة فالمروي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه إن كان حين وطئها لم يعزل عنها وحصنها عن مظان ريبة الزنا يلزمه من قبل الله تعالى أن يدعيه بالإجماع ، لأن الظاهر والحالة هذه كونه منه والعمل بالظاهر واجب ، وإن كان عزل عنها حصنها أولا أو لم يعزل ولكن لم يحصنها فتركها تدخل وتخرج بلا رقيب مأمون جاز له أن ينفيه لأن هذا الظاهر وهو كونه منه يعارضه ظاهر آخر وهو كونه من غيره لوجود أحط الدليلين على ذلك وهما العزل أو عدم التحصين (قوله كاستيلاد معتوه ومجنون) مقتضى التشبيه أنه يثبت بلا دعوة ديانة لا قضاء ، والمتبادر من نظم الوهبانية أنه يثبت قضاء أيضا . وأصله ما في القنية عن نجم الأئمة البخاري : متى ولدت الجارية من مولاها صارت أم ولد له في نفس الأمر ، وإنما تشترط دعوته للقضاء ، ولهذا يصح استيلاد المعتوه والمجنون مع عدم الدعوة منهما اهـ . قال العلامة عبد البر بن الشحنة في شرح النظم : وعامة المصنفين لم يستثنوا هاتين الصورتين من القاعدة المقررة في المذهب أنه لا يثبت النسب في ولد الأمة الأول إلا بالدعوة اهـ : وظاهره أنه فهم

وهبانية (أو) ولدت (من زوج) تزوجها ولو فاسدا كوطء بشبهة فولدت (فاشتراها الزوج) أى ملكها كلا أو بعضا (فهى أم ولد) من حين الملك ، فلو ملك ولدها من غيره فله بيعه ،وكذا لو استولدها بملك ثم استحقت

أن المراد ثبوت الاستيلاد فيهما قضاء وإلا فلا حاجة إلى التنبيه ، على أن عامتهم لم يستثنوهما ،وهكذا فهم فى البحر حيث قال : فهذا إن صح يستثنى وهو مشكل ، فإن الاستثناء والإشكال فى ثبوته قضاء لا فى ثبوته ديانة كما لايخفى وهكذا فهم فى النهر أيضا حيث أجاب عن الإشكال بأنه يمكن أن تكون الدعوى من وليه كعرض الإسلام عليه بإسلام زوجته اه .

واعترضه بعضهم بأن الفرق ظاهر ، إذ فى دعوى الولى تحميل النسب على الغير . ثم لايخفى أن المشكل الذى فيه الكلام هو ما إذا كان للمجنون أو المعتوه أمة يطؤها فولدت ، أما إذا كانت له زوجة هى أمة للغير ولدت منه وثبت نسب الولد منه بحكم الفراش ثم ملكها فلا شبهة فى أنها تصير أم ولد له قضاء بلا دعوى كالعاقل ، فحمل كلام النظم والقنية عليه غير صحيح ، بل هو محمول على ماقلنا فافهم ، ولكن الحق أن ثبوته فى القضاء مشكل إذ هو فرع العلم بالوطء وهذا عسير ، فجرد ولادتها فى ملكه بدون دعوى صحيحة لايثبت به الاستيلاد ولا النسب فلذا لم يستثنه عامة المصنفين من القاعدة المذكورة ، فالأقرب حمل كلام القنية على مافهمه الشارح من ثبوته ديانة لاقضاء وإن خالف مافهمه غيره . والمعنى أنها إذا ولدت له ثم أفاق وعلم أنه وطئها فى حال جنونه وأن هذا الولد منه صارت أم ولد له فى نفس الأمر ، ووجب عليه ديانة أن يدعيه وأن لايبيعها وإلا فلا ، هذا ماظهرلى تحريره ،والله سبحانه أعلم (قوله من زوج) خرج مالو ولدت من زنا فملكها الزانى كما فى البحر ، وسيأتى فى الفروع (قوله ولو فاسدا) كنكاح بلا شهود (قوله كوطء بشبهة) تنظير لا تمثيل للفاسد ، لأن المراد به ماليس بعقد أصلا ، كما لو وطئها على ظن أنها زوجته (قوله فاشتراها الزوج) الأولى أن يزيد أو الواطئ ليشمل الشبهة (قوله أى ملكها) تعميم للشراء ليدخل فيه الملك بإرث أو هبة ،وقوله كلا أو بعضا تعميم للضمير المفعول . وأفاد به عدم تجزئ الاستيلاد .

وفى الدر المنتقى : هل يتجزأ الاستيلاد؟ فى التبيين نعم ، وفى غيره لا إذا أمكن تكميله اه . وفى البدائع الاستيلاد لايتجزأ عندهما كالتدبير ، وعنده هو متجزئ إلا أنه قد يتكامل عند وجود سبب التكامل وشرطه وهو إمكان التكامل . وقيل لايتجزأ عنده أيضا ، لكن فيما يحتمل النقل فيه ويتجزأ فيما لايحتمله كأمة بين اثنين ولدت فادعاه أحدهما صارت أم ولد له ، وإن ادعياه جميعا صارت أم ولد لهما (قوله أو بعضا) بأن اشتراها هو وآخر فتصير أم ولد للزوج ويلزمه قيمة نصيب شريكه ،وتمامه فى البحر (قوله من حين الملك) أى لا من حين العلوق بحر (قوله فلو ملك ولدها من غيره) يعنى الولد الحادث قبل ملكه إياها . قال فى الفتح : وفى المبسوط : لو طلقها فتزوجت بآخر فولدت منه ثم اشترى الكل صارت أم ولد وعتق ولده وولدها من غيره يجوز بيعه خلافا لزفر ، بخلاف الحادث فى ملكه من غيره فإنه فى حكم أمه اه .

[تنبيه] استفتى فى الفتح من قولهم : إن الحادث فى ملكه من غيره حكمه كأمه ما إذا كان جارية فإنه لايستمتع بها لأنه وطئ أمها . وزاد فى البحر : مالو سرى أم ولد الغير من رجل جاهلا بحالها فولدت له ثم استحقها مولاها فله على المشترى قيمة الولد للغرور ، وكان ينبغى أن لايلزمه شىء عند الإمام لأن ولد أم الولد لا مالية فيه كأمه إلا أنه ضمن عنده لأن عدم ماليته بعد ثبوت حكم أمية الولد فيه ولم يثبت لعلوقه حر الأصل فلذا يضمن بالقيمة اه (قوله وكذا لو استولدها بملك) عطف على قوله أو ولدت من زوج : أى وكذا تكون أم ولد استولدها ثم استحقت أو لحقت ثم ملكها اه ح (قوله ثم استحقت) أى استحقها الغير ، بأن أثبت أنها أمته ؛ قال ح :

أو لحقت ثم ملكها، فإن عتق أم الولد يتكرر بتكرر الملك كالمحارم ، بخلاف المدبرة (حكمها) أى المستولدة (كالمدبرة) وقد مر (إلا) فى ثلاثة عشر مذكورة فى فروق الأشباه والبيع الفاسد من البحر : منها (أنها تعتق بموته من كل ماله) والمدبرة من ثلثه (من غير سعاية) والمدبرة تسعى ، ولو قضى بجواز بيعها لم ينفذ بل يتوقف على قضاء قاض آخر إمضاء وإبطالا ذخيرة ، وينفذ فى المدبرة كما مر

وينبغي أن يكون ولدها حرا بالقيمة لأنه مغرور (قوله فإن عتق أم الولد يتكرر) يعنى أن كونها أم ولد يتكرر وأطلق عليه العتق لأنه إعتاق ما لا لحديث « أعتقها ولدها » :

وحاصله أن الاستحقاق أو اللحاق لاينافى عودها أم ولد بتجدد الملك ولو بعد إعتاقها ،لأن سبب صيرورتها أم ولد قائم وهو ثبوت النسب منه فافهم ، وماذكره مأخوذ من الخانية ، ونصها : عتق أم الولد يتكرر بتكرر الملك كعتق المحرم يتكرر بتكرر الملك ، وتفسيره : أم الولد إذا أعتقها وارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت واشتراها المولى فإنها تعود أم ولد له ، وكذا لو ملك ذات رحم محرم منه وعتقت عليه ثم ارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت فاشتراها عتقت عليه وكذا ثانيا وثالثا اهـ (قوله بخلاف المدبرة) أى فإنه إذا أعتقها ثم ارتدت وسبيت فملكها لاتصير مدبرة . والفرق أن عتق المدبرة وصل إليها بالإعتاق وبطل التدبير فلا يبقى عتقها معلقا بالموت ، بخلاف الاستيلاد فإنه لايبطل بالإعتاق والارتداد لقيام سببه وهو ثبوت نسب الولد بحر (قوله حكمها كالمدبرة) فى كونها لايمكن تمليكها بعوض ولا بدونه (قوله وقد مر) فى قوله لاتباع المدبرة :

مطلب فى القضاء بجواز بيع أم الولد

(قوله فى ثلاثة عشر) قال فى البيع الفاسد من البحر وفى فتح القدير هنا : اعلم أن أم الولد تخالف المدبر فى ثلاثة عشر حكما : لاتضمن بالغصب وبالإعتاق والبيع ، ولا تسعى لغريم،وتعتق من جميع المال، وإذا استولد أم ولد مشتركة لم يتملك نصيب شريكه ، وقيمتها الثلث ، ولاينفذ القضاء بجواز بيعها ، وعليها العدة بموت السيد أو إعتاق ، ويثبت نسب ولده بلا دعوة ، ولايصح تدبيرها ، ويصح استيلاد المدبرة ولا يملك الحربى بيع أم ولده ويملك بيع مدبره ، ويصح استيلاد جارية ولده ولا يصح تدبيرها كذا فى التنقيح اهـ ح وذكر منها هنا أربعة (قوله تعتق بموته) أى ولو حكما كلحاقه بدار الحرب مرتدا ، وكذا المستأمن لو عاد إلى دار الحرب فاسترق وله أم ولد فى دار الإسلام نهر (قوله من كل ماله) هذا إذا كان إقراره بالولد فى الصحة أو المرض ومعها ولد أوكانت حبلى ، فإن لم يكن شيء من ذلك عتقت من الثلث لأنه عند عدم الشاهد إقرار بالعتق وهو وصية ، كذا فى المحيط وغيره نهر ، وسيأتى فى الفروع (قوله والمدبرة تسعى) أى إن لم تخرج من الثلث على مامر تفصيله ه

مطلب فى قضاء القاضى بخلاف مذهبه

(قوله ولو قضى بجواز بيعها) أى قضى به حنفى مثلا على إحدى الروايتين عن الإمام من أن القاضى لوقضى بخلاف رأيه ينفذ قضاؤه : أى مالم يقيده السلطان بمذهب خاص ، أما على الرواية الأخرى وهو قولهما المرجح لاينفذ مطلقا فيراد القاضى المقلد لداود الظاهرى فإنه يقول بجواز بيعها ، وله واقعة مع أبى سعيد البردعى شيخ الكرخى حكاها الزيلعى وغيره ، وذكرها ح فراجعه (قوله لم ينفذ) هذا عند محمد وعليه الفتوى : وقالا : ينفذ ، والخلاف مبنى على خلاف فى مسألة أصولية ، هى أن الإجماع المتأخر هل يرفع الخلاف المتقدم ؟ عندهما لايرفع لما فيه من تضليل بعض الصحابة رضى الله تعالى عنهم ؛ وعنده يرفع ح عن المنح : وذكر فى التحرير أن الأظهر من الروايات أنه لاينفذ عندهم جميعا اهـ : ومفاده ارتفاعه عندهم فيثبت الإجماع المتأخر لأنه حيث ارتفع

(وإن ولدت بعده ولداثبت نسبه بلا دعوى) إذا لم تحرم عليه بنحو نكاح أو كتابة أو وطء ابنه أو المولى أمها ، فحينئذ لو ولدت لأكثر من ستة أشهر لايثبت إلا بدعوة ، إلا فى المزوجة فلايثبت بل يعتق عليه بدعوته ولو لأقل

الخلاف المتقدم لم يبق فى المسألة قول آخر ، فكان القضاء به قضاء بما لا قائل به فلا ينفذ لمخالفته الإجماع .

قلت : لكن المقرر فى كتاب القضاء كما سيأتى تحريره إن شاء الله تعالى أن الحكم ثلاثة أنواع : منه مالا يصح أصلا وإن نفذه ألف قاض ، وهو ماخالف كتابا أو سنة مشهورة أو إجماعا ، ومنه ماثبت فيه الخلاف قبل الحكم ويرتفع بالحكم ، حتى لو رفع إلى قاض آخر لايراه أمضاه : ومنه ماثبت فيه الخلاف بعد الحكم أى وقع الخلاف فى صحة الحكم به ، فهذا إن رفع إلى قاض آخر ، فإن كان لايراه أبطله ، وإن كان يراه أمضاه ، ومقتضى قوله بل يتوقف الخ أنه من هذا النوع ، ومقتضى كونه مخالفا للإجماع أنه من النوع الأول ، وبه صرح الشارح فى كتاب القضاء حيث قال عند قول المصنف أو إجماعا كحل المتعة لإجماع الصحابة على فساده وكبيع أم ولد على الأظهر ، وقيل ينفذ على الأصح ، فجعل عدم النفاذ مبنيا على مخالفته للإجماع ، وعليه فلا يصح قوله بل يتوقف الخ فتأمل .

ثم رأيت فى التحرير عزا قوله بل يتوقف إلى الجامع . ووجهه بأن الإجماع المسبوق بخلاف مختلف فى كونه إجماعا ففيه شبهة كخبر الواحد فكذا فى متعلقه وهو ذلك الحكم المجمع عليه ، فكان القضاء به نافذا لأنه غير مخالف للإجماع القطعى . وقال شارحه : ثم الأظهر أن الخلاف فى القضاء ببيع أم الولد فى نفس القضاء كما فى متعلقه الذى هو جواز البيع لافى نفس متعلقه فقط ، فيتجه مافى الجامع لأن قضاء الثانى هو الذى يقع فى مجتهد فيه أعنى الأول ، فلذا قال فى الكشف وهذا أوجه الأقاويل اه والله سبحانه أعلم .

[فرع] باع أم ولده والمشترى يعلم بها فولدت فادعاه فهو للبائع ، لأن له فراشا عليها ، فإن نفاه ثبت من المشترى استحسانا وكذا لو لم يعلم المشترى إلا أن الولد يكون حرا لو نفاه البائع ، ولو باع مدبرته ووطئها المشترى عالما بها فولدت منه ثبت منه ولم يعتق ورده مع أمه إلى البائع لأنه غير مغرور محيط (قوله وإن ولدت بعده) أى بعد الولد الذى ثبت منه باعترافه أو بنكاحه (قوله إذا لم تحرم) قيد لقوله بلا دعوى (قوله بنحو نكاح) أى من كل حرمة مزيلة للفراش ، بخلاف الحرمة بالحيض والنفاس والصوم والإحرام ، وأدخل بلفظ نحو الاشتراك فيها ، فلو ولدت المشتركة ولدا ثانيا لم يثبت بلا دعوى كما سيذكره قبيل قوله وهى أم ولدهما ويأتى بيانه ، أو كانت الحرمة بسبب إرضاعها زوجته الصغيرة نهر (قوله أو وطء ابنه) مصدر مضاف لفاعله ، والمراد أن يطأها أحد أصوله أو فروعه (قوله أو المولى أمها) المراد أن يطأ المولى إحدى أصولها أو فروعها ح (قوله فحينئذ) أى فحين إذ حرمت عليه بأحد هذه الأشياء اه ح (قوله لأكثر من ستة أشهر) كذا فى البحر عن البدائع .

قال ح : والأولى لستة أشهر فأكثر كما لايخفى (قوله لايثبت إلا بدعوة) لأن الظاهر أنه ماوطئها بعد الحرمة فكانت حرمة الوطء كالنفى دلالة ، فإن ادعاه يثبت لأن الحرمة لاتزيل الملك (قوله فلا يثبت) لأن الولد للفراش وهو الزوج (قوله ولو لأقل الخ) قال فى البحر بعد عزوه مامر للبدائع : وظاهر تقييده بالأكثر من الستة أنها لو ولدته بعد عروض الحرمة لأقل من ستة أشهر فإنه يثبت نسبه بلا دعوة للتيقن بأن العلوق كان قبل عروضها ، وقدذكره فى فتح القدير بحثا اه أى فقد وافق بحثه مفهوم الرواية فافهم ، لكن ينبغى تقييد هذا بما إذا زوّجها المولى غير عالم بالحمل لما فى التوشيح وغيره من أنه ينبغى أنه لو زوّجها بعد العلم قبل اعترافه به أنه يجوز النكاح ويكون نفيا اهذكره فى البحر وغيره فى فصل محرمات النكاح ، وقدمناه فى نكاح العبد والمدبرة والقنة كأم الولد بالأولى

من ستة أشهر ثبت بلا دعوة وفسد النكاح لندب استبرائها قبله بحر ، وقدمناه فى نكاح الرقيق وثبوت النسب (لكنه ينتفى بنفيه من غير توقف على لعان) لأن الفراش أربعة : ضعيف للأمة ومتوسط لأم الولد، وعلم حكمهما، وقوى للمنكوحة فلا ينتفى إلا باللعان ، وأقوى للمعتدة فلاينتفى أصلا لعدم اللعان (إلا إذا قضى به قاض) غير حنفى يرى ذلك فيلزمه بالقضاء (أو تطاول الزمان) وهو ساكت كما مر فى اللعان لأنه دليل الرضابحر (فلا) ينتفى بنفيه فى هاتين الصورتين (إذا أسلمت أم ولد الذمى) يعنى الكافر أومدبرته مسكين (عرض عليه الإسلام فإن أسلم فهى له وإلاسعت) نظرا للجانبين ، لأن خصومة الذمى

لأنه إذا كان نفيا فيما يثبت بالسكوت ففيما لايثبت إلا بالدعوة أولى كما فى النهر من المحرمات (قوله لندب استبرائها قبله) أى استبراء المولى إياها قبل النكاح ، وظاهره أن العلة فى فساد النكاح ندب الاستبراء وأن ذلك مذكور فى البحر ، وليس كذلك بل العلة فى فساده ظهور الحبل قبل تمام الستة أشهر كما تفيده عبارة البحر ، حيث قال : وأفاد بالتزويج أنه لايجب عليه الاستبراء . قالوا : هو مستحب كاستبراء البائع لاحتمال أنها حبلت منه فيكون النكاح فاسدا فكان تعريضا للفساد اهـ ط .

قلت : وقدمنا فى فصل المحرمات أن الصحيح وجوب الاستبراء قبل التزويج ، وقوله لاحتمال الخ يفيد أنه لو تحقق حبلها منه بأن ولدت لأقل من ستة أشهر يكون النكاح فاسدا سواء استبرأها أو لا ، ويفيده عبارة كافى الحاكم حيث قال : ولا ينبغى له أن يزوج أم ولده حتى يستبرئها ، فيعلم أنها ليست بحامل ، فإن زوجها فولدت لأقل من ستة أشهر فهو من المولى والنكاح فاسد اهـ . ووجهه أن الاستبراء علامة ظاهرة باعتبار الغالب وإلا فقد تكون حاملا ، وما رأته من الدم استحاضة ، والولادة لأقل من ستة أشهر من وقت التزويج دليل قطعى على كونها حاملا وقته ، فلا تعارضه العلامة الظاهرة الغالبة . ولا يقال : إن تزويجها بعد الاستبراء يكون نفيا للولد فلا يثبت منه ، لأنا نقول : إنما يكون نفيا له إذا علم بوجوده كما مر عن التوشيح ، أما إذا زوجها على ظن عدم وجوده ثم علم أنه موجود فمن أين يكون نفيا لنسبه فافهم (قوله للأمة) فإنه لايثبت إلا بالدعوة ، وينتفى بلا لعان (قوله لأم الولد) يثبت بلا دعوة ، وينتفى بلا لعان ، ويملك نقل فراشها بالتزويج (قوله للمعتدة) أى معتدة البائن ح (قوله لعدم اللعان) لأن شرط اللعان قيام الزوجية ، بأن تكون منكوحة أو معتدة رجعى كما تقدم فى بابه ح (قوله إلا إذا قضى به) استثناء من قوله لكنه ينتفى بنفيه ط (قوله غير حنفى) أما الحنفى فليس له الحكم من غير صريح الدعوى بحر (قوله يرى ذلك) أى يرى صحة القضاء بأنه ولده بعد نفيه من غير دعوى (قوله كما مر فى اللعان) حيث قال هناك نفى الولد الحى عند التهنئة ومدتها سبعة أيام عادة وعند ابتياع آلة الولادة صح ، وبعده لا لإقراره به دلالة اهـ (قوله لأنه دليل الرضا) عبارة البحر لأن التطاول دليل إقراره لوجود دليله من قبول التهنئة ونحوه فيكون كالتصريح (قوله فى هاتين الصورتين) زاد فى الشرنبلالية مالو أعتقها فإنه يثبت نسب ولدها إلى سنتين من يوم الإعتاق ، كما إذا مات ولا يمكن نفيه لأن فراشها تأكد بالحرية اهـ (قوله يعنى الكافر) أى ليشمل الحربى المستأمن أما الذى فى دار الحرب فلا يتمكن من عرض الإسلام عليه ، فهو معلوم أنه غير مراد فافهم (قوله أو مدبرته) ذكره فى البحر والنهر أيضا (قوله نظرا للجانبين) أى جانب أم الولد بدفع الذل عنها بصيرورتها حرة يدا وجانب الذمى ليصل إلى بدل ملكه .

مطلب خصومة الذمى أشد من خصومة المسلم

(قوله لأن خصومة الذمى الخ) فى الخانية من الغصب : مسلم غصب من ذمى مالا أو سرقه فإنه يعاقب عليه يوم القيامة لأنه أخذ مالا معصوما والذمى لايرجى منه العفو ، بخلاف المسلم فكانت خصومة الذمى أشد ، وعند

والدابة يوم القيامة أشد من خصومة المسلم (فى) ثلث (قيمتها) قنة (وعتقت بعد أدائها) أى القيمة التى قدرها القاضى (وهى مكاتبة فى حال سعايتها) إلا فى صورتين (بلا رد إلى الرق لو عجزت) إذ لو ردت لأعيدت ، (ولو مات قبل سعايتها) ولها ولد ولدته فى سعايتها سعى فيما عليها وإلا (عتقت مجانا) لأنها أم ولد ، وكذا حكم المدبر فيسعى فى ثلثى قيمته :

(ولو أسلم قن الذمى عرض الإسلام عليه ، فإن أسلم فبها وإلا أمر ببيعه) تخلصا من يد الكافر ذكره مسكين (فإن ادعى ولد أمة مشتركة) ولو مع ابنه (ثبت نسبه منه) ولو كافرا أو مريضا أو مكاتبا ، لكنه إن عجز فله بيعها (وهى أم ولده وضمن) يوم العلوق

الخصومة لايعطى ثواب طاعة المسلم للكافر لأنه ليس من أهل الثواب ، ولا وجه لأن يوضع على المسلم وبال كفر الكافر فيبقى فى خصومته ، وعن هذا قالوا : إن خصومة الدابة تكون أشد من خصومة الآدمى على الآدمى اه (قوله فى ثلث قيمتها قنة) كذا قاله الإتقانى ، بأن يقدر القاضى قيمتها فينجمها عليها فتصير مكاتبة ، وهى وإن كانت عند الإمام غير متقومة إلا أن الذمى يعتقد فى هذا تقومها أفاده فى النهر ومثله فى الفتح (قوله إذ لو ردت) أى إلى الرق لأعيدت مكاتبة لقيام الموجب مالم يسلم مولاها عينى (قوله ولو مات قبل سعايتها ولها ولد الخ) كذا فى عامة النسخ ، وفى بعضها : ولو مات قبل سعايتها عتقت بلا سعاية ، ولو ماتت هى ولها ولد الخ وهى الصواب لأن قوله ولها ولد إنما يناسب موتها هى لاموت سيدها ، لكن يبقى قوله وإلا عتقت مجانا غير مرتبط بما قبله ولا معنى له فكان عليه أن يقول بعد تمام عبارة المصنف : ولو ماتت هى ومعها ولد ولدته فى سعايتها سعى فيما عليها كما عبر به فى شرحه على الملتقى (قوله فيسعى فى ثلثى قيمته) أى قنا ، وقيل فى نصفها كامر (قوله وإلا أمر ببيعها) لأن البيع هنا ممكن ، بخلاف أم الولد والمدبر (قوله ذكره مسكين) أى ذكر تقييد الجبر على البيع بعرض الإسلام عليه وإبائه كما فى البحر (قوله ولو مع ابنه) فى بعض النسخ : ولو مع أبيه بالموحدة ثم المثناة وهى الموافقة لقوله فى الدر المنتقى ولو كان الشريك أباه . واعترضها ح بأنها غير صحيحة ، واستدل لذلك بقول البحر : وشمل ما إذا كان المدعى منهما الأب ، كما إذا كانت مشتركة بين الأب وابنه فادعاه الأب صح ولزمه نصف القيمة والعقر كالأجنبى ، بخلاف ما إذا استولدها ولا ملك له فيها حيث لايجب العقر عندنا اه .

قلت : وفيه نظر ظاهر ، إذ لامانع من دعوى الابن ولد الأمة المشتركة مع أبيه ، نعم يقدم الأب إذا ادعاه معه كما يأتى ولا دعوى هنا إلا من واحد ، وتخصيص صاحب البحر بكون المدعى الأب لبيان الفرق بين هذه المسألة وبين مسألة أخرى وهى ما إذا ادعى ولد أمة ابنه حيث لايجب عليه العقر ، لأنه إذا لم يكن للأب فيها ملك مست الحاجة إلى إثبات الملك فيها سابقا على الوطء نفيا له عن الزنا فلا عقر ، وإذا كان له فيها ملك فى شقص منها لم يكن زنا وانتفت الحاجة فيلزمه نصف العقر فافهم (قوله ثبت نسبه منه) لأن النسب إذا ثبت منه فى نصفها صادفته ملكه ثبت فى الباقى ، ضرورة أنه لايتجزأ لما أن سببه وهو العلوق لايتجزأ ، إذ الولد الواحد لايعلق من ماءين هداية (قوله أو مكاتبا الخ) فى كافى الحاكم : وإذا كانت الجارية بين حر ومكاتب فولدت ولدا فادعاه المكاتب فإن الولد ولده والجارية أم ولد له ، ويضمن نصف قيمتها يوم علقت منه ونصف عقرها ، ولا يضمن من قيمة الولد شيئا ، فإن ضمن ذلك ثم عجز كانت الجارية وولدها مملوكين لمولاه ، وإن لم يضمنه ذلك ولم يخاصمه رجع نصف الجارية ونصف الولد للشريك الحر اه (قوله لكنه إن عجز فله بيعها) قد علمت أنه إن عجز بعد الضمان صارت الجارية وولدها لمولاه ، وإن عجز قبله رجع نصف الجارية والولد للشريك ، وحينئذ فالضمير فى له بيعها على الأول يرجع للمكاتب يعنى بإذن مولاه أو للمولى ، وعلى الثانى يرجع للشريك ويكون المراد فى بيعها بيع حصته منها فافهم (قوله يوم العلوق) الأولى ذكره بعد قوله نصف قيمتها ونصف عقرها ، فإن كلا من القيمة

(نصف قيمتها ونصف عقرها) ولو معسرا (لاقيمة ولدها) لأنه علق حر الأصل (وإن ادعياه معا) أو جهل السابق (وقد استويا) وقت الدعوة لا العلوق (فى الأوصاف فهو ابنهما) فلولم يستويا قدم من العلوق فى ملكه ولو بنكاح وأب ومسلم وحر وذمى وكتابى على ابن وذمى وعبد ومرتد

والعقر يعتبر يوم العلوق كما فى الفتح وغيره (قوله نصف قيمتها)لأنه تملك نصيب صاحبه حين استكمل الاستيلاد درر (قوله ونصف عقرها) لأنه وطئ جارية مشتركة ،إذ ملكه يثبت بعد الوطء حكما للاستيلاد فيعقبه الملك فى نصيب صاحبه درر ، وقدمنا فى أول باب المهر عن الفتح أن العقر هو مهر مثلها فى الجمال : أى ما يرغب به فى مثلها جمالا فقط (قوله ولو معسرا) لأنه ضمان تملك ، بخلاف ضمان العتق كما تقرر فى موضعه درر (قوله لأنه علق حر الأصل) إذ النسب يستند إلى وقت العلوق والضمان يجب فى ذلك الوقت فيحدث الولد على ملكه ولم يعلق منه شئ على ملك شريكه درر .

[تنبيه] قيد المسألة فى الفتح بقوله هذا إذا حملت على ملكهما ، فلو اشترياها حاملا فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه ويضمن لشريكه نصف قيمة الولد لأنه لايمكن استناد الاستيلاد إلى وقت العلوق لأنه لم يحصل فى ملكها ولذا لايجب عليه عقر لشريكه هنا ، وتمامه فيه (قوله وإن ادعياه معا) قيدبالمعية لأنه لوسبق أحدهما بالدعوة فالسابق أولى كائنا من كان جوهرة ، وكونهما اثنين غير قيد عنده ، بل عند أبى يوسف . وعند محمد يثبت من ثلاثة لاغير وعند زفر من خمسة (قوله وقد استويا الخ) أى بأن يكونا مالكين أجنبيين مسلمين أو حرين أو ذميين أو مجوسيين (قوله وقت الدعوة الخ) فلو كان أحدهما مسلما والآخر ذميا وقت العلوق ثم أسلم الذمى وقت الدعوة كانا متساويين وكان لها كما ذكره فى غاية البيان (قوله قدم من العلوق فى ملكه) قال فى الفتح : إذا حملت على ملك أحدهما رقبة فباع نصفها من آخر فولدت يعنى لتمام ستة أشهر من بيع النصف فادعياه يكون الأول أولى لكون العلوق فى ملكه اه وكان المناسب أن يقول لأقل من ستة أشهر من بيع النصف ، بدليل قوله لكن العلوق فى ملكه ، وبدليل مايأتى فى مسألة النكاح اه ح .

وفى كافى الحاكم من باب دعوة الحمل : وإذا كانت الأمة بين رجلين فولدت ولدا فادعياه جميعا وقد ملك أحدهما نصيبه منذ شهر والآخر منذ ستة أشهر قدم صاحب الملك الأول (قوله ولو بنكاح) قال فى الفتح : إذا كان الحمل على ملك أحدهما نكاحا ثم اشتراها هو وآخر فولدت لأقل من ستة أشهر من الشراء فادعياه فهى أم ولد الزوج ، فإن نصيبه صار أم ولد له ، والاستيلاد لا يحتمل التجزى عندهما ولا بقاءه عنده فيثبت فى نصيب شريكه أيضا اه ح (قوله وأب) معطوف على من فى قوله قدم من العلوق فى ملكه ط (قوله على ابن الخ) لف على سبيل النشر المرتب ط (قوله ومرتد) كذا وقع فى البحر وتبعه فى النهر والشرنبلالية ، وهو سبق قلم من صاحب البحر لمخالفته لما فى كافى الحاكم وغاية البيان والفتح والزيلعى من تقديم المرتد على الذمى لأنه أقرب إلى الإسلام ، أى لأنه يجبر على الإسلام فيكون الولد مسلما ، وهذا أنفع له : ونقل ط عن أبى السعود التنبيه على أنه سبق قلم كما قلنا .

ثم اعلم أن مقتضى تقديم أحدهما فى هذه المسائل وهو من وجد معه المرجح أنه يصير حكمه حكم مالو ادعاه أحد الشريكين فقط ، لما سمعت من عبارة الفتح من أنها تصير أم ولد الزوج ويثبت النسب منه ، وعليه فيضمن نصف قيمتها ونصف عقرها ، هذا ماظهر لى فاغتنمه فإنى لم أر من صرح به .

ثم رأيت فى كافى الحاكم الشهيد مانصه : وإذا كانت الجارية بين مسلم وذمى ومكاتب وعبد فادعوا جميعا ولدها فدعوة المسلم أولى وإن كان نصيبه أقل الأنصباء ، وعليه ضمان حصة شركائه من قيمة الأم والعقر ، وعلى

ومجوسى ، ثم لايثبت نسب ولد ثان بلا دعوة لحرمة الوطء كما مر (وهى أم ولدهما) إن حبلت فى ملكهما ، لالو اشترياها حبلى لأنها دعوة عتق فولاؤه لهما ، وبادعاء أحدهما يضمن نصف قيمة الولد لاالعقر (وعلى كل نصف عقرها وتقاصا إلا إذا كان نصيب أحدهما أكثر فيأخذ منه الزيادة) لأن المهر بقدر الملك

كل واحد من الآخرين حصة شركائه من العقر لإقراره بالوطء إلا أن العبد يؤخذ به بعد العتق اهـ فهذا صريح فيما قلنا ، ولله الحمد (قوله ثم لايثبت الخ) أقول : هذا راجع لأصل المسألة ، وهو ما إذا ادعياه معا وقد استويا فى الأوصاف وثبت نسبه منهما لا لصور الدعوى مع المرجح وإن أوهم كلامه تبعا للبحر والنهر خلافه ، لما علمت من تقديم من معه الترجيح وأنها تصير أم ولده ويثبت النسب منه ، وحيث صارت أم ولده وحده لم يبق له شريك فيها فلا يحرم وطؤها عليه ، فإذا جاءت بولد ثان يثبت منه بلا دعوى ؛ كما لو ادعاه أحد الشريكين فقط وقد نقل فى البحر والنهر المسألة عن المجتبى . والذى فى المجتبى دليل لما قلنا ، فإنه قال فى تعليل أصل المسألة ولأنهما استويا فى سبب الاستحقاق فيستويان فيه ؛ حتى لو وجد المرجح لا يثبت منهما ، بأن كان أحدهما أبا الآخر أو كان مسلما والآخر ذميا ثبت من الأب والمسلم لوجود المرجح ، ولما ثبت نسبه منهما صارت أمه أم ولد لهما ويقع عقرها قصاصا ، ولو جاءت بآخر لم يثبت نسبه من واحد إلا بالدعوى لأن الوطء حرام فتعتبر الدعوى اهـ ، فقوله ولما ثبت نسبه منهما راجع لأصل المسألة لا لمسألة المرجح ، لقوله فى مسألة المرجح لايثبت منهما ، فقوله ولو جاءت بآخر من فروع أصل المسألة أيضا كما هو ظاهر فافهم ، واغتنم هذا التحرير فإنه من فتح القدير (قوله كما مر) أى فى قوله إذا لم تحرم عليه ح (قوله وهى أم ولدهما) فتخدم كلامنهما يوما ، وإذا مات أحدهما عتقت ولا ضمان للحى فى تركة الميت لرضا كل منهما بعتقها بعد الموت ، ولا تسعى للحى عند أبى حنيفة لعدم تقومها ، وعلى قولهما تسعى فى نصف قيمتها بحر (قوله إن حبلت فى ملكهما) بأن ولدت لستة أشهر فأكثر من يوم الشراء ح عن البحر (قوله لا) أى لا تكون أم ولد لهما لو اشترياها حبلى ، بأن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الشراء فادعياه ، وكذا لو اشترياها بعد الولادة ثم ادعياه بحر (قوله لأنها دعوة عتق) أى لادعوة استيلاد فيعتق الولد مقتصرا على وقت الدعوة ، بخلاف دعوى الاستيلاد فإن شرطها كون العلوق فى الملك وتستند الحرية إلى وقت العلوق فيعلق حرا اهـ فتح .

وحاصله أن قول كل منهما هذا الولد ابنى تحرير منهما ، ولا تصير أمه أم ولد لهما ، ولا يجب على كل واحد منهما العقر لصاحبه لعدم الوطء فى ملكه كما فى الزيلعى (قوله فولاؤه لهما) تفريع على كونها دعوة عتق من كل منهما فكأن كل واحد أعتق نصيبه منه فيكون ولاؤه له ، لكن صرح الزيلعى وكذا فى الدرر بثبوت النسب منهما ، فحيث ثبت النسب فما فائدة الولاء تأمل ، نعم تقدم أول العتق أنه إذا قال هذا ابنى عتق مطلقا ، وكذا يثبت نسبه إذا صلح ابنا له وكان مجهول النسب وإلا لم يثبت نسبه ، وبه يحصل التوفيق تأمل (قوله يضمن نصف قيمة الولد) أى لأنها دعوة إعتاق فيضمن حصة شريكه من الولد ، بخلاف ما إذا حبلت فى ملكهما فإنه لايضمنه كما مر فى قوله لاقيمة ولدها (قوله لا العقر) لعدم الوطء فى ملك صاحبه (قوله وعلى كل نصف عقرها) لأن الوطء فى المحل المحترم لايخلو عن حقر أو عقر ، وقد تعذر الأول للشبهة فتعين الثانى نهر (قوله وتقاصا) أى سقطا ما على كل واحد منهما للآخر بما له على الآخر إن تساويا .

قال فى النهر : وفائدة إيجاب العقر مع هذا أنه لو أبرأ أحدهما صاحبه بقى حق الآخر ، ولو قوّم نصيب أحدهما بالدراهم والآخر بالذهب كان له أن يدفع الدراهم ويأخذ الذهب (قوله فيأخذ منه الزيادة) وكذا الغلة

(بخلاف البنوة والإرث والولاء فإن ذلك لهما سوية وإن كان أحدهما أكثر نصيبا من الآخر) لعدم تجزى النسب فيكون سوية لعدم الأولوية ويتبعه الإرث والولاء (وورث الابن من كل إرث ابن) كامل (وورثا منه إرث أب واحد ، وكذا الحكم عند الإمام لو كثروا ولو نساء ؛ وتمامه فى البحر . وفيه : لو مات أحدهما أو أعتقها عتقت بلا شيء .

قلت : فالعتق إنما يتجزأ فى القنة لافى أم الولد ، بل يعتق بعضها بعتق كلها اتفاقا مجتبى فليحفظ :

(جارية بين رجلين ولدت فادعاه أحدهما وأعتقه الآخر وخرج الكلامان) منهما (معا

والكسب والخدمة نهر (قوله بخلاف البنوة) أى النسب (قوله والإرث) أى إرث الولد منهما (قوله والولاء) حق التعبير والولاية : أى ولاية الإنكاح فإنها تثبت لكل من المدعيين كملا ، وكذا فى المال عند أبى يوسف . قال فى البحر عن وصايا الخانية : فإن كان لهذا الولد مال ورثه من أخ له من أمه أو وهب له لاينفرد بالتصرف فيه أحد الأبوين عندهما ، وعند أبى يوسف ينفرد اهـ (قوله سوية) أى لا على قدر الحصص بل يستويان فى ثبوته لكل منهما كملا (قوله لعدم تجزى النسب الخ) قال الزيلعى : النسب وإن كان لا يتجزى ، لكن يتعلق به أحكام متجزئة كالميراث والنفقة والحضانة والتصرف فى المال وأحكام غير متجزئة كالنسب وولاية الإنكاح، فما يقبل التجزئة يثبت بينهما على التجزئة ، وما لايقبلها يثبت فى حق كل واحد منهما على الكمال كأنه ليس معه غيره اهـ وتمامه فى البحر (قوله إرث ابن كامل) لإقرار كل منهما أنه ابنه على الكمال نهر (قوله وورثا منه إرث أب واحد) لأن المستحق أحدهما فيقتسمان نصيبه لعدم الأولوية نهر . وإذا مات أحدهما كان كل الميراث للباقى منهما ، ولا يكون نصفه للباقى ونصفه لورثة الميت كذا قالوا ، ويلزم عليه أن تكون أمه أم ولد للباقى ، فلا يعتق شيء منها بموت أحدهما حموى عن اليعقوبية . وأجاب السيد أبو السعود بأن عدم توريث ورثة الميت للمانع وهو حجبهم بأبوة الباقى لثبوتها له كملا ، ولا مانع لعتق الأم بموته فظهر الفرق (قوله وكذا الحكم الخ) أى أن قوله وإن ادعياه معا ليس بقيد ، بل إذا كان الشركاء جماعة وادعوه يثبت نسبه منهم عند الإمام . وعند أبى يوسف يثبت النسب من اثنين فقط . وعند محمد من ثلاثة . وعند زفر من خمسة (قوله ولو نساء) أى لو تنازع فيه امرأتان قضى به أيضا بينهما عنده لا عندهما ، ولو معهما رجل يقضى بينهم عنده ؛ وللرجل فقط عندهما بحر (قوله عتقت بلا شيء) أى بلاسعاية ، ولاضمان لما مر من عدم تقومها عنده (قوله قلت الخ) هو صاحب البحر وقال إنه نبه عليه فى المجتبى :

قلت : والذى فى المجتبى قال أستاذنا : ظن بعض الناس أن قوله عتقت بالإجماع دليل على أن الإعتاق لايتجزأ عند أبى حنيفة ، وقد كشف السرفيه القاضى الصدر فى غنى الفقهاء وشيخ الإسلام بأن الإعتاق يتجزأ عنده ، لكن العتق لايتجزأ فيسرى إلى نصيب شريكه ، وإنما أخر العتق فيما إذا أعتق بعض القن نظرا للساكن ليصل إلى حقه بالضمان أو السعاية قبل بطلان ملكه ، ولا كذلك هنا لأنه لايجب لا الضمان ولا السعاية عنده ، فلا فائدة فى تأخير العتق فيه فيعتق فى الحال اهـ :

ثم اعلم أن الكلام فى تجزى إعتاق أم الولد ، وأما نفس الاستيلاد فإنه يتجزأ عنده كالتدبير كما قدمناه عن البدائع ، وقوله لا فى أم الولد يفيد أن الإعتاق يتجزأ فى المدبر والمكاتب ، وذكرت فيما علقته على البحر مايدل عليه . وأما مااستدل به ط على ذلك فهو إنما يدل على تجزى التدبير والكتابة لا على تجزى إعتاق المكاتب والمدبر فافهم (قوله وخرج الكلامان منهما معها) أما لو تقدم أحدهما ، فإن كان الدعوى فهو كذلك بالأولى

فالدعوة أولى) لاستنادها للعلوق خانية .

(ادعى ولد أمة مكاتبه وصدّقه المكاتب لزم النسب) لتصادقهما كدعوته ولد جارية الأجنبي ، أما ولد مكاتبته فلا يشترط تصديقها كما سيجيء (و) لزم المدعى (العقر وقيمة الولد) يوم ولد (وسقط الحد) عنه (للشبهة ولم تصر أم ولده) لعدم ملكه (وإن كذبه) المكاتب (لم يثبت النسب) لحجره على نفسه بالعقد .

(ولدت منه جارية غيره وقال أحلها لى مولاها والولد ولدى وصدقه المولى فى الإحلال وكذبه فى الولد لم يثبت نسبه ، فإن صدقه فيهما) جميعا (ثبت وإلا لا) وقول الزيلعى ولو صدقه فى الولد يثبت : أى مع تصديقه

وإن كان الإعتاق فالظاهر أنه أولى لكون المعتق قد أعتق نصيبه ، فلشريكه الخيارات السابقة ومنها الإعتاق ؛ وقوله إنه ابنى إعتاق ، ويثبت نسبه منه إن جهل نسبه ، وكأنهم سكتوا عن بيان ذلك لظهوره (قوله فالدعوة أولى) ولو المدعى كافرا كما فى كافى الحاكم (قوله لاستنادها للعلوق) أى لوقت العلوق ، والإعتاق يقتصر على الحال فيكون المعتق معتقا ولد الغير ط عن المنح (قوله كدعوته ولد جارية الأجنبى) بجامع عدم ملكه التصرف فيهما ، بخلاف مالو ادعى ولد جارية ابنه لأن الأب يملك تملكه فلا يعتبر تصديق الابن بل يعتبر تصديق المكاتب والأجنبي لكن يأتى أنه يعتبر فى الأجنبى تصديقه فى الولد والإحلال ، إذ لو ادعاه من زنا لا يثبت نسبه (قوله أما ولد مكاتبته) أى لو ادعى ولد نفس مكاتبته لم يشترط تصديقها ، وخيرت بين البقاء على كتابتها وأخذ عقرها وبين أن تعجز نفسها وتصير أم ولد ، كذا فى الهداية والدراية نهر (قوله كما سيجىء) أى فى كتاب المكاتب ح (قوله ولزم المدعى العقر) لأنه وطىء بغير نكاح ولا ملك يمين درر (قوله وقيمة الولد) لأنه فى معنى المغرور حيث اعتمد ليلا ، وهو أنه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه ، إلا أن القيمة هنا تعتبر يوم ولد وقيمة ولد المغرور يوم الخصومة بحر . والفرق فى الفتح (قوله لحجره على نفسه) أى لمنع السيد نفسه عن التصرف فى كسب المكاتب بالعقد : أى بعقد الكتابة ، فاشترط تصديقه إلا أنه لو ملك الولد يوما عتق عليه نهر (قوله ولدت منه الخ) فى كافى الحاكم : وإذا وطىء جارية رجل وقال أحلها لى والولد ولدى وصدّقه المولى بأنه أحلها له وكذبه فى الولد لم يثبت نسب الولد منه ، لأن الإحلال ليس بنكاح ولا ملك يمين ، فإن ملكه يوما ثبت نسبه منه ، وإن ملك أمه كانت أم ولد له ، وإن صدّقه المولى بأن الولد منه فهو ابنه حين صدقه وهو عبد لمولاه . وكذلك الجواب فى جارية الزوجة والأبوين إن ادعى أن مولاها أحلها له وأن الولد ولده ، إلا أن الولد يعتق بالقرابة إذا ثبت نسبه اهـ . وظاهر قوله لأن الإحلال ليس بنكاح ولا ملك يمين يفيد أن المراد به أن يقول أحللتها لك ، ولعل وجه ثبوت النسب أن هذا القول صار شبهة عقد لأن حلها له لا يكون إلا بالنكاح أو بملك اليمين فكأنه قال ملكتك بضعها بأحد هذين السببين ، وذلك وإن لم يصح لكنه يصير شبهة مؤثرة فى نفى الحد وفى ثبوت النسب إذا صدقه السيد أو ملك الولد ، لما مر من أنه إذا ملكها بعد ما ولدت منه بنكاح فاسد أو وطء بشبهة تصير أم ولد أى لثبوت النسب بذلك ، هذا ما ظهر لى . وفى حدود الفتاوى الهندية عن المحيط : رجل أحل جاريته لغيره فوطئها ذلك الغير لاحد عليه اهـ . فهذا يؤيد مامر من أن الإحلال قوله أحللتها لك بدون ملك ولا نكاح ، إذ لو كان بأحدهما لم يكن للتصريح بسقوط الحد وجه ، إذ لامعنى للقول بأن من وطىء زوجته أو أمته لاحد عليه فافهم (قوله وإلا لا) أى وإن لم يصدقه فيهما جميعا بأن كذبه فيهما جميعا أو فى الإحلال فقط أو فى الولد فقط لم يثبت نسبه ، لكن الأخيرة مذكورة فى المتن ، والأولى مفهومه منها بالأولى فبقيت الثانية ، مقصودة بالتنبيه عليها لمخالفتها لظاهر كلام الزيلعى المذكور ولدفع المخالفة بينهما فافهم (قوله وقول الزيلعى الخ) هـذا الجواب للمصنف ح

فى الإحلال فلا مخالفة كما لايخفى :

(ولو ملكها) أو ملكه (بعد تكذيبه) أى المولى ولو مكاتبه (يوما) من الدهر (ثبت النسب) وتصير أم ولده إذا ملكها لبقاء إقراره .

(ولو استولد جارية أحد أبويه) أو جده (أو امرأته وقال ظننت حلها لى فلا حد) للشبهة (ولا نسب) إلا أن يصدقه فيهما (وإن ملكه يوما عتق عليه) وإن ملك أمه لاتصير أم ولده لعدم ثبوت النسب ، كذا ذكره

(قوله فلا مخالفة) أى بين ما فى الزيلعى وبين مافى الخانية والدرر من أنه لايثبت النسب إلا إذا صدقه فى الأمرين جميعا ومثل مافى الزيلعى ما قدمناه من عبارة الكافى (قوله أى المولى) أفاد أن إضافة تكذيب للضمير من إضافة المصدر لفاعله والمفعول محذوف : أى تكذيب المولى إياه (قوله ولو مكاتبه) أى ولو كان مولى الأمة مكاتب المدعى أفاد به ثبوت النسب بملك الولد فى مسألة المكاتب المارة (قوله ثبت النسب) أى فى الصورتين صورة ملكها وصورة ملكه ، أما الثانية فظاهرة ، وأما الأولى فقد تبع المصنف فيها الخانية والدرر . واستشكلها ح بأن المكذب لدعواه قبل أن يملكه موجود ، بخلاف ما إذا ملكه فإنه حينئذ ارتفع المانع وزال المنازع ، اللهم إلا أن يكون قولهما ملكها أى مع ولدها اه .

قلت : لكنه خلاف مافهمه الشارح حيث عطف بأو قوله أو ملكه فإنه ظاهر فى أن المراد ملكها وحدها ، ولعل وجهه أنه إذاملكها وصارت أم ولده بحكم إقراره لزم ثبوت نسب الولد منه ، لأن أمومية الولد فرع ثبوت نسب الولد ، فيثبت نسبه من المدعى ضرورة مع بقائه على ملك المولى ، حتى إذا ملكه المدعى عتق عليه ، وهذا إذا كان المراد بقوله بعد تكذيبه أى فى الإحلال والولد . أما إذا كان المراد تكذيبه فى الولد فقط مع تصديقه فى الإحلال فالأمر أظهر لتصادقهما على أن وطأها كان حلالا له فتأمل (قوله إذا ملكها) قيد به ليفيد أن قوله وتصير أم ولده راجع للصورة الأولى فقط ، ولولا ذلك لتوهم أنه راجع للصورتين كما رجع إليهما قوله ثبت النسب وهو غير صحيح ، لأنه إذا ملك الولد ولم يملكها لاتصير أم ولد له مالم يملكها ، ولا يلزم من ملك الولد وثبوت نسبه أن تكون أمه أم ولد قبل أن يملكها كما لايخفى ، فعلم أن هذا القيد لابد منه فافهم (قوله ولا نسب) أى لتمحضه زنا كما عللوا به فى كتاب الحدود (قوله إلا أن يصدقه فيهما) مخالف لإطلاقهم فى كتاب الحدود عدم ثبوت النسب وإن ادعاه ، وتعليلهم بتمحضه زنا يدل عليه فلا محل لهذا الاستثناء هنا ولم نجده لغيره ، نعم محله فى المسألة السابقة وضمير فيهما يعود إلى الإحلال والولد (قوله عتق عليه) أى ولم يثبت نسبه كما فى الكافى فعلة العتق هنا الجزئية لا النسب كما يأتى لكن توقف عتقه على ملكه خاص بما إذا كانت الجارية لامرأته ، بخلاف أبيه أو أمه لما فى القنية : وطىء جارية أبيه فولدت منه سواء ادعى شبهة أولا لم يجز بيع الولد لأنه ولد ولده فيعتق عليه وإن لم يثبت النسب اه أى يعتق على الأب للجزئية (قوله لعدم ثبوت النسب) لأن أمومية الولد فرع ثبوت النسب كما قدمناه . قال فى الكافى : وقوله ظننتها تحل لى لم يكن شبهة فى ذلك اه أى فى ثبوت النسب ، وإنما هو شبهة فى سقوط الحد ، بخلاف مامر من دعوى الإحلال فإنها شبهة فيهما كما مر .

والحاصل أن الوطء فى دعوى الإحلال وطء شبهة ، وبه يثبت النسب فتثبت أمومية الولد ، بخلاف الوطء مع ظن الحل فإنه زنا محض وإن سقط فيه الحد . وإذا كان ظن الحل غير معتبر فى ثبوت النسب وتمحض الفعل معه زنا لاتثبت أمومية الولد إذا ملك الأم وإن كان أقر بالولد لأن الزنا لا يثبت فيه النسب وأمومية الولد فرع ثبوته :

المصنف تبعا للزيلعي ، لكنه نقل هنا وفى نكاح الرقيق عن الدرر والخانية أنه لو ملكها بعد تكذيبه يوما ثبت النسب لبقاء الإقرار فتدبر .

نعم فى الخانية : زنى بأمة فولدت فملكها لم تصر أم ولده ، وإن ملك الولد عتق :

وفى الأشباه : لو ملك أخته لأمه من الزنا عتقت ولو أخته لأبيه لا .

[فروع] أراد وطء أمته ولا تصير أم ولده يملكها لطفله ثم يتزوجها .

أقر بأموميتها فى مرضه أن هناك ولد أو حبل تعتق من الكل وإلا فمن الثلث ، وما فى يدها للمولى إلا إذا أوصى لها به ، نعم فى المجتبى : استحسن محمد أن يترك لها ملحفة وقميص ومقنعة

وفى الفتح عن الإيضاح : أمة جاءت بولد فادعاه أجنبي لايثبت نسبه صدّقه المولى أو كذبه ، فإن ملكه المدعى عتق ولا تصير أمه أم ولد اه أى لأن عتقه للجزئية لا لثبوت النسب ، ولذا قال عتق ولم يقل ثبت نسبه ، وبهذا سقط ماأورد على تعليل الشارح أنه لما ادعى الولد فقد أقر له بالنسب ولأمه بأمومية الولد ، فإذا ملك الأم زال المانع وهو كونها ملك الغير فينبغى أن تصير أم ولد وإن لم يثبت نسب الولد اه لأنه إذا لم يثبت النسب لاتصير أم ولد فافهم .

فإن قلت : قد تصير أم ولد مع عدم ثبوت النسب فيما لو زوّج أمته من عبده ثم ولدت فادعاه .

قلت : إنما صارت أم ولد للمولى لإقراره بأن الولد علق منه قبل التزويج بوطء حلال ، لكن لم يثبت منه لوجود الفراش الصحيح فقد تعلق به حق الغير وهو الزوج ، ولولاه لثبت من المولى فلم يثبت منه هنا لعارض والزنا لايثبت منه الولد على كل حال ، هذا ماظهر لى (قوله لكنه نقل) أى المصنف ، وقوله ثبت النسب أى فتصير أم ولده ضرورة ثبوت النسب مع زوال المانع وهو ملك الغير ، فيناف قوله لا تصير أم ولده لعدم ثبوت نسبه : والجواب أن مانقله المصنف عن الدرر والخانية ليس فى هذه المسألة وهى قوله ظننت حلها لى بل فى مسألة دعوى الإحلال . ونقل ح عبارتهما بتمامها ، وقد علمت الفرق بين المسألتين ، وأن ظن الحل شبهة فى سقوط الحد لافى ثبوت النسب ، بخلاف دعوى الإحلال فإنها شبهة فيهما ، فالاستدراك فى غير محله فافهم (قوله نعم فى الخانية الخ) يعنى أن هذا الإشكال فيه ، لأن الزنا لايثبت فيه النسب فلا تصير أم ولد وإن ملكها ، لكن قد علمت أن الوطء فى مسألة ظن الحل زنا أيضا (قوله لم تصر أم ولده) أى فله بيعها ط (قوله وإن ملك الولد عتق) لأنه جزؤه حقيقة (قوله ولو أخته لأبيه لا) والفرق أن الأخ ينسب إلى أخته لأبيه بواسطة الأب ونسبة الأب منقطعة فلاتثبت الأخوة ، أما بالنسبة إلى الأم فلا تنقطع فتكون الأخوة ثابتة من جهتها فيعتق بالملك كما فى شروح الهداية ، ولذا لو مات يرثه أخوه لأمه دون أخيه لأبيه (قوله يملكها لطفله) فائدة ذلك وإن خرجت من ملكه أنه يخاف أنها إذا ولدت منه قد تتمرد عليه وتكدر عيشه ، فإذا علمت أن له بيعها كلما أراد انقادت له ، وإذا باعها ينفق ثمنها على طفله بدلا عما كان ينفقه عليه من ماله ، وله أيضا إنفاقه على نفسه عند الاحتياج إليه ، فظهر أن بيعها لطفله ينتفع بلا ضرر يلحقه فافهم (قوله ثم يتزوجها) أى يزوجها لنفسه ، وإذا ولدت منه ولدا يعتق على الطفل لكونه ملك أخاه (قوله وإلا فمن الثلث) لأنه عند عدم الشاهد إقرار بالعتق فى المرض وهو من الثلث كما قدمناه (قوله ومافى يدها للمولى) لأنه كان ملكا له قبل أن تعتق بموته (قوله إلا إذا أوصى لها به) لأنها تعتق بموته فيكون وصية لحرة ، بخلاف القن إذا أوصى له بشىء من ماله فلا يصح ، إلا إذا أوصى له بثلث ماله أو برقبته فإنه يصح كما مر فى باب التدبير (قوله أن يترك لها الخ) ظاهر الإطلاق أنها تستحق ذلك لأنه يشمل ما إذا كان

ولا شيء للمدبر ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

كتاب الأيمان

مناسبته عدم تأثير الهزل والإكراه ، وقدم العتاق لمشاركته للطلاق فى الإسقاط والسراية .

(اليمين) لغة القوة . وشرعا (عبارة عن عقد قوى به عزم الحالف

فى الورثة صغار . ولو كان ذلك على وجه التبرع لم يصح تأمل ، وقد مر تفسير الملحفة والقميص والمقنعة فى المتعة من باب المهر (قوله ولا شيء للمدبر) أى من الثياب وغيرها بحر عن المجتبى ، ثم هل المدبرة كذلك ؟ لم أره ، ولينظر وجه الفرق بينه وبين أم الولد .

وفى الخانية : رجل أعتق عبده وله مال فماله لمولاه إلا ثوبا يوارى العبد أى ثوب شاء المولى .

[تتمة] نقل ط فى هذا الباب عن قاضيخان : سئل أبو بكر عن رجل مات وترك أم ولد هل يجب لها النفقة فى ماله ؟ قال : إن كان لها منه ولد فلها النفقة وإلا فلا نفقة لها اه .

قلت : المراد أنها تجب نفقتها على ولدها ولو صغيرا كما قدمنا التصريح به فى باب النفقة عن الذخيرة أى فتنفق من مال ولدها الذى ورثه لامن أصل مال الميت لأنه صار مال الورثة وهى أجنبية عنهم فافهم ؛ والله سبحانه وتعالى أعلم .

كتاب الأيمان

(قوله مناسبته الخ) قال فى الفتح : اشترك كل من اليمين والعتاق والطلاق والنكاح فى أن الهزل والإكراه لايؤثر فيه إلا أنه قدم النكاح لأنه أقرب إلى العبادات كما تقدم ، والطلاق رفعه بعد تحققه فيلاؤه إياه أوجه واختص العتاق عن اليمين بزيادة مناسبته بالطلاق من جهة مشاركته إياه فى تمام معناه الذى هو الإسقاط ، وفى لازمه الشرعى الذى هو السراية فقدمه على اليمين (قوله فى الإسقاط) فإن الطلاق إسقاط قيد النكاح والعتاق إسقاط قيد الرق ط (قوله والسراية) فإذا طلق نصفها سرى إلى الكل ، وكذا العتق : أى عندهما ، لقولهما بعدم تجزيه أما عنده فهو متجز ط (قوله لغة القوة) قال فى النهر : واليمين لغة لفظ مشترك بين الجارحة والقوة والقسم ، إلا أن قولهم كما فى المغرب وغيره : سمى الحلف يمينا لأن الحالف يتقوى بالقسم ، أو أنهم كانوا يتماسكون بأيمانهم عند القسم . يفيد كما فى الفتح أن لفظ اليمين منقول اه .

أقول : هو منقول من أصل اللغة إلى عرفها ؛ فلا ينافى كونه فى اللغة مشتركا بين الثلاثة ، وإنما اقتصر الشارح على القوة لظهور المناسبة بينه وبين المعنى الاصطلاحى المذكور فى المتن ح .

قلت : أو لأنها الأصل ، فقد قال فى الفتح فى باب التعليق : إن اليمين فى الأصل القوة ؛ وسميت إحدى اليدين باليمين لزيادة قوتها على الأخرى ، وسمى الحلف بالله تعالى يمينا لإفادته القوة على المحلوف عليه من الفعل والترك ، ولا شك أن تعليق المكروه للنفس على أمر يفيد قوة الامتناع عن ذلك الأمر ، وتعليق المحبوب لها على ذلك يفيد الحمل عليه فكان يمينا اه . فقد أفاد أن أصل المادة بمعنى القوة ثم استعملت فى اللغة لمعان أخر لوجود المعنى الأصلى فيها كلفظ الكافر من الكفر وهو الستر ، فيطلق على الكافر بالله تعالى وكافر النعمة ، وعلى الليل . وعلى الفلاح . وهكذا فى كثير من الألفاظ اللغوية التى تطلق على أشياء ترجع إلى أصل واحد عام

على الفعل أو الترك) فدخل التعليق فإنه يمين شرعا إلا فى خمس مذكورة فى الأشباه ،

فيصح أن يطلق عليها لفظ الاشتراك نظرا إلى اتحاد المادة مع اختلاف المعانى ، وأن يطلق عليها لفظ المنقول نظرا إلى المعنى الأصلى الذى ترجع إليه ، والقول بأن المنقول يهجر فيه المعنى الأصلى وهذا ليس منه غير مقبول ، فإن اليمين إذا أطلق على الحلف لايراد به القوة لغة ، ولهذا قال فى الفتح هنا بعد ذكره إنه منقول ، ومفهومه لغة جملة أولى إنشائية صريحة الجزأين يؤكد بها جملة بعدها خبرية فاحترز بأولى عن التوكيد اللفظى بالجملة نحو : زيد قائم زيد قائم ، فإن المؤكد فيه هو الثانية لا الأولى عكس اليمين ، وبإنشائية عن التعليق فإنه ليس يمينا حقيقة لغة الخ وقوله يؤكد بها الخ إشارة إلى وجود المعنى الأصلى وهو القوة لا على أنه هو المراد ، وكذا إذا أطلق على الجارحة لايراد به نفس القوة بل اليد المقابلة لليسار وهى ذات والقوة عرض ، فقد هجر فيه المعنى الأصلى وإن لوحظ اعتباره فى المنقول إليه ، وبهذا ظهر أن المناسب بيان معنى اليمين اللغوى المراد به الحلف ليقابل به المعنى الشرعى ، وأما تفسيره بالمعنى الأصلى فغير مرضى فافهم (قوله على الفعل أو الترك) متعلق بالعزم أو بقوى ط (قوله فإنه يمين شرعا) لأنه يقوى به عزم الحالف على الفعل فى مثل إن لم أدخل الدار فزوجته طالق ، وعلى الترك فى مثل إن دخلت الدار . قال فى البحر : وظاهر مافى البدائع أن التعليق يمين فى اللغة أيضا ، قال لأن محمدا أطلق عليه يمينا وقوله حجة فى اللغة .

مطلب حلف لايحلف حنث بالتعليق إلا فى مسائل

(قوله مذكورة فى الأشباه) عبارته : حلف لايحلف حنث بالتعليق إلا فى مسائل : أن يعلق بأفعال القلوب أو يعلق بمجيء الشهر فى ذوات الأشهر أو بالتطليق ، أو يقول إن أديت إلىّ كذا فأنت حر ، وإن عجزت فأنت رقيق ، أو إن حضت حيضة أو عشرين حيضة أو بطلوع الشمس كما فى الجامع اه .

قلت : وإنما لم يحنث فى هذه الخمسة لأنها لم تتمحض للتعليق . أما الأولى كأنت طالق إن أردت أو أحببت فلأن هذا يستعمل فى التمليك ، ولذا يقتصر على المجلس . وأما الثانية كأنت طالق إذا جاء رأس الشهر أوإذا أهلّ الهلال والمرأة من ذوات الأشهر دون الحيض فلأنه مستعمل فى بيان وقت السنة ، لأن رأس الشهر فى حقها وقت وقوع الطلاق السنى لافى التعليق . وأما الثالثة كأنت طالق إن طلقتك فلأنه يحتمل الحكاية عن الواقع وهو كونه مالكا لتطليقها فلم يتمحض للتعليق . وأما الرابعة كقوله إن أديت إلىّ ألفا فأنت حر ، وإن عجزت فأنت رقيق فلأنه تفسير للكتابة . وأما الخامسة كأنت طالق إن حضت حيضة أو عشرين حيضة فلأن الحيضة الكاملة لاوجود لها إلا بوجود جزء من الطهر فيقع فى الطهر فأمكن جعله تفسير الطلاق السنة فلم يتمحض للتعليق ، وحيث لم يتمحض للتعليق فى هذه الخمس لايحمل على التعليق حيث أمكن غيره صونا لكلام العاقل عن المحظور وهو الحلف بالطلاق وإنما حنث فى إن حضت فأنت طالق لأنه لايمكن جعله تفسيرا للبدعى لأن البدعى أنواع ، بخلاف السنى فإنه نوع واحد ، وحنث أيضا فى أنت طالق إن طلعت الشمس مع أن معنى اليمين وهو الحمل أو المنع مفقود ومع أن طلوع الشمس متحقق الوجود لاخطر فيه . لأنا نقول : الحمل والمنع ثمرة اليمين وحكمته ، فقد تم الركن فى اليمين دون الثمرة ، والحكمة والحكم الشرعى فى العقود الشرعية يتعلق بالصورة لابالثمرة والحكمة ، ولذا لو حلف لايبيع فباع فاسدا حنث لوجود ركن البيع وإن كان المطلوب منه وهو الملك غير ثابت اه ملخصا من شرح تلخيص الجامع لابن بلبان الفارسى . وبه ظهر أن قول الأشباه أو بطلوع الشمس سبق قلم والصواب إسقاطه ، أو أن يقول لابطلوع

فلو حلف لايحلف حنث بطلاق وعتاق . وشرطها الإسلام والتكليف وإمكان البر . وحكمها البر أو الكفارة . وركنها اللفظ المستعمل فيها ،

الشمس فافهم (قوله فلو حلف لايحلف الخ) تفريع على كون التعليق يمينا ، وقوله حنث بطلاق وعتاق : أى بتعليقهما ولكن فيما عدا المسائل المستثناة ، فكان الأولى تأخير الاستثناء إلى هنا كما مر فى عبارة الأشباه :

[تنبيه] يتفرع على القاعدة المذكورة مافى كافى الحاكم : لو قال لامرأته إن حلفت بطلاقك فعبدى حر وقال لعبده إن حلفت بعتقك فامرأتى طالق فإن عبده يعتق لأنه قد حلف بطلاق امرأته، ولو قال لها إن حلفت بطلاقك فأنت طالق وكرره ثلاثا طلقت ثنتين باليمين الأولى والثانية لو دخل بها وإلا فواحدة (قوله وشرطها الإسلام والتكليف) قال فى النهر : وشرطها كون الحالف مكلفا مسلما ، وفسر فى الحواشى السعدية التكليف بالإسلام والعقل والبلوغ ، وعزاه إلى البدائع وما قلناه أولى اهـ . وجه الأولوية أن الكافر على الصحيح مكلف بالفروع والأصول كما حقق فى الأصول فلا يخرج بالتكليف .

واعلم أن اشتراط الإسلام إنما يناسب اليمين بالله تعالى واليمين بالقرب نحو إن فعلت كذا فعلىّ صلاة ، وأما اليمين بغير القرب نحو إن فعلت كذا فأنت طالق فلا يشترط له الإسلام كما لايخفى ح .

مطلب فى يمين الكافر

والحاصل أنه شرط لليمين الموجبة لعبادة من كفارة أو نحو صلاة وصوم فى يمين التعليق ، وسيذكر المصنف أنه لا كفارة بيمين كافر وإن حنث مسلما وأن الكفر يبطلها ، فلو حلف مسلما ثم ارتد ثم أسلم ثم حنث فلا كفارة اهـ وحينئذ فالإسلام شرط انعقادها وشرط بقائها . وأما تحليف القاضى له فهو يمين صورة رجاء نكوله كما يأتى ، ومقتضى هذا أنه لا إثم عليه فى الحنث بعد إسلامه ولا فى ترك الكفارة ، وكذا فى حال كفره بالأولى على القول بتكليفه بالفروع . فما قيل من أن يمين الكافر منعقدة لغير الكفارة وأن من شرط الإسلام نظر إلى حكمها فهو غير ظاهر فافهم . ويشترط خلوّها عن الاستثناء بنحو إن شاء الله أو إلا أن يبدو لى غير هذا أو إلا أن أرى أو أحب كما فى ط عن الهندية قال فى البحر : ومن زاد الحرية كالشمنى فقد سها لأن العبد ينعقد يمينه ويكفر بالصوم كما صرحوا به اهـ .

قلت : ويشترط أيضا عدم الفاصل من سكوت ونحوه . ففى البزازية : أخذه الوالى وقال قل بالله فقال مثله ثم قال لتأتين يوم الجمعة فقال الرجل مثله فلم يأت لايحنث لأنه بالحكاية والسكوت صار فاصلا بين اسم الله تعالى وحلفه اهـ . وفى الصيرفية : لو قال علىّ عهد الله وعهد الرسول لا أفعل كذا لايصح لأن عهد الرسول صار فاصلا اهـ أى لأنه ليس قسما بخلاف عهد الله (قوله وإمكان البر) أى عندهما خلافا لأبى يوسف كما فى مسألة الكوز بحر (قوله وحكمها البر أو الكفارة) أى البر أصلا والكفارة خلفا كما فى الدر المنتقى : وأنت خبير بأن الكفارة خاصة باليمين بالله تعالى ح وأراد البر وجودا وعدما ، فإنه يجب فيما إذا حلف على طاعة ، ويحرم فيما إذا حلف على معصية ، ويندب فيما إذا كان عدم المحلوف عليه جائزا ، وفيه زيادة تفصيل سيأتى .

وهل يكره الحلف بغير الله تعالى ؟ قيل نعم للنهى وعامتهم لا ، وبه أفتوا لاسيما فى زماننا ، وحملوا النهى على الحلف بغير الله لاعلى وجه الوثيقة كقولهم بأبيك ولعمرك ونحو ذلك عينى (وهى) أى اليمين بالله لعدم تصوّر الغموس واللغو فى غيره تعالى فيقع بهما الطلاق ونحوه عينى فليحفظ . ولا يرد نحو هو يهودى لأنه كناية عن اليمين بالله وإن لم يعقل وجه الكناية بدائع (غموس) تغمسه فى الإثم ثم النار ، وهى كبيرة مطلقا ، لكن إثم الكبائر متفاوت نهر (إن حلف على كاذب عمدا)

مطلب فى حكم الحلف بغيره تعالى

(قوله وهل يكره الحلف بغير الله تعالى الخ) قال الزيلعى : واليمين بغير الله تعالى أيضا مشروع ، وهو تعليق الجزاء بالشرط وهو ليس بيمين وضعا ، وإنما سمى يمينا عند الفقهاء لحصول معنى اليمين بالله تعالى وهو الحمل أو المنع ، واليمين بالله تعالى لايكره ، وتقليله أولى من تكثيره ، واليمين بغيره مكروهة عند البعض للنهى الوارد فيها ، وعند عامتهم لاتكره لأنها يحصل بها الوثيقة لاسيما فى زماننا ، وما روى من النهى محمول على الحلف بغير الله تعالى لاعلى وجه الوثيقة كقولهم وأبيك ولعمرى اهـ ونحوه فى الفتح .

وحاصله أن اليمين بغيره تعالى تارة يحصل بها الوثيقة : أى اتثاق الخصم بصدق الحالف كالتعليق بالطلاق والعتاق مما ليس فيه حرف القسم ، وتارة لايحصل مثل وأبيك ولعمرى فإنه لا يلزمه بالحنث فيه شىء فلا تحصل به الوثيقة ، بخلاف التعليق المذكور والحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم «من كان حالفا فليحلف بالله تعالى» الخ محمول عند الأكثرين على غير التعليق فإنه يكره اتفاقا لما فيه من مشاركة المقسم به لله تعالى فى التعظيم . وأما إقسامه تعالى بغيره كالضحى والنجم والليل فقالوا إنه مختص به تعالى ، إذ له أن يعظم ماشاء وليس لنا ذلك بعد نهينا ، وأما التعليق فليس فيه تعظيم بل فيه الحمل أو المنع مع حصول الوثيقة فلا يكره اتفاقا كما هو ظاهر ماذكرناه ، وإنما كانت الوثيقة فيه أكثر من الحلف بالله تعالى فى زماننا لقلة المبالاة بالحنث ولزوم الكفارة . أما التعليق فيمتنع الحالف فيه من الحنث خوفا من وقوع الطلاق والعتاق . وفى المعراج : فلو حلف به لاعلى وجه الوثيقة أو على الماضى يكره (قوله ولعمرك) أى بقاؤك وحياتك ، بخلاف لعمر الله فإنه قسم كما سيأتى (قوله لعدم تصور الغموس واللغو) على حذف مضاف : أى تصور حكمهما ، وإلا نافى قوله فيقع بهما ح (قوله فى غيره تعالى) أى فى الحلف بغيره سبحانه وتعالى (قوله فيقع بهما) أى بالغموس واللغو (قوله ولايرد) أى على قوله لعدم تصور الخ لو قال هو يهودى ، إن كان فعل كذا متعمدا الكذب أو على ظن الصدق فهو غموس أو لغو مع أنه ليس يمينا بالله تعالى (قوله وإن لم يعقل وجه الكناية) أقول : يمكن تقرير وجه الكناية بأن يقال : مقصود الحالف بهذه الصيغة الامتناع عن الشرط ، وهو يستلزم النفرة عن اليهودية ، وهى تستلزم النفرة عن الكفر بالله تعالى ، وهى تستلزم تعظيم الله تعالى فكأنه قال والله العظيم لا أفعل كذا اهـ ح (قوله تغمسه فى الإثم ثم النار) بيان لما فى صيغة فعول من المبالغة ح (قوله وهى كبيرة مطلقا) أى اقتطع بها حق مسلم أولا ، وهذا ردّ على قول البحر ينبغى أن تكون كبيرة إذا اقتطع بها مال مسلم أو آذاه ، وصغيرة إن لم يترتب عليها مفسدة ، فقد نازعه فى النهر بأنه مخالف لإطلاق حديث البخارى «الكبائر الإشراك بالله ، وعقوق الوالدين ، وقتل النفس ، واليمين الغموس» وقول شمس الأئمة إن إطلاق اليمين عليها مجاز لأنها عقد مشروع وهذه كبيرة محضة صريح فيه ، ومعلوم أن إثم الكبائر متفاوت اهـ وكذا قال المقدسى : أى مفسدة أعظم من هتك حرمة اسم الله تعالى (قوله على كاذب) أى على كلام كاذب : أى مكذوب . وفى نسخة : على كذب (قوله عمدا) حال من فاعل حلف : أى عامدا ، ومجىء

ولو غير فعل أو ترك كوالله إنه حجز الآن فى ماض (كوالله مافعلت) كذا (عالما بفعله أو) حال (كوالله ماله على ألف عالما بخلافه ووالله إنه بكر عالما بأنه غيره) وتقييدهم بالفعل والماضى اتفاق أو أكثرى (ويأثم بها) فتلزمه التوبة (و) ثانيها (لغو) لامؤاخذة فيها إلا فى ثلاث طلاق وعتاق ونذر أشباه، فيقع الطلاق على غالب الظن إذا تبين خلافه، وقد اشتهر عن الشافعية خلافه (إن حلف كاذبا يظنه صادقا) فى ماض أو حال فالفارق بين الغموس واللغو تعمد الكذب، وأما فى المستقبل فالمنعقدة.

الحال مصدرا كثير لكنه سماعى (قوله ولو غير فعل أو ترك) كان الأولى ذكره قبيل قوله ووالله إنه بكر فإنه مثال لهذا فيستغنى به عن المثال المذكور وعن تأخير قوله فى ماض (قوله الآن) قيد به لما تعرفه قريبا (قوله فى ماض) متعلق بمحذوف صفة لموصوف كاذب: أى على كلام كاذب واقع مدلوله فى ماض، ولا يصح تعلقه بقوله حلف إذ ليس المراد أن حلفه وقع فى الماضى كما لايخفى فافهم (قوله وتقييدهم بالفعل والماضى الخ) رد على صدر الشريعة حيث جعل التقييد للاحتراز، وإن والله إنه حجر من الحلف على الفعل بتقدير كان أو يكون وجعل الحال من الماضى، لأن الكلام يحصل أولا فى النفس فيعبر عنه باللسان، فالإخبار المعلق بزمان الحال إذا حصل فى النفس فعبر عنه باللسان انعقد اليمين وصار الحال ماضيا بالنسبة إلى زمان انعقاد اليمين، فإذا قال كتبت لابد من الكتابة قبل ابتداء التكلم فيكون الحلف عليه حلفا على الماضى، وأشار إلى وجه الرد بلفظ الآن فإنه لايمكن أن يقدر معه كان ليصير فعلا، ولا يمكن أن يكون من الماضى لمنافاته للفظ الآن، على أن الحال إنما يعبر عنه بصيغة المضارع المستعملة فى الحال أو فى الاستقبال ولا يعبر عنه بصيغة الماضى أصلا نعم قد يراد تقريب الماضى من الحال فيؤتى بصيغة الماضى مقرونة بقد نحو قد قام زيد إذا أردت أن قيامه قريب من زمن التكلم فإذا قال والله قمت لايصح أن يراد به الحال أصلا، بخلاف أقوم فإنه يراد به الحال أو الاستقبال كما هو مقرر فى محله، فحيث لم يصح أن يكون فعلا ولا ماضيا تعين أن يكون تقييدهم بالفعل وبالماضى فى قولهم هو حلفه على فعل ماض الخ اتفاقيا أى لا للاحتراز عن غيره أو أكثريا أى لكونه هو الأكثر (قوله ويأثم بها) أى إثما عظيما كما فى الحاوى القدسى.

مطلب فى معنى الإثم

والإثم فى اللغة: الذنب، وقد تسمى الخمر إثما؛ وفى الاصطلاح عند أهل السنة استحقاق العقوبة. وعند المعتزلة لزوم العقوبة بناء على جواز العفو وعدمه كما أشار إليه الأكمل فى تقريره بحر (قوله فتلزمه التوبة) إذ لا كفارة فى الغموس يرتفع بها الإثم فتعينت التوبة للتخلص منه (قوله إلا فى ثلاث الخ) استثناء منقطع، لأن الكلام فى اليمين بالله تعالى وهذا فى غيره ولذا قال فى الاختيار: وروى ابن رستم عن محمد: لايكون اللغو إلا فى اليمين بالله تعالى وذلك أن فى حلفه بالله تعالى على أمر يظنه كما قال ليس كذلك لغا المحلوف عليه وبقى قوله والله فلا يلزمه شىء، وفى اليمين بغيره تعالى يلغو المحلوف عليه ويبقى قوله امرأته طالق وعبده حر وعليه حج فيلزمه اهـ ملخصا (قوله فيقع الطلاق) أى والعتاق ويلزمه النذر كما علمت (قوله يظنه) أى يظن نفسه (قوله فالفارق الخ) أقول: هناك فارق آخر، وهو أن الغموس تكون فى الأزمنة الثلاثة على ماسيأتى واللغو لا تكون فى الاستقبال ح (قوله وأما فى المستقبل فالمنعقدة) لايخفى أن كلامه فى الحلف كاذبا يظنه صادقا وهذا فى المستقبل لايكون إلا يمينا منعقدة، فلا يرد أن الغموس يكون فى المستقبل أيضا لأن الغموس لابد فيه من تعمد الكذب وليس الكلام

وخصه الشافعي بما جرى على اللسان بلا قصد ، مثل لا والله وبلى والله ولو لآت ، فلذا قال (ويرجى عفوه) أو تواضعا وتأدبا ،

فيه فافهم (قوله وخصه الشافعي الخ) اعلم أن تفسير اللغو بما ذكره المصنف هو المذكور فى المتون والهداية وشروحها . ونقل الزيلعي أنه روى عن أبي حنيفة كقول الشافعي . وفى الاختيار أنه حكاه محمد عن أبي حنيفة ، وكذا نقل فى البدائع الأول عن أصحابنا . ثم قال : وماذكر محمد على أثر حكايته عن أبي حنيفة أن اللغو ما يجرى بين الناس من قولهم لا والله وبلى والله فذلك محمول عندنا على الماضى أو الحال ،وعندنا ذلك لغو . فيرجع حاصل الخلاف بيننا وبين الشافعي فى يمين لايقصدها الحالف فى المستقبل . فعندنا ليست بلغو وفيها الكفارة . وعنده هى لغو ولا كفارة فيها اه فقوله فذلك محمول عندنا إلى آخر كلامه خبر قوله وما ذكر محمد الخ فهو مبنى على تلك الرواية المحكية عن أبي حنيفة أراد به بيان الفرق بينهما وبين قول الشافعي ، وذلك أن المستقبل يكون لغوا عنده لاعندنا . وقد فهم صاحب البحر من كلام البدائع حيث عبر بقوله عندنا وقوله فيرجع حاصل الخلاف بيننا وبين الشافعي الخ أن مذهبنا فى اليمين اللغو أنها التى لايقصدها الحالف فى الماضى أو الحال كما يقوله الشافعي إلا فى المستقبل .

قلت : هذا وإن كان يوهمه آخر كلام البدائع ، لكن أوله صريح بخلافه حيث عزا مافى المتون إلى أصحابنا ثم نقل ماحكاه محمد عن أبي حنيفة . فعلم أن قوله عندنا الخ بناء على هذه الرواية كما قلنا وبين المذهب ، وهذه الرواية منافاة ، فإن حلفه على أمر يظنه كما قال لا يكون إلا عن قصد فينا فى تفسير اللغو بالتى لا يقصدها ، نعم ادعى فى البحر أن المقصودة إذا كانت لغوا فالتى لا يقصدها كذلك بالأولى فيكون تفسيرنا اللغو أعم من تفسير الشافعي . ولا يخفى أن هذا خروج عن الجادة وعن ظاهر كلامهم، ولابد له من نقل صريح . والذى دعاه إلى هذا التكلف نظره إلى ظاهر عبارة البدائع الأخيرة وقد سمعت تأويلها ، وكأن الشارح نظر إلى كلام البحر من أن مذهبنا أعم من مذهب الشافعي فلذا قال وخصه الشافعي فافهم ، نعم قد يقال : إذا لم تكن هذه لغوا يلزم أن تكون قسما خارجا عن الأقسام الثلاثة ، فالأحسن أن يقال إن اللغو عندنا قسمان : الأول ماذكر فى المتون ، والثانى مافى هذه الرواية فتكون هذه الرواية بيانا للقسم الذى سكت عنه أصحاب المتون ، ويأتى قريبا عن الفتح التصريح بعدم المؤاخذة فى اللغو على التفسيرين ، فهذا مؤيد لهذا التوفيق ، والله سبحانه أعلم (قوله ولولآت) أى ولو لزمان آت أى مستقبل فإنه لغو عند الشافعي لاعندنا حتى على الرواية المحكية عن أبي حنيفة (قوله فلذا قال الخ) أى للاختلاف فى اللغو . قال : ويرجى عفوه ، وهذا جواب عن الاعتراض على تعليق محمد العفو بالرجاء بأن قوله تعالى - لايؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم - مقطوع به . فأجاب فى الهداية بأنه علقه بالرجاء للاختلاف فى تفسير اللغو .

واعترضه فى الفتح بأن الأصح أن اللغو بالتفسيرين متفق على عدم المؤاخذة به فى الآخرة وكذا فى الدنيا بالكفارة قال : فالأوجه ماقيل إنه لم يرد به التعليق ، بل التبرك باسمه تعالى والتأدب كقوله عليه الصلاة والسلام لأهل المقابر « وإنا إن شاء الله بكم لاحقون » وأجاب فى النهر بأنه اختلف فى المؤاخذة المنفية هل هى المعاقبة فى الآخرة أو الكفارة قال : ولا شك أن تفسير اللغو على رأينا ليس أمرا مقطوعا به إذ الشافعي قائل بأنه من المنعقدة فلا جرم علقه بالرجاء وهذا معنى دقيق ولم أر من عرّج عليه اه .

قلت : إنما لم يعرج أحد عليه لما علمت من الاتفاق على عدم المؤاخذة به فى الآخرة ، وكذا فى الدنيا بالكفارة

وكاللغو حلفه على ماض صادقا كوالله إنى لقائم الآن فى حال قيامه (و) ثالثها (منعقدة وهى حلفه على) مستقبل (آت) يمكنه ، فنجو : والله لا أموت ولا تطلع الشمس من الغموس (و) هذا القسم (فيه الكفارة) لآية — واحفظوا أيمانكم — ولا يتصور حفظ إلا فى مستقبل (فقط) وعند الشافعى يكفر فى الغموس أيضا (إن حنث ، وهى) أى الكفارة (ترفع الإثم وإن لم توجد) منه (التوبة) عنها (معها) أى مع الكفارة سراجية (ولو) الحالف (مكرها) أو مخطئا

فافهم (قوله وكاللغو الخ) حاصله أن حلفه على ماض صادقا يمين مع أنه لم يدخل فى الأقسام الثلاثة فيكون قسما رابعا ، وهو مبطل لحصرهم اليمين فى الثلاثة . وأجاب صدر الشريعة بأنهم أرادوا حصر اليمين التى اعتبرها الشرع ورتب عليها الأحكام . ورده فى البحر بأن عدم الإثم فيها حكم . وقال فى النهر : فيه نظر . قال ح : والحق ما فى البحر ، ولا وجه للنظر اهـ .

قلت : وأجاب فى الفتح بأن الأقسام الثلاثة فيما يتصور فيه الحنث لا فى مطلق اليمين (قوله كوالله إنى لقائم الآن) تبع فيه النهر ، وكأنه تنظير لا تمثيل أشار به إلى أن الماضى كالحال . والأحسن قول الفتح كوالله لقد قام زيد أمس (قوله على مستقبل) لا حاجة إليه اهـ ح . وقد يجاب بأن لفظ آت اسم فاعل ، وحقيقته ما اتصف بالوصف فى الحال فمثل قائم حقيقة فيمن اتصف بالإتيان فى الحال ويحتمل الاستقبال ، وكذا لفظ آت حقيقة فيمن اتصف بالإتيان فى الحال ، ويحتمل الاستقبال فزاد الشارح لفظ مستقبل لدفع إرادة الحال .

ولا يرد أن لفظ مستقبل حقيقة فى الحال أيضا : لأنا نقول : معناه أنه متصف فى الحال بكونه مستقبلا أى منتظرا وذلك لا يقتضى حصوله فى الحال ، لكن كان المناسب تأخير مستقبل عن آت (قوله يمكنه) أشار إلى ما فى النهر حيث قال : ويجب أن يراد بالفعل فعل الحالف ليخرج نحو والله لا أموت الخ ، لكن هذا أعم من الممكن وغيره ، و تعبير الشارح أحسن لأنه يرد على عبارة النهر نحو والله لأشربن ماء هذا الكوز اليوم ولا ماء فيه لا يحنث لعدم إمكان البر مع أنه من فعله ، ومقتضى كلامه أن هذا المثال من الغموس ، لكن ينبغى تقييده بما إذا علم وقت الحلف أنه لا ماء فيه : وأما إذا لم يعلم فليس منها ولا من المنعقدة لعدم الإمكان ، فإن جعلت من اللغو انتقض ما مر من أنها لا تكون على الاستقبال . والذى يظهر لى أنها غير يمين أصلا سواء علم أولا ، لما مر من أن شرط اليمين إمكان البر فليتأمل (قوله ولا يتصور حفظ إلا فى مستقبل) قلت : كون الحفظ لا يتصور إلا فى مستقبل معناه أنه لا يتصور فى ماض أو فى حال ، لأن الحفظ منع نفسه عن الحنث فيها بعد وجودها مترددة بين الهتك والحفظ وذلك لا يكون فى غير المستقبل . ولا يخفى أن هذا لا يستلزم أن كل مستقبل كذلك : أى يتصور فيه الحفظ حتى يرد عليه الغموس المستقبلة التى لا يمكن حفظها نعم يرد لو قال ولا يتصور مستقبل إلا محفوظا . والفرق بين العبارتين ظاهر فافهم (قوله فقط) قيد للهاء من فيه ، فالمعنى أن فيه لا فى غيره من قسيميه الكفارة لا الكفارة حتى يصير المعنى أن فيه الكفارة لا غيرها من الإثم ، لكن الأولى أن يقول وفيه فقط الكفارة اهـ ح وهذا جواب للعينى دفع به اعتراض الزيلعى على الكنز بأن المنعقدة فيها إثم أيضا .

واعترضه فى البحر بأن الإثم غير لازم لها ، لأن الحنث قد يكون واجبا أو مستحبا . وأجاب فى النهر بأنه تخلف لعارض فلا يرد (قوله وإن لم توجد منه التوبة عنها) أى عن اليمين ، والمراد عن حنثه فيها وهو متعلق بالتوبة وقوله معها متعلق بتوجد ، وفى عدم لزوم التوبة مع الكفارة كلام قدمناه فى جنايات الحج فراجعه (قوله أو مخطئا) من أراد شيئا فسبق لسانه إلى غيره كما أفاده القهستانى : قال فى النهر : كما إذا أراد أن يقول اسقنى الماء فقال والله لا أشرب الماء .

أو ذاهلا أو ساهيا (أو ناسيا) بأن حلف أن لايحلف ثم نسي وحلف ، فيكفر مرتين : مرة لحنثه وأخرى إذا فعل المحلوف عليه عيني لحديث « ثلاث هزلهن جد » منها اليمين (في اليمين أو الحنث) فيحنث بفعل المحلوف عليه مكرها خلافا للشافعي (وكذا) يحنث

مطلب في الفرق بين السهو والنسيان

(قوله أو ذاهلا أو ساهيا أو ناسيا) قال ابن أمير حاج في شرح التحرير : وجزم كثير باتحاد السهو والنسيان ، لأن اللغة لاتفرق بينهما وإن فرقوا بينهما بأن السهو زوال الصورة عن المدركة مع بقائها في الحافظة . والنسيان زوالها عنهما معا فيحتاج حينئذ في حصولها إلى سبب جديد وقيل النسيان عدم ذكر ما كان مذكورا . والسهو غفلة عما كان مذكورا وما لم يكن مذكورا ، فالنسيان أخص منه مطلقا . وقيل يسمى زوال إدراك سابق قصر زمان زواله نسيانا وغفلة لاسهوا ، وزوال إدراك سابق طال زمان زواله سهوا ونسيانا ، فالنسيان أعم منه مطلقا . وقال الشيخ سراج الدين الهندي : والحق أن النسيان من الوجدانيات التي لاتفتقر إلى تعريف بحسب المعنى ، فإن كل عاقل يعلم النسيان كما يعلم الجوع والعطش اهـ ح .

قلت : لكن ظهور الفرق بينه وبين السهو يتوقف على التعريف . وفي المصباح : فرقوا بين الساهي والناسي : بأن الناسي إذا ذكرته تذكر ، والساهي بخلافه اهـ : وعليه فالسهو أبلغ من النسيان ، وفيه ذهل بفتحتين ذهولا غفل وقال الزمخشري : ذهل عن الأمر تناساه عمدا وشغل عنه وفي لغة من باب تعب (قوله بأن حلف أن لايحلف) قال في النهر : أراد بالناسي المخطئ . وفي الكافي : وعليه اقتصر في العناية . والفتح هو من تلفظ باليمين ذاهلا عنه ، والملجئ إلى ذلك أن حقيقة النسيان في اليمين لاتتصور . قال الزيلعي : وقال العيني وتبعه الشمني : بل تتصور بأن حلف أن لايحلف ثم نسي الحلف السابق فحلف . ورده في البحر بأنه فعل المحلوف عليه ناسيا لا أن حلفه كان ناسيا اهـ . وفيه نظر ، إذ فعل المحلوف عليه ناسيا لاينافي كونه يمينا بدليل أنه يكفر مرتين : مرة باعتبار أنه فعل المحلوف عليه وأخرى باعتبار حنثه في اليمين اهـ كلام النهر .

أقول : الحق ما في البحر ، فإن فعل المحلوف عليه ناسيا وإن لم يناف كونه يمينا ، لكن تعلق النسيان به من جهة كونه حنثا لا من جهة كونه يمينا إذ هو من هذه الجهة لم يتعلق به النسيان كما لايخفى على منصف اهـ ح (قوله لحديث الخ) في شرح الوقاية للعلامة منلا علي القاري : لفظ اليمين غير معروف إنما المعروف ما رواه أصحاب السنن الأربعة من حديث أبي هريرة وحسنه الترمذي ، وصححه الحاكم بلفظ النكاح والطلاق والرجعة وقد رواه ابن عدي فقال « الطلاق والنكاح والعتاق » اهـ .

وفي الفتح : اعلم أنه لو ثبت حديث اليمين لم يكن فيه دليل لأن المذكور فيه جعل الهزل باليمين جدا والهازل قاصد اليمين غير راض بحكمه فلا يعتبر عدم رضاه به شرعا بعد مباشرته السبب مختارا ، والناسي بالتفسير المذكور لم يقصد شيئا أصلا ولم يدر ما صنع ، وكذا المخطئ لم يقصد قط التلفظ به بل بشيء آخر ، فلا يكون الوارد في الهازل واردا في الناسي الذي لم يقصد قط مباشرة السبب فلا يثبت في حقه نصا ولا قياسا اهـ (قوله في اليمين أو الحنث) متعلق بقوله ولو مكرها أو ناسيا أي سواء كان الإكراه أو النسيان في نفس اليمين وقد مر ، أو في الحنث بأن فعل ما حلف عليه مكرها أو ناسيا لأن الفعل شرط الحنث وهو سبب الكفارة والفعل الحقيقي لاينعدم بالإكراه والنسيان (قوله فيحنث بفعل المحلوف عليه) فلو لم يفعله ، كما لو حلف أن لايشرب فصب الماء في حلقه مكرها

(لو فعله وهو مغمى عليه أو مجنون) فيكفر بالحنث كيف كان (والقسم بالله تعالى) ولو برفع الهاء أو نصبها أو حذفها كما يستعمله الأتراك ، وكذا واسم الله كحلف النصارى وكذا باسم الله لافعل كذا عند محمد ، ورجحه فى البحر ، بخلاف بله بكسر اللام إلا إذا كسر الهاء وقصد اليمين (وباسم من أسمائه) ولو مشتركا تعورف الحلف به أولا على المذهب (كالرحمن والرحيم) والحليم والعليم ومالك يوم الدين

فلا حنث عليه نهر (قوله لو فعله وهو مغمى الخ) أما لو حلف وهو كذلك فلا يلزمه شيء لعدم شرط الصحة كما مر (قوله والقسم بالله تعالى) أى بهذا الاسم الكريم (قوله واو برفع الهاء) مثله سكونها كما فى مجمع الأنهر . قال وهذا إذا ذكر بالباء ، وأما بالواو فلا يكون يمينا إلا بالجر اهـ .

قلت : أما الرفع مع الواو فلأنه يصير مبتدأ وكذا النصب لأنه يصير مفعولا لنحو أعبد فلا يكون يمينا ، وأما السكون فغير ظاهر لأنه إذا كان مجرورا وسكن لايخرج عن كونه يمينا ، على أن الرفع يحتمل تقدير خبره قسمى كما سيأتى فى حذف حرف القسم .

والحاصل أن تخصيص ماذكر بالباء مشكل ، ولعل المراد أن غير المجرور مع الواو لايكون صريحا فى القسم فيحتاج إلى النية ، وهذا كله إن كان ماذكره منقولا ولم أره ، نعم ذكروا ذلك فى حذف حرف القسم . ففى الخانية لو قال الله لاأفعل كذا وسكن الهاء أو نصبها لايكون يمينا لانعدام حرف القسم إلا أن يعربها بالكسر ، لأن الكسر يقتضى سبق الخافض وهو حرف القسم ه وقيل يكون يمينا بدون الكسر اهـ . ومثله فى البحر عن الظهيرية : وفى الجوهرة : وإن نصبه اختلفوا فيه ، والصحيح يكون يمينا اهـ .

قلت : ومثله تسكين الهاء على ماحققه فى الفتح من عدم اعتبار الإعراب كما سنذكره عند الكلام على حروف القسم (قوله أو حذفها) قال فى المجتبى : ولو قال والله بغير هاء كعادة الشطار فيمين .

قلت : فعلى هذا مايستعمله الأتراك بالله بغير هاء يمين أيضا اهـ وهكذا نقله عنه فى البحر ، ولعل أحد الموضعين بغير هاء وبالواو لابالهمز أى بغير الألف التى هى الحرف الهاوى تأمل ، ثم رأيته كذلك فى الوهبانية . وقال ابن الشحنة فى شرحها : المراد بالهاوى الألف بين الهاء واللام ، فإذا حذفها الحالف أو الذابح أو الداخل فى الصلاة قيل لايضر لأنه سمع حذفها فى لغة العرب ، وقيل يضر (قوله وكذا واسم الله) فى البحر عن الفتح : قال باسم الله لأفعلن ، المختار ليس يمينا لعدم التعارف وعلى هذا بالواو ، إلا أن نصارى ديارنا تعارفوه فيقولون واسم الله اهـ أى فيكون يمينا لمن تعارفه مثلهم لالهم ، لما مر من أن شرطه الإسلام (قوله ورجحه فى البحر) حيث قال : والظاهر أن باسم الله يمين كما جزم به فى البدائع معللا بأن الاسم والمسمى واحد عند أهل السنة والجماعة فكان الحلف بالاسم حلفا بالذات كأنه قال بالله اهـ والعرف لااعتبار به فى الأسماء اهـ . ومقتضاه أن واسم الله كذلك فلا يختص به النصارى (قوله بكسر اللام الخ) أى بدون مد . والظاهر أن مثله بالأولى المد على صورة الإمالة ، وكذا فتح اللام بدون مد ، لأن ذلك كله يتكلم به كثير من البلاد فهو لغتهم ، لكن إذا تكلم به من كان ذلك لغته فالظاهر أنه لايشترط فيه قصد اليمين تأمل (قوله ولو مشتركا الخ) وقيل كل اسم لايسمى به غيره تعالى كالله والرحمن فهو يمين ، وما يسمى به غيره كالحليم والعليم ، فإن أراد اليمين كان يمينا وإلا لا ، ورجحه بعضهم بأنه حيث كان مستعملا لغيره تعالى أيضا لم تتعين إرادة أحدهما إلا بالنية . ورده الزيلعى بأن دلالة القسم معينة لإرادة اليمين إذ القسم بغيره تعالى لايجوز ، نعم إذا نوى غيره صدق لأنه نوى محتمل كلامه . وأنت خبير بأن هذا مناف لما قدمه من أن العامة يجوزون الحلف بغير الله تعالى نهر .

والطالب الغالب (والحق) معرفا لامنكرا كما سيجيء : وفى المجتبى : لو نوى بغير الله غير اليمين دين (أو بصفة يحلف بها عرفا (من صفاته تعالى)

أقول : هذا غفلة عن تحرير محل النزاع ، فإن الذى جوّزه العامة ماكان تعليق الجزاء بالشرط لاماكان فيه حرف القسم كما قدمناه :

والحاصل كما فى البحر أن الحلف بالله تعالى لايتوقف على النية ولا على العرف على الظاهر من مذهب أصحابنا وهو الصحيح . قال : وبه اندفع مافى الولوالجية ، من أنه : لو قال والرحمن لاأفعل إن أراد به السورة لايكون يمينا لأنه يصير كأنه قال والقرآن، وإن أراد به الله تعالى يكون يمينا اه لأن هذا التفصيل فى الرحمن قول بشر المريسى (قوله والطالب الغالب) فهو يمين وهو متعارف أهل بغداد كذا فى الذخيرة والولوالجية . وذكر فى الفتح أنه يلزم إما اعتبار العرف فيما لم يسمع من الأسماء فإن الطالب لم يسمع بخصوصه بل الغالب فى قوله تعالى - والله غالب على أمره - وإما كونه بناء على القول المفصل فى الأسماء اه أى من أنه تعتبر النية والعرف فى الاسم المشترك كما مر . وأجاب فى البحر بأن المراد أنه بعد ماحكم بكونه يمينا أخبر بأن أهل بغداد تعارفوا الحلف بها اه .

قلت : ينافيه قوله فى مختارات النوازل فهو يمين لتعارف أهل بغداد ، حيث جعل التعارف علة كونه يمينا فلا محيص عما قاله فى الفتح . وأيضا عدم ثبوت كون الطالب من أسمائه تعالى لابد له من قرينة تعين كون المراد به اسم الله تعالى وهى العرف مع اقترانه بالغالب المسموع إطلاقه عليه تعالى ، وهو وإن كان مسموعا لكنه لم يجعل مقسما به أصالة بل جعل صفة له فلا يكون قسما بدونه كما فى الأول الذى ليس قبله شيء فإنه لايقسم بالأول بدون هذه الصفة ، ومثله الآخر الذى ليس بعده شيء فافهم . ومما وقع فى البحر من عطف الغالب بالواو فهو خلاف الموجود فى الولوالجية والذخيرة وغيرهما (قوله كما سيجيء) أى بعد ورقة ، وسيجيء تفصيله وبيانه (قوله وفى المجتبى الخ) المراد به الأسماء المشتركة كما فى البحر ، وقدمناه آنفا عن الزيلعى معللا بأنه نوى محتمل كلامه وظاهره أن يصدق قضاء . وعبارة المجتبى : واليمين بغير الله تعالى إذا قصدبها غير الله تعالى لم يكن حالفا بالله ، لكن فى البحر عن البدائع فلا يكون يمينا لأنه نوى محتمل كلامه فيصدق فى أمر بينه وبين ربه تعالى اه ولا يصدق قضاء لأنه خلاف الظاهر كما مر :

[تنبيه] اعترض بعض الفضلاء التعبير بالقضاء والديانة بما فى البحر عند قوله ولو زاد ثوبا الخ من أن الفرق بين الديانة والقضاء إنما يظهر فى الطلاق والعتاق لافى الحلف بالله تعالى ، لأن الكفارة حقه تعالى ليس للعبد فيها مدخل حتى يرفع الحالف إلى القاضى اه :

قلت : قد يظهر فيما إذا علق طلاقا أو عتقا على حلفه ثم حلف بذلك فافهم (قوله أو بصفة الخ) المراد بها اسم المعنى الذى لايتضمن ذاتا ولا يحمل عليها بهوهو كالعزة والكبرياء والعظمة ، بخلاف نحو العظيم ، وتقييد بكون الحلف بها متعارفا سواء كانت صفة ذات أو فعل ، وهو قول مشايخ ماوراء النهر . ولمشايخ العراق تفصيل آخر ، وهو أن الحلف بصفات الذات يمين لابصفات الفعل . وظاهره أنه لا اعتبار عندهم للعرف وعدمه فتح ملخصا ، ومثله فى الشرنبلالية عن البرهان بزيادة التصريح بأن الأول هو الأصح . وقال الزيلعى : والصحيح الأول لأن صفات الله تعالى كلها صفات الذات وكلها قديمة والأيمان مبنية على العرف ، مايتعارف الناس الحلف به يكون يمينا ومالا فلا اه . ومعنى قوله كلها صفات الذات أن الذات الكريمة موصوفة بها فيزاد بها الذات ، سواء كانت مما يسمى صفة ذات أو صفة فعل فيكون الحلف بها حلفا بالذات ، وليس مراده نفى صفة الفعل تأمل

صفة ذات لايوصف بضدها (كعزة الله وجلاله وكبريائه) وملكوته وجبروته (وعظمته وقدرته) أو صفة فعل يوصف بها وبضدها كالغضب والرضا ، فإن الأيمان مبنية على العرف ، فما تعورف الحلف به فيمين ومالا فلا (لا) يقسم (بغير الله تعالى كالنبي والقرآن والكعبة) قال الكمال : ولا يخفى أن الحلف بالقرآن الآن متعارف فيكون يمينا . وأما الحلف بكلام الله

ثم رأيت المصنف استشكله وأجاب بأن مراده أن صفات الفعل ترجع فى الحقيقة إلى القدرة عند الأشاعرة والقدرة صفة ذات اه وما قلناه أولى تأمل (قوله صفة ذات) مع قوله بعده أو صفة فعل بدل مفصل من مجمل ، وقوله لايوصف بضدها الخ بيان للفرق بينهما كما فى الزيلعى وغيره (قوله كعزة الله) قال القهستانى : أى غلبته من حد نصر ، أو عدم النظير من حد ضرب ، أو عدم الحط من منزلته من حد علم ، وقوله وجلاله : أى كونه كامل الصفات وقوله وكبريائه : أى كونه كامل الذات اه (قوله وملكوته وجبروته) بوزن فعلوت وزيادة الهمزة فى جبروت خطأ فاحش . وفى شرح الشفاء للشهاب : الملكوت صفة مبالغة من الملك كالرحموت من الرحمة ، وقد يخص بما يقابل عالم الشهادة ويسمى عالم الأمر ، كما أن مقابله يسمى عالم الشهادة وعالم الملك اه وفى شرح المواهب : قال الراغب : أصل الجبر إصلاح الشىء بضرب من القهر . وقد يقال فى الإصلاح المجرد كقول على : ياجابر كل كسير ومسهل كل عسير ؛ وتارة فى القهر المجرد اه أفاده ط (قوله وعظمته) أى كونه كامل الذات أصالة وكامل الصفات تبعا ، وقوله وقدرته : أى كونه يصح منه كل من الفعل والترك قهستانى (قوله كالغضب والرضا) أى الانتقام والإنعام ، وهذا تمثيل لصفة الفعل فى حد ذاتها ، فلا ينافى مايأتى أن الرضا والغضب لايحلف بهما ط (قوله فإن الأيمان مبنية على العرف) علة للتقييد بقوله عرفا ط وهذا خاص بالصفات ، بخلاف الأسماء فإنه لايعتبر العرف فيها كما مر (قوله لايقسم بغير الله تعالى) عطف على قوله والقسم بالله تعالى : أى لاينعقد القسم بغيره تعالى أى غير أسمائه وصفاته ولو بطريق الكناية كما مر ، بل يحرم كما فى القهستانى ، بل يخاف منه الكفر فى نحو وحياتى وحياتك كما يأتى :

مطلب فى القرآن

(قوله قال الكمال الخ) مبنى على أن القرآن بمعنى كلام الله ، فيكون من صفاته تعالى كما يفيده كلام الهداية حيث قال : ومن حلف بغير الله تعالى لم يكن حالفا كالنبى والكعبة ، لقوله عليه الصلاة والسلام « من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر » وكذا إذا حلف بالقرآن لأنه غير متعارف اه . فقوله وكذا يفيد أنه ليس من قسم الحلف بغير الله تعالى بل هو من قسم الصفات ولذا علله بأنه غير متعارف ، ولو كان من القسم الأول كما هو المتبادر من كلام المصنف والقدورى لكانت العلة فيه النهى المذكور أو غيره ، لأن التعارف إنما يعتبر فى الصفات المشتركة لافى غيرها . وقال فى الفتح : وتعليل عدم كونه يمينا بأنه غيره تعالى لأنه مخلوق لأنه حروف وغير المخلوق هو الكلام النفسى منع بأن القرآن كلام الله منزل غير مخلوق ؛ ولايخفى أن المنزل فى الحقيقة ليس إلا الحروف المنقضية المنعدمة ، وما ثبت قدمه استحال عدمه ، غير أنهم أوجبوا ذلك لأن العوام إذا قيل لهم إن القرآن مخلوق تعدوا إلى الكلام مطلقا اه . وقوله ولا يخفى الخ رد للمنع :

وحاصله أن غير المخلوق هو القرآن بمعنى كلام الله الصفة النفسية القائمة به تعالى لابمعنى الحروف المنزلة غير أنه لايقال القرآن مخلوق لئلا يتوهم إرادة المعنى الأول :

فيدور مع العرف . وقال العينى : وعندى أن المصحف يمين لاسيا فى زماننا . وعند الثلاثة المصحف والقرآن وكلام الله يمين . زاد أحمد والنبى أيضا، ولو تبرأ من أحدها فيمين إجماعا إلا من المصحف إلا أن يتبرأ مما فيه ، بل لو تبرأ من دفتر فيه بسملة كان يمينا ، ولو تبرأ من كل آية فيه أو من الكتب الأربعة فيمين واحدة ؛ ولو كرر البراءة فأيمان بعددها، وبرىء من الله وبرىء من رسوله يمينان ؛ ولو زاد : والله ورسوله بريئان منه فأربع ، وبرىء من الله ألف مرة يمين واحدة، وبرىء من الإسلام أو القبلة أو صوم رمضان أو الصلاة

قلت : فحيث لم يجز أن يطلق عليه أنه مخلوق ينبغى أن لايجوز أن يطلق عليه أنه غيره تعالى بمعنى أنه ليس صفة له ، لأن الصفات ليست عينا ولا غيرا كما قرر فى محله ، ولذا قالوا : من قال بخلق القرآن فهو كافر . ونقل فى الهندية عن المضمرات : وقد قيل هذا فى زمانهم ، أما فى زماننا فيمين وبه نأخذ ونأمر ونعتقد . وقال محمد ابن مقاتل الرازى : إنه يمين ، وبه أخذ جمهور مشايخنا اه فهذا مؤيد لكونه صفة تعورف الحلف بها كعزة الله وجلاله (قوله فيدور مع العرف) لأن الكلام صفة مشتركة (قوله وقال العينى الخ) عبارته : وعندى لو حلف بالمصحف أو وضع يده عليه وقال : وحق هذا فهو يمين ولا سيما فى هذا الزمان الذى كثرت فيه الأيمان الفاجرة ورغبة العوام فى الحلف بالمصحف اه وأقره فى النهر ، وفيه نظر ظاهر إذ المصحف ليس صفة لله تعالى حتى يعتبر فيه العرف وإلا لكان الحلف بالنبى والكعبة يمينا لأنه متعارف ، وكذا بحياة رأسك ونحوه ولم يقل به أحد . على أن قول الحالف وحق الله ليس بيمين كما يأتى تحقيقه ، وحق المصحف مثله بالأولى ، وكذا وحق كلام الله لأن حقه تعظيمه والعمل به وذلك صفة العبد، نعم لو قال أقسم بما فى هذا المصحف من كلام الله تعالى ينبغى أن يكون يمينا (قوله ولو تبرأ من أحدها) أى أحد المذكورات من النبى والقرآن والقبلة (قوله إلا من المصحف) أى فلا يكون التبرى منه يمينا لأن المراد به الورق والجلد ، وقوله إلا أن يتبرأ مما فيه لأن مافيه هو القرآن ، وما ذكره فى النهر عن المجتبى من أنه لو تبرأ من المصحف انعقد يمينا فهو سبق قلم ، فإن عبارة المجتبى هكذا : ولو قال أنا برىء من القرآن أو مما فى المصحف فيمين ، ولو قال من المصحف فليس بيمين اه ومثله فى الذخيرة (قوله بل لو تبرأ من دفتر) صوابه مما فى دفتر كما علمته فى المصحف . قال فى الخانية : ولو رفع كتاب الفقه أو دفتر الحساب فيه مكتوب بسم الله الرحمن الرحيم وقال أنا برىء مما فيه إن فعل كذا ففعل كان عليه الكفارة ، كما لو قال أنا برىء من بسم الله الرحمن الرحيم (قوله ولو تبرأ من كل آية فيه) أى فى المصحف كما فى المجتبى والذخيرة والخانية (قوله ولو كرر البراءة الخ) قال فى الذخيرة : ولو قال فهو برىء من الكتب الأربعة فهو يمين واحدة ، وكذا هو برىء من القرآن والزبور والتوراة والإنجيل ؛ ولو قال فهو برىء من القرآن وبرىء من التوراة وبرىء من الإنجيل وبرىء من الزبور فهى أربعة أيمان . وفى البحر عن الظهيرية : والأصل فى جنس هذه المسائل أنه متى تعددت صيغة البراءة تتعدد الكفارة ، وإذا اتحدت اتحدت (قوله يمينان) أى لتكرر البراءة مرتين ؛ أما لو قال برىء من الله ورسوله فقيل يمينان ، وصحح فى الذخيرة والمجتبى الأول . وعبارة البحر هنا موهمة خلاف المراد (قوله فأربع) لأن لفظ البراءة فى الثانية مذكور مرتين بسبب التثنية بحر (قوله يمين واحدة) لأن قوله ألف مرة للمبالغة فلم يتكرر فيها اللفظ حقيقة تأمل (قوله أو صوم رمضان الخ) زاد فى الذخيرة : ولو قال أنا برىء من هذه الثلاثين يعنى شهر رمضان إن فعلت كذا ، فإن نوى البراءة من فرضيتها فيمين أو من أجرها فلا ، وكذا لو لم تكن له نية للشك ؛ ولو قال فأنا برىء من حجتى التى حججت أو من صلاتى التى صليت لايكون يمينا ، بخلاف قوله من القرآن الذى تعلمت فإنه يمين اه . وفى البحر عن المحيط : لأنه فى الأول تبرأ عن فعله لا عن الحجة

أو من المؤمنين أو أعبد الصليب يمين ، لأنه كفر وتعليق الكفر بالشرط يمين وسيجيء أنه إن اعتقد الكفر به يكفر وإلا يكفر .

وفي البحر عن الخلاصة والتجريد : وتتعدد الكفارة لتعدد اليمين ، والمجلس والمجالس سواء ؛ ولو قال : عنيت بالثاني الأول ففي حلفه بالله لايقبل ، وبحجة أو عمرة يقبل . وفيه معزيا للأصل : هو يهودي هو نصراني يمينان ، وكذا والله والله أو والله والرحمن في الأصح . واتفقوا أن والله والرحمن يمينان ، وبلا عطف واحدة ؛ وفيه معزيا للفتح : قال الرازي : أخاف على من قال بحياتي وحياتك وحياة رأسك أنه يكفر

المشروعة ، وفي الثاني القرآن قرآن ، وإن تعلمه فالتبري عنه كفر (قوله أو من المؤمنين) لأن البراءة منهم تكون لإنكار الأيمان خانية (قوله أو أعبد الصليب) كأن قال إن فعلت كذا فأنا أعبد الصليب (قوله لأنه كفر الخ) تعليل لقوله ولو تبرأ من أحدها مع ماعطف عليه (قوله وتعليق الكفر الخ) ولو قال هو يستحل الميتة أو الخمر أو الخنزير إن فعل كذا لايكون يمينا .

والحاصل أن كل شيء هو حرام حرمة مؤبدة بحيث لاتسقط حرمته بحال كالكفر وأشباهه ، فاستحلاله معلق بالشرط يكون يمينا ، ومانسقط حرمته بحال كالميتة والخمر وأشباه ذلك فلا ذخيرة (قوله وسيجيء) أي قريبا في المتن (قوله وإلا يكفر) بالتشديد : أي تلزمه الكفارة .

مطلب تتعدد الكفارة لتعدد اليمين

(قوله وتتعدد الكفارة لتعدد اليمين) وفي البغية : كفارات الأيمان إذا كثرت تداخلت ، ويخرج بالكفارة الواحدة عن عهدة الجميع . وقال شهاب الأئمة : هذا قول محمد . قال صاحب الأصل : هو المختار عندي اهـ مقدسي ، ومثله في القهستاني عن المنية (قوله وبحجة أو عمرة يقبل) لعل وجهه أن قوله إن فعلت كذا فعلي حجة ثم حلف ثانيا كذلك يحتمل أن يكون الثاني إخبارا عن الأول ، بخلاف قوله والله لا أفعله مرتين فإن الثاني لايحتمل الإخبار فلا تصح به نية الأول ، ثم رأيته كذلك في الذخيرة . وفي ط عن الهندية عن المبسوط : وإن كان إحدى اليمينين بحجة والأخرى بالله تعالى فعليه كفارة وحجة (قوله وفيه معزيا للأصل الخ) أي وفي البحر : والظاهر أن في العبارة سقطا ، فإن الذي في البحر عن الأصل : لو قال هو يهودي هو نصراني إن فعل كذا يمين واحدة ؛ ولو قال هو يهودي إن فعل كذا هو نصراني إن فعل كذا فهما يمينان (قوله في الأصح) راجع للمسألتين : أي إذا ذكر الواو بين الاسمين فالأصح أنهما يمينان سواء كان الثاني لايصلح نعتا للأول أو يصلح ، وهو ظاهر الرواية . وفي رواية يمين واحدة كما في الذخيرة .

قلت : لكن يستثنى مافي الفتح حيث قال : ولو قال علي عهد الله وأمانته وميثاقه ولا نية له فهو يمين عندنا ومالك وأحمد . وحكي عن مالك يجب عليه بكل لفظ كفارة ، لأن كل لفظ يمين بنفسه ، وهو قياس مذهبنا إذا كررت الواو كما في : والله والرحمن والرحيم إلا في رواية الحسن اهـ (قوله واتفقوا الخ) يعني أن الخلاف المذكور إذا دخلت الواو على الاسم الثاني وكانت واحدة ، فلو تكررت الواو مثل والله والرحمن فهما يمينان اتفاقا لأن إحداهما للعطف والأخرى للقسم كما في البحر . وأما إذا لم تدخل على الاسم الثاني واو أصلا كقولك والله الله وكقولك والله الرحمن فهو يمين واحدة اتفاقا كما في الذخيرة ، وهذا هو المراد بقوله وبلا عطف واحدة (قوله قال الرازي) هو علي حسام الدين الرازي . له كتب : منها خلاصة الدلائل في شرح القدوري . سكن دمشق وتوفي

وإن اعتقد وجوب البر فيه يكفر ، ولولا أن العامة يقولونه ولا يعلمونه لقلت إنه شرك . وعن ابن مسعود رضي الله عنه : لأن أحلف بالله كاذبا أحب إلىّ من أن أحلف بغيره صادقا .

(ولا) يقسم (بصفة لم يتعارف الحلف بها من صفاته تعالى كرحمته وعلمه ورضائه وغضبه وسخطه وعذابه) ولعنته وشريعته ودينه وحدوده وصفته وسبحان الله ونحو ذلك لعدم العرف (و) القسم أيضا (بقوله لعمر الله) أى بقاؤه

بها سنة إحدى وتسعين وخمسمائة (قوله وإن اعتقد وجوب البر فيه يكفر) ليس هذا من كلام الرازى المنقول فى الفتح والبحر بل مابعده ، وهذا إنما ذكره فى الفتح قبل نقل كلام الرازى ، وكأن الشارح ذكره هنا ليبين به أنه المراد من قوله يكفر ،وكان الأولى التصريح بأى التفسيرية . ثم المراد باعتقاد وجوب البر فيه كما قال ح اعتقاد الوجوب الشرعى بحيث لو حنث أثم وهذا قلما يقع (قوله ولا يعلمونه) أى لايعلمون أن اليمين ماكان موجبها البر أو الكفارة الساترة لهتك حرمة الاسم وأن فى الحلف باسم غيره تعالى تسوية بين الخالق والمخلوق فى ذلك (قوله لقلت إنه مشرك) أى إن الحالف بذلك . وفى بعض النسخ إنه شرك بدون ميم : أى أن الحلف المذكور . وفى القهستانى عن المنية أن الجاهل الذى يحلف بروح الأمير وحياته ورأسه لم يتحقق إسلامه بعد . وفيه : وما أقسم الله تعالى بغير ذاته وصفاته من الليل والضحى وغيرهما ليس للعبد أن يحلف بها (قوله وعن ابن مسعود الخ) لعل وجهه أن حرمة الكذب فى الحلف به تعالى قد تسقط بالكفارة ، والحلف بغيره تعالى أعظم حرمة ولذا كان قريبا من الكفر ولاكفارة له ط (قوله ولا بصفة الخ) مقابل قوله المار أو بصفة يحلف بها ، وهذا مبنى على قول مشايخ ماوراء النهر من اعتبار العرف فى الصفات مطلقا بلا فرق بين صفات الذات وصفات الفعل وهو الأصح كما مر ، فالعلة فى إخراج هذه عدم العرف ، فلا حاجة إلى مافى الجوهرة من أن القياس فى العلم أن يكون يمينا لأنه صفة ذات ، لكن استحسنوا عدمه لأنه قد يراد به المعلوم وهو غيره تعالى فلا يكون يمينا إلا إذا أراد الصفة لزوال الاحتمال اهـ (قوله ورضائه) الأنسب مافى البحر ورضاه لأنه مقصور لا ممدود (قوله وسخطه) قال فى المصباح : سخط سخطا من باب تعب ،والسخط بالضم اسم منه : وهو الغضب(قوله وشريعته ودينه وحدوده) لا محل لذكرها هنا لأنها ليست من الصفات ،لأن المراد بها الأحكام المتعبد بها وهى غيره تعالى فلا يقسم بها وإن تعورف كما علم مما مر ويأتى ، فالمناسب ذكرها عند قول المصنف المتقدم لابغير الله تعالى كما فعل صاحب البحر (قوله وصفته) فى البحر عن الخانية : لو قال بصفة الله لا أفعل كذا لايكون يمينا ؛ لأن من صفاته تعالى مايذكر فى غيره فلا يكون ذكر الصفة كذكر الاسم اهـ (قوله وسبحان الله الخ) قال فى البحر : ولو قال لا إله إلا الله لا أفعل كذا لا يكون يمينا إلا أن ينوى ، وكذا قوله « سبحان الله والله أكبر » لا أفعل كذا لعدم العادة اهـ .

قلت : ولو قال الله الوكيل لا أفعل كذا ينبغى أن يكون يمينا فى زماننا لأنه مثل الله أكبر لكنه متعارف (قوله لعدم العرف) قال فى البحر : والعرف معتبر فى الحلف بالصفات (قوله وبقوله لعمر الله) بخلاف لعمرك ولعمر فلان فإنه لايجوز كما فى القهستانى وقد مر ، وهو بفتح العين والضم وإن كان بمعنى البقاء إلا أنه لايستعمل فى القسم لأنه موضع التخفيف لكثرة استعماله ، وهو مع اللام مرفوع على الابتداء والخبر محذوف وجوبا لسد جواب القسم مسده ، ومع حذفها منصوب نصب المصادر وحرف القسم محذوف ، تقول : عمر الله فعلت . قال فى الفتح : وأما قولهم عمرك الله مافعلت فمعناه بإقرارك له بالبقاء ، وينبغى أن لاينعقد يمينا لأنه بفعل المخاطب

(وايم الله) أى يمين الله (وعهد الله) ووجه الله وسلطان الله إن نوى به قدرته (وميثاقه) وذمته (و)القسم أيضا بقوله (أقسم أو أحلف أو أعزم أو أشهد) بلفظ المضارع ، وكذا الماضى بالأولى كأقسمت وحلفت وعزمت وآليت وشهدت (وإن لم يقل بالله) إذا علقه بشرط (وعلىّ نذر) فإن نوى بلفظ النذر قربة لزمته وإلا لزمته الكفارة ،

وهو إقراره واعتقاده اهـ نهر ملخصا (قوله وايم الله) قال فى المصباح : وأيمن استعمل فى القسم والتزم رفعه ، وهمزته عند البصريين وصل ، واشتقاقه عندهم من اليمن : وهو البركة : وعند الكوفيين قطع لأنه جمع يمين عندهم وقد يختصر منه فيقال وايم الله بحذف الهمزة والنون ثم اختصر ثانيا فقيل م الله بضم الميم وكسرها اهـ. قال القهستانى وعلى المذهبين مبتدأ خبره محذوف وهو يمينى ؛ ومعنى يمين الله ، ما حلف الله به نحو الشمس والضحى أو اليمين الذى يكون بأسمائه تعالى كما ذكره الوصى (قوله أى يمين الله) هذا مبنى على قول البصريين إنه مفرد ، واشتقاقه من اليمن وهو البركة ، ويكون ذلك تفسيرا لحاصل المعنى ، وإلا فكان المناسب أن يقول أى بركة الله أو يقول أى أيمن الله بصيغة الجمع على قول الكوفيين تأمل (قوله وعهد الله) لقوله تعالى — وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان — فقد جعل أهل التفسير المراد بالأيمان العهود السابقة فوجب الحكم باعتبار الشرع إياها أيمانا وإن لم تكن حلفا بصفة الله ، كما حكم بأن أشهد يمين كذلك . وأيضا غلب الاستعمال فلا يصرف عن اليمين إلا بنية عدمه ، وتمامه فى الفتح . وفى الجوهرة : إذا قال وعهد الله ولم يقل علىّ عهد الله ، فقال أبو يوسف هو يمين ، وعندهما لا اهـ.

قلت : لكن جزم فى الخانية بأنه يمين بلا حكاية خلاف .

[تنبيه] أفاد مامر أنه لو قال علىّ عهد الرسول لايكون يمينا ، بل قدمنا عن الصيرفية : لو قال علىّ عهد الله وعهد الرسول لا أفعل كذا لايصح ، لأن عهد الرسول صار فاصلا اهـ (قوله ووجه الله) لأن الوجه المضاف إلى الله تعالى يراد به الذات بحر أى على القول بالتأويل ، وإلا فيراد به صفة له تعالى هو أعلم بها (قوله إن نوى به قدرته) وإلا لايكون يمينا كما فى البحر ، وكأنه احتراز عما إذا نوى بالسلطان البرهان والحجة (قوله وميثاقه) هو عهد مؤكد بيمين وعهد كما فى المفردات قهستانى (قوله وذمته) أى عهده ولذا سمى الذمى معاهدا فتح (قوله أو أعزم) معناه أوجب فكان إخبارا عن الإيجاب فى الحال وهذا معنى اليمين ، وكذا لو قال عزمت لا أفعل كذا كان حالفا بحر عن البدائع (قوله أو أشهد) بفتح الهمزة والهاء وضم الهمزة وكسر الهاء خطأ مجتبى : أى خطأ فى الدين لما يأتى من أنه يستغفر الله ولا كفارة لعدم العرف (قوله بلفظ المضارع) لأنه للحال حقيقة ، ويستعمل للاستقبال بقرينة كالسين وسوف فجعل حالفا للحال بلا نية هو الصحيح ، وتمامه فى البحر (قوله بالأولى) لدلالته على التحقق لعدم احتمال الاستقبال (قوله وآليت) بمد الهمزة من الألية : وهى اليمين كما فى البحر (قوله إذا علقه بشرط) يعنى بمقسم عليه . قال فى النهر : واعلم أنه وقع فى النهاية وتبعه فى الدراية أن مجرد قول القائل أقسم وأحلف يوجب الكفارة من غير ذكر محلوف عليه ولا حنث تمسكا بما فى الذخيرة أن قوله علىّ يمين موجب للكفارة وأقسم ملحق به ، وهذا وهم بين ، إذ اليمين بذكر المقسم عليه . وما فى الذخيرة معناه إذا وجد ذكر المقسم عليه ونقضت اليمين وتركه للعلم به يفصح عن ذلك قول محمد فى الأصل : واليمين بالله تعالى أو أحلف أو أقسم إلى أن قال : وإذا حلف بشىء منها ليفعلن كذا فحنث وجبت عليه الكفارة اهـ.

قلت : وأصل الرد لصاحب غاية البيان ، وتبعه فى الفتح والبحر أيضا وهو وجيه ، لكن هذا فى غير علىّ نذر أو علىّ يمين كما يأتى قريبا (قوله فإن نوى) مقابله محذوف تقديره وإنما يكون يمينا إذا لم ينو به قربة ، فإن نوى

وسيتضح (و) على (يمين أو عهد وإن لم يضف) إلى الله تعالى إذا علقه بشرط مجتبى (و) القسم أيضا بقوله (إن فعل كذا فهو) يهودى أو نصرانى أو فاشهدوا على بالنصرانية أو شريك للكفار أو (كافر)

الخ » قال فى كافى الحاكم : وإذا حلف بالنذر ، فإن نوى شيئا من حج أو عمرة أو غيره فعليه مانوى ، وإن لم تكن له نية فعليه كفارة يمين (قوله وسيتضح) أى قبيل الباب الآتى (قوله وإن لم يضف إلى الله تعالى) وكذا إن أضيف بالأولى كأن قال على نذر الله أو يمين الله أو عهد الله (قوله إذا علقه بشرط) أى بمحلوف عليه حتى يكون يمينا منعقدة مثل على نذر الله لأفعلن كذا أولا أفعل كذا ، فإذا لم يف بما حلف لزمته كفارة اليمين ، لكن فى لفظ النذر إذا لم يسم شيئا بأن قال على نذر الله فإنه وإن لم يكن يمينا تلزمه الكفارة فيكون هذا التزام الكفارة ابتداء بهذه العبارة كما فى الفتح . وذكر فى الفتح أيضا أن الحق أن على يمين مثله إذا قاله على وجه الإنشاء لا الإخبار ولم يزد عليه فيوجب الكفارة لأنه من صيغ النذر ، ولو لم يكن كذلك لغا ، بخلاف أحلف وأشهد ونحوهما فإنها ليست من صيغ النذر فلا يثبت به الالتزام ابتداء اه .

وحاصله أن على نذر يراد به نذر الكفارة ، وكذا على يمين هو نذر للكفارة ابتداء بمعنى على كفارة يمين لاحلف إلا بعد تعليقه بمحلوف عليه فيوجب الكفارة عند الحنث لا قبله : ورده فى البحر بما فى المجتبى : لو قال على يمين يريد به الإيجاب لا كفارة عليه إذا لم يعلقه بشىء اه .

أقول : الذى فى المجتبى بعدما رمز بلفظ ط للمحيط ، ولو قال على يمين أو يمين الله فيمين . ثم قال : أى صاحب الرمز المذكور على يمين يريد به الإيجاب لا كفارة عليه إذا لم يعلقه بشىء ، وكذا إذا قال لله على يمين هكذا . روى عن أبى يوسف . وعن أبى حنيفة على يمين لا كفارة لها يريد به الإيجاب فعليه يمين لها كفارة اه ما فى المجتبى . وظاهر كلامه أن فى المسألة اختلاف الرواية ، وإذا كان على يمين من صيغ النذر ترجحت الرواية المروية عن أبى حنيفة فالرد على الفتح بالرواية المروية عن أبى يوسف غير صحيح . ثم رأيت فى الحاوى مانصه : لو قال على نذر أو على يمين ولم يعلقه فعليه كفارة يمين اه فهذا صريح مافى الفتح فافهم .

[تنبيه] قدمنا أن اليمين تطلق على التعليق أيضا ؛ فلو علق طلاقا أو عتقا فهو يمين عند الفقهاء فصار لفظ اليمين مشتركا ، ولعلهم إنما صرفوه هنا إلى اليمين بالله تعالى ، لأنه هو الأصل فى المشروعية ولأنه هو المعنى اللغوى أيضا فينصرف عند الإطلاق إليه ، وينبغى أنه لو نوى به الطلاق أن تصح نيته لأنه نوى محتمل كلامه فيصير الطلاق معلقا على ما حلف وتقع به عند الحنث طلقة رجعية لا بائنة لأنه ليس من كنايات الطلاق ، خلافا لمن زعم أنه منها ، ولمن زعم أنه لا يلزمه إلا كفارة يمين كما حققناه فى باب الكنايات ، لكن بقى لو قال أيمان المسلمين تلزمنى إن فعلت كذا فأفتى العلامة الطورى بأنه إن حنث وكانت له زوجة تطلق وإلا لزمته كفارة واحدة . ورده السيد محمد أبو السعود وأفتى بأنه لا يلزمه شىء لأنه ليس من ألفاظ اليمين لا صريحا ولا كناية ، وأقره الحموى ولا يخفى مافيه ، فإن أيمان جمع يمين واليمين عند الإطلاق ينصرف إلى الحلف بالله تعالى . وعند النية يصح إرادة الطلاق به كما علمت . وفى الخانية : رجل حلف رجلا على طلاق وعتاق وهدى وصدقة ومشى إلى بيت الله تعالى وقال الحالف لرجل آخر عليك هذه الأيمان فقال نعم يلزمه المشى والصدقة لا الطلاق والعتاق ، لأنه فيهما بمنزلة من قال لله على أن أعتق عبدى أو أطلق امرأتى فلا يجبر على الطلاق والعتاق ولكن ينبغى له أن يعتق ، وإن قال الحالف لرجل آخر هذه الأيمان لازمة لك فقال نعم يلزمه الطلاق والعتاق أيضا اه أى لأن قوله نعم بمنزلة قوله هذه الأيمان لازمة لى فصار بمنزلة إنشائه الحالف بها فتلزمه كلها حتى الطلاق والعتاق ، ومقتضى هذا أن يلزمه كل ذلك فى قوله أيمان المسلمين تلزمنى خصوصا الهدى والمشى إلى بيت الله لأنها خاصة بالمسلمين ، وكذا الطلاق والعتق والصدقة ، فالقول بعد لزوم شىء أو بلزوم الطلاق فقط

فيكفر بحنثه لو فى المستقبل ؛ أما الماضى عالما بخلافه فغموس . واختلف فى كفره (و) الأصح أن الحالف (لم يكفر) سواء (علقه بماض أو آت إن كان عنده فى اعتقاده أنه (يمين وإن كان) جاهلا . و (عنده أنه يكفر فى الحلف) بالغموس وبمباشرة الشرط فى المستقبل (يكفر فيهما) لرضاه بالكفر ، بخلاف الكافر

غير ظاهر إلا أن يفرق بأن هذه الأيمان مذكورة صريحا فى فرع الخانية ، بخلافها فى فرعنا المذكور لكنه بعيد ، فإن لفظ أيمان جمع يمين ومع الإضافة إلى المسلمين زادت فى الشمول : فينبغى لزوم أنواع الأيمان التى يحلف بها المسلمون لاخصوص الطلاق ولا خصوص اليمين بالله تعالى ، هذا ماظهرلى، والله تعالى أعلم (قوله فيكفر بحنثه) أى تلزمه الكفارة إذا حنث إلحاقا له بتحريم الحلال ، لأنه لما جعل الشرط علما على الكفر وقد اعتقده واجب الامتناع وأمكن القول بوجوبه لغيره جعلناه يمينا نهر (قوله أما الماضى) كإن كنت فعلت كذا فهو كافر أو يهودى ومثلها الحال (قوله عالما بخلافه) أما إذا كان ظانا صحته فلغو ح (قوله فغموس) لا كفارة فيها إلا التوبة فتح (قوله واختلف فى كفره) أى إذا كان كاذبا (قوله والأصح الخ) وقيل لايكفر ؛ وقيل يكفر لأنه تنجيز معنى لأنه لما علقه بأمر كائن فكأنه قال ابتداء هو كافر .

واعلم أنه ثبت فى الصحيحين عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال« من حلف على يمين بملة غير الإسلام كاذبا متعمدا فهو كما قال » والظاهر أنه أخرج مخرج الغالب ، فإن الغالب ممن يحلف بمثل هذه الأيمان أن يكون جاهلا لايعرف إلا لزوم الكفر على تقدير الحنث ، فإن تم هذا وإلا فالحديث شاهد لمن أطلق القول بكفره فتح (قوله فى اعتقاده) تفسير لقوله عنده ح . قال فى المصباح : وتكون عند بمعنى الحكم ، يقال : هذا عندى أفضل من هذا : أى فى حكمى (قوله وعنده أنه يكفر) عطف تفسير على قوله جاهلا .

وعبارة الفتح : وإن كان فى اعتقاده أنه يكفر به يكفر لأنه رضى بالكفر حيث أقدم على الفعل الذى علق عليه كفره وهو يعتقد أنه يكفر إذا فعله اهـ . وعبارة الدرر : وكفر إن كان جاهلا اعتقد أنه كفر الخ ، وبه ظهر أن عطف وعنده بالواو هو الصواب ، وما يوجد فى بعض النسخ من عطفه بأو خطأ لأنه يفيد أن المراد بالجاهل هو الذى لا يعتقد شيئا ، ولا وجه لتكفيره لما علمت من أنه إنما يكفر إذا اعتقده كفرا ليكون راضيا بالكفر ، أما الذى لايعتقده كذلك لم يرض بالكفر حتى يقال إنه يكفر فافهم (قوله يكفر فيهما) أى فى الغموس والمنعقدة . أما فى الغموس ففى الحال ، وأما فى المنعقدة فعند مباشرة الشرط كما صرح به فى البحر قبيل قوله وحروفه ح .

ولا يقال : إن من نوى الكفر فى المستقبل كفر فى الحال . وهذا بمنزلة تعليق الكفر بالشرط . لأنا نقول : إن من قال إن فعلت كذا فأنا كافر مراده الامتناع بالتعليق ومن عزمه أن لايفعل فليس فيه رضا بالكفر عند التعليق بخلاف ما إذا باشر الفعل معتقدا أنه يكفر بمباشرته فإنه يكفر وقت مباشرته لرضاه بالكفر . وأما الجواب بأن هذا تعليق بماله خطر الوجود فلا يكفر به فى الحال ، بخلاف قوله إذا جاء يوم كذا فهو كافر فإنه يكفر فى الحال لأنه تعليق بمحقق الوجود ، ففيه أنه لو علقه بما له خطر يكفر أيضا كقوله إن كان كذا غدا فأنا أكفر فإنه يكفر من ساعته كما فى جامع الفصولين لأنه رضى فى الحال بكفره المستقبل على تقدير حصول كذا فافهم . وعلى هذا لو كان الحالف وقت الحلف ناويا على الفعل وقال إن فعلت كذا فهو كافر ينبغى أن يكفر فى الحال لأنه يصير عازما فى الحال على الفعل المستقبل الذى يعتقد كفره به (قوله بخلاف الكافر) أى إذا قال إن فعلت كذا فأنا مسلم . قال ح : فى بعض النسخ : بخلاف الكفر ، وعليها فضمير يصير عائد على الكافر الذى استلزمه الكفر

فلا يصير مسلما بالتعليق لأنه ترك كما بسطه المصنف فى فتاويه ، وهل يكفر بقوله الله يعلم أو يعلم الله أنه فعل كذا أو لم يفعل كذا كاذبا ؟ قال الزاهدى : الأكثر نعم . وقال الشمنى : الأصح لا ، لأنه قصد ترويج الكذب دون الكفر ؛ وكذا لو وطئ المصحف قائلا ذلك لأنه لترويج كذبه لا إهانة المصحف مجتبى . وفيه : أشهد الله لا أفعل يستغفر الله ولا كفارة ، وكذا أشهدك وأشهد ملائكتك لعدم العرف . وفى الذخيرة : إن فعلت كذا فلا إله فى السماء يكون يمينا ولا يكفر ، وفى فأنا برىء من الشفاعة ليس بيمين

والأولى أظهر اه (قوله لأنه ترك) أى لأن الكفر ترك التصديق والإقرار فيصح تعليقه بالشرط بخلاف الإسلام بأنه فعل والأفعال لا يصح تعليقها بالشرط . قال ح : وبهذا التقرير عرفت أن هذا تعليل لقوله يكفر فيهما لا لقوله فلا يصير مسلما بالتعليق اه .

قلت : لكن الظاهر أنه تعليل للمخالفة وبيان لوجه الفرق ، وإلا لعطفه على التعليل الأول (قوله كاذبا) حال من الضمير فى بقوله (قوله الأكثر نعم) لأنه نسب خلاف الواقع إلى علمه تعالى فيضمن نسبة الجهل إليه تعالى (قوله وقال الشمنى الأصح لا) جعله فى المجتبى وغيره رواية عن أبى يوسف . ونقل فى نور العين عن الفتاوى تصحيح الأول . وعلى القول بعدم الكفر قال ح يكون حينئذ يمينا غموسا لأنه على ماض ، وهذا إن تعورف الحلف به وإلا فلا يكون يمينا ، وعلى كل فهو معصية تجب التوبة منه اه لكن علمت أن التعارف إنما يعتبر فى الصفات المشتركة تأمل (قوله وكذا لو وطئ المصحف الخ) عبارة المجتبى بعد التعليل المنقول هنا عن الشمنى : هكذا قلت فعلى هذا إذا وطئ المصحف قائلا إنه فعل كذا أو لم يفعل كذا وكان كاذبا لا يكفر لأنه يقصد به ترويج كذبه لا إهانة المصحف اه لكن ذكر فى القنية والحاوى : ولو قال لها ضعى رجلك على الكراسة إن لم تكونى فعلت كذا فوضعت عليها رجلها لا يكفر الرجل لأن مراده التخويف وتكفر المرأة . قال رحمه الله : فعلى هذا لو لم يكن مراده التخويف ينبغى أن يكفر ، ولو وضع رجله على المصحف حالفا يتوب ، وفى غير الحالف استخفافا يكفر اه ، ومقتضاه أن الوضع لا يستلزم الاستخفاف ، ومثله فى الأشباه حيث قال : يكفر بوضع الرجل على المصحف مستخفا وإلا فلا اه . ويظهر لى أن نفس الوضع بلا ضرورة يكون استخفافا واستهانة له ، ولذا قال لو لم يكن مراده التخويف ينبغى أن يكفر : أى لأنه إذا أراد التخويف يكون معظما له ، لأن مراده حملها على الإقرار بأنها فعلت ، لعلمه بأن وضع الرجل أمر عظيم لا تفعله فتقر بما أنكرته ، أما إذا لم يرد التخويف فإنه يكفر لأنه أمرها بما هو كفر لما فيه من الاستخفاف والاستهانة ، ويدل على ذلك قول من قال يكفر من صلى بلا طهارة أو لغير القبلة لأنه استهانة فليتأمل (قوله لعدم العرف) قلت : هو فى زماننا متعارف ، وكذا الله يشهد أنى لا أفعل ، ومثله شهد الله علم الله أنى لا أفعل فينبغى فى جميع ذلك أن يكون يمينا للتعارف الآن (قوله يكون يمينا) قال فى البحر : وينبغى أن الحالف إذا قصد نفى المكان عن الله تعالى أنه لا يكون يمينا لأنه حينئذ ليس بكفر بل هو الأيمان اه ح (قوله ولا يكفر) لما كان مقتضى حلفه كون الإله فى السماء كان مظنة أن يتوهم كفره بنفس الحلف ، لأن فيه إثبات المكان له تعالى فقال ولا يكفر ، ولعل وجهه أن إطلاق هذا اللفظ وارد فى النصوص كقوله تعالى - وهو الذى فى السماء إله - وقوله تعالى - ءأمنتم من فى السماء - فلا يكفر بإطلاقه عليه تعالى وإن كانت حقيقة الظرفية غير مرادة ، فبالنظر إلى كون هذا اللفظ وارد فى القرآن كان نفيه كفرا ولذا انعقدت به اليمين كما فى نظائره ؛ وبالنظر إلى أن اعتقاد حقيقته اللغوية كفر كان مظنة كفره لاقتضاء حلفه كون الإله فى السماء ، هذا غاية ما ظهر لى فى هذا المحل . وفى أواخر جامع الفصولين : قال الله تعالى فى السماء عالم لو أراد به المكان كفر لا لو أراد به حكاية عما جاء فى ظاهر الإخبار

لأن منكرها مبتدع لا كافر ، وكذا فصلاتى وصيامى لهذا الكافر : وأما فصومى لليهود فيمين إن أراد به القربة لا إن أراد به الثواب (وقوله) مبتدأ خبره قوله الآتى لا (وحقا) إلا إذا أراد به اسم الله تعالى (وحق الله) واختار فى الاختيار أنه يمين للعرف ، ولو بالباء فيمين اتفاقا بحر (وحرمته) وبحرمة — شهد الله — وبحرمة — لاإله إلا الله — وبحق الرسول أو الإيمان أو الصلاة (وعذابه وثوابه ورضاه ولعنة الله وأمانته) لكن فى الخانية أمانة الله يمين . وفى النهر : إن نوى العبادات فليس بيمين

ولو لا نية له يكفر عند أكثرهم اه فتأمل (قوله لأن منكرها مبتدع لا كافر) أى واليمين إنما تنعقد إذا علقت بكفر ط (قوله وكذا فصلاتى الخ) أى أنه ليس بيمين بحر عن المجتبى ط (قوله وأما فصومى الخ) فى حاوى الزاهدى : وصلواتى وصياماتى لهذا الكافر فليس بيمين وعليه الاستغفار ، وقيل هذا إذا نوى الثواب ، وإن نوى القربة فيمين اه .

قلت : وبه علم أن ماهنا قول آخر ، إذ لايظهر فرق بين صلاتى وصومى بل التفصيل جار فيهما على هذا القول أى إن أراد القربة والعبادة يكون يمينا لكونه تعليقا على كفر ، وأما إن أراد الثواب فلا لأن الثواب على ذلك أمر غيبي غير محقق ولأن هبة الثواب للغير جائزة عندنا فلعله أراد تخفيف عذابه وإن لم يكن الكافر أهلا لثواب العبادة تأمل (قوله وحقا) فى المجتبى : وفى قوله وحقا أو حقا اختلاف المشايخ ، والأكثر على أنه ليس بيمين اه أى لا فرق بين ذكره بالواو وبدونها ، فما فى الملتقى وغيره من ذكره بدونها ليس بقيد فافهم (قوله إلا إذا أراد به اسم الله تعالى) مكرر مع ما يأتى متنا وكأنه أشار إلى أن المناسب ذكره هنا ح (قوله وحق الله) الحاصل أن الحق إما أن يذكر معرفا أو منكرا أو مضافا فالحق معرفا سواء كان بالواو أو بالباء يمين اتفاقا كما فى الخانية والظهيرية ، ومنكرا يمين على الأصح إن نوى ، ومضافا إن كان بالباء فيمين اتفاقا لأن الناس يحلفون به ، وإن كان بالواو فعندهما ، وإحدى الروايتين عن أبى يوسف لا يكون يمينا . وعنه رواية أخرى أنه يمين لأن الحق من صفاته تعالى والحلف به متعارف . وفى الاختيار أنه المختار اعتبارا بالعرف اه . وبهذا علم أن المختار أنه يمين فى الألفاظ الثلاثة مطلقا ، أفاده فى البحر ، وتقدم أن المنكر بدون واو أو باء ليس بيمين عند الأكثر هذا .

وقد اعترض فى الفتح على مافى الاختيار بأن التعارف يعتبر بعد كون الصفة مشتركة فى الاستعمال بين صفة الله تعالى وصفة غيره ، ولفظ حق لايتبادر منه ماهو صفة الله تعالى بل ماهو من حقوقه . ثم قال : ومن الأقوال الضعيفة ما قال البلخى إن قوله بحق الله يمين لأن الناس يحلفون به ، وضعفه لما علمت أنه مثل وحق الله (قوله وحرمته) اسم بمعنى الاحترام ، وحرمة الله مالا يحل انتهاكه فهو فى الحقيقة قسم بغيره تعالى حموى عن البرجندى ط (قوله وبحرمة شهد الله) بالدال المهملة فى كثير من النسخ والكتب : وفى بعضها شهر الله بالراء ، وكل من النسختين صحيح المعنى ح (قوله وبحق الرسول) فلا يكون يمينا لكن حقه عظيم ط عن الهندية (قوله ورضاه) مكرر مع مامر فى قوله ولا بصفة لم يتعارف الحلف بها الخ وكونه ليس يمينا لاينافى مامر فى قوله أوصفة فعل يوصف بها وبضدها الخ ، كما قدمناه هناك (قوله لكن فى الخانية الخ) حيث قال وأمانة الله يمين : وذكر الطحاوى أنه لايكون يمينا وهو رواية عن أبى يوسف اه . وفى البحر ذكر فى الأصل أنه يكون يمينا خلافا للطحاوى لأنها طاعته . ووجه مافى الأصل أن الأمانة المضافة إلى الله تعالى عند القسم يراد بها صفته اه . وفى الفتح : فعندنا ومالك وأحمد هو يمين ، وعند الشافعى بالنية لأنها فسرت بالعبادات . قلنا غلب إرادة اليمين إذا ذكرت بعد حرف القسم فوجب عدم توقفها على النية للعادة الغالبة اه وبه علم أن المعتمد مافى الخانية (قوله فليس بيمين) أى اتفاقا لأنها ليست صفة ، لكن

(وإن فعله فعليه غضبه أوسخطه أو لعنة الله أو هو زان أو سارق أو شارب خمر أو آكل ربا لا) يكون قسما لعدم التعارف ، فلو تعورف هل يكون يمينا ؟ ظاهر كلامهم نعم ، وظاهر كلام الكمال لا ، وتمامه فى النهر :

وفى البحر : مايباح للضرورة لايكفر مستحله كدم وخنزير (إلا إذا أراد) الحالف (بقوله حقا اسم الله تعالى فيمين على المذهب) كما صححه فى الخانية :

(و) من (حروفه الواو والباء والتاء)

على المعتمد ينبغى أن لايصدق فى القضاء (قوله فعليه غضبه الخ) أى لا يكون يمينا أيضا لأنه دعاء على نفسه ، ولا يستلزم وقوع المدعو بل ذلك متعلق باستجابة دعائه ولأنه غير متعارف فتح (قوله أو هو زان الخ) لأن حرمة هذه الأشياء تحتمل النسخ والتبديل فلم تكن فى معنى حرمة الاسم ولأنه ليس بمتعارف هداية : أى أن حرمة هذه الأشياء تحتمل السقوط للضرورة أو نحوها (قوله لعدم التعارف) ظاهره أنه علة للجميع ، وقد علمت أن العرف معتبر فى الحلف بالصفات المشتركة تأمل (قوله فلو تعورف الخ) أى فى هو زان وما بعده كما يفيده كلام النهر ، والظاهر أن مثله فعليه غضبه الخ (قوله ظاهر كلامهم نعم) فيه نظر لأنهم لم يقتصروا على التعليل بالتعارف ، بل عللوا بما يقتضى عدم كونه يمينا مطلقا وهو كون عليه غضبه ونحوه دعاء على نفسه ، وكون هو زان يحتمل النسخ ثم عللوا بعدم التعارف لأنه عند عدم التعارف لايكون يمينا وإن كان مما يمكن الحلف به فى غير الاسم فكيف إذا كان مما لايمكن (قوله وظاهر كلام الكمال لا) حيث قال : إن معنى اليمين أن يعلق الحالف مايوجب امتناعه من الفعل بسبب لزوم وجوده : أى وجود ماعلقه كالكفر عند وجود الفعل المحلوف عليه كدخول الدار ، وهنا لايصير بمجرد الدخول زانيا أو سارقا حتى يوجب امتناعه عن الدخول ، بخلاف الكفر فإنه بمباشرة الدخول يتحقق الرضا بالكفر فيوجب الكفر اهـ ملخصا موضحا ، والمراد أنه يوجب الكفر عند الجهل والكفارة عند العلم ولا يخفى أن هذا التعليل يصلح أيضا لنحو عليه غضبه لأنه لاتتحقق استجابة دعائه بمباشرة الشرط فلا يوجب امتناعه عن مباشرته فلم يكن فيه معنى اليمين وإن تعورف (قوله وفى البحر الخ) هذا غير منقول بل فهمه فى البحر من قول الولوالجية فى تعليل قوله هو يستحل الدم أولحم الخنزير إن فعل كذا لايكون يمينا لأن استحلال ذلك لايكون كفرا لامحالة فإنه حالة الضرورة يصير حلالا اهـ .

واعترضه المحشى بأنه وهم باطل لأن قول الولوالجية لامحالة قيد للمنفى وهو يكون لا للنفى وهو لايكون ، فالمعنى أن كون استحلاله كفرا على الدوام منفى بل قد لايكون كفرا ، يوضحه مافى المحيط من أنه لايكون يمينا للشك لأنه قد يكون استحلاله كفرا كما فى غير حالة الضرورة فيكون يمينا ، وقد لايكون كفرا كما فى حالة الضرورة فلا يكون يمينا ، فقد حصل الشك فى كونه يمينا أولا بخلاف هو يهودى إن فعل كذا لأن اليهودى من ينكر رسالة محمد صلى الله عليه وسلم وذلك كفر دائما ، فكل ماحرم مؤبدا فاستحلاله معلقا بالشرط يكون يمينا ومالا فلا اهـ ملخصا .

مطلب حروف القسم

(قوله ومن حروفه) أفاد أن له حروفا أخر نحو من الله بكسر الميم وضمها صرح به القهستانى عن الرضى .

قلت : وفى الدمامينى عن التسهيل : ومن مثلث الحرفين مع توافق الحركتين اهـ فافهم ، والمراد بالحروف الأدوات لأن من الله وكذا الميم اسم مختصر من أيمن كما مر ، والضمير فى حروفه راجع إلى القسم أو الحلف أو إلى اليمين بتأويل القسم وإلا فاليمين مؤنثة سماعا (قوله الواو والباء والتاء) قدم الواو لأنها أكثر استعمالا فى القسم ولذا

ولام القسم وحرف التنبيه وهمزة الاستفهام وقطع ألف الوصل والميم المكسورة والمضمومة كقوله لله وها الله وم الله:
(وقد تضمر) حروفه إيجازا فيختص اسم الله بالحركات الثلاث وغيره بغير الجر والتزم رفع أيمن ولعمر الله
(كقوله الله) بنصبه بنزع الخافض، وجره الكوفيون

لم تقع الباء في القرآن إلا في - بالله إن الشرك لظلم عظيم - مع احتمال تعلقها بـ «لا تشرك» وقدم غيره الباء لأنها الأصل لأنها صلة أحلف وأقسم ولذا دخلت في المظهر والمضمر نحو بك لأفعلن (قوله ولام القسم) وهي المختصة بالله في الأمور العظام قهستاني: أي لاتدخل على غير اسم الجلالة وهي مكسورة، وحكى فتحها كما في حواشي شرح الأجرومية. وفي الفتح: ولا تستعمل اللام إلا في قسم متضمن معنى التعجب كقول ابن عباس: دخل آدم الجنة، فلله ماغربت الشمس حتى خرج، وقولهم لله مايؤخر الأجل فاستعمالها قسما مجردا عنه لايصح في اللغة إلا أن يتعارف كذلك، وقول الهداية في المختار كما في بعض النسخ احتراز عما عن أبي حنيفة أنه إذا قال لله على أن لا أكلم زيدا أنها ليست بيمين إلا أن ينوى لأن الصيغة للنذر، ويحتمل معنى اليمين اه (قوله وحرف التنبيه) المراد به ها محذوف الألف أو ثابتها مع وصل ألف الله وقطعها كما في التسهيل لابن مالك (قوله همزة الاستفهام) هي همزة بعدها ألف ولفظ الجلالة بعدها مجرور، وتسميتها بهمزة الاستفهام مجاز كذا في الدماميني على التسهيل ح: والظاهر أن الجر بهذه الأحرف لنيابتها عن أحرف القسم ط (قوله وقطع ألف الوصل) أي مع جر الاسم الشريف ح أي فالهمزة نابت عن حرف القسم وليس حرف القسم مضمرا لأن مايضمر فيه حرف القسم تبقى همزته همزة وصل، نعم عند ابتداء الكلام تقطع الهمزة فيحتمل الوجهين، أما عند عدم الابتداء كقولك يازيد الله لأفعلن فإن قطعتها كان مما نحن فيه وإلا فهو من الإضمار فافهم (قوله والميم المكسورة والمضمومة) وكذا المفتوحة، فقد نقل الدماميني فيها التثليث. وفي ط لعلهم اعتبروا صورتها فعدوها من حروف القسم وإلا فقد سبق أنها من جملة اللغات في أيمن الله كمن الله (قوله لله) بكسر لام القسم وجر الهاء كما قدمناه فافهم (قوله وها الله) مثال لحرف التنبيه والهاء مجرورة ح (قوله م الله) بتثليث الميم كما قدمناه والهاء مجرورة (قوله وقد تضمر حروفه) فيه أن الذي يضمر هو الباء فقط، لأنها حرف القسم الأصلي كما نقله القهستاني عن الكشف والرضى، وأراد بالإضمار عدم الذكر فيصدق بالحذف. والفرق بينهما أن الإضمار يبقى أثره بخلاف الحذف. قال في الفتح: وعليه ينبغي كون الحرف محذوفا في حالة النصب ومضمرا في حالة الجر لظهور أثره، وقوله في البحر قال تضمر ولم يقل تحذف للفرق بينهما الخ يوهم أنه مع النصب لايكون حالفا وليس كذلك، ولذا قال في النهر إنه بمعزل عن التحقيق، لأنه كما يكون حالفا مع بقاء الأثر يكون أيضا حالفا مع النصب بل هو الكثير في الاستعمال وذاك شاذ اه أي شاذ في غير اسم الله تعالى فافهم (قوله بالحركات الثلاث) أما الجر والنصب فعلى إضمار الحرف أو حذفه مع تقدير ناصب كما يأتي، وأما الرفع فقال في الفتح على إضمار مبتدإ، والأولى كونه على إضمار خبر، لأن الاسم الكريم أعرف المعارف فهو أولى بكونه مبتدأ والتقدير الله قسمي أو قسمي الله اه (قوله وغيره) أي ويختص غير اسم الجلالة كالرحمن والرحيم بغير الجر أي بالنصب والرفع، أما الجر فلا لأنه لايجوز حذف الجار وإبقاء عمله إلا في مواضع منها لفظ الجلالة في القسم دون عوض نحو الله لأفعلن (قوله بنصبه بنزع الخافض) هذا خلاف أهل العربية، بل هو عندهم بفعل القسم لما حذف الحرف اتصل الفعل به إلا أن يراد عند انتزاع الخافض: أي بالفعل عنده، كذا في الفتح أي فالباء في بنزع للسببية لا لأصلة نصبه لأن النزع ليس من عوامل النصب، بل الناصب هو الفعل، ويتعدى بنفسه توسعا بسبب نزع الخافض كما في - أعجلتم أمر ربكم - أي عن أمره - واقعدوا لهم كل مرصد - أي عليه (قوله وجره الكوفيون) كذا حكى الخلاف في المبسوط. قال في الفتح: ونظر فيه بأنهما أي

مسكين (لأفعلن كذا) أفاد أن إضمار حرف التأكيد فى المقسم عليه لايجوز ثم صرح به بقوله (الحلف) بالعربية (فى الإثبات لايكون إلابحرف التأكيد وهو اللام والنون كقوله والله لأفعلن كذا)

النصب والجر وجهان سائغان للعرب ليس أحد ينكر أحدهما ليتأتى الخلاف اه وسكت الشارح عن الرفع مع أنه ذكره أيضا فى قوله بالحركات الثلاث .

[تنبيه] هذه الأوجه الثلاثة وكذا سكون الهاء ينعقد بها اليمين مع التصريح بباء القسم . فى الظهيرية : بالله لأفعل كذا وسكن الهاء أو نصبها أو رفعها يكون يمينا ؛ ولو قال الله لأفعل كذا وسكن الهاء أو نصبها لايكون يمينا إلا أن يعربها بالجر فيكون يمينا ، وقيل يكون يمينا مطلقا اه .

قلت : وقول المتون وقد تضمر يشير إلى القول الأول ، لما علمت من أن الإضمار يبقى أثره فلا بد من الجر لكنه خلاف مامشى عليه فى الهداية وغيرها من تجويز النصب ، وقدمنا عن الجوهرة أنه الصحيح ، بل قال فى البحر وينبغى أنه إذا نصب أنه يكون يمينا بلا خلاف لأن أهل اللغة لم يختلفوا فى جواز كل من الوجهين ، ولكن النصب أكثر كما ذكره عبد القاهر فى مقتصده كذا فى غاية البيان اه .

قلت : بقى الكلام على عدم كونه يمينا مع سكون الهاء : وقد رده فى الفتح حيث قال : ولا فرق فى ثبوت اليمين بين أن يعرب المقسم به خطأ أو صوابا أو يسكنه خلافا لما فى المحيط فيما إذا سكنه ، لأن معنى اليمين وهو ذكر اسم الله تعالى للمنع أو الحمل معقودا بما أريد منعه أو فعله ثابت فلا يتوقف على خصوصية فى اللفظ اه

(قوله أن إضمار حرف التأكيد) الإضافة فى حرف للجنس لأن المراد اللام والنون فإن حذفهما فى جواب القسم المستقبل المثبت لايجوز ، نعم حذف أحدهما جائز عند الكوفيين لاعند البصريين ،وكذا يجوز إن كان الفعل حالا كقراءة ابن كثير — لأقسم بيوم القيامة — وقول الشاعر :

يمينا لأبغض كل امرئ ... يزخرف قولا ولا يفعل

مطلب فيما لو أسقط اللام والنون من جواب القسم

(قوله الحلف بالعربية الخ) على هذا أكثر مايقع من العوام لايكون يمينا لعدم اللام والنون فلا كفارة عليهم فيها مقدسى ، يعنى لايكون يمينا على الإثبات ، وقوله فلا كفارة عليهم فيها : أى إذا تركوا ذلك الشىء . ثم قال المقدسى : لكن ينبغى أن تلزمهم لتعارفهم الحلف بذلك ، ويؤيده مانقلناه عن الظهيرية أنه لو سكن الهاء أو رفع أو نصب فى بالله يكون يمينا مع أن العرب مانطقت بغير الجر فليتأمل ، وينبغى أن يكون يمينا وإن خلا من اللام والنون ، ويدل عليه قوله فى الولوالجية : سبحان الله أفعل لاإله إلا الله أفعل كذا ليس بيمين إلا أن ينويه اه

واعترضه الخير الرملى بأن مانقله لايدل لمدعاه ، أما الأول فلأنه تغيير إعرابى لايمنع المعنى الموضوع فلا يضر التسكين والرفع والنصب ، لما تقرر أن اللحن لايمنع الانعقاد ، وأما الثانى فلأنه ليس من المتنازع فيه ، إذ المتنازع فيه الإثبات والنفى لاأنه يمين والنقل يجب اتباعه اه .

قلت : وفيه نظر ، أما أولا فلأن اللحن الخطأ كما فى القاموس . وفى المصباح : اللحن الخطأ فى العربية ، وأما ثانياً فلأن قول الولوالجية سبحان الله أفعل عين المتنازع فيه لاغيره فإنه أتى بالفعل المضارع مجردا من اللام والنون وجعله يمينا مع النية ، ولو كان على النفى لوجب أن يقال إنه مع النية يمين على عدم الفعل كما لايخفى ، وإنما اشترط النية لكونه غير متعارف كما مر . وقال ح : وبحث المقدسى وجيه . وقول بعض الناس إنه يصادم المنقول يجاب عنه بأن المنقول فى المذهب كان على عرف صدر الإسلام قبل أن تتغير اللغة ، وأما الآن فلا يأتون باللام

. . . .

والنون فى مثبت القسم أصــلا ويفرقون بين الإثبات والنفى بوجود لا وعدمها ، وما اصطلاحهم على هذا إلا كاصطلاح لغة الفرس ونحوها فى الأيمان لمن تدبر اهـ :

قلت : ويؤيده ماذكره العلامة قاسم وغيره من أنه يحمل كلام كل عاقد وحالف وواقف على عرفه وعادته سواء وافق كلام العرب أم لا ، ويأتى نحوه عن الفتح فى أول الفصل الآتى . وقد فرق أهل العربية بين بلى ونعم فى الجواب بأن بلى لإيجاب مابعد النفى ونعم للتصديق ، فإذا قيل ماقام زيد ، فإن قلت بلى كان معناه قد قام ، وإن قلت نعم كان معناه ما قام . ونقل فى شرح المنار عن التحقيق أن المعتبر فى أحكام الشرع العرف حتى يقام كل واحد منهما(١) مقام الآخر اهـ ومثله فى التلويح : وقول المحيط هنا والحلف بالعربية أن يقول فى الإثبات والله لأفعلن" الخ بيان للحكم على قواعد العربية وعرف العرب وعادتهم الخالية عن اللحن ، وكلام الناس اليوم خارج عن قواعد العربية سوى النادر ، فهو لغة اصطلاحية لهم كباقى اللغات الأعجمية ، فلا يعاملون بغير لغتهم وقصدهم إلا من التزم منهم الإعراب أو قصد المعنى اللغوى ، فينبغى أن يدين : وعلى هذا قال شيخ مشايخنا السائحانى : إن أيماننا الآن لاتتوقف على تأكيد ، فقد وضعناها وضعا جديدا واصطلحنا عليها وتعارفناها ، فيجب معاملتنا على قدر عقولنا ونياتنا كما أوقع المتأخرون الطلاق بعلى" الطلاق ، ومن لم يدر بعرف أهل زمانه فهو جاهل اهـ :

قلت : ونظير هذا ماقالوه من أنه لو أسقط الفاء الرابطة لجواب الشرط فهو تنجيز لا تعليق ، حتى لو قال إن دخلت الدار أنت طالق تطلق فى الحال وهذا مبنى على قواعد العربية أيضا ، وهو خلاف المتعارف الآن فينبغى بناؤه على العرف كما قدمناه عن المقدسى فى باب التعليق ، وقدمنا هناك مايناسب ذكره هنا فراجعه ، والله سبحانه أعلم :

[تنبيه] مامر إنما هو فى القسم ، بخلاف التعليق فإنه وإن سمى عند الفقهاء حلفا ويمينا لـكنه لايسمى قسما ، فإن القسم خاص باليمين بالله تعالى كما صرح به القهستانى ، أما التعليق فلا يجرى اشتراط اللام والنون فى المثبت منه لاعند الفقهاء ولا عند اللغويين ، ومنه الحرام يلزمنى وعلى" الطلاق لا أفعل كذا فإنه يراد به فى العرف إن فعلت كذا فهى طالق فيجب إمضاؤه عليهم كما صرح به فى الفتح وغيره كما يأتى . قال ح : فاندفع بهذا ماتوهمه بعض الأفاضل من أن فى قول القائل على" الطلاق أجيء اليوم ، إن جاء فى اليوم وقع الطلاق وإلا فلا لعدم اللام والنون ؛ وأنت خبير بأن النحاة إنما اشترطوا ذلك فى جواب القسم المثبت لافى جواب الشرط ، وإلا كان معنى قولك إن قام زيد أقم إن قام زيد لم أقم ولم يقل به عاقل فضلا عن فاضل . على أن قوله أجيء ليس جواب الشرط بل هو فعل الشرط ، لأن المعنى إن لم أجيء اليوم فأنت طالق ، وقد وقع هذا الوهم بعينه للشيخ الرملى فى الفتاوى الخيرية ولغيره أيضا : قال السيد أحمد الحموى فى تذكرته الـكبرى : رفع إلى" سؤال صورته : رجل اغتاظ من ولد زوجته فقال على" الطلاق إنى أصبح أشتكيك من النقيب فلما أصبح تركه ولم يشتكه ومكث مدة فهل والحالة هذه يقع الطلاق أم لا ؟ الجواب : إذا ترك شكايته ومضى مدة بعد حلفه لايقع عليه الطلاق لأن الفعل المذكور وقع فى جواب اليمين وهو مثبت فيقدر النفى حيث لم يؤكد ، والله تعالى أعلم ، كتبه الفقير عبد المنعم النبتيتى فرفعه إلى جماعة قائلين ماذا يكون الحال ، فقد زاد به الأمر وتقدم بين العوام وتأخرت أولو الفضل أفيدوا الجواب ؟

---

(١) (قوله كل واحد منهما الخ) أى من نعم وبلى اهـ منه .

ووالله لقد فعلت كذا مقرونا بكلمة التوكيد وفى النفى بحرف النفى ، حتى لو قال والله أفعل كذا اليوم كانت يمينه على النفى وتكون لامضمرة كأنه قال لاأفعل كذا لامتناع حذف حرف التوكيد فى الإثبات لإضمار العرب فى الكلام الكلمة لابعض الكلمة من البحر عن المحيط (وكفارته) هذه إضافة للشرط لأن السبب عندنا الحنث (تحرير رقبة أو إطعام عشرة مساكين)

فأجبت بعد الحمد لله : ما أفتى به من عدم وقوع الطلاق معللا بأن الفعل المذكور وقع جوابا ليمين وهو مثبت فيقدر النفى حيث لم يؤكد ، فمبنى عن فرط جهله وحمقه وكثرة مجازفته فى الدين وخرقه إذ ذاك فى الفعل إذا وقع جوابا للقسم بالله نحو — تالله تفتؤ — أى لاتفتؤ لافى جواب اليمين بمعنى التعليق بما يشتق من طلاق وعتاق ونحوهما ، وحينئذ إذا أصبح الحالف ولم يشتكه وقع عليه الطلاق الثلاث وبانت زوجته منه بينونة كبرى .

إذا تقرر هذا فقد ظهر لك أن هذا المفتى أخطأ خطأ صراحا لايصدر عن ذى دين وصلاح ، ولله در القائل :

من الدين كشف الستر عن كل كاذب وعن كل بدعى أتى بالعجائب

فلولا رجال مؤمنون لهدّمت صوامع دين الله من كل جانب

والله الهادى للصواب ، وإليه المرجع والمآب (قوله ووالله لقد فعلت) بصيغة الماضى ولا بد فيها من اللام مقرونة بقد أو ربما إن كان متصرفا وإلا فغير مقرونة كما فى التسهيل (قوله وفى النفى الخ) عطف على قوله فى الإثبات أى أن الحلف إذا كان الجواب فيه مضارعا منفيا لايكون باللام والنون إلا لضرورة أو شذوذ بل يكون بحرف النفى ولو مقدرا كقوله تعالى — تالله تفتؤ — فقوله ، حتى لو قال الخ تفريع صحيح أفاد به أن حرف النفى إذا لم يذكر يقدر ، وأن الدالّ على تقديره عدم شرط كونه مثبتا وهو حرف التوكيد وأنه إذا دار الأمر بين تقدير النافى وحرف التوكيد تعين تقدير النافى لأنه كلمة لابعض كلمة فافهم ، لكن اعترض الخير الرملى بأن حرف التوكيد كلمة أيضا . والجواب أن المراد بالكلمة مايتكلم بها بدون غيرها أو ماليست متصلة بغيرها فى الخط (قوله وكفارته) أى اليمين بمعنى الحلف أو القسم ، فلا يرد أنها مؤنث سماعا نهر (قوله هذه إضافة للشرط) لما كان الأصل فى إضافة الأحكام إضافة الحكم إلى سببه كحد الزنا أو الشرب أو السرقة واليمين ليس سببا عندنا للكفارة خلافا للشافعى رحمه الله تعالى بل السبب عندنا هو الحنث كما يأتى بين أن ذلك خارج عن الأصل وأنه من الإضافة إلى الشرط مجازا ، وهى جائزة وثابتة فى الشرع كما فى كفارة الإحرام وصدقة الفطر ، وكون اليمين شرطا لاسببا مبين بأدلته فى الفتح وغيره .

مطلب كفارة اليمين

(قوله تحرير رقبة) لم يقل عتق رقبة لأنه لو ورث من يعتق عليه فنوى عن الكفارة لم يجز نهر (قوله عشرة مساكين) أى تحقيقا أو تقديرا ، حتى لو أعطى مسكينا واحدا فى عشرة أيام كل يوم نصف صاع يجوز ، ولو أعطاه فى يوم واحد بدفعات فى عشر ساعات ، قيل يجزى ، وقيل لا ، وهو الصحيح ، لأنه إنما جاز إعطاؤه فى اليوم الثانى تنزيلا له منزلة مسكين آخر لتجدد الحاجة من حاشية السيد أبى السعود . وفيها : يجوز أن يكسو مسكينا واحدا فى عشر ساعات من يوم عشرة أثواب أو ثوبا واحدا ، بأن يؤديه إليه ثم يسترده منه إليه أو إلى غيره بهبة أو غيرها ، لأن لتبدل الوصف تأثيرا فى تبدل العين ، لكن لايجوز عند أكثرهم قهستانى عن الكشف ، وقوله لكن لايجوز يحتمل تعلقه بالثانية فقط أو بها وبالأولى أيضا وهو الظاهر بدليل ماقدمناه اهـ .

قلت : ومراده بالثانية قوله أو ثوبا واحدا . وفى الجوهرة : وإذا أطعمهم بلا إدام لم يجز إلا فى خبز الحنطة

كما مر فى الظهار (أو كسوتهم بما) يصلح للأوساط وينتفع به فوق ثلاثة أشهر ، و (يستر عامة البدن) فلم يجز السراويل إلا باعتبار قيمة الإطعام .

وإذا غدى مسكينا وعشى غيره عشرة أيام لم يجزه لأنه فرق طعام العشرة على عشرين، كما إذا فرق حصة المسكين على مسكينين ، ولو غدى مسكينا وأعطاه قيمة العشاء أجزأه ، وكذا إذا فعله فى عشرة مساكين ؛ ولو عشاهم فى رمضان عشرين ليلة أجزأه اه لكن فى البزازية إذا غداهم فى يوم وعشاهم فى يوم آخر فعن الثانى فيه روايتان : فى رواية شرط وجودهما فى يوم واحد ، وفى رواية المعلى لم يشترط . وفى كافى الحاكم : وإن أطعم عشرة مساكين كل مسكين صاعا عن يمينين لم يجزه إلا عن إحداهما عندهما . وقال محمد : يجزيه عنهما (قوله كما مر فى الظهار) أى كالتحرير والإطعام المارين فى الظهار من كون الرقبة غير فائتة جنس المنفعة ولا مستحقة للحرية بجهة . وفى الاطعام ، إما التمليك ، أو الإباحة ، فيعشيهم ويغديهم ؛ ولو أطعم خمسة وكسا خمسة أجزأه ذلك عن الإطعام إن كان أرخص من الكسوة . وعلى العكس لا يجوز ، هذا فى إطعام الإباحة ؛ أما إذا ملكه فيجوز ويقام مقام الكسوة ؛ ولو أعطى عشرة كل واحد ألف من من الحنطة عن كفارة اليمين لايجوز إلا عن واحدة عند الإمام والثانى ، وكذا فى كفارة الظهار كذا فى الخلاصة نهر .

قلت : وبه علم أن حيلة الدرر لا تنفع هنا بخلافها فى إسقاط الصلاة (قوله بما يصلح للأوساط) وقيل يعتبر فى الثوب حال القابض ، إن كان يصلح له يجوز وإلا فلا . قال السرخسى : والأول أشبه بالصواب بزازية (قوله وينتفع به فوق ثلاثة أشهر) لأنها أكثر نصف مدة الثوب الجديد كما فى الخلاصة ، فلا يشترط كونه جديدا والظاهر أنه لو كان جديدا رقيقا لا يبقى هذه المدة لايجزى (قوله ويستر عامة البدن) أى أكثره كالملاءة أو الجبة أو القميص أو القباء قهستانى ، وهذا بيان لأدناه عندهما . والمروى عن محمد ماتجوز فيه الصلاة ، وعليه فيجزيه دفع السراويل عنده للرجل لا للمرأة (قوله فلم يجز السراويل) هو الصحيح لأن لابسه يسمى عريانا عرفا فلابد على هذا أن يعطيه قميصا أو جبة أو رداء أو قباء أو إزارا سابلا بحيث يتوشح به(١) عندهما وإلا فهو كالسراويل ، ولا تجزى العمامة إلا إن أمكن أن يتخذ منها ثوب مجزئ . وأما القلنسوة فلا تجزى بحال ، ولا بد للمرأة من خمار مع الثوب لأن صلاتها لاتصح بدونه ، وهذا : أى التعليل المذكور يشابه المروى عن محمد فى السراويل أنه لايكفى للمرأة . وظاهر الجواب مايثبت به اسم المكتسى وينتفى عنه اسم العريان لا صحة الصلاة وعدمها ، والمرأة إذا كانت لابسة قميصا سابلا وخمارا غطى رأسها وأذنيها دون عنقها لاشك فى ثبوت اسم أنها مكتسية لا عريانة ومع هذا لاتصح صلاتها اه ملخصا من الفتح .

وحاصله أنه لابد مع الثوب من الخمار ، لكن لا يشترط أن يكون الخمار مما تصح به الصلاة . وقد اقتصر فى البحر على صدر عبارة الفتح فأوهم أنه لايشترط الخمار أصلا وليس كذلك فليتنبه له . وفى الشرنبلالية : ولم أر حكم مايغطى رأس الرجل اه .

قلت : إن كان توقفه فى إجزائه فلا شك فى عدمه ، وإن كان فى اشتراطه مع الثوب فظاهر مامر عدمه . وفى الكافى : الكسوة ثوب لكل مسكين إزار ورداء أو قميص أو قباء أو كساء اه وقدمنا أن المراد مايستر أكثر البدن (قوله إلا باعتبار قيمة الإطعام) ومثاله لو أعطى نصف ثوب تبلغ قيمته قيمة نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير أجزأه عن إطعام فقير ، وكذا لو أعطى عشرة مساكين ثوبا كبيرا لايكفى كل واحد حصته منه

---

(١) (قوله يتوشح به) يقال توشح بثوبه : وهو أن يدخله تحت إبطه الأيمن ويلقيه على منكبه الأيسر كما يفعل المحرم مصباح اه منه .

(ولو أدى الكل) جملة أو مرتبا ولم ينو إلا بعد تمامها للزوم النية لصحة التكفير (وقع عنها واحد هو أعلاها قيمة ، ولو ترك الكل عوقب بواحد هو أدناها قيمة) لسقوط الفرض بالأدنى (وإن عجز عنها) كلها (وقت الأداء) عندنا ، حتى لو وهب ماله وسلمه ثم صام ثم رجع بهبة أجزأه الصوم مجتبى. قلت: وهذا يستثنى من قولهم الرجوع في الهبة فسخ من الأصل (صام ثلاثة أيام ولاء) ويبطل بالحيض ، بخلاف كفارة الفطر . وجوّز الشافعي التفريق ، واعتبر العجز عند الحنث مسكين (والشرط استمرار العجز إلى الفراغ من الصوم ، فلو صام المعسر يومين ثم) قبل فراغه ولو بساعة (أيسر) ولو بموت مورّثه موسرا (لايجوز له الصوم) ويستأنف بالمال خانية ، ولو صام ناسيا للمال لم يجز على الصحيح مجتبى . ولو نسى كيف حلف بالله أو بطلاق أو بصوم لاشيء عليه إلا أن يتذكر خانية (ولم يجز) التكفير ولو بالمال خلافا للشافعي (قبل حنث) ولا يسترده من الفقير لوقوعه صدقة

للكسوة وتبلغ حصة كل منهم قيمة ماذكرنا أجزأه عن الكفارة بالإطعام . ثم ظاهر المذهب أنه لايشترط للإجزاء عن الإطعام أن ينوى به عن الإطعام . وعن أبي يوسف يشترط فتح (قوله ولم ينو إلا بعد تمامها) شرط فى قوله مرتبافقط . وفيه أن النية بعد تمامها إنما تلائم الإطعام والكسوة لصحة النية بعدالدفع مادامًا فى يدالفقير كما فى الزكاة وأما الإعتاق فلا، إلا أن تصوّر المسألة فيما إذاتقدمت الكسوة والإطعام وعند الإعتاق نوى الثلاثة عن الكفارة اهـ والمراد بالإطعام التمليك لا الإباحة لأنهم لو أكلوا عنده ثم نوى لم يصح فيما يظهر تأمل .

ثم إن مراد الشارح بيان إمكان تصوير المسألة وهو وقوع الأعلى قيمة عن الكفارة ، لأنه إذا كان لابد من النية فإذا فعل الثلاثة ، فما نواه أولا وقع عنها وإن كان هو الأدنى ، فبين إمكان ذلك بما إذا فعل الكل جملة أو مرتبا لكنه أخر النية (قوله للزوم النية) علة لما استفيد من المقام أنه لابد فى التكفير من النية ، وقد نص عليه الكمال وغيره ط (قوله وإن عجز الخ) قال فى البحر : أشار إلى أنه لو كان عنده واحد من الأصناف الثلاثة لايجوز له الصوم وإن كان محتاجا إليه . ففى الخانية : لايجوز الصوم لمن يملك ماهو منصوص عليه فى الكفارة أو يملك بدله فوق الكفاف ، والكفاف منزل يسكنه وثوب يلبسه ويستر عورته وقوت يومه ، ولو له عبد يحتاجه للخدمة لايجوز له الصوم ، ولو له مال وعليه دين مثله ، فإن قضى دينه به كفر بالصوم، وإن صام قبل قضائه قيل يجوز وقيل لا ، ولو له مال غائب أو دين مؤجل صام إلا إذا كان المال الغائب عبدا لقدرته على إعتاقه اهـ ملخصا . وفى الجوهرة: والمرأة المعسرة لزوجها منعها من الصوم لأن كل صوم وجب عليها بإيجابها له منعها منه وكذا العبد إلا إذا ظاهر من امرأته فلا يمنعه المولى لتعلق حق المرأة به لأنه لايصل إليها إلا بالكفارة (قوله وقت الأداء) أى لاوقت الحنث ، فلو حنث موسرا ثم أعسر جاز له الصوم ، وفى عكسه لا . وعند الشافعي على العكس زيلعي (قوله قلت الخ) قائله صاحب البحر . ووجهه أنه لو كان فسخا : أى كأنه لم يقع لكان المال موجودا فى يده فلايجزيه الصوم ط (قوله ولاء) بكسر الواو والمد: أى متتابعة لقراءة ابن مسعود وأبي ـ فصيام ثلاثة أيام متتابعات ـ فجاز التقييد بها لأنها مشهورة فصارت كخبره المشهور ، وتمامه فى الزيلعي (قوله بخلاف كفارة الفطر) أى كفارة الإفطار فى رمضان ، فإن مدتها لاتخلو غالبا عن الحيض (قوله التفريق) أى صوم الثلاثة مفرقة (قوله فلوصام المعسر) مثله العبد إذا أعتق وأصاب مالا قبل فراغ الصوم كما فى الفتح (قوله ثم قبل فراغه) أى من صوم اليوم الثالث بقرينة ثم فافهم ، والأفضل إكمال صومه ، فإن أفطر لاقضاء عليه عندنا كما فى الجوهرة (قوله لم يجز على الصحيح) وقياسه أنه لو صام لعجزه فظهر أن مورثه مات قبل صومه أن لايجزيه نهر (قوله ولم يجز التكفير الخ) لأن الحنث هو السبب كما مر ، فلا يجوز إلا بعد وجوده . وفى القهستاني : واعلم أنه لو أخر كفارة اليمين أثم ولم تسقط بالموت والقتل . وفى سقوط كفارة الظهار خلاف كما فى الخزانة (قوله ولا يسترده) أى لو كفر بالمال

(ومصرفها مصرف الزكاة) فإلا فلا ، قيل إلا الذمى خلافا للثانى ؛ وبقوله يفتى كما مر فى بابها (ولا كفارة بيمين كافر وإن حنث مسلما) بآية – إنهم لا أيمان لهم – وأما – وإن نكثوا أيمانهم – فيعنى الصورى كتحليف الحاكم (وهو) أى الكفر (يبطلها) إذا عرض بعدها .

(فلو حلف مسلما ثم ارتد) والعياذ بالله تعالى (ثم أسلم ثم حنث فلا كفارة) أصلا ، لما تقرر أن الأوصاف الراجعة للمحل يستوى فيها الابتداء والبقاء كالحرمية فى النكاح ، وكذا لو نذر الكافر بما هو قربة لايلزمه شىء (ومن حلف على معصية كعدم الكلام مع أبويه أو قتل فلان) وإنما قال (اليوم) لأن وجوب الحنث لايتأتى إلا فى اليمين المؤقتة . أما المطلقة فحنثه فى آخر حياته ، فيوصى بالكفارة بموت الحالف ويكفر عن يمينه بهلاك المحلوف عليه غاية (وجب الحنث والتكفير) لأنه أهون الأمرين .

وحاصله أن المحلوف عليه إما فعل أو ترك ، وكل منهما إما معصية وهى مسألة المتن ، أو واجب كحلفه ليصلين الظهر اليوم وبره فرض ، أو هو أولى من غيره أو غيره أولى منه كحلفه على ترك وطء زوجته شهرا ونحوه وحنثه أولى ، أو مستويان كحلفه لا يأكل هذا الخبز مثلا وبره أولى ، وآية – واحفظوا أيمانكم – تفيد وجوبه فتح

قبل الحنث وقلنا لايجزيه ليس له أن يسترده من الفقير لأنه تمليك لله تعالى قصد به القربة مع شىء آخر ، وقد حصل التقرب وترتب الثواب فليس له أن ينقضه ويبطله فتح (قوله فإلا فلا) أى مالايجوز دفع الزكاة إليه لايجوز دفع الكفارة إليه (قوله إلا الذمى) فإنه لايجوز دفع الزكاة إليه ويجوز دفع غيرها (قوله خلافا للثانى) فعنده لااستثناء (قوله فى بابها) أى الزكاة (قوله فيعنى الصورى) أى المراد بهذه الآية اليمين صورة كتحليف القاضى لهم إذ المقصود منها رجاء النكول ، والكافر وإن لم يثبت فى حقه شرعا اليمين المستعقب لحكمه لكنه فى نفسه يعتقد تعظيم اسم الله تعالى وحرمة اليمين به كاذبا فيمتنع عنه فيحصل المقصود فشرع إلزامه بصورتها لهذه الفائدة ، وتمامه فى الفتح (قوله يبطلها) مقتضاه أنه لايأثم بالحنث بعد الإسلام (قوله لما تقرر الخ) علة لكون الكفر العارض مبطلا لليمين كالكفر الأصلى كحرمة المصاهرة العارضة ؛ كما إذا زنى بأم امرأته فإنها تمنع بقاء الصحة كالحرمة الأصلية ، لأن الكفر والمحرمية من الأوصاف الراجعة للمحل وهو الكافر والمحرم ، فيستوى فيها الابتداء والبقاء: أى الطرو والعروض ، ولم أر هذا التعليل لغيره تأمل (قوله أما المطلقة فحنثه فى آخر حياته) هذا إذا كان المحلوف عليه إثباتا ، أما إن كان نفيا فيتأتى الحنث فى الحال بأن يكلم أبويه ، وبهذا عرفت أن اليوم قيد فى الثانى فقط ح (قوله فى آخر حياته) الأولى أن يقول فى آخر الحياة ليشمل حياة الحالف وحياة المحلوف عليه (قوله ويكفر) عطف على يوصى (قوله لأنه أهون الأمرين)لأنه فيه تفويت البر إلى جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية لو بر كما فى البحر (قوله وحاصله) أى حاصل ماقيل فى هذا المقام لاحاصل المتن فإنه قاصر على الحلف بمعصية فعلا وتركا ط (قوله كحلفه ليصلين الظهر اليوم) هذا مثال للفعل ، ومثال الترك والله لا أشرب الخمر اليوم ح (قوله أو هو أولى من غيره) مثال الفعل منه والله لأصلين الضحى اليوم ، ومثال الترك والله لا آكل البصل ، وحكم هذا القسم بقسميه أن بره أولى أو واجب ح أى على مابحثه الكمال فى القسم الخامس (قوله كحلفه على ترك الخ) هذا مثال الترك ، ومثال الفعل والله لآكلن البصل اليوم ح (قوله ونحوه) أى نحو الشهر مما لم يبلغ مدة الإيلاء وإلا كان من قسم المعصية (قوله أو مستويان) أى الفعل والترك بأن لم يترجح أحدهما قبل الحلف بوجوب ولا أولوية (قوله تفيد وجوبه) هو بحث وجيه ، ويجرى أيضا فى القسم الثالث ، ولا يبعد أن يكون الوجوب هو المراد من قولهم أولى وعبر فى الجميع بقوله ترجيح البر .

فهى عشرة .

(ومن حرّم) أى على نفسه ، لأنه لو قال إن أكلت هذا الطعام فهو على حرام فأكله لاكفارة خلاصة ، واستشكله المصنف (شيئا) ولو حراما أو ملك غيره كقوله الخمر أو مال فلان علىّ حرام فيمين مالم يرد الإخبار خانية (ثم فعله) بأكل أو نفقة ،

مطلب استعملوا لفظ ينبغى بمعنى يجب

ويقرّبه قول الهداية والكنز وغيرهما ومن حلف على معصية ينبغى أن يحنث فإن الحنث واجب كما علمت ، فأرادوا بلفظ ينبغى الوجوب مع أن الغالب استعماله فى غيره فكذا هذا ، كما تقول الأولى بالمسلم أن يصلى (قوله فهى عشرة) من ضرب اثنين وهى صورتا الفعل والترك فى خمسة : المعصية ، والواجب ، وما هو أولى من غيره ، وما غيره أولى منه ، وما استوى فيه الأمران ط .

مطلب فى تحريم الحلال

(قوله أى على نفسه) تبع فى هذا التعبير صاحب البحر ، حيث قال : وقيد بكونه حرّمه على نفسه لأنه لو جعل حرمته معلقة على فعله فإنه لاتلزمه الكفارة لما فى الخلاصة : لو قال إن أكلت هذا الطعام فهو علىّ حرام فأكله لاحنث عليه اه كلام البحر . وأنت خبير بأنه فى التعليق أيضا حرم على نفسه ، وغاية الأمر أنه تحريم معلق فلا تحسن المقابلة ، والأولى أن يقول قيد بتنجيز الحرمة لأنه لو علقها الخ اه ح .

قلت : وفيه أنه لو قال كذلك لو رد عليه مثل إن كلمت زيدا فهذا الطعام علىّ حرام مع أنه علقها على فعل نفسه ، بل الأولى أن يقول قيد بتنجيز الحرمة لأنه لو علقها على فعل المحلوف عليه ، ويمكن أن يكون هذا مراد البحر فى قوله على فعله : أى فعل المحلوف عليه فافهم (قوله واستشكله المصنف) أى حيث قال قلت وهو مشكل بما تقرر أن المعلق بالشرط كالمنجز عند وقوع الشرط اه . والجواب بالفرق هنا بين المنجز والمعلق ، وهو أن فى المنجز حرم على نفسه طعاما موجودا ، أما فى المعلق فإنه ماحرمه إلا بعد الأكل ، لما علم أن الجزاء ينزل عقب الشرط ، وحينئذ لم يكن الطعام موجودا اه ح .

قلت : لكن ذكر فى الفتح مسألة الخلاصة المذكورة . ثم قال عقبها : وذكر فى المنتقى : لو قال كل طعام آكله فى منزلك فهو علىّ حرام ، ففى القياس لايحنث إذا أكله ، هكذا روى ابن سماعة عن أبى يوسف : وفى الاستحسان يحنث ، والناس يريدون بهذا أن أكله حرام اه وعلى هذا يجب فى التى قبلها أن يحنث إذا أكله ، وكذا ماذكر فى الحيل إن أكلت طعاما عندك أبدا فهو علىّ حرام فأكله لم يحنث ينبغى أن يكون جواب القياس اه وتبعه فى النهر (قوله فيمين) لأن حرمته لا تمنع كونه حالفا نهر (قوله مالم يرد الإخبار) المناسب أن يقول إن أراد الإنشاء ، فيخرج ما إذا أراد الإخبار أو لم يرد شيئا ، لأن عبارة الخانية هكذا : إذا قال هذه الخمر علىّ حرام فيه قولان : والفتوى على أنه ينوى فى ذلك إن أراد به الخبر لاتلزمه الكفارة ، وإن أراد به اليمين تلزمه الكفارة وعند عدم النية لا تلزمه الكفارة اه . وفى الفتح : وإن أراد الإخبار أولم يرد شيئا لا تجب الكفارة ، لأنه أمكن تصحيحه إخبارا (قوله بأكل أو نفقة) أى أو نحوهما من لبس ثوب أو سكنى دار ، كل شىء بما يناسبه ويقصد منه : قال فى الفتح : واعلم أن الظاهر من تحريم هذه الأعيان انصراف اليمين إلى الفعل المقصود منها كما فى تحريم الشرع لها فى نحو — حرمت عليكم أمهاتكم — وحرمت الخمر والخنزير فإنه ينصرف إلى النكاح والشرب والأكل ، ولذا

ولو تصدق أو وهب لم يحنث بحكم العرف زيلعي (كفر) ليمينه ، لما تقرر أن تحريم الحلال يمين ، ومنه قولها لزوجها أنت علىّ حرام أو حرمتك على نفسي ، فلو طاوعته في الجماع أو أكرهها كفرت مجتبى . وفيه قال : لقوم كلامكم علىّ حرام أو كلام الفقراء أوأهل بغداد أو أكل هذا الرغيف علىّ حرام حنث بالبعض ، وفي والله لا أكلمكم أولا آكله لم يحنث إلا بالكل . زاد في الأشباه إلا إذا لم يمكن أكله في مجلس واحد

قال في الخلاصة : لو قال هذا الثوب علىّ حرام فلبسه حنث إلا أن ينوى غيره (قوله ولو تصدق الخ) قال في الفتح ولو قال لدراهم في يده هذه الدراهم علىّ حرام ، إن اشترى بها حنث ، وإن تصدق بها أو وهبها لم يحنث بحكم العرف اهـ أي أن العرف جار على أن المراد تحريم الاستمتاع بها لنفسه ، بأن يشترى بها ما يأكله أو يلبسه لابأن يتصدق بها . والظاهر أنه لوقضى بها دينه لايحنث تأمل . وفي البحر : ولاخصوصية للدراهم ، بل لو وهب ماجعله حراما أو تصدق به لم يحنث ، لأن المراد بالتحريم حرمة الاستمتاع (قوله ليمينه) أي لأجل يمينه التي حنث بها ، فهو علة لقوله كفر . وقوله لما تقرر الخ علة لكون ذلك يمينا فهو علة للعلة . ولايرد عليه أن تحريم الحلال قد لايكون يمينا بأن قصد الإخبار ، لأنه إذا قصد الإخبار لم يوجد التحريم ، لأن التحريم إنشاء والإخبار حكاية فافهم ، ودليل كون التحريم يمينا مبسوط في الفتح وغيره (قوله حنث البعض) قال في الهداية : ثم إذا فعل مما حرمه قليلا أو كثيرا حنث ووجبت الكفارة لأن التحريم إذا ثبت تناول كل جزء منه اهـ (قوله لم يحنث إلا بالكل) أي بكلام كل القوم المخاطبين وأكل كل الرغيف ، فلا يحنث بكلام بعضهم ولا أكل لقمة . قال في النهر : وجزم في الخلاصة والمحيط في أكل الرغيف علىّ حرام بأنه يحنث بلقمة . ولعل وجه الفرق أن تحريمه الرغيف على نفسه تحريم أجزائه أيضا ، وفي لا آكله إنما منع نفسه من أكل الرغيف كله فلايحنث بالبعض ، وبهذا يضعف مافي الخانية : قال مشايخنا الصحيح أنه لو قال أكل هذا الرغيف علىّ حرام لايحنث بأكل لقمة منه لأن هذا بمنزلة قوله والله لا آكل هذا الرغيف ؛ ولو قال هكذا لايحنث بأكل البعض اهـ .

قلت : ويشير إلى هذا الفرق مانقلناه عن الهداية . وتوضيحه أن الرغيف اسم لكله وبأكل بعضه لايسمى آكلا له لكن إذا حرمه على نفسه فقد جعله بمنزلة محرم العين حيث نسب التحريم إلى ذات الرغيف وجعله بمنزلة الخمر والميتة وما كان محرما لايحل تناول قليله ولا كثيره ، وحيث جعلنا هذا التحريم يمينا صار حالفا على عدم تناول شيء منه لأن ذلك مدلول الأصل وهو التحريم ، بخلاف قوله والله لا آكله فإنه ليس فيه منع نفسه عن كل جزء منه بل عن جميعه ، لكن أيد في البحر كلام الخانية بأن حرمة العين يراد منها تحريم الفعل ، فإذا قال هذا الطعام علىّ حرام فالمراد أكله وفي هذا الثوب المراد لبسه .

قلت : وفيه أن إسناد الحرمة إلى العين حقيقة عندنا كما تقرر في كتب الأصول على معنى إخراج العين عن محلية الفعل لينتفي الفعل بالأولى ، فالمقصود نفي الفعل وتوصيفه بالحرمة بطريق الكناية والانتقال عن نفي العين ، فلابد من ظهور الفرق بين إسناد الحرمة إلى الفعل ابتداء وإسنادها إلى العين وقد ظهر فيما ذكروه هنا ، لكن هذا يظهر في قوله هذا الرغيف علىّ حرام . أما لو قال أكل هذا الرغيف علىّ حرام لا يحنث بالبعض لإسناده الحرمة إلى الفعل فصار كقوله والله لا آكله ومثله كلامكم علىّ حرام ، لأن الحرمة لم تضف إلى العين بل الفعل وهو الكلام بمعنى التكليم ، ولم أر من فرق بين ذلك مع أن الذي في الخانية هذا الرغيف بدون لفظة أكل على خلاف ما نقله في النهر مع أنه لايظهر الفرق المار إلا بدون لفظة أكل ، نعم وقع التعبير بها في غير الخانية . والحاصل أن المسألة مشكلة فلتحرر (قوله إلا إذا لم يمكن الخ) أي فيحنث بأكل بعضه وهو الأصح المختار لمشايخنا

مطلب حلف لايأكل معينا فأكل بعضه

والأصل فيما إذا حلف لايأكل معينا فأكل بعضه إن كان يأكله الرجل فى مجلس أو يشربه فى شربة فالحلف على جميعه ، ولا يحنث بأكل بعضه لأن المقصود الامتناع عن أكله ؛ وكل ما لايطاق أكله في المجلس ولا شربه فى شربة يحنث بأكل بعضه لأن المقصود من اليمين الامتناع عن أصله لاعن جميعه ؛ ولو قال لا أشرب لبن هاتين الشاتين لم يحنث حتى يشرب من لبن كل شاة ، ولم يعتبر شرب الكل لأنه غير مقصود ، أو لا آكل من هذه الخابية فأكل بعضه حنث ؛ ولو كان مكان الأكل بيع فباع بعضها لايحنث ؛ لأن الأكل لا يتأتى على جميعه فى مجلس ويتأتى البيع كذا فى المحيط . زاد فى البدائع عن الأصل : لو قال لا آكل هذه الرمانة فأكلها إلا حبة أو حبتين حنث فى الاستحسان ، لأن ذلك القدر لايعتد به لأنه فى العرف يقال إنه أكلها . وإن ترك نصفها أو ثلثها أو أكثر مما لايجرى فى العرف أنه يسقط من الرمانة لم يحنث لأنه لايسمى أكلا لجميعها اه . وبه يعلم أن اليسير من الرغيف وغيره كاللقمة كالعدم اه ملخصا من البحر فى باب اليمين بالأكل والشرب وسيأتى هذا الأصل هناك (قوله أو حلف الخ) معطوف على المستثنى وهو قوله إذا لم يمكن أكله . قال فى النهر : وفى مجموع النوازل . وكذا كلام فلان وفلان علىّ حرام يحنث بكلام أحدهما ، وكذا كلام أهل بغداد . وفى المحيط فى كلام فلان وفلان علىّ حرام أو والله لا أكلم فلانا وفلانا الصحيح أنه لايحنث فى المسألتين مالم يكلمهما إلا أن ينوى كلام واحد منهما فيحنث بكلام أحدهما لأنه شدد على نفسه اه .

قلت : وهذا إذا لم يذكر لابعد العاطف .

مطلب لاأذوق طعاما ولا شرابا حنث بأحدهما ، بخلاف لاأذوق طعاما وشرابا

فنى البزازية : حلف بالطلاق لايذوق طعاما ولا شرابا فذاق أحدهما طلقت ، كما لو حلف لايكلم فلانا ولافلانا . ولو قال لا أذوق طعاما وشرابا فذاق أحدهما لايحنث اه . وإذا كرر لا فإنه يصير يمينين كما سنذكر فى بحث الكلام عن الواقعات (قوله ونوى أحدهما) أى نوى أن لايكلم كل واحد منهما .

[تنبيه] فى الحاوى الزاهدى عن الجامع : إن لم أكن ضربت هذين السوطين فى دار فلان فعبدى حر فضرب أحدهما فى دار غيره ، أو قال إن لم أكلم فلانا وفلانا اليوم فأنت طالق فكلم أحدهما اليوم فقط يحنث . قال : وألحق بعضهم بذلك : إن لم تحضرى فراشى ولم تراعينى فأنت طالق فلم تحضر فراشه ولكن راعته فإنه يحنث . قال : وفيه إشكال ، وبينهما فرق جلى لأن الحنث فى اليمين إنما يتحقق إذا صدق مادخل عليه حرف الشرط ، ففى إن دخلت الدار إنما يحنث إذا صدق دخلت ، وفى إن لم أدخل إنما يحنث إذا صدق لم أدخل ، فإذا قال إن لم أدخل هاتين الدارين اليوم أو إن لم أكن ضربت هذين السوطين فى دار فلان فحرف الشرط دخل على النفى وهو لم أكن دخلت أو ضربت هاتين وهو نفى لمجموع دخول الدارين وضرب السوطين ، ونفى المجموع يتحقق بنفى أحد أجزائه ، بخلاف قوله إن لم تحضرى فراشى ولم تراعينى فإنه لما كرر حرف النفى كان نفيا لكل واحد منهما ونفى كل واحد منهما لايصدق مع ثبوت أحدهما فإنه لايصدق قولنا لم يقدم زيد ولم يقدم عمرو مع قدوم أحدهما ، ويصدق إن لم يقدم زيد وعمرو مع أحدهما ، لكن ذكر فى المحيط مايدل على صحة هذا الجواب ، فإنه قال إذا قال إن لم تكلمى فلانا ولم تكلمى

وله أخ واحد وتمامه فيها :

قلت : وبه علم جواب حادثة حلف بالطلاق على أن أولاد زوجته لا يطلعون بيته فطلع واحد منهم لم يحنث

(كل حل) أو حلال الله أو حلال المسلمين (علىّ حرام)

فلانا اليوم فأنت طالق فكلمت أحدهما ومضى اليوم طلقت ، فقد صح هذا الجواب من حيث الرواية ، لكن ماقلته من الإشكال قوىّ اهـ :

قلت : والجواب أنه إذا كرر حرف النفي يكون نفي كل واحد بانفراده مقصودا؛ ففي: إن لم تحضرى فراشى ولم تراعيني يتحقق شرط الحنث بنفي كل واحد بانفراده لأنه يصير كأنه حلف على كل واحد بعينه، لأنه إذا كرر النفي تتكرر اليمين ،حتى لو قال لا أكلمك اليوم ولا غدا ولا بعد غد فهي أيمان ثلاثة ،وإن لم يكرر النفي فهي يمين واحدة ،حتى لو كلمه ليلا يحنث بمنزلة قوله ثلاثة أيام كما سيأتي عن الواقعات في بحث الكلام . وأما عدم الصدق في لم يقدم زيد ولم يقدم عمرو مع قدوم زيد مثلا فلأنه إخبار عن قدوم كل منهما بانفراده حيث جعله مقصودا بالنفي ، فإذا علق ذلك بالشرط يتحقق شرط الحنث وهو أنه لم يقدم زيد، هذا ما ظهر لي فتدبره (قوله وله أخ واحد) أي وهو عالم به كما قيد بذلك قبيل باب اليمين بالطلاق والعتاق ، فحينئذ يحنث إذا كلمه لأنه ذكر الجمع وأراد الواحد ، وإن كان لا يعلم أن الأخ واحد لا يحنث لأنه لم يرد الواحد فبقيت اليمين على الجمع ، كمن حلف لا يأكل ثلاثة أرغفة من هذا الحب وليس فيه إلا رغيف واحد وهو لا يعلم لايحنث بحر عن الواقعات (قوله قلت الخ) البحث لصاحب البحر في الباب الآتي ، وقوله وبه علم : أي بما ذكره من مسألة الإخوة فإنه جمع ليس فيه الألف واللام بل هو مضاف مثل أولاد زوجته، فحيث كان عالما بتعددهم لايحنث إلا بالجمع كما في لا أكلم رجالا أو نساء، بخلاف مافيه الألف واللام مثل لا أكلم الفقراء أو المساكين أو الرجال فإنه يحنث بالواحد لأنه اسم جنس كما في الواقعات .

مطلب الجمع المضاف كالمنكر ، بخلاف المعرف بأل

وما مر عن الواقعات في إخوة فلان صريح في أن الجمع المضاف كالمنكر ،وسيأتي في آخر باب اليمين بالأكل والشرب والكلام تمام تحقيق المعرف والمنكر والمضاف . وتحرير جواب هذه الحادثة . قال في البحر: لكن قال في القنية إن أحسنت إلى أقربائك فأنت طالق فأحسنت إلى واحد منهم يحنث ولا يراد الجمع في عرفنا اهـ فيحتاج إلى الفرق إلا أن يدعى أن في العرف فرقا اهـ .

قلت : لايخفى أن العرف الآن عدم التفرقة بين إخوة فلان وأقربائك وأولاد زوجته ونحوه من الجمع المضاف في أنه يراد به الجنس الصادق بالواحد والأكثر ، فينبغي الحنث في الحادثة المذكورة .

مطلب كل حل عليه حرام

(قوله كل حل الخ) قال في الهداية : ولو قال كل حل علىّ حرام فهو على الطعام والشراب إلا أن ينوى غير ذلك . والقياس أن يحنث كما فرغ لأنه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه ، وهذا قول زفر: وجه الاستحسان أن المقصود وهو البر لا يحصل مع اعتبار العموم فينصرف إلى الطعام والشراب للعرف فإنه يستعمل فيما يتناول عادة، ولا يتناول المرأة إلا بالنية لإسقاط اعتبار العموم ، وإذا نواها كان إيلاء ، ولا يصرف اليمين عن المأكول

زاد الكمال: أو الحرام يلزمني ونحوه (فهو على الطعام والشراب ، و) لكن (الفتوى) فى زماننا (على أنه تبين امرأته) بطلقة ، ولو له أكثر منها جميعا بلا نية ، وإن نوى ثلاثا فثلاث ، وإن قال لم أنو طلاقا لم يصدق فى قضاء لغلبة الاستعمال ولذا لايحلف به إلا الرجال ظهيرية (وإن لم تكن له امرأة) وقت اليمين

والمشروب ، وهذا كله جواب ظاهر الرواية . ومشايخنا قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى اه .

قلت: ومقتضى قوله فإنه يستعمل فيما يتناول عادة أن العرف كان أولا فى استعماله فى الطعام أو الشرب ثم تغير ذلك إلى عرف آخر وغلب استعماله فى الطلاق . ثم إن ماذكروه هنا لاينافى ماذكروه فى الإيلاء من التفصيل بين نية تحريم المرأة أو الظهار أو الكذب أو الطلاق لأن ذاك فى أنت على حرام وما هنا فى التحريم باللفظ العام . والفتوى على قول المتأخرين بانصرافه إلى الطلاق البائن عاما أو خاصا كما ذكرناه هناك (قوله زاد الكمال الخ) لا محل الذكر هذا هنا لأن مراد الكمال أن هذا يراد به الطلاق فقط بحسب العرف كما يأتى (قوله ولكن الفتوى فى زماننا) أى الزمان المتأخر عن زمان المتقدمين . وتوقف البزدوى فى مبسوطه فى كون عرف الناس إرادة الطلاق به ، فالاحتياط أن لايخالف المتقدمين .

مطلب تعارفوا : الحرام يلزمنى والطلاق يلزمنى

قال فى الفتح : واعلم أن مثل هذا اللفظ لم يتعارف فى ديارنا بل المتعارف فيه حرام على كلامك ونحوه كأكل كذا ولبسه دون الصيغة العامة . وتعارفوا أيضا الحرام يلزمنى . ولا شك فى أنهم يريدون الطلاق معلقا ، فإنهم يذكرون بعده لا أفعل كذا ولأفعلن ، وهو مثل تعارفهم : الطلاق يلزمنى لا أفعل كذا فإنه يراد به إن فعلت كذا فهى طالق ويجب إمضاؤه عليهم .

والحاصل أن المعتبر انصراف(١) هذه الألفاظ عربية أو فارسية إلى معنى بلا نية التعارف فيه ، فإن لم يتعارف سئل عن نيته وفيما ينصرف بلا نية لو قال أردت غيره لايصدقه القاضى . وفيما بينه وبين الله تعالى هو المصدق اه وأقره فى البحر والنهر والمقدسى والشرنبلالى وغيرهم . وتقدم تمام الكلام على ذلك فى الطلاق (قوله ولو له أكثر منها جميعا) فى هذه المسألة كلام طويل قدمناه فى باب طلاق غير المدخول بها . وفى باب الإيلاء : والذى حررناه هناك أنه لاخلاف فى أن أنت على حرام يخص المخاطبة ، وفى كل حل على حرام يعم الزوجات الأربع لصريح أداة العموم الاستغراق ، وفى امرأتى حرام أو طالق يقع على واحدة منهن ، وإنما الخلاف فى نحو حلال الله أو حلال المسلمين ، فقيل يقع على واحدة غير معينة نظرا إلى صورة أفراده والأشبه أنه يعم الكل فافهم (قوله وإن لم تكن له امرأة الخ) قال فى الظهيرية : وإن قال لم أنو الطلاق لا يصدق قضاء ، لأنه صار طلاقا عرفا . ثم قال : وإن حلف به ، إن كان فعل كذا وقد كان فعل وله امرأة واحدة أو أكثر جميعا ، وإن لم تكن له امرأة لايلزمه شىء لأنه جعل يمينا بالطلاق ، ولو جعلناه يمينا بالله تعالى فهو غموس ، وإن حلف بها على أمر فى المستقبل ففعل ذلك وليس له امرأة كان عليه الكفارة لأن تحريم الحلال يمين اه .

وحاصله أنه إذا لم تكن له امرأة وحلف على ماض كذبا لايلزمه شىء لأنه جعل طلاقا على المفتى به فيلغو لعدم الزوجة ، ولو جعل يمينا بالله تعالى فغموس لأنه كناية عن الحلف بالله تعالى كما مر فى هو يهودى أنه كناية .

---

(١) (قوله أن المعتبر انصراف الخ) هكذا بخطه ، ولعله سقط من قلمه كلمة فى ، والأصل أن المعتبر فى انصراف الخ تأمل اه مصححه

سواء نكح بعده أولا (فيمين) فيكفر بأكله أو شربه لو يمينه على آت ، ولو بالله على ماض فغموس أو لغو ، ولو له امرأة وقتها فبانت بلا عدة فأكل فلا كفارة لانصرافها للطلاق ، وقد مر فى الإيلاء .

وإن لم يعقل وجهها فعلى الوجهين لايلزمه شيء سوى الاستغفار ، وقيل إن قوله ولو جعل يمينا بالله تعالى أى بناء على ظاهر الرواية من حمله على الطعام والشراب ، وفيه نظر لأنه إذا قال إن كنت فعلت كذا فكل حل على حرام يصير بمعنى إن كنت فعلته فوالله لا آكل ولا أشرب ، فإذا كان قد فعل انعقدت يمينه على عدم الأكل والشرب فيكفر بأكله أو شربه فلا تكون لغوا فافهم . وعلى هذا فما فى النهاية عن النوازل من أنه إن لم تكن له امرأة تجب عليه الكفارة محمول على أنه جعل يمينا بالله تعالى مع كون الحلف على مستقبل وإلا كان غموسا فلا تلزمه الكفارة . وأما قوله فى البحر معناه إذا أكل أو شرب لانصرافه عند عدم الزوجة إلى الطعام والشراب لا كما يفهم من ظاهر العبارة اه ففيه نظر ، بل هو محمول على مايفهم من ظاهر العبارة وهو وجوب الكفارة وإن لم يأكل ولم يشرب بناء على ماقلنا وإلا ورد عليه ماذكرناه من النظر السابق ، ويؤيده أن انصرافه إلى الطعام والشراب كان فى العرف السابق ثم تغير ذلك العرف وصار مصروفا إلى الطلاق كما مر، فبعد ماصار حقيقة عرفية فى الطلاق لايصح حمله على العرف المهجور بل يبقى مرادا به الطلاق ، غير أنه إذا لم تكن له امرأة يبقى مرادا به الطلاق فيلغو ويجعل يمينا بالله تعالى ، فتجب به الكفارة إن لم يكن غموسا ؛ فالترديد فى كلام الظهيرية مبنى على قولين بدليل مافى البزازية حيث قال : وفى المواضع التى يقع الطلاق بلفظ الحرام إن لم تكن له امرأة إن حنث لزمته الكفارة والنسفى على أنه لاتلزمه اه فما قاله النسفى مبنى على أنه يبقى مرادا به الطلاق . وظاهر كلامهم ترجيح خلافه ؛ فاغتنم تحقيق هذا المقام فإنه من منح الملك السلام (قوله سواء نكح بعده أولا) هو ماعليه الفتوى كما يأتى (قوله فيكفر بأكله أو شربه) مبنى على مافسر به فى البحر عبارة النوازل ، وقد علمت مافيه ، والصواب أن يقول فيكفر بحنثه أى بفعله المحلوف عليه ؛ كأن قال إن دخلت الدار فكل حل على حرام ثم دخلها يلزمه كفارة اليمين لأنها يمين منعقدة على عدم الدخول فى المستقبل لاعلى عدم الأكل والشرب ؛ حتى لو أكل أو شرب قبل الدخول أو بعده لايلزمه شيء (قوله ولو بالله على ماض) لفظ بالله سبق قلم : أى ولو كانت يمينه على ماض ، كما إذا قال إن كنت فعلت كذا فكل حل على حرام وكان عالما بأنه فعله فهى غموس إن جعلت يمينا بالله تعالى فلا تلزمه كفارة ، وقوله أو لغو : أى إن جعلت يمينا بالطلاق كما قاله النسفى . وظاهر ما مر عن الظهيرية من قوله لأنه جعل يمينا بالطلاق اعتماد الأول ، وهو ظاهر ماقدمناه أيضا عن البزازية ، وكذا مايأتى قريبا .

وبما قررناه علم أن ماذكره الشارح من قوله فغموس أو لغو هو حاصل ماقدمناه عن الظهيرية ، فليس فى كلامه خلل سوى زيادة لفظ بالله فافهم (قوله ولو له امرأة وقتها الخ) مقابل قول المصنف وإن لم تكن له امرأة . قال فى الظهيرية : وإن حلف بهذا على أمر فى المستقبل ففعل ذلك وليس له امرأة كان عليه الكفارة لأن تحريم الحلال يمين ، وإن كان له امرأة وقت اليمين فماتت قبل الشرط أو بانت لا إلى عدة ثم باشر الشرط لا تلزمه الكفارة لأن يمينه انصرف إلى الطلاق وقت وجودها ، وإن لم تكن له امرأة وقت اليمين ثم تزوج امرأة ثم باشر الشرط اختلفوا فيه . قال الفقيه أبو جعفر : تبين المتزوجة . وقال غيره : لاتبين ، وبه أخذ الفقيه أبو الليث ، وعليه الفتوى لأن يمينه جعل يمينا بالله تعالى وقت وجودها فلا يكون طلاقا بعد ذلك اه ومثله فى الخانية . وفى عبارة البزازية : فى هذه المسألة خلل نبهنا عليه فى باب الإيلاء (قوله فأكل) صوابه فباشر الشرط كما فى عبارة الظهيرية وغيرها وذلك كدخول الدار مثلا ، ولا نظر فيه للأكل وعدمه كما علمت (قوله وقد مر فى الإيلاء) مامر هناك فيه خلل تابع فيه البزازية كما أوضحناه هناك .

(ومن نذر نذرا مطلقا أو معلقا بشرط وكان من جنسه واجب) أى فرض كما سيصرح به تبعا للبحر والدرر (وهو عبادة مقصودة) خرج الوضوء وتكفين الميت (ووجد الشرط) المعلق به (لزم الناذر) لحديث « من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى » (كصوم وصلاة وصدقة) ووقف (واعتكاف) وإعتاق رقبة وحج ولو ماشيا فإنها عبادات مقصودة ، ومن جنسها واجب لوجوب العتق فى الكفارة والمشى للحج على القادر من أهل مكة

مطلب فى أحكام النذر

(قوله ومن نذر نذرا مطلقا) أى غير معلق بشرط مثل لله علىّ صوم سنة فتح ، وأفاد أنه يلزمه ولولم يقصده كما لو أراد أن يقول كلاما فجرى على لسانه النذر لأن هزل النذر كالجد كالطلاق كما فى صيام الفتح ، وكما لو أراد أن يقول لله علىّ صوم يوم فجرى على لسانه صوم شهر كما فى صيام البحر عن الولوالجية .

واعلم أن النذر قربة مشروعة ، أما كونه قربة فلما يلازمه من القرب كالصلاة والصوم والحج والعتق ونحوها وأما شرعيته فللأوامر الواردة بإيفائه ، وتمامه فى الاختيار .

قلت : وإنما ذكروا النذر فى الأيمان لما يأتى من أنه لو قال علىّ نذر ولا نية له لزمه كفارة ومر فى آخر كتاب الصيام أنه لو نذر صوما ، فإن لم ينو شيئا أو نوى النذر فقط أو نوى النذر وأن لايكون يمينا كان نذرا فقط وإن نوى اليمين ، وأن لايكون نذرا كان يمينا وعليه كفارة إن أفطر ، وإن نواهما أو نوى اليمين كان نذرا ويمينا ، حتى لو أفطر قضى وكفر ، ومر هناك الكلام فيه (قوله كما سيصرح به) أى المصنف قريبا ، ويأتى الكلام عليه إن شاء الله تعالى ط (قوله وهو عبادة مقصودة) الضمير راجع للنذر ، بمعنى المنذور لا للواجب ، خلافا لما فى البحر. قال فى الفتح : مما هو طاعة مقصودة لنفسها ، ومن جنسها واجب الخ .

وفى البدائع : ومن شروطه أن يكون قربة مقصودة فلا يصح النذر بعيادة المريض ، وتشييع الجنازة والوضوء والاغتسال ، ودخول المسجد ، ومس المصحف ، والأذان ، وبناء الرباطات والمساجد وغير ذلك ، وإن كانت قربا إلا أنها غير مقصودة اهـ فهذا صريح فى أن الشرط كون المنذور نفسه عبادة مقصودة لاما كان من جنسه ، ولذا صححوا النذر بالوقف لأن من جنسه واجبا وهو بناء مسجد للمسلمين كما يأتى مع أنك علمت أن بناء المساجد غير مقصود لذاته (قوله خرج الوضوء) لأنه عبادة ليست مقصودة لذاتها وإنما هو شرط لعبادة مقصودة وهى الصلاة ط عن المنح (قوله وتكفين الميت) لأنه ليس عبادة مقصودة ، بل هو لأجل صحة الصلاة عليه لأن ستره شرط صحتها ط (قوله ووجد الشرط) معطوف على قوله وكان من جنسه عبادة وهذا إن كان معلقا بشرط وإلا لزم فى الحال والمراد الشرط الذى يريد كونه كما يأتى تصحيحه (قوله لزم الناذر) أى لزمه الوفاء به والمراد أنه يلزمه الوفاء بأصل القربة التى التزمها لا بكل وصف التزمه ، لأنه لو عين درهما أو فقيرا أو مكانا للتصدق أو للصلاة فالتعيين ليس بلازم بحر ، وتحقيقه فى الفتح (قوله لحديث الخ) قال فى الفتح : هو حديث غريب إلا أنه مستغنى عنه ، ففى لزوم المنذور الكتاب والسنة والإجماع ، قال تعالى – وليوفوا نذورهم – وصرح المصنف أى صاحب الهداية فى كتاب الصوم بأنه واجب للآية ، وتقدم الاعتراض بأنها توجب الافتراض للقطعية والجواب بأنها مؤولة إذ خص منها النذر بالمعصية وماليس من جنسه واجب فلم تكن قطعية الدلالة ، ومن قال من المتأخرين بافتراضه استدل بالإجماع على وجوب الإيفاء به اهـ ملخصا . وفى الشرنبلالية عن البرهان أنه : أى الافتراض هو الأظهر (قوله لوجوب العتق) ترك ذكر الواجب من الصلاة والصوم والصدقة لظهوره ط (قوله والمشى للحج) المراد الحج ماشيا وإلا فالمشى ليس عبادة مقصودة اهـ ح . وفيه أن المشروط كونه عبادة مقصودة هو المنذور لا ماكان

والقعدة الأخيرة فى الصلاة ، وهى لبث كالاعتكاف ، ووقف مسجد للمسلمين واجب على الإمام من بيت المال وإلا فعلى المسلمين (ولم يلزم) الناذر (ماليس من جنسه فرض كعيادة مريض وتشييع جنازة ودخول مسجد) ولو مسجد الرسول صلى الله عليه وسلم أو الأقصى لأنه ليس من جنسها فرض مقصود وهذا هو الضابط كما فى الدرر . وفى البحر شرائطه خمس فزاد : أن لايكون معصية لذاته فصح نذر صوم يوم النحر

من جنسه كما قدمناه، وسيأتى فى باب اليمين فى البيع أنه لو قال على المشى إلى بيت الله أو الكعبة يلزمه حج أو عمرة وسنذكر أن هذا استحسان. والقياس أن لا يجب به شىء لأنه ليس بقربة تأمل (قوله والقعدة الأخيرة الخ) كذا ذكره فى اعتكاف البحر . وأورد عليه أن التشبيه إن كان فى خصوص القعدة فهو غير لازم فى الاعتكاف لجواز الوقوف فى مدته وإن كان فى مطلق الكينونة فلم خص التشبيه بالقعدة مع أن الركوع كذلك ؟

والجواب: اختيار الأول، والغالب فى الاعتكاف القعود وذكر فى اعتكاف المعراج. قلنا بل من جنسه واجب لله تعالى وهو اللبث بعرفة وهو الوقوف، والنذر بالشىء إنما يصح إذا كان من جنسه واجب أو مشتملا على الواجب وهذا كذلك لأن الاعتكاف يشتمل على الصوم ومن جنس الصوم واجب وإن لم يكن من جنس اللبث واجب: وتعقبه فى الفتح فى باب اليمين فى الحج والصوم بأن وجوب الصوم فرع وجوب الاعتكاف بالنذر ، والكلام الآن فى صحة وجوب المتبوع، فكيف يستدل على لزومه بلزومه ولزوم الشرط فرع لزوم المشروط. ثم قد يقال: تحقق الإجماع على لزوم الاعتكاف بالنذر موجب إهدار اشتراط وجود واجب من جنسه اهـ أى فهو خارج عن الأصل (قوله ووقف مسجد) أى فى كل بلدة على الظاهر ط (قوله وإلا) أى وإن لم يفعل الإمام فعلى المسلمين (قوله ماليس من جنسه فرض) هذا هو الذى وعد بذكره. قال المصنف فى شرحه وهذا يثبت أن المراد بالواجب فى قولهم من جنسه واجب الفرض وبه صرح شيخنا فى بحره الخ ويأتى تمام الكلام عليه (قوله كعيادة مريض الخ) هذا يفيد أن مرادهم بالفرض هنا فرض العين دون مايشمل فرض الكفاية اهـ ح أى فإن هذه فرض كفاية كما فى مقدمة أبى الليث فافهم ، وقدمنا عن البدائع خروج هذه المذكورات بقوله : عبادة مقصودة على أنه يرد عليه دخول المسجد للطواف، ولصلاة الجمعة إذا كان الامام فيه فإن الدخول حينئذ فرض لكنه ليس مقصودا لذاته وكذا عيادة الوالدين إذا احتاجا إليه لأن برهما فرض، وقدمنا أن المشروط كونه عبادة مقصودة هو المنذور (قوله ولو مسجد الرسول صلى الله عليه وسلم) الأولى ذكر مسجد مكة لأنه المتوهم ط (قوله وهذا هو الضابط) الإشارة إلى ماذكره من أن ماليس من جنسه فرض لايلزم . وعبارة الدرر: المنذور إذا كان له أصل فى الفروض لزم الناذر كالصوم والصلاة والصدقة والاعتكاف، ومالا أصل له فى الفروض فلا يلزم الناذر كعيادة المريض ،وتشييع الجنازة ودخول المسجد ، وبناء القنطرة والرباط والسقاية ونحوها هذا هو الأصل الكلى (قوله فزاد) أى على الشرطين المارين فى المتن (قوله أن لايكون معصية لذاته) قال فى الفتح: وأما كون المنذور معصية يمنع انعقاد النذر فيجب أن يكون معناه إذا كان حراما لعينه أو ليس فيه جهة قربة ، فان المذهب أن نذر صوم يوم العيد ينعقد ، ويجب الوفاء بصوم يوم غيره ولو صامه خرج عن العهدة . ثم قال بعد ذلك قال الطحاوى : إذا أضاف النذر إلى المعاصى كلله على أن أقتل فلانا كان يمينا ولزمته الكفارة بالحنث اهـ :

قلت : وحاصله أن الشرط كونه عبادة فيعلم منه أنه لو كان معصية لم يصح فهذا ليس شرطا خارجا عما مر ، لكن صرح به مستقلا لبيان أن ماكان فيه جهة العبادة يصح النذر به لما مر من أنه يلزم الوفاء بالنذر من حيث هو قربة لابكل وصف التزمه به فصح التزام الصوم من حيث هو صوم مع إلغاء كونه فى يوم العيد، ولذا قال فى الفتح:

لأنه لغيره وأن لايكون واجبا عليه قبل النذر فلو نذر حجة الإسلام لم يلزمه شيء غيرها وأن لايكون ماالتزمه أكثر مما يملكه أو ملكا لغيره ، فلو نذر التصدق بألف ولا يملك إلا مائة لزمه المائة فقط خلاصة انتهى .

قلت : ويزاد مافى زواهر الجواهر وأن لايكون مستحيل الكون فلو نذرصوم أمس أو اعتكافه لم يصح نذره

فى الفتح : إن قلت من شروط النذر كونه بغير معصية فكيف قال أبو يوسف : إذا نذر ركعتين بلا وضوء يصح نذره خلافا لمحمد .

فالجواب أن أبا يوسف صححه بوضوء لأنه حين نذر ركعتين لزمتاه بوضوء لأن التزام المشروط التزام الشرط ، فقوله بعده بغير وضوء لغو لايؤثر ونظيره إذا نذر بلا قراءة ألزمناه ركعتين بقراءة أو نذر أن يصلى ركعة واحدة ألزمناه ركعتين أو ثلاثا ألزمناه بأربع اه وتمامه فيه (قوله لأنه لغيره) أى لأن كونه معصية لغيره وهو الاعراض عن ضيافة الحق تعالى (قوله وأن لا يكون واجبا عليه قبل النذر) فى أضحية البدائع : لو نذر أن يضحى شاة ، وذلك فى أيام النحر ، وهو موسر فعليه أن يضحى بشاتين عندنا شاة للنذر وشاة بإيجاب الشرع ابتداء إلا إذا عنى به الاخبار عن الواجب عليه ، فلا يلزمه إلا واحدة ، ولو قبل أيام النحر لزمه شاتان ، بلاخلاف لأن الصيغة لاتحتمل الإخبار عن الواجب إذ لاوجوب قبل الوقت ، وكذا لو كان معسرا ثم أيسر فى أيام النحر لزمه شاتان اه .

والحاصل أن نذر الأضحية صحيح لكنه ينصرف إلى شاة أخرى غير الواجبة عليه ابتداء بإيجاب الشرع إلا إذا قصد الاخبار عن الواجب عليه ، وكان فى أيامها ومثله مالو نذر الحج لأن الأضحية والحج قد يكونان غير واجبين ، بخلاف حجة الإسلام فانها نفس الواجب عليه لأنها اسم لفريضة العمر كصوم رمضان وصلاة الظهر فلا يصح النذر بها بخلاف ماقد يكون تطوعا وواجبا كالصلاة والصوم كما سنحققه فى الأضحية إن شاء الله تعالى (قوله أو ملكا لغيره) فان قيل : إن النذر به معصية فيغنى عنه مامر قلنا إنه ليس معصية لذاته ؛ وإنما هو لحق الغير أفاده فى البحر لكنه خارج بكونه لايملكه فيشمل الزائد على مايملكه ومالا ملك له فيه أصلا كهذا وفى البحر عن الخلاصة لو قال : لله علىَّ أن أهدى هذه الشاة وهى ملك الغير لايصح النذر بخلاف قوله : لأهدين ولونوى اليمين كان يمينا اه قال فى النهر : والفرق بين التأكيد وعدمه مما لا أثر له يظهر فى صحة النذر وعدمه ، ثم على الصحة هل تلزمه قيمتها أو يتوقف الحال إلى ملكها محل تردد اه .

قلت : الظاهر الثانى لأن الهدى اسم لما يهدى إلى الحرم فإذا صح نذره توقف إلى ملكها ليمكن إهداؤها تأمل ويظهر لى أن قوله لأهدين يمين لانذر وقوله : ولو نوى اليمين كان يمينا راجع إلى المسألة الأولى فإن تم هذا اتضح الفرق فتأمل (قوله لزمه المائة فقط) سيذكر الشارح وجهه (قوله قلت ويزاد الخ) ذكر هذا الشرط صاحب البحر فى باب الاعتكاف وعزا الفرع المذكور إلى الولوالجية قال ط : وبه صارت الشروط سبعة مافى المتن وهذه الخمسة لكن اشتراط أن لايكون أكثر مما يملك وأن لايكون ملك الغير خاصا ببعض صور النذر (قوله مستحيل الكون) يشمل الاستحالة الشرعية لما فى الاختيار : لو نذرت صوم أيام حيضها أو قالت : لله على أن أصوم غدا فحاضت فهو باطل عند محمد وزفر لأنها أضافت الصوم إلى وقت لايتصور فيه وقال أبو يوسف : تقضى فى المسألة الثانية لأن الإيجاب صدر صحيحا فى حال لاينافى الصوم ولا إضافة إلى زمان ينافيه إذ الصوم يتصور فيه والعجز بعارض محتمل كالمريض فتقضيه ، كما إذا نذرت صوم شهر يلزمها قضاء أيام حيضها لأنه يجوز خلو الشهر

وفى القنية نذر التصدق على الأغنياء لم يصح مالم ينو أبناء السبيل ، ولو نذر التسبيحات دبر الصلاة لم يلزمه ، ولو نذر أن يصلى على النبي صلى الله عليه وسلم كل يوم كذا لزمه وقيل لا (ثم إن) المعلق فيه تفصيل فإن (علقه بشرط يريده كأن قدم غائبي) أو شفى مريضى (يوفى) وجوبا (إن وجد) الشرط (و) إن علقه (بما لم يرده كإن زنيت

عن الحيض فيصح الإيجاب وتمامه فيه (قوله وفى القنية الخ) عبارتها كما فى البحر : لنذر أن يتصدق بدينار على الأغنياء ينبغي أن لا يصح .

قلت : وينبغى أن يصح إذا نوى أبناء السبيل لأنهم محل الزكاة اه .

قلت : ولعل وجه عدم الصحة فى الأول عدم كونها قربة أو مستحيلة الكون (١) لعدم تحققها لأنها للغنى هبة كما أن الهبة للفقير صدقة (قوله ولو نذر التسبيحات) لعل مراده التسبيح والتحميد والتكبير ثلاثا والثلاثين فى كل وأطلق على الجميع تسبيحا تغليبا لكونه سابقا وفيه إشارة إلى أنه ليس من جنسها واجب ، ولا فرض وفيه أن تكبير التشريق واجب على المفتى به وكذا تكبيرة الاحرام ، وتكبيرات العيدين فينبغى صحة النذر به بناء على أن المراد بالواجب هو المصطلح ط .

قلت : لكن ما ذكره الشارح ليس عبارة القنية وعبارتها كما فى البحر ، ولو نذر أن يقول دعاء كذا فى دبر كل صلاة عشر مرات لم يصح (قوله لم يلزمه) وكذا لو نذر قراءة القرآن وعلله القهستانى فى باب الاعتكاف بأنها للصلاة وفى الخانية ولو قال : على الطواف بالبيت والسعى بين الصفا والمروة أو على أن أقرأ القرآن إن فعلت كذا لايلزمه شىء اه .

قلت : وهو مشكل فإن القراءة عبادة مقصودة ومن جنسها واجب ، وكذا الطواف فإنه عبادة مقصودة أيضا ثم رأيت فى لباب المناسك قال فى باب أنواع الأطوفة : الخامس طواف النذر وهو واجب ولا يختص بوقت فهذا صريح فى صحة النذر به (قوله لزمه) لأن من جنسه فرضا وهو الصلاة عليه صلى الله عليه وسلم مرة واحدة فى العمر وتجب كلما ذكر . وإنما هى فرض عملى قال ح : ومنه يعلم أنه لايشترط كون الفرض قطعيا ط (قوله وقيل لا) لعل وجهه اشتراطه كونه الفرض قطعيا ح (قوله ثم إن المعلق الخ) اعلم أن المذكور فى كتب ظاهر الرواية أن المعلق يجب الوفاء به مطلقا : أى سواء كان الشرط مما يراد كونه أى يطلب حصوله كإن شفى الله مريضى أو لا كإن كلمت زيدا أو دخلت الدار فكذا ، وهو المسمى عند الشافعية نذر اللجاج وروى عن أبى حنيفة التفصيل المذكور هنا وأنه رجع إليه قبل موته بسبعة أيام وفى الهداية إنه قول محمد وهو الصحيح اه . ومشى عليه أصحاب المتون كالمختار والمجمع ومختصر النقاية والملتقى وغيرها ، وهو مذهب الشافعى ، وذكر فى الفتح أنه المروى فى النوادر وأنه مختار المحققين وقد انعكس الأمر على صاحب البحر ، فظن أن هذا لا أصل له فى الرواية ، وأن رواية النوادر أنه مخير فيهما مطلقا وأن فى الخلاصة قال : وبه يفتى وقد علمت أن المروى فى النوادر هو التفصيل المذكور ، وذكر فى النهر أن الذى فى الخلاصة هو التعليق بما لايراد كونه فالاطلاق ممنوع اه .

والحاصل : أنه ليس فى المسألة سوى قولين الأول ظاهر الرواية عدم التخيير أصلا والثانى التفصيل المذكور وأما ماتوهمه فى البحر من القول الثالث وهو التخيير مطلقا وأنه المفتى به فلا أصل له كما أوضحه العلامة الشرنبلالى فى رسالته المسماة تحفة التحرير فافهم (قوله بشرط يريده الخ) انظر لو كان فاسقا يريد شرطا هو معصية فعلق عليه كما فى قول الشاعر .

---

(١) (قوله أو مستحيلة الكون) الأولى أن يقول : أو كونها مستحيلة الخ بالعطف على قوله : عدم بدليل قوله : لعدم تحققها الخ وإلا فظاهر عبارته أن الاستحالة منفية وهو لا يظهر فتدبر اه مصححه .

بفلانة) مثلا فحنث (وفى) بنذره (أو كفر) بيمينه (على المذهب) لأنه نذر بظاهره يمين بمعناه فيخير ضرورة (نذر) مكلف (بعتق رقبة فى ملكه وفى به وإلا) يف (أثم) بالترك (ولا يدخل تحت الحكم) فلا يجبره القاضى (نذر أن يذبح ولده فعليه شاة) لقصة الخليل عليه الصلاة والسلام وألغاه الثانى والشافعى كنذره بقتله (ولغا لو كان بذبح نفسه أو) عبده وأوجب محمد الشاة ، ولو (بذبح أبيه أو جده أو أمه) لغا إجماعا لأنهم ليسوا كسبه (ولو قال إن برئت من مرضى هذا ذبحت شاة أو علىّ شاة أذبحها فبرئ لايلزمه شىء)

علىّ إذا ما زرت ليلى بخفية زيارة بيت الله رجلان حافيا

فهل يقال إذا باشر الشرط يجب عليه المعلق أم لا ، ويظهر لى الوجوب لأن المنذور طاعة وقد علق وجوبها على شرط فإذا حصل الشرط لزمته ، وإن كان الشرط معصية يحرم فعلها لأن هذه الطاعة غير حاملة على مباشرة المعصية بل بالعكس ، وتعريف النذر صادق عليه ولذا صح النذر فى قوله : إن زنيت بفلانة لكنه يتخير بينه وبين كفارة اليمين لأنه إذا كان لايريده يصير فيه معنى اليمين فيتخير كما يأتى تقريره بخلاف ما إذا كان يريده لفوات معنى اليمين فينبغى الجزم بلزوم المنذور فيه وإن لم أره صريحا فافهم (قوله لأنه نذر بظاهره الخ) لأنه قصد به المنع عن إيجاد الشرط فيميل إلى أى الجهتين شاء بخلاف ما إذا علق بشرط يريد ثبوته لأن معنى اليمين وهو قصد المنع غير موجود فيه لأن قصده إظهار الرغبة فيما جعل شرطا درر (قوله فيخير ضرورة) جواب عن قول صدر الشريعة :

أقول : إن كان الشرط حراما كإن زنيت ينبغى أن لايتخير لأن التخيير تخفيف والحرام لايوجب التخفيف قال فى الدرر : أقول ليس الموجب للتخفيف هو الحرام بل وجود دليل التخفيف لأن اللفظ لما كان نذرا من وجه ويمينا من وجه لزم أن يعمل بمقتضى الوجهين ولم يجز إهدار أحدهما فلزم التخيير الموجب للتخفيف بالضرورة فتدبر اهـ (قوله فلا يجبره القاضى) لأن العبد لم يثبت له حق العتق عليه ، لأن ذلك بمنزلة مالو حلف بالله تعالى ليعتقنه ليس له إجباره على أن يبر يمينه ، لأن ذلك مجرد حق الله تعالى (قوله نذر أن يذبح ولده الخ) المسألة منصوصة فى كافى الحاكم الشهيد وغيره ، وفى شرح المجمع وشرح درر البحار أنه يجب به ذبح كبش فى الحرم أو فى أيام النحر فى غير الحرم ، وأنه يشترط لصحة النذر به فى عامة الروايات أن يقول فى النذر عند مقام إبراهيم أو بمكة وفى رواية عنه: لايشترط ، وفى الاختيار ولو نذر ذبح ولده أو نحره لزمه ذبح شاة عند أبى حنيفة ومحمد وكذا النذر بذبح نفسه أو عبده عند محمد ، وفى الوالد الوالدة عن أبى حنيفة روايتان والأصح عدم الصحة ، وقال أبو يوسف وزفر : لايصح شىء من ذلك لأنه معصية فلايصح ولهما فى الولد مذهب جماعة من الصحابة كعلىّ وابن عباس وغيرهما ، ومثله لايعرف قياسا فيكون سماعا ولأن إيجاب ذبح الولد عبارة عن إيجاب ذبح الشاة ، حتى لو نذر ذبحه بمكة يجب عليه ذبح الشاة بالحرم .

بيانه قصة الذبيح فإن الله تعالى أوجب على الخليل ذبح ولده وأمره بذبح الشاة حيث قال - قد صدقت الرؤيا - فيكون كذلك فى شريعتنا أما لقوله تعالى - ثم أوحينا إليك أن اتبع ملة إبراهيم حنيفا - أو لأن شريعة من قبلنا تلزمنا حتى يثبت النسخ ، وله نظائر منها أن إيجاب المشى إلى بيت الله تعالى عبارة عن حج أو عمرة وإيجاب الهدى عبارة عن إيجاب شاة ، ومثله كثير وإذا كان نذر ذبح الولد عبارة عن ذبح الشاة لا يكون معصية بل قربة حتى قال الاسبيجابى وغيره من المشايخ إن أراد عين الذبح وعرف أنه معصية لايصح ، ونظيره الصوم فى حق الشيخ الفانى معصية لا فضائه إلى إهلاكه ، ويصح نذره بالصوم وعليه الفدية ، وجعل ذلك التزاما للفدية كذا هذا ولمحمد فى النفس والعبد أن ولايته عليهما فوق ولايته على ولده ولأبى حنيفة أن وجوب الشاة على خلاف القياس

لأن الذبح ليس من جنسه فرض بل واجب كالأضحية (فلا يصح) (إلا إذا زاد وأتصدق بلحمها فيلزمه) لأن الصدقة من جنسها فرض وهى الزكاة فتح وبحر ففى متن الدرر تناقض منح (ولو قال لله على أن أذبح جزورا وأتصدق بلحمه فذبخ مكانه سبع شياه جاز) كذا فى مجموع النوازل ووجهه لايخفى .

وفى القنية إن ذهبت هذه العلة فعلى كذا فذهبت ثم عادت لايلزمه شىء .

(نذر لفقراء مكة جاز الصرف لفقراء غيرها) لما تقرر فى كتاب الصوم أن النذر غير المعلق لايختص بشىء

عرفناه استدلالا بقصة الخليل ، وإنما وردت فى الولد فيقتصر عليه ، ولو نذر بلفظ القتل لا يلزمه شىء بالإجماع لأن النص ورد بلفظ الذبح والنحر مثله ولا كذلك القتل ولأن الذبح والنحر وردا فى القرآن على وجه القربة والتعبد والقتل لم يرد إلا على وجه العقوبة والانتقام والنهى ، ولأنه لو نذر ذبح الشاة بلفظ القتل لم يصح فهذا أولى اه (قوله لغا إجماعا) أى بناء على أصح الروايتين كما مر (قوله لأن الذبح ليس من جنسه فرض الخ) هذا التعليل لصاحب البحر ، وينافيه مافى الخانية قال : إن برئت من مرضى هذا ذبحت شاة فبرئ لايلزمه شىء إلا أن يقول فلله على أن أذبح شاة اه : وهى عبارة متن الدرر وعللها فى شرحه بقوله لأن اللزوم لايكون إلا بالنذر والدال عليه الثانى لا الأول اه .

فأفاد أن عدم الصحة لكون الصيغة المذكورة لاتدل على النذر أى لأن قوله ذبحت شاة وعد لانذر ، ويؤيده مافى البزازية لو قال إن سلم ولدى أصوم ماعشت فهذا وعد لكن فى البزازية أيضا إن عوفيت صمت كذا لم يجب مالم يقل لله على وفى الاستحسان يجب ولو قال : إن فعلت كذا فأنا أحج ففعل يجب عليه الحج اه .

فعلم أن تعليل الدرر مبنى على القياس والاستحسان خلافه وينافيه أيضا قول المصنف على شاة أذبحها أوعبارة الفتح فعلى بالفاء فى جواب الشرط إذ لا شك أن هذا ليس وعدا ولا يقال إنما لم يلزمه شىء لعدم قوله لله على لأن المصرح به صحة النذر بقوله لله على حجة أو على حجة فيتعين حمل ما ذكره المصنف على القول بأنه لابد أن يكون من جنسه فرض وحمل مافى الخانية والدرر من صحة قوله لله على أن أذبح شاة على القول بأنه يكفى أن يكون من جنسه واجب ، وسيأتى فى آخر الأضحية عن الخانية لو نذر عشر أضحيات لزمه ثنتان لمجىء الأمر بهما ، وفى شرح الوهبانية الأصح وجوب الكل لايجابه مالله من جنسه إيجاب ، ونقل الشارح هناك عن المصنف أن مفاده لزوم النذر بما من جنسه واجب اعتقادى أو اصطلاحى اه ويؤيده أيضاً ماقدمناه عن البدائع وبه يعلم أن الأصح أن المراد بالواجب مايشمل الفرض والواجب الاصطلاحى لاخصوص الفرض فقط (قوله فتح وبحر) يوهم أنه فى الفتح ذكر هذا التعليل مع أن المذكور فيه عبارة المتن فقط وكذلك فى البحر معزيا إلى مجموع النوازل (قوله ففى متن الدرر تناقض) أى حيث صرح أولا بأنه يشترط فى النذر أن يكون له أصل فى الفروض ونص ثانيا على صحة النذر بقوله لله على أن أذبح شاة مع أن النذر ليس له أصل فى الفروض ، بل فى الواجبات وأجاب ط : بأن مراده بالفرض ما يعم الواجب بأن يراد به اللازم فلا تناقض (قوله كذا فى مجموع النوازل) الإشارة إلى مافى المتن من قوله ولو قال إن برئت إلى قوله جاز (قوله ووجهه لايخفى) هو أن السبع تقوم مقامه فى الضحايا والهدايا ط .

مطلب النذر غير المعلق لايختص بزمان ومكان ودرهم وفقير

(قوله لما تقرر فى كتاب الصوم) أى فى آخر قبيل باب الاعتكاف وعبارته هناك مع المتن والنذر من اعتكاف أو حج أو صلاة أو صيام أو غيرها غير المعلق ولو معينا لايختص بزمان ومكان ودرهم وفقير فلو نذر

(نذر أن يتصدق بعشرة دراهم من الخبز فتصدق بغيره جاز إن ساوى العشرة) كتصدقه بثمنه .
(نذر صوم شهر معين لزمه متتابعا لكن إن أفطر) فيه (يوما قضاه) وحده وإن قال متتابعا (بلا لزوم استقبال) لأنه معين ولو نذر صوم الأبد فأكل لعذر فدى .
(نذر أن يتصدق بألف من ماله وهو يملك دونها لزمه) مايملك منها (فقط) هو المختار لأنه فيما لم يملك

التصدق يوم الجمعة بمكة بهذا الدرهم على فلان فخالف جاز وكذا لو عجل قبله فلوعين شهرا للاعتكاف أو للصوم فعجل قبله عنه صح ، وكذا لو نذر أن يحج سنة كذا فحج سنة قبلها صح أو صلاة فى يوم كذا فصلاها قبله ، لأنه تعجيل بعد وجود السبب ، وهو النذر فيلغو التعيين بخلاف النذر المعلق ، فانه لايجوز تعجيله قبل وجود الشرط اهـ .

قلت : وقدمنا هناك الفرق وهو أن المعلق على شرط لاينعقد سببا للحال كما تقرر فى الأصول بل عند وجود شرطه ، فلو جاز تعجيله لزم وقوعه قبل سببه فلا يصح ، ويظهر من هذا أن المعلق يتعين فيه الزمان بالنظر إلى التعجيل ، أما تأخيره فالظاهر أنه جائز إذ لامحذور فيه ، وكذا يظهرمنه أنه لايتعين فيه المكان والدرهم والفقير لأن التعليق إنما أثر فى انعقاد السببية فقط ، فلذا امتنع فيه التعجيل ، وتعين فيه الوقت أما المكان والدرهم والفقير فهى باقية على الأصل من عدم التعيين ، ولذا اقتصر الشارح فى بيان المخالفة على التعجيل فقط حيث قال : فانه لايجوز تعجيله فتدبر .

قلت : وكما لايتعين الفقير لايتعين عدده ففى الخانية إن زوجت بنتى فألف درهم من مالى صدقة لكل مسكين درهم فزوج ودفع الألف إلى مسكين جملة جاز .

[تنبيه] إنما لم يختص فى النذر بزمان ونحوه خلافا لزفر لأن لزوم ما التزمه باعتبار ماهو قربة لاباعتبارات أخر لادخل لها فى صيرورته قربة كما مرقال فى الفتح : وكذا إذا نذر ركعتين فى المسجد الحرام فأداها فى أقل شرفا منه أو فيما لاشرف له أجزأه خلافا لزفر لأن المعروف من الشرع أن التزامه بما هو قربة موجب ولم يثبت من الشرع اعتبار تخصيص العبد العبادة بالمكان ، بل إنما عرف ذلك لله تعالى وتمامه فيه .

قلت : وإنما تعين المكان فى نذر الهدى والزمان فى نذر الأضحية لأن كلا منهما اسم خاص معين ، فالهدى مايهدى للحرم والأضحية مايذبح فى أيامها حتى لو لم يكن كذلك لم يوجد الاسم وسنذكر تمام تحقيقه فى باب اليمين فى البيع إن شاء الله تعالى (قوله جاز) أشار إلى أن تعيين مايشترى به مثل تعيين الزمان والمكان (قوله قضاه وحده) أى قضى ذلك اليوم فقط لئلا يقع كل الصوم فى غير الوقت كما مر فى الصيام (قوله وإن قال متتابعا) لأن شرط التتابع فى شهر بعينه لغو لأنه متتابع لتتابع الأيام وأيضا لايمكن الاستقبال لأنه معين درر ، وأما إذا كان لشهر غير معين فان شاء تابعه ، وإن شاء فرقه إلا إذا شرط التتابع فيلزمه ويستقبل فتح أى يستقبل شهرا غيره لو أفطر يوما ولو من الأيام المنهية كما مر فى الصوم وتقدم هناك تمام الكلام على ما يجب فيه التتابع ومالا يجب وما يجوز تقديمه أو تأخيره ومالا يجوز فراجعه (قوله فأكل لعذر) وكذا لدونه ح (قوله فدى) أى لكل يوم نصف صاع من بر أو صاعا من شعير وإن لم يقدر استغفر الله تعالى كما مر (قوله لزمه مايملك منها فقط) وإن كان عنده عروض أو خادم يساوى مائة فإنه يبيع ويتصدق ، وإن كان يساوى عشرة يتصدق بعشرة وإن لم يكن شىء فلا شىء عليه كمن أوجب على نفسه ألف حجة يلزمه بقدر ما عاش فى كل سنة حجة شرنبلالية عن الخانية وانظر هل يدخل فى ذلك الدين كما يدخل فى الوصية بثلث ماله ، ظاهر التعليل : عدم الدخول لأن الدين لايملكه

لم يوجد النذر فى الملك ولا مضافا إلى سببه فلم يصح كما لو (قال مالى فى المساكين صدقة ولا مال له لم يصح) اتفاقا (نذر التصدق بهذه المائة يوم كذا على زيد فتصدق بمائة أخرى قبله) أى قبل ذلك اليوم (على فقير آخر جاز) لما تقرر فيما مر (قال على نذر ولم يزد عليه ولا نية له فعليه كفارة يمين) ولو نوى صياما بلا عدد لزمه ثلاثة أيام ولو صدقة فإطعام عشرة مساكين كالفطرة ولو نذر ثلاثين حجة لزمه بقدر عمره (وصل بحلفه إن شاء الله بطل) يمينه (وكذا يبطل به) أى بالاستثناء المتصل (كل ماتعلق بالقول عبادة أو معاملة) لو بصيغة الإخبار ولو بالأمر أو النهى كأعتقوا عبدى بعد موتى إن شاء الله ، لم يصح وبع عبدى هذا إن شاء الله لم يصح الاستثناء (بخلاف المتعلق بالقلب) كالنية كما مر فى الصوم .

قبل قبضه وإذا قبضه صار ملكا حادثا بعد النذر ، وفى الوصية بثلث المال يعتبر ماله عند الموت تأمل لكن سيأتى فى أول الشركة أن الحق كونه مملوكا (قوله لم يوجد الخ) أى وشرط صحة النذر أن يكون المنذور ملكا للناذر أو مضافا إلى السبب كقوله إن اشتريتك فلله على أن أعتقك ط (قوله فى المساكين صدقة) أى ينفق عليهم ففى بمعنى على (قوله ولم يصح اتفاقا) أما لو كان له مال يصح ويكون المراد به جنس مال الزكاة استحسانا أى جنس كان بلغ نصابا أولا عليه دين مستغرق أولا وإن لم يجد غيره أمسك منه قدر قوته فإذا ملك غيره تصدق بقدره : أى بقدر ماأمسك كما سيأتى فى متفرقات القضاء إن شاء الله تعالى وذكر الشارح هناك عن البحر قال : إن فعلت كذا فما أملكه صدقة ، فحيلته أن يبيع ملكه من رجل بثوب فى منديل ، ويقبضه ولم يره ثم يفعل ذلك ثم يرده بخيار الرؤية فلا يلزمه شىء اهـ قال المقدسى هناك ، ومنه يعلم أن المعتبر الملك حين الحنث لاحين الحلف اهـ (قوله فيما مر) أى من قوله إن النذر غير المعلق لايختص بشىء (قوله ولم يزد عليه) فلو قال نذر حج مثلا لزمه (قوله ولو نوى صياما الخ) محترز قوله : ولانية له وأشار إلى أنه لو نوى شيئا من حج أو عمرة أوغيره فعليه مانوى كما فى كافى الحاكم (قوله لزمه ثلاثة أيام) لأن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى ، وأدنى ذلك فى الصيام ثلاثة أيام فى كفارة اليمين بحر عن الولوالجية (قوله ولو صدقة) أى بلا عدد (قوله كالفطرة) أى لكل مسكين نصف صاع بروكذا لو قال : لله على إطعام مسكين لزمه نصف صاع بر استحسانا وإن قال : لله على أن أطعم المساكين على عشرة عند أبى حنيفة فتح (قوله لزمه بقدر عمره) أى لزمه أن يحج بقدر مايعيش ومشى فى لباب المناسك على أنه يلزمه الكل ، وعليه أن يحج بنفسه قدر ماعاش ويجب الإيصاء بالبقية وعزاه القارى فى شرحه إلى العيون والخانية والسراجية قال وفى النوازل أنه قولهما والأول قول محمد وفى الفتح الحق لزوم الكل اهـ ملخصا (قوله وصل بحلفه) قيد بالوصل لأنه لو فصل لايفيد ، إلا إذا كان لتنفس أو سعال أو نحوه ، وعن ابن عباس أنه كان يجوز الاستثناء المنفصل لاستة أشهر ، ويلزمه إخراج العقود كلها عن أن تكون ملزمة وأن لايحتاج للمحلل الثانى لأن المطلق يستثنى ، وفى المسألة حكاية الإمام مع المنصور ذكرها فى الدرر وغيره (قوله إن شاء الله) مفعول وصل (قوله عبادة) كنذر وإعتاق أو معاملة كطلاق وإقرار ط (قوله أو النهى) كقوله لوكيله: لاتبع لفلان إن شاء الله ط (قوله لم يصح الاستثناء) جواب قوله : ولو بالأمر فافهم : أى فللمأمور أن يبيعه والفرق أن الإيجاب يقع ملزما بحيث لايقدر على إبطاله بعد ، فيحتاج إلى الاستثناء حتى لايلزمه حكم الإيجاب ، والأمر لايقع لازما فإنه يقدر على إبطاله بعزل المأمور به ، فلا يحتاج إلى الاستثناء فيه ذخيرة وقدمناه قبيل باب الاستيلاد (قوله كما مر فى الصوم) من أنه إذا وصل المشيئة بالتلفظ بالنية لاتبطل ، لأنها لطلب التوفيق حموى ، وظاهره أنها ليست فيه للاستثناء ، حتى يقال إن النية ليست من الأقوال فلا تبطل بالاستثناء ط عن أبى السعود والله سبحانه وتعالى أعلم .

باب اليمين فى الدخول والخروج والسكنى والإتيان والركوب وغير ذلك

الأصل أن الأيمان مبنية عند الشافعى على الحقيقة اللغوية ، وعند مالك على الاستعمال القرآنى ، وعند أحمد على النية ، وعندنا على العرف مالم ينو مايحتمله اللفظ فلا حنث فى لايهدم إلا بالنية فتح .

(الأيمان مبنية على الألفاظ لا على الأغراض فلو) اغتاظ على غيره و (حلف أن لايشترى له شيئا بفلس فاشترى له بدرهم) أو أكثر (شيئا لم يحنث كمن حلف لايخرج من الباب

باب اليمين فى الدخول والخروج والسكنى والإتيان والركوب وغير ذلك

(قوله وغير ذلك) كالجلوس والتزوج والتطهير .

مطلب الأيمان مبنية على العرف بيتا ببيت المنكبوت

(قوله وعندنا على العرف) لأن المتكلم إنما يتكلم بالكلام العرفى أعنى الألفاظ التى يراد بها معانيها التى وضعت لها فى العرف كما أن العربى حال كونه بين أهل اللغة إنما يتكلم بالحقائق اللغوية فوجب صرف ألفاظ المتكلم إلى ماعهد أنه المراد بها فتح (قوله فلا حنث الخ) صرح صاحب الذخيرة والمرغينانى بأنه يحنث بهدم بيت العنكبوت فى الفرع المذكور ، فمن المشايخ من حكم بأنه خطأ ومنهم من قيد حمل الكلام على العرف بما إذا لم يمكن العمل بحقيقته قال فى الفتح : ولا يخفى أنه على هذا يصير ماله وضع لغوى ، ووضع عرفى يعتبر معناه اللغوى وإن تكلم به أهل العرف ، وهذا يهدم قاعدة حمل الأيمان على العرف لأنه لم يصر المعتبر إلا اللغة إلا ماتعذر ، وهذا بعيد إذ لاشك أن المتكلم لايتكلم إلا بالعرف الذى به التخاطب سواء كان عرف اللغة إن كان من أهلها أو غيرها إن كان من غيرها (١) نعم ماوقع مشتركا بين اللغة والعرف تعتبر فيه اللغة على أنها العرف فأما الفرع المذكور ، فالوجه فيه إن كان نواه فى عموم قوله بيتا حنث وإن لم يخطر له فلا لانصراف الكلام إلى المتعارف عند إطلاق لفظ بيت فظهر أن مرادنا بانصراف الكلام إلى العرف إذا لم تكن له نية ، وإن كان له نية شىء واللفظ يحتمله انعقد اليمين باعتباره اه وتبعه فى البحر وغيره .

مبحث مهم فى تحقيق قولهم : الأيمان مبنية على الألفاظ لاعلى الأغراض

(قوله الأيمان مبنية على الألفاظ الخ) أى الألفاظ العرفية بقرينة ماقبله واحترز به عن القول ببنائها على عرف اللغة أو عرف القرآن ففى حلفه لايركب دابة ولايجلس على وتد، لايحنث بركوبه إنسانا وجلوسه على جبل وإن كان الأول فى عرف اللغة دابة ، والثانى فى القرآن وتدا كما سيأتى وقوله : لاعلى الأغراض أى المقاصد والنيات ، احترز به عن القول ببنائها على النية .

فصار الحاصل أن المعتبر إنما هو اللفظ العرفى المسمى ، وأما غرض الحالف فإن كان مدلول اللفظ المسمى اعتبر وإن كان زائدا على اللفظ فلا يعتبر ، ولهذا قال فى تلخيص الجامع الكبير وبالعرف يخص ولايزاد حتى خص الرأس بما يكبس ولم يرد الملك فى تعليق طلاق الأجنبية بالدخول اه ومعناه أن اللفظ إذا كان عاما يجوز

---

(١) قوله (إن كان من غيرها) هكذا بخطه ولعل الأنسب : من غيرهم أى أهل اللغة اه مصححه .

. . . .

تخصيصه بالعرف ، كما لو حلف لايأكل رأسا فإنه فى العرف اسم لما يكبس فى التنور ويباع فى الأسواق ، وهو رأس الغنم دون رأس العصفور ونحوه ، فالغرض العرفى يخصص عمومه ، فإذا أطلق ينصرف إلى المتعارف ، بخلاف الزيادة الخارجة عن اللفظ كما لو قال لأجنبية إن دخلت الدار فأنت طالق ، فإنه يلغو ولاتصح إرادة الملك أى إن دخلت وأنت فى نكاحى وإن كان هو المتعارف لأن ذلك غير مذكور ، ودلالة العرف لاتأثير لها فى جعل غير الملفوظ ملفوظا .

إذا علمت ذلك فاعلم أنه إذا حلف لايشترى لانسان شيئا بفلس فاللفظ المسمى وهو الفلس معناه فى اللغة والعرف واحد ، وهو القطعة من النحاس المضروبة المعلومة فهو اسم خاص معلوم لايصدق على الدرهم أو الدينار فإذا اشترى له شيئا بدرهم لايحنث وإن كان الغرض عرفا أن لايشترى أيضا بدرهم ولاغيره ولكن ذلك زائد على اللفظ المسمى غير داخل فى مدلوله فلا تصح إرادته بلفظ الفلس ، وكذا لوحلف لايخرج من الباب ، فخرج من السطح لايحنث ، وإن كان الغرض عرفا القرار فى الدار وعدم الخروج من السطح أو الطاق أو غيرهما ، ولكن ذلك غير المسمى ولا يحنث بالغرض بلا مسمى ، وكذا لايضربه سوطا فضربه بعصا لأن العصا غير مذكورة ، وإن كان الغرض لايؤلمه بأن لايضربه بعصا ولاغيرها ، وكذا ليغدينه بألف فاشترى رغيفا بألف وغداه به لم يحنث وإن كان الغرض أن يغديه بماله قيمة وافية وعلى ذلك مسائل أخرى ، ذكرها أيضا فى تلخيص الجامع : لوحلف لايشتريه بعشرة حنث بأحد عشر ولو حلف البائع لم يحنث به ، لأن مراد المشترى المطلقة ، ومراد البائع المفردة وهو العرف ولو اشترى أو باع بتسعة لم يحنث ، لأن المشترى مستنقص والبائع وإن كان مستزيدا لكن لايحنث بالغرض بلا مسمى كما فى المسائل المارة اه ، فهذه أربع مسائل أيضا :

الأولى : حلف لايشتريه بعشرة فاشتراه بأحد عشر حنث لأنه اشتراه بعشرة وزيادة والزيادة على شرط الحنث لاتمنع الحنث كما لو حلف لايدخل هذه الدار فدخلها ودخل دارا أخرى .

الثانية : لو حلف البائع لايبيعه بعشرة فباعه بأحد عشر لم يحنث ، لأن العشرة تطلق على المفردة ، وعلى المقرونة أى التى قرن بها غيرها من الأعداد ولما كان المشترى مستنقصا : أى طالبا لنقص الثمن عن العشرة علم أن مراده مطلق العشرة أى مفردة أو مقرونة ولما كان البائع مستزيدا أى طالبا لزيادة الثمن عن العشرة علم أن مراده بقوله لا أبيعه بعشرة العشرة المفردة فقط تخصيصا بالعرف فلذا حنث المشترى بالأحد عشر دون البائع .

الثالثة : لو اشترى بتسعة لم يحنث لأنه لم توجد العشرة بنوعيها مع أنه وجد الغرض أيضا لأنه مستنقص .

الرابعة : لو باع بتسعة لم يحنث أيضا لأنه وإن كان غرضه الزيادة على العشرة ، وأنه لايبيعه بتسعة ولا بأقل لكن ذلك غيرمسمى لأنه إنما سمى العشرة ، وهى لاتطلق على التسعة ولا يحنث بالغرض بلامسمى ، لأن الغرض يصلح مخصصالامزيدا كما مر إذا علمت ذلك ظهر لك أن قاعدة بناء الأيمان على العرف معناه أن المعتبر هو المعنى المقصود فى العرف من اللفظ المسمى ، وإن كان فى اللغة أوفى الشرع أعم من المعنى المتعارف ، ولما كانت هذه القاعدة موهمة اعتبار الغرض العرفى وإن كان زائدا على اللفظ المسمى وخارجا عن مدلوله كما فى المسئلة الأخيرة وكما فى المسائل الأربعة التى ذكرها المصنف دفعوا ذلك الوهم بذكر القاعدة الثانية وهى بناء الأيمان على الألفاظ لاعلى الأغراض ، فقولهم لاعلى الأغراض دفعوا به توهم اعتبار الغرض الزائد على اللفظ المسمى ، وأرادوا بالألفاظ الألفاظ العرفية بقرينة القاعدة الأولى ، ولولاها لتوهم اعتبار الألفاظ ولو لغوية أو شرعية فلا تنافى بين

أو لايضربه أسواطا أو ليغدينه اليوم بألف فخرج من السطح وضرب بعضها وغدى برغيف) .
اشتراه بألف أشياء (لم يحنث) لأن العبرة لعموم اللفظ إلا فى مسائل حلف لايشتريه بعشر حنث بأحد عشر بخلاف البيع أشياء (لايحنث بدخول الكعبة والمسجد والبيعة) للنصارى (والكنيسة) لليهود (والدهليز والظلة) التى على الباب إذا لم يصلحا للبيتوتة بحر (فى حلفه لايدخل بيتا) لأنها لم تعد للبيتوتة (و) لذا (يحنث فى الصفة)

القاعدتين كما يتوهمه كثير من الناس حتى الشرنبلالى ، فحمل الأولى على الديانة والثانية على القضاء ولاتناقض بين الفروع التى ذكروها .

ثم اعلم أن هذا كله حيث لم يجعل اللفظ فى العرف مجازا عن معنى آخر كما فى : لاأضع قدمى فى دار فلان فإنه صار مجازا عن الدخول مطلقا كما سيأتى فنى هذا لايعتبر اللفظ أصلا حتى لو وضع قدمه ولم يدخل لايحنث لأن اللفظ هجر وصار المراد به معنى آخر ومثله لا آكل من هذه الشجرة وهى لاتثمر ينصرف إلى ثمنها حتى لايحنث بعينها وهذا بخلاف مامر ، فإن اللفظ فيه لم يهجر بل أريد هو وغيره فيعتبر اللفظ المسمى دون غيره الزائد عليه أما هذا فقد اعتبر فيه الغرض فقط لأن اللفظ صار مجازا عنه فلا يخالف ذلك القاعدتين المذكورتين فاغتنم هذا التحرير الساطع المنير الذى لخصناه من رسالتنا المسماة رفع الانتقاض ودفع الاعتراض على قولهم : الأيمان مبنية على الألفاظ لاعلى الأغراض فإن أردت الزيادة على ذلك والوقوف على حقيقة ما هنالك فارجع إليها واحرص عليها فإنها كشفت اللثام عن حور مقصورات فى الخيام والحمد لله رب العالمين (قوله أو لايضربه أسواطا) فى بعض النسخ سوطا وهو الموافق لما فى تلخيص الجامع (قوله وضرب بعضها) أى بعض الأسواط وفيه أنه لم يذكر للأسواط عدد وفى بعض النسخ وضرب بعصا بعين وصاد مهملتين وهو الموافق لما فى تلخيص الجامع (قوله لأن العبرة لعموم اللفظ) فيه أنه لاعموم فى هذه الفروع على أن العرف يصلح مخصصا لعموم اللفظ كما قدمناه فصارت العبرة للعرف لالعموم اللفظ فالصواب إسقاط لفظة عموم فيوافق مامر من اعتبار الألفاظ لا الأغراض على ماقررناه آنفا (قوله إلا فى مسائل) لاحاجة إلى هذا الاستثناء لأن هذه المسائل داخلة فى قاعدة اعتبار اللفظ كما علمت (قوله والبيعة) بكسر الباء وسكون الياء وقوله للنصارى أى متعبدهم والكنيسة لليهود أى متعبدهم وتطلق أيضا على متعبد النصارى مصباح . وفى القهستانى عن القاموس البيعة متعبد النصارى أو متعبد اليهود أو الكفار اه فيستعمل كل منهما مكان الآخر (قوله والدهليز) بكسر الدال مابين الباب والدار فارسى معرب بحر عن الصحاح (قوله والظلة التى على الباب) قال فى البحر : والظلة الساباط الذى يكون على باب الدار من سقف له جذوع أطرافها على جدار الباب وأطرافها الأخر على الجدار المقابل له وإنما قيدنا به لأن الظلة إذا كان معناها ماهو داخل البيت مسقفا فإنه يحنث بدخوله لأنه يبات فيه اهـ (قوله إذا لم يصلحا للبيتوتة) أما إذا صلحا لها يحنث بأن كانت الظلة داخل البيت كما مر وكان الدهليز كبيرا بحيث يبات فيه قال فى الفتح : فإن مثله يعتاد بيتوتته للضيوف فى بعض القرى ، وفى المدن يبيت فيه بعض الأتباع فى بعض الأوقات فيحنث .

والحاصل أن كل موضع إذا أغلق الباب صار داخلا لايمكنه الخروج من الدار وله سعة تصلح للمبيت من سقف يحنث بدخوله اهـ (قوله فى حلفه) متعلق بقوله لايحنث ط (قوله لأنها) أى هذه المذكورات وهو علة لقوله : لايحنث والصالح للبيتوتة من دهليز وظلة يعد عرفا للبيتوتة ط (قوله ولذا) أى لكون المعتبر الصلوح للبيتوتة وعدمه ط (قوله فى الصفة) أى سواء كان لها أربع حوائط كما هى صفاف الكوفة أو ثلاثة على ماصححه فى الهداية بعد أن يكون مسقفا ، كما هى صفاف دورنا لأنه يبات فيها غاية الأمر أن مفتحه واسع كذا فى الفتح

والإيوان (على المذهب) لأنه يبات فيه صيفا وإن لم يكن مسقفا فتح (وفى لايدخل دارا) لم يحنث (بدخولها خربة) لابناء بها أصلا (وفى هذه الدار يحنث وإن) صارت صحراء أو (بنيت دارا أخرى بعد الانهدام) لأن الدار اسم للعرصة والبناء وصف والصفة إنما تعتبر فى المنكر لا المعين إلا إذا كانت شرطا أو داعية لليمين كحلفه على هذا الرطب فيتقيد بالوصف (وإن جعلت) بعد الانهدام بستانا أو مسجدا أو حماما أو بيتا أو غلب عليها الماء فصارت (نهرا لا) يحنث وإن بنيت بعد ذلك (كهذا البيت) وكذا بيتا بالأولى (فهدم أو بنى) بيتا (آخر ولو بنقص

(قوله والإيوان) عطف تفسير ط (قوله لأنه) أى الصفة بتأويل البيت أو المكان (قوله وإن لم يكن مسقفا) قد علمت أنه فى الفتح قال بعد أن يكون مسقفا نعم ذكر فى الفتح أن السقف ليس شرطا فى مسمى البيت والدهليز قال فى الشرنبلالية فكذا الصفة اهـ .

قلت : وعرفنا فى الشام إطلاق البيت على ماله أربع حوائط من جملة أماكن الدار السفلية أما الأماكن العلوية فتسمى طبقة وقصرا وعلية ومشرفة وأهل مدينة دمشق عرفهم إطلاق البيت على الدار بجملتها فيحكم على كل قوم بعرفهم (قوله لابناء بها أصلا) قيد به تبعا للفتح حيث قال : وهذا هو المراد فانه قال فى مقابله فيما إذا حلف لايدخل هذه الدار فدخلها بعد ماصارت صحراء حنث وإنما تقع المقابلة بين المعين والمنكر فى الحكم إذا توارد حكمها على محل فأما إذا دخل بعد مازال بعض حيطانها فهذه دار خربة فينبغى أن يحنث فى المنكر إلا أن تكون له نية اهـ (قوله لأن الدار اسم للعرصة) أى أنها فى اللغة اسم للعرصة التى ينزل بها أهلها وإن لم يكن بها بناء أصلا لأنهم كانوا يضعون فيها الأخبية لاأبنية الحجر والمدر فصح أن البناء وصف فيها غير لازم بل اللازم فيها كونها قد نزلت غير أنها فى عرف أهل المدن لاتقال إلا بعد البناء فيها ، ولو انهدم بعد ذلك بعضها قيل دار خراب فيكون الوصف جزء مفهومها ، فان زالت بالكلية وعادت ساحة فالظاهر أن إطلاق اسم الدار عليها عرفا كهذه دار فلان مجاز باعتبار ما كان والحقيقة أن يقال كانت دار فتح (قوله والبناء وصف الخ) بيان لوجه الفرق بين الدار المنكرة والمعرفة أما البيت فلا فرق فيه كما يأتى (قوله إنما تعتبر فى المنكر) لأنها هى المعرفة له لافى المعين ، لأن ذاته تتعرف بالإشارة فوق ماتتعرف بالصفة فتح (قوله إلا إذا كانت شرطا) فى الذخيرة قالوا الصفة إذا لم تكن داعية إلى اليمين إنما لاتعتبر فى المعين إذا ذكرت على وجه التعريف ، أما إذا ذكرت على وجه الشرط تعتبر وهو الصحيح ، ألا ترى أن من قال لامرأته : إن دخلت هذه الدار راكبة فهى طالق فدخلتها ماشية لاتطلق واعتبرت الصفة فى المعين لما ذكرت على سبيل الشرط اهـ .

قلت : وقوله هذه إشارة للمرأة فاعل دخلت والدار مفعول ليصير قوله راكبة صفة للمعين بالإشارة وهو المرأة (قوله أو داعية لليمين) أى حاملة عليه فإن الامتناع عن أكل الرطب قد يكون لضرره ، فلا يحنث بعد صيرورته تمرا وسيأتى تمام الكلام عليه (قوله وإن جعلت) أى الدار المعرفة بالإشارة (قوله أو بيتا) فى النهر عن المحيط : لو كانت دارا صغيرة فجعلها بيتا واحدا وأشرع بابه إلى الطريق أو إلى دار أخرى لايحنث بدخولها لتبدل الاسم والصفة بحدوث أمر جديد اهـ (قوله لايحنث) لأنها لاتسمى دارا لحدوث اسم آخر لها ذخيرة (قوله وإن بنيت بعد ذلك) لأنه عاد اسم الدار بسبب جديد فنزل منزلة اسم آخر وكذا لولم تبن لأنه لم يزل اسم المسجد ونحوه عنها يقال مسجد خراب وحمام خراب ذخيرة (قوله وكذا بيتا بالأولى) لأنه إذا اعتبر وصف البناء فى معرفه ففى منكره أولى .

قال فى البحر : فصار الحاصل : أن البيت لافرق فيه بين أن يكون منكرا أو معرفا فإذا دخله وهو صحراء

الأول لزوال اسم البيت (ولو هدم السقف دون الحيطان فدخله حنث فى المعين) لأنه كالصفة (لافى المنكر)لأن الصفة تعتبر فيه كما مر وعزاه فى البحر إلى البدائع ، لـكن نظر فيه فى النهر بأنه لافرق حيث صلح للبيتوتة قيد بهذه الدار لأنه لو أشار ولم يسم بأن قال : هذه حنث بدخولها على أى صفة كانت كهذا المسجد فخرب لبقائه مسجدا إلى يوم القيامة به يفتى ، ولو زيد فيه حصة فدخلها لم يحنث مالم يقل مسجد بنى فلان فيحنث. وكذلك الدار لأنه عقد يمينه على الإضافة ، وذلك موجود فى الزيادة بدائع بحر (ولو حلف لايجلس إلى هذه الأسطوانة أو إلى هذا الحائط فهدما ثم بنيا) ولو (بنقضهما) أو لايركب هذه السفينة فنقضت، ثم أعيدت بخشبها (لم يحنث كما لو حلف لايكتب بهذا القلم فكسره ثم براه فكتب به) لأن غير المبرى لايسمى قلما ، بل أنبوبا فإذا كسره فقد زال الاسم ومتى زال بطلت اليمين (والواقف على السطح داخل) عند المتقدمين

لايحنث لزوال الاسم بزوال البناء ، وأما الدار ففرق بين المنكرة والمعرفة اه (قوله لزوال اسم البيت) أى بالانهدام لزوال مسماه وهو البناء الذى يبات فيه بخلاف الدار، لأنها تسمى دارا ولابناء فيها فتح . وفى الذخيرة قال قائلهم:

الدار دار وإن زالت حوائطها والبيت ليس ببيت بعد تهديم

(قوله لأنه كالصفة) الضمير للسقف قال فى الهداية : يحنث لأنه يبات فيه والسقف وصف فيه اه . وفى الذخيرة لأن اسم البيت لم يزل عنه لإمكان البيتوتة فيه أو نقول اسم البيت ثابت لهذه البقعة لأجل الحيطان والسقف جميعا فإذا زال السقف فقدزال الاسم من وجه دون وجه ، فلاتبطل اليمين بالشك ، وقياس الأول يحنث فى المنكر أيضا لأن اسم البيت لم يزل ، وعلى قياس الثانى لايحنث لأنه بيت من وجه ، والحاجة هنا إلى عقد اليمين فلا ينعقد عليه بالشك بخلاف المعين فإن اليمين كانت منعقدة على هذه العين فلا تبطل بالشك اه ملخصا (قوله وعزاه فى البحر إلى البدائع الخ) أى عزا ماذكر فى المنكر ، ومقتضى مانقلناه عن الذخيرة أن الحكم فيه غير منقول وإنما هو تخريج مبنى على اختلاف التعليل فى المعرف ، فما فى البدائع أحد وجهين والوجه الآخر مابحثه فى النهر فافهم (قوله حنث بدخولها على أى صفة كانت) أى دارا أو مسجدا أوحماما لانعقاد اليمين على العين دون الاسم والعين باقية ذخيرة (قوله كهذا المسجد) أى فإنه يحنث بدخوله على أى صفة كان ط (قوله به يفتى) خلافا لقول محمد إنه إذا خرب واستغنى عنه يعود إلى ملك البانى أو ورثته ط عن الإسعاف (قوله لم يحنث) لأن اليمين وقعت على بقعة معينة فلا يحنث بغيرها بحر (قوله وكذلك الدار) أى لوزيد فيهاحصة (قوله وذلك) أى ماعقد يمينه عليه موجود فى الزيادة.

قلت : وهذا الفرع يؤيد القول بأن مازيد فى مسجده صلى الله عليه وسلم له فضيلة أصل المسجد الواردة فى حديث «صلاة فى مسجدى» وقدمنا تمام الكلام على ذلك فى الصلاة (قوله فنقضت) أى حتى صارت خشبا (قوله لم يحنث) لأن ذلك أعيد بصنعة جديدة قائمة بالعين ، ومن ذلك إذا حلف لايجلس على هذا البساط فخيط جانباه وجعل خرجا وجلس عليه لايحنث لأنه صار يسمى خرجا فإن فتقت الخياطة حتى عاد بساطا فجلس عليه حنث لأن الاسم عاد لابصنعة جديدة قائمة بالعين لأن الفتق إبطال الصنعة لاصنعة ولو قطع وجعل خرجين ثم فتقه وخاط القطع ، وجعلهما بساطا واحدا لايحنث ، وإن عاد الاسم لأنه عاد بصنعة جديدة قائمة بالعين ألا ترى أنه بمجرد الفتق لايعود اسم البساط إلا بعد الخياطة وهذا إذا كان كل واحد من الخرجين لايسمى بساطا لصغره فلو سمى يحنث وتمامه فى الذخيرة (قوله ثم براه) لأنه إنما صار قلما بسبب جديد ذخيرة (قوله فإذا كسره) قال الفضلى هذا إذا كسره على وجه يزول عنه اسم القلم فإنه يحتاج إلى الثناء أما إذا كسر رأس القلم بأن لايحتاج إلى الاصلاح يحنث صيرفية قال ط : والعرف الآن بخلاف هذا فإنه يقال قلم مكسور (قوله والواقف على السطح)

خلافا للمتأخرين ، ووفق الكمال بحمل الحنث على سطح له ساتر وعدمه على مقابله : وقال ابن الكمال : إن الحالف من بلاد العجم لايحنث قال مسكين وعليه الفتوى ، وفى البحر وأفاد أنه لوارتقى شجرة أو حائطا حنث وعلى قول المتأخرين لا والظاهر قول المتأخرين فى الكل ،لأنه لايسمى داخلا عرفا كما لو حفر سردابا أو قناة لاينتفع بها أهل الدار قال وعم إطلاقه المسجد فلو فوقه مسكن فدخله لم يحنث لأنه ليس بمسجد بدائع ولو قيد الدخول بالباب

أى سطح الدار المحلوف على عدم دخولها إذا وصل إليه من سطح آخر ، وإنما عد داخلا لأن الدار عبارة عما أحاطت به الدائرة وهذا حاصل فى علو الدار وسفلها كما فى الفتح (قوله خلافا للمتأخرين) هم المعبر عنهم فى قول الهداية وقيل فى عرفنا يعنى عرف العجم لايحنث فتح (قوله وعدمه على مقابله) أى عدم الحنث الذى هو قول المتأخرين على مقابله : أى على سطح لاساتر له لأنه ليس إلا فى هواء الدار فلا يحنث من حيث اللغة ، إلا أن يكون عرف أنه داخل الدار . والحق أن السطح لاشك أنه من الدار ، لأنه من أجزائها حسا لكن لايلزم من القيام عليه أن يقال إنه فى العرف داخل الدار مالم يدخل جوفها إذ لايتعلق لفظ دخل إلا بجوف حتى صح أن يقال لم يدخل الدار ، ولكن صعد السطح من خارج أفاده فى الفتح .

وحاصله أن الدخول لايتحقق فى العرف إلا فى موضع لهساتر من حيطان أو درابزين أو نحوه : قال فى النهر : ومقتضى كلام الكمال أنه لوحلف لايخرج منها فصعد إلى سطحها الذى لاساتر له أن يحنث والمسطور فى غاية البيان أنه لايحنث مطلقا لأنه ليس بخارج اه .

قلت : فيه نظر لأنه لايلزم من عدم تحقق الدخول فى صعود السطح أن يتحقق الخروج فيه بل يصح أن يقال إن من صعد السطح ليس بداخل ولا خارج ، لأن حقيقة الدخول الانفصال من الخارج إلى الداخل والخروج عكسه ، ولا شك أن السطح حيث كان من أجزاء الدار لم يكن الصاعد إليه خارجا عنها ، ومقتضى هذا أن يحنث إذا توصل إليه من خارجها لأنه انفصل من خارجها إلى داخلها لكن مبنى كلام الكمال على أنه لايسمى فى العرف داخلا فيها مالم يدخل جوفها والجوف المستور بساتر هذا ما ظهر لى فافهم (قوله لايحنث) لأن الواقف على السطح لايسمى واقفاعندهم زيلعى وهذا على توفيق الكمال محمول على سطح لاساتر له لما علمت من أن المتأخرين هم المعبر عنهم فى كلام الهداية بقوله : وقيل فى عرفنا يعنى عرف العجم ، فكان ينبغى للشارح أن يذكر توفيق الكمال بعد قوله وقال ابن الكمال لكن يبقى بعدهذا فى كلامه إبهام أن مانقله عن ابن الكمال قول ثالث خارج عن قولى المتقدمين والمتأخرين مع أنه قول المتأخرين كما سمعت (قوله وعليه الفتوى) لأن المفتى به اعتبار العرف فحيث تغير العرف فالفتوى على العرف الحادث فافهم (قوله وأفاد) أى قوله والواقف على السطح داخل (قوله ولو ارتقى شجرة) أى فى الدار والمراد أنه ارتقى إليها من خارج الدار ، وإلا كان داخلا فى الدار فيحنث بلاخلاف ح (قوله أو حائطا) أى مختصا بالدار فلو مشتركا بينه وبين الجار لم يحنث كما فى الظهيرية بحر فافهم (قوله لأنه لايسمى داخلا عرفا) لما مر من أنه لايتعلق لفظ دخل إلا بجوف (قوله لاينتفع بها أهل الدار) أما لو كان للقناة موضع مكشوف فى الدار يستقون منه ، فإذا بلغه حنث لأنه من منافع الدار بمنزلة بئر الماء وإن كان للضوء لم يحنث لأنه ليس من مرافقها ولا يعد داخله داخلا فى الدار بحر عن المحيط ملخصا ، وقوله للضوء : أى لضوء القناة كما عبر فى الخانية وفى بعض نسخ البحر للوضوء وهو تحريف (قوله قال) أى فى البحر (قوله وعم إطلاقه) أى إطلاق السطح بأن حلف لايدخل المسجد فدخل سطحه (قوله لأنه ليس بمسجد) ظاهره كما قال ط إن المراد مسكن بناه الواقف أما الحادث على سطحه فلا يخرج السطح عن حكم المسجد .

حنث بالحادث ولو نقبا إلا إذا عينه بالإشارة بدائع (و) الواقف بقدميه (فى طاق الباب) أى عتبته التى بحيث (لو أغلق الباب كان خارجا لا) يحنث (وإن كان بعكسه) بحيث لو أغلق كان داخلا (حنث) فى حلفه لايدخل (ولو كان المحلوف عليه الخروج انعكس الحكم) لكن فى المحيط : حلف لايخرج فرقى شجرة فصار بحال لو يسقط سقط فى الطريق لم يحنث ، لأن الشجرة كبناء الدار (وهذا) الحكم المذكور (إذا كان) الحالف (واقفا بقدميه فى طاق الباب فلو وقف بإحدى رجليه على العتبة وأدخل الأخرى، فإن استوى الجانبان ، أو كان الجانب الخارج أسفل لم يحنث وإن كان الجانب الداخل أسفل حنث) زيلعى (وقيل لايحنث مطلقا هو الصحيح) ظهيرية لأن الانفصال التام لايكون إلا بالقدمين (ودوام الركوب واللبس والسكنى لإنشاء) فيحنث بمكث ساعة (لادوام الدخول والخروج والتزوج والتطهير)

قلت : لكن فى العرف لايسمى ذلك المسكن مسجدا مطلقا تأمل (قوله ولو نقبا) قال فى البحر : فإن نقب للدار بابا آخر فدخل يحنث ، لأنه عقد يمينه على الدخول من باب منسوب للدار وقد وجد . وإن عنى به الباب الأول يدين لأن لفظه يحتمله ولا يصدق فى القضاء لأنه خلاف الظاهر حيث أراد بالمطلق المقيد (قوله إلا إذا عينه بالإشارة) فإذا دخل من باب آخر لايحنث ، لأنه لم يوجد الشرط بحر (قوله كان خارجا) أى كان الطاق أو الواقف خارجا عن الباب (قوله بحيث الخ) تصوير للعكس (قوله انعكس الحكم) فى الوجه الأول يحنث وفى عكسه لا (قوله لكن فى المحيط الخ) استدراك على ما أفاده قوله انعكس الحكم من أنه إذا وقف على العتبة الخارجة يحنث فى حلفه لايخرج ، فإن مقتضى مافى المحيط أن لايحنث لكون العتبة من بناء الدار اللهم إلا أن يفرق بالعرف فان من كان على العتبة الخارجة يعد خارجا ومن كان على أغصان الشجرة يعد مستعليا على أغصان الشجرة التى فى الدار لاخارجا ط .

قلت : ومر أن الظاهر قول المتأخرين فى أنه لايعد داخلا عرفا بارتقاء الشجرة فكذا لايعد خارجا فى مسألتنا (قوله لأن الشجرة كبناء الدار) أى فهى كظلة فى الدار على الطريق (قوله إذا كان الحالف) أى على عدم الخروج (قوله لم يحنث) لأن اعتماد جميع بدنه على رجله التى هى فى الجانب الأسفل (قوله زيلعى) ومثله فى كثير من الكتب بحر (قوله هو الصحيح) عزاه فى الظهيرية إلى السرخسى وفى البحر وهو ظاهر . لأن الانفصال التام الخ . وقال فى الفتح وفى المحيط : لو أدخل إحدى رجليه لايحنث وبه أخذ الشيخان الإمامان شمس الأئمة الحلوانى والسرخسى ، هذا إذا كان يدخل قائما فلو مستلقيا على ظهره أو بطنه أو جنبه فتدحرج ، حتى صار بعضه داخل الدار ، إن كان الأكثر داخل الدار يصير داخلا وإن كان ساقاه خارجها (قوله ودوام الركوب واللبس الخ) يعنى لو حلف لا يركب هذه الدابة ، وهو راكبها أو لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه أو لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فمكث ساعة حنث ، فلو نزل أو نزع الثوب أو أخذ فى النقلة من ساعته لم يحنث (قوله فيحنث بمكث ساعة) لأن هذه الأفاعيل لها دوام بحدوث أمثالها وإلا فدوام الفعل حقيقة مع أنه عرض لايبقى مستحيل كما فى النهر والمراد بالساعة التى تكون دواما هى مايمكنه فيها النزول ونحوه كما فى البحر . فلو دام على السكنى لعدم إمكان الخروج والنقلة لايحنث كما يأتى بيانه (قوله لا دوام الدخول الخ) لأن الدخول حقيقة ولغة وعرفا فى الانفصال من الخارج إلى الداخل ، ولا دوام لذلك ولذا لو حلف ليدخلنها غدا وهو فيها ، فمكث حتى مضى الغد حنث لأنه لم يدخلها فيه إذا لم يخرج ، ولو نوى بالدخول الإقامة فيها لم يحنث وكذا لو حلف لايخرج وهو خارج لايحنث ، حتى يدخل ثم يخرج وكذا لايتزوج وهو متزوج، ولا يتطهر وهو متطهر فاستدام

والضابط أن مايمتد فلدوامه حكم الابتداء وإلا فلا ، وهذا لو اليمين حال الدوام ، أما قبله فلا؛ فلو قال : كلما ركبت فأنت طالق أو فعلى درهم ثم ركب ودام لزمه طلقة ودرهم، ولو كان راكبا لزمه فى كل ساعة يمكنه النزول طلقة ودرهم .

قلت : فى عرفنا لايحنث إلا فى ابتداء الفعل فى الفصول كلها وإن لم ينو وإليه مال أستاذنا مجتبى (حلف لايسكن هذه الدار أو البيت أوالمحلة) يعنى الحارة (فخرج وبقى متاعه وأهله) حتى لو بقى وتد (حنث) واعتبر محمد

النكاح والطهارة لايحنث فتح (قوله والضابط أن مايمتد) أى مايصح امتداده كالقعود والقيام ولذا يصح قران المدة به كاليوم والشهر (قوله وهذا) أى الحنث بالمكث ساعة فيما يمتد لو اليمين حال الدوام : أى لو حلف وهو متلبس بالفعل بأن قال إن ركبت فكذا وهو راكب فيحنث بالمكث،أما لو حلف قبله فلا يحنث بالمكث بل بإنشاء الركوب قال فى الفتح : لأن لفظ ركبت إذا لم يكن الحالف راكبا يراد به إنشاء الركوب ، فلا يحنث بالاستمرار ، وإن كان له حكم الابتداء بخلاف حلف الراكب لا أركب فإنه يراد به الأعم من ابتداء الفعل وما فى حكمه عرفا اه (قوله فى الفصول كلها) أى يمتد ومالا يمتد سواء كان متلبسا بالفعل ثم حلف أو لم يكن ط (قوله وإليه مال أستاذنا) عبارة المجتبى وفيه عن أبى يوسف مايدل عليه وإليه أشار أستاذنا اه ونقل كلامه فى البحر وأقره عليه والظاهر أن عرف زمانه كان كذلك أيضا .

مطلب حلف لايسكن الدار

(قوله حلف لايسكن الخ) فلو حلف لايقعد فى هذه الدار ولا نية له قالوا إن كان ساكنا فيها فهو على السكنى وإلا فعلى القعود حقيقة بحر عن المحيط . وفى الخانية : حلف لا يخرج من بلد كذا فهو على الخروج ببدنه ، وفى لايخرج من هذه الدار فهو على النقلة منها بأهله إن كان ساكنا فيها إلا إذا دل الدليل على أنه أراد الخروج ببدنه اه (قوله يعنى الحارة) كذا قال فى البحر المحلة هى المسماة فى عرفنا بالحارة اه :

قلت : المحلة فى عرفنا الآن تطلق على الصقع الجامع لأزقة متعددة كل زقاق منها يسمى حارة وقد تطلق الحارة على المحلة كلها (قوله فخرج) وكذا لو لم يخرج بالأولى بحر ، لأن السكنى مما يمتد فلدوامه حكم الابتداء وظاهر مامر عن المجتبى عدم الحنث فى عرفهم (قوله وأهله) قال فى البحر : الواو بمعنى أو لأن الحنث يحصل ببقاء أحدهما ، والمراد بالأهل زوجته وأولاده الذين معه وكل من كان يأويه لخدمته والقيام بأمره كما فى البدائع (قوله حتى لو بقى وتد حنث) جعل حنث جواب لو فصار المتن بلا جواب، فكان المناسب الأخصر أن يقول ولو وتدا وهو بكسر التاء أفصح من فتحها قهستانى ، وهذا تعميم للمتاع جريا على قول الإمام بأنه لابد من نقل المتاع كله كالأهل (قوله واعتبر محمد الخ) أى لأن ماوراء ذلك ليس من السكنى هداية . وقال أبو يوسف : يعتبر نقل الأكثر لتعذر نقل الكل فى بعض الأوقات . قال فى البحر :وقد اختلف الترجيح فالفقيه أبو الليث رجح قول الإمام وأخذ به والمشايخ استثنوا منه مالا يتأتى به السكنى كقطعة حصير ووتد كما ذكره فى التبيين وغيره ورجح فى الهداية قول محمد بأنه أحسن وأرفق ومنهم من صرح بأن الفتوى عليه كما فى الفتح . وصرح كثير كصاحب المحيط والفوائد الظهيرية والكافى بأن الفتوى على قول أبى يوسف، والإفتاء بقول الإمام أولى لأنه أحوط وإن كان غيره أرفق اه .

قال فى النهر : أنت خبير بأنه ليس المدار إلا على العرف ولا شك أن من خرج على نية ترك المكان وعدم العود إليه ونقل من أمتعته مايقوم به أمر سكناه وهو على نية نقل الباقى يقال ليس ساكنا فيه بل انتقل منه وسكن فى المكان الفلانى ، وبهذا يترجح قول محمد اه .

نقل ما تقوم به السكنى ، وهو أرفق وعليه الفتوى قاله العينى ، ولو إلى سكة أو مسجد على الأوجه ، قاله الكمال وأقره فى النهر ، وهذا لو يمينه بالعربية ولو بالفارسية بر بخروجه بنفسه كما لو كان سكناه تبعا وكما لو أبت المرأة النقلة وغلبته أو لم يمكنه الخروج ولو بدخول ليل

قلت : وهذا الترجيح بالوجه المذكور مأخوذ من الفتح وفى الشرنبلالية عن البرهان إن قول محمد أصح مايفتى به من التصحيحين اه :

قلت : ويؤيده مامر من استثناء المشايخ فإن عليه يتحد قول الإمام مع قول محمد ، وأما قول النهر إنه ليس قول واحد منهم فهو غير ظاهر وإن كان كلام الزيلعى وغيره يوهم ماقاله فتأمل (قوله على الأوجه) قال فى الهداية : فان انتقل إلى السكة أو إلى المسجد قالوا لايبر . دليله فى الزيادات أن من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه الأول فى حق الصلاة كذا هذا اه وفى الزيلعى : وقال أبو الليث : هذا إذا لم يسلم الدار المستأجرة إلى أهلها وأما إذا سلم فلا يحنث وإن كان هو والمتاع فى السكة أو فى المسجد اه قال فى الفتح : وإطلاق عدم الحنث أوجه وبقاء وطنه فى حق إتمام الصلاة لايستلزم تسميته ساكنا عرفا ، بل يقطع العرف فيمن نقل أهله وأمتعته وخرج مسافرا أن لايقال فيه إنه ساكن وتمامه فيه . وفى البحر عن الظهيرية والصحيح أنه يحنث مالم يتخذ مسكنا آخر اه :

قلت : المعتبر العرف والعرف خلافه كما علمت (قوله وهذا الخ) الإشارة إلى مافى المتن قال فى النهر : وجواب المسألة مقيد بقيود أن تكون اليمين بالعربية ، وأن يكون الحالف مستقلا بالسكنى وأن لا يكون الترك لطلب منزل (قوله ولو بالفارسية بر بخروجه بنفسه) وإن كان مستقلا بسكناه فتح وهذا الفرق منقول عن أبى الليث قال فى النهر : وكأنه بناه على عرفهم (قوله كما لو كان سكناه تبعا) كابن كبير ساكن مع أبيه أو امرأة مع زوجها فلو حلف أحدهما لايسكن هذه الدار فخرج بنفسه وترك أهله وماله أو هى زوجها ومالها لايحنث فتح (قوله كما لو أبت المرأة وغلبته) أى وخرج هو ولم يرد العود إليه بحر ، وأطلقه فشمل ما إذا خاصما عند الحاكم أو لا كما فى البزازية (قوله أو لم يمكنه الخروج الخ) عطفه على ماقبله غير مناسب لأن ماقبله فى المسائل التى يبر فيها بخروجه بنفسه ، وهذا ليس منها فالمناسب أن يقول : ولو لم يمكنه الخروج الخ ويكون الجواب قوله الآتى لم يحنث قال فى الفتح : ثم إنما يحنث بتأخير ساعة إذا أمكنه النقل فيها وإلا بأن كان لعذر ليل أو خوف اللص ، أو منع ذى سلطان أو عدم موضع ينتقل إليه أو أغلق عليه الباب فلم يستطع فتحه أو كان شريفا أو ضعيفا لايقدر على حمل المتاع بنفسه ، ولم يجد من ينقله لايحنث ، ويلحق ذلك الوقت بالعدم للعذر :

مطلب إن لم أخرج فكذا فقيد أو منع حنث

وأورد ماذكره الفضلى فيمن قال : إن لم أخرج من هذا المنزل اليوم فهى طالق فقيد أو منع من الخروج حنث وكذا إذا قال لامرأته وهى فى منزل أبيها إن لم تحضرى الليلة منزلى فمنعها أبوها من الخروج حنث . وأجيب بالفرق بين كون المحلوف عليه عدما فيحنث بتحققه كيفما كان لأن العدم لايتوقف على الاختيار ، وكونه فعلا فيتوقف عليه كالسكنى ، لأن المعقود عليه الاختيارى ، وينعدم بعدمه فيصير مسكنا لاساكنا فلم يتحقق شرط الحنث اه ثم أعاد المسألة فى آخر الأيمان وذكر عن الصدر الشهيد فى الشرط العدمى خلافا ، وأن الأصح الحنث لأن الشرع قد يجعل الموجود معدوما بالعذر كالإكراه وغيره ولا يجعل المعدوم موجودا وإن وجد العذر اه ونحوه فى الزيلعى والبحر ، وقد أوضحنا هذه المسألة فى آخر التعليق من الطلاق (قوله ولو بدخول ليل) هذا بمجرده

أو غلق باب أو اشتغل بطلب دار أخرى أو دابة ، وإن بقى أياما أو كان له أمتعة كثيرة فاشتغل بنقلها بنفسه ، وإن أمكنه أن يستكرى دابة لم يحنث ، ولو نوى التحول ببدنه دين . وعند الشافعى يكفى خروجه بنية الانتقال (بخلاف المصر) والبلد (والقرية) فإنه يبر بنفسه فقط .

[فروع] حلف لايساكن فلانا فساكنه فى عرصة دار أو هذا فى حجرة ، وهذا فى حجرة حنث إلا أن تكون دارا كبيرة .

ولو تقاسماها بحائط بينهما إن عين الدار فى يمينه حنث وإن نكرها لا .

ولو دخلها فلان غصبا إن أقام معه حنث علم أولا ، وإن انتقل فورا

عذر فى حق المرأة بخلاف الرجل لما فى آخر أيمان الفتح عن الخلاصة قال لها : إن سكنت هذه الدار فأنت طالق وكان ليلا فهى معذورة حتى تصبح ، ولو قال لرجل لم يكن معذورا هو الأصح إلا لخوف لص أو غيره (قوله أو غلق باب) أى إذا لم يقدر على فتحه والخروج منه ولو قدر على الخروج بهدم بعض الحائط ولم يهدم لم يحنث لأن المعتبر القدرة على الخروج من الوجه المعهود عند الناس كما فى الظهيرية بحر (قوله وإن بقى أياما) هو الصحيح لأن طلب المنزل من عمل النقلة فصار مدة الطلب مستثنى إذا لم يفرط فى الطلب فتح (قوله وإن أمكنه أن يستكرى دابة) أى لنقل المتاع فى يوم واحد مثلا إذ لايلزمه النقل بأسرع الوجوه ، بل يقدر مايسمى ناقلا فى العرف فتح (قوله دين) أى ولا يصدق فى القضاء بحر عن البدائع .

[فرع] حلف لايسكن هذه الدار ولم يكن ساكنها فيها لايحنث حتى يسكنها بنفسه وينقل إليها من متاعه مايبات فيه ويستعمله فى منزله كما فى البحر عن البدائع (قوله فإنه يبر بنفسه فقط) أى ولا يتوقف على نقل المتاع والأهل فتح قال فى النهر : وفى عصرنا يعد ساكنا بترك أهله ومتاعه فيها ولو خرج وحده فينبغى أن يحنث قال الرملى كونه يعد ساكنا مطلقا غير مسلم بل إنما يعد ساكنا إذا كان قصده العود ، أما إذا خرج منها لابقصد العود لايعد ساكنا ولعله مفيد بذلك .

مطلب حلف لايساكن فلانا

(قوله حلف لايساكن فلانا) فإن كان ساكنا معه فإن أخذ فى النقلة وهى ممكنة وإلا حنث قال محمد فإن كان وهب له المتاع وقبضه منه وخرج من ساعته وليس من رأيه العود فليس بمساكن ، وكذلك إن أودعه المتاع أو أعاره ثم خرج لايريد العود بحر . وفى حاشية الرملى عن التتارخانية لاتثبت المساكنة إلا بأهل كل منهما ومتاعه (قوله فساكنه فى عرصة دار) أى ساحتها وكذا فى بيت أو غرفة بالأولى (قوله أو هذا فى حجرة)فى بعض النسخ بالواو ونسخة أو أحسن وهى الموافقة للبحر (قوله حنث) فلو نوى أن لايساكنه فى بيت واحد أو حجرة واحدة يكونان فيه معا لم يحنث ،حتى يساكنه فيما نوى وإن نوى بيتا بعينه لم يصح بزازية ، وفى الذخيرة وغيرها لايساكنه فى هذه المدينة أو القرية أو فى الدنيا فساكنه فى دار حنث ، ولو سكن كل فى دار فلا إلا إذا نوى (قوله إلا أن تكون دارا كبيرة) نحو دار الوليد بالكوفة ودار نوح ببخارى لأن هذه الدار بمنزلة المحلة ظهيرية (قوله ولو تقاسماها الخ) يعنى لو حلف لايساكن فلانا فى دار فاقتسماها وضربا بينهما حائطا وفتح كل منهما لنفسه بابا ثم سكن كل منهما فى طائفة فإن سمى دارا بعينها حنث وإن لم يسم ولم ينو فلا كما فى الخانية ووجهه كما قال السائحانى أن اليمين إذا عقدت على دار بعينها يحنث بعد زوال البناء فبعد القسمة أولى (قوله ولو دخلها فلان غصبا) معناه وسكنها لأنه لايحنث بمجرد الدخول رملى ، ومر أن المساكنة لاتثبت إلا بأهل كل منهما ومتاعه (قوله وإن انتقل فورا) أى على التفصيل السابق

وكما لو نزل ضيفا، وكذا لو سافر الحالف فسكن فلان مع أهله به يفتى لأنه لم يساكنه حقيقة، ولو قيد المساكنة بشهر حنث بساعة لعدم امتدادها بخلاف الإقامة بحر. وفى خزانة الفتاوى:

(قوله وكما لو نزل ضيفا) أى لايحنث. قال فى الخلاصة وفى الأصل لودخل عليه زائرا أوضيفا فأقام فيه يوما أويومين لايحنث والمساكنة بالاستقرار والدوام وذلك بأهله ومتاعه اه. وفى الخانية: حلف لا يساكن فلانا فنزل الحالف وهو مسافر منزل فلان فسكنا يوما أو يومين لايحنث، حتى يقيم معه فى منزله خمسة عشر يوما كما لو حلف لايسكن الكوفة فمر بها مسافرا ونوى إقامة أربعة عشر يوما لايحنث، وإن نوى إقامة خمسة عشر يوما حنث اه وقدوقعت هذه المسألة فى البحر بدون قوله وهو مسافر فأوهم أن مسألة الضيف مقيدة بما دون خمسة عشر يوما مع احتمال أن يفرقوا بينهما والله أعلم (قوله به يفتى) هو قول أبى يوسف وعند الإمام يحنث بناء على أن قيام السكنى بالأهل والمتاع بزازية، وفرض المسألة فى التتارخانية عن المنتقى فيما إذا سافر المحلوف عليه، وسكن الحالف مع أهله ولايخفى أن هذه أقرب إلى مظنة الحنث (قوله ولو قيد المساكنة بشهر الخ) عبارة البحر لوحلف لايساكنه شهر كذا فساكنه ساعة فيه حنث، لأن المساكنة مما لايمتد، ولو قال: لا أقيم بالرقة شهرا لايحنث مالم يقم جميع الشهر، ولو حلف لايسكن الرقة شهرا فسكن ساعة حنث اه.

قلت: فقد فرقوا بين لفظ المساكنة ولفظ الإقامة، وعلله الفارسى فى باب يمين الأبد والساعة من شرحه على تلخيص الجامع بأن الوقت فى غير المقدر بالوقت ظرف لا معيار، والمساكنة والمجالسة ونحوهما غير مقدرة بالوقت لصحتها فى جميع الأوقات وإن قلت فيكون الوقت لتقدير المنع الثابت باليمين لا لتقدير الفعل بالوقت، وذكر أن السكنى لم يذكرها محمد فى الأصل وإنما اختلف فيها المشايخ فقيل: كالمساكنة وقيل: يشترط استيعابها الوقت اه، ومقتضى هذا أن الإقامة مقدرة بالوقت بمعنى أنها لا تسمى إقامة مالم تمتد مدة، ويشير إلى هذا مافى التتارخانية وإذاحلف لايقيم فى هذه الدار كان أبو يوسف يقول إذا قام فيها أكثر النهار أو أكثر الليل يحنث ثم رجع وقال إذا أقام فيها ساعة واحدة يحنث وهو قول محمد، وإذا حلف لايقيم بالرقة شهرا فليس بحانث حتى يقيم بها تمام الشهر اه.

ومفاده: أن الإقامة متى قيدت بالمدة لزم فى مفهومها الامتداد، وتقيدت بالمدة المذكورة كلها بخلاف المساكنة، فإنه لايلزم امتدادها مطلقا لصدقها على القليل والكثير فلا تكون المدة قيدا لها بل قيد للمنع بمعنى أنه منع نفسه عن المساكنة فى الشهر، فإذا سكن يوما منه حنث لعدم المنع هذا غاية ماظهر لى فى هذا المحل وبه ظهر أن قولهم هنا إن المساكنة مما لايمتد معناه لايلزم فى تحققها الامتداد، بخلاف الإقامة إذا قرنت بالمدة فلا ينافى مامر فى كلام المصنف والشارح تبعا لغيرهما أن المساكنة مما يمتد بخلاف الدخول والخروج، لأن معناه أنها يمكن امتدادها وهذا غير المعنى المراد هنا وقد خفى هذا على الخير الرملى وغيره فادعوا أن ماهنا مناقض لما مر وأن الصواب إسقاط عدم من قوله لعدم امتدادها فافهم.

ثم اعلم أنه فى التتارخانية وغيرها ذكر أنه لو قال عنيت المساكنة جميع الشهر صدق ديانة لاقضاء وقيل قضاء أيضا والصحيح الأول.

قلت: وأنت خبير بأن مبنى الأيمان على العرف والعرف الآن فيمن حلف لايساكن فلانا شهرا أو لايسكن هذه الدار شهرا أولا يقيم فيها شهرا أنه يراد جميع المدة فى المواضع الثلاث والله سبحانه أعلم (قوله وفى خزانة الفتاوى الخ) مخالف لما يأتى فى باب اليمين بالضرب من أنه يشترط فى الضرب القصد على الأظهر اه ح.

حلف لايضربها فضربها من غير قصد لايحنث (وحنث فى لايخرج) من المسجد (إن حمل وأخرج) مختارا (بأمره وبدونه) بأن حمل مكرها (لا) يحنث (ولو راضيا بالخروج) فى الأصح (ومثله لا يدخل أقساما وأحكاما وإذا لم يحنث) بدخوله بلا أمره أو بزلق أو بعثر أو هبوب ريح أو جمح دابة على الصحيح ظهيرية (لاتنحل يمينه) لعدم فعله (على المذهب) الصحيح فتح وغيره ،

قلت : ومع هذا لامناسبة لذكره هنا إلا أن يقال استوضح به قوله فى المسألة المارة إن أقام معه حنث علم أولا (قوله من المسجد) قيد به تبعا للإمام محمد فى الجامع الصغير احترازا عن الدار المسكونة قال فى الذخيرة مانصه قال القدورى : الخروج من الدار المسكونة أن يخرج بنفسه ومتاعه وعياله ،والخروج من البلدة والقرية أن يخرج ببدنه خاصة زاد فى المنتقى إذا خرج ببدنه فقدبر أراد سفرا أو لم يرد اهـ ولا يخفى أن قوله زاد فى المنتقى الخ راجع لمسألة الخروج من البلد والقرية ، فلا يدل على أنه يكفى أن يخرج ببدنه فى مسألة الدار أيضا فليس فى ذلك مايخالف مافى البحر وغيره فافهم ، نعم فى الظهيرية والخانية : لو حلف لايخرج من هذه الدار فهو على الرحيل منها بأهله إن كان ساكنا فيها إلا إذا دل الدليل على أنه أراد به الخروج ببدنه (قوله بأن حمل مكرها) أى ولو كان بحال يقدر على الامتناع ولم يمتنع فى الصحيح خانية ، وفى البزازية تصحيح الحنث فى هذه الصورة هذا. واعترض فى الشرنبلالية ذكر الإكراه هنا بأنه لايناسب قوله ولو راضيا إذ لايجامع الإكراه الرضا اهـ : وفى الفتح : والمراد من الإخراج مكرها هنا أن يحمله ويخرجه كارها لذلك لا الإكراه المعروف هو أن يتوعده حتى يفعل فإنه إذا توعده فخرج بنفسه حنث ، لما عرف أن الإكراه لا يعدم الفعل عندنا اهـ وأقره فى البحر. واعترض فى اليعقوبية التعليل بما قالوا فى لا أسكن الدار فقيد ومنع لايحنث ، لأن للإكراه تأثيرا فى إعدام الفعل: وأجبت عنه فيما علقته على البحر بأنه قد يقال إنه يعدم الفعل بحيث لاينسب إلى فاعله إذا أعدم الاختيار وهنا دخل باختياره فليتأمل . وفى القهستانى عن المحيط لو خرج بقدميه للتهديد لم يحنث وقيل حنث اهـ . ومفاده اعتماد عدم الحنث لكن فى إكراه الكافى للحاكم الشهيد لو قال عبده حر إن دخل هذه الدار فأكره بوعيد تلف حتى دخل عتق ولايضمن المكره قيمة العبد (قوله لايحنث) لأن الفعل وهو الخروج لم ينتقل إلى الحالف لعدم الأمر وهو الموجب للنقل فتح (قوله فى الأصح) وقيل يحنث إذا حمله برضاه لا بأمره لأنه لما كان يقدر على الامتناع فلم يفعل صار كالآمر. وجه الصحيح أن انتقال الفعل بالأمر لابمجرد الرضا ولم يوجد الأمر ولا الفعل منه فلا ينسب الفعل إليه ، ولو قيل : إن الرضا ناقل دفع بفرع اتفاق وهو ما إذا أمره أن يتلف ماله ففعل لايضمن المتلف لانتساب الإتلاف إلى المالك بالأمر فلوأتلفه وهو ساكت ينظر لم ينهه ضمن بلا تفصيل لأحد بين كونه راضيا أولا فتح (قوله أقساما) من الحمل والإدخال بالأمر أو بغيره مكرها أو راضيا قهستانى (قوله وأحكاما) من الحنث وعدمه (قوله وإذا لم يحنث) شرط جوابه قول المصنف لا تنحل يمينه ط (قوله أو زلق) عطف على قوله بلا أمره أى بزلق قدميه وهو بفتحتين مصدر زلق كفرح وفى نسخة ولو بزلق (قوله أو بعثر) بصيغة المصدر فهو بسكون الثاء المثلثة. قال فى القاموس : عثر كضرب ونصر وعلم وكرم عثرا وعثيرا وعثارا وتعثرا كبا اهـ ط (قوله أو جمح دابة) فى المصباح جمح الفرس براكبه يجمح جماحا بالكسر وجموحا استعصى حتى غلب تأمل(قوله على الصحيح) راجع إلى جميع المعاطيف ط (قوله فتح وغيره) عبارة الفتح قال السيد أبو شجاع : تنحل وهو أرفق بالناس وقال غيره من المشايخ : لا تنحل وهو الصحيح ذكره التمرتاشى وقاضيخان ، وذلك لأنه إنما لا يحنث لانقطاع نسبة الفعل إليه ، وإذا لم يوجد منه المحلوف عليه كيف تنحل اليمين فبقيت على حالها فى الذمة ، ويظهر أثر هذا الخلاف فيما لو دخل

وفى البحر عن الظهيرية به يفتى لـكنه خالف فى فتاويه فأفتى بانحلالها أخذا بقول أبى شجاع ، لأنه أرفق لكنك علمت المعتمد(ولايحنث فى قوله لايخرج إلا إلى جنازة إن خرج إليها) قاصدا عند انفصاله من باب داره مشى معها أم لا لما فى البدائع إن خرجت إلا إلى المسجد فأنت طالق فخرجت تريد المسجد ثم بدا لها فذهبت لغير المسجد لم تطلق (ثم أتى أمرا آخر) لأن الشرط فى الخروج والذهاب والرواح والعيادة والزيارة النية عندالانفصال لاالوصول إلا فى الإتيان :

بعد هذا الإخراج هل يحنث ؟ فمن قال انحلت قال لا يحنث ،وهذا بيان كونه أرفق بالناس ، ومن قال لم تنحل قال حنث . ووجبت الكفارة وهو الصحيح اه وقوله فيما لو دخل بعد هذا الإخراج يعنى ثم خرج بنفسه لأن كلامه فيما لو حلف لايخرج فأخرج محمولا بدون أمره وإذا لم تنحل اليمين بهذا الإخراج يحنث لو دخل ثم خرج بنفسه لابمجرد دخوله فافهم (قوله لـكنه خالف فى فتاويه الخ) ذكر الرملى أنه لم يجد ذلك فى فتاوى صاحب البحر ، بل وجد مايخالفه :

قلت : ولعل ذلك ساقط من نسخته وإلا فقد وجدته فيها (قوله قاصدا) أى قاصدا الخروج إليها فلو قصد الخروج لغيرها حنث وإن ذهب إليها (قوله عند انفصاله من باب داره) لأنه بذلك يعد خارجا بها ، فلو كان فى منزل من داره فخرج إلى صحنها ثم رجع لايحنث لم يخرج من باب الدار لأنه لايعد خارجا فى جنازة فلان مادام فى داره بحر عن المحيط (قوله لأن الشرط الخ) علة لقوله مشى معها أم لا ولما استشهد عليـــه من عبارة البدائع أيضا :

وحاصله : أن المستثنى هو الخروج على قصد الجنازة والخروج هو الانفصال من داخل إلى خارج ، ولايلزم فيه الوصول إليها ليمشى معها أو يصلى عليها ، وأما علة عدم الحنث فيما إذا أتى أمرا آخر بعد خروجه إليها فهى ما أفاده فى الفتح من أن ذلك الإتيان ليس بخروج والمحلوف عليه هو الخروج (قوله والذهاب) كون الذهاب مثل الخروج هو الذى مشى عليه فى الكنز وغيره وصححه فى الهداية وغيرها . قال فى الدر المنتقى : وقيل كالإتيان فيشترط فيه الوصول وصححه فى الخانية والخلاصة قال الباقانى : والمعتمد الأول نعم لو نوى بالذهاب الإتيان أو الخروج فكما نوى اه .

قلت : والإرسال والبعث كالخروج أيضا فإنه لايشترط فيهما الوصول. ففى الذخيرة : لو قال إن لم أرسل إليك أو إن لم أبعث إليك هذا الشهر نفقتك فأنت كذا فضاعت من يد الرسول لايحنث (قوله والرواح) هو بحث للبحر كما يأتى ويظهر لى أن العرف فيه استعماله مرادا به الوصول ولايخفى أن النية تكفى أيضا (قوله والعيادة والزيارة) تابع فى ذلك صاحب البحر حيث قال وقيد بالإتيان ، لأن العيادة والزيارة لايشترط فيهما الوصول ولذا قال فى الذخيرة : إذا حلف ليعودن فلانا وليزورنه فأتى بابه فلم يؤذن له فرجع ولم يصل إليه لايحنث وإن أتى بابه ولم يستأذن حنث اه :

قلت : ومقتضاه أن الإتيان يشترط فيه الاجتماع وليس كذلك لما فى الذخيرة : ولو حلف لايأتى فلانا فهو على أن يأتى منزله أو حانوته لقيه أو لم يلقه وإن أتى مسجده لم يحنث رواه إبراهيم عن محمد اه :

فقد علم أن العيادة والزيارة مثل الإتيان فى اشتراط الوصول إلى المنزل دون صاحبه بل يشترط فى العيادة والزيارة الاستئذان فهما أقوى من الإتيان فى اشتراط الوصول ، فلا يصح إلحاقهما بالخروج والذهاب والحمدلله ملهم الصواب (قوله إلا فى الإتيان) صوابه إلا فى الإتيان والعيادة والزيارة كما علمت من اشتراط الوصول

فلو حلف (لايخرج أو لايذهب) أو لايروح بحر بحثا (إلى مكة فخرج يريدها ثم رجع عنها) قصد غيرها أم لا نهر .

(حنث إذا جاوز عمران مصره على قصدها) أن بينه وبينها مدة سفر وإلا حنث بمجرد انفصاله فتح بحثا وفيه حلف ليخرجن مع فلان العالم إلى مكة فخرج معه حتى جاوز البيوت ، وفى لايخرج من بغداد

فى الثلاثة ومثله الصعود. ففى الذخيرة قال لامرأته : إن صعدت هذا السطح فأنت كذا فارتقت مرقاتين أو ثلاثة فقيل يجب أن يكون فيه الخلاف المار فى الذهاب. وقال أبو الليث وعندى لايحنث هنا بالاتفاق اه :

قلت : وصححه فى الخانية ولعل وجهه أن صعود السطح الاستعلاء عليه فلا بد من الوصول ، نعم لو قال: إن صعدت إلى السطح ينبغى أن يجرى فيه الخلاف المار تأمل : وفى الذخيرة عن المنتقى لزم رجلا فخلف الملتزم ليأتينه غدا فأتى فى الموضع الذى لزمه فيه لايبر حتى يأتى منزله ، ولو لزمه فى منزله فتحول إلى غيره لايبر حتى يأتى المنزل الذى تحول إليه ولو قال إن لم آتك غدا فى موضع كذا فأتاه فلم يجده فقد بر بخلاف إن لم أوافك لأنه على أن يجتمعا (قوله فلو حلف الخ) تفريع على قوله لأن الشرط فى الخروج والذهاب الخ ط (قوله بحر بحثا) يؤيده العرف وكذا مافى المصباح حيث قال : وقد يتوهم بعض الناس أن الرواح لايكون إلا فى آخر النهار ، وليس كذلك بل الرواح والغدو عند العرب يستعملان فى المسير أى وقت كان من ليل أو نهار قاله الأزهرى وغيره وعليه قوله عليه الصلاة والسلام « من راح إلى الجمعة فى أول النهار فله كذا » أى من ذهب اه (قوله ثم رجع عنها) وكذا لو لم يرجع بالأولى فهو غير قيد ولذا قال فى الفتح رجع عنها أو لم يرجع .

مطلب حلف لايخرج إلى مكة ونحوها

(قوله قصد غيرها أم لا) أى لأن الحنث تحقق بمجرد الخروج على قصدها ، فلا فرق حينئذ بعد ماخرج بين أن يقصد الذهاب إلى غيرها أولا (قوله فتح بحثا) حيث قال : وقد قالوا إنما يحنث إذا جاوز عمرانه على قصدها كأنه ضمن لفظا أخرج معنى أسافر للعلم بأن المضى إليها سفر لكن على هذا لو لم يكن بينه وبينها مدة سفر ينبغى أن يحنث بمجرد انفصاله من الداخل اه .

قلت : يؤيده قوله فى الذخيرة لأن الخروج إلى مكة سفر والإنسان لايعد مسافرا إذا لم يجاوز عمران مصره اه أى بخلاف الخروج إلى الجنازة لكن لما كانت الجنازة فى المصر اعتبر فى الخروج انفصاله من باب داره وإن كانت المقبرة خارج المصر لأنه لم يحلف على الخروج إلى المقبرة ، أما لو حلف على ذلك أو على الخروج إلى القرية مثلا مما يلزم منه الخروج من المصر ، فالظاهر أنه يلزم مجاوزة العمران وإن لم يقصد مدة سفر : وفى البحر عن البدائع قال عمر بن أسد : سألت محمدا عن رجل حلف ليخرجن من الرقة ما الخروج ؟ قال ، إذا جعل البيوت خلف ظهره لأن من حصل فى هذه المواضع جاز له القصر اه .

قال فى البحر : فالحاصل أن الخروج إذا كان من البلد فلا يحنث حتى يجاوز عمران مصره سواء كان إلى مقصده مدة سفر أولا وإن لم يكن خروجا من البلد فلا يشترط مجاوزة العمران اه. وهذا مخالف لما بحثه فى الفتح فليتأمل (قوله وفيه الخ) لم أجد ذلك فى الفتح بل هو فى البحر وغيره (قوله مع فلان العالم) الذى فى البحر وغيره العام أى هـذه السنة فهو ظرف زمان معرف بأل التى للحضور (قوله بر) فإذا بدا له أن يرجع رجع بلا ضرر بحر .

قلت : والظاهر أنه لابد من أن يكون خروجه على قصد السفر لاعلى قصد الرجوع ولذا قال : فإذا بدا له الخ

فخرج مع جنازة والمقابر خارج بغداد حنث (وفى لأياتيها لا) يحنث إلا بالوصول كما مر والفرق لايخفى (كما) لايحنث (لو حلف أن لاتأتى امرأته عرس فلان فذهبت قبل العرس وكانت ثمة حتى مضى) العرس لأنها ماأتت العرس بل العرس أتاها ذخيرة .

حلف (ليأتينه) فهو أن يأتى منزله أو حانوته لقيه أم لا (فلو لم يأته حتى مات) أحدهما (حنث فى آخر حياته) وكذا كل يمين مطلقة أما المؤقتة فيعتبر آخرها فإن مات قبل مضيه فلا حنث وقوله : حنث يفيد أنه لو ارتد ولحق لايحنث لبطلان يمينه بالله تعالى بمجرد الردة كما مر

ويدل عليه قوله فى الخانية فإذا خرج معه فجاوز البيوت ووجب عليه قصر الصلاة فقد بر إذ لايخفى أن وجوب القصر لايكون إلا عند قصد السفر وكذا قول المصنف وغيره فخرج يريدها .

[تنبيه] يعلم مما قررناه جواب مايقع كثيرا فيمن حلف ليسافرن فإنه يبر بمجاوزته العمران على قصد السفر إلى مكان بينه وبينه مدة السفر ، فإذا بدا له الرجوع رجع بلا ضرر وبه أفتى المصنف وغيره ، لكن لابد من قصد السفر كما قلنا لامجرد الخروج على قصد الرجوع لأنه لايتحقق به السفر ، والله أعلم (قوله فخرج مع جنازة) أى خرج من بغداد مع الجنازة بأن جاوز العمران قال ط : لكن العرف بخلافه فإن من حلف لايخرج من مصر فزار الإمام لايعد خارجا منها فى عرفنا اه .

قلت : لكن إذا قامت قرينة على إرادة الخروج مطلقا لسفر أو غيره يعد خارجا (قوله كما مر) أى قريبا فى قوله إلا فى الإتيان (قوله والفرق لايخفى) هو أن الخروج الانفصال من الداخل إلى الخارج وأما الإتيان فعبارة عن الوصول قال تعالى - فائتيا فرعون فقولا - (قوله فذهبت قبل العرس) أى بحيث لاتعد عرفا أنها أتت العرس بأن كان ذلك قبل الشروع فى مباديه وفى البزازية لايذهب إلى وليمة فذهب لطلب غريمه لايحنث اه أى إذا كان الغريم فى الوليمة وذكر فى الذخيرة أنه أفتى بذلك شيخ الإسلام الإسبيجابى (قوله فهو أن يأتى منزله أو حانوته) فلو أتى مسجده لايكفى فالشرط الوصول إلى محله لا الاجتماع كما قدمناه (قوله حتى مات أحدهما) قدر لفظ أحدهما لأن الحنث لا يختص بموت الحالف فقط ، بل المحلوف عليه مثله كما يأتى (قوله حنث فى آخر حياته) أى حياة أحدهما ، فلو كانت يمينه بالطلاق فماتت المرأة تبقى اليمين لامكان الإتيان بعد موتها ، نعم لو كان الشرط طلاقها مثل إن لم أطلقك فأنت طالق ثلاثا يحنث بموتها أيضا لتحقق اليأس عن الشرط بموتها إذ لايمكن طلاقها بعده بخلاف الإتيان ونحوه كما قدمناه فى الطلاق الصريح عن الفتح وكلام الفتح هنا موهم خلاف المراد(1) فتنبه (قوله وكذا كل يمين مطلقة) أى لاخصوصية للإتيان ، بل كل فعل حلف أن يفعله فى المستقبل وأطلقه ولم يقيده بوقت لم يحنث حتى يقع اليأس عن البر مثل ليضربن زيدا أو ليعطين فلانة أو ليطلقن زوجته وتحقق اليأس عن البر يكون بفوت أحدهما ولذا قال فى غاية البيان : وأصل هذا أن الحالف فى اليمين المطلقة لايحنث مادام الحالف و المحلوف عليه قائمين لتصور البر فإذا فات أحدهما فإنه يحنث اه بحر قال ح وهذا إذا كانت على الإثبات فإن كانت على النفى لايحنث فى آخر حياته ويمكن حنثه حالا كما لايخفى (قوله أما المؤقتة فيعتبر آخرها) أى آخر وقتها وفى بعض النسخ آخره أى آخر الوقت المعلوم من المقام أى فإذا مضى الوقت ولم يفعل حنث (قوله فلا حنث) لتعلق الحنث بآخر الوقت ولم يوجد فى حقه (قوله لبطلان يمينه بالله تعالى) أشار به إلى أن يمينه لو كانت بالطلاق مثلا لاتبطل بالردة لأن الكفر لاينافى التعليق بغير القرب ابتداء فكذا بقاء اه ح (قوله كما مر)

---

(1) (قوله موهم خلاف المراد) فإنه قال هنا فإن كان الحلف بطلاقها ليفعلن ولم يفعل حنث بموت أحدهما ، ولا فرق فى ذلك بين موته وموتها فى الصحيح وتقدمت هذه فى الطلاق اه منه .

فتـــدبر :

حلف (ليأتينه غدا إن استطاع فهى) استطاعة الصحة لأنه المتعارف فتقع (على رفع الموانع) كمرض أو سلطان وكذا جنون أو نسيان بحر بحثا (وإن نوى) بها (القدرة) الحقيقية المقارنة للفعل (صدق ديانة) لاقضاء على الأوجه فتح لأنه خلاف الظاهر ، وقد أظهر الزاهدى اعتزاله هنا فى المجتبى كما أظهره فى القنية فى موضعين من ألفاظ التكفير (لاتخرجى) بغير إذنى أو (إلا بإذنى) أو بأمرى أو بعلمى أو برضاى

أى أول الأيمان (قوله فتدبر) أمر بالتدبر إشارة إلى خفاء إفادة ذلك من قوله حنث ووجهها أن حنثه فى آخر حياته يدل على بقاء اليمين صحيحة قبل الموت ، إذ الباطلة لاحنث فيها والحكم باللحاق مرتدا وإن كان موتا حكما لكنه غير مراد هنا لبطلان اليمين بمجرد الرد قبل الحكم باللحاق الذى هو فى حكم الموت فحيث بطلت اليمين قبل الموت علم أن مراده بقوله حتى مات الموت الحقيقى إذ لايتصور الحنث بالموت الحكمى فافهم .

مطلب حلف لا يأتينه إن استطاع

(قوله فهى استطاعة الصحة) أى الاستطاعة المعلومة من استطاع هى سلامة آلات الفعل المحلوف عليه وصحة أسبابه كما فى الفتح ، والمراد بالآلات الجوارح فالمريض ليس بمستطيع وصحة الأسباب تهيئة لإرادة الفعل على وجه الاختيار ، فخرج الممنوع نهر أى من منعه سلطان ونحوه (قوله لأنه المتعارف) أى المعنى المذكور هو المعروف عندالإطلاق كما فى قوله تعالى — من استطاع إليـــه سبيلا — بخلاف المعنى الآتى فى المتن (قوله فتقع على رفع الموانع) يشمل المانع المعنوى كالمرض والحسى كالقيد ونحوه فيستغنى بذلك عن ذكر سلامة الآلات ، ولهذا فسرها محمد بقوله إذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم يجئ أمر لايقدر على إتيانه فلم يأته حنث اه (قوله بحر بحثا) حيث قال : فينبغى أنه إذا نسى اليمين لايحنث ، لأن النسيان مانع وكذا لوجن فلم يأته حتى مضى الغد كما لايخفى (قوله المقارنة للفعل) أى التى تخلق معه بلا تأثير لها فيه ، لأن أفعال العباد مخلوقة لله تعالى فتح (قوله صدق ديانة) فإذا لم يأته لعذر أو لغيره لايحنث كأنه قال لآتينك إن خلق الله تعالى إتيانى وهو إذا لم يأت لم يخلق إتيانه ولا استطاعته المقارنة وإلا لأتى فتح (قوله لأنه خلاف الظاهر) قال فى الفتح : وقيل يصدق ديانة وقضاء لأنه نوى حقيقة كلامه ، لأن اسم الاستطاعة يطلق بالاشتراك على كل من المعنيين والأول أوجه لأنه وإن كان مشتركا بينهما لكن تعورف استعماله عند الإطلاق عن القرينة لأحد المعنيين بخصوصه فصار ظاهرا فيه بخصوصه فلا يصدقه القاضى بخلاف الظاهر اه (قوله وقد أظهر الزاهدى اعتزاله هنا) وتقدم نظير ذلك فى باب الحج عن الغير حيث قال : إن مذهب أهل العدل والتوحيد أنه ليس للإنسان أن يجعل ثواب عمله لغيره ، وأراد بهم أهل الاعتزال كما مر بيانه ، وعبارته هنا وفى قوله أى صاحب الهداية حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل نظر قوى لأنه بناه على مذهب الأشعرية والسنية أن القدرة تقارن الفعل وأنه باطل ، إذ لو كان كذلك لما كان فرعون وهامان وسائر الكفرة الذين ماتوا على الكفر قادرين على الإيمان وكان تكليفهم بالإيمان تكليفا بما لايطاق وكان إرسال الرسل والأنبياء وإنزال الكتب والأوامر والنواهى والوعد والوعيد ضائعة فى حقهم اه قال فى البحر : وهو غلط لأن التكليف ليس مشروطا بهذه القدرة حتى يلزم ماذكره ، وإنما هو مشروط بالقدرة الظاهرة وهى سلامة الآلات وصحة الأسباب كما عرف فى الأصول .

(شرط) للبر (لكل خروج إذن) إلا لغرق أو حرق أو فرقة ولو نوى الإذن مرة

مطلب لاتخرجي إلا بإذني

(قوله شرط للبر لكل خروج إذن) للبر متعلق بشرط، ولكل متعلق بنائب الفاعل وهو إذن لابشرط لئلا يلزم تعدية فعل بحرفين متفقي اللفظ والمعنى أفاده القهستاني، ثم لايخفى أن اشتراط الإذن راجع لقوله إلا بإذني أما مابعده فيشترط فيه الأمر أو العلم أو الرضا، وإنما شرط تكراره لأن المستثنى خروج مقرون بالإذن فما وراءه داخل فى المنع العام، لأن المعنى لاتخرجي خروجا إلا خروجا ملصقا بإذني، قال فى النهر: ويشترط فى إذنه لها أن تسمعه وإلا لم يكن إذنا وأن تفهمه، فلو أذن لها بالعربية ولا عهد لها بها فخرجت حنث، وأن لاتقوم قرينة على أنه لم يرد الإذن فلو قال لها اخرجي أما والله لو خرجت ليخزينك الله لايكون إذنا صرح به محمد، وكذا لو قال لها فى غضب اخرجي ينوى التهديد لم يكن إذنا إذ المعنى حينئذ اخرجي حتى تطلقي اه ملخصا.

وفى البزازية: قامت للخروج فقال دعوها تخرج ولانية له لم يكن إذنا، ولو سمع سائلا فقال لها أعطيه لقمة فإن لم تقدر على إعطائه بلا خروج كان إذنا بالخروج وإلا فلا، وإن قال اشترى اللحم فهو إذن، ولو أذن لها بالخروج إلى بعض أقاربه فخرجت لكنس الباب أو خرجت فى وقت آخر حنث، ولو استأذنت فى زيارة الأم فخرجت إلى بيت الأخ لايحنث لوجود الإذن بالخروج، إلا إن قال إن خرجت إلى أحد إلا بإذني وفى لاتخرجي إلا برضاى فإذن ولم تسمع أو سمعت ولم تفهم لايحنث بالخروج لأن الرضا يتحقق بلا علمها بخلاف الإذن، وفى إلا بأمرى فالأمر أن يسمعها بنفسه أو رسوله وفى الإرادة والهوى والرضا لايشترط سماعها، وفى إلا بعلمي لايحنث لو خرجت وهو يراها أو أذن لها بالخروج فخرجت بعده بلا علمه اه ملخصا، وتمام فروع المسألة هناك.

قال فى البحر: ولا فرق فى المسألة بين أن يكون المخاطب الزوجة أو العبد بخلاف مالو قال: لا أكلم فلانا إلا بإذن فلان أو حتى يأذن أو إلا أن يأذن، أو إلا أن يقدم فلان أو حتى يقدم، أو قال لرجل فى داره والله لاتخرج إلا بإذني فإنه لايتكرر الإذن فى هذا كله لأن قدوم فلان لايتكرر عادة والإذن فى الكلام يتناول كل مايوجد من الكلام بعد الإذن، وكذا خروج الرجل مما لايتكرر عادة، بخلاف الإذن للزوجة فإنه لايتناول إلا ذلك الخروج المأذون فيه لاكل خروج إلا بنص صريح فيه مثل أذنت لك أن تخرجي كلما أردت الخروج كذا فى الفتح اه.

[تتمة] فى النهر عن المحيط لو قال إلا بإذن فلان فمات المحلوف عليه بطلت اليمين عندهما خلافا لأبي يوسف اه وفى الذخيرة: حلف لايشرب بغير إذن فلان فناوله فلان بيده ولم يأذن باللسان وشرب ينبغي أن يحنث، لأنه ليس بإذن بل هو دليل الرضا (قوله أو فرقة) قال فى الفتح: ثم انعقاد اليمين على الإذن فى قوله إن خرجت إلا بإذني فأنت طالق، ووالله لاتخرجي إلا بإذني مقيد ببقاء النكاح، لأن الإذن إنما يصح لمن له المنع وهو مثل السلطان إذا حلف إنسانا ليرفعن إليه خبر كل داعر فى المدينة كان على مدة ولايته فلو أبانها ثم تزوجها فخرجت بلا إذن لاتطلق وإن كان زوال الملك لايبطل اليمين عندنا لأنها لم تنعقد إلا على بقاء النكاح اه فلو لم يقيد بالإذن لم يتقيد بقيام النكاح كما سيذكره الشارح عن الزيلعي فى أواخر الأيمان مع عدة مسائل من هذا الجنس، وهو كون اليمين المطلقة تصير مقيدة بدلالة الحال، بقي لو خرجت فى عدة البائن هل يحنث؟ يظهر لى عدمه لأنها وإن

دين وتنحل يمينه بخروجها مرة بلا إذن ، ولو قال : كلما خرجت فقد أذنت لك سقط إذنه ، ولونهاها بعد ذلك صح عند محمد وعليه الفتوى ولوالجية. وفى الصيرفية : حلف بالطلاق لا ينقل أهله لبلد كذا فرفع الأمر للحاكم فبعث رجلا بإذنه فنقل أهله لايحنث (بخلاف) قوله (إلا إن أو حتى) آذن لك لأنه للغاية ولو نوى التعدد صدق ● (حلف لايدخل دار فلان يراد به نسبة السكنى إليه) عرفا ولو تبعا أو بإعارة باعتبار عموم المجاز ومعناه

كانت ممنوعة لكن مانعها الشرع لاالزوج تأمل (قوله دين) أى ولايصدق فى القضاء وعليه الفتوى خانية أى لأنه خلاف الظاهر وإنما دين لأنه محتمل كلامه لأن الإذن مرة موجب الغاية فى قوله حتى آذن وبين الاستثناء والغاية مناسبة من حيث أن مابعدهما مخالف لما قبلهما فيستعار إلا بإذنى لمعنى حتى آذن فتح (قوله وتنحل يمينه الخ) أى لو خرجت بغير إذن ووقع الطلاق ثم خرجت مرة ثانية بلا إذن لايقع شىء لانحلال اليمين بوجود الشرط وليس فيها مايدل على التكرار بحر عن الظهيرية (قوله ولو نهاها بعد ذلك صح) أى بعد قوله كلما خرجت الخ قال فى الخانية وبه أخذ الشيخ الإمام ابن الفضل ، حتى لو خرجت بعد ذلك حنث ولو أذن لها بالخروج ثم قال لها كلما نهيتك فقد أذنت لك فنهاها لايصح نهيه اه (قوله وفى الصيرفية الخ) هذه مسألة استطرادية وذكر فى الذخيرة عبارة فارسية وقال بعدها ثم إن الزوج ذهب إلى سمرقند وبعث إليها أصحاب السلطان حتى أخرجوها على كره منها وذهبوا بها إلى زوجها بسمرقند بأمر الزوج هل يحنث فى يمينه ؟ فقيل : ينبغى أن يحنث على ظاهر جواب الكتاب أن للزوج نقلها من بلدة إلى بلدة أخرى بعد ما أوفى المعجل لأنه صح الأمر بالإخراج من الزوج وانتقل فعل المخرج إليه فكأن الزوج أخرجها بنفسه ، أما على اختيار أبى الليث أنه ليس له نقلها لم يصح الأمر ولم ينتقل فعل المخرج إليه فلا يحنث اه (قوله بخلاف قوله الخ) مرتبط بما تقدم فى المتن أى لو قال لاتخرجى إلا أن آذن أوحتى آذن لك ، فإنه يكفى الإذن مرة واحدة لأنه للغاية، أما حتى فظاهر ، وأما إلا أن فتجوز بإلا عنها لتعذر استثناء الإذن من الخروج ، وتمامه فى الفتح والبحر . قال فى البحر : وأشار إلى أنه لو قال عبده حر إن دخل هذه الدار إلا أن ينسى فدخلها ناسيا ثم دخل ذاكرا لم يحنث بخلاف قوله إلا ناسيا لأنه استثنى من كل دخول دخولا بصفة فبقى ماسواه داخلا تحت اليمين ، أما الأول فإنه بمعنى حتى فلما دخلها ناسيا انتهت اليمين اه (قوله صدق) أى قضاء لأنه محتمل كلامه وفيه تشديد على نفسه بحر ●

مطلب لايدخل دار فلان يراد به نسبة السكنى

(قوله ولو تبعا) حتى لو حلف لايدخل دار أمه أو بنته وهى تسكن مع زوجها حنث بالدخول نهر عن الخانية .

قلت : وهو خلاف ما سيذكره آخر الأيمان عن الواقعات لكن ذكر فى التاترخانية أن فيه اختلاف الرواية ويظهر لى أرجحية ما هنا حيث كان المعتبر نسبة السكنى عرفا ولا يخفى أن بيت المرأة فى العرف ما تسكنه تبعا لزوجها والظر ماسنذكره آخر الأيمان (قوله أو بإعارة) أى لا فرق بين كون السكنى بالملك أو بالإجارة أوالعارية إلا إذا استعارها ليتخذ فيها وليمة فدخلها الحالف فإنه لايحنث كما فى العمدة والوجه فيه ظاهر نهر أى لأنها ليست مسكناله (قوله باعتبار عموم المجاز الخ) مرتبط بقوله يراد يعنى أن الأصل فى دار زيد أن يراد بها نسبة الملك ● وقد أريد بها ما يشمل العارية ونحوها وفيه جمع بين الحقيقة والمجاز وهو لايجوز عندنا . فأجاب بأنه من عموم المجاز بأن يراد به معنى عام يكون المعنى الحقيقى فردا من أفراده وهو نسبة السكنى : أى ما يسكنها زيد بملك أو عارية، لكن بقى ما إذا دخل دارا مملوكة لزيد وساكنها غيره فحلف رجل لايدخل دار زيد ، فمقتضى كون المعتبر نسبة

كون محل الحقيقة فردا من أفراد المجاز (أو) حلف (لايضع قدمه فى دار فلان حنث بدخولها مطلقا) ولو حافيا أو راكبا لما تقرر أن الحقيقة متى كانت متعذرة أو مهجورة صير إلى المجاز، حتى لو اضطجع ووضع قدميه لم يحنث (وشرط للحنث فى) قوله (إن خرجت مثلا) فأنت طالق أو إن ضربت عبدك فعبدى حر (لمريد الخروج) والضرب

السكنى أن لايحنث. وفى المجتبى عن الإيضاح أن فيه عن محمد روايتين، وقيل: إذا كان لزيد دار غيرها يسكنها لم يحنث وإلا فيحنث اهـ.

قلت: وجزم فى الخانية بالحنث ولم يفصل وهو مرجح لإحدى الروايتين، وعليه فكان على المصنف أن يقول يراد به نسبة السكنى أو الملك، لكن مشى فى المحيط على عدم الحنث.

ففى النهر: اعلم أنه إذا حلف لايدخل دار زيد فداره مطلقا دار يسكنها، فلو دخل دار غلته لم يحنث كما فى المحيط وعليه تفرع ما فى المجتبى إن دخلت دار زيد فعبدى حر وإن دخلت دار عمرو فامرأته طالق فدخل دار زيد وهى فى يد عمرو بإجارة لم يعتق وتطلق فإن نوى شيئا صدق اهـ:

قلت: لكن الذى رأيته فى المجتبى وكذا فى البحر نقلا عنه يعتق وتطلق وعليه فهو متفرع على ما فى الخانية لا على ما فى المحيط. وفى الخانية أيضا لا يدخل دار فلان فآجرها فلان، فدخلها الحالف فيه روايتان قالوا عدم الحنث قول أبى حنيفة وأبى يوسف لأن الإضافة عندهما كما تبطل بالبيع تبطل بالإجارة والتسليم وملك اليد للغير اهـ.

قلت: هذا يفيد أن ما جزم به فى الخانية أولا قولهما وإحدى الروايتين عن محمد ويفيد أيضا أنها إذا بقيت بيد المالك غير مسكونة لأحد تبقى النسبة له فيحنث الحالف بدخولها ولو كان المالك ساكنا فى غيرها تأمل:

[تنبيه] فى الخانية أيضا حلف لايدخل دار زيد ثم حلف لايدخل دار عمرو فباعها زيد من عمرو وسلمها إليه فدخلها الحالف حنث فى اليمين الثانية عنده لأن عنده المستحدث بعد اليمين يدخل فيها لو مات مالك الدار فدخل لايحنث لانتقالها للورثة، ولو كان عليه دين مستغرق قال محمد بن سلمة: يحنث وقال أبو الليث: لا وعليه الفتوى لأنها وإن لم يملكها الورثة وبقيت على حكم ملك الميت لم تكن مملوكة له من كل وجه اهـ ملخصا.

مطلب لا يضع قدمه فى دار فلان

(قوله ولو حافيا) الأولى أن يقول ولو منتعلا لأنه مع النعل لم تمس قدمه الأرض فيشمل الحافى بالأولى (قوله متعذرة) نحو والله لا آكل من هذه النخلة كما يأتى أول الباب الآتى (قوله أو مهجورة) كما فى مثالنا (قوله ووضع قدميه) أى بحيث يكون جسده خارج الدار درر (قوله لم يحنث) هو ظاهر الرواية كما فى الفتح شرنبلالية قال فى الذخيرة: ومتى صار اللفظ مجازا عن غيره لايعتبر اللفظ بحقيقته، وينصرف إلى المجاز كما فى وضع القدم إلا لدليل يدل على عدم إرادة المجاز، فتعتبر الحقيقة فإذا قال لامرأته إن ارتقيت هذا السلم أو وضعت رجلك عليه فأنت كذا فوضعت رجلها عليه ولم ترتق حنث لأن العطف دل على أنه أراد به الحقيقة ثم قال: وفى المنتقى لأضربنك بالسياط حتى أقتلك فهذا على الضرب الوجيع، ولو قال: لأضربنك بالسيف حتى تموتى فهذا على الموت عرف مراده من تقييده بالسيف اهـ:

قلت: وهذا لاينافى قولهم الأيمان مبنية على الألفاظ لا على الأغراض لأن المراد الألفاظ التى لم تهجر كما قدمناه أول الباب (قوله لمريد الخروج والضرب) أى لشخص أراد الخروج أو أراد الضرب، وهو متعلق بقول المصنف فى قوله أى قول الحالف، وقوله فعله فورا نائب فاعل شرط وضميره للمذكور من الخروج والضرب.

(فعله فورا) لأن قصده المنع عن ذلك الفعل عرفا ومدار الأيمان عليه، وهذه تسمى يمين الفور تفرد أبو حنيفة رحمه الله بإظهارها ولم يخالفه أحد (و) كذا (ف) حلفه (إن تغديت) فكذا (بعد قول الطالب) تعال (تغد معى) شرط للحنث (تغديه معه) ذلك الطعام المدعو إليه (وإن ضم) إلى أن تغديت (اليوم أو معك)

مطلب فى يمين الفور

(قوله فورا) سئل السغدى بماذا يقدر الفور؟ قال بساعة، واستدل بما ذكر فى الجامع الصغير: أرادت أن تخرج فقال الزوج إن خرجت فعادت وجلست وخرجت بعد ساعة لايحنث حموى عن البرجندى، ولا يشترط لعدم حنثه إذا خرجت بعد ساعة تغيير تلك الهيئة الحاصلة مع إرادة الخروج، يشير إليه قول الفتح تهيأت للخروج، فحلف لا تخرج فإذا جلست ساعة ثم خرجت لايحنث، لأن قصده منعها من الخروج الذى تهيأت له فكأنه قال إن خرجت الساعة، وهذا إذا لم يكن له نية فإن نوى شيئا عمل به شرنبلالية.

قلت: وهو مفاد عبارة الجامع الصغير أيضا، لكن فى البحر عن المحيط إن لم تقوى الساعة وتجئ إلى الدار فأنت كذا فقامت الساعة ولبست الثياب وخرجت ثم رجعت وجلست حتى خرج الزوج فخرجت وأتت الدار بعده لايحنث لأن رجوعها وجلوسها مادامت فى تهيؤ الخروج لايكون تركا للفور كما لو أخذها البول فبالت قبل لبس الثياب اهـ ملخصا إلا أن يفرق بين الإثبات والنفى فإن المحلوف عليه فى الأول عدم الخروج وهو ترك فيتحقق بتحقق ضده وهو الجلوس على وجه الإعراض فإنها إنما جلست للإعراض عن الخرجة المحلوف عليها فيتحقق عدم الخروج سواء تغيرت الهيئة أولا والمحلوف عليه فى الثانى المجىء المثبت، وهو لايتحقق إلا بفعله والفاعل إذا تهيأ للفعل وجلس منتظرا له عازما عليه لايكون معرضا عنه بل هو فاعل حكما لكن لابد من بقاء تلك الهيئة هنا ليعلم بها أن الجلوس ليس على وجه الإعراض، لأن الجلوس ضد الفعل المراد ظاهرا هذا ماظهر لى فتدبره (قوله وهذه تسمى يمين الفور الخ) من فارت القدر غلت استعير للسرعة أو من فوران الغضب انفرد الإمام بإظهارها، وكانت اليمين أولا قسمين: مؤبدة أى مطلقة ومؤقتة، وهذه مؤبدة لفظا مؤقتة معنى تتقيد بالحال، إما بأن تكون بناء على أمر حالى كما مثل أو أن تقع جوابا بالكلام يتعلق بالحال كما فى إن تغديت أفاده فى النهر (قوله ولم يخالفه أحد) كذا فى البحر عن المحيط لكن نقل فى الفتح عن زفر والشافعى الحنث بها اعتبارا للإطلاق اللفظى (قوله تغديه معه) نائب فاعل شرط فلو خرج إلى منزله فتغدى لم يحنث لأن جوابه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال فينصرف إلى الغداء المدعو إليه كذا فى الهداية (قوله ذلك الطعام المدعو إليه) كذا فى الإيضاح لابن كمال معزيا إلى الهداية، والذى فى الهداية هو ماسمعته، وهو محتمل أن يكون المراد به الفعل أى التغدى وأن يكون المراد به الطعام الذى هو حقيقة الغداء بالدال المهملة والظاهر الأول، وأن قول الهداية فينصرف إلى الغداء الخ على حذف مضاف أى إلى أكل الغداء أو أنه أطلق الغداء على التغدى تساهلا بدليل قوله فى الباب الآتى الغداء الأكل من طلوع الفجر إلى الظهر قال فى الفتح هناك وهذا تساهل معروف المعنى فلا يعترض به اهـ ويلزم على مافهمه ابن كمال أنه لو أكل ذلك الطعام فى بيته وحده يحنث، وليس كذلك لأن المحلوف عليه هو التغدى مع الطالب، لأنه هو المدعو إليه وليس فى كلام الطالب ولا فى كلام الحالف تعيين طعام، بل لو دعاه إلى الغداء معه قبل حضور طعام أصلا فالظاهر أن الحكم كذلك بدليل تعليلهم بأن الجواب ينطبق على السؤال: نعم لو قال الطالب تغد معى هذا الطعام تقيد به أما بدون ذلك فلا. والذى يظهر لى أن هذا الفهم الذى فهمه ابن كمال غير صحيح، ولم أر من سبقه إليه وإن عول الشارح عليه تأمل (قوله اليوم أو معك) مفعول ضم أى بأن قال إن تغديت اليوم أو قال إن تغديت معك حنث

فعبدى حر (حنث بمطلق التغدى) لزيادته على الجواب فجعل مبتدئا. وفى طلاق الأشباه إن للتراخى إلا بقرينة الفور ومنه طلب جماعها فأبت فقال: إن لم تدخلى معى البيت فدخلت بعد سكون شهوته حنث. وفى البحر عن المحيط

بمطلق التغدى. واعترض ح قوله: أو معك بأنه لم يزد على السؤال لأن السؤال فيه لفظة مع ، فالصواب أن يقول تغد عندى كما قال فى الكنز اه :

قلت: لكن فى الذخيرة قال له تغد معى فقال : والله لاأتغدى فذهب إلى بيته وتغدى مع أهله لايحنث . ووجه ذلك أن يمينه عقدت على غداء معين ، وهو الذى دعاه إليه لأن قوله والله لاأتغدى خرج جوابا لسؤال المخاطب وأمكن جعله جوابا لأنه لم يزد على حرف الجواب ، فيجعل جوابا والجواب يتضمن إعادة مافى السؤال والسؤال وقع على غدا بعينه بدلالة قوله : تغد معى أى هذا الغداء ، فيجعل ذلك كالمصرح به فى السؤال كأنه قال تغد معى هذا الغداء والجواب يتضمن إعادة ما فى السؤال ، بخلاف مالو قال والله لاأتغدى معك لأنه زاد على حرف الجواب ،ومع الزيادة عليه لايمكن أن يجعل جوابا فجعل ابتداء ولاقيد فيه اه، ومثله فى التاترخانية عن السراجية ، فعلم أن قوله إن تغديت معك زيادة على الجواب وإن كان لفظ مع مذكور فى كلام الطالب للاستغناء عنه ولعمومه المدعو إليه وغيره أى التغدى معه فى ذلك اليوم وغيره ، لكن لايخلو عن نظر فالظاهر ماقاله ح فتدبر ، ثم فى هذه العبارة إطلاق الغداء على التغدى كما وقع فى عبارة الهداية تساهلا (قوله حنث بمطلق التغدى) الإطلاق بالنظر لليوم معناه ،سواء تغدى معه أو فى بيته مثلا فى ذلك اليوم وبالنظر إلى قوله معى تغديه معه ولو فى غير هذا الوقت ولايحنث إن تغدى مع غيره ولو فى الوقت الذى حلف فيه ط (قوله فجعل مبتدئا) لكن لو نوى الجواب دون الابتداء صدق ديانة ، لأن احتمال كونه جوابا قائم لاقضاء لمخالفته الظاهر فيما فيه تخفيف عليه ، ولو قال إن تغديت ونوى مابين الفور والأبد كاليوم أو الغد لم يصدق أصلا لأن النية إنما تعمل فى الملفوظ والحال لاتدل عليه فالتى دلالة الحال ، ودلالة المقال كما لو حلف لايتزوج النساء ونوى عددا أولا يأكل طعاما ونوى لقمة أولقمتين لم يصح كذا فى شرح تلخيص الجامع (قوله إن للتراخى الخ) احترز بها عن إذا فانها للفور ففى الخانية إذا فعلت كذا فلم أفعل كذا قال أبو حنيفة إذا لم يفعل على أثر الفعل المحلوف عليه حنث ،ولو قال إن فعلت كذا فلم أفعل كذا فهو على الأبد وقال أبو يوسف على الفور أيضا اه ومعنى كون إن للتراخى أنها تكون للتراخى وغيره عند عدم قرينة الفور ، والمراد فعل الشرط الذى دخلت عليه ، وما رتب عليه فاذا قال لها إن خرجت فكذا وخرجت فورا أو بعد يوم مثلا حنث إلا لقرينة الفور ، فيتقيد به كما مر ومنه مامثل به وكذا مافى الخانية إن دخلت دارك فلم أجلس فهو على الفور اه أى الجلوس على فور الدخول ، وفيها أيضا إن بعثت إليك فلم تأتنى فعبدى حر ، فبعث إليه فأتاه ثم بعث إليه ثانيا فلم يأته حنث ولا يبطل اليمين بالبر حتى يحنث مرة فحينئذ يبطل اليمين اه .

مطلب إن ضربتنى ولم أضربك

وفى الذخيرة إن ضربتنى ولم أضربك فهذا على الماضى عندنا كأنه قال ولم أكن ضربتك قبل ضربك إياى وإن نوى بعد صح أى إن ضربتنى ابتداء ولم أضربك بعده ، ويكون على الفور .

والحاصل : أن كلمة ولم تقع على الأبد كإن أتيتنى ولم آتك إن زرتنى ولم أزرك وقد تقع على الفور والمعتبر فى ذلك معانى كلام الناس وكذلك تقع على قبل وعلى بعد كما مر وفى إن كلمتنى ولم أجبك على بعد لأن الجواب لايتقدم ، وعلى الفور أيضا باعتبار العادة اه ملخصا (قوله حنث) قال فى الاختيار لأن مقصوده الدخول لقضاء الشهوة وقد فات فصار شرط الحنث عدم الدخول لقضاء الشهوة وقد وجد اه (قوله وفى البحر عن المحيط)

طول التشاجر لايقطع الفور، وكذا لو خافت فوت الصلاة فصلت أو اشتغلت بالوضوء لصلاة المكتوبة أو اشتغلت بالصلاة المكتوبة لأنه عذر شرعا وكذا عرفا (مركب العبد المأذون) والمكاتب (ليس لمولاه فى حق اليمين إلا) بشرطين (إذا لم يكن دينه مستغرقا و) قد (نواه) فحينئذ يحنث (حلف لايركب فاليمين على ماركبه الناس) عرفا من فرس وحمار (فلو ركب ظهر إنسان) أو بعيرا أو بقرة أو فيلا (لايحنث) استحسانا إلا بالنية ظهيرية:

عبارته إذا قال لامرأته إذا لم تجيئى إلى الفراش هذه الساعة فأنت طالق وهما فى التشاجر فطال بينهما كان على الفور حتى لو ذهبت إلى الفراش لايحنث اه وظاهره ولو كان بعد سكون شهوته فيقيد به ماقبله لكنه خلاف مايفهم مما نقلناه عن الاختيار فينبغى تقييد هذا بما إذا لم تسكن شهوته فتأمل (قوله وكذا الخ) وكذا لو أخذها البول فبالت كما قدمناه وقيل الصلاة تقطع الفور لأنها عمل آخر والفتوى على الأول كما فى البحر (قوله واشتغلت بالصلاة المكتوبة) أى إذا خافت فوتها كما يعلم مما قبله، وهذا تكرار إلا أن يحمل على ما إذا كان الحلف وهى تصلى تأمل: قال فى البحر: ولو اشتغلت بالتطوع أو بالوضوء أو أكلت أو شربت حنث لأن هذا ليس بعذر شرعا اه.

مطلب لايركب دابة فلان

(قوله مركب العبد المأذون الخ) يعنى لو حلف لايركب دابة فلان فركب دابة عبده فإنه يحنث بشرطين: الأول أن ينويها. الثانى: أن لايكون عليه دين مستغرق، أما إذا كان عليه دين مستغرق لايحنث وإن نوى لأنه لاملك للمولى فيه عند أبى حنيفة، وإن كان الدين غير مستغرق أولم يكن عليه دين لايحنث مالم ينوه لأن الملك فيه للمولى لكنه يضاف للعبد عرفا وكذا شرعا قال صلى الله عليه وسلم «من باع عبدا وله مال» الحديث فتختل الإضافة إلى المولى فلابد من النية: وقال أبو يوسف فى الوجوه كلها يحنث وإن لم ينو لاعتبار حقيقة الملك إذالدين لايمنع وقوعه للسيد عندهما هداية.

قلت: وبه ظهر أن التقييد بالمأذون لأنه محل الخلاف فيحنث فى غير المأذون إذا نواه بالأولى اتفاقا (قوله والمكاتب) لم أر من ذكره هنا، ولايتأتى فيه هذا التفصيل وإنما قال فى البحر عن المحيط ولو ركب دابة مكاتبه لايحنث لأن ملكه ليس بمضاف إلى المولى لاذاتا ولا يدا اه ومقتضاه أنه لايحنث وإن نواه اتفاقا لأن دابته ملك له لا لمولاه ولذا يضمنها المولى بالإتلاف، سواء كان عليه دين أولا فتدبر. ثم رأيت القهستانى قال: والإضافة إلى المأذون تشير إلى أنه لو ركب مركب المكاتب لم يحنث (قوله لايحنث استحسانا) أى وإن كان اسم الدابة لما يدب على الأرض إذا قال دابة فلان لأن العرف خصصه بالركوب المعتاد والمعتاد هو الحمار والبغل والفرس، فيقيد به وإن كان الجمل مما يركب أيضا فى الأسفار وبعض الأوقات فلا يحنث بالجمل إلا إذا نواه، وكذا الفيل والبقر إذا نواه حنث وإلا لا، وينبغى إن كان الحالف من البدو أن ينعقد على الجمل أيضا بلا نية، لأن ركوبه معتاد لهم، وكذا إن كان حضريا جمالا والمحلوف على دابته جمال دخل فى يمينه بلا نية، وإذا كان مقتضى اللفظ انعقادها على الأنواع الثلاثة، فلو نوى بعضها دون بعض بأن نوى الحمار دون الفرس مثلا لايصدق ديانة ولا قضاء، لأن نية المخصوص لاتصح فى غير اللفظ، وسيأتى تمامه فى الفصل الآتى كذا فى الفتح.

قلت: أى لأن المحمول على العرف هو لفظ أركب لالفظ دابة فإن لفظ دابة يشمل الكل عرفا ولغة وإنما خصص العرف لفظ أركب بهذه الأنواع الثلاثة، فلو نوى بعضها لم يصح لأنه تخصيص الفعل ولا عموم له وسيأتى تمامه ثم حيث كان المدار على العرف المعتاد، فينبغى أن الحالف لو كان ليس ممن يركب الحمار أن لايحنث

قلت : وينبغي حنثه بالبعير فى مصر والشام وبالفيل فى الهند للتعارف قاله المصنف ، ولو حمل على الدابة مكرها فلا حنث كحلفه لايركب فرسا فركب برذونا أو بعكسه لأن الفرس اسم للعربى والبرذون اسم للعجمى ، والخيل يعم هذا لو يمينه بالعربية ،ولو بالفارسية حنث بكل حال، ولو حلف لايركب أو لايركب مركبا حنث بكل مركب سفينة أو محملا أو دابة سوى الآدمى، وسيجىء مالو حلف لايركب حيوانا أو دابة.

باب اليمين فى الأكل والشرب واللبس والكلام

(ثم الأكل إيصال مايحتمل المضغ بفيه إلى الجوف) كخبز وفاكهة (مضغ أولا) أى وإن ابتلعه بغير مضغ (والشرب إيصال مالايحتمل الأكل من المائعات إلى الجوف) كماء وعسل، فنى حلفه لايأكل بيضة حنث ببلعها

بالحمار وأنه لو كان الحالف مسافرا أن يحنث بالجمل بلا نية (قوله وينبغي حنثه بالبعير الخ) أى إذا كان ممن يركب البعير كالمسافر والجمال وأهل البدو كما عرف مما نقلناه عن الفتح (قوله ولو حمل الخ) أما لو أكره على الركوب فركب حنث ط (قوله ولو حلف لايركب أو لايركب مركبا) كذا فى بعض النسخ ومثله فى البحر عن الظهيرية وكذا فى الخانية وهو المخالف لقول المصنف المار قريبا فاليمين على مايركبه الناس ، نعم فى بعض حلف لايركب مركبا ومثله فى النهر ، وفى التاترخانية حلف لايركب مركبا فركب سفينة قال الحسن فى المجرد لايحنث وعليه الفتوى اه لكن العرف الآن المركب خاص بالسفينة فينبغي أن لايحنث بغيرها (قوله وسيجىء) أى قريبا فى الباب الآتى، والله سبحانه أعلم.

باب اليمين فى الأكل والشرب واللبس والكلام

لم يذكر مسائل اللبس هنا بل ذكرها فى باب اليمين بالبيع والشراء فكان المناسب إسقاط اللبس من هذه الترجمة وذكره هناك (قوله ثم الأكل) ترتيب إخبارى ط (قوله إلى الجوف) متعلق بإيصال ، فلو حلف لايأكل كذا أو لايشرب فأدخله فى فيه ومضغه ثم ألقاه لايحنث حتى يدخله فى جوفه لأنه بدون ذلك لايكون أكلا بل يكون ذوقا ط عن البحر (قوله كماء وعسل) أى غير جامد وإلا فهو مأكول تأمل ثم إن المائع الذى لايحتمل المضغ إنما يسمى مشروبا إذا تناوله وحده وإلا فهو مأكول وكذا عكسه. فى البحر عن البدائع لو حلف لايأكل هذا اللبن فأكله بخبز أو تمر أو لايأكل هذا العسل أو الخل فأكله بخبز يحنث لأنه هكذا يكون ولو أكله بانفراده لايحنث ، لأنه شرب لا أكل وكذلك إن حلف لايأكل هذا الخبز فجففه ثم دقه وصب عليه الماء فشربه لايحنث لأنه شرب لا أكل اه وفى الفتح حلف لايأكل لبنا فشربه لايحنث ولو ثرد فيه فأوصله إلى جوفه حنث اه وقوله ثرد فيه بالثاء المثلثة أى فت الخبز فيه. وفى الخانية حلف لايأكل اللبن فطبخ به أرزا فأكله قال أبوبكر البلخى لايحنث وإن لم يجعل فيه ماء وإن كان يرى عينه ، وكذا لو جعله جبنا إلا أن ينوى أكل مايتخذ منه. حلف لايأكل السمن فأكل سويقا ملتوتا بالسمن ذكر فى الأصل إن كان السمن مستبينا يجد طعمه حنث لأنه ليس بمستهلك ، وذكر الحاكم فى المختصر إن كان بحيث لو عصر سال منه السمن حنث وإلا لا وإن وجد طعمه قال أى قاضيخان : وينبغي أن يكون الجواب فى مسألة الأرز على هذا التفصيل اه .

قلت : والحاصل أنه إذا حلف لا يأكل مائعا كلبن وسمن وخل فإن شربه لايحنث وإن تناوله مع غيره ولم يستهلك كأكله بخبز أو تمر حنث ،وإن استهلك بأن لايجد طعمه أو بأن لاينعصر على الخلاف فى تفسيره لم يحنث قال السائحانى وقول الحاكم أرفق ولذا مشت عليه الشروح اه وأما لو خلط مأكولا بمأكول آخر فيأتى بيانه فى الفروع الآتية فى أثناء الباب (قوله فنى حلفه الخ) تفريع على تعريف الأكل ط (قوله حنث ببلعها) أى مع قشرها أو بدونه

وفى لايأكل عنبا مثلا لايحنث بمصه لأن المص نوع ثالث ، ولو عصره وأكل قشره حنث بدائع لكن فى تهذيب القلانسى حلف لايأكل سكرا لايحنث بمصه وفى عرفنا يحنث ، وأما الذوق فعمل الفم لمجرد معرفة الطعم وصل إلى

إذا كانت مسلوقة (قوله وفى لايأكل عنبا الخ) قال فى الفتح : ولو حلف لايأكل عنبا أو رمانا فجعل يمتصه ويرمى تفله(١) ويبتلع المتحصل بالمص لايحنث لأن هذا ليس أكلا ولا شربا بل مص اه ومثله فى البحر عن البدائع .

قلت : لكن يصدق عليه تعريف الشرب المذكور وهو إيصال ما لايحتمل المضغ من المائعات إلى الجوف إلا أن يكون المراد المائع وقت إدخاله الفم ، وعليه فالمراد بالمص استخراج مائية الجامدبالفم وإيصالها إلى الجوف. ومقتضاه أنه لو حلف لايمص شيئا لايحنث بشرب المائع مع أن السنة فى شرب الماء المص ، فعلم أن المص أعم من الشرب من وجه ، فيجتمعان فيما إذا أخذ الماء بفيه مع ضيق الشفتين ،وينفرد الشرب بالعب والمص باستجلاب مائية الجامد بالفم ، حتى لو عصر الفاكهة وشرب ماءها عبا يحنث فى حلفه لايشرب لافى حلفه لايمص ،ولو شربه مصا حنث فيهما هذا ماظهر لى (قوله لأن المص نوع ثالث) أى فى بعض الأوجه كما فى الصورة المذكورة وإلا فقد يكون شربا كما علمته (قوله وأكل قشره) أى ولم يشرب ماءه لأن ذهاب الماء لايخرجه من أن يكون أكلا له ألا ترى أنه إذا مضغه وابتلع الماء أنه لايكون آكلا له بابتلاع الماء فدل أن أكل العنب هو أكل القشر والحصرم منه وقد وجد فيحنث بحر عن البدائع وفيه نظر كما فى الذخيرة(٢) .

وحاصله أنه ذكر فى العيون أنه إذا ابتلع ماءه فقط لم يحنث ولو ابتلع الحب أيضا دون القشر يحنث وعلله الصدر الشهيد بأن العنب اسم لهذه الثلاثة فنى الأول أكل الأقل وفى الثانى الأكثر وله حكم الكل (قوله لايحنث بمصه) لأنه ليس بآكل فقد وصل إلى جوفه مالا يتأتى فيه المضغ ذخيرة (قوله وفى عرفنا يحنث) من تتمة كلام القلانسى وهو محط الاستدراك اه ح أى لأنه يؤكل بالمضغ وبالمص عادة ،وكذا العنب والرمان (قوله وأما الذوق فعمل الفم الخ)هذا هو الحق على مافى الفتح خلافا لما فى النظم من أنه عمل الشفاه دون الحلق فإنه يدل على أن عدم الوصول إلى الجوف مأخوذ فى مفهوم الذوق .

قلت : لكنه موافق لما فى الفتح من رواية هشام: حلف لايذوق فيمينه على الذوق حقيقة ،وهو أن لايوصل إلى جوفه إلا أن يتقدمه كلام يدل عليه نحو أن يقال تغد معى فحلف لا يذوق معه طعاما فهذا على الأكل والشرب اه .

مطلب فى الفرق بين الأكل والشرب والذوق

(قوله فكل أكل وشرب ذوق ولا عكس) أى وليس كل ذوق أكلا أو شربا بناء على أن الذوق أعم مطلقا لأنه لايشترط فيه الوصول إلى الجوف بل يصدق بدونه بخلافهما ، فإذا أكل أو أشرب يحنث فى حلفه لا يذوق وإذا حلف لايأكل أو لايشرب فذاق بلا إيصال إلى الجوف لم يحنث ، لكن فيه أنه قد يتحقق الأكل بلا ذوق كما لو ابتلع مايتوقف معرفة طعمه على المضغ كبيضة أو لوزة وعليه فبين الأكل والذوق عموم وجهى وعن هذا

---

(١) (قوله تفله) هكذا بخطه بالمثناة الفوقية والذى فى القاموس والمصباح بالثاء المثلثة اه مصححه .

(٢) قوله كما فى الذخيرة حيث قال وإنه مشكل لأن العنب اسم للكل وكذلك الرمانة فإذا أكل البسر والحصرم فقد أكل بعض ماعقد عليه اليمين ، فلا يحنث وذكر المسألة فى العيون فى صورة أخرى فقال إذا رمى قشره وحبه وابتلع ماءه لم يحنث ولو ابتلع ماءه وحبه فقط حنث ، وعلله الصدر الشهيد بأن العنب اسم لهذه الثلاثة ففى الوجه الأول أكل الأقل فلا يصير آكلا وفى الثانى أكل الأكثر وله حكم الكل فى كثير من الأحكام اه ماخصا اه منه .

الجوف أم لا فكل أكل وشرب ذوق ولا عكس، ولو تمضمض للصلاة لايحنث ولو عنى بالذوق الأكل لم يصدق إلا لدليل (حلف لا يأكل من هذه النخلة) أو الكرمة (تقيد حنثه بأكله من ثمرها) بالمثلثة أى مايخرج منها بلا تغير بصنعة جديدة فيحنث بالعصير لابالدبس المطبوخ ، ولا بوصل غصن منها بشجرة أخرى (وإن لم يكن)

قال فى الفتح : إن قول المحيط لو حلف لايذوق فأكل أو شرب يحنث يغلب على الظن أن المراد به الأكل المقترن بالمضغ أو بلع مايدرك طعمه بلا مضغ لأنا نقطع بأن من ابتلع قلب لوزة لايقال فيه ذاقها ولا يحنث ببلعها اه .

قلت : وعلى مامر عن النظم فبينهما التباين كما بين الأكل والشرب فلا يحنث الحالف على واحد من الثلاثة بفعل الآخر (قوله لايحنث) أى فى حلفه لايذوق الماء كما فى الجوهرة لأنه لايقصد به ذوق الماء بل إقامة القربة ولذا كره الذوق للصائم دون المضمضة (قوله لم يصدق إلا لدليل) أى كقول القائل له تغد معى كما مر وكذا العرف الآن لو قال ابتداء لا أذوق فى بيت زيد طعاما فإنه يراد به الأكل .

مطلب حلف لايأكل من هذه النخلة

مطلب إذا تعذرت الحقيقة أو وجد عرف بخلافها تركت

(قوله حلف لا يأكل من هذه النخلة الخ) الأصل فى جنس هذه المسائل أن العمل بالحقيقة عند الإمكان، فإن تعذر أو وجد عرف بخلاف الحقيقة تركت، فإذا عقد يمينه على ماهو مأكول بعينه انصرفت إلى العين لإمكان العمل بالحقيقة، وإذا عقدها على ماليس مأكولا بعينه أو هو مأكول إلا أنه لاتؤكل عينه عادة انصرفت إلى مايتخذ منه مجازا لأن العمل بالحقيقة غير ممكن ، فإذا حلف لا يأكل من هذه الشاة شيئا فأكل من لبنها أو سمنها لا يحنث لأن عين الشاة مأكولة فينصرف إلى عينها لامايتولد منها وكذا العنب، فلا يحنث بزبيبه وعصيره، وفى النخلة يحنث بتمرها وطلعها لأن عينها غير مأكولة، وفى الدقيق يحنث بخبزه لأن الدقيق وإن كان يؤكل إلا أنه لايؤكل كذلك عادة وتمامه فى الذخيرة (قوله أو الكرمة) شجرة العنب ولم أرها بالتاء فلتراجع (قوله بالمثلثة) لأن المراد مايتولد منها سواء كان تمرا بالمثناة أو غيره كالجمار، وهو شىء أبيض لين فى رأس النخلة ولأن النخلة مثال والمراد مايعمها وغيرها مما لا تؤكل عينه (قوله فيحنث بالعصير) استشكل بأن اليمين على الأكل والعصير مما لايؤكل . وأجيب بأن الأكل هنا مجاز عن التناول ، فالمراد لا أتناول منها شيئا ط .

قلت : مقتضى الجواب أنه يحنث بشرب العصير ويحتاج إلى نقل فإن كلامهم يصح بدون هذا التأويل . فقد ذكرنا عن البحر لو حلف لايأكل هذا اللبن أو العسل أو الخل فأكله بخبز يحنث لأن أكله هكذا يكون ، وكذا لو ثرد فى اللبن . وفى البزازية لا يأكل طعاما ينصرف إلى كل مأكول مطعوم حتى لو أكل الخل يحنث اه فقد صح أكل مايشرب فكذا يقال هنا فتأمل (قوله لابالدبس المطبوخ) وكذا النبيذ والناطف والخل لأنه مضاف إلى فعل حادث ، فلم يبق مضافا إلى الشجرة بحر ، ولهذا عطف عليه فى قوله تعالى — ليأكلوا من ثمره وما عملته أيديهم — فتح. واحترز بالمطبوخ عما يسيل من الرطب فإنه يحنث بأكله كما فى الذخيرة .

مطلب فيما لو وصل غصن شجرة بأخرى

(قوله ولا بوصل الخ) يعنى إذا قطع غصنا من الشجرة المحلوف عليها ووصله بشجرة أخرى وأكل من الثمر الخارج منه لايحنث اه ح. وقال بعضهم: يحنث فتح وبحر ولعل وجه الأول أن الغصن صار جزءا من الثانية ولايسمى فى العرف أكلا من الأولى ، ومقتضى الإطلاق أنه لا فرق بين كون الشجرتين من نوع واحد أو من نوعين .

للشجرة ثمرة (تنصرف) يمينه (إلى ثمنها فيحنث إذا اشترى به مأكولا وأكله ، ولو أكل من عين النخلة لايحنث) وإن نواها لأن الحقيقة مهجورة ولوالجية. وفى المحيط لونوى أكل عينها لم يحنث بأكل مايخرج منها لأنه نوى حقيقة كلامه قال المصنف تبعا لشيخه وينبغي أن لايصدق قضاء لتعين المجاز .

زاد فى النهر فإن قلت : ورق الكرم مما يؤكل عرفا فينبغي صرف اليمين لعينه .

قلت : أهل العرف إنما يأكلونه مطبوخا (وفى الشاة يحنث باللحم خاصة) لاباللبن لأنها مأكولة فتنعقد اليمين عليها (ولا يحنث فى) حلفه (لا يأكل من هذا البسر أو الرطب أو اللبن بأكل رطبه وتمره وشيرازه) لأن هذه صفات داعية إلى اليمين فتتقيد بها (بخلاف لايكلم هذا الصبى أو هذا الشاب فكلمه

ونقل فى الذخيرة المسألة مطلقة كما مر ثم صورها بما إذا حلف لايأكل من شجرة التفاح ،فوصل بها غصن شجرة الكمثرى قال : فإن سماها باسمها مع الإشارة بأن قال لا آكل من هذه الشجرة التفاح لم يحنث ، وإن لم يسمها بل قال من هذه الشجرة حنث ، ثم نقل عن بعضهم أن الرواية هكذا .

قلت : ويمكن التوفيق بين القولين بحمل الحنث على ما إذا اختلف النوع ، وسمى الشجرة باسمها ثم أكل مما سمي والقول بعدم الحنث على ماإذا اتحد النوع أو اختلف ولم يسم ،والله تعالى أعلم (قوله فيحنث إذا اشترى به مأكولا وأكله) لفظة وأكله زادها فى البحر على مافى الفتح. قال فى الشرنبلالية :وقد يقال يراد بالأكل الإنفاق فى أى شيء فيحنث به إذا نوى فلينظر اهـ.

قلت : إذا نوى ذلك لاكلام ، أما إذا لم ينو فالظاهر تقييده بالأكل حقيقة ،حتى لو اشترى به مشروبا وشربه لايحنث إلا إذا أكله مع غيره عملا بحقيقة الكلام مالم يوجد نقل بخلافه فافهم (قوله ولو أكل من عين النخلة لايحنث) هو الصحيح كما فى النهر وغيره (قوله مهجورة) صوابه متعذرة كما عبر به فى إيضاح الإصلاح. وقال فى حاشيته : ومن قال مهجورة لا يفرق بين المتعذر والمهجور . قال صاحب الكشف: المتعذر مالا يوصل إليه إلا بمشقة كأكل النخلة والمهجور مايتيسر إليه الوصول لكن الناس تركوه كوضع القدم اهـ ح . وقد يقال أراد بالمهجورة الغير المستعملة تجوزا كما تجوز صاحب الكشف باطلاق المتعذر على المتعسر مع أن المراد مايشمل القسمين ، وحقيقة المتعذر مثل قوله لايأكل من هذا القدر فافهم (قوله لم يحنث بأكل مايخرج منها) مقتضاه أن نية عينها صحت فهو قول آخر غير مافى الولوالجية كما أفاده فى النهر فافهم ولم أر من صحح أحدهما ، وما نقل عن حاشية أبى السعود أنه قال مافى الولوالجية هو الصحيح فهو خلاف الواقع وإنما فيها مانقلناه عن النهر آنفا من تصحيح مافى المتن ثم ذكر بعده عبارة الولوالجية فافهم (قوله لتعين المجاز) ولذا انصرف إليه عند عدم النية فكانت الحقيقة خلاف الظاهر (قوله إنما يأكلونه مطبوخا) أى فلا يحنث بأكله لكونه دخله صنعة جديدة ح (قوله من هذا البسر أو الرطب) النخلة على ست مراتب : أولها طلع وثانيها حلال(١) وثالثها بلح ورابعها بسر وخامسها رطب وسادسها تمر كما يظهر من الصحاح عزمية(قوله بأكل رطبه وتمره وشيرازه) لف ونشر مرتب . قال فى المصباح والشيراز مثال دينار اللبن الرائب يستخرج منه ماؤه . وقال بعضهم : لبن يغلى حتى يثخن ثم ينشف ويميل إلى الحموضة اهـ (قوله لأن هذه صفات الخ) إذ لاخفاء أن صفة البسورة والرطوبة واللبنية مما قد تدعو إلى اليمين

---

(١) (قوله حلال) هكذا بخطه بالحاء المهملة. وعبارة القاموس تفيد أنه بالخاء المعجمة ونصها فى فصل الخاء من باب اللام والرطب (أى وتخلل الرطب) طلبه بين خلال السعف وذلك الرطب خلال ، خلاله بفتحهما ، ليحرر اهـ مصححه .

بعد ماشاخ أو لايأكل هذا الحمل) بفتحتين ولد الشاة (فأكله بعد ماصار كبشا) فإنه يحنث لأنها غير داعية والأصل فى أن المحلوف عليه إذا كان بصفة داعية إلى اليمين تقيد به فى المعرف والمنكر فإذا زالت زالت اليمين ومالا يصلح داعية اعتبر فى المنكر دون المعرف :

وفى المجتبى حلف لايكلم هذا المجنون فبرأ أو هذا الكافر فأسلم لايحنث لأنها صفة داعية وفى لايكلم رجلا فكلم صبيا حنث وقيل لا كلا يكلم صبيا وكلم بالغا لأنه بعد البلوغ يدعى شاباً وفتى إلى الثلاثين فكهل إلى خمسين فشيخ (أولا يأكل هذا العنب فصار زبيبا) هذا وما بعده معطوف على قوله من هذا البسر مما لايحنث به (أو لايأكل

بحسب الأمزجة ، فإذا زالت زال ماعقدت عليه اليمين فأكله أكل مالم تنعقد عليه اليمين نهر وفتح (قوله بعد ماشاخ) أى صار شيخا وهو فوق الكهل كما يأتى (قوله بفتحتين) أى فتح الحاء المهملة والميم ولد الشاة فى السنة الأولى جمعه حملان كما فى المصباح . (قوله لأنها غير داعية) أى هذه الصفات غير داعية إلى الامتناع ، لأن هجران المسلم بمنع الكلام منهى ، فلا يعتبر مايخال داعيا إلى اليمين من جهل الصبى ، أو الشاب ، وسوء أدبه ؛ وكذا صفة الصغر فى الحمل فإن الممتنع عنه أكثر امتناعا عن لحم الكبش لأن الصغر داع إلى الأكل لا إلى عدمه واعترض بأن الهجران قد يجوز أو يجب إذا كان لله تعالى بأن كان يتكلم بما هو معصية أو يخشى فتنته أو فساد عرضه بكلامه فإذا حلف لا يكلمه علم أنه وجد المسوغ ، فيعتبر الداعى فيتقيد بصباه وشبيبته وبأن الحمل غير محمود لكثرة رطوباته ، حتى قيل فيه الجمع بين الجيدين ، وأجاب فى الفتح بأن الاعتراض بذلك ذهول ونسيان عن وضع المسألة وأنها بنيت على العرف ، وأن المتكلم لو أراد مانصح إرادته من اللفظ لايمنع منه ، فالحمل عند العموم غذاء فى غاية الصلاح وما يدرك نحسه إلا أفراد عرفوا الطب فوجب تحكيم العرف ، إذا لم ينو ذات الحمل إذ لايحكم على فرد من العموم أنه يمنى خلافهم ، فينصرف حلفه إليهم ، وكذا الصبى لما كان موضع الشفقة والرحمة عند العموم ، وفى الشرع لم يجعل الصبا داعية إلى اليمين فى حق العموم ، وهذا لاينفى كونه حالفا عرفا عدم طيب الحمل ، أو سوء أدب صبى علم أنه لايردعه إلا الهجر ، أو علم أن الكلام معه يضره فى دينه أو عرضه ، فعقد يمينه على مدة الحملية أو الصبا فإنا نصرف يمينه ، حيث صرفها ، وإنما الكلام إذا لم ينو شيئا فيسلك به ماعليه العموم ، أخطؤا فيه أو أصابوا فليكن هذا منك ببال ، فإنك تدفع به كثيرا من أمثال هذا الغلط المورد على الأئمة اه ملخصا وهو فى غاية الحسن وقد عدل فى الذخيرة عن التعليل بكون الصفة داعية أو غير داعية وقال الصحيح : أنه لايحنث فى الرطب أو العنب إذا صار تمرا أو زبيبا ، لأنه اسم لهذه الذات ، والرطوبة التى فيها فإذا أكله بعد الجفاف ، فقد أكل بعض ماعقد اليمين عليه ، بخلاف الصبى بعد ماشاخ أو الحمل بعد ماصار كبشا فإنه لم ينقص بل زاد والزيادة لا تمنع الحنث ثم قال : فهذا الفرق هو الصحيح وعليه الاعتماد (قوله تقيد به) الأولى بها (قوله فى المعرف والمنكر) مثل لاآكل هذا البسر أولا آكل بسرا (قوله اعتبر فى المنكر) مثل لاآكل حملا أو لا أكلم صبيا ، لأن الكبش لايسمى حملا ، ولا الشيخ صبيا فلم يوجد المحلوف عليه بخلاف المعرف كهذا الحمل أو هذا الصبى ، لأن الصفة الغير الداعية تلغو مع الإشارة فتعتبر الذات المشار إليها وهى باقية بعد زوال الصفة فلا تزول اليمين (قوله فبرأ) فى المصباح برئ من المرض يبرأ من باب تعب ونفع .

مطلب حلف لا يكلم هذا الصبى

(قوله فكلم صبيا حنث) لأن اسم الرجل يتناول الصبى فى اللغة ، كما صرح به ابن الكمال فى تصحيح السراجية ، ولكن فى العرف لايسمى فالحق القول الثانى اه ح (قوله يدعى شابا الخ) فى الوجيز لبرهان الدين

هذا اللبن فصار جبنا أو لا يأكل من هذه البيضة فأكل فراريجها) كذا فى نسخ الشرح ، وفى نسخ المتن فرخها (أو لا يذوق من هذا الخمر فصار خلا أو من زهر هذه الشجرة فأكل بعد ماصار لوزا) أو مشمشا لم يحنث ، بخلاف حلفه لا يأكل تمرا ، فأكل حيسا فإنه يحنث ، لأنه تمر مفتت ، وإن ضم إليه شيء من السمن أو غيره بحر وفيه الأصل فيما إذا حلف لا يأكل معينا فأكل بعضه أن كل شيء يأكله الرجل فى مجلس أو يشربه فى شربة فالحلف على كله وإلا فعلى بعضه (وكذا) لا يحنث (لو حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا أو لا يأكل عنبا فأكل زبيبا) بخلاف نحو لوز وجوز فإن الاسم يتناول الرطب أيضا (ولو حلف لا يأكل رطبا

البخارى حلف لا يكلم صبيا أو غلاما ، أو شابا ، أو كهلا فالكلام فى معرفتهم لغة وشرعا وعرفا أما اللغة فقالوا: الصبى يسمى غلاما إلى تسع عشرة ثم شابا إلى أربع وثلاثين ثم كهلا إلى أحد وخمسين ، ثم شيخا إلى آخر عمره : وأما الشرع فالغلام إلى أن يبلغ فيصير شابا وفتى وعن أبى يوسف من ثلاث وثلاثين كهل إلى خمسين فهو شيخ قال القدورى : قال أبو يوسف : الشاب من خمس عشرة إلى خمسين مالم يغلب عليه الشمط قبل ذلك والكهل من ثلاثين إلى آخر عمره ، والشيخ فيما زاد على الخمسين ، وكان يقول قبل هذا الكهل من ثلاثين إلى مائة سنة فأكثر والشيخ من أربعين إلى مائة وهنا روايات أخر والمعول عليه مابه الافتاء كذا فى الفتح ملخصا لم يذكر معناها عرفا لأن كل أناس قد علموا مشربهم (قوله فصار جبنا) فيه ثلاث لغات أجودها سكون الباء والثانية ضمها للاتباع ، والثالثة وهى أقلها التثقيل ، ومنهم من يجعلها من ضرورة الشعر ،مصباح (قوله كذا فى نسخ الشرح) أى شرح المصنف حيث جعلها متنا فى شرحه (قوله لم يحنث) لأن بعضها صفات داعية ، وبعضها انقلبت عينها (قوله فأكل حيسا) فسر الحيس فى البدائع بأنه اسم لتمر ينقع فى اللبن ، ويتشرب فيه اللبن وقيل هو طعام يتخذ من تمر ، ويضم إلى شيء من السمن أو غيره والغالب هو التمر فكان أجزاء التمر بحالها فيبقى الاسم اه بحر (قوله الأصل الخ) قدمنا الكلام عليه قبل قوله كل حل عليه حرام :

[فرع] ذكر فى البحر عن الواقعات إن أكلت هذا الرغيف اليوم فامرأته كذا وإن لم آكله اليوم فأمته حرة فأكل النصف لم يحنث وكذا لو حلف على لقمة فى فيه فأكل بعضها وأخرج البعض لأن شرط الحنث أكل الكل اه ملخصا :

[تنبيه] الأكل والشرب غير قيد ففى البزازية : ضاع مال فى دار فحلف كل واحد أنه لم يأخذه ، ولم يخرجه من الدار ، ثم علم أن واحدا أخرجه مع آخر إن كان لا يطيق حمله وحده ، حنث لأن إخراجه كذلك يكون وإن أطاقه وحده لا يحنث لأنه صادق اه :

قلت : وعليه لو حلف لا يحمل هذه الخشبة أو الحجر فهو على هذا التفصيل :

ثم اعلم أن مامر عن الواقعات مشكل جدا كما قال فى الحاوى الزاهدى ، قال : فإنه يجب أن يحنث فى يمين العتق لأنه لم يأكل الرغيف إذ نقول لا واسطة بين النفى والإثبات ، وكل واحد منهما شرط الحنث ، فيحنث فى أحدهما وفى الجامع الأصغر عن أبى القاسم الصفار قال إن شرب فلان هذا الشراب فامرأته طالق وقال الآخر إن لم يشربه فلان فامرأته طالق فشرب فلان مع غيره أو انصب بعضه فى الأرض حنث الثانى دون الأول اه (قوله أن كل شيء) بفتح همزة أن والمصدر المنسبك خبر الأصل (قوله وكذا لا يحنث الخ) أشار إلى أنه لافرق بين ذكره معرفا ، وهو مامر أو منكرا لزوال اليمين بزوال الصفة الداعية كما تقدم (قوله فإن الاسم يتناول الرطب أيضا) بسكون الطاء فى الرطب ، وكان المناسب إبداله باليابس لأن وجه المخالفة بين البسر والعنب ، وبين الجوز

أو بسرا أو) حلف (لايأكل رطبا ولا بسرا حنث ب)أكل (المذنب) بكسر النون لأكله المحلوف عليه وزيادة (ولا حنث فى شراء كباسة) بكسر الكاف أى عرجون ويقال عنقود (بسر فيها رطب فىحلفه لايشترى رطبا) لأن الشراء يقع على الجملة والمغلوب تابع بخلاف حلفه على الأكل لوقوعه شيئا فشيئا (ولا) حنث (فى) حلفه (لايأكل لحما بأكل) مرقه أو (سمك) إلا إذا نواهما (ولا فى لايركب دابة فركب كافرا أو لا يجلس على وتد فجلس على جبل) مع تسميتها فى القرآن لحما ودابة وأوتادا للعرف ،

واللوز الحنث فى يابس الأخيرين ، لتناول الاسم له دون الأولين هذا وفى عرف الشام الآن اللوز خاص باليابس أما الرطب فيسمونه عقابية فلا يحنث بها. (قوله أو بسرا) أىلو فحلف لايأكل بسرا (قوله حنث بأكل المذنب) فى المغرب بسر مذنب بكسرالنون أى مع التشديد وقد ذنب إذا بدا الإرطاب من قبل ذنبه ، وهو ماسفل من جانب القمع والعلاقة اه وفى المصباح ذنب الرطب تذنيبا بدا فيه الإرطاب،والمراد أنه يحنث بأكل البسر المذنب أو الرطب المذنب ، وهو الذى أكثره رطب وشيء قليل منه بسر عكس الأول .

قال فى البحر : وحاصل المسائل أربع وفاقيتان وخلافيتان ، فالوفاقيتان : لا يأكل رطبا فأكل رطبا مذنبا لايأكل بسرا فأكل بسرا مذنبا فيحنث فيهما اتفاقا ، والخلافيتان : لايأكل رطبا فأكل بسرا مذنبا لا يأكل بسرا فأكل رطبا مذنبا فيحنث عندهما خلافا لأبى يوسف اه : وفى عامة نسخ الهداية ذكر قول محمد مع أبى يوسف وفى بعضها مع الإمام وهو الموافق لما فى أكثر الكتب المعتبرة كما فى الفتح والزيلعى (قوله لأكله المحلوف عليه وزيادة) لأن آكل ذلك الموضع آكل رطب وبسر فيحنث به وإن كان قليلا لأن ذلك القدر كاف للحنث ، ولهذا لو ميزه وأكله يحنث زيلعى وبحث فيه فى الفتح بأن هذا بناء على انعقاد اليمين على الحقيقة لا العرف وإلا فالرطب الذى فيه بقعة بسر لايقال لآكله آكل بسر فى العرف فكان قول أبى يوسف أقعد (قوله لأن الشراء الخ) جواب عما استشهد به أبو يوسف على قوله بعدم الحنث فى المسألة الأولى اعتبارا للغالب كما فى هذه المسألة .

وحاصل الجواب : أن اعتبار الغالب هنا لوقوع الشراء على الجملة أما الأكل فينقضى شيئا فشيئا فيصادف المغلوب وحده ، فلا يتبع الغالب وبحث فيه فى الفتح بأن هذا قاصر على ما إذا فصله فأكله وحده أما لو أكله جملة تحققت التبعية اه . وأشار إلى أن البسر غالب بقرينة الإضافة قال القهستانى : إذ المتبادر من إضافة الكباسة إلى البسر ، وجعلها ظرفا للرطب أن البسر غالب فلو كان الرطب غالبا أو هو والبسر متساويين ينبغى أن يحنث اه .

مطلب حلف لا يأكل لحما

(قوله لا يأكل لحما) تنعقد هذه على لحم الإبل والبقر والجاموس والغنم والطيور ،مطبوخا ومشويا أو قديدا ، كما ذكره محمد فى الأصل فهذا من محمد إشارة إلى أنه لايحنث بالنيء وهو الأظهر وعند أبى الليث يحنث بحر عن الخلاصة وغيرها (قوله بأكل مرقه) قيده فى الفتح بحثا فى فروع ذكرها آخر الأيمان بما إذا لم يجد طعم اللحم أخذا مما فى الخانية لا يأكل مما يجيء به فلان ، فجاء بحمص فأكل من مرقه ، وفيه طعم الحمص يحنث اه . (قوله مع تسميتها فى القرآن لحما) هذا يظهر فى الثلاثة الأخيرة ، وأما المرق فنى الحديث المرق أحد اللحمين ط .

وما فى التبيين من حنثه فى لايركب حيوانا بركوب الإنسان رده فى النهر بأن العرف العملى مخصص عندنا كالعرف القولى (ولحم الإنسان والكبد والكرش) والرئة والقلب والطحال (والخنزير لحم) هذا فى عرف أهل الكوفة أما فى عرفنا فلا كما فى البحر عن الخلاصة وغيرها

مطلب فى اعتبار العرف العملى كالعرف اللفظى

(قوله وما فى التبيين) أى تبيين الكنز للزيلعى حيث قال : وذكر العتابى أنه لايحنث بأكل لحم الخنزير ، والآدمى وقال فى الكافى : وعليه الفتوى فكأنه اعتبر فيه العرف ، ولكن هذا عرف عملى ، فلا يصح مقيدا ، بخلاف العرف اللفظى ، ألا ترى أنه لوحلف لايركب دابة لا يحنث بالركوب على إنسان للعرف اللفظى فإن اللفظ عرفا لايتناول إلا الكراع ، وإن كان فى اللغة يتناوله ولو حلف لا يركب حيوانا يحنث بالركوب على إنسان لأن اللفظ يتناول جميع الحيوان والعرف العملى وهو أنه لايركب عادة لايصلح مقيدا اه (قوله رده فى النهر) وكذا قال فى البحر رده فى فتح القدير ، بأنه غير صحيح ،لتصريح أهل الأصول بقولهم الحقيقة تترك بدلالة العادة إذ ليست العادة إلا عرفا عمليا ، ولم يجب أى صاحب الفتح عن الفرق بين الدابة والحيوان ، وهى واردة عليه إن سلمها اه : ولا يخفى أنه لا يسلمها بدليل أنه رد مبناها ، وهو عدم اعتبار العرف العملى ، وعبارة النهر هكذا وفى بحث التخصيص من التحرير مسألة العادة العرف العملى مخصص عند الحنفية خلافا للشافعية ، كحرمت الطعام ، وعادتهم أكل البر انصرف إليه ، وهو الوجه أما بالعرف القولى فاتفاق كالدابة للحمار والدراهم على النقد الغالب ، وفى الحواشى السعدية أن العرف العملى يصلح مقيدا عند بعض مشايخ بلخ لما ذكر فى كتب الأصول فى مسألة إذا كانت الحقيقة مستعملة والمجاز متعارفا اه قال فى النهر : وهذه النقول تؤذن بأنه لا يحنث بركوب الآدمى فى لايركب حيوانا (قوله والكبد) بالرفع وكذا مابعده عطفا على لحم ، وكان الأولى ذكر الخنزير ، عقب الإنسان كما فعل فى الكنز ليكون مجرورا عطفا على الإنسان بإضافة لحم إليهما لأنهما أعم ، فتكون من إضافة الجزء إلى الكل بخلاف الكبد ، وما بعده ، فإن اللحم ليس جزءا منه بل هو عينه ، فلذا قلنا إنه بالرفع عطفا على المضاف ، وإن صح جره عطفا على المضاف إليه على جعل الإضافة فيه بيانية لكن يلزم عليه اختلاف الإضافتين فى لفظ واحد ، وفى القهستانى الكبد بفتح الكاف وكسرها مع سكون الباء والكرش بفتح الكاف وكسر الراء وسكونها (قوله والرئة) بالهمزة ، ويجوز قلبها ياء السحر مصباح وفيه السحر وزان فلس ، وسبب وقفل هو الرئة وقيل : ما لصق بالحلقوم والمرىء من أعلى البطن وقيل كل ما تعلق بالحلقوم من كبد وقلب ورئة (قوله لحم) خبر المبتدأ وما عطف عليه أى هذه المذكورات داخلة فى مسمى اللحم (قوله هذا الخ) الإشارة إلى الكبد والأربعة التى بعده ، وعبارة البحر وفى الخلاصة : لو حلف لايأكل لحما فأكل شيئا من البطون كالكبد والطحال يحنث فى عرف أهل الكوفة ، وفى عرفنا لايحنث ، وهكذا فى المحيط والمجتبى ، ولايخفى أنه لايسمى لحما فى عرف أهل مصر أيضا فعلم أن مافى المختصر أى الكنز مبنى على عرف أهل الكوفة ، وأن ذلك يختلف باختلاف العرف اه كلام البحر :

قلت ، وأما لحم الإنسان ولحم الخنزير فهو لحم حقيقة لغة وعرفا ، فلذا مشى المصنف كغيره على أنه يحنث به لكن يرد عليه كما أفاده فى الفتح أن لفظ آكل لاينصرف إليه عرفا وإن كان فى العرف يسمى لحما كما مر فى لايركب دابة فلان فإن العرف اعتبر فى ركب والمتبادر منه ركوب الأنواع الثلاثة وهى الحمار والبغل والفرس ، وإن كان لفظ دابة فى العرف يشمل غيرها أيضا كالبقر والإبل ، فقد تقيد الركوب المألوف عليه بالعرف ،

ومنه علم أن العجمي يعتبر عرفه قطعا ، وفى الخانية : الرأس والأكارع لحم فى يمين الأكل لافى يمين الشراء ، وفى لايأكل من هذا الحمار يقع على كرائه ، ومن هذا الكلب لايقع على صيده ولايعم البقر الجاموس، ولايحنث بأكل النيء هو الأصح (ولا) يحنث (بشحم الظهر) وهو اللحم السمين (فى) حلفه (لايأكل شحما) خلافا لهما بل بشحم البطن والأمعاء اتفاقا لابما فى العظم اتفاقا فتح (واليمين على شراء الشحم) وبيعه (كهى على أكله) حكما وخلافا زيلعى (ولا) يحنث (بألية فى)

ولذا نقل العتابي خلاف ماهنا فقال قيل: الحالف إذا كان مسلما ينبغي أن لايحنث ، لأن أكله ليس بمتعارف ، ومبنى الأيمان على العرف قال : وهو الصحيح وفى الكافى وعليه الفتوى هذا خلاصة ماحققه فى الفتح ، وهو حسن جدا ويؤيده ماقدمناه ، ويأتى أيضا من أنه لايحنث باللحم النيء كما أشار إليه محمد ، وهو الأظهر قال فى الذخيرة : لأنه عقد يمينه على مايؤكل عادة فينصرف إلى المعتاد ، وهو الأكل بعد الطبخ اه مع أنه لاشك فى أن النيء لحم حقيقة فعلم أن الملحوظ إليه فى العرف هو الأكل لالفظ لحم (قوله ومنه علم) أى من قولهم أما فى عرفنا فإن المراد عرف بلادهم ، وهى من العجم فافهم . ثم إن التنبيه على هذا ليس فيه كبير فائدة لأن قولهم باعتبار العرف فى الأيمان ليس المراد به عرف العرب ، بل أى عرف كان فى أى بلد كان كما سيأتى عند قوله الخبز ما اعتاده أهل بلد الحالف ، وفى البحر عن المحيط وفى الأيمان يعتبر العرف فى كل موضع حتى قالوا لوكان الحالف خوارزميا فأكل لحم السمك يحنث لأنهم يسمونه لحما (قوله لحم فى يمين الأكل لافى يمين الشراء). وجعل فى الشافى الأكل والشراء واحدا والأول أصح بزازية :

قلت : ولعل وجهه أن الرأس والأكارع مشتملة على اللحم وغيره، لكنها عند الإطلاق لاتسمى لحما ، فإذا حلف لايشترى لحما لايقال فى العرف أنه اشترى لحما بل اشترى رأسا أو أكارع ، أما إذا أكل اللحم الذى فيها فقد أكل لحما ، فيحنث ويشير إلى هذا الفرق مافى الذخيرة ، ولو أكل رؤوس الحيوان يحنث لأن ماعليها لحم حقيقة (قوله لايقع على صيده) وإنما يقع على لحمه وهو القياس فى الحمار إلا أن الحمار لما كان له كراء ويستعملون هذا اللفظ فى الأكل من كرائه حملوه على الكراء وفيما وراءه يبقى على الأصل منح عن جواهر الفتاوى ط (قوله ولايعم البقر الجاموس) أى فلو حلف لايأكل لحم بقر لايحنث بأكل الجاموس ، كعكسه لأن الناس يفرقون بينهما ، وقيل يحنث لأن البقر أعم والصحيح الأول كما فى النهر عن التاترخانية وفيه عن الذخيرة : لايأكل لحم شاة لايحنث بلحم العنز مصريا كان أوقرويا قال الشهيد وعليه الفتوى (قوله ولايحنث بأكل النيء) بالهمز وزان حمل والإبدال والإدغام عامى مصباح أى إبدال الهمزة ياء وإدغامها فى الياء لغة العوام وقدمنا وجه عدم الحنث قريبا (قوله وهو اللحم السمين) كذا فسره فى الهداية والظاهر : أن المراد به اللحم الأبيض المسمى فى العرف دهن البدن ، فإنه يكون فى حالة السمن دون الهزال وقد يراد به شحم الكلية ، لأنها معلقة بالظهر قال فى البحر : قال القاضى الإسبيجابى : إن أريد بشحم الظهر شحم الكلية فقولهما أظهر وإن أريد به شحم اللحم فقوله أظهر اه (قوله بل بشحم البطن) هو ماكان مدورا على الكرش وما بين المصارين شحم الأمعاء ط (قوله اتفاقا) رد على صاحب الكافى حيث ذكر الخلاف فى شحم الأمعاء والشحم المختلط بالعظم قال السرخسى : إنه لم يقل أحد بأن مخ العظم شحم اه وكذا لاينبغى خلاف فى الحنث بما على الأمعاء فإنه لايختلف فى تسميته شحما فتح (قوله زيلعى) عبارته لايحنث بأكل شحم الظهر وشرائه وبيعه فى يمينه لايأكل شحما ، ولايشتر به ولايبيعه وهذا عند أبى حنيفة وقالا يحنث (قوله بألية) بفتح الهمزة قال فى المصباح قال ابن السكيت وجماعة ولاتكسر الهمزة ولايقال لية ، والجمع أليات كسجدة وسجدات ، والتثنية أليان بحذف

حلفه (لايأكل) أو لايشترى (شحما أو لحما) لأنها نوع ثالث (ولا) يحنث (بخبز أو دقيق أو سويق فى) حلفه لايأكل (هذا البر إلا بالقضم من عينها) لو مقلية كالبليلة فى عرفنا أما لو قضمها نيئة فلا حنث إلا بالنية فتح وفى النهر عن الكشف المسألة على ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يقول هذه الحنطة ويشير لصبرة وهى مسألة المختصر .

الثانية : أن يقول هذه بلا ذكر حنطة فيحنث بأكلها كيف كان ولو نيئة أو خبزا .

الثالثة : أن يقول حنطة فيحنث بأكلها ولو نيئة لابنحو الخبز ولو زرعه

الهاء على خلاف القياس (قوله إلا بالقضم من عينها) أى عين البر وأنث ضميره ، لأنه يسمى حنطة أيضا ، وإلا بمعنى لكن : أى لكنه يحنث بقضمه من قضمت الدابة الشعير تقضمه من باب تعب كسرته بأطراف الأسنان ، ومن باب ضرب لغة مصباح قال فى الفتح : وليس المراد حقيقة القضم بل أن يأكل عينها بأطراف الأسنان أو بسطوحها ، وفى القهستانى فلو ابتلعه صحيحا حنث بالأولى كما فى الكرمانى فإنه احترز بالقضم ، عما يتخذ منه كالخبز والسويق ، فإنه لايحنث به عنده لأن عين الحنطة مأكول وعندهما يحنث .

قلت : ومبنى الخلاف على أن الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عنده خلافا لهما فإن لفظ أكل الحنطة يستعمل حقيقة فى أكل عينها فإن الناس يقلونها ويأكلونها فهو أولى من المجاز المتعارف وهو أن يراد بأكل الحنطة أكل خبزها قال فى الفتح : لفظ أكلت حنطة يحتمل أن يراد به كل من المعنيين ، فيترجح قوله لترجح الحقيقة عند مساواة المجاز ، بل الآن لايتعارف فى أكل الخبز منها إلا لفظ آخر وهو أكلت الخبز ثم قال : وهذا الخلاف إذا حلف على حنطة معينة ، أما لو حلف لايأكل حنطة ينبغى أن يكون قوله كقولهما ذكره شيخ الإسلام ، ولايخفى أنه تحكم والدليل المذكور المتفق على إيراده فى جميع الكتب يعم المعينة والمنكرة وهو أن عينها مأكول اهـ (قوله لو مقلية كالبليلة) قال فى الفتح : فإن الناس يغلون الحنطة ويأكلونها وهى التى تسمى فى عرف بلادنا بليلة وتقلى أيضا أى توضع جافة فى القدر ثم تؤكل قضما اهـ وحينئذ فقوله : كالبليلة الكاف فيه للتنظير إن كانت النسخ لو مقلية بالقاف ، أما إذا كانت بالغين المعجمة فهى للتمثيل والبليلة هى المسماة فى عرف بلادنا سليقة لأنها تسلق بالماء المغلى (قوله فلا حنث إلا بالنية) ولو نوى مايتخذ منها صح ولايحنث بأكل عينها ذخيرة (قوله وهى مسألة المختصر) أى المتن أى أنه يحنث بأكل عينها لو مغلية(١) أو مقلية لا لو نيئة ولا بنحو خبزها .

مطلب لايأكل هذا البر

(قوله فيحنث بأكلها كيف كان) لعل وجهه أنه إذا وجدت الإشارة بدون تسمية تعتبر ذات المشار إليه سواء بقيت على حالها أو حدث لها اسم آخر (قوله فيحنث بأكلها ولو نيئة) أى بخلاف الحنطة المعرفة وهو الوجه الأول فإنه لايحنث بالنىء منها ، وأما عدم الحنث بالخبز ونحوه كالدقيق والسويق ، فقد اشترك فيه المعرفة والنكرة لتقيد الحلف بالاسم فإن الخبز ونحوه لايسمى حنطة على الإطلاق ، بل يقال : خبز حنطة لكن يبقى الكلام فى وجه الفرق بينهما فى النىء حيث دخل فى المنكر دون المعرف ، ولعل وجهه أن حنطة نكرة فى سياق النفى ، فتعم جميع أنواع مسماها بخلاف المعرفة ، فإنها تنصرف إلى المعهودة فى الأكل والنىء غير معهود فيه هذا

---

(١) (قوله او مغلية) مقتضى عبارته فى هذا المحل أنه اسم مفعول من الثلاثى مع أنه لازم ويتعدى بالهمزة كما فى المصباح فيقال فاسم مفعوله مغلى ومغلاة لامغل ومغلية اهـ مصححه

لم يحنث بالخارج (وفى هذا الدقيق حنث بما يتخذ منه كالخبز ونحوه) كعصيدة وحلوى (لابسفه) فى الأصح كما مر فى أكل عين النخلة (والخبز مااعتاده أهل بلد الحالف) فالشامى بالبر واليمنى بالذرة والطبرى بخبز الأرز، وبعض أهل القرى بالشعير ، فلو دخل بلدالبر واستمر لايأكل إلا الشعير لم يحنث إلا بالشعير لأن العرف الخاص معتبر فتح (حلف لايأكل من خبز فلانة انصرف إلى) الخابزة (التى تضربه فى التنور لالمن عجنته وهيأته للضرب)

غاية ماظهر لى فى توجيهه لكن ماذكر من الفرق بينهما مبنى على أن المنظور إليه لفظ حنطة ، أما لو نظرنا إلى لفظ أكلت الحنطة فإنه لايظهر الفرق إذ قولك أكلت حنطة مثله فى أنه يراد به حقيقته أو مجازه المستعمل على الخلاف بين الإمام وصاحبيه ، ويؤيده مامر عن الفتح من رده ماذكره شيخ الإسلام ، وإن كان من جهة أخرى وكذا يؤيده ماقدمناه فى لا أركب دابة فلان ، وفى لا آكل لحما حيث اعتبر لفظ أركب وآكل فصرف إلى المعهود وقيد به لفظ دابة ولفظ لحما بلا فرق بين معرفه ومنكره والله سبحانه أعلم (قوله لم يحنث بالخارج) أى اتفاقا نهر وهذا إذا لم يقل حنطة بالتنكير (قوله بما يتخذ منه) فى النوازل لو اتخذ منه خبيصا أخاف أن يحنث ، وينبغى أن لايتردد فى حنثه إذا أكل منه مايسمى فى ديارنا بالكسكس نهر وهو المسمى فى الشام بالمغربية مثله الشعيرية (قوله فى الأصح) احتراز عما قيل إنه يحنث لأنه حقيقة كلامه قلنا نعم ، ولكن حقيقة مهجورة وبها تعين المجاز سقطت الحقيقة كقوله لأجنبية إن نكحتك فعبدى حر ، فزنى بها لايحنث لانصراف يمينه إلى العقد فلم يتناول الوطء إلا أن ينويه فتح (قوله كما مر فى أكل عين النخلة) إلا أنه لو نوى أكل عين الدقيق لم يحنث بأكل خبزه لأنه نوى الحقيقة بحر أى بخلاف النخلة بناء على مامر عن الولوا لجية (قوله فالشامى بالبر الخ) هذا حيث لامجاعة وإلا فالظاهر أن المراد مايسمى خبزا فى ذلك الوقت (قوله والطبرى) نسبة إلى طبرستان وهى اسم آمل وأعمالها ، سميت بذلك لأن أهلها كانوا يحاربون بالفأس ومعناها بالفارسية : أخذ الفأس بيده اليمنى والمراد بالفأس الطبز وهو معرب تبر كما فى الفتح .

مطلب لا يأكل خبزا

(قوله فلو دخل الخ) عبارة الفتح قال العبد الضعيف : وقد سئلت لو أن بدويا اعتاد أكل خبز الشعير فدخل بلدة المعتاد فيها أكل خبز الحنطة واستمر هو لايأكل إلا الشعير ، فحلف لايأكل خبزا فقلت ينعقد على عرف نفسه فيحنث بالشعير ، لأنه لم ينعقد على عرف الناس إلا إذا كان الحالف يتعاطاه فهو متهم فيه فيصرف كلامه إليه لذلك وهذا منتف فيمن لم يوافقهم بل هو مجانب لهم اه فقول الشارح ، لأن العرف الخاص معتبر ليس لفظه موجودا فى الفتح بل معناه فهم منه فافهم :

وقال المصنف فى منحه قلت : وبهذا ظهر أن قول بعض المحققين أن المذهب عدم اعتبار العرف الخاص ، ولكن أفتى كثير باعتباره محله فيما عدا الأيمان أما هى فالعرف الخاص معتبر فيها يعرف ذلك من تتبع كلامهم ومما يدل عليه مافى فتح القدير الخ (قوله انصرف إلى الخابزة الخ) الأوضح أن يقال انصرف إلى ماتضر به فى التنور لاماتعجنه وتهيئه للضرب .

فيكون المعنى : لو قال لا آكل من خبز هند فإن كانت خبزته فى التنور حنث ، وإن كانت عجنته وهيأته أى قطعته أقراصا للخبز وخبزه غيرها لايحنث وإلا فبعد التصريح باسمها لايدخل غيرها إلا أن يكون المراد بقوله من خبز فلانة أنه ذكر لفظ فلانة فيكون مشتركا يتناول الخابزة والعاجنة ثم هذا كله لو كان مراده بالإضافة إضافة الصنعة أما لو أراد إضافة الملك فإنه يحنث بالخبز المملوك لها ولو كان العاجن والخابز غيرها كما لايخفى

ظهيرية ومنه الرقاق لا القطائر والثريد أو بعد مادقه أو فته لأنه لايسمى خبزا وحنث فى لايأكل طعاما من طعام فلان بأكل خله أو زيته أو ملحه ولو بطعام نفسه لالو أخذ من نبيذه أو مائه فأكل به خبزا وفى لايأكل سمنا فأكل سويقا ولا نية له إن بحيث لو عصر سال السمن حنث وإلا لاجوهرة وفى البدائع لايأكل طعاما فاضطر لميتة فأكل لم يحنث (والشواء والطبيخ) يقعان (على اللحم) المشوى والمطبوخ بالماء هذا فى عرفهم أما فى عرفنا فاسم الطبيخ يقع على كل مطبوخ بالماء ولو بودك أو زيت أو سمن كما نقله المصنف عن المجتبى . وفى النهر: الطعام يعم مايؤكل

(قوله ومنه) أى من الخبز الرقاق وينبغى أن يخص ذلك بالرقاق البيسانى بمصر ، أما الرقاق الذى يحشى بالسكر واللوز فلا يدخل تحت اسم الخبز فى عرفنا كما لايخفى بحر .

قلت : وذلك كالذى يعمل منه البقلاوى والسنبوسك وينبغى أيضا أن لايحنث بالكعك والبقسماط لأنه لايسمى خبزا فى العرف (قوله لاالقطائر) الذى فى الفتح والبحر : القطائف وأما القطائر فالظاهر أنها كذلك فهى اسم عندنا لما يعجن بالسمن ويخبز أقراصا كالخبز ولايسمى خبزا فى العرف وكذا مايوضع فى الصوانى ويخبز ويسمى بغاجه فلا يحنث به وكذا الزلابية (قوله والثريد الخ) فعيل بمعنى مفعول وهو أن تفت الخبز ثم تبله بمرق مصباح قال فى الفتح : ولايحنث بالثريد لأنه لايسمى خبزا مطلقا ، وفى الخلاصة لايأكل من هذا الخبز وأكله بعد ماتفتت لايحنث لأنه لايسمى خبزا ، ولا يحنث بالعصيد والططماج ، ولايحنث لو دقه فشربه وعن أبى حنيفة فى حيلة أكله أن يدقه فيلقيه فى عصيدة ويطبخ حتى يصير الخبز هالكا اهـ ما فى الفتح ومثله فى البحر .

قلت : ومقتضى هذه الرواية أن يحنث لوفته بلا طبخ ، وكذا لو جعله ثريدا لأن قوله حتى يصير الخبز هالكا يقتضى أن بقاء عينه يخرجه عن كونه خبزا وهذا موافق لعرفنا الآن ويؤيده ماقدمه الشارح فى حلفه : لا يأكل تمرا فأكل حيسا فإنه لايحنث ، لأنه تمر مفتت وإن ضم إليه شىء من السمن أو غيره نعم لو دق الخبز وشربه بماء لايحنث لأنه شرب لاأكل وكذا لوحلف لايأكل رغيفا وفت أرغفة وأكل منها لايحنث بخلاف ما إذا فت رغيفا واحدا وأكله كله فإنه يحنث هذا مايقتضيه عرف زماننا والله أعلم .

مطلب لايأكل طعاما

(قوله وحنث فى لايأكل طعاما الخ) الأنسب ذكر هذه المسائل بعد قوله والشواء والطبيخ على اللحم ، كما فعل فى البحر ثم إن ماذكره من الخل والزيت والملح لايسمى فى عرفنا طعاما ، فينبغى الجزم بعدم حنثه به ثم رأيته فى النهر كما يأتى وكذا فى ح حيث قال : هذا فى عرفهم أما فى عرفنا فالطعام كالطبيخ مايطبخ على النار (قوله ولو بطعام نفسه) أى ولو خلط ذلك بطعام نفسه (قوله إن بحيث لو عصر سال السمن) هذا مبنى على مافى مختصر الحاكم واعتبر فى الأصل وجود الطعم كما قدمناه أول الباب (قوله لم يحنث) لأن العرف فى قولنا أكل طعاما ينصرف إلى أكل الطعام المعتاد والتقييد بالإضطرار للحل ، وإلا فلا يحنث بدونه بالأولى (قوله على اللحم المشوى والمطبوخ بالماء) لف ونشر مرتب ، وخرج مايشوى أو يطبخ من غير اللحم قال فى النهر : فلو حلف لايأكل شواء لايحنث بأكل الجزر والباذنجان المشويين ، إلا أن ينوى كل مايشوى وكذا لو حلف لايأكل طبيخا لايحنث ، إلا بأكل اللحم المطبوخ بالماء ، لتعذر التعميم إذ الدواء مما يطبخ ، وكذا الفول اليابس ، فصرف إلى أخص الخصوص ، وهو ماذكرنا عملا بالعرف فيهما وفى عطف الطبيخ على الشواء إيماء إلى تغايرهما وهذا لأن الماء مأخوذ فى مفهوم الطبيخ ، وإلا لكانا سواء ولذا لو أكل قلية لم يحنث لأنها لاتسمى طبيخا

على وجه التطعم كجبن وفاكهة لكن في عرفنا لا (والرأس ما يباع في مصره) أي مصر الحالف اعتبارا للعرف (والفاكهة والتفاح والبطيخ والمشمش) ونحوها (لا العنب والرمان والرطب) خلافا لهما خلاف عصر والعبرة للعرف ، فيحنث بكل ما يعد فاكهة عرفا ذكره الشمني وأقره المصنف

وتمامه فيه . وفي البحر عن الفتح : وإن أكل من مرقة يحنث لما فيه من أجزاء اللحم ولأنه يسمى طبيخا وإن كان لا يسمى لحما كما قدمناه اهـ أي فيما إذا حلف لا يأكل لحما لا يحنث بالمرق فإنه لا يسمى لحما ، وإن كان فيه أجزاء اللحم (قوله كجبن) الذي رأيته في النهر خبز (قوله لكن في عرفنا لا) عبارة النهر : وأنت خبير أن الطعام في عرفنا لا يطلق على ماذكر ، فينبغي أن يجزم بعدم حنثه به اهـ . ورأيت بهامش نسخة النهر عن خط بعض العلماء مانصه : الذي رأيته بخط الشارح : وأنت خبير بأنه في عرف أهل مصر مرادف للطبيخ لا يطلق على غيره فينبغي أن لا يحنث إلا بما يسمى طبيخا اهـ ثم رأيت في الخانية لا يشتري طعاما فاشترى حنطة حنث قال الفقيه أبو بكر البلخي : في عرفنا الحنطة لا تسمى طعاما إنما الطعام هو المطبوخ (قوله ما يباع في مصره) وهو ما يكبس في التنور أي يطم ويدخل فيه ، وهذا لأن العموم المتناول للجراد والعصفور غير مراد ، فصرفناه إلى ما تعورف نهر . قال في البحر : وفي زماننا هو خاص بالغنم فوجب على المفتي أن يفتي بما هو المعتاد في كل مصر وقع فيه حلف الحالف كما أفاده في المختصر ، وما في التبيين من أن الأصلي اعتبار الحقيقة اللغوية إن أمكن العمل بها وإلا فالعرف الخ مردود لأن الاعتبار إنما هو للعرف ، وتقدم أن الفتوى على أنه لا يحنث بأكل لحم الخنزير والآدمي ولذا قال في فتح القدير ولو كان هذا الأصل المذكور منظورا إليه لما تجاسر أحد على خلافه في الفروع اهـ وفي البدائع والاعتماد إنما هو على العرف اهـ (قوله والبطيخ) بكسر الباء ويقال الطبيخ أيضا أخضر كان أو أصفر وذكر السرخسي أن البطيخ ليس من الفاكهة وما هنا رواية القدوري ، ورواه الحاكم الشهيد في المنتقى عن أبي يوسف نهر (قوله والمشمش) بكسر الميمين وفتحهما كما في المختار وبضمهما نقله الأجهوري الشافعي محشي التحرير ط .

مطلب لا يأكل فاكهة

(قوله ونحوها) كالخوخ والسفرجل والإجاص والكمثرى ، فيحنث بأكل هذه الأشياء في حلفه لا يأكل الفاكهة لأنها اسم لما يتفكه به أي يتنعم قبل الطعام وبعده زيادة على المعتاد من الغذاء الأصلي . وفي المحيط ما روى أن الجوز واللوز فاكهة في عرفهم ، أما في عرفنا فإنه لا يؤكل للتفكه نهر (قوله خلافا لهما) لأنها مما قد يتغذى بها فسقطت عن كمال التفكه ، فلا يتناولها مطلق الفاكهة ، وأما عندهما فهي فاكهة نظرا للأصل وعليه الفتوى ، ولا خلاف أن اليابس منها كالزبيب والتمر وحب الرمان ليست بفاكهة كما في الكرماني قهستاني ، وكذا لا خلاف في القثاء والخيار والفقوس والعجور .

والحاصل أنه لا خلاف في أن النوع الأول فاكهة كما لا خلاف في أن الأخير ليس بفاكهة وفي الوسط خلاف نهر (قوله خلاف عصر) أي أن الإمام قال إن العنب وأخويه ليس بفاكهة لأنه كان في زمنه لا يعد منها وعد منها في زمنهما . ولقائل أن يقول : مبنى هذا الجمع على اعتبار العرف والاستدلال بأنها قد يتغذى بها مبناه اللغة . ويمكن الجواب بجواز كون العرف وافق اللغة في زمنه ثم خالفها في زمانهما وتمامه في الفتح (قوله فيحنث بكل الخ) صرح بذلك في الذخيرة .

(والحلوى ماليس من جنسه حامض فيحنث بأكل خبيص وعسل وسكر) لكن المرجع فيه إلى عادات الناس، ففي بلادنا لاحنث في فانيذ وعسل وسكر كما نقله المصنف عن الظهيرية (والإدام مايصطبغ به الخبز) إذا اختلط به (كخل وزيت وملح) لتوبه في الفم (لا اللحم والبيض والجبن . وقال محمد : هو مايؤكل مع الخبز غالبا) به يفتى كما في البحر عن التهذيب . وفيه : فما يؤكل وحده غالبا كتمر وزبيب وجوز

مطلب حلف لايأكل حلوى

(قوله ماليس من جنسه حامض) كالتين والتمر فإنه ليس من جنسه حامض فخلص معنى الحلاوة فيه فلو أكل عنبا أو بطيخا أو رمانا أو إجاصا لم يحنث لأن من جنسه ماليس بحلو ، وكذا إذا حلف لايأكل حلاوة فهو كالحلوى وتمامه في البحر (قوله لكن الخ) استدراك على المتن حيث أطلقه مع أن ماذكره تفسيرا للحلوى عندهم وقالوا المرجع فيه إلى العرف .

قال في البحر : والحاصل أن الحلو والحلوى والحلاوة واحد، وأما في عرفنا فالحلو اسم للعسل المطبوخ على النار بنشا ونحوه وأماالحلوى والحلاوة فاسم لسكر أوعسل أوماء عنب طبخ وعقد والحلاوة الجوزية والسمسمية اه

قلت : وفي زماننا الحلو كل ما يتحلى به من فاكهة وغيرها كتين وعنب وخبيصة وكنافة وقطائف ، وأما الحلاوة والحلوى بالقصر(١) فهي اسم لنوع خاص كالجوزية والسمسمية ممايعقد وكذا مايطبخ من السكر أوالعسل بطحين أو نشا (قوله لاحنث في فانيذ) فيه نظر . ففي المصباح الفانيذ نوع من الحلوى يعمل من القند والنشا اه وفيه أيضا القند مايعمل منه السكر فالسكر من القند كالسمن من الزبد (قوله والإدام مايصطبغ به الخبز) في المغرب صبغ الثوب بصبغ حسن وصباغ وهو ما يصبغ به ومنه الصبغ والصباغ من الإدام لأن الخبز يغمس فيه ويلون به كالخل والزيت اه . وفي المصباح ويختص بكل إدام مائع كالخل،وفي التنزيل – وصبغ للآكلين – قال الفارابي : واصطبغ بالخل وغيره . وقال بعضهم : واصطبغ من الخل وهو فعل لايتعدى إلىمفعول صريح فلا يقال اصطبغ الخبز بخل اه . وفي الفتح والاصطباغ افتعال من الصبغ،ولما كان ثلاثيه وهو صبغ متعديا لواحد جاء الافتعال منه لازما فلا يقال اصطبغ الخبز لأنه لايصل إلى المفعول بنفسه حتى يقام مقام الفاعل إذا بني الفعل له وإنما يقام غيره من الجار والمجرور ونحوه فلهذا يقال اصطبغ به اه :

قلت : وبه علم أنه كان على الشارح أن لايذكر لفظ الخبز وإن تبع فيه النهر (قوله لتوبه في الفم) جواب عما يقال إنه لايصبغ به تأمل (قوله به يفتى) وبه أخذ الفقيه أبو الليث . قال في الاختيار وهو المختار عملا بالعرف، وفي المحيط: وهو الأظهر ..

مطلب حلف لايأكل إداما أو لايأتدم

(قوله وفيه) أى البحر حيث قال : وفي المحيط قال محمد : التمر والجوز ليس بإدام لأنه يفرد بالأكل في الغالب فكذا العنب والبطيخ والبقل لأنه لايؤكل تبعا للخبز بل يؤكل وحده غالبا وكذا سائر الفواكه ،

---

(١) قوله بالقصر في القاموس الحلواء ويقصر معروف اه

(فائدة) من نظم سيدي على الأجهوري المالكي قوله :

قدم على الطعام توتا خوخا ... والبطيخا والتين والمشمش

وبعده الإجاص كمثرى رطب ... ومثله الرمان أيضا والعنب

ومعه الخيار والجميز ... قثا وتفاح كذاك الموز

اه منه

وعنب وبطيخ وبقل وسائر الفواكه ليس إداما إلا فى موضع يؤكل تبعا للخبز غالبا اعتبارا للعرف . وفى البدائع : والجوز رطبه فاكهة ويابسه إدام .

[فروع] حلف لا يأكل لحما والآخر بصلا والآخر فلفلا فطبخ حشو فيه كل ذلك فأكلوا لم يحنثوا إلا صاحب الفلفل لأنه لا يؤكل إلا كذا وهذا إن وجد طعمه ، ويزاد فى الزعفران رؤية عينه ، وفى لا يأكل لبنا فطبخه بأرز أو لا ينظر إلى فلان فنظر إلى يده أو رجله أو أعلى رأسه لم يحنث وإلى رأسه وظهره وبطنه حنث ، وفى المس يحنث بمس اليد والرجل .

عرض عليه اليمين فقال : نعم كان حالفا فى الصحيح كذا فى الصيرفية وغيرها . قال المصنف : هذا هو المشهور

حتى لو كان فى موضع يؤكل تبعا للخبز غالبا يكون إداما عنده اعتبارا للعرف اه . وذكر فى البحر أيضا : وإذا أكل الإدام وحده ، فإن كان حلف لا يأكل إداما حنث ، وإن حلف لا يأتدم بإدام لا يحنث فلابد أن يأكل معه الخبز كما أشار إليه فى الكشف الكبير اه (قوله وبقل) يعتاد فى زماننا أكل الفقراء الخبز بالبصل والنعنع والطرخون (قوله وفى البدائع الخ) مخالف لقوله قبله وجوز إلا أن يحمل ماقبله على الرطب ، وقدمنا عن المحيط أن ماروى من أن الجوز واللوز فاكهة هو فى عرفهم لا فى عرفنا إلا أن يحمل على اليابس وهو بعيد فالظاهر أن مافى البدائع مبنى على عرفهم ، وأيضا فإن الجوز اليابس لا يؤكل الآن مع الخبز غالبا ، وإنما يفرد بالأكل . وقد علمت أن المعتبر فى الإدام ما يؤكل تبعا للخبز فى الغالب وليس المراد كل مايمكن أكله مع الخبز ولذا لم يحنث بالفاكهة مع الخبز . وكذا لو أكل مع الخبز كنافة أو قطائف لأن الغالب أكل ذلك وحده لا مقرونا بالخبز فلا يسمى إداما . نعم يقال فى العرف : لا آكل هذا الرغيف إلا حافا ويراد بالحاف أكله بلا شئ معه فإذا قرن معه فاكهة أو نحوها يحنث تأمل (وهذا إن وجد الخ) وكذا لو حلف لا يأكل ملحا فأكل طعاما إن كان مالحا حنث وإلا فلا . وقال الفقيه لا يحنث مالم يأكل عين الملح مع الخبز أو مع شئ آخر لأن عينه مأكول ، بخلاف الفلفل وعليه الفتوى ، فإن كان فى يمينه مايدل على أنه يراد به الطعام المالح فهو على ذلك خانية .

قلت : وكذا يقال فى اللحم ونحوه ولكن ينبغى الحنث فى عرفنا فى اللحم مطلقا إذا كان ظاهرا فى الحشو فإنه يسمى آكلا له (قوله ويزاد فى الزعفران رؤية عينه) مقتضى قوله : ويزاد أنه لابد من وجود طعمه أيضا لكنه بعيد . وفى البزازية لا يأكل زعفرانا فأكل كعكا على وجهه زعفران يحنث (قوله فطبخه بأرز) أى وإن لم يجعل فيه ماء ويرى عينه إلا أن ينوى مايتخذ منه كما قدمناه أول الباب عن الخانية ، ومثله فى البزازية لكنه قال بعده وفى النوازل إن كان يرى عينه ويجد طعمه يحنث (قوله ولا ينظر الخ) ذكر هذه وما بعدها لكونها من تمام كلام الصيرفية وإلا فهى استطرادية ليست من مسائل الباب (قوله وإلى رأسه وظهره وبطنه حنث) فصل فيه فى التاترخانية ، وكذا قال فى البزازية وإن رأى الصدر والظهر والبطن أو أكثر الصدر والبطن فقد رآه وإن أقل من النصف لا وإن رآه ولم يعرفه فقد رآه وإن رآها جالسة أو متنقبة أو متقنعة فقد رآها إلا إذا عنى رؤية الوجه فيدين لا قضاء أيضا ، وإن رآه خلف الزجاج أو الستر وتبين الوجه يحنث لا من المرآة (قوله بمس اليد والرجل) مفاده أنه إذا مس غيرهما لا يحنث ، وفيه نظر . وقد يقال إنما قيد بهما لذكرهما فى النظر أى فالمس يخالف النظر فى ذلك فلا ينافى أنه يحنث بمس غيرهما ط .

مطلب عرض عليه اليمين فقال نعم

(قوله كان حالفا) لأنه إذا قال والله لتفعلن كذا فقال نعم كأنه يصير قال والله لأفعلن لأن مافى السؤال معاد

لكن فى فوائد شيخنا عن التاترخانية أنه بنعم لايصير حالفا هو الصحيح، ثم فرع أن مايقع من التعاليق فى المحاكم أن الشاهد يقول للزوج تعليقا فيقول نعم لايصح على الصحيح (التغدى الأكل المترادف الذى يقصد به الشبع) وكذا التعشى ولابد أن يأكل أكثر من نصف الشبع فى غداء وعشاء وسحور (فى وقت خاص وهو مابعد طلوع الفجر) وفى البحر عن الخلاصة عند طلوع الشمس قال: وينبغى اعتماده للعرف، زاد فى النهر وأهل مصر يسمونه فطورا إلى ارتفاع الضحى الأكبر فيدخل وقت الغداء فيعمل بعرفهم:

قلت: وكذلك أهل الشام (إلى زوال الشمس) ثم لابد أن يكون (مما يتغدى به) أهل بلده عادة وغداء كل بلدة ماتعارفه أهلها،

فى الجواب كما سيأتى آخر الأيمان (قوله لكن فى فوائد شيخنا عن التاترخانية الخ) ماعزاه إلى التاترخانية خلاف الموجود فيها، فإنه ذكر فيها مسألة ثم قال: وهذه المسألة تشير إلى أن الرجل إذا عرض على غيره يمينا من الأيمان فيقول ذلك الغير نعم أنه يكفى ويصير حالفا بتلك اليمين التى عرضت عليه، وهذا فصل اختلف فيه المتأخرون قال بعضهم لايكفى وقال بعضهم يكفى، وهذه المسألة دليل عليه وهو الصحيح اه فعلم أن قوله فى الفوائد: لايصير حالفا صوابه يصير بدون لا كما نبه عليه السيد الحموى، ويؤيده ماقدمناه عن الخانية قبيل قوله إن فعل كذا فهو كافر وفى آخر أيمان الفتح: ولو قال عليك عهد الله إن فعلت فقال نعم، فالحالف المجيب ولا يمين على المبتدئ ولو نواه اه أى لأن قوله عليك صريح فى التزام العهد أى اليمين على المخاطب، فلا يمكن أن يكون يمينا على المبتدئ، بخلاف ما إذا قال والله لتفعلن وقال الآخر نعم فإنه إذا نوى المبتدئ التحليف والمجيب الحلف يصير كل منهما حالفا الخ مانقله ح عن البحر فراجعه. وفى مجموع النوازل قال لآخر: والله لا أجئ إلى ضيافتك فقال الآخر ولا تجيء إلى ضيافتى فقال نعم يصير حالفا ثانيا اه وبه جزم فى الذخيرة والفتح؛ وبما ذكرناه مع ماقدمناه عن الخانية علم أنه لافرق بين التعليق والحلف بالله تعالى فافهم (قوله ثم فرع) من كلام المصنف فالضمير عائد إلى شيخه (قوله أن الشاهد) أى كاتب القاضى وهذا بدل من قوله أن مايقع (قوله يقول للزوج تعليقا) أى يقول له كلاما فيه تعليق كأن يقول له: إن تزوجت عليها تكن طالقا (قوله لايصح على الصحيح) أى المنقول عن التاترخانية وقد علمت أنه خلاف مافيها؛ فالصحيح أنه يصح كما مر عن الصيرفية ولم يثبت اختلاف التصحيح فافهم.

مطلب حلف لايتغدى أو لايتعشى

(قوله التغدى الخ) هذا أولى من قول غيره الغداء والعشاء، لأن الغداء والعشاء بفتح أولهما مع المد اسم لمايؤكل فى الوقتين، لا للأكل فيهما والمحلوف عليه الأكل فيهما لا المأكول، وإن أجاب عنه فى الفتح بأنه تساهل معروف المعنى لايعترض به اه (قوله الأكل المترادف) فلو أكل لقمتين ثم فصل بزمن يعد فاصلا ثم أكل لقمتين وهكذا لايكون غداء ط (قوله الذى يقصد به الشبع) احترز به عن أكل نحو لقمة ولقمتين أو أكثر مالم يبلغ نصف الشبع كما فى الفتح، وأما الاحتراز عن نحو اللبن والتمر فسيذكره فى قوله مما يتغدى به عادة فافهم (قوله وكذا التعشى) ومثله التسحر على الظاهر ط (قوله أكثر من نصف الشبع) كذا فى البحر عن الزيلعى، والظاهر أن المراد به الشبع المعتاد له لا الشرعى كالثلث وظاهره عدم الحنث بأكل نصف الشبع ط (قوله فيدخل وقت الغداء) وينتهى إلى العصر لأنه أول وقت العشاء فى عرفنا كما يأتى (قوله إلى زوال الشمس) غاية لقوله وهو مابعد طلوع الفجر، وكان المناسب عدم الفصل بينهما (قوله وغداء كل بلدة ماتعارفه أهلها) يغنى عنه ما قبله ومثله العشاء

حتى لوشبع بشرب اللبن يحنث البدوى لاالحضرى زيلعى (والتعشى منه) أى الزوال . وفى البحر عن الإسبيجابى : وفى عرفنا وقت العشاء بعد صلاة العصر اه .

قلت : وهو عرف مصر والشام (إلى نصف الليل ،والسحور هو الأكل بعدنصف الليل إلى طلوع الفجر ، قال إن أكلت أو) قال إن (شربت أو لبست) أو نكحت ونحو ذلك فعبدى حر (ونوى معينا) أى خبزا أو لبنا أو قطنا مثلا (لم يصدق أصلا) فيحنث بأى شيء أكل أو شرب وقيل يدين، كمالونوى كل الأطعمة أو كل مياه العالم حتى لايحنث أصلا لنيته محتمل كلامه (ولو ضم) لأن أكلت (طعاما أو) شربت (شرابا أو) لبست

والسحور ط (قوله حتى لو شبع الخ) قال الكرخى : إذا حلف لايتغدى فأكل تمرا أو أرزا أو غيره حتى شبع لايحنث ، ولا يكون غداء حتى يأكل الخبز ، وكذلك إن أكل لحما بغير خبز اعتبارا للعرف كذا فى الاختيار ونحوه فى البحر والفتح ،والظاهر أنه مبنى على أن المراد بالغداء ما يتغدى به فى العرف غالبا ،وهذا وإن كان يتغدى به فى العرف لكنه قليل ، ونظيره ما مر فى الإدام . وفى البحر عن المحيط : لو تغدى بالعنب لايحنث إلا أن يكون من أهل الرستاق ممن عادتهم التغدى به فى وقته (قوله بعد صلاة العصر) والظاهر أنه ينتهى إلى دخول وقت السحور (قوله والسحور) بالفتح مايؤكل وبالضم فعل الفاعل مصباح ،والمناسب هنا ضبطه بالضم لقوله هوالأكل وليناسب التعبير بالتغدى والتعشى . قال فى الفتح : لما كان السحور مايؤكل فى السحر والسحر من الثلث الأخير سمى مايؤكل فى النصف الثانى لقربه من الثلث الأخير سحورا بالفتح والأكل فيه التسحر اه .

قلت : فى زماننا لايطلقون السحور إلا على مايؤكل ليلا لأجل الصوم .

مطلب قال إن أكلت أو شربت ونوى معينا لم يصح

(قوله ونحو ذلك) كما لو حلف لايركب أو لايغتسل ، أو لاينكح، أو لايسكن دار فلان، أو لايتزوج امرأة ونوى الخيل أو من جنابة امرأة معينة ، أو بالإجارة أو الاعارة أو كوفية لم تصح نيته أصلا نهر (قوله أى خبزا أو لبنا الخ) لف ونشر مرتب ، وأفاد أنه ليس المراد بالمعين الفرد الشخصى ، بل مايعم النوعى (قوله لم يصدق أصلا) أى لاقضاء ولا ديانة ، لأن النية إنما تعمل فى الملفوظ لتعين بعض محتملاته وما نواه غير مذكور نصا فلم تصادف النية محلها فلغت نهر (قوله وقيل يدين) هو رواية عن الثانى ، واختاره الخصاف لأنه مذكور تقديرا وإن لم يذكر تنصيصا . وأجيب بأن تقديره لضرورة اقتضاء الأكل مأكولا وكذا اللبس والشراب ، والمقتضى لاعموم له كذا قالوا . والتحقيق أن هذا ليس من المقتضى لأنه مايقدر لتصحيح المنطوق بأن يكون الكلام كذبا ظاهرا كرفع الخطإ والنسيان ، أو غير صحيح شرعا كأعتق عبدك عنى ، وقولك لا آكل خال عن ذلك، نعم المفعول أعنى المأكول من ضروريات وجود الأكل ومثله ليس من المقتضى بل من حذف المفعول اقتصارا وإلا لزم أن يكون كل كلام مقتضى إذ لابد أن يستدعى مكانا وزمانا ، وحيث كان هذا المصدر ضروريا للفعل لايصح تخصيصه وإن عم بوقوعه فى سياق النفى فإن من ضرورة ثبوت الفعل فى النفى ثبوت المصدر العام بدون ثبوت التصرف فيه بالتخصيص فإن عمومه ضرورة تحقق الفعل فى النفى فلا يقبل التخصيص ، بخلاف إن أكلت أكلافإن الاسم مذكور صريحا فيقبله وتمامه فى الفتح (قوله كما لو نوى الخ) أى كما يصدق ديانة لو نوى كل الأطعمة أو المياه ، حتى لو أكل طعاما أو طعامين أو أكثر لا يحنث ، وكذا لو شرب مدة عمره لأنه لم يأكل الكل ولم يشرب الكل .

(ثوبادين) إذا قال عنيت شيئا دون شيء لأنه ذكر اللفظ العام القابل للتخصيص، لأنه نكرة فى سياق الشرط فتعم كالنكرة فى النفى، والأصل أن النية إنما تصح فى الملفوظ إلا فى ثلاث فيدين فى فعل الخروج والمساكنة وتخصيص الجنس كحبشية أو عربية لا الصفة ككوفية أو بصرية فتح

ثم اعلم أنه لامحل لذكر هذه المسألة هنا بل محلها بعد قوله: ولو ضم طعاما الخ كما فعله فى البحر: أى فيما إذا صرح بالمفعول كما نبه عليه ويدل عليه التعليل بقوله لنيته محتمل كلامه، لأنه إذا لم يصرح به ويكون بمعناه لا أوجد أكلا أو شربا أو لبسا فيحنث بكل أكل وجد، ولذا لم تصح نيته المعين منه بخلاف ماإذا صرح به، لأن طعاما المذكور يحتمل البعض والكل فأيهما نوى صح، ولذا نقل فى البحر عن المحيط أنه يصدق قضاء أيضا وعلله فى البدائع بأنه نوى حقيقة كلامه، ثم نقل عن الكشف أنه إنما يصدق ديانة فقط، وقال: لأنه خلاف الظاهر، لأن الإنسان إنما يمنع نفسه عما يقدر عليه والكل ليس فى وسعه وفيه تخفيف عليه أيضا وتمامه فيه.

أقول: ويظهر لى ترجيح الأول لأنه إذا نوى البعض إنما يصدق ديانة فقط كما يأتى وهذا لا نزاع فيه، ويلزم منه أن يصدق قضاء وديانة إذا نوى الكل، لأن عدم تصديقه فى الأول قضاء لأنه خلاف ظاهر اللفظ، فيكون الظاهر العموم وإلا لزم تصديقه قضاء فى نية الخصوص. وفى تلخيص الجامع: إن كلمت بنى آدم أو الرجال أو النساء حنث بالفرد إلا أن ينوى الكل، قال شارحه: فيصدق ديانة وقضاء ولايحنث أبدا لأن الصرف إلى الأدنى عند الإطلاق لتصحيح كلامه، فإذا نوى الكل فقد نوى حقيقة كلامه فيصدق، وقيل: لا يصدق قضاء لأن الحقيقة مهجورة اهـ وسيأتى هذا آخر الباب، وتعبيره عن الثانى بقيل يفيد ضعفه وترجيح الأول كما قلنافافهم (قوله دين) أى يوكل إلى دينه فيما بينه وبين ربه تعالى وأما القاضى فلا يصدقه لأنه خلاف الظاهر، وقدمنا فى الطلاق أن المرأة كالقاضى (قوله لأنه نكرة فى سياق الشرط فتعم) لأن الحلف فى الشرط المثبت يكون على نفيه، فقوله إن لبست ثوبا فى معنى لا ألبس ثوبا (قوله إلا فى ثلاث فيدين الخ) يعنى لوقال: إن خرجت فعبدى حر ونوى السفر مثلا أو إن ساكنت فلانا فعبدى حر ونوى المساكنة فى بيت واحد يدين لأن الخروج فى نفسه متنوع إلى سفر وغيره حتى اختلفت أحكامهما، فقبلت إرادة أحد نوعيه، وكذا المساكنة متنوعة إلى كاملة هى المساكنة فى بيت واحد ومطلقة وهى ماتكون فى دار، فإرادة المساكنة فى بيت إرادة أخص أنواعها كما فى الفتح.

وحاصله: أن النية صحت هنا لكون المصدر متنوعا لا باعتبار عمومه فهو تخصيص أحد نوعى الجنس، وزاد فى تلخيص الجامع إن اشتريت ونوى الشراء لنفسه: أى فتصح نيته ديانة، وإن لم يذكر المفعول لتنوع الشراء، فإنه تارة يكون لنفسه. وتارة يكون لموكله ولذا رتب على الأول الملك لنفسه، وعلى الثانى الملك للموكل وهذا بخلاف ماإذا نوى الخروج لبغداد أو المساكنة بالاجارة أو الشراء لعبد، فإن الفعل فيه غير متنوع، فلم يصح تخصيصه بالنية بدون ذكر كما فى شرح التلخيص.

قلت: ونظير ذلك ماإذا قال أنت بائن ونوى الثلاث أو الواحدة يصح بخلاف نية الثنتين، لأن البينونة نوعان غليظة وخفيفة. فتصح نية إحداهما بخلاف الثنتين لأنه عدد محض كما مر تقريره فى محله، لكنه يصدق فى نية البينونة قضاء. قال فى الفتح: وكذا لو حلف لايتزوج امرأة ونوى كوفية أوبصرية لايصح لأنه تخصيص الصفة، ولو نوى حبشية أو عربية صحت ديانة لأنه تخصيص الجنس، ثم قال: وكون إرادة نوع ليس تخصيصا للعام مما يقبل المنع لأنه لايخرج عن قصر عام على بعض متناولاته اهـ.

. . . .

أقول : قد يقال لاعموم هنا ولا تخصيص لعام ، وإنما هو إرادة أحد محتملى اللفظ المشترك أو أحد نوعى الجنس كما فى التوضيح والتلويح ، والأول أولى وبيانه أن الخروج مشترك بين السفر والانفصال من داخل إلى خارج وكذا المساكنة مشتركة بين الكاملة وهى ماتكون فى بيت واحد ومطلقة وهى ما تكون فى الدار مطلقا ، وكذا الشراء فإنه يحتمل الخاص وهو ما يكون له والمطلق ، ولكن لما كان المتبادر عرفا هو المعنى الثانى فى المسائل الثلاث صدق ديانة فقط فى نية المعنى الأول منها ، ولا يصدقه القاضى لأنه خلاف الظاهر ، وله نظائر فى تلخيص الجامع لو قال : إن جامعتك أو باضعتك فهو على الجماع فى الفرج ، لأنه المتفاهم عرفا إلا أن ينوى مادونه للاحتمال لكن لايصرف عن الظاهر فى القضاء فيحنث بهما أى إذا نوى ما دونه يحنث به عملا باقراره على نفسه بالحنث ، ويحنث بالجماع فى الفرج لتبادره ، وكذا إن وطئتك فعبدى حر إلا أن يعنى الوطء بالقدم ، وفى إن أتيتك ينوى لاستواء احتمالى الجماع والزيارة ، لكن لو نوى الزيارة حنث بالجماع لأنه زيارة وزيادة اه .

وبما قررناه : ظهر الفرق بين هذه المسائل المستثناة وبين مامر فى لا آكل ونحوه فإن حقيقة الأكل فيه واحدة فلم تصح نية التخصيص ، بخلاف ماإذا صرح بالمفعول فإنه لفظ صريح فيصح تخصيصه ، لكن نية التخصيص إنما تصح فيما كان من أفراد ذلك العام وهو المأكولات كالخبز ونحوه دون ما كان من متعلقاته الضرورية كالزمان والمكان والوصف ، فلو نوى فى زمان كذا لم يصح ومثله لا أتزوج امرأة ونوى حبشية أو عربية فإنها بعض أفراد العام ، لأن الانسان أنواع : حبشى ، وعربى ، وروى ، باعتبار أصوله الذين ينسب إليهم بخلاف كوفية أو بصرية لأنه وصف ضرورى راجع إلى تخصيص المكان وهو غير ملفوظ صريحا فلا تصح نيته كبقية الصفات الضرورية ومثله مافى البحر عن البدائع : لايكلم هذا الرجل ونوى مادام قائما لم يصح بخلاف ، لايكلم هذا القائم ونوى ذلك يدين لتخصيصه الملفوظ ، وكذا لأضربنه خمسين ونوى سوطا بعينه فإنه يبر بأى شئ ضربه وكذا لاأتزوج امرأة أبوها يعمل كذا وكذا فهو باطل اه .

وظهر بما قررناه أيضا : أن الاستثناء فى المسائل الثلاث فى غير محله لأن النية إنما وجدت فى الملفوظ أيضا لأن الفعل فيها صار مشتركا بواسطة اشتراك المصدر تأمل على أن لاأتزوج امرأة صرح فيه بالمفعول ، فهو مثل لاآكل طعاما ولعله ذكره لينبه على أنه إنما يصح فيه تخصيص الجنس فقط دون الوصف ، لكن فيه أن لا آكل طعاماً كذلك بدليل أنه لو نوى لقمة أو لقمتين لم يصح على أنه يخالفه مايذكره قريبا فيما لو قال نويت من بلد كذا فإنه يصدق ديانة لاقضاء ، ولعل فى المسألة قولين يدل عليه أنه فى التتارخانية قال وروى عن محمد فيمن قال لا أتزوج امرأة ونوى كوفية أو بصرية الخ وذكر فيها أيضا إن تزوجت فعبدى حر وقال عنيت فلانة وامرأة من أهل الكوفة لا يصح ولو قال : إن تزوجت امرأة وقال عنيت فلانة يصح اه وهذا ظاهر لأنه فى الأول لم يذكر المفعول .

ثم اعلم أنه يرد مامر فى يمين الفور حيث خصص بما دلت عليه القرينة كالغداء المدعو إليه ولعل وجهه أن العرف جعل اللفظ كالمصرح به ولا سيما إذا كان جوابا لكلام قبله لأن السؤال معاد فيه فلم يكن تخصيصا للعام الغير مذكور بالنية ، وهذا الموضع من مشكلات مسائل الأيمان ولم أجد من أعطاه حقه من البيان وما ذكر به هو غاية ماظهر لفهمى القاصر وفكرى الفاتر .

(نية تخصيص العام تصح ديانة) إجماعا ، فلو قال : كل امرأة أتزوجها فهى طالق ثم قال : نويت من بلد كذا (لا) يصدق (قضاء) وكذا من غصب دراهم إنسان فلما حلفه الخصم عاما نوى خاصا (به يفتى) خلافا للخصاف . وفى الولوالجية : متى حلفه ظالم وأخذ بقول الخصاف ، فلا بأس

مطلب نية تخصيص العام تصح ديانة لاقضاء خلافا للخصاف

(قوله نية تخصيص العام تصح ديانة لاقضاء) هذه الجملة بمنزلة التعليل لقوله قبله ولو ضم طعاما أو شرابا أو ثوبا دين لما علمت من أنه إذا ضم ذلك يصير نكرة فى سياق الشرط فتعم ، والعام تصح فيه نية التخصيص ، لكن لايصدقه القاضى لأنه خلاف الظاهر .

واعلم أن الفعل لايعم ولا يتنوع كما فى تلخيص الجامع لأن العموم للأسماء لاللفعل هو المنقول عن سيبويه كذا فى شرحه للفارسى .

قلت : ويرد عليه ما مر من مسألة الخروج والمساكنة والشراء إلا أن يقال كما مر إن التنوع هناك للفعل بواسطة مصدره لا لأصالة تأمل .

[تنبيه] قيد بالنية لأن تخصيص العام بالعرف يصح ديانة وقضاء أيضا ، وأما الزيادة على اللفظ بالعرف فلا تصح كما أوضحنا ذلك أول باب اليمين فى الدخول والخروج ، بقى هل يصح تعميم الخاص بالنية؟ قال فى الأشباه لم أره .

قلت : والظاهر أن تعميمه من الزيادة على اللفظ ، وإذا لم تصح الزيادة عليه بالعرف فلا تصح بالنية الأولى لأن العرف ظاهر بخلاف النية تأمل (قوله لايصدق قضاء) ظاهره أنه يصدق ديانة ، وهو مخالف لقوله آنفا لاالصفة ككوفية أو بصرية أى أنه لايدين فيها كما نبهنا عليه ، وما ذكره الشارح مأخوذ من الولوالجية كما ذكره فى البحر ، ومثله فى البزازية حيث قال : كل امرأة من بلد كذا لايصدق فى ظاهر الرواية ، وذكر الخصاف أنه يصدق وهذا بناء على جواز تخصيص العام بالنية فالخصاف جوزه وفى الظاهر لا ، وعلى هذا لو أخذ منه دراهم وحلفه على أنه ماأخذ منه شيئا ونوى الدنانير فالخصاف جوزه ، والظاهر خلافه والفتوى على الظاهر ، وإذا أخذ بقول الخصاف فيما إذا وقع فى يد الظلمة لابأس به اهـ .

قلت : وهذا كله فى القضاء أما فى الديانة فنية تخصيص العام صحيحة بالإجماع كما فى البحر وقد مر :

والحاصل أن نية تخصيص العام تصح فى ظاهر الرواية ديانة فقط ، وعند الخصاف تصح قضاء أيضا وهذا إذا كان العام مذكورا وإلا فلا تصح نية تخصيصه أصلا فى ظاهر الرواية ، وقيل يدين كما قدمه الشارح وقدمنا أنه رواية عن الثانى وأنه اختاره الخصاف فصار حاصل مااختاره الخصاف أنه فى المذكور يصدق ديانة وقضاء وفى غيره ديانة فقط (قوله متى حلفه ظالم وأخذ بقول الخصاف فلابأس) أقول : المناسب أن يكون أخذ بضم أوله مبنيا للمجهول أى وأخذ القاضى إذ لامعنى لأخذ الحالف به قضاء لأن أخذ الحالف بمانواه غير خاص بقول الخصاف ه

مطلب إذا كان الحالف مظلوما يفتى بقول الخصاف

والحاصل أنه لو حلفه ظالم فحلف ونوى تخصيص العام أو غير ذلك مما هو خلاف الظاهر وعلم القاضى بحاله لايقضى عليه ، بل يصدقه أخذا بقول الخصاف ، وأما إذا لم يكن مظلوما فلا يصدقه فافهم . قال فى الفتاوى

وقالوا : النية للحالف لو بطلاق أو عتاق وكذا بالله لو مظلوما وإن ظالما فللمستحلف ولا تعلق للقضاء فى اليمين بالله .

الهندية عن الخلاصة ماحاصله : أراد السلطان استحلافه بأنك ماتعلم غرماء فلان وأقرباءه ليأخذ منهم شيئا بلا حق لايسعه أن يحلف ، والحيلة أن يذكر اسم الرجل وينوى غيره وهذا صحيح عند الخصاف لافى ظاهر الرواية فإن كان الحالف مظلوما يفتى بقول الخصاف ، ولو حلفه القاضى ماله عليك كذا فحلف وأشار بأصبعه فى كمه إلى غير المدعى صدق ديانة لاقضاء اه :

مطلب النية للحالف لو بطلاق أو عتاق

(قوله وقالوا النية للحالف الخ) قال فى الخانية : رجل حلف رجلا فحلف ونوى غير مايريد المستحلف إن بالطلاق والعتاق ونحوه يعتبر نية الحالف إذا لم ينو الحالف خلاف الظاهر ظالما كان الحالف أو مظلوما ، وإن كانت اليمين بالله تعالى ، فلو الحالف مظلوما فالنية فيه إليه وإن ظالما يريد إبطال حق الغير اعتبر نية المستحلف وهو قول أبى حنيفة ومحمد اه .

قلت : وتقييده بما إذا لم ينو خلاف الظاهر يدل على أن المراد باعتبار نية الحالف اعتبارها فى القضاء . إذ لاخلاف فى اعتبار نية ديانة وبه علم الفرق بينه وبين مذهب الخصاف ، فإن عنده تعتبر نية فى القضاء أيضا ويفتى بقوله إذا كان الحالف مظلوما كما علمت . وفى الهندية عن المحيط ذكر إبراهيم النخعى اليمين على نية الحالف لو مظلوما وعلى نية المستحلف لو ظالما ، وبه أخذ أصحابنا مثال الأول : لو أكره على بيع شئ بيده فحلف بالله أنه دفعه إلى فلان يعنى بائعه لئلا يكره على بيعه لايكون يمين غموس حقيقة ، لأنه نوى ما يحتمله لفظه ، ولا معنى لأن الغموس مايقتطع بها حق مسلم ومثال الثانى : لو ادعى شراء شئ فى يد آخر بكذا وأنكر فحلفه بالله ماوجب عليك تسليمه إلى فحلف ونوى التسليم إلى المدعى بالهبة لا بالبيع ، فهذا وإن كان صادقا فهو غموس معنى فلا تعتبر نيته . قال الشيخ الإمام خواهر زاده هذا فى اليمين بالله تعالى ، فلو بالطلاق أو العتاق وهو ظالم أولا ونوى خلاف الظاهر بأن نوى الطلاق عن وثاق أو العتاق عن عمل كذا أو نوى الاخبار فيه كاذبا فإنه يصدق ديانة ، لأنه نوى محتمل لفظه إلا أنه لو ظالما أثم إثم الغموس لأنه وإن كان مانوى صدقا حقيقة إلا أن هذا اليمين غموس معنى لأنه قطع بها حق مسلم اه ملخصا وقوله : ونوى خلاف الظاهر وقوله بعده فإنه يصدق ديانة يدل على أنه لايصدق قضاء ، وهذا على إطلاقه موافق لظاهر الرواية ، أما على مذهب الخصاف فيفرق بين المظلوم فيصدق قضاء أيضا وبين الظالم فلا يصدق .

والحاصل : أن الحلف بطلاق ونحوه تعتبر فيه نية الحالف ظالما أو مظلوما إذا لم ينو خلاف الظاهر كما مر عن الخانية ، فلا تطلق زوجته لاقضاء ولا ديانة ، بل يأثم لو ظالما إثم الغموس ، ولو نوى خلاف الظاهر ، فكذلك لكن تعتبر نية ديانة فقط ، فلا يصدقه القاضى بل يحكم عليه بوقوع الطلاق إلا إذا كان مظلوما على قول الخصاف ويوافقه ماقدمه الشارح أول الطلاق من أنه لو نوى الطلاق عن وثاق دين إن لم يقرنه بعدد ولو مكرها صدق قضاء أيضا اه :

وأما الحلف بالله تعالى فليس للقضاء فيه مدخل لأن الكفارة حقه تعالى لاحق فيها للعبد حتى يرفع الحالف إلى القاضى كما فى البحر ، لكنه إن كان مظلوما تعتبر نيته فلا يأثم لأنه غير ظالم وقد نوى مايحتمله لفظه فلم يكن غموسا

حلف (لايشرب من) شيء يمكن فيه الكرع نحو (دجلة فيمينه (على الكرع) منه حتى لو شرب من نهر أخذ منه لم يحنث ، وفى البحر عن الظهيرية : الكرع لايكون إلا بعد الخوض فى الماء لكن فى القهستانى عن الكشف أنه ليس بشرط (بخلاف من ماء دجلة) فيحنث بغير الكرع أيضا (وفيما لايتأتى فيه الكرع) كالبئر والحب يحنث (ب)الشرب ب (الإناء مطلقا) سواء قال من البئر أو من ماء البئر لتعين المجاز (ولو تكلف الكرع فيما لايتأتى فيه ذلك) أى الكرع (لايحنث) فى الأصح لعدم العرف (إمكان تصور البر

لالفظا ولامعنى وإن كان ظالما تعتبر نية المستحلف فيأثم إثم الغموس وإن نوى مايحتمله لفظه قال ح وهذا مخصص لعموم قولهم نية تخصيص العام تصح ديانة ، فاغتنم توضيح هذا المحل :

مطلب حلف لايشرب من دجلة فهو على الكرع

(قوله يمكن فيه الكرع) قال فى المصباح : كرع الماء كرعا من باب نفع وكروعا شرب بفيه من موضعه فإن شرب بكفيه أو بشيء آخر فليس بكرع وكرع فى الإناء أمال عنقه إليه فشرب منه (قوله فيمينه على الكرع منه الخ) قال فى الفتح : أى بأن يتناوله بفمه من نفس النهر عند أبى حنيفة يعنى إذا لم يكن له نية ، فلو نوى بإناء حنث به إجماعا وقال إذا شرب منها كيفما شرب حنث بلا فرق بينه وبين قوله من ماء دجلة اهـ :

قلت : وهو المتعارف فى زماننا ، بخلاف من هذا الكوز فإنه على الكرع منه فى العرف أيضا . وفى البحر عن المحيط لايشرب من هذا الكوز فحقيقته أن يشرب منه كرعا ، حتى لو صب على كفه وشرب لم يحنث اهـ لكن فيه إن وضعه على فمه وشربه منه لايسمى كرعا كما علم من تعريفه تأمل (قوله لم يحنث) لعدم الكرع فى دجلة لحدوث النسبة إلى غيره بحر (قوله لايكون إلا بعد الخوض فى الماء) فإنه من الكراع ، وهو من الإنسان مادون الركبة ومن الدواب مادون الكعب كذا قال الشيخ الإمام نجم الدين النسفى بحر عن الظهيرية (قوله لكن فى القهستانى الخ) مثله فى المنح عن التلويح ، وفى النهر وهذا الشرط أهمله شراح الهداية كغيرهم لما قدمناه عن المغرب أى من أن الكرع تناول الماء بالفم من موضعه ولو إناء (قوله فيحنث بغير الكرع أيضا) كما إذا تناوله بكفه أو باناء من غير أن يدخل فمه داخله (قوله كالبئر والحب) أى إذا لم يكونا ممتلئين وإلا حنث بالكرع والحب بالحاء المهملة الخابية والكرامة غطاؤها ويقال لك عندى حب وكرامة يعنى خابية وغطاؤها ط (قوله ولو تكلف الكرع) أى من أسفل البئر فيما إذا قال : لا أشرب من هذا البئر بدون إضافة ماء (قوله لعدم العرف) لأن اليمين انعقد على غير الكرع لكون الحقيقة مهجورة كما فى لايضع قدمه فى دار فلان :

[تنبيه] قال فى الفتح : ونظير المسألتين مالوحلف لايشرب من هذا الكوز فصب الماء فى كوز آخر فشرب منه لايحنث بالإجماع ولو قال من ماء هذا الكوز فصب فى كوز آخر فشرب منه حنث بالإجماع وكذا لو قال من هذا الحب أو من ماء هذا الحب فنقل إلى حب آخر اهـ :

مطلب تصور البر فى المستقبل شرط انعقاد اليمين وبقائها

(قوله إمكان تصور البر) قال فى المنح كل ماوقع فى هذه المسائل من لفظ تصور فمعناه ممكن وليس معناه متعقل اهـ فالصواب حينئذ إسقاط تصور كما هو فى بعض النسخ ط :

قلت : لكن عبر فى البحر وعليه فالمراد بتصوره كونه ذا صورة أى كونه موجودا فالمراد إمكان وجوده

فى المستقبل شرط انعقاد اليمين) ولو بطلاق (وبقاؤها) إذ لابد من تصور الأصل لتنعقد فى حق الحلف وهو الكفارة ثم فرع عليه (ففى) حلفه (لأشربن ماء هذا الكوز اليوم ولا ماء فيه أوكان فيه) ماء (وصب) ولو بفعله أو بنفسه (فى يومه) قبل الليل (أو أطلق) يمينه عن الوقت (ولا ماء فيه لايحنث) سواء علم وقت الحلف أن فيه ماء أولا فى الأصح

فى المستقبل أى إمكانه عقلا وإن استحال عادة احترازا عما لايمكن عقلا ولا عادة كما فى المثال الآتى فهذا لاتنعقد فيه اليمين ولا تبقى منعقدة بخلاف ما أمكن وجوده عقلا وعادة أو عقلا فقط مع استحالته عادة كما فى مسألة صعود السماء وقلب الحجر ذهبا فإنها تنعقد كما سيأتى (قوله فى المستقبل) قيد لبيان الواقع لأن المنعقدة لا تتأتى فى غيره (قوله شرط انعقاد اليمين) أى المطلقة أو المقيدة بوقت (قوله ولو بطلاق) تعميم لليمين أى لا فرق بين اليمين بالله تعالى أو بطلاق (قوله وبقائها) أى شرط بقاء اليمين منعقدة ، وهذا فى اليمين المقيدة فقط فإذا قال : والله لأوفينك حقك غدا فمات أحدهما قبل الغد بطلت اليمين ، بخلاف المطلقة حيث لايشترط لها تصور البر فى البقاء باتفاق كما يأتى فى قوله وإن أطلق وكان فيه ماء فصب حنث (قوله إذ لابد من تصور الأصل الخ) بيانه أن اليمين إنما تنعقد لتحقيق البر فإن من أخبر بخبر أو وعد بوعد يؤكده باليمين لتحقيق الصدق فكان المقصود هو البر ثم تجب الكفارة خلفا عنه لرفع حكم الحنث ، وهو الإثم ليصير بالتكفير كالبار ، فإذا لم يكن البر متصورا لا تنعقد فلا تجب الكفارة خلفا عنه لأن الكفارة حكم اليمين ، وحكم الشيء إنما يثبت بعد انعقاده كسائر العقود وتمامه فى شرح الجامع الكبير . ثم اعلم أن هذا الأصل وما فرع عليه قولهما وقال أبو يوسف : لايشترط تصور البر .

مطلب حلف لايشرب ماء هذا الكوز ولا ماء فيه أو كان فيه ماء فصب

(قوله ففى حلفه الخ) فى محل مفعول فرع .

وحاصل المسألة أربعة أوجه : لأن اليمين إما مقيدة ، أو مطلقة ، وكل منهما على وجهين : إما أن لا يكون فيه ماء أصلا أو كان فيه ماء وقت الحلف ثم صب ، ففى المقيدة لايحنث فى الوجهين لعدم انعقادها فى الوجه الأول ولبطلانها عند الصب فى الثانى وفى المطلقة لايحنث أيضا فى الوجه الأول لعدم الانعقاد ويحنث فى الثانى (قوله اليوم) أى مثلا إذ المراد كل وقت معين من يوم أو جمعة أو شهر (قوله أو بنفسه) أى أو الصب بنفسه بلا فعل أحد (قوله قبل الليل) أشار إلى أن المراد باليوم بياض النهار فلا يدخل فيه الليل (قوله أولا) صادق بما إذا علم عدم الماء فيه أو لم يعلم شيئا وقصره الاسبيجابى على الثانى لأنه إذا علم تقع يمينه على مايخلقه الله تعالى فيه ، وقد تحقق العدم فيحنث وصحح الزيلعى الإطلاق ، وبه جزم فى الفتح فقوله فى الأصح قيد للتعميم . فى قوله أولا لكن فصل المصنف فى قوله الآتى ليقتلن فلانا بين علمه بموته فيحنث ، وبين عدمه فلا ومثله فى الكنز فيحمل ما هنا على التفصيل الآتى فيقيد عدم حنثه بما إذا لم يعلم لكن فرق الزيلعى هناك بأن حنثه إذا علم تكون يمينه عقدت على حياة ستحدث وهو متصور أما هنا فلأن مايحدث فى الكوز غير المحلوف عليه اه أى لأن المحلوف عليه ماء مظروف فى الكوز وقت الحلف دون الحادث بعد .

قلت : وفيه نظر فإنه إذا علم بأنه لا ماء فيه يراد ماء مظروف فيه بعد الحلف أى ماء سيحدث مثل لأقتلن زيدا فإن القتل إزهاق الروح فإذا علم بموته يراد روح ستحدث لكن سيأتى أن ذات الشخص لم تتغير بخلاف الماء فليتأمل .

لعدم إمكان البر (وإن) أطلق و (كان) فيه ماء (فصب حنث) لوجوب البر فى المطلقة كما فرغ وقد فات بصبه، أما الموقتة ففى آخر الوقت، وهذا الأصل فروعه كثيرة:

منها إن لم تصلى الصبح غدا فأنت كذا لايحنث بحيضها بكرة فى الأصح، ومنها إن لم تردى الدينار الذى أخذتيه من كيسى فأنت طالق فإذا الدينار فى كيسه لم تطلق لعدم تصور البر:

[تنبيه] قال ط: هل يأثم إذا علم أنه لاماء فيه؟ قياس مامر عن التمرتاشى فى ليصعدن السماء الإثم اهـ:

قلت: وقد مر أن الغموس تكون على المستقبل فهذا منها (قوله لعدم إمكان البر) اعترض بأن البر متصور فى صورة الإراقة لأن الإعادة ممكنة، وأجيب بأن البر إنما يجب فى هذه الصورة فى آخر جزء من أجزاء اليوم بحيث لايسع فيه غيره فلايمكن إعادة الماء فى الكوز وشربه فى ذلك الزمان اهـ ح عن العناية (قوله لوجوب البر فى المطلقة كما فرغ) قال فى الفتح: لقائل أن يقول وجوبه فى الحال إن كان بمعنى تعينه حتى يحنث فى ثانى الحال، فلا شك أنه ليس كذلك، وإن كان بمعنى الوجوب الموسع إلى الموت، فيحنث فى آخر جزء من الحياة فالموقتة كذلك، لأنه لايحنث إلا فى آخر جزء من الوقت الذى ذكره فذلك الجزء بمنزلة آخر جزء من الحياة فلأى معنى تبطل اليمين عند آخر جزء من الوقت فى الموقتة، ولم تبطل عند آخر جزء من الحياة فى المطلقة اهـ:

وأجاب فى النهر بما حاصله: أن الحالف فى الموقتة لم يلزم نفسه بالفعل إلا فى آخر الوقت بخلاف المطلقة لأنه لافائدة فى التأخير:

قلت: أنت خبير بأنه غير دافع مع استلزامه وجوب البر فى المطلقة على فور الحلف، وإلا فلا فرق فافهم، ويظهر لى الجواب بأن المقيدة لما كان لها غاية معلومة لم يتعين الفعل إلا فى آخر وقتها فإذا فات المحل فقد فات قبل الوجوب، فتبطل ولا يحنث لعدم إمكان البر وقت تعينه أما المطلقة فغايتها آخر جزء من الحياة وذلك الوقت لايمكن البر فيه، ولا خلفه وهو الكفارة ففى تأخير الوجوب إليه إضرار بالحالف، لأنه إذا حنث فى آخر الحياة لايمكنه التكفير ولا الوصية بالكفارة، فيبقى فى الإثم فتعين الوجوب قبله ولا ترجيح لوقت دون آخر، فلزم الوجوب عقب الحلف موسعا بشرط عدم الفوات، فإذا فات المحل ظهر أن الوجوب كان مضيقا من أول أوقات الإمكان ونظيره ماقرروه فى القول بوجوب الحج موسعا، فقد ظهر المعنى الذى لأجله اعتبر آخر الوقت فى الموقتة ولم يعتبر آخر الحياة فى المطلقة هذا ماوصل إليه فهمى القاصر فتدبره (قوله وهذا الأصل) وهو إمكان البر فى المستقبل (قوله منها الخ) ومنها ماسيذكره المصنف فى باب اليمين بالضرب والقتل بقوله: لو حلف ليقضين دينه غدا فقضاه اليوم الخ، ومنها مافى البحر لو قال لها بعد ما أصبح: إن لم أجامعك هذه الليلة فأنت كذا ولا نية له فإن علم أنه أصبح انصرف إلى الليلة القابلة، وإن نوى تلك الليلة بطلت يمينه، وكذا إن نمت الليلة أو إن لم أبت الليلة هنا وقد انفجر الصبح، وهو لا يعلم لايحنث لأن النوم فى الليلة الماضية لايتصور كقوله: إن صمت أمس، ومنها: إن لم آت بامرأتى إلى دارى الليلة فلما أصبح قالت كنت فى الدار لم يحنث، وإن قالت كنت غائبة حنث إن صدقها ومنها لايعطيه أولا يضربه حتى يأذن فلان فمات فلان ثم أعطاه لم يحنث اهـ قال الرملى ولم يقيد هذه بالوقت ومثله فى الفتح وانظر ما الفرق بينها وبين مسألة الكوز إذا أطلق وكان فيه ماء فصب (قوله فحاضت بكرة (١)) الظاهر أن المراد وقت الطلوع أو بعيده فى وقت لايمكن أداء الصلاة فيه ثم ماذكره من تصحيح عدم الحنث عزاه فى البحر إلى المبتغى، لكن ذكر فى باب اليمين بالبيع والشراء تصحيح الحنث وعليه مشى المصنف هناك وسيأتى تمام الكلام عليه (قوله لعدم تصور البر) أى فلم تنعقد اليمين فلا يترتب الحنث ط وانظر ما ذكره

---

(١) قوله (فحاضت بكرة) هكذا بخطه والذى فى نسخ الشارح التى بيدى لايحنث بحيضها بكرة فليحرر اهـ مصححه.

ومنها : إن لم تهبيني صداقك اليوم فأنت طالق وقال أبوها إن وهبتيه فأمك طالق فالحيلة أن تشترى منه بمهرها ثوبا ملفوفا وتقبضه فإذا مضى اليوم لم يحنث أبوها لعدم الهبة ولا الزوج لعجزها عن الهبة عند الغروب لسقوط المهر بالبيع ثم إذا أرادت الرجوع ردته بخيار الرؤية (وفى) حلفه والله (ليصعدن السماء أو ليقلبن هذا الحجر ذهبا حنث للحال)

قريبا عن شرح الجامع الكبير (قوله ثوبا ملفوفا) قيد به ليمكنها الرد عليه بخيار الرؤية ليعود مهرها كما فى الفتح (قوله وتقبضه) هذا ليس بقيد فإنه بمجرد الشراء ثبت لها فى ذمته الثمن فانتفيا قصاصا ولذا لم يذكره الزيلعى وتمامه فى ح (قوله لعجزها عن الهبة الخ) يشكل عليه قولهم إن الدين إذا قبض لايسقط عن ذمة المديون حتى لو أبرأه الدائن يرجع عليه بماقبضه منه وقصارى أمر الشراء بهأن يكون كقبضه اهـ ح عن شرح المقدسى .

قلت : وأصل الإشكال لصاحب البحر ذكره فى باب التعليق عند قوله وزوال الملك لايبطل اليمين وأجاب ط بأن مبنى الأيمان على العرف ، والعرف يقضى بأنها إذا اشترت بمهرها شيئا تصير لاشىء لها وفيه أن المقصود العجز وعدم التصور شرعا لاعرفا وإلا انتقض الأصل المار فى كثير من المسائل فافهم : وأجاب السائحانى بأنها لما جعلت المهر ثمنا والكل وصف فى الذمة تغير من المهرية إلى الثمنية ، فلم يكن هناك مهر حتى يوهب ، وأما الدين فبدله لم يدفع على صريح المعاوضة ، فلم يقع التقاص به من كل وجه ولم يدفع حالة كونه وصفا فى الذمة ، حتى ينتقل إليه لقربه منه اهـ :

مطلب فى قولهم الديون تقضى بأمثالها

قلت : والجواب الواضح أن يقال قد قالوا إن الديون تقضى بأمثالها أى إذا دفع الدين إلى دائنه ثبت للمديون بذمة دائنه مثل ماللدائن بذمة المديون فيلتقيان قصاصا لعدم الفائدة فى المطالبة ، ولذا لو أبرأه الدائن براءة إسقاط يرجع عليه المديون كما مر ، وكذا إذا اشترى الدائن شيئا من المديون بمثل دينه التقيا قصاصا أما إذا اشتراه بما فى ذمة المديون من الدين ينبغى أن لايثبت للمديون بذمة الدائن شىء لأن الثمن هنا معين وهو الدين فلا يمكن أن يجعل شيئا غيره فتبرأ ذمة المديون ضرورة بمنزلة مالو أبرء من الدين وبه يظهر الفرق بين قبض الدين وبين الشراء به فتدبر .

مطلب حلف ليصعدن السماء أو ليقلبن الحجر ذهبا

(قوله وفى ليصعدن السماء الخ) مثله إن لم أمس السماء بخلاف إن تركت مس السماء فعبدى حر لايحنث لأن الشرط هو الترك وهو لايتحقق فى غير المقدور عادة ، وفى الأول شرط عدم المس والعدم يتحقق فى غير المقدور كذا فى التحرير شرح الجامع الكبير للحصيرى معزيا إلى المنتقى ، ومثله فى النهر عن المحيط .

قلت : ويظهر الفرق فى قولك لا أمس السماء وقولك اترك مس السماء فإن الأول لايقتضى أنه معتاد ممكن بخلاف الثانى ، وهذا ينافى مامر فى إن لم تصل (١) الصبح غدا ، وفى إن لم تردى الدينار ولعله رواية أخرى فتأمل .

---

(١) قوله (لم تصل) هكذا بخطه والأنسب بكون الخطاب للمؤنث كما فى الشارح أن يرسم لم تصلى بالياء كما لايخفى اهـ مصححه .

لإمكان البر حقيقة ثم يحنث للعجز عادة ، ولو وقت اليمين لم يحنث مالم يمض ذلك الوقت ، وفي حيرة الفقهاء قال لامرأته إن لم أعرج إلى السماء هذه الليلة فأنت كذا ينصب سلما ثم يعرج إلى سماء البيت لقوله تعالى — فليمدد بسبب إلى السماء — أى سماء البيت قال الباقاني والظاهر خروجها عن قاعدة مبنى الأيمان (وكذا) الحكم لو حلف (ليقتلن فلانا عالما بموته) إذ يمكن قتله بعد إحياء الله تعالى فيحنث (وإن لم يكن عالما) بموته (فلا) يحنث لأنه عقد يمينه على حياة كانت فيه ، ولا يتصور كمسألة الكوز وكقوله إن تركت مس السماء فعبدى حر

مطلب يجوز تحويل الصفات وتحويل الأجزاء

(قوله لإمكان البر حقيقة) لأنه صعدتها الملائكة وبعض الأنبياء وكذا تحويل الحجر ذهبا بتحويل الله تعالى صفة الحجرية إلى صفة الذهبية بناء على أن الجواهر كلها متجانسة مستوية فى قبول الصفات أو باعدام الأجزاء الحجرية وإبدالها بأجزاء ذهبية ، والتحويل في الأول أظهر وهو ممكن عند المتكلمين على ماهو الحق فتح (قوله ثم يحنث) عطف على معلوم من المقام : أى فتنعقد ثم يحنث ط قال فى شرح الجامع الكبير : فباعتبار التصور فى الجملة انعقدت اليمين وباعتبار العجز عادة حنث للحال ، وهذا العجز غير العجز المقارن لليمين لأن هذا هو العجز عن البر الواجب باليمين اه أى بخلاف العجز فى مسألة الكوز فإنه مقارن لليمين فلذا لم تنعقد .

واعلم أن الحنث فى هذه المسألة عند أئمتنا الثلاثة وفيها خلاف زفر ، فعنده لاتنعقد اليمين ولايحنث لإلحاقه المستحيل حقيقة بخلاف مسألة الكوز فإن فيها خلاف أبي يوسف كما مر .

[تنبيه] المراد بالعجز هنا عدم الإمكان والتصور عادة فلو حلف ليؤدين له دينه اليوم فلم يكن معه شيء ولم يجد من يقرضه يحنث بمضي اليوم على المفتى به كما مر في باب التعليق لأن الأداء غير مستحيل عادة (قوله لم يحنث مالم يمض ذلك الوقت) أى فيحنث فى آخره قال فى الفتح فلو مات قبله فلا كفارة عليه إذ لاحنث اه .

[تنبيه] قال فى شرح الجامع الكبير قال الكرخي : إذا حلف أن يفعل ما لايقدر عليه كقوله لأصعدن السماء فهو آثم وروى الحسن عن زفر فيمن قال : لأمسن السماء اليوم إنه آثم ولا كفارة عليه لأنه لاتنعقد عنده إلا على مايمكن (قوله والظاهر خروجها الخ) هذا الاعتذار يحتاج إليه إن كانت المسألة من نص المذهب لا إن كانت من تخريج بعض المشايخ على القول باعتبار الحقيقة اللغوية ، وإن لم يمكن فالعرف وعليه مشى الزيلعى وقد تقدم رده وأن الاعتماد على العرف ولو كانت هذه المسألة منصوصة لذكروا استثناءها من القاعدة المبنى عليها مسائل الأيمان وهى العرف والذى يظهر حل هذه المسألة على ما إذا نوى سقف البيت كما أجابوا عن قول صاحب الذخيرة والمرغينانى فى لايهدم بيتا أنه يحنث بهدم بيت العنكبوت كما أوضحناه فى أول الباب السابق فراجعه ليظهر لك ماقلنا (قوله وكذا الحكم) أى فى الانعقاد والحنث للحال وقيد بالقتل احترازا عن الضرب ففى الخانية ليضربن فلانا اليوم وفلان ميت لايحنث علم بموته أولا ولو حيا ثم مات فكذلك عندهما وحنث عند أبى يوسف اه أفاده فى الشرنبلالية فافهم (قوله فيحنث) أى بالإجماع ، لأن يمينه انصرفت إلى حياة يحدثها الله تعالى فيه ، وأنه تصور وإذا أحياه الله تعالى فهو فلان بعينه لكنه خلاف العادة فيحنث كما فى صعود السماء (قوله كمسألة الكوز) تشبيه فى عدم الحنث لعدم التصور ، لا فى التفصيل بين العالم وغيره لما مر أن الأصح عدم التفصيل فيها ، فإن حنث العالم هنا لأن البر متصور كما علمت أما فى الكوز لو خلق الماء لايكون عين الماء الذى انعقد عليه اليمين ، فلا يتصور البر أصلا فكان الماء نظير الشخص لانظير الحياة كذا فى شرح الجامع

لأن الترك لايتصور فى غير المقدور .

(حلف لايكلمه فناداه وهو نائم فأيقظه) فلو لم يوقظه لم يحنث ، وهو المختار ولو مستيقظا حنث لو بحيث يسمع بشرط انفصاله عن اليمين، فلو قال موصولا: إن كلمتك فأنت طالق فاذهبى أو واذهبى لاتطلق مالم يرد الاستئناف ولو قال اذهبى طلقت لأنه مستأنف، ولو قال: ياحائط اسمع أو اصنع كذا وكذا وقصد إسماع المحلوف عليه ، لم يحنث زيلعى : وفى السراجية : سأل محمد حال صغره أبا حنيفة فيمن قال لآخر والله لاأكلمك ثلاث مرات فقال أبو حنيفة ثم ماذا ؟ فتبسم محمد وقال انظر حسنا ياشيخ فنكس أبو حنيفة ثم قال حنث مرتين فقال محمد : أحسنت فقال أبو حنيفة : لاأدرى أى الكلمتين أوجع لى ؟

وكأنه يشير إلى أنه لو جعل الماء نظير الحياة لزم التفصيل فيه أيضا لأن الحياة الحادثة غير المعقود عليها تأمل (قوله لأن الترك لايتصور فى غير المقدور) لأن ترك الشىء فرع عن إمكان فعله عادة أى بخلاف العدم فإنه يتحقق مطلقا فلذا حنث فى إن لم أمس السماء كما فى النهر وقدمناه عن شرح الجامع :

مطلب حلف لايكلمه

(قوله حلف لايكلمه) قال فى الذخيرة يقع على الأبد ، وإن نوى يوما أو يومين أو بلدا أو منزلا فإنه لايصدق ديانة ولا قضاء وفى أى يوم كلمه حنث لأنه نوى تخصيص ماليس بملفوظ اه (قوله هو المختار) خلافا لما ذكره القدورى من أنه يحنث إذا كان بحيث لم يسمع ورجحه السرخسى متمسكا بما فى السير لو أمن المسلم أهل الحرب من موضع بحيث يسمعون صوته لكنهم باشتغالهم بالحرب لم يسمعوه فهذا أمان ودفع بالفرق وذلك أن الأمان يحتاط فى إثباته بخلاف غيره نهر (قوله لو بحيث يسمع) أى إن أصغى إليه بأذنه وإن لم يسمع لعارض شغل أوصمم ، فلو لم يسمع مع الإصغاء لشدة بعد لايحنث كما فى البحر عن الذخيرة وفيه لو كلمه بكلام لم يفهمه المحلوف عليه ففيه روايتان (قوله لاتطلق) أقول فى البزازية : فلو وصل وقال إن كلمتك فأنت طالق فاذهبى لايحنث ولو اذهبى أو واذهبى يحنث اه لكن ماذكره الشارح من التسوية بين الواو والفاء هو المذكور فى الفتح والبحر عن المنتقى ومثله فى التاترخانية (قوله مالم يرد الاستئناف) قال فى التاترخانية وفى الذخيرة والمنتقى إن أراد بقوله : فاذهبى طلاقا طلقت به واحدة ، وباليمين أخرى (قوله وقصد إسماع المحلوف عليه) أى ولم يقصد خطابه مع الحائط بل قصد خطاب الحائط فقط ، ولذا قال فى البحر وغيره : لو سلم على قوم هو فيهم حنث إلا أن لايقصده فيدين ، أما لو قال السلام عليكم إلا على واحد فيصدق قضاء عندنا ولو سلم من الصلاة لايحنث ، وإن كان المحلوف عليه عن يساره هو الصحيح ، لأن السلامين فى الصلاة من وجه ولو سبح له لسهو أو فتح عليه القراءة وهو مقتد لم يحنث وخارج الصلاة يحنث .

[تنبيه] لو قال إن ابتدأتك بكلام فعبدى حر فالتقيا فسلم كل على الآخر لايحنث وانحلت اليمين لعدم تصور أن يكلمه بعد ذلك ابتداء ولو قال لها إن ابتدأتك بكلام وقالت هى كذلك لايحنث إذا كلمها لأنه لم يبتدئها ولا تحنث هى بعد ذلك لعدم تصور ابتدائها كذا فى الفتح ومثله فى البحر والزيلعى والذخيرة والظهيرية . وفى تلخيص الجامع إن ابتدأتك بكلام أو تزوج أوكلمتك قبل أن تكلمنى فتكا لما أو تزوجا معالم يحنث أبدا لاستحالة السبق مع القران اه وبه ظهر أن قول البزازية حنث الحالف صوابه لايحنث (قوله حنث مرتين) لأنه انعقد اليمين بالأولى فيحنث بالثانية وتنعقد بها يمين أخرى ، فيحنث بها فى الثالثة مرة لأن اليمين الأولى قد انحلت بالثانية ، وفى

قوله حسنا أو أحسنت (أو) حلف لايكلمه (إلا بإذنه فأذن له ولم يعلم) بالإذن فكلمه (حنث) لاشتقاق الإذن من الأذان فيشترط العلم بخلاف لايكلمه إلا برضاه فرضى ولم يعلم لأن الرضا من أعمال القلب فيتم به (الكلام) والتحديث (لايكون إلا باللسان) فلا يحنث بإشارة وكتابة كما فى النتف: وفى الخانية : لا أقول له كذا فكتب إليه حنث ففرق بين القول والكلام ، لكن نقل المصنف بعد مسألة شم الريحان عن الجامع أنه كالكلام خلافا لابن سماعة (والإخبار والإقرار والبشارة تكون بالكتابة لابالإشارة والإيماء والإظهار والإنشاء والإعلام يكون) بالكتابة و (بالإشارة أيضا) ولو قال لم أنو الإشارة دين ، وفى لايدعوه أو لايبشره يحنث بالكتابة (إن أخبرتنى) أو أعلمتنى (أن فلانا قدم ونحوه يحنث بالصدق والكذب ولو قال بقدومه ونحوه فنى الصدق خاصة)

تلخيص الجامع لو قال ثلاثا لغير المدخولة إن كلمتك فأنت طالق انحلت الأولى بالثانية لاستئناف الكلام بخلاف فاذهبي ياعدوة الله اه وحيث انحلت الأولى بالثانية لايقع بالثالثة شيء لأنها بانت لا إلى عدة بخلاف المدخول بها (قوله حسنا أو أحسنت) لأن قوله انظر حسنا يفيد التفريع بأنك لم تتأمل فى الجواب وقوله أحسنت وإن كان تصويبا إلا أنه يتضمن أنه لم يحسن قبله فكل من الكلمتين موجع (قوله أو حلف الخ) عطف على قول المصنف حلف لايكلمه وقوله حنث جواب المسألتين (قوله لاشتقاق الإذن) أى اشتقاقا كبيرا كما فى النهر من الأذان وهو الإعلام ح .

قلت : وفيه نظر يعلم مما قدمناه فى الوضوء (قوله فيشترط العلم) ظاهره أنه لايكتفى بمجرد السماع بل لابد معه من العلم بمعناه احترازا عما لوخاطبه بلغة لايفهمها كما قدمنا نظيره فى حلفه لاتخرجي إلا بإذنى (قوله فرضى) أى بأن أخبره بعد الكلام بأنه كان رضى (قوله فلا يحنث بإشارة وكتابة) وكذا بإرسال رسول ، لأنه لايسمى كلاماعرفا خلافا لمالك وأحمد رحمهما الله تعالى استدلالا بقوله تعالى — وما كان لبشر أن يكلمه الله إلا وحيا — إلى قوله - أو يرسل رسولا — أجيب عنه بأن مبنى الأيمان على العرف فتح (قوله عن الجامع) حيث قال إذا حلف لايكلم فلانا أو قال والله لاأقول لفلان شيئا فكتب له كتابا لايحنث، وذكر ابن سماعة فى نوادره أنه يحنث اه فقوله خلافا لابن سماعة أى فيهما فتحصل أن الأقوال ثلاثة : الحنث مطلقا ، وعدمه مطلقا ، وتفصيل قاضيخان ط (قوله تكون بالكتابة) أى كما تكون باللسان ولم ينبه عليه لظهوره فافهم (قوله والإيماء) بالجر عطف على الإشارة، وكأنه أراد الإشارة باليد والإيماء بالرأس ، لأن الأصل فى العطف المغايرة (قوله والإظهار الخ) بالرفع مبتدأ (قوله والإنشاء) كذا في النسخ، والذى فى الفتح والبحر والمنح : الإفشاء بالفاء أى لو حلف لايفشى سر فلان أو لايظهره أو لايعلم به يحنث بالكتابة وبالإشارة (قوله ولو قال الخ) قال فى البحر : فإن نوى فى ذلك كله أى فى الإظهار والإفشاء والإعلام والإخبار كونه بالكتابة دون الإشارة دين فيما بينه وبين الله تعالى اه وهكذا فى الفتح ونحوه فى البزازية ولم يذكر فى النهر الإخبار ، وهو الظاهر لما مر أن الإخبار لايكون بالإشارة فما معنى أنه يدين فى أنه لم ينو به الإشارة ، ومفهوم قوله : دين الخ أنه لايصدق قضاء كما عزاه فى التاترخانية إلى عامة المشايخ ، وفيها وكل ماذكرنا أنه يحنث بالإشارة إذا قال أشرت وأنا لاأريد الذى حلفت عليه ، فإن كان جوابا لشيء سئل عنه لم يصدق فى القضاء ويدين (قوله أو لايبشره) تكرار مع قول المتن والبشارة تكون بالكتابة اه ح ولعله أو لايسره من الإسرار (قوله إن أخبرتنى أو أعلمتنى الخ) وكذا البشارة كما فى الفتح والبحر ، وهو مخالف لما سيذكره فى الباب الآتى عن البدائع من أن الإعلام كالبشارة لابد فيهما من الصدق ولو بلا باء ، ويؤيده مافى

لإفادتها إلصاق الخبر بنفس القدوم كما حققناه فى بحث الباء من الأصول، وكذا إن كتبت بقدوم فلان كما سيجىء فى الباب الآتى .

وسأل الرشيد محمدا عمن حلف لايكتب إلى فلان فأومأ بالكتابة هل يحنث ؟ فقال : نعم ياأمير المؤمنين، إن كان مثلك (لايكلمه شهرا فمن حين حلفه) ولو عرفه فعلى باقيه (بخلاف لأعتكفن) أو لأصومن (شهرا فإن التعيين إليه) والفرق أن ذكر الوقت فيما يتناول الأبد لإخراج ماوراءه وفيما لايتناول للمد إليه زيلعى .

تلخيص الجامع الكبير لو قال : إن أخبرتنى أن زيدا قدم فكذا حنث بالكذب كذا إن كتبت إلىّ وإن لم يصل وفى بشرتنى أو أعلمتنى يشترط الصدق وجهل الحالف لأن الركن فى الأولين الدال على المخبر وجمع الحروف ، وفى الأخريين إفادة البشر والعلم بخلاف ما إذا قال بقدومه لأن باء الإلصاق تقتضى الوجود وهو بالصدق ويحنث بالإيماء فى أعلمتنى وبالكتاب والرسول فى الكل اهـ (قوله لإفادتها) أى الباء إلصاق الخبر بنفس القدوم أى فصار كأنه قال إن أخبرتنى خبرا ملصقا بقدوم زيد فاقتضى وجود القدوم لامحالة قال ط وفيه أن الباء فى إن أخبرتنى أن فلانا قدم مقدرة ومقتضاه قصره على الصدق اهـ .

قلت : قد يجاب بأنها لم تدخل على المصدر الصريح وفرقا بين الصريح والمؤول على أن تقديرها لضرورة التعدية فلا تفيد ماتفيده ملفوظة فتأمل (قوله وكذا إن كتبت بقدوم فلان) أى أنه مثله فى اقتصاره على الصدق، بخلاف إن كتبت إلىّ أن فلانا قدم فعبدى حر يحنث بالخبر الكاذب ، حتى لو كتب إليه قبل القدوم أن زيدا قدم حنث وإن لم يصل الكتاب إلى الحالف كذا فى شرح التلخيص ، ومفاده الحنث بمجرد الكتابة ، ومفاد الفتح والبحر اشتراط الوصول ويدل للأول تعليل التلخيص المار بأن الركن فى الكتابة جمع الحروف أى تأليفها بالقلم وقد وجد (قوله فقال نعم الخ) قال السرخسى هذا صحيح لأن السلطان لايكتب بنفسه وإنما يأمر به ، ومن عادتهم الأمر بالإيماء والإشارة فتح .

مطلب فى حلف لايكلمه شهرا فهو من حين حلفه

(قوله فمن حين حلفه) أى يقع على ثلاثين يوما من حين حلف لأن دلالة حاله وهى غيظه توجب ذلك كما إذا آجره شهرا لأن العقود تراد لدفع الحاجة القائمة بخلاف لأصومن شهرا فإنه نكرة فى الإثبات توجب شهرا شائعا ولا موجب لصرفه إلى الحال فتح (قوله ولو عرفه) كقوله : لاأكلمه الشهر يقع على باقيه وكذا السنة واليوم والليلة وأشار إلى أنه لو حلف بالليل لايكلمه يوما حنث بكلامه فى بقية الليل وفى الغد لأن ذكر اليوم للإخراج ، وكذا لو حلف بالنهار لايكلمه ليلة حنث بكلامه من حين حلف إلى طلوع الفجر ، ولو قال فى النهار : لاأكلمه يوما فهو من ساعة حلفه مع الليلة المستقبلة إلى مثل تلك الساعة من الغد لأن اليوم منكر فلابد من استيفائه ولا يمكن إلا بإتمامه من الغد فلا يتبعه الليل ، وكذا لايكلمه ليلة فهو من تلك الساعة إلى مثلها من الليلة الآتية مع النهار الذى بينهما أفاده فى البحر عن البدائع ٧ وفيه عن الواقعات لا أكلمك اليوم ولا غدا ولا بعد غد فله أن يكلمه ليلا لأنها أيمان ثلاثة ، ولو لم يكرر النفى فهى واحدة فيدخل الليل بمنزلة قوله ثلاثة أيام (قوله فيما يتناول الأبد الخ) مثل لاأكلمه فإنه لو لم يذكر الشهر تتأبد اليمين فذكر الشهر لإخراج ماوراءه فبقى مايلى يمينه داخلا بحر (قوله وفيما لايتناوله) مثل لأصومن أو لأعتكفن فإنه لو لم يذكر الشهر لاتتأبد اليمين فكان ذكره لتقدير الصوم به وأنه منكر فالتعين إليه بخلاف إن تركت الصوم شهرا فإن الشهر من حين حلف ، لأن تركه مطلقا يتناول الأبد فذكر الوقت

(حلف لايتكلم فقرأ القرآن أو سبح فى الصلاة لايحنث) اتفاقا (وإن فعل ذلك خارجها حنث على الظاهر) كما رجحه فى البحر ورجح فى الفتح عدمه مطلقا للعرف وعلية الدرر والملتقى بل فى البحر عن التهذيب أنه لايحنث بقراءة الكتب فى عرفنا انتهى ، وقواه فى الشرنبلالية قائلا ولا عليك من أكثرية التصحيح له مع مخالفته العرف ويقاس عليه إلقاء درس ما لكن يعكر عليه مافى الفتح ، وأما الشعر فيحنث به لأنه كلام منظوم انتهى ، فغير المنظوم أولى فتأمل .

(حلف لايقرأ القرآن اليوم يحنث بالقراءة فى الصلاة أو خارجها ولو قرأ البسملة فإن نوى ما فى النمل حنث وإلا لا) لأنهم لايريدون به القرآن ولو حلف لايقرأ سورة كذا أو كتاب فلان لايحنث بالنظر فيه وفهمه به يفتى واقعات .

(حلف لايكلم فلانا اليوم فعلى الجديدين)

لإخراج ماوراءه وتمامه فى البحر (قوله على الظاهر) أى ظاهر الرواية من الفرق بين الصلاة وخارجها ، وهو ماعليه القدورى (قوله كما رجحه فى البحر) حيث قال فقد اختلفت الفتوى والإفتاء بظاهر المذهب أولى (قوله ورجح فى الفتح عدمه) حيث قال : ولما كان مبنى الأيمان على العرف ، وفى العرف المتأخر لايسمى التسبيح والقرآن كلاما حتى يقال لمن سبح طول يومه ،أو قرأ لم يتكلم اليوم بكلمة اختار المشايخ أنه لايحنث بجميع ماذكر خارج الصلاة واختير للفتوى من غير تفصيل بين اليمين بالعربية والفارسية اه. وأفاد أن ظاهر الرواية مبنى على عرف المتقدمين وقوله من غير تفصيل الخ يبين قول الشارح مطلقا (قوله وقواه فى الشرنبلالية الخ) الضمير راجع إلى مافى الفتح فكان الأولى تقديمه على قوله بل فى البحر (قوله قائلا ولا عليك الخ) الذى رأيته فى الشرنبلالية بعد نقله عن البحر أن الإفتاء بظاهر المذهب أولى .

قلت : الأولوية غير ظاهرة لما أن مبنى الأيمان على العرف المتأخر ولما علمت من أكثرية التصحيح له اه (قوله ويقاس عليه) أى على مافى التهذيب والبحث لصاحب النهر ، وكذا الاستدراك بعده (قوله فتأمل) إشارة إلى مخالفة مافى الفتح لكلام التهذيب أو إلى مافى دعوى الأولوية من البحث ، إذ لايلزم من كونه كلاما منظوما وكون قائله متكلما أن يسمى إلقاء الدرس كلاما وإلا لزم أن تكون قراءة الكتب كذلك ، وهذا كله بناء على عدم العرف وإلا فإن وجد عرف فالعبرة له كما تقرر فافهم .

مطلب مهم لايكلمه اليوم ولا غدا أو لا بعد غد فهى أيمان ثلاثة

(قوله اليوم) قيد اتفاقى ط (قوله وإلا لا) أى وإن لم ينو ما فى النمل بأن نوى غيرها أو لم ينو شيئا لايحنث كما فى البحر (قوله لأنهم لايريدون به القرآن) أى لأن الناس لايريدون بغير ما فى النمل القرآن بل التبرك (قوله به يفتى) هو قول أبى يوسف . وفرق محمد فقال : المقصود من قراءة كتاب فلان فهم ما فيه وقد حصل ، ويحنث بقراءة سطر منه لانصفه لأنه لايكون مفهوم المعنى غالبا والمقصود من قراءة القرآن عين القرآن إذ الحكم متعلق به كما فى البحر قال ح : وقول محمد هو الموافق لعرفنا كما لايخفى .

مطلب أنت طالق يوم أكلم فلانا فهو على الجديدين

(قوله حلف لايكلم فلانا اليوم) هذا المثال غير صحيح هنا لأن الحكم فيه أن اليمين على باقى اليوم كما فى البحر والذى مثل به فى الكنز كعامة المتون يوم أكلم فلانا فعلى الجديدين اه ح أى لو قال يوم أكلم فلانا فأنت طالق

لقرانه اليوم بفعل لايمتد فعم (فإن نوى النهار صدق) لأنه الحقيقة (ولو قال ليلة) أكلم فلانا فكذا (فهو على الليل خاصة) لعدم استعماله مفردا فى مطلق الوقت قال (إن كلمته) أى عمرا (إلا أن يقدم زيد أو حين أو إلا أن يأذن أو حتى يأذن فكذا فكلمه قبل قدومه أو) قبل (إذنه حنث و) لو (بعدهما لايحنث) لجعله القدوم والإذن غاية لعدم الكلام (وإن مات زيد قبلهما سقط الحلف) قيد بتأخير الجزاء، لأنه لو قدمه فقال امرأته طالق إلا أن يقدم زيد لم يكن للغاية بل للشرط لأن الطلاق مما لايحتمل التأقيت فلا تطلق بقدومه بل بموته (كما لو قال) لغيره (والله لاأكلمك حتى يأذن لى فلان أو قال لغريمه والله لاأفارقك حتى تقضى حقى) أو حلف لبوفينه اليوم

فهو على الليل والنهار . سميا جديدين : لتجددهما أى عودهما مرة بعد أخرى، فإن كلمه ليلا أو نهارا حنث (قوله لقرانه اليوم بفعل لايمتد) قيل المراد به الكلام ،لأنه عرض والعرض لايقبل الامتداد إلا بتجدد الأمثال كالضرب والجلوس والسفر والركوب وذلك عند الموافقة صورة ومعنى والكلام الثانى يفيد معنى غير مفاد الأول . وفيه أن الكلام اسم لألفاظ مفيدة معنى كيفما كان فتحققت المماثلة ولذا يقال كلمته يوما فالصحيح أن المراد بما لايمتد الطلاق ولأن اعتبار العامل فى الظرف أولىٰ من اعتبار ماأضيف إليه الظرف ، لأنه غير مقصود إلا لتعيين ماتحقق فيه المقصود وتمامه فى الفتح، وقد مر مبسوطا فى بحث إضافة الطلاق إلى الزمان (قوله صدق) أى ديانة وقضاء وعن الثانى لايصدق قضاء بحر (قوله لعدم استعماله مفردا الخ) أى بخلاف الجمع فإنه يستعمل فى مطلق الوقت كقول الشاعر :

وكنا حسبنا كل بيضاء شحمة ليالى لاقينا جذاما وحميرا

(قوله ولو بعدهما لايحنث) أقول : وكذا معهما لقول الخانية حلف لايدخل هذه الدار حتى يدخلها فلان فدخلاها معا لم يحنث وكذا لاأكلمك حتى تكلمنى وكذا إن كلمتك إلا أن تكلمنى اه ساتحانى (قوله لجعله القدوم والإذن غاية لعدم الكلام) أما الغاية فى حتى فظاهرة وأما فى إلا أن فلأن الاستثناء وإن كان هو الأصل فيها إلا أنها تستعار للشرط ، والغاية عند تعذره لمناسبة هى أن حكم كل واحد منها يخالف مابعده ، وقيل هى للاستثناء . قال فى الفتح : وفيه شيء وهو أن الاستثناء فيها إنما يكون من الأوقات أو الأحوال على معنى امرأته طالق فى جميع الأوقات أو الأحوال إلا وقت قدوم فلان أو إذنه أو إلا حال قدومه ، أو إذنه وهو يستلزم تقييد الكلام بوقت الإذن أو القدوم فيقتضى أنه لو كلمه بعده حنث لأنه لم يخرج من أوقات وقوع الطلاق إلا ذلك الوقت اه :

قلت : وللفرق بين الغاية والحال. قال فى التتارخانية وغيرها لايكلمه إلا ناسيا فكلمه مرة ناسيا ثم مرة ذاكرا حنث وفى إلا أن ينسى لايحنث (قوله سقط الحلف) أى بطل ويأتى وجهه (قوله قيد بتأخير الجزاء) تبع فى هذا التعبير صاحب النهر ، وأحسن منه قول البحر قيد بالشرط لأنه لو قال الخ أفاده ح .

مطلب إن كله إلا أن يقدم زيد أو حتى

(قوله بل للشرط الخ) قال فى البحر : وهى هنا للشرط كأنه قال إن لم يقدم فلان فأنت طالق ، ولا تكون للغاية لأنها إنما تكون لها فيما يحتمل التأقيت والطلاق مما لايحتمله معنى فتكون للشرط (قوله لأن الطلاق مما لايحتمل التأقيت) يعنى أنها إنما تكون للغاية فيما يحتمل التأقيت ، والطلاق مما لايحتمله فتكون فيه للشرط. واعترض بأن الشرط وهو إلا أن يقدم مثبت ، فالمفهوم أن القدوم شرط الطلاق لاعدمه : وأجيب بأنه حمل على النفى لأنه جعل المفهوم

(فمات فلان قبل الإذن أو برئ من الدين) فاليمين ساقطة . والأصل أن الحالف إذا جعل ليمينه غاية وفاتت الغاية بطل اليمين خلافا للثانى (كلمة مازال ومادام وماكان غاية تنتهى اليمين بها) فلو حلف لايفعل كذا مادام ببخارى ، فخرج منها ثم رجع ففعل لايحنث لانتهاء اليمين ، وكذا لا يأكل هذا الطعام مادام فى ملك فلان فباع فلان بعضه لايحنث بأكل باقيه لانتهاء اليمين ببيع البعض وكذا لاأفارقك حتى تقضينى حتى اليوم أو حتى أقدمك إلى السلطان اليوم لايحنث بمضى اليوم بل بمفارقته بعده

رافعا للطلاق: وتحقيقه أن معنى التركيب وقوع الطلاق من الحال مستمرا إلى القدوم فيرتفع فالقدوم علم على الوقوع قبله وحيث لم يمكن ارتفاعه بعد وقوعه وأمكن وقوعه عند عدم القدوم اعتبر الممكن فجعل عدم القدوم شرطا فلا يقع الطلاق إلا أن يموت فلان قبل القدوم أو الإذن اهـ ملخصا من الفتح: أى لأنه إذا مات تحقق الشرط (قوله بطل اليمين) بناء على مامر من أن بقاء تصور البر شرط لبقاء اليمين المؤقتة وهذه كذلك لأنها موقتة ببقاء الإذن والقدوم إذ بهما يتمكن من البر بلا حنث ولم يبق ذلك بعد موت من إليه الإذن والقدوم وعند الثانى لما كان التصور غير شرط فعند سقوط الغاية تتأبد اليمين فأى وقت كلمه فيه يحنث وتمامه فى الفتح (قوله كلمة مازال ومادام الخ) هذا مما دخل تحت الأصل المذكور .

قلت : ومنه قول العوام فى زماننا لا أفعل كذا طول ما أنت ساكن . وفى البحر : لا أكلمه مادام عليه هذا الثوب فنزعه ثم لبسه وكلمه لايحنث ، ولو قال: لا أكلمه وعليه هذا الثوب الخ حنث لأنه ماجعل اليمين موقتة بوقت بل قيدها بصفة فتبقى مابقيت تلك الصفة. قال لأبويه إن تزوجت مادمتما حيين فكذا فتزوج فى حياتهما حنث ، ولو تزوج أخرى لايحنث إلا إذا قال كل امرأة أتزوجها مادمتما حيين فيحنث بكل امرأة وإن مات أحدهما سقط اليمين لأن شرط الحنث التزوج ماداما حيين ولا يتصور بعد موت أحدهما .

مطلب لاأفعل كذا مادام كذا

(قوله فخرج منها) أى بنفسه ، بخلاف مادام فى الدار فإنه لابد من خروجه بأهله وهذا إذا لم ينو مادامت بخارى وطناله فان نوى ذلك فهو كالدار . قال فى الخانية : حلف لايشرب النبيذ مادام ببخارى ففارقها ثم عاد وشرب قال ابن الفضل إن فارقها بنفسه ثم عاد وشرب لايحنث إلا أن ينوى مادامت بخارى وطنا له فإن نوى ذلك ثم عاد وشرب حنث لبقاء وطنه بها اهـ وفيها والله لا أقربك مادمت فى هذه الدار لايبطل اليمين إلا بانتقال تبطل به السكنى لأن معنى مادمت فى هذه الدار ماسكنت فيها ومابقى فى الدار وتد يكون ساكنا عند أبى حنيفة وعندهما لايكون ساكنا بذلك والفتوى على قولهما (قوله لانتهاء اليمين ببيع البعض) الذى يظهر تقييده بما إذا كان يمكنه أكل كله وقد تقدم مايدل على ذلك أبو السعود أى تقدم فى قول الشارح كل شىء يأكله الرجل فى مجلس أو يشربه فى شربة فالحلف على كله وإلا فعلى بعضه .

أقول : ويظهر لى عدم الحنث مطلقا لعدم الشرط نظير ما قدمناه آنفا فى مادمتما حيين إذا مات أحدهما ثم رأيت فى الخانية علل المسألة بقوله لأن شرط الحنث الأكل حال بقاء الكل فى ملك فلان ولم يوجد اهـ فافهم .

مطلب لاأفارقك حتى تقضينى حتى اليوم

(قوله وكذا لا أفارقك حتى تقضينى حتى اليوم) أى وهو ينوى أن لا يترك لزومه حتى يعطيه حقه بحر (قوله بل بمفارقته بعده) أى بل يحنث بمفارقته بعد اليوم بدون إعطاء ، وأما لو فارقه قبل مضى اليوم فهو كذلك

ولو قدم اليوم لايحنث وإن فارقه بعده بحر . وكذا لو حلف أن يجره إلى باب القاضي ويحلفه فاعترف الخصم أو ظهر شهود سقط اليمين لتقيده من جهة المعنى بحال إنكاره كما سيجيء في باب اليمين في الضرب (وفي) حلفه (لايكلم عبده) أي عبد فلان (أو عرسه أو صديقه أو لايدخل داره) أو لايلبس ثوبه أو لايأكل طعامه أو لايركب دابته (إن زالت إضافته) ببيع أو طلاق أو عداوة (وكلمه لم يحنث في العبد)

بالأولى ولذا لم يصرح به فافهم (قوله ولو قدم اليوم) أي بأن قال لا أفارقك اليوم حتى تعطيني حقي فمضى اليوم ولم يفارقه ولم يعطه حقه لم يحنث ، وإن فارقه بعد مضي اليوم لايحنث لأنه وقت للفراق ذلك اليوم بحر . ووقع في الخانية ذكر اليوم مقدما ومؤخرا والظاهر أنه لافرق (قوله وإن فارقه بعده) مفاده أنه لو فارقه في اليوم لايحنث لكنه مقيد بما إذا قضاه حقه وإلا حنث فالإطلاق في محل التقييد كما لايخفى أفاده ح .

مطلب حلف لايفارقني ففر منه يحنث

[تنبيه] قيد بالمفارقة لأنه لو فر منه لايحنث ولو قال لايفارقني يحنث خانية . وفيها لاأدع مالي عليك اليوم فحلفه عند القاضي بر وكذا لو أقر فحبسه ، وإن لم يحبسه يلازمه إلى الليل ، ولو كان الدين مؤجلا لم يحل بقوله له أعطني مالي فإذا قاله صار بارا وسيأتي في باب اليمين بالضرب والقتل أنه لو قعد بحيث يراه ويحفظه فليس بمفارق وسيأتي تمام مسائل قضاء الدين هناك (قوله وكذا لو حلف الخ) نقل في المنح هذا الفرع عن جواهر الفتاوى بعبارة مطولة فراجعها (قوله لتقيده من جهة المعنى بحال إنكاره) أي كما لو حلف المديون لغريمه أن لايخرج من البلد إلا بإذنه فإنه مقيد بحال قيام الدين ، لكن هذا التعليل لايظهر بالنسبة إلى قوله أو ظهر شهود فإنه بظهور الشهود لم يزل الإنكار بل العلة فيه أنه بعد ظهور الشهود لايمكن التحليف تأمل . وفي البزازية : حلفه ليوفين حقه يوم كذا ولايأخذن بيده ولا ينصرف بلا إذنه فأوفاه اليوم ولم يأخذ بيده وانصرف بلا إذنه لايحنث لأن المقصود هو الإيفاء اهـ :

قلت : وقد تقدم أن الأيمان مبنية على الألفاظ لا على الأغراض ، وهذا المقصود غير ملفوظ لكن قدمنا أن العرف يصلح مخصصا وهنا كذلك ، فإن العرف يخصص ذلك بحال قيام الدين قبل الإيفاء ويوضحه أيضا مايأتي قريبا عن التبيين :

[تنبيه] رأيت بخط شيخ مشايخنا السائحاني عند قول الشارح لو حلف أن يجره الخ هذا يفيد أن من حلف أن يشتكي فلانا ثم تصالحا وزال قصد الإضرار واختشى عليه من الشكاية يسقط اليمين لأنه مقيد في المعنى بدوام حالة استحقاق الانتقام كما ظهر لي اهـ فتأمله .

مطلب حلف لايكلم عبد فلان أو عرسه ثم زالت الإضافة ببيع أو طلاق

(قوله لايكلم عبده) هذه الإضافة إضافة ملك ، وقوله أو عرسه أو صديقه إضافة نسبة وهذا في إضافة المفرد وأما إضافة الجمع فالظاهر أنها كذلك من حيث زوال الإضافة والتجدد ، نعم يفرق في إضافة الجمع بين إضافة الملك والنسبة من حيث إنه لايحنث إلا بالكل في النسبة وبأدنى الجمع في الملك كما سيذكره المصنف (قوله إن زالت إضافته) أي ولو إلى الحالف كما في لا آكل طعامك هذا فأهداه له فأكل لم يحنث في قياس قولهما . وعند محمد يحنث وكذلك في بقية المسائل بحر عن الذخيرة (قوله ببيع) أي أو هبة أو صدقة أو إرث أو غير ذلك رملي وهذا راجع للعبد والدار وما بعدهما (قوله أو طلاق) راجع للعرس ، وقوله أو عداوة راجع للصديق (قوله ونحوه مما يملك كالدار)

ونحوه مما يملك كالدار (أشار إليه) بهذا (أولا) على المذهب لأن العبد ساقط الاعتبار عند الأحرار فكان كالثوب والدار (وفى غيره) أى فى تكليم غير العبد من العرس والصديق لا الدار لأنها لا تكلم فتكون الدار مسكوتا عنها للعلم بأنها كالعبد بالطريق الأولى فتنبه (إن أشار) بهذا أو عين (حنث) لأن الحر يهجر لذاته (وإلا) يشر ولم يعين (لا) يحنث (وحنث بالتجدد) بأن اشترى عبدا أو تزوج بعد اليمين

هذا التعميم لا يناسب حله الآتى حيث جعل الدار مسكوتا عنها لكونها لا تكلم وجعل القهستانى قوله وكلمه من عموم المجاز أى وفعل الحالف واحدا من هذه الأفعال بأن كلم العبد أو دخل الدار المعين أو غيره اهـ ولو فعل الشارح كذلك لصح تعميمه هنا واستغنى عما يأتى.

[تنبيه] استثنى فى البحر مسألة يحنث فيها وإن زالت الإضافة وهى ما لو حلف لا يأكل من طعام فلان وفلان بائع الطعام فاشترى منه وأكل حنث. قال: وعلله فى الواقعات بأن يراد به طعامه باسم ما كان مجازا بحكم دلالة الحال وكذا لا ألبس من ثياب فلان اهـ.

قلت: ووجهه أنه إذا كان بائعا يراد به ما يشترى منه أو ما يصنعه فلا تتقيد اليمين بحال قيام الإضافة لأن إضافة الملك غير مقصودة (قوله أشار إليه بهذا أولا) أما إذا لم يشر إليه فلأنه عقد يمينه على فعل واقع فى محل مضاف إلى فلان فيحنث مادامت الإضافة باقية وإن كانت متجددة بعد اليمين ولا يحنث بعد زوالها لعدم شرط الحنث. وأما إذا أشار إليه فلأن اليمين عقدت على عين مضافة إلى فلان إضافة ملك فلا تبقى اليمين بعد زوال الملك كما إذا لم يعين وهذا لأن هذه الأعيان لا يقصد هجرانها لذواتها بل لمعنى فى ملاكها واليمين تتقيد بمقصود الحالف ولهذا تتقيد بالصفة الحاملة على اليمين، وإن كانت فى الحاضر على ما بينا من قبل وهذه صفة حاملة على اليمين فتتقيد بها فصار كأنه قال مادام ملكا لفلان نظرا إلى مقصوده كذا فى التبيين، ولم يذكر المصنف حنثه بالمتجدد والحكم أنه إن لم يشر حنث بالتجدد وإن أشار لا يحنث كما فى الكنز ح (قوله على المذهب) مقابله رواية ابن سماعة أن العبد كالصديق لا كالدار بحر، وعند محمد يحنث فى الدار والعبد عند الإشارة وبه قال زفر والأئمة الثلاثة كما فى الدر المنتقى (قوله لأن العبد ساقط الاعتبار) هذا وجه ظاهر المذهب ولذا يباع كالحمار، فالظاهر أنه إن كان منه أذى إنما يقصد هجران سيده بهجرانه (قوله بالطريق الأولى) لأن العبد عاقل يمكن أن يعادى لذاته ومع هذا قيل إنه ساقط الاعتبار فالدار بالأولى (قوله فتنبه) أى لكون هذا مراد المصنف (قوله إن أشار بهذا) أى بأن قال لا أكلم صديق فلان هذا أو زوجته هذه (قوله أو عين) مثل لا أكلم عبدك زيدا (قوله حنث) أى بفعل المحلوف عليه بعد زوال الإضافة كما هو موضوع المسألة ولا يحنث بالمتجدد كما فى الكنز (قوله لأن الحر يهجر لذاته) أى فكانت الإضافة للتعريف المحض، والداعى لمعنى فى المضاف إليه غير ظاهر، لأنه لم يقل لا أكلم صديق فلان لأن فلانا عدولى زيلعى. أفاد أن هذا عند عدم قرينة تدل على أن الداعى لمعنى فى المضاف إليه، فلو وجدت لا يحنث بعد زوال الإضافة ومثلها النية، ولذا قال فى البحر: إن ما فى المختصر أى الكنز إنما هو عند عدم النية، وأما إذا نوى فهو على ما نوى لأنه محتمل كلامه (قوله وإن لم يشر ولم يعين لا يحنث (١)) إلا فى رواية عن محمد والمعتمد الأول شرح الملتقى (قوله بأن اشترى عبدا أو تزوج بعد اليمين) لما كان المتبادر من كلام المصنف أن قوله وحنث بالمتجدد مرتبط بقوله وإلا لا الواقع فى مسألة غير العبد مثل بمثالين: أحدهما فى العبد، والآخر فى غيره إشارة إلى أن قوله وحنث بالمتجدد مرتبط بمسألة العبد أيضا بقرينة أن المصنف لم يذكر فيها حكم المتجدد، فعلم أن هذا راجع

---

(١) (قوله وإن لم يشر) هكذا بخطه والذى فى نسخ الشارح وتفيده عبارته بعد وإلا يشر وهو الأوفق بكون عبارة المتن وإلا اهـ مصححه

(لايكلم صاحب هذا الطيلسان) مثلا (فكلمه بعد ماباعه حنث) لأن الإضافة للتعريف ولذا لو كلم المشترى لم يحنث (الحين والزمان ومنكرهما ستة أشهر) من حين حلفه لأنه الوسط (وبها) أى بالنية (مانوى) فيهما على الصحيح بدائع

إلى المسألتين جميعا لكن هذا إذا لم يشر فيهما ، أما إذا أشار فيهما فعلوم أنه لايحنث ، لأن المتجدد غير المشار إليه وقت الحلف فافهم .

والحاصل كما فى البحر : أنه إذا أضاف ولم يشر لايحنث بعد الزوال فى الكل لانقطاع الإضافة ويحنث فى المتجدد فى الكل لوجودها . وإذا أضاف وأشار فلا يحنث بعد الزوال والتجدد إن كان المضاف لايقصد بالمعاداة وإلا حنث اه لكن قوله : وإلا حنث أى بأن كان المضاف يقصد بالمعاداة كالزوجة والصديق مقتضاه أنه يحنث بالمتجدد إذا أشار مع أن الحنث بالمتجدد هنا قد خصه الزيلعى بما إذا لم يشر كما هو المتبادر من عبارة الكنز والمصنف فافهم (قوله لايكلم صاحب هذا الطيلسان) مثلث اللام قاموس : وهو ثوب طويل عريض قريب من طول وعرض الرداء مربع يجعل على الرأس فوق نحو العمامة ، ويغطى به أكثر الوجه كما قاله جمع محققون ، وهو لبيان الأكمل فيه ثم يدار طرفه الأيمن من تحت الحنك إلى أن يحيط بالرقبة جميعها ثم يلقى طرفه على المنكبين ، وتمامه فى حاشية الخير الرملى عن شرح المنهاج لابن حجر (قوله مثلا) لأن قوله صاحب هذه الدار ونحوها كذلك نهر (قوله لأن الإضافة للتعريف) لأن الإنسان لايعادى لمعنى الطيلسان فصار كما لو أشار إليه وقال لا أكلم هذا الرجل فتعلقت اليمين بعينه فتح ، قيل يجوز أن يكون حريرا فيعادى لأجله .

قلت : هو مدفوع بأن عداوة الشخص منشؤها صفة فى الشخص وهى ارتكابه المحرم شرعا ونحوه لاذات الحرير وإلا لزم أنه لو كلم المشترى ولو امرأة أن يحنث فافهم .

مطلب لا أكلمه الحين أو حينا

(قوله الحين والزمان الخ) أى سواء كان فى النفى كوالله لا أكلمه الحين أو حينا أو الإثبات نحو لأصومن الحين أو حينا أو الزمان أو زمانا (قوله من حين حلفه) أى يعتبر ابتداء الستة أشهر من وقت اليمين بخلاف لأصومن حينا أو زمانا فإن له أن يعين أى ستة أشهر شاء وتقدم الفرق فتح : أى تقدم فى قوله لا أكلمه شهرا (قوله لأنه الوسط) علة لقوله ستة أشهر وذلك لأن الحين قد يراد به ساعة كما فى ــ فسبحان الله حين تمسون ــ وأربعون سنة كما قال المفسرون فى ــ هل أتى على الإنسان حين من الدهر ــ وستة أشهر كما قال ابن عباس فى ــ تؤتى أكلها كل حين ــ لأنها مدة مابين أن يخرج الطلع إلى أن يصير رطبا ، فعند عدم النية ينصرف إليه لأنه الوسط ولأن القليل لايقصد بالمنع لوجود الامتناع فيه عادة والأربعون سنة لاتقصد بالحلف عادة لأنه فى معنى الأبد ، ولو سكت عن الحين تأبد فالظاهر أنه لم يقصد الأقل ولا الأبد ولا أربعين سنة ، فيحكم بالوسط فى الاستعمال ، والزمان استعمل استعمال الحين وتمامه فى الفتح (قوله أى بالنية) أى يصح بالنية مانواه وبين الشارح بتفسير الضمير أن الضمير عائد على النية التى تضمنها نوى فهو من قبيل عود الضمير على مرجع معنوى متضمن فى لفظ متأخر لفظا متقدم رتبة لأن الأصل مانواه كائنا بها اهـ ح (قوله فيهما) أى فى الحين والزمان أى إذا نوى مقدارا صدق لأنه نوى حقيقة كلامه ، لأن كلا منهما للقدر المشترك بين القليل والكثير والمتوسط واستعمل فى كل كما مر فتح :

(وغرة الشهر ورأس الشهر أو ليلة منه) وما يومها (وأوله إلى مادون النصف وآخره إذا مضى خمسة عشر يوما) فلو حلف أن يصوم أول يوم من آخر الشهر وآخر يوم من أول الشهر صام الخامس عشر والسادس عشر والصيف من حين إلقاء الحشو إلى لبسه ضد الشتاء بدائع (و) فى حلفه لايكلمه (الدهر أو الأبد) هو (العمر) أى مدة حياة الحالف عند عدم النية (ودهر) منكر (لم يدر وقالا هو كالحين) وغير خاف أنه إذا لم يرد عن الإمام شيء فى مسألة وجب الإفتاء بقولهما نهر وفى السراج توقف الإمام في أربع عشرة مسألة

مطلب لا أكلمه غرة الشهر أو رأس الشهر

(قوله وغرة الشهر ورأس الشهر) وكذا عند الهلال أو إذا أهل الهلال وإن نوى الساعة التى أهل فيها صح لأنه الحقيقة وفيه تغايظ عليه كذا فى الفتح. وفيه أيضا أن الغرة فى العرف ماذكر وإن كان فى اللغة للأيام الثلاثة وسلخ الشهر التاسع والعشرون (قوله وأوله إلى مادون النصف) كذا فى البحر عن البدائع ، ومقتضاه أن الخامس عشر ليس من أوله ، ويخالفه الفرع الآتى ، وكذا مافى الخانية : حلف ليأتينه فى أول شهر رمضان فأتاه لتمام خمسة عشر لايحنث ، فإن كان الشهر تسعة وعشرين يوما قال محمد : إن أتاه قبل الزوال من اليوم الخامس عشر ينبغى ألا لايحنث وإن أتاه بعد الزوال فى هذا اليوم حنث اهـ ونحوه فى ح عن القهستانى ومثله فى التتارخانية ، ولعلهما قولان يشير إليه مافى البزازية أوله قبل مضى النصف وعن الثانى فيمن قال لا أكلمك آخر يوم من أول الشهر وأول يوم من آخره فعلى الخامس عشر والسادس عشر (قوله والصيف الخ) قال فى الفتح: وفى الواقعات والمختار أنه إذا كان الحالف فى بلد لهم حساب يعرفون الصيف والشتاء مستمرا ينصرف إليه وإلا فأول الشتاء مايلبس الناس فيه الحشو والفرو ،وآخره مايستغنى الناس فيه عنهما ، والفاصل بين الشتاء والصيف إذا استثقل ثياب الشتاء واستخف ثياب الصيف والربيع من آخر الشتاء إلى أول الصيف والخريف من آخر الصيف إلى أول الشتاء لأن معرفة هذا أيسر للناس (قوله أو الأبد) أى معرفا أو منكرا بقرينة قصر التفصيل على الدهر (قوله هو العمر) أشار إلى أنه لو قال لا أكلمه العمر فهو على الأبد عند عدم النية ، ولو نكره فعن الثانى على يوم ، وعنه على ستة أشهر كالحين وهو الظاهر نهر عن السراج (قوله عند عدم النية) أما إذا نوى شيئا فتعمل نيته أفاده ط (قوله لم يدر) أى توقف فيه أبو حنيفة وقال لا أدرى ماهو . قال فى الاختيار : لأنه لاعرف فيه فيتبع واللغات لا تعرف قياسا والدلائل فيه متعارضة فتوقف فيه. وروى أبو يوسف عنه أن دهرا والدهر سواء وهذا عند عدم النية، فإن كان له نية فعلى مانوى اهـ : أى لو نوى مقدارا من الزمان عمل به اتفاقا فتح .

فإن قيل ذكر فى الجامع الكبير : أجمعوا فيمن قال إن كلمته دهورا أو شهورا أو سنينا أو جمعا أو أياما يقع على ثلاثة من هذه المذكورات. قلنا : هذا تفريع لمسألة الدهر على قول من يعرف الدهر كما فرع مسائل المزارعة على قول من يرى جوازها قاله ابن الضياء شرنبلالية .

قلت : والأحسن ما أجاب به فى الفتح من أن قوله إنه على ثلاثة ليس فيه تعيين معناه أنه ماهو .

مطلب المسائل التى توقف فيها الإمام

(قوله توقف الإمام فى أربع عشرة مسألة) منها لفظ دهر، ومنها الدابة التى لا تأكل إلا الجلة ، وقيل التى أكثر غذائها متى يطيب لحمها ؟ فروى تحبس ثلاثة أيام وقيل سبعة ومنها الكلب متى يصير معلما ففوضه للمبتلى، وعنه وهو قولهما بترك الأكل ثلاثا ، ومنها وقت الختان روى عشر سنين أو سبع ، وعليه مشى المصنف آخر المتن ،

ونقل لاأدرى عن الأئمة بل عن النبى صلى الله عليه وسلم وعن جبريل أيضا (الأيام وأيام كثيرة والشهوروالسنون) والجمع والأزمنة والأحايين والدهور (عشرة) من كل صنف لأنه أكثر مايذكر بلفظ الجمع، فى لايكلمه الأزمنة خمس سنين

وقيل: أقصاه اثنا عشر ومنها: الخنثى المشكل إذا بال من فرجيه . وقالا يعتبر الأكثر ومنها سؤر الحمار والتوقف فى طهوريته لافى طهارته ومنها : هل الملائكة أفضل من الأنبياء ومر فى الصلاة أن خواص البشر أفضل ، ومنها أطفال المشركين وقال محمد : لايعذب الله أحدا بلا ذنب ومر فى الجنائز ومنها نقش جدار المسجد من ماله ومر أنه يجوزلو خيف عليه من ظالم أو كان منقوشا زمن الواقف أو لإصلاح الجدار وفى الشرنبلالية أنه نظمها شيخ الإسلام ابن أبى شريف بقوله :

سئل الإمام أبا حنيفة دينه ... أن قال لا أدرى لتسعة أسئله
أطفال أهل الشرك أين محلهم ... وهل الملائكة الكرام مفضله
أم أنبيـــاء الله ثم الحكم من ... جلالة أنى يطيب الأكل له
والدهر مع وقت الختان وكلبهم ... وصف المعلم أى وقت حصله
والحكم فى الخنثى إذا مابال من ... فرجيه مع سؤر الحمار استشكله
وأجاز نقش الجدار لمسجد ... من وقفه أم لم يجز أن يفعله اه

قلت : وألحقت بها بيتا آخر فقلت :

ويزاد عاشرة هل الجنى يثا ... ب بطاعة كالانس يوم المسأله

(قوله بل عن النبى صلى الله عليه وسلم وعن جبريل أيضا) فى الكرمانى «سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أفضل البقاع فقال : لاأدرى حتى أسأل جبريل فسأله فقال : لاأدرى حتى أسأل ربى فقال عز وجل : خير البقاع المساجد، وخير أهلها أولهم دخولا وآخرهم خروجا » وفى الحقائق : أنه تنبيه لكل مفت أن لايستنكف من التوقف فيما لاوقوف له عليه إذ المجازفة افتراء على الله تعالى بتحريم الحلال وضده كذا فى القهستانى ، وقال الغزالى فى الإحياء : وقال صلى الله عليه وسلم « ماأدرى أعزير نبى أم لا وما أدرى أتبع ملعون أم لا وما أدرى أذو القرنين نبى أم لا» اه ح وهذا قبل أن يطلعه الله تعالى على أمرهم وقد أخبر عليه الصلاة والسلام بأن تبعا مؤمن ط (قوله والجمع) معناه أنه إذا حلف لايكلمه الجمع يترك كلامه عشرة أيام ، كل يوم هو يوم الجمعة لا أنه يترك كلامه عشرة أسابيع كما قد يتوهم ، وهذا حيث لانية له فإن نوى الأسابيع صح بخلاف جمعة مفردا كقوله على صوم جمعة إذا نوى الأسبوع أو لم ينو يلزمه صوم الأسبوع بحكم غلبة الاستعمال يقال لم أرك منذ جمعة أفاده فى البحر (قوله عشرة من كل صنف) هذا عنده وقال فى الأيام، وأيام كثيرة سبعة والشهور اثنا عشر وما عداها للأبد والأصل فيه أنه لتعريف العهد لو ثم معهود ، وإلا فللجنس فإذا كان للجنس فإما أن ينصرف إلى أدناه ، أو إلى الكل لامابينهما فهما يقولان وجد العهد فى الأيام والشهور ، لأن الأيام تدور على سبعة والشهور على اثنى عشر ، فيصرف إليه وفى غيرهما لم يوجدفيستغرق العمر وهو يقول إن أكثر مايطلق عليه اسم الجمع عشرة وأقله ثلاثة ، فإذا دخلت عليه أل استغراق الجمع وهو العشرة لأن الكل من الأقل بمنزلة العام من الخاص والأصل فى العام العموم فحملنا عليه زيلعى (قوله لأنه أكثر مايذكر بلفظ الجمع) يعنى أن العشرة أقصى ماعهد مستعملا فيه لفظ الجمع على اليقين، لأنه يقال ثلاثة رجال وأربعة رجال إلى عشرة رجال فإذا جاوز العشرة ذهب الجمع فيقال أحد عشر رجلا الخ ح عن البحر (قوله خمس سنين) لأن كل زمان ستة أشهر عند عدم النية فتح

(ومنكرها ثلاثة) لأنه أقل الجمع ما لم يوصف بالكثرة كما مر (حلف لا يكلم) عبيداً أو (عبيد فلان أو لا يركب دوابه أو لا يلبس ثيابه ففعل بثلاثة منها حنث إن كان له) أى لفلان (أكثر من ثلاثة) من كل صنف (وإلا) بأن كلم أقل من ثلاثة (لا) يحنث وتصح نية الكل (وإن كانت يمينه على زوجاته أو أصدقائه أو إخوته لا يحنث مالم يكلم الكل مما سمى) لأن المنع لمعنى فى هؤلاء فتعلقت اليمين بأعيانهم ، ولو لم يكن له إلا أخ واحد فإن كان يعلم به حنث وإلا لا كما فى الواقعات ، وألحق فى النهر الأصدقاء والزوجات .

قلت : وهى من المسائل الأربع التى يكون فيها الجمع لواحد كما فى الأشباه . وأما الأطعمة والثياب والنساء فيقع على الواحد إجماعا لانصراف المعرف للعهد إن أمكن وإلا فللجنس ، ولو نوى الكل صح والله تعالى أعلم :

(قوله ومنكرها) أى منكر هذه الألفاظ (قوله كما مر) أى فى أيام كثيرة ويقاس عليها غيرها ط (قوله لايكلم عبيدا) أشار به إلى أنه لافرق بين المنكر والمضاف ط وإلى أنه لاغير فرق بين منكر هذه الألفاظ المارة ، ومنكر غيرها إذا لم يوصف بالكثرة ويأتيك قريبا تحقيق ذلك (قوله وتصح بانية الكل) أى قضاء وديانة لأنه نوى حقيقة كلامه كذا فى الزيادات وظاهر أنه لايحنث بواحد بحر (قوله لأن المنع لمعنى فى هؤلاء) فإن الإضافة فيهم إضافة تعريف فتعلقت اليمين بأعيانهم فما لم يكلم الكل لايحنث ، وفى الأول إضافة ملك لأنها لاتقصد بالهجران وإنما المقصود المالك ، فتناولت اليمين أعيانا منسوبة إليه وقت الحنث ، وقد ذكر النسبة بلفظ الجمع ، وأقله ثلاثة كذا فى الاختيار ونحوه فى البحر .

قلت : وهو مخالف للعرف فإن أهل العرف يريدون عدم الكلام مع أى زوجة منهن ومع من كان له صداقة مع فلان ط .

قلت: وقدمنا أول الأيمان قبيل قوله كل حل عليه حرام عن القنية إن أحسنت إلى أقربائك فأنت طالق فأحسنت إلى واحد منهم يحنث ولا يراد الجمع فى عرفنا اه (قوله فإن كان يعلم به) أى يعلم بأنه واحد حنث لأن الجمع قد يراد به الجنس كلا أشترى العبيد ، لكن الفرق هنا أن إخوة فلان خاص معهود بخلاف العبيد (قوله وألحق فى النهر) أى بالإخوة بحثا والظاهر أنه لاخصوصية للأصدقاء والزوجات بل الأعمام ونحوهم والعبيد والدواب وغيرهم كذلك لما قلنا.

مطلب الجمع لا يستعمل لواحد إلا فى مسائل

(قوله من المسائل الأربع الخ) ذكرها فى شرحه على الملتقى آخر كتاب الوقف ، وزاد عليها حيث قال : فائدة الجمع لايكون أى لا يستعمل للواحد إلى فى مسائل وقف على أولاده وليس له إلا واحد ، فله كل الغلة بخلاف بنيه وقف على أقاربه المقيمين ببلد كذا فلم يبق منهم إلا واحد .

حلف لايكلم إخوة فلان وليس له إلا واحد. حلف لا يأكل ثلاثة أرغفة من هذا الحب أو الخبز وليس منه إلا رغيف واحد . حلف لايكلم الفراء أو المساكين أو الناس أو بنى آدم وهؤلاء القوم أو أهل بغداد حنث بواحد كما فى الأطعمة والثياب والنساء ، ثم أطال فى ذلك وفى الكلام على المسألة الأولى ، وأنها مخالفة لما فى الخانية ثم وفق بينهما فراجعه. وسيأتى إن شاء الله تعالى تمام الكلام عليها فى الوقف (قوله وأما الأطعمة والثياب الخ) أى إذا كانت معرفة بأل مثل لا آكل الأطعمة ولا ألبس الثياب بخلاف أطعمة زيد وثيابه فلا بد من الجمعية كما مر وقوله لانصراف المعرف للعهد الخ بيان لوجه الفرق .

باب اليمين فى الطلاق والعتاق

الأصل فيه أن الولد الميت ولد فى حق غيره لا فى حق نفسه

مطلب تحقيق مهم فى الفرق بين لا أكلم عبيد فلان أو زوجاته أو النساء أو نساء

أقول : والفرق بين هذه المسائل من المواضع المشكلة فلابد من بيانه فنقول : قال فى تلخيص الجامع وشرحه إن كلمت بنى آدم أو الرجال أو النساء حنث بالفرد إلا أن ينوى الكل إلحاقا للجمع المعرف بالجنس ، فيصدق قضاء ، ولا يحنث أبدا لأن الصرف إلى الأدنى عند الإطلاق لتصحيح كلامه إذ ليس فى وسعه إثبات كل الجنس ؛ وإذا نوى الكل فقد نوى حقيقة كلامه ، وأما الجمع المنكر كإن كلمت نساء فيحنث بالثلاث لأنه أدنى الجمع ؛ ولو نوى الزائد صدق قضاء وإن كان فيه تخفيف عليه ، لأن الزائد على الثلاث جمع حقيقة وله نية الفرد أيضا لجواز إرادته بلفظ الجمع نحو - إنا أنزلناه - لا نية المثنى اه وقد صرح الأصوليون بأن المعرف يصرف للعهد إن أمكن وإلا فللجنس لأن أل إذا دخلت على الجمع ، ولا عهد تبطل معنى الجمعية : كلا أشترى العبيد .

إذا علمت ذلك فنقول : إن الجمع المضاف إذا كان محصورا فهو من قسم المعرف المعهود ، فلا تبطل فيه الجمعية ولكن تارة يكتفى بأدنى الجمع كما فى عبيد فلان ودوابه وثيابه ، وتارة لابد من الكل كما فى زوجاته وأصدقائه وإخوته ، وقد مر الفرق . وأما إذا كان غير محصور مثل لا أكلم بنى آدم أو أهل بغداد ، أو هؤلاء القوم فإنه يكون للجنس لعدم العهد فيحنث بواحد ، ويشير إلى هذا الفرق ما فى منية المفتى ، وعن أبى يوسف إن كان له من العبيد ما يجمعهم بتسليم واحد لم يحنث حتى يكلم الكل وإن كانوا أكثر من ذلك فكلم واحدا حنث ، وكذا فى الثياب إن كان له منها ما يلبس بلبسة واحدة لا يحنث إلا بالكل وإن كان أكثر فبواحد اه فهذا صريح فى الفرق بين المضاف المحصور وغيره فصار المضاف المحصور مثل المعرف بأل المعهود لابد فيه من الجمعية وغير المحصور مثل المنكر والمعرف بأل غير المعهود يكتفى فيه بالواحد وعليه يخرج المسائل المارة عن شرح الملتقى ، وبه يظهر صحة ما أجاب به صاحب البحر فيمن حلف أن أولاد زوجته لا يطلعون بيته فطلع واحد بأنه لا يحنث ولابد من الجمع كما تقدم قبيل قول المصنف كل حل عليه حرام ، لكن كان المناسب أن يقول لابد من طلوع الكل ، لأنه مثل زوجات فلان لا مثل عبيده وتقدم الفرق ، لكن العرف الآن خلاف هذا كما ذكرناه قريبا وظهر أيضا أن مسألة الوقف الصواب فيها ما فى الخانية من التسوية بين الأولاد والبنين من أنه إذا لم يكن له إلا ولد واحد ، فالنصف له والنصف للفقراء إذ لا فرق بين قوله : على أولادى وقوله على بنى فإن كلا منهما جمع مضاف معهود بخلاف قوله على ولدى فإنه مفرد مضاف يشمل الواحد ، فكل الغلة له وبه يظهر أيضا أن الجمع المضاف المعهود إذا لم يوجد منه إلا فرد لا يبطل اللفظ بالكلية بل يبقى له مدخل فى الكلام وإلا لم يستحق الولد شيئا ولذا حنث فى لا أكلم إخوة فلان إذا لم يوجد غير واحد لكن هذا مع العلم وإلا كان المقصود هو الجمع لا غير كما مر فاغتنم تحقيق هذا المقام فإنه من مفردات هذا الكتاب والحمد لله على الإتمام والإنعام .

باب اليمين فى الطلاق والعتاق

(قوله الأصل فيه) أى فى مسائله أى بعضها ط (قوله أن الولد الميت) قيد بلفظ الولد إشارة إلى اشتراط أن يستبين بعض خلقه قال فى الفتح : ولو لم يستبن شئ من خلقه لم يعتبر (قوله ولد فى حق غيره) فتنقضى به العدة والدم بعده نفاس وأمه أم ولد ويقع به المعلق على ولادته ط أى من عتقها أو طلاقها مثلا (قوله لا فى حق نفسه)

وأن الأول اسم لفرد سابق ، والأخير لفرد لاحق والوسط لفرد بين العددين المتساويين وأن المتصف بأحدها لايتصف بالآخر للتنافى ولا كذلك الفعل لعدمه ، لأن الفعل الثانى غير الأول .

فلو قال آخر تزوج أتزوج فالتى أتزوجها طالق طلقت المتزوجة مرتين لأنه جعل الآخر وصفا للفعل وهو العقد وعقدها هو الآخر (أول عبد أشتريه حر فاشترى عبدا عتق) لما مر أن الأول اسم لفرد سابق وقد وجد (ولو اشترى عبدين معا ثم آخر فلا) عتق (أصلا) لعدم الفردية (فإن زاد) كلمة (وحده) أو أسود أو بالدنانير (عتق الثالث) عملا بالوصف (ولو قال : أول عبدأشتريه واحدا فاشترى عبدين ثم اشترى واحدا لايعتق الثالث) وأشار إلى الفرق بقوله (للاحتمال) أى لأن قوله واحدا يحتمل أن يكون حالا من العبد والمولى فلا يعتق بالشك

فلا يسمى ولايغسل ولايصلى عليه ، ولايستحق الإرث والوصية ولا يعتق اهـ شلبى وسيأتى مثال هذا الأصل فى قوله إن ولدت فأنت كذا حنث بالميت بخلاف فهوحر ط (قوله وأن الأول اسم لفرد سابق) فيه أن المعتبر عدم تقدم غيره عليه السابق بوهم وجود لاحق وهو غير شرط كما يأتى فالأوضح أن يقول والأول اسم لفرد لم يتقدمه غيره أفاده ط (قوله والأخير) كذا فى البحر وفى نسخة والآخر بمد الهمزة وكسر الخاء بلا ياء وهى أولى ولا يصح الفتح لصدقه على السابق وعلى اللاحق (قوله بين العددين المتساويين) كالثانى من ثلاثة والثالث من خمسة ولم يمثل المصنف له كالكنز ط وسيأتى بيانه (قوله بأحدها) أى أحد الثلاثة المذكورة وفى نسخة بضمير التثنية والأولى أولى (قوله لايتصف بالآخر) بالمد والكسر فلو قال : آخر امرأة أتزوجها طالق فتزوج امرأة ثم أخرى ثم طلق الأولى ، ثم تزوجها ثم مات طلقت التى تزوجها مرة ، لأن التى أعاد عليها التزوج اتصفت بكونها أولى فلا تتصف بالآخرية للتضاد كما لو قال : آخر عبد أضربه فهو حر فضرب عبدا ثم ضرب آخر ثم أعاد الضرب على الأول ثم مات عتق المضروب مرة ح عن البحر (قوله لعدمه) أى لعدم التنافى بيانه أن الفعل يتصف بالأولية وإذا وقع ثانيا يتصف بالآخرية لكون الثانى غير الأول فإنه عرض لايبقى زمانين وإنما يعتبره الشرع باقيا كالبيع ونحوه إذا لم يعرض عليه ما ينافيه كفسخ وإقالة ، وإلا فهو زائل ومايوجد بعده فهو غيره حقيقة ، وإن كان عينه صورة فصح وصفه بالأولية والآخرية باعتبار الصورة وانتفى التنافى بين الوصفين باعتبار الحقيقة وذلك لكون الواقع آخرا غير الواقع أولا ولذا قال لأن الفعل الثانى غير الأول فافهم (قوله مرتين) ظرف للمتزوجة لالطلقت ح (قوله لعدم الفردية) أى فى العبدين ، وأما العبد فلعدم السبق فكان عليه أن يقول لعدم الفردية والسبق اهـ ح .

مطلب أول عبد أشتريه حر

(قوله عتق الثالث) أى فى المثال المذكور لأنه هو الموصوف بكونه أول عبد اشتراه وحده ولا يخرجه عن الأولية شراء عبدين معا قبله ، وكذا لو قال أول عبد أشتريه أسود أو بالدنانير فاشترى عبيدا بيضا أو بالدراهم ثم اشترى عبدا أسود أو بالدنانير عتق كما فى البحر ، ولا يلزم فى المشترى أو لا أن يكون جمعا كما لا يخفى (قوله وأشار إلى الفرق) أى بين وحده وبين واحدا (قوله للاحتمال الخ) هذا الفرق لشمس الأئمة ، ومقتضاه أنه لو نوى كونه حالا من العبد يعتق لكن عبر عنه فى الفتح بقيل ، والذى اقتصر عليه فى تلخيص الجامع الكبير ، وأوضحه قاضيخان فى شرح الجامع الصغير وشراح الهداية وغيرهم هو أن الواحد يقتضى الانفراد فى الذات ، ووحده الانفراد فى الفعل المقرون به . ألا ترى أنه لو قال فى الدار رجل واحد كان صادقا إذا كان معه صبى أو امرأة بخلاف فى الدار رجل وحده فإنه كاذب فإذا قال : واحدا لايعتق الثالث لكونه حالا مؤكدة لم تفد غير ما أفاده لفظ أول ، فإن مفاده الفردية والسبق ومفادها التفرد فكان كما لو لم يذكرها ، أما إذا قال وحده فقد أضاف

وجوّز فى البحر جره صفة للعبد فهو كوحده وفى النهر رفعه خبر مبتدأ محذوف فهو كواحد .

(ولو قال : أول عبد أملكه فهو حر فملك عبدا ونصف عبد عتق الكامل) وكذا الثياب بخلاف المكيلات والموزونات للمزاحمة زيلعى :

(قال : آخر عبد أملكه فهو حر فملك عبدا فمات الحالف لم يعتق) إذ لابد للآخر من الأول بخلاف العكس كالبعد لابد له من قبل بخلاف القبل (فلو اشترى) الحالف المذكور (عبدا ثم عبدا ثم مات) الحالف (عتق) الثانى

العتق إلى أول عبد لايشاركه غيره فى التملك والثالث بهذه الصفة وإن عنى بقوله واحدا معنى التوحد صدق ديانة وقضاء لما فيه من التغليظ ، فيكون الشرط حينئذ التفرد والسبق فى حالة التملك كما ذكره الفارسى فى شرح التلخيص وبما ذكر من الفرق علمت أنه لافرق بين النصب والجر بل ذكر فى تلخيص الجامع أن حقه الكسر كما فى بعض نسخ الجامع وذكر شارحه عن كافى النسفى أن الألف خطأ من بعض الكتاب (قوله فهو كوحده) أى لايعتق العبد الثالث ، ورده فى النهر بأن الجر كالنصب الفرق السابق .

قلت : ويؤيده مانقلنا عن تلخيص الجامع وشرحه (قوله وفى النهر الخ) فى بعض النسخ وجوز فى النهر الخ وعبارته ولم أر فى كلامهم الرفع على أنه خبرا لمبتدإ محذوف والظاهر أنه لايعتق أيضا كالنصب فتدبره اه (قوله فملك عبدا ونصف عبد) أى معا كما فى الفتح (قوله عتق الكامل) لأن نصف العبد ليس بعبد فلم يشاركه فى اسمه فلا يقطع عنه وصف الأولية والفردية كما لو ملك معه ثوبا أو نحوه زيلعى (قوله وكذا الثياب) مثل أول ثوب أملكه فهو هدى فملك ثوبا ونصفا (قوله للمزاحمة) فإنه إذا قال أول كر أملكه فهو صدقة فملك كرا ونصف كر جملة لايلزمه التصدق بشىء ، لأن النصف الزائد على الكر مزاحم له يخرجه عن الأولية والفردية لأن الكر اسم لأربعين قفيزا وقد ملك ستين جملة نظيره أول أربعين عبدا أملكهم فهم أحرار فملك ستين لايعتق أحد ، فعلم أن النصف فى الكر يقبل الإنضمام إليه إذ لو أخذت أى نصف شئت ، وضممته إلى النصف الزائد يصير كرا كاملا ونصف العبد ليس كذلك زيلعى (قوله فمات الحالف) وكذا لايعتق او لم يمت بالأولى لأنه مادام حيا يحتمل أن يملك غيره (قوله إذ لابد للآخر من الأول الخ) قال فى الفتح : وهذه المسألة مع التى تقدمت تحقق أن المعتبر فى تحقق الآخرية وجود سابق بالفعل وفى الأولية عدم تقدم غيره لاوجود آخر متأخر عنه ، وإلا لم يعتق المشترى فى قوله أول عبد أشتريه فهو حر إذا لم يشتر بعده غيره اه (قوله بخلاف القبل) فإذا قلت : جاء زيد قبل لايقتضى مجىء أحد بعده فان معناه أن أحدا لم يتقدمه فى المجىء ط .

قلت : والظاهر أن هذا فيما إذا كان قبل منصوبا منونا وإلا فهو مضاف تقديرا إلى شىء وجد بعده إلا أن يقال إنه لايلزم وجوده بعده ولو صرح بالمضاف إليه كجئت قبل زيد فليتأمل (قوله ثم مات الحالف) قيد به لأنه لايعلم أن الثانى آخر إلا بموت المولى ، لجواز أن يشترى غيره فيكون هو الآخر بحر .

قلت : وهذا إذا تناولت اليمين غير هذا العبد وكانت على فعل لا يوجد بعد موت المولى ، ولم يؤقت وقتا لما فى شرح الجامع الكبير لو قال لامرأتين : آخر امرأة أتزوجها منكما طالق فتزوج امرأة ثم الأخرى طلقت الثانية فى الحال لاتصافها بالآخرية فى الحال ، واليمين لم يتناول غيرهما ، ولو قال لعشرة أعبد آخركم تزوجا حر فتزوج بإذنه عبد ثم عبد ثم تزوج الأول أخرى ثم مات المولى لم يعتق واحد منهم ، لأن بموته لم يتحقق الشرط لاحتمال أن يتزوج آخر بعد موت المولى ، فلم يكن آخرهم إلا إذا تزوج كلهم بإذنه فيعتق العاشر فى الحال بلاتوقف على موت المولى لأنه آخرهم ولا يتوهم زوال وصف الآخرية عنه وكذا لو ماتوا قبله سوى المتزوجين فيعتق الذى تزوج مرة ولو قال آخركم تزوجا اليوم حر عتق الثانى الذى تزوج مرة بمضى اليوم دون الأول الذى تزوج

(مستندا إلى وقت الشراء) فيعتبر من كل المال لو الشراء فى الصحة وإلا فمن الثلث ، وعليه فلا يصير فارا لو علق البائن بالآخر خلافا لهما . وأما الوسط ففى البدائع : أنه لايكون إلا فى وتر فثانى الثلاثة وسط وكذا ثالث الخمسة وهكذا (إن ولدت فأنت كذا حنث بالميت) ولو سقطا مستبين الخلق وإلا لا (بخلاف فهو حر فولدت ميتا ثم آخر حيا عتق الحى وحده) لبطلان الرق بالموت بخلاف الولد أو الولادة (البشارة عرفا اسم لخبر سار) خرج الضار ، فليس ببشارة عرفا بل لغة ومنه — فبشرهم بعذاب أليم — (صدق)

مرتين لأنه اتصف بالأولية فلا يتصف بالآخرية اه ملخصا وتمامه فيه (قوله مستندا إلى وقت الشراء) هذا عنده وعندهما يقع مقتصرا على حالة الموت ، فيعتبر من الثلث على كل حال لأن الآخرية لاتثبت إلا بعدم شراء غيره بعده ، وذلك يتحقق بالموت فيقتصر عليه . وله أن الموت معرف فأما اتصافه بالآخرية فمن وقت الشراء فيثبت مستندا بحر (قوله لو علق البائن بالآخر) كقوله : آخر امرأة أتزوجها فهى طالق ثلاثا ، فعنده يقع منذ تزوجها وإن كان دخل بها فلها مهر بالدخول بشبهة ونصف مهر بالطلاق قبل الدخول وعدتها بالحيض بلا حداد ولا ترث منه وعندهما يقع عند الموت وترث لأنه فار ولها مهر واحد وعليها العدة أبعد الأجلين من عدة الطلاق والوفاة وإن كان الطلاق رجعيا فعليها الوفاة وتحد كما فى البحر (قوله وأما الوسط الخ) فإذا اشترى ثلاثة أعبد متفرقين ثم مات عتق الثانى عند الموت عندهما ، وعند الإمام عتق مستندا إلى وقت شراء الثالث ، لأنه اكتسب اسم الوسط فى نفس الأمر عند شراء الثالث ، وعرفنا ذلك بموت السيد قبل أن يشترى رابعا وأما قبل الثالث فلم يكتسب الثانى اسم الوسط لاعندنا ولا فى نفس الأمر ، فلا يستند العتق إلى وقت شراء الثانى ؛ بخلاف ماإذا قال : آخر عبد أملكه فهو حر ، ثم اشترى عبدين متفرقين ، ثم مات حيث يعتق الثانى مستندا إلى وقت شرائه عند الإمام ، لأنه اكتسب اسم الآخر بالشراء فى نفس الأمر ، وعرفنا ذلك بموت السيد قبل أن يشترى عبدا آخر هذا ماظهر لى فتأمل وراجع اهـ ح .

قلت : وهو بحث جيد والقواعد له تؤيد وفى التلخيص وشرحه للفارسى : لو قال كل مملوك أملكه حر إلا الأوسط فملك عبدا عتق فى الحال لامتناع الأوسطية فيه حالا ومآلا فلو ملك ثانيا ثم ثالثا لم يعتق واحد منهما لأن الثانى صار أوسط بشراء الثالث ، والثالث يحتمل أن يصير أوسط بملك خامس وإنما يعتق الثانى إذا انتفت عنه الأوسطية بأن ملك رابعا فيعتق حين ملك الرابع وهلم جرا والأوسطية تزول بموت المولى عن شفع كالاثنين والأربعة والستة وتتحقق بموته عن وتر كثلاثة أو خمسة أو سبعة ونحوها فيعتقون إلا أوسطهم وتمامه هناك (قوله مستبين الخلق) أى ولو بعض الخلق كما قدمناه (قوله وإلا) أى وإن لم يستبن .

مطلب إن ولدت فأنت كذا حنث بالميت بخلاف فهو حر

(قوله عتق الحى وحده) أى عند الإمام وعندهما لايعتق أحد، لأن الشرط تحقق بولادة الميت ، فتنحل اليمين لاإلى جزاء لأن الميت ليس بمحل للحرية وله أن مطلق الاسم تقيد بوصف الحياة لأنه قصد إثبات الحرية له وعلى هذا الخلاف أول ولد تلدينه فهو حر فولدت ميتا ثم حيا أفاده فى البحر (قوله لبطلان الرق الخ) هذا تعليل من طرفهما لغير مذكور فى كلام الشارح وهو مالو قال أول عبد يدخل على فهو حر فأدخل عليه عبد ميت ثم آخر حى عتق الحى إجماعا على الصحيح والعلة لهما أن العبودية بعد الموت لاتبقى لأن الرق يبطل بالموت بخلاف الولد فى أول ولد تلدينه والولادة فى إن ولدت لتحققهما بعد الموت أفاده ح (قوله بل لغة الخ) قال فى النهر ولا تختص لغة بالسار بل قد تكون فى الضار أيضا ومنه —فبشرهم بعذاب أليم— ودعوى المجاز مدفوعة بمادة الاشتقاق إذ لاشك

خرج الكذب فلا يعتبر (ليس للمبشر به علم) فيكون من الأول دون الباقين (فلو قال كل عبد بشرني بكذا فهو حر فبشره ثلاثة متفرقون عتق الأول فقط) لما قلنا، وتكون بكتابة ورسالة مالم ينو المشافهة فتكون كالحديث، ولو أرسل بعض عبيده عبدا آخر إن ذكر الرسالة عتق المرسل وإلا الرسول (وإن بشروه معا عتقوا) لتحققها من الكل بدليل — فبشروه بغلام عليم — (و) البشارة (لافرق فيها بين) ذكر الباء وعدمها بخلاف الخبر فإنه يختص بالصدق مع الباء كما مر فى الباب قبله (والكتابة كالخبر) فيما ذكر (والإعلام) لابد فيه من الصدق ولو بلا باء (كالبشارة) لأن الإعلام إثبات العلم والكذب لايفيده بدائع.

قاعدة (النية إذا قارنت علة العتق) الاختيارية كالشراء مثلا بخلاف الإرث

أن الإخبار بما يخافه الإنسان يوجب تغير البشرة أيضا اهـ. أقول: لامنافاة بين ماقاله من أنها حقيقة فى خبر يغير البشرة وبين تقرير البيانيين الاستعارة التهكمية فى الآية لأنه نظر فيما قاله إلى أصل اللغة وهم نظروا إلى عرف اللغة وكم لفظ اختلف معناه فى أصلها وعرفها كالدابة فإنها اسم لما يدب على الأرض فى أصل اللغة وخصت فى عرفها بذوات الأربع وكاللفظ فإن معناه فى أصل اللغة الرمى ثم خص فى عرفها بما يطرحه الفم كما فى رسالة الوضع اهـ ح.

وحاصله: أنه منقول لغوى فيصح إطلاق لفظ الحقيقة والمجاز عليه باختلاف الاعتبار كما أوضحه فى التلويح فى أول التقسيم الثانى فى استعمال اللفظ فى المعنى (قوله خرج الكذب) فلا يعتبر. وأورد أنه يظهر به فى بشرة الوجه الفرح والسرور باعتبار الظاهر وأجيب بأنه إذا ظهر خلافه يزول لكن فى الفتح أن الوجه فيه نقل اللغة والعرف (قوله فيكون) أى التبشير أو الضمير عائد للخبر الذى عاد إليه ضمير به.

مطلب كل عبد بشرني بكذا حر

(قوله من الأول) أى من المخبر الأول دون الباقين أى المخبرين بعده فى المثال الآتى قال فى الفتح: وأصله ماروى أنه عليه الصلاة والسلام مر بابن مسعود وهو يقرأ القرآن فقال عليه الصلاة والسلام: «من أحب أن يقرأ القرآن غضا طريا كما أنزل فليقرأ بقراءة ابن أم عبد» فابتدر إليه أبو بكر وعمر رضى الله تعالى عنهما بالبشارة فسبق أبو بكر عمر فكان ابن مسعود يقول بشرني أبو بكر وأخبرني عمر (قوله لما قلنا) من أن المبشر هو الأول دون الباقين (قوله فتكون كالحديث) أى فلا يعتق بالكتابة والرسالة لما مر فى الباب السابق أن الحديث لايكون إلا باللسان (قوله إن ذكر الرسالة) بأن قال له إن فلانا يقول لك إن فلانا قدم كما فى البحر فالمعتبر فى الرسالة إسناد الكلام إلى المرسل بلا اشتراط ذكر مادة الرسالة (قوله وإلا الرسول) أى وإن لم يذكر الرسالة، وإنما قال له إن فلانا قدم من غير إسناد إلى المرسل عتق الرسول (قوله عتقوا) وإن قال عنيت واحدا لم يصدق قضاء بل ديانة فيسعه أن يختار واحدا فيمضى عتقه ويمسك البقية ط عن الهندية (قوله فبشروه) كذا وقع للزيلعى والكمال وصاحب البحر والتلاوة بالواو ط (قوله والإعلام لابد فيه من الصدق) كان عليه أن يزيد وجهل الحالف كما قدمناه عن التلخيص فى الباب السابق لأن الإعلام لايكون للعالم وقدمنا أن ماذكره هنا من اشتراط الصدق فى الإعلام والبشارة مخالف لما قدمه هناك تبعا للفتح والبحر من عدم اشتراطه إذا كانا بدون باء وأن ماهنا مذكور فى التلخيص (قوله والكذب لايفيده) لأن العلم الجزم المطابق للحق والكذب لامطابقة فيه ط.

مطلب النية إذا قارنت علة التكفير

(قوله النية الخ) أى نية العتق عن الكفارة وقد ذكروا هذه القاعدة هنا لمناسبة تعليق العتق بالشراء فإنه يمين وإلا فالمناسب لها كفارة الظهار أو كفارة اليمين (قوله كالشراء) أى شراء القريب: أى إذا نواه عن كفارته أجزأه

لأنه جبرى (و) الحال أن (رق المعتق كامل صح التكفير وإلا) بأن لم تقارن العلة أو قارنتها والرق غير كامل كأم الولد (لا) يصح التكفير :

ثم فرع عليها بقوله (فصح شراء أبيه للكفارة) للمقارنة (لاشراء من حلف بعتقه) لعدمها (ولا شراء مستولدة بنكاح علق عتقها عن كفارته بشرائها) لنقصان رقها (بخلاف ماإذا قال لقنة : إن اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يمينى فاشتراها) حيث تجزيه عنها للمقارنة كاتهاب ووصية ناويا عند القبول ، بخلاف إرث لما مر زيلعى (وعتقت بقوله إن تسريت أمة فهى حرة من تسراها وهى ملكه حينئذ) أى حين حلفه لمصادقتها الملك

عندنا خلافا لزفر والأئمة الثلاثة ، وهو قول أبي حنيفة أولا بناء على أن علة العتق عندهم القرابة لا الشراء : ولنا أن شراء القريب إعتاق لما روى الستة إلا البخارى أنه صلى الله عليه وسلم قال « لن يجزي ولدعن والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه » يريد فيشتريه فيعتق عند ذلك الشراء ، وقد رتب عتقه على شرائه بالفاء لما علمت من أن المعنى فيعتق هو فهو مثل سقاه فأرواه والترتيب بالفاء يفيد العلية على ماعرف مثل سها فسجد وتمامه فى الفتح (قوله لأنه جبرى) فإن الملك يثبت فيه بلا اختيار فلا تتصور النية فيه(١)فلا يعتق عن كفارته إذا نواه لأنها نية متأخرة عن العتق بخلاف ماإذا ملكه بهبة أو وصية ناويا عند القبول كما يأتى (قوله بأن لم تقارن) أى النية العلة أى علة التكفير كما ذكرنا فى الإرث ، وكما يأتى (قوله ثم فرع عليها) أى على القاعدة المذكورة (قوله فصح شراء أبيه) أى ونحوه من كل قريب محرم (قوله لاشراء من حلف بعتقه) كقوله لعبد الغير إن اشتريتك فأنت حر فاشتراه ناويا عن التكفير لايجزيه ، لعدمها أى عدم المقارنة للنية ، فإن علة العتق قوله فأنت حر والشراء شرط والعتق وإن كان ينزل عند وجود الشرط لكنه إنما ينزل بقوله : أنت حر السابق، فإنه العلة والشراء شرط عملها فلا يعتبر وجود النية عنده ، لأن النية شرط متقدم لامتأخر حتى لو كان نوى عند الحلف يعتق عنها كما يأتى وتمامه فى الفتح (قوله ولا شراء مستولدة الخ) أى إذا تزوج أمة لغيره فأولدها بالنكاح ثم قال لها إذا اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يمينى ثم اشتراها لاتجزيه عن الكفارة (قوله لنقصان رقها) لأنها استحقت العتق بالاستيلاد ، حتى جعل إعتاقا من وجه ، ولذا لايجزى إعتاقها عن الكفارة ولو منجزا ، ولكن أراد الفرق بينها وبين القريب لأن شراءه إعتاق من كل وجه ، لأنه لم يثبت له قبل الشراء عتق من وجه أفاده فى الفتح (قوله بخلاف الخ) مرتبط بقوله ولا شراء مستولدة (قوله للمقارنة) تعليل قاصر ، فإن المقارنة موجودة فى المستولدة أيضا وإنما وجه المخالفة مافى الفتح وهو أن حرية القنة غير مستحقة بجهة أخرى فلم تخل إضافة العتق إلى الكفارة وقد قارنته النية فكمل الموجب (قوله كاتهاب الخ) كان عليه أن يذكره بعد قول المتن فصح شراء أبيه للكفارة بأن يقول : وكذا إذا وهب له أو تصدق عليه به أو أوصى له به ناويا عند القبول ح وهذه الثلاثة ذكرها فى البحر بحثا وزاد أو جعل مهرا لها مع أن الثلاثة فى الفتح والزيلعى .

مطلب إن تسريت أمة فهى حرة

(قوله إن تسريت أمة) أى اتخذتها سرية فعلية منسوبة إلى السر وهو الجماع أو الإخفاء (قوله لمصادقتها الملك) أى لمصادفة الحلف وأعاد عليه الضمير مؤنثا لأن الحلف بمعنى اليمين : وهى هنا التعليق أى لوقوعها فى حالة الملك

---

(١) (قوله فلا تتصور النية فيه الخ) هذا غير ظاهر والتعليل الواضح مانقله شيخنا عن بعضهم وهو أن الحانث أو المظاهر مثلا مخاطبه الشارع بالإعتاق وهو فعل اختيارى ولم يوجد فى المملوك بالإرث لأنه جبرى اه .

(لا) يعتق (من شراها فتسراها) ويثبت التسرى بالتحصين والوطء ، وشرط الثانى عدم العزل فتح (ولو قال إن تسريت أمة فأنت طالق أو عبدى حر فتسرى بمن فى ملكه أو من اشتراها بعد التعليق طلقت وعتق) وأفاد الفرق بقوله (لوجود الشرط) بلا مانع لصحة تعليق طلاق المنكوحة بأى شرط كان فليحفظ (كل مملوك لى حر عتق عبيده ومدبروه) ويدين فى نية الذكور لا الإناث (وأمهات أولاده)

فهو كقوله : إن ضربت أمة فهى حرة فضرب أمة فى ملكه عتقت بخلاف من ملكها بعد التعليق (قوله لايعتق من شراها فتسراها) أى عندنا خلافا لزفر فإنه يقول التسرى لايصح إلا فى الملك فكان ذكره ذكر الملك. ولنا أنه لو عتقت المشتراة لزم صحة تعليق عتق من ليس فى الملك بغير الملك وسببه لأن التسرى ليس نفس الملك ولا سببه وتمام تحقيق ذلك فى الفتح (قوله ويثبت التسرى بالتحصين والوطء) التحصين أن يبوئها بيتا ويمنعها من الخروج أفاده مسكين ط ، فلو وطئ أمة له ولم يفعل ماذكر من التحصين والإعداد للوطء لايكون تسريا وإن علقت منه فتح :

وأفاد قول الشارح : والوطء أنه لابد منه فلا يكفى الإعداد له بدونه فى مفهوم التسرى وهذا نبه عليه فى النهر أخذا من قولهم لو حلف لايتسرى فاشترى جارية فحصنها ووطئها حنث ثم قال إنهم أغفلوا التنبيه عليه اه .

قلت : لكن صرح به ابن كمال فقال وشرط فى الجامع الكبير شرطا ثالثا وهو أن يجامعها (قوله وشرط الثانى) أى مع ذلك فتح أى مع المذكور من الشرطين (قوله طلقت وعتق) أى طلقت امرأته المعلق طلاقها على التسرى وعتق عبده المعلق عتقه عليه ، والمراد به العبد الذى كان فى ملكه وقت الحلف دون المشرى بعده كما فى الفتح والنهر أى لأن قوله فعبدى حر ينصرف إلى العبد المضاف إليه وقت الحلف دون الحادث بعده كما مر فى كتاب الإعتاق فى باب الحلف بالعتق ومثله يقال فى الزوجة (قوله وأفاد الفرق الخ) أى بين تعليق عتق الأمة الغير المملوكة وقت الحلف على تسريها ، وبين تعليق عتق عبده الذى فى ملكه أو طلاق زوجته على تسرى أمة ، وإن لم تكن فى ملكه وقت الحلف حيث صح الثانى دون الأول ، وبيان الفرق أن الأول لم يصح للمانع وهو تعليق عتق من ليس فى الملك بغير الملك وسببه كما مر ، أما الثانى فقد صح لعدم المانع لكونه تعليق عتق عبد أو طلاق زوجة فى ملكه وقت الحلف ، وذلك جائز بأى شرط كان كدخول الدار وغيره من الشروط ، ومنها تسرى أمة فى ملكه وقت الحلف أو مستجدة بعده ، وهذا الفرق ظاهر خلافا لبعض معاصرى صاحب البحر حيث قاس الثانى على الأول فإنه غلط فاحش كما نبه عليه فى البحر والنهر والشرنبلالية وأشار إليه المصنف بتصريحه بتعليله ولذا أمر الشارح بحفظه .

مطلب كل مملوك لى حر

(قوله كل مملوك لى حر) هذه المسائل إلى آخر الباب ليست من الأيمان ، لعدم التعليق فيها فالأولى بها أبوابها اه ح .

قلت : ولعلهم ذكروها هنا لبيان حكمها إذا وقعت جزاء فى التعليق ثم رأيت ط ذكره (قوله عتق عبيده ومدبروه) أى الإماء والذكور فتح (قوله ويدين فى نية الذكور) أى ولايصدق قضاء لأنه نوى التخصيص فى اللفظ العام ، ولو نوى السود دون غيرهم لايصدق أصلا ، لأنه نوى التخصيص بوصف ليس فى لفظه ولاعموم إلا للفظ ، فلا تعمل نيته بخلاف الذكور فإن لفظ كل مملوك للرجال حقيقة لأنه تعميم مملوك ، وهو الذكر وإنما يقال للأنثى مملوكة ، ولكن عند الإطلاق يستعمل لما المملوك عادة يعنى إذا عمم مملوك بادخال كل

المكهم يدا ورقبة (لامكاتبه إلا بالنية ومعتق البعض كالمكاتب) لعدم الملك يدا ، وفى الفتح : ينبغى فى كل مرقوق لى حر أن يعتق المكاتب لاأم الولد إلابالنية (هذه طالق أو هذه وهذه طلقت الأخيرة وخير فى الأولين ، وكذا العتق والإقرار) لأن أو لأحد المذكورين، وقد أدخلها بين الأولين وعطف الثالث على الواقع منهما فكان كإحدا كما طالق وهذه ولا يصح عطف هذه على هذه الثانية للزوم الإخبار عن المثنى بالمفرد

ونحو ه شمل الإناث حقيقه فلذا كان نية الذكور خاصة خلاف الظاهر ،فلا يصدق قضاء ولو نوى النساء وحدهن لايصدق أصلا فتح .

قلت : وتقدم فى باب الحلف بالعتق من كتاب العتق أنه لو قال مماليكى كلهم أحرار لم يدين فى نية الذكور لأنه جمع مضاف يعم مع احتمال التخصيص ، وقد ارتفع الاحتمال بالتأكيد بخلاف كل مملوك ، فإن الثابت فيه أصل العموم فقط فقبل التخصيص وقدم الشارح هناك أن لفظ المملوك والعبد يتناول المدبر والمرهون والمأذون على الصواب أى خلافا للمجتبى فى الأخيرين (قوله لملكهم يدا ورقبة) عائد للكل وهو من إضافة المصدر لمفعوله أى لكونهم مملوكين له يدا أى أكسابا ورقبة (قوله ومعتق البعض كالمكاتب) أى فى أنه لايدخل فى المملوك لا أنه مثله فى الدخول فى المرقوق أيضا لأن كلا من الملك والرق ناقص فى معتق البعض فلا يدخل فى المملوك ولا فى المرقوق اهـ ح .

قلت : وتقدم فى العتق أن المشترك كالمكاتب أيضا لايدخل إلا بالنية وتقدم تمام الكلام عليه (قوله لعدم الملك يدا) أى لعدم ملك المولى مافى يد المكاتب ، فصار الملك ناقصا فلا يدخل فى المملوك المطلق ، وكذا معتق البعض والمشترك لما علمت (قوله أن يعتق المكاتب) لأن الرق فيه كامل فتح (قوله لا أم الولد) لنقصان رقها بالاستيلاد ط .

مطلب لايكلم هذا الرجل وهذا وهذا

(قوله هذه طالق الخ) كان الأنسب بهذا الباب ذكر ما لو حلف لايكلم هذا الرجل أو هذا وهذا فنى تلخيص الجامع وشرحه : أنه يحنث بكلام الأول ، أو بكلام الأخيرين ، لأن أو لأحد الشيئين ، ولو كلم أحد الأخيرين فقط لايحنث مالم يكلم الآخر ، ولو عكس فقال : لا أكلم هذا وهذا أوهذا حنث بكلام الأخير أو بكلام الأولين ، لأن الواو للجمع وكلمة أو بمعنى ولا لتناولها نكرة فى النفى فتعم كما فى قوله تعالى — ولا تطع منهم آثما أوكفورا — أى ولاكفورا ففى الأول جمع بين الأخيرين بحرف الجمع فصار كأنه قال لاأكلم هذا ولاهذين وفى الثانى جمع بين الأولين بحرف الجمع كأنه قال لا أكلم هذين ولاهذا اهـ وذكر الفرق بينه وبين مافى المتن إن هذا فى النفى وذاك فى الإثبات فلا يعم ونحوه فى البحر (قوله والإقرار) كما لو قال لفلان : على ألف درهم أو لفلان وفلان لزمه خمسمائة للأخير وله أن يجعل خمسمائة لأى الأولين شاء ، فإن مات من غير بيان اشترك فى الخمسمائة الأولان ح (قوله على الواقع منهما)أى على الثابت من الأولين وهو الواحد المبهم ، ولذا قال فى التلويح إن المعطوف عليه هو المأخوذ من صدر الكلام لا أحد المذكورين بالتعيين اهـ (قوله ولايصح الخ) قال فى التلويح وقيل إنه لايعتق أحدهم فى الحال وله الخيار بين الأول والأخيرين ، لأن الثالث عطف على ماقبله والجمع بالواو كالجمع بألف التثنية فكأنه قال هذا حر وهذان كما إذا حلف لايكلم هذا أو هذا وهذا وأجاب شمس الأئمة بأن الخبر المذكور ، وهو حر لايصلح خبرا للاثنين ، ولاوجه لإثبات خبر آخر، لأن العطف للاشتراك فى الخبر لو لإثبات خبر آخر مثله لا لإثبات مخالف له لفظا بخلاف مسألة اليمين ، لأن الخبر يصلح للاثنين يقال : لاأكلم

وهذا إذا لم يذكر للثانى والثالث خبر (فإن) د در بأن (قال هذه طالق أو هذه وهذه طالقتان أو قال هذا حر أو هذا وهذا حران) فإنه (يعتق) أحد (ولا تطلق) بل يخير (إن اختار) الإيجاب (الأول عتق) الأول (وحده وطلقت) الأولى (وحدها وإن اختار الإيجاب الثانى عتق الأخيران وطلقت الأخيرتان) حلف لايساكن فلانا فسافر الحالف فسكن فلان مع أهل الحالف حنث عنده لاعند الثانى وبه يفتى ، قال لعبده إن لم تأت الليلة حتى أضربك فأتى فلم يضرب به حنث عند الثانى لاعند الثالث وبه يفتى

هـذا أولا أكلم هذين وجعل صدر الشريعة هذا الجواب سببا للأولوية والرجحان لاللامتناع ، لأن المقدر قد يغاير المذكور لفظا كما فى قولك هند جالسة وزيد وقول الشاعر :

نحن بما عندنا وأنت بما عندك راض والرأى مختلف

اه ملخصا وتمامه فيه .

وأجاب صدر الشريعة فى التنقيح بجواب آخر : وهو أن قوله أو هذا مغير لمعنى قوله هذا حر ثم قوله وهذا غير مغير لأن الواو للتشريك فيقتضى وجود الأول ، وإنما يتوقف أول الكلام على المغير لاعلى ماليس بمغير فيثبت التخيير بين الأول والثانى بلا توقف على الثالث . فصار معناه أحدهما حر ثم قوله وهذا يكون عطفا على أحدهما اه .

قلت : وهذا أظهر من الجواب الأول لشموله صورة الإقرار دون الأول لأنه لايختلف فيها تقدير الخبر فتدبر (قوله وهذا إذا لم يذكر الثانى والثالث خبرا) صادق بعدم ذكر خبر أصلا وبذكر خبر للثالث فقط بأن يقول هذه طالق أو هـذه وهذه طالق ذكره مسكين ط (قوله بأن قال الخ) والظاهر أن الإقرار كذلك كما إذا قال لهذا ألف درهم أولهذا وهذا ألف درهم ط (قوله حلف لايساكن فلانا) محل هذه المسألة باب اليمين فى الدخول والخروج والسكنى وقدمها الشارح بعينها هناك ح (قوله وبه يفتى) لأنه لم يساكنه حقيقة كما قدمه الشارح (قوله قال لعبده الخ) سيذكر الشارح هذا الفرع فى محله وهو باب اليمين بالضرب والقتل .

مطلب فى استعمال حتى للغاية وللسببية وللعطف

(قوله وبه يفتى) لأن حتى للتعليل والسببية لاللغاية وفى الذخيرة أن حتى فى الأصل للغاية إن أمكن ، بأن يكون مدخولها مقصودا ومؤثرا فى إنهاء المحلوف عليه وفى تركه فإن لم يمكن حملت على السببية وشرطها كون العقد معقودا على فعلين : أحدهما منه ، والآخر من غيره ليكون أحدهما جزاء عن الآخر فإن تعذر حملت على العطف ، ومن حكم الغاية اشتراط وجودها فإن أقلع عن الفعل قبل الغاية حنث وفى السببية اشتراط وجود مايصلح سببا لاوجود المسبب وفى العطف اشتراط وجودهما .

مطلب إن لم أخبر فلانا حتى يضربك

فإذا قال إن لم أخبر فلانا بما صنعت حتى يضربك فعبدى حر فشرط البر الإخبار فقط ، وإن لم يضربه لأنه مما لايمتد فلا يمكن حملها على الغاية ، وأمكنت السببية ، لأن الإخبار يصلح سببا للضرب كأنه قال إن لم أخبره بصنعك ليضربك كما لو حلف ليهبن له ثوبا حتى يلبسه أودابة حتى يركبها فوهبه بر وإن لم يلبس ولم يركب .

اختلف فى إلحاق الشرط باليمين المعقود بعد السكوت فصححه الثانى وأبطله الثالث وبه يفتى فلا حنث فى إن كان كذا فكذا وسكت ثم قال ولا كذا ثم ظهر أنه كان كذا خانية .

باب اليمين فى البيع والشراء والصوم والصلاة وغيرها

الأصل فيه أن كل فعل تتعلق حقوقه بالمباشر كبيع وإجارة لاحنث بفعل مأموره

مطلب إن لم أضربك حتى يدخل الليل

وإذا قال إن لم أضربك حتى يدخل الليل أو حتى يشفع لك فلان أو حتى تصيح فأقلع عن الضرب قبل ذلك حنث لأن ذلك يصلح غاية للضرب وكذا إن لم ألازمك حتى تقضيني دينى .

مطلب إن لم آتك حتى أتغدى

وإذا قال عبده حر إن لم آتك اليوم حتى أتغدى عندك أو حتى أغديك أوحتى أضربك، فشرط البر وجودهما إذ لا تمكن الغاية ، لأن الإتيان لايمتد ولا السببية لأن الفعلين من واحد وفعل الإنسان لايصلح جزاء لفعله ، فحمل على العطف وصار التقدير إن لم آتك وأتغدى عندك ، وإن لم يقيد باليوم فأتاه فلم يتغد عنده ، ثم تغدى عنده فى يوم آخر من غير أن يأتيه بر لأنه لما أطلق لافرق بين وجود شرطى البر معا أو متفرقا اه ملخصا .

مطلب لايلتحق الشرط بعد السكوت سواء كان له أو عليه

(قوله اختلف فى لحاق الشرط الخ) الخلاف فيما إذا كان الشرط عليه كالمثال الآتى أما إذا كان له لايلحق بالإجماع كقوله : إن دخلت هذه الدار ، فأنت طالق فسكت سكتة ثم قال : وهذه الدار ، لأن الثانية لو لحقت باليمين لاتطلق بدخول الأولى وحدها ، ولا يملك تغيير اليمين كذا فى الذخيرة ومثله فى البزازية وكذا قال فى الخانية لايصح فى قولهم اه .

والحاصل : أنه على المفتى به لايلحق مطلقا سواء كان له أو عليه (قوله بعد السكوت) متعلق بلحاق (قوله فلا حنث فى إن كان كذلك الخ)مثاله مافى الخانية رجل قال لجاره : إن امرأتى كانت عندك البارحة فقال الجار إن كانت امرأتك عندى البارحة فامرأتى طالق فسكت ساعة ثم قال ولاغيرها ثم ظهر أنه كان عند الحالف امرأة أخرى .

باب اليمين فى البيع والشراء والصوم والصلاة وغيرها

(قوله وغيرها) كالمشى واللبس والجلوس ط (قوله الأصل فيه الخ) ذكر فى الفتح أصلا أظهر من هذا وهو أن كل عقد ترجع حقوقه إلى المباشر ، ويستغنى الوكيل فيه عن نسبة العقد إلى الموكل لايحنث الحالف على عدم فعله بمباشرة المأمور لوجوده من المأمور حقيقة وحكما ، فلا يحنث بفعل غيره لذلك ، وذلك كالبيع والشراء والإيجار والاستئجار والصلح عن مال ، والمقاسمة وكذا الفعل الذى يستناب فيه ويحتاج الوكيل إلى نسبته للموكل كالمخاصمة فإن الوكيل يقول أدعى لموكلى ، وكذا الفعل الذى يقتصر أصل الفائدة فيه على محله كضرب الولد فلا يحنث فى شىء من هذه بفعل المأمور وكل عقد لاترجع (١) حقوقه إلى المباشر بل هو سفير وناقل

---

(١) قوله (لاترجع) أى حقوقه إلى المباشر كما هو صريح عبارة الفتح اه مصححه .

وكل ما تتعلق حقوقه بالآمر كنكاح وصدقة وما لاحقوق له كإعارة وإبراء يحنث بفعل وكيله أيضا لأنه سفير ومعبر (يحنث بالمباشرة) بنفسه (لا بالأمر إذا كان ممن يباشر بنفسه فى البيع) ومنه الهبة بعوض ظهيرية (والشراء) ومنه السلم والإقالة قيل والتعاطى

عبارة يحنث فيه بمباشرة المأمور كما يحنث بفعله بنفسه كالتزوج والعتق بمال أو بدونه والكتابة والهبة والصدقة والوصية والاستقراض والصلح عن دم العمد والإيداع والإستيداع والإعارة والإستعارة وكذا كل فعل ترجع مصلحته إلى الآمر كضرب العبد والذبح وقضاء الدين وقبضه والكسوة والحمل على دابته وخياطة الثوب وبناء الدار اه ملخصا (قوله تتعلق حقوقه بالمباشر) خرج عنه المخاصمة وضرب الولد فإنه لايحنث فيهما بفعل المأمور مع أنه ليس فى ذلك حقوق تتعلق بالمباشر فالمناسب تعبير الفتح المار (قوله كنكاح وصدقة) أما النكاح فكون حقوقه تتعلق بالآمر ظاهر، ولذا ينسبه المباشر إلى آمره، فيطالب الآمر بحقوقه من مهر ونفقة وقسم ونحوه، وأما الصدقة فلم يظهر لى فيها ذلك، وكذا الهبة ولعل المراد بالحقوق فيهما صحة الرجوع للآمر فى الهبة وعدم صحته فى الصدقة نعم سيأتى فى كتاب الوكالة أنه لابد من إضافتهما إلى الموكل، وكذا بقية المذكورات فى قول الفتح المار وكل عقد لاترجع إلى المباشر الخ ونذكر قريبا الكلام عليه (قوله ومالا حقوق له) يشمل نحو المخاصمة وضرب الولد مع أنه لايحنث فيهما بفعل وكيله تأمل (قوله يحنث بفعل وكيله أيضا) أى كما يحنث بفعل نفسه والأولى إبدال وكيله بمأموره لما سيأتى، وللتعليل بأنه سفير ومعبر فإن ذلك صفة الرسول، لأنه يعبر عن المرسل لكن يطلق عليه وكيل لما فى المغرب السفير الرسول المصلح بين القوم ومنه قولهم: الوكيل سفير ومعبر يعنى إذا لم يكن العقد مفاوضة: كالنكاح، والخلع، والعتق ونحوها لايتعلق به شىء ولايطالب بشىء اه (قوله يحنث بالمباشرة) شمل مالو كان المباشر أصيلا أو وكيلا إذا حلف لايبيع أو لايشترى الخ أفاده فى الفتح (قوله لابالأمر) أى لايحنث بأمره لغيره بأن يباشر عنه يعنى وقد باشر المأمور (قوله ممن يباشر بنفسه) أى دائما أو غالبا كما يأتى (قوله ومنه الهبة بعوض) فلو حلف لايبيع فوهب بشرط العوض ينبغى أن يحنث كذا فى القنية، وبه جزم فى الظهيرية، ولو حلف لايبيع داره فأعطاها صداقا لامرأته إن أعطاها عوضا عن دراهم المهر حنث لا إن تزوج عليها اه نهر فإذا دخل ذلك تحت اسم البيع لزم منه إعطاء حكمه، وهو أنه لايحنث بفعل مأموره ويكون القابل له مشتريا فيدخل فى قوله لاأشترى حتى يحنث أيضا بالمباشرة لا بالأمر كما أفاده ح فافهم (قوله ومنه السلم) فلو حلف أن لايشترى من فلان فأسلم إليه فى ثوب حنث، لأنه اشترى مؤجلا بحر عن الواقعات.

قال ح: وإذا كان المسلم مشتريا يجب أن يكون المسلم إليه بائعا اه. فلا يحنثان إلا بالمباشرة ط (قوله والإقالة) أى فيما لو حلف لا يشترى ما باعه، ثم أقال المشترى حنث كما عزاه فى البحر للقنية وفيه عن الظهيرية لو كانت بخلاف الثمن الأول قدرا أو جنسا حنث قيل: هذا قولهما أما عنده فلا لكونه إقالة على كل حال اه ومقتضاه أنها لو كانت بعين الثمن الأول لايحنث عند الكل ووجهه أن الاقالة فسخ فى حق المتعاقدين بيع جديد فى حق غيرهما، وهذا إذا لم تكن بلفظ مفاسخة أو متاركة أو تراد وإلا لم تجعل بيعا ولا بلفظ البيع، وإلا فبيع إجماعا كما سيأتى فى بابها وهل يقال لو الحلف بعتق أو طلاق تجعل بيعا فى حق ثالث، وهو هنا العبد أو المرأة فيحنث بها لم أر من صرح به وينبغى الحنث تأمل ولا يخفى أنه إن وجد عرف عمل به (قوله قيل والتعاطى) يفيد ضعفه ونقل فى النهر عن البدائع تأييد عدم الحنث فى البيع بالتعاطى، والظاهر أن الشراء مثله فيفيد ترجيح عدم

شرح وهبانية (والإجارة والاستئجار) فلو حلف لايؤجر وله مستغلات آجرتها امرأته وأعطته الأجرة لم يحنث كتركها فى أيدى الساكنين وكأخذه أجرة شهر قد سكنوا فيه بخلاف شهر لم يسكنوا فيه ذخيرة (والصلح عن مال) وقيده بقوله (مع الإقرار) لأنه مع الإنكار سفير والقسمة (والخصومة وضرب الولد) أى الكبير لأن الصغير يملك ضربه فيملك التفويض فيحنث بفعل وكيله كالقاضى (وإن كان) الحالف (ذا سلطان) كقاض وشريف (لايباشر هذه الأشياء) بنفسه حنث بالمباشرة (وبالأمر أيضا) لتقيد اليمين بالعرف وبمقصود الحالف (وإن كان يباشر مرة ويفوض أخرى اعتبر الأغلب) وقيل تعتبر السلعة ، فلو مما يشتريها بنفسه لشرفها لايحنث بوكيله وإلا

الحنث فيه أيضا لكن لايخفى أن العرف الآن يخالفه (قوله آجرتها امرأته) أى ولو بإذنه (قوله كتركها فى أيدى الساكنين) أى من غير قوله لهم اقعدوا فيها وإلا حنث كما فى البحر ، والمراد أن مجرد الترك لا يكون إجارة وأما أخذ الأجرة ففيه التفصيل الآتى (قوله قد سكنوا فيه) أى بعد الحلف أو قبله فيما يظهر لأن الإجارة بيع المنافع المستقبلة (قوله بخلاف شهر لم يسكنوا فيه) أى بخلاف شهر مستقبل لم يسكنوا فيه فإذا تقاضاهم بأجرته حنث قال فى النهر : وهذا ليس إلا الإجارة بالتعاطى ، فينبغى أن يجرى فيه الخلاف السابق (قوله وقيده بقوله الخ) هذا التقييد فيما إذا كان الحالف هو المدعى عليه ، لأن الصلح عن إقرار بيع ، أما عن إنكار أو عن سكوت فهو فى حقه إفداء يمين ، فيكون الوكيل من جانبه سفيرا محضا فيحنث بمباشرته بخلاف ما إذا كان الحالف على عدم الصلح هو المدعى فإنه لايحنث بفعل وكيله مطلقا أفاده ح عن البحر (قوله والقسمة) بأن حلف لايقاسم مع شريكه لايحنث بفعل وكيله (قوله والخصومة) أى جواب الدعوى سواء كان إقرارا أو إنكارا ح عن القهستانى وقيل : إنه يحنث بفعل وكيله كفعله والفتوى على الأول كما فى شرح الوهبانية (قوله فيحنث بفعل وكيله) عبارة الخانية فينبغى أن يحنث .

قال فى البحر : وإنما لم يجزم به لأن الولد أعم ولم يخصص بالكبير فى الروايات وذكر فى الفتح أنه فى العرف يقال فلان ضرب ولده وإن لم يباشر ، ويقول العامى لولده غدا أسقيك علقة ثم يذكر لمؤدب الولد أن يضربه تحقيقا لقوله فمقتضاه أن تنعقد على معنى لا يقع به ضرب من جهتى ، ويحنث بفعل المأمور اه ملخصا (قوله كالقاضى) أى إذا وكل بضرب من يحل له ضربه صح أمره به فيحنث بفعله ، ومثله السلطان والمحتسب كما فى الدر المنتقى ح (قوله وإن كان الحالف الخ) محترز قوله إذا كان ممن يباشر بنفسه ، وهو بمنزلة الاستثناء من قوله لابالأمر.

وحاصله : أنه لايحنث بفعل المأمور إلا إذا كان لايباشر بنفسه قال فى الفتح : فإن مقصوده من الفعل ليس إلا الأمر به فيوجد سبب الحنث بوجود الأمر به للعادة ، وإن كان السلطان ربما يباشر بنفسه عقد بعض المبيعات ، ثم لوفعل الآمر بنفسه يحنث أيضا لانعقاده على الأعم من فعله بنفسه أو مأموره اه فتأمل . ثم قال : وكل فعل لا يعتاده الحالف كائنا من كان كحلفه لايبنى ولا يطين انعقد كذلك اه واستثنى فى الهداية أيضا ما إذا نوى الحالف البيع بنفسه أو بوكيله فإنه يحنث ببيع الوكيل ، لأنه شدد على نفسه ، وإن نوى السلطان ونحوه أن لايتولاه بنفسه دين فى القضاء لأنه نوى حقيقة كلامه كما فى الجوهرة : أى فلا يحنث بفعل مأموره (قوله لتقيد اليمين بالعرف) فإن العرف انعقاد يمينه على الأعم من فعله بنفسه ، أو مأموره كما مر (قوله وبمقصود الحالف) الأولى إسقاطه لاغناء ماقبله عنه ، ولأن القصد إنما يعتبر إذا لم يخالف الظاهر لامطلقا ولعله أشار إلى أنه إنما يحنث إذا قصد الأعم أما لو قصد فعل نفسه الذى هو حقيقة كلامه لايحنث كما ذكرناه آنفا (قوله وإن كان) أى الحالف ، وعبارة الفتح ولوكان رجلا يباشر بنفسه الخ ومفاده : أن الضمير ليس عائدا للسلطان وهو مفاد البحر وغيره أيضا (قوله اعتبر الأغلب) هذا هو الذى اعتمده فى الخانية والمحيط والبزازية والقتصر عليه فى البحر تبعا للزيلعى منح.

حنث (ويحنث بفعله وفعل مأموره) لم يقل وكيله ، لأن من هذا النوع الاستقراض والتوكيل به غير صحيح (فى النكاح) لاالإنكاح (والطلاق والعتاق) الواقعين بكلام وجد بعد اليمين لا قبله كتعليق بدخول دار زيلعى

قلت : وكذا جزم به فى الفتح ومقابله ماذكره الشارح ولذا عبر عنه بقيل (قوله ويحنث بفعله وفعل مأموره الخ) هذا هو النوع الثانى مقابل قوله يحنث بالمباشرة لا بالأمر ، ثم هذا النوع منه ماهو فعل حكمى شرعى كالطلاق ، ومنه ماهو فعل حسى كالضرب ، فلو نوى أن لايفعل بنفسه فى الأفعال الحسية يصدق قضاء وديانة لأنهالاتوجد إلا بمباشرته لها حقيقة ، فإذا لم يباشرها فقد نوى حقيقة كلامه وفى غيرها روايتان أشهرهما أنه لايصدق إلا ديانة لأنه كمايوجد بمباشرته يوجد بأمره ،فإذا نوى المباشرة فقط فقدنوى تخصيص العام وهو خلاف الظاهر فلايقبل منه كما فى النهرعن كافى النسفى (قوله لم يقل وكيله)حاصله : أنه عدل عن قول الكنز وفعل وكيله لأنه اعترضه فى البحر بأن الاستقراض لايصح التوكيل به ، لكن أجاب فى النهر بأنه إنما خص الوكيل لتعلم الرسالة منه بالأولى اهـ .
وقال القهستانى : يمكن أن يحمل على ماهو متعارف من تسمية الرسول بالاستقراض وكيلا كما إذا قال المستقرض : وكلتك أن تستقرض لى من فلان كذا درهما ، وقال الوكيل للمقرض : إن فلانا يستقرض منك كذا ، ولو قال أقرضنى مبلغ كذا فهو باطل ، حتى إنه لايثبت الملك إلا للوكيل كما فى وكالة الذخيرة اهـ قال ط : ووجهه الزيلعى فى الوكالة بأنه لايجب دين فى ذمة المستقرض بالعقد بل بالقبض ، والأمر بالقبض لايصح لأنه ملك الغير ، وتصح الرسالة فى الاستقراض ، لأن الرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد أمره بالتصرف فى ملكه ، ويصح التوكيل بالإقراض وبقبض القرض كأن يقول لرجل أقرضنى ثم يوكل رجلا بقبضه فإنه يصح اهـ .
قلت : وحاصله : أن التوكيل بالقرض أو بقبضه صحيح لابالاستقراض ، بل لابد من إخراجه مخرج الرسالة ليقع الملك للآمر وإلا وقع للمأمور ، ولا يخفى أن هذا ليس خاصا بالاستقراض ، بل النكاح مثله وكذا الاستعارة كما سنذكره .

مطلب حلف لايتزوج

(قوله فى النكاح) فلو حلف لايتزوج فعقده بنفسه ، أو وكل فعقد الوكيل حنث ، وكذا لو كان الحالف امرأة فلو حلفت ، وأجبرت ممن له ولاية الإجبار ، ينبغى أن لاتحنث كما لو جن فزوجه أبوه كارها ، ولو صار معتوها فزوجه أبوه لايحنث كذا لو كان التوكيل قبل اليمين نهر عن شرح الوهبانية .
قلت : وسيأتى متنا آخر الباب الآتى مالو حلف لايتزوج فزوجه فضولى أو زوجه فضولى ثم حلف لايتزوج

مطلب حلف لايزوج عبده

(قوله لاالإنكاح) أى التزويج ، فلا يحنث به إلا بمباشرته وهذا فى الولد الكبير أو الأجنبى لما فى المختار وشرحه حلف لايزوج عبده أو أمته يحنث بالتوكيل والإجازة ، لأن ذلك مضاف إليه متوقف على إرادته لملكه وولايته وكذا فى ابنه وبنته الصغيرين لولايته عليهما وفى الكبيرين ، لايحنث إلا بالمباشرة لعدم ولايته عليهما فهو كالأجنبى عنهما فيتعلق بحقيقة الفعل اهـ ومثله فى الزيلعى والبحر فى آخر الباب الآتى بلا حكاية خلاف فقول القهستانى وعن محمد : لايحنث فى الكل رواية ضعيفة (قوله كتعليق) يصلح مثالا للقبل والبعد وعبارة الزيلعى وإنما يحنث بالطلاق والعتاق إذا وقعا بكلام وجد بعد اليمين ، وأما إذا وقعا بكلام وجد قبل اليمين ، فلا يحنث حتى لو قال لامرأته : إن دخلت الدار فأنت طالق ثم حلف أن لايطلق فدخلت لم يحنث ، لأن وقوع الطلاق عليها بأمر كان قبل اليمين ، ولو حلف أن لايطلق ، ثم علق الطلاق بالشرط ، ثم وجد الشرط حنث ولو وقع الطلاق

(والخلع والكتابة والصلح عن دم العمد) أو إنكار كما مر (والهبة) ولو فاسدة أو بعوض (والصدقة والقرض والاستقراض) وإن لم يقبل (وضرب العبد) قيل والزوجة (والبناء والخياطة) وإن لم يحسن ذلك خانية

عليها بمضى مدة الإيلاء ، فإن كان الإيلاء قبل اليمين لايحنث وإلا حنث وتمامه فيه (قوله والخلع) هو الطلاق وقد مر نهر (قوله والكتابة) هو الصحيح ، وفى المجتبى عن النظم أنها كالبيع نهر (قوله والصلح عن دم العمد) لأنه كالنكاح فى كونه مبادلة مال بغيره ، وفى حكمه الصلح عن إنكار قهستانى . وفى حاشية أبى السعود واحترز عن الصلح عن دم غير عمد ، لأنه صلح عن مال فلا يحنث فيه بفعل الوكيل أما عن دم العمد فهو فى المعنى عفو عن القصاص بالمال ، ولا تجرى النيابة فى العفو بخلاف الصلح عن المال حموى عن البرجندى (قوله أو إنكار) لأن الصلح عنه فداء باليمين فى حق المدعى عليه فوكيله سفير محض ومثله السكوت وأما المدعى لايحنث بالتوكيل مطلقا كما مر وشمل الإنكار إنكار المال وإنكار الدم العمد وغيره (قوله والهبة) فلو حلف لايهب مطلقا أو معينا أو شخصا بعينه فوكل من وهب حنث صحيحة كانت الهبة أولا قبل الموهوب له أولا قبض أو لم يقبض لأنه لم يلزم نفسه إلا بما يملكه ، ولا يملك أكثر من ذلك ، وفى المحيط : حلف لايهب عبده هذا لفلان ثم وهبه له على عوض حنث لأنه هبة صيغة ولفظا اه نهر . وفى التتارخانية إن وهب لى فلان عبده فامرأته طالق فوهب ولم يقبل الحالف حنث الحالف (قوله أو بعوض) يعنى إذا وهب بنفسه لابوكيله أيضا لما قدمه من أنه لايحنث بفعل وكيله فى الهبة بشرط العوض وسبب وهم الشارح قول البحر فالهبة بشرط العوض داخلة تحت يمين لايهب نظرا إلى أنها هبة ابتداء ، فيحنث وداخلة تحت يمين لايبيع نظرا إلى أنها بيع انتهاء فيحنث اه وأنت خبير بأن كلامه فيما إذا فعل بنفسه وإلا لما صح قوله يحنث فى الموضعين أفاده ح أى لأنه فى البيع لايحنث بفعل وكيله (قوله والصدقة) هى كالهبة فيما مر قال ابن وهبان وكذا ينبغى أن يحنث فى حلفه أن لايقبل صدقة فوكل بقبضها بقى لو حلف لايتصدق فوهب لفقير أو لايهب فتصدق على غنى قال ابن وهبان ينبغى الحنث فى الأول لأن العبرة للمعانى لافى الثانى لأنه لايثبت له الرجوع استحسانا إذ قد يقصد بالصدقة على الغنى الثواب ويحتمل العكس فيهما اعتبارا باللفظ اه ملخصا وأيد ابن الشحنة الاحتمال الأخير بما فى التتارخانية عن الظهيرية ولا يحنث بالصدقة فى يمين الهبة اه :

قلت : لكن هذا ليس نصا فيما نحن فيه لاحتمال أن المراد الهبة لغنى تأمل هذا ونقل فى النهر كلام ابن وهبان باختصار مخل (قوله والاستقراض) أى إن أخرج الوكيل الكلام مخرج الرسالة وإلا فلا حنث كما مر (قوله وإن لم يقبل) راجع للهبة وما بعدها كما فى النهر ح وكذا العطية والعارية نهر :

قلت : لكن صرح فى التتارخانية بأن القبول شرط الحنث فى القرض عند محمد ورواية عن الثانى وفى أخرى لا والرهن بلا قبول ليس برهن ، ولو استقرض فلم يقرضه حنث قال فى النهر : وقياس مامر من أنه لم يلزم نفسه إلا بما يملك ترجيح الرواية الأخرى وينبغى أن يجرى فى الاستقراض الخلاف فى القبول كالقرض اه :

قلت : يمكن دفع هذا القياس بالفرق بين مافيه بدل مالى، وما ليس فيه وأما الاستقراض فهو طلب القرض فيتحقق بدون إقراض تأمل . وسيأتى تمام هذا البحث فى آخر الباب الآتى عند قول المصنف : حلف ليهبن فلانا فوهبه له فلم يقبل بر بخلاف البيع (قوله وضرب العبد) لأن المقصود منه وهو الائتمار بأمره راجع إليه بخلاف ضرب الولد ، فإن المقصود منه وهو التأدب راجع إلى الولد نهر : أى الولد الكبير أما الصغير فكالعبد كما مر وقدمنا أن العرف خلافه (قوله قيل والزوجة) قال فى النهر : والزوجة قيل نظير العبد وقيل نظير الولد . قال فى البحر : وينبغى ترجيح الثانى لما مر فى الولد ورجح ابن وهبان الأول لأن النفع عائد إليه بطاعتها له وقيل إن حنث فنظير العبد وإلا فنظير الولد قال بديع الدين ولو فصل هذا فى الولد لكان حسنا كذا فى القنية اه ح (قوله وإن لم يحسن ذلك) الأولى أن يقول وإن كان يحسن ذلك ، وعبارة الخانية : حلف ليخيطن هذا الثوب أو ليبنين هذا

(والذبح والإيداع والاستيداع ، و) كذا (الإعارة والإستعارة) إن أخرج الوكيل الكلام مخرج الرسالة وإلا فلا حنث تتارخانية (وقضاء الدين وقبضه ، والكسوة) وليس منها التكفين إلا إذا أراد الستر دون التمليك سراجية (والحمل)

الحائط فأمر غيره بذلك حنث الحالف سواء كان يحسن ذلك أولا اه .

قلت : وظاهره أنه لو تكلف ذلك بنفسه يحنث أيضا وكذا لو حلف لايختتن أو لايحلق رأسه أو لايقلع ضرسه ونحو ذلك من الأفعال التى لايليها الإنسان بنفسه عادة أو لايمكنه فعلها إلا بمشقة عظيمة ، مع أن الظاهر أن اليمين فى ذلك تنعقد على فعل المأمور لاعلى فعل نفسه ، لأن الحقيقة مهجورة عادة ، ثم رأيت فى البحر عن النوازل : لو قال لامرأته إن لم تكونى غسلت هذه القصعة فأنت طالق وغسلها خادمها بأمرها ، فإن كان من عادتها أنها تغسل بنفسها لاغير وقع ، وإن كانت لاتغسل إلا بخادمها وعرف الزوج ذلك لايقع ، وإن كانت تغسل بنفسها وبخادمها فالظاهر أنه يقع إلا إذا نوى الأمر بالغسل اه فليتأمل (قوله والذبح الخ) فلو حلف لايذبح فى ملكه شاة أو لايودع شيئا يحنث بفعل وكيله لأن المنفعة تعود إليه وكذا لو حلف لايعير ، ولو عين شخصا فأرسل المحلوف عليه شخصا فاستعار حنث لأنه سفير محض فيحتاج إلى الإضافة إلى الموكل فكان كالوكيل بالاستقراض خانية وفى جمع التفاريق أن الحنث قول زفر ، وعليه الفتوى خلافا لأبى يوسف كما فى النهر .

مطلب فى العقود التى لابد من إضافتها إلى الموكل

(قوله إن أخرج الوكيل الخ) راجع لقوله : والاستعارة كما هو فى عبارة التتارخانية حيث قال : وهذا إذا أخرج الكلام مخرج الرسالة بأن قال إن فلانا يستعير منك كذا فأما إذا لم يقل ذلك لايحنث اه أى لأنه لو قال : أعرنى كذا يقع ملك المنفعة له لا للآمر فلا يحنث الآمر بذلك . وبه علم أن فائدة التقييد هى أن المراد بالأمر هنا الرسالة لاالوكالة كما مر فى الاستقراض ، وأما ماكان من الأفعال الحسية كالضرب والبناء فلا شبهة فى أنه لايحتاج إلى الإسناد ، وبما قررناه سقط ماقيل إن ماذكره غير خاص بالاستعارة ، بل الوكيل فى النكاح وما بعده سفير محض ، فلابد من إضافة هذه العقود المذكورة إلى الموكل لما سيأتى فى كتاب الوكالة أن العقود التى لابد من إضافتها إلى الموكل : النكاح ، والخلع ، والصلح عن دم عمد وإنكار ، والعتق على مال ، والكتابة ، والهبة ، والتصدق والإعارة ، والإيداع ، والرهن ، والإقراض ، والشركة ، والمضاربة اه .

قلت : المراد من الإضافة فى هذه المذكورات التصريح باسم الآمر ، لكن بعضها يصح مع إسناد الفعل إلى الوكيل كقوله : صالحتك عن دعواك على فلان أو عما لك عليه من الدم ، وزوجتك فلانة ، وأعتقت عبد فلان أو كاتبته ، وبعضها لايصح فيها إسناد الفعل إلى الوكيل ، بل لابد من إخراج الكلام مخرج الرسالة كقوله إن فلانا يطلب منك أن تهبه كذا أو تتصدق عليه أو تودع عنده ، أو تعيره أو تقرضه أو ترهن عنده ، أو تشاركه أو تضاربه بمال كذا . أما لو أسنده إلى نفسه كقوله هبنى أو تصدق علىّ الخ فإنه يقع للوكيل ، وكذا قوله زوجنى بخلاف القسم الأول فإنه يقول : بعت واشتريت وأجرت بإسناد الفعل إلى نفسه بدون ذكر اسم الآمر أصلا هذا ماظهر لى ، وسيأتى إن شاء الله تعالى تحقيق ذلك فى محله فافهم (قوله وقضاء الدين وقبضه) فلو حلف لايقبض الدين من غريمه اليوم يحنث بقبض وكيله فلو كان وكل قبل فقبض الوكيل بعد اليمين لايحنث ، وقال قاضيخان : وينبغى الحنث كما فى النكاح نهر (قوله والكسوة) فلو حلف لايلبس أو لايكسو مطلقا أو كسوة بعينها أو معينا حنث بفعل وكيله وتمامه فى النهر (قوله وليس منها التكفين) وكذا الإعارة فلو كفنته بعد موته أو أعاره ثوبا لايحنث شرح الوهبانية عن السراجية (قوله والحمل) فلو حلف لايحمل لزيد متاعا حنث بفعل وكيله وهذا فى غير الإجارة لما مر قال

وذكر منها فى البحر نيفا وأربعين وفى النهر عن شارح الوهبانية نظم والذى ما لاحنث فيه بفعل الوكيل لأنه الأقل مشيرا إلى حنثه فيما بقى فقال :

بفعل وكيل ليس يحنث حالف ... ببيع شراء صلح مال خصومة

إجارة استئجار الضرب لابنه ... كذا قسمة والحنث فى غيرها ثبت

(ولام دخل) مبتدأ أخبره اقتضى الآتى (على فعل) أراد بدخولها عليه قربها منه ابن كمال (تجرى فيه النيابة) للغير (كبيع وشراء وإجارة وخياطة وصياغة وبناء اقتضى) أى اللام (أمره) أى توكيله (ليخصه به) أى بالمحلوف

أى الناظم : والظاهر أنه لافرق بينه وبين الاستخدام فإن المنفعة دائرة عليه والمدار عليها شرح الوهبانية (قوله وذكر منها فى البحر نيفا وأربعين) صوابه فى النهر فإنه قال تكميل من هذا النوع الهدم والقطع والقتل والشركة كما فى الوهبانية ، وضرب الزوجات والولد الصغير فى رأى قاضيخان ، وتسليم الشفعة والإذن كما فى الخانية والنفقة كما فى الإسبيجابى ، والوقف والأضحية والحبس والتعزير بالنسبة للقاضى والسلطان، وينبغى أن الحج كذلك كذا فى شرح ابن الشحنة ومنه الوصية كما فى الفتح، وينبغى أن يكون منه الحوالة والكفالة فلا يحيل فلانا فوكل من يحيله أو لايقبل حوالته أو لايكفل عنه فوكل بقبول ذلك والقضاء والشهادة والإقرار وعد منه فى البحر التولية فلو حلف لايولى شخصا ففوض إلى من يفعل ذلك حنث وهى حادثة الفتوى اه .

قلت : وبهذا تمت المسائل أربعة وأربعين ، والظاهر أنها لاتنحصر ، لأن منها الأفعال الحسية وهى لاتخص بما مر بل منها الطبخ والكنس وحلق الرأس ونحو ذلك ، وإذا عد منها الاستخدام دخلت فيه هذه الصور وكثير من الصور المارة أيضا فافهم (قوله مشيرا إلى حنثه فيما بقى) الإشارة من حيث أنه لم يصرح بعدد مابقى وإلا فالحنث صريح فى كلامه . وقد يقال سماه إشارة لأنه ساق الكلام لما لايحنث به فيكون عبارة وغيره إشارة كما فى عبارة النص وإشارة النص تأمل (قوله والحنث) بالنصب مفعول مقدم لقوله اثبت بوصل الهمزة للضرورة (قوله أراد بدخولها عليه قربها منه) أى بأن تقع متوسطة بين الفعل ومفعوله كإن بعت لك ثوبا احترازا عما لو تأخرت عن المفعول كإن بعت ثوبا لك فالمتوسطة متعلقة بالفعل لقربها منه لاعلى أنها صلة له لأنه يتعدى إلى مفعولين بنفسه مثل بعت زيدا ثوبا ، ولأنه لو كانت اللام صلة له كان مدخولها مفعولا فى المعنى فيكون شاريا ، وليس المعنى عليه بل الشارى غيره والبيع وقع لأجله فهى متعلقة به على أنها علة له مثل : قمت لزيد، وعلى هذا فلو عبر المصنف بقوله ولام تعلق بفعل كما عبر صاحب الدرر وغيره لكان أولى ، لكنه عدل عن ذلك تبعا للكنز وغيره لئلا يتوهم تعلقها به على أنها صلة له، ولئلا يتوهم أن الواقعة بعد المفعول متعلقة به أيضا، مع أن المراد بيان الفرق بينهما بأن الأولى للتعليل والثانية للملك لكونها صفة له أى إن بعت ثوبا مملوكا لك ، هذا ماظهر لى فافهم (قوله تجرى فيه النيابة) الجملة صفة فعل وقوله للغير اللام فيه بمعنى عن أى عن الغير كما فى قوله تعالى — وقال الذين كفروا للذين آمنوا لو كان خيرا ماسبقونا إليه — واحترز به عن فعل لاتجرى فيه النيابة كالأكل والشرب فإنه لافرق فيه بين دخول الباء على الفعل أو على العين كما يأتى (قوله وصياغة) بالياء المثناة التحتية أو بالباء الموحدة كما فى القهستانى (قوله أمره) بالنصب مفعول اقتضى وهو مصدر مضاف لفاعله ، وهو الضمير العائد إلى الغير وهو المخاطب بالكاف والمفعول محذوف وهو الحالف ، وقوله ليخصه به : أى ليخص الحالف الغير أى المخاطب به أى بالفعل المحلوف عليه ، وفى المنح أى لتفيد اللام اختصاص ذلك الفعل به أى بذلك الغير اه فأرجع الضمير المستتر للام والبارز للفعل والمجرور للغير ، وعليه فالمراد بالمحلوف عليه فى كلام الشارح هو المخاطب

عليه إذ اللام للاختصاص ولا يتحقق إلا بأمره المفيد للتوكيل (فلم يحنث فى إن بعت لك ثوبا إن باعه بلا أمر) لانتفاء التوكيل سواء (ملكه) أى المخاطب ذلك الثوب (أولا) بخلاف مالو قال ثوبا لك فإنه يقتضى كونه ملكا له كما سيجىء (فإن دخل) اللام (على عين) أى ذات (أو) على (فعل لايقع) ذلك الفعل (عن غيره) أى لايقبل النيابة (كأكل وشرب ودخول وضرب الولد) بخلاف العبد فإنه يقبل النيابة (اقتضى) دخول اللام (ملكه) أى ملك المخاطب للمحلوف عليه لأنه كمال الاختصاص (فحنث فى إن بعت

وهو الموافق لقول الزيلعى لاختصاص الفعل بالشخص المحلوف عليه (قوله إذ اللام للاختصاص) وجه إفادتها الاختصاص هو أنها تضيف متعلقها وهو الفعل لمدخولها وهو كاف المخاطب فتفيد أن المخاطب مختص بالفعل، وكونه مختصا به يفيد أن لايستفاد إطلاق فعله إلا من جهته وذلك يكون بأمره، وإذا باع بأمره كان بيعه إياه من أجله: وهى لام التعليل، فصار المحلوف عليه أن لا يبيعه من أجله فاذا دس المخاطب ثوبه بلا علمه فباعه لم يكن باعه من أجله لأن ذلك لايتصور إلا بالعلم بأمره به، ويلزم من هذا أن لايكون إلا فى الأفعال التى تجرى فيها النيابة كذا فى الفتح (قوله ولايتحقق إلا بأمره) قيده فى البحر بأن يكون أمره بأن يفعله لنفسه لقول الظهيرية لو أمره أن يشترى لابنه الصغير ثوبا لايحنث. وفى النهر أن مقتضى التوجيه يعنى بكونها للاختصاص حنثه إذا كان الشراء لأجله، ألا ترى أن أمره ببيع مال غيره موجب لحنثه غير مقيد بكونه له اه.

[تنبيه] ذكر فى الخانية مايفيد أن الأمر غير شرط بل يكفى فى حنثه قصده البيع لأجله سواء كان بأمره أولا. قال فى البحر: وهذا مما يجب حفظه فإن ظاهر كلامهم هنا يخالفه مع أنه هو الحكم اه.

قلت: يؤيده مافى شرح تلخيص الجامع لو قال لزيد إن بعت لك ثوبا فعبدى حر ولا نية له فدفع زيد ثوبا لرجل ليدفعه للحالف ليبيعه فدفعه وقال بعه لى ولم يعلم الحالف أنه ثوب زيد لم يحنث لأن اللام فى بعت لزيد لاختصاص الفعل بزيد وذلك إنمايكون بأمره الحالف أو بعلم الحالف أنه باعه له سواء كان الثوب لزيد أو لغيره اه وتمام الكلام فيما علقته على البحر (قوله فلم يحنث فى إن بعت لك ثوبا) التصريح بالمفعول به ليس بشرط لقول المحيط حلف لايبيع لفلان فباع ماله أو مال غيره بأمره حنث بحر، وأنت خبير بأن تمايز الأقسام أعنى تارة تدخل على الفعل أو على العين إنما يظهر بالتصريح بالمفعول به فلذا صرح به المصنف نهر.

وحاصله: أن تصريح المصنف به لا لكونه شرطا بل ليظهر الفرق بين دخول اللام عليه أو على الفعل (قوله سواء ملكه الخ) تعميم لقوله إن باعه بلا أمر.

وحاصله: أن الشرط أمره بالبيع لاكون الثوب ملك الآمر (قوله أى المخاطب) تفسير للضمير المستتر فى ملكه وقوله ذلك الثوب تفسير للضمير البارز (قوله فإن دخل اللام الخ) حاصله: أن الفعل إما أن يحتمل النيابة عن الغير أولا، وعلى كل فإما أن تدخل اللام على الفعل أو على مفعوله وهو العين، فإن دخلت على فعل يحتمل النيابة اقتضت ملك الفعل للمخاطب، وهو أن يكون الفعل بأمره سواء كان العين مملوكا له أولا وهذا مامر وفى الباقى وهو دخولها على فعل لايحتمل النيابة كالأكل والشرب أو على العين مطلقا اقتضت ملك العين للمخاطب سواء كان الفعل بأمره أولا (قوله للمحلوف عليه) المراد به هنا العين (قوله لأنه كمال الاختصاص) أى أن اللام للاختصاص كما مر، وحيث دخلت اللام على العين أو على فعل لايقبل النيابة اقتضت اختصاص العين بالمخاطب وكمال الاختصاص بالملك فحملت عليه، لكن يراد مايشمل الملك الحقيقى والحكمى، لأن الولد لايملك حقيقة كما يشير إليه الشارح، ولذا قال فى الفتح فإنه يحنث بدخول دار يختص بها المخاطب أى تنسب إليه وأكل طعام يملكه اه. وقوله: أى تنسب إليه ظاهره نسبة السكنى كما مر فى لا أدخل دار زيد فيشمل الأجرة والعارية، فالمراد

ثوبا لك إن باع ثوبه بلا أمره) هذا نظير الدخول على العين وهو الثوب لأن تقديره إن بعت ثوبا هو مملوكك وأما نظير دخوله على فعل لايقع عن غيره فذكره بقوله (وكذا) أى مثل مامر من اشتراط كون المحلوف عليه ملك المخاطب قوله (إن أكلت لك طعاما) أو شربت لك شرابا (اقتضى أن يكون الطعام) والشراب (ملك المخاطب) كما فى إن أكلت طعاما لك لأن اللام هنا أقرب إلى الاسم من الفعل والقرب من أسباب الترجيح، وأما ضرب الولد فلا يتصور فيه حقيقة الملك بل يراد الاختصاص به (وإن نوى غيره) أى مامر (صدق فيما) فيه تشديد (عليه) قضاء وديانة ودين فيما له، ثم الفرق بين الديانة والقضاء لايتأتى فى اليمين بالله لأن الكفارة لامطالب لها كما مر (قال إن بعته أو ابتعته فهو حر فعقد) عليه بيعا (بالخيار لنفسه حنث لوجود الشرط

ملك المنفعة تأمل (قوله ثوبا لك) أى موصوفا بكونه لك (قوله إن باع ثوبه بلا أمره) لأن اللام لم تدخل على الفعل حتى يعتبر اختصاص الفعل فى المخاطب بأن يكون بأمره وإن صح تعلقها به ولذا لو نواه يصح كما يأتى، لكن لما كانت أقرب إلى الاسم وهو الثوب من الفعل اقتضت إضافة الاسم إلى مدخولها وهو كاف المخاطب لأن القرب من أسباب الترجيح كما فى الفتح ، ولذا إذا توسطت تعلقت بالفعل لقربه كما مر مع أنه يصح جعلها حالا من الاسم المتأخر (قوله هذا نظير) أى مثال وكذا مابعده (قوله إن أكلت لك طعاما) بتقديم اللام على الاسم ولا يصح تعلقها هنا بالفعل وإن كانت أقرب إليه لأنه لايحتمل النيابة فلا يصح جعلها لملك الفعل للمخاطب فصارت داخلة على الاسم وإن تقدمت عليه كما لو تأخرت عنه وهو ظاهر فلزم كون الاسم مملوكا للمخاطب (قوله لأن اللام هنا الخ) الصواب ذكر هذا التعليل قبل قوله : وأما نظير دخوله على فعل لا يقع عن غيره كما ذكره فى الفتح وغيره إذ لافرق هنا بين قرب اللام من الاسم أو من الفعل كما علمت بل العلة هنا كون الفعل لايقبل النيابة كما قررناه (قوله وأما ضرب الولد الخ) أشار إلى ماذكرناه من أن المراد بملك العين مايشمل الحكمى (قوله فيما فيه تشديد عليه) بأن باع ثوبا مملوكا للمخاطب بغير أمره فى المسألة الأولى ونوى بالاختصاص الملك فإنه يحنث ولولا نيته لما حنث، أو باع ثوبا لغير المخاطب بأمر المخاطب فى المسألة الثانية ونوى الاختصاص بالأمر، فإنه يحنث ولولا نيته لما حنث لأنه نوى مايحتمله كلامه بالتقديم والتأخير وليس فيه تخفيف فيصدقه القاضى بحر (قوله ودين فيما له) كما إذا باع بالأمر ثوبا لغير المخاطب ونوى بالاختصاص الملك فى الأولى أو باع بلا أمر ثوبا للمخاطب ونوى الاختصاص بالأمر فى الثانية ، لأن اللام إذا قدمت على الاسم فالظاهر اختصاص الأمر ، وإذا أخرت فالظاهر اختصاص الملك فإذا عكس فقد نوى خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضى بل يصدق ديانة لأنه نوى محتمل كلامه (قوله كما مر) أى قبيل قول المصنف لايشرب من دجلة .

مطلب قال إن بعته أو ابتعته فهو حر فعقد بالخيار لنفسه عتق

(قوله أو ابتعته) أى اشتريته (قوله فعقد) أى الحالف من بائع أو مشتر عليه أى على العبد، وقوله بيعا يشمل المسألتين لأن العقد بين البائع والمشترى يسمى عقد بيع (قوله بالخيار لنفسه) أى نفس الحالف المذكور وهو البائع أو المشترى (قوله حنث) نقل بعض المحشين عن حيل الخصاف أنه لايحنث وتنحل اليمين، حتى لو نقض الشراء ثم اشتراه ثانيا باتا لايعتق اه .

قلت : لكنه خلاف مافى المتون (قوله لوجود الشرط) أى مع قيام الملك لأن خيار البائع لا يخرج المبيع عن ملكه بالاتفاق ، وخيار المشترى يدخل المبيع فى ملكه عندهما، وأما عنده فالمبيع وإن خرج عن ملك البائع ولم يدخل فى ملك المشترى لكن المعلق بالشرط كالمنجز عند الشرط فيصير كأنه قال بعد الشراء أنت حر

ولو بالخيار لغيره لا وإن أجيز بعد ذلك فى الأصح كما لو قال : إن ملكته فهو حر لعدم ملكه عند الإمام (و) قيد بالخيار لأنه (لو قال إن بعته فهو حر فباعه بيعا صحيحا بلا خيار لايعتق) لزوال ملكه وتنحل اليمين لتحقق الشرط زيلعى (ويحنث) الحالف فى المسألتين (ب) البيع أو الشراء (الفاسد والموقوف

ولو نجز المشترى بالخيار لنفسه العتق يثبت الملك سابقا عليه فكذا إذا علق ، وتمامه فى النهر. قال ح : ومثل عقد البائع بالخيار لنفسه عقده بالخيار لأجنبى أولنفسه وللمشترى، ومثل عقد المشترى بالخيار لنفسه عقده بالخيار لأجنبى (قوله ولو بالخيار لغيره لا) يعنى لو باعه الحالف بشرط الخيار للمشترى أو اشتراه بشرط الخيار للبائع لايحنث أما الأول فلأنه باتّ من جهته فلا يعتق لخروجه عن ملكه ، وأما الثانى فلأنه باق على ملك بائعه كما فى البحر عن الذخيرة ، ولا يصح أن يراد هنا بالغير مايشمل الأجنبى لأن الحالف يحنث بائعا أو مشتريا أفاده ح (قوله وإن أجيز بعد ذلك) مرتبط بقوله ولو بالخيار لغيره لايعنى هذا إذا رد العقد ممن له الخيار وكذا إن أجيز فى الصورتين أما فى الأولى أعنى ماإذا باعه الحالف بشرط الخيار للمشترى فظاهر لخروجه عن ملك البائع ثم دخوله فى ملك المشترى ، وأما فى الثانية وهى عكس الأولى فلأنه فى مدة الخيار لم يخرج عن ملك البائع وانحلت اليمين بالعقد أفاده ط فافهم .

قلت : وهذا يصلح حيلة للحالف وهو أن يبيعه أو يشتريه بالخيار لغيره فلا يعتق عليه (قوله فى الأصح) لم أر من صرح بتصحيحه وإنما قال فى البحر وسواء أجاز البائع بعد ذلك أو لم يجز. وذكر الطحاوى أنه إذا أجاز البائع البيع يعتق ، لأن الملك يثبت عند الإجازة مستندا إلى وقت العقد بدليل أن الزيادة الحادثة بعد العقد قبل الإجازة تدخل فى العقد كذا فى البدائع اهـ فتأمل (قوله كما لو قال الخ) تشبيه فى عدم الحنث، وبيان لفائدة التقييد بتعليق البيع أو الشراء. قال الزيلعى: بخلاف ماإذا علقه بالملك بأن قال إن ملكتك فأنت حر حيث لايعتق به عنده لأن الشرط وهو الملك لم يوجد عنده لأن خيار الشرط للمشترى يمنع دخول المبيع فى ملكه على قوله . وعندهما يعتق لوجود الشرط لأن خيار المشترى لايمنع دخول المبيع فى ملكه اهـ :

قلت : وهذا مقيد بما إذا لم يجز العقد بعد ، فلو أجازه وأبطل الخيار أو مضت مدته تحقق الشرط وهو الملك كما لايخفى فيعتق عند الكل أفاده ط (قوله لأنه لو قال إن بعته) اقتصر على البائع لأن المشترى إذا حنث بشرائه بالخيار فحنثه بشرائه الباتّ بالأولى أفاده ط (قوله وتنحل) عبارة الزيلعى وينبغى أن تنحل (قوله فى المسألتين) هما إن بعته أو ابتعته ح (قوله بالبيع أو الشراء) كذا فى أغلب النسخ التى رأيناها بالعطف بأو وفى بعضها بالواو ولا يناسبه إفراد الفاسد ولأنه بيان لما يحنث به فى المسألتين وهو أحدهما لامجموعهما (قوله الفاسد)قال فى البحر : وهو مجمل لابد من بيانه. أما فى المسألة الأولى وهى ماإذا قال إن بعتك فأنت حر فباعه بيعا فاسدا ، فإن كان فى يد البائع أو فى يد المشترى غائبا عنه بأمانة أو رهن يعتق لأنه لم يزل ملكه عنه ، وإن كان فى يد المشترى حاضرا أو غائبا مضمونا بنفسه لا يعتق لأنه بالعقد زال ملكه عنه . وأما فى الثانية وهى ما إذا قال إن اشتريته فهو حر فاشتراه شراء فاسدا فإن كان فى يد البائع لايعتق لأنه على ملك البائع بعد وإن كان فى يد المشترى وكان حاضرا عنده وقت العقد يعتق لأنه صار قابضا له عقب العقد فملكه وإن كان غائبا فى بيته أو نحوه فإن كان مضمونا بنفسه كالمغصوب يعتق لأنه ملكه بنفس الشراء وإن كان أمانة أو مضمونا بغيره كالرهن لايعتق لأنه لايصير قابضا عقب العقد كذا فى البدائع اهـ (قوله والموقوف) أى ويحنث بالموقوف فى حلفه لا يبيع بأن يبيعه لغائب قبل عنه فضولى أو لايشترى بأن اشتراه ببيع فضولى فإنه يحنث عند إجازة البائع . وفى التبيين مايخالفه بحر ونهر أى حيث قال : وصورة المسألة أن يقول إن اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا من فضولى حنث بالشراء ثم قال

لاالباطل) لعدم الملك وإن قبضه، ولو اشترى مدبرا أو مكاتبا لم يحنث إلا بإجازة قاض أو مكاتب :

[فرع] قال لأمته : إن بعت منك شيئا فأنت حرة فباع نصفها من زوج ولدت منه أو من أبيها لم يقع عتق المولى ، ولو من أجنبي وقع والفرق فى الظهيرية (و) إنما قيد بالبيع لأنه (فى حلفه لايتزوج) امرأة أو (هذه المرأة فهو على الصحيح دون الفاسد) فى الصحيح (وكذا لو حلف لايصلى أو لايصوم) أو لايحج، لأن المقصود منها الثواب ومن النكاح الحل ولا يثبت بالفاسد فلا تنحل به اليمين بخلاف البيع ، لأن المقصود منه الملك وأنه يثبت بالفاسد والهبة والإجارة كبيع (ولو كان) ذلك كله (فى الماضى)

وعن أبي يوسف أنه يصير مشتريا عند الإجازة كالنكاح اهـ . ومفاده أن مافى البحر رواية وأن المذهب حنثه بالشراء أى قبل الإجازة لاعندها مستندا كما زعمه المحشي بدليل مافى تلخيص الجامع ويحنث بالشراء من فضولى أو بالخمر أو بشرط الخيار إذ الذات لاتختل لخلل فى الصفة اهـ قال شارحه الفارسى لأن شرط الحنث وجد وهو ذات البيع بوجود ركنه من أهله فى محله ، وإن لم يفد الملك فى الحال لمانع وهو دفع الضرر عن المالك فى الأول واتصال المفسد به فى الثانى والخيار فى الثالث وإفادة الملك فى الحال صفة البيع لاذاته فإن العرب وضعت لفظ البيع لمبادلة مال بمال مع أنهم لايعرفون الأحكام ولا الصحيح والفاسد ومتى وجدت الذات لا تختل لخلل وجد فى الصفات اهـ فافهم (قوله لا الباطل) أى كما لو اشترى بميتة أو دم فلا يحنث لعدم ركن البيع وهو مبادلة مال بمال، ولهذا لايملك المبيع بخلاف مالو اشترى بخمر أو خنزير لأنهما مال متقوم فى حق بعض الناس إلا أن البيع بهما فاسد لاشتراطه فى البيع مالايقدر على تسليمه فأشبه سائر البيوع الفاسدة كذا فى التلخيص وشرحه (قوله إلا باجازة قاض أو مكاتب) لأن المنافى زال بالقضاء لأنه فصل مجتهد فيه وبإجازة المكاتب انفسخت الكتابة فارتفع المنافى فتم العقد بحر، ومن قوله زال بالقضاء تعلم أن استعمال الإجازة فى القضاء من باب عموم المجاز اهـ ح .

قلت : وفى شرح التلخيص مايفيد أنه لابد من القضاء مع إجازة المكاتب لكن ذكر الزيلعى نحو مافى البحر. وفى الخانية : إذا بيع المكاتب برضاه جاز وكان فسخا للكتابة اهـ .

[تتمة] قال الزيلعى : ولو حلف أن يبيع هذا الحر فباعه بر لأن البيع الصحيح لايتصور فيه فانعقد على الباطل وكذا الحرة وأم الولد. وعن أبي يوسف ينصرف إلى الصحيح لإمكانه بالردة ثم السبى (قوله والفرق فى الظهيرية) وهو أن الولادة من الزوج والنسب من الأب مقدم فيقع بما تقدم سببه أولا ، وهذا المعنى لايمكن اعتباره فى حق الأجنبي كما فى البحر ح . وبيانه كما أفاده بعض المحشين أنه لما باع نصفها من الزوج صارت أم ولده قبل الجزاء وهو العتق فلا تعتق على البائع لأنها أم ولد غيره وكذا يثبت النسب من الأب فتعتق عليه (قوله فى الصحيح) راجع للتعميم كما يفيده قول النهر ، لأن بالنكاح لايحنث بالفاسد سواء عينها أولم يعينها هو الصحيح كما فى الخانية (قوله وكذا لو حلف لايصلى الخ) قال فى التتارخانية عن الخلاصة : النكاح والصلاة وكل فعل يتقرب به إلى الله تعالى على الصحيح دون الفاسد (قوله أو لايحج) ذكره هنا إشارة إلى أن ذكر المصنف إياه فيما سيأتى ليس فى محله ح (قوله ولايثبت بالفاسد) أى الذى فساده مقارن كالصلاة بغير طهارة، أما الذى طرأ عليه الفساد كما إذا شرع ثم قطع فيحنث به على التفصيل الآتى وسنتكلم عليه ح (قوله فلا تنحل به اليمين) حتى لوتزوج فاسدا أو صلى كذلك ثم أعاد صحيحا حنث (قوله وإنه) أى الملك يثبت بالفاسد إذا اتصل به القبض (قوله والهبة والإجارة كبيع) قال فى البحر : وقدمنا أنه لو حلف لايهب فوهب هبة غير مقسومة حنث كما فى الظهيرية فعلم أن فاسد الهبة كصحيحها ولا يخفى أن الإجارة كذلك لأنها بيع اهـ أى بيع المنافع .

كإن تزوجت أو ضمت (فهو عليهما) أى الصحيح والفاسد لأنه إخبار (فإن عنى به الصحيح صدق) لأنه النكاح المعنوى بدائع (إن لم أبع هذا الرقيق فكذا فأعتق) المولى (أو دبر) رقيقه تدبيرا (مطلقا) فلا يحنث بالمقيد فتح (أو استولد) الأمة (حنث) لتحقق الشرط بفوات محلية البيع ،حتى لو قال : إن لم أبعك فأنت حر فدبر أو استولد عتق ولا يعتبر تكرار الرق بالردة لأنه موهوم (قالت له) امرأته (تزوجت علىّ فقال كل امرأة لى طالق طلقت المحلفة) بكسر اللام وعن الثانى لا وصححه السرخسى ، وفى جامع قاضى خان وبه أخذ عامة مشايخنا وفى الذخيرة إن فى حال غضب طلقت وإلا لا

مطلب إذا دخلت أداة الشرط على كان تبقى على معنى المضى

(قوله كإن تزوجت أو ضممت) كان المناسب أن يقول كإن كنت تزوجت كما عبر فى البحر بزيادة كنت لأن أداة الشرط تقلب معنى الماضى إلى الاستقبال غالبا فإذا أريد معنى الماضى جعل الشرط كإن كقوله تعالى - إن كنت قلته فقد علمته - إن كان قميصه قد - لأن المستفاد من كان الزمن الماضى فقط ، ومع النص على المضى لا يمكن إفادة الاستقبال وهذا من خصائص كان دون سائر الأفعال الناقصة ذكره المحقق الرضى ، والظاهر أن هذا أغلبى أيضا بدليل قوله تعالى - وإن كنتم جنبا - بمعنى صرتم كما فى - فكانت هباء - أى صارت (قوله لأنه إخبار) أى فلا يقصد منه الحل والتقريب كما فى البحر ، ولأن ما مضى معرف معين لغو وما يستقبل معدم غائب والصفة فى الغائب معتبرة شرح التلخيص (قوله لأن النكاح المعنوى) خص بالتعليل النكاح لأنه المحدث عنه أولا ومثله غيره والمعنوى اسم مفعول من عنى بمعنى قصد عبر به تبعا للبحر عن البدائع والمختار فى الاستعمال معنى بدون واو مثل مرمى ، والمراد أنه الحقيقة المقصودة. قال فى شرح التلخيص : إلا أن ينوى نكاحا أو فعلا صحيحا فى الماضى فيصدق ديانة وقضاء وإن كان فيه تخفيف عليه لأنه نوى حقيقة كلامه ورعاية الحقيقة واجبة ما أمكن وإن نوى الفاسد فى المستقبل صدق قضاء وإن نوى المجاز لما فيه من التغليظ ، ويحنث بالجائز أيضا لأن فيه ما فى الفاسد وزيادة اه (قوله فلا يحنث بالمقيد) لجواز بيعه قبل وجود شرطه (قوله حتى لو قال) تفريع على التعليل ولا فرق بين هذا وبين ما فى المتن إلا من حيث إن المعلق عتق المخاطب وفى الأول طلاق الزوجة أو عتق عبد آخر (قوله أو استولد) هذا خاص بالأمة ولا يناسبه فتح الكاف ، والتاء فى إن لم أبعك فأنت حر إلا أن يراد به الشخص الصادق بالذكر والأنثى (قوله ولا يعتبر الخ) قيل وقوع اليأس فى الأمة والتدبير ممنوع لجواز أن ترتد فتسبى فيملكها الحالف وأن يحكم القاضى ببيع المدبر. وأجيب بأن من المشايخ من قال لا تطلق لهذا الاحتمال ، والأصح ما فى الكتاب لأن ما فرض أمر متوهم نهر. زاد فى غاية البيان فى الجواب عن الأمة أو نقول إن الحالف عقد يمينه على الملك القائم لا الذى سيوجد .

مطلب قالت له تزوجت علىّ فقال كل امرأة لى طالق طلقت المحلفة

(قوله طلقت المحلفة) أى التى دعته إلى الحلف وكانت سببا فيه بحر وهذا إذا لم يقل مادمت حية لأن كل امرأة نكرة والمخاطبة معرفة بتاء الخطاب فلا تدخل تحت النكرة شرح التلخيص (قوله وعن الثانى لا) أى لا تطلق لأنه أخرجه جوابا فينطبق عليه ، ولأن غرضه إرضاؤها وهو بطلاق غيرها فيتقيد به. وجه الظاهر عموم الكلام ، وقد زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدأ ، وقد يكون غرضه إيحاشها حين اعترضت عليه ومع التردد لا يصلح مقيدا ولو نوى غيرها صدق ديانة لا قضاء لأنه تخصيص العام بحر (قوله وصححه السرخسى الخ) وفى شرح التلخيص قال البزدوى فى شرحه إن الفتوى عليه (قوله وفى الذخيرة الخ) حيث قال : وحكى عن بعض المتأخرين أنه ينبغى

(ولو قيل له ألك امرأة غير هذه المرأة فقال كل امرأة لى فهى كذا لاتطلق هذه المرأة) لأن قوله غير هذه المرأة لايحتمل هذه المرأة فلم تدخل تحت كل بخلاف الأول .

[فروع] يتفرع على الحنث لفوات المحل نحو : إن لم تصبى هذا فى هذا الصحن فأنت كذا فكسرته أو إن لم تذهبى فتأتى بهذا الحمام فأنت كذا فطار الحمام طلقت .

قال لمحرمه : إن تزوجتك فعبدى حر فتزوجها حنث لأن يمينه تنصرف إلى مايتصور .

حلف لايتزوج بالكوفة عقد خارجها لأن المعتبر مكان العقد .

إن تزوجت ثيبا فهى كذا فطلق امرأته ثم تزوجها ثانيا لاتطلق اعتبارا للغرض، وقيل تطلق .

حلف لايتزوج من بنات فلان وليس لفلان بنت لايحنث بمن ولدت له بحر (النكرة تدخل تحت النكرة

أن يحكم الحال ، فإن جرى بينهما قبل ذلك خصومة تدل على أنه قال ذلك على سبيل الغضب يقع عليها وإلا فلا. قال شمس الأئمة السرخسى وهذا القول حسن عندى اه .

قلت : وهذا توفيق بين ظاهر الرواية الذى عليه المتون وبين رواية أبى يوسف وهو ظاهر فإن حالة الرضا دليل على أنه قصد مجرد الجواب وإرضاءها لا إيحاشها بخلاف حالة الغضب وفى ذلك إعمال كل من القولين فينبغى الأخذ به (قوله لايحتمل هذه المرأة) لأن كلام الزوج فى المسألتين مبنى على السؤال وإنما يدخل فى كلامه مايجوز دخوله فى السؤال ولفظ امرأة فى المسألة الأولى يتناولها بخلاف لفظ غير هذه فى المسألة الثانية أفاده فى الذخيرة (قوله لفوات المحل) أى المذكور فى مسألة إن لم أبع هذا الرقيق الخ فكان الأولى ذكر ذلك هناك كما فعل فى البحر والنهر (قوله فكسرته) أى على وجه لايمكن التئامه إلا بسبك جديد كما هو ظاهر (قوله طلقت) أى لبطلان اليمين باستحالة البر كما إذا كان فى الكوز ماء فصب على مامر نهر ، وأراد ببطلانها بطلان بقائها. وقال فى النهر أيضا وكان ذلك فى الحمام يمين الفور وإلا فعود الحمام بعد الطيران ممكن عقلا وعادة فتدبره (قوله قال لمحرمه) أى نسبا أو رضاعا أو مصاهرة ط (قوله إلى مايتصور) وهو العقد عليها فإنها محل له فى الجملة. قال فى التتارخانية : ولو قال إن تزوجت الجدار أو الحمار فعبدى حر لا تنعقد يمينه اه أى لأنه غير محل أصلا. وفيها: قال لأجنبية إن نكحتك فأنت طالق تنصرف إلى العقد ولو لامرأته أو جاريته فإلى الوطء حتى لو تزوجها بعد الطلاق أو العتق لايحنث (قوله عقد خارجها) أى بنفسه أو وكيله فإذا كان فى الكوفة وعقد وكيله خارجها لايحنث كما فى الخانية عن حيل الخصاف (قوله لأن المعتبر مكان العقد) فلو تزوج امرأة بالكوفة وهى فى البصرة زوّجها منه فضولى بلا أمرها فأجازت وهى فى البصرة حنث الحالف ويعتبر مكان العقد وزمانه لإمكان الإجازة ورمنها خالية (قوله اعتبارا للغرض) فإن غرضه غير التى معه (قوله لايحنث بمن ولدت له) قال الصدر الشهيد هذا موافق قول محمد : أما مايوافق قولهما فقد ذكر فى الجامع الصغير أن من حلف لايكلم امرأة فلان وليس لفلان امرأة ثم تزوج امرأة وكلمها الحالف حنث عندهما خلافا لمحمد ، وفى الحجة والفتوى على قولهما تاترخانية .

مطلب النكرة تدخل تحت النكرة والمعرفة لاتدخل

(قوله النكرة تدخل تحت النكرة الخ) المراد بالنكرة مايشمل المعرف من وجه كالعلم المشارك له غيره فى الاسم وكالمضاف إلى الضمير إذا كان تحته أفراد مثل نسائى طوالق كما يظهر ، والمراد بالمعرفة كما قال فى الذخيرة ماكان معرفا من كل وجه ، وهو مالايشاركه غيره فى ذلك كالمشار إليه كهذه الدار وهذا العبد ، والمضاف إلى الضمير كدارى

والمعرفة لا) تدخل تحت النكرة، فلو قال : إن دخل هذه الدار أحد فكذا والدار له أو لغيره فدخلها الحالف حنث لتنكيره ولوقال : دارى أو دارك لاحنث بالحالف لتعريفه وكذا لو قال : إن مس هذا الرأس أحد وأشار إلى رأسه لايحنث الحالف بمسه ، لأنه متصل به خلقة ، فكان معرفة أقوى من ياء الإضافة بحر وذكره المصنف قبيل باب اليمين فى الطلاق معزيا للأشباه (إلا) بالنية و (فى العلم) كإن كلم غلام محمد بن أحمد أحد ، فكذا دخل الحالف لو هو كذلك لجواز استعمال العلم فى موضع النكرة فلم يخرج الحالف من عموم النكرة بحر

قلت : وفى الأشباه المعرفة لاتدخل تحت النكرة

وعبدى ، أما المعرف بالاسم كمحمد بن عبد الله والمضاف إليه كدار محمد بن عبدالله فإنه يدخل تحت النكرة ، لأن الاسم لايقطع الشركة من كل وجه ولذا يحسن الاستفهام فيقال من محمد بن عبدالله فبقى فيه نوع تنكير فهو حيث التعريف يخرج عن اسم النكرة ، ومن حيث التنكير لايخرج ، فلا يخرج بالشك والاحتمال ولا يرد مالو قال : فلانة بنت فلان التى أتزوجها طالق حيث يتعلق الطلاق بالاسم لا بالتزوج ، لأنه لا احتمال للخروج هنا ولا يرد أيضا كل امرأة أتزوجها مادامت عمرة حية فهى طالق حيث لاتطلق عمرة إذا تزوجها ، لأن عامة المشايخ على تقييده بما إذا كانت مشارا إليها بأن قال عمرة هذه وإلا دخلت تحت اسم امرأة ولأن الاسم والنسب وضعا لتعريف الغائب لا الحاضر لأن تعريفه بالإشارة كما فى الشهادة وتمام الكلام على ذلك فى الذخيرة وما ذكر من عدم دخول المعرفة تحت النكرة إنما هو إذا كانا فى جملة واحدة بخلاف الجملتين كما يأتى (قوله والدار له أو لغيره) أشار بالتعميم إلى خلاف الحسن بن زياد حيث قال إن الدار لو كانت له لايحنث ، لأن الإنسان لايمنع نفسه عن دخول دار نفسه . والجواب أنه قد يمنع نفسه لغيظ ونحوه كما فى شرح التلخيص (قوله لتنكيره) أى لتنكير الحالف نفسه حيث لم يعينها باضافة الدار إليه ، لأن الدار وإن ذكرت بالإشارة إليها لم يتعين مالكها بخلاف الإشارة إلى جزئه كهذا الرأس كما يأتى (قوله لا حنث بالحالف) كان المناسب زيادة والمخاطب أى فى قوله دارك وفى بعض النسخ لاحنث بالمالك وهى أولى (قوله لتعريفه) أى من كل وجه لأن ياء المتكلم وكاف المخاطب لا يدخل فيهما غيرهما فلا يدخلان تحت النكرة وهى أحد إلا أن ينوى دخول نفسه أو المخاطب ، لأن أحد شخص من بنى آدم وهما كذلك ، وكذا لو قال إن ألبست هذا القميص أحدا فأنت طالق لايدخل الحالف فلا يحنث إذا ألبسه لنفسه إلا بالنية وكذا لو قال لعبده أعتق أى عبيدى شئت لا يدخل المخاطب ، حتى لو أعتق نفسه لايعتق ، لأن الضمير المستتر فى أعتق معرفة فلا يدخل تحت أى لأنها وإن كانت عند النحاة معرفة بالإضافة إلا أنها بمنزلة النكرة ، لأنها تصحب النكرة لفظا مثل أى رجل ومعنى مثل — أيكم يأتينى بعرشها — لأن المعنى أى واحد منكم ، ولأن الأمر بالإعتاق توكيل ، فلا يدخل المأمور فيه كقولها لرجل زوجنى من شئت ليس له أن يزوجها من نفسه وتمامه فى شرح التلخيص (قوله فكان) أى الحالف أو ما ذكر من التعريف أقوى من ياء الإضافة أى أقوى تعريفا من تعريف ياء الإضافة (قوله إلا بالنية) أى لو نوى دخول المعرف تحت النكرة فإنها تشمله وغيره كمامر فيحنث قال فى الذخيرة لأنه نوى المجاز وفيه تغليظ عليه ، فيحنث بما نوى ويحنث بغيره لأنه الظاهر فى القضاء (قوله وفى العلم) لاحاجة إلى استثنائه لما قدمناه من أن المراد بالمعرفة ما كان معرفا من كل وجه وهو ما لايشاركه غيره (قوله دخل الحالف لو هو كذلك) أى لو كان اسمه محمد بن أحمد والغلام له فإذا كلم غلامه حنث وأما لو كان الحالف غيره فإنه يحنث بالأولى لأنه منكر من كل وجه (قوله لجواز استعمال العلم فى موضع النكرة) أى من حيث إن المسمى بهذا الاسم كثير فصار كأنه قال من كلم غلام رجل مسمى بهذا الاسم ولو قال كذلك لم يتعين الحالف

إلا المعرفة فى الجزاء : أى فتدخل فى النكرة التى هى فى موضع الشرط كإن دخل دارى هذه أحد فأنت طالق فدخلت هى طلقت ولو دخلها هو لم يحنث ، لأن المعرفة لاتدخل تحت النكرة وتمامه فى القسم الثالث من أيمان الظهيرية (ويجب حج أو عمرة ماشيا) من بلده .(فى قوله على المشى إلى بيت الله تعالى أو الكعبة وأراق دما إن ركب لإدخاله النقص ، ولو أراد ببيت الله بعض المساجد لم يلزمه شىء ولا شىء بالخروج أو الذهاب بعلى بيت الله أو المشى) إلى (الحرم أو) إلى (المسجد الحرام) أو باب الكعبة أو ميزابها (أو الصفا أو المروة أو مزدلفة أو عرفة لعدم العرف (لايعتق عبد قيل له إن لم أحج العام فأنت حر) ثم قال حججت وأنكر العبد

فصح دخوله تحت النكرة التى هى أحد (قوله إلا المعرفة فى الجزاء الخ) وكذا عكسه وهو المعرفة فى الشرط ، فإنها تدخل تحت النكرة فى الجزاء .

وحاصله كما فى شرح التلخيص أن المعرفة لاتدخل تحت النكرة إذا كانت فى جملة واحدة ، فلو فى جملتين لايمتنع دخولها لأن الشىء لايتصور أن يكون معرفا منكرا فى جملة واحدة بخلاف الجملتين لأنهما كالكلامين ففى إن دخل دارى هذه أحد فأنت طالق فدخلتها هى تطلق لأنها وإن كانت معرفة بتاء الخطاب إلا أنها وقعت فى الجزاء فلم يمتنع دخولها تحت نكرة الشرط وهى أحد، وفى قوله لها إن فعلت كذا فنسائى طوالق ففعلت المخاطبة تطلق معهن ، لأنها معرفة فى الشرط فجاز أن تدخل تحت الجزاء ، وتكون منكرة فى الجزاء يعنى باعتبار كونها واحدة غير معينة من جملة معلومة ذكرت فى الجزاء اهـ وبه علم أن نسائى نكرة هنا وإن أضيف إلى الضمير لأن المراد بالنكرة ماليس معرفا من كل وجه وهذا كذلك ولذا يصح الاستفهام عنهن فيقال من نساؤك كما مر فى العلم (قوله لأن المعرفة الخ) علة لقوله لم يحنث والمراد بالمعرفة ياء المتكلم فى دارى وقوله لاتدخل تحت النكرة أى التى فى جملتها .

مطلب قال على المشى إلى بيت الله تعالى أو الكعبة

(قوله ويجب حج أو عمرة ماشيا الخ) أى استحسانا وعلله فى الفتح بأنه تعورف إيجاب أحد النسكين به فصار فيه مجازا لغويا حقيقة عرفية مثل مالو قال : على حجة أو عمرة ، وإلا فالقياس أن لايجب بهذا شىء لأنه التزم ماليس بقربة واجبة وهو المشى ولا مقصودة اهـ وقدمنا أول الأيمان فى بحث النذر أن مثله النذر بذبح شاة ، فانه عبارة عن النذر بذبح شاة ، وقدمنا أن صيغة النذر تحتمل اليمين كما مر بيانه فى آخر كتاب الصوم فلذا ذكروا مسائل النذر فى الأيمان فافهم (قوله من بلده) قال فى النهر : ثم إن لم يكن بمكة لزمه المشى من بيته على الراجح لامن حيث يحرم من الميقات والخلاف فيما إذا لم يحرم من بيته ، فإن أحرم منه لزمه المشى منه اتفاقا وإن كان بمكة وأراد أن يجعل الذى لزمه حجا فإنه يحرم من الحرم ويخرج إلى عرفات ماشيا إلى أن يطوف طواف الزيارة كغيره ، وإن أراد إسقاطه بعمرة فعليه أن يخرج إلى الحل ويحرم منه وهل يلزمه المشى فى ذهابه خلاف ، والوجه يقتضى أنه يلزمه إذا الحاج يلزمه المشى من بلدته مع أنه ليس محرما بل ذاهب إلى محل الإحرام ليحرم منه فكذا هذا اهـ والتوجيه لصاحب الفتح وتبعه فى البحر أيضا (قوله إن ركب) أى فى كل الأوقات أو أكثرها ، فإن ركب فى غير ذلك تصدق بقدره ط (قوله لإدخاله النقص) أى فيما التزمه (قوله أوالمشى إلى الحرم أو إلى المسجد الحرام) هذا قوله وقالا لزمه فى هذين أحد النسكين ، والوجه أن يحمل على أنه تعورف بعد الإمام إيجاب النسك فيهما فقالا به فيرتفع الخلاف كما حققه فى الفتح ، وتبعه فى البحر وغيره (قوله لعدم العرف) علة لجميع ماتقدم ، فليس الفارق فى هذه المسائل إلا العرف ط .

وأتى بشاهدين (فشهدا بنحره) لأضحيته (بكوفة) لم تقبل لقيامها على نفى الحج إذ التضحية لاتدخل تحت القضاء . وقال محمد : يعتق ورجحه الكمال .

(حلف لايصوم حنث بصوم ساعة بنية) وإن أفطر لوجود شرطه (ولو قال) لاأصوم

مطلب إن لم أحج العام فأنت حر فشهدا بنحره بالكوفة لم يعتق

(قوله لم تقبل الخ) أى عندهما ، لأنها قامت على النفى ، لأن المقصود منها نفى الحج لا لإثبات التضحية لأنها لامطالب لها فصار كما إذا شهدوا أنه لم يحج ، غاية الأمر أن هذا النفى مما يحيط به علم الشاهد ، لكنه لايميز بين نفى ونفى تيسيرا هداية .

مطلب شهادة النفى لاتقبل إلا فى الشروط

وحاصله : أنه لايفصل فى النفى بين أن يحيط علم الشاهد فتقبل الشهادة به أولا فلا بل لاتقبل على النفى مطلقا نعم تقبل على النفى فى الشروط ، حتى لو قال لعبده : إن لم تدخل الدار اليوم فأنت حر فشهد أنه لم يدخلها قبلت ويقضى بعتقه كما فى المبسوط وأراد أن مانحن فيه كذلك . وأجيب بأنها قامت على أمر معاين وهو كونه خارج البيت فيثبت النفى ضمنا ، واعترضه فى الفتح بأن العبد كما لاحق له فى التضحية لاحق له فى الخروج فإذا كان مناط القبول كون المشهود به أمرا وجوديا متضمنا للمدعى به كذلك يجب قبول شهادة التضحية المتضمنة للنفى فقول محمد أوجه اهـ وتبعه فى البحر والنهر ، لكن أجاب المقدسى فى شرحه بأن الشهادة بعدم الدخول أولت بالخروج الذى هو وجودى صورة وفى الحقيقة المقصود أن الخروج يمكن الإحاطة به بلا ريب بأن يشاهد العبد خارج الدار فى جميع اليوم فهى نفى محصور بخلاف التضحية بالكوفة ليست ضدا للحج على أنه يمكن أن يكون ذلك كرامة له وهى جائزة كما قالوا فى المشرقى والمغربية فتأمل اهـ .

مطلب حلف لايصوم حنث بصوم ساعة

(قوله لوجود شرطه) وهو الصوم الشرعى إذ هو الإمساك عن المفطر على قصد التقرب وقد وجد تمام حقيقته وما زاد على أدنى إمساك فى وقته فهو تكرار الشرط ، ولأنه بمجرد الشروع فى الفعل إذا تمت حقيقته يسمى فاعلا ولذا نزل إبراهيم عليه السلام ذابحا بامرار السكين فى محل الذبح ، فقيل له — قد صدقت الرؤيا — بخلاف ما إذا كانت حقيقته تتوقف على أفعال مختلفة كالصلاة كما يأتى فتح . واعترض بأن الصوم الشرعى أقله يوم ، وأجيب بأنه يطلق شرعا على مادونه . ودفع بأن المطلق ينصرف إلى الكامل .

قلت : جوابه أن هذا لوقال صوما كما يأتى أما بدون تصريح بمصدر أو ظرف فالمراد الحقيقة وقد وجدت بالأقل ، ولهذا يقال فى الشرع والعرف إنه صام ثم أفطر فيحنث لوجود شرط الحنث قبل الإفطار ثم لايرتفع بعد تحققه فافهم .

ثم اعلم أن ماذكره المصنف هنا كبقية المتون مخالف لما قدمه فى هذا الباب من أنه لوحلف لايصلى أولايصوم فهو على الصحيح دون الفاسد كما قدمناه وكنت أجبت عنه فى باب نكاح الرقيق ، بأن المراد بالصحيح ماوجدت حقيقته الشرعية على وجه الصحة فلا يضره عروض الفساد بعد ذلك ويفيده ما ذكرناه عن الفتح من التعليل ، وعليه فقوله دون الفاسد احتراز عن الفاسد ابتداء كما لونوى الصوم عند الفجر وهو يأكل أو شرع فى الصلاة

(صوما أو يوما حنث بيوم) لأنه مطلق فيصرف إلى الكامل .

(حلف ليصومن هذا اليوم وكان بعد أكله أو بعد الزوال صحت) اليمين (وحنث للحال) لأن اليمين لاتعتمد الصحة بل التصور كتصوره فى الناسى وهو (كما لو قال لامرأته إن لم تصلى اليوم فأنت كذا فحاضت من ساعتها أو بعد ماصلت ركعة) فإن اليمين تصح وتطلق فى الحال لأن درور الدم لايمنع كما فى الاستحاضة بخلاف مسألة الكوز ،

محدثا فليتأمل . ثم رأيت فى الفتح مايفيد المنافاة بين القولين حيث استشكل المسألة المارة ، ثم أجاب بأن ما هنا أصح لأنه نص محمد فى الجامع الصغير لكنه بعد أسطر أجاب مستندا للذخيرة بأن المراد بالفاسد مالم يوصف بوصف الصحة فى وقت بأن يكون ابتداء الشروع غير صحيح وقال وبه يرتفع الإشكال ، وتبعه فى البحر والنهر وهذا عين مافهمته من الإشكال والجواب والحمد لله على إلهام الصواب (قوله لأنه مطلق الخ) علة للمسألتين : أى فلا يراد باليوم بعضه ، وكذا فى صوم ، لأن المراد بهما المعتبر شرعا فافهم . قال فى الفتح: أما فى يوما فظاهر وكذا فى صوما لأنه مطلق فينصرف إلى الكامل وهو المعتبر شرعا ولذا قلنا لو قال لله على صوم وجب عليه صوم يوم كامل بالإجماع ،وكذا إذا قال على صلاة تجب ركعتان عندنا لايقال المصدر مذكور بذكر الفعل ،فلا فرق بين حلفه لايصوم ، ولا يصوم صوما فينبغى أن لايحنث فى الأول إلا بيوم لأنا نقول الثابت فى ضمن الفعل ضرورى لايظهر أثره فى غير تحقق الفعل بخلاف الصريح ، فإنه اختيارى يترتب عليه حكم المطلق فيوجب الكمال اه (قوله لأن اليمين الخ) جواب عما أورد من أن اليمين هنا صحت مع أنه مقرون بذكر اليوم ولا كمال ورد فى الفتح إلا يراد بأن كلامنا كان فى المطلق وهو لفظ يوما ولفظ هذا اليوم مقيد معرف ،وإنما تشكل هذه المسألة والتى بعدها على قول أبى حنيفة ومحمد لأن التصور شرعا منتف، وكونه ممكنا فى صورة أخرى وهى صورة النسيان والاستحاضة لايفيد حيث كان فى صورة الحلف مستحيلا شرعا لأنه لم يخلف إلا على الصوم والصلاة الشرعيتين أما على قول أبى يوسف فظاهر اه (قوله كتصوره فى الناسى) أى فى الذى أكل ناسيا فإن حقيقة الصوم : وهى الإمساك عن المفطرات غير موجودة مع أنه اعتبره الشارع صائما فقد وجد الصوم مع الأكل وهذا نظير قوله بعد أكله وأما قوله أو بعد الزوال فلم يوجد له نظير والناسى لايصلح نظيرا له وعن هذا قال فى النهر : وأنت خبير بأن الصورة فيما إذا حلف بعد الزوال فى الناسى الذى لم يأكل ممنوع اه .

قلت : ويجاب بأن المراد إمكان تصوره مع فقد شرط وقد وجد ذلك فى الناسى ولا فرق بين شرط وشرط فيصلح ذلك نظيرا لهما ، ويدل لما قلنا مافى الذخيرة من أن المراد بالتصور بعد الزوال وبعد الأكل أن الله سبحانه لوشرع الصوم بعدهما لم يكن مستحيلا ألا ترى كيف شرعه بعد الأكل ناسيا ، وكذلك الصلاة مع الحيض تتصور لأن الحيض ليس إلا درور الدم وأنه لاينافى شرعية الصلاة ألا ترى أن الصلاة فى حق المستحاضة مشروعة وشرط إقامة الدليل مقام المدلول التصور لا الوجود بخلاف مسألة الكوز الخ اه ملخصا .

قلت : وبهذا يجاب عن إشكال الفتح، لأن المراد أنه لوشرع لم يكن مستحيلا شرعا لهذه الشواهد . نعم يقوى إشكاله ما قدمه الشارح فى بحث مسألة الكوز إن لم تصل الصبح غدا فأنت كذا لايحنث بحيضها بكرة فى الأصح وعزاه فى البحر هنا للمنتقى ، وقال هنا فحينئذ لايحنث فى مسألة الصوم أيضا على الأصح ، قال : لكن جزم فى المحيط بالحنث فيهما وفى الظهيرية أنه الصحيح اه فافهم (قوله كما فى الاستحاضة) فإنها فقد معها شرط الصلاة مع حكم الشارع عليها بالصحة ، فعلم أن شرعيتها مع فقد شرط غير مستحيلة بمعنى أنه تعالى لوشرعها مع الحيض

محل الفعل وهو الماء غير قائم أصلا فلا يتصور بوجه (وحنث فى لايصلى بركعة) بنفس السجود بخلاف إن صليت ركعة فأنت حر لايعتق إلا بأولى شفع لتحقق الركعة (وفى) لايصلى (صلاة بشفع) وإن لم يقعد بخلاف لايصلى الظهر مثلا فإنه يشترط التشهد (و) حنث (فى لايؤم أحدا باقتداء قوم به بعد شروعه وإن) وصلية

لأمكن كما مر فلا يرد إشكال الكمال فافهم (قوله لأن محل الفعل) أى المحلوف عليه بقوله لاأشرب ماء هذا الكوز والحال أنه لاماء فيه :

مطلب حلف لايصلى حنث بركعة

(قوله بركعة) أى استحسانا لأن الصلاة عبارة عن أفعال مختلفة فالم يأت بها لاتسمى صلاة يعنى لم يوجد تمام حقيقتها والحقيقة تنتفى بانتفاء الجزء ، بخلاف الصوم فإنه ركن واحد ويتكرر بالجزء الثانى . وأورد أن من أركان الصلاة القعدة وليست فى الركعة الواحدة فيجب أن لا يحنث . وأجيب بأنها موجودة بعد رفع رأسه من السجدة وهذا إنما يتم بناء على توقف الحنث على الرفع منها والأوجه خلافه على أنه لو سلم فليست تلك القعدة هى الركن . والحق أن الأركان الحقيقية هى الخمسة والقعدة ركن زائد على ماتحرر وإنما وجبت للختم فلا تعتبر ركنا فى حق الحنث اه فتح ملخصا قال فى النهر : وقدمنا أنها شرط لاركن وهو ظاهر فى توقف حنثه على القراءة فى الركعة وإن كانت ركنا زائدا وهذا أحد قولين ، وقيل يحنث بدونها حكاهما فى الظهيرية (قوله بنفس السجود) أى بوضع الجبهة على الأرض لتمام حقيقة السجود به بلا توقف على الرفع وهو الأوجه كما فى الفتح (قوله لتحقق الركعة) تقدم أن الصلاة تتحقق بوجود الأركان الأربعة ، لكن إذا قال ركعة فقد التزم زيادة على حقيقة الصلاة وهو صلاة تسمى ركعة وهى الركعة الأولى من شفع ، فلو صلى ركعة ثم تكلم لايحنث ، لأنها صورة ركعة لاصلاة هى ركعة وقال فى الظهيرية لأنه ماصلى ركعة لأنها بتيراء ولو صلى ركعتين حنث بالركعة الأولى. قال فى البحر : وقد علم مما ذكرنا أن النهى عن البتيراء مانع لصحة الركعة وهى تصغير البتراء تأنيث الأبتر وهو فى الأصل مقطوع الذنب ثم صار يقال للناقص اه (قوله وإن لم يقعد الخ) مأخوذ من الفتح حيث قال : حلف لايصلى صلاة فهل يتوقف حنثه على قعوده قدر التشهد بعد الركعتين ؟ اختلفوا فيه والأظهر أنه إن عقد يمينه على مجرد الفعل وهو ما إذا حلف لايصلى صلاة يحنث قبل القعدة لما ذكرته أى من أنها ركن زائد ، وإن عقدها على الفرض كصلاة الصبح أو ركعتى الفجر ، ينبغى أن لايحنث حتى يقعد اه وفى النهر عن العناية أن الصلاة لاتعتبر شرعا بدونها وصلاة الركعتين عبارة عن صلاة تامة وتمامها شرعا لايكون إلا بالقعدة ثم قال بعد نقل مافى الفتح : وتوجيه المسألة يشهد لما فى العناية اه .

وحاصله : أنه لابد من القعدة مطلقا وهذا كله مخالف لما فى البحر عن الظهيرية حيث قال : والأظهر والأشبه أن عقد يمينه على مجرد الفعل ، وهو إذا حلف لايصلى صلاة لايحنث قبل القعدة وإن عقدها على الفرض وهى من ذوات المثنى فكذلك وإن كان من ذوات الأربع حنث ، ولو حلف لايصلى الظهر لايحنث حتى يتشهد بعد الأربع اه لكن فيه شبه المنافاة إذ لافرق يظهر بين قوله لاأصلى الفرض وقوله لا أصلى الظهر مثلا تأمل وفى التاترخانية : لو حلف لايصلى الظهر أو الفجر أو المغرب لايحنث حتى يقعد فى آخرها ويظهر لى أن الأوجه مافى العناية كما مر عن النهر ويظهر منه أيضا اشتراط القعدة فى قوله لاأصلى ركعة وإلا فهى صورة ركعة لاركعة حقيقية تأمل (قوله بعد شروعه) متعلق باقتداء (قوله وإن وصلية) لكن الذى فى نسخ المتن المجردة صدق بلا واو فتكون إن شرطية وجوابها صدق .

و قصد أن لايؤم أحدا) لأنه أمهم (وصدق ديانة) فقط (إن نواه) أى أن لايؤم أحدا (وإن أشهد قبل شروعه) أنه لايؤم أحدا (لايحنث مطلقا) لاديانة ولا قضاء وصح الاقتداء ولو فى الجمعة استحسانا (كما) لاحنث (لو أمهم فى صلاة الجنازة أو سجدة التلاوة) لعدم كمالها (بخلاف النافلة) فإنه يحنث وإن كانت الإمامة فى النافلة منهيا عنها .

[فروع] إن صليت فأنت حر فقال صليت وأنكر المولى لم يعتق لإمكان الوقوف عليها بلا حرج .

قال: إن تركت الصلاة فطالق فصلتها قضاء طلقت على الأظهر ظهيرية.

حلف ماأخر صلاة عن وقتها وقد نام فقضاها استظهر الباقانى عدم حنثه لحديث «فإن ذلك وقتها» .

اجتمع حدثان فالطهارة منهما .

مطلب حلف لايؤم أحدا

(قوله لأنه أمهم) أى فى الظاهر قال فى الظهيرية وقصده أن لايؤم أحدا أمر بينه وبين الله تعالى ثم قال وذكر الناطفى أنه إذا نوى أن لايؤم أحدا فصلى خلفه رجلان جازت صلاتهما ، ولايحنث لأن شرط الحنث أن يقصد الإمامة ولم يوجد اه وظاهره أنه لايحنث قضاء أيضا ففى المسألة قولان ، ويظهر لى الثانى لأن شروعه وحده أولا ظاهر فى أنه لم يرد الإمامة ، وصحة اقتدائهم به لايلزم منها نيته ولذا لو أشهد لم يحنث مع صحة اقتدائهم لأن نية الإمام الإمامة شرط لحصول الثواب له لالصحة الاقتداء (قوله ولو فى الجمعة) لأن الشرط فيها الجماعة وقد وجد فتح. وعبارة البحر عن الظهيرية : وكذلك لو صلى هذا الحالف بالناس الجمعة ، فهو على ماذكرنا اه ومقتضاه أنه إن أشهد لايحنث أصلا وإلا حنث قضاء لاديانة إن نوى لكن فى البزازية ولو أشهد قبل دخوله فى الصلاة فى غير الجمعة أن يصلى لنفسه لم يحنث ديانة ولا قضاء اه ومفهومه أنه فى الجمعة يحنث قضاء وإن أشهد ، ولعل وجهه أن الجماعة شرط فيها فإقدامه عليها ظاهر فى أنه أم فيها تأمل (قوله لعدم كمالها) قال فى الظهيرية : لأن يمينه انصرفت إلى الصلاة المطلقة اه أى والمطلقة هى الكاملة ذات الركوع والسجود وما بحثه فى الفتح من أنه ينبغى إذا أم فى الجنازة إن أشهد صدق فيهما ، وإلا ففى الديانة خلاف المنقول كما فى النهر .

قلت : وبحث الفتح وجيه إلا إذا حلف أن لايؤم أحدا فى الصلاة فتنصرف الصلاة إلى الكاملة أما بدون ذكر الصلاة فالإمامة موجودة فى الجنازة تأمل (قوله فإنه يحنث) أى على التفصيل المار كما هو ظاهر (قوله منهيا عنها) أى إذا كانت على وجه التداعى وهو أن يقتدى أربعة بواحد ط (قوله لإمكان الوقوف عليها) أى فكان القول للمولى لإنكاره شرط العتق بخلاف نحو المحبة والرضا من الأمور القلبية ؛ فإن القول فيها للمخبر عنها (قوله طلقت على الأظهر) الظاهر أن هذا فى عرفهم وفى عرفنا تارك الصلاة من لايصلى أصلا اه ح (قوله استظهر الباقانى الخ) هو أحد القولين ومبنى الثانى على انصراف الوقت إلى الأصلى كما فى الفتح وهو الموافق للعرف كما أفاده ح لكن قد يقال: لاتأخير من النائم فالأظهر مافى البزازية من أن الصحيح أنه إن كان نام قبل دخول الوقت وانتبه بعده لايحنث وإن كان نام بعد دخوله حنث (قوله اجتمع حدثان فالطهارة منهما) أى مطلقا كجنابتين من امرأتين أو جنابة وحيض أو بول ورعاف. قال فى البحر : فلو حلف لايغتسل من امرأته هذه فأصابها ثم أصاب أخرى أو بالعكس ثم اغتسل فهو منهما وحنث ، وكذا لو حلفت لاتغتسل من جنابة أو من حيض فأجنبت وحاضت ثم اغتسلت فهو منهما وقال الجرجانى : هو من الأول اتحد الجنس أولا كبول ورعاف وقال أبو جعفر : إن اتحد فمن الأول وإلا فمنهما ، وقال الزاهد عبد الكريم كنا نظن أن الوضوء

حلف ليصلين هذا اليوم خمس صلوات بالجماعة ويجامع امرأته، ولا يغتسل يصلى الفجر والظهر والعصر بجماعة ثم يجامعها ثم يغتسل كما غربت ويصلى المغرب والعشاء بجماعة فلا يحنث .

(حلف لايحج فعلى الصحيح منه) فلا يحنث بالفاسد (ولا يحنث حتى يقف بعرفة عن الثالث) أى محمد (أو حتى يطوف أكثر الطواف) المفروض (عن الثانى) وبه جزم فى المنهاج للعلامة عمر بن محمد العقيلى الأنصارى كان من كبار فقهاء بخارى ومات بها سنة سبعين وخمسمائة ولا يحنث فى العمرة حتى يطوف أكثرها (إن لبست من مغزولك فهو هدى) أى صدقة أتصدق به بمكة (فلبس) الزوج (قطنا)

من أغلظهما وإن استويا فبهما ، وقد وجدنا الرواية عن أبى حنيفة أنه منهما فرجعنا إلى قوله اه ملخصا وثمرة الخلاف تظهر فيما لو حلف : لايتوضأ من الرعاف فرعف ثم بال فتوضأ حنث بلا خلاف ، وإن بال أولا ثم رعف وتوضأ فعلى قول الجرجانى لايحنث وعلى ظاهر الجواب وقول أبى جعفر يحنث تاترخانية . قلت: وبه علم أن ماجزم به الشارح هو ظاهر الرواية (قوله يصلى الفجر الخ) كذا أجاب ابن الفضل حين سئل عنه فقال ينبغى أن يصلى الفجر الخ قال ح : وفيه أنه إن كان المراد باليوم بقية النهار إلى الغروب فكيف يبر بثلاث صلوات فيه ، وإن كان المراد منه مايشمل الليلة بقرينة الخمس صلوات ، فما الحاجة إلى مجامعتها قبل الغروب ، على أن قوله بجماعة لادخل له فى الألغاز فتأمل اه .

قلت : لعل وجهه أن يمينه بظاهرها معقودة على بقية النهار ، وبذكره الخمس احتمل أنه أراد مايشمل الليل فإذا جامع واغتسل نهارا يحنث يقينا وكذا لو جامع واغتسل ليلا لأنه وجد شرط الحنث على كلا الاحتمالين لأنه فى النهار لم يجامع وفى الليل قد اغتسل وقد حلف أنه يجامع ولا يغتسل . أما إذا جامع فى النهار واغتسل بعد الغروب فإنه على احتمال كون المراد بقية اليوم لم يوجد شرط الحنث ، وعلى الاحتمال الآخر وجد فلا يحنث بالشك ، وأما التقييد بالجماعة فهو لتأكيد كون الخمس هى المكتوبة . ثم ظهر لى جواب آخر وهو أن يقال : إنها انعقدت على النهار فقط ، لكن لما لم يمكنه أداء الخمس فى النهار انصرفت إلى مايتصور شرعا وهو أداء الكل فى أوقاتها كما مر فيما لو حلف على تزوج محرمه فتزوجها حنث لأن يمينه تنصرف إلى مايتصور وحينئذ فلا يبر إلا إذا صلى كل صلاة فى وقتها وجامع قبل الغروب واغتسل بعده إذ لو جامع واغتسل نهارا حنث لأنه حلف أن لايغتسل فى هذا اليوم وإن كانا فى الليل حنث أيضا لأنه حلف أن يجامع فى النهار وأظن أن هذا الوجه هو المراد وبه يندفع الإيراد فافهم، والله سبحانه أعلم .

مطلب حلف لايحج

(قوله حلف لايحج) أى سواء قال حجة أولا كما فى البحر وغيره (قوله عن الثالث) أى أن هذا مروى عنه (قوله عن الثانى) أى عن أبى يوسف (قوله وبه جزم فى المنهاج) جزم به أيضا فى تلخيص الجامع الكبير لأن الحج عبارة عن أجناس من الفعل كالصلاة فتناولت اليمين جميعها وذلك لايوجد إلا بأكثر طواف الزيارة : فإن جامع فيها لايحنث لأن المقصود من الحج القربة فتناولت اليمين الحج الصحيح كالصلاة شرح الجامع (قوله ولايحنث فى العمرة) أى فيما لو حلف لايعتمر .

مطلب إن لبست من مغزولك فهو هدى

(قوله أى صدقة أتصدق به بمكة) ذكر ضمير به على أن الصدقة بمعنى المتصدق به .

بعد الحلف (فغزلته) ونسج (ولبس فهو هدى) عند الإمام ، وله التصدق بقيمته بمكة لاغير وشرطا ملكه يوم حلف ويفتى بقولهما فى ديارنا لأنها إنما تغزل من كتان نفسها أو قطنها وبقوله فى الديار الرومية لغزلها من كتان الزوج نهر .

(حلف لايلبس من غزلها فلبس تكة منه لايحنث) عند الثانى وبه يفتى

مطلب فى معنى الهدى

قال فى الفتح ومعنى الهدى هنا : مايتصدق به بمكة لأنه اسم لما يهدى إليها ، فان كان نذر هدى شاة أو بدنة فانما يخرجه عن العدة ذبحه فى الحرم والتصدق به هناك ، فلا يجزيه إهداء قيمته . وقيل فى إهداء قيمة الشاة روايتان ، فلو سرق بعد الذبحة فليس عليه غيره ، وإن نذر ثوبا جاز التصدق فى مكة بعينه أو بقيمته ولو نذر إهداء مالم ينقل كاهداء دار ونحوها فهو نذر بقيمتها اه .

فالحاصل : أن فى مسألتنا لايخرج عن العهدة إلا بالتصدق بمكة مع أنهم قالوا لو التزم التصدق على فقراء مكة بمكة ألغينا تعيينه الدرهم والمكان والفقير فعلى هـذا يفرق بين التزام بصيغة الهدى وبينه بصيغة النذر بحر .

مطلب فى الفرق بين تعيين المكان فى الهدى دون النذر

ووجهه أن الهدى جعل التصدق به فى الحرم جزء من مفهومه بخلاف مالو نذر التصدق بدرهم على فقراء الحرم فإن الدرهم لم يجعل التصدق به فى الحرم جزءا من مفهومه بل ذلك وصف خارج عن ماهيته ، ومثله تعيين الزمان والدرهم فلهذا لم يلزم بالنذر ثم رأيت نحوه فى ط عن الشرنبلالية وكالهدى الأضحية فإنها اسم لما يذبح فى أيام النحر ، فالزمان مأخوذ فى مفهومها ، كما سنذكر تحقيقه فى بابها إن شاء الله تعالى ، فالهدى والأضحية خارجان من قولهم ألغينا تعيين الزمان والمكان ، فإن الزمان متعين فى نذر الأضحية والمكان فى الهدى وكذا النذر المعلق كإن شفى الله مريضى فلله على صوم شهر مثلا ، فإنه يتعين فيه الزمان بمعنى أنه لايصح صومه قبل وجود المعلق عليه ، أما المكان والدرهم والفقير فلا تتعين فيه كما حققناه فى بحث النذر أول الأيمان فافهم (قوله بعد الحلف) أفاد أنه لو كان مملوكا وقت الحلف فغزلته فلبسه فإنه هدى بالأولى وهو متفق عليه بحر (قوله وشرطا ملكه يوم حلف) لأن النذر إنما يصح فى الملك أو مضافا إلى سبب الملك ولم يوجد لأن اللبس وغزل المرأة ليسا من أسباب الملك وله أن غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد وذلك سبب لملكه بحر : أى الغزل من قطن الزوج سبب لملك الزوج لما غزلته ، ولهذا يحنث إذا غزلت من قطن مملوك للزوج وقت الحلف لأنها إذا غزلته كان ذلك سببا لأن يملك الزوج غزلها مع أن القطن ليس بمذكور وتمامه فى العناية ؛ لكن يشكل أن الشرط إنما هو اللبس وهو ليس سببا للملك . إلا أن يقال إن المراد إن غزلت ثوبا ولبسته فيكون الشرط هو الغزل الذى هو سبب الملك لامجرد اللبس (قوله لأنها إنما تغزل من كتان نفسها) أى فلم يوجد شرط النذر وهو الإضافة إلى ملكه أو سببه ط (قوله وبقوله الخ) هذا ذكره فى النهر والأول ذكره فى الفتح ، وبحث فى كل منهما نوح أفندى بأنه فى حيز المنع ، فإن بعض نساء مصر تغزل من كتان الزوج ، وبعض نساء الروم بالعكس لا سيما نساء الجنود الذين يغيبون عنهن سنين ، فالأولى اعتبار الغالب اه ملخصا (قوله لايلبس من غزلها) أى مغزولها كما عبر به قبله وهو عند عدم النية على الثوب ، وإن نوى عين الغزل لايحنث بلبس الثوب لأنه نوى الحقيقة ،

لأنه لايسمى لابسا عرفا (كلايلبس ثوبا من نسج فلان فلبس من نسج غلامه) لايحنث (إذا كان فلان يعمل بيده وإلا حنث) لتعين المجاز (كما حنث بلبس خاتم ذهب) ولو رجلا بلا فص (أو عقد لؤلؤ أو زبرجد أو زمرد) ولو غير مرصع عندهما وبه يفتى (فى حلفه لايلبس حليا) للعرف (لا) يحنث (بخاتم فضة) بدليل حله للرجال (إلا إذا كان مصوغا على هيئة خاتم النساء) بأن كان له فص فيحنث هو الصحيح زيلعى، ولو كان مموها بذهب ينبغى حنثه به نهر كخلخال وسوار .

ولو حلف لايلبس من غزلها فلبس ثوبا من غزلها وغزل غيرها حنث ، ولو من غزلها خيط واحد لأن الغزل غير مقدر إلا إذا قال ثوبا من غزلها ، لأن بعض الثوب لايسمى ثوبا محيط لايلبس من غزلها فلبس ثوبا زره وعراه من غزلها لايحنث ، لأنه لا يسمى لبسا عرفا بخلاف اللبنة والزيق منتقى اه بحر ملخصا ولو لبس ثوبا فيه رقعة من غزل غيرها حنث لا لو حلف لايلبس من غزلها فلبس ماخيط من غزلها فتح (قوله لأنه لايسمى لابسا عرفا) بخلاف ما إذا لبس تكة من حرير فإنه يكره اتفاقا ، لأن المحرم استعمال الحرير مقصودا ، وإن لم يصر لابسا ، وقد وجد والمحرم باليمين اللبس ، ولم يوجد بحر واعترض المصنف قوله اتفاقا بل هو الصحيح ، وكذا القلنسوة ولو تحت العمامة كما فى شرح الوهبانية ، وعلى مقابل الصحيح لاحاجة إلى الفرق اه . قال فى البحر : ولا يكره الزر والعرى من الحرير لأنه لايعد لابسا ولامستعملا وكذا اللبنة والزيق لأنه تبع كالعلم (قوله ولو رجلا) أتى به لأن خاتم الفضة ليس حليا فى حقه للعرف بخلاف الذهب (قوله بلافص) بفتح الفاء أى ولو بلافص (قوله ولو غير مرصع عندهما) أما عند الإمام فلوغير مرصع لايحنث وبقولها قالت الأئمة الثلاثة لأنه حلى حقيقة فإنه يتزين به وقال تعالى - وتستخرجون منه حلية تلبسونها - والمستخرج من البحر اللؤلؤ والمرجان وله أنه لايتحلى به عادة إلا مرصعا بذهب أو فضة والأيمان على العرف لاعلى استعمال القرآن قال بعض المشايخ قياس قوله إنه لابأس بلبس اللؤلؤ للغلمان والرجال وقيل هذا اختلاف عصر ففى زمانه كان لايتحلى به إلا مرصعا ويفتى بقولها لأن العرف القائم إنه يتحلى به مطلقا فتح .

مطلب حلف لايلبس حليا

(قوله فى حلفه) متعلق بقوله كما حنث (قوله لا يلبس) بفتح أوله وثالثه وقوله حليا بضم الحاء وتشديد الياء جمع حلى بفتح فسكون كسدى وسدى بحر (قوله بدليل حله للرجال) أى مع منعهم من التحلى بالفضة ، وإنما أبيح لهم لقصد التختم لا للزينة ، وإن كانت الزينة لازم وجوده لكنها لم تقصد به فكان عدما خصوصا فى العرف الذى هو مبنى الأيمان وعند الأئمة الثلاثة يحنث فتح (قوله بأن كان له فص) يوهم كلامه ككلام الزيلعى أن ماله فص لايحل للرجال ، وفى كراهية القهستانى يجوز الخاتم من الفضة على هيئة خاتم الرجال ، وأما إذا كان له فصان أو أكثر فحرام اه وعبارة الفتح ليس فيها هذا الإيهام وهى قال المشايخ هذا إذا لم يكن مصبوغا على هيئة خاتم النساء بأن كان له فص فإن كان حنث لأنه لبس النساء اه تأمل (قوله هو الصحيح) وقيل لايحنث بخاتم الفضة مطلقا وإن كان مما يلبسه النساء. قال فى الفتح : وليس ببعيد لأن العرف بخاتم الفضة ينفى كونه حليا وإن كان زينة (قوله كخلخال وسوار) لأنه لايستعمل إلا للتزين فكان كاملا فى معنى الحلى بحر عن المحيط :

[تتمة] حلف لايلبس ثوبا أو لايشتريه فيمينه على كل ملبوس يستر العورة ، وتجوز به الصلاة فلا يحنث ببساط أو طنفسة أو قلنسوة أو منديل يمتخط به أو مقنعة أو لفافة إلا إذا بلغت مقدار الإزار ، وكذا العمامة ولو اتزر بالقميص

(حلف لايجلس على الأرض فجلس على) حائل منفصل كخشب أو جلد أو (بساط أو حصير أو) حلف (لاينام على هذا الفراش فجعل فوقه آخر فنام عليه أو لايجلس على هذا السرير فجعل فوقه آخر لايحنث) فى الصور الثلاث كما لو أخرج الحشو من الفراش للعرف ، ولو نكر الأخيرين حنث مطلقا للعموم ، وما فى القدورى من تنكير السرير حمله فى الجوهرة على المعرف (بخلاف مالو حلف لاينام على ألواح هذا السرير أو ألواح هذه السفينة ففرش على ذلك فراش) لم يحنث لأنه لم ينم على الألواح بحر كذا فى نسخ الشرح .

لكن ينبغى التعبير بأداة التشبيه نحو كما لو إلى آخر الكلام أو تأخيره عن مقالة القرام ليصح المرام كما لايخفى على ذوى الأفهام كما هو الموجود فى غالب نسخ المتن بديارنا دمشق الشام فتنبه (ولو جعل على الفراش قرام) بالكسر الملاءة (أو) جعل (على السرير بساط أو حصير حنث) لأنه يعد نائما أو جالسا عليهما عرفا بخلاف مامر

أو ارتدى لايحنث والأصل أنه لوحلف على لبس ثوب غير معين لم يحنث إلا باللبس المعتاد ، وفى المعين يحنث كيفما لبسه ولا يحنث بوضع القباء على اللحاف حالة النوم اهـ ملخصا من البحر :

مطلب حلف لايجلس على الأرض أو لاينام على هذا الفراش أو هذا السرير

(قوله على حائل منفصل) أى ليس بتابع للحالف بخلاف ما إذا كان الحائل ثيابه ، لأنه تبع له فلا يصير حائلا ولو خلع ثوبه فبسطه وجلس عليه لايحنث لارتفاع التبعية بحر وفتح قال فى النهر : ولم أر مالوجلس على حشيش ، وينبغى أنه لو كان كثيرا يحنث اهـ وظاهره ولو غير مقلوع لأنه فى العرف جالس على الحشيش لا على الأرض (قوله على هذا الفراش) مثله هذا الحصير وهذا البساط هندية ط (قوله لايحنث) لأن الشئ لايتبع مثله فتنقطع النسبة عن الأسفل. وعن أبى يوسف رواية غير ظاهرة عنه أنه يحنث لأنه يسمى نائما على فراشين فلم تنقطع النسبة ولم يصر أحدهما تبعا للآخر .

وحاصله : أن كون الشئ ليس تبعا لمثله مسلم ولايضرنا نفيه فى الفراشين بل كل أصل فى نفسه ، ويتحقق الحنث بتعارف قولنا نام على فراشين وإن كان لم يماسه إلا الأعلى فتح . قلت : وهذا هو المتعارف الآن (قوله كما لو أخرج الحشو) أى ونام على الظهارة أو على الصوف والحشو فلا يحنث فيهما لأنه لايسمى فراشا كما فى البحر عن الواقعات (قوله للعرف) راجع للمسائل الثلاث (قوله الأخيرين) أى الفراش والسرير (قوله للعموم) أى عموم اللفظ المنكر للأعلى والأسفل ط (قوله ومافى القدورى) وقع مثله فى الهداية والكنز (قوله حمله فى الجوهرة على المعرف) وكذا فى الفتح حيث قال قوله : ومن حلف لاينام على فراش أى فراش معين بدليل قوله : وإن جعل فوقه فراشا آخر فنام عليه لايحنث اهـ :

قلت : ووجه الدلالة أن قوله فراشا آخر يقتضى أن المحلوف عليه معين ليكون الآخر غيره إذ لو كان منكرا لكان الآخر محلوفا عليه أيضا فافهم قال فى النهر : ويمكن أن يقال إن المدعى إنه لايحنث لأنه لم ينم على الأسفل ، وهذا لافرق فيه بين المنكر والمعين لانقطاع النسبة إليه بالثانى ، وأما حنثه فى المنكر بالأعلى فبحث آخر ولا يخفى مافيه فإن قوله لايحنث مطلق فالأحسن مامر فتدبر (قوله لكن ينبغى) أى يجب (قوله الملاءة) الذى فى الفتح أنه ساتر رقيق يجعل فوقه كالملاءة المجعولة فوق الطراحة اهـ وفى المصباح : القرام وزان كتاب : الستر الرقيق وبعضهم يزيد وفيه رقم ونقوش ثم قال والملاءة بالضم والمد الريطة ذات لفقين والجمع ملاء بحذف الهاء وقال أيضا الريطة بالفتح كل ملاءة ليست لفقين أى قطعتين وقد يسمى كل ثوب رقيق ريطة (قوله بخلاف مامر) أى من الصور الثلاث .

(بخلاف مالو حلف لاينام على ألواح هذا السرير أو ألواح هذه السفينة ففرش على ذلك فراش) فإنه لايحنث لأنه لم ينم على الألواح :

(حلف لايمشى على الأرض فمشى عليها بنعل أو خف) أو مشى على أحجار (حنث وإن) مشى (على بساط لا) يحنث .

[فرع] إن نمت على ثوبك أو فراشك فكذا اعتبر أكثر بدنه ، والله أعلم .

باب اليمين فى الضرب والقتل وغير ذلك

مما يناسب أن يترجم بمسائل شتى من الغسل والكسوة الأصل هنا أن (ماشارك الميت فيه الحى يقع اليمين فيه على الحالتين) الموت والحياة (وما اختص بحالة الحياة) وهو كل فعل يلذ ويؤلم ويغم ويسر كشتم وتقبيل (تقيد بها) ثم فرع عليه (فلو قال إن ضربتك أو كسوتك أو كلمتك أو دخلت عليك أو قبلتك تقيد) كل منها (بالحياة)

(قوله بخلاف مالو حلف لاينام على ألواح هذا السرير الخ) هذا يوجد فى بعض النسخ وهو الموجود فى نسخ المتن التى بديارنا كما قدمه الشارح لكن يجب إسقاطه كما فى كثير من النسخ لئلا يتكرر بما مر (قوله حنث) لأنه فى العرف ماش على الأرض ولو كانت الأحجار غير متصلة بها (قوله إن نمت على ثوبك الخ) فى البحر عن المحيط قال لها : إن نمت على ثوبك فأنت طالق ، فاتكأ على وسادة لها أو وضع رأسه على مرفقة لها أو اضطجع على فراشها إن وضع جنبه أو أكثر بدنه على ثوب من ثيابها حنث لأنه يعد نائما وإن اتكأ على وسادة أو جلس عليها لم يحنث لأنه لايعد نائما اهـ والله سبحانه أعلم :

باب اليمين فى الضرب والقتل وغير ذلك

(قوله مما يناسب الخ) بيان لقوله وغير ذلك لأن مسائل الضرب والقتل ترجم لها فى الهداية بابا مستقلا وكذا مسائل تقاضى الدين ، وترجم لما بقى بمسائل متفرقة ، لأنها ليست من باب واحد ، ويحتمل أن يكون الجار والمجرور فى موضع خبر لمبتدإ محذوف أى هذا الباب مما يناسب ترجمته الخ فالمصدر المنسبك من أن والفعل فاعل يناسب أو هو مبتدأ مؤخر والجار والمجرور خبر مقدم (قوله من الغسل والكسوة) بيان لقوله وغير ذلك فالأولى تقديمه على قوله مما يناسب ط (قوله أو قبلتك) فى بعض النسخ أو قتلتك من القتل .

مطلب ترد الحياة إلى الميت بقدر مايحس بالألم

(قوله تقيد كل منها بالحياة) أما الضرب فلأنه اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن أو استعمال آلة التأديب فى محل يقبله والإيلام والأدب لايتحقق فى الميت ولا يرد تعذيب الميت فى قبره ، لأنه توضع فيه الحياة عند العامة بقدر مايحس بالألم والبنية ليست بشرط عند أهل السنة بل تجعل الحياة فى تلك الأجزاء المتفرقة التى لايدركها البصر ، وأما الكسوة فلأن التمليك معتبر فى مفهومها ، كما فى الكفارة ولهذا لو قال كسوتك هذا الثوب كان هبة والميت ليس أهلا للتمليك : وقال الفقيه أبو الليث : لو كانت يمينه بالفارسية ينبغى أن يحنث لأنه يراد به اللبث دون التمليك ولايرد قولهم إنه لو نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته ملكه لأنه مستند إلى وقت الحياة والنصب أو المراد أنه على حكم ملكه فتملكه ورثته حقيقة لاهو وأيضا هذا ملك لاتمليك هذا ماظهر لى .

حتى لو علق بها طلاقا أو عتقا لم يحنث بفعلها فى ميت (بخلاف الغسل والحمل واللمس وإلباس الثوب) كحلفه لايغسله أو لايحمله لايتقيد بالحياة (يحنث فى حلفه) ولو بالفارسية (لايضرب زوجته فمد شعرها أو خنقها أو عضها أو قرصها) ولو ممازحا خلافا لما صححه فى الخلاصة (والقصد ليس بشرط فيه) أى فى الضرب (وقيل شرط على الأظهر) والأشبه بحر وبه جزم فى الخانية والسراجية . وأما الإيلام فشرط به يفتى ويكفى جمعها بشرط إصابة

مطلب فى سماع الميت الكلام

وأما الكلام فلأن المقصود منه الإفهام والموت ينافيه : ولا يرد ما فى الصحيح من قوله صلى الله عليه وسلم لأهل قليب بدر « هل وجدتم ما وعدكم ربكم حقا فقال عمر أتكلم الميت يارسول الله، فقال عليه الصلاة والسلام : والذى نفسى بيده ما أنتم بأسمع من هؤلاء أو منهم » فقد أجاب عنه المشايخ بأنه غير ثابت يعنى من جهة المعنى ، وذلك لأن عائشة ردته بقوله تعالى — وما أنت بمسمع من فى القبور — إنك لاتسمع الموتى — وأنه إنما قاله على وجه الموعظة للأحياء ، وبأنه مخصوص بأولئك تضعيفا للحسرة عليهم ، وبأنه خصوصية له عليه الصلاة والسلام معجزة ، لكن يشكل عليهم ما فى مسلم « إن الميت ليسمع قرع نعالهم إذا انصرفوا » إلا أن يخصوا ذلك بأول الوضع فى القبر مقدمة للسؤال جمعا بينه وبين الآيتين فإنه شبه فيهما الكفار بالموتى ، لإفادة بعد سماعهم وهو فرع عدم سماع الموتى هذا حاصل ما ذكره فى الفتح هنا :

وفى الجنائز : ومعنى الجواب الأول أنه وإن صح سنده لكنه معلول من جهة المعنى بعلة تقتضى عدم ثبوته عنه عليه الصلاة والسلام وهى مخالفته للقرآن فافهم ، وأما الدخول فلأن المراد به زيارته أو خدمته حتى لايقال دخل على حائط أو دابة والميت لايزار هو وإنما يزار قبره قال عليه الصلاة والسلام « كنت نهيتكم عن زيارة القبور ألا فزوروها » ولم يقل عن زيارة الموتى هذا حاصل ما ذكره الشراح هنا فتأمله : وأما التقبيل فلأنه يراد به اللذة أو الإسرار أو الشفقة وأما القتل فكالضرب بل أولى (قوله كحلفه لايغسله الخ) تمثيل لقوله بخلاف الغسل (قوله أو خنقها) أى عصر حلقها ط عن الحموى (قوله خلافا لما صححه فى الخلاصة) قال فى النهر : وإطلاقه يعم حالة الغضب والرضا لكن فى الخلاصة لو عضها أو أصاب رأس أنفها فأدماها ففى الجامع الصغير إن كان فى حالة الغضب يحنث وإن كان فى حالة الملاعبة لايحنث وهو الصحيح اهـ وذكره فى البحر أيضا عن الظهيرية ، لكن فى الفتح قال فخر الإسلام وغيره هذا يعنى الحنث إذا كان فى الغضب أما إذا فعل فى الممازحة فلا يحنث ولو أدماها بلا قصد الإدماء وعن الفقيه أبى الليث أنه قال : أراها فى العربية أما إذا كانت بالفارسية فلا يحنث بمد الشعر والخنق والعض. والحق أن هذا هو الذى يقتضيه النظر فى العربية أيضا إلا أنه خلاف المذهب اهـ قال المقدسى : لعل وجهه أن هذا اللفظ صار فى العرف منعا لنفسه عن إيلامها بوجه ما هو يشبه عموم المجاز فإن مطلق الإيلام شامل لتلك الأقسام اهـ وقول الفتح إلا أنه خلاف المذهب قد يشمل حالة الممازحة كما فهمه الشارح تبعا للمصنف مخالفا لتصحيح الخلاصة ، وعبارة المصنف فى منحه أطلقه تبعا لما فى الهداية والكنز وغيرهما من المعتبرات فانتظم ما إذا كانت اليمين بالعربية والفارسية ، وما إذا كان فى حالة الغضب أو المزاح وهو المذهب كما أفاده الكمال اهـ فافهم (قوله والقصد ليس بشرط فيه) حتى لو حلف لايضرب زوجته فضرب غيرها فأصابها يحنث ، لأن عدم القصد لايعدم الفعل (قوله وقيل شرط) لأنه لايتعارف والزوج لايقصده بيمينه بحر (قوله ويكفى جمعها الخ) أى لو حلف على عدد معين من الأسواط قال فى البحر عن الذخيرة : حلف ليضربن عبده مائة سوط ، فجمع مائة سوط وضربه مرة لايحنث قالوا هذا إذا ضرب ضربا يتألم به وإلا فلا يبر لأنه

كل سوط ، وأما قوله تعالى — وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث — أى حزمة ريحان فخصوصية لرحمة زوجة أيوب عليه الصلاة والسلام فتح :

(حلف ليضربن) أو ليقتلن (فلانا ألف مرة فهو على الكثرة) والمبالغة كحلفه ليضربنه حتى يموت ، أو حتى يقتله أو حتى يتركه لاحيا ولا ميتا ، ولو قال حتى يغشى عليه أو حتى يستغيث أو يبكى فعلى الحقيقة (إن لم

صورة لامعنى والعبرة للمعنى ، ولو ضربه بسوط واحد له شعبتان خمسين مرة كل مرة تقع الشعبتان على بدنه بر لأنها صارت مائة ، وإن جمع الأسواط جميعا وضربه ضربة إن ضرب بعرض الأسواط لايبر لأن كل الأسواط لم يقع على بدنه ، وإن ضربه برأسها إن سوى رؤوسها قبل الضرب بحيث يصيبه رأس كل سوط برّ وأما إذا اندس منها شيء لايبرّ عند عامة المشايخ وعليه الفتوى اه وفى الفتح حتى إن من المشايخ من شرط كون كل عود بحال لو ضرب به منفردا لأوجع المضروب ، وبعضهم قالوا بالحنث على كل حال والفتوى على قول عامة المشايخ وهو أنه لابد من الألم (قوله وأما قوله تعالى الخ) جواب عما أورد على أخذ الإيلام فى مفهوم الضرب فإنه لا إيلام بحزمة الريحان ، فيكون خصوصية إن كانت هى المرادة بالضغث ، وعن ابن عباس أنها قبضة من أغصان الشجر ، وهذا جواب بالمنع أى منع الإيراد والأول جواب بالتسليم كما فى الفتح . وأجاب فى الحواشى السعدية بأن الضرب فى الآية مستعمل فيما لاإيلام فيه فلا يرد السؤال ، فإن مبنى الأيمان على العرف لا على ألفاظ القرآن (قوله ضغثا) فى المصباح هو قبضة من حشيش مختلط رطبها بيابسها ، ويقال ملء الكف من قضبان وحشيش أو شماريخ ، والذى فى الآية قيل كان حزمة من أسل فيها مائة عود وهو قضبان دقاق لاورق لها يعمل منه الحصر والأصل فى الضغث أن يكون له قضبان يجمعها أصل واحد ثم كثر حتى استعمل فيما يجمع (قوله فخصوصية لرحمة) قال القاضى البيضاوى: زوجته ليا بنت يعقوب وقيل رحمة بنت قرائيم بن يوسف (١) ذهبت لحاجة وأبطأت فحلف إن برئ ضربها مائة ضربة فحلل الله تعالى يمينه من ذلك اه ح :

قال فى الفتح : ودفع كونه خصوصية بأنه تمسك به فى كتاب الحيل فى جواز الحيلة وفى الكشاف هذه الرخصة باقية :

والحق أن البر بضرب بضغث بلا ألم أصلا خصوصية لزوجة أيوب عليه السلام. ولاينافى ذلك بقاء شرعية الحيلة فى الجملة حتى قلنا إذا حلف ليضربنه مائة سوط فجمعها وضرب بها مرة لايحنث ، لكن بشرط أن يصيب بدنه كل سوط منها الخ (قوله فهو على الكثرة والمبالغة) تقدم فى آخر باب التعليق إن لم أجامعها ألف مرة فكذا فعلى المبالغة لاالعدد وقالوا هناك والسبعون كثير ، وأفاد أن القتل بمعنى الضرب كما هو العرف لأنه الذى تمكن فيه الكثرة ، لابمعنى إزهاق الروح إلا مع النية أوالقرينة ، ولذا قال فى الدرر شهر على إنسان سيفا وحلف ليقتلنه فهو على حقيقته ولو شهر عصا وحلف ليقتلنه فعلى إيلامه (قوله كحلفه ليضربنه الخ) الظاهر أن المراد بالمبالغة هنا الشدة لاخصوص كثرة العدد لقول البحر فى مسألة لاحيا ولا ميتا قال أبو يوسف : هذا على أن يضربه ضربا مبرحا ، ثم إن هذا إذا حلف ليضربنه بالسياط حتى يموت أما لو قال بالسيف فهو على أن يضربه بالسيف ويموت كما فى البحر ، ولم يذكر ما لو لم يذكر آلة والظاهر أنه مثل الأول إلا مع النية كما قدمناه

---

(١) (قوله قرائيم بن يوسف) هكذا بخطه بالقاف والثاء المثلثة ، وهو مخالف لما فى تاريخ أبى الفداء ، ونصه عند ذكر نسب يوشع عليه السلام (ابن أفرائيم بقطع الهمزة المفتوحة وسكون الفاء وفتح الراء المهملة بعدها ألف فياء مثناة تحتية مكسورة آخره ميم ابن يوسف الخ) اه وليحرر اه مصححه .

أقتل زيدا فكذا وهو) أى زيد (ميت إن علم) الحالف (بموته حنث وإلا لا) وقد قدمها عند ليصعدن السماء :

(حلف لايقتل فلانا بالكوفة فضربه بالسواد ومات بها حنث) كحلفه لايقتله يوم الجمعة فجرحه يوم الخميس ومات يوم الجمعة حنث (وبعكسه) أى ضربه بكوفة وموته بالسواد (لا) يحنث لأن المعتبر زمان الموت ومكانه بشرط كون الضرب والجرح بعد اليمين ظهيرية وفيها إن لم تأتنى حتى أضربك فهو على الإتيان ضربه أولا ه

إن رأيته لأضربنه فعلى التراخى مالم ينو الفور .

إن رأيتك فلم أضربك فرآه الحالف وهو مريض لايقدر على الضرب حنث :

إن لقيتك فلم أضربك فرآه من قدر ميل لم يحنث بحر (الشهر وما فوقه) ولو إلى الموت (بعيد ومادونه قريب) فيعتبر ذلك فى ليقضين دينه أو لايكلمه إلى بعيد أو إلى قريب (و) لفظ (العاجل والسريع كالقريب والآجل كالبعيد) وهذا بلا نية (وإن نوى) بقريب وبعيد (مدة) معينة (فيهما فعلى مانوى) ويدين فيما فيه تخفيف عليه بحر :

(حلف لايكلمه مليا أو طويلا إن نوى شيئا فذاك وإلا فعلى شهر ويوم) كذا فى البحر عن الظهيرية ، وفى النهر عن السراج

(قوله وقد قدمها) أى هذه المسألة وبين الشارح وجهها هناك (قوله فضربه بالسواد) أى بالقرى. فى المصباح العرب تسمى الأخضر أسود لأنه يرى كذلك على بعد ، ومنه سواد العراق لخضرة أشجاره وزرعه (قوله زمان الموت ومكانه) نشر مشوش وإنما اعتبر ذلك لأن القتل هو إزهاق الروح فيعتبر الزمان والمكان الذى حصل فيه ذلك ط (قوله بشرط كون الخ) فإن كان قبل اليمين فلا حنث أصلا ، لأن اليمين تقتضى شرطا فى المستقبل لا فى الماضى بحر عن الظهيرية (قوله إن لم تأتنى الخ) قدم هذا الفرع قبيل الباب الذى قبل هذا ، ومحل ذكره هنا وقدمنا وجهه أن حتى فيه للتعليل والسببية لاللغاية ولا للعطف وذكرنا تفاريع ذلك هناك (قوله فعلى التراخى) أى إلى آخر جزء من أجزاء حياته أو حياة المحلوف عليه ، فإن لم يضربه حتى مات أحدهما حنث (قوله لم يحنث) لأن اللقى الذى رتب عليه الضرب لايكون إلا فى مكان يمكن فيه الضرب ، ولذا قالوا لو لقيه على سطح لايحنث أيضا ه

قلت : وهذا لو كانت يمينه على الضرب باليد فلو بسهم أو حجر اعتبر مايمكن تأمل (قوله فيعتبر ذلك الخ) أى إذا حلف ليقضين دينه إلى بعيد فقضى بعد شهر أو أكثر بر فى يمينه لالو قضاه قبل شهر وفى إلى قريب بالعكس (قوله فعلى مانوى) حتى لو نوى بالقريب سنة أو أكثر صحت نيته وكذا إلى آخر الدنيا لأنها قريبة بالنسبة إلى الآخرة فتح (قوله ويدين فيما فيه تخفيف عليه) هذا ذكره فى البحر بحثا وكذا فى النهر ويأتى مايؤيده (قوله كذا فى البحر عن الظهيرية) ومثله فى الخانية (قوله وفى النهر عن السراج الخ) ذكر ذلك فى النهر عند قول الكنز الحين والزمان ومنكرهما ستة أشهر حيث قال وفى السراج : لا أكلمه مليا فهذا على شهر إلا أن ينوى غير ذلك ، ولو قال : لأهجرنك مليا فهو على شهر فصاعدا ، وإن نوى أقل من ذلك لم يدين فى القضاء اه فافهم ه وفى بعض نسخ النهر فهو على ستة أشهر فى الموضعين ، ومانقله الشارح موافق للنسخة الأولى . وعبارة النهر هنا وقياس مامر أن يكون على شهر أيضا أى قياس ماذكره فى البعيد والآجل فان مليا وطويلا فى معناهما وكان صاحب النهر نسى ماقدمه عن السراج بدليل عدوله إلى القياس وإلا فكان المناسب أن يقول : وقدمنا عن السراج أنه يكون على شهر أيضا إلا أن تكون النسخة ستة أشهر هذا. وقول السراج لم يدين فى القضاء يؤيد بحث البحر المار آنفا تأمل :

على شهر كذا وكذا يوما أحد عشر وبالواو أحد وعشرون وبضعة عشر ثلاثة عشر (بر" فى حلفه ليقضين دينه اليوم لو قضاه نبهرجة) مايرده التجار (وزيوفا) مايرده بيت المال (أو مستحقة) للغير ويعتق المكاتب بدفعها (لا) يبر" (لوقضاه رصاصا أو ستوقة) وسطها غش لأنهما ليسا من جنس الدراهم، ولذا لو تجوز بهما فى صرف وسلم لم يجز: ونقل مسكين أن النبهرجة إذا غلب غشها لم تؤخذ، وأما الستوقة فأخذها حرام لأنها نحاس انتهى وهذه إحدى المسائل الخمس التى جعلوا الزيوف فيها كالجياد (يبر") المديون (فى حلفه) لرب الدين (لأقضين مالك

[تنبيه] فى المغرب: الملى من النهار الساعة الطويلة. وعن أبى على الفارسى الملى المتسع وقيل فى قوله تعالى - واهجرنى مليا - أى دهرا طويلا عن الحسن ومجاهد وسعيد بن جبير، والتركيب دال على السعة والطول اهـ. قلت: يمكن أن يكون مأخذ تركيبه وجها لزيادة مدته على البعيد والآجل فلذا جزم فى الظهيرية والخانية بأنه شهر ويوم وتبعهما المصنف، وأما على نسخة ستة أشهر فباعتبار أنه اسم لزمان طويل والزمان ستة أشهر تأمل (قوله أحد عشر) لأنه أقل عدد مركب بدون عطف، وأما بالعطف نحو كذا وكذا فأقل عدد نظيره أحد وعشرون (قوله ثلاثة عشر) لأن البضع بالكسر مابين الثلاثة إلى العشرة، وقيل إلى التسع كما فى المصباح لكن صريح مافى الشرح أن الثلاثة داخلة وما فى المصباح يخالفه تأمل.

مطلب ليقضين دينه فقضاه نبهرجة أو ستوقة

(قوله نبهرجة) هذا غير عربى. وأصله نبهره وهو الحظ أى حظ هذه الدراهم من الفضة أقل وغشه أكثر ولذا ردها التجار أى المستقصى منهم والمسهل منهم يقبلها نهر (قوله أو زيوفا) جمع زيف أى كفلس وفلوس مصباح: وهى المغشوشة يتجوز بها التجار ويردها بيت المال، ولفظ الزيافة غير عربى وإنما هو من استعمال الفقهاء نهر وفتح، يعنى أن فعله زاف وقياس مصدره الزيوف لا الزيافة كما فى المغرب (قوله مايرده بيت المال) لأنه لايقبل إلا ماهو فى غاية الجودة قهستانى فالنبهرجة غشها أكثر من الزيوف فتح (قوله أو مستحقة للغير) بفتح الحاء أى أثبت الغير أنها حقه: قال فى الفتح: وإذا بر فى دفع هذه المسميات الثلاثة، فلو رد الزيوف أو النبهرجه أو استردت المستحقة لا يرتفع البر، وإن انتقض القبض فإنما ينتقض فى حق حكم يقبل الانتقاض ومثله لو دفع المكاتب هذه الأنواع وعتق فردها مولاه لايرتفع العتق اهـ (قوله أو ستوقة) بفتح السين المهملة وضمها وتشديد التاء قهستانى. قال فى الفتح: وهى المغشوشة غشا زائدا وهى تعريب ستوقة أى ثلاث طبقات طبقتا الوجهين فضة وما بينهما نحاس ونحوه (قوله لأنهما الخ) علة لقوله لايبر". قال الزيلعى وإن كان الأكثر فضة والأقل ستوقة لايحنث وبالعكس يحنث لأن العبرة للغالب (قوله لم يجز) لأنه يلزم الاستبدال ببدلها قبل قبضه وهو غير جائز كما علم فى بابه ح (قوله ونقل مسكين) أى عن الرسالة اليوسفية: وهى التى عملها أبو يوسف فى مسائل الخراج والعشر للرشيد. ونقل العبارة أيضا فى المغرب عند قوله ستوقة وكذا فى البحر والنهر عن مسكين ولعل المراد أن الإمام لا ينبغى له أن يأخذ النبهرجة من أهل الجزية أو أهل الأراضى بخلاف الستوقة فإنه يحرم عليه أخذها لأن فى ذلك تضييع حق بيت المال، والله سبحانه أعلم.

مطلب المسائل الخمس التى جعلوا الزيوف فيها كالجياد

(قوله وهذه إحدى المسائل الخمس) الثانية: رجل اشترى دارا بالجياد ونقد الزيوف أخذ الشفيع بالجياد لأنه لايأخذها إلا بما اشترى. الثالثة: الكفيل إذا كفل بالجياد ونقد الزيوف يرجع على المكفول عنه بالجياد

اليوم) فجاء به فلم يجده ودفع للقاضى ولو فى موضع لاقاضى له حنث به يفتى منية المفتى، وكذا يبر (لو) وجده فأعطاه فلم يقبل فوضعه بحيث تناله يده لو أراد) قبضه (وإلا) يكن كذلك (لا) يبر ظهيرية وفيها حلف ليجهدن فى قضاء ماعليه لفلان باع ماللقاضى بيعه لو رفع الأمر إليه (وكذا يبر بالبيع) ونحوه مما تحصل المقاصة فيه (به) أى بالدين لأن الديون تقضى بأمثالها (وهبة) الدائن (الدين منه) أى من المديون (ليس بقضاء) لأن الهبة إسقاط

الرابعة : إذا اشترى شيئا بالجياد ونقد البائع الزيوف ثم باعه مرابحة فإن رأس المال هو الجياد . الخامسة : إذا كان له على آخر دراهم جياد فقبض الزيوف فأنفقها ولم يعلم إلا بعد الإنفاق لا يرجع عليه بالجياد فى قول أبى حنيفة ومحمد ، كما لو قبض الجياد كذا فى البحر ح .

مطلب لأقضين مالك اليوم

(قوله ودفع للقاضى) وذكر الناطفى أن القاضى ينصب عن الغائب وكيلا ، وقيل إذا غاب الطالب لا يحنث الحالف وإن لم يدفع إلى القاضى ، ولا إلى الوكيل ، وفى بعض الروايات يحنث وإن دفع للقاضى والمختار الأول خانية : قلت : وهذه إحدى المسائل الخمسة التى يجوز فيها القضاء على المسخر وذكرها ط وسيذكرها الشارح فى كتاب القضاء (قوله باع ماللقاضى بيعه الخ) أى لا يبر بيمينه إلا إذا باع مايبيعه القاضى عليه إذا امتنع من البيع بنفسه وذلك كما فى الجوهرة وغيرها أنه يباع فى الدين العروض أولا ثم العقار ويترك له دست من ثياب بدنه ، وإن أمكنه الاجتزاء بدونها باعها ، واشترى من ثمنها ثوبا يلبسه ، لأن قضاء الدين فرض مقدم على التجمل ، وكذا لو كان له مسكن يمكنه أن يجتزئ بدونه ويشترى من ثمنه مسكنا يبيت فيه ، وقيل يباع مالا يحتاج إليه فى الحال فتباع الجبة واللبد والنطع فى الشتاء (قوله وكذا يبر بالبيع) أى وإن لم يقبض لأن البر وقضاء الدين يحصل بمجرد البيع ، حتى لو هلك المبيع قبل قبضه انفسخ البيع وعاد الدين ولا ينتقض البر فى اليمين وإنما نص محمد على القبض ليتقرر الدين على رب الدين لاحتمال سقوط الثمن بهلاك المبيع قبل قبضه ، ولو كان البيع فاسدا وقبضه فإن كانت قيمته تفى بالدين وإلا حنث لأنه مضمون بالقيمة فتح قال فى البحر : وشمل ما إذا كان المبيع مملوكا لغير الحالف ولذا قال فى الظهيرية إن ثمن المستحق مملوك ملكا فاسدا فملك المديون مافى ذمته (قوله ونحوه الخ) كما لو تزوج الطالب أمة المطلوب ودخل بها أو وجب عليه دين بالاستهلاك أو بالجناية يبر أيضا نهر : والظاهر أن التقييد بالدخول اتفاقى ، واحتمال سقوط نصف المهر بالطلاق قبل الدخول لا ينقض البر كاحتمال هلاك المبيع قبل قبضه كما مر ويؤيده مافى الظهيرية : حلف لا يفارقها حتى يستوفى حقه منها فتزوجها على ماله عليها ، فهو استيفاء وفيها حلف لا يقبض دينه من غريمه اليوم ، واستهلك شيئا من ماله اليوم فلو مثليا لا يحنث لأن الواجب مثله لا قيمته ولو قيميا وقيمته مثل الدين أو أكثر حنث ، لأنه صار قابضا بطريق المقاصة ، وهذا إن استهلكه بعد غصبه لأنه وجد القبض الموجب للضمان فيصير قابضا دينه ، وإن قبله كأن أحرقه لم يحنث لعدم القبض اه ملخصا . وتمام فروع المسألة فى البحر (قوله به) متعلق بالبيع والظاهر أنه غير قيد ، حتى لو باعه شيئا بثمن قدر الدين تقع المقاصة وإن لم يجعل الدين الثمن يدل عليه مسألة الاستهلاك المذكورة آنفا ولذا لم يقيد به فى الفتح (قوله لأن الديون تقضى بأمثالها) قال فى الفتح : لأن قضاء الدين لو وقع بالدراهم كان بطريق المقاصة ، وهو أن يثبت فى ذمة القابض وهو الدائن مضمونا عليه لأنه قبضه لنفسه ليتملكه ، وللدائن مثله على المقبض فيلتقيان قصاصا وكذا هنا (قوله لأن الهبة إسقاط) ولأن القضاء فعل المديون والهبة فعل الدائن بالإبراء فلا يكون فعل هذا فعل الآخر فتح .

لامقاصة (و) حينئذ (لا حنث لو كانت اليمين مؤقتة) لعدم إمكان البر مع هبة الدين وإمكان البر شرط البقاء (كما) هو شرط الابتداء كما مر فى مسألة الكوز، وعليه (لوحلف ليقضين دينه غدا فقضاه اليوم أو حلف ليقتلن فلانا غدا فمات اليوم أو) حلف (ليأكلن هذا الرغيف غدا فأكله اليوم) لم يحنث زيلعي.

(حلف ليقضين دين فلان فأمر غيره بالأداء أو أحاله فقبض برّ وإن قضى عنه متبرع لا) يبر ظهيرية. وفيها حلف لايفارق غريمه حتى يستوفى فقعد بحيث يراه أو يحفظه فليس بمفارق ولو نام أو غفل أو شغله إنسان بالكلام أو منعه عن الملازمة حتى هرب غريمه لم يحنث، ولوحلف بطلاقها أن يعطيها كل يوم درهما فربما يدفع إليها عند الغروب أو عند العشاء، قال فإذا لم يخل يوما وليلة عن دفع درهم لم يحنث.

(حلف لايقبض دينه) من غريمه (درهما دون درهم فقبض بعضه لايحنث حتى يقبض كله) قبضا (منفرقا) لوجود شرط الحنث وهو قبض الكل بصفة التفرق (لا) يحنث (إذا قبضه بتفريق ضرورى) كأن يقبضه كله

[تنبيه] قيل إن شرط البر القضاء، ولم يوجد فيلزم الحنث وإلا لزم ارتفاع النقيضين. قال فى الفتح: وهو غلط فإن النقيضين الواجب صدق أحدهما دائما هما فى الأمور الحقيقية كوجود زيد وعدمه، أما المتعلق قيامهما بسبب شرعى فيثبت حكمهما مابقى السبب قائما وقيام اليمين سبب لثبوت أحدهما من الحنث أو البر، وينتفيان بانتفائه كما هو قبل اليمين حيث لابرّ ولا حنث ولذا قالوا هنا لم يحنث ولم يقولوا بر ولم يحنث اهـ (قوله وإمكان البر شرط البقاء الخ) أى فى اليمين المؤقتة بخلاف المطلقة فإنه فيها شرط الابتداء فقط، وحين حلف كان الدين قائما فكان تصور البر ثابتا فانعقدت ثم حنث بعد مضى زمن يقدر فيه على القضاء باليأس من البر بالهبة فتح (قوله وعليه) أى ويبتنى على اعتبار هذا الشرط (قوله لم يحنث) لفوات إمكان البر فى الغد قبل وقته فبطلت اليمين (قوله فأمر غيره) الضمير فيه عائد إلى الحالف وضمير أحاله وقبض إلى فلان. قال ط: أفاد به أن القضاء لا يتحقق بمجرد الحوالة والأمر بل لابد معهما من القبض. قال فى الهندية: وإن نوى أن يكون ذلك بنفسه صدق قضاء وديانة. ولو حلف المطلوب أن لايعطيه فأعطاه على أحد هذه الوجوه حنث، وإن نوى أن لايعطيه بنفسه لم يدين فى القضاء (قوله حلف لايفارق غريمه الخ) تقدم بعض مسائل الغريم فى أواخر باب اليمين بالأكل والشرب (قوله أو يحفظه) الذى فى المنح والبحر ويحفظه بالواو ط قال فى البحر: وكذلك لو حال بينهما ستر أو أسطوانة من أساطين المسجد وكذلك لو قعد أحدهما داخل المسجد والآخر خارجه والباب بينهما مفتوح بحيث يراه، وإن توارى عنه بحائط المسجد والآخر خارجه فقد فارقه، وكذلك لو كان بينهما باب مغلق إلا إن أدخله وأغلق عليه وقعد على الباب (قوله قال) أى صاحب مجموع النوازل كما عزاه إليه فى البحر عن الظهيرية (قوله لم يحنث) الظاهر أن وجهه أنه يراد باليوم عرفا مايشمل الليل، وتقدم أنه لو قال يوم أكلم فلانا فكذا فهو على الجديدين لقرانه بفعل لايمتد نعم وكذلك هنا لأن الإعطاء لايمتد فافهم.

مطلب لايقبض دينه درهما دون درهم

(قوله لا يقبض دينه درهما دون درهم) أى لايقبضه حالة كون درهم منه مخالفا لدرهم آخر فى كونه غير مقبوض أى لايقبضه متفرقا بل جملة فالمجموع فى تأويل حال مشتقة فهو مثل بعته يدا بيد أى متقابضين كذا ظهر لى (قوله لايحنث حتى يقبض كله متفرقا) أى لايحنث بمجرد قبض ذلك البعض بل يتوقف حنثه على قبض باقيه فإذا قبضه حنث فتح (قوله وهو قبض الكل الخ) لأنه أضاف القبض المتفرق إلى كل الدين حيث قال دينى وهو اسم لكله فتح، فلو قال: من دينى يحنث بقبض البعض، لأن شرط الحنث هنا قبض البعض من الدين متفرقا

بوزنين لأنه لايعد تفريقا عرفا مادام فى عمل الوزن (لايأخذ ماله على فلان إلا جملة أو إلا جمعا فترك منه درهما ثم أخذ الباقى كيف شاء لايحنث) ظهيرية وهو الحيلة فى عدم حنثه فى المسألة الأولى (كما لايحنث مو قال إن كان لى إلا مائة أو غير أو سوى) مائة (فكذا بملكها) أى المائة (أو بعضها) لأن غرضه نفى الزيادة على المائة وحنث بالزيادة لو مما فيه الزكاة وإلا لا ،

وأشار إلى أنه لو قيد باليوم فقبض البعض فيه متفرقا أو لم يقبض شيئا لم يحنث لأن الشرط أخذ الكل فى اليوم متفرقا ، ولم يوجد وتمامه فى البحر (قوله بوزنين) أو أكثر لأنه قد يتعذر قبض الكل دفعة فيصير هذا المقدار مستثنى ، ولأن هذا القدر من التفريق لا يسمى تفريقا عادة والعادة هى المعتبرة زيلعى (قوله فترك منه درهما) أى لم يأخذ منه أصلا (قوله كيف شاء) أى جملة أو متفرقا .

مطلب حلف لايأخذ ماله على فلان إلا جملة

(قوله لايحنث) كذا ذكر فى البحر عن الظهيرية هذه المسألة غير معللة ، والظاهر أنها بمعنى المسألة المارة ، لأن درهما دون درهم بمعنى متفرقا كما مر وقوله هنا إلا جملة هو معنى لايقبضه متفرقا لكن الأولى فى الإثبات وهذه فى النفى والمعنى واحد .

مطلب إن أنفقت هذا المال إلا على أهلك فكذا فأنفق بعضه لايحنث

ورأيت فى طلاق الذخيرة فى ترجمة المسائل التى ينظر فيها إلى شرط البر : وهب لرجل مالا فقال الواهب امرأتى طالق ثلاثا إن أنفقت هذا المال الذى وهبتك إلا على أهلك ثم إنه أنفق بعضه على أهله وقضى بالباقى دينا أو حج أو تزوج لانطلق امرأة الحالف ذكره خواهر زاده فى شرح الحيل ، وعلله بأن شرط بره إنفاق جميع الهبة على أهله فيكون شرط حنثه ضد ذلك ، وهو إنفاق جميعها على غيرهم ولم يوجد ، وهو نظير مالو حلف لايأخذ ماله على فلان إلا جميعا وأخذ البعض دون البعض لايحنث ، لأن شرط بره أخذ جميع الدين جملة فيكون شرط حنثه ضد ذلك ، وهو أخذ جميع الدين متفرقا ولم يوجد ذلك كذا هنا اهـ :

وحاصله أنه لايحنث بمجرد قبض البعض جملة أو متفرقا مالم يقبض الباقى كما مر ، فإذا ترك البعض بأن لم يقبضه أصلا بإبراء أو بدونه لم يحنث لعدم شرطه وهو قبض كله غير جملة أى متفرقا : ولما كانت هذه المسألة فى معنى الأولى كما ذكرنا قال الشارح : وهو الحيلة فى عدم حنثه فى الأولى ، وبقى هنا شىء وهو مالم يأخذ من دينه شيئا أصلا أو لم ينفق فى مسألة الهبة شيئا بأن ضاعت الهبة مثلا والظاهر أنه لايحنث ، لأن المعنى إن أخذت دينى لا آخذه إلا جملة أو إن أنفقتها لاتنفقها إلا على أهلك ، ونظيره لا أبيع هذا الثوب إلا بعشرة أو لا تخرجى إلا بإذنى فلم يبعه أو لم تخرج أصلا فلا شك فى عدم الحنث فكذا هنا :

مطلب حلف لايشكوه إلا من حاكم السياسة ولم يشكه أصلا لم يحنث

ومنه يعلم جواب ما لو حلف لايشكوه إلا من حاكم السياسة وترك شكايته أصلا لايحنث هذا ما ظهر لى فاغتنمه (قوله بملكها) متعلق بقوله لايحنث (قوله لأن غرضه نفى الزيادة على المائة) أى أن ذلك هو المقصود عرفا والخمسون مثلا ليس زائدا على المائة ، وهذا بخلاف مالو قال : لى على زيد مائة وقال زيد خمسون فقال : إن كان لى عليه إلا مائة فهذا لنفى النقصان لأن قصده بيمينه الرد على المنكر اهـ فتح (قوله لو مما فيه الزكاة) أى لو كانت الزيادة من جنس ماتجب فيه الزكاة كالنقدين والسائمة وعرض التجارة وإن قلت الزيادة ، ولو كانت

حتى لو قال (امرأته كذا إن كان له مال وله عروض) وضياع (ودور لغير التجارة لم يحنث) خزانة أكمل .

(حلف لايفعل كذا تركه على الأبد) لأن الفعل يقتضى مصدرا منكرا والنكرة فى النفى تعم (فلو فعل) المحلوف عليه (مرة) حنث و (انحلت يمينه) وما فى شرح المجمع من عدمه سهو (فلو فعله مرة أخرى لايحنث) إلا فى كلما (ولو قيدها بوقت) كوالله لا أفعل اليوم (فمضى) اليوم قبل (الفعل بر) لوجد ترك الفعل فى اليوم كله (وكذا إن هلك الحالف والمحلوف عليه) بر لتحقق العدم ولو جن الحالف فى يومه حنث عندنا ؛ خلافا لأحمد فتح (ولو حلف ليفعلنه بر بمرة) لأن النكرة فى الإثبات تخص

من غيره كالرقيق والدور لم يحنث ، وهذا لأن المستثنى منه عرفا المال لا الدراهم ، ومطلق المال ينصرف إلى الزكوى كما لو قال : والله ليس لى مال أو قال : مالى فى المساكين صدقة ، وهذا بخلاف مالو أوصى بثلث ماله أو استأمن الحربى على ماله حيث يعم جميع الأموال لأن الوصية خلافه كالميراث ومقصود الحربى الغنية له بماله وتمامه فى شرح التلخيص (قوله حتى لو قال الخ) تفريع على مافهم من كلامه من أن المال إذا أطلق ينصرف إلى الزكوى كما قررناه فافهم .

مطلب حلف لايفعل كذا تركه على الأبد

(قوله تركه على الأبد الخ) فنى أى وقت فعله حنث وإن نوى يوما أو يومين أو ثلاثة أو بلدا أو منزلا أو ما أشبهه لم يدين أصلا لأنه نوى تخصيص ماليس بملفوظ كما فى الذخيرة (قوله لأن الفعل يقتضى مصدرا منكرا الخ) فإذا قال : لا أكلم زيدا فهو بمعنى لا أكلمه كلاما ، وهذا أحد تعليلين ذكرهما فى غاية البيان ثانيهما : أنه نفى فعل ذلك الشىء مطلقا ولم يقيده بشىء دون شىء فيعم الامتناع عنه ضرورة عموم النفى وعليه اقتصر فى البحر وهو أظهر ، وأحسن منهما مانقلناه عن الذخيرة لما يرد على الأول أن عموم ذلك المصدر فى الأفراد لافى الأزمان ، وأيضا فقد قال ح : إن هذا ينافى مامر فى باب اليمين فى الأكل أى من أن الثابت فى ضمن الفعل ضرورى لايظهر فى غير تحقيق الفعل بخلاف الصريح ، ومن أن الفعل لا عموم له كما فى المحيط عن سيبويه (قوله وما فى شرح المجمع) أى لابن ملك من عدمه أى عدم انحلال اليمين فهو سهو كما فى البحر ، بل تنحل فإذا حنث مرة بفعله لم يحنث بفعله ثانيا وللعلامة قاسم رسالة رد فيها على العلامة الكافيجى حيث اغتر بما فى شرح المجمع ، ونقل فيها إجماع الأئمة الأربعة على عدم تكرار الحنث (قوله لايحنث) لأنه بعد الحنث لايتصور البر وتصور البر شرط بقاء اليمين فلم تبق اليمين ، فلا حنث رسالة العلامة قاسم عن شرح مختصر الكرخى (قوله إلا فى كلما) لاستلزامها تكرر الفعل ، فإذا قال : كلما فعلت كذا يحنث بكل مرة (قوله وكذا الخ) هذا إذا لم يمض الوقت (قوله والمحلوف عليه) الواو بمعنى أو (قوله لتحقق العدم) أى عدم الفعل فى اليوم ط (قوله ولو جن الحالف الخ) محل هذا فى الإثبات كما فى الفتح .

وصورته : قال لآكلن الرغيف فى هذا اليوم فجن فيه ولم يأكل ، أما فى صورة النفى إذا جن ولم يأكل فلا شك فى عدم الحنث ط ، وقدم المصنف أول الأيمان أنه يحنث لو فعل المحلوف عليه وهو مغمى عليه أو مجنون .

مطلب حلف ليفعلنه بر بمرة

(قوله لأن النكرة فى الإثبات تخص) أراد بالنكرة المصدر الذى تضمنه الفعل وهذا مبنى على التعليل السابق وقد علمت مافيه : وفى الفتح لأن الملتزم فعل واحد غير عين إذا المقام للإثبات فيبر بأى فعل ، سواء كان مكرها فيه

والواحد هو المتيقن، ولو قيدها بوقت فضى قبل الفعل حنث إن بقى الإمكان وإلا بأن وقع اليأس بموته أو بفوت المحل بطلت يمينه كما مر فى مسألة الكوز زيلعى .

(حلفه وال ليعلمنه بكل داعر) بمهملتين أى مفسد (دخل البلدة تقيد) حلفه (بقيام ولايته) بيان لكون اليمين المطلقة تصير مقيدة بدلالة الحال وينبغى تقييد يمينه بفور علمه وإذا سقطت لاتعود، ولو ترقى بلا عزل إلى

أو ناسيا أصيلا أو وكيلا عن غيره ، وإذا لم يفعل لا يحكم بوقوع الحنث حتى يقع اليأس عن الفعل ، وذلك بموت الحالف قبل الفعل فيجب عليه أن يوصى بالكفارة أو بفوت محل الفعل كما لو حلف ليضربن زيدا أو ليأكلن هذا الرغيف فمات زيد أو أكل الرغيف قبل أكله وهذا إذا كانت اليمين مطلقة اه (قوله ولو قيدها بوقت) مثل ليأكلنه فى هذا اليوم فتح (قوله بأن وقع اليأس) أى قبل مضى الوقت (قوله أو بفوت المحل) هـذا عندهما خلافا لأبى يوسف فتح .

مطلب حلفه وال ليعلمنه بكل داعر

(قوله تقيد حلفه بقيام ولايته) هذا التخصيص بالزمان ثبت بدلالة الحال وهو العلم بأن المقصود من هذا الاستحلاف زجره بما يدفع شره أو شر غيره بزجره ،لأنه إذا زجر داعرا انزجر آخر،وهذا لايتحقق إلا فى حال ولايته لأنها حال قدرته على ذلك فلايفيد فائدته بعد زوال سلطنته ، والزوال بالموت وكذابالعزل فى ظاهر الرواية وعن أبى يوسف أنه يجب عليه إعلامه بعد العزل فتح (قوله وينبغى تقييد يمينه بفور علمه) هذا بحث لابن همام فإنه قال وفى شرح الكنز ثم إن الحالف لو علم بالداعر ولم يعلمه به لم يحنث إلا إذا مات هو أو المستحلف أو عزل لأنه لايحنث فى اليمين المطلقة إلا باليأس إلا إذا كانت مؤقتة فيحنث بمضى الوقت مع الإمكان اه ولو حكم بانعقاد هذه للفور لم يكن بعيدا نظرا إلى المقصود وهو المبادرة لزجره ودفع شره،والداعى يوجب التقييد بالفور أى فور علمه به اه وأقره فى البحر والنهر والمنح واعترض بأنه خلاف ظاهر الرواية،ففى العناية وليس يلزمه الإعلام حال دخوله ، وإنما يلزمه أن لايؤخر الإعلام إلى ما بعد موت الوالى أو عزله على ظاهر الرواية اه .

قلت : قوله على ظاهر الرواية : راجع إلى قوله : أو عزله أى بناء على ظاهر الرواية من أن العزل كالموت فى زوال الولاية خلافا لما عن أبى يوسف كما يعلم مما نقلناه سابقا على الفتح ، ولا شك أن التقييد بالفور عند قيام القرينة حكم ثابت فى المذهب .

فصار حاصل بحث ابن الهمام : أن الوالى إذا كان مراده دفع الفساد فى البلد ، وحلف رجلا بأن يعلمه بكل مفسد دخل البلد ، فليس مراده أن يخبره بعد إفساده سنين فى البلد بل مراده إخباره به قبل إظهاره الفساد فهذا قرينة واضحة على أن هذه اليمين يمين الفور الثابت حكمها فى المذهب ، فما فى شرح الكنز والعناية مبنى على عدم قيام قرينة الفور ، ومابحثه ابن الهمام مبنى على قيامها فحيث قامت القرينة على الفور حكم بها بنص المذهب وإلا فلا فلم يكن بحثه مخالفا للمنقول بل هو معقول مقبول فلذا أقره عليه الفحول فافهم (قوله وإذا سقطت لاتعود) أى إذا سقطت بالعزل كما هو ظاهر الرواية كامر لاتعود بعوده إلى الولاية (قوله ولوترقى بلاعزل الخ) هذا لم يذكره فى الفتح ، بل ذكره فى البحر بحثا بقوله : ولم أر حكم ما إذا عزل من وظيفته ، وتولى وظيفة أخرى أعلى منها ، وينبغى أن لاتبطل اليمين لأنه صار متمسكا من إزالة الفساد أكثر من الحالة الأولى اه .

قلت : الظاهر أن محل هذا ماإذا لم يكن فاصل بين عزله وتوليته ، بل المراد ترقيه فى الولاية ، وانتقاله عن الأولى إلى أعلى منها ولذا عبر الشارح بقوله : ولو ترقى بلا عزل أما لو عزل ثم تولى بعد مثلا فقد تحقق سقوط

منصب أعلى فاليمين باقية لزيادة تمكنه فتح ومن هذا الجنس ، مسائل منها ماذكره بقوله (كما لو حلف رب الدين غريمه أو الكفيل بأمر المكفول عنه أن لايخرج من البلد إلا بإذنه تقيد بالخروج حال قيام الدين والكفالة) لأن الإذن إنما يصح ممن له ولاية المنع وولاية المنع حال قيامه (و) منها (لو حلف لاتخرج امرأته إلا بإذنه تقيد بحال قيام الزوجية) بخلاف لاتخرج امرأته من الدار لعدم دلالة التقييد زيلعي (حلف ليهبن فلانا فوهبه له فلم يقبل بر) وكذا كل عقد تبرع كعارية ووصية وإقرار (بخلاف البيع) ونحوه حيث لايبر بلاقبول وكذا في طرف النفي ، والأصل

اليمين والساقط لايعود (قوله ومن هذا الجنس) أي جنس ماتقيد بالمعنى وإن كان مطلقا في اللفظ (قوله أو الكفيل بأمر المكفول عنه) كذا وقع في البحر ، ولم يذكر في الفتح والنهر لفظ الأمر ، ولذا قيل إنه لافائدة للتقييد به أقول أي لأن رب الدين له ولاية المطالبة على الكفيل سواء كان كفيلا بأمر المكفول عنه أولا لكن هذا بناء على أن الكفيل منصوب عطفا على غريمه ولفظ أمر مضاف إلى المكفول عنه ، وليس كذلك بل الكفيل مرفوع عطفا على رب الدين ولفظ أمر بالتنوين ، والمكفول عنه منصوب عطف على غريمه مفعول حلف ويوضحه قول كافي النسفي أو الكفيل بالأمر المكفول عنه وعليه فالتقييد بالأمر له فائدة ظاهرة ، لأن الكفيل بالأمر له الرجوع على المكفول عنه فيصير بمنزلة رب الدين فلذا كان لتحليفه المكفول فائدة ويتقيد تحليفه بمدة قيام الدين بمنزلة رب الدين فافهم وفي الخانية الكفيل بالنفس إذا حلف [illegible] من البلد إلا بإذنه فقضى الأصيل دين الطالب ثم خرج بعد ذلك لايحنث (قوله وولاية المنع حال قيامه) أي قيام الدين ومفاده أن ذلك فيما إذا لم يكن الدين مؤجلا إذ ليس له منعه من الخروج ولامطالبته قبل حلول الأجل ، وفيما إذا أدى الكفيل لرب المال إذ ليس له مطالبة المكفول عنه قبل الأداء نعم له ملازمته أو حبسه إذا لوزم الكفيل أو حبس فليتأمل (قوله لعدم دلالة التقييد) لأنه لم يذكر الإذن فلا موجب لتقييده بزمان الولاية في الاذن ، وعلى هذا لو قال لامرأته : كل امرأة أتزوجها بغير إذنك فطالق ، فطلق امرأته طلاقا بائنا أو ثلاثا ، ثم تزوج بغير إذنها طلقت لأنه لم تتقيد يمينه ببقاء النكاح لأنها إنما تتقيد به لو كانت المرأة تستفيد ولاية الإذن والمنع بعقد النكاح اهـ فتح أي بخلاف الزوج فإنه يستفيد ولاية الإذن بالعقد وكذا رب الدين ، كما في الذخيرة وما قيل من أن الإضافة في قوله : امرأتي تدل على التقييد لأنها بعد العدة لم تبق امرأته مدفوع بأن الإضافة لا للتقييد ، بل للتعريف كما قالوا في قوله إن قبلت امرأتي فلانة فعبدي حر فقبلها بعد البينونة يحنث فافهم ، وانظر ماقدمناه في التعليق من كتاب الطلاق .

مطلب حلف ليهبن له فوهب له فلم يقبل بخلاف البيع ونحوه

(قوله ونحوه) كالإجارة والصرف والسلم والنكاح والرهن والخلع بحر (قوله وكذا في طرف النفي) فإذا قال : لاأهب حنث بالإيجاب فقط بخلاف لا أبيع (قوله والأصل الخ) الفرق أن الهبة عقد تبرع ، فيتم بالمتبرع أما البيع فمعاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين ، وعند زفر الهبة كالبيع ، واتفقوا على أنه لو قال بعتك هذا الثوب أو أجرتك هذه الدار ، فلم تقبل وقال بل قبلت فالقول له ، لأن الإقرار بالبيع تضمن الإقرار بالإيجاب والقبول وعلى الخلاف القرض ، وعن أبي يوسف أن القبول فيه شرط لأنه في حكم المعاوضة ونقل فيه عن أبي حنيفة روايتان والابراء يشبه البيع لافادته الملك باللفظ والهبة لأنه تمليك بلا عوض وقال الحلواني : إنهما كالهبة وقيل الأشبه أن يلحق الابراء بالهبة والقرض بالبيع والاستقراض كالهبة بلا خلاف اهـ ملخصا من الفتح والبحر وانظر ماقدمناه في باب اليمين بالبيع والشراء .

[فرع] في الفتح لو قال لعبد إن وهبك فلان مني فأنت حر فوهبه منه إن كان العبد في يد الواهب لايعتق سلمه له أولا وإن كان وديعة في يد الموهوب له إن بدأ الواهب فقال وهبتكه لايعتق قبل أولا ، وإن بدأ الآخر فقال

أن عقود التبرعات بإزاء الإيجاب فقط والمعاوضات بإزاء الإيجاب والقبول معا (وحضرة الموهوب له شرط فى الحنث) فلو وهب الحالف لغائب لم يحنث اتفاقا ابن ملك فليحفظ (لايحنث فى حلفه لايشم ريحانا بشم ورد وياسمين) والمعول عليه العرف فتح (و) يمين (الشم تقع على) الشم (المقصود فلا يحنث لو حلف لايشم طيبا فوجد ريحه وإن دخلت الرائحة إلى دماغه) فتح (ويحنث فى حلفه لايشترى بنفسجا أو وردا بشراء ورقهما لادهنهما) للعرف (حلف لايتزوج فزوجه فضولى فأجاز بالقول حنث وبالفعل) ومنه الكتابة خلافا لابن سماعة (لا) يحنث به يفتى خانية (ولو زوجه فضولى ثم حلف لايتزوج لايحنث بالقول أيضا) اتفاقا لاستنادها لوقت العقد (كل امرأة تدخل فى نكاحى) أو تصير حلالا لى (فكذا فأجاز نكاح فضولى بالفعل لايحنث) بخلاف

هبه منى فقال وهبته منك عتق (قوله شرط فى الحنث) هذا فيما لوكان الحلف على النفى فلو على الإثبات فهو شرط فى البر فكان المناسب إسقاط قوله فى الحنث فافهم .

مطلب حلف لايشم ريحانا

(قوله لايشم) بفتح الياء والشين مضارع شممت الطيب بكسر الميم فى الماضى وجاء فى لغة فتح الميم في الماضى وضمها فى المضارع نهر والمشهورة الفصيحة الأولى كما فى الفتح (قوله وياسمين) بكسر السين وبعضهم بفتحها وهوغير منصرف وبعض العرب يعربه إعراب جمع المذكر السالم على غير قياس مصباح (قوله والمعول عليه العرف) ذكر ذلك فى الفتح بعد حكاية الخلاف فى تفسير الريحان وهو أنه ماطاب ريحه من النبات أوما ساقه رائحة طيبة كالورد أو مالا ساق له من البقول مما له رائحة مستلذة وغير ذلك (قوله فوجد ريحه) أى من غير قصد شمه (قوله للعرف) فما فى الهداية من حنثه بالدهن لاالورق وما قاله الكرخى من حنثه بهما مبنى على اختلاف العرف وعرفنا ماذكره المصنف فتح ملخصا .

مطلب حلف لايتزوج فزوجه فضولى

(قوله فأجاز بالقول) كرضيت وقبلت نهر وفى حاوى الزهدى لو هناه الناس بنكاح الفضولى فسكت فهو إجازة (قوله حنث) هذا هو المختار كما في التبيين وعليه أكثر المشايخ والفتوى عليه كما فى الخانية وبه اندفع مافى جامع الفصولين من أن الأصح عدمه بحر (قوله وبالفعل) كبعث المهر أوبعضه بشرط أن يصل إليها وقيل الوصول ليس بشرط نهر وكتقبيلها بشهوة وجماعها لكن يكره تحريما لقرب نفوذ العقد من المحرم بحر. قلت: فلو بعث المهر أولا لم يكره التقبيل والجماع لحصول الإجازة قبله (قوله ومنه الكتابة) أى من الفعل مالو أجاز بالكتابة لما فى الجامع حلف لايكلم فلانا أولا يقول له شيئا فكتب إليه كتابا لايحنث ، وذكر ابن سماعة أنه يحنث نهر (قوله به يفتى) مقابله مافى جامع الفصولين من أنه لايحنث بالقول كما مر فكان المناسب ذكره قبل قوله وبالفعل أفاده ط (قوله لاستنادها) أى الإجازة لوقت العقد وفيه لايحنث بمباشرته ففى الاجازة أولى بحر .

مطلب قال كل امرأة تدخل فى نكاحى فكذا

(قوله لايحنث) هذا أحد قولين قاله الفقيه أبو جعفر ونجم الدين النسفى والثانى أنه يحنث وبه قال شمس الأئمة والإمام البزدوى والسيد أبو القاسم وعليه مشى الشارح قبيل فصل المشيئة ، لكن رجح المصنف فى فتاواه الأول ووجهه أن دخولها فى نكاحه لا يكون إلا بالتزويج . فيكون ذكر الحكم ذكر سببه المختص به فيصير فى التقدير كأنه قال إن تزوجتها وبتزويج الفضولى ، لايصير متزوجا ، كما فى فتاوى العلامة قاسم .

كل عبد يدخل فى ملكى فهو حرفأجازه بالفعل حنث اتفاقا لكثرة أسباب الملك عمادية. وفيها: حلف لايطلق فأجاز طلاق فضولى قولا أو فعلا فهو كالنكاح غير أن سوق المهر ليس بإجازة لوجوبه قبل الطلاق. قال لامرأة الغير: إن دخلت دار فلان فأنت طالق فأجاز الزوج فدخلت طلقت (ومثله) فى عدم حنثه بإجازته فعلا مايكتبه الموثقون فى التعاليق من نحو قوله (إن تزوجت امرأة بنفسى أو بوكيلى أو بفضولى) أو دخلت فى نكاحى بوجه ماتكن زوجته طالقا لأن قوله أو بفضولى إلى آخره عطف على قوله بنفسى وعامله تزوجت وهو خاص بالقول وإنما ينسد باب الفضولى لو زاد أو أجزت نكاح فضولى ولو بالفعل فلا مخلص له إلا إذا كان المعلق طلاق المزوجة فيرفع الأمر إلى شافعى ليفسخ اليمين المضافة وقدمنا فى التعاليق أن الإفتاء كاف فى ذلك بحر (حلف لايدخل دار

قلت: قد يقال إن له سببين التزوج بنفسه والتزويج بلفظ الفضولى، والثانى غير الأول بدليل أنه لايحنث به فى حلفه لايتزوج تأمل (قوله لكثرة أسباب الملك) فإنه يكون بالبيع والإرث والهبة والوصية وغيرها بخلاف النكاح كما علمت فلا فرق بين ذكره وعدمه (قوله أو فعلا) كإخراج متاعها من بيته ط (قوله لوجوبه قبل الطلاق) فلا يحال به إلى الطلاق بخلاف النكاح، لأن المهر من خصائصه منح عن العمادية (قوله قال) أى فضولى (قوله فأجاز الزوج) أى أجاز تعليق الفضولى (قوله ومثله) أى مثل مافى المتن (قوله مايكتبه الموثقون) أى الذين يكتبون الوثائق أى الصكوك (قوله إلى آخره) المناسب حذفه لأن قوله أو دخلت فى نكاحى معطوف على تزوجت لاعلى بنفسى، فلا يصح تعليله بأن عامله تزوجت بل العلة فيه أنه ليس له إلا سبب واحد وهو التزوج كما مر وهو لايكون إلا بالقول أفاده ط (قوله وهو خاص بالقول) فقوله أو بفضولى ينصرف إلى الإجازة بالقول فقط بحر (قوله فلا مخلص له الخ) كذا فى البحر وتبعه فى النهر والمنح وفى فتاوى العلامة قاسم وجامع الفصولين أنه اختلف فيه قيل لاوجه لجوازه لأنه شدد على نفسه وقال الفقيه أبو جعفر وصاحب الفصول حيلته أن يزوجه فضولى بلا أمرهما فيجيزه هو فيحنث قبل إجازة المرأة لا إلى جزاء لعدم الملك ثم تجيزه هى فإجازتها لاتعمل فيجددان العقد، فيجوز إذ اليمين انعقدت على تزوج واحد، وهذه الحيلة إنما يحتاج إليها إذا قال أو يزوجها غيرى لأجلى وأجيزه أما إذا لم يقل وأجيزه، قال النسفى يزوج الفضولى لأجله فتطلق ثلاثا إذ الشرط تزويج الغير له مطلقا ولكنها لاتحرم عليه لطلاقها قبل الدخول فى ملك الزوج قال صاحب جامع الفصولين فيه تسامح لأن وقوع الطلاق قبل الملك محال اهـ:

قلت: إنما سماه تسامحا لظهور المراد وهو انحلال اليمين لا إلى جزاء، لأن الشرط تزويج الغيرله وذلك يوجد من غير توقف على إجازته بخلاف قوله أتزوجها فإنه لايوجد إلابعقده بنفسه أوعقدغيره له وإجازته (قوله إلا إذا كان المعلق طلاق المزوجة) فى بعض النسخ المتزوجة أى التى حلف ألا يتزوجها بنفسه أو بفضولى احتراز عما لو كان المعلق طلاق زوجته الأصلية بأن قال إن تزوجت عليك بنفسى أو بفضولى فأنت طالق فإن حكم الشافعى بفسخ اليمين المضافة يؤكد الحنث لاينافيه (قوله إن الإفتاء كاف) أى إفتاء الشافعى للحالف ببطلان هذه اليمين وهو رواية عن محمد أفتى بها أئمة خوارزم لكنها ضعيفة: نعم لو قال: كل امرأة أتزوجها فهى كذا فتزوج امرأة وحكم القاضى بفسخ اليمين ثم تزوج أخرى يحتاج إلى الفسخ ثانيا عندهما وقال محمد لايحتاج وبه يفتى كما فى الظهيرية فمن قال إن بطلان اليمين هو قول محمد المفتى به كما فى الظهيرية فقد اشتبه عليه حكم بآخر كما قدمنا بيانه فى باب التعليق. فافهم (قوله بحر) الأولى أن يقول نهر لأن جميع ماقدمه مذكور فيه أما فى البحر فإنه لم يذكر قوله أنه مما يكتبه الموثقون ولا قوله أو دخلت فى نكاحى بوجه ما ولا قوله وقدمنا فى التعاليق

فلان انتظم المملوكة والمستأجرة والمستعارة) لأن المراد بها المسكن عرفا ولابد أن تكون سكناه لابطريق التبعية فلو حلف لايدخل دار فلانة فدخل دارها وزوجها ساكن بها لم يحنث لأن الدار إنما تنسب إلى الساكن وهو الزوج نهر عن الواقعات (لايحنث في حلفه أنه لامال له وله دين على مفلس) بتشديد اللام أى محكوم بإفلاسه (أو على (ملىء) غنى لأن الدين ليس بمال بل وصف فى الذمة لايتصور قبضه حقيقة :

[فروع] قال لغيره : والله لتفعلن كذا فهو حالف ، فإن لم يفعله المخاطب حنث

(قوله لأن المراد بها المسكن عرفا) يعنى أن المراد مايشمل المسكن ، فيصدق على المملوكة غير المسكونة وفيه تفصيل وخلاف ذكرناه فى باب اليمين بالدخول (قوله ولابد أن تكون سكناه لابطريق التبعية الخ) مخالف لما قدمه فى الباب المذكور من قوله : ولو تبعا وهو مافى الخانية لو حلف لايدخل دار بنته أو أمه ، وهى تسكن فى بيت زوجها ، فدخل الحالف حنث وقد ذكر فى الخانية أيضا مسألة الواقعات وقال إن لم ينو تلك الدار لايحنث لأن السكنى تضاف إلى الزوج لا إلى المرأة ويمكن الجواب بأن الدار فى مسألة الخانية المارة لما لم تكن للمرأة انعقدت يمينه على دار السكنى بالتبعية فحنث أما فى مسألة الواقعات المذكورة هنا فالدار فيها ملك المرأة فانصرفت اليمين إلى ماينسب إليها أصالة فلما سكنها زوجها نسبت إليه وانقطعت نسبتها إليها فلم يحنث الحالف بدخولها مالم ينوها أفاد بعضه السيد أبو السعود ، لكن قدمنا فى باب الدخول عن التتارخانية مايفيد اختلاف الرواية ولكن ماذكر من الجواب توفيق حسن رافع للخلاف بقيد عدم النية المذكور أخذا مما مر عن الخانية فافهم .

مطلب حلف لامال له

(قوله بتشديد اللام) كذا فى البحر عن مسكين والظاهر أن التشديد غير لازم لأنه يقال مفلس وجمعه مفاليس كما فى المصباح وهذا أعم من المحكوم بإفلاسه وغيره كما لايخفى .

مطلب الديون تقضى بأمثالها

(قوله بل وصف للذمة الخ) ولهذا قيل إن الديون تقضى بأمثالها على معنى أن المقبوض مضمون على القابض لأن قبضه بنفسه على وجه التملك ولرب الدين على المدين مثله ، فالتقى الدينان قصاصا وتمامه فى البحر .

مطلب قال لغيره والله لتفعلن كذا فهو حالف

(قوله فإن لم يفعله المخاطب حنث) كذا أطلقه فى الخانية والفتح والنهر ، وظاهره أنه يحنث سواء أمره بالفعل أولا وهو كذلك ، لأن أمره لايحقق الفعل من المحلوف عليه ، وشرط بره هو الفعل ، وشرط حنثه عدمه ويأتى تمام بيانه قريبا .

مطلب والله لاتقم فقام لايحنث

هذا ، ورأيت فى الصيرفية : مر على رجل فأراد أن يقوم فقال والله لاتقم فقام لايلزم المار شىء لكن عليه تعظيم اسم الله تعالى اهـ وذكره فى البزازية بعبارة فارسية فهذا الفرع مخالف لما مر ، وقد يجاب بأن قوله لاتقم نهى وهو إنشاء فى الحال تحقق مضمونه عند التلفظ به ، وهو طلب الكف عن القيام فصار الحلف على هذا الطلب الإنشائى لاعلى عدم القيام فالمقصود من الحلف تأكيد ذلك الطلب فليتأمل . والظاهر أن الأمر مثل النهى فإذا قال بالله أضرب زيدا اليوم لايحنث بعدم ضربه ويظهر أيضا أنه لو قعد ثم قام لايحنث ولو لم يكن بلفظ النهى لأن المراد النهى عن القيام الذى تهيأ له المحلوف عليه فهو يمين الفور المار بيانها وهذه المسألة تقع كثيرا .

مالم ينو الاستحلاف :
قال لغيره : أقسمت عليك بالله أو لم يقل عليك لتفعلن كذا فالحالف هو المبتدئ مالم ينو الاستفهام ؛
ولو قال عليك عهد الله إن فعلت كذا فقال : نعم فالحالف المجيب .
لايدخل فلان داره فيمينه على النهى إن لم يملك منعه وإلا فعلى النهى والمنع جميعا.

مطلب قال لتفعلن كذا قال نعم

(قوله مالم ينو الاستحلاف) فإن نوى الاستحلاف فلا شيء على واحد منهما خانية وفتح أى لأن المخاطب لم يجبه بقوله نعم حتى يصير حالفا قال فى الخانية ولو قال : والله لتفعلن كذا فقال الآخر نعم ، فهو على خمسة أوجه :
أحدها : أن ينوى كل من المبتدئ والمجيب الحلف على نفسه فهما حالفان أما الأول فظاهر ، وأما الثانى فلأن قوله نعم يتضمن إعادة ماقبله فكأنه قال والله لأفعلن كذا فإذا لم يفعل حنثا جميعا .
الثانى : أن يريد المبتدئ الاستحلاف والمجيب اليمين على نفسه فالحالف هو المجيب فقط .
الثالث : أن لايريد المجيب اليمين بل الوعد فلا يكون أحدهما حالفا .
الرابع : أن لايكون لأحدهما نية فالحالف هو المبتدئ فقط .
الخامس : أن يريد المبتدئ الاستحلاف والمجيب الحلف فالمجيب حالف لاغير اه ملخصا .
قلت : هذا الأخير هو عين الثانى فتأمل (قوله فالحالف هو المبتدئ) وكذا فيما لو قال أحلف أو أشهد بالله قال عليك أولا فلا يمين على المجيب فى الثلاثة وإن نويا أن يكون الحالف هو المجيب خانية .
قلت : ووجهه أنه أسند فعل القسم إلى نفسه فلا يمكن أن يكون فاعله غيره (قوله مالم ينو الاستفهام) أى بأن تكون همزة الاستفهام مقدرة فيصير المعنى هل أحلف أم لا وهذا يصلح حيلة إذا أراد أن لايحنث فافهم (قوله فالحالف المجيب) ولايمين على المبتدئ وإن نوى اليمين خانية وفتح أى لإسناده الحلف إلى المخاطب فلا يمكن أن يكون الحالف غيره .

مطلب حلف لايدخل فلان داره

(قوله لايدخل فلان داره الخ) نقله فى النهر عن منية المفتى وهذا رأيته فيها لكن بلفظ الدار معرفة ، وهذا محمول على ما إذا كان فلان ظالما لايمكن الحالف أن يمنعه كما يعلم مما ذكره الشرنبلالى فى رسالة عن الخانية والخلاصة وغيرهما ، حلف لايدع فلانا يدخل هذه الدار ، فلو الدار ملك الحالف فشرط البر منعه بالقول والفعل بقدر مايطيق ، فلو منعه بالقول دون الفعل حنث ، وإن لم تكن له فمنعه بالقول دون الفعل لايحنث بالدخول . وفى القنية عن الوبرى : حلف ليخرجن ساكن داره اليوم ، والساكن ظالم غالب يتكلف فى إخراجه فإن لم يمكنه فاليمين على التلفظ باللسان اه .
قال : وهذا يفيد أن مامر من حنث المالك بالمنع بالقول فقط مقيد بما إذا قدر على منعه بالفعل وإلا فيكفيه القول ، ويفيده قول الخانية بقدر مايطيق . هذا حاصل ماذكره فى الرسالة ، وقد لخصها السيد أبوالسعود تلخيصا مخلا ، ونقله عنه ط فى الباب السابق وأنه أفتى بناء على مافهمه فيمن حلف على أخته أن لاتتكلم بأنها لو تكلمت

آجر داره ثم حلف أنه لايتركه فيها بر بقوله اخرج :
لايدع ماله اليوم على غريمه فقدمه للقاضي وحلفه بر :

بعد مانهاها عن الكلام لايحنث لأنه لايملك منعها وقاس على ذلك أيضا أنه لوكانت اليمين على الإثبات مثل ، لتفعلن يكفي أمره بالفعل :

مطلب فى الفرق بين لايدعه يدخل وبين لايدخل

قلت : وهذا خطأ فاحش للفرق البين بين قولنا لاأدعه يفعل وبين لايفعل يوضح ذلك ماقدمناه فى التعليق عن الولوالجية رجل قال : إن أدخلت فلانا بيتى أو قال إن تركت فلانا يدخل بيتى فامرأته طالق فاليمين فى الأول على أن يدخل بأمره لأنه متى دخل بأمره فقد أدخله ، وفى الثانى على الدخول أمر الحالف أو لم يأمر علم أو لم يعلم لأنه وجد الدخول ؛ وفى الثالث على الدخول بعلم الحالف لأن شرط الحنث الترك للدخول ، فمتى علم ولم يمنع فقد ترك اه . ونقل مثله فى البحر عن المحيط وغيره ، فانظر كيف جعلوا اليمين فى الثانى على مجرد الدخول ، لأن المحلوف عليه هو دخول فلان ، فمتى تحقق دخوله تحقق شرط الحنث وإن منعه قولا أو فعلا لأن منعه لاينفى دخوله بعد تحققه . وأما عدم الحنث بالمنع قولا وفعلا أوقولا فقط على التفصيل المار فهو خاص بالحلف على أنه لايدعه أو لايتركه يدخل ، وكذا قوله لايخليه يدخل لأنه متى لم يمنعه تحقق أنه تركه أو خلاه فيحنث ، هذا هو المصرح به فى عامة كتب المذهب ، وهو ظاهر الوجه ، وقدمنا فى آخر باب اليمين فى الأكل والشرب فيما لو قال لا أفارقك حتى تقضينى حتى أنه لو فر منه لايحنث ، ولو قال لايفارقنى يحنث كما فى الخانية فقد جزم بحنثه إذا فر منه بعد حلفه لايفارقنى :

وعلى هذا فالصواب فى جواب الفتوى السابقة أن أخته إذا تكلمت يحنث سواء منعها عن الكلام أولا لتحقق شرط الحنث وهو الكلام ، ومنعه لها لايرفعه بعد تحققه كما لايخفى ، نعم لوكان الحالف على أنه لايتركها أولا يخليها تتكلم فإنه يبر بالمنع قولا فقط ، ولا يحتاج إلى المنع بالفعل لأنه لايملكه . كما قال فى الخانية :رجل حلف بطلاق امرأته أن لايدع فلانا يمر على هذه القنطرة فمنعه بالقول يكون بارا لأنه لا يملك المنع بالفعل اه : وبما قررناه ظهر أن ما نقله الشارح تبعا للمنية لايصح حمله على ظاهره لمخالفته للمشهور فى الكتب فلابد من تأويله بما قدمناه :

وقد يؤول بأنه أراد معنى لايدعه يدخل كما أفتى به فى الخيرية ، حيث سئل عمن حلف على صهره أنه لايرحل من هذه القرية فرحل قهرا عليه فهل يحنث ؟ أجاب : مقتضى ماأفتى به قارىء الهداية واستدل به الشيخ محمد الغزى وأفتى به أنه إن نوى لايمكنه فرحل قهرا عليه لايحنث اه أو يؤول بأنه سقط من عبارة المنية لفظ لايدعه وإلا فهو مردود ، لأن العمل على ماهو المشهور الموافق للمعقول والمنقول دون الشاذ الخفى المعلول ، فاغتنم هذا التحرير والله سبحانه أعلم .

[تنبيه] علم أيضا مما ذكرناه أنه لو كان الحالف على الإثبات مثل قوله والله لتفعلن كذا فشرط البر هو الفعل حقيقة ، ولايمكن قياسه على لايدعه يفعل ، بأن يقال هنا : يكفى أمره بالفعل فإن ذاك لم يقل به أحد . وأما مامر عن القنية فى : ليخرجن ساكن داره فذاك فى معنى لايدعه يسكن كما علم مما مر ، أما هنا فلا يكفى الأمر لأن حلفه على الفعل لاعلى الأمر به ، ومجرد الأمر به لايحققه كما لايخفى ، فإذا لم يفعل يحنث الحالف كما مر سواء أمره أولا ، وهذا ظاهر جلى أيضا ، ولكن جل من لايسهو فافهم (قوله بر بقوله اخرج) لأن عقد الإجارة منعه من الإخراج بالفعل لأن مالك الدار لايملك المنفعة مدة الإجارة ، فهو حينئذ كالأجنبى شرنبلالى (قوله وحلفه بر) لأن قوله

قيل له إن كنت فعلت كذا فامرأتك طالق فقال نعم وقد كان فعل طلقت . وفي الأشباه : القاعدة الحادية عشر السؤال معاد في الجواب قال : امرأة زيد طالق أو عبده حر أو عليه المشي لبيت الله إن فعل كذا وقال زيد نعم كان حالفا إلى آخره ؛

ادعى عليه فحلف بالطلاق ماله عليه شيء فبرهن بالمال حنث به يفتى .

حلف أن فلانا ثقيل وهو عند الناس غير ثقيل وعنده ثقيل لم يحنث إلا أن ينوى ،عند الناس .

لايعمل معه في القصارة مثلا فعمل مع شريكه حنث ومع عبده المأذون لا .

لايزرع أرض فلان فزرع أرضا بينه وبين غيره حنث لأن نصف الأرض تسمى أرضا ، بخلاف لأدخل دار فلان فدخل المشتركة إذا لم يكن ساكنا ، والله سبحانه أعلم :

لايدع ينصرف إلى مايقدر عليه وبعد تحليفه لايقدر على الأخذ ، وشرط الحنث أن يتركه مع القدرة ولذا لايحنث إذا قال لا أدع فلانا يفعل ففعل في غيبته (قوله طلقت) لأنه صار حالفا للقاعدة المذكورة عقبه (قوله به يفتى) وهو قول أبي يوسف خلافا لمحمد ، بخلاف مالو برهن أنه أقرضه ألفا والمسألة بحالها لايحنث اهـ فتح أى لجواز أنه أقرضه ثم أبرأه أو استوفى منه قبل الدعوى فلم يظهر كذب المدعى عليه (قوله حنث الخ) لأن كل واحد من الشريكين يرجع بالعهدة على صاحبه ويصير الحالف عاملا مع المحلوف عليه وإن كان عقد الشركة نفسه لايوجب الحقوق . أما العبد المأذون فلا يرجع بالعهدة على المولى فلا يصير الحالف شريكا لمولاه بحر عن الظهيرية (قوله فدخل المشتركة) أى فلا يحنث . لأن نصف الدار لايسمى دارا فتح (قوله إذا لم يكن ساكنا) ترك في الفتح هذا القيد ، وقد صرح به في الخانية . قال ط : أما إذا كان ساكنا فهي داره لأن الدار حينئذ تعم المستأجرة وأولى المشتركة التي سكنها ، والله سبحانه أعلم .

تم الجزء الثالث ، ويليه الجزء الرابع ، وأوله :

كتاب الحدود

فهرست الجزء الثالث

من حاشية رد المحتار على الدر المختار

للعلامة السيد محمد أمين المعروف بابن عابدين

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

حاشية
رد المحتار

لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين

على

الدر المختار شرح تنوير الأبصار

في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان

المجلد الرابع

دار الفكر
للطباعة والنشر والتوزيع
بيروت

حاشية رد المحتار

لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين

على

الدر المختار شرح تنوير الأبصار

في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان

ويليه: تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف

وقد وضع الشرح والمتن بأعلا الصحائف

وبأسفل الصحائف تقارير لبعض العلماء

الجزء الرابع

الطبعة الثانية

١٣٨٦ هـ = ١٩٦٦ م

دار الفكر

١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م

« مَنْ يُرِد اللهُ بِهِ خَيْراً يُفَقِّهْهُ فِي الدِّين »
(حديث شريف)

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الحدود

(الحد) لغة المنع . وشرعا (عقوبة مقدرة وجبت حقا لله تعالى) زجرا ، فلا تجوز الشفاعة فيه

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الحدود

لما فرغ من الأيمان وكفارتها الدائرة بين العبادة والعقوبة ذكر بعدها العقوبات المحضة ، ولولا لزوم التفريق بين العبادات لكان ذكرها بعد الصوم أولى ، لاشتماله على بيان كفارة الفطر المغلب فيها جهة العقوبة نهر وفتح . وهي ستة أنواع : حد الزنا ، وحد شرب الخمر خاصة ، وحد السكر من غيرها والكمية متحدة فيهما ، وحد القذف ، وحد السرقة ، وحد قطع الطريق ابن كمال (قوله الحد لغة) في بعض النسخ : هو لغة ، فالضمير عائد على الحد المفهوم من الحدود (قوله المنع) ومنه سمي البواب والسجان حدادا لمنع الأول من الدخول والثاني من الخروج ؛ وسمي المعرف للماهية حدا لمنعه من الدخول والخروج . وحدود الدار نهاياتها ، لمنعها عن دخول ملك الغير فيها وخروج بعضها إليه ، وتمامه في الفتح (قوله عقوبة) أي جزاء بالضرب أو القطع أو الرجم أو القتل ؛ سمي بها لأنها تتلو الذنب ، من تعقبه : إذا تبعه قهستاني (قوله مقدرة) أي مبينة بالكتاب أو السنة أو الإجماع قهستاني أو المراد لها قدر خاص ، ولذا قال في النهر مقدرة بالموت في الرجم وفي غيره بالأسواط الآتية اه أي وبالقطع الآتي (قوله حقا لله تعالى) لأنها شرعت لمصلحة تعود إلى كافة الناس من صيانة الأنساب والأموال والعقول والأعراض (قوله زجرا) بيان لحكمها الأصلي ، وهو الانزجار عما يتضرر به العباد من أنواع الفساد ، وهو وجه تسميتها حدودا ه قال في الفتح : والتحقيق ما قال بعض المشايخ : إنها موانع قبل الفعل ، زواجر بعده : أي العلم بشرعيتها يمنع الإقدام على الفعل ، وإيقاعها بعده يمنع من العود إليه (قوله فلا تجوز الشفاعة فيه) تفريع على قوله تجب (١) الخ : قال في الفتح :

---

(١) (قوله تفريع على قوله تجب) هكذا بخطه بالمضارع ، والذي في المتن : وبأتى له بعد ذلك وجب بالماضي والخطب سهل اهمصححه .

بعد الوصول للحاكم ، وليس مطهرا عندنا بل المطهر التوبة . وأجمعوا أنها لاتسقط الحد فى الدنيا (فلا تعزير) حدّ لعدم تقديره (ولا قصاص حد) لأنه حق المولى . والزنا) الموجب للحد (وطء) وهو إدخال

فإنه طلب ترك الواجب ، ولذا أنكر صلى الله عليه وسلم على أسامة بن زيد حين شفع فى المخزومية التى سرقت فقال « أتشفع فى حدّ من حدود الله؟ » (قوله بعد الوصول للحاكم) وأما قبل الوصول إليه والثبوت عنده فتجوز الشفاعة عند الرافع له إلى الحاكم ليطلقه ، لأن وجوب الحد قبل ذلك لم يثبت ، فالوجوب لايثبت بمجرد الفعل بل على الإمام عند الثبوت عنده كذا فى الفتح . وظاهره جواز الشفاعة بعد الوصول للحاكم قبل الثبوت عنده ، وبه صرح ط عن الحموى (قوله بل المطهر التوبة) فإذا حد ولم يتب يبقى عليه إثم المعصية . وذهب كثير من العلماء إلى أنه مطهر ، وأوضح دليلنا فى النهر .

مطلب التوبة تسقط الحد قبل ثبوته

(قوله وأجمعوا الخ) الظاهر أن المراد أنها لاتسقط الحد الثابت عند الحاكم بعد الرفع إليه ، أما قبله فيسقط الحد بالتوبة حتى فى قطاع الطريق سواء كان قبل جنايتهم على نفس أو عضو أو مال أو كان بعد شىء من ذلك كما سيأتى فى بابه ، وبه صرح فى البحر هنا خلافا لما فى النهر ، نعم يبقى عليهم حق العبد من القصاص إن قتلوا والضمان إن أخذوا المال ، وقول البحر : والقطع إن أخذوا المال سبق قلم ، وصوابه والضمان .

والحاصل أن بقاء حق العبد لاينافى سقوط الحد ، وكأنه فى النهر توهم أن الباقى هو الحد وليس كذلك فافهم . وفى البحر عن الظهيرية : رجل أتى بفاحشة ثم تاب وأناب إلى الله تعالى فإنه لايعلم القاضى بفاحشته لإقامة الحد عليه لأن الستر مندوب إليه اه . وفى شرح الأشباه للبيرى عن الجوهر : رجل شرب الخمر وزنى ثم تاب ولم يحد فى الدنيا هل يحد له فى الآخرة ؟ قال : الحدود حقوق الله تعالى إلا أنه تعلق بها حق الناس وهو الانزجار ، فإذا تاب توبة نصوحا أرجو أن لايحد فى الآخرة فإنه لايكون أكثر من الكفر والردة وإنه يزول بالإسلام والتوبة (قوله فلا تعزير حد) تعزير ، اسم لا مبنى معها على الفتح وحد خبرها ، وكذا قوله ولا قصاص حد ، وقدر الشارح خبرا للأول لأن الخبر المذكور مفرد لايصلح خبرا لهما لكنه مصدر للجنس فيصلح لهما ، والخطب فى ذلك سهل . ثم إن الأول مفرع على قوله مقدرة ، والثانى على قوله وجبت حقا لله تعالى ، وقوله لعدم تقديره : أى تقدير التعزير أى كل أنواعه لأن المقدر بعضها وهو الضرب ، على أن الضرب وإن كان أقله ثلاثة وأكثره تسعة وثلاثون لكن مابين الأقل والأكثر ليس بمقدر كما أفاده فى البحر .

مطلب أحكام الزنا

(قوله والزنا) بالقصر فى لغة أهل الحجاز فيكتب بالياء ، وبالمد فى لغة أهل نجد فيكتب بالألف : بدأ بالكلام عليه لأنه لصيانة النسل فكان راجعا إلى الوجود وهو الأصل ولكثرة وقوع سببه مع قطيعته ، بخلاف السرقة فإنها لاتكثر كثرته ، والشرب وإن كثر فليس حده بتلك القطيعة نهر وفتح :

مطلب الزنا شرعا لايختص بما يوجب الحد بل أعم

(قوله الموجب للحد) قيد به لأن الزنا فى اللغة والشرع بمعنى واحد ، وهو وطء الرجل المرأة فى القبل فى غير الملك وشبهته ، فإن الشرع لم يخص اسم الزنا بما يوجب الحد بل بما هو أعم ، والموجب للحد بعض أنواعه . ولو وطئ جارية ابنه لايحد للزنا ولا يحد قاذفه بالزنا ، فدل على أن فعله زنا وإن كان لايحد به ، وتمامه فى الفتح . وبه علم

قدر حشفة من ذكر (مكلف) خرج الصبي والمعتوه (ناطق) خرج وطء الأخرس ، فلا حد عليه مطلقا للشبهة . وأما الأعمى فيحد للزنا بالإقرار لا بالبرهان شرح وهبانية (طائع في قبل مشتهاة) حالا أو ماضيا خرج المكره والدبر ونحو الصغيرة (خال عن ملكه) أي ملك الواطئ (وشبهته) أي في المحل لا في الفعل ، ذكره ابن الكمال ؛ وزاد الكمال (في دار الإسلام) لأنه لا حد بالزنا في دار الحرب (أو تمكينه من ذلك) بأن استلقى

أن ما في الكنز وغيره من تعريف الزنا بما مر تعريف للشرعي الأعم ، فلا يعترض عليه بترك القيود التي ذكرها المصنف هنا لأنه تعريف للأخص الموجب للحد؛ على أن القيود المذكورة خارجة عن الماهية لأنها شروط لإجراء الحكم كما في النهر تأمل (قوله قدر حشفة) أي حشفة أو قدرها ممن كان مقطوعها ، لكن صرح بالخفي وسكت عن الظاهر لعلمه بالأولى اختصارا ، أو أقحم لفظ قدر لإفادة التعميم لا للاحتراز عن نفس الحشفة ، فإيلاج بعضها غير موجب للحد لأنه ليس وطئا ولذا لم يوجب الغسل ولم يفسد الحج كما في الجوهرة ، وأشار بسكوته عن الإنزال إلى أنه غير شرط (قوله مكلف) أي عاقل بالغ ، ولم يقل مسلم لأنه غير شرط في حق الجلد (قوله مطلقا) سواء ثبت عليه بإقراره بالإشارة أو ببينه كما في البحر وغيره (قوله لا بالبرهان) ذكر ابن الشحنة في شرح الوهبانية أنه رآه في نسخته الخانية ، وذكر أن المصنف : يعني ابن وهبان خص ذلك بالأخرس .

أقول : الذي رأيته في نسختين من الخانية هكذا : ولو أقر الأخرس بالزنا أربع مرات في كتاب كتبه أو إشارة لا يحد ، ولو شهد عليه الشهود بالزنا لا تقبل . الأعمى إذا أقر بالزنا فهو بمنزلة البصير في حكم الإقرار اهـ ؛ فقوله ولو شهد عليه الشهود الخ إنما ذكره في الأخرس لا في الأعمى ، خلافا لما رآه ابن الشحنة في نسخته فإنه غلط لقول الفتح والبحر : بخلاف الأعمى صح إقراره والشهادة عليه ، ومثله في التتارخانية عن المضمرات ، وبه جزم في شرح الوهبانية للشرنبلالي وشرح الكنز للمقدسي (قوله في قبل) متعلق بوطء (قوله أو ماضيا) أدخل به العجوز الشوهاء ، فإنها وإن لم تكن مشتهاة في الحال لكنها كانت مشتهاة فيما مضى (قوله خرج المكره) أي بقيد طائع والدبر بقيد قبل ، وهذا بناء على قول الإمام من أنه لا حد باللواطة ، أما على قولهما من أنه يحد بفعل ذلك في الأجانب فيدخل في الزنا ، وسيأتي في الباب الآتي (قوله ونحو الصغيرة) هو الميتة والبهيمة ح . وهذا خرج بقيد مشتهاة والمراد الصغيرة ونحوها ، فإقحام لفظ نحو لقصد التعميم كما مر آنفا ، ونظيره على أحد الاحتمالات قولهم : مثلك لا يبخل (قوله خال عن ملكه) أي ملك يمينه وملك نكاحه ، وهو صفة لقبل ط أو صفة لوطء (قوله وشبهته) أي شبهة ملك اليمين وملك النكاح . فالأولى كوطء جارية مكاتبه أو عبده المأذون المديون ، أو جارية المغنم بعد الإحراز بدارنا في حق الغازي . والثانية كتزوج امرأة بلا شهود أو أمة بلا إذن مولاها ، أو تزوج العبد بلا إذن مولاه حموي عن المفتاح ط (قوله أي في المحل) ويقال لها شبهة ملك وشبهة حكمية كوطء جارية ابنه ط (قوله لا في الفعل) وتسمى شبهة اشتباه كوطء معتدة الثلاث .

وحاصله أن شرط كون الوطء زنا خلوه عن شبهة المحل لأنها توجب نفي الحد وإن لم يظن حله ، بخلاف شبهة الفعل فإنها لا تنفيه مطلقا ، بل إن ظن الحل ؛ أما إن لم يظنه فلا ، ولذا خصص الأولى بالإرادة مع أنه لو أريد خلوه عما يعم شبهة الفعل بقيد ظن الحل فيها صح أيضا أفاده السيد أبو السعود (قوله في دار الإسلام) مفعول زاد وهذا القيد يومئ إليه قولهم وأين هو ، وكذا قولهم في الباب الآتي لا حد بالزنا في دار الحرب والبغي . وعليه فكان الأولى أن يقول في دار العدل ليخرج دار البغي أيضا ، وهذا إذا لم يزن داخل العسكر الذي فيه السلطان أو نائبه المأذون له بإقامة الحد ، وإلا فإنه يحد كما سيأتي هناك (قوله أو تمكينه) بالرفع عطف على وطء وأو للتقسيم

فقعدت على ذكره فإنهما يحدان لوجود التمكين (أو تمكينها) فإن فعلها ليس وطئا بل تمكين فتم التعريف ، وزاد في المحيط : العلم بالتحريم ، فلو لم يعلم لم يحد للشبهة : ورده في فتح القدير بحرمته في كل ملة .

والتنويع واسم الإشارة للوطء ط (قوله فقعدت على ذكره) أي واستدخلته بنفسها (قوله أو تمكينها) لما كانت المرأة تحد حد الزنا وقد سماها الله تعالى زانية في قوله – الزانية والزاني – علم أنها تسمى زانية حقيقة ، ولا يلزم من كونها لا تسمى واطئة أنها زانية مجازا فلذا زاد في التعريف تمكينها حتى يدخل فعلها في المعرف وهو الزنا الموجب للحد ، فلو لم يكن تمكينها زنا حقيقة لما احتيج إلى إدخاله في التعريف ، وهو أيضا أمارة كونها زانية حقيقة وإن لم تكن واطئة ، كما أن الرجل يسمى زانيا حقيقة بالتمكين وإن لم يوجد منه الوطء حقيقة ؛ وبه سقط ما في البحر من أن تسميتها زانية مجاز فافهم (قوله فتم التعريف) تعريض بصاحب الكنز وغيره حيث عرفوه بالتعريف الأعم ، وتقدم جوابه تأمل (قوله وزاد في المحيط الخ) حيث قال إن من شرائطه العلم بالتحريم ، حتى لو لم يعلم بالحرمة لم يجب الحد للشبهة : وأصله ما روى سعيد بن المسيب أن رجلا زنى باليمن فكتب في ذلك عمر رضي الله تعالى عنه : إن كان يعلم أن الله حرم الزنا فاجلدوه ، وإن كان لا يعلم فعلموه ، فإن عاد فاجلدوه ، ولأن الحكم في الشرعيات لا يثبت إلا بعد العلم ، فإن كان الشيوع والاستفاضة في دار الإسلام أقيم مقام العلم ، ولكن لا أقل من إيراث شبهة لعدم التبليغ اه . وبه علم أن الكون في دار الإسلام لا يقوم مقام العلم في وجوب الحد كما هو قائم مقامه في الأحكام كلها ح عن البحر (قوله ورده في فتح القدير) أي في الباب الآتي بأن الزنا حرام في جميع الأديان والملل ؛ فالحربي إذا دخل دار الإسلام فأسلم فزنى وقال ظننت أنه حلال يحد ولا يلتفت إليه ، وإن كان فعله أول يوم دخوله فكيف يقال إذا ادعى مسلم أصلي أنه لا يعلم حرمة الزنا لا يحد لانتفاء شرط الحد اه وأقره في البحر والنهر والمنح والمقدسي والشرنبلالي . ونازع فيه ط بما مر عن عمر وبأن الحرمة الثابتة في كل ملة لا تنافي أن بعض الناس يجهلها : كيف والباب تقبل فيه الشبهات : وأما مسألة الحربي فلعلها على قول من لا يشترط العلم اه .

قلت : وكذا نازع فيه المحقق ابن أمير حاج في آخر شرحه على التحرير في بحث الجهل حيث قال بعد نقله ما مر عن المحيط غير أن ظاهر قول المبسوط عقب هذا الأثر : فقد جعل ظن الحل في ذلك الوقت شبهة لعدم اشتهار الأحكام يشير إلى أن هذا الظن في هذا الزمان لا يكون شبهة معتبرة لاشتهار الأحكام فيه ، ولكن هذا إنما يكون مفيدا للعلم بالنسبة إلى الناشيء في دار الإسلام . والمسلم المهاجر المقيم بها مدة يطلع فيها على ذلك ؛ فأما المسلم المهاجر الواقع منه ذلك في فور دخوله فلا : وقد قال المصنف : يعني الكمال في شرح الهداية : ونقل في اشتراط العلم بحرمة الزنا إجماع الفقهاء ، وهو مفيد أن جهله يكون عذرا ، وإذا لم يكن عذرا بعد الإسلام ولا قبله فمتى يتحقق كونه عذرا ؟ وحينئذ فالفرع المذكور : أي فرع الحربي هو المشكل فليتأمل اه .

قلت : قد يجاب بأن العلم بالحرمة شرط فيمن ادعى الجهل بها وظهر عليه أمارة ذلك ، بأن نشأ وحده في شاهق أو بين قوم جهال مثله لا يعلمون تحريمه أو يعتقدون إباحته إذ لا ينكر وجود ذلك ، فمن زنى وهو كذلك في فور دخوله دارنا لا شك في أنه لا يحد ، إذ التكليف بالأحكام فرع العلم بها وعلى هذا يحمل ما في المحيط : وما ذكر من نقل الإجماع بخلاف من نشأ في دار الإسلام بين المسلمين أو في دار أهل الحرب المعتقدين حرمته ثم دخل دارنا فإنه إذا زنى يحد ولا يقبل اعتذاره بالجهل . وعليه يحمل فرع الحربي ويزول عنه الإشكال ، وهو أيضا محمل كلام الكمال وبه يحصل التوفيق ، وهو أولى من شق العصا والتفريق ، هذا ما ظهر لي ، والله سبحانه وتعالى أعلم

(ويثبت بشهادة أربعة) رجال (فى مجلس واحد) فلو جاءوا متفرقين حدوا (ب)لفظ (الزنا لا) مجرد لفظ (الوطء والجماع) وظاهر الدرر أن مايفيد معنى الزنا يقوم مقامه (ولو) كان (الزوج أحدهم إذا لم يكن) الزوج (قذفها) ولم يشهد بزناها بولده للتهمة ، لأنه يدفع اللعان عن نفسه فى الأولى ويسقط نصف المهر لو قبل الدخول أو نفقة العدة لو بعده فى الثانية ظهيرية (فيسألهم الإمام عنه ماهو) أى عن ذاته وهو الإيلاج عينى (وكيف هو

(قوله ويثبت) أى الزنا عند القاضى ، أما ثبوته فى نفسه فبإيجاد الإنسان له لأنه فعل حسى نهر (قوله رجال) لأنه لامدخل لشهادة النساء فى الحدود ، وقيد بذلك من إدخال التاء فى العدد كما هو الواقع فى النصوص (قوله فلوجاءوا متفرقين حدوا) أى حد القذف ، ولو جاءوا فرادى وقعدوا مقعد الشهود وقام إلى القاضى واحد بعد واحد قبلت شهادتهم ، وإن كانوا خارج المسجد حدوا جميعا بحر عن الظهيرية ، وعبر بالمسجد لأنه محل جلوس القاضى يعنى أن اجتماعهم يعتبر فى مجلس القاضى لا خارجه ، فلو اجتمعوا خارجه ودخلوا عليه واحدا بعد واحد فهم متفرقون فيحدون (قوله بلفظ الزنا) متعلق بشهادة ، فلو شهد رجلان أنه زنى وآخران أنه أقر بالزنا لم يحد ، ولا تحد الشهود أيضا إلا إذا شهد ثلاثة بالزنا والرابع بالإقرار به فتحد الثلاثة ظهيرية ، لأن شهادة الواحد بالإقرار لاتعتبر فبقى كلام الثلاثة قذفا بحر (قوله لامجرد لفظ الوطء والجماع) لأن لفظ الزنا هو الدال على فعل الحرام دونهما ، فلو شهدوا أنه وطئها وطئا محرما لايثبت بحر : أى إلا إذا قال وطئا هو زنا . والظاهر أنه يكفى صريحه من أى لسان كان كما صرح به فى الشرنبلالية فى حد القذف ، فإنه يشترط فيه صريح الزنا كما هنا تأمل (قوله وظاهر الدرر الخ) ونصها أى بشهادة ملتبسة بلفظ الزنا لأنه الدال على فعل الحرام أو مايفيد معناه ، وسيأتى بيانه اهـ .

ولا يخفى أنها محتملة أن يكون قوله أو مايفيد معناه عطفا على الضمير فى قوله لأنه الدال ، يعنى أن الدال على فعل الحرام لفظ الزنا أو مايفيد معناه ، وليس ذلك صريحا فى أن مايفيد معناه تصح الشهادة به ، نعم ظاهر العبارة عطفه على لفظ الزنا ، لكن قوله وسيأتى بيانه أراد به كما قاله بعض المحشين ماذكره فى التعزير من أن حد القذف يجب بصريح الزنا أو بما هو فى حكمه بأن يدل عليه اللفظ اقتضاء كقوله فى غضب لست لأبيك أو بابن فلان أبيه اهـ وأنت خبير بأن هذا لايتأتى هنا فهذا يؤيد ماقلنا من العطف على الضمير فافهم . ثم إنه لولم يبينه بما ذكر فى التعزير أمكن حمله على أن المراد به ما كان صريحا فيه من لغة أخرى فافهم (قوله لأنه يدفع اللعان عن نفسه) بيان للتهمة وعليه لوكان قذف أحدهم الرجل لم تقبل شهادته لما ذكر فى الزوج ، أفاده فى البحر (قوله ويسقط نصف المهر) أى يسقط الزوج بهذه الشهادة لتضمنها مجىء الفرقة من قبلها حيث كانت مطاوعة لولده ، وأما بعد الدخول فلا يسقط شىء من المهر بمطاوعتها له بل تسقط النفقة لنشوزها (قوله ظهيرية) ومثله فى البحر عن المحيط بزيادة وتحد الثلاثة ولايحد الزوج (قوله فيسألهم الإمام الخ) أى وجوبا . وقال قاضيخان : ينبغى أن يسألهم در منتقى . والظاهر أن ينبغى بمعنى يجب لأن هذا البيان شرط لإقامة الحد . قال فى الفتح بعد ماصرح بالوجوب : ولو سألهم فلم يزيدوا على قولهم إنهما زنيا لايحد المشهود عليه ولا الشهود ، وتمامه فيه (قوله أى عن ذاته وهو الإيلاج) تفسير للماهية المعبر عنها بما هو ، وظاهر كلامهم أنه ليس المراد بالماهية الحقيقية الشرعية المارة كما فى البحر ، لكن ذكر فى الفتح فائدة سؤاله عن الماهية أن الشاهد عساه يظن أن مماسة الفرجين حراما زنا أو أن كل وطء محرم زنا يوجب الحد فيشهد بالزنا . قال فى النهر : وهو ظاهر فى أن المراد بماهيته حقيقته الشرعية ، إلا أن هذا يستلزم الاستغناء عن الكيفية والمكان لتضمن التعريف ذلك ، فهو من عطف الخاص على العام اهـ .

قلت : الاستغناء مدفوع لأن الماهية بيان حقيقة الزنا من حيث هو ، وأما الكيفية والمكان وغيرهما فهى

وأين هو ومتى زنى وبمن زنى) لجواز كونه مكرها أو بدار الحرب أو فى صباه أو بأمة ابنه ، فيستقصى القاضى احتيالا للدرء (فإن بينوه وقالوا رأيناه وطئها فى فرجها كالميل فى المكحلة) هو زيادة بيان احتيالا للدرء (وعدّلوا سرا وعلنا) إذا لم يعلم بحالهم (حكم به) وجوبا ، وترك الشهادة به أولى مالم يكن متهتكا فالشهادة أولى نهر .

(ويثبت) أيضا (بإقراره)

فى هذا الزنا الزنا الخاص المشهود به ، فيسألهم عن ذلك ليعلم أن هذا الخاص تحققت فيه الماهية الشرعية احتياطا فى درء الحد فتدبر (قوله لجواز كونه مكرها الخ) بيان لقوله وكيف هو على طريق الترتيب . والأولى أن يقول بإكراه لأن الضمير عائد على الزنا لأنه المسئول عنه لا على الزانى (قوله أو فى صباه) وكذا يحتمل أن يكون بعد بلوغه لكن فى زمان متقادم كما فى الفتح وغيره ، وسيأتى حد التقادم (قوله أو بأمة ابنه) أى ونحوها ممن لا يحد بوطئها كأمته وزوجته . قال فى الفتح : وقياسه فى الشهادة على زنا المرأة أن يسألهم عمن زنى بها من هو للاحتمال المذكور وزيادة كونه صبيا أو مجنونا فإنها لا حد عليها فيه عند الإمام (قوله هو زيادة بيان) أى لأنه يغنى عنه بيان الماهية مع أن ظاهر كلامهم أن الحكم موقوف على بيانه كما فى البحر ، وأشار إلى أن الضمير فى بينوه عائد إلى المذكور من الأوجه المسئول عنها كما يؤخذ من عبارة القدورى ، خلافا لما فى بعض الشروح من أن قوله وقالوا الخ بيان لقوله وبينوه لأنه بمجرد القول المذكور لا يتم البيان كما فى النهر (قوله وعدلوا سرا وعلنا) السر بأن يبعث القاضى ورقة فيها أسماؤهم وأسماء محلتهم على وجه يتميز به كل واحد منهم لمن يعرفه ، فيكتب تحت اسمه هو عدل مقبول الشهادة . والعلانية بأن يجمع القاضى بين المزكى والشاهد ويقول هذا الذى زكيته يعنى سرا ، ولم يكتف هنا بظاهر العدالة اتفاقا ، بأن يقال هو مسلم ليس بظاهر الفسق احتيالا للدرء ، بخلاف سائر الحقوق عند الإمام . قالوا : ويحبسه هنا حتى يسأل عن الشهود بطريق التعزير ، بخلاف الديون فإنه لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة ، وتمامه فى البحر . واعترضه بأنه يلزم الجمع بين الحد والتعزير .

قلت : وفيه نظر لأنه بهذه الشهادة صار متهما ، والمتهم يعزر والحد لم يثبت بعد ، على أنه لا مانع من اجتماعهما بدليل ما يأتى من أنه لا يجمع بين جلد ونفى إلا سياسة وتعزيرا فتدبر (قوله إذا لم يعلم بحالهم) أما لو علم عدالتهم لا يلزمه السؤال لأن علمه أقوى من الحاصل له من المزكى ، ولولا إهدار الشرع إقامة الحد بعلمه لكان يحده بعلمه كما فى الفتح ، قيل والاكتفاء بعلمه هنا مبنى على أنه يقضى بعلمه وهو خلاف المفتى به . قال ط : وفيه أن القضاء هنا بالشهادة لا بعلمه بالعدالة فتأمل (قوله حكم به) أى بالحد ، وهذا إذا لم يقر المشهود عليه كما يأتى (قوله مالم يكن متهتكا) من هتك زيد الستر هتكا من باب ضرب : خرقه ، وهتك الله ستر الفاجر فضحه مصباح . قال فى الفتح بعد سوقه الأحاديث الدالة على ندب الستر : وإذا كان الستر مندوبا إليه ينبغى أن تكون الشهادة به خلاف الأولى التى مرجعها إلى كراهة التنزيه ، وهذا يجب أن يكون بالنسبة إلى من لم يعتده ولم يتهتك به وإلا وجب كون الشهادة أولى لأن مطلوب الشارع إخلاء الأرض من المعاصى والفواحش ، بخلاف من زنى مرة أو مرارا متستر امتخوفا اهـ ملخصا .

بقى لو كان أحدهما متهتكا دون الآخر ، وظاهر التعليل المذكور أن الشهادة أولى لأن درء المفاسد مقدم تأمل (قوله ويثبت أيضا بإقراره) عطف على قوله ويثبت بشهادة أربعة ، وقدم الأول لأنه المذكور فى القرآن ولأن الثابت بها أقوى حتى لا يندفع الحد بالفرار ولا بالتقادم ولأنها حجة متعدية والإقرار قاصرة ، كذا فى الفتح والبحر ، لكن قوله ولا بالتقادم مخالف لما قدمناه ، ولما سيأتى فى باب الشهادة على الزنا .

ثم رأيت الرملى نبه على ذلك فى حاشية المنح فقال : المقرر أن التقادم يمنعها دون الفرار ، وكما يمنع التقادم

صريحا صاحيا ، ولم يكذبه الآخر ، ولا ظهر كذبه بجبه أو رتقها ، ولا أقر بزناه بخرساء أو هي بأخرس لجواز إبداء مايسقط الحد ؛ ولو أقر به أو بسرقة فى حال سكره لاحد ؛ ولو سرق أو زنى حد لأن الإنشاء لا يحتمل التكذيب والإقرار يحتمله نهر (أربعا فى مجالسه) أى المقر (الأربعة كلما أقر رده) بحيث لايراه (وسأله كما مر) حتى عن المزنى بها لجواز بيانه بأمة ابنه نهر (فإن بينه) كما يحق (حد) فلا يثبت بعلم

قبولها فى الابتداء فكذا يمنع الإقامة بعد القضاء (قوله صريحا) أخرج به إقرار الأخرس بكتابة أو إشارة فلا يحد للشبهة بعدم الصراحة ، بخلاف الأعمى فإنه يصح إقراره والشهادة عليه بحر ، وقد مر (قوله صاحيا) احتراز عن السكر كما يأتى (قوله ولم يكذبه الآخر) فلو أقر بالزنا بفلانه فكذبته درئ الحد عنه سواء قالت تزوجنى أو لا أعرفه أصلا ، وعليه المهر إن ادعته المرأة ، وإن أقرت بالزنا بفلان فكذبها فلا حد عليها أيضا عنده خلافا لهما فى المسألتين بحر (قوله أو رتقها) بأن تخبر النساء بأنها رتقاء قبل الحد لأن إخبارهن بالرتق يوجب شبهة فى شهادة الشهود بحر (قوله لجواز إبداء مايسقط الحد) أى من الخرساء أو الأخرس على تقدير عدم الخرس .

واستشكل مالو أقرأنه زنى بغائبة فإنه يحد قبل حضورها مع احتمال أن تذكر مسقطا عنه وعنها إذا حضرت فيحتاج إلى الفرق :

قلت : يؤخذ جوابه مما فى الجوهرة من أن القياس عدم الحد فى الثانية لجواز أن تحضر فتجحد فتدعى حد القذف أو تدعى نكاحها فتطلب المهر ، وفى حده إبطال حقها ، والاستحسان أن يحد لحديث ماعز فإنه حد مع غيبة المرأة اهـ .

والحاصل أن القياس عدم الفرق بين المسألتين ، ولكنه حد فى الثانية على خلاف القياس للحديث وهذا أولى مما أجاب به بعضهم من أن الزيلعى علل الثانية بأن حضور الغائبة ودعواها النكاح شبهة ولاحتمال ذلك يكون شبهة الشبهة ، والمعتبر هو الشبهة دون شبهة الشبهة ، لما أورد عليه من أنه فى المسألة الأولى كذلك .

قلت : وقد يفرق بينهما بأن نفس الخرس شبهة محققة مانعة بخلاف الغيبة ، ولذا لو أقر بالزنا بمن لايعرفها فإنه يحد . قال فى الفتح لأنه أقر بالزنا ولم يذكر مسقطا لأن الإنسان لايجهل زوجته وأمته اهـ. فعلم أن الغائبة إنما حد فيها لأنه لم يبد مسقطا ، بخلاف الخرساء فإن الخرس نفسه مسقط للعلة المذكورة (قوله فى حال سكره) متعلق بأقر (قوله ولو سرق أو زنى) أى فى حال سكره وثبت ذلك بالبينة (قوله لأن الإنشاء) أى إنشاء الزنا أو السرقة المعاين للشهود فى حال سكره لايحتمل التكذيب فيحد ، بخلاف إقراره بذلك فى حال سكره (قوله أربعا فى مجالسه) ولو كل شهر مرة ، أما لو أقر أربعا فى مجلس واحد كان بمنزلة إقرار واحد كما فى النهر (قوله أى المقر) وقيل مجالس القاضى ، والأول أصح . وفسر محمد تفرق المجلس بأن يذهب المقر عنه بحيث يتوارى عن بصر القاضى . وظاهر قوله فى الهداية لابد من اختلاف المجالس ، وهو أن يرده القاضى كلما أقر فيذهب حتى لايراه أن اختلاف المجالس لايكون إلا برده نهر (قوله كلما أقر رده) فيه تسامح كما قال صدر الشريعة لأنه فى الرابعة لا يرده ، ومن ثم قال فى الإصلاح إلا الرابعة نهر (قوله سأله كما مر) أى سؤالا مماثلا لما مر ، وهذا السؤال بعد الرابعة كما فى الكافى ، وذكر أنه يسأل عن عقله وعن إحصانه (قوله حتى عن المزنى بها الخ) سقط لفظ حتى من بعض النسخ ولابد منه لأن مراده إفادة أنه لابد من السؤال عن الخمسة المارة ، وصرح بالمزنى بها ردا على ابن الكمال حيث قال : لك أن تقول إنه لاحاجة إليه ، لكن كان عليه التصريح بالزمان أيضا لأنه قيل لا يلزم لأن التقادم يمنع الشهادة دون الإقرار : ورد بأن فائدته احتمال أنه زنى فى حال صباه (قوله فلا يثبت الخ) تفريع على مافهم

القاضي ولا بالبينة على الإقرار ؛ ولو قضى بالبينة فأقر مرة لم يحد عند الثاني وهو الأصح ؛ ولو أقر أربعا بطلت الشهادة إجماعا سراج .

(ويخلى سبيله إن رجع عن إقراره قبل الحد أو فى وسطه ولو) رجوعه (بالفعل كهروبه) بخلاف الشهادة (وإنكار الإقرار رجوع ، كما أن إنكار الردة توبة) كما سيجيء (وكذا يصح الرجوع عن الإقرار بالإحصان) لأنه لما صار شرطا للحد صار حقا لله تعالى ، فصح الرجوع عنه لعدم المكذب بحر (و) كذا عن (سائر الحدود الخالصة) لله كحد شرب وسرقة وإن ضمن المال .

(وندب تلقينه) الرجوع بـ(لعلك قبلت أو لمست أو وطئت بشبهة) لحديث ماعز .

(ادعى الزانى أنها زوجته سقط الحد عنه وإن) كانت (زوجة للغير) بلا بينة (ولو تزوجها بعده) أى بعد زناه (أو اشتراها لا) يسقط فى الأصح لعدم الشبهة وقت الفعل بحر .

(ويرجم محصن فى فضاء حتى يموت)

من حصر ثبوته بأحد شيئين الشهادة بالزنا أو الإقرار به ، وقوله ولا بالبينة على الإقرار بيان لفائدة تقييد الشهادة بأن تكون على الزنا.ووجهه كما فى الزيلعى أنه إن كان منكرا فقد رجع ، وإن كان مقرا لاتعتبر الشهادة مع الإقرار (قوله ولو قضى بالبينة) أى البينة على الزنا لاعلى الإقرار (قوله فأقر مرة) أو مرتين نهر . والظاهر أن الثلاث كذلك ، وقيد بما بعد القضاء لأنه لو أقر قبله يسقط الحد بالاتفاق كما صرح به فى الفتح ، وظاهره ولو أقر مرة واحدة (قوله لم يحد) أى خلافا لمحمد لأن شرط الشهادة عدم الإقرار ففات الشرط قبل العمل بها لأن الإمضاء من القضاء فى الحدود كما يأتى فصار كالأول ، وهو مالو أقر قبل القضاء كما فى الفتح ثم إذا لم يكمل نصاب الإقرار الموجب للحد فلا يحد (قوله بطلت الشهادة) أى وصار الحكم للإقرار فيعامل بموجبه لابموجب الشهادة (قوله بخلاف الشهادة) أى بخلاف مالو ثبت زناه بالشهادة فهرب فى حال الرجم فإنه يتبع بالحجارة حتى يؤتى عليه بحر عن الحاوى ، وسيأتى أنه لو هرب بعد ماضرب بعض الحد ثم أخذ بعد ماتقادم الزمان لايقام (قوله وإنكار الإقرار رجوع) أى إذا قال بعد ماأقر أربعا وأمر القاضى برجمه والله ماأقررت بشيء فإنه يدرأ عنه الحد خانية ، وهذا مكرر مع قوله ويخلى سبيله إن رجع الخ إلا أن يفسر ذاك بقوله رجعت عما أقررت به تأمل (قوله كما سيجيء) أى فى بابها (قوله وكذا يصح الرجوع الخ) أى فلا يحد ، وهذا إذا لم تقم البينة على إحصانه وإلا فيحد كما يأتى متنا قبيل حد الشرب (قوله لعدم المكذب) أى لأنه خبر محتمل للصدق كالإقرار ولا مكذب له فيه فتحقق الشبهة فى الإقرار ، بخلاف مافيه حق العبد وهو القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه بحر (قوله كحد شرب وسرقة) فإنه يسقط بالرجوع عن الإقرار بهما كما سيأتى فى بابيهما (قوله وإن ضمن المال) لأنه حق العبد ، فلا يسقط بعد إقراره بسرقته (قوله لحديث ماعز) هو ابن مالك الأسلمى المروى فى البخارى ، فإن فيه تلقينه بما ذكر . قال فى الأصل : ينبغى أن يقول له لعلك تزوجتها أو وطئتها بشبهة ، والمقصود أن يلقنه مايكون ذكره دارئا ليذكره أياً ماكان ، بحر وفتح (قوله بلا بينة) متعلق بادعى . قال فى البحر : ولا يكلف إقامة البينة كما لو ادعى السارق العين أنها ملكه سقط القطع بمجرد دعواه ، ولهذه المسألة أخوات سنذكرها فى الباب الآتى (قوله لا يسقط فى الأصح) أى إذا ثبت زناه بالبينة ، وكذا لو بالاقرار إذا لم يتقادم ، وسيأتى هذه المسألة آخر الباب الآتى (قوله ويرجم محصن) بفتح الصاد ، من أحصن : إذا تزوج ، وهى مما جاء اسم فاعله على لفظ اسم المفعول ، ومنه أسهب فهو مسهب : إذا أطال فى الكلام ، وألفج بالفاء والجيم فهو ملفج : إذا افتقر فتح ملخصا (قوله فى فضاء) هو المكان الواسع لأنه أمكن فى رجمه ولئلا يصيب بعضهم بعضا نهر (قوله حتى يموت) أشار إلى أنه

ويصطفون كصفوف الصلاة لرجمه ، كلما رجم قوم تنحوا ورجم آخرون .

(فلو قتله شخص أو فقأ عينه بعد القضاء به فهدر) وينبغي أن يعذر لافتياته على الإمام نهر (و) لو (قبله) أى قبل القضاء به (يجب القصاص فى العمد والدية فى الخطإ) لأن الشهادة قبل الحكم بها لاحكم لها .

(والشرط بداءة الشهود به) ولو بحصاة صغيرة إلا لعذر كمرض فيرجم القاضى بحضرتهم (فإن أبوا أو ماتوا أو غابوا) أو قطعوا بعد الشهادة (أو بعضهم سقط) الرجم لفوات الشرط ، ولا يحدون فى الأصح (كما لو خرج بعضهم عن الأهلية) للشهادة (بفسق أو عمى أو خرس) أو قذف ولو بعد القضاء لأن الإمضاء من القضاء فى الحدود وهذا لو محصنا ، أما غيره فيحد فى الموت والغيبة كما فى الحاكم (ثم الإمام) هذا ليس حتما كيف وحضوره ليس بلازم قاله ابن الكمال ، وما نقله المصنف عن الكمال رده فى النهر (ثم الناس) أفاد فى النهر أن حضورهم ليس بشرط فرميهم كذلك ، فلو امتنعوا لم يسقط .

لا بأس لكل من رمى أن يتعمد مقتله لأنه واجب القتل إلا أن يكون ذا رحم منه . فإن الأولى أن لا يتعمده لأنه نوع من قطيعة الرحم قهستانى ، ويأتى تمامه (قوله فهدر) أى لاقصاص فيه او عمدا ولا دية لو خطأ (قوله وينبغى الخ) صرح به فى الفتح فى باب الشهادة على الزنا (قوله لافتياته) افتعال من فات يفوت فوتا وفواتا ؛ قال فى المصباح : وفاته فلان بذراع سبقه بها ، ومنه قيل افتات فلان افتياتا إذا سبق بفعل شىء واستبد برأيه ولم يؤامر فيه من هو أحق منه بالأمر فيه (قوله والشرط بداءة الشهود به) أى بالرجم ، لأنهم قد يتجاسرون على الأداء ثم يستعظمون المباشرة فيرجعون ، وفيه احتيال للدرء كما فى المحيط قهستانى (قوله أو قطعوا بعد الشهادة) وكذا لو مرضوا بعدها قيد به لأنهم لو قطعوا قبلها رمى القاضى بحضرتهم لأنهم إذا كانوا مقطوعى الأيدى لم تستحق البداءة بهم وإن قطعت بعدها فقد استحقت ، وهذا يفيد أن كون البداءة بهم شرطا إنما هو عند قدرتهم على الرجم بحر وفتح ، والمراد القطع بلا جناية مفسقة وإلا خرجوا عن الأهلية (قوله ولايحدون فى الأصح) لأن امتناعهم ليس صريحا فى رجوعهم وإن كان ظاهرا فيه لامتناع بعض الناس من ذبح الحيوان الحلال ، وتمامه فى الفتح . ولايخفى أن هذا راجع لقوله فإن أبوا ، أما فى الموت والغيبة فلا شبهة فى أنهم لايحدون ؛ وإنما سقط الرجم لاحتمال رجوعهم لو حضروا (قوله أو قذف) أى إذا حد به كما قيده فى الفتح (قوله لأن الإمضاء من القضاء) أى إمضاء الحد وإيقاعه بالفعل من القضاء فإذا لم يمضه ثم حصل مانع من العمل أو الشهادة بعد ثبوتها فكأنه لم يحصل القضاء بها أصلا ط (قوله كما فى الحاكم) أى الحاكم الشهيد أى كتابه الكافى . والظاهر أن الميم فى كما زائدة والأصل كافى الحاكم ، وهو كذلك فى بعض النسخ . قال فى الفتح : وفى غير المحصن . قال الحاكم فى الكافى يقام عليه الحد فى الموت والغيبة اهـ أى موت الشهود وغيبتهم ، وبه سقط ماقيل إن المراد كما فى الحاكم أى كما يحد لو مات الحاكم أو غاب وكيف يصح ذلك مع أن الإمضاء من القضاء كما سمعت ، ولذا قال فى الكافى : وإذا حكم الحاكم بالرجم ثم عزل قبل أن يرجمه وولى غيره لم يحكم بذلك اهـ فافهم (قوله ثم الإمام) استظهارا فى حقه ، فربما يرى فى الشهود مايوجب درء الحد اهـ جوهرة (قوله قاله ابن الكمال) لم ينقله ابن الكمال عن أحد ، وهو محتاج إلى النقل ، فإنه خلاف ظاهر المتون (قوله وما نقله المصنف عن الكمال رده فى النهر) يأتى بيان ذلك قريبا (قوله أفاد فى النهر الخ) حيث قال : وفى الدراية : يستحب للإمام أن يأمر طائفة من المسلمين أن يحضروا لإقامة الحدود .

واختلفوا فى عددها ، فعن ابن عباس واحد . وقال عطاء اثنان . والزهرى ثلاثة . والحسن البصرى عشرة اهـ وهذا صريح فى أن حضورهم ليس شرطا فرميهم كذلك ، فلو امتنعوا لم يسقط اهـ .

(ويبدأ الإمام لو مقرا) مقتضاه أنه لو امتنع لم يحل للقوم رجمه وإن أمرهم لفوت شرطه فتح ، لكن سيجيء أنه لو قال قاض عدل قضيت على هذا بالرجم وسعك رجمه وإن لم تعاين الحجة : ويكره للمحرم الرجم وإن فعل لايحرم الميراث (وغسل وكفن وصلى عليه)

قلت : وفيه نظر ، فإن هذا ذكروه تفسيرا للطائفة في قوله تعالى — وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين — والواقع في الآية الجلد لا الرجم ؛ ولو سلم فالمراد أنه إذا كان عند الإمام من يرجمه ينبغي له أن يأمر غيرهم بأن يحضروا ، لما قالوا من أن مبنى الحد على التشهير ، فالمراد بالناس من يباشر الرجم وحضورهم لابد منه وإلا لزم فوات الرجم أصلا فيأثم الجميع (قوله ويبدأ الإمام لو مقرا) أي يبدأ الإمام بالرجم لو كان الزاني مقرا وثبت بإقراره ، لقول علي رضي الله تعالى عنه : أيها الناس إن الزنا زناءان : زنا السر وزنا العلانية. فزنا السر أن يشهد الشهود فيكون الشهود أول من يرمي ثم الإمام ثم الناس . وزنا العلانية أن يظهر الحبل أو الاعتراف فيكون الإمام أول من يرمي ، وتمامه في الفتح (قوله مقتضاه الخ) قال في الفتح : واعلم أن مقتضى هذا أنه لو امتنع الإمام لايحل للقوم رجمه ولو أمرهم لعلمهم بفوات شرط الرجم ، وهو منتف برجم ماعز للقطع بأنه عليه الصلاة والسلام لم يحضره .

ويمكن الجواب بأن حقيقة مادل عليه قول علي هو أنه يجب على الإمام أمر الشهود بالابتداء احتيالا لثبوت دلالة الرجوع وعدمه ، وأن يبتدىء هو في صورة الإقرار لينكشف للناس عدم تساهله في بعض شروط القضاء والحد ، فإذا امتنع ظهرت أمارة الرجوع وامتنع الحد لظهور الشبهة ، وهذا منتف في حقه عليه الصلاة والسلام فلم يكن عدم رجمه دليلا على سقوط الحد ، ومقتضى ماذكر أنه لو بدأ الشهود فيما إذا ثبت بالشهادة يجب أن يثني الإمام ، فلو لم يثن سقط الحد لاتحاد المأخذ فيهما اه ملخصا . وقوله ومقتضى ماذكر الخ هو الذي نقله المصنف عن الكمال . ورده في النهر بأنه إنما يتم لو سلم وجوب حضور الإمام كالشهود وهو غير لازم كما في إيضاح الإصلاح لابن كمال .

قلت : ماذكره ابن كمال لم يعزه لأحد كما مر ، وماذكره المحقق صاحب الفتح هو ظاهر المتون والدليل ، فلا يعدل عنه إلا بنقل صريح معتبر : ثم رأيت في الذخيرة مانصه : تجب البداءة من الشهود ثم من الإمام ثم من الناس فافهم (قوله لكن سيجيء الخ) أي في كتاب القضاء ، وهذا الاستدراك في غير محله لأنه ليس في ذلك أن القاضي امتنع من البداءة بالرجم ، بل المراد أن الحاكم إذا ثبت عنده الحد بالحجة : أي بالبينة أو الإقرار وأمر الناس بالرجم لهم أن يرجموا بالشرط المتقدم وإن لم يحضروا مجلس الحكم ولم يعاينوا الحجة ، وقيل لا لفساد الزمان . قال في غرر الأذكار : والأحسن التفصيل بأن القاضي إذا كان عالما عادلا وجب ائتماره بلا تفحص ، وإن كان عادلا لاجاهلا سئل عن كيفية قضائه ، فإذا أخبر بما يوافق الشرع يؤتمر قوله ، وإن كان ظالما لا يقبل قوله عالما كان أو جاهلا اه (قوله ويكره للمحرم الرجم) كذا في البحر عن المحيط . وفيه عن الزيلعي وغيره أنه لايقصد مقتله ، فإن بغيره كفاية . وظاهره أنه إذا لم يقصد مقتلا لايكره كما يفيده ماقدمناه عن القهستاني أيضا ، ثم إن محل الكراهة إذا لم يكن المحرم شاهدا .

ففي الجوهرة : لو شهد أربعة على أبيهم بالزنا وجب عليهم أن يبتدئوا بالرجم وكذا الإخوة وذو الرحم ، ويستحب أن لايعتمدوا مقتلا ، وأما ابن العم فلا بأس أن يتعمد مقتله لأن رحمه لم يكمل فأشبه الأجنبي ، وقوله يستحب الخ يفيد أن الكراهة تنزيهية تأمل (قوله وإن فعل لايحرم الميراث) نص عليه في كافي الحاكم . قال في الجوهرة

وصح أنه عليه الصلاة والسلام صلى على الغامدية .

(وغير المحصن يجلد مائة إن حرا ، ونصفها للعبد) بدلالة النص ، والمراد بالمحصنات فى الآية الحرائر ذكره البيضاوى وغيره . وذكر الزيلعى أنه غلب الإناث على الذكور لكنه عكس القاعدة .

(و) العبد (لا يحده سيده بغير إذن الإمام) ولو فعله هل يكفى ؟ الظاهر لا ، لقولهم ركنه إقامة الإمام نهر (بسوط لا عقدة له) . فى الصحاح : ثمرة السوط عقدة أطرافه (متوسطا) بين الجارح وغير المؤلم (ونزع ثيابه خلا إزار) ليستر عورته (وفرق) جلده (على بدنه خلا رأسه ووجهه وفرجه) قيل وصدره وبطنه ؛ ولو جلده فى يوم خمسين متوالية ومثلها فى اليوم الثانى أجزأه على الأصح جوهرة (و) قال على رضى الله تعالى عنه (يضرب الرجل قائما) والمرأة قاعدة (فى الحدود) والتعازير (غير ممدود) على الأرض كما يفعل فى زماننا فإنه لا يجوز نهر

ولو شهد على أبيه بالزنا أو بالقصاص لم يحرم الميراث (قوله وصح أنه عليه الصلاة والسلام صلى على الغامدية) أخرجه الستة إلا البخارى ، وأما أنه صلى على ماعز ففيه تعارض ، وتمامه فى الفتح (قوله بدلالة النص) هو قوله تعالى — فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب — نزلت فى الإماء . وإذا ثبت فيهن للرق ثبت فى الذكور الأرقاء دلالة إذ لا يشترط فيها أولوية المسكوت عنه بالحكم بل تكفى المساواة نهر (قوله وذكر الزيلعى الخ) فيكون دخول الذكور ثابتا بعبارة النص لا بدلالته (قوله لكنه عكس القاعدة) وهى تغليب الذكور على الإناث . ووجه العكس هنا كما أفاده فى الفتح هو كون الداعية فيهن أقوى ، ولذا قدمت الزانية على الزانى فى الآية (قوله لقولهم ركنه) أى ركن الحد ، وفيه تأمل ، بل الظاهر أن الركن هو الضرب أو الرجم .

[تنبيه] فى كافى الحاكم : يقام الحد على العبد إذا أقر بالزنا أو بغيره مما يوجبه وإن كان مولاه غائبا ، وكذا فى القطع والقصاص ، وإن قال بعد عتقه زنيت وأنا عبد لزمه حد العبيد اهـ (قوله فى الصحاح الخ) تفسير لما وقع فى عبارة المتون كالقدورى والكنز وغيرهما بسوط لا ثمرة له إشارة إلى أن ما ذكره المصنف هو المراد بالثمرة لأنه المشهور فى الكتب كما قاله فى معراج الدراية . ورجح فى المغرب أن المراد بها ذنبه . وذكر فى الفتح من رواية أنس « أنه كان يؤمر بالسوط فتقطع ثمرته ثم يدق بين حجرين حتى يلين ثم يضرب به » فالمراد أن لا يضرب وفى طرفه يبس لأنه يجرح أو يبرح فكيف إذا كان فيه عقدة .

والحاصل أنه يجتنب كل من الثمرة بمعنى العقدة وبمعنى الفرع الذى يصير به ذنبين تعميما للمشترك فى النفى ، ولو تجوز بالثمرة فيما يشاكل العقد ليعم المجاز ما هو يابس الطرف على ما ذكرنا لكان أولى فإنه لا يضرب بمثله حتى يدق رأسه فيصير متوسطا اهـ ملخصا (قوله بين الجارح وغير المؤلم) بأن يكون مؤلما غير جارح ، ولو كان المجلود ضعيف الخلقة فخيف هلاكه يجلد جلدا ضعيفا يحتمله فتح (قوله وفرق جلده الخ) لأن جمعه على عضو واحد قد يفسده وضرب ما استثنى قد يؤدى إلى الهلاك حقيقة أو معنى بإفساد بعض الحواس الظاهرة أو الباطنة (قوله قيل وصدره الخ) قائله بعض المشايخ ، وهو رواية عن أبى يوسف ، وفيه نظر ، بل الصدر من المحامل والضرب بالسوط المتوسط عددا يسيرا لا يقتل فى البطن فكيف بالصدر ؟ نعم إذا فعل بالعصا كما يفعل فى زماننا ببيوت الظلمة ينبغى أن لا يضرب البطن فتح (قوله خمسين متوالية) قيد بالتوالى ليحصل بها الألم ، ولذا : قال فى الجوهرة أيضا : ولا يجوز أن يفرقه فى كل يوم سوطا أو سوطين لأنه لا يحصل به الإيلام (قوله وقال على رضى الله تعالى عنه) لفظه كما فى الفتح عن مصنف عبد الرزاق « يضرب الرجل قائما ، والمرأة قاعدة فى الحدود » اهـ . فقوله والتعازير الخ ليس منه (قوله غير ممدود على الأرض) لأن مبنى الحد على التشهير زجرا للعامة والقيام أبلغ فيه ،

وكذا لايمد السوط لأن المشترك فى النفى يعم ابن كمال (ولا تنزع ثيابها إلا الفرو والحشو . وتضرب جالسة) لما روينا (ويحفر لها) إلى صدرها (فى الرجم) وجاز تركه لسترها بثيابها و (لا) يجوز الحفر (له) ذكره الشمنى ولا يربط ولايمسك ولو هرب ، فإن مقرا لايتبع وإلا اتبع حتى يموت كما مر (ولا جمع بين جلد ورجم) فى المحصن (ولا بين جلد ونفى) أى تغريب فى البكر ، وفسره فى النهاية بالحبس وهو أحسن وأسكن للفتنة من التغريب لأنه يعود على موضوعه بالنقض (إلا سياسة وتعزيرا) فيفوض للإمام وكذا فى كل جناية نهر (ويرجم مريض زنى

والمرأة مبنى أمرها على الستر . وإن امتنع الرجل ولم يقف لابأس بربطه بأسطوانة أو يمسك فتح (قوله وكذا لايمد السوط) أفاد أن قوله غير ممدود يحتمل أن يعود إلى السوط أيضا : أى ضربا غير ممدود ، ومد السوط فيه تفسيران : قيل بأن يرفعه الضارب فوق رأسه ، وقيل أن يمده على جسد المضروب بعد وقوعه عليه وفيه زيادة ألم . قال فى الفتح : وكل ذلك لايفعل . فلفظ ممدود معمم فى جميع معانيه لأنه فى النفى فجاز تعميمه اه أى فى مد الرجل على الأرض ومد السوط بمعنييه ، وهذا بناء على مختار صاحب الهداية وشمس الأئمة فى جواز تعميم المشترك فى النفى وكذا الجمع بين الحقيقة والمجاز فى النفى ، وهو خلاف المشهور فى كتب الأصول كما بيناه فى حواشينا على شرح المنار (قوله ولا يجوز الحفر له) لعله أخذه من قول الهداية وغيرها : إن الربط والإمساك غير مشروع . وأما الحفر للمرأة فلكونه أستر لها .

قلت : وينبغى تقييده بما لو ثبت الحد بالإقرار ليكون متمكنا من الرجوع بالهرب ، بخلاف مالو ثبت بالبينة تأمل (قوله ولا يربط الخ) إلا إذا امتنع كما مر (قوله ولا جمع بين جلد ورجم) للقطع بأنه لم يجمع بينهما صلى الله عليه وسلم ولأن الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم فتح (قوله أى تغريب فى البكر) أى فى غير المحصن ، وقوله عليه الصلاة والسلام « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » منسوخ كشطره الآخر ، وقوله عليه الصلاة والسلام « والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة » بحر . وتمام تحقيقه فى الفتح (قوله وفسره) أى فسر النفى المروى فى حديث آخر كرواية البخارى من قول أبى هريرة « إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فيمن زنى ولم يحصن بنفى عام وإقامة الحد » (قوله وهو أحسن الخ) فيه أنه مخالف لروايات التغريب ، وقولهم إن فى النفى فتح باب الفتنة لانفرادها عن العشيرة وعمن تستحى منه ؛ ولقول على : حسبهما من الفتنة أن ينفيا . وروى عبد الرازق قال : غرب عمر رضى الله عنه ربيعة بن أمية بن خلف فى الشراب إلى خيبر فلحق بهرقل فتنصر ؛ فقال عمر لاأغرب بعده مسلما كما فى الفتح . ولعل المراد أن فعل الحبس أحسن من فعل التغريب فليس المراد تفسير الوارد بذلك بقرينة التعليل فتأمل (قوله لأنه يعود على موضوعه بالنقض) أى لأن المقصود من إقامة الحد المنع عن الفساد . وفى التغريب فتح باب الفساد كما علمت ، ففيه نقض وإبطال للمقصود منه شرعا فكأنه شبه المقصود الأصلى بالموضوع وهو محل العرض المختص به أو بموضوع العلم ؛ وهو مايبحث فيه عن عوارضه الذاتية كبدن الإنسان لعلم الطب تأمل .

مطلب فى الكلام على السياسة

(قوله إلا سياسة وتعزيرا) أى أنه ليس من الحد ، ويؤيده ماقدمناه من حديث البخارى من عطف وإقامة حد على نفى عام كما أوضحه فى الفتح . وفيه أيضا : لو غلب على ظن الإمام مصلحة فى التغريب تعزيرا فله أن يفعله ، وهو محمل الواقع للنبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه كما غرب عمر نصر بن الحجاج لافتتان النساء بجماله والجمال لايوجب نفيا . وعلى هذا كثير من مشايخ السلوك المحققين رضى الله عنا بهم ، وحشرنا معهم يغربون

. . . .

المريد إذا بدا منه قوة نفس ولجاج لتنكسر نفسه وتلين ، مثل هذا المريد أو من هو قريب منه هو الذى ينبغى أن يقع عليه رأى القاضى فى التغريب ، أما من لم يستح وله حال تشهد عليه بغلبة النفس فنفيه يوسع طرق الفساد ويسهلها عليه اﻫ .

[تنبيه] أشار كلام الفتح إلى أن السياسة لا تختص بالزنا وهو ماعزاه الشارح إلى النهر . وفى القهستانى : السياسة لا تختص بالزنا بل تجوز فى كل جناية ، والرأى فيها إلى الإمام على مافى الكافى ؛ كقتل مبتدع يتوهم منه انتشار بدعته وإن لم يحكم بكفره كما فى التمهيد ، وهى مصدر ساس الوالى الرعية : أمرهم ونهاهم كما فى القاموس وغيره ، فالسياسة استصلاح الخلق بإرشادهم إلى الطريق المنجى فى الدنيا والآخرة ، فهى من الأنبياء على الخاصة والعامة فى ظاهرهم وباطنهم ، ومن السلاطين والملوك على كل منهم فى ظاهره لاغير ، ومن العلماء ورثة الأنبياء على الخاصة فى باطنهم لاغير كما فى المفردات وغيرها اﻫ ومثله فى الدر المنتقى .

قلت : وهذا تعريف للسياسة العامة الصادقة على جميع ماشرعه الله تعالى لعباده من الأحكام الشرعية ، وتستعمل أخص من ذلك مما فيه زجر وتأديب ولو بالقتل ، كما قالوا فى اللوطى والسارق والخناق إذا تكرر منهم ذلك حل قتلهم سياسة وكما مر فى المبتدع ، ولذا عرّفها بعضهم بأنها تغليظ جناية لها حكم شرعى حسما لمادة الفساد ، وقوله لها حكم شرعى معناه أنها داخلة تحت قواعد الشرع وإن لم ينص عليها بخصوصها فإن مدار الشريعة بعد قواعد الإيمان على حسم مواد الفساد لبقاء العالم ، ولذا قال فى البحر : وظاهر كلامهم أن السياسة هى فعل شىء من الحاكم لمصلحة يراها وإن لم يرد بذلك الفعل دليل جزئى اﻫ .

وفى حاشية مسكين عن الحموى : السياسة شرع مغلظ ، وهى نوعان : سياسة ظالمة فالشريعة تحرمها . وسياسة عادلة تخرج الحق من الظالم ، وتدفع كثيرا من المظالم ، وتردع أهل الفساد ، وتوصل إلى المقاصد الشرعية فالشريعة توجب المصير إليها والاعتماد فى إظهار الحق عليها ، وهى باب واسع ، فمن أراد تفصيلها فعليه بمراجعة كتاب معين الحكام للقاضى علاء الدين الأسود الطرابلسى الحنفى اﻫ .

قلت : والظاهر أن السياسة والتعزير مترادفان ولذا عطفوا أحدهما على الآخر لبيان التفسير كما وقع فى الهداية والزيلعى وغيرهما ، بل اقتصر فى الجوهرة على تسميته تعزيرا ، وسيأتى أن التعزير تأديب دون الحد من العزر بمعنى الرد والردع وأنه يكون بالضرب وغيره ، ولايلزم أن يكون بمقابلة معصية ولذا يضرب ابن عشر سنين على الصلاة وكذلك السياسة كما مر فى نفى عمر لنصر بن الحجاج ، فإنه ورد أنه قال لعمر : ماذنبى ياأمير المؤمنين؟ فقال : لاذنب لك وإنما الذنب لى حيث لا أطهر دار الهجرة منك ، فقد نفاه لافتتان النساء به وإن لم يكن بصنعه ، فهو فعل لمصلحة وهى قطع الافتتان بسببه فى دار الهجرة التى هى من أشرف البقاع ، ففيه ردّ وردع عن منكر واجب الإزالة ، وقالوا إن التعزير موكول إلى رأى الإمام ، فقد ظهر لك بهذا أن باب التعزير هو المتكفل لأحكام السياسة وسيأتى بيانه ، وبه علم أن فعل السياسة يكون من القاضى أيضا ، والتعبير بالإمام ليس للاحتراز عن القاضى بل لكونه هو الأصل ، والقاضى نائب عنه فى تنفيذ الأحكام كما مر فى قوله فيسألهم الإمام ، وبدأ الإمام برجمه ونحو ذلك ؛ وفى الدر المنتقى عن معين الحكام : للقضاة تعاطى كثير من هذه الأمور حتى إدامة الحبس والإغلاظ على أهل الشر بالقمع لهم ، والتحليف بالطلاق وغيره ، وتحليف الشهود إذا ارتاب منهم ذكره فى التاترخانية ، وتحليف المتهم لاعتبار حاله أو المتهم بسرقة يضر به ويحبسه الوالى والقاضى اﻫ وسيأتى فى باب التعزير أن للقاضى تعزير المتهم ، وصرح الزيلعى قبيل الجهاد أن من السياسة عقوبته إذا غلب على ظنه أنه سارق وأن المسروق عنده ، فقد أجازوا

ولا يجلد) حتى يبرأ إلا أن يقع اليأس من برئه فيقام عليه بحر :

(ويقام على الحامل بعد وضعها) لاقبله أصلا بل تحبس لو زناها ببينة (فإن كان حدها الرجم رجمت حين وضعت) إلا إذا لم يكن للمولود من يربيه فحتى يستغنى ، ولو ادعت الحبل يريها النساء ، فإن قلن نعم حبسها سنتين ثم رجمها اختيار (وإن كان الجلد فبعد النفاس) لأنه مرض :

(و) شرائط (إحصان الرجم) سبعة (الحرية والتكليف) عقل وبلوغ (والإسلام والوطء) وكونه (بنكاح صحيح) حال الدخول

قتل النفس بغلبة الظن ، كما إذا دخل عليه رجل شاهرا سيفه وغلب على ظنه أنه يقتله ،وسيأتى تمام ذلك فى كتاب السرقة (قوله إلا أن يقع اليأس من برئه فيقام عليه) أى بأن يضرب ضربا خفيفا يحتمله . وفى الفتح : ولو كان المرض لايرجى زواله كالسل أو كان ضعيف الخلقة فعندنا وعند الشافعى يضرب بعثكال فيه مائة شمراخ دفعة ، وتقدم فى الأيمان أنه لابد من وصول الكل إلى بدنه ، ولذا قيل لابد أن تكون مبسوطة اه . والعثكال والعثكول : عنقود النخل (قوله لاقبله أصلا) أى سواء كان حدها الجلد أو الرجم كى لايؤدى إلى هلاك الولد لأنه نفس محترمة لاجريمة منه فتح (قوله إلا إذا لم يكن الخ) هذه رواية عن الإمام اقتصر عليها صاحب المختار : قال فى البحر : وظاهره أنها هى المذهب . وفى النهر : ولعمرى إنها من الحسن بمكان اه وفى حديث الغامدية « أنه صلى الله عليه وسلم رجمها بعد ما فطمته » وفى حديث آخر قال « لا نرجمها وندع ولدها صغيرا ليس له من يرضعه ، فقال له رجل من الأنصار : إلىّ رضاعه فرجمها » قال فى الفتح : وهذا يقتضى أن الرجم عند الوضع ، بخلاف الأول والطريقان فى مسلم وهذا أصح طريقا الخ (قوله فحتى يستغنى) عبارة الفتح حتى تفطمه (قوله حبسها سنتين) أى إذا ثبت زناها بالبينة كما مر ط :

مطلب شرائط الإحصان

(قوله وشرائط إحصان الرجم) الإضافة بيانية : أى الشرائط التى هى الإحصان ، فالإحصان هو الأمور المذكورة فهى أجزاؤه ، وقيد بالرجم لأن إحصان القذف غير هذا كما سيأتى فتح ملخصا (قوله عقل وبلوغ) بدل من قوله والتكليف وبيان له .

واعترض بأن التكليف شرط لكون الفعل زنا . لأن فعل الصبى والمجنون ليس بزنا أصلا . وأجاب فى البحر بأنه إنما جعله شرط الإحصان لأجل قوله كونهما بصفة الإحصان اه يعنى أنه شرط باعتبار أن الزانى لو كان رجلا مثلا فلا يرجم إلا إذا كان قد وطىء زوجة له مكلفة ، فكونها مكلفة شرط فى كونه محصنا لافى كون فعله الذى فعله مع الأجنبية زنا ولذا لم يجلد به إذا لم تكن زوجته مكلفة ولايرجم لعدم إحصانه (قوله والإسلام) لحديث « من أشرك بالله فليس بمحصن » ورجمه صلى الله عليه وسلم اليهوديين إنما كان بحكم التوراة قبل نزول آية الرجم ثم نسخ بحر ، وتحقيقه فى الفتح ، وخالف فى هذا الشرط أبو يوسف والشافعى (قوله والوطء) أى الإيلاج وإن لم ينزل كما فى الفتح وغيره (قوله وكونه بنكاح صحيح) خرج الفاسد كالنكاح بغير شهود فلا يكون به محصنا ط . وينبغى أن يزيد اتفاقا لما سيذكره المصنف قبيل حد الشرب أنه لو كان بلا ولى لايكون محصنا عند الثانى تأمل (قوله حال الدخول) متعلق بقوله صحيح . قال فى الفتح : يعنى تكون الصحة قائمة حال الدخول حتى لو تزوج من علق طلاقها بتزوجها يكون النكاح صحيحا ، فلو دخل بها عقيبه لايصير محصنا لوقوع الطلاق قبله اه وتبعه فى النهر :

(و) كونهما (بصفة الإحصان) المذكورة وقت الوطء ، فإحصان كل منهما شرط لصيرورة الآخر محصنا ، فلو نكح أمة أو الحرة عبدا فلا إحصان إلا أن يطأها بعد العتق فيحصل الإحصان به لا بما قبله ، حتى لو زنى ذمي بمسلمة ثم أسلم لا يرجم بل يجلد . وبقي شرط آخر ذكره ابن كمال ، وهو أن لا يبطل إحصانهما بالارتداد ، فلو ارتدا ثم أسلما لم يعد إلا بالدخول بعده ، ولو بطل بجنون أو عته عاد بالإفاقة ،

قلت : ومقتضاه أن الوطء حصل في نكاح لكنه غير صحيح مع أنه لم يحصل في النكاح أصلا ، فالأولى أن يكون احترازا عما لو وطئ في نكاح موقوف على الإجازة ثم أجازت المرأة العقد أو ولي الصغيرة فلا يكون بهذا الوطء محصنا وإن كان العقد صحيحا لأنه وطئ في عقد لم يصح إلا بعده لا في حالة الوطء تأمل (قوله وكونهما) أي الزوجين المفهومين من قوله والوطء بنكاح صحيح ، وفي هذا الحل إصلاح لعبارة المتن فإنها لا تفيد اشتراط إحصان كل منهما لإحصان الآخر ، وفيه خلاف الشافعي .

قلت : وقد يكون أحدهما محصنا دون الآخر كما لو خلا بها وأقر بأنه وطئها أو بأنها كانت مسلمة وأنكرت فإذا زنى يرجم لأنه محصن بإقراره كما سيأتي قبيل حد الشرب (قوله فلو نكح أمة الخ) تفريع على الشرط الأخير : أي لو نكح الحر أمة أو العبد حرة ووطئها لم يكن واحد منهما محصنا إلا أن يطأها بعد العتق في الصورتين فحينئذ يحصل لكل منهما الإحصان بهذا الوطء لاتصاف كل منهما بصفة الإحصان وقته ، حتى لو زنى أحدهما بعد هذا الوطء يرجم ، بخلاف الوطء الحاصل قبل العتق ، وكذا لو دخل الحر المكلف المسلم بمنكوحته الكافرة أو المجنونة أو الصغيرة لم يكن أحدهما محصنا إلا أن يطأها ثانيا بعد إسلامها أو إفاقتها أو بلوغها ، وكذا لو كان الزوج صبيا أو مجنونا أو كافرا وهي حرة مكلفة مسلمة ، حتى لو دخل بها الزوج وهو كذلك ثم زنت لا ترجم لعدم إحصانها ؛ وصورة كون زوج المسلمة كافرا كما في الفتح أن يكونا كافرين فتسلم هي فيطؤها قبل عرض القاضي الإسلام عليه وإبائه فإنهما زوجان ما لم يفرق القاضي بينهما بإبائه اه .

[تنبيه] اشتراط إحصان كل من الزوجين للرجم لا ينافي قولهم كما يأتي قبيل حد الشرب إذا كان أحد الزانيين محصنا دون الآخر يرجم المحصن ويجلد غير المحصن ، لأن المراد أن الرجل إذا كان محصنا الإحصان المذكور بشروطه ثم زنى بامرأة فإنه يرجم ، ثم المرأة المزني بها إذا كانت محصنة مثله ترجم أيضا وإلا فتجلد ، وكذا المرأة إذا كانت محصنة الإحصان المذكور ثم زنت برجل (قوله حتى لو زنى ذمي بمسلمة الخ) أطلق الذمي فشمل لو كان له زوجة دخل بها أولا ، وكون المزني بها مسلمة غير قيد ، وإنما لم يرجم لعدم إحصانه لكونه غير مسلم وقت الفعل وإن صار محصنا بعد إسلامه كما يفهم من الإطلاق ، فيفيد أنه لا بد في الرجم من كونه مسلما وقت الزنا ، وكذا الحرية ، حتى لو أسلم أو أعتق بعد الزنا ثم صار محصنا لا يرجم بل يجلد ، فالمراد بهذا التفريع بيان هذه الفائدة مع تأويل ما وقع في فتاوى قارئ الهداية كما أفاده في النهر ، حيث قال بعد تقرير شرائط الإحصان . وهذا يقتضي أن الذمي لو زنى بمسلمة ثم أسلم لا يرجم . ولا يعارضه ما في فتاوى قارئ الهداية من أنه لو زنى أو سرق ثم أسلم إن ثبت ذلك بإقراره أو بشهادة المسلمين لا يدرأ عنه الحد ، وإن بشهادة أهل الذمة لا يقام عليه الحد لأنه أراد بالحد هنا الجلد اه (قوله فلو ارتدا ثم أسلما الخ) عزاه ابن الكمال إلى شرح الطحاوي ومثله في الفتح ، وقيد بارتدادهما معا في الفتح أي ليعود النكاح بعودهما إلى الإسلام بلا تجدد عقد آخر .

بقي لو ارتد أحدهما : ففي النهر : وعن محمد لو لحقت الزوجة بدار الحرب مرتدة وسبيت لا يبطل إحصان الزوج كذا في المحيط اه وهو ظاهر لما يأتي من أنه لا يجب بقاء النكاح لبقاء الإحصان وظاهره أنه يبطل إحصانها

وقيل بالوطء بعده (و) اعلم أنه (لايجب بقاء النكاح لبقائه) أى الإحصان ؛ فلو نكح فى عمره مرة ثم طلق وبقى مجردا وزنى رجم، ونظم بعضهم الشروط فقال :

شروط الإحصان أتت ستة … فخذها عن النص مستفهما
بلوغ وعقــل وحــرية … ورابعهــا كونه مسلما
وعقد صحيــح ووطء مباح … متى اختل شرط فلا يرجما

باب الوطء الذى يوجب الحد والذى لايوجبه

لقيام الشبهة لحديث « ادرءوا الحدود بالشبهات ما استطعتم » .
(الشبهة ما يشبه) الشىء (الثابت وليس بثابت) فى نفس الأمر (وهى ثلاثة أنواع : شبهة) حكمية (فى المحل

وإن عادت مسلمة ولذا قال : لو أسلم لم يعد إلا بالدخول بعد : أى لابد من تحقق شروط الإحصان عند وطء آخر بعد الإسلام . فعلم أن الردة تبطل اعتبار الوطء بالنكاح الصحيح ، وإذا بطل اعتباره بطل الإحصان سواء كان المرتد كلا منهما معا أو أحدهما ، لكن إذا ارتد أحدهما ثم أسلم لايصير محصنا إلا بتجديد عقده عليها أو على غيرها ويطؤها بعده وهما بصفة الإحصان فيعود له إحصان جديد لأن الردة أبطلت الإحصان السابق (قوله وقيل بالوطء بعده) نسبه فى النهر والبحر إلى أبى يوسف (قوله واعلم الخ) ذكر هذه المسألة فى الدرر (قوله فلو نكح فى عمره مرة) أى ودخل بها درر (قوله ثم طلق) عبارة الدرر : ثم زال النكاح ، وهى أعم لشمولها زوال النكاح بموتها أو ردتها أو نحو ذلك (قوله ونظم بعضهم الخ) نقله القاضى زين الدين بن رشيد صاحب العمدة عن الفاكهانى المالكى كما فى التتائى ، ويوجد فى بعض النسخ شروط الحصانة فى ستة اهـ ط :

أقول : وهذا هو الصواب ، لأن الشطر الأول الذى ذكره الشارح من بحر السريع والبقية من بحر المتقارب فافهم ، وقوله فى آخر الأبيات فلا يرجما بالياء المثناة التحتية كما رأيناه فى النسخ ، وينبغى أن يكون بالفوقية ولا ناهية وأصله لاترجمن بنون التوكيد المخففة قلبت ألفا ، إذ لو كانت لانافية وجب الرفع ، ولعل اقتصار الناظم على الشروط الستة لكونها مذهب المالكية وزيد عليها عندنا كونهما بصفة الإحصان وقت الوطء وعدم الارتداد فصارت ثمانية ، ويزاد كون العقد صحيحا فتصير تسعة ، وقد غيرت هذا النظم جامعا للتسعة فقلت :

شرائط الإحصان تسع أتت … متى اختل شرط فلا ترجما
بلوغ وعقــل وحرية … ودين (١) وفقــد ارتدادهما
ووطء بعقد صحيــح لمن … غدت مثله فى الذى قدما

باب الوطء الذى يوجب الحد والذى لايوجبه

(قوله لقيام الشبهة) علة لقوله لايوجبه (قوله لحديث) علة لما فهم من العلة الأولى ، وهو أن الحد لايثبت عند قيام الشبهة . وطعن بعض الظاهرية فى الحديث بأنه لم يثبت مرفوعا . والجواب أن له حكم الرفع لأن إسقاط الواجب بعد ثبوته بالشبهة خلاف مقتضى العقل . وأيضا فى إجماع فقهاء الأمصار على الحكم المذكور كفاية ، ولذا قال بعضهم : إن الحديث متفق عليه ، وأيضا تلقته الأمة بالقبول ؛ وفى تتبع المروى عن النبى صلى الله عليه وسلم وعن أصحابه من تلقين ماعز وغيره الرجوع احتيالا للدرء بعد الثبوت مايفيد القطع بثبوت الحكم ، وتمامه فى الفتح (قوله ثلاثة أنواع) يأتى بيانها (قوله فى المحل) هو الموطوءة كما فى العينى والشلبى وغيرهما ، فقوله

---

(١) (قوله ودين الخ) وجد بخطه فى هامش نسخة بدل هذا الشطر « ودين يدوم به مسلما » ولعله نسخة أخرى اهـ .

وشبهة) اشتباه (فى الفعل ،وشبهة فى العقد) والتحقيق دخول هذه فى الأوليين وسنحققه (فإن ادعاها) أى الشبهة (وبرهن قبل) برهانه (وسقط الحد وكذا يسقط) أيضا (بمجرد دعواها إلا) دعوى (الإكراه) خاصة (فلابد من البرهان) لأنه دعوى بفعل الغير فيلزم ثبوته بحر (لاحد) بلازم (بشبهة المحل) أى الملك وتسمى شبهة حكمية أى الثابت حكم الشرع بحله (وإن ظن حرمته كوطء أمة ولده وولد ولده) وإن سفل ولو ولده حيا فتح ؛ لحديث « أنت ومالك لأبيك » (ومعتدة الكنايات) ولو خلعا خلا عن مال

الآتى : أى الملك بمعنى المملوك (قوله وبرهن) أى على أنها أمة ولده أو أمة أحد أبويه مثلا (قوله وكذا يسقط بمجرد دعواها) أى دعوى الشبهة ؛ وهذا يغنى عما قبله لانفهامه منه بالأولى (قوله إلا فى دعوى الإكراه الخ) قلت : الظاهر فى وجه الفرق أن الإكراه لايخرج الفعل عن كونه زنا ، وإنما هو عذر مسقط للحد وإن لم يسقط الإثم كما يسقط القصاص بالإكراه على القتل دون الإثم فلا يقبل قوله بمجرد دعواه ، بخلاف دعواه شبهة من الشبه الثلاث لأنه ينكر السبب الموجب للحد ، فإن دعواه أنه تزوجها أو أنها أمة ولده إنكار للوطء الخالى عن الملك وشبهته ، فلذا قبل قوله بلا برهان تأمل . والظاهر أن لزوم البرهان على الإكراه خاص بما إذا ثبت زناه بالبينة لا بإقراره (قوله لاحد بلازم) أى ثابت .

مطلب فى بيان شبهة المحل

(قوله بشبهة المحل) هو الموطوءة كما در وهى المنافية للحرمة ذاتا ، على معنى أنا لو نظرنا إلى الدليل مع قطع النظر عن المانع يكون منافيا للحرمة نهر ، يعنى أن النظر إلى ذات الدليل ينفى الحرمة ويثبت الحل مع قطع النظر عن المانع كما فى القهستانى .

وحاصله أنها وجد فيها دليل مثبت للحل لكنه عارضه مانع فأورث هذا الدليل شبهة فى حل المحل والإضافة فيها على معنى فى . وقال الزيلعى : أى لايجب الحد بشبهة وجدت فى المحل وإن علم حرمته لأن الشبهة إذا كانت فى الموطوءة ثبت فيها الملك من وجه فلم يبق معه اسم الزنا فامتنع الحد على التقادير كلها ، وهذا لأن الدليل المثبت للحل قائم وإن تخلف عن إثباته حقيقة لمانع فأورث شبهة فلهذا سمى هذا النوع شبهة فى المحل ؛ لأنها نشأت عن دليل موجب للحل فى المحل ، بيانه قوله عليه الصلاة والسلام « أنت ومالك لأبيك » يقتضى الملك لأن اللام فيه للملك اهـ أى وقد عارضه مانع من إرادة حقيقة الملك وهو الإجماع على عدم إرادته حقيقة فثبتت الشبهة عملا باللام بقدر الإمكان (قوله أى الملك) بمعنى المملوك ، فلا ينافى تفسيره أيضا بالموطوءة فافهم : أى شبهة كون المحل مملوكا له أو المصدر بمعنى المالكية أى كونه مالكا له (قوله وتسمى شبهة حكمية) لكون الثابت فيها شبهة الحكم بالحل .

(قوله أى الثابت حكم الشرع بحله) بنصب الثابت على أن ذلك تفسير لقوله شبهة حكمية ، أو بجره على أنه تفسير لقوله بشبهة المحل وضمير حله للمحل . وعبارة الفتح وشبهة فى المحل ، وتسمى شبهة حكمية وشبهة ملك أى الثابت شبهة حكم الشرع بحل المحل ، فأسقط الشارح لفظ شبهة ولابد منه لأن نفس حكم الشرع بحله لم يثبت وإنما الثابت شبهته يعنى أنها هى التى ثبت فيها شبهة الحكم بالحل لاحقيقته لكون دليل الحل عارضه مانع كما مر (قوله ولو ولده حيا) مبالغة على قوله وولد ولده ح . وتمام عبارة الفتح : وإن لم يكن له ولاية تملك مال ابن ابنه حال قيام ابنه ، وتقدمت هذه المسألة فى باب نكاح الرقيق ثم فى الاستيلاد اهـ وسنذكر أنه لايثبت فيها النسب من الجد إذا كان ولده حيا (قوله لحديث الخ) رواه ابن ماجه عن جابر بسند صحيح ، وتمامه فى الفتح ، وذكر فيه قصة (قوله ولو خلعا خلا عن مال) أما لو كانت بغير لفظ الخلع فهى داخلة بالأولى ، وقد يكون الخلع

وإن نوى بها ثلاثا نهر، لقول عمر رضى الله عنه: الكنايات رواجع (و) وطء (البائع) الأمة (المبيعة والزوج) الأمة (الممهورة قبل تسليمها) لمشتر وزوجة وكذا بعده فى الفاسد (ووطء الشريك) أى أحد الشريكين (الجارية المشتركة و) وطء (جارية مكاتبه وعبده المأذون له وعليه دين محيط بماله ورقبته) زيلعى (ووطء جارية من الغنيمة بعد الإحراز) بدارنا (أو قبله) ووطء جاريته قبل الاستبراء، والتى فيها خيار للمشترى،

خلا عن مال لأنه لو كان على مال لم يكن من هذا القسم بل يكون من شبهة الفعل الآتية، فلا ينتفى عنه الحد إلا إذا ظن الحل كما فى المطلقة ثلاثا لأنه لم يقل أحد إن المختلعة على مال تقع فرقتها طلاقا رجعيا، وإنما اختلف الصحابة فى كونها فسخا أو طلاقا، يعنى بائنا فالحرمة ثابتة على كل حال، وبهذا يعرف خطأ من بحث: وقال ينبغى جعلها من الشبهة الحكمية، هذا حاصل ماحققه فى فتح القدير، ويشهد له قوله فى الهداية: والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلاث لثبوت الحرمة بالإجماع، ومثله فى البحر عن البدائع. وبه يعلم أن مانقله قبله عن جامع النسفى من أنه لاحد وإن علم الحرمة لاختلاف الصحابة فى كونه بائنا محمول على ما إذا كان الخلع بلا مال، كما أن مافى المجتبى من أن المختلعة ينبغى أن تكون كالمطلقة ثلاثا لحرمتها إجماعا محمول على ما إذا كان بمال توفيقا بين كلامهم فافهم (قوله وإن نوى بها ثلاثا) أى بالكنايات، فلا يحد بوطئها فى العدة وإن قال علمت أنها حرام لتحقق الاختلاف، لأن دليل المخالف قائم وإن كان غير معمول به عندنا أفاده فى الفتح ثم قال: وفى هذه المسألة يقال مطلقة ثلاث وطئت فى العدة وقال علمت حرمتها لايحد (قوله الممهورة) أى التى جعلها مهرا لزوجته (قوله قبل تسليمها لمشتر وزوجة) لف ونشر مرتب لأنهما فى ضمان البائع أو الزوج وتعودان إلى ملكه بالهلاك قبل التسليم وكان مسلطا على الوطء بالملك واليد، وقد بقيت اليد فتبقى الشبهة زيلعى (قوله وكذا بعده فى الفاسد) الأولى أن يقول وكذا فى الفاسد ولو بعده: أى بعد التسليم. قال فى البحر: أما قبله فلبقاء الملك، وأما بعده فلأن له حق الفسخ فله حق الملك اهـ.

وقد يقال: إن وطء البائع فى الفاسد قبل التسليم ليس مما نحن فيه لأنه وطء فى حقيقة الملك لافى شبهته، فقوله بعده للاحتراز عما قبله تأمل (قوله ووطء الشريك الخ) لأن ملكه فى البعض ثابت فتكون الشبهة فيها أظهر زيلعى، وهذا إذا لم يكن أعتقها أحد الشريكين وإلا ففيه تفصيل مذكور فى الخانية (قوله ووطء جارية مكاتبه وعبده الخ) لأن له حقا فى كسب عبده فكان شبهة فى حقه زيلعى، وأما غير المديون فهو على ملك سيده (قوله ووطء جارية من الغنيمة) أى وطء أحد الغانمين قبل القسمة كما فى البحر عن البدائع. قال ح: وسيأتى فى كتاب السرقة عن الغاية بحثا عدم قطع من سرق من المغنم وإن لم يكن له حق فيه لأنه مباح الأصل فصار شبهة فكان ينبغى الإطلاق هنا أيضا تأمل اهـ.

قلت: وفيه أن ماكان مباح الأصل هو مايوجد فى دار الإسلام تافها مباحا كالصيد والحشيش فهذا لايقطع به وإن ملك وسرق من حرز، وجارية المغنم ليست كذلك وإلا لزم أن لايقطع بها ولو بعد الإحراز والقسمة، وكذا لو زنى بها تأمل (قوله ووطء جاريته قبل الاستبراء) هذه من زيادات الفتح. وفيه أن الملك فيها كامل من كل وجه إلا أنه منع من وطئه لها خوف اشتباه النسب، والكلام فى وطء حرام سقط فيه الحد لشبهة الملك، وهذه فيها حقيقة الملك فكانت كوطء الزوجة الحائض والنفساء والصائمة والمحرمة مما منع من وطئها لعارض الأذى أو إفساد العبادة مع قيام الملك، إلا أن يراد بشبهة الملك ملك الوطء لاملك الرقبة فليتأمل (قوله والتى فيها خيار للمشترى) أى إذا وطئها البائع واقتصر على ذكر المشترى لأنه يعلم منه ما إذا كان الخيار للبائع بالأولى لأنه لم يحد

والتى هى أخته رضاعا وزوجة حرمت بردتها أو مطاوعتها لابنه أو جماعه لأمها أو بنتها لأن من الأئمة من لم يحرّم به وغير ذلك كما لايخفى على المتتبع ، فدعوى الحصر فى ستة مواضع ممنوعة .

(و) لاحد أيضا (بشبهة الفعل) وتسمى شبهة اشتباه : أى شبهة فى حق من حصل له اشتباه (وإن ظن حله) العبرة لدعوى الظن وإن لم يحصل له الظن ؛ ولو ادعاه أحدهما فقط لم يحدا حتى يقرا جميعا بعلمهما بالحرمة نهر (كوطء أمة أبويه) وإن عليا شمنى

إذا كان للبائع لبقاء ملكه ، وإن كان للمشترى فلأن المبيع لم يخرج عن ملك بائعه بالكلية كما فى البحر أفاده ط .

وقد يقال : إن المناسب أن لايذكر خيار البائع لأن وطأه فى حقيقة الملك لافى شبهته نظير مامر ، فكان الأولى ماذكره الشارح ، ويفهم منه ما إذا كان الخيار لهما أو لأجنبى فافهم . وفى التتارخانية : ولو باع جارية على أنه بالخيار فوطئها المشترى أو كان الخيار للمشترى فوطئها البائع فإنه لايحد علم بالحرمة أو لم يعلم (قوله والتى هى أخته رضاعا) أى ووطء أمته التى هى أخته رضاعا .

قلت : ومثلها أمته المجوسية والتى تحته أختها لوجود الملك فيهما أيضا مع أن حرمتهما غير مؤبدة تأمل (قوله من لم يحرم به) أى بالمذكور من الردة وما بعدها ، أما الردة فقد تقدم فى كتاب النكاح أن مشايخ بلخ أفتوا بعدم الفرقة بردتها ، وأما فيما بعدها فلخلاف الشافعى رحمه الله تعالى اهـ ح (قوله وغير ذلك) منه ماذكرناه من المجوسية والتى تحته أختها (قوله فدعوى الحصر) أى المفهوم من قول الهداية وغيرها والشبهة فى المحل فى ستة مواضع .

مطلب فى بيان شبهة الفعل

(قوله بشبهة الفعل) أى الشبهة فى الفعل الذى هو الوطء حيث كان مما قد يشتبه عليه حرمته لافى محله وهو الموطوءة لأن حرمة المحل هنا مقطوع بها إذ لم يقم فيه دليل ملك عارضه غيره فلم يكن فى حل المحل شبهة أصلا (قوله أى شبهة فى حق من حصل له اشتباه) هو معنى قول المصنف إن ظن حله ، لأن من ظن الحل فقد اشتبه عليه الأمر ولذا قال فى الفتح إنها تتحقق فى حق من اشتبه عليه الحل والحرمة إذ لا دليل فى السمع يفيد الحل ، بل ظن غير الدليل دليلا كما يظن أن جارية زوجته تحل له لظنه أنه استخدام واستخدامها حلال فلا بد من الظن وإلا فلا شبهة أصلا لفرض أن لادليل أصلا لتثبت الشبهة فى نفس الأمر ، فلو لم يكن ظنه الحل ثابتا لم تكن شبهة أصلا اهـ (قوله إن ظن حله) شرط لقوله ولا حد الخ فنفى الحد هنا مشروط بظن الحل لما علمت أن هذا الظن هو الشبهة لعدم دليل قائم تثبت به الشبهة ، فلو لم يظن الحل شبهة أصلا بخلاف مامر فإن الشبهة فيه جاءت من دليل حل المحل فلا حاجة فيه إلى ظن الحل فلذا انتفى الحد فيه سواء ظن الحل أولا (قوله العبرة لدعوى الظن الخ) أى لاللظن نفسه فإنه يحد إن لم يدّع وإن حصل له الظن ، ولا يحد إن ادعى وإن لم يحصل له الظن ابن كمال ، وفيه تورّك على عبارة المصنف ، لكن لايخفى أن الظن أمر باطنى لايعلمه القاضى إلا بدعوى صاحبه ، فقوله إن ظن حله : أى إن علم القاضى أنه ظن الحل يدرأ عنه الحد وذلك لايكون إلا بدعواه وإخباره (قوله ولو ادعاه أحدهما الخ) لأن الشبهة إذا تمكنت فى الفعل من أحد الجانبين تتعدى إلى الجانب الآخر ضرورة بحر (قوله كوطء أمة أبويه الخ) لأن بين الإنسان وبين أبويه وزوجته وسيده انبساطا فى الانتفاع بمالهم واستخدام جواريهم ، فكان مظنة حل الوطء على توهم أنه من الاستخدام ، وكذا بقاء أثر الفراش فى المعتدة من وجوب النفقة وحرمة تزوج أختها مظنة لتوهم حل وطئها ، وقيد بالأمة لما فى الخانية : لو زنى بامرأة الأب أو الجد فإنه يحد وإن قال ظننت أنها تحل لى

(ومعتدة الثلاث) ولو جملة (وأمة امرأته وأمة سيده) ووطء (المرتهن) الأمة (المرهونة) فى رواية كتاب الحدود، وهى المختار زيلعى . وفى الهداية: المستعير للرهن كالمرتهن وسيجىء حكم المستأجرة والمغصوبة ، وينبغى أن الموقوفة عليه كالمرهونة نهر (و) معتدة (الطلاق على مال) وكذا المختلعة على الصحيح بدائع ومعتدة (الإعتاق و) الحال أنها (هى أم ولده، و) الواطئ (إن ادعى النسب يثبت فى الأولى) شبهة المحل (لافى الثانية) أى شبهة الفعل

(قوله ومعتدة الثلاث) هذا إذا لم ينو الثلاث بالكنايات، إذ لو نواها بها كان من شبهة المحل كما قدمه عن النهر (قوله ولو جملة) أى ولو كان تطليقه الثلاث بلفظ واحد فلا يسقط عنده الحد إلا إن ادعى ظن الحل وكذا لو أوقع الثلاث متفرقة بالطريق الأولى إذ لم يخالف فيه أحد لأن القرآن ناطق بانتفاء الحل بعد الثالثة فلم يبق شبهة فى حل المحل ، ولا اعتبار بخلاف من أنكر وقوع الجملة لمخالفته للقطعى ، وهو إجماع الصحابة الذى تقرر فى زمن عمر ، لكن يشكل مافى نكاح الهداية من أن الحد لايجب بوطء المطلقة بائنا واحدة أو ثلاثا مع العلم بالحرمة على إشارة كتاب الطلاق .

وعلى عبارة كتاب الحدود يجب لأن الملك قد زال حق الحل فيتحقق الزنا اهـ . ووفق فى البحر بحمل إشارة كتاب الطلاق على ما إذا أوقع الثلاث جملة ، وحمل عبارة الحدود على ما إذا أوقعها متفرقة لأن إيقاعها جملة خالف فيه الظاهرية : أى فيكون من شبهة المحل فلا يحد وإن اعتقد الحرمة لشبهة الدليل .

واعترضه ح بأن المصرح به فى الفتح وغيره الجزم بأنها من شبهة الفعل وعدم اعتبار الخلاف بعد انعقاد الإجماع ، وبأن الإشارة لاتعارض العبارة .

قلت: على أنه يمكن التوفيق بوجه آخر وهو حمل الإشارة على ما إذا كان الطلاق البائن بلفظ الكنايات والعبارة على ما إذا كان بلفظ الصريح، والله أعلم (قوله فى رواية كتاب الحدود) أى أن محمدا ذكرها فى كتاب الحدود من مسائل شبهة الفعل ، وذكر فى كتاب الرهن أنها من شبهة المحل .

قال فى البحر : والحاصل أنه إذا ظن الحل فلاحد باتفاق الروايتين، والخلاف فيما إذا علم الحرمة، والأصح وجوبه وذكر فى الإيضاح وجوبه وإن ظن الحل وهو مخالف لعامة الروايات :

مطلب الحكم المذكور فى بابه أولى من المذكور فى غير بابه

قال فى الدر المنتقى: واستفيد منه أن الحكم المذكور فى بابه أولى من المذكور فى غير بابه لأنه كأنه استطراد هكذا كان أفادنيه والدى فليحفظ (قوله وهى المختار) وفى الهداية : وهى الأصح ، وتبعه الشارحون لأن عقد الرهن لايفيد ملك المتعة بحال لأنه إنما يفيد له الملك بعد الهلاك فيصير به مستوفيا لحقه لكنه بعد الهلاك لايملك المتعة أى الوطء . ومقتضى هذا وجوب الحد وإن ظن الحل ، لكن لما كان الاستيفاء سببا لملك المال وملك المال سببا لملك المتعة فى الجملة حصل الاشتباه ذخيرة. (قوله المستعير للرهن) اللام للتعليل : أى الذى استعار أمة ليرهنها لاللتعدية حتى يكون المعنى استعار أمة مرهونة من المرتهن اهـ ح . والمناسب أن يقول لا للتقوية لأن اسم الفاعل هنا متعد بنفسه ، تقول أنا مستعير فرسا فإذا قلت مستعير للفرس كانت زائدة لتقوية العامل كقوله تعالى – مصدقا لما معهم – . ولعل وجه كون المستعير بمنزلة المرتهن هو أنه إذا استعار شيئا ليرهنه بكذا ثم هلك عند المرتهن صار مستوفيا لدينه ووجب مثل الدين للمعير على المستعير لأنه صار قاضيا دينه بالرهن كما تقرر فى محله ، فإذا غرم مثله للمعير صار مالكا له فكان بمنزلة المرتهن تأمل (قوله وسيجىء) أى فى هذا الباب (قوله وكذا المختلعة) أى على مال لأنه لو كان خلعا خلا عن مال كان من شبهة المحل كما قدمه عن النهر (قوله يثبت فى الأولى) هذا فى غير الجد إذا وطئ جارية ابن ابنه وابنه حى ، لأن الجد لايتملكها حال حياة الأب

لتمحضه زنا (إلا فى المطلقة ثلاثا بشرطه) بأن تلد لأقل من سنتين لا لأكثر إلا بدعوة كما مر فى بابه، وكذا المختلعة والمطلقة بعوض بالأولى نهاية (و) إلا (فى وطء امرأة زفت) إليه (وقال النساء هى زوجتك ولم تكن كذلك) معتمدا خبرهن فيثبت نسبه بالدعوة بحر.

(و) لاحد أيضا (بشبهة العقد) أى عقد النكاح (عنده) أى الإمام (كوطء محرم نكحها)

فلايثبت النسب بدعوى الجد، نعم إن صدقه ابن الابن عتق لزعمه أنه عمه، ومافى النهاية من أنه يثبت نسبه غلط كما حققه فى الفتح (قوله لتمحضه زنا) لأنه لاشبهة ملك فيه بل سقط الحد لظنه فضلا من الله تعالى، وهو راجع إليه: أى إلى الوطء لا إلى المحل فكأن المحل ليس فيه شبهة حل فلايثبت النسب بهذا الوطء ولذا لاتثبت به عدة لأنه لاعدة من الزنا فتح (قوله بشرطه) أى بشرط الثبوت، والمناسب إسقاطه كما يظهر قريبا (قوله بأن تلد الخ) بدل من قوله بشرطه. قال ح: ويحمل على وطء سابق على الطلاق كما تقدم فى باب ثبوت النسب. ولا نقول إنه العقد من هذا الوطء الحرام حيث أمكن حمله على الحلال (قوله لالأكثر) ومثل الأكثر تمام السنتين ح (قوله كما مر فى بابه) من أنه لايثبت النسب فى المطلقة ثلاثا بعد سنتين إلا بدعوة ح:

قلت: ويحصل من هذا أنه إذا ادعى الولد يثبت النسب سواء ولدت لأقل من سنتين أو لأكثر وإن لزم الوطء فى العدة لوجود شبهة العقد، وأما بدون الدعوى فلايثبت إلا إذا ولدت لأقل من سنتين حملا على أنه بوطء سابق على الطلاق، فقول المصنف بشرطه لامحل له لأن كلامه فيما إذا ادعى النسب وفيه يثبت مطلقا كما علمت، وهو الذى حرره فى الفتح وتبعه فى البحر (قوله بالأولى) لأنها أقل من الثلاث ط فإن حرمة الثلاث تزيل حل المحلية ولذا لاتحل له إلا بعد زوج آخر (قوله وإلا فى وطء امرأة الخ) الاستثناء فى هذه مبنى على أنها من شبهة الاشتباه أى شبهة الفعل، وعليه مشى الزيلعى، وكذا صاحب البحر أولا، وقيل إنها شبهة محل، وذكر فى الفتح أولا أنه الأوجه لأن قولهن هى زوجتك دليل شرعى مبيح للوطء لقبول قول الواحد فى المعاملات، ولذا حل وطء من قالت أرسلنى مولاى هدية إليك. ثم قال: والحق أنه شبهة اشتباه لأن الدليل المعتبر فيها مايقتضى ثبوت الملك لاما يطلق شرعا مجرد الوطء اهـ ملخصا فلتأمل (قوله وقال النساء) الجمع غير قيد كما يأتى (قوله فيثبت نسبه بالدعوة بحر) لفظ بالدعوة الخ يوجد فى بعض النسخ: وهو غير لازم لأن أصل الكلام فيه.

مطلب فى بيان شبهة العقد

(قوله بشبهة العقد) أى ماوجد فيه العقد صورة لاحقيقة لأن الشبهة كما مر مايشبه الثابت وليس بثابت فخرج ماوجد فيه العقد حقيقة، ولذا قال فى التاترخانية: وإذا كان الوطء بملك النكاح أو بملك يمين والحرمة بعارض آخر فذلك لايوجب الحد نحو الحائض والنفساء والصائمة صوم الفرض والمحرمة والموطوءة بشبهة والتى ظاهر منها أو آلى منها فوطئها فى العدة لاحد عليه، وكذا الأمة المملوكة إذا كانت محرمة عليه برضاع أو مصاهرة أو لكون أختها مثلا فى نكاحه أو هى مجوسية أو مرتدة فلا حد عليه وإن علم الحرمة اهـ:

(قوله كوطء محرم نكحها) أى عقد عليها أطلق فى المحرم فشمل المحرم نسبا ورضاعا وصهرية، وأشار إلى أنه لو عقد على منكوحة الغير أو معتدته أو مطلقته الثلاث أو أمة على حرة أو تزوج مجوسية أو أمة بلا إذن سيدها أو تزوج العبد بلا إذن سيده أو تزوج خمسا فى عقدة فوطئهن أو جمع بين أختين فى عقدة فوطئهما أو الأخيرة لوكان متعاقبا بعد التزوج فإنه لاحد وهو بالاتفاق على الأظهر. أما عنده فظاهر، وأما عندهما فلأن الشبهة إنما تنتفى عندهما إذا كان مجمعا على تحريمه وهى محرمة على التأبيد بحر:

وقالا إن علم الحرمة حد ، وعليه الفتوى خلاصة ، لكن المرجح فى جميع الشروح قول الإمام فكان الفتوى عليه أولى قاله قاسم فى تصحيحه ، لكن فى القهستانى عن المضمرات على قولهما الفتوى ، وحرر فى الفتح أنها من شبهة المحل وفيها يثبت النسب كما مر (أو) وطء فى (نكاح بغير شهود) لاحد لشبهة العقد .

وفى المجتبى : تزوج بمحرمه أو منكوحة الغير أو معتدته ووطئها ظانا الحل لايحد ويعزر ، وإن ظانا الحرمة

قلت : وهذا هو الذى حرره فى فتح القدير وقال إن الذين يعتمد على نقلهم وتحريرهم كابن المنذر ذكروا أنه إنما يحد عندهما فى ذات المحرم لافى غير ذلك كمجوسية وخامسة ومعتدة ،وكذا عبارة الكافى للحاكم تفيده حيث قال تزوج امرأة ممن لايحل له نكاحها فدخل بها لاحد عليه وإن فعله على علم لم يحد أيضا ويوجع عقوبة فى قول أبى حنيفة . وقالا : إن علم بذلك فعليه الحد فى ذوات المحارم اه فعمم فى المرأة على قوله ثم خص على قولهما بذوات المحرم (قوله وقالا الخ) مدار الخلاف على ثبوت محلية النكاح للمحارم وعدمه ، فعنده هى ثابتة على معنى أنها محل لنفس العقد لا بالنظر إلى خصوص عاقد لقبولها مقاصده من التوالد فأورث شبهة ونفياها على معنى أنها ليست محلا لعقد هذا العاقد فلم يورث شبهة وتمامه فى الفتح والنهر (قوله إن علم الحرمة حد) أما إن ظن الحل فلا يحد بالإجماع ويعزر كما فى الظهيرية وغيرها .

مطلب إذا استحل المحرم على وجه الظن لا يكفر ، كما لو ظن علم الغيب

وعلم من مسائلهم هنا أن من استحل ماحرمه الله تعالى على وجه الظن لايكفر ، وإنما يكفر إذا اعتقد الحرام حلالا . ونظيره ماذكره القرطبى فى شرح مسلم أن ظن الغيب جائز كظن المنجم والرمال بوقوع شئ فى المستقبل بتجربة أمر عادى فهو ظن صادق والممنوع ادعاء علم الغيب . والظاهر أن ادعاء ظن الغيب حرام لا كفر ، بخلاف ادعاء العلم ، وسنوضحه فى الردة بحر (قوله لكن فى القهستانى الخ) الاستدراك على قوله فى جميع الشروح فإن المضمرات من الشروح . وفيه أن القهستانى ذكر عن المضمرات أنه قال والصحيح الأول ، وأنه فى موضع آخر قال : إذا تزوج بمحرمه يحد عندهما وعليه الفتوى اه . على أن مافى عامة الشروح مقدم . وكذلك فى الفتح نقل عن الخلاصة أن الفتوى على قولهما ثم وجهه بأن الشبهة تقتضى تحقق الحل من وجه وهو غير ثابت وإلا وجبت العدة والنسب ، ثم دفع ذلك بأن من المشايخ من التزم وجوبهما ، ولو سلم عدم وجوبهما لعدم تحقق الحل من وجه ، فالشبهة لاتقتضى تحقق الحل من وجه ، لأن الشبهة مايشبه الثابت وليس بثابت ، فلا ثبوت لماله شبهة الثبوت بوجه ، ألا ترى أن أباحنيفة ألزم عقوبته بأشد مايكون ، وإنما لم يثبت عقوبة هى الحد فعرف أنه زنا محض إلا أن فيه شبهة فلا يثبت نسبه اه ملخصا .

وحاصله أن عدم تحقق الحل من وجه فى المحارم لكونه زنا محضا يلزم منه عدم ثبوت النسب والعدة ، ولايلزم منه عدم الشبهة الدارئة للحد . ولا يخفى أن فى هذا ترجيحا لقول الإمام (قوله وحرر فى الفتح الخ) صوابه فى النهر ، فإنه بعد ماذكر ماقدمناه عن الفتح قال : وهذا إنما يتم بناء على أنها شبهة اشتباه . قال فى الدراية : وهو قول بعض المشايخ . والصحيح أنها شبهة عقد لأنه روى عن محمد أنه قال سقوط الحد عنه لشبهة حكمية فيثبت النسب ، وهكذا ذكر فى المنية اه وهذا صريح بأن الشبهة فى المحل وفيها يثبت النسب على مامر اه كلام النهر .

قلت : وفى هذه زيادة تحقيق لقول الإمام لما فيه من تحقيق الشبهة حتى ثبت النسب ، ويؤيده ماذكره الخير الرملى فى باب المهر عن العينى ومجمع الفتاوى أنه يثبت النسب عنده خلافا لهما (قوله وفى المجتبى الخ) مثله فى الذخيرة (قوله ظانا الحل) أما لو اعتقده يكفر كما مر (قوله ويعزر) أى إجماعا كما فى الذخيرة ، لكنه مخالف لما فى الهداية من قوله ولكن يوجع عقوبة إذا كان علم بذلك فقيد العقوبة بما إذا علم ، ومثله مامر عن كافى الحاكم وفى الفتح : لم يجب عليه الحد عند أبى حنيفة وسفيان الثورى وزفر وإن قال علمت أنها على حرام ، ولكن

فكذلك عنده خلافا لهما . فظهر أن تقسيمها ثلاثة أقسام : قول الإمام (وحد بوطء أمة أخيه وعمه) وسائر محارمه سوى الولاد لعدم البسوطة (و) بوطء (امرأة وجدت على فراشه) فظنها زوجته (ولو هو أعمى) لتمييزه بالسؤال إلا إذا دعاها فأجابته قائلة أنا زوجتك أو أنا فلانة باسم زوجته فواقعها ، لأن الإخبار دليل شرعى ، حتى لو أجابته بالفعل أو بنعم حد (وذمية) عطف على ضمير حد وجاز للفصل (زنى بها حربى) مستأمن (و) حد ذمى زنى بحربية مستأمنة (لا) يحد الحربى فى الأولى (والحربية) فى الثانية والأصل عند الإمام الحدود كلها لاتقام على مستأمن إلا حد القذف .

يجب الحد ويعاقب عقوبة هى أشد مايكون من التعزير سياسة لاحدا مقدرا شرعا إذا كان عالما بذلك ، وإن لم يكن عالما لاحد ولا عقوبة تعزير اه .

وقد يجاب بأن قوله ولا عقوبة تعزير المراد به نفى أشد مايكون ، فلا ينافى أنه يعزر بما يليق بحاله حيث جهل أمرا لايخفى عادة تأمل (قوله خلافا لهما) أى فى ذات المحرم فقط كما مر (قوله فظهر أن تقسيمها الخ) إن أراد التقسيم من حيث الحكم فهى اثنان عند الكل ، غايته أن حكم شبهة العقد عند الإمام حكم شبهة المحل . وعندهما حكم شبهة الفعل ، وإن أراد التقسيم من حيث المفهوم فهى اثنان أيضا لأن شبهة العقد منها ماهو شبهة الفعل كمعتدة الثلاث كما صرح به فى النهر فى باب ثبوت النسب ، ومنها ماهو شبهة المحل كمسألة المتن اهـ ح (قوله وحد بوطء أمة أخيه الخ) أى وإن قال ظننت أنها تحل لى لأنه لاشبهة فى الملك ولا فى الفعل لعدم انبساط كل فى مال الآخر ، فدعوى ظنه الحل غير معتبرة . ومعنى هذا أنه علم أن الزنا حرام لكنه ظن أن وطأه هذه ليس زنا محرما فلا يعارض مامر عن المحيط من أن شرط وجوب الحد أن يعلم أن الزنا حرام فتح (قوله سوى الولاد) بالكسر مصدر ولدت المرأة ولادا وولادة أى سوى قرابة الولادة : أى قرابة الأصول أو الفروع فلا حد فيها ، لكن لا يحد فى قرابة الأصول إذا ظن الحل كما مر (قوله وجدت على فراشه) يعنى فى ليلة مظلمة كما فى الخانية شرنبلالية فيعلم حكم النهار بالأولى (قوله إلا إذا دعاها) يعنى الأعمى بخلاف البصير كما فى الخانية ، وهو ظاهر عبارة الزيلعى والفتح أيضا .

ثم اعلم أن ماذكره المصنف والشارح هو المذكور فى المتون والشروح ، وعزاه فى التتارخانية إلى المنتقى والأصل لكنه قال بعد ذلك : وفى الظهيرية رجل وجد فى بيته امرأة فى ليلة ظلماء فغشيها وقال ظننت أنها امرأتى لا حد عليه ، ولو كان نهارا يحد . وفى الحاوى : وعن زفر عن أبى حنيفة فيمن وجد فى حجلته أو فى بيته امرأة فقال ظننت أنها امرأتى ، إن كان نهارا يحد ، وإن كان ليلا لايحد . وعن يعقوب عن أبى حنيفة أن عليه الحد ليلا كان أو نهارا قال أبو الليث : وبرواية زفر يؤخذ اهـ .

قلت : ومقتضاه أنه لاحد على الأعمى ليلا كان أو نهارا (قوله وجاز) أى العطف على ضمير الرفع المتصل (قوله لايحد الحربى الخ) أى خلافا لأبى يوسف ، فعنده يحد الحربى المستأمن أيضا . وقال محمد : لا يحد واحد منهما ، غير أنه قال فى العكس وهو مالو زنى ذمى بمستأمنة كقول الإمام من أن الذمى يحد نهر .

والحاصل أن الزانيين إما مسلمان أو ذميان أو مستأمنان ، أو الرجل مسلم والمرأة ذمية ، أو مستأمنة أو بالعكس أو الرجل ذمى والمرأة مستأمنة أو بالعكس ، فهى تسع صور . والحد واجب عند الإمام فى الكل إلا فى ثلاث : إذا كانا مستأمنين أو أحدهما أفاده فى البحر .

(و) لايحد بوطء (بهيمة) بل يعزر وتذبح ثم تحرق ، ويكره الانتفاع بها حية وميتة مجتبى . وفى النهر : الظاهر أنه يطالب ندبا ، لقولهم تضمن بالقيمة (و) لايحد (بوطء أجنبية زفت إليه ، وقيل) خبر الواحد كاف

مطلب فى وطء الدابة

(قوله وتذبح ثم تحرق) أى لقطع امتداد التحدث به كلما رؤيت وليس بواجب كما فى الهداية وغيرها ، وهذا إذا كانت مما لايؤكل ، فإن كانت تؤكل جاز أكلها عنده ؛ وقالا : تحرق أيضا ، فإن كانت الدابة لغير الواطئ يطالب صاحبها أن يدفعها إليه بالقيمة ثم تذبح ، هكذا قالوا ولا يعرف ذلك إلا سماعا فيحمل عليه زيلعى ونهر (قوله الظاهر أنه يطالب ندبا الخ) أى قولهم يطالب صاحبها أن يدفعها إلى الواطئ ليس على طريق الجبر . وعبارة النهر : والظاهر أنه يطالب على وجه الندب ، ولذا قال فى الخانية كان لصاحبها أن يدفعها إليه بالقيمة اهـ . وعبارة البحر : والظاهر لايجبر على دفعها .

[تنبيه] لو مكنت امرأة قردا من نفسها فوطئها كان حكمها كإتيان البهائم جوهرة أى فى أنها لاحد عليها بل تعزر . وهل يذبح القرد أيضا ؛ مقتضى التعليل بقطع امتداد التحدث نعم فتأمل (قوله خبر الواحد كاف الخ) جملة معترضة بين القول ومقوله ، والأولى ذكرها بعد هى عرسك لئلا يوهم أنها مقولة القول ، والمراد أن تعبير المصنف كالكنز بقيل أولى من تعبير القدورى بقالن .

مطلب فيمن وطء من زفت إليه

[تنبيه] مقتضى هذا كله أنه لايسقط الحد بمجرد الزفاف وأنه لابد من أن ينضم إليه الإخبار بأنها زوجته ويلزم عليه أن من زفت إليه زوجته ليلة عرسه ولم يكن يعرفها أنه لايحل له وطؤها مالم تقل له واحدة أو أكثر إنها زوجتك ، وهو خلاف الواقع بين الناس ، وفيه حرج عظيم لأنه يلزم منه تأثيم الأمة . والظاهر أنه يحل وطؤها بدون إخبار ولا سيما إذ أحضرها النساء من أهله وجيرانه إلى بيته وجليت على المنصة(١) ثم زفت إليه ، فإن احتمال غلط النساء فيها وأنها غيرها أبعد مايكون ، ومع هذا لو فرض الغلط وقد وطئها على ظن أنها زوجته وأنها تحل له فوجوب الحد عليه إذا لم يقل له أحد إنها زوجتك فى غاية البعد أيضا ، إذ لاشك أن هذه الشبهة أقوى من شبهة العقد على أمه أو بنته وظنه حلها له ، وأقوى من ظنه حل أمة أبويه ونحوها ، وكذا من وجدها على فراشه ليلا على ماصححه أبو الليث . ورأيت فى الخانية : رجل زفت إليه غير امرأته ولم يكن رآها قبل ذلك فوطئها كان عليه المهر ولا حد عليه اهـ وظاهره أن الإخبار غير شرط . وأظهر منه ما فى كافى الحاكم الشهيد : رجل تزوج فزفت إليه أخرى فوطئها لاحد عليه ولا على قاذفه .

رجل فجر بامرأة ثم قال حسبتها امرأتى قال عليه الحد ، وليست هذه كالأولى لأن الزفاف شبهة ؛ ألا ترى أنها إذا جاءت بولد ثبت نسبه منه ، وإن جاءت هذه التى فجر بها بولد لم يثبت نسبه منه اهـ فقوله لأن الزفاف شبهة صريح فى أن نفس الزفاف شبهة مسقطة للحد بدون إخبار ، فهذا نص الكافى ، وهو الجامع لكتب ظاهر الرواية ، فالظاهر أن ما فى المتون رواية أخرى ، أو هو محمول على ما إذا لم تقم قرينة ظاهرة من عرس تجتمع فيه النساء أو من إرسال من تأتى بها إليه أو نحو ذلك مما يزيد على الإخبار ، فلو لم يكن شىء من ذلك كما إذا تزوج امرأة ثم بعد مدة أدخلت عليه امرأة فى بيته ولم يعلم أنها التى عقد عليها أو غيرها ولكنه ظن أنها هى فوطئها فهنا لابد من إخبار واحدة أو أكثر بأنها زوجته وإلا لزمه الحد ، هذا ماظهر لى ، ولم أر من تعرض له ، والله تعالى

---

(١) (قوله المنصة) بكسر الميم وبالصاد المهملة المشددة : هو الكرسى الذى تقف عليه العروس فى جلائها مصباح اهـ منه .

فى كل مايعمل فيه بقول النساء بحر (هى عرسك وعليه مهرها) بذلك قضى عمر رضى الله عنه وبالعدة (أو) بوطء (دبر) وقالا : إن فعل فى الأجانب حد . وإن فى عبده أو أمته أو زوجته فلا حد إجماعا بل يعزر : قال فى الدرر بنحو الإحراق بالنار وهدم الجدار والتنكيس من محل مرتفع باتباع الأحجار . وفى الحاوى والجلد أصح وفى الفتح يعزر ويسجن حتى يموت أو يتوب ؛ و و اعتاد اللواطة قتله الإمام سياسة .

قال : وفى النهر معزيا للبحر : التقييد بالإمام يفهم أن القاضى ليس له الحكم بالسياسة .

[فرع] فى الجوهرة : الاستمناء حرام . وفيه التعزير . ولو مكن امرأته أو أمته من العبث بذكره فأنزل كره ولا شيء عليه

أعلم (قوله وعليه مهرها) أى ويكون لها كما قضى به على رضى الله عنه ؛ وهو المختار لأن الوطء كالجناية عليها لا لبيت المال كما قضى به عمر رضى الله عنه ، وكأنه جعله حق الشرع عوضا عن الحد ؛ وتمامه فى الزيلعى وغيره (قوله بذلك قضى عمر) كذا وقع في الدرر ، وصوابه علىّ . وفى العزمية أنه سهو ظاهر .

مطلب فى وطء الدبر

(قوله أو بوطء دبر) أطلقه فشمل دبر الصبى والزوجة والأمة فإنه لاحد عليه مطلقا عند الإمام منح ويعزر هداية (قوله حد) فهو عندهما كالزنا فى الحكم فيجلد جلدا إن لم يكن أحصن ، ورجما إن أحصن نهر .

مطلب فى حكم اللواطة

(قوله بنحو الإحراق الخ) متعلق بقوله يعزر . وعبارة الدرر : فعند أبى حنيفة يعزر بأمثال هذه الأمور . واعترضه فى النهر بأن الذى ذكره غيره تقييد قتله بما إذا اعتاد ذلك . قال فى الزيادات : والرأى إلى الإمام فيما إذا اعتاد ذلك ، إن شاء قتله ، وإن شاء ضربه وحبسه . ثم نقل عبارة الفتح المذكورة فى الشرح ، وكذا اعترضه فى الشرنبلالية بكلام الفتح . وفي الأشباه من أحكام غيبوبة الحشفة : ولا يحد عند الإمام إلا إلا إذا تكرر فيقتل على المفتى به اه . قال البيرى : والظاهر أنه يقتل فى المرة الثانية لصدق التكرار عليه اه . ثم ظاهر عبارة الشارح أنه يعزر بالإحراق ونحوه ولو فى عبده ونحوه ، وهو صريح مافى الفتح حيث قال : ولو فعل هذا بعبده أو أمته أو زوجته بنكاح صحيح أو فاسد لا يحد إجماعا كذا فى الكافى ؛ نعم فيه ماذكرنا من التعزير والقتل لمن اعتاده (قوله والتنكيس الخ) قال فى الفتح : وكان مأخذ هذا أن قوم لوط أهلكوا بذلك حيث حملت قراهم ونكست بهم ، ولا شك فى اتباع الهدم بهم وهم نازلون (قوله وفى الحاوى) أى الحاوى القدسى . وعبارته : وتكلموا فى هذا التعزير من الجلد ورميه من أعلى موضع وحبسه فى أنتن بقعة وغير ذلك سوى الإخصاء والجب والجلد أصح اه وسكت عليه فى البحر والنهر فتأمل (قوله التقييد بالإمام الخ) فيه كلام قدمناه قبل هذا الباب (قوله الاستمناء حرام) أى بالكف إذا كان لاستجلاب الشهوة ، أما إذا غلبته الشهوة وليس له زوجة ولا أمة ففعل ذلك لتسكينها فالرجاء أنه لا وبال عليه كما قاله أبو الليث ، ويجب لو خاف الزنا (قوله كره) الظاهر أنها كراهة تنزيه لأن ذلك بمنزلة مالو أنزل بتفخيذ أو تبطين تأمل ، وقدمنا عن المعراج فى باب مفسدات الصوم : يجوز أن يستمنى بيد زوجته أو خادمته ، وانظر ماكتبناه هناك (قوله ولا شيء عليه) أى من حد وتعزير ، وكذا من إثم على ماقلناه .

(ولا تكون) اللواطة (فى الجنة على الصحيح) لأنه تعالى استقبحها وسماها خبيثة ، والجنة منزهة عنها فتح . وفى الأشباه : حرمتها عقلية فلا وجود لها فى الجنة . وقيل سمعية فتوجد . وقيل يخلق الله تعالى طائفة نصفهم الأعلى كالذكور والأسفل كالإناث . والصحيح الأول . وفى البحر حرمتها أشد من الزنا لحرمتها عقلا وشرعا وطبعا ، والزنا ليس بحرام طبعا ، وتزول حرمته بتزوج وشراء بخلافها ، وعدم الحد عنده لا لخفتها بل للتغليظ لأنه مطهر على قول . وفى المجتبى : يكفر مستحلها عند الجمهور (أو زنى فى دار الحرب أو البغى) إلا إذا زنى فى عسكر لأميره ولاية الإقامة هداية .

مطلب لا تكون اللواطة فى الجنة

(قوله ولا تكون اللواطة فى الجنة) قال السيوطى : قال ابن عقيل الحنبلى : جرت مسألة بين أبى على بن الوليد المعتزلى وبين أبى يوسف القزوينى فى ذلك . فقال ابن الوليد : لا يمنع أن يجعل ذلك من جملة اللذات فى الجنة لزوال المفسدة لأنه إنما منع فى الدنيا لما فيه من قطع النسل وكونه محلا للأذى وليس فى الجنة ذلك ، ولهذا أبيح شرب الخمر لما ليس فيه من السكر وغاية العربدة وزوال العقل فلذلك لم يمنع من الالتذاذ بها . فقال أبو يوسف : الميل إلى الذكور عاهة ، وهو قبيح فى نفسه ، لأنه محل لم يخلق للوطء ، ولهذا لم يبح فى شريعة ، بخلاف الخمر وهو مخرج الحدث والجنة نزهت عن العاهات . فقال ابن الوليد : العاهة هى التلويث بالأذى ، فإذن لم يبق إلا مجرد الالتذاذ اهـ كلامه رملى على المنح (قوله حرمتها عقلية) الظاهر أن المراد بالحرمة هنا القبح إطلاقا لاسم المسبب على السبب أى قبحها عقلى ، بمعنى أنه يدرك بالعقل وإن لم يرد به الشرع كالظلم والكفر ، لأن مذهبنا أنه لا يحرم بالعقل شىء أى لا يكون العقل حاكما بحرمته ، وإنما ذلك لله تعالى ، بل العقل مدرك لحسن بعض المأمورات وقبح بعض المنهيات فيأتى الشرع حاكما بوفق ذلك فيأمر بالحسن وينهى عن القبيح . وعند المعتزلة يجب ماحسن عقلا ويحرم ماقبح وإن لم يرد الشرع بوجوبه أو حرمته . فالعقل عندهم هو المثبت وعندنا المثبت هو الشرع والعقل آلة لإدراك الحسن والقبح قبل الشرع ، وعند الأشاعرة لا حظ للعقل قبل الشرع بل العقل تابع للشرع ، فما أمر به الشرع يعلم بالعقل أنه حسن ، وما نهى عنه يعلم أنه قبيح ، وتمام أبحاث المسألة يعلم من كتب الأصول ومن حواشينا على شرح المنار (قوله وقيل سمعية) أى لا يستقل العقل بادراك قبحها قبل ورود الدليل السمعى (قوله فتوجد) أى يمكن أن توجد (قوله وقيل يخلق الله تعالى الخ) هذا خارج عن محل النزاع ، لأن الكلام فى الإتيان فى الدبر (قوله والصحيح الأول) هو أنه لا وجود لها فى الجنة (قوله لحرمتها) أى قبحها كما مر (قوله وتزول حرمته الخ) وجه آخر لبيان أشدية اللواطة ، وهو أن وطء الذكر لا يمكن زوال حرمته بخلاف وطء الأنثى فإنه يمكن بتزوجها أو شرائها (قوله لأنه مطهر على قول) أى قول كثير من العلماء وإن كان خلاف مذهبنا كما مر (قوله يكفر مستحلها) قدم الشارح فى باب الحيض الخلاف فى كفر مستحل وطء الحائض ووطء الدبر ، ثم وفق بما فى التتارخانية عن السراجية : اللواطة بمملوكه أو مملوكته أو امرأته حرام ، إلا أنه لو استحله لا يكفر قاله حسام الدين اهـ أى فيحمل القول بكفره على ما إذا استحل اللواطة بأجنبى ، بخلاف غيره ؛ لكن فى الشرنبلالية أن هذا يعلم ولا يعلم أى لئلا يتجرأ الفسقة عليه بظنهم حله .

[تتمة] للواطة أحكام أخر : لا يجب بها المهر ولا العدة فى النكاح الفاسد ولا فى المأتى بها لشبهة ، ولا يحصل بها التحليل للزوج الأول . ولا تثبت بها الرجعة ولا حرمة المصاهرة عند الأكثر ، ولا الكفارة فى رمضان فى رواية . ولو قذف بها لا يحد خلافا لهما ، ولا يلاعن خلافا لهما بحر ، وهو مأخوذ من المجتبى . وزاد ما فى الشرنبلالية عن السراج : يكفى فى الشهادة عليها عدلان لا أربعة خلافا لهما (قوله إلا إذا زنى الخ) يعنى أن ما فى المتن خاص

(ولا) حد (بزنا غير مكلف بمكلفة مطلقا) لاعليه ولا عليها (وفى عكسه حد) فقط .
(ولا) حد (بالزنا بالمستأجرة له) أى للزنا . والحق وجوب الحد كالمستأجرة للخدمة فتح (ولا بالزنا بإكراه و) لا (بإقرار إن أنكر الآخر) للشبهة ، وكذا لو قال اشتريتها ولو حرة مجتبى .

بما إذا خرج من عسكر من له ولاية إقامة الحدود فدخل دار الحرب وزنى ثم عاد ، أو كان مع أمير سرية أو أمير عسكر فزنى ثمة ،أو كان تاجرا أو أسيرا . أما لو زنى مع عسكر من له ولاية إقامة الحد فإنه يحد ، بخلاف أمير العسكر أو السرية لأنه إنما فوض لهما تدبير الحرب لا إقامة الحدود ، وولاية الإمام منقطعة ثمة كما فى الفتح شرنبلالية (قوله لا عليه ولا عليها) لأن فعل الرجل أصل فى الزنا والمرأة تابعة له ، وامتناع الحد فى حق الأصل يوجب امتناعه فى حق التبع نهر ، وكذا لا عقر عليه ، لأنه لو لزمه لرجع به الولى عليها لأمرها له بمطاوعتها له ، بخلاف مالوزنى الصبي بصبية أو بمكرهة فإنه يجب عليه العقر كما فى الفتح شرنبلالية (قوله والحق وجوب الحد) أى كما هو قولهما ، وهذا بحث لصاحب الفتح ، وسكت عليه فى النهر والمتون والشروح على قول الإمام (قوله ولا بالزنا بإكراه) هذا مارجع إليه الإمام ، وكان أولا يقول إن الرجل يحد لأنه لايتصور إلا بإنتشار الآلة ؛ وهو آية الطواعية ، بخلاف المرأة فلا تحد إجماعا ،وأطلق فشمل الإكراه من غير السلطان على قولهما المفتى به من تحققه من غيره ، وهو اختلاف عصر وزمان ؛ وتمامه فى البحر . قال ط : والمراد أنه لايجب على الزانى المكره ؛ فلو زنى مكرها بمطاوعة وجب عليها الحد كما فى حاشية الشلبي (قوله ولا بإقرار إن أنكره الآخر) أى لو أقر أحدهما بالزنا أربع مرات فى أربع مجالس وأنكر الآخر ، سواء ادعى المنكر النكاح أو لم يدعه لايحد المقر خلافا لهما فى الثانية لانتفاء الحد عن المنكر بدليل موجب للنفى عنه فأورث شبهة فى حق المقر لأن الزنا فعل واحد يتم بهما ؛ فإذا تمكنت فيه شبهة تعدت إلى طرفيه لأنه ما أطلق بل أقر بالزنا بمن درأ الشرع الحد عنه ؛ بخلاف مالو أطلق وقال زنيت فإنه لا موجب شرعي يدفعه ، ومثله لو أقر بالزنا بغائبة لأنه لم ينتف فى حقها بما يوجب النفى وهو الإنكار ، ولذا لو حضرت وأقرت تحد ، فظهر أن الاعتبار للإنكار لا للغيبة فتح ملخصا .

قلت : ويظهر من هذا أن السكوت لايقوم مقام الإنكار تأمل ، نعم تقدم أنه لو أقر بالزنا بخرساء لايحد لاحتمال أنها لو كانت تتكلم لأبدت مسقطا ، وقدمنا فى الباب السابق الفرق بينها وبين الغائبة .

[تنبيه] حيث سقط الحد يجب لها المهر وإن أقرت هى بالزنا وادعى النكاح ، لأنه لما سقط الحد صارت مكذبة شرعا ، ثم لو أنكرت الزنا ولم تدع النكاح وادعت على الرجل حد القذف فإنه يحد له ولا يحد للزنا ، وتمامه فى الفتح (قوله وكذا لو قال اشتريتها ولو حرة) أى ولو كانت حرة لايحد ، لأنه لم يقر بالزنا حيث ادعى الملك وفى كافى الحاكم : زنى بأمة ثم قال اشتريتها شراء فاسدا ، أو على أن للبائع فيه الخيار ، أو ادعى صدقة أو هبة وكذبه صاحبها ولم يكن له بينة درئ عنه الحد اه . وفى التاترخانية عن شرح الطحاوى : شهد عليه أربعة بالزنا وأثبتوه ثم ادعى شبهة فقال ظننت أنها امرأتى لايسقط الحد ؛ ولو قال هى امرأتى أو أمتى لاحد عليه ولا على الشهود اه . وفى البحر لو ادعى أنها زوجته فلا حد وإن كانت زوجة للغير ولا يكلف إقامة البينة للشبهة ، كما لو ادعى السارق أن العين ملكه سقط الحد بمجرد دعواه اه وتقدمت هذه متنا فى الباب السابق .

قلت : وانظر وجه الفرق بين قوله ظننت أنها امرأتى وقوله هى امرأتى ، ولعل وجهه أن قوله ظننت يدل على إقراره بأنها أجنبية عنه فكان إقرارا بالزنا بأجنبية ؛ بخلاف قوله هى امرأتى أو اشتريتها ونحوه فإنه جازم به وبأن فعله غير زنا فتأمل . بقى هنا شئ وهو أن الشبهة فى هذه المسائل وفى مسألة المتن التى قبلها لم أر من ذكر أنها من أى أقسام الشبه الثلاثة ، وظاهر كلامهم أنها خارجة عنها . ووجهه أنه فى هذه المسائل يدعى حقيقة الملك الذى

(وفى قتل أمة بزناها الحد) بالزنا والقيمة بالقتل ، ولو أذهب عينيها لزمه قيمتها وسقط الحد لتملكه الجثة العمياء فأورث شبهة هداية . وتفصيل مالو أفضاها فى الشرح .

(ولو غصبها ثم زنى بها ثم ضمن قيمتها فلا حد عليه) اتفاقا (بخلاف مالو زنى بها) ثم غصبها ثم ضمن قيمتها كما لو زنى بحرة ثم نكحها لايسقط الحد اتفاقا فتح .

لو ثبت لم يكن وطؤه فيه محرما بخلاف تلك الأقسام . والظاهر أن النسب هنا لايثبت وأن الفعل تمحض زنا ، وإنما سقط الحد لشبهة صدقه فى دعواه الملك بالعقد أو بالشراء ونحوه ، وبهذا لايثبت النسب لأن الملك ثابت لغيره وعلى هذا فيمكن دخولها فى شبهة الفعل وهى شبهة الاشتباه لأن مرجعها إلى أنه اشتبه عليه الأمر بظنه الحل ، والله سبحانه أعلم (قوله وفى قتل أمة بزناها) هذا عندهما . وأما عند أبى يوسف فعليه القيمة لا الحد لأنه لم يبق زنا حيث اتصل بالموت كما فى المحيط قهستانى .

قلت : وصحح فى الخانية قول أبى يوسف ، لكن المتون والشروح على الأول بل ماذكر عن أبى يوسف هو رواية عنه لا قوله ، وهى خلاف ظاهر الرواية عنه كما أوضحه فى الفتح (قوله الحد بالزنا والقيمة بالقتل) أشار إلى توجيه وجوب الحد والقيمة بأنهما جنايتان مختلفتان بموجبين مختلفين ط (قوله ولو أذهب عينيها) كذا فى البحر وغيره والأظهر عينها بالتثنية ليلزم كل القيمة لكنه مفرد مضاف فيعم بقرينة قوله الجثة العمياء (قوله فأورث شبهة) أى فى ملك المنافع تبعا فيندرئ عنه الحد ، بخلاف مامر ، فإن الجثة فائتة بالقتل فلا تملك بعد الموت ، وتمامه فى الفتح (قوله وتفصيل مالو أفضاها فى الشرح) أى شرح المصنف .

وحاصله أنه إن أفضاها وهى كبيرة مطاوعة بلا دعوى شبهة حد ، ولا عقر عليه لرضاها به ، ولا مهر لوجوب الحد ، وإن كان مع دعوى شبهة فلا حد ويجب العقر ، وإن كانت مكرهة ولم يدع شبهة لزمه الحد لا المهر ، وضمن ثلث الدية إن استمسك بولها وإلا فكلها لتفويته جنس المنفعة على الكمال ، وإن ادعى شبهة فلا حد ، ثم إن استمسك فعليه ثلث الدية ويجب المهر فى ظاهر الرواية ، وإن لم يستمسك فكل الدية ولا مهر خلافا لمحمد ، وإن أفضاها وهى صغيرة ، فإن كانت يجامع مثلها فكالكبيرة إلا فى حق سقوط الأرش برضاها ، وإلا فلا حد ولزمه ثلث الدية والمهر كاملا إن استمسك بولها وإلا فكل الدية دون المهر خلافا لمحمد لدخول ضمان الجزء لضمان الكل ، كما لو قطع أصبع إنسان ثم كفه قبل البرء اه (قوله فلا حد عليه اتفاقا) لأنه ملكها بالضمان فأورث شبهة فى ملك المنافع أخذا مما مر وهذا إذا لم تمت .

ففى الجوهرة : ولو غصب أمة فزنى بها فماتت من ذلك أو غصب حرة ثيبا فزنى بها فماتت من ذلك ، قال أبو حنيفة عليه الحد فى الوجهين مع دية الحرة وقيمة الأمة أما الحرة فلا إشكال فيها لأنها لا تملك بدفع الدية ، وأما الأمة فإنها تملك بالقيمة إلا أن الضمان وجب بعد الموت والميت لايصلح تملكه (قوله كما لو زنى بحرة) تقدمت متنا فى الباب السابق عند قوله وندب تلقينه (قوله لايسقط الحد) أى فى المسألتين لعدم الشبهة وقت الفعل كما ذكره الشارح هناك ، وقوله اتفاقا ذكره فى الفتح عن جامع قاضيخان فى المسألة الأخيرة ، وقدم الشارح أنه الأصح ، ومفادة الخلاف . وذكر فى البحر هناك عن المحيط : لو تزوج المزنى بها أو اشتراها لايسقط الحد فى ظاهر الرواية لأنه لاشبهة له وقت الفعل اه ثم ذكر فى أول هذا الباب عن الظهيرية خلافا فى المسألتين هو أنه لاحد فيهما عنده بل عند أبى يوسف . وروى الخلاف بالعكس ، وروى الحسن عن الإمام أنه لاحد فى الشراء بل فى التزوج لأنه بالشراء يملك عينها ، بخلاف التزوج .

(والخليفة) الذى لا والى فوقه (يؤخذ بالقصاص والأموال) لأنهما من حقوق العباد ، فيستوفيه ولى الحق إما بتمكينه أو بمنعة المسلمين ، وبه علم أن القضاء ليس بشرط لاستيفاء القصاص والأموال بل للتمكين فتح (ولايحد) ولو لقذف لغلبة حق الله تعالى وإقامته إليه ولا ولاية لأحد عليه (بخلاف أمير البلدة) فإنه يحد بأمر الإمام ، والله أعلم .

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

(شهدوا بحد متقادم بلا عذر) كرض أو بعد مسافة أو خوف أو خوف طريق (لم تقبل) للتهمة (إلا فى حد القذف) إذ فيه حق العبد (ويضمن المال المسروق) لأنه حق العبد فلا يسقط بالتقادم (ولو أقر به) أى بالحد

قلت : ومسألة الغصب الثانية التى ذكرها المصنف توافق ظاهر الرواية (قوله أما بتمكينه) أى تمكين الخليفة ولى الحق من الاستيفاء (قوله وبه علم الخ) لأنه لم يشترط القضاء هنا ، فلو قتل الولى القاتل قبل القضاء لم يضمن وكذا لو أخذ ماله من غاصبه ، بخلاف مالو قتل أحد الزانى قبل القضاء برجمه فإنه يضمن كامر ،لأن القضاء شرطه (قوله ولا ولاية لأحد عليه) أى ليستوفيه .

وفائدة الإيجاب الاستيفاء ، فإذا تعذر لم يجب . وأورد عليه ما المانع من أن يولى غيره الحكم بما يثبت عنده كما فى الأموال ، قيل ولا مخلص إلا إن ادعى أن قوله تعالى – فاجلدوا – يفهم أن الخطاب للإمام أن يجلد غيره وقد يقال أين دليل إيجاب الاستنابة فتح ، والله سبحانه أعلم .

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

تقدم أن الزنا يثبت بالإقرار والبينة ، وقدم كيفية ثبوته بالأول لأن الثانى أندر نادر لضيق شروطه . وأيضا لم يثبت عنده صلى الله عليه وسلم ولا عند أصحابه بعده إلا بالإقرار كما فى الفتح (قوله شهدوا بحد متقادم) أى بسبب حد لأنه المشهود به لانفس الحد اهـ ح أى ففى التعبير تساهل كما فى الفتح (قوله للتهمة) لأن الشاهد مخير بين أداء الشهادة والستر ، فالتأخير إن كان لاختيار الستر فالإقدام على الأداء بعده لعداوة حركته فيتهم فيها وإن كان لا للستر يصير فاسقا آثما فتيقنا بالمانع ، بخلاف الإقرار لأن الإنسان لايعادى نفسه هداية . وأورد على قوله يصير فاسقا بأن ذلك لو كان الأداء واجبا وليس كذلك ، إلا أن يجاب بأن سقوط الوجوب لأجل الستر فإذا أدى لم يوجد موضع الرخصة المسقطة للوجوب تأمل (قوله إذ فيه حق العبد الخ) أى وإن كان الغالب فيه حق الله تعالى اهـ ح .

قال فى الهداية : فحد الزنا والشرب والسرقة خالص حقه تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الإقرار فيكون التقادم فيه مانعا . وحد القذف فيه حق العبد ، لما فيه من دفع العار عنه ولهذا لايصح رجوعه بعد الإقرار ، والتقادم غير مانع فى حقوق العباد ، ولأن الدعوى فيه شرط ، فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم بخلاف السرقة لأن الدعوى ليست بشرط للحد لأنه خالص حقه تعالى على مامر ، وإنما تشترط للمال هداية .

وحاصله أن فى السرقة أمرين الحد والمال ، وإنما تشترط الدعوى للزوم المال لا للزوم الحد ، ولذا ثبت المال بها بعد التقادم لأنه لايبطل به ، بخلاف الحد (قوله ويضمن المال الخ) عطف على قوله لم تقبل . قال فى البحر : وقولهم بضمان المال مع تصريحهم بوجود التهمة فى شهادتهم مع التقادم مشكل ، لأنه لا شهادة للمتهم ولو بالمال ، إلا أن يقال إنها غير محققة ، وإنما الموجود الشبهة اهـ أى إنما سقط الحد لاحتمال العداوة ، وذلك غير محقق لكنه يصير شبهة يسقط بها الحد دون المال (قوله لأنه حق العبد) ولأن تأخير الشهادة لتأخير الدعوى لايوجب فسقا ،

(مع التقادم حد) لانتفاء التهمة (إلا فى الشرب) كما سيجىء (وتقادمه بزوال الريح ، ولغيره بمضى شهر) هو الأصح .

(ولو شهدوا بزنا متقادم حد الشهود عند البعض ، وقيل لا) كذا فى الخانية .

(شهدوا على زناه بغائبة حد ، ولو على سرقة من غائب لا) لشرطية الدعوى فى السرقة دون الزنا .

(أقر بالزنا بمجهولة حد ، وإن شهدوا عليه بذلك لا) لاحتمال أنها امرأته أو أمته (لاختلافهم فى طوعها أو فى البلد ؛ ولو) كان (على كل زنا أربعة) لكذب أحد الفريقين ، يعنى إن ذكروا وقتا واحدا وتباعد المكانان

وينبغى أنهم لو أخروا الشهادة لا لتأخير الدعوى أن لاتقبل فى حق المال أيضا كما فى الفتح نهر (قوله لانتفاء التهمة) لأن الإنسان لايعادى نفسه كما مر (قوله إلا فى الشرب) فإن التقادم فيه يبطل الإقرار عند أبى حنيفة وأبى يوسف بحر عن غاية البيان ، وأما عند محمد فلا يبطله ، وسيجىء تصحيحه فى بابه (قوله هو الأصح) اعلم أن التقادم عند الإمام مفوض إلى رأى القاضى فى كل عصر ، لكن الأصح ماعن محمد أنه مقدر بشهر ، وهو مروى عنهما أيضا . وقد اعتبره محمد فى شرب الخمر أيضا . وعندهما هو مقدر بزوال الرائحة ، وجزم به فى الكنز فى بابه ، فظاهره كغيره أنه المختار . فعلم أن الأصح اعتبار الشهر إلا فى الشرب بحر ، وبه ظهر أن ماذكره المصنف ليس قول محمد على إطلاقه بل هو ماش على قولهما فى الشرب . وعلى قول محمد فى غيره فافهم (قوله وقيل لا) أقول هذا هو المذهب لأنه هو المذكور فى كافى الحاكم الشهيد ، حيث قال : وإذا شهد الشهود على رجل بزنا قديم لم آخذ بشهادتهم ولا أحدهم اهـ ولذا قال الكرخى إنه الظاهر : أى ظاهر الرواية . وعلله فى العناية بأن عددهم متكامل وأهلية الشهادة موجودة وذلك يمنع أن يكون كلامهم قذفا (قوله بغائبة) أى والشهود يعرفونها ، إذ لاحد عليه بعدم معرفتها كما يأتى شرنبلالية (قوله ولو على سرقة) مثلها القذف كما يشير إليه تعليله ح (قوله لشرطية الدعوى الخ) أى أنها شرط للعمل بالبينة ، لأن الشهادة بالسرقة تتضمن الشهادة بملك المسروق للمسروق منه فلا تقبل بلا دعوى ، وليست شرطا لثبوت الزنا عند القاضى ولايقال : يحتمل أن الغائبة لو حضرت تدعى النكاح فيسقط الحد . لأنا نقول دعواها النكاح شبهة واحتمال دعواها ذلك شبهة الشبهة فلا تعتبر وإلا أدى إلى نفى كل حد لأن ثبوته بالبينة أو الإقرار . ويحتمل أن يرجع المقر أو الشهود وذلك لايعتبر ، لأن نفس هذا الرجوع شبهة واحتماله شبهة الشبهة أفاده فى الفتح (قوله حد) لأنه لايخفى عليه من له فيها شبهة فإنه كما لايقر على نفسه كاذبا لايقر على نفسه حال الاشتباه فلما أقر بالزنا كان فرع علمه أنها لم تشتبه عليه ، وصار معنى قوله لم أعرفها أى باسمها ونسبها ، ولكن علمت بأنها أجنبية ، فكان هذا كالمنصوص عليه ، بخلاف الشاهد فإنه يجوز أن يشهد على من تشتبه عليه فلايكون قول الشاهد لاأعرفها موجبا للحد فتح (قوله لاحتمال أنها امرأته أو أمته) لو قال لاحتمال أن يكون له فيها شبهة لكان أعم اهـ ح . وفى كافى الحاكم : وإن قال المشهود عليه إن التى رأوها معى ليست لى بامرأة ولا خادم لم يحد أيضا لتصور أن تكون أمة ابنه أو منكوحته نكاحا فاسدا بحر (قوله كاختلافهم فى طوعها) بأن شهد اثنان أنه أكرهها وآخران أنها طاوعته لم يحدا عنده . وقالا : يحد الرجل لاتفاقهم على أنه زنى ، وتفرد اثنان منهم بزيادة جناية وهى الإكراه وله أنه زناءان مختلفان لم يكمل فى كل نصاب ، لأن زناها طوعا غير مكرهة فلا حد ولأن الطوع يقتضى اشتراكهما فى الفعل والكره يقتضى تفرده فكانا غيرين ولم يوجد فى كل نصاب . ثم إن اتفاق الشهود على النسبة إلى الزنا بلفظ الشهادة مخرج لكلامهم من أن يكون قذفا ، وتمامه فى الزيلعى (قوله ولو على كل زنا أربعة) راجع لقوله أو فى البلد كما اقتضاه كلام الشراح فى تصويرهم المسألة وتعليلهم بامتناع فعل واحد فى ساعة واحدة فى مكانين

وإلا قبات فتح (ولو اختلفوا فى) زاويتى (بيت واحد صغير جدا) أى الرجل والمرأة استحسانا لإمكان التوفيق .

(ولو شهدوا على زناها و) لكن (هى بكر) أو رتقاء أو قرناء (أو هم فسقة أو شهدوا على شهادة أربعة وإن) وصلية (شهد الأصول) بعد ذلك (لم يحد أحد) وكذا لو شهدوا على زناه فوجد مجبوبا .

(ولو شهدوا بالزنا و) لكن (هم عميان أو محدودون فى قذف أو ثلاثة أو أحدهم محدود أو عبد أو وجد أحدهم كذلك بعد إقامة الحد حدوا) للقذف إن طلبه المقذوف (وأرش جلده) وإن مات منه (هدر)

متباينين فتيقنا بكذب أحد الفريقين وظاهره أنه لو شهد أربعة بالطوع وأربعة بالإكراه يحدان، وبه جزم محشى مسكين معللا بعدم التيقن بكذب أحد الفريقين حيث لم يذكروا وقتا واحدا ، وجزم ح بأن لاحد لما مر أول الباب السابق من أن الحد يسقط فى دعوى الإكراه إذا برهن . قال : ومعلوم أن ذلك بعد ثبوت الحد عليه بالبينة والبينة المثبتة للحد لابد وأن تشهد بالطوع اه .

قلت : هذا إنما يظهر إذ ذكروا وقتا واحدا وإلا فيمكن حمله على فعلين أحدهما بالإكراه والآخر بالطوع وأما مامر فى الباب السابق فهو فيما إذا شهد أربعة على زناه طوعا وأقام شاهدين على الإكراه فى ذلك الفعل بعينه لامطلقا فيندرئ الحد عنه لشبهة فافهم ، والله سبحانه أعلم (قوله وإلا) بأن اتحد الوقت وتقارب المكانان أو اختلف الوقت وتباعد المكانان ، أو تقاربا ح (قوله فى زاويتى بيت) أى جانبيه (قوله لإمكان التوفيق) بأن يكون ابتداء الفعل فى زاوية والانتهاء فى أخرى بالاضطراب والحركة بحر . لايقال : هذا توفيق لإقامة الحد والواجب درؤه بأن التوفيق مشروع صيانة للقضاء عن التعطيل ، إذ لو شهد أربعة قبلوا مع احتمال شهادة كل منهم فى وقت آخر ، وقبولهم مبنى على الاتحاد وإن لم ينصوا عليه ؛ أفاده فى الفتح (قوله ولكن هى بكر) إقحام الشارح لفظة لكن غير ظاهر لأن الواو فى كلام المصنف واو الحال والجملة حالية . وكذا قوله بعده ولكن هم عميان كما أفاده ط (قوله لم يحد أحد) أى من الشهود والمشهود عليهما فى المسائل الثلاث .

أما الأولى فلأن الزنا لايتحقق مع بقاء البكارة ونحوه فلا يحدان لظهور الكذب ، ولا الشهود لأن ثبوت البكارة ونحوها بقول امرأة أو أكثر حجة فى إسقاط الحد لافى إيجابه .

وأما الثانية فلم يحد لاشتراط العدالة لثبوت الزنا ولا الشهود سواء علم فسقهم فى الابتداء أو ظهر بعده ، لأن الفاسق من أهل الأداء والتحمل وإن كان فى أدائه نوع قصور لتهمة الفسق ، ولذا لو قضى بشهادته ينفذ عندنا فيثبت بشهادتهم شبهة الزنا فسقط الحد عنهم ، ولذا لايحد القاذف لو أقام أربعة من الفساق على زنا المقذوف .

وأما الثالثة فلأن الشهادة على الشهادة لاتجوز فى الحدود لزيادة الشبهة باحتمال الكذب فى موضعين فى الأصول وفى الفروع ، ولايحد الفروع لأن الحاكى للقذف غير قاذف وكذا الأصول بالأولى ، ولو شهدوا بعد الفروع لرد شهادتهم من وجه برد شهادة الفروع اه ملخصا من البحر (قوله فوجد مجبوبا) وجه عدم حد الشهود فيه يؤخذ مما عللوا به أيضا فى البكارة والرتق وهو تكامل عددهم ولفظ الشهادة ، ثم رأيته كذلك فى الدرر فافهم . وأيضا سيأتى أن المجبوب لاحد على قاذفه وبه علل المسألة هنا الحاكم فى الكافى (قوله عميان) أى أو عبيدا أو صبيان أو مجانين أو كفار نهر (قوله حدو القذف) أى دون المشهود عليه لعدم أهلية الشهادة فيهم أو عدم النصاب فلا يثبت الزنا (قوله وأرش جلده) أى إذا كان جرحه الجلد كما فى الهداية (قوله خلافا لهما) حيث قال إن الأرش فى بيت المال لأنه ينتقل فعل الجلاد للقاضى وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة

خلافا لهما (ودية رجمه فى بيت المال اتفاقا) ويحد من رجع من الأربعة (بعد الرجم فقط) لانقلاب شهادته بالرجوع قذفا (وغرم ربع الدية و) إن رجع (قبله) أى الرجم (حدوا) للقذف (ولا رجم) لأن الإمضاء من القضاء فى باب الحدود .

(ولا شيء على خامس) رجع بعد الرجم (فإن رجع آخر حدا وغرما ربع الدية) ولو رجع الثالث ضمن الربع ، ولو رجع الخمسة ضمنوها أخماسا حاوى .

(وضمن المزكى دية المرجوم إن ظهروا) غير أهل للشهادة (عبيدا أو كفارا) وهذا إذا أخبر المزكى

فى ،الهم . وله أن الفعل الجارح لاينتقل للقاضى لأنه لم يأمر به فيقتصر على الجلاد إلا أنه لايجب عليه الضمان فى الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الإقامة مخافة الغرامة ، ابن كمال .

وعلى هـذا الخلاف إذا رجع الشهود لايضمنون عنده . وعندهما يضمنون ، وتمامه فى الهداية والنهر . وفى العزمية عن بعض شروح الهداية : ومعرفة الأرش أن يقوّم المحدود عبدا سليما من هذا الأثر فينظر ماينقص به القيمة ينقص من الدية بمثله اه .

قلت : لـكن قوله ينقص من الدية بمثله لامحل له ، بل الظاهر أن يقال فينظر ماينقص به القيمة يؤخذ من الشهود . وبيانه أنه لو فرض أن قيمته سليما ألف وقيمته بهذه الجراحة تسعمائة تكون الجراحة نقصته مائة هى الأرش فيرجع على الشهود بها (قوله فقط) قيد لقوله يحد من رجع أى يحد الراجع فقط حد القذف دون الباقين لبقاء شهادتهم (قوله وغرم ربع الدية) لأن التالف بشهادته ربع الحق ، وكذا لو رجع الكل حدوا وغرموا الدية نهر ، وقول البحر وغرموا ربع الدية صوابه جميع الدية كما قاله الرملى (قوله وإن رجع قبله) أى الرجم سواء كان قبل القضاء أو بعده نهر (قوله حدوا للقذف) أى حد الشهود كلهم . أما إذا كان قبل القضاء فهو قول علمائنا الثلاثة لأنهم صاروا قذفة . وأما بعده فهو قولهما . وقال محمد : يحد الراجع فقط لأن الشهادة تأكدت بالقضاء فلا تنفسخ إلا فى حق الراجع . ولهما أن الإمضاء من القضاء ، ولذا سقط الحد عن المشهود عليه نهر (قوله لأن الإمضاء الخ) هذا التعليل فيما إذا كان الرجوع بعد القضاء واقتصر عليه لعدم الخلاف عند الثلاثة فيما قبله فافهم . ومعناه أن إمضاء الحد من تمام القضاء به .

وثمرته تظهر أيضا فيما إذا اعترضت أسباب الجرح أو سقوط إحصان المقذوف أو عزل القاضى كما فى المعراج (قوله حدا وغرما ربع الدية) أما الحد فلانفساخ القضاء بالرجم فى حقهما . وأما الغرم فلأن المعتبر بقاء من بقى لارجوع من رجع . وقد بقى من يبقى ببقائه ثلاثة أرباع الدية فيلزمهما الربع . فإن قيل الأول منهما حين رجع لم يلزمه شيء فكيف يجتمع عليه الحد والضمان بعد ذلك برجوع غيره . قلنا وجد منه الموجب للحد والضمان وهو قذفه وإتلافه بشهادته ، وإنما امتنع الوجوب لمانع وهو بقاء من يقوم بالحق فإذا زال المانع برجوع الثانى ظهر الوجوب ح عن الزيلعى (قوله ولو رجع الثالث ضمن الربع) وكذا الثانى والأول بحر عن الحاوى القدسى (قوله ولو رجع الخمسة) أى معا لامرتبا (قوله وضمن المزكى) أفرده لأنه لايشترط العدد فى التزكية كما فى الفتح : أى ضمن من زكى شهود الزنا إذا رجع عن التزكية وتؤخذ الدية من ماله لامن بيت المال خلافا لهما ، لأن الشهادة إنما تصير حجة بالتزكية فكانت فى معنى علة العلة فيضاف الحكم إليها بخلاف شهود الإحصان إذا رجعوا لأنه محض الشرط (قوله إن ظهروا) أى شهود الزنا (قوله عبيدا أو كفارا) بيان لقوله غير أهل ؛ أشار به إلى أن المراد به كونهم غير أهل للأداء وإن كانوا أهلا للتحمل (قوله وهذا الخ) تورّك على المصنف

بحرية الشهود وإسلامهم ثم رجع قائلا تعمدت الكذب وإلا فالدية فى بيت المال اتفاقا ولا يحدون للقذف لأنه لا يورث بحر (كما لو قتل من أمر برجمه) بعد التزكية (فظهروا كذلك غير أهل) فإن القاتل يضمن الدية استحسانا لشبهة صحة القضاء، فلو قتله قبل الأمر أو بعده قبل التزكية اقتص منه كما يقتص بقتل المقضى بقتله قصاصا ظهر الشهود عبيدا أولا لأن الاستيفاء للولى زيلعى من الردة (وإن رجم ولم يزك) الشهود (فوجدوا عبيدا فديته فى بيت المال) لامتثاله أمر الإمام فنقل فعله إليه (وإن قال شهود الزنا تعمدنا النظر قبلت)

حيث ترك كالكنز قيد الرجوع أخذا بظاهر كلام المنظومة، وقد حقق المقام فى الفتح فراجعه (قوله بحرية الشهود وإسلامهم) أى وعدالتهم، وقيد بالإخبار بذلك ليكون تزكية سواء كان بلفظ الشهادة أو بلفظ الإخبار، لأنه لو أخبر بأنهم عدول ثم ظهروا عبيدا لم يضمن اتفاقا لأنها ليست تزكية والقاضى قد أخطأ حيث اكتفى بهذا القدر بحر (قوله وإلا) أى وإن لم يرجع بل استمر على تزكيته قائلا هم أحرار مسلمون، وكذا لو قال أخطأت فتح (قوله ولا يحدون) أى الشهود، وكذا لا يضمنون بحر (قوله لأنه لا يورث) لأنهم قذفوا حيا وقد مات فلا يورث كما فى الفتح.

قلت: ولا يرد عليه المسألة المتقدمة، وهى ما إذا رجع أحد الأربعة بعد الرجم لما مر من انقلاب شهادته بالرجوع قذفا: أى لأنها حين وقعت كانت معتبرة شهادة ثم انفسخت فصارت قذفا للحال كما حققه فى الفتح هناك (قوله كما لو قتل الخ) هكذا عبر فى الدرر.

واعترض بأنه يوهم أن الضامن هو المزكى وليس كذلك بل هو القاتل، فالتشبيه بين الضمانين فقط لا دخل ما أسند إليهما. والأوضح قول الوقاية ضمن الدية من قتل المأمور برجمه أو زكى شهود زناه فظهروا عبيدا أو كفارا اهـ (قوله بعد التزكية) قيد به لأن المراد بالأمر هو الكامل، وهو أن يكون بعد استيفاء ما لابد منه نهر، ويأتى محترزه (قوله فظهروا كذلك) أما لو لم يظهروا كذلك فلا شيء على القاتل، لكنه يعزر لافتياته على الإمام بحر عن الفتح، وقدمه الشارح أول الحدود عن النهر بحثا (قوله غير أهل) بدل من قوله كذلك (قوله يضمن الدية) أى فى ماله لأنه عمد والعاقلة لا تعقل العمد، وتجب فى ثلاث سنين لأنه وجب بنفس القتل فيجب مؤجلا كالدية فتح (قوله استحسانا) والقياس وجوب القصاص لأنه قتل نفسا محقونة الدم عمدا بفعل لم يؤمر به، إذ المأمور به الرجم فلا يصير فعله منقولا إلى القضاء (قوله لشبهة صحة القضاء) أى ظاهرا لأنه حين قتله كان القضاء بالرجم صحيحا ظاهرا فأورث شبهة الإباحة (قوله قبل الأمر) أى قبل القضاء بالرجم كما عبر فى الفتح، لأن المراد بالأمر الكامل كما مر (قوله أو بعده) أى بعد الأمر قبل التزكية خطأ من القاضى بحر (قوله اقتص منه) أى فى العمد ووجب فى الخطإ الدية على عاقلته فى ثلاث سنين بحر (قوله كما يقتص الخ) التشبيه من حيث وجوب القصاص فقط. وأفاد الفرق بين المسألتين من حيث وجوب القصاص هنا وإن لم يظهر الشهود عبيدا، وذلك أن المقضى بقتله قصاصا حق الاستيفاء منه للولى، بخلاف المقضى برجمه (قوله زيلعى من الردة) أى من باب الردة وهذا العزو كذلك وقع فى البحر، وعزاه فى النهر إلى الزيلعى من الدية (قوله وإن رجم) بالبناء للمفعول: أى من أمر القاضى برجمه لو رجمه أحد (قوله فديته فى بيت المال) قال فى البحر: لم أر هل الدية تؤخذ حالا أو مؤجلة (قوله فنقل فعله إليه) أى إلى الإمام لأن الراجم فعل ما أمره به وقد ظهر عدم صحة الأمر فنقل فعله إلى الإمام وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة فى مالهم، بخلاف ما إذا قتله بغير الرجم، لأنه لم يأتمر أمره فلم ينقل فعله إليه كما أفاده فى الفتح.

لإباحته لتحمل الشهادة (إلا إذا قالوا) تعمدناه (للتلذذ فلا) تقبل لفسقهم فتح (وإن أنكر الإحصان فشهد عليه رجل وامرأتان أو ولدت زوجته منه) قبل الزنا نهر (رجم . ولو خلا بها ثم طلقها وقال وطئتها وأنكرت فهو محصن) بإقراره (دونها) لما تقرر أن الإقرار حجة قاصرة (كما لو قالت بعد الطلاق كنت نصرانية وقال كانت مسلمة) فيرجم المحصن ويجلد غيره ، وبه استغنى عما يوجد فى بعض نسخ المتن من قوله (إذا كان أحد الزانيين محصنا يحد كل واحد منهما حده) فتأمل.

(تزوج بلا ولى فدخل بها لا يكون محصنا عند الثانى) لشبهة الخلاف نهر ، والله أعلم .

مطلب المواضع التى يحل فيها النظر إلى عورة الأجنبي

(قوله لإباحته لتحمل الشهادة) ومثله نظر القابلة والخافضة والختان والطبيب وزاد فى الخلاصة : من مواضع حل النظر للعورة عند الحاجة الاحتقان والبكارة فى العنة والرد بالعيب فتح :

قلت : وكذا لو ادعى الزانى بكارتها ، ونظمتها بقولى :

ولا تنظر لعورة أجنبى ... بلا عذر كقابلة طبيب

وختان وخافضة وحقن ... شهود زنا بلاقصد مريب

وعلم بكارة فى عنــة أو ... زنا أو حين رد للمعيب

(قوله وإن أنكر الإحصان) أى استجماع شرائطه المتقدمة ، كأن أنكر النكاح والدخول فيه والحرية (قوله فشهد عليه رجل وامرأتان) أشار به إلى أنه يقبل شهادة النساء فى الإحصان عندنا ، وفيه خلاف زفر والأئمة الثلاثة . وكيفية الشهادة به أن يقول الشهود تزوج امرأة وجامعها أو باضعها . ولو قالوا دخل بها يكفى عندهما لأنه متى أضيف إلى المرأة بحرف الباء يراد به الجماع . وقال محمد : لا يكفى ، وتمامه فى الزيلعى والفتح (قوله أو ولدت زوجته منه) أى إذا ولدت فى مدة يتصور أن يكون منه جعل واطئا شرعا لأن الحكم بثبوت النسب منه حكم بالدخول بها ولهذا يعقب الرجعة زيلعى .

قلت : ظاهره ثبوت الإحصان ولو كان ثبوت النسب بحكم الفراش كتزوج مشرقى بمغربية ، وفيه نظر ، لكن فى الفتح أن الفرض أنهما مقران بالولد ، ومثله فى شرح الشلبى تأمل (قوله قبل الزنا) متعلق بولدت. والظاهر أنه غير قيد كما يعلم من تعليل الزيلعى المذكور آنفا ، حتى لو ولدت بعد الزنا لدون ستة أشهر يثبت نسبه ويعلم أنه وقت الزنا كان واطئا لزوجته تأمل (قوله فهو محصن بإقراره) أى مؤاخذة له بإقراره ، فلا يقال إنها بإنكارها الوطء لم تصر محصنة فلا يكون هو محصنا أيضا (قوله وبه استغنى الخ) وجه الاستغناء أنه إذا كان أحدهما محصنا دون الآخر علم أن كل واحد منهما إذا زنى يحد بما يستوجبه ، فالمحصن يرجم وغيره يجلد كما أفاده التفريع ، نعم ما فى بعض النسخ أعم لأنه يشمل ما لو كان عدم إحصان أحدهما ببكارته ، ولعله أشار إلى هذا بقوله فتأمل .

لا يقال : ما فى بعض النسخ غير صحيح كما توهم ، لأن شرط الرجم إحصان كل ولم يوجد . لأنا نقول شرط الرجم إحصان كل من الزوجين لا الزانيين ، فيرجم من زنى بامرأة إذا كان فيه شروط الإحصان التى منها دخوله بامرأة محصنة مثله . وأما المرأة المزنى بها فلا يشترط لرجمه أن تكون محصنة بل إحصانها شرط لرجمها هى ، فإن كانت محصنة مثله رجمت معه وإلا جلدت ، وهذا ظاهر نبهنا عليه عند الإحصان أيضا فافهم .

والحاصل أن الزانيين إما محصنان فيرجمان ، أو غير محصنين فيجلدان ، أو مختلفان فيرجم المحصن ويجلد غيره (قوله لشبهة الخلاف) أى خلاف العلماء والأخبار فى صحته فلم تكن صحته قطعية ، وهذه المسألة نقلها فى البحر

باب حد الشرب المحرم

(يحد مسلم) فلو ارتد فسكر فأسلم لايحد لأنه لايقام على الكفار ظهيرية ، لكن فى منية المفتى : سكر الذمى من الحرام حد فى الأصح لحرمة السكر فى كل ملة (ناطق) فلا يحد أخرس للشبهة (مكلف) طائع غير مضطر (شرب الخمر ولو قطرة)

عن المحيط كذلك ؛ فيحتمل أن يكون إسنادها إلى أبى يوسف لكونه هو الذى خرجها لالكون غيره قائلا بخلافه ، ويحتمل أن يكون فيها خلافهما ، والأول أظهر لعدم ذكر المخالف تأمل ، والله سبحانه أعلم .

باب حد الشرب

أخره عن الزنا لأن الزنا أقبح منه وأغلظ عقوبة ، وقدمه على حد القذف لتيقن الجريمة فى الشارب دون القاذف لاحتمال صدقه ، وتأخير حد السرقة لأنه لصيانة الأموال التابعة للنفوس بحر (قوله فلو ارتد فسكر الخ) أقول : ذكر فى الدر المنتقى أن المرتد لايحد للشرب سواء شرب قبل ردته أوفيها فأسلم اه ومثله فى كافى الحاكم ، وسيذكر الشارح فى حد القذف عن السراجية لو اعتقد الذمى حرمة الخمر فهو كالمسلم أى فيحد (قوله لأنه لايقام على الكفار) يعنى أنه لما شرب فى ردته لم يكن أهلا لقيام حد الشرب عليه لأنه لايقام على الكفار ، وإذا كان وقت الشرب غير موجب للحد لايحد بعد الإسلام ، بخلاف ماإذا زنى أوسرق ثم أسلم فإنه يحد له لوجوبه قبله كما يفيده مافى البحر عن الظهيرية فافهم (قوله حد فى الأصح) أفتى به الحسن ، واستحسنه بعض المشايخ . والمذهب أنه إذا شرب الخمر وسكر منه أنه لايحد كما فى النهر عن فتاوى قارئ الهداية ، ومشى فى المنظومة المحبية على الأول كما ذكره الشارح فى الدر المنتقى .

قلت : وعبارة الحاكم فى الكافى من الأشربة : ولاحد على الذمى فى الشراب اه ولم يحك فيه خلافا ، وهو بإطلاقه يشمل مالو سكر منه (قوله لحرمة السكر فى كل ملة) هذا ذكره قارئ الهداية :

قلت : ولى فيه نظر ، فإن الخمر لم تكن محرمة فى صدر الإسلام ، وقد كان الصحابة يشربونها وربما سكروا منها كما جاء صريحا . فمن ذلك ما فى الفتح عن الترمذى عن على رضى الله تعالى عنه « صنع لنا عبدالرحمن بن عوف طعاما فدعانا وسقانا من الخمر فأخذت الخمر منا وحضرت الصلاة فقدمونى فقرأت — قل ياأيها الكافرون لاأعبد ماتعبدون — ونحن نعبد ماتعبدون ، قال : فأنزل الله تعالى - ياأيها الذين آمنوا لاتقربوا الصلاة وأنتم سكارى الآية » اه فلو كان السكر حراما لزم تفسيق الصحابة . ثم رأيت فى تحفة ابن حجر قال : وشربها المسلمون أول الإسلام ، قيل استصحابا لما كان قبل الإسلام . والأصح أنه بوحى ، ثم قيل المباح الشرب لاغيبة العقل لأنه حرام فى كل ملة . وزيفه المصنف يعنى النووى ، وعليه فالمراد بقولهم بحرمته فى كل ملة أنه باعتبار ما استقر عليه أمر ملتنا اه وهذا مؤيد لما بحثته ، لكن فى جوابه الأخير نظر (قوله فلا يحد أخرس) سواء شهد الشهود عليه أو أشار بإشارته المعهودة . وأفاد أن الأعمى يحد كما فى البحر (قوله للشبهة) لأنه لو كان ناطقا يحتمل أن يخبر بما لايحد به كإكراه أو غص بلقمة . قال فى البحر : ولو قال المشهود عليه بشرب الخمر ظننتها لبنا أو لا أعلم أنها خمر لم يقبل ، فإن قال ظننتها نبيذا قبل لأنه بعد الغليان والشدة يشارك الخمر فى الذوق والرائحة (قوله طائع) مكرر مع قول المتن طوعا ح (قوله غير مضطر) فلو شرب للعطش المهلك مقدار مايرويه فسكر لم يحد لأنه بأمر مباح . وقالوا : لو شرب مقداره وزيادة ولم يسكر حد كما فى حالة الاختيار قهستانى ، وبه صرح الحاكم فى الكافى (قوله شرب الخمر) هى النيء من ماء العنب إذا

بلا قيد سكر (أو سكر من نبيذ) ما ، به يفتى (طوعا) عالما بالحرمة حقيقة أو حكما بكونه فى دارنا ، لما قالوا :

غلا واشتد وقذف بالزبد ، فإن لم يقذف فليس بخمر عند الإمام خلافا لهما ، وبقولهما أخذ أبوحفص الكبيرخانية ولو خلط بالماء ، فإن كان مغلوبا حد، وإن كان الماء غالبا لايحد إلا إذا سكر نهر .

مطلب فى نجاسة العرق ووجوب الحد بشربه

وفى أشربة القهستانى : من قال إنها لم تبق خمرا بالطبخ لم يحد شاربها إلا إذا سكر، وعلى هذا ينبغى أن لايحد شارب العرق مالم يسكر . ومن قال إنها بقيت خمرا فالحكم عنده بالعكس ، وإليه ذهب الإمام السرخسى ، وعليه الفتوى ، كما فى تتمة الفتاوى اهـ .

قلت : علم بهذا أن المعتمد المفتى به أن العرق لم يخرج بالطبخ والتصعيد عن كونه خمرا فيحد بشرب قطرة منه وإن لم يسكر . وأما إذا سكر منه فلا شبهة فى وجوب الحد به ، وقد صرح فى منية المصلى بنجاسته أيضا فلا يغرنك ما أشاعه فى زماننا بعض الفسقة المولعين بشربه من أنه طاهر حلال ، كأنه قاله قياسا على ماقالوه فى ماء الطابق : أى الغطاء من زجاج ونحوه فإنه قياس فاسد ، لأن ذاك فيما لو أحرقت نجاسة فى بيت فأصاب ماء الطابق ثوب إنسان تنجس قياسا لا استحسانا ، ومثله حمام فيها نجاسات فعرق حيطانها وكواتها وتقاطر ، فإن الاستحسان فيها عدم النجاسة للضرورة لعدم إمكان التحرز عنه . والقياس النجاسة لانعقاده من عين النجاسة . ولاشك أن العرق المستقطر من الخمر هو عين الخمر تتصاعد مع الدخان وتقطر من الطابق بحيث لايبقى منها إلا أجزاؤها الترابية ولذا يفعل القليل منه فى الإسكار أضعاف مايفعله كثير الخمر ، بخلاف المتصاعد من أرض الحمام ونحوه فإنه ماء أصله طاهر خالط نجاسة مع احتمال أن المتصاعد نفس الماء الطاهر . ويمكن أن يكون هذا وجه الاستحسان فى طهارته ، وعلى كل فلا ضرورة إلى استعمال العرق الصاعد من نفس الخمر النجسة العين ولايطهر بذلك ، وإلا لزم طهارة البول ، ونحوه إذا استقطر فى إناء ولا يقول به عاقل . وقد طلب منى أن أعمل بذلك رسالة وفيما ذكرناه كفاية ، (قوله بلا قيد سكر) تصريح بما أفاده قوله ولو قطرة إشارة إلى أن هذاهو المقصود من المبالغة للتفرقة بين الخمر وغيرها من باقى الأشربة وإلافلا يحد بالقطرة الواحدة لأن الشرط قيام الرائحة. ومن شرب قطرة خمر لايوجد منه رائحتها عادة ، نعم يمكن الحد به على قول محمد الآتى من أنه لو أقر بالشرب لايشترط قيام الرائحة ، بخلاف ما إذا ثبت ذلك بالشهادة ، هذا ماظهر لى ، ولم أر من تعرّض له فتأمل (قوله أو سكر من نبيذ ما) أى من أى شراب كان غير الخمر إذا شربه لايحد به إلا إذا سكر به ، وعبر بما المفيدة للتعميم إشارة إلى خلاف الزيلعى حيث خصه بالأنبذة الأربعة المحرمة بناء على قولهما . وعند محمد ماأسكر كثيره فقليله حرام ، وهو نجس أيضا قالوا : وبقول محمد نأخذ . وفى طلاق البزازية : لوسكر من الأشربة المتخذة من الحبوب والعسل المختار فى زماننا لزوم الحد اهـ نهر .

قلت : وما ذكره الزيلعى تبع فيه صاحب الهداية ، لكنه فى الهداية من الأشربة ذكر تصحيح قول محمد ، فعلم أن مامشى عليه هنا غير المختار كما فى الفتح . وقد حقق فى الفتح قول محمد إن ماأسكر كثيره حرم قليله وأنه لايلزم من حرمة قليله أنه يحد به بلا إسكار كالخمر خلافا للأئمة الثلاثة ، وأن استدلالهم على الحد بقليله بحديث مسلم « كل مسكر خمر » وبقول عمر فى البخارى « الخمر ماخامر العقل » وغير ذلك لايدل على ذلك لأنه محمول على التشبيه البليغ كزيد أسد والمراد به ثبوت الحرمة ، ولا يلزم منه ثبوت الحد بلا إسكار ، وكون التشبيه خلاف الأصل أوجب المصير إليه قيام الدليل عليه لغة وشرعا، ولا دليل لهم على ثبوت الحد بقليله سوى القياس ولا يثبت الحد به ، نعم الثابت الحد بالسكر منه ، وقد أطال فى ذلك إطالة حسنة ، فجزاه الله خيرا، ويأتى حكم البنج والأفيون والحشيش (قوله بكونه فى دارنا) أى ناشئا فيها (قوله لما قالوا الخ) تعليل لتفسير العلم الحكمى

لو دخل حربى دارنا فأسلم فشرب الخمر جاهلا بالحرمة لايحد ، بخلاف الزنا لحرمته فى كل ملة : قلت : يرد عليه حرمة السكر أيضا فى كل ملة فتأمل (بعد الإفاقة) فلو حد قبلها فظاهره أنه يعاد عينى (إذا أخذ) الشارب (وريح ماشرب) من خمر أو نبيذ فتح، فمن قصر الرائحة على الخمر فقد قصر (موجودة) خبر الريح وهو مؤنث سماعى غاية (إلا أن تنقطع) الرائحة

بكونه فى دارنا، لكن بالمعنى الذى ذكرناه لابمجرد الكون فى دارنا وإلا لم يوافق التعليل المعلل . ويوضح المقام مافى كافى الحاكم الشهيد من الأشربة حيث قال : وإذا أسلم الحربى وجاء إلى دار الإسلام ثم شرب الخمر قبل أن يعلم أنها محرمة عليه لم يحد ، وإن زنى أو سرق أخذ بالحد ولم يعذر بقوله لم أعلم . وأما المولود بدار الإسلام إذا شرب الخمر وهو بالغ فعليه الحد ولا يصدق أنه لم يعلم (قوله قلت يرد عليه الخ) أى على مايفهم من قولهم لحرمته أى الزنا فى كل ملة حيث جعلوه وجه الفرق بين الشرب والزنا ، فإنه يفهم منه أن الشرب لايحرم فى كل ملة مع أنه مناف لما مر من حرمته كذلك . ودفع بأن المحرم فى كل ملة هو السكر لا نفس الشرب ، والمراد التفرقة بين الشرب والزنا .

قلت : وفيه نظر ، فإن قولهم فشرب الخمر جاهلا بالحرمة لا يحد أعم من أن يكون سكر من هذا الشرب أولا ، بل المتبادر السكر ، ولو كان المراد الشرب بلا سكر لكان الواجب تقييده ، أو كان يقال فشرب قطرة نعم قد يدفع أصل الإيراد بمنع حرمة السكر فى كل ملة لما قدمناه فافهم .

[تتمة] لو شرب الحلال ثم دخل الحرم حد ، لكن لو التجأ إلى الحرم لم يحد لأنه قد عظمه ، بخلاف ما إذا شرب فى الحرم لأنه قد استخفه قهستانى عن العيادى ؛ ويأتى أنه لو شرب فى دار الحرب لايحد . فعلم من مجموع ذلك أنه لايحد للشرب عشرة : ذمى على المذهب ، ومرتد وإن شرب قبل ردته وإن أسلم بعد الشرب وصبى ، ومجنون وأخرس ومكره ، ومضطر لعطش مهلك ، وملتجئ إلى الحرم ، وجاهل بالحرمة حقيقة وحكما ، ومن شرب فى غير دارنا ، وبه يعلم شروط الحد هنا (قوله بعد الإفاقة) أى الصحو من السكر ، وهو متعلق بقوله يحد مسلم (قوله فظاهره أنه يعاد) جزم به فى البحر . قال فى الشرنبلالية : وفيه تأمل اه وبين وجهه فيما نقل عنه بأن الألم حاصل وإن لم يكن كاملا ويصدق عليه أنه حد فلا يعاد بعد صحوه اه .

قلت : وفيه نظر ، لما فى الفتح : ولا يحد السكران حتى يزول عنه السكر تحصيلا لمقصود الانزجار وهذا بإجماع الأئمة الأربعة ، لأن غيبوبة العقل أو غلبة الطرب تخفف الألم .

ثم ذكر حكاية . حاصلها أن السكران وضع على ركبته جمرة حتى طفئت وهو لايلتفت إليها حتى أفاق فوجد الألم . قال : وإذا كان كذلك فلا يفيد الحد فائدته إلا حال الصحو ، وتأخير الحد لعذر جائز اه . وحينئذ فلا يلزم من أن الإمام لو أخطأ فحده قبل صحوه أن يسقط الواجب عليه من إقامة الحد بعد الصحو .

ولا يرد أنه لو قطع يسار السارق لاتقطع يمينه أيضا للفرق الواضح ، فإن الانزجار حاصل باليسار أيضا وإن كان الواجب قطع اليمين ، ولأنه لو قطعت اليمين أيضا يلزم تفويت المنفعة من كل وجه وذلك إهلاك ، ولذا لايقطع لو كانت يسراه مقطوعة أو إبهامها (قوله إذا أخذ الشارب) شرط تقدم دليل جوابه وهو قوله يحد مسلم الخ وضمير أخذ يعود عليه وهو المراد بالشارب ، والمراد أخذه إلى الحاكم (قوله وريح ماشرب الخ) قال فى الفتح : فالشهادة بكل منهما : أى من شرب الخمر والسكر من غيره مقيدة بوجود الرائحة ، فلا بد مع شهادتهما بالشرب أن يثبت عند الحاكم أن الريح قائم حال الشهادة وهو بأن يشهدا به وبالشرب أو يشهد به فقط فيأمر القاضى باستنكاهه فيستنكه ويخبر بأن ريحها موجود اه (قوله وهو مؤنث سماعى) الأولى وهى لعوده إلى الريح ولكنه ذكر ضميرها

(لبعد المسافة) وحينئذ فلابد أن يشهدا بالشرب طائعا ويقولا أخذناه وريحها موجودة (ولا يثبت) الشرب (بها) بالرائحة (ولا بتقايئها ، بل بشهادة رجلين يسألهما الإمام عن ماهيتها وكيف شرب) لاحتمال الإكراه (ومتى شرب) لاحتمال التقادم (وأين شرب) لاحتمال شربه فى دار الحرب ، فإذا بينوا ذلك حبسه حتى يسأل عن عدالتهم ، ولا يقضى بظاهرها فى حد ما خانية .

ولو اختلفا فى الزمان أو شهد أحدهما بسكره من الخمر والآخر من السكر لم يحد ظهيرية (أو) يثبت (بإقراره مرة صاحيا ثمانين سوطا) متعلق بيحد (للحر ، ونصفهما للعبد ،

لتذكير الخبر ، والمؤنث السماعى هو مالم يقترن لفظه بعلامة تأنيث ولكنه سمع مؤنثا بالإسناد إن كان رباعيا كهذه العقرب قتلتها ، وبه أو بالتصغير إن كان ثلاثيا كعيينة فى تصغير عين وهذه النار أضرمتها وذلك فى ألفاظ محصورة (قوله لبعد المسافة) أفاد أن زوالها المعالجة دواء لايمنع الحد كما فى حاشية مسكين معزيا إلى المحيط (قوله ولا يثبت الشرب بها) لأنها قد تكون من غيره كما قيل :

يقولون لى انكه قد شربت مدامة فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا

وانكه بوزن امنع ونكه من بابه : أى أظهر رائحة فمك فتح (قوله بالرائحة) بدل من قوله بها (قوله ولا بتقايئها) مصدر تقايأ اهـ ح لاحتمال أنه شربها مكرها أو مضطرا فلا يجب الحد بالشك ، وأشار إلى أنه لو وجد سكران لايحد من غير إقرار ولا بينة لاحتمال ماذكرنا أو أنه سكر من المباح بحر ، لكنه يعزر بمجرد الريح أو السكر كما فى القهستانى (قوله رجلين) احتراز عن رجل وامرأتين ، لأن الحدود لاتثبت بشهادة النساء للشبهة كما فى البحر (قوله يسألها الإمام) أشار إلى مافى البحر عن القنية من أنه ليس لقاضى الرستاق أو فقيه أو المتفقهة أو أئمة المساجد إقامة حد الشرب إلا بتولية الإمام (قوله عن ماهيتها) لاحتمال اعتقادهم أن باقى الأشربة خمر (قوله لاحتمال الإكراه) لكن لو قال أكرهت لايقبل لأنهم شهدوا عليه بالشرب طائعا وإلا لم تقبل شهادتهم ، وتمامه فى البحر (قوله لاحتمال التقادم) هذا مبنى على قول محمد بأن التقادم مقدّر بالزمان وهو شهر ، وإلا فالشرط عندهما أن يؤخذ والريح موجودة كما مر أفاده فى البحر ، فالتقادم عندهما مقدر بزوال الرائحة وهو المعتمد كما مر فى الباب السابق .

والحاصل أن التقادم يمنع قبول الشهادة اتفاقا ، وكذا يمنع الإقرار عندهما لاعند محمد . ورجح فى غاية البيان قوله وفى الفتح أنه الصحيح .

قال فى البحر : والحاصل أن المذهب قولهما إلا أن قول محمد أرجح من جهة المعنى اهـ (قوله من السكر) بفتح السين والكاف : وهو عصير الرطب إذا اشتد ، وقيل كل شراب أسكر عناية .

قلت : وهذا ظاهر على قولهما إنه لايحد بالسكر من الأشربة المباحة ، وكذا على قول محمد إنه يحد لعدم توافق الشاهدين على المشروب ، كما لو شهد اثنان أنه زنى بفلانة واثنان أنه زنى بفلانة غيرها تأمل (قوله ظهيرية) ومثله فى كافى الحاكم (قوله أو بإقراره) عطف على قوله بشهادة رجلين ، وقدر الشارح يثبت لطول الفصل ه قال فى البحر : وفى حصره الثبوت فى البينة والإقرار دليل على أن من يوجد فى بيته الخمر وهو فاسق أو يوجد القوم مجتمعين عليها ولم يرهم أحد شربوها لايحدون وإنما يعزرون ، وكذا الرجل معه ركوة من الخمر اهـ بل تقدم أنه لو وجد سكران لايحد بلا بينة أو إقرار بل يعزر (قوله مرة) رد لقول أبى يوسف إنه لابد من إقراره مرتين بحر . ولم يتعرض لسؤال القاضى المقر عن الخمر ماهى ؟ وكيف شربها ؟ وأين شرب ؟ وينبغى ذلك كما فى الشهادة ولكن فى قول المصنف وعلم شربه طوعا إشارة إلى ذلك شرنبلالية تأمل (قوله متعلق بيحد) أى تعلقا معنويا

وفرق على بدنه كحد الزنا) كما مر .

(فلو أقر سكران أو شهدوا بعد زوال ريحها) لا لبعد المسافة (أو أقر كذلك أو رجع عن إقراره لا) يحد لأنه خالص حق الله تعالى فيعمل الرجوع فيه ، ثم ثبوته بإجماع الصحابة ولا إجماع إلا برأى عمر وابن مسعود رضى الله عنهم أجمعين ، وهما شرطا قيام الرائحة .

(والسكران من لا يفرق بين) الرجل والمرأة و (السماء والأرض . وقالا : من يختلط كلامه) غالبا ، فلو نصفه مستقيما فليس بسكران بحر (ويختار للفتوى) لضعف دليل الإمام فتح .

(ولو ارتد السكران) لم يصح فـ(لا تحرم عرسه) وهذه إحدى المسائل السبع المستثناة من أنه كالصاحى كما

لأنه مفعول مطلق عامله يحد (قوله كما مر) فلا يضرب الرأس والوجه ، ويضرب بسوط لا ثمرة له ، وينزع عنه ثيابه فى المشهور إلا الإزار احترازا عن كشف العورة بحر . وفى شرح الوهبانية : والمرأة تحد فى ثيابها (قوله فلو أقر سكران)أى أقر على نفسه بالحدود الخالصة حقا لله تعالى كحد الزنا والشرب والسرقة لا يحد إلا أنه يضمن المسروق ؛ بخلاف حد القذف لأن فيه حق العبد ، والسكران كالصاحى فيما فيه حقوق العباد عقوبة له لأنه أدخل الآفة على نفسه ، فإذا أقر بالقذف سكران حبس حتى يصحو فيحد للقذف ثم يحبس حتى يخف عنه الضرب فيحد للسكر ، وينبغى أن يقيد حده للسكر بما إذا شهدا عليه به وإلا فبمجرد سكره لا يحد لإقراره بالسكر ؛ وكذا يؤاخذ بالإقرار بسبب القصاص وسائر الحقوق من المال والطلاق والعتاق وغيرها فتح ملخصا ، وقوله عقوبة له الخ يدل على أنه لو سكر مكرها أو مضطرا لا يؤاخذ بحقوق العباد أيضا (قوله أو أقر كذلك) أى بعد زوال ريحها ، وهذا على قولهما إن التقادم يبطل الإقرار وإنه مقدر بزوال الرائحة (قوله فيعمل الرجوع فيه) لاحتمال صدقه وأنه كاذب فى إقراره . وإذا أقر وهو سكران يزيد احتمال الكذب فيدرأ عنه الحد أيضا (قوله ثم ثبوته الخ) هذا بيان لدليلهما على اشتراط قيام الرائحة وقت الإقرار ، فعند عدم قيامها ينتفى الحد لعدم ما يدل عليه لأن الإجماع لم يكمل إلا بقول من اشترط قيامها ، لكن قدمنا تصحيح قول محمد بعدم الاشتراط وبيانه فى الفتح (قوله والسكران الخ) بيان لحقيقة السكر الذى هو شرط لوجوب الحد فى الشرب ما سوى الخمر من الأشربة :

ولما كان السكر متفاوتا اشترط الإمام أقصاه درءا للحد ، وذلك بأن لا يميز بين شىء وشىء ، لأن ما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو ، نعم وافقهما الإمام فى حق حرمة القدر المسكر من الأشربة المباحة فاعتبر فيها اختلاط الكلام ؛ وهذا معنى قوله فى الهداية : والمعتبر فى القدر المسكر فى حق الحرمة ما قالاه إجماعا أخذا بالاحتياط اهـ : وذكر فى الفتح أنه ينبغى أن يكون قوله كقولهما أيضا فى السكر الذى لا يصح معه الإقرار بالحدود لأنه يكون أدرأ للحدود ، وكذا فى الذى لا تصح معه الردة ، إذ لو اعتبر فيه أقصاه لزم أن تصح ردته فيما دونه مع أنه يجب أن يحتاط فى عدم تكفير المسلم ، والإمام إنما اعتبر أقصى السكر للاحتياط فى درء حد السكر واعتبار الأقصى هنا خلاف الاحتياط ، هذا حاصل ما فى الفتح .

قلت : لكن ينبغى أن تصح ردته فيما دون الأقصى بالنسبة إلى فسخ النكاح لأن فيه حق العبد ، وفيه العمل بالاحتياط أيضا كما لا يخفى (قوله ولو ارتد السكران لم يصح) أى لم يصح ارتداده : أى لم يحكم به . قال فى الفتح : لأن الكفر من باب الاعتقاد أو الاستخفاف ، ولا اعتقاد للسكران ولا استخفاف لأنهما فرع قيام الإدراك . وهذا فى حق الحكم ، أما فيما بينه وبين الله تعالى ، فإن كان فى الواقع قصد أن يتكلم به ذاكرا لمعناه كفر وإلا لا اهـ. وقد علمت آنفا ما المراد بالسكر هنا (قوله فلا تحرم عرسه) أى بسبب الردة فى حالة السكر ، أما لو طلقها فإنه يقع كما يأتى بيانه (قوله وهذه الخ) يعنى أن حكم السكران من محرم كالصاحى إلا فى سبع : لا تصح ردته

بسطه المصنف معزيا للأشباه وغيره .
ونقل فى الأشربة عن الجوهرة حرمة أكل بنج وحشيشة وأفيون ، لكن دون حرمة الخمر ، ولو سكر بأكلها لايحد بل يعزر انتهى . وفى النهر : التحقيق مافى العناية أن البنج مباح

ولا إقراره بالحدود الخالصة ، ولا إشهاده على شهادة نفسه ، ولا تزويجه الصغير بأكثر من مهر المثل أو الصغيرة بأقل ، ولا تطليقه زوجة من وكله بتطليقها حين صحوه ، ولا بيعه متاع من وكله بالبيع صاحيا ، ولارد الغاصب عليه ماغصبه منه قبل سكره ، هذا حاصل ما فى الأشباه : ونازعه محشيه الحموي فى الأخيرة بأن المنقول فى العمادية أن حكم السكران فيها كالصاحى ، فيبرأ الغاصب من الضمان بالرد عليه . وفى مسألة الوكالة بالتطليق بأن الصحيح الوقوع نص عليه فى الخانية والبحر اه وقدمناه أول كتاب الطلاق ، وكتبنا هناك عن التحرير أن السكران إن كان سكره بطريق محرم لايبطل تكليفه ، فتلزمه الأحكام ، وتصح عباراته من الطلاق والعتاق والبيع والإقرار ، وتزويج الصغار من كفء والإقراض والاستقراض ، لأن العقل قائم ، وإنما عرض فوات فهم الخطاب بمعصيته فبقى فى حق الإثم ووجوب القضاء ، ويصح إسلامه كالمكره لاردته لعدم القصد اه وقدم الشارح هناك أنه اختلف التصحيح فى طلاق من سكر مكرها أو مضطرا وقدمنا هناك أن الراجح عدم الوقوع ، وقدمنا آنفا عن الفتح أنه كالصاحى فيما فيه حقوق العباد عقوبة له .

مطلب فى البنج والأفيون والحشيشة

(قوله لكن دون حرمة الخمر) لأن حرمة الخمر قطعية يكفر منكرها بخلاف هذه (قوله لا يحد بل يعزر) أى بما دون الحد كما فى الدر المنتقى عن المنح ، لكن فيه أيضا عن القهستانى عن متن الزدوى أنه يحد بالسكر من البنج فى زماننا على المفتى به اه تأمل . قال فى المنح : وفى الجواهر : ولو سكر من البنج وطلق تطلق زجرا ، وعليه الفتوى اه وقد تقدم عن قاضيخان تصحيح عدم الوقوع فليتأمل عند الفتوى اه وتقدم أول الطلاق عن تصحيح العلامة قاسم أنه إذا سكر من البنج والأفيون يقع زجرا ، وعليه الفتوى ، وقدمنا هناك عن النهر أنه صرح فى البدائع وغيرها بعدم الوقوع لأنه لم يزل عقله بسبب هو معصية . والحق التفصيل : إن كان للتداوى فكذلك وإن للهو وإدخال الآفة قصدا فينبغى أن لا يتردد فى الوقوع اه .

قلت : ويدل للأول تعليل البدائع ، وللثانى تعليل العلامة قاسم ...وقدمنا هناك أيضا عن الفتح أن مشايخ المذهبين من الحنفية والشافعية اتفقوا على وقوع طلاق من غاب عقله بالحشيشة وهى ورق القنب بعد أن اختلفوا فيها قبل أن يظهر أمرها من الفساد (قوله أن البنج مباح) قيل هذا عندهما. وعند محمد ما أسكر كثيره فقليله حرام، وعليه الفتوى كما يأتى اه .

أقول : المراد بما أسكر كثيره الخ من الأشربة ، وبه عبر بعضهم وإلا لزم تحريم القليل من كل جامد إذا كان كثيره مسكرا كالزعفران والعنبر ، ولم أر من قال بحرمتها ، حتى إن الشافعية القائلين بلزوم الحد بالقليل مما أسكر كثيره خصوه بالمائع . وأيضا لو كان قليل البنج أو الزعفران حراما عند محمد لزم كونه نجسا لأنه قال ما أسكر كثيره فإن قليله حرام نجس ، ولم يقل أحد بنجاسة البنج ونحوه . وفى كافى الحاكم من الأشربة : ألا ترى أن البنج لا بأس بتداويه ، وإذا أراد أن يذهب عقله لاينبغى أن يفعل ذلك اه . وبه علم أن المراد الأشربة المائعة، وأن البنج ونحوه من الجامدات إنما يحرم إذا أراد به السكر وهو الكثير منه ، دون القليل المراد به التداوى ونحوه كالتطيب بالعنبر وجوزة الطيب ، ونظير ذلك ماكان سميا قتالا كالمحمودة وهى السمقونيا ونحوها من الأدوية السمية

لأنه حشيش ، أما السكر منه فحرام .
(أقيم عليه بعض الحد فهرب) ثم أخذ بعد التقادم لايحد لما مر أن الإمضاء من القضاء فى باب الحدود :
(و) لو (شرب) أو زنى (ثانيا يستأنف الحد) لتداخل المتحد كما سيجىء .
[فرع] سكران أو صاح جمح به فرسه فصدم إنسانا فمات ، إن قادرا على منعه ضمن وإلا لا مصنف عمادية :

باب حد القذف

هو لغة الرمى . وشرعا الرمى بالزنا ، وهو من الكبائر بالإجماع فتح ،

فإن استعمال القليل منها جائز ، بخلاف القدر المضر فإنه يحرم ؛ فافهم واغتنم هذا التحرير (قوله لأنه حشيش) لامعنى لهذا التعليل وليس فى عبارة العناية اهـ ح .

قلت : وكذا ليس هو فى عبارة النهر ويمكن الجواب بأنه إشارة إلى ماقلناه ، فالمراد التعليل بأنه من الجامدات لا من المائعات التى فيها الخلاف فى أن قليلها حرام أو لا فافهم (قوله أقيم عليه بعض الحد) أى حد الزنا أو السرقة أو الشرب كما فى الكافى :

قلت : وأما حد القذف ففيه تفصيل سيأتى فى آخر الباب الآتى (قوله ثم أخذ الخ) أقحم الشارح هذه المسألة بين كلامى المصنف إشارة إلى أن استئناف الحد للشرب الثانى لايتقيد بما إذا أقيم عليه بعض الحد ، فحوّل العبارة عن أصلها وكملها بما يناسبها وأتى بلو فى قوله ولو شرب الخ ليجعله مسألة مستأنفة ، ولا يخفى ما فيه من حسن الصناعة (قوله لما مر الخ) أى فى أثناء الباب السابق : وقال فى الهداية هناك : إن التقادم كما يمنع قبول الشهادة فى الابتداء يمنع الإقامة بعد القضاء ؛ حتى لو هرب بعد ماضرب بعض الحد ثم أخذ بعد ما تقادم الزمان لم يحد لأن الإمضاء من القضاء فى باب الحدود .

قلت : لكن هذا ظاهر فى حد الزنا والسرقة ؛ فإن التقادم مقدر فيهما بشهر كما مر ، أما فى حد الشرب فإنه مقدر عندهما بزوال الرائحة . وعند محمد بشهر أيضا والمعتمد قولهما كما مر وقيام الرائحة إنما يشترط عند الإقرار أو عند الرفع إلى الحاكم إلا لبعد المسافة ، ولا يحد إلا بعد الصحو كما مر ، ولم يشترطوا قيام الرائحة عند إقامة الحد بل الصحو مظنة زوالها ؛ فإذا كان عدم إكمال الحد بسبب زوال الرائحة على قولهما يلزم أن لا يقام الحد إلا مع قيام الرائحة ولم نر من قال بذلك . فالظاهر أن هذا تفريع على قول محمد فقط ، ولا يصح أن يقال إنه مفرع على قولهما أيضا بأن تفرض المسألة فيما إذا أقر بالشرب فهرب لأن التقادم يبطل الإقرار عندهما كما تقدم لرجوع المحذور ، فإنه يلزم عليه أن المقر لايحد إلا إذا بقيت الرائحة موجودة وإن لم يرجع عن إقراره الصادر عند قيام الرائحة . وأيضا فالهرب رجوع عن الإقرار فلا حاجة معه إلى التقادم ؛ هذا ماظهر لى فتأمله (قوله ولو شرب أو زنى ثانيا) أى قبل إكمال الحد كما هو صورة المتن أو قبل إقامة شئ منه . فى الصورتين يحد حدا كاملا بعد الفعل الأخير ، ويدخل مابقى من الأول فى الثانى ، بخلاف ما إذا أقيم عليه حد الشرب فشرب ثانيا أو حد الزنا فزنى ثانيا فإنه يحد للثانى حدا آخر ، وبخلاف ما إذا اختلف الجنس ، وسيجىء تمام الكلام على ذلك فى باب القذف (قوله وإلا لا) أى لا يضمن لأن فعلها غير مضاف إليه (قوله مصنف عمادية) أى نقله المصنف عن العمادية ح :

باب حد القذف

(قوله وشرعا الرمى بالزنا) الأولى مافى العناية من أنه نسبة المحصن إلى الزنا صريحا أو دلالة إذ الحد إنما هو فى المحصن نهر :

لـكن فى النهر : قذف غير المحصن كصغيرة ومملوكة وحرة متهتكة من الصغائر :
(هو كحد الشرب كمية وثبوتا) فيثبت برجلين يسألهما الإمام عن ماهيته وكيفيته

قلت : لـكن الإحصان شرط الحد ، وله شروط أخر ستذكر ، والـكلام فى الحقيقة الشرعية المشروطة بما يأتى ، وينبغى أن يقيد أيضا بكونه على سبيل التعيير والشتم ليخرج شهادة الزنا (قوله لـكن فى النهر الخ) عزاه فى النهر إلى الحليمى من الشافعية معللا بأن الإيذاء فى قذف هؤلاء دونه فى الحرة الـكبيرة المتسترة ، وذكره فى البحر بحثا غير معزى . ونقل أيضا عن شرح جمع الجوامع أن القذف فى الخلوة صغيرة عند الشافعية ، قال وقواعدنا لاتأباه لأن العلة فيه لحوق العار ، وهو مفقود فى الخلوة .

واعترضه فى النهر بأنه فى الفتح استدل للإجماع بآية — والذين يرمون المحصنات — وبحديث « اجتنبوا السبع الموبقات وعد منها قذف المحصنات » أى وهذا صادق على قذف المحصنة فى الخلوة بحيث لم يسمعه أحد .

واعترضه أيضا الباقانى فى شرح الملتقى بأن المذكور فى شرح جمع الجوامع عن ابن عبد السلام أنه ليس بكبيرة موجبة للحد لانتفاء المفسدة . وقال محشيه اللقانى : إن المحقق من هذه العبارة نفى إيجاب الحد لا نفى كونه كبيرة أيضا لتوجه النفى على القيد : وقال الزركشى أيضا : إن هذا ظاهر فيما إذا كان صادقا دون الـكاذب لجراءته على الله تعالى أى فهو كبيرة وإن كان فى الخلوة .

وقال الشارح فى شرح الملتقى : قلت والذى حررته فى شرح منظومة والد شيخنا تبعا لشيخنا النجم الغزى الشافعى إنه من الكبائر وإن كان صادقا ولا شهود له عليه ولو من الوالد لولده أو لولد ولده وإن لم يحد به بل يعزر ولو لغير محصن ، وشرط الفقهاء الإحصان إنما هو لوجوب الحد لا لـكونه كبيرة . وقد روى الطبرانى عن واثلة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « من قذف ذميا حدّ له يوم القيامة بسياط من نار » .

ثم من المعلوم ضرورة أن قذف أم المؤمنين عائشة رضى الله تعالى عنها كفر سواء كان سرا أو جهرا ، وكذا القول فى مريم ، وكذا الرمى باللواطة اهـ أى إنه من الـكبائر أيضا ، وسيأتى بيان حكمه فى باب التعزير (قوله كمية) أى قدرا وهو ثمانون سوطا إن كان حرا ونصفها إن كان القاذف عبدا بحر (قوله فيثبت برجلين) بيان لقوله وثبوتا وأشار إلى أنه لامدخل فيه لشهادة النساء كما مر ، وكذا الشهادة على الشهادة وكتاب القاضى إلى القاضى : ويثبت أيضا بإقرار القاذف مرة كما فى البحر ، ولا يستحلف على ذلك ، ولا يمين فى شىء من الحدود إلا أنه يستحلف فى السرقة لأجل المال ، فإن أبى ضمن المال ولم يقطع . وإذا اختلف الشاهدان فى الزمان لم تبطل شهادتهما عنده كما فى الإقرار بالمال أو بالطلاق أو العتاق : وعندهما لايحد القاذف ، وإن شهد أحدهما بالقذف والآخر على الإقرار به لم يحد اتفاقا استحسانا ، وكذا تبطل لو اختلفا فى اللغة التى قذف بها أو شهد أحدهما أنه قال ياابن الزانية والآخر أنه قال لست لأبيك اهـ ملخصا من كافى الحاكم (قوله عن ماهيته) أى حقيقته الشرعية المارة (قوله وكيفيته) أى اللفظ الذى قذف به اهـ ح :

قلت : فيه أن هذا اللفظ ركن القذف ، والـكيفية الحالة والهيئة ، كما يقال : كيف زيد؟ فتقول صحيح أو سقيم وقد مر تفسير السؤال عن الـكيفية فى الشهادة على الزنا بالطوع أو الإكراه . فالظاهر أن يقال هنا كذلك ، إذ لو أكره القاذف على القذف لم يحد ، لـكن ظاهر مافى الكافى أن السؤال عن هذا غير لازم حيث قال وإن جاء المقذوف بشاهدين فشهدا أنه قذفه سئلا عن ماهيته وكيفيته ، فإن لم يزيدا على ذلك لم تقبل ، فإن القذف يكون بالحجارة وبغير الزنا ، وإن قالا نشهد أنه قال يازانى قبلت شهادتهما وحدت القاذف اهـ فظاهره أن السؤال عن الماهية والكيفية إنما هو إذا شهدا بالقذف ، أما لو شهدا بأنه قال يا زانى لايلزم السؤال عن ذلك أصلا ، إذ لو كان مكرها لبيناه

إلا إذا شهدا بقوله يازانى ثم يحبسه ليسأل عنهما كما يحبسه لشهود يمكن إحضارهم فى ثلاثة أيام وإلا لا ظهيرية ؛ ولا يكفله خلافا للثانى نهر .

(ويحد الحر أو العبد) ولو ذميا أو امرأة (قاذف المسلم الحر) الثابتة حريته وإلا ففيه التعزير (البالغ العاقل العفيف) عن فعل الزنا ،

فليتأمل : وعلى هذا فيمكن أن يراد بالكيفية أنه صريح أو كناية فتأمل . وفى حاشية مسكين عن الحموى : وينبغى أن يسألهما عن المكان لاحتمال قذفه فى دار الحرب أو البغى ، وعن الزمان لاحتمال قذفه فى صباه لا لاحتمال التقادم لأنه لايبطل به ، بخلاف سائر الحدود ، ثم رأيت الأول فى البدائع اه (قوله إلا إذا شهدا الخ) تكلمنا عليه آنفا (قوله كما يحبسه لشهود) الأولى لشاهد بصيغة المفرد . قال فى النهر : فإن لم يعرف عدالتهما حبسه القاضى حتى يسأل عنهما ، وكذا لو أقام شاهدا واحدا عدلا وادعى أن الثانى فى المصر حبسه يومين أو ثلاثة ، ولو زعم أن له بينة فى المصر حبسه إلى آخر المجلس . قالوا : والمراد بالحبس فى الأولين حقيقته ، وفى الثالث الملازمة (قوله ولا يكفله) أى لا يأخذ منه كفيلا إلى المجلس الثانى . وقال أبو يوسف : يأخذه نهر ، وسيأتى توضيحه فى عبارة المتن (قوله ويحد الحر الخ) أى الشخص الحر ، فلاينافى قوله ولو ذميا أو امرأة فافهم ، ولم أر من تعرض لشروط القاذف ، وينبغى أن يقال إن كان عاقلا بالغا ناطقا طائعا فى دار العدل ؛ فلا يحد الصبى بل يعزر ، ولا المجنون إلا إذا سكر بمحرم لأنه كالصاحى فيما فيه حقوق العباد كما مر ، ولا المنكره ولا الأخرس لعدم التصريح بالزنا كما صرح به ابن الشلبى عن النهاية ، ولا القاذف فى دار الحرب أو البغى كما مر . وأما كونه عالما بالحرمة حقيقة أو حكما بكونه ناشئا فى دار الإسلام فيحتمل أن يكون شرطا أيضا ، لكن فى كافى الحاكم حربى دخل دار الإسلام بأمان فقذف مسلما لم يحد فى قول أبى حنيفة الأول ، ويحد فى قوله الأخير وهو قول صاحبيه اه فظاهره أنه يحد ولو فى فور دخوله ، ولعل وجهه أن الزنا حرام فى كل ملة فيحرم القذف به أيضا فلا يصدق بالجهل ، هذا ماظهر لى ، ولم أر من تعرض لشئ منه (قوله ولو ذميا) الأولى ولو كافرا ليشمل الحربى المستأمن كما علمته آنفا ، وسيذكره المصنف أيضا (قوله قاذف المسلم الحر الخ) بيان لشروط المقذوف (قوله الثابتة حريته) أى بإقرار القاذف أو بالبينة إذا أنكر القاذف حريته ، وكذا لو أنكر حرية نفسه وقال أنا عبد ، وعلى حد العبيد كان القول قوله بحر عن الخانية (قوله وإلا) أى وإن لم يكن المقذوف مسلما حرا ، بأن كان كافرا أو مملوكا ، وكذا من ليس بمحصن إذا قذفه بالزنا فإنه يعزر ويبلغ به غايته كما سيذكره فى بابه (قوله البالغ العاقل) خرج الصبى والمجنون لأنه لايتصور منهما الزنا إذ هو فعل محرم والحرمة بالتكليف .

وفى الظهيرية : إذا قذف غلاما مراهقا فادعى الغلام البلوغ بالسن أو بالاحتلام لم يحد القاذف بقوله بحر ، فهذا يستثنى من قولهم : لو راهقا وقالا بلغنا صدقا ، وأحكامها أحكام البالغين شرنبلالية (قوله العفيف عن فعل الزنا) زاد الشارح فى باب اللعان وتهمته ، واحترز به عن قذف ذات ولد ليس له أب معروف ، ويأتى أنه لا يحد قاذفها لأن التهمة موجودة ، فينبغى ذكر هذا القيد هنا ، ولم أر من ذكره .

ثم اعلم أن الزنا فى الشرع أعم مما يوجب الحد ومما لا يوجبه وهو الوطء فى غير الملك وشبهته ، حتى لو وطئ جارية ابنه لا يحد للزنا ولا يحد قاذفه بالزنا فدل على أن فعله زنا وإن كان لا يحد به كما قدمناه عن الفتح أول الحدود .

وأما لو وطئ جاريته قبل الاستبراء فليس بزنا لأنه فى حقيقة الملك كوطء زوجته الحائض ، وإنما هو وطء محرم لعارض ، والزنا لابد أن يكون وطئا محرما لعينه كما يأتى بيانه عند قوله أو رجل وطىء فى غير ملكه ، ولهذا

فينقص عن إحصان الرجم بشيئين : النكاح والدخول .

وبقى من الشروط أن لايكون ولده أو ولد ولده أو أخرس أو مجبوبا أو خصيا أو وطئ بنكاح أو ملك فاسد أو هى رتقاء أو قرناء وأن يوجد الإحصان وقت الحد ؛ حتى لو ارتد سقط حد القاذف ولو أسلم بعد ذلك فتح (بصريح الزنا) ومنه أنت أزنى من فلان أو منى على مافى الظهيرية ؛

قال مسكين قوله عفيفا عن الزنا احتراز عن الوطء الحرام فى الملك فإنه لايخرج الواطئ عن أن يكون محصنا اه ؛ فما قيل إنه لايصح أن يراد بالزنا هنا المصطلح ولاغيره غير صحيح فافهم (قوله فينقص عن إحصان الرجم بشيئين) الأولى شيئين بدون الباء الجارة لأن نقص يتعدى بنفسه أفاده ط هذا . وقدمنا أن شروط الإحصان تسعة فتدبره (قوله وبقى من الشروط الخ) قلت : بقى منها أيضا على مافى شرح الوهبانية : أن لايكون أم ولده الحرة الميتة ، وأن لايكون أم عبده الحرة الميتة ، وأن يطالب المقذوف الحد ، وأن لايموت قبل أن يحد القاذف لأن الحدود لا تورث (قوله أن لايكون) أى المقذوف وولد القاذف (قوله أو أخرس)لأنه لابد فيه من الدعوى ،وفى إشارة الأخرس احتمال يدرأ به الحد (قوله أو مجبوبا) هو مقطوع الذكر والأنثيين جميعا كما فسروه فى باب العنين ، ولا يخفى أن مقطوع الذكر وحده مثله اه ح . ووجهه أن الزنا منه لا يتصور فلم يلحقه عار بالقذف لظهور كذب القاذف تأمل (قوله أو خصيا) بفتح الخاء : من سلت خصيتاه وبقى ذكره ؛ والشارح تبع فى التعبير به صاحب النهر ، وهو وهم سرى من ذكر المجبوب لتقارنهما فى الخيال . قال فى المحيط : بخلاف مالو قذف خصيا أو عنينا لأن الزنا منهما متصور لأن لهما آلة الزنا اه ح (قوله أو ملك فاسد) كذا فى شرح الوهبانية عن النتف . وتبعه المصنف فى المنح ، وهو خلاف نص المذهب . فى كافى الحاكم : رجل اشترى جارية شراء فاسدا فوطئها ثم قذفه إنسان قال على قاذفه الحد اه ومثله فى القهستانى ؛ وكذا فى الفتح قال لأن الشراء الفاسد يوجب الملك . بخلاف النكاح الفاسد لايثبت فيه ملك فلذا يسقط إحصانه بالوطء فيه فلا يحد قاذفه اه ونحوه فى ح عن المحيط .

قلت : وقد يجاب بأن المراد بالملك الفاسد ماظهر فيه فساد الملك بالاستحقاق . ففى الخانية : اشترى جارية فوطئها ثم استحقت فقذفه إنسان لايحد (قوله حتى لو ارتد) وكذا لو زنى أو وطئ وطئا حراما أو صار معتوها أو أخرس أو بقى كذلك لم يحد القاذف كافى الحاكم .

[تنبيه] ذكر فى النهر عن السراجية أنه لو قذف خنثى بلغ مشكلا لايحد . قال . ووجهه أن نكاحه موقوف وهو لايفيد الحل اه .

واعترضه الحموى بأنه لا دخل للنكاح البات المفيد للحل فى إيجاب حد القذف حتى يترتب على عدمه عدم وجوب الحد ، وإنما ذاك فى حد الزنا بالرجم اه .

قلت : مراد النهر أن الخنثى لو تزوج ودخل فقذفه آخر لا يحد لأنه وطئ فى غير ملكه إذ لايصح النكاح إلا إذا زال الإشكال (قوله بصريح الزنا) بأى لسان كان شرنبلالية وغيرها . واحترز عما لو قال وطئك فلان وطئا حراما أو جامعك حراما فلا حد بحر . وكذا لو قال فجرت بفلانة أو عرض فقال لست بزان كما فى الكافى. وفيه : وإن قال قد أخبرت بأنك زان أو أشهدنى رجل على شهادته إنك زان . أو قال اذهب فقل لفلان إنك زان فذهب الرسول فقال له ذلك عنه لم يكن فى شىء من ذلك حد (قوله على مافى الظهيرية) ويخالفه مافى الفتح عن المبسوط : أنت أزنى من فلان أو أزنى الناس لاحد عليه . وعلله فى الجوهرة بأن معناه أنت أقدر الناس على الزنا. ونقل فى الفتح أيضا عن الخانية أنت أزنى الناس أو أزنى من فلان عليه الحد وفى أنت أزنى منى لاحد عليه اه .

ومثله النيك كما نقله المصنف عن شرح المنار ، ولو قال يازانئ بالهمز لم يحد شرح تكملة (أو ب) قوله (زنأت فى الجبل) بالهمز فإنه مشترك بين الفاحشة والصعود وحالة الغضب تعين الفاحشة (أو لست لأبيك) ولو زاد ولست لأمك أو قال لست لأبويك فلا حد (أو لست بابن فلان لأبيه) المعروف به (و) الحال أن (أمه محصنة لأنها المقذوفة فى الصورتين ، إذ المعتبر إحصان المقذوفة لا الطالب شمنى (فى غضب) يتعلق بالصور الثلاث

قلت : ووجه مافى الظهيرية ظاهر لأن فيه النسبة إلى الزنا صريحا . ومافى المبسوط ناظر إلى احتمال التأويل ، ومافى الخانية من التفرقة مشكل. وقد يوجه بأن قوله أنت أزنى من فلان فيه نسبة فلان إلى الزنا وتشريك المخاطب معه فى ذلك القذف ، بخلاف أنت أزنى منى لأن فيه نسبة نفسه إلى الزنا وذلك غير قذف فلا يكون قذفا للمخاطب لأنه تشريك له فيما ليس بقذف (قوله عن شرح المنار) أى لابن ملك فى بحث الكناية اهـ ح .

قلت : ومثله فى المغرب حيث قال : النيك من ألفاظ الصريح فى باب النكاح ، ومنه حديث ماعز «أنكتها؟ قال نعم » (قوله لم يحد) الظاهر أن ذكر لم سبق قلم . قال فى المحيط : ولو قال لغيره يازانئ برفع الهمزة ذكر فى الأصل أنه إذا قال عنيت به الصعود على شيء أنه لايصدق ويحد من غير ذكر خلاف لأنه نوى مالا يحتمله لفظه لأن هذه الكلمة مع الهمز إنما يراد به الصعود إذا ذكر مقرونا بمحل الصعود ، يقال زانئ الجبل وزانئ السطح ، أما غير مقرون بمحل الصعود إنما يراد به الزنا إلا أن العرب قد تهمز اللين وقد تلين الهمزة ، فقد نوى مالا يحتمله فلا يصدق اهـ ح .

قلت : وقوله من غير ذكر خلاف صرح بالخلاف فى كافى الحاكم فقال وقال محمد لاحد عليه ، ومثله فى الخانية ، فما ذكره الشارح قول محمد فافهم (قوله أو بقوله زنأت فى الجبل) أى وإن قال عنيت به الصعود خلافا لمحمد فلا يحد عنده لأنه حقيقة فى الصعود عنده (قوله بالهمز) فلو أتى بالياء المثناة حد اتفاقا ، وكذا لو حذف الجبل كما أفاده فى غاية البيان ، ولو قال عن الجبل ، قيل لايحد وجزم فى المبسوط بأنه يحد . قال فى الفتح : وهو الأوجه لأن حالة الغضب تعين تلك الإرادة وكونها فوقه ، وتعين الصعود مسلم فى غير حالة السباب نهر . وفى البحر عن غاية البيان : وهو المذهب عندى (قوله فلا حد) للكذب ، ولأن فيه نفى الزنا لأن نفى الولادة نفى للوطء بحر ، وكذا لو نفاه عن أمه فقط للصدق لأن النسب ليس لأمه بحر (قوله لأبيه المعروف) أى الذى يدعى له ، وكذا لست من ولد فلان أو لست لأب أو لم يلدك أبوك ، بخلاف لست من ولادة فلان فإنه ليس بقذف بحر عن الظهيرية . وبه علم أن التقييد بأبيه المعروف احتراز عما لو نفاه عن شخص معين غير أبيه لا عما لو نفاه عن أب مطلق شامل لأبيه وغيره . قال فى البحر : وأشار المصنف إلى أنه لو قال إنك ابن فلان لغير أبيه فالحكم كذلك من التفصيل اهـ (قوله لأنها المقذوفة فى الصورتين) لأن نفى نسبه من أبيه يستلزم كونه زانيا ، فلزم أن أمه زنت مع أبيه فجاءت به من الزنا نهر ونحوه فى الفتح .

قلت : وفيه نظر ، بل يستلزم كون المقذوف هو الأم وحدها كما صرح به أولا ، أما زنا الأب فغير لازم لأنه إذا ولد على فراش أبيه وقد نفى القاذف نسبه عن أبيه لزم منه أن أمه زنت برجل آخر لأن المراد بالأب أبوه المعروف الذى يدعى له كما مر ، نعم يصح ذلك لو أريد بالأب من خلق هو من مائه فحينئذ يكون قذفا للأم ولمن علقت به من مائه لا للأب المعروف ، لكنه يخالف قوله قبله لأبيه المعروف ، هذا ماظهر لى فتأمله (قوله لا الطالب) هو الذى يقع القدح فى نسبه كما يأتى ، والمراد به هنا الابن ، وهذا إذا كانت المقذوفة ميتة ، فلو حية فالطالب هى ، وعلى كل فالشرط إحصانها لا إحصان ابنها (قوله فى غضب) إذ فى الرضا يراد به المعاتبة بنفى مشابهته له فى أسباب المروءة هداية (قوله يتعلق بالصور الثلاث) فيه ردّ على البحر ، حيث لم يقيده بالغضب فى الثانية

(بطلب المقذوف) المحصن لأنه حقه (ولو) المقذوف (غائبا) عن مجلس القاذف (حال القذف) وإن لم يسمعه أحد نهر ، بل وإن أمره المقذوف بذلك شرح تكملة (وينزع الفرو والحشو فقط) إظهارا للتخفيف باحتمال صدقه ، بخلاف حد شرب وزنا (لا) يحد (بلست بابن فلان جده) لصدقه

بل أطلق فيها تبعا لظاهر عبارة الهداية ، لكن أولها الشراح فأجروا التفصيل فى الكل . وذكر فى شرح الوهبانية أنه ظاهر المذهب والاعتماد عليه . وتمام تحقيقه فى النهر (قوله بطلب المقذوف المحصن) لعل المراد به المحصن فى نفس الأمر : وإلا فاشتراط الإحصان علم مما مر ، فيكون إشارة إلى مابحثه فى القنية حيث نقل أنه إذا كان غير عفيف فى السر له مطالبة القاذف ديانة ، ثم قال : وفيه نظر لأنه إذا كان زانيا لم يكن قذفه موجبا للحد ، وأيده فى النهر بأن رفع العار مجوّز لا ملزم وإلا لامتنع عفوه عنه وأجبر على الدعوى وهو خلاف الواقع اهـ .

قلت : بل فى التاترخانية : وحسن أن لا يرفع القاذف إلى القاضى ولا يطالبه بالحد ، وحسن من الإمام أن يقول له قبل الثبوت أعرض عنه ودعه اهـ . فحيث كان الطلب غير لازم ، بل يحسن تركه فكيف يحل طلبه ديانة إذا كان القاذف صادقا (قوله لأنه حقه) عبارة النهر لأن فيه حقه من خبث دفع العار عنه اهـ وهذه العبارة أولى لأن فيه حق الشرع أيضا . بل هو الغالب فيه كما أوضحه فى الهداية وشروحها (قوله ولو المقذوف غائبا الخ) ذكر هذا التعميم فى التاترخانية نقلا عن المضمرات ، واعتمده فى الدرر وقال : ولا بد من حفظه فإنه كثير الوقوع منح .

قلت : ولعله يشير إلى ضعف ما فى حاوى الزاهدى : سمع من أناس كثيرة أن فلانا يزنى بفلانة فتكلم ماسمعه منهم لآخر مع غيبة فلان لا يجب حد القذف لأنه غيبة لا رمى وقذف بالزنا ، لأن الرمى والقذف به إنما يكون بالخطاب كقوله يازانى أو يازانية (قوله حال القذف) احتراز عن حال الحد ، لما فى البحر عن كافى الحاكم : غاب المقذوف بعد ماضرب بعض الحد لم يتم إلا وهو حاضر لاحتمال العفو اهـ وسينبه عليه الشارح (قوله وإن لم يسمعه أحد نهر) لم أره فى النهر هنا وإنما ذكره أول الباب عن البلقينى الشافعى ، وقدمنا الكلام عليه (قوله وإن أمره المقذوف بذلك) أى بالقذف . لأن حق الله تعالى فيه غالب ولذا لم يسقط بالعفو كما يأتى ، بخلاف مالو قال لآخر اقتلنى فقتله حيث يسقط القصاص لأنه حقه ويصح عفوه عنه (قوله وينزع عنه الفرو والحشو) لأنهما يمنعان وصول الألم ، ومقتضى هذا أنه لو كان عليه ثوب ذو بطانة غير محشو لا ينزع . والظاهر أنه إن كان فوق قميص نزع لأنه يصير مع القميص كالحشو أو قريبا منه كذا فى الفتح (قوله بخلاف حد شرب وزنا) فإنه فيهما يجرد من ثيابه كما مر (قوله لصدقه) لأن معناه الحقيقى نفى كونه مخلوقا من مائه . واعترضهم فى الفتح بأن فى نفيه عن أبيه احتمال هذا مع احتمال المجاز وهو نفى المشابهة ، وقد حكموا حالة الغضب فجعلوها قرينة على إرادة المعنى الثانى المجازى ، ونفيه عن جده له معنى مجازى أيضا وهو نفى المشابهة ، ومعنى آخر وهو نفى كونه أبا أعلى له بأن لا يكون أبوه مخلوقا من مائه بل زنت به جدته ، وحالة الغضب تعين هذا الأخير ، إذ لا معنى لإخباره فى حالة الغضب بأنك لم تخلق من ماء جدك ، ولا مخلص إلا أن يوجد إجماع فيه على نفى التفصيل كالإجماع على ثبوته هناك اهـ ملخصا .

قلت : وقد يجاب بالفرق ، وهو أن نفيه عن أبيه قذف صريح لأنه المعنى الحقيقى ، وحالة الغضب تنفى احتمال المجاز وهو المعاتبة بنفى المشابهة فى الأخلاق ، فقد ساعدت القرينة الحقيقة ، بخلاف نفيه عن جده فإن معناه الحقيقى ليس قذفا بل هو صدق ، لكن القرينة وهى حالة الغضب تدل على إرادة القذف ، فيلزم منه العدول عن الحقيقة إلى المجاز لإثبات الحد ، وهو خلاف القاعدة الشرعية من أنه يحتاط فى درئه لا فى إثباته على أنه لا مانع

(وبنسبته إليه أو إلى خاله أو إلى عمه أو رابه) بتشديد الباء: مربيه ولو غير زوج أمه زيلعى لأنهم آباء مجازا (ولا بقوله ياابن ماء السماء) وفيه نظر ابن كمال (ولا) بقوله (يانبطى) لعربى فى النهر متى نسبه لغير قبيلته أو نفاه عنها عزر ، وفيه يافرخ الزنا يابيض الزنا ياحمل الزنا ياسخلة الزنا قذف ، بخلاف ياكبش الزنا أو ياحرام زاده

من أن يأتى فى حالة الغضب بكلام موهم للشتم والسب بظاهره ويريد به معناه الحقيقى ، احتيالا لدرء الحد عنه ، ولصيانة ديانته من إرداة المنكر والزور الذى هو من السبع الموبقات بل حال المسلم يقتضى ذلك ، بخلاف نفيه عن أبيه فإنه قذف صريح بحقيقته مع زيادة القرينة كما قلنا ، فنى العدول عنه تفويت حق المقذوف بلا موجب ، هذا ماظهرلى فتدبره (قوله وبنسبته إليه) أى إلى جده بأن قال له أنت ابن فلان لجده (قوله لأنهم آباء مجازا) أما الجد فلأنه الأب الأعلى ، وأما الخال فلما أخرجه الديلمى فى الفردوس عن ابن عمر مرفوعا « الخال والد من لاوالد له » وأما العم ، فلقوله تعالى — وإله آبائك إبراهيم وإسمعيل وإسحق — فإن إسمعيل كان عما ليعقوب عليهم السلام . وأما الراب فللتربية ، وقيل فى قول نوح — إن ابنى من أهلى — إنه كان ابن امرأته أفاده فى الفتح (قوله ولا بقوله ياابن ماء السماء) لأنه يراد به التشبيه فى الجود والسماحة ؛ لأن ماء السماء لقب به عامر بن حارثة الأزدى ؛ لأنه فى وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر فهو كالسماء عطاء وجودا ؛ وتمامه فى الفتح (قوله وفيه نظر) لأن حالة الغضب تأبى عن قصد التشبيه كما قاله ابن كمال .

قلت : وقد أورد هذا فى الفتح سؤالا . وأجاب عنه بأنه لما لم يعهد استعماله لنفى النسب يمكن أن يجعل المراد به فى حالة الغضب التهكم به عليه كما قلنا فى قوله لست بعربى لما لم يستعمل للنفى يحمل فى حالة الغضب على سبه بنفى الشجاعة والسخاء ليس غير اه .

قلت : واستعمال مثل ذلك فى التهكم سائغ لغة وشائع عرفا ، كما يقال فى حال الخصام ياابن النبى يا ابن الكرام ياكامل يامؤدب ونحو ذلك مما لايقصد حقيقته فافهم .

[تنبيه] قال فى الفتح : وقد ذكر أنه لوكان هناك رجل اسمه ماء السماء وهو معروف يحد فى حال السباب . بخلاف ماإذا لم يكن اه وأقره فى البحر والنهر .

قلت : لكن ينبغى تقييده بما إذا لم يكن ذلك الرجل مشهورا بالكرم ونحوه وإلا فهو أصل المسألة ، إذ لافرق بين كونه حيا أو ميتا ، ولاخصوصية أيضا لهذا الاسم بل مثله كل اسم مشهور بصفة جميلة أوقبيحة ، فابن ماء السماء والنبطى مثالان ، هذا ماظهر لى (قوله يانبطى) النبط : جيل من الناس كانوا ينزلون سواد العراق ثم استعمل فى أخلاط الناس وعوامهم والجمع أنباط مثل سبب وأسباب الواحد نباطى بفتح النون وضمها وبزيادة الألف مصباح .

[تنبيه] فى البحر أن ظاهر كلامهم أنه لايحد فى هذه المسائل سواء كان فى حالة الغضب أو الرضا (قوله فى النهر الخ) عبارته : ينبغى أن يعزر به : أى بقوله يانبطى لأن النسبة إلى الأخلاق الدنيئة تجعل شتما فى الغضب ويؤيده مافى المبسوط : لو قال لهاشمى لست بهاشمى عزر ، وعلى هذا لو نسبه لغير قبيلته أو نفاه عنها (قوله وفيه) أى فى النهر عن التتارخانية عن أبى يوسف (قوله ياحمل الزنا) الظاهر أنه محرك الميم بقرينة ماقبله ومابعده : وهو ولد الضأن فى السنة الأولى ، والسخلة تطلق على الذكر والأنثى من أولاد الضأن ساعة تولد والجمع سخال وتجمع أيضا على سخل مثل تمرة وتمر مصباح (قوله قذف) لأن هذه الألفاظ تنبئ عن الولادة فكانت بمعنى ياولد الزنا (قوله بخلاف ياكبش الزنا) لأنه لاينبئ عن ذلك أو لأنه يطلق على سيد القوم وقائدهم كما فى القاموس (قوله ياحرام زاده) لأن معناه المتولد من الوطء الحرام فيعم حالة الحيض كما سيذكره

قنية ؛ وفيها : لو جحد أبوه نسبه فلا حد (ولا) حد (بقوله لامرأة زنيت ببعير أو بثور أو بحمار أو بفرس) لأنه ليس بزنا شرعا (بخلاف زنيت ببقرة أو بشاة) أو بناقة أو بحمارة (أو بثوب أو بدراهم) فإنه يحد ، لأنها لاتصلح للإيلاج فيراد زنيت وأخذت البدل ، ولو قيل هذا لرجل فلا حد لعدم العرف بأخذه للمال (و) إنما (يطلبه بقذف الميت من يقع القدح فى نسبه ؛) سبب (قذفه) أى الميت (وهم الأصول والفروع وإن علوا أو سفلوا ؛ ولو كان الطالب) محجوبا أو (محروما من الميراث) بقتل أو رق أو كفر (أو ولد بنت) ولو مع وجود الأقرب أو عفوه أو تصديقه

الشارح مع دفع مايرد عليه فى باب التعزير (قوله وفيها) أى فى القنية (قوله فلا حد) أى على قاذف الولد بقوله ياولد الزنا (قوله لأنه ليس بزنا) لأن الزنا إدخال رجل ذكره فتح (قوله فيراد زنيت وأخذت البدل) أى بلا استئجار . قال فى البحر : فإن قيل بل معناه زنيت بدرهم استؤجرت عليه ، فينبغى أن لايحد فى قول أبى حنيفة : قلنا : هذا محتمل أيضا فيتقابل المحتملان ويبقى قوله زنيت (قوله لعدم العرف بأخذه للمال) هكذا علل فى الفتح والنهر ، وفيه نظر فإنه كما يحتمل أن يكون هو الآخذ يحتمل أن يكون هو الدافع بل هو الأظهر بقرينة العرف ، وهو أن الرجل يدفع المال بمقابلة الزنا ، نعم قد يأخذ على اللواطة به بدلا ، لكن الكلام فى الزنا واللواطة غيره فتأمل ، ويؤيد ماقلنا ما فى البحر : ولو قال لرجل زنيت ببعير أو بناقة أوما أشبه ذلك لاحد عليه لأنه نسبه إلى إتيان البهيمة ؛ فإن قال بأمة أو دار أو ثوب فعليه الحد كذا فى الخانية والظهيرية اهـ (قوله وإنما يطلبه) أى الحد (قوله بسبب) متعلق بالقدح (قوله وهم الأصول والفروع) شمل الأصول الجد ، ولا يخالفه قول الخانية : لو قال جدك زان لاحد عليه ، لما فى الظهيرية من أنه لايدرى أى جد هو . وفى الفتح لأن فى أجداده من هو كافر فلا يكون قاذفا مالم يعين مسلما ، بخلاف أنت ابن ابن الزانى لأنه قذف لجده الأدنى وشمل أيضا الأم فتطالب بقذف ولدها ، ويستثنى من الأصول أبو الأم وأم الأم ، وما فى الفتح عن الخانية من ذكره أبا الأب بدل أبى الأم سبق قلم فإن الموجود فى الخانية أبو الأم . وخرج الأخ والعم والعمة والمولى كما فى الخانية ، أفاد ذلك كله فى البحر .

قلت : والمراد بالأخ والعم أخو الميت وعمه (قوله محجوبا) كالجد أو ابن الابن مع وجود الأب أو الابن ط (قوله أورق أو كفر) لأنه لايشترط إحصان الطالب كما مر (قوله أوولد بنت) فله المطالبة بقذف جده ، وعن محمد خلافه ، و المذهب الأول لأن الشين يلحقه إذ النسب ثابت من الطرفين بحر أى طرف الأب وطرف الأم .

قلت : ويشكل استثناء أبى الأم وأم الأم من الأصول كما مر ، فليس لهما الطلب بقذف ولد البنت وهنا أثبتوا لابن البنت الطلب بقذف أحدهما . ويمكن دفع الإشكال بكون الاستثناء المار مبنيا على قول محمد فليتأمل .

مطلب فى الشرف من الأم

ثم إن المراد بالنسب الجزئية فإنها مبنى ثبوت حق المطالبة هنا كما فى الفتح وإلا فالنسب للأب فقط فليس فيه دليل على أن ابن الشريفة شريف ، ولذا قال الشارح فى باب الوصية للأقارب من كتاب الوصايا إن الشرف من الأم فقط غير معتبر كما فى أواخر فتاوى ابن نجيم ، وبه أفتى شيخنا الرملى ، نعم له مزية فى الجملة اهـ وسيأتى تمامه هناك إن شاء الله تعالى (قوله ولو مع وجود الأقرب) مرتبط بقوله وإنما يطلبه الخ ، ودخل المساوى .

للحوقهم العار بسبب الجزئية ، قيد بالميت لعدم مطالبتهم فى الغائب لجواز تصديقه إذا حضر .

(قال يابن الزانيين وقد مات أبواه فعليه حد واحد) للتداخل الآتى ثم موت أبويه ليس بقيد بل فائدته فى المطالبة .

ذكر فى آخر المبسوط أن معتوهة قالت لرجل يابن الزانيين فجاء بها إلى ابن أبى ليلى فاعترفت فحدها حدين فى المسجد فبلغ أبا حنيفة ، فقال أخطأ فى سبع مواضع : بنى الحكم على إقرار المعتوهة ، وألزمها الحد ، وحدها حدين ، وأقامهما معا ، وفى المسجد ، وقائمة ، وبلا حضرة وليها . وقال فى الدرر : ولم يتعرف أن أبويه حيان فتكون الخصومة لهما أو ميتان فتكون الخصومة للابن .

(اجتمعت عليه أجناس مختلفة) بأن قذف وشرب وسرق وزنى غير محصن (يقام عليه الكل) بخلاف المتحد (ولا يوالى بينها) خيفة الهلاك بل يحبس حتى يبرأ (فيبدأ بحد القذف) لحق العبد (ثم هو) أى الإمام (مخير إن شاء بدأ بحد الزنا وإن شاء بالقطع) لثبوتهما بالكتاب (ويؤخر حد الشرب) لثبوته باجتهاد الصحابة ، ولو فقأ أيضا بدأ بالفقء ثم بالقذف ثم يرجم لو محصنا ولغا غيرها بحر .

بالأولى (قوله للحوقهم العار) من إضافة المصدر إلى مفعوله والعار بالرفع فاعل المصدر ط (قوله بسبب الجزئية) أى كون الميت جزءا منهم أو كونهم جزءا منه ط (قوله فى الغائب) أى فى قذف الغائب ، وكذا فى الحاضر بالأولى (قوله للتداخل الآتى) أى فى آخر الباب ، وأشار إلى أن هذه المسألة من فروع تلك فكان المناسب ذكرها هناك (قوله ليس بقيد) أى فى التداخل فإن عليه حدا واحدا وإن كانا حيين (قوله بل فائدته فى المطالبة) أى فى ثبوت المطالبة للابن ، بخلاف ما إذا كانا حيين فإن الطلب لهما ط عن المنح (قوله فجاء بها) الذى رأيته فى المبسوط : فأتى بها ، والظاهر أنه بالبناء للمجهول لما فى التتارخانية وغيرها : إن من مواضع الخطأ أنه ضربها بغير خصم ، وهذا يقتضى أن الرجل المذكور لم يرفعها إليه (قوله على إقرار المعتوهة) وإقرارها هدر مبسوط (قوله وألزمها الحد) والمعتوهة ليست من أهل العقوبة مبسوط : أى لايلزمها الحد ، ولو ثبت عليها ذلك بالبينة فإلزامها به خطأ من حيث ذاته ، وكونه بإقرارها خطأ آخر فافهم (قوله وحدها حدين) ومن قذف جماعة لايقام عليه إلا حد واحد مبسوط (قوله وأقامهما معا) ومن اجتمع عليه حدان لايوالى بينهما كما يأتى قريبا (قوله وفى المسجد) وليس للإمام أن يقيم الحد فى المسجد مبسوط (قوله وقائمة) وإنما تضرب المرأة قاعدة مبسوط (قوله وبلا حضرة وليها) وإنما يقام الحد على المرأة بحضرة وليها ، حتى إذا انكشف شيء من بدنها فى اضطرابها ستر الولى ذلك عليها مبسوط ، فالمراد بالولى من يحل نظره إليها من زوج أو محرم (قوله وقال فى الدرر الخ) ومثله فى الفتح والبحر (قوله غير محصن) يأتى محترزه قريبا (قوله بخلاف المتحد) فإنه يتداخل كما مر آنفا ، ويأتى آخر الباب بيانه (قوله ولايوالى) الظاهر أنه مبنى للمجهول ليناسب قوله قبله يقام عليه الكل ، ويحتمل بناؤه للفاعل ، وكذا قوله فيبدأ لكنه خلاف المتبادر من عبارة الشارح حيث لم يفسره بالإمام بل فسر به الضمير البارز فقط ، وإلا كان المناسب تقديمه فافهم (قوله لحق العبد) أى لما فيه من حق العبد وإن كان الغالب فيه حق الله تعالى (قوله ولو فقأ) أى فقأ عين رجل نهر . والذى يظهر أن المراد به ذهاب البصر رملى : أى لا إذهاب الحدقة لأنه لايمكن فيه القصاص ؛ إذ المراد أنه لو فعل مع هذه الجنايات مايوجب القصاص فيمادون النفس من إذهاب البصر ونحوه فيبدأ به لأنه خالص حق العبد ثم بالقذف لأنه مشوب بحقه (قوله لو محصنا) أما لو غير محصن فإنه يخير لأنه يقام عليه الكل ولايلغى شيء كمامر (قوله ولغاغيرها)

وفى الحاوى القدسى : ولو قتل ضرب للقذف وضمن للسرقة ثم قتل وترك مابقى ، ويؤخذ ماسرقه من تركته لعدم قطعه نهر :

(ولا يطالب ولد) أى فرع وإن سفل (وعبد أباه) أى أصله وإن علا (وسيده) لف ونشر مرتب (بقذف أمه الحرة المسلمة) المحصنة (فلو كان لها ابن من غيره) أو أب أو نحوه (ملك الطلب) فى النهر. وإذا سقط عنه الحد عزر بل بشتم ولده يعزر (ولا إرث) فيه خلافا للشافعى (ولا رجوع) بعد إقرار (ولا اعتياض) أى أخذ

هو حد السرقة والشرب لأنه محض حق الله تعالى وقد فات محله (قوله وضمن للسرقة) يغنى عنه ما ذكره بعده ، وقيد بالضمان لأنه لا يقطع لأن القطع حقه تعالى (قوله وترك ما بقى) أى حد السرقة والشرب كما لو لم يوجد مع القتل غيرهما. قال فى النهر : ومتى اجتمعت الحدود لحق الله تعالى وفيها قتل نفس قتل وترك ماسوى ذلك ، لأن المقصود الزجر له ولغيره ، وأتم ما يكون باستيفاء النفس والاشتغال بما دونه لا يفيد اهـ :

وفى أحكام الدين من الأشباه مانصه : ولم أر إلى الآن ما إذا اجتمع قتل القصاص والردة والزنا ، وينبغى تقديم القصاص قطعا لحق العبد ، وما إذا اجتمع قتل الزنا والردة ، وينبغى تقديم الرجم لأن به يحصل مقصودهما بخلاف ما إذا قدم قتل الردة فإنه يفوت الرجم اهـ (قوله لعدم قطعه) فإن الضمان إنما يسقط لضرورة القطع ولم يوجد نهر (قوله وعبد) الواو بمعنى أو فلذا أفرد الضمير بعده تأمل (قوله أى أصله وإن علا) ذكرا كان أو أنثى ، فلا يطالب أباه أو جده وإن علا وأمه وجدته وإن علت بحر (قوله بقذف أمه) أى الميتة نهر ، فلو حية كانت المطالبة لها كما مر . قال فى البحر : وأشار إلى أنهما : أى الولد والعبد لايطالبان بقذفهما بالأولى اهـ أى بقذف الأب والمولى لهما (قوله المحصنة) علم منه أنه لابد أن تكون حرة (قوله أو نحوه) أى كالأم وغيرها مما يقع القدح فى نسبه كما مر بيانه (قوله ملك الطلب) أى حيث لم يكن مملوكا للقاذف ، فسقوط حق بعضهم لايوجب سقوط حق الباقين بحر ؛ وقيد بقوله للقاذف بأنه لو كان مملوكا لغيره له الطلب كما أفاده أبو السعود الأزهرى (قوله عزر) ذكره فى النهر بحثا أخذا مما فى القنية لو قال لآخر ياحرامى زاده لايحد ، ولو قاله الوالد لولده يعزر ، فإذا وجب التعزير بالشتم فبالقذف أولى ؛ فقوله فى البحر وفى نفسى منه شىء لتصريحهم بأن الوالد لايعاقب بسبب ولده ، فإذا كان لقذف لايوجب عليه شيئا فالشتم أولى اهـ ممنوع نهر .

ووجه المنع أن الأولوية بالعكس كما علمته ، ولايلزم من سقوط الحد بالقذف سقوط التعزير به لسقوط الحد بشبهة الأبوة لكون الغالب فيه حق الله تعالى ، بخلاف التعزير ولأنه لايلزم من سقوط الأعلى سقوط الأدنى ، لكن لايخفى أن قولهم لايعاقب الوالد بسبب ولده يشمل التعزير لأنه عقوبة فبقى توقف صاحب البحر على حاله . وقد يجاب بأن القاضى لم يعاقبه لأجل ولده بل لمخالفته أمر الله تعالى (قوله ولا إرث فيه) أى إذا مات المقذوف قبل إقامة الحد على القاذف أو بعد إقامة بعضه بطل الحد ، وليس لوارثه إقامته ، وهذا بخلاف ما إذا كان المقذوف ميتا فإن الطلب يثبت لأصوله وفروعه أصالة لابطريق الإرث ، وتمامه فى البحر (قوله خلافا للشافعى) الأولى ذكره بعد قوله فيه وعنه لأن الخلاف فى الكل ، ومبنى الخلاف أن الغالب فى حد القذف حق الشرع عندنا وعنده حق العبد ؛ فعنده يورث ويصح الرجوع عنه والعفو والاعتياض نظر إلى جانب حق العبد ، وعندنا بالعكس نظرا إلى جانب حقه تعالى ، وبيان تحقيق ذلك فى الفتح (قوله ولااعتياض) مقتضاه أن القاذف إذا دفع شيئا للمقذوف ليسقط حقه رجع به . قال المولى سرى الدين فى حواشى الزيلعى : وهل يسقط الحد إن كان ذلك بعد مارفع إلى القاضى؟ لايسقط وإن كان قبله سقط كذا فى فصول العمادى اهـ :

عوض ولا صلح ولا عفو (فيه: وعنه) نعم لو عفا المقذوف فلا حد لا لصحة العفو بل لترك الطلب، حتى لو عاد وطلب حد شمني ولذا لايتم الحد إلا بحضرته (قال لآخر يازانى فقال الآخر) لا (بل أنت حدا) لغلبة حق الله تعالى فيه (بخلاف مالو قال له مثلا ياخبيث فقال بل أنت) لم يعزرا لأنه حقهما وقد تساويا فـ(تكافئا) بخلاف ماسيجيء لو تشاتما بين يدى القاضى أو تضاربا لم يتكافآ لهتك مجلس الشرع ولتفاوت الضرب

قلت: ينبغى أن يكون العفو عن هذا التفصيل، ولا ينافيه قولهم إنه لا يبطل بالعفو لحمله على ما بعد المرافعة أبو السعود.

أقول: والمنقول خلافه. ففى الخانية: ولا يسقط هذا الحد بالعفو ولا بالإبراء بعد ثبوته، وكذا إذا عفى قبل الرفع إلى القاضى اهـ (قوله ولا صلح) فلا يجب المال وسقوط الحد على التفصيل السابق أفاده المصنف.

وأورد أن الصلح هو الاعتياض فلا وجه لذكره بعده. وأجيب بأن الاعتياض يعم عقد البيع بخلاف الصلح ط (قوله ولاعفو) فلايسقط الحد بعد ثبوته إلا أن يقول المقذوف لم يقذفنى أو كذب شهودى فيظهر أن القذف لم يقع موجبا للحد لا لأنه وقع ثم سقط وهذا كما إذا صدقه المقذوف فتح (قوله فيه) متعلق برجوع، وقوله وعنه متعلق باعتياض ومابعده ففيه لف ونشر مرتب (قوله نعم لوعفا الخ) فيه رد على بعض معاصرى صاحب البحر حيث توهم من عدم صحة العفو أن القاضى يقيم الحد عليه مع عفو المقذوف متمسكا بقول الفتح لايصح العفو ويحد. قال فى البحر: وهو غلط فاحش. فى المبسوط: لايكون للإمام أن يستوفيه لأن الاستيفاء عند طلبه وقد تركه إلا إذا عاد وطلب فحينئذ يقيم الحد لأن العفو كان لغوا فكأنه لم يخاصم اهـ. قال: فتعين حمل مافى الفتح على ما إذا عاد وطلب اهـ (قوله ولذا الخ) دليل آخر لصاحب البحر استدل به على الرد المذكور، وهو مافى كافى الحاكم: لو غاب المقذوف بعد ماضرب الحد لم يتم الحد إلا وهو حاضر لاحتمال العفو فالعفو الصريح أولى (قوله حدا) أى المبتدئ والمجيب لأن كلا منهما قذف صاحبه، أما الأول فظاهر وكذا الثانى لأن معناه لابل أنت زان إذ هى كلمة عطف يستدرك به الغلط فيصير المذكور فى الأول خبرا لما بعد بل بحر، ولا يحدان إلا بطلبهما ولو بعد العفو والإسقاط كامر، وقرره فى البحر خلافا لما يوهمه كلام الفتح (قوله لغلبة حق الله تعالى) فلو جعل قصاصا يلزم إسقاط حقه تعالى وهو لايجوز بحر.

قلت: ولعل اشتراط الطلب ولو بعد الثبوت بالنظر إلى مافيه من حق العبد (قوله مثلا) أى من كل لفظ غير موجب لحد (قوله ماسيجيء) أى فى باب التعزير (قوله أو تضاربا) أى ولو فى غير مجلس القاضى كما يفيده كلام البحر والتعليل المذكور (قوله لم يتكافآ) فيعزرهما ويبدأ بتعزير المبتدئ منهما لأنه أظلم كما سيجيء (قوله لهتك مجلس الشرع) أى هتك احترامه فلم يكن ذلك محض حقهما حتى يعتبر التساوى فيه، وقوله ولتفاوت الضرب علة لقوله أو تضاربا ففيه لف ونشر مرتب.

[تنبيه] لو تشاتما بين يدى القاضى هل له العفو عنهما؟ قال فى النهر: لم أره، والظاهر لا، بخلاف قوله أخذت الرشوة من خصمى وقضيت على فقد صرحو بأن له أن يعفو والفرق بين اهـ.

مطلب هل للقاضى العفو عن التعزير

قلت: وفيه نظر، لأنهما إذا تشاتما استويا حقهما لكنهما أخلا بحرمة مجلس القاضى فبقى مجرد حقه فصار بمنزلة قوله أخذت الرشوة فله العفو. يدل عليه مافى الولوالجية: لو تشاتما بين يديه ولم ينتهيا بالنهى، إن حبسهما وعزرهما فهو حسن لئلا يجترئ بذلك غيرهما فيذهب ماء وجه القاضى، وإن عفى عنهما فهو حسن لأن العفو مندوب

(ولو قاله لعرسه) وهو من أهل الشهادة (فردت به حدت ولالعان) الأصل أن الحدين إذا اجتمعا وفى تقديم أحدهما إسقاط الآخر وجب تقديمه احتيالا للدرء واللعان فى معنى الحد، ولذا قالوا لو قال لها يازانية بنت الزانية بدئ بالحد لينتفى اللعان (ولو قالت) فى جوابه (زنيت بك) أو معك (هدرا) أى الحد واللعان للشك قيد بالخطاب لأنها لو أجابته بأنت أزنى منى حد وحده خانية (ولو كان) ذلك (مع أجنبية حدت دونه) لتصديقها (أقر بولد ثم نفاه يلاعن وإن عكس حد) للكذب (والولد فيهما) لإقراره (ولو قال ليس بابنى ولا بابنك فهدر) لأنه أنكر الولادة: (قال لامرأة يازانى حد اتفاقا) لأن الهاء تحذف للترخيم (ولرجل يازانية لا) وقال محمد: يحد لأن الهاء

إليه فى كل أمر اهـ وسنذكر فى التعزير الاختلاف فى أن الإمام هل له العفو والتوفيق لصاحب القنية بأن له ذلك فى الواجب حقا لله تعالى، بخلاف ما كان لجناية على العبد فإن العفو فيه للمجنى عليه، والظاهر أن تشاتمهما عند القاضى. وقوله أخذت الرشوة اجتمع فيه حق الشرع مع حق العبد وهو القاضى وترجح فيه حقه فكان حق عبد كما يفيده كلام الولوالجية، وإلا لم يكن له العفو تأمل (قوله ولو قاله لعرسه) أى لو قال لزوجته يازانية (قوله وهو من أهل الشهادة) قيد به لأنه إذا لم يكن أهلا لها لايكون موجب قذفه لعانا بل حدا فيحد اهـ ح عن إيضاح الإصلاح لابن كمال أى فيحد كل منهما بطلبهما، كما لو قاله لغير عرسه وهو المسألة المارة (قوله فردت به) أى بذلك اللفظ بأن قالت بل أنت (قوله ولالعان) لأنها لما حدت فى القذف لم تبق أهلا للعان لأنه شهادة ولا شهادة للمحدود فى قذف (قوله الأصل الخ) جواب عما قد يقال لم قدم حدها حتى سقط اللعان مع أنه لو قدم اللعان لايسقط حد القذف عنها، لأن حد القذف يجرى على الملاعنة كما فى الفتح (قوله واللعان فى معنى الحد) استئناف لبيان دخول المسألة تحت هذا الأصل فافهم (قوله ولذا) أى لكونه فى معنى الحد (قوله بدئ بالحد الخ) الأولى أن يقول فبدئ بالحد ينتفى اللعان لأن البداءة بالحد موقوفة على مخاصمة الأم أولا فيسقط اللعان لأنه بطلت شهادة الرجل، أما لو خاصمت المرأة أولا فلاعن القاضى بينهما ثم خاصمت الأم يحد الرجل للقذف كما فى البحر (قوله ولو قالت فى جوابه) أى فى جواب قول الزوج لها يازانية (قوله للشك) لأنه يحتمل أنها أرادت به ماقبل النكاح فتحد لقذفها، ولا لعان لتصديقها إياه أوما كان معه بعد النكاح، وأطلقت عليه زنا للمشاكلة فيجب اللعان دون الحد لوجود القذف منه وعدمه منها، والحكم بتعيين أحدهما بعينه متعذر فوقع الشك فى كل من وجوب اللعان والحد فلا يجب واحد منهما بالشك، حتى لو زال الشك بأن قالت قبل أن أتزوجك أو كانت أجنبية حدت فقط وهو ظاهر اهـ نهر وغيره (قوله قيد بالخطاب) أى بكاف الخطاب فافهم (قوله حد وحده) فى بعض النسخ حد وحدت وهو تحريف لأن الذى فى الخانية أن قوله أنت أزنى منى ليس بقذف لما قدمناه من أن معناه أنت أقدر على الزنا، نعم على ما مر عن الظهيرية من أنه قذف تحد هى أيضا. وقد يقال إن الحد عليها وحدها لأنه إذا كان قذفا يكون تصديقا له فى أنها زانية على ما هو الأصل فى أفعل التفضيل من اقتضائه المشاركة والزيادة تأمل (قوله ولو كان ذلك) أى المذكور من قوله يازانية وردها بقولها زنيت بك (قوله حدت) لزوال الشك كما مر (قوله لتصديقها) علة لقوله دونه أى لايحد هو أيضا لأنها صدقته (قوله يلاعن) لأن النسب لزمه بإقراره، وبالنفى بعده صار قاذفا لزوجته فيلاعن نهر (قوله وإن عكس) بأن نفاه أولا ثم أقر به قبل اللعان حد، لأنه لما أكذب نفسه بطل اللعان الذى كان وجب بنفى الولد، لأنه ضرورى صير إليه ضرورة التكاذب بين الزوجين فكان خلفا عن الحد فإذا بطل صير إلى الأصل (قوله لإقراره) أى سابقا أو لاحقا، واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد بحر (قوله فهدر) أى لايتعلق به حد ولا لعان بحر (قوله لأنه أنكر الولادة) وبه لايصير قاذفا، ولذا لو قال لأجنبى لست بابن فلان وفلانة وهما أبواه لا يجب عليه شىء زيلعى (قوله لأن الهاء تحذف للترخيم) كذا علله فى الفتح، وعلله

تدخل للمبالغة كعلامة . قلنا الأصل فى الكلام التذكير .

(ولا حد بقذف من لها ولد لا أب له) معروف (فى بلد القذف) أو من لاعنت بولد (لأنه أمارة الزنا أو) بقذف (رجل وطىء فى غير ملكه بكل وجه) كأمة إبنه (أو بوجه) كأمة مشتركة (أو فى ملكه المحرم أبدا كأمة هى أخته رضاعا) فى الأصح لفوات العفة (أو) بقذف (من زنت فى كفرها) لسقوط الإحصان (أو)

فى الجوهرة بأن الأصل فى الكلام التذكير (قوله قلنا الأصل الخ) قد علمت أن هذا تعليل المسألة الوفاقية ، وعلل لهذه فى الجوهرة وغيرها بأنه أحال كلامه فوصف الرجل بصفة المرأة . وقال فى الفتح : ولهما أنه رماه بما يستحيل منه فلا يحد ، كما لو قذف مجبوبا ، وكما لو قال أنت محل للزنا لا يحد ، وكون التاء للمبالغة مجاز بل هى لما عهد لها من التأنيث . ولو كان حقيقة فالحد لا يجب بالشك (قوله فى بلد القذف) أى لا فى كل البلاد بحر ، وهذا أعم من مجهول النسب لأنه من لا يعرف له أب فى مسقط رأسه شرنبلالية (قوله أو من لاعنت بولد) أى سواء كان حيا أو ميتا ، وهذا إذا قطع القاضى نسب الولد وألحقه بأمه وبقى اللعان ، فلو لاعنت بغير ولد أو لاعنت بولد ولم يقع نسبه أو بطل اللعان بإكذاب الزوج نفسه ثم قذفها رجل وجب الحد ، أفاده فى البحر (قوله لأنه) أى الولد فى المسألتين أمارة : أى علامة الزنا ففاتت العفة (قوله أو بقذف رجل وطىء فى غير ملكه الخ) الأصل فيه أن من وطىء وطأ حراما لعينه لا يحد قاذفه لأن الزنا هو الوطء المحرم لعينه ، وإن كان محرما لغيره يحد قاذفه لأنه ليس بزنا فالوطء فى غير ملكه من كل وجه أو من وجه حرام لعينه ، وكذا الوطء فى الملك ، والحرمة مؤبدة بشرط ثبوتها بالإجماع أو بالحديث المشهور عند أبى حنيفة لتكون ثابتة من غير تردد ، بخلاف ثبوت المصاهرة بالمس والتقبيل لأن فيها خلافا ، ولا نص فيها بل هى احتياط . أما ثبوتها بالوطء فهو بنص — ولا تنكحوا مانكح آباؤكم — ولا يعتبر الخلاف مع النص ، فإن كانت الحرمة مؤقتة فالحرمة لغيره ، وتمامه فى الهداية وشروحها (قوله كأمة ابنه) مثل له فى الفتح بقوله كوطء الحرة الأجنبية والمكرهة ، فالموطوءة إذا كانت مكرهة يسقط إحصانها فلا يحد قاذفها لأن الإكراه يسقط الإثم ولا يخرج الفعل عن كونه ، فكذا يسقط إحصانها كما يسقط إحصان المكره الواطىء (قوله كأمة مشتركة) أى بين الواطىء وغيره (قوله أو فى ملكه المحرم أبدا) إسناد الحرمة إلى الملك من إسناد ما للمسبب إلى سببه لأن المحرم هو المتعة والملك سببها ؛ واحترز بقوله أبدا عن الحرمة المؤقتة ، ويأتى أمثلتها قريبا وترك اشتراط ثبوت الحرمة بالإجماع (قوله فى الأصح) احتراز عن قول الكرخى كالأئمة الثلاثة إنه يحد قاذفه لقيام الملك فكان كوطء أمته المجوسية .

وجه الصحيح أن الحرمة فى المجوسية ونحوها يمكن ارتفاعها فكانت مؤقتة ، بخلاف حرمة الرضاع فلم يكن المحل قابلا للحل أصلا فكيف يجعل حراما لغيره فتح (قوله لفوات العفة) تعليل للمسائل الثلاث أى وإذا زالت العفة زال الإحصان ، والنص إنما أوجب الحد على من رمى المحصنات ، وفى معناه المحصنين رميه رمى غير المحصن ولا دليل يوجب الحد فيه ، نعم هو محرم بعد التوبة فيعزر فتح (قوله أو بقذف من زنت فى كفرها) الأنوثة غير قيد كما فى الفتح ، وأطلقه فشمل الحربى والذمى ، وما إذا كان الزنا فى دار الإسلام أو فى دار الحرب ، وما إذا قال له زنيت وأطلق ثم أثبت أنه زنى فى كفره أو قال له زنيت وأنت كافر فهو كما لو قال لمعتق زنيت وأنت عبد بحر وماذكره من شمول الإطلاق والإسناد إلى وقت الكفر هو المتبادر من إطلاق المصنف كالكنز والهداية والزيلعى والاختيار وغيرها . ويخالفه مافى الفتح من أن المراد قذفها بعد الإسلام بزنا كان فى نصرانيتها ، بأن قال زنيت وأنت كافرة ، كما لو قال قذفتك بالزنا وأنت أمة فلا حد عليه لأنه إنما أقر أنه قذفها فى حال لو علمنا منه صريح القذف لم يحد ، لأن الزنا يتحقق من الكافر ولذا يقام عليه الجلد حدا لا الرجم ، ولا يسقط الحد بالإسلام وكذا

بقذف (مكاتب مات عن وفاء) لاختلاف الصحابة فى حريته فأورث شبهة .

(وحد قاذف واطئ عرسه حائضا وأمة مجوسية ومكاتبة ومسلم نكح محرمه فى كفره) لثبوت ملكه فيهن ، وفى الأخيرة خلافهما .

(و) حد (مستأمن قذف مسلما) لأنه التزم إيفاء حقوق العباد (بخلاف حد الزنا والسرقة) لأنهما من حقوق الله تعالى المحضة كحد الخمر . وأما الذمى فيحد فى الكل إلا الخمر غاية ، لكن قدمنا عن المنية تصحيح حده بالسكر أيضا . وفى السراجية : إذا اعتقدوا حرمة الخمر كانوا كالمسلمين ؛ وفيها : لو سرق الذمى أو زنى فأسلم إن ثبت بإقراره أو بشهادة المسلمين حد ، وإن بشهادة أهل الذمة لا (أقر القاذف بالقذف ، فإن أقام أربعة على زناه) ولو فى كفره لسقوط إحصانه كما مر (أو أقر بالزنا) أربعا (كما مر) عبارة الدرر : أو إقراره بالزنا ، فيكون معناه أو أقام بينة على إقراره بالزنا ، وقد حرر فى البحر أن البينة على ذلك لاتعتبر أصلا ولا يعول عليها ،

العبد اه وتبعه فى الشرنبلالية . ومقتضاه أنه لو قال زنيت وأطلق يحد، إلاأن يقال إنه يحد مع الإطلاق إذا لم يكن زناه فى كفره ثابتا فلو كان ثابتا لايحد ، ولذا قيده فى البحر بقوله ثم أثبت أنه زنى فى كفره وهو المفهوم من كلام المصنف كغيره حيث جعل موضوع المسألة قذف من زنت فى كفرها ، فمقتضاه ثبوت الزنا فى حال كفرها . وأما لو قال قذفتك وأنت أمة فلا يحتاج إلى ثبوت زناها لما مر من التعليل (قوله مات عن وفاء) وكذا لو مات عن غير وفاء بالأولى لموته عبدا بحر (قوله فى حريته) أى التى هى شرط الإحصان (قوله وحد الخ) شروع فى محترز قوله أو فى ملكه المحرم أبدا فإن الحرمة فى هذه المذكورات مؤقتة ومثل الحائض المظاهر منها والصائمة صوم فرض ومثل الأمة المجوسية الأمة المتزوجة والمشتراة شراء فاسدا لأن الشراء الفاسد يوجب الملك ، بخلاف المنكوحة نكاحا فاسدا فإن الملك لايثبت فيه فلذا يسقط إحصانه بالوطء فيه فلا يحد قاذفه كما فى الفتح (قوله ومسلم) بالجر وفى بعض النسخ ومسلما بالنصب ، فالأول عطف على لفظ واطئ والثانى على محله (قوله لثبوت ملكه فيهن) أى فى هذه المسائل ، ففى بعضها ملك نكاح وفى بعضها ملك اليمين ، وحرمة المتعة فيها ليست مؤبدة بل مؤقتة كما علمت فكان الوطء فيها حراما لغيره لا لعينه فلم يكن زنا لأن الزنا ما كان بلا ملك (قوله وفى الذخيرة خلافهما) وأصله أن تزوج المجوسى له حكم الصحة عنده ، وحكم البطلان عندهما غاية البيان (قوله مستأمن) بكسر الميم الثانية كما يأتى فى بابه (قوله لأنه التزم الخ) أى وحد القذف فيه حق العبد كما مر (قوله بخلاف حد الزنا والسرقة) أى فلا يلزمه خلافا لأبى يوسف (قوله فيحد فى الكل) أى اتفاقا (قوله غاية) أى غاية البيان (قوله لكن الخ) استدرك على قوله إلا الخمر فإنه بإطلاقه شامل لما إذا سكر منه فافهم (قوله أيضا) أى كما يحد للزنا والسرقة لكن قدمنا أن المذهب أنه لايحد (قوله وفى السراجية الخ) تقييد لقوله إلا الخمر (قوله حد) أى إذا لم يتقادم على مامر بيانه فى الباب السابق (قوله لا) أى لايحد ، لأن شهادتهم قامت على مسلم فلم تقبل (قوله على زناه) أى زنا بالمقذوف (قوله لسقوط إحصانه) لامحل لذكره هنا لأن جواب المسألة هو قول المصنف حد المقذوف ، فالكلام فى حد المقذوف لا فى حد القاذف ، وقدمنا قريبا عن الفتح أن الزنا يتحقق من الكافر ويقام عليه حد الجلد لا الرجم ، ولا يسقط الحد بالإسلام ، وقدمه الشارح أيضا عند بيان شروط الإحصان ، نعم هذا التعليل يناسب سقوط الحد عن القاذف ، وإذا كان جواب المسألة حد المقذوف يلزم منه سقوط الحد عن القاذف فلم يكن التعليل خارجا عن المناسبة من كل وجه ، كيف والباب معقود لحد القاذف دون المقذوف فافهم (قوله كما مر) أى لنظير مامر من كونه فى أربعة مجالس (قوله وقد حرر فى البحر الخ) أى فى باب حد الزنا وذكر مثله هنا فى الشرنبلالية عن البدائع .

لأنه إن كان منكرا فقد رجع فتلغو البينة ، وإن كان مقرا لاتسمع مع الإقرار إلا فى سبع مذكورة فى الأشباه ليست هذه منها ، فلذا غير المصنف العبارة فتنبه (حد المقذوف)يعنى إذا لم تكن الشهادة بحد متقادم كما لايخفى (وإن عجز) عن البينة للحال (واستأجل لإحضار شهوده فى المصر يؤجل إلى قيام المجلس ، فإن عجز حد ولا يكفل ليذهب لطابهم بل يحبس ويقال ابعث إليهم) من يحضرهم ؛ ولو أقام أربعة فساقا أنه كما قال درئ الحد عن القاذف والمقذوف والشهود ملتقط .

(يكتفى بحـــد واحد لجنايات

والحاصل أن تعبير الدرر بالإقرار لا يناسب قوله حد المقذوف وإنما يناسب لو قال سقط الحد عن القاذف وهو الأولى لأن الباب معقود له لا لحد المقذوف . قال فى الفتح : فإن شهد رجلان أو رجل وامرأتان على إقرار المقذوف بالزنا يدرأ عن القاذف الحد وعن الثلاثة أى الرجل والمرأتين ، لأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة فكأنا سمعنا إقراره بالزنا اهـ ونحوه مايذكره الشارح قريبا عن الملتقط ، فقوله لاتعتبر أصلا الخ أى بالنسبة إلى حد المقذوف .

مطلب لاتسمع البينة مع الإقرار إلا فى سبع

(قوله لاتسمع مع الإقرار إلا فى سبع) فى وارث مقر بدين على الميت فتسمع للتعدى : أى تعدى الحكم بالدين إلى باقى الورثة ، وفى مدعى عليه أقر بالوصاية فبرهن الوصى ،وفى مدعى عليه أقر بالوكالة فيثبتها الوكيل دفعا للضرر ، وفى الاستحقاق إذا أقر المستحق عليه ليتمكن من الرجوع على بائعه ، وفيما لو خوصم الأب بحق عن الصبى فأقر لا يخرج عن الخصومة فتسمع البينة عليه بخلاف الوصى وأمين القاضى ، وفيما لو أقر الوارث للموصى له ، وفيما لو آجر دابة بعينها من رجل ثم من آخر فبرهن الأول على المؤجر تقبل وإن كان مقرا له اهـ ملخصا (قوله حد المقذوف) أى دون القاذف كما علمت وترك التصريح به لظهوره (قوله بحد متقادم) تقدم بيانه فى باب الشهادة على الزنا (قوله وإن عجز عن البينة للحال الخ) أما لو أقام شاهدين لم يزكيا أو شاهدا واحدا وادعى أن الثانى فى المصر فإنه يحبسه ثلاثة أيام للتزكية أو لإحضار الآخر كما قدمناه أول الباب (قوله إلى قيام المجلس) أى مقدار قيام القاضى من مجلسه فتح (قوله ولا يكفل الخ) لأن سبب وجوب الحد ظهر عند القاضى فلا يكون له أن يؤخر الحد لتضرر المقذوف بتأخير دفع العار عنه وإلى آخر المجلس قليل لا يتضرر . وفى قول أبى يوسف الآخر وهو قول محمد يكفل فلذا يحبس عندهما فى دعوى الحد والقصاص ، ولا خلاف أنه لايكفل بنفس الحد والقصاص : وكان أبو بكر الرازى يقول مراد أبى حنيفة أن القاضى لا يجبره على إعطاء الكفيل ، فأما إذا سمحت نفسه به فلا بأس لأن تسليمه لفسه مستحق عليه والكفيل بالنفس إنما يطالب بهذا القدر فتح (قوله درئ الحد الخ) لأن الفاسق فيه نوع قصور وإن كان من أهل الأداء والتحمل ، ولذا لو قضى بشهادته نفذ عندنا فيثبت بشهادتهم شبهة الزنا فيسقط الحد عنهم وعن القاذف ، وكذا عن المقذوف لاشتراط العدالة فى الثبوت . وأما لو كانوا عميانا أو عبيدا أو محدودين فى قذف أو كانوا ثلاثة فإنهم يحدون للقذف دون المشهود عليه لعدم أهلية الشهادة فيهم أو عدم النصاب كما تقدم فى باب الشهادة على الزنا .

قلت: والظاهر أن القاذف يحد أيضا لأن الشهود إذا حدوا مع أنهم إنما تكلموا على وجه الشهادة لاعلى وجه القذف يحد القاذف بالأولى ولم أره صريحا ، وهذا بخلاف شهادة الاثنين على الإقرار كما مر قريبا (قوله يكتفى بحد واحد الخ) أفاد أن الحد وقع بعد الفعل المتكرر ، إذ لو حد للأول ثم فعل الثانى يحد حدا آخر للثانى سواء

المحد جنسها ، بخلاف مااختلف) جنسها كما بيناه ، وعم إطلاقه ماإذا اتحد المقذوف ام تعدد بكلمة أم كلمات فى يوم أم أيام طلب كلهم أم بعضهم ، وما إذا حد للقذف إلا سوطا ثم قذف آخر فى المجلس فإنه يتم الأول ، ولا شيء للثانى للتداخل ؛ وأما إذا قذف فعتق فقذف آخر حد حد العبد فإن آخذه الثانى كمل له ثمانون لوقوع الأربعين لهما فتح . وفى سرقة الزيلعى قذفه فحد ثم قذفه لم يحد ثانيا لأن المقصود وهو إظهار كذبه ودفع العار

كان قذفا أو زنا أو شربا كما صرح به فى الفتح وغيره بحر ، لكن استثنى ماإذا قذف المحدود ثانيا المقذوف الأول كما يأتى قريبا (قوله اتحد جنسها) بأن زنا أو شرب أو قذف مزارا كنز ، وكذا السرقة بحر (قوله كما بيناه) أى عند قوله اجتمعت عليه أجناس مختلفة الخ (قوله بكلمة) مثل أنتم زناة نهر ، ومثله ياابن الزانيين كما مر أول الباب (قوله إلا سوطا) احتراز عما لو تمم الحد ثم قذف رجلا آخر فإنه يحد ثانيا (قوله فى المجلس) لم أر من صرح بمحترزه (قوله ولا شيء للثانى للتداخل) والأصل أنه متى بقى عليه من الحد الأول شيء فقذف آخر قبل تمامه ضرب بقية الأول ولم يحد للثانى جوهرة .

قلت : وقيد ذلك فى البحر والنهر بما إذا حضرا جميعا ، لما فى المحيط والتبيين : لو ضرب للزنا أو للشرب بعض الحد فهرب ثم زنى أو شرب ثانيا حد حدا مستأنفا ، ولو كان ذلك فى القذف ، فإن حضر الأول والثانى جميعا أو الأول كمل الأول ولا شيء للثانى للتداخل ، وإن حضر الثانى وحده يجلد حدا مستقبلا للثانى ويبطل الأول لعدم دعواه اهـ أى لعدم دعوى الأول تكميل الحد الواجب له لأنه بمنزلة العفو ابتداء ، فكما لا يقام له الحد ابتداء إلا بطلبه كذلك لايكمل له إلا بطلبه ، هذا ماظهر لى فتأمل ه

والحاصل أنه إنما يكتفى بتكميل الحد الأول إن طلب المقذوف الأول وحده أو مع الثانى ، فلو طلب الثانى وحده حد له حدا مستقبلا كحد الزنا والشرب .

وبه علم أن شرط تكميل الأول حضور الأول فقط ، وأن التداخل قد يكون بتداخل الثانى فيما بقى من الأول ، وقد يكون بتداخل مابقى من الأول فى الثانى وذلك فيما يحد به حدا مستقبلا كما علمت آنفا ، ومر أيضا قبيل هذا الباب فى قول المصنف أقيم عليه بعض الحد فهرب وشرب ثانيا يستأنف ، فما ظنه بعض المحشين من التعارض بين مامر وما هنا فهو خطأ لما علمت من اختلاف الموضوع (قوله وما إذا قذف الخ) معطوف كسابقه على قوله ما إذا اتحد (قوله فعتق) بالبناء للفاعل لأنه لازم لايتعدى إلا بالهمزة ط عن ابن الشحنة (قوله فإن آخذه الثانى) أى طالبه فى أثناء الحد أو بعد تمامه ط (قوله ثم قذفه) أى قذف المقذوف أولا ؛ بخلاف ماإذا قذف شخصا آخر بعد حده للأول فإنه يحد للثانى كما قدمناه (قوله لأن المقصود الخ) قال فى البحر : لايخفى مافيه فإنه بالحد الأول لم يظهر كذبه فى إخبار مستقبل ، بل فيما أخبر به ماضيا قبل الحد ، ولهذا قال فى الفتح : وصار كما لو قذف شخصا فحد به ثم قذفه بعين ذلك الزنا ، بأن قال أنا باق على لسبتى إليه الزنا الذى نسبته إليه لايحد ثانيا فكذا هذا ، أما لو قذفه بزنا آخر حد به اهـ لكن فى الظهيرية : ومن قذف إنسانا فحد ثم قذفه ثانيا لم يحد .

والأصل فيه ماروى : أن أبا بكرة لما شهد على المغيرة بالزنا وجلده عمر لقصور العدد بالشهادة كان يقول بعد ذلك فى المحافل أشهد إن المغيرة لزان ، فأراد عمر أن يحده ثانيا فمنعه على فرجع إلى قوله وصارت المسألة إجماعا اهـ فظهر أن المذهب إطلاق المسألة كما ذكره الزيلعى اهـ مافى البحر ، وتبعه فى النهر أى المذهب أنه شامل لما إذا قذفه بعين الزنا الأول أو بزنا آخر خلافا لما قاله فى الفتح .

قلت : والذى يظهر لى أن الصواب مافى الفتح ، وأنه إذا صرح بنسبته إلى زنا غير الأول يحد ثانيا ، كما لو قذف

حصل بالأول اهـ ومفاده أنه لو قال له يا ابن الزانية وأمه ميتة فخاصمه حد ثانيا كما لا يخفى . وأفاد تقييده بالحد أن التعزير يتعدد ألفاظه لأنه حق العبد .

[فرع] عاين القاضي رجلا زنى أو شرب لم يحده استحسانا. وعن محمد يحده قياسا على حد القذف والقود. قلنا : الاستيفاء للقاضي وهو مندوب للدرء بالخبر فلحقه التهمة حواشي السعدية .

باب التعزير

(هو) لغة التأديب مطلقا ، وقول القاموس إنه يطلق على ضربه دون الحد غلط نهر .

شخصا آخر لأنه لم يظهر كذبه فى القذف الثانى ، بخلاف ما إذا حد ثم قذفه بالزنا الأول أو أطلق لحمل إطلاقه على الأول ، لأن المحدود بالقذف يكرر كلامه بعد القذف لإظهار صدقه فيما حد بسببه كما فعله أبو بكرة ، فإن قوله أشهد إن المغيرة لزان لم يرد به زنا آخر ، وبه ظهر أن ما فى الظهيرية لا ينافى ما فى الفتح فلا يصلح للاستدراك به عليه (قوله ومفاده الخ) أى مفاد مامر عن الزيلعى من انتفاء الحد ثانيا حيث اتحد المقذوف أنه لو تعدد يحد ، وقدمنا التصريح به عن الفتح وغيره ، فإذا قذف شخصا بالزنا فحد له ثم قال له يا ابن الزانية فإنه يحد ثانيا وإن كانت أم المقذوف ميتة وكان الطالب له لأن الثانى قذف لأمه ؛ وكذا يحد بالأولى لو كانت الأم حية فخاصمته (قوله إن التعزير يتعدد الخ) جزم به مع أن المصنف قال لم أر من صرح به لكنه يؤخذ من كلامهم اهـ ط والمراد التعزير الذى هو حق العبد كما يفيده التعليل وسيأتى تمام الكلام على ذلك عند قول المصنف فى الباب الآتى وهو حق العبد (قوله قلنا) أى فى وجه الاستحسان بإبداء الفارق وهو أن حد الزنا أو الشرب ليس له مطالب مخصوص فكان استيفاؤه للقاضى ابتداء والقاضى مندوب أى مأمور بالدرء : أى درء الحد بالستر عليه كما مر فى الشاهد للخبر وهو حديث «من رأى عورة فسترها كان كمن أحيا موءودة» فإذا أعرض القاضى عما ندب إليه وأراد استيفاءه لحقته تهمة بذلك فلم يجز له استيفاؤه ؛ بخلاف حد القذف والقود فإن له مطالبا وهو المقذوف وولى المقتول ؛ حتى قيل إن إقامة التعزير لصاحبه كالقصاص كما نقله فى المجتبى فلم يوجد من القاضى تهمة فيه ؛ فكان له استيفاؤه فيما بينه وبين الله تعالى لأن القضاء ليس شرطا لاستيفاء القصاص بل للتمكين كما مر قبيل باب الشهادة على الزنا ؛ هذا ما ظهر لى فى تقرير هذا المحل فتأمله ؛ والله سبحانه أعلم .

باب التعزير

لما ذكر الزواجر المقدرة شرع فى غير المقدرة ، وأخرها لضعفها ، وألحقه بالحدود مع أن منه محض حق العبد لما أنه عقوبة ، وتمامه فى النهر (قوله هو لغة التأديب مطلقا) أى بضرب وغيره دون الحد أو أكثر منه . ويطلق على التفخيم والتعظيم ، ومنه — وتعزروه وتوقروه — فهو من أسماء الأضداد (قوله غلط) لأن هذا وضع شرعى لا لغوى إذ لم يعرف إلا من جهة الشرع ، فكيف نسب لأهل اللغة الجاهلين بذلك من أصله . والذى فى الصحاح بعد تفسيره بالضرب ، ومنه سمى ضرب مادون الحد تعزيرا ، فأشار إلى أن هذه الحقيقة الشرعية منقولة عن الحقيقة اللغوية بزيادة قيد هو كون ذلك الضرب دون الحد الشرعى ، فهو كلفظ الصلاة والزكاة ونحوهما المنقولة لوجود المعنى اللغوى فيها وزيادة ، وهذه دقيقة مهمة تفطن لها صاحب الصحاح وغفل عنها صاحب القاموس ، وقد وقع له نظير ذلك كثيرا وهو غلط يتعين التفطن له اهـ نهر عن ابن حجر المكى . وأجيب بأنه لم يلتزم الألفاظ اللغوية فقط ، بل يذكر المنقولات الشرعية والاصطلاحية وكذا الألفاظ الفارسية تكثيرا

وشرعا (تأديب دون الحد أكثره تسعة وثلاثون سوطا ، وأقله ثلاثة) لو بالضرب ، وجعله فى الدرر على أربع مراتب

للفوائد ، وفيه نظر لأن كتابة موضوع لبيان المعانى اللغوية ، فحيث ذكر غيرها كان عليه التنبيه عليه لئلا يوقع الناظر فى الاشتباه (قوله تأديب دون الحد) الفرق بين الحد والتعزير أن الحد مقدر والتعزير مفوض إلى رأى الإمام ، وأن الحد يدرأ بالشبهات والتعزير يجب معها ، وأن الحد لايجب على الصبى والتعزير شرع عليه . والرابع أن الحد يطلق على الذمى والتعزير يسمى عقوبة له لأن التعزير شرع للتطهير تاترخانية . وزاد بعض المتأخرين أن الحد مختص بالإمام والتعزير يفعله الزوج والمولى وكل من رأى أحدا يباشر المعصية ، وأن الرجوع يعمل فى الحد لافى التعزير ، وأنه يحبس المشهود عليه حتى يسأل عن الشهود فى الحد لافى التعزير ، وأن الحد لاتجوز الشفاعة فيه وأنه لايجوز للإمام تركه وأنه قد يسقط بالتقادم بخلاف التعزير فهى عشرة :

قلت : وسيجىء غيرها عند قوله وهو حق العبد (قوله أكثره تسعة وثلاثون سوطا) لحديث « من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين » وحد الرقيق أربعون فنقص عنه سوطا : وأبو يوسف اعتبر أقل حدود الأحرار لأن الأصل الحرية فنقص سوطا فى رواية عنه : وظاهر الرواية عنه تنقيص خمسة كما روى عن على .

ويجب تقليد الصحابى فيما لايدرك بالرأى لكنه غريب عن على وتمامه فى الفتح . وفى الحاوى القدسى قال أبو يوسف : أكثره فى العبد تسعة وثلاثون سوطا ، وفى الحر خمسة وسبعون سوطا وبه نأخذ اهـ فعلم أن الأصح قول أبى يوسف بحر .

قلت : يحتمل أن قوله وبه نأخذ ترجيح للرواية الثانية عن أبى يوسف على الرواية الأولى لكون الثانية هى ظاهر الرواية عنه ، ولايلزم من هذا ترجيح قوله على قولهما الذى عليه متون المذهب مع نقل العلامة قاسم تصحيحه عن الأئمة ، ولذا لم يعوّل الشارح على مافى البحر . وعن أبى يوسف أنه يقرب كل جنس إلى جنسه ، فيقرب اللمس والقبلة من حد الزنا ، وقذف غير المحصن أو المحصن بغير الزنا من حد القذف صرفا لكل نوع إلى نوعه : وعنه أنه يعتبر على قدر عظم الجرم وصغره زيلعى (قوله وأقله ثلاثة) أى أقل التعزير ثلاث جلدات وهكذا ذكره القدورى ، فكأنه يرى أن مادونها لايقع به الزجر ، وليس كذلك بل يختلف ذلك باختلاف الأشخاص ، فلامعنى لتقديره مع حصول المقصود بدونه فيكون مفوضا إلى رأى القاضى يقيمه بقدر مايرى المصلحة فيه على مابينا تفاصيله ، وعليه مشايخنا رحمهم الله تعالى زيلعى ، ونحوه فى الهداية . قال فى الفتح : فلو رأى أنه ينزجر بسوط واحد اكتفى به ، وبه صرح فى الخلاصة . ومقتضى الأول أنه يكمل له ثلاثة لأنه حيث وجب التعزير بالضرب ، فأقل مايلزم أقله ، إذ ليس وراء الأقل شىء ثم يقتضى أنه لو رأى أنه إنما ينزجر بعشرين كانت أقل مايجب فلا يجوز نقصه عنها ، فلو رأى أنه لاينزجر بأقل من تسعة وثلاثين صار أكثره أقل الواجب ، وتبقى فائدة تقدير الأكثر بها أنه لو رأى أنه لاينزجر إلا بأكثر منها يقتصر عليها ، ويبدل ذلك الأكثر بنوع آخر وهو الحبس مثلا (قوله لو بالضرب) يعنى أن تقدير التعزير بما ذكر إنما هو فيما لو رأى القاضى تعزيره بالضرب فليس له الزيادة على الأكثر ، فلاينافى مايأتى من أن التعزير ليس فيه تقدير ، بل هو مفوض إلى رأى القاضى لأن المراد تفويض أنواعه من ضرب ونحوه كما يأتى (قوله على أربع مراتب) تعزير أشراف الأشراف ، وهم العلماء والعلوية بالإعلام ، بأن يقول له القاضى بلغنى أنك تفعل كذا فينزجر به . وتعزير الأشراف ، وهم نحو الدهاقين بالإعلام والجر إلى باب القاضى والخصومة فى ذلك . وتعزير الأوساط ، وهم السوقة بالجر والحبس . وتعزير الأخساء بهذا كله وبالضرب اهـ ومثله فى الفتح عن الشافى والزيلعى عن النهاية ، ويأتى الكلام عليه . والدهاقين : جمع دهقان بكسر الدال وقد تضم

وكله مبنى على عدم تفويضه للحاكم مع أنها ليست على إطلاقها ، فإن من كان من أشراف الأشراف لو ضرب غيره فأدماه لايكفى تعزيره بالإعلام ، وأرى أنه بالضرب صواب (ولايفرق الضرب فيه) وقيل يفرق . ووفق بأنه إن بلغ أقصاه يفرق وإلا لا شرح وهبانية (ويكون به و) بالحبس و (بالصفع) على العنق (وفرك الأذن ، وبالكلام العنيف ، وبنظر القاضى له بوجه عبوس ، وشتم غير القذف) مجتبى وفيه عن السرخسى : لايباح بالصفع لأنه من أعلى مايكون من الاستخفاف ، فيصان عنه أهل القبلة (لا بأخذ مال فى المذهب) بحر . وفيه عن البزازية : وقيل يجوز ، ومعناه أن يمسكه مدة لينزجر ثم يعيده له ، فإن أيس من توبته صرفه إلى مايرى . وفى المجتبى أنه كان فى ابتداء الإسلام ثم نسخ :

وهو معرب يطلق على رئيس القرية ، والتاجر ، ومن له مال وعقار مصباح (قوله وكله مبنى الخ) أى كل ماذكر من المراتب الأربعة ، ولا يصح أن يرجع إلى مافى المتن أيضا ، لأن ماذكر فيه من التقدير لافرق فيه بين القول بالتفويض وعدمه كما علمت فافهم .

ثم إن ماذكره من أنه مخالف للقول بالتفويض هو مافهمه فى البحر حيث قال : وظاهره أنه ليس مفوضا إلى رأى القاضى وأنه ليس له التعزير بغير المناسب لمستحقه ، وظاهر الأول : أى القول بالتفويض أن له ذلك اهـ .

قلت : وفيه كلام نذكره قريبا (قوله فإن من كان الخ) سنذكر مايؤيده قريبا (قوله ولايفرق الضرب فيه) بل يضرب فى موضع واحد لأنه جرى فيه التخفيف من حيث العدد ، فلو خفف من حيث التفريق أيضا يفوت المقصود من الانزجار (قوله وقيل يفرق) ذكره محمد فى حدود الأصل والأول ذكره فى أشربة الأصل (قوله ووفق الخ) فليس فى المسألة روايتان ، بل اختلاف الجواب لاختلاف الموضوع ، وهذا التوفيق مذكور فى شروح الهداية والكنز (قوله وإلا لا) أى إن لم يبلغ الأكثر بل كان بالأدنى كثلاث ونحوها لأنه لايفسد العضو كما فى الفتح وبه علم أن المراد بالأقصى الأكثر أو ماقاربه مما يخشى من جمعه على عضو واحد إفساده فافهم قال الزيلعى : ويتقى المواضع التى تتقى فى الحدود : أى كالرأس والمذاكير (قوله ويكون) أى التعزير به : أى بالضرب الخ وليس مراده حصر أنواعه فيما ذكر كما يفيده قوله الآتى ويكون بالنفى عن البدائع .

قلت : ويكون أيضا بالتشهير والتسويد لشاهد الزور كما سنذكره آخر الباب (قوله وبالصفع) هو أن يبسط الرجل كفه فيضرب بها قفا الإنسان أو بدنه ، فإذا قبض كفه ثم ضربه فليس بصفع بل يقال ضربه بجمع كفه ، مصباح (قوله فيصان عنه أهل القبلة) وإنما يكون لأهل الذمة عند أخذ الجزية منهم .

مطلب فى التعزير بأخذ المال

(قوله لا بأخذ مال فى المذهب) قال فى الفتح : وعن أبى يوسف يجوز التعزير للسلطان بأخذ المال . وعندهما وباقى الأئمة لا يجوز اهـ . ومثله فى المعراج ، وظاهره أن ذلك رواية ضعيفة عن أبى يوسف . قال فى الشرنبلالية : ولا يفتى بهذا لما فيه من تسليط الظلمة على أخذ مال الناس فيأكلونه اهـ ومثله فى شرح الوهبانية عن ابن وهبان (قوله وفيه الخ) أى فى البحر ، حيث قال : وأفاد فى البزازية أن معنى التعزير بأخذ المال على القول به إمساك شىء من ماله عنه مدة لينزجر ثم يعيده الحاكم إليه ، لا أن يأخذه الحاكم لنفسه أو لبيت المال كما يتوهمه الظلمة ، إذ لايجوز لأحد من المسلمين أخذ مال أحد بغير سبب شرعى . وفى المجتبى لم يذكر كيفية الأخذ وأرى أن يأخذها فيمسكها ، فإن أيس من توبته يصرفها إلى مايرى . وفى شرح الآثار : التعزير بالمال كان فى ابتداء الإسلام ثم نسخ اهـ .

(و) التعزير (ليس فيه تقدير بل هو مفوض إلى رأى القاضى) وعليه مشايخنا زيلعى ، لأن المقصود منه الزجر ، وأحوال الناس فيه مختلفة بحر (ويكون) التعزير (بالقتل كمن) وجد رجلا

والحاصل أن المذهب عدم التعزير بأخذ المال ، وسيذكر الشارح فى الكفالة عن الطرسوسى أن مصادرة السلطان لأرباب الأموال لا تجوز إلا لعمال بيت المال : أى إذا كان يردها لبيت المال (قوله والتعزير ليس فيه تقدير) أى ليس فى أنواعه ، وهذا حاصل قوله قبله ويكون به وبالصفع الخ . قال فى الفتح : وبما ذكرنا من تقدير أكثره يعرف ما ذكر من أنه ليس فى التعزير شىء مقدر بل مفوض إلى رأى الإمام : أى من أنواعه ، فإنه يكون بالضرب وبغيره . أما إذا اقتضى رأيه الضرب فى خصوص الواقعة فإنه حينئذ لا يزيد على تسعة وثلاثين اه .

قلت : نعم له الزيادة من نوع آخر ، بأن يضم إلى الضرب الحبس كما يذكره المصنف ، وذلك يختلف باختلاف الجناية والجانى . قال الزيلعى : وليس فى التعزير شىء مقدر ، وإنما هو مفوض إلى رأى الإمام على ما تقتضى جنايتهم ، فإن العقوبة فيه تختلف باختلاف الجناية ، فينبغى أن يبلغ غاية التعزير فى الكبيرة ، كما إذا أصاب من الأجنبية كل محرم سوى الجماع أو جمع السارق المتاع فى الدار ولم يخرجه ، وكذا ينظر فى أحوالهم ، فإن من الناس من ينزجر باليسير ، ومنهم من لا ينزجر إلا بالكثير . وذكر فى النهاية التعزير على مراتب إلى آخر ما مر عن الدرر .

أقول : وظاهر عبارته أن قوله وذكر فى النهاية الخ بيان لقوله وكذا ينظر فى أحوالهم الخ : أى أن أحوال الناس على أربع مراتب ، فلا يكون ما فى النهاية والدرر مخالفا للقول بالتفويض ، وحينئذ فيكون المراد بالمرتبة الأولى وهى أشراف الأشراف من كان ذا مروءة صدرت منه الصغيرة على سبيل الزلة والندور ، فلذا قالوا تعزيره بالإعلام لأنه فى العادة لا يفعل ما يقتضى التعزير بما فوق ذلك ، ويحصل انزجاره بهذا القدر من التعزير ، فلا ينافى أنه على قدر الجناية أيضا ، حتى لو كان من الأشراف لكنه تعدى طوره ففعل اللواطة أو وجد مع الفسقة فى مجلس الشرب ونحوه لا يكتفى بتعزيره بالإعلام فيما يظهر لخروجه عن المروءة ؛ لأن المراد بها كما فى الفتح وغيره الدين والصلاح ، وسيأتى آخر الباب أنه لو تكرر منه الفعل يضرب التعزير فهذا صريح فى أنه بالتكرار لم يبق ذا مروءة وهذا مؤيد لما قدمه عن النهر من أنه لو ضرب غيره فأدماه لا يكفى تعزيره بالإعلام الخ ثم رأيت فى الشرنبلالية عين ما بحثته ، حيث قال : ولا يخفى أن هذا : أى الاكتفاء بتعزيره بالإعلام إنما هو مع ملاحظة السبب فلا بد أن لا يكون مما يبلغ به أدنى الحد ، كما إذا أصاب من أجنبية غير الجماع اه فهذا صريح فى أن من كان من الأشراف يعزر على قدر جنايته وأنه لا يكتفى فيه بالإعلام إذا كانت جنايته فاحشة تسقط بها مروءته ، فقد ثبت بما قلنا عدم مخالفة ما فى الدرر للقول بتفويضه للقاضى ، وأن المعتبر حال الجناية والجانى ، خلافا لما فهمه فى البحر كما قدمناه ، فاغتنم هذا التحرير المفرد (قوله وعليه مشايخنا) قدمنا عبارة الزيلعى عند قوله وأقله ثلاثة .

مطلب يكون التعزير بالقتل

(قوله ويكون التعزير بالقتل) رأيت فى [الصارم المسلول] للحافظ ابن تيمية أن من أصول الحنفية أن ما لا قتل فيه عندهم مثل القتل بالمثقل والجماع فى غير القبل إذا تكرر فللإمام أن يقتل فاعله ، وكذلك له أن يزيد

مع امرأة لاتحل له ، ولو أكرهها فلها قتله ودمه هدر ، وكذا الغلام وهبانية (إن كان يعلم أنه لاينزجر بصياح وضرب بمادون السلاح وإلا) بأن علم أنه ينزجر بماذكر (لا) يكون بالقتل (وإن كانت المرأة مطاوعة قتلهما) كذا عزاه الزيلعي للهندواني . ثم قال (و) فى منية المفتى (لو كان مع امرأته وهو يزنى بها أومع محرمه وهمامطاوعان قتلهماجميعا) اه وأقره فى الدرر. وقال فى البحر : ومفاده الفرق بين الأجنبية والزوجة والمحرم ، فع الأجنبية لايحل القتل إلا بالشرط المذكور من عدم الانزجار المزبور ، وفى غيرها يحل (مطلقا) اه .

ورده فى النهر بما فى البزازية وغيرها من التسوية بين الأجنبية وغيرها ، ويدل عليه تنكير الهندوانى للمرأة ، نعم مافى المنية مطلق فيحمل على المقيد ليتفق كلامهم ، ولذا جزم فى الوهبانية بالشرط المذكور

على الحد المقدر إذا رأى المصلحة فى ذلك ، ويحملون ماجاء عن النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه من القتل فى مثل هذه الجرائم على أنه رأى المصلحة فى ذلك ويسمونه القتل سياسة :

وكان حاصله أن له أن يعزر بالقتل فى الجرائم التى تعظمت بالتكرار وشرع القتل فى جنسها ، ولهذا أفتى أكثرهم بقتل من أكثر من سب النبى صلى الله عليه وسلم من أهل الذمة وإن أسلم بعد أخذه وقالوا يقتل سياسة اه وسيأتى تمامه فى فصل الجزية إن شاء الله تعالى ، ومن ذلك ماسيذكره المصنف من أن الإمام قتل السارق سياسة أى إن تكرر منه ، وسيأتى أيضا قبيل كتاب الجهاد أن من تكرر الخنق منه فى المصر قتل به سياسة لسعيه بالفساد ، وكل من كان كذلك يدفع شره بالقتل ، وسيأتى أيضا فى باب الردة أن الساحر أو الزنديق الداعى إذا أخذ قبل توبته ثم تاب لم تقبل توبته ويقتل ، ولو أخذ بعدها قبلت وأن الخناق لاتوبة له ، وتقدم كيفية تعزير اللوطى بالقتل (قوله مع امرأة) ظاهره أن المراد الخلوة بها وإن لم ير منه فعلا قبيحا كما يدل عليه مايأتى عن منية المفتى كما تعرفه فافهم (قوله فلها قتله) أى إن لم يمكنها التخلص منه بصياح أو ضرب وإلا لم تكن مكرهة فالشرط الآتى معتبر هنا أيضا كما هو ظاهر . ثم رأيته فى كراهية شرح الوهبانية ، ونصه : ولو استكره رجل امرأة لها قتله وكذا الغلام ، فإن قتله فدمه هدر إذا لم يستطع منعه إلا بالقتل اه فافهم (قوله إن كان يعلم) شرط للقتل الذى تضمنه قوله كمن وجد رجلا (قوله ومفاده الخ) توفيق بين العبارتين حيث اشترط فى الأولى العلم بأنه لاينزجر بغير القتل ولم يشترط فى الثانية ، فوفق بحمل الأولى على الأجنبية والثانية على غيرها وهذا بناء على أن المراد بقوله فى الأولى مع امرأة : أى يزنى بها ويأتى الكلام عليه (قوله مطلقا) زاده المصنف على عبارة المنية متابعة لشيخة صاحب البحر (قوله بما فى البزازية وغيرها) أى كالخانية ، ففيها : لو رأى رجلا يزنى بامرأته أوامرأة آخر وهو محصن فصاح به فلم يهرب ولم يمتنع عن الزنا حل له قتله ولا قصاص عليه اه . (قوله فيحمل على المقيد) أى يحمل قول المنية قتلهما جميعا على ما إذا علم عدم الانزجار بصياح أو ضرب .

قلت : وقد ظهر لى فى التوفيق وجه آخر ، وهو أن الشرط المذكور إنما هو فيما إذا وجد رجلا مع امرأة لاتحل له قبل أن يزنى بها فهذا لايحل قتله إذا علم أنه ينزجر بغير القتل سواء كانت أجنبية عن الواجد أوزوجة له أو محرما منه . أما إذا وجده يزنى بها فله قتله مطلقا ، ولذا قيد فى المنية بقوله وهو يزنى ، وأطلق قوله قتلهما جميعا ، وعليه فقول الخانية الذى قدمناه آنفا فصاح به غير قيد ، ويدل عليه أيضا عبارة المجتبى الآتية ثم رأيت فى جنايات الحاوى الزاهدى مايؤيده أيضا ، حيث قال : رجل رأى رجلا مع امرأته يزنى بها أو يقبلها أويضمها إلى نفسه وهى مطاوعة فقتله أوقتلهما لاضمان عليه ، ولايحرم من ميراثها إن أثبته بالبينة أو بالإقرار ، ولو رأى رجلا مع امرأته فى مفازة خالية أورآه مع محارمه هكذا ولم ير منه الزنا ودواعيه قال بعض المشايخ حل

مطلقا وهو الحق بلا شرط إحصان لأنه ليس من الحد بل من الأمر بالمعروف .
وفى المجتبى : الأصل أن كل شخص رأى مسلما يزنى يحل له أن يقتله ، وإنما يمتنع خوفا من أن لايصدق أنه زنى (وعلى هذا) القياس (المكابر بالظلم وقطاع الطريق وصاحب المكس وجميع الظلمة بأدنى شىء له قيمة) وجميع الكبائر والأعونة والسعاة يباح قتل الكل ويثاب قاتلهم انتهى . وأفتى الناصحى بوجوب قتل كل مؤذ . وفى شرح الوهبانية : ويكون بالنفى عن البلد ، وبالهجوم على بيت المفسدين ، وبالإخراج من الدار ، وبهدمها ،

قتلهما . وقال بعضهم : لايحل حتى يرى منه العمل : أى الزنا ودواعيه ، ومثله فى خزانة الفتاوى اهـ .
وفى سرقة البزازية : لو رأى فى منزله رجلا مع أهله أوجاره يفجر وخاف إن أخذه أن يقهره فهو فى سعة من قتله ، ولو كانت مطاوعة له قتلهما فهذا صريح فى أن الفرق من حيث رؤية الزنا وعدمها تأمل (قوله مطلقا) أى بلا فرق بين أجنبية وغيرها (قوله وهو الحق) مفهومه أن مقابله باطل ، ولم يظهر من كلامه مايقتضى بطلانه بل مانقله بعده عن المجتبى يفيد صحته ، وقد علمت مما قررناه مايتفق به كلامهم ، وأما كون ذلك من الأمر بالمعروف لامن الحد فلا يقتضى اشتراط العلم بعدم الانزجار تأمل (قوله بلا شرط إحصان الخ) رد على مافى الخانية من قوله وهو محصن كما قدمناه ، وجزم به الطرسوسى : قال فى النهر : ورده ابن وهبان بأنه ليس من الحد بل من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، وهو حسن ، فإن هذا المنكر حيث تعين القتل طريقا فى إزالته فلا معنى لاشتراط الإحصان فيه ، ولذا أطلقه البزازى اهـ .
قلت : ويدل عليه أن الحد لايليه إلا الإمام (قوله وفى المجتبى الخ) عزاه بعضهم أيضا إلى جامع الفتاوى وحدود البزازية .
وحاصله أنه يحل ديانة لاقضاء فلا يصدقه القاضى إلا ببينة . والظاهر أنه يأتى هنا التفصيل المذكور فى السرقة ، وهو مافى البزازية وغيرها إن لم يكن لصاحب الدار بينة فإن لم يكن المقتول معروفا بالشر والسرقة قتل صاحب الدار قصاصا وإن كان متهما به فكذلك قياسا . وفى الاستحسان : تجب الدية فى ماله لورثة المقتول لأن دلالة الحال أورثت شبهة فى القصاص لافى المال (قوله وعلى هذا القياس الخ) هو من تتمة عبارة المجتبى ، وأقره فى البحر والنهر ولذا مشى عليه المصنف (قوله المكابر) أى الآخذ علانية بطريق الغلبة والقهر . قال فى المصباح : كابرته مكابرة غالبته مغالبة (قوله وقطاع الطريق) أى إذا كان مسافرا ورأى قاطع طريق له قتله وإن لم يقطع عليه بل على غيره ، لما فيه من تخليص الناس من شره وأذاه كما يفيده مابعده (قوله وجميع الكبائر) أى أهلها . والظاهر أن المراد بها المتعدى ضررها إلى الغير ، فيكون قوله والأعونة والسعاة عطف تفسير أو عطف خاص على عام ، فيشمل كل من كان من أهل الفساد كالساحر وقاطع الطريق واللص واللوطى والخناق ونحوهم ممن عم ضرره ولا ينزجر بغير القتل (قوله والأعونة) كأنه جمع معين أو عوان بمعناه ، والمراد به الساعى إلى الحكام بالإفساد ، فعطف السعاة عليه عطف تفسير .
وفى رسالة أحكام السياسة عن جمع النسفى : سئل شيخ الإسلام عن قتل الأعونة والظلمة والسعاة فى أيام الفترة : قال يباح قتلهم لأنهم ساعون فى الأرض بالفساد ، فقيل إنهم يمتنعون عن ذلك فى أيام الفترة ويختفون . قال : ذلك امتناع ضرورة — ولو ردوا لعادوا لما نهوا عنه — كما نشاهد . قال وسألنا الشيخ أبا شجاع عنه ، فقال : يباح قتله ويثاب قاتله اهـ (قوله وأفتى الناصحى الخ) لعل الوجوب بالنظر للإمام ونوابه والإباحة بالنظر لغيرهم ط (قوله ويكون بالنفى عن البلد) ومنه مامر من نفى الزانى البكر : ونفى عمر رضى الله عنه نصر بن حجاج لافتتان النساء بجماله . وفى النهر عن شرح البخارى للعينى أن من آذى الناس ينفى عن البلد (قوله وبالهجوم الخ)

وكسر دنان الخمر وإن ملحوها ، ولم ينقل إحراق بيته (ويقيمه كل مسلم حال مباشرة المعصية) قنية (و) أما (بعده) ف(ليس ذلك لغير الحاكم) والزوج والمولى كما سيجيء .

[فرع] من عليه التعزير لو قال لرجل أقم عليّ التعزير ففعله ثم رفع للحاكم فإنه يحتسب به قنية ، وأقره المصنف ، ومثله فى دعوى الخانية ، لكن فى الفتح مايجب حقا للعبد لايقيمه إلا الإمام لتوقفه على الدعوى إلا أن يحكما فيه فليحفظ .

من باب قعد : الدخول على غفلة بغتة قال فى أحكام السياسة وفى المنتقى : وإذا سمع فى داره صوت المزامير فأدخل عليه لأنه لما أسمع الصوت فقد أسقط حرمة داره . وفى حدود البزازية وغصب النهاية وجناية الدراية : ذكر الصدر الشهيد عن أصحابنا أنه يهدم البيت على من اعتاد الفسق وأنواع الفساد فى داره ، حتى لابأس بالهجوم على بيت المفسدين . وهجم عمر رضى الله عنه على نائحة فى منزلها وضربها بالدرة حتى سقط خمارها فقيل له فيه ، فقال : لاحرمة لها بعد اشتغالها بالمحرم والتحقت بالإماء .

وروى أن الفقيه أبا بكر البلخى خرج إلى الرستاق وكانت النساء على شط النهر كاشفات الرؤوس والذراع ، فقيل له : كيف فعلت هذا؟ فقال : لاحرمة لهن ، إنما الشك فى إيمانهن كأنهن حربيات ، وهكذا فى جنايات مجمع الفتاوى .

وذكر فى كراهية البزازية عن الواقعات الحسامية : ويتقدم إبلاء العذر عن مظهر الفسق بداره ، فإن كف فيها وإلا حبسه الإمام أو أدبه أسواطا أو أزعجه من داره ، إذ الكل يصلح تعزيرا . وعن عمر رضى الله تعالى عنه أنه أحرق بيت الخمار . وعن الصفار الزاهدى الأمر بتخريب دار الفاسق (قوله وإن ملحوها) أى تكسر وإن قال أصحابها نلقى فيها ملحا لأجل تخليلها . وفى كراهية البزازية قال فى العيون : وفتاوى النسفى إنه يكسر دنان الخمر ، ولايضمن الكاسر ، ولايكتفى بإلقاء الملح ، وكذا من أراق خمور أهل الذمة وكسر دنانها وشق زقاقها إن كانوا أظهروها بين المسلمين لايضمن لأنهم لما أظهروها بيننا فقد أسقطوا حرمتها . وفى سير العيون : يضمن إلا إذا كان إماما يرى ذلك لأنه مختلف فيه ، وفى المسلم يضمن الزق .

مسلم فى منزله دنّ مع خمر يريد اتخاذها خلا يضمن الدن عند الثانى ، وإن لم يرد الاتخاذ لايضمن عند الثانى . وذكر الخصاف أن الكسر لو بإذن الإمام لايضمن وإلا يضمن . وأصله فيمن كسر بربطا لمسلم ، والفتوى على قولهما فى عدم الضمان اهـ (قوله ولم ينقل إحراق بيته) تقدم نقله عن عمر فى بيت الخمار ، فالمراد أنه لم ينقل عن علمائنا ، لكن مامر عن الصفار يفيده (قوله ويقيمه الخ) أى التعزير الواجب حقا لله تعالى لأنه من باب إزالة المنكر ، والشارع ولى كل أحد ذلك حيث قال صلى الله عليه وسلم « من رأى منكم منكرا فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه » الحديث : بخلاف الحدود لم يثبت توليتها إلا للولاة ، وبخلاف التعزير الذى يجب حقا للعبد بالقذف ونحوه فإنه لتوقفه على الدعوى لايقيمه إلا الحاكم إلا أن يحكما فيه اهـ فتح (قوله قنية) هذا العزو لقوله حال مباشرة المعصية ، وأما قوله يقيمه كل مسلم فقد صرح به فى الفتح وغيره (قوله وأما بعده الخ) تصريح بالمفهوم . قال فى القنية لأنه لو عزره حال كونه مشغولا بالفاحشة فله ذلك لأنه نهى عن المنكر وكل واحد مأمور به ، وبعد الفراغ ليس بنهى لأن النهى عما مضى لايتصور فيتمحض تعزيرا وذلك إلى الإمام اهـ . وذكر قبله أن للمحتسب أن يعزر المعزر إن عزره بعد الفراغ منها (قوله لكن فى الفتح الخ) وعليه فما فى القنية محمول على ما إذا كان حقا لله تعالى أو حقا لعبد وحكما فيه (قوله لايقيمه إلا الإمام) وقيل لصاحب الحق كالقصاص .

(ضرب غيره بغير حق وضربه المضروب) أيضا (يعزران) كما لو تشاتما بين يدى القاضى ولم يتكافئا كما مر (ويبدأ بإقامة التعزير بالبادىء) لأنه أظلم قنية . وفى مجمع الفتاوى : جاز المجازاة بمثله فى غير موجب حد للإذن به — ولمن انتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل والعفو أفضل فمن عفا وأصلح فأجره على الله — (وصح حبسه) ولو فى بيته بأن يمنعه من الخروج منه نهر (مع ضربه) إذا احتيج لزيادة تأديب (وضربه أشد) لأنه خفف عـددا فلا يخفف وصفا (ثم حد الزنا) لثبوته بالكتاب (ثم حد الشرب) لثبوته بإجماع الصحابة لا بالقياس لأنه لايجرى فى الحدود (ثم القذف) لضعف سببه باحتمال صدق القاذف .

(وعزر كل مرتكب منكر أو مؤذى مسلم بغير حق بقول أو فعل)

وجه الأول أن صاحب الحق قد يسرف فيه غلطا ، بخلاف القصاص لأنه مقدر كما فى البحر عن المجتبى (قوله ولم يتكافئا) عطف على يعزران ، وفيه إشارة إلى الجواب عما يتوهم من إطلاق قول مجمع الفتاوى الآتى جاز المجازاة بمثله الخ . والجواب أن ذلك فيما تمحض حقا لهما وأمكن فيه التساوى ، كما لو قال له ياخبيث فقال بل أنت ، بخلاف الضرب فإنه يتفاوت ، وبخلاف التشاتم عند القاضى فإن فيه هتك مجلس الشرع كما مر فى الباب السابق ، وقدمنا تمامه (قوله جاز المجازاة بمثله) فيه إشارة إلى اشتراط إمكان التساوى وتمحض كونه حقا لهما كما قلنا إذ بدون ذلك لا مماثلة (قوله إذا احتيج لزيادة تأديب) وذلك بأن يرى أن أكثر الضرب فى التعزير وهو تسعة وثلاثون لاينزجر بها أو هو فى شك من انزجاره بها يضم إليه الحبس لأن الحبس صلح تعزيرا بانفراده حتى لو رأى أن لايضربه ويحبسه أياما عقوبة فعل فتح. قال ط : وصح القيد فى السفهاء والدعار وأهل الافساد حموى عن المفتاح (قوله وضربه أشد) أى أشد من ضرب حد الزنا . ويؤخذ من التعليل أن هـذا فيما اذا عزر بما دون أكثره وإلا فتسعة وثلاثون من أشد الضرب فوق ثمانين حكما فضلا عن أربعين مع تنقيص واحد من الأشدية فيفوت المعنى الذى لأجله نقص كذا قاله الشيخ قاسم بن قطلوبغا شرنبلانية وإطلاق الأشدية شامل لقوته وجمعه فى عضو واحد فلا يفرق الضرب فيه وقد مر الكلام فيه أول الباب ، وأشار إلى أنه يجرد من ثيابه كما فى غاية البيان ويخالفه ما فى الخانية : يضرب التعزير قائما بثيابه وينزع الفرو والحشو ولا يمد فى التعزير اه والظاهر الأول لتصريح المبسوط به بحر وتقدم معنى المد فى حد الزنا (قوله فلا يخفف وصفا) كى لايؤدى إلى فوات المقصود بحر أى الانزجار (قوله ثم حد الزنا) بالرفع لحذف المضاف وإقامة المضاف إليـه مقامه والأصل ثم ضرب حد الزنا ط (قوله لا بالقياس) رد على صدر الشريعة كما نبه عليه ابن كمال فى هامش الإيضاح (قوله لضعف سببه) أى فسببه محتمل وسبب حد الشرب متيقن به وهو الشرب والمراد أن الشرب متيقن السببية للحد لامتيقن الثبوت لأنه بالبينة أو الإقرار وهما لايوجبان اليقين بحر وهو مأخوذ من الفتح تأمل (قوله وعزر كل مرتكب منكر الخ) هذا وهو الأصل فى وجوب التعزير كما فى البحر عن شرح الطحاوى .

مطلب التعزير قد يكون بدون معصية

وظاهره أن المراد حصر أسباب التعزير فيما ذكر مع أنه قد يكون بدون معصية كتعزير الصبى والمتهم كما يأتى وكنفى من خيف منه فتنة بجماله مثلا ، كما مر فى نفى عمر رضى الله تعالى عنه نصر بن حجاج .

وذكر فى البحر أن الحاصل وجوبه بإجماع الأمة لكل مرتكب معصية ليس فيها حد مقدر كنظر محرم ومس محرم و خلوة محرمة وأكل ربا ظاهر اه .

قلت : وهذه الكلية غير منعكسة لأنه قد يكون فى معصية فيها حد كزنا غير المحصن فإنه يجلد حدا وللإمام

إلا إذا كان الكذب ظاهرا كيا كلب بحر (ولو بغمز العين) أو إشارة اليد لأنه غيبة كما يأتى فى الحظر ، فرتكبه مرتكب محرم ، وكل مرتكب معصية لاحدّ فيها ، فيها التعزير أشباه (فيعزر) بشتم ولده وقذفه و (بقذف مملوك ولو أم ولده (وكذا بقذف كافر) وكل من ليس بمحصن (بزنا) ويبلغ به غايته ، كما لو أصاب من أجنبية محرما غير جماع ، أو أخذ السارق بعد جمعه للمتاع قبل إخراجه ، وفيما عداها لايبلغ غايته ، وبقذف : أى بشتم (مسلم ما (بيافاسق إلا أن يكون معلوم الفسق) كمكاس مثلا أو علم القاضى بفسقه ، لأن الشين قد ألحقه هو بنفسه قبل قول القائل فتح (فإن أراد القاذف) إثباته بالبينة (مجردا) بلا بيان سببه

نفيه سياسة وتعزيرا كما مر فى بابه . وروى أحمد أن النجاشى الشاعر جىء به إلى على رضى الله تعالى عنه وقد شرب الخمر فى رمضان فضربه ثمانين ثم ضربه من الغد عشرين ، لكن ذكر فى الفتح أنه ضربه العشرين فوق الثمانين لفطره فى رمضان كما جاء فى رواية أخرى أنه قال له : ضربناك العشرين بجراءتك على الله وإفطارك فى رمضان اهـ فالتعزير فيه من جهة أخرى غير جهة الحد (قوله إلا إذا كان الكذب ظاهرا الخ) سيأتى الكلام فيه (قوله لأنه غيبة) ظاهره لزوم التعزير وإن لم يعلم صاحب الحق ، لكن مر عن الفتح أن مايجب حقا للعبد يتوقف على الدعوى (قوله وكل ماارتكب معصية) لعله ذكره مع إغناء ماقبله عنه ليفيد أن المراد بالمنكر ما لاحد فيه . قال فى الفتح : ويعزر من شهد شرب الشاربين والمجتمعون على شبه الشرب وإن لم يشربوا ، ومن معه ركوة خمر ، والمفطر فى رمضان يعزر ويحبس ، وكذا المسلم يبيع الخمر ويأكل الربا . والمغنى ، والمخنث ، والنائحة يعزرون ويحبسون حتى يحدثوا توبة ، ومن يتهم بالقتل والسرقة يحبس ويخلد فى السجن إلى أن يظهر التوبة ، وكذا من قبل أجنبية أو عانقها أو مسها بشهوة اهـ (قوله فيعزر بشتم ولده) فيه كلام لصاحب البحر تقدم فى حد القذف (قوله وكل من ليس بمحصن) أى إحصان القذف ط .

وحاصله أن من لم يحد قاذفه لعدم إحصانه يعزر قاذفه ، فلا يلزم من سقوط الحد لعدم الإحصان سقوط التعزير (قوله ويبلغ به غايته) أى تسعة وثلاثون سوطا وهذا معطوف على قوله فيعزر ، ومقتضاه بلوغ الغاية فى شتم ولده وليس كذلك (قوله محرما غير جماع) الذى فى الفتح والبحر وغيرهما : كل محرم غير جماع . ومفاده أنه لايبلغ الغاية بمجرد لمس أو تقبيل ، وهو خلاف ما يفيده كلام الشارح (قوله وفيما عداها) أى ماعدا هذه المواضع الثلاث لايبلغ غاية التعزير ، واقتصر عليها تبعا للبحر . وزاد بعضهم غيرها : منها مافى الدرر ، قيل تارك الصلاة يضرب حتى يسيل منه الدم . وفى الحجة : لو ادعى الإمام أنه كان مجوسيا لايصدق إلا أنه يضرب ضربا شديدا اهـ أى ولا يلزم القوم إعادة الصلاة . وفى الخانية : من وطئ غلاما يعزر أشد التعزير . وفى التاترخانية : إن المرأة إذا ارتدت تجبر على الإسلام وتضرب خمسة وسبعين اهـ أى على قول أبى يوسف أن أكثره ذلك ، أما على قولهما فأكثره تسعة وثلاثون (قوله أى بشتم) إطلاق القذف على الشتم مجاز شرعى حقيقة لغوية بحر (قوله مسلم ما) أى سواء كان عدلا أو مستورا ، وسيأتى أن الذمى كالمسلم (قوله أو علم القاضى بفسقه) هذا لم يذكره فى الفتح ، بل ذكره فى النهر عن الخانية ، ولعله مبنى على القول المرجوح من أن للقاضى أن يقضى بعلمه تأمل (قوله بلا بيان سببه) مثل أنه فاسق ؛ وهذا تفسير لقوله مجردا . واحترز به عما لو بين سببا شرعيا كتقبيل أجنبية كما ذكره بعد .

مطلب فى الجرح المجرد

قلت : وهذا مخالف لما ذكروه فى الشهادات من أن الشهادة لاتقبل على جرح مجرد عن إثبات حق لله تعالى أو للعبد : مثل أن يشهدوا على شهود المدعى بأنهم فسقة أو زناة أو أكلة الربا أو شربة الخمر أو على إقرارهم

(لاتسمع : ولو قال يازانى وأراد إثباته تسمع) لثبوت الحد بخلاف الأول ،

أنهم شهدوا بزور ، وتقبل لو شهدوا على الجرح المركب مثل إنهم زنوا ووصفوا الزنا أو شربوا الخمر أو سرقوا منى كذا ولم يتقادم العهد ، أو إنى صالحتهم بكذا من المال على أن لايشهدوا علىّ بالباطل وأطلب رد المال منهم ففى هذا إثبات حق لله تعالى وهو الحد ، أو إثبات حق العبد وهو المال ، بخلاف ماقبله لأنه ليس فيه إثبات فعل خاص موجب للحد ، بل غايته أن عادتهم فعل الزنا أو نحوه فهو جرح مجرد . وقد قال فى القنية هنا : إن الشهادة على الجرح المجرد لاتصح بل تصح إذا ثبت فسقه فى ضمن ماتصح فيه الخصومة كجرح الشهود اه : فهذا يفيد أن مابين سببه كتقبيل أجنبية مثلا جرح مجرد لأنه ليس فى ضمن ماتصح فيه الخصومة ، ولهذا أورد المصنف وغيره هناك أن إقرارهم بشهادة الزور موجب للتعزير وهو من حقوقه تعالى : وأجاب بأن الظاهر بأن مرادهم بحقه تعالى الحد لاالتعزير لأنه يسقط بالتوبة ، فليس فى وسع القاضى إلزامه به ، بخلاف الحد فإنه لايسقط بها :

قلت : والتحقيق أنه يفرق بين البابين بأن المراد بالمجرد هنا مالم يبين سببه وغير المجرد مابين له سبب موجب لحق الله تعالى من حد أو تعزير أو لحق العبد ، والمراد بالمجرد فى باب الشهادة مالم يوجب حدا أو حق عبد ، وغير المجرد ماثبت فى ضمن ماتصح فيه الخصومة من حق لله تعالى أو للعبد : ووجه الفرق أن المقصود هنا إسقاط التعزير عن القاذف بإثبات ما يوجب صدقه لا إثبات فسق المقذوف ابتداء فلذا اكتفى ببيان السبب الموجب لفسقه ، ولم يكتف بالمجرد عنه لاحتمال ظن الشاهدين ماليس بموجب للفسق مفسقا . وأما فى باب الشهادة فإن المقصود إثبات فسق الشاهد ابتداء ، لأن القاضى يبحث أولا عن عدالته ليقبل شهادته ، فإذا برهن الخصم على جرحه كان المقصود إثبات فسقه لتسقط عدالته ، لأن الجرح مقدم على التعديل وإثبات الفسق مقصودا إظهار الفاحشة . وقد قالوا : إنه مفسق لشهود الجرح فلاتقبل شهادتهم إلا إذا كان فى ضمن إثبات حق تصح فيه الخصومة ، لأنه لم يصر مقصودا بإظهار الفاحشة بل يثبت ضمنا ، ولا يدخل فى الحق هنا التعزير لما مر عن المصنف :

فالحاصل أن مايوجب التعزير جرح مجرد فى باب الشهادة لاهنا فيقبل هنا بعد بيان سببه لاهناك لما علمت ويدل على ما قلنا ماصرحوا به هناك من أن الجرح المجرد إنما لايقبل لو كان جهرا لأنه إظهار للفاحشة ، أما لو كان سرا فإنه يقبل ، وكذا ماصرحوا به أيضا من أنه لايقبل إذا كان بعد التعديل كما اعتمده المصنف ومشى عليه هناك ، فلو كان قبله قبل . والظاهر أن علة قبوله قبله أنه يكون مخبرا بفسق الشهود لئلا يقبل القاضى شهادتهم ، ولذا يقبل الجرح سرا من واحد ، ولو كان شهادة لم يقبل ، ولهذا لو عدلوا بعد الجرح تثبت عدالتهم وتقبل شهادتهم ، ولو كان الجرح سرا شهادة مقبولة لسقطوا عن حيز الشهادة ولم يبق لهم مجال التعديل ؛ فثبت أنه إخبار لا شهادة. ونظيره سؤال القاضى المزكين عن الشهود فصار الحاصل أن الجرح المجرد لايقبل فى باب الشهادة إذا كان على وجه الشهادة جهرا بعد التعديل وإلا قبل . وأما فى باب التعزير فإنه يقبل بعد بيان سببه ويخرج بذلك عن كونه مجردا .

[تنبيه] سيأتى أن التعزير يثبت بشهادة المدعى مع آخر وبشهادة عدل إذا كان فى حقوقه تعالى لأنه من باب الإخبار . وظاهر كلامه هنا أنه لابد من شاهدين غيره ؛ لأن تعزير القاذف ثبت حقا للمقذوف ، فإذا ادعى القاذف فسق المقذوف لاتكفى شهادته لنفسه فلابد من إقامة البينة على صدق القاذف ليسقط عنه التعزير الثابت حقا للمقذوف بخلاف ماكان حقا لله تعالى ، هذا ماظهر لى فى هذا المقام والسلام (قوله وأراد إثباته) أى لإسقاط الحد عنه (قوله لثبوت الحد) أى فكان الجرح ثابتا ضمنا لا قصدا فلم يكن مجردا ؛ لكن المناسب التعليل ببيان السبب ؛ ويؤيد مامر قبل هذا الباب عن الملتقط من أنه لو أقام أربعة فساقا يدرأ الحد عن القاذف والمقذوف والشهود ؛

حتى لو بينوا فسقه بما فيه حق الله تعالى أو للعبد قبلت وكذا فى جرح الشاهد . وينبغى أن يسأل القاضى عن سبب فسقه ، فإن بين سبباً شرعيا كتقبيل أجنبية وعناقها وخلوته بها طالب بينة ليعزره ؛ ولو قال هو ترك واجب سأل القاضى المشتوم عما يجب عليه تعلمه من الفرائض ، فإن لم يعرفها ثبت فسقه ؛ لما فى المجتبى : من ترك الاشتغال بالفقه لاتقبل شهادته ، والمراد مايجب عليه تعلمه منه نهر .

(وعزر) الشاتم (بيا كافر) وهل يكفر إن اعتقد المسلم كافرا ؟ نعم وإلا لا ، به يفتى شرح وهبانية ؛ ولو أجابه لبيك كفر خلاصة . وفى التاترخانية ، قيل لايعزر مالم يقل ياكافر بالله لأنه كافر بالطاغوت فيكون محتملا (ياخبيث ياسارق يافاجر يامخنث ياخائن) ياسفيه يابليد ياأحمق يامباحى ياعوانى (يالوطى) وقيل يسأل ، فإن عنى أنه من قوم لوط عليه الصلاة والسلام لايعزر ، وإن أراد به أنه يعمل عملهم عزر عنده وحد عندهما . والصحيح تعزيره لو فى غضب أو هزل فتح (يازنديق) يامنافق يارافضى

فعلم أن ثبوت الحد غير لازم ، وهذا مؤيد لما حققناه آنفا من أن المراد بالمجرد هنا مالم يبين سببه لامالم يثبت ضمنا (قوله حتى لو بينوا الخ) تفريع على قوله بلا بيان سببه (قوله وكذا فى جرح الشاهد) قد علمت الفرق بين البابين (قوله وينبغى الخ) قاله صاحب البحر (قوله ليعزره) أى يعزر المقذوف ويسقط التعزير عن القاذف (قوله سأل القاضى المشتوم) أى ولايطلب من الشاتم البينة فى مثل هذا كما فى البحر (قوله من الفرائض) أراد بها مايشمل الواجبات كما ذكره بعد (قوله ثبت فسقه) وينبغى أن يلزمه التعزير ، لما مر من أنه يعزر كل مرتكب معصية لاحد فيها (قوله بيا كافر) لم يقيد بكون المشتوم بذلك مسلما لما يذكره بعد (قوله إن اعتقد المسلم كافرا نعم) أى يكفر إن اعتقده كافرا لابسبب مكفر . قال فى النهر : وفى الذخيرة المختار للفتوى أنه إن أراد الشتم ولايعتقده كفرا لايكفر وإن اعتقده كفرا فخاطبه بهذا بناء على اعتقاده أنه كافر يكفر لأنه لما اعتقد المسلم كافرا فقد اعتقد دين الإسلام كفرا اه (قوله كفر) أى لأن إجابته إقرار بأنه كافر فيؤاخذ به لرضاه بالكفر ظاهرا إلا إذا كان مضطرها ؛ وأما فيما بينه وبين الله تعالى ، فإن كان متأولا بأنه كافر بالطاغوت مثلا فلا يكفر (قوله فيكون محتملا) قال فى الشرنبلالية ويرجح خلافه حالة السب ؛ فلذا أطلقه فى الهداية وغيرها (قوله يافاجر) يستعمل فى عرف الشرع بمعنى الكافر والزانى ، وفى عرفنا اليوم بمعنى كثير الخصام والمنازعة . قال فى البحر : وأفاد بعطفه يافاجر على يافاسق التغاير بينهما ، ولذا قال فى القنية : لو أقام مدعى الشتم شاهدين شهد أحدهما أنه قال له يافاسق والآخر على أنه قال له يافاجر لاتقبل هذه الشهادة اه(قوله يامخنث) بفتح النون ، أما بكسرها فرادف للوطى نهر . وقيل المخنث من يؤتى كالمرأة وعليه اقتصر فى الدر المنتقى . ونقل بعض المحشين عن الإشارات أن كسر النون أفصح والفتح أشهر ، وهو من خلقه خلق النساء فى حركاته وسكناته وهيئاته وكلامه ، فإن كان خلقة فلاذم فيه ، ومن يتكلفه فهو المذموم (قوله ياخائن) هو الذى يخون فيما فى يده من الأمانات أبو السعود عن الحموى (قوله ياسفيه) هو المبذر المسرف وفى عرفنا اليوم بمعنى بذىء اللسان (قوله يابليد) إنما يعذر لأنه يستعمل بمعنى الخبيث الفاجر نهر عن السراج .

قلت : وهو فى العرف اليوم بمعنى قليل الفهم ، فينبغى أن لايعزر به . ثم رأيت فى الفتح قال : وأنا أظن أنه يشبه يا أبله ولم يعزروا به (قوله ياأحمق) بمعنى ناقص العقل سيء الأخلاق (قوله يامباحى) هو من يعتقد أن الأشياء كلها مباحة (قوله ياعوانى) هو الساعى إلى الحاكم بالناس ظلما (قوله أو هزل) عبارة الفتح قلت : أو هزل من تعود بالهزل بالقبيح اه (قوله يازنديق يامنافق) الأول هو من لايتدين بدين ؛ والثانى هو من يبطن الكفر ويظهر الإسلام كما سيذكره فى الردة عن الفتح (قوله يارافضى) قال فى البحر : ولا يخفى أن قوله يارافضى

يامبتدعى يايهودى يانصرانى يابن النصرانى نهر (يالص إلا أن يكون لصاً) لصدق القائل كما مر ، والنداء ليس بقيد ، إذ الإخبار كانت أو فلان فاسق ونحوه كذلك مالم يخرج مخرج الدعوى قنية (ياديوث) هو من لايغار على امرأته أو محرمه (ياقرطبان) مرادف ديوث بمعنى معرص (ياشارب الخمر ، ياآكل الربا ، يابن القحبة) فيه إيماء إلى أنه إذا شتم أصله عزر بطلب الولد كيابن الفاسق يا ابن الكافر ، وأنه يعزر بقوله ياقحبة . لايقال : القحبة عرفا أفحش من الزانية لكونها تجاهر به بالأجرة . لأنا نقول : لذلك المعنى لم يحد ، فإن

بمنزلة ياكافر أو يامبتدع فيعزر ، لأن الرافضى كافر إن كان يسب الشيخين مبتدع إن فضل عليا عليهما من غير سب كما فى الخلاصة اه .

قلت : وفى كفر الرافضى بمجرد السب كلام سنذكره إن شاء الله تعالى فى باب المرتد ؛ نعم لو كان يقذف السيدة عائشة رضى الله عنها فلا شك فى كفره (قوله يامبتدعى) أهل البدعة : كل من قال قولا خالف فيه اعتقاد أهل السنة والجماعة (قوله يالص) بكسر اللام وتضم در منتقى (قوله إلا أن يكون لصا) الأولى أن يقول إلا أن يكون كذلك لئلا يوهم اختصاصه باللص إذ لافرق بين الكل كما بحثه فى اليعقوبية وقال إنه لاتصريح به اه .

قلت : ويدل له قوله فى الفتح : وقيد الناطفى بما إذا قاله لرجل صالح ، أما لو قال لفاسق أو للص يالص أو لفاجر يافاجر لاشىء عليه والتعليل يفيد ذلك وهو قولنا إنه آذاه بما ألحق به من الشين ؛ فإن ذلك إنما يكون فيمن لم يعلم اتصافه بهذه ؛ أما من علم فان الشين قد ألحقه بنفسه قبل قول القائل اه كلام الفتح .

قلت : ويظهر من هذا وكذا من قول المصنف السابق إلا أن يكون معلوم الفسق أن المراد المجاهر المشتهر بذلك فلا يعزر شاتمه بذلك كما لو اغتابه فيه بخلاف غيره لأن فيه إيذاءه بما لم يعلم اتصافه به ، وتقدم أنه يعزر بالغيبة وهى لاتكون إلا بوصفه بما فيه وإلا كانت بهتانا ؛ فإذا عزر بوصفه بما فيه مما لم يتجاهر به ففى شتمه به فى وجهه بالأولى لأنه أشد فى الإيذاء والإهانة هذا ماظهر لى فتأمله (قوله كما مر) أى عند قوله يافاسق (قوله مالم يخرج مخرج الدعوى) قيد للزوم التعزير بالإخبار عن هذه الأوصاف يعنى أنه إذا ادعى عند الحاكم أن فلانا فعل كذا مما هو من حقوق الله تعالى فإن المدعى لايعزر إذا لم يكن على وجه السب والانتقاص ؛ بل يعزر المدعى عليه لما سيذكره الشارح عن كفالة النهر أن كل تعزير لله تعالى يكفى فيه خبر العدل ؛ وكذا لو ادعى عليه سرقة أو مايوجب كفرا وعجز عن إثباته ، بخلاف دعوى الزنا كما يأتى ، والفرق وجود النص على حده للقذف إذا لم يأت بأربعة من الشهداء (قوله ياديوث) بتثليث الدال ط ، ومثله القواد فى عرف مصر والشام فتح (قوله ياقرطبان) معرب قلتبان درر ، ومثله ياكشخان وهو الحق ، خلافا لما فى الكنز من أنه لاتعزير فيه كما فى الفتح ، وهو بالخاء المعجمة كما فى القاموس خلافا لما فى البحر والنهر من أنه بالمهملة (قوله مرادف ديوث) قال الزيلعى : هو الذى يرى مع امرأته أو محرمه رجلا فيدعه خاليا بها . وقيل هو المتسبب للجمع بين اثنين لمعنى غير ممدوح ؛ وقيل هو الذى يبعث امرأته مع غلام بالغ ، أو مع مزارعه إلى الضيعة ، أو يأذن لهما بالدخول عليها فى غيبته (قوله بمعنى معرص) فى بعض النسخ معرس بالسين . قال فى النهر بعد مامر عن الزيلعى : وعلى كل تقدير فهو المعنى بالمعرس بكسر الراء والسين المهملة ، والعوام يلحنون فيه فيفتحون الراء ويأتون بالصاد قاله العينى (قوله عزر بطلب الولد) لأنه هو المقصود بالشتم ، والظاهر أن له الطلب وإن كان أصله حيا ، بخلاف قوله يابن الزانية وأنه يعزر أيضا بطلب الأصل تأمل (قوله وأنه يعزر الخ) عطف على قوله أنه إذا شتم : أى أن فى كلام المصنف إيماء أيضا إلى أن موجبه التعزير لا الحد (قوله لا يقال الخ) حاصله أنه كان ينبغى أن يوجب الحد لا التعزير

الزنا بالأجرة يسقط الحد عنده خلافا لهما ابن كمال ، لكن صرح فى المضمرات بوجوب الحد فيه قال المصنف وهو ظاهر (ياابن الفاجرة ، أنت مأوى اللصوص ، أنت مأوى الزوانى ، يامن يلعب بالصبيان ، ياحرام زاده) معناه المتولد من الوطء الحرام فيعم حالة الحيض .

لايقال : فى العرف لايراد ذلك بل يراد ولد الزنا . لأنا نقول : كثيرا مايراد به الخداع اللئيم فلذا لايحد :

[فرع] أقر على نفسه بالدياثة أو عرف بها لايقتل مالم يستحل ويبالغ فى تعزيره أو يلاعن جواهر الفتاوى . وفيها : فاسق تاب وقال إن رجعت إلى ذلك فاشهدوا عليه أنه رافضى فرجع لايكون رافضياً بل عاصيا ؛ ولو قال : إن رجعت فهو كافر فرجع تلزمه كفارة يمين :

(لا) يعزر (بياحمار ياخنزير ، ياكلب، ياتيس، ياقرد) ياثور يابقر، ياحية لظهور كذبه . واستحسن فى الهداية

(قوله بسقط الحد) أى حد الزنا لشبهة العقد ، فلم يكن قاذفا بالزنا الخالى عن الملك وشبهته ، فلا يحد القاذف أيضا لكنه يعزر . وكتب ابن كمال بهامش شرحه هنا أن النسبة إلى فعل لايجب الحد بذلك الفعل لايوجب الحد اه فافهم (قوله وهو ظاهر) لعل وجهه أنه صار حقيقة عرفية بمعنى الزانية فهو قذف بصريح الزنا ، ولأن القحبة لاتلتزم عقد الإجارة الذى هو علة سقوط الحد عند الإمام (قوله يامن يلعب بالصبيان) أى معهم نهر. والظاهر أن المراد به فى العرف من يفعل معهم القبيح بقرينة الشتم والغضب (قوله فيعم حالة الحيض) أى فلم يكن قذفا بصريح الزنا ، فلا يوجب الحد بل التعزير (قوله ويبالغ فى تعزيره) أى فيما إذا عرف بالدياثة، وقوله أو يلاعن أى فيما إذا أقر بها، ففيه لف ونشر مشوش كما تفيده عبارة المنح عن جواهر الفتاوى لأنه إذا لاعن لايحتاج إلى التعزير وإذا أكذب نفسه يلزمه الحد كما فى الجواهر أيضا . واعترض بأن الديوث من لايغار على أهله أو محرمه؛ فهو ليس بصريح الزنا فكيف يجب اللعان بإقراره بالدياثة .

قلت : الظاهر أن المراد إقراره بمعناها لا بلفظها أى بأن قال كنت أدخل الرجال على زوجتى يزنون بها (قوله تلزمه كفارة يمين) لأنه علق رجوعه على الكفر فينعقد يمينا كما مر فى بابه، وأشار إلى أنه لا يصير كافرا برجوعه ، لكن هذا إذا علم أنه برجوعه لايصير كافرا وإلا كفر لرضاه بالكفر كما مر فى محله، وإلى أنه لايلزمه كفارة فى المسألة الأولى لأنه ليس كل رافضى كافرا كما مر ، فلم يكن تعليقا على الكفر (قوله لظهور كذبه) أى يقينا كما فى الهداية :

وفى البحر عن الحاوى القدسى : الأصل أن كل سب عاد شينه إلى الساب فإنه لايعزر ، فإن عاد الشين فيه إلى المسبوب عزر اه وإنما يعود شينه إلى السابّ لظهور كذبه (قوله واستحسن فى الهداية) وكذا فى الكافى كما فى التاترخانية . ونقل القهستانى تصحيحه عن الفتاوى . وعبارة الهداية : وقيل فى عرفنا يعزر لأنه يعد شينا . وقيل إن كان المسبوب من الأشراف كالفقهاء والعلوية يعزر لأنه يلحقهم الوحشة بذلك ، وإن كان من العامة لايعزر ، وهذا أحسن اه .

والحاصل أن ظاهر الرواية أنه لايعزر مطلقا، ومختار الهندوانى أنه يعزر مطلقا، والتفصيل المذكور كما فى الفتح وغيره : قال السيد أبو السعود : وقوى شيخنا مااختاره الهندوانى بأنه الموافق للضابط : كل من ارتكب منكرا أو آذى مسلما بغير حق بقول أو فعل أو إشارة يلزمه التعزير .

قلت : ويؤيده أن هذه الألفاظ لايقصد بها حقيقة اللفظ حتى يقال بظهور كذبه ولولا النظر إلى مافيها من الأذى لما قيل بالتعزير بها فى حق الأشراف وإلا فظهور الكذب فيها موجود فى حق الكل فينبغى أن يلحق بهم من كان

التعزير او المخاطب من الأشراف وتبعه الزيلعى وغيره (ياحجام يا أبله يابن الحجام وأبوه ليس كذلك) وأوجب الزيلعى التعزير فى يابن الحجام (يامؤاجر) لأنه عرفا بمعنى المؤجر (يابغا) هو المأبون بالفارسية : وفى الملتقط فى عرفنا يعزر فيهما وفى ولد الحرام نهر . والضابط أنه متى نسبه إلى فعل اختيارى محرم شرعاً ويعد عارا

فى معناهم ممن يحصل له بذلك الأذى والوحشة ؛ بل كثير من أصحاب الأنفس الأبية يحصل له من الوحشة أكثر من الفقهاء والعلوية . وقد يجاب بأن المراد بالأشراف من كان كريم النفس حسن الطبع وذكر الفقهاء والعلوية لأن الغالب فيهم ذلك، فمن كان بهذه الصفة يلحقه الشين بهذه الألفاظ المراد لازمها من نحو البلادة وخبث الطباع وإلا فلا لأنه هو الذى ألحق الشين بنفسه فلايعتبر لحوق الوحشة به، كما لو قيل لفاسق يافاسق فيرجع إلى ما استحسنه فى الهداية وغيرها : ثم رأيت الشارح فى شرح الملتقى قال : ولعل المراد بالعاوى كل متق وإلا فالتخصيص غير ظاهر بل قال الفقيه أبو جعفر إنه فى الأخسة أما فى الأشراف فالتعزير اهـ فافهم .

[تنبيه] ذكر فى شرحه على الملتقى أيضا أنه لو على وجه المزاح يعزر فلو بطريق الحقارة كفر لأن إهانة أهل العلم كفر على المختار فتاوى بديعية لكنه يشكل بما فى الخلاصة أن سب الختنين ليس بكفر اهـ ؛ والمراد بالختنين عثمان وعلى رضى الله تعالى عنهما (قوله يا أبله) بمعنى الغافل (قوله وأبوه ليس كذلك) أى ليس بحجام ؛ وكذا لاتعزير لو كان كذلك بالأولى (قوله وأوجب الزيلعى الخ) كأنه لعدم ظهور الكذب فى يابن الحجام لموت أبيه فالسامعون لايعلمون كذبه فلحقه الشين بخلاف قوله ياحجام لأنهم يشاهدون صنعته بحر . ودفعه فى النهر بأن التفرقة تحكم لأن الحكم بتعزيره غير مقيد بموت أبيه اهـ .

قلت : والذى رأيته فى الزيلعى هكذا : ومن الألفاظ التى لاتوجب التعزير قوله يارستاق ويابن الأسود ويابن الحجام وهو ليس كذلك اهـ . فقوله وهو ليس كذلك : أى ليس بهذه الصفة فليس المراد نفى الحكم المذكور كما فهمه الشارح وغيره فافهم (قوله لأنه عرفا بمعنى المؤجر) قال منلا خسرو : المؤاجر يستعمل فيمن يؤجر أهله للزنا لكنه ليس معناه الحقيقى المتعارف بل بمعنى المؤجر (قوله يابغا) هو بالباء الموحدة والغين المعجمة المشددة ويقال باغا وكأنه انتزع من البغاء بحر عن المغرب (قوله هو المأبون) أى الذى لايقدر على ترك أن يؤتى فى دبره لدودة ونحوها بحر .

قلت : لكن قال المصنف فى شرحه تبعا للدرر : إن البغا من شتم العوام يتفوهون به ولا يعرفون مايقولون اهـ وهذا هو المناسب لما مشى عليه تبعا للمتون، من أنه لاتعزير فيه . أما على تفسيره بالمأبون فلا، ولذا قال فى البحر بعد ما نقل عن المغرب إنه المأبون : وينبغى أن يجب التعزير فيه اتفاقا لأنه ألحق الشين به لعدم ظهور الكذب فيه ، ثم استشهد لذلك بما صرح به فى الظهيرية من وجوب التعزير فى يامعفوج : وهو المأتى فى الدبر معللا بأنه ألحق الشين به ، بل البغا أقوى لأن الأبنة عيب شديد .

قلت : وحاصله أن المأبون هو الذى يطلب أن يؤتى بخلاف المعفوج وهو بالعين المهملة والفاء والجيم، وفسره فى التاترخانية بالمضروب فى الدبر . وفى القاموس : عفج يعفج ضرب ، وجاريته جامعها (قوله يعزر فيهما) أى فى يامؤاجر ويابغا بناء على أن عرفهم استعمال مؤاجر فيمن يؤاجر أهله للزنا وبغا فى المأبون ، وهذا مؤيد لما بحثه فى البحر .

قلت : ولا يستعمل فى عرفنا هذان اللفظان فى الشتم ، فينبغى عدم التعزير فيهما كما عليه المتون (قوله وفى ولد الحرام) هذا ذكره فى النهر بحثا ، حيث قال : وينبغى أن يعزر فى ولد الحرام ، بل أولى من حرام زاده ، ولم يذكر فى النهر عبارة الملتقط ، ففى كلام الشارح إيهام (قوله والضابط الخ) قال ابن كمال : فخرج بالقيد

عرفا يعزر وإلا لا ابن كمال (ياضحكة) بسكون الحاء : من يضحك عليه الناس ، أما بفتحها : فهو من يضحك على الناس ، وكذا (ياسخرة) واختار فى الغاية التعزير فيهما وفى ياساحر يامقامر . وفى الملتقى : واستحسنوا التعزير لو المقول له فقيها أو علوياً .

(ادعى سرقة) على شخص (وعجز عن إثباتها لايعزر ، كما لو ادعى على آخر بدعوى توجب تكفيره وعجز) المدعى (عن إثبات ماادعاه) فإنه لا شىء عليه إذا صدر الكلام على وجه الدعوى عند حاكم شرعى . أما إذا صدر على وجه السب أو الانتقاص فإنه يعزر فتاوى قارىء الهداية (بخلاف دعوى الزنا) فإنه إذا لم يثبت يحد لما مر (وهو) أى التعزير (حق العبد) غالب فيه (فيجوز فيه الإبراء والعفو)

الأول النسبة إلى الأمور الخلقية ، فلا يعزر فى ياحمار ونحوه ، فإن معناه الحقيقى غير مراد ، بل معناه المجازى كالبليد ، وهو أمر خلقى ؛ وبالقيد الثانى النسبة إلى ما لايحرم فى الشرع ، فلا يعزر فى ياحجام ونحوه مما يعد عارا فى العرف ، ولايحرم فى الشرع ؛ وبالقيد الثالث إلى مالا يعد عارا فى العرف ، فلا يعزر فى يالاعب النرد ونحوه مما يحرم فى الشرع اه .

قلت : وهذا الضابط مبنى على ظاهر الرواية ، وقد علمت تفصيل الهداية (قوله بسكون الحاء) أى مع ضم أوله فى الموضعين (قوله وفى ياساحر) رأيته فى البحر بالخاء المعجمة تأمل (قوله يامقامر) من قامره مقامرة وقمارا فقمره : إذا راهنه فغلبه كما فى القاموس (قوله وفى الملتقى الخ) هذا بمعنى مامر عن الهداية والزيلعى ، لكنه فى الملتقى ذكره بعد جميع مامر من الألفاظ . وعبارة الهداية والزيلعى توهم أن هذا التفصيل فى نحو حمار وخنزير مما يتيقن فيه بكذب القائل فأعاده الشارح آخر الدفع هذا الإيهام فافهم (قوله ادعى سرقة) ذكر فى البحر هذه المسألة عن القنية ، وذكر الثانية عن فتاوى قارىء الهداية ، وقوله بخلاف دعوى الزنا من كلام القنية ، وأشار الشارح إلى المسألتين بقوله فيما تقدم مالم يخرج مخرج الدعوى ، وقدمنا أنه دخل فى ذلك دعوى ما يوجب التعزير حقا لله تعالى (قوله لما مر) أى قبيل هذا الباب من أنه مندوب للدرء : أى مأمور بالستر ، فإذا لم يقدر على إثباته كان مخالفا للأمر . وذكرنا الفرق فيما تقدم بورود النص على جلده إذا لم يأت بأربعة شهداء . وأما مافى البحر عن القنية من الفرق بأن دعوى الزنا لايمكن إثباتها إلا بنسبته إلى الزنا ، بخلاف دعوى السرقة فإن المقصود منها إثبات المال ويمكنه إثباته بدون نسبته إلى السرقة فلم يكن قاصدا نسبته إلى السرقة ، ففيه نظر لاقتضائه عكس الحكم(١) المذكور فيهما : ثم رأيت الخير الرملى نبه على ذلك أيضا كما أوضحته فيما علقته على البحر فافهم (قوله وهو أى التعزير الخ) لما كان ظاهر كلام المصنف كالزيلعى وقاضيخان أن كل تعزير حق العبد مع أنه قد يكون حق الله تعالى كما يأتى زاد الشارح قوله غالب فيه تبعا للدرر وشرح المصنف ، فصار قوله حق العبد مبتدأ ، وقوله غالب فيه خبره والجملة خبر قوله وهو ، والمراد كما أفاده ح أن أفراده التى هى حق العبد أكثر من أفراده التى هى حق الله ، وليس المراد أن الحقين اجتمعا فيه وحق العبد غالب كما قيل بعكسه فى حد القذف اه .

قلت : هذا وإن دفع الإيراد المار لكن المتبادر خلافه ، وهو أنه اجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب فيه عكس حد القذف ، وقد دفع الشارح الإيراد بقوله بعده ويكون أيضا حقا لله تعالى . فعلم أن المراد بالأول ماكان حقا للعبد وأن فيه حق الله تعالى أيضا ولكن حق العبد غالب فيه على عكس حد القذف .

---

(١) (قوله لاقتضائه عكس الحكم) لأن المال حيث أمكن إثباته بدون نسبته إلى السرقة يصير بدعواها ظاهرا قاصدا نسبته إليها ، وإلا لعدل عنها إلى دعوى المال : بخلاف دعوى الزنا لأنه لا يمكن إثباتها إلا بنسبة الزنا إليه فلم يكن .

والتكفيل زيلعى (واليمين) ويحلفه بالله ماله عليك هذا الحق الذى يدعى لا بالله ماقلت خلاصة (والشهادة على الشهادة وشهادة رجل وامرأتين) كما فى حقوق العباد ويكون أيضاً حقا لله تعالى فلا عفو فيه إلا إذا علم الإمام انزجار الفاعل ولايمين ؛

وبيان ذلك أن جميع مامر من ألفاظ القذف والشتم الموجبة للتعزير منهى عنها شرعا . قال تعالى – ولا تنابزوا بالألقاب – فكان فيها حق الله تعالى وحق العبد وغلب حق العبد لحاجته ، ولذا لو عفا سقط التعزيز ؛ بخلاف حد القذف فإنه بالعكس كما مر ، وربما تمحض حق العبد كما إذا شتم الصبى رجلا فإنه غير مكلف بحق الله تعالى هذا ماظهر لى فى تحقيق هذا المحل فافهم .

مطلب فيما لو شتم رجلا بألفاظ متعددة

[تنبيه] ذكر ابن المصنف فى حواشيه على الأشباه أنه يؤخذ من كونه حق عبد جواب حادثة الفتوى : هى أن رجلا شتم آخر بألفاظ متعددة من ألفاظ الشتم الموجب للتعزير ، وهو أنه يعزر لكل واحد منها لأن حقوق العباد لاتداخل فيها ، بخلاف الحدود ولم أر من صرح به ، لكن كلامهم يفيده ، نعم التعزير الذى هو حق الله تعالى ينبغى القول فيه بالتداخل اه : وأصل البحث لوالده المصنف ، وجزم به الشارح كما مر قبيل هذا الباب .

قلت : ومقتضى هذا تعدده أيضا لو شتم جماعة بلفظ واحد مثل أنتم فسقة أو بألفاظ ، بخلاف حد القذف كما مر هناك (قوله والتكفيل) أى أخذ كفيل بنفس الشاتم ثلاثة أيام إذا قال المشتوم لى عليه بينة حاضرة كما فى كافى الحاكم (قوله زيلعى) تمام عبارة الزيلعى وشرع فى حق الصبيان اه وسيأتى متنا (قوله واليمين) يعنى إذا أنكر أنه سبه يحلف ويقضى عليه بالنكول فتح (قوله لا بالله ماقلت) أى لايحلفه بالله ماقلت له يافاسق ، لاحتمال أنه قال ذلك ورد عليه المشتوم بمثله أو عفى عنه أو أنه فاسق فى نفس الأمر ولا بينة للشاتم ، ففى ذلك كله ليس عليه للمشتوم حق التعزير الذى يدعى : كما لو ادعى على آخر أنه استقرض منه كذا وأنكر فإنه يحلفه ماله عليك الألف الذى يدعى لاحتمال أنه استقرض وأوفاه أو أبرأه المدعى (قوله وشهادة رجل وامرأتين) صرح به الزيلعى وكذا فى التاترخانية عن المنتقى . ويخالفه مافى الجوهرة : لا تقبل فى التعزير شهادة النساء مع الرجال عنده لأنه عقوبة كالحد والقصاص . وعندهما تقبل لأنه حق آدمى اه أفاده الشرنبلالى .

قلت : ومقتضى هذا أنه لا تقبل فيه الشهادة على الشهادة أيضا عنده مع أنه جزم الزيلعى وكذا فى الفتح والبحر عن الخانية بأنها تقبل فلذا جزم المصنف بقبولها فى الموضعين (قوله كما فى حقوق العباد) أى كما فى باقيها (قوله ويكون أيضا حقا لله تعالى) أى خالصا له تعالى كتقبيل أجنبية وحضور مجلس فسق (قوله فلا عفو فيه) كذا قاله فى فتح القدير ، لكن فى القنية عن مشكل الآثار أن إقامة التعزير إلى الإمام عند أئمتنا الثلاثة والشافعى ، والعفو إليه أيضا . قال الطحاوى : وعندى أن العفو للمجنى عليه لا للإمام . قال صاحب القنية : ولعل ماقالوه فى التعزير الواجب حقا لله تعالى ، وما قاله الطحاوى فيما إذا جنى على إنسان اه فهذا مخالف لما فى الفتح كما فى البحر والنهر ؛

قلت : لكن ذكر فى الفتح أول الباب أن مانص عليه من التعزير كما فى وطء جارية امرأته أو المشتركة وجب امتثال الأمر فيه ، وما لم ينص عليه إذا رأى الإمام المصلحة أو علم أنه لاينزجر إلا به وجب ، لأنه زاجر مشروع لحقه تعالى كالحد ، وما علم أنه انزجر بدونه لايجب اه : فعلم أن قولهم إن العفو فيه للإمام بمعنى تفويضه إلى رأيه ، إن ظهر له المصلحة فيه أقامه ، وإن ظهر عدمها أوعلم انزجاره بدونه يتركه ، وبه تندفع المخالفة فافهم (قوله ولايمين)

كمالو ادعى عليه أنه قبل أخته مثلا ويجوز إثباته بمدع شهد به فيكون مدعياً شاهدا لو معه آخر . ومافى القنية وغيرها لو كان المدعى عليه ذا مروءة وكان أول مافعل يوعظ استحسانا ولايعزر يجب أن يكون فى حقوق الله، فإن حقوق العباد ليس للقاضى إسقاطها فتح . وما فى كراهية الظهيرية : رجل يصلى ويضرب الناس بيده ولسانه فلا بأس بإعلام السلطان به لينزجر ، يفيد أنه من باب الإخبار وأن إعلام القاضى بذلك يكفى لتعزيره نهر .

قلت : وفيه من الكفالة معزياً للبحر وغيره : للقاضى تعزير المتهم قاصدا نسبته إليه فيقتضى التعزير فى دعوى

عطف على قوله فلا عفو ، وهذا أخذه فى النهر من قولهم فى الأول واليمين فقال : وهو ظاهر فى أن ماكان منه حق الله تعالى لايحلف فيه الخ (قوله كما لو ادعى عليه أنه قبل أخته) أى أخت نفسه . والذى فى النهر أجنبية ، وهو المناسب لأنها لو كانت أخت المدعى فالظاهر أنه يكون حق عبد لأنه يلحقه بذلك عار شديد يحمله على الغيرة لمحارمه كما لايخفى إلا أن يراد أخت المقبل (قوله ويجوز إثباته الخ) عطف على قوله فلا عفو ، فهو من التفريع أيضا على كونه حق الله تعالى (قوله لو معه آخر) كذا فى الفتح ، ويأتى أنه يكفى فيه إخبار عدل واحد ، وعليه فلو كان المدعى عدلا يكفى وحده (قوله وغيرها) كالخانية والكافى (قوله ذامروءة) قال محمد رحمه الله : والمروءة عندى فى الدين والصلاح كافى الفتح وغيره (قوله فتح) أقول : اختصر عبارة الفتح اختصارا مخلا تبع فيه النهر ، فإنه فى الفتح ذكر أولا أن ماوجب من التعزير حقا لله تعالى لايجوز للإمام تركه .

ثم استشكل عليه مافى الخانية ، وهو مانقله الشارح عن القنية فقال : إنه يجب أن يكون فى حقوق الله تعالى الخ أى وإذا كان كذلك ناقض قوله أولا إنه لايجوز للإمام تركه . ثم أجاب عنه بأن ماذكر عن القنية والخانية سواء حمل على أنه من حقوق الله تعالى أو من حقوق العباد لايناقض مامر ، لأنه إذا كان المدعى عليه ذامروءة فقد حصل تعزيره بالجر إلى باب القاضى والدعوى ، ويكون قوله ولا يعزر معناه لايعزر بالضرب فى أول مرة فإن عاد عزره بالضرب اهـ ملخصا . وبه تعلم أن الشارح اقتصر على محل الاستشكال المخالف لقوله أولا فلا عفو فيه وترك المقصود من الجواب فافهم .

أقول : ويظهر لى دفع المناقضة من وجه آخر ، وهو أن ماوجب حقا لله تعالى لايجوز للإمام تركه إلا إذا علم انزجار الفاعل كمامر : ولايخفى أن الفاعل إذا كان ذامروءة فى الدين والصلاح يعلم من حاله الانزجار من أول الأمر لأن ماوقع منه لايكون عادة إلا عن سهو وغفلة ، ولذا لم يعزر فى أول مرة مالم يعد ، بل يوعظ ليتذكر إن كان ساهيا وليتعلم إن كان جاهلا بدون جر إلى باب القاضى ، ويؤيد هذا ماسيذكره الشارح آخر الباب من بناء ماهنا على استثناء ذوى الهيئات من وجوب التعزير (قوله يفيد أنه من باب الإخبار) أى فلا يحتاج إلى لفظ الشهادة ولا إلى مجلس القضاء كما فى كفالة النهر ، فهذا يخالف مامر من اشتراط الشهادة .

قلت : لكن غاية ما أفاده فرع الظهيرية أنه لايأثم من أعلم السلطان به ، وظاهر إطلاقه أنه لافرق بين كون السلطان عادلا أو جائرا يخشى منه قتله ، لما مر أنه يباح قتل كل مؤذ : أى إذا لم ينزجر : ولايخفى أنه ليس فى هذا تعرض لثبوت تعزيره بمجرد الإخبار عند السلطان فضلا عن ثبوته عند القاضى : على أنه يمكن أن يراد بإعلام السلطان الشهادة عليه عنده تأمل :

مطلب فى تعزير المتهم

(قوله للقاضى تعزير المتهم) ذكروا فى كتاب الكفالة أن التهمة تثبت بشهادة مستورين أو واحد عدل ، فظاهره أنه لو شهد عند الحاكم واحد مستور وفاسق بفساد شخص ليس للحاكم حبسه ، بخلاف ما إذا كان عدلا أو مستورين فإن له حبسه بحر .

السرقة لافى دعوى الزنا وهذا عكس الحكم اه منه وإن لم يثبت عليه ، وكل تعزير لله تعالى يكفى فيه خبر العدل لأنه فى حقوقه تعالى يقضى فيها بعلمه اتفاقا ، ويقبل فيها الجرح المجرد كما مر ، وعليه فما يكتب من المحاضر فى حق إنسان يعمل به فى حقوق الله تعالى . ومن أفتى بتعزير الكاتب فقد أخطأ اه ملخصاً .

وفى كفالة العينى عن الثانى : من يجمع الخمر ويشربه ويترك الصلاة أحبسه وأؤدبه ثم أخرجه ، ومن يتهم بالقتل والسرقة وضرب الناس أحبسه وأخلده فى السجن حتى يتوب ، لأن شر هذا على الناس ، وشر الأول على نفسه .

(شتم مسلم ذميا عزر) لأنه ارتكب معصية ، وتقييد مسائل الشتم بالمسلم اتفاقى فتح . وفى القنية : قال ليهودى أو مجوسى ياكافر يأثم إن شق عليه ، ومقتضاه أنه يعزر لارتكابه الإثم بحر وأقره المصنف ، لكن نظر فيه فى النهر

قلت : ومثله مالو كان المتهم مشهورا بالفساد فيكفى فيه علم القاضى كما أفاده كلام الشارح . وفى رسالة دده أفندى فى السياسة عن الحافظ ابن قيم الجوزية الحنبلى : ماعلمت أحدا من أئمة المسلمين يقول إن هذا المدعى عليه بهذه الدعوى وما أشبهها يحلف ويرسل بلا حبس ، وليس تحليفه وإرساله مذهبا لأحد من الأئمة الأربعة ولاغيرهم ولو حلفنا كل واحد منهم وأطلقناه مع العلم باشتهاره بالفساد فى الأرض وكثرة سرقاته وقلنا لانأخذه إلا بشاهدى عدل كان مخالفا للسياسة الشرعية . ومن ظن أن الشرع تحليفه وإرساله فقد غلط غلطا فاحشا ، لنصوص رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولإجماع الأئمة ، ولأجل هذا الغلط الفاحش تجرأ الولاة على مخالفة الشرع وتوهموا أن السياسة الشرعية قاصرة عن سياسة الخلق ومصلحة الأمة ، فتعدوا حدود الله تعالى وخرجوا من الشرع إلى أنواع من الظلم والبدع فى السياسة على وجه لايجوز ، وتمامه فيها . وفى هذا تصريح بأن ضرب المتهم بسرقة من السياسة ، وبه صرح الزيلعى أيضا كما سيأتى فى السرقة . وبه علم أن للقاضى فعل السياسة ولا يختص بالإمام كما قدمناه فى حد الزنا مع تعريف السياسة (قوله وإن لم يثبت) أى ماإتهم به ، أما نفس التهمة : أى كونه من أهلها فلابد من ثبوتها كما علمت (قوله يكفى فيه خبر العدل) مخالف لما قدمه من أنه يجوز إثباته بمدع شهد به لو معه آخر ، وهو مصرح به فى الفتح ، ولعله محمول على عدم العدالة (قوله يقضى فيها بعلمه اتفاقا) وأما ماذهب إليه المتأخرون وهو المفتى به من أنه لايقضى بعلمه فى زماننا فيجب حمله على ما كان من حقوق العباد ؛ كذا فى كفالة النهر ، وفيه كلام كتبناه فى قضاء البحر حاصله أن ماذكره غير صحيح ، وسيأتى تمامه هناك إن شاء الله تعالى (قوله كمامر) الذى مر تقييده بما إذا بين سببه كتقبيل أجنبية وعناقها ، وقد فسر المجرد بما لم يبين سببه ، فالمراد بالمجرد هنا مالم يكن فى ضمن ماتصح به الدعوى ، وقدمنا الكلام فيه فافهم (قوله وعليه)أى على ماذكر من أنه من باب الإخبار ، وأنه يكفى فيه خبر العدل (قوله من المحاضر) جمع محضر ، والمراد به هنا مايعرض على السلطان ونحوه فى شكاية متول أوحاكم ويثبت فيه خطوط أعيان البلدة وختمهم ، ويسمى فى عرفنا عرض محضر (قوله يعمل به الخ) قال فى كفالة النهر : وظاهره أن الإخبار كما يكون باللسان يكون بالبنان ، فإذا كتب إلى السلطان بذلك ليزجره جاز وكان له أن يعتمد عليه حيث كان معروفا بالعدالة (قوله فقد أخطأ) والفرع المتقدم : أى عن الظهيرية ينادى بخطئه نهر (قوله وفى كفالة العينى الخ) ذكره فى البحر فى هذا الباب ، ومثله فى الخانية (قوله وأؤدبه) الظاهر أن المراد به الضرب ويحتمل أنه عطف تفسير ط (قوله والسرقة وضرب الناس) الظاهر أن الواو بمعنى أو لصدق التعليل على كل فرد بخصوصه ط (قوله حتى يتوب) المراد حتى تظهر أمارات توبته إذ لاوقوف لنا على حقيقتها ، ولا يقدر بستة أشهر إذ قد تحصل التوبة قبلها ، وقد لا تظهر بعدها ، كذا حققه الطرسوسى وأقره ابن الشحنة (قوله وتقييد مسائل الشتم) أى الواقع فى الكنز والهداية ، وهذا ذكره فى البحر والنهر : والذى فى الفتح الاقتصار على ماقبله

قلت : ولعل وجهه مامر فى يافاسق فتأمل .

(يعزر المولى عبده والزوج زوجته) ولو صغيرة لما سيجئ (على تركها الزينة) الشرعية مع قدرتها عليها (و) تركها (غسل الجنابة ، و) على (الخروج من المنزل) لو بغير حق (وترك الإجابة إلى الفراش) او طاهرة من نحو حيض . ويلحق بذلك مالو ضربت ولدها الصغير عند بكائه أو ضربت جاريته غيرة ولا تتعظ بوعظه ، أو شتمته ولو بنحو ياحمار ، أو ادعت عليه ، أو مزقت ثيابه ، أو كلمته ليسمعها أجنبى ، أوكشفت وجهها لغير محرم ، أوكلمته أو شتمته أو أعطت مالم تجر العادة به بلا إذنه . والضابط كل معصية لاحد فيها فللزوج والمولى

من المسألة وتعليلها ذكر ذلك آخر الباب (قوله ولعل وجهه مامر فى يافاسق) أى من أنه ألحق الشين بنفسه قبل قول القائل ، وأشار بقوله فتأمل إلى ضعف هذا الوجه ، فإنه وإن كان ألحقه بنفسه لكنا التزمنا بعقد الذمة معه أن لانؤذيه اهـ ح .

وقد يقال : إنه وصفه بما هو فيه ، فهو صادق كقوله للفاسق يافاسق مع أنه قد يشق عليه ، إلا أن يفرق بأن اليهودى مثلا لايعتقد فى نفسه أنه كافر فتأمل (قوله يعزر المولى عبده) قال فى الفتح : وإذا أساء العبد الأدب حل لمولاه تأديبه ، وكذا الزوجة (قوله لما سيجئ) أى من أن الصغر لايمنع وجوب التعزير (قوله الشرعية الخ) احتراز عما لو أمرها بنحو لبس الرجال أو بالوشم ، وعما لو كانت لاتقدر عليها لمرض أو إحرام أو عدم ملكها أو نحو ذلك (قوله وتركها غسل الجنابة) أى إن كانت مسلمة ، بخلاف الذمية لعدم خطابها به ويمنعها من الخروج إلى الكنائس ط عن حاشية الشلبى (قوله وعلى الخروج من المنزل) أى بغير إذنه بعد إيفاء المهر (قوله لو بغير حق) فلو بحق فلها الخروج بلا إذنه ، وتقدم بيانه فى النفقات (قوله اوطاهرة الخ) أى وكانت خالية عن صوم فرض ط عن المفتاح (قوله ويلحق بذلك الخ) أشار إلى أن تعزير الزوج لزوجته ليس خاصا بالمسائل الأربعة المذكورة فى المتون ، ولذا قال فى الولوالجية : له ضربها على هذه الأربعة وما فى معناها ، وهو صريح الضابط الآتى أيضا ، وكذا مانقلناه آنفا عن الفتح من أن له تأديب العبد والزوجة على إساءة الأدب ، لكن على القول بأنه لايضربها لترك الصلاة يخص الجواز بما لاتقتصر منفعته عليها كما يفيده التعليل الآتى هناك (قوله مالو ضربت ولدها الخ) هذه ذكرها فى البحر بحثا أخذا من مسألة ضرب الجارية وقال فإن ضرب الدابة إذا كان ممنوعا فهذا أولى (قوله غيرة) بفتح الغين المعجمة ط ، وهو منصوب على الحالية أو المصدرية أو التمييز تأمل (قوله ولاتتعظ بوعظه) مفاده أنه لايعزرها أول مرة ط (قوله أوشتمته الخ) سواء شتمها أولا على قول العامة بحر ، وثبوت التعزير للزوج بما ذكر إلى قوله والضابط غير مصرح به ، وإنما أخذه فى البحر والنهر من قول البزازية وغيرها : لو قال لها إن ضربتك بلا جناية فأمرك بيدك فشتمته الخ فضربها لايكون الأمر بيدها لأن ذلك كله جناية . قال فى النهر : وهو ظاهر فى أنه له تعزيرها فى هذه المواضع اهـ .

قلت : وفيه أنه إذا كان ذلك جناية علق عليها الأمر لايلزمه منه أن يكون موجبه التعزير ، إذ لو زنت أو سرقت فضربها لم يصر الأمر بيدها لكونه ضربا بجناية مع أن هذه الجناية لاتوجب التعزير ، فالأولى الاقتصار على الضابط (قوله ولو بنحو ياحمار) ينبغى على ظاهر الرواية عدم التعزير فى ياحمار يا أبله : وعلى القول الثانى من أنه يعزر وإن كان المقول له من الأشراف ، وإلا لاينبغى أن يفصل فى الزوج ، إلا أن يفرق بين الزوجة وغيرها ، والموضع يحتاج إلى تدبر وتأمل نهر .

قلت : يظهر لى الفرق بينهما ، إذ لاشك أن هذا إساءة أدب منها فى حق زوجها الذى هو لها كالسيد ، وقدمنا عن الفتح أن له تعزيرها بإساءة الأدب تأمل (قوله أو كلمته أو شتمته)الضمير لغير المحرم (قوله والضابط الخ)

التعزير ، وليس منه مالوطلبت نفقتها أو كسوتها وألحت لأن لصاحب الحق مقالا بحر ، و (لاعلى ترك الصلاة) لأن المنفعة لاتعود عليه بل إليها ، كذا اعتمده المصنف تبعاً للدرر على خلاف مافى الكنز والملتقى ، واستظهره فى حظر المجتبى : (والأب يعزر الابن عليه) وقدمنا أن للولى ضرب ابن سبع على الصلاة ، ويلحق به الزوج نهر . وفى القنية : له إكراه طفله على تعلم قرآن وأدب وعلم لفريضته على الوالدين ، وله ضرب اليتيم فيما يضرب ولده .

(الصغر لايمنع وجوب التعزير) فيجرى بين الصبيان (و) هذا لو كان حق عبد ، أما (لو كان حق الله تعالى بأن زنى أو سرق (منع) الصغر منه مجتبى (من حد أو عزر فهلك فدمه هدر إلا امرأة عزرها زوجها)

عزاه فى البحر إلى البدائع من فصل القسم بين النساء ، قال وهو شامل لما كان متعلقا بالزوج وبغيره اه أى سواء كان جناية على الزوج أو غيره (قوله ولا على ترك الصلاة) عطف على قوله وليس منه الخ لأنه فى معنى لايضربها على طلب نفقتها ط (قوله تبعا للدرر) وكذا ذكره فى النهاية تبعا لكافى الحاكم كما فى البحر ، وفيه عن القنية : ولايجوز ضرب أختها الصغيرة التى ليس لها ولىّ بترك الصلاة إذا بلغت عشرا (قوله واستظهره) أى مافى الكنز والملتقى من أن له ضربها على ترك الصلاة ، وبه قال كثير كما فى البحر (قوله والأب يعزر الابن عليه) أى على ترك الصلاة . ومثلها الصوم كما صرحوا به ، وتعليل القنية الآتى يفيد أن الأم كالأب . والظاهر أن الوصى كذلك ، وأن المراد بالابن الصغير بقرينة ما بعده ، أما الكبير فكالأجنبى ، نعم قدم الشارح فى الحضانة عن البحر أنه إذا لم يكن مأمونا على نفسه فله ضمه لدفع فتنة أو عار وتأديبه إذا وقع منه شىء .

[فرع] فى فصول العلامى : إذا رأى منكرا من والديه يأمرهما مرة ، فإن قبلا فبها ، وإن كرها سكت عنهما واشتغل بالدعاء والاستغفار لهما فإن الله تعالى يكفيه ماأهمه من أمرهما .

له أم أرملة تخرج إلى وليمة وإلى غيرها فخاف ابنها عليها الفساد ليس له منعها بل يرفع أمرها للحاكم ليمنعها أو يأمره بمنعها (قوله ابن سبع) تبع فيه النهر . والذى قدمه فى كتاب الصلاة أمر ابن سبع وضرب ابن عشر اه ح وهكذا ذكره القهستانى عن الملتقط ، والمراد ضربه بيد لابخشبة كما تقدم هناك (قوله ويلحق به الزوج) فله ضرب زوجته الصغيرة على الصلاة كالأب (قوله وفى القنية الخ) وفيها عن الروضة : ولو أمر غيره بضرب عبده حل للمأمور ضربه ، بخلاف الحر . قال : فهذا تنصيص على عدم جواز ضرب ولد الآمر بأمره ، بخلاف المعلم لأن المأمور يضربه نيابة عن الأب لمصلحة والمعلم يضربه بحكم الملك بتمليك أبيه لمصلحة الولد اه وهذا إذا لم يكن الضرب فاحشا كما يأتى فى المتن قريبا (قوله فيجرى بين الصبيان) أى يشرع فى حقهم كما عبر الزيلعى ، وهل يضرب تعزيرا بمجرد عقله أو إذا بلغ عشرا كما فى ضربه على الصلاة ؟ لم أره ، نعم فى البحر عن القنية : مراهق شتم عالما فعليه التعزير اه . والظاهر أن المراهقة غير قيد تأمل .

[تنبيه] فى شهادات البحر : لم أر حكم الصبى إذا وجب التعزير عليه لتأديب فبلغ . ونقل الفخر الرازى عن الشافعية سقوطه لزجره بالبلوغ ، ومقتضى مافى اليتيمة من كتاب السير أن الذمى إذا وجب التعزير عليه فأسلم لم يسقط عنه اه . قال الخير الرملى : لاوجه لسقوطه خصوصا إذا كان حق آدمى (قوله وهذا لو كان حق عبد الخ) بهذا وفق صاحب المجتبى بين قول السرخسى : إن الصغر لايمنع وجوب التعزير ، وقول الترجمان يمنع بحمل الأول على حق العبد ، والثانى على حقه تعالى ، كما إذا شرب الصبى أوزنى أو سرق ، وأقره فى البحر والنهر ، وتبعهم المصنف .

قلت : لكن يشكل عليه ضربه على ترك الصلاة ، بل ورد أنه تضرب الدابة على النفار لاعلى العثار فتأمل (قوله من حد أو عزر) أى من حده الإمام أو عزره كما فى الهداية (قوله فدمه هدر) أى عندنا ومالك

بمثل مامر (فاتت) لأن تأديبه مباح فيتقيد بشرط السلامة . قال المصنف: وبهذا ظهر أنه لايجب على الزوج ضمان زوجته أصلا :

(ادعت على زوجها ضرباً فاحشاً وثبت ذلك عليه عزر ، كما لو ضرب المعلم الصبي ضرباً فاحشاً) فإنه يعزره ويضمنه لو مات شمني . وعن الثاني لو زاد القاضي على مائة فمات فنصف الدية في بيت المال لقتله بفعل مأذون فيه ، وغير مأذون فيتنصف زيلعي .

[فروع] ارتدت لتفارق زوجها تجبر على الإسلام، وتعزر خمسة وسبعين سوطا، ولاتتزوج بغيره به يفتى ملتقط .

وأحمد خلافا للشافعي ، لأن الإمام مأمور بالحد والتعزير ، وفعل المأمور لايتقيد بشرط السلامة ، وتمامه في الفتح والتبيين :

قلت : ومقتضى التعليل بالأمر أن ذلك غير خاص بالإمام . فقد مر أن لكل مسلم إقامة التعزير حال مباشرة المعصية لأنه مأمور بإزالة المنكر إلا أن يفرق بأنه يمكنه الرفع إلى الإمام فلم تتعين الإقامة عليه ، بخلاف الإمام تأمل (قوله بمثل مامر) أي من الأشياء التي يباح له تعزيره فيها ط (قوله فيتقيد بشرط السلامة) أي كالمرور في الطريق ونحوه .

وأورد مالو جامع امرأته فماتت أو أفضاها فإنه لايضمن عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع أنه مباح . وأجيب بأنه يضمن المهر بذلك ، فلو وجبت الدية لوجب ضمانان بمضمون واحد نهر (قوله قال المصنف) أخذه من كلام شيخه في البحر (قوله وبهذا) أي التعليل المذكور (قوله ضربا فاحشا) قيد به لأنه ليس له أن يضربها في التأديب ضربا فاحشا ، وهو الذي يكسر العظم أو يخرق الجلد أو يسوده كما في التاترخانية . قال في البحر : وصرحوا بأنه إذا ضربها بغير حق وجب عليه التعزير اهـ أي وإن لم يكن فاحشا (قوله ويضمنه لو مات) ظاهره تقييد الضمان بما إذا كان الضرب فاحشا ، ويخالفه إطلاق الضمان في الفتح وغيره حيث قال : وذكر الحاكم لايضرب امرأته على ترك الصلاة ويضرب ابنه ، وكذا المعلم إذا أدب الصبي فمات منه يضمن عندنا والشافعي اهـ وقال في الدر المنتقى : يضمن المعلم بضرب الصبي . وقال مالك وأحمد : لايضمن الزوج ولا المعلم في التعزير ، ولا الأب في التأديب ، ولا الجد ولا الوصي لو بضرب معتاد وإلا ضمنه بإجماع الفقهاء اهـ لكن سيأتي في الجنايات قبيل باب الشهادة في القتل تفصيل ، وهو الضمان في ضرب التأديب لافي ضرب التعليم لأنه واجب ، مالم يكن ضربا غير معتاد فإنه موجب للضمان مطلقا ، وسيأتي تمامه هناك (قوله وعن الثاني الخ) عبارة الزيلعي هكذا : وروى عن أبي يوسف أن القاضي إذا لم يزد في التعزير على مائة لايجب عليه الضمان إذا كان يرى ذلك لأنه قد ورد : أن أكثر ماعزروا به مائة ، فإن زاد على مائة فمات يجب نصف الدية على بيت المال لأن مازاد على المائة غير مأذون فيه ؛ فحصل القتل بفعل مأذون فيه وبفعل غير مأذون فيه فيتنصف اهـ . فعلم أن الكلام في القاضي الذي يرى ذلك اجتهادا أو تقليدا ، وقدمنا أول الباب استدلال أئمتنا بحديث « من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين » ومقتضى ماقررناه هناك وجوب الضمان إذا تعدى بالزيادة مطلقا ، وأن هذه الرواية غير معتمدة عند الكل فافهم (قوله وتعزر خمسة وسبعين) جرى على ظاهر الرواية عن أبي يوسف ، وقدمنا ترجيح قولهما إنه لايبلغ التعزير أربعين (قوله ولاتتزوج بغيره) بل تقدم أنها تجبر على تجديد النكاح بمهر يسير وهذه إحدى روايات ثلاث تقدمت في الطلاق . الثانية أنها لاتبين ردا لقصدها السيء. الثالثة مافي النوادر من أنه يتملكها رقيقة إن كان مصرفا ط .

ارتحل إلى مذهب الشافعي يعزر سراجية .
قذف بالتعريض يعزر حاوى .
زنى بامرأة ميتة يعزر اختيار .
ادعى على آخر أنه وطئ أمته وحبلت فنقصت ، فإن برهن فله قيمة النقصان ،

مطلب فيما إذا ارتحل إلى غير مذهبه

(قوله ارتحل إلى مذهب الشافعي يعزر) أى إذا كان ارتحاله لا لغرض محمود شرعا ، لما فى التاترخانية : حكى أن رجلا من أصحاب أبى حنيفة خطب إلى رجل من أصحاب الحديث ابنته فى عهد أبى بكر الجوزجانى فأبى إلا أن يترك مذهبه فيقرأ خلف الإمام ، ويرفع يديه عند الانحطاط ونحو ذلك فأجابه فزوجه ، فقال الشيخ بعد ماسئل عن هذه وأطرق رأسه : النكاح جائز ولكن أخاف عليه أن يذهب إيمانه وقت النزع لأنه استخف بمذهبه الذى هو حق عنده وتركه لأجل جيفة منتنة ، ولو أن رجلا برئ من مذهبه باجتهاد وضح له كان محمودا مأجورا . أما انتقال غيره من غير دليل بل لما يرغب من عرض الدنيا وشهوتها فهو المذموم الآثم المستوجب للتأديب والتعزير ، لارتكابه المنكر فى الدين واستخفافه بدينه ومذهبه اه ملخصا . وفيها عن الفتاوى النسفية : الثبات على مذهب أبى حنيفة خير وأولى ، قال : وهذه الكلمة أقرب إلى الألفة اه .

وفى آخر التحرير للمحقق ابن الهمام : مسألة لا يرجع فيما قلد فيه أى عمل به اتفاقا ، وهل يقلد غيره فى غيره؟ المختار نعم للقطع بأنهم كانوا يستفتون مرة واحدا ومرة غيره غير ملتزمين مفتيا واحدا فلو التزم مذهبا معينا كأبى حنيفة والشافعى ، فقيل يلزم ، وقيل لا ، وقيل مثل من لم يلتزم ، وهو الغالب على الظن لعدم مايوجبه شرعا اه ملخصا قال شارحه المحقق ابن أمير حاج : بل الدليل الشرعى اقتضى العمل بقول المجتهد وتقليده فيه فيما احتاج إليه وهو – فاسألوا أهل الذكر – والسؤال إنما يتحقق عند طلب حكم الحادثة المعينة ، فإذا ثبت عنده قول المجتهد وجب عمله به وأما التزامه فلم يثبت من السمع اعتباره ملزما إنما ذلك فى النذر ، ولا فرق فى ذلك بين أن يلتزمه بلفظه أو بقلبه : على أن قول القائل مثلا قلدت فلانا فيما أفتى به تعليق التقليد والوعد به ذكره المصنف اه .

مطلب العامى لا مذهب له

قلت : وأيضا قالوا العامى لا مذهب له ، بل مذهبه مذهب مفتيه ، وعلله فى شرح التحرير بأن المذهب إنما يكون لمن له نوع نظر واستدلال وبصر بالمذهب على حسبه ، أو لمن قرأ كتابا فى فروع ذلك المذهب وعرف فتاوى إمامه وأقواله . وأما غيره ممن قال أنا حنفى أو شافعى لم يصر كذلك بمجرد القول كقوله أنا فقيه أو نحوى اه وتقدم تمام ذلك فى المقدمة أول هذا الشرح ، وإنما أطلنا فى ذلك لئلا يغتر بعض الجهلة بما يقع فى الكتب من إطلاق بعض العبارات الموهمة خلاف المراد فيحملهم على تنقيص الأئمة المجتهدين ، فإن العلماء حاشاهم الله تعالى أن يريدوا الازدراء بمذهب الشافعى أو غيره ، بل يطلقون تلك العبارات بالمنع من الانتقال خوفا من التلاعب بمذاهب المجتهدين ، نفعنا الله تعالى بهم ، وأماتنا على حبهم آمين . يدل لذلك مافى القنية رامزا لبعض كتب المذهب : ليس للعامى أن يتحول من مذهب إلى مذهب ، ويستوى فيه الحنفى والشافعى اه . وسيأتى إن شاء الله تعالى تمام ذلك فى فصل القبول من الشهادات (قوله قذف بالتعريض) كأن قال أنا لست بزان يعزر ، لأن الحد سقط للشبهة ، وقد ألحق الشين بالمخاطب لأن المعنى بل أنت زان فيعزر ، وظاهر التقييد بالقذف أنه لو شتم بالتعريض لا يعزر (قوله فله قيمة النقصان) أى له قدر ما نقص من قيمتها . ولم يذكر أنه يحد أولا لعلمه مما مر فى بابه ، وتقدم قبيل باب الشهادة

وإن حلف خصمه فله تعزير المدعى منية .

وفى الأشباه : خدع امرأة إنسان وأخرجها زوجها ويحبس حتى يتوب أو يموت لسعيه فى الأرض بالفساد .

من له دعوى على آخر فلم يجده فأمسك أهله للظلمة فحبسوهم وغرموهم عزر .

يعزر على الورع البارد كتعريف نحو تمرة :

التعزير لا يسقط بالتوبة كالحد . قال : واستثنى الشافعى ذوى الهيئات .

قلت : قد قدمناه لأصحابنا عن القنية وغيرها . وزاد الناطفى فى أجناسه مالم يتكرر فيضرب التعزير ، وفى الحديث « تجافوا عن عقوبة ذوى المروءة لافى الحد » :

وفى شرح الجامع الصغير للمناوى الشافعى فى حديث « اتق الله ، لاتأتى يوم القيامة ببعير تحمله على رقبتك

على الزنا مالو زنى بأمة فقتلها أنه يجب الحد والقيمة بالقتل ، وفى إفضائها تفصيل طويل (قوله وإن حلف خصمه) أى عند عدم البرهان (قوله حتى يتوب أو يموت) عبارة غيره حتى يردها . وفى الهندية وغيرها قال محمد أحبسه أبدا حتى يردها أو يموت (قوله يعزر على الورع البارد الخ) قال فى التتارخانية : روى أن رجلا وجد تمرة ملقاة فأخذها وعرفها مرارا ومراده إظهار ورعه وديانته ، فقال له عمر رضى الله تعالى عنه : كلها يابارد الورع فإنه ورع يبغضه الله تعالى وضربه بالدرة اه .

قلت : وبه علم أن المراد ماكان على وجه الرياء كما أفاده بقوله البارد فافهم ، فلو كان من أهل الورع فهو ممدوح كما نقل أن امرأة سألت بعض الأئمة عن الغزل على ضوء العسس حين يمر على بيتها فقال من أنت ؟ فقالت : أنا أخت بشر الحافى ، فقال لها : لاتفعلى ، فإن الورع خرج من بيتكم (قوله التعزير لايسقط بالتوبة) لما مر أن الذمى إذا لزمه التعزير فأسلم لم يسقط عنه ، لكن هذا مقيد بما إذا كان حقا لعبد . أما ماوجب حقا لله تعالى فإنه يسقط كما فى شهادات البحر حموى على الأشباه (قوله قلت قد قدمناه لأصحابنا الخ) تقدم ذلك عند قوله والشهادة على الشهادة ، وهذا جواب لقول الأشباه ولم أره لأصحابنا اه :

قلت : وفى كفالة كافى الحاكم الشهيد : وإذا كان المدعى عليه رجلا له مروءة وخطر استحسنت أن لا أحبسه ولا أعزره إذا كان ذلك أول مافعل . وذكر عن الحسن رضى الله تعالى عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « تجافوا عن عقوبة ذى المروءة إلا فى الحدود » اه وقال البيرى : وفى الأجناس عن كفالة الأصل : لو ادعى قبل إنسان شتيمة فاحشة أوأنه ضربه عزر أسواطا وإن كان المدعى عليه رجلا له مروءة وخطر استحسنت أنه لايعزر إذا كان أول مافعل . وفى نوادر ابن رستم عن محمد وعظ حتى لايعود إليه ، فإن عاد وتكرر منه ضرب التعزير : قلت لمحمد : والمروءة عندك فى الدين والصلاح ؟ قال نعم . وفى التمرتاشى : إن كان له خطر ومروءة فالقياس أن يعزر . وفى الاستحسان لا إن كان أول مافعل ، فإن فعل أى مرة أخرى علم أنه لم يكن ذامروءة ، والمروءة مروءة شرعية وعقلية رسمية اه ملخصا :

[تنبيه] قال ابن حجر فى الفتاوى الفقهية : جاء الحديث من طرق كثيرة من رواية جماعة من الصحابة بألفاظ مختلفة ، منها « أقيلوا ذوى الهيئات عثراتهم إلا الحدود » وفسرهم الشافعى بأنهم الذين لايعرفون بالشر فيزل أحدهم الزلة فيترك . وقيل هم أصحاب الصغائر دون الكبائر . وقيل الذين إذا وقع منهم الذنب تابوا ، والأول أظهر وأمتن اه ملخصا :

قلت : وقول أئمتنا إذا كان أول مافعل يشير إلى التفسير الأول ، وكذا مامر من تفسير المروءة (قوله فى حديث اتق الله لاتأتى الخ) لفظ الجامع الصغير « اتق الله يا أبا الوليد » وقوله لاتأتى أصله لئلا تأتى فحذف اللام كذا فى المناوى ح .

له رغاء ، أو بقرة لها خوار ، أو شاة لها ثؤاج » قال يؤخذ منه تجريس السارق ونحوه فليحفظ ، والله تعالى أعلم.

كتاب السرقة

(هى) لغة أخذ الشيء من الغير خفية ، وتسمية المسروق سرقة مجاز : وشرعا باعتبار الحرمة أخذه كذلك بغير حق نصابا كان أم لا ، وباعتبار القطع (أخذ مكلف)

قلت : ومقتضاه أن تأتى منصوب بأن المضمرة بعد اللام المقدرة مع أن شرط إضمار أن عدم وجود لا بعدها مثل - لنعلم أى الحزبين - فلو وجدت امتنع الإضمار مثل - لئلا يعلم - إلا أن يقال سوغ ذلك عدم التصريح باللام التعليلية ، لكنه يتوقف على كون الرواية بالنصب وإلا فالأظهر أنه نفى بمعنى النهى مثل - فلا رفث ولا فسوق - أو نهى والياء للإشباع : وعلى كل فهو نهى عن المسبب ، والمراد النهى عن السبب مثل - ولا تقتلوا أنفسكم - لا يفتننكم الشيطان - أى لا تفعلوا سبب القتل والفتنة ، وهنا المراد النهى عن منع زكاة المواشى أو السرقة التى هى سبب الإتيان بما ذكر . وعلى هذا التقرير يظهر فى الحديث نكات لطيفة لا تخفى على المتأمل فافهم (قوله له رغاء الخ) الرغاء صوت الإبل ، كما أن الخوار صوت البقر . والثؤاج بالثاء المثلثة المضمومة وبعدها همزة مفتوحة ممدودة ثم جيم : صوت الغنم ط (قوله قال يؤخذ منه) عبارة المناوى قال ابن المنير : أظن أن الحكام أخذوا بتجريس السارق ونحوه من هذا الحديث ونحوه اه ح . والتجريس بالجيم : التسميع بهم قاموس . قلت : وهو معنى التشهير الذى ذكروه عندنا فى شاهد الزور .

ففى التاترخانية قال أبو حنيفة فى المشهور : يطاف به ويشهر ، ولا يضرب . وفى السراجية : وعليه الفتوى . وفى جامع العتابى التشهير أن يطاف به فى البلد وينادى عليه فى كل محلة إن هذا شاهد الزور فلا تشهدوه . وذكر الخصاف فى كتابه أنه يشهر على قولهما بغير الضرب . والذى روى عن عمر أنه يسخم وجهه ، فتأويله عند السرخسى أنه بطريق السياسة إذا رأى المصلحة . وعند الشيخ الإمام أنه التفضيح والتشهير فإنه يسمى سوادا اه ملخصا ، وسيأتى تمامه قبيل باب الرجوع عن الشهادة إن شاء الله تعالى ، والله سبحانه أعلم .

كتاب السرقة

عقب به الحدود لأنه منها مع الضمان قهستانى . قلت : وكأنهم ترجموا لها بالكتاب دون الباب لاشتمالها على بيان حكم الضمان الخارج عن الحدود فكانت غيرها من وجه ، فأفردت عنها بكتاب متضمن لأبواب تأمل .

قال القهستانى : وهى نوعان ، لأنه إما أن يكون ضررها بذى المال أو به وبعامة المسلمين ، فالأول يسمى بالسرقة الصغرى والثانى بالكبرى ، بين حكمها فى الآخر لأنها أقل وقوعا وقد اشتركا فى التعريف وأكثر الشروط اه أى لأن المعتبر فى كل منهما أخذ المال خفية ، لكن الخفية فى الصغرى هى الخفية عن عين المالك أو من يقوم مقامه كالمودع والمستعير . وفى الكبرى عن عين الإمام الملتزم حفظ طرق المسلمين وبلادهم كما فى الفتح ، والشروط تعلم مما يأتى (قوله هى لغة أخذ الشيء الخ) أفاد أنها مصدر وهى أحد خمسة . ففى القاموس : سرق منه الشيء يسرق أى من باب ضرب سرقا محركة وككتف وسرقة محركة أى ككلمة وكفرحة أى بضم فسكون وسرقا بالفتح أى مع السكون والاسم السرقة بالفتح وكفرحة وكتف اه موضحا (قوله خفية) بضم الخاء وكسرها ط عن المصباح (قوله مجاز) أى من إطلاق المصدر وإرادة اسم المفعول كالخلق بمعنى المخلوق (قوله وشرعا باعتبار الحرمة الخ) يعنى أن لها فى الشرع تعريفين : تعريفا باعتبار كونها محرمة ، وتعريفا باعتبار ترتب حكم شرعى عليها وهو القطع ، ومر نظيره فى الزنا (قوله أخذه كذلك) أى أخذ الشيء خفية (قوله أخذ مكلف) شمل الأخذ حكما ، وهو أن يدخل جماعة

ولو أنثى أو عبداً أو كافراً أو مجنونا حال إفاقته (ناطق بصير) فلا يقطع أخرس لاحتمال نطقه بشبهة ، ولا أعمى لجهله بمال غيره (عشرة دراهم) لم يقل مضروبة لما فى المغرب : الدراهم اسم للمضروبة (جياد أو مقدارها) فلا قطع بنقرة وزنها عشرة لا تساوى عشرة مضروبة ؛

من اللصوص منزل رجل وأخذوا متاعه ويحملوه على ظهر واحد ويخرجوه من المنزل ، فإن الكل يقطعون استحسانا وسيأتى بحر . وأخرج الصبى والمجنون لأن القطع عقوبة وهما ليسا من أهلها ، لكنهما يضمنان المال كما فى البحر (قوله أو عبدا) فهو كالحر هنا ، لأن القطع لا يتنصف بخلاف الجلد (قوله أو كافرا) الأولى أو ذميا لما فى كافى الحاكم أن الحربى المستأمن إذا سرق فى دار الإسلام لم يقطع فى قول أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف أقطعه (قوله أو مجنونا حال إفاقته) الأولى أن يقول أو مجنونا فى غير حال أخذه ، لأن قوله ولو أنثى الخ تعميم للمكلف فيصير المعنى أخذ مكلف ولو كان ذلك المكلف مجنونا فى حال إفاقته ، ولا يخفى ما فيه ، فإنه فى حال الإفاقة عاقل لا مجنون إلا أن يجعل حال إفاقته ظرفا لأخذ فكأنه قال أخذ مجنون فى حال إفاقته فيصدق عليه أخذ مكلف ، وإنما سماه مجنونا نظرا إلى حاله فى غير وقت الأخذ فيرجع إلى ما قلنا تأمل .

والحاصل كما فى البحر والنهر أنه إذا كان يجن ويفيق ، فإن سرق فى حال إفاقته قطع وإلا فلا اه . بقى لو جن بعد الأخذ هل يقطع أم تنتظر إفاقته ؟ قال السيد أبو السعود : ظاهر ما قدمه فى النهر من أنه يشترط لإقامة الحد كونه من أهل الاعتبار يقتضى اشتراط إفاقته ، إلا أن يفرق بين الجلد والقطع بأن الذى يحصل به الجلد لا فائدة فيه قبلها لزوال الألم قبل الإفاقة بخلاف القطع اه .

قلت : لكن فى حد الشرب من البحر : إذا أقر السكران بالسرقة ولم يقطع لسكره أخذ منه المال ثم قال شهدوا عليه بالشرب وهو سكران قبلت ، وكذا بالزنا وهو سكران ، كما إذا زنى وهو سكران وكذا بالسرقة وهو سكران ، ويحد بعد الصحو ويقطع اه فهذا يفيد اشتراط صحوه إلا أن يفرق بين الجنون والسكر بأن السكر له غاية ، بخلاف الجنون ، لكن الظاهر انتظار إفاقته لاندراء الحد بالشبهة ، وهى هنا احتمال إبداء ما يسقطه إذا أفاق كما لا يقطع الأخرس لذلك تأمل (قوله ناطق بصير) زاد فى البحر هنا قيدا آخر ، وهو كونه صاحب يد يسرى ورجل يمنى صحيحتين ، وسيأتى فى فصل القطع (قوله لجهله بمال غيره) يعنى أن مقتضى حاله ذلك (قوله عشرة دراهم) لما رواه أبو حنيفة مرفوعا : لا تقطع اليد فى أقل من عشرة دراهم ، ورجح هذه على رواية ربع دينار ورواية ثلاثة دراهم لأن الأخذ بالأكثر أحوط احتيالا للدرء كما بسطه فى الفتح ، وأطلق الدراهم فانصرفت إلى المعهودة ، وهو أن تكون العشرة منها وزن سبعة مثاقيل كما فى الزكاة بحر ، ومثله فى الهداية وغيره : وبحث فيه الكمال بأن الدراهم كانت فى زمنه صلى الله عليه وسلم مختلفة : صنف عشرة وزن خمسة ، وصنف وزن ستة ، وصنف وزن عشرة ، فمقتضى ترجيحهم الأكثر فيما مر ترجيحه هنا أيضا ، وتمامه فى الشرنبلالية (قوله ولم يقل مضروبة) أى مع أن ذلك شرط للقطع فى ظاهر الرواية (قوله جياد) فلو سرق زيوفا أو نبهرجة أو ستوقة فلا قطع إلا أن تكون كثيرة قيمتها نصاب من الجياد بحر (قوله أو مقدارها) أى قيمة ، فلو سرق نصف دينار قيمته النصاب قطع عندنا بحر وهو عطف على عشر اه ح (قوله فلا قطع بنقرة) هى القطعة المذابة من الذهب والفضة قاموس والمراد الثانى ط وهذا محترز كون العشرة مضروبة ، ومثله ما لو سرق أقل من وزن عشرة فضة تساوى عشرة مسكوكة لا يقطع لأنه مخالف للنص فى محل النص ، وهو أن يسرق فضة وزن عشرة كذا فى الفتح ، فأفاد أن الفضة غير المسكوكة يعتبر فيها الوزن والقيمة : أى كون وزنها عشرة تساوى عشرة مسكوكة ، فلا قطع لو نقص الوزن عن عشرة

ولابدينار قيمته دون عشرة. وتعتبر القيمة وقت السرقة ووقت القطع ومكانه بتقويم عدلين لهما معرفة بالقيمة ، ولا قطع عند اختلاف المقومين ظهيرية (مقصودة) بالأخذ ، فلا قطع بثوب قيمته دون عشرة وفيه دينار أو دراهم مصرورة إلا إذا كان وعاء لها عادة تجنيس (ظاهرة الإخراج) فلو ابتلع دينارا فى الحرز وخرج لم يقطع ، ولا ينتظر تغوطه بل يضمن مثله لأنه استهلكه وهو سبب الضمان للحال (خفية) ابتداء وانتهاء لو الأخذ نهارا ، ومنه مابين العشاءين ، وابتداء فقط لو ليلا ، وهل العبرة لزعم السارق أو لزعم أحدهما ؟ خلاف (من صاحب يد صحيحة) فلا يقطع السارق من السارق فتح (مما لايتسارع إليه الفساد) كلحم وفواكه مجتبى ، ولابد من كون المسروق متقوما مطلقا ؛ فلا قطع بسرقة خمر مسلم مسلما كان السارق أو ذميا ، وكذا الذمى إذا سرق من ذمى خمرا أو خنزيرا أوميتة لايقطع لعدم تقومها عندنا ذكره الباقانى (فى دار العدل) فلايقطع بسرقة فى دار حرب أو بغى بدائع

وإن بلغ قيمة المسكوكة كمسألتنا هذه ، ولا فى عكسه كمسألة النقرة (قوله ولا بدينار) محترز قوله أو قيمتها. وأفاد به أن غير الدراهم يقوّم بها وإن كان ذهبا كما فى الفتح (قوله وقت السرقة ووقت القطع) فلو كانت قيمته يوم السرقة عشرة فانتقص وقت القطع لم يقطع إلا إذا كان النقص لعيب حدث أو لفوات بعض العين كما فى الفتح والنهر (قوله ومكانه) فلو سرق فى بلد ماقيمته فيها عشرة فأخذ فى أخرى وقيمته فيها أقل لايقطع فتح (قوله بتقويم عدلين) حال من قوله أو مقدارها (قوله عند اختلاف المقومين) أى بأن قومه عدلان بنصاب وعدلان آخران بأقل منه . وأما لو اختلفوا بعد اتفاقهم على النصاب فإنه لايضر كما هو ظاهر (قوله إلا إذا كان وعاء لها عادة) لأن القصد فيه يقع على سرقة الدراهم ، ألا ترى أنه لو سرق كيسا فيه دراهم كثيرة يقطع وإن كان الكيس يساوى درهما بحر: وفهم منه أنه لو علم بما فى الثوب يقطع كما صرح به فى المبسوط لأن المعتبر ظهور قصد النصاب ، وكون المسروق كيسا فيه دلالة القصد ، ولايقبل قوله لم أقصد لم أعلم كما فى الفتح ، فإقراره بالعلم بما فى الثوب فيه دلالة القصد بالأولى (قوله ولاينتظر) أى إذا طلب المالك تضمينه فله ذلك فى الحال لوجود سببه لأنه يقدر على تسليمه للحال فصار مستهلكا (قوله خفية) خرج به الأخذ مغالبة أو نهبا ، فلا قطع به لو كان فى المصر نهارا وإن دخل خفية استحسانا نهر (قوله وابتداء فقط لوليلا) حتى لو دخل البيت ليلا خفية ثم أخذ المال مجاهرة ولو بعد مقاتلة من فى يده قطع بحر (قوله وهل العبرة) أى فى الخفية لزعم السارق أن رب الدار لم يعلم به أم لزعم أحدهما ، وإن كان رب الدار فيه خلاف : ويظهر ذلك فيما لو ظن السارق أن رب الدار علم به مع أنه لم يعلم ، فالخفية هنا فى زعم رب الدار لافى زعم السارق . ففى الزيلعى : لا يقطع لأنه جهر فى زعمه : وفى الخلاصة والمحيط والذخيرة : يقطع اكتفاء بكونها خفية فى زعم أحدهما ، أما لو زعم اللص أنه لم يعلم به مع أنه عالم يقطع اكتفاء بزعمه الخفية ، وكذا لولم يعلما اتفاقا . وأما لو علما فلا قطع بالمسألة رباعية كما أفاده فى البحر (قوله من صاحب يد صحيحة) حتى لو سرق عشرة وديعة عند رجل ولو لعشرة رجال يقطع فتح (قوله فلا يقطع السارق من السارق) هكذا أطلقه الكرخى والطحاوى ، لأن يده ليست يد أمانة ولا ملك فكان طائعا قلنا نعم ، لكن يده يد غصب والسارق منه يقطع . والحق مافى نوادر هشام عن محمد : إن قطعت الأولى لم أقطع الثانى وإن درأت عنه الحد قطعته ، ومثله فى أمالى أبى يوسف كذا فى الفتح نهر. وعلى هذا التفصيل مشى المصنف فى الباب الآتى :

[تنبيه] فى كافى الحاكم : ولا يقطع السارق من مال الحربى المستأمن (قوله مما لايتسارع إليه الفساد) سيأتى هذا فى المتن مع أشياء أخر لايقطع بها ؛ فإذا كان مراده استيفاء الشروط كان عليه ذكر الباقى تأمل (قوله متقوما مطلقا) أى عند أهل كل دين ط (قوله فلا قطع بسرقة خمر مسلم) هذه العبارة مع التطويل لاتشمل سرقة المسلم خمر الذمى ، ولو قال فلا قطع بسرقة خمر لكان أخصر وأشمل اهـ ح (قوله بدائع) تمام عبارتها على مافى البحر :

(من حرز) بمرة واحدة اتحد مالكه أم تعدد (لاشبهة ولا تأويل فيه) وثبت ذلك عند الإمام كما سيتضح (فيقطع إن أقرّ بها مرة) وإليه رجع الثانى (طائعا) فإقراره بها مكرها باطل . ومن المتأخرين من أفتى بصحته

فلو سرق بعض تجار المسلمين من البعض فى دار الحرب ثم خرجوا إلى دار الإسلام فأخذ السارق لايقطعه الإمام اه :

قلت : وظاهره أن الحكم كذلك لو سرق فى دار البغى ثم خرجوا إلى دار العدل تأمل . ولم يذكر سرقة أهل العدل من أهل البغى وعكسه .

وفى كافى الحاكم : رجل من أهل العدل أغار على عسكر البغى ليلا فسرق من رجل منهم مالا فجاء به إلى إمام العدل لايقطعه لأن لأهل العدل أخذ أموالهم على وجه السرقة ويمسكه إلى أن يتوبوا ويموتوا ، وفى العكس لو أخذ بعد ذلك فأتى به إمام أهل العدل لم يقطعه أيضا لأنه محارب يستحل هذا اه ملخصا (قوله من حرز) هو على قسمين : حرز بنفسه ، وهو كل بقعة معدة للإحراز ممنوع من الدخول فيها إلا بإذن كالدور والحوانيت والخيم والخزائن والصناديق . أو بغيره ، وهو كل مكان غير معد للإحراز وفيه حافظ كالمساجد والطرق والصحراء . وفى القنية : لو سرق المدفون فى مفازة يقطع بحر .

قلت : وجزم المقدسى بضعف ما فى القنية كما نذكره فى النباش (قوله بمرة واحدة) فلو أخرج بعضه ثم دخل وأخرج باقيه لم يقطع زيلعى وغيره :

قلت : وهذا لو أخرجه إلى خارج الدار لما فى الجوهرة : ولو دخل دارا فسرق من بيت منها درهما فأخرجه إلى صحنها ثم عاد فسرق درهما آخر وهكذا حتى سرق عشرة فهذه سرقة واحدة ، فإذا أخرج العشرة من الدار قطع ، وإن خرج فى كل مرة من الدار ثم عاد حتى فعل ذلك عشر مرات لم يقطع لأنها سرقات اه ومثله فى التتارخانية ، لكن ذكر فى الجوهرة أيضا : لو أخرج نصابا من حرز مرتين فصاعدا ، إن تخلل بينهما اطلاع المالك فأصلح النقب أو أغلق الباب ، فالإخراج الثانى سرقة أخرى فلا يجب القطع إذا كان المخرج فى كل دفعة دون النصاب ، وإن لم يتخلل ذلك قطع اه ومثله فى النهر عن السراج قبيل فصل القطع ، فقوله وإن لم يتخلل ذلك قطع يقتضى أنه لو أخرج بعض النصاب إلى خارج الدار ثم عاد قبل اطلاع المالك وإصلاحه النقب أو إغلاقه الباب أنه يقطع ، وهو خلاف ماأطلقه هو وغيره من عدم القطع كما علمت ، لأنه لم يصدق عليه أنه فى كل مرة أخرج نصابا من حرز بل بعض نصاب ، نعم اطلاع المالك له اعتبار فى مسألة أخرى ذكرها فى الجوهرة أيضا ، وهى لو نقب البيت ثم خرج ولم يأخذ شيئا إلا فى الليلة الثانية ، إن كان ظاهرا وعلم به رب المنزل ولم يسده لم يقطع وإلا قطع اه . ووجهه ظاهر ، وهو أنه لو علم به ولم يسده لم يبق حرزا وإلا بقى حرزا ، إذ لو لم يبق حرزا لزم أن لاتتحقق سرقته بعد هتك الحرز (قوله اتحد مالكه أم تعدد) فلو سرق واحد من جماعة قطع ، ولو سرق اثنان نصابا من واحد فلا قطع عليهما فالعبرة للنصاب فى حق السارق لا المسروق منه بشرط أن يكون الحرز واحدا ، فلو سرق نصابا من منزلين فلا قطع والبيوت من دار واحدة بمنزلة بيت واحد ، حتى لو سرق من عشرة أنفس فى دار كل واحد فى بيت على حدة من كل واحد منهم درهما قطع ، بخلاف ما إذا كانت الدار عظيمة فيها حجر كما فى البدائع بحر ، وسيأتى مسألة الحجر (قوله لاشبهة ولا تأويل فيه) أخرج بالأول السرقة من دار أبيه ونحوه وبالثانى سرقة مصحف لتأويل أخذه للقراءة أفاده ط (قوله وثبت ذلك الخ) لايصح كون ذلك جزءا من التعريف بل هو شرط للقطع كما أفاده بقوله فيقطع إن أقر مرة أو شهد رجلان الخ تأمل (قوله وإليه رجع الثانى) أى أبو يوسف ، وكان أولا يقول لايقطع إلا إذا أقر مرتين فى مجلسين مختلفين كما فى الزيلعى (قوله ومن المتأخرين من أفتى بصحته) مقتضى صنيعه أن ذلك صحيح فى حق القطع ، ولا يخفى مافيه لأن القطع حد يسقط بالشبهة والإنكار

ظهيرية . زاد القهستانى معزياً لخزانة المفتين : ويحل ضربه ليقر ، وسنحققه (أو شهد رجلان) ولو عبدا شرط حضرة مولاه ، ولا تقبل على إقراره ولو بحضرته (وسألهما الإمام كيف هى وأين هى وكم هى ؟) زاد فى الدرر : وما هى ومتى هى (وممن سرق وبيناها) احتيالا للدرء ، ويحبسه حتى يسأل عن الشهود لعدم الكفالة فى الحدود ، ويسأل المقر عن الكل إلا الزمان . وما فى الفتح إلا المكان تحريف نهر .

(وصح رجوعه عن إقراره بها) وإن ضمن المال ، وكذا لو رجع أحدهم أو قال هو مالى أو شهدا على إقراره بها وهو يجحد أو يسكت فلا قطع شرح وهبانية .

(فإن أقر بها ثم هرب ، فإن فى فوره لايتبع بخلاف الشهادة) كذا نقله المصنف عن الظهيرية ونقله شارح الوهبانية بلا قيد الفورية .

أعظم شبهة مع أنه سيأتى أنه لاقطع بنكول عن اليمين ، وأنه لو أقر ثم هرب لايتبع ، فيتعين حمل ماذكره على صحته فى حق الضمان (قوله أو شهد رجلان) فلا يقبل رجل وامرأتان للقطع بل للمال ، وكذا الشهادة على الشهادة كما فى كافى الحاكم (قوله ولو عبدا) تعميم للضمير فى عليه المقدر بعد قوله أو شهد رجلان ، وسيأتى الكلام على سرقة العبد فى الباب الآتى (قوله وسألهما الإمام كيف هى) ليعلم أنه أخرج من الحرز أو ناول من هو خارج وأين هى ليعلم أنها ليست فى دار الحرب؟ وكم هى ليعلم أنها نصاب أم لا ؟ (قوله زاد فى الدرر) نقله فى البحر أيضا عن الهداية وقال : السؤال عن الماهية لإطلاقها على استراق السمع والنقص من أركان الصلاة ، وعن الزمان لاحتمال التقادم . زاد فى الكافى أنه يسألهما عن المسروق ، إذ سرقة كل مال لاتوجب القطع (قوله وممن سرق) ليعلم أنه ذو رحم محرم منه أم لا (قوله وبيناها) أى المذكورات ، وهو عطف على قوله وسألهما (قوله احتيالا) علة للسؤال (قوله ويحبسه حتى يسأل عن الشهود) أى عن عدالتهم . قال فى الشرنبلالية : يشير إلى ماقاله الكمال أن القاضى لو عرف الشهود بالعدالة له قطعه اه ولعله على القول بأن القاضى يقضى بعلمه وهو خلاف المختار الآن اه وهذا اشتباه ، فإن قضاءه بالقطع بالبينة لابعلمه ، وعلمه بعدالة الشهود المتوقف عليها القضاء بالقطع ليس قضاء به حموى .

قلت : على أنه مر فى الباب السابق أن فى حقوقه تعالى يقضى القاضى بعلمه اتفاقا ، وقد صرح فى البحر عن الكشف بأن وجوب القطع حق الله تعالى على الخلوص (قوله لعدم الكفالة فى الحدود) لأنه إذا جاء أخذ الكفيل بالنفس لايحبس (قوله إلا الزمان) لأن تقادم العهد لايمنع صحة الإقرار بها نوح عن المبسوط والمحيط . واعترضه الحموى بأنه يجوز أن تكون السرقة فى صباه فلا يحد .

قلت : لكن قال فى حاوى الزاهدى : لو ثبتت السرقة بالإقرار لايلزم السؤال عن زمانها حتى قال فى [أسنع] لو قال سرقت فى زمان الصبا يقطع ولا يلتفت إلى قوله اه ولفظ أسنع رمز لكتاب الأسرار (قوله إلا المكان) المناسب وإلا المكان بالعطف لأنه فى الفتح استثنى الزمان والمكان (قوله تحريف) أى لجواز أن يكون فى دار الحرب ، والمراد أن ذكر المكان فى عبارة الفتح غير صحيح (قوله وكذا لو رجع أحدهم) أى أحد السارقين المقرين (قوله أو قال) أى أحد السارقين (قوله أو شهدا على إقراره) أى إقرار السارق (قوله فلا قطع) أى فى المسائل الثلاث ، أما فى الأولين فلأنه إذا سقط عن البعض لشبهة سقط عن الباقين كما فى الكافى ، والرجوع ودعوى الملك شبهة . وأما فى الثالثة فلأن جحود الإقرار بمنزلة الرجوع ، وهو لو أقر صريحا يصح رجوعه ، فكذا لو شهدا على إقراره ، والسكوت فى باب الشهادة جعل إنكارا حكما كما ذكره المصنف (قوله ونقله شارح الوهبانية الخ) حاصل مانقله عن المبسوط أنه لو أقر ثم هرب لم يقطع ولو فى فوره لأن الهرب دليل الرجوع ولو رجع

(ولا قطع بنكول وإقرار مولى على عبده بها وإن لزم المال) لإقراره على نفسه (و) السارق (لايفتى بعقوبته) لأنه جور تجنيس ، وعزاه القهستانى للواقعات معللا بأنه خلاف الشرع ، ومثله فى السراجية . ونقل عن التجنيس عن عصام أنه سئل عن سارق ينكر ؟ فقال عليه اليمين ، فقال الأمير سارق ويمين ؟ هاتوا بالسوط ، فما ضربوه عشرة حتى أقر فأتى بالسرقة فقال : سبحان الله ما رأيت جورا أشبه بالعدل من هذا . وفى إكراه البزازية : من المشايخ من أفتى بصحة إقراره بها مكرها . وعن الحسن : يحل ضربه حتى يقر مالم يظهر العظم . ونقل المصنف عن ابن العز الحنفى : صح « أنه عليه الصلاة والسلام أمر الزبير بن العوام بتعذيب بعض المعاهدين حين كتم كنز حيي ابن أخطب ففعل فدلهم على المال » قال وهو الذى يسع الناس ، وعليه العمل ، وإلا فالشهادة على السرقات أندر

لايقطع ، فكذا إذا هرب بل يضمن المال . وأما لو هرب بعد الشهادة ولو قبل الحكم ، فإن أخذ فى فوره قطع وإلا لا ، فإن حد السرقة لا يقام بالبينة بعد التقادم ، والعارض فى الحدود بعد القضاء قبل الاستيفاء كالعارض قبل القضاء اهـ وبه ظهر أن قول المصنف تبعا للظهيرية ، فإن ن فوره لايقطع صوابه ولو فى فوره ليعلم أنه بعد التقادم لايقطع أيضا . وأجيب بأنه قيد بالفورية ليصح قوله بخلاف الشهادة لأنه بعد التقادم لا يخالف الإقرار الشهادة فى عدم القطع : على أنه إذا كان لايقطع بالهرب فى فور الإقرار لايقطع بعد التقادم فيه بالأولى كما أفاده ح لكن لايخفى مافى العبارة من الإيهام ، والعبارة المحررة عبارة كافى الحاكم ، وهى : وإذا أقر بالسرقة ثم هرب لم يطلب وإن كان ذلك بشهود طلب مادام فى فور ذلك (قوله ولا قطع بنكول) أى نكول السارق عن الحلف عند القاضى (قوله لإقراره على نفسه) علة للزوم المال فى المسألتين لأن النكول إقرار معنى ، وإقرار السيد على عبد يوجب توجه المطالبة على نفسه أفاده ط (قوله ونقل) أى فى القهستانى ومثله فى الذخيرة ، وهو تأييد لما قبله حيث سماه جورا شبيها بالعدل .

مطلب ترجمة عصام بن يوسف

(قوله عن عصام) هو عصام بن يوسف من أصحاب أبى يوسف ومحمد ، ومن أقران محمد بن سماعة وابن رستم وأبى حفص البخارى (قوله أنه سئل) أى سأله حبان بن جبلة أمير بلخ رملى (قوله سارق ويمين) تعجب من طلب اليمين منه فإنه لايبالى لإقدامه على ماهو أشد جناية لكن الشرع لم يعتبر هذا (قوله فقال) أى عصام (قوله مارأيت جورا الخ) سماه جورا باعتبار الصورة وإلا فهو عدل حيث توصل به إلى إظهار الحق ، وتقدم أن للقاضى تعزير المتهم وقدمنا بيانه (قوله بصحة إقراره بها مكرها) أى فى حق الضمان لافى حق القطع كما قدمناه (قوله وعن الحسن) هو ابن زياد من أصحاب الإمام (قوله يحل ضربه الخ) لم يصرح الحسن به بل هو مفهوم كلامه .

مطلب فى جواز ضرب السارق حتى يقر

قال فى البحر : وسأل الحسن بن زياد : أيحل ضرب السارق حتى يقر ؟ قال : مالم يقطع اللحم لا يتبين العظم ولم يزد على هذا اهـ كلام البحر ، وهو ضرب مثل : أى مالو لم يعاقب لاتظهر السرقة ، ففى عبارة الشارح سقط من الكاتب أو من قلمه بدليل أنه فى شرحه على الملتقى ذكر عبارة الحسن على وجهها فلم يكن ماهنا تصرفا منه بسوء فهمه إذ لم نعهد هذا الشارح الفاضل وصل فى البلادة إلى مازعمه من هو مولع بالاعتراض عليه فافهم (قوله عن ابن العز) أى فى كتابه التنبيه على مشكلات الهداية ، حيث قال : الذى عليه جمهور الفقهاء فى المتهم بسرقة ونحوها أن ينظر ، فإما أن يكون معروفا بالبر لم تجز مطالبته ولا عقوبته ، وهل يحلف ؟ قولان . ومنهم من قال

الأمور . ثم نقل عن الزيلعي فى آخر باب قطع الطريق جواز ذلك سياسة ، وأقره المصنف تبعا للبحر وابن الكمال : زاد فى النهر : وينبغي التعويل عليه فى زماننا لغلبة الفساد ، ويحمل مافى التجنيس على زمانهم ، ثم نقل المصنف قبله عن القنية : لو كسر سنه ويده ضمن الشاكى أرشه كالمال ، لالوحصل ذلك بتسوّره الجدار أو مات بالضرب لندوره .

وعن الذخيرة : لو صعد السطح ليفر خوف التعذيب فسقط فمات ثم ظهرت السرقة على يد آخر كان للورثة أخذ الشاكى بدية أبيهم وبما غرمه للسلطان لتعديه فى هذا التسبب ، وسيجىء فى الغصب .

يعزر متهمه ، وإما أن يكون مجهول الحال فيحبس حتى يكشف أمره ، قيل شهرا ، وقيل باجتهاد ولىّ الأمر . وإن كان معروفا بالفجور ، فقالت طائفة يضربه الوالى أو القاضى . وقالت طائفة يضربه الوالى دون القاضى . ومنهم من قال لايضربه ، وقد ثبت فى الصحيح « أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر الزبير بن العوام أن يمس بعض المعاهدين بالعذاب لما كتم إخباره بالمال الذى كان صلى الله عليه وسلم قد عاهدهم عليه ، وقال له أين كنز حيي ابن أخطب ؟ فقال : يامحمد أنفذته النفقات والحروب ، فقال : المال كثير والمسألة أقرب ، وقال للزبير : دونك هذا فمسه الزبير بشىء من العذاب فدلهم على المال » وهو الذى يسع الناس وعليه العمل الخ ، وتمامه فى المنح (قوله ثم نقل) أى المصنف ، وقوله جواز ذلك : أى جواز ضرب المتهم حيث قال نقلا عن الزيلعى :

ومنها : أى ومن السياسة ماحكى عن الفقيه أبى بكر الأعمش أن المدعى عليه إذا أنكر فللإمام أن يعمل فيه بأكبر رأيه ، فإن غلب على ظنه أنه سارق وأن المسروق عنده عاقبه ويجوز ذلك ، كما لو رآه الإمام مع الفساق فى مجلس الشرب ، وكما لو رآه يمشى مع السراق ، وبغلبة الظن أجازوا قتل النفس ، كما إذا دخل عليه رجل شاهرا سيفه وغلب على ظنه أنه يقتله اه (قوله لغلبة الفساد) تمام عبارة النهر : وكيف يؤتى للسارق ليلا بالبينة بل ولا فى النهار اه يعنى لا يتوقف جواز ضربه على إقامة البينة حيث كان من أهل التهمة ، وتقدم فى التعزير أن للقاضى تعزير المتهم ، وقدمنا هناك عن ابن القيم حكاية الإجماع على ذلك ، وقد سمعت آنفا تصريح الزيلعى بأن هذا من السياسة ، وبه يعلم أن للقاضى فعل السياسة (قوله ويحمل ما فى التجنيس) وهو ماقدمه المصنف من أنه لايفتى بعقوبة السارق (قوله لو كسر سنه) بضم أوله مبنيا للمجهول ، وأصل العبارة : لو شكا للوالى بغير حق فأتى بقائد فضرب المشكو عليه فكسر سنه أو يده الخ (قوله كالمال) أى كما يضمن لو غرمه الوالى مالا (قوله لا لو حصل) أى لا يضمن الأرش لو حبسه الوالى فهرب وتسوّر جدار السجن فحصل ما ذكر من كسر سنه أو يده أو مات بضرب القائد (قوله كان للورثة أخذ الشاكى بدية أبيهم) الظاهر أنه لا ينافى مامر عن القنية لتعليله بظهور تعديه هنا : أى حيث ظهرت السرقة على يد آخر ، بخلاف مامر تأمل (قوله لتعديه فى هذا التسبب) قال فى الذخيرة بعد عزوه المسألة لمجموع النوازل : قيل هذا الجواب مستقيم فى حق الغرامة أصله السعاية غير مستقيم فى حق الدية لأنه صعد السطح باختياره ، وقيل هو مستقيم فى الدية أيضا لأنه مكره على الصعود للفرار من حيث المعنى اه وقوله أصله السعاية ، أى أن الأصل فى ذلك تضمينهم الساعى إذا كان بغير حق (قوله وسيجىء فى الغصب) حيث قال متنا وشرحا : لو سعى إلى سلطان بمن يؤذيه والحال أنه لايدفع بلا رفع إلى السلطان أو سعى بمن يباشر الفسق ولا يمتنع بنهيه أو قال لسلطان قد يغرم وقد لايغرم أنه قد وجد كنزا فغرمه السلطان شيئا لايضمن فى هذه المذكورات ، ولو غرم السلطان البتة بمثل هذه السعاية ضمن ، وكذا يضمن لو سعى بغير حق عند محمد زجرا له : أى للساعى ، وبه يفتى وعزر ، ولو الساعى عبدا طولب بعد عتقه ؛ ولو مات الساعى

(قضى بالقطع ببينة أو إقرار فقال المسروق منه هذا متاعه لم يسرقه منى) وإنما كنت أودعته (أو قال شهد شهودى بزور أو أقر هو بباطل وما أشبه ذلك فلا قطع) وندب تلقينه كى لا يقر بالسرقة (كما) لا قطع (لو شهد كافران على كافر ومسلم بها فى حقهما) أى الكافر والمسلم ظهيرية :

(تشارك جمع وأصاب كلا قدر نصاب قطعوا وإن أخذ المال بعضهم) استحسانا سدا لباب الفساد، ولو فيهم صغير أو مجنون أو معتوه أو محرم لم يقطع أحد .

(وشرط للقطع حضور شاهديها وقته) وقت القطع (كحضور المدعى) بنفسه (حتى لو غابا أو ماتا لا قطع) وهذا فى كل حد سوى رجم وقود بحر .

فللمسعى به أن يأخذ قدر الخسران من تركته هو الصحيح جواهر الفتاوى . ونقل المصنف أنه لو مات المشكو عليه بسقوطه من سطح لخوفه غرم الشاكى ديته ، لا لو مات بالضرب لندوره ، وقد مر فى باب السرقة اهـ .

قلت : أنت خبير بأن ماذكره فى باب السرقة مخالف لما عزاه إليها .

مطلب فى ضمان الساعى

ثم حاصل ماذكره من ضمان الساعى أنه لو سعى بحق لا يضمن ولو بلا حق ، فإن كان السلطان يغرم بمثل هذه السعاية البتة يضمن ، وإن كان قد يغرم وقد لا يغرم لا يضمن : والفتوى على قول محمد من ضمان الساعى بغير حق مطلقا ويعزر ، بل قدمنا إباحة قتله ، بل أفتى بعض مشايخ المذهب بكفره (قوله لم يسرقه منى) المناسب عطفه بأو لأنه مسألة ثانية . ففى كافى الحاكم : أو قال لم يسرقه منى وإنما كنت أودعته (قوله فلا قطع) أما لو قال عفوت عنه لم يبطل القطع كافى الحاكم : أى لأن القطع محض حقه تعالى فلا يملك إسقاطه ، بخلاف ماقبله لأنه ثبت فى ضمن ثبوت حق العبد ، وقد بطل بإقراره فيبطل مافى ضمنه تأمل (قوله وندب تلقينه) المناسب ذكره عند قوله إن أقربها : أى ندب للإمام أن يلقنه كافى ، لما أخرجه أبو داود « أنه صلى الله عليه وسلم أتى بلص قد اعترف ولم يوجد معه متاع ، فقال صلى الله عليه وسلم : ما إخالك سرقت ، قال بلى يارسول الله فأعادها عليه الصلاة والسلام مرتين أو ثلاثا فأمر به فقطع » وتمامه فى الفتح (قوله فى حقهما) متعلق بلا قطع ح : أى لا قطع فى حق الكافر ولا فى حق المسلم ، ولعل وجهه أنها سرقة واحدة فلما بطلت الشهادة فى حق المسلم بطلت فى حق الكافر . وأما الضمان فلا شك فى انتفائه عن المسلم ، وهل يضمن الكافر حصته منها ؟ الظاهر نعم .

قلت : وفى كافى الحاكم : لو شهد رجلان على رجلين بسرقة وأحد السارقين غائب قطع الحاضر ، فإن جاء الغائب لم يقطع حتى تعاد عليه تلك البينة أو غيرها فيقطع اهـ فلينظر الفرق بين المسألتين ، ولعل وجهه أن الكافر ليس أهلا للشهادة على المسلم ، بخلاف شهادة المسلم على الغائب فإن المانع من قبولها الغيبة لا عدم الأهلية (قوله تشارك جمع) أى فى دخول الحرز بقرينة قوله وإن أخذ المال بعضهم : قال فى الفتح : وإنما وضعها فى دخول الكل ، لأنه لو دخل بعضهم لكنهم اشتركوا بعد ذلك فى فعل السرقة لا يقطع إلا الداخل إن عرف بعينه ، وإن لم يعرف عزروا كلهم وأبد حبسهم إلى أن تظهر توبتهم اهـ وقيد بقوله وأصاب كلا نصاب(1) لأنه لو أصابه أقل لم يقطع ، بل يضمن ماأصابه من ذلك جوهرة (قوله استحسانا) والقياس أن يقطع الحامل وحده ، وهو قول زفر والأئمة الثلاثة فتح (قوله أو محرم) أى ذو رحم محرم من المسروق منه بحر (قوله لم يقطع أحد) أطلقه فشمل ما إذا تولى الأخذ الكبار العقلاء خلافا لأبى يوسف كما فى الزيلعى (قوله لا قطع) هذا قول أبى حنيفة الأول ، وقوله الأخير يقطع كما يأتى قريبا ، وبه صرح فى التاترخانية وغيرها (قوله سوى رجم) فى بعض النسخ

---

(1) (قوله كلا نصاب) كذا بالأصل المقابل على خط المؤلف ، والذى فى المتن بأيدينا : كلا قدر نصاب كما ترى اهـ مصححه .

قلت : لكن نقل المصنف فى الباب الآتى تصحيح خلافه فتنبه .
(ويقطع بساج وقنا وأبنوس) بفتح الباء (وعود ومسك وأدهان وورس وزعفران وصندل وعنبر وفصوص خضر) أى زمرذ (وياقوت وزبرجد ولؤلؤ ولعل وفيروزج وإناء وباب) غير مركب ولو متخذين (من خشب،

سوى جلد وهى الصواب ، وإن كان الأول هو الذى فى الفتح والبحر والنهر نقلا عن كافى الحاكم ، فقد رده فى الشرنبلالية بأنه مخالف لما قدموه فى حد الزنا بالرجم من أنه إذا غاب الشهود أو ماتوا سقط الحد فيتجه استثناء الجلد فإنه يقام حال الغيبة والموت ، بخلاف الرجم لاشتراط بداءة الشهود به .

وعبارة كافى الحاكم فى الحدود مصرحة بذلك ، وكذلك عبارته فى السرقة ، ونصها : وإذا كان : أى المسروق منه حاضرا والشاهدان غائبان لم يقطع أيضا حتى يحضروا . وقال أبو حنيفة بعد ذلك يقطع وهو قول صاحبيه ، وكذلك الموت ، وكذلك هذا فى كل حد وحق سوى الرجم ، ويمضى القصاص وإن لم يحضروا استحسانا لأنه من حقوق الناس اه فهذا تصريح الحاكم فى الحدود والسرقة بما قلنا فليتنبه له اه .

قلت : والظاهر أن نسخة الكافى التى وقعت لصاحب الفتح سقط منها قوله وقال أبو حنيفة إلى قوله وكذلك الموت فوقع الخلل فى اشتراط حضور الشاهدين وفى استثناء الرجم ، لأن الاستثناء وقع من القول الأخير الذى رجع إليه الإمام فكان العمل عليه ، لأن مارجع عنه المجتهد بمنزلة المنسوخ ، ولذا صرح فى شرح الوهبانية بتصحيح قوله الأخير ، فجزى الله تعالى الشرنبلالى خيرا على هذا التنبيه الحسن (قوله تصحيح خلافه) أى خلاف قوله لاقطع وهذا هو الصواب كما علمت (قوله ويقطع بساج) قال الزمخشرى : الساج خشب أسود رزين يجلب من بلاد الهند ولا تكاد الأرض تبليه والجمع سيجان مثل نار ونيران . وقال بعضهم : الساج يشبه الأبنوس ، وهو أقل سوادا منه مصباح (قوله وقنا) بالفتح والقصر : هو الرمح (قوله بفتح الباء) كذا فى البحر عن الطلبة ، ومثله فى الفتح والنهر . ورأيت فى المصباح ضبطه بضمها وقال إنه خشب معروف ، وهو معرّب ، ويجلب من الهند ، واسمه بالعربية سأسم بهمزة وزان جعفر (قوله وعود) بالضم الخشب جمعه عيدان وأعواد وآلة من المعازف قاموس .

قلت : والمراد هنا الأول وهو الطيب لأن آلة اللهو لاقطع بها كما يأتى (قوله وأدهان) جمع دهن كزيت وشيرج (قوله وورس) نبت أصفر يزرع باليمن ويصبغ به قيل هو صنف من الكركم ، وقيل يشبهه مصباح (قوله وصندل) خشب معروف طيب الرائحة (قوله وفصوص خضر) قيد الخضر اتفاقى در منتقى (قوله وزبرجد) جوهر معروف ، ويقال هو الزمرذ مصباح (قوله ولعل) بالتخفيف : مايتخذ منه الحجر الأحمر غير الزنجفر والدودة ، ويطلق على نوع من الزمرذ ط . وفى بعض النسخ : لعلع وهو شجر حجازى كما فى القاموس تأمل (قوله غير مركب) احترز به عن باب الدار المركب فإنه لايقطع به كما يأتى ثم إنه يشترط للقطع هنا أن يكون فى الحرز وأن يكون خفيفا لايثقل حمله على الواحد لأنه لايرغب فى سرقة الثقيل من الأبواب كما فى الهداية والزيلعى .

قال فى الفتح : ونظر فيه بأن ثقله لاينافى ماليته ولا ينقصها ، وإنما تقل فيه رغبة الواحد لا الجماعة ، ولو صح هذا امتنع القطع فى فردة حمل من قماش ونحوه ، وهو منتف ولذا أطلق الحاكم فى الكافى القطع اه . وأجيب بأنه إنما يرد لو لم يقل الثقيل من الأبواب .

قلت : لايخفى أن هذا هو منشأ النظر فافهم (قوله ولو متخذين) أى الإناء والباب أشار به إلى أن قوله من خشب غير قيد لأن المراد مادخلته الصنعة فالتحق بالأموال النفيسة ، بخلاف الأوانى المتخذة من الحشيش

وكذا بكل ماهو من أعز الأموال وأنفسها ولا يوجد فى دار العدل مباح الأصل غير مرغوب فيه) هذا هو الأصل (لا) يقطع (بتافه) أى حقير (يوجد مباحا فى دارنا كخشب لايحرز) عادة (وحشيش وقصب وسمك و) لو مليحاً و (طير) ولو بطا أو دجاجاً فى الأصح غاية (وصيد وزرنيخ ومغرة ونورة) زاد فى المجتبى : وأشنان وفحم وملح وخزف وزجاج لسرعة كسره (ولا بما يتسارع فساده كلبن ولحم) ولو قديدا وكل مهيأ لأكل كخبز ، وفى أيام قحط لاقطع بطعام مطلقا شمنى (وفاكهة رطبة

والقصب فلا قطع بها لأن الصنعة لم تغلب فيها حتى لاتتضاعف قيمتها ولا تحرز ، حتى لو غلبت كأوانى اللبن والماء من الحشيش فى بلاد السودان يقطع بها لما ذكرنا ، وكذا الحصر البغدادية لغلبة الصنعة على الأصل ؛ أفاده فى البحر ومثله فى الزيلعى (قوله ولا يوجد فى دار العدل الخ) الأولى التعبير بدار الإسلام . قال فى الفتح : فأما كونها توجد فى دار الحرب فليس شبهة فى سقوط القطع ، لأن سائر الأموال حتى الدنانير والدراهم مباحة فى دار الحرب ومع هذا يقطع فيها فى دارنا اه (قوله لايقطع بتافه الخ) أى إذا سرق من حرز لاشبهة فيه بعد أن أخذ وأحرز وصار مملوكا فتح (قوله يوجد مباحا فى دارنا) أى يوجد جنسه مباحا فى الأصل بصورته الأصلية ، بأن لم يحدث فيه صنعة متقومة غير مرغوب فيه ، فخرج بصورته الأبواب والأوانى من الخشب ، وبغير مرغوب فيه نحو المعادن من الذهب والصفر واليواقيت واللؤلؤ ونحوها من الأحجار فيقطع لكونها مرغوبا فيها . وعلى هذا نظر بعضهم فى الزرنيخ : بأنه ينبغى القطع به لإحرازه فى دكاكين العطارين كسائر الأموال ، بخلاف الخشب لأنه إنما يدخل الدور للعمارة فكان إحرازه ناقصا ، بخلاف الساج والأبنوس .

واختلف فى الوسمة والحناء والوجه القطع لإحرازه عادة فى الدكاكين ، كذا فى الفتح : ومفاده اعتبار العادة فى الإحراز (قوله لايحرز عادة) احتراز عن الساج والأبنوس ؛

قلت : وقد جرت العادة إحراز بعض الخشب كالمخروط والمنشور دفوفا وعواميد ونحو ذلك ، فينبغى القطع به كما يفيده مامر تأمل (قوله ولو مليحا) بتشديد اللام ، ودخل فيه الطرى بالأولى (قوله وطير) لأن الطير يطير فيقل إحرازه فتح (قوله وصيد) هو الحيوان الممتنع المتوحش بأصل خلقته إما بقوائمه أو بجناحيه ، فالسمك ليس منه ابن كمال (قوله وزرنيخ) بالكسر فارسى معرب مصباح (قوله ومغرة) بفتح الميم وسكون الغين المعجمة وتحرك : الطين الأحمر ، وظاهر كلام الصحاح والقاموس أن التسكين هو الأصل والتحريك خلافه ، وظاهر المصباح العكس نوح (قوله ونورة) بضم النون حجر الكلس ، ثم غلبت على أخلاط تضاف إلى الكلس من زرنيخ وغيره ، ويستعمل لإزالة الشعر مصباح ، وكذا ضبطها بالضم فى القاموس (قوله وخزف وزجاج) الخزف : كل ماعمل من طين وشوى بالنار حتى يكون فخارا قاموس ؛ قال فى الفتح : ولايقطع فى الآجر والفخار لأن الصنعة لاتغلب فيها على قيمتها . وظاهر الرواية فى الزجاج أنه لايقطع لأنه يسرع إليه الكسر فكان ناقص المالية . وعن أبى حنيفة : يقطع كالخشب إذا صنع منه الأوانى اه . وفى الزيلعى : ولاقطع فى الزجاج لأن المكسوز منه تافه والمصنوع منه يتسارع إليه الفساد اه .

قلت : وظاهره أنه لايقطع فى الزجاج وإن غلبت عليه الصنعة ، وهل يقال مثله فى الصينى والبلور مع أنه قد يبلغ بالصنعة نصبا كثيرة ، ومفهوم علة الفخار أنه يقطع به تأمل (قوله وكل مهيأ لأكل) أما غير المهيأ مما لايتسارع إليه الفساد كالحنطة والسكر فانه يقطع فيه إجماعا كما فى الفتح (قوله مطلقا) ولو غير مهيأ لأنه عن ضرورة ظاهرا وهى تبيح التناول فتح (قوله وفاكهة رطبة) كالعنب والسفرجل والتفاح والرمان وأشباه ذلك

وثمر على شجر وبطيخ) وكل مالا يبقى حولا (وزرع لم يحصد) لعدم الإحراز (وأشربة مطربة) ولو الإناء ذهباً (وآلات لهو) ولو طبل الغزاة فى الأصح ، لأن صلاحيته للهو صارت شبهة غاية (وصليب ذهب أو فضة وشطرنج ونرد) لتأويل الكسر نهيا عن المنكر (وباب مسجد) ودار لأنه حرز لامحرز

ولو كانت محروزة (١) فى حظيرة عليها باب مقفل. وأما الفواكه اليابسة كالجوز واللوز فإنه يقطع فيها إذا كانت محرزة جوهرة . (قوله وثمر على شجر) لأنه لاإحراز فيما على الشجر ولو كان الشجر فى حرز ، لما فى كافى الحاكم ، وإن سرق الثمر من رؤوس النخل فى حائط محرز أوحنطة فى سنبلها لم تحصد لم يقطع ، فإن أحرز الثمر فى حظيرة عليها باب أو حصدت الحنطة وجعلت فى حظيرة فسرق منها قطع ، وكذلك إن كانت فى صحراء وصاحبها يحفظها اه (قوله وأشربة مطربة) أى مسكرة . والطرب : استخفاف العقل من شدة حزن وجزع حتى يصدر عنه مالا يليق كما تراه من صياح الثكالى وضرب خدودهن وشق جيوبهن ، أوشدة سرور توجب ماهو معهود من الثمالى . ثم الشراب إن كان حلوا فهو مما يتسارع إليه الفساد ، أومرا فإن كان خمرا فلا قيمة لها أوغيره ففى تقومه خلاف ولتأول السارق فيه الإراقة ، فتثبت شبهة الإباحة ، وتمامه فى الفتح . وشمل مالذا كان السارق مسلما أوذميا كما فى البحر (قوله ولو الإناء ذهبا) أى على المذهب ؛ لأن الإناء تابع ولم يقطع فى المتبوع فكذا فى التبع وفى رواية عن أبى يوسف أنه يقطع ، وهو قول الأئمة الثلاثة ، ورجحه فى الفتح فيما تعاين ذهبيته بأن الظاهر أن كلا مقصود بالأخذ بل أخذ الإناء أظهر : واستشهد بما فى التجنيس : سرق كوزا فيه عسل وقيمة الكوز تسعة وقيمة العسل درهم يقطع ، وهو نظير ماتقدم فيمن سرق ثوبا لايساوى عشرة مصرور عليه (٢) عشرة يقطع إذا علم أن عليه مالا ، بخلاف مالذا لم يعلم اه ملخصا ، وأقره فى البحر (قوله وآلات لهو) أى بلا خلاف لعدم تقومها عندهما حتى لايضمن متلفها . وعنده وإن ضمنها لغير اللهو إلا أن يتأول آخذها للنهى عن المنكر فتح (قوله وصليب) هو بهيئة خطين متقاطعين ، ويقال لكل جسم صليب فتح (قوله وشطرنج) بكسر الشين فتح ،قيل هو عربى ، وقيل معرّب ،وهو داخل فى آلات اللهو ،وكذا النرد بفتح النون (قوله لتأويل الكسر الخ) علة للثلاثة . وعن أبى يوسف : يقطع بالصليب لو فى يد رجل فى حرز لاشبهة فيه ، لالو فى مصلاهم لعدم الحرز وجوابه ماقلنا من تأويل الإباحة فتح :

قلت : لكن هذا التأويل لايظهر فيما لو كان السارق ذميا . ثم رأيت فى الذخيرة ذكرها هذا التفصيل عن أبى يوسف فى الذمى . ووجهه ظاهر لأن مصلاهم بمنزلة المسجد : فلذا لم يقطع ، بخلاف الحرز فيقطع لأنه لاتأويل له ؛ إلا أن يقال تأويل غيره يكفى فى وجود الشبهة فلا يقطع تأمل . وفى النهر : ولو سرق دراهم عليها تمثال قطع لأنه إنما أعد للتمول فلا يثبت فيه تأويل (قوله لأنه حرز لامحرز) أفاد أن الكلام فى الباب الخارج فلو داخل الدار فهو محرز فيقطع به أفاده ط :

قلت : وهذا إذ لم يكن ثقيلا على مامر عن الهداية فى غير المركب : وظاهره أن باب المسجد حرز وليس كذلك ؛ فالأولى تعليل الهداية بقوله : ولايقطع فى أبواب المسجد لعدم الإحراز ، فصار كباب الدار بل أولى لأنه يحرز بباب الدار مافيها ، ولا يحرز بباب المسجد مافيه حتى لايجب القطع بسرقة متاعه اه : زاد فى البحر : وكذا أستار الكعبة وإن كانت محرزة لعدم المالك .

---

(١) (قوله ولو كانت محروزة) هكذا بخطه ، ولعل صوابه محرزة لأنه من أحرز ، كما يدل عليه سابق الكلام ولا حقه اه .

(٢) (قوله مصرور عليه) هكذا بخطه ، ولعل صوابه مصرورا بالنصب صفة لقوله ثوبا اه مصححه .

(ومصحف وصبي حر) ولو (محليين) لأن الحلية تبع (وعبد كبير) يعبر عن نفسه ولو نائماً أو مجنونا أو أعمى، لأنه إما غصب أو خداع (ودفاتر) غير الحساب، لأنها لو شرعية كـكتب تفسير وحديث وفقه فكمصحف، وإلا فكطنبور (بخلاف) العبد (الصغير ودفاتر الحساب) الماضي حسابها، لأن المقصود ورقها فيقطع إن بلغ

[تنبيه] قال في فخر الإسلام: لو اعتاد سرقة أبواب المسجد يجب أن يعزر ويبالغ فيه ويحبس حتى يتوب قال في البحر: وينبغي أن يكون كذلك سارق البزابيز من الميض اه. قال ط: وكذا سارق نعال المصلين اه.

قلت: بل كل سارق انتفى عنه القطع لشبهة ونحوها تأمل (قوله ومصحف) مثلث الميم قاموس والضم أشهر مصباح، لأن الآخذ يتأول في أخذه القراءة والنظر فيه، ولأنه لامالية له على اعتبار المكتوب وإحرازه لأجله لا للجلد والأوراق هداية، والإطلاق يشمل الكافر وغير القارئ (قوله واو محليين) قال نوح أفندي في حاشية الدرر: هذا اللفظ في أكثر النسخ بالياءين، ولكن الصواب أن يكون بياء واحدة كما يظهر من الصرف اه ومثله في شرح درر البحار (قوله لأن الحلية تبع) وعن أبي يوسف: يقطع في المصحف المحلى: وعنه أنه يقطع إذا بلغت الحلية نصابا كما قال في حلية الصبي. قال في الفتح: والخلاف في صبي لايمشي ولايتكلم، فلو كان يمشي ويتكلم ويميز لاقطع إجماعا لأنه في يد نفسه وكان أخذه خداعا ولاقطع في الخداع (قوله يعبر عن نفسه) فالمراد بالكبير المميز المعبر عن نفسه بالغا كان أو صبيا بحر (قوله لأنه إما غصب) أي إن أخذه بالقهر أو خداع أي إن أخذه بالحيلة وكلاهما غير سرقة ط (قوله ودفاتر) جمع دفتر بالفتح وقد يكسر: جماعة الصحف المضمومة قاموس (قوله فكمصحف) أي في تأويل أخذها للقراءة، وكون المقصود مافيها ولامالية له (قوله وإلا فكطنبور) أي في تأويل أخذها لإزالة مافيها نهيا عن المنكر:

والحاصل: إنه لايقطع بكتب علوم شرعية أو غيرها قال القهستاني، فيشمل: أي الدفتر المصحف وكتب العلوم الشرعية والآداب ودواوين فيها حكمة دون مافيها أشعار مكروهة وكتب العلوم الحكميه فإنهما داخلان في آلات لهو كما أشار إليه في الزاد وغيره اه. ثم نقل قولا آخر بالقطع بكتب الأدب والشعر، لكن قال في الفتح والبحر: شمل مثل كتب السحر ومثل كتب العربية واختلف في غيرها: أي غير كتب الشريعة من العربية والشعر، فقيل ملحقة بدفاتر الحساب فيقطع فيها. وقيل بكتب الشريعة لأن معرفتها قد تتوقف على اللغة والشعر، والحاجة وإن قلت كفت في إيراث الشبهة اه فتعليل القول الثاني يفيد ترجيحه. ثم قال: ومقتضى هذا أنه لايختلف في القطع بكتب السحر والفلسفة لأنه لايقصد مافيها لأهل الديانة فكانت سرقة صرفا اه. زاد في النهر: وينبغي أن ينظر في الآخذ لـكتب السحر والفلسفة، فإن كان مولعا بذلك لايقطع للقطع بأن المقصود مافيها اه.

قلت: لكن كلام الفتح يخالفه لأنه جعل كون أهل الديانة لايقصدونها علة لكونها سرقة صرفا، ومعلوم أن السارق لايلزم أن يكون من الذين لايقصدونها بل الغالب أن يكون غيرهم من أهل الشر كالسحرة ونحوهم: فعلم أن الشبهة المسقطة للقطع لايلزم وجودها في السارق وإلا كانت علة حقيقة لاشبهة العلة، لأن الشبهة مايشبه الثابت وهو ليس بثابت وإلا لزم ثبوت التفصيل المذكور في كتب الشريعة أيضا، وكذا في آلات اللهو والطعام في سنة القحط، ولم نر من عرج عليه، نعم قدمنا عن الذخيرة في الصليب مايفيده عند أبي يوسف فليتأمل (قوله بخلاف العبد الصغير) لأنه مال منتفع به إن كان يمشي ويعقل أو بعرضية أن يصير كذلك إن كان خلافه، وتمامه في النهر (قوله والماضي حسابها) أي الذي لم يبق لأحد فيه علقة فلم يبق إلا كاغد، فإذا بلغت قيمته نصابا

نصاباً ؛ أما المعمول بها فالمقصود علم مافيها وهو ليس بمال فلا قطع ، بلا فرق بين دفاتر تجار وديوان وأوقاف نهر (وكلب وفهد ولو عليه طوق من ذهب علم) السارق (به أولا) لأنه تبع (و) لا (بخيانة) فى وديعة (ونهب) أى أخذ قهرا (واختلاس) أى اختطاف لانتفاء الركن (ونبش) لقبور (ولو كان القبر فى بيت مقفل) فى الأصح (أو) كان (الثوب غير الكفن) وكذا لو سرقه من بيت فيه قبر أو ميت لتأوله بزيارة القبر أو التجهيز وللإذن بدخوله عادة ، ولو اعتاده قطع سياسة (ومال عامة أو مشترك) وحصر مسجد وأستار كعبة ومال وقف لعدم المالك بحر (ومثل دينه

قطع كذا فى تصحيح العلامة قاسم (قوله وكلب وفهد) عطف على ما لا قطع فيه بقرينة تنكيره ، ولو قال وبكلب وفهد كما صنع فى الوافى لكان أحسن حموى ، وشمل كلب الصيد والماشية لأنه يوجد من جنسه مباح الأصل ، ولا اختلاف العلماء فى ماليته فأورث شبهة بحر ط (قوله فى وديعة) أى تحت يده (قوله أى أخذ قهراً) أى على وجه العلانية (قوله أى اختطاف) أى علانية أيضا فالنهب والاختلاس ، أخذ الشىء علانية ، إلا أن الفرق بينهما من جهة سرعة الأخذ فى جانب الاختلاس ، بخلاف النهب فإن ذلك غير معتبر فيه ط عن أبى السعود (قوله لانتفاء الركن) وهو الحرز فى الخيانة والأخذ خفية فيما بعدها ط (قوله ونبش) أى لاقطع على النباش : وهو الذى يسرق أكفان الموتى بعد الدفن بحر ، لأن الحرز بالقبر أو الميت باطل لأنه لايحفظ نفسه ، والصحراء ليست حرزا ، حتى لو دفن بها مال فسرق لم يقطع . فما فى القنية من أنه لو سرق المدفون بالمفازة قطع ضعيف مقدسى (قوله فى الأصح) لاختلال الحرز بحفر القبر ، وقيل يقطع إذا كان مقفلا قهستانى (قوله ولو اعتاده) أى اعتاد النبش . وفيه إشارة إلى الجواب عما استدل به أبو يوسف والأئمة الثلاثة من حديث « من نبش قطعناه » بحمله على السياسة وتمام تحقيقه فى الفتح (قوله ومال عامة) وهو مال بيت المال فإنه مال المسلمين وهو منهم ، وإذا احتاج ثبت له الحق فيه بقدر حاجته فأورث شبهة والحدود تدرأ بها بحر (قوله ومشترك(١)) أى بين السارق وبين ذى اليد (قوله وحصر مسجد الخ) أى وإن كانت محرزة كما فى البحر (قوله ومال وقف) ذكره فى البحر بحثا فقال : وأما مال الوقف فلم أر من صرح به ، ولايخفى أنه لايقطع به ، وقد عللوا عدم القطع فيما لو سرق حصر المسجد ونحوها من حرز بعدم المالك ، وتبعه فى النهر . وقال : ولو قيل إن كان الوقف على العامة فاله كبيت المال ، وإن كان على قوم محصورين فلعدم المالك حقيقة لكان حسنا اهـ . ولا يخفى جريان العلة الثانية فيهما ، لكن رده المقدسى والرملى بأنهم صرحوا بأنه يقطع بطلب متولى الوقف ، وسيأتى التصريح به فى الباب الآتى ، وصرح به أيضا ابن مالك فى شرح المنار فى بحث الخاص .

قلت : ولذا والله أعلم علل فى الفتح لعدم القطع فى حصر المسجد بعدم الحرز : أى لكون المسجد غير حرز ومفاده أنه يقطع لو سرقها من حرز . والظاهر أن وجهه كون الوقف يبقى على ملك الواقف حكما عند الإمام ، وهذا فى أصل الوقف . وأما الغلة فقد صرحوا بأنها ملك المستحقين ، لكن ينبغى أن يقال إن كان السارق له حق فى الغلة لايقطع بسرقته منها سواء كان وقفا على العامة أو على قوم محصورين لثبوت الشركة ، وكذا وقف المسجد إذا كان للسارق وظيفة فيه ، بخلاف سرقته لحصره وقناديله إذ حقه فى الغلة لا فى الحصر تأمل :

مطلب فى أخذ الدائن من مال مديونه من خلاف جنسه

(قوله ومثل دينه) أى مثله جنسا لاقدرا ولاصفة كما أفاده مابعده (قوله ولو دينه مؤجلا) لأنه استيفاء لحقه والحال والمؤجل سواء فى عدم القطع استحسانا ، لأن التأجيل لتأخير المطالبة والحق ثابت فيصير شبهة دارئة وإن لم يلزمه

---

(١) (قوله المحشى ومشترك) كذا بالأصل المقابل على خطه . والذى فى الشرح : أو مشترك بأو لابالواو كما ترى اهـ مصححه .

ولو) دينه (مؤجلا أو زائدا عليه) أو أجود لصيرورته شريكا (إذا كان من جنسه ولو حكما) بأن كان له دراهم فسرق دنانير وبعكسه هو الأصح، لأن النقدين جنس واحد حكما خلاف العرض ومنه الحلى، فيقطع به مالم يقل أخذته رهنا أو قضاء. وأطلق الشافعي أخذ خلاف الجنس للمجانسة فى المالية. قال فى المجتبى وهو أوسع فيعمل به عند الضرورة (بخلاف سرقته من غريم أبيه أو غريم ولده الكبير أو غريم مكاتبه أو غريم عبده المأذون المديون) فإنه يقطع لأن حق الأخذ لغيره.

(ولو سرق من غريم ابنه الصغير لا كسرقة شيء قطع فيه ولم يتغير)

الإعطاء الآن. ولا فرق بين كون المديون المسروق منه مماطلا أولا خلافا للشافعي، وتمامه فى الفتح (قوله أو زائدا عليه أو أجود) أنت خبير بأن الضمير فى زائد أو أجود عائد على الدين، وفى عليه على المسروق، فالمناسب للتعميم أن يقال أو أنقص منه أو ردأ فيعلم حكم الزائد والأجود بالأولى.

والحاصل أنه لو سرق أكثر من دينه لا يقطع لأنه يصير شريكا فى ذلك المال بمقدار حقه كما فى الفتح، وعلى قياسه يقال فيما لو سرق الأجود تأمل (قوله لأن النقدين جنس واحد حكما) ولهذا كان للقاضي أن يقضي بها دينه من غير رضا المطلوب بحر.

قلت: وهذا موافق لما صرحوا به فى الحجر. ومفاده أنه ليس للدائن أخذ الدراهم بدل الدنانير بلا إذن المديون ولا فعل حاكم، وقد صرح فى شرح تلخيص الجامع فى باب اليمين فى المساومة بأن له الأخذ وكذا فى حظر المجتبى، ولعله محمول على ما إذا لم يمكنه الرفع للحاكم، فإذا ظفر بمال مديونه له الأخذ ديانة بل له الأخذ من خلاف الجنس على ما نذكره قريبا (قوله ومنه الحلى) أى بسبب ما فيه من الصياغة التحق بالعرض (قوله مالم يقل الخ) لأنه لا يكون رهنا أو قضاء لدينه إلا بإذن مالكه فكأنه ادعى أخذه بإذنه فلا يقطع.

وفى الفتح: وعن أبي يوسف لا يقطع بالعروض لأن له الأخذ عند بعض العلماء. قلنا: هذا قول لا يستند إلى دليل ظاهر فلا يصير شبهة دارئة إلا إن ادعى الرهن أو القضاء.

مطلب يعذر بالعمل بمذهب الغير عند الضرورة

(قوله وأطلق الشافعي أخذ خلاف الجنس) أى من النقود أو العروض لأن النقود يجوز أخذها عندنا على ما قررناه آنفا. قال القهستاني: وفيه إيماء إلى أن له أن يأخذ من خلاف جنسه عند المجانسة فى المالية، وهذا أوسع فيجوز الأخذ به وإن لم يكن مذهبنا، فإن الإنسان يعذر فى العمل به عند الضرورة كما فى الزاهدى اهـ.

قلت: وهذا ما قالوا إنه لا مستند له، لكن رأيت فى شرح نظم الكنز للمقدسي من كتاب الحجر. قال: ونقل جد والدى لأمه الجمال الأشقر فى شرحه للقدوري أن عدم جواز الأخذ من خلاف الجنس كان فى زمانهم لمطاوعتهم فى الحقوق. والفتوى اليوم على جواز الأخذ عند القدرة من أى مال كان لا سيما فى ديارنا لمداومتهم للعقوق:

عفاء على هذا الزمان فإنه زمان عقوق لا زمان حقوق
وكل رفيق فيه غير مرافق وكل صديق فيه غير صدوق

(قوله بخلاف سرقته من غريم أبيه) سقط من بعض النسخ لفظ غريم وهو خطأ (قوله لا) أى لا يقطع، لأن له ولاية أخذ دين ابنه الصغير. بقي لو لم يكن له ولاية لسوء اختياره أو لكونه رقيقا. واستظهر ط أنه كذلك ويظهر لى خلافه تأمل (قوله كسرقة شيء الخ) أى إذا سرق شيئا فقطع فيه فرده إلى مالكه ثم سرقه ثانيا

أما لو تبدل العين أو السبب كالبيع قطع على مافى المجتبى (أو من ذى رحم محرم لابرضاع) فلو محرميته برضاع قطع كابن عم هو أخ رضاعا فإنه رحم نسبا محرم رضاعا عينى فسقط كلام الزيلعى .

(ولو) المسروق (مال غيره) أى غير ذى الرحم (بخلاف ماله إذا سرق من بيت غيره) فإنه يقطع اعتبارا للحرز وعدمه

ولم يتغير المسروق عن الحالة الأولى لايقطع ، والقياس أنه يقطع ، وهو رواية عن أبى يوسف وقول الأئمة الثلاثة وبيانه فى الفتح (قوله أما لو تبدل العين) كما لو كان غزلا فسرقه فقطع فيه فرده ثم نسج فسرقه فإنه يقطع . وعلى هذا الصوف والقطن والكتان : وكل عين أحدث المالك فيه صنعا بعد القطع لو أحدثه الغاصب ينقطع به حق المالك بحر (قوله كالبيع) أى لو باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه فسرقه يقطع ثانيا عند مشايخ بخارى وقال مشايخ العراق : لا يقطع . وظاهر الفتح اعتماد الثانى ، وذكر فى النهر مايؤيد الأول (قوله على مافى المجتبى) أشار به إلى ما ذكرنا من الخلاف ، وهذا القول ذكره فى المجتبى جازما به بلا حكاية خلاف كما ذكره المصنف فى شرحه (قوله أو من ذى رحم محرم) ترجم فى الهداية والكنز لهذه المسائل بقوله : فصل فى الحرز ، وهو كما فى النهر لغة : الموضع الذى يحرز فيه شيء . وشرعا : مايحفظ فيه المال عادة كالدار وإن لم يكن لها باب أو كان وهو مفتوح لأن البناء لقصد الإحراز وكالحانوت والخيمة والشخص اهـ ومثله فى الفتح ، لكن قوله وإن لم يكن لها باب الخ فيه كلام نذكره عند مسألة النشاش (قوله فسقط كلام الزيلعى) حيث قال وقوله لابرضاع لاحاجة إلى إخراجه لأنه لم يدخل فى ذى الرحم المحرم . ورده فى البحر بأن هذا ظن منه أنه متعلق بالرحم ، وليس كذلك بل متعلق بالمحرم اهـ ح .

قلت : لايظن بالزيلعى أنه ظن ذلك لأن الرحم وهو القرابة النسبية لاتكون بالرضاع أصلا حتى يظن أن قوله لا برضاع تقييد له بل مبنى كلامه على أن المراد بالمحرم ما تكون محرميته من النسب كما هو المتبادر ، وكما عبر به فى الهداية حيث قال ذى رحم محرم منه ، فقوله منه : أى من الرحم تصريح بالمراد ، وعليه فلا يدخل فيه ابن العم الذى هو أخ رضاعا لأنه محرم من الرضاع لا من الرحم . ثم رأيت عبارة الكنز التى شرح عليها الزيلعى بلفظ منه كعبارة الهداية ، فتعين ماقلنا وسقط ماسواه فافهم (قوله بخلاف ماله إذا سرق من بيت غيره) أى إذا سرق مال رحمه المحرم من بيت أجنبى فإنه يقطع لوجود الحرز .

وفى الفتح : ينبغى أن لايقطع لما فى القطع من القطيعة . وأجاب فى البحر بأن القطع حق الشرع لا حقه فلا يكون قطيعة .

واعترضه فى النهر بأنه مشترك الإلزام ، بأنه لو سرق من بيت رحمه المحرم يقطع ولايلزم القطيعة لما ذكر .

قلت : أنت خبير بأنه لايصح القول بالقطع فيه لقيام المانع وهو عدم الحرز ، بخلاف بيت الأجنبى ، نعم ينبغى تقييده بغير قرابة الولاد ، فلا يقطع فى الولاد للشبهة فى ماله على مامر كما فى التبيين والبحر والنهر (قوله اعتبارا للحرز وعدمه) أى قطع فى المسألة الأخيرة اعتبارا للحرز ولم يقطع فيما قبلها اعتبارا لعدمه ، ففيه لف ونشر مشوش . وعن هذا قال البرجندى : الظاهر أنه لادخل للقرابة ؛ بل المعتبر الحرز ؛ ففى كل موضع كان له أن يدخل فيه بلا مانع ولا حشمة لايقطع سواء كان بينهما قرابة أولا . قال الحموى : وفيه نظر ، فإن الصديقين يدخل أحدهما بيت الآخر بلا مانع ولا حشمة مع أنه يقطع ، فظهر أن للقرابة المحرمية مدخلا .

واعترضه الشيخ أبو السعود بأن هذا فيما لم يؤذن له بدخوله ، حتى لو سرق من محل جرت عادته بدخوله لم يقطع اهـ .

(وبخلاف مرضعته) صوابه مرضعه بلا تاء ابن كمال (مطلقا) سواء سرق من بيتها أو بيت غيرها فإنه يقطع لما مر (و) لا بسرقة (من زوجته) وإن تزوجها بعد القضاء جوهرة (وزوجها ولو كان) المسروق (من حرز خاص له، و) لا (عبد من سيده أو عرسه أو زوج سيدته) للإذن بالدخول عادة (و) لا (من مكاتبه وختنه وصهره و) من (مغنم

قلت: لكن المنقول فى الهداية وغيرها قطع الصديق لأنه عاداه فى السرقة، ولم يفصلوا بين جريان عادة فى الدخول أو عدمه، ويأتى له مزيد بيان عقيبه (قوله ابن كمال) حيث قال: المرضع التى شأنها الارضاع، والمرضعة هى التى فى حال الرضاع ملقمة ثديها للصبى كذا فى الكشاف، فمن قال هنا مرضعة لم يصب اه لأنه لايمكن أن يسرق منها فى حال إرضاعها له (قوله لما مر) أى من اعتبار الحرز. وعن أبى يوسف لايقطع لدخوله عليها بلا استئذان وحشمة، بخلاف الأخت رضاعا لانعدام هذا المعنى فيها عادة. وجه الظاهر أنه لاقرابة بينهما والمحرمية بدون القرابة لاتحترم فتح.

قلت: وإذا كان يقطع فى السرقة من أمه رضاعا مع الدخول بلا استئذان وحشمة فكذا فى الصديق. وبه ظهر أن للقرابة المحرمية دخلا؛ وكذا قولهم لأنه عاداه فى السرقة يفيد الفرق وهو زوال الصداقة، بخلاف القرابة تأمل، والله تعالى أعلم (قوله ولا بسرقة من زوجته) أى ولو من وجه كالمبتوتة المعتدة فى منزل على حدة، ولو سرق بعد انقضاء العدة قطع كافى الحاكم (قوله وإن تزوجها بعد القضاء) بالقطع لوجود الشبهة قبل الإمضاء. وأفاد أنه لافرق بين كونه زوجها وقت السرقة أو بعدها قبل القضاء بالقطع أو بعده؛ وفى الأخير خلاف أبى يوسف، ولو سرق أحدهما من الآخر فطلقها قبل الدخول لم يقطع أيضا كما فى النهر (قوله من حرز خاص له) يعنى بأن كان خارج مسكنهما صرح به فى الهداية والبحر شرنبلالية فالضمير فى له عائد على المسروق لاعلى السارق فافهم (قوله أو عرسه) أى زوجة سيده وشريكه مثلا. قال فى البحر: والعبد فى هذا ملحق بمولاه حتى لايقطع فى سرقة لايقطع فيها المولى كالسرقة من أقارب المولى وغيرهم لأنه مأذون بالدخول عادة فى بيت هؤلاء لإقامة المصالح (قوله ولا من مكاتبه) لأن له حقا فى أكسابه نهر (قوله وختنه وصهره) ختنه: زوج كل ذى رحم محرم منه وصهره: كل ذى رحم محرم من امرأته، وهذا عند الإمام. وقالا: يقطع لعدم الشبهة فى ملك البعض لأنها تكون بالقرابة وهى منتفية. وله أن العادة جارية فى دخول بعضهم منازل البعض بلا استئذان فتمكنت الشبهة فى الحرز، وتأخير الزيلعى لدليله مؤذن بترجيحه نهر: وفى كافى الحاكم: ولا يقطع السارق من امرأة أبيه وزوج ابنته وابن امرأته وأبويها استحسانا (قوله ومغنم الخ) علله فى الهداية بقوله لأن له فيه نصيبا وذكر أن ذلك مأثور عن على رضى الله عنه حكما وتعليلا: هو أنه أتى برجل سرق من المغنم فقال له فيه نصيب وهو خائن فلم يقطعه وكان قد سرق مغفرا، رواه عبد الرازق والدارقطنى، وهذا ظاهر فى أن الكلام فيمن له فيه استحقاق، وبه صرح فى الفتح، لكن فى النهر قال فى الحواشى السعدية: وهذا التعليل يدل على أنه لو لم يكن له فيه نصيب يقطع لكن الرواية مطلقة فى مختصر القدورى وشرح الطحاوى فلا بد من تعليل آخر اه.

وفى غاية البيان ينبغى أن يكون المراد من السارق من له نصيب فيه، أما من لانصيب له فيقطع، اللهم إلا أن يقال إنه مباح الأصل وهو على صورته لم يتغير فصار شبهة: وفى كلام المصنف يعنى صاحب الكنز مايومئ إلى اعتبار الإطلاق حيث قدم أنه لاقطع فى المال المشترك وإذا كان له حق فيه كان من المشترك فذكره هنا ليس إلا لإفادة التعميم اه.

قلت: ماذكر من إطلاق الرواية قد يدعى أنه يخصصه التعليل المأثور الذى جعلوه دليل الحكم وإلا لزم إثبات

وإن لم يكن له حق فيه لأنه مباح الأصل فصار شبهة غاية بحثا (وحمام) فى وقت جرت العادة بدخوله ، وكذا حوانيت التجار والخانات مجتبى (وبيت أذن فى دخوله) ولو أذن المخصوصين فدخل غيرهم وسرق ينبغى أن يقطع .

واعلم أنه لا يعتبر الحرز بالحافظ مع وجود الحرز بالمكان لأنه قوى ، فلا يعتبر الحافظ فى الحمام لأنه حرز ويعتبر فى المسجد لأنه ليس بحرز ، به يفتى شمنى .

(وكل ماكان حرزا لنوع فهو حرز للأنواع كلها) فيقطع بسرقة لؤلؤة من إصطبل (على المذهب) وقيل حرز كل شىء معتبر بحرز مثله والأول هو المذهب عندنا مجتبى ، لكن جزم القهستانى بأن الثانى هو المذهب فتنبه (ولا يقطع قفاف) هو من يسرق الدراهم بين أصابعه (وفشاش)

حكم بلا دليل ، وما ذكره فى غاية البيان من أنه مباح الأصل فيه نظر ، لأن مباح الأصل مايكون تافها ويوجد مباحا فى دار الإسلام كالصيد والحشيش كما مر ، والمغنم قد يكون من أعز الأموال . وأيضا حكم مباح الأصل أنه لا يقطع به وإن ملك وسرق من حرز والمغنم ليس كذلك قطعا نعم قال القهستانى بعد التعليل المأثور : ولا يخفى أن الآخذ إن كان من العسكر فالمغنم داخل فى مال الشركة وإلا ففى مال العامة اهـ وهذا فى غاية الحسن ، فإن خمس المغنم لذوى الحاجة من العامة . ومن سرق من مال العامة لا يقطع لأنه يستحق منه عند الحاجة فأورث شبهة كما علوا به كما قدمناه عن البحر (قوله فى وقت جرت العادة بدخوله) فيقطع لو سرق ليلا لأن الإذن يختص بالنهار بحر وفيه إشارة إلى أنه لو اعتاد الناس دخوله فى بعض الليل فهو كالنهار كما فى المضمرات قهستانى ، وإلى أن ذلك إذا كان الباب مفتوحا .

ففى الحاوى الزاهدى : ولو سرق من حمام أو خان أو رباط أو حوانيت التجار وبابها مغاق يقطع وإن كان نهارا فى الأصح اهـ (قوله وبيت أذن فى دخوله) فلا قطع بالسرقة منه فى الوقت المأذون بالدخول فيه ط (قوله ينبغى أن يقطع) البحث لصاحب البحر وتبعه من بعده ط (قوله لا يعتبر الحرز بالحافظ الخ) فلو سرق شيئا من الحمام وصاحبه عنده أو المسروق تحته لا يقطع بخلاف المسجد . والفرق أن الحمام بنى للإحراز فكان حرزا كالبيت فلا يعتبر الحافظ ، والمسجد لم يبن لإحراز الأموال فيعتبر الحافظ كالطريق والصحراء ، وتمامه فى الزيلعى . وأفاد أن الحرز نوعان كما قدمناه عند قوله من حرز (قوله به يفتى) زاد فى الفتح : وهو ظاهر المذهب ، ومقابله القول بأنه يقطع عنده لو سرق من الحمام فى وقت الإذن إذا كان ثمة حافظ ، ولا يقطع عندهما (قوله فيقطع بسرقة لؤلؤة من إصطبل) لأن الحرز كما قدمناه كل بقعة معدة للإحراز ممنوع من الدخول فيها إلا بإذنه . ولا يخفى أن الإصطبل كذلك ، وهذا بخلاف الوديعة فإنه يعتبر فيها حرز مثلها ، حتى لو وضع المودع اللؤلؤة فى الإصطبل يضمن كما حققناه فى تنقيح الفتاوى الحامدية من الوديعة ، وسنذكره هناك إن شاء الله تعالى (قوله والأول هو المذهب عندنا) إن كان أعاده لأجل نسبته إلى المجتبى كان أخصر عزوه إليه عقب عبارة المتن ، ولعل المراد إفادة الحصر بالجملة المعرفة الطرفين فإنه زائد على ما فى المتن فافهم (قوله لكن جزم القهستانى الخ) لم ينسبه القهستانى إلى أحد يعتمد عليه ، وما مشى عليه المصنف قال فيه شمس الأئمة السرخسى هو المذهب عندنا كما نقله فى الذخيرة وغيرها ، وقد قال فى الفتح إنه هو الصحيح كما ذكره الكرخى . ثم قال : ونقل الإسبيجابى عن بعض أصحابنا أن كل شىء يعتبر بحرز مثله . فعلم أن ما فى القهستانى قول البعض وأن المذهب المصحح خلافه ، ولعل قوله إنه المذهب سبق نظر ، فليس فى المسألة اختلاف تصحيح فافهم (قوله ولا يقطع قفاف) بقاف وفاءين بينهما ألف (قوله هو من يسرق الدراهم) الذى فى المغرب وغيره : هو الذى يعطى الدراهم لينقدها فيسرقها بين أصابعه ولا

بالفاء : هو من يهيء لغلق الباب مايفتحه إذا (فش) حانوتا أو باب دار (نهارا وخلا البيت من أحد) فلو فيه أحد وهو لايعلم به قطع شمني :

(ويقطع لو سرق من السطح) نصاباً لأنه حرز شرح وهبانية (أو من المسجد) أراد به كل مكان ليس بحرز فعم الطريق والصحراء (ورب المتاع عنده) أى بحيث يراه (ولو) الحافظ (نائما) فى الأصح (لا) يقطع (او سرق ضيف ممن أضافه) ولو من بعض بيوت الدار أو من صندوق مقفل لاختلال الحرز (أو سرق شيئا ولم يخرجه من الدار) لشبهة عدم الأخذ ، بخلاف الغصب (وإن أخرجه من حجرة الدار) المتسعة جداً إلى صحنها

يشعر به صاحبه (قوله بالفاء) أى وبشينين معجمتين بينهما ألف (قوله لغلاق الباب) بالتحريك جمعه أغلاق كسبب وأسباب مصباح (قوله نهارا) لعل وجهه أن يكون مجاهرا وشرط القطع الخفية ، بخلاف ما إذا كان ليلا . قال الزيلعى : ولو كان باب الدار مفتوحا فى النهار فسرق لايقطع لأنه مكابرة لا سرقة ، ولو كان فى الليل بعد انقطاع انتشار الناس قطع اه . زاد فى الذخيرة عن أبى العباس أنه سوّى فى الليل بين ما إذا كان الباب المفتوح مردودا أو غير مردود فى أنه يقطع فيهما . وفرق بينهما فى النهار فى أنه لو مردودا قطع وإلا لا اه .

قلت : ومسألة الفشاش مذكورة فى كافى الحاكم ، وهى تدل على أنه لايقطع فى النهار بلا فرق بين كونه مردودا أولا لأنه إذا لم يقطع بفتحه نهارا وهو مقفل ، فإذا كان مفتوحا مردودا أولا فهو كذلك بالأولى ، فلذا أطلق الزيلعى عدم القطع كما علمت ، ثم ذكر بعده مسألة الفشاش المذكورة . وبهذا علم أن ماقدمنا عن النهر عند قوله أو من ذى رحم ليس على إطلاقه فتدبر (قوله قطع) أى لظنه الخفية ، وأما لو علم فلا يقطع لأنه مجاهر (قوله من السطح) أى إذا صعد إليه أو تناوله من داخل الدار ، واحترز به عما لو سرق ثوبا بسط على حائط إلى السكة بخلاف ما إذا كان إلى الدار فإنه يقطع كما فى البحر (قوله أى بحيث يراه) أفاد أنه ليس المراد بالعندية الحضور بل الاطلاع عليه (قوله ولو الحافظ نائما) عبر بالحافظ لأنه أعم من أن يكون هو رب المتاع أو غيره ، وأطلق النائم فشمل ما إذا نام مضطجعا أولا ، وما إذا كان المتاع تحت رأسه أو تحت جنبه أو بين يديه حالة النوم هو الصحيح وقيل باشتراط كونه تحت رأسه أو جنبه فتح . قال فى النهر : ونبه بقوله عنده إلى أنه لو كان لابسا له لم يقطع . وقيل يقطع حكاه فى المجتبى اه وبسطه فى البحر . وفصل الزيلعى بين النائم وغيره ، فيقطع فى الأول لأنه أخذ خفية لا فى الثانى لأنه اختلاس ، وذلك حيث قال : وفى المحيط لو سرق ثوبا عليه وهو رداؤه أو قلنسوة أو طرف منطقة أو سيفه أو سرق من امرأة حليا عليها لايقطع لأنها خلسة وليست بخفية سرقة ، ولو سرق من رجل نائم قلادة عليه وهو لابسها أو ملاءة له وهو لابسها أو واضعها قريبا منه بحيث يكون حافظا لها قطع لأنه أخذها بخفية وسراولها حافظ وهو النائم اه (قوله ولو من بعض بيوت الدار) أى لافرق بين أن يسرق من البيت الذى أضافه فيه أو من بيت آخر فيها (قوله لاختلال الحرز) لأن الدار مع جميع بيوتها حرز واحد فبالإذن فيها اختل الحرز فى جميع بيوتها بحر (قوله لشبهة عدم الأخذ) لأن الدار ومافيها فى يد صاحبها فتح . وفيه أيضا أن المحرز بالمكان لايجب القطع فيه إلا بالإخراج ، لقيام يد المالك قبل الإخراج من داره فلا يتحقق الأخذ إلا بإزالة يده وذلك بالإخراج من حرزه ، بخلاف المحرز بالحافظ فإنه يقطع كما أخذه لزوال يد المالك بمجرد الأخذ فتتم السرقة فيجب موجبها اه (قوله بخلاف الغصب) يعنى أن هذا فى حق القطع لسقوط الحد بالشبهة ، بخلاف ضمان الغصب ؛ يعنى لو هلك ماسرقه ولم يخرجه . قال فى الفتح : قال بعضهم : لاضمان عليه إذا تلف المسروق فى يده قبل الإخراج من الدار ولا قطع عليه . والصحيح أنه يضمن لوجود التلف على وجه التعدى ، بخلاف القطع لأن شرطه هتك الحرز ولم يوجد اه (قوله المتسعة جدا) أى التى فيها منازل ، وفى كل منزل مكان يستغنى به أهله عن الانتفاع بصحن الدار

(أو أغار من أهل الحجر على حجرة) أخرى لأن كل حجرة حرز (أو نقب فدخل أو ألقى) كذا رأيته فى نسخ المتن والشرح بأو وصوابه بالواو كما فى الكنز (شيئا فى الطريق) يبلغ نصاباً (ثم أخذه) قطع لأن الرمى حيلة يعتاده السراق فاعتبر الكل فعلا واحدا، ولو لم يأخذه أو أخذه غيره فهو مضيع لاسارق (أو حمله على دابة فساقه وأخرجه) أو علق رسنه فى عنق كلب وزجره لأن سيره يضاف إليه (أو ألقاه فى الماء فأخرجه بتحريك السارق) لما مر (أولا بتحريكه بل) أخرجه (قوة جريه على الأصح) لأنه أخرجه بسببه زيلعى (قطع) فى الكل لما ذكرنا .

ويشكل على الأخير ماقالوا : لو علقه على طائر فطار إلى منزل السارق لم يقطع، فلذا والله أعلم جزم الحدادى وغيره بعدم القطع (وإن) نقب ثم (ناوله آخر من خارج) الدار (أو أدخل يده فى بيت وأخذ)

وإنما ينتفعون بهانتفاع السكة وإلا فهى المسألة السابقة التى لابد فيها من الإخراج من الدار بحر . ونحوه فى الزيلعى وفى الكافى : يقطع إذا كانت دار واحدة عظيمة فيها مقاصير كل مقصورة مسكن على حيالها اهـ والمقصورة : الحجرة بلسان أهل الكوفة معراج (قوله أو أغار) المراد دخل مقصورة على غرة فأخذ بسرعة ؛ يقال : أغار الفرس والثعلب فى العدو أسرع بحر (قوله من أهل الحجر) حال من فاعل أغار (قوله لأن كل حجرة حرز) علة للمسألتين ، إذ لكل مقصورة باب وغلق على حدة ومال كل واحد محرز بمقصورته ، فكانت المنازل بمنزلة دور فى محله ، وإن كانت الدار صغيرة بحيث لايستغنى أهل المنازل عن الانتفاع بصحن الدار بل ينتفعون بهانتفاع المنازل فهى بمنزلة مكان واحد فلا يقطع الساكن فيها ولا المأذون له بالدخول فيها إذا سرق من بعض مقاصيرها زيلعى (قوله فى الطريق) أى بحيث يراه لأنه باق فى يده فصار كأنه أخرجه معه وإلا فلا قطع عليه وإن خرج وأخذه لأنه صار مستهلكا له قبل خروجه بدليل وجوب الضمان عليه ، كما لو ذبح الشاة فى الحرز جوهرة (قوله ثم أخذه) أشار إلى أنه لايشترط للقطع الأخذ على فور الإلقاء اهـ ط (قوله يعتاده السراق) إما لتعذر الخروج مع المتاع أو ليمكنه الدفع أو الفرار زيلعى (قوله فاعتبر الكل فعلا واحدا) أى كل من النقب والدخول والإلقاء والأخذ حيث لم يعترض عليه يد معتبرة وهذا جواب عن قول زفر إنه لا يقطع لأن الإلقاء غير موجب له (قوله واو لم يأخذه) أى بأن خرج وتركه ، وقوله أو أخذه غيره : أى قبل خروجه (قوله فهو مضيع) فعليه ضمانه (قوله لأن سيره يضاف إليه) أما لو خرج بلا سوق ولا زجر لم يقطع ، لأن للدابة اختيارا فما لم يفسد اختيارها بالحمل والسوق لاينقطع نسبة الفعل إليها كما فى البحر (قوله لما مر) أى من أن الإخراج يضاف إليه ط (قوله قوة جريه) فى بعض النسخ بقوة جريه (قوله لأنه أخرجه) أى لأن الماء أخرجه بسبب إلقائه فيه (قوله ويشكل على الأخير) أى مالو ألقاه فى الماء وأخرجه بقوة جريه والاستشكال لصاحب النهر :

قلت : وقد يدفع بأن الطائر فعله يضاف إليه لأن للدابة اختيارا كما مر ، فإذا لم يزجره بل طار بنفسه فقد عرض على فعل السارق فعل مختار فلم يضف إليه . نظيره مالو خرج الحمار بنفسه بلا سوق فى المسألة المارة ، وكذا مايأتى فى الغصب لو حل قيد عبد غيره أو رباط دابته أو فتح باب اصطبلها أو قفص طائره فذهبت لايضمن فافهم (قوله بعدم القطع) هو خلاف ماصححه فى المبسوط ، ومشى عليه المصنف تبعا للزيلعى والفتح والنهاية ؛ وفى الفتح إنه قول الأئمة الثلاثة فيرجع على ماجزم به الحدادى صاحب الجوهرة ولاسيما بعد اتضاح الجواب بما قلناه (قوله وإن نقب ثم ناوله آخر الخ) جواب الشرط قوله الآتى لايقطع . وأفاد أنه لايقطع المناول ولا المتناول لأن الأول لم يوجد منه الإخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه والثانى لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد ، وأطلقه فشمل مالو أخرج الداخل يده وناول الخارج أو أدخل الخارج يده فتناول من يد الداخل وهو ظاهر المذهب بحر (قوله أو أدخل يده فى بيت وأخذ) أى من غير دخول فى البيت ، وقيد

ويسمى اللص الظريف : ولو وضعه فى النقب ثم خرج وأخذه لم يقطع فى الصحيح شمنى (أو طرّ) أى شق (صرة خارجة من نفس (الكم) فلو داخله قطع ، وفى الحل بعكسه (أو سرق) من مرعى أو (من قطار) بفتح القاف الإبل على نسق واحد (بعيرا أو حملا) عليه (لا) يقطع لأن السائق والقائد والراعى لم يقصدوا للحفظ (وإن) كان معها حافظ أو (شق الحمل فسرق منه

بالبيت احترازا عن الصندوق ونحوه كما يأتى (قوله ويسمى اللص الظريف) مأثور عن على رضى الله عنه مع تفسيره بمن يدخل يده فى نقب البيت كما فى الزيلعى (قوله لم يقطع فى الصحيح) ذكره أيضا فى الفتح والبحر ، ولينظر الفرق بين هذه المسألة ومسألة مالو ألقاه فى الطريق ثم أخذه حيث لم يعتبر الكل فعلا واحدا كما اعتبر هناك مع أنه فى المسألتين لم يوجد اعتراض يد معتبرة على المال قبل خروج السارق ، ولعل الفرق أنه هناك تحقق إخراج المال خفية قبل خروجه ، أما هنا فلا ثم لما خرج وأخذه من النقب لم يأخذه من حرز فصار كما إذا أدخل يده فى بيت وأخذ تأمل (قوله أو طرصرة خارجة) الصرة : هى الخرقة التى يشد فيها الدراهم ، يقال صررت الدراهم أصرها صرا : شددتها ، والمراد هنا الكم المشدودة التى فيها الدراهم نهر ، فقوله من نفس الكم بيان لقوله صرة ولذا زاد لفظ نفس لئلا يتوهم أنها من غيره .

وحاصل صور المسألة أربعة : قال فى غرر الأذكار : اعلم أن الصرة إن جعلت نفس الكم ، فإما إن جعل الدراهم داخل الكم والرباط من خارج أو بالعكس : وعلى التقديرين ، فإما إن طرّ أوحل الرباط ، فإن طرّ والرباط من خارج فلا قطع ، وإن طرّ والرباط من داخل بأن أدخل يده فى الكم فقطع موضع الدراهم فأخذها من الكم قطع للأخذ من الحرز ، وإن حل الرباط وهو خارج قطع لأنه حينئذ لابد أن يدخل يده فى الكم فيأخذ الدراهم ، وإن حل الرباط وهو داخل لايقطع لأنه لما حل الرباط فى الكم بقى الدراهم خارج الكم وأخذها من خارج . وعند أبى يوسف والأئمة الثلاثة يقطع فى الوجوه كلها لأن الكم حرز اه ، وتمام تحقيقه فى الفتح (قوله بفتح القاف) صوابه بكسرها كما فى شرحه على الملتقى والمنح وغيرها والطلبة والقاموس ط (قوله أوحملا عليه) أى على البعير ، فلو على الأرض فهى مسألة الجوالق الآتية (قوله لأن السائق الخ) تعليل على النشر المشوش ، فقوله لأن السائق والقائد راجع لقوله أو من قطار وقوله والراعى راجع لقوله من مرعى ط (قوله لم يقصدوا للحفظ) بل يقصد الراعى لمجرد الرعى والسائق والقائد ، وكذا الراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الأمتعة :

وعند الأئمة الثلاثة كل من الراكب والسائق حافظ حرز ، فيقطع فى أخذ الجمل والحمل والجوالق والشق ثم الأخذ وأما القائد فحافظ للجمل الذى زمامه بيده فقط عندنا : وعندهم إذا كان بحيث يراها إذا التفت إليها حافظ للكل محرزة عندهم بقوده فتح . وبه علم أن القائد ليس على إطلاقه عندنا لأنه حافظ مازمامه بيده ، ولم أر التصريح به فى غير هذه العبارة تأمل (قوله وإن كان معها حافظ) أى مع ماذكر من بعير المرعى والقطار والحمل ، وإطلاق محمد عدم القطع فى مواشى المرعى محمول على عدم الحافظ ، ولو كان الحافظ هو الراعى اختلف المشايخ . فنى البقالى لايقطع : وهو الذى فى المنتقى عن أبى حنيفة ، وأطلق خواهر زاده ثبوت القطع مع الحافظ : ويمكن التوفيق بأن الراعى لم يقصد لحفظها من السراق ، بخلاف غيره فتح . وفى المجتبى وكثير من المشايخ أفتوا بما قاله البقالى نهر (قوله وإن شق الحمل) أى جوالقا على الأرض أوعلى ظهر جمل قهستانى ، وإنما قطع لأن صاحب المال اعتمد الجوالق فكان هاتكا للحرز ، بخلاف ما إذا أخذ الجوالق بما فيه ، وكذا لو سرق من الفسطاط فإنه يقطع ، ولو سرق نفس الفسطاط لايقطع بحر ، ويأتى بيانه (قوله فسرق منه) أى أخرج

أو سرق جوالقا) بضم الجيم (فيه اع وربه يحفظه أو نائم عليه) أو بقربه (أو أدخل يده فى صندوق غيره أو) فى (جيبه أو كمه فأخذ المال قطع) فى الكل . والأصل أن الحرز إن أمكن دخوله فهتكه بدخوله وإلا فبإدخال اليد فيه والأخذ منه .

[فروع] سرق فسطاطا منصوباً لم يقطع ولو ملفوفا أو فى فسطاط آخر قطع فتح :

أخرج من حرز شاة لاتبلغ نصاباً فتبعها أخرى لم يقطع :

سرق مالا من حرز فدخل آخر وحمل السارق بما معه قطع المحمول فقط سراج .

(قال أنا سارق هذا الثوب قطع إن أضاف) لكونه إقرارا بالسرقة (وإن نونه) ونصب الثوب (لا) يقطع لكونه عدة لا إقرارا درر .

منه بيده مافيمته عشرة دراهم فصاعدا ، فلو خرج الشيء بنفسه ثم أخذه لايقطع ، لأن الإخراج من الحرز شرط قهستانى . وفى حاشية نوح أفندى قيد بالأخذ من الحمل ، لأنه إذا لم يأخذ منه بالذات بل أخذ من الأرض ماسقط منه بسبب شقه لايقطع لأنه لم يأخذ من الحرز اه ومثله فى اليعقوبية .

قلت : ويشكل عليه مالونقب فدخل وألقى شيئا فى الطريق ثم أخذه فإنه يقطع كما مر ، إلا أن يجاب بأن الإلقاء فى الطريق هناك معتاد كما مر ، بخلافه هنا فتأمل (قوله أو سرق جوالقا الخ) معناه إذا كان الجوالق فى موضع ليس بحرز كالطريق والمفازة والمسجد ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه فتح (قوله بضم الجيم) أى مع فتح اللام وكسرها وبكسر الجيم واللام : الوعاء المعروف وجمعه كصحائف وجوالق وجوالقات قاموس ونحوه فى الصحاح ، وفيهما أن القاف والجيم لايجتمعان فى كلمة إلا معربة أوصوتا (قوله وربه يحفظه) أى يحفظ المسروق من الحيوان والحمل والمتاع مالكه أو غيره قهستانى : أى فلايلزم أن يكون الحافظ رب الجمل أو الحمل ابن كمال : وأفاد أن هذه الجملة الحالية قيد فى مسألة القطار أيضا ، وهو ما أفاده الشارح أولا بقوله وإن كان معها حافظ ، وهذا بخلاف مسألة الشق فقد قال السيد أبو السعود إنه يجب فيها القطع مطلقا ، فإن الجوالق غير محرز ، فاعتبر الحافظ ومافيه محرز به ، ففى شقه وأخذ مافيه يقطع وإن لم يكن معه حافظ للأخذ من الحرز ، وفى أخذه بجملته لايقطع إلا أن يكون معه من يحفظه ، وكأنهم إنما تركوا التنبيه على ذلك لوضوحه اه ملخصا (قوله أو بقربه) أى بحيث يراه كما مر (قوله أو أدخل يده) وكذا لو أدخل شيئا آخر يعلق بالمتاع قهستانى (قوله فى صندوق) بالضم وقد يفتح جمعه صناديق كعصفور وعصافير قاموس . وفى المصباح أن الفتح عامى (قوله أو فى جيبه) جيب القميص ونحوه بالفتح : طوقه قاموس ، وكذا قال فى المصباح : جيب القميص بالفتح ماعلى النحر والجمع أجياب وجيوب ، والمراد بالجيب هنا مايشق بجانب الثوب لتحفظ فيه الدراهم ، وهل إطلاق الجيب عليه عربى أو عرفى حموى . وفى حاشية أبى السعود أن الأخذ من العمامة أو الحزام كالأخذ من الجيب (قوله أو كمه) أى بأن وضع شيئا فى داخل الكم من غير ربط وإلا فهى مسألة الطر تأمل (قوله فهتكه) الهتك : الخرق والشق (قوله فسطاطا) هو الخيمة (قوله لم يقطع) لأنه ليس محرزا ، بل مافيه محرز به فلذا قطع فيمافيه دونه فتح . ونظيره مالوسرق الجوالق كما مر (قوله ولو ملفوفا) أى ولو كان ملفوفا عنده يحفظه فتح (قوله قطع) أى إذا أخذه من حرز هو مكان أو حافظ (قوله فتبعها أخرى) أى خرجت من الحرز بنفسها من غير سوقه ولا إخراجه (قوله قطع المحمول فقط) لأنه لاعبرة للحامل ، ألا ترى أن من حلف أن لايحمل طبقا فحمل حامل الطبق لم يحنث جوهرة :

قلت : ولذا لو جلس على المصلى طائر عليه نجاسة لاتفسد صلاته ، ومثله صبى يستمسك بنفسه ، بخلاف من لايستمسك لأن المصلى يصير حاملا للصبى والنجاسة (قوله لكونه إقرارا بالسرقة الخ) المسألة منقولة

وتوضيحه : إذا قيل هذا قاتل زيد ، معناه أنه قتله ، وإذا قيل هذا قاتل زيدا ،معناه أنه يقتله ، والمضارع يحتمل الحال والاستقبال فلا يقطع بالشك .

قلت : فى شرح الوهبانية : ينبغى الفرق بين العالم والجاهل ، لأن العوام لايفرقون إلا أن يقال يجعل شبهة لدرء الحد وفيه بعد .

(للإمام قتل السارق سياسة) لسعيه فى الأرض بالفساد درر ، وهذا إن عاد ، وأما قتله ابتداء فليس من السياسة فى شىء نهر .

قلت : وقدمنا عنه معزيا للبحر فى باب الوطء الموجب للحد أن التقييد بالإمام يفهم أنه ليس للقاضى الحكم بالسياسة فليحفظ .

فى الفتح وغيره معللة بأن الإضافة على الحال والنصب على الاستقبال ، وماهنا علل به فى شرح الوهبانية عن التجنيس .

قلت : وتحقيق المقام أن اسم الفاعل لاينصب المفعول إلا إذا كان بمعنى الحال أو الاستقبال ، فلو بمعنى الماضى مثل أنا ضارب زيد أمس وجبت إضافته وتسمى إضافة محضة والعامل تجوز إضافته ،وتسمى غير محضة لأنها على نية العمل والقطع عن الإضافة كما قرر فى محله . وبه ظهر أن اسم الفاعل حال الإضافة يحتمل أن يكون بمعنى الماضى أو الحال أو الاستقبال لالكن لما كان الأصل فيما كان بمعنى الحال أو الاستقبال هو العمل ، فالأصل فى المضاف أن يكون بمعنى الماضى فيكون إقرارا بأنه سرق الثوب فى الماضى ،ويلزم منه أن يكون متصفا بسرقته أيضا فى الحال فيقطع . أما إذا نصب الثوب لزم أن يكون الوصف بمعنى الحال أو الاستقبال ، فإن حمل على الحال لزم القطع ، وإن حمل على الاستقبال لم يلزم ، فلا يقطع بالشك وتعين حمله على الاستقبال ، فيكون عدة بأنه سوف يسرق هذا الثوب لا إقرارا بأنه هو سارقه فى الحال : أى هذه السرقة المدعى بها فافهم . ووقع فى شرح الوهبانية هنا كلام غير محرر فتدبر (قوله قلت فى شرح الوهبانية الخ) وعبارته قلت : والقطع المذكور بإصراره وعدم رجوعه ، أما لو رجع قبل رجوعه كما تقدم وينبغى أن لايجرى فى هذا الإطلاق لأن العوام لايفرقون فيفرق بين العالم والجاهل ، اللهم إلا أن يقال يجعل هذا شبهة فى درء الحد ، وفيه بعد ، والله أعلم اه .

أقول : معناه أنه ينبغى أن يكون التفصيل السابق فى حق العالم ، أما الجاهل فلا يفرق بين كونه بمعنى الماضى أو الحال ،وإنما يقصد الإقرار فيقطع مطلقا ،إلا أن يجعل الإعراب شبهة دارئة فى حقه فلا يقطع إذا نون ، وفيه بعد لأن التنوين دليل عدم إرادة الإقرار ، هذا ماظهر لى فتأمله (قوله وهذا إن عاد) ظاهره ولو فى المرة الثانية ، لكن قيد بعضهم بما إذا سرق بعد القطع مرتين .

وفى حاشية السيد أبى السعود : رأيت بخط الحموى عن السراجية مانصه : إذا سرق ثالثا ورابعا للإمام أن يقتله سياسة لسعيه فى الأرض بالفساد اه : قال الحموى : فما يقع من حكام زماننا من قتله أول مرة زاعمين أن ذلك سياسة جور وظلم وجهل ، والسياسة الشرعية عبارة عن شرع مغلظ اه (قوله قلت وقدمنا الخ) فيه كلام قدمناه هناك وفى هذا الباب عند تعزير المتهم ، والله سبحانه أعلم .

باب كيفية القطع وإثباته

(تقطع يمين السارق من زنده) هو مفصل الرسغ (وتحسم) وجوبا، وعند الشافعي ندبا فتح (إلا فى حر وبرد شديدين) فلا تقطع لأن الحد زاجر لا متلف، ويحبس ليتوسط الأمر (وثمن زيته ومؤنته) كأجرة حداد وكلفة حسم (على السارق) عندنا لتسببه، بخلاف أجرة المحضر للخصوم ففى بيت المال، وقيل على المتمرد شرح وهبانية.

قلت: وفى قضاء الخانية هو الصحيح، لكن فى قضاء البزازية: وقيل على المدعى وهو الأصح كالسارق (ورجله اليسرى من الكعب إن عاد، فإن عاد) ثالثا (لا، وحبس) وعزر أيضا بالضرب (حتى يتوب) أى تظهر أمارات التوبة شرح وهبانية، وما روى يقطع ثالثا ورابعا إن صح حمل على السياسة أو نسخ

باب كيفية القطع وإثباته

لما كان القطع حكم السرقة ذكره عقبها لأن حكم الشىء يعقبه بحر (قوله تقطع يمين السارق) أى ولو كانت شلاء أو مقطوعة الأصابع أو الإبهام، وإن كانت اليمنى مقطوعة قبل ذلك قطعت رجله اليسرى، فإن كانت رجله اليسرى مقطوعة قبل ذلك لم يقطع ويضمن السرقة ويحبس حتى يتوب جوهرة (قوله من زنده) بفتح الزاى وسكون النون (قوله هو مفصل رسغ) الإضافة بيانية. قال فى النهر من مفصل الزند وهو الرسغ: قال الجوهرى: الزند موصل طرف الذراع وهما زندان الكوع والكرسوع، فالكوع طرف الزند الذى يلى الإبهام، والكرسوع: طرف الزند الذى يلى الخنصر اهـ ح (قوله وتحسم) بالحاء المهملة: أى تكوى بزيت مغلى ونحوه نهر، ومثله فى المغرب: وقال مسكين: الحسم الكى بحديدة محماة لئلا يسيل دمه (قوله وجوبا) أى كما يفيده قول الهداية، لأنه لو لم يحسم يؤدى إلى التلف فتح، وقد صرح به القهستانى (قوله إلا فى حر وبرد شديدين) وإلا فى بحال مرض مفتاح، وقيده فى البناية بالمرض الشديد أفاده ط عن الحموى (قوله فلا يقطع) إنما ذكره ليفيد أن الاستثناء من قوله تقطع لا من قوله تحسم وإن قرب ذكره ط (قوله ليتوسط الأمر) أى أمر الحر والبرد (قوله ومؤنته) أى مؤنة القطع: أى ماينفق فيه، وبينها بقوله كأجرة حداد: أى من يباشر الحد وهو القطع هنا، وقوله وكلفة حسم يشمل ثمن الزيت وكذا ثمن حطب وأجرة إناء يغلى فيه الزيت.

[تنبيه] يسن عند الشافعى وأحمد تعليق يده فى عنقه لأنه عليه الصلاة والسلام أمر به: وعندنا ذلك مطلق للإمام إن رآه، ولم يثبت عنه صلى الله عليه وسلم فى كل من قطعه ليكون سنة فتح (قوله كالسارق) محل هذه الكلمة عقب قوله على التمرد: قال فى شرح الوهبانية: قيل أجرة المشخص أى المحضر للخصوم فى بيت المال، وقيل على المتمرد كالسارق إذا قطعت يده فأجرة الحداد والدهن الذى تحسم به العروق على السارق لأنه المتسبب اهـ ح (قوله من الكعب) أى لا من نصف القدم من معقد الشراك خلافا للروافض (قوله إن عاد) أى بعد ما قطعت يمينه وإلا بأن سرق مرات قبل القطع تقطع يمينه للكل لأنه يكتفى بحد واحد لجنايات اتحد جنسها كما تقدم بيانه قبيل باب التعزير (قوله حتى يتوب الخ) أى أو يموت فتح. وفى القهستانى: ومدة التوبة مفوضة إلى رأى الإمام وقيل ممتدة إلى أن يظهر سيما الصالحين فى وجهه، وقيل يحبس سنة، وقيل إلى أن يموت كما فى الكفاية اهـ (قوله ثالثا ورابعا) أى اليد اليسرى ثم الرجل اليمنى (قوله إن صح حمل على السياسة أو نسخ) أشار إلى ماقاله الإمام الطحاوى: تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لشىء منها أصلا. قال فى الفتح: وفى المبسوط الحديث غير صحيح: ولئن سلم

(كمن سرق وإبهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء أو أصبعان منها سواها) سوى الإبهام (أو رجله اليمنى مقطوعة أوشلاء) لم يقطع لأنه إهلاك ، بل يحبس ليتوب :

(ولا يضمن قاطع) اليد (اليسرى) ولو عمدا في الصحيح نهر (إذا أمر بخلافه) لأنه أتلف وأخلف من جنسه

يحمل على الانتساخ لأنه كان في الابتداء تغليظ في الحدود كقطع أيدي العرنيين وأرجلهم وسمر أعينهم . ثم قال في الفتح بعد نقله : مثل مذهبنا عن علي وابن عباس وعمر أن هذا قد ثبت ثبوتا لا مرد له ، وبعيد أن يقطع صلى الله عليه وسلم أربعة السارق ثم يقتله ولا يعلمه مثل علي وابن عباس وعمر من الصحابة الملازمين : ولو غابوا لابد من علمهم عادة ، فامتناع علي رضي الله تعالى عنه إما لضعف ماور أو لعلمه بأن ذلك ليس حدا مستمرا ، بل من رأى الإمام قتله لما شاهد فيه من السعي بالفساد في الأرض وبعد الطباع عن الرجوع ، فله قتله سياسة فيفعل ذلك القتل المعنوى اه أي أن قطع أربعته قتل معنى ، فإذا رأى أن له قتله سياسة فله قتله معنى ، وهذا يشير إلى ماقدمناه من أن له قتله سياسة في الثالثة تأمل (قوله كمن سرق الخ) أي كما لايقطع بل يحبس حتى يتوب من سرق الخ ، لأن القطع حينئذ تفويت جنس المنفعة بطشا وذلك إهلاك ، وفوت الأصبعين منها يقوم مقام فوت الإبهام في نقصان البطش ، بخلاف فوت واحدة غير الإبهام لم قيد باليسرى لأن اليمنى لو كانت شلاء أو ناقصة الأصابع قطع في ظاهر الرواية ؛ لأن استيفاء الناقص عند تعذر الكامل جائز نهر (قوله أو رجله اليمنى مقطوعة) قيد بقطعها لأن المقطوع لو كان هو الأصابع منها ، فإن استطاع المشي قطعت يده وإلا لا كما في البحر عن السراج ؛ وقيد باليمنى لأنه لو كانت رجله اليسرى مقطوعة قطع . قال في كافي الحاكم : وإن كانت رجله اليسرى شلاء قطعت يده اليمنى اه فلو يده اليمنى أيضا مقطوعة لم يقطع كما قدمناه أول الباب (قوله لم يقطع) أي لم يقطع يده اليمنى في جميع ماذكر كما نص عليه في غاية البيان ، خلافا لما يوهمه كلام العيني والنهر ، حيث قالا لاتقطع رجله اليسرى اه . وأجاب ابن الشلبي بأنه محمول على ما إذا سرق ثانيا والحال أن رجله اليمنى مقطوعة فإنه حينئذ لاتقطع رجله اليسرى . قال : وهذا الحمل صحيح ، لكنه بعيد مخالف لما يقتضيه سياق الكلام (قوله لأنه إهلاك) أي بتفويت جنس منفعة البطش أو المشي ، لأنه إذا لم يكن له يد ورجل من طرف واحد لم يقدر على المشي أصلا ، بخلاف ما إذا كان من طرفين فإنه حينئذ يضع العصا تحت إبطه ابن كمال (قوله ولا يضمن) غير أنه يؤدب نهر : أي إن كان عمدا بحر عن الفتح (قوله ولو عمدا) هذا عند الإمام : وقالا : إنه يضمن في العمد أرش اليسار . وقال زفر : يضمن مطلقا أي في العمد والخطإ ، والمراد بالخطإ هو الخطأ في الاجتهاد من القاطع في أن قطعها يجزى نظرا إلى إطلاق النص . أما الخطأ في معرفة اليمين من اليسار فلا يجعل عفوا لأنه بعيد يتهم به مدعيه : وقيل يجعل عفوا . قال في المصفى : هو الصحيح ، والقياس ماقاله زفر نهر (قوله في الصحيح) ظاهره أنه تصحيح لقول الإمام في شموله العمد والخطأ ، وهذا لم يذكره في النهر ، وإنما الذي فيه تصحيح القول بجعل الخطإ عفوا على التفسير الثاني من تفسيرى الخطإ كما سمعت من عبارة النهر ، نعم ظاهر الرواية وغيرها اعتماد قول الإمام وهو ظاهر إطلاق المتون فافهم (قوله إذا أمر بخلافه) أي بأن أمره الحاكم بقطع اليمين فقطع اليسرى ، أما لو أطلق وقال اقطع يده ولم يعين اليمنى فلا ضمان على القاطع اتفاقا لعدم المخالفة ، إذ اليد تطلق عليهما ؛ وكذا لو أخرج السارق يده فقال هذه يمنى لأنه قطعه بأمره بحر .

[تنبيه] لم يبين المصنف أن هذا القطع وقع حدا أم لا ، قيل نعم فلا ضمان على السارق لو استهلك العين ، وقيل لا فيضمن في العمد والخطإ كما في البحر والنهر (قوله لأنه أتلف وأخلف الخ) أي فلا يعد إتلافا ، كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع هداية : إنما قلنا إنه أخلف لأن اليمنى كانت على شرف الزوال فكانت

ماهو خير منه ؛ وكذا لو قطعه غير الحداد فى الأصح .

(ولو قطعه أحد قبل الأمر والقضاء وجب القصاص فى العمد والدية فى الخطإ وسقط القطع عن السارق) سواء قطع يمينه أو يساره (وقضاء القاضى بالقطع كالأمر) على الصحيح (فلا ضمان) كافى :

وفى السراج : سرق فلم يؤاخذ بها حتى قطعت يمينه قصاصا قطعت رجله اليسرى (وطلب المسروق منه) المال لا القطع على الظاهر بحر (شرط القطع مطلقا) فى إقرار وشهادة على المذهب لأن الخصومة شرط لظهور السرقة (وكذا حضوره) أى المسروق منه (عند الأداء) للشهادة (و) عند (القطع) لاحتمال أن يقر له بالملك فيسقط القطع لاحضور الشهود على الصحيح شرح المنظومة ، وأقره المصنف .

قلت : لكنه مخالف لما قدمه متناً وشرحا فليحرر ، وقد حرره فى الشرنبلالية بما يفيد ترجيح الأول؛ فتأمل. ثم فرّع على قوله وطلب المسروق إلى آخره فقال (فلو أقر أنه سرق مال الغائب توقف القطع على حضوره

كالفائتة فأخلفها إلى خلف استمرارها ، بخلاف مالو قطع رجله اليمنى أى حيث يضمن ،لأنه وإن امتنع به قطع يده لكن لم يعوضه من جنس ما أتلف عليه من المنفعة ، لأن منفعة البطش ليست من جنس منفعة المشى ، وأما إن قطع رجله اليسرى فلأنه لم يعوّض عليه شيئا فتح (قوله وكذا لو قطعه غير الحداد) أى بعد أمر القاضى الحداد ، أما إذا صدر ذلك قبل الأمر أصلا فهو ماذكره بعد ط :

والحاصل أن القاضى إذا أمر الحداد بقطعه فقطع اليسرى الحداد أو غيره لا يضمن (قوله فى الأصح) قال فى الفتح : احتراز عما ذكر الإسبيجابى فى شرحه لمختصر الطحاوى حيث قال هذا كله إذ قطع الحداد بأمر السلطان . ولو قطع يساره غيره ، ففى العمد القصاص ، وفى الخطإ الدية (قوله ولو قطعه أحد الخ) قال فى شرح الطحاوى : من وجب عليه القطع فى السرقة فلم يقطع حتى قطع قاطع يمينه ، فهذا لايخلو إما أن يكون قبل الخصومة أو بعدها قبل القضاء أو بعده ؛ فإن كان قبل الخصومة فعلى قاطعه القصاص فى العمد والأرش فى الخطأ وتقطع رجله اليسرى فى السرقة وإن كان بعد الخصومة قبل القضاء فكذلك الجواب إلا أنه لاتقطع رجله فى السرقة لأنه لما خوصم كان الواجب فى اليمنى وقد فاتت فسقط وإن كان بعد القضاء فلا ضمان على القاطع وكان قطعه من السرقة حتى لايجب الضمان على السارق فيما استهلك من مال السرقة أو سرق فى يده اهـ ط عن حاشية الشلبى على الزيلعى: قال : فقول المصنف وسقط القطع الخ تبع فيه شيخه فى بحره وقد علمت مافيه إلا أن يحمل على ماإذا كان القطع بعد الخصومة (قوله قصاصا) احترز به عن القطع للسرقة فإنه لايقطع ثانيا لاتحاد الجلس ط أى فيقع هذا القطع عن السرقتين السابقتين بخلاف ما إذا سرق بعد القطع كما مر (قوله قطعت رجله اليسرى) لأنها المحل وقت القطع اهـح (قوله لا القطع على الظاهر) قال فى البحر : وأشار الشمنى إلى أنه لابد من الطلبين لكن فى الكشف الكبير أن وجوب القطع حق الله تعالى على الخلوص ولذا لا يملك المسروق منه الخصومة بدعوى الحد وإثباته ولا يملك العفو بعد الوجوب ولايورث عنه اهـ فقد صرح بأنه لايملك طلب القطع إلا أن يقال إنه لايملكه مجردا عن طلب المال. والظاهر أن الشرط إنما هو طلب المال وتشترط حضرته عند القطع لاطلبه القطع إذ هو حقه تعالى فلا يتوقف على طلب العبد اهـ : وفى النهر : والظاهر ماجرى عليه الشارح الزيلعى وغيره من الاكتفاء بدعوى المال (قوله على المذهب) وروى عن أبى يوسف أنه فى الإقرار لاتشترط المطالبة كما فى الفتح (قوله لأن الخصومة الخ) أفاد أن حد السرقة لايثبت بدعوى الحسبة تأمل (قوله قلت لكنه مخالف لما قدمه) أى فى الباب السابق فى قوله وشرط للقطع حضور شاهديها وقته (قوله بما يفيد ترجيح الأول) أى ماتقدم من اشتراط الحضور ، وفيه نظر، بل مفاده ترجيح ماهنا ، فإن الذى حرره هو مانقله عن كافى الحاكم من أن ماهنا هو قول الإمام الأخير فيكون

ومخاصمته ، و) كذا (لو قال سرقت هذه الدراهم ولا أدرى لمن هى أو لاأخبرك من صاحبها لاقطع) لأنه يلزم من جهالته عدم طلبه (و) كل (من له يد صحيحة ملك الخصومة) ثم فرع عليه بقوله (كمودع وغاصب) ومرتهن ومتولّ وأب ووصى وقابض على سوم الشراء (وصاحب ربا) بأن باع درهما بدرهمين وقبضهما فسرقا منه لأن الشراء فاسدا بمنزلة المغصوب ، بخلاف معطى الربا لأنه بالتسليم لم يبق له ملك ولا يد شتى ، ولا قطع بسرقة اللقطة خانية .

الأول مرجوعا عنه ، ولذا صحح ماهنا في شرح المنظومة الوهبانية كما حررناه فيما تقدم فافهم (قوله وكل من له يد صحيحة ملك الخصومة) شمل المالك والأمين والضامن كالغاصب فإنه يجب عليه حفظ المغصوب كالأمين فيملك الخصومة لأنه لايقدر على إسقاط الضمان عن نفسه إلا بذلك كما أفاده فى الفتح ، وشمل ما إذا كان المالك حاضرا أو غائبا كما فى النهر عن السراج (قوله ثم فرّع عليه) الأولى ثم مثل له ط (قوله متولّ) أى متولى الوقف كما فى الزيلعى والفتح ، وعبر فى البحر بمتولى المسجد ، وهذا يرد مابحثه فى البحر فى الباب السابق من أنه لاقطع بسرقة مال الوقف ، وقدمنا الكلام فيه هناك (قوله وقابض على سوم الشراء) لأنه إن سمى الثمن كان مضمونا عليه وإلا كان أمانة بمنزلة المودع ، وعلى كل فيده صحيحة ، ومثل من ذكر كما فى الفتح وغيره المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع (قوله بأن باع درهما بدرهمين) الأحسن قول النهر باع عشرة بعشرين وقبضها فسرقت اه لتحقق النصاب الموجب للقطع اه ح (قوله لأن الشراء فاسدا) أى الذى منه الربا بمنزلة المغصوب فى أن كلا منهما مضمون على ذى اليد بالقيمة (قوله بخلاف معطى الربا) مخالف لقوله ويقطع بطلب المالك لو سرق منهم (قوله لأنه بالتسليم لم يبق له ملك ولا يد) فيه نظر ، لما فى الأشباه من أن الربا لايملك فيجب عليه رد عينه مادام قائما ، حتى لو أبرأه صاحبه لايبرأ منه لأن رد عينه القائمة حق الشرع اه . وبه علم أن صاحب الربا فى عبارة المصنف وهو الذى قبضه لم يملكه بل بقى على ملك المعطى فصار المعطى مالكا والقابض ذا يد فتصح مطالبة كل منهما بمنزلة المغصوب كما هو صريح عبارة المصنف الآتية تبعا للكنز ولصاحب النهر هنا كلام غير محرر فراجعه وتدبر (قوله ولا قطع بسرقة اللقطة) هذا لم يصرح به فى الخانية ، وإنما يفهم منها كما بحثه فى البحر .

وعبارة الخانية : رجل التقط لقطة فضاعت منه فوجدها فى يد غيره فلا خصومة بينه وبين ذلك الرجل ، بخلاف الوديعة فإن فى الوديعة يكون للمودع أن يأخذها من الثانى لأن لقطة الثانى كالأول فى ولاية أخذ اللقطة ، وليس الثانى كالأول فى إثبات اليد على الوديعة اه : قال فى البحر : فينبغى أن لايقطع بطلب الملتقط كما لايخفى اه وتبعه أخوه فى النهر ، وكذا المقدسى :

واعترضه السيد أبو السعود بأن نفى الخصومة بين الملتقط الأول والثانى لايدل على أنه لا خصومة بين الملتقط والسارق منه اه :

قلت : أى لأن الملتقط يده يد أمانة حتى لايتمكن أحد من أخذها منه ولو دفعها لآخر له أن يستردها منه ؛ ولو ذكر أحد علامتها ولم يصدقه الملتقط أنها له لايجبر على دفعها إليه ، فلو لم تكن له يد صحيحة لم يكن له شىء من ذلك ، وهذا يدل على أن له مخاصمة السارق منه ، بخلاف ما إذا ضاعت منه فالتقطها غيره فإن يد الأول زالت بإثبات يد مثل يده عليها لأن الثانى له ولاية أخذها فليس للأول بعد زوال يده مخاصمة الثانى. وأما الوديعة إذا ضاعت من المودع فإن له مخاصمة ملتقطها إذ ليس له إثبات يد عليها كالمودع ، ولعل وجه الفرق بين المودع والملتقط الأول مع أن كلا منهما يده يد أمانة أن يد المودع أقوى لأنها بإذن المالك فكانت يده يد المالك ، بخلاف يد الملتقط ،

(ومن لا) يد له صحيحة (فلا) يملك الخصومة ، كسارق سرق منه بعد القطع لم يقطع بخصومة أحد ولو مالكا لأن يده غير صحيحة كما يأتي آنفا .

(ويقطع بطلب المالك) أيضا (لو سرق منهم) أى من الثلاثة وكذا بطلب الراهن مع غيبة المرتهن على الظاهر لأنه هو المالك (لابطلب المالك) للعين المسروقة (أو) بطلب (السارق لو سرق من سارق بعد القطع) لسقوط عصمته .

(بخلاف ماإذا سرق) الثانى من السارق الأول (قبل القطع) أو بعد مادرئ بشبهة (فإن له ولرب المال القطع) لأن سقوط التقوم ضرورة القطع ولم توجد

والله تعالى أعلم (قوله سرق منه) بالبناء للمجهول والجملة صفة لسارق ، وقوله بعد القطع : أى قطع السارق الأول ، وقوله لم يقطع : أى السارق الثانى وقوله لأن يده : أى يد السارق الأول (قوله كما يأتى آنفا) أى قريبا وهو بكسر النون ، ويجوز فى أوله المد والقصر ، وقرئ بهما كما فى القاموس (قوله ويقطع بطلب المالك) شمل ما إذا حضر المسروق منه أو لم يحضر ؛ وعن محمد أنه لابد من حضوره وظاهر الرواية الأول كما فى النهر والزيلعى (قوله أى من الثلاثة) هم المودع والغاصب وصاحب الربا زيلعى وغيره ولا يخفى أن المراد بالمالك فى مسألة الربا هو المعطى لأنه باق على ملكه ، فهذا صريح فى أنه يقطع السارق بطلبه خلافا لما قدمه عن الشمنى ، ومثل الثلاثة غيرهم ممن مر كما فى الفتح وغيره (قوله وكذا بطلب الراهن) أى إذا كانت العين قائمة وقد قضى الدين، أما إذا لم يقضه أو استهلك السارق العين فلا قطع بخصومته لأنه قبل الإيفاء لاحق له فى المطالبة بالعين، وبالاستهلاك صار المرتهن مستوفيا لدينه : قال الزيلعى : وينبغى أن يقطع بخصومته فيما إذا زادت قيمة الراهن على دينه بما يبلغ نصابا لأن له المطالبة بما زاد كالوديعة ، وارتضاه فى الفتح ، وهو المذكور فى غاية البيان نهر أى أن له مطالبة السارق بعد الهلاك بما زاد كما عبر به الزيلعى ، فليس المراد أن له مطالبة المرتهن ، إذ ليس له ذلك (قوله لا بطلب المالك الخ) أى لايقطع السارق الثانى بطلب الخ (قوله لو سرق) قيد لطلب المالك ولطلب السارق (قوله بعد القطع) أى قطع الأول (قوله لسقوط عصمته) أى المال لأنه لاضمان على السارق بعد ماقطعت يمينه كما يذكره المصنف. قال فى الفتح : وقال مالك والشافعى فى قول يقطع بخصومة المالك ، لأنه سرق نصابا من حرز لاشبهة فيه .

ولنا أن المال لما لم يجب على السارق ضمانه كان ساقط التقوم فى حقه ، وكذا فى حق المالك لعدم وجوب الضمان له ، فيد السارق الأول ليست يد ضمان ولا أمانة ولا ملك فكان المسروق مالا غير معصوم فلا قطع فيه اهـ (قوله أو بعد مادرئ بشبهة) كدعواه أنه ملكه ونحو ذلك كما يأتى .

واعترض بأن هذا يغنى عنه قوله قبل القطع . وفيه أن المتبادر من قوله قبل القطع كون القطع لازما له وهذا ساقط عنه بشبهة ، نعم يعلم حكم الساقط بالأولى ، لكنه تابع الهداية لزيادة الإيضاح فافهم (قوله فإن له) أى للسارق الأول (قوله لأن سقوط التقوم ضرورة القطع الخ) كذا فى الهداية ، وهو برفع ضرورة على أنه خبر أن أو بنصبه على أنه مفعول لأجله والخبر محذوف أى ثابت لضرورة القطع ؛ أى أنه أمر ضرورى للقطع : أى أنه يلزم من وجوب القطع سقوط التقوم لاينفك عن القطع ولا يوجد بدونه ، لأن عدم سقوطه ينافى وجوب القطع كما يأتى بيانه ، هذا ماظهر لى : وفى هذا التعليل إشارة إلى الرد على ماقاله الكرخى والطحاوى من إطلاق عدم القطع سواء قطع الأول أولا كما قدمناه أول كتاب السرقة .

قلت : ومفهوم هذا التعليل أن المراد بقوله قبل القطع ما إذا لم يقطع الأول أصلا ، ويدل عليه مايأتى من أنه لافرق فى عدم الضمان بين هلاك العين واستهلاكها قبل القطع أو بعده ، فإذا لم تكن مضمونة بالاستهلاك قبل

فصار كالغاصب ، ثم بعد القطع هل للأول استرداده ؟ روايتان ، واختار الكمال رده للمالك .

(سرق شيئا ورده قبل الخصومة) عند القاضي (إلى مالكه) ولو حكما كأصوله ولو في غير عياله (أو ملكه) أي المسروق (بعد القضاء) بالقطع ولو بهبة مع قبض (أو ادعى أنه ملكه) وإن لم يبرهن للشبهة (أو نقصت قيمته من النصاب) بنقصان السعر في بلد الخصومة (لم يقطع) في المسائل الأربع .

(أقرا بسرقة نصاب ثم ادعى أحدهما شبهة) مسقطة للقطع

القطع ، يعني ثم قطع تحقق سقوط التقوم : فعلم أن التقوم لا يسقط إلا إذا لم يوجد قطع أصلا تأمل (قوله فصار كالغاصب) أي في أن له يدا صحيحة هي يد الضمان (قوله ثم بعد القطع الخ) أي قطع السارق الأول والأولى ذكر هذا قبل قوله بخلاف ما إذا سرق الخ (قوله روايتان) إحداهما له استرداد المسروق من السارق الثاني لحاجته إلى الرد الواجب عليه ، والأخرى لا لأن يده ليست يد ضمان ولا أمانة ولا ملك فتح (قوله واختار الكمال الخ) أي اختار أن القاضي يرده من يد الثاني إلى المالك إن كان حاضرا وإلا حفظه له كما يحفظ أموال الغيب ، ولا يرده إلى الأول ولا يبقيه مع الثاني لظهور خيانة كل منهما (قوله ورده قبل الخصومة) أي الدعوى والشهادة المترتبة عليها أو الإقرار ، وقيد بالرد قبل الخصومة لأنه لو رده بعدها سواء قضى بالقطع أو لا فإنه يقطع نهر (قوله ولو حكما كأصوله ولو في غير عياله) أي كوالده وجده ووالدته وجدته لأن لهؤلاء شبهة الملك فيثبت به شبهة الرد بخلاف ما إذا رده إلى عيال أصوله لأنه شبهة الشبهة وهي غير معتبرة . ومن الرد الحكمي الرد إلى فرعه وكل ذي رحم محرم منه إن كانوا في عياله والرد إلى مكاتبه وعبده بحر ، وكذا إلى زوجته وأجيره مشاهرة ، وهو الذي يسمى غلامه أو مسانهة فتح ، وتمامه فيه (قوله أو ملكه بعد القضاء بالقطع) لأن الإمضاء من القضاء في الحدود أي فالملك الحادث في هذه الحالة كالملك الحادث قبل القضاء ، لأن القاضي لما لم يمض صار كأنه لم يقض فلا يستوفي القطع كما قبل القضاء ، وهذا لأن القاضي لا يخرج عن عهدة القضاء في باب الحدود بمجرد قوله قضيت بل بالاستيفاء جلدا أو رجما أو قطعا فلا جرم كان الإمضاء من القضاء ، بخلاف حقوق العباد فإنه ثمة بمجرد قوله قضيت يخرج عن عهدة القضاء ، وإن السارق لو قطع بعد الملك قطع في ملك نفسه اهـ ط عن الشلبي (قوله ولو بهبة مع قبض) هكذا وقع التقييد بالقبض في الهداية .

ولقائل أن يقول : لا يشترط القبض لأن الهبة تقطع الخصومة ، لأنه ما كان يهب ليخاصم فليتأمل شرنبلالية :

قلت : وهو بحث مخالف للمنقول مع أنه غير معقول فهو غير مقبول ، وذلك أن الخصومة قد وجدت لأن الكلام فيما بعد القضاء بالقطع ، لكنهم عدوا ملك المسروق بعد القضاء شبهة والهبة بدون قبض لا تفيد الملك فلم توجد الشبهة ، ولم يقل أحد باشتراط خصومة أخرى بعد القضاء بالقطع بل طلبه القطع غير شرط على الظاهر كما مر ، نعم يشترط حضوره عنده القطع كما تقدم فافهم (قوله أو ادعى أنه ملكه) أي بعد ما ثبتت السرقة عليه بالبينة أو بالإقرار بحر (قوله للشبهة) هي احتمال صدقه ولذا صح رجوعه بعد الإقرار (قوله أو نقصت قيمته) أي بعد القضاء ، لأن كمال النصاب لما كان شرطا يشترط قيامه عند الإمضاء لما ذكرنا (قوله بنقصان السعر) أي لا بنقصان العين ، لأن العين لو نقصت فإنه يقطع لأنه مضمون عليه فكمل النصاب عينا ودينا كما إذا استهلكه كله ، أما نقصان السعر فغير مضمون فافترقا بحر ، والمراد بنقصان العين فوات بعضها أو حدوث عيب فيها كما قدمناه أول كتاب السرقة (قوله في بلد الخصومة) أي وإن كان في البلد التي سرق فيها لم ينقص لما قدمه أول السرقة من أن المعتبر القيمة وقت السرقة ووقت القطع ومكانه (قوله أقرا بسرقة نصاب) أي أقر اثنان أنهما

(لم يقطعا) قيد بإقرارهما، لأنه لو أقر أنه سرق وفلان فأنكر فلان قطع المقر كقوله قتلت أنا وفلان .

(ولو سرقا وغاب أحدهما وشهد) أى شهد اثنان (على سرقتهما قطع الحاضر) لأن شبهة الشبهة لاتعتبر :

(ولو أقر عبد) مكلف (بسرقة قطع وترد السرقة إلى المسروق منه) لو قائمة (كما لو قامت عليه بينة بذلك) لكن (بشرط حضرة مولاه عند إقامتها) خلافا للثانى لاعتد إقراره بحد اتفاقا .

(ولا غرم على السارق بعد ماقطعت يمينه) هذا لفظ الحديث درر وغيرها ، ورواه الكمال «بعد قطع يمينه» (وترد العين لو قائمة) وإن باعها أو وهبها لبقائها على ملك مالكها (ولا فرق) فى عدم الضمان (بين هلاك العين واستهلاكها فى الظاهر) من الرواية ، لكنه يفتى بأداء قيمتها ديانة ، وسواء كان الاستهلاك (قبل القطع أو بعده)

سرقا نصابا أى جنسه ، إذ لابد أن يصيب كلا منهما نصاب كما قدمه المصنف (قوله لم يقطعا) أى المدعى والآخر لأنها سرقة واحدة فلا تكون موجبة للقطع وغير موجبة (قوله قطع المقر) أى وحده ، لأن إقراره على غيره لم يصح بتكذيبه فلم توجد الشركة فى السرقة (قوله لأن شبهة الشبهة لاتعتبر) قال الزيلعى : وكان أبو حنيفة أولا يقول لايجب عليه القطع لأن الغائب ربما يدعى الشبهة عند حضوره ثم رجع وقال يقطع لأن سرقة الحاضر تثبت بالحجة فلا يعتبر الموهوم ، لأنه لو حضر وادعى كان شبهة واحتمال الدعوى شبهة الشبهة فلا تعتبر اهـ ح (قوله ولو أقر عبد مكلف الخ) أما لو كان صغيرا لم يقطع ويرد المال لو قائما وكان مأذونا ، وإن هالكا يضمن وإن كان محجورا وصدقه المولى يرد المال إلى المسروق منه لو قائما ، ولو هالكا فلا ضمان ولا بعد العتق بحر (قوله قطع) لأن إقرار العبد على نفسه وبالحدود والقصاص صحيح من حيث أنه آدمى لأنه لاتهمة فيه ، وإذا صح بالقطع صح بالمال بناء عليه ، ولا فرق بين كون العبد مأذونا أو لا ، صدقه المولى أولا ، وتمامه فى البحر (قوله لو قائمة) فلو مستهلكة فلا ضمان ويقطع اتفاقا بحر (قوله كما لو قامت عليه بينة بذلك) أى فإنه يقطع بالطريق الأولى ويرد المال إلى المسروق منه بحر (قوله ولا غرم على السارق) التعبير بالغرم يفيد أن المسروق غير باق فلو قائما يؤمر بالرد ، فقول المصنف بعد ويرد العين تصريح بمفهوم قوله ولا غرم ط (قوله وغيرها) كالهداية (قوله ورواه الكمال بعد قطع يمينه) عزاه إلى الدارقطنى ، لكن عزاه العلامة نوح إلى الدارقطنى أيضا باللفظ المتن والمعنى واحد فإن ما مصدرية . وأعل الحديث بالإرسال وبجهالة بعض رواته . وجوابه مبسوط فى الفتح وحاشية نوح على الدرر ، واستدلوا بعد الحديث بالمعقول أيضا . قال فى الفتح : ولأن وجوب الضمان ينافى القطع لأنه يتملكه بأداء الضمان مستندا إلى وقت الأخذ ، فتبين أنه أخذ ملكه فلا يقطع فى ملكه لكن القطع ثابت قطعا ، فما يؤدى إلى انتفائه وهو الضمان فهو المنتفى (قوله لبقائها على ملك مالكها) ولذا قال فى الإيضاح قال أبو حنيفة : لايحل للسارق الانتفاع بها بوجه من الوجوه ، وكذا لو خاطها قميصا لايحل له الانتفاع به لأنه ملكه بوجه محظور ، وقد تعذر إيجاب القضاء به فلا يحل الانتفاع ، كمن دخل دار الحرب بأمان وأخذ شيئا من أموالهم لم يلزمه الرد قضاء ويلزمه ديانة ، وكالباغى إذا أتلف مال العادل ثم تاب فتح (قوله فى الظاهر من الرواية) وفى رواية الحسن : لايظهر سقوط العصمة فى حق الاستهلاك (قوله لكنه يفتى الخ) قال فى الفتح : وفى المبسوط : روى هشام عن محمد أنه إنما يسقط الضمان عن السارق قضاء لتعذر الحكم بالمماثلة . فأما ديانة فيفتى بالضمان للحقوق والخسران والنقصان للمالك من جهة السارق (قوله قبل القطع) يعنى ثم قطع . لأن انتفاء الضمان إنما هو بسبب القطع كما علمت ، وقدم الشارح أيضا أن سقوط التقوم ضرورة القطع (قوله أو بعده) لكن يفرق بينهما بما فى الكافى لو كان قبل القطع ، فإن قال المالك أنا أضمنه لم يقطع عندنا ، وإن قال أنا أختار القطع يقطع

مجتبى . وفيه لو استهلكه المشترى منه أو الموهوب له فللمالك تضمينه (ولو قطع لبعض السرقات لم يضمن شيئا) وقالا يضمن مالم يقطع فيه .

(سرق ثوبا فشقه نصفين ثم أخرجه قطع إن بلغت قيمته نصابا بعد شقه مالم يكن إتلافا) بأن ينقص أكثر من نصف القيمة فله تضمين القيمة فيملكه مستندا إلى وقت الأخذ فلا قطع زيلعى . وهل يضمن نقصان الشق مع القطع ؟ صحح الخبازى لا . وقال الكمال : الحق نعم ؛ ومتى اختار تضمين القيمة يسقط القطع لما مر .

(ولو سرق شاة فذبحها فأخرجها لا) لما مر أنه لاقطع فى اللحم (وإن بلغ لحمها نصابا) بل يضمن قيمتها .

ولا يضمن اه . قال فى البحر لأنه فى الأولى تضمن رجوعه عن دعوى السرقة إلى دعوى المال (قوله فللمالك تضمينه) أى تضمين المشترى أو الموهوب له ثم يرجع المشترى على السارق بالثمن لا بالقيمة تاترخانية عن المحيط وفيها عن شرح الطحاوى : لو قطع ثم استهلكه غيره كان للمسروق منه أن يضمنه قيمته اه ومثله فى النهر عن السراج . وظاهره أن غير المشترى والموهوب له مثلهما ، لكن ذكر فى التاترخانية أيضا : لو أودعه عند غيره فهلك الأصل فيه أن كل موضع لو ضمنه المالك له أن يرجع على السارق فليس له أن يضمنه ، وفى كل موضع لو ضمنه لايرجع على السارق فله أن يضمنه والذى يرجع عليه المودع والمستأجر والمرتهن اه .

قلت : ووجهه ظاهر ، لأن ما يثبت فيه الرجوع على السارق يلزم منه أن يكون مضمونا على السارق بعد القطع مع أنه غير مضمون عليه بخلاف مالا رجوع فيه عليه لكن هذا التفصيل ظاهر فى الهلاك ولذا فرض المسألة فيما لو أودعه فهلك ، بخلاف الاستهلاك فإن المستهلك متعد فلا رجوع له على السارق أصلا بلا فرق بين كونه مشتريا أو مودعا أو مستأجرا ، نعم للمشترى الرجوع بالثمن على السارق لأنه لما استهلكه وضمن قيمته ملكه من وقت الاستهلاك فيرجع على السارق بما دفعه إليه من الثمن لابالقيمة ، لظهور أن مادفعه إليه لايملك قبضه فيرجع به لا بما ضمن ، فاغتنم تحرير هذا المحل فإنه من فيض المولى عز وجل (قوله ولو قطع الخ) أى لو سرق سرقات فقطع فى أحدها بخصومة صاحبها وحده فهو : أى ذلك القطع بجميعها ولا يضمن شيئا لأرباب تلك السرقات عنده ؛ وقالا: يضمن كلها إلا التى قطع فيها ، فإن حضروا جميعا وقطعت يده بخصومتهم لايضمن شيئا من السرقات بالاتفاق فتح (قوله ثم أخرجه) فلو شقه بعد الإخراج قطع اتفاقا نهر ، وهو مفهوم بالأولى (قوله قطع) أى عندهما خلافا لأبى يوسف . ومحل الخلاف ما إذا شقه فاحشا وهو مايفوت به بعض العين وبعض المنفعة على الأصح ، واختار المالك تضمين النقصان وأخذ الثوب قطع عندهما خلافا له . أما إذا اختار تضمين القيمة وترك الثوب فلا قطع اتفاقا أما اليسير وهو مايتعيب به فقط فيقطع فيه اتفاقا نهر (قوله فله تضمين القيمة) أى من غير خيار بحر : أى ليس له تضمين النقصان والقطع (قوله فيملكه) أى السارق ، فصار كما إذا ملكه إياه بهبة بعد القضاء لايقطع على ماتقدم فتح (قوله وهل يضمن الخ) أى فيما إذا شقه نصفين ولم يكن إتلافا ح (قوله صحح الخبازى لا) أى لايضمن كيلا يجتمع القطع مع الضمان (قوله وقال الكمال الحق نعم) حيث قال : والحق ماذكر فى عامة الكتب الأمهات أنه يقطع ويضمن النقصان إلى أن قال ووجوب ضمان النقصان لايمنع القطع لأن ضمان النقصان وجب بإتلاف مافات قبل الإخراج والقطع بإخراج الباقى فلا يمنع ، كما لو أخذ ثوبين وأحرق أحدهما فى البيت وأخرج الآخر وقيمته نصاب (قوله ومتى اختار تضمين القيمة) أى فيما إذا كان الشق فاحشا ، إذ لو كان يسيرا يقطع بالاتفاق كما قدمناه قال فى الهداية إذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة (قوله لما مر) أى قريبا من أنه يملكه مستندا إلى وقت الأخذ (قوله فذبحها فأخرجها) قيد بالإخراج بعد الذبح ، لأنه لو أخرجها حية وقيمتها عشرة ثم ذبحها يقطع وإن انتقصت قيمتها

(ولو فعل ماسرق من الحجرين وهو قدر نصاب) وقت الأخذ (دراهم أو دنانير) أو آنية (قطع وردت) وقالا : لاترد لتقوم الصنعة عندهما خلافا له : وأما نحو النحاس لو جعله أوانى ، فإن كان يباع وزنا فكذلك ، وإن عددا فهى للسارق اتفاقا اختيار .

(ولو صبغه أحمر أو طحن الحنطة) أو لت السويق (فقطع لارد ولا ضمان) وكذا لو صبغه بعد القطع بحر خلافا لما فى الاختيار (ولو) صبغه (أسود رده) لأن السواد نقصان خلافا للثانى وهو اختلاف زمان لابرهان .

(سرق فى ولاية سلطان ليس لسلطان آخر قطعه) إذ لاولاية له على من ليس تحت يده؛ فليحفظ هذا الأصل.

(إذا كان للسارق كفان فى معصم واحد) قيل يقطعان، وقيل (إن تميزت الأصلية وأمكن الاقتصار على قطعها لم يقطع الزائد) لأنه غير مستحق للقطع (وإلا) تكن متميزة (قطعا هو المختار) لأنه لايتمكن من إقامة الواجب إلا بذلك سراج ، والله تعالى أعلم.

بالذبح طعن الحموى (قوله من الحجرين) أى الذهب والفضة (قوله دراهم) مفعول فعل (قوله لتقوم الصنعة عندهما خلافا له) وأصل الخلاف فى الغاصب هل يملك الدراهم والدنانير بهذه الصنعة أم لا بناء على أنها متقومة أم لا، ثم وجوب القطع عنده لايشكل لأنه لم يملكها على قوله. وأما على قولهما فقيل لايجب القطع لأنه ملكها قبله ، وقيل يجب لأنه صار بالصنعة شيئا آخر فلم يملك عينه ، وعلى هذا الخلاف إذا اتخذه حليا أو آنية زيلعى (قوله فهى للسارق اتفاقا) لأن هذه الصنعة بدلت العين والاسم بدليل أنه تغير بها حكم الربا حيث خرجت عن كونها موزونة ، بخلاف مسألة الذهب والفضة لبقاء الاسم مع بقاء العين كما كانت حكما ، حتى لايصح بيع آنية فضة وزنها عشرة بأحد عشر كذا يفاد من الفتح (قوله فقطع) إنما قطع باعتبار سرقة الثوب الأبيض وهو لم يملكه أبيض بوجه ما والمملوك للسارق إنما هو المصبوغ ، وكذا يقطع بالحنطة وإن ملك الدقيق بحر (قوله لا رد) أى حال قيامه ولاضمان : أى حال استهلاكه ، وهذا عندهما . وقال محمد : يرد الثوب ويأخذ مازاد الصبغ لأن عين ماله قائم من كل وجه . ولهما أن الصبغ قائم صورة ومعنى ، بدليل أن المسروق منه لو أخذ الثوب يضمن الصبغ وحق المالك قائم صورة لامعنى بدليل أنه غير مضمون على السارق نهر (قوله خلافا لما فى الاختيار) أى من أنه لو صبغه بعد القطع يرده ، وهو مخالف لقول الهداية : فإن سرق ثوبا فقطع فصبغه أحمر لم يؤخذ منه ، ولقول محمد سرق الثوب فقطع يده وقد صبغ الثوب أحمر لم يؤخذ منه ، فإنه دليل على أنه لافرق بين أن يصبغه قبل القطع أو بعده زيلعى وتبعه فى البحر والنهر .

قلت : لكن قول محمد وقد صبغه جملة حالية فمن أين يفيد كون الصبغ بعد القطع. ثم رأيت سعدجلبى اعترض الزيلعى بأن عبارة الهداية ليست كما نقله اه .

قلت : لأن عبارة الهداية هكذا : فإن سرق ثوبا فصبغه أحمر ثم قطع الخ فعبارة الهداية مساوية لعبارة المصنف والكنز . وقد ذكر الزيلعى أن مافى الكنز ذكر مثله فى المحيط والكافى ، ولايخفى أن هذه العبارة تؤيد مافى الاختيار ولم يبق لدعوى الزيلعى دليل ، فالاعتماد على ماقالوه لاعلى ما قاله فتنبه (قوله خلافا للثانى) لأن السواد زيادة عنده كالحمرة . وعند محمد زيادة أيضا كالحمرة ولكنه لايقطع حق المالك . وعند أبى حنيفة السواد نقصان ولا يوجب انقطاع حق المالك هداية (قوله وهو اختلاف زمان الخ) فإن الناس كانوا لايلبسون السواد فى زمنه ويلبسونه فى زمنهما فتح (قوله سرق فى ولاية سلطان الخ) ذكره مع تعليله فى الدرر : وقال فى الشرنبلالية : ذكره فى الفيض . وفى مختصر الظهيرية معزوا إلى الإمام الأجل الشهيد (قوله إذ لا ولاية له الخ) أى فى وقت السرقة ، إذ لاشك أنهما فى وقت الدعوى تحت يده وهل كذلك بقية الحدود والقصاص أيضا؟ لم أره، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(باب قطع الطريق) وهو السرقة الكبرى

(من قصده) ولو فى المصر ليلا به يفتى (وهو معصوم على) شخص (معصوم) واوذميا، فاو على المستأمنين فلا حد (فأخذ قبل أخذ شيء وقتل) نفس (حبس)

باب قطع الطريق

أى قطع المارة عن الطريق فهو من الحذف والإيصال ، أو المراد بالطريق المارة من إطلاق المحل على الحال أو الإضافة على معنى فى : أى قطع فى الطريق : أى منع الناس المرور فيه ، أخره عن السرقة لأنه ليس سرقة مطلقة لأن المتبادر منها الأخذ خفية عن الناس ، وأطلق عليه اسمها مجازا لضرب من الإخفاء وهو الإخفاء عن الامام ومن نصبهم لحفظ الطريق ، ولذا لايطلق عليه اسمها إلا مقيدة بالكبرى ولزوم التقييد من علامات المجاز كما فى الفتح ، وسميت كبرى لعظم ضررها لكونه على عامة المسلمين أو لعظم جزائها (قوله من قصده) أى قصد قطع الطريق ، وعبر بمن ليفيد أنه لايشترط كون القاطع جماعة ، فيشمل ماإذا كان واحدا له منعة بقوته ونجدته كما فى القهستانى والفتح ، وشمل العبد ، وكذا المرأة فى ظاهر الرواية إلا أنها لاتصلب كما سيأتى (قوله ولو فى المصر ليلا) أى بسلاح أو بدونه وكذا نهارا لو بسلاح كما سيأتى ، وهذا هو رواية عن أبى يوسف أفتى بها المشايخ دفعا لشر المتغلبة المفسدين كما فى القهستانى عن الاختيار وغيره ، ومثله فى البحر . أما ظاهر الرواية فلابد أن يكون فى صحراء دارنا على مسافة السفر فصاعدا دون القرى والأمصار ولا مابينهما كما فى القهستانى .

وفى كافى الحاكم : وإن قطعوا الطريق فى دار الحرب على تجار مستأمنين أو فى دار الإسلام فى موضع غلب عسكر الخوارج ثم أتى بهم الإمام لم يمض الحدود عليهم (قوله وهو معصوم) أى بالعصمة المؤبدة وهو المسلم أو الذمى قهستانى . والعصمة : الحفظ ، والمراد عصمة دمه وماله بالإسلام أوعقد الذمة . وفى حاشية السيد أبو السعود : مفاده لو قطع الطريق مستأمن لايحد ، وبه صرح فى شرح النقاية معللا بأنه لايخاطب بالشرائع . وحكى فى المحيط اختلاف المشايخ فيه (قوله فلو على المستأمنين فلا حد) لكن يلزمه التعزير والحبس باعتبار إخافة الطريق وإخفاره ذمة المسلمين فتح . قال فى الشرنبلالية : ويضمن المال لثبوت عصمة مال المستأمن حالا وإن لم يكن على التأبيد، ومحل عدم الحد بالقطع على المستأمن فيما إذا كان منفردا ، أما إذا كان مع القافلة فإنه يحد ولايصير شبهة ، بخلاف اختلاط ذى الرحم بالقافلة كما فى الفتح اه .

قلت : لكن لو لم يقع القتل والأخذ إلا فى المستأمن فلا حد كما فى الفتح أيضا .

[تنبيه] قد علم من شروط قطع الطريق كونه ممن له قوة ومنعة ، وكونه فى دار العدل ، ولو فى المصر ولو نهارا إن كان بسلاح ، وكون كل من القاطع والمقطوع عليه معصوما ، ومنها كما يعلم مما يأتى كون القطاع كلهم أجانب لأصحاب الأموال ، وكونهم عقلاء بالغين ناطقين ، وأن يصيب كلا منهم نصاب تام من المال المأخوذ ، وأن يؤخذوا قبل التوبة .

ثم اعلم أن القطع يثبت بالإقرار مرة واحدة . وعند أبى يوسف بمرتين ويسقط الحد برجوعه لكن يؤخذ بالمال إن أقر به يثبت بشهادة اثنين بمعاينته أو بالاقرار به ، فلو لأحدهما بالمعاينة والآخر بالإقرار لاتقبل ؛ ولو قالا قطعوا علينا وعلى أصحابنا لاتقبل لأنهما شهدا لأنفسهما ولو شهدا أنهم قطعوا على رجل من عرض الناس وله ولى يعرف أولا يعرف لايحدهم إلا بمحضر من الخصم وتمامه فى الفتح آخر الباب (قوله حبس) ومافى الخانية من أنه

وهو المراد بالنفى فى الآية : وظاهر إن المراد توزيع الأجزية على الأحوال كما تقرر فى الأصول (بعد التعزير) لمباشرة منكر التخويف (حتى يتوب) لا بالقول بل بظهور سيما الصلحاء (أو يموت، وإن أخذ مالا معصوما) بأن يكون لمسلم أو ذمى كما مر (وأصاب منه كلا نصاب قطع يده ورجله من خلاف إن كان صحيح الأطراف) لئلا يفوت نفعه وهذه حالة ثانية .

(وإن قتل) معصوما (ولم يأخذ) مالا (قتل) وهذه حالة ثالثة (حدا) لا قصاصا (ف)لذا (لا يعفوه ولى، ولا يشترط أن يكون) القتل (موجبا للقصاص) لوجوبه جزاء لمحاربته لله تعالى بمخالفة أمره

يعزر ويخلى سبيله خلاف المشهور فتح ، وأفاد أيضا أن الحبس فى بلده لا فى غيرها خلافا لمالك (قوله وهو المراد بالنفى فى الآية) لأن النفى من جميع الأرض محال وإلى بلد أخرى فيه إيذاء أهلها فلم يبق إلا الحبس والمحبوس يسمى منفيا من الأرض ، لأنه لا ينتفع بطيبات الدنيا ولذاتها ، ولا يجتمع بأقاربه وأحبابه . قال فى الفتح قال صالح بن عبد القدوس فيما ذكره الشريف فى الغرر :

خرجنا من الدنيــا ونحن من أهلها   فلسنا من الأحياء (١) فيها ولا الموتى
إذا جاءنا السجان يوما لحاجة   عجبنا وقلنا جاء هــذا من الدنيا

(قوله وظاهر أن المراد الخ) أى وليس المراد ماقاله بعض السلف أن الإمام مخير فى هـذه الأجزية الأربعة إذ من المقطوع به أنها أجزية على جناية القطع المتفاوتة خفة وغلظا ، ولا يجوز أن يرتب على أغلظها أخف الأجزية المذكورة ، وعلى أخفها أغلظ الأجزية لأنه مما يدفعه قواعد الشرع والعقل، فوجب القول بالتوزيع على أحوال الجنايات لأنها مقابلة بها فاقتضت الانقسام . فتقدير الآية أن يقتلوا إن قتلوا ، أو يصلبوا إن قتلوا وأخذوا المال أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف إن أخذوا المال أو ينفوا إن أخافوا، وتمامه فى الفتح والزيلعى (قوله بعد التعزير) أى بالضرب ، وإلا فالحبس تعزير أيضا كما مر فى بابه (قوله أو يموت) عطف على يتوب (قوله وإن أخذ) أى القاطع أى جنسه السابق بالواحد والأكثر (قوله وأصاب منه كلا نصاب) أى أصاب كل واحد منهم نصاب السرقة الصغرى (قوله إن كان صحيح الأطراف) حتى لو كانت يسراه شلاء لم تقطع يمينه ، وكذا لو كانت رجله اليسرى ولو كان مقطوع اليمنى لم تقطع له يد وكذا الرجل اليسرى نهر ، ومفهومه أنه لو كانت يده اليمنى شلاء أو رجله اليسرى أو كلاهما قطع كما سبق فى السرقة الصغرى من أن استيفاء الناقص عند تعذر الكامل جائز فالمراد بقوله إن كان صحيح الأطراف غير المستحقة للقطع أو الجمع لما فوق الواحد أو يراد بالصحيح مايقابل المقطوع دون الأشل أفاده السيد أبو السعود (قوله لئلا يفوت نفعه) علة لقوله من خلاف ط (قوله فلذا لا يعفوه ولى) أى لكونه حدا خالص حق لله تعالى لا يسع فيه عفو غيره فمن عفاعنه عصى الله تعالى فتح. قال وفى فتاوى قاضيخان : وإن قتل ولم يأخذ المال يقتل قصاصا. وهذا يخالف ماذكرناه إلا أن يكون معناه إذا أمكنه أخذ المال فلم يأخذ شيئا ومال إلى القتل فإنا سنذكر فى نظيرها أنه يقتل قصاصا خلافا لعيسى بن أبان اهـ والمراد بما سيذكره ما يأتى أنه من الغرائب :

قلت : لكن ماأول به عبارة الخانية بعيد، والأقرب تأويلها بأن المراد بقوله ولم يأخذ المال أى النصاب بل أخذ مادونه وتصير المسألة حينئذ عين المسألة الآتى أنها من الغرائب (قوله ولا يشترط الخ) أى فيقتل القاتل

---

(١) (قوله فلسنا من الأحياء الخ) أنشده الزيلعى بلفظ «فلسنا من الأموات فيها ولا الأحياء» وهذا أحسن ، وأنشده بعضهم : «فلسنا من الموتى فيها ولا الأحياء» ولا يخفى أنه غير موزون .

وبهذا الحل يستغنى عن تقدير مضاف كما لايخفى .

(و) الحالة الرابعة (إن قتل وأخذ) المال يخير الإمام بين ستة أحوال: إن شاء (قطع) من خلاف (ثم قتل أو) قطع ثم (صلب) أو فعل الثلاثة (أو قتل) وصلب أو قتل فقط (وصلب فقط) كذا فصله الزيلعي ويصلب (حيا) فى الأصح وكيفيته فى الجوهرة (ويبعج) بطنه (برمح) تشهيرا له ويخضخضه به (حتى يموت ويترك ثلاثة أيام من موته، ثم يخلى بينه وبين أهله ليدفنوه و (لاأكثر منها) على الظاهر وعن الثانى يترك حتى يتقطع (وبعد إقامة الحد عليه لايضمن مافعل) من أخذ مال وقتل وجرح زيلعى (وتجرى الأحكام) المذكورة (على الكل بمباشرة بعضهم) الأخذ والقتل والإخافة (وحجر وعصا لهم كسيف .

و) الحالة : الخامسة : (إن انضم إلى الجرح أخذ قطع) من خلاف (وهدر جرحه) لعدم اجتماع قطع وضمان

والمعين سواء قتل بسيف أو حجر أو عصا كما يأتى (قوله وبهذا الحل) هو قوله بمخالفة أمره ح (قوله عن تقدير مضاف) أى فى قوله تعالى - يحاربون الله - وتقدير المضاف أولياء الله اهـ ح .

قلت : والأحسن عباد الله ليشمل الذمى كما نبه عليه فى الفتح .

والحاصل أنه لما كان المخالفة والعصيان سببا للمحاربة أطلقت المحاربة عليها من إطلاق المسبب على السبب (قوله خير الإمام بين ستة أحوال) ترك السابع من الأقسام العقلية وهو ما إذا اقتصر على القطع لأنه لايجوز اهـ ح .

أقول : الأقسام العقلية عشرة: لأنه إما أن يقتصر على القطع ، أو القتل أو الصلب ، أو يفعل الثلاثة ؛ فهذه أربعة ، أو يفعل اثنين منها القطع ثم القتل ، أو عكسه والقطع ، ثم الصلب أو عكسه ، والقتل ثم الصلب أو عكسه ، فهذه ستة مع الأربعة بعشرة لكن القطع بعد القتل غير مفيد كالزانى إذا مات فى أثناء الجلد كما فى الزيلعى ومثله القطع بعد الصلب (قوله إن شاء قطع من خلاف ثم قتل) أى بلا صلب خلافا لمحمد أنه لايقطع ولما عن أبى يوسف أنه لايترك الصلب (قوله ويصلب حيا) أى فيما إذا اختار الإمام صلبه أو فيما إذا قلنا بلزومه على قول أبى يوسف كذا فى الفتح ؛ أما فيما إذا اختار الجمع بين القتل والصلب ، فلا بد أن يكون القتل سابقا وإلا لم يبق فرق بين الجمع والاقتصار على الصلب (قوله فى الأصح) وعن الطحاوى أنه يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة ويأتى جوابه قريبا (قوله وكيفيته فى الجوهرة) وهى أن تغرز خشبة فى الأرض ثم يربط عليها خشبة أخرى عرضا فيضع قدميه عليها ويربط من أعلاها خشبة أخرى ويربط عليها يديه (قوله ويبعج بطنه برمح) كذا فى الهداية وغيرها . وفى الجوهرة : ثم يطعن بالرمح ثديه الأيسر ويخضخض بطنه إلى أن يموت : وفى الاختيار تحت ثديه الأيسر ، ولا يرد أن فى الصلب مثله وهى منسوخة منهى عنها لأن الطعن بالرمح معتاد ، فلامثلة فيه، ولو سلم فالصلب مقطوع بشرعيته فتكون هذه المثلة الخاصة مستثناة من المنسوخ قطعا أفاده فى الفتح . وفيه أيضا ولايصلى على قاطع الطريق كما علم من باب الشهيد . (قوله على الظاهر) أى ظاهر الرواية لئلا يتأذى الناس برائحته (قوله من أخذ مال) أى إن كان هالكا كما يفيده قوله لايضمن وذلك لسقوط عصمته بالقطع كما مر فى السرقة الصغرى، أما لو كان المال باقيا يرده إلى مالكه كما فى الملتقى (قوله وتجرى الأحكام المذكورة) من حبس وتعزير أو قطع فقط أو قتل فقط أو تخيير ط (قوله بمباشرة بعضهم) لأنه جزاء المحاربة وهى تتحقق بأن يكون البعض ردءا للبعض هداية (قوله وحجر) مبتدأ خبره كسيف (قوله لهم) أى لقطاع الطريق احترازا عن غيرهم فإنه لايقتل بالقتل بحجر وعصا لكن القتل هنا ليس بطريق القصاص بل هو حد ، وعن هذا قال فى النهر : إن هذه الجملة كالتى قبلها معلومة من قوله قتل حدا إلا أنه أراد زيادة الإيضاح (قوله إن انضم إلى الجرح أخذ) لم يتقدم للجرح ذكر ، فالأولى تعبير الكنز وغيره بقوله وإن أخذ مالا وجرح قطع الخ

(وإن جرح فقط) أى لم يقتل ولم يأخذ نصابا. قال الزيلعى: ولو كان مع هذا الأخذ قتل فلا حد أيضا لأن المقصود هنا المال وهى من الغرائب (أو قتل عمدا) وأخذ المال (فتاب) قبل مسكه، ومن تمام توبته رد المال ولو لم يرده قيل لاحد (أو كان منهم غير مكلف) أو أخرس (أو) كان (ذو رحم محرم من) أحد (المارة) أو شريك مفاوض

(قوله وإن جرح فقط) جواب الشرط قوله الآتى فلا حد كما سينبه عليه الشارح، وهذا شروع فى ست مسائل لاحد فيها وحيث سقط الحد يؤاخذ بحقوق العباد من قصاص أو مال كما يأتى (قوله ولم يأخذ نصابا) أى بأن لم يأخذ شيئا أصلا أو أخذ مادون النصاب لأنه لما كان الأخذ الموجب للحد هو النصاب كان مادونه بمنزلة العدم كما فى البحر وتقدم أن الشرط أن يصيب كل واحد نصاب أى إذا كانوا جماعة، ومثل مادون النصاب الأشياء التى لاقطع فيها كالتافه، ومايتسارع إليه الفساد كما نبه عليه الزيلعى (قوله ولو كان مع هذا الأخذ) أى أخذ مادون النصاب المفهوم من قوله ولم يأخذ نصابا فافهم (قوله لأن المقصود هنا المال) أى أنه المقصود فى قطع الطريق، وهذا جواب عن طعن عيسى بن أبان فى المسألة أن القتل وحده يوجب الحد فكيف يمتنع مع الزيادة؟ قال الزيلعى: وجوابه أن قصدهم المال غالبا فينظر إليه لاغير، بخلاف ما إذا اقتصروا على القتل لأنه تبين أن مقصدهم القتل دون المال فيحدون، فعدت هذه من الغرائب اهـ.

قلت: وبيانه أن قطع الطريق سمى سرقة كبرى، لأن مقصود القطاع غالبا أخذ المال، وأما القتل فإنما هو وسيلة إلى أخذ المال، لكن إذا أخافوا فقط أو قتلوا فقد رتب عليه الشرع حدا فيتبع لأنه تبين أنه المقصود دون المال. أما إذا وجد مع ذلك أخذ مال ظهر أن مقصودهم ماهو المقصود الأصل وهو المال فحينئذ ينظر إليه، فإن بلغ نصابا لكل منهم وجب الحد لوجود شرطه وإلا فلا حد لعدمه، وحيث لاحد وجب موجب القتل من قصاص أو دية ووجب ضمان المال فافهم (قوله أو قتل عمدا) قيد بالقتل ليعلم حكم أخذ المال بالأولى بحر (قوله ومن تمام توبته رد المال الخ) أى لينقطع به خصومة صاحبه، ولو تاب ولم يرده لم يذكره فى الكتاب. واختلفوا فيه؛ فقيل لايسقط الحد كسائر الحدود، وقيل يسقط أشار إليه محمد فى الأصل، لأن التوبة تسقط الحد فى السرقة الكبرى بخصوصها للاستثناء فى النص، فلا يصح قياسها على باقى الحدود مع معارضة النص فتح: وظاهره ترجيح القول الثانى، فقول الشارح فقيل لاحد فيه نظر لأنه يفيد ضعفه. والظاهر أن هذا الخلاف عند عدم التقادم لما فى النهر عن السراج: لو قطع الطريق وأخذ المال ثم ترك ذلك وأقام فى أهله زمانا ثم قدر عليه درئ عنه الحد لأنه لايستوفى مع تقادم العهد اهـ. قال فى النهر: وبه علم أن مجرد الترك ليس توبة بل لابد أن تظهر عليه سيماها التى لاتخفى (قوله أو كان منهم غير مكلف) أى صبى أو مجنون لأنها جناية واحدة قامت بالكل فإذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض العلة وأنه لايثبت الحكم كالعامد والمخطئ إذا اشتركا فى القتل حيث لايجب القود؛ وعن أبى يوسف يحد الباقون لو باشر العقلاء زيلعى (قوله أو أخرس) أى خلافا لأبى يوسف زيلعى (قوله أو كان ذو رحم محرم) كان تامة وذو فاعل والمراد به أحد القطاع، وقوله: من أحد المارة متعلق بمحرم والعلة فيه كما فيا قبله، وشمل ما إذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم أولا، لكن لم يأخذوا إلا من ذى الرحم المحرم وما إذا أخذوا منه أو من غيره فلا يحدون فى الأصح كما فى النهر وغيره.

[تنبيه] لو كان فى القافلة مستأمن لا يمتنع الحد مع أن القطع عليه وحده يمنعه كما قدمناه، والفرق كما فى الفتح أن الامتناع فى حق المستأمن إنما كان لخلل فى عصمة نفسه وماله وهو أمر يخصه، أما هنا فهو لخلل فى الحرز والقافلة حرز واحد فيصير كأن القريب سرق مال القريب وغير القريب من بيت القريب (قوله أو شريك مفاوض)

(أو قطع بعض المارة على بعض أو قطع) شخص (الطريق ليلا أو نهارا فى مصر أو بين مصرين) وعن الثانى إن قصده ليلا مطلقا أو نهارا بسلاح فهو قاطع، وعليه الفتوى بحر ودرر وأقره المصنف (فلا حد) جواب للمسائل الست (وللولى القود) فى العمد (أو الأرش) فى غيره (أو العفو) فيهما (العبد فى حكم قطع الطريق كغيره وكذا المرأة فى ظاهر الرواية) فتح لكنها لاتصلب مجتبى. وفى السراجية والدرر فيهم امرأة فباشرت الأخذ والقتل قتل الرجال دونها هو المختار، عشر نسوة قطعن وأخذن وقتلن قتلن وضمن المال (ويجوز أن يقاتل دون ماله وإن لم يبلغ نصابا ويقتل من يقاتله عليه) لإطلاق الحديث «من قتل دون ماله فهو شهيد» فتح (ومن تكرر الخنق) بكسر النون (منه فى المصر)

أى لو كان فى المقطوع عليهم شريك مفاوض لبعض القطاع لايحدون فتح ومقتضاه أن شريك العنان ليس كذلك، وينبغى أنه لو كان مال الشركة معه فى القافلة أنهم لايحدون لاختلال الحرز تأمل (قوله أو قطع بعض المارة) أى القافلة وبه عبر فى الكنز وهو أظهر، وإنما لم يقطع لأن الحرز واحد وهو القافلة فصار كسارق سرق متاع غيره وهو معه فى دار واحدة فتح (قوله وأقره المصنف) وكذا فى الزيلعى والقهستانى عن الاختيار والفتح عن شرح الطحاوى (قوله وللولى القود الخ) أى فى المسائل المذكورة. وحاصله أنه إذا لم يجب الحد لم يصيروا قطاعا فيضمنون ما فعلوا من قتل عمد أو شبه عمد أو خطإ أو جراحة، ورد المال لو قائما وقيمته لو هالكا أو مستهلكا، فتقييده بالقود يعلم منه حكم المال بالأولى، أو يراد بالأرش ما يشمل ضمان المال، والمراد بالولى من له ولاية المطالبة فيشمل صاحب المال ويشمل المجروح أيضا فى أولى المسائل المذكورة. وبه اندفع اعتراض البحر على الهداية بأن ذلك للمجروح لا لوليه لأنه إن أفضى الجرح إلى القتل ينبغى أن يجب الحد اه أى لو مات بالجراحة يرجع إلى الحالة الثالثة، وهى مالو قتل فقط فينبغى أن يحد فلا يكون لوليه القود (قوله فى ظاهر الرواية) كذا نص عليه فى المبسوط وهو اختيار الطحاوى خلافا للكرخى من أن المرأة كالصبى وهو ضعيف الوجه مع مصادمته لإطلاق القرآن، فالعجب ممن عدل عن ظاهر الرواية كصاحب الدراية والتجنيس والفتاوى الكبرى وغيرهم وتمامه فى الفتح (قوله هو المختار) قال فى الشرنبلالية: هذا غير ظاهر الرواية (قوله قتلن) أى قصاصا لاحدا بدليل قوله وضمن المال، وهذا بناء على أن المرأة لا تكون قاطعة طريق. قال فى الشرنبلالية: هو كذلك مبنى على خلاف ظاهر الرواية كما فى الفتح اه ح.

قلت: فكان ينبغى للشارح عدم ذكر هذين الفرعين لمخالفتهما لما مشى عليه المصنف من ظاهر الرواية (قوله ويجوز أن يقاتل دون ماله) أى تحت ماله أو فوقه أو قدامه أو وراءه، فإن لفظ دون يأتى لمعان المناسب منها ماذكرنا وقال بعضهم على ماله (قوله وإن لم يبلغ نصابا) أى نصاب السرقة وهو عشرة دراهم كما فى منية المفتى. وفى التجنيس: دخل اللص دارا وأخرج المتاع فله أن يقاتله مادام المتاع معه لقوله عليه الصلاة والسلام «قاتل دون مالك» فإن رمى به ليس له أن يقتله لأنه لايتناوله الحديث. وفى البزازية وغيرها: رجل قتله رب الدار، فان برهن أنه كابره فدمه هدر، وإلا فإن لم يكن المقتول معروفا بالسرقة والشر قتل به قصاصا، وإن كان منهما تجب الدية فى ماله استحسانا لأن دلالة الحال أورثت شبهة فى القصاص لافى المال. وفى الفتح أخذ اللصوص متاع قوم فاستغاثوا بقوم فخرجوا فى طلبهم، فإن كان أرباب المتاع معهم أو غابوا لكن يعرفون مكانهم ويقدرون على رد المتاع عليهم حل لهم قتال اللصوص، وإن كانوا لايعرفون مكانهم ولا يقدرون على الرد لايحل وتمامه فيه (قوله بكسر النون) أى ككتف وتسكن للتخفيف ومثله الحلف والحلف وفعله من باب قتل مصباح (قوله فى المصر) وكذا فى غيره كما فى شرح

أي خنق مرارا ذكره مسكين (قتل به) سياسة لسعيه فيالأرض بالفساد وكل من كان كذلك يدفع شره بالقتل (وإلا) بأن خنق مرة (لا لأنه كالقتل بالمثقل) وفيه القود عند غير أبي حنيفة رحمه الله تعالى .

الشابي عن الجامع الصغير ، فهوقيد اتفاقي بل غير المصر يعلم بالأولى وإنما قيد به لئلا يتوهم أنه لا يكون كذلك في المصر كما في قطع الطريق (قوله أي خنق مرارا) أراد مرتين فصاعدا بقرينة قوله الآتي وإلا بأن خنق مرة. وفي البحر: قيد بتعدده لأنه لو خنق مرة واحدة فلا قتل عند الإمام (قوله سياسة) قدمنا الكلام عليها في حد الزنا (قوله وكل من كان كذلك) كاللوطي والساحر والعواني والزنديق والسارق كما قدمناه في أوائل باب التعزير (قوله عند غير أبي حنيفة) أي عند صاحبيه ومن وافقهما من باقي الأئمة ، أما عند أبي حنيفة فتجب الدية على عاقلته كما في البحر والله سبحانه أعلم .

بسم الله وبحمده ، والصلاة والسلام على نبيه وعبده ، وعلى آله وصحبه وجنده . وبعد: فيقول مؤلفه أفقر العباد إلى عفو مولاه يوم التناد ، محمد أمين الشهير بابن عابدين ، خادم العلوم الشرعية ، في دمشق الشام المحمية قد نجز تسويد هذا النصف المبارك ، بعون الله جل وتبارك ، من الحاشية المسماة [رد المحتار ، على الدر المختار] في صفر الخير سنة ثمان وأربعين ومائتين وألف ، من هجرة نبينا محمد الذي تم به الألف ، صلى الله عليه وسلم وشرف وعظم ، فجاء بحمد الله تعالى مكملا فرعا وأصلا ، ردا للمحتار على الدر المختار اسما وفعلا ، لاشتماله على تنقيح عباراته ، وتوضيح رموزه وإشاراته ، والاعتناء ببيان ماهو الصحيح المعتمد ، وماهو معترض ومنتقد ، وتحرير المسائل المشكله ، والحوادث المعضلة ، التي لم يوضح كثيرا منها أحد قبل ذلك ، ولا سلك مهامه بيانها سالك ، مشحونا بذخائر زبر المتقدمين ، وخلاصة كتب المتأخرين ، ورسائلهم المؤلفة في الحوادث الغريبة ، الجامعة للفوائد العجيبة ، كرسائل العلامة ابن نجيم الأربعين ، ورسائل العلامة الشرنبلالية الستين ، وكثير من رسائل العلامة على القاري خاتمة الراسخين ، ورسائل سيدى عبد الغني النابلسي الحبر المتين ، ورسائل العلامة قاسم خاتمة المجتهدين ، وحواشي البحر والمنح والأشباه وجامع الفصولين للفهامة الشيخ خير الدين ، وفتاويه الخيرية وفتاوى ابن الشلبي والرحيمي ، والشيخ إسمعيل ، والفتاوى الزينية والتمرتاشية والحامدية وفتاوى غيرهم من المفتين وتحريرات شيوخنا ومشايخهم المعتبرين ، ومامن به الله تعالى على عبده من الرسائل التي ناهزت الثلاثين ، وماحررته ونقحته في كتابي تنقيح الفتاوى الحامدية الذي هو بهجة الناظرين ، وغير ذلك من كتب السادة الأخيار المعتمدين ، مع بيان ماوقع من سهو أوغلط في كتب الفتاوى وكتب الشارحين ، ولا سيما ماوقع في البحر والنهر والمنح والأشباه والدرر وكتب المحشين ، حتى صار بحمد الله تعالى عمدة المذهب ، والطراز المذهب ، ومرجع القضاة والمفتين ، كما يعلمه من غاص بأفكاره في تياره من العلماء العاملين ، الخالين عن داء الحسد المضني للجسد الصادقين المنصفين . فدونك كتابا قد أعملت فيه الفكر ، وألزمت فيه الجفن السهر ، وغرست فيه من فنون التحرير أفنانا ، وفتقت فيه عن عيون المشكلات أجفانا ، وأودعت فيه من كنوز الفوائد ، عقود الدرر الفرائد ، وبسطت فيه من أنفع المقاصد ، أحسن الموائد ، وجاوت فيه على منصة الأنظار ، عرائس أبكار الأفكار ، وكشفت فيه بتوضيح العبارات ، قناع المخدرات ، ولم أكتف بتلويح الإشارات ، عن تنقيح كشف تحرير الخفيات ، فهو يتيمة الدهر ، وغنيمة أهل العصر ، وماذاك إلا بمحض إنعام المولى ، الذي هو بكل حمد وشكر أحق وأولى ، حيث أبرز هذه الجواهر المكنونة ، والدرر الفرائد المصونة ، في ميمون أيام خليفة الله في أرضه ، القائم بواجب حقه وفرضه ، رافع ألوية الشريعة البديعة ومؤيدها ، وموطد أبنيتها المنيعة والرفيعة ومشيدها ، المجاهد في سبيل الله حق جهاده ، والقاطع لدابر الكافرين بجده واجتهاده ، الذي ابتسمت ثغور البلاد ببارقات مرهفاته ، وبكت عيون عيون ذوي العناد بقاهرات عزماته ، وأبدع نظام

كتاب الجهاد

كتائب الجيوش بآرائه السديدة ، ورفع أفئدة الأكاسرة القياصرة بقوة بطشته الشديدة ، يكاد سنا برق طلعته يذهب بالأبصار ، وغصن رأفته يميس لينا كميس الأغصان ذات الأزهار ، وتكاد صواعق سطوته تزيح صم الجبال ، ومواكب كتائب حوزته تفوق عدد الرمال ، من أنام الأنام فى أيامه فى ظل الأمان ، ورعى الرعية فى مراعى الرعاية والإحسان ، وأنار بنوار رياض أمنه بلاد المسلمين ، فضاء فضاء صدورهم بنور اليقين ، وأزاح غيوم غمومهم بردع المشركين ، فلاح فلاح قلوبهم لأعين الناظرين ، راح وراح غفلاتهم بإيقاظ النائمين ، فصاح فصاح ألسنتهم بالدعاء له كل حين :

خليفـة خلفت أنوار غرته شمس الضحى ونداه يخلف الديما
سـالت فواضله للمعتفى نعما صالت نواضله للمعتدى نقما

السلطان الأعظم ، والخاقان الأفخم ، تاج ملوك العرب والعجم ، ظل الله فى أرضه للأمم ، محمود الذات ، ممدوح الصفات ، لا زالت دعائم سلطنته قائمة ، وعيون الحوادث عنها نائمة ، ولا برحت رياض عزته مخضرة بديم الديمومة والأبود ، ورياحين ذريته ريانة بطلاوة التأبيد والخلود ، ولا زالت أعيان دولته من علمائه وقضاته ووزرائه ؛ يزيل نبراس آرائهم دجى الجور بسناه وسنائه ، ولافتئت نجوم جنوده الساطعة فى أفلاك سمائه ، شهبا ثواقب على مردة أعدائه ، آمين آمين آمين .

وهذا ، وقد نجز هذا السفر المسفر ، عن روض أريض مزهر ، مقابلة وتصحيحا بحسب الإمكان ، سوى ماشذ بعروض سهو أو نسيان ، لا تخلو عنه جبلة الإنسان ، وذلك برسم من أمر باستكتابه ، رغبة فى نيل رضا مولاه وثوابه الإمام الهمام ، علىّ القدر والمقام ، من امتطى الجوزاء بزمام وصال فى مواكب العز وحام ، واشتهر اشتهار البدر فى الظلام ، قاضى قضاة الإسلام ، منفذ القضايا والأحكام بالإتقان والإحكام ، ذى الخيرات الحميدة ، والمآثر الفريدة التى لا ترام ، مولانا عبد الحليم أفندى كجه جى زاده القاضى سابقا بدمشق الشام ، دام فى عز وإنعام ، ومجد واحترام ، بجاه من هو للأنبياء ختام ، وآله وصحبه السادة الكرام ، عليه وعليهم الصلاة والسلام ، فى البدء والختام .

كتبه أسير وصمة ذنبه ، الراجى عفو ربه محمد أمين الشهير بابن عابدين ، غفر الله تعالى له ولوالديه ولـكل المسلمين آمين آمين آمين :

كتاب الجهاد

هذا الـكتاب يعبر عنه بالسير والجهاد والمغازى ؛ فالسير جمع سيرة وهى فعلة بكسر الفاء من السير : فتكون لبيان هيئة السير ، وحالته إلا أنها غلبت فى لسان الشرع على أمور المغازى ومايتعلق بها كالمناسك على أمور الحج وقالوا السير الـكبير ، فوصفوها بصفة المذكر لقيامها مقام المضاف الذى هو الـكتاب كقولهم صلاة الظهر وسير الـكبير خطأ كجامع الصغير وجامع الـكبير بحر :

مطلب فى فضل الجهاد

قلت : والسير الـكبير والسير الصغير كتابان للإمام محمد بن الحسن رحمه الله تعالى على صيغة جمع سيرة لا على صيغة المفرد. هذا وفضل الجهاد عظيم ، كيف وحاصله بذل أعز المحبوبات وهو النفس وإدخال أعظم المشقات عليه تقربا بذلك إلى الله تعالى وأشق منه قصر النفس على الطاعات على الدوام ، ومجانبة هواها ولذا قال صلى الله عليه وسلم

أورده بعد الحدود لاتحاد المقصود ، ووجه الترقى غير خفى .

وقد رجع من غزاة «رجعنا من الجهاد الأصغر إلى الجهاد الأكبر» ويدل عليه أنه صلى الله عليه وسلم أخره فى الفضيلة عن الصلاة على وقتها فى حديث ابن مسعود« قلت : يارسول الله أى الأعمال أفضل؟ قال : الصلاة على ميقاتها. قلت : ثم أى؟ قال : بر الوالدين. قلت : ثم أى؟ قال الجهاد فى سبيل الله ولو استزدته لزادنى» رواه البخارى ، وجاء تأخيره عن الإيمان فى حديث أبى هريرة المتفق عليه قال «سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أى العمل أفضل؟ قال إيمان بالله ورسوله. قيل ثم ماذا؟ قال : الجهاد فى سبيل الله ، قيل ثم ماذا؟ قال حج مبرور» ويجب أن يعتبر كل من الصلاة والزكاة مرادة بلفظ الإيمان من عموم المجاز. ولا تردد فى أن المواظبة على أداء فرائض الصلاة فى أوقاتها أفضل من الجهاد لأنها فرض عين وتتكرر ، ولأن الجهاد ليس إلا الإيمان وإقامة الصلاة ، فكان حسنا لغيره والصلاة حسنة لعينها وهى المقصودة منه وتمام تحقيق ذلك مع ما ورد فى فضل الجهاد المذكور فى الفتح :

مطلب المواظبة على فرائض الصلاة فى أوقاتها أفضل من الجهاد

قلت : وقد نص على ذلك الإمام السرخسى فى شرح السير الكبير حيث قال عن أبى قتادة «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قام يخطب الناس ، فحمد الله وأثنى عليه ثم ذكر الجهاد فلم يدع شيئا أفضل من الجهاد إلا الفرائض» يريد به الفرائض التى تثبت فريضتها عينا وهى الأركان الخمسة ، لأن فرض العين آكد من فرض الكفاية ، والثواب بحسب آكدية الفرضية ، فلهذا استثنى الفرائض .

مطلب فى تكفير الشهادة مظالم العباد

ثم ذكر أحاديث فى أن الشهيد تكفر خطاياه إلا الدين وقال إذا كان محتسبا صابرا مقبلا قال : وفيه بيان شدة الأمر فى مظالم العباد ، وقيل كان هذا فى الابتداء حين نهى صلى الله عليه وسلم عن الاستدانة لقلة ذات يدهم وعجزهم عن قضائه ، ولهذا كان لا يصلى على مديون لم يخلف مالا ثم نسخ ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام «من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا أو عيالا فهو على» وورد نظيره فى الحج «أنه صلى الله عليه وسلم دعا لأمته بعرفات ، فاستجيب له إلا المظالم ثم دعا بالمشعر الحرام فاستجيب له حتى المظالم فنزل جبريل عليه السلام يخبره أنه تعالى يقضى عن بعضهم حق البعض » فلا يبعد مثل ذلك فى حق الشهيد المديون :

مطلب فيمن يريد الجهاد مع الغنيمة

ثم ذكر حديث أبى هريرة رضى الله تعالى عنه « أن رجلا سأل النبى صلى الله عليه وسلم فقال رجل يريد الجهاد فى سبيل الله وهو يريد عرض الدنيا ، فقال عليه الصلاة والسلام لا أجر له» الحديث . قال : ثم تأويله من وجهين : أحدهما : أن يرى أنه يريد الجهاد ومراده فى الحقيقة المال ، فهذا كان حال المنافقين ولا أجر له ، أو يكون معظم مقصوده المال وفى مثله قال عليه الصلاة والسلام للذى استؤجر على الجهاد بدينارين «إنما لك ديناراك فى الدنيا والآخرة» وأما إذا كان معظم مقصوده الجهاد ، ويرغب معه فى الغنيمة فهو داخل فى قوله تعالى — ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم — يعنى التجارة فى طريق الحج فكما أنه لا يحرم ثواب الحج فكذا الجهاد (قوله لاتحاد المقصود) وهو إخلاء الأرض من الفساد ح (قوله ووجهه الترقى) أى من الحدود إلى الجهاد (قوله غير خفى) لأن الحدود

وهو لغة : مصدر جاهد فى سبيل الله .

وشرعا : الدعاء إلى الدين الحق وقتال من لم يقبله شمني. وعرفه ابن الكمال بأنه بذل الوسع فى القتال فى سبيل الله مباشرة أو معاونة بمال ، أو رأى أو تكثير سواد أو غير ذلك اه :

ومن توابعه : الرباط وهو الإقامة فى مكان ليس وراءه إسلام هو المختار وصح « أن صلاة المرابط بخمسمائة ودرهمه بسبعمائة وإن مات فيه أجرى عليه عمله ورزقه

إخلاء عن الفسق والجهاد إخلاء عن الكفر ح (قوله مصدر جاهد) أى بذل وسعه وهذا عام يشمل المجاهد بكل أمر بمعروف ، ونهى عن منكر ح .

قلت : فلم يذكر الشارح معناه لغة بل بين تصريفه (قوله وقتال من لم يقبله) أى قتاله مباشرة أولا فتعريف ابن كمال تفصيل لإجمال هذا ح (قوله فى القتال) أى فى أسبابه وأنواعه من ضرب وهدم وحرق وقطع أشجار ونحو ذلك (قوله أو معاونة الخ) أى وإن لم يخرج معهم بدليل العطف ط (قوله أو تكثير سواد) السواد العدد الكثير وسواد المسلمين جماعتهم مصباح (قوله أو غير ذلك) كمداواة الجرحى وتهيئة المطاعم والمشارب ط .

مطلب فى الرباط وفضله

(قوله ومن توابعه الرباط الخ) قال السرخسى فى شرح السير الكبير: والمرابطة المذكورة فى الحديث: عبارة عن المقام فى ثغر العدو لإعزاز الدين ودفع شر المشركين عن المسلمين وأصل الكلمة من ربط الخيل قال الله تعالى - ومن رباط الخيل - والمسلم يربط خيله حيث يسكن من الثغر ليرهب العدو به وكذلك يفعله عدوه ولهذا سمى مرابطة اه. واشترط الإمام مالك أن يكون غير الوطن ونظر فيه الحافظ ابن حجر بأنه قد يكون وطنه وينوى بالإقامة فيه دفع العدو ومن ثم اختار كثير من السلف سكنى الثغور (قوله هو المختار) لأن مأذونه لو كان رابطا فكل المسلمين فى بلادهم مرابطون وتمامه فى الفتح .

قلت : لكن لو كان الثغر المقابل للعدو لا تحصل به كفاية الدفع إلا بثغر وراءه فهما رباط كما لا يخفى (قوله وصح الخ) هذا لم يذكره فى الفتح حديثا واحدا لأنه قال : والأحاديث فى فضله كثيرة منها ما فى صحيح مسلم من حديث سلمان رضى الله عنه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « رباط يوم فى سبيل الله خير من صيام شهر وقيامه وإن مات فيه أجرى عليه عمله الذى كان يعمل وأجرى عليه رزقه وأمن الفتان » زاد الطبرانى « وبعث يوم القيامة شهيدا » وروى الطبرانى بسند ثقات فى حديث مرفوع « من مات مرابطا أمن الفزع الأكبر » ولفظ ابن ماجه بسند صحيح عن أبى هريرة « وبعثه الله يوم القيامة آمنا من الفزع » وعن أبى أمامة عنه عليه الصلاة والسلام قال « إن صلاة المرابط تعدل خمسمائة صلاة .ونفقته الدينار والدرهم منه أفضل من سبعمائة دينار ينفقه فى غيره » اه (قوله أجرى عليه عمله ورزقه) قال السرخسى وقوله : أجرى عليه عمله نمى له عمله ، وذلك فى كتاب الله تعالى - ومن يخرج من بيته مهاجرا إلى الله ورسوله ثم يدركه الموت فقد وقع أجره على الله - وقال عليه الصلاة والسلام « من مات فى طريق الحج كتب له حجة مبرورة فى كل سنة» فهذا هو المراد أيضا فى كل من مات مرابطا إنه يجعل بمنزلة المرابط إلى فناء الدنيا فيما يجرى له من الثواب لأن نيته استدامة الرباط لو بقى حيا إلى فناء الدنيا والثواب بحسب النية اه .

وأمن الفتان وبعث شهيدا آمنا من الفزع الأكبر» وتمامه فى الفتح (هو فرض كفاية) كل مافرض لغيره فهو فرض كفاية إذا حصل المقصود بالبعض ،

قلت : ومقتضاه أن المراد باجراء العمل دوام ثواب الرباط كما صرح به فى حديث آخر ذكره السرخسي ومن قتل مجاهدا أو مات مرابطا فحرام على الأرض أن تأكل لحمه ودمه ولم يخرج من الدنيا ، حتى يخرج من ذنوبه كيوم ولدته أمه ، وحتى يرى مقعده من الجنة وزوجته من الحور العين وحتى يشفع فى سبعين من أهل بيته ويجرى له أجر الرباط إلى يوم القيامة وظاهره أن من مات مرابطا يكون حيا فى قبره كالشهيد وبه يظهر معنى إجراء رزقه عليه :

مطلب فى بيان من يجرى عليهم الأجر بعد الموت

[تنبيه] قال الشارح فى شرحه على الملتقى قد نظم شيخنا الشيخ عبد الباقى الحنبلى المحدث ثلاثة عشر ممن يجرى عليه الأجر بعد الموت على ماجاء فى الأحاديث وأصلها للحافظ الأسيوطى رحمه الله تعالى فقال :

إذا مات ابن آدم جاء يجرى ... عليه الأجر عد ثلاث عشر
علوم بثها ودعاء نجـل ... وغرس النخل والصدقات تجرى
وراثة مصحف ورباط ثغر ... وحفر البئر أو إجراء نهر
وبيت للغريب بناه يأوى ... إليـه أو بناء محل ذكر
وتعلـيم لقرآن كريم ... شهيـد للقتال لأجل بر
كذا من سن صالحة ليقفى ... فخذها من أحاديث بشعر

مطلب المرابط لايسأل فى القبر كالشهيد

(قوله وأمن الفتان) ضبط أمن بفتح الهمزة وكسر الميم بلا واو وأومن بضم الهمزة وبزيادة واو وضبط الفتان بفتح الفاء أى فتان القبر ، وفى رواية أبى داود فى سننه «وأمن من فتانى القبر» وبضمها جمع فاتن قال القرطبى : وتكون للجنس أى كل ذى فتنة .

قلت : أو المراد فتان القبر من إطلاق صفة الجمع على اثنين أو على أنهم أكثر من اثنين فقد ورد أن فتان القبر ثلاثة أو أربعة وقد استدل غير واحد بهذا الحديث على أن المرابط لايسأل فى قبره كالشهيد علقمى على الجامع الصغير (قوله هو فرض كفاية) قال فى الدر المنتقى وليس بتطوع أصلا هو الصحيح فيجب على الإمام أن يبعث سرية إلى دار الحرب كل سنة مرة أو مرتين ، وعلى الرعية إعانته إلا إذا أخذ الخراج فإن لم يبعث كان كل الإثم عليه وهذا إذا غلب على ظنه أنه يكافئهم وإلا فلا يباح قتالهم بخلاف الأمر بالمعروف قهستانى عن الزاهدى اهـ (قوله إذا حصل المقصود بالبعض) هذا القيد لابد منه لئلا ينتقض بالنفير العام فإنه معه مفروض لغيره مع أنه فرض عين لعدم حصول المقصود بالبعض نهر .

قلت : يعنى أنه يكون فرض عين على من يحصل به المقصود وهو دفع العدو فمن كان بحذاء العدو إذا لم يمكنهم مدافعته يفترض عينا على من يليهم ، وهكذا كما سيأتى ، ولا يخفى أن هذا عند هجوم العدو أو عند خوف هجومه وكلا منا فى فريضته ابتداء ، وهذا لايمكن أن يكون فرض عين إلا إذا كان بالمسلمين قلة والعياذ بالله

وإلا ففرض عين ولعله قدم الكفاية لكثرته (ابتداء) وإن لم يبدءونا وأما قوله تعالى : ـ فإن قاتلوكم فاقتلوهم ـ وتحريمه فى الأشهر الحرم فنسوخ بالعمومات كاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم (إن قام به البعض) ولو عبيدا أو نساء (سقط عن الكل وإلا) يقم به أحد فى زمن ما (أثموا بتركه) أى أثم الكل من المكلفين ،

تعالى بحيث لايمكن أن يقوم به بعضهم ، فحينئذ يفترض على كل واحد منهم عينا تأمل (قوله ولعله قدم الكفاية) أى الذى هو فرض كفاية على فرض العين ، وهو الآتى فى قوله وفرض عين إن هجم العدو (قوله لكثرته) أى كثرة وقوعه (قوله وأما قوله تعالى الخ) جواب عما يرد على قوله ابتداء ، وعلى عدم تقييده بغير الأشهر الحرم ثم اعلم أن الأمر بالقتال نزل مرتبا فقد كان صلى الله عليه وسلم مأمورا أولا بالتبليغ ، والإعراض : ـ فاصدع بما تؤمر وأعرض عن المشركين ـ ثم بالمجادلة بالأحسن ـ ادع إلى سبيل ربك الآية ـ ثم أذن لهم بالقتال ـ أذن للذين يقاتلون ـ الآية ، ثم أمروا بالقتال إن قاتلوهم ـ فإن قاتلوكم فاقتلوهم ـ ثم أمروا به بشرط انسلاخ الأشهر الحرم ـ فإذا انسلخ الأشهر الحرم فاقتلوا المشركين ـ ثم أمروا به مطلقا ـ وقاتلوا فى سبيل الله الآية ـ واستقر الأمر على هذا سرخسى ملخصا يعنى فى جميع الأزمان والأماكن ، سوى الحرم كما فى القهستانى عن الكرمانى ثم نقل عن الخانية أن الأفضل أن لايبتدأ به فى الأشهر الحرم اه والمراد بقوله : سوى الحرم إذا لم يدخلوا فيه للقتال فلو دخلوه للقتال حل قتالهم فيه لقوله تعالى ـ حتى يقاتلوكم فيه ـ وتمامه فى شرح السير (قوله إن قام به البعض) هذه الجملة وقعت موقع التفسير لفرض الكفاية فتح :

مطلب فى الفرق بين فرض العين وفرض الكفاية

وحاصله : أن فرض الكفاية مايكفى فيه إقامة البعض عن الكل لأن المقصود حصوله فى نفسه من مجموع المكلفين كتغسيل الميت وتكفينه ورد السلام بخلاف فرض العين ، لأن المطلوب إقامته من كل عين أى من كل ذات مكلفة بعينها ، فلا يكفى فيه فعل البعض عن الباقين ، ولذا كان أفضل كما مر لأن العناية به أكثر ثم إن فرض الكفاية إنما يجب على المسلمين العالمين به سواء كانوا كل المسلمين شرقا ومغربا أو بعضهم قال القهستانى : وفيه رمز إلى أن فرض الكفاية على كل واحد من العالمين به بطريق البدل ، وقيل : إنه فرض على بعض غير معين والأول المختار لأنه لو وجب على البعض ، لكان الآثم بعضا مبهما وذا غير مقبول وإلى أنه قد يصير بحيث لايجب على أحد ، وبحيث يجب على بعض دون بعض ، فإن ظن كل طائفة من المكلفين أن غيرهم قد فعلوا سقط الواجب عن الكل ؛ وإن لزم منه أن لايقوم به أحد وإن ظن كل طائفة أن غيرهم لم يفعلوا وجب على الكل ، وإن ظن البعض أن غيرهم أتى به وظن آخرون أن غيرهم ماأتى به وجب على الآخرين دون الأولين ، وذلك لأن الوجوب هاهنا منوط بظن المكلف ، لأن تحصيل العلم بفعل الغير وعدمه فى أمثال ذلك فى حيز التعسر ، فالتكليف به يؤدى إلى الحرج وتمامه فى مناهج العقول وإلى أنه لم يجب على الجاهل به ومافى حواشى الكشاف للفاضل التفتازانى إنه يجب عليه أيضا فمخالف للمتداولات اه (قوله فى زمن ما) مفهومه أنه إذا قام به البعض فى أى زمن سقط عن الباقين مطلقا ، وليس كذلك ط لما تقدم من أنه يجب على الإمام فى كل سنة مرة أو مرتين وحينئذ فلا يكفى فعله فى سنة عن سنة أخرى (قوله من المكلفين) أى العالمين به كما مر ونظيره أنه لو مات واحد من جماعة مسافرين فى مفازة ، فإنما يجب تكفينه والصلاة عليه كفاية على باقى رفقائه

وإياك أن تتوهم أن فرضيته تسقط عن أهل الهند بقيام أهل الروم مثلا بل يفرض على الأقرب فالأقرب من العدو إلى أن تقع الكفاية فلو لم تقع إلا بكل الناس فرض عينا كصلاة وصوم ومثله الجنازة والتجهيز وتمامه فى الدرر (لا) يفرض (على صبي) وبالغ له أبوان

العالمين به دون غيرهم (قوله وإياك الخ) كذا فى شرح ابن كمال ومثله فى الحواشى السعدية (قوله بقيام أهل الروم مثلا) إذ لا يندفع بقتالهم الشر عن الهنود المسلمين نهر عن الحواشى السعدية ثم قال فيها وقوله تعالى - قاتلوا الذين يلونكم من الكفار - يدل على أن الوجوب على أهل كل قطر، ثم قال فى موضع آخر - والآية تدل على أن الجهاد فرض على كل من يلى الكفار من المسلمين، على الكفاية فلا يسقط بقيام الروم عن أهل الهند، وأهل ماوراء النهر مثلا كما أشرنا إليه اه قال فى النهر : ويدل عليه مافى البدائع، ولا ينبغى للإمام أن يخلى ثغرا من الثغور من جماعة من المسلمين فيهم غناء وكفاية، لقتال العدو فإن قاموا به سقط عن الباقين، وإن ضعف أهل ثغر عن مقاومة الكفرة وخيف عليهم من العدو، فعلى من وراءهم من المسلمين الأقرب فالأقرب أن ينفروا إليهم، وأن يمدوهم بالسلاح والكراع والمال لما ذكرنا إنه فرض على الناس كلهم ممن هو من أهل الجهاد، ولكن سقط الفرض عنهم لحصول الكفاية بالبعض فما لم يحصل لا يسقط اه.

قلت : وحاصله أن كل موضع خيف هجوم العدو منه فرض على الإمام أو على أهل ذلك الموضع حفظه وإن لم يقدروا فرض على الأقرب إليهم إعانتهم إلى حصول الكفاية بمقاومة العدو ولا يخفى أن هذا غير مسألتنا وهى قتالنا لهم ابتداء فتأمل (قوله بل يفرض على الأقرب فالأقرب الخ) أى يفرض عليهم عينا وقد يقال كفاية بدليل أنه لو قام به الأبعد حصل المقصود فيسقط عن الأقرب، لكن هذا ذكره فى الدرر فيما لو هجم العدو وعبارة الدرر وفرض عين إن هجموا على ثغر من ثغور الإسلام، فيصير فرض عين على من قرب منهم، وهم يقدرون على الجهاد ونقل صاحب النهاية عن الذخيرة أن الجهاد إذا جاء النفير إنما يصير فرض عين على من يقرب من العدو، فأما من وراءهم ببعد من العدو فهو فرض كفاية عليهم، حتى يسعهم تركه إذا لم يحتج إليهم فإن احتيج إليهم بأن عجز من كان يقرب من العدو عن المقاومة مع العدو أو لم يعجزوا عنها، لكنهم تكاسلوا ولم يجاهدوا فإنه يفترض على من يليهم فرض عين كالصلاة والصوم، لا يسعهم تركه ثم وثم إلى أن يفترض على جميع أهل الإسلام شرقا وغربا على هذا التدريج، ونظيره الصلاة على الميت، فإن من مات فى ناحية من نواحى البلد فعلى جيرانه وأهل محلته أن يقوموا بأسبابه وليس على من كان ببعد من الميت أن يقوم بذلك، وإن كان الذى ببعد من الميت يعلم أن أهل محلته يضيعون حقوقه أو يعجزون عنه كان عليه أن يقوم بحقوقه، كذا هنا اه.

مطلب طاعة الوالدين فرض عين

(قوله لا يفرض على صبى) فى الذخيرة للأب أن يأذن للمراهق بالقتال، وإن خاف عليه القتل وقال السعدى لابد أن لا يخاف عليه فإن خاف قتله لم يأذن له نهر (قوله وبالغ له أبوان) مفاده أنهما لا يأثمان فى منعه، وإلا لكان له الخروج حتى يبطل عنهما الاثم، مع أنهما فى سعة من منعه إذا كان يدخلهما من ذلك مشقة شديدة، وشمل الكافرين أيضا أو أحدهما إذا كره خروجه مخافة ومشقة وإلا بل لكراهة قتال أهل دينه، فلا يطيعه مالم يخف عليه الضيعة إذ لو كان معسرا محتاجا إلى خدمته فرضت عليه ولو كافرا وليس من الصواب ترك فرض عين

أو أحدهما لأن طاعتهما فرض عين وقال عليه الصلاة والسلام للعباس بن مرداس لما أراد الجهاد « الزم أمك فإن الجنة تحت رجل أمك » سراج وفيه لايحل سفر فيه خطر إلا بإذنهما . ومالا خطر فيه يحل بلا إذن ومنه السفر فى طلب العلم (وعبد وامرأة) لحق المولى والزوج ومفاده وجوبه لو أمرها الزوج به فتح . وعلى غير المزوجة نهر :
قلت : تعليل الشمنى بضعف بنيتها يفيد خلافه وفى البحر : إنما يلزمها أمره فيما يرجع إلى النكاح وتوابعه

ليتوصل إلى فرض كفاية ولو مات أبواه فأذن له جده لأبيه وجدته لأمه ، ولم يأذن له الآخران : أى أبو الأم وأم الأب فلا بأس بخروجه لقيام أب الأب وأم الأم مقام الأب والأم عند فقدهما ، والآخران كباقى الأجانب إلا إذا عدم الأولان : فالمستحب : أن لايخرج إلا بإذنهما ، ولو له أم وأم أب ، فالإذن لأم الأم بدليل تقدمها فى الحضانة ، ولأن الأخرى لاتقوم مقام الأب ، ولو له أب وأم أب لاينبغى الخروج بلا إذنها لأنها كالأم لأن حق الحضانة لها ، وأما غير هؤلاء كالزوجة والأولاد والأخوات والأعمام فإنه يخرج بلا إذنهم إلا إذا كانت نفقتهم واجبة عليه وخاف عليهم الضيعة اهـ ملخصا من شرح السير الكبير (قوله لأن طاعتهما فرض عين) أى والجهاد لم يتعين فكان مراعاة فرض العين أولى ، كما فى التجنيس ، وأخذ منه فى البحر كراهة الخروج بلا إذنهما ، واعترض على قول الفتح إنه يحرم .

قلت : وفيه نظر فإن الأولى هنا بمعنى الأقوى والأرجح أى أن الأقوى مراعاة فرض العين لقوته ورجحانه على فرض الكفاية ، فحيث ثبت أنه فرض كان خلافه حراما ، ولذا قال السرخسى : فعليه أن يقدم الأقوى . نعم قدمنا آنفا عنه فى الجد والجدة الفاسدين أن المستحب أن لايخرج إلا بإذنهما (قوله وقال عليه الصلاة والسلام الخ) دليل آخر على تقديم الوالدين ، وقدمنا الحديث المتفق عليه وفيه تقديم برهما على الجهاد ، وفى صحيح البخارى فى الرجل الذى جاء يستأذن النبى صلى الله عليه وسلم فى الجهاد قال «أحى والداك ؟» قال : نعم قال ففيهما فجاهد» وذكر بعضهم أن ذلك الرجل هو جاهمة بن العباس بن مرداس ، ثم رأيت فى شرح السير الكبير قال : وذكر عن ابن عباس بن مرداس أنه قال يارسول الله إنى أريد الجهاد قال « ألك أم ؟ قال : نعم قال الزم أمك » الخ (قوله تحت رجل أمك) هو فى معنى حديث «الجنة تحت أقدام الأمهات» ولعل المراد منه والله تعالى أعلم تقبيل رجلها أو هو كناية عن التواضع لها وأطلقت الجنة على سبب دخولها (قوله فيه خطر) كالجهاد وسفر البحر والخطر بالخاء المعجمة والطاء المهملة المفتوحتين الإشراف على الهلاك كما فى ط عن القاموس (قوله ومالا خطر) كالسفر للتجارة والحج والعمرة يحل بلا إذن إلا إن خيف عليهما الضيعة سرخسى (قوله ومنه السفر فى طلب العلم) لأنه أولى من التجارة إذا كان الطريق آمنا ولم يخف عليهما الضيعة سرخسى (قوله ومفاده الخ) أى تعليل عدم وجوبه كفاية على العبد والمرأة بكونه حق المولى ، والزوج أى حق مخلوق فيقدم على حق الخالق ، لاحتياج المخلوق واستغناء الخالق تعالى يفيد وجوبه كفاية على المرأة لو أمرها به الزوج لارتفاع المانع من حق الخالق تعالى ، وكذا غير المزوجة لعدم المانع من أصله ومثله العبد لو أمره به مولاه لكن سكت عنه لظهور وجوبه كفاية على العبد بإذن مولاه ، بخلاف المرأة ولو غير مزوجة ، لأنها ليست من أهل القتال لضعف بنيتها قال فى الهداية فى فصل قسمة الغنيمة : ولهذا أى لعجزها عن الجهاد لم يلحقها فرضه ، ولأنها عورة كما فى القهستانى عن المحيط قال فلا يخص المزوجة كما ظن ، وبه ظهر الفرق وهو أن عدم وجوبه على العبد لحق المولى فإذا زال حقه بإذنه ثبت الوجوب ، بخلاف المرأة فإنه ليس لحق الزوج بل لكونها ليست من أهله ولذا لم يجب على غير المزوجة (قوله وفى البحر الخ) مراد صاحب البحر مناقشة الفتح فى دعواه الوجوب على المرأة لو أمرها الزوج بناء على أن المراد وجوبه عليها بسبب

(وأعمى ومقعد) أى أعرج فتح (وأقطع) لعجزهم (ومديون بغير إذن غريمه) بل وكفيله أيضا لو بأمره تجنيس، ولو بالنفس نهر: وهذا فى الحالّ، أما المؤجل فله الخروج إن علم برجوعه قبل حلوله ذخيرة (وعالم ليس فى البلدة أفقه منه) فليس له الغزو خوف ضياعهم سراجية، وعمم فى البزازية السفر، ولايخفى أن المقيد يفيد غيره بالأولى (وفرض عين

أمره لها، وفيه أن مراده الوجوب بأمره تعالى لابأمر الزوج، بل هو إذن وفك للحجر كما أفاده ح وقد علمت عدم وجوبه عليها أصلا إلا إذا هجم العدو كما يأتى (قوله أى أعرج) نقله فى الفتح عن ديوان الأدب، وهو المناسب لقوله: وأقطع، وفى المغرب أنه الذى أقعده الداء عن الحركة وعند الأطباء هو الزمن وقيل المقعد المتشنج الأعضاء والزمن الذى طال مرضه اه (قوله وأقطع) هو المقطوع اليد والجمع قطعان كأسود وسودان صحاح (قوله لعجزهم) لقوله تعالى — ليس على الأعمى حرج — فإنها نزلت فى أصحاب الأعذار زيلعى، وفيه إشعار بأن من عجز عنه لسبب من الأسباب لم يفرض عليه كما أشير إليه فى الاختيار قهستانى (قوله ومديون بغير إذن غريمه) أى ولو لم يكن عنده وفاء، لأنه تعلق به حق الغريم تجنيس، فلو أذن له الدائن ولم يبرئه فالمستحب الإقامة لقضاء الدين لأن البدء بالأوجب أولى. فإن خرج فلا بأس ذخيرة ولو الدائن غائبا فأوصى بقضاء دينه إن مات فلا بأس بالخروج لوله وفاء، وإلا فالأولى الإقامة لقضاء دينه هندية وكذا لو كان عنده وديعة ربها غائب فأوصى إلى رجل بدفعها إلى ربها فله الخروج بحر عن التاترخانية (قوله لو بأمره) أى لأنه حينئذ يثبت له الرجوع بما يؤدى عنه، بخلاف ما إذا كفله لابأمره، فإنه لارجوع للكفيل عليه، فلا يحتاج إلى استئذانه بل يستأذن الدائن فقط (قوله ولو بالنفس) لأن له عليه حقا بتسليم نفسه إليه إذا طلب منه، وقد صرحوا بأن للكفيل بالنفس منعه من السفر وتمامه فى النهر على خلاف مابحثه فى البحر (قوله فله الخروج) أى بلا إذن الكفيل لعدم توجه المطالبة بقضاء الدين، لكن الأفضل الإقامة لقضائه ذخيرة (قوله إن علم) أى بطريق الظاهر ذخيرة (قوله فليس له الغزو الخ) لما كان المتن صادقا بجواز خروجه زاد قوله: فليس الخ ليفيد أنه لايخرج ط.

قلت: وظاهر التعليل بخوف ضياعهم جواز خروجه لو كان فى البلدة من يساويه تأمل (قوله وعمم فى البزازية السفر) يعنى أطلقه حيث قال أراد السفر (قوله ولايخفى أن المقيد) وهو منعه عن سفر الغزو يفيد غيره بالأولى أى يفيد منعه عن سفر غير الغزو بالأولى، لأن الغزو فرض كفاية، فإذا منع منه يمنع من غيره كسفر التجارة وحج النفل. وأما السفر لحج الفرض أو الغزو إذا هجم العدو، فهو غير مراد قطعا فلا حاجة إلى استثنائه على أن فى دعوى الأولوية نظرا لأن منعه من سفر الغزو لما فيه من الخطر، ولا يلزم منه منعه مما لاخطر فيه كما مر فى سفر الابن بلا إذن الأب فإنه يمنع عن سفره للجهاد لا للتجارة وطلب العلم لما قلنا. وأما مافى البزازية فقد يقال: إن المراد به السفر الطويل أو على قصد الرحيل: فإن فيه ضياعهم بخلاف غيره فافهم (قوله وفرض عين) أى على من يقرب من العدو، فإن عجزوا أو تكاسلوا فعلى من يليهم حتى يفترض على هذا التدريج على كل المسلمين شرقا وغربا كما مر فى عبارة الدرر عن الذخيرة: قال فى الفتح: وكان معناه إذا دام الحرب بقدر مايصل الأبعدون ويبلغهم الخبر وإلا فهو تكليف مالا يطاق، بخلاف إنقاذ الأسير وجوبه على الكل متجه من أهل المشرق والمغرب ممن علم ويجب أن لايأثم من عزم على الخروج، وقعوده لعدم خروج الناس، وتكاسلهم أو قعود السلطان أو منعه اه وفى البزازية: مسلمة سبيت بالمشرق وجب على أهل المغرب تخليصها من الأسر مالم

إن هجم العدو فيخرج الكل ولو بلا إذن) ويأثم الزوج ونحوه بالمنع ذخيرة (ولابد) لفرضيته (من) قيد آخر وهو (الاستطاعة) فلا يخرج المريض الدنف ، أما من يقدر على الخروج ، دون الدفع ينبغى أن يخرج لتكثير السواد إرهابا فتح .

وفى السراج وشرط لوجوبه : القدرة على السلاح لاأمن الطريق ، فإن علم أنه إذا حارب قتل وإن لم يحارب أسر لم يلزمه القتال (ويقبل خبر المستنفر ومنادى السلطان ولو) كان كل منهما (فاسقا) لأنه خبر يشتهر فى الحال ذخيرة (وكره الجعل) أى أخذ المال من الناس لأجل الغزاة (مع الفىء) أى مع وجود شىء فى بيت المال درر .

تدخل دار الحرب وفى الذخيرة يجب على من لهم قوة اتباعهم لأخذ مابأيديهم من النساء والزرارى وإن دخلوا دار الحرب مالم يبلغوا حصونهم ، ولهم أن لايتبعوهم للمال (قوله إن هجم العدو) أى دخل بلدة بغتة ، وهذه الحالة تسمى النفير العام قال فى الاختيار : والنفير العام أن يحتاج إلى جميع المسلمين (قوله فيخرج الكل) أى كل من ذكر من المرأة والعبد والمديون وغيرهم قال السرخسى ، وكذلك الغلمان الذين لم يبلغوا إذا أطاقوا القتال فلا بأس بأن يخرجوا ويقاتلوا فى النفير العام وإن كره ذلك الآباء والأمهات (قوله المدنف) بالبناء للمجهول أى الذى لازمه المرض وفى ح عن جامع اللغة الدنف المرض الملازم ؛ وفى المصباح دنف دنفا من باب تعب فهو دنف إذا لازمه المرض وأدنفه المرض ، وأدنف هو يتعدى ولا يتعدى اه (قوله وشرط لوجوبه القدرة على السلاح) أى وعلى القتال وملك الزاد والراحلة كما فى قاضيخان وغيره قهستانى وقدمنا عنه اشتراط العلم أيضا (قوله لاأمن الطريق) أى من قطاع أو محاربين ، فيخرجون إلى النفير ، ويقاتلون بطريقهم أيضا حيث أمكن وإلا سقط الوجوب لأن الطاعة بحسب الطاقة تأمل .

مطلب إذا علم أنه يقتل يجوز له أن يقاتل بشرط أن ينكى فيهم وإلا فلا بخلاف الأمر بالمعروف

(قوله لم يلزمه القتال) يشير إلى أنه لو قاتل حتى قتل جاز ، لكن ذكر فى شرح السير أنه لابأس أن يحمل الرجل وحده وإن ظن أنه يقتل إذا كان يصنع شيئا بقتل أو بجرح أو بهزم فقد فعل ذلك جماعة من الصحابة بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد ومدحهم على ذلك فأما إذا علم أنه لاينكى فيهم فإنه لايحل له أن يحمل عليهم ، لأنه لايحصل بحملته شىء من إعزاز الدين ، بخلاف نهى فسقة المسلمين عن منكر إذا علم أنهم لايمتنعون بل يقتلونه فإنه لابأس بالإقدام ، وإن رخص له السكوت لأن المسلمين يعتقدون مايأمرهم به فلابد أن يكون فعله مؤثرا فى باطنهم بخلاف الكفار (قوله ويقبل خبر المستنفر) أى طالب النفر وهو الخروج للغزو أفاده الشلبى ويقبل خبر العبد فيه كما فى شرح الملتقى ط (قوله لأنه خبر يشتهر فى الحال) أى فلا يكون الوجوب مبنيا على خبر الفاسق فقط ، أو المراد أن خوف الاشتهار قرينة على صدقه تأمل (قوله وكره الجعل) بضم الجيم وهو ما يجعل للإنسان فى مقابلة شىء يفعله والمراد هنا أن يكلف الإمام الناس بأن يقوى بعضهم بعضا بالكراع أى الخيل والسلاح وغير ذلك من النفقة والزاد نهر وعلل الكراهة فى الهداية بقوله لأنه يشبه الأجر ، ولا ضرورة إليه ، لأن مال بيت المال معد لنوائب المسلمين اه والثانى : يوجب ثبوت الكراهة على الإمام فقط والأول يوجبها على الغازى ، وعلى الإمام كراهة تسببه فى المكروه كما فى الفتح ، وظاهره أن الكراهة تحريمية لقول الفتح : إن حقيقة الأجر على الطاعة حرام فما يشبهه مكروه اه قيل إن هذا إنما يظهر على قول المتقدمين :

قلت : لايخفى فساده بل هو على قول الكل ، لأن المتأخرين إنما أجازوا الأجر على أشياء خاصة نصوا عليها

وصدر الشريعة ، ومفاده : أن الفىء هنا يعم الغنيمة فليحفظ (وإلا لا) لدفع الضرر الأعلى بالأدنى (فإن حاصرناهم دعوناهم إلى الإسلام فإن أسلموا) فبها (وإلا فإلى الجزية) لو محلا لها كما سيجىء (فإن قبلوا ذلك فلهم مالنا) من الإنصاف (وعليهم ماعلينا) من الانتصاف فخرج العبادات إذ الكفار لايخاطبون بها عندنا

من الطاعات وهى : التعليم والأذان والإمامة لاعلى كل طاعة ، وإلا لشمل نحو الصوم والصلاة ولا قائل به كما نبهنا عليه غير مرة ، وسيأتى بيانه إن شاء الله تعالى فى الإجارات ، وأوضحناه فى رسالتنا شفاء العليل وبل الغليل فى أخذ الأجرة على الختمات والتهاليل فافهم (قوله ومفاده الخ) أى مفاد تفسير الفىء بما ذكر من وجود شىء الخ ونحوه فى الذخيرة ، وغاية البيان وقيد بقوله هنا لأن حقيقة الفىء كما فى الفتح مايؤخذ بغير قتال كالخراج ، والجزية أما المأخوذ بقتال فيسمى غنيمة كما يأتى فى الفصل الآتى ولاتتقيد الكراهة بوجود الفىء فقط ، وهو الحق كما فى المنح والبحر . وقال لجواز الاستقراض من بقية الأنواع ، ولذا لم يذكر الفىء فى بعض المعتبرات ، وإنما ذكر مال بيت المال اه وسيأتى فى آخر فصل الجزية بيان مصارف بيت المال ، وتقدمت منظومة فى باب العشر من كتاب الزكاة (قوله وإلا لا) أى وإن لم يوجد شىء فى بيت المال لايكره الجعل للضرورة (قوله لدفع الضرر الأعلى) وهو تعدى شر الكفار إلى المسلمين فتح (قوله بالأدنى) وهو الجعل المذكور ، فيلتزم الضرر الخاص لدفع الضرر العام:

[تنبيه] من قدر على الجهاد بنفسه وماله لزمه ولا ينبغى له أخذ الجعل ، ومن عجز عن الخروج وله مال ينبغى أن يبعث غيره عنه بماله وعكسه إن أعطاه الإمام كفايته من بيت المال لاينبغى له أن يأخذ من غيره جعلا ، وإذا قال القاعد للغازى : خذ هذا المال لتغزو به عنى لايجوز لأنه استئجار على الجهاد بخلاف قوله : فاغز به ومثله الحج وللغازى أن يترك بعض الجعل لنفقة عياله ، لأنه لايتهيأ له الخروج إلا به وتمامه فى البحر (قوله دعوناهم إلى الإسلام) أى ندبا إن بلغتهم الدعوة ، وإلا فوجوبا مالم يتضمن ضررا كما يأتى (قوله فإن أسلموا) أى بالتلفظ بالشهادتين على تفصيل ذكره فى البحر هنا وسيذكره الشارح فى آخر باب المرتد مع التبرى عن دينه ، لو كان كتابيا على ماسيأتى بيانه هناك إن شاء الله تعالى ، وقد يكون الإسلام بالفعل كالصلاة بالجماعة والحج وتمامه فى البحر وتقدم ذلك منظوما فى أول كتاب الصلاة وأشبعنا الكلام عليه ثمة (قوله فبها) أى فبالخصلة الكاملة أخذوا ونعمت الخصلة (قوله ولو محلا لها) بأن لم يكونوا مرتدين ولا من مشركى العرب كما يأتى بيانه فى فصل الجزية قال فى النهر : وينبغى للإمام أن يبين لهم مقدار الجزية ووقت وجوبها والتفاوت بين الغنى والفقير فى مقدارها (قوله فلهم مالنا من الانصاف الخ) أى المعاملة بالعدل والقسط والانتصاف الأخذ بالعدل قال فى المنح : والمراد أنه يجب لهم علينا ويجب لنا عليهم ، لو تعرضنا لدمائهم وأموالهم أو تعرضوا لدمائنا وأموالنا مايجب لبعضنا على بعض عند التعرض اه وفى البحر وسيأتى فى البيوع استثناء عقدهم على الخمر والخنزير فإنه كعقدنا على العصير والشاة وقدمنا أن الذمى مؤاخذ بالحدود والقصاص إلا حد الشرب ومر فى النكاح لو اعتقدوا جوازه بلا مهر أو شهود أو فى عدة لتركهم وما يدينون بخلاف الربا اه (قوله فخرج) أى بالتقييد بالإنصاف والانتصاف .

مطلب فى أن الكفار مخاطبون ندبا

(قوله إذ الكفار لايخاطبون بها عندنا) الذى تحرر فى المنار وشرحه لصاحب البحر أنهم مخاطبون بالإيمان ، وبالعقوبات سوى حد الشرب ، والمعاملات وأما العبادات فقال السمرقنديون : إنهم غير مخاطبين بها أداء واعتقادا قال البخاريون : إنهم غير مخاطبين بها أداء فقط وقال العراقيون إنهم مخاطبون بهما فيعاقبون عليهما وهو المعتمد اهح

ويؤيده قول عليّ رضى الله عنه : إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا (ولا) يحل لنا أن (نقاتل من لاتبلغه الدعوة) بفتح الدال (إلى الإسلام) وهو وإن اشتهر فى زماننا شرقا وغربا لكن لاشك أن فى بلاد الله من لاشعور له بذلك بقى لو بلغه الإسلام لاالجزية ففى التتارخانية : لاينبغى قتالهم حتى يدعوهم إلى الجزية نهر خلافا لما نقله المصنف (وندعو ندبا من بلغته إلا إذا تضمن ذلك ضررا) ولو بغلبة الظن كأن يستعدون أو يتحصنون فلا يفعل فتح (وإلا) يقبلوا الجزية (نستعين بالله ونحاربهم بنصب المجانيق وحرقهم وغرقهم وقطع أشجارهم) ولو مثمرة وإفساد زروعهم إلا إذا غلب على الظن ظفرنا فيكره فتح (ورميهم) بنبل ونحوه (وإن تترسوا ببعضنا) ولو تترسوا بنبيّ سئل ذلك النبيّ (ونقصدهم) أى الكفار (وما أصيب منهم) أى من المسلمين (لادية فيه ولا كفارة) لأن الفروض لاتقرن بالغرامات (ولو فتح الإمام بلدة وفيها مسلم أو ذمى لا يحل قتل أحد منهم

(قوله ويؤيده) أى يؤيد ماذكر من التقييد بالإنصاف والانتصاف ، أو يؤيد خروج العبادات .

وحاصله : أن لهم حكمنا فى العقوبات والمعاملات إلا ما استثنى دون الإيمان والعبادات فلا نطالبهم بهما وإن عوقبوا عليهما فى الآخرة (قوله ولا يحل لنا الخ) لأن بالدعوة يعلمون أنا مانقاتلهم على أموالهم وسبى عيالهم فربما يجيبون إلى المقصود بلا قتال ، فلا بد من الاستعلام فتح فلو قاتلهم قبل الدعوة أثم للنهى ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين أو الإحراز بالدار ، فصار كقتل النسوان والصبيان بحر (قوله من لاتبلغه) الأولى من لم ط (قوله بفتح الدال) قال فى شرحه على الملتقى : الدعوة هنا بفتح الدال وكذا فى الدعوة إلى الطعام وأما فى النسب فبالكسر كذا قاله الباقانى لكن ذكر غيره أنها فى دار الحرب بالضم (قوله وهو) أى الإسلام (قوله لاينبغى الخ) الظاهر أنه بمعنى لايحل كما يأتى نظيره (قوله خلافا لما نقله المصنف) الأولى تقديمه على قوله بقى الخ أى لايحل فى زماننا أيضا خلافا لما نقله المصنف عن الينابيع من أن ذلك فى ابتداء الإسلام ، وأما الآن فقد فاض واشتهر ، فيكون الإمام مخيرا بين البعث إليهم وتركه اهـ. قال فى الفتح : ويجب أن المدار غلبة ظن أن هؤلاء لم تبلغهم الدعوة (قوله إلا إذا تضمن ذلك ضررا) ذكروا هذا الاستثناء فى الاستحباب مع إمكانه فى الوجوب أيضا ط زاد فى شرح الملتقى عن المحيط : أن يطمع فيهم مايدعوهم إليه ط (قوله كأن يستعدون الخ) المناسب إسقاط النون لأنه منصوب بأن المصدرية (قوله بنصب المجانيق) أى على حصونهم لأنه عليه الصلاة والسلام نصبها على الطائف رواه الترمذى نهر ، وهو جمع منجنيق بفتح الميم عند الأكثر وإسكان النون الأولى وكسر الثانية فارسية معربة تذكر وتأنيثها أحسن وهى آلة ترمى بها الحجارة الكبار قلت : وقد تركت اليوم للاستغناء عنها بالمدافع الحادثة (قوله وحرقهم) أراد حرق دورهم وأمتعتهم قاله العينى : والظاهر أن المراد حرق ذاتهم بالمجانيق وإذا جازت محاربتهم بحرقهم فما لهم أولى نهر ، وقوله : بالمجانيق أى برمى النار بها عليهم ، لكن جواز التحريق والتغريق مقيد كما فى شرح السير بما إذا لم يتمكنوا من الظفر بهم بدون ذلك ، بلا مشقة عظيمة فإن تمكنوا بدونها فلا يجوز ، لأن فيه إهلاك أطفالهم ونسائهم ومن عندهم من المسلمين (قوله إلا إذا غلب الخ) كذا قيد فى الفتح إطلاق المتون ، وتبعه فى البحر والنهر ، وعلله بأنه إفساد فى غير محل الحاجة وما أبيح إلا لها ولا يخفى حسنه لأن المقصود كسر شوكتهم وإلحاق الغيظ بهم فإذا غلب الظن بحصول ذلك بدون إتلاف وأنه يصير لنا لا نتلفه (قوله ونحوه) كرصاص وقد استغنى به عن النبل فى زماننا (قوله سئل ذلك النبى) كذا نقله فى النهر عن أبى الليث أى بأن نقول له هل نرى أم لا ونعمل بقوله ، ولم يذكر ما إذا لم يمكن سؤاله (قوله وما أصيب منهم) أى إذا قصدنا الكفار بالرمى ، وأصبنا أحدا من المسلمين الذين تترس الكفار بهم لانضمنه ، وذكر السرخسى أن القول للرامى بيمينه فى أنه قصد الكفار لا لولى المسلم المقتول أنه تعمد قتله (قوله لأن الفروض لا تقرن بالغرامات) أى كما لو مات المحدود بالجلد ، أو القطع

أصلا ولو أخرج واحد) ما (حل) حينئذ (قتل الباقين) لجواز كون المخرج هو ذاك فتح (ونهينا عن إخراج مايجب تعظيمه ويحرم الاستخفاف به كمصحف وكتب فقه وحديث وامرأة) ولوعجوزا لمداواة هوالأصح ذخيرة وأراد بالنهى مافى مسلم «لا تسافروا بالقرآن فى أرض العدو» (إلا فى جيش يؤمن عليه) فلا كراهة لكن إخراج العجائز والإمام أولى (وإذا دخل مسلم إليهم بأمان جاز حمل المصحف معه إذا كانوا يوفون بالعهد) لأن الظاهر عدم تعرضهم هداية (و) نهينا (عن غدر

وأورد المضطر إلى أكل مال الغير فإنه مضمون ، وأجاب عنه فى الفتح بأن المذهب عندنا أنه لايجب عليه أكله فلم يكن فرضا فهو كالمباح يتقيد بشرط السلامة كالمرور فى الطريق (قوله ولو أخرج واحد ما) أراد بالإخراج مايعم الخروج وزاد لفظ ما للتعميم ، فالمراد أى رجل كان لابقيد كونه مسلما أو ذميا فى نفس الأمر أو بتغليب الظن ولذا قال محمد ولو أخرج واحد من عرض الناس (قوله لجواز كون المخرج هو ذاك) فصار فى كون المسلم فى الباقى شك ، بخلاف الحالة الأولى فان كون المسلم والذمى فيهم معلوم بالفرض فوقع الفرق فتح ه

قلت : ونظير هذه المسألة مالو تنجس بعض الثوب فغسل طرفا منه ولو بلا تحر فإنه يصح أن يصلى به إذا لم يبق متيقن النجاسة ، وهذا يرد على قولهم اليقين لايزول بالشك وقدمنا تحقيق المسألة فى الطهارة عن شرح المنية (قوله ويحرم الاستخفاف به) زاد ذلك وإن استلزمه ماقبله ، لأن ذلك علة النهى فإن إخراجه يؤدى إلى وقوعه فى يد العدو ، وفى ذلك تعريض لاستخفافهم به ، وهو حرام خلافا لقول الطحاوى إن ذلك إنما كان عند قلة المصاحف كى لاتنقطع عن أيدى الناس ، وأما اليوم فلا يكره (قوله وامرأة) أى وعن إخراج امرة ، فهو معطوف على ما (قوله هو الأصح) احتراز عن قول الطحاوى المذكور (قوله إلا فى جيش) أقله عند الإمام أربعمائة وأقل السرية عنده مائة كما رأيته فى الخانية ، وكذا فى الشرنبلالية نقلا عنها وعن العناية ، خلافا لما فى البحر عن الخانية من أن أقل السرية مائتان وتبعه فى النهر . قال فى الشرنبلالية : وما قاله ابن زياد من أن أقل السرية أربعمائة ، وأقل الجيش أربعة آلاف قاله من تلقاء نفسه نص عليه الشيخ أكمل الدين اه وفى الفتح : ينبغى أن يكون العسكر العظيم اثنى عشر ألفا لقوله عليه الصلاة والسلام « لن تغلب اثنا عشر ألفا من قلة » اه .

قلت : والتقييد بالقلة لأنها قد تغلب بسبب آخر كخيانة الأمراء فى زماننا .

[تتمة] فى الخانية : لاينبغى للمسلمين أن يفروا إذا كانوا اثنى عشر ألفا ، وإن كان العدو أكثر ، وذكر الحديث .

ثم قال : والحاصل أنه إذا غلب على ظنه أنه يغلب لا بأس بأن يفر ولا بأس للواحد إذا لم يكن معه سلاح أن يفر من اثنين لهما سلاح وذكر قبله ويكره للواحد القوى أن يفر من الكافرين والمائة من المائتين فى قول محمد، ولا بأس أن يفر الواحد من الثلاثة والمائة من ثلثمائة (قوله لكن الخ) قال فى الفتح : ثم الأولى فى إخراج النساء العجائز للطب والمداواة والسقى(١) دون الشواب ولو احتيج إلى المباضعة فالأولى إخراج الإماء دون الحرائر .

مطلب لفظ ينبغى يستعمل فى المندوب وغيره عند المتقدمين

(قوله ونهينا عن غدر الخ) عدل عن قول الهداية وغيرها وينبغى للمسلمين أن لا يغدروا لأن المشهور عند المتأخرين استعمال ينبغى بمعنى يندب ولا ينبغى بمعنى يكره تنزيها ، وإن كان فى عرف المتقدمين استعماله

---

(١) وفى السير الكبير : لابأس لأهل الثغور باتخاذ النساء والذرارى إن كانوا بحيث إذا نزل بهم العدو قدروا على دفعه أو على أن يخرجوهم إلى أرض الإسلام اه منه .

وغلول و) عن (مثله) بعد الظفر بهم أما قبله فلا بأس بها اختيار (و) عن قتل امرأة وغير مكلف وشيخ) خر (فان) لاصياح ولا نسل له فلا يقتل ولا إذا ارتد (وأعمى ومقعد) وزمن ومعتوه

فى أعم من ذلك وهو فى القرآن كثير —ماكان ينبغى لنا أن نتخذ من دونك من أولياء— قال فى المصباح : وينبغى أن يكون كذا معناه يجب أو يندب بحسن مافيه من الطالب اه .

مطلب فى بيان نسخ المثلة

(قوله عن غدر) أى نقض عهد وغلول بضم الغين الخيانة من المغنم قبل قسمته ومثله بضم الميم اسم مصدر مثل به من باب نصر أى قطع أطرافه وشوه به كذا فى جامع اللغة ح (قوله أما قبله فلا بأس بها) قال الزيلعى وهذا حسن ونظيره الإحراق بالنار ، وقيد جوازها قبله فى الفتح بما إذا وقعت قتالا كمبارز ضرب فقطع أذنه ثم ضرب ففقأ عينه ثم ضرب فقطع يده وأنفه ونحو ذلك اه ، وهو ظاهر فى أنه لو تمكن من كافر حال قيام الحرب ليس له أن يمثل به بل يقتله ، ومقتضى مافى الاختيار أن له ذلك كيف وقد علل بأنها أبلغ فى كبتهم وأضر بهم نهر .

[تنبيه] ثبت فى الصحيحين وغيرهما النهى عن المثلة فان كان متأخرا عن قصة العرنيين فالنسخ ظاهر ، وإن لم يدر فقد تعارض محرم ومبيح ، فيقدم المحرم ويتضمن الحكم بنسخ الآخر ، وأما من جنى على جماعة بأن قطع أنف رجل وأذنى رجل ويدى آخر ورجلى آخر وفقأ عينى آخر فإنه يقتص منه لكل ، لكن يستأنى بكل قصاص إلى برء ماقبله فهذه مثلة ضمنا لاقصدا ، وإنما يظهر أثر النهى والنسخ فيمن مثل بشخص حتى قتله فمقتضى النسخ أن يقتل به ابتداء ولا يمثل به فتح ملخصا (قوله وغير مكلف) كالصبى والمجنون (قوله وشيخ خر فان) أصل المتن وشيخ فان لكن زاد الشارح لفظة خر فيكون عطف خاص على عام قال فى الفتح : ثم المراد بالشيخ الفانى الذى لايقتل من لايقدر على القتال ، ولا الصياح عند التقاء الصفين ولا على الإحبال ، لأنه يجىء منه الولد فيكثر محارب المسلمين ذكره فى الذخيرة زاد الشيخ أبو بكر الرازى أنه إذا كان كامل العقل نقتله ، ومثله نقتله إذا ارتد ، والذى لانقتله الشيخ الفانى الذى خرف وزال عن حدود العقلاء والمميزين فهذا لانقتله ولا إذا ارتد اه .

قلت : ومقتضى كلام الرازى أنه إذا كان كامل العقل يقتل وإن لم يقدر على القتال والصياح والإحبال ، ومقتضى مافى الذخيرة أنه إذا لم يقدر على ذلك لايقتل ، وإن كان كامل العقل ، وهذا هو الموافق لما فى شرح السير الكبير وهذا الظاهر ، لأنه إذا كان عاقلا لكنه لايقدر على شىء مما ذكر يكون فى معنى المرأة والراغب بل أولى :

فصار الحاصل : أن الشيخ الفانى إن كان خر فان زائل العقل لايقتل ، وإن كان له صياح ونسل لأنه فى حكم المجنون ، وإن كان عاقلا لايقتل أيضا إن لم يقدر على القتال ونحوه وبه تعلم مافى كلام الشارح من عدم الانتظام وكان عليه أن يقول وشيخ فان لاصياح ، ولا نسل له أو خر فان لايعقل فلا يقتل ولا إذا ارتد ، والمراد بمن لا صياح له من لايحرض على القتال بصياحه عند التقاء الصفين (قوله ومقعد وزمن) وكذا من فى معناهما كيابس الشق ومقطوع اليمنى أو من خلاف لكن نظر فيه فى الشرنبلالية بأنه لاينزل عن رتبة الشيخ القادر على الإحبال أو الصياح اه .

قلت : ومثله يقال فى المرأة والصبى والأعمى . وقد يجاب بأنه يندفع مايحذر منهم بإخراجهم إلى دارنا

وراهب وأهل كنائس لم يخالطوا الناس (إلا أن يكون أحدهم ملكا) أو مقاتلا (أو ذا رأى) أو مال (فى الحرب ، ولو قتل من لايحل قتله) ممن ذكر (فعليه التوبة والاستغفار فقط) كسائر المعاصى ، لأن دم الكافر لايتقوّم إلا بالأمان ولم يوجد ، ثم لايتركونهم فى دار الحرب ، بل يحملونهم تكثيرا للفىء وتمامه فى السراج وسيجىء [فرعان: الأول] لابأس بحمل رأس المشرك لو فيه غيظهم وفيه فراغ قلبنا ، وقد حمل ابن مسعود يوم بدر رأس أبى جهل وألقاها بين يديه عليه الصلاة والسلام فقال النبى عليه الصلاة والسلام « الله أكبر هذا فرعونى وفرعون أمتى كان شره علىّ وعلى أمتى أعظم من شر فرعون على موسى وأمته » ظهيرية [الثانى] لا بأس بنبش قبورهم طلبا للمال تتارخانية ، وعبارة الخانية قبور الكفار فعمت الذمى (ولا) يحل للفرع أن (يبدأ أصله المشرك بقتل)

لما يأتى من أن من لا يقتل يحمل إلى دارنا سوى الشيخ الفانى عادم النفع بالكلية وتمامه فيما علقناه على البحر (قوله وراهب الخ) قال فى الفتح وفى السير الكبير : لايقتل الراهب فى صومعته ، ولا أهل الكنائس الذين لايخالطون الناس ، فان خالطوا قتلوا كالقسيس والذى يجن ويفيق يقتل فى حال إفاقته وإن لم يقاتل اهقال فى الجوهرة : وكذا يجوز قتل الأخرس والأصم وأقطع اليد اليسرى أو إحدى الرجلين لأنه يمكنه أن يقاتل راكبا وكذا المرأة إذا قاتلت (قوله إلا أن يكون الخ) قال فى الفتح استثناء من حكم عدم القتل ، ولا خلاف فى هذا لأحد وصح أمره عليه الصلاة والسلام بقتل دريد بن الصمة وكان عمره مائة وعشرين عاما أو أكثر ، وقد عمى لما جىء به فى جيش هوازن للرأى وكذا يقتل من قاتل من كل من قلنا إنه لايقتل كالمجنون والصبى والمرأة إلا أن الصبى والمجنون يقتلان فى حال قتالها ، أما غيرهما من النساء والرهبان وغيرهم فإنهم يقتلون إذا قاتلوا بعد الأسر ، والمرأة الملكة تقتل وإن لم تقاتل وكذا الصبى الملك لأن فى قتل الملك كسر شوكتهم ، وقيد فى الجوهرة الصبى الملك بما إذا كان حاضرا (قوله فى الحرب) متعلق برأى ومال على تأويل المال بالإنفاق (قوله ثم لايتركونهم الخ) أى ينبغى أن لايتركوا من ذكر ممن لايقتل بل يحملونهم إلى دار الإسلام إذا كان بالمسلمين قوة على ذلك لما ذكر ، ولئلا يولد لهم فيكون فى تركهم عون على المسلمين ، وكذلك الصبيان يبلغون فيقاتلون ، وأما الشيخ الفانى الذى لايقاتل ولا يلقح ولا رأى له ، فان شاءوا تركوه إذ لانفع فيه للكفار أو حملوه ليفادى به أسرى المسلمين على قول من يرى المفاداة وعلى القول الآخر لا فائدة فى حمله ، ومثله العجوز التى لاتلد منح عن السراج ملخصا والمعتمد القول بالمفاداة كما سيذكره فى الباب الآتى ، وكذلك الرهبان وأصحاب الصوامع إذا كانوا لايتزوجون بحر : أى ولا يخالطون وبه وفق بعض المشايخ بين هذا ورواية أنهم يقتلون أفاده القهستانى عن المحيط (قوله وسيجىء) أى فى الباب الآتى (قوله وفيه فراغ قلبنا) أى باندفاع شره عنا لاشتهار قتله بذلك (قوله وقد حمل الخ) وكذا فعل عبد الله ابن أنيس بسفيان بن عبد الله ومحمد بن مسلمة بكعب بن الأشرف كما بسطه السرخسى وقال عليه أكثر مشايخنا لو فيه غيظهم وفراغ قلبنا بأن يكون المقتول من قواد المشركين أو عظماء المبارزين اه (قوله وعبارة الخانية الخ) قال فى النهر : ولم أر نبش قبور أهل الذمة ويجب أن يقال إن تحقق ذلك ولم يكن له وارث إلا بيت المال جاز نبشه ، ثم نقل مافى الخانية وقال هذا يعم الذمى اه لكن لايخفى أن مافى الخانية ليس فيه التقييد بتحقق المال ، بل الظاهر أن المراد عند توهم ذلك لأنه عند التحقق يجوز النبش فى المسلم لحق آدمى كسقوط متاع أو تكفين بثوب مغصوب أو دفن مال معه ولو درهما كما فى جنائز البحر فافهم (قوله أن يبدأ أصله المشرك) لأنه يجب عليه إحياؤه بالانفاق فيناقضه الإطلاق فى إفنائه هداية ، والأولى التعليل بأنه كان سبب إيجاده لما يأتى قريبا قيد بالبدء احترازا عما لو قصد الأصل قتله كما يأتى وبالأصل احترازا عن الفرع المشرك وإن سفل فالأب أن يبتدىء بقتله وكذا سائر القرابات كما فى البحر والنهر ، وعدل عن تعبير الكنز بالأب ، لأن أمه وأجداده

كما لايبدأ قريبه الباغى (ويمتنع الفرع) عن قتله بل يشغله (ل) لأجل أن (يقتله غيره) فإن فقد قتله (ولو قتله فهدر) لعدم العاصم (ولو قصد الأصل قتله ولم يمكن دفعه إلا بقتله قتله) لجواز الدفع مطلقا (ويجوز الصلح) على ترك الجهاد (معهم بمال) منهم أو منا (لو خيرا) لقوله تعالى — وإن جنحوا للسلم فاجنح لها — (ونلبذ) أى نعلمهم بنقض الصلح تحرزا عن الغدر المحرم (لو خيرا) لفعله عليه الصلاة والسلام بأهل مكة

وجدانه من قبل الأب والأم كالأب (قوله كما لايبدأ قريبه الباغى) أشار إلى فائدة التقييد بالمشرك وهى أنه لوكان المحارب باغيا لايتقيد بكونه أصلا بل يعم الأخ وغيره قال فى البحر ، لأنه يجب عليه إحياؤه بالإنفاق عليه لاتحاد الدين فكذا بترك القتل اهـ .

قلت : ومفادة تقييد القريب بالرحم المحرم لأنه لايجب عليه أن ينفق على غيره ، لكن يرد أنه يجب عليه الانفاق على فرعه المشرك : ويجاب بأن ذاك فى غير الحربى ، لأنه لايجب الانفاق على الأصول والفروع الحربيين كمامر فى بابه لكن يلزم منه أن يكون له بدء أصله بالقتل ، وأن لايصح التعليل المار عن الهداية بأنه يجب عليه إحياؤه بالانفاق كما أورده فى الحواشى السعدية فالأولى التعليل بما ذكره فى شرح السير أن الأب كان سبب إيجاده فلايكون سبب إعدامه بالقصد إلى قتله كما قدمناه (قوله بل يشغله) أى بالمحاربة بأن يعرقب فرسه ، أو يطرحه عنها أو يلجئه إلى مكان ولا ينبغى أن ينصرف عنه ويتركه نهر (قوله فإن فقد قتله) أى إذا لم يكن ثمة غيره قتله كذا قاله فى النهر ، ولم أره لغيره . وعبارة الزيلعى وإن لم يكن ثمة من يقتله لايمكنه من الرجوع ، حتى لايعود حربا على المسلمين ولكنه يلجئه إلى مكان يستمسك به حتى يجىء غيره فيقتله (قوله ولو قتله فهدر) أى باطل لادية فيه ولاقصاص نعم عليه التوبة والاستغفار كما فى شرح الملتقى (قوله لجواز الدفع مطلقا) أى ولو كان الأب مسلما فإنه إذا أراد قتل ابنه ، ولايتمكن من التخلص منه إلا بقتله كان له قتله لتعينه طريقا لدفع شره فهنا أولى ، ولو كانا فى سفر وعطشا ومع الابن ماء يكفى لنجاة أحدهما كان للابن شربه ولو كان الأب يموت وينبغى أنه لو سمع أباه المشرك يذكر الله تعالى أو رسوله بسوء أن يكون له قتله لما روى «أن أبا عبيدة بن الجراح قتل أباه حين سمعه يسب النبى صلى الله عليه وسلم وشرف وكرم ، فلم ينكر النبى صلى الله عليه وسلم ذلك» كذا فى الفتح (قوله بمال منهم) ويصرف مصارف الخراج والجزية إن كان قبل النزول بساحتهم بل برسول أما إذا نزلنا بهم فهو غنيمة نخمسها ونقسم الباقى نهر (قوله أو منا) أى بمال نعطيه لهم إن خاف الإمام الهلاك على نفسه والمسلمين بأى طريق كان نهر (قوله لقوله تعالى — وإن جنحوا للسلم —) أى مالوا قال فى المصباح والسلم بالكسر والفتح الصلح يذكر ويؤنث والآية مقيدة برؤية المصلحة إجماعا لقوله تعالى — ولا تهنوا (١) وتدعوا إلى السلم وأنتم الأعلون — أفاده فى الفتح (قوله أى نعلمهم بنقض الصلح) أفاد شرطا زائدا على المتن وهو إعلامهم به لأن نبذ العهد نقضه ، لكن لايجوز قتالهم أيضا حتى يمضى عليهم زمان يتمكن فيه ملكهم من إنفاذ الخبر إلى أطراف مملكته ، حتى لو كانوا خربوا حصونهم للأمان ، وتفرقوا فى البلاد فلابد أن يعودوا إلى مأمنهم ويعمروا حصونهم كما كانت توقيا عن الغدر ، وهذا لو نقض قبل مضى المدة أما لو مضت فلا ينبذ إليهم ، ولو كان الصلح بجعل فنقضه قبل المدة رد عليهم بحصته لأنه مقابل بالأمان فى المدة فيرجعون بما لم يسلم لهم الأمان فيه زيلعى (قوله لفعله عليه الصلاة والسلام بأهل مكة) تبع فيه الهداية ورده الكمال حيث قال : وأما استدلالهم بأنه صلى الله عليه وسلم نبذ الموادعة التى كانت بينه وبين أهل مكة فالأليق جعله دليلا لقوله الآتى وإن بدءوا بخيانة قاتلهم ، ولم ينبذ إليهم إذا كان باتفاقهم ،

---

(١) قوله (ولا تهنوا) التلاوة (فلا تهنوا) وأما الآية التى فيها —ولا تهنوا— فهى آية أخرى اهـ مصححه .

(ونقاتلهم بلانبذ مع خيانة ملكهم) ولوبقتال ذى منعة بإذنه ولوبدونه انتقض حقهم فقط (و) نصالح (المرتدين لو غلبوا على بلدة وصارت دارهم دار حرب) لو خيرا (بلا مال وإلا يغلبوا على بلدة (لا) لأن فيه تقرير المرتد على الردة وذلك لا يجوز فتح (وإن أخذ) المال (منهم لم يرد) لأنه غير معصوم بخلاف أخذه من بغاة فانه يرد بعد وضع الحرب أوزارها فتح (ولم نبع) فى الزيلعى يحرم أن نبيع (منهم مافيه تقويتهم على الحرب) كحديد وعبيد وخيل (ولا نحمله إليهم ولو بعد صلح) لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذلك وأمر بالميرة وهى الطعام والقماش فجاز استحسانا (ولا نقتل من أمنه حر أو حرة ولو فاسقا) أو أعمى أو فانيا أو صبيا أو عبدا

لأنهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة إلى نقضه ، وإنما قلنا هذا ، لأنه صلى الله عليه وسلم لم يبدأ أهل مكة بل هم بدءوا بالغدر قبل مضى المدة فقاتلهم ، ولم ينبذ إليهم بل سأل الله تعالى أن يعمى عليهم حتى يبغتهم هذا هو المذكور لجميع أهل السير والمغازى وتمامه فى ح (قوله ولو بقتال) أى ولو كانت خيانة ملكهم بقتال أهل منعة بإذنه : أى لا فرق بين قتاله بنفسه أو بقتال بعض أتباعه بإذنه (قوله انتقض حقهم فقط) أى حق المقاتلين ذوى المنعة بلا إذن ملكهم، قال الزيلعى : فلا ينتقض فى حق غيرهم لأن فعلهم لايلزم غيرهم وإن لم يكن لهم منعة لم يكن نقضا للعهد اه أى بأن قاتل واحد منهم مثلا ثم ترك القتال يبقى عهده (قوله بلا مال) أى بلا أخذه منهم لأنه فى معنى الجزية : وهى لاتقبل منهم نهر ولم يذكر صلحهم على أخذهم المال منا ولا شك فى جوازه عندالضرورة كما فى أهل الحرب ، ولكن هل يلزم إعلامهم بنقض العهد قبل انقضاء مدته أم لا لكونهم يجبرون على الإسلام بخلاف أهل الحرب فليراجع (قوله لأنه غير معصوم) لأنه يصير فيئا للمسلمين إذا ظهروا فتح (قوله بعد وضع الحرب أوزارها) أى أثقالها والمراد بعد انتهائها وإنما يرد عليهم ، لأنه ليس فيئا إلا أنه لايرده حال الحرب لأنه إعانة لهم فتح (قوله ولم نبع الخ) أراد به التمليك بوجه كالهبة قهستانى ، بل الظاهر أن الإيجار والإعارة كذلك أفاده الحموى لأن العلة منع مافيه تقوية على قتالنا كما أفاده كلام المصنف (قوله يحرم) أى يكره كراهة تحريم قهستانى (قوله كحديد) وكسلاح مما استعمل للحرب ، ولو صغيرا كالإبرة وكذا مافى حكمه من الحرير والديباج فإن تمليكه مكروه لأنه يصنع منه الراية قهستانى (قوله وعبيد) لأنهم يتوالدون عندهم فيعودون حربا علينا مسلما كان الرقيق أو كافرا بحر (قوله ولا نحمله إليهم) أى لبيع ونحوه فلا بأس لتاجرنا أن يدخل دارهم بأمان ومعه سلاح لايريد بيعه منهم إذا علم أنهم لايتعرضون له وإلا فيمنع عنه كما فى المحيط قهستانى ، وفى كافى الحاكم لو جاء الحربى بسيف فاشترى مكانه قوسا أو رمحا أو فرسا لم يترك أن يخرج ، وكذا لو استبدل بسيفه سيفا خيرا منه ، فإن كان مثله أو دونه لم يمنع ، والمستأمن كالمسلم فى ذلك إلا إذا خرج بشىء من ذلك فلا يمنع من الرجوع به اه نهر (قوله ولو بعد صلح) تعميم للبيع والحمل قال فى البحر لأن الصلح على شرف الانقضاء أو النقض (قوله فجاز استحسانا) أى اتباعا للنص ، لكن لايخفى أن هذا إذا لم يكن بالمسلمين حاجة إلى الطعام فلو احتاجوه لم يجز (قوله ولا نقتل من أمنه الخ) أى إذا أمن رجل حر أو امرأة حرة كافرا أو جماعة أو أهل حصن أو مدينة صح أمانهم ولم يجز لأحد من المسلمين قتالهم ، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « المسلمون تتكافأ دماؤهم » أى لاتزيد دية الشريف على دية الوضيع « ويسعى بذمتهم أدناهم » أى أقلهم عددا وهو الواحد وتمامه فى الفتح فهو مشتق من الأدنى الذى هو الأقل كقوله تعالى — ولا أدنى من ذلك ولا أكثر — فهو تنصيص على صحة أمان الواحد أو من الدنو وهو القرب كقوله تعالى — فكان قاب قوسين أو أدنى — فهو دليل على صحة أمان المسلم فى ثغر بقرب العدو أو من الدناءة فهو تنصيص على صحة أمان الفاسق أفاده السرخسى ؛

أذن لهما فى القتال (بأى لغة كان) الأمان (وإن كانوا لا يعرفونها بعد معرفة المسلمين) ذلك (بشرط سماعهم ذلك من المسلمين فلا أمان لو كان بالبعد منهم ويصح بالصريح كأمنت أو لابأس عليكم وبالكناية كتعال إذا ظنه أمانا وبالإشارة بالأصبع إلى السماء ولو نادى المشرك بالأمان صح لو ممتنعا وصح طلبه لذراريه لا لأهله

بحث الأمان

(قوله أذن لهما فى القتال) أى إذا كان الصبى والعبد مأذونين فى القتال صح أمانهما فى الأصح اتفاقا قهستانى عن الهداية خلافا لما نقله ابن الكمال عن الاختيار درمنتقى (قوله بعد معرفة المسلمين ذلك) أى كون ذلك اللفظ أمانا .

قلت : والظاهر أن الشرط معرفة المتكلم به ، وإذا ثبت الأمان به ثبت فى حق غيره أيضا من المسلمين ولو لم يعرف معناه فافهم (قوله فلا أمان لو كان بالبعد منهم) أشار إلى أن المراد السماع ولو حكما لما نقله ط عن الهندية لو نادوهم من موضع يسمعون وعلم أنهم لم يسمعوا بأن كانوا نياما أو مشغولين بالحرب فذلك أمان (قوله كتعال) قال السرخسى : استدل عليه محمد بحديث عمر رضى الله تعالى عنه « أيما رجل من المسلمين أشار إلى رجل من العدو أن تعال فإنك إن جئت قتلتك فأتاه فهو آمن » وتأويله إذا لم يفهم أو لم يسمع قوله إن جئت قتلتك أما لو علم وسمع فهو فىء (قوله إلى السماء) لأن فيه بيان إنى أعطيتك ذمة إله السماء سبحانه وتعالى أو أنت آمن بحقه سرخسى (قوله ولو نادى المشرك) بالرفع على الفاعلية أى لو طلب المشرك الأمان منا صح لو ممتنعا أى فى موضع يمنعه عن وصولنا إليه قال فى البحر : وإن كان فى موضع ليس بممتنع وهو ماد سيفه أو رمحه فهو فىء اه .

قلت : ومفاده أنه إذا كان ممتنعا يصير آمنا بمجرد طلبه الأمان وإن لم نؤمنه ، وليس كذلك بل هذا إذا ترك منعته وجاء إلينا طالبا ففى شرح السير ولو كان فى منعة بحيث لا يسمع المسلمون كلامه ولا يرونه فانحط إلينا وحده بلا سلاح فلما كان بحيث نسمعه نادى بالأمان فهو آمن بخلاف ما إذا أقبل سالا سيفه مادا برمحه نحونا فلما قرب استأمن فهو فىء لأن البناء على الظاهر فيما يتعذر الوقوف على حقيقته جائز ، ولو فى إباحة الدم كما لو دخل بيته إنسان ليلا ، ولم يدر أنه سارق أو هارب ، فلو عليه سيما اللصوص له قتله وإلا فلا ثم .

قال : والحاصل أن من فارق المنعة عند الاستئمان فإنه يكون آمنا عادة والعادة تجعل حكما إذا لم يوجد التصريح بخلافه ولو وجدنا حربيا فى دارنا فقال : دخلت بأمان لم يصدق وكذا لو قال : أنا رسول الملك إلى الخليفة إلا إذا أخرج كتابا يشبه أن يكون كتاب ملكهم ، وإن احتمل أنه مفتعل ، لأن الرسول آمن كما جرى به الرسم جاهلية وإسلاما ولا يجد مسلمين فى دارهم ليشهدا له فلو لم يصحبه دليل ولا كتاب فأخذه مسلم فهو فىء لجماعة المسلمين عند أبى حنيفة كمن وجد فى عسكرنا فى دار الحرب فأخذه واحد ، لكنه هناك يخمس رواية واحدة وهنا فيه روايتان وعند محمد هو فىء لمن أخذه كالصيد والحشيش وفى إيجاب الخمس فيه روايتان عن محمد أيضا اه ملخصا (قوله وصح طلبه الخ) هذا غلط وعبارة البحر : لو طلب الأمان لأهله لا يكون هو آمنا ، بخلاف ما إذا طلب لذراريه فإنه يدخل تحت الأمان اه فإنها صريحة فى أنه يصح طلب الأمان لأهله وذراريه جميعا ، غير أنه لا يدخل فى الأول ، ويدخل فى الثانى اهح :

ويدخل فى الأولاد أولاد الأبناء لا أولاد البنات ، ولو غار عليهم عسكر آخر ثم بعد القسمة علموا بالأمان فعلى القاتل الدية وعلى الواطئ المهر، والولد حر مسلم تبعا لأبيه وترد النساء والأولاد إلى أهلها يعنى بعد ثلاث حيض (وينقض الإمام) الأمان (لو) بقاؤه (شرا) ومباشره بلامصلحة يؤدب (وبطل أمان ذمى) إلا إذا أمره به مسلم شمنى

قلت : وظاهره أن الكلام فيما لو قال أمنوا أهلى أو قال أمنوا ذرارى فيدخل الطالب فى الثانى دون الأول ، ووجه الفرق خفى ، أما لو قال آمنونى على أهلى أو على ذرارى أو على متاعى أو قال آمنونى على عشرة من أهل الحصن دخل هو أيضا ، لأنه ذكر نفسه بضمير الكناية وشرط ماذكره معه لأن على للشرط كما نص على ذلك السرخسى مع فروع أخر ذكرت بعضها ملخصة فيما علقته على البحر .

مطلب لو قال على أولادى ففى دخول أولاد البنات روايتان

(قوله ويدخل فى الأولاد أولاد الأبناء الخ) أى لو قال آمنونى على أولادى دخل فيه أولاده لصلبه ، وأولادهم من قبل الذكور دون أولاد البنات ، لأنهم ليسوا بأولاده ، هكذا ذكر محمد هاهنا وذكر الخصاف عن محمد أنهم يدخلون لقوله عليه الصلاة والسلام حين أخذ الحسن والحسين « أولادنا أكبادنا » ووجه الرواية الأولى : أن هذا مجاز بدليل قوله تعالى – ما كان محمد أبا أحد من رجالكم – أو هو خاص بأولاد فاطمة ، كما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال « كل الأولاد ينتمون إلى آبائهم إلا أولاد فاطمة فإنهم ينسبون إلىّ أنا أبوهم » لكنه حديث شاذ وهو مخالف لما تلونا .

مطلب لو قال على أولاد أولادى يدخل أولاد البنات

ولو قال على أولاد أولادى دخل أولاد البنات لأن اسم ولد الولد حقيقة لمن ولده ولدك وابنتك ولدك فما ولدته ابنتك يكون ولد ولدك حقيقة بخلاف الأول ، لأن ولدك من حيث الحكم من ينسب إليك ، وذلك أولاد الابن دون أولاد البنات شرخسى وذكر فى الذخيرة أن فيه روايتين أيضا ، وسيأتى تمام تحقيق ذلك فى الوقف إن شاء الله تعالى .

مطلب فى دخول أولاد البنات فى الذرية روايتان

[تنبيه] سكت الشارح عن دخول أولاد البنات فى الذرارى. وفى البحر : أن فيه روايتين أيضا ، وكذا قال السرخسى وذكر وجه رواية عدم الدخول أن أولاد البنات من ذرية آبائهم لا من ذرية قوم الأم ، ووجه رواية الدخول أن الذرية اسم للفرع المتولد من الأصل ، والأبوان أصلان للولد ومعنى الأصلية والتولد فى جانب الأم أرجح ، لأن الولد يتولد منها بواسطة ماء الفحل ثم ذكر فيه حكاية (١) (قوله ولو غار عليهم) أى على من أمنوهم بعض العسكر الأول (قوله وعلى الواطئ المهر) أى مهر المثل ط (قوله والولد حر) أى من غير قيمة وهو مسلم أيضا تبعا لأبيه كما فى البحر (قوله يعنى بعد ثلاث حيض) وفى زمان الاعتداد يوضعن على يد عدل ، والعدل امرأة عجوز ثقة لاالرجل بحر (قوله وينقض الإمام الأمان) ويعلمهم بذلك كما مر قهستانى (قوله يؤدب) أى لو علم أنه منهى شرعا وإلا فجهله عذر فى دفع العقوبة عنه قهستانى (قوله إلا إذا أمره به مسلم) بأن قال له

---

(١) قوله ثم ذكر فيه حكاية حيث قال وفيه حكاية يحيى بن يعمر فان الحجاج أمر به ذات يوم فأدخل عليه وهم بقتله فقال له : لاقرأن على آية من كتاب الله تعالى نصا على أن العلوية من ذرية النبى صلى الله عليه وسلم أو لأقتلنك ولا أريد قوله تعالى – ندع أبناءنا وأبناءكم – فتلا قوله تعالى – ومن ذريته داود وسليمان إلى أن قال وزكريا ويحيى وعيسى – ثم قال فعيسى من ذرية نوح من قبل الأب أو من قبل الأم ، فبهت الحجاج ورده بجميل اه منه .

(وأسير وتاجر وصبي وعبد محجورين عن القتال) وصحح محمد أمان العبد . وفى الخانية خدمة المسلم مولاه الحربى أمان له (ومجنون وشخص أسلم ثمة ولم يهاجر إلينا) لأنهم لايملكون القتال والله أعلم .

باب المغنم وقسمته

فى المغرب : الغنيمة مانيل من الكفار عنوة والحرب قائمة ، فتخمس وباقيها للغانمين والفىء : مانيل منهم بعد كخراج

أمنهم فقال الذمى : قد أمنتكم أو أن فلانا المسلم قد أمنكم فيصح فى الوجهين : أما لو قال له المسلم : قل لهم إن فلانا أمنكم فيصح فى الوجه الثانى لأنه أدى الرسالة على وجهها دون الأول ، لأنه خالف لأنه إنشاء عقد منه وهو لايملكه ، بخلاف قول المسلم له أمنهم ، لأن الذمى صار مالكا للأمان بهذا الأمر ، فيكون فيه بمنزلة مسلم آخر وتمامه فى شرح السرخسى ، وصرح أيضا بأنه يصح سواء كان الآمر أمير العسكر أو رجلا غيره من المسلمين . لأن أمان الذمى إنما لايصح لتهمة ميله إليهم وتزول التهمة إذا أمره مسلم به بخلاف مالو أمره بالقتال إذلايتعين به معنى الخيرية فى الأمان اهـ وبه ظهر أن مافى الزيلعى وغيره من تقييد الآمر بكونه أمير العسكر قيد اتفاقى لأنه الأغلب فافهم (قوله وأسير وتاجر) لأنهما مقهوران تحت أيديهم فلا يخافون ، والأمان يختص بمحل الخوف بحر . ثم نقل فى البحر عن الذخيرة : أنه لايصح أمانه فى حق باقى المسلمين حتى كان لهم أن يغيروا عليهم أما فى حقه فصحيح ، ويصير كالداخل فيهم بأمان فلا يأخذ شيئا من أموالهم بلا رضاهم وكذا معنى عدم صحة أمان العبد المحجور أى فى حق غيره أما فى حق نفسه فصحيح بلا خلاف اهـ .

قلت : والظاهر أن التاجر المستأمن كذلك .

[تنبيه] ذكر فى شرح السير : لو أمنهم الأسير ثم جاء بهم ليلا إلى عسكرنا فهم فىء لكن لاتقتل رجالهم استحسانا لأنهم جاءوا للاستئمان لاللقتال كالمحصور إذا جاء تاركا للقتال بأن ألقى السلاح ونادى بالأمان فإنه يأمن القتل (قوله محجورين عن القتال) فلو مأذونين فيه صح فى الأصح اتفاقا ، كما قدمنا (قوله وفى الخانية الخ) عبارتها : حربى له عبد كافر فأسلم العبد ، ثم خدم مولاه كانت الخدمة أمانا اهـ وفيه أن تعليلهم عدم جواز أمان الأسير والتاجر ، بأنهما مقهوران تحت أيديهم يقتضى عدم صحة هذا الفرع فتأمل اهـ ح .

قلت : يتعين حمل قوله كانت الخدمة أمانا على معنى كونها أمانا فى حق العبد نفسه لافى حق باقى المسلمين نظير ماقدمناه عن الذخيرة فى الأسير والعبد المحجور ، ويدل عليه تعبير الخانية بالحربى : أى فى دار الحرب من غير ذكر خروج ولاقتال إذ المسألة ذكرها فى الخانية فى فصل إعتاق الحربى العبد المسلم فافهم والله أعلم .

باب المغنم وقسمته

لما ذكر القتال ومايسقطه شرع فى بيان مايحصل به (قوله والفىء مانيل منهم بعد) أى بعد الحرب هذا لايشمل هدية أهل الحرب بلا تقدم قتال .

مطلب بيان معنى الغنيمة والفىء

قال فى الهندية : الغنيمة اسم لما يؤخذ من أموال الكفرة بقوة الغزاة وقهر الكفرة ، والفىء : ماأخذ منهم من غير قتال كالخراج والجزية وفى الغنيمة الخمس دون الفىء ومايؤخذ منهم هدية أو سرقة أو خلسة أوهبة ، فليس بغنيمة وهو للآخذ خاصة اهـ .

وهو لكافة المسلمين (إذا فتح الإمام بلدة صلحا جرى على موجبه وكذا من بعده) من الأمراء (وأرضها تبقى مملوكة لهم ولو فتحها عنوة) بالفتح أى قهرا (قسمها بين الجيش) إن شاء (أو أقر أهلها عليها بجزية) على رءوسهم (وخراج) على أراضيهم والأول أولى عند حاجة الغانمين (أو أخرجهم منها وأنزل بها قوما غيرهم ووضع عليهم الخراج) والجزية (لو) كانوا (كفارا) فلو مسلمين وضع العشر لاغير (وقتل الأسارى)

قلت : لكن فى شرح السير الكبير لو وادع الإمام قوما من أهل الحرب سنة على مال دفعوه إليه جاز لو خيرا للمسلمين ، ثم هذا المال ليس بفىء ولاغنيمة حتى لايخمس ولكنه كالخراج يوضع فى بيت المال ، لأن الغنيمة اسم لمال مصاب بإيجاف الخيل والركاب والفىء اسم لما يرجع من أموالهم إلى أيدينا بطريق القهر ، وهذا رجع إلينا بطريق المراضاة ، فيكون كالجزية والخراج يوضع فى بيت المال اه ومقتضاه أن ماأخذ بالقتال والحرب غنيمة وماأخذه بعده مما وضع عليهم قهرا كالجزية والخراج فىء وما أخذ منهم بلا حرب ولا قهر كالهدية والصلح فهو لاغنيمة ولا فىء ، وحكمه حكم الفىء لايخمس ويوضع فى بيت المال فتأمل (قوله إذا فتح الإمام بلدة صلحا) ويعتبر فى صلحه الماء الخراجى والعشرى ، فإن كان ماؤهم خراجيا صالحهم على الخراج وإلا فعلى العشر أفاده القهستانى ط (قوله وكذا من بعده) فلا يغيره أحد لأنه بمنزلة نقض العهد ط (قوله أى قهرا) كذا فى الهداية . واتفق الشارحون على أن هذا ليس تفسيرا له لغة لأنها من عنا يعنو عنوة ذل وخضع ، لكن نقل فى البحر عن القاموس أن العنوة القهر . واعترضه فى النهر بأن صاحب القاموس لايميز بين الحقيقى والمجازى ، بل سيذكر المعانى جملة أى يذكر المعانى الاصطلاحية مع اللغوية بلا تمييز ه

قلت : لكن نقل صاحب النهر فى أول باب العشر والخراج عن الفارابى أنه من الأضداد يطلق على الطاعة والقهر وكذا قال فى المصباح عنا يعنو عنوة إذا أخذ الشىء قهرا وكذا إذا أخذه صلحا فهو من الأضداد ، وفتحت مكة عنوة أى قهرا اه (قوله قسمها بين الجيش) أى مع رؤوس أهلها استرقاقا وأموالهم بعد إخراج خمسها لجهاته فتح (قوله أو أقر أهلها عليها) أى منّ عليهم برقابهم وأرضهم وأموالهم ، ووضع الجزية على الرءوس والخراج على أراضيهم من غير نظر إلى الماء الذى تسقى به أهو ماء العشر كماء السماء والعيون والأودية والآبار أو ماء الخراج كالأنهار التى شقها الأعاجم لأنه ابتداء التوظيف على الكافر ، وأما المن عليهم برقابهم وأرضهم فكروه ، إلا أن يدفع إليهم من المال مايتمكنون به من إقامة العمل والنفقة على أنفسهم وعلى الأراضى إلى أن يخرج الغلال وإلا فهو تكليف بما لايطاق ، وأما المن عليهم برقابهم مع المال دون الأرض أو برقابهم فقط ، فلا يجوز لأنه إضرار بالمسلمين بردهم حربا علينا فتح (قوله والأول أولى) عبارة الاختيار قالوا والأول أولى وعبر فى الفتح والبحر بقيل (قوله ووضع عليهم الخراج) أى على أرضهم (قوله وضع العشر لاغير) لأنه ابتداء وضع على المسلمين منح .

[تنبيه] للشرنبلالى رسالة سماها [الدرة اليتيمة فى الغنيمة] حاصلها : أن تخيير الإمام بين ماذكر مخالف لإجماع الصحابة على مافعله عمر من عدم قسمة الأراضى بين الغانمين ، وعدم أخذ الخمس منها كما نقله علماؤنا وأقروه :

قلت : وقد يجاب بأن مافعله عمر إنما فعله لأنه كان هو الأصلح إذ ذاك كمايعلم من القصة لالكونه هو اللازم ، كيف وقد قسم صلى الله عليه وسلم خيبر بين الغانمين ، فعلم أن الإمام مخير فى فعل ماهو الأصلح فيفعله (قوله وقتل الأسارى) بضم الهمزة وفتحها قاموس والسماع الضم لاغير كما ذكره الرضى وغيره من المحققين : أى قتل الذين

إن شاء إن لم يسلموا (أو استرقهم أو تركهم أحرارا ذمة لنا) إلا مشركى العرب والمرتدين كما سيجىء (وحرم منهم) أى إطلاقهم مجانا ولو بعد إسلامهم ابن كمال لتعلق حق الغانمين ، وجوزه الشافعى لقوله تعالى - فإما منا بعد وإما فداء - قلنا نسخ بقوله تعالى - فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم - شرح مجمع (و) حرم (فداؤهم) بعد تمام الحرب ، وأما قبله فيجوز بالمال لا بالأسير المسلم درر وصدر الشريعة وقالا : يجوز وهو أظهر الروايتين عن الإمام شمنى: واتفقوا أنه لا يفادى بنساء وصبيان وخيل وسلاح إلا لضرورة ولا بأسير أسلم بمسلم أسير

يأخذهم من المقاتلين ، سواء كانوا من العرب أو العجم فلا تقتل النساء ولا الذرارى بل يسترقون لمنفعة المسلمين قهستانى (قوله إن لم يسلموا) فلو أسلموا تعين الأسر (قوله أو استرقهم) وإسلامه لا يمنع استرقاقهم ، مالم يكن قبل الأخذ كذا فى الملتقى وشرحه (قوله ذمة لنا) أى حقا واجبا لنا عليهم من الجزية والخراج ، فإن الذمة الحق والعهد والأمان ويسمى أهل الذمة لدخولهم فى عهد المسلمين وأمانهم كما قال ابن الأثير ، وقد ظن أن المعنى ليكونوا أهل ذمة لنا قهستانى (قوله إلا مشركى العرب والمرتدين) فإنهم لا يسترقون ولا يكونون ذمة لنا بل إما الاسلام أو السيف (قوله كما سيجىء) أى فى فصل الجزية (قوله قلنا نسخ الخ) أى بآية - اقتلوا المشركين - من سورة براءة فإنها آخر سورة نزلت فتح .

وأما ماروى أنه عليه الصلاة والسلام منّ على أبى عزة الجمحى يوم بدر فقد كان قبل النسخ ، ولذا لما أسره يوم أحد قتله . وذكر محمد جوابا آخر ، وهو أنه كان من مشركى العرب ، وهم لا يؤمرون فليس فى المن عليه إبطال حق ثابت للمسلمين ، ونحن نقول به فيهم وفى المرتدين وإن رأى الإمام النظر للمسلمين فى المن على بعض الأسارى ، فلا بأس به أيضا لأنه عليه الصلاة والسلام منّ على ثمامة بن أثال الحنفى بشرط أن يقطع الميرة عن أهل مكة ففعل ذلك حتى قحطوا شرح السير ملخصا . وقد نقل فى الفتح أن قول مالك وأحمد كقولنا ثم أيد مذهب الشافعى بما مر من قصة الجمحى ونحوها وقد علمت جوابه (قوله وحرم فداؤهم الخ) أى إطلاق أسيرهم بأخذ بدل منهم إما مال أو أسير مسلم فالأول لا يجوز فى المشهور ، ولا بأس به عند الحاجة على ما فى السير الكبير وقال محمد : لا بأس به لو بحيث لا يرجى منه النسل كالشيخ الفانى كما فى الاختيار ، وأما الثانى فلا يجوز عنده ويجوز عندهما والأول الصحيح كما فى الزاد لكن فى المحيط أنه يجوز فى ظاهر الرواية وتمامه فى القهستانى . وذكر الزيلعى أيضا عن السير الكبير : أن الجواز أظهر الروايتين عن أبى حنيفة وذكر فى الفتح أنه قولهما وقول الأئمة الثلاثة وأنه ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى صحيح مسلم وغيره : أنه فدى رجلين من المسلمين برجل من المشركين وفدى بامرأة ناسا من المسلمين كانوا أسروا بمكة .

قلت : وعلى هذا فقول المتون حرم فداؤهم مقيد بالفداء بالمال عند عدم الحاجة أما الفداء بالمال عند الحاجة أو بأسرى المسلمين فهو جائز (قوله بعد تمام الحرب الخ) عبارة الدرر وصدر الشريعة : وأما الفداء فقبل الفراغ من الحرب جاز بالمال لا بالأسير المسلم ، وبعده لا يجوز بالمال عند علمائنا ولا بالنفس عند الإمام ، وعند محمد يجوز ، وعن أبى يوسف روايتان وعند الشافعى يجوز مطلقا اهـ :

قلت : وهذا التفصيل خلاف الظاهر من كلامهم كما علمت ، ولذا قال ابن كمال بعد ذكره نحو ما نقلناه عنهم وهذا البيان ظاهر فى عدم الفرق بين أن يكون ذلك قبل وضع الحرب أوزارها أو بعده اهـ وتبعه فى النهر (قوله واتفقوا أنه لا يفادى بنساء وصبيان) إذ الصبيان يبلغون فيقاتلون والنساء يلدن فيكثر نسلهم منح ولعل المنع فيما إذا أخذ البدل مالا وإلا فقد جوزوا دفع أسراهم فداء لأسرنا مع أنهم إذا ذهبوا إلى دارهم يتناسلون ط (قوله وخيل وسلاح) أى إذا أخذناهما منهم فطلبوا المفاداة بمال لم يجز أن نفعل لأن فيه تقوية يختص بالقتال فيجوز من غير

إلا إذا أمن على إسلامه (و) حرم (ردهم إلى دارهم) ثابت في نسخ الشرح تبعا للدرر دون المتن تبعا لابن الكمال للعلم به من منع المن بالأولى (و) حرم (عقر دابة شق نقلها) إلى دارنا (فتذبح وتحرق) بعده إذ لايعذب بالنار إلا ربها (كما تحرق أسلحة وأمتعة تعذر نقلها وما لايحرق منها) كحديد (يدفن بموضع خفي) وتكسر أوانيهم وتراق أدهانهم مغايظة لهم (ويترك صبيان ونساء منهم شق إخراجها بأرض خربة حتى يموتوا جوعا) وعطشا للنهي عن قتلهم ولا وجه إلى إبقائهم (وجد المسلمون حية أو عقربا في رحالهم ثمة) أي في دار الحرب (ينزعون ذنب العقرب وأنياب الحية) قطعا للضرر عنا (بلا قتل) إبقاء للنسل تتارخانية وفيهامات نساء مسلمات ثمة وأهل الحرب يجامعون الأموات يحرقن بالنار)

ضرورة منح ط (قوله إلا إذا أمن على إسلامه) أي وطابت نفسه بدفعه فداء لأنه يفيد تخليص مسلم من غير إضرار لمسلم آخر فتح .

[تنبيه] في القنية : أراد في دار الحرب أن يشتري أسارى وفيهم رجال ونساء وعلماء وجهال فالأولى تقديم الرجال والجهال قال : وجوابه إن كان منصوصا من السلف فسمعا وطاعة وإلا فقضية الدليل تقديم النساء صيانة لأبضاع المسلمات .

قلت : والعلماء احتراما للعلم اه . وعلل البزازي تأخير العالم لفضله لأنه لايخدع بخلاف الجاهل در منتقى ،وقد يقال يقدم الرجال للانتفاع بهم في القتال ط وهذا ظاهر فيما إذا اضطر إليهم وإلا فصيانة الأبضاع مقدمة على ذلك الانتفاع تأمل (قوله للعلم به) علة لسقوطه من المتن (قوله بالأولى) لأنه إذا حرم المن وهو الإطلاق يحرم الإطلاق مع الرد إلى الدار (قوله وحرم عقر دابة الخ) أي إذا أراد الإمام العود ومعه مواشي أهل الحرب ولم يقدر على نقلها إلى دارنا لايعقرها كما نقل عن مالك لما فيه من المثلة بالحيوان فتح. وفي المغرب : عقر الناقة بالسيف ضرب قوائمها (قوله إذ لايعذب بالنار إلا ربها) علة لمفهوم قوله بعده وهو عدم إحراقها قبل الذبح ، وفي صحيح البخاري «فإنه لايعذب بها إلا الله» وأخرج البزار في مسنده عن عثمان بن حبان قال : كنت عند أم الدرداء رضي الله عنها فأخذت برغوثا فألقيته في النار فقالت : سمعت أبا الدرداء يقول : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لايعذب بالنار إلا رب النار » فتح ملخصا . ولا يرد هذا على مامر من جواز حرق أهل الحرب عند قتالهم لأن ذلك مقيد بما إذا لم يمكن الظفر بهم بدونه كما قدمناه عن شرح السير فافهم ،وأورد المحشي على جواز إحراقها بعد الذبح أنه يقتضي أن الميت لايتألم مع أنه ورد أنه يتألم بكسر عظمه .

قلت : قد يجاب بأن هذا خاص ببني آدم لأنهم يتنعمون ويعذبون في قبورهم بخلاف غيرهم من الحيوانات وإلا لزم أن لاينتفع بعظمها ونحوه ثم رأيت ط ذكر نحوه (قوله ولا وجه إلى إبقائهم) لئلا يعودوا حربا علينا لأن النساء بهن النسل والصبيان يبلغون فيصيرون حربا علينا ولوالجية ، واعترضه في الفتح بأن تركهم كذلك أشد من القتل المنهي عنه في حقهم قال : اللهم إلا أن يضطروا إلى ذلك بسبب عدم الحمل والميرة فيتركوا ضرورة اه وهو عجيب فإن الولوالجي صرح بأن ذلك عند عدم إمكان الإخراج لامطلقا ، والمسألة في المحيط أيضا بحروفه نظر فإن مراد الفتح أن تركهم في أرض خربة بلا طعام ولا شراب أشد من القتل ، فحيث لم يمكن إخراجهم فليتركوا في مكانهم بلا مباشرة السبب في إهلاكهم (قوله إبقاء للنسل) أي لتتناسل بعد رجوع عسكرنا فتؤذي أهل الحرب (قوله يحرقن بالنار) أي إذا لم يمكن دفنهن بمحل يخفى عليهم ولم تطل المدة بحيث يتفسخن ط .

(ولا تقسم غنيمة ثمة إلا إذا قسم) عن اجتهاد أو لحاجة الغزاة فتصح أو (للإيداع) فتحل إذا لم يكن للإمام حمولة فإن أبوا هل يجبرهم بأجر المثل روايتان ، فإذا تعذر فإن بحال لو قسمها قدر كل على حمله قسم بينهم وإلا فهو مماشق نقله وسبق حكمه (ولم تبع) الغنيمة (قبلها) لا للإمام ولا لغيره يعنى للتمول أما لو باع شيئا كطعام جاز جوهرة (ورد) البيع (لو وقع) دفعا للفساد فإن لم يمكن رد ثمنه للغنيمة خانية (ومدد لحقهم ثمة

مطلب فى قسمة الغنيمة

(قوله ولا تقسم غنيمة ثمة) على المشهور من من مذهب أصحابنا لأنهم لايملكونها قبل الإحراز ، وقيل تكره تحريما در منتق (قوله أو لحاجة الغزاة) وكذا لو طلبوا القسمة من الإمام وخشى الفتنة كما فى الهندية عن المحيط (قوله فتصح) أى وتثبت الأحكام فتح أى من حل الوطء والبيع والعتق والإرث ، بخلاف ماقبل القسمة بدون اجتهاد أو احتياج ، ولو بعد الإحراز بدارنا قال فى الدر المنتقى : والذى قرره فى المنح كغيره أنه لاملك بعد الإحراز بدارنا أيضا إلا بالقسمة ، فلا يثبت بالإحراز ملك لأحد ، بل يتأكد الحق ولهذا لو أعتق واحد من الغانمين عبدا بعد الإحراز لايعتق ، ولو كان له ملك ولو بشركة لعتق وحكم استيلاد الجارية بعد الإحراز قبل القسمة وبعدها سواء ، نعم لو قسمت الغنيمة على الرايات أو العرافة فوقعت جارية بين أهل راية صح استيلاء أحدهم وعتقه للشركة الخاصة حيث كانوا قليلا كمائة فأقل وقيل كأربعين والأولى تفويضه للإمام اهـ ملخصا . وتمام الكلام فيه .

والحاصل كما فى الفتح عن المبسوط : أن الحق يثبت عندنا بنفس الأخذ ويتأكد بالإحراز ويملك بالقسمة كحق الشفعة يثبت بالبيع ويتأكد بالطلب ويتم الملك بالأخذ وما دام الحق ضعيفا لاتجوز القسمة اهـ . ويبتنى على هذا مايأتى فى المتن من عدم جواز البيع بل القسمة ومن استحقاق المدد لامن مات قبلها كما يأتى بيانه .

قلت : وهذا كله إذا لم يظهر عسكرنا على البلد ، فلو ظهروا عليها وصارت بلد إسلام صارت الغنيمة محرزة بدارنا ويتأكد الحق فتصح القسمة كما يأتى التنبيه عليه قريبا (قوله فتحل) عبر بالحل وفيما قبله بالصحة لأنه ليس المراد هنا قسمة التمليك بل الايداع ليحملوها إلى دار الإسلام ثم يرجعها منهم ويقسمها كما فى الجوهرة وغيرها فليست قسمة حقيقية حتى توصف بالصحة (قوله حمولة) بفتح الحاء كل مااحتمل عليه من حمار وغيره سواء كانت عليه الأحمال أولم تكن اهـ ح (قوله روايتان) قال فى الفتح : والأوجه أنه إن خاف تفرقهم لو قسمها قسمة الغنيمة يفعل هذا ، وإن لم يخف قسمها قسمة الغنيمة فى دار الحرب لأنها تصح للحاجة وفيه إسقاط الإكراه وإسقاط الأجر اهـ وقوله : يفعل هذا أى جبرهم بأجر المثل (قوله فإذا تعذر) أى القسم للإيداع بسبب عدم الإجبار على إحدى الروايتين أو لم يوجد عندهم حمولة على الرواية الأخرى قسمها بينهم حينئذ اهـ ح (قوله ولم تبع الغنيمة قبلها) أى قبل القسمة سواء كان فى دار الحرب أو بعد الإحراز فى دارنا شرنبلالية لأنها لاتملك قبل القسمة كما علمت قال فى الفتح : وهذا ظاهر فى بيع الغزاة ، وأما بيع الإمام لها فذكر الطحاوى أنه يصح لأنه مجتهد فيه يعنى أنه لابد أن يكون الإمام رأى المصلحة فى ذلك ، وأقله تخفيف إكراه الحمل عن الناس أو عن البهائم ونحوه وتخفيف مؤنته عنهم فيقع عن اجتهاد فى المصلحة فلا يقع جزافا فينعقد بلا كراهة مطلقا اهـ وبه يظهر مافى قوله لاللإمام ولا لغيره (قوله جوهرة) نص عبارتها : ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة ، لأنه لاملك لأحد فيها قبل ذلك ، وإنما أبيح لهم بالطعام والعلف للحاجة ومن أبيح له تناول شيء لم يجز له بيعه كمن أباح طعاما لغيره اهـ . فقوله : وإنما أبيح لهم الخ جواب سؤال تقديره كيف لايجوز البيع مع أنه يجوز لهم الانتفاع بالطعام والعلف كما يأتى والجواب ظاهر ولايخفى أنه ليس المراد بيع شيء بطعام ، وإن كان الظاهر أن الحكم كذلك (قوله ومدد لحقهم ثمة) أى إذا لحق

كمقاتل لاسوقى) وحربى أو مرتد أسلم ثمة (بلا قتال) فان قاتلوا شاركوهم (ولا من مات ثمة قبل قسمة أو بيع ، و) او مات (بعد أحدهما ثمة أو بعد الإحراز بدارنا يورث نصيبه) لتأكد ملكه تتارخانية وفيها ادعى رجل شهود الوقعة وبرهن وقد قسمت لم تنقض استحسانا ويعوض بقدر حظه من بيت المال ، ومافى البحر من قياس الوقف على الغنيمة رده فى النهر وحررناه فى الوقف

المقاتلين فى دار الحرب جماعة يمدونهم وينصرونهم شاركوهم فى الغنيمة لما مر من أن المقاتلين لم يملكوها قبل القسمة ، وذكر فى التارخانية أنه لاتنقطع مشاركة المدد لهم إلا بثلاث إحداها : إحراز الغنيمة بدارنا. الثانية : قسمتهافى دار الحرب. الثالثة : بيع الإمام لها ثمة لأن المدد لايشارك الجيش فى الثمن اه قال فى الشرنبلالية وتقييده بقوله ثمة أى فى دار الحرب إشارة إلى أنه لو فتح العسكر بلدا بدار الحرب ،واستظهروا عليه ثم لحقهم المدد لم يشاركهم لأنه صار بلد الإسلام ، فصارت الغنيمة محرزة بدار الإسلام نص عليه فى الاختيار اه :

قلت : وكذا فى شرح السير وزاد أن مثله لو وقع قتال أهل الحرب فى دارنا فلا شىء للمدد .

[تنبيه] قال فى البحر : وأفاد المصنف أن المقاتل وغيره سواء ، حتى يستحق الجندى الذى لم يقاتل لمرض أو غيره ، وأنه لايتميز واحد على آخر بشىء حتى أمير العسكر ،وهذا بلا خلاف كذا فى الفتح وفى المحيط والمتطوع فى الغزو وصاحب الديوان سواء (قوله لاسوقى) هو الخارج مع العسكر للتجارة نهر (قوله أسلم ثمة) عائد على الحربى والمرتد وأفرد الضمير للعطف بأو وزاد فى الفتح التاجر الذى دخل بأمان ولحق العسكر وقاتل (قوله ولو مات بعد أحدهما) أى بعد القسمة أو البيع بناء على ماقدمناه عن الطحاوى من أن للإمام بيع الغنيمة (قوله أو بعد الإحراز بدارنا) قال فى الدر المنتقى : وينبغى أن يزاد رابع هو التنفيل فسيجىء أنه يورث عنه وإن كان مات بدار الحرب وإن لم يثبت له الملك فيه وفيها يلغز : أى مال يورث ولا يملكه مورثه؟ولم أر من نبه على ذلك هنا فلينظر اه .

قلت : وفى التتارخانية عن المضمرات ومن مات فى دار الحرب من الغانمين بعد القسمة أو الاحراز بدارنا أو بعد بيع الإمام الغنائم فى دارنا أو فى دار الحرب ليقسم الثمن بينهم أو بعد مانفل لهم شيئا تحريضا أو بعد مافتح الدار وجعلها دار إسلام فإنه يورث نصيبه وإن مات قبل واحد من هذه بعد إصابة الغنيمة لايورث اه والظاهر أنه يملك ماقبضه بالتنفيل ثمة ففى كلام الدر المنتقى نظر فتدبر (قوله لتأكد ملكه) علة لقوله أو بعد الإحراز بدارنا فيورث نصيبه إذا مات فى دارنا قبل القسمة للتأكد لا الملك لأنه لاملك قبل القسمة ، وهذا لأن الحق المتأكد يورث كحق الرهن والرد بالعيب بخلاف الضعيف كالشفعة وخيار الشرط فتح (قوله استحسانا) لعل وجهه تعسر النقض :

مطلب فى أن معلوم المستحق من الوقف هل يورث

(قوله وما فى البحر من قياس الوقف) أى غلة الوقف فإنه قال إنهم صرحوا بأن معلوم المستحق لايورث بعد موته على أحد القولين ، ولم أر ترجيحا وينبغى التفصيل ، فمن مات بعد خروج الغلة وإحراز الناظر لها قبل القسمة يورث نصيبه لتأكد الحق فيه كالغنيمة بعد الإحراز بدارنا وإن مات قبل الإحراز فى يد المتولى لايورث. (قوله رده فى النهر) حيث قال : أقول فى الدرر والغرر عن فوائد صاحب المحيط للإمام والمؤذن وقف فلم يستوفيا حتى ماتا سقط لأنه فى معنى الصلة وكذا القاضى وقيل لا يسقط لأنه كالأجرة اه . وجزم فى البغية بأنه يورث بخلاف رزق القاضى. وأنت خبير بأن مايأخذه القاضى ليس صلة كما هو ظاهر ولا أجرا لأن مثل هذه العبادة لم يقل أحد بجواز الاستئجار عليها بخلاف مايأخذه الإمام والمؤذن فإنه لاينفك عنهما فبالنظر إلى الأجرة

أى للغانمين لا غير (الانتفاع فيها) أى فى دار الحرب (بعلف وطعام وحطب وسلاح ودهن بلا قسمة) أطلق الكل تبعا للكنز وقيد فى الوقاية السلاح بالحاجة ،

يورث مايستحق إذا استحق غير مقيد بظهور الغلة وقبضها فى يد الناظر وبالنظر إلى الصلة لايورث وإن قبضه الناظر قبل الموت وبهذا عرف أن القياس على الغنيمة غير صحيح ، وسيأتى لهذا مزيد بيان فى الوقف إن شاء الله تعالى اهـ .

أقول : لم يف بما وعد من بيانه فى الوقف ، وقوله إن مايأخذه القاضى ليس صلة مخالف لما فى الهداية وغيرها قبيل باب المرتد كما سيأتى نعم مايأخذه الإمام ونحوه فيه معنى الصلة ومعنى الأجرة ، والظاهر أن ذلك منشأ الخلاف المحكى فى الدرر لكن ماجزم به فى الغنية(١) يقتضى ترجيح جانب الأجرة ، وهو ظاهر لا سيما على ما أفتى به المتأخرون من جواز الأجرة على الأذان والإمامة والتعليم وعلى هذا مشى الإمام الطرسوسى فى أنفع الوسائل على أن المدرس ونحوه من أصحاب الوظائف إذا مات فى أثناء السنة يعطى بقدر ماباشر ويسقط الباقى قال بخلاف الوقف على الأولاد والذرية فإنه إذا مات مستحق منهم يعتبر فى حقه وقت ظهور الغلة ، فإن مات بعد ظهورها ولو لم يبد صلاحها صار مايستحقه لورثته وإلا سقط اهـ . وتبعه فى الأشباه وأفتى به فى الفتاوى الخيرية ، فليكن العمل عليه من التفصيل . والفرق بين كون المستحق مثل المدرس أو من الأولاد والله تعالى أعلم ، ثم رأيت الشيخ إسمعيل فى شرحه على الدرر نقل قبيل باب المرتد مثل ذلك عن المفتى أبى السعود ، وأن المدرس الثانى يستحق الوظيفة من وقت إعطاء السلطان فتلحق الأيام التى قبل المباشرة بأيام المباشرة حيث كان الأخذ عن ميت لأنها من مبادىء أيام المباشرة كأيام التعطيل اهـ .

[تنبيه.] ظهر من كلام الطرسوسى أن معلوم المدرس ونحوه يورث عنه بقدر ماباشر وإن لم تظهر الغلة وأن معلوم المستحق فى وقف الذرية يورث عنه بموته بعد ظهور الغلة وإن لم يقبضها الناظر على خلاف مامر عن البحر ، وينبغى أن تكون الغلة بعض قبض الناظر لها ملكا للمستحقين وإن لم تقسم حيث كانوا مائة فأقل قياسا على الغنيمة إذا قسمت على الرايات قبل أن تقسم على الرءوس فقد مر قريبا أنها تملك للشركة الخاصة :

فالحاصل : أن غلة الوقف بعد ظهورها تورث لأنه تأكد فيها حق المستحقين وبعد إحرازها بيد الناظر صارت ملكا لهم وهى فى يده أمانة لم يضمنها إذا استهلكها وأهلكت بعد امتناعه عن قسمتها إذا طلبوا القسمة وإذا كانت حنطة أو نحوها يصح شراء الناظر حصة أحدهم منها هذا ماظهر لى ، ويؤيده ماسيأتى فى الحوالة إن شاء الله تعالى عن البحر حيث جعل الحوالة على الناظر من المستحق كالحوالة على المودع والله سبحانه أعلم (قوله أى للغانمين) أى ممن له سهم أو رضخ شرنبلالية ، ويأخذ الجندى مايكفيه ومن معه من عبيده ونسائه وصبيانه الذين دخلوا معه بحر (قوله لاغير) فخرج التاجر والداخل لخدمة الجندى بأجر إلا أن يكون قد خبز الحنطة أو طبخ اللحم ، فلا بأس به حينئذ لأنه ملكه بالاستهلاك ولو فعلوا لاضمان عليهم بحر (قوله بعلف) ولا بأس بعلف دوابه البر إذا لم يوجد الشعير در منتقى (قوله وطعام) أطلقه فشمل المهيأ للأكل وغيره حتى يجوز لهم ذبح المواشى : ويردون جلودها فى الغنيمة بحر (قوله ودهن) بالضم مايدهن به أما بالفتح فهو مصدر ، والأول هنا أولى لتناسق المعطوفات خلافا للعينى كما أفاده فى النهر ، والمراد بالدهن مايؤكل لقول الزيلعى إن ما لا يؤكل عادة لايجوز له تناوله مثل الأدوية والطيب ودهن البنفسج وما أشبه ذلك اهـ . ولا شك أنه لو تحقق بأحدهم مرض يحوجه إلى استعمالها جاز كما بحثه فى الفتح وصرح به فى المحيط بحر (قوله وقيد فى الوقاية الخ) قال فى الدر المنتقى : اعلم أنه ذكر فى فتح

---

(١) قوله (الغنية) هكذا بخطه بغين معجمة فنون والذى سبق بخطه البغية بموحدة فغين معجمة فليحرر اهـ مصححه .

وهو الحق وقيد الكل فى الظهيرية بعدم نهى الإمام عن أكله فإن نهى لم يبح فينبغى تقييد المتون به (و) بلا (بيع وتمول) فلو باع رد ثمنه ، فان قسمت تصدق به لو غير فقير . ومن وجد مالا يملكه أهل الحرب كصيد وعسل فهو مشترك فيتوقف بيعه على إجازة الأمير فإن هلك أو الثمن أنفع أجازه وإلا رده للغنيمة بحر (وبعد الخروج منها لا) إلا برضاهم (ومن أسلم منهم)

القدير أن استعمال السلاح والكراع والفرس إنما يجوز بشرط الحاجة بأن مات فرسه أو انكسر سيفه أما إذا أراد أن يوفر سيفه وفرسه باستعمال ذلك فلا يجوز ، ولو فعل أثم ولا ضمان عليه إن تلف ، وأما غير السلاح ونحوه مما مر كالطعام فشرط فى السير الصغير الحاجة إلى التناول من ذلك وهو القياس ، ولم يشترطها فى السير الكبير وهو الاستحسان وبه قالت الأئمة الثلاثة ، فيجوز لكل من الغنى والفقير تناوله اه ملخصا وهكذا ذكره فى الشرنبلالية ، ولا يخفى ترجيح الاستحسان ههنا .

قلت : وهو ما اختاره الماتن يعنى صاحب الملتقى وهو الحق كما علمت اه . قال فى النهر : ولو احتاج الكل إلى السلاح والثياب قسمها حينئذ بخلاف السبى إذا احتيج إليه ولو للخدمة لكونه من فضول الحوائج اه وفسر الحاجة بالفقر . قلت : والظاهر أنها أعم إذ لو كان غنيا ولا يجد مايشتريه فهو كذلك (قوله فإن نهى لم يبح) والحاصل منع الانتفاع بسلاح ودواب ودواء إلا لحاجة وحل المأكول مطلقا إلا لنهى الإمام ، فالمنع مطلقا كمنع استباحة الفرج مطلقا لأن الفرج لايحل إلا بالملك ، ولاملك قبل الإحراز بدارنا ولو أمته المأسورة ، بخلاف امرأته المأسورة ومدبرته وأم ولده إن لم يطأهن الحربى كما سيجىء فليحفظ درمنتقى:

لكن فى البحر ينبغى أن يقيد النهى عن المأكول والمشروب بما إذا لم تكن حاجة فإن كانت لايعمل نهيه اه (قوله وبلا بيع وتمول) أى لاينتفع بالكل بالبيع فى دار الحرب قبل القسمة أصلا احتيج إليه أولا ولا التمول لعدم الملك ؛ وإنما أبيح الانتفاع للحاجة ، والمباح له لايملك البيع در منتقى والمراد بالتمول أن يبقى ذلك الشىء عنده يجعله مالا له ، ولذا قال القهستانى وإذا استعمل السلاح ونحوه برده إلى المغنم (قوله رد ثمنه) أى إذا أجازه الإمام لأنه بيع الفضولى نهر (قوله فإن قسمت) أى الغنيمة تصدق به أى بالثمن لأنه لقلته لاتمكن قسمته فتعذر إيصاله إلى مستحقه فيتصدق به كاللقطة كما فى الفتح (قوله أو غير فقير) فلو فقيرا يأكله بحر (قوله مالا يملكه أهل الحرب) أى شيئا غير مملوك لهم لكن يخص منه مايشترك فيه العامة لما فى البحر لو حش الجندى الحشيش فى دار الحرب أو استقى الماء وباعه طلب له ثمنه (قوله فهو مشترك) أى بين الغانمين فلا يختص به الآخذ بحر (قوله أجازه) أى وأخذ الثمن ورده فى الغنيمة وقسمه بين الغانمين بحر (قوله وإلا) صادق بصورتين : إحداهما لو كان المبيع قائما ، والثانية : لو كان البيع أنفع من الثمن ، وظاهر أنه فيهما يفسخ البيع ويرد المبيع للغنيمة مع أنه إذا كان قائما والثمن أنفع لهم أجازه كما فى البحر فيتعين حمل قوله أو الثمن أنفع على معنى أولم يهلك والثمن أنفع (قوله وبعد الخروج منها) أى من دار الحرب لا : أى لاينتفع بشىء مما ذكر لزوال المبيح ، ولأن حقهم قد تأكد حتى يورث لنصيبهم بحر .

زاد فى الكنز وغيره ومافضل رده أى والذى فضل فى يده مما أخذه قبل الخروج من دار الحرب ورده الأخذ إلى الغنيمة بعد الخروج إلى دارنا لزوال الحاجة التى هى مناط الإباحة وهذا التعليل يفيد أنه لو كان فقيرا أكله بالضمان كما فى المحيط هذا كله قبل القسمة أما بعدها فإن كان غنيا وكانت العين قائمة تصدق بها وبقيمتها لو هالكة ، وإن كان فقيرا انتفع بها نهر (قوله ومن أسلم منهم) أى فى دار الحرب لأن المستأمن إذا أسلم فى دار

قبل مسكه (عصم نفسه وطفله وكل مامعه) فإن كانوا أخذوا أحرز نفسه فقط (أو أودعه معصوما) ولو ذميا فلو عند حربى فنيء كما لو أسلم ثم خرج إلينا ثم ظهرنا على الدار فماله ثمة فيء سوى طفله لتبعيته (لا ولده الكبير وزوجته وحملها وعقاره وعبده المقاتل) وأمته المقاتلة وحملها لأنه جزء الأم .

(حربى دخل دارنا بغير أمان) فأخذه أحدنا (فهو) وما معه (فيء) لكل المسلمين سواء (أخذ قبل الإسلام أو بعده) وقالا لآخذه خاصة وفى الخمس روايتان قنية ؛ وفيها استأجره لخدمة سفره فغزا بفرس المستأجر وسلاحه فسهمه بينهما إلا إذا شرط فى العقد أنه للمستأجر .

فصل فى كيفية القسمة

الإسلام ، ثم ظهرنا على داره فجميع ماخلفه فيها من الأولاد الصغار والمال فيء لأن التباين قاطع للعصمة وللتبعية بحر (قوله قبل مسكه) قيد به لأنه لو أسلم بعده فهو عبد ؛ لأنه أسلم بعد انعقاد سبب الملك فيه بحر وقيد فى البحر وتبعه فى النهر بقيد آخر وهو قوله ولم يخرج إلينا وفيه كلام يأتى قريبا (قوله فإن كانوا أخذوا) أى قبل إسلامه (قوله أو أودعه معصوما) قيد بالوديعة لأن ما كان غصبا فى يد مسلم أوذمى فهو فيء عند الإمام خلافا لهما بحر (قوله سوى طفله) كذا نقله فى النهر عن الفتح مع أنه فى الفتح قال بعده : وما أودعه مسلما أوذميا ليس فيئا فقد نظر إلى صدر كلامه الموهم ولم ينظر إلى عجزه وستأتى المسألة فى المستأمن متنا حيث قال : وإن أسلم ثمة فجاءنا فظهر عليهم فطفله حر مسلم ووديعته مع معصوم له وغيره فيء ومن ثم قال الزيلعى هناك : إن حكم المسألتين واحد وبه ظهر أن تقييد البحر بقوله ولم يخرج إلينا غير صحيح (قوله لاولده الكبير) لأنه كافر حربى ولاتبعية وكذا زوجته بحر ومفاده أن المراد بالكبير البالغ ، وأن الصغير يتبعه ولو كان يعبر عن نفسه ، خلافا لما قيل إنه لايتبعه فى الإسلام ، إلا إذ كان صغيرا لايعبر عن نفسه كما قدمناه فى الجنائز وسنذكره أيضا فى فصل استئمان الكافر فاغتنم ذلك فإنه أخطأ فيه كثير (قوله وحملها) لأنه جزء منها فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعا لغيره بخلاف المنفصل ، لأنه حر لانعدام الجزئية عند ذلك بحر (قوله وعقاره) وكذا مافيه من زرع لم يحصد لأنه فى يد أهل الدار إذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن فى يده إلا حكما نهر (قوله وعبده المقاتل) لأنه لما تمرد على مولاه خرج من يده وصار تبعا لأهل داره بحر (قوله قبل الإسلام أو بعده) لعله لانعقاد سبب الملك فيه للمسلمين والإسلام لايمنع الرق السابق عليه ط (قوله وقالا لآخذه) أى هو لمن أخذه خاصة وقدمنا قبل هذا الباب عن شرح السير نسبة هذا القول لمحمد (قوله وفى الخمس) أى فى وجوب الخمس روايتان عن الإمام وكذا عن محمد كما قدمناه (قوله استأجره لخدمة سفره الخ) هذه من مسائل الفصل الآتى ووجهها غير ظاهر ، فإن أجير الغازى للخدمة لاسهم له لأخذه على خروجه مالا إلا إذا قاتل وترك العمل كما فى شرح السير ، وفيه لو دخل دار الحرب فارسا ثم دفع فرسه لرجل ليقاتل عليه على أن سهم الفرس لصاحبه جاز لأنه لو لم يشرط ذلك كان سهم فرسه له ولو كان ذلك قبل الدخول فسهم الفرس لمن أدخله دار الحرب لأن السبب وهو الانفصال فارسا قد انعقد له ويكون لصاحب الفرس عليه أجر مثل فرسه اهـ ملخصا فتأمل والله سبحانه وتعالى أعلم .

مطلب مخالفة الأمير حرام

فصل فى كيفية القسمة

لما فرغ من بيان الغنيمة شرع فى بيان قسمتها وأفردها بفصل لكثرة شعبها وهو جعل النصيب الشائع معينا نهر . قال فى الملتقى : وينبغى للإمام أن يعرض الجيش عند دخول دار الحرب ليعلم الفارس من الراجل قال

(المعتبر فى الاستحقاق) لسهم فارس وراجل (وقت المجاوزة) أى الانفصال من دارنا وعند الشافعى وقت القتال (فلو دخل دار الحرب فارسا فنفق) أى مات (فرسه استحق سهمين ومن دخل راجلا فشرى فرسا استحق سهما ولا يسهم لغير فرس واحد) صحيح كبير (صالح لقتال) فلو مريضا إن صح قبل الغنيمة استحقه استحسانا لا لو مهرا فكبر تتارخانية ، وكأن الفرق حصول الإرهاب بكبير مريض لا بالمهر ولو غصب فرسه قبل دخوله أو ركبه آخر أو نفر ودخل راجلا ثم أخذه

فى شرحه : وأن يكتب أسماءهم وأن يؤمر عليهم من كان بصيرا بأمور الحرب وتدبيرها ولو من الموالى وعليهم طاعته لأن مخالفة الأمير حرام إلا إذا اتفق الأكثر أنه ضرر فيتبع اهـ (قوله المعتبر فى الاستحقاق) أى استحقاق الغانمين لأربعة أخماس الغنيمة ، لأن خمسها يخرجه الإمام لله تعالى كما سيجىء قال تعالى: ـ فإن لله خمسه وللرسول ـ در منتقى (قوله وقت المجاوزة) برفع وقت على أنه خبر المبتدأ (قوله أى الانفصال من دارنا) أى مجاوزة الدرب وهو الحد الفاصل بين دار الإسلام ودار الحرب نهر (قوله فلو دخل دار الحرب فارسا) هو من معه فرس ، ولو فى سفينة كما فى الشرنبلالية عن الاختيار وغيره ، لأنه تأهب للقتال على الفرس والمتأهب للشىء كالمباشر له (قوله فنفق) كفرح ونصر نفد وفنى قاموس ط وشمل مالو قتل فرسه رجل وأخذ منه القيمة كما فى البحر ، ومثله مالو أخذه العدو كما فى شرح السير واحترز به عما لو باعه قبل القتال فإنه يستحق سهم راجل كما يأتى (قوله استحق سهمين) سهم لنفسه وسهم لفرسه ، وهذا عنده وعندهما ثلاثة أسهم له سهم ولفرسه سهمان ، لأنه عليه الصلاة والسلام فعل ذلك على مارواه البخارى وغيره ، وحمله أبو حنيفة على التنفيل توفيقا بين الروايات ملتقى وشرحه ، وإذا كان حديث فى البخارى وحديث آخر فى غيره رجاله رجال الصحيح أو رجال روى عنهم البخارى كان الحديثان متساويين والقول بأن الأول أصح تحكم لانقول به مع أن الجمع وإن كان أحدهما أقوى أولى من إبطال الآخر وتمامه فى الفتح (قوله ولا يسهم لغير فرس واحد) وعند أبى يوسف يسهم لفرسين ، وماروى فيه يحمل على التنفيل أيضا در منتقى (قوله صالح للقتال) اعترض بأن هذا يغنى عن قوله صحيح كبير ، وفيه أنه لايلزم من كونه صحيحا كبيرا صلاحيته للقتال لجواز كونه حرونا أو لايجرى فلايصلح للكر والفر أفاده ط لكن مراد المعترض أن كلام المتن يغنى عما زاده الشارح ، فالأولى الجواب بأنه زاد ذلك تفسيرا لقول المتن صالح للقتال نعم كان الأولى تأخيره عنه كما فعله فى الشرنبلالية فافهم .

[تنبيه] يشترط فى الفرس أن لايكون مشتركا فلا سهم لفرس مشترك للقتال عليه ، إلا إذا استأجر أحد الشريكين حصة الآخر قبل الدخول در منتقى ، واستفيد منه أنه لايشترط أن يكون الفرس ملكه فيشمل المستأجر والمستعار وكذا المغصوب كما يأتى (قوله لالو مهرا فكبر) أى بأن طال المكث فى دار الحرب ، حتى بلغ المهر وصار صالحا للركوب فقاتل عليه لايستحق سهم الفرسان بحر (قوله وكأن الفرق الخ) هو لصاحب البحر ، ولايظهر إذا كان المرض بينا أفاده ط .

قلت : وقد ذكر الفرق الإمام السرخسى ، وهو أن المريض كان صالحا للقتال عليه إلا أنه تعذر لعارض على شرف الزوال فإذا زال صار كأن لم يكن بخلاف المهر فإنه ما كان صالحا ، وإنما صار صالحا فى دار الحرب ويوضحه أن الصغيرة لانفقة لها على زوجها لأنها لاتصلح لخدمة الزوج بخلاف المريضة لأنها كانت صالحة ولكن تعذر ذلك لعارض اهـ ملخصا (قوله قبل دخوله) أى فى الحد الفاصل بين دارنا ودار الحرب (قوله ثم أخذه) أى فى المسائل المذكورة : أى أخذه قبل القتال فله سهمان استحسانا لأنه التزم مؤنة الفرس من حين خروجه من

فله سهمان لا لو باعه ولو بعد تمام القتال فإنه يسقط في الأصح لأنه ظهر أن قصده التجارة فتح . وأقره المصنف لكن نقل في الشرنبلالية عن الجوهرة والتبيين ما يخالفه ، وفي القهستاني : لو باعه في وقت القتال فراجل على الأصح ولو بعد تمام القتال فارس بالاتفاق انتهى فتنبه ولتحفظ هذه القيود خوف الخطأ في الافتاء والقضاء (ولا) يسهم (لعبد وصبي وامرأة وذمي) ومجنون ومعتوه ومكاتب (ورضخ لهم) قبل إخراج الخمس عندنا (إذا باشروا القتال

أهله وقاتل عليه ، فلا يحرم سهمه بعارض غصب ونحوه فيما بين ذلك أما لو قاتل عليه الغاصب حتى غنموا وخرجوا فله سهم الفارس إذ لا فرق بين الفرس المغصوب والمملوك ، ولصاحب الفرس سهم راجل إلا إذا أصابوا غنائم بعد أخذه فرسه فله منها سهم فارس ، وللغاصب سهم راجل كما لو كان الغصب بعد دخول دار الحرب وتمامه في شرح السير (قوله فله سهمان) وكذا لو جاوزه أي جاوز الدرب مستأجرا أو مستعيرا وحضر به أي حضر به الوقعة وكذا الغاصب . لكن يستحقه من وجه محظور فيتصدق به جوهرة . وفي المنح: لو رجع الواهب فالموهوب له فارس فيما أصابه قبل الرجوع وراجل فيما أصابه بعده والراجع راجل مطلقا اهـ در منتقى أي لأنه جاوز الدرب راجلا باختياره كالمؤجر والمعير بخلاف المغصوب منه (قوله لا لو باعه) أي باختياره فلو مكرها فله سهم فارس ، كما في البحر وكالبيع مالو رهنه أو آجره أو وهبه بحر (قوله ولو بعد تمام القتال) تبع في هذا المصنف حيث قال وفي فتح القدير لو باعه بعد الفراغ من القتال لا يسقط عند البعض ، قال المصنف : يعني صاحب الهداية الأصح أنه يسقط لأنه ظهر أن قصده التجارة اهـ وهو غلط في النقل ،عن الفتح وهذه عبارة الفتح ولو باعه بعد الفراغ من القتال لم يسقط سهم الفارس بالاتفاق ، وكذا إذا باعه حال القتال لا يسقط عند البعض قال المصنف ، الأصح أنه يسقط لأنه ظهر أن قصده التجارة اهـ ومثله في التبيين والجوهرة وعبارة القهستاني موافقة له فلا معنى للاستدراك اهـ ح ملخصا .

قلت : والظاهر أنه سقط من نسخة المصنف ما بين لفظي القتال ، فحصل الاختلال فاستدراج الشارح عليه في محله . نعم كان الأولى له مراجعة عبارة الفتح فافهم (قوله ولتحفظ هذه القيود) أي المذكورة في قوله ولا يسهم لغير فرس واحد صحيح كبير صالح للقتال ، كما هو صريح عبارته في شرحه على الملتقى ، وأصل ذلك للمصنف فإنه بعد أن قيد المتن بقوله : صالح للقتال قال : إن صاحب الكنز وغيره من أصحاب المتون أخل بما ذكرنا من القيد وإن العجب من أصحاب المتون فإنهم يتركون في متونهم قيودا لابد منها : وهي موضوعة لنقل المذهب ، فيظن من يقف على مسائله الإطلاق ، فيجري الحكم على إطلاقه ،وهو مقيد فيرتكب الخطأ في كثير من الأحكام في الافتاء والقضاء اهـ فافهم (قوله وذمي) ولو أسلم أو بلغ المراهق قبل القسمة والخروج إلى دار الإسلام يسهم له كما في شرح السير ،والظاهر أن العبد إذا أعتق كذلك (قوله ورضخ لهم) أي يعطون قليلا من كثير فإن الرضيخة هي الإعطاء كذلك ، والكثير السهم فالرضخ لا يبلغ السهم فتح (قوله عندنا) وفي قول للشافعي ورواية عن أحمد أنه من أربعة الأخماس فتح (قوله إذا باشروا القتال) شمل المرأة فإنها يرضخ لها إذا قاتلت أيضا وأطلق مباشرة القتال في العبد ، فشمل ما إذا قاتل بإذن سيده أو بدونه كما في الفتح وبه صرح في شرح السير الكبير ، وقال : القياس أنه إذا قاتل بلا إذن المولى لا يرضخ له كمستأمن قاتل بلا إذن الإمام ، والاستحسان أنه يرضخ له لأنه غير محجور عما يتمحض منفعة ، وهو نظير القياس والاستحسان في العبد المحجور إذا آجر نفسه وسلم من العمل اهـ ملخصا وبه ظهر أن قوله في الولوالجية إن العبد إذا كان مع مولاه يقاتل بإذنه يرضخ له غير قيد خلافا لما فهمه في البحر ولم أر من نبه عليه فتنبه ، وظهر به أيضا أن قوله في اليعقوبية : ينبغي أن يسهم للعبد المأذون بحث مخالف للمنقول :

أو كانت المرأة تقوم بما صالح المرضى) أو تداوى الجرحى (أو دل الذمى على الطريق) ومفاده جواز الاستعانة بالكافر عند الحاجة وقد استعان عليه الصلاة والسلام باليهود على اليهود ورضخ لهم (ولا يبلغ به السهم إلا فى الذمى) إذا دل فيزاد على السهم لأنه كالأجرة (والبراذين) خيل العجم (والعتاق) بكسر العين جمع عتيق كرام خيل العرب والهجين الذى أبوه عربى وأمه عجمية والمقرف عكسه قاموس (سواء لا) يسهم (للراحلة والبغل) والحمار لعدم الإرهاب

[تنبيه] اقتصر المصنف على المذكورين لأن الأجير لا يسهم له ولا يرضخ لعدم اجتماع الأجر والنصيب من الغنيمة إلا إذا قاتل فإنه يسهم له بحر أى بخلاف المذكورين فإنهم إذا قاتلوا يرضخ ولا يسهم لهم (قوله أو تداوى الجرحى) هذا داخل فيما قبله مع أنه يوهم التخصيص بهذا النوع فالأولى أن يقول بدله أو تطبخ أو تخبز للغزاة كما فى شرح السير ، ومثل ذلك السقى ومناولة السهام كما فى الفتح :

والحاصل : أن المراد حصول منفعة منها للغزاة احترازا عما إذا خرجت لخدمة زوجها مثلا (قوله عند الحاجة) أما بدونها فلا لأنه لا يؤمن غدره .

مطلب فى الاستعانة بمشرك

(قوله وقد استعان عليه الصلاة والسلام الخ) ذكر فى الفتح أن فى سنده ضعفا ، وأن جماعة قالوا لا يجوز لحديث مسلم « أنه عليه الصلاة والسلام خرج إلى بدر فلحقه رجل مشرك فقال : ارجع فلن أستعين بمشرك » الحديث وروى رجلان ثم قال وقال الشافعى رده عليه الصلاة والسلام المشرك والمشركين كان فى غزوة بدر ثم إنه عليه الصلاة والسلام استعان فى غزوة خيبر بيهود من بنى قينقاع ، وفى غزوة حنين بصفوان بن أمية ، وهو مشرك فالرد ان كان لأجل أنه كان مخيرا بين الاستعانة وعدمها فلا مخالفة بين الحديثين وإن كان لأجل أنه مشرك فقد نسخه ما بعده (قوله فيزاد على السهم) أى إذا كان فى دلالته منفعة عظيمة للمسلمين فيرضخ له على قدر مايرى الإمام ولو أكثر من سهام الفرسان شرح السير (قوله لأنه كالأجرة) أشار إلى الفرق بين ما إذا قاتل الذمى حيث لا يبلغ فى الرضخ له السهم وما إذا دل حيث تصح الزيادة ، وهو أن مايدفع له فى هذه الحالة ليس رضخا ، بل قائم مقام الأجرة بخلاف ما إذا قاتل فإنه لا يبلغ به السهم لأنه عمل عمل الجهاد ولا يسوى فى عمله بين من يؤجر عليه ، ومن لا يقبل منه أفاده فى الفتح .

[تنبيه] قال فى الحواشى اليعقوبية لا وجه لتخصيص حكم الدلالة على الطريق بالذمى ، لأن العبد أيضا إذا دل يعطى له أجر الدلالة بالغا ما بلغ إلا أن تمنع إرادة التخصيص فليتأمل اهـ (قوله سواء) أى فى القسم فلا يفضل أحدها على الآخر فتح ، وهو خبر عن قول المصنف والبراذين والعتاق ، وعلى حل الشارح خبر لمبتدأ محذوف : أى هذه الأربعة سواء لأنه قدر لكل واحد منها على انفراده خبرا فلا يصلح أن يكون خبرا عنها جميعا ، ولا يخفى أن ما زاده الشارح من الهجين بوزن عجين ، والمقرف بوزن محسن يفهم حكمه بالأولى لأنه فوق البراذين (قوله لا يسهم للراحلة) هى المركوب من الإبل ذكرا كان أو أنثى والتاء فيها للوحدة أو للنقل من الوصفية إلى الإسمية والحمل يختص بالذكر ط (قوله لعدم الإرهاب) أى تخويف العدو إذ لا تصلح للكر والفر :

(والخمس) الباقى يقسم أثلاثا عندنا (لليتيم والمسكين وابن السبيل) وجاز صرفه لصنف واحد فتح ، وفى المنية لو صرفه للغانمين لحاجتهم جاز وقد حققته فى شرح الملتقى (وقدم فقراء ذوى القربى) من بنى هاشم (منهم) أى من الأصناف الثلاثة (عليهم) لجواز الصدقات لغيرهم لا لهم (ولا حق لأغنيائهم) عندنا

مطلب فى قسمة الخمس

(قوله والخمس الباقى) أى الباقى بعد أربعة أخماس الغانمين (قوله عندنا) وأما عند الشافعى فيقسم أخماسا سهم لذوى القربى ، وسهم للنبى صلى الله عليه وسلم يخلفه فيه الإمام ، ويصرفه إلى مصالح المسلمين والباقى للثلاثة للآية زيلعى (قوله لليتيم) أى بشروط فقره ، وفائدة ذكره دفع توهم أن اليتيم لايستحق من الغنيمة شيئا لأن استحقاقها بالجهاد ، واليتيم صغير فلا يستحقها ، ومثله مافى التأويلات للشيخ أبى منصور لما كان فقراء ذوى القربى يستحقون بالفقر ، فلا فائدة فى ذكرهم فى القرآن أجاب بأن أفهام بعض الناس قد تقضى إلى أن الفقير منهم لا يستحق ، لأنه من قبيل الصدقة ، ولا تحل لهم بحر (قوله والمسكين) المراد منه مايشمل الفقير (قوله وجاز صرفه الخ) علله فى البدائع بأن ذكر هؤلاء الأصناف لبيان المصارف ، لا لإيجاب الصرف إلى كل صنف منهم شيئا بل لتعيين المصرف ، حتى لايجوز الصرف إلى غير هؤلاء اه شرنبلالية (قوله وقد حققته فى شرح الملتقى) ونصه والخمس الباقى من المغنم كالمعدن والركاز يكون مصرفها لليتامى المحتاجين والمساكين وابن السبيل فتقسم عندنا أثلاثا هذه الأموال الثلاثة لهؤلاء الأصناف الثلاثة خاصة غير متجاوز عنهم إلى غيرهم ، فتصرف لكلهم أو لبعضهم ، فسبب استحقاقهم احتياج بيتم أو مسكنة أو كونه ابن السبيل ، فلا يجوز الصرف لغنيهم ، ولا لغيرهم كما فى الشرنبلالية والقهستانى .

قلت : ونقلت فيما علقته على التنوير عن المنية أنه لو صرف للغانمين لحاجتهم جاز اه ولعله باعتبار الحاجة فلا تنافى حينئذ فتنبه اه .

أقول : لامعنى للترجى بعد تصريح المنية بقوله لحاجتهم اه ح (قوله من بنى هاشم) بيان لذوى القربى ، وفيه قصور لأن المراد بهم هنا بنوهاشم وبنو المطلب ، لأنه عليه الصلاة والسلام وضع سهم ذوى القربى فيهم ، وترك بنى نوفل وبنى عبد شمس مع أن قرابتهم واحدة ، لأن عبد مناف الجد الثالث للنبى صلى الله عليه وسلم له أولاد هاشم والمطلب ونوفل وعبد شمس بحر . والمطلب عم الجد الأول وهو عبد المطلب بن هاشم (قوله أى من الأصناف الثلاثة) وكذا الضمير فى عليهم راجع إليهم ، والضمير الثانى يغنى عن الأول ، ولكن زاده مع مافيه من الركاكة ليفيد أن ذوى القربى إذا كانوا من الأصناف الثلاثة يقدمون على من كان منهم ممن ليس من ذوى القربى ، فيتيم ذوى القربى مقدم على يتيم غيرهم ، وهكذا قال فى الدر المنتقى : والأوضح أن يقال خمس الغنيمة والمعدن للمحتاج وذوو القربى منه أولى (قوله لجواز الخ) علة لقوله وقدم أى لأن غير ذوى القربى يحل له أخذ الصدقة لدفع حاجته بخلافهم فليس فى تقديمهم إضرار بغيرهم (قوله ولا حق لأغنيائهم عندنا) وعند الشافعى : يستوى فيه فقيرهم وغنيهم ويقسم بينهم للذكر كالأنثيين لأنه لم يفرق فى الآية بين الفقير والغنى ، ولنا أن الخلفاء الراشدين قسموه كما قلناه بمحضر من الصحابة ، فكان إجماعا والنبى صلى الله عليه وسلم كان يعطيهم للنصرة ، لا للفقر لقوله صلى الله عليه وسلم « إنهم لم يزالوا معى هكذا فى الجاهلية والإسلام وشبك بين أصابعه » حين أعطى بنى هاشم والمطلب لأنهم قاموا معه حين أرادت قريش [illegible] عليه الصلاة والسلام ، ودخل بنو نوفل وعبد شمس فى عهد قريش ،

ومانقله المصنف عن البحر من أن ماف الحاوي يفيد ترجيح الصرف لأغنيائهم نظر فيه فى النهر (وذكره تعالى للتبرك) باسمه فى ابتداء الكلام إذ الكل لله (وسهمه عليه الصلاة والسلام سقط بموته) لأنه حكم علق بمشتق وهو الرسالة

ولو كان لأجل القرابة لما خصهم لأن عبد شمس ونوفلا أخوان لهاشم لأبيه وأمه والمطلب كان أخاه لأبيه فكان أقرب(١) والمراد بالنصرة كونهم معه يؤانسونه بالكلام ، والمصاحبة لا بالمقاتلة ، والماكان لنسائهم فيه نصيب ثم سقط ذلك بموته عليه الصلاة والسلام لعدم تلك العلة ، وهى النصرة ، فيستحقونه بالفقر زيلعى ملخصا .

وحاصله أنه كما سقط سهمه صلى الله عليه وسلم بموته عندنا سقط سهم ذوى القربى بموته أيضا لفقد علة استحقاقهم ، حتى قال الطحاوى : لايستحق فقيرهم أيضا لكن الأول وهو قول الكرخى أظهر ، وقد حقق فى الفتح قسمة الخلفاء الراشدين ثلاثا كما قلنا لا أخماسا كما قال الشافعى فراجعه .

[تنبيه] فى الشرنبلالية عن البدائع تعطى القرابة كفايتهم اه. وفيها عن الجوهرة أنه يقسم بينهم للذكر كالأنثيين.

قلت : واعترضه فى الدر المنتقى بأنهم ذكروا هذا عن الشافعى لا عندنا . قلت : على أنه ينافيه ماف البدائع (قوله وما نقله المصنف) حيث قال : وفى الحاوى القدسى ، وعن أبى يوسف : الخمس يصرف إلى ذوى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل وبه نأخذ اه . وهذا يقتضى كما نبه عليه شيخنا يعنى صاحب البحر أن الفتوى على الصرف إلى الأقرباء الأغنياء فليحفظ اه (قوله نظر فيه فى النهر) حيث قال : وأقول فيه نظر بل هو ترجيح لإعطائهم ، وغاية الأمر أنه سكت عن اشتراط الفقر فيهم للعلم به اه وأنت إذا تأملت كلام الحاوى رأيته شاهدا لما فى البحر ، وهذه عبارته ، وأما الخمس فيقسم ثلاثة أسهم سهم لليتامى ، وسهم للمساكين ، وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوى القربى فيهم ، ويقدمون ولا يدفع لأغنيائهم شىء ، وعن أبى يوسف أن الخمس يصرف إلى ذوي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل وبه نأخذ اه . إذ لو كان كما قاله فى النهر لكانت رواية أبى يوسف عين ماقبلها فتدبر اه ح .

قلت : لكن أنت خبير بأن هذه رواية عن أبى يوسف : وهى خلاف المشهور عنه والمتون والشروح أيضا على خلافها فالواجب اتباع المذهب فى هذه المسألة الذى اعتنى الشراح وغيرهم بتأييد أدلته والجواب عما ينافيه فهذا أقوى ترجيح ولا يعارضه ترجيح الحاوى ، ثم رأيت العلامة الشيخ إسمعيل النابلسى نبه على نحو ماقلته فى شرحه على الدرر والغرر (قوله وذكره تعالى) أى قوله تعالى — فان لله خمسه — (قوله لأنه حكم علق بمشتق وهو الرسالة) عبارة النهر وهو الرسول ، فيكون مبدأ الاشتقاق علة وهو الرسالة ولا رسول بعده اه أى كما لو قيل إذا لقيت عالما فأكرمه وإذا لقيت فاسقا فأهنه ، فإنه علق فيه الأمر بالإكرام والإهانة على مشتق ، وهو عالم وفاسق فيدل على أن ماشتق منه ذلك الوصف : أعنى العلم والفسق علة الحكم أى أكرمه لعلمه وأهنه لفسقه وبه يظهر ماف عبارة الشارح ، ثم إن هذا أغلى لما علمت من أن قوله تعالى — ولذى القربى — ليس علته القرابة عندنا بل النصرة إلا أن يقال مرادهم نفى كون العلة مجرد القرابة بل العلة قرابة خاصة مقيدة بالنصرة على الوجه المار فتدبر

مطلب فى أن رسالته صلى الله عليه وسلم باقية بعد موته

[تنبيه] قدمنا عن الشافعى رحمه الله تعالى أن سهمه صلى الله عليه وسلم يخلفه فيه الإمام بعده أى بناء على أنه صلى الله عليه وسلم كان يستحقه لإمامته ، وعندنا لرسالته ، ولا رسول بعده أى لا يوصف بعده أحد بهذا الوصف

---

(١) قوله (فكان أقرب) هكذا بخطه ولعل الصواب فكانا أى عبد شمس ونوفل تأمل اه مصححه .

(كالصفى) الذى كان عليه الصلاة والسلام يصطفيه لنفسه (ومن دخل دارهم بإذن) الإمام (أو منعة) أى قوة (فأغار خمس) ما أخذوا لأنه غنيمة (وإلا لا) لأنه اختلاس وفى النية لو دخل أربعة خمس ولو ثلاثة لا. قال الإمام ماأصبتم لا أخمسه فلو لهم منعة لم يجز وإلا جاز (وندب للإمام

فلذا سقط بموته بخلاف الإمامة والقيام بأمور الأمة وبهذا التقرير اندفع ماأورده المقدسى على قولهم: ولا رسول بعده من أنهم إن أرادوا أن رسالته مقصورة على حياته فممنوع إذ قد صرح فى منية المفتى بأن رسالة الرسول لاتبطل بموته ثم قال: ويمكن أن يقال إنها باقية حكما بعد موته وكان استحقاقه بحقيقة الرسالة لا بالقيام بأمور الأمة اه. ولا يخفى مافى كلامه من إيهام انقطاع حقيقتها بعده صلى الله عليه وسلم، فقد أفاد فى الدر المنتقى أنه خلاف الإجماع.

قلت: وأما مانسب إلى الإمام الأشعرى إمام أهل السنة والجماعة من إنكار ثبوتها بعد الموت. فهو افتراء وبهتان والمصرح به فى كتبه وكتب أصحابه خلاف مانسب إليه بعض أعدائه لأن الأنبياء عليهم الصلاة والسلام أحياء فى قبورهم وقد أقام النكير على افتراء ذلك الإمام العارف أبو القاسم القشيرى فى كتابه: شكاية السنة، وكذا غيره كما بسط ذلك الإمام ابن السبكى فى طبقاته الكبرى فى ترجمة الإمام الأشعرى (قوله كالصفى) بفتح الصاد وكسر الفاء والياء المشددة نهر أى كما سقط الصفى بموته صلى الله عليه وسلم (قوله يصطفيه لنفسه) أى قبل قسمة الغنيمة، وإخراج الخمس نهر كما اصطفى ذا الفقار وهو سيف منبه بن الحجاج حين قتله على رضى الله تعالى عنه وكما اصطفى صفية بنت حيى بن أخطب من غنيمة خيبر رواه أبو داود فى سننه والحاكم فتح وفى الشرنبلالية قال فى طلبة الطلبة: وكان النبى صلى الله عليه وسلم لايستأثر بالصفى زيادة على سهمه (قوله ومن دخل دارهم بإذن الإمام) ولو واحدا من أهل الذمة ط عن الشلبى (قوله أو منعة) فى المصباح هو فى منعه بفتح النون أى فى عز قومه، فلا يقدر عليه من يريده قال الزمخشرى: وهى مصدر مثل الأنفة والعظمة أو جمع مانع وهم العشيرة والحماة وقد تسكن فى الشعر لاغيرخلافا لمن أجازه مطلقا (قوله خمس) أى يأخذ الإمام خمسه والباقى لهم قال فى الفتح: لأن على الإمام أن ينصرهم حيث أذن لهم كما أن عليه أن ينصر الجماعة الذين لهم منعة إذا دخلوا بغير إذنه تحاميا عن توهين المسلمين والدين فلم يكونوا مع نصرة الإمام متلصصين فكان المأخوذ قهرا غنيمة (قوله ما أخذوا) بضمير الجمع مر إعادة لمعنى من كما روعى لفظها فى قوله فأغار (قوله وإلا لا) أى وإن لم يدخلوا بإذن الإمام ولم يكونوا ذوى منعة بأن دخلوا بلا إذنه وهم ثلاثة فأقل كما أفاده فى الفتح: قال وعن أبى يوسف أنه قدر الجماعة التى لامنعة لها بسبعة، والتى لها منعة بعشرة (قوله لأنه اختلاس) من خلست الشىء خلسا من باب ضرب اختطفته بسرعة على غفلة مصباح (قوله وفى المنية الخ) أفاد به تقدير المنعة (قوله وإلا جاز) لأن الخمس فى الثانى واجب بقول الإمام، فله أن يبطله بقوله بخلافه فى الأول، ولذا لو دخلوا بغير إذنه خمس ما أخذوه بحر عن المحيط:

وحاصله: أنهم إذا لم يكن لهم منعة لايجب الخمس إلا إذا أذن فيكون قد وجب بسبب قوله: فله أن يبطله بخلاف ماإذا كانت لهم منعة فإنه يجب، وإن لم يأذن لهم فلم يجب بقوله فليس له إبطاله وفى النهر عن التاترخانية: لو كان بعضهم بإذنه وبعضهم بلا إذنه ولا منعة لهم فالحكم فى كل واحد منهم حالة الاجتماع كما فى حالة الانفراد وإن كان لهم منعة يجب الخمس اه (قوله وندب للإمام) وكذا لأمير السرية إلا إذا نهاه الإمام فليس له ذلك إلا برضا العسكر فيجوز من الأربعة الأخماس بحر.

أن ينفل وقت القتال حثا) وتحريضا فيقول من قتل قتيلا فله سلبه سماه قتيلا لقربه منه (أو يقول

مطلب فى التنفيل

(قوله أن ينفل) التنفيل : إعطاء الإمام الفارس فوق سهمه وهو من النفل ، ومنه النافلة للزائد على الفرض ويقال لولد الولد كذلك ويقال نفله تنفيلا ونفله بالتخفيف نفلا لغتان فصيحتان فتح (قوله وقت القتال) قيد به القدورى ، ولابد منه لأنه بعده لايملكه الإمام ، وقيل : ماداموا فى دار الحرب يملكه كذا فى السراج ؛ وقد يؤيد هذا القيل أن قوله صلى الله عليه وسلم « من قتل قتيلا فله سلبه » إنما كان بعد الفراغ من حنين ، ولم أر جوازه قبل المقاتلة نهر .

قلت : وفيه نظر لأن المنقول أن ذلك كان عند الهزيمة تحريضا للمسلمين ، على الرجوع إلى القتال وفى القهستانى : إن فى قوله : وقت القتال إشارة إلى أنه يجوز التنفيل قبله بالأولى وإلى أنه لايجوز بعده لكن بعد القسمة لأنه استقر فيه حق الغانمين اه ففيه التصريح بجوازه قبله وعزاه ح إلى المحيط وقوله : لكن بعد القسمة الظاهر أنه مبنى على القيل المار عن السراج ، ويؤيده قول المتون : وينفل بعد الإحراز من الخمس فقط ، فإن مفهومه أنه قبل الإحراز بدارنا يجوز من الكل ، لكن الظاهر أن هذا المفهوم غير معتبر ، لأنه وقع التصريح بخلافه ، فى المنبع عن الذخيرة : لاخلاف أن التنفيل قبل الإصابة ، وإحراز الغنيمة وقبل أن تضع الحرب أوزارها جائز ، ويوم الهزيمة ، ويوم الفتح لايجوز لأن القصد به التحريض على القتال ولا حاجة إليه إذا انهزم العدو ، وأما بعد الإحراز فلايجوز إلا من الخمس إذا كان محتاجا اه ملخصا . وفى متن الملتقى ، ومتن المختار وللإمام : أن ينفل قبل إحراز الغنيمة وقبل أن تضع الحرب أوزارها فقولهم : وقبل أن تضع الحرب أوزارها فائدته دفع توهم الجواز بعد انتهاء الحرب لأن قولهم قبل إحراز الغنيمة يشمل مابعد الإصابة : أى إصابة العسكر الغنيمة بالهزيمة وانتهاء الحرب مع أنه غير مراد كما بينه عطف هذه الجملة . وفى الفتح التنفيل إنما يجوز عندنا قبل الإصابة ؛ فقد ظهر ضعف مافى السراج مع أن صاحب السراج ، لم يعول عليه فى مختصره الجوهرة حيث قال : عن الخجندى التنفيل : إما أن يكون قبل الفراغ من القتال أو بعده ، فإن كان بعده لايملكه الإمام ، لأنه إنما جاز لأجل التحريض على القتال وبعد الفراغ منه لاتحريض اه .

قلت : وكل ماورد من التنفل بعد القتال فهو محمول عندنا على أنه من الخمس كما بسطه السرخسى .

مطلب الاقتباس من القرآن جائز عندنا

[تنبيه] قولهم أن تضع الحرب أوزارها اقتباس من القرآن ، وبه يستدل على جوازه عندنا كما بسطه الشارح فى الدر المنتقى فراجعه (قوله وتحريضا) أى ترغيبا فى القتال .

مطلب فى قولهم اسم الفاعل حقيقة فى الحال

(قوله سماه قتيلا لقربه منه) أى من القتل ففيه مجاز الأول مثل أعصر خمرا لكن قال الزركشى قولهم : اسم الفاعل حقيقة فى الحال أى حال التلبس بالفعل لاحال النطق فإن حقيقة الضارب والمضروب لا تتقدم على الضرب ولا تتأخر عنه ، فهما معه فى زمن واحد ومن هذا ظهر أن قوله عليه الصلاة والسلام « من قتل قتيلا فله سلبه » أن قتيلا حقيقة ، وأن ماذكروه من أنه سمى قتيلا باعتبار مشارفته للقتل لاتحقيق فيه اه . وصرح القرافى فى شرح التنقيح ، بأن المشتق إنما يكون حقيقة فى الحال مجازا فى الاستقبال مختلفا فيه فى الماضى إذا كان محكوما

من أخذ شيئا فهو له) وقد يكون بدفع مال وترغيب مآل فالتحريض نفسه واجب للأمر به واختيار لاداعى للمقصود مندوب ولا يخالفه تعبير القدورى أى بلا بأس لأنه ليس مطردا لما تركه أولى بل يستعمل فى المندوب أيضا قاله المصنف ، ولذا عبر فى المبسوط بالاستحباب (ويستحق الامام لو قال من قتل قتيلا فله سلبه إذا قتل هو) استحسانا (بخلاف) ماالو قال منكم أو قال (من قتلته أنا فلى سلبه) فلا يستحقه إلا إذا عمم بعده ظهيرية ويستحقه مستحق سهم أو رضخ فعم الذمى وغيره (وذا) أى التنفيل

به أما إذا كان متعلق الحكم كما هنا فهو حقيقة مطلقا ، يعنى سواء كان بمعنى الحال أو الاستقبال أو الماضى إجماعا وحينئذ ، فلا مجاز أبو السعود عن الحموى وقوله : إذا كان محكوما به كقولك : زيد قائم فإنه حكم به على زيد ، بخلاف جاء القائم فإنه جعل متعلق الحكم بالمجىء فى الأول لابد من أن يكون متصفا بالقيام حال النطق ، حتى يصح الحكم عليه بالصفة وإلا كان مجازا بخلاف الثانى فإن قولك : جاء القائم غدا حكم بالمجىء على ذات القائم غدا أى على من يسمى قائما غدا أى حال التلبس بالصفة ومنه من قتل قتيلا أى شخصا يسمى قتيلا عند تحقق القتل فيه فافهم (قوله أو يقول من أخذ شيئا فهو له) هذا الفرع منقول فى حواشى الهداية وللكمال فيه كلام سنذكره مع جوابه عند قول الشارح وجاز التنفيل بالكل (قوله وقد يكون بدفع مال) كأن يقول له خذ هذه المائة واقتل هذا الكافر تأمل ولم أره (قوله وترغيب مآل) الظاهر أنه بهمزة ممدودة والإضافة على معنى فى : أى ترغيب فى المآل مثل : إن قتلت قتيلا فلك ألف درهم ، لكن يشترط أن لايصرح بالأجر كما سنذكره قريبا (قوله فالتحريض الخ) جواب عما يورد على قوله : وندب للإمام الخ .

وحاصله : أن التحريض الواجب قد يكون بالترغيب فى ثواب الآخرة أو فى التنفيل ، فهو واجب مخير ، وإذا كان التنفيل أدعى الحصال إلى المقصود يكون هو الأولى ، فصار المندوب اختيار إسقاط الواجب به لا هو فى نفسه بل هو واجب مخير فتح ملخصا ، وفيه رد لقول العناية إن الأمر فى الآية مصروف عن الوجوب لقرينة (قوله ولا يخالفه) أى لايخالف قول المصنف وندب .

مطلب كلمة لا بأس قد تستعمل فى المندوب

(قوله بل يستعمل فى المندوب) يظهر لى أن محله فى موضع يتوهم فيه البأس أى الشدة كما هنا فإن فيه تخصيص الفارس بزيادة مع قطع الخمس بل استعمل نظيره فى القرآن فى الواجب كما فى قوله تعالى — فلا جناح عليه أن يطوف بهما — فنفى الجناح لما كانوا يعتقدونه من حرمة السعى بين الصفا والمروة (قوله قاله المصنف) أى تبعا للفتح وغيره (قوله ولذا) أى لكونه مندوبا لاخلاف الأولى (قوله استحسانا) والقياس عدمه لأن غيره يستحق بإيجابه وهو لايملك الإيجاب لنفسه ، كالقاضى لايملك القضاء لنفسه وجه الاستحسان أنه أوجب النفل للجيش وهو واحد منهم (قوله فلا يستحقه) لأنه فى الأول خصهم بقوله منكم ، فلا يتناوله الكلام ، وفى الثانى هو متهم بتخصيصه نفسه (قوله إلا إذا عمم بعده) أى إذا قال : إن قتلت قتيلا فلى سلبه ولم يقتل أحدا حتى قال : ومن قتل منكم قتيلا فله سلبه فقتل الأمير قتيلا استحقه لأن التنفيل صار عاما باعتبار كلاميه ولافرق بين كونه بكلامين ، أو بكلام واحد لأن الأول لم يصح للتهمة بالتخصيص وقد زالت بالثانى أفاده السرخسى .

وحاصله : أن التعميم حصل بمجموع الكلامين لا بالثانى فقط فافهم (قوله ويستحقه) أى السلب (قوله وغيره) كالتاجر والمرأة والعبد بحر (قوله أى التنفيل) أى تنفيل الإمام بقوله : من قتل قتيلا إنما يكون فى مباح القتل : أى وإن كان لفظ قتيلا نكرة لكنه مقيد بمن يباح قتله ، فيدخل فيه أجير لهم وتاجر منهم وعبد يخدم

(إنما يكون فى مباح القتل فلا يستحقه بقتل امرأة ومجنون ونحوهما ممن لم يقاتل وسماع القاتل مقالة الإمام ليس بشرط) فى استحقاقه مانفله إذ ليس فى الوسع إسماع الكل ، ويعم كل قتال فى تلك السنة مالم يرجعوا وإن مات الوالى أو عزل مالم يمنعه الثانى نهر ، وكذا يعم كل قتيل ، لأنه نكرة فى سياق الشرط وهو من بخلاف إن قتلت قتيلا ولو قال إن قتلت ذلك الفارس فلك كذا لم يصح ، وإن قطعت رأس أولئك القتلى فلك كذا صح

مولاه ومرتد أو ذمى لحق بهم ومريض أو مجروح ، وإن لم يستطع القتال وشيخ فان له رأى أو يرجى نسله لأن قتله مباح . نعم لو قتل مسلما كان يقاتل فى صفهم لم يكن له سلبه لأنه وإن كان مباح الدم لكن سلبه ليس بغنيمة كأهل البغى إلا إذا كان سلبه للمشركين أعاروه إياه سرخسى وماذكره فى الدر المنتقى عن البرجندى عن الظهيرية من أنه يستحق السلب بقتل من لم يقاتل استحسانا لم أره فى الظهيرية بل الذى فيها عدم الاستحقاق كما عزاه إليها القهستانى فافهم (قوله ممن لم يقاتل) حتى لو قاتل الصبى فله سلبه ، لأنه مباح الدم وكذا المرأة كما فى شرح السير (قوله ويعم كل قتال فى تلك السنة) الأولى السفرة كما عبر فى البحر والنهر ، وفى شرح السير لو نفل فى دار الحرب قبل القتال يبقى حكمه إلى أن يخرجوا من دار الحرب حتى لو رأى مسلم مشركا نائما فقتله فله سلبه ، كما لو قتله فى الصف أو بعد الهزيمة أما لو نفل بعد مااصطفوا للقتال فهو على ذلك القتال حتى ينقضى ولو بقى أياما (قوله وإن مات الوالى أو عزل) فى شرح السير لو جاء مع المدد أمير وعزل الأمير الأول بطل تنفيله ، فيما يستقبل لزوال ولايته بالعزل ، أما لو لم يتقدم أمير بل مات أميرهم فأمر عليهم غيره لم يبطل حكم تنفيل الأول لأن الثانى قائم مقامه إلا إذا أبطله الثانى أو كان الخليفة قال لهم إن مات أميركم فأميركم فلان فيبطل تنفيل الأول ، لأن الثانى نائب الخليفة بتقليده من جهته ، فكأنه قلده ابتداء ، فينقطع حكم رأى الأول برأى فوقه اه ملخصا .

وحاصله : بطلانه بالعزل وكذا بالموت إذا نصب غيره بعده من جهة الخليفة لامن جهتهم وهو خلاف مافى الشرح تبعا للبحر والنهر (قوله لأنه نكرة فى سياق الشرط) فيه أن النكرة فى سياق الشرط إنما تعم فى اليمين المثبت لأن الحلف على نفيه دون المنفى كإن لم أكلم رجلا لأنه على الإثبات كأنه قال لأكلمن رجلا كما فى التحرير .

قلت : ذكر فى التحرير أيضا أنه قد يظهر عموم النكرة من المقام وغيره كعلمت نفس وتمرة خير من جرادة وأكرم كل رجل اه وهنا كذلك كما يأتى تلوه فافهم (قوله بخلاف إن قتلت قتيلا) أى فقتل المخاطب قتيلين مثلا لايعم الكل بل له سلب الأول فقط استحسانا والقياس أنه كالأول لأنه علق استحقاقه بشرط يتكرر فلا ينتهى بقتل الأول وجه الاستحسان أنه فى الأول لما لم يعين إنسانا بعينه ، فقد خرج الكلام منه عاما ألا ترى أنه يتناول جميع المخاطبين ، فكما يعم جماعتهم يعم جماعة المقتولين ، وحقيقة معنى الفرق أن مقصود الإمام من تحريضهم المبالغة فى النكاية فى المشركين ، ولا فرق فى ذلك بين أن يكون القاتل للعشرة مثلا عشرة من المسلمين أو واحدا منهم ، وأما الثانى فالمقصود فيه معرفة جلادة ذلك الرجل ، وذلك يتم بدون إثبات العموم فى المقتولين اه ملخصا من شرح السير الكبير . وقد خطر لى هذا الفرق قبل رؤيته ولله تعالى الحمد .

وحاصله : يرجع إلى أن العموم فى أحدهما استفيد من قرينة المقام كما نبهنا عليه آنفا فافهم (قوله ولو قال إن قتلت ذلك الفارس الخ) أقول : هذا إذا صرح بكونه أجرا وإلا فهو تنفيل لما فى السير الكبير للسرخسى ، ولو قال الأمير لمسلم حر أو عبد إن قتلت ذلك الفارس من المشركين ، فلك على أجر مائة دينار ، فقتله لم يكن له أجر لأنه لما صرح بالأجر لا يمكن حمل كلامه على التنفيل ، والاستئجار على الجهاد لايجوز وإن قال ذلك لذمى فكذلك عندهما ، وعند محمد جاز وأصل جواز الاستئجار على القتل عنده لاعندهما ، لأنه إزهاق الروح ، وليس

(ولو نفل السرية) هى قطعة من الجيش من أربعة إلى أربعمائة مأخوذة من السرى وهو المشى ليلا درر (الربع وسمع العسكر دونها فلهم النفل) استحسانا ظهيرية ، وجاز التنفيل بالكل أو بقدر منه لسرية لا لعسكر والفرق فى الدرر

من عمله ولو كان الأسرى قتلى فقال من قطع رءوسهم فله أجر عشرة دراهم . ففعل ذلك مسلم أو ذمى استحقه ، لأن ذلك ليس من عمل الجهاد ، ولو أراد قتل الأسرى فاستأجر عليه مسلما أو ذميا فهو على الخلاف اه ملخصا. وهذا صريح بأنه لو لم يصرح بالاستئجار يكون تنفيلا ، ويشهد له فروع كثيرة فى السير الكبير أيضا منها من جاء بألف درهم ، فله ألفان ، فجاء رجل بألف لم يكن له غيرها ، بخلاف من جاء بأسير فهو له وخمسمائة درهم فإنه يعطى ذلك ، لأن المقصود هنا نكاية العدو ، وفيما قبله لا مقصود إلا المال ، ولو قال : من قتل الملك فله عشرة آلاف دينار صح ؛ وإن لم يحصل بقتله مال قال حين اصطفوا للقتال : من جاء برأس فله مائة دينار فهو على رأس الرجال دون السبى لأن المقصود فى هذه الحالة التحريض على القتال اه فى هذه الفروع ذكر مال معلوم وقد جعل تنفيلا لا إجارة لعدم التصريح بها ، فقد ظهر أن ماذكره الشارح تبعا للنهر عن المنية ؛ وكذا مانقله ح عن قاضيخان ، ليس على إطلاقه وأما القول بأن الاستئجار على الطاعات جائز عند المتأخرين ، ففيه أنهم أجازوه فى مسائل خاصة للضرورة ، وليس الجهاد منها ولا يصح حمل كلامهم على كل عبادة كما نبهنا عليه سابقا فافهم (قوله ولو نفل السرية الخ) من فروع قوله وسماع القاتل الخ (قوله هى قطعة من الجيش الخ) قد علمت مافيه قبل هذا الباب (قوله الربع) أى ربع الغنيمة أى بأن جعل لهم ربعها يأخذونه دون بقية العسكر زيادة على سهامهم (قوله فلهم النفل) أى للسرية والأولى أن يقول فلها لئلا يتوهم عود الضمير على العسكر (قوله استحسانا) والقياس أنه لا نفل لهم لأن المقصود التحريض ، ولا يحصل إذا لم يسمعه أحد منهم ؛ وتكلم الأمير بذلك فى عسكره كتكلمه ليلا مع عياله وجه الاستحسان أن مايتكلم به فى عسكره يفشوا عادة وأن عادة الملوك التكلم بين خواصهم وتمامه فى شرح السير :

مطلب مهم فى التنفيل العام بالكل أو بقدر منه

(قوله وجاز التنفيل بالكل) بأن يقول للسرية ماأصبتم فهو لكم سوية بينكم (قوله أو بقدر منه) بأن يقول : ماأصبتم فلكم ثلثه سوية بينكم بعد الخمس أو يقول قبل الخمس : أى لكم ثلثه بعد إخراج الخمس أو قبل إخراجه أى ثلث الأربعة الأخماس أو ثلث الكل (قوله والفرق فى الدرر) أى الفرق بين جواز التنفيل المذكور للسرية ، وعدم جوازه للعسكر ، لكنه لم يذكر فى الدرر فى الفرق إلا التنفيل بالكل ، لأنه يعلم منه الفرق فى التنفيل بقدر منه ، وعبارة الدرر هكذا فى النهاية عن السير الكبير : أن الإمام إذا قال لأهل العسكر جميعا ما أصبتم فلكم نفلا بالسوية بعد الخمس ، فهذا لايجوز وكذا إذا قال ماأصبتم ، فلكم ولم يقل بعد الخمس فإن فعله مع السرية جاز وذلك أن المقصود من التنفيل التحريض على القتال وإنما يحصل ذلك بتخصيص البعض بشىء وفى التعميم إبطال تفضيل الفارس على الراجل وإبطال الخمس أيضا إذا لم يستثن اه :

قلت : وما ذكره من صحته للسرية صرح به فى الهداية والاختيار والزيلعى : لكن نقل فى البحر عن الكمال التسوية بين العسكر والسرية فى عدم الصحة حيث قال : لو قال للعسكر كل ماأخذتم فهو لكم بالسوية بعد الخمس أو للسرية لم يجز لأن فيه إبطال السهمين الذين أوجبهما الشرع ، إذ فيه تسوية الفارس بالراجل وكذا لو قال ماأصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس ، لأن فيه إبطال الخمس الثابت بالنص ذكره فى السير الكبير قال الكمال : وهذا بعينه يبطل ماذكرناه من قوله من أصاب شيئا فهو له لاتحاد اللازم فيهما ، وهو بطلان السهمين المنصوصين

بالتسوية ، بل وزيادة حرمان من لم يصب شيئا أصلا بانتهائه فهو أولى بالبطلان ، والفرع المذكور من الحواشي وبه أيضا ينفى ماذكر أى صاحب الهداية من قوله إنه لو نفل بجميع المأخوذ جاز إذا رأى المصلحة وفيه زيادة إيحاش الباقين وزيادة الفتنة اه وتبعه فى النهر .

أقول وبالله سبحانه وتعالى التوفيق : لا تنافى بين مانقله الجماعة .وما نقله الكمال بحمل الأول على السرية المبعوثة من دار الحرب ، والثانى على المبعوثة من دار الإسلام ، وبه يندفع ماأورده الكمال على الفرع المنقول عن الحواشي وغيره ، كما يعلم مما ذكره الإمام السرخسى فى السير الكبير فى مواضع متفرقة منه :

وحاصله : أن السرية إن كانت مبعوثة من دار الحرب بأن دخل الإمام مع الجيش ثم بعث سرية ونفل لهم ما أصابوا جاز لأنهم قبل التنفيل لايختصمون بما أصابوا ، وهذا التنفيل للتخصيص على وجه التحريض ، وإن كانت السرية مبعوثة من دار الإسلام لم يكن له ذلك وكذا لو نفل لهم الثلث بعد الخمس ، أو قبل الخمس كان باطلا ، لأنه ماخص بعضهم بالتنفيل ، وليس مقصوده إلا إبطال الخمس أو إبطال تفضيل الفارس على الراجل فلا يجوز كما لو قال : لاخمس عليكم فيما أصبتم أو الفارس والراجل سواء فيما أصبتم فإنه يكون باطلا فكذا كل تنفيل لايفيد إلا ذلك باطل ، بخلاف قوله : من قتل قتيلا فله سلبه ، ومن أصاب منكم شيئا فهو له دون باقى أصحابه فإنه يجوز لأن فيه معنى التخصيص للتحريض ، لأن القاتل يختص بالنفل ، دون باقى أصحابه ، وهذا وإن كان فيه إبطال الخمس عن الأسلاب ، لكن المقصود منه التحريض ، وتخصيص القاتلين بإبطال شركة العسكر عن الأسلاب ثم يثبت إبطال الخمس عنها تبعا وقد يثبت تبعا مالا يثبت قصدا كالشرب والطريق فى البيع والوقف فى المنقول يثبت تبعا للعقار ، وإن كان لايثبت قصدا ، ويوضحه أن الإمام او ظهر على بلدة له أن يجعلها خراجا ، ويبطل منها سهام من أصابها ، والخمس ولو أراد قسمتها بين الغانمين ، ويجعل حصة الخمس خراجا للمقاتلة الأغنياء لم يكن له ذلك لأنه إبطال الخمس مقصودا ، فلا يجوز وفى الأول يثبت إبطاله تبعا لإبطال حق الغانمين فى الغنيمة فيجوز وإن كان فى الموضعين تخلص المنفعة للمقاتلة اه ملخصا من مواضعه :

والذى تحرر منه ومما مر : أن تنفيل كل العسكر بكل المأخوذ أو ثلثه مثلا بعد إخراج الخمس أو قبله لايصح وكذا تنفيل السرية المبعوثة من دارنا لأنها بمنزلة العسكر ، والتنفيل هو تخصيص بعض المقاتلين بزيادة للتحريض ، وهذا ليس كذلك ، لأنه جعل كل المأخوذ أو ثلثه بين كل المقاتلين سوية بينهم ، فصار المقصود منه إبطال التفاوت بين الفارس والراجل وإبطال الخمس أيضا إن لم يستثنه بأن لم يقل بعد الخمس وإبطال ذلك مقصودا لايصح بخلاف السرية المبعوثة من الجيش فى دار الحرب لأن معنى التنفيل موجود فيها لأن المراد تمييزها من بين العسكر بجميع المأخوذ أو بثلثه مثلا لأجل تحريضها على القتال ، وإن لزم منه إبطال التفاوت ، والخمس لكونه ضمنا لاقصدا فصار بمنزلة قوله للعسكر : من قتل منكم قتيلا فله سلبه فإنه تخصيص للبعض منهم ، وهو القاتل بزيادة على الباقى وإن لزم منه ماذكر بخلاف قوله لكل العسكر ماأصبتم فهو لكم لأنه بمنزلة قوله ذلك للسرية المبعوثة من دار الإسلام ، لعدم المشارك لها فليس فيه تخصيص بعض دون بعض ، فلا يصح كما قررناه ، وبهذا التقرير ظهر صحة الفرع المنقول من حواشى الهداية وهو من أصاب شيئا فهو له لأنه تخصيص للمصيب بما أصابه ، فهو بمنزلة قوله من قتل قتيلا فله سلبه ، بخلاف قوله ما أصبتم فهو لكم ، أو كل ما أخذتم ، فهو لكم بالسوية ، لأنه تشريك محض بجميع المأخوذ بين جميع العسكر أو السرية ، لأن معناه قسمة جميع ما يأخذه كل واحد بينهم سوية ، فصار المقصود منه

(ولا ينفل بعد الإحراز هنا) أى بدارنا (إلا من الخمس) لجوازه لصنف واحد كما مر (وسلبه مامعه من مركبه وثيابه وسلاحه) وكذا ما على مركبه لاما على دابة أخرى :

(و) التنفيل (حكمه قطع حق الباقين لا الملك قبل الإحراز بدار الإسلام فلو قال الإمام من أصاب جارية فهى له فأصابها مسلم فاستبرأها لم يحل له وطؤها ولا بيعها) كما لو أخذها المتلصص ثمة واستبرأها لم تحل له إجماعا :

(والسلب للكل إن لم ينفل) لحديث « ليس لك من سلب قتيلك إلا ماطابت به نفس إمامك » فحملنا حديث السلب على التنفيل .

قلت : وفى معروضات المفتى أبى السعود هل يحل وطء الإماء المشتراة من الغزاة الآن حيث وقع الاشتباه فى قسمتهم بالوجه المشروع ؟ فأجاب : لاتوجد فى زماننا قسمة شرعية لكن فى سنة ٩٤٨ وقع التنفيل الكلى

إبطال التفاوت ، والخمس لايصح إبطال ذلك قصدا كما علمت ، وكذا ظهر صحة قوله لو نفل بجميع المأخوذ جاز أى بأن قال من أصاب شيئا فهو له بخلاف ما أصبتم فهو لكم لما علمت من أنه تشريك لاتخصيص ، ولايرد عليه قوله إن فيه إبطال السهمين أى التفاوت بين الفارس والراجل، وكذا إبطال الخمس لما علمت من أن ذلك جائز إذا كان ضمنا لاقصدا ، وهنا حيث وجد تخصيص كل آخذ بما أخذه للتحريض ، فقد تحقق معنى التنفيل وإن لزم منه حرمان من لم يصب شيئا فاغتنم تحقيق هذا المحل فإنه من فيض المولى عز وجل (قوله ولاينفل بعد الإحراز هنا) وكذا قبل الإحراز بعد الإصابة ، كما أوضحناه عند قوله وندب للإمام أن ينفل وقت القتال (قوله لجوازه لصنف واحد) أشار به إلى أنه يشترط أن يكون التنفيل المذكور لأحد الأصناف الثلاثة ، فلا يجوز لغنى كما صرح به الزيلعى والقهستانى وغيرهما ، ومابحثه فى البحر رده فى النهر وغيره (قوله وسلبه) بفتحتين بمعنى المسلوب والجمع أسلاب (قوله مامعه من مركبه وثيابه) ومن ذهب وفضة فى حقيبته أو وسطه ، وخاتم وسوار ومنطقة فى الصحيح نهر عن الحقائق (قوله لاما على دابة أخرى) ولا ماكان مع غلامه أو فى خيمته نهر (قوله حكمه قطع حق الباقين) أى باقى الغانمين ، وحينئذ فلا خمس فيما أصابه لأحد ويورث عنه ، ولو مات بدار الحرب شرنبلالية فليحفظ در منتقى .

قلت : ومن حكمه قطع التفاوت أيضا فيستوى فيه الفارس والراجل كما قدمنا عن شرح السير (قوله لا الملك قبل الإحراز) هذا عندهما وعند محمد يثبت ووجوب الضمان بالإتلاف هداية وغيرها . قلت : والظاهر أن المراد بنفى ثبوت الملك عندهما نفى تمامه ، وإلا فكيف يورث مال لم يملكه مورثه ، ولم أر من نبه عليه در منتقى (قوله لم يحل له وطؤها ولا بيعها) أى قبل الإحراز خلافا لمحمد كما مر (قوله لم تحل له إجماعا) أى حتى يخرجها ثم يستبرئها ط عن الشلبى (قوله والسلب للكل) أى لكل الجند إن لم ينفل الإمام به للقاتل وخصه الشافعى رحمه الله بالقاتل در منتقى (قوله لحديث الخ) ذكر فى الفتح أن الحديث ضعيف ، ولا يضر ضعفه لأنا نستأنس به لأحد محتملى حديث السلب أى قوله عليه الصلاة والسلام « من قتل قتيلا فله سلبه » بحمله على التنفيل وليس كل ضعيف باطلا ، وقد تظافرت أحاديث ضعيفة تفيد أن حديث السلب ليس نصبا (١) عاما مستمرا والضعيف إذا تعددت طرقه يرتقى إلى الحسن ، فيغلب الظن بأنه تنفيل وتمام تحقيق المقام فيه (قوله حيث وقع الاشتباه فى قسمتهم) الأولى فى قسمتهن بضمير النسوة لعوده إلى الإماء إلا أن يقال إنه عائد إلى الغزاة وفيه بعدم الواقع الآن أنه لاتقسم غنيمة أصلا كما ذكره فى الجواب (قوله وقع التنفيل الكلى) أى بقول السلطان كل من

---

(١) قوله (نصبا) كذا بالأصل المقابل على خط المؤلف ولعل الصواب (نصا) اه مصححه .

فبعد إعطاء الخمس لاتبقى شبهة ابتداء انتهى فليحفظ والله أعلم .

أخذ شيئا فهو له أما أوقال كل ماأصبتم فهو لكم ، فإنه لايصح كما مر ، والمراد وقوعه لأى عسكر كان فى أى غزوة كانت وإلا خالفه ما مر من أنه يعم كل قتال فى تلك السنة مالم يرجعوا لكن يبقى النظر فيما بعد موت السلطان المنفل على هذا الوجه أو بعد عزله وتولية غيره هل يبقى تنفيل الأول العام أم لا ويتعين عدمه مالم ينفل الثانى مثله وهكذا إلى وقتنا هذا فقد ذكر فى الخيرية أن أمر السلطان لايبقى بعد موته ، وماقيل من أن كل سلطان من سلاطين آل عثمان نصرهم الله تعالى : يؤخذ عليه عهد من قبله لاينفع كما أوضحت ذلك فى كتابى تنبيه الولاة والحكام على شاتم خير الأنام.

مطلب فى حكم الغنيمة المأخوذة بلا قسمة في زماننا

(قوله فبعد إعطاء الخمس لا تبقى شبهة) قد علم مما قدمناه قريبا عند قوله وجاز التنفيل بالكل ، أنه لايلزم إعطاء الخمس فى التنفيل العام المقصود منه التخصيص دون التشريك كما لايلزم فيه تفاوت الفارس والراجل لسقوط ذلك ضمنا لاقصدا على أن الواقع فى زماننا عدم القسمة ، وعدم إعطاء الخمس فكيف تنتفى الشبهة على فرض لزوم الخمس ، بل الشبهة باقية من حيث أنا لانعلم أن سلطان زماننا هل نفل تنفيلا عاما أم لا ، ولا يقال إن عدم القسمة اليوم دليل على وجود التنفيل ، لأن جيوش زماننا يأخذون ماتصل إليه أيديهم سلبا ونهبة ، حتى من بلاد الإسلام ولو ظهر مالكه المسلم لايدفعه إليه إلا بثمنه فليس فى حالهم مايقتضى حملهم على الكمال ، وكذا حكام هذا الزمان ، وأمراء الجيوش لاينفلون ولا يقسمون ، ولايخمسون ، فالظاهر أن مايؤخذ من الغنائم اليوم حكمه حكم الغلول ؛ وقد ذكر فى شرح السير الكبير أن الغال إذا ندم وأتى بما غله إلى الإمام بعد تفرق الجيش ، فإن شاء رده عليه وأمره بصرفه إلى مستحقيه ، وإن شاء أخذه منه ودفع خمسه لمستحقه ويكون الباقى كاللقطة فإن لم يقدر على أهله (١) تصدق به أو جعله موقوفا فى بيت المال وكتب عليه أمره ، وإن لم يأت به الغال إلى الإمام إن لم يقدر على رده إلى أهله فالمستحب له أن يتصدق به ، وإن قدر فالحكم فيه كاللقطة ودفعه إلى الإمام أحب كما فى اللقطة فيعطى الخمس منه لأهله ، وذكر أيضا أن بيع الغازى سهمه قبل القسمة باطل كإعتاقه .

مطلب فى وطء السرارى فى زماننا

وفى حاوى الزاهدى : اشترى جارية مأسورة لم يؤد منها الخمس من الأمير ينفذ ، ويحل وطؤها ، وإن اشتراها ممن وقعت فى سهمه نفذ فى أربعة أخماسها ولا يحل له وطؤها اهـ أى إذا قسمت ولم تخمس ، وإنما حل فى بيع الأمير بناء على أن له البيع قبل الإحراز كما مر ، ويكون الخمس حينئذ واجبا فى الثمن لافيها فيحل وطؤها فإذا لم يوجد تنفيل ، ولا قسمة ولاشراء من أمير الجيش ، لايحل الوطء بوجه أصلا ، لكن لا نحكم على كل جارية بعينها من الغنيمة بأنها لم يوجد فيها شىء من ذلك ، لاحتمال أن من أخذها اشتراها من الأمير فارتفع تيقن الحرمة ؛ وبقيت الشبهة القوية فإن الظاهر من حال الجيوش فى زماننا عدم الشراء ، ولا ترتفع الشبهة بعقده عليها لأنها حيث كانت مشتركة بين الغانمين وأصحاب الخمس لم يصح تزويجها نفسها ؛ فالأحوط مانقله بعض الشافعية عن بعض أهل الورع : أنه كان إذا أراد التسرى بجارية شراها ثانيا من وكيل بيت المال .

قلت : أى لأنه إذا حصل اليأس من معرفة مستحقها من الغانمين صارت بمنزلة اللقطة واللقطة من مصارف بيت المال ، لكن إذا كان المشترى فقيرا له تملكها :

---

(١) قوله (فإن لم يقدر على أهله الخ) هكذا بخطه ، ولعله سقط من قلمه شىء والأصل فإن لم يقدر على رده إلى أهله الخ اهـ مصححه .

باب إستيلاء الكفار

على بعضهم بعضا أو على أموالنا

(إذا سبى كافر كافرا) آخر (بدار الحرب وأخذ ماله ملكه)

مطلب فيمن له حق فى بيت المال وظفر بشىء من بيت المال

ونقل فى القنية عن الإمام الوبرى أن من له حظ فى بيت المال ظفر بماله وجه لبيت المال فله أن يأخذه ديانة اه ونظمه فى الوهبانية وفى البزازية قال الإمام الحلوانى : إذا كان عنده وديعة فمات المودع بلا وارث له أن يصرف الوديعة إلى نفسه فى زماننا لأنه لو أعطاها لبيت المال لضاعت ، لأنهم لا يصرفونه مصارفه ، فإذا كان من أهله صرفه إلى نفسه وإلا صرفه إلى المصرف اه .

وقدم الشارح هذا فى باب العشر من كتاب الزكاة وظاهره أن من له حظ فى بيت المال بكونه فقيرا أو عالما أو نحو ذلك ، ووجد مامرجعه إلى بيت المال من أى بيت من البيوت الأربعة الآتية فى آخر الجزية له أخذه ديانة بطريق الظفر فى زماننا ، ولا يتقيد أخذه بأن يكون مرجع المأخوذ إلى البيت الذى يستحق منه ، وإلا فمصرف تركه بلا وارث ولقطة هو لقيط فقير وفقير لا ولى له وقوله : فإذا كان من أهله أى من أهل بيت المال غير مقيد بكونه من أهل ذلك البيت ، كما هو ظاهر كلام الوبرى أيضا لأنه لو تقيد بذلك ، لزم أن لا يأخذ مستحق شيئا لأن بيت المال فى زماننا غير منتظم ، وليس فيه بيوت مرتبة ، ولو رد ماوجده إلى بيت المال لزم ضياعه لعدم صرفه الآن فى مصارفه كما حررناه فى باب العشر من الزكاة فعلى هذا إذا اشترى جارية من الغنيمة فإن كان ممن يستحق من الخمس ، جاز له صرفها إلى نفسه بطريق استحقاقه من الخمس ، وإن لم يكن مستحقا منه ، وله استحقاق من غيره كالعالم الغنى ينبغى له أن يملكها لفقير مستحق من الخمس ، ثم يشتريها منه أو يملكه خمسها فقط ، ثم يشتريه منه لأنه لو صرفها إلى نفسه يبقى فيها الخمس فلا يحل له وطؤها لكن قد يقال إن الغنيمة بعد الإحراز صارت مشتركة بين الغانمين ، وأصحاب الخمس ، وقد مر أن من مات بعد الإحراز يورث نصيبه ، ولكن لما جهلت أصحاب الحقوق وانقطع الرجاء من معرفتهم صار مرجعها إلى بيت المال ، وانقطعت الشركة الخاصة ، وصارت من حقوق بيت المال كسائر أموال بيت المال المستحقة لعامة المسلمين استحقاقا لا بطريق الملك لأن من مات ، وله حق فى بيت المال لا يورث حقه منه ، بخلاف الغنيمة المحرزة قبل جهالة مستحقيها ، وتفرقهم فإنها شركة خاصة ، وحيث صار مرجعها بيت المال لم يبق فيها حق الخمس أيضا فلمن يستحق من بيت المال أن يتملكها لنفسه هذ ماظهر لى .

وقد رأيت رسالة لمحقق الشافعية السيد السمهودى قال فيها وقد كان شيخنا الوالد قد شرى لى أمة للتسرى فذاكر شيخنا العلامة محقق العصر الجلال المحلى فى أمر الغنائم والشراء من وكيل بيت المال فقال له شيخنا الوالد : نحن نتملكها بطريق الظفر لما لنا من الحق الذى لا نصل إليه فى بيت المال ، لأن تلك الجارية على تقدير كونها من غنيمة لم تقسم قسمة شرعية قد آل الأمر فيها إلى بيت المال ، لتعذر العلم بمستحقيها ، فقال شيخنا المحلى : نعم لكم فيه حقوق من وجوه اه وهذا موافق لما نقلناه عن القنية وعن البزازية والله سبحانه وتعالى أعلم .

باب استيلاء الكفار

لما فرغ من بيان حكم استيلائنا عليهم شرع فى بيان حكم استيلاء بعضهم على بعض ، وحكم استيلائهم علينا فتح وبه ظهر أنه من إضافة المصدر إلى فاعله لا إلى مفعوله أيضا لأنه هو مافرغ من بيانه فافهم (قوله على بعضهم بعضا) تبع فى هذا التعبير صاحب النهر ، وصوابه بعضهم على بعض كما قال ح أو إسقاط لفظ بعضا كما قال ط (قوله بدار الحرب) أفاد إطلاقه أنه لا يشترط الإحراز بدار المالك ، حتى لو استولى كفار الترك والهند على الروم وأحرزوها

لاستيلائه على مباح) ولو سبى أهل الحرب أهل الذمة من دارنا لا) يملكونهم لأنهم أحرار (وملكنا ما نجده من ذلك) السبي للكافر (إن غلبنا عليهم) اعتبارا لسائر أملاكهم (وإن غلبوا على أموالنا) ولو عبدا مؤمنا (وأحرزوها بدارهم ملكوها) لالاستيلاء على مباح ،

بالهند ، ثبت الملك لكفار الترك ككفار الهند كما فى الخلاصة قهستانى ونحوه فى البحر : ويأتى مايؤيده لكن ذكر ابن كمال أن الإحراز هنا غير شرط ، وإنما هو مخصوص فى المسألة الآتية وهى قوله : وإن غلبوا على أموالنا الخ على ما أفصح عنه صاحب الهداية اه أى حيث أطلق هنا وقيد بالإحراز فى الآتية وذكر فى الشرنبلالية مثل ماذكره ابن كمال فتأمل (قوله لاستيلائه على مباح) أى فيملكه هو بمباشرة سببه كالاحتطاب والاصطياد (قوله ولو سبى الخ) ذكر المسألة بتعليلها فى الدرر عن واقعات الصدر الشهيد، ولم يذكر أموال أهل الذمة ، لأنها كأموالنا فتملك بالإحراز ، وقوله : من دارنا الظاهر أنه احتراز عما لو لحق الذمى بدار الحرب فسبى منها ، أما لو دخل دارهم على نية العود ، فالظاهر أنه لا يملك بالسبى لبقاء عهد الذمة فله حكمنا تأمل (قوله من ذلك السبى للكافر) فسر اسم الإشارة بما ذكر ليفيد أنه راجع إلى المسألة الأولى دون مسألة الذمى لأنهم إذا لم يملكوا الذمى إذا سبوه لم نملكه منهم فافهم (قوله اعتبارا بسائر أملاكهم) أى كما نملك باقى أملاكهم ، وشمل ما إذا كان بيننا وبين المسبيين موادعة لأنا لم نغدرهم إنما أخذنا مالا خرج عن ملكهم ، ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين موادعة كان لنا أن نشترى من السابين لما ذكرنا إلا إذا اقتتلوا بدارنا . لأنهم لم يملكوه لعدم الإحراز فيكون شراؤنا غدرا بالآخرين ، لأنه على ملكهم وتمامه فى البحر عن الفتح وقوله : لم يملكوه لعدم الإحراز يدل على اشتراط الإحراز فى المسألة المارة كما ذكرناه .

مطلب فيما لو باع الحربى ولده

[تنبيه] فى النهر عن منية المفتى إذا باع الحربى هناك ولده من مسلم عن الإمام أنه لايجوز ولايجبر على الرد وعن أبى يوسف : أنه يجبر إذا خاصم الحربى ، ولو دخل دارنا بأمان مع ولده فباع الولد لايجوز فى الروايات اه أى لأن فى إجازة بيع الولد نقض أمانه كما فى ط عن الولوالجية (قوله ولو عبدا مؤمنا) وكذا الكافر بالأولى وكان الأولى التعبير بالقن ليخرج المدبر ، والمكاتب ، وأم الولد فإنهم لايملكونهم كما سيذكره المصنف ومثل العبد الأمة كما فى الدرر .

مطلب يلحق بدار الحرب المفازة والبحر الملح

(قوله وأحرزوها بدارهم) ويلحق بها البحر الملح ونحوه كمفازة ليس وراءها بلا إسلام ، نقله بعضهم عن الحموى وفى حاشية أبى السعود عن شرح النظم الهاملى سطح البحر له حكم دار الحرب اه وفى الشرنبلالية قبيل باب العشر : سئل قارىء الهداية عن البحر الملح أمن دار الحرب ، أو الإسلام أجاب : أنه ليس من أحد القبيلين لأنه لاقهر لأحد عليه اه قال فى الدر المنتقى هناك : لكن قدمنا فى باب نكاح الكافر أن البحر الملح ملحق بدار الحرب (قوله ملكوها) هو قول مالك وأحمد أيضا فيحل الأكل والوطء لمن اشتراه منهم كما فى الفتح لقوله تعالى — للفقراء المهاجرين — سماهم فقراء فدل على أن الكفار ملكوا أموالهم التى هاجروا عنها ، ومن لايصل إلى ماله ليس فقيرا ، بل هو ابن سبيل ولذا عطفوا عليهم فى آية الصدقات وهذا مؤيد لما ورد من طرق كثيرة ، وإن كانت ضعيفة تفيد هذا الحكم بلا شك ، كما أوضحه وأطال فى تحقيقه ابن الهمام (قوله لاللإستيلاء الخ) رد على الهداية حيث ذكر أن عند الشافعى لايملكونها ، لأن الاستيلاء محظور فلا يفيد الملك ،

لما أن الصحيح من مذهب أهل السنة أن الأصل فى الأشياء التوقف ، والإباحة رأى المعتزلة ، بل لأن العصمة من جملة الأحكام المشروعة وهم لم يخاطبوا بها فبقى فى حقهم مالا غير معصوم فيملكونه كما حققه صاحب المجمع فى شرحه ويفترض علينا اتباعهم فان أسلموا تقرر ملكهم (وإن غلبنا عليهم) أى بعد ما أحرزوها بدارهم

ولنا أن الاستيلاء ورد على مال مباح ، لأن العصمة فى المال إنما ثبتت على منافاة الدليل ، وهو قوله تعالى — هو الذى خلق لكم مافى الأرض جميعا — فإنه يقتضى إباحة الأموال وعدم العصمة لكنها ثبتت لضرورة تمكن المالك من الانتفاع ، فإذا زالت المكنة بالاستيلاء وتباين الدارين عاد مباحا كما كان اه موضحا من العناية والفتح .

مطلب فى أن الأصل فى الأشياء الإباحة

(قوله لما أن الصحيح الخ) حاصله إن هذا التعليل المار عن الهداية مبنى على أن الأصل فى الأشياء الإباحة وهو رأى المعتزلة ، والصحيح من مذهب أهل السنة أن الأصل فيها الوقف حتى يرد الشرع ، بل الوجه أن العصمة ثابتة بخطاب الشرع عندنا ، فلم تظهر العصمة فى حقهم ، وعند الشافعى هم مخاطبون بالشرائع ، فظهرت العصمة فى حقهم فلا يملكونها بالاستيلاء هذا حاصل مافى المنبع شرح المجمع .

أقول : وفيه نظر من وجوه .

الأول : أن مامر عن الهداية ليس مبنيا على أن الأصل الإباحة ، لأن الخلاف المذكور فيه إنما هو قبل ورود الشرع ، وصاحب الهداية إنما أثبت الإباحة بعد ورود الشرع بمقتضى الدليل يعنى أن مقتضى الدليل إباحتها ، لكن ثبتت العصمة بعارض ، وقد صرح بذلك فى أصول البزدوى حيث قال بعد ورود الشرع الأموال على الإباحة بالإجماع مالم يظهر دليل الحرمة لأن الله تعالى أباحها بقوله — خلق لكم مافى الأرض جميعا — .

الثانى : أن الكفار مخاطبون بالإيمان وبالعقوبات سوى حد الشرب وبالمعاملات ، وإنما الخلاف فى العبادات كما قدمناه أوائل الجهاد .

الثالث : أن قوله فلم تظهر العصمة فى حقهم أى هو مباح لهم ففيه رجوع إلى القول بالإباحة كما أفاده ط .

الرابع : أن نسبة الإباحة إلى المعتزلة مخالف لما فى كتب الأصول ، ففى تحرير ابن الهمام المختار الإباحة عند جمهور الحنفية والشافعية اه وفى شرح أصول البزدوى للعلامة الأكمل قال أكثر أصحابنا وأكثر أصحاب الشافعى إن الأشياء التى يجوز أن يرد الشرع بإباحتها وحرمتها قبل وروده على الإباحة ، وهى الأصل فيها حتى أبيح لمن لم يبلغه الشرع أن يأكل ماشاء وإليه أشار محمد فى الإكراه حيث قال : أكل الميتة وشرب الخمر لم يحرما إلا بالنهى ، فجعل الإباحة أصلا والحرمة بعارض النهى ، وهو قول الجبائى وأبى هاشم وأصحاب الظاهر . وقال بعض أصحابنا وبعض أصحاب الشافعى ومعتزلة بغداد : إنها على الحظر وقالت الأشعرية وعامة أهل الحديث : إنها على الوقف حتى إن من لم يبلغه الشرع يتوقف ولايتناول شيئا فإن تناول لم يوصف فعله بحل ولاحرمة وقال عبد القاهر البغدادى تفسيره لايستحق ثوابا ولاعقابا وإليه مال الشيخ أبو منصور اه وبسط أدلة الأقوال فيه (قوله ويفترض علينا اتباعهم) أى لاستنقاذ أموالنا ماداموا فى دار الإسلام ؛ فإن دخلوا دار الحرب لايفترض ؛ والأولى الاتباع بخلاف الزرارى يفترض اتباعهم مطلقا بحر عن المحيط وقوله مطلقا أى ، وإن دخلوا دار الحرب لكن مالم يبلغوا حصونهم كما قدمناه أول الجهاد عن الذخيرة (قوله فإن أسلموا تقرر ملكهم) أى لاسبيل لأربابها عليها بحر عن شرح الطحاوى ؛ وعبر الشارح بالتقرر ؛ لأن ملكهم بعد الإحراز

أما قبله فهي لمالكها مجانا مطلقا (فمن وجد ملكه قبل القسمة) بين المسلمين لا بين الكفار كما حققه فى الدرر (فهو له مجانا) بلا شيء (وإن وجده بعدها فهو له بالقيمة) جبرا للضررين بالقدر الممكن (ولو) كان ملكه (مثليا فلا سبيل له عليه بعدها) إذ لو أخذه أخذه بمثله فلا يفيد ولو قبلها أخذه مجانا كما مر (وبالثمن) الذى اشتراه به (لو اشتراه منهم تاجر) أى من العدو وأخرجه إلى دارنا ، وبقيمة العرض لو اشتراه به ، وبالقيمة لواتهبه منهم زاد فى الدرر أو ملكه بعقد فاسخ لكن فى البحر : شراه بخمر أو خنزير ليس لمالكه أخذه باتفاق الروايات ، وكذا لو شراه بمثله نسيئة أو بمثله قدرا ووصفا بعقد صحيح أو فاسد لعدم الفائدة

قبل الإسلام ، على شرف الزوال إذا غلبنا عليهم وبهذا التعبير صح ذكر هذه المسألة فى شرح قوله ، وإن غلبوا على أموالنا الخ ، ليفيد أن قوله ملكوها أى ملكا على شرف الزوال ، وإلا كان المناسب ذكرها عند قوله وملكنا ماتجده من ذلك الخ بأن يقول إلا إن كانوا أسلموا التقرر ملكهم تأمل (قوله أما قبله) أى قبل الإحراز (قوله مطلقا) أى قبل القسمة أو بعدها (قوله فمن وجد ملكه) الإضافة للعهد أى الذى يملكه الكفار ، فلو دخل فى دارنا حربى بأمان وسرق من مسلم طعاما أو متاعا وأخرجه إلى دراهم ثم اشتراه مسلم وأخرجه إلى دارنا أخذه مالكه بلا شيء ، وكذا لو أبق عبد إليهم ثم اشتراه مسلم كما فى المحيط وغيره قهستانى (قوله كما حققه فى الدرر) أى رادا على ماوقع فى شرح المجمع لمصنفه من حمل القسمة على القسمة بين الكفار ، حيث قال إنه مخالف لجميع الكتب كما لايخفى على أولى الأبصار (قوله بلا شيء) تفسير لقوله مجانا (قوله بالقيمة) أى قيمته يوم أخذ الغانم قهستانى وفيه أيضا أنه لو مات المالك لاسبيل لوارثه ، لأن الخيار لم يورث اه أى لأنه مخير بين أخذه بالقيمة وتركه ، لكن نقل السائحانى عن الخانية لو مات المأسور منه بعد إخراج المشترى من العدو لورثته أخذه على قول محمد لالبعض الورثة وعن أبى يوسف ليس للورثة أخذه :

[تنبيه] فى الشرنبلالية عن الجوهرة : لو كان عبدا فأعتقه من وقع فى سهمه نفذ عتقه وبطل حق المالك ، وإن باعه أخذه مالكه بالثمن ، وليس له نقض البيع (قوله جبرا للضررين الخ) لأن المالك القديم يتضرر بزوال ملكه عنه بلا رضاه ، ومن وقع العين فى نصيبه يتضرر بالأخذ منه مجانا ، لأنه استحقه عوضا عن سهمه فى الغنيمه ، فقلنا بحق الأخذ بالقيمة جبرا للضررين بالقدر الممكن وقبل القسمة الملك فيه للعامة ، فلا يصيب كل فرد منهم مايبالى بفوته فلا يتحقق الضرر اه درر (قوله ولو قبلها الخ) مكرر بما قبله ط (قوله الذى اشتراه) الضمير المستتر عائد إلى تاجر لأنه وإن تأخر فى اللفظ لكنه متقدم فى المعنى لأنه فى جواب الشرط ، فإن التقدير ولو اشتراه منهم تاجر أخذه بالثمن الذى اشتراه به (قوله وبالقيمة لو اتهبه منهم) لأنه ثبت له ملك خاص فلا يزال إلا بالقيمة بحر ، وفيه إشارة إلى أنه لو مثليا لافائدة فى أخذه كما مر (قوله أو ملكه بعقد فاسد) أى فإنه يأخذه بالقيمة لو قيميا (قوله ليس لمالكه أخذه) أى بالخمر والخنزير ، بل يأخذه بقيمة نفسه ، كما نقله فى النهر عن السراج الوهاج ، وحينئذ لامعنى للاستدراك ، بل كان عليه أن يقول : لو ملكه بعقد فاسد كما لو شراه بخمر أو خنزير اه ح .

قلت : لكن صاحب السراج قال فى الجوهرة : وإن اشتراه بخمر أو خنزير أخذه بقيمة الخمر وإن شاء تركه اه إلا أن يحمل هذا على ما إذا كان البيع مثليا ووافق السراج على ماإذا كان قيميا تأمل ، ولم يذكر هل له أخذه بقيمة الخنزير ، والظاهر نعم يجعل قيمة الخنزير قائمة مقام المبيع لامقام الخنزير كما ذكروه فى الشفعة ، فيما لو اشترى دارا بخنزير وشفيعها مسلم يأخذها بقيمة الخنزير وتكون قائمة مقام الدارفتأمل (قوله وكذا لو شراه الخ) .

فلو بأقل قدرا وأردأ وصفا فله أخذه لأنه يفيد وليس بربا لأنه فداء (وإن) وصلية (فقأعينه) أو قطع يده (وأخذ مشتريه (أرشه) أو فقأها المشترى، فيأخذه بكل الثمن إن شاء لأن الأوصاف لايقابلها شيء منه (والقول للمشترى فى مقداره) أى الثمن (بيمينه عند عدم البرهان) لأن البينة مبينة، ولو برهنا فبينة المالك أيضا خلافا للثانى نهر (وإن تكرر الأسر والشراء) بأن أسر ثانيا وشراه آخر (أخذ) المشترى (الأول من الثانى بثمنه) جبرا اورود الأسر على ملكه، فكان الأخذ له (ثم يأخذ) المالك (القديم بالثمنين إن شاء) لقيامه عليه بهما وقبل أخذ الأول لا يأخذه القديم كى لايضيع الثمن (ولا يملكون حرنا ومدبرنا وأم ولدنا ومكاتبنا) لحريتهم من وجه فيأخذه مالكه مجانا لكن بعد القسمة تؤدى قيمته من بيت المال

أى ليس لمالكه أخذه وهذا تقييد لقول المتن وبالثمن الخ (قوله فلو بأقل قدرا) كما لو كان التاجر اشترى قفيز بر بنصف قفيز منه (قوله أو أردأ وصفا) كأن اشترى قفيزا جيدا بأردأ منه وكذا او بالعكس (قوله وليس بربا لأنه فداء) أى لاعوض وهذا راجع إلى قوله فلو بأقل قدرا، أما الأردأ وصفا بعد التماثل فى القدر، ولا يتوهم كونه ربا لأن جيدها ورديئها سواء (قوله وإن وصلية) أى واصلة مابعدها بما قبلها لاشرطية (قوله فقأعينه) المناسب أن يرسم فقئ بالياء مبنيا للمجهول، وصورة المسألة: إذا أخذ الكفار عبدا ودخلوا به دار الحرب، فاشتراه رجل وأخرجه إلى دار الإسلام ففقئت عينه وأخذ أرشها، فإن المولى يأخذه بالثمن الذى أخذه به المشترى من العدو، ولايأخذ الأرش لأن الملك فيه صحيح، فكان الأرش حاصلا فى ملكه ولو أخذه فإنما يأخذه بمثله لأن الأرش دراهم أودنانير وتمامه فى العناية (قوله أوفقأها المشترى) أشار به إلى قول البحر إنه لافرق فى الفاقئ، بين أن يكون المشترى أوغيره (قوله لأن الأوصاف الخ) أى والعين كالوصف، لأن بها يحصل وصف الإبصار وقدكانت فى ملك صحيح فلا يقابلها شيء منه والعقر كالأرش نهر (قوله والقول للمشترى الخ) لأنه ينكر استحقاق الأخذ بما يدعيه المالك القديم كالمشترى مع الشفيع (قوله لأن البينة مبينة) أى مظهرة وهو علة لمقدر، وهو إما عند وجود البرهان من أحدهما فيقبل لأن الخ (قوله أيضا) أى كما أن بينة المالك تقبل إذا برهن وحده كما علم مما قبله (قوله خلافا للثانى) فإن البينة عنده بينة المشترى، ولايخفى أن الأوجه الأول، لأن البينة لإثبات خلاف الظاهر، والظاهر مع من يكون القول قوله وهو المشترى فبينة المالك أقوى لإثباتها خلافه هذا ما ظهر لى فافهم (قوله وإن تكرر الأسر والشراء) قيد بالتكرر لأن المشترى الأول لو وهبه كان لمولاه أخذه من الموهوب له بقيمته كما لو وهبه الكافر لمسلم فتح (قوله او ورد الأسر على ملكه) أى على ملك المشترى الأول فكان الأخذ له، حتى لو أبى أن يأخذه لم يلزم المشترى الثانى إعطاؤه للأول فتح (قوله ثم يأخذ المالك القديم) أى ثم بعد أخذ المشترى الأول من المشترى الثانى إذا أراد المالك الأول أن يأخذه من المشترى الأول يأخذه بالثمنين (قوله وقبل أخذ الأول) الظرف متعلق بما بعده وهو قوله لايأخذه القديم قال فى النهر: أى لايأخذه المالك القديم من الثانى، ولوكان الأول غائبا أو حاضرا أبى عن أخذه لأن الأسر ماورد على ملكه (قوله كى لايضيع الثمن) أى على المشترى الأول (قوله ومدبرنا) ظاهر فى المدبر المطلق، أما المقيد فهل يملكونه أولا، وفى تعليل المصنف بأن الإستيلاء إنما يكون سببا للملك إذا لاقى محلا قابلا للملك إشارة إلى ملكهم المقيد شرنبلالية (قوله فيأخذه مالكه) ولو فى يد تاجر اشتراه منهم أوواحد من العسكر نهر (قوله تؤدى قيمته) أى لمن وقع فى سهمه :

(ونملك عليهم جميع ذلك بالغلبة) لعدم العصمة (ولو ند إليهم دابة ملكوها) لتحقق الاستيلاء إذ لا يد للعجماء (وإن أبق إليهم قن مسلم فأخذوه) قهرا (لا) خلافا لهما لظهور يده على نفسه بالخروج من دارنا فلم يبق محلا للملك (بخلاف ما إذا أبق إليهم بعد ارتداده فأخذوه) ملكوه اتفاقا ، ولو أبق ومعه فرس أو متاع فاشترى رجل ذلك (كله منهم أخذ) المالك (العبد مجانا) لما مر أنهم لا يملكونه وأخذ (غيره بالثمن) لأنهم ملكوه (وعتق عبد مسلم) أو ذمى لأنه يجبر على بيعه أيضا زيلعى (شراه مستأمن ههنا وأدخله دراهم) إقامة لتباين الدارين مقام

مطلب فى قولهم إن أهل الحرب أرقاء

(قوله ونملك عليهم جميع ذلك) فلو أهدى ملكهم لمسلم هدية من أحرارهم ملكه إلا إذا كان قرابة له ، ولو دخل دارهم مسلم بأمان ثم اشترى من أحدهم ابنه ثم أخرجه إلى دارنا قهرا ملكه ، وهل يملكه فى دارهم ؟ خلاف . والصحيح لا كما فى المحيط ، وفيه إشعار بأن الكفار فى دارهم أحرار ، وليس كذلك فإنهم أرقاء فيها وإن لم يكن ملك لأحد عليهم على ما فى المستصفى وغيره قهستانى ملخصا درمنتقى .

قلت : لكن قدمنا فى العتق أن المراد بكونهم أرقاء أى بعد الاستيلاء عليهم ، أما قبله فهم أحرار لما فى الظهيرية لو قال لعبده نسبك حر أو أصلك حر إن علم أنه سبى لا يعتق وإلا عتق . قال وهذا دليل على أن أهل الحرب أحرار اه وما فى المحيط دليل عليه أيضا (قوله ولو ند) أى نفر من باب ضرب مصدره الندود كما فى البحر عن المغرب (قوله إذ لا يد للعجماء) أى للدابة لكونها لا تعقل (قوله وإن أبق إليهم قن الخ) أى سواء كان لمسلم أو ذمى قيد بقوله إليهم لأنهم لو أخذوه من دار الإسلام ملكوه اتفاقا ، وبقوله مسلم احترازا عن المرتد كما يأتى ، وفى العبد الذمى إذا أبق قولان كما فى الفتح وبقوله : قهرا لما فى شرح الوقاية من أن الخلاف فيما أخذوه قهرا وقيدوه ، أما إذا لم يكن قهرا فلا يملكونه اتفاقا نهر (قوله لا) أى لا يملكونه ، فيأخذه المالك القديم بلا شىء سواء كان موهوبا منهم للذى أخرجه أو مشترى أو مغنوما لكن لو أخذه بعد القسمة يعوض الإمام المأخوذ منه من بيت المال وتمامه فى الفتح (قوله لظهور يده على نفسه) لأنه آدمى مكلف له يد على نفسه ، وإنما سقط اعتبار يده لتمكين المولى من الانتفاع وقد زالت يد المولى بمجرد دخوله دار الحرب فظهرت يد العبد على نفسه وصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للتملك بخلاف ما إذا أخذوه من دارنا لأن يد المولى قائمة حكما لقيام يد أهل الدار وتمامه فى الفتح (قوله ملكوه اتفاقا) لعدم اليد والعصمة ط (قوله وأخذ غيره بالثمن مجانا (١)) أى عند الإمام وعندهما بالثمن أيضا اعتبارا لحالة الاجتماع بالانفراد ، ولا تكون يده على نفسه مانعة من استيلاء الكفار على مانعه لقيام الرق المانع للملك بالاستيلاء لغيره بحر ، ونظر فيه فى الفتح بأن ملكهم مامعه لإباحته وإنما يصير مباحا إذا لم تكن عليه يد لأحد وهذا عليه يد العبد (قوله وعتق عبد مسلم) أى عند أبى حنيفة ، ومثله ما لو أسلم فى يده كما فى العناية .

مطلب إذا شرى المستأمن عبدا ذميا يجبر على بيعه

(قوله لأنه) أى المستأمن يجبر على بيعه أى بيع العبد الذى الذى شراه ولا يمكن من إدخاله دار الحرب كما فى الزيلعى عن النهاية عن الإيضاح (قوله إقامة لتباين الدارين الخ) هذا وجه قول الإمام ، وقالا : لا يعتق ، لأن الإزالة كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع ، وقد انقطعت ولاية الجبر عليه ، فبقى فى يده عبدا ، وله أن تخلص المسلم عن ذل الكافر واجب ، فيقام الشرط ، وهو تباين الدارين مقام العلة وهو الاعتاق تخليصا له

---

(١) قوله (وأخذ غيره بالثمن مجانا) هكذا بخطه ، والذى فى الشرح (بالثمن) فقط بدون زيادة كلمة مجانا على أنه لا معنى للجمع بينهما . تأمل اه مصححه .

الإعتاق كما لو استولوا عليه وأدخلوه دارهم فأبق منهم إلينا قيد بالمستأمن لأنه لو شراه حربى لا يعتق عليه اتفاقا لمانع حق استرداده نهر (كعبد لهم أسلم ثمة فجاءنا) إلى دارنا أو إلى عسكرنا ثمة، أو اشتراه مسلم أو ذمى أو حربى ثمة، أو عرضه على البيع وإن لم يقبل المشترى بحر (أو ظهرنا عليهم) فى هذه التسع صور يعتق العبد بلا إعتاق ولا ولاء لأحد عليه، لأن هذا عتق حكمى درر، وفى الزيلعى لو قال الحربى لعبده آخذا بيده: أنت حر لايعتق عند أبى حنيفة لأنه معتق ببيانه مسترق ببنانه.

كما يقام مضى الثلاث حيض مقام التفريق فيما إذا أسلم أحد الزوجين فى دار الحرب ابن كمال (قوله كما لو استولوا عليه الخ) ذكر هذا الفرع فى الدرر، لكن ذكر فى البزازية وكذا فى التتارخانية من الملتقط عبد أسره أهل الحرب وألحقوه بدارهم ثم أبق منهم يرد إلى سيده وفى رواية يعتق اه وظاهره أن المرجح عدم العتق وهو ظاهر لأن سيده المسلم له حق استرداده كما يوضحه ما يأتى عقبه (قوله قيد بالمستأمن الخ) عبارة النهر هكذا قيد بشراء المستأمن، لأن الحربى لو أسر العبد المسلم وأدخله داره لايعتق عليه اتفاقا للمانع عنده من عمل المقتضى عمله، وهو حق استرداد المسلم اه وبه يظهر مافى عبارة الشارح من الخلل (قوله لمانع حق استرداده) الإضافة بيانية: أى المانع هو حق استرداد المولى المسلم عبده.

وحاصله: الفرق من جهة الإمام بين هذه المسألة وما قبلها، وهو أن كلامنا فيمن ملكه الحربى فى دارنا ووجب إزالته عن ملكه، وهنا لم يملكه قبل إدخاله دارهم، فكان للمولى حق استرداده فلو أعتقناه على الحربى حين أحرزه أبطلنا حق استرداد المسلم إياه جبرا فكان ذلك مانعا من عمل المقتضى عمله أى من تأثير تباين الدارين فى الإعتاق (قوله كعبد لهم الخ) أى كما يعتق عبد الخ وهذا على قوله خلافا لهما (قوله أسلم ثمة) أى فى دار الحرب وهو قيد اتفاقى إذ لو خرج مراغما لمولاه فأسلم فى دارنا فالحكم كذلك، بخلاف ما إذا خرج بإذن مولاه أو بأمره لحاجة فأسلم فى دارنا، فإن حكمه أن يبيعه الإمام، ويحفظ ثمنه لمولاه الحربى بحر (قوله أو إلى عسكرنا ثمة) لايعلم فيه خلاف بين أهل العلم فتح (قوله أو اشتراه مسلم الخ) أى يعتق خلافا لهما لأن قهر مولاه زال حقيقة بالبيع، وكان إسلامه يوجب إزالة قهره عنه إلا أنه تعذر الخطاب بالإزالة فأقيم ماله أثر فى زوال الملك مقام الإزالة بحر (قوله أو عرضه على البيع الخ) لأنه لما عرضه فقد رضى بزوال ملكه فتح (قوله فى هذه التسع صور) أقول: بل هى إحدى عشرة صورة إلا أن العبد الذى اشتراه المستأمن وأدخله دراهم إما مسلم أو ذمى، وقوله كما لو استولوا عليه أى على العبد المسلم أو الذمى اه ح.

قلت: مسألة الاستيلاء قد علمت مافيها نعم يزاد مسألة مالو خرج مراغما لمولاه (قوله ولا ولاء لأحد عليه الخ) عزاه فى الدرر إلى غاية البيان عن شرح الطحاوى، واعترض بأن الذى فى شرح الطحاوى، ولا يثبت ولاء العبد الخارج إلينا مسلما لأحد لأن هذا عتق حكمى اه فقد خصه بالخارج إلينا.

قلت: لكن العذر لصاحب الدرر أن العتق حكمى فى الكل فالظاهر عدم الفرق (قوله لو قال الحربى الخ) الذى تقدم من المسائل صح فيه العتق بلا إعتاق وهذه بالعكس لأن العتق لم يصح فيها مع صريح الإعتاق، والمراد بالحربى من كان منشؤه دار الحرب، سواء أسلم هناك أو بقى على حربيته إحترازا عن مسلم دخل دار الحرب، فاشترى عبدا حربيا فأعتقه فالاستحسان أنه يعتق بلا تخلية وله الولاء كما حررناه أول باب العتق فراجعه (قوله آخذا [illegible]) أى لم يخل سبيله (قوله لايعتق عند أبى حنيفة) حتى لو أسلم والعبد عنده فهو ملكه، وعندهما يعتق لصدور ركن العتق من أهله، بدليل صحة إعتاقه عبدا مسلما فى دار الحرب فى محله لكونه مملوكا (قوله لأنه معتق ببيانه) أى بتصريحه بلسانه مسترق ببنانه: أى بيده وهذا وجه قول الإمام قال الزيلعى: وهذا لأن الملك

باب المستأمن

أى الطالب للأمان (هو من يدخل دار غيره بأمان) مسلما كان أو حربيا (دخل مسلم دار الحرب بأمان حرم تعرضه لشىء) من دم ومال وفرج (منهم) إذ المسلمون عند شروطهم (فلو أخرج) إلينا (شيئا ملكه) ملكا (حراما) للغدر (فيتصدق به) وجوبا ، قيد بالإخراج لأنه لو غصب منهم شيئا رده عليهم وجوبا (بخلاف الأسير) فيباح تعرضه (وإن أطلقوه طوعا) لأنه غير مستأمن ، فهو كالمتلصص (فإنه يجوز له أخذ المال وقتل النفس دون استباحة الفرج) لأنه لايباح إلا بالملك (إلا إذا وجد امرأته المأسورة أو أم ولده أو مدبرته) لأنهم ماملكوهن بخلاف الأمة (ولم يطأهن أهل الحرب) إذ لو وطئوهن تجب العدة للشبهة

كما يزول يثبت باستيلاء جديد وهو أخذه له بيده فى دار الحرب فيكون عبدا له بخلاف المسلم لأنه ليس بمحل التملك بالاستيلاء اه والله سبحانه أعلم :

باب المستأمن

بكسر الميم اسم فاعل بقرينة التفسير ويصح بالفتح اسم مفعول والسين والتاء للصيرورة : أى من صار مؤمنا أفاده ط (قوله دار غيره) المراد بالدار الإقليم المختص بقهر ملك إسلام أو كفر ، لا مايشمل دار السكنى حتى يرد أنه غير مانع فافهم (قوله حرم تعرضه لشىء الخ) شمل الشىء أمته المأسورة لأنها من أملاكهم بخلاف زوجته وأم ولده ومدبرته لعدم ملكهم لهن وكذا ما أسروه من ذرارى المسلمين فله تخليصهم من أيديهم إذا قدر أفاده فى البحر :

[تنبيه] فى كافى الحاكم وإن بايعهم الدرهم بدرهمين نقدا أو نسيئة أو بايعهم بالخمر والخنزير والميتة فلا بأس بذلك لأن له أن يأخذ أموالهم برضاهم فى قولهما ولا يجوز شىء من ذلك فى قول أبى يوسف اه (قوله إذ المسلمون عند شروطهم) لأنه ضمن بالاستئمان أن لايتعرض لهم ، والغدر حرام إلا إذا غدر به ملكهم فأخذ ماله أو حبسه أو فعل غيره بعلمه ولم يمنعه ، لأنهم هم الذين نقضوا العهد بحر (قوله فلو أخرج الخ) تفريع لكون الملك حراما على حرمة التعرض كما أشار إليه بقوله للغدر فافهم (قوله فيتصدق به) لحصوله بسبب محظور وهو الغدر حتى لو كان جارية لايحل له وطؤها ولا للمشترى منه بخلاف المشتراة شراء فاسدا فإن حرمة وطئها على المشترى خاصة وتحل للمشترى منه ، لأنه يباع بيعا صحيحا فانقطع به حق البائع الأول فى الاسترداد ، وهنا الكراهة للغدر والمشترى الثانى كالأول فيه وتمامه فى الفتح : وفيه : لو تزوج امرأة منهم ثم أخرجها إلى دارنا قهرا ملكها فينفسخ النكاح ويصح بيعه لها وإن طاوعته لايصح بيعها لأنه لم يملكها ، وقيدوا إخراجها كرها بما إذا أضمر فى نفسه أنه يخرجها ليبيعها ولا بد منه إذ لو أخرجها لاعتقاده أن له إن يذهب بزوجته إذا أوفاها المعجل ينبغى أن لايملكها اه : (قوله قيد بالإخراج لأنه لو غصب الخ) يعنى ولم يخرجه لأنه محترز القيد ، وعبارته فى الدر المنتقى قيد بالإخراج لأنه لولم يخرجه وجب رده عليهم للغدر (قوله وإن أطلقوه) أى تركوه فى دارهم فتح (قوله لأنه لايباح إلا بالملك) ولا ملك قبل الإحراز بدارنا (قوله إلا إذا وجد) أى الأسير ومثله التاجر كما قدمناه وفى قوله امرأته إشارة إلى بقاء النكاح ، سواء سبيت الزوجة قبل زوجها أو بعده ، لكن فى فتاوى قارىء الهداية أن المأسورة تبين شرنبلالية ثم نقل فى النكاح مايفيد أنها لاتبين ، لعدم تباين الدارين قال : فليتأمل فيما فى فتاوى قارىء الهداية در منتقى (قوله بخلاف الأمة) أى القنة المأثورة ، فلا يحل له وطؤها مطلقا لأنها مملوكة لهم بحر (قوله تجب العدة) فلا يجوز وطؤهن حتى تنقضى عدتهن بحر (قوله للشبهة) أى شبهة الملك ففى البحر فى غير هذا الموضع عن المحيط لأنهم

(فإن أدانه حربى دينا ببيع أو قرض وبعكسه أو غصب أحدهما صاحبه وخرجا إلينا لم نقض) لأحد (بشيء) لأنه ماالتزم حكم الاسلام فيما مضى بل فيمايستقبل (ويفتى المسلم برد المغصوب) زيلعى ، زاد الكمال (و) برد (الدين) أيضا (ديانة) لاقضاء ، لأنه غدر (وكذا الحكم) يجرى (فى حربيين فعلا ذلك) أى الإدانة والغصب (ثم استأمنا) لما بينا (خرج حربى مع مسلم إلى العسكر فادعى المسلم أنه أسيره وقال) الحربى (كنت مستأمنا فالقول للحربى إلا إذا قامت قرينة) ككونه مكتوفا أو مغاولا عملا بالظاهر بحر (وإن خرجا) أى الحربيان (مسلمين) وتحاكما (قضى بينهما بالدين) لوقوعه صحيحا للتراضى (و) أما (الغصب ف) لا لما مر أنه ملكه (قتل أحد المسلمين المستأمنين صاحبه) عمدا أو خطأ (تجب الدية) لسقوط القود ثمة كالحد (فى ماله) فيهما لتعذر الصيانة على العاقلة مع تباين الدارين (والكفارة) أيضا (فى الخطأ) لإطلاق النص (وفى) قتل أحد (الأسيرين) الآخر (كفر فقط لما مر بلا دية (فى الخطأ) ولاشيء فى العمد أصلا لأنه بالأسر

باشروا الوطء على تأويل الملك فتجب العدة ويثبت النسب اه (قوله فإن أدانه التاجر) الذى دخل دار الحرب بأمان (قوله ببيع أو قرض) ظاهره شمول الدين للقرض وهو موافق لما فى المغرب مخالف لما فى القاموس .

ومن طلبة الطلبة ماحاصله : إن من قصر المداينة على البيع بالدين شدد فقال أدان من باب الافتعال ، ومن أدخل فيه القرض ونحوه مما يجب فى الذمة بالعقد أو الاستهلاك خفف وتمامه فى النهر (قوله وبعكسه) أى بأن أدان حربيا (قوله لأنه ماالتزم الخ) قال الزيلعى : لأن القضاء يستدعى الولاية ويعتمدها ولا ولاية وقت الإدانة أصلا إذ لاقدره للقاضى فيه على من هو فى دار الحرب ، ولا وقت القضاء على المستأمن ، لأنه ما التزم حكم الإسلام فيما مضى من أفعاله وإنما التزمه فيما يستقبل والغصب فى دار الحرب سبب يفيد الملك ، لأنه استيلاء على مال مباح غير معصوم فصار كالإدانة . وقال أبو يوسف : يقضى بالدين على المسلم دون الغصب ، لأنه التزم أحكام الإسلام حيث كان وأجيب بأنه إذا امتنع فى حق المستأمن امتنع فى حق المسلم أيضا تحقيقا للتسوية بينهما اهملخصا قال فى الفتح : ولايخفى ضعفه فإن وجوب التسوية بينهما ليس فى أن يبطل حق أحدهما بلا موجب اوجوب إبطال حق الآخر بموجب بل إنما ذلك فى الإقبال والإقامة والإجلاس ونحو ذلك (قوله لأنه غدر) لأنه التزم بالأمان أن لايغدرهم ، ولا يقضى عليه لما ذكرنا زيلعى : أى من أنه استيلاء على مال مباح ؛

والحاصل : أن الملك حصل بالاستيلاء فلا يقضى عليه بالرد لكنه بسبب محظور وهو الغدر فأورث خبثا فى الملك فلذا يفتى بالرد ديانة فافهم (قوله لما بينا) فى قوله لأنه ماالتزم حكم الإسلام الخ (قوله ككونه مكتوفا أو مغاولا) أو مع عدد من المسلمين بحر (قوله لوقوعه صحيحا) أى والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الأحكام بالإسلام بحر (قوله للتراضى) علة لكونه صحيحا (قوله لما مر) أى أول الباب السابق ، ولا يؤمر بالرد لأن ملكه صحيح لاخبث فيه نهر : أى لأنه لاغدر فيه بخلاف المستأمن (قوله لسقوط القود) أى فى العمد ، لأنه لايمكن استيفاء القود إلا بمنعة ولامنعة دون الإمام وجماعة المسلمين ، ولم يوجد ذلك فى دار الحرب بحر (قوله كالحد) أى كسقوط الحد لو زنى أو سرق لعدم الولاية (قوله فيهما) أى فى العمد والخطإ (قوله لتعذر الصيانة) علة لقوله فى ماله : أى لاعلى العاقلة لأن وجوب الدية على العاقلة بسبب تركهم صيانته عن القتل ولاقدرة لهم عليها مع تباين الدارين ، وهذا فى الخطأ فكان ينبغى أن يزيد ولأن العواقل لاتعقل العمد (قوله لإطلاق النص) هو قوله تعالى – ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة – بلا تقييد بدار الإسلام أو الحرب درر (قوله لما مر) أى من إطلاق النص (قوله ولاشيء فى العمد أصلا) أى لا كفارة لأنها لاتجب فى العمد عندنا ولا قود لما ذكره وهذا عنده وقالا فى الأسيرين الدية فى الخطأ والعمد وتمامه فى البحر (قوله لأنه بالأسر الخ) بيان للفرق من جهة الإمام بين المستأمنين والأسيرين

صار تبعا لهم فسقطت عصمته المقومة لا المؤثمة ، فلذا يكفر فى الخطأ (كقتل مسلم) أسيرا أو (من أسلم ثمة) ولو ورثته مسلمون ثمة فيكفر فى الخطأ فقط لعدم الإحراز بدارنا .

فصل فى استئمان الكافر

لايمكن حربى مستأمن فينا سنة لئلا يصير عينا لهم وعونا علينا (وقيل له) من قبل الإمام (إن أقمت سنة) قيد اتفاقى لجواز توقيت مادونه كشهر وشهرين درر لكن ينبغى أن لايلحقه ضرر بتقصير المدة جدا فتح (وضعنا عليك الجزية فإن مكث سنة) بعد قوله (فهو ذمى) ظاهر المتون أن قول الإمام له ذلك شرط لكونه ذميا. فلوأقام سنة أو سنتين قبل القول فليس بذمى وبه صرح العتابى وقيل نعم وبه جزم فى الدر قال فى الفتح والأول أوجه

وذلك أن الأسير صار تبعا لهم بالقهر حتى صار مقيما بإقامتهم ومسافرا بسفرهم كعبيد المسلمين فإذا كان تبعا لهم فلا يجب بقتله دية كأصله وهو الحربى فصار كالمسلم الذى لم يهاجر إلينا ، وهو المراد بقوله كقتل مسلم من أسلم ثمة : أى فى دار الحرب فإنه لايجب بقتله إلا الكفارة فى الخطأ لأنه غير متقوم لعدم الإحراز بالدار ، فكذا هذا لبطلان الإحراز الذى كان فى دارنا بالتبعية لهم فى دارهم وأما المستأمن فغير مقهور لإمكان خروجه باختياره فلا يكون تبعا لهم وتمامه فى الزيلعى (قوله فسقطت عصمته المقومة) هى ماتوجب المال أو القصاص عند التعرض ، والمؤثمة ما توجب الإثم ، والأولى تثبت بالإحراز بالدار كعصمة المال لا بالإسلام عندنا ، فإن الذمى مع كفره يتقوم بالإحراز والثانية بكونه آدميا لأنه خلق لإقامة الدين ولا يتمكن من ذلك إلا بعصمة نفسه بأن لايتعرض له أحد ولايباح قتله إلا بعارض أفاده الزيلعى (قوله كقتل مسلم أسيرا) أفاد أن تصوير المسألة بالأسيرين غير قيد بل المعتبر كون المقتول أسيرا لأن المناط كون المقتول صار تبعا لهم بالقهر كما علمت سواء كان القاتل مثله أومستأمنا فلو كان بالعكس بأن قتل الأسير مستأمنا فالظاهر أنه كقتل أحد المستأمنين صاحبه كما بحثه ح (قوله ولو ورثته مسلمون ثمة) كذا فى غالب النسخ ، وكان حقه أن يقول مسلمين لأنه خبر كان المقدرة بعد لو وفى بعض النسخ المسلمون فهو صفة لورثته وخبر كان قوله ثمة والله سبحانه أعلم .

فصل فى استئمان الكافر

(قوله ولا يمكن حربى مستأمن الخ) قيد بالمستأمن لأنه لو دخل دارنا بلا أمان كان ومامعه فيئا ولو قال دخلت بأمان إلا أن يثبت ، ولو قال : أنا رسول الملك ، فلو معه كتاب بعلامة تعرف كان آمنا ولو دخل الحرم فهو فئ عنده وقالا : لايؤخذ ، ولكن لايطعم ولا يسقى ولايؤذى ولا يخرج ولو قال مسلم : أنا أمنته لم يصدق إلا أن يشهد رجلان غيره ، وسواء أخذ قبل الإسلام أو بعده عند الإمام وقالا : إن أسلم فهو حر ولا يختص به الآخذ عنده وظاهر قولهما أنه يختص به اه ملخصا من الفتح والبحر : وقدمنا بعضه قبل باب المغنم قال الرملى: ويؤخذ مما ذكر جواب حادثة الفتوى : وهو أنه يخرج كثيرا من سفن أهل الحرب جماعة منهم للاستقاء من الأنهر التى بالسواحل الإسلامية ، فيقع فيهم بعض المسلمين فيأخذهم اه أى فيكون فيئا لجماعة المسلمين عند الإمام وفى كونه يخمس عنه روايتان كما قدمناه قبل المغنم (قوله لئلا يصير عينا لهم الخ) العين هو الجاسوس والعون الظهير على الأمر ، والجمع أعوان عناية قال الرملى : هذه العلة تنادى بحرمة تمكينه سنة بلاشرط وضع الجزية عليه إن هو أقامها تأمل اه (قوله من قبل الإمام) أى أو نائبه ط (قوله قيد اتفاق) أى بالنسبة للأقل لا للأكثر فلا يجوز تحديدا أكثر من سنة بقرينة قوله السابق لايمكن الخ ط (قوله وقيل نعم) أى يكون ذميا والأولى إبدال نعم بلا أى لايكون شرطا (قوله وبه جزم فى الدرر) أى نقلا عن النهاية عن المبسوط لكن عبارة المبسوط : ينبغى للإمام أن يتقدم إليه فيأمره إلى أن

(ولا جزية عليه فى حول المكث إلا بشرط أخذها منه فيه و) إذا صار ذميا (يجرى القصاص بينه وبين المسلم

قال وإن لم يقدر له مدة فالمعتبر الحول . قال فى الفتح : وليس بلازم أى لايلزم من هذا أن قول الإمام له ذلك غير شرط فإنه يصدق بقوله له إن أقمت طويلا منعتك من العود فإن أقام سنة منعه من العود ، وفى هذا اشتراط التقدم غير أنه لم يوقت له مدة خاصة ، والوجه أن لايمنعه حتى يتقدم إليه اه وأقره فى البحر والنهر .

وحاصله : أن مافى المبسوط غير صريح فى عدم الاشتراط ، فلا ينافى تصريح العتابى بالاشتراط ، وهو ما يشير إليه قول الهداية ، لأنه لما أقام سنة بغير تقدير الإمام الخ وبه يستغنى عن قول السعدية فلعل فيه روايتين فافهم ، وعليه فابتداء المدة من وقت التقدم لامن وقت الدخول (قوله ولا جزية عليه فى حول المكث) لأنه إنما صار ذميا بعده فتجب فى الحول الثانى بحر (قوله إلا بشرط أخذها منه فيه) أى فى الحول أى بأن قال له إن أقمت حولا أخذت منك الجزية فتح .

مطلب فى أحكام المستأمن قبل أن يصير ذميا

(قوله وإذا صار ذميا يجرى القصاص الخ) أما قبل صيرورته ذميا فلا قصاص بقتله عمدا بل الدية . قال فى شرح السير : الأصل أنه يجب على الإمام نصرة المستأمنين ما داموا فى دارنا ، فكان حكمهم كأهل الذمة إلا أنه لاقصاص على مسلم أو ذمى بقتل مستأمن ، ويقتص من المستأمن بقتل مثله ، ويستوفيه وارثه إن كان معه وذكر أيضا أن المستأمن فى دارنا إذا ارتكب ما يوجب عقوبة لايقام عليه إلا مافيه حق العبد من قصاص ، أو حد قذف ، وعند أبى يوسف : يقام عليه كل ذلك إلا حد الخمر كأهل الذمة ، ولو أسلم عبد المستأمن أجبر على بيعه ، ولم يترك يخرج به ولو دخل مع امرأته ومعهما أولاد صغار ، فأسلم أحدهما أو صار ذميا فالصغار تبع له ، بخلاف الكبار ، ولو إناثا لانتهاء التبعية بالبلوغ عن عقل ، ولايصير الصغير تبعا لأخيه أو عمه أو جده ولو الأب ميتا فى ظاهر الرواية . وفى رواية الحسن : يصير مسلما بإسلام جده ، والصحيح الأول إذ لو صار مسلما بإسلام الجد الأدنى ، لصار مسلما بإسلام الأعلى ، فيلزم الحكم بالردة لكل كافر ، لأنهم أولاد آدم ونوح عليهما السلام ، ولو أسلم فى دارنا وله أولاد صغار فى دارهم لم يتبعوه إلا إذا أخرجوا إلى دارنا قبل موت أبيهم اه ملخصا ، وسنذكر عنه أن تبعية الصغير تثبت وإن كان ممن يعبر عن نفسه ، وذكر فى موضع آخر أن المستأمن لو قتل مسلما ولو عمدا أو قطع الطريق أو تجسس أخبارنا ، فبعث بها إليهم أوزنى بمسلمة أو ذمية كرها أو سرق لاينتقض عهده اه ملخصا .

وحاصله : أن المستأمن فى دارنا قبل أن يصير ذميا حكمه حكم الذمى إلا فى وجوب القصاص بقتله ، وعدم المؤاخذة بالعقوبات غير مافيه حق العبد ، وفى أخذ العاشر منه العشر ، وقدمنا قبل هذا الباب أنه التزم أمر المسلمين فيما يستقبل .

مطلب مايؤخذ من النصارى زوار بيت المقدس لايجوز

أقول : وعلى هذا فلا يحل أخذ ماله بعقد فاسد ، بخلاف المسلم المستأمن فى دار الحرب ، فإن له أخذ مالهم برضاهم ، ولو بربا أو قمار لأن مالهم مباح لنا إلا أن الغدر حرام ، وما أخذ برضاهم ليس غدرا من المستأمن ، بخلاف المستأمن منهم فى دارنا ، لأن دارنا محل إجراء الأحكام الشرعية فلا يحل لمسلم فى دارنا أن يعقد مع المستأمن إلا مايحل من العقود مع المسلمين ، ولا يجوز أن يؤخذ منه شىء لا يلزمه شرعا وإن جرت به العادة ، كالذى يؤخذ من زوار بيت المقدس كما قدمناه فى باب العاشر عن الخير الرملى ، وسيأتى تمامه فى الجزية .

ويضمن المسلم قيمة خمره وخنزيره إذا أتلفه وتجب الدية عليه إذا قتله خطأ ويجب كف الأذى عنه

مطلب مهم فيما يفعله التجار من دفع ما يسمى سوكرة وتضمين الحربى ماهلك فى المركب

وبما قررناه يظهر جواب ما كثر السؤال عنه فى زماننا : وهو أنه جرت العادة أن التجار إذا استأجروا مركبا من حربى يدفعون له أجرته ، ويدفعون أيضا مالا معلوما لرجل حربى مقيم فى بلاده ، يسمى ذلك المال : سوكرة على أنه مهما هلك من المال الذى فى المركب بحرق أو غرق أو نهب أو غيره ، فذلك الرجل ضامن له بمقابلة ما يأخذه منهم ، وله وكيل عنه مستأمن في دارنا يقيم فى بلاد السواحل الإسلامية بإذن السلطان يقبض من التجار مال السوكرة وإذا هلك من مالهم فى البحر شىء يؤدى ذلك المستأمن للتجار بدله تماما ، والذى يظهر لى : أنه لا يحل للتاجر أخذ بدل الهالك من ماله لأن هذا التزام ما لا يلزم .

فإن قلت : إن المودع إذا أخذ أجرة على الوديعة يضمنها إذا هلكت قلت ليست مسألتنا من هذا القبيل ، لأن المال ليس فى يد صاحب السوكرة بل فى يد صاحب المركب ، وإن كان صاحب السوكرة هو صاحب المركب يكون أجيرا مشتركا قد أخذ أجرة على الحفظ وعلى الحمل ، وكل من المودع والأجير المشترك لا يضمن ما لا يمكن الإحتراز عنه كالموت والغرق ونحو ذلك .

فإن قلت : سيأتى قبيل باب كفالة الرجلين قال لآخر اسلك هذا الطريق ، فإنه آمن فسلك وأخذ ماله لم يضمن ولو قال : إن كان مخوفا وأخذ مالك فأنا ضامن ضمن وعلله الشارح هناك بأنه ضمن الغار صفة السلامة للمغرور نصا اهـ أى بخلاف الأولى ، فإنه لم ينص على الضمان بقوله فأنا ضامن ، وفى جامع الفصولين الأصل أن المغرور إنما يرجع على الغار لو حصل الغرور فى ضمن المعاوضة أو ضمن الغار صفة السلامة للمغرور فيصار كقول الطحان لرب البر : اجعله فى الدلو فجعله فيه ، فذهب من النقب إلى الماء ، وكان الطحان عالما به يضمن ، إذ غره فى ضمن العقد وهو يقتضى السلامة اهـ .

قلت : لابد فى مسألة التغرير من أن يكون الغار عالما بالخطر كما يدل عليه مسألة الطحان المذكورة ، وأن يكون المغرور غير عالم إذ لا شك أن رب البر لو كان عالما بنقب الدلو يكون هو المضيع لما له باختياره ، ولفظ المغرور ينبىء عن ذلك لغة لما فى القاموس غره غرا وغرورا فهو مغرور وغرير خدعه وأطمعه بالباطل فاغتر هو اهـ ولا يخفى أن صاحب السوكرة لا يقصد تغرير التجار ، ولا يعلم بحصول الغرق هل يكون أم لا ، وأما الخطر من اللصوص ، والقطاع فهو معلوم له ، وللتجار لأنهم لا يعطون مال السوكرة إلا عند شدة الخوف طمعا فى أخذ بدل الهالك ، فلم تكن مسألتنا من هذا القبيل أيضا ، نعم : قد يكون للتاجر شريك حربى فى بلاد الحرب ، فيعقد شريكه هذا العقد مع صاحب السوكرة فى بلادهم ، ويأخذ منه بدل الهالك ، ويرسله إلى التاجر فالظاهر أن هذا يحل للتاجر أخذه لأن العقد الفاسد جرى بين حربيين فى بلاد الحرب ، وقد وصل إليه مالهم برضاهم فلا مانع من أخذه ، وقد يكون التاجر فى بلادهم ، فيعقد معهم هناك ، ويقبض البدل فى بلادنا أو بالعكس ، ولا شك أنه فى الأولى إن حصل بينهما خصام فى بلادنا لا نقضى للتاجر بالبدل ، وإن لم يحصل خصام ودفع له البدل وكيله المستأمن هنا يحل له أخذه لأن العقد الذى صدر فى بلادهم ، لا حكم له فيكون قد أخذ مال حربى برضاه وأما فى صورة العكس بأن كان العقد فى بلادنا ، والقبض فى بلادهم ، فالظاهر أنه لا يحل أخذه ، ولو برضا الحربى لا بتنائه على العقد الفاسد الصادر

(وتحرم غيبته كالمسلم) فتح .

وفيه : لو مات المستأمن فى دارنا وورثته ثمة وقف ماله لهم ، ويأخذوه ببينة ولو من أهل الذمة فبكفيل ولا يقبل كتاب ملكهم (وإذا أراد الرجوع إلى دار الحرب بعد الحول) ولو لتجارة أو قضاء حاجة كما يفيده الإطلاق نهر (منع) لأن عقد الذمة لاينقض ، ومفاده منع الذمى أيضا (كما) يمنع (لو وضع عليه الخراج) بأن ألزم به وأخذ منه

فى بلاد الإسلام ، فيعتبر حكمه هذا ماظهر لى فى تحرير هذه المسألة فاغتنمه فإنك لا تجده فى غير هذا الكتاب (قوله وتحرم غيبته كالمسلم) لأنه بعقد الذمة وجب له مالنا فإذا حرمت غيبة المسلم حرمت غيبته بل قالوا : إن ظلم الذمى أشد (قوله ويأخذوه ببينة) فى بعض النسخ : ويأخذونه ، وهو المناسب لعدم مايقتضى حذف النون (قوله ولو من أهل الذمة الخ) قال فى الفتح : فإن أقاموا بينة من أهل الذمة قبلت استحسانا لأنهم لا يمكنهم إقامتها من المسلمين لأن أنسابهم فى دار الحرب لايعرفها المسلمون ، فصار كشهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال فإذا قالوا لانعلم له وارثا غيرهم دفع إليهم المال ، وأخذ منهم كفيلا لما يظهر فى المآل من ذلك قيل هو قولهما لاقول أبى حنيفة ، كما فى المسلمين وقيل بل قولهم جميعا ولا يقبل كتاب ملكهم ولو ثبت أنه كتابه اهـ أى لأن شهادته وحده لاتقبل فكتابه بالأولى (قوله بعد الحول) أى بعد المدة التى عينها له الإمام حولا أو أقل أو أكثر (قوله كما يفيده الإطلاق) كذا بحثه فى البحر ، وتبعه فى النهر ، وهذا ظاهر إن خيف عدم عوده وإلا فلا كما يفيده التعليل الآتى (قوله لأن عقد الذمة لاينقض) لكونه خلفا عن الإسلام بحر ، وعبارة الزيلعى لأن فى عوده ضررا بالمسلمين بعوده حربا علينا وبتوالده فى دار الحرب وقطع الجزية اهـ ولايخفى أن المفهوم منه أن المراد بالعود اللحاق بدارهم بلا رجوع (قوله ومفاده منع الذمى أيضا) كذا فى النهر ، وهو مصرح به فى الفتح حيث قال : وتثبت أحكام الذمى فى حقه من منع الخروج إلى دار الحرب الخ .

قلت : والمراد الخروج على وجه اللحاق بهم ، إذ لو خرج لتجارة مع أمن عوده عادة لايمنع كالمسلم بقرينة التعليل المار فتدبر . ثم رأيت فى شرح السير الكبير أن الذمى لو أراد الدخول إليهم بأمان فإنه يمنع أن يدخل فرساً معه أو سلاحا لأن الظاهر من حاله أنه يبيعه منهم ، بخلاف المسلم إلا أن يكون معروفا بعداوتهم ، ولايمنع من الدخول بتجارة على البغال والحمير والسفن لأنه للحمل لكن يستحلف أنه لم يرد بيع ذلك منهم (قوله كما يمنع) الأولى أن يقول كما يصير ذميا ، كما قاله الإمام محمد رحمه الله تعالى فى السير الكبير : إذا دخل الحربى دار الإسلام بأمان فاشترى أرض خراج ، فوضع عليه الخراج فيها كان ذميا اهـ قال السرخسى : فيوضع عليه خراج رأسه ، ولايترك أن يخرج إلى داره لأن خراج الأرض لايجب إلا على من هو من أهل دار الإسلام فكان ذميا وفى الهداية وإذا لزمه خراج الأرض ، فبعد ذلك تلزمه الجزية لسنة مستقبلة لأنه يصير ذميا بلزوم الخراج فتعتبر المدة من وقت وجوبه (قوله بأن ألزم به وأخذ منه) الظاهر أن المراد بالأخذ استحقاق الأخذ منه ، وهو معنى الوضع عليه فى عبارة الإمام محمد ، فليس المراد به الأخذ بالفعل بل هو تأكيد لرد ماقيل إنه يصير ذميا بمجرد الشراء ، وهو خلاف ظاهر الرواية ، لأنه قد يشتريها للتجارة قال فى الفتح : والمراد بوضعه إلزامه به وأخذه منه عند حلول وقته ، وهو بمباشرة السبب ، وهو زراعتها أو تعطيلها مع التمكن منها إذا كانت فى ملكه أو زراعتها بالإجارة وهى فى ملك غيره إذا كان خراج مقاسمة ، فإنه يؤخذ منه لامن المالك فيصير به ذميا بخلاف ما إذا كان على المالك اهـ أى بأن كان خراجا موظفا أى دراهم معلومة ؛ فإنه على مالك الأرض ، فلا يصير به المستأجر ذميا لأنه لايؤخذ منه أما خراج المقاسمة : وهو مايكون جزءا من الخارج كنصفه أو ثلثه فإنه يؤخذ من المستأجر ؛ لكن هذا على قولهما ، أما على

عند حلول وقته لأن خراج الأرض كخراج الرأس (أو صار لها) أى المستأمنة الكتابية (زوج مسلم أو ذمى) لتبعيتها له وإن لم يدخل بها (لا عكسه) لإمكان طلاقها ، ولو نكحها هنا فطالبته بمهرها فلها منعه من الرجوع تتارخانية . فلو لم يف حتى مضى حول ينبغى صيرورته ذميا على مامر عن الدرر ومنه علم حكم الدين الحادث فى دارنا (فإن رجع) المستأمن (إليهم) ولو لغير داره (حل دمه) لبطلان أمانه (فإن ترك وديعة عند معصوم) مسلم أو ذمى (أو دينا) عليهما (فأسر أو ظهر) بالبناء للمجهول بمعنى غلب (عليهم فأخذوه أو قتلوه سقط دينه) وسلمه وما غصب منه وأجرة عين أجرها لسبق يده (وصار ماله) كوديعته وما عند شريكه ومضاربه وما فى بيته فى دارنا (فيئا).

واختلف فى الرهن ، ورجح فى النهر أنه للمرتهن بدينه . وفى السراج : لو بعث من يأخذ الوديعة والقرض

قوله فإن الخراج مطلقا على المالك ، وكذا الخلاف فى العشر ، وقد صرح بذلك السرخسى ، وهو الموافق لما تقدم فى باب العشر ، وقدمنا ترجيح قول الإمام هناك ففى إطلاق الفتح نظر لإيهامه أن ذلك متفق عليه عندنا ولم ينبه على ذلك فى البحر والنهر فتدبر (قوله كخراج الرأس) أى فى أنه إذ التزمه صار ملتزما المقام فى دارنا بحر (قوله أو صار لها الخ) أى تصير ذمية بذلك وظاهره أن النكاح حادث بعد دخولها دارنا ، وليس بشرط ، فإنهما لو دخلا دارنا ثم صار الزوج مسلما أو ذميا ، فهو كذلك كما أفاده فى البحر ، وقيد بالكتابية ، لأنها لو كانت مجوسية وأسلم زوجها يعرض القاضى عليها الإسلام ، فإن أسلمت وإلا فرق بينهما ، ولها أن ترجع بعد انقضاء عدتها كما فى شرح السير (قوله لتبعيتها له) المراد بالتبعية كونها التزمت المقام معه كما فى البحر ، وهذا شامل للزوج المسلم والذمى فافهم (قوله وإن لم يدخل بها) فالشرط مجرد عقده عليها كما أشار إليه الزيلعى بحر (قوله لا عكسه) أى لا يصير المستأمن ذميا إذا نكح ذمية ، لأنه يمكنه طلاقها فيرجع إلى بلده فلم يكن ملتزما المقام ، وكذا لو دخلا بأمان فأسلمت بحر وما فى الهداية فى آخر كتاب الطلاق من أنه يصير ذميا بالتزوج فى دارنا غلط من الكاتب مخالف للنسخة الأصلية أفاده فى النهر (قوله على مامر عن الدرر) أى من أنه لا يشترط قول الإمام إن قمت سنة وضعنا عليك الجزية (قوله ومنه الخ) أى من حكم المهر علم حكم غيره من الدين فإن للدائن منعه من الرجوع أيضا فإذا منعه ومضى حول صار ذميا (قوله فإن رجع المستأمن) ظاهره أنه لا فرق بين كونه قبل الحكم بكونه ذميا ، أو بعده ، لأن الذمى إذا لحق بدار الحرب صار حربيا كما سيأتى بحر (قوله فأسر) أى من غير ظهور على دارهم بأن وجده مسلم فأسره (قوله بمعنى غلب) الأولى تأخيره عن قوله عليهم لقول المغرب ظهر عليه غلب (قوله فأخذوه) احتراز عما لو هرب كما يأتى (قوله سقط دينه) لأن إثبات اليد عليه بواسطة المطالبة ، وقد سقطت ، ويد من عليه أسبق إليه من يد العامة فيختص به فيسقط ولا طريق لجعله فيئا لأنه الذى يؤخذ قهرا ، ولا يتصور ذلك فى الدين نهر ، وهذا معنى قوله الآتى لسبق يده فهو علة للكل (قوله وسلمه) أى لو أسلم إلى مسلم دراهم على شىء (قوله وما غصب منه) ذكره فى البحر بحثا ، وبنى عليه فى النهر السلم والأجرة (قوله وصار ماله) أفاد أن الدين ليس ماله لأنه ملك المديون ، وللمالك حق المطالبة به ليستوفى مثله لا عينه (قوله كوديعته) أى عند مسلم أو ذمى ملتقى . قال ط وكذا غيره بالأولى وفى البحر : وإنما صارت وديعته غنيمة لأنها فى يده تقديرا لأن يد المودع كيده فيصير فيئا تبعا لنفسه ، وإذا صار ماله غنيمة لا خمس فيه وإنما يصرف كما يصرف الخراج ، والجزية لأنه مأخوذ بقوة المسلمين بلا قتال بخلاف الغنيمة (قوله واختلف فى الرهن) فعند أبى يوسف للمرتهن بدينه وعند محمد يباع ويستوفى دينه والزيادة فىء للمسلمين وينبغى ترجيحه لأن مازاد على قدر الدين فى حكم الوديعة بحر ورده فى النهر بأن تقديم قول أبى يوسف يؤذن بترجيحه

وجب التسليم إليه انتهى . وعليه فيوفى منه دينه هنا ولو صارت وديعته فيئا (وإن قتل أو مات فقط) بلا غلبة عليه (فدينه وقرضه ووديعته لورثته) لأن نفسه لم تصر مغنومة فكذا ماله ، كما لو ظهر عليه فهرب فماله له (حربى هنا له ثمة عرس وأولاد ووديعة مع معصوم وغيره فأسلم) هنا أو صار ذمياً (ثم ظهرنا عليهم فكله فئ) لعدم يده وولايته ؛ ولو سبى طفله إلينا فهو قن مسلم (وإن أسلم ثمة فجاء) هنا (فظهرنا عليهم فطفله حر مسلم)

وهذا لأن الوديعة إنما كانت فيئا لما مر أنها فى يده حكما ولا كذلك الرهن اه وأجاب الحموى : بأنه على تسليم أن التقديم يفيد الترجيح دائما فيفيد أرجحية الأول فيما إذا كان الرهن قدر الدين، أما الزيادة فقد صرحوا فى كتاب الرهن بأنها أمانة غير مضمونة وكذا قال ح : الحق مافى البحر وذكر نحو ذلك (قوله وجب التسليم إليه)لأن ماله لايصيرهفيئا إلا بأسره أو بقتله ولم يوجد أحدهما ط (قوله وعليه) أى على ماذكر من وجوب التسليم ، ووجه البناء أن طالب غريمه كطالبه بوكيله ، أو رسوله .وهذه المسألة ذكرها فى البحر بحثا فقال : ولم أر حكم ماإذا كان على المستأمن دين لمسلم أو ذمى أدانه له فى دارنا ثم رجع ، ولايخفى أنه باق لبقاء المطالبة ،وينبغى أن يوفى من ماله المتروك ، ولو صارت وديعته فيئا اه ولايخفى أن فيما ذكره الشارح تبعا للنهر من بناء المسألة على ماقبلها تقوية البحث . وقد علمت وجهه وقال فى النهر ، فإن كانت الوديعة من غير جنس الدين باعها القاضى ووفى منها وقد أفتيت بذلك اه (قوله فماله له) وكذا دينه ويلزم من ذلك أنه لوأرسل من يأخذه وجب تسليمه كما لايخفى (قوله له ثمة) أى فى دار الحرب عرس بالكسر أى زوجة (قوله وأولاد) أى ولو صغارا لأن الصغير إنما يتبع أباه فى الإسلام عند اتحاد الدار بحر : أى ولو حكما لما فى شرح التحرير ، وكذا يتبعه إذا كان المتبوع فى دار الحرب ، والتابع فى دار الإسلام اه أى لأن المسلم فى دار الحرب من أهل دارنا .

مطلب مهم الصبى يتبع أحد أبويه فى الإسلام وإن كان يعقل مالم يبلغ وخلافه خطأ

[تنبيه] فى شرح السير الكبير لو دخل الصغير الذى يعبر عن نفسه دارنا لزيارة أبويه فإن كانا ذميين فله الرجوع إلى دار الحرب بخلاف ماإذا كانا مسلمين أو أحدهما فإنه يصير مسلما تبعا للمسلم منهما لأن الذى يعبر عن نفسه فى حكم التبعية فى الإسلام كالذى لايعبر عن نفسه قال وبهذا تبين خطأ من يقول من أصحابنا إن الذى لايعبر (١) عن نفسه لايصير مسلما تبعا لأبويه فقد نص محمد هاهنا على أنه يصير مسلما اه .

والحاصل : أنه تنقطع تبعية الولد فى الإسلام لأحد أبويه ببلوغه عاقلا كما صرح به السرخسى قبل ذلك . ومقتضاه أنه لو بلغ مجنونا تبقى التبعية ، وبه ظهر مافى فتاوى العلامة ابن الشلبى من أن الصبى إذا عقل لايصير مسلما باسلام أحد أبويه ، فقد علمت أن هذا القول خطأ ، وقد نبهنا على ذلك فى باب نكاح الكافر ، وفى باب الجنائز عند قوله كصبى سبى مع أحد أبويه ، وبقى ماإذا ادعى الابن البلوغ ، وبرهن وادعى أبوه أنه قاصر وبرهن أيضا يريه القاضى أهل الخبرة ، وأما لو كانت الدعوى بعد مضى مدة تقدم بينة الأب إنه قاصر : ليجعل الابن مسلما كما أفتى به الرحيمى ،.وأطال فى تحقيقه فى فتاواه فى أواخر كتاب الدعوى (قوله ثم ظهرنا عليهم) أى على دارهم (قوله فكله) أى كل ماذكر من عرسه ومابعدها (قوله ولو سبى طفله الخ) قال فى البحر : ولو سبى الصبى فى هذه المسألة وصار فى دار الإسلام ، فهو مسلم تبعا لأبيه ، لأنهما اجتمعا فى دار واحدة ، بخلاف ماقبل إخراجه وهو فىء على كل حال اه لكن فى العزمية قوله : ولو سبى أى مع أمه فإنه لو سبى بدونها لاتظهر

---

(١) قوله (لايعبر) لفظة لاهنا زائدة كما لايخفى اه ناجى اه منه .

لاتحاد الدار (ووديعته مع معصوم له) لأن يده كيده محترمة (وغيرهُ فئ) ولو عينا غصبها مسلم لعدم النيابة فتح (وللإمام) حق (أخذ دية مسلم لاولى له) أصلا (و) دية (مستأمن أسلم هنا من عاقلة قاتله خطأ) لقتله نفساً معصومة (وفى العمد له القتل) قصاصا (أو الدية) صلحا (لاالعفو) نظراً لحق العامة (حربى أو مرتد أو من وجب عليه قود التجأ بالحرم لايقتل بل يحبس عند الغذاء ليخرج فيقتل) لأن من دخله فهو آمن بالنص وسيجىء فى الجنايات (لاتصير دار الإسلام دار حرب، إلا) بأمور ثلاثة :

فائدة التبعية بالأب ، فإنه يحكم بإسلامه بتبعية الدار على مامر فى كتاب الصلاة اه أى فى فصل الجنائز (قوله لاتحاد الدار) لأنه لما أسلم فى دار الحرب تبعه طفله درر . فالمراد بالدار دار الحرب فافهم ، وذلك لأن ماثبت يكون باقيا مالم يوجد مزيل ، ومثله لو لم يسلم بل بعث إلى الإمام إنى ذمة لكم أقيم فى دار الحرب ، وأبعث بالخراج كل سنة جاز . ويكون الأب أحق به لما قلنا لأن الذمى لايملك بالقهر ؛ وكذا لو أسلم الأب فى دارنا أو صار ذميا . ثم رجع حتى ظهرنا على دارهم تبعه طفله ولاسبيل عليه وتمامه فى شرح السير (قوله وغيره) أى غير ماذكر من الطفل والوديعة مع معصوم وهو أولاده الكبار وعرسه وعقاره ووديعته مع حربى درر (قوله لعدم النيابة) أى نيابة الغاصب عنه (قوله وللإمام حق أخذ دية الخ) زاد لفظ : حق إشارة إلى مافى البحر من أن أخذه الدية ليس لنفسه ، بل ليضعها فى بيت المال ، وهو المقصود من ذكرها هنا ، وإلا فحكم القتل الخطأ معلوم ، ولذا لم ينص على الكفارة لما سيأتى فى الجنايات (قوله ودية مستأمن أسلم هنا) أما إذا لم يكن مستأمنا أو لم يسلم لاشىء على قاتله كما فى شرح مسكين ، وتقدم قبيل هذا الفصل مالو أسلم فى دار الحرب فقتله مسلم (قوله له القتل قصاصا) لأن الدية وإن كانت أنفع للمسلمين من قتله لكن قد تعود عليهم من قتله منفعة أخرى وهى أن ينزجر أمثاله عن قتل المسلمين بحر (قوله أو الدية صلحا) أى برضا القاتل لأن موجب العمد هو القود بحر.

وحاصله : أن للإمام أن يقتل أو يصالح على الدية إن رضى القاتل بالصلح والظاهر أنه ليس له الصلح على أقل من الدية ، كما يفيده التعليل الآتى إلا إذا لم يمكن إثبات القتل عليه كما فى وصى اليتيم تأمل . قال فى الشرنبلالية وهل إذا طلب الإمام الدية ينقلب القصاص مالا كما فى الولى فلينظر اه .

قلت : الظاهر : نعم لقول الفتح ، وإنما كان للسلطان ذلك أى القتل أو الصلح لأنه هو ولى المقتول قال عليه الصلاة والسلام « السلطان ولى من لا ولى له » اه (قوله نظرا لحق العامة) فإن ولايته عليهم نظرية ، وليس من النظر إسقاط حقهم بلا عوض فتح ، وفيه أيضا أنه لو كان المقتول لقيطا للإمام أن يقتل القاتل عندهما خلافا لأبى يوسف . وتمامه فيه (قوله أو من وجب عليه قود) أى فى النفس ، أما فيما دونها فيقتص منه فى الحرم إجماعا ذكره الشارح فى الجنايات ط (قوله التجأ بالحرم) أفاد أنه لم ينشئ القتل فيه : فلو أنشأه فيه قتل فيه إجماعا ولو قتل فى البيت لايقتل فيه ذكره الشارح فى الجنايات ، وفى شرح السير : لو كانوا جماعة دخلوا الحرم للقتال فلا بأس أن نقاتلهم لقوله تعالى — حتى يقاتلوكم فيه — لأن حرمة الحرم لاتلزمنا تحمل أذاهم كالصيد إذا صال على إنسان فى الحرم ، جاز قتله دفعا لأذاه ولو قاتلوا فى غيره ، ثم انهزموا ودخلوا فيه لانتعرض لهم إلا إذا كانت لهم فئة فى الحرم . وصارت لهم منعة لأن الملتجئ إلى فئة محارب وجميع ماذكر فى أهل الحرب هو كذلك فى الخوارج والبغاة اه .

مطلب فيما تصير به دار الإسلام دار حرب و بالعكس

(قوله لاتصير دار الإسلام دار حرب الخ) أى بأن يغلب أهل الحرب على دار من دورنا أو ارتد أهل مصر وغلبوا وأجروا أحكام الكفر أو نقض أهل الذمة العهد ، وتغلبوا على دارهم . ففى كل من هذه الصور لاتصير

(بإجراء أحكام أهل الشرك ، وباتصالها بدار الحرب ، وبأن لايبقى فيها مسلم أو ذمى آمنا بالأمان الأول) على نفسه (ودار الحرب تصير دار الإسلام بإجراء أحكام أهل الإسلام فيها) كجمعة وعيد (وإن بقى فيها كافر أصلى وإن لم تتصل بدار الإسلام) درر ، وهذا ثابت فى نسخ المتن ساقط من نسخ الشرح فكأنه تركه لمجىء بعضه ووضوح باقيه .

باب العشر والخراج والجزية

دار حرب ، إلا بهذه الشروط الثلاثة وقالا : بشرط واحد لاغير وهو إظهار حكم الكفر وهو القياس هندية ، ويتفرع على كونها صارت دار حرب أن الحدود والقود لايجرى فيها وأن الأسير المسلم يجوز له التعرض لما دون الفرج ، وتنعكس الأحكام إذا صارت دار الحرب دار الإسلام فتأمل ط وفى شرح درر البحار قال بعض المتأخرين : إذا تحققت تلك الأمور الثلاثة فى مصر المسلمين ، ثم حصل لأهله الأمان ، ونصب فيه قاض مسلم ينفذ أحكام المسلمين عاد إلى دار الإسلام فمن ظفر من الملاك الأقدمين بشىء من ماله بعينه ، فهو له بلا شىء ومن ظفر به بعد ماباعه مسلم أو كافر من مسلم ، أو ذمى أخذه بالثمن إن شاء ومن ظفر به بعد ماوهبه مسلم ، أوكافر لمسلم أو ذمى وسلمه إليه أخذه بالقيمة إن شاء اهـ .

قلت : حاصله أنه لما صار دار حرب صار فى حكم مااستولوا عليه فى دارهم (قوله بإجراء أحكام أهل الشرك) أى على الاشتهار وأن لايحكم فيها بحكم أهل الإسلام هندية ، وظاهره أنه لو أجريت أحكام المسلمين وأحكام أهل الشرك لاتكون دار حرب ط (قوله وباتصالها بدار الحرب) بأن لايتخلل بينهما بلدة من بلاد الإسلام هندية ط وظاهره أن البحر ليس فاصلا ، بل قدمنا فى باب استيلاء الكفار أن بحر الملح ملحق بدار الحرب ، خلافا لما فى فتاوى قارئ الهداية .

قلت : وبهذا ظهر أن مافى الشام من جبل تيم الله المسمى بجبل الدروز وبعض البلاد التابعة كلها دار إسلام ، لأنها وإن كانت لها حكام دروز أو نصارى ، ولهم قضاة على دينهم وبعضهم يعلنون بشتم الإسلام والمسلمين لكنهم تحت حكم ولاة أمورنا وبلاد الإسلام محيطة ببلادهم من كل جانب وإذا أراد ولى الأمر تنفيذ أحكامنا فيهم نفذها (قوله بالأمان الأول) أى الذى كان ثابتا قبل استيلاء الكفار للمسلم بإسلامه وللذمى بعقد الذمة هندية ط .

[تتمة] ذكر فى أول جامع الفصولين كل مصر فيه وال مسلم من جهة الكفار ، يجوز منه إقامة الجمع والأعياد وأخذ الخراج وتقليد القضاء وتزويج الأيامى لإستيلاء المسلم عليهم وأما طاعة الكفرة فهى موادعة ومخادعة وأما فى بلاد عليها ولاة كفار فيجوز للمسلمين إقامة الجمع والأعياد ، ويصير القاضى قاضيا بتراضى المسلمين ويجب عليهم طلب وال مسلم اهـ وقدمنا نحوه فى باب الجمعة عن البزازية (قوله وهذا) أى قوله حربى أو مرتد إلى آخر الباب وقوله لمجئ بعضه أى المسألة الأولى فإنها ستجئ فى الجنايات وقوله ووضوح باقيه أى مسألة الدار وفى وضوحها نظر والله سبحانه أعلم .

باب العشر والخراج والجزية

شروع فيما على المستأمن فى أرضه من الوظائف المالية إذا صار ذميا بعد الفراغ عما به يصير ذميا وذكر للعشر معه تتميما لوظيفة الأرض وقدمه لما فيه من معنى العبادة نهر وألحق به الجزية لأن المصرف واحد

(أرض العرب) وهي من حد الشام والكوفة إلى أقصى اليمن (وما أسلم أهله) طوعا (أو فتح عنوة وقسم بين جيشنا والبصرة) أيضا بإجماع الصحابة (عشرية) لأنه أليق بالمسلم، وكذا بستان مسلم أو كرمه كان داره درر ومر في باب العاشر بأتم من هذا وحررناه في شرح الملتقى (وسواد) قرى (العراق وحده من العذيب) بضم ففتح

(قوله أرض العرب) في مختصر تقويم البلدان جزيرة العرب خمسة أقسام: تهامة، ونجد، وحجاز، وعروض، ويمن فأما تهامة فهي الناحية الجنوبية من الحجاز، وأما نجد فهي الناحية التي بين الحجاز والعراق، وأما الحجاز فهو جبل يقبل من اليمن حتى يتصل بالشام، وفيه المدينة وعمان، وأما العروض فهو اليمامة إلى البحرين، وإنما سمي الحجاز حجازا لأنه حجز بين نجد واليمامة قال الواقدي: الحجاز من المدينة إلى تبوك، ومن المدينة إلى طريق الكوفة، وماوراء ذلك إلى أن يشارف البصرة، فهو نجد ومن المدينة إلى طريق مكة إلى أن يبلغ هبط العرج حجاز أيضا وماوراء ذلك إلى مكة وجدة فهو تهامة وما كان بين العراق وبين وجرة وغمرة الطائف فهو نجد وماوراء وجرة إلى البحر فهو تهامة ومابين تهامة ونجد فهو حجاز اهـ (قوله وهي من حد الشام) نظم بعضهم حدها طولا وعرضا بقوله:

جزيرة هذه الأعراب حدت　　بحد علمه للحشر باق
فأما الطول عند محققيه　　فمن عدن إلى ربو العراق
وساحل جدة إن سرت عرضا　　إلى أرض الشآم بالاتفاق

(قوله وماأسلم أهله) أي والأرض التي أسلم أهلها وذكر الضمير هنا وفيما سيأتي مراعاة للفظ مانهر (قوله عنوة) بالفتح قال الفارابي: وهو من الأضداد يطلق على الطاعة والقهر وهو المراد هنا نهر (قوله وقسم بين جيشنا) احترز به عما إذا قسم بين قوم كافرين غير أهله، فإنه خراجي كما في النتف، ولو قال: بيننا لشمل ماإذا قسم بين المسلمين غير الغانمين، فإنه عشري لأن الخراج لايوظف على المسلم ابتداء ذكره القهستاني در منتقى (قوله والبصرة أيضا) والقياس أن تكون خراجية عند أبي يوسف لأنها بقرب أرض الخراج، لكنه ترك القياس بإجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم در منتقى وغيره.

وحاصله: أنه سيأتي أن ما أحياه مسلم يعتبر قربة عند أبي يوسف وعند محمد يعتبر الماء والمعتمد الأول والبصرة أحياها المسلمون، لأنها بنيت في أيام عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه وهي في حيز أرض الخراج فقياس قول أبي يوسف أن تكون خراجية (قوله لأنه أليق بالمسلم) أي لما فيه من معنى العبادة وكذا هو أخف حيث يتعلق بنفس الخارج، وهذا علة لما أسلم أهله أو قسم بين جيشنا، وأما أرض العرب فلأنه لم ينقل عنه صلى الله عليه وسلم، ولا عن أحد من الخلفاء أخذ خراج من أراضيهم، وكما لارق عليهم لاخراج على أراضيهم نهر وتمامه في الفتح (قوله وحررناه في شرح الملتقى) نصه وفي دار جعلت بستانا خراج إن كانت لذمي مطلقا خلافا لهما أو لمسلم سقاها بمائه أي الخراج، وإن سقاها بماء العشر فعشر، ولو أن المسلم أو الذمي سقاها مرة بماء العشر ومرة بماء الخراج، فالمسلم أحق بالعشر والذمي بالخراج كما في المعراج: واستشكل الباقاني وجوب الخراج على المسلم ابتداء فيما إذا سقاها بماء الخراج، بل عليه العشر بكل حال وفي الغاية عن السرخسي وهو الأظهر، وأجاب في البحر بأن الممنوع وضع في الخراج عليه جبر أما باختياره فيجوز كما هنا وكما لو أحيا مواتا بإذن الإمام، وسقاها بماء الخراج فعليه الخراج اهـ ح وسيأتي الكلام على ماء العشر والخراج (قوله وسواد قرى العراق) أي عراق العرب درر. في القاموس: سواد البلد قراها وإنما سمي به لخضرة أشجاره وكثرة زروعه

قرية من قرى الكوفة (إلى عقبة حلوان) بن عمران بضم فسكون قرية بين بغداد وهمزان (عرضا ومن الغلث) بفتح فسكون فثلثة قرية شرقى دجلة موقوفة على العلوية، وما قيل من الثعلبية بفتح فسكون غلط مصنف عن المغرب (إلى عبادان) بالتشديد حصن صغير بشط البحر فى المثل، ليس وراء عبادان قرية مستصنى (طولا) وبالأيام اثنان وعشرون يوما ونصف وعرضه عشرة أيام سراج (وما فتح عنوة و) لم يقسم بين جيشنا إلا مكة سواء (أقر أهله عليه) أو نقل إليه كفار أخر (أو فتح صلحا خراجية) لأنه أليق بالكافر (وأرض السوادمملوكة

والعراق بالكسر اسم البصرة، والكوفة وبغداد ونواحيها در منتقى وعليه فقوله قرى بدل من سواد أو تفسير على إسقاط أى التفسيرية، والاحتراز بعراق العرب عن عراق العجم، وهو من الغرب أدربيجان (١) ومن الجنوب شيء من العراق، وخورستان ومن الشرق مفازة خراسان وفارس ومن الشمال بلاد الديلم وقرقين كما فى تقويم البلدان (قوله قرية من قرى الكوفة) الذى فى تقويم البلدان أنه ماء لبنى تميم، وهو أول ماء يلقى الإنسان بالبادية إذا سار من قادسية الكوفة يريد مكة اهـ ولعله أراد بالقرية القادسية المذكورة، ويؤيده أنه فى تقويم البلدان جعلها الحد فإنه قال وامتداد العراق طولا شمالا وجنوبا من الحديثة على دجلة إلى عبدان وامتداده عرضا غربا وشرقا من القادسية إلى حلوان (قوله بضم فسكون) أى بضم الحاء وسكون اللام (قوله من الثعلبة) الذى رأيته فى غير الثعلبية بياء النسبة (قوله غلط) لأنها من منازل البادية بعد العذيبة بكثير كما نقل عن ذخيرة العقبى (قوله حصن صغير بشط البحر) أى بحر فارس، وهو يدور بها فلا يبقى منها فى البر إلا القليل وهى عن البصرة مرحلة ونصف كذا فى تقويم البلدان (قوله وبالأيام الخ) قال فى تقويم البلدان والسائر من تكريت، وهى على النهاية الشمالية للعراق إلى عبدان: وهى على النهاية الجنوبية له على تقويس الحد الشرقى مسافة شهر، وكذلك من تكريت إلى عبدان إذا سار على تقويس الحد الغربى أعنى من تكريت إلى الأنبار إلى واسط إلى البصرة إلى عبادان فيكون دور العراق مسافة شهرين وطوله على الاستقامة من تكريت إلى عبدان نحو عشرين مرحلة وعرض العراق من القادسية إلى حلوان نحو إحدى عشرة مرحلة اهـ تأمل. وهذا تحديد العراق بتمامه وأما تحديد سواده، ففى البحر عن البناية عن شرح الوجيز: طول سواد العراق مائة وستون فرسخا وعرضه ثمانون فرسخا ومساحته ستة وثلاثون ألف ألف جريب اهـ (قوله إلامكة) فإنها وإن فتحت عنوة، لكنها عشرية لأنها من جزيرة العرب كما مر (قوله سواء أقر أهله عليه الخ) أشار إلى أن قول المصنف تبعا للكنز، وأقر أهله عليه ليس بشرط فى كونها خراجية بل الشرط عدم قسمتها، صرح بذلك فى شرح الطحاوى كما فى النهر، ولم يقيد كونها خراجية بأن تسقى بماء الخراج لأنه لافرق بينه وبين ما إذا سقيت بماء العشر كما إذا قسمت بين المسلمين، فإنها عشرية، وإن سقيت بماء الخراج، وإنما التفصيل فى الفرق بين مايسقى بماء العشر أو بماء الخراج فى الأرض المحياة لمسلم التى لم تقسم، ولم يقر أهلها عليها كما حققه فى البحر تبعا للفتح وغيره ويأتى بتمامه (قوله لأنه أليق بالكافر) لأنه يشبه الجزية لما فيه من معنى العقوبة ولأن فيه تغليظا حيث يجب وإن لم يزرع بخلاف العشر لتعلقه بعين الخارج لا بالأرض:

مطلب فى أن أرض العراق والشام ومصر عنوة خراجية مملوكة لأهلها

(قوله وأرض السواد) أى سواد العراق أى قراه وكذا كل مافتح عنوة وأقر أهله عليه أو صولحوا ووضع الخراج على أراضيهم: فهى مملوكة لأهلها درمنتقى قلت: وكذا أرض الشام ومصر فتحت عنوة على الصحيح

---

(١) قوله (أدربيجان) هكذا بخط بالدال المهملة وذكرها فى المصباح و الألف مع الذال المعجمة رما يثلثهما، وذكر فيها ضبطين أولهما فتح الهمزة والراء وسكون الذال بينهما وثانيهما ضم الهمزة والذال وإسكان الراء اهـ مصححه.

لأهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها) هداية ، وعند الأئمة الثلاثة هى موقوفة على المسلمين فلم يجز بيعهم فتح (ويجب الخراج فى أرض الوقف) إلا المشتراة من بيت المال إذا وقفها مشتريها فلا عشر ولا خراج شرنبلالية معزيا للبحر ، وكذا لو لم يوقفها كما ذكرته فى شرح الملتقى (والصبي والمجنون لو) كانت الأرض (خراجية والعشر

وأقر أهلها عليها بالخراج فقد قال أبو يوسف فى كتاب الخراج : وهذه الأرضون إذا قسمت فهى أرض عشر وإن تركها الإمام فى أيدى أهلها الذين قهروا عليها فهو حسن فإن المسلمين افتتحوا أرض العراق والشام ومصر ، ولم يقسموا شيئا من ذلك بل وضع عمر رضى الله عنه عليها الخراج ، وليس فيها خمس اه ملخصا فقد أفاد أنها مملوكة لأهلها .

مطلب فى جواز بيع الأراضى المصرية والشامية

(قوله ويجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها) أى بالرهن والهبة ، لأن الإمام إذا فتح أرضا عنوة له أن يقر أهلها عليها، ويضع عليها الخراج وعلى رؤوسهم الجزية فتبقى الأرض مملوكة لأهلها، وقدمناه قبل باب قسمة الغنائم فتح قال فى الدر المنتقى : وتورث عنهم إلى أن لا يبقى منهم أحد فينتقل الملك لبيت المال الخ ويأتى تمامه (قوله ويجب الخراج فى أرض الوقف) أى الأرض الخراجية ، كما يأتى تقييده فى قوله لو خراجية الخ .

والحاصل : أن الأرض تبقى وظيفتها بعد الوقف كما كانت قبله .

مطلب أراضى المملكة والحوز لا عشرية ولا خراجية

(قوله فلا عشر ولا خراج) لم يذكر فى البحر العشر وإنما قال بعد ماحقق : أن الخراج ارتفع عن أراضى مصر ، لعودها إلى بيت المال بموت ملاكها قال : فإذا اشتراها إنسان من الإمام بشرطه شراء صحيحا ملكها ، ولا خراج عليها ، فلا يجب عليه الخراج ، لأن الإمام قد أخذ البدل للمسلمين فإذا وقفها وقفها سالمة من المؤن ، فلا يجب الخراج فيها وتمامه فيما كتبناه فى التحفة المرضية فى الأراضى المصرية اه . نعم ذكر العشر فى تلك الرسالة فقال : إنه لا يجب أيضا لأنه لم ير فيه نقلا .

قلت : ولا يخفى ما فيه لأنهم قد صرحوا بأن فرضية العشر ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول ، وبأنه زكاة الثمار والزروع وبأنه يجب فى الأرض الغير الخراجية ، وبأنه يجب فيما ليس بعشرى ولا خراجى كالمفاوز والجبال ، وبأن سبب وجوبه الأرض النامية بالخارج حقيقة ، بأنه يجب فى أرض الصبى والمجنون والمكاتب ، لأنه مؤنة الأرض، وبأن الملك غير شرط فيه بل الشرط ملك الخارج ، فيجب فى الأراضى الموقوفة لعموم قوله تعالى — أنفقوا من طيبات ما كسبتم ومما أخرجنا لكم من الأرض — وقوله تعالى — وآتوا حقه يوم حصاده — وقوله صلى الله عليه وسلم « ما سقت السماء ففيه العشر وما سقى بغرب أو دالية ففيه نصف العشر » ولأن العشر يجب فى الخارج لا فى الأرض ، فكان ملك الأرض وعدمه سواء كما فى البدائع : ولا شك أن هذه الأرض المشتراة وجد فيها سبب الوجوب وهو الأرض النامية وشرطه وهو ملك الخارج ، ودليله وهو ماذكرنا وقول المتن ويجب العشر فى مسقى سماء وسيح الخ فالقول بعدم الوجوب فى خصوص هذه الأرض يحتاج إلى دليل خاص ، ونقل صريح ولا يلزم من سقوط الخراج المتعلق بالأرض سقوط العشر المتعلق بالخارج على أنه قد ينازع فى سقوط الخراج ، حيث كانت من أرض الخراج أو سقيت بمائه بدليل أن الغازى الذى اختط له الإمام دارا لا شىء عليه فيها فإذا جعلها بستانا ، وسقاها بماء العشر ، فعليه العشر أو بماء الخراج فعليه الخراج كما يأتى مع أن الواقع الآن فى كثير من القرى أو المزارع الموقوفة أنه يؤخذ منها للميرى النصف أو الربع ، أو العشر وقد نبهنا على ذلك فى باب العشر من كتاب الزكاة (قوله لو كانت الأرض خراجية) شرط لقوله ويجب الخراج وقوله والعشر

او عشرية) درر ومر فى الزكاة وقالوا أراضى الشام ومصر خراجية وفى الفتح المأخوذ الآن من أراضى مصر أجرة لاخراج ،

عطف على الخراج (قوله وقالوا الخ) هو مصرح به فى الهداية وغيرها .
والحاصل : الاتفاق على أنها خراجية وإنما اختلف العلماء فى أنها فتحت عنوة ، أو صلحا ولا يؤثر فى كونها خراجية لأنها تكون خراجية إذا لم يسلم أهلها سواء فتحت عنوة ، ومن على أهلها بها أو صلحا ، ووضع عليهم الجزية كما مر آنفا .

مطلب لاشيء على زراع الأراضى السلطانية من عشر أو خراج سوى الأجرة

(قوله المأخوذ الآن من أراضى مصر أجرة لاخراج) وكذا أراضى الشام كما يأتى عن فضل الله الرومى ، وقال فى الدر المنتقى فيؤجرها الإمام ، ويأخذ جميع الأجرة لبيت المال ، كدار صارت لبيت المال . واختار السلطان استغلالها وإن اختار بيعها فله ذلك إما مطلقا أو لحاجة فثبت أن بيع الأراضى المصرية وكذا الشامية صحيح مطلقا إما من مالكها (١) أو من السلطان فإن كان من مالكها انتقلت بخراجها ، وإن من السلطان فإن لعجز مالكها عن زراعتها فكذلك ، وإن لموت مالكها فقدمنا أنها صارت لبيت المال وإن الخراج سقط عنها فإذا باعها الإمام لايجب على المشترى خراج سواء وقفها أو أبقاها .
قلت : وهذا نوع ثالث يعنى لاعشرية ولا خراجية من الأراضى تسمى أرض المملكة ، وأراضى الحوز ، وهو من مات أربابه بلا وارث وآل لبيت المال أو فتح عنوة ، وأبقى للمسلمين إلى يوم القيامة وحكمه على مافى التتارخانية أنه يجوز للإمام دفعه للزراع بأحد طريقين إما بإقامتهم مقام الملاك فى الزراعة وإعطاء الخراج ، وأما بإجارتها لهم بقدر الخراج ، فيكون المأخوذ فى حق الإما خراجا ، ثم إن كان دراهم فهو خراج موظف ، وإن كان بعض الخارج فخراج مقاسمة وأما فى حق الإكراء فأجرة لاغير لاعشر ولا خراج فلما دل الدليل على عدم لزوم المؤنتين العشر والخراج فى أراضى المملكة والحوز كان المأخوذ منها أجرة لاغير اه مافى الدرر المنتقى ملخصا.

مطلب لاشيء على الفلاح لو عطلها ولو تركها لايجبر عليها

قلت : فعلى هذا لاشيء على زراعها من عشر أو خراج إلا على قولهما بأن العشر على المستأجر كما مر فى بابه على أنك علمت أن المأخوذ ليس أجرة من كل وجه ، بل هو فى حق الإمام خراج ، ولايجتمع عشر مع خراج تأمل ثم رأيت فى الخيرية الزارع فى الأرض الوقف عامل بالحصة وهو كالمستأجر ، وليس عليه خراج قال فى الإسعاف وإذا دفع المتولى الأرض مزارعة فالخراج أو العشر من حصة أهل الوقف ، لأنها إجارة معنى ، وبمثله نقول : إذا كانت الأرض لبيت المال ، وتدفع مزارعة للمزارعين ، فالمأخوذ منهم بدل إجارة لاخراج كما صرح به الكمال وغيره ومما هو مصرح به أن خراج المقاسمة ، لا يلزم بالتعطيل ، فلا شيء على الفلاح لو عطلها وهو غير مستأجر لها ولا جبر عليه بسببها وبه علم أن بعض المزارعين إذا ترك الزراعة وسكن مصرا فلا شيء عليه ، فما تفعله الظلمة من الإضرار به حرام صرح به فى البحر والنهر اه ملخصا لكن إذا كان المأخوذ من المزارعين كالربع أو الثلث ، من الغلة بدل إجارة كما مر ، يلزم أن يكون استئجار الأرض ببعض الخارج منها ، وهو فاسد لجهالته ، فما وجه الجواز هنا قال فى الدر المنتقى : والجواب ما قلنا إنه جعل فى حق الإمام خراجا وفى حق

---

(١) قوله (إما من مالكها) أى الذى تملكها يوم الفتح أو ممن ورثه أو من شراه منه أو من وارثه اه منه .

ألا ترى أنها ليست مملوكة للزراع كأنه لموت المالكين شيئا فشيئا بلا وارث فصارت لبيت المال

الأكرة أجرة لضرورة عدم صحة الخراج حقيقة وحكما لما مر اه أى لعدم من يجب عليه بسبب موت أهلها ، وصيرورتها لبيت المال .

قلت : لكن يمكن جعلها مزارعة كما مر فى كلام الخيرية : وهى فى معنى الإجارة لا إجارة حقيقة ، ولهذا قال فى الفتح إن المأخوذ بدل إجارة .

مطلب القول لذى اليد أن الأرض ملكه وإن كانت خراجية

ثم اعلم : أن أراضى بيت المال المسماة بأراضى المملكة وأراضى الحوز إذا كانت فى أيدى زراعها لا تنزع من أيديهم ماداموا يؤدون ماعليها ، ولا تورث عنهم إذا ماتوا ، ولا يصح بيعهم لها ولكن جرى الرسم فى الدولة العثمانية أن من مات عن ابن انتقلت لابنه مجانا ، وإلا فلبيت المال ، ولو له بنت أو أخ لأب له أخذها بالإجارة الفاسدة وإن عطلها متصرف ثلاث سنين ، أو أكثر بحسب تفاوت الأرض تنزع منه وتدفع لآخر ، ولا يصح فراغ أحدهم عنها لآخر بلا إذن السلطان أو نائبه كما فى شرح الملتقى ، وتمام الكلام على ذلك قد بسطناه فى تنقيح الفتاوى الحامدية (قوله ألا ترى أنها ليست مملوكة للزراع الخ) هذا من كلام الفتح وأقره فى البحر .

قلت : لكن عدم ملك الزراع فى الأراضى الشامية غير معلوم لنا إلا فى نحو القرى والمزارع الموقوفة أو المعلوم كونها لبيت المال أما غيرها فنراهم يتوارثونها ، ويبيعونها جيلا بعد جيل ، وفى شفعة الفتاوى الخيرية : سئل فى أخوة لهم أراض مغروسة ، ولرجل أرض مغروسة مجاورة لها ، وطريق الكل واحد باع الرجل أرضه هل لهم أخذها بالشفعة ولا يمنع من ذلك كونها خراجية ؟ أجاب : نعم لهم الأخذ بالشفعة ، وكونها خراجية لا يمنع ذلك إذ الخراج لا ينافى الملك فى التتارخانية وكثير من كتب المذهب : وأرض الخراج مملوكة وكذلك أرض العشر يجوز بيعها وإيقافها وتكون ميراثا كسائر أملاكه ، فتثبت فيها الشفعة ، وأما الأراضى التى حازها السلطان لبيت المال ويدفعها للناس مزارعة لا تباع فلا شفعة فيها فإذا ادعى واضع اليد الذى تلقاها شراء أو إرثا أو غيرهما من أسباب الملك أنها ملكه ، وأنه يؤدى خراجها ، فالقول له أو على من يخاصمه فى الملك البرهان إن صحت دعواه عليه شرعا ، واستوفيت شروط الدعوى ، وإنما ذكرت ذلك لكثرة وقوعه فى بلدنا حرصا على نفع هذه الأمة بإفادة هذا الحكم الشرعى الذى يحتاج إليه كل حين والله تعالى أعلم اه مافى الخيرية .

ولا يخفى أنه كلام حسن جار على القواعد الفقهية وقد قالوا إن وضع اليد والتصرف من أقوى مايستدل به على الملك ، ولذا تصح الشهادة بأنه ملكه ، وفى رسالة الخراج لأبى يوسف : وأيما قوم من أهل الخراج ، أو الحرب بادوا فلم يبق منهم أحد ، وبقيت أرضهم معطلة ، ولا يعرف أنها فى يد أحد ، ولا أن أحدا يدعى فيها دعوى ، وأخذها رجل فحرثها وغرس فيها ، وأدى عنها الخراج أو العشر ، فهى له وهذه الموات التى وصفت لك ، وليس للإمام أن يخرج شيئا من يد أحد إلا بحق ثابت معروف اه وقدمنا عنه أيضا أن أرض العراق والشام ومصر عنوية خراجية تركت لأهلها الذين قهروا عليها ، وفى شرح السير الكبير للسرخسى : فإن صالحوهم على أراضيهم ، مثل أرض الشام مدائن وقرى ، فلا ينبغى للمسلمين أن يأخذوا شيئا من دورهم وأراضيهم ، ولا أن ينزلوا عليهم منازلهم ، لأنهم أهل عهد وصلح اه فإذا كانت مملوكة لأهلها فمن أين يقال إنها صارت لبيت المال باحتمال أن أهلها كلهم ماتوا بلا وارث فإن هذا الاحتمال لا ينفى الملك الذى كان ثابتا ، وقد سمعت التصريح فى المتن تبعا للهداية ، بأن أرض سواد العراق مملوكة لأهلها يجوز بيعهم لها ، وتصرفهم فيها ، وكذلك أرض مصر والشام كما سمعته ، وهذا على مذهبنا ظاهر وكذا

عند من يقول إنها وقف على المسلمين فقد قال الإمام السبكى: أن الواقع فى هذه البلاد الشامية والمصرية، أنها فى أيدى المسلمين، فلا شك أنها لهم إما وقفا، وهو الأظهر من جهة عمر رضى الله عنه وإما مالكا، وإن لم يعرف من انتقل منه إلى بيت المال، فإن من بيده شيء لم يعرف من انتقل إليه منه يبقى فى يده، ولا يكلف بينة ثم قال: ومن وجدنا فى يده أو ملكه مكانا منها، فيحتمل أنه أحيى، أو وصل إليه وصولا صحيحا اه.

مطلب ليس للإمام أن يخرج شيئا من يد أحد إلا بحق ثابت معروف

قال المحقق ابن حجر المكى فى فتاواه الفقهية بعد نقله كلام السبكى: فهذا صريح فى أنا نحكم لذوى الأملاك والأوقاف ببقاء أيديهم على ماهى عليه، ولا يضرنا كون أصل الأراضى ملكا لبيت المال، أو وقفا على المسلمين لأن كل أرض نظرنا إليها بخصوصها، لم يتحقق فيها أنها من ذلك الوقف، ولا الملك، لاحتمال أنها كانت مواتا وأحييت وعلى فرض تحقق أنها من بيت المال، فإن استمرار اليد عليها والتصرف فيها تصرف الملاك فى أملاكهم أو النظار فيما تحت أيديهم الأزمان المتطاولة قرائن ظاهرة، أو قطعية على اليد المفيدة، لعدم التعرض لمن هى تحت يده وعدم انتزاعها منه قال السبكى: ولو جوزنا الحكم برفع الموجود المحقق: أى وهو اليد بغير بينة، بل بمجرد أصل مستصحب، لزم تسليط الظلمة على ما فى أيدى الناس، ثم قال ابن حجر بعد كلام طويل: إذا تقرر ذلك بان لك وانضح انضاحا لايبقى معه ريبة أن الأراضى التى فى أيدى الناس بمصر والشام المجهول انتقالها إليهم تقر فى أيدى أربابها، ولا يتعرض لهم فيها بشيء أصلا، لأن الأئمة إذا قالوا فى الكنائس المبنية للكفر إنها تبقى، ولا يتعرض لها عملا بذلك الاحتمال الضعيف أى كونها كانت فى برية، فاتصلت بها عمارة المصر فأولى أن يقولوا ببقاء تلك الأراضى بيد من هى تحت أيديهم، باحتمال أنها كانت مواتا فأحييت، أو أنها انتقلت إليهم بوجه صحيح اه.

مطلب فيما وقع من الملك الظاهر بيبرس من إرادته انتزاع العقارات من ملاكها لبيت المال

وقد أطال رحمه الله تعالى فى ذلك إطالة حسنة ردا على من أراد انتزاع أوقاف مصر وإقليمها، وإدخالها فى بيت المال، بناء على أنها فتحت عنوة، وصارت لبيت المال، فلا يصح وقفها قال: وسبقه إلى ذلك الملك الظاهر بيبرس، فإنه أراد مطالبة ذوى العقارات بمستندات تشهد لهم بالملك، وإلا انتزعها من أيديهم متعللا بما تعلل به ذلك الظالم، فقام عليه شيخ الإسلام الإمام النووى رحمه الله تعالى، وأعلمه بأن ذلك غاية الجهل والعناد وأنه لايحل عند أحد من علماء المسلمين بل من فى يده شيء فهو ملكه، لايحل لأحد الاعتراض عليه، ولايكلف إثباته ببينة ولازال النووى رحمه الله تعالى يشنع على السلطان، ويعظه إلى أن كف عن ذلك، فهذا الحبر الذى اتفقت علماء المذاهب على قبول نقله والاعتراف بتحقيقه وفضله نقل إجماع العلماء على عدم المطالبة بمستند عملا باليد الظاهر فيها أنها وضعت بحق اه.

قلت: فإذا كان مذهب هؤلاء الأعلام، أن الأراضى المصرية والشامية أصلها وقف على المسلمين، أو لبيت المال ومع ذلك لم يجيزوا مطالبة أحد يدعى شيئا أنه ملكه بمستند يشهد له بناء على احتمال انتقاله إليه، بوجه صحيح فكيف يصح على مذهبنا بأنها مملوكة لأهلها أقروا عليها بالخراج، كما قدمناه أنه يقال إنها صارت لبيت المال، وليست مملوكة للزراع، لاحتمال موت المالكين لها شيئا فشيئا بلا وارث، فإن ذلك يؤدى إلى إبطال أوقافها وإبطال المواريث فيها

وعلى هذا فلا يصح بيع الإمام ، ولا شراؤه من وكيل بيت المال لشيء منها لأنه كوكيل اليتيم فلا يجوز إلا لضرورة والعياذ بالله تعالى زاد فى البحر أو رغب فى العقار بضعف قيمته

وتعدى الظلمة على أرباب الأيدى الثابتة المحققة فى المدد المطاولة بلا معارض، ولا منازع، ووضع العشر أو الخراج عليها لاينافى ملكيتها كما مر ، وهو صريح قول المصنف ، وغيره هنا أن أرض سواد العراق خراجية وأنها مملوكة لأهلها واحتمال موت أهلها، بلا وارث لايصلح حجة فى إبطال اليد المثبتة للملك فإنه مجرد احتمال لم ينشأ عن دليل ،ومثله لايعارض المحقق الثابت ، فإن الأصل بقاء الملكية واليد أقوى دليل عليها ، فلا تزول إلا بحجة ثابتة وإلا لزم أن يقال مثل ذلك فى كل مملوك بظاهر اليد ، مع أنه لايقول به أحد ،وقد سمعت نقل الإمام النووى الإجماع على عدم التعرض مع أن مذهبه أن تلك الأراضى فى الأصل غير مملوكة لأهلها بل هى وقف ، أو ملك لبيت المال فعلى مذهبنا بالأولى واحتمال كون أهلها ماتوا بلا وارث بعد الإمام النووى أبعد البعد ، وهذا ابن حجر المكى بعد النووى بمئات من السنين وقد سمعت كلامه .

والحاصل فى الأراضى الشامية والمصرية ونحوها : أن ماعلم منها كونه لبيت المال بوجه شرعى فحكمه ما ذكره الشارح عن الفتح ، ومالم يعلم فهو ملك لأربابه والمأخوذ منه خراج لا أجرة ؛ لأنه خراجى فى أصل الوضع ، فاغتنم هذا التحرير ، فإنه صريح الحق الذى يعض عليه بالنواجذ وإنما أطلت فى ذلك لأنى لم أر من تعرض لذلك هنا بل تبعوا المحقق الكمال فى ذلك والحق أحق أن يتبع ولعل مراد المحقق ومن تبعه الأراضى التى علم كونها لبيت المال والله تعالى أعلم .

مطلب فى بيع السلطان وشرائه أراضى بيت المال

(قوله وعلى هذا) أى على كونها صارت لبيت المال (قوله من وكيل بيت المال) متعلق بشراؤه ، وهو من نصبه الإمام قيما على بيت المال ، وأما البيع فيصح بيعه بنفسه ، بخلاف الشراء ، فإن وصى اليتيم لا يصح شراؤه مال اليتيم . فلذا قيد الشراء بكونه من الوكيل وفى الخانية والخلاصة : فإن أراد السلطان أن يأخذها لنفسه يبيعها من غيره ، ثم يشترى من المشترى اه وفى التجنيس : إذا أراد السلطان أن يشتريها لنفسه أمر غيره أن يبيعها من غيره ، ثم يشتريها لنفسه من المشترى ، لأن هذا أبعد من التهمة اه (قوله لأنه كوكيل اليتيم) أى كوصيه وسماه وكيلا مشاكلة (قوله فلا يجوز إلا لضرورة) أى بأن احتاج بيت المال ، لكن نازعه صاحب البحر فى رسالته بإطلاق مامر آنفا عن الخانية والخلاصة فإنه يدل على جواز البيع للإمام مطلقا ، وبما فى الزيلعى من أن للإمام ولاية عامة ، وله أن يتصرف فى مصالح المسلمين والاعتياض عن المشترك العام جائز من الإمام ، ولهذا لو باع شيئا من بيت المال صح بيعه فقوله شيئا لكرة فى سياق الشرط يعم العقار وغيره لحاجة وغيرها (قوله زاد فى البحر) أى زاد على قوله إلا لضرورة قوله أو رغب فى العقار الخ ، وعبر عن هذه الزيادة فى التحفة المرضية بقوله : أو مصلحة فافهم ؟

قلت : وسنذكر آخر الباب أن للإمام أن يقطع من بيت المال الأرض لمن يستحق ، وأن هذا تمليك رقبتها كما سنحققه ، وعلى هذا فيمكن شراؤها من المستحق .

على قول المتأخرين المفتى به .

قلت : وسيجىء فى باب الوصى جواز بيع عقار الصبى فى سبع مسائل، وأفتى مفتى دمشق فضل الله الرومى بأن غالب أراضينا سلطانية لانقراض ملاكها ، فآلت لبيت المال ، فتكون فى يد زراعها كالعارية اهـ وفى النهر عن الواقعات : لو أراد السلطان شراءها لنفسه يأمر غيره ببيعها ثم يشتريها منه لنفسه انتهى ، وإذا لم يعرف الحال فى الشراء من بيت المال فالأصل الصحة وبه عرف صحة وقف المشتراة من بيت المال وأن شروط الواقفين صحيحة

(قوله على قول المتأخرين) أى فى وصى اليتيم أنه ليس له بيع العقار إلا فى المسائل السبع الآتية وهو المفتى به وعند المتقدمين له البيع مطلقا ، واختاره الاسبيجابى وصاحب المجمع وكثير كما فى التحفة المرضية (قوله فى سبع مسائل) ونصه وجاز بيعه عقار صغير من أجنبى ، لا من نفسه بضعف قيمته أو لنفقة الصغير ، أو دين الميت أو وصية مرسلة لا إنفاذ لها إلا منه أو تكون غلته لا تزيد على مؤنته أو خوف خرابه أو نقصانه ، أو كونه فى يد متغلب اهـ ح (قوله فضل الله الرومى) فى بعض النسخ الرضى ولعله تحريف (قوله بأن غالب أراضينا) الظاهر أن المراد الأراضى الشامية ، ويحتمل أن يكون المراد الأراضى الرومية ، ويؤيد الأول ماقدمناه عن الدر المنتقى من قوله : وكذا الشامية حيث جعلها مثل المصرية ، وكان هذا مأخوذ من كلام الفتح المار وقد علمت مافيه (قوله كالعارية) وجه الشبه بينهما عدم تصرف من هى فى يده تصرف الملاك من البيع ونحوه اهـ ح فلا ينافى مامر عن التتارخانية من أنها تكون فى أيديهم بالأجرة بقدر الخراج ، وسيذكر الشارح أن من أقطعه السلطان أرضا فله إجارتها (قوله ثم يشتريها منه) يعنى من المشترى كما قدمنا التصريح به فى عبارة التجنيس ، وظاهر هذا أنه لا تشترط الضرورة فى صحة البيع والشراء كامر (قوله وإذا لم يعرف الحال فى الشراء الخ) أى لم يعرف أنه شراء صحيح ، وجد فيه المسوغ الشرعى بناء على مامر عن الفتح من أنه لا يجوز إلا لضرورة (قوله فالأصل الصحة) حملا لحال المسلم على الكمال (قوله وبه عرف الخ) هذا كله أيضا من كلام النهر ، وأصله لصاحب البحر .

مطلب فى وقف الأراضى التى لبيت المال ومراعاة شروط الواقف

حاصله أن من اشترى أرضا مما صار لبيت المال فقد ملكها ، وإن لم يعرف حال الشراء حملا له على الصحة ولا خراج عليها بناء على مامر من أنها لما مات ملاكها بلا ورثة عادت لبيت المال وسقط خراجها لعدم من يجب عليه فإذا باعها الإمام لم يجب على المشترى خراجها لقبض الإمام ثمنها وهو بدل عينها وتقدم أيضا أنه لا عشر عليها أيضا وقدمنا مافى ذلك وحيث ملكها بالشراء صح وقفه لها وتراعى شروط وقفه قال فى التحفة المرضية سواء كان سلطانا أو أميرا أو غيرهما ، وماذكره الجلال السيوطى من أنه لا يراعى شروطه إن كان سلطانا أو أميرا وأنه يستحق ريعه من يستحق فى بيت المال ، من غير مباشرة للوظائف ، فمحمول على ما إذا وصلت إلى الواقف بإقطاع السلطان إياه من بيت المال كما لا يخفى اهـ .

وحاصله أن ماذكره السيوطى لا يخالف ماقلنا لأنه محمول على ما إذا لم يعرف شراء الواقف لها من بيت المال بل وصلت إليه بإقطاع السلطان لها : أى بأن جعل له خراجها مع بقاء عينها لبيت المال فلم يصح وقفه لها ، ولا تلزم شروطه ، بخلاف ما إذ ملكها ثم وقفها كما قلنا .

مطلب أوقاف الملوك والأمراء لا يراعى شرطها

قلت : لكن بقى ما إذا لم يعرف شراؤه لها ولا عدمه ، والظاهر أنه لا يحكم بصحة وقفها لأنه لا يلزم من وقفه لها أنه ملكها ولهذا قال السيد الحموى فى حاشية الأشباه قبيل قاعدة : إذا اجتمع الحلال والحرام مالصه :

وأنه لاخراج على أراضيها (وموات أحياه ذمى بإذن الإمام) أو رضخ له كما مر (خراجى ولو أحياه مسلم اعتبر قربه) ماقارب الشيء يعطى حكمه

وقد أفتى علامة الوجود المولى أبو السعود مفتى السلطنة السليمانية بأن أوقاف الملوك والأمراء لايراعى شرطها : لأنها من بيت المال أو ترجع إليه ، وإذا كان كذلك يجوز الأحداث إذا كان المقرر فى الوظيفة أو المرتب من مصاريف بيت المال اه . ولايخفى أن المولى أبا السعود أدرى بحال أوقاف الملوك ، ومثله ماسيذكره الشارح فى الوقف عن المحبية عن المبسوط من أن السلطان يجوز له مخالفة الشرط إذا كان غالب جهات الوقف قرى ومزارع لأن أصلها لبيت المال اه يعنى إذا كانت لبيت المال ، ولم يعلم ملك الواقف لها فيكون ذلك إرصادا لاوقفا حقيقة : أى أن ذلك السلطان الذى وقفه أخرجه من بيت المال ، وعينه لمستحقيه من العلماء والطلبة ونحوهم عونا لهم على وصولهم إلى بعض حقهم من بيت المال :

مطلب على ماوقع للسلطان برقوق من إرادته نقض أوقاف بيت المال

ولذا لما أراد السلطان نظام المملكة برقوق فى عام نيف وثمانين وسبعمائة أن ينقض هذه الأوقاف لكونها أخذت من بيت المال : وعقد لذلك مجلسا حافلا حضره الشيخ سراج الدين البلقينى والبرهان ابن جماعة وشيخ الحنفية الشيخ أكمل الدين شارح الهداية فقال البلقينى : ماوقف على العلماء والطلبة لاسبيل إلى نقضه ، لأن لهم فى الخمس أكثر من ذلك وماوقف على فاطمة وخديجة وعائشة ينقض ، ووافقه على ذلك الحاضرون كما ذكره السيوطى فى النقل المستور (١) فى جواز قبض معلوم الوظائف بلا حضور . ثم رأيت نحوه فى شرح الملتقى ، فى هذا صريح بأن أوقاف السلاطين من بيت المال إرصادات ، لا أوقاف حقيقة ، وأن ما كان منها على مصاريف بيت المال لاينقض ، بخلاف ماوقفه السلطان على أولاده أوعتقائه مثلا ، وأنه حيث كانت أرصادا لايلزم مراعاة شروطها ، لعدم كونها وقفا صحيحا ، فإن شرط صحته ملك الواقف ، والسلطان بدون الشراء من بيت المال لايملكه . وقد علمت موافقة العلامة الأكمل على ذلك ، وهو موافق لما مر عن المبسوط ، وعن المولى أبى السعود ولما سيذكره الشارح فى الوقف عن النهر : من أن وقف الإقطاعات لايجوز إلا إذا كانت أرضا مواتا ، أو ملكا للإمام فأقطعها رجلا ، وهذا خلاف مافى التحفة المرضية عن العلامة قاسم من أن وقف السلطان لأرض بيت المال صحيح :

قلت : ولعل مراده أنه لازم لايغير إذا كان على مصلحة عامة كما نقل الطرسوسى عن قاضيخان من أن السلطان لو وقف أرضا من بيت مال المسلمين على مصلحة عامة للمسلمين جاز قال ابن وهبان : لأنه إذا أبده على مصرفه الشرعى ، فقد منع من يصرفه من أمراء الجور فى غير مصرفه اه فقد أفاد أن المراد من هذا الوقف تأبيد صرفه على هذه الجهة المعينة التى عينها السلطان مما هو مصلحة عامة ، وهو معنى الإرصاد السابق ، فلا ينافى ماتقدم والله سبحانه أعلم (قوله بإذن الإمام) قيد به لأن الإحياء يتوقف على إذنه ط عن المنح (قوله كما مر) أنه إذا قاتل مع المسلمين أو دلهم على الطريق يرضخ له ط (قوله خراجى) لأنه ابتداء وضع على الكافر وهو أليق به كما مر (قوله اعتبر قربه) أى قرب ما أحياه إن كان إلى أرض الخراج أقرب كانت خراجية ، وإن كان إلى العشر أقرب فعشرية نهر . وإن كانت بينهما فعشرية مراعاة لجانب المسلم ط ، وعند أبى يوسف واعتبر محمد الماء فإن أحياها بماء الخراج فخراجية وإلافعشرية بحر وبالأول يفتى در منتقى (قوله ماقارب الشيء يعطى حكمه) استئناف قصد به التعليل ط كفناء الدار لصاحبها الانتفاع به ، وإن لم يكن ملكا له ولذا لايجوز إحياء

---

(١) قوله (فى النقل المستور) هكذا بالأصل المقابل على خطه ولعله المسطور فليحرر .

(وكل منهما) أى العشرية والخراجية (إن سقى بماء العشر أخذ منه العشر إلا أرض كافر تسقى بماء العشر) إذ الكافر لايبدأ بالعشر (وإن سقى بماء الخراج أخذ منه الخراج) لأن النماء بالماء (وهو) أى الخراج (نوعان خراج مقاسمة إن كان الواجب

ماقرب من العامر بحر (قوله وكل منهما الخ) تبع فى هذا صاحب الدرر وهو مخالف لما فى الهداية والتبيين والكافى وغيرها ، من أن اعتبار الماء فيما او جعل المسلم داره بستانا قال فى الكافى : لأن المؤنة فى غير المنصوص عليه تدور مع الماء : فإن كانت تسقى بماء بئر أو عين فهى عشرية ، وإن كانت تسقى بأنهار الأعاجم فخراجية ولو بهذا مرة وبهذا مرة فالعشر أحق بالمسلم اه ومقتضاه أن المنصوص على أنه عشرى كأرض العرب ونحوها أو على أنه خراجى كأرض السواد ونحوها لايعتبر فيه الماء وعن هذا قال فى الفتح بعد كلام .

والحاصل : أن التى فتحت عنوة إن أقر الكفار عليها لايوظف عليهم إلا الخراج ولو سقيت بماء المطر . وإن قسمت بين المسلمين لايوظف إلا العشر وإن سقيت بماء الأنهر . وكل أرض لم تفتح عنوة بل أحياها مسلم ، إن كان يصل إليها ماء الأنهار فخراجية ، أو ماء عين ونحوه فعشرية ، وهذا قول محمد وهو قول أبى حنيفة اه .

فتحصل أن الماء يعتبر فيما لو أحيا مسلم أرضا أو جعل داره بستانا ، بخلاف المنصوص على أنه عشرى أو خراجى ، وقدمنا على الدر المنتقى أن المفتى به قول أبى يوسف إنه يعتبر القرب ، وهو مامشى عليه المصنف أولا كالكنز وغيره وقدمه فى متن الملتقى ، فأفاد ترجيحه على قول محمد. وقال ح : وهو المختار كما فى الحموى على الكنز عن شرح قراحصارى وعليه المتون واعتبار الماء قول محمد. قال فى الشرنبلالية قوله وكل منهما الخ فيه مخالفة لقوله قبله : وما أحياه مسلم يعتبر بقربه لأنه اعتبر الحيز ثمة وهنا اعتبر الماء وعلمت أن ذلك قول أبى يوسف وهذا قول محمد اه (قوله بماء العشر) هو ماء السماء والبئر والعين والبحر الذى لايدخل تحت ولاية أحد ، وماء الخراج هو ماء أنهار حفرتها الأعاجم ، وكذا سيحون ، وجيحون ، ودجلة ، والفرات خلافا لمحمد .

والحاصل أنه ماكان عليه يد الكفرة ثم حويناه قهرا وما سواه عشرى وتمامه فيما قدمناه فى باب العشر.

مطلب فى خراج المقاسمة

(قوله خراج مقاسمة الخ) هذا إنما يوضع ابتداء على الكافر كالموظف ، فإذا فتح بلدة ومن على أهلها بأرضها له أن يضع الخراج عليها مقاسمة أو موظفا ، بخلاف ما إذا قسمها بين الجيش فإنه يضع العشر. قال الخير الرملى : خراج المقاسمة كالموظف مصرفا وكالعشر ما أخذ إلا فرق فيه بين الرطاب والزرع والكرم والنخل المتصل وغيره فيقسم الجميع على حسب ماتطيق الأرض من : النصف ، أو الثلث ، أو الربع : أو الخمس ، وقد تقرر أن خراج المقاسمة كالعشر لتعلقه بالخارج ، ولذا يتكرر بتكرر الخارج فى السنة وإنما يفارقه فى المصرف فكل شىء يؤخذ منه العشر أو نصفه يؤخذ منه خراج المقاسمة ، وتجرى الأحكام التى قررت فى العشر وفاقا وخلافا ، فإذا علمت ذلك علمت مايزرع فى بلادنا وما يغرس فإذا غرس رجل فى أرضه زيتونا أو كرما أو أشجارا يقسم الخارج كالزرع ولاشىء عليه قبل أن يطعم بخلاف ما إذا غرس فى الموظف ، ولو أخذها مقاطعة على دراهم معينة بالتراضى ينبغى الجواز وكذا لو وقع على عداد الأشجار ، لأن التقدير يجب أن يكون بقدر الطاقة من أى شىء كان ، ولأن تقدير خراج المقاسمة مفوض لرأى الإمام ، وكل من الأنواع الثلاثة يفعل فى بلادنا

بعض الخارج كالخمس ونحوه ، وخراج وظيفة إن كان الواجب شيئا فى الذمة يتعلق بالتمكن من الانتفاع بالأرض كما وضع عمر رضى الله عنه على السواد لكل جريب) هو ستون ذراعا فى ستين بذراع كسرى سبع قبضات ، وقيل المعتبر فى كل بلدة عرفهم ،وعرف مصر التقدير بالفدان فتح وعلى الأول المعول بحر (يبلغه الماء صاعا من بر أو شعير ودرهما) عطف على صاع من أجود النقود زيلعى (ولجريب الرطبة خمسة دراهم ولجريب الكرم أو النخل متصلة)

فبعض الأرض تقسم ثمار أشجارها ، ويأخذ مأذون السلطان منها ثلثا أو ربعا ونحوه ، وبعضها يقطع عليه دراهم معينة ، وبعضها بعد أشجارها ، ويأخذ على كل شجرة قدرا معينا ، وكل ذلك جائز عند الطاقة والتراضى على أخذ شيء فى مقابلة خراج المقاسمة لمن يستحقه ، ولاشك أن أراضى بلادنا خراجية ، وخراجها مقاسمة ، كما هو مشاهد وتقديره مفوض إلى رأى الإمام اه ، ويأتى تمام الكلام :

قلت : لكن مر أن المأخوذ الآن من أراضى مصر والشام أجرة لاعشر ولا خراج والمراد الأراضى التى صارت لبيت المال لاالمملوكة أو الموقوفة كما قدمناه لكن هذه الأجرة بدل الخراج كما مر ويأتى (قوله يتعلق بالتمكن من الانتفاع) بيان لكونه واجبا فى الذمة أى أنه يجب فى ذمته بمجرد تمكنه من الانتفاع بالأرض لابعين الخارج حتى لو تمكن من الزراعة وعطلها وجب، بخلاف مالم يتمكن كما سيذكره المصنف(قوله كما وضع الخ) تمثيل لخراج الوظيفة (قوله على السواد) أى قرى العراق (قوله بذراع كسرى) احترز عن ذراع العامة وهو ست قبضات فتح والقبضة أربع أصابع (قوله بالفدان) بالتثقيل آلة الحرث ، ويطلق على الثورين يحرث عليهما فى قران وجمعه فدادين ، وقد يخفف فيجمع على أفدنة وفدن مصباح ، والمراد هنا الأرض ، وهو فى عرف الشام نوعان رومانى وخطاطى ومساحة كل معروفة عند الفلاحين (قوله وعلى الأول المعول بحر) وأصله فى الفتح وقال إن الثانى يقضى أن الجريب يختلف قدره فى البلدان ، ومقتضاه أن يتحد الواجب مع اختلاف المقادير ، فإنه قد يكون عرف بلد فيه مائة ذراع وعرف أخرى فيه خمسون ذراعا (قوله يبلغه الماء) صفة لجريب، قيد به لما يأتى من أنه لاخراج إن غلب الماء على أرضه أو انقطع، وبه علم أن المراد الماء الذى تصير به الأرض صالحة للزراعة ، فصار كقول الكنز جريب صلح للزراعة (قوله صاعا) مفعول وضع وهو القفيز الهاشمى الذى ورد عن عمر رضى الله تعالى عنه كما فى الهداية وغيره ، وهو ثمانية أرطال أربعة أمناء ، وهو صاع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وينسب إلى الحجاج فيقال صاع حجاجى لأن الحجاج أخرجه بعد مافقد كما فى ط عن الشلبى (قوله من بر أوشعير) أى فهو مخير فى إعطاء الصاع من الشعير أو البر كما فى النهاية معزيا إلى فتاوى قاضيخان. والصحيح أنه مما يزرع فى تلك الأرض كما فى الكافى شرنبلالية ومثله فى البحر ، وبقى ما إذا عطلها والظاهر أن الإمام يخير تأمل (قوله ودرهما) هو وزن سبعة كما فى الزكاة بحر ، وهو أن يكون وزنه أربعة عشر قيراطا جوهرة (قوله الرطبة) بالفتح والجمع الرطاب : وهى القثاء والخيار والبطيخ والباذنجان ، وما يجرى مجراه والبقول غير الرطاب مثل الكراث شرنبلالية (قوله متصلة) يعنى أنه يشترط فى تلك الأشجار التى للعنب والتمر وغيرهما أن يكون متصلا بعضها ببعض، بحيث لايمكن أن يزرع بينها أفاده فى شرح الملتقى، فلو كانت متفرقة فى جوانب الأرض ووسطها مزروع فلا شيء فيها كما لاشيء فى غرس أشجار غير مثمرة بحر ط وقوله : فلا شيء فيها أى فى الأشجار المتفرقة بل يجب فى الأرض ، لأنها كانت متفرقة فهى بستان فهجب بقدر الطاقة على ما يأتى أو المراد لاشيء فيها مقدر تأمل ،وقوله كما لاشيء فى غرس الخ هذا إذا لم يقصد شغل أرضه بها فلو استنمى أرضه بقوائم الخلاف وما أشبهه أو القصب

قيد فيهما (ضعفها ولما سواه) مما ليس فيه توظيف عمر (كزعفران وبستان) هو كل أرض يحوطها حائط وفيها أشجار متفرقة يمكن الزرع تحتها فلو ملتفة أي متصلة لايمكن زراعـــة أرضها فهو كرم (طاقته و) غاية الطاقة (نصف الخارج) لأن التنصيف عين الإنصاف (فلا يزد عليه) في إخراج المقاسمة ولا في الموظف على مقدار ماوظفه عمر رضي الله تعالى عنه :

أو الحشيش كان فيه العشر كما قدمناه في بابه عن البدائع وغيرها تأمل (قوله ضعفها) أي ضعف الخمسة وهو عشرة دراهم لما فيها من الأثمار : فإن كانت لم تثمر بعد ففيها خراج الزرع كما في الخانية درمنتقى (قوله ولما سواه) أي سوى ماذكر من الأشياء الثلاثة الموظف عليها (قوله مما ليس فيه توظيف عمر) قصد به إصلاح المتن فإن ظاهره أن الزعفران والبستان فيه توظيف عمر كما هو قضية العطف مع أنه ليس كذلك (قوله يحوطها) أي يرعاها ويحفظها ، أو هو بتشديد الواو أي دار عليها حائط. قال في المصباح : حاطه يحوطه حوطا رعاه وحوط حوله تحويطا أدار عليه نحو التراب حتى جعله محيطا به اه (قوله فلو ملتفة الخ) في المصباح التف النبات بعضه ببعض اختلط .

ثم اعلم أن حاصل ماذكره من الفرق بين البستان والكرم. هو أن ما كانت أشجاره ملتفة فهو كرم. وما كانت متفرقة فهو بستان ، وقد عزاه في البحر إلى الظهيرية : ومثله في كافي النسفي : ومقتضاه أن الكرم لايختص بشجر العنب ، مع أن مافي المتون من عطف النخل على الكرم يفيد أنه غيره. وفي الاختيار : والجريب الذي فيه أشجار مثمرة ملتفة لايمكن زراعتها: قال محمد: يوضع عليه بقدر مايطيق لأنه لم يرد عن عمر رضي الله تعالى عنه في البستان تقدير فكان مفوضا إلى أمر الإمام وقال أبو يوسف: لايزاد على الكرم لأن البستان بمعنى الكرم فالوارد في الكرم وارد فيه دلالة وإن كان فيه أشجار متفرقة فهي تابعة للأرض اه ومفاد هذا أيضا أن الكرم مختص بالعنب والبستان غيره بقرينة التعليل أولا وثانيا ، وهذا أوفق بما في كتب اللغة ، ومفاده أيضا أن الخلاف بين محمد وأبي يوسف في البستان إذا كانت أشجاره ملتفة ، وأن مافي المتن هو قول محمد وعليه جرى في الملتقى ، وذكر في البدائع مثل مافي الاختيار حيث قال : وفي جريب الكرم عشرة دراهم ، وأما جريب الأرض التي فيها أشجار مثمرة بحيث لايمكن زراعتها لم يذكر في ظاهر الرواية ، وروى عن أبي يوسف أنه قال إذا كان النخل ملتفا جعلت عليه الخراج بقدر مايطيق ولا أزيد على جريب الكرم عشرة دراهم (قوله لأن التنصيف الخ) علة لقوله وغاية الطاقة نصف الخارج فلا ينافي أنه يجوز النقص عنه فافهم :

مطلب لايحول خراج الموظف إلى خراج المقاسمة وبالعكس

(قوله فلا يزاد عليه في خراج المقاسمة) ترك مالم يوظف مع أن الكلام فيه ، فكان عليه أن يقول فلا يزاد عليه فيه ولا في خراج المقاسمة ولا في الموظف الخ أفاده ح .

قلت : وقد يجاب بأن قوله والتنصيف الخ يفيد أنه يجوز وضع النصف أو الربع أو الخمس فيصير خراج مقاسمة لأنه جزء من الخارج وهو غير الموظف ، فقوله في خراج مقاسمة أراد به هذا النوع ، وقوله ولا في الموظف الخ أراد به النوع الأول فافهم (قوله ولا في الموظف على مقدار ماوظفه عمر) وكذا إذا فتحت بلدة بعد عمر فأراد الإمام أن يضع على مايزرع حنطة درهمين وقفيزا وهي تطيقه ليس له ذلك عند أبي حنيفة وهو الصحيح لأن عمر رضي الله تعالى عنه لم يزد لما أخبر بزيادة الطاقة أفاده في البحر عن الكافي . قال ط : وهذا نص صريح في حرمة ما أحدثه الظلمة على الأرض من الزيادة على الموظف ، ولو سلم أن الأراضي آلت لبيت المال وصارت

وإن أطاقت على الصحيح كافى (وينقص مماوظف) عليها (إن لم تطق) بأن لم يبلغ الخارج ضعف الخراج الموظف فينقص إلى نصف الخارج وجوباً وجوازا عند الإطاقة ، وينبغى أن لايزاد على النصف ولا ينقص عن الخمس

مستأجرة اه أى لما قدمناه عن التتارخانية من أن الإمام يدفعها للزراع بأحد طريقين : إما بإقامتهم مقام الملاك فى الزراعة ، وإعطاء الخراج ، وإما بإجارتها لهم بقدر الخراج ، فقوله : بقدر الخراج يدل على عدم الزيادة :

قلت : لكن المأخوذ الآن من الأراضى الشامية التى آلت إلى بيت المال بموجب البراءة والدفاتر السلطانية ، وكذا من الأوقاف شىء كثير فإن منها مايؤخذ منه نصف الخارج ، ومنها الربع ، ومنها العشر . والظاهر أنه خراج مقاسمة فى أصل الوضع فيؤخذ بقدره إذا صار بدل أجرة ، ولعل مامر من التوظيف كان على سواد العراق فقط ، والموضوع على الأراضى الشامية كان خراج مقاسمة فبقى المأخوذ قدره ، وقدمنا التصريح عن الخير الرملى بأنه خراج مقاسمة (قوله وإن أطاقت) تعميم لقوله : ولايزاد عليه الخ ، فيشمل مالم يوظف كما صرح فى قوله : وغاية الطاقة نصف الخارج ، ويشمل خراج المقاسمة كما نص عليه فى النهر ، وكذا الموظف من عمر رضى الله تعالى عنه كما فى البحر أو من إمام بعده كما مر فافهم :

مطلب لايلزم جميع خراج المقاسمة إذا لم تطق لكثرة المظالم

(قوله وجوازا عند الإطاقة) اعلم أن قول المصنف وغيره : وينقص مما وظف إن لم تطق يفهم منه أنها إن أطاقت لاينقص منه وهو مخالف لما فى الدراية من جواز النقصان عند الإطاقة. قال فى النهر : ولو قيل بوجوبه عند عدم الإطاقة وبجوازه عند الإطاقة لكان حسنا وعليه يحمل مافى الدراية فتدبره اه. وحينئذ فالمفهوم من قول المصنف : إن لم تطق أنه لايجب التنقيص عند الإطاقة فلا ينافى جوازه ، فقول الشارح وجوبا قيد لقول المصنف وينقص مماوظف لالقوله فى الشرح فينقص إلى نصف الخارج وقوله : وجوازا عطف على وجوبا فكأنه قال : وينقص وجوبا مما وظف إن لم تطق ، وجوازا إن أطاقت ، وهذا كلام لاغبار عليه . وبه سقط ماقيل إن مقتضى هذا العطف أن الخارج من الكرم مثلا لو بلغ ألف درهم جاز أخذ خمسمائة ولا قائل به ، والمراد أنه إن بلغ الخارج ضعف الموظف أو أكثر جاز للإمام أن ينقص عن الموظف اه. ووجه السقوط أن هذا إنما يرد لو كان قوله وجوبا قيدا لقوله فينقص إلى نصف الخارج فيصير معنى قوله وجواز أنه ينقص إلى نصف الخارج جوازا عند الإطاقة ، ولاموجب لهذا الحمل فافهم (قوله وينبغى أن لايزاد على النصف الخ) هذا فى خراج المقاسمة ولم يقيد به لانفهامه من التعبير بالنصف والخمس فإن خراج الوظيفة ليس فيه جزء معين تأمل. قال فى النهر : وسكت عن خراج المقاسمة ، وهو إذا من الإمام عليهم بأراضيهم ورأى أن يضع عليهم جزءا من الخارج كنصف أو ثلث أو ربع ، فإنه يجوز ويكون حكمه حكم العشر ومن حكمه أن لا يزيد على النصف وينبغى أن لاينقص عن الخمس قاله الحدادى اه وبه علم أن قول الشارح : وينبغى مذكور فى غير محله ، لأن الزيادة على النصف غير جائزة كما مر التصريح به فى قوله ولا يزاد عليه وكأن عدم التنقيص عن الخمس غير منقول فذكره الحدادى بحثا ، لكن قال الخير الرملى : يجب أن يحمل على ما إذا كانت تطيق ، فلو كانت قليلة الريع كثيرة المؤن ينقص ، إذ يجب أن يتفاوت الواجب لتفاوت المؤنة كما فى أرض العشر ثم قال : وفى الكافى : وليس للإمام أن يحول الخراج الموظف إلى خراج المقاسمة :

أقول : وكذلك عكسه فيا يظهر من تعليله لأنه قال لأن فيه نقض العهد وهو حرام اه :

قلت : صرح بالعكس القهستانى ، وقدمنا على الرملى أن المأخوذ من الأراضى الشامية خراج مقاسمة ، وكتبنا أن ماصار منها لبيت المال تؤخذ أجرته بقدر الخراج ويكون المأخوذ فى حق الإمام خراجا ، فحيث كان كذلك

حدادي ، وفيه لو غرس بأرض الخراج كرما أو شجرا فعليه خراج الأرض إلى أن يطعم ، وكذا لو قلع الكرم. وزرع الحب فعليه خراج الكرم ، وإذا أطعم فعليه قدر مايطيق ولا يزيد على عشرة دراهم ولا ينقص عما كان وكل مايمكن الزرع تحت شجره فبستان ، ومالا يمكن فكرم ، وأما الأشجار التي على المسناة فلا شيء فيها انتهى. وفي زكاة الخانية قوم شروا ضيعة فيها كرم وأرض فشرى أحدهما الكرم والآخر الأراضي وأرادوا قسم الخراج ، فلو معلوما فكما كان قبل الشراء وإلا كأن كان جملة

تعتبر فيه الطاقة ، وبه يعلم أن مايفعله أهل التيمار والزعامات من مطالبة أهل القرى بجميع ماعينه لهم السلطان على القرى كالقسم من النصف ونحوه ظلم محض ، لأن ذلك المعين في الدفاتر السلطانية مبني على أنه كان لايؤخذ من الزراع سوى ذلك القسم المعين والفاضل عنه يبقى للزراع ، والواقع في زماننا خلافه فإن مايؤخذ منهم الآن ظلما مما يسمى بالذخائر وغيرها شيء كثير ربما يستغرق جميع الخارج من بعض الأراضي ، بل يؤخذ منهم ذلك وإن لم تخرج الأرض شيئا وقد شاهدنا مرارا أن بعضهم ينزل عن أرضه لغيره بلا شيء لكثرة ماعليها من الظلم ، وحينئذ فطالبته بالقسم ظلم على ظلم والظلم يجب إعدامه فلا يجوز مساعدة أهل التيمار على ظلمهم ، بل يجب أن ينظر إلى ماتطيقه الأراضي ، كما أفتى به الخير الرملي ونقل بعض الشراح عن شمس الأئمة من سيرة الأكاسرة إذا أصاب زرع بعض الرعية آفة عوضوا له ما أنفقه في الزراعة من بيت مالهم وقالوا التاجر شريك في الخسران كما هو شريك في الربح ، فإذا لم يعطه الإمام شيئا فلا أقل من أن لايغرمه الخراج (قوله فعليه خراج الأرض) كذا في البحر عن شرح الطحاوي قال ط : والأولى خراج الزرع كما نقله الشارح عن مجمع الفتاوى في باب زكاة الأموال أي فيدفع صاعا ودرهما (قوله إلى أن يطعم) بضم أوله وكسر ثالثه مبنيا للفاعل ه قال في المصباح : أطعمت الشجرة بالألف أدرك ثمره (قوله فعليه خراج الكرم) أي دائما لأنه صار إلى الأدنى مع قدرته على الأعلى ، قال في الفتاوى الهندية قالوا من انتقل إلى أخس الأمرين من غير عذر ، فعليه خراج الأعلى كمن له أرض الزعفران فتركه وزرع الحبوب فعليه خراج الزعفران ، وكذا لو كان له كرم فقطع وزرع الحبوب فعليه خراج الكرم وهذا شيء يعلم ، ولا يفتى به كي لايطمع الظلمة في أموال الناس كذا في الكافي ح قال في الفتح : إذ يدعي كل ظالم أن أرضه كانت تصلح لزراعة الزعفران ونحوه وعلاجه صعب اه (قوله وإذا أطعم) معطوف على قوله إلى أن يطعم. قال في البحر وفي شرح الطحاوي : لو أنبت أرضه كرما فعليه خراجها إلى أن يطعم ، فإذا أطعم ، فإن كان ضعف وظيفة الكرم ففيه وظيفة الكرم ، وإن كان أقل فنصفه إلى أن ينقص عن قفيز ودرهم ، فإن نقص فعليه قفيز ودرهم اه والقفيز صاع كما مر ، وهذا بناء على أنها كانت للزراعة ، فلو للرطبة فالظاهر لزوم خمسة دراهم فلذا قال الشارح ولا ينقص عما كان تأمل (قوله وكل مايمكن الخ) مكرر مع ماتقدم ح (قوله على المسناة) قال في جامع اللغة : المسناة العرم ، وهو مايبنى للسيل ليرد الماء اه ح .

وحاصله : أنها مايبنى حول الأرض ليرد السيل عنها ، وتسمى حافتا النهر مسناة أيضا ، والظاهر أن الحكم فيها كذلك لأن ذلك ليس محل الزرع فلا يسمى شاغلا الأرض فيكون تابعا لها (قوله قوم) أراد باسم الجمع الاثنين مجازا بقرينة قوله أحدهما وواو الجمع في شروا باعتبار صورة اسم الجمع ح (قوله وفيها كرم) أراد به الجنس كالذي بعده بقرينة الجمع فيما يأتي ح (قوله فشرى) عطف على شروا عطف مفصل على مجمل ح (قوله فلو معلوما) أي علم حصة الكروم وحصة الأراضي من الخراج المأخوذ (قوله وإلا كأن كان جملة) في بعض النسخ بأن كان جملة أي بأن كان خراج الضيعة يؤخذ جملة من غير بيان لحصة الكروم وحصة الأراضي

فإن لم تعرف الكروم إلا كروما قسم بقدر الحصص قرية خراجهم متفاوت ، فطلبوا التسوية إن لم يعلم قدره ابتداء ترك على ما كان (ولا خراج إن غلب الماء على أرضه أو انقطع) الماء (أو أصاب الزرع آفة سماوية كغرق وحرق وشدة برد) إلا إذا بقى من السنة ما يمكن الزرع فيه ثانيا (أما إذا كانت الآفة غير سماوية) ويمكن الاحتراز عنها (كأكل قردة وسباع ونحوهما) كأنعام وفأر ودودة بحر (أو هلك) الخارج (بعد الحصاد لا) يسقط وقبله يسقط ولو هلك بعضه إن فضل عما أنفق شيء

(قوله فإن لم تعرف الخ) يعنى لم يعرف أحد أن الكروم كانت أراضى ، ولا أن الأراضى كانت كروما ح (قوله قسم بقدر الحصص) أى ينظر إلى خراج الكروم والأراضى ، فإذا عرف ذلك يقسم جملة خراج الضيعة عليها على قدر حصصها ح عن الخانية .

قلت : والظاهر أن المراد أن ينظر إلى خراجهما خراج وظيفة بأن ينظر كم جريبا فيهما فإذا بلغ خراج الكروم مائة درهم مثلا وخراج الأراضى مائتين يقسم جملة خراج الضيعة عليهما ثلاثة ثلثه على الكروم وثلثاه على الأراضى (قوله قرية) المراد أهلها فلذا قال خراجهم (قوله إن لم يعلم الخ) أى إن كان لا يعلم أن خراج أراضيهم كان على التساوى أم لا ترك كما كان .

[تنبيه] فى الخيرية سئل فى مسجد قرية له أرض لم يعرف عليها خراج من قديم الزمان ، ويريد السباهى المتكلم على القرية أن يأخذ عليها خراجا . أجاب : ليس له ذلك والقديم يبقى على قدمه ، وحمل أحوال المسلمين على الصلاح واجب (قوله ولا خراج الخ) أى خراج الوظيفة ، وكذا خراج المقاسمة والعشر بالأولى لتعلق الواجب بعين الخارج فيهما . ومثل الزرع الرطبة والكرم ونحوهما خيرية (قوله ما يمكن الزرع فيه ثانيا) قال فى الكبرى والفتوى أنه مقدر بثلاثة أشهر نهر (قوله ويمكن احتراز عنها) خرج ما لا يمكن كالجراد كما فى البزازية (قوله كأنعام) وكقردة وسباع ونحو ذلك بحر (قوله وفأر ودودة) عبارة ومنه يعلم أن الدودة والفأرة إذا أكلا الزرع لا يسقط الخراج اه .

قلت : لاشك أنهما مثل الجراد فى عدم إمكان الدفع ، وفى النهر لا ينبغى التردد فى كون الدودة آفة سماوية ، وأنه لا يمكن الاحتراز عنها. قال الخير الرملى: وأقول إن كان كثيرا غالبا لا يمكن دفعه بحيلة يجب أن يسقط به ، وإن أمكن دفعه لا يسقط هذا هو المتعين للصواب (قوله أو هلك الخارج بعد الحصاد) مفهومه أنه لو هلك قبله يسقط الخراج لكن يخالفه التفصيل المذكور فيما لو أصاب الزرع آفة فإن الزرع اسم للقائم فى أرضه ، فحيث وجب الخراج بهلاكه بآفة يمكن الاحتراز عنها علم أنه يجب قبل الحصاد إلا أن يحمل الهلاك هنا على ما إذا كان بما لا يمكن الاحتراز عنه فتندفع المخالفة . وقدمنا فى باب العشر من الزكاة الاختلاف فى وقت وجوبه. فعنده يجب عند ظهور الثمرة والأمن عليها من الفساد ، وإن لم يستحق الحصاد إذا بلغت حدا ينتفع به ؛ وعند الثانى عند استحقاق الحصاد ، وعند الثالث إذا حصدت وصارت فى الجرين . فلو أكل منها بعد بلوغ الحصاد قبل أن تحصد ضمن عندهما لا عند محمد. ولو بعد ما صارت فى الجرين لا يضمن إجماعا ومر تمامه هناك (قوله وقبله يسقط) أى إلا إذا بقى من السنة ما يتمكن فيه من الزراعة كما يؤخذ مما سلف ط. قال الخير الرملى : ولو هلك الخارج في خراج المقاسمة قبل الحصاد أو بعده فلا شيء عليه لتعلقه بالخارج حقيقة ؛ وحكمه حكم الشريك شركة الملك فلا يضمن إلا بالتعدى ، فاعلم ذلك فإنه مهم ويكثر وقوعه فى بلادنا وفى الخانية ما هو صريح فى سقوطه فى حصة رب الأرض بعد الحصاد ووجوبه عليه فى حصة الأكار ، معللا بأن الأرض فى حصته بمنزلة المستأجرة اه (قوله إن فضل عما أنفق) ينبغى

أخذ منه مقدار مابينا مصنف سراج وتمامه فى الشرنبلالية معزيا للبحر. قال وكذا حكم الإجارة فى الأرض المستأجرة (فإن عطلها صاحبها وكان خراجها موظفا أو أسلم) صاحبها (أو اشترى مسلم) من ذمى (أرض خراج يجب) الخراج (ولو منعه إنسان من الزراعة أوكان الخارج) خراج (مقاسمة لا) يجب شيء سراج ، وقد علمت أن المأخوذ

أن يلحق بالنفقة على الزرع مايأخذه الأعراب وحكام السياسة ظلما كما يعلم مما قدمناه (قوله أخذ منه مقدار مابينا) أى إن بقى ضعف الخراج كدرهمين وصاعين ، يجب الخراج ، وإن بقى أقل من مقدار الخراج يجب نصفه وأشار الشارح إلى هذا بقوله ، وتمامه فى الشرنبلالية فإنه مذكور فيها أفاده ح (قوله مصنف سراج) على حذف العاطف أو على معنى مصنف عن السراج (قوله وكذا حكم الإجارة) أى لو استأجر أرضا فغلب عليها الماء أو انقطع لايجب الأجرة ، وأما لو أصاب الزرع آفة فإنما يسقط أجرة مابقى من السنة بعد الهلاك لاما قبله لأن الأجر يجب بإزاء المنفعة شيئا فشيئا فيجب أجر مااستوفى لا غيره فيفرق بين هذا وبين الخراج فإنه يسقط كما فى البحر عن الولوالجية .

قلت : لكن فى إجارة البزازية عن المحيط : الفتوى على أنه إذا بقى بعد هلاك الزرع مدة لايتمكن من الزراعة لايجب الأجر وإلا يجب إذا تمكن من زراعته مثل الأول أو دونه فى الضرر وكذا لو منعه غاصب اه والخراج كذلك كما علمت (قوله فإن عطلها صاحبها) أى عطل الأرض الصالحة للزراعة در منتقى .

قلت : فى الخانية : له فى أرض الخراج أرض سبخة لاتصلح للزراعة أو لايصلها الماء ، إن أمكنه إصلاحها ولم يصلح فعليه الخراج إلا فلا اه ومن التعطيل من وجه مالو زرع الأخس مع قدرته على الأعلى كما مر .

قلت : ويستثنى من التعطيل ماذكره فى الإسعاف فى فصل أحكام المقابر والربط لو جعل أرضه مقبرة أوخانا للغلة أو مسكنا سقط الخراج عنه ، وقيل لايسقط والصحيح هو الأول اه وعليه مشى فى المنظومة المحبية ٧ .

مطلب فيما لو عجز المالك عن زراعة الأرض الخراجية

وبقى مالو عجز مالكها عن الزراعة لعدم قوته وأسبابه فللإمام أن يدفعها لغيره مزارعة ليأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقى للمالك ، وإن شاء أجرها وأخذ الخراج من الأجرة ، وإن شاء زرعها من بيت المال ، فإن لم يتمكن باعها وأخذ الخراج من ثمنها. قال فى النهاية : وهذا بلا خلاف لأنه من باب صرف الضرر العام بالضرر الخاص ، وعن أبى يوسف يدفع للعاجز كفايته من بيت المال قرضا ليعمل فيها زيلعى ، وفى الذخيرة : لو عادت قدرة مالكها ردها الإمام عليه إلا فى البيع .

(قوله يجب الخراج) أما فى التعطيل فلأن التقصير جاء من جهته ، وأما فيما بعده فلأن الخراج فيه معنى المؤنة فأمكن إبقاؤه على المسلم ، وقد صح أن الصحابة اشتروا أراضى الخراج وكانوا يؤدون خراجها وتمامه فى الفتح (قوله لايجب شيء) لأنه إذا منع ولم يقدر على دفعه لم يتمكن من الزراعة ولأن خراج المقاسمة يتعلق بعين الخارج مثل العشر فإذا لم يزرع مع القدرة لم يوجد الخارج بخلاف خراج الوظيفة ، لأنه يجب فى الذمة بمجرد التمكن من الزراعة .

مطلب لو رحل الفلاح من قرية لايجبر على العود

(قوله وقد علمت الخ) حاصله دفع مايتوهم من قولهم : لو عطلها صاحبها يجب الخراج أنه لو ترك الزراعة لعذر أو لغيره أو رحل من القرية يجبر على الزراعة والعود وليس كذلك ؛ أما أولا فلما علمت من قولهم إن الإمام

من أراضى مصر أجرة لاخراج فما يفعل الآن من الأخذ من الفلاح وإن لم يزرع ويسمى ذلك فلاحة وإجباره على السكنى فى بلدة معينة يعمر داره ويزرع الأرض حرام بلا شبهة نهر ونحوه فى الشرنبلالية معزيا للبحر حيث قال : وتقدم أن مصر الآن ليست خراجية بل بالأجرة فلا شىء على من لم يزرع ولم يكن مستأجرا ، ولا جبر عليه بتسبيبها ، فما يفعله الظلمة من الإضرار به حرام خصوصا إذا أراد الاشتغال بالعلم ، وقالوا لو زرع الأخس قادرا على الأعلى كزعفران فعليه خراج الأعلى وهذا يعلم ولا يفتى به كى لا يتجرى الظلمة .

(باع أرضا خراجية إن بقى من السنة مقدار مايتمكن المشترى من الزراعة فعليه الخراج وإلا فعلى البائع) عناية (ولا يؤخذ العشر من الخارج من أرض الخراج) لأنهما لايجتمعان خلافا للشافعى (ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج فى سنة لو موظفا وإلا) بأن كان خراج مقاسمة (تكرر) لتعلقه بالخارج حقيقة (كالعشر) فإنه

يدفعها لغيره مزارعة أو بالأجرة أو يبيعها ولم يقولوا باجبار صاحبها ، وأما ثانيا فلما مر من أن الأراضى الشامية خراجها مقاسمة لا وظيفة فلا يجب بالتعطيل أصلا ، وأما ثالثا فلأنها لما صارت لبيت المال صار المأخوذ منها أجرة بقدر الخراج ، والأجرة لا تلزم هنا بدون التزام ، إما بعقد الإجارة أو بالزراعة .

قال الخير الرملى فى حاشية البحر أقول : رأيت بعض أهل العلم أفتى بأنه إذا رحل الفلاح من قريته ولزم خراب القرية برحيله أنه يجبر على العود وربما اغتر به بعض الجهلة ، وهو محمول على ما إذا رحل لا عن ظلم وجور ولا عن ضرورة بل تعنتا وأمر السلطان باعادته للمصلحة وهى صيانة القرية عن الخراب ، ولا ضرر عليه فى العود ، وأما مايفعله الظلمة الآن من الإلزام بالرد إلى القرية مع التكاليف الشاقة والجور المفرط فلا يقول به مسلم ، وقد جعل الحصنى الشافعى فى ذلك رسالة أقام بها الطامة على فاعل ذلك فارجع إليها إن شئت اه (قوله كى لا يتجرى الظلمة) قال فى العناية : ورد بأنه كيف يجوز الكتمان وأنهم لو أخذوا كان فى موضعه لكونه واجبا أجيب بأنا لو أفتينا بذلك لادعى كل ظالم فى أرض ليس شأنها ذلك أنها قبل هذا كانت تزرع الزعفران فيأخذ خراج ذلك وهو ظلم وعدوان اه (قوله باع أرضا خراجية الخ) هذا إذا كانت فارغة لكن اختلفوا فى اعتبار مايتمكن المشترى من زراعته ، فقيل : الحنطة والشعير ، وقيل أى زرع كان وفى أنه هل يشترط إدراك الريع بكماله أولا . وفى واقعات الناطفى أن الفتوى على تقديره بثلاثة أشهر ، وهذا منه اعتبار لزرع الدخن وإدراك الريع فإن ريع الدخن يدرك فى مثل هذه المدة . وأما إذا كانت الأرض مزروعة فباعها مع الزرع ، فإن كان قبل بلوغه فالخراج على المشترى مطلقا ، وإن بعد بلوغه وانعقاد حبه فهو كما لو باعها فارغة ، ولو كان لها ريعان خريفى وربيعى وسلم أحدهما للبائع والآخر للمشترى فالخراج عليهما ، ولو تداولتها الأيدى ولم تمكث فى ملك أحدهما ثلاثة أشهر فلا خراج على أحد اه من التتارخانية ملخصا (قوله عناية) لم أجده فيها وإنما عزاه فى البحر إلى البناية وهى شرح الهداية للعينى (قوله ولا يؤخذ العشر الخ) أى لو كان له أرض خراجها موظف لا يؤخذ منها عشر الخارج ، وكذا لو كان خراجها مقاسمة من النصف ونحوه . وكذا لو كانت عشرية لايؤخذ منها خراج لأنهما لايجتمعان ، ولذا لم يفعله أحد من الخلفاء الراشدين وإلا لنقل وتمامه فى الفتح (قوله ولا يتكرر الخراج الخ) قال فى الفتح : فالخراج له شدة من حيث تعلقه بالتمكن ، وله خفة باعتبار عدم تكرره فى السنة ولو زرع فيها مرارا والعشر له شدة وهو تكرره بتكرر خروج الخارج وخفة بتعلقه بعين الخارج فإذا عطلها لايؤخذ شىء اه .

قلت : ومن ذلك أن الخراج يسقط بالموت وبالتداخل كالجزية وقيل لا كالعشر ، وسيأتى تمام الكلام عليه

يتكرر (ترك السلطان) أو نائبه (الخراج لرب الأرض) أو وهبه له ولو بشفاعة (جاز) عند الثانى وحل له لو مصرفا وإلا تصدق به، به يفتى ، وما فى الحاوى من ترجيح حله لغير المصرف خلاف المشهور (ولو ترك العشر لا) يجوز إجماعا ويخرجه بنفسه للفقراء سراج ، خلافا لما فى قاعدة تصرف الإمام منوط بالمصلحة من الأشباه ،معزيا للبزازية فتنبه وفى النهر يعلم من قول الثانى حكم الإقطاعات من أراضى بيت المال إذ حاصلها : أن الرقبة لبيت المال

فى الفصل الآتى (قوله أو وهبه له) بأن أخذه منه ثم أعطاه إياه (قوله عند الثانى) أى عند أبى يوسف وقال محمد : لايجوز بحر ولم يظهر لى وجه قول محمد إن كان مراده أنه لايجوز ولو كان مصرفا للخراج (قوله وحل له لو مصرفا) أعاده لأن قوله : جاز أى جاز ،افعله السلطان بمعنى أنه لايضمن ، ولا يلزم من ذلك حله لرب الأرض ، وفى القنية ويعذر فى صرفه إلى نفسه إن كان مصرفا كالمفتى ، والمجاهد والمعلم والمتعلم والذاكر والواعظ عن علم ، ولايجوز لغيرهم وكذا إذا ترك عمال السلطان الخراج لأحد بدون علمه اه (قوله خلاف المشهور) أى مخالف لما نقله العامة عن أبى يوسف نهر (قوله لايجوز إجماعا) لعل وجهه أن العشر ،صرفه مصرف الزكاة ، لأنه زكاة الخارج ، ولا يكون الإنسان مصرفا لزكاة نفسه بخلاف الخراج ، فإنه ليس زكاة ولذا يوضع على أرض الكافر هذا ماظهر لى تأمل (قوله معزيا للبزازية) وذلك حيث قال : وفى البزازية السلطان إذا ترك العشر لمن هو عليه جاز ، غنيا كان أو فقيرا ، لكن إن كان المتروك له فقيرا فلا ضمان على السلطان ، وإن كان غنيا ضمن السلطان العشر للفقراء من بيت مال الخراج لبيت مال الصدقة اه .

قلت : وينبغى حمله على ما إذا كان الغنى من مستحقى الخراج ، وإلا فينبغى أن يضمن السلطان ذلك من ماله تأمل وقدمنا فى باب العشر عن الذخيرة مثل مافى البزازية وقال فى الدر المنتقى : ثم رأيت فى البرجندى فى بيان مصرف الجزية ، وكذا لو جعل العشور للمقاتلة جاز لأنه مال حصل بقوتهم اه فليحفظ وليكن التوفيق اه : أى يحمل القول بالمنع على غير المقاتلة والقول بالجواز عليهم :

قلت : لكن قوله لو جعل العشور للمقاتلة ليس صريحا فى جعل عشور أراضيهم تأمل (قوله وفى النهر) من هنا إلى قوله وفى الأشباه من كلام النهر (قوله يعلم من قول الثانى) أى بجواز ترك الخراج وهبته لمن هو مصرف له .

مطلب فى أحكام الإقطاع من بيت المال

(قوله حكم الاقطاعات الخ) قال أبو يوسف رحمه الله تعالى فى كتاب الخراج ، وللإمام أن يقطع كل موات وكل ماليس فيه ملك لأحد ، ويعمل بما يرى أنه خير للمسلمين ، وأعم نفعا وقال أيضا : وكل أرض ليست لأحد ، ولا عليها أثر عمارة فأقطعها رجلا فعمرها ، فإن كانت فى أرض الخراج أدى عنها الخراج وإن كانت عشرية ففيها العشر ، وقال فى ذكر القطائع إن عمر اصطفى أموال كسرى ، وأهل كسرى ، وكل من فر عن أرضه أو قتل فى المعركة وكل مفيض ماء أو أجمة فكان عمر يقطع من هذا لمن أقطع ، قال أبو يوسف : وذلك بمنزلة بيت المال الذى لم يكن لأحد ، ولا فى يد وارث فالإمام العادل أن يجيز منه ويعطى من كان له عناء فى الإسلام ، ويضع ذلك موضعه ، ولا يحابى به فكذلك هذه الأرض ، فهذا سبيل القطائع عندى فى أرض العراق ، وإنما صارت القطائع يؤخذ منها العشر لأنها بمنزلة الصدقة اه .

قلت : وهذا صريح فى أن القطائع قد تكون من الموات ، وقد تكون من بيت المال لمن هو من مصارفه ، وأنه يملك رقبة الأرض ، ولذا قال يؤخذ منها العشر ، لأنها بمنزلة الصدقة ، ويدل له قوله أيضا : وكل من أقطعه

والخراج له وحينئذ فلا يصح بيعه ولا هبته ، ولا وقفه . نعم له إجارته تخريجا على إجارة المستأجر ، ومن الحوادث ، لو أقطعها السلطان له ولأولاده ونسله وعقبه ، على أن من مات منهم انتقل نصيبه إلى أخيه ثم مات السلطان ، وانتقل من أقطع له فى زمن سلطان آخر ، هل يكون لأولاده ؟ لم أره ومقتضى قواعدهم لغاء التعليق

الولاة المهديون أرضا من أرض السواد وأرض العرب والجبال من الأصناف التى ذكرنا أن للإمام أن يقطع منها ، فلا يحل لمن يأتى بعدهم من الخلفاء أن يرد ذلك ، ولا يخرجه من يد من هو فى يده وارث أو مشتر ، ثم قال : والأرض عندى بمنزلة المال فللإمام أن يجيز من بيت المال من له عناء فى الإسلام ، ومن يقوى به على العدو ويعمل فى ذلك بالذى يرى أنه خير للمسلمين وأصلح لأمرهم ، وكذلك الأرضون يقطع الإمام منها من أحب من الأصناف اهـ فهذا يدل على أن للإمام أن يعطى الأرض من بيت المال ، على وجه التمليك لرقبتها كما يعطى المال ، حيث رأى المصلحة إذ لا فرق بين الأرض والمال فى الدفع للمستحق فاغتنم هذه الفائدة ، فإنى لم أر من صرح بها وإنما المشهور فى الكتب أن الإقطاع تمليك الخراج مع بقاء رقبة الأرض لبيت المال (قوله وحينئذ) أى حين إذ كانت رقبتها لبيت المال وهذا ظاهر ، وأما إذا كانت رقبتها للمقطع له كما قلنا فلا شك فى صحة بيعه وغيره .

مطلب فى إجارة الجندى ما أقطعه له الإمام

(قوله نعم له إجارته الخ) قال ابن نجيم فى رسالته فى الإقطاعات ، وصرح الشيخ قاسم فى فتوى رفعت له بأن للجندى أن يؤجر ما أقطعه له الإمام ، ولا أثر لجواز إخراج الإمام له أثناء المدة كما لا أثر لجواز موت المؤجر فى أثناء المدة ، ولا لكونه ملك منفعة لا فى مقابلة مال لاتفاقهم على أن من صولح على خدمة عبد سنة ، كان للمصالح أن يؤجره إلى غير ذلك من النصوص الناطقة بإيجار ما ملكه من المنافع ، لا فى مقابلة مال فهو نظير المستأجر ، لأنه ملك منفعة الاقطاع بمقابلة استعداده لما أعد له وإذا مات المؤجر أو أخرج الإمام الأرض عن المقطع تنفسخ الإجارة لانتقال الملك إلى غير المؤجر ، كما لو انتقل الملك فى النظائر التى خرج عليها إجارة الإقطاع وهى إجارة المستأجر ، وإجارة العبد الذى صولح على خدمته مدة وإجارة الموقوف عليه الغلة وإجارة العبد المأذون وإجارة أم الولد اهـ .

[تنبيه] المراد بهذه الإجارة إجارة الأرض للزراعة ، لكن إذا كان للأرض زراع ، واضعون أيديهم عليها ولهم فيها حرث ، وكيس ونحوه مما يسمى كردارا ويؤدون ما عليها لا تصح إجارتها لغيرهم ، أما إذا لم يكن لها زراع مخصوصون ، بل يتواردها أناس بعد آخرين ويدفعون ما عليها من خراج المقاسمة ، فله أن يؤجرها لمن أراد لكن الواقع فى زماننا المستأجر يستأجرها لأجل أخذ خراجها لا للزراعة ويسمى ذلك التزاما وهو غير صحيح كما أفتى به الخير الرملى فى كتاب الوقف ، وكذا فى كتاب الإجارة فى عدة مواضع فراجعه (قوله وانتقل من أقطع له فى زمن سلطان آخر) كذا فى عبارة النهر والظاهر أن قوله : انتقل بمعنى مات ولو عبر به لكان أولى (قوله هل يكون لأولاده) أى هل تصير الأرض لأولاد المقطع له عملا بقول السلطان ، ولأولاده فإنه بمعنى إن مات عن أولاد فلأولاده من بعده فهو تعليق معنى :

مطلب فى بطلان التعليق بموت المعلق

(قوله ومقتضى قواعدهم الخ) حاصل الجواب : أنها لا تكون لأولاده لبطلان التعليق المذكور بموت السلطان المعلق .

بموت المعلق فتدبره ، ولو أقطعه السلطان أرضا مواتا أو ملكها السلطان ، ثم أقطعها له جاز وقفه لها والأرصاد من السلطان ليس بإيقاف البتة وفى الأشباه قبيل القول فى الدين أفتى العلامة قاسم بصحة إجارة المقطع وأن للإمام أن يخرجه متى شاء ، وقيده ابن نجيم بغير الموات ، أما الموات فليس للإمام إخراجه عنه ، لأنه تملكه بالإحياء فليحفظ

فصل فى الجزية

مطلب فى صحة تعليق التقرير فى الوظائف

قال فى الأشباه من كتاب الوقف : يصح تعليق التقرير فى الوظائف أخذا من تعليق القضاء ، والإمارة بجامع الولاية ، فلو مات المعلق بطل التقرير ، فإذا قال القاضى إن مات فلان أو شغرت وظيفة كذا فقد قررتك فيها صح وقد ذكره فى أنفع الوسائل تفقها وهو فقه حسن اه :

أقول : قدم الشارح فى فصل كيفية القسمة فى التنفيل أنه يعم كل قتال فى تلك السنة ، مالم يرجعوا وإن مات الوالى أو عزل مالم يمنعه الثانى ، ومقتضى هذا أن التعليق لا يبطل لموت المعلق ، فإن قوله من قتل قتيلا فله سلبه فيه تعليق استحقاق السلب على القتل لكن قدمنا هناك عن شرح السير الكبير خلافه ، وهو أنه يبطل التنفيل بعزل الأمير وكذا بموته إذا نصب غيره من جهة الخليفة لا من جهة العسكر (قوله ولو أقطعه السلطان أرضا مواتا) أى من أراضى بيت المال حيث كان المقطع له من أهل الاستحقاق ، فيملك رقبتها كما قدمناه أو من غير بيت المال ، والمراد بإقطاعه أنه له بإحيائها على قول أبى حنيفة من اشتراط إذنه بصحة الإحياء ، وهذا لا يختص بكون المحيي مستحقا من بيت المال بل لو كان ذميا ملك ما أحياه (قوله أو ملكها السلطان) أى بإحياء أو شراء من وكيل بيت المال (قوله ثم أقطعها له) يعنى وهبها له (قوله جاز وقفه لها) وكذا بيعه ونحوه لأنه ملكها حقيقة (قوله والإرصاد الخ) الرصد الطريق ورصدته رصدا من باب قتل : قعدت له على الطريق ، وقعد فلان بالمرصد كجعفر وبالمرصاد بالكسر ، وبالمرتصد أيضا أى بطريق الارتقاب والانتظار ، وربك لك بالمرصاد : أى مراقبك ، فلا يخفى عليه شيء من فعالك ، ولا تفوته ، مصباح ومنه سمى إرصاد السلطان بعض القرى ، والمزارع من بيت المال على المساجد والمدارس ، ونحوها لمن يستحق من بيت المال كالقراء والأئمة والمؤذنين ونحوهم ، كأن ما أرصده قائم على طريق حاجاتهم يراقبها ، وإنما لم يكن وقفا حقيقة لعدم ملك السلطان له ، بل هو تعيين شيء من بيت المال على بعض مستحقيه فلا يجوز لمن بعده أن يغيره ويبدله كما قدمنا ذلك مبسوطا (قوله بصحة إجارة المقطع) تقدم آنفا وذكرنا عبارة العلامة قاسم والله سبحانه أعلم :

فصل فى الجزية

هذا هو الضرب الثانى من الخراج ، وقدم الأول لقوته لوجوبه ، وإن أسلموا بخلاف الجزية ، أو لأنه الحقيقة إذ هو المتبادر عند الإطلاق ، ولا يطلق على الجزية إلا مقيدا : أى فيقال خراج الرأس ، وهذا أمارة المجاز ، وبنيت على فعلة دلالة على الهيئة التى هى الإذلال عند الإعطاء نهر ، وتسمى جالية من جلوت عن البلد جلاء بالفتح والمد خرجت وأجليت مثله ، والجالية الجماعة ، ومنه قيل لأهل الذمة الذين جلاهم عمر رضى الله عنه عن جزيرة العرب : الجالية ثم نقلت الجالية إلى الجزية التى أخذت منهم ، ثم استعملت فى كل جزية تؤخذ ، وإن لم يكن صاحبها أجلى عن وطنه

هى لغة الجزاء ، لأنها جزت عن القتل والجمع جزى كلحية ولحى ، وهى نوعان (الموضوع من الجزية بصلح لا) يقدر ولا (يغير) تحرزا عن الغدر (وما وضع بعد ماقهروا وأقروا على أملاكهم يقدر فى كل سنة على فقير معتمل) يقدر على تحصيل النقدين بأى وجه كان ينابيع ، وتكفى صحته فى أكثر السنة هداية (اثنا عشر درهما) فى كل شهر درهم (وعلى وسط الحال ضعفه) فى كل شهر درهمان (وعلى المكثر ضعفه) فى كل شهر أربعة دراهم وهذا للتسهيل لا لبيان الوجوب لأنه بأول الحول بناية (ومن ملك عشرة آلاف درهم فصاعدا غنى ومن ملك مائتى

فقيل استعمل فلان على الجالية ، والجمع الجوالى مصباح ، فإطلاقها على الجزية مجاز بمرتبتين (قوله لأنها جزت عن القتل) أى قضت وكفت عنه فإذا قبلها سقط عنه القتل بحر ، أو لأنها وجبت عقوبة على الكفر كما فى الهداية قال فى الفتح : ولهذا سميت جزية وهى والجزاء واحد وهو يقال على ثواب الطاعة وعقوبة المعصية (قوله والجمع جزى) وفى لغة جزيات مصباح (قوله لايقدر ولا يغير) أى لايكون له تقدير من الشارع ، بل كل مايقع الصلح عليه يتعين ، ولايغير بزيادة ولا نقص درر وذلك كما صالح عليه الصلاة والسلام أهل نجران ، وهم قوم نصارى بقرب اليمن على ألفى حلة فى العام ، وصالح عمر رضى الله تعالى عنه نصارى بنى تغلب ، على أن يؤخذ من كل واحد منهم ضعف مايؤخذ من المسلم من المال الواجب ، فلزم ذلك وتقدم تفصيله في الزكاة فتح (قوله وما وضع بعد ماقهروا الخ) هذا الوضع والتقدير لايشترط فيه رضاهم كما فى الفتح (قوله على فقير معتمل) ظاهره أن القدرة على العمل شرط فى حق الفقير فقط لقوله الآتى : وفقير غير معتمل ، وليس كذلك بل هو شرط فى حق الكل ، ولذا قال فى البناية وغيرها : لايلزم الزمن منهم وإن كان مفرطا فى اليسار ، وكذا لو مرض نصف السنة ، كما فى شرح الزيلعى ، فلو حذف الفقير لكان أولى بحر : أى لو حذفه من قوله الآتى فيمن لايوضع عليه الجزية ، وفقير غير معتمل بأن يقول وغير معتمل ليشمل الفقير وغيره ، لامن قوله هنا على فقير معتمل كما فهمه فى النهر ، فاعترضه بأنه لو اقتصر على قوله ومعتمل لما أفاد اشتراط القدرة على العمل فى حق الغنى كيف وقد قابله به اهـ .

قلت : الاعتمال الاضطراب فى العمل وهو الاكتساب ، والمراد القدرة عليه حتى لو لم يعمل مع قدرته وجبت كمن عطل الأرض كما فى الفتح ، وقال قيد بالاعتمال لأنه لو كان مريضا فى نصف السنة فصاعدا لايجب عليه شىء اهـ وبه ظهر أن التقييد بالمعتمل هنا واقع فى محله ، وأن قوله الآتى لاتوضع على زمن وأعمى وفقير غير معتمل تصريح بمفهوم القيد هنا ، وأن عطف الفقير والأعمى على الزمن عطف خاص على عام ، لأن المراد بالزمن العاجز فلو اقتصر عليه لأغناه لشموله الفقير وغيره وقد يقال : إن غير المعتمل أعم ، لأنه يشمل ما إذا كان سالم الآلات صحيح البدن ، لكنه لايقدر على الكسب لخرقه وعدم معرفته حرفة يكتسب منها ، وعلى هذا فتكون القدرة على العمل شرطا فى الفقير فقط إذ لاشك أن غير الفقير توضع عليه إذا كان صحيحا غير زمن ، ولا أعمى ، وإن لم يكن معتملا بهذا المعنى المذكور فيتعين تفسير غير المعتمل بما ذكرنا ليندفع الاستدراك على عبارات المتون ، ثم رأيت فى القهستانى مايؤيده حيث قال وفيه إشارة إلى أن الفقير هو الذى يعيش بكسب يده فى كل يوم ، فلو فضل على قوته وقوت عياله أخذت منه وإلا فلا وإلى أن غيره من لاحاجة له إلى الكسب للنفقة فى الحال (قوله وهذا للتسهيل الخ) الإشارة إلى قوله فى كل شهر درهم وقوله فى كل شهر : درهمان وقوله فى كل شهر : أربعة وفى القهستانى عن المحيط إنها تجب فى أوله عندهم لأنها جزاء القتل وبعقد الذمة يسقط الأصل ، فوجب خلفه فى الحال إلا أنه يخاطب بأداء الكل عنده فى آخر الحول تخفيفا وبأداء قسط شهرين عند أبى يوسف آخرهما ، وقسط شهر عند محمد فى آخره اهـ ، ومثله فى التاترخانية فما ذكره الشارح تبعا للهداية قول محمد .

درهم فصاعدا متوسط ومن ملك مادون المائتين أو لايملك شيئا فقير) قاله الكرخي ، وهو أحسن الأقوال ، وعليه الاعتماد بحر واعتبر أبو جعفر العرف ، وهو الأصح تتارخانية ، ويعتبر وجود هذه الصفات فى آخر السنة

والحاصل : أنها تجب فى أول العام وجوبا موسعا كالصلاة وإنما يجب الأداء فى آخره أو فى آخر كل شهرين أو شهر للتسهيل والتخفيف عليه (قوله واعتبر أبو جعفر العرف) حيث قال ينظر إلى عادة كل بلد فى ذلك ، ألا ترى أن صاحب خمسين ألفا ببلخ يعد من المكثرين ، وفى البصرة وبغداد لا يعد مكثرا وذكره عن أبى نصر محمد بن سلام فتح (قوله وهو الأصح) صححه فى الولوالجية أيضا قال فى الدر المنتقى : والصحيح فى معرفة هؤلاء عرفهم ، كما فى الكرمانى وهو المختار كما فى الاختيار ، وذكره القهستانى ، واعترف فى المنح تبعا للبحر بأنه أى التحديد لم يذكر فى ظاهر الرواية ، ولا يخفى أن الأول أى اعتبار العرف أقرب لرأى صاحب المذهب ، وأقره فى الشرنبلالية وفى شرح المجمع وغيره : وينبغى تفويضه الإمام أى كما هو رأى الإمام وفى التاترخانية إنه الأصح فتبصر اه يعنى أن رأى الإمام أن المقدرات التى لم يرد بها نص لاتثبت بالرأى ، بل تفوّض إلى رأى المبتلى كما قال فى الماء الكثير وفى غسل النجاسة وغير ذلك (قوله ويعتبر وجود هذه الصفات فى آخر السنة الخ) قال فى البحر وينبغى اعتبارها فى أولها لأنه وقت الوجوب اه ورده فى النهر بأنهم اعتبروا وجودها فى آخرها ، لأنه وقت وجوب الأداء ، ومن ثم قالوا لو كان فى أكثر السنة غنيا أخذ منه جزية الأغنياء ، أو فقيرا أخذت منه جزية الفقراء ولو اعتبر الأول لوجب إذا كان فى أولها غنيا فقيرا فى أكثرها أن يجب جزية الأغنياء وليس كذلك نعم الأكثر كالكل اه واعترضه محشى مسكين ، بأن ما أورده على اعتبار الأول مشترك الإلزام إذ هو وارد أيضا على اعتبار الآخر لاقتضائه وجوب جزية الأغنياء إذا كان غنيا فى آخرها فقيرا فى أكثرها اه .

قلت : وحاصله أنه إذا كان المعتبر الوصف الموجود فى أكثر السنة فلا فرق بين كونه فى أولها أو آخرها وعلى هذا فمن اعتبر آخرها أراد إذا كان ذلك الوصف موجودا فى أكثرها ، وعلى هذا فلا اعتبار لخصوص الأول أو الآخر لكن سيذكر المصنف أن المعتبر فى الأهلية وعدمها وقت الوضع ، بخلاف الفقير إذا أيسر بعد الوضع حيث توضع عليه .

وحاصله على وجه يحصل به التوفيق بينه وبين اعتبار أكثر السنة أن من كان من أهلها وقت الوضع وضعت عليه ، وذلك بأن يكون حرا مكلفا وإلا لم توضع عليه ، وإن صار أهلا بعده كما سيأتى ومن كان أهلا وقت الوضع لكن قام به عذر لم توضع عليه إلا إذا زال العذر بعده كالفقير إذا أيسر والمريض إذا صح لكن بشرط أن يبقى من السنة أكثرها وعلى هذا فيعتبر أول السنة لتعرف الأهل من غيره ، وبعد تحقق الأهلية لايعتبر أولها فى حق تغير الأوصاف ، بل يعتبر أكثرها فيه كما إذا كان مريضا فى أولها ، فإن صح بعده فى أكثرها وجبت ، وإلا فلا وكذا لو كان فقيرا غير معتمل ، ثم صار فقيرا معتملا أو متوسطا أو غنيا فى أكثرها ، وعلى هذا يحمل مافى الولوالجية وغيرها من أن الفقير لو أيسر فى آخر السنة أخذت منه اه أى إذا أيسر أكثرها ، وعلى هذا عكسه بأن كان غنيا فى أولها فقيرا فى آخرها اعتبر ماوجد فى أكثرها ، لكن مامر من أنه يؤخذ فى كل شهر قسط يؤخذ ممن كان غنيا فى أولها شهرين مثلا قسط شهرين دون الباقى لما فى القهستانى عن المحيط ، يسقط الباقى فى جزية السنة إذا صار شيخا كبيرا أو فقيرا أو مريضا نصف سنة أو أكثر اه ، وأشار إلى أن مانقص عن نصف سنة لايجعل عذرا ولذا قال فى الفتح : إنما يوظف على المعتمل إذا كان صحيحا فى أكثر السنة والا فلا جزية عليه لأن الإنسان لايخلو عن قليل مرض فلا يجعل القليل منه عذرا وهو مانقص عن نصف العام اه هذا ما ظهر لى

فتح لأنه وقت وجوب الأداء نهر (وتوضع على كتابى) يدخل فى اليهودالسامرة لأنهم يدينون بشريعة موسى عليه الصلاة والسلام ، وفى النصارى الفرنج والأرمن وأما الصابئة ففى الخانية.تؤخذ منهم عنده خلافا لهما (ومجوسى) ولو عربيا لوضعه عليه الصلاة والسلام على مجوس هجر (ووثنى عجمى) لجواز استرقاقه فجازضرب الجزية عليه (لا) على وثنى (عربى) لأن المعجزة فى حقه أظهر فلم يعذر (ومرتد) فلا يقبل منهما إلا الإسلام أو السيف.ولو ظهرنا عليهم فنساؤهم وصبيانهم فىء

فى تحبير هذا المحل والله تعالى أعلم (قوله وتوضع على كتابى) أى ولو عربيا فتح والكتابى من يعتقد دينا سماويا أى منزلا بكتاب كاليهود والنصارى (قوله السامرة) فاعل يدخل وهم فرقة من اليهود وتخالف اليهود فى أكثر الأحكام ، ومنهم السامرى الذى وضع العجل وعبده مصباح (قوله والأرمن) نسبة على خلاف القياس إلى إرمينية بكسر الهمزة والميم بينهما راء ساكنة وبفتح الياء الثانية بعد النون وهى ناحية بالروم كما فى المصباح (قوله تؤخذ منهم عنده خلافا لهما) أى بناء على أنهم من النصارى أو من اليهود فهم من أهل الكتاب عنده، وعندهما يعبدون الكواكب ، فليسوا من الكتابيين بل كعبدة الأوثان كما فى الفتح والنهر .

قال ح أقول : ظاهر كلامهم إن الصابئة من العرب إذ لو كانوا من العجم لما تأتى الخلاف لما علمت أن العجمى تؤخذ منه الجزية ولو مشركا اه .

قلت : ويؤيده مانقله السائحانى عن البدائع من أنه عندهما تؤخذ منهم الجزية إذا كانوا من العجم لأنهم كعبدة الأوثان اه (قوله ومجوسى) من يعبدالنار فتح (قوله على مجوس هجر) بفتحتين قال فى الفتح بلدة فى البحرين اه وفى المصباح : وقد أطلقت على ناحية بلاد البحرين وعلى جميع الإقليم ، وهو المراد بالحديث اه . وفيه أيضا البحران على لفظ التثنية موضع بين البصرة وعمان وهو من بلاد نجد (قوله ووثنى عجمى) الوثن ما كان منقوشا فى حائط ولا شخص له والصنم ما كان على صورة الإنسان والصليب مالانقش له ولاصورة ولكنه يعبد منح عن السراج ومثله فى البحر لكن ذكر قبله الوثن ماله جثة من خشب أو حجر أو فضة أو جوهر ينحت، والجمع أوثان وكانت العرب تنصبها وتعبدها اه وفى المصباح الوثن الصنم سواء كان من خشب أو حجر أو غيره اه : والعجمى خلاف العربى (قوله لجواز استرقاقه الخ) وإنما لم تضرب الجزية على النساء والصبيان ، مع جواز استرقاقهم لأنهم صاروا أتباعا لأصولهم فى الكفر ، فكانوا أتباعا فى حكمهم فكانت الجزية عن الرجل وأتباعه فى المعنى ، إن كان له أتباع وإلا فهى عنه خاصة فتح (قوله لأن المعجزة فى حقه أظهر) لأن القرآن نزل بلغتهم فكان كفرهم والحالة هذه أغلظ من كفر العجم فتح وأورد فى النهر : أن هذا يشمل ما إذا كان كتابيا اه : أى فيخالف مامر من أنها توضع عليه :

قلت : والجواب أنه وإن شمله لكن خص بقوله تعالى - من الذين أوتوا الكتاب - اه ثم رأيته فى الشرنبلالية (قوله فلا يقبل منهما) أى من العربى الوثنى والمرتد إلا الإسلام ، وإن لم يسلما قتلا بالسيف وفى الدر المنتقى عن البرجندى أن نسبة القبول إلى السيف مسامحة (قوله ولو ظهرنا عليهم فنساؤهم وصبيانهم فىء) لأن أبا بكر رضى الله تعالى عنه استرق نساء بنى حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين هداية قال فى الفتح : إلا أن ذرارى المرتدين ونساءهم يجبرون على الإسلام بعد الاسترقاق بخلاف ذرارى عبدة الأوثان لايجبرون اه : أى وكذا نساؤهم والفرق أن ذرارى المرتدين تبع لهم فيجبرون مثلهم وكذا نساؤهم لسبق الإسلام منهن :

(وصبي وامرأة وعبد) ومكاتب ومدبر وابن أم ولد (وزمن) من زمن يزمن زمانة نقص بعض أعضائه أو تعطل قواه فدخل المفلوج والشيخ العاجز (وأعمى وفقير غير معتمل وراهب لا يخالط) لأنه لايقتل والجزية لإسقاطه وجزم الحدادى بوجوبها ونقل ابن كمال أنه القياس ومفاده أن الاستحسان بخلافه فتأمل (والمعتبر فى الأهلية) للجزية (وعدمها وقت الوضع) فمن أفاق أو عتق أو بلغ أو برئ بعد وضع الإمام لم توضع عليه

مطلب الزنديق إذا أخذ قبل التوبة يقتل ولا تؤخذ منه الجزية

[تنبيه] قال في الفتح قالوا لو جاء زنديق قبل أن يؤخذ فأخبر بأنه زنديق وتاب تقبل توبته ، فإن أخذ ثم تاب لاتقبل توبته ويقتل لأنهم باطنية يعتقدون فى الباطن خلاف ذلك فيقتل ولاتؤخذ منه الجزية اه : وسيأتى فى باب المرتد أن هـذا التفصيل هو المفتى به ، وفى القهستانى ولاتوضع على المبتدع ، ولايسترق وإن كان كافرا لـكن يباح قتله إذا أظهر بدعته ، ولم يرجع عن ذلك وتقبل توبته وقال بعضهم : لاتقبل توبة الإباحية والشيعة والقرامطة والزنادقة من الفلاسفة ، وقال بعضهم : إن تاب المبتدع قبل الأخذ والإظهار ؛ تقبل وإن تاب بعدهما لاتقبل كما هو قياس قول أبى حنيفة كما فى التمهيد السالمى اه قال فى الدر المنتقى : واعتمد الأخير صاحب التنوير (قوله وصبي) ولامجنون فتح (قوله وامرأة) إلا نساء بنى تغلب فإنها تؤخذ من نسائهم كما تؤخذ من رجالهم لوجوبه بالصلح كذلك كما سيأتى (قوله وابن أم ولد) صورته استولد جارية لها ولد قد ملكه معها فإن الولد يتبع أمه فى الحرية والتدبير والاستيلاد .

[تنبيه] : قال فى الدر المنتقى سقط من نسخ الهداية لفظ ابن وتبعه القهستانى ، بل زاد وأمة ولاينبغى فإن من المعلوم أن لاجزية على النساء الأحرار ، فكيف بأم الولد وإنما المراد ابن أم الولد (قوله وفقير غير معتمل) تقدم الـكلام عليه (قوله لأنه لايقتل الخ) الأصل أن الجزية لإسقاط القتل فمن لايجب قتله لاتوضع عليه الجزية إلا إذا أعانوا برأى أومال فتجب الجزية كما فى الاختيار وغيره درمنتقى وقهستانى (قوله وجزم الحدادى بوجوبها) أى إذا قدر على العمل حيث قال قوله : ولاعلى الرهبان الذين لايخالطون الناس ، هذا محمول على أنهم إذا كانوا لايقدرون على العمل أما إذا كانوا يقدرون فعليهم الجزية ، لأن القدرة فيهم موجودة ، وهم الذين ضيعوها فصار كتعطيل أرض الخراج اه وبه جزم فى الاختيار أيضا كما فى الشرنبلالية قال فى النهر : وجعله فى الخانية ظاهر الرواية حيث قال ويؤخذ من الرهبان والقسيسين فى ظاهر الرواية وعن محمد أنها لاتؤخذ اه (قوله ونقل ابن كمال أنه القياس) فيه نظر لأنه قال فى شرح قوله : ولاعلى راهب لايخالط فأما الرهبان ، وأصحاب الصوامع الذين يخالطون الناس فقال محمد كان أبو حنيفة يقول بوضع الجزية إذا كانوا يقدرون على العمل ، وهو قول أبى يوسف قال عمرو بن أبى عمر قلت لمحمد فما قولك ؟ قال القياس ماقال أبو حنيفة : كذا فى شرح القدورى للأقطع اه .

وبه علم أن هذا فى المخالط على أن هـذه الصيغة من محمد تفيد اختيار قول أبى حنيفة ولاتفيد أن مقابله هو الاستحسان الذى يقدم على القياس ، ووجه كونه هو القياس أنا لو ظهرنا على دار الحرب لنا أن نقتل الراهب المخالط بخلاف غير المخالط وقد مر أن من لايقتل لاتوضع الجزية عليه وهـذا القياس ، هو مفهوم ماجرى عليه أصحاب المتون فيكون هو المذهب ومامر عن الخانية يمكن حمله عليه ، فلا يلزم أن يكون المصنف مشى على خلاف ظاهر الرواية فافهم (قوله لم توضع عليه) لأن وقت الوجوب أول السنة عند وضع الإمام ، فإن الإمام يجدد الوضع عند رأس كل سنة لتغير أحوالهم ببلوغ الصبى وعتق العبد ، وغيرهما فإذا احتلم وعتق العبد بعد

(بخلاف الفقير إذا أيسر بعد الوضع حيث توضع عليه) لأن سقوطها لعجزه وقدزال اختيار (وهى) أى الجزية ليست رضا منا بكفرهم كما طعن الملحدة بل إنما هى (عقوبة) لهم على إقامتهم (على الكفر) فإذا جاز إمهالهم للاستدعاء إلى الإيمان بدونها فبها أولى ، وقال تعالى — حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون — وأخذها عليه الصلاة والسلام من مجوس هجر ونصارى نجران وأقرهم على دينهم ثم فرع عليه بقوله (فتسقط بالإسلام) ولو بعد تمام السنة ، ويسقط المعجل لسنة لا لسنتين ، فيرد عليه سنة خلاصة (والموت والتكرار) للتداخل كما سيجئ (و) ب(العمى والزمانة وصيرورته)

الوضع فقد مضى وقت الوجوب ، فلم يكونا أهلا للوجوب ولوالجية (قوله بخلاف الفقير) أى غير المعتمل إذا أيسر بالعمل فإنها توضع عليه ط (قوله لأن سقوطها لعجزه) لأن الفقير أهل لوضع الجزية كما فى الاختيار : أى لكونه حرا مكلفا لكنه معذور بالفقر فإذا زال أخذت منه لكن إن بقى من الحول أكثره على ماقدمنا تحريره (قوله كما طعن الملحدة) أى الطاعنين(١) فى الدين قال فى المصباح لحد الرجل فى الدين لحدا وألحد إلحادا طعن (قوله إنما هى عقوبة لهم) ولأنها دعوة إلى الإسلام بأحسن الجهات ، وهو أن يسكن بين المسلمين فيرى محاسن الإسلام ، فيسلم مع دفع شره فى الحال قهستانى (قوله فإذا جاز إمهالهم) أى تأخيرهم بلا جزية للاستدعاء إلى الإيمان أى لأجل دعائهم إليه بمحاربتهم وقتالهم بدونها فبها أولى أى فإمهالهم للاستدعاء إلى الإيمان بالجزية أولى ، لأن مخالطتهم للمسلمين ورؤيتهم حسن سيرتهم تدعوهم إلى الإسلام كما علمت ، فيحصل المقصود بلا قتال فيكون أولى ؛ هذا ماظهر لى فى تقرير كلامه وقد صرح أبو يوسف فى كتاب الخراج بأنه لايجوز ترك واحد بلا جزية فعلم أن المراد ماقررناه فتأمل (قوله وقال تعالى الخ) لاحاجة إلى سوق الدليل النقلى هنا ، لأن الملحد يعترض على مشروعية هذا الحكم من أصله (قوله ونصارى نجران) بلدة من بلاد همدان من اليمن مصباح ، وفى الفتح : روى أبو داود عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال : صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل نجران على ألفى حلة النصف فى صفر والنصف فى رجب (قوله ثم فرع عليه) أى على كونها عقوبة على الكفر (قوله ولو بعد تمام السنة) يجب أن تحمل البعدية على المقارنة للتمام لأنه لو أسلم بعد التمام بمدة فالسقوط بالتكرار قبل الإسلام لابالإسلام اهـ ح .

قلت : لكن تحقق التكرار بدخول السنة الثانية فيه خلاف كما تعرفه (قوله ويسقط المعجل) على تقدير مضاف أى يسقط رده ، فالسقوط هنا عن الإمام لاعنه بخلاف الواقع فى المتن (قوله فيرد عليه سنة) أى لو عجل لسنتين لأنه أدى خراج السنة الثانية ، قبل الوجوب ، فيرد عليه أما لو عجل لسنة فى أولها فقد أدى خراجها بعد الوجوب قال فى الولوالجية : وهذا على قول من قال بوجوب الجزية فى أول الحول كما نص عليه فى الجامع الصغير ، وعليه الفتوى (قوله والموت) أى ولو عند تمام السنة فى قولهم جميعا كما فى الفتح (قوله والتكرار) أى بدخول السنة ولايتوقف على مضيها فى الأصح كما يأتى قريبا وسقوطها بالتكرار قول الإمام ، وعندهما لاتسقط كما فى الفتح (قوله وبالعمى والزمانة الخ) أى لو حدث شىء من ذلك ، وقد بقى عليه شىء لم يؤخذ كما فى الولوالجية ، والخانية أى لو بقى عليه شىء من أقساط الأشهر ، وكذا لو كان لم يدفع شيئا لكن قدمنا عن القهستانى عن المحيط تقييد سقوط الباقى بما إذا دامت هذه الأعذار نصف سنة فأكثر ، ومثله ماذكره الشارح أول الفصل عن الهداية فافهم : هذا وفى التتارخانية قال فى المنتقى : قال أبو يوسف : إذا أغمى عليه أو أصابته

---

(١) قوله (أى الطاعنين) هكذا بخطه ولعل الأصوب الطاعنون كما لايخفى اهـ مصححه .

نقيراً أو (مقعداً أو شيخا كبيرا لايستطيع العمل) ثم بين التكرار فقال (وإذا اجتمع عليه حولان تداخلت والأصح سقوط جزية السنة الأولى بدخول) السنة (الثانية) زيلعى لأن الوجوب بأول الحول بعكس خراج الأرض (ويسقط الخراج (بـ) الموت فى الأصح حاوى وبـ(التداخل) كالجزية (وقيل لا) يسقط كالعشر وينبغى ترجيح الأول لأن الخراج عقوبة بخلاف العشر بحر. قال المصنف وعزاه فى الخانية لصاحب المذهب فكان هو المذهب وفيها لايحل أكل الغلة حتى يؤدى الخراج (ولا تقبل من الذمى لو بعثها على يد نائبه) فى الأصح (بل يكلف أن يأتى بنفسه، فيعطيها قائما، والقابض منه قاعد) هداية ويقول:

زمانة وهو موسر أخذت منه الجزية قال الإمام الحاكم أبو الفضل على هذه الرواية يشترط للأخذ أهلية الوجوب فى أول الحول وعلى رواية الأصل شرطها من أوله إلى آخره اه ملخصا.

قلت: وحاصله أنه على رواية المنتقى يشترط وجود الأهلية فى أوله فقط فلا يضر زوالها بعده وعلى رواية الأصل يشترط عدم زوالها، وهو مامشى عليه المصنف وليس المراد عدم الزوال أصلا بل المراد أن لايستمر العذر نصف سنة فأكثر، فلا ينافى مامر فتدبر (قوله لايستطيع العمل) راجع لقوله فقيرا ومابعده (قوله والأصح الخ) وقيل لابد من مضى الثانية ليتحقق الاجتماع (قوله بعكس خراج الأرض) فإن وجوبه بآخر الحول لأن به يتحقق الانتفاع (قوله ويسقط الخراج) أى خراج الأرض (قوله وقيل لا) جزم به فى الملتقى (قوله بحر) أقره فى النهر أيضا (قوله وعزاه فى الخانية) حيث قال: فإن اجتمع الخراج فلم يؤد سنين عند أبى حنيفة يؤخذ بخراج هذه السنة، ولا يؤخذ بخراج السنة الأولى، ويسقط ذلك عنه كما قال فى الجزية، ومنهم من قال لايسقط الخراج بالإجماع، بخلاف الجزية، وهـذا إذا عجز عن الزراعة، فإن لم يعجز يؤخذ بالخراج عند الكل اه.

قلت: وقد ترك المصنف والشارح هذا القيد وهو العجز عن الزراعة أى فى السنة الأولى، وعلى هذا فلا محل لذكر الخراج هنا، لأنه لايجب إلا بالتمكن من الزراعة، فإذا لم يجب لايقال إنه سقط، ويظهر أن الخلاف المذكور لفظى بحمل القول الأول على ماإذا عجز، والثانى على ماإذا لم يعجز إذ لايتأتى الوجوب مع العجز كما مر فى الباب السابق، ولذا قال: فإن لم يعجز يؤخذ بالخراج عند الكل، وعلى هذا فلم يبق فى المسألة قولان، لكنه خلاف الظاهر من كلامهم، فإن الخلاف محكى فى كثير من الكتب، وقد علمت أنه لايتأتى الخلاف مع العجز فالظاهر أن الخلاف عند عدمه، وعليه فالمناسب إسقاط هذا القيد، ولذا ذكر فى الخانية هذه فى المسألة فى باب العشر بدونه، ولم يذكر أيضا القول الثانى، فاقتضى كلامه اعتماد قول الإمام: إنه لايؤخذ بخراج السنة الأولى لكن فى الهندية عن المحيط ذكر صدر الإسلام عن أبى حنيفة روايتين، والصحيح أنه يؤخذ اه:

وجزم به فى الملتقى كما قدمناه، وبه ظهر أن كلا من القولين مروى عن صاحب المذهب، والمصرح بتصحيحه عدم السقوط، فكان هو المعتمد، ولذا جزم به فى متن الملتقى وذكر فى العناية الفرق بينه وبين الجزية بأن الخراج فى حالة البقاء مؤنة من غير التفات إلى معنى العقوبة، ولذا لو شرى مسلم أرضا خراجية لزمه خراجها، فجاز أن لايتداخل بخلاف الجزية فإنها عقوبة ابتداء وبقاء والعقوبات تتداخل اه وبه اندفع مافى البحر (قوله وفيها الخ) أى فى الخانية، ومحل ذكر هذه المسألة الباب السابق، وقد ذكرها فى باب العشر وقدمنا الكلام عليها (قوله فى الأصح) أى من الروايات لأن قبولها من النائب يفوت المأمور به من إذلاله عند الإعطاء قال تعالى — حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون — فتح (قوله والقابض منه قاعد) وتكون يد المؤدى أسفل ويد القابض أعلى هندية (قوله ويقول الخ) هـذا فى الهداية أيضا لكن لم يجزم به كما فعله الشارح

أعط ياعدو الله ، ويصفعه فى عنقه لايا كافر ، ويأثم القائل إن أذاه به قنية (ولا) يجوز أن (يحدث بيعة، ولا كنيسة ولا صومعة ، ولا بيت نار، ولا مقبرة) ولا صنما حاوى (فى دار الإسلام) ولو قرية فى المختار فتح

بل قال وفى رواية يأخذ بتلبيبه ويهزه هزا ويقول أعط الجزية ياذمى اه ومفاده عدم اعتمادها وفى غاية البيان والتلبيب بالفتح ماعلى موضع اللبب من الثياب ، واللبب موضع القلادة من الصدر (قوله ياعدو الله) كذا فى غاية البيان والذى فى الهداية والفتح والتبيين ياذمى (قوله ويصفعه فى عنقه) الصفع أن يبسط الرجل كفه فيضرب بها قفا الإنسان أو بدنه ، فإذا قبض كفه ثم ضربه فليس بصفع بل يقال ضربه بجمع مصباح، وماذكره من الصفع نقله فى التاترخانية ، ونقله أيضا فى النهر عن شرح الطحاوى، وقد حكاه بعضهم بقيل (قوله لايا كافر) مفاده المنع من قول ياعدو الله بل ومن الأخذ بالتلبيب والهز والصفع إذ لاشك بأنه يؤذيه ولهذا رد بعض المحققين من الشافعية ذلك بأنه لاأصل له فى السنة ولافعله أحد من الخلفاء الراشدين (قوله ويأثم القائل إن أذاه به) مقتضاه أنه يعزر لارتكاب الإثم بحر ، وأقره المصنف ، لكن نظر فيه فى النهر :

قلت : ولعل وجهه مامر فى يافاسق من أنه هو الذى ألحق الشين بنفسه قبل قول القائل أفاده الشارح فى التعزير ط.

قلت : لكن ذكرنا الفرق هناك فافهم :

مطلب فى أحكام الكنائس والبيع

(قوله ولايجوز أن يحدث) بضم الياء وكسر الدال وفاعله الكافر ومفعوله بيعة كما يقتضيه قول الشارح ، ولاصنما. وفى نسخة : ولايحدثوا أى أهل الذمة اه ح ومن الإحداث نقلها إلى غير موضعها كما فى البحر وغيره ط (قوله بيعة) بالكسر معبد النصارى واليهود ، كذلك الكنيسة إلا أنه غلب البيعة على معبد النصارى، والكنيسة على اليهود قهستانى . وفى النهر وغيره : وأهل مصر يطلقون الكنيسة على متعبدهما ويخصان اسم الدير بمعبد النصارى :

قلت : وكذا أهل الشام در منتقى والصومعة بيت يبنى برأس طويل ليتعبد فيه بالانقطاع عن الناس بحر (قوله ولامقبرة) عزاه المصنف إلى الخلاصة ، ثم ذكر مايخالفه عن جواهر الفتاوى ثم قال : والظاهر الأول ، ومن ثم عولنا عليه فى المختصر .

مطلب لايجوز إحداث كنيسة فى القرى ومن أفتى بالجواز فهو مخطىء ويحجر عليه

(قوله ولو قرية فى المختار) نقل تصحيحه فى الفتح عن شرح شمس الأئمة السرخسى فى الإجارات ثم قال : إنه المختار ، وفى الوهبانية إنه الصحيح من المذهب الذى عليه المحققون إلى أن قال : فقد علم أنه لايحل الإفتاء بالإحداث فى القرى لأحد من أهل زماننا بعد ماذكرنا من التصحيح ، والاختيار للفتوى ، وأخذ عامة المشايخ ولايلتفت إلى فتوى من أفتى بما يخالف هذا ، ولا يحل العمل به ولا الأخذ بفتواه ، ويحجر عليه فى الفتوى ، ويمنع لأن ذلك منه مجرد إتباع هوى النفس وهو حرام لأنه ليس له قوة الترجيح ، لوكان الكلام مطلقا فكيف مع وجود النقل بالترجيح والفتوى فتنبه لذلك، والله الموفق.

مطلب تهدم الكنائس من جزيرة العرب ولا يمكنون من سكناها

قال فى النهر : والخلاف فى غير جزيرة العرب ، أما هى فيمنعون من قراها أيضا لخبر «لايجتمع دينان فى جزيرة العرب» اه.

(ويعاد المنهدم) أى لا ما هدمه الإمام، بل ما انهدم أشباه فى آخر الدعاء برفع الطاعون

قلت : الكلام فى الإحداث مع أن أرض العرب لاتقر فيها كنيسة ولو قديمة فضلا عن إحداثها لأنهم لايمكنون من السكنى بها للحديث المذكور كما يأتى. وقد بسطه فى الفتح وشرح السير الكبير وتقدم تحديد جزيرة العرب أول الباب المار .

مطلب فى بيان أن الأمصار ثلاثة و بيان إحداث الكنائس فيها

[تنبيه] فى الفتح: قبل الأمصار ثلاثة ما مصره المسلمون ، كالكوفة ، والبصرة وبغداد ، وواسط ، ولا يجوز فيه إحداث ذلك إجماعا ، وما فتحه المسلمون عنوة فهو كذلك، وما فتحوه صلحا فإن وقع على أن الأرض لهم جاز الإحداث وإلا فلا إلا إذا شرطوا الإحداث اه ملخصا وعليه فقوله : ولا يجوز أن يحدثوا مقيد بما إذا لم يقع الصلح على أن الأرض لهم أو على الاحداث ، لكن ظاهر الرواية أنه لا استثناء فيه كما فى البحر والنهر :

قلت : لكن إذا صالحهم على أن الأرض لهم فلهم الإحداث إلا إذا صار مصرا للمسلمين بعد فإنهم يمنعون من الإحداث بعد ذلك ، ثم لو تحول المسلمون من ذلك المصر إلا نفرا يسيرا فلهم الإحداث أيضا ، فلو رجع المسلمون إليه لم يهدموا ما أحدث قبل عودهم كما فى شرح السير الكبير ، وكذا قوله وما فتح عنوة فهو كذلك ليس على إطلاقه أيضا بل هو فيما قسم بين الغانمين أو صار مصرا للمسلمين ، فقد صرح فى شرح السير بأنه لو ظهر على أرضهم وجعلهم ذمة لا يمنعون من إحداث كنيسة لأن المنع مختص بأمصار المسلمين التى تقام فيها الجمع والحدود ، فلو صارت مصرا للمسلمين منعوا من الإحداث ، ولا تترك لهم الكنائس القديمة أيضا كما لو قسمها بين الغانمين لكن لا تنهدم ، بل يجعلها مساكن لهم لأنها مملوكة لهم ، بخلاف ما صالحهم عليها قبل الظهور عليهم ، فإنه يترك لهم القديمة ويمنعهم من الأحداث بعد ما صارت من أمصار المسلمين اه ملخصا .

مطلب لو اختلفنا معهم فى أنها صلحية أو عنوية فان وجد أثر وإلا تركت بأيديهم

[تتمة] لو كانت لهم كنيسة فى مصر فادعوا أنا صالحناهم على أرضهم ، وقال المسلمون : بل فتحت عنوة وأراد منعهم من الصلاة فيها وجهل الحال لطول العهد سأل الإمام الفقهاء ، وأصحاب الأخبار فإن وجد أثرا عمل به ، فإن لم يجد أو اختلفت الآثار جعلها أرض صلح ، وجعل القول فيها لأهلها ، لأنها فى أيديهم وهم متمسكون بالأصل وتمامه فى شرح السير (قوله ويعاد المنهدم) هذا فى القديمة التى صالحناهم على إبقائها قبل الظهور عليهم قال فى الهداية لأن الأبنية لا تبقى دائما ولما أقرهم الإمام فقد عهد إليهم الإعادة إلا أنهم لا يمكنون من نقلها لأنه إحداث فى الحقيقة اه :

مطلب إذا هدمت الكنيسة ولو بغير وجه لا تجوز إعادتها

(قوله أشباه) حيث قال فى فائدة نقل السبكى الإجماع على أن الكنيسة إذا هدمت ولو بغير وجه لا يجوز إعادتها ذكره السيوطى فى حسن المحاضرة ؛

قلت : يستنبط منه أنها إذا قفلت ، لا تفتح ولو بغير وجه كما وقع ذلك فى عصرنا بالقاهرة فى كنيسة بحارة زويلة قفلها الشيخ محمد بن إلياس قاضى القضاة ، فلم تفتح إلى الآن حتى ورد الأمر السلطانى بفتحها فلم يتجاسر حاكم على فتحها ، ولا ينافى ما نقله السبكى قول أصحابنا يعاد المنهدم لأن الكلام فيما هدمه الإمام لا فيما تهدم فليتأمل اه :

(من غير زيادة على البناء الأول) ولا يعدل

قال الخير الرملى فى حواشى البحر أقول : كلام السبكى عام فيما هدمه الإمام وغيره فى كلام الأشباه يخص الأول . والذى يظهر ترجيحه العموم لأن العلة فيما يظهر أن فى إعادتها بعد هدم المسلمين استخفافا بهم ، وبالإسلام وإخمادا لهم وكسرا لشوكتهم ، ونصرا للكفر وأهله غاية الأمر أن فيه افتياتا على الإمام فيلزم فاعله التعزير كما إذا أدخل الحربى بغير إذنه يصح أمانه ويعزر لافتياته ، بخلاف ما إذا هدموها بأنفسهم فإنها تعاد كما صرح به علماء الشافعية وقواعدنا لاتأباه لعدم العلة التى ذكرناها فيستثنى من عموم كلام السبكى اه .

مطلب ليس المراد من إعادة المنهدم أنه جائز نأمرهم به بل المراد نتركهم وما يدينون

[تنبيه] ذكر الشرنبلالى فى رسالة فى أحكام الكنائس عن الإمام السبكى أن معنى قولهم لانمنعهم من الترميم ليس المراد أنه جائز نأمرهم به بل بمعنى نتركهم وما يدينون فهو من جملة المعاصى التى يقرون عليها كشرب الخمر ونحوه ولا نقول : إن ذلك جائز لهم ، فلا يحل للسلطان ولا للقاضى أن يقول لهم افعلوا ذلك ولا أن يعينهم عليه ، ولا يحل لأحد من المسلمين أن يعمل لهم فيه ، ولا يخفى ظهوره وموافقته لقواعدنا .

مطلب لم يكن من الصحابة صلح مع اليهود

ثم نقل عن السراج البلقينى فى كنيسة لليهود ماحاصله : أن الصحابة رضى الله تعالى عنهم عند فتح النواحى لم يكن منهم صلح مع اليهود أصلا اه .

قلت : وهذا ظاهر فإن البلاد كانت بيد النصارى ، ولم تزل اليهود مضروبة عليهم الذلة ؛ ثم رأيت فى حاشية شيخ مشايخنا الرحمتى كتب عند قول الشارح فى خطبة الإمام بجامع بنى أمية مانصه : ثم نقض أهل الذمة عهدهم فى وقعة التتار وقاتلوا عن آخرهم فكنائسهم الآن موضوعة بغير حق اه .

مطلب مهم حادثة الفتوى فى أخذ النصارى كنيسة مهجورة لليهود

ويؤخذ من هذا حكم حادثة الفتوى الواقعة فى عام ثمانية وأربعين بعد المائتين والألف قريبا من كتابتى لهذا المحل ، وهى أن كنيسة لفرقة من اليهود تسمى اليهود القرايين مهجورة من قديم لفقد هذه الفرقة وانقطاعهم فى دمشق ، فحضر يهودى غريب هو من هذه الفرقة إلى دمشق ، فدفع له النصارى دراهم معلومة ، وأذن لهم فى بنائها ، وأن يجعلوها معبدا لهم ، وصدق لهم على ذلك جماعة من اليهود لقوة شوكة النصارى فى ذلك الوقت ، وبلغنى أن الكنيسة المذكورة فى داخل حارة لليهود مشتملة على دور عديدة وأن مراد النصارى شراء الحارة المذكورة وإدخالها للكنيسة ، وطلبوا فتوى على صحة ذلك الإذن ، وعلى كونها صارت معبدا للنصارى ، فامتنعت من الكتابة .

مطلب فيما أفتى به بعض المتهورين فى زماننا

وقلت : إن ذلك غير جائز فكتب لهم بعض المتهورين طمعا فى عرض الدنيا أن ذلك صحيح جائز ، فقويت بذلك شوكتهم ، وعرضوا ذلك على ولى الأمر ليأذن لهم بذلك حيث وافق غرضهم الحكم الشرعى ، بناء على ما أفتاهم به ذلك المفتى ولا أدرى(١) مايئول إليه الأمر وإلى الله المشتكى .

---

(١) قوله (ولا أدرى الخ) قلت : آل الأمر بعد سنة إلى أن شرعوا فى عمارتها على أحسن ما أرادوا مع غصب أماكن حولها أخذوها من المسلمين قهرا ، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم .

عن النقض الأول إن كفى وتمامه فى شرح الوهبانية

ومستندى فيما قلته أمور : منها ماعلمته من أن اليهود لاعهد لهم ، فالظاهر أن كنائسهم القديمة أقرت مساكن لامعابد ، فتبقى كما أبقيت عليه ؛ وما علمته أيضا من أن أهل الذمة نقضوا عهدهم لقتالهم المسلمين مع التتار الكفار فلم يبق لهم عهد فى كنائسهم فهى موضوعة الآن بغير حق ، ويأتى قريبا عند قوله وسب النبى صلى الله عليه وسلم أن عهد أهل الذمة فى الشام مشروط بأن لايحدثوا بيعة ، ولا كنيسة ،ولايشتموا مسلما ولايضربوه ؛ وأنهم إن خالفوا فلا ذمة لهم .

ومنها: أن هذه كنيسة مهجورة انقطع أهلها وتعطلت عن الكفر فيهافلا تجوز الإعانة على تجديد الكفر فيها، وهذا إعانة على ذلك بالقدر الممكن حيث تعطلت عن كفر أهلها .

وقد نقل الشرنبلالى فى رسالته عن الإمام القرافى أنه أفتى بأنه لايعاد ما أنهدم من الكنائس ؛ وأن من ساعد على ذلك فهو راض بالكفر والرضا بالكفر كفر اه فنعوذ بالله من سوء المنقلب .

ومنها : أن عداوة اليهود للنصارى أشد من عداوتهم لنا ، وهذا الرضا والتصديق ناشئ عن خوفهم من النصارى لقوة شوكتهم كما ذكرناه .

ومنها : أنها إذاكانت معينة لفرقة خاصة ليس لرجل من أهل تلك الفرقة أن يصرفها إلى جهة أخرى ؛ وإن كان الكفر ملة واحدة عندنا كمدرسة موقوفة على الحنفية مثلا لايملك أحد أن يجعلها لأهل مذهب آخر وإن اتحدت الملة .

ومنها: أن الصلح العمرى الواقع حين الفتح مع النصارى إنما وقع على إبقاءمعابدهم التى كانت لهم إذ ذاك ، ومن جملة الصلح معهم كما علمته آنفا أن لايحدثوا كنيسة ولا صومعة ؛ وهذا إحداث كنيسة لم تكن لهم بلا شك ، واتفقت مذاهب الأئمة الأربعة على أنهم يمنعون عن الإحداث كما بسطه الشرنبلالى بنقله نصوص أئمة المذاهب ؛ ولايلزم من الإحداث أن يكون بناء حادثا ، لأنه نص فى شرح السير وغيره على أنه لو أرادوا أن يتخذوا بيتاهم معدا للسكنى كنيسة يجتمعون فيه يمنعون منه لأن فيه معارضة للمسلمين وازدراء بالدين اه أى لأنه زيادة معبد لهم عارضوا به معابد المسلمين ، وهذه الكنيسة كذلك جعلوها معبدا لهم حادثا فما أفتى به ذلك المسكين خالف فيه إجماع المسلمين ، وهذا كله مع قطع النظر عما قصدوه من عمارتها بأنقاض جديدة وزيادتهم فيها فإنها لو كانت كنيسة لهم يمنعون من ذلك بإجماع أئمة الدين أيضا ولا شك أن من أفتاهم وساعدهم وقوى شوكتهم يخشى عليه سوء الخاتمة والعياذبالله تعالى (قوله عن النقض) بالضم ماانتقض من البنيان قاموس (قوله وتمامه فى شرح الوهبانية) ذكر عبارته فى النهر حيث قال: قال فى عقد الفرائد: وهذا أى قولهم من غير زيادة يفيد أنهم لايبنون ماكان باللبن بالآجر ، ولا ماكان بالآجر بالحجر ولا ماكان بالجريد ، وخشب النخل بالنقى والساج ولا بياض لم يكن؛ قال : ولم أجد فى شئ من الكتب المعتمدة أن لاتعاد إلا بالنقض الأول وكون ذلك مفهوم الإعادة شرعا ولغة غير ظاهر عندى على أنه وقع فى عبارة محمد يبنونها وفى إجارة الخانية يعمروا وليس فيهما مايشعر باشتراط النقض الأول .

مطلب فى كيفية إعادة المنهدم من الكنائس

وفى الحاوى القدسى : وإذا انهدمت البيع والكنائس لذوى الصلح إعادتها باللبن والطين إلى مقدار ماكان قبل ذلك ، ولا يزيدون عليه ، ولا يشيدونها بالحجر والشيد والآجر ، وإذا وقف الإمام على بيعة جديدة أو بنى منها فوق ماكان فى القديم خربها وكذا مازاد فى عمارتها العتيقة اه ومقتضى النظر أن النقض الأول حيث وجد

وأما القديمة فتترك مسكنا فى الفتحية ومعبدا فى الصلحية بحر خلافا لمافى القهستانى فتنبه (ويميز الذمى عنا فى زيه) بالكسر لباسه وهيئته ومركبه وسرجه وسلاحه (فلا يركب خيلا) إلا إذا استعان بهم الإمام لمحاربة وذب عنا ذخيرة وجاز بغل كحمار تتارخانية وفى الفتح وهذا عند المتقدمين واختار المتأخرون أنه لا يركب أصلا

كافيا للبناء الأول لا يعدل عنه إلى آلة جديدة إذ لا شك فى زيادة الثانى على الأول حينئذ اه (قوله وأما القديمة الخ) مقابل قوله : ولا يحدث بيعة ولا كنيسة ، وكان الأولى ذكره قبل قوله ويعاد المنهدم لأن إعادة المنهدم إنما هى فى القديمة دون الحادثة (قوله فى الفتحية) أراد بها المفتوحة عنوة بقرينة مقابلتها بالصلحية (قوله بحر) عبارته قال فى فتح القدير : واعلم أن البيع والكنائس القديمة فى السواد لا تهدم على الروايات كلها ، وأما فى الأمصار فاختلاف كلام محمد ، فذكر فى العشر والخراج تهدم القديمة وذكر فى الإجارة لا تهدم ، وعمل الناس على هذا فإنا رأينا كثيرا منها توالت عليها أئمة وأزمان ، وهى باقية لم يأمر إمام بهدمها ؛ فكان متوارثا من عهد الصحابة وعلى هذا لو مصرنا برية فيها أو كنيسة فوقع داخل السور ، ينبغى أن لا يهدم لأنه كان مستحقا للأمان قبل وضع السور فيحمل مافى جوف القاهرة من الكنائس على ذلك ، فإنها كانت فضاء فأدار العبيديون عليها السور ، ثم فيها الآن كنائس ويبعد من إمام تمكين الكفار من إحداثها جهارا وعلى هذا أيضا فالكنائس الموضوعة الآن فى دار الإسلام غير جزيرة العرب كلها ينبغى أن لا تهدم لأنها إن كانت فى الأمصار قديمة ، فلا شك أن الصحابة أو التابعين حين فتحوا المدينة علموا بها وبقوها ، وبعد ذلك ينظر فإن كانت البلدة فتحت عنوة حكمنا بأنهم بقوها مساكن لا معابد فلا تهدم ولكن يمنعون من الاجتماع فيها للتقرب ، وإن عرف أن فتحت صلحا حكمنا بأنهم أقروها معابد فلا يمنعون من ذلك فيها بل من الإظهار اه .

قلت : وقوله فوقع داخل السور ينبغى أن لا يهدم ظاهره أنه لم يره منقولا وقد صرح به فى الذخيرة وشرح السير ، وقوله : وبعد ذلك ينظر الخ قدمنا ما لو اختلف فى أنها فتحية أو صلحية ولم يعلم من الآثار والأخبار تبقى فى أيديهم (قوله خلافا لما فى القهستانى) أى عن التتمة من أنها فى الصلحية تهدم فى المواضع كلها فى جميع الروايات .

مطلب فى تمييز أهل الذمة فى الملبس

(قوله ويميز الذمى الخ) حاصله : أنهم لما كانوا مخالطين أهل الإسلام ، فلابد من تمييزهم عنا كى لا يعامل معاملة المسلم من التوقير والإجلال ، وذلك لا يجوز وربما يموت أحدهم فجأة فى الطريق ولا يعرف فيصلى عليه ، وإذا وجب التمييز وجب أن يكون بما فيه صغار لا إعزاز لأن إذلالهم لازم بغير أذى من ضرب أو صفع بلا سبب يكون منه بل المراد اتصافه بهيئة وضيعة فتح (قوله ومركبه) مخالفة الهيئة فيه إنما تكون إذا ركبوا من جانب واحد وغالب ظنى أنى سمعته من الشيخ الأخ كذلك نهر .

قلت : وهو كذلك فى رسالة العلامة قاسم فى الكنائس ، وقد كتب عمر إلى أمراء الأجناد أن يختموا أهل الذمة بالرصاص ويركبوا على الأكف عرضا (قوله وسلاحه) تبع فيه الدرر وهو مناف لقوله تبعا لغيره من أصحاب المتون ، ولا يعمل بسلاح إلا أن يحمل على ما إذا استعان بهم الإمام أو المراد من تمييزه فى سلاحه بأن لا يحمل سلاحا ، وهو بعيد تأمل (قوله إلا إذا استعان بهم الإمام الخ) لكنه يركب فى هذه الحالة بإكاف لا بسرج كما قال بعضهم نهر (قوله وذب) بالذال المعجمة أى دفع وطرد العدو (قوله وجاز بغل) أى إن لم يكن فيه عز وشرف وتمامه فى شرح الوهبانية (قوله وهذا) أى جواز ركوبه لبغل أو حمار وكان ينبغى تأخير هذه الجملة

إلا لضرورة وفى الأشباه. والمعتمد أن لايركبوا مطلقا ولايلبسوا العمائم وإن ركب الحمار لضرورة نزل فى المجامع (ويركب سرجا كالأكف) كالبرذعة فى مقدمة شبه الرمانة (ولايعمل بسلاح ويظهر الكستيج) فارسى معرب الزنار من صوف أو شعر ، وهل يلزم تمييزهم بكل العلامات خلاف أشباه. والصحيح إن فتحها عنوة فله ذلك وإلا فعلى الشرط تتارخانية (ويمنع من لبس العمامة) ولو زرقاء أو صفراء على الصواب نهر ونحوه فى البحر واعتمده فى الأشباه كما قدمناه وإنما تكون طويلة سوداء (و) من (زنار

كلها عن قوله ويركب سرجا كالأكف (قوله إلا لضرورة) كما إذا خرج إلى قرية أو كان مريضا فتح (قوله والمعتمد أن لايركبوا) كتب بعضهم هنا أن الصواب يركبون بالنون، كما هو عبارة الأشباه لعدم الناصب والجازم وأن مخففة من الثقيلة واسمها ضمير الشأن. أقول: هذا التصويب خطأ محض، لأن المخففة من الثقيلة التى لا تنصب المضارع شرطا أن تقع بعد فعل اليقين أو ماينزل منزلته نحو –علم أن سيكون– أفلا يرون أن لايرجع– وهذه ليست كذلك بل هى المصدرية الناصبة نحو –وأن تصوموا خير لكم– (قوله مطلقا) أى ولو حمارا (قوله فى المجامع) أى فى مجامع المسلمين إذا مر بهم فتح (قوله كالأكف) بضمتين جمع إكاف مثل حمار وحمر مصباح فكان الأولى التعبير بالإكاف المفرد (قوله كالبرذعة) بدل من قوله كالأكف قال فى المصباح البرذعة بالذال والدال حلس يجعل تحت الرحل والجمع البراذع هذا هو الأصل. وفى عرف زماننا هى للحمار ما يركب عليه بمنزلة السرج للفرس اهـ فالمراد هنا المعنى العرفى لا اللغوى (قوله ولايعمل بسلاح) أى لايستعمله ولايحمله لأنه عز وكل ما كان كذلك يمنعون عنه.

قلت: ومن هذا الأصل تعرف أحكام كثيرة درمنتقى (قوله ويظهر الكستيج) بضم الكاف وبالجيم كما فى القهستانى فارسى معرب معناه العجز والذل كما فى النهر، فيشمل القلنسوة والزنار والنعل لوجود الذل فيها، ولقوله فى البحر وكستيجات النصارى قلنسوة سوداء من اللبد مضربة وزنار من الصوف اهـ فتعبيره بخصوص الزنار بيان لبعض أنواعه اهـ ح (قوله الزنار) بوزن تفاح وجمعه زنانير مصباح، وفى البحر عن المغرب أنه خيط غليظ بقدر الأصبع يشده الذمى فوق ثيابه. قال القهستانى وينبغى أن يكون من الصوف أو الشعر وأن لايجعل له حلقة تشده كما يشد المسلم المنطقة بل يعلقه على اليمين أو الشمال كما فى المحيط (قوله ولو زرقاء أو صفراء) أى خلافا لما فى الفتح من أنه إذا كان المقصود العلامة يعتبر فى كل بلدة متعارفها، وفى بلادنا جعلت العلامة فى العمامة فألزم النصارى بالأزرق واليهود بالأصفر، واختص المسلمون بالأبيض. قال فى النهر: إلا أنه فى الظهيرية قال: وأما لبس العمامة والزنار الإبريسم فجفاء فى حق أهل الإسلام، ومكسرة لقلوبهم وهذا يؤذن بمنع التمييز بها، ويؤيده ماذكره فى التتارخانية حيث صرح بمنعهم من القلانس الصغار، وإنما تكون طويلة من كرباس مصبوغة بالسواد مضربة مبطنة، وهذا فى العلامة أولى وإذا عرف هذا فمنعهم من لبس العمائم هو الصواب الواضح بالتبيان فأيد الله سلطان زماننا، ولسعادته أبد وللملكه شيد ولأمره سدد إذ منعهم من لبسها اهـ.

قلت: وهذا هو الموافق لما ذكره أبو يوسف فى كتاب الخراج من إلزامهم لبس القلانس الطويلة المضربة، وأن عمر كان يأمر بذلك ومن منعهم من لبس العمائم.

[تنبيه] قال فى الفتح وكذا تؤخذ نساؤهم بالزى فى الطرق فيجعل على ملاءة اليهودية خرقة صفراء وعلى النصرانية زرقاء وكذا فى الحمامات اهـ أى فيجعل فى أعناقهن طوق الحديد كما فى الاختيار قال فى الدر المنتقى قلت: وسيجىء أن الذمية فى النظر إلى المسلمة كالرجل الأجنبى فى الأصح فلا تنظر أصلا إلى المسلمة فليتنبه لذلك اهـ ومفاده منعهن من دخول حمام فيه مسلمة، وهو خلاف المفهوم من كلامهم هنا تأمل (قوله وإنما تكون طويلة سوداء)

الإبريسم والثياب الفاخرة المختصة بأهل العلم والشرف) كصوف مربع وجوخ رفيع وأبراد رقيقة ومن استكتاب ومباشرة يكون بها معظما عند المسلمين وتمامه في الفتح . وفى الحاوى : وينبغى أن يلازم الصغار فيما يكون بينه وبين المسلم فى كل شىء وعليه فيمنع من القعود حال قيام المسلم عنده بحر . ويحرم تعظيمه ، وتكره مصافحته ، ولا يبدأ بسلام إلا لحاجة ولا يزاد فى الجواب على وعليك ويضيق عليه فى المرور ويجعل على داره علامة وتمامه فى الأشباه من أحكام الذمى . وفى شرح الوهبانية للشرنبلالى : ويمنعون من استيطان مكة والمدينة لأنهما من أرض العرب قال عليه الصلاة والسلام « لا يجتمع فى أرض العرب دينان » ولو دخل لتجارة جاز ولا يطيل . وأما دخوله المسجد الحرام فذكر فى السير الكبير المنع ، وفى الجامع الصغير عدمه والسير الكبير آخر تصنيف محمد رحمه الله تعالى

ظاهره أن الضمير للعمامة وليس كذلك بل هو للقلنسوة ، لأن المقصود منعهم من العمامة ولو غير طويلة وإلزامهم بالقلنسوة الطويلة كما عامته فكان الصواب أن يقول : إنما يلبس قلنسوة طويلة سوداء والقلنسوة هى التى يدخل فيها الرأس ، والعمامة مايدار عليها من منديل ونحوه (قوله الإبريسم) بكسر الهمزة والراء وفتح السين وهو الحرير قال فى المصباح : الحريرة واحدة الحرير وهو الإبريسم (قوله كصوف مربع) لعله الفرجية فإنه الآن من خصوصيات أهل القرآن والعلم ط (قوله وأبراد رقيقة) البرد نوع من الثياب مخطط كما فى النهاية (قوله وتمامه فى الفتح) حيث قال : بل ربما يقف بعض المسلمين خدمة لهم خوفا من أن يتغير خاطره منه ، فيسعى به عند مستكتبه سعاية توجب له منه الضرر ثم قال : وتجعل مكاعبهم خشنة فاسدة اللون ولا يلبسوا طيالسة كطيالسة المسلمين ولا أردية كأرديتهم هكذا أمروا واتفقت الصحابة على ذلك اه . وقال أيضا ولاشك فى وقوع خلاف هذا فى هذه الديار اه .

قلت : وفى هذه السنة فى البلاد الشامية استأسدت اليهود والنصارى على المسلمين ولله در القائل :

أحبابنا نوب الزمان كثيرة　　　وأمرّ منها رفعة السفهاء
فتى يفيق الدهر من سكراته　　　وأرى اليهود بذلة الفقهاء

(قوله وينبغى أن يلازم الصغار) أى الذل والهوان ، والظاهر أن ينبغى هنا بمعنى يجب قال فى البحر : وإذا وجب عليهم إظهار الذل والصغار مع المسلمين وجب على المسلمين عدم تعظيمهم لكن قال فى الذخيرة : إذا دخل يهودى الحمام إن خدمه المسلم طمعا فى فلوسه فلا بأس به ، وإن تعظيما له فإن كان ليميل قلبه إلى الإسلام فكذلك وإن لم ينو شيئا مما ذكرنا كره وكذا لو دخل ذمى على مسلم فقام له ليميل قلبه إلى الإسلام فلا بأس وإن لم ينو شيئا أو عظمه لغناه كره اه قال الطرسوسى : وإن قام تعظيما لذاته وما هو عليه كفر لأن الرضا بالكفر كفر فكيف بتعظيم الكفر اه .

قلت : وبه علم أنه لو قام له خوفا من شره ، فلا بأس أيضا بل إذا تحقق الضرر ، فقد يجب وقد يستحب على حسب حال مايتوقعه (قوله ويضيق عليه فى المرور) بأن يلجئه إلى أضوق الطريق ، وعبارة الفتح ويضيق عليهم فى الطريق (قوله ويجعل على داره علامة) لئلا يقف سائل فيدعو له بالمغفرة أو يعامله فى التضرع معاملة المسلمين فتح (قوله لأنهما من أرض العرب) أفاد أن الحكم غير مقصور على مكة والمدينة ، بل جزيرة العرب كلها كذلك كما عبر به فى الفتح وغيره وقدمنا تحديدها ، والحديث المذكور قاله عليه الصلاة والسلام فى مرضه الذى مات فيه كما أخرجه فى الموطأ وغيره وبسطه فى الفتح (قوله ولا يطيل) فيمنع أن يطيل فيها المكث حتى يتخذ فيها مسكنا لأن حالهم فى المقام فى أرض العرب مع التزام الجزية كحالهم فى غيرها بلا جزية وهناك لايمنعون من التجارة ، بل

فالظاهر أنه أورد فيه ماستقر عليـه الحال انتهى ، وفى الخانية تميز نساؤهم لاعبيدهم بالكستيج (الذمى إذا اشترى دارا) أى أراد شراءها (فى المصر لاينبغى أن تباع منه فاو اشترى يجبر على بيعها من المسلم) وقيل لايجبر إلا إذا كثر درر .

قلت : وفى معروضات المفتى أبى السعود من كتاب الصلاة سئل عن مسجد لم يبق فى أطرافه بيت أحد من المسلمين وأحاط به الكفرة فكان الإمام والمؤذن فقط لأجل وظيفتهما يذهبان إليه فيؤذنان ويصليان به فهل تحل لهم الوظيفة ؟ فأجاب بقوله : تلك البيوت تأخذها المسلمون بقيمتها جبرا على الفور وقد ورد الأمر الشريف السلطانى بذلك فالحاكم لايؤخرهذا أصلا ، وفيها من الجهاد ،وبعد أن ورد الأمر الشريف السلطانى بعدم استخدام الذميين للعبيد والجوارى لو استخدم ذمى عبداً أو جارية ماذا يلزمه ؟

من إطالة المقام فكذلك فى أرض العرب شرح السير وظاهره أن حد الطول سنة تأمل (قوله فالظاهر أنه أورد فيه ما استقر عليه الحال) أى فيكون المنع هو المعتمد فى المذهب :

قلت : لكن الذى ذكره أصحاب المتون فى كتاب الحظر والإباحة أن الذمى لايمنع من دخول المسجد الحرام وغيره وذكر الشارح هناك أن قول محمد والشافعى وأحمد المنع من المسجد الحرام . فالظاهر أن مافى السير الكبير هو قول محمد وحده دون الإمام ، وأن أصحاب المتون على قول الإمام ، ومعلوم أن المتون موضوعة لنقل ماهو المذهب ، فلا يعدل عما فيها على أن الإمام السرخسى ذكر فى شرح السير الكبير أن أبا سفيان جاء إلى المدينة ؛ ودخل المسجد ، ولذلك قصة قال فهذا دليل لنا على مالك رحمه الله تعالى بمنعه المشرك ، من أن يدخل شيئا من المساجد ثم قال : إن الشافعى قال يمنعون من دخول المسجد الحرام خاصة للآية - إنما المشركون نجس - فأما عندنا لايمنعون كما لايمنعون عن دخول سائر المساجدويستوى فى ذلك الحربى والذمى الخ (قوله وفى الخانية الخ) كان الأولى تقديمه على مسألة الا ستيطان ثم إن ظاهره أن نساءهم تميز بالكستيج دون العبيد مع أنه ليس فى عبارة الخانية ذكر النساء أصلا ، ونصها : ولا يؤخذ عبيد أهل الذمة بالكستيجات ، وهكذا نقله عنها فى البحر والنهر وعبارة النهر قالوا ويجب أن تميز نساؤهم أيضا عن نسائنا فى الطرقات والحمامات وفى الخانية ولا يؤخذ عبيد أهل الذمة بالكستيجات اه .

مطلب فى سكنى أهل الذمة المسلمين فى المصر

(قوله الذمى إذا اشترى دارا الخ) قال السرخسى فى شرح السير فإن مصر الإمام فى أراضيهم للمسلمين كما مصر عمر رضى الله عنه البصرة والكوفة ، فاشترى بها أهل الذمة دورا وسكنوا مع المسلمين ، لم يمنعوا من ذلك فإنا قبلنا منهم عقد الذمة . ليقفوا على محاسن الدين ، فعسى أن يؤمنوا واختلاطهم بالمسلمين والسكن معهم يحقق هذا المعنى ، وكان شيخنا الإمام شمس الأئمة الحلوانى يقول : هذا إذا قلوا وكان بحيث لاتتعطل جماعات المسلمين ولا تتقالل الجماعة بسكناهم بهذه الصفة فأما إذا كثروا على وجه يؤدى إلى تعطيل بعض الجماعات أو تقليلها منعوا من ذلك وأمروا أن يسكنوا ناحية ليس فيها للمسلمين جماعة ، وهذا محفوظ عن أبى يوسف فى الأمالى اه (قوله أى أراد شراءها) إنما فسره بهذا لقوله بعد لاينبغى أن تباع منه ط (قوله وقيل لايجبر إلا إذا كثر) نقله فى البحر عن الصغرى بعد أن نقله عن الخانية ، بلا تقييد بالكثرة ، ولكن لم يعبر عنه بقيل ،ولا يخفى أن هذا القيد يصلح توفيقا بين القولين وهذا قول شمس الأئمة الحلوانى كما علمته آنفا ومشى عليه فى الوهبانية وشرحها ، وكذا قال

فأجاب : يلزمه التعزير الشديد والحبس فى الخانية : ويؤمرون بما كان استخفافا لهم وكذا تميز دورهم عن دورنا انتهى فليحفظ ذلك (وإذا تكارى أهل الذمة دورا فيما بين المسلمين ليسكنوا فيها) فى المصر (جاز) لعود نفعه إلينا وليروا تعاملنا فيسلموا (بشرط عدم تقليل الجماعات لسكناهم) شرطه الإمام الحلوانى (فإن لزم ذلك من سكناهم أمروا بالاعتزال عنهم والسكنى بناحية ليس فيها مسلمون) وهو محفوظ عن أبى يوسف بحر عن الذخيرة . وفى الأشباه : واختلف فى سكناهم بيننا فى المصر والمعتمد الجواز فى محلة خاصة انتهى ، وأقره المصنف وغيره ، لكن رده شيخ الإسلام جوى زاده ، وجزم بأنه فهم خطأ فكأنه فهم من الناحية المحلة ، وليس كذلك فقد صرح التمرتاشى فى شرح الجامع الصغير بعد ما نقل عن الشافعى أنهم يؤمرون ببيع دورهم فى أمصار المسلمين وبالخروج عنها ، وبالسكنى خارجها لئلا يكون لهم محلة خاصة

الخير الرملى إن الذى يجب أن يعول عليه التفصيل ، فلا نقول بالمنع مطلقا ولا بعدمه مطلقا بل يدور الحكم على القلة والكثرة والضرر والمنفعة وهذا هو الموافق للقواعد الفقهية فتأمل اه (قوله فأجاب الخ) هذا الجواب مبنى على اختيار الحلوانى وغيره قال ط : ولم يجب عن المسئول عنه وجوابه أنهما يستحقان الوظيفة لقيامهما بالعمل اه .

قلت : وإنما تركه لظهوره وتنبيها على ما هو الأهم فهو من أسلوب الحكيم كما فى قوله تعالى — يسألونك عن الأهلة — الآية (قوله ففى الخانية الخ) أى والاستخدام المذكور ينافى الاستخفاف (قوله وإذا تكارى الخ) شروع فى الكراء بعد الفراغ من الشراء ، وظاهر كلام المصنف الفرق بينهما ، وهو مبنى على القول بالجبر على البيع مطلقا وقد علمت أن المعول عليه القول بالتفصيل ، فلا فرق بين الكراء والشراء بل أصل العبارة المذكورة إنما هو فى الشراء كما نقلناه آنفا عن السرخسى (قوله فى المصر) الظاهر أنه غير قيد بعد اعتبار الشرط المذكور (قوله ليس فيها مسلمون) هو فى معنى ما مر من قوله ليس فيها للمسلمين جماعة لأن من شأن المسلمين إقامة الجماعة (قوله لكن رده الخ) وعبارته كما رأيته فى حاشية الحموى وغيرها قوله فى محلة خاصة ، هذا اللفظ لم أجده لأحد ، وإنما الموجود فى الكتب أن الجواز مقيد بما ذكره الحلوانى بقوله هذا إذا قلوا بحيث لا تتعطل بسبب سكناهم جماعات المسلمين ، ولا تتقلل أما إذا تعطلت أو تقللت ، فلا يمكنون من السكنى فيها ، ويسكنون فى ناحية ليس فيها للمسلمين جماعة ، فكأن المصنف فهم من الناحية المحلة ، وليس كذلك بل قد صرح التمرتاشى فى شرح الجامع الصغير بعد ما نقل عن الشافعى أنهم يؤمرون ببيع دورهم فى أمصار المسلمين ، والخروج عنها وبالسكنى خارجها لئلا تكون لهم منعة كمنعة المسلمين بمنعهم عن أن تكون لهم محلة خاصة حيث قال بعد ما ذكرناه نقلا عن النسفى ، والمراد أى بالمنع المذكور عن الأمصار أن يكون لهم فى المصر محلة خاصة يسكنونها ولهم فيها منعة كمنعة المسلمين فأما سكناهم بينهم وهم مقهورون فلا كذلك اه :

قلت : وقوله بمنعهم متعلق بقوله صرح وقوله : حيث قال أى التمرتاشى وحاصل كلامه أن المحلة من جملة المصر مع أن الحلوانى قال : لا يمكنون من السكنى فيها أى فى المصر ويسكنون فى ناحية الخ فهو صريح بأنه إذا لزم تقليل الجماعة يسكنون فى ناحية خارجة عن المصر فهى غير المحلة ، وصريح كلام التمرتاشى أيضا منعهم عن أن يكون لهم محلة خاصة فى المصر وإنما يسكنون بينهم مقهورين ، يعنى إذا لم يلزم تقليل الجماعة ، فتحصل من مجموع كلام الحلوانى والتمرتاشى : أنه إذا لزم من سكناهم فى المصر تقليل الجماعة أمروا بالسكنى فى ناحية خارج المصر ، ليس فيها جماعة للمسلمين وإن لم يلزم ذلك يسكنون فى المصر بين المسلمين مقهورين لا فى محلة خاصة فى المصر لأنه يلزم منه أن يكون لهم فى مصر المسلمين منعة كمنعة المسلمين ، بسبب اجتماعهم فى محلتهم فافهم (قوله أنهم يؤمرون)

نقلا عن النسفى ، والمراد أى بالمنع المذكور عن الأمصار أن يكون لهم فى المصر محلة خاصة يسكنونها ولهم فيها منعة عارضة كمنعة المسلمين فإما سكنا بينهم وهم مقهورون ، فلا كذلك كذا فى فتاوى الإسكوبى فليحذر

مفعول نقل ط (قوله نقلا) حال من فاعل صرح بتأويل اسم الفاعل اه ح (قوله والمراد) الأوضح أن يقول بأن المراد ، ويكون متعلقا بصرح ط (قوله ولهم فيها منعة) الواو للحال والمنعة بفتح النون جمع مانع أى جماعات يمنعونهم من وصول غيرهم إليهم أفاده ح وقوله : عارضة صفة منعة وعروضها إنما هو بسبب اجتماعهم فى محلة خاصة وقوله فأما سكناهم الخ مقابلة أى أن سكناهم بين المسلمين ،لا فى محلة خاصة بل متفرقين بينهم وهم مقهورون لهم فلا كذلك أى فلا يكون ممنوعا .

مطلب فى منعهم عن التعلى فى البناء على المسلمين

[تنبيه] قال فى الدر المنتقى وكذا يمنعون عن التعلى في بنائهم على المسلمين ومن المساواة عند بعض العلماء ثم يبقى القديم كما فى الوهبانية وشروحها وفى المنظومة المحبية :

ويمنع الذمى من أن يسكنا أو أن يحل منزلا عالى البنا
إن كان بين المسلمين يسكن بل أهل ذمة على مابينوا اه

قلت : ومقتضى النظم الذى ذكره المنع ولو البناء قديما لأنه علق المنع على السكنى لا على التعلية فى البناء لكن سئل فى الخيرية عن طبقة ليهودى راكبة على بيت لمسلم ، يريد المسلم منعه من سكناها ، ومن التعلى عليه فأجاب : بأنه ليس للمسلم ذلك فقد جوزوا إبقاء دار الذمى العالية ، على دار المسلم وسكناها إذا ملكها مالم تنهدم فإنه لا يعيدها عالية كما كانت ، وممن صرح بذلك ابن الشحنة فى شرح النظم الوهبانى وكثير من علمائنا اه وذكر فى جواب سؤال آخر أنه إذا كان التعلى للتحفظ من اللصوص ، لا يمنع منه لأنهم نصوا على أنهم ليس لهم رفع بنائهم على المسلمين وعلة المنع مقيدة بالتعلى على المسلمين ، فإذا لم يكن ذلك بل للتحفظ ، فلا يمنعون كما هو ظاهر اه وقال قارئ الهداية فى فتاواه : أهل الذمة فى المعاملات كالمسلمين فما جاز للمسلم فعله فى ملكه جاز لهم ومالا فلا وإنما يمنع من تعلية بنائه إذا حصل لجاره ضرر كمنع ضوء وهواء قال : هذا هو ظاهر المذهب ، وذكر القاضى أبو يوسف فى كتاب الخراج أن للقاضى منعهم من السكنى بين المسلمين ، بل يسكنون منعزلين قال قارئ الهداية : وهو الذى أفتى به أنا اه أى لأنه إذا كان له منعهم من السكنى بيننا ، فله منعهم من التعلى بالأولى ، وذكر فى جواب آخر لا يجوز لهم أن يعلوا بناءهم على بناء المسلمين : ولا أن يسكنوا دارا عالية البناء بين المسلمين بل يمنعون أن يسكنوا محلات المسلمين اه : وهذا ميل منه إلى مانقله عن أبى يوسف ، وأفتى به أولا أيضا والظاهر أن قوله هذا هو ظاهر المذهب ، يرجع إلى قوله أهل الذمة فى المعاملات كالمسلمين ، ولما كان لا يلزم منه أن يكونوا مثلهم فيما فيه استعلاء على المسلمين أفتى فى الموضوعين بالمنع لما قدمه الشارح عن الحاوى من أنه ينبغى أن يلازم الصغار فيما يكون بينه ، وبين المسلمين فى كل شئ ، ولا يخفى أن استعلاءه فى البناء على جيرانه المسلمين خلاف الصغار ، بل بحث فى الفتح أنه إذا استعلى على المسلمين حل للامام قتله ، ولا يخفى أن لفظ استعلى يشمل ما بالقول وما بالفعل وبهذا التقرير اندفع ماذكره فى الخيرية مخالفا لما قدمناه عنه من قوله : إن ماأفتى به قارئ الهداية من ظاهر المذهب ، أقوى مدركا للحديث الشريف الموجب ، لكونهم لهم مالنا وعليهم ماعلينا ، فإن قارئ الهداية لم يفت به بل أفتى فى الموضعين بخلافه كما سمعت : والحديث الشريف لا يفيد أن لهم مالنا من العز والشرف ، بل فى المعاملات

(وينتقض عهدهم بالغلبة على موضع للحرب أو باللحاق بدار الحرب) زاد فى الفتح أو بالامتناع عن قبول الجزية (أو يجعل نفسه طليعة للمشركين) بأن يبعث ليطلع على أخبار العدو ، فلو لم يبعثوه لذلك لم ينتقض عهده وعليه يحمل كلام المحيط (وصار) الذمى فى هذه الأربع صور (كالمرتد) فى كل أحكامه (إلا أنه) لو أسر (يسترق) والمرتد يقتل (ولايجبر على قبول الذمة) والمرتد يجبر على الإسلام (لا) ينتقض عهده (بقوله نقضت العهد) زيلعى (بخلاف الأمان) للحربى ، فإنه ينتقض بالقول بحر (ولا بالإباء عن) أداء (الجزية)

من العقود ونحوها للأدلة الدالة على إلزامهم الصغار وعدم التمرد على المسلمين ، وصرح الشافعية بأن منعهم عن التعلى واجب ، وأن ذلك لحق الله تعالى وتعظيم دينه فلا يباح برضا الجار المسلم اه وقواعدنا لاتأباه فقد مر أنه يحرم تعظيمه ، ولا يخفى أن الرضا باستعلائه تعظيم له هذا ماظهر لى فى هذا المحل والله تعالى أعلم .

مطلب فيما ينتقض به عهد الذمى ومالا ينتقض

(قوله وينتقض عهدهم الخ) لأنهم بذلك صاروا حربا علينا وعقد الذمة ما كان إلا لدفع شر حرابتهم فيعرى عن الفائدة فلا يبقى ولا يبطل أمان ذريته بنقض عهده فتح (قوله بالغلبة على موضع) أى قرية أو حصن فتح وقوله للحرب أى لأجل حربنا ، وفى بعض النسخ للحراب بزيادة الألف واحترز بالغلبة المذكورة عما لو كانوا مع أهل البغى يعينونهم على القتال ، فإنه لاينتقض عهدهم كما ذكره الزيلعى وغيره فى باب البغاة (قوله أو باللحاق بدار الحرب) لايبعد أن يقال انتقاله إلى المكان الذى تغلبوا فيه كانتقاله إلى دار الحرب بالاتفاق ، إن لم يكن ذلك المكان مواخما لدار الإسلام: أى بأن كان متصلا بدار الحرب وإلا فعلى قولها كما فى الفتح (قوله أو بالامتناع عن قبول الجزية) أى بخلاف الامتناع عن أدائها على ما يأتى ، لكن الامتناع عن قبولها إنما يكون عند ابتداء وضعها وهو حينئذ لم يكن له عهد ذمة ، حتى ينتقض ، ويمكن تصويره فيمن دخل فى عهد الذمة تبعا ثم صار أهلا كالمجنون والصبى ، فإذا أفاق أو بلغ أول الحول توضع عليه فإذا امتنع انتقض عهده أفاده ط (قوله أو يجعل نفسه طليعة للمشركين) هذا مما زاده فى الفتح أيضا لكن لم يذكره هنا ، بل ذكره فى النكاح فى باب نكاح المشرك (قوله بأن يبعث ليطلع الخ) صورته أن يدخل مستأمن ويقيم سنة ، وتضرب عليه الجزية وقصده التجسس على المسلمين ليخبر العدو ط (قوله فلولم يبعثوه) بأن كان ذميا أصليا وطرأ عليه هذا القصد ط (قوله وعليه يحمل كلام المحيط) حيث قال أو كان يخبر المشركين بعيوب المسلمين أو يقاتل رجلا من المسلمين ليقتله لا يكون نقضا للعهد ، وهذا التوفيق لصاحب البحر ، وأقره فى النهر وغيره ، ويشعر به تعبير الفتح بالطليعة فإن الطليعة واحدة الطلائع فى الحرب ، وهم الذين يبعثون ليطلعوا على أخبار العدو ، كما فى البحر عن المغرب (قوله فى كل أحكامه) فيحكم بموته باللحاق وإذا تاب تقبل توبته وتعود ذمته وتبين منه زوجته الذمية التى خلفها فى دار الإسلام إجماعا ويقسم ماله بين ورثته فتح وتمامه فى البحر (قوله والمرتد يقتل) لأن كفره أغلظ بحر (قوله والمرتد يجبر على الإسلام) أما المرتدة فإنها تسترق بعد اللحاق رواية واحدة وقبله فى رواية بحر (قوله بقوله نقضت العهد) لأنه لاينتقض عهده بالقول بل بالفعل كما مر ، بخلاف الأمان للحربى .

قلت : ولعل وجه الفرق أن أمان الحربى على شرف الزوال لتمكنه من العود ، متى أراد فهو غير لازم ، بخلاف عهد الذمة فهو لازم لايصح الرجوع عنه ولذا لايمكن من العود إلى دار الحرب ، فيجبره الإمام على الجزية مادام تحت قهره ، بخلاف ماإذا لحق بدارهم أو غلبوا على موضع أو جعل نفسه طليعة أو امتنع عن قبول الجزية ، لأنه فى الأولين صار حربا علينا كما مر وفى الثالث : علم أنه لم يقصد العهد بل جعله وصلة إلى إضراره بنا ،

بل عن قبولها كما مر ونقل العينى عن الواقعات قتله بالإباء عن الأداء قال وهو قول الثلاثة لكن ضعفه فى البحر (و) لا (بالزنا بمسلمة وقتل مسلم) وإفتان مسلم عن دينه وقطع الطريق (وسب النبى صلى الله عليه وسلم)

وفى الرابع : لم يوجد منه مايدفع عنه القتل بخلاف ماإذا امتنع عن أدائها ولذا قال الزيلعى وغيره : لأن الغاية التى ينتهى بها القتال التزام الجزية لا أداؤها والالتزام باق فيأخذها الإمام منه جبرا اه وبهذا اندفع مااستشكله فى النهر من أنه لو امتنع عن قبولها لقض عهده، وليس ذلك إلا بالقول. وجه الدفع أن الانتقاض لم يجئ من قوله لا أقبل بل من عدم وجود مايدفع عنه القتل وهو التزام أدائها بخلاف امتناعه عن أدائها بقوله لا أؤديها، فإنه قول وجد بعد التزامها الدافع للقتل ، ولايزول ذلك الالتزام به وكذا بقوله نقضت العهد لما قلنا ، من أنه لازم لا يملك فسخه صريحا ، ولا دلالة مادام تحت قهرنا فافهم ، واندفع به أيضا ماأورده فى الدرر من أن امتناعه عن أدائها بقوله : لا أعطيها ينافى بقاء الالتزام لما قلنا من لزوم ذلك الالتزام ، وأنه لايملك نقضه صريحا ، فكذا دلالة بالأولى فيجبر على أدائها ما دام مقهورا فى دارنا ، ثم رأيت الحموى أجاب بنحوه والله تعالى أعلم (قوله بل عن قبولها) أى بل ينتقض عهده بالإباء عن قبولها ، وقدمنا تصويره ، وقد علمت آنفا وجه الفرق بين المسألتين (قوله ونقل العينى) حيث قال وفى رواية مذكورة فى واقعات حسام أن أهل الذمة إذا امتنعوا عن أداء الجزية ينتقض العهد ، ويقاتلون وهو قول الثلاثة اه . ولايخفى ضعفها رواية ودراية بحر .

قلت : أما وجه الضعف رواية فلأنه خلاف الرواية المشهورة فى المذهب المنصوصة فى المتون وغيرها وأما الدراية أى الضعف من حيث المعنى ، فلما علمت من بقاء الالتزام الداقع للقتل فتؤخذ منهم جبرا ، ويمكن تأويل مافى الواقعات ، بما إذا كانوا جماعة تغلبوا على موضع هو بلدهم أو غيرها وأظهروا العصيان والمحاربة فإنها حينئذ لايمكن أخذها منهم إلا بالقتال تأمل (قوله ولا بالزنا بمسلمة) بل يقام عليه موجبه ، وهو الحد وكذا لو نكحها لاينقض عهده ، والنكاح باطل ولو أسلم بعده ويعزران وكذا الساعى بينهما بحر (قوله وإفتان مسلم) مصدر أفتن الرباعى اه ح .

قلت : لكن الذى رأيناه فى النسخ افتتان بتاءين وفى المصباح : فتن المال الناس من باب ضرب استمالهم ، وفتن فى دينه وافتتن أيضا بالبناء للمفعول مال عنه اه ومقتضاه(١) : أن الافتتان متعد لا لازم تأمل ؛

مطلب فى حكم سب الذمى النبى صلى الله عليه وسلم

(قوله وسب النبى صلى الله عليه وسلم) أى إذا لم يعلن ، فلو أعلن بشتمه أو اعتاده قتل ، ولو امرأة وبه يفتى اليوم در منتقى وهذا حاصل ماسيذكره الشارح هنا وقيده الخير الرملى بقيد آخر حيث قال أقول : هذا إن لم يشترط انتقاضه به أما إذا شرط انتقض به كما هو ظاهر اه ؛

قلت : وقد ذكر الإمام أبو يوسف فى كتاب الخراج فى صلح أبى عبيدة ، مع أهل الشام أنه صالحهم ، واشترط عليهم حين دخلها على أن يترك كنائسهم ، وبيعهم على أن لايحدثوا بناء بيعة ، ولا كنيسة ، وأن لا يشتموا مسلما ، ولا يضربوه الخ ، وذكر العلامة قاسم من رواية الخلال والبيهقى وغيرهما كتاب العهد وفى آخره فلما أتيت عمر بن الخطاب بالكتاب زاد فيه : وأن لانضرب أحدا من المسلمين شرطنا لهم ذلك علينا ، وعلى أهل ملتنا وقبلنا

---

(١) قوله (ومقتضاه الخ) وجه ذلك أن تصريحه بأن افتتن مبنى للمجهول يقتضى انه متعد لا لازم لأن المبنى المجهول لايكون من اللازم اه منه .

لأن كفره المقارن له لايمنعه فالطارئ لايرفعه فلو من مسلم قبل كما سيجيء (ويؤدب الذمى ويعاقب على سبه دين الإسلام أو القرآن أو النبى) صلى الله عليه وسلم حاوى وغيره

عنهم الأمان ، فإن نحن خالفنا شيئا مما شرطناه لكم وضمناه على أنفسنا فلا ذمة لنا وقد حل لكم منا مايحل لكم من أهل المعاندة والشقاق ، وفى رواية الخلال : فكتب عمر أن أمض لهم ماسألوه وألحق فيه حرفين اشترطهما عليهم مع ماشرطوا على أنفسهم أن لايشتروا شيئا من سبايانا ومن ضرب مسلما عمدا فقد خلع عهده اه. وقد ذكر الشرنبلالى فى رسالته كتاب العهد بتمامه ثم قال : وقد اعتمد الفقهاء ذلك من كل مذهب كما نقله القاضى بدر الدين القرافى اه ثم ذكر الشرنبلالى أنه انتقض عهدهم بإحداث ذلك الدير أى الذى أحدثوه فى زمنه ، وألف فيه الرسالة المذكورة ثم قال بعد ذكره ماألحقه عمر رضى الله تعالى عنه أن هذا دليل لما قاله الكمال ابن الهمام من نقض العهد بتمردهم واستعلائهم على المسلمين اه.

قلت : ولعلهم لم يقيدوا بهذا القيد لظهوره كما تقدم عن الرملى ؛ لأن المعلق على أمر لايوجد بدونه ، ولأن مرادهم بيان أن مجرد عقد الذمة لا ينتقض بما ذكروه من السب ونحوه ، والجهاد ماض إلى يوم القيامة ، وليس كل إمام إذا فتح بلدة يشترط هذا الشرط الذى شرطه عمر فلذا تركوا التصريح به على أن ماشرطه عمر على الشام ونحوها لايجرى حكمه على كل مافتحه من البلاد مالم يعلم اشتراطه عليهم أيضا .

فصار الحاصل : أن عقد الذمة لا ينتقض بما ذكروه مالم يشترط انتقاضه به فإذا اشترط انتقض ، وإلا فلا إلا إذا أعلن بالشتم أو اعتاده لما قدمناه ، ولما يأتى عن المعروضات وغيرها ولما ذكره ط عن الشلبى عن حافظ الدين النسفى إذا طعن الذمى فى دين الإسلام طعنا ظاهرا جاز قتله لأن العهد معقود معه على أن لايطعن فإذا طعن ، فقد نكث عهده وخرج من الذمة اه لكن مقتضى هذا التعليل اشتراط عدم الطعن بمجرد عقد الذمة وهو خلاف كلامهم فتأمل .

[تنبيه] قيد الشافعية الشتم بمالايتدينون به(١) ونقله فى حاشية السيد أبى السعود عن الذخيرة بقوله : إذا ذكره بسوء يعتقده ويتدين به ، بأن قال إنه ليس برسول أو قتل اليهود بغير حق أو نسبه إلى الكذب فعند بعض الأئمة لاينتقض عهده أما إذا ذكره بما لايعتقده ولا يتدين به كما لو نسبه إلى الزنا أو طعن فى نسبه ينتقض اه (قوله المقارن له) أى لعهد الذمة (قوله فالطارئ) أى بالسب (قوله فلو من مسلم قبل) أى إن لم يتب لا مطلقا خلافا لما ذكره فى الدرر هنا والبزازية وغيرهما ، فإنه مذهب المالكية لامذهبنا كما سيأتى تحريره فافهم (قوله ويؤدب الذمى ويعاقب الخ) أطلقه فشمل تأديبه وعقابه بالقتل ، إذا اعتاده ، وأعلن به كما يأتى ، ويدل عليه ماقدمناه آنفا عن حافظ الدين النسفى ، وتقدم فى باب التعزير أنه يقتل المكابر بالظلم وقطاع الطريق والمكاس وجميع الظلمة وجميع الكبائر ، وأنه أفتى الناصحى بقتل كل مؤذ .

ورأيت فى كتاب الصارم المسلول لشيخ الإسلام ابن تيمية الحنبلى مانصه : وأما أبو حنيفة وأصحابه فقالوا : لاينتقض العهد بالسب ، ولايقتل الذمى بذلك لكن يعزر على إظهار ذلك كما يعزر على إظهار المنكرات التى ليس لهم فعلها من إظهار

---

(١) قلت : ومذهب الشافعية مافى المنهاج وشرحه لابن حجر ولوزنى بمسلمة أو أصابها بنكاح ، أودل أهل الحرب على عورة المسلمين أوفتن مسلما عن دينه ، أوطعن فى الإسلام أو القرآن أو ذكر جهرا الله ورسوله صلى الله عليه وسلم أو القرآن أونبيا بسوء مالايدينون به فالأصح أنه إن شرط انتقاض العهد به انتقض لمخالفة الشرط وإلا يشرط ذلك أو شك هل شرط أولا على الأوجه فلا ينتقض لأنها لاتخل بمقصود العقد وصحح فى أصل الروضة أن لا نقض مطلقا وضعف التهمى منه .

قال العيني : واختياري في السب أن يقتل اه وتبعه ابن الهمام .

قلت : وبه أفتى شيخنا الخير الرملي وهو قول الشافعي . ثم رأيت في معروضات المفتي أبي السعود ، أنه ورد أمر سلطاني بالعمل بقول أئمتنا القائلين بقتله إذا ظهر أنه معتاده وبه أفتى ثم أفتى في بكر اليهودي قال لبشر النصراني نبيكم عيسى ولد زنا بأنه يقتل .

أصواتهم بكتابهم ونحو ذلك وحكاه الطحاوي عن الثوري ، ومن أصولهم يعني الحنفية أن مالا قتل فيه عندهم مثل القتل بالمثقل والجماع في غير القبل إذا تكرر ، فللإمام أن يقتل فاعله ، وكذلك له أن يزيد على الحد المقدر إذا رأى المصلحة في ذلك ويحملون ماجاء عن النبي صلى الله عليه وسلم ، وأصحابه من القتل في مثل هذه الجرائم ، على أنه رأى المصلحة في ذلك ويسمونه القتل سياسة :

وكان حاصله : أن له أن يعزر بالقتل في الجرائم التي تعظمت بالتكرار ، وشرع القتل في جنسها ولهذا أفتى أكثرهم بقتل من أكثر من سب النبي صلى الله عليه وسلم ، من أهل الذمة وإن أسلم بعد أخذه وقالوا يقتل سياسة وهذا متوجه على أصولهم اه فقد أفاد أنه يجوز عندنا قتله إذا تكرر منه ذلك وأظهره وقوله وإن أسلم بعد أخذه لم أر من صرح به عندنا لكنه نقله عن مذهبنا وهو ثبت فيقبل (قوله قال العيني الخ) قال في البحر : لا أصل له في الرواية اه ورده الخير الرملي ، بأنه لايلزم من عدم النقض عدم القتل ، وقد صرحوا قاطبة بأنه يعزر على ذلك ، ويؤدب وهو يدل على جواز قتله زجرا لغيره إذ يجوز الترقي في التعزير إلى القتل ، إذا عظم موجبه ومذهب الشافعي كمذهبنا على الأصح قال ابن السبكي : لاينبغي أن يفهم من عدم الانتقاض أنه لايقتل . فإن ذلك لايلزم اه ، وليس في مذهبنا ماينفي قتله خصوصا إذا أظهر ماهو الغاية في التمرد ، وعدم الاكتراث والاستخفاف واستعلى على المسلمين على وجه صار متمردا عليهم اه ونقل المقدسي ماقاله العيني ، ثم قال وهو مما يميل إليه كل مسلم والمتون ، والشروح خلافه أقول ولنا أن نؤدب الذمي تعزيرا شديدا بحيث لو مات كان دمه هدرا اه :

قلت : لكن هذا إذا أعلن بالسب وكان مما لايعتقده كما علمته آنفا (قوله وتبعه ابن الهمام) حيث قال والذي عندي أن سبه عليه الصلاة والسلام أو نسبة مالا ينبغي إلى الله تعالى إن كان مما لايعتقدونه كنسبة الولد(١) إلى الله تعالى وتقدس عن ذلك إذا أظهره يقتل به ، وينتقض عهده ، وإن لم يظهره ولكن عثر عليه ، وهو يكتمه فلا وهذا لأنه الغاية في التمرد والاستخفاف بالإسلام والمسلمين ، فلا يكون جاريا على العقد الذي يدفع عنه القتل وهو أن يكون صاغرا ذليلا إلى أن قال : وهذا البحث منا يوجب أنه إذا استعلى على المسلمين على وجه صار متمردا عليهم يحل للإمام قتله أو يرجع إلى الذل والصغار اه قال في البحر : وهو بحث خالف فيه أهل المذهب اه وقال الخير الرملي إن مابحثه في النقض مسلم مخالفته للمذهب وأما مابحثه في القتل فلا اه أي لما علمته آنفا من جواز التعزير بالقتل ، ولما يأتي من جواز قتله إذا أعلن به (قوله وبه أفتى شيخنا) أي بالقتل لكن تعزيرا كما قدمناه عنه وينبغي تقييده بما إذا ظهر أنه معتاده كما قيده به في المعروضات أو بما إذا أعلن به كما يأتي بخلاف ما إذا اعثر عليه وهو يكتمه كما مر عن ابن الهمام (قوله وبه أفتى) أي أبو السعود مفتي الروم بل أفتى به أكثر الحنفية إذا أكثر السب ، كما قدمناه عن الصارم المسلول ، وهو معنى قوله : إذا ظهر أنه معتاده ، ومثله ما إذا أعلن به كما مر ، وهذا معنى قول ابن الهمام إذا أظهره يقتل به ، فلم يكن كلامه مخالفا للمذهب ، بل صرح به محرر المذهب الإمام محمد كما يأتي (قوله بأنه يقتل) لم يقيده بما إذا اعتاده كما قيد به أولا ، فظاهره أنه يقتل مطلقا وهو موافق لما أفتى به الخير الرملي ولما مر عن العيني

---

(١) قوله (كنسبة الولد) تمثيل للمنفي أن ما يعتقدونه اه منه .

لسبه للأنبياء عليهم الصلاة والسلام اهـ :

قلت : ويؤيده أن ابن كمال باشا فى أحاديثه الأربعينية فى الحديث الرابع والثلاثين : ياعائشة لاتكونى فاحشة مانصه : والحق أنه يقتل عندنا إذا أعلن بشتمه عليه الصلاة والسلام ، صرح به فى سير الذخيرة ، حيث قال : واستدل محمد لبيان قتل المرأة إذا أعلنت بشتم الرسول بما روى أن عمر بن عدى لما سمع عصماء بنت مروان تؤذى الرسول فقتلها ليلا مدحه صلى الله عليه وسلم على ذلك انتهى فليحفظ (ويؤخذ من مال بالغ تغلبى وتغلبية) لا من طفلهم إلا الخراج (ضعف زكاتنا) بأحكامها (مما تجب فيه الزكاة) المعهودة بيننا لأن الصلح وقع كذلك (و) يؤخذ (من مولاه) أى معتق التغلبى (فى الجزية والخراج كمولى القرشى) وحديث مولى القوم منهم مخصوص بالإجماع

والمقدسى ، لكن علمت تقييده بالإعلان ، أو بما فى الصارم المسلول من اشتراط التكرار (قوله لسبه للأنبياء) المراد الجنس وإلا فهو قد سب نبيا واحدا (قوله ويؤيده) أى يؤيد قتل الكافر الساب (قوله فى أحاديثه) الجار والمجرور خبر مقدم ، وما فى قوله مانصه نكرة موصوفة بمعنى شىء مبتدأ مؤخر ، والجملة من المبتدأ والخبر خبر إن ونصه مصدر بمعنى منصوصه مرفوع ، على أنه مبتدأ وقوله والحق الخ هذه الجملة إلى آخرها أريد بها لفظها فى محل رفع ، على أنها خبر نصه وجملة هذا المبتدأ أو خبره فى محل رفع على أنها صفة لما الواقعة مبتدأ وجملة ماوخبرها المقدم خبر أن فى قوله أن ابن كمال والمعنى : أن ابن كمال شىء منصوصه ، والحق الخ ثابت فى أحاديثه الأربعينية فافهم (قوله حيث قال الخ) بيانه أن هذا استدلال من الإمام محمد رحمه الله تعالى ، على جواز قتل المرأة إذا أعلنت بالشتم فهو مخصوص من عموم النهى عن قتل النساء ، من أهل الحرب كما ذكره فى السير الكبير فيدل على جواز قتل الذمى المنهى عن قتله بعقد الذمة ، إذا أعلن بالشتم أيضا ، واستدل لذلك فى شرح السير الكبير بعدة أحاديث منها : حديث أبى إسحق الهمدانى قال « جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال سمعت امرأة من يهود وهى تشتمك والله يارسول الله إنها لمحسنة إلى فقتلتها فأهدر النبى صلى الله عليه وسلم دمها » (قوله تغلبى وتغلبية) بكسر اللام على الأصل ومنهم من يفتحها مصباح نسبة إلى تغلب بن وائل بن ربيعة بوزن تضرب قوم تنصروا فى الجاهلية ، وسكنوا بقرب الروم امتنعوا عن أداء الجزية ، فصالحهم عمر على ضعف زكاتنا فهو وإن كان جزية فى المعنى إلا أنه لايراعى فيه شرائطها من وصف الصغار ، وتقبل من النائب بل شرائط الزكاة وأسبابها ولذا أخذت من المرأة لأهليتها لها بخلاف الصبى والمجنون ، فلا يؤخذ من مواشيهم وأموالهم كما فى النهر (قوله إلا الخراج) أى خراج الأرض فإنه يؤخذ من طفلهم والمجنون لأنه وظيفة الأرض وليس عبادة بحر (قوله ضعف زكاتنا) فيأخذ الساعى من غنمهم السائمة من كل أربعين شاة شاتين ، ومن كل مائة واحدى وعشرين أربع شياه وعلى هذا من الإبل والبقر نهر ولا شىء عليهم فى بقية أموالهم ورقيقهم كما فى الإتقانى يعنى إلا إذا مروا على العاشر فإنه يأخذ منهم ضعف مايأخذ من المسلمين ط عن الحموى (قوله كمولى القرشى) يعنى أن معتق التغلبى كمعتق القرشى فى أن كلا منهما لايتبع أصله ، حتى توضع الجزية والخراج عليهما وإن لم يوضعا على أصلهما تخفيفا والمعتق لا يلحق أصله فى التخفيف ولذا لو كان لمسلم مولى نصرانى ، وضعت عليه الجزية وتمامه فى الفتح (قوله وحديث الخ) جواب سؤال وهو أن ما علمتم به من أن المعتق لايلحق أصله فى التخفيف معارض للنص والجواب : أن الحديث المذكور غير مجرى على عمومه بالإجماع فإن مولى الهاشمى لايلحقه فى الكفاءة للهاشمية ولا فى الإمامة ، وإذا كان عاما مخصوصا يصح تخصيصه أيضا بما ذكرنا من العلة وتمامه فى الفتح ؟

(ومصرف الجزية والخراج ومال التغالى وهديتهم للإمام) وإنما يقبلها إذا وقع عندهم إن قتالنا للدين لاالدنيا جوهرة (وما أخذ منهم بلا حرب) ومنه تركة ذمى وما أخذه عاشر منهم ظهيرية (مصالحنا)خبر مصرف (كسد ثغور وبناء قنطرة وجسر وكفاية العلماء) والمتعامين تجنيس وبه يدخل طلبة العلم فتح (والقضاة والعمال) ككتبة قضاة وشهود قسمة ورقباء سواحل (ورزق المقاتلة وذراريهم) أى ذرارى من ذكر مسكين واعتمده فى البحر قائلا : وهل يعطون بعد موت آبائهم حالة الصغر ؟

مطلب فى مصارف بيت المال

(قوله ومصرف الجزية والخراج الخ) قيد بالخراج ، لأن العشر مصرفه مصرف الزكاة كما مر (قوله وإنما يقبلها الخ) ترك قيدا آخر ذكره فى الجوهرة وهو أن يكون المهدى لايطمع فى إيمانه او ردت هديته فلو طمع فى إيمانه بالرد لايقبل منه (قوله وما أخذ منهم بلا حرب) فيه أن ماقبله مأخوذ بلا حرب ، لكن فسره فى النهر بالمأخوذ صلحا على ترك القتال قبل نزول العسكر بساحتهم (قوله مصالحنا) نبه بذلك على أنه لايخمس ولا يقسم بين الغانمين نهر ، وهو جمع مصلحة بفتح الميم واللام مايعود نفعه إلى الإسلام ط عن القهستانى (قوله كسد ثغور) أى حفظ المواضع التى ليس وراءها إسلام ، وفيه إشعار بأنه يصرف إلى جماعة يحفظون الطريق فى دار الإسلام عن اللصوص قهستانى (قوله وبناء قنطرة وجسر) القنطرة مابنى على الماء للعبور ، والجسر بالفتح والكسر مايعبر به النهر وغيره مبنيا كان أو غيره كما فى المغرب ، ومثله بناء مسجد وحوض ، ورباط وكرى أنهار عظام غير مملوكة كالنيل وجيحون قهستانى ، وكذا النفقة على المساجد كما فى زكاة الخانية فيدخل فيه الصرف على إقامة شعائرها من وظائف الإمامة والأذان ونحوهما بحر (قوله وكفاية العلماء) هم أصحاب التفسير والحديث ، والظاهر أن المراد بهم من يعلم العلوم الشرعية ، فيشمل الصرف والنحو وغيرهما حموى عن البرجندى ط . وفى التعبير بالكفاية إشعار بأنه لايزاد عليها وسيأتى بيانه وكذا يشعر باشتراط فقرهم ، لكن فى حظر الخانية سئل على الرازى عن بيت المال هل للأغنياء فيه نصيب ، قال : لا إلا أن يكون عاملا أو قاضيا ، وليس للفقهاء فيه نصيب إلا فقيه فرغ نفسه لتعليم الناس الفقه أو القرآن اه قال فى البحر : أى بأن صرف غالب أوقاته فى العلم وليس مراد الرازى الاقتصار على العامل ، أو القاضى ، بل أشار بهما إلى كل من فرغ نفسه لعمل المسلمين فيدخل فيه المفتى والجندى ، فيستحقان الكفاية مع الغنى اه وذكر قبله عن الفتح أن طالب العلم قبل أن يتأهل عامل لنفسه لكن ايعمل بعده للمسلمين (قوله والعمال) من عطف العام على الخاص لما فى القهستانى أنه بالضم والتشديد جمع عامل ، وهو الذى يتولى أمور رجل فى ماله وعمله كما قال ابن الأثير ، فيدخل فيه المذكر والواعظ بحق وعلم كما فى المنية ، وكذا الوالى وطالب العلم والمحتسب ، والقاضى ، والمفتى والمعلم بلا أجر كما فى المضمرات (قوله وشهود قسمة) بالسين المهملة أى الذين يشهدون بالقسمة بين الورثة ، والشركاء واستيفاء حقوقهم ، وفى نسخة : وشهود قيمة بالياء المثناة التحتية أى الذين يشهدون على التقويم عند الاختلاف فى القيمة ط (قوله ورقباء سواحل) جمع رقيب من رقبته أرقبه من باب قتل : أى حفظته والسواحل جمع ساحل ، وهو شاطىء البحر مصباح فالمراد الذين يحفظون السواحل ، وهم المرابطون فى الثغور أو أعم فافهم (قوله ورزق المقاتلة) الرزق بالكسر اسم من الرزق بالفتح ماينتفع به قاموس ، وقال الراغب : الرزق يقال للعطاء الجارى دينيا كان أو دنيويا وللنصيب ولمايصل إلى الجوف ويتغذى به قهستانى ط (قوله أى ذرارى من ذكر الخ) لأن العلة تعم الكل كما صرح به القهستانى ومنلا مسكين وغيرهما ، وعبارة الهداية والكافى توهم تخصيصهم بالمقاتلة ، وبه صرح شارح

لم أره ، وإلى هنا تمت مصارف بيت المال ثلاثة ،

المجمع قال في الشرنبلالية قال فى البحر : وليس كذلك وتبعه فى المنح درمنتقى ، وفسر الذرارى فى شرح درر البحار بالزوجة والأولاد :

مطلب من له استحقاق فى بيت المال يعطى ولده بعده

(قوله لم أره) نقل الشيخ عيسى السفطى فى رسالته مانصه قال أبو يوسف فى كتاب الخراج : إن من كان مستحقا فى بيت المال ، وفرض له استحقاقه فيه فإنه يفرض لذريته أيضا تبعا له، ولايسقط بموته وقال صاحب الحاوى الفتوى : على أنه يفرض لذرارى العلماء ، والفقهاء والمقاتلة ، ومن كان مستحقا فى بيت المال لايسقط مافرض لذراريهم بموتهم اه ط .

قلت : لكن قول المتون الآتى : ومن مات فى نصف الحول حرم من العطاء ينافى ذلك إلا أن يجاب بأن مايجرى على الذرارى عطاء مستقل خاص بالذرارى لاعطاء الميت بطريق الإرث بين جميع الورثة تأمل ، لكن مامر عن الحاوى لم أره فى الحاوى القدسى ، ولافى الحاوى الزاهدى، وراجعت مواضع كثيرة من كتاب الخراج فلم أره فيه والله أعلم . نعم قال الحموى فى رسالته : وقد ذكر علماؤنا أنه يفرض لأولادهم تبعا ولا يسقط بموت الأصل ترغيبا اه وذكر العلامة المقدسى : أن إعطاءهم بالأولى لشدة احتياجهم ، سيما إذا كانوا يجتهدون فى سلوك طريق آبائهم اه .

مطلب من له وظيفة توجه لولده من بعده

ونقل العلامة البيرى عن الخزانة عن مبسوط فخر الإسلام : إذا مات من له وظيفة فى بيت المال لحق الشرع وإعزاز الإسلام كأجر الإمامة والتأذين ، وغير ذلك مما فيه صلاح الإسلام والمسلمين وللميت أبناء يراعون ويقيمون حق الشرع وإعزاز الإسلام ، كما يراعى ويقيم الأب فللإمام أن يعطى وظيفة الأب لأبناء الميت لا لغيرهم لحصول مقصود الشرع ، وانجبار كسر قلوبهم اه .

مطلب تحقيق مهم فى توجيه الوظائف للابن

قال البيرى أقول : هذا مؤيد لما هو عرف الحرمين الشريفين ومصر والروم من غير نكير من إبقاء أبناء الميت ولو كانوا صغارا على وظائف آبائهم مطلقا من إمامة وخطابة ، وغير ذلك عرفا مرضيا لأن فيه إحياء خلف العلماء ومساعدتهم على بذل الجهد فى الاشتغال بالعلم ، وقد أفتى بجواز ذلك طائفة من أكابر الفضلاء الذين يعول على إفتائهم اه .

قلت : ومقتضاه تخصيص ذلك بالذكور دون الإناث ، وأنت خبير بأن الحكم يدور مع علته ، فإن العلة هى إحياء خلف العلما ومساعدتهم ، على تحصيل العلم ، فإذا اتبع الابن طريقة والده فى الاشتغال فى العلم ، فذلك ظاهر ، أما إذا أهمل ذلك واشتغل باللهو واللعب أو فى أمور الدنيا جاهلا غافلا معطلا للوظائف المذكورة، أو ينيب غيره من أهل العلم بشئ قليل ، ويصرف باقى ذلك فى شهواته ، فإنه لايحل لما فيه من أخذ وظائف العلماء، وتركهم بلا شئ يستعينون به على العلم كما هو الواقع فى زماننا ، فإن عامة أوقاف المدارس والمساجد والوظائف فى أيدى جهلة أكثرهم لايعلمون شيئا من فرائض دينهم ، ويأكلون ذلك بلا مباشرة ولا إنابة بسبب تمسكهم بأن خبز الأب

فهذا مصرف جزية وخراج ومصرف زكاة وعشر مر فى الزكاة ، ومصرف خمس وركاز مر فى السير وبقى رابع وهو لقطة وتركة بلا وارث ، ودية مقتول بلا ولى ، ومصرفها لقيط فقير وفقير بلا ولى وعلى الإمام أن يجعل لكل نوع بيتا يخصه وله أن يستقرض من أحدها ليصرفه للآخر ويعطى بقدر الحاجة والفقه والفضل فإن قصر كان الله عليه حسيبا زيلعى . وفى الحاوى : المراد بالحافظ فى حديث « لحافظ القرآن مائتا دينار »

لابنه ، فيتوارثون الوظائف أبا عن جد كلهم جهلة كالأنعام ويكبرون بذلك فراهم وعمائمهم . ويتصدرون فى البلدة حتى أدى ذلك إلى اندراس المدارس والمساجد ، وأكثرها صار بيوتا باعوها أو بساتين استغلوها . فمن أراد أن يطلب العلم لا يجد له مأوى يسكنه ولا شيئا يأكله فيضطر إلى أن يترك العلم . ويكتسب ووقع فى زماننا أن رجلا من أكابر دمشق مات عن ولد أجهل منه لا يقرأ ولا يكتب فوجهت من وظائفه تولية مسجد ومدرسة على رجلين من أعلم علماء دمشق فذهب ولده وعزلهما عن ذلك بالرشوة . وفى أواخر الفن الثالث من الأشباه إذا ولى السلطان مدرسا ليس بأهل لم تصح توليته وفى البزازية السلطان إذا أعطى غير المستحق فقد ظلم مرتين بمنع المستحق وإعطاء غيره اه فنى توجيه هذه الوظائف لأبناء هؤلاء الجهلة ضياع العلم ، والدين ، وإعانتهم على إضرار المسلمين ، فيجب على ولاة الأمور توجيهها على أهلها ونزعها من أيدى غير الأهل ، وإذا مات أحد من أهلها توجه على ولده فإن لم يخرج على طريقة والده يعزل عنها وتوجه للأهل إذ لا شك أن غرض الواقف إحياء ما أوقفه من ذلك ، فكل ما كان فيه تضييعه فهو مخالف لغرض الشرع والواقف هذا هو الحق الذى لا محيد عنه ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم (قوله فهذا) أى ما ذكر من المصالح وقوله مصرف جزية . وخراج أى ونحوهما مما ذكر معهما (قوله مر فى الزكاة) أى فى باب المصرف (قوله مر فى السير) أى فى فصل كيفية القسمة (قوله وبقى رابع) تقدم هذا مع الثلاثة التى قبله نظما لابن الشحنة فى آخر باب العشر من كتاب الزكاة وقدمنا الكلام عليها (قوله وفقير بلا ولى) أى ليس له من تجب نفقته عليه قال فى البحر : يعطون منه نفقتهم وأدويتهم ويكفن به موتاهم ويعقل به جنايتهم اه .

[تنبيه] قال فى الأحكام : العلماء يستحقون من النوع الأول بالعمل مع الغنى ، ومن النوع الثانى بصفة الفقر ونحوها ، ومن النوع الثالث بأحد صفات مستحقيه ، ومن النوع الرابع بصفة المرض ، ونحوه ومن خص استحقاقهم بالأول نظر إلى محض صفة العلم اه (قوله بيتا يخصه) فلا يخلط بعضه ببعض ، لأن لكل نوع حكما يختص به زيلعى (قوله ليصرفه للآخر) أى لأهله قال الزيلعى : ثم إذا حصل من ذلك النوع شئ رد فى المستقرض منه إلا أن يكون المصروف من الصدقات ، أو من خمس الغنيمة على أهل الخراج وهم فقراء ، فإنه لا يرد فيه شيئا لأنهم مستحقون للصدقات بالفقر وكذا فى غيره إذا صرفه إلى المستحق اه (قوله ويعطى بقدر الحاجة الخ) الذى فى الزيلعى هكذا ، ويجب على الإمام أن يتقى الله تعالى ويصرف إلى كل مستحق قدر حاجته من غير زيادة فإن قصر فى ذلك كان الله تعالى عليه حسيبا اه ، وفى البحر عن القنية : كان أبو بكر رضى الله تعالى عنه يسوى فى العطاء من بيت المال ، وكان عمر رضى الله تعالى عنه يعطيهم على قدر الحاجة والفقه والفضل ، والأخذ بهذا فى زماننا أحسن فتعتبر الأمور الثلاثة اه أى فله أن يعطى الأحوج أكثر من غير الأحوج ، وكذا الأفقه والأفضل أكثر من غيرهما ، وظاهره أنه لا تراعى الحاجة فى الأفقه والأفضل ، وإلا فلا فائدة فى ذكرهما ، ويؤيده أن عمر رضى الله تعالى عنه كان يعطى من كان له زيادة فضيلة ، من علم ، أو نسب أو نحو ذلك أكثر من غيره ، وفى البحر أيضا عن المحيط والرأى إلى الإمام من تفضيل وتسوية من غير أن يميل فى ذلك إلى هوى ، وفيه عن القنية وللإمام الخيار فى المنع والإعطاء فى الحكم اه .

هو المفتى اليوم) ولا شيء لذمى فى بيت المال إلا أن يهلك لضعفه فيعطيه مايسد جوعته (ومن مات) ممن ذكر (فى نصف الحول حرم من العطاء) لأنه صلة فلا تملك إلا بالقبض ، وأهل العطاء فى زماننا القاضى والمفتى والمدرس صدر شريعة (ولو) مات (فى آخره) أو بعد تمامه كما صححه أخي زاده (يستحب الصرف إلى قريبه) لأنه أوفى تعبه فيندب الوفاء له ومن تعجله ثم مات أو عزل قبل الحول يجب رد مابقى وقيل لا كالنفقة المعجلة زيلعى (والمؤذن والإمام إذا كان لهما وقف ولم يستوفيا حتى ماتا فإنه يسقط) لأنه كالصلة (وكذلك القاضى وقيل لا) يسقط لأنه كالأجرة

قلت : ومثله فى كتاب الخراج لأبى يوسف الذى خاطب به هارون الرشيد حيث قال : فأما الزيادة على أرزاق القضاة والعمال والولاة والنقصان مما يجرى عليهم ، فذلك إليك من رأيت أن تزيده من الولاة والقضاة فى رزقهم فزدهم ومن رأيت أن تحط رزقه حططت (قوله هو المفتى اليوم) لأنهم كانوا يحفظون القرآن ويعلمون أحكامه ط (قوله ممن ذكر) أى ممن يقوم بمصالح المسلمين ، كالقضاة والغزاة ، ونحوهم زيلعى (قوله فى نصف الحول) المراد به ماقبل آخره بقرينة قوله واو فى آخره ط (قوله حرم من العطاء) هو مايثبت فى الديوان باسم كل ممن ذكرنا ، من المقاتلة وغيرهم ، وهو كالجامكية فى عرفنا إلا أنها شهرية ، والعطاء سنوى فتح (قوله لأنه صلة) ولذا سمى عطاء فلا يملك قبل القبض فلا يورث ويسقط بالموت فتح (قوله فى زماننا) قال فى العناية وفى الابتداء كان يعطى كل من كان له ضرب مزية فى الإسلام كأزواج النبى صلى الله عليه وسلم ، وأولاده المهاجرين والأنصار (قوله القاضى والمفتى والمدرس) عبارة البحر مثل القاضى ، والمفتى والمدرس : وهى أولى لشمولها نحو المقاتلة اه ح .

قلت : وهى عبارة الهداية أيضا (قوله أو بعد تمامه) هذا مفهوم بالأولى لأنه إذا استحب الصرف إلى القريب قبل التمام فبعده أولى (قوله فيندب الوفاء له) قال فى الفتح : والوجه يقتضى الوجوب ، لأن حقه تأكد باتمام عمله فى السنة ، كما قلنا إنه يورث سهم الغازى بعد الإحراز بدار الإسلام لتأكد الحق حينئذ ، وإن لم يثبت له ملك وقول فخر الإسلام فى شرح الجامع الصغير ، وإنما خص نصف السنة لأن عند آخرها يستحب أن يصرف ذلك إلى ورثته ، فأما قبل ذلك فلا إلا على قدر عنائه يقتضى أن يعطى حصته من العام اه (قوله قيل يجب الخ) عبارة الزيلعى قيل يجب رد مابقى من السنة ، وقيل على قياس قول محمد فى نفقة الزوجة يرجع ، وعندهما لايرجع هو يعتبره بالإنفاق على امرأة ليتزوجها وهما يعتبرانه بالهبة اه ونقل فى الشرنبلالية تصحيح وجوب الرد عن الهداية والكافى ولكنى لم أره فيهما فى هذا الموضع فليراجع .

مطلب فيما إذا مات المؤذن أو الإمام قبل أخذ وظيفتهما

(قوله فإنه يسقط الخ) حاصله : أن مايأخذه الإمام والمؤذن من الوقف بمنزلة مايأخذه القاضى ونحوه من بيت المال نظرا إلى أنه فى معنى الصلة لاتملك إلا بالقبض كما مر (قوله وقيل لايسقط الخ) أى مايأخذه الإمام والمؤذن قال فى الشرنبلالية جزم فى البغية تلخيص القنية بأنه يورث بخلاف رزق القاضى كما فى الأشباه والنظائر اه ؟

قلت : ووجهه ماأشار إليه الشارح تبعا للدرر بقوله لأنه كالأجرة أى فيه معنى الأجرة ومعنى الصلة ، فليس أجرة من كل وجه ، لكن وجه الأجرة فيه أرجح لجواز أخذ الأجرة على الأذان والإمامة والتعليم كما أفتى به

وهذا ثابت فى نسخ الشرح ساقط من نسخ المتن هنا وتمامه فى الدرر وقد لخصناه فى الوقف .

باب المرتد

هو لغة الراجع مطلقا وشرعا (الراجع عن دين الإسلام وركنها إجراء كلمة الكفر على اللسان بعد الإيمان) وهو تصديق محمد صلى الله عليه وسلم فى جميع ماجاء به عن الله تعالى مما علم مجيئه ضرورة ، وهل هو فقط أو هو مع الإقرار ؟ قولان وأكثر الحنفية على الثانى والمحققون على الأول والإقرار شرط

المتأخرون بخلاف القضاء وغيره من الطاعات ، فإنه لايجوز أصلا ولعل وجه القول الأول ترجيح معنى الصلة فى الكل بناء على أصل المذهب من عدم جواز الأجرة على شيء من الطاعات ، لكن الفتوى على قول المتأخرين فلذا جزم فى البغية بالقول الثانى ، وفرق بين الإمام والقاضى كما قدمناه قبيل فصل فى كيفية القسمة . وقدمنا هناك عن الطرسوسى وغيره أن المدرس ونحوه إذا مات فى أثناء السنة ، يعطى بقدر ماباشر فقط بخلاف الوقف على الأولاد والذرية ، فإن المعتبر فيهم ظهور الغلة فمن مات بعد ظهورها استحق لافباه ، وقدمنا هناك أيضا عن المفتى أبى السعود مثل ذلك ، وأن المدرس الثانى يستحق الوظيفة من وقت توجيه السلطان (قوله وهذا) أى قوله والمؤذن الخ ، وقد نقله فى الدرر عن فوائد صاحب المحيط (قوله وتمامه فى الدرر) قال فيها وفى فوائد صدر الإسلام طاهر بن محمود قرية فيها أراضى الوقف على إمام المسجد يصرف إليه غلتها وقت الإدراك فأخذ الإمام الغلة وقت الإدراك ، وذهب عن تلك القرية لايسترد منه حصة مابقى من السنة وهو نظير موت القاضى ، وأخذ الرزق ويحل للإمام أكل مابقى من السنة إن كان فقيرا وكذلك الحكم فى طلبة العلم فى المدارس والله سبحانه أعلم .

باب المرتد

شروع فى بيان أحكام الكفر الطارئ بعد بيان الأصلى أى الذى لم يسبقه إيمان (قوله وركنها إجراء كلمة الكفر على اللسان) هذا بالنسبة إلى الظاهر الذى يحكم به الحاكم ، وإلا فقد تكون بدونه كما لو عرض له اعتقاد باطل أو نوى أن يكفر بعد حين أفاده ط (قوله بعد الإيمان) خرج به الكافر إذا تلفظ بمكفر ، فلا يعطى حكم المرتد ط نعم قد يقتل الكافر ، ولو امرأة إذا أعلن بشتمه صلى الله عليه وسلم كما مر فى الفصل السابق (قوله هو تصديق الخ) معنى التصديق قبول القلب ، وإذعانه لما علم بالضرورة أنه من دين محمد صلى الله عليه وسلم بحيث تعلمه العامة من غير افتقار إلى نظر واستدلال كالوحدانية والنبوة والبعث والجزاء ، ووجوب الصلاة والزكاة وحرمة الخمر ونحوها اهـ ح عن شرح المسايرة (قوله وهل هو فقط) أى وهل الإيمان التصديق فقط ، وهو المختار عند جمهور الأشاعرة وبه قال الماتريدى ح عن شرح المسايرة (قوله أو هو مع الإقرار) قال فى المسايرة : وهو منقول عن أبى حنيفة ، ومشهور عن أصحابه وبعض المحققين من الأشاعرة وقال الخوارج : هو التصديق مع الطاعة ، ولذا كفروا بالذنب لانتفاء جزء الماهية وقال الكرامية : هو التصديق باللسان فقط فإن طابق تصديق القلب ، فهو مؤمن ناج وإلا فهو مؤمن مخلد فى النار اهـ ح .

قلت : وقد حقق فى المسايرة أنه لابد فى حقيقة الإيمان من عدم مايدل على الاستخفاف من قول أو فعل ويأتى بيانه (قوله والإقرار شرط) هو من تتمة القول الأول ح أما على القول الثانى ، فهو شطر لأنه جزء من ماهية الإيمان ، فلا يكون بدونه مؤمنا لاعند الله تعالى ، ولا فى أحكام الدنيا لكن بشرط أن يدرك زمنا يمكن

لإجراء الأحكام الدنيوية بعد الاتفاق على أنه يعتقد متى طولب به أتى به فإن طولب به فلم يقر فهو كفر عناد قاله المصنف وفى الفتح من هزل بلفظ كفر ارتد وإن لم يعتقده للاستخفاف فهو ككفر العناد :

(قوله لإجراء الأحكام الدنيوية) فيه من الإقرار ، وإلا فيكفيه التصديق اتفاقا كما ذكره التفتازانى فى شرح العقائد أى من الصلاة عليه ، وخلفه والدفن فى مقابر المسلمين والمطالبة بالعشور ، والزكوات ونحو ذلك ولا يخفى أن الإقرار لهذا الغرض لابد أن يكون على وجه الإعلان ، والإظهار على الإمام وغيره من أهل الإسلام ، بخلاف ما إذا كان لإتمام الإيمان فإنه يكفى مجرد التكلم ، وإن لم يظهر على غيره كذا فى شرح المقاصد.(قوله بعد الاتفاق) أى بعد اتفاق القائلين بعدم اعتبار الإقرار قال فى شرح المسايرة : واتفق القائلون بعدم اعتبار الإقرار ، على أنه يلزم المصدق أنه يعتقد أنه متى طولب به أتى به ، فإن طولب به فلم يقر به فهو أى كفه عن الإقرار كفر عناد ؛ وهذا ماقالوا إن ترك العناد شرط وفسروه به أى فسروا ترك العناد بأن يعتقد أنه متى طولب بالإقرار أتى به اه بق مالو لم يعتقد ذلك بأن كان خالى الذهن ، أو اعتقد أنه متى طولب به لايأتى به لكنه عند ماطولب به أتى به فهل يكفى نظرا لحصول المقصود أولا يكفى نظرا لاشتراطهم الاعتقاد السابق فليحرر اه ح .

أقول : الظاهر أن المراد بالاشتراط المذكور نفى اعتقاد عدمه أى لايعتقد أنه متى طولب به لايقر ، وفى شرح المقاصد وشرح التحرير مايفيده ونصه : ثم الخلاف فيما إذا كان قادرا ، وترك التكلم لاعلى وجه الإباء إذ العاجز كالأخرس مؤمن اتفاقا والمصر على عدم الإقرار مع المطالبة به كافر وفاقا لكون ذلك من أمارات عدم التصديق ، ولهذا أطبقوا على كفر أبى طالب اه فظهر أن خالى الذهن لو أتى به عند المطالبة مؤمن لعدم الإصرار على عدم الإقرار ، ومن اعتقد عدم الإتيان به عندها ليس مؤمنا فلو أتى به عندها كان ذلك إيمانا مستأنفا هذا ماظهر لى (قوله من هزل بلفظ كفر) أى تكلم به باختياره غير قاصد معناه ، وهذا لاينافى مامر من أن الإيمان هو التصديق فقط أو مع الإقرار لأن التصديق ، وإن كان موجودا حقيقة لكنه زائل حكما لأن الشارع جعل بعض المعاصى أمارة على عدم وجوده كالهزل المذكور ، وكما لو سجد لصنم أو وضع مصحفا فى قاذورة فإنه يكفر ، وإن كان مصدقا لأن ذلك فى حكم التكذيب ، كما أفاده فى شرح العقائد ، وأشار إلى ذلك بقوله للاستخفاف ، فإن فعل ذلك استخفاف واستهانة بالدين فهو أمارة عدم التصديق ولذا قال فى المسايرة : وبالجملة فقد ضم إلى التصديق بالقلب ، أو بالقلب واللسان فى تحقيق الإيمان أمور الإخلال بها إخلال بالإيمان إتفاقا ، كترك السجود لصنم ، وقتل نبى والاستخفاف به ، وبالمصحف والكعبة . وكذا مخالفة أو إنكار ما أجمع عليه بعد العلم به لأن ذلك دليل على أن التصديق مفقود ، ثم حقق أن عدم الإخلال بهذه الأمور أحد أجزاء مفهوم الإيمان فهو حينئذ التصديق والإقرار وعدم الإخلال بما ذكر بدليل أن بعض هذه الأمور ، تكون مع تحقق التصديق والإقرار . ثم قال ولاعتبار التعظيم المنافى للاستخفاف كفر الحنفية بألفاظ كثيرة ، وأفعال تصدر من المنتهكين لدلالتها على الاستخفاف بالدين كالصلاة بلا وضوء عمدا بل بالمواظبة على ترك سنة استخفافا بها بسبب أنه فعلها النبى صلى الله عليه وسلم زيادة أو استقباحها كمن استقبح من آخر جعل بعض العمامة تحت حلقه أو إحفاء شاربه اه .

قلت : ويظهر من هذا أن ما كان دليل الاستخفاف يكفر به ، وإن لم يقصد الاستخفاف ، لأنه لو توقف على قصده لما احتاج إلى زيادة عدم الإخلال بما مر ، لأن قصد الاستخفاف مناف للتصديق (قوله فهو ككفر العناد) أى ككفر من صدق بقلبه وامتنع عن الإقرار بالشهادتين عنادا ومخالفة فإنه أمارة عدم التصديق وإن قلنا

والكفر لغة : الستر . وشرعا : تكذيبه صلى الله عليه وسلم في شيء مما جاء به من الدين ضرورة وألفاظه تعرف في الفتاوى ، بل أفردت بالتآليف مع أنه لايفتى بالكفر بشيء منها إلا فيما اتفق المشايخ عليه كما سيجيء. قال في البحر : وقد ألزمت نفسي أن لاأفتي بشيء منها .

إن الإقرار ليس ركنا (قوله والكفر لغة الستر) ومنه سمي الفلاح كافرا لأنه يستر البذر في الأرض ومنه كفر النعمة وهو موجود في المعنى الشرعي لأنه ستر ماوجب إظهاره (قوله تكذيبه صلى الله عليه وسلم الخ) المراد بالتكذيب عدم التصديق الذي مر أي عدم الإذعان والقبول ، لما علم مجيئه به صلى الله عليه وسلم ضرورة ، أي علما ضروريا لايتوقف على نظر واستدلال ، وليس المراد التصريح بأنه كاذب في كذا ، لأن مجرد نسبة الكذب إليه صلى الله عليه وسلم كفر وظاهر كلامه تخصيص الكفر بجحد الضروري فقط ، مع أن الشرط عندنا ثبوته على وجه القطع وإن لم يكن ضروريا ، بل قد يكون استخفافا من قول أوفعل كامر ، ولذا ذكر في المسايرة أن ماينفي الاستسلام أو يوجب التكذيب ، فهو كفر فما ينفي الاستسلام كل ماقدمناه عن الحنفية أي ممايدل على الاستخفاف ، وماذكر قبله من قتل نبي إذ الاستخفاف فيه أظهر ومايوجب التكذيب جحد كل ماثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم ادعاؤه ضرورة ، وأما مالم يبلغ حد الضرورة كاستحقاق بنت الابن السدس مع البنت بإجماع المسلمين ، فظاهر كلام الحنفية الإكفار بجحده فإنهم لم يشرطوا سوى القطع في الثبوت ويجب حمله على ما إذ علم المنكر ثبوته قطعا ، لأن مناط التكفير ، وهو التكذيب أو الاستخفاف عند ذلك يكون أما إذا لم يعلم فلا إلا أن يذكر له أهل العلم ذلك فيلج اه

مطلب في منكر الإجماع

وهذا موافق لما قدمناه عنه من أنه يكفر بإنكار ما أجمع عليه بعد العلم به ، ومثله مافي نور العين عن شرح العمدة أطلق بعضهم ، أن مخالف الإجماع يكفر والحق أن المسائل الإجماعية تارة يصحبها التواتر عن صاحب الشرع كوجوب الخمس ، وقد لايصحبها فالأول يكفر جاحده لمخالفته التواتر لالمخالفته الإجماع اه ثم نقل في نور العين عن رسالة الفاضل الشهير حسام جلبي من عظماء علماء السلطان سليم بن بايزيدخان مانصه إذا لم تكن الآية أوالخبر المتواتر قطعي الدلالة أو لم يكن الخبر متواترا ، أو كان قطعيا لكن فيه شبهة أولم يكن الإجماع إجماع الجميع أوكان ولم يكن إجماع الصحابة أو كان ولم يكن إجماع جميع الصحابة أوكان إجماع جميع الصحابة ولم يكن قطعيا بأن لم يثبت بطريق التواتر أو كان قطعيا لكن كان إجماعا سكوتيا ففي كل من هذه الصور لايكون الجحود كفرا يظهر ذلك لمن نظر في كتب الأصول فاحفظ هذا الأصل فإنه ينفعك في استخراج فروعه حتى تعرف منه صحة ماقيل ، إنه يلزم الكفر في موضع كذا ، ولا يلزم في موضع آخر اه .

[تنبيه] في البحر والأصل أن من اعتقد الحرام حلالا فإن كان حراما لغيره كمال الغير لايكفر وإن كان لعينه فإن كان دليله قطعيا كفر ، وإلا فلا وقيل التفصيل في العالم أما الجاهل فلا يفرق بين الحرام لعينه ولغيره وإنما الفرق في حقه أن ما كان قطعيا كفر به وإلا فلا فيكفر إذا قال الخمر ليس بحرام وتمامه فيه (قوله بل أفردت بالتآليف) من أحسن ماألف فيها ماذكره في آخر نور العين ، وهو تأليف مستقل ومن ذلك كتاب الإعلام في قواطع الإسلام ، لابن حجر المكي ذكر فيه المكفرات عند الحنفية والشافعية وحقق فيه المقام ، وقد ذكر في البحر جملة من المكفرات .

مطلب مايشك في أنه ردة لايحكم بها

(قوله قال في البحر الخ) سبب ذلك ماذكره قبله بقوله وفي جامع الفصولين ، روى الطحاوي عن أصحابنا

(وشرائط صحتها العقل) والصحو (والطوع) فلا تصح ردة مجنون ، ومعتوه وموسوس ، وصبي لا يعقل وسكران ومكره عليها ، وأما البلوغ والذكورة فليسا بشرط بدائع . وفى الأشباه لاتصح ردة السكران إلا الردة بسب النبي صلى الله عليه وسلم

لايخرج الرجل من الإيمان إلاجحود ما أدخله فيه ثم ماتيقن أنه ردة يحكم بها ومايشك أنه ردة لايحكم بها إذ الإسلام الثابت لايزول بالشك مع أن الإسلام يعلو وينبغى للعالم إذا رفع إليه هذا أن لايبادر بتكفير أهل الإسلام مع أنه يقضى بصحة إسلام المكره .

أقول : قدمت هذا ليصير ميزانا فيما نقلته فى هذا الفصل من المسائل ، فإنه قد ذكر فى بعضها إنه كفر مع أنه لايكفر على قياس هذه المقدمة فليتأمل اه مافى جامع الفصولين . وفى الفتاوى الصغرى : الكفر شئ عظيم فلا أجعل المؤمن كافرا متى وجدت رواية أنه لايكفر اه وفى الخلاصة وغيرها : إذا كان فى المسألة وجوه توجب التكفير ووجه واحد يمنعه فعلى المفتى أن يميل إلى الوجه الذى يمنع التكفير تحسينا للظن بالمسلم زاد فى البزازية إلا إذا صرح بإرادة موجب الكفر فلا ينفعه التأويل ح وفى التتارخانية : لايكفر بالمحتمل ، لأن الكفر نهاية فى العقوبة فيستدعى نهاية فى الجناية ومع الاحتمال لانهاية اه والذى تحرر أنه لايفتى بكفر مسلم أمكن حمل كلامه على محمل حسن أو كان فى كفره اختلاف ولو رواية ضعيفة فعلى هذا فأكثر ألفاظ التكفير المذكورة لايفتى بالتكفير فيها ولقد ألزمت نفسى أن لا أفتى بشئ منها اه كلام البحر باختصار (قوله والطوع) أى الاختيار احترازا عن الإكراه ودخل فيه الهازل كما مر لأنه يعد مستخفا لتعمده التلفظ به ، وإن لم يقصد معناه وفى البحر عن الجامع الأصغر : إذا أطلق الرجل كلمة الكفر عمدا ، لكنه لم يعتقد الكفر قال بعض أصحابنا : لايكفر لأن الكفر يتعلق بالضمير ولم يعقد الضمير على الكفر ، وقال بعضهم : يكفر وهو الصحيح عندى لأنه استخف بدينه اه :

ثم قال فى البحر والحاصل : أن من تكلم بكلمة الكفر هازلا أو لاعبا كفر عند الكل ولا اعتبار باعتقاده كما صرح به فى الخانية ومن تكلم بها مخطئا أو مكرها لايكفر عند الكل ، ومن تكلم بها عامدا عالما كفر عند الكل ومن تكلم بها اختيارا جاهلا بأنها كفر ففيه اختلاف اه (قوله ومعتوه) عزاه فى النهر إلى السراج ، وهو الناقص العقل وقيل المدهوش من غير جنون كذا فى المغرب ، وفى أحكامات الأشباه أن حكمه حكم الصبى العاقل فتصح العبادات منه ولا تجب ، وقيل : هو كالمجنون وقيل كالبالغ العاقل اه .

قلت : والأول هو الذى صرح به الأصوليون ومقتضاه أن تصح ردته لكنه لايقتل كما هو حكم الصبى العاقل تأمل . ثم رأيت فى الخانية قال : وأما ردة المعتوه فلم تذكر فى الكتب المعروفة قال مشايخنا هو فى حكم الردة بمنزلة الصبى اه (قوله وموسوس) بالكسر ولايقال بالفتح ولكن موسوس له أو إليه أى تلقى إليه الوسوسة ، وقال الليث : الوسوسة حديث النفس . وإنما قيل موسوس لأنه يحدث بما فى ضميره وعن الليث لايجوز طلاق الموسوس قال : يعنى المغلوب فى عقله . وعن الحاكم هو المصاب فى عقله إذا تكلم يتكلم بغير نظام كذا فى المغرب (قوله وصبى لايعقل) قدر عقله فى فتاوى قارئ الهداية بأن يبلغ سبع سنين نهر وسيأتى آخر الباب (قوله وسكران) أى ولو من محرم لما فى أحكامات الأشباه أن السكران من محرم كالصاحى إلا فى ثلاث : الردة ، والإقرار بالحدود الخالصة ، والإشهاد على شهادة نفسه الخ (قوله ومكره عليها) أى على الردة والمراد الإكراه بملجئ من قتل أو قطع عضو أو ضرب مبرح فإنه يرخص له أن يظهر ما أمر به على لسانه وقلبه مطمئن بالإيمان ولا تبين زوجته استحسانا كما سيجئ فى بابه (قوله فليسا بشرط) هذا فى الذكورة بالاتفاق وأما فى البلوغ فعندهما خلافا لأبى يوسف كما يأتى

فإنه يقتل ولا يعفى عنه (من ارتد عرض) الحاكم (عليه الإسلام استحبابا) على المذهب لبلوغه الدعوة (وتكشف شبهته) بيان لثمرة العرض (ويحبس) وجوبا وقيل ندبا (ثلاثة أيام) يعرض عليه الإسلام فى كل يوم منها خانية (إن استمهل) أى طلب المهلة وإلا قتله من ساعته إلا إذا رجى إسلامه بدائع ؛ وكذا لو ارتد ثانيا لكنه يضرب ، وفي الثالثة يحبس أيضا حتى تظهر عليه التوبة ، فإن عاد فكذلك تتارخانية .

قلت : لكن نقل فى الزواهر عن آخر حدود الخانية

آخر الباب ح (قوله فإنه يقتل ولا يعفى عنه) قيده فى البحر بما إذا كان سكره بسبب محظور باشره مختارا بلا إكراه وإلا فهو كالمجنون اهـ ح .

قلت : وما جزم به الشارح من أنه لايعفى عنه أى إن تاب سيأتى مايخالفه (قوله من ارتد) أى عن الإسلام فلو أن اليهودى تنصر أو تمجس أو النصرانى تهود أو تمجس لم يجبر على العود لما كان عليه ، لأن الكفر كله ملة واحدة كما فى البرجندى وغيره در منتقى وسيذكره المصنف (قوله الحاكم) أى الإمام أو القاضى بحر (قوله لبلوغه الدعوة) مصدر مضاف للمفعول والدعوة فاعل اهـ ح. قال فى البحر : وعرض الإسلام هو الدعوة إليه ودعوة من بلغته الدعوى غير واجبة (قوله بيان لثمرة العرض) الظاهر أن ثمرة العرض الإسلام والنجاة من القتل، وأما هذا فهو ثمرة التأجيل ثلاثة أيام لأن من انتقل عن الإسلام والعياذ بالله تعالى لا بد له غالبا من شبهة فتكشف له إن أبداها فى هذه المدة تأمل (قوله وقيل ندبا) أى وإن استمهل، وظاهر الرواية الأول ، وهو أنه لا يمهل بدون استمهال كما فى البحر (قوله إن استمهل) أى بعد العرض للتفكر قهستانى (قوله وإلا قتله) أى بعد عرض الإسلام عليه وكشف شبهته ط (قوله إلا إذا رجى إسلامه) أى فإنه يمهل ، وهل هو حينئذ واجب أو مستحب؟ محل تردد ، والظاهر الثانى تأمل (قوله لكنه يضرب الخ) أى إذا ارتد ثانيا ثم تاب ضربه الإمام وخلى سبيله . وإن ارتد ثالثا ثم تاب ضربه ضربا وجيعا وحبسه حتى تظهر عليه آثار التوبة ويرى أنه مخلص ثم خلى سبيله ، فإن عاد فعل به هكذا بحر عن التتارخانية . وفى الفتح : فإن ارتد بعد إسلامه ثانيا قبلنا توبته أيضا وكذا ثالثا ورابعا ، إلا أن الكرخى قال : فإن عاد بعد الثالثة يقتل إن لم يتب فى الحال ولا يؤجل ، فإن تاب ضربه ضربا وجيعا ولا يبلغ به الحد ثم يحبسه ولا يخرجه حتى يرى عليه خشوع التوبة وحال المخلص فحينئذ يخلى سبيله ، فإن عاد بعد ذلك فعل به كذلك أبدا مادام يرجع إلى الإسلام . قال الكرخى : هذا قول أصحابنا جميعا إن المرتد يستتاب أبدا ، وما ذكره الكرخى مروى فى النوادر. قال إذا تكرر ذلك منه يضرب ضربا مبرحا ثم يحبس إلى أن تظهر توبته ورجوعه اهـ وذلك لإطلاق قوله تعالى — فإن تابوا وأقاموا الصلاة — الآية. وعن ابن عمرو وعلى : لاتقبل توبة من تكررت ردته كالزنديق ، وهو قول مالك وأحمد والليث . وعن أبى يوسف لو فعل ذلك مرارا يقتل غيلة ، وفسره بأن ينتظر فإذا أظهر كلمة الكفر قتل قبل أن يستتاب لأنه ظهر منه الاستخفاف اهـ باختصار .

وحاصله أن ظاهر قوله وكذا ثالثا ورابعا أنه لو استمهل بعد الرابعة يؤجل ولايحبس بعد التوبة . والذى نقله عن الكرخى أنه لايؤجل بعد الرابعة بل يقتل إلا إن تاب فإنه يضرب ويحبس كما هو رواية النوادر . وعن ابن عمر وغيره يقتل ولا توبة له مثل الزنديق (قوله عن آخر حدود الخانية) ونصه : وحكى أنه كان ببغداد نصرانيان مرتدان إذا أخذا تابا وإذا تركا عادا إلى الردة . قال أبوعبد الله البلخى يقتلان ولا تقبل توبتهما اهـ .

أقول : الظاهر أن البلخى اختار قول ابن عمر ، ولا يصح بناؤه على رواية النوادر المارة عن الفتح كما لايخفى

معزيا للبلخي مايفيد قتله بلا توبة فتنبه (فإن أسلم) فيها (وإلا قتل) لحديث «من بدل دينه فاقتلوه» (وإسلامه أن يتبرأ عن الأديان) سوى الإسلام (أو عما انتقل إليه) بعد نطقه بالشهادتين ، وتمامه فى الفتح ؛ ولو أتى بهما على وجه العادة لم ينفعه مالم يتبرأ بزازية (وكره) تنزيها لما مر (قتله قبل العرض بلا ضمان) لأن الكفر مبيح للدم ، قيد بإسلام المرتد لأن الكفار أصناف خمسة : من ينكر الصانع كالدهرية ، ومن ينكر الوحدانية كالثنوية ، ومن يقربهما لكن ينكر بعثة الرسل كالفلاسفة ، ومن ينكر الكل كالوثنية ، ومن يقر بالكل لكن ينكر عموم رسالة المصطفى صلى الله عليه وسلم

فافهم (قوله بلا توبة) أى بلا قبول توبة ، وليس المراد أنه يقتل إن لم يثبت لأنه لانزاع فيه (قوله وإلا قتل) أى ولو عبدا فيقتل وإن تضمن قتله إبطال حق المولى ، وهذا بالإجماع لإطلاق الأدلة فتح . قال فى المنح : وأطلق فشمل الإمام وغيره ، لكن إن قتله غيره أو قطع عضوا منه بلا إذن الإمام أدبه الإمام اهـ وسيأتى متنا وشرحا استثناء أربعة عشر لايقتلون (قوله لحديث الخ) رواية أحمد والبخارى وغيرهما زيلعى (قوله بعد نطقه بالشهادتين) كذا قيده فى العناية والنهاية ، وعزاه القهستانى إلى المبسوط والإيضاح وغيرهما وقال : وإنما لم يذكره لأن ذلك معلوم لكن مقتضى مافى الفتح عدم اعتماده ، لأنه عبر عنه بقيل وكأنه تابع ظاهر المتون ، وهو مفاد كلام الزيلعى ، ويؤيده ماسيذكره فى المتن من أن إنكاره الردة توبة ورجوع . وقد يوفق بحمل ماهو ظاهر المتون على الإسلام المنجى فى الدنيا عن القتل . وما فى الشروح من اشتراط النطق بالشهادتين أيضا محمول على الإسلام الحقيقى النافع فى الدنيا والآخرة تأمل . وذكر فى الفتح أن الإقرار بالبعث والنشور مستحب (قوله على وجه العادة) أى بدون التبرى . قال فى البحر : وأفاد باشتراط التبرى أنه لو أتى بالشهادتين على وجه العادة لم ينفعه مالم يرجع عما قال إذ لايرتفع بهما كفره ، كذا فى البزازية وجامع الفصولين اهـ .

قلت : وظاهره اشتراط التبرى وإن لم ينتحل دينا آخر بأن كان كفره بمجرد كلمة ردة ، والظاهر خلافه ، وأن اشتراط التبرى فيمن انتحل دينا آخر إنما هو شرط لإجراء أحكام الدنيا عليه ، أما بالنسبة لأحكام الآخرة فيكفيه التلفظ بالشهادتين مخلصا كما يدل عليه مانذكره فى إسلام العيسوية (قوله لما مر) أى من أن العرض مستحب ويكره تحريما عند من أوجبه أفاده فى شرح الملتقى ط (قوله قيد بإسلام المرتد) أى فى قوله وإسلامه .

مطلب فى أن الكفار خمسة أصناف ، وما يشترط فى إسلامهم

(قوله لأن الكفار) أى بكفر أصلى والمرتد كفره عارض (قوله كالدهرية) بضم الدال نسبة إلى الدهر بفتحها ، سموا بذلك لقولهم — وما يهلكنا إلا الدهر — ح (قوله كالثنوية) وهم المجوس القائلون بإلهين أو كالمجوس كما فى أنفع الوسائل ، ومقتضاه أنهم غيرهم ، وهو الذى حققه ابن كمال باشا نقلا عن الآمدى مع مشاركة الكل فى اعتقاد أن أصل العالم النور والظلمة : أى النور المسمى يزدان ، وشأنه خلق الخير . والظلمة المسماة أهرمن ، وشأنها خلق الشر (قوله كالفلاسفة) أى قوم منهم كما فى النهر ، وإلا فجمهور الفلاسفة يثبتون الرسل على أبلغ وجه لقولهم بالإيجاب اهـ ح أى باللزوم والتوليد لا بالإختيار لإنكارهم كونه تعالى مختارا ، وينكرون كونها بنزول الملك من السماء وكثيرا مما علم بالضرورة مجىء الأنبياء كحشر الأجساد والجنة والنار .

والحاصل أنهم وإن أثبتوا الرسل لكن لاعلى الوجه الذى يثبته أهل الإسلام كما ذكره فى شرح المسايرة فصار إثباتهم بمنزلة العدم ، وعليه فيصح إطلاق الشارح تأمل (قوله كالوثنية) فيه أن الوثنية لاينكرون الصانع تعالى كما لايخفى ح : قال فى شرح السير : وعبدة الأوثان كانوا يقرون بالله تعالى قال تعالى — ولئن سألتهم من خلقهم

كالعيسوية ، فيكتفى فى الأولين بقول لاإله إلا الله ، وفى الثالث بقول محمدرسول الله ، وفى الرابع بأحدهما ، وفى الخامس بهما مع التبرى عن كل دين يخالف دين الإسلام بدائع وآخر كراهية الدرر ،

ليقولن الله — ولكن كانوا لايقرون بالوحدانية . قال تعالى — إذا قيل لهم لا إله إلا الله يستكبرون—اه وهذازاده فى الدرر على مافى البدائع ،وتبعه الشارح : والظاهر أن صاحب البدائع أدخله فى الثنوية لأنهم جعلوا مع الله تعالى معبودا ثانيا وهو أصنامهم فهم منكرون للوحدانية كالمجوس وحكمهم فى الإسلام واحد كما تعرفه (قوله كالعيسوية) هم قوم من اليهود ينسبون إلى عيسى الأصفهانى اليهودى ح :

قلت : وعبارة البدائع : وصنف منهم يقرون بالصانع وتوحيده والرسالة فى الجملة لكنهم ينكرون عموم رسالة رسولنا صلى الله عليه وسلم وهم اليهود والنصارى . قال فى النهر : وليس المراد كل النصارى بل طائفة منهم فى العراق يقال لهم العيسوية صرح بذلك فى المحيط والخانية اه (قوله فيكتفى فى الأولين الخ) عبارة البدائع : فإن كان من الصنف الأول أو الثانى فقال لا إله إلا الله يحكم بإسلامه ، لأن هؤلاء يمتنعون عن الشهادة أصلا ، فإذا أقروا بها كان ذلك دليل إيمانهم ، وكذلك إذا قال أشهد أن محمدا رسول الله لأنهم يمتنعون عن كل واحدة من كلمتى الشهادة فكان الإتيان بواحدة منهما أيتهما كانت دلالة الإيمان اه أى ويلزم من الإيمان بإحداهما الإيمان بالأخرى وهذا صريح فى أن الثنوية ينكرون الرسالة فهم كالوثنية ، فيكتفى فى الكل بإحدى الكلمتين ،وبه صرح فى أنفع الوسائل فقال : إن عبدة الأوثان والنيران والمشرك فى الربوبية والمنكر للوحدانية كالثنوية إذا قال الواحد منهم لا إله إلا الله يحكم بإسلامه ، وكذا لو قال أشهد أن محمدا رسول الله أو قال أسلمنا أوآمنا بالله اه وذكر قبله عن المحيط أن الكافر إذا أقر بخلاف ما اعتقد يحكم بإسلامه ونحوه فى شرح السير الكبير . وبه علم أن مافى شرح المسايرة لابن أبى شريف الشافعى من أنه يكتفى فى الثنوى والوثنى بالشهادتين بدون تبرى فهو على مذهبه ،أو المراد به إحداهما فافهم (قوله وفى الثالث بقول محمد رسول الله) فلو قال لا إله إلا الله لايحكم باسلامه لأنه منكر الرسالة ولا يمتنع عن هذه المقالة ، ولو قال أشهد أن محمدا رسول الله يحكم بإسلامه لأنه يمتنع عن هذه الشهادة فكان الإقرار بها دليل الإيمان بدائع ، ومقتضاه أن الإتيان بالثانية يكفيه لأن المدار على الإقرار بخلاف معتقده (قوله وفى الرابع بأحدهما) علله فى الدرر بأنه منكر للأمرين جميعا ، فبأيهما شهد دخل فى دين الإسلام اه وهذا التعليل موافق لما قدمناه عن البدائع ، وبه صرح أيضا فى شرح السير الكبير ، وزاد أنه لو قال أنا مسلم فهومسلم لأن عبدة الأوثان لايدعون هذا الوصف لأنفسهم بل يبرءون على قصد المغايظة للمسلمين ؛وكذا لو قال أنا على دين محمد أو على الحنفية أو على دين الإسلام ، وقد علمت أن هذا الرابع داخل فى الأولين ، والحكم فى الكل واحد وهو الاكتفاء بأحد اللفظين عن الآخر وأن مامر عن شرح المسايرة لايدفع المنقول عندنا فافهم :

مبحث فى اشتراط التبرى مع الإتيان بالشهادتين

(قوله وفى الخامس بهما مع التبرى الخ) ذكر ابن الهمام فى المسايرة ، أن اشتراط التبرى لإجراء أحكام الإسلام عليه لا لثبوت الإيمان فيما بينه وبين الله تعالى ،فإنه لو اعتقد عموم الرسالة وتشهد فقط كان مؤمنا عند الله تعالى اه. ثم إن الذى فى البدائع : لو أتى بالشهادتين لايحكم بإسلامه حتى يتبرأ عن الدين الذى هو عليه . وزاد فى المحيط : لايكون مسلما حتى يتبرأ من دينه مع ذلك ويقر أنه دخل فى الإسلام لأنه يحتمل أنه تبرأ من اليهودية ودخل فى النصرانية ، فإذا قال مع ذلك ودخلت فى الإسلام يزول هذا الاحتمال . وقال بعض مشايخنا : إذا قال دخلت

وحينئذ فيستفسر من جهل حاله بل عمم فى الدرر اشتراط التبرى من كل يهودى ونصرانى ، ومثله فى فتاوى المصنف وابن نجيم وغيرهما . وفي رهن فتاوى قارىء الهداية كذا أفتى علماؤنا . والذى أفتى به صحته بالشهادتين بلا تبرى ،

فى الإسلام يحكم باسلامه وإن لم يتبرأ مما كان عليه لأنه يدل على دخول حادث منه فى الإسلام اه ومثله فى شرح السير الكبير .

قلت: اشتراط قوله ودخلت فى دين الإسلام ظاهر فيما إذا تبرأ من دينه فقط ،أما إذا تبرأ من كل دين يخالف دين الإسلام فلا يحتاج إليه لعدم الاحتمال المذكور ، فلذا لم يذكره الشارح مع صيغة التبرى التى ذكرها . والظاهر أنه لو أتى بالشهادتين وصرح بتعميم الرسالة إلى بنى إسرائيل وغيرهم أوقال أشهد أن محمدا رسول الله إلى كافة الخلق الإنس والجن يكفى عن التبرى أيضا كما صرح به الشافعية .

[تنبيه] قال فى الفتح : إن اشتراط التبرى إنما هو فيمن بين أظهرنا منهم ، وأما من فى دار الحرب لو حمل عليه مسلم فقال محمد رسول الله فهو مسلم ، أو قال دخلت فى دين الإسلام أو دين محمد صلى الله عليه وسلم فهو دليل إسلامه فكيف إذا أتى بالشهادتين ، لأن فى ذلك الوقت ضيقا ، وقوله هذا إنما أراد به الإسلام الذى يدفع عنه القتل الحاضر فيحمل عليه ويحكم به بمجرد ذلك اه .

قلت : وإنما اكتفى عليه الصلاة والسلام بالشهادتين لأن أهل زمنه كانوا منكرين لرسالته أصلا كما يأتى .

ثم اعلم أنه يؤخذ من مسألة العيسوى أن من كان كفره بإنكار أمر ضرورى كحرمة الخمر مثلا أنه لابد من تبرئه مما كان يعتقده لأنه كان يقر بالشهادتين معه فلا بد من تبرئه منه كما صرح به الشافعية وهو ظاهر (قوله فيستفسر من جهل حاله) ذكر ذلك فى النهر بعد أن ذكر أنه ليس كل اليهود والنصارى كذلك ، بل طائفة منهم يقال لهم العيسوية ، فقال : وعلى هذا فينبغى أن يستفسر الآتى بالشهادتين منهم إن جهل حاله اه أى فإن ادعى أنه عيسوى يعتقد تخصيص الرسالة بغير بنى إسرائيل لايصح إسلامه إلا بالتبرى ، وإن ادعى أنه ينكرها مطلقا اكتفى بالشهادتين فافهم (قوله بل عمم فى الدرر الخ) فى البحر أول الجهاد عن الذخيرة : أما اليهود والنصارى فكان إسلامهم فى زمنه عليه الصلاة والسلام بالشهادتين لأنهم كانوا ينكرون رسالته صلى الله عليه وسلم ، وأما اليوم ببلاد العراق فلا يحكم بإسلامه بهما مالم يقل تبرأت عن دينى ودخلت فى دين الإسلام ، لأنهم يقولون إنه رسول إلى العرب والعجم لاإلى بنى إسرائيل ، كذا صرح به محمد اه . وفى شرح السير للسرخسى : وأما اليهود والنصارى اليوم بين ظهرانى المسلمين إذا أتى واحد منهم بالشهادتين لايكون مسلما لأنهم جميعا يقولون هذا ليس من نصرانى ولا يهودى عندنا نسأله إلا قال هذه الكلمة ، فإذا استفسرته قال رسول الله إليكم لا إلى بنى إسرائيل ثم قال : ولو قال أنا مسلم لم يكن مسلما بهذا لأن كل فريق يدعى ذلك لنفسه ، فالمسلم هو المستسلم للحق ، وكل ذى دين يدعى أنه منقادللحق ،وكان شيخنا الإمام يقول إلا المجوس فى ديارنا فإن من يقول منهم أنامسلم يصير مسلما لأنهم يأبون هذه الصفة لأنفسهم ويسبون به أولادهم ويقولون يامسلمان اه :

قلت : وما عزاه إلى شيخه يعنى الإمام الحلوانى جزم به فى محل آخر ، وقدمنا عنه قريبا فى الوثنى أنه يصير مسلما بقوله أنامسلم أو على دين محمد أو الحنيفية أو الإسلام ، فعلى هذا يقال كذلك فى اليهود والنصارى فى بلادنا فإنهم يمتنعون من قول أنا مسلم ، حتى إن أحدهم إذا أرادمنع نفسه عن أمر يقول إن فعلته أكون مسلما :

لأن التلفظ بها صار علامة على الإسلام فيقتل إن رجع مالم يعد (و) اعلم أنه (لايفتى بكفر مسلم أمكن حمل كلامه على محمل حسن

فإذا قال أنا مسلم طائعا فهو دليل إسلامه وإن لم يسمع منه النطق بالشهادتين ، كما صرح به فى شرح السير فيمن صلى بجماعة فإنه يحكم بإسلامه وبأنه يحكم بالإسلام بمجرد سيما المسلمين فى حق الصلاة عليه إذا مات وكذا يمتنعون من النطق بالشهادتين أشد الامتناع فإذا أتى بهما طائعا يجب الحكم بإسلامه لأنه فوق السيما ، إذ لاشك أن محمدا إنما اشترط التبرى بناء على ماكان فى زمنه من إقرارهم بالرسالة على خلاف ماكان فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم من إنكارها فإذا أنكروها فى زماننا وامتنعوا من النطق بالشهادتين يجب أن يرجع الأمر إلى ماكان فى زمنه صلى الله عليه وسلم إذ لم يبق وجه للعدول عنه. على أن محمدا إنما حكم على ماكان فى بلاد العراق لامطلقا كما يوهمه مافى الدرر ، وعن هذا ذكر العلامة قاسم أنه سئل عن سامرى أتى بالشهادتين ثم رجع . فأجاب بما حاصله أنه ينظر فى اعتقاده ، فإنهم ذكروا أن بعض اليهود يخصص رسالة نبينا صلى الله عليه وسلم بالعرب وهذا لايكفيه مجرد الشهادتين ، بخلاف من ينكر الرسالة أصلا ، وبعض من أعمى الله قلبه جعلهم فرقة واحدة فى جميع البلاد حتى حكم فى نصرانى منكر للرسالة تلفظ بالشهادتين ببقائه على النصرانية لأنه لم يتبرأ اه ملخصا .

والحاصل : أن الذى يجب التعويل عليه أنه إن جهل حاله يستفسر عنه ، وإن علم كما فى زماننا ، فالأمر ظاهر ، وهذا وجه مايأتى عن قارئ الهداية (قوله لأن التلفظ به صار علامة على الإسلام الخ) أفاد بقوله صار إلى أن ماكان فى زمن الإمام محمد تغير لأنهم فى زمنه ما كانوا يمتنعون عن النطق بها فلم تكن علامة الإسلام فلذا شرط معها التبرى. أما فى زمن قارئ الهداية فقد صارت علامة الإسلام لأنه لايأتى بها إلا المسلم كما فى زماننا هذا ولذا نقل فى البحر أول كتاب الجهاد كلام قارئ الهداية ثم أعقبه بقوله وهذا يجب المصير إليه فى ديار مصر بالقاهرة لأنه لايسمع من أهل الكتاب فيها الشهادتان ، ولذا قيده محمد بالعراق اه ومثله فى شرح العلامة المقدسى . ونقل أيضا فى الدر المنتقى كلام قارئ الهداية ثم قال : وبه أفتى أحمد بن كمال باشا . وفى شرح الملتقى لعبد الرحمن أفندى داماد : وأفتى البعض فى ديارنا بإسلامه من غير تبر وهو المعمول به اه فليحفظ اه وقد أسمعناك آنفا مافيه الكفاية :

مطلب الإسلام يكون بالفعل كالصلاة بجماعة

[خاتمة] اعلم أن الإسلام يكون بالفعل أيضا كالصلاة بجماعة أو الإقرار بها أو الأذان فى بعض المساجد أو الحج وشهود المناسك لا الصلاة وحده ومجرد الإحرام بحر ، وقدم الشارح ذلك نظما فى أول كتاب الصلاة ، وقدمنا الكلام عليه مستوفى ، وذكرنا هناك أنه لافرق فى الإسلام بالفعل بين العيسوى وغيره ، والمراد أنه دليل الإسلام فيحكم على فاعل ذلك به ، وإلا فحقيقة الإسلام المنجية فى الآخرة لابد فيها من التصديق الجازم مع الاقرار بالشهادتين أو بدونه على الخلاف المار (قوله لايفتى بكفر مسلم أمكن حمل كلامه على محمل حسن) ظاهره أنه لايفتى به من حيث استحقاقه للقتل ولا من حيث الحكم ببينونة زوجته .

وقد يقال : المراد الأول فقط ، لأن تأويل كلامه للتباعد عن قتل المسلم بأن يكون قصد ذلك التأويل ، وهذا لاينافى معاملته بظاهر كلامه فيما هو حق العبد وهو طلاق الزوجة وملكها لنفسها ، بدليل ماصرحوا به من أنهم إذا أراد أن يتكلم بكلمة مباحة فجرى على لسانه كلمة الكفر خطأ بلا قصد لايصدقه القاضى وإن كان لايكفر فيما

أو كان فى كفره خلاف ولو) كان ذلك (رواية ضعيفة) كما حرره فى البحر ، وعزاه فى الأشباه إلى الصغرى . وفى الدرز وغيرها : إذا كان فى المسألة وجوه توجب الكفر وواحد يمنعه فعلى المفتى الميل لما يمنعه ، ثم لو نيته ذلك فسلم والا لم ينفعه حمل المفتى على خلافه ، وينبغى التعوذ بهذا الدعاء صباحا ومساء فإنه سبب العصمة من الكفر بوعد الصادق الأمين صلى الله عليه وسلم « اللهم إنى أعوذ بك من أن أشرك بك شيئا وأنا أعلم ، وأستغفرك لما لا أعلم إنك أنت علام الغيوب » .

وتوبة اليأس مقبولة دون إيمان اليأس درر .

بينه وبين ربه تعالى ، فتأمل ذلك وحرره نقلا فإنى لم أر التصريح به ، نعم سيذكر الشارح أن مايكون كفرا اتفاقا يبطل العمل والنكاح ، ومافيه خلاف يؤمر بالاستغفار والتوبة وتجديد النكاح اه وظاهره أنه أمر احتياط .

مطلب فى حكم من شتم دين مسلم

ثم إن مقتضى كلامهم أيضا أنه لايكفر بشتم دين مسلم : أى لايحكم بكفره لإمكان التأويل . ثم رأيته فى جامع الفصولين حيث قال بعد كلام أقول : وعلى هذا ينبغى أن يكفر من شتم دين مسلم ، ولكن يمكن التأويل بأن مراده أخلاقه الرديئة ومعاملته القبيحة لاحقيقة دين الإسلام ، فينبغى أن لايكفر حينئذ ، والله تعالى أعلم اه وأقره فى [نور العين] ومفهومه أنه لايحكم بفسخ النكاح ، وفيه البحث الذى قلناه . وأما أمره بتجديد النكاح فهو لاشك فيه احتياطا خصوصا فى حق الهمج الأرذال الذين يشتمون بهذه الكلمة فإنهم لايخطر على بالهم هذا المعنى أصلا . وقد سئل فى الخيرية عمن قال له الحاكم ارض بالشرع فقال لاأقبل فأفتى مفت بأنه كفر وبانت زوجته فهل يثبت كفره بذلك؟ فأجاب : بأنه لاينبغى للعالم أن يبادر بتكفير أهل الإسلام إلى آخر ماحرره فى البحر . وأجاب قبله فى مثله بوجوب تعزيره وعقوبته (قوله ولو رواية ضعيفة) قال الخير الرملى : أقول ولو كانت الرواية لغير أهل مذهبنا ، ويدل على ذلك اشتراط كون مايوجب الكفر مجمعا عليه اه (قوله كما حرره فى البحر) قدمنا عبارته قبيل قوله وشرائط صحتها (قوله وجوه) أى احتمالات لما مر فى عبارة البحر عن التتارخانية أنه لايكفر بالمحتمل (قوله وإلا) أى وإن لم تكن له نية ذلك الوجه الذى يمنع الكفر بأن أراد الوجه المكفر أو لم تكن له نية أصلا لم ينفعه تأويل المفتى لكلامه وحمله إياه على المعنى الذى لايكفر ، كما لو شتم دين مسلم وحمل المفتى الدين على الأخلاق الرديئة لنفى القتل عنه فلا ينفعه ذلك التأويل فيما بينه وبين ربه تعالى إلا إذا نواه (قوله وينبغى التعوذ بهذا الدعاء صباحا ومساء) تدخل أوراد الصباح من نصف الليل الأخير والمساء من الزوال ، هذا فيما عبر فيه بهما . وأما إذا عبر باليوم والليلة فيعتبران تحديدا من أولها ، فلو قدم المأمور به فيهما عليه لايحصل له الموعود به ، أفاده بعض من كتب على الجامع الصغير للسيوطى ط :

قلت : ولم أر فى الحديث ذكر صباحا ومساء بل فيه ذكر ثلاثا كما فى الزواجر عن الحكيم الترمذى « أفلا أدلك على مايذهب الله به عنك صغار الشرك وكباره ، تقول كل يوم ثلاث مرات : اللهم إنى أعوذ بك أن أشرك بك شيئا وأنا أعلم ، وأستغفرك لما لا أعلم » وعند أحمد والطبرانى « أيها الناس اتقوا الشرك فإنه أخفى من دبيب النمل ، وقالوا : كيف نتقيه يارسول الله ؟ قال : قولوا : اللهم إنا نعوذ بك أن نشرك بك شيئا نعلمه ، ونستغفرك لما لانعلمه » .

مطلب توبة اليأس مقبولة دون إيمان اليأس

(قوله وتوبة اليأس مقبولة دون إيمان اليأس) هو بالمثناة التحتية ضد الرجاء وقطع الطمع عن الحياة ، وعلل

وفيها أيضاً شهد نصرانيان على نصرانى أنه أسلم وهو ينكر لم تقبل شهادتهما ، وكذا لو شهد رجل وامرأتان من المسلمين . وفى النوازل : تقبل شهادة رجل وامرأتين على الإسلام وشهادة نصرانيين على نصرانى بأنه أسلم اه :
(وكل مسلم ارتد فتوبته مقبولة إلا) جماعة من تكررت ردته على مامر و (الكافر بسب نبى) من الأنبياء فإنه يقتل حدا

قبولها فى الدرر تبعا للبزازية بأن الكافر أجنبى غير عارف بالله تعالى وابتدأ إيمانا وعرفانا ، والفاسق حاله حالة البقاء ، والبقاء أسهل من الابتداء . والدليل على قبولها مطلقا قوله تعالى — وهو الذى يقبل التوبة عن عباده — اه وقد أطال فى آخر البزازية فى هذه المسألة ، ونقل قبله القول بعدم قبول كل منهما ، وعزاه أيضا إلى الحنفية والمالكية والشافعية ، وانتصر له مثلا على القارى فى شرح [بدء الأمالى] وقدمنا ذلك مبسوطا فى أول باب صلاة الجنائز .

مطلب أجمعوا على كفر فرعون

وأما إيمان اليأس ، فذهب أهل الحق أنه لاينفع عند الغرغرة ، ولاعند معاينة عذاب الاستئصال ، لقوله تعالى — فلم يك ينفعهم إيمانهم لما رأوا بأسنا — ولذا أجمعوا على كفر فرعون كما رواه الترمذى فى تفسيره فى سورة يونس وإن خالف فى ذلك الإمام العارف المحقق سيدى محيى الدين بن عربى فى كتابه الفتوحات : قال العلامة ابن حجر فى الزواجر : فإنا وإن كنا نعتقد جلالة قائله فهو مردود ، فإن العصمة ليست إلا للأنبياء مع أنه نقل عن بعض كتبه أنه صرح فيها بأن فرعون مع هامان وقارون فى النار . وإذا اختلف كلام إمام فيؤخذ بما يوافق الأدلة الظاهرة ويعرض عما خالفها ثم أطال فى بيان رده :

مطلب فى استثناء قوم يونس

وذكر أيضا أنه يستثنى من إيمان اليأس قوم يونس عليه السلام ، لقوله تعالى — إلا قوم يونس — الآية ، بناء على أن الاستثناء متصل ، وأن إيمانهم كان عند معاينة عذاب الاستئصال ، وهو قول بعض المفسرين بجعله كرامة وخصوصية لنبيهم فلا يقاس عليها :

مطلب فى إحياء أبوى النبى صلى الله عليه وسلم بعد موتهما

ألا ترى أن نبينا صلى الله عليه وسلم قد أكرمه الله تعالى بحياة أبويه له حتى آمنا به كما فى حديث صححه القرطبى وابن ناصر الدين حافظ الشام وغيرهما ، فانتفعا بالإيمان بعد الموت على خلاف القاعدة إكراما لنبيه صلى الله عليه وسلم كما أحيا قتيل بنى إسرائيل ليخبر بقاتله . وكان عيسى عليه السلام يحيى الموتى ، وكذلك نبينا صلى الله عليه وسلم أحيا الله تعالى على يديه جماعة من الموتى . وقد صح أن الله تعالى رد عليه صلى الله عليه وسلم الشمس بعد مغيبها حتى صلى على كرم الله وجهه العصر ، فكما أكرم بعود الشمس والوقت بعد فواته ، فكذلك أكرم بعود الحياة ووقت الإيمان بعد فواته . وماقيل إن قوله تعالى — ولاتسأل عن أصحاب الجحيم — نزل فيهما لم يصح ، وخبر مسلم « أبى وأبوك فى النار » كان قبل علمه اه ملخصا ، وقدمنا تمام الكلام على ذلك فى باب نكاح الكافر
(قوله وفيها أيضا شهد نصرانيان الخ) هذا ساقط من بعض النسخ ، وسيذكره بعد قوله وكل مسلم ارتد الخ
(قوله على مامر) أى عن الخانية معزيا للبلخى ، لكن قدمنا أن المروى عن أصحابنا جميعا خلافه .

مطلب مهم فى حكم ساب الأنبياء

(قوله الكافر بسب نبى) فى بعض النسخ والكافر بواو العطف وهو المناسب (قوله فإنه يقتل حدا) يعنى

ولا تقبل توبته مطلقا ، ولو سب الله تعالى قبلت لأنه حق الله تعالى ، والأول حق عبد لايزول بالتوبة ، ومن شك فى عذابه وكفره كفر ، وتمامه فى الدرر فى فصل الجزية معزيا للبزازية ، وكذا لو أبغضه بالقلب فتح وأشباه :

وفى فتاوى المصنف: ويجب إلحاق الاستهزاء والاستخفاف به لتعلق حقه أيضا : وفيها: سئل عمن قال لشريف لعن الله والديك ووالدى الذين خلفوك : فأجاب : الجمع المضاف يعم مالم يتحقق عهد، خلافا لأبى هاشم وإمام الحرمين كما فى جمع الجوامع ، وحينئذ فيعم حضرة الرسالة فينبغى القول بكفره ، وإذا كفر بسببه لاتوبة له على ماذكره البزازى وتوارده الشارحون ، نعم لو لوحظ قول أبى هاشم وإمام الحرمين باحتمال العهد فلا كفر ، وهو اللائق بمذهبنا لتصريحهم بالميل إلى مالا يكفر . وفيها : من نقص مقام الرسالة بقوله بأن سبه صلى الله عليه وسلم أو بفعله بأن بغضه بقلبه قتل حدا كما مر التصريح به ، لكن صرح فى آخر الشفاء بأن حكمه كالمرتد ،

أن جزاءه القتل على وجه كونه حدا ، ولذا عطف عليه قوله ولاتقبل توبته ، لأن الحد لايسقط بالتوبة فهو عطف تفسير ؛ وأفاد أنه حكم الدنيا ، أما عند الله تعالى فهى مقبولة كما فى البحر :

ثم اعلم أن هذا ذكره الشارح مجاراة لصاحب الدرر والبزازية ، وإلا فسيذكر خلافه ويأتى تحقيقه (قوله مطلقا) أى سواء جاء تائبا بنفسه أوشهد عليه بذلك بحر (قوله لأنه حق عبد (١)) فيه أن حق العبد لايسقط إذا طالب به كحد القذف ، فلا بد هنا من دليل يدل على أن الحاكم له هذه المطالبة ولم يثبت ، وإنما الثابت أنه صلى الله عليه وسلم عفا عن كثيرين ممن آذوه وشتموه وقبل إسلامهم كأبى سفيان وغيره (قوله وتمامه فى الدرر) حيث قال نقلا عن البزازية . وقال ابن سحنون المالكى : أجمع المسلمون أن شاتمه كافر ، وحكمه القتل ، ومن شك فى عذابه وكفره كفر اهـ .

قلت : وهذه العبارة مذكورة فى الشفاء للقاضى عياض المالكى نقلها عنه البزازى وأخطأ فى فهمها ، لأن المراد بها ماقبل التوبة ، وإلا لزم تكفير كثير من الأئمة المجتهدين القائلين بقبول توبته وسقوط القتل بها عنه: على أن من قال يقتل وإن تاب يقول إنه إذا تاب لايعذب فى الآخرة كما صرحوا به ، وقدمناه آنفا ، فعلم أن المراد ماقلناه قطعا (قوله والديك ووالدى الذين خلفوك) بكسر الدال على لفظ الجمع فيهما أوفى أحدهما (قوله فيعم حضرة الرسالة) أى صاحبها صلى الله عليه وسلم ، وعليه لايختص الحكم بالشريف بل غيره مثله ، لأن آدم عليه السلام أبو جميع الناس ونوح الأب الثانى (قوله باحتمال العهد) المفهوم من العبارة السابقة أنهما يقولان بأنه لايعم وإن لم يتحقق عهد (قوله فلا كفر) أى لوجود الخلاف فى عمومه وتحقق الاحتمال فيه (قوله لكن صرح فى آخر الشفاء الخ) هذا استدراك على مافى فتاوى المصنف . وعبارة الشفاء هكذا : قال أبو بكر بن المنذر : أجمع عوام أهل العلم على أن من سب النبى صلى الله عليه وسلم يقتل ، وممن قال ذلك مالك بن أنس والليث وأحمد وإسحاق ، وهو مذهب الشافعى ، وهو مقتضى قول أبى بكر رضى الله تعالى عنه ، ولاتقبل توبته عند هؤلاء ، وبمثله قال أبو حنيفة وأصحابه والثورى وأهل الكوفة والأوزاعى فى المسلم ، لكنهم قالوا هى ردة . وروى مثله الوليد بن مسلم عن مالك . وروى الطبرانى مثله عن أبى حنيفة وأصحابه فيمن ينقصه صلى الله عليه وسلم أو برئ منه أو كذبه اهـ .

وحاصله أنه نقل الإجماع على كفر الساب ، ثم نقل عن مالك ومن ذكر بعده أنه لاتقبل توبته . فعلم أن المراد من نقل الإجماع على قتله قبل التوبة ؛ ثم قال: وبمثله قال أبو حنيفة وأصحابه الخ أى قال إنه يقتل يعنى قبل

---

(١) (قوله لأنه حق عبد) ، هكذا بخطه ، والذى فى الشارح (لأنه حق الله تعالى) والأول حق عبد اهـ مصححه .

ومفاده قبول التوبة كما لايخفى ، زاد المصنف فى شرحه : وقد سمعت من مفتى الحنفية بمصر شيخ الإسلام ابن عبد العال أن الكمال وغيره تبعوا البزازى

التوبة لامطلقا ، ولذا استدرك بقوله لكنهم قالوا هى ردة : يعنى ليست حدا ثم ذكر أن الوليد روى عن مالك مثل قول أبى حنيفة فصار عن مالك روايتان فى قبول التوبة وعدمه ، والمشهور عنه العدم ولذا قدمه. وقال فى الشفاء فى موضع آخر : قال أبو حنيفة وأصحابه : من برئ من محمد صلى الله عليه وسلم أو كذب به فهو مرتد حلال الدم إلا أن يرجع اه فهذا تصريح بما علم من عبارته الأولى . وقال فى موضع بعد أن ذكر عن جماعة من المالكية عدم قبول توبته ، وكلام شيوخنا هؤلاء مبنى على القول بقتله حدا لا كفرا . وأما على رواية الوليد عن مالك ومن وافقه على ذلك من أهل العلم فقد صرحوا أنه ردة قالوا ، ويستتاب منها ، فإن تاب نكل وإن أبى قتل ، فحكموا له بحكم المرتد مطلقا ، والوجه الأول أشهر وأظهر اه يعنى أن قول مالك بعدم قبول التوبة أشهر وأظهر مما رواه عنه الوليد ، فهذا كلام الشفاء صريح فى أن مذهب أبى حنيفة وأصحابه القول بقبول التوبة كما هو رواية الوليد عن مالك ، وهو أيضا قول الثورى وأهل الكوفة والأوزاعى فى المسلم أى بخلاف الذمى إذا سب فإنه لاينقض عهده عندهم كما مر تحريره فى الباب السابق .

ثم إن مانقله عن الشافعى خلاف المشهور عنه ، والمشهور قبول التوبة على تفصيل فيه . قال الإمام خاتمة المجتهدين الشيخ تقى الدين السبكى فى كتابه [السيف المسلول على من سب الرسول] : حاصل المنقول عند الشافعية أنه متى لم يسلم قتل قطعا ومتى أسلم ، فإن كان السب قذفا فالأوجه الثلاثة هل يقتل أو يجلد أو لا شىء ، وإن كان غير قذف فلا أعرف فيه نقلا للشافعية غير قبول توبته . وللحنفية فى قبول توبته قريب من الشافعية ، ولا يوجد للحنفية غير قبول التوبة . وأما الحنابلة فكلامهم قريب من كلام المالكية ، والمشهور عن أحمد عدم قبول توبته وعنه رواية بقبولها فمذهبه كمذهب مالك سواء ، هذا تحرير المنقول فى ذلك اه ملخصا ، فهذا أيضا صريح فى أن مذهب الحنفية القبول وأنه لاقول لهم بخلافه ، وقد سبقه إلى نقل ذلك أيضا شيخ الإسلام تقى الدين أحمد بن تيمية الحنبلى فى كتابه [الصارم المسلول على شاتم الرسول صلى الله عليه وسلم] كما رأيته فى نسخة منه قديمة عليها خطه حيث قال : وكذلك ذكر جماعة آخرون من أصحابنا أى الحنابلة أنه يقتل ساب الرسول صلى الله عليه وسلم ولا تقبل توبته سواء كان مسلما أو كافرا ، وعامة هؤلاء لما ذكروا المسألة قالوا خلافا لأبى حنيفة والشافعى وقولهما أى أبى حنيفة والشافعى وإن كان مسلما يستتاب ، فإن تاب وإلا قتل كالمرتد وإن كان ذميا ، فقال أبو حنيفة لاينقض عهده ثم قال بعد ورقة قال أبو الخطاب : إذا قذف أم النبى صلى الله عليه وسلم لاتقبل توبته ، وفى الكافر إذا سبها ثم أسلم روايتان . وقال أبو حنيفة والشافعى : تقبل توبته فى الحالين اه ثم قال فى محل آخر قد ذكرنا أن المشهور عن مالك وأحمد أنه لايستتاب ولا يسقط القتل عنه ، وهو قول الليث بن سعد . وذكر القاضى عياض أنه المشهور من قول السلف وجمهور العلماء ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى : وحكى عن مالك وأحمد أنه تقبل توبته ، وهو قول أبى حنيفة وأصحابه ، وهو المشهور من مذهب الشافعى بناء على قبول توبة المرتد اه فهذا صريح كلام القاضى عياض فى الشفاء والسبكى وابن تيمية وأئمة مذهبه على أن مذهب الحنفية قبول التوبة بلا حكاية قول آخر عنهم ، وإنما حكوا الخلاف فى بقية المذاهب ، وكفى بهؤلاء حجة لو لم يوجد النقل كذلك فى كتب مذهبنا التى قبل البزازى ومن تبعه مع أنه موجود أيضا كما يأتى فى كلام الشارح قريبا ، وقد استوفيت الكلام على ذلك فى كتاب سميته [تنبيه الولاة والحكام على أحكام شاتم خير الأنام] أو أحد أصحابه الكرام عليه وعليهم الصلاة والسلام (قوله ومفاده قبول التوبة) أقول : بل هو صريح ، ونص فى ذلك كما علمته

والبزازى تبع صاحب [السيف المسلول] عزاه إليه ولم يعزه لأحد من علماء الحنفية وقد صرح فى النتف ومعين الحكام وشرح الطحاوى وحاوى الزاهدى وغيرها بأن حكمه كالمرتد ولفظ النتف من سب الرسول صلى الله عليه وسلم فإنه مرتد ، وحكمه حكم المرتد ويفعل به مايفعل بالمرتد انتهى ،

(قوله والبزازى تبع صاحب السيف المسلول) الذى قاله البزازى إنه يقتل حدا ، ولاتوبة له أصلا ، سواء بعد القدرة عليه والشهادة أو جاء تائبا من قبل نفسه كالزنديق لأنه حد وجب ، فلا يسقط بالتوبة ولايتصور فيه خلاف لأحد ، لأنه تعلق به حق العبد إلى أن قال ودلائل المسألة تعرف فى كتاب [الصارم المسلول على شاتم الرسول] اه وهذا كلام يقضى منه غاية العجب ، كيف يقول لايتصور فيه خلاف لأحد بعد ماوقع فيه اختلاف الأئمة المجتهدين مع صدق الناقلين عنهم كما أسمعناك وعزوه المسألة إلى كتاب [الصارم المسلول] وهو لابن تيمية الحنبلى يدل على أنه لم يتصفح مانقلناه عنه من التصريح بأن مذهب الحنفية والشافعية قبول التوبة فى مواضع متعددة ، وكذلك صرح به السبكى فى السيف المسلول والقاضى عياض فى الشفاء كما سمعته مع أن عبارة البزازى بطولها أكثرها مأخوذ من الشفاء .

فقد علم أن البزازى قد تساهل غاية التساهل فى نقل هذه المسألة وليته حيث لم ينقلها عن أحد من أهل مذهبنا بل استند إلى مافى الشفاء والصارم أمعن النظر فى المراجعة حتى يرى ماهو صريح فى خلاف ما فهمه ممن نقل المسألة عنهم ولاحول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم . فلقد صار هذا التساهل سببا لوقوع عامة المتأخرين عنه فى الخطإ حيث اعتمدوا على نقله وقلدوه فى ذلك ولم ينقل أحد منهم المسألة عن كتاب من كتب الحنفية ، بل المنقول قبل حدوث هذا القول من البزازى فى كتبنا وكتب غيرنا خلافه (قوله وقد صرح فى النتف الخ) أقول : ورأيت فى كتاب الخراج لأبى يوسف مانصه : وأيما رجل مسلم سب رسول الله صلى الله عليه وسلم أو كذبه أو عابه أو تنقصه فقد كفر بالله تعالى وبانت منه امرأته ، فإن تاب وإلا قتل ، وكذلك المرأة إلا أن أباحنيفة قال لاتقتل المرأة وتجبر على الإسلام اه وهكذا نقل الخير الرملى فى حاشية البحر أن المسطور فى كتب المذهب أنها ردة ، وحكمها حكمها ، ثم نقل عبارة النتف ومعين الحكام : والعجب منه أنه أفتى بخلافه فى الفتاوى الخيرية :

رأيت بخط شيخ مشايخنا السائحانى فى هذا المحل والعجب كل العجب حيث سمع المصنف كلام شيخ الإسلام يعنى ابن عبد العال ، ورأى هذه النقول كيف لا يشطب متنه عن ذلك . وقد أسمعنى بعض مشايخى رسالة حاصلها أنه لايقتل بعد الإسلام وأن هذا هو المذهب اه وكذلك كتب شيخ مشايخنا الرحمتى هنا على نسخته أن مقتضى كلام الشفاء وابن أبى جمرة فى شرح مختصر البخارى فى حديث « إن فريضة الحج أدركت أبى الخ » أن مذهب أبى حنيفة والشافعى حكمه حكم المرتد ، وقد علم أن المرتد تقبل توبته كما نقله هنا عن النتف وغيره ، فإذا كان هذا فى ساب الرسول صلى الله عليه وسلم ففى ساب الشيخين أو أحدهما بالأولى ، فقد تحرر أن المذهب كمذهب الشافعى قبول توبته كما هو رواية ضعيفة عن مالك وأن تحتم قتله مذهب مالك ، وما عداه فإنه إما لقل غير أهل المذهب أو طرة مجهولة لم يعلم كاتبها ، فكن على بصيرة فى الأحكام ، ولا تغتر بكل أمر مستغرب وتغفل عن الصواب ، والله تعالى أعلم اه . وكذلك قال الحموى فى حاشية الأشباه نقلا عن بعض العلماء : إن ما ذكره صاحب الأشباه من عدم قبول التوبة قد أنكره عليه أهل عصره وأن ذلك إنما يحفظ لبعض أصحاب مالك كما نقله القاضى عياض وغيره : أما على طريقتنا فلا اه . وذكر فى آخر كتاب [نور العين] أن العلامة النحرير الشهير بحسام جلبى ألف رسالة فى الرد على البزازى وقال فى آخرها : وبالجملة قد تتبعنا كتب الحنيفية فلم نجد القول بعدم قبول توبة الساب عندهم سوى

وهو ظاهر فى قبول توبته كما مر عن الشفاء اه فليحفظ .

قلت : وظاهر الشفاء أن قوله ياابن ألف خنزير أو ياابن مائة كلب ، وأن قوله لهاشمى لعن الله بنى هاشم كذلك وأن شتم الملائكة كالأنبياء فليحرر .

ومن حوادث الفتوى مالو حكم حنفى بكفره بسب نبى هل للشافعى أن يحكم بقبول توبته ؛ الظاهر نعم لأنها حادثة أخرى وإن حكم بموجبه نهر .

قلت : ثم رأيت فى معروضات المفتى أبى السعود سؤالا ملخصه : أن طالب علم ذكر عنده حديث نبوى فقال أكل أحاديث النبى صلى الله عليه وسلم صدق يعمل بها . فأجاب بأنه يكفر أولا بسبب استفهامه الإنكارى ؛ وثانيا بإلحاقه الشين للنبى صلى الله عليه وسلم ، ففى كفره الأول عن اعتقاده يؤمر بتجديد الإيمان فلا يقتل ، والثانى يفيد الزندقة ،

مافى البزازية ، وقد علمت بطلانه ومنشأ غلطه أول الرسالة اه وسيذكر الشارح عن المحقق المفتى أبى السعود التصريح بأن مذهب الإمام الأعظم أنه لايقتل إذا تاب ويكتفى بتعزيره ، فهذا صريح المنقول عمن تقدم على البزازى ومن تبعه ، ولم يستند هو ولا من تبعه إلى كتاب من كتب الحنفية ، وإنما استند إلى فهم أخطأ فيه حيث نقل عمن صرح ، بخلاف مافهمه كما قدمناه ، وإن أردت زيادة البيان فى المقام فارجع إلى كتابنا تنبيه الولاة والحكام (قوله وهو ظاهر فى قبول توبته) المراد بقبول التوبة فى الدنيا بدفع القتل عنه أما قبولها فى الآخرة فهو محل وفاق ، وأصرح منه ماقدمناه عن كتاب الخراج لأبى يوسف ، فإن تاب وإلا قتل (قوله كذلك) أى يكون شاتما لنبى ، لكن قوله يا ابن مائة كلب ، إن قاله لشريف فهو ممكن فيجرى فيه الخلاف المار فى قبول توبته وعدمه ، وإلا فقد يكون له مائة أب ليس فيهم نبى :

على أنه يمكن أن يكون مراده أنه اجتمع على أم المشتوم مائة كلب أو ألف خنزير ، فلا يدخل أجداده فى ذلك ، وحيث احتمل التأويل فلا يحكم بالكفر عندنا كما مر (قوله وأن شتم الملائكة كالأنبياء) هو مصرح به عندنا ، فقالوا : إذا شتم أحدا من الأنبياء أو الملائكة كفر ، وقد علمت أن الكفر بشتم الأنبياء كفر ردة فكذا الملائكة ، فإن تاب فبها وإلا قتل (قوله فليحرر) قد علمت تحريره بما قلنا (قوله هل للشافعى أن يحكم بقبول توبته) أى فى إسقاط القتل عنه ، وهو مبنى على ما ذكره البزازى ، وقد علمت أن أهل المذهب قائلون بقبول توبته فلا وجه لما ذكره اه ط . وكذا قال الرحمتى : قد علمت أن هذا ليس مذهبا للحنفية كما نطقت به كتبهم ونقله عنهم الأئمة كالقاضى عياض وابن أبى جمرة (قوله لأنها حادثة أخرى الخ) يعنى أن حكم الحنفى بكفره بناء على أن مذهبه عدم قبول التوبة لا يرفع الخلاف فى عدم قبو التوبة لأن عدم قبولها حادثة أخرى لم يحكم بها الحنفى فيسوغ للشافعى الحكم بقبولها وإن قال الحنفى حكمت بالكفر وموجبه لأن موجب الكفر القتل إن لم يتب وهو المتفق عليه ، ولا يلزم منه القتل أيضا إن تاب على أنه له موجبات أخر من فسخ النكاح وحبط العمل وغير ذلك ، فلا يكون قول الحنفى حكمت بموجبه حكما بقتله ، وإن تاب فللشافعى أن يحكم بعدم قتله إذا تاب .

والعجب من الشارح حيث نقل صريح مافى كتب المذهب من أن الحنفى كالشافعى فى قبول توبته كيف جارى صاحب النهر فى هذه المسألة ، فكان الصواب أن يبدل الحنفى بالمالكى أو الحنبلى (قوله سؤالا) مفعول رأيت . وفى بعض النسخ سؤال بالرفع وهو تحريف (قوله فأجاب بأنه يكفر الخ) قال السائحانى : أقول هذا لا يصدر عن أبى السعود لأن كلام القائل يحتمل أن كل الأحاديث الموجودة ليست صدقا لأن فيها الموضوع ، وهذا الاحتمال

فبعد أخذه لاتقبل توبته اتفاقا فيقتل ، وقبله اختلف فى قبول توبته ، فعند أبى حنيفة تقبل فلا يقتل وعند بقية الأئمة لاتقبل ويقتل حدا فلذلك ورد أمر سلطانى فى سنة ٩٤٤ لقضاة الممالك المحمية برعاية رأى الجانبين بأنه إن ظهر صلاحه وحسن توبته وإسلامه لايقتل ، ويكتفى بتعزيره وحبسه عملابقول الإمام الأعظم وإن لم يكن من أناس يفهم خيرهم يقتل عملا بقول الأئمة ، ثم فى سنة ٩٥٥ تقرر هذا الأمر بآخر ، فينظر القائل من أى الفريقين هو فيعمل بمقتضاه اه فليحفظ ، وليكن التوفيق (أو) الكافر بسب (الشيخين أو) بسب (أحدهما) فى البحر عن الجوهرة معزيا للشهيد من سب الشيخين أو طعن فيهما كفر ولا تقبل توبته ، وبه أخذ الدبوسى وأبو الليث ، وهو المختار للفتوى انتهى ،وجزم به فى الأشباه وأقره المصنف قائلا: وهذا يقوى القول بعدم قبول توبة ساب الرسول صلى الله عليه وسلم ، وهو الذى ينبغى التعويل عليه فى الإفتاء والقضاء رعاية لجانب حضرة المصطفى صلى الله عليه وسلم اه لكن فى النهر وهذا لاوجود له فى أصل الجوهرة ، وإنما وجد على هامش بعض النسخ ، فألحق بالأصل مع أنه لاارتباط له بما قبله انتهى .

أقرب من غيره ، وتقدم عن الدرر إذا كان فى المسألة وجوه توجب الكفر ووجه واحد يمنعه فعلى المفتى الميل لما يمنعه وقوله والثانى : أى إلحاق الشين يفيد الزندقة .

أقول : لا إفادة فيه لأن الزندقة أن لايتدين بدين اه وكتب ط نحوه (قوله فبعد أخذه الخ) تفريع على كونه صار زنديقا .

وحاصل كلامه أن الزنديق لو تاب قبل أخذه : أى قبل أن يرفع إلى الحاكم تقبل توبته عندنا وبعده لا اتفاقا وورد الأمر السلطانى للقضاة بأن ينظر فى حال ذلك الرجل إن ظهر حسن توبته يعمل بقول أبى حنيفة وإلا فبقول باقى الأئمة ، وأنت خبير بأن هذا مبنى على مامشى عليه القاضى عياض من مشهور مذهب مالك وهو عدم قبول توبته وأن حكمه حكم الزنديق عندهم ، وتبعه البزازى كما قدمناه عنه ، وكذا تبعه فى الفتح ، وقد علمت أن صريح مذهبنا خلافه كما صرح به القاضى عياض وغيره (قوله وليكن التوفيق) أى يحمل مامر عن التتف وغيره من أنه يفعل به ما يفعل بالمرتد على ما إذا تاب قبل أخذه ، وحمل مافى البزازية على مابعد أخذه ، وأنت خبير بأن هذا التوفيق غير ممكن لتصريح علمائنا بأن حكمه حكم المرتد ، ولا شك أن حكم المرتد غير حكم الزنديق ولم يفصل أحد منهم هذا التفصيل ، ولأن البزازى ومن تابعه قالوا إنه لاتوبة له أصلا سواء بعد القدرة عليه والشهادة أوجاء تائبا من قبل نفسه كما هومذهب المالكية والحنابلة ، فعلم أنهما قولان مختلفان ، بل مذهبان متباينان . على أن الزنديق الذى لا تقبل توبته بعد الأخذ هو المعروف بالزندقة الداعى إلى زندقته كما يأتى ، ومن صدرت منه كلمة الشتم مرة عن غيظ أو نحوه لا يصير زنديقا بهذا المعنى (قوله وهو الذى ينبغى التعويل عليه) قلت : الذى ينبغى التعويل عليه ما نص عليه أهل المذهب فإن اتباعنا له واجب ط (قوله رعاية لجانب حضرة المصطفى صلى الله عليه وسلم) أقول : رعاية جانبه فى اتباع ماثبت عنه عند المجتهد (قوله لكن فى النهر الخ) قال السيد الحموى فى حاشية الأشباه : حكى عن عمر بن نجيم أن أخاه أفتى بذلك فطلب منه النقل فلم يوجد إلا على طرة الجوهرة وذلك بعد حرق الرجل اه .

مطلب مهم فى حكم سب الشيخين

وأقول : على فرض ثبوت ذلك فى عامة نسخ الجوهرة لاوجه له يظهر ، لما قدمناه من قبول توبة من سب الأنبياء عندنا خلافا للمالكية والحنابلة ، وإذا كان كذلك فلاوجه للقول بعدم قبول توبة من سب الشيخين بل لم يثبت ذلك

قلت : ويكفينا مامر من الأمر فتدبر .

عن أحد من الأئمة فيما أعلم اه ونقله عنه السيد أبو السعود الأزهرى فى حاشية الأشباه ط .

أقول : نعم نقل فى البزازية عن الخلاصة أن الرافضى إذا كان يسب الشيخين ويلعنهما فهو كافر ، وإن كان يفضل عليا عليهما فهو مبتدع اه وهذا لايستلزم عدم قبول التوبة . على أن الحكم عليه بالكفر مشكل ، لما فى الاختيار اتفق الأئمة على تضليل أهل البدع أجمع وتخطئتهم ، وسب أحد من الصحابة وبغضه لايكون كفرا ، لكن يضلل الخ : وذكر فى فتح القدير أن الخوارج الذين يستحلون دماء المسلمين وأموالهم ويكفرون الصحابة حكمهم عند جمهور الفقهاء وأهل الحديث حكم البغاة . وذهب بعض أهل الحديث إلى أنهم مرتدون . قال ابن المنذر : ولا أعلم أحدا وافق أهل الحديث على تكفيرهم ، وهذا يقتضى نقل إجماع الفقهاء . وذكر فى المحيط أن بعض الفقهاء لا يكفر أحدا من أهل البدع . وبعضهم يكفرون البعض ، وهو من خالف ببدعته دليلا قطعيا ونسبه إلى أكثر أهل السنة ، والنقل الأول أثبت ، وابن المنذر أعرف بنقل كلام المجتهدين ، نعم يقع فى كلام أهل المذهب تكفير كثير ولكن ليس من كلام الفقهاء الذين هم المجتهدون بل من غيرهم ، ولا عبرة بغير الفقهاء ، والمنقول عن المجتهدين ما ذكرنا اه ومما يزيد ذلك وضوحا ما صرحوا به فى كتبهم متونا وشروحا من قولهم : ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف وتقبل شهادة أهل الأهواء إلا الخطابية : وقال ابن ملك فى شرح المجمع : وترد شهادة من يظهر سب السلف لأنه يكون ظاهر الفسق ، وتقبل من أهل الأهواء الجبر والقدر والرفض والخوارج(١) والتشبيه والتعطيل اه . وقال الزيلعى أو يظهر سب السلف يعنى الصالحين منهم وهم الصحابة والتابعون لأن هذه الأشياء تدل على قصور عقله وقلة مروءته ، ومن لم يمتنع عن مثلها لا يمتنع عن الكذب عادة ، بخلاف مالو كان يخفى السب اه ولم يعلل أحد لعدم قبول شهادتهم بالكفر كما ترى ، نعم استثنوا الخطابية لأنهم يرون شهادة الزور لأشياعهم أو للحالف ، وكذا نص المحدثون على قبول رواية أهل الأهواء فهذا فيمن يسب عامة الصحابة ويكفرهم بناء على تأويل له فاسد :

فعلم أن ما ذكره فى الخلاصة من أنه كافر قول ضعيف مخالف للمتون والشروح ، بل هو مخالف لإجماع الفقهاء كما سمعت . وقد ألف العلامة منلا على القارى رسالة فى الرد على الخلاصة ، وبهذا تعلم قطعا أن ماعزى إلى الجوهرة من الكفر مع عدم قبول التوبة على فرض وجوده فى الجوهرة باطل لا أصل له ولا يجوز العمل به ، وقد مر أنه إذا كان فى المسألة خلاف ولو رواية ضعيفة ، فعلى المفتى أن يميل إلى عدم التكفير ، فكيف يميل هنا إلى التكفير المخالف للإجماع فضلا عن ميله إلى قتله وإن تاب ، وقد مر أيضا أن المذهب قبول توبة ساب الرسول صلى الله عليه وسلم فكيف ساب الشيخين : والعجب من صاحب البحر حيث تساهل غاية التساهل فى الإفتاء بقتله مع قوله : وقد ألزمت نفسى أن لا أفتى بشىء من ألفاظ التكفير المذكورة فى كتب الفتاوى ، نعم لاشك فى تكفير من قذف السيدة عائشة رضى الله تعالى عنها أو أنكر صحبة الصديق ، أو اعتقد الألوهية فى على أو أن جبريل غلط فى الوحى ، أو نحو ذلك من الكفر الصريح المخالف للقرآن ، ولكن لو تاب تقبل توبته ، هذا خلاصة ما حررناه فى كتابنا تنبيه الولاة والحكام ، وإن أردت الزيادة فارجع إليه واعتمد عليه ففيه الكفاية لذوى الدراية (قوله ويكفينا الخ) هذا مرتبط بقوله وهذا يقوّى القول الخ ط والمراد بالأمر الأمر السلطانى ، وقد علمت مافيه .

---

(١) (قوله والخوارج) هكذا بخطه ، ولعل الأنسب بما قبله وما بعده أن يقول والخروج تأمل اه مصححه .

وفى المعروضات المذكورة مامعناه أن من قال عن فصوص الحكم للشيخ محيي الدين بن العربى إنه خارج عن الشريعة وقد صنفه للإضلال ومن طالعه ملحد ماذا يلزمه ؟ أجاب : نعم فيه كلمات تباين الشريعة ، وتكلف بعض المتصلفين لإرجاعها إلى الشرع ، لكنا تيقنا أن بعض اليهود افتراها على الشيخ قدس الله سره فيجب الاحتياط بترك مطالعة تلك الكلمات ، وقد صدر أمر سلطانى بالنهى فيجب الاجتناب من كل وجه انتهى فليحفظ . وقد أثنى صاحب القاموس عليه فى سؤال رفع إليه فيه ؛ فكتب اللهم أنطقنا بما فيه رضاك ، الذى أعتقده

والحاصل أنه لاشك ولا شبهة فى كفر شاتم النبي صلى الله عليه وسلم وفى استباحة قتله ، وهو المنقول عن الأئمة الأربعة . وإنما الخلاف فى قبول توبته إذا أسلم . فعندنا وهو المشهور عند الشافعية القبول . وعند المالكية والحنابلة عدمه بناء على أن قتله حدا أولا . وأما الرافضى ساب الشيخين بدون قذف للسيدة عائشة ولا إنكار لصحبة الصديق ونحو ذلك فليس بكفر فضلا عن عدم قبول التوبة بل هو ضلال وبدعة وسيأتى تمامه فى أول باب البغاة إن شاء الله تعالى .

مطلب فى حال الشيخ الأكبر سيدى محيى الدين ابن عربى

نفعنا الله تعالى به

(قوله للشيخ محيي الدين بن العربى) هو محمد بن على بن محمد الحاتمى الطائى الأندلسى العارف الكبير ابن عربى ، ويقال ابن العربى . ولد سنة ٥٦٠ ومات فى ربيع سنة ٦٣٦ ودفن بالصالحية . وحسبك قول زروق وغيره من الفحول ذاكرين بعض فضله ، هو أعرف بكل فن من أهله ، وإذا أطلق الشيخ الأكبر فى عرف القوم فهو المراد ، وتمامه فى ط عن طبقات المناوى (قوله بعض المتصلفين) أى المتكلفين (قوله لكنا تيقنا الخ) لعل تيقنه بذلك بدليل ثبت عنده أو بسبب عدم إطلاعه على مراد الشيخ فيها وأنه لا يمكن تأويلها فتعين عنده أنها مفتراة عليه ؛ كما وقع للعارف الشعرانى أنه افترى عليه بعض الحساد فى بعض كتبه أشياء مكفرة وأشاعها عنه حتى اجتمع بعلماء عصره وأخرج لهم مسودة كتابه التى عليها خطوط العلماء فإذا هى خالية عما افترى عليه هذا . ومن أراد شرح كلماته التى اعترضها المنكرون فليرجع إلى كتاب [الرد المتين على منتقص العارف محيي الدين] لسيدى عبد الغنى النابلسى (قوله فيجب الاحتياط الخ) لأنه إن ثبت افتراؤها فالأمر ظاهر ، وإلا فلا يفهم كل أحد مراده فيها ، فيخشى على الناظر فيها من الإنكار عليه أو فهم خلاف المراد . وللحافظ السيوطى رسالة سماها [تنبيه الغبى بتبرئة ابن عربى] ذكر فيها أن الناس افترقوا فيه فرقتين : الفرقة المصيبة تعتقد ولايته ، والأخرى بخلافها . ثم قال : والقول الفصل عندى فيه طريقة لا يرضاها الفرقتان ، وهى اعتقاد ولايته وتحريم النظر فى كتبه . فقد نقل عنه أنه قال : نحن قوم يحرم النظر فى كتبنا ، وذلك أن الصوفية تواطؤا على ألفاظ اصطلحوا عليها وأرادوا بها معانى غير المعانى المتعارفة منها بين الفقهاء ، فمن حملها على معانيها المتعارفة كفر ؛ نص على ذلك الغزالى فى بعض كتبه ؛ وقال إنه شبيه بالمتشابه فى القرآن والسنة كالوجه واليد والعين والاستواء . وإذا ثبت أصل الكتاب عنه فلابد من ثبوت كل كلمة لاحتمال أن يدس فيه ماليس منه من عدو أو ملحد أو زنديق وثبوت أنه قصد بهذه الكلمة المعنى المتعارف ، وهذا لا سبيل إليه ، ومن ادعاه كفر لأنه من أمور القلب التى لا يطلع عليها إلا الله تعالى .

وقد سأل بعض أكابر العلماء بعض الصوفية : ما حملكم على أنكم اصطلحتم على هذه الألفاظ التى يستشنع ظاهرها ؛ فقال غيره : على طريقنا هذا أن يدعيه من لا يحسنه ويدخل فيه من ليس أهله ، والمتصدى للنظر فى كتبه أو إقرائها لم ينصح لنفسه ولا غيره من المسلمين ولا سيما إن كان من القاصرين عن علوم الظاهر فإنه يضل

وأدين الله به إنه كان رضى الله تعالى عنه شيخ الطريقة حالا وعلما ، وإمام الحقيقة حقيقة ورسما ، ومحيى رسوم المعارف فعلا واسما :

إذا تغلغل فكر المرء فى طرف — من علمه غرقت فيه خواطره

عباب لاتكدر الدلاء ، وسحاب تتقاصى عنه الأنواء ، كانت دعوته تخرق السبع الطباق ، وتفرق بركاته فتملأ الآفاق .

وإنى أصفه وهو يقينا فوق ماوصفته ، وناطق بما كتبته ،

ويضل ، وإن كان عارفا فليس من طريقتهم إقراء المريدين لكتبهم ، ولا يؤخذ هذا العلم من الكتب اه ملخصا . وذكر فى محل آخر : سمعت أن الفقيه العالم العلامة عز الدين بن عبد السلام كان يطعن فى ابن عربى ويقول هو زنديق ، فقال له يوما بعض أصحابه : أريد أن ترينى القطب فأشار إلى ابن عربى ، فقال له أنت تطعن فيه : فقال حتى أصون ظاهر الشرع أو كما قال اه . وللمحقق ابن كمال باشا فتوى قال فيها بعد ماأبدع فى مدحه : وله مصنفات كثيرة : منها فصوص حكمية وفتوحات مكية بعض مسائلها مفهوم النص والمعنى وموافق للأمر الإلهى والشرع النبوى ، وبعضها خفى عن إدراك أهل الظاهر دون أهل الكشف والباطن ، ومن لم يطلع على المعنى المرام يجب عليه السكوت فى هذا المقام ولقوله تعالى — ولا تقف ما ليس لك به علم إن السمع والبصر والفؤاد كل أولئك كان عنه مسؤلا — (قوله شيخ الطريقة حالا وعلما) الطريقة : هى السيرة المختصة بالسالكين إلى الله تعالى : من قطع المنازل والترقى فى المقامات ، والحال عند أهل الحق معنى يرد على القلب من غير تصنع ولا اجتلاب ولا اكتساب ، من طرب أو حزن ، أو قبض أو بسط ، أو هيبة ، ويزول بظهور صفات النفس سواء تعقبه المثل أولا ، فإذا دام وصار ملكة يسمى مقاما ، فالأحوال مواهب ، والمقامات تحصل ببذل المجهود ، والعلم هو الاعتقاد الجازم المطابق للواقع ، ومنه فعلىّ وهو مالايؤخذ من الغير وانفعالى ما أخذ من الغير اه من تعريفات السيد الشريف قدس سره (قوله وإمام الحقيقة) هى مشاهدة الربوبية بالقلب ، ويقال هى سر معنوىّ لاحد له ولا جهة ، وهى والطريقة والشريعة متلازمة ، لأن الطريق إلى الله تعالى لها ظاهر وباطن ؛ فظاهرها الشريعة والطريقة وباطنها الحقيقة فبطون الحقيقة فى الشريعة والطريقة كبطون الزبد فى لبنه لايظفر من اللبن بزبده بدون مخضه ، والمراد من الثلاثة إقامة العبودية على الوجه المراد من العبد اه من الفتوحات الإلهية للقاضى زكريا (قوله حقيقة ورسما) الحقيقة ضد المجاز . والرسم الأثر أو بقيته أو مالا شخص له من الآثار جمعه أرسم ورسوم قاموس ، والمراد أنه الإمام من جهة الحقيقة ونفس الأمر ، ومن جهة الأثر الظاهر للبصر (قوله فعلا واسما) أى أحيا آثارها من جهة الفعل والاسم حتى صارت المعارف فاعلة أفعالها ومشهورة بين الناس (قوله إذا تغلغل الخ) هذا بيت من بحر البسيط . والتغلغل الدخول والإسراع . والفكر : بالكسر ويفتح إعمال النظر فى الشىء : والخاطر : الهاجس قاموس : وهو مايخطر فى القلب من تدبير أمر مصباح (قوله عباب) كغراب معظم السيل وكثرته وموجه : والدلاء جمع دلو : أى لايتغير بأخذ الدلاء منه ، لأنها لا تصل إلى أسفله لكثرته (قوله تتقاصى عنه الأنواء) التقاصى : بالقاف والصاد المهملة التباعد . والأنواء : جمع نوء وهو النجم . واستناءه : طلب نوءه أى عطاءه قاموس : أى أنه سحاب تتباعد عن مطره وفيضه النجوم التى يكون المطر وقت طلوعها ، أو تتباعد عنه عطايا الناس : أى لاتشبهه (قوله الآفاق) جمع أفق بضم وبضمتين الناحية وما ظهر من نواحى الفلك قاموس (قوله وهو يقينا) مفعول مطلق لفعل محذوف ، تقديره أيقنه ، جملة معترضة بين المبتدأ والخبر ط (قوله وناطق بما كتبته) المراد أنه مقرّ به وأن القول طابق الفعل ط

وغالب ظنى أنى ماأنصفته :

وما علىّ إذا ماقلت معتقدى   دع الجهول يظن الجهل عدوانا

والله والله والله العظيم ومن   أقامه حجة لله برهانا

إن الذى قلت بعض من مناقبه   مازدت إلا لعلى زدت نقصانا

إلى أن قال : ومن خواص كتبه أنه من واظب على مطالعتها انشرح صدره لفك المعضلات ، وحل المشكلات وقد أثنى عليه الشيخ العارف عبد الوهاب الشعرانى سيما فى كتابه [تنبيه الأغبياء، على قطرة من بحر علوم الأولياء] فعليك وبالله التوفيق (و) الكافر بسبب اعتقاد (السحر) توبة له (ولو امرأة) فى الأصح

والجملة عطف على أصنفه (قوله ما أنصفته) يقال أنصفته إنصافا عاملته بالعدل والقسط مصباح (قوله وما علىّ) ما استفهامية أو نافية : أى وما على شئ (قوله يظن الجهل) أى يظن الجهل فى غيره فهو مفعول أول أو يظن الظن الجهل فهو مفعول مطلق ، وقوله عدوانا أى ظلما مفعول لأجله أو حال ، وهذا أولى مما قيل إن الجهل بمعنى المجهول مفعول أول وعدوانا مفعول ثان : أى ذاعدوان فافهم (قوله برهانا) هو الحجة قاموس، فهو حال مؤكدة ط (قوله من مناقبه) جمع منقبة وهى المفخرة قاموس ط (قوله إلا لعلى) أى لكن أخاف وأشفق أنى زدت من جهة النقصان والتقصير فى حقه ، فنقصانا تميز لا مفعول زدت لئلا يرد عليه ماقيل فى زاد النقص أنه لامناسبة بين الزيادة والنقص حتى يتسلط أحدهما على الآخر .

مطلب فى الساحر والزنديق

(قوله والكافر بسبب اعتقاد السحر) فى الفتح : السحر حرام بلا خلاف بين أهل العلم ، واعتقاد إباحته كفر . وعن أصحابنا ومالك وأحمد يكفر الساحر بتعلمه وفعله سواء اعتقد الحرمة أو لا ويقتل وفيه حديث مرفوع « حد الساحر ضربة بالسيف » يعنى القتل وعند الشافعى لايقتل ولا يكفر إلا إذا اعتقد إباحته . وأما الكاهن ، فقيل هو الساحر ، وقيل هو العراف الذى يحدث ويتخرص ، وقيل من له من الجن من يأتيه بالأخبار ، وقال أصحابنا : إن اعتقد أن الشياطين يفعلون له مايشاء كفر لا إن اعتقد أنه تخييل ، وعند الشافعى إن اعتقد مايوجب الكفر مثل التقرب إلى الكواكب وأنها تفعل مايلتمسه كفر . وعند أحمد حكمه كالساحر فى رواية يقتل ، وفى رواية إن لم يتب ، ويجب أن لايعدل عن مذهب الشافعى فى كفر الساحر والعراف وعدمه . وأما قتله فيجب ولا يستتاب إذا عرفت مزاولته لعمل السحر لسعيه بالفساد فى الأرض لا بمجرد علمه إذا لم يكن فى اعتقاده مايوجب كفره اهـ .

وحاصله أنه اختار أنه لايكفر إلا إذا اعتقد مكفرا ، وبه جزم فى النهر ، وتبعه الشارح ، وأنه يقتل مطلقا إن عرف تعاطيه له ، ويؤيده مافى الخانية : اتخذ لعبة ليفرق بين المرء وزوجه . قالوا : هو مرتد ويقتل إن كان يعتقد لها أثرا ويعتقد التفريق من اللعبة لأنه كافر اهـ :

وفى نور العين عن المختارات : ساحر يسحر ويدعى الخلق من نفسه يكفر ويقتل لردته : وساحر يسحر وهو جاحد لايستتاب منه ويقتل إذا ثبت سحره دفعا للضرر عن الناس . وساحر يسحر تجربة ولا يعتقد به لايكفر : قال أبو حنيفة : الساحر إذا أقر بسحره أو ثبت بالبينة يقتل ولا يستتاب منه ، والمسلم والذمى والحر والعبد فيه سواء . وقيل يقتل الساحر المسلم لا الكتابى ، والمراد من الساحر غير المشعوذ ولا صاحب الطلسم ولا الذى يعتقد

لسعيها فى الأرض بالفساد ذكره الزيلعى ، ثم قال (و) كذا الكافر بسبب (الزندقة)

الإسلام . والسحر فى نفسه حق أمر كائن إلا أنه لايصلح إلا للشر والضرر بالخلق ، والوسيلة إلى الشر شر فيصير مذموما اهـ .

والفرق بين الثلاثة : أن الأول مصرح بما هو كفر . والثانى لا يدرى كيف يقول كما وقع التعبير به فى الخانية لأنه جاحد ، ويعلم منه أن الأول لا يستتاب : أى لا يمهل طلبا للتوبة لأنها لاتقبل منه فى دفع القتل عنه بعد أخذه كما يأتى دفعا للضرر عن الناس كقطاع الطريق والخناق وإن كانوا مسلمين . وبه علم أن الثالث وإن كان لا يكفر لكنه يقتل أيضا للاشتراك فى الضرر ، وأن تقييد الشارح بكونه كافرا بسبب اعتقاد السحر غير قيد ، بل يقتل ولو كان كافرا أصليا أو لم يكفر باعتقاده ، نعم لما كان كلام المصنف فى المسلم الذى ارتد قيد بذلك تأمل . وعلم به وبما نقلناه عن الخانية أنه لا يكفر بمجرد عمل السحر مالم يكن فيه اعتقاد أو عمل ماهو مكفر . ولذا نقل فى [تبيين المحارم] عن الإمام أبى منصور أن القول بأنه كفر على الإطلاق خطأ ويجب البحث عن حقيقته ، فإن كان فى ذلك رد مالزم فى شرط الإيمان فهو كفر وإلا فلا اهـ . والظاهر أن مانقله فى الفتح عن أصحابنا مبنى على أن السحر لايكون إلا إذا تضمن كفرا ويأتى تحقيقه ، وقدمنا فى خطبة الكتاب تعداد أنواع السحر وتمام بيان ذلك فى رسالتنا المسماة [سل الحسام الهندى لنصرة مولانا خالد النقشبندى] (قوله لسعيها الخ) أى لا بسبب اعتقادها الذى هو ردة لأن المرتدة لاتقتل عندنا، ومقابل الأصح مافى المنتقى أنها لاتقتل بل تحبس وتضرب كالمرتدة كما فى الزيلعى .

مطلب فى الفرق بين الزنديق والمنافق والدهرى والملحد

(قوله وكذا الكافر بسبب الزندقة) قال العلامة ابن كمال باشا فى رسالته : الزنديق فى لسان العرب يطلق على من ينفى البارى تعالى ، وعلى من يثبت الشريك ، وعلى من ينكر حكمته . والفرق بينه وبين المرتد العموم الوجهى لأنه قد لايكون مرتدا ، كما لو كان زنديقا أصليا غير منتقل عن دين الإسلام ، والمرتد قد لايكون زنديقا كما لو تنصر أو تهود ، وقد يكون مسلما فيتزندق . وأما فى اصطلاح الشرع ، فالفرق أظهر لاعتبارهم فيه إبطان الكفر والاعتراف بنبوة نبينا صلى الله عليه وسلم على مافى شرح المقاصد، لكن القيد الثانى فى الزنديق الإسلامى بخلاف غيره . والفرق بين الزنديق والمنافق والدهرى والملحد مع الاشتراك فى إبطان الكفر أن المنافق غير معترف بنبوة نبينا صلى الله عليه وسلم ، والدهرى كذلك مع إنكاره إسناد الحوادث إلى الصانع المختار سبحانه وتعالى : والملحد : وهو من مال عن الشرع القويم إلى جهة من جهات الكفر ، من ألحد فى الدين : حاد وعدل لا يشترط فيه الاعتراف بنبوة نبينا صلى الله عليه وسلم ولا بوجود الصانع تعالى وبهذا فارق الدهرى أيضا ، ولا إضمار الكفر وبه فارق المنافق ، ولا سبق الإسلام وبه فارق المرتد ، فالملحد أوسع فرق الكفر حدا : أى هو أعم من الكل اهـ ملخصا .

قلت : لكن الزنديق باعتبار أنه قد يكون مسلما وقد يكون كافرا من الأصل لايشترط فيه الاعتراف بالنبوة وسيأتى عن الفتح تفسيره بمن لايتدين بدين .

ثم بين حكم الزنديق فقال : اعلم أنه لايخلو ، إما أن يكون معروفا داعيا إلى الضلال أولا . والثانى ماذكره صاحب الهداية فى التجنيس من أنه على ثلاثة أوجه : إما أن يكون زنديقا من الأصل على الشرك ، أو يكون مسلما فيتزندق ، أو يكون ذميا فيتزندق ؛ فالأول يترك على شركه إن كان من العجم ، أى بخلاف مشرك العرب

لا توبة له ، وجعله فى الفتح ظاهر المذهب ، لكن فى حظر الخانية الفتوى على أنه (إذا أخذ) الساحر أو الزنديق المعروف الداعى (قبل توبته) ثم تاب لم تقبل توبته ويقتل ، ولو أخذ بعدها قبلت . وأفاد فى السراج أن الخناق لا توبة له . وفى الشمنى : الكاهن قيل كالساحر . وفى حاشية البيضاوى لمنلاخسرو :

فإنه لا يترك . والثانى يقتل إن لم يسلم لأنه مرتد . وفى الثالث(١) يترك على حاله لأن الكفر ملة واحدة اهـ والأول أى المعروف الداعى لا يخلو من أن يتوب بالاختيار ويرجع عما فيه قبل أن يؤخذ أولا ، والثانى يقتل دون الأول اهـ وتمامه هناك (قوله لا توبة له) تصريح بوجه الشبه ، والمراد بعدم التوبة أنها لا تقبل منه فى نفى القتل عنه كما مر فى الساب ، ولذا نقل البيرى عن الشمنى بعد نقله اختلاف الرواية فى القبول وعدمه أن الخلاف فى حق الدنيا ، أما فيما بينه وبين الله تعالى فتقبل توبته بلا خلاف اهـ ونحوه فى رسالة ابن كمال (قوله لكن فى حظر الخانية الخ) استدراك على الفتح حيث لم يذكر هذا التفصيل . ونقل فى النهر عن الدراية روايتين فى القبول وعدمه ، ثم قال : وينبغى أن يكون هذا التفصيل محمل الروايتين اهـ (قوله المعروف) أى بالزندقة الداعى أى الذى يدعو الناس إلى زندقته اهـ ح .

فإن قلت : كيف يكون معروفا داعيا إلى الضلال ، وقد اعتبر فى مفهومه الشرعى أن يبطن الكفر .

قلت : لا بعد فيه ، فإن الزنديق يموه كفره ويروج عقيدته الفاسدة ويخرجها فى الصورة الصحيحة ، وهذا معنى إبطال الكفر ، فلا ينافى إظهاره الدعوى إلى الضلال وكونه معروفا بالإضلال اهـ ابن كمال (قوله أن الخناق لا توبة له) أفاد بصيغة المبالغة أن من خنق مرة لا يقتل . قال المصنف قبيل الجهاد : ومن تكرر الخنق منه فى المصر قتل به وإلا لا اهـ ط .

قلت : ذكر الخناق هنا استطرادى لأن الكلام فى الكافر الذى لا تقبل توبته والخناق غير كافر ، وإنما لا تقبل توبته لسعيه فى الأرض بالفساد ودفع ضرره عن العباد ، ومثله قطاع الطريق :

مطلب فى الكاهن والعراف

(قوله الكاهن قيل كالساحر) فى الحديث « من أتى كاهنا أو عرافا فصدقه بما يقول فقد كفر بما أنزل على محمد » أخرجه أصحاب السنن الأربعة ، وصححه الحاكم عن أبى هريرة . والكاهن كما فى مختصر النهاية للسيوطى : من يتعاطى الخبر عن الكائنات فى المستقبل ويدعى معرفة الأسرار . والعراف : المنجم . وقال الخطابى : هو الذى يتعاطى معرفة مكان المسروق والضالة ونحوهما اهـ .

والحاصل أن الكاهن من يدعى معرفة الغيب بأسباب وهى مختلفة فلذا انقسم إلى أنواع متعددة كالعراف . والرمال والمنجم : وهو الذى يخبر عن المستقبل بطلوع النجم وغروبه ، والذى يضرب بالحصى ، والذى يدعى أن له صاحبا من الجن يخبره عما سيكون ، والكل مذموم شرعا ، محكوم عليهم وعلى مصدقهم بالكفر . وفى البزازية : يكفر بادعاء علم الغيب وبإتيان الكاهن وتصديقه . وفى التتارخانية : يكفر بقوله أنا أعلم المسروقات أو أنا أخبر عن إخبار الجن إياى اهـ .

قلت : فعلى هذا أرباب التقاويم من أنواع الكاهن لادعائهم العلم بالحوادث الكائنة . وأما ما وقع لبعض

---

(١) (قوله وفى الثالث) كذا بالأصل المقابل على خط المؤلف ، والمناسب حذف « فى » كالأول والثانى قبله اهـ مصححه .

الداعي إلى الإلحاد والإباحي كالزنديق : وفي الفتح : والمنافق الذي يبطن الكفر ويظهر الإسلام كالزنديق الذي لايتدين بدين ، وكذا من علم أنه ينكر في الباطن بعض الضروريات كحرمة الخمر ويظهر اعتقاد حرمته ،

الخواص كالأنبياء والأولياء بالوحي أو الإلهام فهو بإعلام من الله تعالى فليس مما نحن فيه اه ملخصا من حاشية نوح من كتاب الصوم .

مطلب في دعوى علم الغيب

قلت : وحاصله أن دعوى علم الغيب معارضة لنص القرآن فيكفر بها ، إلا إذا أسند ذلك صريحا أو دلالة إلى سبب من الله تعالى كوحي أو إلهام ، وكذا لو أسنده إلى أمارة عادية بجعل الله تعالى . قال صاحب الهداية في كتابه مختارات النوازل : وأما علم النجوم فهو في نفسه حسن غير مذموم ، إذ هو قسمان : حسابي وإنه حق وقد نطق به الكتاب . قال تعالى ـ الشمس والقمر بحسبان ـ أي سيرهما بحسبان . واستدلالي بسير النجوم وحركة الأفلاك على الحوادث بقضاء الله تعالى وقدره ، وهو جائز كاستدلال الطبيب بالنبض على الصحة والمرض ، ولو لم يعتقد بقضاء الله تعالى أوادعى علم الغيب بنفسه يكفر اه وتمام تحقيق هذا المقام يطلب من رسالتنا سل الحسام الهندي (قوله الداعي إلى الإلحاد) قدمنا عن ابن كمال بيانه (قوله والإباحي) أي الذي يعتقد إباحة المحرمات وهو معتقد الزنا دقة . ففي فتاوى قارئ الهداية : الزنديق هو الذي يقول ببقاء الدهري ويعتقد أن الأموال والحرم مشتركة اه . وفي رسالة ابن كمال عن الإمام الغزالي في كتاب [التفرقة بين الإسلام والزندقة] ومن جنس ذلك ما يدعيه بعض من يدعي التصوف أنه بلغ حالة بينه وبين الله تعالى أسقطت عنه الصلاة وحل له شرب المسكر والمعاصي وأكل مال السلطان ، فهذا مما لا أشك في وجوب قتله إذ ضرره في الدين أعظم ؛ وينفتح به باب من الإباحة لاينسد ؛ وضرر هذا فوق ضرر من يقول بالإباحة مطلقا ؛ فإنه يمتنع عن الإصغاء إليه لظهور كفره . أما هذا فيزعم أنه لم يرتكب إلا تخصيص عموم التكليف بمن ليس له مثل درجته في الدين ويتداعى هذا إلى أن يدعى كل فاسق مثل حاله اه ملخصا .

مطلب في أهل الأهواء إذا ظهرت بدعتهم

وفي نور العين عن التمهيد : أهل الأهواء إذا ظهرت بدعتهم بحيث توجب الكفر فإنه يباح قتلهم جميعا إذا لم يرجعوا ولم يتوبوا ، وإذا تابوا وأسلموا تقبل توبتهم جميعا إلا الإباحية والغالية والشيعة من الروافض والقرامطة والزنادقة من الفلاسفة لاتقبل توبتهم بحال من الأحوال ، ويقتل بعد التوبة وقبلها ، لأنهم لم يعتقدوا بالصانع تعالى حتى يتوبوا ويرجعوا إليه . وقال بعضهم : إن تاب قبل الأخذ والإظهار تقبل توبته وإلا فلا ، وهو قياس قول أبي حنيفة ، وهو حسن جدا ، فأما في بدعة لاتوجب الكفر فإنه يجب التعزير بأي وجه يمكن أن يمنع من ذلك ، فإن لم يمكن بلا حبس وضرب يجوز حبسه وضربه ، وكذا لو لم يمكن المنع بلا سيف إن كان رئيسهم ومقتداهم جاز قتله سياسة وامتناعا . والمبتدع لو له دلالة ودعوة للناس إلى بدعته ويتوهم منه أن ينشر البدعة وإن لم يحكم بكفره جاز للسلطان قتله سياسة وزجرا ، لأن فساده أعلى وأعم حيث يؤثر في الدين . والبدعة لو كانت كفرا يباح قتل أصحابها عاما ، ولو لم تكن كفرا يقتل معلمهم ورئيسهم زجرا وامتناعا اه (قوله الذي لايتدين بدين) يحتمل أن يكون

وتمامه فيه . وفيه : يكفر الساحر بتعلمه وفعله اعتقد تحريمه أولا ويقتل انتهى ؛ لكن فى حظر الخانية : لو استعمله للتجربة والامتحان ولا يعتقده لا يكفر

المراد به الذى لا يستقر على دين ، أو الذى يكون اعتقاده خارجا عن جميع الأديان . والثانى هو الظاهر من كلامه الذى سنذكره عنه ، وقدمنا عن رسالة ابن كمال تفسيره شرعا بمن يبطن الكفر وهذا أعم (قوله وتمامه فيه) أى فى الفتح حيث قال : ويجب أن يكون حكم المنافق فى عدم قبولنا توبته كالزنديق لأن ذلك فى الزنديق لعدم الاطمئنان إلى ما يظهر من التوبة إذا كان يخفى كفره الذى هو عدم اعتقاده دينا ، والمنافق مثله فى الإخفاء . وعلى هذا فطريق العلم بحاله إما بأن يعثر بعض الناس عليه أو يسره إلى من أمن إليه اه .

مطلب حكم الدروز والتيامنة والنصيرية والإسماعيلية

[تنبيه] يعلم مما هنا حكم الدروز والتيامنة فإنهم فى البلاد الشامية يظهرون الإسلام والصوم والصلاة مع أنهم يعتقدون تناسخ الأرواح وحل الخمر والزنا وأن الألوهية تظهر فى شخص بعد شخص ويجحدون الحشر والصوم والصلاة والحج ، ويقولون المسمى به غير المعنى المراد ويتكلمون فى جناب نبينا صلى الله عليه وسلم كلمات فظيعة ؛ وللعلامة المحقق عبد الرحمن العمادى فيهم فتوى مطولة ، وذكر فيها أنهم ينتحلون عقائد النصيرية والإسماعيلية الذين يلقبون بالقرامطة والباطنية الذين ذكرهم صاحب المواقف . ونقل عن علماء المذاهب الأربعة أنه لا يحل إقرارهم فى ديار الإسلام بجزية ولا غيرها ، ولا تحل مناكحتهم ولا ذبائحهم ، وفيهم فتوى فى الخيرية أيضا فراجعها .

مطلب جملة من لا تقبل توبته

والحاصل أنهم يصدق عليهم اسم الزنديق والمنافق والملحد . ولا يخفى أن إقرارهم بالشهادتين مع هذا الاعتقاد الخبيث لا يجعلهم فى حكم المرتد لعدم التصديق ، ولا يصح إسلام أحدهم ظاهرا إلا بشرط التبرى عن جميع ما يخالف دين الإسلام لأنهم يدعون الإسلام ويقرون بالشهادتين وبعد الظفر بهم لا تقبل توبتهم أصلا . وذكر فى التاترخانية أنه سئل فقهاء سمرقند عن رجل يظهر الإسلام والإيمان ثم أقر بأنى كنت أعتقد مع ذلك مذهب القرامطة وأدعو إليه والآن تبت ورجعت وهو يظهر الآن ما كان يظهره قبل من الإسلام والإيمان . قال أبو عبد الكريم بن محمد : قتل القرامطة واستئصالهم فرض : وأما هذا الرجل الواحد ، فبعض مشايخنا قال يتغفل ويقتل : أى تطلب غفلته فى عرفان مذهبه . وقال بعضهم يقتل بلا استغفال ، لأن من ظهر منه ذلك ودعا الناس لا يصدق فيما يدعى بعد من التوبة ولو قبل منه ذلك لهدموا الإسلام وأضلوا المسلمين من غير أن يمكن قتلهم ، وأطال فى ذلك ، ونقل عدة فتاوى عن أئمتنا وغيرهم بنحو ذلك ، لكن تقدم اعتماد قبول التوبة قبل الأخذ لا بعده (قوله لكن فى حظر الخانية) أى فى كتاب الحظر والإباحة منها والاستدراك على قول الفتح أولا : أى أو لم يعتقد تحريمه ، وقدمنا أنه فى الفتح نقل ذلك عن أصحابنا وأنه اختار أنه لا يكفر ما لم يعتقد ما يوجب الكفر لكنه يقتل ؛ ولعل ما نقله عن الأصحاب مبنى على أن السحر لا يتم إلا بما هو كفر كما يفيده قوله تعالى — وما يعلمان من أحد حتى يقولا إنما نحن فتنة فلا تكفر — وعلى هذا فغير المكفر لا يسمى سحرا ، ويؤيد ما قدمناه عن المختارات من أن المراد بالساحر غير المشعوذ ولا صاحب الطلسم ولا من يعتقد الإسلام : أى بأن لم يفعل أو يعتقد ما ينافى الإسلام ، ولذا قال هنا ولا يعتقده فقد علم أنه يسمى ساحرا ما لم يعتقد أو يفعل ما هو كفر ، والله سبحانه أعلم .

وحينئذ فالمستثنى أحد عشر :

(و) اعلم أن (كل مسلم ارتد فإنه يقتل إن لم يتب إلا) جماعة (المرأة والخنثى ، ومن إسلامه تبعا ، والصبى إذا أسلم، والمكره على الإسلام ، ومن ثبت إسلامه بشهادة رجلين ثم رجعا) زاد فى الأشباه : ومن ثبت إسلامه بشهادة رجل وامرأتين انتهى .

ولو شهد نصرانيان على نصرانى أنه أسلم وهو ينكر لم تقبل شهادتهما ، وقيل تقبل ؛ ولو على نصرانية قبلت اتفاقا ، وتمامه فى آخر كراهية الدرر ، ويلحق بالصبى من ولدته المرتدة بيننا إذا بلغ مرتداً ،

مطلب جملة من لايقتل إذا ارتد

(قوله فالمستثنى أحد عشر) أى من قوله وكل مسلم ارتد فتوبته مقبولة إلا أحد عشر : من تكررت ردته ، وساب النبى صلى الله عليه وسلم ، وساب أحد الشيخين ، والساحر ، والزنديق والخناق ؛ والكاهن ، والملحد ، والإباحى والمنافق ، ومنكر بعض الضروريات باطنا اهـ ح .

قلت : لكن الساحر لايلزم أن يكون مرتدا بأن يكون مسلما أصليا فعل ذلك فإنه يقتل ولو كافرا كما مر ، والخناق غير كافر وإنما يقتل لسعيه بالفساد كما قدمناه . وأما الزنديق الداعى والملحد وما بعده فيكفى فيه إظهاره للإسلام وإن كان كافرا أصليا فعلم أن المراد بيان جملة من لاتقبل توبته سواء كان مسلما ارتد أو لم يرتد أو كان كافرا أصليا ؛ وعليه فكان المناسب ذكر قطاع الطريق ، وكذا أهل الأهواء كما مر عن التمهيد ، وكذا العوانى كما مر فى باب التعزير ، وكذا كل من وجب عليه حد زنا أو سرقة أو قذف أو شرب . وأما ذكر ساب النبى صلى الله عليه وسلم أو أحد الشيخين فقد علمت مافيه (قوله المرأة) يستثنى منها المرتدة بالسحر كما مر وهو الأصح كما فى البحر (قوله والخنثى) أى المشكل فإنه إذا ارتد لم يقتل ويحبس ويجبر على الإسلام بحر عن التاترخانية (قوله ومن إسلامه تبعا) صوابه تبع اهـ ح . قال فى البحر عن البدائع : صبى أبواه مسلمان حتى حكم بإسلامه تبعا لأبويه فبلغ كافرا ولم يسمع منه إقرار باللسان بعد البلوغ لايقتل لانعدام الردة منه إذ هى اسم للتكذيب بعد سابقة التصديق ولم يوجد منه التصديق بعد البلوغ ، حتى لو أقر بالاسلام ثم ارتد يقتل ولكنه فى الأولى يحبس لأنه كان له حكم الاسلام قبل البلوغ تبعا ، والحكم فى أكسابه كالحكم فى أكساب المرتد لأنه مرتد حكما اهـ (قوله والصبى إذا أسلم) أى استقلالا بنفسه لاتبعا لأبويه وإلا فهو المسألة المارة ، وأطلق عدم قتله فشمل ما بعد البلوغ . فى البحر : لو بلغ مرتدا لا يقتل استحسانا لقيام الشبهة باختلاف العلماء فى صحة إسلامه ، وسيأتى الكلام فى إسلامه وردته : وبقى مسألة أخرى ذكرها فى البحر والفتح عن المبسوط ، وهى مالو ارتد الصبى فى صغره. فعلم أن الأولى فيما إذا ارتد حال البلوغ : أى قبل أن يقر بالإسلام (قوله والمكره على الإسلام) لأن الحكم بإسلامه من حيث الظاهر لأن قيام السيف على رأسه ظاهر فى عدم الاعتقاد فيصير شبهة فى إسقاط القتل فتح ،وفيه بعد نقله هذه المسائل عن المبسوط . قال : وفى كل ذلك يجبر على الإسلام ، ولو قتله قاتل قبل أن يسلم لايلزمه شىء (قوله ثم رجعا) لأن الرجوع شبهة الكذب فى الشهادة (قوله ومن ثبت إسلامه بشهادة رجل وامرأتين) هذا على رواية النوادر كما ستراه ح (قوله وقيل تقبل) يوهم أن المسألة الأولى اتفاقية وليس كذلك ويمكن إرجاعه للمسألتين (قوله ولو على نصرانية قبلت اتفاقا) لأن المرتدة لاتقتل بخلاف المرتد ولكنها تجبر على الاسلام وهذا كله قول الامام. وفى النوادر : تقبل شهادة رجل وامرأتين على الإسلام وشهادة نصرانيين على نصرانى أنه أسلم وهذا هو الذى فى آخر كراهية الدرر كما فى ح ، واعتمد قاضيخان قول الإمام بعدم القتل بشهادة النساء وإن كان يجبر على الإسلام لأن أى نفس كانت لا تقتل بشهادة النساء ط عن نوح أفندى (قوله من ولدته المرتدة بيننا) لأنه يجبر على الإسلام كأمه لكنه لايقتل كمن كان إسلامه

والسكران إذا أسلم وكذا اللقيط لأن إسلامه حكمى لاحقيقى ، وقيد فى الخانية وغيرها المكره بالحربى . أما الذمى المستأمن فلا يصح إسلامه انتهى ، لكن حمله المصنف فى كتاب الإكراه على جواب القياس . وفى الاستحسان يصح فليحفظ ، وحينئذ فالمستثنى أربعة عشر :

(شهدوا على مسلم بالردة وهو منكر لايتعرض له) لالتكذيب الشهود العدول بل (لأن إنكاره توبة ورجوع) يعنى فيمتنع القتل فقط : وتثبت بقية أحكام المرتد كحبط عمل وبطلان وقف وبينونة زوجة لو فيما تقبل توبته وإلا قتل كالردة بسببه عليه الصلاة والسلام كما مر أشباه . زاد فى البحر : وقد رأيت من يغلط فى هذا المحل وأقره المصنف ، وحينئذ فالمستثنى أربعة عشر . وفى شرح الوهبانية للشرنبلالى : ما يكون كفرا اتفاقا يبطل العمل

تبعا لأبويه ولم يصف الإسلام فبلغ كافرا كما مر ، وقوله بيننا أى المسلمين غير قيد لما سيأتى من أن الزوجين لو ارتدا معا فولدت ولدا يجبر بالضرب على الاسلام وإن حبلت به ثمة (قوله والسكران إذا أسلم) يعنى فإن إسلامه يصح ، فإن ارتد لايقتل كالصبى العاقل إذا ارتد بحر عن التاترخانية .

قلت : أى إن ارتد بعد صحوه لايقتل لأن فى إسلامه شبهة (قوله لأن إسلامه حكمى) أى بتبعية الدار كما سيأتى فى بابه (قوله وفى الاستحسان يصح) وهو المعمول به رملى وهو الصواب ط عن بعض العلماء .

قلت : ووجهه أن الحربى إنما يقاتل على الإسلام أصالة فلا يتأتى فيه قياس واستحسان ، بخلاف الذمى فإنه بعد التزام الذمة لا يقاتل عليه ، فالقياس أن لايصح إسلامه بالإكراه : كما لاتصح ردة المسلم به : وفى الاستحسان يصح ، لكن لو ارتد لايقتل وتقدم وجهه (قوله فالمستثنى أربعة عشر) لأن المكره تحته ثلاثة : الحربى والذمى والمستأمن ، وشهادة نصرانيين على نصرانى أو نصرانية صورتان ، والباقى ظاهر (قوله لأن إنكاره توبة ورجوع) ظاهره ولو بدون إقرار بالشهادتين ، وهو ظاهر قول المتون أول الباب ، وإسلامه أن يتبرأ عن الأديان حيث لم يذكروا الإقرار بالشهادتين . ويحتمل أن يكون المراد الإنكار مع الإقرار بهما ، ويؤيده مافى كافى الحاكم ، وإذا رفعت المرتدة إلى الإمام فقالت ماارتددت وأنا أشهد أن لاإله إلا الله وأن محمدا رسول الله كان هذا توبة منها اهـ تأمل . ثم رأيت فى البيرى على الأشباه قال : كون مجرد الإنكار توبة غير مراد بل ذلك مقيد بثلاثة قيود . قال فى الذخيرة عن بشر بن الوليد : إذا جحد المرتد الردة وأقر بالتوحيد وبمعرفة رسول الله صلى الله عليه وسلم وبدين الإسلام فهذا منه توبة اهـ (قوله كحبط عمل) يأتى الكلام عليه (قوله وبطلان وقف) أى الذى وقفه حال إسلامه سواء كان على قربة ابتداء أو على ذريته ثم على المساكين لأنه قربة ولابقاء لها مع وجود الردة ، وإذا عاد مسلما لايعود وقفه إلا بتجديد منه ، وإذا مات أو قتل أو لحق كان الوقف ميراثا بين ورثته بحر عن الخصاف (قوله وبينونة زوجة) وتكون فسخا عندهما . وقال محمد : فرقة بطلاق ولو هى المرتدة فبغير طلاق إجماعا ، ثم إذا تاب وأسلم ترتفع تلك البينونة بيرى عن شرح الطحاوى ، وأقره السيد أبو السعود فى حاشية الأشباه :

قلت : والظاهر أن قوله ترفع أصله لاترتفع فسقطت لفظة لاالنافية من قلم الناسخ وإلا فهو مخالف لفروعهم الكثيرة المقررة فى باب نكاح الكافر وغيره المصرحة بلزوم تجديد النكاح ، ومنها مايأتى قريبا ، وصرح فى البحر عن العناية أن البينونة لاتتوقف على إسلامه كبطلان وقفه فإنه لايعود صحيحا بإسلامه تأمل (قوله او فيما تقبل توبته) شرط فى قوله السابق فيمتنع القتل ط (قوله كما مر) قدمنا مافيه (قوله وقد رأيت من يغلط فى هذا المحل) أى حيث فهم أن الشهادة لا تقبل أصلا حتى فى بقية الأحكام المذكورة (قوله فالمستثنى أربعة عشر)

والنكاح وأولاده أولاد زنا ، وما فيه خلاف يؤمر بالاستغفار والتوبة وتجديد النكاح (ولا يترك) المرتد (على ردته بإعطاء الجزية ولا بأمان مؤقت ولابأمان مؤبد ، ولايجوز استرقاقه بعد اللحاق) بدار الحرب ، بخلاف المرتدة خانية (والكفر) كله (ملة واحدة) خلافا للشافعي .

(فلوتنصر يهودى أو عكسه ترك على حاله) ولم يجبر على العود (ويزول ملك المرتد عن ماله زوالا موقوفا ، فإن أسلم عاد ملكه ، وإن مات أوقتل على ردته) أو حكم بلحاقه (ورث كسب إسلامه وارثه المسلم) ولو زوجته بشرط العدة زيلعي

صوابه خمسة عشر لأن هـذا زائد على ما تقدم . والوجه فيه أنه لم يتب حقيقة وإنما تاب حكما بجعل إنكاره توبة فهو داخل فى المسلم الذى ارتد ولم يتب ط (قوله وأولاده أولاد زنا) كذا فى فصول العمادى ، لـكن ذكر فى [نور العين] ويجدد بينهما النكاح إن رضيت زوجته بالعود إليه وإلافلا تجبر ، والمولود بينهما قبل تجديد النكاح بالوطء بعد الردة يثبت نسبه منه لـكن يكون زنا اه .

قلت : ولعل ثبوت النسب لشبهة الخلاف فإنها عند الشافعى لاتبين منه تأمل (قوله والتوبة) أى تجديد الإسلام (قوله وتجديد النكاح) أى احتياطا كما فى الفصول العمادية . وزاد فيها قسما ثالثا فقال : وما كان خطأ من الألفاظ ولا يوجب الـكفر فقائله يقر على حاله ، ولايؤمر بتجديد النكاح ولـكن يؤمر بالاستغفار والرجوع عن ذلك ، وقوله احتياطا أى يأمره المفتى بالتجديد ليكون وطؤه حلالا باتفاق ، وظاهره أنه لايحكم القاضى بالفرقة بينهما ، وتقدم أن المراد بالاختلاف ولو رواية ضعيفة ولو فى غير المذهب (قوله بخلاف المرتدة) أى فإنها تسترق بعد اللحاق بدار الحرب وتجبر على الإسلام بالضرب والحبس ولاتقتل كما صرح به فى البدائع ، ولا يكون استرقاقها مسقطا عنها الجبر على الإسلام ؛ كما لو ارتدت الأمة ابتداء فإنها تجبر على الإسلام بحر (قوله ويزول ملك المرتد الخ) أى خلافا لهما . وفى البدائع : لاخلاف أنه إذا أسلم فأمواله باقية على ملكه ، وأنه إذا مات أو قتل أو لحق تزول عن ملكه ، وإنما الخلاف فى زوالها بهذه الثلاثة مقصورا على الحال عندهما ومستندا إلى وقت وجود الردة عنده . وتظهر الثمرة فى تصرفاته ، فعندهما نافذة قبل الإسلام ، وعنده موقوفة لوقوف أملاكه اه قيد بالملك لأنه لا توقف فى إحباط طاعته وفرقة زوجته وتجديد الإيمان فإن الارتداد فيها عمل عمله كذا فى العناية ، وتقدم أن من عباداته التى بطلت وقفه وأنه لا يعود بإسلامه ، وكذا لاتوقف فى بطلان إيجاره واستئجاره ووصيته وإيصائه وتوكيله ووكالته ، وتمامه فى البحر .

قلت : ويستثنى من فرقة الزوجة مالو ارتدا معا فإنه يبقى النكاح كما صرح به فى العناية . وفى البحر : وأفاد أن الـكلام فى الحر ، ولذا قال فى الخانية : وتصرف المـكاتب فى ردته نافذ فى قولهم . زاد فى النهر عن السراج وكسبه حال الردة لمولاه (قوله فإن أسلم الخ) جملة مفسرة لما قبلها ط (قوله ورث كسب إسلامه وارثه المسلم) أشار إلى أن المعتبر وجود الوارث عند الموت أو القتل أو الحكم باللحاق ، وهو رواية محمد عن الإمام ، وهو الأصح ، وروى عنه اعتبار وقت الردة ، وروى اعتبارهما معا ، فعلى الأصح لو كان له ولد كافر أوعبد يوم الردة فعتق أو أسلم بعدها قبل أحد الثلاثة ورثه ، وكذا لو ولد من علوق حادث بعدها إذا كان مسلما تبعا لأمه بأن علق من أمة مسلمة وتمامه فى البحر ، لـكن قوله أو الحكم باللحاق خلاف الأصح فإن الأصح وهو ظاهر الرواية اعتبار وجود الوارث عند اللحاق ، وروى عند الحـكم به كما فى شرح السير الـكبير (قوله ولو زوجته) لأنه بالردة كأنه مرض مرض الموت لاختياره سبب المرض بإصراره على الـكفر مختارا حتى قتل نهر (قوله بشرط العدة) قال فى النهر : هذا يقتضى أن غير المدخول بها لا ترث لصيرورتها بالردة أجنبية ، وليست الردة موتا

(بعد قضاء دين إسلامه ، وكسب ردته فىء بعد قضاء دين ردته) وقالا : ميراث أيضا ككسب المرتدة (وإن حكم) القاضى (بلحاقه عتق مدبره) من ثلث ماله (وأم ولده) من كل ماله (وحل دينه) وقسم ماله ويؤدى مكاتبه إلى الورثة ، والولاء للمرتد لأنه المعتق بدائع ، وينبغى أن لايصح القضاء به إلا فى ضمن دعوى حق العبد نهر

حقيقيا بدليل أن المدخولة إنما تعتد بعد موته بالحيض لا بالأشهر ، فلا تنتهض سببا للإرث ، والإرث وإن استند إلى الردة لكن يتقرر عند الموت ، هذا حاصل مافى الفتح اه (قوله بعد قضاء دين إسلامه الخ) هذا أعنى قضاء دين إسلامه من كسب الإسلام ودين الردة من كسبها رواه زفر عن الإمام . وروى أبو يوسف عنه أنه من كسب الردة إلا أن لايفى فيقضى الباقى من كسب الإسلام . وروى الحسن عنه أنه من كسب الإسلام إلا أن لا يفى فيقتضى الباقى من كسب الردة قال فى البدائع والولوالجية وهو الصحيح ، لأن دين الميت إنما يقضى من ماله وهو كسب إسلامه ، فأما كسب الردة فلجماعة المسلمين فلا يقتضى منه الدين إلا لضرورة فإذا لم يف تحققت نهر ، فما فى المتن تبعا للكنز ضعيف كما فى البحر .

قلت : لكن الحكم عليه بالضعف غير مسلم فإنه جرى عليه أصحاب المتون كالمختار والوقاية والمواهب والملتقى وهى موضوعة لنقل المذهب كما صرحوا به .

[تنبيه] فى القهستانى : هذا إذا كان له كسبان وإلا قضى مما كان بلا خلاف ، وهذا أيضا إذا ثبت الدين بغير الإقرار وإلا ففى كسب الردة (قوله وكسب ردته فىء) أى للمسلمين فيوضع فى بيت المال قهستانى ، والمراد ما اكتسبه قبل اللحاق . أما ما اكتسبه فى دار الحرب فهو لابنه الذى ارتد ولحق معه إذا مات مرتدا لأنه اكتسبه وهو من أهل الحرب وهم يتوارثون فيما بينهم ، فلو لحق معه ابن مسلم ورث كسب إسلامه فقط ، وتمامه فى شرح السير (قوله وقالا ميراث أيضا) لأن زوال ملكه عندهما مقصور على الحال كما مر (قوله ككسب المرتدة) فإنه لورثتها ، ويرثها زوجها المسلم إن ارتدت وهى مريضة لقصدها إبطال حقه ، وإن كانت صحيحة لا يرثها لأنها لاتقتل فلم يتعلق حقه بما لها بالردة ، بخلاف المرتد .

والحاصل أن زوجة المرتد ترث منه مطلقا وزوج المرتدة لا يرثها إلا إذا ارتدت وهى مريضة بحر ، وسيأتى أيضا (قوله وإن حكم بلحاقه) كان الأولى للمصنف أن يذكر الحكم باللحاق أولا كما عبر الشارح ويقول وعتق مدبره الخ عطفا على ورث لئلا يوهم اختصاص العتق بالحكم باللحاق وإن كان يفهم منه أن الموت والقتل مثله فإنه تطويل بلا فائدة كما أفاده ح (قوله من ثلث ماله) الظاهر أن المراد به كسب الإسلام ح وبه جزم ط بناء على ما مر من الصحيح (قوله وحل دينه) لأنه باللحاق صار من أهل الحرب وهم أموات فى حق أحكام الإسلام فصار كالموت إلا أنه لايستقر لحاقه إلا بالقضاء لاحتمال العود . وإذا تكرر موته تثبت الأحكام المتعلقة به كما ذكر نهر (قوله ويؤدى مكاتبه) أى يؤدى بدل كتابته (قوله والولاء للمرتد) أى لورثته ابتداء فيرثه العصبة بنفسه ، بخلاف ماإذا كان للورثة فإنه يدخل فيه الإناث ط (قوله وينبغى الخ) اعلم أن بعضهم لايشترط القضاء باللحاق بل يكتفى بالقضاء بحكم من أحكامه ، وعامتهم على أنه يشترط القضاء به سابقا على القضاء بالأحكام أفاده فى المجتبى ونحوه فى الفتح . وظاهره أن القضاء باللحاق قصدا صحيح ، وينبغى أن لايصح إلا فى ضمن دعوى حق للعبد لأن اللحاق كالموت ، ويوم الموت لايدخل تحت القضاء فينبغى أن لايدخل اللحاق تحت القضاء قصدا بحر .

قال فى النهر : وأقول ليس معنى الحكم بلحاقه سابقا على هذه الأمور أن يقول ابتداء حكمت بلحاقه ، بل إذا ادعى مدبر مثلا على وارثه أنه لحق بدار الحرب مرتدا وأنه عتق بسببه وثبت ذلك عند القاضى حكم أولا بلحاقه ثم بعتق ذلك المدبر كما يعرف ذلك من كلامهم اه ونحوه فى شرح المقدسى .

(و) اعلم أن تصرفات المرتد على أربعة أقسام ف(ينفذ منه) اتفاقا ما لايعتمد تمام ولاية ، وهى خمس : (الاستيلاد والطلاق وقبول الهبة وتسليم الشفعة والحجر على عبده) المأذون (ويبطل منه) اتفاقا ما يعتمد الملة وهى خمس (النكاح ، والذبيحة ، والصيد ، والشهادة ، والإرث . ويتوقف منه) اتفاقا مايعتمد المساواة ، وهو (المفاوضة) أو ولاية متعدية

والحاصل أن مافى المجتبى من الخلاف معناه أنه لو حكم القاضى بعتق المدبر يكفى عند البعض لثبوت اللحاق ضمنا ، وأما عند العامة فلا بد من حكمه أولا باللحاق لأنه السبب ، وفى كونه فى حكم الموت خلاف الشافعى فلشبهة الخلاف لابد من الحكم به أولا ثم بالعتق ؛ وليس المراد أنه يحكم باللحاق قبل دعوى المدبر مثلا حتى يرد ماقاله فى البحر ، فقول الشارح إلا فى ضمن دعوى حق العبد معناه أن يسبق دعوى حق العبد ، فيحكم به أولا ثم بما ادعاه العبد لأنه الذى فى النهر ، وليس المراد أنه يكتفى عن الحكم به بالحكم بما ادعاه ليثبت الحكم باللحاق فى ضمن الحكم الأول فافهم (قوله واعلم الخ) بيان لتصرفه حال ردته بعد بيان حكم أملاكه قبل ردته بحر (قوله على أربعة أقسام) نافذ اتفاقا ، باطل اتفاقا ، موقوف اتفاقا ، موقوف عنده نافذ عندهما ط (قوله مالا يعتمد تمام ولاية) قال الزيلعى لأنها لاتستدعى الولاية ولاتعتمد حقيقة الملك حتى صحت هذه التصرفات من العبد مع قصور ولايته اهـ ط (قوله الاستيلاد) صورته إذا جاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه ، ويرث ذلك الولد مع ورثته وتصير الجارية أم ولد له بحر ط (قوله والطلاق) أى مادامت فى العدة لأن الحرمة بالردة غير متأبدة لارتفاعها بالإسلام فيقع طلاقه عليها فى العدة ، بخلاف حرمة المحرمية فإنها لاغاية لها فلا يفيد لحوق الطلاق فائدة فتح من باب نكاح الكافر ؛ وقدمنا هناك عن الخانية أن طلاقه إنما يقع قبل لحوقه ، فلو لحق بدار الحرب فطلق امرأته لايقع إلا إذا عاد مسلما وهى فى العدة فطلقها .

وأورد أنه كيف يتصور طلاقه وقد بانت بردته . وأجيب بأنه لايلزم من وقوع البينونة امتناع الطلاق ، وقدسلف أن المبانة يلحقها الصريح فى العدة بحر أى ولو كان الواقع بذلك الصريح بائنا كالطلاق الثلاث أو على مال وكذا لو قال أنت طالق بائن ، وأما قولهم إن البائن لايلحق البائن فذاك إذا أمكن جعله إخبارا عن الأول ؛ حتى لو قال أبنتك بأخرى يقع كما تقدم فى الكنايات فافهم (قوله وتسليم الشفعة والحجر) قال فى البحر : ولا يمكن توقف التسليم لأن الشفعة بطلت به مطلقا . وأما الحجر فيصح بحق الملك فبحقيقة الملك الموقوف أولى اهـ .

قلت ؛ ومفهومه أن له قبل إسلامه الأخذ بالشفعة . والذى فى شرح السير أن ذلك قول محمد . وفى قول أبى حنيفة لاشفعة له حتى يسلم ، فلو لم يسلم ولم يطلب بطلت شفعته لتركه الطلب بعد التمكن بأن يسلم (قوله مايعتمد الملة) أى مايكون الاعتماد فى صحته على كون فاعله معتقدا ملة من الملل ط أى والمرتد لا ملة له أصلا لأنه لايقر على ماانتقل إليه ، وليس المراد ملة سماوية لئلا يرد النكاح فإن نكاح المجوسى والوثنى صحيح ولا ملة لهما سماوية بل المراد الأعم (قوله النكاح) أى ولو لمرتدة مثله (قوله والذبيحة) الأولى والذبح لأنه من التصرفات (قوله والصيد) أى بالكلب والبازى ومثله الرمى بحر (قوله والشهادة) أى أداؤها لاتحملها ط . وذكر فى الأشباه عن شهادات الولوالجية أنه يبطل مارواه لغيره من الحديث فلا يجوز للسامع منه أن يرويه عنه بعد ردته اهـ ولكن كلامنا فيما فعله فى ردته وهذا قبلها (قوله الإرث) فلا يرث أحدا ولا يرثه أحد مما اكتسبه فى ردته ، بخلاف كسب إسلامه فإنه يرثه ورثته كما مر لاستناده إلى ماقبلها فهو إرث مسلم من مثله والكلام فى إرث المرتد فافهم (قوله مايعتمد المساواة) أى بين المتعاقدين فى الدين (قوله وهو المفاوضة) فإذا فاوض مسلما توقفت اتفاقا ، فإن أسلم نفذت ، وإن هلك بطلت ، وتصير عنانا من الأصل عندهما ، وتبطل عنده بحر عن الخانية (قوله أو ولاية متعدية) أى إلى غيره

(و) هو (التصرف على ولده الصغير . و) يتوقف منه عند الإمام وينفذ عندهما كل ماكان مبادلة مال بمال أو عقد تبرع كـ(المبايعة) والصرف والسلم (والعتق والتدبير والكتابة والهبة) والرهن (والإجارة) والصلح عن إقرار ، وقبض الدين لأنه مبادلة حكمية (والوصية) وبقي أمانه وعقله ولاشك في بطلانهما . وأما إيداعه واستيداعه والتقاطه ولقطته فينبغي عدم جوازها نهر (إن أسلم نفذ ، وإن هلك) بموت أو قتل (أو لحق بدار الحرب وحكم) بلحاقه (بطل) ذلك كله (فإن جاء مسلما قبله) قبل الحكم (فكأنه لم يرتد) وكما لو عاد بعد الموت الحقيقي زيلعي (وإن) جاء مسلما (بعده وماله مع وارثه أخذه) بقضاء أو رضا ،

(قوله ويتوقف منه عند الإمام) بناء على زوال الملك كما سلف نهر (قوله وينفذ عندهما) إلا أنه عند أبي يوسف تصح كما تصح من الصحيح لأن الظاهر عوده إلى الإسلام . وعند محمد كما تصح من المريض لأنها تفضي إلى القتل ظاهرا ط عن البحر (قوله والصرف والسلم) من عطف الخاص لأنهما من عقود المبايعة ط (قوله والهبة) هي من قبيل المبادلة إن كانت بعوض كما في النهر ، ومن قبيل التبرع إن لم تكن ج (قوله والرهن) لأنه مضمون عند الهلاك بالدين فهو معاوضة ، آلا (قوله والصلح عن إقرار) أي فيكون مبادلة . وأما إذا كان عن إنكار أو سكوت فالمذكور في كتاب الصلح أنه معاوضة في حق المدعي ، وفداء يمين وقطع نزاع في حق الآخر : ومقتضاه أنه إن كان المرتد مدعيا فهو داخل في عقود المبادلة ، وإن كان المدعى عليه يدخل في عقد التبرع أفاده ط ، لكن في كونه تبرعا نظر لأنه لم يدفع المال مجانا بل مفاداة ليمينه ، فهو خارج عن مبادلة المال بالمال وعن عقد التبرع تأمل (قوله لأنه مبادلة حكمية) وجهه ماقالوا إن الدين يقضى بمثله وتقع المقاصة ، فقابض الدين أخذ بدل ماتحقق في ذمة المدين ط (قوله والوصية) أي التي في حال ردته ، أما التي في حال إسلامه فالمذكور في ظاهر الرواية من المبسوط وغيره أنها تبطل قربة كانت أو غير قربة من غير ذكر خلاف ، وتمامه في الشرنبلالية عن الفتح (قوله وبقي الخ) لما فرغ من ذكر المنقول في الأقسام الأربعة ذكر أشياء لم يصرحوا بها فافهم (قوله ولا شك في بطلانهما) أما الأمان فلأنه لايصح من الذمي فمن المرتد أولى : وأما العقل فلأن المرتد لاينصر ولا ينصر والعقل بالنصرة ح (قوله فينبغي عدم جوازها) عبارة النهر : فلا ينبغي التردد في جوازها منه اه فلفظة عدم من سبق القلم (قوله بطل ذلك كله) الإشارة ترجع إلى المتوقف اتفاقا والمتوقف عند الإمام ط (قوله فكأنه لم يرتد) فلا يعتق مدبره وأم ولده ، ولاتحل ديونه ، وله إبطال ماتصرف فيه الوارث لكونه فضوليا بحر ، وما مع وارثه يعود لملكه بلا قضاء ولا رضا من الوارث در منتقى .

قلت : وكذا يبطل ماتصرف فيه بنفسه بعد اللحاق قبل الحكم به ، كما لو أعتق عبده الذي في دار الإسلام أو باعه من مسلم في دار الحرب ثم رجع تائبا قبل الحكم بلحاقه فماله مردود عليه وجميع ماصنع فيه باطل ، لأنه باللحاق زال ملكه ، وإنما توقف على القضاء دخوله في ملك وارثه ، فتصرفه بعد اللحاق صادف مالا غير مملوك له فلا ينفذ ، وإن عاد إلى ملكه بعد كالبائع بشرط خيار المشتري إذا تصرف في المبيع لا ينفذ وإن عاد إلى ملكه بفسخ المشتري ، نعم لو أقر بحرية العبد أو بأنه لفلان صح لأنه ليس بإنشاء التصرف بل هو إقرار لازم ، كما لو أقر بعبد الغير ثم ملكه اه ملخصا من شرح السير الكبير (قوله وكما لو عاد بعد الموت الحقيقي) أي لو أحيا الله تعالى ميتا حقيقة وأعاده إلى دار الدنيا كان له أخذ مافي يد ورثته بحر إلا أنه ذكره بعد عود من حكم بلحاقه وكذا ذكره الزيلعي فكان على الشارح ذكره بعد قوله وإن جاء بعده كما أفاده ح (قوله بقضاء أو رضا) لأن بقضاء القاضي بلحاقه صار المال ملكا لورثته فلا يعود إلا بالقضاء ، ألا ترى أن الوارث لو أعتق العبد بعد رجوع المرتد قبل

ولو فى بيت المال لا ، لأنه فئ نهر (وإن هلك) ماله (أو أزاله) الوارث (عن ملكه لا) يأخذه ولو قائما لصحة القضاء ، وله ولاء مدبره وأم ولده ومكاتبه له إن لم يؤد ، وإن عجز عاد رقيقا له بدائع (ويقضى ماترك من عبادة فى الإسلام) لأن ترك الصلاة والصيام معصية والمعصية تبقى بعد الردة (وما أدى منها فيه يبطل . ولا يقضى)

القضاء برد المال عليه نفذ عتقه ولم يضمن للمرتد شيئا ، كما لو أعتقه قبل رجوع المرتد ، وبهذا يستدل على أنه لاينفذ عتق المرتد لأن العتق يستدعى حقيقة الملك شرح السير . ونقله فى البحر عن التاترخانية ، وبه جزم الزيلعى (قوله ولو فى بيت المال لا) قال فى النهر : وفى قوله وإرثه إيماء إلى أنه لا حق له فيما وجده من كسب ردته ، لأن أخذه ليس بطريق الخلافة عنه بل لأنه فىء ، ألا ترى أن الحربى لايسترد ماله بعد إسلامه ، وهذا وإن لم نره مسطورا إلا أن القواعد تؤيده اه وأصل البحث لصاحب البحر . وظاهره أن ماوضع فى بيت المال لعدم الوارث له أخذه ، ففى كلام الشارح إيهام كما أفاده السيد أبو السعود (قوله أو أزاله الوارث عن ملكه) سواء كان بسبب يقبل الفسخ كبيع أو هبة ، أو لايقبله كعتق أو تدبير واستيلاد فإنه يمضى ولا عود له فيه ولا يضمنه اه فتح (قوله وله ولاء مدبره وأم ولده) أفاد أنهم لايعودون فى الرق لأن القضاء بعتقهم قد صح والعتق بعد نفاذه لايقبل البطلان فتح (قوله ومكاتبه له) مبتدأ وخبر (قوله إن لم يؤد) أى إلى الورثة بدل الكتابة فيأخذها من المكاتب . وأما إن أداه إليهم فلا سبيل له عليه لأنه عتق بأداء المال والعتق لايحتمل الفسخ ، ويأخذ منهم المال لو قائما وإلا لاضمان عليهم كسائر أمواله بحر .

مطلب المعصية تبقى بعد الردة

(قوله والمعصية تبقى بعد الردة) نقل ذلك مع التعليل قبله فى الخانية عن شمس الأئمة الحلوانى . قال القهستانى : وذكر التمرتاشى أنه يسقط عند العامة ماوقع حال الردة وقبلها من المعاصى ، ولا يسقط عند كثير من المحققين اه وتمامه فيه :

قلت : والمراد أنه يسقط عند العامة بالتوبة والعود إلى الإسلام للحديث « الإسلام يجب ماقبله » وأما فى حال الردة فيبقى مافعله فيها أو قبلها إذا مات على ردته لأنه بالردة ازداد فوقه ماهو أعظم منه فكيف تصلح ماحية له بل الظاهر عود معاصيه التى تاب منها أيضا لأن التوبة طاعة وقد حبطت طاعاته ، ويدل له مافى التاترخانية عن السراجية : من ارتد ثم أسلم ثم كفر ومات فإنه يؤاخذ بعقوبة الكفر الأول والثانى وهو قول الفقيه أبى الليث اه ثم لايخفى أن هذا الحديث يؤيد قول العامة : ولا ينافيه وجوب قضاء ماتركه من صلاة أو صيام ومطالبته بحقوق العباد لأن قضاء ذلك كله ثابت فى ذمته ، وليس هو نفس المعصية وإنما المعصية إخراج العبادة عن وقتها وجنايته على العبد فإذا سقطت هذه المعصية لايلزم سقوط الحق الثابت فى ذمته ، كما أجاب بعض المحققين بذلك عن القول بتكفير الحج المبرور الكبائر ، والله سبحانه وتعالى أعلم (قوله وما أدى منها فيه يبطل) فى التتارخانية معزيا إلى التتمة قيل له لو تاب تعود حسناته ؟ قال : هذه المسألة مختلفة فعند أبى علىّ وأبى هاشم وأصحابنا أنه يعود . وعند أبى القاسم الكعبى لا ، ونحن نقول إنه لايعود مابطل من ثوابه لكنه تعود طاعاته المتقدمة مؤثرة فى الثواب بعد اه بحر .

مطلب لو تاب المرتد هل تعود حسناته

وفى شرح المقاصد للمحقق التفتازانى فى بحث التوبة : ثم اختلفت المعتزلة فى أنه إذا سقط استحقاق عقاب المعصية بالتوبة هل يعود استحقاق ثواب الطاعة الذى أبطلته تلك المعصية؟ فقال أبو علىّ وأبو هاشم : لا لأن الطاعة

من العبادات (إلا الحج) لأنه بالردة صار كالكافر الأصلى ، فإذا أسلم وهو غنى فعليه الحج فقط .
(مسلم أصاب مالا أو شيئا يجب به القصاص أو حد السرقة) يعنى المال المسروق لاالحد خانية ، وأصله أنه يؤاخذ بحق العبد ، وأما غيره ففيه التفصيل (أو الدية ثم ارتد أو أصابه وهو مرتد فى دار الإسلام ثم لحق) وحاربنا زمانا (ثم جاء مسلما يؤاخذ به كله ، ولو أصابه بعد مالحق مرتداً فأسلم لا) يؤاخذ بشىء من ذلك ، لأن الحربى لايؤاخذ بعد الإسلام بما كان أصابه حال كونه محاربا لنا :
(أخبرت بارتداد زوجها فلها التزوج بآخر بعد العدة) استحسانا (كما فى الإخبار) من ثقة

تنعدم فى الحال وإنما يبقى استحقاق الثواب وقد سقط والساقط لايعود . وقال الكعبى : نعم ، لأن الكبيرة لاتزيل الطاعة وإنما تمنع حكمها وهو المدح والتعظيم فلا تزيل ثمرتها فإذا صارت بالتوبة كأن لم تكن ظهرت ثمرة الطاعة كنور الشمس إذا زال الغيم . وقال بعضهم : وهو اختيار المتأخرين لايعود ثوابه السابق لكن تعود طاعته السالفة مؤثرة فى استحقاق ثمرانه وهو المدح ، والثواب فى المستقبل بمنزلة شجرة احترقت بالنار أغصانها وثمارها ثم انطفأت النار فإنه يعود أصل الشجرة وعروقها إلى خضرتها وثمرتها اه وهذا يفيد أن الخلاف بين أبى على وأبى هاشم وبين الكعبى على عكس مامر وأن الخلاف فى إحباط الكبائر للطاعات لأن هؤلاء الجماعة من المعتزلة . وعندهم أن الكبيرة تخرج صاحبها من الإيمان لكنها لاتدخله فى الكفر وإن كان يخلد فى النار ، ويلزم من إخراجه من الإيمان حبط طاعاته ، فالكبيرة عندهم من هذه الجهة بمنزلة الردة عندنا فيصح نقل الخلاف المذكور إلى الردة تأمل (قوله إلا الحج) لأن سببه البيت المكرم وهو باق ، بخلاف غيره من العبادات التى أداها لخروج سببها : ولهذا قالوا : إذا صلى الظهر مثلا ثم ارتد ثم تاب فى الوقت يعيد الظهر لبقاء السبب وهو الوقت ، ولذا اعترض اقتصاره على ذكر الحج وتسميته قضاء ، بل هو إعادة لعدم خروج السبب (قوله لأنه بالردة الخ) علة لقوله ولا يقضى ولقوله إلا الحج ط (قوله أصاب مالا) أى أخذ ، وقوله أو شيئا أى فعل شيئا الخ ط (قوله يعنى المال المسروق لا الحد) الأولى ذكره عند قول المصنف يؤاخذ به ، وليس ذلك فى عبارة الخانية ولا هو محل إيهام لأن قوله أو حد مرفوع عطفا على فاعل يجب لامنصوب عطفا على مفعول أصاب حتى يحتاج للتأويل (قوله وأصله) أى القاعدة فيما ذكر ط (قوله أنه يؤاخذ بحق العبد) أى لايسقط عنه بالردة إلا إذا كان ممن لايقتل بها كالمرأة ونحوها إذا لحقت بدار الحرب فسبيت فصارت أمة يسقط عنها جميع حقوق العباد إلا القصاص فى النفس فإنه لايسقط بيرى عن شرح الطحاوى (قوله ففيه التفصيل) وهو أنه يقضى ماترك من عبادة فى الإسلام كما مر .

وأما الحدود . ففى شرح السير : لو أصاب المسلم مالا أو مايجب به القصاص أو حد القذف ثم ارتد أو أصابه وهو مرتد ثم لحق ثم تاب فهو مأخوذ به لا لو أصابه بعد اللحاق ثم أسلم . وما أصابه المسلم من حدود الله تعالى فى زنا أو سرقة أو قطع طريق ثم ارتد أو أصابه بعد الردة ثم لحق ثم أسلم فهو موضوع عنه إلا أنه يضمن المال المسروق ، والدم فى قطع الطريق بالقصاص أو الدية لو خطأ على العاقلة لو قبل الردة ، وفى ماله لو بعدها . وماأصابه من حد الشرب ثم ارتد ثم أسلم قبل اللحاق لايؤخذ به ، وكذا لو أصابه وهو مرتد محبوس فى يد الإمام ثم أسلم ، لأن الحدود زواجر عن أسبابها فلا بد من اعتقاد المرتكب حرمة السبب ، ويؤخذ بما سواه من حدوده تعالى لاعتقاده حرمة السبب وتمكن الإمام من إقامته لكونه فى يده ، فإن لم يكن فى يده حين أصابه ثم أسلم قبل اللحاق لايؤخذ به أيضا اه ملخصا (قوله أو الدية) أى على عاقلته إن أصاب ذلك قبل الردة ، وفى ماله إن أصابه بعدها كما مر (قوله وحاربنا زمانا) تأكيد لقوله ثم لحق وكذا بدون ذلك بالأولى (قوله أخبرت بارتداد زوجها) أى من

(بموته أو تطليقه) ثلاثا ، وكذا لو لم يكن ثقة فأتاها بكتاب طلاقها وأكبر رأيها أنه حق لابأس بأن تعتد وتتزوج مبسوط .

(والمرتدة) ولو صغيرة أو خنثى بحر (تحبس) أبدا ، ولا تجالس ولا تؤاكل حقائق (حتى تسلم ولا تقتل) خلافا للشافعي (وإن قتلها أحد لايضمن) شيئا ولو أمة فى الأصح ، وتحبس عند مولاها لخدمته سوى الوطء سواء طلب ذلك أم لا فى الأصح ويتولى ضربها جمعا بين الحقين .

وليس للمرتدة التزوج بغير زوجها به يفتى . وعن الإمام تسترق ولو فى دار الإسلام . ولو أفتى به حسما لقصدها السيء لابأس به ، وتكون قنة للزوج بالاستيلاء مجتبى . وفى الفتح أنها فىء للمسلمين : فيشتريها من الإمام أو يهبها له لو مصرفا

رجلين أو رجل وامرأتين على رواية السير . وعلى رواية كتاب الاستحسان : يكفى خبر الواحد العدل لأن حل التزوج وحرمته أمر دينى ، كما لو أخبر بموته . والفرق على الرواية الأولى أن ردة الرجل يتعلق بها استحقاق القتل كما فى شرح السير الكبير للسرخسي . ونقل المصنف عنه أن الأصح رواية الاستحسان ، ومثله فى الشرنبلالية معللا بأن المقصود الإخبار بوقوع الفرقة لا إثبات الردة (قوله أو تطليقه ثلاثا) ينبغي أن يكون البائن مثله، وظاهره أنها فى الرجعى لايجوز لها التزوج ولعله لاحتمال المراجعة وليحرر ط (قوله فأتاها بكتاب) ظاهره أن غير الثقة لو لم يأتها بكتاب لايحل لها وإن كان أكبر رأيها صدقه تأمل (قوله لابأس بأن تعتد) أى من حين الطلاق أو الموت لامن حين الإخبار فيما يظهر تأمل . ثم لايخفى أنه إذا ظهرت حياته أو أنكر الطلاق أو الردة ولم تقم عليه بينة شرعية ينفسخ النكاح الثانى وتعود إليه (قوله تحبس) لم يذكر ضربها فى ظاهر الرواية . وعن الإمام أنها تضرب فى كل يوم ثلاثة أسواط . وعن الحسن تسعة وثلاثين إلى أن تموت أو تسلم ، وهذا قتل معنى لأن موالاة الضرب تفضى إليه كذا فى الفتح . واختار بعضهم أنها تضرب خمسة وسبعين سوطا ، وهذا ميل إلى قول الثانى فى نهاية التعزير . وقال فى الحاوى القدسى : وهو المأخوذ به فى كل تعزير بالضرب نهر وجزم الزيلعى بأنها تضرب فى كل ثلاثة أيام . وظاهر الفتح تضعيف مامر ، والظاهر اختصاص الضرب والحبس بغير الصغيرة تأمل ، وسنذكر مايؤيده (قوله ولا تقتل) يستثنى الساحرة كما تقدم ، وكذا من أعلنت بشتم النبى صلى الله عليه وسلم كما مر فى الجزية (قوله خلافا للشافعي) أى وباقى الأئمة ، والأدلة مذكورة فى الفتح (قوله لايضمن شيئا) لكنه يؤدب على ذلك لارتكابه مالا يحل بحر (قوله وليس للمرتدة التزوج بغير زوجها) فى كافى الحاكم : وإن لحقت بدار الحرب كان لزوجها أن يتزوج أختها قبل أن تنقضى عدتها ، فإن سبيت أو عادت مسلمة لم يضر ذلك نكاح الأخت وكانت فيئا إن سبيت وتجبر على الإسلام ، وإن عادت مسلمة كان لها أن تتزوج من ساعتها اه وظاهره أن لها التزوج بمن شاءت ، لكن قال فى الفتح : وقد أفتى الدبوسى والصفار وبعض أهل سمرقند بعدم وقوع الفرقة بالردة ردا عليها ، وغيرهم مشوا على الظاهر ولكن حكموا بجبرها على تجديد النكاح مع الزوج ويضرب خمسة وسبعين سوطا ، واختاره قاضيخان للفتوى اه (قوله وعن الإمام) أى فى رواية النوادر كما فى الفتح (قوله ولو أفتى به الخ) فى الفتح : قيل ولو أفتى بهذه لابأس به فيمن كانت ذات زوج حسما لقصدها السيء بالردة من إثبات الفرقة (قوله وتكون قنة للزوج بالاستيلاء) قال فى الفتح : قيل وفى البلاد التى استولى عليها التتر وأجروا أحكامهم فيها ونفوا المسلمين كما وقع فى خوارزم وغيرها إذا استولى عليها الزوج بعد الردة ملكها لأنها صارت دار حرب فى الظاهر من غير حاجة إلى أن يشتريها من الإمام اه (قوله وفى الفتح الخ) هذا ذكره فى الفتح قبل الذى نقلناه عنه آنفا .

(وصح تصرفها) لأنها لاتقتل (وأكسابها) مطلقا (لورثتها) ويرثها زوجها المسلم لومريضة وماتت فى العدة كما مر فى طلاق المريض.

قلت : وفى الزواهر أنه لايرثها لو صحيحة لأنها لاتقتل فلم تكن فارة فتأمل.

(ولدت أمته ولداً فادعاه فهو ابنه حراً يرثه فى) أمته (المسلمة مطلقا) ولدته لأقل من نصف حول أو أكثر لإسلامه تبعا لأمه. والمسلم يرث المرتد (إن مات المرتد) أو لحق بدارهم، وكذا فى (أمته النصرانية) أى الكتابية (إلا إذا جاءت به لأكثر من نصف حول منذ ارتد) وكذا لنصفه لعلوقه من ماء المرتد فيتبعه لقربه للإسلام بالجبر عليه، والمرتد لايرث المرتد (وإن لحق بماله) أى مع ماله (وظهر عليه فهو) أى ماله (فىء) لانفسه، لأن المرتد لايسترق (فإن رجع) أى بعد مالحق بلا مال سواء قضى بلحاقه أولا فى ظاهر الرواية وهو الوجه فتح (فلحق) ثانيا (بماله وظهر عليه فهو لوارثه) لأنه باللحاق انتقل لوارثه فكان مالكا قديما،

وحاصله أنها إذا ارتدت فى دار الإسلام صارت فيئا للمسلمين فتسترق على رواية النوادر بأن يشتريها من الإمام أو يهبها له. أما لو ارتدت فيما استولى عليه الكفار وصار دار حرب فله أن يستولى عليها بنفسه بلا شراء ولا هبة كمن دخل دار الحرب متلصصا وسبى منهم. وهذا ليس مبنيا على رواية النوادر لأن الاسترقاق وقع فى دار الحرب لا فى دار الإسلام (قوله وصح تصرفها) أى لاتتوقف تصرفاتها من مبايعة ونحوها بخلاف المرتد، نعم يبطل منها مايبطل من تصرفاته المارة (قوله لأنها لاتقتل) فلم تكن ردتها سببا لزوال ملكها فجاز تصرفها فى مالها بالإجماع بحر عن البدائع : قال المقدسى : فلو كانت ممن يجب قتلها كالساحرة والزنديقة ينبغى أن تلحق بالمرتد (قوله وأكسابها مطلقا لورثتها) أى سواء كانت كسب إسلام أو كسب ردة. قال فى النهر تبعا للبحر: وينبغى أن يلحق بها من لايقتل إذا ارتد لشبهة فى إسلامه كما مر (قوله لو مريضة) لأنها تكون فارة كما قدمناه (قوله لو صحيحة) أى لو ارتدت حال كونها صحيحة (قوله فلم تكن فارة) لأنها إذا كانت لاتقتل لم تكن ردتها فى حكم مرض الموت فلم تكن فارة فلا يرثها لأنها بانت منه وقد ماتت كافرة، بخلاف ردته لأنها فى حكم مرض الموت مطلقا فترثه مطلقا (قوله فتأمل) ماذكره فى الزواهر مفهوم مما قبله. وقدمنا التصريح به عن البحر، وتقدم متنا فى باب طلاق المريض أيضا فلم يظهر وجه الأمر بالتأمل. نعم يوجد فى بعض النسخ قبل قوله قلت مانصه : ويرثها زوجها المسلم استحسانا إن ماتت فى العدة وترث المرتدة زوجها المرتد اتفاقا خانية.

قلت : وفى الزواهر الخ. وعليه فالأمر بالتأمل وارد على إطلاق قول الخانية ويرثها زوجها المسلم، والله سبحانه أعلم (قوله ولدته لأقل من نصف حول) أى من وقت الإرتداد ط (قوله أى الكتابية) فسره به ليعم اليهودية ط (قوله إلا إذا جاءت به لأكثر الخ) استثناء من قوله يرثه. أما إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر كان العلوق فى حالة الإسلام فيكون مسلما يرث المرتد درر (قوله بالجبر عليه) أى على الإسلام. فالظاهر من حاله أن يسلم درر: أى بخلاف ما إذا اتبع أمه الكتابية لأنها لا تجبر عليه (قوله وظهر عليه) بالبناء للمجهول: أى غلب وقهر (قوله فىء) أى غنيمة يوضع فى بيت المال لالورثته بحر (قوله لأن المرتد لايسترق) بل يقتل إن لم يسلم. ولا يشكل كون ماله فيئا دون نفسه لأن مشركى العرب كذلك بحر (قوله بلا مال) متعلق بلحق.

بقى ما إذا لحق ببعض ماله ثم رجع ولحق بالباقى، ومقتضى النظر أن مالحق به أولا فىء، وما لحق به ثانيا لورثته اهـ ح (قوله فى ظاهر الرواية) لأن عوده وأخذه ولحاقه ثانيا يرجح جانب عدم العود ويؤكده، فيتقرر موته، وما احتيج للقضاء باللحاق لصيرورته ميراثا إلا ليترجح عدم عوده فتقرر إقامته ثمة فيتقرر موته، فكان

وحكمه مامر أنه له (قبل قسمته بلا شيء وبعدها بقيمته) إن شاء ، ولا يأخذه لو مثليا لعدم الفائدة (وإن قضى بعبد) شخص (مرتدلحق) بدارهم (لابنه فكاتبه) الإبن (فجاء) المرتد (مسلما فبدلها) والولاء كلاهما (للأب) الذى عاد مسلما لجعل الإبن كالوكيل؛

(مرتد قتل رجلا خطأ فلحق أو قتل فديته فى كسب الإسلام) إن كان وإلا ففى كسب الردة بحر عن الخانية، وكذا لو أقر بغصب . أما لو كان الغصب بالمعاينة أو بالبينة فإنه في الكسبين اتفاقا ظهيرية . واعلم أن جناية العبد والأمة والمكاتب والمدبر كجنايتهم فى غير الردة (قطعت يده عمدا فارتد والعياذ بالله ومات منه أو لحق) فحكم به (فجاء مسلما فمات منه ضمن القاطع نصف الدية فى ماله لوارثه) فى المسألتين ، لأن السراية حلت محلا غير معصوم فأهدرت ؛

رجوعه ثم عوده ثانيا بمنزلة القضاء . وفى بعض روايات السير جعله فيئا ، لأن بمجرد اللحاق لايصير المال ملكا للورثة ، والوجه ظاهر الرواية ، كذا فى الفتح تبعا للنهاية والعناية وفخر الإسلام من أن ظاهر الرواية الإطلاق ، واعتمده فى الكافى ، وبه سقط إشكال الزيلعى على النهاية أفاده فى البحر (قوله وحكمه) أى حكم المالك القديم إذا وجد ملكه فى الغنيمة مامر فى الجهاد من التفصيل المذكور (قوله لعدم الفائدة) أى فى أخذه ودفع مثله (قوله لحق بدارهم) أى بدار أهل الحرب (قوله فجاء المرتد مسلما) يعنى قبل أداء البدل للإبن ، إذ لو كان بعده يكون الولاء للإبن ، وقيد بالكتابة لأن الابن إذا دبره ثم جاء الأب مسلما فإن الولاء للابن دون الأب كما فى البحر عن التاترخانية ، وكأن الفرق أن الكتابة تقبل الفسخ بالتعجيز فلم تكن فى معنى العتق من كل وجه ، بخلاف التدبير نهر (قوله كلاهما للأب) قال في البحر : أشار به إلى أنه لايملك فسخ الكتابة لصدورها عن ولاية شرعية ، وقد صرح به الزيلعى ، وقدمنا عن الخانية أنه يملك إبطال كتابة الوارث قبل أداء جميع البدل ؛ إلا أن يقال إن مرادهم أنه لا ينفسخ فسخها بمجرد مجيئه من غير أن يفسخها ، أما إذا فسخها انفسخت إلا أن جعلهم الوارث كالوكيل من جهته يأباه اهـ ؛ (قوله فلحق) أما لو قتل بعد اللحاق ثم جاء تائبا فلا شيء عليه ، وكذا لو غصب أو قذف لصيرورته فى حكم أهل الحرب بحر (قوله فديته فى كسب الإسلام) هذا بناء على رواية الحسن المصححة كما قدمناه من أن دين المرتد يقضى من كسب إسلامه ، إلا أن لا يفى فمن كسب ردته كما يظهر من عبارة البحر ، وهذا خلاف مامشى عليه المصنف كغيره فى الدين (قوله عن الخانية) صوابه عن التاترخانية : وفيه رد على قول الفتح : لو لم يكن له إلا كسب ردة فقط فجنايته هدر عنده خلافا لهما . قال فى البحر : والظاهر أنه سهو ثم قال : وإن كان له الكسبان قالا يستوفى منهما . وقال الإمام من كسب الإسلام أولا ، فإن فضل شيء استوفى من كسب الردة (قوله وكذا) ظاهره أن الإشارة إلى ماقبله من وجوبه فى كسب الإسلام إن كان الخ وهو صريح عبارة النهر عن الفوائد الظهيرية لكن فى الشرنبلالية عن فوائد الظهيرية : وإن ثبت ذلك بإقراره فعندهما يستوفى من الكسبين جميعا ، وعنده من كسب الردة لأن الإقرار تصرف منه فيصح فى ماله وكسب الردة ماله عنده اهـ ومثله فى البحر عن التاترخانية (قوله كجنايتهم فى غير الردة) فيخير السيد بين الدفع والفداء ، والمكاتب موجب جنايته فى كسبه ، وأما الجناية عليهم فهدر أفاده فى البحر . وأما جناية المدبر فستأتى فى الجنايات ط (قوله فارتد) أفاد أن الردة بعد القطع ، فلو قبله لايضمن قاطعه ، إذ لو قتله لايضمن كما مر (قوله والعياذ بالله) مبتدأ وخبر أو بالنصب مفعول مطلق : أى نعوذ العياذ بالله تعالى (قوله ومات منه) أى من القطع : أى مات مرتدا ، فلو مسلما فيأتى (قوله نصف الدية) أى ضمن دية اليد فقط وذلك نصف دية النفس ، ولايضمن بالسراية إلى النفس شيئا (قوله لوارثه) إنما كانت له لأنها بمنزلة كسب الإسلام ط (قوله لأن السراية الخ) تعليل للمسألة الأولى . وعلل الثانية فى الهداية بأنه صار ميتا

قيد بالعمد لأنه فى الخطإ على العاقلة (و) قيدنا بالحكم بلحاقه لأنه (إن) عاد قبله أو (أسلم ههنا) ولم يلحق (فمات منه) بالسراية (ضمن) الدية (كلها) لكونه معصوما وقت السراية أيضا ، ارتد القاطع فقتل أو مات ثم سرى إلى النفس فهدر لو عمد الفوات محل القود ، ولو خطأ فالدية على العاقلة فى ثلاث سنين من يوم القضاء عليهم خانية : ولا عاقلة لمرتد .

(ولو ارتد مكاتب ولحق) واكتسب مالا (وأخذ بماله و) لم يسلم فقتل (فبدل مكاتبته لمولاه ، وما بقى) من ماله (لوارثه) لأن الردة لاتؤثر فى الكتابة :

(زوجان ارتدا ولحقا فولدت) المرتدة (ولدا وولد له) أى لذلك المولود (ولد فظهر عليهم) جميعا (فالولدان فىء) كأصلهما (و) الولد (الأول يجبر) بالضرب (على الإسلام) وإن حبلت به ثمة لتبعيته لأبويه (لا الثانى)

تقديرا والموت يقطع السراية ، وإسلامه حياة حادثة فى التقدير فلايعود حكم الجناية الأولى اه وإنما سقط القصاص لاعتراض الردة (قوله لأنه فى الخطإ على العاقلة) الضمير يرجع إلى ماذكر من ضمان نصف الدية ، وفيه أن العاقلة لاتعقل الأطراف فليتأمل ط .

أقول : لم نر من قال ذلك وإنما المصرح به أن العاقلة لا تعقل مادون نصف عشر الدية والواجب هنا نصف الدية فتتحمله العاقلة بلا شبهة (قوله كلها) هذا عندهما ، وعند محمد النصف بحر (قوله ارتد القاطع) لما بين حكم المقطوع المرتد أراد بيان حكم القاطع المرتد ط (قوله لفوات محل القود) مقتضاه عدم الفرق فى القاطع بين أن يرتد أولا ط .

قلت : وقد صرحوا فى الجنايات بأن موت القاتل قبل المقتول مسقط للقود (قوله فالدية على العاقلة) لأنه حين القطع كان مسلما وتبين أن الجناية قتل بحر (قوله ولا عاقلة لمرتد) اعترض بأنه لا محل له هنا ، بل محله عند قوله مرتد قتل رجلا خطأ .

قلت : أشار بذكره هنا إشارة خفية كما هو عادته شكر الله تعالى سعيه إلى فائدة التقييد بكون الردة بعد القطع فى قوله ارتد القاطع ، وهى ما لو كان القطع فى حال الردة فإنه لاشىء على العاقلة فإنه لاعاقلة للمرتد ، فاستغنى بالتعليل عن التصريح بالمعلل لانفهامه مما قبله ، ولا تنس قوله فى خطبة الكتاب فربما خالفت فى حكم أو دليل فحسبه من لا اطلاع له ولا فهم عدولا عن السبيل الخ فافهم (قوله وأخذ بماله) أى أسر مع ماله الذى اكتسبه فى زمن ردته نهر (قوله فبدل مكاتبته لمولاه الخ) أما على أصلهما فظاهر ، لأن كسب الردة ملكه إذا كان حرا فكذا إذا كان مكاتبا ، وأما عنده فلأن المكاتب إنما يملك أكسابه بالكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة فكذا أكسابه بحر (قوله ولحقا فولدت) وكذا إذا ولدت قبل الردة ثم لحقا به أو أحدهما إلى دار الحرب فإنه خرج عن الإسلام لأنه كان بالتبعية لهما أو للدار . وقد انعدم الكل فيكون الولد فيئا ، ويجبر على الإسلام إذا بلغ كالأم ، فإن كان الأب ذهب به وحده والأم مسلمة فى دار الإسلام لم يكن الولد فيئا لأنه بقى مسلما تبعا لأمه بحر (قوله فالولدان فىء كأصلهما) هذا ظاهر فى الولد ، فإن أمه تسترق والولد يتبع أمه فى الحرية والرق : أما ولد الولد فلا يتبعها لأنه لايتبع الجد كما يأتى وهذه جادة فى حكم الجد ، ولا أباه لأن أباه تبع والتبع لايستتبع غيره كما يأتى : وأجيب بأنه تبع لأمه الحربية ، وفيه أنه قد تكون أمه ذمية مستأمنة ، فالمناسب كون العلة فى كونه فيئا أن حكمه حكم الحربى كما يأتى فافهم (قوله والولد الأول يجبر بالضرب) أى والحبس نهر أى بخلاف أبويه فإنهما يجبران بالقتل (قوله وإن حبلت به ثمة) أشار إلى أنها لو حبلت به فى دار الإسلام يجبر بالأولى . وبه يظهر أن تقييد الهداية بالحبل فى دار الحرب غير احترازى ، أفاده فى البحر (قوله لتبعيته لأبويه) أى فى الإسلام والردة وهما يجبران ، فكذا هو

لعدم تبعية الجد على الظاهر فحكمه كحربى (و) قيد بردتهما ، لأنه (لو مات مسلم عن امرأة حامل فارتدت ولحقت فولدت هناك ثم ظهر عليهم) أى على أهل تلك الدار (فإنه لايسترق ويرث أباه) لأنه مسلم (ولو لم تكن ولدته حتى سبيت ثم ولدته فى دار الإسلام فهو مسلم) تبعا لأبيه (مرقوق) تبعا لأمه (فلا يرث أباه) لرقه بدائع

(وإذا ارتد صبى عاقل صح) خلافا للثانى ، ولا خلاف فى تخليده فى النار لعدم العفو عن الكفر تلويح (كإسلامه) فإنه يصح اتفاقا (فلا يرث أبويه الكافرين) تفريع على الثانى (ويجبر عليه) بالضرب تفريع على الأول (والعاقل المميز) وهو ابن سبع فأكثر مجتبى وسراجية (وقيل الذى يعقل أن الإسلام سبب النجاة ويميز الخبيث من الطيب والحلو من المر) قائله الطرسوسى فى أنفع الوسائل قائلا ولم أر من قدّره بالسن .

وإن اختلفت كيفية الجبر ط (قوله لعدم تبعية الجد) ولعدم تبعيته لأبيه لأن ردة أبيه كانت تبعا والتبع لايستتبع خصوصا ،وأصل التبعية ثابتة على خلاف القياس ،لأنه لم يرتد حقيقة ولذا يجبر بالحبس لا بالقتل ،بخلاف أبيه بحر (قوله على الظاهر) أى ظاهر الرواية وفى رواية الحسن عنه أنه يتبع الجد . وجه الأول أنه لو تبع الجد لكان الناس كلهم مسلمين تبعا لآدم وحواء عليهما السلام ولم يوجد فى ذريتهما كافر غير مرتد ، وتمامه فى الزيلعى . والمسائل التى يخالف فيها الجد الأب ثلاثة عشر ستأتى فى الفرائض ،وذكر فى البحر منها هنا إحدى عشرة ذكرها المحشى(قوله فحكمه كحربى) فى أنه يسترق وتوضع عليه الجزية أو يقتل . وأما الجد فيقتل لامحالة لأنه المرتد بالأصالة أو يسلم بحر عن الفتح (قوله لأنه مسلم) أى تبعا لأبيه ،ولا يتبع أمه فى الرق لعدم تحقق الملك عليها وقت ولادته، بخلاف ما إذا ولدته بعد السبى ط .

مطلب فى ردة الصبى وإسلامه

(قوله وإذا ارتد صبى عاقل صح) سواء كان إسلامه بنفسه أو تبعا لأبويه ثم ارتد قبل البلوغ ، فتحرم عليه امرأته ولا يبقى وارثا قهستانى ، ولكن لايقتل كما مر لأن القتل عقوبة وهو ليس من أهلها فى الدنيا ، ولكن لو قتله إنسان لم يغرم شيئا كالمرأة إذا ارتدت لاتقتل ولا يغرم قاتلها كما فى الفتح عن المبسوط (قوله خلافا للثانى) فلا تصح عنده لأنه ضرر محض . وفى التتارخانية عن الملتقى أن الإمام رجع إليه ،ومثله فى الفتح (قوله ولاخلاف فى تخليده فى النار)فالخلاف إنما هو فى أحكام الدنيا فقط بحر ،لأن العفو عن الكفر دخول الجنة مع الشرك خلاف حكم الشرع والعقل كما فى الأصول قهستانى (قوله كإسلامه) فتترتب عليه أحكامه من عصمة النفس والمال وحل الذبح ونكاح المسلمة والإرث من المسلم قهستانى (قوله فإنه يصح اتفاقا) أى من أئمتنا الثلاثة ،وإلا فقد خالف فى صحة إسلامه زفر والشافعى كما فى الفتح ؛ فإن قيل: هو غير مكلف . قلنا: إنما يلزم إذا قلنا بوجوبه عليه قبل البلوغ كما عن أبى منصور والمعتزلة وأنه يقع مسقطا للواجب لكنا إنما اخترنا أنه يصح ليترتب عليه الأحكام الدنيوية والأخروية فتح (قوله ويجبر عليه بالضرب) أى والحبس كما مر .

قلت : والظاهر أن هذا بعد بلوغه ، لما مر أن الصبى ليس من أهل العقوبة ، ولما فى كافى الحاكم : وإن ارتد الغلام المراهق عن الإسلام لم يقتل ، فإن أدرك كافرا حبس ولم يقتل (قوله وقيل الذى يعقل الخ) قال فى الفتح بين أى صاحب الهداية أن الكلام فى الصبى الذى يعقل الإسلام زاد فى المبسوط كونه بحيث يناظر ويفهم ويفحم اهـ :

قلت : والظاهر أن ماذكره المصنف بيان لقوله يعقل الإسلام ، ومعنى تمييزه المذكور أن يعرف أن الصدق

قلت : وقد رأيت نقله ، ويؤيده « أنه عليه الصلاة والسلام عرض الإسلام على علىّ رضى الله تعالى عنه وسنه سبع » وكان يفتخر به ، حتى قال :

سبقتكم إلى الإسلام طرا ... غلاما مابلغت أوان حلمى

وسقتكم إلى الإسلام قهرا ... بصارم همتى وسنان عزمى

ثم هل يقع فرضا قبل البلوغ ؟ ظاهر كلامهم نعم اتفاقا . وفى التحرير : المختار عند الماتريدى أنه مخاطب بأداء الإيمان كالبالغ ،

مثلا حسن والكذب قبيح يلام فاعله ، وأن العسل حلو والصبر مر ؛ ومعنى كونه بحيث يناظر أن يقول إن المسلم فى الجنة والكافر فى النار ، وإذا قيل له لا ينبغى لك أن تخالف دين أبويك يقول نعم لو كان دينهما حقا أو نحو ذلك . ولا يخفى أن ابن سبع لايعقل ذلك غالبا ، ويحتمل أن يكون المراد المناظرة ولو فى أمر دنيوى؛ كما لو اشترى شيئا ودفع إلى البائع الثمن وامتنع البائع من تسليم المبيع قائلا لا أسلمه إلا إلى أبيك لأنك قاصر فيقول له لم أخذت منى الثمن ؛ فإن لم تسلمنى المبيع ادفع لى الثمن ، فهذا ونحوه يقع من ابن سبع غالبا ، وعليه يتحد القولان تأمل (قوله وقد رأيت) بفتح تاء المخاطب (قوله وسنه سبع) وقيل ثمان وهو الصحيح ، وأخرجه البخارى فى تاريخه عن عروة ، وقيل عشر أخرجه الحاكم فى المستدرك ، وقيل خمسة عشر وهو مردود ، وتمام ذلك مبسوط فى الفتح وهو أول من أسلم من الصبيان الأحرار ، ومن الرجال الأحرار أبو بكر ، ومن النساء خديجة ، ومن الموالى زيد بن حارثة ، وتمام تحقيق ذلك فى الدر المنتقى ونقل عبارته المحشى (قوله حتى قال الخ) ذكر فى القاموس فى مادة ودق : قال المازنى : لم يصح أن عليا رضى الله تعالى عنه تكلم بشىء من الشعر غير هذين البيتين . « تلكم قريش تمنانى لتقتلنى » الخ وصوبه الزمخشرى اه ومقتضاه أن نسبة ماهنا إليه لم تصح (قوله ظاهر كلامهم نعم اتفاقا) فائدة وقوعه فرضا عدم فرضية تجديد إقرار آخر بعد البلوغ . قال فى الفتح : ومقتضى الدليل أنه يجب عليه بعد البلوغ . ثم قال : لكنهم اتفقوا على أن لايجب على الصبى بل يقع فرضا قبل البلوغ : أما عند فخر الإسلام فلأنه يثبت أصل الوجوب به على الصبى بالسبب وهو حدوث العالم وعقلية دلالته دون وجوب الأداء لأنه بالخطاب وهو غير مخاطب ، فإذا وجد بعد السبب وقع الفرض كتعجيل الزكاة . وأما عند شمس الأئمة لا وجوب أصلا لعدم حكمه وهو وجوب الأداء ، فإذا وجد وجد ، فصار كالمسافر يصلى الجمعة يسقط فرضه وليست الجمعة فرضا عليه ، لكن ذلك للترفيه عليه بعد سببها فإذا فعل تم اه .

مطلب هل يجب على الصبى الإيمان

(قوله وفى التحرير الخ) هذا قول ثالث . وعبارة التحرير فى الفصل الرابع : وعن أبى منصور الماتريدى وكثير من مشايخ العراق والمعتزلة إناطة وجوب الإيمان بهأى بعقل الصبى وعقابه بتركه . ونفاه باقى الحنفية دراية لقوله عليه الصلاة والسلام « رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبى حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يعقل » ورواية لعدم انفساخ لنكاح المراهقة بعدم وصف الإيمان اه موضحا من شرحه لابن أمير حاج . وقال فى أول الفصل الثانى : وزاد أبو منصور لإيجابه على الصبى العاقل ، ونقلوا عن أبى حنيفة : لو لم يبعث الله تعالى للناس رسولا لوجب عليهم معرفته بعقولهم . وقال البخاريون : لاتعلق لحكم الله تعالى بفعل المكلف قبل البعثة والتبليغ كالأشاعرة وهو المختار ، وحكموا بأن المراد من رواية : لاعذر لأحد فى الجهل بخالقه ، لما يرى من خلق السموات والأرض وخلق نفسه

حتى لو مات بعده بلا إيمان خلد فى النار نهر

وفى شرح الوهبانية :

بدرويش درويشان كفر بعضهم وصحح أن لا كفـــر وهو المحرر
كذا قول شيء لله قيل بكفره وياحاضر ياناظر ليس يكفـــر
ومن يستحل الرقص قالوا بكفره ولا سيا بالدف يلهو ويزمر

بعد البعثة ، وحينئذ فيجب حمل الوجوب فى قول الإمام لوجب عليهم معرفته على معنى ينبغى ، وتمامه فى شرحه المذكور (قوله لو مات بعده) أى بعد العقل .

مطلب فى معنى درويش درويشان

(قوله كفر بعضهم) لأن معناه جميع الأشياء مباحة فيدخل فيه مالايجوز إباحته فيكون مبيح الحرام وهو كفر وهذا باطل ، لأن معناه مسكنة المساكين أوفقر الفقراء فكأنه قال تمسكنا بمسكنة المساكين أو افتقرنا إليك بفقر الفقراء ولا دلالة فيه قط على ماذكر ، كذا فى البزازية . ونازعه فى [نور العين] بأن ماذكره من المعنى هو معناه الوضعى أما العرف الذى جرى عليه اصطلاح الملاحدة والقلندرية فهو أن جميع الأشياء مباحة لك . فالحق أن يكفر القائل إن كان من تلك الفئة ، أو أراد ما أرادوه ، أولم يعلم معناه لكنه قاله تقليدا وتشبيها بهم أو يخشى عليه الكفر فيجدد وجوبا أو احتياطا إيمانه ، وإن قاله غير عالم ولامتأمل فهو مخطئ يلزمه أن يستغفر ، وغاية الأمر أن لا يرخص فى التكلم بأمثال هذه المقالة اه ملخصا (قوله قيل بكفره) لعل وجهه أنه طلب شيئا لله تعالى والله تعالى غنى عن كل شيء والكل مفتقر ومحتاج إليه ، وينبغى أن يرجح عدم التكفير فإنه يمكن أن يقول أردت أطلب شيئا إكراما لله تعالى اه شرح الوهبانية .

قلت : فينبغى أو يجب التباعد عن هذه العبارة ، وقد مر أن مافيه خلاف يؤمر بالتوبة والاستغفار وتجديد النكاح ، لكن هذا إن كان لايدرى مايقول ، أما إن قصد المعنى الصحيح فالظاهر أنه لابأس به (قوله ليس يكفر) فإن الحضور بمعنى العلم شائع — مايكون من نجوى ثلاثة إلا هو رابعهم — والنظر بمعنى الرؤية — ألم يعلم بأن الله يرى — فالمعنى ياعالم من يرى بزازية .

مطلب فى مستحل الرقص

(قوله ومن يستحل الرقص قالوابكفره) المراد به التمايل والخفض والرفع بحركات موزونة كما يفعله بعض من ينتسب إلى التصوف . وقد نقل فى البزازية عن القرطبى إجماع الأئمة على حرمة هذا الغناء وضرب القضيب والرقص . قال ورأيت فتوى شيخ الإسلام جلال الملة والدين الكرمانى أن مستحل هذا الرقص كافر ، وتمامه فى شرح الوهبانية . ونقل فى نور العين عن التمهيد أنه فاسق لا كافر . ثم قال : التحقيق القاطع للنزاع فى أمر الرقص والسماع يستدعى تفصيلا ذكره فى عوارف المعارف وإحياء العلوم ، وخلاصته ماأجاب به العلامة النحرير ابن كمال باشا بقوله :

ما فى التواجد إن حققت من حرج ولا التمايل إن أخلصت من باس
فقمت تسعى على رجل وحق لمن دعاه مولاه أن يسعى على الراس

الرخصة فيما ذكر من الأوضاع ، عند الذكر والسماع ، للعارفين الصارفين أوقاتهم إلى أحسن الأعمال ،

ومن لولى قال طى مسافة يجوز جهول ثم بعض يكفر
وإثباتها فى كل ماكان خارقا عن النسفى النجم يروى وينصر

باب البغاة

السالكين المالكين لضبط أنفسهم عن قبائح الأحوال ، فهم لايستمعون إلا من الإله ، ولا يشتاقون إلا له ، إن ذكروه ناحوا ، وإن شكروه باحوا ، وإن وجدوه صاحوا ،وإن شهدوه استراحوا ، وإن سرحوا فى حضرة قربه ساحوا ، إذا غلب عليهم الوجد بغلباته ، وشربوا من موارد إرادته ، فنهم من طرقته طوارق الهيبة فخر وذاب ومنهم من برقت له بوارق اللطف فتحرك وطاب ، ومنهم من طلع عليه الحب من مطلع القرب فسكر وغاب ، هذا ماعنّ لى فى الجواب ، والله تعالى أعلم بالصواب .

ومن يك وجده وجدا صحيحا فلم يحتج إلى قول المغنى
لـه من ذاته طرب قديم وسكر دائم من غير دنّ اهـ

مطلب فى كرامات الأولياء

(قوله ومن لولى الخ) من مبتدأ وقال صلته وجهول خبره ولولى متعلق بيجوز وطى مبتدأ خبره يجوز ، وأصل التركيب : ومن قال طى مسافة يجوز لولى جهول ، وهذا قول الزعفرانى ، والقائل بكفره هو ابن مقاتل ومحمد بن يوسف ط (قوله وإثباتها الخ) قال فى البزازية : وقد ذكر علماؤنا أن ماهو من المعجزات الكبار : كإحياء الموتى ، وقلب العصا حية وانشقاق القمر ، وإشباع الجمع من الطعام ، وخروج الماء من بين الأصابع لايمكن إجراؤه كرامة للولى ، وطى المسافة منه لقوله عليه الصلاة والسلام « زويت لى الأرض » فلو جاز لغيره لم يبق فائدة للتخصيص ، لكن فى كلام القاضى أبى زيد مايدل على أنه ليس بكفر اهـ .

قلت : ويدل له ماقالوا فيمن كان بالمشرق وتزوج امرأة بالمغرب فأتت بولد يلحقه فتأمل . وفى التتارخانية أن هذه المسألة تؤيد الجواز . وقد قال العلامة التفتازانى بعد أن حكى عن أكثر المعتزلة المنع من إثبات الكرامات للأولياء وأن الأستاذ أبا إسحق يميل إلى قريب من مذهبهم ، وحكى ماقدمناه ، وأن إمام الحرمين قال المرضىّ عندنا تجويز جملة خوارق العادات فى معرض الكرامات . ثم قال : نعم قد يرد فى بعض المعجزات نص قاطع ، على أن أحدا لايأتى بمثله أصلا كالقرآن ثم ذكر بقية الأقوال . ثم قال : والإنصاف ماذكره الإمام النسفى حين سئل عما يحكى أن الكعبة كانت تزور واحدا من الأولياء ، هل يجوز القول به فقال : نقض العادة على سبيل الكرامة لأهل الولاية جائز عند أهل السنة .

قلت : النسفى هذا هو الإمام نجم الدين عمر مفتى الإنس والجن رأس الأولياء فى عصره اهـ من شرح الوهبانية ، وتمامه فيه ، والله سبحانه أعلم .

باب البغاة

أخره لقلة وجوده ، ولبيان حكم من يقتل من المسلمين بعد من يقتل من الكفار بحر .

قلت : ولم يترجم له بكتاب إشارة إلى دخوله تحت كتاب الجهاد ، لأن القتال معهم فى سبيل الله تعالى ولذا كان المقتول منا شهيدا كما سيأتى ، إذا لايختص الجهاد بقتال الكفار ، وبه اندفع مافى النهر . قال فى الفتح : والبغاة

البغى لغة الطلب ، ومنه — ذلك ماكنا نبغى — وعرفا : طلب مالا يحل من جور وظلم فتح : وشرعا (هم الخارجون عن الإمام الحق بغير حق) فلو بحق فليسوا ببغاة ، وتمامه فى جامع الفصولين .

جمع باغ ، وهذا الوزن مطرد فى كل اسم فاعل معتل اللام كغزاة ورماة وقضاة اه وإنما جمعه لأنه قلما يوجد واحد يكون له قوة الخروج قهستانى (قوله البغى لغة الطلب الخ) عبارة الفتح : البغى فى اللغة الطلب ، بغيت كذا : أى طلبته . قال تعالى حكاية ذلك — ماكنا نبغى — ثم اشتهر فى العرف فى طلب مالا يحل من الجور والظلم. والباغى فى عرف الفقهاء الخارج على إمام الحق اه لكن فى المصباح : بغيته أبغيه بغيا طلبته ، وبغى على الناس بغيا : ظلم واعتدى فهو باغ والجمع بغاة ، وبغى : سعى فى الفساد ، ومنه الفرقة الباغية لأنها عدلت عن القصد ، وأصله من بغى الجرح : إذا ترامى إلى الفساد اه وفى القاموس : الباغى الطالب ، وفئة باغية : خارجة عن طاعة الإمام العادل اه . قال فى البحر : فقوله فى فتح القدير : الباغى فى عرف الفقهاء الخارج عن إمام الحق (١) تساهل لما علمت أنه فى اللغة أيضا اه .

قلت : قد اشتهر أن صاحب القاموس يذكر المعانى العرفية مع المعانى اللغوية وذلك مماعيب به عليه ، فلايدل ذكره لذلك أنه معنى لغوى ، ويؤيده أن أهل اللغة لايعرفون معنى الإمام الحق الذى جاء فى الشرع بعد اللغة نعم قد يعترض على الفتح بأن كلامه يقتضى اختصاص البغى بمعنى الطلب ، وأن استعماله فى الجور والظلم معنى عرفى فقط ، وقد سمعت أنه لغوى أيضا . وقد يجاب بأن مراده بقوله ثم اشتهر فى العرف الخ العرف اللغوى ، وأن الأصل ومدار اللفظ على معنى الطلب لكن ينافيه قول المصباح وأصله من بغى الجرح الخ فتأمل (قوله وشرعا هم الخارجون) عطفه على ماقبله يقتضى أن يكون التقدير والبغى شرعا هم الخارجون وهو فاسد كما أفاده ح فكان المناسب أن يقول : فالبغاة عرفا الطالبون لما لايحل من جور وظلم وشرعا الخ أفاده ط . ويمكن أن يكون على تقدير مبتدإ : أى والبغاة شرعا الخ (قوله على الإمام الحق) الظاهر أن المراد به مايعم المتغلب لأنه بعد استقرار سلطنته ونفوذ قهره لايجوز الخروج عليه كما صرحوا به ثم رأيت فى الدر المنتقى قال : إن هذا فى زمانهم ، وأما فى زماننا فالحكم للغلبة لأن الكل يطلبون الدنيا فلا يدرى العادل من الباغى كما فى العمادية اه وقوله بغير حق أى فى نفس الأمر وإلا فالشرط اعتقادهم أنهم على حق بتأويل وإلا فهم لصوص ، ويأتى تمام بيانه (قوله وتمامه فى جامع الفصولين) حيث قال فى أول الفصل الأول : بيانه أن المسلمين إذا اجتمعوا على إمام وصاروا آمنين به فخرج عليه طائفة من المؤمنين ، فإن فعلوا ذلك لظلم ظالمهم به فهم ليسوا من أهل البغى ، وعليه أن يترك الظلم وينصفهم . ولاينبغى للناس أن يعينوا الإمام عليهم لأن فيه إعانة على الظلم ، ولا أن يعينوا تلك الطائفة على الإمام أيضا لأن فيه إعانة على خروجهم على الإمام ، وإن لم يكن ذلك لظلم ظلمهم ولكن لدعوى الحق والولاية فقالوا الحق معنا فهم أهل البغى ، فعلى كل من يقوى على القتال أن ينصروا إمام المسلمين على هؤلاء الخارجين لأنهم ملعونون على لسان صاحب الشرع قال عليه الصلاة والسلام « الفتنة نائمة لعن الله من أيقظها » فإن كانوا تكلموا بالخروج لكن لم يعزموا على الخروج بعد . فليس للإمام أن يتعرض لهم ، لأن العزم على الجناية لم يوجد بعد كذا ذكر فى واقعات اللامشى ، وذكر القلانسى فى تهذيبه قال بعض المشايخ : لولا على رضى الله عنه مادرينا القتال مع أهل القبلة ، وكان على ومن تبعه من أهل العدل وخصمه من أهل البغى ، وفى زماننا الحكم للغلبة ولاتدرى

---

(١) (قوله عن إمام الحق) الذى فى عبارة الفتح على إمام الحق كما نقله هو قبل ذلك بأسطر ، والخطب سهل اه مصححه .

ثم الخارجون عن طاعة الإمام ثلاثة : قطاع طريق وقد مر حكمهم . وبغاة ويجيء حكمهم وخوارج وهم قوم لهم منعة خرجوا عليه بتأويل يرون أنه على باطل كفر أو معصية توجب قتاله بتأويلهم ، ويستحلون دماءنا وأموالنا ويسبون نساءنا ، ويكفرون أصحاب نبينا صلى الله عليه وسلم ، وحكمهم حكم البغاة بإجماع الفقهاء كما حققه فى الفتح وإنما لم نكفرهم لكونه عن تأويل وإن كان باطلا ،

العادلة والباغية كلهم يطلبون الدنيا اه ط لكن قوله ولا أن يعينوا تلك الطائفة على الإمام فيه كلام سيأتى (قوله قطاع طريق) وهم قسمان : أحدهما الخارجون بلا تأويل بمنعة وبلا منعة ، يأخذون أموال المسلمين ويقتلونهم ويخيفون الطريق . والثانى قوم كذلك ، إلا أنهم لامنعة لهم لكن لهم تأويل ، كذا فى الفتح ، لكنه عد الأقسام أربعة ، وجعل هذا الثانى قسما منهم مستقلا ، ملحقا بالقطاع من جهة الحكم : وفى النهر : هنا تحريف فتنبه له (قوله وبغاة) هم كما فى الفتح قوم مسلمون خرجوا على إمام العدل ولم يستبيحوا ما استباحه الخوارج من دماء المسلمين وسبي ذراريهم اه والمراد خرجوا بتأويل وإلا فهم قطاع كما علمت . وفى الاختيار : أهل البغى كل فئة لهم منعة يتغلبون ويجتمعون ويقاتلون أهل العدل بتأويل يقولون الحق معنا ويدعون الولاية اه (قوله وخوارج وهم قوم الخ) الظاهر أن المراد تعريف الخوارج الذين خرجوا على على رضى الله تعالى عنه ، لأن مناط الفرق بينهم وبين البغاة هو استباحتهم دماء المسلمين وذراريهم بسبب الكفر ، إذ لاتسبى الذرارى ابتداء بدون كفر ، لكن الظاهر من كلام الاختيار وغيره أن البغاة أعم ، فالمراد بالبغاة مايشمل الفريقين ، ولذا فسر فى البدائع البغاة بالخوارج لبيان أنهم منهم وإن كان البغاة أعم ، وهذا من حيث الاصطلاح ، وإلا فالبغى والخروج متحققان فى كل من الفريقين على السوية ، ولذا قال على رضى الله تعالى عنه فى الخوارج : إخواننا بغوا علينا (قوله لهم منعة) بفتح النون : أى عزة فى قومهم ، فلا يقدر عليهم من يريدهم مصباح (قوله بتأويل) أى بدليل يؤولونه على خلاف ظاهره كما وقع للخوارج الذين خرجوا من عسكر على عليه بزعمهم أنه كفر هو ومن معه من الصحابة حيث حكم جماعة فى أمر الحرب الواقع بينه وبين معاوية وقالوا إن الحكم إلا لله ، ومذهبهم أن مرتكب الكبيرة كافر ، وأن التحكيم كبيرة لشبه قامت لهم استدلوا بها مذكورة مع ردها فى كتب العقائد .

مطلب فى اتباع عبد الوهاب الخوارج فى زماننا

(قوله ويكفرون أصحاب نبينا صلى الله عليه وسلم) علمت أن هذا غير شرط فى مسمى الخوارج ، بل هو بيان لمن خرجوا على سيدنا على رضى الله تعالى عنه ، وإلا فيكفى فيهم اعتقادهم كفر من خرجوا عليه ، كما وقع فى زماننا فى اتباع عبد الوهاب الذين خرجوا من نجد وتغلبوا على الحرمين وكانوا ينتحلون مذهب الحنابلة ، لكنهم اعتقدوا أنهم هم المسلمون وأن من خالف اعتقادهم مشركون ، واستباحوا بذلك قتل أهل السنة وقتل علمائهم حتى كسر الله تعالى شوكتهم وخرب بلادهم وظفر بهم عساكر المسلمين عام ثلاث وثلاثين ومائتين وألف (قوله كما حققه فى الفتح) حيث قال : وحكم الخوارج عند جمهور الفقهاء والمحدثين حكم البغاة : وذهب بعض المحدثين إلى كفرهم . قال ابن المنذر : ولا أعلم أحدا وافق أهل الحديث على تكفيرهم ، وهذا يقتضى نقل إجماع الفقهاء .

مطلب فى عدم تكفير الخوارج وأهل البدع

وقد ذكر فى المحيط أن بعض الفقهاء لايكفر أحدا من أهل البدع . وبعضهم يكفر من خالف منهم ببدعته

بخلاف المستحل بلا تأويل كما مر فى باب الإمامة .

(والإمام يصير إماما) بأمرين (بالمبايعة من الأشراف والأعيان ، وبأن ينفذ حكمه فى رعيته خوفا من قهره وجبروته ، فإن بايع الناس) الإمام (ولم ينفذ حكمه فيهم لعجزه) عن قهرهم (لايصير إماما ، فإذا صار إما فجار لاينعزل إن) كان (له قهر وغلبة) لعوده بالقهر فلا يفيد

دليلا قطعيا ونسبه إلى أكثر أهل السنة والنقل الأول أثبت نعم يقع فى كلام أهل مذهب تكفير كثير ، لكن ليس من كلام الفقهاء الذين هم المجتهدون بل من غيرهم .

مطلب لاعبرة بغير الفقهاء يعنى المجتهدين

ولاعبرة بغير الفقهاء ، والمنقول عن المجتهدين ماذكرنا ، وابن المنذر أعرف بنقل مذاهب المجتهدين اهـ لكن صرح فى كتابه المسايرة بالاتفاق على تكفير المخالف فيما كان من أصول الدين وضرورياته : كالقول بقدم العالم ، ونفى حشر الأجساد ، ونفى العلم بالجزئيات ، وأن الخلاف فى غيره كنفى مبادئ الصفات ، ونفى عموم الإرادة ، والقول بخلق القرآن الخ . وكذا قال فى شرح منية المصلى : إن ساب الشيخين ومنكر خلافتهما ممن بناه على شبهة له لايكفر ، بخلاف من ادعى أن عليا إله وأن جبريل غلط لأن ذلك ليس عن شبهة واستفراغ وسع فى الاجتهاد بل محض هوى اهـ وتمامه فيه .

قلت : وكذا يكفر قاذف عائشة ومنكر صحبة أبيها ، لأن ذلك تكذيب صريح القرآن كما مر فى الباب السابق (قوله بخلاف المستحل بلا تأويل) أى من يستحل دماء المسلمين وأموالهم ونحو ذلك مما كان قطعى التحريم ولم يبنه على دليل كما بناه الخوارج كما مر ، لأنه إذا بناه على تأويل دليل من كتاب أوسنة كان فى زعمه إتباع الشرع لامعارضته ومنابذته ، بخلاف غيره (قوله والإمام) أى الإمام الحق الذى ذكره أولا ولم يذكر شروطه استغناء بما قدمه فى باب الإمامة من كتاب الصلاة ، وقدمنا الكلام عليها هناك فراجعها .

مطلب الإمام يصير إماما بالمبايعة أو بالاستخلاف ممن قبله

(قوله يصير إماما بالمبايعة) وكذا باستخلاف إمام قبله ، وكذا بالتغلب والقهر كما فى شرح المقاصد . قال فى المسايرة : ويثبت عقد الإمامة إما باستخلاف الخليفة إياه كما فعل أبو بكر رضى الله تعالى عنه ، وإما ببيعة جماعة من العلماء أو من أهل الرأى والتدبير . وعند الأشعرى يكفى الواحد من العلماء المشهورين من أولى الرأى بشرط كونه بمشهد شهود لدفع الإنكار إن وقع . وشرط المعتزلة خمسة . وذكر بعض الحنفية اشتراط جماعة دون عدد مخصوص اهـ ثم قال : لو تعذر وجود العلم والعدالة فيمن تصدى للإمامة وكان فى صرفه عنها إثارة فتنة لاتطاق حكمنا بانعقاد إمامته كى لاتكون كمن يبنى قصرا ويهدم مصرا ، وإذا تغلب آخر على المتغلب وقعد مكانه انعزل الأول وصار الثانى إماما وتجب طاعة الإمام عادلا كان أو جائرا إذا لم يخالف الشرع ، فقد علم أنه يصير إماما بثلاثة أمور ، لكن الثالث فى الإمام المتغلب وإن لم تكن فيه شروط الإمامة ، وقد يكون بالتغلب مع المبايعة وهو الواقع فى سلاطين الزمان نصرهم الرحمن (قوله وبأن ينفذ حكمه) أى يشترط مع وجود المبايعة نفاذ حكمه ، وكذا هو شرط أيضا مع الاستخلاف فيما يظهر ، بل يصير إماما بالتغلب ونفاذ الحكم والقهر بدون مبايعة أو استخلاف كما علمت (قوله فلا يفيد) أى لايفيد عزله

(وإلا ينعزل به) لأنه مفيد خانية .وتمامه فى كتاب الكلام (فإذا خرج جماعة مسلمون عن طاعته) أو طاعة نائبه الذى الناس به فى أمان درر (وغلبوا على بلد دعاهم إليه) أى إلى طاعته (وكشف شبهتهم) استحبابا (فإن تحيزوا مجتمعين حل لنا قتالهم بدءا حتى نفرق جمعهم) إذ الحكم يدار على دليله وهو الاجتماع والامتناع (ومن دعاه الإمام إلى ذلك) أى قتالهم (افترض عليه إجابته) لأن طاعة الإمام فيما ليس بمعصية فرض فكيف فيما هو طاعة بدائع (لو قادرا)

مطلب فيما يستحق به الخليفة العزل

(قوله وإلا ينعزل به) أى إن لم يكن له قهر ومنعة ينعزل به أى بالجور . قال فى شرح المقاصد : ينحل عقد الإمامة بما يزول به مقصود الإمامة كالردة والجنون المطبق ، وصيرورته أسيرا لايرجى خلاصه ، وكذا بالمرض الذى ينسيه العلوم ، وبالعمى والصمم والخرس ، وكذا بخلعه نفسه لعجزه عن القيام بمصالح المسلمين وإن لم يكن ظاهرا بل استشعره من نفسه ، وعليه يحمل خلع الحسن نفسه . وأما خلعه لنفسه بلا سبب ففيه خلاف ، وكذا فى انعزاله بالفسق . والأكثرون على أنه لاينعزل ، وهو المختار من مذهب الشافعى وأبى حنيفة رحمهما الله تعالى . وعن محمد روايتان ، ويستحق العزل بالاتفاق اه . وقال فى المسايرة : وإذا قلد عدلا ثم جار وفسق لاينعزل ولكن يستحق العزل إن لم يستلزم فتنة اه . وفى المواقف وشرحه : إن للأمة خلع الإمام وعزله بسبب يوجبه ، مثل أن يوجد منه مايوجب اختلال أحوال المسلمين وانتكاس أمور الدين كما كان لهم نصبه وإقامته لانتظامها وإعلائها ، وإن أدى خلعه إلى فتنة احتمل أدنى المضرتين اه (قوله فإذا خرج جماعة مسلمون) قيد بذلك لأن أهل الذمة إذا غلبوا على بلدة صاروا أهل حرب كما مر ، ولو قاتلونا مع أهل البغى لم يكن ذلك نقضا للعهد منهم ، وهذا لايرد على المصنف لأنهم أتباع للبغاة المسلمين نهر أى فلهم حكمهم بطريق التبعية . (قوله عن طاعته) أى طاعة الإمام ، وقيده فى الفتح بأن يكون الناس به فى أمان والطرقات آمنة اه ومثله ماذكره عن الدرر ووجهه أنه إذا لم يكن كذلك يكون عاجزا أو جائرا ظالما يجوز الخروج عليه وعزله إن لم يلزم منه فتنة كما علمته آنفا (قوله وغلبوا على بلد) الظاهر إن ذكر البلد بيان للواقع غالبا لأن المدار على تجمعهم وتعسكرهم ، وهو لايكون إلا فى محل يظهر فيه قهرهم والغالب كونه بلدة ، فلو تجمعوا فى برية فالحكم كذلك تأمل (قوله أى إلى طاعته) أشار إلى أنه على تقدير مضاف (قوله وكشف شبهتهم استحبابا) أى بأن يسألهم عن سبب خروجهم ، فإن كان لظلم منه إزاله ، وإن لدعوى أن الحق معهم والولاية لهم فهم بغاة فلو قاتلهم بلا دعوة جاز لأنهم علموا مايقاتلون عليه كالمرتدين وأهل الحرب بعد بلوغ الدعوة بحر (قوله فإن تحيزوا مجتمعين) أى مالوا إلى جهة مجتمعين فيها أو إلى جماعة ، وهذا فى معنى قوله وغلبوا على بلد فكان أحدهما يغنى عن الآخر على ماقلنا (قوله حل لنا قتالهم بدءا) هذا اختيار لما نقله خواهر زاده عن أصحابنا أنا نبدؤهم قبل أن يبدؤنا لأنه لو انتظر حقيقة قتالهم ربما لايمكنه الدفع ، فيدار على الدليل ضرورة دفع شرهم : ونقل القدورى أنه لايبدؤهم حتى يبدؤه ؛ وظاهر كلامهم أن المذهب الأول بحر ، ولو اندفع شرهم بأهون من القتل وجب بقدر مايندفع به شرهم زيلعى.

مطلب فى وجوب طاعة الإمام

(قوله افترض عليه إجابته) والأصل فيه قوله تعالى — وأولى الأمر منكم — وقال صلى الله عليه وسلم « اسمعوا وأطيعوا ولو أمر عليكم عبد حبشى أجدع » وروى « مجدع » وعن ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام قال

وإلا لزم بيته درر . وفى المبتغى لو بغوا لأجل ظلم السلطان ولايمتنع عنه لاينبغى للناس معاونة السلطان ولامعاونتهم :

(ولو طلبوا الموادعة أجيبوا) إليها (إن خيرا للمسلمين) كما فى أهل الحرب (وإلا لا) يجابوا بحر (ولا يؤخذ منهم شىء ، فلو أخذنا منهم رهونا وأخذوا منا رهونا ، ثم غدروا بنا وقتلوا رهوننا لانقتل رهونهم ولكنهم يحبسون إلى أن يهلك أهل البغى أو يتوبوا ، وكذلك أهل الشرك) إذا فعلوا برهوننا ذلك لانفعل برهونهم (و) لكن (يجبرون على الإسلام أو يصيروا ذمة) لنا :

(ولو لهم فئة أجهز على جريحهم) أى أتم قتله (واتبع موليهم وإلا لا) لعدم الخوف (والإمام بالخيار فى أسيرهم ، إن شاء قتله وإن شاء حبسه) حتى يتوب أهل البغى ، فإن تابوا حبسه أيضا حتى يحدث توبة سراج (ونقاتلهم بالمنجنيق والإغراق وغير ذلك كأهل الحرب ومالايجوز قتله من أهل الحرب) كنساء وشيوخ (لايجوز قتله منهم) مالم يقاتلوا ، ولا يقتل عادل محرمه مباشرة مالم يرد قتله

« عليكم بالسمع والطاعة لكل من يؤمر عليكم مالم يأمركم بمنكر » ففى المنكر لاسمع ولاطاعة ثم إذا أمر العسكر بأمر فهو على أوجه : إن علموا أنه نفع بيقين أطاعوه ، وإن علموا خلافه كأن كان لهم قوة وللعدو مدد يلحقهم لايطيعوله ، وإن شكوا لزمهم إطاعته ، وتمامه فى الذخيرة (قوله وإلا لزم بيته) أى إن لم يكن قادرا ، وعليه يحمل ماروى عن جماعة من الصحابة ، أنهم قعدوا فى الفتنة ، وربما كان بعضهم فى تردد من حل القتال . والمروى عن أبى حنيفة من قول الفتنة : إذا وقعت بين المسلمين فالواجب على كل مسلم أن يعتزل الفتنة ويقعد فى بيته محمول على ماإذا لم يكن لهم إمام . وماروى « إذا التقى المسلمان بسيفيهما فالقاتل والمقتول فى النار » محمول على اقتتالهما حمية وعصبية كما يتفق بين أهل قريتين ومحلتين ، أولأجل الدنيا والملك ، وتمامه فى الفتح (قوله وفى المبتغى الخ) موافق لما مر من جامع الفصولين ، ومثله فى السراج ، لكن فى الفتح : ويجب على كل من أطاق الدفع أن يقاتل مع الإمام إلا أن أبدوا مايجوز لهم القتال كان ظلمهم أو ظلم غيرهم ظلما لاشبهة فيه بل يجب أن يعينوهم حتى ينصفهم ويرجع عن جوره ، بخلاف ما إذا كان الحال مشتبها أنه ظلم مثل تحميل بعض الجبايات التى للإمام أخذها وإلحاق الضرر بها لدفع ضرر أعم منه اهـ :

قلت : ويمكن التوفيق بأن وجوب إعانتهم إذا أمكن امتناعه عن بغيه وإلا فلا كما يفيده قول المبتغى ، ولايمتنع عنه تأمل (قوله ولو طلبوا الموادعة) أى الصلح من ترك قتالهم ط (قوله ولايؤخذ منهم شىء) أى على الموادعة لأنهم مسلمون ، ومثله فى المرتدين فتح (قوله لانقتل رهونهم) أى وإن وقع الشرط على أن أيهما غدر يقتل الآخرون الرهن لأنهم صاروا آمنين بالموادعة أو بإعطاء الأمان لهم حين أخذناهم رهنا ، والغدر من غيرهم لايؤاخذون به ، والشرط باطل ، وتمامه فى الفتح (قوله أو يصيروا ذمة لنا) أو بمعنى إلا فلذلك حذف النون ح (قوله أجهز على جريحهم) بالبناء للمفعول فيه وفى اتبع (قوله أى أتم قتله) فى المصباح : جهزت على الجريح من باب نفع وأجهزت إجهازا أتممت عليه وأسرعت قتله (قوله واتبع موليهم) أى هاربهم لقتله أو أسره كى لايلحق هو أو الجريح بفئته (قوله وإلا لا) أى وإن لم يكن لهم فئة يلحقون بها لايجهز ولايتبع (قوله إن شاء قتله) أى إن كان له فئة وإلا لا كما فى القهستانى عن المحيط . قال فى الفتح : ومعنى هذا الخيار أن يحكم نظره فيما هو أحسن الأمرين فى كسر الشوكة لابهوى النفس والتشفى (قوله كنساء وشيوخ) أدخلت الكاف الصبيان والعميان كما فى البحر ط (قوله مالم يقاتلوا) أى فيقتلون حال القتال وبعد الفراغ إلا الصبيان والمجانين بحر (قوله ولا يقتل) أى يكره له كما فى الفتح (قوله مالم يرد قتله) فإذا أراده فله دفعه ولو بقتله ، وله أن يتسبب ليقتله

(ولم تسب لهم ذرية ، وتحبس أموالهم إلى ظهور توبتهم) فترد عليهم وبيع الكراع أولى لأنه أنفع فتح ، ويقاس عليه العبيد نهر (ونقاتل بسلاحهم وحيلهم عند الحاجة ، ولا ينتفع بغيرهما من أموالهم مطلقا) ولو عند الحاجة سراج .

(ولو قال الباغي : تبت وألقى السلاح من يده كف عنه ؛ ولو قال : كف عنى لأنظر فى أمرى لعلى أتوب وألقى السلاح كف عنه ، ولو قال أنا على دينك ومعه السلاح لا) لأن وجود السلاح معه قرينة بقاء بغيه ، فمتى ألقاه كف عنه وإلا لا فتح .

(ولو قتل باغ مثله فظهر عليهم فلا شىء فيه) لكونه مباح الدم فتح ، فلا إثم أيضا ، وقتلانا شهداء ، ولا يصلى على بغاة بل يكفنون ويدفنون بدائع (ويكره نقل رؤوسهم إلى الآفاق) وكذلك رؤوس أهل الحرب لأنها مثلة ؛ وجوّزه بعض المتأخرين لو فيه كسر شوكتهم أو فراغ قلبنا فتح ، ومر فى الجهاد .

(ولو غلبوا على مصر فقتل مصرى مثله عمدا فظهر على المصر قتل به إن لم يجر على أهله) أى المصر (أحكامهم وإن جرى لا لانقطاع ولاية الإمام عنهم (وإن قتل عادل باغيا ورثه) مطلقا

غيره كعقر دابته ، بخلاف أهل الحرب فله أن يقتل محرمه منهم مباشرة إلا الوالدين بحر أى فإنه لا يجوز له قتل الوالدين الحربيين مباشرة ، بل له منعهما ليقتلهما غيره إلا إذا أراد قتله ولا يمكن دفعه إلا بالقتل فله قتلهما مباشرة كما مر أول الجهاد .

والحاصل أن المحرم هنا كالوالدين ، بخلاف أهل الحرب ، فإن له قتل المحرم فقط . والفرق كما فى الفتح أنه اجتمع فى الباغى حرمتان : حرمة الإسلام ، وحرمة القرابة . وفى الكافر حرمة القرابة فقط (قوله ولم تسب لهم ذرية) أى أولاد صغار وكذا النساء ، لأن الإسلام يمنع الاسترقاق ابتداء كما فى الزيلعى (قوله وبيع الكراع أولى) بضم الكاف ، من تسمية الشىء باسم بعضه ، لما فى المصباح أن الكراع من الغنم والبقر مستدق الساعد بمنزلة الوظيف من الفرس ، وهو مؤنث يجمع على أكرع والأكرع على أكارع . قال الأزهرى : الأكارع للدابة قوائمها (قوله لأنه أنفع) أى أنفع من إمساكه والإنفاق عليه من بيت المال ، أو للرجوع على صاحبه كما يفيده كلام البحر (قوله وألقى السلاح) فعل ماض معطوف على قال (قوله فمتى ألقاه الخ) قال فى الفتح : ومالم يلق السلاح فى صورة من الصور كان له قتله ، ومتى ألقاه كف عنه ، بخلاف الحربى لا يلزمه الكف عنه بإلقاء السلاح (قوله فلا شىء فيه) أى لا دية ولا قصاص إذا ظهرنا عليهم فتح (قوله لكونه مباح الدم) ألا ترى أن العادل إذا قتله لا يجب عليه شىء ، ولأن القصاص لا يستوفى إلا بالولاية وهى بالمنعة ، ولا ولاية لإمامنا عليهم فلم يجب شىء وصار كالقتل فى دار الحرب : وعند الأئمة الثلاثة يقتل به فتح (قوله فلا إثم أيضا) أخذه فى النهر من ظاهر كلام الفتح ومثله فى البحر فتأمله (قوله وقتلانا شهداء) أى فيصنع بهم ما يصنع بالشهداء كافى (قوله بل يكفنون) أى بعد أن يغسلوا كما فى البحر ح (قوله لأنها مثلة) أى لأن هذه الهيئة : أو أنثه لتأنيث الخبر أى والمثلة منهى عنها (قوله وجوزه بعض المتأخرين) لمنع كونه مثلة ، قال فى البحر : ومنعه فى المحيط فى رؤوس البغاة ، وجوزه فى رؤوس أهل الحرب (قوله إن لم يجر الخ) أى بأن أخرجهم إمام العدل قبل تقرر حكمهم لأنه حينئذ لم تنقطع ولاية الإمام فوجب القود فتح (قوله وإن جرى لا) أى لا يقتل به ولكن يستحق عذاب الآخرة فتح (قوله مطلقا) يفسره ما بعده : قال فى البحر ، إذا قتل عادل باغيا فإنه يرثه ولا تفصيل فيه لأنه قتله بحق فلا يمنع الإرث . وأصله أن العادل إذا أتلف نفس الباغى أو ماله لا يضمن ولا يأثم لأنه مأمور بقتالهم دفعا

وبالعكس (إذا قال) الباغي وقت قتله (أنا على باطل لا) يرثه اتفاقا لعدم الشبهة (وإن قال أنا على حق) في الخروج على الإمام وأصر على دعواه (ورثه) أما لو رجع تبطل ديانته فلا إرث ابن كمال . وفي الفتح : لو دخل باغ بأمان فقتله عادل عمدا لزمه الدية كما في المستأمن لبقاء شبهة الإباحة .

لشرهم كذا في الهداية ونحوه في البدائع . وفي المحيط : العادل لو أتلف مال الباغي يضمن لأنه معصوم في حقنا . ووفق الزيلعي بحمل الأول على إتلافه حال القتال بسبب القتال إذ لا يمكنه أن يقتلهم إلا بإتلاف شيء من أموالهم كالخيل ، وأما في غير هذه الحالة فلا معنى لمنع الضمان لعصمة أموالهم اهـ ملخصا .

قلت : ويظهر لي التوفيق بوجه آخر ، وهو حمل الضمان على ما قبل تحيزهم وخروجهم أو بعد كسرهم وتفرق جمعهم ، أما إذا تحيزوا لقتالنا مجتمعين فإنهم غير معصومين بدليل حل قتالنا لهم ، ويدل عليه تعليل الهداية بالأمر بقتالهم ، إذ لا يؤمر بقتالهم إلا في هذه الحالة ، فلو أتلف العادل منهم شيئا في هذه الحالة لا يضمنه لسقوط العصمة بخلاف غيرها فإنه يضمن لأنه حينئذ معصوم في حقنا ، ولم أر من ذكر هذا التوفيق ، والله تعالى الموفق (قوله وبالعكس) أي إذا قتل باغ عادلا (قوله وقت قتله) متعلق بقوله أنا على باطل ، فكان عليه أن يذكره عقبه إذ لا يلزم قوله ذلك وقت قتله ، بل اللازم اعتقاد ذلك وقته ، لكن قد يأتي لفظ قال بمعنى اعتقد تأمل . وعبارة البحر ، وإن قال قتلته وأنا أعلم أني على باطل لم يرثه (قوله اتفاقا) أي من أبي يوسف وصاحبيه (قوله لعدم الشبهة) وهي التأويل باعتقاد كونه على حق (قوله ورثه) أي خلافا لأبي يوسف لأنه أتلف بتأويل فاسد ، والفاسد منه ملحق بالصحيح إذا ضمت إليه المنعة في حق الدفع كما في منعة أهل الحرب وتأويلهم .

والحاصل أن نفي الضمان منوط بالمنعة مع التأويل ، فلو تجردت المنعة عن التأويل كقوم تغلبوا على بلدة فقتلوا واستهلكوا الأموال بلا تأويل ثم ظهر عليهم أخذوا بجميع ذلك ، ولو انفرد التأويل عن المنعة بأن انفرد واحد واثنان فقتلوا وأخذوا عن تأويل ضمنوا إذا تابوا وقدر عليهم ، وتمامه في الفتح والزيلعي . وفي الاختيار : وما أصاب كل واحد من الفريقين من الآخر من دم أو جراحة أو استهلاك مال فهو موضوع لا دية فيه ، ولا ضمان ولا قصاص ، وما كان قائما في يد كل واحد من الفريقين للآخر فهو لصاحبه . قال محمد رحمه الله تعالى : إذا تابوا أفتيهم أن يغرموا ولا أجبرهم على ذلك لأنهم أتلفوه بغير حق ، فسقوط المطالبة لا يسقط الضمان فيما بينه وبين الله تعالى . وقال أصحابنا : ما فعلوه قبل التحيز والخروج ، وبعد تفرق جمعهم يؤخذون به لأنهم من أهل دارنا ، ولا منعة لهم كغيرهم من المسلمين ، أما ما فعلوه بعد التحيز لا ضمان فيه لما بيننا اهـ .

قلت : فتحصل من ذلك كله أن أهل البغي إذا كانوا كثيرين ذوي منعة وتحيزوا لقتالنا معتقدين حله بتأويل سقط عنهم ضمان ما أتلفوه من دم أو مال دون ما كان قائما ، ويضمنون كل ذلك إذا كانوا قليلين لا منعة لهم أو قبل تحيزهم أو بعد تفرق جمعهم ، وتقدم أن ما أتلفه أهل العدل لا يضمنونه ، وقيل يضمنونه ، وقدمنا التوفيق (قوله تبطل ديانته) أي تأويله الذي كان يتدين به وأسقطنا ضمانه بسببه ، فإذا رجع ظهر أنه لا تأويل له فلا يرث ويضمن ما أتلف . وفي عامة النسخ ديانة بدون ضمير ، وهو تحريف ، والموافق لما في ابن كمال عن غاية البيان هو الأول (قوله عمدا) ليس في كلام الفتح ، ولكن حمله عليه في النهر لأنه المراد بدليل التعليل . ثم قال في النهر وينبغي أن لا يرث منه ، وهذه ترد على إطلاق المصنف (قوله كما في المستأمن) أي كما لو قتل المسلم مستأمنا في دارنا فتح (قوله لبقاء شبهة الإباحة) علة لعدم وجوب القصاص المفهوم من وجوب الدية اهـ ح .

(ويكره) تحريما (بيع السلاح من أهل الفتنة إن علم) لأنه إعانة على المعصية (وبيع مايتخذ منه كالحديد) ونحوه يكره لأهل الحرب (لا) لأهل البغى لعدم تفرغهم لعمله سلاحا لقرب زوالهم ، بخلاف أهل الحرب زيلعى :

قلت : وأفاد كلامهم أن ماقامت المعصية بعينه يكره بيعه تحريما وإلا فتنزيها نهر .

وفى الفتح : ينفذ حكم قاضيهم لو عادلا وإلا لا ، ولو كتب قاضيهم إلى قاضينا كتابا ، فإن علم أنه قضى بشهادة عدلين نفذه وإلا لا .

مطلب فى كراهة بيع ماتقوم المعصية بعينه

(قوله تحريما) بحث لصاحب البحر حيث قال : وظاهر كلامهم أن الكراهة تحريمية لتعليلهم بالإعانة على المعصية ط (قوله من أهل الفتنة) شمل البغاة وقطاع الطريق واللصوص بحر (قوله إن علم) أى إن علم البائع أن المشترى منهم (قوله لأنه إعانة على المعصية) لأنه يقاتل بعينه ، بخلاف مالايقاتل به إلا بصنعة تحدث فيه كالحديد ونظيره كراهة بيع المعازف لأن المعصية تقام بها عينها ، ولايكره بيع الخشب المتخذة هى منه ، وعلى هذا بيع الخمر لايصح ويصح بيع العنب . والفرق فى ذلك كله ماذكرنا فتح ومثله فى البحر عن البدائع ، وكذا فى الزيلعى لكنه قال بعده : وكذا لايكره بيع الجارية المغنية والكبش النطوح والديك المقاتل والحمامة الطيارة لأنه ليس عينها منكرا وإنما المنكر فى استعمالها المحظور اهـ .

قلت : لكن هذه الأشياء تقام المعصية بعينها لكن ليست هى المقصود الأصلى منها ، فإن عين الجارية للخدمة مثلا والغناء عارض فلم تكن عين المنكر ، بخلاف السلاح فإن المقصود الأصلى منه هو المحاربة به فكان عينه منكرا إذا بيع لأهل الفتنة ، فصار المراد بما تقام المعصية به ما كان عينه منكرا بلا عمل صنعة فيه ، فخرج نحو الجارية المغنية لأنها ليست عين المنكر ، ونحو الحديد والعصير لأنه وإن كان يعمل منه عين المنكر لكنه بصنعة تحدث فلم يكن عينه ، وبهذا ظهر أن بيع الأمرد ممن يلوط به مثل الجارية المغنية فليس مما تقوم المعصية بعينه ، خلافا لما ذكره المصنف والشارح فى باب الحظر والإباحة ، ويأتى تمامه قريبا (قوله يكره لأهل الحرب) مقتضى مانقلناه عن الفتح عدم الكراهة ، إلا أن يقال المنفى كراهة التحريم والمثبت كراهة التنزيه ، لأن الحديد وإن لم تقم المعصية بعينه لكن إذا كان بيعه ممن يعمله سلاحا كان فيه نوع إعانة تأمل (قوله نهر) عبارته : وعرف بهذا أنه لايكره بيع مالم تقم المعصية به كبيع الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والعصير والخشب الذى يتخذ منه المعازف ، وما فى بيوع الخانية من أنه يكره بيع الأمرد من فاسق يعلم أنه يعصى به مشكل : والذى جزم به فى الحظر والإباحة أنه لايكره بيع جارية ممن يأتيها فى دبرها أو بيع الغلام من لوطى وهو الموفق لما مر . وعندى أن مافى الخانية محمول على كراهة التنزيه والمنفى هو كراهة التحريم ، وعلى هذا فيكره فى الكل تنزيها ، وهو الذى إليه تطمئن النفس لأنه تسبب فى الإعانة ، ولم أر من تعرض لهذا ، والله تعالى الموافق اهـ (قوله ينفذ) بالتشديد مبنيا للمجهول (قوله لو عادلا) أى لو كان حكم قاضيهم عادلا : أى على مذهب أهل العدل . قال فى الفتح : وإذا ولى البغاة قاضيا على مكان غلبوا عليه فقضى ماشاء ثم ظهر أهل العدل فرفعت أقضيته إلى قاضى العدل نفذ منها ماهو عدل وكذا ماقضى برأى بعض المجتهدين ، لأن قضاء القاضى فى المجتهدات نافذ وإن كان مخالفا لرأى قاضى العدل اهـ (قوله ولو كتب قاضيهم الخ) محله إذا كان من أهل العدل وإلا لايقبل كتابه لفسقه كما فى الفتح . وأفاد صحة تولية البغاة القضاء كما سيأتى فى بابه ، والله سبحانه أعلم .

كتاب اللقيط

عقبه مع اللقطة بالجهاد لعرضيتهما لفوات النفس والمال ، وقدم اللقيط لتعلقه بالنفس ، وهى مقدمة على المال .

(هو) لغة مايلقط فعيل بمعنى مفعول ثم غلب على الولد المنبوذ باعتبار المآل، وشرعا (اسم لحى مولود طرحه أهله خوفا من العيلة أو فرارا من تهمة الريبة) مضيعه آثم محرزه غانم (التقاطه فرض كفاية إن غلب على ظنه هلاكه لو لم يرفعه) ولو لم يعلم به غيره ففرض عين ، ومثله رؤية أعمى يقع فى بئر شمنى (وإلا فمندوب) لما فيه من الشفقة والإحياء و (هو حر)

كتاب اللقيط

أى كتاب لقط اللقيط قهستانى ، والأولى قول الحموى كتاب فى بيان أحكام اللقيط ، لأن الكتاب معقود لبيان ماهو أعم من لقطه كنفقته وجنايته وإرثه وغير ذلك ط (قوله عقبه مع اللقطة بالجهاد) تبع فى هذا التعبير صاحب النهر ، وفيه قلب ، وصوابه عقب الجهاد به مع اللقطة ط .

قلت : لكن فى المصباح كل شئ جاء بعد شئ فقد عاقبه وعقبه تعقيبا ، ثم قال وعقبت زيدا عقبا من باب قتل وعقوبا جئت بعده ، ثم قال والسلام يعقب التشهد أى يتلوه ، فهو عقيب له اهـ . فعلى هذا إذا قلت أعقبت زيدا عمرا كان معناه جعلت زيدا تاليا لعمرو ، لأن زيدا فاعل فى الأصل كما فى ألبست زيدا جبة ، وكذا تقول أعقبت السلام التشهد : أى أتيت بالسلام بعد التشهد ، ومثله أعقبت السلام بالتشهد بزيادة الباء ، وعليه فقوله عقب اللقيط بالجهاد معناه أتى به عقب الجهاد فلا قلب فيه ، هذا ماظهر لى (قوله لعرضيتهما) بفتح العين والراء اهـ ح : أى لتوقع عروض الهلاك والزوال فيهما : أى كما أن الأنفس والأموال فى الجهاد على شرف الهلاك ، وإنما قدمه عليهما لكونه فرضا لإعلاء كلمة الله تعالى والإلتقاط مندوب (قوله مايلقط) أى يرفع من الأرض فتح (قوله ثم غلب) أى فى اللغة كما هو ظاهر المغرب والمصباح ، فهو كاستعمالهم اللفظ بمعنى الملفوظ ثم تخصيصه بما يلفظه الفم من الحروف (قوله باعتبار المآل) لأنه يؤول أمره إلى الالتقاط فى العادة ، وظاهره أنه مجاز لغوى بعلاقة الأول مثل — أعصر خمرا — وانظر ماقدمناه فى باب كيفية القسمة عند قوله سماه قتيلا الخ (قوله وشرعا اسم لحى مولود الخ) كذا فى البحر ، وظاهر الفتح اتحاد المعنى الشرعى واللغوى ، وعلى ماهنا فالمغايرة بينهما بزيادة قيد الحياة وهو غير ظاهر لأن الميت كذلك فيما يظهر حتى يحكم بإسلامه تبعا للدار فيغسل ويصلى عليه ، ولو وجد قتيلا فى محلة تجب فيه الدية والقسامة كما سنذكره تأمل ، والمراد به ما كان من بنى آدم كما نقل عن الإتقانى ، وقيد بقوله طرحه أهله احترازا عن الضائع (قوله خوفا من العيلة) بالفتح : الفقر مصباح (قوله فرارا من تهمة الريبة) التهمة : بفتح الهاء وسكونها الشك والريبة مصباح . وفيه أيضا : الريبة الظن والشك ، لكن المراد بها هنا الزنا (قوله مضيعه) أى طارحه أو تاركه حتى ضاع أى هلك (قوله إن غلب على ظنه هلاكه) بأن وجده فى مفازة ونحوها من المهالك ، وليس مراد الكنز من الوجوب الاصطلاحى بل الافتراض ، فلا خلاف بيننا وبين باقى الأئمة كما قد توهم بحر .

قال فى النهر : وفيه إيماء إلى أنه يشترط فى الملتقط كونه مكلفا ، فلا يصح التقاط الصبى والمجنون ، ولا يشترط كونه مسلما عدلا رشيدا لما سيأتى من أن التقاط الكافر صحيح والفاسق أولى ، وأن العبد المحجور عليه يصح التقاطه أيضا ، فالمحجور عليه بالسفه أولى اهـ ويأتى قريبا تمام الكلام على المحجور (قوله وإلا فمندوب) قال فى البحر : وينبغى أن يحرم طرحه بعد التقاطه ، لأنه وجب عليه بعد التقاطه حفظه فلا يملك رده إلى ما كان عليه (قوله وهو حر)

مسلم تبعا للدار (إلا بحجة رقه) على خصم وهو الملتقط لسبق يده (ومايحتاج إليه) من نفقة وكسوة وسكنى ودواء ومهر إذا زوجه السلطان (فى بيت المال) إن برهن على التقاطه (وإن كان له مال) أو قرابة (ففى ماله) أو على قرابته (وارثه) ولو دية (فى بيت المال كجنايته) لأن الغرم بالغنم (وليس لأحد أخذه منه قهرا)

أى فى جميع أحكامه حتى يحد قاذفه ، لأن الأصل فى بنى آدم الحرية لأنهم أولاد خيار المسلمين آدم وحواء ، وإنما عرض الرق بعروض الكفر لبعضهم ، وكذا الدار دار الأحرار فتح ، وشمل ما إذا كان الواجد حرا أو عبدا أو مكاتبا ولا يكون تبعا للواجد والواجدة .

وفى المحيط : لو وجده المحجور ولا يعرف إلا بقوله قال المولى كذبت بل هو عبدى فالقول للمولى ، لأنه ذو اليد إذ لا يد للعبد على نفسه وإن كان العبد مأذونا فالقول له لأن له يدا ، وتمامه فى البحر (قوله مسلم تبعا للدار) أفاد أن المعتبر فى ثبوت إسلامه المكان سواء كان الواجد مسلما أو كافرا . وفيه خلاف سيأتى (قوله إلا بحجة رقه) يستثنى منه ما لو كان الملتقط عبدا محجورا وادعى مولاه أنه عبده كما مر آنفا ، وكذا لو ادعاه الملتقط الحر إن لم يكن أقر بأنه لقيط كما فى البحر (قوله على خصم وهو الملتقط) هذا إذا كان اللقيط صغيرا ، فلو كبيرا يثبت رقه بإقامة البينة عليه وبإقراره أيضا كما فى القهستانى عن النظم ، لكن إقراره يقتصر عليه ويأتى بيانه فى الفروع (قوله ومايحتاج إليه) عبارة المتون ونفقته فى بيت المال . قال فى البحر : ولو قال ومايحتاج إليه كان أولى لما فى المحيط من أن مهره إذا زوجه السلطان فى بيت المال . وإن كان له مال ففى ماله اهـ (قوله من نفقة وكسوة الخ) فى النهر : قد مر أن النفقة اسم للطعام والشراب والكسوة والسكنى (قوله ودواء) ذكره فى النهر بحثا لأنه أولى من التزويج (قوله إذا زوجه السلطان) أى أو وكيله ، وقيد به لأن الملتقط لا يملك تزويجه كما يأتى . والظاهر أن تزويج السلطان له مقيد بالحاجة ، كما لو احتاج إلى خادم فزوجه امرأة تخدمه أو نحو ذلك ، وإلا ففيه الإنفاق من بيت المال بلا ضرورة . والظاهر أن نفقة زوجته فى بيت المال أيضا فتأمل (قوله أن برهن على التقاطه) لأنه عساه ابنه ، والوجه أن لا يتوقف على البينة بل ما يرجح صدقه لأنها لم تقم على خصم حاضر ، ولذا قال فى المبسوط : هذه لكشف الحال ، والبينة لكشف الحال مقبولة وإن لم تقم على خصم فتح .

[تنبيه] أفاد أنه لو أنفق الملتقط من ماله فهو متبرع إلا إذا أذن له القاضى بشرط الرجوع ، وسيأتى تمامه فى اللقطة (قوله ولو دية) قال فى الفتح : حتى لو وجد اللقيط قتيلا فى محلة كان على أهلها ديته لبيت المال وعليهم القسامة ، وكذا إذا قتله الملتقط أو غيره خطأ فالدية على عاقلته لبيت المال ، ولو عمدا فالخيار إلى الإمام اهـ أى بين القتل والصلح على الدية ، وليس له العفو بحر (قوله كجنايته) أى على غيره

مطلب فى قولهم الغرم بالغنم

(قوله لأن الغرم بالغنم) تعليل لقوله كجنايته . قال فى المصباح : والغنم بالغرم أى مقابل به ، فكما أن المالك يختص بالغنم ولا يشاركه فيه أحد فكذلك يتحمل الغرم ولا يتحمل معه أحد ، وهذا معنى قولهم : الغرم مجبور بالغنم اهـ . (قوله وليس لأحد أخذه منه قهرا) لأنه ثبت حق الحفظ له لسبق يده ، وينبغى أن ينتزع منه إذا لم يكن أهلا لحفظه كما قالوا فى الحاضنة ، وكما يفيده قول الفتح الآتى إلا بسبب يوجب ذلك بحر .

قلت : وكذا يفيده ما سيأتى من أنه يثبت نسبه من ذمى ، ولكن هو مسلم فينزع من يده قبيل عقل الأديان . والظاهر أن النزع فيه واجب ، كما لو كان الملتقط فاسقا يخشى عليه منه الفجور باللقيط فينزع منه قبيل حد الاشتهاء

وهل للإمام الأعظم أخذه بالولاية العامة فى الفتح لا ، وأقره المصنف تبعا للبحر وحرر فى النهر ، نعم لكن لاينبغى أخذه إلا بموجب (فلو أخذه أحد وخاصمه الأول رد إليه) إلا إذا دفعه باختياره لأنه أبطل حقه (و) هذا إذا اتحد الملتقط ، فلو تعدد وترجح أحدهما كما (لو وجده مسلم وكافر فتنازعا قضى به للمسلم) لأنه أنفع للقيط خانية ، ولو استويا فالرأى للقاضى بحر بحثا .

(ويثبت نسبه من واحد) بمجرد دعواه ولو غير الملتقط استحسانا لو حيا وإلا فالبينة خانية (ومن اثنين) مستويين كولد أمة مشتركة .

ولاينافيه مافى الخانية من أنه إذا علم القاضى عجزه عن حفظه بنفسه وأتى به إليه فإن الأولى له أن يقبله اهـ ، لأنه إذا لم يرد بالأولى الوجوب فوجهه أنه إذا لم يقبله منه بعد ماأتى به إليه علم أمانته وديانته وأنه حيث لم يقبله منه يدفعه هو إلى من يحفظه فلم يتعين القاضى لأخذه منه ، بخلاف ما إذا كان يخشى عليه من الملتقط ، وبه اندفع مافى النهر (قوله فى الفتح لا) حيث قال لا ينبغى للإمام أن يأخذه من الملتقط إلا بسبب يوجب ذلك لأن يده سبقت إليه فهو أحق منه (قوله وحرر فى النهر نعم) حيث قال : وأقول المذكور فى المبسوط أن للإمام الأعظم أن يأخذه بحكم الولاية العامة إلا أنه لا ينبغى له ذلك ، وهو الذى ذكره فى الفتح (قوله وهذا) أى عدم أخذه من الملتقط (قوله لأنه أنفع للقيط) لأنه يعلمه أحكام الإسلام ولأنه محكوم له بالإسلام فكان المسلم أولى بحفظه ، أفاده فى البحر .

قلت : وهذا إذا لم يعقل الأديان وإلا نزع من الكافر ولو كان هو الملتقط وحده كما يأتى تأمل (قوله ولو استويا) بأن كانا مسلمين أو كافرين (قوله فالرأى للقاضى) وينبغى أن يرجح ماهو أنفع للقيط نهر ، بأن يقدم العدل على الفاسق والغنى على الفقير ، بل ظاهر تعليل الخانية بأنه أنفع للقيط عدم اختصاص الترجيح بالإسلام فيعم ماذكر ، فيقضى به للعدل والغنى حيث كان هو الأنفع ، ولذا قال فى البحر : وهو يفيد أنه إن أمكن الترجيح اختص به الراجح اهـ . وعلى هذا يحمل قوله ولو استويا أى فى صفات الترجيح كلها (قوله استحسانا) والقياس أن لاتصح دعواهما ، أما الملتقط فلتناقضه ، وأما غيره فلأن فيه إبطال حق ثابت بمجرد دعوى أعنى الحفظ للملتقط وحق الولد للعامة . وجه الاستحسان أنه إقرار للصبى بماينفعه والتناقض لايضر فى دعوى النسب ، وإبطال حق الملتقط ضمنا ضرورة ثبوت النسب ، وكم من شىء يثبت ضمنا لاقصدا ، ألا ترى أن شهادة القابلة بالولادة تصح ثم يترتب عليها استحقاقه للإرث ، ولو شهدت عليه ابتداء لم يصح نهر (قوله لو حيا) أى لو كان اللقيط حيا وهو مرتبط بقوله بمجرد دعواه (قوله وإلا فبالبينة) أى وإن كان اللقيط ميتا وترك مالا أو لم يترك فادعى رجل بعد موته أنه ابنه لايصدق إلا بحجة بحر عن الخانية أى لاحتمال ظهور مال له ، ولعل وجه الفرق أن دعوى الحى تتمحض للنسب ، بخلاف الميت لاستغنائه عنه بالموت فصارت دعوى الإرث ، ثم رأيته صريحا فى الفتح . وأيضا فإنه فى دعوى الحى غير متهم لإقراره على نفسه بوجوب النفقة . تأمل (قوله ومن اثنين مستويين) أى إذا ادعياه معا فلو سبق أحدهما فهو ابنه مالم يبرهن الآخر ، وقيد الاستواء ، إذ لو كان لأحدهما مرجح ، فهو أولى كالمقلقط وخارج فيحكم به للملتقط ولو ذميا وبإسلام الولد ؛ ولو خارجين يقدم من برهن على من لم يبرهن ، والمسلم على الذمى ، والحر على العبد ، والذمى الحر على العبد المسلم ، أفاده فى البحر ، وكأن الشارح ترك التقييد بالمعية لكون الأسبق له مرجح وهو السبق لعدم المنازع ، ومن المرجح وصف أحدهما علامة كما يأتى (قوله كولد أمة مشتركة) أى فإنه لو ادعاه كل من الشريكين أو الشركاء معا ثبت من الكل ، فهو تشبيه لمسألة المتن بهذه كما نبه عليه فى الدر المنتقى

وعبارة المنية : ادعاه أكثر من اثنين فعن الإمام أنه إلى خمسة ظاهرة فى عدم قبول دعوى الزائد . ولا يشترط اتحاد الإمام نهر ، لكن فى القهستانى عن النظم مايفيد ثبوته من الأكثر فليحرر .

(ولو ادعته امرأة) واحدة (ذات زوج ، فإن صدقها زوجها أو شهدت لها القابلة أو قامت بينة) ولو رجلا وامرأتين على الولادة (صحت) دعوتها (وإلا لا) لما فيه من تحمل النسب على الغير (وإن لم يكن لها زوج فلابد من شهادة رجلين ؛ ولو ادعته امرأتان وأقامت إحداهما البينة فهى أولى به ، وإن أقامتا جميعا فهو ابنهما) خلافا لهما الكل من الخانية (وإن) ادعاه خارجان و (وصف أحدهما علامة به) أى بجسده لابثوبه (ووافق فهو أحق) إذا لم يعارضها أقوى أقوى منها ، كبينة الآخر وحريته وسبقه

لاتقييد لما فى المتن بما إذا ادعاه كل من الملتقطين من جارية مشتركة ، خلافا لما فهمه فى البحر من عبارة الخانية كمانبه عليه فى النهر ، ولذا قال بعده : ولايشترط اتحاد الأم ، وبه صرح فى التتارخانية كما يأتى (قوله وعبارة المنية) مبتدأ ومضاف إليه ، وقوله ادعاه الخ بدل من عبارة ، وقوله ظاهرة خبر المبتدأ ، ومثل مافى المنية مافى الفتح حيث قال : ولا يلحق بأكثر من اثنين عند أبى يوسف ، وهو رواية عن أحمد . وعند محمد لايلحق بأكثر من ثلاثة . وفى شرح الطحاوى ، وإن كان المدعى أكثر من اثنين ، فعن أبى حنيفة أنه جوزه إلى خمسة اهـ ، قال فى البحر : ولم أر توجيه هذه الأقوال (قوله ولا يشترط اتحاد الأم) لما فى النهر عن التتارخانية : لو عين كل واحد منهما امرأة أخرى قضى بالولد بينهما ، وهل يثبت نسب الولد من المرأتين على قياس قوله يثبت ، وعلى قولهما لا (قوله لكن فى القهستانى الخ) استدراك على مافى المنية وعبارة القهستانى هكذا : وفيه : أى فى قول النقاية : ولو رجلين إشارة إلى أنه لو ادعاه أكثر من رجلين لم يثبت منه ، وهذا عند أبى يوسف : وأما عند محمد فيثبت من الثلاث لاالأكثر . وعند أبى حنيفة يثبت من الأكثر اهـ فقوله من الأكثر يشمل مافوق الخمسة لكن حيث قيده غيره بالخمسة يحمل إطلاقه عليه لأنه صريح (قوله ولو رجلا وامرأتين) لعله أتى بالمبالغة إشارة إلى أن قوله الآتى فلابد من شهادة رجلين ليس المراد به الحصر فى الرجلين بل المراد به نصاب الشهادة فهو نفى لقبول شهادة الفرد ، فلا ينافى قبول شهادة رجل وامرأتين لأن الشهادة على النسب لايشترط فيها الرجال بخلاف نحو الحدود والقود فافهم (قوله على الغير) أى على الزوج لأنه يلزم من ثبوته منها ثبوته منه لأن الولد للفراش (قوله فلا بد من شهادة رجلين) ذكر فى النهر أن هذا يخالف مافى المنية من أنها تصدق ولو ادعت أنه ابنها منه اهـ . وذكر فى الخانية الفرق بين هذا وبين قبول دعوى الرجل بلا بينة ، وهو أن فى قبول قول الرجل دفع العار عن اللقيط ، وليس ذلك فى دعوى المرأة فلا يقبل قولها بلا بينة اهـ ولذا قبل قولها بتصديق الزوج وشهادة القابلة لأنه يثبت نسبه من الزوج فيندفع عنه العار أى عاره بكونه لا أب له فإنه مظنة كونه ابن زنا (قوله خلافا لهما) فعندهما لايكون لواحدة منهما ، لكن عن محمد روايتان : إحداهما كقول الإمام كما فى البحر عن البدائع (قوله الكل من الخانية) أى ماذكر من مسائل دعوى المرأة والمرأتين (قوله وإن ادعاه خارجان) أى لايد لأحدهما عليه ، وقيد به لما فى البحر من أن ظاهر مافى الفتح تقديم ذى اليد على الخارج ذى العلامة (قوله أى بجسده) أى كشامة وسلعة (قوله لابثوبه) لأن الثوب غير ملازم له فلا يفيد التعيين ط .

قلت : وهذا ذكره فى النهر أخذا من مفهوم قول القدورى بجسده (قوله ووافق) قيد به لأنه لو لم يوافق فلا ترجيح وهو ابنهما ، وكذا لو أصاب فى البعض دون البعض أو وصفا ولم يصب واحد منهما ، أما لو أصاب أحدهما دون الآخر فهو لمن أصاب بحر عن الظهيرية (قوله وسبقه) أى لو كانت دعوى أحدهما سابقة على الآخر

وسنه إن أرّخا ، فإن اشتبه فبينهما وإسلامه ولو ادعى أحدهما أنه ابنه والآخر أنه ابنته فإذا هو خنثى ، فلو مشكلا قضى لهما وإلا فلمن ادعى أنه ابنه ؛ ولو شهد للمسلم ذميان وللذمى مسلمان قضى به للمسلم تتارخانية :

(و) يثبت نسبه (من ذمى و) لكن (هو مسلم) استحسانا فينزع من يده قبيل عقل الأديان مالم يبرهن بمسلمين أنه ابنه فيكون كافرا نهر (إن لم يكن) أى يوجد (فى مكان أهل الذمة) كقريتهم أو بيعة أو كنيسة والمسألة رباعية ، لأنه إما أن يجده مسلم فى مكاننا فمسلم ، أو كافر فى مكانهم فكافر ، أو كافر فى مكاننا أو عكسه فظاهر الرواية اعتبار المكان لسبقه اختيار (و) يثبت (من عبد وهو حر) وإن ادعى أنه ابنه من زوجته الأمة عند محمد وكلام الزيلعى ظاهر فى اختياره :

(ولو ادعاه حران أحدهما أنه ابنه من هذه الحرة والآخر من الأمة فالذى يدعيه من الحرة أولى)

كان ابنه ولو وصف الثانى علامة لثبوته فى وقت لامنازع له فيه اه فتح . فعلم أن المراد السبق فى الدعوى لافى وضع اليد ، لأن الكلام فى الخارجين فافهم (قوله وحريته) ذكره فى النهر بحثا (قوله وسنه إن أرخا ، فإن اشتبه فبينهما) هذا يوجد فى بعض النسخ ؛ قال فى البحر : وفى الظهيرية : رجلان ادعياه وأرخت بينة كل منهما يقضى لمن يشهد له سن الصبى ، فلو السن مشتبها فعلى قولهما يسقط اعتبار التاريخ ويقضى لهما . وعلى قوله ، فى رواية كذلك ، وفى أخرى لأسبقهما تاريخا . وفى التتارخانية : يقضى به بينهما فى عامة الروايات ، وهو الصحيح اه ملخصا وحيث كانت العلامة مرجحة فالظاهر اعتبارها هنا أيضا فيقضى به لذى العلامة . قال فى الفتح : وكلما لم يترجح دعوى واحد من المدعين يكون ابنا لهما . وعند الشافعى يرجع إلى القافة (قوله قضى لهما) لأنه لم يظهر ترجيح أحدهما على الآخر فاستويا ، كما لو وصف به وصفا ولم يصب واحد منهما كما مر فافهم (قوله وإلا فلمن ادعى أنه ابنه) مقتضاه ولو ظهر أنه أنثى ، وهو مخالف للمسائل المارة ، ولذا قال المقدسى : ينبغى أنه لمن وافق .

قلت : على أن الذى رأيته فى التتارخانية : وإن لم يكن مشكلا وحكم بكونه ابنا فهو للذى يدعى أنه ابنه اه وهذا لا إشكال فيه ، والشارح تبع فى التعبير صاحب البحر ، وفيه اختصار مخل (قوله قضى به للمسلم) لأن الذميين شهدا على ذمى والمسلمين على مسلم فصحت الشهادتان وترجح المسلم اه ح (قوله استحسانا) والقياس أن لايثبت نسبه لأن فيه نفى إسلامه الثابت بالدار . وجه الاستحسان أن دعواه تضمنت شيئين : النسب وهو نفع للصغير ونفى الإسلام الثابت بالدار وهو ضرر به ، وليس من ضرورة ثبوت النسب من الكافر الكفر لجواز مسلم هو ابن كافر ، بأن أسلمت أمه فصححنا دعواه فيما ينفعه دون مايضره فتح (قوله مالم يبرهن) وذكر ابن سماعة عن محمد : لو عليه زى أهل الشرك كصليب ونحوه فهو ابنه وهو نصرانى فتح (قوله بمسلمين) فلو أقام بينة من أهل الذمة لايكون ذميا ، لأنا حكمنا بإسلامه فلا يبطل هذا الحكم بهذه البينة لأنها شهادة قامت فى حق الدين على مسلم فلاتقبل بحرعن الخانية (قوله أو عكسه) أى مسلم فى مكانهم (قوله فظاهر الرواية اعتبار المكان) أى فى الصورتين وفى بعض نسخ المبسوط اعتبر الواجد ، وفى بعضها اعتبر الإسلام أى ما يصير به الولد مسلما نظرا له ، ولا ينبغى أن يعدل عن ذلك . وقيل يعتبر بالسيا والزى فتح : وعلى ما رجحه فى الفتح يصير مسلما فى ثلاث صور ، وذميا فى صورة واحدة وهى مالو وجده ذمى فى مكانهم وهو ظاهر الكنز وغيره. وقال فى البحر أيضا : ولايعدل عنه (قوله لسبقه) أى سبق المكان على يد الواجد (قوله وهو حر) أى إلا بحجة رقه كما قدمه المصنف (قوله عند محمد) وقال أبو يوسف : يكون عبدا لأنه يستحيل أن يكون الولد حرا بين رقيقين ؛ قلنا : لايستحيل لجواز عتقه قبل

لثبوته من الجانبين زيلعى (وإن وجد معه مال فهو له) عملا بالظاهر ولو فوقه أو تحته أو دابة هو عليها، لاما كان بقربه (فيصرفه الواجد) أو غيره (إليه بأمر القاضى) فى ظاهر الرواية لأنه مال ضائع .

(ولو قرر القاضى ولاءه للملتقط صح) ظهيرية لأنه قضاء فى فصل مجتهد فيه ، نعم له بعد بلوغه أن يوالى من شاء مالم يعقل عنه بيت المال خانية (ويدفعه فى حرفة ويقبض هبته) وصدقته (وليس له ختنه) فلو فعل فهلك ضمن ، ولو علم الختان أنه ملتقط ضمن ذخيرة (وله نقله حيث شاء) وينبغى منعه من مصر إلى قرية بحر (ولا ينفذ للملتقط عليه نكاح وبيع و) كذا (إجارة) فى الأصح ، لأن الولاية عليه فى ماله ونفسه للسلطان ، لحديث « السلطان ولىّ من لاولىّ له » .

الانفصال وبعده ، فلا تبطل الحرية بالشك زيلعى وتمامه فى النهر (قوله لثبوته من الجانبين) فيه أن النسب يثبت من جانب الأم أيضا سواء كانت الأمة زوجة له أو مملوكة له ، فالمراد ثبوت أحكامه كما عبر به الزيلعى : أى كالإرث وحق الحضانة ووجوب النفقة ونحو ذلك ، وهذا مختص بالحرة فكانت هذه البينة أكثر إثباتا (قوله عملا بالظاهر) أورد عليه أن الظاهر يصلح للدفع لا للإثبات . قلنا نعم يدفع بهذا الظاهر دعوى ملك غيره عنه ثم يثبت ملكه بقيام يده مع حريته المحكوم بها ، أفاده فى الفتح (قوله ولو فوقه أو تحته) دخل فيه الدراهم الموضوعة عليه ، وينبغى أن تكون الدراهم التى فوق فراشه أو تحته له كلباسه ومهاده ودثاره ، بخلاف المدفونة تحته ولم أره بحر (قوله أو دابة) بالنصب عطفا على فوقه : أى ولو كان ذلك المال دابة هو عليها اهـ ح (قوله لاما كان بقربه) فى بعض النسخ لامكان بقربه ، وعليها كتب ح فقال الظاهر أنه سقط لفظ فى والأصل لافى مكان بقربه عطفا على فوقه اهـ ؛ قال فى النهر وبه عرف أن الدار التى هو فيها : وكذا البستان لايكون له بالأولى اهـ وقد توقف فيه فى البحر بعد أن نقل عن الشافعية أن الدار له وفى البستان وجهان (قوله لأنه مال ضائع) قال فى الفتح : أى لاحافظ له وماله وإن كان معه فلا قدرة له على الحفظ ، وللقاضى ولاية صرف مثله إليه وكذا لغير الواجد بأمره ، والقول له فى نفقة مثله وقيل له صرفه عليه بغير أمر القاضى (قوله ولو قرر القاضى ولاءه للملتقط صح) أى بأن يقول له جعلت ولاء هذا اللقيط لك ترثه إذا مات وتعقل عنه إذا جنى (قوله لأنه قضاء فى فصل مجتهد فيه) فإن من العلماء من قال إن الملتقط يشبه المعتق من حيث أنه أحياه كالمعتق ، فعلى هذا لايكون متبرعا بالإنفاق بغير أمر القاضى إذا أشهد ليرجع كالوصى بحر من كتاب اللقطة ط (قوله نعم له الخ) ظاهره أن له ذلك ولو بعد ماقرر القاضى ولاءه للملتقط ، والظاهر خلافه لأنه تأكد بالقضاء ، وقد راجعت عبارة الخانية فرأيته ذكر المسألة الثانية ولم يذكر مسألة تقرير القاضى (قوله مالم يعقل عنه بيت المال) فإن جنى ثم عقل عنه تقرر إرثه له ، لأن الغنم بالغرم (قوله ويدفعه فى حرفة) ينبغى أن يقال ماقيل فى وصى اليتيم أنه يعلمه العلم أولا ، فإن لم يجد فيه قابلية سلمه لحرفة نهر (قوله ويقبض هبته وصدقته) أى ماوهبه له الغير أو تصدق به عليه إذا كان فقيرا (قوله وليس له ختنه) الظاهر أن هذا لو بدون إذن السلطان أو نائبه ، فلو أذن صح لأن ولايته له كما يأتى ، ولذا كان لوصى اليتيم أن يختنه (قوله ولو علم الختان الخ) نقله فى البحر عن الذخيرة بقيل (قوله ولا ينفذ للملتقط عليه نكاح) لأنه يعتمد الولاية من القرابة والملك والسلطنة ، ولا وجود لواحد منها نهر ، وقدم الشارح أن مهره فى بيت المال إذا زوجه السلطان (قوله وبيع) أى بيع ماله ، وكذا شراء شىء ليستحق الثمن دينا عليه ، لأن الذى إليه ليس إلا الحفظ والصيانة ، وماهو من ضروريات ذلك اعتبارا بالأم فإنها لايجوز لها ذلك مع أنها تملك تزويجه عند عدم العصبة وتمامه فى الفتح (قوله فى الأصح) لأنه يملك إتلاف منافعه ولا يملك تمليكها فأشبه العم ، بخلاف الأم لأنها تملك

[فروع] لو باع أو كفل و دبر أو كاتب أو أعتق أو وهب أو تصدق وسلم ثم أقر أنه عبد لزيد لايصدق في إبطال شيء من ذلك لأنه متهم ، وتمامه في الخانية ؛ ومجهول نسب كلقيط .

كتاب اللقطة

(هي) بالفتح وتسكن : اسم وضع للمال الملتقط عيني . وشرعا مال يوجد ضائعا ابن كمال . وفي التتارخانية

إتلاف منافعه بالاستخدام والإعارة بلا عوض فبالعوض بالإجارة أولى فتح ، وقوله ولا يملك تمليكها يشمل ماإذا آجره ليأخذ الأجرة لنفسه أو للقيط ، بل المتبادر الثاني لأن الأول معلوم من قوله لايملك إتلاف منافعه . وعليه فيشكل قول القهستاني : لايجوز أن يؤجره ليأخذ الأجرة لنفسه مع أنه خلاف إطلاق المتون . وعلى هذا فلا يصح أن يحمل مقابل الأصح من جواز إجارده على ماإذا آجره ليأخذ الأجرة لنفسه توفيقا بين القولين فافهم (قوله لو باع الخ) أي اللقيط بعد بلوغه (قوله وسلم) قيد في وهب وتصدق لأن به يحصل الملك للموهوب له والمتصدق عليه (قوله لايصدق في إبطال شيء من ذلك) مفهومه أنه يصدق في إقراره بالرق لزيد ، وهذا إذا كان زيد يدعيه وكان قبل أن يقضى عليه بما لايقضى به إلا على الأحرار كالحد الكامل ونحوه ، فلو بعد القضاء بنحو ذلك لايقبل لأن فيه إبطال حكم الحاكم ولأنه مكذب شرعا فهو كما لو كذبه زيد ، ولو كانت اللقيطة امرأة لها زوج كانت أمة للمقر له ، ولا تصدق في إبطال النكاح ، ولو كان رجلا عليه مهر لزوجته لايصدق في إبطاله لأنه دين ظهر وجوبه اهـ فتح ملخصا ، وتمامه في البحر . وفيه عن التتارخانية ، إذا أقر أنه عبد لايصدق على إبطال شيء كان فعله إلا النكاح لأنه زعم أنه لم يصح لعدم إذن من يزعم أنه مولاه فيؤاخذ بزعمه بخلاف المرأة لايبطل نكاحها اهـ (قوله ومجهول نسب كلقيط) أي فيما ذكر من الإقرار لافي جميع أحكامه كما لايخفى ، وهذه المسألة ستأتي في آخر كتاب الإقرار بتفاصيلها إن شاء الله تعالى والله سبحانه أعلم .

كتاب اللقطة

تقدم وجه تقديم اللقيط عليها : وقال في العناية : هما متقاربان لفظا ومعنى ، وخص اللقيط ببني آدم واللقطة بغيرهم للتمييز بينهما ، وقدم الأول لشرف بني آدم (قوله بالفتح) أي فتح القاف مع ضم اللام وبفتحهما كما في القاموس (قوله وتسكن) قال الأزهري : الفتح قول جميع أهل اللغة وحذاق النحويين . وقال الليث : هي بالسكون ، ولم أسمعه لغيره . ومنهم من يعد السكون من لحن العوام مصباح (قوله اسم وضع للمال الملتقط) فهو حقيقة لامجاز ، وهذا هو المتبادر من كتب اللغة ، لكن اختار في الفتح أنها مجاز لأنها بالفتح وصف مبالغة للفاعل كهمزة ولمزة لكثير الهمز واللمز ، وبالسكون للمفعول كضحكة وهزأة لمن يضحك منه ويهزأ به ، وإنما قيل للمال لقطة بالفتح ، لأن الطباع في الغالب تبادر إلى التقاطه لأنه مال فصار باعتبار أنه داع إلى أخذه لمعنى فيه كأنه الكثير الالتقاط مجازا وإلا فحقيقته الملتقط الكثير الالتقاط ، وماعن الأصمعي وابن الأعرابي أنه بالفتح اسم للمال أيضا محمول على هذا اهـ (قوله وشرعا مال يوجد ضائعا) الظاهر أنه مساو للمعنى اللغوي المذكور ، ومثله قول المصباح : الشيء الذي تجده ملقى فتأخذه ، ويدل عليه أن ابن كمال لم يذكر المعنى اللغوي ، وهو ظاهر كلام الفتح أيضا . وعليه فلا يلزم في حقيقتها عدم معرفة المالك ولا عدم الإباحة. أما الأول فلأنه إذا وجب رده إلى مالكه الذي ضاع منه لايخرج عن كونه لقطة . وأما كونها يجب تعريفها فذاك إذا لم يعرف مالكها ، إذ لايلزم اتحاد الحكم في جميع أفراد الحقيقة كالصلاة وغيرها ، وأما المباح كالساقط من حربي فكذلك ، ومثاله

عن المضمرات : مال يوجد ولا يعرف مالكه ، وليس بمباح كمال الحربي . وفى المحيط (رفع شيء ضائع للحفظ على الغير لاللتمليك) وهذا يعم ماعلم مالكه كالواقع من السكران ، وفيه أنه أمانة لالقطة لأنه لايعرف بل يدفع لمالكه (ندب رفعها لصاحبها) إن أمن على نفسه تعريفها وإلا فالترك أولى : وفى البدائع وإن أخذها لنفسه حرم لأنها كالغصب (ووجب) أى فرض فتح وغيره (عند خوف ضياعها)

مايلقط من الثمار كجوز ونحوه كما يأتى ، فهو يسمى لقطة شرعا ولغة وإن لم يجب تعريفه ولارده إلى مالكه . وبه علم مغايرة هذا التعريف لما بعده ، ولاضرر فى ذلك فافهم (قوله مال يوجد الخ) فخرج ماعرف مالكه فليس لقطة بدليل أنه لايعرف بل يرد إليه ، وبالأخير مال الحربى . لكن يرد عليه ما كان محرزا بمكان أوحافظ فإنه داخل فى التعريف ، فالأولى أن يقال هو مال معصوم معرض للضياع بحر .

وأقول : الحرز بالمكان ونحوه خرج بقوله يوجد أى فى الأرض ضائعا ، إذلايقال فى المحرز ذلك . على أنه فى المحيط جعل عدم الإحراز من شرائطها وعرفها بما يأتى ، وهذا يفيد أن عدم معرفة المالك ليس شرطا فى مفهومها نهر (قوله رفع شيء الخ) هذا تعريف لها بالمعنى المصدرى : أعنى الالتقاط لأنه لازمها ، وهذا يقع فى كلامهم كثيرا ، ومنه الأضحية فإنها اسم لما يضحى به : وعرفوها شرعا بذبح حيوان مخصوص الخ وهذا التعريف يخرج ما كان مباحا (قوله لاللتمليك) الأولى لاللتملك (قوله وفيه أنه أمانة لالقطة الخ) فيه نظر ، فإن اللقطة أيضا أمانة ، وعدم وجوب تعريفه لايخرجه عن كونه لقطة كما قدمنا لأنه وإن علم مالكه فهو مال ضائع : أى لاحافظ له نظير مامر فى المال الذى يوجد مع اللقيط . وفى القاموس : ضاع الشيء صار مهملا ، ولهذا ذكر فى النهر أن هذا الفرع يدل على ماإستفيد من هذا التعريف من أن عدم معرفة المالك ليس شرطا فى مفهومها (قوله ندب رفعها) وقيل الأفضل عدمه . والصحيح الأول ، وهو قول عامة العلماء خصوصا فى زماننا كما فى شرح الوهبانية .

قلت : ويمكن التوفيق بالأمن وعدمه (قوله إن أمن على نفسه تعريفها) أى عدم تعريفها كما لايخفى اهـ ح أى لأن الأمن مما يخاف منه والمخوف عدم التعريف لاالتعريف ، إلا أن يدعى تضمين أمن على نفسه معنى وثق منها تأمل (قوله وإلا) أى وإن لم يأمن بأن شك ، فلا ينافى مافى البدائع لأنه فيما إذا أخذها لنفسه ، فإذا تيقن من نفسه منعها من صاحبها فرض الترك ، وإذا شك ندب أفاده ط لكن إن أخذها لنفسه لم يبرأ من ضمانها إلا بردها إلى صاحبها كما فى الكافى (قوله لأنها كالغصب) أى حكما من جهة الحرمة والضمان ، وإلا فحقيقة الغصب رفع اليد المحقة ووضع المبطلة ، ولابد محقة هنا تأمل (قوله ووجب أى فرض) ظاهره أن المراد الفرض القطعى الذى يكفر منكره ، وفيه نظر . على أنه فى الفتح لم يفسر الوجوب بالافتراض كما فعل الشارح ، بل قال وإن غلب على ظنه ذلك : أى ضياعها إن لم يأخذها ففى الخلاصة يفترض الرفع اهـ تأمل (قوله فتح وغيره) أى كالخلاصة والمجتبى ، لكن فى البدائع أن الشافعى قال إنه واجب وهو غير سديد ، لأن الترك ليس تضييعا بل امتناع عن حفظ غير ملتزم كالامتناع عن قبول الوديعة اهـ وأشار فى الهداية إلى التبرى من الوجوب بقوله وهو واجب إذا خاف الضياع على ماقالوا بحر ملخصا ، وجزم فى النهر بأن مافى البدائع شاذ وأن مافى الخلاصة جرى عليه فى المحيط والتتارخانية والاختيار وغيرها اهـ .

قلت : وكذا فى شرح الوهبانية تبعا للذخيرة (قوله عند خوف ضياعها) المراد بالخوف غلبة الظن كمانقلناه

كما مر ، لأن لمال المسلم حرمة كما لنفسه ، فلو تركها حتى ضاعت أثم ، وهل يضمن؟ ظاهر كلام النهر لا ، وظاهر كلام المصنف نعم لما فى الصيرفية : حمار يأكل حنطة إنسان فلم يمنعه حتى أكل : قال فى البدائع : الصحيح أنه يضمن انتهى . وفى الفتح وغيره : لو رفعها ثم ردها لمكانها لم يضمن فى ظاهر الرواية . وصح التقاط صبى وعبد ، لامجنون ومدهوش ومعتوه وسكران لعدم الحفظ منهم

آنفا عن الفتح ، وهذا إذا أمن على نفسه وإلا فالترك أولى كما فى البحر عن المحيط تأمل (قوله كما مر) أى فى اللقيط من قوله التقاطه فرض كفاية إذا غلب على ظنه هلاكه لو لم يرفعه ، ولو لم يعلم به غيره ففرض عين اه وينبغى هذا التفصيل هنا حموى (قوله فلو تركها) أى وقد أمن على نفسه وإلا فالترك أفضل ط (قوله ظاهر كلام النهر لا) الأولى أن يقول استظهر فى النهر لا ، وأصله لصاحب البحر استدلالا بما فى جامع الفصولين : لو انفتح زق فمر به رجل فلو لم يأخذه برئ ، ولو أخذه ثم ترك ضمن لو مالكه غائبا لا لو حاضرا ، وكذا لو رأى ماوقع من كم رجل اه : فقوله وكذا يدل على أنه لايضمن بترك أخذه ، لكنه يدل على أنه لو أخذه ثم تركه يضمنه ، وهو خلاف ما يأتى قريبا عن الفتح ، والفرق بينه وبين الزق أن الزق إذا انفتح ثم تركه بعد أخذه لابد من سيلان شئ منه فالهلاك فيه محقق . بخلاف الواقع من الكم لو تركه بعد أخذه لاحتمال أن يلتقطه أمين غيره .

[تنبيه] أفاد أنه لا يلزم من الإثم الضمان ، واستدل له فى البحر بما قالوا لو منع المالك عن أمواله حتى هلكت يأثم ولا يضمن اه .

قلت : وكذا لو حل دابة مربوطة ولم يذهب بها فهربت أو فتح باب قفص فيه طير أو دار فيها دواب فذهبت فلا يضمن ، بخلاف ما إذا حل حبلا علق فيه شئ أو شق زقا فيه زيت كما فى كافى الحاكم لأن السقوط والسيلان محقق بنفس الحل والشق ، بخلاف ذهاب الدواب أو الطير فإنه بفعلها لا بنفس فتح الباب ، ومثله ترك اللقطة بعد أخذها فإن هلاكها ليس بالترك بل بفعل الآخذ بعده ، وكذا لو تركها قبل أخذها بالأولى ، بخلاف ترك الزق المنفتح بعد أخذه فإن سيلانه بتركه ، أما لو تركه قبل أخذه فإنه لاينسب سيلانه إليه أصلا (قوله لما فى الصيرفية الخ) ذكر الزاهدى هذا الفرع بلفظ ، رأى حماره . قال الخير الرملى : فلو الحمار لغيره أفتيت بعدم الضمان اه ولا يخفى ظهور الفرق بين حماره وحمار غيره ، فإنه إذا كان الحمار له وتركه صار الفعل منسوبا إليه والنفع عائدا عليه ، بخلاف حمار غيره فإنه وإن كان الإتلاف محققا وهو يشاهده لكنه لاينتفع به فهو كما لو رأى زقا منفتحا كما مر ؛ وإذا لم يضمن هنا لايضمن بترك اللقطة بالأولى لعدم تحقق التلف به كما قلنا فافهم (قوله لم يضمن فى ظاهر الرواية) هذا إذا أخذها ليعرّفها فلو ليأكلها لايبرأ مالم يردّها إلى ربها كما فى [نور العين] عن الخانية ، وقدمناه عن كافى الحاكم ، وأطلقه فشمل ما إذا ردها قبل أن يذهب بها أو بعده . قال فى الفتح : وقيده بعض المشايخ بما إذا لم يذهب بها ، فلو بعده ضمن ، وبعضهم ضمنه مطلقا ، والوجه ظاهر المذهب اه وشمل أيضا ما لو خاف بإعادتها الهلاك ، وهو مؤيد لما استظهره فى النهر كما مر (قوله وصح التقاط صبى وعبد) أى ويكون التعريف إلى ولى الصبى كما فى المجتبى . وينبغى أن يكون التعريف إلى مولى العبد كالصبى بجامع الحجر فيهما ، أما المأذون والمكاتب فالتعريف إليهما نهر . وصح أيضا التقاط الكافر لقول الكافى : لو أقام مدعيها شهودا كفارا على ملتقط كافر قبلت اه . وعليه فتثبت الأحكام من التعريف والتصدق بعده أو الانتفاع ، ولم أره صريحا بحر (قوله لامجنون الخ) مأخوذ من قوله فى النهر ينبغى أن لايتردد فى اشتراط كونه عاقلا صاحيا فلا يصح التقاط المجنون الخ ، لكن الشارح زاد عليه المعتوه ، وقدمنا أول باب المرتد أن حكمه حكم الصبى العاقل ، ومقتضاه صحة التقاطه تأمل . قال ط : وفائدة عدم صحة التقاط

(فإن أشهد عليه) بأنه أخذه ليرده على ربه ويكفيه أن يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه على" (وعرّف) أي نادى عليها حيث وجدها وفي المجامع (إلى أن علم أن صاحبها لايطلبها أو أنها تفسد إن بقيت كالأطعمة) والثمار (كانت أمانة) لم تضمن بلا تعدّ" فلو لم يشهد مع التمكن منه

المجنون ونحوه أنه بعد الإفاقة ليس له الأخذ ممن أخذها منه . ومفاد التعليل تقييد الصحة في الصبي بالعقل اه (قوله فإن أشهد عليه) ظاهر المبسوط اشتراط العدلين فتح (قوله ويكفيه) أي في الإشهاد أن يقول الخ ، وكذا قوله عندي ضالة أو شيء فمن سمعتموه الخ ، ولا فرق بين كون اللقطة واحدة أو أكثر لأنها اسم جنس ، ولا يجب أن يعين ذهبا أو فضة خصوصا في هذا الزمان فتح ، وقوله أو شيء يدل على أنه لايشترط التصريح بكونه لقطة وبه صرح في البحر عن الولوالجية (قوله ينشد) في المصباح نشدت الضالة نشدا من باب قتل طلبتها : وكذا إذا عرّفتها والاسم نشدة ونشدان بكسرهما وأنشدتها بالألف عرفتها (قوله وعرف) معطوف على أشهد ، فظاهره أن الإشهاد لايكفي لنفي الضمان ، وهكذا شرط في المحيط لنفي الضمان الإشهاد وإشاعة التعريف : وحكى فيه في الظهيرية اختلافا : فقال الحلواني يكفي عن التعريف إشهاده عند الأخذ بأنه أخذها ليردها وهو المذكور في السير . ومنهم من قال يأتي على أبواب المساجد وينادي :

وحاصله أن الإشهاد لابد منه على قول الإمام باتفاقهم ، والخلاف في أنه هل يكفي عن التعريف بعده أولا ؟ ولم يقل أحد إن التعريف بعد الأخذ يكفي عن الإشهاد وقت الأخذ خلافا لما فهمه في الفتح ، هذا حاصل مافي البحر والنهر (قوله أي نادى عليها الخ) أشار إلى أن المراد بالتعريف الجهر به كما في الخلاصة لا كما فعله بعضهم حيث دلى رأسه في بئر خارج المصر فنادى عليها فاتفق أن صاحبها كان هناك فسمعه كما حكاه السرخسي ، ومر أن لقطة الصبي يعرفها وليه ، زاد في القنية أو وصيه ، وهل للملتقط دفعها إلى غيره ليعرّفها فقيل نعم إن عجز ، وقيل لا مالم يأذن القاضي بحر ملخصا . وفي القهستاني : له دفعها لأمين ، وله استردادها منه ، وإن هلكت في يده لم يضمن (قوله وفي المجامع) أي محلات الاجتماع كالأسواق وأبواب المساجد بحر ، وكبيوت القهوات في زماننا (قوله إلى أن علم أن صاحبها لايطلبها) لم يجعل للتعريف مدة اتباعا للسرخسي فإنه بنى الحكم على غالب الرأي ، فيعرف القليل والكثير إلى أن يغلب على رأيه أن صاحبه لايطلبه ، وصححه في الهداية ، وفي المضمرات والجوهرة ، وعليه الفتوى وهو خلاف ظاهر الرواية من التقدير بالحول في القليل والكثير كما ذكره الإسبيجابي ، وعليه قيل يعرّفها كل جمعة وقيل كل شهر ، وقيل كل ستة أشهر بحر .

قلت : والمتون على قول السرخسي ، والظاهر أنه رواية أو تخصيص لظاهر الرواية بالكثير تأمل . قال في الهداية فإن كانت شيئا يعلم أن صاحبها لايطلبها كالنواة وقشر الرمان يكون إلقاؤه إباحة ، حتى جاز الانتفاع به بلا تعريف ولكنه يبقى على ملك مالكه ، لأن التمليك من المجهول لايصح . وفي شرح السير الكبير : لو وجد مثل السوط والحبل فهو بمنزلة اللقطة ، وماجاء في الترخيص في السوط فذاك في المنكسر ونحوه مما لاقيمة له ولايطلبه صاحبه بعدماسقط منه وربما ألقاه مثل النوى وقشور الرمان وبعر الإبل وجلد الشاة الميتة . أما مايعلم أن صاحبه يطلبه فهو بمنزلة اللقطة والدابة العجفاء التي يعلم أن صاحبها تركها إذا أخذها إنسان فعليه ردها استحسانا ، لأن صاحبها إنما تركها عجزا فلا يزول ملكه عنها بذلك ، والسوط إنما ألقاه رغبة عنه لقدرته على حمله ، ولو ادعى على صاحب الدابة أنك قلت من أخذها فهي له فالقول لصاحبها بيمينه إلا إذا نكل أو برهن الآخذ فهي له ، وإن لم يكن حاضرا حين هذه المقالة وبعد صحة الهبة إذا سمنت الدابة في يده فليس للواهب الرجوع لأن الزيادة المتصلة تمنع الرجوع اه ملخصا (قوله كانت أمانة) جواب قوله فإن أشهد الخ (قوله مع التمكن منه) أي من الإشهاد ، أما لو لم يجد من يشهده عند الرفع

أو لم يعرّفها ضمن إن أنكر ربها أخذه للرد وقبل الثاني قوله بيمينه وبه نأخذ حاوى ، وأقره المصنف وغيره (ولو من الحرم أو قليلة أو كثيرة) فلا فرق بين مكان ومكان ولقطة ولقطة (فينتفع) الرافع (بها لو فقيرا وإلا تصدق بها على فقير ولو على أصله وفرعه وعرسه ، إلا إذا عرف أنها لذمى

أو خاف أنه لو أشهد عنده يأخذه منه الظالم فتركه لايضمن بحر عن الخانية (قوله أو لم يعرّفها) مبنى على مامر من أن الإشهاد لايكفى عن التعريف (قوله إن أنكر ربها) أما لو صدّقه فلا ضمان إجماعا بحر (قوله وبه نأخذ الخ) وكذا ذكر الطحاوى كما فى النهر عن الإتقانى .

قال فى البحر : وفى الولوالجية : محل الاختلاف فيما إذا اتفقا على كونها لقطة لكن اختلفا هل التقطها للمالك أولا أما إذا اختلفا فى كونها لقطة فقال المالك أخذتها غصبا وقال الملتقط لقطة وقد أخذتها لك فالملتقط ضامن بالإجماع (قوله ولو من الحرم) لإطلاق قوله عليه الصلاة والسلام «اعرف عفاصها» أى وعاءها ووكاءها أى رباطها« وعرفها سنة» وأما قوله عليه الصلاة والسلام فى مكة « ولا تحل ساقطتها إلا لمنشد » فقال فى الفتح لايعارضه ،لأن معناه لايحل إلا لمن يعرف ولا يحل لنفسه ، وتخصيص مكة حينئذ لدفع وهم سقوط التعريف بها بسبب أن الظاهر أن ماوجد بها من لقطة فالظاهر أنه للغرباء وقد تفرقوا ، فلا يفيد التعريف فيسقط (قوله ولقطة ولقطة) أى لا فرق بينهما : أى في وجوب أصل التعريف ليناسب قوله إلى أن علم أن صاحبها لايطلبها فإنه يقتضى تعريف كل لقطة بما يناسبها ، بخلاف مامر عن ظاهر الرواية من التعريف حولا للكل (قوله فينتفع الرافع) أى من رفعها من الأرض : أى التقطها وأتى بالفاء ، فدل على أنه إنما ينتفع بها بعد الإشهاد والتعريف إلى أن غلب على ظنه أن صاحبها لايطلبها ، والمراد جواز الانتفاع بها والتصدق ، وله إمساكها لصاحبها . وفى الخلاصة له بيعها أيضا وإمساك ثمنها ثم إذا جاء ربها ليس له نقض البيع لو بأمر القاضى ، وإلا فلو قائمة له إبطاله ، وإن هلكت ، فإن شاء ضمن البائع وعند ذلك ينفذ بيعه فى ظاهر الرواية وله دفعها للقاضى فيتصدق بها أو يقرضها من ملىء أو يدفعها مضاربة ، والظاهر أن له البيع أيضا . وفى الحاوى القدسى الدفع إلى القاضى أجود ليفعل الأصلح . وفى المجتبى : التصدق بها فى زماننا أولى ، وينبغى التفصيل بين من يغلب على الظن ورعه وعدمه نهر ملخصا .

[تنبيه] ظاهر كلامهم متونا وشروحا أن حل الانتفاع للفقير بعد التعريف لايتوقف على إذن القاضى ، ويخالفه مافى الخانية من أنه لايحل ذلك للفقير بلا أمره عند عامة العلماء . وقال بشر يحل اهـ بحر ، ومثله فى الشرنبلالية عن البرهان ، نعم فى الهداية والعناية جواز الانتفاع للغنى بإذن الإمام لأنه مجتهد فيه ، ويأتى قريبا عن النهر . وفى النهر : معنى الانتفاع بها صرفها إلى نفسه كما فى الفتح ، وهذا لايتحقق مابقيت فى يده لاتملكها كما توهمه فى البحر لأنها باقية على ملك صاحبها مالم يتصرف بها ، حتى لو كانت أقل من نصاب وعنده ماتصير به نصابا حال عليه الحول تحت يده لايجب عليه زكاة اهـ .

قلت : مقتضاه أنها لو كانت ثوبا فلبسه لايملكها مع أنه يصدق عليه أنه صرفها إلى نفسه ، فمراد البحر التصرف بها على وجه التملك ، فلو دراهم يكون بإنفاقها وغيرها بحسبه ، فهو احتراز عن التصرف بطريق الإباحة على ملك صاحبها ، ولذا قال : وإنما فسرنا الانتفاع بالتملك لأنه ليس المراد الانتفاع بدونه كالإباحة ولذا ملك بيعها وصرف الثمن إلى نفسه كما فى الخانية اهـ (قوله لو فقيرا) قيد به لأن الغنى لايحل له الانتفاع بها إلا بطريق القرض ، لكن بإذن الإمام نهر (قوله على فقير) أى ولو ذميا لاحربيا كما فى شرح السير . قال فى النهر : قالوا ولايجوز على غنى ولاعلى طفله الفقير وعبده ، ولو فعل ينبغى أن لايتردد فى ضمانه (قوله وفرعه) الضمير

فإنها توضع فى بيت المال) تتارخانية . وفى القنية : لورجي وجود المالك وجب الإيصاء (فإن جاء مالكها) بعد التصدق (خير بين إجازة فعله ولو بعد هلاكها) وله ثوابها (أو تضمينه) والظاهر أنه ليس للوصى والأب إجازتها نهر .وفى الوهبانية : الصبى كبالغ فيضمن إن لم يشهد ، ثم لأبيه أو وصيه التصدق وضمانها فى مالهما لامال الصغير (ولو تصدق بأمر القاضى) فى الأصح (كما) له أن (يضمن القاضى) أو الإمام (لو فعل ذلك) لأنه تصدق بمال الغير بغير إذنه ذخيرة (أو) يضمن (المسكين وأيهما ضمن لايرجع به على صاحبه) ولو العين قائمة أخذها من الفقير (ولا شىء للملتقط) لمال أو بهيمة أو ضال (من الجمل أصلا) إلا بالشرط كمن رده فله كذا فله أجر مثله تتارخانية كإجارة فاسدة :

عائد إلى الغنى المفهوم من قوله والاتصدق بها ، فلابد أن يراد بفرعه الكبير الفقير ، لما علمت من أنه لايجوز على طفل الغنى ولو فقيرا (قوله توضع فى بيت المال) للنوائب بحر ط (قوله وفى القنية الخ) عبارتها : ومايتصدق به الملتقط بعد التعريف وغلبة ظنه أنه لايوجد صاحبه لايجب إيصاؤه ، وإن كان يرجو وجود المالك وجب الإيصاء اه والمراد الإيصاء بضمانها إذا ظهر صاحبها ولم يجز تصدق الملتقط لاالإيصاء بعينها قبل التصدق بها لكنه مفهوم بالأولى فلذا عمم الشارح . وفى النهر : ثم إذا أمسكها وحضرته الوفاة أوصى بها ثم الورثة يعرفونها . قال فى الفتح ، ومقتضى النظر أنهم لو لم يعرفوها حتى هلكت وجاء صاحبها أنهم يضمنون لأنهم وضعوا أيديهم على اللقطة ولم يشهدوا أى لم يعرفوا . قال فى البحر : وقد يقال إن التعريف عليهم غير واجب حيث عرفها الملتقط اه .

قلت : الظاهر أن كلام الفتح فيما إذا لم يشهد الملتقط ولم يعرفها بناء على ماقدمناه عنه من أن الشرط التعريف قبل هلاكها لاالإشهاد وقت الأخذ ، وتقدم مافيه (قوله بعد التصدق) أراد به مايشمل انتفاع الملتقط بها إذا كان فقيرا كما فى البحر (قوله أوتضمينه) فيملكها الملتقط من وقت الأخذ ويكون الثواب له خانية (قوله إجازتها) الأولى إجازته أى إجازة فعل الملتقط (قوله الصبى كبالغ) أى فى اشتراط الإشهاد . قال فى البحر : وفى القنية : وجد الصبى لقطة ولم يشهد يضمن كالبالغ اه .

قلت : والمراد مايشمل إشهاد وليه أووصيه (قوله ثم لأبيه أووصيه التصدق) أى بعد الإشهاد والتعريف كما فى القنية . قال فى البحر : وكذا له تمليكها للصبى او فقيرا بالأولى (قوله وضمانها فى مالهما) كذا بحثه فى شرح منظومة ابن وهبان للمصنف حيث قال : ينبغى على قول أصحابنا إذا تصدق بها الأب أو الوصى ثم ظهر صاحبها وضمنها أن يكون الضمان فى مالهما دون الصبى اه :

قلت : قد يؤيد بحثه بما يأتى من أن للملتقط تضمين القاضى تأمل . وبه يندفع بحث البحر بأن فى تصدقهما بها إضرارا بالصغير إذا حضر المالك والعين هالكة من يد الفقير (قوله ولو تصدق بأمر القاضى) مرتبط بقوله أو تضمينه لأن أمر القاضى لايزيد على تصدقه بنفسه (قوله وأيهما ضمن لايرجع به على صاحبه) فإن ضمن الملتقط ملكها الملتقط من وقت الأخذ ويكون الثواب له خانية . وبه علم أن الثواب موقوف بحر (قوله أوضال) . الضال : هو الإنسان ، والضالة الحيوان الضائع من ذكر أو أنثى ، ويقال لغير الحيوان ضائع ولقطة مصباح : فعلم أن الضالة بالهاء تشمل الإنسان الضائع وغيره من الحيوان ، وبدون تاء خاص بالإنسان ، وهو المناسب هنا لعطفه على البهيمة (قوله أصلا) أى سواء التقطه من مكان قريب أو بعيد ، بخلاف الآبق كما يأتى : وفى كافى الحاكم : وإن عوضه شيئا فحسن (قوله فله أجر مثله) علله فى المحيط بأنها إجارة فاسدة :

(وندب التقاط البهيمة الضالة وتعريفها مالم يخف ضياعها) فيجب ، وكره لو معها ماتدفع به عن نفسها كقرن البقر وكدم لأبل تتارخانية (ولو)كان الالتقاط (فى الصحراء) إن ظن أنها ضالة حاوى (وهو فى الإنفاق على اللقيط واللقطة متبرع) لقصور ولايته. (إلا إذا قال له قاض أنفق لترجع) فلو لم يذكر الرجوع لم يكن دينا فى الأصح (أو يصدقه اللقيط بعد بلوغه) كذا فى المجمع أى يصدقه على أن القاضى قال له ذلك لاما زعمه ابن الملك نهر ، والمديون رب اللقطة وأبو اللقيط

واعترضه فى البحر بأنه لاإجارة أصلا لعدم من يقبل . وأجاب المقدسى بحمله على أنه قال ذلك لجمع حضر .

قلت : يؤيده مافى إجارات الولوالجية : ضاع له شىء فقال من دلنى عليه فله كذا فالإجارة باطلة ، لأن المستأجر له غير معلوم والدلالة ليست بعمل يستحق به الأجر فلا يجب الأجر ؛ وإن خصص بأن قال لرجل بعينه إن دللتنى عليه فلك كذا ، إن مشى له ودله يجب أجر المثل فى المشى لأن ذلك عمل يستحق بعقد الإجارة إلا أنه غير مقدر بقدر فيجب أجر المثل ، وإن دله بلا مشى فهو والأول سواء اه . وبه ظهر أنه هنا إن خصص فالإجارة فاسدة لكون مكان الرد غير مقدر فيجب أجر المثل ، وإن عمم فباطلة ولاأجر ، فقوله كإجارة فاسدة الأولى ذكره بصيغة التعليل كما فعل فى المحيط (قوله وندب التقاط البهيمة الخ) وقال الأئمة الثلاثة : إذا وجد البقر والبعير فى الصحراء فالترك أفضل لأن الأصل فى أخذ مال الغير الحرمة وإباحة الالتقاط مخافة الضياع ، وإذا كان معها ماتدفع به عن نفسها كالقرن مع القوة فى البقر والرفس مع الكدم فى البعير والفرس يقل ظن ضياعها ولكنه يتوهم .

ولنا أنها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب أخذها وتعريفها صيانة لأموال الناس كالشاة ، وقوله عليه الصلاة والسلام « فى ضالة الإبل ، مالك ولها ؟ معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر ، فذرها حتى يجد هاربها » أجاب عنه فى المبسوط بأنه كان إذ ذاك لغلبة أهل الصلاح والأمانة ، وأما فى زماننا فلا يأمن وصول يد خائنة إليها بعده ، ففى أخذها إحياؤها وحفظها فهو أولى ، ومقتضاه إن غلب على ظنه ذلك أن يجب الالتقاط وهذا حق ، فإنا نقطع بأن مقصود الشارع وصولها إلى ربها ، فإذا تغير الزمان وصار طريق التلف فحكمه عنده بلا شك خلافه وهو الالتقاط للحفظ ، وتمامه فى الفتح (قوله وكره الخ) قال فى البحر : وبه علم أن التقاط البهيمة على ثلاثة أوجه ، لكن ظاهر الهداية أن صورة الكراهة إنما هى عند الشافعى لاعندنا اه .

قلت : وهو أيضا ظاهر ما قدمناه آنفا عن الفتح (قوله وكدم) بفتح الكاف وسكون الدال فعله من باب ضرب وقتل وهو العض بأدنى الفم (قوله إن ظن أنها ضالة) أى غلب على ظنه بأن كانت فى موضع لم يكن بقربه بيت مدر أو شعر أو قافلة نازلة أو دواب فى مراعيها بحر عن الحاوى (قوله إلا إذاقال له قاض الخ) أى بعد إقامة البينة من الملتقط كما شرطه فى الأصل وصححه فى الهداية ، لاحتمال أن يكون غصبا فى يده ، والبينة لكشف الحال لاللقضاء فلا يشترط لها خصم ، وصرح فى الظهيرية بأن الملتقط كذلك ، وإن قال لابينة لى يقول له بين يدى ثقات أنفق عليها إن كنت صادقا ، وقدمنا أن القاضى لوجعل ولاء اللقيط للملتقط جاز لأنه قضاء فى فصل مجتهد فيه فعليه لايكون متبرعا بالإنفاق بلا أمره إذا أشهد ليرجع كالوصى بحر ملخصا (قوله لم يكن دينا فى الأصح) لأن الأمر متردد بين الحسبة والرجوع ، فلا يكون دينا بالشك بحر (قوله لامازعمه ابن الملك) من أنه إذا لم يأمره بالإنفاق فادعاه بعد بلوغه وصدقه اللقيط رجع عليه ح (قوله نهر) أصله للبحر (قوله والمديون) أى الذى يثبت

أو سيده أو هو بعد بلوغه (وإن كان لها نفع آجرها) بإذن الحاكم (وأنفق عليها) منه كالضال ، بخلاف الآبق ، وسيجيء في بابه (وإن لم يكن باعها) القاضي وحفظ ثمنها ، ولو الإنفاق أصلح أمر به لأن ولايته نظرية اختيار ، فلو لم يكن ثمة نظر لم ينفذ أمره به فتح بحثا .

(وله منعها من ربها ليأخذ النفقة) فإن هلكت بعد حبسه سقطت ، وقبله لا (ولا يدفعها إلى مدعيها) جبرا عليه (بلا بينة . فإن بينْ علامة حل الدفع) بلا جبر (وكذا) يحل (إن صدّقه مطلقا) بين أولا ، وله أخذ كفيل إلا مع البينة في الأصح نهاية .

للملتقط الرجوع عليه بما أنفقه بقول القاضي أنفق لترجع (قوله أو سيده) أي إن ظهر له سيد بإقراره بحر (قوله أو هو بعد بلوغه) فلو مات صغيرا يرجع على بيت المال كما في القهستاني عن النظم (قوله وإن كان لها نفع) بأن كانت بهيمة يحمل عليها كالحمار والبغل (قوله بإذن الحاكم) الذي في الملتقى وغيره أنه يؤجرها القاضي ، لكن لايخفى أن إذنه كفعله (قوله منه) أي من بدل الإجارة (قوله كالضالّ) أي العبد الذي ضل عن سيده (قوله بخلاف الآبق) فإنه لايؤجره القاضي لأنه يخاف عليه أن يأبق ، كذا في التبيين ، وسوّى بينهما في الهداية بقوله كذلك يفعل بالعبد الآبق بحر ، ووفق المقدسي في شرحه بحمل مافي الهداية على ماإذا كان معه علامة تمنع من الإباق كالراية ، ونقل الشرنبلالي عنه وجها آخر ، وهو حمله على ماإذا كان المستأجر ذا قوة ومنعة لايخاف عليه أو على الإيجار مع إعلام المستأجر بحاله ليحفظ غاية الحفظ اهـ . قال في البحر : ولم أر حكم اللقيط إذا صار مميزا ولا مال له هل يؤجره القاضي للنفقة أولا (قوله ولو الإنفاق أصلح الخ) قالوا إنما يأمر بالإنفاق يومين أو ثلاثة على قدر مايرى رجاء أن يظهر مالكها ، فإذا لم يظهر يأمر ببيعها لأن دارة النفقة مستأصلة فلا نظر في الإنفاق مدة مديدة هداية (قوله وله منعها من ربها ليأخذ النفقة) فإن لم يعطه باعها القاضي وأعطى نفقته ورد عليه الباقي ، ولا فرق بين أن يكون الملتقط أنفق من ماله أو استدان بأمر القاضي ليرجع على صاحبها كما في الحاوي ، وقد صرحوا في نفقة الزوجة المستدانة بإذن القاضي أن المرأة تتمكن من الحوالة عليه بغير رضاه ، وقياسه هنا كذلك بحر (قوله فإن هلكت بعد حبسه) أي مع الملتقط اللقطة عن صاحبها سقطت النفقة لأنها تصير كالرهن . قال في النهر : ولم يحك المصنف في الكافي تبعا لصاحب الهداية فيه خلافا فيفهم أنه المذهب ، وجعله القدوري في تقريبه قول زفر : وعند أصحابنا لايسقط لو هلك بعده ، وعزاه في الينابيع إلى علمائنا الثلاثة اهـ :

قلت : وظاهر الفتح اعتماد ماذكره القدوري ، فإنه قال إنه المنقول ، وكذا نقل في الشرنبلالية عن خط العلامة قاسم أن مافي الهداية ليس بمذهب لأحد من علمائنا الثلاثة ، وإنما هو قول زفر ولايساعده الوجه ، ثم نقل عن المقدسي أنه يمكن أن يكون عن علمائنا فيه روايتان ، أو اختار في الهداية قول زفر فتأمله اهـ وعلى مافي الهداية جرى في الملتقى والدرر والنقاية وغيرها (قوله جبرا عليه) أفاد أن المراد بعدم الدفع عدم لزومه كما في البحر (قوله بلا بينه) أراد بها القضاء بها بحر (قوله فإن بين علامة) أي مع المطابقة ، ومر في اللقيط أن الإصابة في بعض العلامات لاتكفي . وظاهر قول التتارخانية أصاب في علامات اللقطة كلها أنه شرط ، ولم أر مالو بين كل من المدعين وأصابا ، وينبغي حل الدفع لهما بحر (قوله بين أولا) لكن هل يجبر : قيل نعم كما لو برهن ، وقيل لا كالوكيل يقبض الوديعة إذا صدقه المودع . ودفع الفرق بأن المالك هنا غير ظاهر والمودع في مسألة الوديعة ظاهر فتح .

[تتمة] دفع بالتصديق أو بالعلامة وأقام آخر بينة أنها له ، فإن قائمة أخذها ، وإن هالكة ضمن أيها شاء ، فإن ضمن القابض لايرجع على أحد أو الملتقط فكذلك في رواية وفي أخرى يرجع وهو الصحيح ، لأنه وإن صدقه

(التقط لقطة فضاعت منه ثم وجدها فى يد غيره فلا خصومة بينهما، بخلاف الوديعة) مجتبى ونوازل . لكن فى السراج الصحيح أن له الخصومة لأن يده أحق .

(عليه ديون ومظالم جهل أربابها وأيس) من عليه ذلك (من معرفتهم فعليه التصدق بقدرها من ماله وإن استغرقت جميع ماله) هذا مذهب أصحابنا لاتعلم بينهم خلافا كمن فى يده عروض لايعلم مستحقيها اعتبارا للديون بالأعيان (و) متى فعل ذلك (سقط عنه المطالبة) من أصحاب الديون (فى العقبى) مجتبى . وفى العمدة : وجد لقطة وعرّفها ولم ير ربها فانتفع بها لفقره ثم أيسر يجب عليه أن يتصدق بمثله .

(مات فى البادية جاز لرفيقه بيع متاعه ومركبه وحمل ثمنه إلى أهله .

إلا أنه بالقضاء عليه صار مكذبا شرعا فبطل إقراره نهر عن الفتح (قوله لأن يده أحق) لعل وجهه كونها أسبق وأن له حق تملكها بعد التعريف لو فقيرا، ويفهم منه بالأولى أنه لوانتزعها من يده آخر له أخذها منه كما قالوا فى اللقيط ، وهو خلاف مافى الولوالجية حيث سوّى بين مسئلتى الضياع والانتزاع فى أنه لاخصومة له ، ولا يخفى أن مافى السراج يشملها (قوله جهل أربابها) يشمل ورثتهم ، فلو علمهم لزمه الدفع إليهم لأن الدين صار حقهم . وفى الفصول العلامية : من له على آخر دين فطلبه ولم يعطه فمات رب الدين لم تبق له خصومة فى الآخرة عند أكثر المشايخ لأنها بسبب الدين وقد انتقل إلى الورثة . والمختار أن الخصومة فى الظلم بالمنع للميت ، وفى الدين للوارث . قال محمد بن الفضل : من تناول مال غيره بغير إذنه ثم رد البدل على وارثه بعد موته برىء عن الدين وبقى حق الميت لظلمه إياه ، ولايبرأ عنه إلا بالتوبة والاستغفار والدعاء له اهـ (قوله فعليه التصدق بقدرها من ماله) أى الخاص به أو المتحصل من المظالم اهـ ط وهذا إن كان له مال . وفى الفصول العلامية : لو لم يقدر على الأداء لفقره أو لنسيانه أو لعدم قدرته قال شداد والناطفى رحمهما الله تعالى : لايؤاخذ به فى الآخرة إذا كان الدين ثمن متاع أو قرضا ، وإن كان غصبا يؤاخذ به فى الآخرة ، وإن نسى غصبه ، وإن علم الوارث دين مورّثه والدين غصب أو غيره فعليه أن يقضيه من التركة ، وإن لم يقض فهو مؤاخذ به فى الآخرة ، وإن لم يجد المديون ولا وارثه صاحب الدين ولا وارثه فتصدق المديون أووارثه عن صاحب الدين برىء فى الآخرة .

مطلب فيمن عليه ديون ومظالم جهل أربابها

(قوله كمن فى يده عروض لايعلم مستحقيها) يشمل ما إذا كانت لقطة علم حكمها، وإن كانت غيرها فالظاهر وجوب التصدق بأعيانها أيضا (قوله سقط عنه المطالبة الخ) كأنه والله تعالى أعلم لأنه بمنزلة المال الضائع والفقراء مصرفه عند جهل أربابه ، وبالتوبة يسقط إثم الإقدام على الظلم ط (قوله يجب عليه أن يتصدق بمثله) المختار أنه لايلزمه ذلك فى القهستانى عن الظهيرية ، وكذا فى البحر والنهر عن الولوالجية .

مطلب فيمن مات فى سفره فباع رفيقه متاعه

(قوله جاز لرفيقه الخ) الظاهر أنه احتراز عن الأجنبى ، إذ الرفيق فى السفر مأذون بذلك دلالة ، كما قالوا فى جواز إحرامه عن رفيقه إذا أغمى عليه ، وكذا إنفاقه عليه . وهذه المسألة وقعت لمحمد رحمه الله تعالى فى سفره ، مات بعض أصحابه فباع كتبه وأمتعته ، فقيل له : كيف تفعل ذلك ولست بقاض ، فقال — والله يعلم المفسد من المصلح — يعنى أن ذلك من المصالح المأذون فيه عادة ، فإنه لوحمل متاعه إلى أهله يحتاج إلى نفقة ربما استغرقت المتاع ، لكن للورثة الخيار . ففى أدب الأوصياء عن المحيط عن المنتقى : مات فى السفر فباع رفقاؤه تركته وهم

حطب وجد فى الماء ، إن له قيمة فلقطة وإلا فحلال لآخذه) كسائر المباحات الأصلية درر : وفى الحاوى: غريب مات فى بيت إنسان ولم يعرف وارثه فتركته كلقطة ، مالم يكن كثيرا فلبيت المال بعد الفحص عن ورثته سنين ، فإن لم يجدهم فله لو مصرفا .

(محضنة) أى برج (حمام اختلط بها أهلى لغيره لاينبغى له أن يأخذه ، وإن أخذه طاب صاحبه ليرده عليه) لأنه كاللقطه (فإن فرخ عنده ، فإن) كانت (الأم غريبة لايتعرض لفرخها) لأنه ملك الغير (وإن الأم لصاحب المحضنة والغريب ذكر فالفرخ له) وإن لم يعلم أن ببرجه غريبا لاشىء عليه إن شاء الله .

قلت : وإذا لم يملك الفرخ، فإن فقيرا أكله ، وإن غنيا تصدق به ثم اشتراه ، وهكذا كان يفعل الإمام الحلوانى ظهيرية . وفى الوهبانية : مر بثمار تحت أشجار فى غير أمصار لابأس بالتناول مالم يعلم النهى صريحا أو دلالة ، وعليه الاعتماد .

فى موضع ليس فيه قاض . قال محمد : جاز بيعهم وللمشترى الانتفاع بما اشتراه منهم ، ثم إذا جاء الوارث إن شاء أجاز البيع وإن شاء أخذ ماوجده من المتاع وضمن مالم يجد كاللقطة إذا جاء صاحبها يأخذها ، فإن لم يجد فله أن يضمن الذى أصابها وله أن يجيز التصدق اه .

مطلب فيمن وجد حطبا فى نهر أو وجد جوزا أو كمثرى

(قوله إن له قيمة فلقطة) وقيل إنه كالتفاح الذى يجده فى الماء . وذكر فى شرح الوهبانية ضابطا ، وهو أن مالايسرع إليه الفساد ولايعتاد رميه كحطب وخشب فهو لقطة إن كانت له قيمة ولو جمعه من أماكن متفرقة فى الصحيح ، كما لو وجد جوزة ثم أخرى وهكذا حتى بلغ ماله قيمة ، بخلاف تفاح أو كمثرى فى نهر جار فإنه يجوز أخذه وإن كثر لأنه مما يفسد لو ترك ، وبخلاف النوى إذا وجد متفرقا وله قيمة فيجوز أخذه لأنه مما يرمى عادة فيصير بمنزلة المباح ولا كذلك الجوز ، حتى لو تركه صاحبه تحت الأشجار فهو بمنزلته (قوله مالم يكن كثيرا) ذكر الضمير على تأويل التركة بالمتروك ، والظاهر أن المراد بالكثير مازاد على خمسة دراهم لما فى البحر عن الخلاصة والولوالجية : مات غريب فى دار رجل ومعه قدر خمسة دراهم فله أن يتصدق على نفسه إن كان فقيرا كاللقطة وفى الخانية ليس له ذلك لأنه ليس كاللقطة . قال فى البحر والأول أثبت وصرح به فى المحيط (قوله فإن لم يجدهم فله لو مصرفا) هذا ذكره فى النهر وهو زائد على مانقله فى البحر عن الحاوى القدسى ، وقد راجعت الحاوى فلم أجده فيه أيضا (قوله محضنة) بالحاء المهملة والضاد المعجمة فى المصباح : حضن الطائر بيضه إذا جثم عليه (قوله أى برج) فى المصباح : برج الحمام مأواه (قوله اختلط بها أهلىّ لغيره) المراد بالأهلى ماكان مملوكا (قوله لاينبغى له أن يأخذه) لأنه ربما يطير فيذهب إلى محله الأصلى ، فلا ينافى مامر أن اللقطة يندب أخذها أفاده ط (قوله لأنه ملك الغير) لأن ولد الحيوان يتبع أمه (قوله وإذا لم يملك الفرخ) أى ولم يعلم مالكه (قوله وفى الوهبانية الخ) نقل بالمعنى ، وترك مما فى الوهبانية قيد كون الثمار مما لا يبقى ، وكون ذلك فى بستان احتراز عن القرى والسواد .

وحاصل مافى شرحها عن الخانية وغيرها أن الثمار إذا كانت ساقطة تحت الأشجار ، فلو فى المصر لايأخذ شيئا منها مالم يعلم أن صاحبها أباح ذلك نصا أو دلالة لأنه فى المصر لايكون مباحا عادة ، وإن كان فى البستان ، فلو الثمار ممايبقى ولا يفسد كالجوز واللوز لايأخذه مالم يعلم الإذن ، ولو مما لا يبقى ، فقيل كذلك ، والمعتمد أنه لابأس به إذا لم يعلم النهى صريحا أو دلالة أو عادة ، وإن كان فى السواد والقرى ، فلو الثمار ممايبقى لايأخذ مالم يعلم الإذن

وفيها : أخذك تفاحا من النهـر جاريا ... بجوز وكمثرى وفى الجوز ينكر

ولو مما لايبقى اتفقوا على أن له الأخذ مالم يعلم النهى ، ولو كان الثمر على الشجر فالأفضل أن لايؤخذ مالم يؤذن له ، إلا فى موضع كثير الثمار يعلم أنهم لايشحون بمثل ذلك فله الأكل دون الحمل (قوله وفي الجوز ينكر) لأنه مما يبقى ولايرمى عادة ، بخلاف التفاح والكمثرى ، لأنه لو ترك يفسد ، وبخلاف النوى لأنه مما يرمى كما مر بيانه فى مسألة الحطب .

مطلب ألقى شيئا وقال من أخذه فهو له

[فروع] ألقى شيئا وقال من أخذه فهو له فلمن سمعه أو بلغه ذلك القول أن يأخذه وإلا لم يملكه لأنه أخذه إعانة لمالكه ليرده عليه ، بخلاف الأول لأنه أخذه على وجه الهبة وقد تمت بالقبض . ولا يقال : إنه إيجاب لمجهول فلا يصح هبة . لأنا نقول : هذه جهالة لاتفضى إلى المنازعة والملك يثبت عند الأخذ . وعنده هو متعين معلوم ، أصله « أنه عليه الصلاة والسلام قرّب بدنات ثم قال من شاء اقتطع » .

مطلب له الأخذ من نثار السكر فى العرس

ويقرره أن مجرد الإلقاء من غير كلام يفيد هذا الحكم كمن ينثر السكر والدراهم فى العرس وغيره ، فمن أخذ شيئا ملكه ، لأن الحال دليل على الإذن ، وعلى هذا لو وضع الماء والجمد على بابه يباح الشرب منه لمن مر به من غنى أو فقير وكذا إذا غرس شجرة فى موضع لاملك فيه لأحد وأباح للناس ثمارها ، وكل ذلك مأخوذ من الحديث اه ملخصا من شرح السير الكبير .

مطلب من وجد دراهم فى الجدار أو استيقظ وفى يده صرة

وفى التاترخانية عن الينابيع اشترى دارا فوجد فى بعض الجدار دراهم . قال أبو بكر : إنها كاللقطة . قال الفقيه وإن ادعاه البائع ردّ عليه ، وإن قال ليست لى فهى لقطة اه .

وفيها سأل رجل عطاء رحمه الله تعالى عمن بات فى المسجد فاستيقظ وفى يده صرة دنانير ؟ قال : إن الذى صرّها فى يدك لايريد إلا أن يجعلها لك . وفى البحر : وجد فى البادية بعيرا مذبوحا قريب الماء لابأس بالأكل منه إن وقع فى قلبه أن مالكه أباحه .

مطلب أخذ صوف ميتة أو جلدها

وعن الثانى : طرح ميتة فأخذ آخر صوفها له الانتفاع به وللمالك أخذه منه . ولو سلخ الجلد ودبغه للمالك أن يأخذه ويردّ عليه مازاد الدبغ فيه . وفى الخانية : وضعت ملاءتها ووضعت الأخرى ملاءتها ثم أخذت الأولى ملاءة الثانية لاينبغي للثانية الانتفاع بملاءة الأولى ، فإن أرادت ذلك قالوا ينبغي أن تتصدق بها على بنتها الفقيرة بنية كون الثواب لصاحبتها إن رضيت ثم تستوهب الملاءة من البنت لأنها بمنزلة اللقطة .

مطلب سرق مكعبه ووجد مثله أو دونه

وكذلك الجواب فى المكعب إذا سرق اه وقيده بعضهم بأن يكون المكعب الثانى كالأول أو أجود ، فلو دونه له

كتاب الآبق

مناسبته عرضية التلف والزوال : والإباق : انطلاق الرقيق تمردا ، كذا عرفه ابن الكمال ليدخل الهارب من مؤجره ومستعيره ومودعه ووصيه .

الانتفاع به بدون هذا التكلف لأن أخذ الأجود وترك الأدون دليل الرضا بالانتفاع به ، كذا فى الظهيرية ، وفيه مخالفة للقطة من جهة جواز التصدق قبل التعريف وكأنه للضرورة اه ملخصا .

قلت : ما ذكر من التفصيل بين الأدون وغيره إنما يظهر فى المكعب المسروق ، وعليه لا يحتاج إلى تعريف لأن صاحب الأدون معرض عنه قصدا فهو بمنزلة الدابة المهزولة التى تركها صاحبها عمدا بل بمنزلة إلقاء النوى وقشور الرمان . أما لو أخذ مكعب غيره وترك مكعبه غلطا لظلمة أو نحوها ويعلم ذلك بالقرائن فهو فى حكم اللقطة لابد من السؤال عن صاحبه بلا فرق بين أجود وأدون ، وكذا لو اشتبه كونه غلطا أو عمدا لعدم دليل الإعراض ، هذا ما ظهر لى فتأمله .

[فائدة] (١) ذكر ابن حجر فى حاشية الإيضاح عن بعض الصوفية قدس الله تعالى أسرارهم مانصه : إذا ضاع منك شئ فقل : ياجامع الناس ليوم لاريب فيه إن الله لايخلف الميعاد ، اجمع بينى وبين كذا ويسميه باسمه فإنه مجرب . قال النووى : وقد جربته فوجدته نافعا لوجود الضالة عن قرب غالبا . ونقل عن بعض مشايخه مثل ذلك اه . والله سبحانه أعلم .

كتاب الآبق

اسم فاعل ، من أبق كضرب وسمع ومنع قاموس . والأكثر الأول مصباح ، ومصدره أبق ويحرك وإباق ككتاب وجمعه ككفار وركع قاموس (قوله مناسبته) أى مناسبة الآبق للقيط واللقطة ، عرضية التلف : أى الهلاك والزوال أى زوال يد المالك : أى توقع عروض الأمرين أو أحدهما فى الثلاثة ، وهو وجه ذكرها عقب الجهاد ، فإن الأنفس والأموال فيه على شرف الزوال كما مر .

واعترض فى الفتح بأن عرضية ذلك فى الآبق بفعل فاعل مختار ، فالأولى ذكره عقب الجهاد . وأجاب فى البحر بأن خوف التلف من حيث الذات فى اللقيط أكثر من اللقطة فذكرا عقبه ، وأما التلف فى الآبق فمن حيث الانتفاع للمولى لا من حيث الذات لأنه لو لم يعد إلى مولاه لايموت ، بخلاف اللقيط فإنه لصغره إن لم يرفع يموت فالأنسب ترتيب المشايخ (قوله والإباق انطلاق الرقيق تمردا) وهو فى اللغة الهرب كما فى المغرب . والتمرد : الخروج عن الطاعة احترز به عن الضال : وهو المملوك الذى ضل عن الطريق إلى منزل سيده بلا قصد (قوله من مؤجره) بفتح الجيم اه ح أى مستأجره ، ولو عبر لكان أولى ط (قوله ومودعه) بفتح الدال اه ح (قوله ووصيه) أى الوصى عليه بأن مات سيده عن أولاد صغار وأقام هو أو القاضى عليهم وصيا ، فإن العبد يكون داخلا تحت وصايته

---

(١) قرر الزيادى أن الإنسان إذا ضاع له شئ وأراد أن يرده الله سبحانه عليه ، فليقف على مكان عال مستقبل القبلة ويقرأ الفاتحة ويهدى ثوابها للنبى صلى الله عليه وسلم ، ثم يهدى ثواب ذلك لسيدى أحمد بن علوان ويقول : ياسيدى أحمد يا ابن علوان إن لم ترد على ضالتى وإلا نزعتك من ديوان الأولياء ، فإن الله تعالى يرد على من قال ذلك ضالته ببركته أجهورى مع زيادة . كذا فى حاشية شرح المنهج للداودى رحمه الله اه منه .

(أخذه فرض إن خاف ضياعه ، ويحرم) أخذه (لنفسه ، ويندب) أخذه (إن قوى عليه) وإلا فلا ندب لما فى البدائع : حكم أخذه كلقطة (فإن ادعاه آخر دفعه إليه إن برهن واستوثق) منه (بكفيل) إن شاء لجواز أن يدعيه آخر (ويحلفه) الحاكم أيضا بالله ما أخرجه عن ملكه بوجه (وإن لم يبرهن) عطف على إن برهن (وأقر العبد (أنه عبده أو ذكر) المولى (علامته وحليته دفع إليه بكفيل ، فإن أنكر المولى إباقه) مخافة جعله (حلف) إلا أن يبرهن على إباقه أو على إقرار المولى بذلك زيلعى (فإن طالت المدة) أى مدة مجىء المولى (باعه القاضى ولو علم مكانه) لئلا يتضرر المولى بكثرة النفقة

(قوله أخذه فرض إن خاف ضياعه) أى إن غلب على ظنه ذلك ، وهذا ذكره فى البحر أخذا من عبارة البدائع ، ويأتى ما فيه . وذكر فى الفتح بحثا فتبعه المصنف (قوله ويندب أخذه إن قوى عليه) عبارة كافى الحاكم : وإذا وجد عبدا آبقا وهو قوى على أخذه قال يسعه تركه وأحب إلىّ أن يأخذه فيرده على صاحبه اه ومفهومه أن قيد القوة على أخذه تأكيد لإفادة جواز الترك وأنه لا يجب أخذه بل يندب ، فهو فى الحقيقة لدفع توهم الوجوب عند القوة عليه : وبه اندفع ما أورد على المصنف من أن هذا الشرط لا يخص ما نحن فيه بل هو عام فى سائر التكليف : على أن كون القدرة شرطا عاما لا يوجب عدم ذكرها فى معرض بيان الأحكام . قال تعالى —ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا— ولم يصرح باشتراط عدم خوف ضياعه لعلمه من قوله فرض إن خاف ضياعه فافهم (قوله لما فى البدائع الخ) تعليل لقوله أخذه فرض إن خاف ضياعه الخ . وقد تبع فى ذلك البحر .

واعترضه فى النهر بأنه قدم عن البدائع أن القول بفرضية أخذ اللقطة عند خوف الضياع قول الشافعى ، فقول البدائع هنا إن حكم أخذ الآبق كحكم اللقطة لايدل على فرضية أخذه عندنا ، نعم فى الفتح يمكن أن يجرى فيه التفصيل فى اللقطة بين أن يغلب على ظنه تلفه على المولى إن لم يأخذه مع قدرة تامة عليه فيجب أخذه وإلا فلا اه .

قلت : لكن تقدم أن مانسبه فى البدائع إلى الشافعى مذهبنا ، فقوله هنا حكمه كحكم اللقطة يفيد أنه إذا كان أخذها واجبا يكون أخذه مثلها ، وقد صرح فى غير البدائع بأن أخذها واجب فأخذ الآبق كذلك فليتأمل (قوله واستوثق منه بكفيل إن شاء) قال فى الفتح : ثم إذا دفعه إليه عن بينة ففى أولوية أخذ الكفيل وتركه روايتان اه وظاهره أن ذلك فى حق القاضى ، وهو صريح مافى كافى الحاكم : قال ط : وذكر العلامة نوح : قيل رواية عدم أخذ الكفيل أصح لأنه لما أقام البينة أنه له حرم تأخيره لأن الدفع فى هذه الصورة واجب اه :

قلت : لكن فى التاترخانية أن رواية الأخذ أحوط (قوله أيضا) أى مع الاستيثاق منه بكفيل (قوله بوجه) كبيع أو هبة بنفسه أو بوكيله (قوله دفع إليه بكفيل) أخذه الكفيل هنا رواية واحدة كما فى الفتح . قال فى التتارخانية : ولم يذكر فى الكتاب أن القاضى يتخير فى الدفع إليه أو يجب عليه الدفع ، وقد اختلف المشايخ فيه اه :

قلت : ينبغى وجوب الدفع فى صورة إقرار العبد وعدمه فى صورة ذكر العلامة تأمل (قوله مخافة جعله) أى أخذ جعله (قوله بذلك) أى بإباقه (قوله فإن طالت المدة) سيأتى أن القاضى يحبس الآبق تعزيرا . وفى التتارخانية يحبسه إلى أن يجىء طالبه ، ويكون هذا الحبس بطريق التعزير وينفق عليه فى مدة الحبس من بيت المال . ثم قال : فإن لم يجىء له طالب وطال ذلك باعه بعد ماحبسه ستة أشهر ويدفع الثمن إلى صاحبه إذا وصف حليته وعلامته اه وجواز بيعه ظاهر على أنه لايؤجره خوف إباقه كما مر فى اللقطة ويأتى (قوله ولو علم مكانه) فى الحواشى اليعقوبية

وحفظ ثمنه لصاحبه و) أمسك من ثمنه ما (أنفق منه ؛ وإن جاء) المولى (بعده وبرهن) أو علم (دفع باقى الثمن إليه ، ولا يملك) المولى (نقض بيعه) أى بيع القاضى لأنه بأمر الشرع كحكمه لاينقض .

قلت : لكن رأيت فى معروضات المرحوم أبى السعود مفتى الروم أنه صدر أمر سلطانى بمنع القضاة عن إعطاء الإذن ببيع عبيد العسكرية ، وحينئذ فلا يصح بيع عبيد السباهية فالهم أخذها من مشتريها ويرجع المشترى بثمنه على البائع . وأما عبيد الرعايا فكذلك إذا كان بغبن فاحش وإلا فللرعايا الثمن وبذلك ورد الأمر أيضا انتهى بالمعنى فليحفظ فإنه مهم (ولو زعم) المولى (تدبيره أو كتابته) أو استيلادها (لم يصدق فى نقضه) إلا أن يكون عنده ولد منها أو يبرهن على ذلك نهر ؛

(واختلف فى الضال) قيل أخذه أفضل ، وقيل تركه ؛ ولو عرف بيته فإيصاله إليه أولى .

(أبق عبد فجاء به رجل وقال لم أجد معه شيئا) من المال (صدق) ولا شىء عليه (ولمن رده) خبر لقوله الآتى أربعون درهما (إليه من مدة سفر) فأكثر

ينبغى أن يكون هذا إذا تعذر إيصاله إلى مالكه وخيف تلفه : وقد ذكر فى القنية أن مال الغائب لايباع إذا علم مكان الغائب لإمكان إيصاله اهـ نهر :

قلت : قد يكون إيصاله إلى مالكه موجبا لكثرة النفقة فيتضرر مالكه ،وقد لايمكن معه أخذ ما أنفقه عليه القاضى (قوله وأمسك من ثمنه ماأنفق منه) الضمير فى منه للقاضى ، والمراد ما أنفقه من بيت المال : أى يمسك قدر ماأنفق ليرده إلى بيت المال (قوله أو علم) بتشديد اللام : أى وصف علامته . وفى المصباح : علمت له علامة بالتشديد وضعت له أمارة يعرفها (قوله دفع باقى الثمن إليه) نقل فى التتارخانية عن التهذيب أنه لايدفع إليه الثمن إلا بالبينة ولايكتفى بالحلية : ونقل عن الكافى أنه يجوز أن يكتفى بها .

قلت : يمكن التوفيق بأن الأول فى وجوب الدفع والثانى فى جوازه (قوله عن إعطاء الإذن) أى لواحد الآبق (قوله فحينئذ فلا يصح الخ) لأنه لايصح بيعه بلا إذن القاضى ،وحيث كان القاضى ممنوعا من إعطاء الإذن لايصح إذنه لأنه يستفيد الولاية من السلطان ، ولكن هذا المنع السلطانى لايبقى بعد موت السلطان المانع على ماأفاده الخير الرملى فى فتاواه تأمل (قوله فكذلك) أى لايصح بيع القاضى لأن تصرفه منوط بالمصلحة وخصوصا بعد ورود الأمر له بذلك (قوله لم يصدق فى نقضه) أى لم يصدق فى زعمه المذكور فى حق نقض البيع وإلا فهو مؤاخذ بإقراره على نفسه (قوله إلا أن يكون عنده ولد منها) أى ولد ولدته فى ملكه فيدعى أنه ولده منها فيصدق عليه ويثبت النسب ويفسخ البيع اهـ كافى الحاكم الشهيد (قوله أويبرهن على ذلك) أى على مازعمه من التدبير ونحوه . وأفاد أن ماذكره المصنف محمول على ما إذا كان مجرد دعوى بلا برهان :

وبه الدفع مافى البحر من اللقطة من أن عدم تصديقه مشكل ، لأنه : أى المالك لو باع بنفسه ثم قال هو مدبر أومكاتب أو أم ولد وبرهن قبل برهانه لأن التناقض فى دعوى الحرية وفروعها لايمنع اهـ . قال فى النهر : فيحمل على ما إذا لم يبرهن اهـ وبه أجاب المقدسى أيضا (قوله واختلف فى الضال) الأولى للمصنف ذكر هذا بعد قوله ويندب إن قوى عليه لئلا يوهم أن الاختلاف فى نقض البيع (قوله قيل الخ) وعليه فهو مما خالف فيه الآبق ، ويخالفه أيضا فى أنه لاجعل لراده ، وأنه لايحبس ، وأنه يؤجره وينفق عليه من أجرته كاللقطة كما فى البحر وسيأتى (قوله ولو عرف بيته الخ) يشير إلى أن محل الاختلاف ما إذا لم يعلم الواجد مولاه ولامكانه : قال فى الفتح : أما إذا علم فلا ينبغى أن يختلف فى أفضلية أخذه ورده (قوله صدق) أى بيمينه كافى (قوله من مدة سفر) الظاهر أن المعتبر فى هذه المسافة مابين مكان الأخذ ومكان سيد العبد ، سواء أبق من مكان سيده

(وهو) أى والحال أن الرادّ ولو صبيا أو عبدا لكن الجعل لمولاه (ممن يستحق الجعل) قيد به لأنه لاجعل لسلطان وشحنة وخفير ووصى يتيم وعائله ومن استعان به كإن وجدته فخذه فقال نعم أوكان فى عياله وابن وأحد الزوجين مطلقا زيلعى وشريك نتف

أوغيره ، كما يشعر به قول الهداية : ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فقد اعتبر مكان الرد ومكان المولى ، وعليه فلو خرج فى حاجة لمولاه مسافة يومين ثم أبق منها مسافة يوم فأخذه رجل ورده على مولاه فله أربعون درهما اعتبارا لمكان المولى ، والظاهر أيضا كما أفاده ط أن المعتبر فى مكان المولى المكان الذى يحصل فيه الرد عليه ، حتى لو لحقه المولى وقد سار يوما فلقيه الواجد بعد ماسار يومين فله جعل اليومين فقط

(قوله ولو صبيا أوعبدا الخ) جملة معترضة بين اسم إن وخبرها ، وهو قوله ممن يستحق الجعل ، ودخل فى هذا التعميم ما إذا تعدد الراد كائنين ، فيشتركان فى الأربعين إذا رداه إلى مولاه ، وما إذا رداه بنفسه أو بنائبه كما إذا دفعه إلى رجل وأمره أن يأتى به إلى مولاه وأن يأخذه منه الجعل ، ومااذا اغتصبه منه رجل وجاء به إلى مولاه وأخذ جعله ثم جاء الآخذ وبرهن أنه أخذه من مسيرة سفر فله الجعل ويرجع المولى على الغاصب بما دفعه إليه لأنه أخذه بغير حق (قوله ممن يستحق الجعل) بأن لم يكن ممن يعمل متبرعا ، بخلاف المتبرع إما لوجوب ذلك العمل عليه كالسلطان أو أحد نوابه ، أو لكونه يحفظ مال سيد العبد كوصى اليتيم وعائله ، أو لكونه ممن جرت العادة برده عليه تبرعا ، إما لاستعانة به لأنه ممن فى عياله أو لزوجية أو بنوة أوشركة (قوله وشحنة) هو حافظ المدينة اهـ ح (قوله وخفير) هو بمعنى المعاهد : أى من يعاهدك على النصرة ، ولعل المراد به من ينصبه الحاكم فى الطريق لدفع القطاع عن المسافرين، ثم رأيت نقلا عن الحموى أن المراد به هنا الحارس (قوله وعائله) أى من يعول اليتيم ويربيه فى حجره بلا وصاية (قوله فقال نعم) كذا شرطه فى التتارخانية معللا بأنه قد وعد له الإعانة بحر . قال المقدسى : والظاهر أنه ليس بشرط لأن الظاهر منه التبرع بالعمل حيث لم يشرط عليه جعلا اهـ .

قلت : وفيه نظر ، فإن عدم شرط الجعل لايدل على التبرع وإلا لزم شرطه فى كل المواضع ، بخلاف ما إذا استعان به ووعده الإعانة فإن إجابته بالقول لما طاب دليل التبرع تأمل (قوله أوكان فى عياله) عطف عن استعان وشمل أحد الأبوين إذا رد عبد الابن فلا جعل له إذا كان فى عيال الابن كحكم بقية المحارم كما فى الهداية وشروحها كفاية البيان والمعراج والفتح والعناية ، وكذا فى البزازية والجوهرة والقهستانى والنهر ، على خلاف مافى البحر والمنح ، حيث سوى بين الأبوين والابن ، ومثله قول الحاوى القدسى ، إذا كان الراد فى عيال مالك الغلام لاجعل له ، وإلا فله الجعل سواء كان أجنبيا أوذا رحم محرم إلا الوالدين والمولودين (قوله وابن) عطف على سلطان ح (قوله مطلقا) أى سواء كان الابن فى عيال الأب وأحد الزوجين فى عيال الآخر أولا . قال الزيلعى ، لأن رد الآبق على المولى نوع خدمة للمولى وخدمة الأب مستحقة على الابن فلا تقابل بالأجر ، وكذا خدمة أحد الزوجين الآخر اهـ ح (قوله وشريك) لأن عمله يكون فى حصته وحصة شريكه بلا تمييز فلا أجر له ، كمن استأجر شريكه على حمل الحمل المشترك بينهما لايستحق أجرا ، ومنه مافى الولوالجية لو جاء به وارث الميت ، إن أخذه وسار به ثلاثة أيام وسلمه فى حياة المولى يستحق الجعل إن لم يكن فى عياله وإن سلمه بعد موته وليس ولد المولى ولا فى عياله وكان معه وارث آخر . قال محمد له الجعل فى حصة شركائه . وقال أبو يوسف لا ، وقيل قول أبى حنيفة كقول محمد اهـ ملخصا .

ووهبانية ولوالجية ، فالمستثنى أحد عشر (أربعون درهما) فبطل صلحه فيما زاد عليها (ولو بلا بشرط) استحسانا . ولو رد أمة ولها ولد يعقل الإباق فجعلان نهر بحثا (وإن لم يعدلها) عند الثانى لثبوته بالنص فلذا عوّل عليه أرباب المتون (إن أشهد أنه أخذه ليرده) وإلا لاشىء له

قلت : ولعل وجه الخلاف أنه إن نظر إلى أن العمل الموجب للجعل وهو سير ثلاثة أيام حصل فى حياة المولى قبل أن يصير الرادّ شريكا وجب الجعل ، وإن نظر إلى أن الاستحقاق بالتسليم وهو لم يحصل إلا بعد الموت والاشتراك لم يجب الجعل ، ويؤيد الثانى عدم استحقاق الجعل فى موت مولى أم الولد والمدبر كما يأتى قريبا تأمل (قوله ووهبانية) كذا فى بعض النسخ . والذى رأيته فى عدة نسخ ورهبان ، وهكذا رأيته معزيا إلى نسخة الشارح وهو الصواب ، لأن الشارح عزاه للولوالجية والذى رأيته فيها ورهبان وشحنة ، وهكذا رأيته فى التجنيس . والظاهر أنه فى عرفهم اسم لنوع ممن يرهب منه من أهل الولايات بقرينة ذكره مع الشحنة ، وحينئذ يتم قول الشارح فالمستثنى أحد عشر ، فإن به يتم العدد فافهم (قوله أربعون درهما) بوزن سبعة مثاقيل فتح ، وإن أنفق أضعافها بغير أمر القاضى كافى الحاكم . أما لو أنفق بأمره فإن له الأربعين مع جميع ما أنفق فلا يستحق الأربعين فقط إلا إذا كان إنفاقه بغير أمر القاضى ، وبه سقط اعتراضه فى الدر المنتقى على شارح الوهبانية بأن تعبيره بلفظ غير من سبق القلم (قوله فبطل صلحه فيما زاد عليها) لأنه زيادة على ماثبت بالنص كما بطل صلح القاتل فيما زاد على الدية . قال فى البحر : بخلاف الصلح على الأقل لأنه حط منه (قوله استحسانا) والقياس أن لايكون له شىء إلا بالشرط كما إذا رد بهيمة ضالة أو عبدا ضالا . وجه الاستحسان أن الصحابة رضى الله تعالى عنهم أجمعوا على أصل الجعل . واختلفوا فى مقداره ، فأوجبنا الأربعين فى مدة السفر وما دونها فيما دونه جمعا بين الروايتين نهر (قوله ولو رد أمة الخ) اعلم أنه فى كافى الحاكم عمم أولا فى وجوب الجعل فى رد الآبق فقال بالغا أو غير بالغ . ثم قال : وإذا أبقت الأمة ولها صبى رضيع فردها رجل كان له جعل واحد ، فإن كان ابنها غلاما قد قارب الحلم فله الجعل ثمانون درهما اهـ . قال فى الفتح : لأن من لم يراهق لم يعتبر آبقا اهـ ومقتضاه أن المراد بقوله أو غير بالغ هو المراهق. ووفق فى البحر بين عبارتى الكافى بأن الولد إن كان مع أحد أبويه اشترط كونه مراهقا : أى اشترط ذلك لوجوب جعل آخر لرد الولد ، وإن لم يكن مع أحدهما لايشترط أن يكون مراهقا ، لكن يشترط عقله لقول التتارخانية : وماذكر من الجواب فى الصغير محمول على ما إذا كان يعقل الإباق وإلا فهو ضال لايستحق له الجعل اهـ . ووفق فى النهر بأن قوله قد قارب الحلم غير قيد ، لقول شارح الوهبانية : اتفق الأصحاب أن الصغير الذى يجب الجعل برده فى قول محمد هو الذى يعقل الإباق اهـ

وحاصله أنه لايشترط كونه مراهقا فى وجوب الجعل برده سواء كان مع أحد أبويه أووحده ، بل الشرط أن يعقل الإباق ، فبحث النهر إنما هو تقييد الولد فى مسألة الكافى بكونه يعقل الإباق إشارة إلى أنه المراد من قوله قد قارب الحلم (قوله لثبوته بالنص) فلا يحط منه لنقصان القيمة ، كصدقة الفطر لايحط منها لو كانت قيمة الرأس أنقص من صدقة الفطر قاله العينى اهـ . وقال محمد : يقضى بقيمته إلا درهما لأن المقصود إحياء مال المالك فلا بد أن يسلم له شىء تحقيقا للفائدة . وذكر صاحب البدائع والإسبيجابى الإمام مع محمد فكان هو المذهب بحر . والذى عليه المتون مذهب أبى يوسف كما لايخفى . فينبغى أن يعوّل عليه لموافقته للنص والله تعالى أعلم منح ط (قوله إن أشهد الخ) شرط لاستحقاق الجعل المذكور ، وهذا عند التمكن من الإشهاد وإلا فلا يشترط ، والقول قوله فى أنه لم يتمكن منه كما صرح به فى التتارخانية بحر . وفى الكافى : أخذه رجل فاشتراه

(و) لرادّه (من أقل منها بقسطه ، وقيل يرضخ له برأى الحاكم) أو يقدر باصطلاحهما (به يفتى) تتارخانية بحر (ولو من المصر) فيرضخ له أو يقسطه كما مر (وأم ولد ومدبر) ومأذون (كقن) فى الجعل .

(وإن مات المولى قبل وصوله) أى الآبق (وهو مدبر أو أم ولد فلا جعل له) لعتقهما بموته (وإن أبق منه بعد إشهاده) المتقدم (لم يضمن) لأنه أمانة ، حتى لو استعمل فى حاجة نفسه ثم إنه أبق ضمن ابن ملك عن القنية .
وفى الوهبانية : لو أنكر المولى إباقه قبل قوله بيمينه ويلزم مريد الرد قيمته مالم يبين إباقه (وضمن لو) أبق أو مات (قبله) مع تمكنه منه لأنه غاصب (ولا جعل له فى الوجهين) خلافا للثانى فى الثانى ، لأن الإشهاد عنده ليس شرطا فيه وفى اللقطة (ولا جعل برد مكاتب) لحريته يدا :

(وجعل عبد الرهن على المرتهن لو قيمته مساوية للدين أو أقل ، ولو أكثر من الدين فعليه بقدر دينه والباقى على الراهن) لأن حقه بالقدر المضمون منه .

(وجعل عبد أوصى برقبته لإنسان وبخدمته لآخر على صاحب الخدمة) فى الحال لأن المنفعة له (فإذا انقضت) الخدمة (رجع صاحبها على صاحب الرقبة أو بيع العبد فيه) أى فى الجعل :

(وجعل مأذون مديون على من يستقر له الملك) فإن بيع بدئ بالجعل والباقى للغرماء (كما يجب جعل) آبق جنى خطأ لا فى يد الآخذ

منه رجل وجاء به فلا جعل له لأنه لم يأخذه ليرده ، وكذلك الهبة والوصية والميراث ، وإن أشهد حين اشتراه أنه إنما اشتراه ليرده على صاحبه لأنه لايقدر عليه إلا بالشراء فله الجعل اهـ ويكون متبرعا بالثمن نهر (قوله بقسطه) أى بأن تقسم الأربعون على الأيام لكل يوم ثلاثة عشر وثلث نهر (قوله يرضخ له) يقال رضخ له كمنع وضرب أعطاه عطاء غير كثير قاموس ، واعتبار رأى الحاكم عند عدم الاصطلاح على شىء ط (قوله به يفتى) أى بالرضخ برأى الحاكم (قوله ولو من المصر) تعميم لقوله ومن أقل . وعنه أنه لاشىء له قهستانى عن المضمرات ، لكن الأول هو المذكور فى الأصل وهو الصحيح بحر (قوله كقن فى الجعل) أى فى وجوبه ، وهذا إذا رد المدبر وأم الولد فى حياة المولى كما أفاده مابعده (قوله لعتقهما بموته) فيقع رد حر لامملوك ، وهذا فى أم الولد ظاهر ، وكذا فى المدبر لو يخرج من الثلث لأنه حينئذ يعتق بالموت اتفاقا ، وإلا فكذلك عندهما . وعنده يصير كالمكاتب لأنه يسعى فى قيمته ليعتق ، ولاجعل فى رد المكاتب ، وتمامه فى الفتح (قوله وإن أبق منه) وكذا لو مات فى يده نهر (قوله ثم إنه أبق) أى فى حال استعماله ، أما لو بعد فراغه وعزمه على أن يرده إلى صاحبه فينبغى عدم الضمان لعوده إلى الوفاق ط (قوله ويلزم مريد الرد قيمته) أى إذا أبق منه أو مات فى يده ، سواء أشهد أنه أخذه ليرده أولا كما هو ظاهر لأنه غير مقيد عند إنكار المولى إباقه (قوله مالم يبين إباقه) أى بإقامة البينة على إباقه أو على إقرار المولى به زيلعى (قوله فى الوجهين) أى فيما إذا أبق منه بعد الإشهاد أوقبله. قال فى المنح : أما الأول فلأنه لم يرده إلى مولاه ، وأما الثانى فلأنه بترك الإشهاد صار غاصبا (قوله خلافا للثانى فى الثانى) أى فى قوله وضمن لو قبله فإنه لايضمن عند أبى يوسف وإن لم يشهد ، والأولى ذكر الخلاف قبل قوله ولاجعل له لئلا يوهم أن الخلاف فى الجعل وليس كذلك ، لأن أبا يوسف وإن أوجب الجعل بدون إشهاد لكن لابد فيه أن يرده على مولاه ، والكلام فيما إذا أبق أومات قبل الرد فافهم (قوله أوبيع العبد فيه) أى إن لم يدفع صاحب الرقبة الجعل : والظاهر أن الذى يبيعه هو القاضى (قوله على من يستقر له الملك) وهو المولى إن اختار قضاء دينه أو الغرماء إن اختار بيعه فى الدين فيجب الجعل فى الثمن ، وفى كلامه تسامح لأن الملك لم يستقر لهم فيه بل فى ثمنه وإنما استقر ملكه للمشترى ولاشى عليه كما فى الفتح (قوله جنى خطأ) أى قبل الإباق أو بعده قبل الأخذ

على من سيصير له ، و (مغصوب على غاصبه ، وموهوب على موهوب له وإن رجع الواهب) بعد الرد لأن زوال ملكه بالرجوع بتقصير منه وهو ترك التصرف (و) جعل عبد (صبي في ماله ، و) الآبق (نفقته كنفقة لقطة) كما مر (وله حبسه لدين نفقته ، ولا يؤجره القاضي) خشية إباقه ثانيا (و) لكن (يحبسه تعزيرا) له ، وقيل يؤجره للنفقة ، وبه جزم في الهداية والكافي (بخلاف) اللقطة و (الضال) وقدر في التتارخانية لمدة حبسه بستة أشهر ، ونفقته فيها من بيت المال ثم بعدها يبيعه القاضي كما مر :

[فرع] أبق بعد البيع قبل القبض للمشتري رفع الأمر للقاضي ليفسخ ، والله أعلم :

كتاب المفقود

(هو) لغة المعدوم . وشرعا (غائب لم يدر أحي هو فيتوقع) قدومه (أم ميت أودع اللحد البلقع) أي القفر

كما يفيده قوله لا في يد الآخذ ، واحترز به عما لو جنى في يد الآخذ فلا جعل له على أحد كما لو قتل عمدا ثم رده (قوله على من سيصير له) وهو المولى إن اختار فداءه ، أو الأولياء إن اختار دفعه إليهم ، فلو دفع المولى الجعل ثم قضى عليه بالدفع إلى الأولياء له الرجوع على المدفوع إليه بالجعل بحر عن المحيط تأمل (قوله على غاصبه) لأنه أحياه له لتبرأ ذمته بدفعه ، وظاهره لزوم الجعل له ولو رده إلى مالكه ويحرر ط (قوله وهو ترك التصرف) أي تصرفه بما يمنع رجوع الواهب في هبته (قوله عبد صبي) بالإضافة : أي جعل عبد الصبي في مال الصبي (قوله كنفقة لقطة) لأنه لقطة حقيقة فإذا أنفق عليه الآخذ بلا أمر القاضي كان متبرعا ، وبإذنه كان له الرجوع بشرط أن يقول على أن ترجع على الأصح بحر (قوله وله حبسه لدين نفقته) فإن طالت المدة ولم يجئ صاحبه باعه القاضي وحفظ ثمنه كما قدمناه بحر :

قلت : وله حبسه أيضا للجعل . قال في الكافي : ولمن جاء بالآبق أن يمسكه حتى يأخذ الجعل ، فإن مات في يده بعد ماقضى له القاضي بإمساكه بالجعل فلا ضمان عليه ولا جعل ، وكذلك لو مات قبل أن يرفعا إلى القاضي (قوله وقيل يؤجره للنفقة) تقدم الكلام عليه في اللقطة (قوله بخلاف اللقطة والضال) فإن الدابة اللقطة تؤجر لينفق عليها من أجرتها الضال لا يحبس ، وظاهره أنه يؤجره لينفق عليه من أجرته وبه صرح في كتاب اللقطة (قوله ثم بعدها يبيعه القاضي) أي ويرد لبيت المال ما أنفقه منه كما قدمناه ح ، والله سبحانه أعلم .

كتاب المفقود

مناسبته للآبق أن كلا منهما فقده أهله وهم في طلبه ، وأخر عنه لقلة وجوده (قوله هو غائب الخ) أفاد أن قول الكنز هو غائب لم يدر موضعه معناه لم تدر حياته ولاموته . قال في البحر : فالمدار إنما هو على الجهل بحياته وموته لا على الجهل بمكانه ، فإنهم جعلوا منه كما في المحيط المسلم الذي أسره العدو ولايدرى أحي أم ميت مع أن مكانه معلوم وهو دار الحرب ، فإنه أعم من أن يكون عرف أنه في بلدة معينة من دار الحرب أولا اهـ لكن في الملتقى وغيره : هو غائب لايدرى مكانه ولاحياته ولاموته ، قيل فهذا صريح في اشتراط جهل المكان فيكون التعويل عليه :

قلت : الظاهر أن علم المكان يستلزم العلم بالموت والحياة غالبا وعدمه عدمه ، فالعطف للتفسير ، ولو علم مكانه من دار الحرب مع تحقق الجهل بحاله وعدم إمكان الاطلاع عليه لاشك في أنه مفقود فافهم (قوله فيتوقع قدومه) أي يطلب أو ينتظر وقوعه ، وقوله قدومه بدل اشتمال من الضمير في يتوقع العائد إلى قوله غائب

جمعه بلاقع ، فدخل الأسير ومرتد لم يدر ألحق أم لا ؟ (وهو فى حق نفسه حى) بالاستصحاب ؛ هذا هو الأصل فيه (فلا ينكح عرسه غيره ولا يقسم ماله) قلت : وفى معروضات المفتى أبى السعود أنه ليس لأمين بيت المال نزعه من يد من بيده ممن أمنه عليه قبل ذهابه ، لما سيجيء معزيا لخزانة المفتين (ولا تفسخ إجارته ، ونصب القاضى من) أى وكيلا (يأخذ حقه) كغلاته وديونه المقر بها (ويحفظ ماله ويقوم عليه) عند الحاجة ، فلو له وكيل فله حفظ ماله لا تعمير داره إلا بإذن الحاكم لأنه لعله مات ، ولا يكون وصياً تجنيس (لكنه) أى هذا الوكيل المنصوب (ليس يخصم فيما يدعى على المفقود من دين ووديعة وشركة فى عقار

لا نائب فاعل ، لأن حذفه لا يجوز (قوله ومرتد لم يدر ألحق أم لا) أى فإنه يوقف ميراثه كما يوقف ميراث المسلم كافى الحاكم لأنه إذا جهل لحاقه لا يمكن الحكم به ، بخلاف ما إذا علم فإنه يحكم به ويكون موتا حكما فيقسم ميراثه على ما مر فى بابه (قوله وهو فى حق نفسه حى) مقابله قوله الآتى وميت فى حق غيره .

وحاصله أنه يعتبر حيا فى حق الأحكام التى تضره وهى المتوقفة على ثبوت موته ويعتبر ميتا فيما ينفعه ويضر غيره ، وهو ما يتوقف على حياته لأن الأصل أنه حى وأنه إلى الآن كذلك استصحابا للحال السابق ، والاستصحاب حجة ضعيفة تصلح للدفع لا للإثبات : أى تصلح لدفع ما ليس بثابت لا لإثباته (قوله نزعه) أى نزع مال المفقود (قوله لما سيجىء الخ) فيه أن ما هنا أودعه بنفسه وما يجىء فى مال مورثه ط .

قلت : لكن يأتى قريبا أنه لو كان له وكيل له حفظ ماله : أى لأنه لا ينعزل بفقد الموكل كما يأتى ، لكن نقل ابن المؤيد عن جامع الفصولين : لو أخذ القاضى وديعة المفقود ممن هى بيده ووضعها عند ثقة لا بأس به اهـ وهذا يخالف ما فى المعروضات ، إلا أن يقال ما فيها هو فى حق أمين بيت المال ، فليس له ذلك وإن كان المفقود لا وارث له إلا بيت المال ، لأن الوارث حقيقة ليس له ذلك فأمين بيت المال بالأولى ، وما نقلناه إنما هو فى القاضى الذى له ولاية حفظ مال الغائب . والظاهر أنه محمول على ما إذا رأى المصلحة فى ذلك ، بأن كان من المال بيده غير ثقة إلا فهو عبث تأمل (قوله ولا تفسخ إجارته) لأنها وإن كانت تفسخ بموت المؤجر أو المستأجر لكنه لم يثبت موته (قوله المقر بها) بالبناء للمجهول : أى التى أقر بها غرماؤه ، قيد به لما فى النهر : ويخاصم فى دين وجب بعقده بلا خلاف ، لا فيما وجب بعقد المفقود ، ولا فى نصيب له فى عقار أو عرض فى يد رجل ، ولا فى حق من الحقوق إذا جحده من هو عنده أو عليه ، لأنه ليس بمالك ولا نائب عنه وإنما هو وكيل من جهة القاضى وهو لا يملك الخصومة بلا خلاف (قوله ويقوم عليه) أعم مما قبله لأنه يشمل الحفظ وغيره كحصاد ودياس مثلا (قوله عند الحاجة الخ) متعلق بقوله ونصب القاضى ، وهذا بحث ذكره فى البحر ، أصله أنه إنما ينصب إذا لم يكن له وكيل فى الحفظ أقامه الغائب قبل فقده لأنه لا ينعزل بفقده ؛ لما فى التجنيس : جعل داره بيد رجل ليعمرها أو دفع ماله ليحفظه وفقد الدافع فله الحفظ لا التعمير إلا بإذن الحاكم لأنه لعله مات ولا يكون الرجل وصيا اهـ . وأجاب فى النهر بأن الظاهر أنه أى وكيل المفقود لا يملك قبض ديونه التى أقر بها غرماؤه ولا غلاته ، وحينئذ فيحتاج إلى النصب ، وكأن هذا هو السر فى إطلاقهم نصب الوكيل اهـ .

قلت : وفيه نظر ، لأن مراد البحر أن القاضى إنما ينصب له من يأخذ حقه ويحفظ ماله إذا لم يكن له وكيل فى ذلك ، لأن وكيله لا ينعزل بفقده ؛ وقول النهر الظاهر أنه لا يملك قبض ديونه الخ غير مسلم إلا بنقل صريح ، لأنه إذا لم ينعزل وقد وكله بذلك فما المانع له منه ؟ فلذا والله أعلم لم يعول الشارح على كلامه (قوله ليس بخصم فيما يدعى على المفقود) ولا فيما يدعى له كما علمته . قال فى البحر : وكذا ليس للورثة ما ذكر لأنهم يرثونه بعد موته ولم يثبت .

أو رقيق ونحوه) لأنه ليس بمالك ولا نائب عنه ، وإنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضى ، وأنه لايملك الخصومة بلا خلاف ؛ ولو قضى بخصومته لم ينفذ زاد الزيلعى فى القضاء وتبعه الكمال إلا بتنفيذ قاض آخر ، لكن فى الخلاصة : الفتوى على النفاذ يعنى لو القاضى مجتهدا نهر :

(ولا يبيع) القاضى (مالا يخاف فساده فى نفقة ولا فى غيرها ، بخلاف مايخاف فساده) فإنه يبيعه القاضى ويحفظ ثمنه .

ثم نقل عن البزازية : مات عن ابنين أحدهما مفقود فزعم ورثة المفقود أنه حى وله الميراث والابن الآخر يزعم موته لاخصومة بينهما ، لأن ورثة المفقود اعترفوا أنه لاحق لهم فى التركة فكيف يخاصمون عمهم اه لأن اعترافهم بحياته اعتراف بأن الحق له (قوله ونحوه) أى نحوماذكر من رد بعيب أو مطالبة لاستحقاق بحر (قوله بلا خلاف) لمافيه من تضمن الحكم على الغائب وإنما الخلاف المعروف بينهم فيمن وكله المالك بقبض الدين هل يملك الخصومة أم لا ؟ فعنده يملكها وعندهما لا اه ح عن الزيلعى.

مطلب قضاء القاضى ثلاثة أقسام

(قوله لم ينفذ) اعلم أن قضاء القاضى ثلاثة أقسام : قسم يرد بكل حال ، وهو ماخالف النص أو الإجماع : وقسم يمضى بكل حال ، حتى لو رفع إلى قاض آخر لايراه نفذه وأمضاه ولا يبطله ، وهو مايكون الخلاف فيه لا فى نفس القضاء بل فى سببه . وأمثلته كثيرة : منها لو قضى شافعى بشهادة المحدودين بعد التوبة أو قضى لامرأة بشهادة زوجها وأجنبى نفذ ؛ ولو رفع إلى حنفى لزمه تنفيذه لأن الاختلاف فى سبب القضاء ، وهو أن شهادة هؤلاء هل تصير حجة للحكم أم لا ، أما نفس الحكم فلا اختلاف فيه . والقسم الثالث الحكم المجتهد فيه ، وهو مايقع الخلاف فيه فى نفس الحكم ؛ فقيل ينفذ أيضا ، وقيل لاينفذ إلا إذا نفذه قاض آخر ، فإذا نفذه الثانى نفذ ، حتى لو رفع إلى ثالث أمضاه وإذا أبطله الثانى فليس لأحد أن يجيزه وهذا هو الصحيح . وبعضهم صحح الأول ، وذلك كما لو قضى لولده على أجنبى أو لامرأته بشهادة رجلين ، لأن نفس القضاء مختلف فيه .

واختلفوا فيما لو قضى على الغائب ، فقيل هو من هذا القسم فلا ينفذ إلا بتنفيذ قاض آخر وهو مانقله عن الزيلعى والكمال ، بناء على أن الاختلاف فى نفس القضاء على الغائب . وقيل هو من القسم الثانى فينفذ بلا توقف على تنفيذ قاض آخر ، وهو مانقله عن الخلاصة بناء على أن الاختلاف لافى نفس القضاء بل فى سببه ، وهو أن البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر أولا ؟ (قوله يعنى لو القاضى مجتهدا) ومثله مالو كان مقلد المجتهد ، وهذا ترجيح لما حققه فى البحر من كتاب القضاء من أن الخلاف فى نفاذ القضاء على الغائب ، محله ما إذا كان مذهب القاضى صحة هذا القضاء بخلاف القاضى الحنفى ، وسيأتى فى القضاء إن شاء الله تعالى تحقيق ذلك (قوله ولا يبيع القاضى مالايخاف فساده) منقولا كان أو عقارا ، لأن القاضى لاولاية له على الغائب إلا فى الحفظ ، وفى البيع ترك حفظ الصورة بلا ملجئ ، وما يخاف عليه الفساد كالثمار ونحوها يبيعه ، لأنه تعذر حفظ صورته ومعناه فينظر للغائب بحفظ معناه اه من الهداية والفتح .

وفى جامع الفصولين وشرح الوهبانية : للقاضى بيع مال المفقود والأسير من المتاع والرقيق والعقار إذا خيف عليه الفساد ، وليس له بيعها لنفقة عيالهما ، وإن باعها لخوف الضياع فصارت دراهم أو دنانير يعطى النفقة منها بطريقة اه : وفيه شراه فغاب قبل قبضه غيبة منقطعة ولا يدرى أين هو جاز للقاضى بيع المبيع وإيفاء الثمن للبائع

قلت : لكن فى معروضات المفتى أبى السعود أن القضاة وأمناء بيت المال فى زمننا مأمورون بالبيع مطلقا وإن لم يخف فساده ، فإن ظهر حياً فله الثمن لأن القضاة غير مأمورين بفسخه ، نعم إذا بيع بغبن فاحش فله فسخه اه فليحفظ :

(وينفق على عرسه وقريبه ولادا) وهم أصوله وفروعه (ولا يفرق بينه وبينها ولو بعد مضى أربع سنين) خلافا لمالك

لو كان المبيع منقولا لا لو عقارا : وعلى هذا لو رهن المديون وغاب غيبة منقطعة فرفع المرتهن الأمر للقاضى ليبيع الرهن بدينه ينبغى أن يجوز كما فى هذه المسألة اه :

قلت : ومسألة بيع المبيع ذكرها المصنف فى متفرقات البيوع ، وذكر فى النهر هناك أنه لو غاب بعد قبض المبيع ليس للقاضى بيعه ، ومسألة بيع الرهن ذكرها الشارح فى كتاب الرهن ، ومقتضى قياس هذه على المسألة الأولى تخصيص الرهن بكونه منقولا تأمل (قوله مأمورون بالبيع) أى أمرهم السلطان بذلك :

أقول : كيف يتجه هذا الأمر مع مخالفته لما ذكره المصنف تبعا لما فى كتب المذهب كالهداية وغيرها وكافى الحاكم الشهيد بلا حكاية خلاف .إلا أن يقال إنه إذن للقضاة بالحكم على مذهب الغير ، لكن فى حكم القاضى بخلاف مذهبه كلام مذكور فى كتاب القضاء ، على أن أمر قضاة زمانه لايسرى على غيرهم كما حرره فى الخيرية (قوله وينفق) أى الوكيل المنصوب نهر : أى ينفق من مال المفقود الحاصل فى بيته والواصل من ثمن مايتسارع إليه الفساد ومن مال مودوع عند مقر ودين على مقر ، وتمامه فى الفتح والبحر (قوله ولادا) نصب على التمييز نهر (قوله وهم أصوله وفروعه) أعاد الضمير بالجمع على القريب لأنه يصدق على الواحد والأكثر ، والمراد الأصول وإن علوا والفروع وإن سفلوا ، ولم يشترط الفقر فى الأصول استغناء بما مر فى النفقات ؛ وإنما ينفق عليهم لأن وجوب النفقة لهم ولا يتوقف على القضاء فكان إعانة لهم ، بخلاف غير الولاد من الأخ ونحوه فإن وجوبها يتوقف عليه ، فكان قضاء على الغائب وهو لا يجوز ، وهذا الإطلاق مقيد بالدراهم والدنانير والتبر لأن حقهم فى المطعوم والملبوس ، فإن لم يكن ذلك فى ماله احتيج إلى القضاء بالقيمة وهى النقدان ، وقد علمت أنه على الغائب لايجوز إلا فى الأب فإن له بيع العرض لنفقته استحسانا كما فى المبسوط ، وقدم المصنف فى النفقات أن لهؤلاء أخذ النفقة من مودعه ومديونه المقرين بالنكاح والنسب إذا لم يكونا ظاهرين عند القاضى ، فإن ظهرا لم يشترط أو أحدهما اشترط الإقرار بما خفى هو الصحيح ، فإن أنكر الوديعة والدين لم ينتصب أحد من هؤلاء خصما فيه والمسألة بفروعها مرت نهر : أى مرت فى النفقات :

مطلب فى الإفتاء بمذهب مالك فى زوجة المفقود

(قوله خلافا لمالك) فإن عنده تعتد زوجة المفقود عدة الوفاة بعد مضى أربع سنين ، وهو مذهب الشافعى القديم وأما الميراث فمذهبهما كمذهبنا فى التقدير بتسعين سنة ، أو الرجوع إلى رأى الحاكم . وعند أحمد إن كان يغلب على حاله الهلاك كمن فقد بين الصفين أو فى مركب قد انكسر أوخرج لحاجة قريبة فلم يرجع ولم يعلم خبره فهذا بعد أربع سنين يقسم ماله وتعتد زوجته ، بخلاف ما إذا لم يغلب عليه الهلاك كالمسافر لتجارة أو لسياحة فإنه يفوض للحاكم فى رواية عنه ، وفى أخرى يقدر بتسعين من مولده كما فى شرح ابن الشحنة ، لكنه اعترض على الناظم بأنه لاحاجة للحنفى إلى ذلك أى لأن ذلك خلاف مذهبنا فحذفه أولى . وقال فى الدر المنتقى : ليس بأولى ، لقول القهستانى : لو أفتى به فى موضع الضرورة لابأس به على ما أظن اه .

(وميت فى حق غيره فلا يرث من غيره) حتى لو مات رجل عن بنتين وابن مفقود وللمفقود بنتان وأبناء والتركة فى يد البنتين والكل مقرون بفقد الابن واختصموا للقاضى لاينبغى له أن يحرك المال عن موضعه : أى لاينزعه من يد البنتين خزانة المفتين (ولا يستحق ما أوصى له إذا مات الموصى بل يوقف قسطه إلى موت أقرانه فى بلده على المذهب) لأنه الغالب ،

قلت : ونظير هذه المسألة عدة ممتدة الطهر التى بلغت برؤية الدم ثلاثة أيام ثم امتد طهرها فإنها تبقى فى العدة إلى أن تحيض ثلاث حيض . وعند مالك تنقضى عدتها بتسعة أشهر . وقد قال فى البزازية : الفتوى فى زماننا على قول مالك . وقال الزاهدى كان بعض أصحابنا يفتون به للضرورة :

واعترضه فى النهر وغيره بأنه لاداعى إلى الإفتاء بمذهب الغير لإمكان الترافع إلى مالكى يحكم بمذهبه ، وعلى ذلك مشى ابن وهبان فى منظومته هناك ، لكن قدمنا أن الكلام عند تحقق الضرورة حيث لم يوجد مالكى يحكم به (قوله وميت فى حق غيره) معطوف على قوله وهو فى حق نفسه حى كما مر (قوله وللمفقود بنتان وأبناء) الظاهر أنه بالمد جمع ابن ، إذ لايصح أن يكون مفردا منصوبا . وفى بعض النسخ وابنان بصيغة المثنى ، وفى بعضها وابن بصيغة المفرد والكل صحيح (قوله والتركة فى يد البنتين) أى بنتى الرجل الميت . واعلم أن فى هذه المسألة ست صور والمذكور هنا صورة واحدة منها :

وحاصل الصور أن المال ، إما أن يكون فى يد أجنبى أو فى يد البنتين أو فى يد أولاد الابن ، وعلى كل إما أن يتفقوا على الفقد أو ينكره من فى يده المال ويدعى أنه مات ، وأحكام الكل مبينة فى الفتح فراجعه إن شئت (قوله أى لاينزعه من يد البنتين) بل يقضى لهما بالنصف ميراثا ويوقف النصف فى أيديهما على حكم ملك الميت ، فإن ظهر المفقود حيا دفع إليه ، وإن ظهر ميتا أعطى البنتان سدس كل المال من ذلك النصف والثلث الباقى لأولاد الابن للذكر مثل حظ الأنثيين فتح (قوله ولايستحق الخ) أى لايحكم باستحقاقه للوصية بعد موت الموصى ولا بعدمه ، بل يوقف إلى ظهور الحال ، فإن ظهر إلى آخر ماسيذكره المصنف (قوله إلى موت أقرانه) هذا ليس خاصا بالوصية بل هو حكمه العام فى جميع أحكامه من قسمة ميراثه وبينونة زوجته وغير ذلك (قوله فى بلده) هو الأصح بحر ، وقيل المعتبر موت أقرانه من جميع البلاد فإن الأعمار قد تختلف طولا وقصرا بحسب الأقطار بحسب إجرائه سبحانه العادة ، ولذا قالوا : الصقالبة أطول أعمارا من الروم ، لكن فى تعرف موت أقرانه من البلاد حرج عظيم ، بخلافه من بلده فإنما فيه نوع حرج محتمل فتح (قوله على المذهب) وقيل يقدر بتسعين سنة بتقديم التاء من حين ولادته ، واختاره فى الكنز ، وهو الأرفق هداية ، وعليه الفتوى ذخيرة ، وقيل بمائة ، وقيل بمائة وعشرين ، واختار المتأخرون ستين سنة ، واختار ابن الهمام سبعين لقوله عليه الصلاة والسلام « أعمار أمتى مابين الستين إلى السبعين » فكانت المنتهى غالبا . وذكر فى شرح الوهبانية أنه حكاه فى الينابيع عن بعضهم . قال فى البحر : والعجب كيف يختارون خلاف ظاهر المذهب مع أنه واجب الاتباع على مقلد أبى حنيفة . وأجاب فى النهر بأن التفحص عن موت الأقران غير ممكن أو فيه حرج ، فعن هذا اختاروا تقديره بالسن اهـ :

قلت : وقد يقال : لا مخالفة بل هو تفسير لظاهر الرواية وهو موت الأقران ، لكن اختلفوا ؛ فمنهم من اعتبر أطول ما يعيش إليه الأقران غالبا ، ثم اختلفوا فيه هل هو تسعون أو مائة أو مائة وعشرون ، ومنهم وهم المتأخرون اعتبروا الغالب من الأعمار ، أى أكثر ما يعيش إليه الأقران غالبا لا أطوله فقدروه بستين لأن من يعيش فوقها نادر والحكم للغالب ، وقدره ابن الهمام بسبعين للحديث لأنها نهاية هذا الغالب ويشير إلى هذا الجواب قوله فى الفتح بعد حكاية الأقوال :

واختار الزيلعي تفويضه للإمام .

وطريق قبول البينة أن يجعل القاضي من فى يده المال خصما عنه أو ينصب عليه فيما تقبل عليه البينة نهر .

قلت : وفى واقعات المفتين لقدرى أفندى معزيا للقنية أنه إنما يحكم بموته بقضاء لأنه أمر محتمل ، فما لم ينضم إليه القضاء لايكون حجة (فإن ظهر قبله) قبل موت أقرانه (حيا فله ذلك) القسط

والحاصل أن الاختلاف ماجاء إلا من اختلاف الرأى فى أن الغالب هذا فى الطول أو مطلقا اه (قوله واختار الزيلعي تفويضه للإمام) قال فى الفتح : فأى وقت رأى المصلحة حكم بموته . قال فى النهر : وفى الينابيع : قبل يفوض إلى رأى القاضي ، ولاتقدير فيه فى ظاهر الرواية . وفى القنية : جعل هذا رواية عن الإمام اه .

قلت : والظاهر أن هذا غير خارج عن ظاهر الرواية أيضا ، بل هو أقرب إليه من القول بالتقدير لأنه فسره فى شرح الوهبانية بأن ينظر ويجتهد ويفعل مايغلب على ظنه فلا يقول بالتقدير ، لأنه لم يرد به الشرع بل ينظر فى الأقران وفى الزمان والمكان ويجتهد ، ثم نقل عن مغنى الحنابلة حكايته عن الشافعي ومحمد ، وأنه المشهور عن مالك وأبى حنيفة وأبى يوسف . وقال الزيلعي : لأنه يختلف باختلاف البلاد وكذا غلبة الظن تختلف باختلاف الأشخاص فإن الملك العظيم إذا انقطع خبره يغلب على الظن فى أدنى مدة أنه قد مات اه ومقتضاه أنه يجتهد ويحكم القرائن الظاهرة الدالة على موته وعلى هذا يبتنى على مافى جامع الفتاوى حيث قال : وإذا فقد فى المهلكة فموته غالب فيحكم به ، كما إذا فقد فى وقت الملاقاة مع العدو أو مع قطاع الطريق ، أو سافر على المرض الغالب هلاكه ، أو كان سفره فى البحر وماأشبه ذلك حكم بموته لأنه الغالب فى هذه الحالات وإن كان بين احتمالين . واحتمال موته ناشئ عن دليل لا احتمال حياته لأن هذا الاحتمال كاحتمال ما إذا بلغ المفقود مقدار مالا يعيش على حسب ما اختلفوا فى مقدار نقل من الغنية اه مافى جامع الفتاوى . وأفتى به بعض مشايخ مشايخنا وقال إنه أفتى به قاضى زاده صاحب بحر الفتاوى ، لكن لايخفى أنه لابد من مضى مدة طويلة حتى يغلب على الظن موته لا بمجرد فقده عند ملاقاة العدو أو سفر البحر ونحوه إلا إذا كان ملكا عظيما فإنه إذا بقى حيا تشتهر حياته ، فلذا قلنا إن هذا مبنى على ماقاله الزيلعي تأمل (قوله وطريق قبول البينة) فيه إيهام أنه يحتاج إلى بينة على موت أقرانه وليس بمراد ، بل المراد ما إذا قامت بينة على موته حقيقة . ففى النهر عن التتارخانية : ثم طريق موته إما بالبينة أو موت الأقران . وطريق قبول هذه البينة أن يجعل القاضي الخ (قوله أو ينصب عليه قيما) أى إذا لم يكن له وكيل يحفظ ماله ينصب عنه مسخرا لإثبات دعوى موته من زوجته أو أحد ورثته أو غريمه (قوله بقضاء الخ) هو أحد قولين . قال القهستاني : وفى الفاء من قوله فتعتد عرسه دلالة على أنه يحكم بموته بمجرد انقضاء المدة فلا يتوقف على قضاء القاضي كما قال شرف الأئمة وقال نجم الأئمة القاضي عبد الرحيم نص على أنه يتوقف عليه كما فى المنية اه ، وما قاله شرف الأئمة موافق للمتون سائحانى .

قلت : لكن المتبادر من العبارة أن المنصوص عليه فى المذهب الثانى . ثم رأيت عبارة الواقعات عن القنية أن هذا أى ماروى عن أبى حنيفة من تفويض موته إلى رأى القاضي نص على أنه إنما يحكم بموته بقضاء الخ (قوله فإن ظهر قبله) هذه القبلية لامفهوم لها وإن ذكرها الكثيرون سائحانى ، ولذا قال فى البحر : وإن علم حياته فى وقت من الأوقات يرث ممن مات قبل ذلك الوقت من أقاربه اه لكن لو عاد حيا بعد الحكم بموت أقرانه قال ط : الظاهر أنه كالميت إذا أحيي ، والمرتد إذا أسلم ، فالباقى فى يد ورثته له ولا يطالب بما ذهب . قال : ثم بعد رقمه رأيت المرحوم أباالسعود نقله عن الشيخ شاهين ونقل أن زوجته له والأولاد للثانى اه تأمل (قوله فله ذلك القسط)

(وبعده يحكم بموته فى حق ماله يوم علم ذلك) أى موت أقرانه (فتعتد) منه (عرسه للموت ويقسم ماله بين من يرثه الآن و) يحكم بموته (فى) حق (مال غيره من حين فقده فيرد) الموقوف له إلى من يرث مورثه عند موته) لما تقرر أن الاستصحاب وهو ظاهر الحال حجة دافعة لامثبتة (ولو كان مع المفقود وارث يحجب به لم يعط) الوارث (شيئا ، وإن انتقص حقه) به (أعطى أقل النصيبين) ويوقف الباقى (كالحمل) ومحله الفرائض ، ولذا حذفه القدورى وغيره .

[فرع] ليس للقاضى تزويج أمة غائب ومجنون وعبدهما ، وله أن يكاتبهما ويبيعهما .

كتاب الشركة

لايخفى مناسبتها للمفقود من حيث الأمانة ، بل قد تحقق فى ماله عند موت مورثه .

(هى) بكسر فسكون فى المعروف

أى الموقوف له من الوصية وكذا الإرث كما علمت (قوله وبعده) أى بعد موت أقرانه وهو متعلق بقوله يحكم لابقوله ظهر لأنه يصير المعنى وإن ظهر حيا بعد موت أقرانه يحكم بموته الخ وهو فاسد كما لايخفى (قوله فتعتد منه عرسه للموت) أى عدة الوفاة ويرد قسطه من الوصية إلى ورثة الموصى (قوله بين من يرثه الآن) أى حين حكم بموته لامن مات قبل ذلك الوقت من ورثته زيلعى ، وكذا يحكم بعتق مدبريه وأمهات أولاده فى ذلك الوقت بحر (قوله من حين فقده) أى مالم تعلم حياته فى وقت كمامر (قوله عند موته) أى موت المورث (قوله حجة دافعة فتدفع ثبوت حق لغيره فى ماله (قوله لامثبتة) فلا يثبت له حق فى مال غيره (قوله ولوكان مع المفقود وارث يحجب به الخ) أى يحجب ذلك الوارث بالمفقود ، ويظهر هذا من المثال السابق حيث لم يعط أولاد الابن المفقود شيئا قبل ظهور حياته لحجبهم به وأعطى البنتان النصف فقط دون الثلثين ووقف لهما السدس ولأولاد الابن الثلث إلى ظهور موته فإن ظهر حيا أخذ النصف الموقوف (قوله كالحمل) فإنه لوكان معه وارث لايتغير إرثه بحال يعطى كل نصيبه ، وإن كان ينقص حقه به يعطى الأقل ، وإن كان يسقط به لايعطى شيئا فلو ترك ابنا وزوجة حاملا تعطى الزوجة الثمن لأنه لايتغير والابن نصف الباقى لأنه أقل من كل الباقى على تقدير موت الحمل ومن ثلثى الباقى على تقدير كون الحمل أنثى ، ولوترك زوجة حاملا وأخا شقيقا أو عما لايعطى شيئا لاحتمال ذكورة الحمل (قوله ولذا حذفه) أى حذف قوله ولو كان مع المفقود وارث الخ (قوله فرع الخ) عزاه فى الدرر إلى فصول العمادى (قوله ويبيعهما) فى شرح الوهبانية عن القنية : فقدت مولاها ولاتجد نفقة وخيف عليها الفاحشة فللقاضى أن يبيعها أو يؤجرها من امرأة ثقة وليس له تزويجها اه والله سبحانه أعلم .

كتاب الشركة

قيل مشروعيتها ثابتة بالكتاب والسنة والمعقول . واختلفوا فى النص المفيد لذلك : قال فى الفتح : ولا شك أن مشروعيتها أظهر ثبوتا ، إذ التوارث والتعامل بها من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهلم جرا متصل لايحتاج فيه لإثبات حديث بعينه (قوله من حيث الأمانة) فإن مال أحد الشريكين أمانة فى يد الآخر ، كما أن مال المفقود أمانة فى يد الحاضر بحر ، وجعل فى الفتح هذه مناسبة عامة فيهما وفى الآبق واللقيط واللقطة (قوله بل قد تحقق فى ماله) هذه مناسبة خاصة ؛ بيانها أنه لو مات أبوه عنه وعن ابن آخر فإن مال المفقود من التركة على تقدير حياته مشترك : أى مختلط مع مال أخيه (قوله بكسر فسكون فى المعروف) كذا فى الفتح : أى المشهور فيها كسر الشين

لغة الخلط ، سمي بها العقد لأنها سببه . وشرعا (عبارة عن عقد بين المتشاركين فى الأصل والربح) جوهرة . (وركنها فى شركة العين اختلاطهما ، وفى العقد اللفظ المفيد له) وشرط جوازها كون الواحد قابلا للشركة (وهى ضربان: شركة ملك ، وهى أن يملك متعدد) اثنان فأكثر (عينا) أو حفظا كثوب هبه الريح فى دارهما فإنهما شريكان فى الحفظ قهستانى (أو دينا) على ماهو الحق ؛ فلو دفع المديون لأحدهما فللآخر الرجوع بنصف

وسكون الراء قال فى النهر : ولك فتح الشين مع كسر الراء وسكونها (قوله لغة الخلط) قال فى الفتح : هى لغة خلط النصيبين بحيث لايتميز أحدهما ، وماقيل اختلاط النصيبين تساهل لأنها اسم المصدر والمصدر الشرك مصدر شركت الرجل أشركه شركا فظهر أنها فعل الإنسان وفعله الخلط . وأما الاختلاط فصفة للمال تثبت عن فعلهما ليس له اسم من المادة ، وتمامه فيه .

قلت : لكن الشركة قد تتحقق بالاختلاط كما يأتى ، فيلزم أن لايكون لها اسم تأمل ، إلا أن يقال إن أهل اللغة لايسمونها شركة (قوله سمى بها العقد) عبارة الزيلعى : ثم يطلق اسم الشركة على العقد مجازا لكونه سببا له (قوله لأنها سببه) الضمير الأول عائد إلى العقد بتأويل الشركة ، والثانى إلى الخلط اهـ ح . والأظهر تذكير الضميرين كعبارة الزيلعى ، أو يقول لأنه سببها أى لأن العقد سبب الشركة التى حقيقتها الخلط فالعلاقة السببية ، من إطلاق اسم المسبب على سببه. قال فى الفتح : فإذاقيل شركة العقد بالإضافة فهى إضافة بيانية (قوله وشرعا الخ) ظاهر كلامهم اتحاد اللغوى والشرعى فإنها فى الشرع تطلق على الخلط وكذا على العقد مجازا تأمل ، بدليل تقسيمهم لها إلى شركة عقد وشركة ملك . والثانية تكون بالخلط أو الاختلاط إلا أن يقال المراد تعريف شركة العقد فقط لأنها التى فصلت أنواعها إلى أربعة من مفاوضة وغيرها تأمل (قوله فى شركة العين) أى الملك فإنها فى مقابلة العقد الذى هو عرض غير عين ، وقوله اختلاطهما أى اختلاط المالين بحيث لايتميز أحدهما ، وعبر بالاختلاط تبعا للفتح مع أن مقتضى مامر التعبير بالخلط تأمل (قوله اللفظ المفيد له) أى لعقد الشركة ، وهو الإيجاب والقبول ولو معنى كماسيأتى (قوله كون الواحد الخ) كذا فى البحر عن المحيط . والظاهر أن المرد بالواحد المعقود عليه احترازا عن المباحات والنكاح والوقف ، لما سيأتى من قوله وشرطها كون المعقود عليه قابلا للوكالة ، فإن المراد من قبوله الاشتراط (قوله وهى ضربان) أى الشركة من حيث هى لابقيد كونها شركة عقد ففيه شبه الاستخدام وإلا كان من تقسيم الشئ إلى نفسه وإلى غيره (قوله شركة ملك) أى اختصاص فالإضافة بمعنى الباء كما فى المغرب قهستانى (قوله أو حفظا) دخوله فى الملك المفسر بالاختصار ظاهر ، والمقصود بيان اشتراكهما فى الحفظ وثبوت الحق لها الواحد فقط ، ولا يلزم من ذكر مسألة فى باب جريان جميع أحكام الباب فيها كالدين المشترك فإنه لاتجرى فيه جميع أحكام العين فافهم (قوله هبه الريح) حقه أن يقال هبت به الريح لما فى القاموس : الهب والهبوب ثوران الريح ، وهبه هبا وهبة بالفتح وهبة بالكسر قطعه اهـ فقد جعل المتعدى بمعنى القاطع وهو غير مراد هنا كما لايخفى .

مطلب الحق أن الدين يملك

(قوله على ما هو الحق) قال فى الفتح : إن بعضهم ذكر من شركة الأملاك الشركة فى الدين ، فقيل مجاز لأن الدين وصف شرعى لايملك . وقد يقال : بل يملك شرعا ، ولذا جاز هبته ممن عليه . وقد يقال : إن الهبة مجاز عن الإسقاط ، ولذا لم تجز من غير من عليه . والحق ماذكروا من ملكه ، ولذا ملك ماعنه من العين على

ما أخذ فتح ، وسيجيء متنافى الصلح وأن من حيل اختصاصه بما أخذه أن يهبه المديون قدر حصته ويهبه رب الدين حصته وهبانية (بإرث أو بيع أو غيرهما) بأى سبب كان جبريا أو اختياريا ولو متعاقبا ؛ كما لو اشترى شيئا ثم أشرك فيه آخر منية :

(وكل) من شركاء الملك (أجنبي) فى الامتناع عن تصرف مضر (فى مال صاحبه) لعدم تضمنها الوكالة (فصح له بيع حصته ولو من غير شريكه بلا إذن إلا فى صورة الخلط) لماليهما بفعلهما كحنطة بشعير وكبناء وشجر وزرع مشترك قهستاني ، وتمامه فى الفصل الثلاثين من العمادية ، ونحوه فى فتاوى ابن نجيم ؛ وفيها بعد ورقتين أن المبطخة كذلك ،

الاشتراك حتى لو دفع الخ اه وقوله ملك ماعنه الخ أى لو صالح أحدهما عن نصيبه على عين كثوب مثلا ملكه مشتركا بينه وبين الآخر ، وتمامه فى الصلح قبيل التخارج (قوله وإن من حيل اختصاصه) أى اختصاص الآخذ بما أخذ دون شريكه ، وهذه الحيلة مذكورة فى الفتح أيضا ، وسيأتى غيرها فى الصلح (قوله بإرث) متعلق بقوله يملك متعدد ط (قوله بأى سبب كان الخ) هو مفهوم قوله بإرث أو بيع ، فإن الأول جبرى والثانى اختيارى ، ومن الأول مالو اختلط مالهما بلا صنع من أحدهما ، ومن الثانى مالو ملكا عينا بهبة أواستيلاء على مال حربى ، أو خلطا مالهما بحيث لايتميز كما يأتى ، أوقبلا وصية بعين لهما كما فى البحر (قوله ولو متعاقبا) مرتبط بقوله أن يملك متعدد ط (قوله ثم أشرك فيه آخر) سيذكر المصنف مسألة الإشراك آخر الشركة (قوله فى الامتناع) الأولى حذفه لأنه أجنبي فى التصرف لافى الامتناع عنه ، إلا أن يقال قوله أجنبي : أى كأجنبي ويكون هذا بيانا لوجه الشبه ط (قوله عن تصرف مضر) احترز به عن غير المضر كالانتفاع ببيت وخادم وأرض فى غيبة شريكه على ماسيأتى بيانه (قوله فصح له بيع حصته) تفريع على التقييد بمال صاحبه ط (قوله إلا فى صورة الخلط) والاختلاط فإنه لايجوز البيع من غير شريكه بلا إذنه .

والفرق أن الشركة إذا كانت بينهما من الابتداء ، بأن اشتريا حنطة أوورثاها كانت كل حبة مشتركة بينهما فبيع كل منهما نصيبه شائعا جائز من الشريك والأجنبي ، بخلاف ما إذا كانت بالخلط أوالاختلاط كان كل حبة مملوكة بجميع أجزائها ليس للآخر فيها شركة ، فإذا باع نصيبه من غير الشريك لايقدر على تسليمه إلا مخلوطا بنصيب الشريك فيتوقف على إذنه ، بخلاف بيعه من الشريك للقدرة على التسليم والتسلم اه فتح وبحر .

قلت : ومثل الخلط والاختلاط بيع مافيه ضرر على الشريك أو البائع أو المشترى ، كبيع الحصة من البناء أو الغراس . وبيع بيت معين من دار مشتركة كما يأتى تحريره (قوله بفعلهما) احتراز عما إذا كان بفعل أحدهما بلا إذن الآخر ، فإن الخالط يملك مال الآخر ويكون مضمونا عليه بالمثل للتعدى (قوله كحنطة بشعير) ومثله حنطة بحنطة بالأولى لتعزر التميز ، وفى الأول يتعسر (قوله وكبناء وشجر وزرع مشترك) صنيعه يقتضى أن هذا من قبيل الخلط وليس كذلك ، وإنما توقف البيع فيه من الأجنبي على إذن شريكه لتضرر الشريك بالقلع والهدم كما سيأتى تفصيله اه ح .

قلت : ويمكن الجواب بأن قوله وكبناء معطوف على قول المصنف فى صورة الخلط فيكون استثناء صورة أخرى وهى مافى بيعه ضرر كما قلنا (قوله ونحوه فى فتاوى ابن نجيم) أى فى كتاب البيع حيث أفتى بأنه لو باع أحد الشريكين فى البناء حصته لأجنبي لايجوز ولشريكه جاز ، وأفتى أيضا بأنه لو باع حصته من الزرع لأجنبي بلا رضا شريكه لايجوز ، ومفاده تقييد الأول أيضا بما إذا لم يرض الشريك أفاده ح . وفى الخيرية صرحوا بأن بيع الحصة فى البناء والغرس لغير الشريك لايجوز (قوله وفيها بعد ورقتين أن المبطخة كذلك) ونصه : سئل

لكن فيها بعد ورقتين أخريين جواز بيع البناء أو الغراس المشترك فى الأرض المحتكرة ولو للأجنبى

فى مبطخة بين شريكين باع أحدهما حصته لأجنبى بثمن معلوم بدون رضا شريكه هل يجوز البيع أم لا ؟ أجاب لايجوز البيع اه والمراد بالمطبخة: البطيخ المزروع لاأرض البطيخ إذ بيعه مع الأرض جائز : والمراد أيضا ماإذا باعه قبل النضج لأن فيه ضررا على الشريك بالقطع . قال فى جامع الفصولين : باع نصيبه من المطبخة برضا شريكه ، فلو ضره لقطع لم يجز البيع ونصيب البائع المشترى ،الم يفسخ البيع ولشريكه أن لايرضى بعد الإجازة ، إذ فى قلعه ضرر والإنسان لايجبر على تحمل الضرر اه ، ومفاده أن البيع فاسد قبل الفسخ لقوله ونصيب البائع للمشترى الخ يعنى إذا قبض المبيع .

مطلب مهم فى بيع الحصة الشائعة من البناء أو الغراس

(قوله لكن فيها الخ) أفتى بمثله فى الفتاوى الخيرية ، واستند إلى مافى فتاوى ابن نجيم ، وبين وجه ذلك حيث قال : سئل فيما إذا باع أحد الشركاء حصته فى الغراس فى الأرض المحتكرة من أجنبى وأعلمه بما على الحصة من الحكر هل يجوز بيعه لكونه لامطالب له بالقلع فلا يتضرر أم لا ؟ أجاب : نعم يجوز بيعه لعدم الضرر بعدم التكليف بالقلع .

ففى فتاوى الشيخ زين بن نجيم : إذا باع أحد الشريكين فى البناء والغراس فى الأرض المحتكرة حصته من أجنبى هل يجوز البيع منه أم لا ؟ أجاب : نعم يجوز ، وكذا من الشريك ، والله أعلم اه . ووجه عدم المطالبة فى الأرض المحتكرة بالقلع كما هو ظاهر اه مافى الخيرية . وبه ظهر أنه لامخالفة بين هـذا وماتقدم ، لأن مناط الفساد حصول الضرر فافهم ، ولذا قال الطرطوسى بعدكلام : فتحرر لنا من هـذه النقول أن بيع الحصة من الزرع والثمرة والمطبخة بغير الأرض من الأجنبى أو من أحد شريكيه لايجوز ، فلو رضى الشريك ،قيل لايجوز أيضا ، وقيل يجوز . ويظهر لى التوفيق بحمل الأول على ماإذا قصد المشترى إجبار الشريك على القلع ، والثانى على ماإذا لم يقصد ذلك ، ويفهم هذا التوفيق من تعليل المحيط لعدم الجواز بقوله لأن فيه ضررا والإنسان لايجبر على تحمل الضرر وإن رضى به اه ، كما قالوا فيما إذا باع نصف زرعه من رجل لايجوز ، لأن المشترى يطالبه بالقلع فيتضرر البائع فيما لم يبعه وهو النصف الآخر كبيع الجذع فى السقف : ثم إذا طلب المشترى القلع لايجاب إليه نظرا للشريك ، لكن إن طلب هو أو البائع النقض فسخ البيع لأنه فاسد ، وإن سكت إلى وقت الإدراك انقلب جائزا لزوال المانع : وذكر فى الخانية أن نصيب البائع يكون للمشترى مالم ينقض البيع اه .

وأما بيع هذه المذكورات من الشريك كأرض بينهما فيها زرع لهما لم يدرك فباع أحدهما نصيبه من الزرع لشريكه بدون الأرض ، فى رواية يجوز ، وفى أخرى لاوعليها جواب عامة الأصحاب ، ولكنها تحمل على مافيه ضرر بالقلع كبيع رب الأرض من الأكار حصته من الزرع أو الثمرة فلا يجوز لأنه يكلف الأكار القلع فيتضرر . أما لو باع الأكار لرب الأرض فإنه يجوز اتفاقا والدليل قول المحيط لأن البائع يطالبه بالقلع ليفرغ نصيبه من الأرض ، ولايمكن ذلك إلا بقلع الكل فيتضرر المشترى فيما لم يشتره وهو نصيب لفسه اهكلام الطرسوسى ملخصا ثم حرر أن حكم الغراس كالزرع ، وهذا كله فيما إذا لم يدرك الزرع والثمر ، وإلا جاز لعدم الضرر بالقلع كما سيذكره الشارح عن الفتاوى : إذا بلغت الأشجار أوان القطع جاز الشراء وإلا فسد ، ومثله الزرع كما فى بيوع البحر عن الولوالجية :

فتنبه ، فلا يجوز بيعه إلا بإذنه ، ولو كانت الدار مشتركة بينهما باع أحدهما بيتا معينا أو نصيبه من بيت معين فللآخر أن يبطل البيع .

والحاصل أن مابلغ أوان قطعه يصح بيع الحصة منه للشريك ولغيره ولو بلا إذن الشريك لعدم الضرر وإلا لم يجز بيعه من الأجنبي بلا إذن الشريك ، فلو بإذنه لم يجز إن كان مراد المشترى إجبار الشريك على القلع ، وإلا بأن سكت إلى وقت الإدراك يجوز ، وعلى هذا ما كان فى الأرض المحتكرة لأنه معد للبقاء لا للقطع فلا يتضرر أحدهما ، فلو أراد القطع قبل بلوغ أوانه لايجاب إلى ذلك ، وإذا طلب أحدهما فسخ البيع يجاب لأنه فاسد ، وإنما ينقلب جائزا إذا سكت إلى وقت الإدراك . وأما البناء فذكر الطرطوسى أنه إما أن تكون الأرض لهما أو لغيرهما أو لأحدهما ، فإن كانت لهما ففى المحيط أنه لو باع أحدهما حصته من البناء فقط لأجنبى لم يجز ولو بإذن الشريك لأن للبائع مطالبته بالهدم وكذا لو كان الكل له فباع نصفه من رجل لأن المشترى يطالبه بالهدم فيتضرر البائع فيما لم يبعه ، ولو باع من شريكه فى رواية جاز ، وفى أخرى لاواختارها أبو الليث لأن البائع يطالبه بتفريغ نصيبه من الأرض وإن كانت الأرض لغيرهما ففى البدائع والخلاصة : لو باع لأجنبى لم يجز لأنه لايمكنه تسليمها إلا بضرر وهو نقض البناء ، ومقتضاه أنه لشريكه يجوز ، لكن ينبغى حمله على مالا ضرر فيه كما لو استعارها للبناء مدة ومضت المدة لأن البائع لاحق له فى الأرض فلا يمكنه مطالبة المشترى بالقلع ، بخلاف الأرض المستأجرة لبقاء حقه فى الأرض إلا أن يؤجره نصيبه منها قبل البيع ، وكذا لو كانت الأرض مغصوبة لأن البناء غير مستحق للبقاء بل للقلع فهو كالمقاوع حقيقة فيصح بيعه ولو لأجنبى ، ومثله الأحكار التى يدفع لها كل سنة مبلغ معلوم بلا إجارة شرعية فينبغى أن يكون كالمغصوبة لأنه مستحق للقلع ، وإن كانت الأرض لأحدهما ، فإن باع أحدهما لأجنبى لايجوز ، وإن لشريكه ينبغى الجواز سواء كان البائع صاحب الأرض أو الآخر لأن البناء هنا لايكون إلا بطريق الإباحة فهو مستحق القلع ، بخلاف الزرع فى أرض أحدهما فإنه بطريق المزارعة وهى عقد لازم فالزرع مستحق البقاء ، فلذا لم يصح بيع صاحب الأرض حصته فى الزرع للمزارع وصح العكس لعدم الضرر ، هذا خلاصة ماحرره الطرطوسى فى أنفع الوسائل .

قلت : والعرف الآن فى العمارة أنها تبنى فى أرض الوقف أو أرض بيت المال بعد استئجار أرض الوقف مدة طويلة على مذهب من يراها ، فإذا باع حصته من البناء لأجنبى بعد ما أحكره الحصة من الأرض أو فرغ له عن حق تصرفه فى الأرض السلطانية بإذن المتكلم عليها صح لعدم الضرر ، وكذا لو تأخر الإحكار أو الفراغ عن البيع لارتفاع المفسد كما مر فيما لو باع حصته من الشجر قبل الإدراك ولم يطلب القلع إلى الإدراك ، وعلى هذا فما مر عن البدائع والخلاصة من عدم الجواز للأجنبى ينبغى حمله على ما إذا كانت الأرض مستعارة بقرينة التعليل وذلك لأن المشترى غير مستعير ولابد من تسليم المبيع فلابد من الهدم ، وفيه ضرر على الشريك ، بخلاف ما إذا كانت فى أرض وقف أو أرض سلطانية لأنه يمكنه تسليم المبيع مع الأرض فيقوم المشترى مقام البائع إذا كان قصده إبقاء البناء وتزول علة الفساد التى ذكرها ، وهذا ما استند إليه الخير الرملى فى علة الجواز تبعا لابن نجيم كما مر ، لكنه سوى بين الغراس والبناء ، فيحمل مامر من عدم الجواز فى الغراس الذى لم يبلغ أوان القطع على ما إذا كانت الأرض للبائع ، وقد استوفينا الكلام على هذه المسائل فى كتابنا [العقود الدرية تنقيح الفتاوى الحامدية] فراجعه (قوله فتنبه) أشار به إلى وجه التوفيق الذى ذكرناه بين كلامى ابن نجيم (قوله فلا يجوز بيعه إلا بإذنه) راجع إلى قوله إلا فى صورة الخلط وما بعده اهـ ح وقد سقط فى بعض النسخ من هنا إلى قوله والاختلاط (قوله فللآخر أن يبطل البيع) كذا فى غالب كتب المذهب معللين بتضرر الشريك بذلك عند القسمة ، إذ لو صح فى نصيبه لتعين

وفى الواقعات : دار بين رجلين باع أحدهما نصيبه لآخر لم يجز ، لأنه لايخلو إما إن باعه بشرط الترك أو بشرط القلع أو الهدم . أما الأول فلا يجوز لأنه شرط منفعة للمشترى سوى البيع فصار كشرط إجارة فى البيع، ولا يجوز بشرط الهدم والقلع لأن فيه ضررا بالشريك الذى لم يبع :

وفى الفتاوى : مشجرة بين قوم باع أحدهم نصيبه مشاعا والأشجار قد انتهت أوان القطع حتى لايضرها القطع جاز الشراء ، وللمشترى أن يقطع لأنه ليس فى القسم ضرر .

وفى النوازل : باع نصيبه من المشجرة بلا أرض بلا إذن شريكه ، إن بلغت أوان انقطاعها جاز البيع لأنه لايتضرر المشترى بالقسمة وإن لم تبلغ فسد لتضرره بها . وفيها : باع بناء بلا أرضه على أن يشترك المشترى البناء فالبيع فاسد عمادية من الفصل الثالث من مسائل الشيوع (والاختلاط) بلا صنع من أحدهما فلا يجوز بيعه إلا بإذنه لعدم شيوع الشركة فى كل حبة ، بخلاف نحو حمام وطاحون وعبد ودابة حيث يصح بيع حصته اتفاقا كما بسطه المصنف فى فتاويه . ثم الظاهر أن البيع ليس بقيد ، بل المراد الإخراج عن الملك ولو بهبة أو وصية ،

نصيبه فيه ، فإذا وقعت القسمة للدار كان ذلك ضررا على الشريك إذ لاسبيل إلى جمع نصيب الشريك فيه والحال هذه ، لأن نصفه للمشترى ولا جمع نصيب البائع فيه لفوات ذلك ببيعه النصف ، وإذا سلم الأمر من ذلك انتفى ذلك وسهل طريق القسمة كذا فى الخيرية من البيع (قوله باع أحدهما نصيبه) أى من البناء فقط كما هو صريح العمادية ، أما بيع النصيب من الدار بتمامها فلا مانع من جوازه أفاده ح (قوله بشرط القلع أو الهدم) أى قلع الأخشاب أو هدم البناء والعمارة . والذى فى ح عن العمادية والهدم بالواو (قوله كشرط إجارة فى البيع) أى كما لو باع البناء واشترط عليه إجارة الأرض وهو مفسد للعقد لأن فيه منفعة لأحد المتعاقدين (قوله باع أحدهم نصيبه) أى من الشجر ، وبه عبر فى شرح الملتقى ط (قوله قد انتهت أوان القطع) الأولى قد انتهى أوان قطعها ، وهذا إنما يظهر فى شجر يراد منه القطع ، بخلاف مايراد منه الثمر ط (قوله حتى لا يضرها) أى لا يضر الأشجار : وفى نسخة لا يضرهما بضمير التثنية : أى لا يضر الشريك والمشترى (قوله وللمشترى أن يقطع) أى بعد القسمة ط (قوله وفى النوازل) هو عين ما فى الفتاوى ط ، لكن أعاده لأن فيه التصريح بقوله بلا أرض : وبقوله بلا إذن شريكه .

ومفاده أنه لو باع نصيبه من الأرض والشجر يصح وإن لم يبلغ أوان القطع لأنه ليس لأحدهما أن يطالب شريكه بالقلع ، لأن ماتحته ملكه فلا يتضرر أحدهما كما فى أنفع الوسائل عن المحيط ، وأنه لو باع بإذن شريكه أو من الشريك نفسه أنه يصح أيضا ، وتقدم الكلام عليه (قوله وفيها الخ) هى مسألة الواقعات ط (قوله والاختلاط بلا صنع من أحدهما) كما إذا انشق الكيسان فاختلط مافيهما من الدراهم ط عن الشلبى (قوله لعدم شيوع الشركة الخ) يشير إلى الفرق الذى قدمناه عن الفتح والبحر (قوله حيث يصح بيع حصته) أى من غير شريكه ط (قوله كما بسطه المصنف فى فتاويه) حاصل مابسطه ، هو ماقدمناه من ذكر الفرق بين المشترك بالخلط والاختلاط والمشترك بغيرهما كإرث ونحوه وأنه لايشترط فى صحة البيع الإفراز عند التسليم لاتفاقهم على صحة بيع مشاع لا يمكن إفرازه كالحمام والطاحون والعبد والدابة (قوله ثم الظاهر أن البيع) أى الواقع فى قول المصنف فصح له بيع حصته الخ وهذا مأخوذ من البحر ، لكن إخراج المشترك عن الملك بهبة يشترط له كونه غير قابل للقسمة كبيت صغير وحمام وطاحون ، أما قابلها فلا يصح مالم يقسم فيصير كالمشترك بخلط أو اختلاط وبعد القسمة لاحاجة إلى إذن الشريك

وتمامه فى [الرسالة المباركة ، فى الأشياء المشتركة] وهى نافعة لمن ابتلى بالإفتاء . وزاد الوانى الشفعة أيضا فراجعه . وأما الانتفاع به بغيبة شريكه ففى بيت وخادم وأرض ينتفع بالكل إن كانت الأرض ينفعها الزرع وإلا لا بحر ، بخلاف الدابة ونحوها ، وتمامه فى الفصل الثالث والثلاثين من الفصولين

تأمل (قوله وتمامه فى الرسالة المباركة إلى قوله وأما الانتفاع) ساقط من بعض النسخ قال فى النهر ، وباقى الأحكام فى الأشياء المشتركة بيناه مستوفى فى [الرسالة المباركة فى الأشياء المشتركة] فعليك بها تزدد بها بهاء ، فإنها لمن ابتلى بالإفتاء نافعة ، وأنوار القبول عليها ساطعة (قوله وزاد الوانى) أى محشى الدرر حيث قال : قوله إلا فى صورة الخلط الاختلاط اعترض عليه بأنه ينبغى أن يشير إلى استثناء صورة الشفعة أيضا ، فإنهما لو ورثا أرضا لايجوز أن يبيع أحد الوارثين حصته من الأرض من غير شريكه إلا بإذنه ، ولا يخفى أن هذه الصورة غير خارجة عن صورة الاختلاط اهـ وفيه تأمل ، بل هذه الصورة من الشركة بسبب جبرى . فإذا آلت إليهما بالإرث جاز لكل التصرف فى حصته وإن كان لشريكه الشفعة ط .

قلت : ويؤيده أن قوله إلا فى صورة الخلط والاختلاط استثناء من صحة البيع بلا إذن الشريك . وحاصله توقف الصحة على إذن الشريك . وهذا لايتأتى فى الشفعة فإن بيع الحصة من الدار صحيح وإن كان للشريك حق التملك بالشفعة ، فإنه إذا ادعى الشفعة يتملكها ملكا جديدا . وإن سكت يبقى ملك المشترى على حاله سواء أذن أولا (قوله وأما الانتفاع الخ) محترز قوله عن تصرف مضر (قوله ففى بيت وخادم الخ) قال فى جامع الفصولين : وفى الكرم يقوم عليه ، فإذا أدركت الثمرة يبيعه ويأخذ حصته ويقف حصة الغائب فإذا قدم الغائب أجاز بيعه أو ضمنه القيمة ، ولو أدى الخراج فمتبرع . أرض بينهما زرع أحدهما كلها تقسم الأرض بينهما ، فما وقع فى نصيبه أقر وما وقع فى نصيب شريكه أمر بقلعه وضمن نقصان الأرض هذا إذا لم يدرك الزرع ، فلو أدرك أو قرب يغرم الزارع لشريكه نقصان نصفه لو انتقصت لأنه غاصب فى نصيب شريكه اهـ .

قلت : هذا إذا كان الشريك حاضرا كما قيده فى الخانية لأن قسمة الأرض لاتكون مع الغائب ، ولأنه لايكون غاصبا فى صورة الغيبة وإلا لم يكن له زراعتها . نعم يمكن كونه غاصبا لو كانت الزراعة تنقصها ، لقوله فى الفصولين ويفتى بأنه لو علم أن الزرع ينفع الأرض ولاينقصها فله أن يزرع كلها ، ولو حضر الغائب فله أن ينتفع بكل الأرض مثل تلك المدة لرضا الغائب فى مثله دلالة ، ولو علم أن الزرع ينقصها أو الترك ينفعها ويزيدها قوة فليس للحاضر أن يزرع فيها شيئا أصلا إذ الرضا لم يثبت ، وكذا لو مات أحدهما فللشريك أن يزرع اهـ .

قلت : وفى القنية لايلزم الحاضر فى الملك المشترك أجر ، وليس للغائب استعماله بقدر تلك المدة لأن المهايأة بعد الخصومة اهـ ، وهذا موافق لما سيأتى آخر الباب عن المنظومة المحبية ، لكنه مخالف لما مر ولما ذكره فى تنوير البصائر عن الخانية أن الدار كالأرض وأن للغائب أن يسكن مثل ما سكن شريكه وأن المشايخ استحسنوا ذلك وهكذا روى عن محمد ، وعليه الفتوى اهـ وسيأتى تمامه فى الغصب (قوله ينتفع بالكل) فى الخانية : للحاضر أن يسكن كل الدار بقدر حصته ، وفى رواية : له أن يسكن منها قدر حصته ، ولو خاف أن تخرب الدار له أن يسكن كلها اهـ ح

والفرق بين الروايتين أن الرواية المشهورة أنه لو كان له نصف الدار مثلا يسكنها كلها مدة بقدر حصته كنصف سنة ويتركها نصف سنة : وعلى الرواية الثانية يسكن نصفها فقط . وهذا إذا لم يخف خرابها بالترك ، فلو خاف يسكنها كلها دائما . وذكر فى الفصولين وكذا فى الخادم يستخدمه الحاضر بحصته ، ومقتضاه أنه يستخدمه يوما ويتركه يوما بقدر حصة الغائب . فإطلاق الشارح فى محل التقييد (قوله بخلاف الدابة) لتفاوت الناس فى الركوب

وشركه عقد) أى واقعة بسبب العقد قابلة للوكالة .

(وركنها) أى ماهيتها (الإيجاب والقبول) ولو معنى؛كما لودفع له ألفا وقال أخرج مثلها واشتر والربح بيننا .

(وشرطها) أى شركة العقد(كون المعقود عليه قابلا للوكالة)فلا تصح فى مباح كاحتطاب (وعدم مايقطعها كشرط دراهم مسماة من الربح لأحدهما) لأنه قد لايربح غير المسمى (وحكمها الشركة فى الربح ،وهى) أربعة : مفاوضة ، وعنان ، وتقبل ، ووجوه ، وكل من الأخيرين يكون مفاوضة وعنانا كما سيجىء

لا السكنى والاستخدام فصولين ، وهذا ظاهر إذا كان يسكن وحده ؛ أما لو كان له أولاد وعيال كثيرون لاشك أن السكنى تتفاوت أكثر من الركوب ، وكذا الاستخدام يتفاوت بكثرة الأعمال والأشغال فليتأمل ،وأفاد فى شرح الوهبانية أن المنع فى الركوب خاصة لا فى غيره كالحرث ونحوه (قوله أى واقعة بسبب العقد) أشار به إلى أن الإضافة من الإضافة إلى السبب وهى أقوى الإضافات ، وقد سلفه عن الكمال أن الإضافة للبيان ط (قوله قابلة للوكالة) يغنى عنه قول المصنف بعدو شرطها كون المعقود عليه قابلا للوكالة ط (قوله الإيجاب والقبول) كأن يقول أحدهما شاركتك فى كذا ويقبل الآخر ، ولفظ كذا كناية عن الشىء أعم من أن يكون خاصا كالبز والبقل ، أو عاما كما إذا شاركه فى عموم التجارات بحر (قوله ولو معنى) يرجع إلى كل من الإيجاب والقبول ط (قوله كما لو دفع له ألفا) أى وقبل الآخر وأخذها وفعل انعقدت الشركة بحر ، وقوله وأخذها عطف تفسير ،لأن المراد القبول معنى وهو بنفس الأخذ .

مطلب شركة العقد

(قوله وشرطها الخ) أفاد أن كل صور عقود الشركة تتضمن الوكالة وذلك ليكون مايستفاد بالتصرف مشتركا بينهما ، فيتحقق حكم عقد الشركة المطلوب منه وهو الاشتراك فى الربح ، إذ لولم يكن كل منهما وكيلا عن صاحبه فى النصف وأصيلا فى الآخر لايكون المستفاد مشتركا لاختصاص المشترى بالمشترى فتح (قوله كاحتطاب) واحتشاش واصطياد ونكد فإن الملك فى كل ذلك يختص بمن باشر السبب فتح .

(قوله وحكمها الشركة فى الربح) الواو للحال ط : أى فيلزم انتفاء حكمها اولم يربح غير المسمى ، ويحمل كون الواو للعطف على قوله وشرطها .

مطلب اشتراط الربح متفاوتا صحيح ، بخلاف اشتراط الخسران

[تنبيه] ويندب الإشهاد عليها ، وذكر محمد كيفية كتابتهم فقال هذا مااشترك عليه فلان وفلان اشتراكا على تقوى الله تعالى وأداء الأمانة ثم يبين قدر رأس مال كل منهما ويقول ذلك كله فى أيهما يشتريان به ويبيعان جميعاوشتى ويعمل كل منهما برأيه ويبيع بالنقد والنسيئة ، وهذا وإن ماكه كل بمطلق عقد الشركة إلا أن بعض العلماء يقول لايملكه إلا بالتصريح به ثم يقول : فما كان من ربح فهو بينهما على قدر رؤوس أموالهما ، وماكان من وضيعة أوتبعة فكذلك ،ولا خلاف أن اشتراط الوضيعة بخلاف قدر رأس المال باطل واشتراط الربح متفاوتا عندنا صحيح فيما سيذكر ،فإن اشترطا التفاوت فيه كتباه كذلك ، ويكتب التاريخ كى لايدعى أحدهما لنفسه حقافيما اشتراه الآخر قبل التاريخ فتح (قوله وهى) أى شركة العقد ، وقوله أربعة خبر عنه ،وقول المصنف إما مفاوضة مع ماعطف عليه بدل منه تأمل (قوله وكل من الأخيرين) أى التقبل والوجوه فهى حينئذ ستة ولايخفى مافيه من الركاكة فكان

(إما مفاوضة) من التفويض ، بمعنى المساواة فى كل شئ (إن تضمنت وكالة وكفالة) لصحة الوكالة بالمجهول ضمنا لاقصدا (وتساويا مالا) تصح به الشركة ، وكذا ربحا كما حققه الوانى (وتصرفا ودينا) لايخفى أن التساوى فى التصرف يستلزم التساوى فى الدين ، وأجازها أبو يوسف مع اختلاف الملة مع الكراهة (فلا تصح) مفاوضة وإن صحت عنانا (بين حر وعبد) ولو مكاتبا أو مأذونا (وصبى وبالغ ومسلم وكافر) لعدم المساواة ،

عليه أن يقول وهى ستة : شركة بالمال وبالأعمال ووجوه ، وكل إما مفاوضة أو عنان كما قال الشيخان الطحاوى والكرخى ، وجرى عليه الزيلعى وغيره ، نعم مافعله الشارح حسن من حيث أن قول المصنف إما مفاوضة وإما عنان خاص بشركة المال بدليل قوله بعده وإما تقبل وإما وجوه فقد دفع مايوهمه المتن من أن الأخيرين لايكونان مفاوضة ولاعنانا فافهم ، وسنذكر أن شروط المفاوضة فى المواضع الثلاثة مختلفة ، وأن الظاهر أنها فى الأخيرين مجاز .

مطلب فى شركة المفاوضة

(قوله من التفويض) أو من الفوض الذى منه فاض الماء : إذا عم فتح ، ولذا قال فى الهداية لأنها شركة عامة فى جميع التجارات . وفى القاموس : المفاوضة الاشتراك فى كل شئ المساواة اه لكنها فى الاصطلاح أخص لأنه لايلزم فيها مساواتهما فى العقار والعروض كما أفاده ط (قوله إن تضمنت وكالة وكفالة) أى بأن يكون كل واحد منهما فيما وجب لصاحبه بمنزلة الوكيل ، وفيما وجب عليه بمنزلة الكفيل عنه خانية. وقد اعترض ذكر الوكالة بأنه لافائدة فيه لأنه لايختص المفاوضة . وأجاب فى النهر بأنه لابدع فى ذكر شرط الشئ وإن كان شرطا لآخر اه على أن الشرط مجموع الوكالة والكفالة وهذا خاص بالمفاوضة (قوله لصحة الوكالة بالمجموع ضمنا) جواب عما أورد من أن الوكالة بالمجهول لاتصح :

وأورد أيضا أن الكفالة لاتصح بدون قبول المكفول له وهو هنا مجهول . وأجيب بمثل ما أجاب به الشارح فكان عليه أن يذكر الكفالة أيضا ، لكن قال فى البحر عقب الجواب المذكور : على أن الفتوى فى الكفالة على الصحة : أى بلا توقف على القبول ، وسبقه إلى هذا فى الدرر ، فالاعتراض بها ساقط من أصله فلذا لم يذكرها الشارح ، لكن فيه اشتباه ، وهو أن الواقع هنا جهالة المكفول له . ولا خلاف فى أن العلم به شرط ، وإنما الخلاف فى اشتراط قبول الكفالة فقيل يشترط وعليه المتون وصححوه ، وقيل غير شرط وصحح أيضا (قوله تصح به الشركة) صفة لقوله مالا ، احترز به عما لو اختص أحدهما بملك عرض أو عقار كما يأتى أودين كما فى الخانية أى قبل قبضه ، فلو قبضه بطلت وانقلبت عنانا ، إذ تشترط المساواة ابتداء وبقاء كما يأتى (قوله كما حققه الوانى) أخذا من كونها عبارة عن المساواة فى جميع ماتتعلق به الشركة وقال فلذا لم يتعرضوا له .

قلت : فى الخانية ويشترط المساواة فى الربح أيضا (قوله يستلزم فى الدين) لأن الكافر إذا اشترى خمرا أو خنزيرا لايقدر المسلم أن يبيعه وكالة من جهته ، فيفوت شرط التساوى فى التصرف ابن كمال (قوله مع الكراهة) لأن الكافر لايهتدى إلى الجائز من العقود زيلعى (قوله ومسلم وكافر) أفاد أنها تصح بين ذميين كنصرانى ومجوسى كما فى الخانية (قوله لعدم المساواة) فإن العبد لايملك التصرف والكفاية إلا بإذن المولى بخلاف الحر والصبى لايملك الكفالة أصلا ويملك التصرف بإذن الولى ، بخلاف البالغ والكافر يقدر على تمليك الخمر وتملكها ، بخلاف المسلم

وأفاد أنها لاتصح بين صبيين لعدم أهليتهما للكفالة ولا مأذونين لتفاوتهما قيمة (وكل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها ، ولايشترط ذلك فى العنان كان عنانا) كما مر (لاستجماع شرائطه) كما سيتضح .

(وتصح) المفاوضة (بين حنفى وشافعى) وإن تفاوتا مصرفا فى متروك التسمية لتساويهما ملة ، وولاية الإلزام بالحجة ثابتة (ولا تصح إلا بلفظ المفاوضة) وإن لم يعرفا معناها سراج (أو بيان) جميع (مقتضياتها) إن لم يذكر لفظها ، إذ العبرة للمعنى لا للمبنى ، وإذا صحت (فما اشتراه أحدهما يقع مشتركا إلا طعام أهله وكسوتهم)

أفاده فى الدر والنهر . وفى عبارة ح هنا سقط فتنبه (قوله وأفاد) أى بالدلالة الأولوية (قوله لعدم أهليتهما للكفالة) أى ولو بإذن الولى نهر (قوله ولا مأذونين) ولا مكاتبين نهر ولا بين حر ومكاتب ، ولا بين مجنون وعاقل ح عن الهندية (قوله لتفاوتهما قيمة) أى فإنهما وإن كانا أهلا للكفالة بالإذن إلا أنهما يتفاضلان فيها لأنهما يتفاوتان قيمة فلم يتحقق كون كل منهما كفيلا بجميع ما لزم صاحبه نهر ، لأنه إذا استغرق الدين رقبتهما يتعلق بقيمتهما فيلزم مطالبة الأكثر قيمة بأكثر من الآخر (قوله ولايشترط ذلك فى العنان) جملة حالية احترز بها عما يشترط فى العنان أيضا كعدم اشتراط دراهم معلومة من الربح لأحدهما فلا تكون عنانا أيضا (قوله كما مر) فى قوله وإن صحت عنانا ح (قوله لاستجماع شرائطه) أى شرائط العنان (قوله كما سيتضح) أى فى قوله فتصح من أهل التوكيل وإن لم يكن أهلا للكفالة ح (قوله لتساويهما ملة الخ) جواب عما استدل به لأبى يوسف على جوازها بين مسلم وكافر بإبداء الفارق . قال فى الفتح : وأما الحنفى والشافعى فالمساواة بينهما ثابتة لأن الدليل على كونه ليس مالا متقوما قائم ، وولاية الإلزام بالمحاجة ثابتة باتحاد الملة والاعتقاد فلا يجوز التصرف فيه للشافعى كالحنفى اهـ أى بخلاف الكافر ، فإن الدليل على منع بيع الخمر والخنزير وإن كان قائما لكنه لم يلتزم ملتنا حتى نلزمه بالدليل (قوله وإن لم يعرفا معناها) لأن لفظها علم على تمام المساواة فى أمر الشركة فإذا ذكراه تثبت أحكامها إقامة للفظ مقام المعنى فتح (قوله أو بيان جميع مقتضياتها) بأن يقول أحدهما وهما حران بالغان مسلمان أو ذميان ، شاركتك فى جميع ما أملك من نقد وقدر ما تملك على وجه التفويض العام من كل منا للآخر فى التجارات والنقد والنسيئة ، وعلى أن كلا ضامن عن الآخر ما يلزمه من أمر كل بيع فتح .

مطلب فيما يقع كثيرا فى الفلاحين مما صورته شركة مفاوضة

[تنبيه] يقع كثيرا فى الفلاحين ونحوهم أن أحدهم يموت فتقوم أولاده على تركته بلا قسمة ويعملون فيها من حرث وزراعة وبيع وشراء واستدانة ونحو ذلك ، وتارة يكون كبيرهم هو الذى يتولى مهماتهم ويعملون عنده بأمره وكل ذلك على وجه الإطلاق والتفويض ، لكن بلا تصريح بلفظ المفاوضة ولا بيان جميع مقتضياتها مع كون التركة أغلبها أو كلها عروض لا تصح فيها شركة العقد ، ولا شك أن هذه ليست شركة مفاوضة ، خلافا لما أفتى به فى زماننا من لا خبرة له بل هى شركة ملك كما حررته فى تنقيح الحامدية . ثم رأيت التصريح به بعينه فى فتاوى الحانوتى ، فإذا كان سعيهم واحدا ولم يتميز ما حصله كل واحد منهم بعمله يكون ما جمعوه مشتركا بينهم بالسوية وإن اختلفوا فى العمل والرأى كثرة وصوابا كما أفتى به فى الخيرية ، وما اشتراه أحدهم لنفسه يكون له ويضمن حصة شركائه من ثمنه إذا دفعه من المال المشترك ، وكل ما استدانه أحدهم يطالب به وحده .

وقد سئل فى الخيرية من كتاب الدعوى عن إخوة أشقاء عائلتهم وكسبهم واحد وكل مفوض لأخيه جميع التصرفات ادعى أحدهم أنه اشترى بستانا لنفسه . فأجاب : إذا قامت البينة على أنه من شركة المفاوضة تقبل وإن كتب فى

استحسانا لأن المعلوم بدلالة الحال كالمشروط بالمقال ، وأراد بالمستثنى ما كان من حوائجه ولو جارية للوطء بإذن شريكه كما يأتى (وللبائع مطالبة أيهما شاء بثمنهما) أى الطعام والكسوة (ويرجع الآخر) بما أدى (على المشترى بقدر حصته) إن أدى من مال الشركة (وكل دين لزم أحدهما بتجارة) واستقراض (وغصب) واستهلاك (وكفالة بمال

صك التبايع أنه اشترى لنفسه اه ملخصا ويأتى تمام الكلام فى أول الفصل الآتى (قوله استحسانا) والقياس أن يكون الطعام المشترى والكسوة المشتراة بينهما لأنهما من عقود التجارة فكان من جنس مايتناوله عقد الشركة زيلعى (قوله لأن المعلوم الخ) لأن كلامنهما لم يقصد بالمفاوضة أن تكون نفقته ونفقة عياله على شريكه ولايتمكن من تحصيل حاجته إلا بالشراء فصاركل منهما مستثنيا هذا القدر من تصرفه والاستثناء المعلوم بدلالة الحال كالاستثناء المشروط درر (قوله ماكان من حوائجه) شمل شراء بيت السكنى والاستئجار للسكنى أو للركوب لحاجته كالحج وغيره وكذا الإدام بحر (قوله ولو جارية للوطء) لكن هنا لايرجع شريكه عليه بشىء من ثمنها المؤدى من مال الشركة (قوله كما يأتى) أى فى الفصل الآتى (قوله أيهما شاء) أى المشترى بالأصالة وصاحبه بالكفالة درر (قوله بما أدى) الأولى حذفه ليشمل مالو أدى المشترى ، نعم يفهم ذلك دلالة . وفى ط عن الشلبى قال فى الينابيع : وإن نقد الثمن من مال الشركة ضمن نصفه لصاحبه ، فإذا وصل إلى يده بطلت المفاوضة لأنه فضل مال شريكه والفضل فى المال يبطل المفاوضة اه (قوله بقدر حصته) بدل من قوله بما أدى (قوله إن أدى من مال الشركة) وإن أدى من غيره وهو ملك له لايرجع بطلت المفاوضة إن كان من جنس ماتصح فيه الشركة لأنه بدخوله فى ملكه زاد ماله وإلا فلا تبطل ، كما إذا دفع عرضا كما لا يخفى ط (قوله وكل دين لزم أحدهما الخ) يستثنى ما إذا كان الدائن الشريك ، لما فى الظهيرية : لو باع أحدهما من صاحبه ثوبا ليقطعه قميصا لنفسه أو أمة ليطأها أو طعاما لأهله جاز البيع ، بخلاف ما إذا باعه شيئا من الشركة لأجل التجارة اه ففى صورة الجواز لزمه الثمن ولم يلزم شريكه ، أفاده فى البحر :

قلت : ويكون الثمن نصفه له ونصفه لشريكه كما ذكره الحاكم فى الكافى ، وإنما جاز البيع لأن ذلك مما يختص به المشترى فلا يقع مشتركا بينهما حيث اشتراه لنفسه ، بخلاف ما إذا اشتراه للتجارة فإنه لايصح لأنه لايفيد ، إذ لو صح عاد مشتركا بينهما كما كان ، ولهذا قال فى الكافى : وإن كان لأحدهما عبد ميراث فاشتراه الآخر للتجارة جاز وكان بينهما اه . ووجهه أن الشراء هنا مفيد لأنه لم يكن مشتركا قبل الشراء ، هذا ماظهر لى (قوله بتجارة) كثمن المشترى فى بيع جائز وقيمته فى فاسد ، سواء كان مشتركا أو لنفسه ، وأجرة ما استأجره لنفسه أو لحاجة التجارة ، وكذا مهر المشتراة الموطوءة لأحدهما إذا استحقت فللمستحق أن يأخذ أيهما شاء بالعقر لأنه وجب بسبب التجارة ، بخلاف المهر فى النكاح بحر (قوله واستقراض) هو ظاهر الرواية ، وليس لأحدهما الإقراض فى ظاهر الرواية بحر ، وسيأتى تمام الكلام عليه (قوله وغصب) المراد به مايشبه ضمان التجارة ، فيدخل فيه الاستهلاك والوديعة المجحودة أو المستهلكة ، وكذا العارية ، لأن تقرر الضمان فى هذه المواضع يفيد له تملك الأصل فيصير فى معنى التجارة بحر . وعليه فالأولى أن يقول بتجارة أو مايشبهها كاستقراض وغصب الخ ، وخرج مالايشبه ضمان التجارة كمهر وبدل خلع أو جناية كما يأتى (قوله وكفالة بمال بأمره) هذا قول الإمام ، وقالا : لايلزم الآخر لأنها تبرع ، وله أنها تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء ، لأن للكفيل تضمين المكفول عنه لو كانت بأمره ، بخلاف كفالة النفس لأنها تبرع ابتداء وانتهاء ، وكذا كفالة المال بلا أمر ، فلا يلزم صاحبه

بأمره لزم الآخر ولو) لزومه (بإقراره) إلا إذا أقر لمن لاتقبل شهادته له ولو معتدته فيلزمه خاصة كمهر وخلع وجناية وكل مالاتصح الشركة فيه (و) فائدة اللزوم أنه (إذا ادعى على أحدهما فله تحليف الآخر) ولو ادعى على الغائب له تحليف الحاضر على علمه، ثم إذا قدم له تحليفه ألبتة ولوالجية (وبطلت إن وهب لأحدهما أو ورث مانصح فيه الشركة) مما يجيء ووصل ليده ولو بصدقة أو إيصاء لفوات المساواة بقاء وهى شرط كالابتداء (لا) تبطل بقبض (مالا تصح فيه) الشركة (كعرض وعقار، و) إذا بطلت بما ذكر

فى الصحيح لانعدام معنى المعاوضة ، وتمامه فى الفتح (قوله ولو لزومه) أى لزوم ماذكر من الثلاثة بإقراره : أى فإنه يكون عليهما لأنه أخبر عن أمر يملك استئنافه بحر عن المحيط ، وسنذكر فى الفروع أن إقراره بالاستقراض يلزمه خاصة ، ويأتى تمامه ، وماذكره من لزومه بالاقرار فى شركة المفاوضة ، أما العنان فلا يمضى إقراره على شريكه بل على نفسه على تفصيل سنذكره عند قول المصنف لاإقراره بدين (قوله لمن لاتقبل شهادته له) كأصوله وفروعه وامرأته . وعندهما يلزم شريكه أيضا إلا لعبده ومكاتبه بحر (قوله ولو معتدته) أى عن نكاح ، فلو أعتق أم ولده ثم أقر لها بدين يلزمهما وإن كانت فى عدته لأن شهادته لها جائزة ، بخلاف المعتدة عن نكاح فى ظاهر الرواية بحر (قوله وخلع) على تقدير مضاف : أى بدل خلع ، كما لو عقدت امرأة شركة مفاوضة مع آخر ثم خالعت زوجها على مال لايلزم شريكها ، وكذا لو أقرت ببدل الخلع فتح (قوله وجناية) أى أرش جناية على الآدمى ، أما الجناية على الدابة أو الثوب فيلزم شريكه فى قول الإمام ومحمد ، لما أنه يملك المجنى عليه بالضمان نهر عن الحدادى (قوله وكل مالا تصح الشركة فيه) كالصلح عن دم العمد وعن النفقة بحر (قوله وفائدة اللزوم الخ) بيان لوجه الفرق بين مايلزم أحد الشريكين بمباشرة الآخر ومالايلزمه (قوله أنه إذا ادعى على أحدهما) أى ادعى عليه بيعا أونحوه فله تحليف الآخر : أى الذى لم يباشر العقد ، لكن يحلف المباشر على البت أى القطع بأن يحلف إنى مابعتك مثلا لأنه فعل نفسه ويحلف الآخر على العلم ، بأن يحلف إنى لاأعلم أن شريكى باعك ، وإنما يحلف الآخر لأن الدعوى على أحدهما دعوى عليهما . قال فى البحر: ولو ادعى عليهما يستحلف كل واحد البتة لأن كل واحد منهما يستحلف على فعل نفسه فأيهما نكل عن اليمين يمضى الأمر عليهما ، لأن إقرار أحدهما كإقرارهما اه ، وهذا لو كان كل من المدعى عليهما مباشرين كما يفيده التعليل ، فلو كان المباشر أحدهما يحلف الآخر على العلم لأنه فعل غيره كما لايخفى (قوله ولو ادعى على الغائب) أى على فعل الغائب ، بأن ادعى على الحاضر بأن شريكك الغائب باعنى كذا (قوله له تحليف الحاضر على علمه) لأنه فعل غيره بحر (قوله له تحليفه البتة) لأنه يستحلفه على فعل نفسه بحر . قال ح ، أى اليمين البتة ، فالبتة قائم مقام المفعول المطلق المحذوف قيام الصفة مقام الموصوف اه . قال فى البحر : ولو ادعى على أحدهما أرش جراحة خطأ واستحلفه البتة لم يكن له تحليف الآخر ، وكذا المهر والخلع والصلح عن دم العمد لأن هذه الأشياء غير داخلة تحت الشركة فلا يكون فعل أحدهما كفعلهما (قوله وبطلت إن وهب الخ) لو قال وبطلت إن ملك أحدهما الخ لكان أخصر وأفود لشموله ماذكره الشارح من الصدقة والإيصاء ط عن أبى السعود (قوله مما يجىء) أى فى قوله ولا تصح مفاوضة وعنان بغير النقدين الخ ط (قوله ووصل ليده) مقتضاه اشتراط ذلك فى الموروث أيضا . ورده فى الشرنبلالية بأن الملك حصل بمجرد موت المورث اه ح وهو محمول على النقد العين ، بخلاف الدين لقول الزيلعى: ولو ورث أحدهما دينا وهو دراهم أودنانير لاتبطل حتى تقبض ، لأن الدين لاتصح الشركة فيه أفاده ط عن أبى السعود (قوله كعرض) أدخلت الكاف الديون فإنها لاتبطل بها إلا بالقبض ط عن البحر (قوله بما ذكر) أى بملك

(صارت عنانا) أى تنقلب إليها .

(ولا تصح مفاوضة وعنان) ذكر فيهما المال وإلا فهما تقبل ووجوه (بغير النقدين والفلوس النافقة والتبر والنقرة) أى ذهب وفضة لم يضربا (إن جرى) مجرى النقود (التعامل بهما) وإلا فكعروض (وصحت بعرض) هو المتاع غير النقدين ويحرك قاموس (إن باع كل منهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر ثم عقداها) مفاوضة أو عنانا ، وهذه حيلة لصحتها بالعروض وهذا إن تساويا قيمة ، وإن تفاوتا باع صاحب الأقل بقدر ماتثبت به الشركة ابن كمال ،فقوله بنصف عرض الآخر اتفاق

أحدهما ماتصح فيه الشركة ط (قوله صارت عنانا) لعدم اشتراط المساواة فيها ط عن المنح (قوله ذكر فيهما المال) لاحاجة إليه لأن الكلام فى شركة الأموال اهـ ح أى لما قدمنا من أن قوله إما مفاوضة وإما عنان خاص بشركة المال بدليل عطفه عليه قوله وتقبل ووجوه . وقد تابع الشارح النهر والدرر (قوله بغير النقدين) فلا تصحان بالعرض ولا بالمكيل والموزون والعدد المتقارب قبل الخلط بجنسه ، وأما بعده فكذلك فى ظاهر الرواية فيكون المخلوط شركة ملك وهو قول الثانى . وقال محمد : شركة عقد ، وأثر الخلاف يظهر فى استحقاق المشروط من الربح ، وأجمعوا أنها عند اختلاف الجنس لاتنعقد نهر (قوله والفلوس النافقة) أى الرائجة ، وكان يغنى عنه مابعده من التقييد بجريان التعامل والجواز بها هو الصحيح لأنها أثمان باصطلاح الكل فلا تبطل مالم يصطلح على ضده نهر (قوله والتبر والنقرة) فى المغرب: التبر مالم يضرب من الذهب والفضة والنقرة القطعة المذابة منهما اهـ . زاد فى المصباح : وقيل الذوب هى التبر ، فما ذكره الشارح يصلح تفسيرا لهما لأخذ عدم الضرب فى كل منهما لكن الفرق بينهما أن التبر لم يذب فى النار تأمل (قوله إن جرى التعامل بهما) قيد بذلك زيادة على مافى الكنز ليوافق الرواية المصححة كما أوضحه فى البحر (قوله وصحت) أى شركة الأموال سواء كانت مفاوضة أو عنانا بقرينة قوله ثم عقداها مفاوضة أوعنانا ط (قوله إن باع كل منهما الخ) لأنه بالبيع صار بينهما شركة ملك حتى لايجوز لأحدهما أن يتصرف فى نصيب الآخر ثم بالعقد بعده صارت شركة عقد فيجوز لكل منهما التصرف زيلعى (قوله بنصف عرض الآخر) وكذا لو باعه بالدراهم ثم عقد الشركة فى العرض الذى باعه جاز أيضا زيلعى وبحر ، وقوله الذى باعه يعنى الذى باع نصفه بالدراهم (قوله وهذا) أى بيع النصف بالنصف (قوله بقدر ماتثبت به الشركة) أوضحه فى النهاية بأن تكون قيمة عرض أحدهما أربعمائة وقيمة عرض الآخر مائة ، فإنه يبيع صاحب الأقل أربعة أخماس عرضه بخمس عرض الآخر فيصير المتاع كله أخماسا ويكون الربح كله بينهما على قدر رأس ماليهما اهـ . ورده الزيلعى بأن هذا الحمل غير محتاج إليه ، لأنه يجوز أن يبيع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر وإن تفاوتت قيمتهما حتى يصير المال بينهما نصفين وكذا العكس جائز ، وهو ما إذا كانت قيمتهما متساوية فباعاه على التفاوت ، بأن باع أحدهما ربع ماله بثلاثة أرباع مال الآخر ،فعلم بذلك أن قوله باع نصف ماله الخ وقع اتفاقا أوقصدا ليكون شاملا للمفاوضة والعنان ، لأن المفاوضة شرطها التساوى بخلاف العنان اهـ وأقره فى البحر ولايخفى مافيه ، فإن ماصوره فى النهاية هو الواقع عادة لأن صاحب الأربعمائة مثلا لايرضى فى العادة ببيع نصف عرضه بنصف عرض صاحب المائة حتى يصير العرضان بينهما نصفين وإن أمكن ذلك ، لكن مطلق الكلام يحمل على المتعارف ، ولذا حملوا مافى المتون من بيع النصف بالنصف على ما إذا تساويا قيمة فافهم (قوله اتفاق) أى لم يقصد ذكره لفائدة ، وقد علمت أن فائدته موافقته للعادة وشموله للمفاوضة أى نصا ، بخلاف ما إذا قال باع بعض عرضه ببعض عرض الآخر ، فإنه وإن شمل المفاوضة أيضا

(ولا تصح بمال غائب أو دين مفاوضة كانت أو عنانا) لتعذر المضى على موجب الشركة :

(وإما عنان) بالكسر وتفتح (إن تضمنت وكالة فقط) بيان لشرطها (فتصح من أهل التوكيل) كصبى ومعتوه يعقل البيع (وإن لم يكن أهلا للكفالة) لكونها لاتقتضى الكفالة بل الوكالة (و) لذا (تصح) عاما

لكن لايشملها إلا إذا أريد بالبعض النصف دون الأقل والأكثر فافهم ، نعم هو اتفاق بالنظر إلى جواز بيع نصفه بالدراهم كما مر .

مطلب لاتصح الشركة بمال غائب

(قوله ولا تصح بمال غائب) بل لابد من كونه حاضرا والمراد حضوره عند عقد الشراء لاعند عقد الشركة ، فإنه لو لم يوجد عند عقدها يجوز ، ألا ترى أنه لو دفع إلى رجل ألفا وقال أخرج مثلها واشتربها والحاصل بيننا أنصافا ولم يكن المال حاضرا وقت الشركة فبرهن المأمور على أنه فعل ذلك وأحضر المال وقت الشراء جاز بحر عن البزازية ومثله فى الفتح وغيره ، لكن نقل فى البحر أيضا عن القنية ما يفيد فسادها بالإفتراق بلا دفع ثم انعقادها وقت حضور المال :

[فرع] دفع إلى رجل ألفا وقال اشتر بها بينى وبينك نصفين والربح لنا والوضيعة علينا فهلك المال قبل الشراء ويضمن وبعده ضمن المشترى النصف بحر عن الذخيرة :

قلت : ووجهه أنه لما أمره بالشراء نصفين صار مشتريا للنصف وكالة عن الآمر وللنصف أصالة عن نفسه وقد أوفى الثمن من مال الآمر فيضمن حصة نفسه ، والظاهر أن هذه شركة ملك لاشركة عقد كما سيتضح قبيل الفروع وليست مضاربة لما قلنا فتنبه لذلك فإنه يقع كثيرا (قوله على موجب الشركة) أى من البيع والشراء بالمال والربح به :

مطلب فى شركة العنان

(قوله وإما عنان) مأخوذ من عنّ كذا : عرض أى ظهر له أن يشاركه فى البعض من ماله ، وتمامه فى النهر (قوله من أهل التوكيل) أى توكيل غيره ، فتصح من الصبى المأذون بالتجارة وفى حكمه المعتوه (قوله لكونها لاتقتضى الكفالة) أى بخلاف المفاوضة كما مر ، فلو ذكر الكفالة مع توفر باقى شروط المفاوضة انعقدت مفاوضة ، وإن لم تكن متوفرة كانت عنانا ثم هل تبطل الكفالة ؟ يمكن أن يقال تبطل وأن يقال لا تبطل لأن المعتبر فيها أى فى العنان عدم اعتبار الكفالة لااعتبار عدمها . قال فى الفتح : وقد يرجح الأول بأنها كفالة بمجهول فلا تصح إلا ضمنا ، فإذا لم تكن مما تقتضمنها الشركة لم يكن ثبوتها إلا قصدا اه نهر .

قلت : لكن فى الخانية : ولايكون فى شركة العنان كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه إذا لم يذكر الكفالة بخلاف المفاوضة اه ومقتضاه أنه يكون كفيلا إذا ذكر الكفالة ، وهذا ترجيح للاحتمال الثانى ، ولعل وجهه أن الكفالة متى ذكرت فى عقد الشركة تثبت تبعا لها وضمنا لاقصدا ، لأن الشركة لاتنافى الكفالة بل تستدعيها ، لكنها لاتثبت فيها إلا باقتضاء اللفظ لها كلفظ المفاوضة أو بذكرها فى العقد تأمل (قوله ولذا) أى لكونها لاتقتضى الكفالة ، ومقتضاه أنها لو اقتضتها لم تصح خاصة أى فى نوع من أنواع التجارة ولا مؤقتة بوقت خاص . قال ح وهذا يقتضى أن المفاوضة لاتكون خاصة مع أنها تكون كما صرح به فى البحر اه .

وخاصا ومطلقا ومؤقتا و (مع التفاضل فى المال دون الربح وعكسه ، وببعض الملل دون بعض ، وبخلاف الجنس كدنانير) من أحدهما (ودراهم من الآخر ، و) بخلاف (الوصف كبيض وسود

مطلب فى توقيت الشركة روايتان

ثم إذا وقتها فهل تتوقت بالوقت حتى لاتبقى بعد مضيه؟ فيه روايتان كما فى توقيت الوكالة ، وتمامه فى البحر عن المحيط ولم يذكر ترجيحا ، وجزم فى الخانية بأنها تتوقت حيث قال : والتوقيت ليس بشرط لصحة هذه الشركة والمضاربة ، وإن وقتا لذلك وقتا بأن قال ما اشتريت اليوم فهو بيننا صح التوقيت ، فما اشتراه بعد اليوم يكون للمشترى خاصة ، وكذا لو وقت المضاربة لأنها والشركة توكيل والوكالة مما يتوقف اه لكن سيذكر الشارح فى كتاب الوكالة عن البزازية الوكيل إلى عشرة أيام وكيل فى العشرة وبعدها فى الأصح تأمل (قوله ومع التفاضل فى المال دون الربح) أى بأن يكون لأحدهما ألف وللآخر ألفان مثلا واشترطا التساوى فى الربح ، وقوله وعكسه : أى بأن يتساوى المالان ويتفاضلا فى الربح ، لكن هذا مقيد بأن يشترط الأكثر للعامل منهما أو لأكثرهما عملا ، أما لو شرطاه للقاعد أو لأقلهما عملا فلا يجوز كما فى البحر عن الزيلعى والكمال :

قلت : والظاهر أن هذا محمول على ما إذا كان العمل مشروطا على أحدهما :

وفى النهر : اعلم أنهما إذا شرطا العمل عليهما إن تساويا مالا وتفاوتا ربحا جاز عند علمائنا الثلاثة خلافا لزفر والربح بينهما على ماشرطا وإن عمل أحدهما فقط ؛ وإن شرطاه على أحدهما ، فإن شرطا الربح بينهما بقدر رأس مالهما جاز ، ويكون مال الذى لاعمل له بضاعة عند العامل له ربحه وعليه وضيعته ، وإن شرطا الربح للعامل أكثر من رأس ماله جاز أيضا على الشرط ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة ، ولو شرطا الربح للدافع أكثر من رأس ماله لايصح الشرط ويكون مال الدافع عند العامل بضاعة لكل واحد منهما ربح ماله والوضيعة بينهما على قدر رأس مالهما أبدا هذا حاصل مافى العناية اه مافى النهر :

قلت : وحاصل ذلك كله أنه إذا تفاضلا فى الربح ، فإن شرطا العمل عليهما سوية جاز : ولو تبرع أحدهما بالعمل وكذا لو شرطا العمل على أحدهما وكان الربح للعامل بقدر رأس ماله أو أكثر ولو كان الأكثر لغير العامل أو لأقلهما عملا لايصح وله ربح ماله فقط ، وهذا إذا كان العمل مشروطا كما يفيده قوله إذا شرطا العمل عليهما الخ فلا ينافى ماذكره الزيلعى فى كتاب المضاربة من أنه إذا أراد رب المال أن يجعل المال مضمونا على المضارب أقرضه كله إلا درهما منه وسلمه إليه وعقد شركة العنان ثم يدفع إليه الدرهم ويعمل فيه المستقرض ، فإن ربح كان بينهما على ماشرطا ، وإن هلك هلك عليه اه ورأيت مثله فى آخر مبسوط السرخسى .

ووجه عدم المنافاة أن العمل هنا لم يشرط على أحد فى عقد الشركة بل تبرع به المستقرض ، فيجوز لصاحب الدرهم الواحد أن يأخذ من الربح بقدر ماشرط من نصف أو أكثر أو أقل وإن لم يكن عاملا ، ويؤيد هذا التوفيق ماذكره فى البحر قبيل كتاب الكفالة فى بحث مالا يبطل بالشرط الفاسد ، حيث قال مانصه : قوله والشركة بأن قال شاركتك على أن تهدينى كذا ، ومن هذا القبيل مافى شركة البزازية لو شرطا العمل على أكثرهما مالا والربح بينهما نصفين لم يجز الشرط والربح بينهما أثلاثا اه :

وقد وقعت حادثة توهم بعض حنفية العصر أنها من هذا القبيل وليس كذلك ، هى تفاضلا فى المال وشرطا الربح بينهما نصفين ثم تبرع أفضلهما مالا بالعمل : فأجبت بأن الشرط صحيح لعدم اشتراط العمل على أكثرهما

وإن تفاوتت قيمتهما والربح على ماشرطا (و) مع (عدم الخلط) لاستناد الشركة فى الربح : إلى العقد لا المال

مالا والتبرع ليس من قبيل الشرط . والدليل عليه مافى بيوع الذخيرة : اشترى حطبا فى قرية شراء صحيحا وقال موصولا بالشراء من غير شرط فى الشراء حمله إلى منزلى لايفسد العقد ، لأن هذا ليس بشرط فى البيع ، بل هو كلام مبتدأ بعد تمام البيع فلا يوجب فساده اه هـذا كلام صاحب البحر وهو صريح فيما ذكرناه من التوفيق ، والله تعالى الموفق :

وبقى مايقع كثيرا ، وهو أن يدفع رجل إلى آخر ألفا يقرضه نصفها ويشاركه على ذلك على أن الربح ثلثاه للدافع وثلثه للمستقرض فهنا تساويا فى المال دون الربح وهى صورة العكس . وصريح مامر عن الزيلعى والكمال أنه لايصح للدافع أخذ أكثر من نصف الربح إلا إذا كان هو العامل ، فلو كان العامل هو المستقرض كما هو العادة كان له نصف الربح بقدر ماله ، لكنه محمول على ما إذا شرط العمل عليه وإن لم يشرط صح التفاضل كما علمت من التوفيق :

ومما يكثر وقوعه أيضا أنه يكون لأحدهما ألف فيدفع له آخر ألفين ليعمل بالكل ويشرطا الربح أثلاثا ، وهذا جائز أيضا حيث كان الربح بقدر رأس المال كما مر فى عبارة النهر : فلو شرطا الربح أرباعا مع اشتراط العمل لم يصح كما يفيده التقييد بكونه بقدر رأس مالهما ، ومثله قول الظهيرية ، وإن اشترطا الربح على قدر رأس مالهما أثلاثا والعمل من أحدهما كان جائزا

[تنبيه] علم مما مر أن العمل لو كان مشروطا وعليهما لايلزم اجتماعهما عليه كما هو صريح قوله وإن عمل أحدهما فقط ، ولذا قال فى البزازية : اشتركا وعمل أحدهما فى غيبة الآخر فلما حضر أعطاه حصته ثم غاب الآخر وعمل الآخر فلما حضر الغائب أبى أن يعطيه حصته من الربح : إن كان الشرط أن يعملا جميعا وشتى فما كان من تجارتهما من الربح فبينهما على الشرط عملا أوعمل أحدهما ، فإن مرض أحدهما ولم يعمل وعمل الآخر فهو بينهما اه : والظاهر أن عدم العمل من أحدهما لافرق أن يكون بعذر أوبدونه كما صرح بمثله فى البزازية فى شركة التقبل معللا بأن العقد لايرتفع بمجرد امتناعه واستحقاقه الربح بحكم الشرط فى العقد لا العمل اه ولايخفى أن العلة جارية هنا :

مطلب فى تحقيق حكم التفاضل فى الربح

(قوله وإن تفاوتت قيمتهما) راجع لخلاف الجنس والوصف ، واحترز به عن المفاوضة فإنه لابد فيها من تساوى القيمة فيهما فى ظاهر الرواية كما فى البحر فافهم (قوله والربح على ماشرطا) أى من كونه بقدر رأس المال أولا ، لكنه محمول على ماعلمته من التفصيل المار ، وأعاده مع قوله مع التفاصيل فى المال دون الربح للتصريح بأن هذا الشرط صحيح فافهم ، نعم ذكره بين المتعاطفات غير مناسب ، وقيد بالربح لأن الوضيعة على قدر المال وإن شرطا غير ذلك كما فى الملتقى وغيره (قوله ومع عدم الخلط) فيه إشعار بأن المفاوضة يشترط فيها الخلط ، وهذا قياس . وفى الاستحسان لايشترط كما فى المبسوط وغيره ح عن القهستانى (قوله لاستناد الشركة فى الربح إلى العقد لا المال) لأن العقد يسمى شركة ولابد من تحقق معنى الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطا بحر فلو كان لأحدهما مائة درهم وللآخر مائة دينار فاشتريا بها فهو على قدر المال وكذا لو اشتريا بالدراهم متاعا ثم بالدنانير آخر فوضعا أى خسرا فى أحدهما وربحا فى الآخر فهو على قدر مالهما اه ملخصا من كافى الحاكم

فلم يشترط مساواة واتحاد وخلط (ويطالب المشترى بالثمن فقط) لعدم تضمن الكفالة (ويرجع على شريكه بحصته منه إن أدى من مال نفسه) أى مع بقاء مال الشركة وإلا فالشراء له خاصة لئلا يصير مستدينا على مال الشركة بلا إذن بحر

(قوله فلم يشترط الخ) تفريع على قوله ومع التفاضل وماعطف عليه (قوله فقط) قيد للمشترى أى ولايطالب شريكه الآخر (قوله لعدم تضمن الكفالة) هذا إذا لم يذكر الكفالة كما قدمناه عن الخانية :

مطلب فى دعوى الشريك أنه أدى الثمن من ماله

(قوله ويرجع إلى شريكه بحصته منه) أى بحصة شريكه من الثمن ، لأن المشترى وكيل عنه فى حصته ، فيرجع عليه بحسابه إن أدى من مال نفسه ، وإن من مال الشركة لم يرجع ، وإن كان شراؤه لايعرف إلا بقوله فعليه الحجة لأنه يدعى وجوب المال فى ذمة الآخر وهو ينكر والقول للمنكر بيمينه كما فى المنح ونحوه فى الزيلعى .

وبقى مالو صدقه فى الشراء للشركة وكذبه فى دعوى الأداء من مال نفسه . قال الخير الرملى فى حاشية المنح : والذى يظهر أن القول للمشترى ، لأنه لما صدقه الآخر فى الشراء ثبت الشراء للشركة وبه يثبت نصيف الثمن بذمته ، ودعواه أنه دفع من مال الشركة دعوى وفائه فلا تقبل بلا بينة ، ولذا قالوا إذا لم يعرف شراؤه إلا بقوله فعليه الحجة لأنه يدعى وجوب المال فى ذمة الآخر وهو ينكر وهنا ليس منكرا بل مقر بالشراء الموجب لتعلق الثمن بذمته ، وله تحليفه أنه مادفعه من مال الشركة اه :

ثم لايخفى أنه فى صورة ماإذا كذبه فى الشراء للشركة ، إن كان ماشتراه هالكا فظاهر ، وإن كان قائما فهو له ، وإن كذبه فى أصل الشراء وادعى أنه من أعيان فالقول للمشترى إن كان المال فى يده ، لما سيأتى فى الفروع أنه لو قال ذو اليد استقرضت ألفا فالقول له ويأتى بيانه .

مطلب ادعى الشراء لنفسه

وأما لو ادعى الشراء لنفسه لاللشركة . ففى الخانية : اشترى متاعا فقال الآخر هو من شركتنا وقال المشترى هو لى خاصة اشتريته بمالى لنفسى قبل الشركة فالقول له بيمينه بالله ماهو من شركتنا لأنه حر يعمل لنفسه فيما اشترى اه . والظاهر أن قوله قبل الشركة احتراز عن الشراء حال الشركة ؛ ففيه تفصيل ذكره فى البحر عن المحيط وهو أنه لو من جنس تجارتهما فهو للشركة وإن أشهد عند الشراء أنه لنفسه لأنه فى النصف بمنزلة الوكيل بشراء شئ معين وإن لم يكن من تجارتهما فهو له خاصة اه :

قلت : ويخالفه مافى فتاوى قارئ الهداية : إن أشهد عند الشراء أنه لنفسه فهوله ، وإلا فإن نقد الثمن من مال الشركة فهو للشركة اه لكن اعترض بأنه لم يستند لنقل فلا يعارض مافى المحيط. وقد يجاب بحمله على ماإذا لم يكن من جنس تجارتهما تأمل :

وبقى شئ آخر يقع كثيرا ، وهو مالو اشترى أحدهما من شريكه لنفسه هل يصح أم لا لكونه اشترى مايملك بعضه . والذى يظهر لى أنه يصح لأنه فى الحقيقة اشترى نصيب شريكه بالحصة من الثمن المسمى وإن أوقع الشراء فى الصورة على الكل : ثم رأيت فى الفتح من باب البيع الفاسد لو ضم ماله إلى مال المشترى وباعهما بعقد واحد صح فى ماله بالحصة من الثمن على الأصح ، وقيل لايصح فى شئ اه ملخصا . ورأيت فى بيوع الصيرفية أيضا : اشترى نصف دار مشاعا ثم اشترى جميعها ثانيا قال يجوز فى النصف الباقى وفى فتاوى الصغرى لايجوز اه (قوله وإلا

(وتبطل) الشركة (بهلاك المالين أو أحدهما قبل الشراء) والهلاك على مالكه قبل الخلط وعليهما بعده (وإن اشترى أحدهما بماله وهلك) بعده (مال الآخر) قبل أن يشترى به شيئا (فالمشترى) بالفتح (بينهما) شركة عقد على ماشرطا (ورجع على شريكه بحصته منه) أى من الثمن لقيام الشركة وقت الشراء (وإن هلك) مال أحدهما (ثم اشترى الآخر بماله ، فإن صرحا بالوكالة فى عقد الشركة) بأن قال على أن ما اشتراه كل منهما بماله هذا يكون مشتركا نهر وصدر الشريعة (فالمشترى مشترك بينهما على ماشرطا)

أى إن لم يبق مال الشركة : أى لم يكن فى يده مال ناض بل صار مال الشركة أعيانا وأمتعة فاشترى بدراهم أودنانير نسيئة فالشراء له خاصة دون شريكه ، لأنه لو وقع على الشركة صار مستدينا على مال الشركة وأحد شريكى العنان لا يملك الاستدانة إلا أن يأذن له فى ذلك بحر عن المحيط .

مطلب فيما يبطل الشركة

(قوله وتبطل بهلاك المالين الخ) لأن المعقود عليه فيها هو المال ، ويبطل العقد بهلاك المعقود عليه كما فى البيع ، وسيذكر المصنف تمام المبطلات في الفصل الآتى (قوله أو أحدهما قبل الشراء) لأنها لما بطلت فى الهالك بطلت فيما يقابله لأنه مارضى بشركة صاحبه فى ماله إلا بشركته فى ماله (قوله والهلاك على مالكه) فلا يرجع بنصف الهالك على الشريك الآخر حيث بطلت الشركة ولو الهلاك فى يد الآخر ،لأن المال فى يده أمانه ، بخلاف مالو هلك بعد الخلط لأنه يهلك على الشركة لعدم التمييز ط عن الإتقانى . قال وظاهره أنه إذا تميز بعد الخلط كدراهم بدنانير فهو كعدم الخلط اه . وفى كافى الحاكم : لو خلف الدراهم كان الهالك منها عليهما والباقى بينهما إلا أن يعرف كل شئ من الهالك أو الباقى من مال أحدهما بعينه فيكون ذلك له وعليه ، والباقى من الهالك والقائم بينهما على قدر مااختلف ولم يعرف اه ملخصا (قوله وإن أشترى أحدهما) بيان لمفهوم تقييد الهلاك بما قبل الشراء (قوله بعده) أى بعد الشراء ، ونبه بزيادته على أن الواو هنا للترتيب احترازا عما لو هلك قبله كما يأتى (قوله فالمشترى بينهما) لقيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد ذلك بحر (قوله شركة عقد على ماشرطا) أى من الربح ، وأيهما باع جاز بيعه وهذا عند محمد .وعند الحسن بن زياد هى شركة ملك فلا يصح تصرف أحدهما إلا فى نصيبه وظاهر كلام كثير ترجيح قول محمد كما فى النهر (قوله ورجع على شريكه بحصته منه) لأنه وكيل فى حصة شريكه وقد قضى الثمن من ماله فيرجع عليه بحسابه . وفى المحيط : لأحدهما مائة دينار قيمتها ألف وخمسمائة وللآخر ألف درهم وشرطا الربح والوضيعة على قدر المال فاشترى الثانى جارية ثم هلكت الدنانير فالجارية بينهما وربحها أخماسا ثلاثة أخماسه للأول وخمساه للثانى ، لأن الربح يقسم على قدر ماليهما يوم الشراء ويرجع الثانى على الأول بثلاثة أخماس الألف لأنه وكيل عنه بالشراء فى ثلاثة أخماس الجارية وقد لقد الثمن من ماله ، ولو كان على عكسه رجع صاحب الدنانير على الآخر بخمسي الثمن أربعون دينارا ؛ ولو اشترى كل واحد منهما بماله غلاما وقبضا وهلكا يهلكان من مالهما لأن كل واحد حين اشترى كانت الشركة بينهما قائمة اه بحر ملخصا (قوله لقيام الشركة الخ) علة لكون المشترى بينهما كامر ، وأما علة الرجوع فكونه وكيلا كما علمت (قوله بأن قال) الأولى قالا كما فى عبارة النهر : وأفاد بهذا التصوير أنه ليس المراد من التصريح بالوكالة ذكر لفظها بل مايشمل معناها (قوله كل منهما) الأولى كل منا أفاده ح (قوله بماله هذا) قيد به لأن فرض المسألة فى عقد الشركة على مال مخصوص لالكونه قيدا فى ثبوت الوكالة صريحا فافهم .

فى أصل المال لا الربح لصيرورتها (شركة ملك لبقاء الوكالة) المصرح بها ويرجع بحصة ثمنه (وإلا) أى إن ذكرا مجرد الشركة ولم يتصادقا على الوكالة فيها ابن كمال (فهو لمن اشتراه خاصة) لأن الشركة لما بطلت بطل مافى ضمنها من الوكالة (وتفسد باشتراط دراهم مسماة من الربح لأحدهما) لقطع الشركة كما مر لا لأنه شرط لعدم فسادها بالشروط ، وظاهره بطلان الشرط لا الشركة بحر ومصنف .

قلت : صرح صدر الشريعة وابن الكمال بفساد الشركة ويكون الربح على قدر المال (ولكل من شريكى العنان والمفاوضة أن يستأجر) من يتجر له أو يحفظ المال (ويبضع) أى يدفع المال بضاعة ، بأن يشترط الربح لرب المال (ويودع)

مطلب اشتركا على أن مااشتريا من تجارة فهو بيننا

قال فى الولوالجية : رجل قال لغيره مااشتريت من شئ فهو بينى وبينك أواشتركا على أن مااشتريا من تجارة فهو بيننا يجوز ولا يحتاج فيه إلى بيان الصفة والقدر والوقت ، لأن كلا منهما صار وكيلا عن الآخر فى نصف مايشتريه وغرضه بذلك تكثير الربح وذلك لايحصل إلا بعموم هذه الأشياء اه وسيأتى تمامه فى الفصل :

قلت : وهذه الشركة تقع فى زماننا كثيرا يكون أحد الشريكين فى بلدة والآخر فى بلدة يشترى كل منهما ويرسل إلى الآخر ليبيع ويشترى لكنها شركة ملك والغالب أنهما يعقدان بينهما شركة عقد بمال متساو أو متفاضل منهما ويجعلان الربح على قدر رأس المال ويقتسمان ربح الشركتين كذلك ، وهذا صحيح فى شركة العقد لافى شركة الملك لأن الربح فيها على قدر الملك فإذا شرطا الشراء بينهما مناصفة يكون الربح كذلك إلا إذا شرطا الشراء على قدر مال شركة العقد فيكون الربح على قدر المال فى الشركتين فتنبه لذلك فإنه يقع كثيرا ويغفل عنه (قوله لا الربح) فإنه يكون بقدر المال (قوله لصيرورتها الخ) علة لقوله لا الربح وقوله لبقاء الوكالة علة لقوله مشترك بينهما ح (قوله ولم يتصادقا على الوكالة) عبارة ابن كمال ولم ينصا على الوكالة فيها ط (قوله كما مر) أى فى قوله وعدم مايقطعها الخ وأشار به إلى أن التصريح بفسادها بما ذكر مفرع على ماقدمه من أنه يشترط فيها عدم مايقطعها فليس ذلك تكرارا محضا فافهم . وبيان القطع أن اشتراط عشرة دراهم مثلا من الربح لأحدهما يستلزم اشتراط جميع الربح له على تقدير أن لايظهر ربح إلا العشرة والشركة تقتضى الاشتراك فى الربح وذلك يقطعها فتخرج إلى القرض أو البضاعة كما فى الفتح (قوله لا لأنه شرط الخ) يعنى أن علة الفساد ماذكر من قطع الشركة وليست العلة اشتراط شرط فاسد فيها لأن الشركة لاتفسد بالشروط الفاسدة ، والمصرح به أن هذه الشركة فاسدة ، فقوله قلت : الخ تأييد لقوله لا لأنه شرط الخ . وأما قوله وظاهره : أى ظاهر قوله لعدم فسادها بالشروط فلا محل له للاستغناء عنه بما قبله (قوله ويكون الربح على قدر المال) أى وإن اشترط فيه التفاضل ، لأن الشركة لما فسدت صار المال مشتركا شركة ملك والربح فى شركة الملك على قدر المال ، وسيأتى فى الفصل أنها لو فسدت وكان المال كله لأحدهما فللآخر أجر مثله (قوله ولكل من شريكى العنان الخ) هذا كله عند عدم النهى . ففى الفتح : وكل ماكان لأحدهما إذا نهاه عنه شريكه لم يكن له فعله ، ولهذا لو قال له اخرج لدمياط ولا تجاوزها فجاوزها فهلك المال ضمن حصة شريكه لأنه نقل حصته بغير إذنه ، وكذا لو نهاه عن بيع النسيئة بعدما كان أذن له فيه اه .

قلت : وسيأتى فى المضاربة أنه إذا صار المال عروضا لايصح نهى المضارب عن البيع نسيئة لأنه لايملك عزله فى هذه الحالة . وظاهره أن الشركة ليست كذلك لأنه يملك فسخها مطلقا كما سيأتى فى الفصل (قوله ويبضع الخ) فى القاموس : الباضع الشريك اه والمراد هنا دفع المال لآخر ليعمل فيه على أن يكون الربح لرب المال ولاشئ

ويعير (ويضارب) لأنها دون الشركة فتضمنتها (ويوكل) أجنبيا ببيع وشراء. ولونهاه المفاوض الآخر صح نهيه بحر (ويبيع) بما عز وهان خلاصة (بنقد ونسيئة) بزازية (ويسافر) بالمال له حمل أولا هو الصحيح، خلافا للأشباه. وقيل إن له حمل يضمن وإلا لا ظهيرية، ومؤنة السفر والكراء من رأس المال إن لم يربح خلاصة.

(لا) يملك الشريك (الشركة) إلا بإذن شريكه جوهرة

للعامل بحر (قوله ويعير) فلو أعار دابة فعطبت تحت المستعير فالقياس أن يضمن المعير نصف شريكه، ولكني أستحسن أن لا أضمنه، وهذا قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، وكذلك لو أعار ثوبا أو دارا أو خادما بحر عن كافي الحاكم (قوله ويضارب) أي يدفع المال مضاربة وهو الأصح. أما إذا أخذ مالا مضاربة، فإن أخذه ليتصرف فيما ليس من تجارتهما فالربح له خاصة، وكذا فيما هو من تجارتهما إذا كان بحضرة صاحبه، ولو مع غيبته أومطلقا كان الربح بينهما نصفه لشريكه ونصفه بين المضارب ورب المال، كذا في المحيط نهر، وقوله أومطلقا: أي عن التقييد بكونه من تجارتهما (قوله لأنها) أي المضاربة دون الشركة لكون الوضيعة تلزم الشريك ولاتلزم المضارب فتتضمن الشركة المضاربة فتح (قوله ويوكل) لأن التوكيل بالبيع والشراء من أعمال التجارة والشركة انعقدت لها، بخلاف الوكيل صريحا بالشراء ليس له أنه يوكل به لأنه عقد خاص طلب به شراء شيء بعينه فلا يستتبع مثله فتح (قوله ولو نهاه المفاوض الآخر) التقييد بالمفاوض وبكون النهي عن التوكيل اتفاقي لما مر أن كل ماكان لأحدهما فعله يصح نهي الآخر عنه ط.

أقول: سياق كلام البحر يقتضي أن هذا خاص بالمفاوضة خلافا لما فهمه ح كما يعلم من مراجعة البحر. لكن يخالفه مافي الخانية في فصل العنان: ولو وكل أحدهما رجلا في بيع أوشراء وأخرجه الآخر عن الوكالة صار خارجا عنها، فإن وكل البائع رجلا يتقاضى ثمن ماباع فليس للآخر أن يخرجه عن الوكالة اهـ أي ليس لأحدهما قبض ثمن ماباعه الآخر ولا المخاصمة فيه كما يأتي قريبا، فكذا ليس له إخراج وكيله بالقبض. ثم لايخفى أن الضمير المنصوب في قول الشارح ولو نهاه عائد إلى الوكيل كما هو صريح عبارة الخانية لا إلى الموكل حتى يكون النهي عن التوكيل ويكون التقييد فيه اتفاقيا فافهم (قوله ويبيع بماعز وهان) أي له أن يبيع بثمن زائد وناقص، قيد بالبيع لأن الشراء لايجوز إلا بالمعروف كما في الرملي عن المنح عن الجوهرة. وسيذكر الشارح في كتاب الوكالة أن الوكيل له البيع بما قل أوكثر وبالعرض، وخصاه بالقيمة والنقود، وبه يفتى بزازية اهـ ومقتضاه أن المفتى به هنا كذلك لكن ذكر العلامة قاسم هناك تصحيح قول الإمام وإنه أصح الأقاويل فافهم. وفي البحر عن البزازية: وإن باع أحدهما متاعا ورد عليه فقبله جاز ولو بلا قضاء، وكذا لوحط أو أخر من عيب وإن بلاعيب جاز في حصته وكذا لووهب، ولو أقر بعيب في متاع باعه جاز عليهما اهـ ويأتي تمام ذلك قبيل قوله وهو أمين (قوله وبنقد ونسيئة) متعلق بقوله يبيع. وأما الشراء، فإن لم يكن في يده دراهم ولا دنانير من الشركة فاشترى بدراهم أودنانير فهو له خاصة، لأنه لو وقع مشتركا تضمن إيجاب مال زائد على الشريك وهو لم يرض بالزيادة على رأس المال ولواجبة ومفاده أنه لو رضي وقع مشتركا لأنه يملك الاستدانة بإذن شريكه كما قدمناه عن البحر عن المحيط، ومنه ماسيأتي قبيل الفروع عن الأشباه ويأتي تمامه، ومامر من التفصيل في الشراء إنما هو في شركة العنان أمافي المفاوضة فهو عليهما مطلقا كما في الخانية (قوله خلافا للأشباه) الذي فيها هو مانقله عقبه عن الظهيرية (قوله ومؤنة السفر الخ) أي ما أنفقه على نفسه من كرائه ونفقته وطعامه وإدامه من جملة رأس المال في رواية الحسن عن أبي حنيفة. قال محمد: وهذا استحسان، فإن ربح تحسب النفقة من الربح وإن لم يربح كانت من رأس المال خانية (قوله لايملك الشريك) أي شريك العنان بقرينة قوله أما المفاوضة الخ. وفي الخانية من فصل العنان: ولو شارك أحدهما شركة

(و) لا (الرهن) إلا بإذنه أو يكون هو العاقد فى موجب الدين، وحينئذ فيصح إقراره (بالرهن والارتهان) سراج (و) لا (الكتابة) والإذن بالتجارة (وتزويج الأمة) وهذا كله (لو عنانا) أما المفاوض فله كل ذلك . ولو فاوض إن بإذن شريكه جاز وإلا تنعقد عنانا بحر .

(ولا يجوز لهما) فى عنان ومفاوضة (تزويج العبد ولا الإعتاق) ولو على مال (و) لا (الهبة) أى لثوب ونحوه فلم يجز فى حصة شريكه ، وجاز فى نحو لحم وخبز وفاكهة (و) لا (القرض) إلا بإذن شريكه إذنا صريحا فيه سراج . وفيه : إذا قال له اعمل برأيك فله كل التجارة إلا القرض والهبة (وكذا كل ما كان إتلافا للمال أو كان (تمليكا) للمال (بغير عوض)

عنان ، فما اشتراه الشريك الثالث كان نصفه له ونصفه بين الشريكين ، وما اشتراه الذى لم يشارك فهو بينه وبين شريكه نصفين ، ولا شىء منه للشريك الثالث اهـ ومثله فى الولوالجية . وفيها : ولو أخذ مالا مضاربة فهو له كما لو آجر نفسه اهـ ولكن فيه تفصيل قدمناه قريبا (قوله ولا الرهن) قال فى الفتح : أى رهن عين من مال الشركة فإن رهن بدين عليهما لم يجز وضمن ؛ ولو ارتهن بدين لهما لم يجز على شريكه، فإن هلك الرهن فى يده وقيمته والدين سواء ذهب بحصته ويرجع شريكه بحصته على المطلوب ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن ، وإن شاء شريك المرتهن ضمن شريكه حصته من الدين لأن هلاك الرهن فى يده كالاستيفاء اهـ .(قوله أو يكون هو) أى الراهن العاقد : أى الذى تولى عقد المبايعة . قال فى الخانية : ولمن ولى المبايعة أن يرهن بالثمن اهـ ط (قوله فى موجب) بكسر الجيم ح (قوله وحينئذ) أى حين إذا كان الراهن هو العاقد بنفسه . قال فى النهر : وإقراره بالرهن والارتهان عند ولايته العقد صحيح .اهـ ط . أما لو ولى العقد غيره أو كانا ولياه لا يجوز إقراره فى حصة شريكه ، وهل يجوز فى حصة نفسه فهو على الخلاف ، ولا يصح إقراره بعد ما تناقضا الشركة إذا كذبه الآخر تاترخانية (قوله ولا الكتابة) لأنه ليس من عادة التجار بحر (قوله فله كل ذلك) أى المذكور من الشركة والرهن الخ (قوله ولو فاوض) أى المفاوض (قوله وإلا تنعقد عنانا) وما خصه من الربح يكون بينه وبين شريكه ط (قوله ولا يجوز لهما تزوج العبد) أى عبد التجارة . واحترز بالعبد عن الأمة ، فإن لأحد المتفاوضين تزويجها كما فى الخانية : ولا يزوج العبد ولو من أمة التجارة استحسانا ط عن الهندية (قوله ولا الهبة) يستثنى منه هبة ثمن ما باعه . ففى البحر عن الظهيرية لو باع أحد المتفاوضين عينا من تجارتهما ثم وهب الثمن من المشترى أو أبرأه منه جاز خلافا لأبى يوسف ؛ ولو وهب غير البائع جاز فى حصته إجماعا اهـ .

قلت : لكنه فى الأولى يضمن نصيب صاحبه كوكيل البيع إذا فعل ذلك كما فى الخانية(قوله ونحوه) أى مما ليس من جنس ما يؤكل ويهدى عادة بقرينة ما بعده(قوله فلم يجز) أى ما ذكر من الهبة فى حصة شريكه ، بل جاز فى حصته إن وجد شرط الهبة من التسليم والقسمة فيما يقسم وكذا الإعتاق ، وتجرى فيه أحكام عتق أحد الشريكين المقررة فى بابه (قوله وجاز في نحو لحم الخ) محترز قوله أى لثوب ونحوه .

مطلب علك الاستدانة بإذن شريكه

(قوله ولا القرض) أى الإقراض فى ظاهر الرواية ، أما الاستقراض فقدم أنه يجوز ، ويأتى تمامه فى الفروع (قوله إذنا صريحا) فلو قال اعمل برأيك لا يكفى (قوله وفيه الخ) ومثله ما فى البحر عن البزازية : ولو قال كل منهما للآخر اعمل برأيك فلكل منهما أن يعمل ما يقع فى التجارة : كالرهن والارتهان ، والسفر والخلط

لأن الشركة وضعت للاسترباح وتوابعه ، وما ليس كذلك لاينتظمه عقدها :
(وصح بيع) شريك (مفاوض ممن ترد شهادته له) كابنه وأبيه ، وينفذ على المفاوضة إجماعا (لا) يصح (إقراره بدين) فلا ينفذ على المفاوضة عنده بزازية . وفى الخلاصة : أقر شريك العنان بجارية لم يجز فى حصة شريكه ولو باع أحدهما ليس للآخر أخذ ثمنه ولا الخصومة فيما باعه أو أدانه (وهو) أن الشريك (أمين فى المال فيقبل قوله بيمينه (فى) مقدار الربح والخسران والضياع و (الدفع لشريكه ولو) ادعاه (بعد موته) كما فى البحر مستدلا بما فى وكالة الولوالجية

بماله ، والشركة بمال الغير لا الهبة والقرض ؛ وما كان إتلافا للمال أو تمليكا من غير عوض فإنه لا يجوز مالم يصرح به نصا (قوله لأن الشركة) أى مطلقها (قوله وصح بيع شريك مفاوض) أنظر هل المفاوض قيد فى كلام المصنف ط عن الحموى (قوله لا يصح إقراره بدين) أى لمن لا تقبل شهادته له ، أما لغيره فيقبل كما سبق فى قوله وكل دين لزم أحدهما الخ . وهذا إنما هو فى شريك المفاوضة ، أما شريك العنان ففيه تفصيل . قال فى الخانية : ولو أقر أحد شريكى العنان بدين فى تجارتهما لزم المقر جميع ذلك إن كان هو الذى وليه ، وإن أقر أنه ولياه لزمه نصفه ، وإن أقر أن صاحبه وليه لا يلزمه شئ ، بخلاف الشركة المفاوضة فإن كل واحد منهما يكون مطالبا بذلك اه ونحوه فى الفتح .

وحاصله أن إقرار أحد شريكى العنان بدين فى تجارتهما لايمضى على الآخر ، وإنما يمضى على نفسه على التفصيل المذكور . أما شريك المفاوضة فيمضى عليهما مطلقا فافهم ، لكن سيأتى فى الفروع أنه لو قال أحد الشريكين استقرضت ألفا فالقول له أن المال فى يده ويأتى الكلام عليه (قوله وفى الخلاصة) استدراك على المتن بأن العين كالدين اه ح لكن ما فى المتن فى المفاوضة وهذا فى العنان (قوله بجارية) أى فى يده من الشركة أنها لرجل تاترخانية (قوله ليس للآخر أخذ ثمنه) أفاد أن للمديون أن يمتنع من الدفع إليه ، فإن دفع برئ من حصة القابض ولم يبرأ من حصة الآخر فتح ، وكذا لا يجوز تأجيله الدين لو العاقد غيره أو هما عند أبى حنيفة . وعندهما يجوز فى نصيبه ، ولو أجله العاقد جاز فى النصيبين عندهما . وعند أبى يوسف فى نصيبه فقط ، وأصله الوكيل بالبيع إذا أبرأ عن الثمن أو حط أو أجله يصح عندهما خلافا لأبى يوسف إلا أن هناك يضمن لموكله عندهما لاهنا بحر عن المحيط .

مطلب أقر بمقدار الربح ثم ادعى الخطأ

(قوله فى مقدار الربح) فلو أقر بمقداره ثم ادعى الخطأ فيه لا يقبل قوله ، كذا نقله أبو السعود عن إقرار الأشباه ط .

قلت : لكن فى حاوى الزاهدى قال الشريك ربحت عشرة ثم قال لابل ربحت ثلاثة فله أن يحلفه أنه لم يربح عشرة اه ومقتضاه أن القول له بيمينه ، لكن لايخفى أن الأوجه ما فى الأشباه لأنه برجوعه متناقض فلا يقبل منه وما فى الأشباه عزاه إلى كافى الحاكم فهو نص المذهب فلا يعارضه ما فى الحاوى (قوله والضياع) أى ضياع المال كلا أو بعضا ولو من غير تجارة ط (قوله مستدلا بما فى وكالة الولوالجية) عبارة الولوالجية : ولو وكل بقبض وديعة ثم مات الموكل فقال الوكيل قبضت فى حياته وهلك وأنكرت الورثة أو قال دفعته إليه صدق ، ولو كان دينا لم يصدق لأن الوكيل فى الموضعين حكى أمرا لايملك استئنافه ، لكن من حكى أمرا لايملك استئنافه ، إن كان فيه إيجاب الضمان على الغير لايصدق ، وإن كان فيه نفى الضمان عن نفسه صدق والوكيل بقبض الوديعة

كل من حكى أمرا لايملك استئنافه ، أن فيه إيجاب الضمان على الغير لايصدق وإن فيه نفى الضمان عن نفسه صدق انتهى فليحفظ هذا الضابط :

(ويضمن بالتعدى) وهذا حكم الأمانات . وفى الخانية : التقييد بالمكان صحيح ، فلو قال لا تجاوز خوارزم فجاوز ضمن حصة شريكه . وفى الأشباه : نهى أحدهما شريكه عن الخروج وعن بيع النسيئة جاز (كما يضمن الشريك) عنانا أو مفاوضة بحر (بموته مجهلا نصيب صاحبه) على المذهب ، والقول بخلافه غلط كما فى الوقف من الخانية ، وسيجىء فى الوديعة خلافا للأشباه .

[فروع] فى المحيط : قد وقع حادثتان :

الأولى نهاه عن البيع نسيئة فباع ، فأجبت بنفاذه فى حصته . وتوقفت فى حصة شريكه ، فإن أجاز فالربح لهما :

فيما يحكى ينفى الضمان عن نفسه فصدق ، والوكيل بقبض الدين فيما يحكى يوجب الضمان على الميت وهو ضمان مثل المقبوض فلا يصدق اه .

مطلب فى قبول قوله دفعت المال بعد موت الشريك أو الموكل

قلت : أى أن الوكيل بقبض الدين إذا قال قبضته من المديون وهلك عندى أو قال دفعته للموكل الميت لا يصدق بالنسبة إلى براءة المديون . لأن فى ذلك إلزام الضمان على الميت ، فإن الديون تقضى بأمثالها فيثبت للمديون بذمة الدائن مثل ماللدائن بذمته فيلتقيان قصاصا . وأما بالنسبة إلى الوكيل نفسه فيصدق لأنه أمين ، وبموت الموكل لم ترتفع أمانته ، وإن بطلت وكالته فلا يضمن ماقبضه ولا يرجع عليه المديون . وقد أوضح المسألة فى الخيرية أول كتاب الوكالة فافهم (قوله كل من حكى أمرا الخ) فإن الوكيل هنا حكى أمرا وهو قبض الوديعة أو الدين فى حياة الموكل وهو لايملك استئنافه بعد موت الموكل : أى لو كان لم يقبض فى حياته وأراد استئناف القبض بعد موته لم يملكه لأنه انعزل عن الوكالة (قوله التقييد بالمكان صحيح الخ) ظاهر التفريع أن التنصيص على المكان بلانهى لا يكون تقييدا . وعبارة البزازية التقييد بالمكان صحيح ، حتى لو قال اخرج إلى خوارزم ولاتجاوزه صح ، فلوجاوزه ضمن . وفى الجوهرة من المضاربة :

وألفاظ التخصيص والتقييد أن يقول : خذ هذا مضاربة بالنص على أن تعمل به فى الكوفة أوفاعمل به فى الكوفة ما إذا قال واعمل به فى الكوفة بالواو لايكون تقييدا فله أن يعمل فى غيرها لأن الواو حرف عطف ومشورة وليست من حروف الشرط اه ، فأفاد أن مجرد التنصيص لايكفى بل لابد من أمر يفيد التقييد كالشرط وكالنهى (قوله وفى الأشباه الخ) أعم منه ماقدمناه عن الفتح من أن كل ما كان لأحدهما إذا نهاه عنه شريكه لم يكن له فعله (قوله جاز) أى النهى (قوله بموته مجهلا الخ) فى حاوى الزاهدى : مات الشريك ومال الشركة ديون على الناس ولم يبين ذلك بل مات مجهلا يضمن كما لو مات مجهلا للعين اه أى عين مال الشركة الذى فى يده ومثله بقية الأمانات ، لكن إذا علم أن وارثه يعلمها لايضمن ، ولو ادعى الوارث العلم وأنكر الطالب فإن فسرها الوارث وقال : هى كذا وهلكت صدق كما سيأتى إن شاء الله تعالى فى كتاب الوديعة (قوله والقول بخلافه غلط) وهو عدم تضمين المفاوض (قوله وسيجىء فى الوديعة) سيجىء هناك بضع عشرة موضعا يضمن فيها الأمين بموته مجهلا (قوله خلافا للأشباه) حيث جرى فى كتاب الأمانات على ماهو الغلط (قوله فى المحيط) صوابه فى البحر : فإن الحادثتين وقعتا لصاحب البحر سئل عنهما وأجاب بماذكر ، ثم قال : ولم أرفيهما إلا ماقدمته : أى مامر عن الخانية (قوله فإن أجاز فالربح لهما)

الثالية نهاه عن الإخراج فخرج ثم ربح ، فأجبت أنه غاصب حصة شريكه بالإخراج فينبغى أن لايكون الربح على الشرط انتهى ، ومقتضاه فساد الشركة نهر . وفيه : وتفرع على كونه أمانة ماسئل قارئ الهداية عمن طاب محاسبة شريكه فأجاب لا يلزم بالتفصيل ، ومثله المضارب والوصى والمتولى نهر ، وقضاة زماننا ليس لهم قصد بالمحاسبة إلا الوصول إلى سحت المحصول (و) إما (تقبل) وتسمى شركة صنائع وأعمال وأبدان (إن اتفق صانعان (خياطان أو خياط وصباغ)

وإن لم يجز فالبيع فى حصته باطل (قوله فأجبت أنه غاصب) أى كما هو صريح ماقدمه عن الخانية من قوله ضمن حصة شريكه (قوله بالإخراج) فيه نظر . ففى مضاربة الجوهرة عند قول القدورى : وإن خص له رب المال التصرف فى بلد بعينه أو فى سلعة بعينها لم يجز أن يتجاوز ذلك ، فإن خرج إلى غير ذلك البلد أو دفع المال إلى من أخرجه لا يكون مضمونا عليه بمجرد الإخراج حتى يشترى به خارج البلد ، فإن هلك المال قبل التصرف فلا ضمان عليه، وكذا لو أعاده إلى البلد عادت المضاربة كما كانت على شرطها، وإن اشترى به قبل العود صار مخالفا ضامنا ويكون ذلك لأنه تصرف بغير إذن صاحب المال فيكون له ربحه وعليه وضيعته لايطيب له الربح عندهما خلافا لأبى يوسف ، وإن اشترى ببعضه وأعاد بقيته إلى البلد ضمن قدرمااشترى به ، ولا يضمن قدر ما أعاد اه والظاهر أن الشركة كذلك (قوله فينبغى أن لايكون الربح على الشرط) أى بل يكون اه كما علمته منقولا (قوله ومقتضاه فساد الشركة) أى مقتضى الجواب بأنه صار غاصبا وبأن الربح لايكون على الشرط ، ولكن هذا بعد التصرف فى المال لابمجرد الإخراج ،فلو عاد قبل التصرف تبقى الشركة كما علمت فافهم(قوله فأجاب الخ)حيث قال إن القول قول الشريك والمضارب فى مقدار الربح والخسران مع يمينه ولا يلزمه أن يذكر الأمر مفصلا ، والقول قوله فى الضياع والرد إلى الشريك اه :

مطلب فيما لو ادعى على شريكه خيانة مبهمة

قلت : بقى مالو ادعى على شريكه خيانة مبهمة ، ففى قضاء الأشباه لايحلف . ونقل الحموى عن قارئ الهداية أنه يحلف وإن لم يبين مقدارا لكن إذا نكل عن اليمين لزمه أن يبين مقدار مانكل فيه . ثم قال : وأنت خبير بأن قارئ الهداية لم يستند إلى نقل ، فلا يعارض مانقله فى الأشباه عن الخانية (قوله ومثله المضارب والوصى والمتولى)سيذكر الشارح فى الوقف عن القنية أن المتولى لاتلزمه المحاسبة فى كل عام ، ويكتفى القاضى منه بالإجمال لو معروفا بالأمانة ولو متهما يجبره على التعيين شيئا فشيئا ، ولا يحبسه بل يهدده ، ولو اتهمه يحلفه اه . والظاهر أنه يقال مثل ذلك فى الشريك والمضارب والوصى فيحمل إطلاقه على غير المتهم : أى الذى لم يعرف بالأمانة تأمل(قوله نهر) يغنى عنه قوله أولا وفيه (قوله إلى سحت المحصول) السحت : بالضم وبضمتين الحرام ، أو ماخبث من المكاسب فلزم منه العار ط عن القاموس ، إذ لايجوز للقاضى الأخذ على نفس المحاسبة لأنها واجبة عليه ، نعم لو كتب سجلا أو تولى قسمة وأخذ أجر المثل له ذلك كما حرره فى البحر من الوقف :

مطلب فى شركة التقبل

(قوله وإما تقبل) عطف على قوله إما مفاوضة (قوله وتسمى شركة صنائع) جمع صناعة كرسالة ورسائل وهى كالصنعة حرفة الصانع وعمله (قوله وأعمال وأبدان) لأن العمل يكون منهما غالبا بأبدانهما (قوله إن اتفق صانعان الخ) أشار إلى أنه لابد من العقد أولا ، بأن يتفقا على الشركة قبل التقبل ، لما سيأتى قبيل الفروع لو تقبل

فلا يلزم اتحاد صنعة ومكان (على أن يتقبلا الأعمال) التي يمكن استحقاقها ومنه تعليم كتابة وقرآن وفقه على المفتى به ، بخلاف شركة دلالين ومغنين وشهود محاكم وقراء مجالس وتعاز

ثلاثة عملا بلا عقد شركة فعمله أحدهم فله ثلث الأجر ولا شيء للآخرين ، وسيأتي بيانه ، والمراد عقد الشركة على التقبل والعمل ، لما في البحر عن القنية : اشترك ثلاثة من الحمالين على أن يملأ أحدهم الجوالق ويأخذ الثاني فمها ويحملها الثالث إلى بيت المستأجر والأجر بينهم بالسوية فهي فاسدة . قال : فسادها لهذه الشروط ، فإن شركة الحمالين صحيحة إذا اشتركوا في التقبل والعمل جميعا اه أي وهنا لم يذكر التقبل أصلا ، بل مجرد العمل مقيدا على كل واحد بنوع منه ، لكن لا يشترط كون التقبل منهما معا ، لما في البحر أيضا : لو اشتركا على أن يتقبل أحدهما المتاع ويعمل الآخر أو يتقبله أحدهما ويقطعه ثم يدفعه إلى الآخر للخياطة بالنصف جاز كذا في القنية ، لكن من شرط عليه العمل فقط لو تقبل جاز ، فلو شرط على من عليه العمل أن لا يتقبل لا يجوز لأنه عند السكوت جعل إثباتها اقتضاء ولا يمكن ذلك مع النفي كذا في المحيط اه .

قلت : وبه علم أن الشرط عدم نفي التقبل عن أحدهما لا التنصيص على تقبل كل منهما ، ولا على عملهما لأنه إذا اشتركا على أن يتقبل أحدهما ويعمل الآخر بلا نفي كان لكل منهما التقبل والعمل لتضمن الشركة الوكالة . قال في البحر : وحكمها أن يصير كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه بتقبل الأعمال ، والتوكيل به جائز سواء كان الوكيل يحسن مباشرة ذلك العمل أولا (قوله فلا يلزم اتحاد صنعة ومكان) تفريع الأول على كلام المصنف ظاهر وأما الثاني فمن حيث إنه لم يقيد بالمكان : ووجه عدم اللزوم كما في الفتح أن المعنى المجوز لشركة التقبل من كون المقصود تحصيل الربح لا يتفاوت بين كون العمل في دكا كين أو دكان ، وكون الأعمال من أجناس أو جنس (قوله على أن يتقبلا الأعمال) أي محلها كالثياب مثلا ، فإن العمل عرض لا يقبل القبول أفاده القهستاني : وعلمت أن التنصيص على تقبل كل منهما أو على عمله غير شرط . وفي النهر أن المشترك فيه إنما هو العمل ، ولذا قالوا : من صور هذه الشركة أن يجلس آخر على دكانه فيطرح عليه العمل بالنصف ، والقياس أن لا تجوز ، لأن من أحدهما العمل ومن الآخر الحانوت ، واستحسن جوازها لأن التقبل من صاحب الحانوت عمل اه . ومنها ما في البحر عن البزازية لأحدهما آلة القصارة وللآخر بيت اشتركا على أن يعملا في بيت هذا والكسب بينهما جاز ، وكذا سائر الصناعات ، ولو من أحدهما أداة القصارة والعمل من الآخر فسدت والربح للعامل وعليه أجر مثل الأداة اه ونظير هذه الأخيرة مسائل ستأتي في الفصل قبيل قوله وتبطل الشركة الخ (قوله التي يمكن استحقاقها) أي التي يستحقها المستأجر بعقد الإجارة . وزاد في البحر قيد أن يكون العمل حلالا لما في البزازية : لو اشتركا في عمل حرام لم يصح اه وأنت خبير بأن الحرام لا يستحق بالأجر فافهم (قوله ومنه) الأولى ومنها أي الأعمال المذكورة (قوله على المفتى به) أي الذي هو قول المتأخرين من جواز أخذ الأجرة على التعليم ، وكذا على الأذان والإمامة فافهم (قوله بخلاف شركة دلالين) فإن عمل الدلالة لا يمكن استحقاقه بعقد الإجارة ، حتى لو استأجر دلالا يبيع له أو يشتري فالإجارة فاسدة إذا لم يبين له أجلا كما صرح به في إجارة المجتبى ح (قوله ومغنين) لأن الغناء حرام ح (قوله وشهود محاكم) لعدم صحة الاستئجار على الشهادة ح (قوله وقراء مجالس وتعاز) يحتمل أنه عطف تفسير أو مغاير وهو بفتح التاء المثناة فوق وبعين مهملة بعدها ألف ثم زاي جمع تعزية : وهي المأتم بالهمزة والتاء المثناة الفوقية الذي يصنع للأموات ، لأن عادتهم القراءة بصوت واحد يشتمل على التمطيط وعلى قطع بعض الكلمات والابتداء من أثناء الكلمة ، ولأنه استئجار على القراءة ،

ووعاظ وسؤال لأن التوكيل بالسؤال لايصح قنية وأشباه (ويكون الكسب بينهما) على ماشرطا مطلقا فى الأصح لأنه ليس بربح بل بدل عمل فصح تقويمه (وكل ماتقبله أحدهما يلزمهما) وعلى هذا الأصل (فيطالب كل واحد منهما بالعمل ويطالب) كل منهما (بالأجر ويبرأ) دافعها (بالدفع إليه) أى إلى أحدهما (والحاصل من) أجر (عمل أحدهما بينهما على الشرط) ولو الآخر مريضا أو مسافرا أو امتنع عمدا بلا عذر لأن الشرط مطلق العمل لا عمل القابل: ألا ترى أن القصار لو استعان بغيره أو استأجره استحق الأجر بزازية (و) إما (وجوه) هذا رابع وجوه شركة العقد (إن عقداها على أن يشتريا) نوعا أو أنواعا (بوجوههما) أى بسبب وجاهتهما (ويبيعا) فما حصل بالبيع يدفعان منه ثمن

والذى أجازه المتأخرون إنما هو الاستئجار على التعليم خلافا لمن توهم خلافه كما سيأتى فى الإجارات إن شاء الله تعالى. وفى القنية: ولاشركة القراء بالزمزمة فى المجالس والتعازى لأنها غير مستحقة عليهم اهـ. وفى القاموس الزمزمة الصوت البعيد له دوى وتتابع صوت الرعد. وذكر ابن الشحنة أن ابن وهبان بالغ فى النكير على إقرارهم على هذا فى زمانه وعلى القراءة بالتمطيط ومنع من جواز سماعها وأطنب فى إنكارها، وتمامه فى ح (قوله ووعاظ) أى شركة وعاظ فيما يتحصل لهم بسبب الوعظ لأنه غير مستحق عليهم ط (قوله وسؤال) بتشديد الهمزة جمع سائل: وهو الشحاذ اهـ خ (قوله لأن التوكيل بالسؤال لايصح) ومالا تصح فيه الوكالة لاتصح فيه الشركة كما مر (قوله مطلقا) أى سواء شرطا الربح على السواء أومتفاضلا، وسواء تساويا فى العمل أولا، وقيل إن شرطا أكثر الربح لأدناهما عملا لايصح. والصحيح الجواز أفاده فى البحر، وهذا إذا لم تكن مفاوضة إذ لاتكون المفاوضة إلا مع التساوى كما يأتى (قوله لأنه ليس بربح الخ) اعلم أن التفاضل فى الربح عند اشتراط التساوى فى العمل لايجوز قياسا لأن الضمان بقدر ماشرط عليه من العمل فالزيادة عليه ربح مالم يضمن، فلم يجز العقد كما فى شركة الوجوه، ويجوز استحسانا لأن مايأخذه ليس ربحا لأن الربح إنما يكون عند اتحاد الجنس، وهنا رأس المال عمل والربح مال فلم يتحد الجنس، فكان مايأخذه بدل العمل والعمل يتقوّم بالتقويم إذا رضيا بقدر معين، فيقدر بقدر ماقوّم به فلم يؤد إلى ربح مالم يضمن، بخلاف شركة الوجوه حيث لايجوز فيها التفاوت فى الربح عند التساوى فى المشترى، لأن جنس المال وهو الثمن الواجب فى ذمتهما متحد والربح يتحقق فى الجنس المتحد، فلو جاز زيادة الربح كان ربح مالم يضمن، وتمامه فى العناية (قوله فيطالب كل واحد منهما بالعمل الخ) هذا ظاهر فيما إذا كانت مفاوضة، أما إذا أطلقاها أوقيداها بالعنان فثبوت هذين الحكمين استحسان، وفيما سواهما فهى باقية على مقتضى العنان، ولذا لو أقر بدين من ثمن مبيع مستهلك أوأجر أجير أودكان لمدة مضت لايصدق إلا ببينة، لأن نفاذ الإقرار على الآخر موجب المفاوضة ولم ينصا عليها فلوكان المبيع لم يستهلك أوالمدة لم تمض فإنه يلزمهما كما فى المحيط اهـ ح ملخصا (قوله ويبرأ دافعها) أنث الضمير وإن عاد على الأجر لتأويله بالأجرة ط (قوله والحاصل الخ) مامر من قوله ويكون الكسب بينهما إنما هو فى الكسب الحاصل من عملهما، وماهنا فى الحاصل من عمل أحدهما: أى لافرق بين أن يعملا أويعمل أحدهما سواء كان عدم عمل الآخر لعذر أولا، لأن العامل معين القابل والشرط مطلق العمل الخ ماذكره:

مطلب شركة الوجوه

(قوله وإما وجوه) ويقال لها شركة المفاليس قهستانى (قوله نوعا أوأنواعا) أفاد أنها تكون خاصة وعامة كما فى النهر ولذا حذف المصنف المفعول (قوله أى بسبب وجاهتهما) أفاد وجه التسمية، لأن من لامال له

ماشتريا (بالنسيئة) وما بقى بينهما (ويكون كل منهما) من التقبل والوجوه (عنانا ومفاوضة) أيضا (بشرطه السابق، وإذا أطلقت كانت عنانا (وتتضمن) شركة كل من التقبل والوجوه (الوكالة) لاعتبارها فى جميع أنواع الشركة (والكفالة أيضا إذا كانت مفاوضة) بشرطها (والربح) فيها (على ماشرطا من مناصفة المشترى) بفتح الراء (أو مثالثته) ليكون الربح بقدر الملك لئلا يؤدى إلى ربح مالم يضمن ، بخلاف العنان كما مر . وفى الدرر : لايستحق الربح إلا بإحدى ثلاث : بمال ، أو عمل ، أو تقبل .

لايبيعه الناس نسيئة إلا إذا كان له جاه ووجاهة وشرف عندهم . وأفاد الكمال أن الجاه مقلوب الوجه بوضع الواو موضع العين فوزنه عفل إلا أن الواو انقلبت ألفا للموجب لذلك ، وقيل أضيفت إلى الوجوه لأنها تبتذل فيها الوجوه لعدم المال (قوله بالنسيئة) هو على حل الشارح متعلق بقوله اشتريا ، وقصده بذلك دفع مايوهمه المتن من كونه مطلوبا ليشتريا ويبيعا ، وليس كذلك بل هو مطلوب لقوله يشتريا فكان ينبغى للمصنف ذكره عقبه لأنه لامال لهما ، فشراؤهما يكون بالنسيئة أما البيع فهو أعم (قوله ويكون كل منهما عنانا ومفاوضة بشرطه) فصورة اجتماع شرائط المفاوضة فى التقبل كما فى المحيط : أن يشترك الصانعان على أن يتقبلا جميعا الأعمال ، وأن يضمنا العمل جميعا على التساوى ، وأن يتساويا فى الربح والوضيعة ، وأن يكون كل منهما كفيلا عن صاحبه فيما لحقه بسبب الشركة اهـ .

وصورتها فى الوجوه كما فى النهاية ، أن يكون الرجلان من أهل الكفالة ، وأن يكون ثمن المشترى بينهما نصفين ، وأن يتلفظا بلفظ المفاوضة زاد فى الفتح : ويتساويا فى الربح ، ويكفى ذكر مقتضيات المفاوضة عن التلفظ بها كما سلف ، وتمامه فى البحر . ولا يخفى أنه إذا فقد منها شرط كانت عندنا . وفى القهستانى أن شروط المفاوضة فى المواضع الثلاثة قد اختلف ، ولم يتعرض فى المتداولات إلى أنها فى كل منها حقيقة ، والظاهر أنها فى الأول أى فى المال حقيقة وفى الباقيين مجاز ترجيحا على الاشتراك (قوله من مناصفة المشترى) أى فى المفاوضة والعنان ، وقوله أومثالثته أى فى العنان قهستانى (قوله لئلا يؤدى الخ) علة لمفهوم ماقبله ، وهو أنه لايجوز أن يكون الربح مخالفا لقدر الملك . وعبارة الكنز : وإن شرطا مناصفة المشترى أو مثالثته فالربح كذلك وبطل شرط الفضل اهـ . قال فى النهر : لأن استحقاق الربح فى شركة الوجوه بالضمان وهو على قدر الملك فى المشترى فكان الربح الزائد عليه ربح مالم يضمن ، بخلاف العنان فإن التفاضل فى الربح فيها مع التساوى فى المال صحيح ، لأنها فى معنى المضاربة من حيث أن كلا منهما يعمل فى مال صاحبه فالتحقت بها (قوله بخلاف العنان) أى فى شركة الأموال ، وكذا فى شركة التقبل فإنه يجوز فيها التفاضل كما قدمناه ، لأن المأخوذ فيها ليس بربح بل بدل عمل كما مر تقريره فافهم (قوله بمال) كما فى شركة الأموال وفى المضاربة فى حق رب المال (قوله أوعمل) كالمضارب فى المضاربة (قوله أو تقبل) عبارة الدرر أوضمان ، وكذا فى البحر وغيره ، وذلك كمن أجلس على دكانه تلميذا يطرح عليه العمل بالنصف ، وكما فى شركة الوجوه فإن الربح فيها بقدر الضمان والزائد عليه ربح مالم يضمن فلا يجوز كما مر . قال فى الدرر : ولهذا لو قال لغيره تصرف فى مالك على أن لى بعض ربحه لايستحق شيئا لعدم هذه المعانى ، والله سبحانه أعلم .

فصل فى الشركة الفاسدة

(لاتصح شركة فى احتطاب واحتشاش واصطياد واستقاء وسائر مباحات) كاجتناء ثمار من جبال وطلب معدن من كنز وطبخ آجرّ من طين مباح لتضمنها الوكالة ، والتوكيل فى أخذ المباح لايصح (وما حصله أحدهما فله وما حصلاه معا فلهما) نصفين إن لم يعلم مالكل (وما حصله أحدهما بإعانة صاحبه فله ولصاحبه أجر مثله بالغا مابلغ عند محمد : وعند أبى يوسف لايجاوز به نصف ثمن ذلك)

فصل فى الشركة الفاسدة

مافى هذا الفصل مسائل متفرقة من كتاب الشركة ، فكان الأولى أن يترجم بها وإن كانت الزيادة على مافى الترجمة لاتضر (قوله واصطياد) جعله من المباح وذلك مقيد بما إذا لم يكن للتلهى أو يتخذه حرفة وإلا فلا يحل كما فى الأشباه ، وسيأتى تمام الكلام على ذلك فى بابه (قوله وطلب معدن من كنز) المعدن ماوضع فى الأرض خلقة ، والكنز ماوضعه بنو آدم ، والركاز يعمهما فلو قال : وطلب معدن وكنز جاهلى كما فعل فى الهندية لكان أولى ، لأن الكنز الإسلامى لقطة ط (قوله من طين مباح) فإن كان الطين أوالنورة أوسهلة الزجاج مملوكا فاشتركا على أن يشتريا ذلك ويطبخاه ويبيعاه جاز ، وهو كشركة الوجوه ، كذا فى الخلاصة معزيا إلى الشافى ، وتبعه البزازى والعينى. والمذكور فى الفتح أن هذا من شركة الصنائع والأول أظهر نهر (قوله وماحصله أحدهما) أى بدون عمل من الآخر (قوله وماحصلاه معا الخ) يعنى ثم خلطاه وباعه ، فيقسم الثمن على كيل أووزن مالكل منهما ، وإن لم يكن وزنيا ولا كيليا قسم على قيمة ما كان لكل منهما ، وإن لم يعرف مقدار ما كان لكل منهما صدق كل واحد منهما إلى النصف لأنهما استويا فى الاكتساب وكأن المكتسب فى أيديهما ، فالظاهر أنه بينهما نصفان ، والظاهر يشهد له فى ذلك ، فيقبل قوله ولايصدق على الزيادة على النصف إلا ببينة لأنه يدعى خلاف الظاهر اه فتح .

مطلب اجتمعا فى دار واحدة واكتسبا ولا يعلم التفاوت فهو بينهما بالسوية

[تنبيه] يؤخذ من هذا ماأفتى به فى الخيرية فى زوج امرأة وابنها اجتمعا فى دار واحدة وأخذ كل منهما يكتسب على حدة ويجمعان كسبهما ولا يعلم التفاوت ولا التساوى ولا التمييز . فأجاب بأنه بينهما سوية ، وكذا لو اجتمع أخوة يعملون فى تركة أبيهم ونما المال فهو بينهم سوية ،ولو اختلفوا فى العمل والرأى اه وقدمنا أن هذا ليس شركة مفاوضة مالم يصرحا بلفظها أو بمقتضياتها مع استيفاء شروطها ، ثم هذا فى غير الابن مع أبيه ؛ لما فى القنية الأب وابنه يكتسبان فى صنعة واحدة ولم يكن لهما شئ فالكسب كله للأب إن كان الابن فى عياله لكونه معينا له ألا ترى لو غرس شجرة تكون للأب ثم ذكر خلافا فى المرأة مع زوجها إذا اجتمع بعملهما أموال كثيرة ، فقيل هى للزوج وتكون المرأة معينة له ، إلا إذا كان لها كسب على حدة فهو لها ، وقيل بينهما نصفان . وفى الخانية : زوج بنيه الخمسة فى داره وكلهم فى عياله واختلفوا فى المتاع فهو للأب وللبنين الثياب التى عليهم لاغير ، فإن قالوا هم أو امرأته بعد موته إن هذا استفدناه بعد موته فالقول لهم ،وإن أقروا أنه كان يوم موته فهو ميراث من الأب (قوله بإعانة صاحبه) سواء كانت الإعانة بعمل كما إذا أعانه فى الجمع والقلع أو الربط أو الحمل أو غيره أو بآلة ، كما لو دفع له بغلا أو راوية ليستقى عليها أو شبكة ليصيد بها حموى وقهستانى ط (قوله لايجاوز به) بفتح الواو على البناء

قيل تقديمهم قول محمد يؤذن باختياره نهر وعناية .
(والربح فى الشركة الفاسدة بقدر المال ، ولا عبرة بشرط الفضل) فلو كل المال لأحدهما فالآخر أجر مثله كما لو دفع دابته لرجل ليؤجرها والأجر بينهما ، فالشركة فاسدة والربح للمالك وللآخر أجر مثله ، وكذلك السفينة والبيت ، ولو لم يبع عليها البز فالربح لرب البر وللآخر أجر مثل الدابة ، ولو لأحدهما بغل وللآخر بعير فالأجر بينهما على مثل أجر البغل والبعير نهر .

للمفعول ، وقوله نصف ثمن ذلك بالرفع لأنه هو النائب عن الفاعل اه فتح : أى يعطى أجر المثل لو كان مثل نصف الثمن أو أقل ، فلو أكثر لايزاد على نصف الثمن لأنه رضى بنصف الثمن ، ثم التعبير بنصف الثمن وقع فى كافى الحاكم والهداية وغيرهما . قال ط : وذكر فى النقاية أن أجر المثل لايزاد على نصف القيمة لأن المعين وصاحب العدة يطلبان أجر المثل عند تمام العمل فربما لايتيسر البيع عند تمام العمل فكيف يفرض نصف ثمنه حتى يطالب حموى . وفى القهستانى : ولا يزاد على نصف القيمة : أى قيمة المباح يوم الأخذ إن كان له قيمة ، وإلا فينبغى أن يكون الحكم فيه التخمين والقياس اه (قوله يؤذن بإختياره) قال فى العناية : وكذا تقديم دليل أبى يوسف على دليل محمد فى المبسوط دليل على أنهم اختاروا قول محمد اه أى لأن الدليل المتأخر يتضمن الجواب عن الدليل المتقدم ، وهذه عادة صاحب الهداية أيضا أنه يؤخر دليل القول المختار ، وعبارة كافى الحاكم تؤذن أيضا باختيار قول محمد حيث قال فله أجر مثله لايجاوز نصف الثمن فى قول أبى يوسف . وقال محمد : له أجر مثله بالغا مابلغ ، ألا ترى أنه لو أعانه عليه فلم يصب شيئا كان له أجر مثله اه . ونقل ط عن الحموى عن المفتاح أن قول محمد هو المختار للفتوى . وعن غاية البيان أن قول أبى يوسف استحسان اه .

مطلب يرجح القياس

قلت : وعليه فهو من المسائل التى ترجح فيها القياس على الاستحسان (قوله والربح الخ) حاصله أن الشركة الفاسدة إما بدون مال أو به من الجانبين أو من أحدهما ، فحكم الأولى أن الربح فيها للعامل كما علمت والثانية بقدر المال ، ولم يذكر أن لأحدهم أجرا لأنه لا أجر للشريك فى العمل بالمشترك كما ذكروه فى قفيز الطحان والثالثة لرب المال وللآخر أجر مثله (قوله فالشركة فاسدة) لأنه فى معنى بع منافع دابتى ليكون الأجر بيننا فيكون كله لصاحب الدابة ، لأن العاقد عقد العقد على ملك صاحبه بأمره ، وللعاقد أجرة مثله لأنه لم يرض أن يعمل مجانا فتح .

[تنبيه] لم يذكروا مالو كانت الدابة بين اثنين دفعها أحدهما للآخر على أن يؤجرها ويعمل عليها على أن ثلثى الأجر للعامل والثلث للآخر وهى كثيرة الوقوع ، ولا شك فى فسادها لأن المنفعة كالعروض لاتصح فيها الشركة ، وحينئذ فالأجر بينهما على قدر ملكهما ، وللعامل أجر مثل عمله ، ولا يشبه العمل فى المشترك حتى نقول لا أجر له لأن العمل فيما يحمل وهو لغيرهما تأمل ، وتمامه فى حواشى المنح للخير الرملى ، ويأتى قريبا مايؤيده (قوله وكذلك السفينة والبيت) أى مثل الدابة . وفى البحر عن القنية : له سفينة فاشترك مع أربعة على أن يعملوا بسفينته وآلاتها والخمس لصاحب السفينة والباقى بينهم بالسوية فهى فاسدة ، والحاصل لصاحب السفينة ، وعليه أجر مثلهم اه (قوله ولو لأحدهما بغل وللآخر بعير) أى وقد اشتركا على أن كلا يؤجر مال كل واحد والحاصل بينهما فهو باطل أيضا ، لأن معنى هذا أن كلا قال لصاحبه بع منافع دابتك ودابتى على أن ثمنه بيننا ، ثم إن آجراهما بأجر معلوم

(وتبطل الشركة) أى شركة العقد (بموت أحدهما) علم الآخر أولا لأنه عزل حكمى (ولو حكما) بأن قضى بلحاقه مرتدا (و) تبطل أيضا (بإنكارها) وبقوله لاأعمل معك فتح (وبفسخ أحدهما) ولو المال عروضا ، بخلاف المضاربة

صفقة واحدة فى عمل معلوم قسم الأجر على مثل أجر البغل ومثل أجر الجمل ، بخلاف مالو اشتركا على أن يتقبلا الحمولات المعلومة بأجرة معلومة ولم يؤجرا البغل والجمل كانت صحيحة لأنها شركة التقبل والأجر بينهما نصفان ولا يعتبر زيادة حمل الجمل على حمل البغل ، كما لايعتبر فى شركة التقبل زيادة عمل أحدهما كصباغين لأحدهما آلة الصبغ وللآخر بيت يعمل فيه ، وإن أجر البغل أو البعير بعينه كان كل الأجر لصاحبه لأنه هو العاقد ، فلو أعانه الآخر على التحميل والنقل كان له أجر مثله فتح (قوله على مثل أجر البغل) الأولى أجر مثل البغل ، وقوله والبعير أى وأجر مثل البعير ، فلو البعير يؤجر بضعف مايؤجر به البغل مثلا فلصاحب البعير ثلثا الأجر ولصاحب البغل ثلثه ط وإن آجر كل واحد منهما دابته وشرطا عملهما فى الدابة أو عمل أحدهما من السوق والحمل وغير ذلك كان الأجر مقسوما بينهما على قدر أجر مثل دابتهما وعلى مقدار أجر عملهما كما قبل الشركة اه قال الخير الرملى : وهو مؤيد لما قلنا :

[فرع] أعطى بذر الفيلق رجلا ليقوم عليه فيعلفه بالأوراق على أن ماحصل فهو بينهما فالفيلق لصاحب البذر لأنه حصل من بذره ، وللرجل الذى قام عليه قيمة الأوراق وأجر مثله على صاحب البذر ؛ وعلى هذا إذا دفع البقرة بالعلف ليكون الحادث بينهما نصفين ،فما حدث فهو لصاحب البقرة وللآخر مثل علفه وأجر مثله تاترخانية (قوله أى شركة العقد) أما شركة الملك فلا تبطل ، وقول الدرر وتبطل الشركة مطلقا فالإطلاق فيه بالنظر للمفاوضة والعنان ط :

قلت : والمراد أن شركة الملك لا تبطل : أى لايبطل الاشتراك فيها ، بل يبقى المال مشتركا بين الحى وورثة الميت كما كان وإلا فلا يخفى أن شركة الميت مع الحى بطلت بموته تأمل (قوله بموت أحدهما) لأنها تتضمن الوكالة أى شرط لها ابتداء وبقاء لأنه لا يتحقق ابتداؤها إلا بولاية التصرف لكل منهما فى مال الآخر ، ولاتبقى الولاية إلابيقاء الوكالة ، وبه اندفع ما قيل الوكالة تثبت تبعا ، ولا يلزم من بطلان التبع بطلان الأصل فتح ، فلو كانوا ثلاثة فمات أحدهم حتى انفسخت فى حقه لا تنفسخ فى حق الباقيين بحر عن الظهيرية (قوله بأن قضى بلحاقه مرتدا) حتى لو عاد مسلما لم يكن بينهما شركة ، وإن لم يقض بلحاقه انقطعت على سبيل التوقف بالإجماع فإن عاد مسلما قبل الحكم بقيت ، وإن مات أو قتل انقطعت ولو لم يلحق وانقطعت المفاوضة على التوقف هل تصير عنانا عنده لا وعندهما نعم بحر عن الولوالجية ملخصا (قوله بإنكارها) أى ويضمن حصة الآخر لأن جحود الأمين غصب كافى البحر سائحانى (قوله وبقوله لا أعمل معك) هذا فى المعنى فسخ فكان الأولى تأخيره عن قوله وبفسخ أحدهما :

وفى البحر عن البزازية : اشتركا واشتريا أمتعة ثم قال أحدهما لا أعمل معك بالشركة وغاب فباع الحاضر الأمتعة فالحاصل للبائع وعليه قيمة المتاع ، لأن قوله لا أعمل معك فسخ للشركة معه وأحدهما يملك فسخها وإن كان المال عروضا ، بخلاف المضاربة هو المختار اه (قوله بخلاف المضاربة) والفرق أن مال الشركة فى أيديهما معا وولاية التصرف إليهما جميعا فيملك كل نهى صاحبه عن التصرف فى ماله نقدا كان أو عروضا ، بخلاف مال المضاربة لأنه بعد ماصار عروضا ثبت حق المضارب فيه لاستحقاقه ربحه وهو المنفرد بالتصرف فلا يملك رب المال نهيه اه

هو المختار بزازية خلافا للزيلعي ، ويتوقف على علم الآخر لأنه عزل قصدى (وبجنونه مطبقا) فالربح بعد ذلك للعامل لكنه يتصدق بربح مال المجنون تتارخانية (ولم يزك أحدهما مال الآخر بغير إذنه ، فإن أذن كل وأديا معا) أو جهل (ضمن كل نصيب صاحبه) وتقاصا أو رجع بالزيادة (وإن أديا متعاقبا كان الضمان على الثانى ، علم بأداء صاحبه أولا كالمأمور بأداء الزكاة) أو الكفارة (إذا دفع للفقير بعد أداء الآمر بنفسه) لأن فعل الآمر عزل حكمى ؛ وفيه : لايشترط العلم خلافا لهما .

(اشترى أحد المتفاوضين أمة بإذن الآخر) صريحا فلا يكفى سكوته (ليطأها فهى له) لاللشركة (بلا شىء) لتضمن الإذن بالشراء للوطء الهبة ، إذ لاطريق لحله إلا بها لحرمة وطء المشتركة ، وهبة المشاع فيما لايقسم جائزة . وقال : يلزمه نصف الثمن (وللبائع) والمستحق (أخذ كل بثمنها) وعقرها لتضمن المفاوضة للكفالة .

(ومن اشترى عبدا) مثلا (فقال له آخر أشركنى فيه فقال فعلت ،

فتح (قوله خلافا للزيلعى) حيث قيد فسخ أحدهما الشركة بكون المال دراهم أو دنانير ، فأفاد عدمه او عروضا كما فى المضاربة ، وهو قول الطحاوى ، وصرح فى الخلاصة بأن أحد الشريكين لايملك فسخ الشركة إلا برضى صاحبه . قال فى الفتح : وهذا غلط ، وقد صحح هو أى صاحب الخلاصة إنفراد الشريك بالفسخ والمال عروض اه : ورفق فى البحر بين كلامى الخلاصة . واعترضه فى النهر ، وأجبنا عنه فيما علقناه على البحر (قوله ويتوقف الخ) تقييد للمتن (قوله لأنه عزل قصدى) لأنه نوع حجر ، فيشترط علمه دفعا للضرر عنه فتح (قوله وبجنونه مطبقا) فالشركة قائمة إلى أن يتم إطباق الجنون فتنفسخ ، فإذا عمل بعد ذلك فالربح كله للعامل والوضيعة عليه ، وهو كالغصب لمال المجنون فيطيب له ربح ماله لاما ربح من مال المجنون ، فيتصدق به بحر عن التتارخانية . قال ط : وظاهره أنه لايحكم بالفسخ إلا بإطباق الجنون ، وهو مقدر بشهر أو بنصف حول على الخلاف (قوله لكنه يتصدق الخ) والظاهر أنه يقال مثل ذلك فيما إذا تصرف أحدهما بالمال فى صور بطلان الشركة المارة ، فإن الربح يكون للعامل ويتصدق بما ربح من مال الآخر (قوله ولم يزك أحدهما الخ) لأن الإذن بينهما فى التجارة والزكاة ليست منها ، ولأن أداء الزكاة من شرطه النية ، وعند عدم الإذن لا نية له فلا تسقط عنه لعدمها ط عن الحموى (قوله وأديا معا) أى أدى كل منهما عن نفسه وعن شريكه ح . وصورته كما قال ابن كمال : بأن أدى كل منهما بغيبة صاحبه وانفق أداؤهما فى وقت واحد (قوله وتقاصا) أى إن كانت مفاوضة أو عنانا تساويا فيها ط (قوله أو رجع) أى بالزيادة إن كانت عنانا لم يتساوفيها المالان ط (قوله اشترى أحد المتفاوضين) قيل التقييد بالمتفاوضين اتفاقى ، وفيه نظر لأن قوله وللبائع أخذ كل بثمنها لايشمل العنان لعدم تضمنها الكفالة . وأيضا فإن شريك العنان له أن يشترى ماليس من جنس تجارتهما ، ويقع الشراء له ويطالب بالثمن ، وكذا يقع الشراء له إذا اشترى من جنس تجارتهما بعد ماصار المال عروضا كما مر قبيل قول المصنف وتبطل بهلاك المالين (قوله بإذن الآخر) قيد به لأنه لو اشتراها للوطء بلا إذن كانت شركة بحر (قوله للوطء) متعلق بالشراء ، وقوله الهبة بالنصب مفعول تضمن (قوله وقالا يلزمه نصف الثمن) لأنه أدى دينا عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه بحر والمتون على قول الإمام (قوله وللبائع الخ) لأنه دين وجب بسبب التجارة بحر ، والمراد بالتجارة الشراء فإنه من أنواعها كما مر فى قوله وكل دين لزم أحدهما بتجارة فافهم (قوله وعقرها) يرجع إلى المستحق . قال ح : فهو نشر مرتب (قوله للكفالة) متعلق بتضمن ، واللام فيه للتقوية ، وهى الداخلة على معمول المتعدى بنفسه إذا كان معمولا على الفعل أو متأخرا عن معموله ، وما هنا من الأول فافهم (قوله ومن اشترى) بمعنى المفرد ، لما فى الفتح :

إن قبل القبض لم يصح ، وإن بعده صح ولزمه نصف الثمن ، وإن لم يعلم بالثمن خير عند العلم به ؛ ولو قال : أشركني فيه فقال نعم ثم لقيه آخر وقال مثله وأجيب بنعم ، فإن) كان القائل (عالما بمشاركة الأول فله ربعه ، وإن لم يعلم فله نصفه) لكون مطلوبه شركته فى كامله (و) حينئذ (خرج العبد من ملك الأول) ما اشتريت اليوم من أنواع التجارة فهو بينى وبينك فقال نعم جاز أشباه . وفيها : تقبل ثلاثة عملا بلا عقد شركة فعمله أحدهم فله ثلث الأجر ولا شيء للآخرين .

لو اشترى اثنان عبدا فأشركا فيه آخر فالقياس أن يكون له نصفه ولكل من المشتريين ربعه ، لأن كلا صار مملكا نصف نصيبه . وفى الاستحسان له ثلثه لأنهما حين أشركاه سوياه بأنفسهما فكأنه اشترى العبد معهما اهـ (قوله إن قبل القبض لم يصح) قال فى الفتح : اعلم أن ثبوت الشركة فيما ذكرنا كله ينبنى على صيرورة المشترى بائعا للذى أشركه وهو استفاد الملك منه ، فانبنى على هذا أن من اشترى عبدا فلم يقبضه حتى أشرك فيه رجلا لم يجز ، لأنه بيع مالم يقبض ، ولو أشركه بعد القبض ولم يسلمه إليه حتى هلك لم يلزمه ثمن ، ويعلم أنه لابد من قبول الذى أشركه ، لأن لفظ أشركتك صار إيجابا للبيع اهـ .

قلت : ومثله قوله فى الذخيرة : اشترى شيئا ثم أشرك آخر فيه فهذا بيع النصف بنصف الثمن الذى اشتراه به اهـ. ومقتضاه أنه يثبت فيه بقية أحكام البيع من ثبوت خيار العيب والرؤية ونحوه ، وأنه لابد من علم المشترى بالثمن فى المجلس ، وهو خلاف المتبادر من قول المصنف وإن بعده صح الخ فتأمل (قوله ولزمه نصف الثمن) بناء عن أن مطلق الشركة يقتضى التسوية قال الله تعالى — فهم شركاء فى الثلث — إلا أن يبين خلافه فتح (قوله ثم لقيه آخر) أما لو أشرك اثنين صفقة واحدة . كان العبد بينهم أثلاثا فتح وكافى (قوله فإن كان القائل) أى الثانى (قوله فله ربعه) أى ربع جميع العبد ، لأنه طلب منه الإشراك فى نصيبه ونصيبه النصف بحر (قوله لكون مطلوبه شركته فى كامله) لأنه حيث لم يعلم بمشاركة الأول يصير طالبا لشراء النصف وقد أجابه إليه .

[تنبيه] لايخفى أن هذه الشركة شركة ملك . وفى التاترخانية عن التتمة : سئل والدى عن أحد شريكى عنان اشترى بما فى يده من المال عروضا ثم قال لأجنبى أشركتك فى نصيبى مما اشتريت قال يصير شريكا له شركة ملك (قوله مااشتريت اليوم الخ) ذكر اليوم غير قيد كما فى الهندية . وفى كافى الحاكم : وإن اشتركا بلا مال على أن مااشتريا من الرقيق فهو بينهما جاز ، وكذلك لو قالا فى هذا الشهر فخصا العمل والوقت ؛ فإن قال أحدهما اشتريت متاعا فهلك منى وطالب شريكه بنصف ثمنه لم يصدق ، فإن برهن على الشراء والقبض ثم ادعى الهلاك صدق بيمينه وإن شرط الربح أثلاثا بطل الشرط والربح بينهما نصفان ، ولا يستطيع أحدهما الخروج من الشركة إلا بمحضر من صاحبه اهـ ملخصا . زاد فى البحر عن الظهيرية ، وليس لواحد منهما أن يبيع حصة الآخر مما اشترى إلا بإذن صاحبه لأنهما اشتركا فى الشراء لافى البيع اهـ . فأفاد أن هذه شركة ملك لاعقد ، وقدمنا عن الولوالجية اشتركا على أن مااشتريا من تجارة فهو بيننا يجوز ولايحتاج فيه إلى بيان الصفة والقدر والوقت ، لأن كلا منهما صار وكيلا عن الآخر فى نصف مايشتريه وغرضه تكثير الربح وذلك لايحصل إلا بعموم هذه الأشياء . وفى التتارخانية عن المنتقى قال هشام : سمعت أبايوسف يقول فى رجل قال لآخر معى عشرة آلاف فخذها شركة تشترى بينى وبينك قال هو جائز والربح والوضيعة عليهما اهـ (قوله ولاشىء للآخرين) لأنهم لما لم يكونوا شركاء كان على كل منهم ثلث العمل ، لأن المستحق على كل منهم ثلثه بثلث الأجر ، فإذا عمل أحدهم الكل صار متطوعا فى الثلثين فلا يستحق الأجر اهـ ح عن البحر : قال ابن وهبان : هذا فى القضاء ، أما فى الديانة فينبغى أن يوفيه بقية الأجرة لأن

[فروع] القول لمنكر الشركة . برهن الورثة على المفاوضة لم يقبل حتى يبرهنوا أنه كان مع الحى فى حياة الميت . برهنوا على الإرث والحى على المفاوضة قضى له بنصفه فتح .

تصرف أحد الشريكين فى البلد والآخر فى السفر وأراد القسمة فقال ذو اليد قد استقرضت ألفا فالقول له إن المال فى يده .

الظاهر من حال العامل أنه إنما عمل الجميع على الظن أن يعطيه جميع الأجرة فلا ينبغى أن يخيب ظنه (قوله القول لمنكر الشركة) أى إذا كان المال فى يده فادعى عليه آخر أنه شاركه مفاوضة فالقول للجاحد مع يمينه وعلى المدعى البينة ، لأنه يدعى العقد واستحقاق مافى يده وهو منكر فتح (قوله وبرهن الورثة الخ) أى إذا مات أحد المفاوضين والمال فى يد الحى فبرهن الورثة على المفاوضة لم يقض لهم بشئ مما فى يد الحى ، لأنهما شهدا بعقد علم ارتفاعه بالموت ، ولأنه لاحكم فيما شهدا به على المال الذى فى يده فى الحال لأن المفاوضة فيما مضى لاتوجب أن يكون المال الذى فى يده فى الحال من شركتهما إلا أن يبرهنوا أنه كان فى يده فى حياة الميت أوانه من شركتهما فإنه حينئذ شهدوا بالنصف للميت وورثته خلفاؤه فتح (قوله برهنوا على الإرث) يعنى والمال فى أيديهم كما فى الفتح (قوله قضى له بنصفه) أى ترجيحا لبينته على بينتهم لأنه خارج يدعى نصف المال على ذى اليد بعقد المفاوضة مع المورث . (قوله تصرف أحد الشريكين فى البلد الخ) تخصيص أحدهما بكونه تصرف فى البلد والآخر فى السفر مبنى على كونه صورة الواقعة ، أو ليفيد أن القول لذى اليد وإن لم يعلم صاحبه بما صنع .

مطلب إذا قال الشريك استقرضت ألفا فالقول إن المال بيده

(قوله فالقول له إن المال فى يده) لأنه حينئذ أمين ، فقد ادعى أن الألف حق الغير ، بخلاف ما إذا لم يكن فى يده لأنه يدعى دينا عليه ، فلو قال لى فى هذا المال الذى فى يدى كذا يقبل أيضا كما يقبل أنه للغير تأمل ، وهى واقعة الفتوى ، وبه أفتيت رملى على المنح . وأفتى أيضا فى الخيرية فيما إذا قال الذى فى يده المال كنت استدنت من فلان كذا للشركة ودفعت له دينه بأن القول قوله بيمينه ، واستدل له بما فى المنح عن جواهر الفتاوى ، وهو ماذكره الشارح هنا ، ويؤيده مافى الحامدية عن محيط السرخسى فى فصل مايجوز لأحد شريكى العنان : لو استقرض أحدهما مالا لزمهما لأن الاستقراض تجارة ومبادلة معنى ، لأنه يملك المستقرض ويلزمه رد مثله فشابه المصارفة أو الاستعارة ، وأيهما كان نفذ على صاحبه اهـ ومثله فى الولوالجية ، وكذا فى الخانية من فصل شركة العنان ، لكن فى الخانية أيضا قال أحد شريكى العنان إنى استقرضت من فلان ألف درهم للتجارة لزمه خاصة دون صاحبه ، لأن قوله لايكون حجة لإلزام الدين عليه ، وإن أمر أحدهما صاحبه بالاستدانة لايصح الأمر ولايملك الاستدانة على صاحبه ويرجع المقرض عليه لاعلى صاحبه ، لأن التوكيل بالاستدانة توكيل بالاستقراض وهو باطل ، لأنه توكيل بالتكدى إلا أن يقول الوكيل للمقرض إن فلانا يستقرض منك ألف درهم فحينئذ يكون المال على الموكل لاعلى الوكيل اهـ أى لأنه يكون حينئذ رسولا والمستقرض هو المرسل ، وكذا لو قال فى الولوالجية ، وإن أذن كل منهما لصاحبه بالاستدانة عليه لزمه خاصة ، فكان للمقرض أن يأخذه منه وليس له أن يرجع على شريكه وهو الصحيح لأن التوكيل بالاستقراض باطل فصار الإذن وعدمه سواء اهـ .

قلت : ويظهر من هذا أن فى المسألة قولين : أحدهما مامر عن المحيط من أن لكل من شريكى العنان الاستقراض

شروا كرما فباعوا ثمرته ودفعوه لأحدهم ليحفظه فدسه فى التراب ولم يجده حلف فقط .

دفع لآخر مالا أقرضه نصفه وعقد الشركة فى الكل فشرى أمتعة فطلب رب المال حصته ، إن لم يصبر لنضه أخذ المتاع بقيمة الوقت .

بينهما متاع على دابة فى الطريق سقطت فاكترى أحدهما بغيبة الآخر خوفا من هلاك المتاع أو نقصه رجع بحصته قنية .

لأنه تجارة : أى مبادلة معنى . والثانى عدم الجواز ولو بصريح الإذن ، وهو الصحيح لموافقته لقولهم : إن التوكيل بالاستقراض باطل لأنه توكيل بالتكدى . وبيانه أن الاستقراض تبرع ابتداء فكأن فى معنى التكدى : أى الشحاذة . ويتفرع على ذلك أنه لو استقرض بالإذن وهلك القرض يهلك عليهما على القول الأول . وعلى الثانى يهلك على المستقرض ، لكن لايخفى أن هذا لاينافى مامر عن الجواهر . لأن ما استقرضه أحدهما تملكه المستقرض لعدم صحة الإذن فينفذ عليه ، فإذا أخذ المال ووضعه فى مال الشركة وكان المال فى يده يصدق فله أخذ نظيره ، لما قدمه المصنف أن الشريك أمين فى المال فيقبل قوله بيمينه . وأما قوله وليس له أن يرجع على شريكه فذاك فيما إذا هلك القرض ، فلا ينافى قبول قوله إن بعض هذا المال قرض ، وأراد أخذ نظيره إذ لارجوع فى ذلك على الشريك ، وكذا لاينافى ماقدمناه عند قوله لايصح إقراره بدين من أنه يلزم المقر جميع الدين إن كان هو الذى وليه الخ لما قلنا ، نعم يشكل عليه مامر هناك فى الشرح من أنه لو أقر بجارية فى يده من الشركة أنها لرجل لم يجز فى حصة شريكه ، إلا أن يجاب بأن المراد ماإذا علم ببينة أو إقرار أنها من المال المشترك بينهما إذ لايصدق على شريكه بل إقراره يقتصر عليه ، هذا ماظهر لى فى هذا المقام فاغتنم تحريره والسلام (قوله ودفعوه) أى الثمن المفهوم من البيع التزاما والمصنف صرح به اهـ ح (قوله فدسه فى التراب) أى تراب الكرم الحصين بباب وغلق ، ولو فى الأرض المملوكة له لم يضمن إن جعل علامة وإلا ضمن كالوضع فى المفازة مطلقا جامع الفصولين. والفرق بين الكرم والأرض أن الكرم مطلوب لأجل الثمار فلابد من كونه حرزا ، وأما الأرض فليست مقصودة سائحانى فافهم (قوله أقرضه نصفه) يحتمل أن يكون الإقراض بعد إفرازه أو قبله ، فإن قرض المشاع جائز بالإجماع كما فى جامع الفصولين .

مطلب دفع ألفا على أن نصفه قرض ونصفه مضاربة أو شركة

وفى مضاربة التتارخانية : ولو قال خذ هذه الألف على أن نصفها قرض على أن تعمل بالنصف الآخر على أن يكون الربح لى جاز ولا يكره ، فإن تصرف بالألف وربح كان بينهما على السواء والوضيعة عليهما ، لأن نصف الألف صار ملكا للمضارب بالقرض والنصف الآخر بضاعة فى يده ، وإن على أن نصفها قرض ونصفها مضاربة بالنصف جاز ولم يذكر الكراهة هنا اهـ .

قلت : ويظهر عدم الكراهة فى الثانى بالأولى. والظاهر أن الشركة كالمفاوضة لو دفع ألفا نصفها قرض على أن يعمل بالألف بالشركة بينهما والربح بقدر المالين مثلا ، وأنه لاكراهة فى ذلك لأنه ليس قرضا جر نفعا (قوله فطلب رب المال حصته) أى مما كان من الشركة منح ، والمراد أنه طلب مال القرضة ، فإن صبر إلى أن يصير مال الشركة ناضا : أى دراهم ودنانير يأخذ ما أقرضه من جنسه ، وإن لم يصبر لنضه أخذ متاعا بقيمة الوقت ، والظاهر أنه مقيد برضا شريكه ، وإلا فله دفع قرضه من غير المتاع إن كان له غيره أو يأمره القاضى ببيعه ، وإنما قلنا إن المراد مال القرض ، لأنه لو كان المراد قسمة حصته من مال الشركة فإنه يقوم بقيمته يوم اشترياه ويكون الربح بينهما على قدره كما نقله فى البحر عن الينابيع (قوله بينهما متاع الخ) ولو كان بينهما

دابة مشتركة قال البيطارون لابد من كيها فكواها الحاضر لم يضمن :
دار بين اثنين سكن أحدهما وخربت ، إن خربت بالسكنى ضمن .
طاحون مشتركة قال أحدهما لصاحبه عمرها فقال هذه العمارة تكفيني لا أرضى بعمارتك فعمرها لم يرجع جواهر الفتاوى .

وفي السراجية : طاحون مشترك أنفق أحدهما في عمارتها فليس بمتطوع ؛ ولو أنفق على عبد مشترك أو أدى خراج كرم مشترك فهو متطوع الكل من منح المصنف .

قلت : والضابط أن كل من أجبر أن يفعل مع شريكه إذا فعله أحدهما بلا إذن فهو متطوع وإلا لا ولا يجبر الشريك على العمارة إلا في ثلاث

بعير حمل عليه أحدهما بأمر شريكه فسقط في الطريق فنحره ، إن كان ترجى حياته ضمن وإلا فلا ، ولو نحره أجنبي يضمن مطلقا وهو الأصح ، وكذا الشاة لو ذبحها الراعي على هذا التفصيل ، ولو ذبحها غيره يضمن ط ملخصا عن الهندية (قوله دابة مشتركة) أي بين حاضر وغائب ط (قوله قال البيطارون) جمع بيطار : معالج الدواب قاموس ط (قوله لم يضمن) أي إذا هلكت لأنه اعتمد على خبر أهل المعرفة ، ومفهومه أنه لو فعله من تلقاء نفسه ضمن ط (قوله سكن أحدهما الخ) تقدمت مسائل الانتفاع بالمشترك في غيبة شريكه أول الباب عند قوله إلا في الخلط والاختلاط ، وقدمنا الكلام عليها (قوله طاحون مشتركة) المراد بها كل مالا يقسم ط (قوله عمرها) بصيغة الأمر : أي قال للآخر عمرها معي فافهم (قوله لم يرجع) لأن شريكه يجبر على أن يفعل معه كما يعلم من الضابط الآتي (قوله فليس بمتطوع) مخالف لما قبله وللضابط (قوله فهو متطوع) لأنه يجبر على الإنفاق وعلى أداء الخراج ط .

مطلب مهم فيما إذا امتنع الشريك من العمارة والإنفاق في المشترك

قال في جامع الفصولين : جاز الجبر على الإنفاق في قن وزرع ودابة مشتركة ؛ ولم يجبر ذو السفل على البناء لأنه في الأول يصير الممتنع عن النفقة متلفا حقا قائما لشريكه فيجبر ، بخلاف الثاني لأن حق ذي العلو فائت ، إذ حقه قرار العلو على السفل ولم يبقيا ، لكن يأتي في الحائط المشترك : لو انهدم وعرصته عريضة ، قيل لا يجبر ، وقيل يجبر وهو الأشبه لتضرر الشريك ، فعلى هذا القول ينبغي أن يجبر ذو السفل على البناء اه ملخصا . وذكر قبيله في قن أو زرع بينهما فغاب أحدهما وأنفق الآخر يكون متبرعا ، بخلاف ذي العلو مع أن كلا لا يصل إلى إحياء حقه إلا بالإنفاق .

والفرق أن الأول غير مضطر ، لأن شريكه لو حاضرا يجبره القاضي على الإنفاق ، ولو غائبا يأمر القاضي الحاضر به ليرجع على الآخر ، فلما زال الاضطرار كان متبرعا أما ذو العلو فمضطر في بناء السفل ، إذ القاضي لا يجبره لو حاضرا فلا يأمر غيره لو غائبا والمضطر ليس بمتبرع اه ملخصا .

وحاصله : أن في الجبر على الإنفاق على القن والزرع قولين وأنه ينبغي أن يكون ذو السفل كذلك .
(قوله والضابط الخ) نقل هذا الضابط في متفرقات قضاء البحر عن الإمام الحلواني .

قلت : ولابد من تقييده بما إذا كان مريد الإنفاق مضطرا إلى إنفاق شريكه معه فيقابل إذا كان أحدهما مضطرا إلى الإنفاق معه وأنفق بلا إذن الآخر ، فإن كان الآخر الممتنع يجبر على الفعل معه فهو متطوع لتمكنه من

. . . .

رفعه إلى القاضي ليجبره وإلا لا : أى وإن لم يجبر الممتنع لايكون متطوعا فالأول كما فى الثلاث التى ذكرها الشارح وكما فى قن وزرع ودابة على أحد القولين ، والثانى كما فى سفل انهدم ، فإن صاحبه لايجبر على البناء على ماءر ، فذو العلو مضطر إلى البناء وصاحبه لايجبر ، فإذا أنفق ذو العلو لايكون متبرعا ؛ ومثله الحائط المنهدم إذا كان عليه حمولة لآخر على مايأتى بيانه ، بخلاف ما إذا كان مريد الإنفاق غير مضطر وكان صاحبه لايجبر كدار يمكن قسمتها وامتنع الشريك من العمارة فإنه لايجبر ، فلو أنفق عليها الآخر بلا إذنه فهو متبرع لأنه غير مضطر ، إذ يمكنه أن يقسم حصته ويعمرها كما صرح به فى الخانية ؛ ويعلم مما يأتى من التقييد بما لايقسم أيضا ، وبه علم أنه لابد من التقييد بالاضطرار كما قلنا ، وإلا لزم أن لايكون متبرعا حيث أمكنته القسمة ؛ وعلى هذا يحمل مافى جامع الفصولين حيث قال : والتحقيق أن الاضطرار يثبت فيما لايجبر صاحبه لافيما يجبر ، فنى الأول يرجع لافى الثانى لو فعله بلا إذن ، وهذا يخلصك عن الاضطراب الواقع فى هذا الباب اه ملخصا فافهم ، هذا .

وفى شرح الوهبانية للشرنبلالى : حمام بين رجلين أودولاب ونحوه مما تفوت بقسمته المنفعة المقصودة احتاج إلى المرمة وامتنع أحدهما منها. قال بعضهم : يؤجرها القاضى ليرمها بالأجرة أويأذن لأحدهما بالإجارة ويأخذ المرمة منها . وقال بعضهم : إن القاضى يأذن لغير الآبى بالإنفاق ثم يمنع صاحبه من الانتفاع به حتى يؤدى حصته ، والفتوى على هذا القول اه ومثله فى الخيرية عن الخانية .

قلت : وهذا زيادة بيان لما سكت عنه الضابط المذكور ، وهو أنه إذا اضطر ورفع الأمر إلى القاضى ليجبره ثم امتنع تعنتا أوعجزا يأذن القاضى للمضطر ليرجع بقى أنه لم يذكر بماذا يرجع .

وفى جامع الفصولين : حائط بينهما وهى وخيف سقوطه فأراد أحدهما نقضه وأبى الآخر يجبر على نقضه . ولو هدما حائطا بينهما فأبى أحدهما عن بنائه يجبر ، ولو انهدم لايجبر ولكنه يبنى الآخر فيمنعه حتى يأخذ نصف ماأنفق لو أنفق بأمر القاضى ونصف قيمة البناء لو أنفق بلا أمر القاضى ه . ونقل هذا الحكم فى شرح الوهبانية عن الذخيرة فى مسألة انهدام السفل وقال إنه الصحيح المختار للفتوى ، فعلم أن هذا فيما لايجبر عليه كالحائط والسفل أما مايجبر عليه مثل مالا يقسم لابد فيه عند الامتناع من إذن القاضى كما علمت ، خلافا لما سيأتى عن الأشباه . وبه يظهر لك مافى قسمة الخيرية ، حيث سئل فى عقار لايقبل القسمة كالطاحون والحمام إذا احتاج إلى مرمة وأنفق أحد الشريكين من ماله ، أجاب : لايكون متبرعا ويرجع بقيمة البناء بقدر حصته كما حققه فى جامع الفصولين ، وجعل الفتوى عليه فى الولوالجية قال فى جامع الفصولين معزيا إلى فتاوى الفضلى : طاحونة لهما أنفق أحدهما فى مرمتها بلا إذن الآخر لم يكن متبرعا إذ لايتوصل إلى الانتفاع بنصيبه إلا به اه فراجع كتب المذهب . فإن فى هذه المسألة وقع تحير واضطراب فى كلام الأصحاب اه ملخصا.

قلت : مانقله فى جامع الفصولين عن الفضلى قال عقبه أقول : ينبغى أن يكون على تفصيل قدمنه اه .

قلت : أراد بالتفصيل مامر من إناطة الرجوع وعدمه على الجبر وعدمه .

وحاصله أنه لم يرض بما فى فتاوى الفضلى ، لأن الشريك فى الطاحون يجبر لكونها ممالا يقسم فلا يرجع المعمر بلا إذنه وبلا أمر القاضى : ويمكن تأويل كلام الفضلى بحمله على ما إذا أنفق بأمر القاضى أو هو قول آخر كما يأتى وأما مافى الولوالجية فقد ذكره فى مسألة السفل ، وهو ماقدمناه آنفا عن شرح الوهبانية عن الذخيرة بعينه ، وهذه المسألة لايجبر فيها الشريك فيرجع عليه المعمر وإن عمر بلا إذنه كما علمت ولاتقاس عليها مسألة الطاحون .

وصى وناظر وضرورة تعذر قسمة ككرى نهر ومرمة قناة وبئر ودولاب وسفينة معيبة وحائط لايقسم أساسه فإن كان الحائط يحتمل القسمة ويبنى كل واحد فى نصيبه السترة لم يجبر

مطلب فى الحائط إذا خرب وطلب أحد الشريكين قسمته أو تعميره

والذى تحصل(١) فى هذا المحل أن الشريك إذا لم يضطر إلى العمارة مع شريكه بأن أمكنه القسمة فأنفق بلا إذنه فهو متبرع ؛ وإن اضطر وكان الشريك يجبر على العمل معه فلابد من إذنه أو أمر القاضى فيرجع بما أنفق : وإلا فهو متبرع إن اضطر وكان شريكه لايجبر ، فإن أنفق بإذنه أو بأمر القاضى رجع بما أنفق أولا فبالقيمة ، فاغتنم تحرير هذا المقام الذى هو مزلة أقدام الأفهام (قوله وصى وناظر) قال فى وصايا الخانية : جدار بين دار صغيرين عليه حمولة يخاف عليه السقوط ولكل صغير وصى فطلب أحد الوصيين مرمة الجدار وأبى الآخر : قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل : يبعث القاضى أمينا ينظر فيه إن علم أن فى تركه ضررا عليهما أجبر الآبى أن يبنى مع صاحبه وليس هذا كإباء أحد المالكين ، لأن ثمة الآبى رضى بدخول الضرر عليه فلايجبر ، أما هنا الوصى أراد إدخال الضرر على الصغير فيجبر أن يرم مع صاحبه اهـ .

قلت : ويجب أن يكون الوقف كمال اليتيم ، فإذا كانت الدار مشتركة بين وقفين واحتاجت إلى المرمة فأرادها أحد الناظرين وأبى الآخر يجبر على التعمير من مال الوقف ، وقد صارت حادثة الفتوى ، كذا فى متفرقات قضاء البحر .

قلت : بقى لو كانت الشركة بين بالغ ويتيم ، وينبغى أنه لو كان الضرر على البالغ لايجبر وصى اليتيم ، بخلاف العكس ، وكذا لو بين يتيمين والضرر على أحدهما ، بأن كانت حمولة الجدار له فينبغى أن يجبر وصى المتضرر لو امتنع ، وكذا يقال فى الوقف مع الملك تأمل (قوله وضرورة تعذر قسمة) الإضافة للبيان ط (قوله ككرى نهر) أى تعديله (قوله فإن كان الحائط يحتمل القسمة) أى يحتمل أساسه القسمة ، بأن كان عريضا . وفى المسألة تفصيل لأنه إما أن يكون عليه حمولة أولا ، ففى الثانى إن طلب أحدهما القسمة وأبى الآخر فقيل لايجبر مطلقا ، وقيل يجبر لو عرصته عريضة وبه يفتى وإن طلب أحدهما البناء لا القسمة ، فلو عريضة لايجبر الآبى ، ولو غير عريضة ، قيل لايجبر أيضا ، وقيل يجبر وهو الأشبه ، وإن بنى أحدهما قيل لايرجع لو عريضة لأنه غير مضطر فيه وفى الأول وهو ما إذا كان عليه حمولة ، فإما أن تكون الحمولة لهما أو لأحدهما فإن كانت لهما فإن طلب أحدهما قسمة عرصة الحائط لايجبر الآخر ولو عريضة إذ لكل منهما حق فى كامل العرصة وهو وضع الجذوع على جميع الحائط ، وإن طلب أحدهما البناء ، قيل لايجبر الآبى لو عريضة ، وقيل مطلقا ، وقيل يجبر مطلقا ، وبه يفتى ، إذ فى عدم الجبر تعطيل حق شريكه ، وهو وضع الجذوع على جميع الحائط ، ولو بنى بلا إذن ، قيل لو عريضة لايرجع وقيل يرجع ، وهو الصحيح لأنه مضطر ، كما لو كانت غير عريضة ، لكن مر أن الفتوى على أن شريكه يجبر على البناء ولا اضطرار فيما يجبر

---

(١) (قوله والذى تحصل الخ) قد نظمت هذا الحاصل لتسهيل حفظه فقلت :

وإن يعمر الشريك المشترك	بدون إذن للرجوع ما ملك
إن لم يكن لذاك مضطرا بأن	أمكنه قسمة ذلك السكن
أما إذا اضطر لذا وكان من	أبى على التعمير يجبر فإن
بإذنه أو إذن قاض يرجع	وفعله بدون ذا تبرع
ثم إذا اضطر ولا جبر كما	فى السفل والجدار يرجع بما
أنفقه إن كان بالإذن بنى	لذا وإلا فبقيمة البنا

اهـ منه

وإلا أجبر وكذا كل مالا يقسم كحمام وخان وطاحون وتمامه في متفرقات قضاء البحر والعيني والأشباه وفي غصب المجتبى زرع بلا إذن شريكه فدفع له شريكه نصف البزر ليكون الزرع بينهما قبل النبات لم يجز وبعده جاز وإن أراد قلعه يقاسمه فيقلعه من نصيبه ويضمن الزارع نقصان الأرض بالقلع ، والصواب نقصان الزرع :

وفي قسمة الأشباه المشترك : إذا انهدم فأبى أحدهما العمارة ، فإن احتمل القسمة لاجبر وقسم وإلا بنى ثم آجره ليرجع وتمامه في شركة المنظومة المحبية ، وفيها :

باع شريك شقصه لآخر ... ولو بلا إذن شريك ناظر
فيما عدا الخلط والاختلاط ... حوز ذاك البيع والتعاطي
ثم الشريك ههنا لو باع ... حصته من فرس وابتاعا

عليه كما مر تحقيقه ، فينبغي أن يفتى بأنه متبرع ، وإن كانت الحمولة لأحدهما وطلب صاحبها القسمة يجبر الآبي لو عريضة وهو الصحيح وبه يفتى ؛ ولو أراد ذو الحمولة البناء وأبى الآخر فالصحيح أنه يجبر ولو بنى فالصحيح أنه يرجع لما مر أنه مضطر ؛ ولو بناه الآخر والعرصة عريضة فهو متبرع ، ثم في كل موضع لم يكن الباني متبرعا كان له منع صاحبه من الانتفاع إلى أن يرد عليه ما أنفق أو قيمة البناء على مامر ؛ فلو قال صاحبه أنا لا أتمتع بالمبنى ، قيل لا يرجع الباني ، وقيل يرجع اه جامع الفصولين ملخصا (قوله وإلا أجبر) أي وإن لم يحتمل القسمة أجبر الآبي على البناء وهو الأشبه كما مر (قوله كحمام الخ) أي إذا احتاج إلى مرمة أو قدر أو نحوه ، بخلاف ما إذا خرب وصار صحراء لأنه يمكن قسمته كما في جامع الفصولين (قوله بلا إذن شريكه) أي في الأرض بأن كانت مشتركة بينهما نصفين (قوله لم يجز) لأنه بيع معنى فلا يصح في معدوم (قوله وإن أراد) أي غير الزارع (قوله يقاسمه) أي يقاسمه الأرض المشتركة بينهما (قوله فيقلعه) أي يقلع الزرع من نصيبه من الأرض . ونظير هذا ماقالوا فيما لو بنى في دار مشتركة وطلب الآخر رفع البناء فإنه يقاسمه الدار ويأمره بهدم ماخرج من البناء في حصته (قوله ويضمن الزارع نقصان الأرض بالقلع) أي نقصان نصف الأرض لو انتقصت لأنه غاصب في نصيب شريكه شرح الملتقى (قوله والصواب نقصان الزرع) هذا من عند الشارح ، لأن عبارة المجتبى انتهت عند قوله نقصان الأرض بالقلع كما وجدته في نسخة معتمدة من نسخ المجتبى ، ولا وجه لتصويب الشارح ، فإن نقصان الزرع بإرادة مالكه على الخصوص . أما نقصان الأرض بالقلع فضرر للشريك لكونها ملكهما ، فإن القسمة وقعت على الزرع فقط لا على الأرض أيضا ، هذا ماظهر لي فتأمل اه ح .

قلت : في عبارته قلب ، والصواب أن يقول فإن القسمة وقعت على الأرض فقط لا على الزرع أيضا . على أن مافهمه من كلام الشارح غير متعين ، ويبعد من هذا الشارح الفاضل أن يفهم هذا الفهم العاطل ، بل مراده أن الصواب أن يقول ويضمن الزارع نقصان الأرض بالزرع ، لكنه اختصر العبارة فقال نقصان الزرع من إضافة المصدر إلى فاعله : أي مانقصها الزرع ووجه التصويب أن الأرض ينقصها الزرع لا القلع لأنها تحرث لأجل الزرع فإذا زرعت ونبت الزرع تحتاج إلى حرث آخر ، بل بعض أنواع الزرع يعطل الأرض بحيث لايمكن زراعتها حتى تترك عامين أو أكثر . أمانفس القلع فليس ضرر الأرض منه فافهم (قوله وإلا بنى ثم آجره ليرجع) أي آجره بإذن القاضي ليأخذ ما أنفقه من الأجرة ، وهذا أحد قولين . والثاني أن القاضي يأذن له بالإنفاق ثم يمنع صاحبه من الانتفاع به حتى يؤدي حصته ، وقدمنا عن شرح الوهبانية للشرنبلالي أن الفتوى على هذا القول . وعبارة الأشباه كما ذكره الشارح في آخر القسمة وإلا بنى ثم آجره ليرجع بما أنفق لو بأمر قاض وإلا فبقيمة البناء وقت البناء اه وقدمنا أن هذا التفصيل فيما لايجبر فيه الشريك (قوله باع شريك الخ) أي شركة الملك ، وهذه المسألة

ذلك منه الأجنبي وهلكا وكان ذا بغير إذن الشركا
فإن يشاءوا ضمنوا الشريك أو من اشترى منه على ما قد رووا
وإن يكن كل شريك آجرا حصة حمام له من آخرا
وكان شخص منهما قد أذنا لذاك فى تعميرها وبالبنا
فلا رجوع صاح للمستأجر فى ذا البنا على الشريك الآخر

تقدمت متنا أول الباب عند قوله وكل أجنبي فى مال صاحبه الخ (قوله وهلكا) أى الفرس والألف فيه للإطلاق والمراد أنه هلك بيد المشترى (قوله وكان ذا) أى البيع المقرون بالتسليم ، إذ البيع وحده لايوجب الضمان لعدم تحقق الغصب به كما ذكروه فى كتاب الغصب . وفى البزازية قال : بعت الوديعة وقبضت ثمنها لايضمن مالم يقل دفعتها إلى المشترى (قوله فإن يشاءوا الخ) أى الشركاء. وفى الحامدية عن فتاوى قارئ الهداية والمنح : لهما دابة فباع أحدهما نصيبه وسلمها إلى المشترى بغير إذن شريكه فهلكت عند المشترى فالشريك يخير بين أن يضمن شريكه أو المشترى ، فإن ضمن الشريك جاز بيعه فنصف الثمن له ، وإن ضمن المشترى رجع بنصف الثمن على بائعه والبائع لايرجع بما ضمن على أحد كما هو حكم الغاصب اه. وبه علم أن مبنى الضمان هو التسليم إلى المشترى بدون إذن الشركاء لامجرد البيع كما قلنا فافهم . ووجه الخيار هو أن البائع كالغاصب والمشترى كغاصب الغاصب (قوله وإن يكن كل شريك آجر الخ) هذه المسألة سئل عنها الإمام الفضلى وأجاب فيها بعدم الرجوع . ثم قال : يحتمل أن يقال المستأجر يقوم مقام مؤجره فيما أنفق فيرجع على مؤجره وهو أى مؤجره على شريكه . ويحتمل أن يقال المستأجر إنما رجع على مؤجره بالأمر وأمره إنما يجوز على نفسه لاعلى على غيره، فالمستأجر متبرع فى نصيب شريكه فلا يرجع على أحد اه . ونافشه فى جامع الفصولين بقوله : أقول : لو رمّ المؤجر بنفسه ، فلو كان له الرجوع على شريكه ينبغى أن يرجع المستأجر على مؤجره وهو على شريكه لصحة الأمر إذا أمر فيما له فعله فكأنه رمّ بنفسه ، فلا معنى لقوله وأمره إنما يجوز على نفسه لاعلى غيره ، ولو لم يكن له الرجوع إذا رمّ بنفسه لم يجز أمره على حق شريكه فلا رجوع ، فلا يفيد قوله يقوم مقام مؤجره .

فالحاصل أن أحد الاحتمالين باطل إلا أن يكون قولان فى رجوع المؤجر لو رمّ بنفسه . والظاهر أن فيه قولين على ما يظهر مما تقدم ،ولو رمه المؤجر بنفسه يتأتى فيه مامر من تفصيل المطالبة وتركها والحضور والغيبة وأمر القاضى وعدمه ، فينبغى أن يكون رجوعه على التفصيل اه .

قلت : وهو كلام وجيه ، لكن تقدم عن فتاوى الفضلى أنه لو أنفق فى مرمة الطاحون لم يكن متبرعا أى بناء على أن الآبى لايجبر ، وهو مخالف للضابط المتقدم كما قدمنا تحريره ، فالظاهر أن كلام الفضلى هنا مبنى على ما ذكره فى فتاواه فيرجع لو رم بنفسه أورم مأموره وهو المستأجر ،لأنه أمر بما يملك فعله فيرجع المستأجر عليه وهو يرجع على شريكه ،أما عدم رجوع المستأجر على شريك المؤجر فظاهر لأنه أجنبى عنه . وقد كتب الشارح هنا على الهامش عند قوله فلا رجوع صاح للمستأجر الخ مانصه :

قلت : ظاهره أنه يرجع على الآذن . بقى بم يرجع بكله أو بحصته فليراجع اه :

قلت : صريح عبارة الفضلى المارة أنه يرجع على الآذن وهو المؤجر ، وأنه يرجع بالكل على الاحتمال الأول وبحصة المؤجر فقط على الاحتمال الثانى لأنه جعله متبرعا فى نصيب الشريك ، وإذا قلنا بأنه يثبت للشريك الرجوع فالظاهر أن مأموره يرجع عليه بالكل ، أما على مقتضى الضابط المار فلا رجوع للشريك ويرجع

لو واحد من الشريكين سكن ‏ في الدار مدة مضت من الزمن
فليس للشريك أن يطالبه ‏ بأجرة السكنى ولا المطالبه
بأنه يسكن من الأول ‏ لكنه إن كان في المستقبل
يطلب أن يهايئ الشريكا ‏ يجاب فافهم ودع التشكيكا

كتاب الوقف

مناسبته للشركة إدخال غيره معه في ماله ، غير أن ملكه باق فيها لا فيه .

(هو) لغة الحبس . وشرعا (حبس العين على) حكم (ملك الواقف والتصدق بالمنفعة) ولو في الجملة ،

المأمور عليه بحصته فقط ، والله تعالى أعلم (قوله لو واحد من الشريكين سكن الخ) قدمنا الكلام على هذه المسألة أول الباب قبيل شركة العقد (قوله بأجرة السكنى) أى ولو معدا للاستغلال لأنه سكن بتأويل ملك فلا أجر عليه ، نعم لو كان وقفا أو مال يتيم يلزمه أجر شريكه على ما اختاره المتأخرون ، وهو المعتمد كما سيأتى في كتاب الغصب إن شاء الله تعالى (قوله لكنه الخ) هذا في غير الوقف ، لأن الوقف لا تجرى فيه القسمة ولا المهايأة كما يأتى ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

كتاب الوقف

هو مصدر وقفت أقف : حبست ، ومنه الموقف لحبس الناس فيه للحساب ، وأوقفت لغة رديئة حتى ادعى المازنى أنها لم تعرف من كلام العرب . قال الجوهرى : وليس في الكلام أوقفت إلا حرفا واحدا ، أوقفت على الأمر الذى كنت عليه ، ثم اشتهر في الموقوف فقيل هذه الدار وقف ولذا جمع على أوقاف . وقد قال الشافعى رحمه الله تعالى : لم يحبس أهل الجاهلية فيما علمت وإنما حبس أهل الإسلام . وفى وقف المنية : الرباط أفضل من العتق نهر (قوله إدخال غيره معه في ماله) هذا في الشركة ظاهر . وأما في الوقف فلا يتم إلا إذا وقف على نفسه وغيره . وما في النهر أوضح ، حيث قال : مناسبته بالشركة باعتبار أن المقصود بكل منهما الانتفاع بما يزيد على أصل المال إلا أنه في الشركة على ملك صاحبه . وفى الوقف يخرج عنه عند الأكثر اهـ ح (قوله على حكم ملك الواقف) قدر لفظ حكم تبعا للإسعاف والشرنبلالية ليكون تعريفا للوقف اللازم المتفق عليه . أما غير اللازم فإنه باق على ملك الواقف حقيقة عنده ، ولذا قال القهستانى : وشرعا عنده حبس العين ومنع الرقبة المملوكة بالقول عن تصرف الغير حال كونها مقتصرة على ملك الوقف ، فالرقبة باقية على ملكه في حياته وملك لورثته بعد وفاته بحيث يباع ويوهب . ثم قال : ويشكل بالمسجد فإنه حبس على ملك الله تعالى بالإجماع ، اللهم إلا أن يقال إنه تعريف للوقت المختلف فيه اهـ .

والحاصل أن المصنف عرف الوقف المختلف والشارح قدر الحكم اختيارا للازم المتفق عليه ولكل جهة هو موليها لكن جهة الشارح أرجح من حيث أن المصنف قال هو حبس العين وذلك لا يناسب تعريف غير اللازم ، إذ لا حبس فيه لأنه غير ممنوع عن بيعه ونحوه ، بخلاف اللازم فإنه محبوس حقيقة ، وكثيرا ما تخفى رموز هذا الشرح الفاضل على الناظرين خصوصا من هو مولع بالاعتراض عليه فافهم .

مطلب لو وقف على الأغنياء وحدهم لم يجز

(قوله ولو في الجملة) فيدخل فيه الوقف على نفسه ثم على الفقراء وكذا الوقف على الأغنياء ثم الفقراء ،

والأصح أنه (عنده) جائز غير لازم كالعارية (وعندهما هو حبسها على) حكم (ملك الله تعالى

لما فى النهر عن المحيط : لو وقف على الأغنياء وحدهم لم يجز لأنه ليس بقربة ، أما لو جعل آخره للفقراء فإنه يكون قربة فى الجملة اهـ وبهذا التعميم صار التعريف جامعا واستغنى عما زاده فيه الكمال ، وتبعه ابن كمال من قوله أو صرف منفعتها إلى من أحب وقال إن الوقف يصح لمن يحب من الأغنياء بلا قصد القربة ، وهو وإن كان لابد فى آخره من القربة بشرط التأبيد كالفقراء ومصالح المسجد لكنه يكون وقفا قبل انقراض الأغنياء بلا تصدق اهـ أفاده فى النهر . وأجاب فى البحر أيضا بأنه قد يقال : إن الوقف على الغنى تصدق بالمنفعة لأن الصدقة تكون على الأغنياء أيضا وإن كانت مجازا عن الهبة عند بعضهم ، وصرح فى الذخيرة بأن فى التصدق على الغنى نوع قربة دون قربة الفقير اهـ .

واعترضه ح بأن هذا النوع من القربة لو كفى فى الوقف لصح الوقف على الأغنياء من غير أن يجعل آخره للفقراء وعلمت تصريح المحيط بأنه لا يصح ، وسيأتى قبيل الفصل :

قلت : والجواب الصحيح أن الوقف تصدق ابتداء وانتهاء ، إذ لابد من التصريح بالتصدق على وجه التأبيد أو مايقوم مقامه كما يأتى تحقيقه ، ولكنه إذا جعل أوله على معينين صار كأنه استثنى ذلك من الدفع إلى الفقراء كما صرحوا به ، ولذا لو وقف على بنيه ثم على الفقراء ولم يوجد إلا ابن واحد يعطى النصف والنصف الباقى للفقراء ، لأن ما بطل من الوقف على الابن صار للفقراء ، لأن الوقف خرج عن ملك الواقف بقوله صدقة موقوفة أبدا ، فقد ابتدأه بالصدقة وختمه بها كما قاله الخصاف ، فعلم أنه صدقة ابتداء ، ولا يخرجه عن ذلك اشتراط صرفه لمعين (قوله والأصح أنه عنده جائز الخ) قال فى الإسعاف : وهو جائز عند علمائنا أبى حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى .

وذكر فى الأصل : كان أبو حنيفة لا يجيز الوقف فأخذ بعض الناس بظاهر هذا اللفظ وقال لا يجوز الوقف عنده . والصحيح أنه جائز عند الكل ، وإنما الخلاف بينهم فى اللزوم وعدمه ؛ فعنده يجوز جواز الإعارة ، فتصرف منفعته إلى جهة الوقف مع بقاء العين على حكم ملك الواقف ، ولو رجع عنه حال حياته جاز مع الكراهة ، ويورث عنه : ولا يلزم إلا بأحد أمرين : إما أن يحكم به القاضى أو يخرجه مخرج الوصية . وعندهما يلزم بدون ذلك ، وهو قول عامة العلماء ، وهو الصحيح . ثم إن أبا يوسف يقول يصير وقفا بمجرد القول لأنه بمنزلة الإعتاق عنده ، وعليه الفتوى : وقال محمد : لا إلا بأربعة شروط ستأتى اهـ ملخصا .

وبحث فى الفتح بأنه إذا لم يزل ملكه عنده قبل الحكم فلفظ حبس لا معنى له ، لأن له التصرف فيه متى شاء فلم يحدث الوقف إلا مشيئة التصدق بالمنفعة ، وله أن يترك ذلك متى شاء ، وهذا القدر كان ثابتا قبل الوقف فلم يفد لفظ الوقف شيئا ، وحينئذ فقول من أخذ بظاهر ما فى الأصل صحيح . ونظر فيه فى البحر بأن سلب الفائدة مطلقا غير صحيح لأنه يصح الحكم به ، ويحل للفقير أن يأكل منه ، ويثاب الواقف به ، ويتبع شرطه ، ويصح نصب المتولى عليه : وقول من أخذ بظاهر اللفظ غير صحيح ، لأن ظاهره عدم الصحة أصلا ولم يقل به أحد ، وإلا لزم أن لا يصح الحكم به اهـ .

قلت : بل ذكر فى الإسعاف أنه عنده يكون نذرا بالتصدق حيث قال : وحكمه ما ذكر فى تعريفه ، فلو قال أرضى هذه صدقة موقوفة مؤبدة جاز لازما عند عامة العلماء . وعند أبى حنيفة يكون نذرا بالصدقة بغلة الأرض ويبقى ملكه على حاله ، فإذا مات يورث عنه اهـ : أى فيجب عليه التصدق بغلته (قوله على حكم ملك الله تعالى) قدر لفظ حكم ليفيد أن المراد أنه لم يبق على ملك الواقف ولا انتقل إلى ملك غيره ، بل صار على حكم

وصرف منفعتها على من أحب) ولو غنيا فيلزم ، فلا يجوز له إبطاله ولا يورث عنه ، وعليه الفتوى ابن الكمال وابن الشحنة (وسببه إرادة محبوب النفس) فى الدنيا ببر الأحباب وفى الآخرة بالثواب يعنى بالنية من أهلها ، لأنه مباح بدليل صحته من الكافر ؛ وقد يكون واجبا بالنذر فيتصدق بها أو بثمنها ، ولو وقفها على من لا تجوز له الزكاة

ملك الله تعالى الذى لاملك فيه لأحد سواه ، وإلا فالكل ملك لله تعالى . واستحسن فى الفتح قول مالك رحمه الله أنه حبس العين على ملك الواقف فلا يزول عنه ملكه ، لكن لايباع ولا يورث ولا يوهب مثل أم الولد والمدبر وحققه بما لامزيد عليه .

قلت : والظاهر أن هذا مراد شمس الأئمة السرخسى حيث عرّفه بأنه حبس المملوك عن التمليك من الغير ، فإن الحبس يفيد أنه باق على ملكه كما كان وأنه لايباع ولا يوهب (قوله وصرف منفعتها على من أحب) عبر به بدل قوله والتصدق بالمنفعة لأنه أعم ، وإلى التعميم أشار بقوله ولو غنيا أفاده ح ، لكن علمت أن الوقف على الأغنياء وحدهم لايجوز ، فالمناسب التعبير بالتصدق بالمنفعة إلا أن يراد صرف منفعتها على وجه التصدق (قوله فيلزم) تفريع على ما أفاده التعريف من خروج العين عن ملك الواقف لثبوت التلازم بين اللزوم والخروج عن ملكه باتفاق أئمتنا الثلاثة كما ذكره فى الفتح (قوله وعليه الفتوى) أى على قولهما يلزمه . قال فى الفتح : والحق ترجح قول عامة العلماء بلزومه ، لأن الأحاديث والآثار متظافرة على ذلك ، واستمر عمل الصحابة والتابعين ومن بعدهم على ذلك فلذا ترجح خلاف قوله اهـ ملخصا (قوله ببر الأحباب) أى من يحب برهم ونفعهم من قريب أو فقير أجنبى (قوله يعنى بالنية) قيد للثواب ، إذ لا ثواب إلا بالنية (قوله من أهلها) وهو المسلم العاقل . وأما البلوغ فليس بشرط لصحة النية والثواب بها ، بل هو شرط هنا لصحة التبرع (قوله لأنه مباح الخ) يعنى قد يكون مباحا كما عبر فى البحر : والمراد أنه ليس موضوعا للتعبد به كالصلاة والحج بحيث لايصح من الكافر أصلا بل التقرب به موقوف على نية القربة ، فهو بدونها مباح حتى يصح من الكافر كالعتق والنكاح ، لكن العتق أنفذ منه حتى صح مع كونه حراما كالعتق للصنم ، بخلاف الوقف فإنه لابد فيه من أن يكون فى صورة القربة ، وهو معنى ما يأتى فى قوله ويشترط أن يكون قربة فى ذاته ، إذ لو اشترط كونه قربة حقيقة لم يصح من الكافر هذا ماظهر لى فتأمل (قوله فيتصدق بها أو بثمنها) خلط الشارح مسألة النذر بالوقف بمسألة مالو كانت صيغة الوقف نذرا مع أن حكمهما مختلف ، فأما النذر به فقال فى البحر : والثالث المنذور كما لو قال إن قدم ولدى فعلى أن أقف هذه الدار على ابن السبيل فقدم فهو نذر يجب الوفاء به ، فإن وقفه على ولده وغيره ممن لايجوز دفع زكاته إليهم جاز فى الحكم ونذره باق وإن وقفه على غيرهم سقط ، وإنما صح النذر لأن من جنسه واجبا ، فإنه يجب أن يتخذ الإمام للمسلمين مسجدا من بيت المال ، أو من مالهم إن لم يكن لهم بيت مال كذا فى فتح القدير ، وأما مسألة مالو كانت صيغة الوقف نذرا فقال فى البحر قبل هذا : التاسع لو قال : هى للسبيل إن تعارفوه وقفا مؤبدا للفقراء كان كذلك وإلا سئل فإن قال أردت الوقف صار وقفا لأنه محتمل لفظه ، أو قال أردت معنى صدقة فهو نذر فيتصدق بها أو بثمنها ، وإن لم ينو كانت ميراثا ذكره فى النوازل اهـ ح :

قلت : صيغة النذر بالوقف التى ذكرها فى البحر غير متعينة فليكن الشارح أشار إلى صيغة غيرها تشمل المسألتين كأن قال إن قدم ولدى فعلى أن أجعل هذه الدار للسبيل ، وحينئذ فإن أراد بالسبيل الصدقة كانت كذلك ، وقد ذكر حكمها بقوله فيتصدق بها أو بثمنها ، وإن أراد الوقف أو كان متعارفا كانت وقفا وقد أفاد حكمها بقوله ولو وقفها الخ

جاز فى الحكم وبقى نذره وبهذا عرف صفته وحكمه مامر فى تعريفه (ومحله المال المتقوم وركنه الألفاظ الخاصة ك) أرضى هذه (صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين ونحوه) من الألفاظ كموقوفة لله تعالى أو على وجه الخير أو البر واكتفى أبو يوسف بلفظ موقوفة فقط قال الشهيد ونحن نفتى به للعرف (وشرطه شرط سائر التبرعات) كحرية وتكليف

ودقة نظر الشارح وإيجازه فى التعبير يفوق ذلك كما لايخفى على من مارس كتابه فافهم (قوله جاز فى الحكم) أى صح الوقف فى حكم الشرع لصدوره من أهله فى محله ، وصح تعيينه الموقوف عليه ، لكنه لايسقط به النذر لأن الصدقة الواجبة لابد أن تكون لله تعالى على الخلوص ، وصرفها إلى من لا تجوز شهادته له فيه نفع له فلم تخلص لله تعالى كما لو صرف إليه الكفارة أو الزكاة وقعت صدقة وبقيت فى ذمته (قوله وبهذا) أى بماذكر من أنه يكون قربة بالنية ومباحا بدونها وواجبا بالنذر (قوله وحكمه) أى الأثر المترتب عليه (قوله مامر فى تعريفه) أى من أنه تصدق بالمنفعة (قوله ومحله المال المتقوم) أى بشرط أن يكون عقارا أو منقولا فيه تعامل كما سيأتى بيانه ، ثم رأيت هذا مسطورا فى الإسعاف .

مطلب قد يثبت الوقف بالضرورة

(قوله وركنه الألفاظ الخاصة) وهى ستة وعشرون لفظا على مابسطه فى البحر ، ومنها مافى الفتح حيث قال : فرع يثبت الوقف بالضرورة وصورته أن يوصى بغلة هذه الدار للمساكين أبدا أو لفلان وبعده للمساكين أبدا فإن الدار تصير وقفا بالضرورة . والوجه أنها كقوله إذا مت فقد وقفت دارى على كذا اه أى فهو من المعلق بالموت ، وسيأتى الكلام عليه وأنه كوصية من الثلث وذكر فى البحر منها لو قال اشتروا من غلة دارى هذه كل شهر بعشرة دراهم خبزا وفرقوه على المساكين صارت الدار وقفا اه وعزاه للذخيرة وبسط الكلام عليه فى أنفع الوسائل ، وقال : لا أعلم فى المسألة خلافا بين الأصحاب .

قلت : ومقتضاه أن الدار كلها تصير وقفا من ثلث ماله ويصرف منها الخبز إلى ماعينه الواقف ، والباقى إلى الفقراء لأنهم مصرف الوقف فى الأصل ، ما لم ينص على غيرهم . ونظيره ماقدمناه لو وقف على أولاده وليس له إلا ولد واحد فله النصف والباقى للفقراء ، وقد سألت عن نظير هذه المسألة فى رجل أوصى بأن يؤخذ من غلة داره كل سنة كذا دراهم يشترى بها زيت لمسجد كذا ، ثم باع الورثة الدار وشرطوا على المشترى دفع ذلك المبلغ فى كل سنة للمسجد ، فأفتيت بعدم صحة البيع ، وبأنها صارت وقفا حيث كانت تخرج من الثلث (قوله واكتفى أبو يوسف بلفظ موقوفة الخ) أى بدون ذكر تأبيد أومايدل عليه كلفظ صدقة ، أو لفظ المساكين ونحوه كالمسجد ، وهذا إذا لم يكن وقفا على معين كزيد أو أولاد فلان ، فإنه لايصح بلفظ موقوفة لمنافاة التعيين للتأبيد ، ولذا فرق بين موقوفة وبين موقوفة على زيد حيث أجاز الأول دون الثانى . نعم تعيين المسجد لايضر لأنه مؤبد وسيأتى تمامه ، قال فى البحر : لايصح أى موقوفة فقط إلا عند أبى يوسف فإنه يجعلها بمجرد هذا اللفظ موقوفة على الفقراء ، وإذا كان مفيدا لخصوص المصرف أعنى الفقراء لزم كونه مؤبدا لأن جهة الفقراء لاتنقطع . قال الصدر الشهيد ومشايخ بلخ يفتون بقول أبى يوسف ونحن نفتى به أيضا لمكان العرف لأن العرف إذا كان يصرفه إلى الفقراء كان كالتنصيص عليهم اه .

قلت : وهذا بناء على أن ذكر التأبيد أومايدل عليه غير شرط عنده كما سيأتى بيانه (قوله وشرطه شرط سائر التبرعات) أفاد أن الواقف لابد أن يكون مالكه وقت الوقف ملكا باتا ولو بسبب فاسد ، وأن لايكون

(وأن يكون) قربة فى ذاته معلوما (منجزا) لا معلقا إلا بكائن ، ولا مضافا ، ولا موقتا

محجورا عن التصرف ، حتى لو وقف الغاصب المغصوب لم يصح ، وإن ملكه بعد بشراء أو صلح ، ولو أجاز المالك وقف فضولى جاز وصح وقف ماشراه فاسدا بعد القبض وعليه القيمة للبائع ، وكالشراء الهبة الفاسدة بعد القبض ، بخلاف مالو اشتراه بخيار البائع فوقفها وإن أجاز البائع بعده وينقض وقف استحق بملك أو شفعة ، وإن جعله مسجدا ووقف مريض أحاط دينه بماله بخلاف صحيح وسيأتى تمامه مع حكم وقف المرهون قبيل الفصل وكذا وقف محجور لسفه أودين كذا أطلقه الخصاف . قال فى الفتح : وينبغى أنه إذا وقفها المحجور لسفه على نفسه ثم على جهة لاتنقطع أن يصح على قول أبى يوسف ، وهو الصحيح عند المحققين وعند الكل إذا حكم به الحاكم اه قال فى البحر : وهو مدفوع بأن الوقف تبرع وهو ليس من أهله . وفى النهر : يمكن أن يجاب بأن الممنوع التبرع على غيره لاعلى نفسه كما هنا واستحقاق الغير له إنما هو بعد موته (قوله وأن يكون قربة فى ذاته) أى بأن يكون من حيث النظر إلى ذاته وصورته قربة ، والمراد أن يحكم الشرع بأنه لو صدر من مسلم يكون قربة حملا على أنه قصد القربة ، لكنه يدخل فيه مالو وقف الذمى على حج أو عمرة مع أنه لايصح ولو أجرى الكلام على ظاهره لايدخل فيه وقف الذمى على الفقراء لأنه لاقربة من الذمى ، ولو حمل على أن المراد ما كان قربة فى اعتقاد الواقف يدخل فيه وقف الذمى على بيعة مع أنه لايصح فتعين أن هذا شرط فى وقف المسلم فقط ، بخلاف الذمى لما فى البحر وغيره أن شرط وقف الذمى أن يكون قربة عندنا وعندهم كالوقف على الفقراء أو على مسجد القدس ، بخلاف الوقف على بيعة فإنه قربة عندهم فقط أوعلى حج أو عمرة فإنه قربة عندنا فقط فأفاد أن هذا شرط لوقف الذمى فقط ، لأن وقف المسلم لايشترط كونه قربة عندهم بل عندنا كوقفنا على حج وعمرة بخلافه على بيعة فإنه غير قربة عندنا بل عندهم (قوله معلوما) حتى لو وقف شيئا من أرضه ولم يسمه لايصح ولوبين بعد ذلك ، وكذا لو قال وقفت هذه الأرض أو هذه ، نعم لو وقف جميع حصته من هذه الأرض ولم يسم السهام جاز استحسانا ، ولو قال : وهو ثلث جميع الدار فإذا هو النصف كان الكل وقفا كما فى الخانية نهر أى كل النصف : وفى البحر عن المحيط : وقف أرضا فيها أشجار واستثناها لايصح لأنه صار مستثنيا الأشجار بمواضعها فيصير الداخل تحت الوقف مجهولا (قوله منجزا) مقابله المعلق والمضاف (قوله لامعلقا) كقوله : إذا جاء غد أوإذا جاء رأس الشهر أوإذا كلمت فلانا فأرضى هذه صدقة موقوفة أو إن شئت أوأحببت يكون الوقف باطلا ، لأن الوقف لايحتمل التعليق بالخطر لكونه مما لايحلف به كما لايصح تعليق الهبة بخلاف النذر لأنه يحتمله ويحلف به ، فلو قال إن كلمت فلانا إذا قدم أو إن برئت من مرضى هذا فأرضى صدقة موقوفة يلزمه التصدق بعينها إذا وجد الشرط لأن هذا بمنزلة النذر واليمين إسعاف (قوله إلا بكائن) أو موجود للحال فلا ينافى عدم صحته معلقا بالموت قال فى الإسعاف : ولو قال إن كانت هذه الأرض فى ملكى فهى صدقة موقوفة ، فإن كانت فى ملكه وقت التكلم صح الوقف وإلا فلا ، لأن التعليق بالشرط الكائن تنجيز (قوله ولامضافا) يعنى إلى مابعد الموت . فقد نقل فى البحر أن محمدا نص فى السير الكبير أنه إذا أضيف إلى مابعد الموت يكون باطلا عند أبى حنيفة اه . نعم سيأتى فى الشرح أنه يكون وصية لازمة من الثلث بالموت لاقبله ، أما لو قال دارى صدقة موقوفة غدا فإنه صحيح كما جزم به فى جامع الفصولين ، وأقره فى البحر والنهر وسيذكره المصنف قبيل باب الصرف ، فمراد الشارح بالمضاف الأول فلا غلط فى كلامه فافهم (قوله ولاموقتا) كما إذا وقف داره يوما أوشهرا قاله الخصاف ، وفصل هلال بين أن يشترط رجوعها إليه بعد الوقت فيبطل وإلا فلا . وظاهر الخانية اعتماده بحر ونهر ويأتى تمامه عند قول المصنف

ولا بخيار شرط ، ولا ذكر معه اشتراط بيعه وصرف ثمنه لحاجته ، فإن ذكره بطل وقفه بزازية . وفي الفتح : لو وقف المرتد فقتل أو مات أو ارتد المسلم بطل وقفه ، ولا يصح وقف مسلم أو ذمي على بيعة أو حربي قيل أو مجوسي ، وجاز على ذمي لأنه قربة حتى لو قال على أن من أسلم من ولده أو انتقل إلى غير النصرانية فلا شيء له

وإذا وقته بطل (قوله ولا بخيار شرط) معلوما كان أو مجهولا عند محمد وصححه هلال إسعاف . وفي ط عن الهندية : وصح اشتراطه ثلاثة أيام عند الثاني ، ومحل الخلاف في غير وقف المسجد حتى لو اتخذ مسجدا على أنه بالخيار جاز والشرط باطل اهـ (قوله ولا ذكر معه اشتراط بيعه الخ) في الخصاف لو قال : على أن لي إخراجها من الوقف إلى غيره أو على أن أهبها وأتصدق بثمنها ، أو على أن أهبها لمن شئت أو على أن أرهنها متى بدا لي وأخرجها عن الوقف بطل الوقف ، ثم ذكر أن هذا في غير المسجد ، أما المسجد لو اشترط إبطاله أو بيعه صح وبطل الشرط . قلت : ولو اشترط في الوقف استبداله صح وسيأتي بيانه .

[تتمة] : لا يشترط قبول الموقوف عليه لو غير معين كالفقراء ، فلو لشخص بعينه وآخره للفقراء اشترط قبوله في حقه ، فإن قبله فالغلة له ، وإن رده فللفقراء ، ومن قبل ليس له الرد بعده ، ومن رده أول الأمر ليس له القبول بعده ، وتمام الفروع في الإسعاف والبحر ، ولا يشترط أيضا وجود الموقوف عليه حين الوقف ، حتى لو وقف على مسجد هيأ مكانه قبل أن يبنيه ، فالصحيح الجواز كما سيأتي ولا تحديد العقار ، بل الشرط كونه معلوما خلافا لما يوهمه كلام القنية والفتح ، نعم هو شرط الشهادة وسنذكر تمامه عند قوله ولو وقف العقار ببقره (قوله بطل وقفه) هو المختار جامع الفصولين وغيره .

مطلب في وقف المرتد والكافر

(قوله فقتل أو مات) أما إن أسلم صح كما في البحر (قوله أو ارتد المسلم بطل وقفه) ويصير ميراثا سواء قتل على ردته أو مات أو عاد إلى الإسلام إلا إن أعاد الوقف بعد عوده إلى الإسلام ، ويصح وقف المرتدة لأنها لا تقتل بحر وفي هذه المسألة الاغتفار في الابتداء لا في البقاء عكس القاعدة ، فإن الردة المقارنة للوقف لا تبطله بل يتوقف ، بخلاف الطارئة فإنها تبطله بتا اهـ ط ، وسيأتي تمام الكلام على ذلك قبيل الفصل الآتي (قوله ولا يصح وقف مسلم أو ذمي على بيعة) أما في المسلم فلعدم كونه قربة في ذاته ، وأما في الذمي فلعدم كونه قربة عندنا وعنده كما مر أفاده ح . لكن هذا إذا لم يجعل آخره للفقراء لما في الفتح : لو وقف أي الذمي على بيعة مثلا فإذا خربت يكون للفقراء كان للفقراء ابتداء ، ولو لم يجعل آخره للفقراء كان ميراثا عنه نص عليه الخصاف في وقفه ولم يحك فيه خلافا اهـ ومثله في الإسعاف ، ويظهر منه أن في عبارة البحر سقطا حيث قال : ولو وقف على بيعة فإذا خربت كان للفقراء لم يصح وكان ميراثا لأنه ليس بقربة عندنا اهـ .

قلت : وينبغي أن يصح وقفا على الفقراء مطلقا على قول أبي يوسف المفتى به ، وهو عدم اشتراط التصريح بالتأبيد كما مر ويأتي ، إلا أن يجاب بأن التقييد بالبيعة ينافي التأبيد كما قدمناه قريبا فتأمل (قوله أو حربي) لأنا قد نهينا عن برهم ط (قوله قيل أو مجوسي) أشار إلى أن الصحيح صحة الوقف عليه ابتداء ، كما اختاره في القنية وفي الإسعاف لو وقف نصراني مثلا على مساكين أهل الذمة جاز صرفها لمساكين اليهود والمجوس لكونهم من أهل الذمة ، ولو عين مساكين أهل دينه تعينوا ، ولو صرفها القيم إلى غيرهم ضمن ، وإن كان أهل الذمة ملة واحدة لتعين الوقف بمن يعينه الواقف .

لزم شرطه على المذهب (والملك يزول) عن الموقوف بأربعة بافراز مسجد كما سيجيء و (بقضاء القاضى) لأنه مجتهد فيه، وصورته : أن يسلمه إلى المتولى

مطلب شرائط الواقف معتبرة إذا لم تخالف الشرع

(قوله على المذهب) فيه رد على الطرسوسى ، حيث شنع على الخصاف، بأنه جعل الكفر سبب الاستحقاق والإسلام سبب الحرمان : قال فى الفتح : ولا نعلم أحدا من أهل المذهب تعقب الخصاف غيره ، وهذه للبعد من الفقه ، فإن شرائط الواقف معتبرة إذا لم تخالف الشرع وهو مالك، فله أن يجعل ماله حيث شاء مالم يكن معصية وله أن يخص صنفا من الفقراء ولو كان الوضع فى كلهم قربة ، ولاشك أن التصدق على أهل الذمة قربة حتى جاز أن يدفع إليهم صدقة الفطر والكفارات عندنا ، فكيف لايعتبر شرطه فى صنف دون صنف من الفقراء؟ أرأيت لو وقف على فقراء أهل الذمة ولم يذكر غيرهم أليس يحرم منه فقراء المسلمين ، ولو دفع المتولى إلى المسلمين ضمن فهذا مثله والإسلام ليس سببا للحرمان بل الحرمان لعدم تحقق سبب تملكه لهذا المال وهو إعطاء الواقف المالك اه (قوله والملك يزول) أى ملك الواقف فيصير الوقف لازما للاتفاق على التلازم بين اللزوم والخروج عن ملكه كما قدمناه عن الفتح (قوله بأربعة) هذا على قول الإمام ، لكن فيه أنه بالثانى والثالث لايزول الملك فيه عند الإمام ، حتى كان له الرجوع عنه مادام حيا كما سينبه عليه الشارح (قوله بإفراز مسجد) عبر بالإفراز لأنه لو كان مشاعا لايصح إجماعا ، وأفاد أنه يلزم بلا قضاء (قوله وبقضاء القاضى) أى قضائه بلزومه كما فى الفتح وعبر فى موضع آخر قبله بقوله أى بخروجه عن ملكه وكل صحيح لما قدمناه عنه آنفا من التلازم بين الخروج واللزوم :

[تنبيه] : قال العلامة ابن الغرس فى الفوا كه البدرية قالوا : القضاء بصحة الوقف لايكون قضاء بلزومه : وتوجيهه أن الوقف جائز غير لازم عند الإمام لازم عندهما فإذا قضى القاضى بصحته احتمل أن يكون قضى بذلك على مذهبه ، ولامعنى للجواز ههنا إلا الصحة ، ولايلزمها اللزوم فيحتاج فى لزوم الوقف إلى التصريح بذلك ، وفيه نظر وجهه أن الإمام لم يقل بكون الوقف جائزا غير لازم مطلقا بل هو عنده لازم إذا علقه الواقف بالموت أو قضى به القاضى ، ولاشك أن القضاء بصحة الوقف قضاء بالوقف ، فيكون القضاء بصحته مقتضيا للزومه ، فلا يحتاج إلى التصريح باللزوم فى القضاء به فليتأمل اه كلام ابن الغرس :

وحاصله : أن القضاء بصحته كالقضاء بلزومه أو بخروجه عن ملكه وفيه نظر ، لأنهم اتفقوا على صحة الوقف بمجرد القول ، وإنما الخلاف فى اللزوم فالإمام لايقول به ، وقد تقرر أن كل مجتهد فيه إذا حكم به حاكم يراه نفذ حكمه وصار مجمعا عليه ، فليس لحاكم غيره نقضه والوقف من هذا القبيل ، فإذا حكم بلزومه حاكم يراه لزم اتفاقا وارتفع الخلاف ، أما لو حكم بأصل الصحة فلا لأنها ليست محل الخلاف ، ولانسلم أنها تستلزم اللزوم وإلا لم يكن خلاف فيه مع أنه ثابت فقولهم يلزم عند الإمام بالقضاء معناه بالقضاء بلزومه أو بخروجه عن ملكه كما مر ، أما لو حكم بالصحة بأن وقع النزاع فيها فقط بأن ادعى عبده تعليق عتقه على وقفه أرضه فأنكر المولى صحة الوقف لكونه علقه بشرط مثلا فأثبت العبد أنه علقه بكائن فحكم الحاكم بصحته فهو صحيح ، ولايستلزم اللزوم لأنه ليس محل النزاع هذا مايظهر للفكر الفاتر فتدبره (قوله لأنه مجتهد فيه) أى أنه يسوغ فيه الاجتهاد ، والاختلاف بين الأئمة فيكون الحكم فيه رافعا للخلاف كما قلنا ، وهذا تعليل لزوال الملك ولزومه عند الإمام القائل بعدم ذلك فافهم (قوله وصورته) أى صورة قضاء القاضى بلزومه (قوله أن يسلمه) أى يسلم الواقف

ثم يظهر الرجوع معين المفتى معزيا للفتح (المولى من قبل السلطان) لا الحكم وسيجيء أن البينة تقبل بلا دعوى ، ثم هل القضاء بالوقف قضاء على الكافة ، فلا تسمع فيه دعوى ملك آخر ، ووقف آخر أم لا فتسمع أفتى أبو السعود مفتى الروم بالأول ، وبه جزم فى المنظومة المحبية ورجحه المصنف صونا عن الحيل لإبطاله ، لكنه نقل بعده عن البحر أن المعتمد الثانى وصححه فى الفواكه البدرية وبه أفتى المصنف (أو بالموت إذا علق به) أى بموته كإذا مت

وقفه بعد أن نصب له متوليا (قوله ثم يظهر الرجوع) أى يدعى عند القاضى أنه رجع عن وقفه ، ويطالب رده إليه لعدم لزومه ويمتنع المتولى من رده إليه فيحكم القاضى بلزومه ، فيلزم عند الإمام أيضا لارتفاع الخلاف بالقضاء (قوله لا الحكم) فإن الصحيح أن بحكمه لا يرتفع الخلاف ، وللقاضى أن يبطله بحر عن الخانية ، ومثله فى الإسعاف خلافا لما صححه فى الجوهرة :

[تنبيه] : قال فى الإسعاف : ولو كان الواقف مجتهدا يرى لزوم الوقف فأمضى رأيه فيه وعزم على زوال ملكه عنه أو مقلدا فسأل فأفتى بالجواز فقبله وعزم على ذلك لزم الوقف ، ولا يصح الرجوع فيه وإن تبدل رأى المجتهد وأفتى المقلد بعدم اللزوم بعد ذلك اهـ فهذا مما يزاد على ما يلزم به الوقف لكن قال فى النهر بعد نقله له الظاهر ضعفه اهـ أى لمخالفته لقول المتون يزول بقضاء القاضى ، وأيضا فإن العبرة لرأى الحاكم فإذا رفع إليه حكم يحكم فيه برأيه لا برأى الخصم ، والظاهر أن ما فى الإسعاف صحيح بالنسبة إلى الديانة لأن المجتهد إذا تغير رأيه لا ينقض ما أمضاه أولا وكذا المقلد فى حادثة ليس له الرجوع فيها بتقليده مجتهدا آخر ، أما لو رفعت حادثة ذلك المجتهد أو المقلد إلى حاكم آخر فإنه يحكم برأى نفسه كما قلنا ، ولذا قال ولا يصح الرجوع فيه ولم يقل ولا يصح الحكم بخلافه فاغتنم هذا التحرير (قوله وسيجيء) أى فى أول الفصل الآتى (قوله أن البينة تقبل بلا دعوى) أى فى الوقف لأن حكمه هو التصدق بالغلة وهو حق الله تعالى ، وفى حقوق الله تعالى يصح القضاء بالشهادة من غير دعوى بحر عن المحيط ، وأشار بهذا إلى أن ما مر من تصويره بالدعوى غير لازم لكن قال الخير الرملى : والكلام فى الحكم الرافع للخلاف لا الحكم بثبوت أصله فإنه غير محتاج إلى الدعوى عند البعض ، وأما الحكم باللزوم عند دعوى عدمه فلا يرفع الخلاف إلا بعد تمام الدعوى فيه ليصير فى حادثة إذ المتنازع فيه حينئذ اللزوم وعدمه فيرفع الخلاف اهـ (قوله قضاء على الكافة الخ) أى لا على المقضى عليه فقط كما فى دعوى الملك ، فإنه لو ادعى على ذى اليد أن هذا ملكه وحكم به القاضى تسمع دعوى رجل آخر على المدعى بأنه ملكه بخلاف ما إذا حكم لإنسان بالحرية ولو عارضة ، أو بنكاح امرأة أو بنسب أو بولاء عتاقة فإنه لا يسمع دعوى آخر عليه فإنه فى هذه الأربعة قضاء على كافة الناس كما أفاده فى البحر ، وسيجيء فى باب الاستحقاق (قوله ورجحه المصنف) حيث قال : وينبغى أنه يفتى به ويعول عليه لما فيه من صون الوقف عن التعرض إليه بالحيل والتلابيس والدعاوى المفتعلة قصدا لإبطاله ، ولما فيه من النفع للوقف ، وقد صرح صاحب الحاوى القدسى بأنه يفتى بكل ما هو أنفع للوقف فيما اختلف العلماء فيه حتى نقضت الإجارة عند الزيادة الفاحشة نظرا للوقف وصيانة لحق الله تعالى وإبقاء للخيرات اهـ ط (قوله أن المعتمد الثانى) قال شيخنا حفظه الله تعالى ينبغى الإفتاء بهذا أن عرف الواقف بالحيل ، لأنه قد يقف عقار غيره ، ويقضى القاضى بلزومه لدفع دعوى مالكه وإلا فيفتى بالأول اهـ وهو حسن وفيه جمع بين القولين (قوله أو بالموت الخ) معطوف على قوله بقضاء ومقتضاه أنه يزول الملك به ، وهو ضعيف كما أشار إليه الشارح : قال فى الهداية : وهذا أى زوال الملك فى حكم الحاكم صحيح ، لأنه قضاء فى فصل مجتهد فيه ، أما فى تعليقه بالموت فالصحيح أنه لا يزول ملكه إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزمه اهـ

فقد وقفت دارى على كذا ، فالصحيح أنه كوصية تلزم من الثلث بالموت لاقبله :
قلت : ولو لوارثه وإن ردوه لكنه يقسم كالثلثين فقول البزازية إنه إرث

والحاصل : أنه إذا علقه بموته فالصحيح أنه وصية لازمة لكن لم يخرج عن ملكه ، فلا يتصور التصرف فيه ببيع ونحوه بعد موته لما يلزم من إبطال الوصية ، وله أن يرجع قبل موته كسائر الوصايا ، وإنما يلزم بعد موته بحر ، ومثله فى الفتح :

ومحصل هذا : أن المعلق بالموت لايكون وقفا فى الصحيح فلا يزول به الملك قبل الموت ، ولا بعده بل يكون وصية لازمة بعده حتى لايجوز التصرف به لاقبله ، حتى جاز له الرجوع عنه ، وهذا معنى قول الشارح فالصحيح أنه كوصية الخ فإنه قصد به تحويل كلام المصنف ، لأن كلامه فيما يزول به الملك لافيما يلزم ، ولاينافى هذا ماقدمناه من الاتفاق على التلازم بين اللزوم والخروج عن الملك ، لأن ذاك فى الوقف ، وأما المعلق بالموت فليس وقفا كما علمت فلا يلزم من لزومه وصية أن يخرج عن الملك (قوله فالصحيح أنه كوصية) قد علمت أنه تحويل لكلام المصنف لالتفريع : قال فى الفتح : وإنما كان هذا هو الصحيح لما يلزم على مقابله من جواز تعليق الوقف ، والوقف لايقبل التعليق بالشرط اهـ واعترضه الحموى بأنه تعليق بكائن وهو كالمنجز :

قلت : قدمنا أن المراد بالكائن المحقق وجوده للحال فافهم (قوله ولو لوارثه الخ) أى يلزم من الثلث ولو كان وقفا على وارثه وإن ردوه أى الورثة الموقوف عليهم أو وارث آخر .

مطلب فى وقف المريض

وفى البحر عن الظهيرية : امرأة وقفت منزلا فى مرضها على بناتها ، ثم على أولادهن وأولاد أولادهن أبدا ماتناسلوا فإذا انقرضوا فللفقراء ثم ماتت فى مرضها ، وخلفت بنتين وأختا لأب والأخت لاترضى بما صنعت ، ولا مال لها سوى المنزل جاز الوقف فى الثلث ولم يجز فى الثلثين ، فيقسم الثلثان بين الورثة على قدر سهامهم ، ويوقف الثلث فما خرج من غلته قسم بين الورثة كلهم على قدر سهامهم ماعاشت البنتان ، فإذا ماتتا صرفت الغلة إلى أولادهما وأولاد أولادهما كما شرطت الواقفة لاحق للورثة فى ذلك :

رجل وقف دارا له فى مرضه على ثلاث بنات له ، وليس له وارث غيرهن قال الثلث من الدار وقف (١) والثلثان مطلق يصنعن بهما ماشئن. قال الفقيه أبو الليث : هذا إذا لم يجزن أما إذا أجزن صار الكل وقفا عليهن اهـ وهذا عند أبى يوسف خلافا لمحمد إسعاف أى لأنه مشاع حيث وقفه على الثلاثة ولم يقسمه كما يفهم من كلام الإسعاف (قوله لكنه يقسم) أى إذا ردوه يقسم الثلث الذى صار وقفا أى تقسم غلته كالثلثين فتصرف مصرف الثلثين على الورثة كلهم مادام الموقوف عليه حيا أما إذا مات تقسم غلة الثلث الموقوف على من يصير له الوقف كما علمت : وبقى ما لو مات بعض الموقوف عليهم ، فإنه ينتقل سهمه إلى ورثته مابقى أحد من الموقوف عليه حيا كما فى الإسعاف (قوله فقول البزازية) عبارتها أرضى هذه موقوفة على ابنى فلان فإن مات فعلى ولدى وولد ولدى ونسلى ، ولم تجز الورثة فهى إرث بين كل الورثة مادام الابن الموقوف عليه حيا فإذا مات صار كلها للنسل اهـ

---

(١) قوله (قال الثلث من الدار وقف الخ) أى لأن الوقف فى المرض وصية تنفذ من الثلث فقط إلا بإجازة لكن صرحوا بأن الوصية للوارث لاتجوز ولعل مرادهم إن وجد المنازع وهو الوارث الآخر لتعلق حقه ، فإن لم يوجد تجوز بلا إجازة لكن قد يقال إذا لم يوجد غيره فلم لاتجوز فى الكل بل توقف جوازها فى الثلثين على الإجازة؟ وقد يجاب بأن الشارع لم يجعل للموصى حقا فيما زاد على الثلث فلم تجز فى الزائد وإن كانت للوارث بلا منازع إلا إذا أجازها ، هذا ماظهر لى والله تعالى أعلم اهـ منه .

أى حكما فلا خلل فى عبارته فاعتبروا الوارث بالنظر للغلة والوصية ، وإن ردوا بالنظر للغير وإن لم تنفذ لوارثه لأنها لم تتمحض له بل لغيره بعده فافهم

(قوله أى حكما) اعلم أن خبر المبتدإ، وهو قول مدلول أى التفسيرية، فكأنه قال مفسر بالإرث حكما ، وحكما تمييز عن الإرث المقدر ه

وحاصله : أن المراد أنه إرث من جهة الحكم أى من حيث إنه يقسم كالإرث على الفريضة الشرعية : مادام الموقوف عليه حياً ، وإلا ففى الحقيقة الثلث وقف والباقى ملك (قوله فلا خلل فى عبارته) أى عبارة البزازى، وهذا جواب عن قول البحر هى عبارة غير صحيحة لما مر عن الظهيرية أن الثلثين ملك والثلث وقف، وأن غلة الثلث تقسم على الورثة مادام الموقوف عليه حيا اهـ .

قلت : والظاهر أن الاعتراض على عبارة البزازى من وجهين : الأول مامر من قوله : فهى إرث وجوابه ماعلمت من أنها إرث حكما : أى حصة الوقف فقط. والثانى قوله فإذا مات صار كلها للنسل، فإنه غير صحيح أيضا لأن الذى يصير للنسل هو الثلث الموقوف ، أما الثلثان فهما ملك للورثة حيث لم يجيزوا. والذى يظهر فى الجواب عن الوجهين أن الضمير فى قوله فهى إرث راجع إلى غلة الثلث الموقوف ، وكذا ضمير قوله صار كلها للنسل ، أو يقال مراده ماإذا كانت الأرض كلها تخرج من الثلث فإنها حينئذ تصير كلها وقفا وحيث لم يجيزوا تقسم غلتها كالإرث ثم بعد موت الابن تصير كلها للنسل يؤيد ماقلنا مافى البزازية أيضا: وقف أرضه فى مرضه على بعض ورثته فإن أجاز الورثة فهو كما قالوا فى الوصية لبعض ورثته، وإلا فإن كانت تخرج من الثلث صارت الأرض وقفا وإلا فمقدار ماخرج من الثلث يصير وقفا ثم تقسم جميع غلة الوقف ماجاز فيه الوقف، ومالم يجز على فرائض الله تعالى مادام الموقوف عليه أو أحدهم فى الإحياء ، فإذا انقرضوا كلهم تصرف غلة الأرض إلى الفقراء إن لم يوص الواقف إلى واحد من ورثته ، ولو مات أحد من الموقوف عليهم من الورثة وبقى الآخرون فإن الميت فى قسمة الغلة مادام الموقوف عليهم أحياء كأنه حى ، فيقسم ثم يجعل سهمه ميراثا لورثته الذين لاحصة لهم من الوقف اهـ ، بقى لو وقفها فى مرضه ثم مات عن زوجة ولم تجز ففى البحر: ينبغى أن يكون لها السدس والباقى وقف، لما فى وصايا البزازية لو مات عن زوجة وأوصى بكل ماله لرجل، فإن أجازت فالكل له، وإلا فالسدس لها وخمسة الأسداس له لأن الموصى له يأخذ الثلث أولا بقى أربعة تأخذ الربع والثلاثة الباقية له فحصل له خمسة من ستة اهـ : ولا شك أن الوقف فى مرض الموت وصية اهـ (قوله فاعتبروا الوارث الخ) قال فى البحر: والحاصل: أن المريض إذا وقف على بعض ورثته ثم على أولادهم ثم على الفقراء فإن أجاز الوارث الآخر كان الكل وقفا واتبع الشرط وإلا كان الثلثان ملكا بين الورثة والثلث وقفا مع أن الوصية للبعض لاتنفذ فى شيء، لأنه لم يتمحض للوارث لأنه بعده لغيره فاعتبر الغير بالنظر إلى الثلث واعتبر الوارث بالنظر إلى غلة الثلث الذى صار وقفا فلا يتبع الشرط مادام الوارث حيا وإنما تقسم غلة هذا الثلث على فرائض الله تعالى، فإذا انقرض الوارث الموقوف عليه اعتبر شرطه فى غلة الثلث اهـ (قوله بالنظر للغلة) ولهذا الاعتبار قسموها كالثلثين اهـ ح (قوله والوصية) بالنصب عطفا على قوله الوارث أى واعتبروا الوصية بالنظر للغير وكان حق العبارة أن يقول: واعتبروا الغير بالنظر إلى الوصية أى إلى لزومها ط (قوله وإن ردوا) أى الورثة أى بقيتهم ط ، وكذا لو ردكلهم كما قدمناه عن الظهيرية (قوله وإن لم تنفذ لوارثه) الأوضح أن يقول : لعدم نفاذها للوارث ، ويكون علة لقوله، والوصية بالنظر للغير يعنى إنما اعتبر الغير فى لزوم الوصية لعدم نفاذها للوارث ط (قوله لأنها لم تتمحض له) علة لقوله واعتبروا الوصية ح (قوله فافهم) أمر بالفهم لدقة المقام .

(أو بقوله وقفتها فى حياتى وبعد وفاتى مؤبدا) فإنه جائز عندهم ، لكن عند الإمام مادام حيا هو نذر بالتصدق بالغلة فعليه الوفاء وله الرجوع ، ولو لم يرجع حتى مات جاز من الثلث .

قلت: ففى هذين الأمرين له الرجوع مادام حيا غنيا أو فقيرا بأمر قاض أو غيره . شرنبلالية . فقول الدرر لو افتقر يفسخه القاضى لو غير مسجل منظور فيه

ثم اعلم أن ماذكره الشارح من قوله قلت: إلى هنا ليس هذا محله . لأن خروج الملك بالقضاء أو بالتعليق بالموت تفريع على قول الإمام أو بيان لمسألة إجماعية كما يأتى عن النهر ، وما ذكره هنا مصور فى مسألة الوقف فى المرض فكان عليه أن يذكره آخر الباب عند الكلام على وقف المريض . لأن ذكره هنا يوهم أن الوقف فى المرض يلزم عند الإمام نظير التعليق بالموت وليس كذلك . ففى البحر عن الهداية ولو وقف فى مرض موته قال الطحاوى : هو بمنزلة الوصية بعد الموت والصحيح أنه لا يلزم عند أبى حنيفة وعندهما يلزم إلا أنه يعتبر من الثلث والوقف فى الصحة من جميع المال اه .

والحاصل : أن ماذكره الشارح صحيح من حيث الحكم لكنه على قولهما وظاهر كلامهم اعتماده . أما على قول الإمام الذى الكلام فيه فلا فى الصحيح كما علمته من عبارة البحر . والعجب ممن نقل صدر عبارة البحر المذكورة ولم ينظر تمامها فافهم ، ثم هذا بخلاف ما إذا أوصى أن تكون وقفا بعد وفاته فإن له الرجوع لأنه وصية بعد الموت والذى نجزه فى مرضه يصير وقف الصحة إذا برىء من مرضه فافترقا كما فى الخصاف (قوله أو بقوله الخ) ذكر الحياة والموت غير قيد لإغناء التأبيد عنه . قال فى الإسعاف : لو قال أرضى هذه صدقة موقوفة مؤبدة جاز عند عامة العلماء إلا أن محمدا اشترط التسليم إلى المتولى واختاره جماعة . وعند الإمام يكون نذرا بالصدقة بغلة الأرض ، ويبقى ملكه على حاله فإذا مات تورث عنه اه (قوله فإنه جائز عندهم) أى عند أئمتنا الثلاثة وهذا أيضا تحويل لكلام المصنف عن ظاهره إصلاحا له لأن كلامه فيما يزول به الملك عند الإمام (قوله لكن الخ) أفاد أنه عند الصاحبين جائز لازم تأمل (قوله وله الرجوع) أى مع الكراهة كما قدمناه عن الإسعاف (قوله جاز من الثلث) ويكون كالعبد الموصى بخدمته لإنسان ، فالخدمة له والرقبة على ملك مالكها ، فلو مات الموصى له يصير العبد ميراثا لورثة المالك ، إلا أن فى الوقف لا يتوهم انقطاع الموصى لهم وهم الفقراء فتتأبد هذه الوصية إسعاف ودرر (قوله ففى هذين الأمرين) أى فيما إذا علقه بالموت ، وفيما إذا قال : وقفتها فى حياتى وبعد مماتى ، وقد استوى الأمران من حيث أنهما يفيدان الخروج واللزوم بموت الواقف بخلاف الأمر الأول والرابع ، وهما ما إذا حكم به حاكم أو أفرزه مسجدا فإنهما يفيدان الخروج واللزوم فى حياته بلا توقف على موته كما فى الشرنبلالية فاللزوم فيهما حالى وفى الآخرين مآلى (قوله له الرجوع) الظاهر أن هذا على قوله ، أما على قولهما فالظاهر أنه وقف لازم ، لكن ينافيه ما قدمناه فى تعليقه بالموت من أنه لا يكون وقفا فى الصحيح ، بل هو وصية لازمة بعد الموت لا قبله فله الرجوع قبله لما يلزم على جعله وقفا من جواز تعليقه والوقف لا يقبل التعليق تأمل : نعم لا تعليق فى المسألة الثانية فاللزوم فيها ظاهر عندهما (قوله لو غير مسجل) أى محكوم به فأطلق التسجيل ، وهو الكتابة فى السجل وأراد ملزومه وهو الحكم لأنه فى العرف إذا حكم بشىء كتب فى السجل ط (قوله منظور فيه) لأن فى هذين الأمرين له الرجوع بلا اشتراط فقر ولا فسخ قاض على قول الإمام كما علمته ، وسيأتى تمام الكلام على ذلك قبيل الفصل عند قول المصنف : أطلق القاضى بيع الوقف غير المسجل لوارث الواقف فباع صح ولو لغيره لا .

(ولا يتم) الوقف (حتى يقبض) لم يقل للمتولى لأن تسليم كل شىء بما يليق به ففى المسجد بالإفراز وفى غيره بنصب المتولى وبتسليمه إياه ابن كمال (ويفرز) فلا يجوز وقف مشاع يقسم خلافا للثانى (ويجعل آخره لجهة) قربة (لاتنقطع) هذا بيان شرائطه الخاصة على قول محمد ؛

مطلب شروط الوقف على قولهما

(قوله ولايتم الوقف الخ) شروع فى شروطه على القول بلزومه كما أشار إليه الشارح بعد (قوله لأن تسليم الخ) وليشمل تسليمه إلى الموقوف عليهم كما فى العزمية عن الخانية (قوله ففى المسجد بالإفراز) أى والصلاة فيه وسيأتى وفى المقبرة بدفن واحد فصاعدا بإذنه وفى السقاية بشرب واحد ، وفى الخان بنزول واحد من المارة ، لكن السقاية التى تحتاج إلى صب الماء فيها ، والخان الذى ينزله الحاج بمكة والغزاة بالثغر لابد فيهما من التسليم إلى المتولى ؛ لأن نزولهم يكون فى السنة مرة ، فيحتاج إلى من يقوم بمصالحه وإلى من يصب الماء فيها إسعاف (قوله وفى غيره) أى غير المسجد ونحوه مما ذكرناه . وفى القهستانى : أن التسليم ليس بشرط إذا جعل الواقف نفسه قيما ، ولا يعتبر التسليم للمشرف ، لأنه حافظ لاغير اه لكن فيه أن من شرط التسليم وهو محمد لم يصحح تولية الواقف نفسه ومن صححها وهو أبو يوسف لم يشترطه تأمل (١) (قوله ويفرز) أى بالقسمة . وهذا الشرط وإن كان مفرعا على اشتراط القبض ، لأن القسمة من تمامه إلا أنه نص عليه إيضاحا وأبو يوسف لما لم يشترط التسليم أجاز وقف المشاع ، والخلاف فيما يقبل القسمة ، أما ما لايقبلها كالحمام والبئر والرحى فيجوز اتفاقا إلا فى المسجد والمقبرة لأن بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى نهر وفتح (قوله فلا يجوز وقف مشاع يقسم الخ) شمل مالو استحق جزء من الأرض شائع فيبطل فى الباقى ، لأن الشيوع مقارن كما فى الهبة بخلاف مالو رجع الوارث فى الثلثين بعد موت الواقف فى مرضه وفى المال ضيق ، لأنه شيوع طارئ ، ولو استحق جزء معين لم يبطل فى الباقى لعدم الشيوع بحر عن الهداية ، ولو بينهما أرض وقفاها ودفعاها معا إلى قيم واحد جاز اتفاقا لأن المانع من الجواز عند محمد هو الشيوع وقت القبض لاوقت العقد ، ولم يوجد ههنا لوجودهما معا منهما ، وكذا لو وقف كل منهما نصيبه على جهة وسلماه معا لقيم واحد لعدم الشيوع وقت القبض ، وكذا لو اختلفا فى وقفيهما جهة وقيما واتحد زمان تسليمهما مالهما أو قال كل منهما لقيمه اقبض نصيبى مع نصيب صاحبى لأنهما صارا كمتول واحد ، بخلاف مالو وقف كل واحد وحده وسلم لقيمه وحده ، فلا يصح عند محمد لوجود الشيوع وقت العقد وتمكنه وقت القبض إسعاف وفيه أيضا وقفت دارها على بناتها الثلاث ثم على الفقراء ولامال لها غيرها ولا وارث غيرهن فالثلث وقف والثلثان ميراث لهن وهذا عند أبى يوسف خلافا لمحمد اه أى لأنه مشاع (٢) حيث لم تقسمه بينهن ؛

مطلب فى الكلام على اشتراط التأبيد

(قوله ويجعل آخره لجهة قربة لاتنقطع) يعنى لابد أن ينص على التأبيد عند محمد خلافا لأبى يوسف اه ح ويأتى بيانه وهذا فى غير المسجد إذ لامخالفة لمحمد فى لزومه بل هو موافق للإمام فيه ، وتمامه فى الشرنبلالية (قوله هذا بيان) أى ماذكره المصنف تبعا للكنز وغيره من قوله ولا يتم حتى يقبض وأشار إلى مافى النهر حيث قال فإن

---

(١) (قوله وهو أبو يوسف لم يشترطه تأمل) قال شيخنا : لكن يأتى فى الشارح نقل الإجماع من الزيلعى على صحة جعل الواقف نفسه قيما ، لكن ناقش الزيلعى العلامة قاسم فى حكاية الإجماع ونقل المحشى انتصار صاحب النهر للزيلعى بأن عن محمد فى هذه المسألة روايتين فحكاية الإجماع صحيحة على إحداهما وعلى هذه الرواية يحمل كلام القهستانى اه .

(٢) (قوله أى لأنه مشاع الخ) فيه أن هذا الشيوع طارئ ، وهو لايقتضى بطلان الوقف عند محمد فهذا التعليل غير مستقيم .

لأنه كالصدقة ، وجعله أبو يوسف كالإعتاق

قلت : هذا مناف لقوله أولا والملك يزول بالقضاء إذ مفاده أنه لايزول بغيره ولو توفرت هذه الشروط :

قلت : الأولى أن يحمل ماقاله أولا على مسألة إجماعية هي أن الملك بالقضاء يزول ، أما إذا خلا عن القضاء فلا يزول إلا بعد هذه الشروط عند محمد (١) واختاره المصنف تبعا لعامة المشايخ وعليه الفتوى وكثير من المشايخ أخذوا بقول أبي يوسف وقالوا : إن عليه الفتوى ولم يرجح أحد قول الإمام وبهذا التقرير اندفع ما في البحر كيف مشى أولا على قول الإمام وثانيا على قول غيره وهذا مما لا ينبغي في المتون الموضوعة للتعليم اه (قوله لأنه كالصدقة) أى فلابد من القبض والإفراز اهـ ح (قوله وجعله أبو يوسف كالإعتاق) فلذلك لم يشترط القبض والإفراز اهـ ح : أى فيلزم عنده بمجرد القول كالإعتاق بجامع إسقاط الملك ، قال في الدرر : والصحيح أن التأبيد شرط اتفاقا لكن ذكره ليس بشرط عند أبي يوسف وعند محمد لابد أن ينص عليه اه وصححه في الهداية أيضا. وقال في الإسعاف : لو قال وقفت أرضى هذه على ولد زيد وذكر جماعة بأعيانهم لم يصح عند أبي يوسف أيضا لأن تعيين الموقوف عليه يمنع إرادة غيره بخلاف ما إذا لم يعين لجعله إياه على الفقراء ، ألا ترى أنه فرق بين قوله موقوفة وبين قوله موقوفة على ولدى فصحح الأول دون الثاني ، لأن مطلق قوله موقوفة يصرف إلى الفقراء عرفا ، فإذا ذكر الولد صار مقيدا ، فلا يبقى العرف ، فظهر بهذا أن الخلاف بينهما في اشتراط ذكر التأبيد وعدمه إنما هو في التنصيص عليه أو على مايقوم مقامه كالفقراء ونحوهم .

مطلب التأبيد معنى شرطه اتفاقا

وأما التأبيد معنى فشرط اتفاقا على الصحيح وقد نص عليه محققو المشايخ اه .

قلت : ومقتضاه أن المقيد باطل اتفاقا ، لكن ذكر في البزازية أن عن أبي يوسف في التأبيد روايتين الأولى : أنه غير شرط حتى لو قال : وقفت على أولادى ، ولم يزد جاز الوقف ، وإذا انقرضوا عاد إلى ملكه لو حيا وإلا فإلى ملك الوارث . والثانية : أنه شرط لكن ذكره غير شرط حتى تصرف الغلة بعد الأولاد إلى الفقراء اه ومقتضاه أنه على الرواية الأولى يصح كل من الوقف والتقييد ، وعلى الثانية يصح الوقف ويبطل التقييد ، لكن ذكر في البحر أن ظاهر المجتبى والخلاصة أن الروايتين عنه فيما إذا ذكر لفظ الصدقة أما إذا ذكر لفظ الوقف فقط ، لايجوز اتفاقا إذا كان الموقوف عليه معينا اه .

مطلب مهم فرق أبو يوسف بين قوله موقوفة وقوله موقوفة على فلان

قلت : ويشهد له ما في الذخيرة لو قال : أرضى هذه صدقة موقوفة فهي وقف بلا خلاف إذا لم يعين إنسانا فلو عين وذكر مع لفظ الوقف لفظ صدقة بأن قال صدقة موقوفة على فلان جاز ويصرف بعده إلى الفقراء ثم ذكر بعده عن المنتقى أنه يجوز مادام فلان حيا ، وبعده يرجع إلى ملك الواقف أو إلى ورثته بعده اه وفيها أيضا لو عين كوقفتها على فلان لايجوز اه ، فهذا يدل على أن الروايتين عن أبي يوسف فيما إذا ذكر لفظ صدقة مع موقوفة وعين الموقوف عليه ، أما إذا لم يعينه يجوز بلا خلاف ، وإذا أفرد موقوفة وعين لايجوز بلا خلاف ، خلافا لما

---

(١) قال شيخنا : والظاهر أن علة بطلان هذا الوقف عند محمد عدم التسليم إلى المتولى وقول المحشى حيث لم يقسمه الخ غير ظاهر فليتأمل فيه ، فإنه لم يقل أحد باشتراط القسمة بين الموقوف عليهم اه .

في البزازية حيث جعل الروايتين فيه ، فإنه يقتضي صحة الوقف ، ويخالفه أيضا كلام الإسعاف وقوله في الهداية :
وقيل إن التأبيد شرط الإجماع إلا أن عند أبي يوسف لايشترط ذكره ، لأن لفظ الوقف والصدقة منبئ عنه ، ولهذا
قال في الكتاب وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم ، وهذا هو الصحيح وعند محمد ذكره شرط الخ فقوله لأن
لفظ الوقف والصدقة يفيد أن الكلام في ذكرهما معالا في ذكر لفظ الوقف فقط ، ويوضحه مافي الخانية لو قال : صدقة
موقوفة على فلان صح ويصير تقديره صدقة موقوفة على الفقراء لأن محل الصدقة الفقراء إلا أن غلتها تكون لفلان مادام
حيا ، ولو قال موقوفة على فقراء قرابتي أو على ولدى لايصح لأنهم ينقطعون ، فلا يتأبد الوقف وبدون التأبيد لايصح
إلا أن يجعل آخره للفقراء فرق أبو يوسف بين قوله : موقوفة وبين قوله ، موقوفة على والدى فيصح الأول لا الثاني اه
أي لأن الثاني ذكر مقيدا بالموقوف عليه المعين ، وذلك ينافي التأبيد حيث لم يصرح به ولا بما في معناه ، بخلاف ما إذا
قال ، موقوفة فقط لانصرافه إلى الفقراء عرفا فهو ، ؤبد ، وكذا صدقة موقوفة على فلان فإنه وإن قيد بمعين لكنه
، طلق ، لأن الصدقة للفقراء ، فكأنه قال وبعد فلان فعلى الفقراء فيكون ، ؤبدا ، لكن إذا لم يقيد بمعين فهو ، ؤبد
بلا خلاف فيصح عند محمد أيضا كما مر لعدم منافي التأبيد أصلا ، ولذا قال في الخانية : لو قال موقوفة ولم يزد
لايجوز إلا عند أبي يوسف ويكون وقفا على المساكين ، ولو قال : موقوفة صدقة أو صدقة موقوفة ولم يزد جاز
عند أبي يوسف ومحمد وهلال ، وقيل لا ، الم يقل وآخرها للمساكين أبدا والصحيح الجواز ، لأن محل الصدقة في
الأصل الفقراء فلا يحتاج إلى ذكرهم ولاانقطاع لهم فلا يحتاج إلى ذكر الأبد أيضا اه فهذا صريح في أن التصريح
بالصدقة تصريح بالتأبيد ، فيجوز عندهما بلا خلاف إن لم يعين ، فلو عين لم يجز عند محمد وجاز عند أبي يوسف
ثم بعد انقطاعه يعود إلى الفقراء كما صححه في الهداية ، وعليه المتون كالقدوري والملتقى والنقاية وغيرها أو يعود
إلى ملك الواقف أو ورثته . وسيذكر الشارح تصحيحه ، لكن نقل في الذخيرة أن هذا القول مذكور في شرح
الطحاوي وشرح السرخسي ، وأن بعض المشايخ قالوا إنه خطأ .

قلت : ويؤيده مامر عن الإسعاف من أن التأبيد معنى شرط اتفاقا ، وإذا عاد إلى الملك لم يكن مؤبدا إلا
لفظا ومعنى .

والحاصل : أنه لاخلاف عندهما في صحة الوقف مع عدم تعيين الموقوف عليه إذا ذكر لفظ التأبيد ، وأما في
معناه كالفقراء وكلفظ صدقته ، وقوفة وكموقوفة لله تعالى وكموقوفة على وجوه البر ، لأنه عبارة عن الصدقة ،
وكذا موقوفة على الجهاد أو على أكفان الموتى ، أو حفر القبور كما في الخانية وغيرها ، وأنه لاخلاف في بطلانه
لو اقتصر على لفظ موقوفة مع التعيين كموقوفة على زيد ، خلافا لما في البزازية وإنما الخلاف بينهما لو اقتصر بلا
تعيين أو جمع مع التعيين كصدقة ، وقوفة على فلان ، فعند أبي يوسف : يصح ثم يعود إلى الفقراء وهو المعتمد
وقيل يعود إلى الملك والمراد بالمعين مايحتمل الانقطاع كأولاد زيد ، أو فقراء قرابة فلان وهم يحصون . وفي الذخيرة
عن وقف الخصاف قال : جعلت هذه الأرض صدقة ، وقوفة على فلان وولده وولد ولده وأولاد أولادهم ،
فإذا سمى من ذلك ثلاث بطون فهي وقف مؤبد (١) إلى يوم القيامة . وبقي ما إذا وقف على عمارة ، سجد ، عين فقيل

(١) (قوله فهي وقف مؤبد الخ) فيه أن هذا وقف على مايحتمل الانقطاع فكيف يكون مؤبدا ، لكن قال شيخنا سياقي أنه لو قال وقفت داري على أولادي اقتصر على البطن الأول وإذا قال على أولاد أولادي اقتصر على البطن الثاني وإذا ذكر البطن الثالث تناول جميع البطون إلى يوم القيامة فلعل مراده بقوله مؤبد يعني على أولاده وليس المراد أنه بعد انقراضهم ينتقل مؤبدا على الفقراء وهو كلام حسن .

واختلف الترجيح والأخذ بقول الثانى أحوط وأسهل بحر. وفى الدرر وصدر الشريعة وبه يفتى وأقره المصنف (وإذا وقته) بشهر أو سنة (بطل) اتفاقا درر وعليه فلو وقف على رجل بعينه عاد بعد موته لورثة الواقف به يفتى فتح :

قلت : وجزم فى الخانية بصحة الموقوف مطلقا فتنبه وأقره الشرنبلالى (فإذا تم ولزم

يصح عند أبى يوسف لتأبده مسجد إلا عند محمد[1] وقيل يصح اتفاقا. وفى البحر عن المحيط أنه المختار فاغتنم تحرير هذا المحل فإنك لاتجده فى غير هذا الكتاب والحمد لله تعالى ملهم الصواب (قوله واختلف الترجيح) مع التصريح فى كل منهما بأن الفتوى عليه لكن فى الفتح أن قول أبى يوسف أوجه عند المحققين (قوله بطل اتفاقا) هذا إذا شرط رجوعه بعد الوقت ، وإلا فهو باطل أيضا عند الخصاف صحيح مؤبد عند هلال كما فى الإسعاف ، وظاهر مافى الخانية اعتماده كما فى البحر ، ووجهه أنه إذا قال : صدقة موقوفة يوما أو شهرا فهو مثل مالو وقفه على معين فينبغى أن يجرى فيه الخلاف المار بين محمد وأبى يوسف ، فيصح عند الثانى ، لأن لفظ صدقة يفيد التأبيد فيلغو التوقيت ، أما إذا شرط رجوعه إليه بعد مضى الوقت ، فقد أبطل التأبيد فيبطل الوقف ، نعم ذكر فى الإسعاف عن هلال أنه لوقال : صدقة موقوفة بعد موتى سنة يصح مؤبدا إلا إذا قال فإذا مضت الساعة فالوقف باطل فهو كما شرط فتصير الغلة للمساكين سنة والأرض ملك لورثته لأنه باشتراط البطلان خرجت من الوقف المضاف اللازم بعد الموت إلى الوصية المحضة (قوله وعليه فلو وقف على رجل) أى مقرونا بلفظ صدقة وإلا لم يجز اتفاقا كما حققناه قريبا ، ثم إن هذا لايصح بناؤه على بطلان الوقف الموقت ، بل هو مبنى على صحته فكان عليه أن يذكره بعد كلام الخانية بل الأولى ذكره قبل قوله وإذا وقته ليكون تفريعا على قول أبى يوسف ، لكنه على إحدى الروايتين عنه وقد علمت أنه خلاف المعتمد لمخالفته لمانص عليه محققو المشايخ ، ولما فى المتون من أنه بعد موت الموقوف عليه يعود للفقراء لأنه لو عاد للملك لم يكن موقتا لا لفظا ولا معنى ، والتأبيد معنى متفق عليه فى الصحيح كما مر فلذا أفاد فى النهر ضعف ماهنا وإن نقل فى الفتح عن الأجناس أنه به يفتى (قوله قلت وجزم فى الخانية الخ) استدراك على قول الدرر بطل اتفاقا ، وعبارة الشرنبلالى أقول : يرد عليه أى على الدرر مافى الخانية رجل وقف داره يوما أو شهرا أو وقتا معلوما ولم يزد على ذلك جاز الوقف ويكون وقفا أبدا اه .

قلت : وعلى ماحملنا عليه كلام الدرر لايرد مافى الخانية ، لأن المراد به مالإذا لم يشترط رجوعه إليه بقرينة قوله ولم يزد على ذلك وبه تعلم أنه لامحل لقول الشارح مطلقا ، لأنه ليس فى كلامه مايفسر الإطلاق بل ربما يفيد أنه يجوز وإن شرط رجوعه إليه مع أنه يبطل اتفاقا كما علمت ، وقد قال فى الخانية عقب عبارته المذكورة ، ولو قال : أرضى هذه صدقة موقوفة شهرا فإذا مضى شهر فالوقف باطل كان الوقف باطلا فى قول هلال ، لأن الوقف لايجوز إلا مؤبدا ، فإذا كان التأبيد شرطا لايجوز مؤقتا اه وإنما قيد بقوله فى قول هلال ، لأنه على قول الخصاف باطل مطلقا كما علمت آنفا ، وقيد الصيغة بقوله صدقة موقوفة لأنه بدون لفظ صدقة أوما يقوم مقامها لايصح كما مر ، وبه يظهر أن قوله وقف داره يوما ليس صيغة الوقف بل حكاية عنه صيغته قول الواقف أرضى صدقة موقوفة ونحوه (قوله فإذا تم ولزم) لزومه على قول الإمام بأحد الأمور الأربعة المارة عندهما بمجرد القول ، ولكنه عند محمد لايتم إلا بالقبض والإفراز والتأبيد لفظا ، وعند أبى يوسف بالتأبيد فقط ولو معنى كما

---

(١) (قوله إلا عند محمد الخ) أى يعود المسجد إلى ملك الواقف بعد الانهدام وقوله وقيل يصح اتفاقا قال شيخنا هذا هو الصحيح لأن عود المسجد إلى ملك الواقف عند محمد مقيد بعدم وجود ريع يعمر به وقد وجد الريع الموقوف اه .

لايملك ولا يملك ولايعار ولا يرهن) فبطل شرط واقف الكتب الرهن شرط كما فى التدبير، ولو سكنه المشترى أو المرتهن ثم بان أنه وقف أو الصغير لزم أجر المثل قنية

(قوله لايملك) أى لايكون مملوكا لصاحبه ولايملك أى لايقبل التمليك لغيره بالبيع ونحوه لاستحالة تمليك الخارج عن ملكه، ولا يعار، ولا يرهن لاقتضائهما الملك درر؛ ويستثنى من عدم تمليكه مالو اشترط الواقف استبداله، وسيأتى الكلام عليه، وعلى بيع الوقف إذا افتقر الواقف، لم يكن مسجلا ؛ ويستثنى من عدم الاعارة مالو كان دارا موقوفة للسكنى، لأن من له السكنى له الإعارة كما صرح به فى البحر وغيره، بخلاف الموقوف للاستغلال. قال فى الإسعاف: ومن وقف دوره للاستغلال ليس له أن يسكنها أحد بلا أجر اه وفى شرح الملتقى: وجاز بيع المصحف المخرق وشراء آخر بثمنه (قوله فبطل الخ) لايصح تفريعه على قوله: ولا يرهن لأنه فى رهن الوقف لافى الرهن به، بل هو تفريع على قوله: ولايملك فافهم ووجهه أن الرهن حبس شيء مالى بحق يمكن استيفاؤه منه كالدين والأعيان المضمونة بالمثل والقيمة، حتى لو هلك الرهن صار المرتهن مستوفيا حقه او مساويا للرهن، ولايخفى أن الاستيفاء إنما يتأتى فيما يمكن تمليكه والوقف لايمكن تمليكه فلايصح الرهن به، ولأنه أمانة عند المستعير وهو غير مضمون :

مطلب فى شرط واقف الكتب أن لا تعار إلا برهن

قال فى الأشباه فى القول فى الدين معزيا إلى السبكى. فرع: حدث فى الأعصار القريبة وقف كتب شرط الواقف أن لاتعار إلا برهن أو لاتخرج أصلا والذى أقول فى هذا: أن الرهن لايصح بها لأنها غير مضمونة فى يد الموقوف عليه، ولا يقال لها عارية أيضا بل الآخذ لها إن كان من أهل الوقف استحق الانتفاع: ويده عليها يد أمانة فشرط أخذ الرهن عليها فاسد، وإن أعطى كان رهنا فاسدا، ويكون فى يد خازن الكتب أمانة هذا إن أريد الرهن الشرعى، وإن أريد مدلوله لغة وأن يكون تذكرة فيصح الشرط، لأنه غرض صحيح، وإذا لم يعلم مراد الواقف، فالأقرب الحمل على اللغوى تصحيحا لكلامه وفى بعض الأوقاف يقول لاتخرج إلا بتذكرة، فيصح ويكون المقصود أن تجويز الواقف الانتفاع مشروط بذلك، ولانقول إنها تبقى رهنا بل له أخذها فيطالبه الخازن برد الكتاب، وعلى كل فلا تثبت له أحكام الرهن ولابيعه، ولابدل الكتاب الموقوف بتلفه إن لم يفرط اه ملخصا قال فى الأشباه بعد نقله : وقول أصحابنا لايصح الرهن بالأمانات شامل للكتب الموقوفة، والرهن بالأمانات باطل، فإذا هلك لم يجب شيء بخلاف الرهن الفاسد فإنه مضمون كالصحيح، وأما وجوب اتباع شرطه وحمله على المعنى اللغوى فغير بعيد اه وسيأتى تمام الكلام على جواز نقل الكتب قبيل قوله : ويبدأ من غلته بعمارته :

مطلب سكن دارا ثم ظهر أنها وقف يلزمه أجرة ماسكن

(قوله لزم أجر المثل) بناء على المفتى به عند المتأخرين من أن منافع العقار تضمن إذا كان وقفا أوليتيم أو معدا للاستغلال كما سيأتى فى الفصل عند قول المصنف يفتى بالضمان الخ وبه أفتى الرملى وغيره، وجزم به فى الفتح آخر الباب وعلى هذا فما ذكره فى القنية أيضا من أنه لو سكن الدار سنين يدعى الملك. ثم استحقت للوقف لاتلزمه أجرة مامضى اه ضعيف، كما جزم به فى البحر، لأنه مبنى على قول المتقدمين، ووجوب الأجرة قول المتأخرين كما نص عليه فى الإسعاف، أفاده الخير الرملى ولو بنى المشترى أو غرس، فسيأتى حكمه عند

(ولا يقسم) بل يتهايؤن (إلا عندهما)

مسألة ابن النقار فى سوادة الفصل الآتى (قوله ولا يقسم إلا عندهما الخ) أى إذا قضى قاض بجواز وقف المشاع ونفذ قضاؤه وصار متفقا عليه كسائر المختلفات ، فإن طلب بعضهم القسمة فعنده لا يقسم ، ويتهايؤن وعندهما يقسم : أى إذا كانت بين الواقف والمالك وأجمعوا أن الكل لو كان موقوفا على الأرباب ، فأرادوا القسمة لا يقسم كذا فى المحيط درر ، وهذا معنى قول المصنف إلا عندهما إذا كانت بين الواقف والمالك لا الموقوف عليهم .

مطلب فى التهايؤ فى أرض الوقف بين المستحقين

(قوله بل يتهايؤن) قال فى فتاوى ابن الشلبى القسمة بطريق التهايؤ ، وهو التناوب فى العين الموقوفة كما إذا كان الموقوف أرضا مثلا بين جماعة ، فتراضوا على أن كل واحد منهم ، يأخذ له من الأرض الموقوفة قطعة معينة يزرعها لنفسه هذه السنة ، ثم فى السنة الأخرى يأخذ كل منهم قطعة غيرها ، فذلك سائغ ؛ ولكنه ليس بلازم ، فلهم إبطاله ، وليس ذلك فى الحقيقة بقسمة إذ القسمة الحقيقية أن يختص ببعض من العين الموقوفة على الدوام اه ونحوه فى البحر ، عن الإسعاف ، ومقتضاه : أنه ليس لهم استدامة هذه القسمة ، بل يجب عليهم نقضها ، واستبدال الأماكن بعضها ببعض ، إذ لو استديمت صارت من القسمة الممنوعة بالإجماع ، لتأديها فى طول الزمان إلى دعوى الملكية ، أودعوى كل منهم أو بعضهم أن مافى يده موقوف عليه بعينه ولا يخفى مافى ذلك من الضرر ، ثم لا يخفى أن ماقيل من أن المهايأة فى الوقف لا يمكن إبطالها ، لأنه لا يكون إلا بطلب القسمة ، والقسمة فى الوقف متعذرة ، فهو ممنوع ، بل يمكن نقضها وإبطالها بإعادته كما كان أو باستبدال الأماكن كما قلنا ، ولو ثبت عدم إمكان إبطالها لبطل مانقلوه من الإجماع ، على أن الوقف لا يقسم أى قسمة مستدامة ، فقد ظهر لك أن هذا كلام ناشئ عن عدم التدبر ، لمخالفته للإجماع فتدبر .

مطلب فيما إذا ضاقت الدار على المستحقين

بقى مالو كان الموقوف دارا شرط الواقف سكناها لأولاده ونسله قال فى الإسعاف : تكون سكناها لهم مابقى منهم أحد ، فلو لم يبق إلا واحد ، وأراد أن يؤجرها أو مانفصل عنه منها ليس له ذلك ، وإنما له السكنى فقط ، ولو كثرت أولاد الواقف ، وضاقت الدار عليهم ، ليس لهم أن يؤجروها وإنما تسقط سكناها على عددهم ، ومن مات منهم بطل ما كان له من سكناها ، ويكون لمن بقى منهم ، ولو كانوا ذكورا وإناثا وأراد كل من الرجال والنساء أن يسكنوا معهم نساءهم وأزواجهن معهن ، جاز لهم ذلك إن كانت الدار ذات مقاصير وحجز يغلق على كل واحدة باب ، وإن كانت دارا واحدة لا يمكن أن تسقط بينهم لا يسكنها إلا من جعل لهم الواقف السكنى دون غيرهم من نساء الرجال ورجال النساء اه : أى لأن الواقف قصد صيانتهم ، وسترهم ، فلو سكن زوج امرأة معها ، ولها فى هذه الدار أخوات مثلا كان فيه بذلة لهن بدخول الرجل عليهن ، كما فى الخصاف ، بخلاف ما إذا كان لكل منهم حجرة لها باب يغلق ، فإن لكل أن يسكن بأهله وحشمه وجميع من معه كما فى الخصاف أيضا وقدمنا فى السرقة : أن المقصورة الحجرة بلسان أهل الكوفة ، وإنه ذكر محمد فيما لو أخرج السارق السرقة إلى صحن الدار أنه إن كان فيها مقاصير ، فأخرجها من مقصورة إلى صحن الدار قطع ، قال فى الفتح هناك : أى إذا

فيقسم المشاع وبه أفتى قارئ الهداية وغيره (إذا كانت) القسمة (بين الواقف و) شريكه (المالك) أو الواقف الآخر أو ناظره إن اختلفت جهة وقفهما قارئ الهداية ،

كانت الدار عظيمة فيها بيوت كل بيت يسكنه أهل بيت على حدتهم ، ويستغنون به استغناء أهل المنازل بمنازلهم عن صحن الدار وإنما ينتفعون به انتفاعهم بالسكنة اهـ وهل المراد هنا بالحجرة ، كذلك الظاهر نعم ، كما يفيده قول الخصاف لكل أن يسكن فى حجرة بأهله وحشمه وجميع من معه .

ثم قد صرح الخصاف بأنه إذا لم يكن فيها حجر ، لاتقسم ، ولايقع فيها مهايأة بينهم وظاهره أنه لو كان فيها حجر لاتكفيهم ، فهى كذلك أى يسكنها المستحقون فقط ، دون نساء الرجال ورجال النساء ، ولذا قال فى الفتح بعد نقله كلام الخصاف ، وعن هذا تعرف أنه لو سكن بعضهم ، فلم يجد الآخر موضعا يكفيه لايستوجب أجرة حصته على الساكنين ، بل إن أحب أن يسكن معه فى بقعة من تلك الدار ، بلا زوجة أو زوج وإلا ترك المتضيق وخرج ، أوجلسوا معا كل فى بقعة إلى جنب الآخر ، ثم ذكر أن الخصاف لم يخالفه أحد فيما ذكر كيف وقد نقلوا إجماعهم على الأصل المذكور أى على قولهم : لو كان الكل وقفا على أربابه وأرادوا القسمة لايجوز التهايؤ اهـ لكن هذا يشكل على قول الشارح بل يتهايؤن والتوفيق كما أفاده الخير الرملى بحمل ما فى الخصاف وغيره من عدم جواز القسمة ، والتهايؤ على قسمة التملك جبرا ، وما فى الشرح تبعا للإسعاف وغيره ، على قسمة التراضى بلا لزوم ، ولذا قالوا ولمن أبى منهم بعد ذلك إبطاله .

مطلب فى قسمة الواقف مع شريكه

(قوله فيقسم المشاع) فإذا تقاسم الواقف مع شريكه ، فوقع نصيب الواقف فى موضع لايلزمه أن يقفه ثانيا لأن القسمة تعيين الموقوف ، وإذا أراد الاجتناب عن الخلاف يقف المقسوم ثانيا بحر عن الخلاصة : أى إذا لم يكن محكوما بصحته ، إذ بعد الحكم لم يبق خلاف .

مطلب قاسم وجمع حصة الوقف فى أرض واحدة جاز

وفى البحر عن الظهيرية : ولو كانت له أرضون ودور بينه ، وبين آخر فوقف نصيبه ، ثم أراد أن يقاسم شريكه ، ويجمع الوقف كله فى أرض واحدة ودار واحدة ، فإنه جائز فى قول أبى يوسف وهلال اهـ .

مطلب لو كان فى القسمة فضل دراهم من الوقف صح لا من الشريك

وفى الفتح : ولو كان فى القسمة فضل دراهم بأن كان أحد النصفين أجود ، فجعل بإزاء الجودة دراهم ، فإن كان الآخذ للدراهم هو الواقف بأن كان غير الموقوف هو الأحسن ، لايجوز لأنه يصير بائعا بعض الوقف ، وإن كان الآخذ شريكه بأن كان نصيب الوقف أحسن جاز ، لأن الواقف مشتر لابائع ، فكأنه اشترى بعض نصيب شريكه فوقفه اهـ . لكن فى الإسعاف ، وما اشتراه ملك له ولايصير وقفا ، ومثله فى الخانية وكذا فى البحر عن الظهيرية تأمل .

مطلب إذا وقف كل نصف على حدة صارا وقفين

(قوله إن اختلفت جهة وقفهما) أى بأن كان كل وقف منهما على جهة غير الجهة الأخرى ، لكن هذا التقييد مخالف لما فى الإسعاف ، حيث قال : ولو وقف نصف أرضه على جهة معينة ، وجعل الولاية عليه لزيد

ولو وقف نصف عقار كله له فالقاضي يقسمه مع الواقف صدر الشريعة وابن الكمال ، وبعد موته لورثته ذلك فيفرز القاضي الوقف من الملك ، ولهم بيعه به أفتى قارئ الهداية ، واعتمده فى المنظومة المحبية (لا الموقوف عليهم) فلا يقسم الوقف بين مستحقيه إجماعا درر وكافى وخلاصة وغيرها لأن حقهم ليس فى العين ، وبه جزم ابن نجيم فى فتاواه ، وفى فتاوى قارئ الهداية هذا هو المذهب، وبعضهم جوز ذلك ، ولو سكن بعضهم ولم يجد الآخر موضعا يكفيه فليس له أجرة ولا له أن يقول أنا أستعمل بقدر ما استعملته لأن المهايأة إنما تكون بعد الخصومة قنية نعم لو استعمله كله أحدهم بالغلبة بلا إذن الآخر ، لزمه أجر حصة شريكه ،ولو وقفا على سكناهما بخلاف الملك المشترك ولو معدا للإجارة قنية .

قلت : ولو بعضه ملك وبعضه وقف ، ويأتى فى الغصب (وبزوال ملكه عن المسجد

فى حياته وبعد مماته ، ثم وقف النصف الآخر على تلك الجهة أوغيرها وجعل الولاية عليه لعمرو فى حياته ، وبعد وفاته يجوز لهما أن يقتسما ويأخذ كل واحد منهما النصف فيكون فى يده لأنه لما وقف كل نصف على حدة صارا وقفين وإن اتحدت الجهة كما لو كانت لشريكين فوقفاها كذلك اهـ (قوله فالقاضي يقسمه مع الواقف) أى بأن يأمر رجلا بأن يقاسمه وله طريق آخر كما فى الفتح ، وهو أن يبيع نصيبه الثانى من رجل ، ثم يقاسم المشترى ، ثم يشترى ذلك منه إن أحب ، وهذا لأن الواحد لايصلح أن يكون مقاسما ومقاسما اهـ (قوله به أفتى قارئ الهداية) حيث قال نعم تجوز القسمة ويفرز الوقف من الملك ، ويحكم بصحتها ويجوز للورثة بيع ماصار إليهم بالقسمة ، وإذا قسم بينهم من هو عالم بالقسمة إن شاء عين جهة الوقف وجهة الملك بقوله والأولى أن يقرع بين الجزأين نفيا للتهمة عن نفسه اهـ (قوله فلا يقسم الوقف بين مستحقيه إجماعا) وكذا لايجوز التهايؤ فيه جبرا كما حررناه آنفا (قوله وبعضهم جوز ذلك) هذا ضعيف لمخالفته الإجماع (قوله لأن المهايأة إنما تكون بعد الخصومة) مفهومه ثبوت المهايأة له بعد الخصومة فى المستقبل ، وقد علمت أنه لامهايأة فى الوقف . نعم هذا فى الملك كما مر قبيل الوقف نظما (قوله لزمه أجر حصة شريكه) لأنه لما استعمله بالغلبة صار غاصبا ومنافع الوقف مضمونة على المفتى به بخلاف المسألة التى قبل هذه ، لأن الساكن فيها غير غاصب ، كما أفاده فى النهر والخير الرملى خلافا لما توهمه فى البحر (قوله ولو وقفا على سكناهما) أى وإن كان من له السكنى ليس له الإيجار كما قدمناه عن الإسعاف لأن هذا تضمين لاإيجار قصدى (قوله بخلاف الملك المشترك) أى بين بالغين فلو أحدهما يتيما وسكنه الآخر ، لزمه أجر حصة اليتيم (قوله ولو معدا للإجارة) لأنه سكنه بتأويل ملك كما يأتى فى الغصب اهـ ح (قوله ولو بعضه ملك وبعضه وقف) جملة المبتدأ والخبر ، وماعطف عليها خبر كان المقدرة بعد لو واسمها مستتر فيها عائد على المكان المستعمل المحدث عنه ، والولوع بالاعتراض يمنع الاهتداء إلى طريق الصواب فافهم (قوله ويأتى فى الغصب) فى بعض النسخ بدون واو على أنه جواب لو الأخيرة ، لكن نسخ إثباتها أحسن لأن غالب ماذكر هنا من مسائل الغصب ، يأتى فى بابه وإن كانت الأخيرة لم تذكر فيه نصا لكنها معلومة لأنهم نصوا هناك على تضمين منافع الوقف ولم يقيدوه بما إذا لم يكن بعضه ملكا على أنه فى الغصب ، قال : أما فى الوقف إذا سكنه أحدهما بالغلبة بلا إذن لزم الآخر اهـ فقوله : إذا سكنه أحدهما أى أحد الشريكين ، يشمل الشريك فى الملك أو فى الوقف، واحترز بالغلبة عما إذا لم يجد شريك الوقف موضعا يسكن فيه فخرج باختياره كما مر ، وأما إذا كانت الدار كلها وقفا ، فإن الساكن يلزمه أجرها ، ولو كانت بتأويل ملك كما إذا اشتراها ثم ظهر أنها وقف كما قدمنا (قوله وبزوال ملكه عن المسجد الخ) اعلم أن المسجد يخالف سائر الأوقاف فى عدم اشتراط التسليم إلى المتولى

والمصلى) بالفعل و (بقوله جعلته مسجدا) عند الثانى (وشرط محمد) والإمام (الصلاة فيه)

عند محمد وفى منع الشيوع عند أبى يوسف ، وفى خروجه عن ملك الواقف عند الإمام وإن لم يحكم به حاكم كما فى الدرر وغيره (قوله والمصلى) شمل مصلى الجنازة ومصلى العيد قال بعضهم : يكون مسجدا حتى إذا مات لايورث عنه وقال بعضهم : هذا فى مصلى الجنازة ، أما مصلى العيد لايكون مسجدا مطلقا ، وإنما يعطى له حكم المسجد فى صحة الاقتداء بالإمام ، وإن كان منفصلا عن الصفوف وفيما سوى ذلك فليس له حكم المسجد ، وقال بعضهم : يكون مسجدا حال أداء الصلاة لاغير وهو والجبانة ، سواء ويجنب هذا المكان عما يجنب عنه المساجد احتياطا اه خانية وإسعاف والظاهر ترجيح الأول ، لأنه فى الخانية يقدم الأشهر (قوله بالفعل) أى بالصلاة فيه ففى شرح الملتقى إنه يصير مسجدا بلا خلاف ، ثم قال عند قول الملتقى ، وعند أبى يوسف يزول بمجرد القول ولم يرد أنه لايزول بدونه لما عرفت أنه يزول بالفعل أيضا بلا خلاف اه .

مطلب فى أحكام المسجد

قلت : وفى الذخيرة وبالصلاة بجماعة يقع التسليم بلا خلاف ، حتى إنه إذا بنى مسجدا وأذن للناس بالصلاة فيه جماعة فإنه يصير مسجدا اه ويصح أن يراد بالفعل الإفراز ، ويكون بيانا للشرط المتفق عليه عند الكل كما قدمناه من أن المسجد لو كان مشاعا لايصح إجماعا وعليه فقوله عند الثانى مرتبط بقول المتن بقوله : جعلته مسجدا وليست الواو فيه بمعنى أو فافهم ، لكن عنده لابد من إفرازه بطريقة ففى النهر عن القنية جعل وسط داره مسجدا وأذن للناس بالدخول والصلاة فيه إن شرط معه الطريق صار مسجدا فى قولهم جميعا وإلا فلا عند أبى حنيفة ، وقالا يصير مسجدا ويصير الطريق من حقه من غير شرط كما لو آجر أرضه ولم يشترط الطريق اه وفى القهستانى ولابد من إفرازه أى تمييزه عن ملكه من جميع الوجوه فلو كان العلو مسجدا والسفل حوانيت أو بالعكس لايزول ملكه لتعلق حق العبد به كما فى الكافى .

[تنبيه] ذكر فى البحر أن مفاد كلام الحاوى اشتراط كون أرض المسجد ملكا للبانى اه لكن ذكر الطرسوسى جوازه على الأرض المستأجرة أخذا من جواز وقف البناء ، كما سنذكره هناك ، وسئل فى الخيرية عمن جعل بيت شعر مسجدا فأفتى بأنه لايصح (قوله وشرط محمد والإمام الصلاة فيه) أى مع الإفراز كما علمته واعلم أن الوقف إنما احتيج فى لزومه إلى القضاء عند الإمام ، لأن لفظه لاينبئ عن الإخراج عن الملك ، بل عن الإبقاء فيه ، لتحصل الغلة على ملكه ، فيتصدق بها بخلاف قوله : جعلته مسجدا ، فإنه لاينبئ عن ذلك ليحتاج إلى القضاء بزواله ، فإذا أذن بالصلاة فيه ، قضى العرف بزواله عن ملكه ، ومقتضى هذا أنه لايحتاج إلى قوله وقفت ونحوه وهو كذلك وأنه لوقال وقفته مسجدا ، ولم يأذن بالصلاة فيه ولم يصل فيه أحد أنه لايصير مسجدا بلا حكم وهو بعيد كذا فى الفتح ملخصا . ولقائل أن يقول : إذا قال جعلته مسجدا فالعرف قاض ، وماض بزواله عن ملكه أيضا غير متوقف على القضاء ، وهذا هو الذى ينبغى أن لايتردد فيه نهر .

قلت يلزم على هذا (١) أن يكتفى فيه بالقول عنده ، وهو خلاف صريح كلامهم تأمل . وفى الدر المنتقى وقدم

---

(١) (قوله قلت يلزم على هذا الخ) فيه أن الإذن بالصلاة قول أيضا مع أن قوله جعلته مسجدا صرح من الإذن بالصلاة فيه وفرق شيخنا بين القولين بأن الإذن بالصلاة يقتضى التسليم إلى العامة ويفيد جعله مسجدا أيضا وشرط الإمام الفعل ليس إلا لما فيه من التسليم وقد وجد فى الإذن دون قوله جعلته مسجدا اه .

بجماعة وقيل : يكفي واحد وجعله فى الخانية ظاهر الرواية .
[فرع] أراد أهل المحلة نقض المسجد وبناءه أحكم من الأول أن البانى من أهل المحلة لهم ذلك وإلا لا بزازية
(وإذا جعل تحته سردابا لمصالحه) أى المسجد (جاز) كمسجد القدس (ولو جعل لغيرها أو) جعل (فوقه بيتا وجعل باب المسجد إلى طريق وعزله عن ملكه لا) يكون مسجدا (وله بيعه ويورث عنه) خلافا لهما

فى التنوير والدرر والوقاية وغيرها قول أبى يوسف وعلمت أرجحيته فى الوقف والقضاء اه (قوله بجماعة) لأنه لابد من التسليم عندهما خلافا لأبى يوسف ، وتسليم كل شئ بحسبه ، ففى المقبرة بدفن واحد وفى السقاية بشربه وفى الخان بنزوله كما فى الإسعاف ، واشتراط الجماعة لأنها المقصودة من المسجد ، ولذا شرط أن تكون جهرا بأذان وإقامة وإلا لم يصر مسجدا قال الزيلعى : وهذه الرواية هى الصحيحة وقال فى الفتح : ولو اتحد الإمام والمؤذن وصلى فيه وحده صار مسجدا بالاتفاق لأن الأداء على هذا الوجه كالجماعة ؛ قال فى النهر : وإذ قد عرفت أن الصلاة فيه أقيمت مقام التسليم ، علمت أنه بالتسليم إلى المتولى يكون مسجدا دونها : أى دون الصلاة ، وهذا هو الأصح كما فى الزيلعى وغيره وفى الفتح وهو الأوجه لأن بالتسليم إليه يحصل تمام التسليم إليه تعالى ، وكذا لو سلمه إلى القاضى أو نائبه كما فى الإسعاف وقيل لا واختاره السرخسى اه (قوله وقيل يكفى واحد) لكن لو صلى الواقف وحده فالصحيح انه لا يكفى ، لأن الصلاة إنما تشترط لأجل القبض للعامة ، وقبضه لنفسه لا يكفى ، فكذا صلاته فتح وإسعاف (قوله وجعله فى الخانية ظاهر الرواية) وعليه المتون كالكنز والملتقى وغيرهما وقد علمت تصحيح الأول وصححه فى الخانية أيضا ، وعليه اقتصر فى كافى الحاكم فهو ظاهر الرواية أيضا (قوله أن البانى الخ) المتبادر من العبارة(1) أن المراد بانى المسجد أولا ، لكن المناسب أن يراد مريد البناء الآن وفى ط عن الهندية : مسجد مبنى أراد رجل أن ينقضه ويبنيه أحكم ليس له ذلك ، لأنه لا ولاية له مضمرات إلا أن يخاف أن ينهدم ، إن لم يهدم تتارخانية وتأويله إن لم يكن البانى من أهل تلك المحلة ، وأما أهلها فلهم أن يهدموه ويجددوا بناءه ويفرشوا الحصير ، ويعلقوا القناديل ، لكن من مالهم لا من مال المسجد إلا بأمر القاضى خلاصة ، ويضعوا حيضان الماء للشرب والوضوء إن لم يعرف للمسجد بان فإن عرف فالبانى أولى ، وليس لورثته منعهم من نقضه والزيادة فيه ولأهل المحلة تحويل باب المسجد خانية وفى جامع الفتاوى لهم تحويل المسجد إلى مكان آخر إن تركوه بحيث لا يصلى فيه ، ولهم بيع مسجد عتيق لم يعرف بانيه وصرف ثمنه فى مسجد آخر اه سائحانى اه .

قلت : وفى الهندية آخر الباب الأول من إحياء الموات نقلا عن الكبرى : أراد أن يحفر بئرا فى مسجد من المساجد إذا لم يكن فى ذلك ضرر بوجه من الوجوه وفيه نفع من كل وجه ، فله ذلك كذا قال هنا وذكر فى باب المسجد قبل كتاب الصلاة لا يحفر ، ويضمن والفتوى على المذكور هنا اه وقد ذكر فى البحر جملة وافية من أحكام المسجد فراجعه (قوله وإذا جعل تحته سردابا) جمعه سراديب ، بيت يتخذ تحت الأرض لغرض تبريد الماء وغيره كذا فى الفتح وشرط فى المصباح أن يكون ضيقا نهر (قوله أو جعل فوقه بيتا الخ) ظاهره أنه لا فرق بين أن يكون البيت للمسجد أولا إلا أنه يؤخذ من التعليل أن محل عدم كونه مسجدا فيما إذا لم يكن وقفا على مصالح المسجد وبه صرح فى الإسعاف فقال : وإذا كان السرداب أو العلو لمصالح المسجد أو كانا وقفا عليه صار مسجدا اه شرنبلالية .

---

(1) (قوله المتبادر من العبارة الخ) وجه التبادر أن موضوع المسئلة فى أن مريد الهدم والبناء هم أهل المحلة وحيث كان الموضوع ذلك لا يصح التفصيل بقوله فإن كان البانى من أهل تلك المحلة الخ فعلى كل حال لا تخلو العبارة عن محذور اه .

(كما لو جعل وسط داره مسجدا وأذن للصلاة فيه) حيث لا يكون مسجدا إلا إذا شرط الطريق زيلعي .

[فرع] لو بنى فوقه بيتا للإمام لايضر لأنه من المصالح، أما لو تمت المسجدية ثم أراد البناء منع ولو قال عنيت ذلك لم يصدق تاترخانية ، فإذا كان هذا في الواقف فكيف بغيره فيجب هدمه ولو على جدار المسجد ، ولايجوز أخذ الأجرة منه ولا أن يجعل شيئا منه مستغلا ولا سكنى بزازية (ولو خرب ما حوله واستغنى عنه يبقى مسجدا عند الإمام والثاني) أبدا إلى قيام الساعة (وبه يفتى) حاوى القدسي (وعاد إلى الملك) أي ملك البانى أو ورثته (عند محمد)

قال في البحر : وحاصله أن شرط كونه مسجدا أن يكون سفله وعلوه مسجدا لينقطع حق العبد عنه لقوله تعالى - وأن المساجد لله - بخلاف ماإذا كان(١) السرداب والعلو موقوفا لمصالح المسجد، فهو كسرداب بيت المقدس هذا هو ظاهر الرواية وهناك روايات ضعيفة مذكورة في الهداية اهـ (قوله كما لو جعل الخ) ظاهره أنه لا خلاف فيه مع أن فيه خلافهما أيضا كما قدمناه عن القنية ونحوه في الهداية ، فكان المناسب ذكر قوله خلافا لهما بعد هذه المسألة ليكون راجعا للمسائل الثلاث (قوله وأذن للصلاة) اللام للتعليل لاصلة أذن والأوضح ، وأذن للناس بالصلاة فيه والمراد الإذن مع الصلاة إذا لولم يصل فيه أحد لايصح في المسجد الفرز فهنا أولى كما لايخفى (قوله أما لو تمت المسجدية) أي بالقول على المفتى به أو بالصلاة فيه على قولهما ط وعبارة التتارخانية ، وإن كان حين بناه خلى بينه وبين الناس ثم جاء بعد ذلك يبنى لايترك اهـ وبه علم أن قوله في النهر ، وأما لو تمت المسجدية ، ثم أراد هدم ذلك البناء فإنه لايمكن من ذلك الخ فيه نظر، لأنه ليس في عبارة التتارخانية ذكر الهدم وإن كان الظاهر أن الحكم كذلك (قوله فإذا كان هذا في الواقف الخ) من كلام البحر والإشارة إلى المنع من البناء (قوله ولو على جدار المسجد) مع أنه لم يأخذ من هواء المسجد شيئا اهـ ط ونقل في البحر قبله ولا يوضع الجذع على جدار المسجد وإن كان من أوقافه اهـ .

قلت : وبه علم حكم مايصنعه بعض جيران المسجد من وضع جذوع على جداره فإنه لايحل ولو دفع الأجرة (قوله ولاأن يجعل الخ) هذا ابتداء عبارة البزازية ، والمراد بالمستغل أن يؤجر منه شيء لأجل عمارته وبالسكنى محلها وعبارة البزازية على مافي البحر ، ولا مسكنا وقد رد في الفتح مابحثه في الخلاصة من أنه لو احتاج المسجد إلى نفقة تؤجر قطعة منه بقدر ماينفق عليه ، بأنه غير صحيح .

قلت : وبهذا علم أيضا حرمة إحداث الخلوات في المساجد كالتي في رواق المسجد الأموي ، ولاسيما مايترتب على ذلك من تقذير المسجد بسبب الطبخ والغسل ونحوه ورأيت تأليفا مستقلا في المنع من ذلك .

مطلب فيما لو خرب المسجد أو غيره

(قوله ولو خرب ماحوله) أي ولو مع بقائه عامرا وكذا لو خرب وليس له مايعمر به وقد استغنى الناس عنه لبناء مسجد آخر (قوله عند الإمام والثاني) فلايعود ميراثا ولايجوز نقله ونقل ماله إلى مسجد آخر ، سواء كانوا يصلون فيه أولا وهو الفتوى حاوى القدسي ، وأكثر المشايخ عليه مجتبى وهو الأوجه فتح اهـ بحر قال في الإسعاف وذكر بعضهم أن قول أبي حنيفة كقول أبي يوسف وبعضهم ذكره كقول محمد (قوله وعاد إلى الملك عند محمد)

---

(١) (قوله بخلاف ماإذا كان الخ) هذه العبارة توهم أنه لايكون مسجدا إذا كان العلو والسفل موقوفا وهو خلاف ماصرح به في الإسعاف ، ولعل في العبارة كلاما سقط من قلم الناسخ ترتب عليه قوله بخلاف الخ اهـ .

وعن الثانى ينقل إلى مسجد آخر بإذن القاضى (ومثله) فى الخلاف المذكور (حشيش المسجد وحصره مع الاستغناء عنهما و) كذا (الرباط والبئر إذا لم ينتفع بهما فيصرف وقف المسجد والرباط والبئر) والحوض (إلى أقرب مسجد أو رباط أو بئر) أو حوض (إليه) تفريع على قولهما درر وفيها : وقف ضيعة على الفقراء وسلمها للمتولى ثم قال لوصيه : أعط من غلتها فلانا كذا وفلانا كذا لم يصح لخروجه عن ملكه بالتسجيل

ذكر فى الفتح مامعناه أنه يتفرع على الخلاف المذكور ماإذا انهدم الوقف، وليس له من الغلة مايعمر به ، فيرجع إلى البانى أو ورثته عند محمد خلافا لأبى يوسف لكن عند محمد إنما يعود إلى ملكه ماخرج عن الانتفاع المقصود للواقف بالكلية ، كحانوت احترق، ولا يستأجر بشئ ورباط وحوض محلة خرب ، وليس له مايعمر به وأما ماكان معدا للغلة فلا يعود إلى الملك إلا نقضه وتبقى ساحته وقفا تؤجر ولو بشئ قليل بخلاف الرباط ونحوه، فإنه موقوف للسكنى وامتنعت بانهدامه ، أما دار الغلة فإنها قد تخرب وتصير كوما وهى بحيث لو نقل نقضها يستأجر أرضها من يبنى أو يغرس ولو بقليل فيغفل عن ذلك وتباع لواقفها مع أنه لايرجع إليه منها إلا النقض واستند فى ذلك للخالية وغيرها وظاهر كلامه اعتماده (قوله وعن الثانى الخ) جزم به فى الاسعاف حيث قال : ولوخرب المسجد ، وماحوله وتفرق الناس عنه لايعود إلى ملك الواقف عند أبى يوسف فيباع نقضه بإذن القاضى ويصرف ثمنه إلى بعض المساجد اه (قوله ومثله حشيش المسجد الخ) أى الحشيش الذى يفرش بدل الحصر ، كما يفعل فى بعض البلاد كبلاد الصعيد كما أخبرنى به بعضهم قال الزيلعى : وعلى هذا حصير المسجد وحشيشه إذا استغنى عنهما يرجع إلى مالكه عند محمد وعند أبى يوسف ينقل إلى مسجد آخر ، وعلى هذا الخلاف الرباط والبئر إذا لم ينتفع بهما اه وصرح فى الخانية بأن الفتوى على قول محمد قال فى البحر : وبه علم أن الفتوى على قول محمد فى آلات المسجد وعلى قول أبى يوسف فى تأبيد المسجد اه والمراد بآلات المسجد نحو القنديل والحصير ، بخلاف أنقاضه لما قدمنا عنه قريبا من أن الفتوى على أن المسجد لايعود ميراثا ولايجوز نقله ونقل ماله إلى مسجد آخر (قوله وكذا الرباط) هو الذى يبنى للفقراء بحر عن المصباح (قوله إلى أقرب مسجد أو رباط الخ) لف ونشر مرتب وظاهره أنه لايجوز صرف وقف مسجد خرب إلى حوض وعكسه وفى شرح الملتقى يصرف وقفها لأقرب مجانس لها اه ط (قوله تفريع على قولهما) أى قوله فيصرف الخ مفرع على قول الإمام وأبى يوسف : أن المسجد إذا خرب يبقى مسجدا أبدا لكن علمت أن المفتى به قول أبى يوسف ، أنه لايجوز نقله ونقل ماله إلى مسجد آخر كمامر عن الحاوى : نعم هذا التفريع إنما يظهر على ماذكره الشارح من الرواية الثانية عن أبى يوسف ، وقدمنا أنه جزم بها فى الإسعاف وفى الخانية رباط بعيد استغنى عنه المارة ويجنبه رباط آخر قال السيد الامام أبو الشجاع : تصرف غلته إلى الرباط الثانى كالمسجد إذا خرب واستغنى عنه أهل القرية ، فرفع ذلك إلى القاضى فباع الخشب وصرف الثمن إلى مسجد آخر جاز وقال بعضهم يصير ميراثا وكذا حوض العامة إذا خرب اه ونقل فى الذخيرة عن شمس الأئمة الحلوانى أنه سئل عن مسجد أو حوض خرب ، ولايحتاج إليه لتفرق الناس عنه هل للقاضى أن يصرف أوقافه إلى مسجد أو حوض آخر ؟ فقال : نعم ومثله فى البحر عن القنية وللشرنبلالى رسالة فى هذه المسألة اعترض فيها مافى المتن تبعا للدرر بمامر عن الحاوى وغيره ، ثم قال وبذلك تعلم فتوى بعض مشايخ عصرنا بل ومن قبلهم كالشيخ الإمام أمين الدين بن عبدالعال والشيخ الإمام أحمد بن يونس الشلبى والشيخ زين بن نجيم والشيخ محمد الوفائى فمنهم من أفتى بنقل بناء المسجد، ومنهم من أفتى بنقله ونقل ماله إلى مسجد آخر ، وقد مشى الشيخ الإمام محمد بن سراج الدين الحانوتى على القول المفتى به من عدم نقل بناء المسجد ، ولم يوافق المذكورين اه ثم ذكر الشرنبلالى إن هذا فى

فلو قبله صح .
قلت : لكن سيجيء معزيا لفتاوى مؤيد زاده أن للواقف الرجوع فى الشروط ، ولو مسجلا (اتحد الواقف والجهة وقل مرسوم بعض الموقوف عليه) بسبب خراب وقف أحدهما (جاز للحاكم أن يصرف من فاضل الوقف الآخر عليه) لأنهما حينئذ كشيء واحد (وإن اختلف أحدهما بأن بنى رجلان مسجدين أو رجل مسجدا ومدرسة ووقف عليهما أوقافا (لا) يجوز له ذلك

المسجد بخلاف حوض وبئر ورباط ودابة وسيف بثغر وقنديل وبساط وحصير مسجد ، فقد ذكر فى التتارخانية وغيرها جواز نقلها اه .

مطلب فى نقل أنقاض المسجد ونحوه

قلت : لكن الفرق غير ظاهر فليتأمل والذى ينبغى متابعة المشايخ المذكورين فى جواز النقل بلا فرق بين مسجد أو حوض ، كما أفتى به الإمام أبو شجاع والإمام الحلوانى وكفى بهما قدوة ، ولاسيما فى زماننا فإن المسجد أو غيره من رباط أوحوض إذا لم ينقل يأخذ أنقاضه اللصوص والمتغلبون كما هو مشاهد وكذلك أوقافه يأكلها النظار أوغيرهم ، ويلزم من عدم النقل خراب المسجد الآخر المحتاج إلى النقل إليه ، وقد وقعت حادثة سئلت عنها فى أمير أراد أن ينقل بعض أحجار مسجد خراب فى سفح قاسيون بدمشق ليبلط بها صحن الجامع الأموى فأفتيت بعدم الجواز متابعة للشرنبلالى ، ثم بلغنى أن بعض المتغلبين أخذ تلك الأحجار لنفسه ، فندمت على ماأفتيت به ، ثم رأيت الآن فى الذخيرة قال وفى فتاوى النسفى : سئل شيخ الإسلام عن أهل قرية رحلوا وتداعى مسجدها إلى الخراب ، وبعض المتغلبة يستولون على خشبه ، وينقلونه إلى دورهم هل لواحد لأهل المحلة(١) أن يبيع الخشب بأمر القاضى ، ويمسك الثمن ليصرفه إلى بعض المساجد أو إلى هذا المسجد ؟ قال : نعم وحكى أنه وقع مثله فى زمن سيدنا الإمام الأجل فى رباط فى بعض الطرق خرب ، ولا ينتفع المارة به وله أوقاف عامرة فسئل هل يجوز نقلها إلى رباط آخر ينتفع الناس به قال : نعم لأن الواقف غرضه انتفاع المارة ، ويحصل ذلك بالثانى اه (قوله فلو قبله) أى قبل التسجيل الذى هو الحكم لا لمجرد التسليم الذى فى صدر العبارة ، لكن هذا إنما يظهر على قول الإمام بعدم لزوم الوقف قبل الحكم ، ولذا لم يذكر التسجيل فى الخانية ، حيث قال :وقف ضيعة فى صحته على الفقراء ، وأخرجها من يده إلى المتولى ثم قال لوصيه عند الموت : أعط من غلتها لفلان كذا ولفلان كذا فجعله لأولئك باطل ، لأنها صارت للفقراء أو فلا يملك إبطال حقهم إلا إذا شرط فى الوقف أن يصرف غلتها إلى من شاء اه والمراد ببطلانه أنه لايكون حقا لازما لفلان فى غلة الوقف فلو كان فلان فقيرا لايلزم إعطاؤه بل له أن يعطى غيره (قوله لكن سيجيء) أى آخر الفصل الآتى وفيه كلام سيأتى (قوله اتحد الواقف والجهة) بأن وقف وقفين على المسجد أحدهما على العمارة والآخر إلى إمامه أو مؤذنه والإمام والمؤذن لايستقر لقلة المرسوم للحاكم الدين أن يصرف من فاضل وقف المصالح والعمارة إلى الإمام والمؤذن باستصواب أهل الصلاح من أهل المحلة إن كان الوقف متحدا لأن غرضه إحياء وقفه ، وذلك يحصل بما قلنا بحر عن البزازية وظاهره اختصاص ذلك بالقاضى دون الناظر (قوله بسبب خراب وقف أحدهما) أى خراب أماكن أحد الوقفين (قوله بأن بنى رجلان مسجدين) الظاهر أن هذا من اختلافهما معا أما اختلاف الواقف فقط فيما إذا وقف رجلان وقفين على مسجد (قوله لايجوز له ذلك) أى

---

(١) قوله (هل لواحد لأهل المحلة الخ) هكذا بخطه ولعل الأولى من أهل المحلة تأمل اه مصححه .

(ولو وقف العقار ببقره وأكرته) بفتحتين عبيده الحراثون (صح) استحسانا تبعا للعقار وجاز وقف القن على مصالح الرباط خلاصة

أى الصرف المذكور ، لكن نقل فى البحر بعد هذا عن الولوالجية مسجد له أوقاف مختلفة لابأس للقيم أن يخلط غلتها كلها ، وإن خرب حانوت منها فلا بأس بعمارته من غلة حانوت آخر ، لأن الكل للمسجد ولو كان مختلفا لأن المعنى يجمعهما اه ومثله فى البزازية تأمل .

[تنبيه] قال الخير الرملى : أقول : ومن اختلاف الجهة ماإذاكان الوقف منزلين أحدهما للسكنى والآخر للاستغلال فلا يصرف أحدهما للآخر وهى واقعة الفتوى اه .

مطلب فى وقف المنقول تبعا للعقار

(قوله ولو وقف العقار) هو الأرض مبنية أو غير مبنية فتح وفى القاموس هو الضيعة ، وهو المناسب لقوله ببقره الخ نهر (قوله عبيده الحراثون) الأكرة الحراثون من أكرت الأرض حرثتها واسم الفاعل أكار للمبالغة مصباح ، والمراد أنهم إذا كانوا عبيده صح وقفهم تبعا للأرض وكذا آلات الحراثة كما فى البحر (قوله صح استحسانا الخ) فإنه قد يثبت من الحكم تبعا مالا يثبت مقصودا كالشرب فى البيع والبناء فى الوقف ، وهذا قول أبى يوسف ومحمد معه ، لأنه أجازه إفراد بعض المنقول بالوقف فالتبع أولى . قال فى الإسعاف ويدخل فى وقف الأرض مافيها من الشجر والبناء دون الزرع والثمرة كما فى البيع ، ويدخل أيضا للشرب والطريق كالإجارة ، ولو جعلها مقبرة وفيها أشجار عظام وأبنية لاتدخل ، ولو زاد فى وقف الأرض بحقوقها وجميع مافيها ومنها وعلى الشجرة ثمرة قائمة يوم الوقف قال هلال : لاتدخل قياسا ، وفى الاستحسان يلزمه التصدق بها على وجه النذر لاالوقف وذكر الناطفى إذا قال بحقوقها تدخل فى الوقف ، وهذا أولى خصوصا إذا زاد بجميع مافيها ومنها ولو وقف دارا بجميع مافيها وفيها حمامات يطرن أو بيتا وفيه كورات عسل يدخل الحمام والنحل تبعا للدار والعسل ، كما لو وقف ضيعة وذكر مافيها من العبيد والدواليب وآلات الحراثة اه ملخصا وقوله وذكر مافيها الخ يفيد عدم الدخول بلا ذكره وبه صرح فى الفتح ، وقد اختصر فى البحر عبارة الإسعاف اختصارا مخلا

مطلب لا يشترط التحديد فى وقف العقار

[تنبيه] لم يذكر المصنف لصحة الوقف اشتراط تحديد العقار لأن الشرط كونه معلوما وقول الفتح : إذا كانت الدار مشهورة معروفة صح وقفها وإن لم تحدد استغناء بشهرتها عن تحديدها اه ظاهره اشتراط التحديد ، ولايخفى مافيه بل ذلك شرط لقبول الشهادة بوقفيتها ، وتمامه فى البحر. وقال فى أنفع الوسائل بعد ماقسم مسألة التحديد إلى سبع صور : وأما الصورة الثالثة أى ما لو لم يحددها أصلا ، وهم لايعرفونها فقال الخصاف فيها الوقف باطل إلا أن تكون مشهورة وقال هلال : الشهادة باطلة ولا شك أن الأول يحتاج إلى تأويل بمعنى أن الشهادة باطلة كما قال هلال وغيره ، ولايجوز العمل بظاهره ، لأن الوقف لايشترط لصحته التحديد فى نفس الأمر ، ولايجوز الحكم بإبطاله بمجرد قول الشهود لم يحددها لنا ولا نعرفها ولاهى مشهورة اه ملخصا (قوله وجاز وقف القن على مصالح الرباط) ظاهره جواز وقفه استقلالا ويؤيده أنه ذكره فى الفتح عن الخلاصة فى مسائل وقف المنقول الذى جرى فيه التعامل ، فكان ينبغى للشارح ذكره بعد قول المصنف ، ومنقول فيه تعامل ، لئلا يتوهم

ونفقته وجنايته في مال الوقف ، ولو قتل عمدا لاقود فيه بزازية بل تجب قيمته ليشترى بها بدله (ك) ما صح وقف (مشاع قضى بجوازه) لأنه مجتهد فيه ، فللحنفى المقلد أن يحكم بصحة وقف المشاع وبطلانه

أن المراد أنه وقفه تبعا للرباط كما توهمه في البحر حيث قال : وأما وقف العبيد تبعا للمدرسة والرباط فسيأتى أنه جوزه بعض المشايخ اه مع أنه فيما سيأتى إنما ذكر مافى الفتح عن الخلاصة (قوله ونفقته) أى وإن لم يشرطها الواقف وفي الإسعاف لو شرطها من الغلة ثم مرض بعضهم استحقها إن شرط إجراءها عليهم ماداموا أحياء ، وإن قال لعملهم لايجرى شيء على من تعطل عن العمل ، ولو باع العاجز واشترى بثمنه عبدا مكانه جاز اه وقال في موضع آخر : وكذلك الدواليب والآلات يبيعها ويشترى بثمنها ماهو أصلح للوقف (قوله وجنايته في مال الوقف) وعلى المتولى ماهو الأصلح من الدفع أوالفداء ولو فداه بأكثر من أرش الجناية كان متطوعا فى الزائد فيضمنه من ماله وإن فداه أهل الوقف كانوا متطوعين ويبقى العبد على ما كان عليه من العمل إسعاف (قوله لاقود فيه) كأن وجهه أن فى القود ضرر الوقف بفوات البدل اه ح والظاهر أن محل ماذكر فيما إذا رضى القاتل بدفع البدل أما إذا لم يرض إلا بتسليم نفسه للقصاص ، فإنه لايجبر لأن القصاص عندنا هو الأصل ط (قوله بل تجب قيمته) كما لو قتل خطأ ويشترى به المتولى عبدا ويصير وقفا كما لو قتل المدبر خطأ وأخذ مولاه قيمته فإنه يشترى بها عبدا ويصير مدبرا ، وقد صرح به فى الذخيرة عن الخصاف بحر .

مطلب فى وقف المشاع المقضى به

(قوله كما صح وقف مشاع قضى بجوازه) ويصير بالقضاء متفقا عليه والخلاف فى وقف المشاع مبنى على اشتراط التسليم وعدمه لأن القسمة من تمامه ، فأبو يوسف أجازه لأنه لم يشترط التسليم ، ومحمد لم يجزه لاشتراطه التسليم كما مر عند قوله ويفرز ، وقدمنا أن محل الخلاف فيما يقبل القسمة بخلاف مالا يقبلها فيجوز اتفاقا إلافى المسجد والمقبرة وقدمنا بعض فروع ذلك (قوله لأنه مجتهد فيه) أى يسوغ فيه الاجتهاد لعدم مخالفته لنص أو إجماع .

مطلب مهم

إذا حكم الحنفى بما ذهب إليه أبو يوسف أو محمد لم يكن حاكما بخلاف مذهبه

(قوله فللحنفى المقلد الخ) أفاد أن المراد بقوله قضى بجوازه مايشمل قضاء الحنفى وإنما خصه بالتفريع لئلا يتوهم أن المراد به من مذهب آخر لأن إمام مذهبنا غير قائل به ، لكن لما كان قول أصحابه غير خارج عن مذهبه صح حكم مقلده به ولذا قال فى الدرر من كتاب القضاء عند الكلام على قضاء القاضى ، بخلاف مذهبه أن المراد به خلاف أصل المذهب كالحنفى إذا حكم على مذهب الشافعى ، وأما إذا حكم الحنفى بما ذهب إليه أبو يوسف أومحمد أونحوهما من أصحاب الإمام فليس حكما بخلاف رأيه اه . فقد أفاد أن أقوال أصحاب الإمام غير خارجة عن مذهبه ، فقد نقلوا عنهم أنهم ماقالوا قولا إلا هو مروى عن الإمام كما أوضحت ذلك فى شرح منظومتى فى رسم المفتى .

مطلب مهم فى إشكال وقف المنقول على النفس

وبهذا يرتفع الإشكال المشهور الذى ذكره الإمام الطرسوسى فى أنفع الوسائل والعلامة ابن الشلبى فى فتاواه وهو أن وقف الإنسان على نفسه أجازه أبو يوسف ، ومنعه محمد كما سيأتى ووقف المنقول كالبناء بدون أرض

لاختلاف الترجيح وإذا كان فى المسألة قولان مصححان جاز الإفتاء والقضاء بأحدهما بحر ومصنف (و) كما صح أيضا وقف كل (منقول) قصدا (فيه تعامل) للناس (كفأس وقدوم) بل (ودراهم ودنانير) .

والكتب والمصحف منعه أبو يوسف وأجازه محمد فوقف المنقول على النفس لايقول به واحد منهما ، فيكون الحكم به ملفقا من قولين، والحكم الملفق باطل بالإجماع كما مر أول الكتاب، وبه يندفع ما أجاب به الطرطوسى من أنه فى منية المفتى أفاد جواز الحكم الملفق ، وتمام ذلك مبسوط فى كتابنا تنقيح الحامدية فى الباب الأول من الوقف (قوله لاختلاف الترجيح) فإن كلا من قول أبى يوسف وقول محمد صحح بلفظ الفتوى كما مر .

مطلب فيما إذا كان فى المسألة قولان مصححان

(قوله قولان مصححان) أى وقد تساويا فى لفظى التصحيح وإلا فالأولى الأخذ بما هو آكد فى التصحيح كما لو كان أحدهما بلفظ الصحيح والآخر بلفظ عليه الفتوى ، فإن الثانى أقوى وكذا لو كان أحدهما فى المتون أو كان ظاهر الرواية أو كان عليه الأكثر أو كان هو الأرفق فإنه إذا صحح هو ومقابله كان الأخذ به أولى كما قدمناه فى أول الكتاب (قوله بأحدهما) أى بأى واحد منهما أراد لكن إذا قضى بأحدهما فى حادثة ليس له القضاء فيها بالقول الآخر نعم يقضى به فى حادثة غيرها وكذا المفتى وينبغى أن يكون مطمح نظره إلى ماهو الأرفق والأصلح وهذا معنى قولهم إن المفتى يفتى بما يقع عنده من المصلحة أى المصلحة الدينية لا مصلحته الدنيوية .

مطلب فى وقف المنقول قصدا

(قوله كل منقول قصدا) أما تبعا للعقار فهو جائز بلا خلاف عندهما كما مر لاخلاف فى صحة وقف السلاح والكراع أى الخيل للآثار المشهورة والخلاف فيما سوى ذلك فعند أبى يوسف لايجوز وعند محمد يجوز ما فيه تعامل من المنقولات واختاره أكثر فقهاء الأمصار كما فى الهداية وهو الصحيح كما فى الإسعاف، وهو قول أكثر المشايخ كما فى الظهيرية ، لأن القياس قد يترك بالتعامل ونقل فى المجتبى عن السير جواز وقف المنقول مطلقا عند محمد وإذا جرى فيه التعامل عند أبى يوسف وتمامه فى البحر والمشهور الأول (قوله وقدوم) بفتح أوله وضم ثانيه مخففا ومثقلا :

مطلب فى وقف الدراهم والدنانير

(قوله بل ودراهم ودنانير) عزاه فى الخلاصة إلى الأنصارى وكان من أصحاب زفر ، وعزاه فى الخانية إلى زفر حيث قال : وعن زفر. شرنبلالية وقال المصنف فى المنح : ولما جرى التعامل فى زماننا فى البلاد الرومية وغيرها فى وقف الدراهم والدنانير دخلت تحت قول محمد المفتى به فى وقف كل منقول فيه تعامل كما لا يخفى؛ فلا يحتاج على هذا إلى تخصيص القول بجواز وقفها بمذهب الإمام زفر من رواية الأنصارى والله تعالى أعلم ، وقد أفتى مولانا صاحب البحر بجواز وقفها ولم يحك خلافا اه مافى المنح قال الرملى : لكن فى إلحاقها بمنقول فيه تعامل نظر إذ هى مما ينتفع بها مع بقاء عينها على ملك الواقف ، وإفتاء صاحب البحر بجواز وقفها بلا حكاية خلاف لايدل على أنه داخل تحت قول محمد المفتى به فى وقف منقول فيه تعامل ، لاحتمال أنه اختار قول زفر وأفتى به وما استدل به فى المنح من مسألة البقرة الآتية ممنوع بما قلنا إذ ينتفع بلبنها وسمنها مع بقاء عينها لكن إذا حكم به حاكم ارتفع الخلاف اه ملخصا :

قلت : بل ورد الأمر للقضاة بالحكم به كما فى معروضات المفتى أبى السعود ومكيل وموزون فيباع ويدفع ثمنه مضاربة أو بضاعة فعلى هذا لو وقف كرا على شرط أن يقرضه لمن لا بذر له ليزرعه لنفسه فإذا أدرك أخذ مقداره ثم أقرضه لغيره وهكذا جاز خلاصة ، وفيها : وقف بقرة على أن ماخرج من لبنها أو سمنها للفقراء إن اعتادوا ذلك رجوت أن يجوز (وقدر وجنازة) وثيابها ومصحف وكتب لأن التعامل يترك به القياس لحديث « مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » بخلاف مالا تعامل فيه كثياب ،

قلت : إن الدراهم لا تتعين بالتعيين ، فهى وإن كانت لا ينتفع بها مع بقاء عينها لكن بدلها قائم مقامها لعدم تعينها ، فكأنها باقية ولا شك فى كونها من المنقول ، فحيث جرى فيها تعامل دخلت فيما أجازه محمد ولهذا لما مثل محمد بأشياء جرى فيها التعامل فى زمانه قال فى الفتح : إن بعض المشايخ زادوا أشياء من المنقول على ماذكره محمد لما رأوا جريان التعامل فيها ، وذكر منها مسألة البقرة الآتية ومسألة الدراهم والمكيل حيث قال : فى الخلاصة : وقف بقرة على أن مايخرج من لبنها وسمنها يعطى لأبناء السبيل ، قال : إن كان ذلك فى موضع غلب ذلك فى أوقافهم رجوت أن يكون جائزا ، وعن الأنصارى وكان من أصحاب زفر فيمن وقف الدراهم ، أو مايكال أو مايوزن أيجوز ذلك قال : نعم قيل وكيف قال يدفع الدراهم مضاربة ، ثم يتصدق بها فى الوجه الذى وقف عليه ومايكال أو يوزن يباع ويدفع ثمنه لمضاربة أو بضاعة قال فعلى هذا القياس إذا وقف كرا من الحنطة على شرط أن يقرض للفقراء الذين لا بذر لهم ليزرعوه لأنفسهم ، ثم يؤخذ منهم بعد الإدراك قدر القرض ، ثم يقرض لغيرهم من الفقراء أبدا على هـذا السبيل ، يجب أن يكون جائزا قال ومثل هـذا كثير فى الرى وناحية دوما وند اهـ وبهذا ظهر صحة ماذكره المصنف من إلحاقها بالمنقول المتعارف على قول محمد المفتى به وإنما خصوها بالنقل عن زفر ، لأنها لم تكن متعارفة إذ ذاك ، ولأنه هو الذى قال بها ابتداء قال فى النهر : ومقتضى مامر عن محمد عدم جواز ذلك أى وقف الحنطة فى الأقطار المصرية لعدم تعارفه بالكلية : نعم وقف الدراهم والدنانير تعورف فى الديار الرومية اهـ (قوله ومكيل) معطوف على قول المصنف ودراهم (قوله ويدفع ثمنه مضاربة أو بضاعة) وكذا يفعل فى وقف الدراهم والدنانير ، وما خرج من الربح يتصدق به فى جهة الوقف وهذا هو المراد فى قول الفتح عن الخلاصة ، ثم يتصدق بها فهو على تقدير مضاف أى بربحها ، وعبارة الإسعاف ثم يتصدق بالفضل (قوله فعلى هـذا) أى القول بصحة وقف المكيل (قوله وجنازة) بالكسر النعش وثيابها مايغطى به الميت وهو فى النعش ط .

مطلب فى التعامل والعرف

(قوله لأن التعامل يترك به القياس) فإن القياس عدم صحة وقف المنقول لأن من شرط الوقف التأبيد ، والمنقول لا يدوم والتعامل كما فى البحر عن التحرير ، هو الأكثر استعمالا وفى شرح البيرى عن المبسوط أن الثابت بالعرف كالثابت بالنص اهـ وتمام تحقيق ذلك فى رسالتنا المسماة [نشر العرف فى بناء بعض الأحكام على العرف] وظاهر مامر فى مسألة البقرة اعتبار العرف الحادث ، فلا يلزم كونه من عهد الصحابة ، وكذا هو ظاهر ماقدمناه آنفا من زيادة بعض المشايخ أشياء جرى التعامل فيها وعلى هذا فالظاهر اعتبار العرف فى الموضع أو زمان الذى اشتهر فيه دون غيره فوقف الدراهم متعارف فى بلاد الروم دون بلادنا ، ووقف الفأس والقدوم كان متعارفا فى زمن المتقدمين ولم نسمع به فى زماننا فالظاهر أنه لا يصح الآن ولئن وجد نادرا لا يعتبر لما علمت من أن التعامل هو الأكثر استعمالا فتأمل (قوله لحديث الخ) رواه أحمد فى كتاب السنة ، ووهم من عزاه للمسند

ومتاع وهذا قول محمد وعليه الفتوى اختيار ، والحق فى البحر السفينة بالمتاع ، وفى البزازية : جاز وقف الأكسية على الفقراء فتدفع إليهم شتاء ثم يردونها بعده . وفى الدرر وقف مصحفا على أهل مسجد للقراءة إن يحصون جاز وإن وقف على المسجد جاز ويقرأ فيه ، ولا يكون محصورا على هذا المسجد وبه عرف حكم نقل كتب الأوقاف من محالها للانتفاع بها والفقهاء بذلك مبتلون فإن وقفها على مستحقي وقفه لم يجز نقلها

من حديث أبي وائل عن ابن مسعود ، وهو موقوف حسن وتمامه فى حاشية الحموى عن المقاصد الحسنة للسخاوى (قوله ومتاع) مايتمتع به فهو عطف عام على خاص ، فيشمل مايستعمل فى البيت من أثاث المنزل كفراش وبساط وحصير لغير مسجد والأوانى والقدور . نعم تعورف وقف الأوانى من النحاس ونص المتقدمون على وقف الأوانى والقدور المحتاج إليها فى غسل الموتى (قوله وهذا) أى جواز وقف المنقول المتعارف (قوله والحق فى البحر السفينة بالمتاع) أى فلا يصح لكن قال شيخ مشايخنا السائحانى : إنهم تعاملوا وقفها فلا تردد فى صحته اه ، وكأنه حدث بعد صاحب البحر والحق فى المنح وقف البناء بدون الأرض ، وكذا وقف الأشجار بدونه ، لأنه منقول فيه تعامل وتمامه فى الدر المنتقى . وسيأتى عند قول المصنف بنى على أرض الخ (قوله جاز وقف الأكسية الخ)

قلت : وفى زماننا قد وقف بعض المتولين على المؤذنين الفراء شتاء ليلا فينبغى الجواز سيما على مامر عن الزاهدى فتدبر شرح الملتقى : أى ماذكره الزاهدى فى المجتبى من جواز وقف المنقول مطلقا عند محمد ، ولا يخفى أن هذا فى وقف نفس الأكسية أما لو وقف عقارا وشرط أن يشترى من ريعه أكسية للفقراء أو المؤذنين فلا كلام فيه كما أفاده ط .

مطلب متى ذكر للوقف مصرفا لابد أن يكون فيهم تنصيص على الحاجة

(قوله إن يحصون جاز) هذا الشرط مبنى على ماذكره شمس الأئمة من الضابط وهو أنه إذا ذكر للوقف مصرفا لابد أن يكون فيهم تنصيص على الحاجة حقيقة كالفقراء أو استعمالا بين الناس كاليتامى والزمنى ، لأن الغالب فيهم الفقر ، فيصح للأغنياء والفقراء منهم إن كانوا يحصون ، وإلا فلفقرائهم فقط ، ومتى ذكر مصرفا يستوى فيه الأغنياء والفقراء ، فإن كانوا يحصون صح باعتبار أعيانهم وإلا بطل ، وروى عن محمد أن مالا يحصى عشرة ، وعن أبى يوسف مائة وهو المأخوذ به عند البعض وقيل أربعون وقيل ثمانون والفتوى أنه مفوض إلى رأى الحاكم إسعاف وبحر (قوله وإن وقف على المسجد جاز) ظاهره أنه لايشترط فيه كون أهله ممن يحصون ، لأن الوقف على المسجد لا على أهله كما هو المتبادر من المقابلة ، ولعل وجهه أنه يصير كالتنصيص على التأبيد بمنزلة الوقف على عمارة مسجد معين فإنه يصح فى المختار لتأبده مسجدا كما قدمناه عند قوله ويجعل آخره لجهة قربة (قوله ولايكون محصورا على هذا المسجد) هذا ذكر فى الخلاصة بقوله وفى موضع آخر ولا يكون الخ أى وذكر فى كتاب آخر فهو قول آخر مقابل لقوله : ويقرأ فيه ، فإن ظاهره أنه يكون مقصورا على ذلك المسجد وهذا هو الظاهر حيث كان الواقف عين ذلك المسجد ، فما فعله صاحب الدر حيث نقل العبارة عن الخلاصة ، وأسقط منها قوله وفى موضع آخر غير مناسب لإيهامه أنه من تتمة ماقبله إلا أن يكون قد فهم أن قوله : ويقرأ فيه محمول على الأولوية فيكون مافى موضع آخر غير مخالف له تأمل ، لكن فى القنية : سبل مصحفا فى مسجد بعينه للقراءة ليس له بعد ذلك أن يدفعه إلى آخر من غير أهل تلك الحلة للقراءة قال فى النهر : وهذا يوافق القول الأول لاماذكر فى موضع آخر اه فهذا يفيد أنهما قولان متغايران خلافا لما فهمه فى الدرر وتبعه الشارح (قوله وبه عرف حكم الخ) الحكم هو ماببينه بعد بقوله فإن وقفها الخ ط (قوله لم يجز نقلها) ولاسيما إذا كان الناقل

وإن على طلبة العلم وجعل مقرها فى خزانته التى فى مكان كذا فنى جواز النقل تردد نهر (ويبدأ من غلته بعمارته)

ليس منهم نهر ، ومفاده أنه عين مكانها بأن بنى مدرسة وعين وضع الكتب فيها لانتفاع سكانها .

مطلب فى حكم الوقف على طلبة العلم

(قوله وإن على طلبة العلم الخ) ظاهره صحة الوقف عليهم لأن الغالب فيهم الفقر كما علم من الضابط المار آنفا. وفى البحر قال شمس الأئمة : فعلى هذا إذا وقف على طلبة العلم فى بلدة كذا يجوز لأن الفقر غالب فيهم ، فكان الاسم منبئا عن الحاجة ثم ذكر الضابط المار .

قلت : ومقتضاه أنهم إذا كانوا لا يحصون يختص بفقرائهم ، فعلى هذا وقف المصحف فى المسجد والكتب فى المدارس لا يحل لغير فقير وهو خلاف المتبادر من عبارة الخلاصة والقنية فى المصحف . وقد يقال إن هذا مما يستوى فى الانتفاع به الغنى والفقير كما سيأتى من أن الوقف على ثلاثة أوجه : منها : ما يستوى فيه الفريقان كرباط وخان ومقابر وسقاية وعلله فى الهداية بأن أهل العرف يريدون فيه التسوية بينهم ، ولأن الحاجة داعية ، وهنا كذلك فإن واقف الكتب يقصد نفع الفريقين ولأنه ليس كل غنى يجد كل كتاب يريده خصوصا وقت الحاجة إليه .

مطلب فى نقل كتب الوقف من محلها

(قوله ففى جواز النقل تردد) الذى تحصل من كلامه أنه إذا وقف كتبا وعين موضعها فإن وقفها على أهل ذلك الموضع ، لم يجز نقلها منه لا لهم ولا لغيرهم ، وظاهره أنه لا يحل لغيرهم الانتفاع بها وإن وقفها على طلبة العلم ، فلكل طالب الانتفاع بها فى محلها وأما نقلها منه ، ففيه تردد ناشىء مما قدمه عن الخلاصة من حكاية القولين ، من أنه لو وقف المصحف على المسجد أى بلا تعيين أهله قيل يقرأ فيه أى يختص بأهله المترددين إليه ، وقيل : لا يختص به أى فيجوز نقله إلى غيره . وقد علمت تقوية القول الأول مما مر عن القنية وبقى مالو عمم الواقف بأن وقفه على طلبة العلم لكنه شرط أن لا يخرج من المسجد أو المدرسة كما هو العادة وقدمنا عند قوله ولا يرهن عن الأشباه : أنه لو شرط أن لا يخرج إلا برهن لا يبعد وجوب اتباع شرطه وحمل الرهن على المعنى اللغوى تبعا لما قاله السبكى ، ويؤيده ماقدمناه قبيل قوله والملك يزول عن الفتح من قوله إن شرائط الواقف معتبرة إذا لم تخالف الشرع وهو مالك ، فله أن يجعل ماله حيث شاء مالم يكن معصية وله أن يخص صنفا من الفقراء ، وكذا سيأتى فى فروع الفصل الأول أن قولهم شرط الواقف كنص الشارع أى فى المفهوم والدلالة ، ووجوب العمل به .

قلت : لكن لا يخفى أن هذا إذا علم أن الواقف نفسه شرط ذلك حقيقة أما مجرد كتابة ذلك على ظهر الكتب كما هو العادة فلا يثبت به الشرط وقد أخبرنى بعض قوام مدرسة أن واقفها كتب ذلك ليجعل حيلة لمنع إعارة من يخشى منه الضياع والله سبحانه أعلم .

مطلب يبدأ من غلة الوقف بعمارته

(قوله ويبدأ من غلته بعمارته) أى قبل الصرف إلى المستحقين قال القهستانى العمارة بالكسر مصدر أو اسم ما يعمر به المكان ، بأن يصرف إلى الموقوف عليه حتى يبقى على ما كان عليه دون الزيادة إن لم يشترط ذلك ، كما فى الزاهدى وغيره ، فلو كان الوقف شجرا يخاف هلاكه كان له أن يشترى من غلته قصيلا فيغرزه

ثم ماهو أقرب لعمارته كإمام مسجد ومدرس مدرسة يعطون بقدر كفايتهم

لأن الشجر يفسد على امتداد الزمان ، وكذا إذا كانت الأرض سبخة لا ينبت فيها شيء كان له أن يصلحها كما فى المحيط اه .

مطلب دفع المرصد مقدم على الدفع للمستحقين

ومثله فى الخانية وغيرها ودخل فى ذلك دفع المرصد الذى على الدار ، فإنه مقدم على الدفع للمستحقين كما فى فتاوى تلميذ الشارح المرحوم الشيخ إسمعيل وهذه فائدة جليلة قل من تنبه لها ، فإن المرصدين على الوقف لضرورة تعميره فإذا وجد فى الوقف مال ولو فى كل سنة شيء حتى تتخلص رقبة الوقف ويصير يؤجر بأجرة مثله لزم الناظر ذلك ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم .

مطلب كون التعمير من الغلة إن لم يكن الخراب بصنع أحد

وذكر فى البحر أن كون التعمير من غلة الوقف إذا لم يكن الخراب بصنع أحد ، ولذا قال فى الولوالجية رجل آجر دار الوقف فجعل المستأجر رواقها مربطا للدواب وخربها يضمن لأنه فعل بغير إذن اه .

مطلب عمارة الوقف على الصفة التى وقفه

[تنبيه] لو كان الوقف على معين فالعمارة فى ماله كما سيأتى بقدر مايبقى الموقوف على الصفة التى وقفه ، فإن خرب يبنى كذلك ولا تجوز الزيادة بلا رضاه ولو كان على الفقراء فكذلك ، وعند البعض تجوز والأول أصح هداية ملخصا وبه علم أن عمارة الوقف زيادة على مافى زمن الواقف لا تجوز بلا رضا المستحقين وظاهر قوله بقدر مايبقى الخ منع البياض والحمرة(١) على الحيطان من مال الوقف إن لم يكن فعله الواقف وإن فعله فلا منع بحر .

مطلب يبدأ بعد العمارة بما هو أقرب إليها

(قوله ثم ماهو أقرب لعمارته الخ) أى فإن انتهت عمارته وفضل من الغلة شيء يبدأ بما هو أقرب للعمارة وهو عمارته المعنوية التى هى قيام شعائره قال فى الحاوى القدسى : والذى يبدأ به من ارتفاع الوقف أى من غلته عمارته شرط الواقف أولا ثم ماهو أقرب إلى العمارة ، وأعم للمصلحة كالإمام للمسجد ، والمدرس للمدرسة يصرف إليهم إلى قدر كفايتهم ، ثم السراج والبساط كذلك إلى آخر المصالح ، هذا إذا لم يكن معينا فإن كان الوقف معينا على شيء يصرف إليه بعد عمارة البناء اه قال فى البحر والسراج بالكسر : القناديل ومراده مع زيتها والبساط بالكسر أيضا الحصير ، ويلحق بهما معلوم خادمهما وهو الوقاد والفراش فيقدمان وقوله إلى آخر المصالح : أى مصالح المسجد يدخل فيه المؤذن والناظر ، ويدخل تحت الإمام الخطيب لأنه إمام الجامع اه ملخصا ثم لايخفى أن تعبير الحاوى بثم يفيد تقديم العمارة على الجميع كما هو إطلاق المتون فيصرف إليهم الفاضل عنها خلافا لما يوهمه كلام البحر نعم كلام الفتح الآتى يفيد المشاركة ويأتى بيانه فافهم (قوله بقدر كفايتهم) أى لابقدر استحقاقهم المشروط لهم والظاهر أن قول الحاوى هذا إذا لم يكن معينا الخ راجع إليه كما فهمه فى شرح الملتقى ، وقال : إن فرض المسألة فيما إذا كان

---

(١) (قوله منع البياض والحمرة الخ) قال شيخنا وقد رأيت تقييد ذلك بما إذا لم يورث البياض والحمرة زيادة فى الأجرة فإن كان كذلك فلا منع ثم قال وهو تقييد حسن ويظهر أن الزيادة فى أماكنه كذلك اه .

ثم السراج والبساط كذلك إلى آخر المصالح وتمامه فى البحر (وإن لم يشترط الوقف) لثبوته إقتضاء وتقطع الجهات للعمارة إن لم يخف ضرر بين فتح، فإن خيف كإمام وخطيب وفراش قدموا

الوقف على جملة المستحقين بلاتعيين قدر لكل فلو به فلا ينبغى جعل الحكم كذلك اه أى بل يصرف إلى كل منهم القدر الذى عينه الواقف، ثم قال فى شرح الملتقى: ويمكن أن يقال لافرق بين التعيين وعدمه، لأن الصرف إلى ماهو قريب من العمارة كالعمارة وهى متقدمة مطلقا . ويقويه تجويزهم مخالفة شرط الواقف فى سبعة مسائل منها: الإمام لو شرط له مالا يكفيه يخالف شرطه اه.

قلت: وهذا مأخوذ من البحر حيث قال: والتسوية بالعمارة تقتضى تقديمهما أى الإمام والمدرس عند شرط الواقف إنه إذا ضاق ريع الوقف قسم الريع عليهم بالحصة وإن هذا الشرط لايعتبر اه.

والحاصل: أن الوجه يقتضى أن ما كان قريبا من العمارة يلحق بها فى التقديم على بقية المستحقين، وإن شرط الواقف قسمة الريع على الجميع بالحصة أوجعل لكل قدرا وكان ماقدره للإمام ونحوه لايكفيه فيعطى قدر الكفاية لئلا يلزم تعطيل المسجد، فيقدم أولا العمارة الضرورية ثم الأهم فالأهم من المصالح والشعائر بقدر مايقوم به الحال، فإن فضل شئ يعطى لبقية المستحقين إذ لاشك أن مراد الواقف انتظام حال مسجده أو مدرسته لا مجرد انتفاع أهل الوقف، وإن لزم تعطيله خلافا لما يوهمه كلام الحاوى المذكور، ولكن يمكن إرجاع الإشارة فى قول الحاوى هذا إذا لم يكن معينا الخ إلى صدر عبارته، يعنى أن الصرف إلى ماهو أقرب إلى العمارة كالإمام ونحوه إنما هو فيما إذا لم يكن الوقف معينا على جماعة معلومين كالمسجد والمدرسة، أما لو كان معينا كالدار الموقوفة على الذرية أو الفقراء فإنه بعد العمارة يصرف الريع إلى ماعينه الواقف بلا تقديم لأحد على أحد فاغتنم هذا التحرير (قوله كذلك) أى بقدر الكفاية لابقدر الشرط، وأما قوله الآتى: فيعطوا المشروط وقوله فلهم أجرة عملهم، فيأتى الكلام فيه (قوله لثبوته اقتضاء) لأن قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا ولا تبقى دائمة إلا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء بحر ومثلها ماهو قريب منها كما قررناه آنفا.

مطلب فى قطع الجهات لأجل العمارة

(قوله وتقطع الجهات) أى تمنع من الصرف إليها، وعبارة الفتح وتقطع الجهات الموقوف عليها للعمارة إن لم يخف ضرر بين فإن خيف قدم اه أى إن من يخاف بقطعه ضرر بين كإمام ونحوه يقدم أى على بقية المستحقين ممن ليس فى قطعهم ضرر بين لاعلى العمارة فافهم، إلا أن يكون المراد العمارة الغير الضرورية، فإن الإمام يقدم عليها ويحتمل أن المراد من قوله: قدم أنه لايقطع بقرينة صدر العبارة، لكن يصير مفاده أن من فى قطعه ضرر بين يساوى العمارة فيصرف أولا إليها وإليه وهو خلاف المفاد من التعبير بثم فى عبارة الحاوى كما مر، فإما أن يراد بثم معنى الواو كما هو مفاد كلام البحر، أو يراد بالعمارة فيما مر الضرورية كرفع سقف أو جدار، فيصرف الريع إليها أولا كما هو مفاد المتون، ثم التفاضل إلى الجهات الضرورية الأهم فالأهم دون غيرها كالشاهد والجابى وخازن الكتب ونحوهم، ويراد بما فى الفتح العمارة الغير الضرورية فتقدم الجهات الضرورية عليها أو تشاركها إذاكان الريع يكفى كلامهما. ثم لايخفى أنه لو احتيج قطع الكل للعمارة الضرورية قدمت على جميع الجهات، إذ ليس من النظر خراب المسجد لأجل إمام ومؤذن.

فالحاصل: أن الترتيب المستفاد من عبارة الحاوى بالنظر إلى تقديم العمارة الضرورية، على جميع الجهات

فيعطى المشروط لهم

والمشاركة المفادة من عبارة الفتح بالنظر إلى غير الضرورية أو إذا كان فى الريع زيادة على الضرورية ، ثم رأيت فى حاشية الأشباه التصريح بحمل ما فى الحاوى على ما قلنا (قوله فيعطى المشروط لهم) برفع المشروط نائب فاعل يعطى ، وفى بعض النسخ فيعطوا بالجزم بحذف النون عطفا على قدموا ونصب المشروط مفعول ثان ، واعترض بأن ما ذكره تابع فيه النهر وهو خلاف مامر من أنهم يعطون بقدر كفايتهم ، وخلاف مافى البحر من أخذ قدر الأجرة .

قلت : لايخفى عليك أن قول الفتح المار ، وتقطع الجهات الخ معناه أن من يخاف بقطعه ضرر بين لايقطع معلومه المشروط له بل يقدم ويأخذه بخلاف غيره من المستحقين كالناظر والشاد والمباشر ونحو ذلك فإنه يقطع ولا يعطى شيئا أى إلا إذا عمل زمن العمارة ، فله قدر أجرته فقط لا المشروط ، فإنه فى الفتح قال بعد قوله قدم ، وأما الناظر فإن كان المشروط له من الواقف فهو كأحد المستحقين فإذا قطعوا للعمارة قطع إلا أن يعمل كالفاعل والبناء ونحوهما فيأخذ قدر أجرته وإن لم يعمل لايأخذ شيئا اهـ ولهذا قال فى النهر : وأفاد فى البحر أن مما يخاف بقطعه الضرر البين الإمام والخطيب ، فيعطيان المشروط لهما أما المباشر والشاد إذا عملا زمن العمارة فإنما يستحقان بقدر أجرة عملهما لا المشروط اهـ لكن الظاهر أن قوله : وأفاد فى البحر سبق قلم ، وصوابه وأفاد فى الفتح لأن ما ذكره هو مفاد كلام الفتح كما علمته ، وأما مافى البحر فإنه خلاف هذا لأنه بعد ماذكر كلام الفتح قال : فظاهره أن من عمل من المستحقين زمن العمارة يأخذ قدر أجرته ، لكن إذا كان مما لايمكن ترك عمله إلا بضرر بين كالإمام والخطيب ، ولا يراعى المعلوم المشروط زمن العمارة ، فعلى هذا إذا عمل المباشر والشاد زمن العمارة يعطيان بقدر أجرة عملهما فقط وأما ماليس فى قطعه ضرر بين فإنه لايعطى شيئا أصلا زمن العمارة اهـ .

وأنت خبير بأن مانسبه إلى ظاهر الفتح خلاف الظاهر ، فإن ظاهر الفتح أن من لايقطع يعطى المشروط لا الأجر ومن يقطع وهو من ليس فى قطعه ضرر بين لايعطى ، ثم ذكر أن الناظر ممن يقطع وأنه إذا عمل فله قدر أجرته : أى لا ماشرطه له الواقف فأفاد أن من يقطع كالناظر لايعطى شيئا إلا إذا عمل وهذا كله كما ترى مخالف لما فهمه فى البحر ، من أن من لايقطع كالإمام له الأجر إذا عمل ، ومن يقطع لايعطى شيئا أصلا أى لا أجرا ولا مشروطا وإن عمل وفيه أيضا أنه جعل للشاد والمباشر أجرة إذا عملا ، ومقتضاه أنهما من الشعائر التى لاتقطع ، وهو خلاف ماصرح به نفسه بعد نحو ثلاث أوراق نعم هو موافق لما بحثه فى الأشباه من أنه ينبغى أن يلحق بهؤلاء يعنى الإمام والمدرس والخطيب والمؤذن والميقاتى والناظر ، وكذا الشاد والكاتب والجابى زمن العمارة اهـ لكن رد فى النهر مافى الأشباه بأنه مخالف لصريح كلامهم كما مر ، بل الناظر وغيره إذا عمل زمن العمارة ، كان له أجر مثله كما جرى عليه فى البحر وهو الحق اهـ ومراده بما جرى عليه فى البحر ، ما نقله عن الفتح ومراده بقوله : بل الناظر وغيره : أى من ليس فى قطعه ضرر بين ووجه مخالفته للمنقول . أن هؤلاء لهم أجرة عملهم إذا عملوا زمن العمارة فإلحاقهم بالإمام وأخويه يقتضى أن لهم المشروط ، وليس كذلك كما دل عليه كلام الفتح وبه ظهر خلل مافى البحر وصحة ماذكره الشارح تبعا للنهر خلافا لمن نسبهما إلى عدم الفهم فافهم . نعم فى عبارة البحر والنهر خلل من وجه آخر وهو أن كلامهما مبنى على أن المراد بالعمل فى عبارة الفتح عمله فى وظيفته ، وهو بعيد لأنه إذا عمل فى وظيفته وأعطى قدر أجرته لم يقطع بل صدق عليه أنه قدم كغيره ممن فى قطعه ضرر كالإمام ، وهذا خلاف مامر من تقديم الأهم فالأهم . وأيضا من لم يعمل عمله المشروط لايعطى شيئا أصلا ولو كان فى قطعه ضرر ، فلا فرق بينه وبين

وأما الناظر والكاتب والجابى ، فإن عملوا زمن العمارة ، فلهم أجرة عملهم لا المشروط بحر : قال فى النهر : وهو الحق خلافا لما فى الأشباه وفيها عن الذخيرة لو صرف الناظر لهم مع الحاجة إلى التعمير ضمن وهل يرجع عليهم الظاهر لا لتعديه بالدفع

غيره فيتعين حمل العمل فى كلام الفتح على العمل فى التعمير وعبارة الفتح صريحة فى ذلك فإنه قال : إلا أن يعمل كالفاعل والبناء ونحوهما فيأخذ قدر أجرته اه لكن هو مقيد بما إذا عمل بأمر القاضى لما فى جامع الفصولين لو عمل المتولى فى الوقف بأجر جاز ويفتى بعدمه إذ لا يصلح مؤجرا ومستأجرا وصح لو أمره الحاكم أن يعمل فيه اه وعليه كما فى القنية : إذا عمل القيم فى عمارة المسجد والوقف كعمل الأجير لا يستحق أجرا محمول على ما إذا كان بلا أمر الحاكم والظاهر أن الناظر غير قيد ، بل كل من عمل فى التعمير من المستحقين له أجرة عمله وإنما نصوا على الناظر ، لأنه لا يصلح مؤجرا ومستأجرا أى مستأجرا لنفسه ، فإذا كان بأمر الحاكم كان الحاكم هو المستأجر له ، بخلاف غيره من المستحقين فإن المستأجر له هو الناظر ، فلا شبهة فى استحقاقه الأجرة كالأجنبى :

وحيث حملنا كلام الفتح على ماقلنا صار حاصله : أن من فى قطعه ضرر بين لا يقطع زمن التعمير أى بل يبقى على ما شرط له الواقف وأما غيره فيقطع ولا يعطى شيئا أصلا وإن عمل فى وظيفته. نعم يعطى لكل أجرة عمله إذا عمل فى العمارة ولو هو الناظر لكن لو بأمر الحاكم وبهذا التقرير سقط ماقدمناه عن النهر فى الرد على الأشباه إذ لا أجرة على العمل فى غير التعمير ، ثم الظاهر أن المراد بالمشروط مايكفيه لأن المشروط له من الواقف لو كان دون كفايته وكان لا يقوم بعمله إلا بها يزاد عليه ويؤيده ماسيأتى فى فروع الفصل الأول أن للقاضى الزيادة على معلوم الإمام إذا كان لا يكفيه ، وكذا الخطيب :

قلت : بل الظاهر أن كل من فى قطعه ضرر بين فهو كذلك لأنه فى حكم العمارة ، فهو مثل مالو زادت أجرة الأجير فى التعمير ، وأما لو كان المشروط له أكثر من قدر الكفاية فلا يعطى إلا الكفاية فى زمن التعمير لأنه لا ضرورة إلى دفع الزائد المؤدى إلى قطع غيره فيصرف الزائد إلى من يليه من المستحقين ، وعلى هذا يحصل التوفيق بين مامر عن الحاوى من أنهم يعطون بقدر كفايتهم ، وبين ما استفيد من الفتح من أنهم يعطون المشروط :

والحاصل مما تقرر وتحرر أنه يبدأ بالتعمير الضرورى حتى لو استغرق جميع الغلة صرفت كلها إليه ولا يعطى أحد ولو إماما أو مؤذنا وإن فضل عن التعمير شىء يعطى ما كان أقرب إليه مما فى قطعه ضرر بين وكذا لو كان التعمير غير ضرورى بأن كان لا يؤدى تركه إلى خراب العين ، لو أخر إلى غلة السنة القابلة فيقدم الأهم فالأهم ثم من لا يقطع يعطى المشروط له إذا كان قدر كفايته وإلا يزاد أو ينقص ، ومن لم يكن فى قطعه ضرر بين قدمت العمارة عليه وإن أمكن تأخيرها إلى غلة العام القابل كما هو مقتضى إطلاق المتون ولا يعطى شيئا أصلا وإن باشر وظيفته مادام الوقف محتاجا إلى التعمير وكل من عمل من المستحقين فى العمارة فله أجرة عمله لا المشروط ولا قدر الكفاية فهذا غاية ماظهر لى فى تحرير هذا المقام الذى زلت فيه أقدام الأفهام (قوله وأما الناظر والكاتب الخ) قد علمت مافى هذا الكلام ومالدعاه فى النهر أنه الحق مخالفا لما فى الأشباه بما حررناه آنفا (قوله ضمن) هذا إذا كان فى تأخير التعمير خراب عين الوقف ، وإلا فيجوز الصرف للمستحقين ، وتأخير العمارة للغلة الثانية إذا لم يخف ضرر بين ، فإن خيف قدم كما فى الزواهر عن البحر در منتقى (قوله الظاهر لا) قياسا على مودع الابن إذا أنفق على الأبوين

وما قطع للعمارة يسقط رأسا : وفيها لو شرط الواقف تقديم العمارة . ثم الفاضل للفقراء أو للمستحقين لزم الناظر إمساك قدر العمارة كل سنة وإن لم يحتجه الآن لجواز أن يحدث حدث ولا غلة بخلاف ما إذا لم يشترطه فليحفظ الفرق بين الشرط وعدمه ، وفي الوهبانية لو زاد المتولى دانقا على أجر المثل ضمن الكل ، لوقوع الإجارة له وفي شرحها للشرنبلالى عند قوله :

ويدخل في وقف المصالح قيم إمام خطيب والمؤذن يعبر

الشعائر التي تقدم شرط أم لم يشرط بعد العمارة هي إمام وخطيب ومدرس ووقاد وفراش ومؤذن وناظر ، وثمن زيت وقناديل وحصر وماء وضوء وكلفة نقله للميضأة فليس مباشر وشاهد ، وشاد ، وجاب ، وخازن كتب من الشعائر ، فتقديمهم في دفتر المحاسبات ليس بشرعي

بلا إذنه ولا إذن القاضي فإنه يضمن بلا رجوع عليهما لأنه بالضمان تبين أنه دفع مال نفسه وأنه متبرع بحر وفيه نظر بل له الرجوع(١) مادام المدفوع قائما لوهلك لأنه هبة نهر .

أقول : لاوجه لجعله هبة بل هو دفع مال يستحقه غير المدفوع إليه على ظن أنه يستحقه المدفوع إليه فينبغي الرجوع قائما أو مستهلكا كدفع الدين المظنون ، بخلاف مودع الابن فإنه مأمور بالحفظ رملى ملخصا ونحوه في شرح المقدسي ، ونقل ط نحوه عن البيرى . والحاصل : أن الظاهر الرجوع مطلقا لاعدمه مطلقا ولا التفصيل (قوله وماقطع الخ) في الأشباه إذا حصل تعمير الوقف في سنة وقطع معلوم المستحقين كله ، أو بعضه فما قطع لايبقى دينا لهم على الوقف إذ لاحق لهم في الغلة زمن التعمير ، وفائدته لو جاءت الغلة في السنة الثانية وفاض شيء بعد صرف معلومهم هذه السنة لايعطيهم الفاضل عوضا عما قطع اهـ (قوله قدر العمارة) أي القدر الذي يغلب على ظنه الحاجة إليه حموى ويصرف الزيادة على ماشرط الواقف أشباه (قوله ولا غلة) أي والحال أنه لا غلة للأرض حين يحدث حدث (قوله فليحفظ الفرق الخ) قال في الأشباه فيفرق بين اشتراط تقديم العمارة كل سنة والسكوت عنه فإنه مع السكوت تقدم العمارة عند الحاجة إليها ولا يدخر لها عند عدم الحاجة إليها ومع الاشتراط تقدم عند الحاجة ويدخر لها عند عدمها ثم يفرق الباقي لأن الواقف إنما جعل الفاضل عنها للفقراء اهـ ط (قوله لو زاد المتولى دانقا) صورته استأجر المتولى رجلا في عمارة المسجد بدرهم ودانق ، وأجرة مثله درهم ضمن جميع الأجرة من ماله لأنه زاد في الأجر أكثر مما يتغابن فيه الناس ، فيصير مستأجرا لنفسه فإذا نقص الأجر من مال المسجد كان ضامنا بحر عن الخانية والدانق سدس الدرهم والمدار على مالا يتغابن فيه أي مالايقبل الناس الغبن فيه إذ مادونه يسير لايمكن الاحتراز عنه (قوله وفي شرحها) خبر مقدم وجملة قوله الشعائر الخ قصد بها لفظها مبتدأ مؤخر (قوله في وقف المصالح) أي فيما لو وقف على مصالح المسجد (قوله يعبر) من العبور بمعنى الدخول (قوله التي تقدم) أي على بقية المستحقين بعد العمارة الضرورية (قوله إمام وخطيب الخ) ظاهره أن جميع من ذكر يكون في قطعه ضرر بين وخصه في النهر بالخطيب فقط بشرط أن يتحد في البلد كمكة والمدينة ، ولم يوجد من يخطب حسبة بإذن الإمام اهـ وفيه نظر كما في الحموى (قوله مباشر) انظر ما المراد به (قوله وشاهد) قيل المراد به كاتب الغيبة المعروف بالنقطجي بعرف أهل الشام (قوله وشاد)هو الملازم للمسجد مثلا لتفقد حاله من تنظيف ونحوه ط ، وقيل : هوالمسمى بالدعجي .

---

(١) (قوله بل له الرجوع الخ) مقتضى هذا أن تكون مسألة الوديعة المقاس عليها كذلك مع أن أحدا من الفقهاء لم يفصل في عدم رجوع المودع بل اتفقت كلمتهم على إطلاق عدم الرجوع والفرق غير ظاهر قاله شيخنا ثم قال ويظهر لى أن مسألة الوديعة من قبيل قضاء الدين عن الأجنبي لأن النفقة دين على الابن المودع وقد يتبرع المودع بالدفع إلى الأبوين وقضاء الدين عن المودع من مال نفسه لا كه بالضمان اهـ .

ويقع الاشتباه فى بوّاب ومزملاتى قاله فى البحر :
قلت : ولا تردد فى تقديم بوّاب ومزملاتى وخادم مطهرة انتهى .
قلت : إنما يكون المدرس من الشعائر لو مدرس المدرسة كما مر ، أما مدرس الجامع فلا لأنه لايتعطل لغيبته بخلاف المدرسة حيث تقفل أصلا وهل يأخذ أيام البطالة كعيد ورمضان لم أره وينبغى إلحاقه ببطالة القاضى . واختلفوا فيها والأصح أنه يأخذ ، لأنها للاستراحة أشباه من قاعدة العادة محكمة ،

قلت : ويؤيده مافى القاموس الإشادة رفع الصوت بالشئ وتعريف الضالة والإهلال والشيادة الدعاء بالأيل وذلك الطيب بالجلد اه (قوله ومزملاتى) هو الشاوى بعرف أهل الشام در منتقى وقيل : هو فى عرف أهل مصر من ينقل الماء من الصهريج إلى الجرار . وفى القاموس مزملة كمعظمة التى يبرد فيها الماء (قوله قاله فى البحر) أى قال مامر من قوله الشعائر إلى هنا (قوله قلت ولا تردد) رد على قول البحر ويقع الاشتباه الخ (قوله انتهى) أى كلام الشرنبلالى فى شرح الوهبانية (قوله او مدرس المدرسة) ولايكون مدرسها من الشعائر إلا إذا لازم التدريس على حكم الشرط ، أما مدرسو زماننا فلا أشباه ولو أنكر الناظر ملازمة المدرس فالقول للمدرس بيمينه وكذا لورثته لقيامهم مقامه ، وكذا كل ذى وظيفة وتمامه فى حاشية الرملى عند قول البحر السادسة .

مطلب فيمن لم يدرس لعدم وجود الطلبة

وفى الحموى سئل المصنف عمن لم يدرس لعدم وجود الطلبة ، فهل يستحق المعلوم ؟ أجاب : إن فرغ نفسه للتدريس بأن حضر المدرسة المعينة لتدريسه استحق المعلوم ، لامكان التدريس لغير الطلبة المشروطين قال فى شرح المنظومة : المقصود من المدرس يقوم بغير الطلبة بخلاف الطالب ، فإن المقصود لايقوم بغيره اه وسيأتى قبيل الفروع أنه لو درس فى غيرها لتعذره فيها ينبغى أن يستحق العلوفة ، وفى فتاوى الحانوتى يستحق المعلوم عند قيام المانع من العمل ولم يكن بتقصيره سواء كان ناظرا أو غيره كالجابى .

مطلب فى استحقاق القاضى والمدرس الوظيفة فى يوم البطالة

(قوله وينبغى إلحاقه ببطالة القاضى الخ) قال فى الأشباه وقد اختلفوا فى أخذ القاضى مارتب له فى بيت المال فى يوم بطالته ، فقال فى المحيط : إنه يأخذ لأنه يستريح لليوم الثانى وقيل لا اه ، وفى المنية القاضى يستحق الكفاية من بيت المال فى يوم البطالة فى الأصح ، وفى الوهبانية أنه أظهر فينبغى أن يكون كذلك فى المدرس ، لأن يوم البطالة للاستراحة ، وفى الحقيقة تكون للمطالعة والتحرير عند ذوى الهمة ، ولكن تعارف الفقهاء فى زماننا بطالة طويلة أدت إلى أن صار الغالب البطالة وأيام التدريس قليلة اه ورده البيرى بما فى القنية إن كان الواقف قدر للمدرس لكل يوم مبلغا فلم يدرس يوم الجمعة أو الثلاثاء لايحل له أن يأخذ ويصرف أجر هذين اليومين إلى مصارف المدرسة من المرمة وغيرها بخلاف ما إذا لم يقدر لكل يوم مبلغا ، فإنه يحل له الأخذ وإن لم يدرس فيهما للعرف ، بخلاف غيرهما من أيام الأسبوع حيث لايحل له أخذ الأجر عن يوم لم يدرس فيه مطلقا سواء قدر له أجر كل يوم أولا اه ط
قلت : هذا ظاهر فيما إذا قدر لكل يوم درس فيه مبلغا أما لو قال يعطى المدرس كل يوم كذا فينبغى أن يعطى ليوم البطالة المتعارفة بقرينة ماذكره فى مقابله من البناء على العرف ، فحيث كانت البطالة معروفة فى يوم الثلاثاء والجمعة وفى رمضان والعيدين يحل الأخذ ، وكذا لو بطل فى يوم غير معتاد لتحرير درس إلا إذا نص الواقف على تقييد الدفع باليوم الذى يدرس فيه كما قلنا . وفى الفصل الثامن عشر من التتارخانية قال الفقيه أبو الليث

وسيجىء مالو غاب فليحفظ (ولو) كان الموقوف (دارا فعمارته على من له السكنى) ولو متعددا من ماله لا من الغلة إذ الغرم بالغنم درر (ولم يزد فى الأصح) يعنى إنما تجب العمارة عليه بقدر الصفة التى وقفها الواقف (ولو أبى) من له السكنى (أو عجز) لفقره (عمر الحاكم) أى آجرها الحاكم منه أو من غيره وعمرها (بأجرتها) كعمارة لواقف ولم يزد فى الأصح إلا برضا من له السكنى زيلعى : ولا يجبر الآبى على العمارة ولاتصح إجارة من له السكنى

ومن يأخذ الأجر من طلبة العلم فى يوم لادرس فيه أرجو أن يكون جائزا وفى الحاوى إذا كان مشتغلا بالكتابة والتدريس اه (قوله وسيجىء) أى عن نظم الوهبانية بعد قوله مات المؤذن والإمام (قوله على من له السكنى) أى على من يستحقها، ومفاده أنه لو كان بعض المستحقين غير ساكن فيها يلزمه التعمير مع الساكنين، لأن تركه لحقه لايسقط حق الوقف فيعمر معهم وإلا تؤجر حصته كما يأتى (قوله من ماله) فإذا رم حيطانها بالآجر، أو أدخل فيها جذعا ثم مات ولايمكن نزع ذلك فليس للورثة نزعه، بل يقال لمن له السكنى بعده اضمن لورثته قيمة البناء، فإن أبى أوجرت الدار وصرفت الغلة إليهم بقدر قيمة البناء، ثم أعيدت السكنى إلى من له السكنى وليس له أن يرضى بالهدم والقلع، وإن كان مارم الأول مثل تجصيص الحيطان، وتطيين السطوح وشبه ذلك لم يرجع الورثة بشىء بحر عن الظهيرية أى لأن ما لايمكن أخذ عينه، فهو فى حكم الهالك بخلاف الآجر والجذع ولو بنى الأول مايمكن رفعه بلا ضرر أمر الورثة برفعه وليس للثانى تملكه بلا رضاهم كما فى الإسعاف. وفى البحر عن القنية لو بنى واحد من الموقوف عليهم بعض الدار وطين البعض وجصص البعض وبسط فيه الآجر فطلب الآخر حصته ليسكن فيها فمنعه حتى يدفع حصة ما أنفق ليس له ذلك والطين والجص صارا تبعا للوقف وله نقض الآجر إن لم يضر.

مطلب فى عمارة من له السكنى

(قوله لامن الغلة) لأن من له السكنى لايملك الاستغلال بلا خلاف. واختلف فى عكسه والراجح الجواز كما حرره الشرنبلالى فى رسالة ويأتى تمامه قريبا (قوله إذ الغرم بالغنم) أى المضرة بمقابلة المنفعة (قوله بقدر الصفة التى وقفها الواقف) هذا موافق لما قدمناه عن الهداية عند قوله : يبدأ من غلته بعمارته، والظاهر أن المراد منه منع الزيادة بلا رضاه كما يفيده تمام عبارة الهداية وكذا مايأتى عن الزيلعى، فلا ينافى مافى الإسعاف من أنه يقال له رمها مرمة لاغنى عنها، وهى مايمنع من خرابها ولا يلزمه أزيد من ذلك اه، فلا يلزمه إعادة البياض والحمرة ولا إعادة مثل ماخرب فى الحسن والنفاسة هذا ماظهر لى. (قوله ولو أبى من له السكنى) أى كلهم أوبعضهم فيؤجر حصته الآبى ثم يردها إليه كما فى القهستانى والدر المنتقى والإسعاف (قوله عمر الحاكم) أى أوالمتولى قهستانى قال فى البحر : ولو قالوا عمرها المتولى أو القاضى لكان أولى (قوله كعمارة الواقف) أتى به مع علمه مما تقدم للاستثناء ط (قوله ولم يزد فى الأصح) يشير إلى أن فيه خلافا لكن هذا ذكره الزيلعى فى الموقوف على الفقراء وقدمناه أيضا عن الهداية وكلامنا الآن فى الموقوف على معين أى كذرية الواقف ونحوهم ممن عين لهم السكنى وظاهر كلامهم أنه لاخلاف فى عدم الزيادة فيه.

مطلب فيما لو آجر من له السكنى

(قوله ولاتصح إجارة من له السكنى) أى إذا لم يكن متوليا ولو زادت على قدر حاجته ولامستحق غيره كما قدمناه عند قوله : ولايقسم وقدمنا هناك مالو ضاقت على المستحقين، وكذا لاتصح إجارة من له الغلة كما

بل المتولى أو القاضى (ثم ردها) بعد التعمير (إلى من له السكنى) رعاية للحقين فلا عمارة على من له الاستغلال لأنه لاسكنى له

فى البحر وسيأتى فى قول المصنف : والموقوف عليه الغلة لايملك الإجارة. بقى لو آجر ولم تصح ينبغى أن تكون للوقف بحر ، لكن قال الحانوتى إنه غاصب وصرحوا بأن الأجرة للغاصب اه .

قلت : هذا مبنى على مذهب المتقدمين والمفتى به ضمان منافع الوقف كما سيأتى قبيل قوله يفتى بالضمان فى غصب عقار الوقف فإذا كانت الغلة أوالسكنى له وحده ينبغى أن تكون الأجرة له وإلا فللكل تأمل .

مطلب لايملك القاضى التصرف فى الوقف مع وجود ناظر ولو من قبله

(قوله بل المتولى أو القاضى) ظاهره أن للقاضى الإجارة ولو أبى المتولى، إلا أن يكون المراد التوزيع فالقاضى يؤجرها إن لم يكن لها متول أوكان وأبى الأصلح وأما مع حضور المتولى فليس للقاضى ذلك بحر . وفى الأشباه فى قاعدة الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة بعد أن ذكر فروعا وعلى هذا لايملك القاضى التصرف فى الوقف مع وجود ناظر ولو من قبله اه. قال الرملى : وسيأتى أن ولاية القاضى متأخرة عن المشروط له ووصيه تنبه اه ومفاده أنه ليس له الإيجار مع حضور المتولى ، وأيده الرملى فى محل آخر واستند له بالقاعدة المارة لكنه نقل بعده عن أوقاف هلال أن القاضى إذا آجر دار الوقف أو وكيله بأمره جاز قال وظاهره إطلاق الجواز مع وجود المتولى ووجهه ظاهر اه لكن فى فتاوى الحانوتى أن تنصيصهم على أن لقاضى محجور عن التصرف فى مال اليتيم عند وصى الميت ، أوالقاضى يقتضى بالقياس عليه أنه هنا كذلك فلايؤجر إلا إذا لم يكن متول أوكان وامتنع اه وعليه يحمل كلام هلال .

[تنبيه] لم يذكر الشارحون حكم العمارة من المتولى أوالقاضى ، وفى المحيط أنها لصاحب السكنى لأن الأجرة بدل المنفعة وهى كانت له فكذا بدلها والقيم إنما آجر لأجله اه ومقتضاه أنه لو مات تكون ميراثا كما لو عمرها بنفسه بحر (قوله رعاية للحقين) حق الوقف وحق صاحب السكنى ، لأنه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا بحر (قوله فلا عمارة على من له الاستغلال الخ) مفهوم قول المتن فعمارته على من له السكنى وهذا معلوم أيضا من قوله يبدأ من غلة الوقف بعمارته وعطف عليه قوله ولو دارا الخ :

مطلب من له السكنى لايملك الاستغلال واختلاف فى عكسه

(قوله لأنه لاسكنى له) قال فى البحر وظاهر كلام المصنف وغيره أن من له الاستغلال لايملك السكنى ، ومن له السكنى لايملك الاستغلال كما صرح به فى البزازية والفتح أيضا بقوله : وليس للموقوف عليهم الدار سكناها بل الاستغلال كما ليس للموقوف عليهم السكنى بل الاستغلال اه وما فى الظاهرية: من أن العمارة على من يستحق الغلة محمول على أن العمارة فى غلتها ولما كانت غلتها له صار كأن العمارة عليه اه .

قلت : ويؤيده أن الخصاف سوى بين المسألتين، لكنه فرق بينهما فى محل آخر بأن من له الاستغلال له السكنى لأن سكناه كسكنى غيره بخلاف العكس لأنه يوجب فيها حقا لغيره ، ومن له الاستغلال إذا سكن لايوجب حقا لغيره وادعى الشرنبلالى فى رسالة أن الراجح هذا كما قدمته قريبا وتمامه فيما علقته على البحر :

فلو سكن هل تلزمه الأجرة ؟ الظاهر لا لعدم الفائدة إلا إذا احتيج للعمارة ، فيأخذها المتولى ليعمر بها ولو هو المتولى ينبغى أن يجبره القاضى على عمارته مما عليه من الأجرة فإن لم يفعل نصب متوليًا ليعمرها ، ولو شرط الواقف غلتها له ومؤنتها عليه صحا ، وهل يجبر على عمارتها ؟ الظاهر : لا نهر وفى الفتح : لو لم يجد القاضى من يستأجرها

مطلب وقف الدار عند الإطلاق يحمل على الاستغلال لا على السكنى

[تنبيه] يفهم من كلام الفتح المذكور أن الواقف إذا أطلق ولم يقيد بكونها للسكنى ، أو للاستغلال أنها تكون للاستغلال ، وفى الفتاوى الخيرية المصرح بها فى كتبنا أن الواقف إذا أطلق الوقف فهو على الاستغلال لا السكنى قال فى النظم الوهبانى :

ومن وقفت دار عليه فما له سوى الأجر والسكنى بها لاتتقرر(١)

ثم ذكر عبارة شرحه لابن الشحنة ، وأن المسألة من التجنيس وفتاوى الخاصى ، وذكر فى الخيرية فى محل آخر :

مطلب من له الاستغلال لا يملك السكنى وبالعكس

والحاصل : أن الواقف إذا أطلق أو عين الاستغلال كان للاستغلال ، وإن قيد بالسكنى تقيد بها ، وإن صرح بهما كان لهما جريان على كون شرط الواقف كنص الشارع ، وهذا كما ترى خلاف مارجحه الشرنبلالى وسيذكر الشارح القولين عند قول المصنف والموقوف عليه الغلة لايملك الإجارة (قوله فلو سكن) أى من له الغلة على القول بأنه لاسكنى له (قوله لعدم الفائدة) لأنها إذا أخذت منه دفعت إليه ، حيث لم يكن له شريك فى الغلة كما فى البحر (قوله ولو هو المتولى) أى لو كان الساكن فى دار الغلة هو المتولى (قوله ينبغى الخ) البحث لصاحب النهر (قوله نصب متوليا ليعمرها) الظاهر أنه لاحاجة لنصب متول لما مر من أنه لو أبى من له السكنى ، أو عجز عمر الحاكم إلا أن يراد أنه ينصب متوليا مطلقا لالخصوص التعمير لظهور خيانة الأول بما فعل فليتأمل (قوله ولو شرط الواقف غلتها له) أى للموقوف عليه الدار (قوله صحا) أى الوقف والشرط المذكور ، لكن أصل العبارة فى التتارخانية فالوقف جائز مع هذا الشرط اه .. وهذا يحتمل أن يكون المراد جواز الوقف مقترنا بهذا الشرط ولايلزم منه صحة هذا الشرط تأمل (قوله الظاهر لا) هذا خلاف ما استظهره فى البحر حيث قال : وظاهره أنه يجبر على عمارتها ، وقياسه أن الموقوف عليه السكنى كذلك اه. واستوضح فى النهر لما استظهره بقول الهداية فيما مر ولايجبر الممتنع على العمارة لما فيه من إتلاف ماله ، فأشبه امتناع صاحب البذر فى المزارعة ولايكون امتناعه منه رضا ببطلان حقه لأنه فى حيز التردد اه قال فى النهر : وأنت خبير بأن هذا باطلاقه يشمل مالو شرط عليه الواقف المرمة ، لأنها حيث كانت عليه كان فى إجباره إتلاف ماله اه. واعترض بأن الجبر فائدة صحة الشرط وإلا فلا ثمرة له :

قلت : علمت أن صحة الشرط غير صريحة فى عبارة التتارخانية وتعليل الهداية شامل للشرط وغيره ، فهو دليل على عدم صحته فافهم ، على أن هذا الشرط لاثمرة له لأن الغلة حيث كانت للموقوف عليه ، فلا فرق بين

---

(١) قوله (لاتتقرر) هكذا بخطه ولعله لاتقرر بتاء واحدة ليصح الوزن وليحرر اه مصححه .

لم أره وخطر لى أنه يخيره بين أن يعمرها أو يردها لورثة الواقف :
قلت : فلو هو الوارث لم أره. وفى فتاوى قارىء الهداية مايفيد استبداله أو ردثمنه للورثة أو للفقراء (وصرف)

تعميره منها أو من غيرها ، فإذا امتنع عن العمارة من ماله يؤجرها المتولى ويعمرها من غلتها لأنها موقوفة للغلة ولو كان هو المتولى وامتنع من عمارتها ينصب غيره ليعمرها أو يعمرها الحاكم كما مر . نعم قد تظهر الثمرة فيما إذا كانت غلتها لاتفى بعمارتها ، فإن قلنا بصحة الشرط لزمه أن يعمرها من ماله وهو بعيد لما علمته من كلام الهداية ولأن كلام الواقف لايصلح ملزما له بتعميرها إذ لا ولاية له على المستحق (قوله لم أره) قال فى الفتح بعد هذا والحال فيها يؤدى إلى أن تصير نقصا على الأرض كرماد تسفوه الرياح اه أى لو تركت بلاعمارة تصير هكذا (قوله أويردها لورثة الواقف) قال فى البحر : وهو عجيب لأنهم صرحوا باستبدال الوقف إذا خرب وصار لاينتفع به وهو شامل للأرض والدار ، قال فى الذخيرة وفى المنتقى قال هشام : سمعت محمدا يقول الوقف إذا صار بحيث لاينتفع به المساكين فللقاضى أن يبيعه ويشترى بثمنه غيره وليس ذلك إلا للقاضى اه. وأما عود الوقف بعد خرابه إلى ملك الواقف أوورثته فقد قدمنا ضعفه .

فالحاصل : أن الموقوف عليه السكنى إذا امتنع من العمارة ولم يوجد مستأجر باعها القاضى واشترى بثمنها مايكون وقفا ، لكن ظاهر كلام المشايخ أن محل الاستبدال عند التعذر إنما هو الأرض لا البيت وقد حققناه فى رسالة الاستبدال اه كلام البحر واعترضه الرملى بأن كلام المنتقى المذكور شامل للأرض والبيت فالفرق بينهما غير صحيح (قوله فلو هو الوارث لم أره) قيل هذا عجيب من الشارح بعد مارأى كلام البحر خصوصا ، وقد أقره فى النهر من أن الحكم هو الاستبدال فقط ، وهو لايختلف بالوارث وغيره وبه ظهر ضعف مافى فتاوى قارىء الهداية اه .

قلت : بل هو عجيب من المعترض بعد قول البحر ، لكن ظاهر كلام المشايخ الخ . نعم يرد عليه ماقاله الرملى وكذا ماقدمنا عن الفتح عند قوله وعاد إلى الملك عند محمد من أن دار الغلة إذ اخربت إنما يعود إلى الملك عنده نقضها دون ساحتها لأن ساحتها يمكن استغلالها ولو بشىء قليل بخلاف غير المعد للغلة كرباط أو حوض خرب فهذا يعود إلى الملك كله عند محمد .

مطلب فى الوقف إذا خرب ولم يمكن عمارته

(قوله وفى فتاوى قارىء الهداية الخ) حيث قال سئل عن وقف انهدم ولم يكن له شىء يعمر منه ، ولا أمكن إجارته ولا تعميره ، هل تباع أنقاضه من حجر وطوب وخشب ؟ أجاب : إذا كان الأمر كذلك صح بيعه بأمر الحاكم ، ويشترى بثمنه وقف مكانه فإذا لم يمكن رده إلى ورثة الواقف إن وجدوا ولا يصرف للفقراء اه :
قلت : الظاهر أن البيع مبنى على قول أبى يوسف والرد إلى الورثة أو إلى الفقراء على قول محمد ، وهو جمع حسن حاصله أنه يعمل بقول أبى يوسف ، حيث أمكن وإلا فبقول محمد تأمل .
[تتمة] قال فى الدر المنتقى فى كلام المصنف إشارة إلى أن الخان لو احتاج إلى المرمة آجر بيتا أو بيتين وأنفق عليه ، وفى رواية يؤذن للناس بالنزول سنة ، ويؤجر سنة أخرى ويرم من أجرته وقال الناطفى القياس فى المسجد أن يجوز إجارة سطحه لمرمته محيط ، وفى البرجندى والظاهر أن حكم عمارة أوقاف المسجد والحوض والبئر وأمثالها حكم اوقف على الفقراء اه :

الحاكم أو المتولى حاوى (نقضه) أو ثمنه إن تعذر إعادة عينه (إلى عمارته إن احتاج وإلا حفظه ليحتاج) إلا إذا خاف ضياعه فيبيعه ويمسك ثمنه ليحتاج حاوى (ولا يقسم) النقض أو ثمنه (بين مستحق الوقف) لأن حقهم فى المنافع لا العين (جعل شىء) أى جعل البانى شيئا (من الطريق مسجدا) لضيقه ولم يضر بالمارين (جاز) لأنهما للمسلمين

(قوله نقضه) بتثليث النون على ماذكره البرجندى أى المنقوض من خشب وحجر وآجر وغيرها شرح الملتقى (قوله إن احتاج) بأن أحضرت المؤن (١) أو كان المنهدم لقلته لايخل بالانتفاع ، فيؤخره للاحتياج وإلا فبالانهدام تتحق الحاجة ، فلا معنى للشرط حينئذ نبه عليه فى الفتح وأغفله فى البحر نهر (قوله ليحتاج) الأولى للاحتياج كما عبر فى الكنز (قوله فيبيعه) فعلى هذا يباع النقض فى موضعين : عند تعذر عوده وعند خوف هلاكه بحر ، ويزاد مافى الفتح حيث قال : واعلم أن عدم جواز بيعه إلا إذا تعذر الانتفاع به إنما هو فيما إذا ورد عليه وقف الواقف أما إذا اشتراه المتولى من مستغلات الوقف فإنه يجوز بيعه بلا هذا الشرط لأن فى صيرورته وقفا خلافا والمختار أنه لايكون وقفا فللقيم أن يبيعه متى شاء لمصلحة عرضت اه . وستأتى المسألة فى الفصل الآتى متنا (قوله لا العين) لأنها حق المالك أو حق الله تعالى على الخلاف ومنه يؤخذ عدم جواز قسمة حصر المسجد العتيقة بين المستحقين ، وكذا مابقى من شمع رمضان وزيته للإمام ، والوقادين حموى إلا إذا كان العرف فى ذلك الموضع أن الإمام أو المؤذن يأخذه بلا صريح إذن الدافع ، فله ذلك كما فى البحر عن القنية ط .

قلت : وشجر الوقف ليس له حكم العين لما فى البحر عن الفتح سأل أبو القاسم الصفار عن شجرة وقف يبس بعضها وبقى بعضها قال ما يبس منها فسبيله سبيل غلتها (٢) وما بقى متروك على حالها وفى البزازية عن الفضلى إن لم تكن مثمرة يجوز بيعها قبل القلع لأنه غلتها والمثمرة لاتباع إلا بعد القلع كبناء الوقف اه . وفى جامع الفصولين غصب وقفا فنقص فما يؤخذ بنقصه يصرف إلى مرمته لا إلى أهل الوقف لأنه بدل الرقبة وحقهم فى الغلة لا فى الرقبة اه (قوله جعل شىء) بالبناء للمفعول وشىء نائب فاعل والأصل مافسر به الشارح وكان المناسب ذكر هذه المسائل فيما مر من الكلام على المسجد (قوله أى جعل البانى) ظاهره أن أهل المحلة ليس لهم ذكر ذلك وسنذكر ما يخالفه .

مطلب فى جعل شىء من المسجد طريقا

(قوله من الطريق) أطلق فى الطريق فعم (٣) النافذ وغيره وفى عباراتهم مايؤيده ط وتمامه فيه (قوله لضيقه ولم يضر بالمارين) أفاد أن الجواز مقيد بهذين الشرطين ط (قوله جاز) ظاهره أنه يصير له حكم المسجد وقد قال فى جامع الفصولين : المسجد الذى يتخذ من جانب الطريق لايكون له حكم المسجد بل هو طريق بدليل أنه لو رفع حوائطه عاد طريقا كما كان قبله اه شرنبلالية .

قلت : الظاهر أن هذا فى مسجد جعل كله من الطريق ، والكلام فيما أدخل من الطريق فى المسجد ، وهذا

---

(١) (قوله بأن أحضرت المؤن الخ) هذه صورة عدم الاحتياج لاصورة الاحتياج كما صنع المحشى تأمل اه .

(٢) (قوله فسبيله سبيل غلتها الخ) نقل شيخنا عن وقف هلال من باب وقف الدار أو الأرض على معينين أن مايبس من الشجر المثمر حكمه حكم النقض ، ثم قال ويحمل كلام الصفار على شجرة غير مثمرة لأنها تزرع للغلة ابتداء بخلاف المثمرة فإنه يقصد الاستغلال بثمرها فلا مخالفة بين كلامى هلال والصفار اه ويوافق ماهنا مانقله البزازى عن الفضلى .

(٣) (قوله أطلق فى الطريق فعم الخ) لكن التعليل بقوله لأنهما للمسلمين يخص النافذ فإن المراد به لعموم المسلمين وغير النافذ ليس كذلك بل هو لأناس مخصوصين فيكون حكمه حكم الأرض المملوكة بجوار مسجد ضيق ويأتى حكمها اه .

(كعكسه) أى كجواز عكسه وهو ما إذا جعل فى المسجد ممر لتعارف أهل الأمصار فى الجوامع وجاز لكل أحد أن يمر فيه حتى الكافر إلا الجنب والحائض والدواب زيلعى (كما جاز جعل) الإمام (الطريق مسجدا لا عكسه)

لا مانع من أخذه حكم المسجد حيث جعل منه كمسجد مكة والمدينة وقد مر قبيل الوتر والنوافل فى بحث أحكام المسجد أن ما ألحق بمسجد المدينة ملحق به فى الفضيلة نعم تحرى الأول أولى اه فافهم (قوله كعكسه) فيه خلاف كما يأتى تحريره وهذا عند الاحتياج كما قيده فى الفتح فافهم (قوله لتعارف أهل الأمصار فى الجوامع) لا نعلم ذلك فى جوامعنا . نعم تعارف الناس المرور فى مسجد له بابان ، وقد قال فى البحر وكذا يكره أن يتخذ المسجد طريقا ، وأن يدخله بلا طهارة اه . نعم يوجد فى أطراف صحن الجوامع زواقات مسقوفة للمشى فيها وقت المطر ونحوه لأجل الصلاة أو للخروج من الجامع لا المرور المارين مطلقا كالطريق العام ، ولعل هذا هو المراد فمن كان له حاجة إلى المرور فى المسجد يمر فى ذلك الموضع فقط ليكون بعيدا عن المصلين ، وليكون أعظم حرمة لمحل الصلاة فتأمل (قوله حتى الكافر) اعترض بأن الكافر لا يمنع من دخول المسجد حتى المسجد الحرام ، فلا وجه لجعله غاية هنا .

قلت : فى البحر عن الحاوى : ولا بأس أن يدخل الكافر وأهل الذمة المسجد الحرام وبيت المقدس وسائر المساجد لمصالح المسجد وغيرها من المهمات اه ومفهومه أن فى دخوله لغير مهمة بأسا وبه يتجه ماهنا فافهم (قوله كما جاز الخ) قال فى الشرنبلالية فيه نوع استدراك بما تقدم ، إلا أن يقال ذاك فى اتخاذ بعض الطريق مسجدا ، وهذا فى اتخاذ جميعها ولابد من تقييده بما إذا لم يضر كما تقدم ولاشك أن الضرر ظاهر فى اتخاذ جميع الطريق مسجدا لإبطال حق العامة من المرور المعتاد لدوابهم وغيرها فلا يقال به إلا بالتأويل بأن يراد بعض الطريق لا كله فليتأمل اه وأجيب بأن صورته ما إذا كان لمقصد طريقان ، واحتاج العامة إلى مسجد ، فإنه يجوز جعل أحدهم مسجدا وليس فيه إبطال حقهم بالكلية (قوله لا عكسه) يعنى لا يجوز أن يتخذ المسجد طريقا وفيه نوع مدافعة لما تقدم إلا بالنظر للبعض والكل شرنبلالية .

قلت : إن المصنف قد تابع صاحب الدرر مع أنه فى جامع الفصولين نقل أولا جعل شيئا من المسجد طريقا ومن الطريق مسجدا جاز ثم رمز لكتاب آخر ، لو جعل الطريق مسجدا يجوز لا جعل المسجد طريقا لأنه لا تجوز الصلاة فى الطريق فجاز جعله مسجدا ، ولا يجوز المرور فى المسجد فلم يجز جعله طريقا اه ولا يخفى أن المتبادر أنهما قولان فى جعل المسجد طريقا بقرينة التعليل المذكور ، ويؤيده ما فى التتارخانية عن فتاوى أبى الليث ، وإن أراد أهل المحلة أن يجعلوا شيئا من المسجد طريقا للمسلمين فقد قيل ليس لهم ذلك وأنه صحيح ، ثم نقل عن العتابية عن خواهر زاده إذا كان الطريق ضيقا والمسجد واسعا لا يحتاجون إلى بعضه تجوز الزيادة فى الطريق من المسجد لأن كلها للعامة اه والمتون على الثانى ، فكان هو المعتمد لكن كلام المتون فى جعل شىء منه طريقا ، وأما جعل كل المسجد طريقا فالظاهر أنه لا يجوز قولا واحدا نعم فى التتارخانية سئل أبو القاسم عن أهل مسجد أراد بعضهم أن يجعلوا المسجد رحبة والرحبة مسجدا أو يتخذوا له بابا أو يحولوا بابه عن موضعه ، وأبى البعض ذلك قال إذا اجتمع أكثرهم وأفضلهم ليس للأقل منعهم اه .

قلت : ورحبة المسجد ساحته ، فهذا إن كان المراد به جعل بعضه رحبة فلا إشكال فيه وإن كان المراد جعل كله فليس فيه إبطاله من كل جهة لأن المراد تحويله بجعل الرحبة مسجدا بدله بخلاف جعله طريقا تأمل ، ثم ظاهر ما قلناه أن تقييد الشارح أولا بالبانى ، وثانيا بالإمام غير قيد لعم فى التتارخانية ، وعن محمد فى مسجد ضاق بأهله

لجواز الصلاة في الطريق لا المرور في المسجد (تؤخذ أرض) ودار وحانوت (بجنب مسجد ضاق على الناس بالقيمة كرها) درر وعمادية (جعل) الواقف (الولاية لنفسه جاز) بالإجماع ، وكذا لو لم يشترط لأحد فالولاية له عند الثاني ، وهو ظاهر المذهب نهر ، خلافا لما نقله المصنف ، ثم لوصيه إن كان وإلا فللحاكم فتاوى

لا بأس بأن يلحق به من طريق العامة إذا كان واسعا وقيل يجب أن يكون بأمر القاضي وقيل إنما يجوز إذا فتحت البلدة عنوة لا لو صلحا (قوله لجواز الصلاة في الطريق) فيه أن الصلاة في الطريق مكروهة كالمرور في المسجد فالصواب لعدم جواز(١) الصلاة في الطريق كما قدمناه عن جامع الفصولين يعني أن فيه ضرورة وهي أنهم لو أرادوا الصلاة في الطريق لم يجز فكان في جعله مسجدا ضرورة ، بخلاف جعل المسجد طريقا لأن المسجد لا يخرج عن المسجدية أبدا فلم يجز لأنه يلزم المرور في المسجد ، ولا يخفى أن المتبادر من هذا كون المراد مرور أي مار ولو غير جنب ، وهذا يؤيد أن هذا قول آخر ، وقد علمت ترجيح خلافه وهو جواز جعل شيء منه مسجدا وتسقط حرمة المرور فيه للضرورة لكن لا تسقط عنه جميع أحكام المسجد ، فلذا لم يجز المرور فيه لجنب ونحوه كما مر فافهم (قوله وتؤخذ أرض) في الفتح : ولو ضاق المسجد وبجنبه أرض وقف عليه أو حانوت جاز أن يؤخذ ويدخل فيه اه زاد في البحر عن الخانية بأمر القاضي وتقييده بقوله : وقف عليه أي على المسجد يفيد أنها لو كانت وقفا على غيره لم يجز لكن جواز أخذ المملوكة كرها يفيد الجواز بالأولى ، لأن المسجد لله تعالى ، والوقف كذلك ولذا ترك المصنف في شرحه هذا القيد وكذا في جامع الفصولين تأمل (قوله بالقيمة كرها) لما روي عن الصحابة رضي الله تعالى عنهم لما ضاق المسجد الحرام أخذوا أرضين بكره من أصحابها بالقيمة وزادوا في المسجد الحرام بحر عن الزيلعي قال في نور العين : ولعل الأخذ كرها ليس في كل مسجد ضاق ، بل الظاهر أن يختص بما لم يكن في البلد مسجد آخر إذ لو كان فيه مسجد آخر يمكن دفع الضرورة بالذهاب إليه نعم فيه حرج لكن الأخذ كرها أشد حرجا منه ويؤيد ما ذكرنا فعل الصحابة إذ لا مسجد في مكة سوى المسجد الحرام اه .

مطلب في اشتراط الواقف الولاية لنفسه

(قوله جاز بالإجماع) كذا ذكره الزيلعي وقال : لأن شرط الواقف معتبر فيراعى لكن الذي في القدوري أنه يجوز على قول أبي يوسف وهو قول هلال أيضا وفي الهداية أنه ظاهر الرواية وقد رد العلامة قاسم على الزيلعي دعواه الإجماع بأن المنقول أن اشتراطها يفسد الوقف عند محمد كما في الذخيرة ونازعه في النهر وأطال وأطاب .

وحاصل : ما ذكره أن فيه اختلاف الرواية عن محمد ، واختلاف المشايخ في تأويل ما نقل عنه وإن هلالا أدرك بعض أصحاب أبي حنيفة لأنه مات سنة خمس وأربعين ومائتين ولفظ المشايخ يقال على من دونه اه .

مطلب في ترجمة هلال الرائي البصري

وفي الفتح هلال الرائي هو هلال بن يحيى بن مسلم البصري نسب إلى الرأي لأنه كان على مذهب الكوفيين ورأيهم وهو من أصحاب يوسف بن خالد البصري ، ويوسف هذا من أصحاب أبي حنيفة ، وقيل : إن هلالا أخذ العلم عن أبي يوسف وزفر ووقع في المبسوط والذخيرة وغيرهما الرازي وفي المغرب هو تحريف لأنه من البصرة لا من الري والرازي نسبة إلى الري وهكذا في صحيح مسند أبي حنيفة وغيره اه (قوله خلافا لما نقله المصنف) أي عن السراجية

---

(١) (قوله فالصواب لعدم جواز الخ) رأيت بخط شيخنا على هامش نسخته ما نصه فيه أن المراد بالطريق الذي جازت الصلاة فيه الطريق الذي جعل مسجدا ومثل هذا يقال في قوله لا المرور في المسجد اه .

ابن نجيم وقارئ الهداية وسيجئ (وينزع) وجوبا بزازية (لو) الواقف درر فغيره بالأولى (غير مأمون) أو عاجزا أو ظهر به فسق كشرب خمر ونحوه فتح ،

من أنه لايصح هذا الوقف عند محمد وبه يفتى (قوله وسيجىء) أى فى الفصل الآتى وهو قول المتن ولاية نصب القيم إلى الواقف ثم لوصيه ثم للقاضى .

مطلب يأثم بتولية الخائن

(قوله وينزع وجوبا) مقتضاه إثم القاضى بتركه والإثم بتولية الخائن ولاشك فيه بحر . لكن ذكر فى البحر أيضا عن الخصاف أن له عزله أو إدخال غيره معه : وقد يجاب بأن المقصود رفع ضرره عن الوقف فإذا ارتفع بضم آخر إليه حصل المقصود قال فى البحر : قدمنا أنه لايعزله القاضى بمجرد الطعن فى أمانته بل بخيانة ظاهرة ببينة ، وأنه إذا أخرجه وتاب وأناب أعاده ، وأن امتناعه من التعمير خيانة ، وكذا لو باع الوقف أو بعضه أو تصرف تصرفا جائزا عالما به اه وقوله : لايعزله القاضى بمجرد الطعن الخ سيذكره الشارح فى الفروع ويأتى الكلام قريبا على حكم عزل القاضى بلا حجة وسيأتى فى الفصل قبيل قوله باع دارا حكم عزل الواقف للناظر :

مطلب فيما يعزل به الناظر

[تنبيه] إذا كان ناظرا على أوقاف متعددة وظهرت خيانته فى بعضها أفتى المفتى أبو السعود بأنه يعزل من الكل .

قلت : ويشهد قولهم فى الشهادة أن الفسق لايتجزى ، وفى الجواهر القيم إذا لم يراع الوقف يعزله القاضى وفى خزانة المفتين إذا زرع القيم لنفسه يخرجه القاضى من يده قال البيرى : يؤخذ من الأول أن الناظر إذا امتنع من إعارة الكتب الموقوفة كان للقاضى عزله ، ومن الثانى لو سكن الناظر دار الوقف ولو بأجر المثل له عزله لأنه نص فى خزانة الأكمل أنه لايجوز له السكنى ولو بأجر المثل اه وفى الفتح أنه ينعزل بالجنون المطبق سنة لا أقل ولو برئ عاد إليه النظر قال فى النهر : والظاهر أن هذا فى المشروط له النظر أما منصوب القاضى فلا وفى البيرى أيضا عن أوقاف الناصحى الواقف على قوم ولايوصل إليهم ماشرط لهم ينزعه القاضى من يده ويوليه غيره اه وينعزل المتولى من قبل الواقف بموت الواقف على قول أبى يوسف المفتى به لأنه وكيل عنه إلا إذا جعله قيما فى حياته وبعد موته كما فى البحر (قوله لو الواقف) أى لو كان المتولى هو الواقف (قوله فغيره بالأولى) قال فى البحر : واستفيد منه أن للقاضى عزل المتولى الخائن غير الواقف بالأولى .

مطلب فى شروط المتولى

(قوله غير مأمون الخ) قال فى الإسعاف : ولا يولى إلا أمين قادر بنفسه أو بنائبه لأن الولاية مقيدة بشرط النظر وليس من النظر تولية الخائن لأنه يخل بالمقصود ، وكذا تولية العاجز لأن المقصود لايحصل به ، ويستوى فيه الذكر والأنثى وكذا الأعمى والبصير وكذا المحدود فى قذف إذا تاب لأنه أمين وقالوا : من طلب التولية على الوقف لايعطى له وهو كمن طلب القضاء لايقلد اه والظاهر : أنها شرائط الأولوية لاشرائط الصحة وأن الناظر إذا فسق استحق العزل ولاينعزل كالقاضى إذا فسق لاينعزل على الصحيح المفتى به .

أو كان يصرف ماله فى الكيمياء نهر بحثا

مطلب فى تولية الصبى

ويشترط للصحة بلوغه وعقله لاحريته وإسلامه لما فى الإسعاف لو أوصى إلى الصبى تبطل فى القياس مطلقا وفى الاستحسان هى باطلة مادام صغيرا ، فإذا كبر تكون الولاية له ولو كان عبدا يجوز قياسا واستحسانا لأهليته فى ذاته بدليل أن تصرفه الموقوف لحق المولى ينفذ عليه بعد العتق لزوال المانع ، بخلاف الصبى ثم الذمى فى الحكم كالعبد فلو أخرجهما القاضى ثم عتق العبد وأسلم الذمى لاتعود إليهما اه بحر ملخصا ونحوه فى النهر .
وفى فتاوى العلامة الشلبى : وأما الإسناد للصغير فلا يصح بحال لاعلى سبيل الاستقلال بالنظر ولا على سبيل المشاركة لغيره لأن النظر على الوقف من باب الولاية والصغير يولى عليه لقصوره فلا يصح أن يولى على غيره اه وفى أنفع الوسائل عن وقف هلال لوقال : ولايتها إلى ولدى وفيهم الصغير والكبير يدخل القاضى مكان الصغير رجلا وإن شاء أقام الكبار مقامه ، ثم نقل عنه مامر عن الإسعاف بهذه النقول صريحة بأن الصبى لايصلح ناظرا وأما مافى الأشباه فى أحكام الصبيان ، من أن الصبى يصلح وصيا وناظرا ويقيم القاضى مكانه بالغا إلى بلوغه كما فى منظومة ابن وهبان من الوصايا اه ففيه أنه لم يذكر فى المنظومة قوله وناظرا ثم رأيت شارح الأشباه نبه على ذلك أيضا ، وأما ماذكره الشارح فى باب الوصى عن المجتبى . من أنه لو فوض ولاية الوقف للصبى صح استحسانا ففيه أن ماذكره صاحب المجتبى صرح به نفسه فى الحاوى بقوله : ولو أوصى إلى صبى فى وقفه فهو باطل فى القياس ، ولكن استحسن أن تكون الولاية إليه إذا كبر اه ، وهذا هو مامر عن الإسعاف نعم رأيت فى أحكام الصغار للاستروشنى عن فتاوى رشيد الدين قال القاضى : إذا فوض التولية إلى صبى يجوز إذا كان أهلا للحفظ وتكون له ولاية التصرف كما أن القاضى يملك الصبى وإن كان الولى لايأذن اه وعليه فيمكن التوفيق بحمل مافى الإسعاف وغيره على غير الأهل للحفظ بأن كان لايقدر على التصرف ، أما القادر عليه فتكون توليته من القاضى إذنا له فى التصرف ، وللقاضى أن يأذن للصغير وإن لم يأذن له وليه .

مطلب فيما شاع فى زماننا من تفويض نظر الأوقاف للصغير

وبهذا تعلم أن ماشاع فى زماننا من تفويض نظر الأوقاف لصغير لايعقل وحكم القاضى الحنفى بصحة ذلك خطأ محض ولاسيما إذا شرط الواقف تولية النظر للأرشد فالأرشد من أهل الوقف ، فإنه حينئذ إذا ولى بالغ عاقل رشيد وكان فى أهل الوقف أرشد منه لاتصح توليته لمخالفتها شرط الواقف ، فكيف إذا كان طفلا لايعقل ، وثم بالغ رشيد إن هذا لهو الضلال البعيد واعتقادهم أن خبز الأب لابنه لايفيد لما فيه من تغيير حكم الشرع ، ومخالفة شرط الواقف وإعطاء الوظائف من تدريس وإمامة وغيرها إلى غير مستحقها كما أوضحت ذلك فى الجهاد فى آخر فصل الجزية كيف ولو أوصى الواقف بالتولية لابنه لاتصح مادام صغيرا حتى يكبر فتكون الولاية له كمامر ، وكذلك اعتقادهم أن الأرشد إذا فوض ، وأسند فى مرض موته لمن أراد صح ، لأن مختار الأرشد أرشد فهو باطل لأن الرشد فى أمور الوقف صفة قائمة بالرشيد لاتحصل له بمجرد اختيار غيره له كما لايصير الجاهل عالما بمجرد اختيار الغير له فى وظيفة التدريس ، وكل هذه أمور ناشئة عن الجهل واتباع العادة المخالفة لصريح الحق بمجرد تحكيم العقل المختل ولاحول ولاقوة إلا بالله العلى العظيم (قوله أو كان يصرف ماله فى الكيمياء) لأنه استقرى من أحوال متعاطيها أنها تستجره إلى أن يخرج من جميع مافى يده وقد ترتب عليه ديون بهذا السبب فلا يبعد أن يجره

(وإن شرط عدم نزعه) أو أن لاينزعه قاض ولاسلطان لمخالفته لحكم الشرع فيبطل كالوصى فلومأمونا لم تصح تولية غيره أشباه

الحال إلى إضاعة مال الوقف ط (قوله وإن شرط عدم نزعه) هى من المسائل السبع التى يخالف فيها شرط الواقف على ما فى الأشباه وسيأتى ط (قوله كالوصى) فإنه ينزع وإن شرط الموصى عدم نزعه وإن خان ط .

مطلب فى عزل الناظر

(قوله فلومأمونا نصح تولية غيره) قال فى شرح الملتقى إلى الأشباه لايجوز للقاضى عزل الناظر لمشروط له النظر بلا خيانة . ولو عزله لايصير الثانى متوليا ويصح عزل الناظر بلا خيانة لو منصوب القاضى أى لا الواقف وليس للقاضى الثانى أن يعيده وإن عزله الأول بلا سبب لحمل أمره على السداد إلا أن تثبت أهليته اه وأما الواقف فله عزل الناظر مطلقا به يفتى ولو لم يجعل ناظرا فنصبه القاضى لم يملك الواقف إخراجه كذا فى فتاوى صاحب التنوير اه بتصرف والتفصيل المذكور فى عزل الناظر نقله فى البحر عن القنية . وذكر المرحوم الشيخ شاهين عن الفصل الأخير من جامع الفصولين إذا كان للوقف متول من جهة الواقف أو من جهة غيره من القضاة لايملك القاضى نصب متول آخر بلا سبب موجب لذلك وهو ظهور خيانة الأول أو شىء آخر اه. قال : وهذا مقدم على ما فى القنية اه أبو السعود قال وكذا الشيخ خير الدين أطلق فى عدم صحة عزله بلا خيانة وإن عزله مولانا السلطان فعم إطلاقه مالو كان منصوب القاضى اه ط :

قلت : وذكر فى البحر كلاما عن الخانية ثم قال عقبه وفيه دليل على أن للقاضى عزل منصوب قاض آخر بغير خيانة إذا رأى المصلحة اه وهذا داخل تحت قول جامع الفصولين ، أو شىء آخر كما دخل فيه مالو عجز أوفسق وفى البيرى عن حاوى الحصيرى عن وقف الأنصارى فإن لم يكن من يتولى من جيران الواقف وقرابته إلا برزق ويفعل واحد من غيرهم بلا رزق فذلك إلى القاضى ينظر فيما هو الأصلح لأهل الوقف اه .

مطلب لايصح عزل صاحب وظيفة بلا جنحة أو عدم أهلية

[تنبيه] قال فى البحر واستفيد من عدم صحة عزل الناظر بلا جنحة عدمها لصاحب وظيفة فى وقف بغير جنحة وعدم أهلية واستدل على ذلك بمسألة غيبة المتعلم ، من أنه لا تؤخذ حجرته ووظيفته على حالها إذا كانت غيبته ثلاثة أشهر . فهذا مع الغيبة فكيف مع الحضرة والمباشرة وسيأتى مسألة الغيبة وحكم الاستنابة فى الوظائف قبيل قول المصنف ولاية نصف القيم إلى الواقف ، وفى آخر الفن الثالث من الأشباه إذا ولى السلطان مدرسا ليس بأهل لم تصح توليته ، لأن فعله مقيد بالمصلحة خصوصا إن كان المقرر عن مدرس أهل فإن الأهل لم ينعزل وصرح البزازى فى الصلح ، بأن السلطان إذا أعطى غير المستحق فقد ظلم مرتين بمنع المستحق وإعطاء غير المستحق اه ملخصا .

مطلب فى النزول عن الوظائف

وذكر فى البحر أيضا أن المتولى لو عزل نفسه عند القاضى ينصب غيره ولا ينعزل بعزل نفسه حتى يبلغ القاضى ومن عزل نفسه لفراغ لغيره عن وظيفة النظر أو غيرها ثم إن كان المنزول له غير أهل لايقرره القاضى ولو أهلا

. . . .

لايجب عليه تقريره وأفتى العلامة قاسم بأن من فرغ لإنسان عن وظيفته سقط حقه وإن لم يقرر الناظر المنزول له اه فالقاضي بالأولى (١) وقد جرى التعارف بمصر الفراغ بالدراهم ولايخفى مافيه وينبغي الإبراء العام بعده اه ماف البحر ملخصا، لكن ينافي هذا مايأتي في الفصل من أن المتولى إذا أراد إقامة غيره مقامه لايصح إلا في مرض موته وسيأتي تمام الكلام عليه مع الجواب عنه هناك .

مطلب لابد بعد الفراغ من تقرير القاضي في الوظيفة

وذكر صاحب البحر في بعض رسائله أن ماذكره العلامة قاسم لم يستندفيه إلى نقل وأنه خولف في ذلك أي فلابد من تقرير القاضي. وسئل في الخيرية عما إذا قرر السلطان رجلا في وظيفة كانت لرجل فرغ لغيره عنها بمال أجاب بأنها لمن قرره السلطان لا للمفروغ له إذ الفراغ لايمنع تقريره سواء قلنا بصحته المتنازع فيها أو بعدمها الموافق للقواعد الفقهية كما حرره العلامة المقدسي ثم رأيت صريح المسألة في شرح منهاج الشافعية لابن حجر معللا بأن مجرد الفراغ سبب ضعيف لابد من انضمام تقرير الناظر إليه اه ملخصا .

مطلب لو قرر القاضي رجلا ثم قرر السلطان آخر فالمعتبر الأول

وأفتى في الخيرية أيضا بأنه لو قرر القاضي رجلا ثم قرر السلطان آخر فالعبرة لتقرير القاضي كالوكيل إذا نجز ما وكل فيه ثم فعله الموكل .

مطلب الناظر المشروط له التقرير مقدم على القاضي

وأفتى أيضا بأن الناظر المشروط له التقرير لو قرر شخصا فهو المعتبر دون تقرير القاضي أخذا من القاعدة المشهورة : وهي أن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة وبه أفتى العلامة قاسم ؛ وأما إذا لم يشترط للواقف له التقرير فالمعتبر تقرير القاضي اه :

مطلب للمفروغ له الرجوع بمال الفراغ

وأفتى في الخيرية أيضا بأنه لو فرغ عن الوظيفة بمال فللمفروغ له الرجوع بالمال لأنه اعتياض عن حق مجرد وهو لايجوز صرحوا به قاطبة قال ومن أفتى بخلافه فقد أفتى بخلاف المذهب لبنائه على اعتبار العرف الخاص وهو خلاف المذهب والمسألة شهيرة وقد وقع فيها للمتأخرين رسائل واتباع الجادة أولى والله أعلم وكتب على ذلك أيضا كتابة حسنة في أول كتاب الصلح من الخيرية فراجعها وسيأتي تمام الكلام على ذلك في أول كتاب البيوع وحاصله جواز أخذ المال بلا رجوع :

---

(١) قوله (فالقاضي بالأولى الخ) أي فبحصول الفراغ أمام القاضي كاف في العزل بالأولى والمراد أن القاضي ينعزل بالفراغ بالأولى لعدم ظهور تلك الأولوية اه.

(وجاز جعل غلة الوقف) أو الولاية (لنفسه عند الثانى) وعليه الفتوى (و) جاز (شرط الاستبدال به)

مطلب فى اشتراط الغلة لنفسه

(قوله وجاز جعل غلة الوقف لنفسه الخ) أى كلها أو بعضها وعند محمد لايجوز بناء(١) على اشتراطه التسليم إلى متول وقيل هى مسألة مبتدأة أى غير مبنية على ذلك وهو أوجه ويتفرع على الخلاف مالو وقف على عبيده وإمائه صح عند أبى يوسف لاعند محمد وأما اشتراط الغلة لمدبريه وأمهات أولاده ، فالأصح صحته اتفاقا لثبوت حريتهم بموته ، فهو كالوقف على الأجانب وثبوته لهم حال حياته تبع لما بعدها ، وقيد بجعل الغلة لنفسه لأنه لو وقف على نفسه قيل : لايجوز وعن أبى يوسف : جوازه وهو المعتمد وما فى الخانية من أنه لو وقف على نفسه وعلى فلان صح نصفه وهو حصة فلان وبطل حصة نفسه ولو قال : ثم على فلان لايصح شىء منه مبنى على القول الضعيف عر ملخصا ، لكنه لم يستند فى تضعيفه واعتماد الجواز إلى نقل صريح ، ولعله بناه على عدم الفرق بين جعل الغلة لنفسه والوقف على نفسه إذ ليس المراد من الوقف على شخص سوى صرف الغلة إليه لأن الوقف تصدق بالمنفعة فحينئذ يكون التصحيح المنقول فى صحة الأول شاملا لصحة الثانى ، وهو ظاهر ويؤيده قول الفتح ، ويتفرع على الخلاف مالو وقف على عبيده وإمائه الخ مع أن الخلاف المذكور فى جعل الغلة لنفسه .

مطلب فى الوقف على نفس الواقف

(قوله أو الولاية) مفاده أن فيه خلاف محمد مع أنه قدم أن اشتراط الولاية لنفسه جائز بالإجماع ، لكن لما كان فى دعوى الإجماع نزاع كما قدمناه مع التوفيق بأن عن محمد روايتين إحداهما توافق قول أبى يوسف والأخرى تخالفه فدعوى الإجماع مبنية على الرواية الأولى ، ودعوى الخلاف على الثانية فلا خلل فى النقلين فلذا مشى الشارح عليهما فى موضعين مشيرا إلى صحة كل من العبارتين فافهم (قوله وعليه الفتوى) كذا قاله الصدر الشهيد وهو مختار أصحاب المتون ورجحه فى الفتح ، واختار مشايخ بلخ وفى البحر عن الحاوى أنه المختار للفتوى ترغيبا للناس فى الوقف وتكثيرا للخير .

مطلب فى استبدال الوقف وشروطه

(قوله وجاز شرط الاستبدال به الخ) اعلم أن الاستبدال على ثلاثة وجوه : الأول : أن يشرطه الواقف لنفسه أو لغيره أو لنفسه وغيره ، فالاستبدال فيه جائز على الصحيح وقيل اتفاقا . والثانى : أن لايشرطه سواء شرط عدمه أو سكت لكن صار بحيث لاينتفع به بالكلية بأن لايحصل منه شىء أصلا ، أو لايفى بمؤنته فهو أيضا جائز على الأصح إذا كان بإذن القاضى ورأيه المصلحة فيه . والثالث : أن لايشرطه أيضا ولكن فيه نفع فى الجملة وبدله خير منه ريعا ونفعا ، وهذا لايجوز استبداله على الأصح المختار كذا حرره العلامة قنالى زاده فى رسالته الموضوعة فى الاستبدال ، وأطنب فيها عليه الاستدلال وهو مأخوذ من الفتح أيضا كما سنذكره عند قول الشارح لايجوز استبدال العامر إلا فى أربع ، ويأتى بقية شروط الجواز وأفاد صاحب البحر فى رسالته فى الاستبدال أن الخلاف

---

(١) قوله (وعند محمد لايجوز بناء الخ) أمل وجه البناء أن محمدا لما قال باشتراط التسليم منع صحة الولاية لنفسه وما ذاك إلا لما يلزم من تعلق حق المولى بالوقف أمن التكلم عليه وإذا كان الأمر كذلك فى جعل الولاية لنفسه فبالأولى يكون جعل الغلة لنفسه مبطلا لبقاء حق الواقف الأقوى من حق التكلم فاشتراط التسليم ملحوظ فيه انقطاع حق الواقف اه .

أرضا أخرى) حينئذ (أو) شرط (بيعه ويشترى بثمنه أرضا أخرى إذا شاء فإذا فعل صارت الثانية كالأولى فى شرائطها وإن لم يذكرها ثم لا يستبدلها) بثالثة لأنه حكم ثبت بالشرط والشرط وجد فى الأولى لا الثانية

فى الثالث ، إنما هو فى الأرض إذا ضعفت عن الاستغلال بخلاف الدار إذا ضعفت بخراب بعضها ، ولم تذهب أصلا فإنه لا يجوز حينئذ الاستبدال على كل الأقوال قال : ولا يمكن قياسها على الأرض فإن الأرض إذا ضعفت لا يرغب غالبا فى استئجارها بل فى شرائها أما الدار فيرغب فى استئجارها مدة طويلة لأجل تعميرها للسكنى على أن باب القياس مسدود فى زماننا وإنما للعلماء النقل من الكتب المعتمدة كما صرحوا به (قوله أرضا أخرى) مفعول به للاستبدال وعمل المصدر المقرون بأل قليل (قوله حينئذ) أى حين إذ كان الفتوى على قول أبى يوسف وأشار بهذا إلى أن اشتراط الاستبدال مفرع على القول بجواز اشتراط الغلة لنفسه ولهذا قال فى البحر : وفرع فى الهداية على الاختلاف بين الشيخين شرط والاستبدال لنفسه ، فجوزه أبو يوسف وأبطله محمد وفى الخانية الصحيح قول أبى يوسف اهـ وذكر فى الخانية فى موضع آخر صحة الشرط إجماعا ووفق بينهما صاحب البحر فى رسالته بحمل الأول على ما إذا ذكر الشرط بلفظ البيع والثانى على ما إذا ذكره (١) بلفظ الاستبدال بقرينة تعبير الخانية بذلك وإلا فهو مشكل اهـ (قوله أو شرط بيعه) ظاهره أنه لا فرق بين ذكره بلفظ الاستبدال أو البيع ، وهو خلاف التوفيق المذكور آنفا (قوله ويشترى بثمنه أرضا) أى وأن يشترى على حد قوله ٭ للبس عباءة وتقر عينى ٭ وقيد به لأن شرط البيع فقط يفسد الوقف كما مر أول الباب ، لأنه لا يدل على إرادة الاستبدال إلا بذكر الشراء وفى فتاوى الكازرونى عن الشرنبلالى أنه سئل عن واقف شرط لنفسه الاستبدال والبيع فأجاب : بأن الوقف باطل لأنه لما شرط البيع بعد الاستبدال كان عطف مغاير ، وأطلق البيع ولم يقل واشترى بالثمن مايكون وقفا مكانها فأبطل الوقف لقول الخصاف لو اشترط بيع الأرض ولم يقل استبدل بثمنها مايكون وقفا مكانها فالوقف باطل اهـ (قوله إذا شاء) كذا وقع فى عبارة الدرر ولم يذكره فى البحر والفتح ، وأكثر الكتب التى رأيتها نعم رأيته معزيا للذخيرة ، والظاهر أنه قيد للبيع لا للشراء فكان المناسب ذكره قبل قوله : ويشترى لئلا يوهم أنه قيد للشراء ، فيلزم منه اشتراط البيع ، وإن لم يرد أن يشترى بثمنه غيره وهو مفسد للوقف كما علمته هذا ماظهرلى ولم أر من نبه عليه (قوله وإن لم يذكرها) أى الشرائط قال فى البحر : ولو شرط أن يبيعها ، ويشترى بثمنها أرضا أخرى ، ولم يزد صح استحسانا وصارت الثانية وقفا بشرائط الأولى ولا يحتاج إلى الإيقاف كالعبد الموصى بخدمته ، إذا قتل خطأ واشترى بثمنه عبدا آخر ثبت حق الموصى له فى خدمته ٭

مطلب فى اشتراط الإدخال والإخراج

(قوله ثم لا يستبدلها بثالثة) قال فى الفتح : إلا أن يذكر عبارة تفيد له ذلك دائما ، وكذلك ليس للقيم الاستبدال إلا أن ينص له عليه ، وعلى وزان هذا الشرط لو شرط لنفسه ، أن ينقص من المعاليم إذا شاء ، ويزيد ويخرج من شاء ، ومن استبدل به (٢) كان له ذلك ، وليس لقيمه أن يجعله له وإذا أدخل وأخرج مرة ، فليس له ثانيا

---

(١) (قوله والثانى على ما إذا ذكره الخ) يعنى أن صورة الإجماع هى ماذكر فيها لفظ الاستبدال وفيه أن شرط الاستبدال مفرع على جعل الغلة لنفسه المختلف فى صحته فيكون شرط الاستبدال مختلفا فى صحته أيضا فكيف يحكى قاضيخان الاجماع على صحته والعجب من صنيع المحشى حيث صرح فى أول العبارة بالتفريع وهنا يجعل الاستبدال صورة الاجماع ويمكن أن يقال إنه تقدم أن فى مسألة جعل الولاية لنفسه روايتين عن محمد فلعل جعل الغلة لنفسه كذلك وهو الظاهر وحيث كان كذلك يكون مسئلة الاستبدال المفرعة عليها مثلها جزما وتكون حكاية الاجماع على إحدى الروايتين والخلاف على الأخرى وتقدم نظير ذلك اهـ .

(٢) (قوله ومن استبدل به الخ) الصواب حذف من وجعل الفعل بصيغة المستقبل عطفا على سابقه اهـ .

(وأما) الاستبدال ولو للمساكين آل (بدون الشرط فلا يملكه إلا القاضى)درر وشرط فى البحر خروجه عن الانتفاع بالكلية وكون البدل عقارا والمستبدل قاضى الجنة المفسر بذى العلم والعمل ، وفى النهر أن المستبدل قاضى الجنة فالنفس به مطمئنة فلا يخشى ضياعه

إلا بشرطه ولو شرطه للقيم ولم يشرطه لنفسه كان له أن يستبدل بنفسه اه وذكر فى البحر فروعا مهمة فلتراجع (قوله ولو للمساكين آل) أى رجع وهذه المبالغة لم يذكرها فى الدرر قال ح : ولم يظهرلى وجهها (قوله بدون الشرط) دخل فيه مالو اشترط عدمه كماسيذكره الشارح فى شرح الوهبانية عن الطرسوسى أنه لانقل فيه لكنه مقتضى قواعد المذهب ، لأنهم قالوا إذا شرط الواقف أن لايكون للقاضى أو السلطان كلام فى الوقف أنه شرط باطل ، وللقاضى الكلام لأن نظره أعلى وهذا شرط فيه تفويت المصلحة للموقوف عليهم ، وتعطيل للوقف فيكون شرطا لافائدة فيه للوقف ولا مصلحة فلا يقبل اه بحر (قوله وشرط فى البحر الخ) عبارته وقد اختلف كلام قاضيخان فى موضع جوّزه للقاضى بلا شرط الواقف ، حيث رأى المصلحة فيه وفى موضع منع منه : ولو صارت الأرض بحال لاينتفع بها ، والمعتمد أنه بلا شرط يجوز للقاضى بشرط أن يخرج عن الانتفاع بالكلية ، وأن لايكون هناك ريع للوقف يعمر به وأن لايكون البيع بغبن فاحش ، وشرط فى الإسعاف أن يكون المستبدل قاضى الجنة المفسر بذى العلم والعمل لئلا يحصل التطرق إلى إبطال أوقاف المسلمين كما هو الغالب فى زماننا اه ويجب أن يزاد آخر فى زماننا : وهو أن يستبدل بعقار لابدراهم ودنانير فإنا قد شاهدنا النظار يأكلونها ، وقل أن يشترى بها بدلا ولم نر أحدا من القضاة فتش على ذلك مع كثرة الاستبدال فى زماننا اه .

مطلب فى شروط الاستبدال

وحاصله : أنه يشترط له خمسة شروط أسقط الشارح منها الثانى والثالث ، لظهورهما لكن فى الخامس كلام يأتى قريبا ، وأفاد فى البحر زيادة شرط سادس : وهو أن لايبيعه ممن لاتقبل شهادته له ، ولا ممن له عليه دين حيث قال وقد وقعت حادثتان للفتوى .

إحداهما : باع الوقف من ابنه الصغير فأجبت : بأنه لايجوز اتفاقا كالوكيل بالبيع باع من ابنه الصغير والكبير كذلك خلافا لهما كما عرف فى الوكالة :

ثانيتهما : باع من رجل له على المستبدل دين وباعه الوقف بالدين ، وينبغى أن لايجوز على قول أبى يوسف وهلال لأنهما لايجوزان البيع بالعروض فالدين أولى اه وذكر عن القنية مايفيد شرطا سابعا حيث قال : وفى القنية مبادلة دار الوقف بدار أخرى إنما يجوز إذا كانتا فى محلة واحدة أو محلة الأخرى خيرا وبالعكس لايجوز ، وإن كانت المملوكة أكثر مساحة وقيمة وأجرة لاحتمال خرابها فى أدون المحلتين لدناءتها وقلة الرغبة فيها اه وزاد العلامة قنالى زاده فى رسالته ثامنا وهو أن يكون البدل والمبدل من جنس واحد لما فى الخانية لو شرط لنفسه استبدالها بدار لم يكن له استبدالها بأرض ، وبالعكس أو بأرض البصرة تقيد اه فهذا فيما شرطه لنفسه ، فكذا يكون شرطا فيما لو لم يشترطه لنفسه بالأولى تأمل . ثم قال والظاهر عدم اشتراط اتحاد الجنس فى الموقوفة للاستغلال ، لأن المنظور فيها كثرة الريع ، وقلة المرمة والمؤنة فلو استبدل الحانوت بأرض تزرع ويحصل منها غلة قدر أجرة الحانوت كان أحسن ، لأن الأرض أدوم وأبقى وأغنى عن كلفة الترميم والتعمير بخلاف الموقوفة للسكن لظهور أن قصد الواقف الانتفاع بالسكن اه ولايخفى أن هذه الشروط فيما لم يشترط الواقف استبداله لنفسه أوغيره ،

ولو بالدراهم والدنانير وكذا لو شرط عدمه وهي إحدى المسائل السبع التي يخالف فيها شرط الواقف كما بسطه فى الأشباه وزاد ابن المصنف فى زواهره ثامنة وهى إذا نص الواقف ورأى الحاكم ضم مشارف جاز كالوصى

فلو شرطه لايلزم خروجه عن الانتفاع ولا مباشرة القاضي له ولاعدم ريع يعمر به كما لا يخفى فاغتنم هذا التحرير

(قوله ولو بالدراهم والدنانير) رد لما مر عن البحر من اشتراط كون البدل عقارا .

وحاصله : أن اشتراط ذلك إنما هو لكون الدراهم يخشى عليها أكل النظار لها وإذا كان المشروط كون المستبدل قاضي الجنة لايخشى ذلك .

قلت : وفيه نظر لأن قاضي الجنة شرط للاستبدال فقط لاللشراء بالثمن أيضا ، فقد يستبدل قاضي الجنة بالدراهم ويبقيها عنده أوعند الناظر ، ثم يعزل القاضي ويأتي فى السنة الثانية من لايفتش عليها فتضيع : نعم ذكر فى البحر أن صريح كلام قاضيخان جوازه بالدراهم ، ولكن قال قارئ الهداية وإن كان للوقف ريع ولكن يرغب شخص فى استبداله إن أعطى مكانه بدلا أكثر ريعا منه فى صقع أحسن من صقع الوقف جاز عند أبى يوسف والعمل عليه وإلا فلا فقد عين العقار للبدل فدل على منعه بالدراهم اه واعترضه الخير الرملي بأنه كيف يخالف قاضيخان مع صراحته بالجواز بما قاله قارئ الهداية ، مع أنه ليس فيه تعرض للاستبدال بالدراهم لابنفى ولاإثبات اه .

قلت : لايخفى أن قوله إن أعطى مكانه بدلا الخ يدل على نفي الجواز بدون العقار ، بل صرح به فى قوله وإلا فلا : نعم يرد على البحر أن كلام قارئ الهداية لايعارض كلام قاضيخان ، لأنه فقيه النفس والجواب أن صاحب البحر ، لم ينكر كون المنقول فى المذهب ماقاله قاضيخان ، ولكن مراده أن هذا المنقول كان فى زمنهم وأن ماقاله قارئ الهداية مبنى على تغير الزمان ، ويدل على أن مراده هذا قوله فيما سبق ، ويجب أن يزاد آخر فى زماننا الخ ولاشك أن هذا هو الاحتياط ، ولاسيما إذا كان المستبدل من قضاة هذا الزمن وناظر الوقف غير مؤتمن نعم ماأفتى به قارئ الهداية من جواز الاستبدال إذا كان للوقف ريع مخالف لما مرفى الشروط من اشتراط خروجه عن الانتفاع بالكلية ويأتى تمام الكلام عليه قريبا (قوله وكذا لو شرط عدمه) معطوف على قول المتن وأما بدون الشرط ، وقدمنا عن الطرطوسى أن هذا لانقل فيه بل قواعد المذهب تقتضيه .

مطلب يجوز مخالفة شرط الواقف فى مسائل

(قوله وهى إحدى المسائل السبع) الثانية : شرط أن القاضى لايعزل الناظر ، فله عزل غير الأهل . الثالثة : شرط أن لايؤجر وقفه أكثر من سنة ، والناس لايرغبون فى استئجار سنة أوكان فى الزيادة نفع للفقراء فللقاضى المخالفة دون الناظر . الرابعة : لو شرط أن يقرأ على قبره فالتعيين باطل أى على القول بكراهة القراءة على القبر والمختار خلافه . الخامسة : شرط أن يتصدق بفاضل الغلة على من يسأل فى مسجد كذا ، فللقيم التصدق على سائل غير ذلك المسجد أوخارج المسجد ، أو على من لايسأل . السادسة : لو شرط للمستحقين خبزا ولحما معينا كل يوم فللقيم دفع القيمة من النقد وفى موضع آخر لهم طلب المعين وأخذ القيمة : أى فالخيار لهم لاله وذكر فى الدر المنتقى أنه الراجح . السابعة : تجوز الزيادة من القاضى على معلوم الإمام ، إذا كان لايكفيه وكان عالما تقيا وهذه الأخيرة سيذكرها الشارح فى فروع الفصل الآتى ، ويأتى الكلام عليها هناك وزاد عليها أخرى وهى جواز مخالفة السلطان الشروط إذا كان أصل الوقف لبيت المال (قوله وزاد ابن المصنف فى زواهره) أى فى حاشيته زواهر

وعزاها لأنفع الوسائل وفيها لايجوز استبدال العامر إلا فى الأربع :

قلت : لكن فى معروضات المفتى أبى السعود أنه فى سنة إحدى وخمسين وتسعمائة ورد الأمر الشريف بمنع استبداله ، وأمر أن يصير بإذن السلطان تبعا لترجيح صدر الشريعة انتهى فليحفظ . وفيها أيضا لو شرط الواقف العزل والنصب وسائر التصرفات لمن يتولى من أولاده ولا يداخلهم أحد من القضاة والأمراء وإن داخلوهم فعليهم لعنة الله هل يمكن مداخلتهم ؟ فأجاب : بأنه فى سنة أربع وأربعين وتسعمائة قد حررت هذه الوقفيات المشروطة هكذا فالمتولون لو من الأمراء يعرضون للدولة العلية على مقتضى الشرع ومن دونهم رتبة يعرض بآرائهم مع قضاة البلاد على مقتضى المشروع من المواد لا يخالف القضاة المتولين ولا المتولون القضاة بهذا ورد الأمر الشريف

الجواهر على الأشباه والنظائر ونص عبارة أنفع الوسائل هكذا إذا نص الواقف على أن أحدا لايشارك الناظر فى الكلام على هذا الوقف ، ورأى القاضى أن يضم إليه مشارفا يجوز له ذلك كالوصى إذا ضم إليه غيره حيث يصح اه وهذا حاصل مايأتى عن المعروضات .

قلت : وأوصلها فى الدر المنتقى إلى إحدى عشرة فراجعه وزاد البيرى مسألتين الأولى : ما إذا شرط أن لايؤجر بأكثر من كذا وأجر المثل أكثر والثانية : لو شرط أن لايؤجر لمتجوه أى لصاحب جاه فآجره منه بأجرة معجلة ، واعترض بأن العلة الخوف على رقبة الواقف كما هو مشاهد .

قلت : وينبغى التفصيل بين الخوف على الأجرة والخوف على الوقف ففى الأول يصح بتعجيل الأجرة (قوله وفيها) أى فى الأشباه :

مطلب لايستبدل العامر إلا فى أربع

(قوله إلا فى أربع) الأولى : لو شرطه الواقف : الثانية : إذا غصبه غاصب ، وأجرى عليه الماء حتى صار بحرا فيضمن القيمة ، ويشترى المتولى بها أرضا بدلا : الثالثة : أن يجحده الغاصب ولا بينة أى وأراد دفع القيمة ، فللمتولى أخذها ليشترى بها بدلا . الرابعة : أن يرغب إنسان فيه ببدل أكثر غلة ،وأحسن صقعا فيجوز على قول أبى يوسف ، وعليه الفتوى كما فى فتاوى قارئ الهداية قال صاحب النهر فى كتابه إجابة السائل قول قارئ الهداية والعمل على قول أبى يوسف معارض مما قاله صدر الشريعة ، نحن لانفتى به وقد شاهدنا فى الاستبدال ما لايعد ويحصى : فإن ظلمة القضاة جعلوه حيلة لإبطال أوقاف المسلمين وعلى تقديره فقد قال فى الإسعاف المراد بالقاضى : هو قاضى الجنة المفسر بذى العلم والعمل اه ولعمرى أن هذا أعز من الكبريت الأحمر ، وما أراه إلا لفظا يذكر فالأحرى فيه السد خوفا من مجاوزة الحد والله سائل كل إنسان اه :

قال العلامة البيرى بعد نقله أقول : وفى فتح القدير والحاصل : أن الاستبدال إما عن شرط الاستبدال أولا عن شرطه ، فإن كان لخروج الوقف عن انتفاع الموقوف عليهم ، فينبغى أن لايختلف فيه وإن كان لا لذلك بل اتفق أنه أمكن أن يؤخذ بثمنه ماهو خير منه مع كونه منتفعا به ، فينبغى أن لايجوز لأن الواجب إبقاء الوقف على ما كان عليه دون زيادة ولأنه لا موجب لتجويزه ، لأن الموجب فى الأول الشرط وفى الثانى الضرورة ولاضرورة فى هذا إذ لاتجب الزيادة بل نبقيه كما كان اه :

أقول : ما قاله هذا المحقق هو الحق الصواب اه كلام البيرى وهذا ماحرره العلامة القنالى كما قدمناه (قوله قلت لكن الخ) استدراك على الصورة الرابعة المذكورة (قوله بمنع استبداله) أى استبدال العامر إذا قل ريعه ولم يخرج عن الانتفاع بالكلية وهو الصورة الرابعة بقرينة قوله تبعا لترجيح صدر الشريعة فإن الذى رجحه هو هذه الصورة كما علمته آنفا (قوله فالمتولون الخ) لايخفى مافى هذه العبارة من الركاكة ، والظاهر أنها معربة من عبارة تركية :

فالواقفون لو أرادوا أى فساد صدر يصدر وإذا داخلهم القضاة والأمراء فعليهم اللعنة فهم الملعولون لما تقرر أن الشرائط المخالفة للشرع جميعها لغو وباطل انتهى فليحفظ :
(بنى على أرض ثم وقف البناء) قصدا (بدونها أن الأرض مملوكة لايصح

وحاصلها : أنه ورد الأمر بعدم العمل بهذا الشرط ، فإذا كان المتولى من الأمراء لايستقل بنفسه بل يعرض أمر الوقف على الدولة العلية أى على السلطان لقرب الأمير منه فيتصرف بالوقف برأى السلطان على مقتضى الشرع الشريف ، وإن كان المتولى ممن دون الأمراء فى الرتبة ، وهو من لا وصول له بنفسه إلى السلطان يعرض أمر الوقف برأى الأمراء على القضاة ليتصرف معهم على وفق المشروع من المواد الحادثة ولا يخالف المتولى للقاضى إذا أمره بالمشروع ولا القاضى المتولى إذا كان تصرف المتولى على وفق المشروع (قوله فالواقفون الخ) حاصله أن الواقفين إذا شرطوا هذا الشرط ، ولعنوا من يداخل الناظر من الأمراء والقضاة كانوا هم الملعونين ، لأنهم أرادوا بهذا الشرط أنه مهما صدر من الناظر من الفساد لايعارضه أحد ، وهذا شرط مخالف للشرع وفيه تفويت المصلحة للموقوف عليهم وتعطيل الوقف فلا يقبل كما قدمناه عن أنفع الوسائل (قوله بنى على أرض الخ) كان المناسب للمصنف ذكر هذه المسألة عند قوله : ومنقول فيه تعامل لما تقرر أن البناء والغراس من قسم المنقول ولذا لاتجرى فيه الشفعة كما ستحققه فى بابها ولزم من ذكرها هنا الفصل بين مسائل الاستبدال والبيع .

مطلب فى وقف البناء بدون أرض

(قوله ثم وقف البناء قصدا) احترز به عن وقفه تبعا للأرض ، فإنه جائز بلا نزاع :
ثم اعلم أن العلامة قاسما أفتى بأنه لايصح وقف البناء بدون أرض ، وعزاه فى الأصل للإمام محمد وإلى هلال ابن يحيى البصرى والخصاف وإلى الواقعات والمضمرات وقال : يحتمل هذا المنع أن يكون لا لعدم التعارف بل لأن غير المنقولات تبقى بنفسها مدة طويلة ، فتكون متأبدة بخلاف البناء فإنه لابقاء له بدون الأرض فلا يتم التخريج فثبت أنه باطل بالاتفاق والحكم به باطل اه ملخصا :
قلت : لكن فى البحر عن الذخيرة وقف البناء من غير وقف الأصل لم يجز هو الصحيح لأنه منقول وقفه غير متعارف وإذا كان أصل البقعة موقوفا على جهة قربة فبنى عليها بناء ووقف بناءها على جهة قربة أخرى اختلفوا فيه اه :

مطلب مناظرة ابن الشحنة مع شيخه العلامة قاسم فى وقف البناء

فهذا صريح بأن علة عدم الجواز كونه غير متعارف لالما ذكره العلامة قاسم فحيث تعورف وقفه جاز وعن هذا خالفه تلميذه العلامة عبد البر بن الشحنة بعد ماجرى بينهما كلام فى مجلس السلطان الملك الظاهر سنة ٨٧٢ (١) وقال : إن الناس من زمن قديم نحو مائتى سنة وإلى الآن على جوازه والأحكام به من القضاة العلماء متواترة والعرف جار به فلا ينبغى أن يتوقف فيه اه ورده العلامة محمد بن ظهيرة القرشى كما فى فتاوى الكازرونى بما حاصله أنه خالف نصوص المذهب على عدم جوازه ، وخالف شيخه الذى أجمع علماء عصره من المذاهب الأربعة على

---

(١) قوله (سنة ٨٧٢) كذا بالأصل المقابل على خط المؤلف وفيه نظر فان وفاة الملك الظاهر فى سنة ٦٧٦ كما يعلم من مراجعة الخطط المقريزى اه مصححه .

وقيل صح وعليه الفتوى) .
سئل قارئ الهداية عن وقف البناء والغراس بلا أرض ؟ فأجاب : الفتوى على صحته ذلك ورجحه شارح الوهبانية وأقره المصنف معللا بأنه منقول فيه تعامل فيتعين به الإفتاء (وإن موقوفة على ماعين البناء له جاز) تبعا (إجماعا ، وإن) الأرض (لجهة أخرى فمختلف فيه) والصحيح الصحة كما فى المنظومة المحبية .
وسئل ابن نجيم عن وقف الأشجار بلا أرض؟ فأجاب : يصح لو الأرض وقفا ،ولو لغير الواقف. وسئل أيضا عن البناء والغراس

علمه وقبول قوله وأنه اعتمد على قول مرجوح ، وأنه احتج بالعرف وعمل القضاة والعرف لايصادم المنقول وحكم القضاة بالمرجوح لاينفذ اه .
قلت : لايخفى عليك أن المفتى به الذى عليه المتون جواز وقف المنقول المتعارف وحيث صار وقف البناء متعارفا كان جوازه ، وافقا للمنقول ، ولم يخالف نصوص المذهب على عدم جوازه لأنها مبنية على أنه لم يكن متعارفا كمادل عليه كلام الذخيرة المار ويأتى قريبا نص الخصاف على جوازه إذا كان البناء فى أرض محتكرة هذا : والذى حرره فى البحر أخذا من قول الظهيرية ، وأما إذا وقفه على الجهة التى كانت البقعة وقفا عليها جاز اتفاقا تبعا للبقعة أن قول الذخيرة لم يجز هو الصحيح مقصور على ماعدا صورة الاتفاق وهو ما إذا كانت الأرض ملكا أو وقفا على جهة أخرى قال وقصره الطرسوسى على الملك وهو غير ظاهر اه .
قلت : وهو كذلك ، فإن شرط الوقف التأبيد والأرض إذا كانت ملكا لغيره فللمالك استردادها ، وأمره بنقض البناء وكذا لو كانت ملكا له فإن لورثته بعده ذلك ، فلا يكون الوقف مؤبدا وعلى هذا فينبغى أن يستثنى من أرض الوقف ما إذا كانت معدة للاحتكار ، لأن البناء يبقى فيها كما إذا كان وقف البناء على جهة وقف الأرض فإنه لامطالب لنقضه والظاهر أن هذا وجه جواز وقفه إذا كان متعارفا ولهذا أجازوا وقف بناء قنطرة على النهر العام وقالو إن بناءها لايكون ميراثا وقال فى الخانية إنه دليل على جواز وقف البناء وحده يعنى فيما سبيله البقاء كما قلنا وبه يتضح الحال ويزول الإشكال ويحصل التوفيق بين الأقوال (قوله وقيل صح وعليه الفتوى) أخذه من إطلاق مانقله عن قارئ الهداية فقد قال فى البحر : إن ظاهره أنه لافرق بين أن تكون الأرض ملكا أو وقفا لكنه مخالف لما حرره كما علمته آنفا ، ولما يأتى عن فتاواه ، وقد علمت مافيه من منافاته للتأبيد وعن هذا نص فى الخانية وغيرها على أنه لايجوز وقف البناء فى أرض هى عارية أو إجارة كما يأتى فيجب حمل كلام قارئ الهداية على غير الملك (قوله وأقره المصنف) ليس فى عبارته التصريح بالملك ، وأما شارح الوهبانية فليس فى كلامه تصريح بترجيحه فإنه قال لظما :

وتجويز إيقاف البنا دون أرضه ولو تلك ملك الغير بعض يقرر

(قوله والصحيح الصحة) أى إذا كانت الأرض محتكرة كما علمت ، وعن هذا قال فى أنفع الوسائل إنه لوبنى فى الأرض الموقوفة المستأجرة مسجدا أنه يجوز قال وإذا جاز فعلى من يكون حكره ، والظاهر أنه يكون على المستأجر مادامت المدة باقية ، فإذا انقضت ينبغى أن يكون من بيت مال الخراج وأخواته ومصالح المسلمين (قوله لو الأرض وقفا) مبنى على مامشى عليه المتن .

فى الأرض المحتكرة هل يجوز بيعه ووقفه وهل يجوز وقف العين المرهونة أو المستأجرة ؟ فأجاب نعم. وفى البزازية : لايجوز وقف البناء فى أرض عارية أو إجارة وأما الزيادة فى الأرض المحتكرة ففى المنية حانوت لرجل فى أرض وقف فأبى صاحبه أن يستأجر الأرض بأجر المثل أن العمارة لو رفعت تستأجر بأكثر مما استأجره ،

مطلب فى زيادة أجرة الأرض المحتكرة

(قوله فى الأرض المحتكرة) أصل الحكر المنع بحر عن الحطط وفى الخيرية الاستحكار عقد إجارة يقصد به استبقاء الأرض مقررة للبناء والغرس أو لأحدهما (قوله فأجاب نعم) أى يجوز بيعه ووقفه أما البيع ، فقدمنا الكلام عليه محررا فى أول كتاب الشركة وأما وقف المأجور ففى البحر يصح ولا تبطل الإجارة ، فإذا انقضت أو مات أحدهما صرف إلى جهات الوقف اه وأما وقف المرهون فسيأتى بيانه قبيل الفصل وأما وقف الشجر فهو كوقف البناء وفى البزازية غرس شجرة ووقفها إن غرسها على أرض مملوكة(١) يجوز وقفها تبعا للأرض ، وإن بدون أصلها لايجوز وإن كانت فى أرض موقوفة إن وقفها على تلك الجهة جاز كما فى البناء وإن وقفها على جهة أخرى فعلى الخلاف المذكور فى وقف البناء اه (قوله أو إجارة) يستثنى منه ما ذكره الخصاف ، من أن الأرض إذا كانت متقررة للاحتكار ، فإنه يجوز بحر قال فى الإسعاف : وذكر فى أوقاف الخصاف أن وقف حوانيت الأسواق ، يجوز إن كانت الأرض بإجارة فى أيدى الذين بنوها لايخرجهم السلطان عنها من قبل أنا رأيناها فى أيدى أصحاب البناء توارثوها وتقسم بينهم لايتعرض لهم السلطان فيها ، ولا يزعجهم وإنما له غلة يأخذها منهم وتداولها خلف عن سلف ومضى عليها الدهور وهى فى أيديهم يتبايعونها ويؤجرونها وتجوز فيها وصاياهم ويهدمون بناءها ، ويعيدونه ويبنون غيره فكذلك الوقف فيها جائز اه وأقره فى الفتح وذكر أيضا أنه مخصص لإطلاق قوله أو إجارة وقد علمت وجهه وهو بقاء التأبيد وهو مؤيد لما قلنا من تخصيص الوقف لما إذا كانت الأرض محتكرة .

مطلب فى وقف الكردار والكدك

[تتمة] فى البزازية وقف الكردار بدون الأرض لايجوز كوقف البناء بلا أرض اه . وفى مزارعة الخيرية الكردار هو أن يحدث المزارع فى الأرض بناء أو غراسا أو كبسا بالتراب صرح به غالب أهل الفتاوى اه :

قلت : فعلى هذا ينبغى التفصيل فى الكردار فإن كان كبسا بالتراب ، فلا يصح وقفه وإن كان بناء أو غرسا ففيه مامر فى وقف البناء والشجر ، ومن الكردار مايسمى الآن كدكا فى حوانيت الوقف ونحوها من وقوف مركبة فى الحانوت وإغلاق على وجه القرار ، ومنه مايسمى قيمة فى البساتين وفى الحمامات ، وقد أوضحناه فى تنقيح الحامدية والظاهر أنه لايصح وقفه لعدم العرف الشائع بخلاف وقف البناء والشجر فإنه مما شاع وذاع فى عامة البقاع (قوله وأما الزيادة فى الأرض المحتكرة الخ) محل ذكر هذه المسائل فى أول الفصل الآتى عند ذكر إجارة الوقف :

والحاصل : أن مستأجر أرض الوقف إذا بنى فيها ثم زادت أجرة المثل زيادة فاحشة فإما أن تكون الزيادة بسبب العمارة والبناء أو بسبب زيادة أجرة الأرض فى نفسها ففى الأول لاتلزمه الزيادة لأنها أجرة عمارته وبنائه ، وهذا لو كانت العمارة ملكه أما لو كانت للوقف كما لو بنى بأمر الناظر ليرجع على الوقف تلزمه الزيادة ولهذا قيد

---

(١) (قوله إن غرسها على أرض مملوكة الخ) فى البحر من الظهيرية ما نصه وإذا غرس شجرة ووقفها إن غرسها فى أرض غير موقوفة لا يخلو إن وقفها بموضعها من الأرض صح تبعا للأرض بحكم الاتصال إلى آخر العبارة وبهذا تعلم ما فى عبارة المحشى اه .

أمر برفع العمارة ، وتؤجر لغيره وإلا تترك فى يده بذلك الأجر ، ومثله فى البحر وفيه لو زيد عليه أن إجارته مشاهرة تفسخ عند رأس الشهر ، ثم إن ضر رفع البناء لم يرفع وإن لم يضر رفع أو يتملكه القيم برضا المستأجر فإن لم يرض تبقى إلى أن يخلص ملكه محيط ،

بالمحتكرة ، وفى الثانى تلزمه الزيادة أيضا كما يأتى بيانه فى الفصل (قوله أمر برفع العمارة) ينبغى تقييده بما إذا لم يضرر رفعه بالأرض أخذا مما بعده (قوله وتؤجر لغيره) لأن النقصان عن أجر المثل لايجوز من غير ضرورة بحر .

مطلب فى استيفاء العمارة بعد فراغ مدة الإجارة بأجر المثل

(قوله وإلا تترك فى يده بذلك الأجر) لأن فيها ضرورة بحر عن المحيط وظاهر التعليل تركها بيده ولو بعد فراغ مدة الإجارة ، لأنه لو أمر برفعها لتؤجر من غيره يلزم ضرره ، وحيث كان يدفع أجرة مثلها لم يوجد ضرر على الوقف ، فتترك فى يده لعدم الضرر على الجانبين وحينئذ فلو مات المستأجر كان لورثته الاستبقاء أيضا إلا إذا كان فيه ضرر على الوقف بوجه ما ، بأن كان هو أو وارثه مفلسا أوسيء المعاملة أومتغلبا يخشى على الوقف منه أوغير ذلك من أنواع الضرر كما فى حاشية الخير الرملى من الإجارات : وأفتى به فى فتاواه الخيرية ، لكنه مخالف لإطلاق المتون والشروح من أنه بعد فراغ المدة يؤمر بالرفع والتسليم ، وبه أفتى فى الخيرية أيضا قبيل باب ضمان الأجير فى خصوص الأرض المحتكرة .

قلت : لكن ينبغى تخصيص إطلاق المتون والشروح ، وإخراج الأرض المعدة للاحتكار من هذا الإطلاق ليتوافق كلامهم ، ويؤيد ذلك مامر عن الخصاف من صحة وقف البناء فى الأرض المحتكرة وقدمنا وجهه وهو أن البناء عليها يكون على وجه الدوام . فيبقى التأبيد المشروط لصحة الوقف ، ومثل ذلك غالب القرى التى هى وقف أو لبيت المال ، فإن أهلها إذا علموا أن بناءهم وغراسهم يقلع كل سنة وتؤخذ القرية من أيديهم ، وتدفع لغيرهم لزم خرابها ، وعدم من يقوم بعمارتها : ومثل ذلك أصحاب الكردار فى البساتين ونحوها وكذا أصحاب الكدك فى الحوانيت ونحوها فإن إبقاءها فى أيديهم سبب لعمارتها ودوام استغلالها ففى ذلك نفع للأوقاف ، وبيت المال ولكن كل ذلك بعد كونهم يؤدون أجرة مثلها بلا نقصان فاحش ، وهذا خلاف الواقع فى زماننا ولاحول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم وهذا خلاصة ماحررته فى رسالتى المسماة تحرير العبارة فيمن هو أحق بالإجارة فعليك بها فإنها بديعة فى بابها مغنية لطلابها والله تعالى الحمد (قوله وفيه) أى فى البحر وعزاه إلى المحيط وغيره (قوله لو زيد عليه) أى من غير أن يزيد أجر المثل فى نفسه فتاوى الخيرية . ويدل له قوله الآتى والظاهر أنه لاتقبل الزيادة الخ فظهر أن المراد زيادة متعنت فافهم (قوله تفسخ عند رأس الشهر) أى قبل دخوله لأنه إذا استأجر مشاهرة كل شهر بكذا تصح فى الشهر الأول فقط وكلما دخل شهر صحت فيه (قوله أو يتملكه القيم) هذا فيما إذا ضر رفع البناء فكان عليه أن يقول ، فإن لم يضر رفع وإن ضر لابل يتملكه القيم الخ وعبارة البحر ينظر إن كانت أجرته مشاهرة إذا جاء رأس الشهر كان للقيم فسخ الإجارة ، ثم ينظر إن كان رفع البناء لايضر بالوقف فله رفعه لأنه ملكه ، وإن كان تضر به فليس له رفعه ، لأنه وإن كان ملكه فليس له أن يضر بالوقف ، ثم إن رضى المستأجر

بقى لو إجارته مسانهة أو مدة طويلة، والظاهر أنه لاتقبل الزيادة دفعا للضرر عليه ولا ضرر على الوقف، لأن الزيادة إنما كانت بسبب البناء لا الزيادة فى نفس الأرض انتهى .

وأما وقف الإقطاعات ففى النهر: لايجوز إلا إذا كانت الأرض مواتا أو ملكا للإمام فأقطعها رجلا قال: وأغلب

أن يتملكه القيم للوقف بالقيمة مبنيا أو منزوعا أيهما كان أخف يتملكه القيم وإن لم يرض لايتملك لأن التملك بغير رضاه لايجوز، فيبقى إلى أن يخلص ملكه اهـ(١) .

قلت : سيأتى فى كتاب الإجارات إنه إن ضر يتملكه القيم لجهة الوقف جبرا على المستأجر كما فى عامة الشروح فيعول عليها لأنها لنقل المذهب بخلاف نقول الفتاوى اهـ وذكر مثله فى المنح هناك وحاصله أنهم فى الفتاوى كالمحيط والخانية والعمادية جعلوا الخيار للمستأجر ولو كان القلع يضر وأصحاب الشروح جعلوا الخيار للناظر إن ضر وإلا فللمستأجر ولايخفى أن كلا مما فى الفتاوى والشروح مخالف لما مر من قوله، وإلا نترك فى يده كما نبهنا عليه آنفا وعلمت التوفيق على التحقيق (قوله والظاهر أنه لاتقبل الزيادة الخ) حاصله أنها مثل المشاهرة فإنه فى المشاهرة لاتقبل الزيادة أيضا بل يصبر إلى انتهاء الشهر :

والحاصل : أنه لاتقبل الزيادة فى كل الصور حيث لم تزد أجرة مثله فى ذاتها للزوم العقد، وعدم موجب الفسخ(٢) فلو قال والظاهر أنها كذلك لكان أخصر وأولى أفاده الخير الرملى فى حاشية البحر .

مطلب مهم فى وقف الإقطاعات

(قوله وأما وقف الإقطاعات الخ) هى مايقطعه الإمام أى يعطيه من الأراضى رقبة، أومنفعة لمن له حق فى بيت المال :

وحاصل ماذكره صاحب البحر فى رسالته التحفة المرضية فى الأراضى المصرية : أن الواقف لأرض من الأراضى لايخلو إما أن يكون مالكا لها من الأصل، بأن كان من أهلها حين يمن الإمام على أهلها، أوتلقى الملك من مالكها بوجه من الوجوه أو غيرهما، فإن كان الأول فلا خفاء فى صحة وقفه لوجود ملكه وإن كان الواقف غيرهما فلا يخلو إما إن وصلت إلى يده بإقطاع السلطان إياهاله، أو بشراء من بيت المال من غير أن تكون ملكه، فإن كان الأول فان كانت مواتا أوملكا للسلطان صح وقفها، وإن كانت من حق بيت المال لايصح قال الشيخ قاسم : إن من أقطعه السلطان أرضا من بيت المال ملك المنفعة بمقابلة ماأعد له فله إجارتها وتبطل بموته أوإخراجه من الإقطاع لأن للسلطان أن يخرجها منه اهـ وإن وصلت الأرض إلى الواقف بالشراء من بيت المال بوجه مسوغ، فإن وقفه صحيح لأنه ملكها، ويراعى فيها شروطه سواء كان سلطانا أو أميرا أوغيرهما، وماذكره السيوطى من أنه لايراعى فيها الشرائط إن كان سلطانا أو أميرا فمحمول على ماإذا وصلت إلى الواقف بإقطاع السلطان من بيت المال، أوبناء على أصل فى مذهبه، وإن كان الواقف لها السلطان من بيت المال من غير شراء فأفتى العلامة قاسم بأن الوقت صحيح أجاب به حين سئل عن وقف السلطان جقمق فإنه أرصد أرضا من بيت المال على مصالح مسجد وأفتى بأن سلطانا آخر لايملك إبطاله اهـ حاصل مافى الرسالة .

---

(١) (قوله فيبقى إلى أن يخلص الخ) أى يبقى البناء فى الأرض إلى أن يخلص ملك الباقى ويؤجرها القيم ببنائها لكن بإذنه ثم يقسم الأجر على مثل قيمة أجر الأرض ومثل أجر البناء ونقل شيخنا عن الرملى أن الظاهر أن القيم لا يعطى الباقى شيئا بل يكون كل الأجر جهة الوقف اهـ .

(٢) (قوله وعدم موجب الفسخ) أى الآن وإلا فهى تفسخ فى آخر المدة اهـ .

أوقاف الأمراء بمصر إنما هو إقطاعات يجعلونها مشتراة صورة من وكيل بيت المال وفي الوهبانية ولو وقف السلطان من بيت مالنا لمصلحة عمت يجوز ويؤجر .

قلت : وفي شرحها للشرنبلالي وكذا يصح إذنه بذلك إن فتحت عنوة لاصلحا لبقاء ملك مالكها قبل الفتح (أطلق) القاضي (بيع الوقف

قلت : وماأفتى به العلامة قاسم مشكل لما تقدم من أنها إن كانت من حق بيت المال لايصح ، وكذا ماسيذكره الشارح في فروع الفصل الآتي عن المبسوط ، من أن للسلطان مخالفة شرط الواقف إذا كان غالب جهات الوقف قرى ومزارع ، لأن أصلها لبيت المال أي فلم تكن وقفا حقيقة بل هي أرصاد أخرجها الإمام من بيت المال ، وعينها لمن يستحق منه من العلماء ونحوهم ، كما أوضحناه في باب العشر والخراج والجزية ، وقدمنا هناك أنه إذا لم يعلم شراؤه لها ولاعدمه ، فالظاهر أنه لايحكم بصحة وقفها لأن شرطه الملك ، ولم يعلم ولا يلزم علمه من وقفه لها لأن الأصل بقاؤها لبيت المال كما يفيده المذكور عن المبسوط .

مطلب في أوقاف الملوك والأمراء

ولهذا أفتى المولى أبو السعود بأن أوقاف الملوك والأمراء لايراعى شرطها لأنها من بيت المال أوتؤول إليه اه وأما ذكره في النهر هناك من قوله : وإذا لم يعرف الحال في الشراء من بيت المال ، فالأصل هو الصحة فالظاهر أن معناها إذا علم الشراء ، ولكن لم يعلم حاله هل هو صحيح أم لا لعدم وجود شرطه ، لأنه لايصح الشراء من بيت المال إلا إذا كان بالمسلمين حاجة كما مر هناك ، فيحمل على الأصل وهو الصحة فافهم ، ولعل مراد العلامة قاسم بقوله إن الوقف صحيح أي لازم لاينقض على وجه الأرصاد المقصود منه وصول المستحقين إلى حقوقهم ولم يرد حقيقة الوقف وقدمنا تمام ذلك هناك فراجعه (قوله يجعلونها مشتراة صورة) أي بدون شرائطه المسوغة لعدم احتياج بيت المال إلى بيعها في هـذه الدولة العثمانية أعز الله بها الإسلام والمسلمين ، ومقتضاه أنه لايكون وقفا حقيقة بل هو إرصاد كما علمته مما حررناه آنفا فلم يكن مما جهل حال شرائه حتى يحمل على الصحة فافهم (قوله لمصلحة عمت) كالوقف على المسجد بخلافه على معين وأولاده فإنه لايصح وإن جعل آخره للفقراء كما أوضحه العلامة عبد البر بن الشحنة ط (قوله ويؤجر) لأن بيت المال معد لمصالح المسلمين فإذا أبده على مصرفه الشرعي يثاب لاسيما إذا كان يخاف عليه أمراء الجور الذين يصرفونه في غير مصرفه الشرعي ، فيكون قد منع من يجيء منهم ويتصرف ذلك التصرف ذكره العلامة عبد البر ط ومفاده أنه إرصاد لاوقف حقيقة كما قدمناه (قوله قلت الخ) أصله مافي الخانية لو أن سلطانا أذن لقوم أن يجعلوا أرضا من أرضي بلدة حوانيت موقوفة على المسجد أو أمرهم أن يزيدوا في مسجدهم قالوا إن كانت البلدة فتحت عنوة ينفذ لأنها تصير ملكا للغانمين فيجوز أمر السلطان فيها ، وإذا فتحت صلحا تبقى على ملك ملاكها فلا ينفذ أمره فيها اه :

قلت : ومفاد التعليل أن المراد بالمفتوحة عنوة التي لم تقسم بين الغانمين إذ لوقسمت صارت ملكا لهم حقيقة فتأمل .

مطلب في إطلاق القاضي بيع الوقف للواقف أو لوارثه

(قوله أطلق القاضي) أي أجاز ط عن الواني (قوله بيع الوقف) أي كله أو بعضه كما أفتى به المولى أبو السعود فقال : إن لم يكن مسجلا وباعه برأي الحاكم يبطل وقفية ماباعه والباقي على ماكان كما نقله عنه المصنف في المنح

غير المسجل لوارث الواقف فباع صح) وكان حكما ببطلان الوقف لعدم تسجيله حتى لو باعه الواقف أو بعضه أو رجع عنه ووقفه لجهة أخرى ، وحكم بالثانى قبل الحكم بلزوم الأول صح الثانى لوقوعه فى محل الاجتهاد كما حققه المصنف

(قوله غير المسجل) معنى قولهم مسجلا أى محكوما بلزومه بأن صار اللزوم حادثة وقع التنازع فيها فحكم القاضى باللزوم بوجهه الشرعى رملى ، وسمى مسجلا لأن المحكوم به يكتب فى سجل القاضى (قوله وكان حكما ببطلان الوقف) الضمير فى كان عائد إلى إطلاق القاضى وعبارة البزازية كان حكما بصحة بيع الوقف اه والظاهر أن الحكم (١) ببطلان الوقف يكون بعد بيعه تأمل (قوله كما حققه المصنف) حيث ذكر أن هذا ليس مبنيا على قول الإمام فقط بعدم لزوم الوقف قبل التسجيل ، بل هو صحيح على قولهما أيضا لوقوعه فى فصل مجتهد فيه كما صرح به فى البزازية ، ويؤيده قول قارئ الهداية إذا رجع الواقف عما وقفه قبل الحكم بلزومه صح عنده لكن الفتوى على خلافه وأنه يلزم بلا حكم ومع ذلك إذا قضى بصحة الرجوع قاض حنفى صح ونفذ فإذا وقفه ثانيا على جهة أخرى وحكم به حاكم صح ولزم وصار المعتبر الثانى لتأيده بالحكم اه . وبه يندفع ماذكره العلامة قاسم ومن تبعه من عدم النفاذ معللا بأنه قضاء بالمرجوح اه وليس كذلك لما فى السراجية من تصحيح أن المفتى يفتى بقول الإمام على الإطلاق ، ثم بقول أبى يوسف ، ثم بقول محمد ثم بقول زفر ، والحسن بن زياد ، ولا يتخير إذا لم يكن مجتهدا وقول الإمام مصحح أيضا فقد جزم به بعض أصحاب المتون : ولم يعولوا على غيره ورجحه ابن كمال فى بعض مؤلفاته ، وإذا كان فى المسألة قولان مصححان يجوز القضاء والإفتاء بأحدهما هذا حاصل ماذكره المصنف وفيه نظر . فإن كتب المذهب مطبقة على ترجيح قولهما بلزومه بلاحكم وبأنه المفتى به وفى الفتح: أنه الحق كمامر فعلى المفتى والقاضى العمل به وأما قوله جزم به بعض أصحاب المتون الخ ففيه أنهم ذكروا أولا قول الإمام ، لكون المتون موضوعة لنقل مذهبه ثم ذكروا قولهما وفرعوا عليه. وأما قول السراجية إن المفتى يفتى بقول الإمام على الإطلاق، ولايتخير فذاك فى غير ماصرح أهل المذهب بترجيح خلافه ، ولذا قال إذا لم يكن مجتهدا ، ولاشك أن أهل الاجتهاد فى المذهب رجحوا قولهما ، فعلينا اتباع ترجيحهم وإلا كان عبثا كما رجحوا قولهما فى المزارعة والحجر فثبت أن قوله مرجوح والقضاء بالمرجوح غير صحيح . وأما ما أفتى به قارئ الهداية فقد أفتى نفسه بخلافه وقال لكن الفتوى على قولهما أنه لايشترط للزومه شئ مما شرطه أبو حنيفة ، فعلى هذا الوقف هو الأول ومافعله ثانيا لااعتبار به إلا إن شرطه فى وقفه اه وعن هذا قال فى البحر : ولو قضى الحنفى بصحة بيعه فحكمه باطل لأنه لايصح إلا بالصحيح المفتى به ، فهو معزول بالنسبة إلى القول الضعيف ولذا قال فى القنية فالبيع باطل ولوقضى القاضى بصحته وقد أفتى به العلامة قاسم وأماماأفتى به قارئ الهداية من صحة الحكم ببيعه قبل الحكم بوقفه فمحمول على أن القاضى مجتهد أو سهو منه اه فافهم .

[تنبيه] صريح كلام القنية المذكور أن البيع باطل لافاسد قال المقدسى فى شرحه : وقد وقع فيه اختلاف وأفتى بعض مشايخ العصر بفساده ورتب عليه ملك المشترى إياه والصحيح أنه باطل ؛ وقد بينا ذلك فى رسالة لما وقع الاختلاف فى البلاد الرومية وأفتى مفتيها بسريان الفساد إذا بيع ملك ووقف صفقة واحدة ، وخالفه شيخنا السيد الشريف محيى الدين الشهير بمعلول أمير وألف جماعة من المصريين رسائل فى ذلك حتى الشافعية كالشيخ

---

(١) (قوله والظاهر أن الحكم الخ) فيه أنه يقتضى اشتراط تقدم الدعوى والمنازعة والأمر ليس كذلك بل مجرد الإذن كاف فى صحة البيع وإبطال الواقف اه .

وأفتى به تبعا لشيخه وقارئ الهداية والمنلا أبي السعود :
قلت : لكن حمله في النهر على القاضي المجتهد فراجعه (ولو) أطلق القاضي البيع (لغيره) أي غير الوارث (لا) يصح بيعه لأنه إذا بطل عاد إلى ملك الوارث ، وبيع ملك الغير لايجوز درر يعني بغير طريق شرعي لما في العمادية باع القيم الوقف بأمر القاضي ورأيه جاز :
قلت : وأما المسجل لو انقطع ثبوته وأراد أولاد الواقف إبطاله فقال المفتي أبو السعود في معروضاته قد منع القضاة من استماع هذه الدعوى انتهى فليحفظ (الوقف في مرض موته كهبة فيه) من الثلث مع القبض (فإن خرج)

ناصر الدين الطبلاوي ، لما وقع بين قاضي القضاة نور الدين الطرابلسي وقاضي القضاة محيي الدين ابن إلياس اه (قوله وأفتى به) أي المصنف في فتاواه (قوله تبعا لشيخه) أي صاحب البحر في فتاواه ، وقد علمت أنه في بحره ما ارتضاه (قوله لكن حمله في النهر) أي تبعا للبحر كما علمت ومثل القاضي المجتهد من قلد مجتهدا يراه أفاده ح :

مطلب بيع الوقف باطل لا فاسد

(قوله لايصح بيعه) يفيد أن إطلاق القاضي بيع الوقف لغير الوارث حكم ببطلان الوقف ، ويعود إلى ملك الوارث غايته أن بيع غير الوارث باطل ، لأنه باع ملك الغير لكن ينبغي أن يكون البيع صحيحا موقوفا على إجازة الوارث كما لايخفى اهـ ح لكن ليس في كلام الشارح ما يوجب البطلان ، لأن قوله لايصح ، وقوله : لايجوز لايقتضيه وليس في كلامه أيضا ما يقتضي بطلان الوقف بمجرد إطلاق القاضي بيعه لغير الوارث ، وقوله : لأنه إذا بطل يعني بعد البيع (قوله لما في العمادية باع القيم الخ) ينبغي أن يكون هذا في صورة الاستبدال اهـ ح وعليه فالمراد بالمسوغ الشرعي وجود شرائط الاستبدال وقيد بأمر القاضي لأن الاستبدال إذا لم يشرطه الواقف لايجوز لغير القاضي كما مر :

مطلب في الوقف إذا انقطع ثبوته

(قوله وأما المسجل الخ) ظاهره أنه مقابل قول المتن غير المسجل ، فيكون المراد به المحكوم بلزومه وهذا لاشبهة في عدم صحة بيعه مالم يصل إلى حال يجوز استبداله ، وأما لو انقطع ثبوته ففي الخصاف : أن الأوقاف التي تقادم أمرها ومات شهودها فما كان لها رسوم في دواوين القضاة ، وهي في أيديهم أجريت على رسومها الموجودة في دواوينهم استحسانا إذا تنازع أهلها فيها ومالم يكن لها رسوم في دواوين القضاة القياس فيها عند التنازع أن من أثبت حقا حكم له به اهـ وسيأتي تمامه في الفروع .

مطلب الوقف في مرض الموت

(قوله الوقف في مرض موته كهبة فيه) أي في مرض الموت أقول : إلا أنه إذا وقف على بعض الورثة ولم يجزه باقيهم لايبطل أصله ، وإنما يبطل ماجعل من الغلة لبعض الورثة دون بعض : فيصرف على قدر مواريثهم عن الواقف مادام الموقوف عليه حيا ، ثم يصرف بعد موته إلى من شرطه الواقف ، لأنه وصية ترجع إلى الفقراء وليس كوصية لوارث ليبطل أصله بالرد نص عليه هلال رحمه الله تعالى فتنبه لهذه الدقيقة شرنبلالية وقدمنا تمام الكلام عليه عند قول المصنف أو بالموت (قوله من الثلث مع القبض) خبر ثان عن قوله الوقف ، أو متعلق بمحذوف وعبارة الدرر فيعتبر من الثلث ويشترط فيه مايشترط فيها من القبض والإفراز ، وأصله في الخانية حيث

الوقف (من الثلث أو أجازه الوارث نفذ فى الكل وإلا بطل فى الزائد على الثلث) ولو أجاز البعض جاز بقدره وبطل وقف راهن معسر ومريض مديون بمحيط بخلاف صحيح او قبل الحجر

قال فيها قال الشيخ الإمام ابن الفضل : الوقف على ثلاثة أوجه إما فى الصحة أوفى المرض ، أوبعد الموت فالقبض والإفراز شرط فى الأول كالهبة ، دون الثالث ، لأنه وصية وأما الثانى ، فكالأول وإن كان يعتبر من الثلث كالهبة فى المرض . وذكر الطحاوى أنه كالمضاف إلى مابعد الموت وذكر السرخسى أن الصحيح : أنه كوقف الصحة حتى لايمنع الإرث عند أبى حنيفة ، ولايلزم إلا أن يقول فى حياتى وبعد مماتى اه ملخصا وبه علم أن المراد بالقبض قبض المتولى وهو مبنى على قول محمد باشتراط التسليم والإفراز كمامر بيانه ، وإن الخلاف فى كون وقف المرض كوقف الصحة أو كالمضاف إلى مابعد الموت ثمرته فى كونه لايلزم على قول الإمام ، فإذا مات يورث عنه كوقف الصحة أو يلزم فلا يورث كالمضاف ، وحيث مشى الشارح على ترجيح قول أبى يوسف بعدم اشتراط القبض كان الأولى له حذف قوله مع القبض ولئلا يوهم أن المراد قبض الموقوف عليه (قوله أو أجازه الوارث) أى وإن لم يخرج من الثلث (قوله وإلا بطل) إلا أن يظهر له مال آخر إسعاف وخانية (قوله ولو أجاز البعض) أى بعض الورثة جاز بقدره أى نفذ مما زاد على الثلث ماأجازه وبطل باقى مازاد . وصورته : لوكان ماله تسعة ووقف فى مرضه ستة ومات عن ثلاثة أولاد فأجاز أحدهم نفذ فى واحد فيصح الوقف من أربعة ، وسيأتى فى كتاب الوصايا لو أجاز البعض ورد البعض جاز على المجيز بقدر حصته وسيأتى بيانه إن شاء الله تعالى (قوله وبطل وقف راهن معسر) فيه مسامحة والمراد أنه سيبطل ففى الإسعاف وغيره : لووقف المرهون بعد تسليمه صح ،وأجبره القاضى على دفع ماعليه إن كان موسرا وإن كان معسرا أبطل الوقف وباعه فيما عليه اه وكذا لو مات فإن عن وفاء عاد إلى الجهة وإلا بيع وبطل الوقف كما فى الفتح (قوله ومريض مديون بمحيط) أى بدين محيط بماله فإنه يباع وينقض الوقف بحر . ويأتى محترز المحيط وفى طعن الفواكه البدرية الدين المحيط بالتركة مانع من نفوذ الإعتاق والإيقاف والوصية بالمال والمحاباة فى عقود العوض فى مرض الموت إلا بإجازة الدائنين وكذا يمنع من انتقال الملك إلى الورثة فيمنع تصرفهم إلا بالإجازة اه (قوله بخلاف صحيح) أى وقف مديون صحيح فإنه يصح ولو قصد به المماطلة ، لأنه صادف ملكه كما فى أنفع الوسائل عن الذخيرة قال فى الفتح: وهو لازم لاينقضه أرباب الديون إذا كان قبل الحجر بالإتفاق لأنه لم يتعلق حقهم فى حال صحته اه وبه أفتى فى الخيرية من البيوع وذكر أنه أفتى به ابن نجيم وسيأتى فيه كلام عن المعروضات (قوله لوقبل الحجر) أما بعده فلا يصح وقدمنا أول الباب عند قوله وشرطه شرط سائر التبرعات عن الفتح أنه لو وقفه على نفسه ، ثم على جهة لاتنقطع ينبغى أن يصح على قول أبى يوسف المصحح وعند الكل إذا حكم به حاكم اه وتقدم هناك الكلام عليه .

وحاصله : أن وقفه على نفسه ليس تبرعا (١) بقى أن عدم صحة وقف المحجور إنما يظهر على قولهما بصحة حجر السفيه أما على قوله فلا لأنه لايرى صحة حجره فيبقى تصرفه نافذا وعن هذا حكم بعض القضاة بصحة وقفه لأن القضاء بحجره لايرفع الخلاف لوقوع الخلاف فى نفس القضاء كما صرح به فى الهداية ، فيصح الحكم بصحة تصرفه عند الإمام ، فيصح وقفه لكن الحكم بلزومه مشكل لأن الإمام وإن قال بصحة تصرفه لكنه لايقول بلزوم الوقف والقائل بلزومه لايقول بصحة تصرف المحجور فيصير الحكم بلزوم وقفه مركبا من مذهبين هذا حاصل

(١) (قوله ليس تبرعا) أى وهو إنما يحجر عن التبرع قال شيخنا وفيه نظر فإنه وإن لم يكن متبرعا بالغلة لكنه تبرع بما هو أعظم منها وهو العين فحينئذ يكون وقفه باطلا على رأى مصحح الحجر اه .

فإن شرط وفاء دينه من غلته صح وإن لم يشترط يوفى من الفاضل عن كفايته بلا سرف ولو وقفه على غيره فغلته لمن جعله له خاصة فتاوى ابن نجيم .

قلت : قيد بمحيط لأن غير المحيط يجوز فى ثلث مابقى بعد الدين لوله ورثة وإلا فى كله ، فلو باعها القاضى ثم ظهر مال شرى به أرض بدلها وتمامه فى الإسعاف فى باب وقف المريض وفى الوهبانية :

وإن وقف المرهون فافتكه يجز فإن مات عن عين تفى لا يغير

أى وإلا فيبطل أو للعلة يمهل فليتأمل :

قلت : لكن فى معروضات المفتى أبى السعود سئل عمن وقف على أولاده وهرب من الديون هل يصح :

ماذكره فى أنفع الوسائل وأجاب عنه بأنه فى منية المفتى جوز الحكم الملفق ، وقدمنا مافيه عند الكلام على وقف المشاع (١) (قوله فإن شرط وفاء دينه) أى وقفه على نفسه وشرط وفاء دينه منه كما فى فتاوى ابن نجيم وحذفه الشارح استغناء بالمقابل وهو قوله ولو وقفه على غيره اهـ ح (قوله يوفى من الفاضل عن كفايته) أى إذا فضل من غلة الوقف شىء عن قوته فللغرماء أن يأخذوا منه لأن الغلة بقيت على ملكه ذخيرة (قوله لوله ورثة) أى ولم يجيزوا فقوله وإلا أى وإن لم يكن له ورثة أوكان وأجازوا اهـ ح (قوله فلو باعها القاضى) أى فى صورة المحيط اهـ ح (قوله أى وإلا فيبطل) بالبناء للمجهول وهذا تصريح بالمفهوم : أى وإن لم يمت عن مال يفى بما عليه من الدين ، فإن الوقف يغير أى يبطله القاضى ، ويبيعه للدين قال الشرنبلالى فى شرح الوهبانية : وهذا يخالف عتق العبد الرهن لايباع ؛ ويسعى فى الدين إن لم يزد على قيمته ، ولا يبطل العتق . وبحث فاضل فقال : ينبغى أن لايبطل الوقف ويؤخذ من غلته لوفاء الدين كسعاية العبد إذا لم يقدر بزمن : والجامع بينهما التحرير فإن الوقف تحرير عن البيع وتعلق حق الغير يقضى من ريعه كسعاية العبد بل إنه أمكن إذ قد يموت العبد قبل أداء السعاية والعقار باق رعاية للمصلحة فليتأمل اهـ مافى شرح الوهبانية :

قلت : وفيه نظرلظهور الفرق بين الوقف والعبد، فإن العتق عقد لازم واستهلاك للرهن من كل وجه بخلاف الوقف ، فإنه حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة عند الإمام ، ولهذا يدوم الثواب بدوامه لبقائه على ملكه ، وقد وقع الخلاف فى عوده إلى ملك الواقف بعد خرابه . وفى جواز بيعه إذا أطلقه القاضى للواقف أو وارثه كما مر بخلاف العبد بعد العتق فإنه لاخلاف فى عدم عوده إلى الملك ، فلذاكان الوقف موقوفا على الفكاك فإذا افتكه نفذ . وإن لم يفتكه حتى مات وترك مالا فإنه يفتك منه ، وإن لم يترك مالا يبطل لتعذر الفكاك من العين بدوله والمنفعة كالكسب خارجة عن الرهن ، فإن الذى كان للمرتهن فيه حق الحبس إنما هو العين ، وأما العبد فلا يمكن رده بعد العتق إلى الملك بوجه فلذا يستسعى ولأن العتق من أول الأمر صدر منجزا غير موقوف بخلاف الوقف هذا ماظهر لى (قوله أو للغلة يمهل) حكاية قول آخر فليست أوفيه للتخيير ، لكن علمت أن هذا القول بحث غير منقول ، وأنه قياس مع الفارق فهو غير مقبول (قوله قلت لكن الخ) استدراك على قوله صحيح اهـ ح والأقرب أنه استدراك على مافى الوهبانية فإنه فى معناه أيضا .

---

(١) (قوله على وقف المشاع) حاصل ما تقدم إن التلفيق الممنوع إنما هو التلفيق بين مذهبين أجنبيين فحينئذ لا يكون هذا الحكم باطلا خصوصا وقد قيل أن كل قول للصاحبين مروى عن الإمام اهـ وعلى هذا ما فى المنية .

فأجاب : لايصح ولا يلزم والقضاة ممنوعون من الحكم وتسجيل الوقف بمقدار ماشغل بالدين انتهى فليحفظ (الوقف) على ثلاثة أوجه (إما للفقراء أو للأغنياء ثم الفقراء أو يستوى فيه الفريقان كرباط وخان ومقابر وسقايات وقناطر ونحو ذلك) كمساجد وطواحين وطست لاحتياج الكل لذلك بخلاف الأدوية فلم يجز لغنى بلا تعميم أو تنصيص فيدخل الأغنياء تبعا للفقراء قنية : [فرع] أقر بوقف صحيح (١) وبأنه أخرجه من يده ووارثه يعلم خلافه جاز الوقف ولا تسمع دعوى وارثه قضاء درر وفى الوهبانية :

وتبطل أوقاف امرىء بارتداده . . . . .

مطلب فى وقف الراهن والمريض المديون

(قوله فأجاب لايصح ولايلزم الخ) هذا مخالف لصريح المنقول كما قدمناه عن الذخيرة والفتح إلا أن يخصص بالمريض المديون وعبارة الفتاوى الاسماعيلية لاينفذ القاضى هذا الوقف ويجبر الواقف على بيعه ووفاء دينه والقضاة ممنوعون عن تنفيذه كما أفاده المولى أبو السعود اه وهذا التعبير أظهر وحاصله أن القاضى إذا منعه السلطان عن الحكم به كان حكمه باطلا لأنه وكيل عنه ، وقد نهاه الموكل صيانة لأموال الناس ، ويكون جبره على بيعه من قبيل إطلاق القاضى بيع وقف لم يسجل وقد مر الكلام فيه وينبغى ترجيح بطلان الوقف بذلك للضرورة (قوله أو للأغنياء ثم الفقراء) أما للأغنياء فقط فلم يجز ، لأنه ليس بقربة كما مر أول الباب (قوله كمساجد الخ) وكذا مصاحف مساجد وكتب مدارس كما هو ظاهر مامر عند قوله ومنقول فيه تعامل (قوله لاحتياج الكل لذلك) أى للنزول فى الخان والشرب من السقاية الخ زاد فى الهداية أن الفارق بين الموقوف للغلة ، وبين هذا هو العرف فإن أهل العرف يريدون بذلك فى الغلة للفقراء وفى غيرها التسوية بينهم وبين الأغنياء (قوله بخلاف الأدوية) أى الموقوفة فى التيمارخانة فإن الحاجة إليها دون الحاجة إلى السقاية ، فإن العطشان لو ترك شرب الماء يأثم ، ولو ترك المريض التداوى لايأثم أفاده ح عن المنح (قوله فيدخل الأغنياء تبعا) هذا فى التعميم أما فى التنصيص فهم مقصودون اه ح (قوله وبأنه أخرجه من يده) أى سلمه إلى المتولى على قول محمد بأن ذلك شرط ، وقوله صحيح يغنى عنه ، لأن صحة الوقف باستيفاء شروطه (قوله ووارثه يعلم خلافه) أى أنه لم يقفه ولم يخرجه من يده درر (قوله قضاء) أما فى الديانة فتسمع دعواه يعنى يسوغ له السعى فى إبطاله ، وأخذه لنفسه حيث علم أن إقرار مورثه كاذب فى نفس الأمر وأنه باق على ملكه ، لأن الحكم بجوازه إنما هو بناء على ماأقر به لا على نفس الأمر .

مطلب فى وقف المرتد

(قوله وتبطل أوقاف امرىء بارتداده الخ) لا محل لذكره هنا ، ومحله أول الباب ، وقد ذكره هناك عن الفتح :

وحاصله مسألتان : إحداهما : لو وقف ، ثم ارتد والعياذ بالله تعالى بطل وقفه ، وإن عاد إلى الإسلام ، مالم يعد وقفه بعد عوده لحبوط عمله بالردة ونظر فيه ابن الشحنة فى شرحه بأن الحبوط فى إبطال الثواب ، لا فيما تعلق به حق الفقراء ، وأجاب الشرنبلالى فى شرحه بما فى الإسعاف ، من أنه لما جعل آخره للمساكين وذلك قربة فبطل اه .

---

(١) (قول الشارح أقر بوقف صحيح) برفع صحيح فاعل أقر لإخراج المريض فإن وقفه إنما ينفذ من الثلث اه .

فحال ارتداد منه لا وقف أجدر

فصل يراعى شرط الواقف فى إجارته

فلم يزد القيم بل القاضي لأن له ولاية النظر لفقير وغائب وميت (فلو أهمل الواقف مدتها قيل تطلق) الزيادة القيم (وقيل تقيد بسنة) مطلقا (وبها) أى بالسنة (يفتى فى الدار وبثلاث سنين فى الأرض)

قلت : وهذا الجواب غير ملاق للسؤال وإنما ذكره فى الإسعاف جوابا عن سؤال آخر ، وهو أنه إذا وقفه على قوم بأعيانهم لم يكن قربة فأجاب بما ذكر :

فالجواب الصحيح : أن الوقف على الفقراء قربة باقية إلى حال الردة والردة تبطل القربة التى قارنتها كما لو ارتد فى حال صلاته أو صومه ، بخلاف ما إذا ارتد بعد صلاته أو صيامه ، فإنه لايبطل نفس الفعل ، بل ثوابه فقط وأما حق الفقراء ، فإنما هو فى الصدقة فقط ، فإذا بطل التصدق الذى هو معنى الوقف بطل حقهم ضمنا وإن كان لايمكن إبطاله قصدا كما يبطل فى خراب الوقف وخروجه عن المنفعة هذا ماظهر لى فافهم :

الثانية : لو وقف فى حال ردته فهو موقوف عند الإمام ، فإن عاد إلى الإسلام صح وإلا بأن مات أو قتل على ردته أو حكم بلحاقه بطل ، ولا رواية فيه عن أبى يوسف ، وعند محمد يجوز منه مايجوز من القوم الذين انتقل إلى دينهم ويصح وقف المرتدة لأنها لا تقتل إلا أن يكون على حج أو عمرة ونحو ذلك فلايجوز كما فى شرح الوهبانية ملخصا (قوله فحال ارتداد) منصوب على الظرفية متعلق باسم لا وأجدر أى أحق خبرها ، والمعنى لايكون الوقف حال الردة أحق بالبطلان من الوقف قبلها بل ذاك أحق بالبطلان لعدم توقفه هذا ماظهر لى فافهم والله سبحانه أعلم.

فصل

هذا الفصل مشتمل على بيان أحكام إجارة الوقف وغصبه والشهادة عليه والدعوى به ، والمتولى عليه ومايتبع ذلك وزاد فيه الشارح فروعا مهمة وفوائد جمة (قوله يراعى شرط الواقف فى إجارته) أى وغيرها لما سيأتى فى الفروع من أن شرط الواقف كنص الشارح كما سيأتى بيانه إلا فى مسائل تقدمت (قوله فلم يزد القيم الخ) يعنى إذا شرط الواقف أن لايؤجر أكثر من سنة ، والناس لايرغبون فى استئجارها وكانت إجارتها أكثر من سنة أنفع للفقراء ، فليس للقيم أن يؤجرها أكثر من سنة بل يرفع الأمر للقاضى ، حتى يؤجرها ، لأن له ولاية النظر للفقراء والغائب والميت ، وإن لم يشترط الواقف فللقيم ذلك بلا إذن القاضى كما فى المنح عن الخانية ، ولو استثنى فقال لا تؤجر أكثر من سنة إلا إذا كان أنفع للفقراء فللقيم ذلك إذا رآه خيرا بلا إذن القاضى إسعاف (قوله لفقير) أى فيما إذا كان الوقف على الفقراء ، ومثله الوقف على المسجد ، وكذا الوقف على أولاد الواقف ، لأن منهم الفقير والغائب بل ومن لم يخلق عند الإجارة (قوله وغائب وميت) فإنه يحفظ اللقطة ومال المفقود ومال الميت إلى أن يظهر له وارث أو وصى (قوله وقيل تقيد بسنة) لأن المدة إذا طالت تؤدى إلى إبطال الوقف ، فإن من رآه يتصرف بها تصرف الملاك على طول الزمان يظنه مالكا إسعاف (قوله مطلقا) أى فى الدار والأرض ح (قوله وبثلاث سنين فى الأرض) أى إذا كان لايتمكن المستأجر من الزراعة فيها إلا فى الثلاث كما قيده المصنف تبعا للدرر حيث قال : يعنى أن الأرض إن كانت مما تزرع فى كل سنتين مرة ، أو فى كل ثلاث كان له أن يؤجرها مدة يتمكن فيها من الزراعة اهـ ، ومثله فى الإسعاف وكذا فى الخانية لكن ذكر فيها بعد ذلك قوله وعن الإمام أبى حفص البخارى أنه كان يجيز إجارة الضياع ثلاث سنين ، فإن آجر أكثر اختلفوا فيه وأكثر مشايخ بلخ لايجوز وقال غيرهم : يرفع الأمر إلى القاضى حتى يبطله وبه أخذ الفقيه أبو الليث اهـ وظاهره جواز الثلاث بلا تفصيل تأمل وأن مختار الفقيه جواز الأكثر ، ولكن للقاضى

إلا إذا كانت المصلحة بخلاف ذلك وهذا مما يختلف زمانا وموضعا وفى البزازية : لو احتيج لذلك يعقد عقودا فيكون العقد الأول لازما لأنه ناجز والثانى لا لأنه مضاف .

إبطالها أى إذا كان أنفع للوقف ، ثم رأيت الشرنبلالى اعترض على الدرر بأنه أخرج المتن عن ظاهره والفتوى على إطلاق المتن كما أطلقه شارح المجمع ، وهو قول الإمام أبى حفص الكبير اهـ .

واعلم أن المسألة فيها ثمانية أقوال ذكرها العلامة قنالى زاده فى رسالته أحدها : قول المتقدمين عدم تقدير الإجارة بمدة ورجحه فى أنفع الوسائل ، والمفتى به ماذكره المصنف خوفا من ضياع الوقت كما علمت (قوله إلا إذا كانت المصلحة بخلاف ذلك) هذا أحد الأقوال الثمانية ، وهو ماذكره الصدر الشهيد من أن المختار أنه لايجوز فى الدور أكثر من سنة إلا إذا كانت المصلحة فى الجواز ، وفى الضياع يجوز إلى ثلاث سنين إلا إذا كانت المصلحة فى عدم الجواز وهذا أمر يختلف باختلاف المواضع واختلاف الزمان اهـ وعزاه المصنف إلى أنفع الوسائل وأشار الشارح إلى أنه لايخالف مافى المتن ، لأن أصل عدول المتأخرين عن قول المتقدمين بعدم التوقيت إلى التوقيت إنما هو بسبب الخوف على الوقف فإذا كانت المصلحة الزيادة أو النقص اتبعت ، وهو توفيق حسن .

ومن فروع ذلك مافى الإسعاف : دار لرجل فيها ،وضع وقف بمقدار بيت واحد ، وليس فى يد المتولى شئ من غلة الوقف وأراد صاحب الدار استئجارها مدة طويلة قالوا إن كان لذلك الموضع مسلك إلى الطريق الأعظم لايجوز له أن يؤجره مدة طويلة لأن فيه إبطال الوقف وإن لم يكن له مسلك جاز اهـ وفى فتاوى قارئ الهداية إذا لم تحصل عمارة الوقف إلا بذلك يرفع الأمر للحاكم ليؤجره أكثر اهـ أى إذا احتيج إلى عمارته من أجرته يؤجره الحاكم مدة طويلة بقدر مايعمر به .

[تنبيه] محل ماذكر من التقييد ما إذا كان المؤجر غير الواقف لما فى القنية آجر الواقف عشر سنين ثم مات بعد خمس وانتقل إلى مصرف آخر انتقضت الإجارة (١) ويرجع بما بقى فى تركة الميت اهـ تأمل .

مطلب أرض اليتيم وأرض بيت المال فى حكم أرض الوقف

ثم إن أرض اليتيم فى حكم أرض الوقف كما ذكره فى الجوهرة ، وأفتى به صاحب البحر والمصنف كذا أرض بيت المال كما أفتى به فى الخيرية وقال من كتاب الدعوى إن أراضى بيت المال جرت على رقبتها أحكام الوقوف المؤبدة (قوله لو احتيج لذلك) أى الإيجار إلى مدة زائدة عن التقدير المذكور أى بأن لم تحصل عمارة الوقف إلا بذلك كما ذكرناه آنفا عن قارئ الهداية . (قوله يعقد عقودا) أى عقودا مترادفة كل عقد سنة بكذا خانية والظاهر أن هذا فى الدار أما فى الأرض فيصح كل عقد ثلاث سنين : وصورة ذلك أن يقول : آجرتك الدار الفلانية سنة تسع وأربعين بكذا وآجرتك إياها سنة خمسين بكذا وآجرتك إياها سنة إحدى وخمسين بكذا وهكذا إلى تمام المدة .

مطلب فى لزوم الأجرة المضافة تصحيحان

(قوله والثانى لا) أى لايكون لازما وأراد بالثانى ماعدا العقد الأول ، لأن جميع ماعداه مضاف لكن قال قاضيخان وذكر شمس الأئمة السرخسى : أن الإجارة المضافة تكون لازمة فى إحدى الروايتين وهو الصحيح ، وأيضا اعترض

---

(١) (قوله انتقضت الإجارة الخ) هذا خلاف المعتمد والأصح عدم انتقاضها فى الوقت بموت المؤجر ولو هو الواقف اهـ.

قلت : لكن قال أبو جعفر الفتوى على إبطال الإجارة الطويلة ولو بعقود ذكره الكرمانى فى الباب التاسع عشر وأقره قدرى أفندى وسيجىء فى الإجارة (ويؤجر) بأجر (المثل) ف (لا) يجوز (بالأقل)

قاضيخان قولهم إن احتاج القيم إلى تعجيل الأجرة يعقد عقودا مترادفة بأنهم أجمعوا على أن الأجرة لا تملك فى الإجارة المضافة باشتراط التعجيل : أى فيكون للمستأجر الرجوع بما عجله من الأجرة فلا يكون هذا العقد مفيدا لكن أجاب العلامة قنالى زادة بأن رواية عدم لزوم الإجارة المضافة مصححة أيضا وبأن قاضيخان نفسه أجاب فى كتاب الإجارات عن الثانى بقوله : لكن يجاب عنه بأن ملك الأجرة عند التعجيل فيه روايتان : فيؤخذ برواية الملك هنا للحاجة ، وهذا ينافى دعواه الإجماع هنا :

قلت : وقد ذكر الشارح فى أواخر كتاب الإجارة أن رواية عدم اللزوم تأيدت بأن عليها الفتوى ، أى فتكون أصح التصحيحين لأن لفظ الفتوى فى التصحيح أقوى ، لكن أنت خبير بأن رواية عدم اللزوم هنا لا تنفع لأنه يثبت للمستأجر الفسخ فيرجع بما عجله من الأجرة وإن قلنا إنها تملك بالتعجيل فينبغى (١) هنا ترجيح رواية اللزوم للحاجة نظير ما قاله قاضيخان فى رواية الملك .

مطلب فى الإجارة الطويلة بعقود

(قوله الفتوى على إبطال الإجارة الطويلة ولو بعقود) أى لتحقق المحذور المار فيها ، وهو أن طول المدة يؤدى إلى إبطال الوقف كما فى الذخيرة :

قلت : لكن الكلام هنا عند الحاجة فإذا اضطر إلى ذلك لحاجة عمارة الوقف بتعجيل أجرة سنين مستقبلة يزول المحذور الموهوم عند وجود الضرر المتحقق فالظاهر تخصيص بطلان هذه الإجارة بما عدا هذه الصورة وهو جعلها حيلة لتطويل المدة فتدبر : ثم رأيت ط نقل عن الهندية أن بعض الصكاكين أرادوا بهذه الإجارة إبقاء الوقف فى يد المستأجر أكثر من سنة فقال الفقيه أبو جعفر : إنا نبطلها صيانة للوقف وعليه الفتوى كذا فى المضمرات اهـ ملخصا وأنت خبير بأن هذا دليل على ما قلنا من أن إبطالها عند عدم الحاجة فلا يناسب ذكره هنا فافهم .

مطلب لا يصح إيجار الوقف بأقل من أجرة المثل إلا عن ضرورة

(قوله فلا يجوز بالأقل) أى لا يصح إذا كان بغبن فاحش كما يأتى قال فى جامع الفصولين إلا عن ضرورة وفى فتاوى الحانوتى شرط إجارة الوقف بدون أجرة المثل إذا نابته نائبة أو كان دين اهـ :

مطلب فى استئجار الدار لمرصد بدون أجرة المثل

قلت : ويؤخذ منه ومما عزاه للأشباه جواز إجارة الدار التى عليها مرصد بدون أجرة المثل ، ووجه ذلك : أن المرصد دين على الوقف ينفقه المستأجر لعمارة الدار لعدم مال حاصل فى الوقف فإذا زادت أجرة مثلها بهذه العمارة

---

(١) (قوله فينبغى الخ) فيه أنه لا حاجة حينئذ لتعداد العقود بل يكفى عقد فقد وجد المحظور فى كل من الروايتين قال شيخنا ويمكن أن نختار رواية عدم اللزوم ولا نسلم قول المحشى إنها لا تنفع لأنه إذا فسخ المستأجر بعد صرف الناظر ما أخذه منه يكون ماله دينا على الوقف يأخذه عند حصول غلة فهنا قد وجد الفسخ ومع ذلك قد حصلت المنفعة للوقف فى الجملة اهـ .

واو هو المستحق قارىء الهداية إلا بنقصان يسير أو إذا لم يرغب فيه إلا بأقل أشباه (فلو رخص أجره) بعد العقد (لا يفسخ العقد) للزوم الضرر (ولو زاد) أجره (على أجر مثله

التي صارت للوقف لاتلزمه الزيادة لأنه إذا أراد الناظر إيجار هذه الدار لمن يدفع ذلك المرصد لصاحبه لايرضى باستئجارها بأجرة مثلها الآن لكن أفتى فى الخيرية بلزوم الأجرة الزائدة ولعله محمول على ما إذا كان فى الوقف مال وأراد الناظر دفع المرصد منه فحينئذ لاشك فى لزوم الزيادة فتأمل (قوله ولو هو المستحق) الضمير راجع للمؤجر وعبارة قارىء الهداية سئل عن مستحق لوقف عليه هو ناظره آجره بدون أجرة المثل هل يصح ذلك، فأجاب: لايجوز ذلك وإن كان هو المستحق لما يصل إليه (١) من الضرر للوقف بالأجرة اهـ أى لاحتمال موته، فيضر بمن بعده من المستحقين، وربما يتضرر الوقف أيضا الآن إذا كان محتاجا للتعمير وأما مايوجد فى بعض نسخ الشرح من قوله لجواز أن يموت قبل انقضاء المدة وتفسخ هذه الإجارة اهـ فهو غير ظاهر لأنها لاتفسخ بموت الناظر على أن الضرر إنما هو فى إبقائها بالأجرة القليلة لافى فسخها لأنها إذا فسخت تؤجر بأجر المثل فلا يتضرر أحد تأمل، ولايجوز إرجاع الضمير فى قوله ولو هو المستحق إلى المستأجر إذ الظاهر أنه لاضرر فيه على أحد بعده لانفساخها بموته فافهم (قوله إلا بنقصان يسير) هو مايتغابن الناس فيه إسعاف أى مايقبلونه ولا يعدونه غبنا.

مطلب ليس للناظر الإقالة

(قوله لايفسخ العقد) أى لو طلب المستأجر فسخه لايجيبه الناظر للزوم الضرر على الوقف قال فى الفتح: وليس له الإقالة إلا إن كانت أصلح للوقف.

مطلب فيما زاد أجر المثل بعد العقد

(قوله ولو زاد أجره) أى بعد العقد على أجر مثله أى الذى كان وقت العقد، وقيد فى الحاوى القدسى الزيادة بالفاحشة قال فى البحر، وهو يدل على عدم نقضها باليسيرة ولعل المراد بالفاحشة مالا يتغابن الناس فيها كما مر فى طرف النقصان، والواحد فى العشرة يتغابن الناس فيه كما ذكروه فى كتاب الوكالة، وهذا قيد حسن يجب حفظه فإذا كانت أجرة دار عشرة مثلا وزاد أجر مثلها واحدا فإنها لاتنقض كما لو آجرها المتولى بتسعة فإنها لاتنقض بخلاف الدرهمين فى الطرفين اهـ.

قلت: لكن نقل البيرى وغيره عن الحاوى الحصيرى أن الزيادة الفاحشة مقدارها نصف ما آجر به أولا اهـ وأنت خبير بأن هذا يرد مابحثه فى البحر. نعم فى إجارات الخيرية مايفيد أن المراد بها قدر الخمس، وهو عين مابحثه فى البحر وفى الخلاصة إن آجره المتولى بأجر مثله أو بقدر مايتغابن الناس فيه، فإنه لاتنفسخ الإجارة وإن جاء آخر وزاد فى الأجرة درهمين فى عشرة فهو يسير حتى لو آجر بثمانية وأجر مثله عشرة لاتنفسخ اهـ فهذا صريح فى أن الخمس قليل فى طرفى الزيادة والنقصان، فلا تنفسخ به الإجارة لكن فى وكالة البحر عن السراج أن مايتغابن الناس فيه نصف العشر أو أقل فلو أكثر فلا ثم نقل بعده تفصيلا وهو أن مايتغابن الناس فيه فى العروض نصف العشر وفى الحيوان العشر وفى العقار الخمس، وماخرج عنه فهو مما لايتغابن فيه، ووجهه كثرة التصرف فى العروض وقلته فى العقار وتوسطه فى الحيوان وكثرة الغبن لقلة التصرف فهذا يؤيد بحث البحر هنا، وعليه عمل الناس اليوم. وانظر مافى

---

(١) (قوله لما يصل إليه الخ) أى إلى المستحق لكن لا بالمعنى الأول يعنى المؤجر بل بمعنى المستحق الآتى ففيه استخدام اهـ.

قيل يعقد ثانيا به على الأصح) فى الأشباه ولو زاد أجر مثله فى نفسه بلا زيادة أحد فللمتولى فسخها به يفتى ومالم يفسخ فله المسمى (وقيل لا) يعقد به ثانيا (كزيادة) واحد (تعنتا) فإنها لاتعتبر،وسيجىء فى الإجارة (والمستأجر الأول أولى من غيره إذا قبل الزيادة والموقوف عليه الغلة) أو السكنى

جامع الفصولين آخر الفصل السابع والعشرين ، فإنه نقل التفصيل ثم قال وقيل مالا يدخل تحت تقويم المقومين مما ليس له قيمة معلومة ، فلو علمت كفحم شراه بيسير الغبن لاينفذ على الموكل وبه يفتى ، ونقل الخير الرملى فى حاشيته عليه عن البحر والمنح وغيرهما أن الأخير هو الصحيح .

قلت : والظاهر أن القول بالتفصيل بيان لهذا القول تأمل :

[تنبيه] حرر فى البحر أن طريق علم القاضى بالزيادة أن يجتمع رجلان من أهل البصر والأمانة فيؤخذ بقولهما معا عند محمد وعندهما قول الواحد يكفى اهـ (قوله قيل يعقد ثانيا) أى مع المستأجر الأول كما نبه عليه بعده وقوله به أى بأجر المثل ، والمراد أنه يجدد العقد بالأجرة الزائدة ، والظاهر أن قبول المستأجر الزيادة يكفى عن تجديد العقد (قوله فى الأشباه الخ) هو عين مافى المتن لكنه نقله لأمور سكت عنها المتن : أولها : أنه ليس المراد بالزيادة مايشمل زيادة تعنت : أى إضرار من واحد أواثنين فإنها غير مقبولة بل المراد أن تزيد فى نفسها عند الكل كما صرح به الاسبيجابى ، وأفاد أن الزيادة من نفس الوقف لامن عمارة المستأجر بماله لنفسه كما فى الأرض المحتكرة لأجل العمارة كما مر قبل الفصل : ثانيها : التصحيح بأنه به يفتى فإنه أقوى . ثالثها : أنه لاينفسخ العقد بمجرد الزيادة بل يفسخه المتولى كما حرره فى أنفع الوسائل وقال فإن امتنع يفسخه القاضى : رابعها : أنه قبل الفسخ لايجب إلا المسمى وإنما تجب الزيادة بعده (قوله وقيل لايعقد به ثانيا) أى لايفسخ ولايعقد بناء على أن أجر المثل يعتبر وقت العقد، وهذا رواية فتاوى سمرقند ، وعليها مشى فى التجنيس لصاحب الهداية والإسعاف والأولى رواية شرح الطحاوى بناء على أن الإجارة تنعقد شيئا فشيئا والوقف يجب له النظر :

(قوله والمستأجر الأول أولى الخ) تقييد لقوله يعقد ثانيا والمراد إذا كان مستأجرا إجارة صحيحة وإلا فلا حق له وتقبل الزيادة ويخرج كما فى البحر ، وقوله : إذا قبل الزيادة أى الزيادة المعتبرة عند الكل كما مر بيانها : فإن قبلها فهو الأحق وإلا آجرها من الثانى إذا كانت الأرض خالية من الزراعة ، وإلا وجبت الزيادة على المستأجر الأول من وقتها إلى أن يستحصد الزرع ، لأن شغلها بملكه يمنع من صحة إيجارها لغيره فإذا استحصد فسخ وأجر من غيره ، وكذا لوكان بنى فيها أو غرس ، لكن هنا يبقى إلى انتهاء العقد لأنه لانهاية معلومة للبناء والغراس بخلاف الزرع فإذا انتهى العقد فقد مر بيانه قبل الفصل فى قوله : وأما حكم الزيادة فى الأرض المحتكرة الخ وقدمنا أن المناسب ذكرها هنا .

مطلب مهم فى معنى قولهم المستأجر الأول أولى

[تنبيه] قد علم مما قررناه أن قولهم إن المستأجر الأول أولى إنما هو فيما إذا زادت أجرة المثل فى أثناء المدة قبل فراغ أجرته وقد قبل الزيادة ، أما إذا فرغت مدته ، فليس بأولى إلا إذا كان له فيها حق القرار ، وهو المسمى بالكردار على ماقدمناه مبسوطا فى مسألة الأرض المحتكرة من أن له الاستبقاء بأجرة المثل دفعا للضرر عنه : مع عدم الضرر على الوقف وأن هذا مستثنى من إطلاق عبارات المتون والشروح المفيدة لوجوب القلع والتسليم بعد مضى مدة الإجارة فهذا وجه كونه أحق بالاستئجار من غيره ، وأما وجهه فى مسألة زيادة أجرة المثل فى أثناء

المدة ، فهو أن مدة إجارته قائمة لم تنقض ، وقد عرض فى أثنائها مايسوغ الفسخ وهو الزيادة العارضة ، فإذا قبلها ورضى بدفعها كان أولى من غيره لزوال ذلك المسوغ فى أثناء مدته ، فلا يسوغ فسخها وإيجارها لغيره ، بل تؤجر منه بالزيادة المذكورة إلى تمام مدته ثم يؤجرها ناظر الوقف لمن أراد وإن قبل المستأجر الأول الزيادة لزوال علة الأحقية وهى بقاء مدة إجارته إلا إذا كان له فيها حق القرار فهو أحق من غيره ، ولو بعد تمام المدة لهذه العلة الأخرى كما علمت . وبهذا ظهر أن المستأجر لأرض الوقف ونحوها من حانوت أودار ، إذا لم يكن له فيها حق القرار المسمى بالكردار لايكون أحق بالاستئجار بعد فراغ مدة استئجاره ، سواء زادت أجرة المثل أولا ، وسواء قبل الزيادة أولا خلافا لما يفهمه أهل زماننا من أنه أحق من غيره مطلقا ، ويسمونه ذااليد ويقولون : إنه متى قبل الزيادة العارضة لاتؤجر لغيره ويحكمون بذلك ويفتون به مع كونه مخالفا لما أطبقت عليه كتب المذهب من متون وشروح وفتاوى بل مستندهم إطلاق عبارة المصنف هنا ، وهو باطل قطعا لما علمت من أنه مصور فى زيادة أجرة المثل قبل انتهاء مدة (١) الإجارة كما هو صريح عباراتهم ، ولم يقل أحد بإطلاقه ولايخفى مع ذلك مافيه من الفساد وضياع الأوقاف حيث لزم من إبقاء أرض الوقف بيد مستأجر واحد مدة مديدة تؤديه إلى دعوى تملكها ، مع أنهم منعوا من تطويل مدة الإجارة خوفا من ذلك كما علمته ، وهذا خلاصة ماذكرته فى رسالتى المسماة بتحرير العبارة فيمن هو أولى بالإجارة ، وبمراجعتها يظهر لك العجب العجاب وتقف على حقيقة الصواب والحمد لله المنعم الوهاب .

مطلب الموقوف عليه لايملك الإجارة

(قوله لايملك الإجارة) لأنه يملك المنافع بلا بدل فلم يملك تمليكها ببدل وهو الإجارة والالملك أكثر مما يملك (٢) بخلاف الإعارة ط (قوله ولاالدعوى لو غصب منه الوقف) ظاهره أنه لايملك دعوى العين فقط ، مع أن دعوى الغلة كذلك ففى جامع الفصولين : ادعى الموقوف عليه أنه وقف عليه لو ادعاه بإذن القاضى يصح وفاقا ، وبغير إذنه ففيه روايتان والأصح : أنه لايصح ، لأن له حقا فى الغلة لاغير ، فلا يكون خصما فى شىء آخر ولو كان الموقوف عليه جماعة فادعى أحدهم أنه وقف بغير إذن القاضى لايصح رواية واحدة ، ومستحق غلة الوقف لايملك دعوى غلة الوقف وإنما يملكه المتولى اه .

مطلب فى دعوى الموقوف عليه

فأفاد أن دعوى الموقوف عليه فى الغلة كدعوى عين الوقف ، لكن تعليله للأصح بأن له حقا فى الغلة لاغير يفيد صحة دعواه بها ، وقد يجاب بأن عدم سماع دعواه فى الغلة إذا كان الموقوف عليهم جماعة بخلاف ماإذ كان واحدا : وادعى بها لأنه يريد إثبات حقه فقط ، ويؤيده قوله بعد مامر ، ولو كان الوقف على رجل معين قيل

---

(١) (قوله فى زيادة أجرة المثل قبل انتهاء مدة الخ) قال شيخنا لكن رأيت فى بعض شروح الأشباه ما نصه يعرض المؤجر الزيادة بعد تمام المدة على المستأجر الأول فإن قبلها وإلا أجر من غيره ومع ذلك لو أجر لغيره بدون عرض صح اه . فهذا يؤيد ما عليه العمل اليوم اه .

(٢) (قوله وإلا لملك أكثر مما يملك الخ) أى وهذا ممنوع حيث لم تملك العين من كل وجه بخلاف ما إذا ملكت من كل وجه ألا ترى الموهوب له بدون عوض أو الوارث مثلا حيث يملك البيع والهبة بعوض اه .

(إلا بتولية) أو إذن قاض ولو الوقف على رجل معين على ماعليه الفتوى عمادية لأن حقه فى الغلة لا العين

يجوز أن يكون هو المتولى بغير إطلاق القاضى إذا لحق لايعدوه، ويفتى بأنه لايصح لأن حقه أخذ الغلة لاالتصرف فى الوقف اه فإذا كان حقه أخذ الغلة وغصبها غاصب ، ينبغى أن لايتردد فى سماع دعواه عليه ليصل إلى حقه وفى فتاوى الحانوتى : والحق أن الوقف إذا كان على معين تصح الدعوى منه ، وظاهر سماعها على عين الوقف أيضا ولذا قال فى نور العين إن الغلة نماء الوقف فبزوال الوقف تزول الغلة فيصير كأن الموقوف عليه ادعى شطر حقه فينبغى أن تكون رواية الصحة هى الأصح اه : واستشهد فى البزازية لهذه الرواية بعدة مسائل عن الخصاف .

قلت : وكذا فى الإسعاف ادعى أحد الموقوف عليهم على واحد منهم أنه باع الوقف من الغاصب وسلمه إليه وبرهن ، أو نكل الآخر يقضى عليه بقيمته ويشترى بها ضيعة توقف كالأول اه وفى التتارخانية عن المحيط : أرض فى يد رجل يزعم أنها ملكه فادعى قوم أنه وقفها عليهم قبلت بينتهم ، وحكمت عليه بالوقف، وأخرجتها من يده قال وهذه المسألة تصريح بأن الدعوى من الموقوف عليه صحيحة اه :

قلت : وبقى مالو ادعى رجل على المتولى بأنه من الموقوف عليهم ، وأن له حقا فى غلة الوقف أوبأن حقه فيها كذا أكثر مما كان يعطيه ، وينبغى عدم التردد أيضا فى سماعها لأنه يزيد مجرد إثبات حقه ، ويؤيده مافى الإسعاف لو منع الواقف أهل الوقف ماسمى لهم فطالبوه به ألزمه القاضى بدفع مافى يده من غلته اه وكذا ماسيذكره الشارح بعد صفحة عن المصنف والخانية وذكر فى البزازية فى الفصل السادس من الوقف عدة مسائل من هذا القبيل منها : دعواه أنه من فقراء القرابة فراجعه ، وسيذكر المصنف أن بعض المستحقين ينتصب خصما عن الكل إذا كان أصل الوقف ثابتا وهو صريح فى صحة دعوى أحد الموقوف عليهم، ولم يقيدوه بإذن القاضى فيحمل مامر من عدم سماعها رواية واحدة على ماإذالم يكن أصل الوقف ثابتا ، وهذا مؤيد لما قلناه من صحة دعواه على المتولى بأنه من الموقوف عليهم أوباستحقاقه فتأمل هذا .

واعلم : أن عدم ملكه الدعوى فى عين الوقف لاينافى قبول الشهادة لأنها تقبل حسبة وإن لم تصح الدعوى كما سيذكره المصنف قريبا ويأتى بيانه بل سيأتى متنا أنه لو باع دارا ثم ادعى أنى كنت وقفتها أوقال وقف على لم يصح ولو أقام بينة قبلت ويأتى تمام الكلام عليه .

مطلب إذا كان الوقف على معين قيل يجوز أن يكون هو المتولى

(قوله إلا بتولية) أى بأن يكون متوليا من قبل أوينصبه القاضى متوليا ليسمع دعواه كما فى البزازية وفيها أيضا أنه تصح دعوى الواقف (قوله أوإذن قاض) بالدعوى والإيجار (قوله ولو وقف على رجل معين الخ) هذا فى الدعوى وقد علمت بيانه وأما فى الإيجار ، فلم يذكره فى العمادية على هذا الوجه ، بل قال : الموقوف عليهم لم يملكوا إجارة الوقف ، وقال الفقيه أبو جعفر : لو كان الأجر كله للموقوف عليه ، بأن كان لايحتاج إلى العمارة ، ولاشريك معه فى الغلة ، فحينئذ يجوز فى الدور والحوانيت ، وأما الأراضى فإن شرط الواقف تقديم العشر والخراج وسائر المؤن ، وجعل للموقوف عليه الفاضل لم يكن له أن يؤجرها ، لأنه لو جاز كان كل الأجر له بحكم العقد ، فيفوت شرط الواقف ، ولو لم يشترط يجب أن يجوز ويكون الخراج والمؤن عليه اه ونحوه فى الإسعاف .

وهل يملك السكنى من يستحق الريع فى الوهبانية لا وفى شرحها للشرنبلالى والتحرير نعم (و) الموقوف (إذا آجره المتولى بدون أجر المثل لزم المستأجر) لا المتولى كما غلط فيه بعضهم (تمامه) أى تمام أجر المثل (كاب) وكذا وصى خانية (أجر منزل صغيره بدونه) فإنه يلزم المستأجر تمامه إذ ليس لكل منهما ولاية الحط والإسقاط وفى الأشباه عن القنية : أن القاضى يأمره بالاستئجار بأجر المثل وعليه تسليم زود السنين الماضية ، ولو كان القيم ساكتا مع قدرته على الرفع للقاضى لا غرامة عليه ، وإنما هى على المستأجر وإذا ظفر الناظر بمال الساكن فله أخذ النقصان منه فيصرفه فى مصرفه قضاء وديانة اه فليحفظ .

قلت : وقيد بإجارة المتولى لما فى غصب الأشباه لو آجر الغاصب ما منافعه مضمونة من مال وقف أو يتيم أو معد فعلى المستأجر المسمى لا أجر المثل ، وعلى الغاصب رد ماقبضه لا غير

مطلب فى إيجار الموقوف عليه إذا كان معينا

فقد علم صحة إيجار الموقوف عليه إذا كان معينا بهذه الشروط ، ويشترط أيضا أن يؤجر بأجرة المثل وإلا لم يصح كما مر عن قارئ الهداية :

قلت : وينبغى عدم التردد فى صحة إيجاره إذا شرط الواقف التولية ، والنظر للموقوف عليهم ، أو للأرشد منهم وكان هو الأرشد أولم يوجد غيره لأنه حينئذ يكون منصوب الواقف (قوله وهل يملك السكنى الخ) قدمنا بيان ذلك عند قول المتن ولو أبى أو عجز عمر الحاكم بأجرتها (قوله كما غلط فيه بعضهم) منشأ غلطه أنه وقع فى عبارة الخلاصة لزمه فأرجع ذلك البعض الضمير للمتولى ، مع أنه للمستأجر كما نبه عليه العلامة قاسم فى فتاواه مستندا إلى النقول الصريحة .

مطلب إذا آجر المتولى بغبن فاحش كان خيانة

لكن قال فى البحر : ينبغى أن يكون ذلك خيانة من المتولى لو عالما بذلك وذكر الخصاف أن الواقف أيضا إذا آجر بالأقل مما لا يتغابن الناس فيه لم تجز ، ويبطلها القاضى ، فإن كان الواقف مأمونا وفعل ذلك على طريق السهو والغفلة أقره القاضى فى يده ، وأمره بإجارتها بالأصلح ، وإن كان غير مأمون أخرجها من يده وجعلها فى يد من يثق بدينه ، وكذا إذا آجرها الواقف سنين كثيرة ممن يخاف أن يتلف فى يده يبطل القاضى الإجارة ويخرجها من يد المستأجر اه فإذا كان هذا فى الواقف فالمتولى أولى اه (قوله لكل منهما) الأولى منهم ليدخل المتولى ط (قوله وعليه تسليم زود السنين(١) الماضية) لاينافى هذا مامر من أن الإجارة مالم تفسخ ، كان على المستأجر المسمى لأن موضوعه فيما إذا آجر أولا بأجرة المثل ، ثم زاد الأجر فى نفسه ط أى فالإجارة وقعت من إبتدائها صحيحة بخلاف ماهنا (قوله لاغرامة عليه) وعليه الحرمة ولايعذر ، وكذا أهل المحلة قال فى الأشباه عن القنية ، لايعذر أهل المحلة فى الدور والحوانيت المسبلة إذا أمكنهم رفعه قال فى شرح الملتقى : فيأثم كلهم بنفس السكوت فمابالك بالمتولى ، والجابى والكاتب إذا تركوها ولا سيما لأجل الرشوة نعوذ بالله تعالى اه ط (قوله بمال الساكن) يعنى وكان من جنس حقه ط عن الحموى (قوله قضاء وديانة) مرتبط بقوله أخذ ط (قوله مامنافعه مضمونة) أى على الغاصب ط (قوله أو معد) أى للاستغلال (قوله فعلى المستأجر المسمى) يعنى للغاصب كما يفيده مابعده قال

---

(١) قوله (زود السنين) فيه أن مصدر زاد الزيد بالياء اه .

لتأويل العقد انتهى فليحفظ (يفتى بالضمان فى غصب عقار الوقف وغصب منافعه) أو إتلافها كما لو سكن بلا إذن أو أسكنه المتولى بلا أجر كان على الساكن أجر المثل ، ولو غير معد للاستغلال به يفتى صيانة للوقف وكذا منافع مال اليتيم درر (وكذا) يفتى (بكل ماهو أنفع للوقف فيما اختلف العلماء فيه) حاوى القدسى ،

العلامة البيرى الصواب أن هذا مفرع على قول المتقدمين ، أما على ماعليه المتأخرون فعلى الغاصب أجر المثل اه أى إن كان ماقبضه من المستأجر أجر المثل أو دونه ، فلو أكثر يرد الزائد أيضا لعدم طيبه له كما حرره الحموى وتبعه السيد أبو السعود :

قلت : وينبغى على قول المتأخرين المفتى به ، وتضمين منافع مال الوقف واليتيم والمعد أن له تضمين المستأجر أيضا تمام أجر المثل ، كما لو آجره المتولى بدون أجر المثل كما مر تأمل (قوله لتأويل العقد) ليس هذا فى عبارة الأشباه ط (قوله فى غصب عقار الوقف) بأن كان أرضا أجرى عليها الماء حتى صارت لاتصلح للزراعة (قوله وغصب منافعه) يشمل مالو عطله(١) ولم ينتفع به كما يدل عليه قوله أو إتلافها ، فإن الأصل فى العطف المغايرة ، فإن إتلافها بالاستعمال ولذا قال : كما لوسكن الخ ويدل عليه أيضا ماسيأتى فى الغصب من قول المصنف تبعا للدرر : لاتضمن منافع الغصب استوفاها أو عطلها إلا فى ثلاث ، فمقتضاه ضمانها فيها بالاستيفاء ، أوالتعطيل فقول الشرنبلالية هناك وينظر مالوعطل المنفعة هل يضمن الأجرة كما لوسكن اه لامحل له . نعم وقع فى الخصاف لوقبض المستأجر الأرض فى الإجارة الفاسدة ، ولم يزرعها لاأجر عليه وكذلك الدار إذا قبضها ولم يسكنها اه لكنه مبنى على قول المتقدمين كما صرح به فى الإسعاف ومفاده لزوم الأجرة بالتمكن فى الفاسدة على قول المتأخرين ؛ وسيذكره الشارح فى أوائل الإجارات عن الأشباه (قوله أو أسكنه المتولى) أى أسكن فيه غيره إلا إذا كان موقوفا للسكنى وانحصرت فيه ، فإن له إعارته ، ولو سكنه المتولى بنفسه ؛ ولم يكن للسكنى فإنه يلزمه أجر المثل بل قدمنا عن خزانة المفتين أنه لو زرع الوقف لنفسه يخرجه القاضى من يده .

مطلب سكن المشترى دار الوقف

(قوله كان على الساكن أجر المثل) حتى لوباع المتولى دار الوقف فسكنها المشترى ، ثم أبطل القاضى البيع كان على المشترى أجرة المثل فتح وبه أفتى الرملى وغيره كما قدمناه ، ومافى الاسماعيلية من الإفتاء بخلافه تبعا للقنية فهو ضعيف كما صرح به فى البحر ، ودخل مالو كان الوقف مسجدا أو مدرسة سكن فيه فتجب فيه أجرة المثل كما أفتى به فى الحامدية قال وأفتى به الجد والعم والرملى والمقدسى. وكذا مالو كان بعضه ملكا وسكنه الشريك كما مر أول الشركة (قوله وكذا منافع مال اليتيم) دخل فيه مالو سكنته أمه مع زوجها فيلزم الزوج الأجرة وكذا شريك اليتيم ، كما سيأتى تحريره فى كتاب الغصب إن شاء الله تعالى ، وكذا مالو شراها أحد ثم ظهر أنها ليتيم كما فى جامع الفصولين (قوله فيما اختلف العلماء فيه) حتى نقضوا الإجارة عند الزيادة الفاحشة ، نظرا للوقف ، وصيانة لحق الله تعالى كما فى الحاوى القدسى أيضا : أى مع أن فى المسألة قولين مصححين ، وكذا أفتوا بالضمان فى غصب عقاره ، ومنافعه مع أن العقار لايضمن بالغصب عندهما بل عند محمد وزفر والشافعى وكذا فى مسائل كثيرة منها عدم استبدال ماقل ريعه وكذا صحة الوقف على النفس وعدم صحة الإجارة مدة طويلة كما مر والتتبع ينفى الحصر

---

(١) (قوله يشمل ما لو عطله الخ) هذا التعبير يقتضى أن للغصب صورة أخرى غير مسئلة التعطيل ولعل صورة غصب العين باجراء الماء عليها من صور غصب المنافع أيضا لما فيه من التعطيل ضمنا اه .

ومتى قضى بالقيمة شرى بها عقارا آخر فيكون وقفا بدل الأول (و) الذى (تقبل فيه الشهادة) حسبة (بدون الدعوى) أربعة عشر: منها الوقف على مافى الأشباه لأن حكمه التصدق بالغلة وهو حق الله تعالى: بقى لو الوقف على معينين هل تقبل بلا دعوى؟ فى الخانية ينبغى، لا اتفاقا وفى شرح الوهبانية للشيخ حسن وهذا التفصيل هو المختار وفى التتارخانية إن هو حق الله تعالى تقبل وإلا لا إلا بالدعوى فليحفظ .

قلت: لكن بحث فيه ابن الشحنة، ووفق المصنف بقبولها مطلقا لثبوت أصل الوقف لما آله للفقراء وباشتراط الدعوى، لثبوت الاستحقاق لما فى الخانية لو كان ثمة مستحق ولم يدع لم يدفع له شىء من الغلة وتصرف كلها للفقراء .

فافهم (قوله ومتى قضى بالقيمة) أى بأن غصب أرضا وأجرى عليها الماء، حتى صارت بحرا لاتصلح للزراعة إسعاف، وقدمنا عن جامع الفصولين لو غصب وقفا فنقص فمايؤخذ بنقصه يصرف إلى مرمته لاإلى أهل الوقف لأنه بدل الرقبة، وحقهم فى الغلة لافى الرقبة اهـ (قوله فيكون وقفا بدل الأول) أى بلا توقف على تلفظ بوقفه كما فى معين المفتى وغيره كذا فى شرح الملتقى ط (قوله حسبة) الحسبة: بالكسر الأجر كما فى القاموس أى لقصد الأجر، لالإجابة مدع أفاده ط .

مطلب المواضع التى تقبل فيها الشهادة حسبة بلا دعوى

(قوله أربعة عشر) وهى الوقف، وطلاق الزوجة، وتعليق طلاقها وحرية الأمة وتدبيرها، والخلع وهلال رمضان والنسب، لكن فى البحر خلافه، وحد الزنا، وحد الشرب، والإيلاء، والظهار، وحرمة المصاهرة ودعوى المولى نسب العبد اهـ :

قلت: ويزاد الشهادة بالرضاع كما مشى عليه المصنف فى بابه (قوله منها الوقف) أى الشهادة بأصله لأريعه أشباه، وأما الدعوى به أو بريعه فقد مر الكلام عليها ويأتى قريبا ويأتى بيان المراد بأصله (قوله وهذا التفصيل) أى بين ماإذا كان الوقف على معينين فلا تقبل وبين ما إذا قامت على أنه للفقراء أو للمسجد ونحوه فتقبل (قوله وفى التتارخانية) هو عين التفصيل اهـ ح (قوله لكن بحث فيه ابن الشحنة الخ) أى بحث فى الإطلاق المذكور فى المتن اهـ ح والأصوب إبداله بابن وهبان، ويعود الضمير إلى التفصيل قال المصنف فى المنح نقلا عن الخانية: وينبغى أن يكون الجواب على التفصيل إذا كان الوقف على قوم بأعيانهم، لاتقبل البينة عليه بدون الدعوى اهـ قال ابن وهبان: وهذا التفصيل غير محتاج إليه لأن الوقف وإن كان على قوم بأعيانهم فآخره لابد وأن يكون لجهة بر لاتنقطع كالفقراء وغيرهم فالشهادة تقبل بحقهم إما حالا أو مآلا اهـ قال ابن الشحنة: التفصيل لابد منه لأن البينة إذا قامت بأن هذا وقف يستحقه قوم بأعيانهم لابد فيه من الدعوى لثبوت استحقاقهم، وتناولهم وإن كان آخره ماذكر بخلاف ماإذا قامت على أنه وقف على الفقراء أو المسجد أو نحو ذلك اهـ .

قال المصنف أقول: ماذكره ابن وهبان ظاهر جدا وماذكره ابن الشحنة لاينتهض حجة عليه، لأن كلام ابن وهبان فى أن ثبوت أصل الوقف لايحتاج إلى الدعوى مطلقا وإن كان المستحق لايدفع له شىء على تقدير عدم دعواه وكلام ابن الشحنة فى ثبوت الاستحقاق للموقوف عليه المعين، ولاشك فى توقفه على الدعوى اهـ

قلت: لكن فى الحادى عشر من دعوى البزازية: باع أرضا ثم ادعى أنه كان وقفها أو قال: وقف على فإن لم تكن له بينة وأراد تحليف البائع (١) لايحلف لعدم صحة الدعوى للتناقض، وإن برهن قال الفقيه أبو جعفر

---

(١) قوله (وأراد تحليف البائع) كذا عبارة البزازية والظاهر أن صوابه المشترى اهـ منه .

قلت : ومفاده أنه لو ادعى استحق مع أنها لاتسمع منه على المفتى به إلا بتولية كما مر فتدبر . وفى الأشباه لنا شاهد حسبة فى أربعة عشر وليس لنا مدع حسبة إلا فى دعوى الموقوف عليه أصل الوقف فإنها تسمع عند البعض والمفتى به لا إلا التولية فإذا لم تسمع دعواه فالأجنبي أولى انتهى وقد مر فتنبه ؟

يقبل ويبطل البيع لعدم اشتراط الدعوى فى الوقف كما عتق الأمة وبه أخذ الصدر والصحيح أن الإطلاق غير مرضى فإن الوقف لوحق الله تعالى فالجواب ماقاله وإن حق العبد لابد فيه من الدعوى اه وأنت خبير بأن الوقف لابد أن يكون فيه حق الله تعالى إما حالا أو مآلا ، وهذا التصحيح للتفصيل المار عن الخانية يقتضى أن المنظور إليه الحال لا المآل ، وإلا لم يصح قوله وإن حق العبد الخ ، وهذا خلاف ماقاله ابن وهبان حيث جعل الوقف كله حقا لله تعالى باعتبار المآل ، ومؤيد لما قاله ابن الشحنة حيث اعتبر فيه الحال ، لكن قد يقال التحقيق أن الوقف من حيث هو حق الله تعالى لأنه تصدق بالمنفعة ، فلا تشترط له الدعوى ، لكن إذا كان أوله على معين وأريد إثبات استحقاقه اشترط له الدعوى وإن ثبت أصل الوقف بدونها فثبت ماقاله المصنف : وهذا فى الحقيقة تحقيق وتلفيق بين القولين وتوفيق بنظر دقيق ، لكن لو كان المدعى هو البائع لايمكن إثبات استحقاقه لأنه متناقض فلا تصح دعواه وتبقى البينة مسموعة لإثبات أصل الوقف ويأتى له زيادة بيان عند قوله باع دارا (قوله إلا بتولية) أى أو بإذن قاض (قوله كما مر) أى عن العمادية لكن فيه أن مامر فى دعوى عين الوقف لو غصبه غاصب ، أما دعوى المستحق استحقاقه من غلة الوقف فلا شبهة فى صحتها ولا تحتاج إلى التدبر أفاده ح .

قلت : قدمنا التصريح بأن مستحق غلة الوقف لايملك الدعوى بها ، وهو مشكل يحتاج إلى التدبير ، وقدمنا بيانه ، وقوله فلا شبهة الخ مؤيد لما قدمناه (قوله لنا شاهد حسبة فى أربعة عشر) هذا مكرر بما تقدم ، فالأولى الاقتصار على مابعده أفاده ط (قوله وليس لنا مدع حسبة) بتنوين مدع ونصب حسبة على التمييز وفى بعض النسخ مدعى بالياء فهو مضاف وحسبة مجرور به (قوله والمفتى به لا) أى لاتسمع دعواه فلا يحلف الخصم لو أنكر كما قدمناه آنفا عن البزازية لكن لو أقام بينة تقبل بطريق الحسبة كما علمت تحريره (قوله فالأجنبى أولى) قال فى الأشباه عقب هذا وظاهر كلامهم أنها لاتسمع من غير الموقوف عليه إتفاقا اه أى لأن الخلاف مذكور فى دعوى الموقوف عليه هل تسمع أم لا والمفتى به لا فظاهره أن الأجنبى لاتسمع دعواه اتفاقا اه لكن قال العلامة البيرى : بل الظاهر من كلامهم أن الخلاف فيه أيضا لأن محل النزاع كون المحل قابلا لدعوى الحسبة أم لا فمن قال بأنه قابل جوّز ذلك من الموقوف عليه كما لايخفى اه . وحينئذ يتجه مامر من التفصيل ، فإذا كانت الدعوى لإثبات عين الوقف يكون حق الله تعالى فتسمع فيه الدعوى حسبة من الموقوف عليه وغيره إلا إذا باع الوقف ثم ادعى فلا تسمع دعواه ، وأما البينة فإنها تقبل مطلقا إلا إذا كانت لإثبات غلة الوقف فلا تقبل بلا دعوى صحيحة وتقدم الكلام فيه ، ثم لايخفى أن شاهد الحسبة لابد أن يدعى مايشهد به إن لم يوجد مدع غيره وعلى هذا فكل ماتقبل فيه الشهادة حسبة يصدق عليه أنه تقبل فيه الدعوى حسبة ، وهذا ينافى مامر عن الأشباه إلا أن يكون مراده أنه لايسمى مدعيا أو أن مدعى الحسبة لايحلف له الخصم عند عدم البينة فلا يتحقق بدون الشهادة فلذا نفاه فليتأمل وفى الفصولين وفى عتق الأمة والطلاق قيل يحلف وقيل لا .

[تنبيه] شاهد الحسبة إذا أخرها لغير عذر لاتقبل لفسقه أشباه عن القنية وقال ابن نجيم فى رسالته المؤلفة فيما تسمع فى الشهادة حسبة ومقتضاه أن الشاهد فى الوقف كذلك (قوله وقد مر) أى عدم سماع الدعوى من الموقوف عليه لو غصب منه الوقف إلا بتولية مع زيادة قوله ولو الوقف على معين ولايخفى أن الدعوى على الغاصب دعوى

(ويشترط) فى دعوى الوقف (بيان الوقف) ولو الوقف قديما (فى الصحيح) بزازية لئلا يكون إثباتا للمجهول وفى العمادية تقبل (و) تقبل فيه (الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال والشهادة بالشهرة(١)) لإثبات أصله وإن صرحوا به أى بالسماع فى المختار ولو الوقف على معينين حفظا للأوقاف القديمة عن الاستهلاك

أصل الوقف أى لادعوى الغلة فافهم (قوله لئلا يكون إثباتا للمجهول) هذا بناء على قول الإمام إن الوقف حبس أصل الملك على ملك الواقف فلا بد من ذكره أفاده المصنف ط (قوله وفى العمادية تقبل) أى من غير بيان الواقف ، وهو قول أبى يوسف وعليه مشايخ بلخ كأبى جعفر وغيرهم وعليه اقتصر الخصاف ، ومقتضى كون الفتوى على قول أبى يوسف فى الوقف أنه يفتى بقوله هنا أفاده فى المنح ط. وفى الخيرية وقف قديم مشهور لايعرف واقفه استولى عليه ظالم فادعى المتولى أنه وقف على كذا مشهور وشهدا بذلك فالمختار أنه يجوز اهـ وعزاه إلى جامع الفصولين وفى الإسعاف عن الخانية ، وتصح دعوى الوقف والشهادة به من غير بيان الواقف .

مطلب فى دعوى الوقف بلا بيان الواقف وبلا بيان أنه وقف وهو يملكه

[تنبيه] ذكر فى الإسعاف لو ادعى أن هذه الأرض وقفها فلان علىّ وذو اليد يجحد ويقول هى ملكى لايصح وإن شهدت البينة أنها كانت فى يده يوم وقفها لأن الإنسان قد يقف مالا يملكه وهو بيده بإجارة أو إعارة اهـ ملخصا ؛ ومفاده أنه يشترط بعد بيان الواقف بيان أنه وقفه وهو يملكه وهذا ظاهر فى نحو هذه الدعوى ، وكذا لو اختلفا فى أنه وقفه قبل أن يملكه أو بعد ما باعه أما لو اختلفا فى أن فلانا وقفه أولا أو كان وقفا قديما مشهورا فباعه أحد أو استولى عليه ظالم ، فهذا شرط للحكم بصحة الوقف لا للحكم بنفس الوقف ، ففى فتاوى قارى الهداية سئل هل يشترط فى صحة حكم الحاكم بوقف أو بيع أو إجارة ثبوت ملك الواقف أو البائع أو المؤجر وحيازته أم لا ، أجاب : إنما يحكم بالصحة إذا ثبت أنه مالك لما وقفه أو أن له ولاية الإيجار أو البيع لما باعه بملك أو نيابة وكذا فى الوقف وإن لم يثبت شىء من ذلك لايحكم بالصحة بل بنفس الوقف والإجارة والبيع اهـ (قوله لإثبات أصله) متعلق بالشهادة بالشهرة فقط ح وفى المنح كل مايتعلق بصحة الوقف ويتوقف عليه فهو من أصله ومالا يتوقف عليه فهو من الشرائط .

مطلب فى الشهادة على الوقف بالتسامع

(قوله وإن صرحوا به) بأن قالوا عند القاضى نشهد بالتسامع درر وفى شهادات الخيرية الشهادة على الوقف بالسماع أن يقول الشاهد أشهد به لأنى سمعته من الناس أو بسبب أنى سمعته من الناس ونحوه (قوله أى بالسماع) أشار به إلى تأويل الشهرة بالسماع فساغ تذكير الضمير فأفاد أنهما شىء واحد ط وفى حاشية نوح أفندى : الشهادة بالشهرة أن يدعى المتولى أن هذه الضيعة وقف على كذا مشهور ويشهد الشهود بذلك والشهادة بالتسامع أن يقول الشاهد : أشهد بالتسامع اهـ ولايخفى أن المآل واحد وإن اختلفت المادة فافهم (قوله فى المختار الخ) هذا مخالف لما فى المتون من الشهادات ففى الكنز وغيره : ولا يشهد بما لم يعاين إلا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضى وأصله الوقف ، فله أن يشهد بها إذا أخبره بها من يثق به ومن فى يده شىء سوى الرقيق لك أن تشهد أنه

---

(١) (قول المصنف والشهادة بالشهرة الخ) ظاهره ولو كانت فى يد شخص يدعى الملك، لكن قيده فى شرح الملتقى بما إذا كان الوقف سالبة حتى لو كان فى يد شخص يدعى الملك لابد من شهادة المعاينة وقواه بنقول عديدة نقله شيخنا ولم يرتضه اهـ.

بخلاف غيره (لا) تقبل بالشهرة (ل) لإثبات (شرائطه فى الأصح) درر وغيرها لكن فى المجتبى المختار قبولها على شرائطه أيضا ، واعتمده فى المعراج وأقره الشرنبلالى وقواه فى الفتح بقولهم يسلك بمنقطع الثبوت المجهولة شرائطه ومصارفه ماكان عليه فى دواوين القضاة انتهى وجوابه أن ذلك للضرورة

له وإن فسر للقاضى أنه يشهد بالتسامع أو بمعاينة اليد لاتقبل . قال العينى : وإن فسر للقاضى أنه يشهد بالتسامع فى موضع يجوز بالتسامع ، أوفسر أنه يشهد له بالملك بمعاينة اليد يعنى برؤيته فى يده لاتقبل ، لأن القاضى لا يزيد علما بذلك ، فلا يجوز له أن يحكم الخ ، ومثله فى الزيلعى مبسوطا . وفى شهادات الخيرية : الشهادة على الوقف بالسماع فيها خلاف والمتون قاطبة قد أطلقت القول بأنه إذا فسر أنه يشهد با سماع لاتقبل ، وبه صرح قاضيخان وكثير من أصحابنا اه ومثله فى فتاوى شيخ الإسلام على أفندى مفتى الروم اه ملخصا من مجموعة شيخ مشايخنا منلا على التركمانى .

قلت : لكن تقدم أنه يفتى بكل ماهو أنفع للوقف فيما اختلف العلماء فيه كما أشار إلى وجهه تبعا للدرر بقوله حفظا للأوقاف القديمة الخ ، وذكر المصنف عن فتاوى رشيد الدين أنه تقبل وإن صرحا بالتسامع لأن الشاهد ربما يكون سنه عشرين سنة وتاريخ الوقف مائة سنة ، فيتيقن القاضى أنه يشهد بالتسامع لابالعيان فإذا لافرق بين السكوت والإفصاح أشار إليه ظهير الدين المرغينانى ، وهذا بخلاف ماتجوز فيه الشهادة بالتسامع فإنهما إذا صرحا به لاتقبل اه أى بخلاف غير الوقف من الخمسة المارة فإنه لايتيقن فيها (١) بأن الشهادة بالتسامع فيفرق فيها بين السكوت والإفصاح .

والحاصل : أن المشايخ رجحوا استثناء الوقف منها للضرورة : وهى حفظ الأوقاف القديمة عن الضياع ، ولأن التصريح بالتسامع فيه لايزيد على الإفصاح به والله سبحانه أعلم (قوله لإثبات شرائطه) المراد من الشرائط أن يقولوا إن قدرا من الغلة لكذا ثم يصرف الفاضل إلى كذا بعد بيان الجهة بحر من الشهادات وقوله : بعد بيان الجهة متعلق بقوله أن يقولوا لأن بيان الجهة هو بيان المصرف ويأتى أنه من الأصل لامن الشرائط ، فالمراد من الشرائط مايشرطه الواقف فى كتاب وقفه لاالشرائط التى يتوقف عليها صحة الوقف كالملك والإفراز والتسليم عند القائل به ونحو ذلك مما مر أول الباب (قوله فى الأصح) وعليه الفتوى هندية عن السراجية ط (قوله وأقره الشرنبلالى) وعزاه إلى العلامة قاسم :

مطلب فى حكم الوقف القديم المجهولة شرائطه ومصارفه

(قوله وقواه فى الفتح بقولهم الخ) حيث قال فى كتاب الشهادات وأنت إذا عرفت قولهم ذلك لم تتوقف عن تحسين مافى المجتبى ، لأن ذلك هو معنى الثبوت بالتسامع اه أى لأن الشهادة بالتسامع هى أن يشهد بما لم يعاينه والعمل بما فى دواوين القضاة عمل بما لم يعاين ، وأيضا قولهم المجهولة شرائطه ومصارفه يفهم منه أن مالم يجهل منها يعمل بما علم منها ، وذلك العلم قد لايكون بمشاهدة الواقف بل بالتصرف القديم ، وبه صرح فى الذخيرة حيث قال سئل شيخ الإسلام عن وقف مشهور اشتبهت مصارفه وقدر مايصرف إلى مستحقيه قال : ينظر إلى المعهود من حاله فيم سبق من الزمان من أن قوامه كيف يعملون فيه وإلى من يصرفونه ، فيبنى على ذلك لأن الظاهر أنهم

---

(١) (قوله فإنه لايتيقن فيها الخ) حتى لو تيقن أن الشهادة بالتسامع فى غير الوقف لا يحكم بها القاضى أفاده شيخنا وقال هكذا رأيته عن بعضهم اه .

. . . .

كانوا يفعلون ذلك على موافقة شرط الواقف وهو المظنون بحال المسلمين فيعمل على ذلك اه فهذا عين الثبوت بالتسامع. وفى الخيرية إن كان للوقف كتاب فى ديوان القضاة المسمى فى عرفنا بالسجل ، وهو فى أيديهم اتبع مافيه استحسانا إذا تنازع أهله فيه وإلا ينظر إلى المعهود من حاله فيما سبق من الزمان من أن قوامه كيف كانوا يعماون وإن لم يعلم الحال فيما سبق رجعنا إلى القياس الشرعى وهو أن من أثبت بالبرهان حقا حكم له به اه لكن قولهم المجهولة شرائطه الخ يقتضى أنها لو علمت ولو بالنظر إلى المعهود من حاله فيما سبق من تصرف القوام لايرجع إلى مافى سجل القضاة وهذا عكس (١) مافى الخيرية فتنبه لذلك .

مطلب أحضر صكا فيه خطوط العدول والقضاة لا يقضى به

[تنبيه] ذكر فى الخانية والإسعاف ادعى على رجل فى يده ضيعة أنها وقف وأحضر صكا فيه خطوط العدول والقضاة الماضين وطلب من القاضى القضاء بذلك الصك قالوا ليس للقاضى ذلك ، لأن القاضى إنما يقضى بالحجة والحجة إنما هى البينة أوالإقرار ، أما الصك فلا يصلح حجة لأن الخط يشبه الخط وكذا لو كان على باب الدار لوح مضروب ينطق بالوقف لايجوز للقاضى أن يقضى مالم تشهد الشهود اه .

قلت : وهذا بظاهره ينافى (٢) ماهنا من العمل بما فى دواوين القضاة . والجواب : أن العمل بما فيها استحسان كما فى الإسعاف وغيره وماذكرناه عن الخانية محله إذا لم يكن للصك وجود فى سجل القضاة أما لو وجد فيه ، فإنه يعمل به كما فى حواشى الأشباه ومثله ماقدمناه من قول الخيرية إن كان للواقف كتاب الخ ووجهه ظاهر لأنه إذا كان له كتاب موافق لما فى سجل القضاة يزداد به قوة ولا سيما إذا كان الكتاب عليه خطوط القضاة الماضين .

مطلب لايعتمد على الخط إلا فى مسائل

فعلى هذا فقول الأشباه فى أول كتاب القضاء لايعتمد على الخط ولا يعمل به إلا فى كتاب أهل الحرب بطلب الأمان إلى الإمام ، وفى دفتر السمسار والصراف والبياع يستثنى منه أيضا هذه المسألة كما أفاده البيرى فتصير المسائل المستثناة ثلاثا وتمام بيانها فى كتابنا تنقيح الفتاوى الحامدية من كتاب الدعوى فراجعه فإنه مهم .

مطلب فى البراءات السلطانية والدفاتر الخاقانية

ثم اعلم أنه ذكر فى الأشباه أنه يمكن أن يلحق بكتاب أهل الحرب البراءات السلطانية بالوظائف إن كانت العلة أنه لايزور قال العلامة البيرى : والظاهر هذا ويشهد له مافى الزكاة إذا قال أعطيتها وأظهر البراءة يجوز العمل به وعلل بأن الاحتيال فى الخط نادر كما فى المصفى اه .

قلت : وهذا يؤيد ماذكره الشارح فى رسالة عملها فى الدفتر الخاقانى المعنون بالطرة السلطانية المأمونة من التزوير إلى أن قال : فلو وجد فى الدفاتر أن المكان الفلانى وقف على المدرسة الفلانية مثلا يعمل به من غير بينة

---

(١) (قوله وهذا عكس الخ) يمكن أن يدعى عدم حصول العكس بحمل ما فى الخيرية على عدم وجود كتاب لذلك الوقف اه

(٢) (قوله وهذا بظاهره ينافى الخ) فرق شيخنا بين هذه المسئلة وبين مسئلة العمل بما فى الدواوين بأن مسئلة العمل قد وجد فيها التصادق على ثبوت أصل الوقف فالعمل بالخط إنما هو فى مجرد الشرائط بخلاف ما هنا فإنه لو فرض صحة الحكم بالصك يكون قد حكم بالخط فى أصل الوقف خصوصا والوقف فى يد مدع الملك أى فيلزم إبطال حق ذى اليد بمجرد الخط اه .

والمدعى أعم بحر (وبيان المصرف) كقولهم على مسجد كذا (من أصله) لتوقف صحة الوقف عليه فتقبل بالتسامع (وبعض مستحقيه) وكذا بعض الورثة ولا ثالث لهما كما فى الأشباه :

قلت : وكذا لو ثبت إعساره فى وجه أحد الغرماء

قال وبذلك يفتى مشايخ الإسلام كما هو مصرح به فى بهجة عبد الله أفندى وغيرها اه لكن أفتى فى الخيرية بأنه لايثبت الوقف بمجرد وجوده فى الدفتر السلطانى لعدم الاعتماد على الخط فتأمل (قوله والمدعى أعم) أى من كونه للضرورة أو غيرها ، ولكن فيه نظر فإن الكلام فى جهل الشرائط كما علمت إذ عند علمها لاحاجة إلى إثباتها فالكلام عند الضرورة لاأعم فكلام الكمال أتم فافهم (قوله وبيان المصرف من أصله) مبتدأ وخبر أى فتقبل الشهادة على المصرف بالتسامع كالشهادة على أصله لأن المراد بأصله كل ماتتوقف عليه صحته وإلا فهو من الشرائط كما قدمناه وكونه وقفا على الفقراء أوعلى مسجد كذا تتوقف عليه صحته ، بخلاف اشتراط صرف غلته لزيد أوللذرية فهو من الشرائط لامن الأصل ، ولعل هذا مبنى على قول محمد باشتراط التصريح فى الوقف بذكر جهة لاتنقطع وتقدم ترجيح قول أبى يوسف بعدم اشتراط التصريح به ، فإذا كان ذلك غير لازم فى كلام الواقف فينبغى أن لايلزم فى الشهادة بالأولى ، لعدم توقف الصحة عليه عنده ويؤيده هذا مافى الإسعاف والخانية لاتجوز الشهادة على الشرائط والجهات بالتسامع اه ولا يخفى أن الجهات هى بيان المصارف ، فقد ساوى بينها وبين الشرائط إلا أن يراد بها الجهات التى لايتوقف صحة الوقف عليها . وفى التاترخانية ، وعن أبى الليث : تجوز الشهادة فى الوقف بالاستفاضة من غير الدعوى وتقبل الشهادة بالوقف وإن لم يبينوا وجها ويكون للفقراء اه وفى جامع الفصولين : ولو ذكروا الواقف لا المصرف تقبل لو قديما ويصرف إلى الفقراء اه وهذا صريح فيما قلنا من عدم لزومه فى الشهادة ، والظاهر أنه مبنى على قول أبى يوسف وعليه فلا يكون بيان المصرف من أصله فلا تقبل فيه الشهادة بالتسامع كما سمعت نقله عن الخانية والإسعاف ، والظاهر : أن هذا إذا كان المصرف جهة مسجد أومقبرة أونحوهما ، أما لو كان للفقراء فلا يحتاج إلى إثباته بالتسامع لما علمت من أنه يثبت بالشهادة على مجرد الوقف ، فإذا ثبت الوقف بالتسامع يصرف إلى الفقراء بدون ذكرهم كما علم من عبارة التتارخانية والفصولين هذا ماظهر لى فى هذا المحل ، وقد ذكر الخير الرملى فى حاشية المنح توفيقا آخر بين ماذكره المصنف ، وبين مانقلناه عن الإسعاف والخانية بحمل جواز الشهادة على ما إذا لم يكن الوقف ثابتا على جهة بأن ادعى على ذى يد يتصرف بالملك بأنه وقف على جهة كذا ، فشهدوا بالسماع وحمل عدم الجواز على ما إذا كان أصله ثابتا على جهة فادعى جهة غيرها ، وشهدوا عليها بالسماع للضرورة فى الأول دون الثانى ، لأن أصل جواز الشهادة فيه بالسماع للضرورة والحكم يدور مع علته وجازت إذ قدم قال وقد رأيت شيخنا الحانوتى أجاب بذلك اه ملخصا :

مطلب فيمن ينتصب خصما عن غيره

(قوله وبعض مستحقيه) مبتدأ أومضاف إليه وقوله ينتصب خصما عن الكل خبر المبتدإ ويأتى بيانه ، وكذا بعض نظار الوقف لما فى الحادى عشر من التاترخانية وقف أرضه على قرابته ، فادعى رجل أنه منهم والواقف حى فهو خصمه وإلا فالقيم ولو متعددا وإن ادعى على واحد جاز ولايشترط اجتماعهم ، ولا يكون خصما وارث الميت ، ولا أحد أرباب الوقف (قوله وكذا بعض الورثة) أى يقوم مقام جميعهم فيما للميت أوعليه ويأتى تمامه قريبا (قوله قلت الخ) استدراك على قوله ولاثالث لهما (قوله وكذا لو ثبت إعساره فى وجه أحد الغرماء) فإنه

كما سيجيء فتأمل وقالوا تقبل بينة الإفلاس لغيبة المدعى وكذا بعض الأولياء المتساوين يثبت الاعتراض لكل كلا وكذا الأمان والقود وولاية المطالبة بإزالة الضرر العام عن طريق المسلمين والتتبع يقتضى عدم الحصر

ينصب خصما عن بقيتهم فلا يحبس لهم ط (قوله كما سيجىء) لم أره فى فصل الحبس من كتاب القضاة ولا فى كتاب الحجر فلعله ذكره فى غيرهما فليراجع (قوله وقالوا تقبل بينة الإفلاس بغيبة المدعى) هذا تأييد لقبولها فى وجه أحد الغرماء لابيان لموضع آخر مما نحن فيه حتى يرد عليه أنه لامحل لذكره هنا لعدم انتصاب أحد عن أحد فيه فافهم (قوله وكذا بعض الأولياء المتساوين) كذا خبر مقدم وبعض الأولياء مبتدأ مؤخر وجملة يثبت الخ استئناف بيانى يعنى أن رضا بعض الأولياء المتساوين بنكاح غير الكفء قبل العقد أو بعده كرضا الكل ، لأن حق الاعتراض ثبت لكل واحد من الأولياء كملا ، وهذا على ظاهر الرواية ، وأما على المفتى به فالنكاح باطل من أصله لفساد الزمان كما تقدم فى باب الولى اه ح أى أن تزويجها نفسها لغير كفء باطل إذا كان لها ولى لم يرض به قبل العقد ولايفيد رضا بعده ، وإن لم يكن لها ولى فهو صحيح كما مر فى بابه ثم حيث ثبت الحق لكل من الأولياء كملا فإذا رضى أحدهم فكأنه قام مقام غيره فى الرضا حتى لايثبت لغيره حق الاعتراض ولو قال يثبت الاعتراض وكذا الإنكاح فى الصغير لكان أولى (قوله وكذا الأمان) يعنى أمان واحد من المسلمين لحربى كأمان جميعهم كما تقدم فى السير اه ح (قوله والقود) يعنى إذا عفا واحد من أولياء المقتول سقط القود كما إذا عفا جميعهم اه ح .

قلت : وكذا استيفاء(١) القود فسيأتى فى الجنايات أن للكبار القود قبل كبر الصغار خلافا لهما والأصل أن كل مالا يتجزأ اذا وجد سببه كاملا ، يثبت لكل على الكمال كولاية إنكاح ، وأمان إلا إذا كان الكبير أجنبيا عن الصغير فلا يملك القود حتى يبلغ الصغير إجماعا زيلعى وذلك كابن للمتوفى صغير وامرأته وهى غير أم الصغير اه ط (قوله وولاية المطالبة الخ) قال المصنف من باب مايحدثه الرجل فى الطريق من نحو الكنيف والميزاب ولكل واحد من أهل الخصومة ولو ذميا منعه ابتداء ومطالبته بنقضه ورفعه بعده أى بعد البناء سواء كان فيه ضرر أولا إذا بنى لنفسه بغير إذن الإمام ولم يكن للمطالب مثله اه فقوله بإزالة الضرر ليس بقيد بل يقوم أحد من له الخصومة بالمطالبة وإن لم يضر اه ط (قوله والتتبع يقتضى عدم الحصر) يعنى أنه زاد ماذكر ولم يحصر المواضع بعدد لأنه يمكن التتبع الزيادة عليها خلافا لما فعله فى الأشباه ، وقد زاد البيرى مسألة وهى قال محمد رحمه الله تعالى : لو قال سالم وبزيغ وميمون أحرار وأقام واحد منهم البينة على ذلك ثم جاء غيره لايعيد البينة لأنه إعتاق واحد اه .

قلت : ويزاد أيضا مافى الفصل الرابع من جامع الفصولين برهن على رجل أنه باعه ، وفلانا الغائب قنا بكذا يقضى على الحاضر بنصف ثمنه ، لاعلى الغائب إلا أن يحضر ويعيد البينة عليه ولو كان قد ضمن كل منهما ماعلى الآخر من الثمن جاز ويقضى عليهما فلا حاجة إلى إعادة البينة على الغائب اه وسيأتى فى كتاب القضاء أنه لايقضى على غائب ، ولا له إلا فى مواضع منها : أن يكون ما يدعى على الغائب سببا لما يدعى على الحاضر كما إذا برهن

---

(١) (قوله قلت وكذا استيفاء الخ) أى حيث كان بعض مستحق القود صغيرا لاغائبا حتى لاينافى قولهم فى الجنايات :

ولا يقود حاضر بحجته ... إذا أخوه غاب عن خصومته

وفرق شيخنا بين الغائب والحاضر بأن احتمال العفو من الغائب شبهة بخلافه فى الصغير فإنه شبهة الشبهة لأن احتمال العفو منه بعد احتمال البلوغ أى وهى غير معتبرة فى الدرء اه .

ثم إنما ينتصب أحد الورثة خصما عن الكل لو فى دعوى دين لاعين مالم تكن بيده فليحفظ (ينتصب خصما عن الكل) أى إذا كان وقف بين جماعة وواقفه واحد فلو أحد منهم أو وكيله الدعوى على واحد منهم أو وكيله (وقيل لا) ينتصب فلا يصح القضاء إلا بقدر مافى يد الحاضرين (وهذا) أى انتصاب بعضهم (إذا كان الأصل ثابتا وإلا فلا) ينتصب أحد المستحقين خصما وتمامه فى شرح الوهبانية (اشترى المتولى بمال الوقف دارا) للوقف

على ذى اليد أنه اشترى الدار من فلان الغائب فحكم على الحاضر كان ذلك حكما على الغائب أيضا حتى لو حضر وأنكر لم يعتبر قال الشارح هناك وله صور كثيرة ذكر منها فى المجتبى تسعا وعشرين.

مطلب فى انتصاب بعض الورثة خصما عن الكل

(قوله ثم إنما ينتصب الخ) قال فى جامع الفصولين: ادعى بيتا إرثا لنفسه ولإخوته الغيب وسماهم وقال الشهود: لانعلم له وارثا غيرهم تقبل البينة فى ثبوت البيت للميت إذ أحد الورثة خصم عن الميت فيما يستحق له، وعليه ألا ترى أنه لو ادعى على الميت دين بحضرة أحدهم يثبت فى حق الكل. وكذا لو ادعى أحدهم دينا على رجل للميت وبرهن ثبت فى حق الكل. وأجمعوا على أنه لايدفع إلى الحاضر إلانصيبه يعنى فى البيت مشاعا غير مقسوم ثم قالا يؤخذ نصيب الغائب ويوضع عند عدل، وقال أبو حنيفة: لايؤخذ وأجمعوا على أن ذا اليد لو مقرا لايؤخذ منه نصيب الغائب هذا فى العقار أما فى النقلى فعندهما يوضع عند عدل، وعنده قيل كذلك وقيل: لايؤخذ كما لو كان مقرا ولو مات عن ثلاثة بنين فغاب اثنان، وبقى ابن والدار فى يده غير مقسومة، فادعى رجل كلها ملكا مرسلا أو الشراء من أبيهم يحكم له بالكل ولو برهن على أحدهم أن الميت غصب شيئا وبعضه بيد الحاضر وبعضه بيد وكيل الغائب قضى على الحاضر بدفع مابيده دون وكيل الغائب.

فالحاصل: أن أحد الورثة خصم عن الميت فى عين هو فى يد هذا الوارث لافيما ليس بيده حتى لو ادعى عليه عينا من التركة ليست فى يده لايسمع، وفى دعوى الدين ينتصب أحدهم خصما عن الميت ولو لم يكن بيده شىء من التركة اهـ ملخصا وتمام الكلام فيه من الفصل الرابع.

مطلب بعض المستحقين ينتصب خصما عن الكل

(قوله وينتصب خصما عن الكل) أى كل المستحقين وكذا بعض النظار كما قدمناه والمسألة فى المحيط والقنية وقف بين أخوين مات أحدهما وبقى فى يد الحى، وأولاد الميت فبرهن الحى على أحدهم أن الواقف بطنا بعد بطن والباقى غيب والواقف واحد يقبل وينتصب خصما عن الباقين، ولو برهن الأولاد أن الوقف مطلق علينا وعليك فبينة الأول أولى (قوله وهذا الخ) وعليه فلا منافاة بين ماهنا، وماقدمه من أن الموقوف عليه لايملك الدعوى، لأن ذاك فيما إذا لم يكن الوقف ثابتا وأراد إثبات أنه وقف ومر تقريره.

مطلب اشترى بمال الوقف دارا للوقف يجوز بيعها

(قوله اشترى بمال الوقف) أى بغلة الوقف كما عبر به فى الخانية وهو أولى احترازا عما لو اشترى ببدل الوقف، فإنه يصير وقفا كالأول على شروطه وإن لم يذكر شيئا كما مر فى بحث الاستبدال، وقيده فى الفتح بما إذا لم يحتج الوقف إلى العمارة وهو ظاهر إذ ليس له الشراء، كما ليس له الصرف إلى المستحقين كما مر وفى البحر

(لأتلحق بالمنازل الموقوفة ويجوز بيعها فى الأصح) لأن للزومه كلاما كثيرا ولم يوجد ههنا (مات المؤذن والإمام ولم يستوفيا وظيفتهما من الوقف سقط) لأنه كالصلة (كالقاضى وقيل لا) يسقط لأنه كالأجرة كذا فى الدرر قبل باب المرتد وغيرها قال المصنف ثمة : وظاهره ترجيح الأول لحكاية الثانى بقيل .

قلت : قد جزم فى البغية تلخيص القنية بأنه يورث بخلاف رزق القاضى كذا فى وقف الأشباه ومغنم النهر ولو على الإمام دار وقف فلم يستوف الأجرة حتى مات إن آجرها المتولى سقط

عن القنية إنما يجوز الشراء بإذن القاضى ، لأنه لايستفاد الشراء من مجرد تفويض القوامة إليه فلو استدان فى ثمنه وقع الشراء له اه .

قلت : لكن فى التاترخانية قال الفقيه : ينبغى أن يكون ذلك بأمر الحاكم احتياطا فى موضع الخلاف (قوله ويجوز بيعها فى الأصح) فى البزازية بعد ذكر ماتقدم وذكر أبو الليث فى الاستحسان يصير وقفا وهذ صريح فى أنه المختار اه رملى.

قلت : وفى التتارخانية المختار أنه يجوز بيعها إن احتاجوا إليه .

مطلب فى الإمام والمؤذن إذا مات فى أثناء السنة

(قوله كالقاضى) فإنه يسقط حقه إلا إذا مات فى آخر السنة فيستحب الصرف لورثته كما فى الهداية قبيل باب المرتد (قوله وقيل لايسقط) أى بل يعطى بقدر ماباشر ويصير ميراثا عنه كما يأتى (قوله قلت قد جزم فى البغية الخ) أى فجزمه به يقتضى ترجيحه . قلت : ووجهه ماسيذكره فى مسألة الجامكية أن لها شبه الأجرة وشبه الصلة ، ثم إن المتقدمين منعوا أخذ الأجرة على الطاعات ، وأفتى المتأخرون بجوازه على التعليم والأذان والإمامة فالظاهر أن من نظر إلى مذهب المتقدمين رجح شبه الصلة فقال بسقوطها بالموت ، لأن الصلة لاتملك قبل القبض ، ومن نظر إلى مذهب المتأخرين رجح شبه الأجرة فقال بعدم السقوط ، وحيث كان مذهب المتأخرين هو المفتى به جزم فى البغية بالثانى ، بخلاف رزق القاضى ، فإنه ليس له شبه بالأجرة أصلا إذ لاقائل بأخذ الأجرة على القضاء ؛

مطلب إذا مات المدرس ونحوه يعطى بقدر ماباشر بخلاف الوقف على الذرية

وعلى هذا مشي الطرسوسى فى أنفع الوسائل على أن المدرس ونحوه من أصحاب الوظائف إذا مات فى أثناء السنة يعطى بقدر ماباشر ويسقط الباقى وقال بخلاف الوقف على الأولاد والذرية ، فإنه يعتبر فيهم وقت ظهور الغلة ، فمن مات بعد ظهورها ولو لم يبد صلاحها صار مايستحقه لورثته وإلا سقط اه وتبعه فى الأشباه وأفتى به فى الخيرية وهو الذى حرره المرحوم مفتى الروم أبو السعود العمادى ، وهذا خلاصة ما قدمناه فى كتاب الجهاد قبيل فصل القسمة ، وقبيل باب المرتد ولو كان الوقف يؤجر أقساطا فتمام كل قسط بمنزلة طلوع الغلة فمن وجد وقته استحق كما أفتى به الحانوتى تبعا للفتح ، ومما قررناه ظهر سقوط مانقله البيرى عن شيخ الشيوخ الديرى من أنه ينبغى أن يعمل بهذا القول ، وهو عدم السقوط بالموت فى حق المدرس والطلبة لافى حق المؤذن والإمام لأن الأذان والإمامة من فروض الكفاية ، فلا تكون بمقابلة أجرة اه ملخصا فإن المتأخرين أفتوا بأخذ الأجرة على الثلاثة ؛

وإن آجرها الإمام لاعمادية أخذ الإمام الغلة وقت الإدراك ، وذهب قبل تمام السنة لايسترد منه غلة باقي السنة فصار كالجزية وموت القاضي قبل الحول ، ويحل للإمام غلة باقي السنة لو فقيرا وكذا الحكم فى طلبة العلم فى المدارس درر : ونظم ابن الشحنة الغيبة المسقطة للمعلوم المقتضية للعزل .

مطلب إذا مات من له شيء من الصر والحب يستحق نصيبه

[تنبيه] ذكر البيرى أيضا أنه سئل العلامة ابن ظهيرة القرشى الحنفى إذا كان للميت شيء من الصر والحب وورد ذلك عن السنين الماضية فى حياته(١) وفى السنة التى مات فيها هل يستحقه بقسطه ؟ أجاب : نعم يستحق نصيبه منه ، وإن كان مبرزة من السلطان صار نصيبه فى حكم المحلول ، وذكر الإمام أبو الليث فى النوازل أنه يكون لورثته اه ويؤيده مافى البزازية عن محمد قوم أمروا أن يكتبوا مساكين مسجدهم فكتبوا ورفعوا أساميهم وأخرجوا الدراهم على عددهم فمات واحد من المساكين قال : يعطى وارثه إن مات بعد رفع اسمه اه ومنه يعلم حكم الأمانات الواصلة لأهل مكة المشرفة والمدينة المنوّرة على وجه الصلة والمبرة ثم يموت المرسل إليه ، وقد أفتيت بدفع ذلك لولده بيرى (قوله وإن آجرها الإمام لا) أى لايسقط معلومه تنزيلا لعقده منزلة القبض تأمل ، لكن تقدم أن الموقوف عليه الغلة أو السكنى لايملك الإجارة والظاهر أن هذا الفرع مبنى على القول الأول بالسقوط .

مطلب فيما إذا قبض المعلوم وغاب قبل تمام السنة

(قوله أخذ الإمام الغلة) أى قبض معلوم السنة بتمامها كما فى البحر قال فى الهندية : إمام المسجد رفع الغلة وذهب قبل مضى السنة لايسترد منه الصلة والعبرة بوقت الحصاد ، فإن كان يؤم فى المسجد وقت الحصاد يستحق كذا فى الوجيز وهل يحل للإمام أكل حصة ما بقى من السنة إن كان فقيرا يحل ، وكذا الحكم فى طلبة العلم يعطون فى كل سنة شيئا مقدرا من الغلة وقت الإدراك فأخذ واحد منهم قسطه وقت الإدراك، فتحول عن تلك المدرسة كذا فى المحيط اه وقوله : والعبرة بوقت الحصاد ظاهره المنافاة لما قدمناه عن الطرسوسى لكن أجاب فى البحر : بأن المراد أن العبرة به فيما إذا قبض معلوم السنة قبل مضيها لا لاستحقاقه بلا قبض قال مع أنه نقل فى القنية عن بعض الكتب أنه ينبغى أن يسترد من الإمام حصة ما لم يؤم فيه قال ط : قلت : وهو الأقرب لغرض الواقف اه .

قلت : وينبغى تقييد هذا بما إذا لم يكن ذلك مقدرا لكل يوم لما قدمنا عن القنية إن كان الواقف قدر للمدرس لكل يوم مبلغا فلم يدرس يوم الجمعة أو الثلاثاء ، لايحل أجر هذين اليومين وتقدم تمامه قبيل قوله ولو دارا فعمارته على من له السكنى (قوله فصار كالجزية) أى إذا مات الذمى فى أثناء السنة لايؤخذ منه الجزية لما مضى من الحول ويحتمل أن المراد أنه إذا عجلها أثناء السنة ثم أسلم أو مات لاتسترد ط (قوله ونظم ابن شحنة الغيبة الخ) أقول : حاصل مافى شرحه تبعا للبزازية أنه إذا غاب عن المدرسة فإما أن يخرج من المصر أولا فإن خرج مسيرة سفر ثم رجع ليس له طلب مامضى من معلومه بل يسقط ، وكذا لو سافر لحج ونحوه وإن لم يخرج لسفر بأن خرج إلى الرستاق فإن أقام خمسة عشر يوما فأكثر فإن بلا عذر كالخروج للتنزه فكذلك وإن لعذر كطلب المعاش فهو عفو إلا أن تزيد غيبته على ثلاثة أشهر ، فلغيره أخذ حجرته ووظيفته أى معلومه وإن لم يخرج من المصر فإن اشتغل

---

(١) (قوله فى حياته) متعلق بالماضية وقوله : يستحق نصيبه منه أى من الوارد المفهوم من ورد اه .

ومنه : وما ليس بد منه إن لم يزد على ثلاث شهور فهو يعفى ويغفر
وقد أطبقوا لا يأخذ السهم مطلقا لما قد مضى والحكم فى الشرع يسفر

قلت : وهذا كله فى سكان المدرسة ، وفى غير فرض الحج وصلة الرحم أما فيهما فلا يستحق العزل والمعلوم كما فى شرح الوهبانية للشرنبلالى فى المنظومة المحبية :

لا تجز استنابة الفقيه لا ولا المدرس لعذر حصلا
كذاك حكم سائر الأرباب أو لم يكن عذر فذا من باب

بكتابة علم شرعى ، فهو عفو وإلا جاز عزله أيضا واختلاف ، فيما إذا خرج للرستاق وأقام دون خمسة عشر يوما لغير عذر فقيل : يسقط ، وقيل : لا هذا حاصل ماذكره ابن الشحنة فى شرحه .

وملخصه : أنه لا يسقط معلومه الماضى ، ولا يعزل فى الآتى إذا كان فى المصر مشتغلا بعلم شرعى أو خرج لغير سفر، وأقام دون خمسة عشر يوما بلا عذر على أحد القولين أو خمسة عشر فأكثر ، لكن لعذر شرعى كطلب المعاش ، ولم يزد على ثلاثة أشهر وأنه يسقط الماضى ، ولا يعزل لو خرج مدة سفر ورجع أو سافر لحج ونحوه أو خرج للرستاق لغير عذر مالم يزد على ثلاثة أشهر، وأنه يسقط الماضى ويعزل لو كان فى المصر غير مشتغل بعلم شرعى أو خرج منه وأقام أكثر من ثلاثة أشهر ، ولو لعذر قال الخير الرملى : وكل هذا إذا لم ينصب نائبا عنه وإلا فليس لغيره أخذ وظيفته اه ويأتى قريبا حكم النيابة هذا وفى القنية من باب الإمامة إمام يترك الإمامة لزيارة أقربائه فى الرساتيق أسبوعا أو نحوه أو لمصيبة أو لاستراحة لا بأس به ومثله عفو فى العادة والشرع اه وهذا مبنى على القول بأن خروجه أقل من خمسة عشر يوما بلا عذر شرعى ، لا يسقط معلومه ، وقد ذكر فى الأشباه فى قاعدة العادة محكمة عبارة القنية هذه وحملها على أنه يسامح أسبوعا فى كل شهر ، واعترضه بعض محشيه بأن قوله فى كل شهر ، ليس فى عبارة القنية مايدل عليه قلت : والأظهر ما فى آخر شرح منية المصلى للحلبى أن الظاهر أن المراد فى كل سنة .

[تنبيه] ذكر الخصاف أنه لو أصاب القيم خرس أو عمى أو جنون أو فالج أو نحوه من الآفات ، فإن أمكنه الكلام والأمر والنهى والأخذ والإعطاء فله أخذ الأجر ، وإلا فلا قال الطرسوسى : ومقتضاه أن المدرس ونحوه إذا أصابه عذر من مرض أو حج بحيث لا يمكنه المباشرة لا يستحق المعلوم لأنه أراد الحكم فى المعلوم على نفس المباشرة فإن وجدت استحق المعلوم وإلا فلا وهذا هو الفقه اه ملخصا .

قلت : ولا ينافى هذا مامر من المسامحة بأسبوع ونحوه لأن القليل مغتفر كما سومح بالبطالة المعتادة على مامر بيانه فى محله (قوله ومنه) أى من النظم لأن ابن الشحنة نظم فى هذه المسألة خمسة أبيات فاقتصر الشارح على بيتين منها (قوله مطلقا) أى سواء كان له منه بد أو لا لكن بعد كونه مسيرة سفر كما أفاده بقوله : والحكم فى الشرع يسفر بفتح الياء من السفر قال ناظمه والمراد بقولنا فى الشرع يسفر أى من يعد مسافرا شرعا . لكن اعترضه ط بقول القاموس السافر والمسافر لا فعل له .

مطلب فى الغيبة التى يستحق بها العزل عن الوظيفة ومالا يستحق

(قوله قلت وهذا) أى التفصيل المذكور فى الغيبة إنما هو فيما إذا قال : وقفت هذا على ساكنى مدرستى ، وأطلق أما لو شرط شرطا تبع كحضور الدرس أياما معلومة فى كل جمعة فلا يستحق المعلوم إلا من باشر خصوصا إذا قال من غاب عن الدرس قطع معلومه فيجب اتباعه وتمامه فى البحر (قوله أما فيهما) أى فى فرض الحج وصلة الرحم (قوله والمعلوم) بالنصب عطفا على العزل (قوله لا تجز استنابة الفقيه) لا ناهية وتجز مجزوم بها وهو

. . . .

بضم أوله وكسر ثانيه ، ولا الثانية تأكيد للأولى وقوله : سائر الأرباب أى أصحاب الوظائف وقوله : فهذا من باب أى عدم جواز الاستنابة إن لم يكن عذر من باب أولى ، وقد تابع الناظم فى هذا مافهمه الطرسوسى من كلام الخصاف المار آنفا قال : فإنه لم يجعل له الاستنابة مع قيام الأعذار المذكورة فإنها لو جازت لقال ، ويجعل له من يقوم مقامه إلى زوال عذره ، واعترضه فى البحر بأن الخصاف صرح بأن للقيم أن يوكل وكيلا يقوم مقامه ، وله أن يجعل له من المعلوم شيئا وكذا فى الإسعاف وهذا كالتصريح بجواز الاستنابة ، لأن النائب وكيل بالأجرة وفى القنية استخلف الإمام خليفة فى المسجد ليؤم فيه زمان غيبته لايستحق الخليفة من أوقاف الإمامة شيئا إن كان الإمام أم أكثر السنة اهـ . وفى الخلاصة أن الإمام يجوز استخلافه بلا إذن بخلاف القاضى ، وعلى هذا لاتكون وظيفته شاغرة ، وتصح النيابة .

مطلب مهم فى الاستنابة فى الوظائف

قال فى البحر : وحاصل مافى القنية : أن النائب لايستحق شيئا من الوقف لأن الاستحقاق بالتقرير ، ولم يوجد ويستحق الأصيل الكل إن عمل أكثر السنة وسكت عما يعينه الأصيل للنائب كل شهر فى مقابلة عمله والظاهر أنه يستحق لأنها إجارة وقد وفى العمل بناء على قول المتأخرين المفتى به من جواز الاستئجار على الإمامة والتدريس وتعليم القرآن وعلى القول بعدم جواز الاستنابة إذا لم يعمل الأصيل وعمل النائب كانت الوظيفة شاغرة ، ولايجوز للناظر الصرف إلى واحد منهما ويجوز للقاضى عزله وعمل الناس بالقاهرة على الجواز وعدم اعتبارها شاغرة مع وجود النيابة ثم قال : فالذى تحرر جواز الاستنابة فى الوظائف اهـ ويؤيده مامر فى الجمعة من ترجيح جواز استنابة الخطيب قال الخير الرملى فى حاشيته ماتقدم عن الخلاصة ذكره فى كتاب القضاء من الكنز والهداية وكثير من المتون والشروح والفتاوى ، ويجب تقييد جواز الاستنابة بوظيفة تقبل الإنابة كالتدريس ، بخلاف التعلم ، وحيث تحرر الجواز فلا فرق بين أن يكون المستناب مساويا له فى الفضيلة ، أو فوقه أو دونه كما هو ظاهر ، ورأيت لمتأخرى الشافعية من قيده بالمساوى ، وبما فوقه وبعضهم قال : بجوازه مطلقا ولو دونه وهو الظاهر والله تعالى أعلم اهـ .

وقال فى الخيرية : بعد نقل حاصل مافى البحر والمسألة وضع فيها رسائل ، ويجب العمل بما عليه الناس وخصوصا مع العذر وعلى ذلك جميع المعلوم للمستنيب وليس للنائب إلا الأجرة التى استأجره بها اهـ .

قلت : وهذا اختيار لخلاف ما أفتى به علامة الوجود المفتى أبو السعود من اشتراط العذر الشرعى وكون الوظيفة مما يقبل النيابة كالإفتاء والتدريس وكون النائب مثل الأصيل أو خيرا منه وأن المعلوم بتمامه يكون للنائب ليس للأصيل منه شئ اهـ ونقله البيرى وقال : إنه الحق ، لكنه نقل عن الشيخ بدر الدين الشهاوى الحنفى مثل مافى البحر ، وعن شيخ مشايخه القاضى على بن ظهيرة الحنفى اشتراط العذر .

مطلب فيما إذا شرط المعلوم لمباشر الإمامة لايستحق المستنيب

قلت : أما اشتراط العذر ، فله وجه وأما كون النائب مثل الأصيل أو خيرا منه فهو بعيد حيث وجدت فى النائب أهلية تلك الوظيفة ، إلا أن يراد مثله فى الأهلية ، ويشير إليه مافى فتاوى ابن الشلبى حيث سئل عن الناظر

والمتولى لو لوقف أجرا لـكنه فى صكه ماذكرا
من أى جهة تولى الوقفا ماجوزوا ذلك حيث يلفى
ومثله الوصى إذ يختلف حكمهما فى ذا على مايعرف
بحسب التقليد والنصب فقس كل التصرفات كى لاتلتبس

قلت : لـكن للسيوطى رسالة سماها الضبابة فى جواز الاستنابة ، ونقل الاجماع على ذلك فليحفظ (ولاية نصب القيم إلى الواقف

إذا ضعفت قوته عن التحدث على الوقف هل له أن يأذن لغيره فيه بقية حياته وهل له النزول عن النظر؟ أجاب : نعم له استنابة من فيه العدالة والكفاية ولايصح نزوله عن النظر المشروط له ولو عزل نفسه لم ينعزل اه وأما كون المعلوم للنائب فينافيه مامر عن البحر من أن الاستحقاق بالتقرير ، ولاسيما إذا باشر الأصيل أكثر السنة ، فصريح ما مر عن القنية أنه لا يستحق النائب شيئا أى إلا إذا شرط له الأصيل أجرة أما إذا كان المباشر هو النائب وحده وشرط الواقف المعلوم لمباشر الإمامة أو التدريس مثلا فلا خفاء فى اختصاصه بالمعلوم بتمامه ، وكتبت فى تنقيح الحامدية عن المحقق الشيخ عبد الرحمن أفندى العمادى أنه سئل فيما إذا كان لمؤذنى جامع مرتبات فى أوقات شرطها واقفوها لهم فى مقابلة أدعية يباشرونها للواقفين المذكورين وجعل جماعة من المؤذنين لهم نوابا عنهم فى ذلك ، فهل يستحق النواب المباشرون للأذان والأدعية المزبورة المرتبات المرقومة دون الجماعة المذكورين الجواب : نعم .

مطلب فيما إذا أجر ولم يذكر جهة توليته

(قوله والمتولى لو وقف أجرا الخ) فى الإسعاف الناظر إذا آجر أو تصرف تصرفا آخر ، وكتب فى الصك آجر وهو متولى على هذا الوقف ، ولم يذكر أنه متول من أى جهة قالوا تكون فاسدة اه .

قلت : وهذا مشكل إذ لو كان متوليا فى نفس الأمر من جهة الواقف أو القاضى يصح إيجاره والظاهر أن المراد فساد كتابة الصك ، لأن الصكوك تبنى على زيادة الإيضاح ، ولأنه لا يمكن للحاكم أن يحكم بصحة إيجاره وباقى تصرفاته مالم يصح نصبه ممن له ولاية ذلك يؤيده مافى السابع والعشرين من جامع الفصولين : لو كان الوصى أو المتولى من جهة الحاكم فالأوثق أن يكتب فى الصكوك والسجلات ، وهو الوصى من جهة حاكم له ولاية نصب الوصية والتولية ، لأنه لو اقتصر على قوله وهو الوصى من الحاكم ربما يكون من حاكم ليس له ولاية نصب الوصى ، فإن القاضى لايملك نصب الوصى والمتولى إلا إذا كان ذكر التصرف فى الأوقاف والأيتام منصوصا عليه فى منشوره فصار كحكم نائب القاضى فإنه لابد أن يذكروا أن فلانا القاضى مأذون بالإنابة تحرزا عن هذا الوهم اه قال فى البحر : ولا شك أن قول السلطان جعلتك قاضى القضاة كالتنصيص على هذه الأشياء فى المنشور كما صرح به فى الخلاصة فى مسألة استخلاف القاضى اه . (قوله بحسب التقليد) متعلق بقوله يختلف (قوله فقس كل التصرفات) أى على الإجارة وذلك كالبيع والشراء وقوله : كى لا تلتبس أى الأحكام وهو علة لقوله ماجوزوا ط (قوله سماها الضبابة) اسمها كشف الضبابة فى القاموس الضباب بالفتح : ندى كالغيم أو سحاب رقيق كالدخان ط .

مطلب ولاية نصب القيم إلى الوقف ثم لوصيه ثم للقاضى

(قوله ولاية نصب القيم إلى الواقف) قال فى البحر قدمنا أن الولاية للواقف ثابتة مدة حياته وإن لم يشترطها وأن له عزل المتولى ، وأن من ولاه لايكون له النظر بعد موته أى موت الواقف إلا بالشرط على قول أبى يوسف :

ثم لوصيه) لقيامه مقامه ولو جعله على أمر الوقف فقط كان وصيا فى كل شىء خلافا للثانى ولو جعل النظر لرجل ثم جعل آخر وصيا كانا ناظرين مالم يخصص ، وتمامه فى الاسعاف فلو وجد كتابا وقف فى كل اسم متول وتاريخ الثانى متأخر اشتركا بحر .

مطلب الأفضل فى زماننا نصب المتولى بلا إعلام القاضى وكذا وصى اليتيم

ثم ذكر عن التتارخانية ماحاصله أن أهل المسجد لو اتفقوا على نصب رجل متوليا لمصالح المسجد فعند المتقدمين يصح ولكن الأفضل كونه بإذن القاضى ، ثم اتفق المتأخرون إن الأفضل أن لايعلموا القاضى فى زماننا لما عرف من طمع القضاة فى أموال الأوقاف ، وكذلك إذا كان الوقف على أرباب معلومين يحصى عددهم إذا نصبوا متوليا وهم من أهل الصلاح اه .

قلت : ذكروا مثل هذا فى وصى اليتيم وأنه لو تصرف فى ماله أحد من أهل السكة من بيع ، أو شراء جاز فى زماننا للضرورة ، وفى الخانية : أنه استحسان وبه يفتى . وأما ولاية نصب الإمام والمؤذن فسيذكرها المصنف .

مطلب الوصى يصير متوليا بلا نص

(قوله ثم لوصيه) فلو نصب الواقف عند موته وصيا ولم يذكر من أمر الوقف شيئا تكون ولاية الوقف إلى الوصى بحر . ومقتضى قولهم وصى القاضى كوصى الميت إلا فى مسائل : إن وصى القاضى هنا كذلك لعدم استثنائه من الضابط المذكور أفاده الرملى .

قلت : ووصى الوصى كالوصى كما يأتى (قوله كان وصيا فى كل شىء) هو ظاهر الرواية وهو الصحيح تتارخانية (قوله خلافا للثانى) فعنده إذا قال له أنت وصيى فى أمر الوقف فهو وصى فى الوقف فقط ، وهو قول هلال أيضا وجعل فى الخانية أبا يوسف مع أبى حنيفة فكان عنه روايتان إسعاف ، وفى التتارخانية إنه قول محمد أيضا وجعل مافى الخانية ظاهر الرواية عن أبى يوسف فكان الأولى أن يقول خلافا لمحمد وأن يحذف قوله فقط (قوله مالم يخصص) بأن يقول : وقفت أرضى على كذا وجعلت ولايتها لفلان ، وجعلت فلانا وصيى فى تركاتى وجميع أمورى ، فحينئذ ينفرد كل منهما بما فوض إليه إسعاف . ولعل وجهه(١) أن تخصيص كل منهما بشىء فى مجلس واحد قرينة على عدم المشاركة لكن فى أنفع الوسائل عن الذخيرة ولو أوصى لرجل فى الوقف وأوصى إلى آخر فى ولده كانا وصيين فيهما جميعا عند أبى حنيفة وأبى يوسف اه تأمل .

مطلب نصب متوليا ثم آخر اشتركا

(قوله فلو وجد كتابا وقف الخ) أى كتابان لوقف واحد وهذا الجواب أخذه فى البحر من عبارة الإسعاف المذكورة ثم قال : ولا يقال إن الثانى ناسخ كما تقدم عن الخصاف فى الشرائط أى من أنه لو شرط أن لاتباع ثم قال فى آخره : على أن له الاستبدال كان له لأن الثانى ناسخ للأول ، لأنا نقول إن التولية من الواقف خارجة عن حكم سائر الشرائط ، لأن له فيها التغيير والتبديل ، كلما بدا له من غير شرط فى عقدة الوقف على قول أبى يوسف وأما باقى الشرائط فلابد من ذكرها فى أصل الوقف اه . وفيه نظر بل تعليله يدل على خلافه فتأمل : نعم ذكر

---

(١) (قوله ولعل وجهه الخ) لاحاجة إليه بل هذا مفرع على قول محمد ويصح تفريعه على قولهما وأيضا هذا الفرع منقول عن الإسعاف وليس فيه العزو إلى أحد من الأئمة اه .

[فرع] طالب التولية لايولى إلا المشروط له النظر لأنه مولى فيريد التنفيذ نهر (ثم) إذا مات المشروط له بعد موت الواقف ولم يوص لأحد فولاية النصب

فى أنفع الوسائل عن الخصاف إذا وقف أرضين كل أرض على قوم وجعل ولاية كل أرض إلى رجل ، ثم أوصى بعد ذلك إلى زيد فلزيد أن يتولى مع الرجلين ، فإن أوصى زيد إلى عمرو فلعمرو مثل ماكان لزيد قال فى أنفع الوسائل فقد جعل وصى الوصى بمنزلة الواقف ، حتى جعل له أن يشارك من جعل الواقف النظر له اه وفى أدب الأوصياء عن التاترخانية : أوصى إلى رجل ومكث زمانا فأوصى إلى آخر فهماوصيان فى كل وصاياه ، سواء تذكر إيصاءه إلى الأول أو نسى لأن الوصى عندنا لاينعزل مالم يعزله الموصى ، حتى لو كان بين وصيتيه مدة سنة أو أكثر لاينعزل الأول عن الوصاية اه وقد قالوا إن الوقف يستقى من الوصية . نعم فى القنية : لو نصب القاضى قيما آخر لاينعزل الأول إن كان منصوبا من الواقف فلومن جهته ويعلمه وقت نصب الثانى ينعزل ، ومفاده الفرق بين الواقف والقاضى فى نصب الثانى ففى الواقف يشارك ، وفى القاضى يختص الثانى وينعزل الأول إن كان يعلمه وقت نصب الثانى فاغتنم هذا التحرير .

مطلب طالب التولية لايولى

(قوله طالب التولية لايولى) كمن طلب القضاء لايقلد فتح ، وهل المراد أنه لاينبغى أو لايحل استظهر فى البحر الأول تأمل (قوله إلا المشروط له النظر) بأن قال جعلت نظر وقفى لفلان ، والظاهر أن مثله مالو شرطه للذكور من الموقوف عليهم ولم يوجد غير ذكر واحد ، وأما لو انحصر الوقف فى واحد لايلزم أن يكون هو الناظر عليه بلا شرط الواقف كما قدمناه عن جامع الفصولين عند قوله الموقوف عليه لايملك الإيجار ولا الدعوى .

مطلب التولية خارجة عن حكم سائر الشرائط

لأن له فيها التغيير بلا شرط بخلاف باقى الشرائط

(قوله بعد موت الواقف الخ) قيد به لأنه لو مات قبله قال فى المجتبى ولاية النصب للواقف وفى السير الكبير قال محمد النصب للقاضى اه : وفى الفتاوى الصغرى : الرأى للواقف لا للقاضى ، فإن كان الواقف ميتا فوصيه أولى من القاضى فإن لم يكن أوصى فالرأى للقاضى اه بحر ومفاده أنه لايملك التصرف فى الوقف مع وجود المتولى ومنه الإيجار كما حررناه عند قول المصنف ولو أبى أو عجز عمر الحاكم بأجرتها الخ ويؤيده قوله فى البحر بعد مانقلناه عنه .

مطلب ولاية القاضى متأخرة عن المشروط له ووصيه

فأفاد أن ولاية القاضى متأخرة عن المشروط له ووصيه ، فيستفاد منه عدم صحة تقرير القاضى فى الوظائف فى الأوقاف إذا كان الواقف شرط التقرير للمتولى ، وهو خلاف الواقع فى القاهرة فى زماننا وقبله بيسير اه وأفتى فى الخيرية بهذا المستفاد وقال : وبه أفتى العلامة قاسم كما قدمناه عند قول المصنف وينزع لو غير مأمون (قوله ولم يوص) أى المشروطة له قال فى البحر : إذا مات المتولى المشروط له بعد الواقف فالقاضى ينصب غيره ، وشرط فى المجتبى أن لايكون المتولى أوصى به لآخر عند موته ، فإن أوصى لاينصب القاضى اه .

(للقاضى) إذ لاولاية لمستحق إلا بتولية كما مر (وما دام أحد يصلح للتولية من أقارب الواقف لايجعل المتولى من الأجانب) لأنه أشفق

قلت : وهذا إذا لم يكن الواقف شرط بعد المتولى المذكور إلى آخر لأنه يصير مشروطا أيضا ويأتى بيانه قريبا .

مطلب المراد قاضى القضاة فى كل موضع ذكروا القاضى فى أمور الأوقاف

(قوله للقاضى) قيده فى البحر بقاضى القضاة أخذا من عبارة جامع الفصولين التى قدمناها قبل ورقة ثم قال وعلى هذا فقولهم فى الاستدانة بأمر القاضى المراد به قاضى القضاة وفى كل موضع ذكروا القاضى فى أمور الأوقاف بخلاف قولهم : وإذا رفع إليه حكم قاض أمضاه فإنه أعم كما لايخفى اهـ .

مطلب نائب القاضي لايملك إبطال الوقف

قال فى الخيرية وهو صريح فى أن نائب القاضى لايملك إبطال الوقف ، وإنما ذلك خاص بالأصل الذى ذكر له السلطان فى منشوره نصب الولاة والأوصياء ، وفوض له أمور الأوقاف ، وينبغى الاعتماد عليه وإن بحث فيه شيخنا الشيخ محمد بن سراج الدين الحانوتى لما فى إطلاق مثله للنواب فى هذا الزمان من الاختلال والمسألة لانص فيها بخصوصها فيما اطلعنا عليه ، وكذا فيما اطلع عليه شيخنا المذكور وصاحب البحر وإنما استخرجها تفقها اهـ ونقل فى حاشيته على البحر عبارة شيخه الحانوتى بطولها ، وأقرها ومن جملتها ومما يدل على عدم اختصاص قاضى القضاة باستبدال الوقف ، بل يجوز من نائبه أيضا أن نائبه قائم مقامه ، ولذا كان المفهوم من كلامهم أنه إذا شرط فى منشوره تزويج الصغائر والصغار كان لمنصوبه ذلك وعبارة ابن الهمام فى ترتيب الأولياء فى النكاح ، ثم السلطان ثم القاضى إذا شرط فى عهده ذلك ثم من نصبه القاضى اهـ ملخصا .

[تنبيه] قدمنا عن البحر أن المتولى ينعزل بموت الواقف إلا إذا جعله قيما فى حياته ، وبعد موته وذكر فى القنية إذا مات القاضى أو عزل يبقى مانصبه على حاله قياسا على نائبه فى القضاء اهـ قال فى أنفع الوسائل : وينبغى أن يحمل على ما إذا عمم له الولاية فى حياته وبعد وفاته ، لأن القاضى بمنزلة الواقف اللهم إلا أن يقال إن ولاية القاضى أعم وفعله حكم ، وحكمه لايبطل بموته ولا عزله وتمامه فيه لكنه ذكر أن ولاية الوقف للقاضى وإن لم يشرطها السلطان فى تقليده ، ولم يعزه إلى أحد وهو خلاف المنقول فى جامع الفصولين كما علمت (قوله إذ لا ولاية لمستحق) تعليل لما فهم من حصر الولاية بمن ذكر (قوله كما مر) أى من قوله والموقوف عليه الغلة لايملك الإجارة إلا بتولية وقدمناه قريبا .

مطلب لايجعل الناظر من غير أهل الوقف

(قوله وما دام أحد الخ) المسألة فى كافى الحاكم ونصها : ولا يجعل القيم فيه من الأجانب ما وجد فى ولد الواقف ، وأهل بيته من يصلح لذلك فإن لم يجد فيهم من يصلح لذلك ، فجعله إلى أجنبى ثم صار فيهم من يصلح له صرفه إليه اهـ ومفاده : تقديم أولاد الواقف وإن لم يكن الوقف عليهم بأن كان على مسجد أو غيره ، ويدل له التعليل الآتى وفى الهندية عن التهذيب : والأفضل أن ينصب من أولاد الموقوف عليه ، وأقاربه مادام يوجد أحد منهم يصلح لذلك اهـ والظاهر : أن مراده بالموقوف عليه من كان من أولاد الواقف ، فلا ينافى ماقبله ثم تعبيره بالأفضل

ومن قصده نسبة الوقف إليهم (أراد المتولى إقامة غيره مقامه فى حياته) وصحته (إن كان التفويض له) بالشرط (عاما صح) ولا يملك عزله إلا إذا كان الواقف جعل له التفويض والعزل (وإلا) فإن فوض فى صحته (لا) يصح وإن فى مرض موته صح وينبغى أن يكون له العزل والتفويض إلى غيره كالإيصاء أشباه.

يفيد أنه لو نصب أجنبيا مع وجود من يصلح من أولاد الواقف يصح فافهم. ولا ينافى ذلك ما فى جامع الفصولين من أنه لو شرط الواقف كون المتولى من أولاده وأولادهم ليس للقاضى أن يولى غيرهم بلا خيانة، ولو فعل لا يصير متوليا اه لأنه فيما إذا شرطه الواقف وكلامنا عند عدم الشرط، ووقع قريبا من أواخر كتاب الوقف من الخيرية مايفيد أنه فهم عدم الصحة مطلقا كما هو المتبادر من لفظ لا يجعل فتأمل. وأفتى أيضا بأن من كان من أهل الوقف لايشترط كونه مستحقا بالفعل بل يكفى كونه مستحقا بعد زوال المانع وهو ظاهر، ثم لايخفى أن تقديم من ذكر مشروط بقيام الأهلية فيه حتى لو كان خائنا يولى أجنبى حيث لم يوجد فيهم أهل لأنه إذا كان الواقف نفسه يعزل بالخيانة فغيره بالأولى.

مطلب إذا قبل الأجنبى النظر مجانا فللقاضى نصبه

[تنبيه] قدمنا عن البيرى عن حاوى الحصيرى عن وقف الأنصارى أنه إذا لم يكن من يتولى الوقف من جيران الواقف وقرابته إلا برزق ويقبل واحد من غيرهم بلا رزق فللقاضى أن ينظر الأصلح لأهل الوقف (قوله ومن قصده) أى قصد الوقف. وعبارة الإسعاف أو لأن من قصد الواقف نسبة الوقف إليه وذلك فيما ذكرنا.

مطلب للناظر أن يوكل غيره

(قوله أراد المتولى إقامة غيره مقامه) أى بطريق الاستقلال، أما بطريق التوكيل فلا يتقيد بمرض الموت. وفى الفتح للناظر أن يوكل من يقوم بما كان إليه من أمر الوقف ويجعل له من جعله شيئا وله أن يعزله ويستبدل به أو لا يستبدل، ولو جن انعزل وكيله ويرجع إلى القاضى فى النصب اه وشمل كلام المصنف المتولى من جهة القاضى أو الواقف كما فى أنفع الوسائل عن التتمة، وقال وهو أعم من قوله فى القنية للمتولى أن يفوض فيما فوض إليه إن عمم القاضى التفويض إليه وإلا فلا اه فإن ظاهره أن هذا الحكم فى المتولى من جهة القاضى فقط (قوله وصحته) عطف تفسير أراد به بيان أن المراد بالحياة ماقابل المرض، وهو الصحة لا ما يشملهما فافهم. (قوله إن كان التفويض له بالشرط عاما صح) لم يظهر لى معنى قوله بالشرط، ولعل المراد به اشتراط الواقف أو القاضى ذلك له وقت النصب، ومعنى العموم كما فى أنفع الوسائل أنه ولاه وأقامه مقام نفسه وجعل له أن يسنده ويوصى به إلى من شاء ففى هذه الصورة يجوز التفويض منه فى حال الحياة وفى حالة المرض المتصل بالموت اه (قوله ولايملك عزله الخ) هذا ذكره الطرطوسى بحثا وقال بخلاف الواقف: فإن له عزل القيم وإن لم يشرطه والقيم لايملكه كالوكيل إذا أذن له الموكل فى أن يوكل فوكل حيث لم يملك العزل، وكالقاضى إذا أذن له السلطان فى الاستخلاف فاستخلف شخصا لايملك عزله، إلا إن شرط له السلطان العزل وأطال فى ذلك فراجعه إن شئت (قوله وإلا) أى وإن لم يكن التفويض له عاما لايصح، وقوله: فإن فوض فى صحته الأولى حذفه لأن الكلام فى الصحة، وحينئذ فقوله وإن فى مرض موته مقابل لقوله فى حياته وإنما صح إذا فوض فى مرض

قال : وسئلت عن ناظر معين بالشرط ثم من بعده للحاكم فهل إذا فوض النظر لغيره ثم مات ينتقل للحاكم ؟ فأجبت : إن فوض فى صحته فنعم ، وإن فى مرض موته لامادام المفوض له باقيا لقيامه مقامه ،

موته وإن لم يكن التفويض له عاما لما فى الخانية من أنه بمنزلة الوصى (١) وللوصى أن يوصى إلى غيره اه وسيذكر الشارح فى كتاب الإقرار عن الأشباه الفعل فى المرض أحط رتبة من الفعل فى الصحة إلا فى مسألة إسناد الناظر النظر لغيره بلا شرط ،فإنه فى مرض الموت صحيح لافى الصحة كما فى التتمة وغيرها اه . ووجهه ماعلمته من أنه بمنزلة الوصى . ولما كان الوصى له عزل من أوصى إليه ونصب غيره اتجه قوله : وينبغى أن يكون له العزل والتفويض كالإيصاء بخلاف الإسناد فى حال الصحة لأنه فى حال الصحة كالوكيل ولايملك الوكيل العزل كما مر .

مطلب فى الفرق بين تفويض الناظر النظر فى صحته و بين فراغه عنه

[تنبيه] صرحوا بصحة الفراغ عن النظر وغيره من الوظائف ، وأفتى العلامة قاسم بسقوط حق الفارغ بمجرد فراغه لكنه لم يتابع على ذلك فلابد من تقرير القاضى كما قدمناه عند قوله : وينزع لو غير مأمون، وأنت خبير بأن هذا شامل للفراغ فى حال الصحة والمرض ، فينافى ماهنا من عدم صحة التفويض فى حال الصحة بلا تعميم ، وتوقفت فى ذلك مدة وظهر لى الآن الجواب بأن الفراغ مع التقرير من القاضى عزل لاتفويض ، ويدل عليه قوله فى البحر : إذا عزل نفسه عند القاضى فإنه ينصب غيره ولا ينعزل بعزل نفسه مالم يبلغ القاضى ، ثم قال : ومن عزل نفسه الفراغ عن وظيفة النظر لرجل عند القاضى الخ ، فهذا صريح فيما قلناه ولله الحمد وبه ظهر أن قولهم هنا لايصح إقامة المتولى غيره مقامه فى حياته وصحته مقيد بما إذا لم يكن عند القاضى . أما لو كان عند القاضى كان عزلا لنفسه وتقرير القاضى للغير نصب جديد وهى مسألة الفراغ بعينها وبهذا يتجه عدم سقوط حق الفارغ قبل تقرير القاضى ، خلافا لما أفتى به العلامة قاسم إذ لو سقط قبله انتقض (٢) قولهم لاتصح إقامته فى صحته بخلافه بعد تقرير القاضى ، لأنه بعده يصير عزلا لنفسه عن الوظيفة . ولا يرد أن العزل يكفى فيه مجرد علم القاضى كما مر فلا حاجة إلى التقرير ، لأن الفراغ عزل خاص (٣) مشروط فإنه لم يرض بعزل نفسه إلا لتصيير الوظيفة لمن نزل له عنها فإذا قرر القاضى المنزول له تحقق الشرط فتحقق العزل وبهذا تجمع كلماتهم ،فاغتنم هذا التحرير فإنه فريد (قوله قال) أى صاحب الأشباه (قوله فأجبت إن فوض الخ) أى أخذا مما مر آنفا من الفرق بين حال الصحة والمرض ، لكن فيه أن مقتضى كلام الواقف عدم الإذن باقامة غيره مقامه لافى الصحة ولافى المرض حيث شرط انتقاله من بعده للحاكم،وكذا نقل الحموى أنه يجب انتقاله للحاكم ولو فوض فى مرضه

---

(١) (قوله لما فى الخانية من أنه بمنزلة الوصى الخ) فيه أن هذا قياس مع الفارق لأن كلامنا الآن فى تفويض المتولى بمعنى فراغه عن النظر ونزوله عنه لآخر لا فى إيصاء بالنظر حتى يصح القياس على الوصى اه أى لأن الإيصاء جعل الغير وصيا بعد الموت والتفويض جعل الغير متوليا فى الحال فافترقا اه.

(٢) (قوله إذ لو سقط قبله انتقض الخ) لاانتقاض لأن المنفى الاقامة بمعنى التولية والذى أفتى به العلامة قاسم إنما هو صحة الفراغ وعزل الفارغ ولم يقع فى كلامه التعرض لصحة التولية ولا تلازم بين صحة الفراغ والتولية أى لا يلزم من صحة فراغه لغيره بمعنى عزله لنفسه صحة تولية المفروغ له اه.

(٣) (قوله لأن الفراغ عزل خاص الخ) هذا يفيد عدم صحة توليه غير المنزول له لأن الفارغ لم يرض لعزل نفسه إلا لتصيير الوظيفة لمن نزل له لأن الفراغ عزل مشروط بالصيرورة المذكورة مع أنه تقدم المحشى أنه يصح العزل ولا يتعين على القاضى تولية المفروغ له بل له أن يولى غيره اه .

وعن واقف شرط مرتبا لرجل معين ، ثم من بعده للفقراء ففرغ منه لغيره ثم مات هل ينتقل للفقراء ؟ فأجبت : بالانتقال وفيها للواقف عزل الناظر مطلقا به يفتى ولم أر حكم عزله لمدرس وإمام ولاهما ،

لأن فى التفويض تفويت العمل بالشرط المنصوص عليه من الواقف اه ونقل السيد أبو السعود : أن هذه المسألة مما لم يطلع على نص فيها اه .

مطلب شرط الواقف النظر لعبد الله ثم لزيد ليس لعبد الله أن يفوض لرجل آخر

قلت : بل هى منصوصة فى أنفع الوسائل عن أوقاف هلال ، ونصه : إذا شرط الواقف ولاية هذه الصدقة إلى عبد الله ومن بعد عبد الله إلى زيد فمات عبد الله وأوصى إلى رجل أيكون للوصى ولاية مع زيد قال لايجوز له ولاية مع زيد اه ولا يخفى أن قوله : فمات عبد الله وأوصى إلى رجل يقتضى أن ذلك فى المرض فما قيل إنه محمول على حالة الصحة فلا ينافى مافى الأشباه مردود ، بل العمل بالمتبادر من المنقول مالم يوجد نقل صريح بخلافه ، ولم يستند فى الأشباه إلى نقل حتى يعدل عن هذا المنقول الواجب العمل به لأنه مقتضى نص الواقف ، وهذا ماحرره سيدى عبد الغنى النابلسى رادا على الأشباه ، وبذلك أفتى العلامة الحانوتى أيضا فيمن شرط النظر للأرشد من ذريته ففرغ الأرشد لزوج بنته ومات فقال ينتقل لمن بعده عملا بشرط الواقف ، وتمامه فى فتاواه . وفى فتاوى الشيخ إسماعيل: التفويض المخالف لشرط الواقف لايصح فإذا شرط للإرشادففوض الأرشد فى المرض لغير الأرشد وظهرت خيانته يولى القاضى الأرشد اه وقوله : وظهرت خيانته أى خيانة المفوض حيث خالف فى تفويضه ذلك شرط الواقف ، وما اشتهر على الألسنة من أن مختار الأرشد أرشد قدمنا رده عند قوله وينزع لو غير مأمون الخ وتمام ذلك فى كتابنا تنقيح الفتاوى الحامدية (قوله شرط مرتبا) أى رتب له من ريع الوقف دراهم أوغيرها (قوله وفيها) أى فى الأشباه .

مطلب للواقف عزل الناظر

(قوله للواقف عزل الناظر مطلقا) أى سواء كان بجنحة أولا وسواء كان شرط له العزل أولا وهذا عند أبى يوسف لأنه وكيل عنه وخالفه محمد كما فى البحر : أى لأنه وكيل الفقراء عنده ، وأما عزل القاضى للناظر فقدمنا الكلام عليه عند قوله وينزع لو غير مأمون الخ (قوله به يفتى) والذى فى التجنيس والفتوى على قول محمد أى بعدم العزل عند عدم الشرط ، وجزم به فى تصحيح القدورى للعلامة قاسم وكذلك المؤلف أى ابن نجيم فى رسائله وهو من باب الاختلاف فى الاختيار اه بيرى أى فيه اختلاف التصحيح :

قلت : وهو مبنى على الاختلاف فى اشتراط التسليم إلى المتولى فإنه شرط عند محمد فلا تبقى للواقف ولاية إلا بالشرط ، وغير شرط عند أبى يوسف فتبقى ولايته فاختلاف التصحيح هنا مبنى على اختلافه هناك .

مطلب فى عزل الواقف المدرس وإمام وعزل الناظر نفسه

(قوله ولم أر حكم عزله لمدرس وإمام ولاهما) أقول : وقع التصريح بذلك فى حق الإمام والمؤذن ولاريب أن المدرس كذلك بلا فرق . ففى لسان الحكام عن الخانية : إذا عرض الإمام والمؤذن عذر منعه من المباشر ستة أشهر للمتولى أن يعزله ويولى غيره ، وتقدم مايدل على جواز عزله إذا مضى شهر بيرى. أقول : إن هذا العزل لسبب مقتض والكلام عند عدمه ط .

ويبطل البيع (البانى) للمسجد (أولى) من القوم (بنصب الإمام والمؤذن فى المختار إلا إذا عين القوم أصلح ممن عينه) البانى (صح الوقف قبل وجود الموقوف عليه) فلو وقف على أولاد زيد ولا ولد له أو على مكان هيأه لبناء مسجد أو مدرسة صح (فى الأصح) وتصرف الغلة للفقراء إلى أن يولد لزيد أو يبنى المسجد عمادية. زاد فى النهر:

الشارح فى مسائل شتى آخر الكتاب تقبل على الأصح خلافا لما صوبه الزيلعى اهـ. قلت: ويظهر لى أن التحقيق هو التفصيل والتوفيق وذلك أن البائع إذا ادعى فإن كان هو الموقوف عليه تقبل بينته على إثبات أصل الوقف ولا يعطى شيئا من الغلة لعدم صحة دعواه وقدمر عند قوله وتقبل فيه الشهادة بدون الدعوى تحقيق ما ذكره المصنف فى شرحه من أن ثبوت أصل الوقف لا يحتاج للدعوى وأن المستحق لا يدفع له شىء بلا دعوى حينئذ فإذا كان البائع هو المستحق لا تسمع دعواه لتناقضه بخلاف ما إذا كان المدعى غيره من المستحقين لعدم التناقض منهم. وأما إذا كان الوقف على الفقراء أو على المسجد فتقبل البينة ويثبت الوقف بلا فرق بين كون المدعى هو البائع أو غيره والله سبحانه أعلم [تنبيه] بقى ما لو اشترى دارا ثم ادعى المشترى أنها وقف تسمع دعواه على البائع لو هو المتولى (١) وإلا نصب القاضى له متوليا. أو على قول أبى جعفر وغيره: وإن لم تسمع الدعوى على غير المتولى للتناقض تقبل الشهادة بدون الدعوى وتمام ذلك فى الخيرية فى الثلث الثالث من كتاب الوقف (قوله البانى أولى) وكذا ولده وعشيرته أولى من غيرهم أشباه (قوله بنصب الإمام والمؤذن) أما فى العمارة فنقل فى أنفع الوسائل أن البانى أولى (٢) (قوله إلا إذا عين القوم أصلح ممن عينه) لأن منفعة ذلك ترجع إليهم أنفع الوسائل (قوله أو على مكان هيأه الخ) فيه نظر فإن المكان موجود فيكون وقفا على موجود والذى فى المنح عن العمادية هيأ موضعا لبناء مدرسة وقبل أن يبنى وقف على هذه المدرسة وقفا لشرائطه وجعل آخره للفقراء الخ وقيد بتهيئة المكان لأنه لو وقف على مسجد سيعمره ولم يبن مكانه لم يصح الوقف كما أفتى به مفتى دمشق المحقق عبد الرحمن أفندى العمادى (قوله وتصرف الغلة للفقراء الخ). أقول: هذا الوقف يسمى منقطع الأول: قال فى الخانية ولو قال أرضى صدقة موقوفة على من يحدث لى من الولد وليس له ولد يصح فإذا أدركت الغلة تقسم على الفقراء وإن حدث له ولد بعد القسمة تصرف الغلة التى توجد بعد ذلك إلى هذا الولد لأن قوله صدقة موقوفة وقف على الفقراء وذكر الولد الحادث للاستثناء كأنه قال إلا إن حدث لى ولد فغلتها له ما بقى اهـ ومنه ما فى الإسعاف وقف على ولده وليس له إلا ولد ابن تصرف الغلة لولد الابن إلى أن يحدث للواقف ولد لصلبه فتصرف إليه اهـ وقد يكون منقطع الوسط ومنه ما فى الخانية وقف على ولديه ثم على أولادهما أبدا ما تناسلوا قال ابن الفضل إذا مات أحدهما عن ولد يصرف نصف الغلة إلى الباقى والنصف إلى الفقراء فإذا مات الآخر يصرف الجميع إلى أولاد أولاد الواقف لأن مراعاة شرط الواقف لازم والواقف إنما جعل أولاد الأولاد بعد انقراض البطن الأول فإذا مات أحدهما يصرف النصف إلى الفقراء اهـ.

مطلب فى الوقف المنقطع الأول والمنقطع الوسط

[تنبيه] علم من هذا أن منقطع الأول ومنقطع الوسط يصرف إلى الفقراء. ووقع فى الخيرية خلافه حيث قال فى تعليل جواب ما نصه للانقطاع الذى صرحوا به بأنه يصرف إلى الأقرب للواقف لأنه أقرب لغرضه على الأصح اهـ

---

(١) (قوله فتسمع دعواه على البائع لو هو المتولى) الظاهر أن مرجع الضمير المشترى فإن المعروف من كلامهم اشتراط التولية فى المدعى لا فى المدعى عليه حتى يصح رجوعه على البائع، لكن قول أبى جعفر وإن لم تسمع الدعوى على غير المتولى يفيد أن مرجع الضمير فى عبارتنا هو البائع. وعبارة الخيرية كذلك اهـ تأمل.

(٢) (قوله أى بلا تفصيل) قال شيخنا: مقتضى التعليل المذكور فى مسألة المؤذن والإمام جريانه فى مسألة العمارة أيضا بل ربما كان التفصيل فى العمارة أولى اهـ.

وينبغي أنه لو وقفه على مدرسة يدرس فيها المدرس مع طلبته فدرس فى غيرها لتعذر التدريس فيها أن تصرف العلوفة له لا للفقراء كما يقع فى الروم؛

[فروع مهمة حدثت للفتوى] أرصد الإمام أرضا على ساقية ليصرف خراجها لكلفتها فاستغنى عنها لخراب البلد فنقلها وكيل الإمام لساقية هى ملك هل يصح ؟ أجاب بعض الشافعية بأن الإرصاد على الملك إرصاد على المالك يعنى فيصح فحينئذ يلزم المرصد عليه إدارتها كما كانت لما فى الحاوى الحوض إذا خرب صرفت أوقافه فى حوض آخر فتدبر؛

دار كبيرة فيها بيوت وقف بيتا منها على عتيقة فلان والباقى على ذريته وعقبه ثم على عتقائه فآل الوقف إلى العتقاء هل يدخل من خصه بالبيت فى الثانى؟ اختلف الإفتاء أخذا من خلاف

وهذا سبق قلم فإن ماذكره مذهب الشافعى فقد قال نفسه فى محل آخر من الخيرية والمقطع الوسط فيه خلاف قيل يصرف إلى المساكين وهو المشهور عندنا والمتظافر على ألسنة علمائنا ثم قال بعد أسطر فى جواب سؤال آخر وفى منقطع الوسط الأصح صرفه إلى الفقراء وأما مذهب الشافعى فالمشهور أنه يصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف اهـ (قوله ينبغى الخ) وفى فتاوى الحانوتى بعد كلام فعلم أنه إذا شرط الوقف المعلوم لأحد أنه يستحقه عند قيام المانع من العمل ولم يكن بتقصيره سواء كان ناظرا أو غيره كالجابى اهـ (قوله أرصد الإمام أرضا) أى أخرجها من بيت المال وعينها لهذه الجهة والإرصاد ليس بوقف حقيقة لعدم الملك بل يشبهه كما قدمناه (قوله يعنى فيصح) عبارة النهر بعده وهذا لم أره فى كلام علمائنا إلا أنه فى الخلاصة قال المسجد إذا خرب أو الحوض إذا خرب ولم يحتج إليه لتفرق الناس عنه صرفت أوقافه فى مسجد آخر أو حوض آخر اهـ وعلى هذا فيلزم المرصد عليه أن يديرها لسقى الدواب وتسبيل الماء كما كانت، ولا يتوهم من كونه إرصادا على المالك أن لايلزم ذلك فتدبره اهـ كلام النهر وحاصله: أن المنقول عندنا أن الموقوف عليه إذا خرب يصرف وقفه إلى مجانسه فتصرف أوقاف المسجد إلى مسجد آخر وأوقاف الحوض إلى حوض آخر والإرصاد نظير الوقف، فحيث استغنى عن الساقية الأولى وأرصد وكيل الإمام الأرض على الساقية الثانية المملوكة وكان ذلك إرصادا على مالكها يلزم المالك أن يدير تلك الأرض أى غلتها وخراجها إلى سقى الدواب ونحوها ليكون صرفا إلى مايجانس الأول كما فى الوقف، لأن وكيل الإمام لم يرصدها لينتفع المالك بخراجها كيفما أراد بل ليكون لسقى الماء كما كانت حين أرصدها الإمام أولا، وظاهر هذا أنه لايلزم المالك إدارة خراج الأرض على ساقيته التى أرصد عليها وكيل الإمام بل عليها أو على ساقية أخرى إذ لايلزمه بالإرصاد المذكور أن يسبل ملكه كما لايخفى، وبهذا التقرير ظهر لك أن الضمير فى قوله إدارتها كما كانت عائد إلى الأرض المرصدة لا إلى الساقية كما لايخفى وإلا لزم أن يجعل ساقيته سبيلا للناس جبرا ولا يقوله أحد فافهم (قوله لما فى الحاوى الخ) حاصله: أن ماخرب تصرف أوقافه إلى مجانسه فكذا الإرصاد، فهو استدلال على قوله تلزم إدارتها أى الأرض المرصدة كما كانت أى بأن يصرف خراجها فى تسبيل الماء كما قررناه، والمقصود إلحاق الإرصاد بالوقف لأنه نظيره ولا يضر كون النقل فيما ذكره من وقف إلى وقف وفى الحادثة من وقف إلى ملك فافهم.

مطلب وقف بيتا على عتيقة فلان والباقى على عتقائه هل يدخل فلان معهم؟

(قوله فى الثانى) متعلق بيدخل أى فى الوقف الثانى الموقوف على الذرية والعقب ثم على العتقاء والمراد هل يشارك عتيقة فلان بقية العتقاء فيما آل إليهم لكونه منهم أولا يدخل لكون الواقف خصه بوقف على حدة

مذكور فى الذخيرة ، لكن فى الخانية أوصى لرجل بمال وللفقراء بمال والموصى له محتاج هل يعطى من نصيب الفقراء؟ اختلفوا والأصح نعم :

استأجر دارا موقوفة فيها أشجار مثمرة هل له الأكل منها؟ الظاهر أنه إذا لم يعلم شرط الواقف لم يأكل لما فى الحاوى : غرس فى المسجد أشجارا تثمر إن غرس للسبيل فلكل مسلم الأكل وإلا فتباع لمصالح المسجد

(قوله مذكور فى الذخيرة) عبارتها لو جعل نصف غلة أرضه لفقراء قرابته والنصف الآخر للمساكين فاحتاج فقراء قرابته هل يعطون من نصف المساكين؟ قال هلال لا ، وهو قول إبراهيم بن خالد السمتى ، وقال إبراهيم بن يوسف وعلىّ بن أحمد الفارسى وأبو جعفر الهندوانى : يعطون اه نهر (قوله لكن فى الخانية الخ) استدراك على قوله اختلف الإفتاء فإن المراد به إفتاء بعض علماء الروم يعنى حيث وجد تصريح الخانية بالأصح فلا وجه للاختلاف بل يلزم متابعة الأصح بعد عبارة الخانية. وقال فى النهر : هذا الملخص رسالة كبيرة لمولانا قاضى القضاة على جابى وضعها حين نقض حكم مولانا محمد شاه بادرنه وكل منهما رد على صاحبه وقد علمت ماهو المعتمد فاعتمده ، والله سبحانه الموفق اه.

مطلب وقف النصف على ابنه زيد والنصف على امرأته ثم على أولاده يدخل زيد فيهم

قلت : وقد رأيت فى الخانية صريح الواقعة وهو وقف ضيعة نصفها على امرأته ونصفها على ولده زيد على أنه إذا ماتت المرأة فنصيبها للأولاد ثم ماتت المرأة فالنصف لابنه زيد ونصيب المرأة لسائر الأولاد ولزيد لأنه جعل نصيبها بعدموتها للأولاده وزيد منهم أيضا اه ملخصا ولم يحك فيه خلافا . وأما مسألة الوصية المذكورة هنا فقد ذكر فى الولوالجية فيها تفصيلا فقال : إن أوصى للكل دفعة واحدة لا يأخذ ، وإن أوصى له ثم أوصى بوصايا أخر ثم أوصى فى آخره للفقراء بكذا فله الأخذ لأنه فى الأول لما قال بمرة واحدة ميز بينه وبين الفقراء فلا يصح الجمع اه. وأفتى الحانوتى فى الوقف بمثله قياسا عليه فيمن وقف ثلثى كذا على طائفة والثلث على الفقراء فراجعه ، لكن مانقلناه عن الخانية يخالفه فإن ظاهره أنه وقف الكل دفعة واحدة وهو ظاهر مانقله الشارح عنها أيضا . فالظاهر عدم التفصيل(١) فى الوقف والوصية ، والله سبحانه أعلم .

مطلب استأجر دارا فيها أشجار

(قوله لم يأكل) أى بل يبيعها المتولى ويصرفها فى مصالح الوقف بحر (قوله إن غرس للسبيل) وهو الوقف على العامة بحر (قوله وإلا) أى وإن لم يغرسها للسبيل بأن غرسها أو لم يعلم غرضه بحر عن الحاوى ، وهذا محل الاستدلال على قوله الظاهر أنه إذا لم يعلم شرط الواقف لم يأكل وهو ظاهر فافهم وأصله لصاحب البحر حيث قال ; ومقتضاه أى مقتضى مافى الحاوى أنه فى البيت الموقوف إذا لم يعرف الشرط أن يأخذها المتولى ليبيعها ويصرفها فى مصالح الوقف ، ولا يجوز للمستأجر الأكل منها اه وضمير يبيعها للثمار لا الأشجار لما فى البحر عن الظهيرية شجرة وقف فى دار وقف خربت ليس للمتولى أن يبيع الشجرة ويعمر الدار ولكن يكرى الدار ويستعين بالكراء على

---

(١) (قوله فالظاهر عدم التفصيل) فيه أن هذا الظاهر مخالف لقاعدة حمل المطلق على المقيد عند اتحاد الحادثة وقد اتحدت فيجب حمل ما فى الخانية على ما إذا كان عقد واحد، وقد رأيت فى الهندية عن المحيط مايفيد ذلك حيث قال بعد نقل عبارة الذخيرة المارة يجب أن يكون جواب هلال فيما إذا كان عقد واحد اه .

قولهم : شرط الواقف كنص الشارع أى فى المفهوم والدلالة

عمارة الدار لا بالشجرة اه فهذا مع خراب الدار ، فكيف يجوز بيعها مع عمارها ثم الظاهر أنه فى مسئلتنا يدفع الشجرة على وجه المساقاة للمستأجر ، قال فى الاسعاف : ولو كان فى أرض الوقف شجر فدفعه معاملة بالنصف مثلا جاز اه ثم ظاهر كلام البحر أن هذه الأشجار فى الدار لا تمنع صحة استئجارها لأنها لا تعد شاغلة لأنها لا تخل بالمقصود ، وهو السكنى بخلاف الأشجار فى الأرض لأن ظلها يمنع الانتفاع بالزراعة ، ولهذا شرطوا أن يتقدم عقد المساقاة على الأشجار وستأتى مسألة غرس المستأجر والمتولى :

مطلب فى قولهم شرط الواقف كنص الشارع

(قوله قولهم شرط الواقف كنص الشارع) فى الخيرية قد صرحوا بأن الاعتبار فى الشروط لما هو الواقع لا لما كتب فى مكتوب الوقف ، فلو أقيمت بينة لما لم يوجد فى كتاب الوقف عمل بها بلا ريب ، لأن المكتوب خط مجرد ولا عبرة به لخروجه عن الحجج الشرعية اه ط :

مطلب بيان مفهوم المخالفة

(قوله أى فى المفهوم والدلالة الخ) كذا عبر فى الأشباه والذى فى البحر عن العلامة قاسم فى الفهم والدلالة وهو المناسب ، لأن المفهوم عندنا غير معتبر فى النصوص والمراد به مفهوم المخالفة المسمى دليل الخطاب ، وهو أقسام مفهوم الصفة ، والشرط والغاية والعدد واللقب أى الإسم الجامد كثوب مثلا ، والمراد بعدم اعتباره فى النصوص أن مثل قولك : أعط الرجل العالم أو أعط زيدا إن سألك أو أعطه إلى أن يرضى أو أعطه عشرة أو أعطه ثوبا لا يدل على نفى الحكم عن المخالف للمنطوق بمعنى أنه لا يكون منهيا عن إعطاء الرجل الجاهل ، بل هو مسكوت عنه وباق على العدم الأصلى ، حتى يأتى دليل يدل على الأمر بإعطائه أو النهى عنه وكذا فى البواقى وتمام الكلام على ذلك فى كتب الأصول :

مطلب مفهوم التصنيف حجة

نعم المفهوم معتبر عندنا فى الروايات فى الكتب ، ومنه قوله فى أنفع الوسائل مفهوم التصنيف حجة اه أى لأن الفقهاء يقصدون بذكر الحكم فى المنطوق نفيه عن المفهوم غالبا كقولهم : تجب الجمعة على كل ذكر حر بالغ عاقل مقيم ، فانهم يريدون بهذه الصفات نفى الوجوب عن مخالفها ، ويستدل به الفقيه على نفى الوجوب على المرأة والعبد والصبى الخ وقد يقال إن مراده بقوله فى المفهوم إنه لا يعتبر مفهومه كما لا يعتبر فى نصوص الشارع :

مطلب لا يعتبر المفهوم فى الوقف

وفى البيرى نحن لا نقول بالمفهوم فى الوقف كما هو مقرر ونص عليه الإمام الخصاف وأفتى به العلامة قاسم اه وبه صرح فى الخيرية أيضا أى فإذا قال : وقفت على أولادى الذكور يصرف إلى الذكور منهم بحكم المنطوق ، وأما الاناث فلا يعطى لهن لعدم ما يدل على الاعطاء إلا إذا دل فى كلامه دليل على إعطائهن فيكون مثبتا لإعطائهن

ووجوب العمل به فيجب عليه خدمة وظيفته أو تركها لمن يعمل ، وإلا أثم لاسيما فيما يلزم بتركها تعطيل الكل من النهر .

وفى الأشباه الجامكية فى الأوقاف لها شبه الأجرة

ابتداء لايحكم المعارضة لكن نقل البيرى فى محل آخر عن المصفى ، وخزانة الروايات والسراجية أن تخصيص الشىء بالذكر يدل على نفى ماعداه فى متفاهم الناس وفى المعقولات وفى الروايات .

مطلب المفهوم معتبر فى عرف الناس والمعاملات والعقليات

قلت : وكذا قال ابن أمير حاج في شرح التحرير عن حاشية الهداية للخبازى ، عن شمس الأئمة الكردرى : أن تخصيص الشىء بالذكر ، لايدل على نفى الحكم عما عداه فى خطابات الشارع . أما فى متفاهم الناس وعرفهم وفى المعاملات والعقليات يدل اه قال فى شرح التحرير وتداوله المتأخرون وعليه ما فى خزانة الأكمل والخانية اوقال مالك على أكثر من مائة درهم ، كان إقرارا بالمائة اه فعلم أن المتأخرين على اعتبار المفهوم فى غير النصوص الشرعية وتمام تحقيق ذلك فى شرحنا على منظومتنا فى رسم المفتى ، وحيث كان المفهوم معتبرا فى متفاهم الناس وعرفهم وجب اعتباره فى كلام الواقف أيضا لأنه يتكلم على عرفه وعن هذا قال العلامة قاسم ، ونص أبو عبد الله الدمشقى فى كتاب الوقف عن شيخه شيخ الإسلام قول الفقهاء نصوصه كنص الشارع يعنى فى الفهم والدلالة لا فى وجوب العمل مع أن التحقيق أن لفظه ولفظ الموصى ، والحالف ، والناذر وكل عاقد يحمل على عادته فى خطابه ولغته التى يتكلم بها وافقت لغة العرب ولغة الشرع أم لا اه .

قال العلامة قاسم قلت : وإذا كان المعنى ماذكر فما كان من عبارة الواقف من قبيل المفسر لايحتمل تخصيصا ولا تأويلا يعمل به ، وما كان من قبيل الظاهر كذلك وما احتمل وفيه قرينة حمل عليها وما كان مشتركا لايعمل به ، لأنه لاعموم له عندنا ولم يقع فيه نظر المجتهد ليترجح أحد مدلوليه ، وكذلك ما كان من قبيل المجمل إذا مات الواقف ، وإن كان حيا يرجع إلى بيانه هذا معنى ما أفاده اه (قوله ووجوب العمل به) هذا مخالف لما نقلناه آنفا ، مع أنه فى البحر نقله أيضا وقال عقبه فعلى هذا إذا ترك صاحب الوظيفة مباشرتها فى بعض الأوقات المشروط عليه فيها العمل لا يأثم عند الله تعالى غايته أنه لا يستحق المعلوم اه نعم فى الأشباه جزم بما ذكره الشارح ، وقواه فى النهر ، وعزاه فى قضاء البحر إلى شرح المجمع .

قلت : ويظهر لى عدم التنافى وذلك إن عدم وجوب العمل به من حيث ذاته بدليل أنه لو ترك الوظيفة أصلا وباشرها غيره لم يأثم ، وهذا لا شبهة فيه ووجوب العمل به باعتبار حل تناول المعلوم بمعنى أنه لو لم يعمل به وتناول المعلوم أثم لتناوله بغير حق (قوله الكل من النهر) مبتدأ وخبر أى كل هذه الفروع مأخوذ من النهر .

مطلب الجامكية فى الأوقاف

(قوله الجامكية) هى ما يرتب فى الأوقاف لأصحاب الوظائف كما يفيده كلام البحر عن ابن الصائغ وفى الفتح الجامكية كالعطاء ، وهو ما يثبت فى الديوان باسم المقاتلة أو غيرهم إلا أن العطاء سنوى والجامكية شهرية .

أى فى زمن المباشرة والحل للأغنياء، وشبه الصلة فلو مات أو عزل لاتسترد المعجلة ، وشبه الصدقة لتصحيح أصل الوقف ، فإنه لايصح على الأغنياء ابتداء وتمامه فيها :

يكره إعطاء نصاب لفقير من وقف الفقراء إلا إذا وقف على فقراء قرابته اختيار ومنه يعلم حكم المرتب الكثير من وقف الفقراء لبعض العلماء الفقراء فليحفظ :

ليس للقاضى أن يقرر وظيفة فى الوقف بغير شرط الواقف ، ولا يحل للمقرر الأخذ إلا النظر على الواقف

مطلب فيما لو مات المدرس أو عزل قبل مجىء الغلة

(قوله أى فى زمن المباشرة الخ) يعنى أن اعتبار شبهها بالأجرة من حيث حل تناولها للأغنياء إذلو كانت صدقة محضة لم تحل لمن كان غنيا، ومن حيث إن المدرس لو مات أو عزل فى أثناء السنة قبل مجىء الغلة وظهورها من الأرض ، يعطى بقدر ماباشر ، ويصير ميراثا عنه كالأجير إذا مات فى أثناء المدة ، ولو كانت صلة محضة لم يعط شيئا لأن الصلة لا تملك قبل القبض بل تسقط بالموت قبله، بخلاف القاضى إذا مات فى أثناء المدة، فإنه يسقط رزقه ، لأنه ليس فيه شبه الأجرة لعدم جواز أخذ الأجرة على القضاء ، أما على التدريس ، وهو التعليم فأجازه المتأخرون وبخلاف الوقف على الأولاد والذرية ، فإن من مات منهم قبل ظهور الغلة سقط أيضا لأنه صلة محضة كما حرره الطرسوسى، وتقدم تمامه عند قول المصنف مات المؤذن والإمام ولم يستوفيا وظيفتهما الخ (قوله لاتسترد المعجلة) أى لو قبض جامكية السنة بتمامها ، ومات فى أثناء السنة لايسترد حصة مابقى ، لأن الصلة تملك بالقبض ويحل له لو فقيرا كماقدمه الشارح، ولو كانت أجرة محضة استرد منه مابقى (قوله فإنه لايصح على الأغنياء ابتداء) لأنه لابد أن يكون صدقة من ابتدائه ، لأن قوله صدقة موقوفة أبدا ونحوه شرط لصحته كما مر تحريره، وأشرنا إليه أول الباب، وبينا أن اشتراط صرف الغلة لمعين يكون بمنزلة الاستثناء من صرفه إلى الفقراء فيكون ذلك المعين قائما مقامهم، فصار فى معنى الصدقة عليه لقيامه مقامهم هذا غاية ماوصل إليه فهمى فى هذا المحل فليتأمل (قوله وتمامه فيها) قدمنا حاصله (قوله يكره إعطاء نصاب لفقير الخ) لأنه صدقة فأشبه الزكاة أشباه (قوله إلا إذا وقف على فقراء قرابته) أى فلا يكره لأنه كالوصية أشباه ، ولأنه وقف على معينين لاحق لغيرهم فيه فيأخذونه قل أو كثر (قوله لبعض العلماء الفقراء) متعلق بالمرتب فإن كان ذلك المرتب بشرط الواقف ، فلا شبهة فى جواز مارتبه ، وإن كثر وإن كان من جهة غيره كالمتولى، فلا يجوز النصاب هذا ماظهر لى وفى حاشية الحموى المرتب إعطاء شئ لا فى مقابلة خدمة بل لصلاح المعطى أو علمه أو فقره ويسمى فى عرف الروم الزوائد اه :

مطلب ليس للقاضى أن يقرر وظيفة فى الوقف إلا النظر

(قوله ليس للقاضى أن يقرر وظيفة فى الوقف الخ) يعنى وظيفة حادثة لم يشرطها الواقف أما لو قرر فى وظيفة مشروطة جاز إلا إذ شرط الواقف التقرير للمتولى كما قدمناه عن الخيرية وقال الخير الرملى فى حاشية البحر ، وهذا أى عدم التقرير بغير شرط إذا لم يقل وقفت على مصالحه ، فلو قال يفعل القاضى كل ماهو من مصالحه اه . وهذا أيضا فى غير أوقاف الملوك والأمراء أماهى فهى أوقاف صورية لاتراعى شروطها كما أفتى به المولى أبو السعود ويأتى قريبا فى الشرح عن المبسوط (قوله إلا النظر على الوقف) اعلم أن عدم جواز الأحداث مقيد بعدم الضرورة كما فى فتاوى الشيخ قاسم ، أما ما ادعت إليه الضرورة واقتضت المصلحة كخدمة الربعة الشريفة وقراءة العشر والجباية

بأجر مثله قنية :

تجوز الزيادة من القاضى على معلوم الإمام إذا كان لا يكفيه وكان عالما تقيا ، ثم قال بعد ورقتين والخطيب يلحق بالإمام بل هو إمام الجمعة. قلت : واعتمده فى المنظومة المحبية

وشهادة الديوان فيرفع إلى القاضى ، ويثبت عنده الحاجة فيقرر من يصلح لذلك ، ويقدر له أجر مثله أو يأذن للناظر فى ذلك قال الشيخ قاسم والنص فى مثل هذا فى الولوالجية أبو السعود على الأشباه وعليه فالاقتصار على النظر فيه نظر كما أفاده ط :

قلت : لكن فى الذخيرة وغيرها ليس للقاضى أن يقرر فراشا فى المسجد بلا شرط الواقف ، قال فى البحر : إن فى تقريره مصلحة لكن يمكن أن يستأجر المتولى فراشا ، والممنوع تقريره فى وظيفة تكون حقا له ولذا صرح فى الخانية بأن للمتولى أن يستأجر خادما للمسجد بأجرة المثل واستفيد منه عدم صحة تقرير القاضى ، بلا شرط فى شهادة ومباشرة وطلب بالأولى اه .

مطلب المراد من العشر للمتولى أجر المثل

(قوله بأجر مثله) وعبر بعضهم بالعشر والصواب أن المراد من العشر أجر المثل حتى لو زاد على أجر مثله رد الزائد كما هو مقرر معلوم ، ويؤيده أن صاحب الولوالجية بعد أن قال : جعل القاضى للقيم عشر غلة الوقف فهو أجر مثله ، ثم رأيت فى إجابة السائل ، ومعنى قول القاضى للقيم عشر غلة الوقف أى التى هى أجر مثله لا ماتوهمه أرباب الأغراض الفاسدة الخ بيرى على الأشباه من القضاء .

قلت : وهذا فيمن لم يشرط له الواقف شيئا وأما الناظر بشرط الواقف فله ما عينه له الواقف ، ولو أكثر من أجر المثل كما فى البحر ولو عين له أقل فللقاضى أن يكمل له أجر المثل بطلبه كما بحثه فى أنفع الوسائل ، ويأتى قريبا مايؤيده وهذا مقيد لقوله الآتى ليس للمتولى أخذ زيادة على ماقرر له الواقف أصلا :

مطلب فى زيادة القاضى فى معلوم الإمام

(قوله تجوز الزيادة من القاضى الخ) أى إذا اتحد الواقف والجهة كما مر فى المتن ، وفى البحر عن القنية قبيل فصل أحكام المسجد ، يجوز صرف شئ من وجوه مصالح المسجد للإمام إذا كان يتعطل لو لم يصرف إليه يجوز صرف الفاضل ، عن المصالح للإمام الفقير بإذن القاضى ولو زاد القاضى فى مرسومه من مصالح المسجد ، والإمام مستغن وغيره يؤم بالمرسوم المعهود تطيب له الزيادة لو عالما تقيا ، ولو نصب إمام آخر له أخذ الزيادة إن كانت لقلة وجود الإمام لا لو كانت لمعنى فى الأول كفضيلة أو زيادة حاجة اه . فعلم أنه تجوز الزيادة إذا كان يتعطل المسجد بدونها أو كان فقيرا أو عالما تقيا ، فالمناسب العطف بأو فى قوله : وكان عالما تقيا ، وأما مافى قضاء البحر لو قضى بالزيادة لاينفذ ، فهو محمول على ما إذا فقدت منه الشروط المذكورة كما أجاب به بعضهم ومقتضى التقييد بالقاضى أن المتولى ليس له أن يزيد الإمام (قوله ثم قال) أى فى الأشباه (قوله يلحق بالإمام) الظاهر أنه يلحق به كل من فى قطعه ضرر إذا كان المعين لا يكفيه كالناظر ، والمؤذن ومدرس المدرسة ، والبواب ونحوهم إذا لم يعملوا بدون الزيادة يؤيده مافى البزازية إذا كان الإمام والمؤذن لا يستقر لقلة المرسوم للحاكم الدين أن يصرف إليه من فاضل وقف المصالح والعمارة باستصواب أهل الصلاح من أهل المحلة او اتحد الواقف ، لأن غرضه

ونقل عن المبسوط أن السلطان يجوز له مخالفة الشرط إذا كان غالب جهات الوقف قرى ومزارع فيعمل بأمره وإن غاير شرط الواقف لأن أصلها لبيت المال

إحياء وقفه لا لو اختلف ، أو اختلفت الجهة بأن بنى مدرسة ومسجدا وعين لكل وقفا وفضل من غلة أحدهما لايبدل شرطه :

مطلب للسلطان مخالفة الشرط إذا كان الوقف من بيت المال

(قوله ونقل) أى صاحب المحبية عن المبسوط أى مبسوط خواهر زاده ، والذى فى الأشباه بعد مانقل عن ينبوع السيوطى مايفيد أن الوظائف المتعلقة بأوقاف الأمراء والسلاطين، إن كان لها أصل من بيت المال، أو ترجع إليه يجوز لمن كان بصفة الاستحقاق من عالم بعلم شرعى ، وطالب علم كذلك أن يأكل مماوقفوه غير مقيد بما شرطوه مانصه ،وقد اغتر بذلك كثير من الفقهاء فى زماننا فاستباحوا تناول معاليم الوظائف بغير مباشرة ، ومخالفة الشروط والحال أن مانقله السيوطى عن فقهائهم إنما هو فيما بقى لبيت المال ، ولم يثبت له ناقل أما الأراضى التى باعها السلطان وحكم بصحة بيعها ثم وقفها المشترى ، فإنه لابد من مراعاة شرائطه ، ولا فرق بين أوقاف الأمراء والسلاطين ، فإن للسلطان الشراء من وكيل بيت المال وهى جواب الواقعة التى أجاب عنها المحقق ابن الهمام فى فتح القدير ، فإنه سئل عن الأشرف برسباى أنه اشترى من وكيل بيت المال أرضا وقفها فأجاب بما ذكرناه ، وأما إذا وقف السلطان من بيت المال أرضا للمصلحة العامة فذكر فى الخانية جوازه ولا يراعى ماشرطه دائما اه فحينئذ ينبغى التفصيل فيما نقله فى المحبية فإن كان السلطان اشترى الأراضى والمزارع ، من وكيل بيت المال يجب مراعاة شرائطه ، وإن وقفها من بيت المال لا تجب مراعاتها اه ط :

قلت : ويفهم من قول الأشباه إنما هو فيما بقى من بيت المال ولم يثبت له ناقل الخ أنه إنما يراعى شروطه إذا ثبت الناقل ، وهو كون الواقف ملكها بشراء أو إقطاع رقبة بأن كانت مواتا لاملك لأحد فيها فأقطعها السلطان لمن له حق فى بيت المال أما بدون ثبوت الناقل فلا ، لأنها بعد ماعلم أنها من بيت المال فالأصل بقاؤها على ما كانت فيكون وقفها أرصادا وهو ما يفرزه الإمام من بيت المال ويعينه لمستحقيه من العلماء ونحوهم عونا لهم على وصولهم إلى بعض حقهم من بيت المال فتجوز مخالفة شرطه لأن المقصود وصول المستحق إلى حقه وعن هذا قال المولى أبو السعود مفتى دار السلطنة إن أوقاف الملوك والأمراء لايراعى شرطها لأنها من بيت المال أو ترجع إليه (١) اه :

قلت : والمراد من عدم مراعاة شرطها أن للإمام أو نائبه أن يزيد فيها وينقص ونحو ذلك وليس المراد أنه يصرفها عن الجهة المعينة بأن يقطع وظائف العلماء ، ويصرفها إلى غيرهم فإن بعض الملوك أراد ذلك ومنعهم علماء عصرهم ، وقد أوضحنا ذلك كله فى باب العشر والخراج وقدمنا شيئا منه قبيل الفصل عند قوله وأما أوقاف الاقطاعات ولايقاس على ذلك أوقاف غير الملوك والأمراء بل تجب مراعاة شروطهم لأن أوقافهم كانت أملاكا لهم :

(١) (قوله أو ترجع إليه) صورته اشترى الإمام مملوكا لبيت المال ودفع ثمنه منه ثم أعتقه ثم اشترى هذا العتيق أشياء ووقفها فهذا الوقف لا تراعى شروطه لرجوعه لبيت المال لعدم صحة إعتاق الإمام فإن تصرفه فى بيت المال مشروط بالمصلحة اه .

يصح تعليق التقرير فى الوظائف فلو قال القاضى إن مات فلان أو شغرت وظيفة كذا فقد قررتك فيها صح :
ليس للقاضى عزل الناظر بمجرد شكاية المستحقين

مطلب يصح تعليق التقرير فى الوظائف

(قوله يصح تعليق التقرير فى الوظائف) هـذا ذكره فى أنفع الوسائل تفقها أخذا من جواز تعليق القضاء والإمارة بجامع الولاية فلو مات المعلق بطل التقرير ، وهو تفقه حسن أشباه :

قلت : ودليله من السنة مافى صحيح البخارى من « أنه صلى الله عليه وسلم أمر فى غزوة موتة(١) زيد بن حارثة وقال صلى الله عليه وسلم إن قتل زيد فجعفر بن أبى طالب فإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحة » الحديث ، ثم رأيت الإمام السرخسى فى شرح السير الكبير ذكر الحديث دليلا على ذلك وقال فيه أيضا ماحاصله : لو جاء مع المدد أمير وعزل الأمير الأول بطل تنفيله فيما يستقبل لزوال ولايته بالعزل ، لالو مات أميرهم فأمروا عليهم غيره ، لأن الثانى قائم مقامه إلا إذا أبطله الثانى أوكان الخليفة قال لهم إن مات أميركم فأميركم فلان فإنه يبطل تنفيل الأول لأن الثانى نائب الخليفة بتقليده من جهته فكأنه قلده ابتداء فينقطع رأى الأول برأى فوقه اه ماخصا :

وحاصله : بطلان تنفيل الأمير بعزله وكذا بموته إذا نصب غيره من جهة الخليفة لامن جهة العسكر إلا إذا أبطله الثانى ، ولايخفى أن التنفيل بقوله من قتل قتيلا فله سلبه فيه تعليق استحقاق النفل بالقتل ، ففيه دليل على قوله ، فلو مات المعلق بطل التقرير ويدل أيضا على بطلانه بالعزل بقى هل له الرجوع قبل الموت أوالشغور ، فالذى حرره فى أنفع الوسائل أنه لايصح عزله لأن المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط والتعليق ليس بسبب للحال عندنا ، وفرق بين هـذه المسألة وبين مالووكله وكالة مرسلة ثم قال له : كلما عزلتك فأنت وكيل فى ذلك وكالة مستقبلة ، ثم قال : عزلتك فى تلك الوكالة كلها فروى عن محمد أنه ينعزل عن المعلقة ، وعن أبى يوسف لاينعزل ووجه الفرق أن التعليق عند محمد حصل فى ضمن الوكالة المنجزة ، فصار المجموع سببا ، وقد يثبت ضمنا مالا يثبت قصدا فلا يمكن أن يقول هنا بصحة العزل لأنه قصدى فيبقى جواب محمد وجواب أبى يوسف هنا واحدا فى أنه لايصح العزل هذا خلاصة ماأطال به :

قلت : لـكن علمت أن للأمير الثانى إبطال التنفيل ، والظاهر أن الأول كذلك فكذا يقال هنا لو رجع عن التعليق يصح لأنه قبل موت فلان ليس عزلا بلا جنحة لأنه لايتقرر فى الوظيفة إلا بعد موت فلان ،وقبله لم يثبت له استحقاق فيها إذ لو ثبت لم يبطل التقرير بموت المعلق فافهم (قوله أوشغرت) بفتح الشين والغين المعجمتين أى خلت عن العمل والبلد الشاغر الخالية عن النصر والسلطان ط :

مطلب ليس للقاضى عزل الناظر

(قوله ليس للقاضى عزل الناظر) قيد بالقاضى لأن الواقف له عزله ولو بلا جنحة به يفتى كما قدمناه عند قوله وينزع لو غير مأمون ، وقدمنا هناك عن الأشباه أنه لايجوز للقاضى عزل الناظر المشروط له النظر بلا خيانة ولو عزله لايصير الثانى متوليا ، ويصح عزله لو منصوب القاضى وأنه فى جامع الفصولين قال : لايملك القاضى عزله مطلقا إلا لموجب وتقدم تمامه وأنه فى البحر أخذ منه عدم العزل لصاحب وظيفة إلا بجنحة أوعدم أهلية وقدمنا هناك أيضا بعض موجبات العزل ، وأحكام الفراغ والتقرير فى الوظائف :

(١) (قوله موتة) بضم الميم وتسهيل الواو وفتح المثناة الفوقية اسم لأرض بجهة الشام اه .

حتى يثبتوا عليه خيانة وكذا الوصى والناظر إذا آجر إنسانا فهرب ومال الوقف عليه لم يضمن ولو فرط فى خشب الوقف حتى ضاع ضمن .

لاتجوز الاستدانة على الوقف إلا إذا احتيج إليها لمصلحة الوقف كتعمير وشراء بذر فيجوز بشرطين الأول : إذن القاضى فلو ببعد منه يستدين بنفسه الثانى : أن لاتتيسر إجارة العين والصرف من أجرتها والاستدانة القرض والشراء نسيئة

مطلب للقاضى أن يدخل مع الناظر غيره بمجرد الشكاية

(قوله حتى يثبتوا عليه خيانة) نعم له أن يدخل معه غيره بمجرد الشكاية والطعن كما حرره فى أنفع الوسائل أخذا من قول الخصاف إن طعن عليه فى الأمانة لاينبغى إخراجه إلا بخيانة ظاهرة ، وأما إذا أدخل معه رجلا فأجره باق وإن رأى الحاكم أن يجعل ذلك الرجل منه شيئا فلا بأس وإن كان المال قليلا ، فلا بأس أن يجعل للرجل رزقا من غلة الوقف ويقتصد فيه اه ملخصا . وسيأتى حكم تصرفه عند قوله ولو ضم القاضى للقيم ثقة الخ (قوله وكذا الوصى) أى وصى الميت ليس للقاضى عزله بمجرد الشكاية ، بخلاف الوصى من جهة القاضى كما سيأتى فى بابه آخر الكتاب (قوله إذا آجر إنسانا) أى وامتنع عن مطالبته بزازية (قوله ولو فرط فى خشب الوقف الخ) وعلى هذا إذا قصر المتولى فى عين ضمنها إلا فيما كان فى الذمة كما فى البحر ، فلو ترك بساط المسجد بلا نفض حتى أكلته الأرضة ضمن إن كان له أجرة ، وكذا خازن الكتب الموقوفة كما فى الصيرفية ط عن الحموى والبيرى .

مطلب فى الاستدانة على الوقف

(قوله لاتجوز الاستدانة على الوقف) أى إن لم تكن بأمر الواقف ، وهذا بخلاف الوصى فإن له أن يشترى لليتيم شيئا بنسيئة بلا ضرورة ، لأن الدين لايثبت ابتداء إلا فى الذمة واليتيم له ذمة صحيحة ، وهو معلوم فتتصور مطالبته أما الوقف فلا ذمة له والفقراء ، وإن كانت لهم ذمة لكن لكثرتهم لاتتصور مطالبتهم ، فلا يثبت إلا على القيم ، وماوجب عليه لايملك قضاءه من غلة للفقراء ذكره هلال ،وهذا هو القياس لكنه ترك عند الضرورة كما ذكره أبو الليث(١) وهو المختار أنه إذا لم يكن من الاستدانة بد تجوز بأمر القاضى إن لم يكن بعيدا عنه ، لأن ولايته أعم فى مصالح المسلمين وقيل تجوز مطلقا للعمارة ، والمعتمد فى المذهب الأول .أماماله منه بدكالصرف على المستحقين فلا كما فى القنية إلا الإمام والخطيب ، والمؤذن فيما يظهر لقوله فى جامع الفصولين لضرورة مصالح المسجد اه وإلا للحصر والزيت بناء على القول بأنهما من المصالح وهو الراجح هذا خلاصة ماأطال به فى البحر (قوله الأول أذن القاضى) فلو ادعى الإذن ، فالظاهر أنه لايقبل إلا ببينة وإن كان المتولى مقبول القول ، لما أنه يريد الرجوع فى الغلة وهو إنما يقبل قوله فيما فى يده ، وعلى هذا فإذا كان الواقع أنه لم يستأذن يحرم عليه الأخذ من الغلة لأنه بلا إذن متبرع بحر (قوله الثانى أن لاتتيسر إجارة العين الخ) أطلق الإجارة ، فشمل الطويلة منها ، ولو بعقود فلو وجد ذلك لايستدين أفاده البيرى ، وما سلف من أن المفتى به بطلان الإجارة الطويلة فذاك عند عدم الضرورة ، كما حررناه سابقا فافهم (قوله والاستدانة القرض والشراء نسيئة) صوابه الاستقراض اهح

---

(١) (قوله كما ذكره أبو الليث الخ) الذى ذكره أبو الليث هو أنه إذا لم يكن من الاستدانة بد تجوز بأمر القاضى فلعل فى التركيب هكذا والمختار كما ذكره أبو الليث أنه إذا الخ وعبارة البحر قال الصدر الشهيد والمختار ما ذكره أبو الليث إذا لم يكن الخ اه .

وهل للمتولى شراء متاع فوق قيمته ثم بيعه للعمارة ويكون الربح على الوقف ؟ الجواب : نعم :

وتفسير الاستدانة كما فى الخانية أن لا يكون للواقف غلة فيحتاج إلى القرض والاستدانة ، أما إذا كان للوقف غلة فأنفق من مال نفسه لإصلاح الوقف كان له أن يرجع بذلك فى غلة الوقف اه ومفاده أن المراد بالقرض الافراض من ماله لاالاستقراض من مال غيره لدخوله فى الاستدانة .

مطلب فى إنفاق الناظر من ماله على العمارة

وفى فتاوى الحانوتى الذى وقفت عليه فى كلام أصحابنا أن الناظر إذا أنفق من مال نفسه على عمارة الوقف ، ليرجع فى غلته له الرجوع ديانة ، لكن لو ادعى ذلك لايقبل منه ، بل لابد أن يشهد أنه أنفق ليرجع كما فى الرابع والثلاثين من جامع الفصولين ، وهذا يقتضى أن ذلك ليس من الاستدانة على الوقف وإلا لما جاز إلا بإذن القاضى ولم يكف الاشهاد اه .

قلت : لكن ينبغى تقييد ذلك بما إذا كان للوقف غلة وإلا فلابد من إذن القاضى كما أفاده ماذكرناه عن الخانية ، ومثله قوله فى الخانية أيضا لايملك الاستدانة إلا بأمر القاضى ، وتفسير الاستدانة أن يشترى للوقف شيئا وليس فى يده شىء من الغلة أما لو كان فى يده شىء ، فاشترى للوقف من مال نفسه ينبغى أن يرجع ، ولو بلا أمر قاض اه وماذكرناه فى إنفاقه بنفسه يأتى مثله فى إذنه للمستأجر أو غيره بالانفاق فليس من الاستدانة .

مطلب فى إذن الناظر للمستأجر بالعمارة

وفى الخيرية سئل فى علية جارية فى وقف تهدمت فأذن الناظر لرجل بأن يعمرها من ماله فما الحكم فيما صرفه من ماله بإذنه أجاب : اعلم أن عمارة الوقف بإذن متوليه : ليرجع بما أنفق يوجب الرجوع بانفاق أصحابنا وإذا لم يشترط الرجوع ذكر فى جامع الفصولين فى عمارة الناظر بنفسه قولين ، وعمارة مأذونه كعمارته فيقع فيها الخلاف وقد جزم فى القنية والحاوى بالرجوع وإن لم يشترطه إذا كان يرجع معظم العمارة إلى الوقف اه .

قلت : وفى الفصل الثانى من إجارات التتارخانية عن الحاوى سئل عمن آجر منزلا لرجل وقفه والده عليه وعلى أولاده وأنفق المستأجر فى عمارته بأمر المؤجر قال : إن كان للمؤجر ولاية على الوقف يرجع بما أنفق على الوقف وإلا كان المستأجر متطوعا ولايرجع على المؤجر اه وظاهره مع مامر عن الخيرية أنه يرجع ، وإن لم يكن فى يد القيم مال من غلة الوقف ، وهو خلاف ماقدمناه عن الخانية فيما لو أنفق من مال نفسه ، فلعل ماهنا مبنى على رواية أنه لايشترط فى الاستدانة إذن القاضى ، وإلا فهو مشكل فليتأمل . وإذا قلنا ببنائه على ذلك فعلى هذا مايفعل فى زماننا فى إثبات المرصد من تحكيم قاض حنبلى يرى صحة إذن الناظر للمستأجر بالعمارة الضرورية بلا أمر قاض غير لازم (قوله فوق قيمته) أى شراء بثمن مؤجل فوق مايباع بثمن حال لأن قيمة المؤجل فوق قيمة الحال (قوله ويكون الربح) أى ماربحه بائع المتاع بسبب التأجيل .

مطلب لو اشترى القيم العشرة بثلاثة عشر فالربح عليه

(قوله الجواب نعم) كذاحرره ابن وهبان أشباه لكن فى القنية لو لم يكن فيه غلة للعمارة فى الحال ، فاستقرض العشرة بثلاثة عشر فى السنة واشترى من المقرض شيئا يسيرا بثلاثة دنانير يرجع فى غلة العشرة وعليه الزيادة اه

أقر بأرض فى يد غيره أنها وقف وكذبه ثم ملكها صارت وقفا :
يعمل بالمصادقة على الاستحقاق وإن خالفت كتاب الوقف لكن فى حق المقر خاصة

قال فى البحر وبه اندفع ماذكره ابن وهبان من أنه لاجواب للمشايخ فيها اه ومثله فى شرح المقدسى ، وكذا نقل البيرى عن التتارخانية مثل مافى القنية وقال وهذا الذى نفتى به ، ومنشأ ماحرره ابن وهبان عدم الوقوف على تحرير الحكم ممن تقدمه والعجب من المصنف أى صاحب الأشباه كيف اختاره ورضى به(١) اه (قوله وكذبه) أى الغير (قوله ثم ملكها) أى المقر ولو بسبب جبرى أشباه (قوله صارت وقفا) .واخذة له بزعمه أشباه :

مطلب فى المصادقة على الاستحقاق

(قوله يعمل بالمصادقة على الاستحقاق الخ) أقول : اغتر كثير بهذا الإطلاق ، وأفتوا بسقوط الحق بمجرد الإقرار ، والحق الصواب أن السقوط مقيد بقيود يعرفها الفقيه قال العلامة الكبير الخصاف أقر فقال غلة هذه الصدقة لفلان دونى ودون الناس جميعا بأمر حق واجب ثابت لازم عرفته ، ولزمنى الإقرار له بذلك قال أصدقه على نفسه ، وألزم ماأقر به مادام حيا ، فإذا مات ردت الغلة إلى من جعلها الواقف له ، لأنه لما قال ذلك جعلته كأن الواقف هو الذى جعل ذلك للمقر له ، وعلله أيضا بقوله لجواز أن الواقف قال إن له أن يزيد وينقص، وأن يخرج وأن يدخل مكانه من رأى فيصدق زيد على حقه اه :

أقول : يؤخذ من هذا أنه لو علم القاضى أن المقر إنما أقر بذلك لأخذ شىء من المال من المقر له عوضا عن ذلك لكى يستبد بالوقف أن ذلك الإقرار غير مقبول ،لأنه إقرار خال عمايوجب تصحيحه مماقاله الإمام الخصاف وهو الإقرار الواقع فى زماننا فتأمله ، ولا قوة إلا بالله بيرى : أى لو علم أنه جعله لغيره ابتداء لايصح كما أفاده الشارح بعد (قوله وإن خالفت كتاب الوقف)حملا على أن الواقف رجع عما شرطه ، وشرط ماأقر به المقر ذكره الخصاف فى باب مستقل أشباه :

أقول : لم أر شيئا منه فى ذلك الباب وإنما الذى فيه مانقله البيرى آنفا ، وليس فيه التعليل بأنه رجع عماشرطه ولذا قال الحموى إنه مشكل ،لأن الوقف إذا لزم لزم مافى ضمنه من الشروط إلا أن يخرج على قول الإمام بعدم لزومه قبل الحكم ويحمل كلامه على وقف لم يسجل اه ملخصا .

قلت : ويؤيده مامر عن الدرر قبيل قول المصنف اتحد الواقف والجهة ، وهذا التأويل يحتاج إليه بعد ثبوت النقل عن الخصاف والله تعالى أعلم (قوله لكن فى حق المقر خاصة) فإذا كان الوقف على زيد وأولاده ونسله ، ثم على الفقراء فأقر زيد بأن الوقف عليهم وعلى هذا الرجل لايصدق على ولده ونسله فى إدخال النقص عليهم ، بل تقسم الغلة على زيد وعلى من كان موجودا من ولده ونسله ، فما أصاب زيدا منها كان بينه وبين المقر له مادام زيد حيا ، فإذا مات بطل إقراره ولم يكن للمقر له حق ، وإن كان الوقف على زيد ثم من بعده على الفقراء فأقر زيد بهذا الإقرار لهذا الرجل شاركه الرجل فى الغلة مادام حيا فإذا مات زيد كانت للفقراء ولم يصدقه زيد عليهم

(١) (قوله كيف اختاره ورضى به) اعلم أن تصرف الناظر فى الوقف مشروط بالمصلحة، حتى لو اشترى مايساوى عشرة بخمسة عشر لا ينفذ هذا التصرف على الوقف وحينئذ يكون ما ذكره ابن وهبان غير معارض بنقول الحنفى لحصول الغبن الفاحش فى شراء الشىء الهسير بالثلاثة دنانير فينفذ الشراء على المتولى وأما العشرة فقد تم القرض فيها على الوقف بعقد على حدة بخلاف ما ذكره ابن وهبان فإنه إنما اشتراه بقيمته فقط وإن زادت على قيمته فى الحال اه .

فلو أقر المشروط له الريع أو النظر أنه يستحقه فلان دونه صح ، ولو جعله لغيره لا وسيجىء آخر الإقرار

وإن مات الرجل المقر له وزيد حى فنصف الغلة للفقراء والنصف لزيد فإذا مات زيد صارت الغلة كلها للفقراء اه خصاف ملخصا :

قلت : وإنما عاد نصف الغلة للفقراء إذا مات المقر له مع أن استحقاق الفقراء بعد موت زيد فى هذه الصورة الأخيرة لأن إقراره المذكور يتضمن الإقرار بأنه لاحق له فى النصف الذى أقر به للرجل ، فلا يرجع إليه بعد موت الرجل ، فيرجع إلى الفقراء لعدم من يستحقه غيرهم هذا ماظهر لى . ويؤخذ منه أنه لو كان الوقف على زيد وأولاده وذريته ثم على الفقراء كما فى الصورة الأولى فمات الرجل المقر له يرجع ماكان يأخذه إلى الفقراء لا إلى زيد لإقراره بأنه لاحق له فيه ولا إلى أولاده لأنه لم يقر لهم به ولم ينقص عليهم شيئا من حقهم ، وكذا لو كان الوقف على زيد ثم من بعده على أولاده وذريته ثم على الفقراء ، ثم مات الرجل المقر له يرجع ماكان يأخذه إلى الفقراء لا إلى زيد لما قلنا ولا إلى أولاده لأنهم لايستحقون شيئا إلا بعد موته ، فصارت المسألة فى حكم منقطع الوسط الذى بيناه قبيل الفروع كما حررناه فى تنقيح الحامدية فاغتنم هذه الفائدة السنية :

مطلب فى المصادقة على النظر

(قوله أوالنظر) أفاد أن الإقرار بالنظر مثل الإقرار بريع الوقف : أى غلته ، فلو أقر الناظر أن فلانا يستحق معه نصف النظر مثلا يؤاخذ بإقراره ويشاركه فلان فى وظيفته مادام حيين بقى لو مات أحدهما فإن كان هو المقر فالحكم ظاهر وهو بطلان الإقرار وانتقال النظر لمن شرطه له الواقف بعده ، وأما لو مات المقر له فهى مسألة تقع كثيرا وقد سئلت عنها مرارا . والذى يقتضيه النظر بطلان الإقرار أيضا لكن لاتعود الحصة المقر بها إلى المقر لما مر وإنما يوجهها القاضى للمقر أولمن أراد من أهل الوقف لأنا صححنا إقراره حملا على أن الواقف هو الذى جعل ذلك للمقر له كما مر عن الخصاف ، فيصير كأنه جعل النظر لاثنين قال فى الأشباه : وما شرطه لاثنين ليس لأحدهما الانفراد ، وإذا مات أحدهما أقام القاضى غيره ، وليس للحى الانفراد إلا إذا أقامه القاضى كما فى الإسعاف اه ولا يمكن هنا القول بانتقال ما أقر به إلى المساكين كما قلنا فى الإقرار بالغلة إذ لاحق لهم فى النظر وإنما حقهم فى الغلة فقط هذا ماحررته فى تنقيح الحامدية ولم أر من نبه عليه فاغتنمه (قوله صح) أى الإقرار المذكور والمراد أنه يؤاخذ بإقراره حيث أمكن تصحيحه ، أما لو كان فى نفس الأمر أقر كاذبا لايحل للمقر له شىء مما أقر به كما صرحوا فى غير هذا المحل إذ الإقرار إخبار لاتمليك على أن التمليك هنا غير صحيح :

مطلب فى جعل النظر أو الريع لغيره

(قوله ولو جعله لغيره لا) أى لايصير لغيره لأن تصحيح الإقرار إنما هو معامله له بإقراره على نفسه من حيث ظاهر الحال تصديقا له فى إخباره مع إمكان تصحيحه حملا على أن الواقف هو الذى جعل ذلك للمقر له كما مر . أما إذا قال المشروط له الغلة ، أو النظر جعلت ذلك لفلان لايصح لأنه ليس له ولاية إنشاء ذلك من تلقاء نفسه ، وفرق بين الإخبار والإنشاء . نعم لوجعل النظر لغيره فى مرض موته يصح إن لم يخالف شرط الواقف ، لأنه يصير وصيا عنه وكذا لو فرغ عنه لغيره وقرر القاضى ذلك الغير يصح أيضا لأنه يملك عزل نفسه والفراغ عزل ، ولايصير المفروغ له ناظرا بمجرد الفراغ ، بل لابد من تقرير القاضى كما حررناه سابقا ، فإذا قرر القاضى

ولا يكفي صرف الناظر لثبوت استحقاقه بل لابد من إثبات نسبه وسيجيء في دعوى ثبوت النسب .

المفروغ له صار ناظرا بالتقرير لا بمجرد الفراغ ، وهذا غير الجعل المذكور هنا فافهم . وأما جعل الريع لغيره فقال ط : إن كان الجعل بمعنى التبرع بمعلومه لغيره ، بأن يوكله ليقبضه له ثم يأخذه لنفسه فلا شبهة في صحة التبرع به وإن كان بمعنى الإسقاط فقال في الخانية : إن الاستحقاق المشروط كإرث لا يسقط بالإسقاط اه .

قلت : ماعزاه للخانية الله أعلم بثبوته فراجعها . نعم المنقول في الخانية ماسيأتي ، وقد فرق في الأشباه في بحث مايقبل الإسقاط من الحقوق بين إسقاطه لمعين وغير معين وذكر ذلك في جملة مسائل كثر السؤال عنها ولم يجد فيها نقلا فقال إذا أسقط المشروط له الريع حقه لا لأحد لا يسقط كما فهمه الطرسوسي بخلاف ما إذا أسقط حقه لغيره اه أي فإنه يسقط ، لكنه ذكر أنه لا يسقط مطلقا في رسالته المؤلفة في بيان مايسقط من الحقوق ، ومالا يسقط أخذا مما في شهادات الخانية من كان فقيرا من أصحاب المدرسة يكون مستحقا للوقف استحقاقا لا يبطل بإبطاله فلو قال أبطلت حقي كان له أن يأخذه اه .

قلت : لكن لايخفى أن مافي الخانية إسقاط لا لأحد نعم ينبغي عدم الفرق إذ الموقوف عليه الريع إنما يستحقه بشرط الواقف ، فإذا قال أسقطت حقي منه لفلان أو جعلته له يكون مخالفا لشرط الواقف ، حيث أدخل في وقفه مالم يرضه الواقف ، لأن هذا إنشاء استحقاق بخلاف إقراره بأنه يستحقه فلان فإنه إخبار يمكن تصحيحه كما مر ، ثم رأيت الخير الرملي أفتى بذلك وقال بعد نقل مافي شهادات الخانية وهذا في وقف المدرسة ، فكيف في الوقف على الذرية المستحقين بشرط الواقف من غير توقف على تقرير الحاكم وقد صرحوا بأن شرط الواقف كنص الشارع فأشبه الإرث في عدم قبوله الإسقاط ، وقد وقع لبعضهم في هذه المسألة كلام يجب أن يحذر اه .

مطلب لا يكفي صرف الناظر لثبوت الاستحقاق

(قوله ولايكفي صرف الناظر الخ) أي لو ادعى رجل أنه من ذرية الواقف متمسكا بأن الناظر كان يدفع له الاستحقاق ، لا يكفي بل لابد من إثبات نسبه ، وفي الخيرية في جواب سؤال أن الشهادة بأنه هو وأبوه وجده متصرفون في أربعة قراريط لايثبت به المدعى كمن ادعى حق المرور أو رقبة الطريق على آخر وبرهن أنه كان يمر في هذه لايستحق به شيئا كما صرح به غالب علمائنا والشاهد إذا فسر للقاضي أنه يشهد بمعاينة اليد لاتقبل شهادته . وأنواع التصرف كثيرة فلا يحل الحكم بالاستحقاق في غلة الوقف بالشهادة بأنه هو وأبوه وجده متصرفون ، فقد يكون تصرفهم بولاية أو وكالة أو غصب أو نحو ذلك ، ومما صرحوا به أن دعوى بنوة العم تحتاج إلى ذكر نسبة الأب والأم إلى الجد ليصير معلوما ، لأن انتسابه بهذه النسبة ليس بثابت عند القاضي ، فيشترط البيان ليعلم ، لأنه يحصل العلم للقاضي بدون ذكر الجد والمقصود هنا العلم بالنسبة إلى الواقف ، وكونه ابن عم فلان لايتحقق به استحقاق من وقف الجد الأعلى لتحقق العمومة بأنواع منها العم لأم اه .

قلت : هذا ظاهر فيما إذا أراد إثبات أنه من ذرية الواقف بمجرد كونه ابن عم فلان الذي هو من ذرية الواقف فحينئذ لابد من إثبات نسبه إلى الجد الجامع . وأما لو ادعى أنه من ذرية الواقف المستحقين للوقف ، فالظاهر أنه يكفي إثبات ذلك بدون ذكر النسب إذا كان الوقف على الذرية ، لأنه يحصل المقصود بذلك ، لأنه لايختلف ذلك بخلاف بنوة العم ، لأنه قد يكون ابن عم للمتوفى ولا يكون من ذرية الواقف لكونه ابن عم لأم : تأمل وسيأتي أنه لو وقف على فقراء قرابته لابد من إثبات القرابة وبيان جهتها (قوله وسيجيء في دعوى ثبوت النسب) أي

متى ذكر الواقف شرطين متعارضين يعمل بالمتأخر منهما عندنا لأنه ناسخ للأول ؟
الوصف بعد الجمل يرجع إلى الأخير عندنا وإلى الجميع عند الشافعية لو بالواو ولو بثم فإلى الأخير اتفاقا
الكل من وقف الأشباه وتمامه فى القاعدة التاسعة .
متى وقف حال صحته وقال على الفريضة الشرعية قسم على ذكورهم وإناثهم بالسوية هو المختار المنقول عن الأخيار كما حققه مفتى دمشق يحيى ابن المنقار فى الرسالة المرضية على الفريضة الشرعية

فى الفروع حيث قال الشارح : ولو أحضر رجلا ليدعى عليه حقا لأبيه وهو مقربه أولا فله إثبات نسبه عند القاضى بحضرة ذلك الرجل ط :

مطلب متى ذكر الواقف شرطين متعارضين يعمل بالمتأخر

(قوله متى ذكر الواقف شرطين متعارضين الخ) فى الإسعاف لو كتب أول كتاب الوقف لايباع ولا يوهب ولا يملك ثم قال فى آخره على أن لفلان بيعه والاستبدال بثمنه ما يكون وقفا مكانه جاز بيعه ويكون الثانى ناسخا للأول ، ولو عكس بأن قال على أن لفلان بيعه والاستبدال به ثم قال آخره لايباع ولا يوهب لايجوز بيعه لأنه رجوع عما شرطه أولا وهذا إذا تعارض الشرطان ، أما إذا لم يتعارضا وأمكن العمل بهما وجب كما ذكره البيرى فى القاعدة التاسعة من الأشباه ، وما ذكروه داخل تحت قولهم شرط الواقف كنص الشارع فإن النصين إذا تعارضا عمل بالمتأخر منهما ط (قوله الوصف بعد الجمل الخ) سيذكر الشارح هذه المسألة عن نظم المحبية مع ماينا سبها وسيأتى الكلام على ذلك :

مطلب مهم فى قول الواقف على الفريضة الشرعية

(قوله متى وقف) أى على أولاده لأنه منشأ الجواب المذكور كما تعرفه ، وبه يظهر فائدة التقييد بقوله حال صحته (قوله كما حققه مفتى دمشق الخ) أقول : حاصل ماذكره فى الرسالة المذكورة أنه ورد فى الحديث أنه صلى الله عليه وسلم قال « سووا بين أولادكم فى العطية ولو كنت مؤثرا أحدا لآثرت النساء على الرجال » رواه سعيد فى سننه وفى صحيح مسلم من حديث النعمان بن بشير « اتقوا الله واعدلوا فى أولادكم » فالعدل من حقوق الأولاد فى العطايا والوقف عطية فيسوى بين الذكر والأنثى ، لأنهم فسروا العدل فى الأولاد بالتسوية فى العطايا حال الحياة . وفى الخانية ولو وهب شيئا لأولاده فى الصحة ، وأراد تفضيل البعض على البعض روى عن أبى حنيفة لابأس به إذا كان التفضيل لزيادة فضل فى الدين وإن كانوا سواء يكره وروى المعلى عن أبى يوسف أنه لا بأس به إذا لم يقصد الإضرار وإلا سوى بينهم وعليه الفتوى وقال محمد : يعطى للذكر ضعف الأنثى ، وفى التتارخانية معزيا إلى تتمة الفتاوى قال : ذكر فى الاستحسان فى كتاب الوقف ، وينبغى للرجل أن يعدل بين أولاده فى العطايا والعدل فى ذلك التسوية بينهم فى قول أبى يوسف وقد أخذ أبو يوسف حكم وجوب التسوية من الحديث ، وتبعه أعيان المجتهدين ، وأوجبوا التسوية بينهم وقالوا يكون آثما فى التخصيص وفى التفضيل ، وليس عند المحققين من أهل المذهب فريضة شرعية فى باب الوقف إلا هذه بموجب الحديث المذكور ، والظاهر من حال المسلم اجتناب المكروه ، فلا تنصرف الفريضة الشرعية فى باب الوقف إلا إلى التسوية ، والعرف لايعارض النص هذا خلاصة مافى هذه الرسالة ، وذكر فيها أنه أفتى بذلك شيخ الإسلام محمد الحجازى الشافعى ، والشيخ سالم السنهورى المالكى والقاضى تاج الدين الحنفى وغيرهم اهـ :

قال : وقد كنت قديما جمعت فى هذه المسألة رسالة سميتها [العقود الدرية فى قول الواقف على الفرضية الشرعية] حققت فيها المقام وكشفت عن مخدراته اللثام بما حاصله : أنه صرح فى الظهيرية بأنه لو أراد أن يبر أولاده فالأفضل عند محمد أن يجعل للذكر مثل حظ الأنثيين ، وعند أبى يوسف يجعلهما سواء وهو المختار ، ثم قال فى الظهيرية قبيل المحاضر والسجلات عند الكلام على كتابة صك الوقف إن أراد الوقف على أولاده ، يقول : للذكر مثل حظ الأنثيين ، وإن شاء يقول : الذكر والأنثى على السواء ، ولكن الأول أقرب إلى الصواب وأجلب للثواب اه :

مطلب مراعاة غرض الواقفين واجبة والعرف يصلح مخصصا

وهكذا رأيته فى نسخة أخرى بلفظ الأول أقرب إلى الصواب ، فهذا نص صريح فى التفرقة بين الهبة والوقف فتكون الفريضة الشرعية فى الوقف هى المفاضلة فإذا أطلقها الواقف انصرفت إليها ، لأنها هى الكاملة المعهودة فى باب الوقف ، وإن كان الكامل عكسها فى باب الصدقة فالتسوية بينهما غير صحيحة ، على أنهم صرحوا بأن مراعاة غرض الواقفين واجبة ، وصرح الأصوليون بأن العرف يصلح مخصصا ، والعرف العام بين الخواص والعوام أن الفريضة الشرعية يراد بها المفاضلة : وهى إعطاء الذكر مثل حظ الأنثيين ، ولذا يقع التصريح بذلك لزيادة التأكيد فى غالب كتب الأوقاف ، بأن يقول : يقسم بينهم على الفريضة الشرعية للذكر مثل حظ الأنثيين ولا تكاد تسمع أحدا يقول على الفريضة الشرعية : للذكر مثل حظ الأنثى ، لأنه غير المتعارف بينهم فى هذا اللفظ :

وفى الأشباه فى قاعدة العادة محكمة ، أن ألفاظ الواقفين تبنى على عرفهم كما فى وقف فتح القدير ، ومثله فى فتاوى ابن حجر ، ونقل التصريح بذلك عن جماعة من أهل مذهبه وفى جامع الفصولين مطلق الكلام فيما بين الناس ينصرف إلى المتعارف ، وقدمنا نحوه عن العلامة قاسم وقد مر وجوب العمل بشرط الواقف ، فحيث شرط القسمة كذلك وكان عرفه بهذا اللفظ المفاضلة وجب العمل بما أراده ، ولا يجوز صرف اللفظ عن مدلوله العرفى لأنه صار حقيقة عرفية فى هذا المعنى ، والألفاظ تحمل على معانيها الحقيقية اللغوية إن لم يعارضها نقل فى العرف إلى معنى آخر ، فلفظ الفريضة الشرعية إذا كان معناه لغة أو شرعا التسوية وكان معناه فى العرف المفاضلة ، وجب حمله على المعنى العرفى كما علمت ، ولو ثبت أن المفاضلة فى الوقف مكروهة كما فى الهبة وأن النص الوارد فى الهبة وارد فى الوقف أيضا نقول إن هذا الواقف أراد المفاضلة ، وارتكب المكروه ، فلا يكون فى ذلك تقديم العرف على النص بل فيه إعمال النص بإثبات الكراهة فيما فعله ، وإعمال لفظه بحمله على مدلوله العرفى ، فإن النص لا يغير الألفاظ عن معانيها المرادة ، بل يبقى اللفظ على مدلوله العرفى ، وهو المفاضلة لأنه صار علما عليها ، وهى فريضة شرعية فى ميراث الأولاد ، فإذا ذكرها فى وقفه على أولاده وجب العمل بمراده ، وهذا كله بعد تسليم أن المفاضلة فى الوقف مكروهة كما فى الهبة ، وقد سمعت التصريح بخلافه عن الظهيرية .

وقد وقع سؤال فى أواخر كتاب الوقف من الفتاوى الخيرية فيه ذكر الفريضة الشرعية مع عدم التصريح بأن للذكر مثل حظ الأنثيين فأجاب فيه بالقسمة بالمفاضلة ، وأجاب فى الخيرية قبله فى سؤال آخر بذلك أيضا ، وبه أفتى مفتى دمشق المرحوم الشيخ إسمعيل تلميذ الشارح ، وكذا شيخ مشايخنا السائحانى ، ورأيت مثل ذلك

ونحوه فى فتاوى المصنف وفيها بنى ثبت بطريق شرعى وقفية مكان وجب نقض البيع ولا إثم على البائع مع عدم علمه وللمتولى أجر مثله ولو بنى المشترى أو غرس فذلك لهما فيسلك معهما بالأنفع للوقف :

فى فتاوى الشهاب أحمد بن الشلبى الحنفى شيخ صاحب البحر ، ووافقه عليه الشهاب أحمد الرملى الشافعى فى فتاويه ، ورأيت مثل ذلك أيضا فى فتاوى شيخ الإسلام محقق الشافعية السراج البلقينى ، ومثله فى فتاوى المصنف ، وعزاه أيضا إلى المقدسى والطبلاوى كما يأتى قريبا ، فكل هؤلاء الأعلام أفتوا بما هو المتعارف من معنى هذا اللفظ وكفى بهم قدوة ، وهذا خلاصة ما ذكرته فى الرسالة المذكورة ، ومن أراد زيادة على ذلك فليرجع إليها وليعتمد عليها ففيها المقنع لمن يتدبر مايسمع ولله الحمد (قوله ونحوه فى فتاوى المصنف)هذا عجيب بل الذى فيها خلافه وهو انصراف الفريضة الشرعية إلى القسمة بالمفاضلة حيث وجد ذكور وإناث ، نعم وقع فى السؤال الذى سئل عنه المصنف أنه آل الوقف إلى أخى الميت لأمه وأخيه الشقيق ، فأجاب بأنها تقسم الغلة بينهما نصفين لاقسمة الميراث : أى لايعطى للأخ للأم السدس ، والباقى للشقيق وقال : إن هذا هو الموافق لغالب أحوال الواقفين وهو قصد التفاوت بين الذكر والأنثى ، فإذا قال على حكم الفريضة يتنزل على الغالب المذكور ، ثم قال وقد أجاب بهذا الجواب شيخ الإسلام عمدة الأنام مفتى الوقت بالقاهرة المحروسة هو الشيخ نورالدين المقدسى وشيخ الإسلام محمد الطبلاوى الشافعى مفتى الديار المصرية اه .

وحاصل كلامه : أنه حيث وجد ذكور فقط كما فى واقعة السؤال من أخوين أحدهما لأم والآخر شقيق يحمل لفظ الفريضة الشرعية على القسمة بالسوية لاعلى قسمة الميراث بينهما ، لأن الغالب من أحوال الواقفين إرادة التفاوت بين الذكر والأنثى فيحمل هذا اللفظ على الغالب إذا وجد ذكر وأنثى لا إذا كانا ذكرين .

قلت : وهذا لاشك فيه وهو صريح فيما قلنا من حمل اللفظ المذكور على معناه العرفى ، وكأن الشارح نظر إلى قوله فى صدر الجواب تقسم الغلة بينهما نصفين ، ولم ينظر إلى باقيه مع أن الضمير فى بينهما راجع للأخوين لا إلى ذكر وأنثى ، وقد وقع لابن المنقار فى رسالته نظير ماوقع للشارح فإنه نقل عن الحافظ السيوطى فتوى استدل بها على كلامه مع أنها دالة على خلاف مرامه .

فإن حاصلها أن واقفا شرط انتقال نصيب من مات عن غير ولد إلى أقرب الطبقات إليه فمات شخص عن ابن عم وبنتى عم ، فأجاب : بانتقال النصيب إلى الثلاثة وأن قوله بالفريضة الشرعية محمول على تفضيل الذكر على الأنثى فقط فلا يختص به ابن العم وإن كان عصبة .

وحاصله : حمل الفريضة الشرعية على المفاضلة لاعلى التسوية ولاعلى قسمة الميراث من كل وجه ، وهذا عين ماأجاب به المصنف والله الموفق فافهم (قوله وللمتولى أجر مثله) أى أجر مثل المكان المذكور فى مدة وضع المشترى يده على القول المختار كما فى البزازية وغيرها فتاوى المصنف .

مطلب فيما لو اشترى دار الوقف وعمر أو غرس فيها

(قوله فذلك لهما) هكذا عبارة فتاوى المصنف ونصها : وإذا زاد المشترى فى المكان المذكور زيادة هى مال متقوم كالبناء والغرس فذلك لهما ولهما المطالبة به فيسلك معهما فيه طريقا يظهر نفعها لجهة الوقف ويعظم وقعها اه والظاهر أن يقول : فذلك له أى للمشترى ، والمراد بالأنفع للوقف أنه إن كان القلع والتسليم للمشترى أنفع للوقف يفعل ، وإلا بأن كان القلع يضر بالوقف يتملكه الناظر للوقف كما مر فى بناء المستأجر تأ ل .

وفى البزازية معزيا للجامع إنما يرجع بقيمة البناء بعد نقضه إن سلمه المشترى للبائع وإن أمسكه لم يرجع بشيء بخلاف مالو استحق المبيع لو انقطع ثبوته فما كان فى دواوين القضاء اتبع وإلا فمن برهن على شيء حكم له به وإلا صرف للفقراء مالم يظهر وجه بطلانه بطريق شرعى فيعود لملك واقفه

مطلب إذا هدم المشترى أو المستأجر دار الوقف ضمن

قلت : وهذا إذا كان النقض ملك المشترى، فلو بناه بنقض الوقف فهو للوقف وبنى لو هدمه. فنى البحر عن المحيط : لو هدم المشترى البناء إن شاء القاضى ضمن البائع قيمة البناء فينفذ بيعه أو ضمن المشترى، ولا ينفذ البيع، ويملك المشترى البناء بالضمان ، ويكون الضمان للوقف لا للموقوف عليهم اه والمراد بالبناء نقضه ، وهذا إذا لم تمكن إعادته وإلا أمر كماسنذكره فى الغصب، وبنى أيضا لو هدمه وبناه على غير صفته فنى الحامدية عن فتاوى المفتى أبى السعود : يلزم المشترى قلع مابناه وقيمة ماقلعه اه :

قلت : هذا إن لم يكن البناء الثانى أنفع للوقف ،فنى فتاوى قارئ الهداية سئل إذا استأجر شخص دارا وقفا ثم إنه هدمها وجعلها طاحونا أو فرنا أو غيره ما يلزمه؟ أجاب : ينظر القاضى إن كان ماغيرها إليه أنفع لجهة الوقف أخذمنه الأجرة وبنى ماعمر لجهة الوقف وهو متبرع بما أنفقه فى العمارة ولا يحسب له الأجرة ، وإن لم يكن أنفع ولا أكثر ريعا ألزم بهدم ماصنع وإعادة الوقف إلى الصفة التى كان عليها بعد تعزيره بمايليق بحاله اه (قوله وفى البزازية الخ) الذى فى فتاوى المصنف وكذا له الرجوع بقيمة البناء على البائع إذا نقض المستحق البناء بلاقيد كما فى البزازية نقلا عن الذخيرة ،وفيها نقلا عن الجامع أنه إنما يرجع على البائع بقيمته مبنيا إذا كان المشترى سلم النقض إلى البائع وأما إذا أمسك النقض لايرجع على البائع بشيء اه مافى فتاوى المصنف وقوله بلاقيد أى قيد التسليم المقيد به فى العبارة الثانية ، ومثله ماسيذكره الشارح فى باب الاستحقاق عن المنية شرى دارا وبنى فيها فاستحقت رجع بالثمن وقيمة البناء مبنيا على البائع إذا سلم النقض إليه يوم تسليمه، وإن لم يسلم فبالثمن لاغير اه وقوله يوم تسليمه متعلق بالقيمة ، حتى لو أنفق فى البناء عشرة آلاف وسكن فى الدار حتى تغير البناء وتهدم بعضه لم يرجع إلا بقيمته يوم يسلم البناء للبائع ، ولو غلا حتى صار بعشرين ألفا يرجع بقيمته يوم يسلم ولا ينظر إلى ما أنفق كذا فى الخانية ، وبه ظهر أن قول الشارح بعد نقضه متعلق بيرجع لابقيمة وأشار به إلى أنه إنما يرجع بقيمة مايمكن نقضه وتسليمه إلى البائع فلا يرجع بقيمة جص وطين كماسيذكره فى باب الاستحقاق فافهم (قوله بخلاف مالوا ستحق المبيع) هذا لم يذكر فى فتاوى المصنف ولا فى البزازية كما سمعت ، والصواب إسقاطه لأن مانحن فيه من استحقاق المبيع ، وهذا يوهم الفرق بين مالو استحق الوقف ومالو استحقه مالك ولم نر من فرق بينهما والمصنف لم يفرق بينهما كما علمت من عبارته فى الفتاوى فافهم .

مطلب فى الوقف إذا انقطع ثبوته

(قوله لو انقطع ثبوته الخ) المراد علم أنه وقف بالشهرة ولكن جهلت شرائطه ومصارفه بأن لم يعلم حاله، ولاتصرف قوامه السابقين كيف كانوا يعملون وإلى من يصرفونه ، فحينئذ ينظر إلى مافى دواوين القضاة فإن لم يوجد فيها لايعطى أحد ممن يدعى فيه حقا مالم يبرهن فإن لم يبرهن يصرف للفقراء لأن الوقف فى الأصل لهم وقد علم بمجرد كونه وقفا ولم يثبت فيه حق لغيرهم فيصرف إليهم فقط ، وهذا معنى قولهم : يجعلها القاضى موقوفة إلى

أو وارثه أو لبيت المال ، فلو أوقفه السلطان عاما جاز ، ولو لجهة خاصة فظاهر كلامهم لا يصح :

لو شهد المتولى مع آخر بوقف مكان كذا على المسجد فظاهر كلامهم قبولها :

لا تلزم المحاسبة فى كل عام ، ويكتفى القاضى منه بالإجمال لو معروفا بالأمانة ، ولو متهما يجبره على التعيين شيئا فشيئا ولا يحبسه بل يهدده ، ولو اتهمه يحلفه قنية :

قلت : وقدمنا فى الشركة أن الشريك والمضارب والوصى والمتولى لا يلزم بالتفصيل ، وأن غرض قضاتنا ليس إلا الوصول لسحت المحصول :

لو ادعى المتولى الدفع قبل قوله بلا يمين لكن أفتى المنلا أبو السعود أنه إن ادعى الدفع من غلة الوقف

أن يظهر الحال ، وقدمنا تمام تحقيق هذه المسألة عند قوله وبيان المصرف من أصله فافهم (قوله أو وارثه) أى إن مات مالكه أو لبيت المال إن لم يكن له وارث (قوله فلو وقفه السلطان) أى بعد ما صار لبيت المال بموت أربابه، وقدمنا أن هذا ارصاد لا وقف حقيقى (قوله عاما) كالمسجد والمقبرة والسقاية ، ومثله ما وظفه فى مسجد ونحوه للعلماء ونحوهم ممن له حق فى بيت المال ، فلا يجوز لأحد إبطاله نعم للسلطان مخالفة شرط واقفه بزيادة ونقص ونحو ذلك لا بصرفه عن جهته إلى غير جهته كما مر عند قوله ونقل عن المبسوط (قوله ولو لجهة خاصة) كذريته أو عتقائه (قوله لا يصح) لأن فيه تعطيل حق بقية المسلمين وقد بسط المقام فى شرح الوهبانية فراجعه (قوله فظاهر كلامهم قبولها) كما لو شهد بوقف مدرسة وهو صاحب وظيفة بها فتاوى المصنف ، وكذا شهادة أهل المحلة بوقف عليها ، وأبناء السبيل بوقف على أبناء السبيل ، وهذا فى الشهادة بأصل الوقف لا فيما يرجع إلى الغلة كشهادة بإجارة ونحوها فلا تقبل لأن له حقا فيها فكان متهما كما فى شهادات البحر ، وسيأتى تمامه إن شاء الله تعالى قبيل قوله والأجير الخاص ، ووجه القبول أن الشهادة تقبل فى الوقف حسبة بدون الدعوى كما مر (قوله بل يهدده) يومين أو ثلاثة فإن فعل وإلا يكتفى منه باليمين بحر .

مطلب فى محاسبة المتولى وتحليفه

(قوله ولو اتهمه يحلفه) أى وإن كان أمينا كالمودع يدعى هلاك الوديعة أو ردها قيل : إنما يستحلف إذا ادعى عليه شيئا معلوما ، وقيل يحلف على كل حال بحر عن القنية :

قلت : وسيأتى قبيل كتاب الإقرار أنه لا تحليف على حق مجهول إلا فى ست : إذا اتهم القاضى وصى يتيم ومتولى وقف وفى رهن مجهول ودعوى سرقة وغصب وخيانة مودع اهـ (قوله قلت وقدمنا الخ) استدراك على قوله : ولو متهما يجبره على التعيين ، وقد يجاب بحمل ما قدمه على ما إذا كان معروفا بالأمانة :

مطلب فى قبول قول المتولى فى ضياع الغلة وتفريقها

(قوله بلا يمين) مخالف لما فى البحر عن وقف الناصحى إذا آجر الواقف أو قيمه أو وصيه أو أمينه ثم قال قبضت الغلة فضاعت أو فرقتها على الموقوف عليهم وأنكروا فالقول له مع يمينه اهـ ومثله فى الإسعاف وكذا فى شرح الملتقى عن شروط الظهيرية ، ثم قال : وسيجىء فى العارية أنه لا يضمن ما أنكروه بل يدفعه ثانيا من مال الوقف اهـ وفى حاشية الخير الرملى الفتوى على أنه يحلف فى هذا الزمان اهـ .

لمن نص عليه الواقف فى وقفه كأولاده وأولاد أولاده قبل قوله وإن ادعى الدفع إلى الإمام بالجامع والبواب ونحوهما لايقبل قوله كما لو استأجر شخصا للبناء فى الجامع بأجرة معلومة ثم ادعى تسليم الأجرة إليه لم يقبل قوله . قال المصنف : وهو تفصيل فى غاية الحسن فيعمل به واعتمده ابنه فى حاشية الأشباه :
قلت : وسيجىء فى العارية معزيا لأخى زاده لو آجر القيم ، ثم عزل فقبض الأجرة للمنصوب فى الأصح

مطلب إذا كان الناظر مفسدا لايقبل قوله بيمينه

قلت : بل نقل فى الحامدية عن المفتى أبى السعود أنه أفتى بأنه إن كان مفسدا مبذرا لايقبل قوله بصرف مال الوقف بيمينه ، وفيها القول فى الأمانة قول الأمين مع يمينه إلا أن يدعى أمرا يكذبه الظاهر ، فحينئذ تزول الأمانة وتظهر الخيانة ، فلا يصدق بيرى عن أحكام الأوصياء ، وعلى هذا لو ظهرت خيانة ناظر لايصدق قوله ولو بيمينه وهى كثيرة الوقوع اه وفيها عن فتاوى الشلبى بعد كلام ، ومن اتصف بهذه الصفات المخالفة للشرع التى صار بها فاسقا لايقبل قوله فيما صرفه إلا ببينة اه وبقى هل يقبل قول الناظر الثقة بعد العزل أيضا ذكر الحموى فى حاشية الأشباه من كتاب الأمانات أن ظاهر كلامهم القبول ، لأن العزل لايخرجه عن كونه أمينا ، وأطال فيه فراجعه وبه أفتى المصنف قياسا على الوصى لو ادعى بعد بلوغ اليتيم أنه أنفق كذا فإنه يقبل وعلله بأنه أسنده إلى حالة منافية للضمان (قوله فى وقفه) أى وقف الواقف المعلوم من المقام (قوله قبل قوله) أى ولو بعد موتهم كما فى شرحه على الملتقى (قوله لايقبل قوله) لأن مايأخذه الإمام ونحوه ، ليس مجرد صلة ، بل فيه شوب الأجرة كما مر (قوله قال المصنف) أى فى فتاواه لكن قال فى كتابه تحفة الأقران غير أن العلماء على الافتاء بخلافه اه وفى حاشية الخير الرملى والجواب عما قاله أبو السعود : أنها ليس لها حكم الأجرة من كل وجه ومقتضى ماقاله أبو السعود أنه يقبل قوله فى حق براءة نفسه لافى حق صاحب الوظيفة لأنه أمين فيما فى يده فيلزم الضمان فى الوقف ، لأنه عامل له وفيه ضرر بالوقف فالإفتاء بما قاله العلماء متعين ، وقوله يعنى : المصنف هو تفصيل فى غاية الحسن فى غير محله إذ يلزم منه تضمين الناظر إذا دفع لهم بلا بينة لتعديه اه :

قلت : وفيه نظر بل الضمان على الوقف ، لأنه عامل له ولاتعدى منه أصلا لأنه دفع حقا لمن يستحقه فأين التعدى إذا لم يشهد ، وإلا لزم أنه يضمن أيضا فى مسألة استئجاره شخصا للبناء إذا دفع له الأجرة بلا بينة ولذا قال فى الحامدية بعد نقله كلام الخير الرملى قلت : تفصيل أبى السعود فى غاية الحسن باعتبار التمثيل بالأجرة فهى مثلها ، وقول العلماء يقبل قوله فى الدفع إلى الموقوف عليهم محمول على غير أرباب الوظائف المشروط عليهم العمل ، ألا ترى أنهم إذا لم يعملوا لايستحقون الوظيفة ، فهى كالأجرة لامحالة ، وهو كأنه أجير فإذا اكتفينا بيمين الناظر يضيع عليه الأجر لاسيما نظار هذا الزمان ، وقال المولى عطاء الله أفندى فى مجموعته سئل شيخ الإسلام زكريا أفندى عن هذه المسألة فأجاب : بأنه إن كانت الوظيفة فى مقابلة الخدمة ، فهى أجرة لابد للمتولى من إثبات الأداء بالبينة وإلا فهى صلة وعطية يقبل فى أدائه قول المتولى مع يمينه ، وإفتاء من بعده من المشايخ الإسلامية إلى هذا الزمان على هذا متمسكين بتجويز المتأخرين الأجرة فى مقابلة الطاعات اه (قوله قلت وسيجىء الخ) حيث قال : وأما إذا ادعى الصرف إلى وظائف المرتزقة فلا يقبل قوله فى حقهم ، لكن لايضمن ما أنكروه له بل يدفعه ثانيا من مال الوقف كما بسط فى حاشية أخى زاده اه .
قلت : وسيجىء قبله فى الوديعة حكم مالو مات الناظر مجهلا غلات الوقف فراجعه (قوله فى الأصح) ذكر

وهل يملك المعزول مصادقة المستأجر على التعمير قيل نعم ، قال المصنف والذى ترجح عندى لا ، ليس للمتولى أخذ زيادة على ماقرر له الواقف أصلا ويجب صرف جميع مايحصل من نماء وعوائد شرعية وعرفية لمصارف الوقف الشرعية ،

مثله فى البحر عن القنية معللا (١) بأن المعزول آجرها للوقف لالنفسه ، خلافا لما أفتى به فى فتاواه كما نبه عليه الرملى (قوله قال المصنف والذى ترجح عندى لا) أى لاتصح مصادقته ، وأخذ المصنف ذلك من قوله فى الولوالجية من حكى أمرا لا يملك استئنافه إن كان فيه إيجاب الضمان على الغير لايصدق ، وإن كان فيه نفى الضمان عن نفسه صدق قال : وحكاية المتولى ذلك فيه إيجاب الضمان على جهة الوقف فينبغى عدم تصديقه وهذا ماترجح عندى فى الجواب اهـ .

قلت : وهذا يشمل المعزول والمنصوب فذكر المعزول غير قيد ، وأصرح مما ذكره المصنف مافى دعوى البزازية لاينفذ إقرار المتولى على الوقف ومثله فى السابع من العمادية ، وفى فتاوى الحانوتى من الإجارة التصادق غير صحيح ، لأنه إقرار منه على الوقف وإقرار الناظر على الوقف غير صحيح (قوله ليس للمتولى الخ) فيه كلام يأتى قريبا .

مطلب فيما يأخذه المتولى من العوائد العرفية

(قوله ويجب صرف الخ) حاصل ماذكره المصنف أنه سئل عن قرية موقوفة يريد المتولى أن يأخذ من أهاليها مايدفعونه بسبب الوقف من العوائد العرفية من سمن ودجاج وغلال يأخذونها(٢) لمن يحفظ الزرع ، ولمن يحضر تذريته فيدفع المتولى لهما منها يسيرا ويأخذ الباقى مع ماذكر لنفسه زيادة على معلومه فأجاب : جميع ماتحصل من الوقف من نماء وغيره مما هو من تعلقات الوقف يصرف فى مصارفه الشرعية كعمارته ومستحقيه اهـ ملخصا لكن أفتى فى الخيرية بأنه إذا كان فى ريع الوقف عوائد قديمة معهودة يتناولها الناظر بسعيه اهـ طلبها لقول الأشباه عن إجارات الظهيرية والمعروف عرفا كالمشروط شرطا فهو صريح فى استحقاقه ماجرت به العادة اهـ ملخصا .

مطلب فى تحرير حكم مايأخذه المتولى من عوائد

قلت : ويؤيده مافى البحر من جواز أخذ الإمام فاضل الشمع فى رمضان إذا جرت به العادة وقد ظهر لى أنه لاينافى ماذكره المصنف لأن هذا فى المتعارف أخذه من ريع الوقف بأن تعورف مثلا أن هذا الوقف يأخذه متوليه عشر ريعه فحيث كان قديما يحمل كأن الواقف شرطه له ، وماذكره المصنف فيما يأخذه المتولى من أهل القرية كالذى يهدى له من دجاج وسمن ، فان ذلك رشوة ، وكالذى يأخذه من الغلال المذكورة التى جعلت للحافظ فافهم . لكن الذى يظهر أن الغلال إذا كانت من ريع الوقف ، يجب صرفها فى مصارف الوقف ؛

---

(١) (قوله معللا الخ) فيه أن هذا التعليل لا ينتج إذ القبض من حقوق الوقف وهى ترجع للعاقد ألا ترى الوكيل لو عقد ثم مات قالوا وصيه أولى بالقبض وكذا لو عزل تكون ولاية القبض له لأن العهدة عليه قال شيخنا ورأيت فى الفتاوى تعليلا منتجا ونصه لأنه ربما يتقاعد المعزول عن تحصيل الأجرة فيضيع مال الوقف اهـ .

(٢) (قوله وغلال يأخذونها الخ) عبارة الفتاوى يأخذها اهـ .

ويجب على الحاكم أمر المرتشي برد الرشوة على الراشي غب الدعوى الشرعية الكل من فتاوى المصنف .
قلت : لكن سيجيء في الوصايا ومرّ أيضا أن للمتولي أجر مثل عمله فتنبه .
لو وقف على فقراء قرابته لم يستحق مدعيها ولو وليا(١) لصغير إلا ببينة على فقره وقرابته مع بيان جهتها ، فإذا

وأما مثل الدجاج فيجب رده على أصحابه ، وهو ما أشار إليه بقوله : ويجب على الحاكم أمر المرتشي برد الرشوة على الراشي .

مطلب فيما يسمى خدمة وتصديقا في زماننا

نعم إن كان ما يأخذه منهم تكملة أجر المثل يجب صرفه في مصارف الوقف وذلك كما يقع في زماننا كثيرا أن المستأجر إذا كان له كدك أو كردار في دكان أو عقار لا يستأجر إلا بدون أجر المثل ، ويدفع للناظر دراهم تسمى خدمة لأجل أن يرضى الناظر بالإجارة المذكورة ، فهي في الحقيقة من أجرة المثل فلو قلنا بردها على المستأجر يلزم ضرر الوقف ولا تحل للناظر لأنه عامل للوقف بما شرطه له الواقف ، أو القاضي وقد صرحوا أيضا بأن الناظر إذا لم يمكنه أخذ الأجرة من المستأجر وظفر بمال المستأجر فله أخذ قدر الأجرة منه فهذه الخدمة إن كانت رشوة لا يجب ردها على الراشي حيث لم يمكنه أخذ أجرة المثل منه بل عليه صرفها في مصارف الوقف ، وبهذا علم حكم ما يفعله النظار في زماننا من أخذهم ما يسمونه تصديقا فيما إذا مات صاحب الكدك أو الكردار فيأخذ الناظر من ورثته دراهم ليصدق لهم على انتقال ذلك إليهم ، وكذا إذا اشترى أحد ذلك يأخذ من المشتري دراهم فإن كان ذلك تكملة أجر المثل ، فأخذه جائز إن صرفه في مصارفه وإلا فلا ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم (قوله ويجب على الحاكم الخ) لم أجده في نسختي من فتاوى المصنف (قوله غب الدعوى الشرعية) الغب بالكسر عاقبة الشيء كما في القاموس ط ، وهو متعلق بقوله يجب لأن وجوب الحكم على الحاكم بعد الدعوى الشرعية فإذا ادعى الراشي على المرتشي بما دفعه إليه ، وثبت ذلك وجب على الحاكم أمر المرتشي برد الرشوة فافهم (قوله قلت لكن الخ) استدراك على قول المصنف في فتاواه : ليس للمتولي أخذ زيادة على ما قرره له الواقف .
قلت : والجواب أن كلام المصنف فيمن شرط له الواقف شيئا معينا : وما سيجيء في الوصايا ومر أيضا عقب مسألة الجامكية فيمن نصبه القاضي ، ولم يشرط له الواقف شيئا كما قدمناه ، لكن قدمنا أيضا عن أنفع الوسائل ثانيا أن الأول لو عين له الواقف أقل من أجر المثل ، فللقاضي أن يكمل له أجر المثل بطلبه فهذا مقيد لإطلاق المصنف كما قدمناه هناك .

مطلب في أحكام الوقف على فقراء قرابته

(قوله لو وقف على فقراء قرابته الخ) سيأتي تفسير القرابة ، والفقر في آخر الفصل الآتي ، وفي البزازية وقف على فقراء قرابته فجاء رجل وادعى أنه من أقرباء الواقف ، وهو فقير كلف أن يبرهن على الفقر وأنه من أقارب الواقف وأنه لا أحد تجب عليه نفقته ، وينفق عليه والفقر وإن كان أمرا أصليا يثبت بظاهر الحال ، لكن الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق ، وإنما شرط عدم المنفق ، لأنه بالإنفاق عليه يعد غنيا في باب الوقف ، وشرط

---

(١) (قول الشارح ولو وليا) الأحسن جعل غير الولي والوصي غاية إذ المتوهم في الغير كالأم والعم وكذا الأجنبي إذا كان في حجرهم عدم سماع دعواه وأما الولي والوصي فلا يتوهم فيهما ذلك اهـ.

قضى له باستحقه من حين الوقف عليه فتاوى ابن نجيم . وفيها سئل عمن شرط السكنى لزوجته فلانة بعد وفاته بادامت عزبا فمات وتزوجت وطلقت هل ينقطع حقها بالتزويج . أجاب : نعم .

قلت : وكذا الوقف على أمهات أولاده إلا من تزوج أو على بنى فلان إلا من خرج من هذه البلدة فخرج بعضهم ثم عاد أو على بنى فلان ممن تعلم العلم(١) فترك بعضهم ثم اشتغل به فلا شىء له إلا أن يشرط أنه لو عاد فله فليحفظ خزانة المفتين .

لزومه لأنه لو لم يكن واجبا عليه فالظاهر ترك الإنفاق ، فيكون فقيرا قال هلال ولابد أيضا أن يسأل عنه فى السر ، ثم يستحلفه بالله مالك مال ولا لك أحد تجب نفقتك عليه ، وإن برهن على ماذكرنا فأخبر عدلان بغناه فهما أولى ، والخبر والشهادة هنا سواء لأنه ليس بشهادة حقيقة بل هو خبر ولو قالا لانعلم أحدا تجب نفقته عليه كفى ، ولو زعم البعض أنه غنى إن ادعى أن له مالا يصير به غنيا له أن يحلفه على أنه ليس بغنى ، وليس له تحليف المتولى لأنه لو أقر لايلزم شىء فإذا أنكر لايحلف والخصم فى ذلك هو الواقف لو حيا ، وإلا فمن الوقف فى يده ولو أحد الوصيين دون الوارث وأصحاب الوقف ، فإن برهن على المتولى بأنه قريب الواقف لايقبل ، حتى يبرهن على نسب معلوم كالأخوة لأبوين أولأب أولأم لاعلى الإخوة المطلقة أو العمومة ، وإن قالوا لانعلم به وارثا آخر أعطاه ، وإلا يتأنى زمانا ثم يدفع إليه ويأخذ كفيلا عندهما كما فى الميراث ، وإذا أراد الرجل إثبات قرابة ولده أوفقره فله ذلك لو صغيرا بخلاف الكبار فإنهم يثبتون فقرهم بأنفسهم ووصى الأب مثله ، فإن لم يكونا فللأم أوالعم إثبات ذلك لوالصغير فى حجرهما استحسانا لأنه تمحض نفعا له فأشبه قبول الهبة اه ملخصا وتمام الفروع فيها فراجعها وسيأتى آخر الفصل الآتى ماله تعلق بما هنا (قوله من حين الوقف عليه) أى من حين وجود شرط كونه من أهل الوقف ، وهو الفقر والقرابة لامن حين القضاء قال فى الإسعاف : فإن شهدا له بالفقر بعد مجىء الغلة لايدخل فيها ، وإنما يدخل فيما يحدث منها بعد الشهادة إلا أن يشهدا له فى وقف ويسند فقره إلى زمن سابق فإنه يقضى له بالاستحقاق من مبدأ الزمن الأول وإن طال اه .

مطلب إذا قال مادامت عزبا فتزوجت وطلقت ينقطع حقها

(قوله أجاب نعم) أى ينقطع حقها بالتزوج إلا أن يشترط أن من مات زوجها أوطلقها عاد حقها إسعاف وفتح : وفى لسان الحكام لابن الشحنة أن جده أجاب كذلك ، وأن الكافيجى خالفه وقال يعود الدوام كما كان بالفراق ووقع النزاع بين يدى السلطان ، وأن جده أخرج النقل فوافقه الحاضرون (قوله فلا شىء له إلا أن يشرط الخ) بخلاف مالو وقف على من يسكن بغداد من فقراء قرابته فانتقل بعضهم وسكن الكوفة ثم عاد إليها وسكن فإنه يعود حقه(٢) لأن النظر هاهنا إلى حالهم يوم قسمة غلة الوقف ألا ترى أنه لو افتقر(٣) الأغنياء

---

(١) (قول الشارح ممن تعلم العلم الخ) فى نسخة يتعلم وهى الصواب إذ يمكن تفسيرها بيشتغل وأما على ما فى هذه النسخة فلا يظهر إذ معنى تعلم العلم اتصف به سواء ترك الاشتغال فيما بعد أولا اه .

(٢) (قوله فإنه يعود حقه الخ) صرح فى البحر بعدم العود فيما لو وقف على فقراء قرابته المقيمين ببلدة كذا فخرج بعضهم قال لا يعود حقه بالعود فلعله يفرق بين الفعل واسم الفاعل وقد أشكلت الفروع فى هذا المحل وتضاربت تضاربا كليا فليحرر اه .

(٣) (قوله ألا ترى أنه لو افتقر الخ) عبارة الاسعاف ألا ترى أنه لو وقف على فقراء قرابته وفيهم الغنى والفقير تصرف الغلة للفقير ثم إنه لو افتقر الأغنياء الخ اه .

وفى الوهبانية : قضى بدخول ولد البنت بعد مضى السنين فله غلة الآتى لا الماضى لو مستهلكة :
وقف على بنيه وله ولد واحد فإنه النصف والباقى للفقراء أو على ولده له الكل لأنه مفرد مضاف فيعم :

واستغنى الفقراء تكون الغلة لمن افتقر دون من استغنى ولو لم ينظر إلى حالهم يوم القسمة لربما لزم دفع الغلة إلى الأغنياء دون الفقراء وتمامه فى الإسعاف فافهم :

مطلب فيما إذا قضى بدخول ولد البنت

(قوله قضى بدخول ولد البنت) أى فى صورة الوقف على أولاد أولاده (قوله لا الماضى لو مستهلكة) لأن الحكم وإن كان يستند إلى وقت الوقف ، لكن فى حق الموجود وقت الحكم وغلات تلك السنين معدومة كالحكم بفساد النكاح بغير ولى ، لايظهر فى الوطآت الماضية . والمهر ، حتى لوكان غلات السنين الماضية قائمة يستحق أولاد البنات حصتهم منها شرح الوهبانية عن القنية ملخصا . لكن تقدم آنفا فى الوقف لفقراء قرابته أنه من قضى له استحقه من حين الوقف عليه ، وفى قضاء الخيرية لو ثبت أن الوقف سوية بين زيد وعمرو ، وكان زيد يتناول زيادة عما يخصه مدة سنين أجاب : لعمرو الرجوع عليه بما تناوله زائدا عن حقه المدة الماضية ، والقضاء هنا مظهر ومعين لكونه كاشفا فيستند لامثبت وعامل ، حتى يقتصر كما قرره أصحاب الأصول والفروع أيضا اه .

مطلب أثبت واحد أنه من الذرية يرجع بما يخصه فى الماضى

وفى فتاوى ابن نجيم سئل عن واقف وقف على ذريته ففرق الناظر الغلة سنين على جماعة منهم ، ثم أثبت واحد أنه منهم ، وقضى به على الناظر فطالبه بما يخصه فى الماضى فهل له ذلك أجاب : بأنه إن دفع إلى الجماعة بغير قضاء رجع بما يخصه على الناظر ، وإلا رجع على الجماعة أخذا من مسألة الوصى إذا قضى دين الميت بجميع التركة ثم ظهر دين آخر عليه ، فإنهم قالوا إن دفع بغير قضاء رجع الدائن عليه ، وإلا على القابضين ولايعارضه مافى القنية لو قضى بدخول أولاد البنات الخ لأن دخولهم مختلف فيه بخلاف مانحن فيه للإتفاق اه وذكر ذلك بعينه فى فتاوى الحانوتى وحاصله : أن فى دخول أولاد البنات فى الوقف على أولاد أولاده خلافا كما سيأتى تحريره ، فإذا قضى بدخولهم فإنه وإن وقع دخولهم مستندا إلى وقت الوقف لكن بسبب الاختلاف صار الحكم مثبتا حقهم الآن فى الغلة القائمة ، فلهم غلة سنة الحكم وغلة السنين الماضية إذا كانت قائمة للاستناد دون المستهلكة لشبهة الاقتصار ، بخلاف من لم يقع خلاف فى دخوله ، ثم أثبت دخوله فإن القضاء به مظهر أنه منهم لامثبت فيستند ولا يقتصر كما مر فتدبر (قوله لأنه مفرد مضاف فيعم) أى الواحد والأكثر بخلاف بنيه ، وعبارة الإسعاف لأن أقل الجمع هنا اثنان واسم الولد يصدق على الواحد فلهذا اختلفا فى الحكم اه .

مطلب من وقف على أولاده هل يشمل الواحد أولا

[تنبيه] فى البحر ولو وقف على أولاده وليس له إلا واحد أو على بنيه وليس له إلا ابن واحد كان النصف له والنصف للفقراء هكذا سوى بينهما فى الخانية ، وفرق بينهما فى فتح القدير فقال فى الأولاد يستحق الواحد الكل وفى البنين لايستحق الكل ، وقال كأنه مبنى على العرف وقد علمت أن المنقول خلافه اه .

قلت : والحاصل أنه لافرق بين أولاده وبنيه فى أن الواحد يستحق النصف فقط ، لأن اللفظ جمع أقله فى الوقف اثنان كالوصية بخلاف ولده ، فإن الواحد يستحق الكل لما مر وماذكره فى الفتح مشى عليه فى أعان الأشباه

للمتولى الإقالة لو خيرا :
أجر بعرض معين صح وخصاه بالنقود للمستأجر غرس الشجر بلا إذن الناظر، إذا لم يضر بالأرض

حيث قال : الجمع لايكون للواحد إلا فى مسائل وقف على أولاده ، وليس له إلا واحد فله كل الغلة بخلاف بنيه الخ ، وقال فى الدر المنتقى آخر الوقف : وأما مافى الأشباه فقد عزاه للعمدة ، وكذا ذكره فى التتارخانية وغيرها ، فلم يبق الكلام إلا فى التوفيق :

فأقول وبالله التوفيق : قد لاح لى أنه لايبعد أن يحمل كلام الخانية على ما إذا وقف على أولاده وله ولدان ثم على الفقراء فمات واحد وبقى واحد وقت وجود الغلة ، كما يفيده قوله وله ولد وقت وجود الغلة فيندفع عن الأشباه الاشتباه فتدبر ولاقوة إلا بالله اه :

قلت : ويكفى فى التوفيق مامر عن الفتح من ابتنائه على العرف إذ لاشك أن من وقف على أولاده وأولادهم يريد أنه لو بقى منهم واحد ، يأخذ الوقف كله وبما تقرر علمت أن مافى الفتح منقول أيضا :

مطلب فى إقالة المتولى عقد الإجارة

(قوله للمتولى الإقالة لو خيرا) كذا فى البحر عن جامع الفصولين وقال فى الأشباه : إقالة الناظر عقد الإجارة جائزة إلا فى مسألتين الأولى : إذا كان العاقد ناظرا قبله كما فهم من تعليلهم. الثانية : إذا كان الناظر تعجل الأجرة كما فى القنية ومشى عليه ابن وهبان اه . لكن فى شرح الوهبانية للشرنبلالى أقول : هذا ليس فيه تحرير فإن قبض الأجرة وعدمه ليس فيه نظر للخير وعدمه ، بل النظر إنما هو لما فيه مصلحة ، وهو الذى فى البحر عن جامع الفصولين المتولى يملك الاقالة لو خيرا وإطلاقه يشمل القبض وعدمه ، ويشمل إقالة عقد ناظر قبله ويؤيده مسألة هى لو باع القيم دارا اشتراها بمال الوقف فله أن يقبل البيع مع المشترى إذا لم يكن البيع بأكثر من ثمن المثل وكذا إذا عزل ونصب غيره ، فللمنصوب إقالته بلا خلاف كذا فى البحر ، وفى الأشباه المتولى على الوقف لو آجر الوقف ثم أقال ولا مصلحة لم يجز على الوقف ، فالمنظور إليه المصلحة وعدمها ولذا قال فى الدرر إذا باع المتولى أو الوصى شيئا بأكثر من قيمته لاتجوز إقالته اه مع أن المبيع إذا عاد ترجع ماليته على ما كانت عليه ، والعين المؤجرة لاتبقى الأجرة بمضى الزمن إلا بالاستئجار فيفوت النفع الذى لزم بالاستئجار فكان عدم صحة الإقالة مع فوات النفع ألزم من إقالة البيع خصوصا ، وقد تربو المضرة باحتياج العين التى كانت مؤجرة لمؤنة كطعام ومرمة بها اه (قوله وخصاه بالنقود) بناء على أن الناظر وكيل يتصرف بالعرض وبالنقد وبالنسيئة عنده وعندهما بالنقود كما سيأتى فى كتاب الوكالة كذا قيل والمسألة نظمها فى الوهبانية :

مطلب للمستأجر غرس الشجر

(قوله للمستأجر غرس الشجر الخ) كذا فى الوهبانية ، وأصله فى القنية يجوز للمستأجر غرس الأشجار والكروم فى الأراضى الموقوفة ، إذا لم يضر بالأرض بدون صريح الإذن من المتولى ، دون حفر الحياض :

مطلب إنما يحل للمتولى الإذن فيما يزيد الوقف به خيرا

وإنما يحل للمتولى الإذن فيما يزيد الوقف به خيرا ثم قال قلت : وهذا إذا لم يكن لهم حق قرار العمارة فيها أما إذا كان يجوز الحفر والغرس والحائط من ترابها لوجود الإذن فى مثلها دلالة اه ولايخفى أن قوله قلت الخ : محله عند

وليس له الحفر إلا بإذن، ويأذن لو خيرا وإلا لا ومابناه مستأجر أو غرسه، فله مالم ينوه للوقف والمتولى بناؤه وغرسه للوقف مالم يشهد أنه لنفسه قبله :

عدم الضرر بالأرض، كما يعلم بالأولى من قوله وإنما يحل الخ. ثم اعلم أن العادة فى زماننا أن الناظر لايمكن المستأجر من الغراس إلا بإذنه إذا لم يكن له فى الأرض حق القرار المسمى بمشد المسكة، فينبغى أنه لايملك ذلك بدون إذنه، ولاسيما وفيه ضرر على الوقف، لأن الأنفع أن يغرس الناظر للوقف أو يأذن للمستأجر بالمناصبة : وهى أن يغرس على أن الغراس بينه وبين الوقف كما هو العادة ولاشك أنه أنفع من غرسه لنفسه فقط :

مطلب فى حكم بناء المستأجر فى الوقف بلا إذن

(قوله وما بناه مستأجر أوغرسه فله) أى إذا بناه من ماله بلا إذن الناظر ثم إذا لم يضر رفعه بالبناء القديم رفعه وإن ضر فهو المضيع ماله فليتربص، إلى أن يتخلص من تحت البناء ثم يأخذه ولايكون بناؤه مانعا من صحة الإجارة من غيره إذ لايد له عليه حيث لايملك رفعه، ولو اصطلحوا على أن يجعله للوقف بثمن لايجاوز أقل القيمتين منزوعا فيه أو مبنيا صح جامع الفصولين :

وفى حاشيته للخير الرملى أقول : ظاهره اشتراط الرضا إذ الصلح لايكون إلاعنه مع أنهم صرحوا فى الإجارة إذا مضت المدة، وكان القلع يضر بالأرض يتملكه المؤجر بأقل القيمتين جبرا، وإطلاقه يقتضى عدم الفرق بين الوقف والملك إذ لاوجه للفرق بينهما فى ذلك فيحمل الصلح فى كلامه على مجرد الإخبار بالصحة لا على أنه شرط متعين فى ذلك اه وفى الخانية : طرح فيها السرقين، وغرس الأشجار، ثم مات فالأشجار لورثته ويؤمرون بقلعها ولا رجوع لهم بما زاد السرقين فى الأرض عندنا اه وقدمنا مسألة استبقاء المستأجر العمارة فى الأرض المحتكرة قبل الفصل عند قول الشارح وأما الزيادة فى الأرض المحتكرة، وقدمنا مسألة العمارة بإذن الناظر عند مسألة الاستبدال.

مطلب فى حكم بناء المتولى وغيره فى أرض الوقف

(قوله والمتولى بناؤه الخ) اعلم أن البناء فى أرض الوقف فيه تفصيل، فإن كان البانى المتولى عليه فإن كان بمال الوقف فهو وقف سواء بناه للوقف أو لنفسه، أو أطلق وإن من ماله للوقف أو أطلق فهو وقف إلا إذا كان هو الواقف وأطلق فهو له، كما فى الذخيرة، وإن بناه من ماله لنفسه، وأشهد أنه له فهو له كما فى القنية والمجتبى، وإن لم يكن متوليا فإن بنى بإذن المتولى ليرجع فهو وقف، وإلا فإن بنى للوقف فوقف، وإن لنفسه أو أطلق فله رفعه إن لم يضر وتمامه فى ط عن الأشباه وحواشيها. وفى الخانية : ولو غرس فى المسجد يكون للمسجد لأنه لايغرس فيه لنفسه (قوله مالم يشهد أنه لنفسه قبله) أى قبل البناء، وهو متعلق بيشهد، وهذا إذا بناه من ماله كما علم مما مر قبله، وقيد بالاشهاد تبعا لجامع الفصولين وغيره لكن صرح الخصاف بأن القول قوله : إذا اختلف هو وأهل الوقف بأن قال زرعتها لنفسى ببذرى ونفقتى وقالوا : بل لنا لأن البذر له فما حدث منه فهو له بمنزلة الواقف فيما يزرع له قال الخصاف : وأرى إخراجه من يده بما فعل ويضمن نقصان الأرض اه ومثله فى الخانية وهو صريح أيضا بأنه يكون خيانة منه يستحق بها العزل وكأنه فى البحر لم يره حيث قال : وينبغى أن يكون خيانة وقدمنا عند قوله : وينزع وجوبا لو خائنا عن شرح الأشباه للبيرى أنه يؤخذ مما ذكرناه أن الناظر لو سكن دار الوقف ولو بأجر المثل للقاضى عزله لأنه نص فى خزانة الأكمل أنه لايجوز له السكنى ولو بأجر المثل :

ولو آجر لابنه لم يجز خلافا لهما كعبده اتفاقا هذا لو باشر بنفسه فلو القاضي صح وكذا الوصي بخلاف الوكيل : وقف على أصحاب الحديث لا يدخل فيه الشافعي إذا لم يكن في طلب الحديث ويدخل الحنفي كان في طلبه أولا بزازية : أي لكونه يعمل بالمرسل ويقدم خبر الواحد على القياس ، وجاز على حفر القبور والأكفان على الصوفية والعميان في الأصح :

مطلب لو آجر المتولي لابنه أو أبيه لم يجز إلا بأكثر من أجر المثل

(قوله ولو آجر لابنه) أي الكبير إذ الصغير تبع له شرح الوهبانية وفي جامع الفصولين لو باع القيم مال الوقف أو آجر ممن لا تقبل شهادة له لم يجز عند أبي حنيفة ، وكذا الوصي وقيل الوصي كمضارب ، وفيه المتولي إذا آجر دار الوقف من ابنه البالغ أو أبيه لم يجز عند أبي حنيفة إلا بأكثر من أجر المثل كبيع الوصي لو بمثل قيمته ، صح عندهما ، ولو خيرا لليتيم صح عند أبي حنيفة ، وكذا متول آجر من نفسه لو خيرا صح ، وإلا لا ومعنى الخير مر في بيع الوصي من نفسه ، وبه يفتى اهـ والذي مر هو قوله في شراء مال الصغير جاز للوصي ذلك لو خيرا وتفسيره أن يأخذ بخمسة عشر ما يساوي عشرة أو يبيع منه بعشرة ما يساوي خمسة عشر وبه يفتى اهـ (قوله كعبده اتفاقا) وكذا لو لنفسه (قوله هذا لو باشر بنفسه) أما لو ذهب إلى القاضي فآجره صح شرح الوهبانية عن الخانية .

قلت : ويشكل عليه ما مر عند قوله وولاية نصب القيم إلى الواقف ، ثم لوصيه ثم للقاضي من أن القاضي لا يملك التصرف مع وجود المتولي والجواب أنه لا يملك ذلك على ما فيه من النزاع عند صحة تصرف المتولي بنفسه ، وهنا لا يصح وقدمنا عند الكلام ، على قطع الجهات للتعمير أن المتولي لو عمل كالفاعل والبناء ، فله قدر أجرته لو أمره الحاكم وإلا فلا إذ لا يصلح مؤجرا ومستأجرا وهذه العلة جارية هنا وقدمنا أيضا أول الفصل إذا شرط الواقف أن لا تؤجر الأرض أكثر من سنة ، وكانت إجارتها أكثر أنفع للفقراء فليس للقيم أن يؤجرها أكثر بل يرفع الأمر للقاضي ليؤجرها لأن له ولاية النظر للفقراء فافهم (قوله وكذا الوصي) أي من قبل الأب بخلاف وصي القاضي ؛ فإنه لا يصح بيعه ، ولا شراؤه مال اليتيم ولو خيرا كما سيأتي في بابه والإجارة بيع المنافع أفاده ط (قوله بخلاف الوكيل) فإنه لا يعقد مع من ترد شهادته له للتهمة عند الإمام إلا إذا أطلق له الموكل كما سيأتي في بابها أفاده ط (قوله أي لكونه يعمل بالمرسل) هو من سقط منه(١) الصحابي ط وهذا التعليل ذكره في شرح الوهبانية بقوله : وفي حفظي تعليله بكونه يعمل الخ ، ولكني لم أظفر به الآن اهـ

قلت : ووجهه أنه عمل بكل الأحاديث حيث لم يترك العمل بهذين ، فصار أحق بإطلاق هذا اللفظ عليه ، والظاهر أن هذا عند عدم العرف أما إذا تعورف إطلاقه على من غلب عليه هذا العلم حتى اشتهر به ، وصار يطلق عليه أنه من أهل الحديث تعين حمله على عرف الواقف كما قدمناه في مسألة ابن المنقار (قوله وجاز على حفر القبور والأكفان) هو المفتى به كما في البحر عن الفتاوى ، وفي شرح الوهبانية أن الصحة أظهر :

مطلب في الوقف على الصوفية والعميان

(قوله لا على الصوفية والعميان في الأصح) فإنه وقع فيه خلاف قال في شرح الوهبانية عن الخلاصة ، بعد حكاية الخلاف ، وأخرج الإمام علي السعدي الرواية من وقف الخصاف أنه لا يجوز على الصوفية والعميان ، فرجعوا إلى جوابه اهـ :

---

(١) قوله (هو من سقط الخ) هكذا بخطه والذي في حاشية ط هو ما سقط الخ وهي أولى اهـ مصححه.

ولو شرط النظر للأرشد فالأرشد من أولاده فاستويا اشتركا به أفتى به المنلا أبو السعود معللا بأن أفعل التفضيل ينتظم الواحد والمتعدد وهو ظاهر وفى النهر عن الإسعاف شرطه لأفضل أولاده فاستويا فلأسنهم ولو أحدهما أورع والآخر أعلم بأمور الوقف فهو أولى إذا أمن خيانته انتهى جوهرة وكذا لو شرط لأرشدهم كما فى نفع الوسائل ،

قلت : لكن فى الإسعاف قال شمس الأئمة إذا ذكر مصرف فيهم تنصيص على الحاجة ، فهو صحيح وإن استوى فيه الأغنياء والفقراء ، فإن يحصون(١) صح وإلا بطل إلا إن كان فى لفظه ما يدل على الحاجة عرفا كاليتامى فالوقف عليهم صحيح ، ويصرف لفقرائهم فهذا الضابط يقتضى صحة الوقف على الزمنى والعميان ، وقراء القرآن والفقهاء وأهل الحديث ، ويصرف لفقرائهم لإشعار الأسماء بالحاجة استعمالا لأن العمى ، والاشتغال بالعلم يقطع عن الكسب ، فيغلب فيهم الفقر وهو أصح مما سيأتى فى باب الباطل أنه باطل على هؤلاء اه ومقتضاه : أنه يصح على الصوفية أيضا لأن الفقر فيهم أغلب من العميان بل اصطلاحهم تسميتهم بالفقراء وهذا إن كانت العلة ماذكروا وإلا ففى التتارخانية عن الإمام أبى اليسر أن الصوفية أنواع ، فمنهم قوم يضربون بالمزامير ، ويشربون الخمور إلى أن قال فيهم إذا كانوا بهذه المثابة ، كيف يصح الوقف عليهم اه فأفاد : أن العلة أن منهم من لا يصح الوقف عليهم ، فلا يكون قربة ، ويحتمل أن المراد لا يصح الوقف على هذا النوع منهم إذا عينهم الواقف ، وهذا وإن كان خلاف ظاهر العبارة لكنه من حيث المعنى أظهر لأن لفظ الصوفية إنما يراد به فى العادة من كانوا على طريقة مرضية أما غيرهم ، فليسوا منهم حقيقة وإن سموا أنفسهم بهذا الإسم فإذا أطلق الإسم لا يدخلون فيه ، فيصح الوقف ويستحقه أهل ذلك الإسم حقيقة ، وحينئذ فكون علة الصحة ما مر من غلبة وصف الفقر عليهم فاغتنم هذا التحرير (قوله وفى النهر عن الإسعاف الخ) تخصيص لما أفتى به أبو السعود (قوله فهو أولى) أى الأعلم بأمور الوقف أولى ، ومثله لو استويا فى الديانة والسداد والفضل والرشاد فالأعلم بأمر الوقف أولى بحر عن الظهيرية :

مطلب فى شرط التولية للأرشد فالأرشد

(قوله وكذا لو شرطه لأرشدهم) فيقدم بعد الاستواء فيه الأسن ، ولو أنثى كما فى الإسعاف والأعلم بأمور الوقف ، وأفتى فى الاسماعيلية بتقديم الرجل على الأنثى والعالم على الجاهل : أى بعد الاستواء فى الفضيلة والرشد ، قال فى البحر : والظاهر أن الرشد صلاح المال ، وهو حسن التصرف وفيه عن الإسعاف ، ولو قال الأفضل فالأفضل فأبى الأفضل القبول ، أو مات يكون لمن يليه على الترتيب ذكره الخصاف وقال هلال : القياس أن يدخل القاضى بدله رجلا مادام حيا ، فإن مات صارت الولاية لمن يليه فى الفضل ، ولو كان الأفضل غير موضع أقام رجلا مقامه ، وإذا مات تنتقل لمن يليه فيه ، وإذا صار أهلا بعده ترد الولاية إليه ، وكذا لو لم يكن فيهم أهل أقام القاضى أجنبيا إلى أن يصير فيهم أهل ، ولو صار المفضول منهم أفضل ممن كان أفضلهم تنتقل الولاية إليه فينظر فى كل وقت إلى أفضلهم كالوقف على الأفقر فالأفقر اه ملخصا :

مطلب إذا صار غير الأرشد أرشد

قلت : وبه علم عدم صحة ما أفتى به فى الحامدية أنه إذا أثبت أحدهم أرشديته أنه لا تقبل بينة آخر أنه صار أرشد واستند لما فى حاوى السيوطى أن العبرة لمن فيه هذا الوصف فى الابتداء ، لا فى الأثناء ، وبينت الجواب عنه

(١) قوله (فإن يحصون) لعل صوابه يحصوا بحذف النون اه مصححه .

ولو ضم القاضي للقيم ثقة أي ناظر حسبة هل للأصيل أن يستقل بالتصرف لم أره وأفتى الشيخ الأخ أنه إن ضم إليه الخيانة لم يستقل وإلا فله ذلك وهو حسن نهر وفي فتاوى مؤيد زاده معزيا للخانية وغيرها ليس للمشرف التصرف بل الحفظ ،

في تنقيحها وذكرت فيه تفصيلا أخذا من القواعد المذهبية، وهو أنه إذا ادعى آخر الأرشدية قبل الحكم بها للأول، وتعارضت البينتان اشتركا في التولية لما مر من أن أفعل التفضيل ينتظم الواحد والأكثر ، ولأنه لا سبيل إلى ترجيح إحدى البينتين على الأخرى قبل الحكم وإن كان بعده وقصر الزمن لا تسمع الثانية ، لترجح الأولى بالحكم بها فتلغو الثانية ، وأما إذا طال بحيث يمكن أن يصير الثاني أرشد فكذلك إلا إذا شهدت الثانية بأن صاحبها صار الآن أرشد من الأول والله تعالى أعلم اهـ ثم رأيت التصريح بذلك في فتاوى الشيخ قاسم حيث قال : إذا قامت بينة أخرى بالأرشدية لغيره فلابد من تصريحها بأن هذا أمر تجدد، وذكر قبله أن الشهادة بالأرشدية تحتاج أن يكون الأولاد وأولاد الأولاد معلومين محصورين، ليكون المشهود له أرشد من غيرهم (قوله ولو ضم القاضي للقيم ثقة) تقدم عند قول الشارح: ليس للقاضي عزل الناظر بمجرد شكاية المستحقين، أنه يضمه إليه إذا طعن في أمانته بدون إثبات خيانة وإلا عزله وتقدم تمام الكلام عليه هناك (قوله وإلا فله ذلك) قد يقال إنه إذا ضمه إليه للطعن في أمانته وكان للأصيل الاستقلال بالتصرف لم يبق فائدة لضمه إليه إلا أن يصور فيما إذا ضمه إليه إعانة له لا للطعن ولا للخيانة تأمل :

مطلب ليس للمشرف التصرف

(قوله ليس للمشرف التصرف) بل له الحفظ لأن التصرف في مال الوقف مفوض إلى المتولي خالية ، والظاهر أن المراد بالحفظ حفظ مال الوقف عنده لكن قال في الفتح : وهذا يختلف بحسب العرف في معنى المشرف اهـ ومقتضاه أنه لو تعورف تصرفه مع المتولي اعتبر ، ويحتمل أن يراد بالحفظ مشاركته للمتولي عند التصرف لئلا يفعل ما يضر ويؤيده ما ذكروه في مشرف الوصي ، ففي الخانية قال الإمام الفضلي يكون الوصي أولى بإمساك المال ، ولا يكون المشرف وصيا وأثر كونه مشرفا أنه لا يجوز تصرف الوصي إلا بعلمه وفي أدب الأوصياء عن فتاوى الخاصي ، وبقول الفضلي يفتى ، وأنت خبير بأن الوقف يستقي من الوصية ، مسائله تنزع منها ، وعن هذا أفتى في الحامدية بأنه ليس للمتولي التصرف في أمور الوقف ، بدون إذن المشرف واطلاعه

مطلب القيم والمتولي والناظر بمعنى واحد

وفي الخيرية إن كان الناظر بمعنى المشرف فقد صرحوا بأن الوصي لا يتصرف إلا بعلم المشرف وفيها سئل في وقف له ناظر ومتول هل لأحدهما التصرف بلا علم الآخر أجاب لا يجوز والقيم والمتولي والناظر في كلامهم بمعنى واحد اهـ

قلت : هذا ظاهر عند الأفراد أما لو شرط الواقف متوليا وناظرا عليه كما يقع كثيرا، فيراد بالناظر المشرف وعن هذا أجبت في حادثة بأنه ليس للمتولي الإيجار ، بلا علم الناظر ، خلافا لما في الفتاوى الرحيمية من أنه لو آجر المتولي إجارة شرعية بأجرة المثل لا يملك الناظر معارضته لأنه في معنى المشرف تأمل: وأفتى في الإسماعيلية بأنه ليس للناظر معارضة المتولي إلا أن يثبت أن نظارته بشرط الواقف اهـ :

قلت : وفيه نظر ، إذ لو نصبه القاضي ناظرا على المتولي لثبوت خيانته لم يستقل المتولي بالتصرف كما مر

ليس للمتولى أن يستدين على الوقف للعمارة إلا بإذن القاضى .

مات المتولى والجباة يدعون تسليم الغلة إليه فى حياته ولا بينة لهم صدقوا بيمينهم لإنكارهم الضمان .

لايجوز الرجوع عن الوقف إذا كان مسجلا ، ولكن يجوز الرجوع عن الموقوف عليه المشروط كالمؤذن والإمام والمعلم وإن كانوا أصلح اهـ جوهرة :

عن النهر ، بل مثله مالو نصبه عليه للطعن فى أمانته كما بحثناه آنفا تأمل (قوله ليس للمتولى أن يستدين الخ) مكرر مع ماتقدم (قوله إذا كان مسجلا) مبنى على قول الإمام إن الوقف لايلزم قبل الحكم والتسجيل ، ومر أن المفتى به قولهما .

مطلب لايجوز الرجوع عن الشروط

(قوله وإن كانوا أصلح) الذى رأيته فى فتاوى مؤيد زاده إذا لم يكونوا أصلح أوفى أمرهم تهاون فيجوز للواقف الرجوع عن هذا الشرط اهـ وهكذا نقله عنها فى شرحه على الملتقى ثم نقل عن الخلاصة : لايجوز الرجوع عن الوقف إذا كان مسجلا ، ولكن يجوز الرجوع عن الموقوف عليه وتغييره وإن كان مشروطا كالمؤذن والإمام والمعلم إن لم يكونوا أصلح أوتهاونوا فى أمرهم ، فيجوز للواقف مخالفة الشرط اهـ .

قال ط : أقول وبالله تعالى التوفيق : إن ماذكره من المؤذن والإمام إن لم يكونوا أصلح ليس من الرجوع ، وإنما هو مخالفة للشرط لكونها أنفع للوقف بنصب غيرهم ممن يصلح ، فهو كما إذا شرط أن لاينزع من الولاية فخان فإنه ينزع ولايعتبر هذا الشرط ويولى غيره ، وكما إذا شرط أن لايؤجر أكثر من سنة ولارغبة فيما عينه فإنه يخالف ، وما كان ينبغى للشارح أن يفرد هذا بفرع مستقل لأنه يوهم أنه يجوز له الرجوع فى جميع الشروط وليس كذلك اهـ .

قلت : وقد أجاد فيما أفاد ، أعطاه مولاه غاية المراد : وحاصله أنه لو شرط الواقف أن يكون الإمام أو المؤذن أو المعلم شخصا معينا يصح الرجوع عنه لو كان متهاونا فى مباشرة وظيفته أوكان غيره أصلح ، فهو فى الحقيقة تغيير كما عبر به فى الخلاصة : أى تغيير الشخص المعين بغيره للمصلحة الراجعة إلى المسلمين ، فهو نظير ماقدمه المصنف من قوله البانى أولى بنصب الإمام والمؤذن فى المختار إلا إذا عين القوم أصلح ممن عينه ، وبه ظهر الجواب عما نقله الشارح عن الأشباه من قوله ولم أرحكم عزله لمدرس وإمام ولاهما ، وهو أنه جائز للمصلحة إذا كانا مشروطين فى أصل الوقف فبدونه بالأولى ، وقد ظهر أنه ليس المراد أنه يجوز للواقف الرجوع عن شروط الوقف كما فهمه الشارح ، حتى تكلف فى شرحه على الملتقى للجواب عما قدمه عن الدرر قبيل قول المصنف اتحد الواقف والجهة من أنه ليس له إعطاء الغلة لغير من عينه لخروج الوقف عن ملكه بالتسجيل اهـ فإنه صريح فى عدم صحة الرجوع عن الشروط ، ولا يخالفه مافى المؤيدية على ماعلمت ، ويدل عليه قوله فى البحر إن التولية خارجة عن حكم سائر الشروط لأن له فيها التغيير كلما بدا له ، وأما باقى الشرائط فلابد من ذكرها فى أصل الوقف اهـ : وفى الإسعاف : ولايجوز له أن يفعل إلا ماشرط وقت العقد اهـ : وفيه : لو شرط فى وقفه أن يزيد فى وظيفة من يرى زيادته أوينقص من وظيفة من يرى نقصانه أويدخل معهم من يرى إدخاله أويخرج من يرى إخراجه جاز ، ثم إذا فعل ذلك ليس له أن يغيره لأن شرطه وقع على فعل يراه ، فإذا رآه وأمضاه فقد انتهى مارآه اهـ . وفى فتاوى الشيخ قاسم : وما كان من شرط معتبر فى الوقف فليس للواقف تغييره ولاتخصيصه بعد

وفى جواهر الفتاوى : شرطه لنفسه مادام حيا ، ثم لولده فلان ماعاش ، ثم بعده للأعف الأرشد من أولاده فالهاء تنصرف للابن لا للواقف لأن الكناية تنصرف لأقرب المكنيات بمقتضى الوضع وكذلك مسائل ثلاث : وقف على زيد وعمرو ونسله فالهاء لعمرو فقط ، وقفت على ولدى وولد ولدى الذكور فالذكور راجع لولد الولد فحسب ،

تقرره ولاسيما بعد الحكم اه : فقد ثبت أن الرجوع عن الشروط لايصح إلا التولية مالم يشرط ذلك لنفسه فله تغيير المشروط مرة واحدة إلا أن ينص على أنه يفعل ذلك كلما بدا له وإلا إذا كانت المصلحة اقتضته ، فاغتنم هذا التحرير (قوله فإنه(١)) أى الكناية كما يعلم مما بعده والمراد بها الضمير وتسمية الضمير كناية اصطلاح الكوفيين أفاده ط (قوله لأقرب المكنيات) أى لأقرب المذكورات التى يمكن أن يكون الضمير كناية عنها ؛

مطلب فى أن الأصل عود الضمير إلى أقرب مذكور

(قوله بمقتضى الوضع) أى الأصل وهو عود الضمير إلى أقرب مذكور إليه ؛

قلت : وهذا الأصل عند الخلو عن القرائن ؛

مطلب فيما إذا قال على أولادى وأولاد أولادى الذكور

ولذا قال فى الخيرية : سئل عمن وقف على ولده حسن وعلى من يحدث له من الأولاد ثم على أولاده الذكور ثم على أولاده الإناث وأولادهن : ثم حدث للواقف ولد اسمه محمد ثم مات حسن المذكور فهل الضمير فى يحدث له راجع إلى حسن لأنه أقرب مذكور أم إلى الواقف فيدخل محمد فأجاب مفتى الحنفية بمصر مولانا الشيخ حسن الشرنبلالى بأنه راجع إلى الواقف ثم قال فى الخيرية إن هذا مما لايشك ذو فهم فيه إذ هو الأقرب إلى غرض الواقف مع صلاحية اللفظ له :

مطلب إذا كان للفظ محتملان تعين أحدهما بغرض الواقف

وقد تقرر فى شروط الواقفين أنه إذا كان للفظ محتملان تعين أحدهما بالغرض ، وإذا أرجعنا الضمير إلى حسن لزم حرمان ولد الواقف لصلبه واستحقاق أولاد أولاد البنات وفيه غاية البعد ، ولاتمسك بكونه أقرب مذكور ، لما ذكرنا من المحظور ، وهذا لغاية ظهوره غنى عن الاستدلال اه (قوله وكذلك مسائل ثلاث) أى يعتبر فيها الأقرب وإن لم يكن هناك ضمير ، فإن الثانية والثالثة لاضمير فيهما ط (قوله فالهاء لعمرو فقط) أى فلا يدخل نسل زيد زاد الإمام الخصاف : فإن قال على عبد الله وزيد وعمرو ونسلهما ، فالغلة لعبد الله وزيد وعمرو ونسل زيد وعمرو دون نسل عبد الله اه (قوله فالذكور راجع لولد الولد فحسب) أى فقط : أى للمضاف المعطوف دون المضاف إليه ودون المعطوف عليه ، فقوله على ولدى بقى شاملا للذكور والإناث من صلبه ، وقوله وولد ولدى الذكور يختص بالذكور من أولاد الذكور والإناث : أى بالمضاف فقط لأنه أقرب مذكور : ولايقال المضاف إليه أقرب مذكور . لأنا نقول الأصل عود الضمير على المضاف ، كما إذا قلت جاء غلام زيد وأكرمته : أى الغلام لأنه المحدث عنه والمضاف إليه ذكر معرفا للمضاف غير مقصود بالحكم. ويحتمل أن يكون قوله فحسب احترازا عن رجوعه للمضاف إليه فقط ، فلا ينافى رجوعه للمعطوف عليه أيضا ، وهذا

---

(١) (قوله فإنها الخ) هكذا بخطه والذى فى نسخ الشارح فالهاء وهو الأوفق بما يأتى لاسيما ولا مرجع فى الشارح للضمير فى قوله فإنها اه مصححه

وعكسه، وقفت على بنى زيد وعمرو لم يدخل بنو عمرو لأنه أقرب إلى زيد فيصرف إليه هذا هو الصحيح : قلت : وقدمنا أن الوصف بعد متعاطفين للأخير عندنا.

وإن كان بعيدا من فحوى العبارة لكنه هو الموافق لما نص عليه هلال بقوله قلت أرأيت إن قال على ولدى وولد ولدى الذكور : قال : فهى لمن كان ذكرا من ولده وولد ولده ، قال الذكور من ولد البنين والبنات قال نعم اه فقد جعله قيدا للمعطوف والمعطوف عليه دون المضاف إليه ، ومثله فى الإسعاف . ونصه : ولو قال على ولدى وولد ولدى الإناث يكون للإناث من ولده دون ذكورهم والإناث من ولد الذكور والإناث وهن فيهما سواء اه وهو المتبادر من كلام الخصاف أيضا ، لكن يأتى أن الوصف ينصرف إلى مايليه عندنا ، وهو مؤيد للاحتمال الأول فى عبارة جواهر الفتاوى ، ومقتضى كلام الأشباه أنه قيد للمضاف إليه فقط ، وتمام تحرير المقام فى كتابنا تنقيح الحامدية فراجعه .

مطلب إذا تقدم القيد يكون لما قبل العاطف

(قوله وعكسه وقفت الخ) عكس مبتدأ والجملة بعده أريد بها لفظها خبر ، والمراد أنه عكس ماقبله فى كون القيد فيه متقدما فيكون لما قبل العاطف ، بخلاف ماتقدم فإن القيد فيه متأخر فيكون لما بعد العاطف ، فالضمير فى قوله لأنه أقرب وفى قوله فيصرف عائد للقيد وهو لفظ بنى لا لعمرو كما وهم ، ومقتضى كلامه أن الوصف يعود إلى مايليه سواء تأخر أو تقدم ، فإذا قال على فقراء أولادى وجيرانى ينصرف إلى الأول فقط ، وكذا لو قال على ذكور أولادى وأولادهم فيدخل فيه الإناث من أولاد الذكور ، يؤيده أن الأصل العطف على المضاف ، ولم أر مالو توسط الوصف مثل على أولادى الذكور وأولاد أولادى ، والظاهر انصرافه للأول فقط ، فيخص الذكور لصلبه ويعم الذكور والإناث من أولاد أولاده الذكور والإناث ، نعم لو قال وأولادهم يخص الذكور والإناث من أولاد الذكور لعود الضمير إليهم . وفى الإسعاف : لو قال على الذكور من ولدى وعلى أولادهم فهى للذكور من ولده لصلبه ولولد الذكور : إناثا كانوا أو ذكورا دون بنات الصلب : فلا تعطى البنت الصلبية وتعطى بنت أختها . ولو قال على ذكور ولدى وذكور ولد ولدى يكون للذكور من ولده لصلبه وللذكور من ولد ولده ، ويكون الذكور من ولد البنين والبنات فيه سواء ولايدخل أنثى من ولده ولا ولد ولده ولو قال على ولدى وعلى أولاد الذكور من ولدى يكون على ولده لصلبه الذكور والإناث وعلى الذكور والإناث من ولد الذكور من ولده ولايدخل بنات الصلب (١) اه (قوله هذا هو الصحيح) راجع لأصل المسألة ، ومقابله القول بأن الكناية تنصرف للواقف لا لابنه كما أفاده كلام المنح قبيل هذا الفصل ، والظاهر أن الخلاف فى باقى المسائل كذلك .

مطلب الوصف بعد جمل يرجع إلى الأخير عندنا

(قوله قلت وقدمنا) أى فى هذا الفصل حيث قال : الوصف بعد الجمل يرجع إلى الأخير عندنا الخ ، ويأتى قريبا ، وهذا تأييد لقوله فالذكور راجع لولد الولد فحسب : لكن علمت مخالفته لكلام هلال والإسعاف (قوله عندنا)

---

(١) (قوله ولا يدخل بنات الصلب) أى لا يدخلن فى الوالدين : أى لا يستحق أولادهن فى هذا الوقف شيئا ، وليس المراد نفى دخولهن أنفسهن فى الوقف حتى ينافى التعميم فى الولد الأول كما توهم اه .

وفى الزيلعى : من باب المحرمات : وقولهم ينصرف الشرط إليهما وهو الأصل قلنا ذلك فى الشرط المصرح به والاستثناء بمشيئة الله تعالى . وأما فى الصفة المذكورة فى آخر الكلام فتصرف إلى ما يليه ، نحو جاء زيد وعمرو العالم إلى آخره فليحفظ وفى المنظومة المحبية قال :

والوصف بعد جمل إذا أتى يرجع للجميع فيما ثبتا
عند الإمام الشافعى فيما إن كان ذا العطف بواو إما

وعند الشافعى للجميع إن لم يعطف بثم كما مر ويأتى (قوله من باب المحرمات) أى فى كتاب النكاح (قوله وهو الأصل) أى انصراف الشرط إلى المتعاطفين عندنا وعند الشافعية (قوله فى الشرط المصرح به) مثل فلانة طالق وفلانة إن دخلت الدار فيكون دخول الدار شرطا لطلاقهما لا للمعطوف فقط اهـ ط (قوله والاستثناء بمشيئة الله تعالى) لأنه شرط حقيقة وإن سمى استثناء عرفا ، واحترز به عن الاستثناء بإلا . فى التلويح : إذا ورد الاستثناء عقيب جمل معطوف بعضها على بعض بالواو فلا خلاف فى جواز رده إلى الجميع والأخير خاصة ، وإنما الخلاف فى الظهور عند الإطلاق . فمذهب الشافعى أنه ظاهر فى العود إلى الجميع . وذهب بعضهم إلى التوقف وبعضهم إلى التفصيل : ومذهب أبى حنيفة أنه ظاهر فى العود إلى الأخيرة اهـ والمراد بالتفصيل هو أنه إن استقلت الثانية عن الأولى بالإضراب عنها فللأخيرة وإلا فالجميع : واحترز بالجمل عن الاستثناء عقيب مفردات فإنه للكل اتفاقا كما فى شرح التحرير مثال الأول : وقفت دارى على أولادى ووقفت بستانى على إخوتى إلا إذا خرجوا ، ومثال الثانى : وقفت دارى على أولادى وأولادهم إلا إذا خرجوا (قوله فتصرف إلى ما يليه) أى إلى ما يلى العاطف وهو المعطوف المتأخر وهو الأوجه من صرفها للجميع كما فى تحرير ابن الهمام (قوله نحو جاء زيد وعمرو العالم) لا يخفى أن الوصف هنا لا يمكن صرفه للجميع وإن أمكن للأول ، لكنه غير محل الخلاف ، فالمناسب تمثيل ابن الهمام بقوله كتميم وقريش الطوال فعلوا ، فإن الطوال جمع طويل يمكن صرفه للمتعاطفين وللأخير فقط ، والثانى مذهبنا وهو الأوجه كما علمت ، والأول مذهب الشافعى : قال فى جمع الجوامع وشرحه : الصفة كالاستثناء فى العود إلى كل المتعدد على الأصح ولو تقدمت ، نحو : وقفت على أولادى وأولادهم المحتاجين ووقفت على محتاجى أولادى وأولادهم ، فيعود الوصف فى الأول إلى الأولاد مع أولادهم : وفى الثانى إلى أولاد الأولاد مع الأولاد ، وقيل لا : أما المتوسطة نحو : وقفت على أولادى المحتاجين وأولادهم فالمختار اختصاصها بما وليته ، ويحتمل أن يقال تعود إلى ما وليها أيضا اهـ .

مطلب الشرط والاستثناء يرجع إلى الكل اتفاقا لا الوصف فإنه للأخير عندنا .

[تنبيه] حاصل ما مر أن كلا من الشرط والاستثناء والوصف يعود إلى المتعاطفين جميعا عند الشافعى ، وكذا عندنا إلا الوصف فإلى الأخير فقط ، لكن علمت مخالفته لما قدمناه عن هلال وغيره .

مطلب على أن من مات عن ولد من قبيل الشرط

وقد سئل المصنف عمن وقف على أولاده وعددهم على الفريضة الشرعية ، وليس للإناث حق إلا إذا كن عازبات ثم على أولاد الموقوف عليهم ، ثم على أولادهم ونسلهم على أن من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده فهل هذا الشرط راجع للكل أو للجملة الثانية المعطوفة بثم وما بعدها لطول الفصل بين الأولى والثانية وهو قوله ليس للإناث حق الخ

إن كان ذا عطفا بثم وقعا | إلى الأخير باتفاق رجعا
ولو على البنين وقفا يجعل | فإن فى ذاك البنات تدخل
وولد الابن كذاك البنت | يدخل فى ذرية بثبت
لو وقف الوقف على الذرية | من غير ترتيب فبالسوية
يقسم بين من علا والأسفل | من غير تفضيل لبعض فالقل
وتنقض القسمة فى كل سنه | ويقسم الباقى على من عينه
ولو على أولاده ثم على | أولاد أولاد له قد جعلا
وقفا فقالوا ليس فى ذا يدخل | أولاد بنته على ما ينقل
بنى أولادى كذا أقاربى | وأخوتى ولفظ آبائى احسب

اجاب : صرح أصحابنا بأن قوله على أن كذا من قبيل الشرط لما فيها من معنى اللزوم ، ووجود الجزاء يلازمه وجود الشرط كما قال تعالى — يبايعنك على أن لايشركن — أى بشرط أن لايشركن وبأن الشرط إذا تعقب جملا يرجع إلى الكل ، بخلاف الصفة والاستثناء فإلى الأخير عندنا ، ولم يفرق أصحابنا بين العطف بالواو والعطف بثم ، وعلى هذا فيعود نصيب من مات عن ولد لولده عملا بالشرط المذكور وهو الموافق لغرض الواقفين اهـ ملخصا . وظاهره أن طول الفصل المذكور لا يضر أيضا (قوله إن كان ذا العطف بواو) قال العراقى فى فتاواه : وقد أطلق أصحابنا فى الأصول والفروع العطف ولم يقيدوه بأداة ، وممن حكى الإطلاق إمام الحرمين والغزالى والشيخان وزاد بعضهم على ذلك فجعل ثم كالواو كالمتولى حكاه عنه الرافعى ، ومثل إمام الحرمين المسألة بثم ثم قيدها بطريق البحث بما إذا كان ذلك بالواو ، وتمامه فيه حموى (قوله إلى الأخير) متعلق برجعا الذى هو جواب أما .

مطلب فى تحرير الكلام على دخول أولاد البنات

(قوله ولو على البنين وقفا يجعل الخ) يعنى لو قال على بنى وله بنون وبنات يدخل فيه البنات ، لأن البنات إذا جمعن مع البنين ذكرن بلفظ التذكير ولوله بنات فقط ، أو قال على بناتى وله بنون لاغير فالغلة للمساكين ولا شىء لهم ، وتمامه فى الإسعاف ، وهذا البيت يغنى عنه البيتان الأخيران (قوله وولد الابن كذاك البنت) أى كذاك ولد البنت فحذف المضاف وأبقى المضاف إليه على جره اهـ ح أى لو وقف على ذريته يدخل فيه أولاد البنين وأولاد البنات (قوله لو وقف الوقف على الذرية) أى لو قال على ذرية زيد أو قال على نسله أبدا ماتناسلوا يدخل فيه ولده وولد ولده ، وولد البنين وولد البنات فى ذلك سواء خصاف (قوله من غير ترتيب الخ) أى إن لم يرتب بين البطون تقسم الغلة يوم تجىء على عددهم من الرجال والنساء والصبيان من ولده لصلبه والأسفل درجة بالسوية بلا تفضيل ، ثم كلما مات أحد منهم سقط سهمه ، وتنقض القسمة وتقسم بين من يكون موجودا يوم تأتى الغلة ، أما لو رتب ، بأن قال يقدم البطن الأعلى على الذين يلونهم ثم الذين يلونهم بطنا بعد بطن اعتبر شرطه ، وتمامه فى الخصاف (قوله ولو على أولاده الخ) اعلم أنهم ذكروا أن ظاهر الرواية المفتى به عدم دخول أولاد البنات فى الأولاد مطلقا : أى سواء قال على أولادى بلفظ الجمع أو بلفظ اسم الجنس كولدى ، وسواء اقتصر على البطن الأول كما مثلنا أو ذكر البطن الثانى مضافا إلى البطن الأول المضاف إلى ضمير الواقف كأولادى وأولاد أولادى ، أو العائد على الأولاد كأولادى وأولادهم على ما فى أكثر الكتب . وقال الخصاف : يدخلون فى جميع ما ذكر . وقال على

الرازى : إن ذكر البطن الثانى بلفظ اسم الجنس المضاف إلى ضمير الواقف كولدى وولد ولدى لايدخلون، وإن بلفظ الجمع المضاف إلى ضمير الأولاد كأولادى وأولاد أولادهم دخلوا : وقال شمس الأئمة السرخسى : لايدخلون فى البطن الأول رواية واحدة ، وإنما الخلاف فى البطن الثانى : وظاهر الرواية الدخول ، لأن ولد الولد اسم لمن ولده ولده وابنته ولده ، فمن ولدته بنته يكون ولد ولده حقيقة ، بخلاف ما إذا قال على ولدى فإن ولد البنت لايدخل فى ظاهر الرواية لأن اسم الولد يتناول ولده لصلبه ، وإنما يتناول ولد الابن لأنه ينسب إليه عرفا ، وهو اختيار لقول هلال ، وصححه فى الخانية مستندا لكلام محمد فى السير الكبير : وفى الإسعاف أنه الصحيح ، وجزم به قاضى القضاة نور الدين الطرابلسى وتلميذه الشلبى وابن الشحنة وابن نجيم والحانوتى وغيرهم من المتأخرين ، وكذا الخير الرملى فى موضع من فتاواه ، وخالف فى موضع آخر ، وتمام تحرير ذلك وترجيح ماجنح إليه المتأخرون فى كتابى تنقيح الحامدية ، وقدمنا فى الجهاد بعض ذلك :

ثم رأيت فى فتاوى الكازرونى جوابا مطولا للعلامة الشيخ على المقدسى ، ملخصه أن المحقق ابن الهمام قال فى الفتح ولو ضم إلى الولد ولد الولد فقال على ولدى وولد ولدى اشترك الصلبيون وأولاد بنيه وأولاد بناته ، كذا اختاره هلال والخصاف ، وصححه فى الخانية ، وأنكر الخصاف رواية حرمان أولاد البنات وقال لم أجد من يقول برواية ذلك عن أصحابنا ، وإنما روى عن أبى حنيفة فيمن أوصى بثلث ماله لولد زيد فإن وجد له ولد ذكور وإناث لصلبه يوم موت الموصى كان بينهم ، وإن لم يكن له ولد لصلبه بل ولد ولد من أولاد الذكور والإناث كان لأولاد الذكور دون أولاد الإناث ، فكأنهم قاسوه على ذلك . وفرق شمس الأئمة بينهما بالفرق المشهور المذكور فى الخانية وغيرها أى ماقدمناه عنه ، فهذا ابن الهمام المعروف بالتحقيق عند الخاص والعام قد اعتمد على هؤلاء الأئمة العظام أما هلال فإنه تلميذ أبى يوسف : وأما الخصاف فقد شهد له بالفضل شمس الأئمة الحلوانى فقال : إن الخصاف إمام كبير فى العلوم يصح الإقتداء به ، وقد اقتدى به أئمة الشافعية . وأما قاضيخان وشمس الأئمة فما فى الطبقات يغنى عن التطويل ، وإذا كان مثل الإمام الخصاف لم يجد من يقوم برواية حرمان أولاد البنات فى صورة ولدى وولد ولدى يعلم أن الصورة التى بلفظ الجمع ليس فيها اختلاف رواية قطعا بل دخول أولاد البنات فيها رواية واحدة . فعن هذا قال شيخ مشايخنا السرى ابن الشحنة : ينبغى أن تصحح رواية الدخول قطعا لأن فيها نص محمد عن أصحابنا ، والمراد بهم أبو حنيفة وأبو يوسف ، وقد انضم إلى ذلك أن الناس فى هذا الزمان لايفهمون سوى ذلك ولا يقصدون غيره ، وعليه عملهم وعرفهم مع كونه حقيقة اللفظ . وقد وقع لشيخ مشايخنا الصدر الأجل المولى ابن كمال باشا مثل ماوقع من ابن الهمام من الاعتماد على هؤلاء الأئمة العظام :

قال : ويقطع عرق شبهة الاختلاف فى صورة أولاد أولادى مانقله فى الذخيرة عن شمس الأئمة السرخسى أن أولاد البنات يدخلون رواية واحدة ، وإنما الروايتان فيما إذا قال آمنونى على أولادى اهـ ، وبهذا البيان اتضح أن ماوقع فى بعض الكتب كالتجنيس والواقعات والمحيط الرضوى من ذكر الخلاف فى العبارة المذكورة من قبيل نقل الخلاف فى إحدى الصورتين قياسا على الأخرى مع قيام الفرق بينهما ، وماذكروه فى التعليل من أن ولد البنت ينسب لأبيه لايساعدهم ، لأنه إن أريد أن الولد لاينسب إلى الأم لغة وشرعا فلا وجه له ، إذ لاشبهة فى صحة قول الواقف وقفت على أولاد بناتى ، وإن أريد لاينسب إليها عرفا فلايجدى نفعا فى عدم دخول ولد البنت فى الصورة المذكورة لما عرف أن دخوله فيها بحكم العبارة لابحكم العرف ، والدخول بحكم العرف إنما هو فى صورتى الوجه الأول وهما ولدى

يشترك الإناث والذكور   فيه وذاك واضح مسطور

ومما يكثر وقوعه مالو وقف على ذريته مرتبا وجعل من شرطه أن من مات قبل استحقاقه وله ولد قام مقامه لو بقى حيا فهل له حظ أبيه لو كان حيا ويشارك الطبقة الأولى أولا ؟

وأولادى ، والتعليل المذكور ينطلق عليهما . وقد ذكر شيخ الإسلام ابن الشحنة أن العرف موافق للحقيقة اللغوية فيجب المصير إليه والتعويل عليه اهـ . وقد أجاب العلامة الحانوتى بمثل ما قاله المقدسى (قوله يشترك الإناث والذكور) أى عند الاجتماع تغليبا للمذكر على المؤنث .

مطلب فى مسألة السبكى الواقعة فى الأشباه فى نقض القسمة والدرجة الجعلية

(قوله ومما يكثر وقوعه الخ) اعلم أن هذه المسألة وقع فيها اختلاف واشتباه ولا سيما على صاحب الأشباه : ولما رأيت الأمر كذلك جمعت فيها حين وصولى إلى هذا المحل رسالة سميتها [الأقوال الواضحة الجلية فى مسألة نقض القسمة ومسألة الدرجة الجعلية] وكنت ذكرت شيئا من ذلك فى كتاب تنقيح الحامدية وأوضحت فيه المسألتين بما تقر به العين ، فمن أراد الوقوف على حقيقة الأمر فليرجع إلى هذين التأليفين : فإن ذلك يستدعى كلاما طويلا ، ولنذكر لك خلاصة ذلك باختصار :

وذلك أنه إذا وقف على أولاده ثم على أولادهم وهكذا مرتبا بين البطون وشرط أن من مات عن ولد فنصيبه لولده أو عن غير ولد فنصيبه لمن فى درجته ومن مات قبل استحقاقه لشىء وله ولد قام ولده مقامه واستحق ما كان يستحق لو بقى حيا فمات الواقف أو غيره عن عشرة أولاد مثلا ثم مات أحدهم عن ولد يعطى سهمه لولده عملا بالشرط ، فلو مات بعده آخر عن ولد وعن ولد ولد مات والده فى حياة أبيه فهل يعطى هذا الولد مع عمه حصة جده لأن الواقف جعل درجته درجة أبيه وهى درجته الجعلية . فيشارك أهل الطبقة الأولى وهى درجة عمه أو لا يعطى له شيئا(١) أفتى السبكى بعدم المشاركة ، وخص العم بحصة أبيه بناء على أن المتوفى فى حياة والده لا يسمى موقوفا عليه ولا من أهل الوقف ، وإنما يعمل بشرطه الأول ، وهو كل من مات عن ولده فنصيبه لولده ، فكلما مات واحد من العشرة يعطى سهمه لولده دون ولد ولده الذى مات قبل الاستحقاق إلى أن يموت العاشر من الطبقة العليا ، فإذا مات هذا العاشر عن ولد لا يعطى نصيبه لولده بل تنقض القسمة ويقسم على البطن الثانى قسمة مستأنفة ، ويبطل قول الواقف من مات عن ولده فنصيبه لولده ، ويرجع إلى العمل بقوله ثم على أولادهم حيث رتب بين الطبقات وبعد ذلك فكل من مات من البطن الثانى عن ولده فنصيبه لولده ، وهكذا إلى أن يموت آخر هذه الطبقة الثانية فتبطل القسمة وتستأنف قسمة أخرى على الطبقة الثالثة وهكذا إلى آخر الطبقات كما نص عليه الخصاف وغيره ، لكن السبكى قسم على الموتى من كل طبقة عند استئناف القسمة وأعطى حصة كل ميت لأولاده : وأما الخصاف فقسم على عدد أهل الطبقة التى تستأنف القسمة عليها ولم ينظر إلى أصولهم ، فهذا خلاصة ما قاله السبكى ، وخالفه الجلال السيوطى فاختار أن ولد من مات قبل الاستحقاق يقوم مقام والده عملا بالشرط ويستحق من جده مع أعمامه وأنه إذا مات أحد من أعمامه عن غير ولد استحق معهم أيضا ، لأن عدم كونه من أهل الوقف ممنوع ، بل صريح

---

(١) (قوله أو لا يعطى له شيئا) هكذا بخطه ، ولعل الأوفق حذف كلمة له ، اللهم إلا أن يجعل الجار والمجرور نائب فاعل يعطى على قلة لوجود المفعول به ؛ أو يقرأ الفعل بالبناء للفاعل تأمل اهـ مصححه .

قول الواقف ومن مات من أهل الوقف قبل استحقاقه أنه منهم ؛ فأهل الوقف يشمل المستحق ومن كان بصدد الاستحقاق ، وأنه إذا مات آخر من فى الطبقة عن ولد يعطى سهمه لولده(١) :

وحاصله أنه خالفه فى شيئين : أحدهما أن أولاد المتوفى فى حياة والده لايحرمون مع بقاء الطبقة الأولى ، بل يستحقون معهم عملا باشتراط الدرجة الجعلية . ثانيهما أنه إذا انقرضت الطبقة لاتنقض القسمة كما هو صريح إعطائه سهم آخر من مات من الطبقة لولده ، فقوله فى الأشباه أنه وافق السبكى على نقض القسمة غير صحيح :

ثم إن صاحب الأشباه قال : إن مخالفته للسبكى فى أولاد المتوفى فى حياة أبيه واجبة . وأما نقض القسمة بعد انقراض كل بطن فقد أفتى به بعض علماء العصر وعزوه للخصاف ولم يتنبهوا للفرق بين صورتى الخصاف والسبكى ، فإن صورة السبكى ذكر فيها العطف بكلمة ثم بين الطبقات ، وصورة الخصاف قال فيها وقف على ولده وولد ولده ونسلهم مرتبا : أى قائلا على أن يبدأ بالبطن الأعلى ثم بالذين يلونهم ثم بالذين يلونهم بطنا بعد بطن ، فصدر مسألة الخصاف اقتضى اشتراك البطن الأعلى مع الأسفل ، وقوله على أن يبدأ بالبطن الأعلى إخراج بعد الدخول ، وصدر مسألة السبكى اقتضى عدم الاشتراك للعطف بثم لابالواو فنقض القسمة خاص بمسألة الخصاف دون مسألة السبكى فكيف يصح أن يستدل بكلام الخصاف على مسألة السبكى . وحاصله أنه إن عبر بالواو بين الطبقات مرتبا بعده ، بأن يبدأ بالبطن الأعلى تنقض القسمة عند انقراض كل بطن كما قاله الخصاف وإن عبر بثم لايصح القول بنقض القسمة خلافا للسبكى ، بل كلما مات أحد عن ولد يعطى سهمه لولده فى جميع البطون . هذا خلاصة ماقاله فى الأشباه . وقد رد عليه جميع من جاء بعده ، حتى إن العلامة المقدسى ألف فى الرد عليه رسالة مستقلة ذكرها الشرنبلالى فى مجموع رسائله ، وحقق فيها عدم الفرق فى نقض القسمة بين العطف بثم والعطف بالواو المقترنة بما يفيد الترتيب . وقال : قد أفتى بذلك جماعة من أفاضل الحنفية والشافعية : منهم السرى عبد البر بن الشحنة الحنفى ونور الدين المحلى الشافعى ، وبرهان الدين الطرابلسى الحنفى ، ونور الدين الطرابلسى الحنفى ، وشهاب الدين الرملى الشافعى ، والبرهان بن أبى شريف الشافعى ، وعلاء الدين الإخميمى وغيرهم :

قلت : وأفتى بذلك أيضا العلامة ابن الشلبى فى سؤال مرتب بثم ، وقال الصواب نقض القسمة كما اقتضاه صريح كلام الخصاف ، ولا أعلم أحدا من مشايخنا خالفه فى ذلك ، بل وافقه جماعة من الشافعية وغيرهم اهـ : وقد أيد العلامة ابن حجر فى فتاواه القول بنقض القسمة على نحو مامر عن الخصاف ، ونقل مثله عن الإمام البلقينى وغيره فى صورة الترتيب بثم ، فقد تحرر بهذا أن الصواب القول بنقض القسمة بلا فرق بين العرف بثم أو بالواو المقترنة بما يفيد الترتيب ، وأن اشتراط الدرجة الجعلية معتبر ، لكن الذى عليه جمهور العلماء قيام من مات فى حياة والده قيام والده فى الاستحقاق من سهم جده . وأما دخوله فى الاستحقاق من عمه ونحوه ممن هو فى درجة أبيه المتوفى قبل الاستحقاق ، فقد وقع فيه معترك عظيم بين العلماء ، فمنهم من قال بدخوله فى الموضعين ، وهو اختيار السيوطى كمامر ، ووافقه جماعة كثيرون ، واعتمده الشرنبلالى ، وألف فيه رسالة تبع فيها العلامة

---

(١) (قوله يعطى سهمه لولده) ولا تنقض القسمة إذ لافائدة فى نقضها ، لأن السبكى إنما نقضها لأجل إدخال ولد من مات والده قبل الاستحقاق ، والسيوطى أدخله فى درجة أبيه : فلو قال بنقض القسمة لم يكن هناك فائدة لأنه إذا نقض ينقض كالسبكى — بمعنى أنه يقسم أولا على الأصول الأموات ، ويعطى نصيب كل منهم لولده وبعده من مات قبل الاستحقاق مع الأصول المقسوم عليهم ، ويعطى نصيبه لولده الذى من درجة أبيه فالداعى للقسمة إنما هو إعطاء من كان محروما ولا يحرم فى رأى السيوطى ، فلا داعى للنقض ، لأن الظاهر اتفاقهما على معنى القسمة لأنهما مذهبان اهـ .

أفتى السبكي بالمشاركة وخالفه السيوطي ، وهذه المخالفة واجبة كما أفاده ابن نجيم في الأشباه من القاعدة التاسعة ، لكنه ذكر بعد ورقتين أن بعضهم يعبر بين الطبقات بثم وبعضهم بالواو ، فبالواو يشارك، بخلاف ثم فراجعه متأملا مع شرح الوهبانية فإنه نقل عن السبكي واقعتين أخريين يحتاج إليهما ، ولم يزل العلماء متحيرين في فهم شروط الواقفين إلا من رحم الله . ولقد أفتيت فيمن وقف على أولاد الظهور دون الإناث فمات مستحقة عن ولدين أبوهما من أولاد الظهور بأنه ينتقل نصيبها لهما لصدق كونهما من أولاد الظهور باعتبار أبيهما كما يعلم من الإسعاف وغيره .

وفي الإسعاف والتتارخانية : لو وقف على عقبه يكون لولده وولد ولده أبدا ما تناسلوا من أولاد الذكور دون الإناث إلا أن يكون أزواجهن من ولد ولده الذكور كل من يرجع نسبه إلى الواقف بالآباء فهو من عقبه ، وكل من كان أبوه من غير الذكور من ولد الواقف فليس من عقبه انتهى ، وسيجيء في الوصايا أنه لو أوصى لآله أو جنسه دخل كل من ينسب إليه من قبل آبائه ، ولا يدخل أولاد البنات وأنها لو أوصت إلى أهل بيتها أو لجنسها لا يدخل ولدها إلا أن يكون أبوه من قومها ، لأن الولد إنما ينسب لأبيه لا لأمه .

قلت : وبه علم جواب حادثة لو وقف على أولاد الظهور دون أولاد البطون فماتت مستحقة عن ولدين أبوهما من أولاد الظهور هل ينتقل نصيبها لهما ، فأجبت : نعم ينتقل نصيبها لهما لصدق كونهما من أولاد الظهور باعتبار والدهما المذكور ، والله أعلم .

فصل فيما يتعلق بوقف الأولاد من الدرر وغيرها

وعبارة المواهب في الوقف على نفسه وولده ونسبه وعقبه

المقدسي ، وأفتى جماعة كثيرون من أئمة المذاهب الأربعة بعدم دخوله في الثاني ، وهو الذي حققته في الرسالة ، وفي تنقيح الحامدية والله سبحانه أعلم ، فاغتنم توضيح هذا المحل ، واشكر مولاك عز وجل (قوله أفتى السبكي بالمشاركة وخالفه السيوطي) العبارة مقلوبة كما ظهر لك مما قررناه ، فإن السبكي أفتى بعدم المشاركة وبنقض القسمة والسيوطي خالفه في الأمرين لا في أحدهما خلافا للأشباه (قوله وهذه المخالفة واجبة) أي يجب القول بمشاركته لأهل درجة أبيه على التفصيل الذي قلناه أو مطلقا (قوله فبالواو) أي المقترنة بما يفيد الترتيب بين الطبقات ، وقوله يشارك صوابه تنقض القسمة (قوله بخلاف ثم) فإن القسمة لا تنقض فيها بانقراض كل طبقة ، وقد علمت أن الصواب نقض القسمة في الموضعين (قوله ولقد أفتيت الخ) أفتى بمثله الحانوتي (قوله بأنه ينتقل نصيبها لهما) أي إذا وجد في كلام الواقف ما يدل على انتقال نصيب الميت لولده (قوله وفي الإسعاف الخ) هذا كله إلى الفصل ساقط من بعض النسخ ، ويدل على أنه لم يوجد في أصل النسخة ما فيه من التكرار بإعادة الحادثة التي أفتى بها (قوله إلا أن يكون أزواجهن من ولد ولده) استثناء من قوله دون الإناث ، وهذا دليل ما أفتى به ، وهو مراده من قوله كما يعلم من الإسعاف ، وهذا يؤيد سقوط هذه الجملة من أصل النسخة (قوله كل من يرجع الخ) توضيح لما قبله ط ، وسيذكر في الفصل الآتي تفسير العقب والنسل والآل والجنس ، ويأتي الكلام عليه ، والله سبحانه أعلم .

فصل فيما يتعلق في وقف الأولاد

ماقدمه عن جواهر الفتاوى وما بعده إلى هنا من متعلقات هذا الفصل فكان المناسب ذكره فيه (قوله وعبارة المواهب) أي مواهب الرحمن للعلامة برهان الدين إبراهيم الطرابلسي صاحب الإسعاف (قوله في الوقف على نفسه)

جعل ريعه لنفسه أيام حياته ثم وثم جاز عند الثاني وبه يفتى ، كجعله لولده ، ولكن يختص بالصلبي ويعم الأنثى مالم يقيد بالذكر ويستقل به الواحد ، فإن انتفى الصلبي فللفقراء دون ولد الولد إلا أن لايكون حين الوقف صلبي ، فيختص بولد الابن ولو أنثى دون من دونه من البطون ودون ولد البنت فى الصحيح ، ولو زاد وولد ولدي فقط اقتصر عليهما ، ولو زاد البطن الثالث عم نسله ، ويستوى الأقرب والأبعد

أى ن فصل الوقف على نفسه ، وظاهره أن جميع ماذكره عبارة المواهب ، وليس كذلك لأن أكثر ماذكره هنا لم يذكر فى المواهب (قوله جعل ريعه لنفسه الخ) تقدم فى قول المتن وجاز جعل غلة الوقف لنفسه عند الثانى (قوله ثم وثم) حكاية لما يذكره الواقف من العطف بثم فى وقفه كقوله ثم بعدى على أولادى ثم على أولادهم ، وهذا لامدخل له فى نقل الخلاف ، لأن الخلاف فى جعله الربع لنفسه لا لأولاده ونحوهم ، نعم من جعل الوقف على نفسه باطلا أبطل ماعطف عليه أيضا (قوله كجعله لولده) متعلق بقوله جاز لكن لا بقيد كونه عند الثانى كما علمت (قوله ولكن يختص بالصلبى) أى بالبطن الأول إن وجد ، فلا يدخل فيه غيره من البطون ، لأن لفظ ولدى مفرد وإن عم معنى ، بخلاف أولادى بلفظ الجمع على مايأتى (قوله ويعم الأنثى) أى كالذكر ، لأن اسم الولد مأخوذ من الولادة وهى موجودة فيهما درر وإسعاف (قوله مالم يقيد بالذكر) فى بعض النسخ بالذكور وهى كذلك فى الدرر (قوله ويستقل به الواحد) أى بأن كان له أولاد حين الوقف فماتوا إلا واحدا أولم يكن له إلا واحد فإن ذلك الواحد يأخذ جميع غلة الوقف ، لأن لفظ ولدى مفرد مضاف فيعم ، بخلاف الوقف على بنيه فإن الواحد يستحق نصفها والنصف الآخر للفقراء ، لأن أقل الجمع اثنان كما فى الإسعاف ، وقد مر فى الفروع (قوله فإن انتفى الصلبى) أى مات والأولى التعبير به (قوله دون ولد الولد) لاقتصاره على البطن الأول ، ولا استحقاق بدون شرط إسعاف ، وإنما صرف للفقراء لانقطاع الموقوف عليه كما فى الدرر ، وهذا يسمى منقطع الوسط كما قدمناه (قوله فيختص بولد الابن) أى لايشاركه فى الغلة من دونه من البطون ويكون ولد الابن عند عدم الصلبى بمنزلة الصلبى درر أى لأنه ينسب إليه . وفى الخصاف : فإن لم يكن له ولد لصلبه ولا ولد ولد وكان له ولد وولد ولد فالغلة له ولمن كان أسفل من البطون . والفرق بينه وبين الصلبى حيث لم يدخل مع الصلبى من هو أسفل أنه لما نزل إلى ثلاثة أبطن فقد صاروا مثل الفخذ والقبيلة كما لو قال لولد العباس بن عبد المطلب فهو لمن ينسب إلى العباس اهـ ملخصا (قوله ولو أنثى) لأن لفظ الولد يعمها كما قدمه آنفا (قوله فى الصحيح) وهو ظاهر الرواية ، وبه أخذ هلال ، لأن أولاد البنات ينسبون إلى آبائهم لا لآباء أمهاتهم ، بخلاف ولد الابن درر ، وقوله بخلاف ولد الابن أى فإنه يدخل فيه ولد البنت وقدمنا تحريره (قوله ولو زاد ولد ولدى فقط) أى مقتصرا على البطن الأول والثانى (قوله اقتصر عليهما) أى على البطنين . قال فى الدرر : يشتركون فى الغلة ، ولا يقدم الصلبى على ولد الابن لأنه سوّى بينهما أى حيث لم يذكر ما يدل على الترتيب ، بخلاف ما إذا رتب كما يأتى ثم قال فى الدرر : ثم إذا انقرض الأولاد وأولادهم فى الصورتين المذكورتين أى صورة الاقتصار على البطن الأول وصورة زيادة الثانى صرفت الغلة إلى الفقراء لانقطاع الموقوف عليه اهـ أى لأنه فى الصورتين لايدخل البطن الثالث حيث لم يذكر الولد بلفظ الجمع (قوله ولو زاد البطن الثالث) بأن قال على ولدى وولد ولدى وولد ولد ولدى درر (قوله عم نسله) أى صرف إلى أولاده ماتناسلوا لا للفقراء مابقى واحد من أولاده وإن سفل درر (قوله ويستوى الأقرب والأبعد) أى يشترك جميع البطون فى الغلة لعدم مايدل على الترتيب ، وعلله الخصاف بأنه لما سمى ثلاثة أبطن صاروا بمنزلة الفخذ وتكون الغلة لهم ماتناسلوا وال : ألا ترى أنه لو قال على ولد زيد وزيد قد مات وبيننا وبينه ثلاثة أبطن أو أكثر أن هؤلاء بمنزلة الفخذ

إلا أن يذكر ما يدل على الترتيب ، كما لو قال ابتداء على أولادى بلفظ الجمع أو على ولدى وأولاد أولادى ؛ ولو قال على أولادى ولكن سماهم فمات أحدهم

والغلة لمن كان من ولد زيد وولد ولده ونسلهم أبدا (قوله إلا أن يذكر مايدل على الترتيب) بأن يقول: الأقرب فالأقرب ، أو يقول على ولدى ثم على ولد ولدى ، أو يقول بطنا بعد بطن فحينئذ يبدأ بما بدأ به الواقف درر (قوله كما لو قال الخ) مرتبط بقوله عم نسله . وعبارة الدرر كذا أى صرف إلى أولاده ماتناسلوا لا الفقراء إذا قال على ولدى وأولاد أولادى ، أو قال ابتداء على أولادى يستوى فيه الأقرب والأبعد إلا أن يذكر ما يدل على الترتيب كما مر اه . قال محشيه عزمى زاده: قوله أو قال ابتداء الخ هذا مخالف لما فى الخانية : رجل وقف أرضا على أولاده وجعل آخره للفقراء فمات بعضهم ، قال هلال : يصرف الوقف إلى الباقى ، فإن ماتوا يصرف إلى الفقراء لا إلى ولد الولد اه وهو موافق لما فى الخلاصة والبزازية وخزانة الفتاوى وخزانة المفتين والنتف .

مطلب لو قال على أولادى بلفظ الجمع هل يدخل كل البطون

نعم قال فى الاختيار شرح المختار لو قال على أولادى يدخل فيه البطون كلها لعموم اسم الأولاد ولكن يقدم البطن الأول ، فإذا انقرض فالثانى ثم من بعدهم يشترك جميع البطون فيه على السواء قريبهم وبعيدهم اه وقد استفتى عن ذلك بعض العلماء من المولى أبى السعود وأدرج فى سؤاله عبارة واقعة فى بعض الكتب موافقة لما مر عن الاختيار: فأجاب عنه المولى المذكور بما حاصله : إن هذه المسألة قد خطأ فيها رضى الدين السرخسى فى محيطه واعتمد عليه صاحب الدرر اه وما قاله حق مطابق للكتب المعتبرة كما تحققت وخلافه شاذ ثم إن ما فى الدرر غير موافق لذلك القول الشاذ أيضاً لأن مؤدى كلامهم تقديم البطن الأول ثم البطن الثانى ثم الاشتراك بين الأقرب والأبعد ، بخلاف مايدل عليه كلام الدرر من استواء الأقرب والأبعد أولا وآخرا اه ما فى العزمية ملخصا . وأفاد أن قول المفتى أبى السعود واعتمد عليه صاحب الدرر فيه نظر ، لأن كلام الدرر غير موافق لكل من القولين ، لكن جزم بمثله فى فتح القدير والمقدسى فى شرحه والأشباه فى قاعدة الأصل الحقيقة ، نعم ما فى الخانية وغيرها ذكره الخصاف أيضا .

مطلب وقف على أولادهم وسماهم

(قوله ولكن سماهم) فقال على فلان وفلان وفلان وجعل آخره للفقراء درر .
قلت : فلو كان أولاده أربعة وسمى منهم ثلاثة لم يدخل المسكوت عنه ، فلو قال ثم على أولادهم لم يدخل أولاد المسكوت عنه لعود الضمير فى أولادهم إلى المسمين ، بخلاف ما إذا قال ثم على أولاد أولادى فإنهم يدخلون لأنه لم يضف إليهم ، ويدل عليه ما فى الإسعاف : لو قال على ولدى وأولادهم وأولاد أولادهم وله أولاد مات بعضهم قبل الوقف يكون على الأحياء وأولادهم فقط دون أولاد من مات قبل الوقف ، لأن الوقف لا يصح إلا على الأحياء ومن سيحدث دون الأموات ، وقد أعاد الضمير إلى أولاد الأحياء يوم الوقف دون غيرهم ، ولو قال على ولدى وولد ولدى وأولادهم دخلوا لقوله وولد ولدى ، فإن ولد من مات قبله ولد ولده اه ملخصا .
[فروع مهمة] قال على ولدى المخلوقين ونسلى فحدث له ولد لصلبه يدخل بقوله ونسلى ، بخلاف ما إذا قال ونسلهم فإن الحادث لا يدخل هو ولا أولاده ، ولو قال على ولدى المخلوقين ونسلهم وكل ولد يحدث لى فإنه يدخل الحادث دون أولاده ، ولو قال على ولدى المخلوقين ونسلهم ونسل من يحدث لى دخل أولاد الحادث دونه .

صرف نصيبه للفقراء ، ولو على امرأته وأولاده ثم ماتت لم يختص ابنها بنصيبها إذا لم يشترط رد نصيب من مات منهم إلى ولده ؛ ولو قال على بنى أو على إخوتى دخل الإناث على الأوجه ، وعلى بناتى لايدخل البنون، ولو قال على بنى وله بنات فقط أو قال على بناتى وله بنون فالغلة للمساكين ويكون وقفا منقطعا فإن حدث ما ذكر عاد إليه . ويدخل فى قسمة الغلة من ولد لدون نصف حول مذ طلوع الغلة لا لأكثر إلا إذا ولدت مبانته أو أم ولده المعتقة لدون سنتين لثبوت نسبه بلا حل وطئها ،

ولو قال على ولدى المخلوقين وعلى أولاد أولادهم ونسلهم يدخل أولاد أولاده(١) بقوله ونسلهم وإن تجاوزهم ببطن ، بخلاف ما إذا قال على ولدى المخلوقين وعلى نسل أولادهم اه ملخصا من الخصاف (قوله صرف نصيبه للفقراء) لأنه وقف على كل واحد منهم ، بخلاف ما إذا وقف على أولاده ثم للفقراء أى ولم يسم الأولاد فمات بعضهم فإنه يصرف إلى الباقى لأنه وقف على الكل لا على كل واحد أفاده فى الدرر (قوله لم يختص ابنها) أى المتولى من الوقف بل يكون نصيبها لجميع الأولاد درر ، لكن مقتضى ماقدمناه فى بيان المنقطع أن يصرف نصيبها إلى الفقراء تأمل (قوله دخل الإناث على الأوجه) لأن جمع الذكور عند الاختلاط يشمل الإناث كما ساف ط (قوله لا يدخل البنون) وكذا لاتدخل الخنثى فى الصورتين (٢) لأنا لانعلم ، اهو هندية ط (قوله فالغلة للمساكين) ولا شىء للبنات أو البنين لعدم صدق كل منهما على مدلول الآخر برهان ط (قوله ويكون وقفا منقطعا) أى منقطع الأول (قوله فإن حدث ما ذكر) أى بأن ولدله بنون فى الأول أو بنات فى الثانى عاد الوقف إليه : أى إلى الحادث .

مطلب فى بيان طلوع الغلة الذى أنيط به الاستحقاق

(قوله ويدخل فى قسمة الغلة الخ) قال فى الفتح : ثم المستحق من الولد كل من أدرك خروج الغلة عالقا فى بطن أمه ، حتى لو حدث ولو بعد خروج الغلة بأقل من ستة أشهر استحق ، ومن حدث إلى تمامها فصاعدا لا يستحق ، لأنا نتيقن بوجود الأول فى البطن عند خروج الغلة فاستحق ، فلو مات قبل القسمة كان لورثته وهذا فى ولد الزوجة أما لو جاءت أمته بولد لأقل من ستة أشهر فاعترف به لا يستحق لأنه متهم فى الإقرار على الغير أعنى بقى المستحقين ، بخلاف ولد الزوجة فإنه حين يولد ثابت النسب (قوله مذ طلوع الغلة) قال فى الفتح : وخروج الغلة التى هى المناط وقت انعقاد الزرع حبا : وقال بعضهم : يوم يصير الزرع متقوما ذكره فى الخانية وهذا فى الحب خاصة ، وفى وقف الخصاف يوم طلعت الثمرة ، وينبغى أن يعتبر وقت أمانه العاهة كما فى الحب لأنه بالانعقاد يأمن العاهة وقد اعتبر انعقاده ؛ وأما على طريقة بلادنا من إجارة أرض الوقف لمن يزرعها لنفسه بأجرة تستحق على ثلاثة أقساط كل أربعة أشهر قسط فيجب اعتبار إدراك القسط فهو كإدراك الغلة ، فكل من كان مخلوقا قبل تمام الشهر الرابع حتى تم وهو مخلوق استحق هذا القسط ، ومن لا فلا اه (قوله لدون سنتين) أى من وقت الإبانة والعتق وإن كان لأكثر من ستة أشهر من وقت وجود الغلة لحكم الشرع بوجود الحمل قبل الطلاق والعتق لحرمة الوطء فى العدة فيكون موجودا عند طلوع الغلة اه ح (قوله لثبوت نسبه بلا حل وطئها) هو معنى قولنا لحكم الشرع الخ

---

(١) (قوله يدخل أولاد أولاده الخ) ويكون فيه إرجاع الضمير لغير القريب : قال شيخنا : ورأيت بعض المفتين خص القاعدة بالضمير المفرد ، قال : وأما ضمير الجمع فيرجع للجميع ، واستدل بهذا الفرع على ذلك اه .

(٢) (قوله وكذا لاتدخل الخنثى فى الصورتين) أى صورة الوقف على البنات والتى تليها : أى الوقف على البنين الشامل للذكر والأنثى ، هذا هو المراد بالصورتين كما صرح به ط . قال شيخنا : لا وجه لحرمانه فى صورة الوقف على البنين الشامل للذكر والأنثى لأنه لا يخرج عنهما ثم قال شيخنا : ينبغى أن يراد بالصورتين الصورة التى كتب عليها المحشى والتى بعدها : أى ما لو وقف على بنين وله بنات فقط أى فلا تدخل الخنثى فى هذه الصورة اه .

فلو يحل فلا لاحتمال علوقه بعد طلوع الغلة ، وتقسم بينهم بالسوية إن لم يرتب البطون ، وإن قال للذكر كأنثيين فكما قال ، فلو وصية فرض ذكر مع الإناث وأنثى مع الذكور ويرجع سهمه للورثة لعدم صحة الوصية للمعدوم فلابد من فرضه ليعلم مايرجع للورثة ، ولو قال على ولدى ونسلى أبدا وكلما مات واحد منهم كان نصيبه لنسله فالغلة لجميع ولده ونسله حيهم وميتهم بالسوية ونصيب الميت لولده أيضا بالإرث عملا بالشرط ؛ ولو قال وكل من مات منهم من غير نسل كان نصيبه لمن فوقه ولم يكن فوقه أحد ، أو سكت عنه يكون راجعا لأصل الغلة لا للفقراء مادام نسله باقيا والنسل اسم للولد وولده أبدا

وهو تعليل لقوله إلا إذا ولدت : أى يدخل فى قسمة الغلة إذا ولدت مبانته الخ ، والمراد دخوله فى كل غلة خرجت فى هذه المدة لتحقق وجوده عندها (قوله فلو يحل) أى وطؤها بأن كانت أم ولد غير معتقة أو زوجة أو معتدة رجعى (قوله فلا) أى لايدخل إلا إذا ولدت لدون ستة أشهر من وقت الغلة ط (قوله وتقسم بينهم بالسوية) يغنى عنه قوله سابقا ويستوى الأقرب والأبعد الخ ط :

مطلب قال للذكر كأنثيين ولم يوجد إلا ذكور فقط أو إناث فقط

(قوله وإن قال للذكر كأنثيين الخ) فيه اختصار . وأصله مافى الإسعاف : ولو قال بطنا بعد بطن للذكر مثل حظ الأنثيين ، فإن جاءت الغلة والبطن الأعلى ذكور وإناث يكون بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ، وإن ذكورا فقط أو إناثا فقط فبالسوية من غير أن يفرض ذكر مع الإناث أو أنثى مع الذكور ، بخلاف مالو أوصى بثلث ماله لولد زيد بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين وكانوا ذكورا فقط أو إناثا فقط ، فإنه يفرض مع الذكور أنثى ومع الإناث ذكر ويقسم الثلث عليهم ، فما أصابهم أخذوه وما أصاب المضموم إليهم يرد إلى ورثة الموصى . والفرق أن مايبطل من الثلث يرجع ميراثا إلى ورثة الموصى ، ومايبطل من الوقف لايرجع ميراثا وإنما يكون للبطن الثانى وأنه لاحق لهم مادام أحد من البطن الأعلى باقيا ، فعلم أن مراده بقوله للذكر مثل حظ الأنثيين إنما هو على تقدير الاختلاط لا مطلقا ، وعلى هذا أمور الناس ومعانيهم اهـ (قوله فرض ذكر) كذا فى كثير من النسخ ، وفى بعضها ذكرا بالنصب فيكون فرض مبنيا للفاعل (قوله فالغلة لجميع ولده الخ) لأنه لم يرتب بين البطون ولم يفصل بين الذكور والإناث (قوله ونصيب الميت لولده أيضا) أى ماأصاب الميت يأخذه ولده منضما إلى نصيبه لأنه استحقه من وجهين إسعاف ، وكذا يقال لو رتب بين البطون وشرط انتقال نصيب الميت لولده كما بسطه فى الإسعاف (قوله بالإرث) الأولى حذفه والاقتصار على مابعده لأنه ليس إرثا حقيقة ولذا لو كان ولد الميت ذكرا وأنثى استحقه سوية ، نعم هو شبيه بالإرث من حيث انتقال نصيب الأصل إلى فرعه .

مطلب مهم فيما لو شرط عود نصيب من مات لا عن ولد لأعلى طبقة

(قوله ولو قال الخ) أى فى صورة الترتيب بين البطون طبقة بعد طبقة كما صوره الخصاف وتبعه فى الإسعاف وقوله أو سكت معطوف على قوله لو قال :

والحاصل أنه إذا رتب بين البطون لايعطى للبطن الثانى مالم ينقرض الأول إلا إذا شرط بعد ذلك أن من مات عن ولد فنصيبه لولده فيعطى لولده ، وإن كان من البطن الثانى فإن سكت عن بيان نصيبه لايعطى لولده بل يرجع لأصل الغلة فيقسم على جميع المستحقين ، وكذا إذا بين نصيب من مات عن غير ولد بأن شرط عوده لأعلى طبقة أو لمن فى درجته وطبقته أو لمن دونه اتبع شرطه ، فإن لم يوجد ماشرطه عاد نصيب ذلك الميت لأصل الغلة فيقسم

ولو أنثى ، والعقب للولد وولده من الذكور أى دون الإناث إلا أن يكون أزواجهن من ولد ولده الذكور وآله وجنسه وأهل بيته كل من يناسبه إلى أقصى أب له فى الإسلام ، وهو الذى أدرك الإسلام أسلم أولا وقرابته وأرحامه وأنسابه كل من يناسبه إلى أقصى أب له فى الإسلام من قبل أبويه سوى أبويه وولده لصلبه فإنهم لا يسمون قرابة اتفاقا ، وكذا من علا منهم أو سفل عندهما خلافا لمحمد فعدهم منها ،

على الجميع لا على الفقراء لأنه شرط تقديم النسل عليهم فلاحق لهم مابقى أحد من نسله ، وكذلك لو سكت عن نصيب من مات فإنه يرجع إلى أصل الغلة :

قلت : وبهذا ظهر لك أنه لو شرط عود نصيب من مات عن غير ولد إلى من فى درجته الأقرب فالأقرب منهم كما هو الغالب فى الأوقاف ولم يوجد فى الدرجة أحد يرجع نصيبه إلى أصل الغلة لا إلى أعلى طبقة كما أفتى به كثيرون منهم الرملى ولا إلى الأقرب من أى طبقة كانت كما أفتى به آخرون منهم الرملى أيضا ، لأنه إنما اشترط الدرجة واشترط الأقرب من أهل الدرجة ، فإذا لم يوجد فى الدرجة أحد لم يوجد شرطه فتلغو الأقربية أيضا ، وحيث لم يوجد الشرط يرجع نصيبه إلى أصل الغلة ، إذ لا فرق بين قوله لأعلى طبقة ، وقوله لمن فى درجته ، فمن أفتى بخلاف ذلك فقد خالف مانص عليه الخصاف وتبعه فى الإسعاف ولم يستند أحد منهم إلى نقل يعارض ذلك ؛ فتعين الرجوع إلى المنصوص عليه كما أوضحت ذلك فى تنقيح الحامدية بما لم أسبق إليه ، ثم بعد أيام من تحرير هذا المقام ورد على السؤال من طرابلس الشام مضمونه أنه وجد فى درجة المتوفى أولاد عم وفى الدرجة التى تحتها أولاد أخت وفيه فتاوى جماعة من أهل العصر تبعا لما فى الخيرية بانتقال نصيب المتوفى إلى أولاد الأخت لأنهم أقرب نسبا وإن كانوا أنزل درجة ، وأفتيت بعوده لأولاد العم تبعا لما فى الحامدية ، ولما نقله فيها عن البهنسى شارح الملتقى ، لأن الواقف إنما اشترط عود النصيب للأقرب من أهل درجة المتوفى لا إلى مطلق أقرب ، وأوضحت ذلك غاية الإيضاح فى رسالة سميتها [غاية المطلب فى شرط الواقف عود النصيب إلى أهل درجة المتوفى الأقرب فالأقرب] وبينت فيها ماوقع فى جواب الرملى من الأوهام (قوله ولو أنثى) ذكر هلال روايتين فى دخول أولاد البنات فى النسل ، وكذا قاضيخان وصاحب المحيط ورجح كلا مرجحون كما يفيده كلام العلامة عبد البر اهـ ط (قوله والعقب للولد وولده من الذكور) أى أبدا ماتناسلوا ، فكل من يرجع بنسبه إلى الواقف بالآباء فهو من عقبه ، وكل من كان أبوه من غير الذكور من ولد الواقف فليس من عقبه إسعاف :

مطلب فى النسل والعقب والآل والجنس وأهل البيت والقرابة والأرحام والأنساب

(قوله كل من يناسبه) أى بآبائه إسعاف وهو مفاعلة من النسب : أى من يداخله فى نسبه بمحض الآباء إلى أقصى أب فى الإسلام وهو الذى أدرك الإسلام أسلم أو لم يسلم ، فكل من يناسبه إلى هذا الأب من الرجال والنساء والصبيان فهو من أهل بيته كما فى الإسعاف وكذا من آله وجنسه ، والمراد من كان موجودا منهم حال الوقف أو حدث بعد ذلك لأقل من ستة أشهر من مجىء الغلة كما فى الفتح ، وقيل يشترط إسلام الأب الأعلى ، فنى العلوى أقصى أب له أدرك الإسلام هو أبو طالب ، فيدخل أولاده عقيل وجعفر وعلى ، أما على القول الآخر لا يدخل إلا أولاد على لأنه أول أب أسلم كما فى التتارخانية (قوله من قبل أبويه) أى من جهة أى واحد منهما (قوله خلافا لمحمد فعدهم منها) أى عد محمد من القرابة من علا من جهة أبويه ومن سفل من جهة ولده ، ويوهم هذا التعبير ضعفه مع أنه فى الإسعاف قال : وهو ظاهر الرواية عنهما ، وروى عنهما أنهم لا يدخلون :

وإن قيده بفقرائهم يعتبر الفقر وقت وجود الغلة وهو المجوز لأخذ الزكاة. فلو تأخر صرفها سنين لعارض فافتقر الغني واستغنى الفقير شارك المفتقر وقت القسمة الفقير وقت وجود الغلة ، لأن الصلات إنما تملك حقيقة بالقبض وطرو الغنى والموت لا يبطل ما استحقه ،

مطلب يعتبر في لفظ القرابة المحرمية والأقرب فالأقرب

وقال ويدخل فيه المحارم وغيرهم من أولاد الإناث وإن بعدوا عندهما . وعند أبي حنيفة تعتبر المحرمية والأقرب فالأقرب للإستحقاق اه :

قلت : وقول الإمام هو الصحيح كما في القهستاني وغيره ، وعليه المتون في كتاب الوصايا . ومحل الخلاف إذا لم يقل الأقرب فالأقرب ، لأنهم قالوا : لو قال على أقاربي أو أقربائي أو أرحامي أو أنسابي لا يكون لأقل من اثنين عند أبي حنيفة ، وعندهما يطلق على الواحد أيضا . قال في شرح درر البحار وشرح المجمع الملكي عن الحقائق إذا ذكر مع هذه الألفاظ الأقرب فالأقرب لا يعتبر الجمع اتفاقا ، لأن الأقرب اسم فرد خرج تفسيرا للأول ، ويدخل فيه المحرم وغيره ، ولكن يقدم الأقرب لصريح شرطه اه ونحوه في الذخيرة (قوله وإن قيده بفقرائهم) أما لو قال من افتقر منهم ، قال محمد تكون لمن كان غنيا منهم ثم افتقر ونفيا اشتراط تقدم الغنى ، ولو قال : من احتاج منهم فهي لكل من يكون محتاجا وقت وجود الغلة ؛ سواء كان غنيا ثم احتاج أو كان محتاجا من الأصل ومثله المسكين والفقير إسعاف (قوله وهو المجوز لأخذ الزكاة) أي الفقر هنا هو المجوز الخ لكن ذكر في الإسعاف بعده أنه لو كان ولد غني تجب نفقته عليه لا يدخل في الوقف ؛ بل قدمنا في الفروع عند قوله ، أو وقف على فقراء قرابته أنه لابد أن لا يكون له أحد تجب نفقته عليه ، لأنه بالإنفاق عليه يعد غنيا في باب الوقف ، وذكر في الإسعاف أن الأصل أن الصغير يعد غنيا بغنى أبويه وجديه فقط والرجل والمرأة بغنى فروعهما وزوجها فقط وهذا مذهب أصحابنا . قال الخصاف : والصواب عندي إعطاؤهم وإن كان تفرض نفقتهم على غيرهم ، ورده هلال وتمامه فيه (قوله فلو تأخر صرفها سنين الخ) لو وقف على أولاده فاستحقاق الغلة يعتبر يوم حدوث الغلة على قول عامة المشايخ لا يوم الوقف ، فالموجود منهم يوم الوقف والمولود بعده سواء إذا كان موجودا يوم حدوث الغلة ، وكذا لو وقف على فقراء قرابته ، فمن كان فقيرا يوم حدوث الغلة يعطى له ولو استغنى بعده أو كان غنيا قبله اه :

وفي التتارخانية : المستحق للغلة من كان فقيرا يوم تجيء الغلة عند هلال وبه نأخذ . وفي الخانية وعليه الفتوى ثم ذكر بعده أن الخصاف يعتبر يوم القسمة لا يوم طلوع الغلة . وقال في الفتح : وفي وقف الخصاف لو اجتمعت عدة سنين بلا قسمة حتى استغنى قوم وافتقر آخرون ثم قسمت يعطى من كان فقيرا يوم القسمة ولا أنظر إلى من كان فقيرا يوم الغلة ثم استغنى اه : وبهذا ظهر لك أن قوله شارك المفتقر وقت القسمة الخ لا يتمشى على قول هلال ولا على قول الخصاف ، لأنه يقتضي أن من كان غنيا وقت الغلة ثم افتقر وقت القسمة يستحق مع من كان غنيا وقت القسمة فقيرا وقت الغلة ، واستحقاق الأول ظاهر على قول الخصاف والثاني على قول هلال ، فالظاهر أن الصواب أن يقال لا يشارك بلا النافية فيكون كل من المسألتين على قول هلال المفتى به ، ويدل عليه قوله فلو تأخر الخ فإنه مفرع على قوله قبله يعتبر الفقر وقت وجود الغلة (قوله لأن الصلات الخ) بكسر الصاد جمع صلة ، وهو تعليل لما فهم من اختصاص الاستحقاق بمن كان فقيرا وقت وجود الغلة بناء على ما قلنا من أن الصواب لا يشارك بلا النافية وهذا مؤيد له أيضا . وبيان التعليل حينئذ أن من كان فقيرا وقت الغلة في هذه السنين يستحق غلة كل سنة ولا يصير

وأما من ولد منهم لدون نصف حول بعد مجيء الغلة فلا حظ له لعدم احتياجه فكان بمنزلة الغني ، وقيل يستحق لأن الفقير من لاشيء له والحمل لا شيء له ، ولو قيده بصلحائهم أو بالأقرب فالأقرب

غنيا بما يستحقه لأنه صلة لا تملك إلا بالقبض ، فإذا جاء يوم القسمة وكان غنيا يأخذ ما استحقه في السنين الماضية بصفة الفقر ، لأن طرو الغنى لايبطل ذلك ؛ كما لو مات بعد طلوع الغلة فإن نصيبه منها لايبطل بالموت بل يصير ميراثا لورثته (قوله فلاحظ له) أى من هذه الغلة التي خرجت وهو حمل في بطن أمه (قوله لعدم احتياجه)لأن الفقير هو المحتاج والحمل غير محتاج ، بخلاف الوقف على أولاده فإنه يدخل الحمل لتعلق الاستحقاق بالنسب وهنا بالفقر (قوله وقيل يستحق) هذا قول الخصاف ، والأول قول هلال .

مطلب تفسير في الصالح

(قوله ولو قيده بصلحائهم) الصالح : من كان مستورا ولم يكن مهتوكا ، ولا صاحب ريبة ، وكان مستقيم الطريقة سليم الناحية كامن الأذى ، قليل الشر ، ليس بمعاقر للنبيذ ولا ينادم عليه الرجال ، ولا قذافا للمحصنات ، ولا معروفا بالكذب فهذا هو الصلاح عندنا ، ومثله أهل العفاف والخير والفضل ، ومن كان أمره على خلاف ماذكرنا فليس هو من أهل الصلاح ولا العفاف إسعاف :

مطلب المراد بالأقرب فالأقرب

(قوله أو بالأقرب فالأقرب) المراد بالأقرب أقرب الناس رحما لا الإرث والعصوبة كما في الخيرية . وذكر في أنفع الوسائل أن أبا يوسف لم يعتبر لفظ أقرب في التقديم بل سوّى بينه وبين الأبعد ، ثم قال : وبالجملة إنه ضعيف لأنه يلزم منه إلغاء صيغة أفعل بلادليل وإلغاء مقصود الواقف من تقديم الأقرب اهـ فالمعتمد اعتبار الأقربية وهو المشهور ، وبه أفتى في الخيرية ، لكن أفتى في موضع آخر بخلافه حيث شارك جميع أهل الدرجة في وقف اشترط فيه تقديم الأقرب من أهل الدرجة ، والظاهر أنه ذهول منه عن هذا الشرط وإلا فهو ضعيف كما علمت . وفي الإسعاف : لو قال على أقرب الناس مني أو إليّ ثم على المساكين وله ولد وأبوان فهي للولد ولو أنثى لأنه أقرب إليه من أبويه ، ثم تكون للمساكين دون أبويه لأنه لم يقل للأقرب فالأقرب ولو له أبوان فهي بينهما نصفين ولو له أم وإخوة فللأم ، وكذا لو له أم وجدة لأب .ولو له جد لأب وإخوة فللجد على قول من يجعله بمنزلة الأب وعلى القول الآخر للإخوة ، لأن من ارتكض معه في رحم أوخرج معه من صلب أقرب إليه ممن بينه وبينه حائل ولو له أب وابن ابن فللأب لأنه أقرب من النافلة ، ولو له بنت بنت وابن ابن ابن فلبنت البنت لأن الوقف ليس من قبيل الإرث ، ولو قال على أقرب قرابة مني وله أبوان وولد لايدخل واحد منهم في الوقف إذ لايقال لهم قرابة ،ولو قال على أقاربي على أن يبدأ بأقربهم إليّ نسبا أو رحما ثم من يليه وله أخوان أو أختان يبدأ بمن لأبويه ثم بمن لأب ،ولو كان أحدهما لأب والآخر لأم يبدأ بمن لأبيه عنده . وقالا هما سواء، والخال أو الخالة لأبوين أولى من العم لأم أو لأب كعكسه ،والعم أو العمة لأبوين مقدم على الخال أو الخالة عند أبي حنيفة ، وعلى القول الآخر هما سواء ،ومن لأب منهما أولى ممن لأم عنده ، وعندهما سواء ، وحكم الفروع إذا اجتمعوا متفرقين كحكم الأصول . وعندهما قرابته من جهة أبيه أو من جهة أمه سواء ذكورا كانوا أو إناثا أو مختلطين ، ويقدم الأقرب فالأقرب منهم عملا بشرط الواقف اهـ ملخصا وتمامه فيه :

أو فالأحوج أو بمن جاوره منهم أو بمن سكن مصر تقيد الاستحقاق به عملا بشرطه ، وتمامه فى الإسعاف : ومن أحوجه حوادث زمانه إلى ماخفى من مسائل الأوقاف فلينظر إلى كتاب [الإسعاف المخصوص بأحكام الأوقاف ، الملخص من كتاب هلال والخصاف] كذا فى البرهان شرح مواهب الرحمن للشيخ إبراهيم بن موسى بن أبى بكر الطرابلسى الحنفى نزيل القاهرة بعد دمشق المتوفى فى أوائل القرن العاشر سنة اثنين وعشرين وتسعمائة ، وهو أيضا صاحب الإسعاف ، والله أعلم :

(قول الأشباه) اختلاف الشاهدين مانع إلا فى إحدى وأربعين. قال فى زواهر الجواهر حاشيتها للشيخ صالح ابن المصنف : قد ذكر فى الشرح المحال عليه مسائل لايضر فيها اختلاف الشاهدين . وأنا أذكرها سردا فأقول :

[الأولى] شهد أحدهما أن عليه ألف درهم وشهد الآخر أنه أقر بألف درهم تقبل :

[تنبيه] قد علم مما ذكرناه أن لفظ الأقرب لايختص بالقرابة مالم يقيد بها بأن يقول الأقرب من قرابتى ، أما لو قال على أقرب الناس منى يشمل القرابة وغيرها ولذا يدخل فيه الأبوان مع أنهما ليسا من القرابة ، وعلى هذا فلو قال على أن من مات عن غير ولد عاد نصيبه إلى من فى درجته يقدم الأقرب فالأقرب فى ذلك ووجد فى درجته أولاد عم وفى الدرجة التى تحتها ابن أخت يصرف إلى أولاد عمه دون ابن أخته ، خلافا لما أفتى به فى الخيرية حيث صرفه لابن الأخت لكونها أقرب وكون أولاد العم ليسوا رحما محرما ، ولايخفى أنه خطأ لأن الأقرب لايخص الرحم المحرم لأنه أعم من القرابة كما علمت ، وانظر ماقدمناه قبل ورقة عن الحقائق يظهر لك الحق (قوله أو فالأحوج) قال الحسن فى رجل أوصى بثلثه للأحوج فالأحوج من قرابته وكان فيهم من يملك مائة درهم مثلا ، ومن يملك أقل منها يعطى ذو الأقل إلى أن يصير معه مائة درهم ثم يقسم الباقى بينهم جميعا بالسوية : قال الخصاف : والوقف عندى بمنزلة الوصية إسعاف (قوله أو بمن جاوره) لو قال على فقراء جيرانى فهى عنده للفقير الملاصقة داره لداره الساكن هو فيها لتخصيصه الجار بالملاصق فيما لو أوصى لجيرانه بثلث ماله والوقف مثلها وبه قال زفر ، ويكون لجميع السكان فى الدور الملاصقة له الأحرار والعبيد والذكور والإناث والمسلمون وأهل الذمة سواء ، وبعد الأبواب وقربها سواء ، ولايعطى القيم بعضا دون بعض بل يقسمها على عدد رؤوسهم . وعندهما تكون للجيران الذين يجمعهم محلة واحدة ، وتمام الكلام على ذلك فى الإسعاف (قوله ومن أحوجه حوادث زمانه) من هنا إلى كتاب البيوع ساقط من بعض النسخ ، والظاهر سقوطه من نسخة الأصل خصوصا المسائل الآتية فإنها لاارتباط لها بكتاب الوقف : والظاهر أن الشارح لما انتهى إلى هنا بقى معه بياض ورق هو آخر الجزء فكتب فيه هذه المسائل لاعلى أنها من الكتاب فألحقها الناسخ به ، ويدل على ذلك أن الشارح فى كتاب الدعوى ذكر عدة مسائل التى لايحلف فيها المنكر ، ثم قال : ولولا خشية التطويل لسردتها ، وذكر نحوه قبل كتاب الدعوى ، وإلا كان الأولى أن يقول قدمتها فى محل كذا لكن قوله فى الآخرة فاغتنم هذا المقام فإنه من جواهر هذا الكتاب يقتضى أن مراده جعلها منه إلا أن تكون هذه العبارة من جملة مانقله عن زواهر الجواهر لامن كلامه ، والله سبحانه أعلم (قوله قول الأشباه) أى صاحبها ط :

مطلب ذكر مسائل استطرادية خارجة عن كتاب الوقف

(قوله إلا فى إحدى وأربعين) عبارة الأشباه ، وقد ذكرت فى الشرح أن المستثنى اثنان وأربعون مسألة وبينتها مفصلة ، وكذا قال الشارح فى كتاب الشهادات إلا فى اثنين وأربعين وزاد ابن المصنف ثلاثة عشر أخر تركتها خشية التطويل (قوله فى الشرح المحال عليه) يعنى البحر (قوله وشهد الآخر أنه أقر بألف درهم تقبل)

[الثانية] ادعى كر حنطة جيدة شهد أحدهما بالجودة والآخر بالردية تقبل بالردية ويقضى بالأقل [الثالثة] ادعى مائة دينار فقال أحدهما نيسابورية والآخر بخارية ، والمدعى يدعى نيسابورية وهى أجود يقضى بالبخارية بلا خلاف [الرابعة] لو اختلفا فى الهبة والعطية [الخامسة] لو اختلفا فى لفظ النكاح والتزويج [السادسة] شهد أحدهما أنه جعلها صدقة موقوفة أبدا على أن لزيد ثلث غلتها وشهد آخر أن لزيد نصفها تقبل على الثلث [السابعة] ادعى أنه باع بيع الوفاء فشهد أحدهما به والآخر أن المشترى أقر بذلك تقبل [الثامنة] شهد أحدهما أنها جاريته والآخر أنها كانت له تقبل : [التاسعة] ادعى ألفا مطلقا فشهد أحدهما على إقراره بألف قرض والآخر بألف وديعة تقبل [العاشرة] ادعى الإبراء فشهد أحدهما به والآخر أنه هبة أو تصدق عليه أو حلله جاز [الحادية عشر] ادعى الهبة فشهد أحدهما بالبراءة والآخر بالهبة أو أنه حلله جاز [الثانية عشر] ادعى الكفيل الهبة فشهد أحدهما بها والآخر بالإبراء جاز وثبت الإبراء

هو قول أبى يوسف ، ورجحه الصدر : وقالا : لاتقبل ، ومثلها كما فى خزانة الأكمل : إذا شهد أحدهما بالطلاق والآخر بإقراره به ، وزاد فى الولوالجية : مالو شهد أحدهما على قرض مائة درهم والآخر على الإقرار بذلك ط (قوله بالردية) الأنسب بالرداءة اهـ ح (قوله يقضى بالبخارية بلا خلاف) ومثله لو شهد أحدهما بألف بيض والآخر بألف سود والمدعى يدعى الأفضل تقبل على الأقل ، ووجهه فى المسائل الثلاث أنهما اتفقا على الكمية وانفرد أحدهما بزيادة وصف ، ولو كان المدعى يدعى الأقل لاتقبل إلا إن وفق بالإبراء ، وتمامه فى فتح القدير بحر (قوله الرابعة الخ) ذكر فى البحر أنه لايشترط فى الموافقة لفظا أن يكون بعين ذلك ، بل إما بعينه أو مرادفه حتى لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية يقبل اهـ . وحينئذ لاوجه للاستثناء ، لكن قال فى البحر بعد ذلك : وقد خرج عن ظاهر قول الإمام مسائل وإن أمكن رجوعها إليه فى الحقيقة ، وحينئذ فالاستثناء مبنى على ظاهر قول الإمام لاعلى ماهو التحقيق فى المقام حموى (قوله الخامسة الخ) فيها ماتقدم فى التى قبلها حموى (قوله تقبل على الثلث) وهكذا الحكم لو شهد أحدهما بالكل والآخر بالنصف فإنه يقضى بالنصف المتفق عليه حموى ، ومحله ما إذا كان المدعى يدعى الأكثر ولا فرق بين كون المدعى عليه يقر بالوقف وينكر الاستحقاق ، أو ينكرهما وأقيمت البينة بما ذكر ط (قوله السابعة ادعى الخ) لأن فى البيع يتحد الإنشاء ولفظ الإقرار جامع الفصولين . وفى البحر : لاخصوصية لبيع الوفاء ولا للبيع ، بل كل قول كذلك ، بخلاف الفعل والنكاح من الفعل (قوله أنها كانت له تقبل) لأن الأصل بقاء ما كان على ماعليه كان ط (قوله ادعى ألفا مطلقا) أى غيره مقيد بقرض ولاوديعة قال فى البحر : وإن ادعى أحد السببين لاتقبل لأنه أكذب شاهده ، كذا فى البزازية (قوله فشهد أحدهما على إقراره بألف قرض الخ) بخلاف ما إذا شهد أحدهما بألف قرض والآخر بألف وديعة فإنها لاتقبل بحر عن البزازية :

قلت : ولعل وجهه أن القرض فعل والإيداع فعل آخر ، بخلاف الشهادة على الإقرار بالقرض والإقرار بالوديعة فإن الإقرار بكل منهما قول وهو جنس واحد ، والمقر به وإن كان جنسين . لكن الوديعة مضمونة عند الإنكار ، والشهادة إنما قامت بعد الإنكار فكانت شهادة كل منهما قائمة على إقراره بما يوجب الضمان تأمل ، ثم رأيت فى البزازية علل بقوله لاتفاقهما على أنه وصل إليه منه الألف وقد جحد فصار ضامنا (قوله والآخر أنه هبة) الذى فى البحر أنه وهبه (قوله جاز) لأن هبة الدين من المديون والتصدق به عليه ، وتحليله منه إبراء له ط بخلاف ما إذا شهد أحدهما على الهبة والآخر على الصدقة لاتقبل بحر عن البزازية تأمل (قوله ادعى الهبة) أى أن الدائن وهبه الدين ، والوجه فيها ماذكر فى سابقتها ط (قوله وثبت الإبراء) لأنه أقلهما فلا يرجع الكفيل على

[الثالثة عشر] شهد أحدهما على إقراره أنه أخذ منه العبد والآخر على إقراره بأنه أودع منه هذا العبد تقبل [الرابعة عشر] شهد أحدهما أنه غصبه منه والآخر أن فلانا أودع منه هذا العبد يقضى للمدعى [الخامسة عشر] شهد أحدهما أنها ولدت منه والآخر أنها حبلت منه تقبل [السادسة عشر] شهد أحدهما أنه أقر أن الدار له وقال الآخر إنه سكن فيها تقبل [السابعة عشر] شهد أحدهما أنه أقر أن الدار له والآخر أنه سكن فيها تقبل [الثامنة عشر] أنكر إذن عبده فشهد أحدهما على إذنه فى الثياب والآخر فى الطعام يقبل [التاسعة عشر] اختلف شاهد الإقرار بالمال فى كونه أقر بالعربية أو بالفارسية تقبل ، بخلافه فى الطلاق [العشرون] شهد أحدهما أنه قال لعبده أنت حر والآخر أنه قال إزادى تقبل [الحادية والعشرون] قال لامرأته إن كلمت فلانا فأنت طالق فشهد أحدهما أنها كلمته غدوة والآخر عشية طلقت [الثانية والعشرون] إن طلقتك فعبدى حر فقال أحدهما طلقها اليوم والآخر أنها طلقها أمس يقع الطلاق والعتاق [الثالثة والعشرون] شهد أحدهما أنه طلقها ثلاثا البتة والآخر أنه طلقها اثنتين البتة يقضى بطلقتين ويملك الرجعة

الأصيل بزازية : أى لأن إبراء الطالب للكفيل لايوجب رجوع الكفيل على الأصيل ، بخلاف هبة الطالب الكفيل فافهم (قوله شهد أحدهما على إقراره أنه أخذ منه) صورتها : ادعى رجل عبدا فى يد رجل فأنكره المدعى عليه فبرهن المدعى بما ذكر فإنها تقبل ، ومثله يقال فى الصورة الآتية ط . ووجه القبول اتفاق الشاهدين على الإقرار بالأخذ ، لكن بحكم الوديعة أو الأخذ منفردا بزازية (قوله الخامسة عشر شهد أحدهما أنها ولدت منه الخ) الظاهر أن صورتها فيما لو علق طلاقها على الحبل فإن الولادة يلزمها الحبل ، فقد اتفق الشاهدان عليه ، ولا يصح تصويرها بالتعليق على الحبل (١) فإن الحبلى قد لاتلد لموتها أو موت الولد فى بطنها فافهم (قوله السادسة عشر شهد أحدهما أنه أقر أن الدار له) هذه الصورة ذكرت فى بعض النسخ مرتين السادسة عشر والسابعة عشر فالمناسب ما فى بعض النسخ موافقا لما فى البحر : السادسة عشر شهد أحدهما أنها ولدت منه ذكرا والآخر أنثى تقبل ولكنها متحدة مع الخامسة عشر فى التصوير ، ولذا عطفها عليها فى البزازية بأو ، فالمناسب أن يذكر بدلها ما فى البزازية عن الأقضية : شهد أحدهما أنه أقر أنه غصب من فلان كذا والآخر أنه أقر بأنه أخذه منه تقبل اهـ (قوله أنه أقر) أى أن المدعى عليه أقر أن الدار له : أى للمدعى (قوله والآخر أنه سكن فيها) أى أن المدعى سكن فيها فهى شهادة بثبوت يد المدعى عليها ، والأصل فى اليد الملك فقد وافقت الأولى تأمل (قوله والآخر فى الطعام يقبل) لأن الإذن فى نوع يعم الأنواع كلها لأنه لايتخصص بنوع كما ذكروه فى المأذون ط (قوله بخلافه فى الطلاق) قال فى الأشباه : والأصح القبول فيهما (قوله إزادى) كلمة فارسية بمعنى حر . قال ط : وفى نسخ زيادة لام بين الدال والياء (قوله طلقت) لأن الكلام يتكرر فيمكن أنها كلمته فى الوقتين (قوله والآخر أنه طلقها أمس) أى فى اليوم الذى قبل يوم الشهادة لاقبل يوم التعليق ، لأن المعلق عليه طلاق مستقبل (قوله يقضى بطلقتين ويملك الرجعة) لأنه لايحتاج إلى قوله البتة فى ثلاث بحر عن العيون لأبى الليث ، وبيانه أن الثلاث طلاق بائن ، فقوله البتة لغو ، فكأنه لم يذكره وانفرد بذكره الشاهد الثانى فصار الاختلاف بين الشاهدين فى مجرد العدد ، وقد اتفقا على الثنتين فيقضى بهما وتلغو الثالثة لانفراد أحدهما بها ، كما لغا لفظ البتة لذلك ، فلذا كان الطلاق رجعيا فافهم ، لكن الظاهر أن قبول الشهادة هنا مبنى على قول محمد ، لأنه فى البزازية عزاه إليه .

---

(١) (قوله ولا يصح تصويرها بالتعليق على الحبل) هو عين ما أثبته أولا بقوله الظاهر أن صورتها فيما لو علق طلاقها على الحبل فلعل الصواب فى الثانى إبدال الحبل بالولادة ، وليحرر اهـ مصححه .

[الرابعة والعشرون] شهد أحدهما أنه أعتق بالعربية والآخر بالفارسية تقبل [الخامسة والعشرون] ادعيا في مقدار المهر يقضى بالأقل [السادسة والعشرون] شهد أحدهما أنه وكله بخصومة مع فلان فى دار سماه وشهد الآخر أنه وكله بخصومة فيه وفى شىء آخر تقبل فى دار اجتمعا عليه [السابعة والعشرون] شهد أحدهما أنه وقفه فى صحته والآخر بأنه وقفه فى مرضه قبلا [الثامنة والعشرون] لو شهد شاهد أنه أوصى إليه يوم الخميس وآخر يوم الجمعة جازت [التاسعة والعشرون] ادعى مالا فشهد أحدهما أن المحتال عليه أحال غريمه بهذا المال تقبل [الثلاثون] شهد أحدهما أنه باعه كذا إلى شهر وشهد الآخر بالبيع ولم يذكر الأجل تقبل

وعند أبى حنيفة لاتقبل أصلا ، لما فى البحر عن الكافي : شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل عنده : وعندهما تقبل على ألف إذا كان المدعى يدعى ألفين ، وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث ، ثم ذكر فى البحر بعد ورقة مستدركا على مافى البزازية أن مافى الكافى هو المذهب (قوله شهد أحدهما أنه أعتق بالعربية الخ) هذا لفظ الشاهد ، ولم يذكر أنه قال أنت حر ولم يذكر الآخر أنه قال أنت آزاد فلا تكون مكررة مع العشرين ط تأمل (قوله اختلفا فى مقدار المهر يقضى بالأقل) كذا فى البزازية . وفى جامع الفصولين شهد ببيع أو إجارة أوطلاق أوعتق على مال واختلفا فى قدر البدل لاتقبل إلا فى النكاح تقبل ويرجع فى المهر إلى مهر المثل . وقالا لاتقبل فى النكاح أيضا اه بحر :

قلت : الظاهر أن هذا فيما إذا أنكر الزوج النكاح من أصله وكذا البيع ونحوه ، وماذكره الشارح فيما إذا اتفقا على النكاح واختلفا فى قدر المهر ، ووجه عدم القبول فى البيع ونحوه أن العقد بألف مثلا غير العقد بألفين وكذا النكاح على قولهما ، وعلى قوله باستثناء النكاح أن المال فيه غير مقصود، ولذا صح بدون ذكره : بخلاف البيع ونحوه ، وينبغى أن يكون ماذكره الشارح على الخلاف المار آنفا عن الكافى (قوله تقبل فى دار اجتمعا عليه) أى فيما اتفق عليه الشاهدان من الخصومة في داركذا دون مازاده الآخر . قال فى جامع الفصولين : إذ الوكالة تقبل التخصيص ، وفيما اتفقا عليه تثبت الوكالة لافيما تفرد به أحدهما ، فلو ادعى وكالة معينة فشهد بها والآخر بوكالة عامة ينبغى أن تثبت المعينة اه (قوله قبلا) إذ شهدا بوقف بات لاأن حكم المرض ينتقض فيما لايخرج من الثلث ، وبهذا لاتمتنع الشهادة بحر عن جامع الفصولين . قال فى الإسعاف ، ثم إن خرجت من ثلث ماله كانت كلها وقفا وإلا فبحسابه ، ولو قال أحدهما وقفها فى صحته وقال الآخر جعلها وقفا بعد وفاته لم تقبل وإن خرجت من الثلث ، لأن الثانى شهد بأنها وصية وهما مختلفان اه (قوله ادعى مالا فشهد أحدهما أن المحتال عليه أحال غريمه بهذا المال) سقط منه شىء يوجد فى بعض النسخ ، وهو وشهد الآخر أنه كفل عن غريمه بهذا المال تقبل ، وهذه المسألة نقلها فى البحر عن القنية لكن عبارة القنية فشهد أحدهما أن المحتال عليه احتال عن غريمه بهذا المال الخ .

قال ط : اعلم أن الغريم يطلق على الدائن وهو المراد بالأول وعلى المديون وهو المراد بالثانى . وصورته : ادعى زيد على عمرو مالا فأقام زيد شاهدين شهد أحدهما أن عمرا محال عليه يعنى أن دائنه أحال زيدا عليه بماله عليه من الدين وشهد الثانى أن عمرا كفل عن مديون زيد بهذا المال .

وحاصله أن المال على عمرو غير أن أحد الشاهدين شهد أن المال لزمه بطريق الإحالة عليه والآخر شهد أن المال لزمه بطريق الكفالة ، والله تعالى أعلم بالصواب ، وستأتى هذه الصورة فى كلام الشيخ صالح إلا أنه قال يقضى بالكفالة لأنها الأقل اه لكن هذا التصوير لايوافق عبارة الشارح ، والموافق لها مالو كان لزيد على عمرو

[الحادية والثلاثون] شهد أحدهما أنه باعه بشرط الخيار يقبل فيهما [الثانية والثلاثون] شهد واحد أنه وكله بالخصومة في هذه الدار عند قاضي الكوفة وآخر عند قاضي البصرة جازت شهادتهما [الثالثة والثلاثون] شهد أحدهما أنه وكله بالقبض والآخر أنه جراه تقبل [الرابعة والثلاثون] شهد أحدهما أنه وكله بقبض والآخر أنه سلطه على قبضه تقبل [الخامسة والثلاثون] شهد أحدهما أنه وكله بقبضه والآخر أنه أوصى إليه بقبضه في حياته تقبل [السادسة والثلاثون] شهد أحدهما أنه وكله بطلب دينه والآخر بتقاضيه تقبل [السابعة والثلاثون] شهد أحدهما أنه وكله بقبضه والآخر بطلبه تقبل [الثامنة والثلاثون] شهد أحدهما أنه وكله بقبضه والآخر أنه أمره بأخذه أو أرسله ليأخذه تقبل [التاسعة والثلاثون] اختلفا في زمن إقراره في الوقف تقبل [الأربعون] اختلفا في مكان إقراره به تقبل [الحادية والأربعون] اختلفا في وقفه في صحته أو في مرضه تقبل [الثانية والأربعون] شهد أحدهما بوقفه على زيد والآخر بوقفه على عمرو تقبل وتكون وقفا على الفقراء انتهى .

ألف مثلا فأحال عمرو زيدا بالألف على بكر ودفعها بكر ثم ادعى بها بكر على عمرو فشهد أحد الشاهدين بما ذكر وشهد الآخر أن بكرا كفل عمرا بإذنه وأنه دفع الألف لزيد وعلى هذا فغريمه في كلام الشارح بالرفع فاعل أحال ، والمراد به عمرو المديون لأنه المحيل لزيد على بكر ، وهذا معنى قول القنية إن المحتال عليه احتال عن غريمه أي أن بكرا قبل الحوالة عن غريمه عمرو (قوله شهد أحدهما أنه باعه بشرط الخيار) أي والآخر بلا شرط كما يوجد في بعض النسخ (قوله يقبل فيهما) أي في هذه المسألة والتي قبلها لكن في التي قبلها صرح بقوله تقبل فلا حاجة إلى قوله فيهما ، والمراد أنه يثبت البيع وإن لم يثبت الأجل والشرط (قوله جازت شهادتهما) أي على أصل الوكالة بالخصومة (قوله والآخر أنه جراه) في باب الألف المقصورة من الصحاح : الجرى الوكيل والرسول اهـ . وعلل القبول في شرح أدب القاضي للخصاف بقوله لأن الجراية والوكالة سواء ، والجرى والوكيل سواء ، فقد اتفق الشاهدان في المعنى واختلفا في اللفظ وأنه لا يمنع (قوله والآخر أنه أوصى إليه بقبضه في حياته تقبل) لأن الوصاية في الحياة وكالة كما أن الوكالة بعد الموت وصاية كما صرحوا به(١) فالمراد بالوصاية هنا الوكالة حقيقة لتقييدها بقوله في حياته فافهم (قوله التاسعة والثلاثون الخ) قال في جامع الفصولين : لو اختلف الشاهدان في زمان أو مكان أو إنشاء وإقرار بأن شهد أحدهما على إنشاء والآخر على إقرار ، فإن كان هذا الاختلاف في فعل حقيقة وحكما يعني في تصرف فعلي كجناية وغصب أو في قول ملحق بالفعل كنكاح لتضمنه فعلا وهو إحضار الشهود يمنع قبول الشهادة ، وإن كان الاختلاف في قول محض كبيع وطلاق وإقرار وإبراء وتحرير أو في فعل ملحق بالقول وهو القرض لا يمنع القبول وإن كان القرض لا يتم إلا بالفعل وهو التسليم ، لأن ذلك محمول على قول المقرض أقرضتك فصار كطلاق وتحرير وبيع اهـ .

قلت : ووجهه أن القول إذا تكرر فمدلوله واحد فلم يختلف بخلاف الفعل ، وإطلاق الإقرار يفيد أن الوقف غير قيد (قوله الحادية والأربعون) مكررة مع السابعة والعشرين ح (قوله تكون وقفا على الفقراء) لاتفاق الشاهدين

---

(٢) قال في الوهبانية :

حوالة إبراء ضمان وصية ... وكالة القذف الرهان المحرر
طلاق شراء بيع القرض دين ... اختلاف المكان الوقت ليس يؤثر
وفي الغصب والقتل النكاح جناية ... إذا اختلفا في واحد يتقرر اهـ منه

قلت : وزدت بفضل الله على ماذكره المصنف مسائل : منها لو اختلفا فى تاريخ الرهن، بأن شهد أحدهما أنه رهن يوم الخميس والآخر أنه رهن يوم الجمعة تسمع عندهما خلافا لمحمد جواهر الفتاوى :

ومنها لو اتفق الشاهدان على الإقرار من واحد بمال واختلفا فقال أحدهما كنا جميعا فى مكان كذا، وقال الآخر كنا فى مكان كذا تقبل .

ومنها لو قال أحدهما والمسألة بحالها كان ذلك بالغداة وقال الآخر كان ذلك بالعشى تقبل وهما فى الولوالجية :

ومنها شهدا على رجل أنه طلق امرأته وأحدهما يقول إنه عين منكوحته بنت فلان والآخر يقول ماعينها إنى أعلم وأشهد أن المرأة التى كانت له سوى ابنة فلان قد طلقها وأخرجها من داره قبل هذا التطليق . قال فخر الدين : إذا شهدا على الطلاق إلا أنه عين أحدهما المرأة وذكرها باسمها ولم يعين الآخر التى هى فى نكاحه وليس فى نكاحه غير امرأة واحدة تصح الشهادة وهى فى جواهر الفتاوى .

ومنها ادعى ملك داره فشهد له أحدهما أنها له أو قال ملكه وشهد الآخر أنها كانت ملكه تقبل منية المفتى .

ومنها ادعى ألفين أو ألفا وخمسمائة فشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة قضى له بالألف إجماعا منية :

ومنها لو شهد أن له على هذا الرجل ألف درهم وشهد أحدهما أنه قد قضاه المطلوب منها خمسمائة والطالب ينكر ذلك ، فإن شهادتهما على الألف مقبولة ولوالجية .

ومنها ادعى جارية فى يد رجل وجاء بشاهدين فشهد أحدهما أنها جاريته غصبها منه هذا وشهد الآخر أنها جاريته

على الوقف وهو صدقة (قوله قلت) من كلام الشيخ صالح وما قبله من الشرح المحال عليه وهو البحر (قوله منها لو اختلفا فى تاريخ الرهن) فى جامع الفصولين : الشهادة بعقد تمامه بالفعل كرهن وهبة وصدقة يبطلها الاختلاف فى زمان ومكان إلا عند محمد اه ، ونقل الخلاف هنا على العكس كما ترى ثم قال فى جامع الفصولين : ولو شهدا برهن واختلفا فى زمانه أو مكانه وهما يشهدان على معاينة القبض تقبل شراء وهبة وصدقة لأن القبض قد يكون غير مرة اه. فعلم أن الاختلاف فى الشهادة على مجرد العقد (قوله ومنها لو اتفق الشاهدان على الإقرار الخ) هذه من اختلاف الشهادة على الإقرار فى المكان والتى بعدها فى الزمان ، وهما مكررتان مع التاسعة والثلاثين والأربعين ، لأنهما وإن كانتا فى الإقرار بالوقف وهاتان فى الإقرار بالمال ، فإن كل إقرار كذلك كما مر فافهم (قوله أن المرأة التى كانت له الخ) بهذا تعين أن المطلقة الآن هى بنت فلان حيث لم يكن فى نكاحه غيرها أفاده ط (قوله قبل هذا التطليق) أى الذى وقع فيه التعيين من أحد الشاهدين ط (قوله ومنها ادعى ملك داره) الأولى دار بلا ضمير، وهذه المسألة مكررة مع الثامنة (قوله ومنها ادعى ألفين الخ) فى بعض النسخ ألفا والصواب إسقاط كل منهما(١) والاقتصار على قوله ألفا وخمسمائة قال فى الكنز : فإن شهد أحدهما بالألف والآخر بالفين لم تقبل ، وإن شهد الآخر بألف وخمسمائة والمدعى يدعى ذلك . قبلت على ألف . قال فى البحر : لاتفاقهما على الألف لفظا ومعنى ، وقد انفرد أحدهما بالخمسمائة بالعطف والمعطوف غير المعطوف عليه فيثبت ما اتفقا عليه بخلاف الألف والألفين ، لأن لفظ الألف غير لفظ الألفين ولم يثبت واحد منهما ، وتمامه فيه (قوله وشهد أحدهما الخ) أى زاد فى شهادته أنه قضاه منها خمسمائة

---

(١) (قوله والصواب إسقاط كل منهما الخ) حاصل القول هنا أن الإمام شرط لصحة الدعوى أن يدل لفظ كل من الشاهدين على ما شهد به الآخر دلالة مطابقية ، وأن يدل كلام المدعى على المشهود به ولو دلالة تضمنية واكتفى محمد بالضمنية فى كلا الدلالتين ، ولم يقل أحد باشتراط المطابقية فى دلالة كلام المدعى على المشهود به كما ظن العلامة المحشى ، فذكر ماذكر من التصويب بالنسبة لصورة دعوى الألفين التى شهد فيها أحد الشهود بألف والآخر بألف وخمسمائة فإنه يقضى بالألف إجماعا لوجود دلالة كلام كل من الشاهدين على ما شهد به الآخر بطريق المطابقة وتضمن المدعى المشهود به اه .

ولم يقل غصبها منه قبلت . مجمع الفتاوى :
ومنها شهدا بسرقة بقرة واختلفا فى لونها تقبل عنده ، خلافا لهما جامع الفصولين .
ومنها شهد أحدهما بكفالة والآخر بحوالة تقبل فى الكفالة لأنها أقل جامع الفصولين .
ومنها شهد أحدهما أنه وكله بطلاقها وحدها والآخر أنه وكله بطلاقها وطلاق فلانة الأخرى فهو وكيل فى طلاق التى اتفقا عليها وهى فيه أيضا .
ومنها شهدا بوكالة وزاد أحدهما أنه عزله تقبل فى الوكالة لا فى العزل وهى منه أيضا .
ومنها ادعت أرضا شهد أحدهما أنها ملكها عن الدستيمان وشهد الآخر أنها تملكها لأن زوجها أقر أنها ملكها تقبل ، لأن كل بائع مقر بالملك لمشتريه فكأنهما شهدا أنه ملكها ، وقيل ترد لأنه لما شهد أحدهما أنه دفعها عوضا وشهد بالعقد وشهد الآخر بإقراره بالملك فاختلف المشهود به . أما لو شهد أحدهما أن زوجها دفعها عوضا والآخر بإقراره أنه دفعها عوضا تقبل لاتفاقهما ، كما لو شهد أحدهما بالبيع والآخر بإقراره به ، وهى فى جامع الفصولين انتهى كلام الشيخ صالح ابن الشيخ محمد بن عبدالله الغزى .

لم تقبل هذه الزيادة مالم يشهد معه بها آخر ، ولايكون ذلك تكذيبا لشاهد القضاء لأنه لم يكذبه فيما شهد له بل فيما شهد عليه (قوله خلافا لهما) استظهر صدر الشريعة قولهما ، وهذا إذا لم يذكر المدعى لونها ذكره الزيلعى ط (قوله شهد أحدهما بكفالة) مكررة مع التاسعة والعشرين ط (قوله تقبل فى الحوالة(١) لأنها أقل) وهذان اللفظان جعلا كلفظة واحدة ألا ترى أن الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة ، والحوالة بشرط أن لا يبرأ كفالة جامع الفصولين .
قلت : ووجه كون الكفالة أقل أنها ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة فلا يثبت الدين فى ذمة الكفيل ، بخلاف الحوالة فانه يثبت فى ذمة المحال عليه وتثبت مطالبته أيضا فقد اتفق الشاهدان على ثبوت المطالبة واختلفا فى ثبوت الدين (قوله ومنها شهد أحدهما أنه وكله بطلاقها الخ) مكررة مع السادسة والعشرين ، لأن فى كل منهما تثبت الوكالة فيما اتفقا عليه لافيما اختلفا فيه لقبول الوكالة التخصيص كما قدمناه (قوله وهى فيه) أى هذه المسألة فى جامع الفصولين (قوله تقبل فى الوكالة لافى العزل) فهى نظير مالو شهدا بألف وزاد أحدهما أن المطلوب قضاه منها خمسمائة والطالب ينكر (قوله عوضا عن الدستيمان) بالدال والسين المهملتين وفى أكثر النسخ الاستيمان بالألف واللام قبل السين : والذى فى جامع الفصولين : هـ الأول وهو مايدفعه الزوج للمرأة لأجل الجهاز ، وتقدم بيانه فى باب المهر (قوله لأن كل بائع الخ) أى والزوج هنا باعها الدار بالدستيمان ط (قوله وشهد بالعقد) الأولى إسقاط الواو كما رأيته مصلحا فى نسخة جامع الفصولين ، فيكون جوابا لما ، وهو أولى من جعل جوابها قوله فاختلف لأن اقتران جوابها بالفاء قليل (قوله تقبل لاتفاقهما) أى لأن كلا منهما شهد على القول ، لأن قول أحدهما دفعها عوضا بمعنى باعها والآخر شهد على الإقرار بذلك والإقرار بالبيع يصلح لإنشائه وبالعكس . قال فى جامع الفصولين ادعى شراء وشهد أحدهما به والآخر أنه أقر به تقبل لأن لفظ الشراء يصلح للإقرار وللابتداء فقد اتفقا على أمر واحد ، ثم قال : لو ادعى الغصب وشهد أحدهما به والآخر بالإقرار به لاتقبل اهـ أى لأن أحدهما شهد بفعل والآخر بقول .

---

(١) (قوله تقبل فى الحوالة) كذا بخطه : والذى فى نسخ الشارح تقبل فى الكفالة . ويؤيده قوله بعد ذلك قلت ووجه كون الكفالة أقل الخ تأمل اهـ مصححه .

[فى الأشباه : السكوت كالنطق فى مسائل] عد منها سبعة وثلاثين :

مطلب المواضع التى يكون فيها السكوت كالقول

(قوله عد منها سبعة وثلاثين) ١ سكوت البكر عند استئمار وليها قبل التزويج ٢ سكوتها عند قبض مهرها ٣ سكوتها إذا بلغت بكرا فلا خيار لها بعده ٤ حلفت أن لاتتزوج فزوّجها أبوها فسكتت حنثت ٥ سكوت المتصدق عليه قبول لا الموهوب له ٦ سكوت المالك عند قبض الموهوب له أو المتصدق عليه إذن ٧ سكوت الوكيل قبول ، ويرتد برده ٨ سكوت المقرله قبول ويرتد برده ٩ سكوت المفوّض إليه القضاء أو الولاية قبول وله رده ١٠ سكوت الموقوف عليه قبول ويرتد برده ، وقيل لا ١١ سكوت أحد المتبايعين فى بيع التلجئة حين قال صاحبه قد بدا لى أن أجعله بيعا صحيحا . والتلجئة أن يتواضعا على إظهار البيع عند الناس لكن بلا قصده ١٢ سكوت المالك القديم حين قسم ماله بين الغانمين رضا ١٣ سكوت المشترى بالخيار حين رأى العبد يبيع ويشترى يسقط الخيار بخلاف سكوت البائع بالخيار ١٤ سكوت البائع الذى له حق حبس المبيع حين رأى المشترى قبض المبيع إذن بقبضه صحيحا كان البيع أو فاسدا ١٥ سكوت الشفيع حين علم بالبيع ١٦ سكوت المولى حين رأى عبده يبيع ويشترى إذن فى التجارة : أى فيما بعد ذلك التصرف لافيه ١٧ لو حلف المولى لايأذن له فسكت حنث فى ظاهر الرواية ١٨ سكوت القنّ وانقياده عند بيعه أو رهنه أو دفعه بجناية إقرار برقه إن كان يعقل ، بخلاف سكوته عند إجارته أو عرضه للبيع أو تزويجه أى لأن الرهن محبوس بالدين ويستوفى منه عند الهلاك فصار كالبيع ١٩ لو حلف لاينزل فلانا فى داره وهو نازل فى داره فسكت حنث ، لا لو قال اخرج منها فأبى الخروج فسكت أى لأن النزول مما يمتد فلدوامه حكم الابتداء ، بخلاف الخروج فإنه الانفصال من داخل إلى خارج ٢٠ سكوت الزوج عند ولادة المرأة وتهنئته إقرار به فلا يملك نفيه ٢١ سكوت المولى عند ولادة أم ولده إقرار به أى بخلاف سكوته عند ولادة قنته ٢٢ السكوت قبل البيع عند الإخبار بالعيب رضا بالعيب إن كان المخبر عدلا لالو فاسقا عنده ، وعندهما رضا ولو فاسقا ٢٣ سكوت البكر عند إخبارها بتزويج الولى على هذا الخلاف ٢٤ سكوته عند بيع زوجته أو قريبه عقارا إقرار بأنه ليس له على ما أفتى به مشايخ سمرقند خلافا لمشايخ بخارى فلينظر المفتى أى لاختلاف التصحيح كما سيذكره الشارح ، لكن المتون على الأول فقد مشى عليه فى الكنز والملتقى آخر الكتاب فى مسائل شتى ، واحترز بالبيع عن نحو الإجارة والرهن ٢٥ رآه يبيع عرضا أو دارا فتصرف فيه المشترى زمانا وهو ساكت تسقط دعواه أى أن الأجنبى كالجار مثلا لايجعل سكوته مسقطا لدعواه بمجرد رؤية البيع ، بل لابد من سكوته أيضا عند رؤيته تصرف المشترى فيه زرعا وبناء ، بخلاف الزوجة والقريب ، فإن مجرد سكوته عند البيع يمنع دعواه ٢٦ أحد شريكى العنان قال للآخر إنى أشترى هذه الأمة لنفسى خاصة فسكت الشريك لاتكون لهما : أى بل للمشترى ، أما فى المفاوضة فلابد من النطق ٢٧ سكوت الموكل حين قال له الوكيل بشراء معين أريد شراءه لنفسى فشراه كان له ٢٨ سكوت ولى الصبى العاقل إذا رآه يبيع ويشترى إذن ٢٩ سكوته عند رؤية غيره يشق زقه حتى سال مافيه رضا لكن اعترض بما فى الأشباه أيضا : لو رأى غيره يتلف ماله فسكت لايكون إذنا بإتلافه ٣٠ سكوت الحالف لايستخدم مملوكه إذا خدمه بلا أمره ولم ينهه حنث ٣١ دفعت فى تجهيزها لبنتها أشياء من أمتعة الأب وهو ساكت ليس له الاسترداد ٣٢ أنفقت الأم فى جهازها ماهو معتاد فسكت الأب لم تضمن الأم ٣٣ باع جارية وعليها حلى ولم يشترط ذلك للمشترى لكن تسلمها وذهب بها والبائع ساكت كان بمنزلة التسليم فكان الحلى له ٣٤ القراءة على الشيخ وهو ساكت ينزل منزلة نطقه فى الأصح ٣٥ سكوت المدعى

قلت : وزاد فى تنوير البصائر مسألتين : [الأولى] مسألة السكوت فى الإجارة قبول ورضا، وكقوله لساكن داره أسكن بكذا وإلا فانتقل فسكت لزمه المسمى وذكره المؤلف فى الإجارة :

[الثانية] سكوت المودع قبول دلالة : قال المؤلف فى بحره : سكوته عند وضعه بين يديه فإنه قبول دلالة اه :

[وزاد عليها فى زواهر الجواهر مسائل] منها عند قوله الرابعة والعشرون سكوته عند بيع زوجته ، فقال : وكذا سكوتها عند بيع زوجها لما فى البزازية : الفتوى على عدم سماع الدعوى فى القريب والزوجة اه وصحح قاضيخان أنها تسمع فليتأمل عند الفتوى .

قلت : وبزاد بما فى متفرقات التنوير من سكوت الجار عند تصرف المشترى فيه زرعا وبناء وعزيناه للبزازى وهكذا ذكره فى تنوير البصائر معزيا إليها ، فالعجب من صاحب الجواهر الزواهر كيف ذكر صدر كلام البزازية وترك الآخر :

عليه ولا عذر به إنكار ، وقيل لا ويحبس : أى قيل لا يكون إنكارا ولا إقرارا فيحبس عند الثانى ، كما لو قال لا أقر ولا أنكر وبه أفتى صاحب البحر ٣٦ سكوت المزكى عند سؤاله عن الشاهد تعديل ٣٧ سكوت الراهن عند قبض المرتهن العين المرهونة اه ملخصا مع زيادات (قوله وزاد فى تنوير البصائر) أى حاشية الأشباه والنظائر للشرف الغزى (قوله كقوله لساكن داره) أى ساكنها بإعارة أو غصب مثلا (قوله وذكره المؤلف) أى مؤلف الأشباه (قوله قال المؤلف الخ) بيان لقوله سكوت المودع (قوله فإنه قبول دلالة) أى فيضمن بالتعدى (قوله عند قوله) أى قول صاحب الأشباه (قوله لما فى البزازية) أى فى آخر الفصل الخامس عشر من كتاب الدعوى : إذا باع عقارا وامرأته أو ولده حاضر ساكت إلى أن قال بعد حكايته اختلاف الفتوى ما نصه : وفى الفتاوى : يتأمل المفتى فى ذلك ، فإن رأى المدعى الساكت الحاضر ذا حيلة أفتى بعدم السماع ، لكن الغالب على أهل الزمان الفساد فلا يفتى إلا بما اختاره أئمة خوارزم اه (قوله فى القريب والزوجة) على تقدير مضاف : أى فى حضورهما كما يعلم مما نقلناه عن البزازية فافهم (قوله فليتأمل عند الفتوى) أى بسبب اختلاف التصحيح بأن ينظر فى المدعى هل هو ذو حيلة أو لا ، لكن قدمنا أن المتون على عدم السماع ؛ ووجهه ما نقلناه آنفا عن البزازية من غلبة الفساد .

قلت : لكن لا يلزم من غلبة الفساد أن لا يوجد من يعلم حاله بالصلاح وعدم التزوير تأمل (قوله من سكوت الجار عند تصرف المشترى) أى وعند البيع ، فسكوته عند البيع فقط لا يمنع دعواه ، بخلاف الزوجة والقريب كما قدمناه ، وليس لهذا مدة محدودة . وأما عدم سماع الدعوى بعد مضى خمس عشرة سنة إذا تركت بلا عذر فذاك فى غير هذه الصورة مع أنه منع سلطانى فيكون القاضى معزولا عن سماعها ، ولولا ذلك المنع تسمع ما لم يمض ثلاث وثلاثون سنة على ما نقله فى الفواكه البدرية عن المبسوط من عدم سماعها إذا تركت هذه المدة بلا عذر كما أوضحته فى تنقيح الحامدية ؛ ثم إن من لم تسمع دعواه لمانع لا تسمع دعوى وارثه بعده كما فى البزازية وغيرها (قوله وعزيناه للبزازى) أى عزى ما فى متفرقات التنوير (قوله فالعجب من صاحب الجواهر الزواهر الخ) أى الشيخ صالح ابن صاحب تنوير الأبصار :

والحاصل أنه فى البزازية ذكر أولا المسألة السابقة آنفا ، ثم ذكر هذه . ثم إن صاحب زواهر الجواهر أراد الاستدراك على الأشباه بزيادة صور أخرى فنقل عن البزازية المسألة الأولى وترك هذه مع أنها مذكورة فى البزازية فكأنه نظر إلى أول العبارة وترك آخرها :

قلت : لا عجب أصلا ، بل إنما ترك هذه لكونها مذكورة فى الأشباه فإنها المسألة الخامسة والعشرون ، والمقصود

ومنها لو تزوجت من غير كفء فسكت الولى حتى ولدت كان سكوته رضا زيلعى .

ومنها ما فى المحيط : رجل زوّج رجلا بغير أمره فهنأه القوم وقبل التهنئة فهو رضا ، لأن قبول التهنئة دليل الإجازة .

ومنها أن الوكالة تثبت بالصريح ، ولذا قال فى الظهيرية . لو قال ابن العم للكبيرة إنى أريد أن أزوجك من نفسى فسكتت فزوجها جاز ، ذكره المؤلف فى بحره من بحث الأولياء .

ومنها سكوت أهل العلم والصلاح فى التعديل كما فى شهادات البحر : قال : ويكتفى بالسكوت من أهل العلم والصلاح فيكون سكوته تزكية للشاهد ؛ لما فى الملتقط : وكان الليث بن مساور قاضيا فاحتاج إلى تعديل وكان المزكى مريضا فعاده القاضى وسأله عن الشاهد فسكت المعدل ثم سأله فسكت ، فقال أسألك ولا تجيبنى ؟ فقال المعدل : أما يكفيك من مثلى السكوت .

قلت : قد عد هذه فى الأشباه معزيا لشهادات شرحه فكيف تكون زائدة ، نعم زاد تقييده بكونه من أهل العلم والصلاح فعدها من الزوائد .

ومنها لو أن العبد خرج لصلاة الجمعة فرآه مولاه فسكت حل له الخروج لها ، لأن السكوت بمنزلة الرضا كما فى جمعة البحر .

ومنها ما فى القنية بعد أن رقم بعلامة (قع عت) ولو زفت إليه بلا جهاز فله أن يطالب بما بعث إليها من الدنانير وإن كان الجهاز قليلا فله المطالبة بما يليق بالمبعوث فى عرفهم (نج) يفتى بأنه إذا لم تجهز بما يليق فله استرداد ما بعث

الزيادة على الأشباه (قوله لو تزوجت من غير كفء الخ) هذه مبنية على ظاهر الرواية ، وأما على رواية الحسن المفتى بها فلا ينعقد النكاح ط (قوله لأن قبول التهنئة دليل الإجازة) أى دليل على أن سكوته وقت التزويج كان رضا وإجازة ، وبهذا يظهر أنه لا يلزم أن يكون قبول التهنئة بدون قول فافهم (قوله ومنها أن الوكالة تثبت بالصريح الخ) الأولى أن يقول تثبت بالسكوت كما تثبت بالصريح . وفى نسخة : كما تثبت بالصريح تثبت بالسكوت وهى أوضح ، والمراد بالوكالة التوكيل كما يفيده التمثيل ، وإلا فقد عد من جملة المسائل المزيد عليها وهو السابع منها سكوت الوكيل قبول ، والمراد به التوكل لا التوكيل تأمل (قوله فكيف تكون الخ) اختلفت النسخ فى هذه العبارة . فالذى فى أغلب النسخ : فكيف يكون أن فيه تقييده بكونه من أهل العلم والصلاح فعدها من الزوائد ، وفى بعضها لكون باللام ونعدها بالنون بدل الفاء ، وعليه فقوله لكون علة لقوله نعدها ، والمعنى كيف نعدها من الزوائد لأجل كونه قيد المزكى بكونه من أهل العلم والصلاح .

وحاصله الاعتراض على صاحب زواهر الجواهر بأن قول الأشباه سكوت المزكى عند السؤال عن الشاهد تعديل مقيد بكونه من أهل العلم والصلاح فلا يكون بزيادة هذا القيد ، زاد عليه مسألة أخرى . وفى بعض النسخ : فكيف تكون من الزوائد ، إلا أن يقال فيه تقييده بكونه من أهل العلم والصلاح فعدها من الزوائد اهـ وعليه فهو اعتذار لا اعتراض (قوله بعلامة قع عت) الأول بالقاف والعين المهملة رمز للقاضى عبد الجبار ، والثانى بالعين المهملة والتاء رمز لعلاء الدين الترجمانى اهـ ح (قوله من الدنانير) أى التى يبعثها الزوج إلى أبى الزوجة بمقابلة الجهاز ، وهى المسماة فى عرفهم بالدستيمان كما قدمناه ، وقدمنا تحقيقه فى باب المهر واختلاف التصحيح والتوفيق بين ما إذا كان من جملة المسمى فى المهر أو كان المسمى غيره ، ففى الثانى له المطالبة بالجهاز لا فى الأول فافهم (قوله نج) بالنون والجيم كما رأيته فى نسخة مصححة من القنية ، وهو رمز لنجم الأئمة الحكيمى ،

والمعتبر مايتخذه للزوج لامايتخذ لها، ولو سكت بعد الزفاف زمانا يعرف بذلك رضاه لم يكن له أن يخاصم بعد ذلك وإن لم يتخذ له شيء .

ومنها إذا أبرأه فسكت صح ، ولا يحتاج إلى القبول هكذا ذكره البزهان فى الاختيارات فى كتاب الإقرار .

ومنها سكوت الراهن عند بيع المرتهن الرهن يكون مبطلا فى إحدى الروايتين ذكره الزيلعى وغيره ، وهى تعلم من الأشباه أول القاعدة ، الحمدلله العزيز الوهاب ، وهو أعلم بالصواب :

[قول الأشباه يحلف المنكر فى إحدى وثلاثين مسألة بيناها فى الشرح] قال الشيخ شرف الدين فى حاشيته عليها المسماة بتنوير البصائر على الأشباه والنظائر .

أقول : قال فى شرحه المحال عليه : ثم اعلم أن المصنف اقتصر على عدم الاستحلاف عنده على الأشياء التسعة : وفى الخانية أنه لايستحلف فى إحدى وثلاثين خصلة بعضها مختلف فيه وبعضها متفق عليه ، فذكر سردا اختصار التسعة .

وبعد هذا الرمز يفتى بأنه : ويوجد فى بعض نسخ الشارح فح بالفاء والحاء وبعده يفتى بمضارع غنى وهو تحريف (قوله ولو سكت الخ) هو المقصود من ذكر هذه المسألة (قوله ومنها إذا أبرأه فسكت) أطلقه فشمل سائر الديون ، وقيده فى مداينات الأشباه نقلا عن البدائع بغير بدل الصرف والسلم ، ففيهما يتوقف على القبول : أى لأن الإبراء عنهما يوجب انفساخ عقدهما فلا ينفرد أحد المتعاقدين به لأنه يوجب فوات القبض المستحق . وزاد الحموى ثالثة ، وهى مالو أبرأ الطالب الأصيل فإنه يتوقف على قبوله أوموته قبل القبول لأنه قبول حكما (قوله وهى تعلم من الأشباه) حيث قال : ولو رأى المرتهن الراهن يبيع الرهن لايبطل الرهن ولا يكون رضا فى رواية اه قال الزيلعى : والمذهب ماروى الطحاوى عن أصحابنا أنه رضا ويبطل الرهن اه من حاشية الفتال .

قال ح : واعلم أن البائع فى عبارة الأشباه هو الراهن وفى عبارة الشارح هو المرتهن كما لايخفى ، لكن الحكم لايختلف لما يأتى أن الرهن لايبيعه أحدهما إلا برضا الآخر اه .

[تتمة] زاد بعضهم مالإذا استأجر أحد الوصيين أوأحد الورثة بحضرة الوصيين من يحمل الجنازة إلى المقبرة والآخرحاضر ساكت والسكوت على البدعة والمنكر فإنه رضا أى مع القدرة على الإزالة والا كفاه الإنكار بالقلب ومالو أوصى لرجل فسكت فى حياته فلما مات باع الوصى بعض التركة أوتقاضى دينه فهو قبول للوصاية كما عزاه الحموى إلى معين الحكام . وزاد البيرى : مالو غزلت امرأته قطنه أونسجت غزله ليس له تضمينها قيمته محلوجا أومغزولا وبعد سكوته رضا ، وكذا لو عجن العجين أوأضجع شاة فجاء إنسان وخبزه أوذبحها يكون السكوت كالأمر دلالة (قوله قول الأشباه يحلف المنكر فى إحدى وثلاثين) صوابه لايحلف كما يوجد فى بعض النسخ ، وفى بعضها يحلف المنكر إلا فى إحدى وثلاثين (قوله بيناها فى الشرح) أى فى البحر .

مطلب فى المواضع التى لا يحلف فيها المنكر

(قوله على الأشياء التسعة) بتقديم المثناة على السين كالتى بعدها اه ح وهى ماسيأتى فى كتاب الدعوى من قوله ولاتحليف فى نكاح أنكره هو أوهى ورجعة جحدها هو أوهى بعد عدة وفىء إيلاء أنكره أحدهما بعد المدة واستيلاد تدعيه الأمة ورق نسب وولاء ، بأن ادعى على مجهول أنه قنه أوابنه وبالعكس ، وحد ولعان .

والحاصل أن المفتى به التحليف فى الكل إلا فى الحدود اه : وأفاد أن ماذكر من عدم التحليف فى هذه التسعة

وفى تزويج البنت صغيرة أو كبيرة . وعندهما يستحلف الأب فى الصغيرة .
وفى تزويج المولى أمته خلافا لهما .
وفى دعوى الدائن الإيصاء فأنكره لايحلف :
وفى دعوى الدين على الوصى وفى الدعوى على الوكيل فى المسألتين كالوصى :
وفيما إذا كان فى يد رجل شئ فادعاه رجلان كل اشترى منه فأقر به لأحدهما وأنكر للآخر لايحلفه ؛ وكذا لو أنكرهما فحلف لأحدهما فنكل وقضى عليه لم يحلف للآخر :
وفيما إذا ادعيا الهبة مع التسليم من ذى اليد فأقر لأحدهما لايحلف للآخر ، وكذا لو نكل لأحدهما لايحلف للآخر .
وفيما إذا ادعى كل منهما أنه رهنه وقبضه فأقر به لأحدهما أو حلف لأحدهما فنكل لايحلف للآخر .
وفيما إذا ادعى أحدهما الرهن والتسليم والآخر الشراء فأقر بالرهن وأنكر البيع لايحلف للمشترى (١) .
ولو ادعى أحد هذين الإجارة والآخر الشراء فأقر بها

على قول الإمام خلاف المفتى به (قوله وفى تزويج البنت) عطف على التسعة أى وذكر عدم الاستحلاف فى تزويج البنت اهـ ح أى إذا ادعى عليه أنه زوّجه ابنته صغيرة أو كبيرة ، وهى مسألة واحدة وإلا زادت على العدد المذكور ط (قوله وعندهما يستحلف الأب فى الصغيرة) يوجد فى بعض النسخ لايستحلف ، والذى فى البحر بدون لا وهى الصواب (قوله وفى دعوى الدائن الإيصاء) أى دعواه على رجل أنك وصى الميت فادفع لى دينى من تركته (قوله وفى دعوى الدين على الوصى) أى دعواه على الوصى الثابتة وصايته بأن لى على الميت كذا ولا بينة للمدعى فلا يحلف الوصى إذا أنكر الدين (قوله فى المسألتين كالوصى) أى إذا ادعى الدائن على الوكيل بالوكالة فأنكرها أو ادعى عليه الدين وهو ثابت الوكالة فأنكره ، ففى المسألتين لايحلف كالوصى فيهما (قوله كل اشترى منه) أى ادعى كل منهما أنه اشترى منه ذلك الشىء ، وعبارة البحر الشراء بالملك (قوله لايحلفه) لأنه لما أقربه لأحدهما صار له فإذا نكل عن اليمين لايصير للآخر فلا يحلف لعدم الفائدة (قوله لو أنكرهما) أى أنكر دعواهما (قوله فحلف لأحدهما) بتشديد اللام مبنيا للمجهول : أى طلب القاضى تحليفه لأحدهما (قوله لم يحلف للآخر) لأن نكوله بمنزلة إقراره به للأول (قوله وفيما إذا ادعى كل منهما أنه رهنه وقبضه) أى ادعى كل منهما أن ذا اليد رهن عندى هذا الشىء وقبضته منه (قوله فأقر بالرهن وأنكر البيع الخ) أما لو أقر بالبيع وأنكر الرهن ، فالظاهر أنه لايحلف بالأولى ، لأنه لما أقر بالبيع صار ملك المشترى فلا يملك الإقرار بعده بالرهن ؛ لأنه إقرار على الغير . وفائدة التحليف النكول الذى هو بمنزلة الإقرار (قوله لايحلف للمشترى) لعل وجهه أنه لو طلب تحليفه فنكل حتى صار لنكوله إقرارا بالبيع لايكون له فائدة ، لأن المرتهن يمكنه فسخ البيع (٢) وكذا يقال فى المسألة بعده ، ولكن هذا بناء على القول بأن للمرتهن والمستأجر فسخ البيع ولكن المعتمد خلافه ،وإنما لهما حبس الرهن والمأجور تأمل (قوله فأقرّ بها) أى بالإجارة . وفى بعض فأقر بهما : أى بالرهن فى الصورة

---

(١) (قوله الشارح لا يحلف للمشترى) أى لعدم الفائدة لأن المقصود من الإملاك إنما هو الانتفاع بها ، وهو غير ممكن لاستحقاق المرتهن الحبس بالإقرار السابق وإقرار المدعى عليه بالشراء لا يسرى على المرتهن ، وكذا المستأجر ، بل إقراره يقتصر على ما يملكه الآن وهو العين ، والمراد بإقرار المدعى عليه نكوله إذ النكول إقرار اهـ .

(٢) (قوله لأن المرتهن يمكنه فسخ البيع) فيه نظر ، إذ بمجرد ملك المرتهن أو المستأجر الفسخ لاتنتفى الفائدة ، إذ يحتمل أنهم لا يفسخان فتوجد الفائدة ، ويكفى للتحليف احتمال الفائدة فينبغى الرجوع إلى ما كتبناه على قول الشارح لا يحلف المشترى اهـ .

وأنكره لايحلف لمدعيه ويقال لمدعيه إن شئت فانتظر انقضاء المدة أوفك الرهن ، وإن شئت فافسخ .

وفيما إذا ادعى أحدهما الصدقة والقبض والآخر الشراء فأقر لأحدهما لايحلف :

وفيما إذا ادعى كل منهما الإجارة فأقر لأحدهما أو نكل لايحلف ، بخلاف ماإذا ادعى كل منهما على ذى اليد الغصب منه فأقر لأحدهما أو حلف لأحدهما فنكل يحلف للثانى؛ كما لو ادعى كل منهما الإيداع فأقر لأحدهما يحلف للثانى ، وكذا الإعارة ويحلف ماله عليك كذا ولا قيمته وهى كذا وكذا .

وفيما إذا ادعى البائع رضا الموكل بالعيب لم يحلف وكيله :

وفيما إذا أنكر توكيله له بالنكاح .

وفيما إذا اختلف الصانع والمستصنع فى المأمور به لايمين على واحد منهما ، وكذا لو ادعى الصانع على رجل أنه استصنعه فى كذا فأنكر لايحلف :

الحادية والثلاثون – لو ادعى أنه وكيل عن الغائب بقبض دينه وبالخصومة فأنكر لايستحلف المديون على قوله خلافا لهما ، هكذا ذكر بعضهم : وقال الحلوانى : يستحلف فى قولهم جميعا اه . وبه علم أن مافى الخلاصة تساهل وقصور حيث قال : كل موضع لو أقر لزمه إذا أنكره يستحلف إلا فى ثلاث :

الأولى وبالإجارة فى هذه ، والأولى أولى (قوله وأنكره) أى أنكر البيع (قوله ويقال لمدعيه الخ) أى مدعى الشراء فى الصورتين ، وهذا إذا أثبت الشراء ، وإلا فما فائدة هذا القول ، لكن فيه أن الكلام فيما إذا أنكر وليس للمدعى بينة لا إن طلب التحليف عند العجز عن البينة : إلا أن يقال وجد بينة بعد (قوله أوفك الرهن) معطوف على انقضاء ، وفيه لف ونشر مشوش (قوله فأقر لأحدهما لايحلف) لأن كلا منهما يدعى الملك ، فإذا أقر به لأحدهما ثبت، ولايصدق بعده بنكوله ، فلا فائده فى التحليف (قوله أونكل) لأنه بمنزلة الإقرار (قوله الغصب منه) أى من المدعى (قوله يحلف للثانى) لأنه لو أقر للثانى بالغصب يؤاخذ به لأنه إقرار على نفسه فيحلف رجاء نكوله ، لكن يلزمه للثانى ضمان المغصوب بالمثل أوالقيمة لارد عين مافى يده ، لأنه صار للأول فلا يملك إخراجه عنه ، وكذا يقال فيما بعده (قوله كما لو ادعى الخ) لأنه بإنكار الوديعة أو العارية صار غاصبا (قوله ويحلف ماله عليك كذا ولاقيمته) أى يحلف فى مسألة الغصب ومابعدها ، لما علمت من أنه بالإنكار يصير غاصبا (قوله ولاقيمته وهى كذا وكذا) الظاهر أن المراد التحليف على مقدار القيمة إذا ادعى أنها أقل ، لأنه لما أقر به للأول وثبت له لايمكنه تسليمه للثانى لو أقر له به أيضا بالنكول فيكون الواجب القيمة وإن لم يقل و قيمته فتأمل (قوله وفيما إذا ادعى البائع رضا الموكل الخ) أى لو باع لوكيل رجل بالشراء ثم أراد الوكيل رده عليه بعيب فادعى البائع على الوكيل أن الموكل رضى بالعيب لم يحلف الوكيل وهو المشترى . ويحتمل أن يراد ما إذا أراد الموكل رده بعيب فادعى البائع على الموكل أنك رضيت بالعيب ، وكان ينبغى أن يعدها صورة أخرى مع أنه فى الخلاصة جعلهما صورتين كما يأتى (قوله وفيما إذا أنكر توكيله له بالنكاح) أى لو زوجه رجل فأنكر توكيله لأنه فى الحقيقة إنكار للنكاح وقد مر (قوله لايمين على واحد منهما) لأنه لو عمل ماتفقا عليه فللمتصنع أخذه وتركه كما هو مذكور آخر السلم ، فمن باب أولى إذا اختلفا ط (قوله لايستحلف المديون) لأنه لو نكل يلزمه الدفع وهو ضرر به ، إذ قد يصدق الموكل الوكيل عند حضوره فيضيع عليه مادفعه إن هلك عند الوكيل من غير تعد كما يعلم من باب الوكالة بالخصومة ط (قوله انتهى) أى مافى الخانية (قوله وبه علم الخ) من كلام الشرح المحال عليه وهو البحر (قوله تساهل وقصور) لاقتصاره على استثناء ثلاث ط وهذه الثلاث تقدمت

منها الوكيل بالشراء إذا وجد بالمشترى عيبا فأراد أن يرده بالعيب وأراد البائع أن يحلفه بالله مايعلم أن الموكل رضى بالعيب لايحلف ، فإذا أقر الوكيل لزمه ذلك ويبطل حق الرد .

الثانية لو ادعى على الآمر رضاه لايحلف ، وإن أقر لزمه .

الثالثة الوكيل بقبض الدين إذا ادعى المديون أن الموكل أبرأه عن الدين وطلب يمين الوكيل على العلم لايحلف ، وإن أقر لزمه انتهى .

وزدت على الواحد والثلاثين السابقة : البائع إذا أنكر قيام العيب للحال لايحلف عند الإمام ، ولو أقربه لزمه كمامر فى خيار العيب . والشاهد إذا أنكر رجوعه لايستحلف ؛ ولو أقر به ضمن ماتلف بها ، والسارق إذا أنكرها لايستحلف للقطع ؛ ولو أقربها قطع وكذا قال الإسبيجابى ؛ ولايستحلف الأب فى مال الصبى ولا الوصى فى مال اليتيم ولا المتولى للمسجد والأوقاف إلا إذا ادعى عليهم العقد فيحلفون حينئذ انتهى .

قلت : وزدت على ماذكره مسائل :

الأولى : لو ادعى على رجل شيئا وأراد استحلافه . فقال المدعى عليه هو لابنى الصغير فلا يحلف . وفى فتاوى الفضلى : عليه اليمين فى قولهم جميعا ، فإذا استحلف فنكل

الأولى منها فقط فى المسائل المارة (قوله فإذا أقر الوكيل) أى برضا الموكل ط (قوله الثانية لو ادعى على الآمر رضاه) أى رضا الآمر فافهم . وصورتها اشترى الوكيل شيئا فظهر به عيب فأراد الآمر أى الموكل رده بالعيب فادعى البائع على الآمر أنك رضيت بالعيب لايحلف الآمر أى لأن الرد به يثبت للوكيل مادام حيا ولوصيه من بعده لاللموكل كما أوضحه فى شرح الوهبانية ، وتمام الكلام على هذه الصورة فيه فراجعه (قوله وإن أقر لزمه) أى لزم الوكيل إقراره : أى مقتضى إقراره وهو ترك المخاصمة معه ، وليس المراد أنه يلزم الموكل ما أقر به وكيله أفاده ط ومثله فى نور العين (قوله وزدت على الواحد والثلاثين السابقة) هذا من كلام البحر وهو عجيب ، فإن مانقله عن الخلاصة من المسائل الثلاث فيه مسألتان وهما الثانية والثالثة لم يذكرهما فى المسائل السابقة فتصير المسائل ثلاثة وثلاثين (قوله البائع إذا أنكر قيام العيب للحال) أى لو ادعى المشترى إباق العبد مثلا لم يحلف بائعه على أنه لم يأبق عند المشترى حتى يبرهن المشترى لتتوجه الخصومة على البائع ، فإن برهن يحلف البائع بالله ماأبق عندك (قوله ولو أقربه) أى بقيام العيب للحال أى بأنه أبق عند المشترى لزمه إقراره أى حكم إقراره ، وهو أنه صار خصما حتى يحلف على أنه ماأبق عندك أيضا ، وليس المراد أنه بمجرد إقراره بإباقه عند المشترى يلزمه لأنه لابد من وجوده عند البائع أيضا حتى يثبت الرد (قوله كما مر فى خيار العيب) أى مر فى البحر فإنه ذكر هذه المسائل فى كتاب الدعوى لاهنا (قوله ضمن ماتلف بها) أى بشهادته (قوله والسارق إذا أنكرها) أى أنكر السرقة (قوله لايستحلف للقطع) قيد به لأنه يستحلف لأجل إثبات المال كما مر عن عصام حين سأله أمير بلخ عن سارق ينكر فقال عصام عليه اليمين (قوله وكذا قال الإسبيجابى) عبارة البحر : وذكر الإسبيجابى (قوله ولايستحلف الأب إلى الخ) أى لو جنى الصبى جناية فأنكر أبوه أو وصيه ، أوادعى أحد جدار المسجد أوالدار الموقوفة ، وأنه أنفق على الوقف شيئا بإذن المتولى السابق (قوله إلا إذا ادعى عليهم العقد) بأن ادعى على أحدهم أنه آجر كذا من مال الوقف أو الصبى مثلا وأنكر فإنه يحلف لمن ادعى الاستيجار ط (قوله انتهى) أى مافى الشرح المحال عليه ط (قوله قلت) من كلام الشرف الغزى ط (قوله وفى فتاوى الفضلى الخ) الذى يظهر خلافه ، ولذا قدمه الشارح وجزم به غير واحد فى باب الإقرار اهـ سائحانى .

والمدعى أرض يقضى بالأرض للمدعى ثم ينتظر بلوغ الصبى، إن صدق المدعى كان كما قال ، وإن كذبه ضمن الولد قيمة الأرض، وتؤخذ الأرض من المدعى وتدفع للصبى ، وهذا بمنزلة مالو أقر لغائب لم يظهر جحوده ولا تصديقه لاتسقط عنه اليمين فكذلك هنا .

قلت : وعلى الأول رجوع هذه إلى قول المصنف :ولا يستحلف الأب فى مال الصبى ؛لأنه لما أقر بها للصبى ظهر أنها من ماله وفيه تأمل :

الثانية — لو اشترى دارا فحضر الشفيع فأنكر المشترى الشراء . قال فى النوازل : ولو أن رجلا اشترى دارا فحضر الشفيع فأنكر المشترى الشراء أو أقرأن الدار لابنه الصغير ولا بينة فلايمين على المشترى ؛لأنه قدأقر بالإقرار لابنه فلا يجوز الإقرار لغيره بعد ذلك :

الثالثة — لوكان فى يدرجل غلام أو جارية أو ثوب ادعاه رجلان فقدماه إلىالقاضى فأقر به لأحدهما ثم أراد الآخر تحليفه ، فإن ادعى ملكا مرسلا أو شراء من جهته لم يكن له أن يحلفه ، فإن ادعى عليه الغصب فله تحليفه ، لأنه لو أقر بالغصب يجب عليه الضمان ،كذا فى النوازل :

الرابعة— لو اشترى الأب لابنه الصغيز دارا ثم اختلف مع الشفيع فى مقدار الثمن فالقول للأب بلايمين كما فى كثير من كتب المذهب .

قلت : وفى الأشباه من فن الحيل : إذا ادعى عليه شيئا باطلا فالحيلة لمنع اليمين أن يقر به لابنه أو لأجنبى ، وفى الثانى خلاف اهـ ومقتضاه أنه لاخلاف فى الأول ، وهو مباين لقول الفضلى عليه اليمين فى قولهم جميعا . وذكر فى جامع الفصولين أن بعض المشايخ سووا بين الصغير والأجنبى دفعا للحيل ، وبعضهم فرقوا بينهما بأن إقراره للغائب يتوقف عمله على تصديقه ، فلا يملك العين بمجرد الإقرار فلا تسقط اليمين ، بخلاف إقراره للصغير (قوله والمدعى أرض) جملة حالية ، والظاهر أنه غير قيد . وفى بعض النسخ أرضا . وفى بعضها : والمدعى عليه أرض وكلاهما تحريف (قوله ضمن الولد قيمة الأرض) أى للمدعى اهـ ح (قوله وهذا بمنزلة مالو أقر لغائب لم يظهر جحوده ولا تصديقه) جملة لم يظهر الخ صفة لغائب ، ويوجد فى بعض النسخ بعد قوله لغائب مانصه : أى رجل ادعى على آخر أن مافى يده ملكى فقال المدعى عليه هولفلان الغائب مثلا لم يظهر جحوده ولا تصديقه ، والظاهر أنها هامش ألحقت بالأصل فى غير محلها (قوله لانسقط عنه اليمين) أى فيحلف للمدعى ، فإن نكل قضى به عليه وينتظر قدوم الغائب فإن صدق المدعى فيها وإلا دفع له وضمن قيمته للمدعى ط (قوله قلت) من كلام الشرف الغزى (قوله وعلى الأول) أىالقول بعد التحليف (قوله إلى قول المصنف) أى صاحب الأشباه وهو مامر آنفا عن الإسبيجابى (قوله وفيه تأمل) لعل وجهه أن قول المصنف فيما تحقق أنه مال الصبى وهنا لم يعرف أنه ماله إلا بإقرار الأب ، ويمكن أنه أقر تحيلا لدفع الدعوى عنه ط (قوله فأنكر المشترى الشراء) يعنى وأقر أنها لابنه كما ذكره عن النوازل ، وإلا فمجرد إنكار الشراء لايدفع عنه التحليف بل يحلف ، فإن نكل قضى بها عليه كما ذكروه فى كتاب الشفعة (قوله أو أقر أن الدار) الصواب العطف بالواو لابأو ولما علمت . وفى جامع الفصولين : ادعى شفعة بجوار فقال خصمه هذه الدار لابنى هذا الطفل صح إقراره لابنه ، إذ الدار فى يده واليد دليل الملك فكان مقرا على نفسه فصح ، وليس للشفيع تحليفه باللهما أنا شفيعها لأن إقرار الأب بالشفعةعلى ابنه لم يجز فلايفيد التحليف ، وهذا من جملة الحيل فى الخصومات ؛ ولو برهن الشفيع على الشراءكان الأب خصما لقيامه مقام الابن (قوله الثالثة) مكررة مع قول البحر . وفيما إذاكان فى يد رجل شئ فادعاه رجلان كل الشراء منه ، نعم فى هذه زيادة الدعوى فىالملك المرسل كما فىالزواهر اهـ ح (قوله فالقول للأب بلا يمين) لأن الثمن مال الصبى ولايستحلف

الخامسة ــ لو ادعى السارق أنه استهلك المسروق ورب المسروق أنه قائم عنده فالقول للسارق ولا يمين عليه. قال أبو الليث فى النوازل : وسئل أبو القاسم عن السارق إذا استهلك المسروق بعد ماقطعت يده هل يضمن ، قال لا :

ويستوى حكمه فيما استهلكه قبل القطع وبعد القطع ، قيل له : فإن قال السارق قد هلك وقال صاحب المال لم تستهلكه وهو قائم عندك هل يحلف ؟ قال يجب أن يكون القول قول السارق ولا يمين عليه :

السادسة ــ إذا وهب رجل شيئا وأراد الرجوع فادعى الموهوب له هلاك الموهوب فالقول قوله ولا يمين عليه كما فى الخانية وغيرها :

السابعة ــ ادعى عليه أنك وصى فلان الميت فأنكر لايحلف .

الثامنة ــ ادعى عليه أنك وكيل فلان فأنكر أنه وكيل فلان لايحلف وهما فى البزازية .

التاسعة ــ قال الواهب اشترطت العوض وقال الموهوب له لم تشترطه فالقول له بلا يمين .

العاشرة ــ اشترى العبد شيئا فقال البائع أنت محجور وقال العبد أنا مأذون فالقول له بدون اليمين .

الحادية عشر ــ إذا اشترى عبد من عبد فقال أحدهما أنا محجور وقال الآخر أنا وأنت مأذون لنا فالقول له بلا يمين :

الثانية عشر ــ باع القاضى مال اليتيم فرده المشترى عليه بعيب فقال القاضى أبرأتنى منه فالقول قوله بلا يمين وكذا لو ادعى رجل قبله إجارة أرض اليتيم وأراد تحليفه لم يحلفه ، لأن قوله على وجه الحكم ؛ وكذا فى كل شئ يدعى عليه .

الثالثة عشر ــ لو طالب أبو الزوجة زوجها بالمهر فله ذلك لو صغيرة أو كبيرة بكرا ولو اختلف الأب والزوج فى بكارتها ولا بينة للزوج والتمس من القاضى تحليفه على العلم بذلك : عن أبى يوسف أنه يحلف . وذكر الخصاف أنه لايحلف كالوكيل بقبض الدين إذا ادعى المديون أن صاحب الدين أبرأه وأنكر الوكيل لايحلف الوكيل وكذلك هنا كذا فى الظهيرية :

فى مال الصبى كما مر (قوله فالقول للسارق ولا يمين عليه) الظاهر أن عدم اليمين إذا كانت الدعوى بعد القطع ، أما لو كانت قبله فعليه اليمين ، لأنه لايسقط تقوّم المسروق إلا بالقطع فيكون قبله مضمونا عليه وإن سقط الضمان بالقطع بعد تأمل (قوله ويستوى حكمه) وهو عدم الضمان (قوله فيما استهلكه قبل القطع) يعنى ثم قطع بعد الاستهلاك ، أما لو استهلكه ولم يقطع بعد بقى مضمونا عليه لعدم مايسقط تقومه (قوله فإن قال السارق قد هلك الخ) هذا محل الاستدلال على المسألة وعبر بالهلاك مع أن الكلام فى الاستهلاك لأنه لافرق بينهما ولأنه لازم الاستهلاك (قوله ولا يمين عليه) لأنه ينكر الرد كما ذكره فى كتاب الهبة ط (قوله السابعة) تقدمت هى والثامنة فى جملة الإحدى والثلاثين المارة أفاده ح (قوله فالقول له بلا يمين) لأن الأصل فى الهبة أن تكون بلا عوض ط (قوله فالقول له بدون اليمين) لعل وجهه أن إقدام البائع على بيعه اعتراف منه بالإذن فلا تسمع دعواه لتناقضه ، وكذا يقال فيما بعده (قوله فقال القاضى أبرأتنى منه) أى من ذلك العيب (قوله لأن قوله على وجه الحكم) فيه أن الحكم القولى يحتاج إلى الدعوى ، وظاهره كما قال ط أن البينة لاتقبل عليه (قوله لو كبيرة بكرا [1]) أما لو كانت كبيرة ثيبا فإن الأب ليس له قبض مهرها من الزوج بلا إذنها (قوله على العلم بذلك) أى على أنه لايعلم أنها ثيب

---

(١) (قوله لو كبيرة بكرا) هكذا بخطه ، والذى فى نسخ الشارح لو صغيرة أو كبيرة بكرا فليحرر اه .

الرابعة عشر — اشترى أمة فادعى أن لها زوجا فقال البائع لها زوج عبدى فطلقها قبل البيع أو مات فالقول له بلا يمين ، كذا فى السراجية ، والله تعالى أعلم : وهذا التحرير من خواص هذا الكتاب ، كذا فى حاشية الأشباه للشرف الغزى أيضا .

[قلت : وفى حاشيتها للشيخ صالح زاد سبعة أخر فنقول]: الخامسة عشر — لو طعن المدعى عليه فى الشاهد وقال هو ادعى هذه الدار لنفسه قبل شهادته فأنكر فأراد تحليفه لايحلف مجمع الفتاوى .

السادسة عشر — إذا كانت التركة مستغرقة بديون جماعة بأعيانها فجاء غريم آخر وادعى دينا لنفسه فالخصم هو الوارث لكنه لايحلف ، لأنه حينئذ لو أقر له لم يقبل فلم يحلف مجمع الفتاوى .

السابعة عشر — رجل له على رجل ألف درهم فأقر بها ثم أنكر إقراره هل يحلف بالله ما أقررت قال الدبوسى نعم وقال الصفار لا ، وإنما يحلف على نفس الحق مجمع الفتاوى .

الثامنة عشر — دفع لآخر مالا ثم اختلفا فقال قبضت وديعة وقال الدافع بل لنفسك لايحلف المدعى عليه . قال القاضى القول لرب المال لأنه أقر بسبب الضمان وهو قبض مال الغير مجمع الفتاوى :

التاسعة عشر — رجل قدم رجلا للقاضى وقال إن فلان بن فلان الفلانى توفى ولم يترك وارثا غيرى وله على هذا كذا وكذا من المال فأنكر المدعى عليه دعواه ، فقال الابن استحلفه مايعلم إنى ابنه وأنه مات لم يحلف بل يبرهن الابن عليهما ثم يحلفه على مايدعى لأبيه من المال ، وقيل يستحلف على العلم ، الأول قول الإمام ، والثانى قولهما وقال الحلوانى : الصحيح القول الثانى أنه يحلف ولوالجية .

العشرون — منها لو ادعى عليه ألف درهم فقال المدعى عليه للقاضى أنه قد كان ادعى على هذه الدعوى عند قاضى بلد كذا ثم خرج من دعواه ذلك فأبرأنى عن هذه الدعوى فحلفه أنه لم يبرئنى منها ، فإن حلف حلفت له ماله على شئ ، اختلف فيه ، والصحيح أنه يستحلف على دعواه ولوالجية .

ومنها لو أن رجلا ادعى على رجل أنه خرق ثوبه وأحضر الثوب معه للقاضى وأراد استحلافه على السبب لايحلف على السبب .

(قوله فادعى أن لها زوجا) أى ليردها على البائع بخيار العيب ، لأن ذلك ينقص عليه منفعة وهى استمتاعه بها (قوله وقال) أى المدعى عليه هو أى الشاهد (قوله فأقر بها) أى ادعى أنه أقر بها (قوله وإنما يحلف على نفس الحق) أى لأنه قد يكون أقر كاذبا ، ففى إلزامه بالحلف على الإقرار إضرار به ثم لايخفى أنه لافائدة فى ذكر هذه المسألة لأنه يحلف اتفاقا ، وإنما الخلاف فيما يحلف عليه (قوله بل لنفسك) أى قرضا أو غصبا فهو مضمون عليك بالهلاك (قوله لايحلف المدعى عليه) بل يكون القول للدافع ، فقوله قال القاضى بيان لحكم المسألة ط (قوله بل يبرهن الابن عليهما) أى على أنه ابنه وأن أباه مات (قوله وقيل يستحلف على العلم) أى على أنه مايعلم أنى ابنه وأنه مات (قوله الصحيح قول الثانى) فى بعض النسخ القول الثانى وهى أولى ، لأن الثانى قولهما لاقول أبى يوسف فقط وحيث كان الصحيح التحليف فلا فائدة فى استثناء هذه المسألة وكذا التى بعدها (قوله ثم خرج من دعواه ذلك) أى من نفس دعواه ، بمعنى أنه تركها أو من مكان دعواه بذلك (قوله والصحيح أنه) أى مدعى المال يستحلف على دعواه : أى دعوى المدعى عليه أنه أبرأه عن الدعوى كما يحلف على دعوى التحليف جامع الفصولين : أى على دعواه أن المدعى حلفنى على هذه الدعوى عند فلان القاضى (قوله وأراد استحلافه على السبب) أى سبب الضمان وهو الخرق لايحلفه على السبب بأن يقول والله ماخرقته لأنه قد يخرقه بإذنه أو على ملكه ثم باعه له مخروقا

[فائدة] قلت : وبهذه مع ماقبلها صارت اثنين وخمسين فليحفظ ، وقد أفاد الإمام الحلوانى أن الجهالة كما تمنع قبول البينة تمنع الاستحلاف أيضا ، إلا إذا اتهم القاضى وصى اليتيم أوقيم ‌وقف ، ولايدعى شيئا معلوما فإنه يحلف نظرا للوقف واليتيم ، والله تعالى أعلم :

[قول الأشباه : القاضى إذا قضى فى مجتهد فيه نفذ قضاؤه إلا فى مسائل الخ] أى فينقض فيها حكم الحاكم : قال ابن المصنف الشيخ صالح بن محمد بن عبدالله فى حاشيته عليها المسماة بزواهر الجواهر فى التفسير على الأشباه والنظائر ، وقد ظفرت بمسائل أخر فزدتها تتميما للفائدة ، وقسمتها على ثلاثة أقسام

ولابينة له ، بل يحلفه لاضمان له عليه بهذا الخرق أفاده ط (قوله فائدة) سقط من بعض النسخ وهو الظاهر (قوله وبهذه مع ماقبلها صارت اثنين وخمسين) أقول : بل هى ثمانية وخمسون فى الخانية إحدى وثلاثون . وزاد فى البحر ستة . وفى تنوير البصائر أربع عشرة . وفى الزواهر سبعة اهـ ح :

قلت : بل هى ستون بزيادة الثانية والثالثة من المسائل الثلاث التى اقتصر عليهما فى الخلاصة كما نبهنا عليه ، وبمسألة الجهالة الآتية تصير إحدى وستين . وزدت عليها ثمانى مسائل من جامع الفصولين الشاهد لوأنكر الشهادة لايحلف . المدعى عليه لو قال كذب الشاهد وأراد تحليف المدعى ما يعلم أنه كاذب لايحلف . ادعى عليه عتق أمته أوطلاق زوجته قيل يحلف ، وقيل لا فليتأمل عند الفتوى . ادعيا امرأة وقال كل منهما تزوجتها فأقرت لأحدهما وأنكرت للآخر لاتحلف له وفاقا ، وكذا لو لم تقر ولكن حلفت لأحدهما فنكلت لاتحلف للآخر : بالغة زوّجها وليها فادعى الزوج رضاها وأنكرت لاتحلف : وكذا لو زوّجها رجل لآخر ثم ادعت المرأة به فأنكر لايحلف : ادعى كل منهما أنه فى يده ولا بينة وأراد أحدهما تحليف الآخر بالله ماتعلم أنه فى يدى ، قيل يحلف ، وقيل لا اهـ فصارت تسعة وستين ، والحمد لله رب العالمين (قوله تمنع الاستحلاف أيضا) كمالو ادعى على شريكه خيانة مبهمة

(قوله إلا إذا اتهم القاضى الخ) زاد فى الأشباه أربعة غير هاتين : الأولى إذا ادعى المودع على المودع خيانة مطلقة فإنه يحلفه كما فى القنية . الثانية الرهن المجهول : الثالثة فى دعوى الغصب الرابعة فى دعوى السرقة اهـ .

مطلب القاضى إذا قضى فى مجتهد فيه نفذ قضاؤه إلا فى مسائل

(قوله قول الأشباه القاضى إذا قضى الخ) عبارته مع زيادة تفسير للتوضيح : القاضى إذا قضى فى مجتهد فيه نفذ قضاؤه إلا فى مسائل نص أصحابنا فيها على عدم النفاذ لو قضى ببطلان الحق بمضى المدة أى خلافا لمن قال إذا لم يخاصم ثلاث سنين وهو فى المصر بطل حقه ، لأنه قول مهجور فلا ينفذ قضاء القاضى فيه إذا رفع إلى آخر أبطله وجعل المدعى على حقه كما فى الخانية :

قلت : والظاهر أنه ليس المراد من هذا القول بطلان الحق فى الآخرة بل بطلان الدعوى به ، لكن كونه مهجورا ليس على إطلاقه ، بل هو معمول عندنا (١) حيث قامت قرينة على بطلان الدعوى كما تقدم فى مسائل السكوت من عدم سماع الدعوى إذا سكت عند بيع القريب أوأحد الزوجين ، أو سكت مع الإطلاع على تصرف المشترى ، أو سكت ثلاثا وثلاثين سنة مطلقا فتنبه لذلك قال أو بالتفريق للعجز على الإنفاق غائبا على الصحيح لاحاضرا : أى فإنه إذاحكم شافعى على الزوج الحاضر بالفرقة لعجزه عن النفقة نفذ حكمه عندنا ، بخلاف الغائب لأن عجزه غير معلوم فلا ينفذ فى الصحيح كما فى الذخيرة لظهور مجازفة الشهود ، وقدمنا تمام الكلام على ذلك

---

(١) (قوله بل هو معمول عندنا) هكذا بخطه : ولعله سقط من قلمه كلمة به مالم يجعل من باب الحذف والإيصال فليتأمل اهـ مصححه.

. . . .

فى النفقة فافهم قال أو بصحة نكاح مزنية أبيه أو ابنه لم يصح عند أبى يوسف أى لأن حرمته منصوص عليها فى الكتاب العزيز : لأن النكاح لغة الوطء ؛ وعند محمد ينفذ ، لأن هذا النص ظاهر والتأويل فيه سائغ . قال أو بصحة نكاح أم مزنيته أو بنتها : أى على الخلاف السابق ، وستأتى فى عبارة الزواهر فى القسم الثانى قال أو بنكاح المتعة أى لأنها منسوخة ، وقد صح رجوع ابن عباس عن القول بجوازها قال أو بسقوط المهر بالتقادم أى بأن لم تخاصم زوجها فيه حتى مضت مدة طويلة ثم خاصمته يبطل حقها فى الصداق ، والقاضى لايلتفت إلى خصومتها شرح أدب القضاء ، فلو قضى عليها ببطلانه لم ينفذ قال أو بعدم تأجيل العنين : أى فلو رفع قضاؤه لقاض أبطله وأجل الزوج حولا خانية ، قال أو بعدم صحة الرجعة بلا رضاها أى لمخالفته لقوله تعالى — وبعولتهن أحق بردهن — قال أو بعدم وقوع الثلاث على الحبلى ، أو بعدم وقوعها قبل الدخول ، أو بعدم الوقوع على الحائض أو بعدم وقوع مازاد على الواحدة أو بعدم وقوع الثلاث بكلمة : أى لمخالفته قوله تعالى — فإن طلقها فلا تحل له — لأن المراد به الطلقة الثالثة ، فمن قال لايقع شىء أو تقع واحدة فقد أثبت الحل للزوج الأول بدون الزوج الثانى وهو خلاف الكتاب ، فلا ينفذ القضاء به شرح أدب القضاء .

قلت : فما ذكر فى الفتاوى المنسوبة إلى ابن كمال باشا من وقوع طلقة واحدة لايعول عليه ، ومن أفتى به من أهل عصرنا فهو جاهل كما أوضحته فى إفتاء طويل قال أو بعدم وقوعه على الموطوءة عقبه عبارته فى البحر ، أو بعدم وقوع الطلاق فى طهر جامعها فيه : قال أو بنصف الجهاز لمن طلقها قبل الوطء بعد المهر والتجهيز : أى لو طلقها قبل الدخول بعد ماقبضت المهر وتجهزت به فقضى القاضى للزوج بنصف الجهاز لرأيه أن الزوج بدفع المهر رضى بتصرفها فيه فصار كأن الزوج اشتراه بنفسه وساقه إليها ثم طلقها قبل الدخول فله نصفه لم ينفذ لأنه قضاء بخلاف النص ، لأنه تعالى جعل له نصف المفروض أى المسمى فى العقد والجهاز غير مسمى فلا ينتصف اهـ ملخصا من حاشية الأشباه عن المحيط . قال : أو بشهادة بخط أبيه أى شهادته على شىء بسبب رؤيته بخط أبيه قال فى شرح أدب القضاء : صورته أن الرجل إذا مات فوجد ابنه خط أبيه فى صك وعلم يقينا أنه خط أبيه يشهد بذلك الصك ، لأن الابن خليفة الميت فى جميع الأشياء ، لكن هذا قول مهجور الخ .

قلت : وزاد فى البحر بعد هذه المسألة أو بشاهد ويمين ، أو فى الحدود والقصاص بشهادة رجل وامرأتين ، أو بما فى ديوانه وقد نسى ، وبشهادة شاهد على صك لم يذكر مافيه إلا أنه يعرف خطه وخاتمه ، أو بشهادة من شهد على قضية مختومة من غير أن تقرأ عليه وبقضاء المرأة فى حد أو قود اهـ لكن صرح فى الفصولين بنفاذه فى هذه المواضع وإنما حكى خلافا فى الأول فقط ، ولعله أسقطها من الأشباه لهذا ، والله تعالى أعلم . قال : أو فى قسامة بقتل : أى قضى فيما فيه القسامة بالقتل ، وصورته كما فى شرح أدب القضاء ما قاله بعض العلماء : إذا كان بين المدعى عليه والقتيل عداوة ظاهرة ولا يعرف له عداوة على غير المدعى عليه وبين دخوله فى المحلة ووجود القتيل مدة قريبة فالقاضى يحلف الولى على دعواه ، فإذا حلف قضى له بالقصاص ، وهو خلاف السنة وإجماع الصحابة ، بل فيه الدية والقسامة عندنا قال أو بالتفريق بين الزوجين بشهادة المرضعة أو قضى لولده أى لأنه قضاء لنفسه من وجه . أما لو قضى بشهادة الابن لأبيه أو بالعكس ففيه خلاف بين الصحابة ثم وقع الإجماع على بطلانه فينفذ قضاؤه عند أبى يوسف بناء على أن الإجماع المتأخر لايرفع الخلاف السابق عنده . وعند محمد لاينفذ بناء على أنه يرفعه عنده فلم يكن قضاء فى فصل مجتهد فيه . قال : أو رفع إليه حكم صبى أو عبد أو كافر ، أى لو قضى بما حكم به هؤلاء

لاينفذ ، لأن حكمهم غير نافذ . قال أو الحكم بحجر سفيه ، يعنى لو حجر القاضى على سفيه فأطلقه آخر جاز وبطل قضاء الأول فليس لقاض ثالث أن ينفذه ، لأن الأول ليس قضاء بل فتوى لعدم المقضى له ، ولئن كان قضاء فنفسه مجتهد فيه فلا يكون حجة مالم يمضه قاض آخر كما لو قضى المحدود فى قذف لايكون حجة مالم يتصل به الإمضاء من قاض آخر ، هذا حاصل مافى شرح أدب القضاء من باب الحجر ، وبه علم أنه كان عليه أن يقول أو الحكم بحجر سفيه أبطله قاض آخر فإنه حينئذ لو رفع إلى ثالث لاينفذه . أما لو أجازه الثانى لزم الثالث تنفيذه فافهم . قال أو بصحة بيع نصيب الساكت من قن حرره أحدهما أى حرره أحد الشريكين معسرا كما فى البحر : أى لو باع الساكت نصفه وقضى القاضى به ثم اختصموا إلى آخر فإنه يبطله ، لأن الصحابة اتفقوا على أنه لايجوز استدامة الرق فيه كما فى شرح أدب القضاء قال أو ببيع متروك التسمية عمدا : أى عند الثانى ، وهو الأصح ؛ وقالا : ينفذ كما فى خزانة الأكمل : قال أو ببيع أم الولد : على الأظهر ، وقيل ينفذ على الأصح : أى الأظهر عدم النفاذ عند محمد لأنه اختلف فيه بين الصحابة : ثم وقع الإجماع على عدم جوازه ، وبه يرتفع الخلاف السابق عنده كما مر . وعندهما لايرتفع فينفذ البيع . وذكر السرخسى أن الأكثر على عدم النفاذ ، وقدمنا تمام الكلام على ذلك فى باب التدبير ، فراجعه فإنه مهم . قال أو ببطلان عفو المرأة عن القود : أى لو قتل زوجها أو أبوها عمدا فعفت على القاتل فأبطله من لايرى للنساء حقا فى القصاص ثم قبل القود رفع إلى قاض آخر فإنه لاينفذه ويحكم بصحة العفو وبطلان القود لمخالفته للجمهور ، وإن كان بعد القود فالقاضى الثانى لايتعرض بشىء ، لكن ذكر فى شرح أدب القضاء أن هذا التفصيل غير سديد بل السديد أنه بعد القود يلزمه : أى القائد القصاص لو عالما ، لأنه قتل شخصا محقون الدم ، ولو جاهلا فالدية . قال أو بصحة ضمان الخلاص ، أى بأن قال البائع أو أجنبى للمشترى إن استحقت الدار المشتراة من يدك فأنا ضامن لك استخلاصها بالبيع أو بالهبة وأسلمها إليك ، فهذا الضمان باطل لأنه ضمن ماليس له قدرة على الوفاء به ، والقائل بأنه يصح لم يستند إلى قياس صحيح فالقضاء به باطل . وفسر أبو يوسف ومحمد الخلاص بالرجوع بالثمن عند الاستحقاق فهو والدرك والعهدة واحد عندهما ، وحينئذ فالقضاء به صحيح وإذا رفع إلى آخر لايبطله ، وتمامه فى شرح أدب القضاء : قال أو بزيادة أهل المحلة فى معلوم الإمام من أوقاف المسجد : أى إذا كانت بلا موجب وإلا فقد ذكرنا فى فروع الفصل الأول من كتاب الوقف أنه يجوز للقاضى زيادة مرسوم الإمام إذا كان يتعطل المسجد بدونها ، أو كان فقيرا أو عالما تقيا . قال أو بحل المطلقة ثلاثا بمجرد عقد الثانى : أى بلا دخول كما هو قول سعيد بن المسيب لأنه مخالف للآثار المشهورة كما فى القنية ، نعم فى قضاء الفتح عن الفصول : إذا طلقها الثانى بعد الدخول ، ثم تزوجها ثانيا فى العدة ثم طلقها قبل الدخول فتزوجها الأول قبل انقضاء العدة وحكم بصحته نفذ ، إذ للاجتهاد فيه مساغ وهو صريح . قوله تعالى : - ياأيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن - الآية ، وهو مذهب زفر اهـ وقدمنا الكلام على هذه المسألة فى الطلاق فراجعه . قال أو بعدم ملك الكافر مال المسلم بإحرازه بدارهم ، أى دار أهل الحرب ، لأنه لم يثبت فيه اختلاف بين الصحابة كما فى فتح القدير ، فكان القضاء به مخالفا لإجماعهم : قال أو ببيع درهم بدرهمين يدا بيد : أى لو قضى ببيع الفضة بالفضة متفاضلا مع القابض كما هو قول ابن عباس لم يصح إذ لم يوافقه غيره عليه . قال أو بصحة صلاة المحدث ، أى لو قال إن صليت صلاة صحيحة فأمرك بيدك فرعف فى أثناء صلاته وقضى قاض بصحتها وبأنه صار أمر المرأة بيدها ، فللحنفى إبطاله لعدم وجود الشرط المأخوذ من قوله عليه الصلاة والسلام ، «من قاء أو رعف فى صلاته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلاته مالم يتكلم» كما فى حاشية الأشباه عن تنوير الأذهان فتأمل

الأول مالم يختلف مشايخنا فيه والثانى ما اختلفوا فيه والثالث ما لانص فيه عن الإمام .

واختلاف أصحابنا فيه وتعارضت فيه تصانيفهم .

ق ل أو بقسامة على أهل محلة بتلف المال أى إذا تلف مال إنسان فى محلة فقضى بضمانهم بالقسامة قياسا على النفس فهو باطل لمخالفته للإجماع ، فللثانى أن ينقضه كما فى شرح أدب القضاء. ق ل أو بحد القذف بالتعريض ، أى كقوله أما أنا فلست بزان ، وقال به عمر رضى الله تعالى عنه ، وهو قول مهجور خالفه فيه على رضى الله تعالى عنه ، فللقاضى الثانى أن يبطله ويجعل ذلك المحدود مقبول الشهادة كما فى شرح أدب القضاء . قال أو بالقرعة فى معتق البعض : أى فى مريض أعتق بعض عبيده بغير عينه ، لكن صرح الخصاف فى أدب القضاء بنفاذه ، نعم نقل فى تنوير الأذهان عن المحيط أنه ينفذ لأنه مجتهد فيه . وعن أبى يوسف لاينفذ ، لأن استعمال القرعة نوع قمار قال أو بعدم تصرف المرأة فى مالها بغير إذن زوجها لم ينفذ فى الكل : أى فى كل هذه المسائل ، هذا ماحررته من البزازية والعمادية والصيرفية والتتارخانية اه كلام الأشباه بزيادات توضحه مع ذكر المسائل التى زادها فى البحر وذكر فى البحر أيضا عقب ذلك عن السبكى أن القضاء ينقض عند الحنفية إذا كان حكما لادليل عليه .

مطلب ماخالف شرط الواقف فهو مخالف للنص والحكم به حكم بلا دليل

وماخالف شرط الواقف فهو مخالف للنص وهو حكم لادليل عليه ، سواء كان نصه فى الوقف نصا أو ظاهرا اه وهذا موافق لقول مشايخنا كغيرهم ، شرط الواقف كنص الشارع فيجب اتباعه كما صرح به فى شرح المجمع للمصنف اه (قوله الأول مالم يختلف مشايخنا فيه) أى فى نقضه ، وكذا هو مرجع الضمير بعده ، وأراد بالمشايخ الإمام وصاحبيه وأراد بالأصحاب فى قوله واختلاف أصحابنا فيه الصاحبين ط .

مطلب المراد بأصحابنا أئمتنا الثلاثة ، وبالمشايخ من لم يدرك الإمام

قلت : لكن المشهور إطلاق أصحابنا على أئمتنا الثلاثة أبى حنيفة وصاحبيه كما ذكره فى شرح الوهبانية ، وأما المشايخ ففى وقف النهر عن العلامة قاسم أن المراد بهم فى الإصطلاح من لم يدرك الإمام (قوله والثالث مالانص فيه عن الإمام) أى لانص فيه ظاهر يعتمد عليه ، فلا ينافى قوله الآتى فى قسم الثالث إذا حكم بالشاهد واليمين فى الأموال ثم رفع إلى حاكم يرى خلافه نقضه عند الثانى ، وعن الإمام لا أفاده ط (قوله وتعارضت فيه تصانيفهم) أى تصانيف الأصحاب بمعنى أهل المذهب .

مطلب قضايا القضاة على ثلاثة أقسام

قال فى جامع الفصولين : قضايا القضاة على ثلاثة أقسام : الأول حكمه بخلاف نص وإجماع وهذا باطل ، فلكل من القضاة نقضه إذا رفع إليه ، وليس لأحد أن يجيزه . الثانى حكمه فيما اختلف فيه وهو ينفذ وليس لأحد نقضه . والثالث حكمه لشىء يتعين فيه الخلاف بعد الحكم فيه : أى يكون الخلاف فى نفس الحكم فقيل نفذ وقيل توقف على إمضاء آخر ، فلو أمضاه يصير كالقاضى الثانى إذا حكم فى مختلف فيه فليس للثانى نقضه ، فلو أبطله الثانى بطل ، وليس لأحد أن يجيزه اه ط وسيأتى تمام الكلام على هذه الثلاثة فى كتاب القضاء إن شاء

[فن القسم الأول] إذا باع دارا وقبضها المشترى واستحقت منه وتعذر على البائع ردها فقضى على البائع للمشترى بدار مثلها فى المواضع والخطة والذرع والبناء ، كقول عثمان البتى : ثم رفع لقاض آخر أبطله وألزم برد الثمن فقط إلا أن يكون أحدث بناء أو غرسا فيلزمه بقيمة ذلك مع الثمن (ومنه) حاكم قضى ببطلان شفعة الشريك ثم رفع لقاض آخر فإنه ينقضه ويثبت الشفعة للشريك لمخالفته لنص الحديث (ومنه) المحدود فى قذف إذا قضى بعد ثبوته ثم رفع الحكم لقاض آخر لايراه أبطله (ومنه) مالو حكم أعمى ثم رفع إلى من لم يره نقضه لأنه ليس من أهل الشهادة والقضاء فوقها (ومنه) إذا حكم بشهادة الصبيان ثم رفع لآخر نقضه لأنه كالمجنون ، وكذا ما أداه النائم فى نومه (ومنه) الحكم بشهادة النساء وحدهن فى شجاج الحمام ورفع لآخر لايمضيه (ومنه) الحكم بإجارة المديون فى دينه لاينفذ (ومنه) القضاء بخط شهود أموات لاينفذ

الله تعالى (قوله وتعذر على البائع ردها) أى إلى المشترى (قوله فى المواضع) أى المساكن والخطة : أى المحلة والذرع أى عدد الأذرع اهـ ح (قوله كقول عثمان البتى) هذا خلاف مافى الزواهر ، فإن الذى فيها أن عثمان البتى قال إذا رفع إلى قاض آخر أبطله الخ (قوله لمخالفته لنص الحديث) هو ماورد . أنه عليه الصلاة والسلام كان يقضى بالشفعة فى كل ربع وحائط ، فلا يعمل بخلاف من خالف فى ذلك ط (قوله إذا قضى بعد ثبوته) فى بعض النسخ بعد توبته أى بعد أن تاب وهى أظهر ، لأن القضاء بشىء لايكون إلا بعد ثبوته عند القاضى ، لكن كل من النسختين غير موجود فى الزواهر على مانقله المحشى أبو السعود عنها .

قلت : والصواب قبل توبته ، لأن الكلام فيما ينقض ولاينفذه أحد وهذا ليس كذلك ، لما فى شرح أدب القضاء : وأما المحدود فى القذف إذا قضى قبل التوبة فالقاضى الثانى يبطل قضاءه لامحالة ، حتى لو نفذه ثم رفع إلى قاض ثالث فله أن ينقضه لأنه لايصلح قاضيا بالإجماع فكان القضاء الثانى مخالفا الإجماع فكان باطلا . وأما إذا كان بعد التوبة لاينفذ قضاؤه عندنا ، لكن لقاض آخر أن ينفذه ، حتى لو نفذه ثم رفع إلى ثالث ليس للثالث أن يبطله اهـ (قوله ومنه مالو حكم أعمى الخ) فى جامع الفصولين : ولو أمضى حكم الأعمى نفذ إذ فى أهلية شهادته خلاف ظاهر ، ولو رفع حكمه إلى قاض لايرى جواز قضائه أبطله : إذ نفس الحكم مجتهد فيه اهـ .

وحاصله أنه من القسم الثالث من الأقسام المارة آنفا عن جامع الفصولين ، فيتوقف على إمضاء قاض ثان ، فإن أمضاه الثانى نفذ فليس لثالث إبطاله ، وإن أبطله الثانى بطل ، فهو نظير حكم المحدود بعد التوبة وعلمت مافيه (قوله لأنه ليس من أهل الشهادة) علة للمسألتين قبله ط (قوله وكذا ما أداه النائم فى نومه) يعنى إذا أدى النائم شهادة فقضى بها ورفع لقاض آخر نقضه ط (قوله فى شجاج الحمام) قال الشارح فى الشهادات : وكذا لاتقبل شهادة الصبيان فيما يقع فى الملاعب ، ولاشهادة النساء فيما يقع فى الحمامات وإن مست الحاجة لمنع الشرع عما يستحق به السجن وملاعب الصبيان وحمامات النساء فكان التقصير مضافا إليهم لا إلى الشرع بزازية وصغرى وشرنبلالية ، لكن فى الحاوى : تقبل شهادة النساء فى القتل فى الحمام بحكم الدية لئلا يهدر الدم اهـ فليتنبه عند الفتوى اهـ ط (قوله ومنه الحكم بإجارة المديون فى دينه) أى لو حكم للدائن بأن يؤجر مديونه ليستوفى دينه من أجرته لاينفذ لمخالفته ، لقوله تعالى - وإن كان ذوعسرة فنظرة إلى ميسرة - نعم ، قالوا : إنه لو كان له كسب يفضل عن حاجته يأمره الحاكم بدفع الفاضل ، هذا : وقد أسقط الشارح من عبارة الزواهر مسألة قبل هذه ، وهى قوله : ومنه إذا قال الرجل لامرأته كلى أواشربى يريد الطلاق فقضى عليه القاضى بذلك وفرق بينهما ثم رفع إلى من لايراه نقضه (قوله ومنه القضاء بخط شهود أموات) لأن الشاهد لابد من نطقه بالشهادة فالحكم

(ومنه) القضاء بجواز بيع الدراهم بالدنانير لسيئة (ومنه) القضاء بشهادة أهل الذمة فى الأسفار فى الوصية ثم رفع لمن لايراه نقضه (ومنه) إذا قضى بشىء ثم رفع لآخر فنقضه ولم يبين وجه النقض أمضى النقض (ومنه) إذا باع رجل من آخر عبدا أو أمة ومضى على ذلك مدة ثم ظهر فيه عيب لم يقر البائع به ولم تقم بينة بأنه كان موجودا عنده فرده القاضى على البائع ثم رفع حكمه لآخر فإنه يبطل الرد ويعيده للمشترى (ومنه) إذا حكم بتحريم بنت المرأة التى لم يدخل بها ثم رفع لحاكم آخر أبطل حكمه الأول لمخالفته لنص - وربائبكم اللاتى فى حجوركم - الآية .

[ومن القسم الثانى] إذا اختلف الأصحاب على قولين ثم أخذ الناس بأحد قوليهم وتركوا الآخر فحكم القاضى بالمتروك لم ينقض عنده خلافا للثانى (ومنه) إذا وطىء أم امرأته وحكم ببقاء النكاح ثم رفع لآخر يرى خلافه لم يبطله ثم إن الزوج جاهلا فهو فى سعة ، وإن عالما لايحل له المقام لأن القضاء لايحلل ولا يحرم خلافا لأبى حنيفة رحمه الله تعالى . وذكر الحاكم فى المنتقى فى رجل وطىء أم امرأته فقضى أن ذلك لايحرمها ثم رفع لآخر فرق بينهما وذكر ذلك مطلقا ، فالظاهر أن ذلك مذهبه أو قول الإمام لمخالفته لنص - ولا تنكحوا - وهو الوطء

بالخط حكم بلا شهادة فهو باطل (قوله نسيئة) وكذا مع التفاضل كما مر (قوله نقضه) لأنه لاشهادة لكافر على مسلم (قوله أمضى النقض) عبارة الزواهر ثم رفع النقض إلى آخر أمضى النقض اه أى حملا لحكمه بالنقض على الصحة ، بأن علم الناقض أن الحكم الأول باطل فعد هذه هنا بالنظر إلى هذا تأمل (قوله ثم ظهر فيه عيب) قيده فى شرح أدب القضاء بالجنون ، فإن بعضهم قال يرد العبد به مطلقا لأنه إنما يكون من نقصان يتمكن من أصل الخلقة فيكون من عند البائع (قوله التى لم يدخل بها) صفة للمرأة (قوله الآية) تتمتها - من نسائكم اللاتى دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم - (قوله لم ينقض عنده خلافا للثانى) كذا فى الزواهر . ويظهر لى أن العبارة مقلوبة ، والصواب ينقض عنده بإسقاط لم ، لأن ماذكره هو المسألة الأصولية ، وهى أن الإجماع اللاحق هل يرفع الخلاف السابق ؟ فعندهما لا ، وعند محمد نعم ، فإذا حكم بالقول المتروك أى الذى تركه أهل الإجماع ، فعندهما لاينقض حكمه لعدم ارتفاع الخلاف السابق فكان حكما فى محل مجتهد فيه . وعند محمد ينقض لارتفاع الخلاف فيكون حكما مخالفا للإجماع ومثله ماقدمناه من شهادة الابن لأبيه أو بالعكس ، ومن مسألة بيع المدبر فتدبر (قوله ومنه إذا وطىء أم امرأته الخ) فى شرح أدب القضاء : لو وطىء أم امرأته أو بنتها فخاصمته زوجته إلى قاض يرى أن الحرام لايحرم الحلال فقضى بها لزوجها ثم رفعته إلى قاض يرى أن ذلك يحرمها على زوجها فليس للثانى أن يبطل قضاء الأول ؛ لأن هذا مما اختلف فيه الصحابة والعلماء ، فإذا قضى نفذ قضاؤه بالإجماع ، فإذا قضى الثانى بخلافه كان قضاؤه مخالفا للإجماع ، ثم هل يحل للزوج المقام معها ، فلو جاهلا وقضى بالمرأة له حل بلا شبهة لالو قضى بتحريمها ولو عالما ؟ فإن قضى عليه بأن كان هو لايرى تحريمها والقاضى قضى بتحريمها تنفذ القضاء عليه فلا يحل له المقام معها ؟ وإن قضى له بأن كان هو يرى تحريمها وقضى له بحلها ، فعند أبى يوسف كذلك ، وعندهما يحل اه ملخصا .

ورأيت بهامشه بخط بعض العماء عند قوله فإذا قضى نفذ قضاؤه بالإجماع مانصه : ذكر فى الواقعات الصغرى أن نفاذ القضاء مختلف فيه ، عند أبى يوسف لاينفذ وللثانى أن يبطله ، وعند محمد ينفذ وليس للثانى ذلك ، فكان النفاذ المجمع عليه موقوفا على قضاء ثان بصحة قضاء الأول اه ورأيت نحوه فى جامع الفصولين من حكاية الخلاف المذكور (قوله وإن عالما لايحل له المقام) أى إن عالما بحرمتها معتقدا لها وقضى له بالحل (قوله وذكر ذلك مطلقا) أى بلا حكاية خلاف (قوله فالظاهر أن ذلك مذهبه) أى مذهب صاحب المنتقى (قوله أو قول الإمام) قد علمت أنه قول أبى يوسف (قوله لمخالفته لنص ولاتنكحوا) أى مانكح آباؤكم من النساء ،

(ومنه) إذا قضى بخلاف مذهبه غلطا ووافق قول مجتهد ثم رفع لآخر أمضاه عند الإمام : وقالا : ينقضه لأنه غلط والغلط ليس بمجتهد فيه (ومنه) المديون إذا حبس لايكون حبسه حجرا عليه . وقال القاسم بن معن حجر ، فلو حكم به ثم رفع لآخر نقضه . وقالا : ينفذه ، فلو حكم الثانى به نفذ ولا ينقض :

[ومن القسم الثالث] إذا حكم بالشاهد واليمين فى الأموال ثم رفع لحاكم يرى خلافه نقضه عند الثانى . وعن الإمام لا لاختلاف الآثار (ومنه) إذا قضى بشهادة الأب لابنه أو جده ثم رفع لآخر لايراه أمضاه عند الثانى ، وينقضه عند محمد (ومنه) إذا تزوج الزانى بابنته من الزنا وحكم الحاكم بحل ذلك ثم رفع لمن لايراه أبطله لأنه مما يستشنعه الناس ذكره فى شرح الطحاوى (ومنه) رجل أعتق عبدا ثم مات المعتق ولا وارث له ، ثم قضى القاضى بميراثه للمعتق ثم رفع لحاكم آخر نقضه وجعل ماله لبيت المال عند أبى يوسف وهو الصحيح ، لقوله عليه الصلاة والسلام « إنما الولاء لمن أعتق » ولا يلزم مولى الموالاة لأنه مستحق بالعقد وهو قائم بهما فاستويا كالزوجية ،

وهذا لايصلح دليلا على ماقبله ، بل إنما يصلح دليلا لمسألة ذكرها فى جامع الفصولين . وعبارته : ولو قضى بجواز نكاح مزنية الأب للابن أو الابن للأب لاينعقد عند أبى يوسف إذ الحادثة نص عليها فى الكتاب اهـ ط :

مطلب فى قضاء القاضى بخلاف مذهبه

(قوله ومنه إذا قضى بخلاف مذهبه الخ) فى قضاء البحر : لو قضى فى المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا نفذ عنده . وفى العامد روايتان ، وعندهما لاينفذ فى الوجهين . واختلف الترجيح. قال فى الفتح : والوجه الآن أن يفتى بقولهما لأن التارك لمذهبه عمدا لايفعله إلا لهوى باطل ، وأما الناسى فلأن المقلد ماقلده إلا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره هذا كله فى القاضى المجتهد ، فأما المقلد فإنما ولاه ليحكم بمذهب أبى حنيفة فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة إلى ذلك الحكم اهـ وسيأتى تمام الكلام على هذه المسألة فى كتاب القضاء إن شاء الله تعالى (قوله وقال القاسم بن معن حجر) أى الحبس حجر ط :

قلت : والقاسم هذا من أصحاب أبى حنيفة رحمه الله تعالى ، أخذ عنه محمد بن الحسن كما فى طبقات عبد القادر (قوله فلو حكم الثانى) أى الحاكم الثانى بأنه حجر نفذ ولاينقض ، مفاده أن هذا من القسم الثالث من الأقسام التى قدمناها عن جامع الفصولين (قوله إذا حكم بالشاهد واليمين) قال فى جامع الفصولين : ذكر فى بعض المواضع أنه ينفذ وفى بعضها لاينفذ ، وفى أقضية الجامع أنه يتوقف على إمضاء قاض آخر اهـ ط (قوله وعن الإمام لا) تقدم أن هذا القسم لانص فيه عن الإمام ، وتقدم جوابه (قوله لأنه مما يستشنعه الناس) أى يعدونه أمرا شنيعا لأنها بنته حقيقة ولغة لوجود الجزئية ، وإنما قطع الشرع نسبتها إليه فقط ، إذ الجزئية لاتنتفى بالزنا ثم إنه لم يذكر فيه خلافا ، ومقتضى عده من القسم الثالث وجود الخلاف فيه (قوله ثم مات المعتق) بكسر التاء والذى بعده بفتحها ط (قوله إنما الولاء لمن أعتق) لأن إنما تفيد قصر الولاء على من أعتق ، ومن أحكام الولاء الإرث (قوله ولايلزم) أى لايلزمنا أن نقول مولى الموالاة كذلك : أى أنه يكون إرثه من أحد الجانبين فقط كما قلنا فى ولاء العتاقة ، لأنه : أى الولاء المفهوم من مولى الموالاة مستحق بالعقد ، لأن صورته أن يعقد رجلان مجهولا النسب عقد الموالاة بينهما على أن من مات منهما قبل صاحبه عن غير وارث ورثه الآخر وهذا العقد قائم بهما أى وجد منهما فيتوارثان به من الطرفين ، بخلاف ولاء العتاقة فإن سببه الإعتاق وهو قائم

فاغتنم هذا المقام فإنه من جواهر هذا الكتاب . والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب ، وإليه المرجع والمآب .

بالمعتق فقط كالزوجية فإنها من أسباب الميراث والإرث ثابت بها من الطرفين لقيام عقدها بهما معا فيتوارثان بها وإن اختلف مقدار الإرث بها من جهة أخرى وهى تفضيل الزوج على الزوجة بذكورته وكونه قواما عليها ، والله سبحانه أعلم (قوله فاغتنم هذا المقام) أى فز به بلا مشقة كما فى القاموس ، حيث قال غنم بالكسر غنما بالضم وبالفتح وبالتحريك وغنيمة وغنمانا بالضم : الفوز بالشىء بلا مشقة اه والاغتنام افتعال منه فافهم ، والله سبحانه وتعالى أعلم ، وله الحمد على ماعلم وفهم ، وصلى الله وبارك وسلم على عبده ورسوله المعظم ، وعلى آله وصحبه ومن فى سلكه انتظم ، لاسيما إمامنا الأعظم ، وقدوتنا المقدم ، وأصحابه ومشايخ مذهبه المحكم ، وأتباعهم ذوو المقام الأفخم ، والمصنف ذو الفضل المسلم ، والشارح الذى أتقن مسائله وأحكم ، ووالدينا (١) ومشايخنا وأهالينا ومن أسدى إلينا معروفا وأكرم — ربى أوزعنى أن أشكر نعمتك التى أنعمت على وعلى والدى وأن أعمل صالحا ترضاه وأصلح لى فى ذريتى إنى تبت إليك وإنى من المسلمين — وتقبل منى هذا العمل ، وبلغنى فى إكماله غاية الأمل ، وجنبنى فيه عن الخطإ والخلل ، واجعله سببا لغفران الذنب والزلل ، وحسن الختام عند انتهاء الأجل ، والحمد لله رب العالمين .

---

(١) (قوله ووالدينا) مقتضى قوله وأتباعهم ذوو الخ أن يقول هنا ووالدونا الخ بالرفع إلا أن يجعل معطوفا على ما قبل لاسيما على ما فيه اه مصححه .

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع

لما فرغ من حقوق الله تعالى العبادات والعقوبات شرع في حقوق العباد المعاملات . ومناسبته للوقف إزالة الملك لكن لا إلى مالك وهنا إليه فكانا كبسيط ومركب وجمع لكونه باعتبار كل من البيع والمبيع والثمن

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله وحده وصلى الله على من لا نبي بعده :

كتاب البيوع

(قوله لما فرغ الخ) بيان للمناسبة بين جملة ماتقدم وجملة مايأتي مع بيان المناسبة بين خصوص الوقف والبيع والمراد بالعبادات ما كان المقصود منها في الأصل تقرب العبد إلى الملك المعبود ، ونيل الثواب والجود ، كالأركان الأربعة ونحوها ؛ وبالمعاملات ما كان المقصود منها في الأصل قضاء مصالح العباد كالبيع والكفالة والحوالة ونحوها وكون البيع أو الشراء قد يكون واجبا لعارض لايخرجه عن كونه من المعاملات ، كما لاتخرج الصلاة مع الرياء عن كون أصل الصلاة عبادة .

ثم إن ماتقدم غير مختص بالعبادات بل هو حقوقه تعالى ، وهى ثلاثة : عبادات وعقوبات ، وكفارات ؛ فالمعاملات في مقابلة حقوقه تعالى . وأورد في الفتح أنه لايخفى شروعه في المعاملات من زمان فإن ماتقدم من اللقطة واللقيط والمفقود من المعاملات . قال في النهر : وكان النكاح أولى بالذكر من اللقيط ونحوه اهـ :

قلت : وفيه نظر ظاهر ، فإن النكاح وإن كان من المعاملات لكنه من العبادات أيضا ، بل المقصود الأصلي منه العبادة ، وهي تحصين النفس عن المحرمات وتكثير المسلمين ؛ بل قالوا إن التخلي له أفضل من التخلي للنوافل:

وقد يقال الأولى إيراد الشركة لأن كلا من اللقطة واللقيط أي التقاطهما مندوب إليه من حيث هو ، وقد يجب فلذا ذكر في حقوقه تعالى ، وكذا رد الآبق : وأما المفقود فإنه ذكر فيها لمناسبة اقتضته ، وكذا اللقطة ونحوها والشركة ، كما ذكروا في المعاملات بعض العبادات كالأضحية لمناسبتها للذبائح ، والقرض لمناسبته للبيع تأمل (قوله لكن لا إلى مالك) أي الإزالة في الوقف لاتنتهي إلى مالك فهو في حكم ملك الله تعالى وهذا قولهما . وقال الإمام : هو حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة ط (قوله فكانا كبسيط ومركب) أي والبسيط مقدم على المركب في الوجود فقدم عليه في الذكر . قال ط : وإنما لم يكن البيع مركبا حقيقة ، لأن الإزالة أمر اعتباري لايتحقق منها[1] تركيب (قوله وجمع الخ) لما كان البيع في الأصل مصدرا والمصدر لايجمع لأنه اسم للحدث كالقيام والقعود وقد جمعه تبعا للهداية أجابوا عنه بأنه قد يراد به المفعول فجمع باعتباره كما يجمع المبيع ، أي فإن أنواع المبيعات كثيرة مختلفة أو أنه بقي على أصله مرادا به المعنى لكنه جمع باعتبار أنواعه ، فإن البيع الذي

---

(١) (قوله منها) هكذا بخطه ، ولعل الأصوب (فيها) تأمل اهـ مصححه .

أنواعا أربعة : نافذ موقوف فاسد باطل ، ومقايضة صرف سلم مطاق مرابحة تولية ، وضيعة مساومة :
(هو) لغة : مقابلة شئ بشئ مالا أولا

هو الحدث إن اعتبر من حيث هو فهو أربعة : نافذ إن أفاد الحكم للحال ، وموقوف إن أفاده عند الإجازة ، وفاسد إن أفاده عند القبض ، وباطل إن لم يفده أصلا ؛ وإن اعتبر من حيث تعلقه بالمبيع فهوأربعة أيضا ، لأنه إما أن يقع على عين بعين ، أو ثمن بثمن . أى يكون المبيع فيه من الأثمان : أى النقود ، أو ثمن بعين ، أو عين بثمن ، ويسمى الأول مقايضة ، والثانى صرفا ، والثالث سلما ، وليس للرابع اسم خاص ، فهو بيع مطاق ؛ وإن اعتبر من حيث تعلقه بالثمن أو بمقداره فهو أربعة أيضا ، لأنه إن كان بمثل الثمن الأول مع زيادة فرابحة ، أو بدون زيادة فتولية ، أو أنقص من الثمن فوضيعة ، أو بدون زيادة ولا نقص فساومة ، وزاد فى البحر خامسا وهو الإشراك : أى أن يشرك غيره فيما اشتراه : أى بأن يبيعه نصفه مثلا ، وتركه الشارح لأنه غير خارج عن الأربعة ، وقد يعتبر من حيث تعلقه بوصف الثمن ككونه حالا أو مؤجلا ، وبما قررناه ظهر لك أن قوله باعتبار كل من البيع والمبيع ليس المراد اعتبار المبيع وحده أى بدون تعلق بيع به ، حتى يرد أنه إذا أريد كل منهما بانفراده يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز ، فإن جمع البيع باقيا على مصدريته نظرا إلى أنواعه حقيقة ، بخلاف جمعه منقولا إلى اسم المفعول فإنه مجاز . ووجه عدم الورود أن المراد جمعه باعتبار حقيقته ، لكن نظرا إلى ذاته منفردا أو متعلقا بغيره لامنقولا إلى اسم المفعول فافهم (قوله أنواعا أربعة) خبر الكون ، وقوله نافذ الخ ، بيان للأنواع الأربعة فى كل واحد من الثلاثة على طريق اللف والنشر المرتب ، وقد علمت بيانها . ثم إن تقسيم الأول إلى ماذكر هو مامشى عليه فى الحاوى ، وظاهره أن الموقوف من قسم الصحيح وهو أحد طريقين للمشايخ ، وهو الحق . ومنهم من جعله قسيما للصحيح وعليه مشى الزيلعى ، فإنه قسمه إلى صحيح وباطل وفاسد وموقوف ، وتمام تحقيقه فى أول البيع الفاسد من البحر ، ويأتى قريبا استثناء بيع المكره (قوله هولغة مقابلة شىء بشىء) أى على وجه المبادلة ، ولو عبر بها بدل المقابلة لكان أولى كما فعل المصنف فيما بعد ، وظاهره شمول الإجارة ، لأن المنفعة شئ باعتبار الشرع أنها موجودة حتى صح الاعتياض عنها بالمال وكذا باعتبار اللغة تأمل :

مطلب فى تعريف المال والملك والمتقوم

(قوله مالا أولا) الخ ، المراد بالمال مايميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة ، والمالية تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم ، والتقوم يثبت بها وبإباحة الانتفاع به شرعا ؛ فما يباح بلا تمول لايكون مالا كحبة حنطة وما يتمول بلا إباحة انتفاع لايكون متقوما كالخمر ، وإذا عدم الأمران لم يثبت واحد منهما كالدم بحر ملخصا عن الكشف الكبير ؛

وحاصله أن المال أعم من المتمول(١) لأن المال مايمكن ادخاره ولو غير مباح كالخمر ، والمتقوم مايمكن ادخاره مع الإباحة ، فالخمر مال لامتقوم ، فلذا فسد البيع بجعلها ثمنا ، وإنما لم ينعقد أصلا بجعلها مبيعا لأن الثمن غير مقصود بل وسيلة إلى المقصود ، إذ الانتفاع بالأعيان لابالأثمان ، ولهذا اشترط وجود المبيع دون الثمن ، فبهذا الاعتبار صار الثمن من جملة الشروط بمنزلة آلات الصناع ؛ وتمام تحقيقه فى فصل النهى من التلويح ؛ ومن هذا قال في البحر : ثم اعلم أن البيع وإن كان مبناه على البدلين لكن الأصل فيه المبيع دون الثمن ، ولذا تشترط

(١) (قوله أعم من المتمول الخ) لعل الصواب المتقوم تأمل اه .

بدليل — وشروه بثمن بخس — وهو من الأضداد ، ويستعمل متعديا وبمن للتأكيد وباللام ، يقال بعتك الشئ وبعت لك فهى زائدة قاله ابن القطاع ، وباع عليه القاضى : أى بلا رضاه : وشرعا (مبادلة شئ مرغوب فيه بمثله) خرج غير المرغوب كتراب وميتة ودم

القدرة على المبيع دون الثمن وينفسخ بهلاك المبيع دون الثمن اه : وفى التلويح أيضا من بحث القضاء : والتحقيق أن المنفعة ملك لامال ، لأن الملك مامن شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص ، والمال مامن شأنه أن يدخر للانتفاع وقت الحاجة ، والتقويم يستلزم المالية عند الإمام والملك عند الشافعى . وفى البحر عن الحاوى القدسى : المال اسم لغير الآدمى ، خلق لمصالح الآدمى وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار ، والعبد وإن كان فيه معنى المالية لكنه ليس بمال حقيقة حتى لايجوز قتله وإهلاكه اه .

قلت : وفيه نظر ، لأن المال المنتفع به فى التصرف على وجه الاختيار والقتل والإهلاك ليس بانتفاع ولأن الانتفاع بالمال يعتبر فى كل شىء بما يصلح له ، ولا يجوز إهلاك شىء من المال بلا انتفاع أصلا كقتل الدابة بلا سبب موجب (قوله بدليل وشروه بثمن بخس) أى باعوه : أى إخوة يوسف بثمن ناقص ، وقيل باعوه بعشرين درهما ، فالآية دليل على أن البيع لايلزم كون المبيع فيه مالا ، لأن الحر لايملك .

قلت : وفيه أن أهل اللغة فى الجاهلية كانوا يسترقون الأحرار ويبيعونهم ، فلا تدل الآية على أن البيع لغة لايشترط فيه المالية ، على أن الظاهر أن الحر يملك قبل شرعنا ، بدليل — قالوا جزاؤه من وجد فى رحله فهو جزاؤه — ثم رأيت ذلك فى القهستانى من البيع الفاسد حيث قال إن الحر كان مالا فى شريعة يعقوب عليه وعلى نبينا الصلاة والسلام حتى استرق السارق كما فى شرح التأويلات ، فلا ينبغى أن يقال إنه لم يكن مالا عند أحد اه فالأولى الاستدلال بمثل — إن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم — فاستبشروا ببيعكم — أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى — ونحوه ، ولا يخفى أن دعوى المجاز فى ذلك خلاف الأصل فافهم ، وبهذا ظهر أن تعريفه لغة بما ذكره الشارح تبعا للمحيط أولى مما فى الفتح عن فخر الإسلام من أن البيع لغة مبادلة المال بالمال ، لكن يرد على الأول أنه يدخل فيه النكاح ، إلا أن يراد بالمقابلة مايكون على وجه التمليك حقيقة تأمل (قوله وهو من الأضداد) أى من الألفاظ التى تطلق على الشىء وعلى ضده كما فى قوله تعالى — وكان وراءهم ملك — أى قدامهم : قال فى الفتح : يقال باعه إذا أخرج العين من ملكه إليه ، وباعه أى اشتراه اه ، وكذا الشراء بدليل — وشروه بثمن بخس — فيطلق كل منهما على الآخر : وفى المصباح : والبيع من الأضداد مثل الشراء ويطلق على كل واحد من المتعاقدين أنه بائع ، لكن إذا أطلق البائع فالمتبادر إلى الذهن باذل السلعة (قوله ويستعمل متعديا) أى بنفسه إلى مفعولين (قوله وبمن للتأكيد) كبعت من زيد الدار ، وظاهر الفتح أنها للتعدية لأنه قال ويتعدى بنفسه وبالحرف (قوله وباللام) أى قليلا . وعبارة ابن القطاع على مافى المصباح : وربما دخلت اللام مكان من ، تقول : بعتك الشىء وبعت لك فهى زائدة اه (قوله يقال بعتك الشىء) مثال للمتعدى بنفسه وترك مثال التعدى بمن (قوله وباع عليه القاضى) أفاد أنه يتعدى بعلى أيضا فى مقام الإجبار والإلزام (قوله مبادلة شىء) مصدر مضاف إلى مفعوله الأول والفاعل محذوف ، والأصل أن يتبادل المتبايعان شيئا مرغوبا فيه بمثله ، فشيئا مفعول أول وبمثله مفعول ثان بواسطة الحرف فافهم (قوله مرغوب فيه) أى مامن شأنه أن ترغب إليه النفس وهو المال ، ولذا احترز به الشارح عن التراب والميتة والدم فإنها ليست بمال ، فرجع إلى قول الكنز والملتقى : مبادلة المال بالمال ، ولذا فسر الشارح كلام الملتقى فى شرحه بقوله : أى تمليك شىء مرغوب فيه بشىء مرغوب فيه ، فقد تساوى التعريفان فافهم ، نعم زاد فى الكنز بالتراضى :

(على وجه) مفيد (مخصوص) أى بإيجاب أو تعاط ، فخرج التبرع من الجانبين والهبة بشرط العوض ، وخرج بمفيد مالايفيد ،

مطلب فى بيع المكره والموقوف

وأورد عليه أنه يخرج بيع المكره مع أنه منعقد . وأجاب فى شرح النقاية بأن من ذكره أراد تعريف البيع النافذ ، ومن تركه أراد الأعم . واعترضه فى البحر بأن بيع المكره فاسد موقوف لاموقوف فقط كبيع الفضولى كما يفهم من كلام شارح النقاية .

قلت : لكن قدمنا أن الموقوف من قسم الصحيح ، ومقتضاه أن بيع المكره كذلك ، لكن صرحوا فى كتاب الإكراه أنه يثبت به الملك عند القبض للفساد ، فهو صريح فى أنه فاسد وإن خالف بقية العقود الفاسدة فى أربعة صور(١) سيذكرها المصنف هناك ، وأفاد فى المنار وشرحه أنه ينعقد فاسدا لعدم الرضا الذى هو شرط النفاذ ، وأنه بالإجازة يصح ويزول الفساد ، وبه علم أن الموقوف على الإجازة صحته ، فصح كونه فاسدا موقوفا ، وظهر أن الموقوف منه فاسد كبيع المكره ، ومنه صحيح كبيع عبد أو صبى محجورين ، وأمثلته كثيرة ستأتى فى باب بيع الفضولى :

والحاصل أن الموقوف مطلقا بيع حقيقة ، والفاسد بيع أيضا وإن توقف حكمه ، وهو الملك على القبض ، فلا يناسب ذكر التراضى فى التعريف ، ولذا قال فى الفتح : إن التراضى ليس جزء مفهوم البيع الشرعى ، بل شرط ثبوت حكمه شرعا اه أى لأنه لو كان جزء مفهومه شرعا لزم أن يكون بيع المكره باطلا وليس كذلك ، بل هو فاسد كما علمت . وأنت خبير بأن التعريف شامل للفاسد بسائر أنواعه كما ذكره فى النهر لأنه بيع حقيقة ، وإن توقف حكمه على القبض ، فالتقييد بالتراضى لإخراج بعض الفاسد وهو بيع المكره غير مرضى ، لأنه إذا كان المراد تعريف مطلق البيع يكون غير جامع لخروج هذا منه ، وإن أريد تعريف البيع الصحيح فليس بمانع لدخول أكثر البياعات الفاسدة فيه .

ثم اعلم أن الخمر مال كما قدمناه عن الكشف والتلويح وإن كان غير متقوم مع أن بيعه باطل فى حق المسلم ، بخلاف البيع به فإنه فاسد ، ومر الفرق . وأما مافى البحر عن المحيط من أنه غير مال فالظاهر أنه أراد بالمال المتقوم توفيقا بين كلامهم ، وحينئذ فيرد على تعريف المصنف كالكنز فافهم . ويرد على تعريف المصنف فقط الإجارة والنكاح : قال ط : فإن فيهما مبادلة مال مرغوب فيه بمرغوب فيه ، ولا يخرجان بقوله على وجه مخصوص ، لأن المراد به الإيجاب والقبول والتعاطى اه ، إلا أن يجاب بأن المراد بالمرغوب فيه المال كما قررناه أولا ، والمنفعة غير مال كما مر ؛ أو يقال إن المبادلة هى التمليك كما فى النهر عن الدراية : أى التمليك المطلق ، والمنفعة فى الإجارة والنكاح مملوكة ملكا مقيدا فافهم (قوله على وجه مفيد) هذا التقييد غير مفيد ، إذ غايته أنه أخرج مالا يفيد كبيع درهم بدرهم اتحد وزنا وصفة وهو فاسد ، وقد علمت شمول التعريف لجميع أنواع الفاسد ، فلا فائدة فى إخراج نوع منه كما قلناه فى بيع المكره ، نعم لو كان بيع الدرهم بالدرهم باطلا فهو تقييد مفيد ، لكن بطلانه بعيد لوجود المبادلة بالمال فتأمل (قوله أى بإيجاب أو تعاط) بيان للوجه المخصوص ، وأراد الإيجاب مايكون بالقول بدليل المقابلة فيشمل القبول ، وإلا لم يخرج التبرع من الجانبين على ماقاله ط فتأمل (قوله فخرج التبرع من الجانبين الخ) قال المصنف فى المنح : ولما كان هذا يشمل مبادلة رجلين بمالهما بطريق التبرع أو الهبة

(١) (قوله فى أربعة صور) هكذا بخطه والأصوب تجريد العدد من الهاء للقاعدة المعلومة اه مصححه.

فلا يصح بيع درهم بدرهم استويا وزنا وصفة ، ولا مقايضة أحد الشريكين حصة داره بحصة الآخر صيرفية ولا إجارة السكنى بالسكنى أشباه (ويكون بقول أو فعل ، أما القول فالإيجاب والقبول) وهما ركنه ، وشرطه أهلية المتعاقدين :

بشرط العوض فإنه ليس ببيع ابتداء وإن كان فى حكمه بقاء ، أراد إخراج ذلك فقال على وجه مخصوص اه :

قلت : وهذا صريح فى دخولها تحت المبادلة على خلاف مافى النهر . ووجهه أنه لو تبرع لرجل بشىء ثم الرجل عوض عليه بشىء آخر بلا شرط فهو تبرع من الجانبين مع المبادلة لكن من جانب الثانى ، وهذا يوجد كثيرا بين الزوجين يبعث إليها متاعا وتبعث له أيضا وهو فى الحقيقة هبة ، حتى لو ادعى الزوج العارية رجع ، ولها أيضا الرجوع لأنها قصدت التعويض عن هبة ، فلما لم توجد الهبة بدعوى العارية لم يوجد التعويض عنها فلها الرجوع كما سيأتى فى الهبة ، وكذا لو وهبه شيئا على أن يعوضه عنه شيئا معيبا فهو هبة ابتداء مع وجود المبادلة المشروطة فافهم (قوله استويا وزنا) أما إذا لم يستويا فيه فالبيع فاسد لربا الفضل لا لعدم الفائدة ، وقوله وصفة خرج ما اختلفا فيها مع اتحاد الوزن ككون أحدهما كبيرا والآخر صغيرا أو أحدهما أسود والآخر أبيض :

قلت : والمسألة مذكورة فى الفصل السادس من الذخيرة : باع درهما كبيرا بدرهم صغير أو درهما جيدا بدرهم ردىء جاز لأن لهما فيه غرضا صحيحا ، أما إذا كانا مستويين فى القدر والصفة اختلفوا فيه : قال بعض المشايخ : لا يجوز وإليه أشار محمد فى الكتاب ، وبه كان يفتى الحاكم الإمام أبو أحمد اه (قوله ولا مقايضة أحد الشريكين) أى المستويين : والمتبادر من التعبير بالشريكين أن الدار مشاعة بينهما ، أما لو كانت حصة كل منهما مفروزة عن الأخرى فالظاهر جواز المقايضة لأنه قد يكون رغبة كل منهما فيما فى يد الآخر فهو بيع مفيد ، بخلاف المشاعة فافهم (قوله ولا إجارة السكنى بالسكنى) لأن المنفعة معدومة فيكون بيع الجنس بالجنس نسيئة وهو لا يجوز ط عن حاشية الأشباه (قوله ويكون) أى البيع منح ، والأظهر إرجاع الضمير إلى قوله على وجه مخصوص فهو بيان له وإلا كان تكرارا تأمل (قوله وهما ركنه) ظاهره أن الضمير للإيجاب والقبول ، ويحتمل إرجاعه للقول والفعل كما يفيده قول البحر : وفى البدائع : ركنه المبادلة المذكورة ، وهو معنى مافى الفتح من أن ركنه الإيجاب والقبول الدالان على التبادل أو مايقوم مقامهما من التعاطى ، فركنه الفعل الدال على الرضا بتبادل الملكين من قول أو فعل اه . وأراد بالفعل أولا مايشمل فعل اللسان ، وبالفعل ثانيا غيره ، وقوله الدال على الرضا : أى بالنظر إلى ذاته وإن كان ثم ماينافى الرضا كالإكراه ، وظاهر كلام المصنف أن الإيجاب والقبول غير البيع مع أن ركن الشىء عينه ، وإذا أرجعنا الضمير فى قوله : ويكون إلى قوله على وجه مخصوص لا يرد ذلك ، وكذا إذا أريد بالبيع حكمه وهو الملك ، وهاهنا أبحاث رائقة مذكورة فى النهر :

(قوله وشرطه أهلية المتعاقدين) أى بكونهما عاقلين ، ولا يشترط البلوغ والحرية :

مطلب شرائط البيع أنواع أربعة

وذكر فى البحر أن شرائط البيع أربعة أنواع : شرط انعقاد ونفاذ وصحة ولزوم .

فالأول أربعة أنواع : فى العاقد ، وفى نفس العقد ، وفى مكانه ، وفى المعقود عليه ، فشرائط العاقد اثنان : العقل والعدد ، فلا ينعقد بيع مجنون وصبى لا يعقل ، ولا وكيل من الجانبين ، إلا فى الأب ووصيه والقاضى ، وشراء العبد نفسه من مولاه بأمره ، والرسول من الجانبين . ولا يشترط فيه البلوغ ولا الحرية ، فيصح بيع الصبى

. . . .

أو العبد لنفسه موقوفا ولغيره نافذا ، ولا الإسلام والنطق والصحو . وشرط العقد اثنان أيضا : موافقة الإيجاب للقبول ، فلو قبل غير ما أوجبه أو بعضه أو بغير ما أوجبه أو ببعضه لم ينعقد إلا في الشفعة بأن(١) باع عبدا وعقارا فطلب الشفيع العقار وحده ، وكونه بلفظ الماضي . وشرط مكانه واحد ، وهو اتحاد المجلس . وشرط المعقود عليه ستة : كونه موجودا مالا متقوما مملوكا في نفسه ، وكون الملك للبائع فيما يبيعه لنفسه ، وكونه مقدور التسليم فلم ينعقد بيع المعدوم وماله خطر العدم كالحمل واللبن في الضرع والثمر قبل ظهوره وهذا العبد فإذا هو جارية ، ولا بيع الحر والمدبر وأم الولد والمكاتب ومعتق البعض والميتة والدم ، ولا بيع الخمر والخنزير في حق مسلم وكسرة خبز ، لأن أدنى القيمة التي تشترط لجواز البيع فلس ، ولا بيع الكلأ ولو في أرض مملوكة له ، والماء في نهر أو بئر ، والصيد والحطب والحشيش قبل الإحراز ، ولا بيع ما ليس مملوكا له وإن ملكه بعده ، إلا السلم والمغصوب او باعه الغاصب ثم ضمن قيمته وبيع الفضولي فإنه منعقد موقوف ، وبيع الوكيل فإنه نافذ ، ولا بيع معجوز التسليم كالآبق والطير في الهواء والسمك في البحر بعد أن كان في يده فصارت شرائط الانعقاد أحد عشر قلت صوابه تسعة (٢) :

وأما الثاني وهو شرائط النفاذ فاثنان : الملك أو الولاية ، وأن لا يكون في المبيع حق لغير البائع فلم ينعقد بيع (٣) الفضولي عندنا . أما شراؤه فنافذ :

قلت : أي لم ينعقد إذا باعه لأجل نفسه لا لأجل مالكه لكنه على الرواية الضعيفة . والصحيح انعقاده موقوفا كما سيأتي في بابه : والولاية إما بانابة المالك كالوكالة ، والشارع كولاية الأب ثم وصيه ثم الجد ثم وصيه ثم القاضي ثم وصيه ، ولا ينفذ بيع مرهون ومستأجر ، وللمشتري فسخه إن لم يعلم لا لمرتهن ومستأجر .

وأما الثالث ، وهو شرائط الصحة فخمسة وعشرون : منها عامة ومنها خاصة ، فالعامة لكل بيع شروط الانعقاد المارة لأن مالا ينعقد لا يصح ، وعدم التوقيت ، ومعلومية المبيع ، ومعلومية الثمن بما يرفع المنازعة فلا يصح بيع شاة من هذا القطيع وبيع الشيء بقيمته أو بحكم فلان ، وخلوه عن شرط مفسد كما سيأتي في البيع الفاسد والرضا والفائدة ، ففسد بيع المكره وشراؤه وبيع مالا فائدة فيه وشراؤه كما مر ، والخاصة معلومة الأجل في البيع المؤجل ثمنه والقبض في بيع المشتري (٤) المنقول ، وفي الدين ، ففسد بيع الدين قبل قبضه كالمسلم فيه ورأس المال وبيع شيء بدين على غير البائع وكون البدل مسمى في المبادلة القولية ، فإن سكت عنه فسد وملك بالقبض والمماثلة بين البدلين في أموال الربا ، والخلو عن شبهة الربا ، ووجود شرائط السلم فيه ، والقبض في الصرف قبل الافتراق ، وعلم الثمن الأول في مرابحة ، وتولية وإشراك ووضيعة :

وأما الرابع ، وهو شرائط اللزوم بعد الانعقاد والنفاذ فخلوه من الخيارات الأربعة المشهورة وباقي الخيارات

---

(١) (قوله لم ينعقد إلا في الشفعة بأن الخ) وذلك لأن العقد بالنسبة للعقار يتحول إلى الشفيع ، ولذا لو ظهر بالمبيع عيب يرجع به على البائع ، فبهذا الاعتبار كان الشفيع قابلا بعض ما أوجبه البائع اه .

(٢) (قوله قلت صوابه تسعة) أي للاستغناء بذكر المال عن قيد الوجود فإن المال اسم لما تميل إليه النفس ويدخر للحاجة وهو لا يكون إلا موجودا ولا غناء كون الملك البائع عن كونه مملوكا في نفسه اه .

(٣) (قوله فلم ينعقد بيع الخ) عبارة البحر : فلم ينفذ ، وهو المناسب للتفريع تأمل اه .

(٤) (قوله والقبض في بيع المشتري الخ) أي يشترط قبض منقول اشتراه لصحة بيعه ، فلو اشترى منقولا ولم يقبضه فباعه لا يصح بيعه اه .

ومحله المال . وحكمه ثبوت الملك ، وحكمته نظام بقاء المعاش والعالم. وصفته: مباح مكروه حرام واجب . وثبوته بالكتاب والسنة والإجماع والقياس (فالإيجاب) هو (مايذكر أولا من كلام) أحد (المتعاقدين) والقبول مايذكر ثانيا من الآخر سواء كان بعت أو اشتريت

الآتية فى أول باب خيار الشرط ، فقد صارت جملة الشرائط ستة وسبعين اه ملخصا أى لأن شرائط الانعقاد أحد عشر على ماقاله أولا وشرائط النفاذ اثنان ، وشرائط الصحة خمسة وعشرون صارت ثمانية وثلاثين ، وهى كلها شرائط اللزوم مع زيادة الخلو من الخيارات ، لكن بذلك تصير الجملة سبعة وسبعين ، نعم تنقص ثمانية على ماقلنا من أن الصواب أن شرائط الانعقاد تسعة فيسقط منها اثنان ، ومن شرائط الصحة اثنان ومن شرائط اللزوم أربعة فتصير الجملة تسعة وستين نعم يزاد فى شروط المعقود عليه إذا لم يره الإشارة إليه أو إلى مكانه كما سيأتى فى باب خيار الرؤية ، وسيأتى تمام الكلام عليه عند قوله وشرط الصحة معرفة قدر مبيع وثمن (قوله ومحله المال) فيه نظر ، لما مر من أن الخمر مال مع أن بيعه باطل فى حق المسلم ، فكان عليه إبداله بالمتقوم وهو أخص من المال كما مر بيانه ، فيخرج ماليس بمال أصلا كالميتة والدم ، وما كان مالا غير متقوم كالخمر فإن ذلك غير محل للبيع (قوله وحكمه ثبوت الملك) أى فى البدلين لكل منهما فى بدل ، وهذا حكمه الأصلى ، والتابع وجوب تسليم المبيع والثمن ، ووجوب استبراء الجارية على المشترى ، وملك الاستمتاع بها ، وثبوت الشفعة لو عقارا ، وعتق المبيع لو محرما من البائع بحر ، وصوابه من المشترى (قوله وحكمته نظام بقاء المعاش والعالم) حقه أن يقول بقاء نظام المعاش الخ فإنه سبحانه وتعالى خلق العالم على أتم نظام وأحكم أمر معاشه أحسن إحكام ، ولا يتم ذلك إلا بالبيع والشراء إذ لايقدر أحد أن يعمل لنفسه كل مايحتاجه ، لأنه إذا اشتغل بحرث الأرض وبذر القمح وخدمته وحراسته وحصده ودراسته وتذريته وتنظيفه وطحنه وعجنه لم يقدر على أن يشتغل بيده مايحتاج ذلك من آلات الحراثة والحصد ونحوه فضلا عن اشتغاله فيما يحتاجه من ملبس ومسكن فاضطر إلى شراء ذلك ، ولولا الشراء لكان يأخذه بالقهر أو بالسؤال إن أمكن وإلا قاتل صاحبه عليه ، ولا يتم مع ذلك بقاء العالم (قوله مباح) هو ماخلا عن أوصاف مابعده (قوله مكروه) كالبيع بعد النداء فى الجمعة (قوله حرام) كبيع خمر لمن يشربها (قوله واجب) كبيع شئ لمن يضطر إليه (قوله والسنة) فإنه عليه الصلاة والسلام باع واشترى وأقر أصحابه على ذلك أيضا (قوله والقياس) عبارة البحر والمعقول اه ح لأنه أمر ضرورى يجزم العقل بثبوته كباقى الأمور الضرورية المتوقف عليها انتظام معاشه وبقائه فافهم (قوله فالإيجاب الخ) هذه الفاء الفصيحة وهى المفصحة عن شرط مقدر أى إذا أردت معرفة الإيجاب والقبول المذكورين . وفى الفتح : الإيجاب الإثبات لغة لأى شئ كان ، والمراد هنا إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أولا سواء وقع من البائع أو من المشترى ، كأن يبتدئ المشترى فيقول اشتريت منك هذا بألف والقبول الفعل الثانى ، وإلا فكل منهما إيجاب : أى إثبات فسمى الثانى بالقبول تمييزا له عن الإثبات الأول ولأنه يقع قبولا ورضا بفعل الأول اه (قوله والقبول) فى بعض النسخ فالقبول بالفاء ، فهو تفريع على تعريف الإيجاب ، ولذا قال المصنف لما ذكر أن الإيجاب ماذكر أولا علم أن الإيجاب(١) هو ماذكر ثانيا من كلام أحدهما أفاده ط (قوله مايذكر ثانيا من الآخر) أى من العاقد الآخر ، والتعبير بيذكر لايشمل الفعل ، وعرفه فى الفتح بأنه الفعل الثانى كما مر ، وقال لأنه أعم من اللفظ ، فإن من الفروع مالو قال كل هذا الطعام بدرهم فأكله تم البيع وأكله حلال ، والركوب واللبس بعد قول البائع أركبها بمائة وألبسه بكذا رضا بالبيع .

---

(١) (قوله علم أن الإيجاب الخ) هكذا بخطه ، وصوابه علم أن القبول الخ كما هو ظاهر اه مصححه .

(الدال على التراضي) قيد به اقتداء بالآية وبيانا للبيع الشرعى ، ولذا لم يلزم بيع المكره وإن انعقد ، ولم ينعقد مع الهزل لعدم الرضا بحكمه معه .

مطلب القبول قد يكون بالفعل وليس من صور التعاطي

وكذا إذا قال بعتكه بألف فقبضه ولم يقل شيئا كان قبضه قبولا ، بخلاف بيع التعاطي فإنه ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط ، ففي جعل الأخيرة من صور التعاطي كما فعل بعضهم نظر اهـ : وذكر في الخانية أن القبض يقوم مقام القبول ، وعليه فتعريف القبول بالقول لكونه الأصل (قوله الدال على التراضي) الأولى أن يقول الرضا كما عبر به في الفتح والبحر ، لأن التراضي من الجانبين لايدل عليه الإيجاب وحده بل هو مع القبول أفاده ح (قوله قيد به اقتداء بالآية) وهي قوله تعالى - إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم - (قوله وبيانا للبيع الشرعى) استظهر في الفتح أن التراضي لابد منه في البيع اللغوى أيضا ، فإنه لايفهم من باع زيد عبده لغة إلا أنه استبدله بالتراضي اهـ . ونقل مثله القهستاني عن إكراه الكفاية والكرماني وقال : وعليه يدل كلام الراغب خلافا لشيخ الإسلام (قوله ولذا لم يلزم بيع المكره) قدمنا أن بيع المكره فاسد موقوف على إجازة البائع ، وأن البيع المعرف يشمل سائر أنواع البيع الفاسد ، وأن قول الكنز : البيع مبادلة المال بالمال بالتراضي غير مرضى لأنه يخرج بيع المكره مع أنه داخل : وأجيب عنه بما ذكره الشارح بأنه قيد به اقتداء بالآية : أي لا للاحتراز ، لكن قوله وبيانا للبيع الشرعى إن أراد به البيع المقابل للغوى : يرد عليه ماعلمته من اعتبار التراضي في البيع اللغوى ، وأنه لا يعتبر في البيع الشرعى ، إذلو كان جزء مفهومه لزم أن يكون بيع المكره باطلا لا فاسدا ، بل التراضي شرط لثبوت حكمه شرعا وهو الملك كما قدمناه عن الفتح ، وإن أراد بالشرعى الخالى عن الفساد فالتقييد بالتراضي لايخرج بقية البيوع الفاسدة ، بل التعريف شامل لها ، ثم لايخفى أن هذا كله إنما يتأتى في عبارة الكنز حيث جعل فيها التراضي قيدا في التعريف . أما قول المصنف الدال على التراضي فلا لكونه ذكره صفة للإيجاب ، فهو بيان للواقع ، فإن الأصل فيه أن يكون دليلا على الرضا ولكن لايلزم منه وجود الرضا حقيقة فلا يخرج به بيع المكره تأمل .

مطلب في حكم البيع مع الهزل

(قوله ولم ينعقد مع الهزل الخ) الهزل في اللغة : اللعب . وفي الاصطلاح : هو أن يراد بالشيء مالم يوضع له ولا ما صح له اللفظ استعارة ، والهازل يتكلم بصيغة العقد مثلا باختياره ورضاه ، لكن لا يختار ثبوته الحكم ولا يرضاه . والاختيار : هو القصد إلى الشيء وإرادته . والرضا : هو إيثاره واستحسانه ، فالمكره على الشيء يختاره ولا يرضاه ، ومن هنا قالوا : إن المعاصي والقبائح بإرادة الله تعالى لابرضاه - إن الله لا يرضى لعباده الكفر - كذا في التلويح . وشرطه : أي شرط تحقق الهزل واعتباره في التصرفات أن يكون صريحا باللسان مثل أن يقول إني أبيع هازلا ، ولايكتفى بدلالة الحال إلا أنه لايشترط ذكره في العقد ، فيكفي أن تكون المواضعة سابقة على العقد ، فإن تواضعا على الهزل بأصل البيع : أي توافقا على أنهما يتكلمان بلفظ البيع عند الناس ولا يريدانه واتفقا على البناء : أي على أنهما لم يرفعا الهزل ولم يرجعا عنه فالبيع منعقد لصدوره من أهله في محله ، لكن يفسد البيع لعدم الرضا بحكمه فصار كالبيع بشرط الخيار أبدا ، لكنه لايملك بالقبض لعدم الرضا بالحكم ؛ حتى لو أعتقه المشترى لاينفذ عتقه هكذا ذكروا . وينبغي أن يكون البيع باطلا لوجود حكمه ، وهو أنه لايملك بالقبض . وأما الفاسد

هذا ويرد على التعريفين مافى التتارخانية : او خرجا معاصح البيع ، لكن فى القهستانى : لوكانا معا لم ينعقد كما قالوا فى السلام ، وعلى الأول مافى الأشباه تكرار الإيجاب مبطل للأول إلا فى عتق وطلاق على مال ،

فحكمه أن يملك بالقبض حيث كان مختارا راضيا بحكمه ، أما عند عدم الرضا به فلا اه منار وشرحه لصاحب البحر فقول الشارح ولم ينعقد مع الهزل الذى هو من مدخول العلة غير صحيح ، لمنافاته ماتقدم من أنه منعقد لصدوره من أهله فى محله ؛ لكنه يفسد البيع لعدم الرضا بالحكم ، إلا أن يحمل على نفى الانعقاد الصحيح أو يتمشى على البحث الذى ذكره بقوله وينبغى الخ اه ط :

قلت : قد صرح فى الخانية والقنية بأنه بيع باطل وبه يتأيد مابحثه فى شرح المنار ، وكثيرا ما يطلقون الفاسد على الباطل كما ستعرفه فى بابه ، لكن يرد على بطلانه أنهما لو أجازه جاز والباطل لا تلحقه الإجازة ، وأن الباطل ما ليس منعقد أصلا ، والفاسد ما كان منعقدا بأصله لابوصفه ، وهذا منعقد بأصله لأنه مبادلة مال بمال دون وصفه ، ولذلك أجاب بعض العلماء بحمل مافى الخانية على أن المراد بالبطلان الفساد كما فى حاشية الحموى وتمامه فيها :

قلت : وهذا أولى لموافقته لما فى كتب الأصول من أنه فاسد : وأما عدم إفادته الملك بالقبض فلكونه أشبه البيع بالخيار لهما ، وليس كل فاسد يملك بالقبض ، ولذا قال فى الأشباه : إذا قبض المشترى المبيع فاسدا ملكه إلا فى مسائل : الأولى لايملكه فى بيع الهازل كما فى الأصول . الثانية لو اشتراه الأب من ماله لابنه الصغير أو باعه له كذلك فاسدا لايملكه بالقبض حتى يستعمله ، كذا فى المحيط . الثالثة لوكان مقبوضا فى يد المشترى أمانة لايملكه به اه . وذكر الشارح مسألة بيع الهزل قبيل الكفالة وذكرها المصنف متنا فى الإكراه (قوله ويرد على التعريفين) أى تعريفى الإيجاب والقبول حيث قيد الإيجاب بكونه أولا والقبول بكونه ثانيا ط (قوله لكن فى القهستانى الخ) ومثله فى التجنيس لصاحب الهداية (قوله كما قالوا فى السلام) أى لو رد على المسلم مع السلام فلابد من الإعادة (١) (قوله وعلى الأول) أى ويرد على التعريف الأول حيث قيد بكونه أولا ، والمعتبر فى التكرار هو الثانى : والجواب أن الإيجاب الأول لما بطل صار الثانى أولا فى التحقيق ، على أن كلا من الإيجابين أول بالنسبة إلى القبول أفاده ط (قوله تكرار الإيجاب) أى قبل القبول (قوله مبطل للأول) وينصرف القبول إلى الإيجاب الثانى ، ويكون بيعا بالثمن الأول بحر ، وصوابه بالثمن الثانى كما هو ظاهر ، ويعلم ممايأتى (قوله إلا فى عتق وطلاق على مال) لم يذكر فى الأشباه الطلاق بل ذكره فى البحر . وقد اعترض البيرى على الأشباه حيث اقتصر على العتق مع أن الولوالجى ذكر الطلاق أيضا ، وذكر أنه روى عن أبى يوسف أنهما كالبيع ، وأن ماروى عن محمد أصح اه .

وفى البيرى أيضا عن الذخيرة قال لغيره بعتك هذا بألف درهم ثم قال بعتكه بمائة دينار فقال المشترى قبلت انصرف قبوله إلى الإيجاب الثانى ويكون بيعا بمائة دينار ، بخلاف مالوقال لعبده أنت حر على ألف درهم أنت حر على مائة دينار فقال العبد قبلت لزمه المالان . والفرق أن الإيجاب الثانى رجوع عن الإيجاب الأول ورجوع البائع قبل قبول المشترى عامل ؛ ألا ترى أنه لو قال رجعت عن ذلك قبل قبول المشترى يعمل رجوعه ، وإذا عمل رجوعه بطل الإيجاب الأول وانصرف القبول إلى الإيجاب الثانى : أما رجوع المولى عن إيجاب العتق ليس بعامل ألا ترى أنه لو قال رجعت عن ذلك لايعمل رجوعه ، لأن إيجاب العتق بالمال تعليق بالقبول والرجوع فى التعليقات

---

(١) (قوله فلا بد من الإعادة) أى إعادة الرد ، وكأنه مأخوذ من الفاء فى قوله تعالى — فحيوا بأحسن منها — الخ اه .

وسيجيء في الصلح ، وفي المنظومة المحبية :

وكل عقد بعد عقد جددا فأبطل الثاني لأنه سدى

فالصلح بعد الصلح أضحى باطلا كذا النكاح ماعدا مسائلا

منها الشرا بعد الشراء صححوا . . . . . .

لايعمل ، فبقي كل من الإيجاب الأول والثاني فانصرف القبول إليهما اهـ (قوله وسيجيء في الصلح) قال الشارح هناك : والأصل أن كل عقد أعيد فالثاني باطل إلا في الكفالة والشراء والإجارة اهـ وفيه أن هذا ومافي النظم من تكرار العقد والكلام في تكرار الإيجاب كما لايخفى اهـ ح أي لأن العقد اسم لمجموع الإيجاب والقبول ، وتكراره غير تكرار الإيجاب الذي كلامه فيه (قوله وكل عقد بعد عقد جددا الخ) في التتارخانية قال : بعتك عبدي هذا بألف درهم بعتكه بمائة دينار فقال المشتري : قبلت ينصرف إلى الإيجاب الثاني، ويكون بيعا بمائة دينار ولو قال : بعتك هذا العبد بألف درهم وقبل المشتري ثم قال بعته منك بمائة دينار في المجلس أو في مجلس آخر وقال المشتري : اشتريت ينعقد الثاني وينفسخ الأول وكذا لو باعه بجنس الثمن الأول بأقل أو بأكثر نحو أن يبيعه منه بعشرة ثم باعه بتسعة أو بأحد عشر ، فإن باع بعشرة لاينعقد الثاني ويبقى الأول بحاله اهـ فهذا مثال لتكرار الإيجاب فقط ومثال لتكرار العقد (قوله فأبطل الثاني) أي إذا كان بمثل الثمن الأول كما علمت لأنه سدى أي لا فائدة فيه (قوله فالصلح بعد الصلح أضحى باطلا) هذا إذا كان الصلح على سبيل الإسقاط ، أما إذا كان الصلح على عوض ثم اصطلحا على عوض آخر ، فالثاني هو الجائز ، ويفسخ الأول كالبيع بيرى عن الخلاصة عن المنتقى .

قلت : الظاهر أن الصلح على سبيل الإسقاط بمعنى الابراء ، وبطلان الثاني ظاهر، ولكنه بعيد الإرادة هنا فالمناسب حمل الصلح على المتبادر منه ويكون المراد به ما إذا كان بمثل العوض الأول بقرينة قوله كالبيع ، وعليه فالظاهر أن حكمه كالبيع في التفصيل المار فيه (قوله كذا النكاح) أي فالثاني باطل ، فلا يلزمه المهر المسمى فيه إلا إذا جدده للزيادة في المهر كما في القنية بحر .

قلت : لكن قدمنا في أوائل باب المهر عن البزازية أن عدم اللزوم إذا جدد العقد للاحتياط ، وقدمنا أيضا عن الكافي لو تزوجها في السر بألف ثم في العلانية بألفين ظاهر المنصوص في الأصل أنه يلزمه عنده الألفان ويكون زيادة في المهر ، وعند أبي يوسف المهر هو الأول إذ العقد الثاني لغو فيلغو ما فيه وعند الإمام أن الثاني وإن لغا لا يلغو ما فيه من الزيادة اهـ . وذكر في الفتح هناك أن هذا إذا لم يشهد على أن الثاني هزل ، وإلا فلا خلاف في اعتبار الأول ثم ذكر أن بعضهم اعتبر ما في العقد الثاني فقط وبعضهم أوجب كلا المهرين وأن قاضيخان أفتى بأنه لايجب بالعقد الثاني شيء مالم يقصد به الزيادة في المهر ، ثم وفق بينه وبين إطلاق الجمهور اللزوم بحمل كلامه على أنه لايلزمه ديانة في نفس الأمر إلا بقصد الزيادة بل يلزمه قضاء، لأنه يؤاخذ بظاهر لفظه إلا أن يشهد على الهزل اهـ .

والحاصل : اعتماد قول الإمام الذي هو ظاهر المنصوص من لزوم الزيادة وحينئذ فمعنى كون الثاني لغوا أنه لاينفسخ الأول به (قوله ماعدا مسائلا) استثناء من قوله فأبطل الثاني (قوله منها الشرا بعد الشراء) بقصر الشرا الأول للنظم قال في الأشباه أطلقه في جامع الفصولين ، وقيده في القنية بأن يكون الثاني أكثر ثمنا من الأول أو أقل أو بجنس آخر وإلا فلا يصح اهـ .

. . . . . كذا كفالة على ماصرحوا
إذ المراد صاح فى المحقق منها إذا زيادة التوثق

(وهما عبارة عن كل لفظين ينبئان (١) عن معنى التملك والتمليك ماضيين) كبعت واشتريت

قلت : فعلى مافى القنية لافرق بين الشراء والبيع ، ولذا أطلق العقد فى البحر حيث قال : وإذا تعدد الإيجاب والقبول انعقد الثانى وانفسخ الأول إن كان الثانى بأزيد من الأول أوأنقص وإن كان مثله لم ينفسخ الأول واختلفوا فيما إذا كان الثانى فاسدا هل يتضمن فسخ الأول اهـ. قال فى النهر : ومقتضى النظر أن الأول لاينفسخ اهـ لكن جزم فى جامع الفصولين والبزازية بأنه ينفسخ وكذا قال فى الذخيرة إن الثانى وإن كان فاسدا فإنه يتضمن فسخ الأول، كما لو اشترى قلب فضة وزنه عشرة بعشرة وتقابضا ثم اشتراه منه بتسعة وعلله البزازى بأن الفاسد ملحق بالصحيح (٢) فى كثير من الأحكام اهـ رملى ملخصا (قوله كذا كفالة) قال فى الخانية : الكفيل بالنفس إذا أعطى الطالب كفيلا بنفسه فمات الأصيل برئ الكفيلان ، وكذا لو مات الكفيل الأول برئ الكفيل الثانى كذا ذكره بعض الأفاضل قال : وأشار بجواز تعددها إلى أن المكفول له لو أخذ من الأصيل كفيلا آخر بعد الأول لم يبرأ الأول. كذا فى حاشية السيد أبى السعود على الأشباه .

[تنبيه] زاد فى الأشباه أن الإجارة بعد الإجارة من المستأجر الأول فسخ للأولى كما فى البزازية. وقال البحر وينبغى أن المدة إذا اتحدت فيهما واتحد الأجران لا تصح الثانية كالبيع (قوله إذ المراد الخ) تعليل لعدم بطلان الكفالة الثانية بأن المراد منها فى الحقيقة إذا أى حين كررت إنما هو زيادة التوثق بأخذ كفيل آخر ، حتى يتمكن من مطالبة أيهما أراد (قوله وهما عبارة الخ) أى الإيجاب والقبول معبر بهما عن كل لفظين الخ. قال الزيلعى : وينعقد بكل لفظ ينبئ عن التحقيق (٣) كبعت واشتريت ورضيت أو أعطيتك أو خذه بكذا اهـ أو كل هذا الطعام بدرهم لى عليك فأكله ونحو ذلك من الأفعال كما قدمناه عن الفتح قبل ورقتين ، وينعقد ببيع معلق بفعل قلب كإن أردت فقال أردت أو إن أعجبك أو وافقك فقال : أعجبنى أو وافقنى ، وأما إن أديت إلى الثمن فقد بعتك فإن أدى فى المجلس صح ويصح الإيجاب بلفظ الهبة وأشركتك فيه وأدخلتك فيه ، وينعقد بلفظ الرد بحر عن التتارخانية :

قلت : وعبارتها ولو قال أرد عليك هذه الأمة بخمسين دينارا وقبل الآخر ثبت البيع اهـ وفى البحر ويصح الإيجاب بلفظ الجعل كقوله : جعلت لك هذا بألف وتمامه فيه .

قلت : وفى عرفنا يسمى بيع الثمار على الأشجار ضمانا فإذا قال ضمنتك هذه الثمار بكذا ، وقبل الآخر ينبغى أن يصح وكذا تعارفوا فى بيع أحد الشريكين فى الدواب لشريكه الآخر لفظ المقاصرة ، فيقول : قاصرتك بكذا ومراده بعتك حصتى من هذه الدابة بكذا فإذا قبل الآخر صح لأنها من ألفاظ التمليك عرفا .

(١) (قول المصنف عن كل لفظين ينبئان الخ) قال فى البحر : لو قال بعنى هذا بكذا فقال طابت نفسى لاينعقد اهـ ولعله لم يوجد فيه الإيجاب اهـ .

(٢) (قوله ملحق بالصحيح الخ) أى فيعمل عمله . فكما أن الصحيح يبطل العقد الأول كذلك ما ألحق به وهو الفاسد اهـ .

(٣) (قوله وينعقد بكل لفظ ينبئ عن التحقيق) أى فالبيع لا يختص بلفظ وإنما يثبت الحكم إذا وجد معنى التمليك والتملك بخلاف الطلاق والعتاق فإنه لا يعتبر المعنى فيهما وإنما تعتبر الألفاظ الموضوعة لهما صريحا أو كناية ولا يشترط أى فى البيع أن يشتمل القبول على الخطاب بعد ما صدر الإيجاب بالخطاب فلو قال بعد قوله بعتك بكذا اشتريت ولم يقل منك صح بحر عن الفتح اهـ أى يكفى وجود الخطاب فى الإيجاب .

(أو حالين) كمضارعين لم يقرنا بسوف والسين كأبيعك فيقول أشتريه أو أحدهما ماض والآخر حال (و) لكن (لا يحتاج الأول إلى نية بخلاف الثاني) فإن نوى به الإيجاب للحال صح على الأصح وإلا لا إلا إذا استعملوه للحال كأهل خوارزم فكالماضي وكأبيعك الآن لتمحضه للحال ، وأما المتمحض للاستقبال فكالأمر لا يصح أصلا إلا الأمر إذا دل على الحال كخذه بكذا فقال أخذت أو رضيت صح بطريق الاقتضاء فليحفظ (ويصح إضافته إلى عضو يصح إضافة العتق إليه) كوجه وفرج (وإلا لا) كظهر وبطن (و) كل مادل على معنى بعت واشتريت نحو (قد فعلت ونعم وهات الثمن) وهو لك أو عبدك أو فداك أو خذه (قبول)

[تنبيه] ظاهر قوله عن لفظين (١) أنه لا ينعقد بالإشارة بالرأس ، ويدل عليه ما في الحاوي الزاهدي في فصل البيع الموقوف فضولي باع مال غيره فبلغه فسكت متأملا فقال ثالث : هل أذنت لي في الإجازة ؟ فقال نعم فأجازه ينفذ ولو حرك رأسه بنعم فلا لأن تحريك الرأس في حق الناطق لا يعتبر اهـ لكن قد يقال (٢) إذا قال له بعني كذا بكذا فأشار برأسه نعم ، فقال الآخر اشتريت وحصل التسليم بالتراضي يكون بيعا بالتعاطي ، بخلاف ما إذا لم يحصل التسليم من أحد الجانبين على ما يأتي في بيع التعاطي أنه لابد من وجوده ولو من أحدهما هذا ما ظهر لي . وفي الأشباه من أحكام الإشارة وإن لم يكن معتقل اللسان لم تعتبر إشارته إلا في أربع الكفر والإسلام والنسب والإفتاء الخ (قوله أو حالين) بتخفيف اللام (قوله لا يحتاج الأول) وهو الصادر بلفظين ماضيين ط عن المنح وكذا الماضي فيما لو كانا مختلفين (قوله بخلاف الثاني) فإنه يحتاج إليها وإن كان حقيقة للحال عندنا على الأصح (٣) لغلبة استعماله في الاستقبال حقيقة أو مجازا بحر عن البدائع (قوله وإلا لا) صادق بما إذا نوى الاستقبال أو لم ينو شيئا ط (قوله للحال) أي ولا يستعملونه للوعد والاستقبال ط (قوله فكالماضي) فلا يحتاج إلى النية بحر ط (قوله وكأبيعك الآن) عطف على المستثنى اهـ ح وهذا أولى بالحكم لأنه إذا علمت نية الحال فالتصريح به أولى ط (قوله وأما المتمحض للاستقبال) كالمقرون بالسين وسوف ط (قوله فكالأمر) بأن قال المشتري : بعني هذا الثوب بكذا فيقول بعت أو يقول البائع : اشتره مني بكذا فيقول اشتريته (قوله لا يصح أصلا) أي سواء نوى بذلك الحال أولا لكون الأمر متمحضا للاستقبال وكذا المضارع المقرون بالسين أو سوف (قوله كخذه بكذا الخ) قال في الفتح فإنه وإن كان مستقبلا لكن خصوص مادته أعني الأمر بالأخذ يستدعي سابقة البيع ، فكان كالماضي إلا أن استدعاء الماضي سبق البيع بحسب الوضع واستدعاء خذ سبقه بطريق الاقتضاء فهو كما إذا قال : بعتك عبدي هذا بألف فقال فهو حر عتق ، ويثبت باشتريت اقتضاء بخلاف ما لو قال هو حر بلا فاء لا يعتق (قوله كوجه وفرج) بأن قال بعتك وجه هذا العبد أو فرج هذه الأمة لأنه مما يعبر به عن الكل (قوله وكل مادل الخ) تفصيل لقوله وهما عبارتان (٤) : عن كل لفظين الخ (قوله قبول) خبر قوله وكل وظاهره أنه قبول سواء كان من البائع أو المشتري وأنه لا يكون إيجابا مع أنه يكون من البائع فقط كما نبه عليه بقوله لكن في الولوالجية ، ويكون إيجابا أيضا قال في البحر لو قال : أتبيعني عبدك هذا بألف فقال نعم فقال أخذته فهو بيع لازم فوقعت كلمة نعم إيجابا وكذا تقع قبولا

---

(١) (قوله عن لفظين) هكذا بخطه ، والذي في نسخ الشارح ع كل لفظين اهـ .

(٢) (قوله لكن قد يقال الخ) فيه أن المعتبر إنما هو التسليم ولا مدخل لتحريك الرأس فيه ولذا لو لم يحصل التسليم لا يتم البيع كما ذكره بعد فلا يصلح للاستدراك .

(٣) (قوله على الأصح الخ) مقابله ما في المحيط وشرح القدوري والتحرير أنه لا يصح بالحال اهـ .

(٤) (قوله وهما عبارتان الخ) هكذا بخطه بالتثنية والذي تقدم وهما عبارة بالإفراد اهـ .

لكن فى الولوالجية : إن بدأ البائع فقبل المشترى بنعم لم ينعقد، لأنه ليس بتحقيق(١) وبعكسه صح لأنه جواب وفى القنية نعم بعد الاستفهام كهل بعت منى بكذا بيع إن نقد الثمن(٢) لأن النقد دليل التحقيق ولو قال: بعته فبلغه يافلان فبلغه غيره جاز فليحفظ (ولا يتوقف شطر العقد فيه) أى البيع (على قبول غائب) فلو قال بعت فلانا الغائب فبلغه فقبل لم ينعقد (اتفاقا) إلا إذا كان بكتابة أو رسالة فيعتبر مجلس بلوغها (كما) لا يتوقف (فى النكاح على الأظهر) خلافا للثانى ،

فيما لو قال اشتريت منك هذا بألف فقال نعم اه ونحوه فى الفتح (قوله لكن فى الولوالجية الخ) ومثله ما فى التتارخانية بعت منك هذا بألف فقال المشترى قد فعلت ، فهذا بيع ولو قال نعم لا يكون بيعا وذكر فى فتاوى سمر قندى أن من قال لغيره اشتريت عبدك هذا بألف درهم فقال البائع قد فعلت ، أو قال نعم أو قال هات الثمن صح البيع وهو الأصح اه فهذا أيضا صريح فى أنه لا يكون قبولا من المشترى (قوله لأنه ليس بتحقيق) لأن قول المشترى نعم تصديق لقول البائع بعتك ، ولا يتحقق البيع بمجرد قوله بعتك ، بخلاف قول البائع نعم بعد قول المشترى اشتريت ، لأنه جواب له فكأنه قال نعم اشتريت منى والشراء يتوقف على سبق البيع هذا ما ظهر لى فتأمله (قوله وفى القنية الخ) استدراك أيضا على المتن بأنه يكون إيجابا أيضا كما نبهنا عليه وعبارتها كما فى البحر: كهل بعت منى بكذا أو هل اشتريت منى بكذا الخ وظاهره أن نقد الثمن قائم مقام القبول لأن نعم بعد الاستفهام إيجاب فقط ، فكان النقد بمنزلة قوله أخذته أو رضيت ولا يشترط فى القبول أن يكون قولا كما نقلناه سابقا عن الفتح (قوله ولو قال بعته الخ) المناسب ذكر هذا الفرع عقب قوله الآتى إلا إذا كان بكتابة أو رسالة ، ووجه الجواز ما نقل عن المحيط أنه حين قال بلغه فقد أظهر من نفسه الرضا بالتبليغ فكل من بلغه كان التبليغ برضاه فإن قبل صح البيع (قوله ولا يتوقف) أى بل يبطل ح (قوله شطر العقد) المراد به(٣) الإيجاب الصادر أولا (قوله فيه) أى البيع احتراز عن الخلع والعتق كما يأتى (قوله فبلغه) أى من غير أن يأمر أحدا بتبليغه كما فى الخلاصة ، أما لو أمر أحدا به فبلغه وقبل يصح ولو كان المبلغ غير المأمور كما مر آنفا (قوله إلا إذا كان بكتابة أو رسالة) صورة الكتابة أن يكتب أما بعد فقد بعت عبدى فلانا منك بكذا فلما بلغه الكتاب قال فى مجلسه ذلك اشتريت تم البيع بينهما، وصورة الإرسال أن يرسل رسولا فيقول البائع بعت هذا من فلان الغائب بألف درهم فاذهب يافلان وقل له فذهب الرسول فأخبره بما قال فقبل المشترى فى مجلسه ذلك وفى النهاية وكذا هذا فى الإجارة والهبة والكتابة بحر .

قلت: ويكون بالكتابة من الجانبين فإذا كتب اشتريت عبدك فلانا بكذا فكتب إليه البائع قد بعت فهذا بيع كما فى التتارخانية (قوله فيعتبر مجلس بلوغها) أى بلوغ الرسالة أو الكتابة قال فى الهداية : والكتابة كالخطاب وكذا الإرسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتابة وأداء الرسالة اه وفى غاية البيان وقال شمس الأئمة السرخسى فى كتاب النكاح من مبسوطه : كما ينعقد النكاح بالكتابة ينعقد البيع وسائر التصرفات بالكتابة أيضا. وذكر شيخ الإسلام

---

(١) (قوله الشارح ليس بتحقيق الخ) ألا ترى إذا قال لامرأته اختارى نفسك فقالت قد فعلت كان هذا اختيارا ، ولو قالت نعم لا اه ط .

(٢) (قوله الشارح إن نقد الثمن) يفهم من هذا أنه إذا قبل المشترى بنعم كما فى مسألة الولوالجية ونقد الثمن ينعقد بل هو أولى لعدم الاستفهام فيه اه ص

(٣) (قوله المراد به الخ) لأنه هو الذى يوصف بكونه يتوقف أولا لا القبول لوقوعه متمما للعقد اه ط .

فله الرجوع لأنه عقد معاوضة بخلاف الخلع والعتق على مال حيث يتوقف اتفاقا فلا رجوع لأنه يمين نهاية (وأما الفعل فالتعاطي) وهوالتناول قاموس (في خسيس ونفيس) خلافا للكرخي

خواهر زاده في مبسوطه الكتاب والخطاب سواء إلا في فصل واحد وهو أنه لوكان حاضرا فخاطبها بالنكاح ، فلم تجب في مجلس الخطاب ، ثم أجابت في مجلس آخر ، فإن النكاح لا يصح وفي الكتاب إذا بلغها وقرأت الكتاب ولم تزوج نفسها منه في المجلس الذي قرأت الكتاب فيه ، ثم زوجت نفسها في مجلس آخر بين يدي الشهود ، وقد سمعوا كلامها وما في الكتاب يصح النكاح لأن الغائب إنما صار خاطبا لها بالكتاب والكتاب باق في المجلس الثاني فصار بقاء الكتاب في مجلسه وقد سمع الشهود ما فيه في المجلس الثاني بمنزلة ما لو تكرر الخطاب من الحاضر في مجلس آخر فأما إذا كان حاضرا فإنما صار خاطبا لها بالكلام ، وما وجد من الكلام لا يبقى إلى المجلس الثاني وإنما سمع الشهود في المجلس الثاني أحد شطري العقد اهـ .

وحاصله : أن قوله تزوجتك بكذا إذا لم يوجد قبول يكون مجرد خطبة منه لها ، فإذا قبلت في مجلس آخر لا يصح بخلاف ما لو كتب ذلك إليها لأنها لما قرأت الكتاب ثانيا وفيه قوله تزوجتك بكذا ، وقبلت عند الشهود صح العقد كما لو خاطبها به ثانيا : وظاهره أن البيع كذلك وهو خلاف ظاهر الهداية فتأمل. ثم لا يخفى أن قراءة الكتاب صارت بمنزلة الإيجاب من الكاتب، فإذا قبل المكتوب إليه في المجلس فقد صدر الإيجاب والقبول في مجلس واحد فلا حاجة إلى قوله إلا إذا كان بكتابة أو رسالة نعم بالنظر إلى مجلس الكتابة يصح فإنه لما كتب بعتك لم يلغ بل توقف على القبول وإن كان ذلك القبول متوقفا على قراءة الكتاب فافهم (قوله فله الرجوع) ليس المراد أن الموجب له الرجوع في هذه الصورة ، فإن الإيجاب إذا كان باطلا فلا معنى للرجوع عنه بل المراد أن الموجب له الرجوع قبل قبول الحاضر ، قال في المنح : ثم في كل موضع لا يتوقف شطر العقد فإنه يجوز من العاقد الرجوع عنه ، ولا يجوز تعليقه بالشرط لأنه عقد معاوضة وفي كل موضع يتوقف كالخلع والعتق على مال لا يصح الرجوع ، ويصح التعليق بالشرط لكونه يمينا من جانب الزوج والمولى معاوضة من جانب الزوجة والعبد اهـ ح (قوله لأنه يمين) أي من جانب الزوج والمولى وذلك أن اليمين بغير الله تعالى ذكر الشرط والجزاء والخلع والعتق تعليق الطلاق والعتق بقبول المرأة والعبد وهما من جانب المرأة والعبد معاوضة فحيث كان يمينا من جانب الزوج والمولى امتنع الرجوع وتمامه في العزمية (قوله وأما الفعل) عطف على قوله أما القول (قوله وهو التناول قاموس) قال في البحر : وهكذا في الصحاح والمصباح ، وهو إنما يقتضي الاعطاء من جانب والأخذ من جانب لا الإعطاء من الجانبين كما فهم الطرسوسي أي حيث قال : إن حقيقة التعاطي وضع الثمن ، وأخذ المثمن عن تراض منهما من غير لفظ ، وهو يفيد أنه لا بد من الاعطاء من الجانبين لأنه من المعاطاة وهي مفاعلة اهـ .

قلت : وقوله من غير لفظ يفيد ما قدمناه عن الفتح من أنه لو قال : بعتكه بألف فقبضه المشتري ولم يقل شيئا كان قبضه قبولا وليس من بيع التعاطي ، خلافا لمن جعله منه فإن التعاطي ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن (قوله في خسيس ونفيس) النفيس ما كثر ثمنه كالعبد والخسيس ما قل ثمنه كالخبز ومنهم من حد النفيس بنصاب السرقة فأكثر والخسيس بما دونه والإطلاق هو المعتمد ط عن البحر .

قلت : ليس في البحر قوله والإطلاق هو المعتمد نعم ذكره في شمول التعاطي للخسيس والنفيس ، فقال : وهو الصحيح المعتمد (قوله خلافا للكرخي) فإنه قال لا ينعقد إلا في الخسيس ط عن القهستاني وما في الحاوي

(ولو) التعاطى (من أحد الجانبين على الأصح) فتح وبه يفتى فيض . (إذا لم يصرح معه) مع التعاطى (بعدم الرضا) فلو دفع الدراهم وأخذ البطاطيخ والبائع يقول لا أعطيها بها لم ينعقد كما لو كان بعد عقد فاسد خلاصة وبزازية وصرح فى البحر بأن الإيجاب والقبول بعد عقد فاسد لاينعقد بهما البيع قبل متاركة الفاسد

القدسى من أن هذا هو المشهور فهو خلاف المشهور كما فى البحر (قوله ولو التعاطى من أحد الجانبين) صورته أن يتفقا على الثمن ثم يأخذ المشترى المتاع ، ويذهب برضا صاحبه من غير دفع الثمن ، أو يدفع المشترى الثمن للبائع ثم يذهب من غير تسليم المبيع ، فإن البيع لازم على الصحيح ، حتى لو امتنع أحدهما بعده أجبره القاضى وهذا فيا ثمنه غير معلوم أما الخبز واللحم ، فلا يحتاج فيه إلى بيان الثمن ذكره فى البحر : والمراد فى صورة دفع الثمن فقط أن المبيع موجود ، معلوم لكن المشترى دفع ثمنه ولم يقبضه ط . وفى القنية دفع إلى بائع الحنطة خمسة دنانير ليأخذ منه حنطة ، وقال له بكم تبيعها فقال مائة بدينار فسكت المشترى ، ثم طلب منه الحنطة ليأخذها فقال البائع غدا أدفع لك ولم يجر بينهما بيع ، وذهب المشترى فجاء غدا ليأخذ الحنطة ، وقد تغير السعر فعلى البائع أن يدفعها بالسعر الأول قال رضى الله عنه : وفى هذه الواقعة أربع مسائل : إحداها الانعقاد بالتعاطى . الثانية : الانعقاد فى الخسيس والنفيس ، وهو الصحيح . الثالثة : الانعقاد به من جانب واحد. الرابعة : كما ينعقد بإعطاء المبيع ينعقد بإعطاء الثمن اهـ .

قلت : وفيها مسألة خامسة أنه ينعقد به ولو تأخرت معرفة المثمن لكون دفع الثمن قبل معرفته بحر (قوله لم ينعقد) أى وإن كان يعلم عادة السوقة أن البائع إذا لم يرض يرد الثمن أو يسترد المتاع وإلا يكون راضيا به ، ويصح حلفه لا أعطيها تطييبا لقلب المشترى فإنه مع هذا لايصح البيع قنية .

مطلب البيع بالتعاطى

(قوله كما لو كان) أى البيع بالتعاطى بعد عقد فاسد ، وعبارة الخلاصة اشترى رجل من وسائدى وسائد ووجوه الطنافس ، وهى غير منسوجة بعد ولم يضرب لها أجلا لم يجز فلو نسج الوسائد ووجوه الطنافس وسلم إلى المشترى لايصير هذا بيعا بالتعاطى لأنهما يسلمان بحكم ذلك البيع السابق وأنه وقع باطلا اهـ وعبارة البزازية والتعاطى إنما يكون بيعا إذا لم يكن بناء على بيع فاسد أو باطل سابق أما إذا كان بناء عليه فلا اهـ (قوله لاينعقد بهما البيع قبل متاركة الفاسد) يتفرع عليه ما فى الخانية : لو اشترى ثوبا شراء فاسدا ثم لقيه غدا فقال : قد بعتنى ثوبك هذا بألف درهم فقال : بلى فقال قد أخذته فهو باطل وهذا على ما كان قبله من البيع الفاسد فإن كانا تتاركا البيع الفاسد فهو جائز اليوم اهـ .

قلت : لكن فى النهاية والفتح وغيرهما عند قول الهداية ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم الخ البيع بالرقم فاسد لأن فيه زيادة جهالة تمكنت فى صلب العقد وهى جهالة الثمن برقم لايعلمه المشترى ، فصار بمنزلة القمار وعن هذا قال شمس الأئمة الحلوانى ، وإن علم بالرقم فى المجلس لاينقلب ذلك العقد جائزا ، ولكن إن كان البائع دائما على الرضا فرضى به المشترى ينعقد بينهما عقد بالتراضى اهـ وعبر فى الفتح بالتعاطى ، والمراد واحد وسيأتى أيضا فى باب البيع الفاسد أن بيع الآبق لايصح ، وأنه لو باعه ثم عاد وسلمه يتم البيع فى رواية وظاهر الرواية أنه لايتم قال فى البحر هناك وأولوا الرواية الأولى بأنه ينعقد بيعا بالتعاطى اهـ .

وظاهر هذا عدم اشتراط متاركة الفاسد ، وقد يجاب على بعد بحمل الاشتراط على ما إذا كان التعاطى بعد المجلس

فنى بيع التعاطى(١) بالأولى ، وعليه فيحمل مافى الخلاصة وغيرها على ذلك ، وتمامه فى الأشباه من الفوائد إذا بطل المتضمن بطل المتضمن، والمبنى على الفاسد فاسد(وقيل لابد) فى التعاطى (من الإعطاء من الجانبين وعليه الأكثر) قاله الطرسوسى، واختاره البزازى . وأفتى به الحلوانى واكتفى الكرمانى بتسليم البيع مع بيان الثمن فتحرر ثلاثة أقوال وقد علمت المفتى به وحررنا فى شرح الملتقى صحة الإقالة والإجارة والصرف بالتعاطى فليحفظ .

أما فيه فلا يشترط كما هنا والفرق أنه بعد المجلس يتقرر الفساد من كل وجه فلابد من المتاركة أما فى المجلس ، فلا يتقرر من كل وجه فتحصل المتاركة ضمنا تأمل ، ويحتمل وهو الظاهر أن يكون فى المسألة قولان وانظر ما يأتى عند قوله وفسد فى الكل فى بيع ثلة الخ . هذا وما ذكره عن الحلوانى فى البيع بالرقم جزم بخلافه فى الهندية آخر باب المرابحة ، وذكر أن العلم فى المجلس يجعل كابتداء العقد ، ويصير كتأخير القبول إلى آخر المجلس وبه جزم فى الفتح هناك أيضا (قوله فنى بيع التعاطى بالأولى الخ) مأخوذ من البحر حيث قال : فنى بيع التعاطى بالأولى ، وهو صريح الخلاصة والبزازية إن التعاطى بعد عقد فاسد أو باطل لا ينعقد به البيع ، لأنه بناء على السابق وهو محمول على ما ذكرناه اهـ وقوله : على ماذكرناه أى من أن عدم الانعقاد قبل متاركة الأول وهو معنى قول الشارح ، فيحمل مافى الخلاصة وغيرها على ذلك ومراده بما فى الخلاصة ماقدمه من قوله كما لو كان بعد عقد فاسد ، ونقلنا عبارتها وعبارة البزازية وليس فيها التقييد بما قبل متاركة الأول فقيده الشارح به تبعا للبحر لئلا يخالف كلام غيرها فافهم (قوله وتمامه فى الأشباه من الفوائد) أى فى آخر الفن الثالث ، وليس فيه زيادة على أصل المسألة فلعله أراد ما كتب على الأشباه فى ذلك الموضع أو ما أشبه هذه المسألة مما تفرع على الأصل المذكور (قوله إذا بطل المتضمن) بالكسر بطل المتضمن بالفتح فإنه لما بطل البيع الأول بطل ما تضمنه من القبض إذا كان قبل المتاركة قال ح وهو بدل من الفوائد بدل بعض من كل اهـ ط وفى هذه القاعدة بحث سنذكره عند الكلام على بيع الثمرة البارزة (قوله فتحرر ثلاثة أقوال) هذا الاختلاف نشأ من كلام الإمام محمد ، فإنه ذكر بيع التعاطى فى مواضع ، فصوره فى موضع بالإعطاء من الجانبين ، ففهم منه البعض أنه شرط وصوره فى موضع بالإعطاء من أحدهما ففهم البعض أنه يكتفى به وصوره فى موضع بتسليم المبيع ففهم البعض أن تسليم الثمن لا يكفى بحر عن الذخيرة ط (قوله وحررنا فى شرح الملتقى الخ) عبارته عن البزازية الاقالة تنعقد بالتعاطى أيضا من أحد الجانبين على الصحيح اهـ وكذا الإجارة كما فى العمادية ، وكذا الصرف كما فى النهر مستدلا عليه بما فى التتارخانية : اشترى عبدا بألف درهم على أن المشترى بالخيار ، فأعطاه مائة دينار ثم فسخ البيع ، فعلى قول الإمام الصرف جائز ويرد الدراهم وعلى قول أبى يوسف الصرف باطل وهى فائدة حسنة لم أر من نبه عليها اهـ .

[تتمة] طالب مديونه فبعث إليه شعيرا قدرا معلوما وقال : خذه بسعر البلد والسعر لها معلوم كان بيعا وإلا لم يعلماه فلا ومن بيع التعاطى تسليم المشترى ما اشتراه إلى من يطلبه بالشفعة فى موضع لا شفعة فيه ، وكذا تسليم الوكيل بالشراء إلى الموكل بعد ما أنكر التوكيل ومنه حكما ما إذا جاء المودع بأمة غير المودعة ، وحلف حل للمودع وطؤها وكان بيعا بالتعاطى ، وعن أبى يوسف لو قال للخياط ليست هذه بطانتى فحلف الخياط أنها هى وسعه أخذها ، وينبغى تقييده بما إذا كانت العين للدافع ومنه لو ردها بخيار عيب والبائع متيقن أنها ليست له فأخذها ورضو بها

---

(١) (قوله الشارح فنى بيع التعاطى الخ) أى فعدم انعقاد بيع التعاطى بعد الفاسد قبل المتاركة بالأولى لأن بعض المجتهدين يمنع بيع التعاطى ونصوا على أن من شهد بيع التعاطى لا يسعه أن يشهد أنه باع بل يشهد التعاطى اهـ ط .

[فروع] مايستجره الإنسان من البياع إذا حاسبه على أثمانها بعد استهلاكها جاز استحسانا .
بيع البراآت التي يكتبها الديوان على العمال لا يصح بخلاف بيع حظوظ الأئمة

(قوله مايستجره الإنسان الخ) كما في الفتح، وعلى هذا فلابد من الرضا في جارية الوديعة والبطانة وتمامه في البحر ذكر في البحر أن من شرائط المعقود عليه أن يكون موجودا ، فلم ينعقد بيع المعدوم ثم قال ومما تسامحوا فيه ، وأخرجوه عن هذه القاعدة مافي القنية الأشياء التي تؤخذ من البياع على وجه الخرج كما هو العادة من غير بيع كالعدس والملح والزيت ونحوها ثم اشتراها بعد ما انعدمت صح اه فيجوز بيع المعدوم هنا اه . وقال بعض الفضلاء : ليس هذا بيع معدوم إنما هو من باب ضمان المتلفات بإذن مالكها عرفا تسهيلا للأمر ودفعا للحرج كما هو العادة وفيه أن الضمان بالإذن مما لايعرف في كلام الفقهاء حموى، وفيه أيضا أن ضمان المثليات بالمثل لا بالقيمة والقيميات بالقيمة لا بالثمن ط .

قلت : كل هذا قياس ، وقد علمت أن المسألة استحسان ويمكن تخريجها على فرض الأعيان، ويكون ضمانها بالثمن استحسانا وكذا حل الانتفاع في الأشياء القيمية ، لأن قرضها فاسد لايحل الانتفاع به ،وإن ملكت بالقبض وخرجها في النهر على كون المأخوذ من العدس ونحوه بيعا بالتعاطي، وأنه لايحتاج في مثله إلى بيان الثمن لأنه معلوم اه واعترضه الحموى بأن أثمان هذه تختلف فيفضي إلى المنازعة اه .

قلت : مافي النهر مبني على أن الثمن معلوم، لكنه على هذا لايكون من بيع المعدوم بل كلما أخذ شيئا انعقد بيعا بثمنه المعلوم قال في الولوالجية : دفع دراهم إلى خباز فقال : اشتريت منك مائة منّ من خبز، وجعل يأخذ كل يوم خمسة أمناء فالبيع فاسد وما أكل فهو مكروه ، لأنه اشترى خبزا غير مشار إليه ، فكان المبيع مجهولا ولو أعطاه الدراهم ، وجعل يأخذ منه كل يوم خمسة أمناء ولم يقل في الابتداء اشتريت منك يجوز وهذا حلال وإن كان نيته وقت الدفع الشراء، لأنه بمجرد النية لاينعقد البيع ، وإنما ينعقد البيع الآن بالتعاطي والآن المبيع معلوم فينعقد البيع صحيحا اه .

قلت : ووجهه أن ثمن الخبز معلوم فإذا انعقد بيعا بالتعاطي وقت الأخذ مع دفع الثمن قبله ، فكذا إذا تأخر دفع الثمن بالأولى ؛ وهذا ظاهر فيما كان ثمنه معلوما وقت الأخذ مثل الخبز واللحم أما إذا كان ثمنه مجهولا فإنه وقت الأخذ لاينعقد بيعا بالتعاطي لجهالة الثمن ،فإذا تصرف فيه الآخذ وقد دفعه البياع برضاه بالدفع وبالتصرف فيه على وجه التعويض عنه لم ينعقد بيعا ، وإن كان على نية البيع لما علمت من أن البيع لاينعقد بالنية ، فيكون شبيه القرض المضمون بمثله أو بقيمته فإذا توافقا على شيء بدل المثل أو القيمة برئت ذمة الآخذ ، لكن يبقى الإشكال في جواز التصرف فيه إذا كان قيميا فإن قرض القيمي لايصح فيكون تصحيحه هنا استحسانا كقرض الخبز والخميرة ويمكن تخريجه على الهبة بشرط العوض ، أو على المقبوض على سوم الشراء . ثم رأيته في الأشباه في القول في ثمن المثل حيث قال : ومنها لو أخذ من الأرز والعدس وما أشبهه، وقد كان دفع إليه دينارا مثلا لينفق عليه ثم اختصما بعد ذلك في قيمته هل تعتبر قيمته يوم الأخذ أو يوم الخصومة . قال في التتمة : تعتبر يوم الأخذ قيل له لولم يكن دفع إليه شيئا بل كان يأخذ منه على أن يدفع إليه ثمن مايجتمع عنده قال يعتبر وقت الأخذ لأنه سوم حين ذكر الثمن اه (قوله بيع البراءات) جمع براءة وهي الأوراق التي يكتبها كتاب الديوان على العاملين على البلاد بحظ كعطاء أو على الأكارين بقدر ماعليهم وسميت براءة لأنه يبرأ بدفع مافيها ط (قوله بخلاف بيع حظوظ الأئمة) بالحاء المهملة والظاء المشالة جمع حظ ، بمعنى : النصيب المرتب له من الوقف أي فإنه يجوز بيعه، وهذا مخالف لما في الصيرفية فإنه قال سئل عن بيع الحظ فأجاب لايجوز ط عن حاشية الأشباه .

لأن مال الوقف قائم ثمة ولا كذلك هنا أشباه وقنية . ومفاده : أنه يجوز للمستحق بيع خبزه قبل قبضه من المشرف بخلاف الجندي بحر وتعقبه في النهر وأفتى المصنف ببطلان بيع الجامكية ، لما في الأشباه بيع الدين إنما يجوز من المديون »

قلت : وعبارة الصيرفية هكذا سئل عن بيع الخط قال : لا يجوز لأنه لا يخلو إما إن باع ما فيه أو عين الخط لا وجه للأول لأنه بيع ما ليس عنده ولا وجه للثاني لأن هذا القدر من الكاغد ليس متقوما بخلاف البراءة ، لأن هذه الكاغدة متقومة اه .

قلت : ومقتضاه أن الخط بالخاء المعجمة والطاء المهملة ، وهذا لا يخالف ما ذكره الشارح لأن المراد بحظوظ الأئمة ما كان قائما في يد المتولي من نحو خبز أو حنطة قد استحقه الإمام وكلام الصيرفية فيما ليس بموجود (قوله ثمة) أي هناك أي في مسألة بيع حظوظ الأئمة وأشار إليها بالبعيد لأن الكلام كان في بيع البراآت ولذا أشار إليها بلفظ هنا (قوله من المشرف) أي المباشر الذي يتولى قبض الخبز (قوله بخلاف الجندي) أي إذا باع الشعير المعين لعلف دابته من حاشية السيد أبي السعود .

مطلب في بيع الاستجرار

(قوله وتعقبه في النهر) أي تعقب ما ذكر من مسألة بيع الاستجرار وما بعده حيث قال أقول الظاهر أن ما في القنية ضعيف لاتفاق كلمتهم على أن بيع المعدوم لا يصح ، وكذا غير المملوك وما المانع من أن يكون المأخوذ من العدس ونحوه بيعا بالتعاطي ولا يحتاج في مثله إلى بيان الثمن لأنه معلوم كما سيأتي وحظ الإمام لا يملك قبل القبض فأنى يصح بيعه وكن على ذكر مما قاله ابن وهبان في كتاب الشرب ما في القنية إذا كان مخالفا للقواعد لا التفات إليه ما لم يعضده نقل من غيره اه وقدمنا الكلام على بيع الاستجرار وأما بيع حظ الإمام فالوجه ما ذكره من عدم صحة بيعه ، ولا ينافي ذلك أنه لو مات يورث عنه لأنه أجرة استحقها ولا يلزم من الاستحقاق الملك ، كما قالوا في الغنيمة بعد إحرازها بدار الإسلام فإنها حق تأكد بالإحراز ، ولا يحصل الملك فيها للغانمين إلا بعد القسمة والحق المتأكد يورث كحق الرهن والرد بالعيب ، بخلاف الضعيف كالشفعة وخيار الشرط كما في الفتح . وعن هذا بحث في البحر هناك بأنه ينبغي التفصيل في معلوم المستحق بأنه إن مات بعد خروج الغلة وإحراز الناظر لها قبل القسمة يورث نصيبه لتأكد الحق فيه كالغنيمة بعد الإحراز وإن مات قبل ذلك لا يورث لكن قدمنا هناك أن معلوم الإمام له شبه الصلة وشبه الأجرة والأرجح الثاني ، وعليه يتحقق الإرث ولو قبل إحراز الناظر . ثم لا يخفى أنها لا تملك قبل قبضها فلا يصح بيعها .

مطلب في بيع الجامكية

(قوله وأفتى المصنف الخ) تأييد لكلام النهر وعبارة المصنف في فتاواه سئل عن بيع الجامكية : وهو أن يكون لرجل جامكية في بيت المال ويحتاج إلى دراهم معجلة قبل أن تخرج الجامكية فيقول له رجل : بعتني جامكيتك التي قدرها كذا بكذا أنقص من حقه في الجامكية فيقول له : بعتك فهل البيع المذكور صحيح أم لا لكونه بيع الدين بنقد أجاب إذا باع الدين من غير من هو عليه كما ذكر لا يصح قال مولانا في فوائده وبيع الدين لا يجوز ولو باعه من المديون

وفيها وفى الأشباه لايجوز الاعتياض عن الحقوق المجردة كحق الشفعة وعلى هذا لايجوز الاعتياض عن الوظائف بالأوقاف وفيها فى آخر بحث تعارض العرف مع اللغة المذهب عدم اعتبار العرف الخاص لكن أفتى كثير باعتباره

أو وهبه (١) اه (قوله وفيها) الظاهر أن الضمير للقنية ويحتمل عوده لفتاوى المصنف المفهومة من أفتى، وأما ضمير وفيها الآتية فللأشباه اه ح .

مطلب لايجوز الاعتياض عن الحقوق المجردة

(قوله لايجوز الاعتياض عن الحقوق المجردة عن الملك) قال فى البدائع الحقوق المفردة لا تحتمل التمليك ولا يجوز الصلح عنها ؛

أقول : وكذا لا تضمن بالإتلاف قال فى شرح الزيادات للسرخسى وإتلاف مجرد الحق لا يوجب الضمان لأن الاعتياض عن مجرد الحق باطل إلا إذا فوت حقا مؤكدا ، فإنه يلحق بتفويت حقيقة الملك فى حق الضمان كحق المرتهن ، ولذا لا يضمن بإتلاف شئ من الغنيمة أو وطء جارية منها قبل الإحراز لأن الفائت مجرد الحق وأنه غير مضمون وبعد الإحراز بدار الإسلام ، ولو قبل القسمة يضمن لتفويت حقيقة الملك ويجب عليه القيمة فى قتله عبدا من الغنيمة بعد الإحراز فى ثلاث سنين بيرى ، وأراد بقوله لتفويت حقيقة الملك الحق المؤكد إذ لا تحصل حقيقة الملك إلا بعد القسمة كما مر (قوله كحق الشفعة) قال فى الأشباه : فلو صالح عنها بمال بطلت ورجع ، ولو صالح المخيرة بمال لتختاره بطل ولا شيء لها ولو صالح إحدى زوجتيه بمال لتترك نوبتها لم يلزم ولا شيء لها وعلى هذا لا يجوز الاعتياض عن الوظائف فى الأوقاف وخرج عنها حق القصاص (٢) : وملك النكاح وحق الرق فإنه يجوز الاعتياض عنها كما ذكره الزيلعى فى الشفعة والكفيل بالنفس. إذا صالح المكفول له بمال لا يصح ولا يجب ، وفى بطلانها روايتان ، وفى بيع حق المرور فى الطريق روايتان وكذا بيع الشرب إلا تبعا اه .

مطلب فى الاعتياض عن الوظائف والنزول عنها

(قوله وعلى هذا لايجوز الاعتياض عن الوظائف بالأوقاف) من إمامة وخطابة وأذان وفراشة وبوابة ، ولا على وجه البيع أيضا لأن بيع الحق لايجوز كما فى شرح الأدب وغيره وفى الذخيرة : أن أخذ الدار بالشفعة أمر عرف بخلاف القياس فلا يظهر ثبوته فى حق جواز الاعتياض عنه اه .

أقول : والحق فى الوظيفة مثله والحكم واحد بيرى (قوله المذهب عدم اعتبار العرف الخاص) قال فى المستصفى التعامل (٣) . العام أى الشائع المستفيض ، والعرف المشترك لايصح الرجوع إليه مع التردد اه وفى محل آخر منه

---

(١) (قوله ولو باعه من المديون أو وهبه الخ) قال ط بقى ما إذا باعها من ملتزم عليه ميرى الديوان ، وقد وجه عليه والظاهر أن هذا بمنزلة الحوالة فإن حاصله . أن الإمام أو نائبه وجهه بماله على هذا الشخص فإذا أخذ منه بقدره لا يقال إنه بيع اه .

(٢) (قوله وخرج عنها حق القصاص الخ) أى خرج من القاعدة المذكورة التى هى قوله : لا يجوز الاعتياض عن الحقوق المجردة وليس المراد أنه خرج عن الحقوق المجردة القصاص الخ بمعنى أنه خرج عن أحكامها لأن القصاص وما ذكر حقوق لاتضمن بالإتلاف ألا ترى أنه لو قتل القاتل شخص لا يضمن لورثة مقتوله شيئا اه .

(٣) (قوله قال فى المستصفى التعامل الخ) عبارة ط ونقل العلامة البيرى عن المستصفى أن العبرة للتعامل العام أى الشائع المستفيض قال والعرف المشترك لايصح الرجوع إليه اه

وعليه فيفتى بجواز النزول عن الوظائف بمال

ولا يصلح مقيدا لأنه لما كان مشتركا كان متعارضا اه بيرى وفى الأشباه عن البزازية ، وكذا أى تفسد الإجارة لو دفع إلى حائك غزلا على أن ينسجه بالثلث ومشايخ بلخ وخوارزم أفتوا بجواز إجارة الحائك للعرف ، وبه أفتى أبو على النسفى أيضا والفتوى على جواب الكتاب ، لأنه منصوص عليه فيلزم إبطال النص اه فأفاد أن عدم اعتباره بمعنى أنه إذا وجد النص ، بخلافه لا يصلح ناسخا للنص ، ولا مقيدا له وإلا فقد اعتبروه فى مواضع كثيرة منها مسائل الأيمان ، وكل عاقد وواقف ، وحالف يحمل كلامه على عرفه كما ذكره ابن الهمام وأفاد مامر أيضا أن العرف العام يصلح مقيدا ، ولذا نقل البيرى فى مسألة الحائك المذكورة قال السيد الشهيد : لا نأخذ باستحسان مشايخ بلخ بل نأخذ بقول أصحابنا المتقدمين ، لأن التعامل فى بلد لا يدل على الجواز مالم يكن على الاستمرار من الصدر الأول فيكون ذلك دليلا على تقرير النبى عليه الصلاة والسلام إياهم على ذلك ، فيكون شرعا منه فإذا لم يكن كذلك لا يكون فعلهم حجة إلا إذا كان كذلك من الناس كافة فى البلدان كلها فيكون إجماعا والإجماع حجة ألا ترى أنهم لو تعاملوا على بيع الخمر والربا لا يفتى بالحل اه .

قلت : وبه ظهر الفرق بين العرف الخاص والعام وتمام الكلام على هذه المسألة مبسوط فى رسالتنا المسماة : بنشر العرف فى بناء بعض الأحكام على العرف :

مطلب فى النزول عن الوظائف بمال

(قوله وعليه فيفتى بجواز النزول عن الوظائف بمال) قال العلامة العينى فى فتاواه : ليس للنزول شىء يعتمد عليه ولكن العلماء والحكام مشوا ذلك للضرورة ، واشترطوا إمضاء الناظر لئلا يقع فيه نزاع اه ملخصا من حاشية : الأشباه للسيد أبى السعود ، وذكر الحموى أن العينى ذكر فى شرح نظم درر البحار فى باب القسم بين الزوجات إنه سمع من بعض شيوخه الكبار أنه يمكن أن يحكم بصحة النزول عن الوظائف الدينية قياسا على ترك المرأة قسمها لصحبتها لأن كلا منهما مجرد إسقاط اه .

مطلب فى العرف الخاص والعام

قلت : وقدمنا فى الوقف عن البحر أن للمتولى عزل نفسه ، عند القاضى ، وأن من العزل الفراغ لغيره عن وظيفة النظر أو غيره ، وأنه لا ينعزل بمجرد عزل نفسه خلافا للعلامة قاسم ، بل لابد من تقرير القاضى المفروغ له لو أهلا وأنه لا يلزم القاضى تقريره ، ولو أهلا وأنه جرى العرف بالفراغ بالدراهم ، ولا يخفى مافيه فينبغى الإبراء العام بعده اه أى لما فيه من شبهة الاعتياض عن مجرد الحق ، وقد مر أنه لا يجوز وليس فيما ذكر عن العينى جوازه لكن قال الحموى وقد استخرج شيخ مشايخنا نور الدين على المقدسى صحة الاعتياض عن ذلك فى شرحه على نظم الكنز من فرع فى مبسوط السرخسى : وهو أن العبد الموصى برقبته لشخص ، وبخدمته لآخر لو قطع طرفه أو شج موضحة فأدى الأرش ، فإن كانت الجناية تنقص الخدمة يشترى به عبد آخر يخدمه أو يضم إليه ثمن العبد بعد بيعه فيشترى به عبد يقوم مقام الأول فإن اختلفا فى بيعه لم يبع ، وإن اصطلحا على قسمة الأرش بينهما نصفين فلهما ذلك ولا يكون مايستوفيه الموصى له بالخدمة من الأرش بدل الخدمة لأنه لا يملك الاعتياض عنها ، ولكنه إسقاط لحقه به كما لو صالح موصى له بالرقبة على مال دفعه للموصى له بالخدمة ليسلم العبد له اه قال : فربما يشهد هذا النزول عن الوظائف بمال اه قال الحموى : فليحفظ هذا فإنه نفيس جدا اه وذكر نحوه البيرى عند قول الأشباه ، وينبغى

أنه لو نزل له وقبض المبلغ ، ثم أراد الرجوع عليه لايملك ذلك فقال أى على وجه إسقاط الحق إلحاقا له بالوصية بالخدمة والصلح عن الألف على خمسمائة ، فإنهم قالوا يجوز أخذ العوض على وجه الإسقاط للحق ، ولا ريب أن الفارغ يستحق المنزول به (١) . استحقاقا خاصا بالتقرير ، ويؤيده مافى خزانة الأكمل وإن مات العبد الموصى بخدمته بعد ماقبض الموصى له بدل الصلح فهو جائز اه ، ففيه دلالة على أنه لارجوع على النازل ، وهذا الوجه هو الذى يطمئن به القلب لقربه اه كلام البيرى ، ثم استشكل ذلك بمامر من عدم جواز الصلح عن حق الشفعة والقسم فإنه يمنع جواز أخذ العوض هنا ثم قال : ولقائل أن يقول هذا حق جعله الشرع لدفع الضرر ، وذلك حق فيه صلة ولا جامع بينهما فافترقا وهو الذى يظهر اه .

وحاصله : أن ثبوت حق الشفعة للشفيع ، وحق القسم للزوجة وكذا حق الخيار فى النكاح للمخيرة إنما هو لدفع الضرر عن الشفيع والمرأة ، وما ثبت لذلك لايصح الصلح عنه لأن صاحب الحق لما رضى علم أنه لايتضرر بذلك فلا يستحق شيئا أما حق الموصى له بالخدمة ، فليس كذلك بل ثبت له على وجه البر والصلة فيكون ثابتا له أصالة فيصح الصلح عنه إذا نزل عنه لغيره ، ومثله مامر عن الأشباه من حق القصاص والنكاح والرق حيث صح الاعتياض عنه لأنه ثابت لصاحبه أصالة لا على وجه رفع الضرر عن صاحبه ولايخفى أن صاحب الوظيفة ثبت له الحق فيه بتقرير القاضى على وجه الأصالة لا على وجه رفع الضرر ، فالحاقها بحق الموصى له بالخدمة ، وحق القصاص وما بعده أولى من إلحاقها بحق الشفعة والقسم ، وهذا كلام وجيه لايخفى على نبيه وبه اندفع ماذكره بعض محشى الأشباه من أن المال الذى يأخذه النازل ، عن الوظيفة رشوة ، وهى حرام بالنص ، والعرف لايعارض النص وجه الدفع ماعلمت من أنه صلح عن حق كما فى نظائره والرشوة لاتكون بحق واستدل بعضهم للجواز بنزول سيدنا الحسن ابن سيدنا على رضى الله تعالى عنهما عن الخلافة لمعاوية على عوض ، وهو ظاهر أيضا وهذا أولى مما قدمناه فى الوقف عن الخيرية من عدم الجواز ومن أن للمفروغ له الرجوع بالبدل ، بناء على أن المذهب عدم اعتبار العرف الخاص ، وأنه لايجوز الاعتياض عن مجرد الحق لما علمت من أن الجواز ليس مبنيا على اعتبار العرف الخاص ، بل على ماذكرنا من نظائره الدالة عليه وأن عدم جواز الاعتياض عن الحق ليس على إطلاقه . ورأيت بخط بعض العلماء عن المفتى أبى السعود أنه أفتى بجواز أخذ العوض فى حق القرار والتصرف ، وعدم صحة الرجوع وبالجملة فالمسألة ظنية والنظائر المتشابهة للبحث فيها مجال وإن كان الأظهر فيها ماقلنا فالأولى ماقاله فى البحر من أنه ينبغى الإبراء العام بعده والله سبحانه وتعالى أعلم .

[تنبيه] ماقلنا فى الفراغ عن الوظيفة يقال مثله فى الفراغ عن حق التصرف فى مشد مسكة الأراضى ويأتى بيانها قريبا وكذا فى فراغ الزعيم عن (٢) تيماره ، ثم إذا فرغ عنه لغيره ولم يوجهه السلطان للمفروغ له بل أبقاه على الفارغ أو وجهه لغيرهما ينبغى أن يثبت الرجوع للمفروغ له على الفارغ ببدل الفراغ ، لأنه لم يرض بدفعه إلا بمقابلة ثبوت ذلك الحق له ، لابمجرد الفراغ وإن حصل لغيره . وبهذا أفتى فى الإسماعيلية والحامدية وغيرهما خلافا لما أفتى به بعضهم من عدم الرجوع ، لأن الفارغ فعل مافى وسعه . وقدرته إذ لايخفى أنه غير مقصود من

---

(١) قوله (يستحق المنزول به) كذا رأيته والظاهر أن يقال المنزول عنه اه من خط المؤلف .

(٢) (قوله وكذا فى فراغ الزعيم عن الخ) المراد به كبير القرية والتيمار هو الاستحقاق فى الأراضى الميرية اه .

وبلزوم خلو الحوانيت فليس لرب الحانوت إخراجه ولا إجارتها لغيره ولو وقفا انتهى ملخصا .

الطرفين ولا سيا إذا أبقى السلطان والقاضى التيمار أوالوظيفة على الفارغ فإنه يلزم اجتماع العوضين فى تصرفه وهو خلاف قواعد الشرع فافهم والله سبحانه وتعالى أعلم .

مطلب فى خلو الحوانيت

(قوله وبلزوم خلو الحوانيت) عبارة الأشباه : أقول على اعتباره أى اعتبار العرف الخاص ينبغى أن يفتى بأن مايقع فى بعض أسواق القاهرة من خلو الحوانيت لازم ، ويصير الخلو فى الحانوت حقا له فلا يملك صاحب الحانوت إخراجه منها ولا إجارتها لغيره ، ولو كانت وقفا وقد وقع فى حوانيت الجملون فى الغورية أن السلطان الغورى لما بناها أسكنها للتجار بالخلو وجعل لكل حانوت قدرا أخذه منهم وكتب ذلك بمكتوب الوقف اهـ وقد أعاد الشارح ذكر هذه المسألة قبيل كتاب الكفالة ، ثم قال قلت : وأيده فى زواهر الجواهر بما فى واقعات الضريرى رجل فى يده دكان فغاب فرفع المتولى أمره للقاضى ، فأمره القاضى بفتحه وإجارته ففعل المتولى ذلك وحضر الغائب فهوأولى بدكانه وإن كان له خلو فهو أولى بخلوه أيضا ، وله الخيار فى ذلك ، فإن شاء فسخ الإجارة وسكن فى دكانه وإن شاء أجازها ورجع بخلوه على المستأجر ، ويؤمر المستأجر بأداء ذلك إن رضى به وإلا يؤمر بالخروج من الدكان اهـ بلفظه اهـ .

لكن قال السيد الحموى أقول : مانقل عن واقعات الضريرى من ذكر لفظة الخلو فضلا عن أن يكون المراد بها ماهو المتعارف كذب فإن الإثبات من النقلة كصاحب جامع الفصولين نقل عبارة الضريرى ولم يذكر فيها لفظ الخلو: هذا وقد اشتهر نسبة مسألة الخلو إلى مذهب الإمام مالك والحال أنه ليس فيه نص عنه ولا عن أحد من أصحابه حتى قال البدر القرافى من المالكية : إنه لم يقع فى كلام الفقهاء التعرض لهذه المسألة ، وإنما فيها فتيا للعلامة ناصر الدين اللقانى المالكى بناها على العرف وخرجها عليه وهو من أهل الترجيح فيعتبر تخريجه ، وإن نوزع فيه وقد انتشرت فتياه فى المشارق والمغارب وتلقاها علماء عصره بالقبول اهـ .

قلت : ورأيت فى فتاوى الكازرونى عن العلامة اللقانى أنه لو مات صاحب الخلو يوفى منه ديونه ويورث عنه وينتقل لبيت المال عند فقد الوارث اهـ هذا وقد استدل بعضهم على لزومه وصحة بيعه عندنا بما فى الخانية : رجل باع سكنى له فى حانوت لغيره فأخبر المشترى أن أجرة الحانوت كذا فظهر أنها أكثر من ذلك قالوا ليس له أن يرد السكنى بهذا العيب اهـ وللعلامة الشرنبلالى رسالة رد فيها على هذا المستدل بأنه لم يفهم معنى السكنى ، لأن المراد بها عين مركبة فى الحانوت وهى غير الخلو ، وفى الخلاصة اشترى سكنى حانوت فى حانوت رجل مركبا وأخبره البائع أن أجرة الحانوت كذا فإذا هى أكثر ليس له أن يرد . وفى جامع الفصولين عن الذخيرة شرى سكنى فى دكان وقف فقال المتولى : ماأذنت له أى للبائع بوضعها فأمره أى أمر المشترى بالرفع ، فلو شراه بشرط القرار يرجع على بائعه(١) وإلا فلا يرجع عليه بثمنه ولا بنقصانه اهـ ثم نقل عن عدة كتب مايدل على أن السكنى عين قائمة فى الحانوت ورد فيها أيضا على الأشباه ، بأن الخلو لم يقل به إلا متأخر من المالكية ، حتى أفتى بصحة وقفه ولزم منه أن أوقاف المسلمين صارت للكافرين ، بسبب وقف خلوها على كنائسهم ، وبأن عدم إخراج صاحب الحانوت لصاحب الخلو يلزم منه حجر الحر المكلف عن ملكه وإتلاف ماله مع أن صاحب الخلو لايعطى

---

(١) (قوله : يرجع على بائعه) أى لأن البيع إذا وقع بهذا الشرط يقع فاسدا وإلا فهو صحيح فلا رجوع له على البائع بشىء اهـ منه .

. . . .

أجر المثل ، ويأخذ هو فى نظير خلوه قدرا كثيرا ، بل لايجوز هذا فى الوقف: وقد نصوا على أن من سكن الوقف يلزمه أجر المثل ، وفى منع الناظر من إخراجه تفويت نفع الوقف وتعطيل ماشرطه الواقف من إقامة شعائر مسجد ونحوها اه ملخصا .

مطلب فى الكدك

قلت : وما ذكره حق خصوصا فى زماننا هذا ، وأما مايتمسك به صاحب الخلو من أنه اشترى خلوه بمال كثير ، وأنه بهذا الاعتبار تصير أجرة الوقف شيئا قليلا فهو تمسك باطل لأن ما أخذه منه صاحب الخلو الأول لم يحصل منه نفع للوقف فيكون الدافع هو المضيع ماله فكيف يحل له ظلم الوقف ، بل يجب عليه دفع أجرة مثله وإن كان له فيه شىء زائد على الخلو من بناء ونحوه مما يسمى فى عرفنا بالكدك وهو المراد من لفظ السكنى المار ، فإذا لم يدفع أجرة مثله لم يؤمر برفعه ، وإن كان موضوعا بإذن الواقف أو أحد النظار ويرجع هذا إلى مسألة الأرض المحتكرة المنقولة فى أوقاف الخصاف حيث قال : حانوت أصله وقف وعمارته لرجل وهو لايرضى أن يستأجر أرضه بأجر المثل ، قالوا إن كانت العمارة بحيث لو رفعت يستأجر الأصل بأكثر مما يستأجر صاحب البناء كلف رفعه : ويؤجر من غيره ، وإلا يترك فى يده بذلك الأجر اه. وقوله : وإلا يترك فى يده يفيد أنه أحق من غيره حيث كان مايدفعه أجر المثل فهنا يقال ليس للمؤجر أن يخرجه ولا أن يأمره برفعه إذ ليس فى استبقائه ضرر على الوقف مع الرفق به بدفع الضرر عنه ، كما أوضحناه فى الوقف وعن هذا قال فى جامع الفصولين وغيره : بنى المستأجر أو غرس فى أرض الوقف صار له فيها حق القرار ، وهو المسمى بالكردار له الاستبقاء بأجر المثل اه وفى الخيرية : وقد صرح علماؤنا بأن لصاحب الكردار حق القرار ، وهو أن يحدث المزارع والمستأجر فى الأرض بناء أو غرسا أو كبسا بالتراب بإذن الواقف أو الناظر فتبقى فى يده اه. وقد يقال إن الدراهم التى دفعها صاحب الخلو للواقف واستعان بها على بناء الوقف شبيهة بكبس الأرض بالتراب ، فيصير له حق القرار فلا يخرج من يده إذا كان يدفع أجر المثل ، ومثله مالو كان يرم دكان الوقف ، ويقوم بلوازمها من ماله بإذن الناظر ، أما مجرد وضع اليد على الدكان ونحوها وكونه يستأجرها عدة سنين بدون شىء مما ذكر فهو غير معتبر فللمؤاجر إخراجها من يده إذا مضت مدة إجارته وإيجارها لغيره كما أوضحناه فى رسالتنا تحرير العبارة فى بيان من هو أحق بالإجارة وذكرنا حاصلها فى الوقف ، وعلى ماذكرناه من أن صاحب الخلو المعتبر أحق من غيره ، لو استأجر بأجر المثل يحمل ماذكره فى الخيرية من الوقف حيث سئل فى الخلو الواقع فى غالب الأوقاف المصرية والأوقاف الرومية فى الحوانيت وغيرها ، هل يصير حقا لازما لصاحب الخلو ، ويجوز بيع سكناه وشراؤه وإذا حكم به حاكم شرعى يمتنع على غيره من حكام الشرع الشريف نقضه . ثم ذكر فى الجواب عبارة الأشباه وواقعات الضريرى وما ذكرناه من مسألة الأرض المحتكرة ومسألة حق القرار ومسألة بيع السكنى . ثم قال أقول : ليس الغرض بإيراد هذه الجمل القطع بالحكم بل ليقع اليقين بارتفاع الخلاف بالحكم حيث استوفى شرائطه من مالكى يراه أو غيره صح ولزم وارتفع الخلاف خصوصا فيما للناس إليه ضرورة لاسيما فى المدن المشهورة كمصر ومدينة الملك فإنهم يتعاطونه ولهم فيه نفع كلى ويضر بهم نقضه وإعدامه فلربما بفعله تكثر الأوقاف ألا ترى مافعله الغورى كما مر. ومما بلغنى أن بعض الملوك عمر مثل ذلك بأموال التجار ولم يصرف عليه من ماله الدرهم والدينار وكان صلى الله عليه وسلم يحب ماخفف عن أمته ، والدين يسر ولا مفسدة فى ذلك فى الدين ، ولا عار به على الموحدين والله تعالى أعلم اه ملخصا . وممن أفتى بلزوم الخلو الذى يكون

وفى معين المفتى للمصنف معزيا للولوالجية : عمارة فى أرض بيعت فإن بناء أو أشجارا

بمقابلة دراهم يدفعها للمتولى أو المالك العلامة المحقق عبد الرحمن أفندى العمادى صاحب هدية ابن العماد وقال : فلا يملك صاحب الحانوت إخراجه ولا إجارتها لغيره مالم يدفع له المبلغ المرقوم ، فيفتى بجواز ذلك للضرورة قياسا على بيع الوفاء الذى تعارفه المتأخرون احتيالا على الربا الخ :

قلت : وهو مقيد أيضا بما قلنا بما إذا كان يدفع أجر المثل وإلا كانت سكناه بمقابلة مادفعه من الدراهم عين الربا كما قالوا : فيمن دفع للمقرض دارا ليسكنها أو حمارا ليركبه إلى أن يستوفى قرضه أنه يلزمه أجرة الدار أو الحمار على أن ماياخذه المتولى من الدراهم ينتفع به لنفسه ، فلو لم يلزم صاحب الخلو أجرة المثل للمستحقين يلزم ضياع حقهم ، اللهم إلا أن يكون ماقبضه المتولى صرفه فى عمارة الوقف ، حيث تعين ذلك طريقا إلى عمارته ولم يوجد من يستأجره بأجرة المثل مع دفع ذلك المبلغ اللازم للعمارة ، فحينئذ قد يقال بجواز سكناه بدون أجرة المثل للضرورة ، ومثل ذلك يسمى فى زماننا مرصدا كما قدمناه فى الوقف ، والله سبحانه أعلم :

بقى طريق معرفة أجر المثل وينبغى أن يقال فيه إنا لنظر إلى مادفعه صاحب الخلو للواقف أو المتولى على الوجه الذى ذكرناه وإلى ماينفقه فى مرمة الدكان ونحوها فإذا كان الناس يرغبون فى دفع جميع ذلك لصاحب الخلو . ومع ذلك يستأجرون الدكان بمائة مثلا ، فالمائة هى أجرة المثل ولا ينظر إلى مادفعه هو إلى صاحب الخلو السابق من مال كثير طمعا فى أن أجرة هذه الدكان عشرة مثلا كما هو الواقع فى زماننا ، لأن مادفعه من المال الكثير لم يرجع منه نفع للوقف أصلا بل هو محض ضرر بالوقف ، حيث لزم منه استئجار الدكان بدون أجرتها بغبن فاحش ، وإنما ينظر إلى مايعود نفعه إلى الوقف فقط كما ذكرنا : نعم جرت العادة أن صاحب الخلو حين يستأجر الدكان بالأجرة اليسيرة يدفع للناظر دراهم تسمى خدمة هى فى الحقيقة تكملة أجرة المثل أو دونها ، وكذا إذا مات صاحب الخلو أو نزل عن خلوه لغيره يأخذ الناظر من الوارث أو المنزول له دراهم تسمى تصديقا فهذه تحسب من الأجرة أيضا ، ويجب على الناظر صرفها إلى جهة الوقف كما قدمناه فى كتاب الوقف فى مسألة العوائد العرفية والله سبحانه وتعالى أعلم :

[تنبيه] ذكر السيد محمد أبو السعود فى حاشيته على الأشباه : أن الخلو يصدق بالعين المتصل اتصال قرار وبغيره وكذا الجدك المتعارف فى الحوانيت المملوكة ونحوها كالقهاوى تارة يتعلق بماله حق القرار كالبناء بالحانوت وتارة يتعلق بما هو أعم من ذلك . والذى يظهر أنه كالخلو فى الحكم بجامع وجود العرف فى كل منهما ، والمراد بالمتصل اتصال قرار ماوضع لاليفصل كالبناء ولا فرق فى صدق كل من الخلو والجدك به ، وبالمتصل لاعلى وجه القرار كالخشب الذى يركب بالحانوت لوضع عدة الحلاق مثلا ، فإن الاتصال وجد لكن لا على وجه القرار ، وكذا يصدقان بمجرد المنفعة المقابلة للدراهم ، لكن ينفرد الجدك بالعين الغير المتصلة أصلا كالبكارج والفناجين بالنسبة للقهوة والمقشة والفوط بالنسبة للحمام والشونة بالنسبة للفرن وبهذا الاعتبار يكون الجدك أعم :

بقى لو كان الخلو بناء أو غراسا بالأرض المحتكرة أو المملوكة يجرى فيه حق الشفعة لأنه لما اتصل بالأرض اتصال قرار التحق بالعقار اهـ :

قلت : ماذكره من جريان الشفعة فيه سهو ظاهر لمخالفته المنصوص عليه فى كتب المذهب كما سيأتى فى بابها إن شاء الله تعالى فافهم : هذا غاية ماتحرر لى فى مسألة الخلو فاغتنمه فإنه مفرد ، وقد أوضحنا الفرق فى باب مشد المسكة من تنقيح الفتاوى الحامدية بين المشد والخلو والجدك والقيمة والمرصد المتعارفة فى زماننا إيضاحا لايوجد فى غير ذلك الكتاب والحمد لله الملك الوهاب (قوله وفى معين المفتى الخ) أفاد به أن الخلو إذا لم يكن عينا قائمة

جاز، وإن كرابا أو كرى أنهار أو نحوه مما لم يكن ذلك بمال ولا بمعنى مال لم يجز اه :
قلت : ومفاده أن بيع المسكة(١) لايجوز وكذا رهنها ولذا جعلوه الآن فراغا كالوظائف فليحرر اه وسنذكره في بيع الوفاء

لايصح بيعه (قوله جاز) ترك قيداً ذكره في معين المفتى وهو قوله إذا لم يشترط تركها(٢) اه ومثله في الخانية أى لأنه شرط مفسد للبيع (قوله وإن كرابا أو كرى أنهار) في المغرب: كرب الأرض كربا قلبها للحرث من باب طلب وكريت النهر كريا حفرته (قوله ولا بمعنى مال) لعل المراد به التراب المسمى كبسا وهو ماتكبس به الأرض أى تطم وتسوى فتأمل : وفي ط وهو كالسكنى في الأرض الموقوفة بطريق الخلو وكالجدك على ماسلف .

مطلب في بيان مشد المسكة

(قوله ومفاده أن بيع المسكة لايجوز) لأنها عبارة عن كراب(٣) الأرض وكرى أنهارها سميت مسكة لأن صاحبها صار له مسكة بها بحيث لاتنزع من يده بسببها ، وتسمى أيضا مشد مسكة لأن المشد من الشدة بمعنى القوة أى قوة التمسك ولها أحكام مبنية على أوامر سلطانية أفتى بها علماء الدولة العثمانية ذكرت كثيرا منها في بابها من تنقيح الفتاوى الحامدية : منها : أنها لاتورث ، وإنما توجه للابن القادر عليها دون البنت وعند عدم الابن تعطى للبنت ، فإن لم توجد فللأخ لأب ، فإن لم يوجد فللأخت الساكنة في القرية ، فإن لم توجد فللأم. وذكر الشارح في خراج الدر المنتقى: أنها تنتقل للابن ولا تعطى البنت حصة ، وإن لم يترك ابنا بل بنتا لايعطيها ويعطيها صاحب التيمار لمن أراد وفي سنة ثمانية وخمسين وتسعمائة في مثل هذه الأراضى التى تحيا وتفلح بعمل وكلفة دراهم فعلى تقدير أن تعطى للغير بالطابو ، فالبنات لما كان يلزم حرمانهن من المال الذى صرفه أبوهن ورد الأمر السلطانى بالإعطاء لهن ، لكن تنافس الأخت البنت في ذلك ، فوقى بجماعة ليس لهن غرض، فأى مقدار قدروا به الطابو تعطيه البنات ويأخذن الأرض اه . ونقل في الحامدية أنه إذا وقع التفويض بلا إذن صاحب الأرض يعنى التيمارى الذى وجه السلطان له أخذ خراجها لاتزول الأرض عن يد المفوض حقيقة ، فكانت في يد المفوض إليه عارية ، وإذا كانت الأرض وقفا فتفويضها متوقف على إذن الناظر لاعلى إجازة التيمار ، ولا تؤجر ممن لامسكة له مع وجوده بدون وجه شرعى وإذا زرع أجنبى فيها بلا إذن صاحب المسكة يؤمر بقلع الزرع ويسقط حق صاحبها منها بتركها ثلاث سنوات اختيارا اه فافهم (قوله ولذا جعلوه) أى جعلوا بيعها والمراد به الخروج عنها يعنى أن المسكة لما لم تكن مالا متقوما لايمكن بيعها ، فإذا أراد صاحبها النزول عنها لغيره بعوض جعلوا ذلك بطريق الفراغ كالنزول عن الوظائف، وقدمنا عن المفتى أبى السعود أنه أفتى بجوازه وكأن الشارح لم يطلع على ذلك فأمر بتحريره والله سبحانه أعلم (قوله وسنذكره في بيع الوفاء) أى قبيل كتاب الكفالة ، والذى ذكره هناك هو النزول عن الوظائف ومسألة الخلو ولم يتعرض هناك للمسكة .

---

(١) قول الشارح (ومفاده أن بيع المسكة الخ) النسخة التى كتب عليها ط المسكة بدون ميم ففسرها بحق المرور وقال كما إذا كان لشخص دار في محلة غير نافذة له حق المرور فيها ففتح له بابا من الشارع العام وباع حق استطراقه من غير النافذة لصاحب دار ليس له حق الاستطراق فيها وقدمنا أن في بيع حق المرور روايتين اه .

(٢) (قوله إذا لم يشترط تركها) أى ترك العمارة المباحة في الأرض وهو استحقاق البقاء في الأرض، وقوله لأنه شرط مفسد أى لأنه أمر زائد ليس من مقتضيات العقد وفيه نفع للمشترى اه .

(٣) (قوله لأنها عبارة عن كراب الخ) فيه أنها عبارة عن التمسك الحاصل بسبب الكرى والكراب لانفس الكراب والكرى، وإلا لكان عدم جواز بيعها صريح كلام الولوالجية اه .

(وينعقد) أيضا (بلفظ واحد كما فى بيع) القاضى والوصى و (الأب من طفله وشرائه منه) فإنه لوفور شفقته جعلت عبارته كعبارتين وتمامه فى الدرر (وإذا أوجب واحد قبل الآخر) بائعا كان أو مشتريا

مطلب فى انعقاد البيع بلفظ واحد من الجانبين

(قوله وينعقد أيضا) أى كما ينعقد بإيجاب وقبول منهما أو بتعاط من الجانبين ط (قوله بلفظ واحد) ظاهره أنه لايكون بالتعاطى هنا (قوله كما فى بيع القاضى) أى بيعه مال اليتيم من يتيم آخر(١) أو شرائه له كذلك أما عقده لنفسه فلا يجوز لأن فعله قضاء وقضاؤه لنفسه باطل أفاده فى البحر جامعا بذلك بين مافى البدائع من الجواز وما فى الخزانة من عدمه ط (قوله والوصى) أى إذا اشترى لليتيم من مال نفسه أو لنفسه منه بشرطه المعروف وقيده فى نظم الزندويستى بما إذا لم يكن نصبه القاضى اه فتح أى لأن وصى القاضى وكيل محض والوصى لايملك البيع(٢) أو الشراء لنفسه خلاصة وأراد بالشرط المعروف الخيرية : وهى فى الشراء من مال اليتيم لنفسه ، أن يكون مايساوى عشرة بخمسة عشر ، وفى البيع منه بالعكس وقيل يكتفى بدرهمين فى العشرة والأول المعتمد كما قدمناه قبيل البيوع (قوله والأب من طفله) ولا تشترط فيه الخيرية كما فى البحر ، وزاد فيمن يتولى العقد من الطرفين العبد إذا اشترى نفسه من مولاه بأمره والرسول من الجانبين ، بخلاف الوكيل منهما اه زاد فى الدرر قوله : وكذا لو قال بعت منك هذا بدرهم فقبضه المشترى ولم يقل شيئا ينعقد البيع اه وقال فى العزمية : والظاهر أن هذا من باب التعاطى اه وفيه نظر لأن بيع التعاطى ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط كما قدمناه عن الفتح، وقدمنا عنه أن القبول يكون بالقول والفعل وأن القبض قبول فحينئذ لم يوجد انفراد أحدهما بالعقد (قوله فإنه لوفور شفقته الخ) أى ووصى الأب نائب عنه فله حكمه ، ولذا سكت عنه وأما القاضى فكذلك (قوله وتمامه فى الدرر) ذكر فيها بعد عبارة الشارح مانصه فلم يحتج إلى القبول ، وكان أصيلا فى حق نفسه ونائبا عن طفله حتى إذا بلغ كانت العهدة عليه دون أبيه ، بخلاف ما إذا باع مال طفله من أجنبى ، فبلغ كانت العهدة على أبيه فإذا لزم عليه الثمن فى صورة شرائه لايبرأ عن الدين حتى ينصب القاضى وكيلا يقبضه للصغير فيرده على أبيه فيكون أمانة عنده اه (قوله قبل الآخر) بكسر الباء من القبول المقابل للإيجاب ، وقوله : أو ترك عطف عليه أى يخير الآخر بين القبول والترك فى المجلس ، مادام الموجب على إيجابه ، فلو رجع عنه قبل القبول بطل كما يأتى ولابد أيضا من كون القبول فى المجلس ، وكونه موافقا للإيجاب كما نبه عليه وكونه فى حياة الموجب . فلو مات قبله بطل إلا فى مسألة على مافهمه فى البحر ورده فى النهر بأنه لااستثناء فراجعه ، وكونه قبل رد المخاطب الإيجاب وكونه قبل تغير المبيع ، فلو قطعت يد الجارية بعد الإيجاب ، وأخذ البائع أرشها لم يصح قبول المشترى ، كما فى الخانية بحر والظاهر أن التقييد بأخذ الأرش اتفاقى نهر .

---

(١) (قوله أى بيعه مال اليتيم من يتيم آخر الخ) أقول : مانقل عن البدائع مخالف لما هو منقول عن الأئمة المعتبرين كالفقيه أبى جعفر الطحاوى أحد المجتهدين فى المسائل والقاضى أبى جعفر الاستروشنى وغيرهما ، فنى أحكام الصغار نقلا عن القاضى أبى جعفر : القاضى إذا باع مال أحد اليتيمين من الآخر وكذا الأب والوصى لو فعل لايجوز بالاتفاق ، وذكر رشيد الدين فى فتاواه القاضى فى بيع مال أحد الصغيرين من الآخر مثل الوصى بخلاف الأب وفى الحاصل من شرح الطحاوى لا يجوز من الوصى بيع مال أحد اليتيمين من الآخر ويجوز ذلك من الأب إذا لم يفحش الغبن اه .

إذا علمت ذلك ظهر لك أنه لاوجه لالحاقه بالأب هنا وكذلك الوصى فإنه وإن جاز بيعه وشراؤه منه بشرط الخيرية لكن لاتكون عبارته عن عبارتين كما هو مصرح به فى الخانية والبزازية وغيرهما كتبه خويدمه عبد الغنى الغنيمى هكذا وجد بهامش نسخة المؤلف اه .

(٢) (قوله والوصى لا يملك البيع الخ) لعل صوابه والوكيل لا يملك الخ تأمل .

(فى المجلس) لأن خيار القبول مقيد به (كل المبيع بكل الثمن أو ترك) لئلا يلزم(١) تفريق الصفقة (إلا إذا) أعاد الإيجاب والقبول

قلت : ويؤيده قول التتارخانية ودفع أرش اليد إلى البائع أو لم يدفع (قوله فى المجلس) حتى لو تكلم البائع مع إنسان فى حاجة فإنه يبطل بحر. فالمراد بالمجلس مالايوجد فيه مايدل على الإعراض ، وأن لايشتغل بمفوت له فيه وأن لم يكن للاعراض أفاده فى النهر ، فإن وجد بطل ولو اتحد المكان ط (قوله كل المبيع بكل الثمن) بيان لاشتراط موافقة القبول للايجاب بأن يقبل المشترى ماأوجبه البائع بما أوجبه ، فإن خالفه بأن قبل غير ماأوجبه أو بعضه أو بغير ما أوجبه أو ببعضه لم ينعقد إلا فى الشفعة ، كما قدمناه فى شروط العقد ، وإلا فيما إذا كان الإيجاب من المشترى فقبل البائع بأنقص من الثمن صح وكان حطاً ، أو كان من البائع فقبل المشترى بأزيد صح ، وكان زيادة إن قبلها فى المجلس لزمت أفاده فى البحر ، وذكر أن هبة الثمن بعد الإيجاب قبل القبول تبطل الإيجاب ، وقيل لا ويكون إبراء وسكوت المشترى عن الثمن مفسد للبيع اه .

مطلب مايوجب اتحاد الصفقة وتفريقها

(قوله لئلا يلزم تفريق الصفقة) هى ضرب اليد على اليد فى البيع ، ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه مغرب . قال فى البحر : ولابد من معرفة مايوجب اتحادها وتفريقها :

وحاصل ماذكروه : أن الموجب إذا اتحد وتعدد المخاطب لم يجز التفريق بقبول أحدهما بائعاً كان الموجب أو مشتريا ، وعلى عكسه لم يجز القبول فى حصة أحدهما ، وإن اتحدا لم يصح قبول المخاطب فى البعض فلم يصح تفريقها مطلقا فى الأحوال الثلاثة لاتحاد الصفقة فى الكل ، وكذا إذا اتحد العاقدان ، وتعدد المبيع كأن يوجب فى مثلين أو قيمى ومثلى لم يجز تفريقها بالقبول فى أحدهما إلا أن يرضى الآخر بذلك بعد قبوله فى البعض ويكون المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالأجزاء كعبد واحد أو مكيل أو موزون ، فيكون القبول إيجابا والرضا قبولا وبطل الايجاب الأول ، فإن كان مما لاينقسم إلا بالقيمة كثوبين وعبدين لايجوز(٢) فلو بين ثمن كل واحد فلا يخلو إما أن يكرر لفظ البيع ، فالاتفاق على أنه صفقتان ، فإذا قبل فى أحدهما يصح كقوله بعتك هذين العبدين بعتك هذا بألف وبعتك هذا بألف . وأما أن لايكرره وفصل الثمن فظاهر الهداية التعدد ، وبه قال بعضهم ومنعه الآخرون ، وحملوا كلامه على ما إذا كرر لفظ البيع ، وقيل إن اشتراط تكراره للتعدد استحسان وهو قول الإمام وعدمه قياس وهو قولهما ورجحه فى الفتح بقوله والوجه الاكتفاء بمجرد تفريق الثمن لأن الظاهر أن فائدته ليس إلا قصده بأن يبيع منه أيهما شاء ، وإلا فلو كان غرضه أن لايبيعهما منه إلا جملة لم تكن فائدة لتعيين ثمن كل اه .

واعلم أن تفصيل الثمن إنما يجعلهما عقدين على القول به إذا كان الثمن منقسما عليهما باعتبار القيمة ، أما إذا كان منقسما عليهما باعتبار الأجزاء كالقفيزين من جنس واحد فإن التفصيل لايجعله فى حكم عقدين للانقسام من غير تفصيل ، فلم يعتبر التفصيل كما فى شرح المجمع للمصنف وهو تقييد حسن اه مافى البحر وتمام الكلام فيه (قوله إلا إذا أعاد الإيجاب والقبول) كأن قال اشتريت نصف هذا المكيل بكذا وقبل الآخر فيكون بيعا مستأنفا لوجود

---

(١) (قول الشارح لئلا يلزم الخ) هو تعليل لمحذوف تقديره ولا يقبل فى البعض اه ط.

(٢) (قوله وعبدين لا يجوز) أى إذا لم يبين ثمن ما قبل فيه بأن قال قبلت فى أحدهما ، أما إذا قال قبلت فى هذا بكذا ورضى البائع فيجوز اه .

أو رضى الآخر وكان الثمن منقسما على المبيع بالأجزاء كمكيل وموزون وإلا لا ، وإن رضى الآخر لعدم جواز البيع بالحصة ابتداء كما حرره الوانى أو (بين ثمن كل) كقوله بعتهما كل واحد بمائة وإن لم يكرر لفظ بعت عند أبى يوسف ومحمد وهو المختار كما فى الشرنبلالية عن البرهان (وما لم يقبل بطل الإيجاب إن رجع الموجب) قبل القبول (أو قام أحدهما) وإن لم يذهب (عن مجلسه) على الراجح نهر وابن الكمال ،

ركنيه وبطل الأول (قوله أو رضى الآخر) أى بدون إعادة الإيجاب فيكون القبول إيجابا والرضا قبولا كما مر (قوله كمكيل وموزون) أدخلت الكاف العبد الواحد كما سلف ذكره فى عبارة البحرط. ووجه الصحة أنه إذا كان الثمن منقسما عليهما باعتبار الأجزاء تكون حصة كل بعض معلومة (قوله وإلا لا) أى وإن يكن الثمن(١) منقسما عليهما كذلك بل كان منقسما باعتبار القيمة كما إذا كان المبيع عبدين أو ثوبين لا يصح القبول لأحدهما ، وإن رضى الآخر لجهالة مايخص أحدهما من الثمن (قوله لعدم جواز البيع بالحصة ابتداء) صورته ما إذا قال : بعت منك هذا العبد بحصته من الألف الموزع على قيمته وقيمة ذلك العبد الآخر ، فإنه باطل لجهالة الثمن وقت البيع كذا فى فصل قصر العام من التلويح عزمية ، وقوله ابتداء خرج به ما إذا عرض البيع بالحصة ، بأن باعه الدار بتمامها(٢) فاستحق بعضها ورضى المشترى بالباقى فإنه يصح لعروض البيع بالحصة انتهاء ، وقد علمت أن محل عدم الجواز فيما إذا لم يكرر الثمن ولفظ البيع أو يفصل الثمن فقط على ماذهب إليه صاحب الهداية ط (قوله كما حرره الوانى) لم يذكر الوانى فى هذا المحل تحريرا ط (قوله أو بين ثمن كل) أى فيما إذا كان المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالقيمة كعبدين وثوبين (قوله وإن لم يكرر لفظ بعت) لأنه بمجرد تفصيل الثمن تتعدد الصفقة على ما هو ظاهر الهداية كما مر (قوله وهو المختار) تقدم وجه ترجيحه عن الفتح .

مطلب مايبطل الإيجاب سبعة

(قوله بطل الإيجاب إن رجع الموجب الخ) قال فى البحر : والحاصل أن الإيجاب يبطل بما يدل على الإعراض وبرجوع أحدهما عنه وبموت أحدهما ، ولذا قلنا : إن خيار القبول لا يورث وبتغير المبيع بقطع يد وتخلل عصير وزيادة بولادة وهلاكه ، بخلاف ما إذا كان بعد قلع عينه بآفة سماوية أو بعد ماوهب للمبيع هبة ، كما فى المحيط ، وقدمنا أنه يبطل بهبة الثمن قبل قبوله فأصل مايبطله سبعة فليحفظ اهـ (قوله قبل القبول) وكذا معه ، فلو خرج القبول ورجع الموجب معا كان الرجوع أولى كما فى الخانية بحر (قوله وإن لم يذهب عن مجلسه على الراجح) وقيل لا يبطل مادام فى مكانه بحر : ويبطل بالقيام وإن كان لمصلحة لا معرضا كما فى القنية قال فى النهر : واختلاف المجلس باعتراض مايدل على الإعراض من الاشتغال بعمل آخر كأكل إلا إذا كان لقمة وشرب إلا إذا كان الإناء فى يده ونوم ، إلا أن يكونا جالسين وصلاة إلا إتمام الفريضة أو شفع نفلا وكلام ولو لحاجة ومشى مطلقا(٣) فى ظاهر الرواية حتى لو تبايعا وهما يمشيان أو يسيران ولو على دابة واحدة لم يصح : واختار غير واحد كالطحاوى أنه إن أجاب على فور كلامه متصلا جاز ، وصححه فى المحيط وقال فى الخلاصة : لو قبل بعد مامشى خطوة أو خطوتين

---

(١) (قوله أى وإن يكن الثمن الخ) هكذا بخطه ولعل صوابه وأن لا يكن الخ بدليل الاضراب بعده تأمل اهـ مصححه .

(٢) (قوله بأن باعه الدار بتمامها الخ) فيه أن الدار كالعبد الواحد مما ينقسم الثمن عليه بالأجزاء فهو وإن كان بيعا بالحصة إلا أنها معلومة فالظاهر أن يصور ببيع عبد ودار مثلا استحق أحدهما ورضى المشترى بأخذ الآخر بحصته ، إلا أن يقال المراد بقوله استحق بعضها أنه استحق بعض معين منها كبيت من مساكنها لأنه استحق جزء شائع منها كنصف وربع مثلا حتى تكون مما ينقسم الثمن عليه بالأجزاء اهـ

(٣) (قوله ومشى مطلقا الخ) أى سواء أجابه على فور كلامه أولا كما يدل عليه مانقله عن الخلاصة اهـ .

فإنه كمجلس خيار المخيرة وكذا سائر التمليكات فتح (وإذا وجدا لزم البيع) بلا خيار إلا لعيب أو رؤية خلافا للشافعي رضي الله عنه وحديثه محمول على تفرق الأقوال إذ الأحوال ثلاثة قبل قولهما وبعده وبعد أحدهما ، وإطلاق المتبايعين في الأول مجاز الأول ، وفي الثاني مجاز الكون وفي الثالث حقيقة فيحمل عليه

جاز. وفي مجمع التفاريق . وبه نأخذ وفي المجتبى المجلس المتحد أن لايشتغل أحد المتعاقدين بغير ماعقد له المجلس ، أو ماهو دليل الإعراض والسفينة كالبيت فلا ينقطع المجلس بجريانها لأنهما لايملكان إيقافها اه ملخصا ط وفي الجوهرة لو كان قائما فقعد لم يبطل بحر وكذا لو ناما جالسين لالو مضطجعين أو أحدهما فتح تأمل (قوله فإنه كمجلس خيار المخيرة) أي التي ملكها زوجها طلاقها بقوله لها اختاري نفسك . وفي البحر عن الحاوي القدسي : ويبطل مجلس البيع بما يبطل به خيار المخيرة اه ، وهذا أولى لأن خيارها يقتصر على مجلسها خاصة لاعلى مجلس الزوج بخلاف البيع فإنه يقتصر على مجلسهما كما في البحر عن غاية البيان (قوله وكذا سائر التمليكات فتح) لم يذكر في الفتح إلا خيار المخيرة ط . وفي البحر ، قيد بالبيع لأن الخلع والعتق على مال لايبطل الإيجاب فيه بقيام الزوج والمولى لكونه يمينا ويبطل بقيام المرأة والعبد لكونه معاوضة في حقهما كما في النهاية اه (قوله خلافا للشافعي) وبقوله قال أحمد وبقولنا قال مالك كما في الفتح (قوله وحديثه) أي الخيار أو الشافعي ، وقد روى بروايات متعددة كما في الفتح منها مافي البخاري من حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنهما : «المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا أو يكون البيع خيارا» ط (قوله محمول على تفرق الأقوال) هو أن يقول الآخر بعد الإيجاب : لاأشتري أو يرجع الموجب قبل القبول وإسناد التفرق إلى الناس مرادا به تفرق أقوالهم كثير في الشرع والعرف قال الله تعالى — وما تفرق الذين أوتوا الكتاب إلا من بعد ماجاءتهم البينة — وقال صلى الله عليه وسلم «افترقت بنو إسرائيل على اثنتين وسبعين فرقة وستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة» فتح (قوله إذ الأحوال ثلاثة الخ) لأن حقيقة المتبايعين المشتغلان بأمر البيع لامن تم البيع بينهما وانقضى ، لأنه مجاز والمتشاغلان يعني المتساومين يصدق عند إيجاب أحدهما قبل قبول الآخر أنهما متبايعان ، فيكون ذلك هو المراد وهذا هو خيار القبول ، وهذا حمل إبراهيم النخعي رحمه الله تعالى. لايقال هذا أيضا مجاز ، لأن الثابت قبل قبول الآخر بائع واحد لامتبايعان : لأنا نقول هذا من المواضع التي تصدق الحقيقة فيها بجزء من معنى اللفظ ، ولأنا نفهم من قول القائل زيد وعمرو هناك يتبايعان على وجه التبادر إلا أنهما(١) مشتغلان بأمر البيع متراضيان فيه فليكن هو المعنى الحقيقي ، والحمل على الحقيقي متعين فيكون الحديث لنفي توهم أنهما إذا اتفقا على الثمن وتراضيا عليه ثم أوجب أحدهما البيع يلزم الآخر من غير أن يقبل ذلك أصلا للاتفاق والتراضي السابق على أن السمع والقياس معضدان للمذهب ، أما السمع فقوله تعالى — ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود — وهذا عقد قبل التخيير وقوله تعالى — لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم — وبعد الإيجاب والقبول تصدق تجارة عن تراض من غير توقف على التخيير فقد أباح الله تعالى أكل المشتري قبل التخيير ، وقوله تعالى — وأشهدوا إذا تبايعتم — أمر بالتوثق بالشهادة حتى لايقع التجاحد والبيع يصدق قبل الخيار بعد الإيجاب والقبول ، فلو ثبت الخيار وعدم اللزوم قبله كان إبطالا لهذه النصوص وأما القياس فعلى النكاح والخلع والعتق والكتابة كل منها عقد معاوضة يتم بلا خيار المجلس بمجرد اللفظ الدال على الرضا فكذا البيع وتمامه في المنح والفتح ط (قوله مجاز الأول) أي باعتبار مايئول إليه عاقبته ط عن المنح مثل — إني أراني أعصر خمرا — (قوله مجاز الكون) أي باعتبار ماكان عليه من قبل مثل — وآتوا اليتامى أموالهم —

---

(١) (قوله إلا أنهما الخ) لعل الصواب إسقاط إلا أو زيادة لا قبل أوله تفهم تأمل اه مصححه

(وشرط لصحته معرفة قدر) مبيع وثمن (ووصف ثمن)

(قوله وشرط لصحته معرفة قدر مبيع وثمن) كـكر حنطة وخمسة دراهم أو أكرار حنطة فخرج مالو كان قدر المبيع مجهولا أى جهالة فاحشة ، فإنه لايصح وقيدنا بالفاحشة لما قالوه لو باعه جميع مافى هذه القرية أو هذه الدار والمشترى لايعلم مافيها لايصح لفحش الجهالة أما لو باعه جميع مافى هذا البيت ، أو الصندوق ، أو الجوالق ، فإنه يصح ، لأن الجهالة يسيرة قال فى القنية : إلا إذا كان لايحتاج معه إلى التسليم والتسلم ، فإنه يصح بدون معرفة قدر المبيع ، كمن أقر أن فى يده متاع فلان غصبا أو وديعة ثم اشتراه جاز وإن لم يعرف مقداره اهـ ومعرفة الحدود تغنى عن معرفة المقدار ، ففى البزازية : باعه أرضا وذكر حدودها لاذرعها طولا وعرضا ، جاز وكذا إن لم الحدود ، ولم يعرفه المشترى إذا لم يقع بينهما تجاحد ، وفيها جهل البائع معرفة المبيع لايمنع وجهل المشترى يمنع اهـ وعلى هذا تفرع مافى القنية : لك فى يدى أرض خربة لاتساوى شيئا فى موضع كذا فبعها منى بستة دراهم ، فقال بعتها ، ولم يعرفها البائع وهى تساوى أكثر من ذلك جاز ولم يكن ذلك بيع المجهول(١) لأنه لما قال لك فى يدى أرض صار كأنه قال : أرض كذا وفى المجمع لو باعه نصيبه من دار فعلم العاقدين شرط أى عند الإمام ، ويجيزه أى أبو يوسف مطلقا وشرط أى محمد علم المشترى وحده وفى الخانية : اشترى كذا كذا قربة من ماء الفرات : قال أبو يوسف : إن كانت القربة بعينها جاز لمكان التعامل ، وكذا الرواية والجرة وهذا استحسان وفى القياس لايجوز إذا كان لايعرف قدرها ، وهو قول الإمام وخرج أيضا مالو كان الثمن مجهولا كالبيع بقيمته أو برأس ماله أو بما اشتراه أو بمثل مااشتراه فلان ، فإن علم المشترى بالقدر فى المجلس جاز ومنه أيضا مالو باعه بمثل مايبيع الناس إلا أن يكون شيئا لايتفاوت نهر (قوله ووصف ثمن) لأنه إذا كان مجهول الوصف تتحقق المنازعة فالمشترى يريد دفع الأدون والبائع يطلب الأرفع فلا يحصل مقصود شرعية العقد نهر .

[تنبيه] ظاهر كلامه كالـكنز يعطى أن معرفة وصف المبيع غير شرط ، وقد نفى اشتراطه فى البدائع فى المبيع والثمن وظاهر الفتح إثباته فيهما ، ووفق فى البحر بحمل مافى البدائع على المشار إليه أو إلى مكانه ، وما فى الفتح على غيره لـكن حقق فى النهر أن مافهمه من الفتح وهم فاحش ، لأن كلام الفتح فى الثمن فقط .

قلت : وظاهره الاتفاق على اشتراط معرفة القدر فى المبيع والثمن ، وإنما الخلاف فى اشتراط الوصف فيهما وللعلامة الشرنبلالى رسالة سماها : نفيس المتجر بشراء الدرر ، حقق فيها أن المبيع المسمى جنسه ، لاحاجة فيه إلى بيان قدره ولا وصفه ولو غير مشار إليه أو إلى مكانه لأن الجهالة المانعة من الصحة تنتفى بثبوت خيار الرؤية لأنه إذا لم يوافقه يرده فلم تكن الجهالة مفضية إلى المنازعة واستدل على ذلك بفروع صححوا فيها البيع بدون بيان قدر ولا وصف منها ماقدمناه من صحة(٢) بيع جميع مافى هذا البيت أو الصندوق ، وشراء مافى يده من غصب

---

(١) (جاز ولم يكن ذلك بيع المجهول) قال الخير الرملى لم يذكر خيار الغبن للبائع ولا شك أن له ذلك على ما عليه الفتوى حيث كان الغبن فاحشا للتغرير وقد أفتيت به فى مثل ذلك مرارا والله سبحانه أعلم اهـ .

قلت : وبه صرح فى الحاوى اهـ منه .

(٢) (قوله منها ما قدمناه من صحة الخ) فيه أن الجهالة فى بيع مافى البيت أو الصندوق يسيرة لا تفضى إلى المنازعة والمقصود إثبات جهالة فاحشة وقوله : وشراء ما فى يده من غصب أو وديعة هذا أيضا لا يصلح دليلا للمدعى لأن الجهالة فيه لم تعتبر لعدم الحاجة إلى التسليم والتسلم والمدعى وجود جهالة فيما يحتاج فيه إلى التسليم والتسلم على أن الجهالة المفضية إلى المنازعة إنما هى جهالة المشترى قدر المبيع وليست موجودة هنا حيث كان المبيع فى يده وقوله : وبيع الأرض مقتصرا على ذكر حدودها فيه أيضا أن القدر إنما يعتبر فى المقدرات الشرعية والعقارات لم يعتبر فيها الشرع سوى التحديد وقد وجد وبالجملة إذا تأملت جميع ماساقه خرج جميعه عن الصلاحية للاستدلال به على مدعاه اهـ .

كصرى أو دمشق (غير مشار) إليه (لا) يشترط ذلك فى (مشار إليه) لنفي الجهالة بالإشارة مالم يكن ربويا قوبل بجنسه

أو وديعة ، وبيع الأرض مقتصرا على ذكر حدودها وشراء الأرض الخربة المارة عن القنية . ومنها : ماقالوا لو قال بعتك عبيدى وليس له إلا عبد واحد صح ، بخلاف بعتك عبدا بدون إضافة ، فإنه لايصح فى الأصح . ومنها : لو قال بعتك كرّا من الحنطة ، فإن لم يكن كل الكر فى ملكه بطل ولو بعضه فى ملكه بطل فى المعدوم وفسد فى الموجود ، ولو كله فى ملكه لكن فى موضعين أو من نوعين مختلفين ، لايجوز ولو من نوع واحد فى موضع واحد جاز وإن لم يضف البيع إلى تلك الحنطة ، وكذا لو قال بعتك مافى كمى فعامتهم على الجواز وبعضهم على عدمه وأول قول الكنز ولابد من معرفة قدر ووصف ثمن ، بأن لفظ قدر غير منون مضافا لما بعده من الثمن مثل قول العرب : بعتك بنصف وربع درهم :

قلت : ماذكره من الاكتفاء بذكر الجنس عن ذكر القدر والوصف يلزم عليه صحة البيع فى نحو : بعتك حنطة بدرهم ولا قائل به ، ومثله بعتك عبدا أو دارا وما قاله من انتفاء الجهالة بثبوت خيار الرؤية مدفوع بأن خيار الرؤية قد يسقط برؤية بعض المبيع ، فتبقى الجهالة المفضية إلى المنازعة وكذا قد يبطل خيار الرؤية قبلها ، بنحو بيع ، أو رهن لما اشتراه كما سيأتى بيانه فى بابها ولذا قال المصنف هناك : صح البيع والشراء لما لم يرياه ، والإشارة إليه أو إلى مكانه شرط الجواز اه فأفاد أن انتفاء الجهالة بهذه الإشارة شرط جواز أصل البيع ، ليثبت بعده خيار الرؤية . نعم : صحح بعضهم الجواز بدون الإشارة المذكورة ، لكنه محمول على ما إذا حصل انتفاء الجهالة بدونها ولذا قال فى النهاية هناك : صح شراء مالم يره يعنى شيئا مسمى موصوفا أو مشارا إليه أو إلى مكانه وليس فيه غيره بذلك الاسم اه وقال فى العناية قال صاحب الأسرار لأن كلامنا فى عين هى بحالة لو كانت الرؤية حاصلة لكان البيع جائزا اه وفى حاوى الزاهدى : باع حنطة قدرا معلوما ، ولم يعينها لابالإشارة ، ولا بالوصف لايصح اه هذا والذى يظهر من كلامهم تفريعا وتعليلا أن المراد بمعرفة القدر ، والوصف ماينفى الجهالة الفاحشة وذلك بما يخصص المبيع عن أنظاره ، وذلك بالإشارة إليه لو حاضرا فى مجلس العقد ، وإلا فببيان مقداره مع بيان وصفه او من المقدرات ، كبعتك كرّ حنطة بلدية مثلا بشرط كونه فى ملكه ، أو ببيان مكانه الخاص كبعتك مافى هذا البيت ، أو مافى كمى أو بإضافته إلى البائع كبعتك عبدى ، ولا عبد له غيره ، أو ببيان حدود أرض ففى كل ذلك تنتفى الجهالة الفاحشة عن المبيع ، وتبقى الجهالة اليسيرة التى لاتنافى صحة البيع لارتفاعها بثبوت خيار الرؤية فإن خيار الرؤية إنما يثبت بعد صحة البيع لرفع تلك الجهالة اليسيرة لالرفع الفاحشة المنافية لصحته فاغتنم تحقيق هذا المقام بما يرفع الظنون والأوهام ، ويندفع به التناقض واللوم عن عبارات القوم (قوله كصرى أو دمشق) ونظيره إذا كان الثمن من غير النقود كالحنطة لابد من بيان قدرها ووصفها ككر حنطة بحيرية أو صعيدية كما أفاده الكمال وحققه فى النهر (قوله غير مشار إليه) أى إلى ماذكر من المبيع والثمن قال فى البحر : لأن التسليم والتسلم واجب بالعقد ، وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز اه (قوله لايشترط ذلك فى مشار إليه) قال فى البحر : وقوله غير مشار إليه قيد فيهما ، لأن المشار إليه مبيعا كان أو ثمنا لايحتاج إلى معرفة قدره ، ووصفه فلو قال : بعتك هذه الصبرة من الحنطة أو هذه الكورجة من الأرز والشاشات : وهى مجهولة العدد بهذه الدراهم التى فى يدك : وهى مرئية له فقبل جاز ولزم ، لأن الباقى جهالة الوصف يعنى القدر ، وهو لايضر إذ لايمنع من التسليم والتسلم اه (قوله مالم يكن) أى المشار إليه ربويا قوبل

أو سلما اتفاقا أو رأس مال سلم لو مكيلا أو موزونا خلافا لهما كما سيجيء ٥

[فرع] لو كان الثمن فى صرة ولم يعرف مافيها من خارج خير ويسمى خيار الكمية لاخيار الرؤية لعدم ثبوته فى النقود فتح (وصح بثمن حال) وهو الأصل (ومؤجل إلى معلوم) لئلا يفضى إلى النزاع

بجنسه أى وبيع مجازفة مثل بعتك هذه الصبرة من الحنطة بهذه الصبرة . قال فى البحر : فإنه لايصح لاحتمال الربا واحتماله مانع كحقيقته (قوله أو سلما) أراد به المسلم فيه بقرينة مابعده لكنه لاحاجة لذكره ، لأن المسلم فيه مؤجل غير حاضر فلا يصح أن يكون مشارا إليه والكلام فيه (قوله لو مكيلا أو موزونا) فلا تكفى الإشارة إليه كما فى مذروع وحيوان خلافا لهما لأنه ربما لايقدر على تحصيل المسلم فيه ، فيحتاج إلى رد رأس المال وقد ينفق بعضه ثم يجد باقيه معيبا فيرده ولا يستبدله رب السلم فى مجلس الرد فينفسخ العقد فى المردود ، ويبقى فى غيره فتلزم جهالة المسلم فيه فيما بقى فوجب بيانه كما سيجىء فى باب السلم (قوله خير) أى البائع والذى فى الفتح والبحر عدم التخيير وعبارة الفتح ولو قال : اشتريتها بهذه الصرة من الدراهم ، فوجد البائع مافيها بخلاف نقد البلد ، فله أن يرجع بنقد البلد لأن مطلق الدراهم فى البيع ينصرف إلى نقد البلد وإن وجدها نقد البلد جاز ، ولا خيار للبائع بخلاف مالو قال اشتريت بما فى هذه الخابية . ثم رأى الدراهم التى كانت فيها كان له الخيار وإن كانت نقد البلد ، لأن الصرة يعرف مقدار مافيها من خارجها . وفى الخانية لايعرف ذلك من الخارج فكان له الخيار ويسمى هذا الخيار خيار الكمية لاخيار الرؤية لأن خيار الرؤية لايثبت فى النقود اه ط (قوله وصح بثمن حال) بتشديد اللام قال فى المصباح : حل الدين يحل بالكسر حلولا اه قيد بالثمن لأن تأجيل المبيع المعين لايجوز ويفسده بحر .

مطلب فى الفرق بين الأثمان والمبيعات

واعلم أن كلا من النقدين ثمن أبدا والعين الغير المثلى مبيع أبدا ، وكل من المكيل والموزون الغير النقد والعددى المتقارب إن قوبل بكل من النقدين كان مبيعا ، أو قوبل بعين فإن كان ذلك المكيل والموزون المتقارب متعينا كان مبيعا أيضا ، وإن كان غير متعين فإن دخل عليه حرف الباء مثل اشتريت هذا العبد بكر حنطة كان ثمنا وإن استعمل استعمال المبيع وكان سلما مثل اشتريت منك كر حنطة بهذا العبد ، فلابد من رعاية شرائط السلم غرر الأذكار شرح درر البحار . وسيأتى له زيادة بيان فى آخر الصرف (قوله وهو الأصل) لأن الحلول مقتضى العقد وموجبه والأجل لايثبت إلا بالشرط بحر عن السراج (قوله لئلا يفضى إلى النزاع) تعليل لاشتراط كون الأجل معلوما لأن علمه لايفضى إلى النزاع ، وأما مفهوم الشرط المذكور وهو أنه لايصح إذا كان الأجل مجهولا فعلته كونه يفضى إلى النزاع فافهم : وسيذكر المصنف فى البيع الفاسد بيان الأجل المفسد وغيره .

مطلب فى التأجيل إلى أجل مجهول

[تنبيه] من جهالة الأجل ما إذا باعه بألف على أن يؤدى إليه الثمن فى بلد آخر ، ولو قال إلى شهر على أن يؤدى الثمن فى بلد آخر جاز بألف إلى شهر ، ويبطل الشرط لأن تعيين مكان الإيفاء فيما لا حمل له ولا مؤنة غير صحيح ، فلو له حمل ومؤنة يصح ومنها اشتراط أن يعطيه الثمن(١) على التفاريق أو كل أسبوع البعض ، فإن لم يشرط فى البيع بل ذكر بعده لم يفسد ، وكان له أخذ الكل جملة وتمامه فى البحر وقوله لم يفسد أى البيع فيه

(١) (قوله ومنها اشتراط أن يعطيه الثمن الخ) أى أن بهذه الألفاظ المبهمة أى لفظ التفاريق ولفظ البعض اه .

ولو باع مؤجلا صرف لشهر به يفتى ولو اختلفا فى الأجل فالقول لنافيه إلا فى السلم به يفتى ولو فى قدره فلمدعى الأقل والبينة فيهما للمشترى ولو فى مضيه فالقول والبينة للمشترى ويبطل الأجل بموت المديون لا الدائن .

[فروع] باع بحال ثم أجله أجلا معلوما أو مجهولا كنيروز وحصاد صار مؤجلا منية.

كلام يأتى قريبا (قوله ولو باع مؤجلا) أى بلا بيان مدة بأن قال بعتك بدرهم مؤجل (قوله صرف لشهر) كأنه لأنه المعهود فى الشرع فى السلم واليمين فى ليقضين دينه آجلا بحر (قوله به يفتى) وعند البعض لثلاثة أيام بحر عن شرح المجمع .

قلت : ويشكل على القولين أن شرط صحة التأجيل أن يعرفه العاقدان ولذا لم يصح البيع بثمن مؤجل إلى النيروز والمهرجان وصوم النصارى إذا لم يدره العاقدان كما سيأتى فى البيع الفاسد وكذا لو عرفه أحدهما دون الآخر فتأمل (قوله فالقول لنافيه) وهو البائع لأن الأصل الحلول كما مر (قوله إلا فى السلم) فإن القول لمثبته لأن نافيه يدعى فساده بفقد شرط صحته ، وهو التأجيل ومدعيه يدعى صحته بوجوده والقول لمدعى الصحة ط (قوله فلمدعى الأقل) لانكاره الزيادة ح (قوله والبينة فيهما) أى فى المسألتين للمشترى لأنه يثبت خلاف الظاهر والبينات للإثبات ح (قوله فالقول والبينة للمشترى) لأنهما لما اتفقا على الأجل فالأصل بقاؤه فكان القول للمشترى فى عدم مضيه ، ولأنه منكر توجه المطالبة وهذا ظاهر وأما تقديم بينته على بينة البائع فعلله فى البحر عن الجوهرة بأن البينة مقدمة على الدعوى اهـ ، وهو مشكل ، فإن شأن البينة إثبات خلاف الظاهر ، وهو هنا دعوى البائع على أن بينة المشترى على عدم المضى شهادة على النفى ، وقد يجاب عن الثانى بأنه إثبات فى المعنى ، لأن المعنى أن الأجل باق تأمل ، وحينئذ فوجه تقديم بينته كونها أكثر إثباتا ويدل له ما سيأتى فى السلم من أنهما لو اختلفا فى مضى الأجل فالقول للمسلم إليه بيمينه ، وإن برهنا فبينته أولى وعلله فى البحر بإثباتها زيادة الأجل قال فالقول قوله والبينة بينته هذا ، ولم يذكر الاختلاف فى الثمن أو فى المبيع ، لأنه سيأتى فى كتاب الدعوى فى فصل دعوى الرجلين (قوله ويبطل الأجل بموت المديون) لأن فائدة التأجيل أن يتجر فيؤدى الثمن من نماء المال فإذا مات من له الأجل تعين المتروك لقضاء الدين ، فلا يفيد التأجيل بحر عن شرح المجمع ، وصرح قبله بأنه لو مات البائع لا يبطل الأجل (قوله أو مجهولا) أى جهالة يسيرة بدليل التمثيل فيخرج مالو أجله إلى أجل مجهول جهالة فاحشة كهبوب الريح (قوله صار مؤجلا) كذا جزم به المصنف فى باب البيع الفاسد كما سيأتى متنا ، وذكره فى الهداية أيضا وكذا فى الزيلعى ومتن الملتقى والدرر وغيرها ، وعزاه فى التتارخانية إلى الكافى ، وفى الخانية : رجل باع شيئا بيعا جائزا وأخرج الثمن إلى الحصاد أو الدياس ، قال يفسد البيع فى قول أبى حنيفة ، وعن محمد أنه لا يفسد البيع ويصح التأخير لأن التأخير بعد البيع تبرع ، فيقبل التأجيل إلى الوقت المجهول ، كما لو كفل بمال إلى الحصاد أو الدياس وقال القاضى الإمام أبو على النسفى : هذا يشكل بما إذا أقرض رجلا ، وشرط فى القرض أن يكون مؤجلا لا يصح التأجيل ، ولو أقرض ثم أخر لا يصح أيضا فكان الصحيح من الجواب ، ما قال الشيخ الإمام إنه يفسد البيع ، سواء أجله إلى هذه الأوقات فى البيع أو بعده اهـ :

قلت : وهذا تصحيح لخلاف ما قدمناه عن الهداية وغيرها وفيه بحث فإن إلحاق البيع بالقرض غير ظاهر ، بدليل أن القرض لا يصح تأجيله أصلا ، وإن كان الأجل معلوما وتأجيل البيع إلى أجل معلوم صحيح اتفاقا على أنه ذكر فى التاسع والثلاثين من جامع الفصولين الشرط الفاسد لو ألحق بعد العقد هل يلتحق بأصل العقد عند أبى حنيفة قيل

له ألف من ثمن مبيع فقال أعط كل شهر مائة فليس بتأجيل بزازية :
عليه ألف ثمن جعله ربه نجوما إن أخل بنجم حل الباقي فالأمر كما شرط ملتقط ، وهي كثيرة الوقوع :
قلت : ومما يكثر وقوعه مالو اشترى بقطع رائجة فكسدت بضرب جديدة يجب قيمتها يوم البيع من الذهب لاغير إذ لايمكن الحكام الحكم بمثلها لمنع السلطان منها ، ولا يدفع قيمتها من الفضة الجديدة لأنها مالم يغلب غشها فجيدها ورديؤها سواء إجماعا

نعم وقيل: لاهو الصحيح اه ثم قال بعده: استأجر أرضا وشرط تعجيل الأجرة (١) . إلى الحصاد أو الدياس يفسد العقد ولو لم يشرطه في العقد بل بعده لايفسد كما في البيع فإن الرواية محفوظة أنه لو باع مطلقا ثم أجل الثمن إلى حصاد ودياس لايفسد ويصح الأجل اه :

[تنبيه] علم مما مر أن الآجال عن ضربين : معلومة ، ومجهولة ، والمجهولة على ضربين : متقاربة كالحصاد ومتفاوتة : كهبوب الريح فالثمن العين يفسد بالتأجيل ، ولو معلوما والدين لايجوز لمجهول ، لكن لو جهالته متقاربة وأبطله المشتري قبل محله وقبل فسخه للفساد انقلب جائزا لا لو بعد مضيه أمالو متفاوتة وأبطله المشتري قبل التفرق انقلب جائزا كما في البحر عن السراج ، هذا وذكر الشارح في البيع الفاسد عن العيني مايوهم أن الأخير لاينقلب جائزا وليس كذلك فافهم . ونقل الشارح هناك تبعا للمصنف عن ابن كمال وابن ملك أن إبطاله قبل التفرق شرط في المجهول جهالة متقاربة كالحصاد وهو خطأ كما سنبينه هناك إن شاء الله تعالى (قوله فليس بتأجيل) لأن مجرد الأمر بذلك لايستلزم التأجيل تأمل (قوله إن أخل بنجم) حال من فاعل جعله بتقدير القول أى جعله ربه نجوما قائلا إن أخل الخ اه ح :

مطلب مهم في أحكام النقود إذا كسدت أو انقطعت أو غلت أو رخصت

(قوله قلت ومما يكثر وقوعه الخ) اعلم أنه إذا اشترى بالدراهم التي غلب غشها أو بالفلوس ولم يسلمها للبائع ثم كسدت بطل البيع والانقطاع عن أيدي الناس كالكساد ويجب على المشتري رد المبيع لو قائما ومثله أو قيمته لوهالكا ، وإن لم يكن مقبوضا فلا حكم لهذا البيع أصلا وهذا عنده وعندهما لايبطل البيع ، لأن المتعذر التسليم بعد الكساد ، وذلك لايوجب الفساد لاحتمال الزوال بالرواج لكن عند أبي يوسف تجب قيمته يوم البيع ، وعند محمد يوم الكساد وهو آخر ماتعامل الناس بها وفي الذخيرة الفتوى على قول أبي يوسف ، وفي المحيط والتتمة والحقائق وبقول محمد يفتى رفقا بالناس اه والكساد : أن تترك المعاملة بها في جميع البلاد ، فلو في بعضها لايبطل لكنه تتعيب إذا لم ترج في بلدهم ، فيتخير البائع إن شاء أخذه وإن شاء أخذ قيمته وحد الانقطاع أن لايوجد في السوق وإن وجد في يد الصيارفة والبيوت هكذا في الهداية والانقطاع كالكساد كما في كثير من الكتب لكن قال في المضمرات فإن انقطع ذلك فعليه من الذهب والفضة قيمته في آخر يوم القطع هو المختار اه هذا إذا كسدت وانقطعت أما إذا غلت قيمتها أو انتقصت فالبيع على حاله ولا يتخير المشتري ، ويطالب بالنقد بذلك العيار الذي كان وقت البيع كذا في فتح القدير . وفي البزازية عن المنتقى غلت الفلوس أو رخصت فعند الإمام الأول والثاني أولا ليس عليه غيرها وقال الثاني ثانيا عليه قيمتها من الدراهم يوم البيع والقبض وعليه الفتوى ، وهكذا في الذخيرة

---

(١) قوله (تعجيل الأجرة) هكذا بخطه ولعل صوابه تأجيل الأجرة بدليل قوله إلى الحصاد الخ وبدليل التنظير بالبيع في قوله كما في البيع الخ تأمل اه مصححه .

. . . .

والخلاصة عن المنتقى ، ونقله فى البحر وأقره ، فحيث صرح بأن الفتوى عليه فى كثير من المعتبرات ، فيجب أن يعول عليه إفتاء وقضاء ، ولم أر من جعل الفتوى على قول الإمام هذا خلاصة ماذكره المصنف رحمه الله تعالى فى رسالته : بذل المجهود فى مسألة تغير النقود وفى الذخيرة عن المنتقى إذا غلت الفلوس قبل القبض أو رخصت : قال أبو يوسف ، قولى وقول أبى حنيفة فى ذلك سواء وليس له غيرها ، ثم رجع أبو يوسف وقال عليه قيمتها من الدراهم ، يوم وقع البيع ويوم وقع القبض اهـ وقوله : يوم وقع البيع أى فى صورة البيع وقوله : ويوم وقع القبض أى فى صورة القرض كما نبه عليه فى النهر فى باب الصرف .

وحاصل مامر : أنه على قول أبى يوسف المفتى به لافرق بين الكساد والانقطاع والرخص والغلاء فى أنه تجب قيمتها يوم وقع البيع أو القرض لامثلها ، وفى دعوى البزازية ، من النوع الخامس عشر ، عن فوائد الإمام أبى حفص الكبير استقرض منه دانق فلوس حال كونها عشرة بدانق : فصارت ستة بدانق أو رخص وصار عشرون بدانق يأخذ منه عدد ماأعطى ولا يزيد ولا ينقص اهـ .

قلت : هذا مبنى على قول الإمام ، وهو قول أبى يوسف أولا ، وقد علمت أن المفتى به قوله ثانيا بوجوب قيمتها يوم القرض ، وهو دانق أى سدس درهم سواء صار الآن ستة فلوس بدانق أو عشرين بدانق تأمل ، ومثله ماسيذكره المصنف فى فصل القرض من قوله استقرض من الفلوس الرائجة والعدالى فكسدت فعليه مثلها كاسدة لا قيمتها اهـ فهو على قول الإمام . وسيأتى فى باب الصرف متنا وشرحا اشترى شيئا به أى بغالب الغش ، وهو نافق أو بفلوس نافقة فكسد ذلك قبل التسليم للبائع بطل البيع كما لو انقطعت عن أيدى الناس ، فإنه كالكساد وكذا حكم الدراهم ، لو كسدت أو انقطعت بطل وصححاه بقيمة المبيع وبه يفتى رفقا بالناس بحر وحقائق اهـ ، وقوله : بقيمة المبيع صوابه بقيمة الثمن الكاسد . وفى غاية البيان قال أبو الحسن : لم تختلف الرواية عن أبى حنيفة فى قرض الفلوس إذا كسدت أن عليه مثلها قال بشر : قال أبو يوسف : عليه قيمتها من الذهب يوم وقع القرض فى الدراهم التى ذكرت لك أصنافها ، يعنى البخارية والطبرية واليزيدية وقال محمد : قيمتها فى آخر نفاقها قال القدورى ، وإذا ثبت من قول أبى حنيفة فى قرض الفلوس ماذكرنا فالدراهم البخارية فلوس على صفة مخصوصة والطبرية واليزيدية ، هى التى غلب الغش عليها فتجرى مجرى الفلوس فلذلك قاسها أبو يوسف على الفلوس اهـ ، مافى غاية البيان وماذكره فى القرض جاز فى البيع أيضا ، كما قدمناه عن الذخيرة من قوله يوم وقع البيع الخ .

ثم اعلم أن الذى فهم من كلامهم أن الخلاف المذكور ، إنما هو فى الفلوس والدراهم الغالبة الغش، ويدل عليه أنه فى بعض العبارات اقتصر على ذكر الفلوس . وفى بعضها ذكر العدالى معها وهى كما فى البحر عن البناية بفتح العين المهملة والدال وكسر اللام دراهم فيها غش . وفى بعضها تقييد الدراهم بغالبة الغش، وكذا تعليلهم قول الإمام ببطلان البيع ، بأن الثمنية بطلت بالكساد لأن الدراهم التى غلب غشها إنما جعلت ثمنا بالاصطلاح ، فإذا ترك الناس المعاملة بها بطل الاصطلاح فلم تبق ثمنا فبقى البيع بلا ثمن فبطل، ولم أر من صرح بحكم الدراهم الخالصة أو المغلوبة الغش، سوى ما أفاده الشارح هنا .. وينبغى أنه لاخلاف فى أنه لايبطل البيع بكسادها ، ويجب على المشترى مثلها فى الكساد ، والانقطاع والرخص والغلاء أما عدم بطلان البيع ، فلأنها ثمن خلقة فترك المعاملة بها لايبطل ثمنيتها فلا يتأتى تعليل البطلان المذكور ، وهو بقاء البيع بلا ثمن . وأما وجوب مثلها وهو ماوقع عليه العقد كمائة ذهب

أما ماغلب غشه ففيه الخلاف ، كما سيجئ في فصل القرض فتنبه وبه أجاب سعدى أفندى وهذا إذا بيع بثمن دين فلو بعين فسد فتح و (بخلاف جنسه ولم يجمعهما قدر) لما فيه من ربا النساء كما سيجئ في بابه (و) الأجل (ابتداؤه من وقت التسليم) ولو فيه خيار

مشخص ، أو مائة ريال فرنجي فلبقاء ثمنيتها أيضا وعدم بطلان تقومها وتمام بيان ذلك في رسالتنا تنبيه الرقود في أحكام النقود ، وأما ماذكره الشارح من أنه تجب قيمتها من الذهب فغير ظاهر لأن مثليتها ، لم تبطل فكيف يعدل إلى القيمة ، وقوله إذا لم يمكن الخ فيه نظر لأن منع السلطان التعامل بها في المستقبل لايستلزم منع الحاكم من الحكم على شخص بما وجب عليه منها في الماضي . وأما قوله : ولا يدفع قيمتها من الجديدة ، فظاهر وبيانه أن كسادها عيب فيهاعادة ،لأن الفضة الخالصة إذا كانت مضروبة رائجة تقوم بأكثر من غيرها ،فإذا كانت العشرة من الكاسدة تساوى تسعة من الرائجة مثلا فإن ألزمنا المشترى بقيمتها وهو تسعة من الجديدة يلزم الربا ،وإن ألزمناه بعشرة نظرا إلى أن الجودة والرداءة في باب الربا غير معتبرة يلزم ضرر المشترى ، حيث ألزمناه بأحسن مما التزم فلم يمكن إلزامه بقيمتها من الجديدة ، ولا بمثلها منها فتعين إلزامه بقيمتها من الذهب ، لعدم إمكان إلزامه بمثلها من الكاسدة أيضا لما علمت من منع الحكام منه ، لكن علمت مافيه هذا ماظهر لى في هذا المقام والله سبحانه وتعالى أعلم . وبقى مالو وقع الشراء بالقروش كما هوعرف زماننا ويأتى الكلام عليه قريبا (قوله أما ماغلب غشه الخ) أفاد أن كلامه السابق فيما كان خاليا عن الغش أو كان غشه مغلوبا ، وأنه لاخلاف فيه على مايفهم من كلامهم كما قررناه آنفا (قوله كما سيجىء في فصل القرض) صوابه في باب الصرف كما علم مماقدمناه (قوله وهذا) أى ماذكره في المتن من صحة البيع بثمن مؤجل إلى معلوم (قوله بثمن دين الخ) أراد بالدين مايصح أن يثبت في الذمة سواء كان نقدا أو غيره ، وبالعين ماقابله فيدخل في الدين الثوب الموصوف بما يعرفه لقوله في الفتح وغيره : إن الثياب كما تثبت مبيعا في الذمة بطريق السلم تثبت دينا مؤجلا في الذمة على أنها ثمن ، وحينئذ يشترط الأجل لا لأنها ثمن بل لتصير ملحقة بالسلم في كونها دينا في الذمة فلذا قلنا إذا باع عبدا بثوب موصوف في الذمة إلى أجل جاز ، ويكون بيعا في حق العبد حتى لايشترط قبضه في المجلس بخلاف مالو أسلم الدراهم في الثوب ، وإنما ظهرت أحكام المسلم فيه في الثوب حتى شرط فيه الأجل وامتنع بيعه قبل قبضه لإلحاقه بالمسلم فيه اهـ . فافهم (قوله وبخلاف جنسه) عطف على قوله بثمن دين ، وفي بعض النسخ أو بدل الواو والأولى أولى لأن الشرط كل منهما لا أحدهما كما أفاده ط وقوله : ولم يجمعهما قدر جملة حالية والقدر كيل أو وزن ، وذلك كبيع ثوب بدراهم واحترز عما لو كان بجنسه وجمعهما قدر ككر برّ بمثله أو كان بجنسه ، ولم يجمعهما قدر كثوب هروى بمثله أو كان بخلاف جنسه وجمعهما قدر ككر برّ بكر شعير فإنه لايصح التأجيل لما فيها من ربا النساء فقول الشارح : لما فيه من ربا النساء بالفتح أى التأخير تعليل لمفهوم المتن ، وهو عدم صحة التأجيل في الصور الثلاثة أفاده ح .

قلت : بقى شرط آخر وهو أن لايكون المبيع الكيلى أو الوزنى هالكا ، فقد ذكر الخير الرملى أول البيوع عن جواهر الفتاوى له على آخر حنطة غير السلم فباعها منه بثمن معلوم إلى شهر لايجوز ،لأنه بيع الكالىء بالكالىء وقد نهينا عنه وإن باعها ممن عليه ونقد المشترى الثمن في المجلس جاز فيكون دينا بعين اهـ وذكر المسألة في المنح قبيل باب الربا ، ومثله كل مكيل وموزون وكالبيع الصلح ففي الثلاثين من جامع الفصولين ،ولو غصب كر برّ فصالحه وهو قائم على دراهم مؤجلة جاز ، وكذا الذهب والفضة وسائر الموزونات ، ولو صالحه على كيل مؤجل لم يجز

فلذ سقوط الخيار عنده خالية (وللمشترى) بثمن مؤجل إلى سنة منكرة (أجل سنة ثانية) مذ تسلم (لمنع البائع السلعة) عن المشترى (سنة الأجل) المنكرة تحصيلا لفائدة التأجيل فلو معينة أو لم يمنع البائع من التسليم لااتفاقا لأن التقصير منه (و) الثمن المسمى قدره لاوصفه (ينصرف مطلقه إلى غالب نقد البلد) بلد العقد مجمع الفتاوى لأنه المتعارف (وإن اختلفت النقود مالية) كذهب شربفى وبندقى (فسد العقد مع الاستواء فى رواجها

إذ الجنس بإنفراده يحرم النساء ، ولوكان البرهالكا لم يجز الصلح على شىء من هذا نسيئة ، لأنه دين بدين إلا إذا صالح على بر مثله ، أو أقل منه مؤجلا جاز لأنه عين حقه والحط جائز لالو على أكثر للربا والصلح على بعض حقه فى الكيلى والوزنى حال قيامه لم يجز اه وفى البزازية الحيلة فى جواز بيع الحنطة المستهلكة بالنسيئة ، أن يبيعها بثوب ويقبض الثوب ثم يبيعه بدراهم إلى أجل اه :

أقول : وتجرى هذه الحيلة فى الصلح أيضا وهى واقعة الفتوى ويكثر وقوعها اه (قوله فلذ سقوط الخيار عنده) أى عند أبى حنيفة لأن ذلك وقت استقرار البيع (قوله مذ تسلم) متعلق بأجل (قوله لمنع) اللام للتعليل ، أو للتوقيت متعلقة بما تعلق به قوله وللمشترى (قوله تحصيلا لفائدة التأجيل) وهى التصرف فى المبيع وإيفاء الثمن من ربحه مثلا (قوله فلو معينة) كسنة كذا ومثله إلى رمضان مثلا (قوله لأن التقصير منه) تعليل للثانية ، أما الأولى فلكونه لما عين تعين حقه فيما عينه فلا يثبت فى غيره (قوله والثمن المسمى قدره لاوصفه) لما كان قول المصنف ينصرف مطلقه موهما أن المراد بالمطلق ، مالم يذكر قدره ولا وصفه بقرينة قوله أولا وشرط لصحته معرفة قدر ووصف ثمن دفع ذلك بأن المراد المطلق عن تسمية الوصف فقط :

مطلب يعتبر الثمن فى مكان العقد وزمنه

(قوله مجمع الفتاوى) فإنه قال معزيا إلى بيوع الخزانة باع عينا من رجل بأصفهان بكذا من الدنانير فلم ينقد الثمن حتى وجد المشترى ببخارى يجب عليه الثمن بعيار أصفهان ، فيعتبر مكان العقد اه منح .

قلت : وتظهر ثمرة ذلك إذا كانت مالية الدينار مختلفة فى البلدين ، وتوافق العاقدان على أخذ قيمة الدينار لفقده أو كساده فى البلدة الأخرى ، فليس للبائع أن يلزمه بأخذ قيمته التى فى بخارى إذا كانت أكثر من قيمته التى فى أصبهان وكما يعتبر مكان العقد يعتبر زمنه أيضا كما يفهم مما قدمناه فى مسألة الكساد والرخص فلا يعتبر زمن الإيفاء : لأن القيمة فيه مجهولة وقت العقد وفى البحر عن شرح المجمع او باعه إلى أجل معين وشرط أن يعطيه المشترى أى نقد يروج يومئذ كان البيع فاسدا (قوله كذهب شربفى وبندقى) فإنهما اتفقا فى الرواج لكن مالية أحدهما أكثر فإذا باع بمائة ذهب مثلا ، ولم يبين صفته فسد للتنازع ، لأن البائع يطلب الأكثر مالية والمشترى يدفع الأقل (قوله مع الاستواء فى رواجها) أما إذا اختلفت رواجا مع اختلاف ماليتها أو بدونه فيصح ، وينصرف إلى الأروج وكذا يصح لو استوت مالية ورواجا ، لكن يخير المشترى بين أن يؤدى أيهما شاء .

والحاصل : أن المسألة رباعية وأن الفساد فى صورة واحدة : وهى الاختلاف فى المالية فقط ، والصحة فى الثلاث الباقية كما بسطه فى البحر ، ومثل فى الهداية مسألة الاستواء فى المالية والرواج بالثنائى والثلاثى ، واعترضه الشراح بأن مالية الثلاثة أكثر من الإثنين وأجاب فى البحر ، بأن المراد بالثنائى ما قطعتان منه بدرهم وبالثلاثى ما ثلاثة منه بدرهم :

مطلب مهم فى حكم الشراء بالقروش فى زماننا

قلت : وحاصله : أنه إذا اشترى بدرهم فله دفع درهم كامل أو دفع درهم مكسر قطعتين ، أو ثلاثة حيث تساوى الكل فى المالية والرواج ومثله فى زماننا الذهب يكون كاملا ونصفين وأربعة أرباع وكلها سواء فى المالية والرواج ، بل ذكر فى القنية فى باب المتعارف بين التجار كالمشروط برمزعت باع شيئا بعشرة دنانير واستقرت العادة فى ذلك البلد أنهم يعطون كل خمسة أسداس ، مكان الدينار ، واشتهرت بينهم فالعقد ينصرف إلى ماتعارفه الناس فيما بينهم فى تلك التجارة ، ثم رمز فك جرت العادة فيما بين أهل خوارزم ، أنهم يشترون سلعة بدينار ثم ينقدون ثلثى دينار محمودية أو ثلثى دينار وطسوج نيسابورية قال: يجرى على المواضعة ولا تبقى الزيادة دينا عليهم اهـ ومثله فى البحر عن التتارخانية ، ومنه يعلم حكم ماتعورف فى زماننا من الشراء بالقروش ، فإن القرش فى الأصل قطعة مضروبة من الفضة تقوم بأربعين قطعة من القطع المصرية المسماة فى مصر نصفا ثم إن أنواع العملة المضروبة تقوم بالقروش ، فمنها مايساوى عشرة قروش ، ومنها أقل ومنها أكثر ، فإذا اشترى بمائة قرش فالعادة أنه يدفع ما أراد إما من القروش ، أو مما يساويها من بقية أنواع العملة من ريال أو ذهب ، ولا يفهم أحد أن الشراء وقع بنفس القطعة المسماة قرشا ، بل هى أو مايساويها من أنواع العملة المتساوية فى الرواج المختلفة فى المالية ، ولا يرد أن صورة الاختلاف فى المالية مع التساوى فى الرواج : هى صورة الفساد من الصور الأربع ، لأنه هنا لم يحصل اختلاف مالية الثمن حيث قدر بالقروش ، وإنما يحصل الاختلاف إذا لم يقدر بها كما لو اشترى بمائة ذهب وكان الذهب أنواعا كلها رائجة ، مع اختلاف ماليتها ، فقد صار التقدير بالقروش فى حكم ما إذا استوت فى المالية والرواج وقد مر أن المشترى يخير فى دفع أيهما شاء قال فى البحر : فلو طلب البائع أحدهما للمشترى دفع غيره لأن امتناع البائع من قبول مادفعه المشتري ولا فضل تعنت اهـ بقى هنا شىء وهو أنا قدمنا أنه على قول أبى يوسف المفتى به : لافرق بين الكساد والانقطاع والرخص والغلاء فى أنه تجب قيمتها يوم وقع البيع أو القرض إذا كانت فلوسا أو غالبة الغش ، وإن كان فضة خالصة أو مغلوبة الغش تجب قيمتها من الذهب ، يوم البيع على ماقاله الشارح ، أو مثلها على مابحثناه وهذا إذا اشترى بالريال أو الذهب ، مما يراد نفسه ، أما إذا اشترى بالقروش المراد بها مايعم الكل كما قررناه ، ثم رخص بعض أنواع العملة أو كلها : واختلفت فى الرخص ، كما وقع مرارا فى زماننا ففيه اشتباه فإنها إذا كانت غالبة الغش ، وقلنا تجب قيمتها يوم البيع ، فهنا لا يمكن ذلك لأنه ليس المراد بالقروش نوع معين (١) من العملة حتى نوجب قيمته وإذا قلنا إن الخيار للمشترى فى تعيين نوع منها كما كان الخيار له قبل أن ترخص ، فإنه كان مخيرا فى دفع أى نوع أراد فإبقاء الخيار له بعد الرخص يؤدى إلى النزاع والضرر فإن خياره قبل الرخص لاضرر فيه على البائع ، أما بعده ففيه ضرر ، لأن المشترى ينظر إلى الأنفع له والأضر على البائع فيختاره ، فإن ما كان يساوى عشرة إذا صار نوع منه بثمانية ونوع منه بثمانية ونصف ، يختار ما صار بثمانية فيدفعه للبائع ، ويحسبه عليه بعشرة كما كان يوم البيع ، وهذا فى الحقيقة دفع مثل ما كان يوم البيع لاقيمته ، لأن قيمة كل نوع تعتبر بغيره ، فحيث لم يمكن دفع القيمة لما قلنا ولزم من إبقاء الخيار للمشترى ، ازوم الضرر(١) للبائع حصل الإشتباه

(١) (قوله نوع معين) هكذا بخطه وصوابه نوعا معينا بالنصب لأنه خبر ليس اهـ مصححه .

(٢) (قوله لزوم الضرر) الأولى حذف قوله لزوم كما لا يخفى اهـ مصححه .

إلا إذا بين) فى المجلس لزوال الجهالة (وصح بيع الطعام) هو فى عرف المتقدمين اسم للحنطة ودقيقها (كيلا وجزافا) مثلث الجيم معرب كزاف المجازفة (إذا كان بخلاف جنسه ولم يكن رأس مال سلم) لشرطية معرفته كما سيجيء (أو كان بجنسه وهو دون نصف صاع) إذ لاربا فيه كما سيجيء (و) من المجازفة البيع (بإناء وحجر لايعرف قدره) قيد فيهما وللمشترى الخيار فيهما نهر وهذا (إذا لم يحتمل) الإناء (النقصان و) الحجر (التفتت) فإن احتملهما لم يجز

فى حكم المسألة كما قلنا ، والذى حررته فى رسالتى : تنبيه الرقود أنه ينبغى أن يؤمر المشترى بدفع المتوسط رخصا لا بالأكثر رخصا ولا بالأقل ، حتى لايلزم اختصاص الضرر به ، ولا بالبائع لكن هذا إذا حصل الرخص لجميع أنواع العملة ، أما لو بقى منها نوع على حاله ، فينبغى أن يقال بالزام المشترى الدفع منه لأن اختياره دفع غيره يكون تعنتا بقصده إضرار البائع مع إمكان غيره ، بخلاف ما إذا لم يمكن بأن حصل الرخص للجميع ، فهذا غاية ما ظهر لى فى هذه المسألة والله سبحانه أعلم (قوله إلا إذا بين فى المجلس) قال فى البحر : فإذا ارتفعت الجهالة ببيان أحدهما فى المجلس ، ورضى الآخر صح لا رتفاع المفسد قبل تقرره فصار كالبيان المقارن (قوله هو فى عرف المتقدمين الخ) كذا قاله فى الفتح : واستدل له بحديث الفطرة كنا نخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام ، أو صاعا من شعير ، لكن قال فى البحر : وفى المصباح الطعام عند أهل الحجاز البر خاصة ، وفى العرف اسم لما يؤكل مثل الشراب اسم لما يشرب وجمعه أطعمة اهـ والمراد به فى كلام المصنف الحبوب كلها لا البر وحده ولا كل مايؤكل بقرينة قوله كيلا وجزافا اهـ (قوله كيلا وجزافا) منصوبان على الحال لأنهما بمعنى اسم الفاعل ، أو المفعول فافهم (قوله مثلث الجيم الخ) أى يجوز فى جيمه الحركات الثلاث فى القاموس الجزاف ، والجزافة مثلثتين ، والمجازفة الحدس فى البيع والشراء معرب كزاف اهـ والحدس الظن والتخمين .

وحاصله مافى المغرب : من أنه البيع والشراء بلا كيل ولاوزن ونقل ط أن شرط جوازه أن يكون مميزا مشارا إليه (قوله إذا كان بخلاف جنسه) أما بجنسه فلا يجوز مجازفة ، لاحتمال التفاضل إلا إذا ظهر تساويهما فى المجلس بحر حتى لو لم يحتمل التفاضل ، كأن باع كفة ميزان من فضة بكفة منها جاز وإن كان مجازفة كما فى الفتح ، والمجازفة فيه بسبب أنه لايعرف قدرها (قوله لشرطية معرفته) لاحتمال أن ينفسخ السلم فيريد المسلم إليه دفع ما أخذ ، ولا يعرف ذلك إلا بمعرفة القدر ط (قوله ومن المجازفة البيع الخ) صرح بأنه من المجازفة ، مع أن ظاهر المتن أنه ليس منها بقرينة العطف : والأصل فيه المغايرة لأنه على صورة الكيل والوزن وليس به حقيقة أفاده فى النهر (قوله وللمشترى الخيار فيهما) أفاد أن البيع جائز غير لازم وهذا الخيار خيار كشف الحال بحر . وفى رواية : لايجوز البيع والأول أصح ، وأظهر كما فى الهداية وأول فى الفتح قوله : لايجوز بأنه لايلزم توفيقا بين الروايتين أى فلا حاجة إلى التصحيح ، لارتفاع الخلاف ، فاعتراض البحر عليه بأنه خلاف ظاهر الهداية غير ظاهر ، وفى البحر عن السراج ويشترط لبقاء عقد البيع على الصحة بقاء الإناء والحجر على حالها فلو تلفا قبل التسليم فسد البيع ، لأنه لايعلم مبلغ ماباعه منه اهـ (قوله وهذا إذا لم يحتمل الإناء النقصان) بأن لاينكبس ولا ينقبض كأن يكون من خشب أو حديد أما إذا كان كالزنبيل والجوالق فلا يجوز إلا فى قرب الماء استحسانا للتعامل نهر (قوله والحجر التفتت) هذا مروى عن أبى يوسف حتى لايجوز بوزن هذه البطيخة ونحوها ، لأنها تنقص بالجفاف وعول بعضهم على ذلك ، وليس بشىء فإن البيع بوزن حجر بعينه لايصح إلا بشرط تعجيل التسليم ، ولا جفاف يوجب نقصانا فى ذلك الزمان ،

كبيعه قدر مايملأ هذا البيت ولو قدر مايملأ هذا الطشت جاز سراج (و) صح (ف) ماسمى (صاع فى بيع صبرة كل صاع بكذا) مع الخيار للمشترى لتفرق الصفقة عليه ، ويسمى خيار التكشف (و) صح (فى الكل إن كيلت فى المجلس لزوال المفسد قبل تقرره أو (سمى جملة قفزانها)

وماقد يعرض من تأخره يوما أو يومين ممنوع بل لايجوز ذلك كما لايجوز فى السلم ، وكل العبارات تفيد تقييدصحة البيع فى ذلك بالتعجيل ، وتمامه فى الفتح قال فى البحر وهو حسن جدا وقواه فى النهر أيضا (قوله كبيعه الخ) عبر فى الفتح وغيره بقوله وعن أبى جعفر باعه من هذه الحنطة قدر مايملأ الطشت جاز ولو باعه قدر مايملأ هذا البيت لايجوز اهـ (قوله وصح فيما سمى) أشار به إلى أن الصاع ليس بقيد حتى لو قال كل صاعين أو كل عشرة بدرهم صح فى اثنين أوعشرة ، وعلى هذا فقول المتن صاع بدل من «ما» بدل بعض من كل وفيه من الخزازة مالايخفى اهـ ح (قوله فى بيع صبرة) هى الطعام المجموع سميت بذلك لافراغ بعضها على بعض ومنه قيل للسحاب فوق السحاب صبير قاله الأزهرى ، وأراد صبرة مشارا إليها كما سيأتى ، وليست قيدا بل كل مكيل أو موزون أو معدود من جنس واحد ، إذا لم تختلف قيمته كذلك نهر وقيد بصبرة احترازا عن صبرتين من جنسين ، كما فى الغرر وقال فى شرحه الدرر : أى لايصح البيع عنده فى القدر المسمى إذا بيع صبرتان من جنسين كصبرتى بر وشعير كل قفيز أوقفيزين بكذا حيث لم يصح البيع عنده فى قفيز واحد لتفاوت الصبرتين ، وعندهما يصح فيهما أيضا وذكر فى المحيط والإيضاح أن العقد يصح على قفيز واحد منهما اهـ وقوله : يصح أى عنده كما فى الكافى وقوله منهما أى من الصبرتين من جنسين أى من كل واحدة لصف قفيز كما نبه عليه شراح الهداية عزمية (قوله كل صاع بكذا) قيل بجر كل بدل من صبرة ، وقيل مبتدأ وخبر والجملة صفة صبرة اهـ أى على تقدير القول أى مقول فيها كل صاع بكذا ويحتمل كون الجملة صفة لبيع وكونها فى محل نصب على الحال باضمار القول أيضا (قوله مع الخيار للمشترى) أى دون البائع نهر . وفى البحر : ولم يذكر المصنف الخيار على قول الإمام ، قالوا وله الخيار فى الواحد كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع ، ثم نقل عن غاية البيان أن لكل منهما الخيار قبل الكيل ، وذلك لأن الجهالة قائمة أو لتفرق الصفقة ثم قال : وصرح فى البدائع بلزوم البيع فى الواحد ، وهذا هو الظاهر وعندهما البيع فى الكل لازم ولا خيار اهـ (قوله لتفرق الصفقة عليه) استشكل على قول الإمام ، لأنه قائل بانصرافه إلى الواحد ، فلا تفريق وأجاب فى المعراج بأن انصرافه إلى الواحد مجتهد فيه ، والعوام لاعلم لهم بالمسائل الاجتهادية ، فلا ينزل عالما فلا يكون راضيا كذا فى الفوائد الظهيرية وفيه نوع تأمل اهـ بحر . ولعل وجه التأمل أنه يلزم عليه أن من علم أن العقد منصرف إلى الواحد لم يثبت له الخيار لعدم تفرق الصفقة عليه ، مع أن كلامهم شامل للعالم وغيره وعن هذا كان الظاهر مامر عن البدائع من لزوم البيع فى الواحد (قوله ويسمى خيار التكشف) أى تكشف الحال بالصحة فى واحد ، وهو من الإضافة إلى السبب ط (قوله إن كيلت فى المجلس) وله الخيار أيضا كما فى الفتح والتبيين والنهر (قوله لزوال المفسد) وهو جهالة المبيع والثمن (قوله قبل تقرره) أى قبل ثبوته بانقضاء المجلس ط (قوله أو سمى جملة قفزانها) وكذا لو سمى ثمن الجميع ولم يبين جملة الصبرة ، كما لو قال بعتك هذه الصبرة بمائة درهم كل قفيز بدرهم ، فإنه يجوز فى الجميع اتفاقا بحر :

والحاصل : أنه إن لم يسم جملة المبيع وجملة الثمن صح فى واحد ، وإن سمى أحدهما صح فى الكل كما لو سمى الكل ويأتى بيان مالو ظهر المبيع أزيد أو أنقص ، وبقى ما إذا باع قفيزا مثلا من الصبرة والظاهر أنه يصح بلا خلاف للعلم بالمبيع ، فهو كبيع الصبرة كل قفيز بكذا إذا سمى جملة قفزانها ولذا أفتى فى الخيرية بصحة المبيع بلا ذكر خلاف

بلا خيار لو عند العقد وبه لو بعده فى المجلس أو بعده عندهما به يفتى فإن رضى هل يلزم البيع بلا رضا البائع ؟ الظاهر نعم نهر (وفسد فى الكل فى بيع ثلة) بفتح فتشديد قطيع الغنم (وثوب كل شاة أو ذراع) لف ونشر (بكذا) وإن علم عدد الغنم فى المجلس ، لم ينقلب صحيحا عنده على الأصح ولو رضيا انعقد بالتعاطى

حيث سئل فيمن اشترى غرائر معلومة من صبرة كثيرة ، فأجاب : بأنه يصح ، ويلزم ولا جهالة مع تسمية الغرائر اه (قوله بلا خيار لو عند العقد) صرح به ابن كمال والظاهر أن التسمية قبل العقد فى مجلسه كذلك (قوله وبه لو بعده الخ) الضمير الأول للخيار والثانى للعقد قال ح : أى وصح فى الكل بالخيار للمشترى لو سمى جملة قفزانها بعد العقد فى المجلس (قوله أو بعده)أى بعد المجلس (قوله عندهما) راجع لقوله أو بعده لكن لا خيار للمشترى فى هذه الصورة عندهما خلافا لما تقتضيه عبارته أفاده ح :

قلت : فكان الأصوب أن يقول لا بعده وصح عندهما وعبارة الملتقى مع شرحه لا يصح لو زالت الجهالة بأحدهما بعد ذلك أى المجلس لتقرر المفسد وقالا يصح مطلقا اه . ولا يخفى أن عدم الصحة عنده إنما هو فيما زاد على صاع ، أما فيه فالصحة ثابتة وإن لم توجد تسمية أصلا كما تفيده عبارة المتن (قوله وبه يفتى) عزاه فى الشرنبلالية إلى البرهان وفى النهر عن عيون المذاهب وبه يفتى ، لا لضعف دليل الإمام بل تيسيرا اه وفى البحر : وظاهر الهداية ترجيح قولهما لتأخيره دليلهما كما هو عادته اه :

قلت : لكن رجح فى الفتح قوله وقوى دليله على دليلهما ، ونقل ترجيحه أيضا العلامة قاسم عن الكافى والمحبوبى ، والنسفى ، وصدر الشريعة ولعله من حيث قوة الدليل فلا ينافى ترجيح قولهما من حيث التيسير ثم رأيته فى شرح الملتقى أفاد ذلك وظاهره ترجيح التيسير على قوة الدليل (قوله فإن رضى) تفريع على قوله وبه لو بعده فى المجلس (قوله الظاهر نعم) هو رواية محمد عن الإمام استظهرها فى النهر على رواية أبى يوسف عنه أنه لا يجوز إلا بتراضيهما (قوله وفسد فى الكل) أى عنده خلافا لهما لأن الأفراد ، إذا كانت متفاوتة لم يصح فى شئ بحر أى لا فى واحد ولا فى أكثر ، بخلاف مسألة الصبرة وسيأتى ترجيح قولهما وهذا شروع فى حكم القيميات بعد بيان حكم المثليات كالصبرة ونحوها من كل مكيل وموزون (قوله بفتح) أى بفتح الثاء المثلثة أما بضمها ، فالكثير من الناس أو من الدراهم وبكسرها الملكة كما فى القاموس (قوله وثوب) أى يضره التبعيض أما فى الكرباس ، فينبغى جوازه فى ذراع واحد كما فى الطعام الواحد بحر عن غاية البيان :

قلت : ووجهه ظاهر فإن الكرباس فى العادة لا يختلف ذراع منه عن ذراع ، ولذا فرض القهستانى المسألة فيما يختلف فى القيمة وقال : فإن الذراع من مقدم البيت أو الثوب أكثر قيمة من مؤخره اه فأفاد أن ما لا يختلف مقدمه ومؤخره فهو كالصبرة (قوله كل شاة) أما لو قال شاتين بعشرين ، وسمى الجملة مائة مثلا كان باطلا إجماعا وإن وجده كما سمى ، لأن كل شاة لا يعرف ثمنها إلا بانضمام غيرها إليها قاله الحدادى ، وفى الخانية ولو كان ذلك فى مكيل أو موزون أو عددى متقارب جاز نهر (قوله وإن علم) أى بعد العقد كما يفيده ما يأتى (قوله ولو رضيا الخ) فى السراج قال الحلوانى : الأصح أن عند أبى حنيفة إذا أحاط علمه بعدد الأغنام فى المجلس ، لا ينقلب صحيحا لكن لو كان البائع على رضاه ورضى المشترى ينعقد البيع بينهما بالتراضى ، كذا فى الفوائد الظهيرية ونظيره البيع بالرقم اه بحر : وفى المجتبى ولو اشترى عشر شياه من مائة شاة أو عشر بطيخات من وقر ، فالبيع باطل ، وكذا الرمان ولو عزلها البائع وقبلها المشترى جاز استحسانا والعزل والقبول بمنزلة إيجاب وقبول اه ومثله فى التتارخانية وغيرها قال الخير الرملى : وفيه نوع إشكال وهو أنه تقدم أن التعاطى بعد عقد فاسد لا ينعقد به البيع اه وانظر ما قدمناه من الجواب عند الكلام على بيع التعاطى :

ونظيره البيع بالرقم سراج (وكذا) الحكم (فى كل معدود متفاوت) كإبل وعبيد وبطيخ وكذا كل مافى تبعيضه ضرر كمصوغ أوان بدائع ولو سمى عدد الغنم أو الذرع أو جملة الثمن صح اتفاقا ، والضابط لكلمة كل أن الأفراد إن لم تعلم نهايتها فإن لم تؤد للجهالة فللإستغراق كيمين وتعليق وإلا فإن لم تعلم فى المجلس فعلى الواحد اتفاقا كإجارة وكفالة

مطلب البيع بالرقم

(قوله ونظيره البيع بالرقم) بسكون القاف علامة يعرف بها مقدار ماوقع به البيع من الثمن ، فإذا لم يعلم المشترى ينظر إن علم فى مجلس البيع نفذ ، وإن تفرقا قبل العلم بطل درر من باب البيع الفاسد ، وتعقبه فى الشرنبلالية بأن النافذ لازم وهذا فيه الخيار بعد العلم بقدر الثمن فى المجلس ، وبأن قوله : بطل غير مسلم لأنه فاسد ، يفيد الملك بالقبض وعليه قيمته بخلاف الباطل . وأجيب عن الأول بأنه ليس كل نافذ لازما فقد شاع أخذهم النافذ مقابلا للموقوف اه وفى الفتح : أن البيع بالرقم فاسد لأن الجهالة تمكنت فى صلب العقد وهو جهالة الثمن [1] . بسبب الرقم وصارت بمنزلة القمار للخطر الذى فيه أنه سيظهر كذا وكذا وجوزاه فيما إذا علم فى المجلس بعقد آخر هو التعاطى كما قاله الحلوانى اه وانظر ماقدمناه فى بحث البيع بالتعاطى (قوله ولو سمى الخ) أى فى صلب العقد ، فلا ينافى قوله : وإن علم عدد الغنم فى المجلس الخ قال فى البحر : قيد بعدم تسمية ثمن الكل لأنه لو سمى كما إذا قال بعتك هذا الثوب بعشرة دراهم ، وكل ذراع بدرهم فإنه جائز فى الكل اتفاقا كما لو سمى جملة الذرعان أو القطيع اه .

مطلب الضابط فى كل

(قوله والضابط لكلمة كل الخ) اعلم أنهم ذكروا فروعا فى كل ظاهرها التنافى ، فإنهم تارة جعلوها مفيدة للاستغراق ، وتارة للواحد وتارة لاتفيد شيئا منهما فاقتحم صاحب البحر فى ذكر ضابط يحصر الفروع المذكورة بعد تصريحهم ، بأن لفظ كل لاستغراق أفراد مادخلته من المنكر وأجزائه فى المعرف .

قلت : ولذا صح قولك كل رمان مأكول بخلاف قولك : كل الرمان مأكول لأن بعض أجزائه كقشره غير مأكول (قوله إن لم تعلم نهايتها) أما إن علمت فالأمر فيها واضح كما إذا قال كل زوجة لى طالق ، وله أربع زوجات مثلا فإن كلا تستغرقها اه ح أى بلا تفصيل (قوله فإن لم تؤد للجهالة) أى المفضية إلى المنازعة والأولى قول البحر : فإن لم تفض الجهالة إلى منازعة (قوله كيمين وتعليق) عطف تفسير وعبارة البحر كمسألة التعليق والأمر بالدفع عنه وذكر قبله مسألة التعليق وقال : إنها للكل اتفاقا كما إذا قال كل امرأة أتزوجها ، أو كلما اشتريت هذا الثوب أو ثوبا فهو صدقة أو كلما ركبت هذه الدابة أو دابة ، وفرق أبو يوسف بين المنكر والمعين فى الكل وتمامه فى الزيلعى من التعليق وفى الخانية كلما أكلت اللحم ، فعلى درهم ، فعليه بكل لقمة درهم ، وذكر مسألة الأمر بالدفع فيما إذا أمر رجلا بأن يدفع لزوجته نفقة فقال ادفع عنى كل شهر كذا فدفع المأمور أكثر من شهر لزم الآمر (قوله وإلا) أى بأن أدت للجهالة المفضية إلى المنازعة (قوله فإن لم تعلم) أى لم يمكن علمها كما فى البحر ، ففى عبارته تسامح (قوله كإجارة) صورته : آجرتك دارى كل شهر بكذا صح فى شهر واحد ، وكل شهر سكن أوله لزمه (قوله وكفالة) صورته : إذا ضمن لها نفقتها كل شهر أو كل يوم ، لزمه نفقة واحدة عند الإمام ،

---

(١) (قوله وهو جهالة الثمن) هكذا بخطه والصواب وهى بالتأنيث أى الجهالة اه مصححه .

وإقرار وإلا فإن تفاوتت الأفراد كالغنم لم يصح فى شىء عنده ، والأصح فى واحد عنده كالصبرة وصححاه فيهما فى الكل بحر : وفى النهر عن العيون والشرنبلالية عن البرهان والقهستانى عن المحيط وغيره وبقولهما يفتى تيسيرا (وإن باع صبرة على أنها مائة قفيز بمائة درهم وهى أقل أو أكثر أخذ) المشترى (الأقل بحصته) إن شاء (أو فسخ) لتفرق الصفقة وكذا كل مكيل أو موزون

خلافا لأبى يوسف بحر (قوله وإقرار) صورته : إذا قال لك على كل درهم، ولو زاد من الدراهم فقياس قول الإمام عشرة وقالا ثلاثة بحر .

[تنبيه] زاد فى البحر هنا قسما آخر، وعبارته ثم رأيت بعد ذلك فى آخر غصب الخانية من مسائل الإبراء لو قال : كل غريم لى فهو فى حل قال ابن مقاتل لايبرأ غرماؤه ، لأن الإبراء إيجاب الحق للغرماء وإيجاب الحقوق لايجوز إلا لقوم بأعيانهم ، وأما كلمة كل فى باب الإباحة فقال فى الخانية من ذلك الباب لو قال : كل إنسان تناول من مالى فهو له حلال قال محمد بن سلمة : لايجوز ومن تناوله ضمن ، وقال أبو نصر محمد بن سلام : هو جائز نظرا إلى الإباحة ، والإباحة للمجهول جائزة ، ومحمد جعله إبراء عما تناوله والإبراء للمجهول باطل والفتوى على قول أبى نصر اهـ ويمكن أن يقال فى الضابط بعد قوله فهو على الواحد اتفاقا إن لم يكن فيه إيجاب حق لأحد فإن كان لم يصح ولا فى واحد كمسألة الإبراء اهـ كلام البحر (قوله وإلا) أى بأن علمت فى المجلس والمراد أمكن علمها فيه كما قدمناه عن البحر فى قوله : فإن لم تعلم وحينئذ فلا يرد أن الغنم إن علمت فى صلب العقد صح فى الكل وإن الصبرة إن علمت فى المجلس صح فى الكل أيضا فافهم (قوله كالغنم) أدخلت الكاف كل معدود متفاوت ط (قوله وإلا) بأن لم تتفاوت (قوله وصححاه فيهما فى الكل) أى وصحح الصاحبان العقد فى الثلة والصبرة فى كل الغنم وكل الأقفزة اهـ ح : أى سواء علم فى المجلس أولا ، والأولى إرجاع ضمير فيهما إلى المثلى والقيمى ، ليشمل المذروع وكل معدود متفاوت ، وعبارة مواهب الرحمن هكذا وبيع صبرة مجهولة القدر كل صاع بدرهم وثلة أو ثوب كل شاة أو ذراع بدرهم صحيح فى واحدة فى الأولى فاسد فى كل الثانية والثالثة وأجازه فى الكل كما لو عم فى المجلس بكيل

أقول : وبه يفتى اهـ وعبارة القهستانى ، وهذا كله عنده ، وأما عندهما فنفذ فى الكل فى الصورتين : أى صورتى المثلى والقيمى بلا خيار للمشترى إن رآه وعليه الفتوى كما فى المحيط وغيره اهـ (قوله وإن باع صبرة الخ) قيل هذا مقابل قوله وفى صاع فى بيع صبرة .

قلت : وفيه نظر بل مقابله قوله وصح فى الكل إن سمى جملة قفزانها وما هنا بيان لذلك المقابل وتفصيل له فافهم (قوله على أنها مائة قفيز) قيد بكونه بيع مكايلة لأنه لو اشترى حنطة مجازفة فى البيت، فوجد تحتها دكانا خير بين أخذها بكل الثمن ، وتركها وكذا لو اشترى بغرا من حنطة ، على أنها كذا وكذا ذراعا ، فإذا هى أقل ، وإذا كان طعاما فى حب فإذا نصفه تبن يأخذه بنصف الثمن . لأن الحب وعاء يكال فيه فصار المبيع حنطة مقدرة والبيت والبئر لايكال بهما وشمل ما إذا كان المسمى مشروطا باللفظ أو بالعادة ، لما فى البزازية اتفق أهل بلدة على سعر الخبز واللحم ، وشاع على وجه لايتفاوت فأعطى رجل ثمنا واشترى وأعطاه أقل من المتعارف إن من أهل البلدة يرجع بالنقصان فيهما من الثمن ، وإلا رجع فى الخبز لأنه فيه متعارف ، فيلزم الكل لا فى اللحم فلا يعم اهـ بحر (قوله أخذ الأقل بحصته أو فسخ) أطلق فى تخييره عند النقصان فى المثلى ، وذكر له فى البحر قيدين الأول عدم قبضه كل المبيع أو بعضه فإن قبض الكل لايخير كما فى الخانية ، يعنى بل يرجع فى النقصان ، والثانى عدم كونه مشاهدا له

ليس فى تبعيضه ضرر (وما زاد للبائع) لوقوع العقد على قدر معين (وإن باع المذروع مثله) على أنه مائة ذراع مثلا (أخذ) المشترى (الأقل بكل الثمن أو ترك)

لما فى الخانية اشترى سويقا على أن البائع لته بمن من السمن وتقابضا والمشترى ينظر إليه فظهر أنه لته بنصف ، من جاز البيع ولاخيار للمشترى لأن هذا مما يعرف بالعيان ، فإذا عاينه انتفى الغرور كما لو اشترى صابونا على أنه متخذ من كذا جرة من الدهن فظهر أنه متخذ من أقل ، والمشترى ينظر إلى الصابون وقت الشراء ، وكذا لو اشترى قميصا على أنه متخذ من عشرة أذرع ، وهو ينظر إليه فإذا هو من تسعة جاز البيع ولا خيار للمشترى اه : واعترض فى النهر الأول بأن الموجب للتخيير إنما هو تفريق الصفقة ، وهذا القدر ثابت فيما لو وجده بعد القبض ناقصا إلا أن يقال إنه بالقبض صار راضيا بذلك فتدبره اه :

قلت : هذا ظاهر إذا علم بنقصه قبل القبض ، وإلا فلا يكون راضيا فينبغى التفصيل تأمل . واعترض فى النهر أيضا الثانى ، بأن الكلام فى مبيع ينقسم أجزاء الثمن فيه على أجزاء المبيع وما فى الخانية ليس منه لتصريحهم ، بأن السويق قيمى لما بين السويقين من التفاوت الفاحش بسبب القلى ، وكذا الصابون كما فى جامع الفصولين ، وأما الثوب فظاهر وعلى هذا ، فما سيأتى من أنه يخير فى نقص القيمى بين أخذه بكل الثمن ، أو تركه مقيدا بما إذا لم يكن مشاهدا فتدبره اه :

قلت : وينبغى أن يكون هذا فيما يمكن معرفة النقصان فيه بمجرد المشاهدة ، وذلك إنما يظهر فيما يفحش نقصانه فإذا شاهده يكون راضيا به ، ثم إن الظاهر من كلام الخانية أنه عند المعاينة يلزم البيع بكل الثمن ، بلاخيار وكلامنا فى التخيير بين الفسخ وأخذ الأقل بحصته لا بكل الثمن ، فلذا جعل فى النهر عدم المشاهدة قيدا فى القيمى ، لا فى المثلى أى أنه فى القيمى يأخذ الأقل بكل الثمن بلاخيار إذا كان مشاهدا وعن هذا لم يذكره الشارح هنا بل فى القيمى (قوله ليس فى تبعيضه ضرر) خرج ما فى تبعيضه ضرر لما فى الخانية لو باع لؤلؤة على أنها تزن مثقالا فوجدها أكثر سلمت للمشترى لأن الوزن فيما يضره التبعيض وصف بمنزلة الذرعان فى الثوب اه وفيها القول للمشترى فى النقصان ، وإن وزنه له البائع مالم يقر بأنه قبض منه المقدار اه نهر (قوله وما زاد للبائع) راجع إلى قوله أو أكثر قال فى النهر وقيده الزاهدى بما لا يدخل تحت الكيلين ، أو الوزنين أما ما يدخل ، فلا يجب رده واختلف فى قدره فقيل نصف درهم فى مائة وقيل دانق فى مائة لا حكم له وعن أبى يوسف دانق فى عشرة كثير وقيل مادون حبة عفو فى الدينار وفى القفيز المعتاد فى زماننا نصف من اه :

مطلب المعتبر ما وقع عليه العقد وإن ظن البائع أو المشترى أنه أقل أو أكثر

(قوله على قدر معين) فما زاد عليه لا يدخل فى العقد فيكون للبائع بحر ومفاده : أن المعتبر ما وقع عليه العقد من العدد ، وإن كان ظن البائع أو المشترى أنه أقل أو أكثر ولذا قال فى القنية : عد الكواغد فظنها أربعة وعشرين وأخبر البائع به ثم أضاف العقد إلى عينها ولم يذكر العدد ثم زادت على ماظنه فهى حلال للمشترى :

ساومه الحنطة كل قفيز بثمن معين وحاسبوا فبلغ ستمائة درهم فغلطوا ، وحاسبوا المشترى بخمسمائة ، وباعوها منه بالخمسمائة ثم ظهر أن فيها غلطا لا يلزمه إلا خمسمائة :

أفرز القصاب أربع شياه فقال بائعها هى بخمسة كل واحدة بدينار وربع ، فجاء القصاب بأربعة دنانير فقال : هل بعث هذه بهذا القدر والبائع يعتقد أنها خمسة صح البيع قال : وهذا إشارة إلى أنه لا يعتبر ماسبق أن كل واحدة بدينار وربع اه وأقره فى البحر (قوله وإن باع المذروع) كثوب وأرض درمنتقى (قوله على أنه مائة ذراع)

إلا إذا قبض المبيع أو شاهده فلا خيار له لانتفاء الغرر نهر (و) أخذ (الأكثر بلا خيار للبائع) لأن الذرع وصف لتعيبه بالتبعيض ضد القدر والوصف لايقابله شيء من الثمن إلا إذا كان مقصودا بالتناول كما أفاده بقوله (وإن قال) في بيع المذروع (كل ذراع بدرهم أخذ الأقل بحصته) بصيرورته أصلا بإفراده بذكر الثمن (أو ترك) لتفريق الصفقة (وكذا) أخذ (الأكثر كل ذراع بدرهم أو فسخ) لدفع ضرر التزام للزائد (وقد بيع عشرة أذرع من مائة ذراع

بيان للمثلية والأولى أن يزيد بمائة درهم لتتم المماثلة (قوله إلا إذا قبض المبيع أو شاهده الخ) قدمنا قريبا أن صاحب البحر ذكر ذلك في بيع المثلي كالصبرة إذا ظهر المبيع ناقصا وأنه في النهر بحث في الأول بأنه لافرق بين ماقبل قبض أو بعده ، وفي الثاني بأنه مسلم في نقص القيمي دون المثلي فلذا ذكر الشارح ذلك في المذروع لأنه قيمي ، وترك ذكره في المثلي وكأنه لم يعتبر مابحثه في النهر في الأول ، وهو اعتبار القبض، وقدمنا أنه ينبغي التفصيل، وأن سقوط الخيار بالمشاهدة ينبغي أن يكون فيما يدرك نقصانه بالمشاهدة (قوله وأخذ الأكثر) أي قضاء وهل تحل له الزيادة ديانة فيه خلاف نقله في البحر عن المعراج .

قلت : وظاهر إطلاق المتون اختيار الحل وفي البحر ، عن العمدة لو اشترى حطبا على أنه عشرون وقرا فوجده ثلاثين طابت له الزيادة كما في الذرعان قال في البحر : وهو مشكل وينبغي أن يكون من قبيل القدر ، لأن الحطب لايتعيب بالتبعيض ، فينبغي أن تكون الزيادة للبائع خصوصا إن كان من الطرفاء التي تعورف وزنها بالقاهرة اهـ (قوله لأن الذرع وصف الخ) بيان لوجه الفرق بين القدر في المثليات من مكيل وموزون، وبين الذرع في القيميات حيث جعل القدر أصلا والذرع وصفا وبنوا على ذلك أحكاما منها ماذكروه هنا من مسألة بيع الصبرة على أنها مائة قفيز بمائة وبيع المذروع كذلك ، وقد اختلفوا في وجه الفرق ، على أقوال : منها ماذكره الشارح هنا وكذا في شرحه على الملتقى حيث قال قلت : وإنما كان الذرع وصفا دون المقدار ، لأن التشقيص يضر الأول دون الثاني ، وقالوا ماتعيب بالتشقيص والزيادة والنقصان وصف وما ليس كذلك أصل ، وكل ماهو وصف في المبيع لايقابله شيء من الثمن الخ (قوله إلا إذا كان مقصودا بالتناول) أي تناول المبيع له كأنه جعل كل ذراع مبيعا ط (قوله لصيرورته) أي الذرع أصلا أي مقصودا كالقدر في المثليات (قوله بإفراده) الباء للسببية (قوله كل ذراع بدرهم) بنصب كل حال من الأكثر لتأوله بالمشتق أي مذروعا كل ذراع بدرهم (قوله أو فسخ) حاصله : أن له الخيار في الوجهين أما في النقصان فلتفرق الصفقة ، وأما في الزيادة فلدفع ضرر التزام الزائد من الثمن ، وهو قول الإمام وهو الأصح وقيل : الخيار فيما تتفاوت جوانبه كالقميص والسراويل ، وأما فيما لاتتفاوت كالكرباس فلا يأخذ الزائد لأنه في معنى المكيل كذا في شرح الملتقى ط . وقدمنا وجه كونه في معنى المكيل ، وأنه جزم به في البحر عن غاية البيان ويأتي أيضا وكذا يأتي في كلام المصنف ما إذا كانت الزيادة أو النقصان بنصف ذراع ففيه تفصيل ، وفيه خلاف .

[تنبيه] قال في الدرر إنما قال في الأولى : أو ترك وقال ههنا : أو فسخ لأن البيع لما كان ناقصا في الأولى، لم يوجد المبيع فلم ينعقد البيع حقيقة وكان أخذ الأقل بالأقل كالبيع بالتعاطي ، وفي الثانية وجد المبيع مع زيادة هي تابعة في الحقيقة فتدبر اهـ (قوله من مائة ذراع) قيد به وإن كان فاسدا عنده بين جملة ذرعانها ، أولا لدفع قول الخصاف إن محل الفساد عنده فيما إذا لم يسم جملتها ، فإنه ليس بصحيح ، وليصح قوله لا أسهم فإنه لو لم يبين جملة السهام كان فاسدا اتفاقا ، وحينئذ يكون الفساد ، فيما إذا لم يبين جملة الذرعان مفهوما أولويا أفاده

من دار) أو حمام وصححاه وإن لم يسم جملتها على الصحيح لأن إزالتها بيدهما (لا) يفسد بيع عشرة (أسهم من مائة سهم اتفاقا لشيوع السهم لا الذراع بقي لو تراضيا على تعيين الأذرع في مكان لم أره وينبغي انقلابه صحيحا لو في المجلس ولو بعده فبيع بالتعاطي نهر (اشترى عددا من قيمي) ثيابا أو غنما جوهرة (على أنه كذا فنقص أو زاد فسد) للجهالة ولو اشترى أرضا على أن فيها كذا نخلا مثمرا فإذا واحدة فيها لا تثمر فسد بحر (كما لو باع عدلا) من الثياب (أو غنما واستثنى واحدا بغير عينه) فسد (ولو بعينه جاز) البيع خانية (ولو بين ثمن كل من القيمي) بأن قال كل ثوب منه بكذا

في البحر (قوله من دار أو حمام) أشار إلى أنه لا فرق بين ما يحتمل القسمة وما لا يحتملها ح (قوله وصححاه الخ) ذكر في غاية البيان نقلا عن الصدر الشهيد ، والإمام العتابي أن قولهما ، بجواز البيع إذا كانت الدار مائة ذراع ، ويفهم هذا من تعليلهما أيضا حيث قالا : لأن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار فأشبه عشرة أسهم من مائة سهم ، وله أن البيع وقع على قدر معين من الدار لا على شائع ، لأن الذراع في الأصل اسم لخشبة يذرع بها ، واستعير ههنا لما يحله ، وهو معين لا مشاع لأن المشاع لا يتصور أن يذرع ، فإذا أريد به ما يحله ، وهو معين لكنه مجهول الموضع بطل العقد درر .

قلت : ووجه كون الموضع مجهولا أنه لم يبين أنه من مقدم الدار ، أو من مؤخرها وجوانبها تتفاوت قيمة فكان المعقود عليه مجهولا جهالة مفضية إلى النزاع ، فيفسد كبيع بيت من بيوت الدار كذا في الكافي عزمية (قوله على الصحيح الخ) حاصله : أنه إذا سمى جملة الذرعان صح ، وإلا فقيل لا يجوز عندهما للجهالة والصحيح الجواز عندهما ، لأنها جهالة بيدهما أي المتبايعين إزالتها بأن تقاس كلها فيعلم نسبة العشرة منها فيعلم المبيع فتح (قوله لشيوع السهم) لأن السهم اسم للجزء الشائع ، فكان المبيع عشرة أجزاء شائعة من مائة سهم كما في الفتح أي فهو كبيع عشرة قراريط مثلا من أربعة وعشرين ، فإنه شائع في كل جزء من أجزاء الدار بخلاف الذراع كما مر (قوله فبيع بالتعاطي) بناء على أنه لا يلزم في صحته متاركة العقد الأول ، وقدمنا الكلام عليه (قوله اشترى عددا) أي معدودا وقوله : من قيمي بيان له واحترز به عن المثلي كالصبرة وقد مر حكمها وبالعددي عن المذروع ومر حكمه أيضا فما قيل إن الأولى أن يقول اشترى قيميا على أنه كذا لأن كذا عبارة عن العدد مدفوع فافهم (قوله على أنه كذا) بأن قال : بعتك ما في هذا العدل ، على أنه عشرة أثواب بمائة درهم نهر ، وفسر الشراء في كلام الكنز بالبيع فلذا صوره به وهو غير لازم (قوله للجهالة) أي جهالة الثمن في النقصان ، لأنه لا تنقسم أجزاؤه ، على أجزاء المبيع القيمي ، فلم يعلم للثوب الناقص حصة معلومة من الثمن المسمى ، لينقص ذلك القدر منه فكان الناقص من الثمن قدرا مجهولا ، فيصير الثمن مجهولا وجهالة المبيع في فصل الزيادة لأنه يحتاج إلى رد الزائد فيتنازعان في المردود نهر (قوله مثمرا) قيد به لأنه لو باع أرضا على أن فيها كذا نخلة ، فوجدها المشتري ناقصة جاز البيع ، ويخير المشتري إن شاء أخذها بجميع الثمن وإن شاء ترك ، لأن الشجر يدخل في بيع الأرض تبعا ، ولا يكون له قسط من الثمن وكذا لو باع دارا على أن فيها كذا كذا بيتا فوجدها ناقصة جاز البيع ، ويخير على هذا الوجه بحر عن الخانية (قوله فسد) لأن الثمر له قسط من الثمن ، فإذا كانت الواحدة غير مثمرة لم يدخل المعدوم في البيع فصارت حصة الباقي مجهولة فيكون هذا ابتداء عقد في الباقي بثمن مجهول ، فيفسد البيع بحر عن الخانية (قوله كما لو باع) تنظيرلا تمثيل ، وقوله : عدلا بكسر العين في المغرب : عدل الشيء مثله من جنسه وفي المقدار أيضا ومنه عدلا الحمل اهـ فعدل الحمل ما يساوي العدل الآخر في مقداره وهذا شامل للوعاء وما فيه من الثياب ونحوها والمراد به هنا الثياب (قوله فسد) لأنه يؤدي إلى التنازع في المستثنى بخلاف ما إذا كان معينا (قوله ولو بين الخ)

(ونقص) ثوب (صح) البيع (بقدره) لعدم الجهالة (وخير) لتفرق الصفقة (وإن زاد) ثوبا (فسد) لجهالة المزيد ولو رد الزائد أو عزله هل يحل له الباقي خلاف (اشترى ثوبا) تتفاوت جوانبه فلو لم تتفاوت ككرباس لم تحل له الزيادة إن لم يضره القطع وجاز بيع ذراع منه نهر (على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم أخذه بعشرة في عشرة و) زيادة (نصف بلا خيار) لأنه أنفع (و) أخذه (بتسعة في تسعة ونصف بخيار) لتفرق الصفقة وقال محمد يأخذه في الأول بعشرة ونصف بالخيار وفي الثاني بتسعة ونصف به

راجع إلى قوله اشترى عددا من قيمي (قوله ونقص ثوب) الأولى أن يقول : ثوبا كما قال في طرف الزيادة ، فيكون في نقص ضمير يعود على القيمي ، وثوبا تمييز وعلى جعله فاعل نقص يحتاج إلى تقدير ضمير مجرور بمن يعود على القيمي فتدبر (قوله بقدره) أي بما سوى قدر الناقص فتح ونهر . والأولى بقدر ماسوى الناقص أو بقدر الموجود المعلوم من المقام أو بقدر القيمي المذكور الذي نقص ثوبا ، وهذا أقرب بناء على ماقلنا من أن الأولى نصب ثوبا فيتحد مرجع الضمير في نقص وفي بقدره (قوله لجهالة المزيد) فتقع المنازعة في تعيين العشرة المبيعة من الأحد عشر كما في النهر (قوله ولو رد الزائد) أي إلى البائع إن كان حاضرا وقوله : أو عزله أي أفرزه وأبقاه عنده إن كان البائع غائبا (قوله خلاف) مذكور في الشرح والنهر : لم يذكر في النهر(١) خلافا ، وإنما ذكره في شرح المصنف وعبارته :

قلت : وفي البزازية اشترى عدلا على أنه كذا فوجده أزيد والبائع غائب يعزل الزائد ، ويستعمل الباقي ، لأنه ملكه اهـ وكأنه استحسان ، وإلا فالبيع فاسد لجهالة المزيد ، وقد صرح في الخانية والقنية بأن محمدا قال فيه أستحسن أن يعزل ثوبا من ذلك ، ويستعمل البقية ، وفيها قبله اشترى شيئا فوجده أزيد يدفع الزيادة إلى البائع والباقي حلال له في المثليات ، وفي ذوات القيم لايحل له حتى يشترى منه الباقي إلا إذا كانت تلك الزيادة مما لا تجري فيها الضنة فحينئذ يعذر اهـ وهو يقتضي عدم الحل عند غيبة البائع بالأولى فهو معارض لما تقدم اهـ : وهو مأخوذ من البحر ، ويمكن دفع المعارضة بحمل الثاني على القياس ، فلا ينافي مامر من أنه استحسان ويظهر منه ترجيح مامر ، لكن ذكروا الاستحسان في صورة غيبة البائع قال في الخانية : فإن غاب البائع قالوا يعزل المشتري من ذلك ثوبا ، ويستعمل الباقي وهذا استحسان أخذ به محمد نظرا للمشتري اهـ أي لأنه عند غيبة البائع يلزم الضرر على المشتري ، بعدم الانتفاع بالمبيع إلى حضور البائع ، وربما لايحضر أو تطول غيبته فلذا استحسن محمد عزل ثوب ، واستعمال الباقي نظرا للمشتري ، وهذا لا يجري في صورة حضرة البائع لإمكان تجديد العقد معه ، فالظاهر بقاؤه على القياس ، وبه ظهر أنه لامعارضة بين الكلامين ، وأن ماذكره الشارح من إجراء الخلاف في الصورتين غير محرر فافهم (قوله وجاز بيع ذراع منه نهر) عبارة النهر قيدنا بتفاوت جوانبه لأنها لو لم تتفاوت كالكرباس لا تسلم له الزيادة لأنه بمنزلة الموزون ، حيث لايضره النقصان ، وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه اهـ (قوله في عشرة وزيادة نصف) أي فيما إذا ظهر أنه عشرة ونصف (قوله لأنه أنفع) كما لو اشتراه معيبا فوجده سالما نهر أي حيث لاخيار له (قوله في تسعة ونصف) أي في نقصانه نصفا عن العشرة (قوله وقال محمد الخ) يوجد قبل هذا في بعض النسخ وقال أبو يوسف : يأخذه في الأولى بأحد عشر بالخيار ، وفي الثانية بعشرة به (قوله وفي الثاني بتسعة ونصف به) لأن من ضرورة مقابلة الذراع

---

(١) قوله (لم يذكر في النهر الخ) سياق هذا الكلام يقتضي أن قوله مذكور في الشرح والنهر من عبارة الشارح ولعلها لنسخة وإلا فنسخ الشارح التي بيدي ليس فيها قوله مذكور الخ وليحرر اهـ مصححه .

وهو أعدل الأقوال بحر وأقره المصنف وغيره .

قلت : لكن صحح القهستاني وغيره قول الإمام وعليه المتون فعليه الفتوى .

فصل فيما يدخل في البيع تبعا ومالا يدخل

الأصل أن مسائل هذا الفصل مبنية على قاعدتين إحداهما ماأفاده بقوله (كل ما كان في الدار من البناء) المعنى كل ماهو متناول اسم المبيع عرفا يدخل بلا ذكر وذكر الثانية بقوله (أو متصلا به تبعا لها دخل في بيعها) يعني أن كل ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار وهو ماوضع لا لأن يفصله البشر دخل تبعا

بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجرى عليه حكمهما درر وقوله به أي بالخيار لأن في الزيادة نفعا يشوبه ضرر بزيادة الثمن عليه ، وفي النقصان فوات وصف مرغوب فيه نهر (قوله وهو) أي قول محمد أعدل الأقوال قال الإتقاني وفي غاية البيان وبه نأخذ (قوله لكن صحح القهستاني وغيره الخ) وفي الفتح عن الذخيرة قول أبي حنيفة أصح اه وفي تصحيح العلامة قاسم عن الكبرى أنه المختار (قوله فعليه الفتوى) تفريع على ما ذكر من تصحيحه ، ومشى المتون عليه لأنه إذا اختلف التصحيح لقولين، وكان أحدهما قول الإمام أو في المتون أخذ بما هو قول الإمام لأنه صاحب المذهب وبما في المتون لأنها موضوعة لنقل المذهب وهنا اجتمع الأمران فافهم والله سبحانه وتعالى أعلم .

فصل فيما يدخل في البيع تبعا ومالا يدخل فيه مايصح استثناؤه من المبيع ومسائل أخر

(قوله الأصل الخ) في المصباح أصل الشيء : أسفله وأساس الحائط : أصله حتى قيل أصل كل شيء مايستند وجود ذلك الشيء إليه اه وفيه أيضا القاعدة في الاصطلاح بمعنى الضابط ، وهو الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته اه فالمراد هنا أن الأصل الذي يستند إليه معرفة هذا الفصل ، هو أن مسائله مبنية على قاعدتين ولا يخفى أن هذا تركيب صحيح فافهم (قوله على قاعدتين) الأولى أن يقول على ثلاث قواعد كما فعل في الدرر وقال والثالث أن مالا يكون من القسمين إن كان من حقوق المبيع ، ومرافقه يدخل في المبيع بذكرها وإلا فلا اه وقد ذكره الشارح بقوله وما لم يكن من القسمين الخ أفاده ط (قوله يعني كل ماهو متناول اسم المبيع) أشار به إلى أن البناء في كلام المصنف مثال لاقيد وكذا الدار ط (قوله اتصال قرار الخ) فيدخل الحجارة المخلوقة والمثبتة في الأرض والدار لا المدفونة ، يدل عليه قولهم : لو اشترى أرضا بحقوقها وانهدم حائط منها ، فإذا فيه رصاص أو ساج أو خشب إن من جملة البناء كالذي يكون تحت الحائط يدخل ، وإن شيئا مودعا فيه فهو للبائع ، وإن قال البائع ليس لي فحكمه حكم اللقطة فقولهم شيئا مودعا يدخل فيه الأحجار المدفونة، ويقع كثيرا في بلادنا أنه يشترى الأرض أو الدار ، فيرى المشترى فيها بعد حفرها أحجار المرمر والكذان، والبلاط والحكم فيه إن كان مبنيا ، فللمشترى وإن موضوعا لاعلى وجه البناء فللبائع وهي كثيرة الوقوع فاغتنم ذلك بقي لو ادعى البائع أنها كانت مدفونة ، فلم تدخل والمشترى أنها مبنية فقد يقال يتحالفان، لأنه يرجع إلى الاختلاف في قدر المبيع وقد يقال : يصدق البائع لأن اختلافهما في تابع لم يرد عليه العقد والتحالف على خلاف القياس ، فيما ورد عليه العقد ، فلا يقاس عليه غيره ، والبائع ينكر خروجه عن ملكه والأصل بقاء ملكه فتأمل اه ملخصا من حاشية المنح للخير الرملي (قوله وهو ماوضع لا لأن يفصله البشر الخ) فيدخل الشجر كما يأتي ، لاتصالها بها اتصال قرار إلا اليابس ، لأنه على شرف القلع كما يأتي ولا يدخل الزرع لأنه متصل لأن يفصل ، فأشبه متاعا فيها كما في الدرر ، وإنما يدخل المفتاح ، لأنه تبع للغلق المتصل فهو كالجزء منه إذلا ينتفع به إلا به بخلاف مفتاح القفل كما يأتي .

ومالا فلا ومالم يكن من القسمين فإن من حقوقه ومرافقه دخل بذكرها وإلا لا (فيدخل البناء والمفاتيح) المتصلة أغلاقها كضبة وكيلون ولو من فضة لا القفل لعدم اتصاله (والسلم المتصل والسرير

والحاصل : أنه قد يدخل بعض المنقول المنفصل إذا كان تبعا للمبيع بحيث لاينتفع به إلا به فيصير كالجزء كولد البقرة الرضيع بخلاف ولد الأتان ، وقد يدخل عرفا كقلادة الحمار وثياب العبد (قوله ومالا فلا) تبع فيه الدرر والمناسب إسقاطه ليصح التفصيل فى قوله : ومالم يكن من القسمين الخ تأمل (قوله فإن من حقوقه ومرافقه) المرافق هى الحقوق فى ظاهر الرواية ، فهو عطف مرادف ، والحق ماهو تبع للمبيع ولابد له منه ولايقصد إلا لأجله كالطريق والشرب للأرض كما سيأتى فى باب الحقوق إن شاء الله تعالى (قوله دخل بذكرها) أى بذكر الحقوق والمرافق (قوله وإلا لا) أى وإن لم يكن من حقوقه ومرافقه لايدخل وإن ذكرها فلايدخل الثمر بشراء شجر ، لأنه وإن كان اتصاله خلقيا فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع إلا إذا قال بكل مافيها أو منها لأنه حينئذ يكون من المبيع كما فى الدرر (قوله فيدخل البناء والمفاتيح الخ) وكذا العلو والكنيف كما فى الدرر وقوله الآتى فى بيع دار متعلق بيدخل : أى إذا باعها بحدودها يدخل ماذكر وإن لم يقل بكل حق لها أو بمرافقها كما فى الدرر ، قال لأن الدار اسم لما يدار عليه الحدود ، والعلو منها وكذا البناء ثم قال لايدخل فى بيعها الظلة والطريق والشرب والمسيل إلا به أى بكل حق لها ونحوه أما الظلة فلأنها مبنية على هواء الطريق ، فأخذت حكمه . وأما الطريق والشرب والمسيل فلأنها خارجة عن الحدود ، لكنها من الحقوق فتدخل بذكرها وتدخل فى الإجارة بلا ذكرها لأنها تعقد للانتفاع ، ولا يحصل إلا به بخلاف البيع ، لأنه قد يكون للتجارة اهـ .

قلت : وذكر فى الذخيرة أن الأصل أن مالا يكون من بناء الدار ولا متصلا بها لايدخل إلا إذا جرى العرف فى أن البائع لايمنعه عن المشترى ، فالمفتاح يدخل استحسانا لاقياسا لعدم اتصاله ، وقلنا بدخوله بحكم العرف اهـ ملخصا ومقتضاه : أن شرب الدار يدخل فى ديارنا دمشق المحمية للتعارف ، بل هو أولى من دخول السلم المنفصل فى عرف مصر القاهرة ، لأن الدار فى دمشق إذا كان لها ماء جار وانقطع عنها أصلا لم ينتفع بها ، وأيضا إذا علم المشترى أنه لايستحق شربها بعقد البيع لايرضى بشرائها إلا بثمن قليل جدا بالنسبة إلى مايدخل فيها شربها وتمام الكلام على ذلك فى رسالتنا المسماة نشر العرف فى بناء بعض الأحكام على العرف (قوله المتصلة أغلاقها الخ) جمع غلق بفتحتين : أى مايغلق على الباب قال فى الفتح : المراد بالغلق مانسميه ضبة ، وهذا إذا كانت مركبة لا إذا كانت موضوعة فى الدار اهـ هذا وإنما اقتصر على ذكر المفاتيح للعلم بدخول الأغلاق المتصلة بالأولى لأن دخول المفاتيح بالتبعية لها فافهم (قوله كضبة وكيلون) قيل الأول هو المسمى بالسكرة ، والثانى المسمى بالغال (قوله لا القفل) بضم فسكون أى لايدخل سواء ذكر الحقوق أولا وسواء كان الباب مغلقا أولا ، وسواء كان المبيع حانوتا أو بيتا أو دارا كما فى الخانية بحر (قوله لعدم اتصاله) وإنما تدخل الألواح ، وإن كانت منفصلة لأنها فى العرف كالأبواب المركبة ، والمراد بهذه الألواح ماتسمى بمصر دراريب الدكان ، وقد ذكر فيها عدم الدخول فلا يعول عليه اهـ فتح أى لأنها لاينتفع بالدكان إلا بها (قوله والسلم المتصل) فى عرف القاهرة ينبغى دخوله مطلقا ، لأن بيوتهم طبقات لاينتفع بها بدونه ، ولا يرد عدم دخول الطريق ، مع أنه لا انتفاع إلا به ، لأن ملك رقبتها قد يقصد للأخذ بشفعة الجوار . ولهذا دخل فى الإجارة بلا ذكر كما سيأتى بحر : أى لأن إجارة الأرض لايقصد بها إلا الإنتفاع برقبتها فلذا دخل الطريق فيها ، بخلاف البيع لكن لايخفى أن هذا لاقض للجواب ، لأن لقائل أن يقول فى بيوت القاهرة لايدخل السلم الموضوع ، لأنه قد يقصد بشراء البيت الأخذ بالشفعة أى أن يأخذ بالشفعة مايجاوره ، فلم يكن المقصود

والدرج المتصلة) والرحى لو أسفلها مبنيا والبكرة لا الدلو والحبل مالم يقل بمرافقها (فى بيعها) أى الدار وكذا بستانها كما سيجىء فى باب الاستحقاق ويدخل فى بيع الحمام القدور لا القصاع وفى الحمار إكافه إن اشتراه من المزارعين وأهل القرى لا لو من الحمريين

الانتفاع برقبته حتى يدخل فيه السلم تبعا تأمل (قوله المتصلة) هذا يغنى عن قوله قبله المتصل ، لأنه نعت للثلاثة المذكورة ولو جعل نعتا للسرير والدرج لكان المناسب أن يقول المتصلان قال فى البحر : ويدخل الباب المركب لا الموضوع ، ولو اختلفا فيه فادعاه كل فاو مركبا متصلا بالبناء فالقول للمشترى ولو مقلوعا فاو الدار بيد البائع فالقول له وإلا فللمشترى اه .

قلت : وبه علم حكم أبواب الشبابيك ، وذلك أن الأبواب التى كلها من الدف تدخل إن كانت مركبة متصلة والتى من البلور لاتدخل إلا إذا كانت متصلة أيضا لأن غير المتصلة توضع وترفع تأمل وأما الدف الذى يفرش فى إيوان البيوت لدفع العفن والنداوة فالظاهر أنه كالسرير المسمى بالتخت ، فيعتبر فيه الإتصال وعدمه ، لكن قد يقال إن السرير ينقل ويحول وأما هذا فإنه لاينقل من محله فهو فى حكم المتصل فليتأمل (قوله لو أسفلها مبنيا) أى فيدخل الحجر الأعلى استحسانا ، وهذا فى ديارهم أما فى ديار مصر لا تدخل الرحى ، لأنها بحجريها تنقل وتحول ولا تبنى فهى كالباب الموضوع لايدخل بالإتفاق فتح (قوله والبكرة) أى بكرة البئر التى عليها فتدخل مطلقا لأنها مركبة بالبئر اه بحر وظاهر التعليل أنها لو لم تكن مركبة بأن كانت مشدودة بحبل أو موضوعة بخطاف فى حلقة الخشبة التى على البئر أنها لاتدخل ويحرر وفى الهندية والبكرة والدلو الذى فى الحمام لايدخل كذا فى محيط السرخسى قال السيد أبو القاسم فى عرفنا للمشترى كذا فى مختارات الفتاوى اه . وهذا يقتضى أن المعتبر العرف ط (قوله فى بيعها أى الدار) وهو متعلق بقوله فيدخل كما قدمناه (قوله وكذا بستانها) أى الذى فيها ولو كبيرا لالو خارجها وإن كان بابه فيها قاله أبو سليمان وقال الفقيه أبو جعفر : يدخل لو أصغر منها ومفتحه فيها لا لو أكبر أو مثلها ، وقيل إن صغر دخل وإلا لا وقيل يحكم الثمن اه فتح (قوله كما سيجىء فى باب الاستحقاق) صوابه فى باب الحقوق وعبارته وكذا البستان الداخل ، وإن لم يصرح بذلك لا البستان الخارج إلا إذا كان أصغر منها فيدخل تبعا ولو مثلها أو أكبر فلا إلا بالشرط زيلعى وعينى اه . وبذلك جزم أيضا فى البحر والنهر هناك (قوله ويدخل فى بيع الحمام القدور) جمع قدر بالكسر آنية يطبخ فيها مصباح ، والظاهر أن المراد بها قدر النحاس التى يسخن فيها الماء ، وتسمى حلة أو المراد الفساقى التى ينزل إليها الماء ، ويغتسل منها ، وتسمى أجرانا لكن إن كانت متصلة فلا كلام أما إن كانت منفصلة موضوعة ، فإن كانت كبيرة لا تنقل ولا تحول فالظاهر أنها كالمتصلة وإلا فلا تأمل قال فى الفتح : وأما قدر الصباغين والقصارين وأجاجين الغسالين وخوابى الزياتين وحبابهم ودنانهم وجذع القصار الذى يدق عليه المثبت كل ذلك فى الأرض ، فلا يدخل وإن قال بحقوقها .

قلت : ينبغى أن تدخل كما إذا قال بمرافقها اه أقول : بل فى التتارخانية عن الذخيرة أنه على قياس مسألة البكرة والسلم ماكان مثبتا فى البناء من هذه الأشياء ينبغى أن يدخل فى البيع اه أى وإن لم يقل بحقوقها (قوله وفى الحمار إكافه) فى القاموس : إكاف الحمار ككتاب وغراب : بردعته ، وهي الحلس تحت الرحل وقد تنقط داله اه وظاهر كلام الفقهاء أنه غيره والعرف أنها الخشب فوق البردعة بحر (قوله لا لو من الحمريين) جمع حمرى وهو من يبيع الحمير وكأنه لأن عادتهم التجارة فيها مجردة عن الإكاف ط .

وتدخل قلادته عرفا ويدخل ولد البقرة الرضيع في الأتان لا رضيعا أولا به يفتى ، وتدخل ثياب عبد وجارية أى كسوة مثلهما يعطيهما هذه أو غيرها لا حليها إلا إن سلمها أو قبضها وسكت وتمامه فى الصيرفية (ويدخل الشجر فى بيع الأرض بلا ذكر) قيد للمسألتين فبالذكر أولى (مثمرة كانت أولا) صغيرة أو كبيرة

قلت: ويؤيده قوله فى التتارخانية وهذا بحسب العرف وفيها أيضا إذا باع حمارا موكفا دخل الإكاف والبردعة بحكم العرف ، وفى الظهيرية هو المختار ، وإن لم يكن عليه بردعة ولا إكاف دخلا أيضا كذا اختاره الصدر الشهيد وبعضهم قالو إذا كان عريانا لايدخل شئ وفى الخانية أن ابن الفضل قال لايدخل ولم يفصل بين كونه موكفا أولا وهو الظاهر ، ثم إذا دخلا لايكون لهما حصة من الثمن كما فى ثياب الجارية (قوله وتدخل قلادته عرفا) فى الظهيرية باع فرسا دخل العذار بحكم العرف والعذار والمقود واحد اه لكن فى الخانية : لايدخل المقود فى بيع الحمار ، لأنه ينقاد بدونه بخلاف الفرس والبعير قال فى الفتح وليتأمل فى هذا (قوله وفى الأتان لا الخ) الفرق أن البقرة لاينتفع بها إلا بالعجل ، ولا كذلك الأتان ظهيرية (قوله وتدخل ثياب عبد وجارية الخ) هذا إذا بيعا فى الثياب المذكورة وإلا دخل مايستر العورة فقط ففى البحر : لو باع عبدا أو جارية كان على البائع من الكسوة ما يوارى عورته ، فإن بيعت فى ثياب مثلها دخلت فى البيع اه ومثله فى الفتح ، ودخول ثياب المثل بحكم العرف كما فى التتارخانية وحينئذ فالمدار على العرف (قوله يعطيهما هذه أو غيرها) أى يخير البائع بين أن يعطى ماعليهما أو غيره ، لأن الداخل بالعرف كسوة المثل ولهذا لم يكن لها حصة من الثمن ، حتى لو استحق ثوب منها لايرجع على البائع بشئ ، وكذا إذا وجد بها عيبا ليس له أن يردها زيلعى زاد فى البحر : ولو هلكت الثياب عند المشترى ، أو تعيبت ثم رد الجارية بعيب ردها بجميع الثمن اه وقول الزيلعى : لايرجع على البائع بشئ قال بعض الفضلاء : يعنى من الثمن ، وأما رجوعه بكسوة مثلها فثابت له كما يعلم من كلامهم اه وفى التتارخانية : وكذلك إذا وجد بالجارية عيبا ردها ورد معها ثيابها وإن لم يجد بالثياب عيبا اه وعليه فما فى الزيلعى من قوله لو وجد بالجارية عيبا كان له أن يردها بدون تلك الثياب ، فمعناه كما فى البحر إذا هلكت ، وإلا لزم حصولها للمشترى بلا مقابل وهو لايجوز (قوله أو قبضها) أى المشترى ، وسكت أى البائع ، لأنه كالتسليم منح عن الصيرفية ، وفى التتارخانية فأما سلم البائع الحلى لها فهو لها وإن سكت عن طلبه ، وهو يراه فهو كما لو سلم لها . وفيها عن المحيط باع عبدا معه مال ، فإن سكت عن ذكر المال جاز البيع والمال للبائع هو الصحيح ، ولو باعه مع ماله وسمى مقداره ، فإن كان الثمن من جنسه لابد أن يكون الثمن أزيد من مال العبد ، ليكون بإزاء مال العبد قدره من الثمن ، والباقى بإزاء العبد وتمامه فيها (قوله ويدخل الشجر الخ) قال فى المحيط : كل ماله ساق ولايقطع أصله كان شجرا يدخل تحت بيع الأرض بلا ذكر ومالم يكن بهذه الصفة لايدخل بلا ذكر لأنه بمنزلة الثمرة اه ط عن الهندية (قوله قيد للمسألتين) الأولى البناء وما عطف عليه والثانية الشجر ط (قوله مثمرة كانت أولا الخ) لأن محمدا لم يفصل بينهما ، ولا بين الصغيرة والكبيرة . فكان الحق دخول الكل خلافا لمن قال إن غير المثمرة لاتدخل إلا بالذكر ، لأنها لاتغرس للقرار ، بل للقطع إذا كبر خشبها ، فصارت كالزرع ولمن قال إن الصغيرة لا تدخل فتح ، وفى التتارخانية عن المحيط إن هذا أصح أى عدم التفصيل اه .

قلت : لكن فى الذخيرة إن العرائش والأشجار والأبنية تدخل ، لأنها ليس لنهايتها مدة معلومة فتكون للتأبيد ، فتتبع الأرض بخلاف الزرع والثمر ، لأن لقطعها غاية معلومة فكانت كالمقطوع اه ملخصا ومقتضاه

إلا اليابسة لأنها على شرف القلع فتح (إذا كانت موضوعة فيها) كالبناء (للقرار) فلو فيها صغار تقلع زمن الربيع إن من أصلها تدخل وإن من وجه الأرض لا إلا بالشرط وتمامه فى شرح الوهبانية وفى القنية شرى كرما دخل الوثائل المشدودة على الأوتاد المنصوبة فى الأرض وكذا الأعمدة المدفونة فى الأرض التى عليها أغصان الكرم المسماة بأرض الخليل بركائز الكرم :

أن غير المثمر المعد للقطع كالزرع إلا أن يقال إنه ليس له نهاية معلومة (قوله لأنها على شرف القلع) فهى كحطب موضوع فيها فتح (قوله كالبناء) أشار بذكره إلى أن العلة فى دخول الشجر: هى العلة فى دخول البناء وهى أنهما وضعا للقرار ط (قوله فلو فيها صغار الخ) نقله فى الفتح عن الخانية ، ويأتى قريبا مايفيد أن صغرها وقطعها فى كل سنة غير قيد (قوله وإن من وجه الأرض لا) أى لاتدخل لأنها تكون حينئذ كالثمرة كمايعلم مما نذكره قريبا (قوله وتمامه فى شرح الوهبانية) حاصله : أنه فى الواقعات صرح بأن القصب لايدخل بلا شرط ، لأنه ممايقطع فكان بمنزلة الثمرة ، وأخذ الطرسوسى من التعليل بالقطع أن الحور ونحوه ممايقطع فى أوقات معروفة لايدخل ، ونازعه تلميذه ابن وهبان بأن القصب يقطع فى كل سنة ، فكان كالثمرة بخلاف خشب الحور فلا وجه للإلحاق اه لكن فى الواقعات أيضا لو فيها أشجار تقطع فى كل ثلاث سنين : فلو تقطع من الأصل تدخل ولو من وجه الأرض فلا ، لأنها بمنزلة الثمرة قال ابن الشحنة : فيه إشارة إلى أن العلة كونه يباع شجرا بأصله فلا يكون كالثمرة بخلاف المقطوع من وجه الأرض مع بقاء أصله لأنه كالثمرة اه .

قلت : والحاصل : أن الشجر الموضوع للقرار ، وهو الذى يقصد للثمر يدخل إلا إذا يبس ، وصار حطبا كما مر ، أما غير المثمر المعد للقطع ، فإن لم يكن له نهاية معلومة(١) . فلا يدخل أيضا ، بخلاف ما أعد للقطع فى زمن خاص كأيام الربيع ، أو فى كل ثلاث سنين فهو على التفصيل المذكور ، ولا يخفى أن الحور بالمهملتين ليس لقطعه نهاية معلومة والله سبحانه وتعالى أعلم :

هذا واعلم أنه نقل فى البحر وكذا فى شرح الوهبانية عن الخانية أنه لو باع أرضا فيها رطبة أو زعفران أو خلاف يقلع فى كل ثلاث سنين أو رياحين أو بقول قال الفضلى ما على وجه الأرض بمنزلة الثمر ، لايدخل بلا شرط ، ومافى الأرض من أصولها يدخل ، لأن أصولها للبقاء بمنزلة البناء ، وكذا لو كان فيها قصب أو حشيش أو حطب نابت يدخل أصوله لا ما على وجه الأرض . واختلفوا فى قوائم الخلاف والصحيح أنها لا تدخل اه . وفى شرح الوهبانية إن هذا التفصيل أنسب لمقتضى قواعدهم اه (قوله دخل الوثائل الخ) الوثل بالتحريك الحبل من الليف ، والوثيل نبت كذا فى جامع اللغة اه ح . وهو المنقول عن القنية وفى نسخة الوتائر وهو جمع وتيرة وهى ما يوتر بالأعمدة من البيت كالوترة محركة كذا فى القاموس . ثم قال : وترها يترها علق عليها اه . فالمراد : ما يعلق عليه الكرم والذى وقع فيما رأيته من نسخ المنح يدخل الوتائر المشدودة على الأوتار المنصوبة فى الأرض اه ط :

قلت : والذى رأيته فى الشرح وكذا فى المنح الوتائد المشدودة على الأوتاد الخ بالدال المهملة فى الموضعين تأمل (قوله وكذا الأعمدة المدفونة فى الأرض) قال فى المنح : تقييده بالمدفونة يفيد أن الملقاة على الأرض لاتدخل ، لأنها بمنزلة الحطب الموضوع فى الكرم ، وصارت المسألة واقعة الفتوى فيفتى بالدخول فى المبيع ، وإن كانت مدفونة وهى المسماة فى ديارنا بزرابير الكرم اه :

---

(١) (قوله نهاية معلومة فلا يدخل الخ) لعل الصواب إسقاط لا تأمل اه

وفى النهر : كل مادخل تبعا لا يقابله شيء من الثمن لكونه كالوصف وذكره المصنف فى باب الاستحقاق قبيل السلم (ولا يدخل الزرع فى بيع الأرض بلا تسمية) إلا إذا نبت ولاقيمة له فيدخل فى الأصح شرح المجمع

مطلب كل مادخل تبعا لا يقابله شيء من الثمن

(قوله وفى النهر الخ)قال فيه ولذا قال فى القنية : اشترى دارا فذهب بناؤها لم يسقط شيء من الثمن ، وإن استحق أخذ الدار بالحصة ومنهم من سوى بينهما اه ونحو ذلك ثياب الجارية كما سلف ط وفى الكافى : رجل له أرض بيضاء ولآخر فيها نخل فباعهما رب الأرض بإذن الآخر بألف ، وقيمة كل واحد خمسمائة فالثمن بينهما نصفان ، فإن هلك النخل قبل القبض بآفة سماوية خير المشترى بين الترك ، وأخذ الأرض بكل الثمن ، لأن النخل كالوصف والثمن بمقابلة الأصل لا الوصف فلذا لا يسقط شيء من الثمن اه وقيده فى البحر بما إذا لم يفصل ثمن كل ، فلو فصل سقط قسط النخل بهلاكها كما فى تلخيص الجامع .

[تنبيه] فى حاشية السيد أبى السعود استفيد من كلامهم : أنه إذا كان لباب الدار المبيعة كيلون من فضة لا يشترط أن ينقد من الثمن مايقابله قبل الإفتراق لدخوله فى البيع تبعا ، ولا يشكل بما سيأتى فى الصرف من مسألة الأمة مع الطوق والسيف المحلى لأن دخول الطوق والحلية فى البيع لم يكن على وجه التبعية ، لكون الطوق غير متصل بالأمة والحلية وإن اتصلت بالسيف ، إلا أن السيف اسم للحلية أيضا كما سيأتى فى الصرف ، فكانت من مسمى السيف إذا علم هذا ظهر أنه فى بيع الشاش ونحوه إذا كان فيه علم لا يشترط نقد ماقابل العلم من الثمن قبل الافتراق خلافا لمن توهم ذلك من بعض أهل العصر ، لأن العلم لم يكن من مسمى المبيع ، فكان دخوله على وجه التبعية ، فلا يقابله حصة من الثمن اه .

قلت : وما ذكره فى الكيلون غير مسلم وسنذكر تحرير المسألة فى باب الصرف إن شاء الله تعالى (قوله ولا يدخل الزرع الخ) إطلاقه يعم ما إذا لم ينبت ، لأنه حينئذ يمكن أخذه بالغربال ، وما إذا عفن واختار الفضلى وتبعه فى الذخيرة أنه حينئذ يكون للمشترى لأنه لايجوز بيعه على الإفراد ، وبالإطلاق أخذ أبو الليث نهر وقال فى الفتح واختار الفقيه أبو الليث أنه لا يدخل بكل حال كما هو إطلاق المصنف اه (قوله إلا إذا نبت ولا قيمة له) ذكر فى الهداية قولين فى هذه المسألة بلا ترجيح ، وذكر فى التجنيس إن الصواب الدخول كما نص عليه القدورى والإسبيجابى ، والخلاف مبنى على الاختلاف فى جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل (١) ؛ قال فى الفتح يعنى أن من قال لايجوز بيعه ، قال يدخل ومن قال يجوز قال لايدخل ، ولا يخفى أن كلا من الاختلافين مبنى على سقوط تقومه وعدمه ، فإن القبول بعدم جواز بيعه وبعدم دخوله فى البيع كلاهما مبنى على سقوط تقومه ، والأوجه جواز بيعه على رجاء تركه كما يجوز بيع الجحش كما ولد رجاء حياته فينتفع به فى ثانى الحال اه ، مافى الفتح : وظاهره اختيار عدم الدخول ، لاختياره جواز بيعه ، وبه صرح فى السراج حيث قال : لو باعه بعد مانبت ولم تنله المشافر والمناجل ففيه روايتان ، والصحيح أنه لايدخل إلا بالتسمية ، ومنشأ الخلاف هل يجوز بيعه أولا الصحيح الجواز اه .

والحاصل : أن الصور أربع ، لأنه إما أن يكون بعد النبات أو قبله ، وعلى كل إما أن يكون له قيمة أولا

---

(١) قوله (قبل أن تناله المشافر والمناجل) أى قبل أن يمكن أكل الدواب له وتناوله بمشافرها وقبل أن يمكن حصده بالمناجل فإن مشفر البعير شفته جمعها مشافر والمنجل ما يحصد به الزرع جمعه مناجل اه منه .

(و) لا (الثمر فى بيع الشجر بدون الشرط) عبر هنا بالشرط وثمة بالتسمية ليفيد أنه لافرق وأن هذا الشرط غير مفسد وخصه بالثمر اتباعا لقوله صلى الله عليه وسلم « الثمرة للبائع إلا أن يشترطه المبتاع

ولا يدخل فى الكل لكن وقع الخلاف فيما ليس له قيمة قبل النبات أو بعده . فنى الثانية الأصح الدخول كما ذكره الشارح بل علمت أنه الصواب ، وظاهر الفتح اختيار عدمه ، وبه صرح فى السراج ، وكذا فى الأولى اختلف الترجيح فاختار الفضلي الدخول ، واختار أبو الليث عدمه كما قدمناه عن النهر والفتح ، واقتصار الشارح على استثناء الثانية فقط يفيد ترجيح ما اختاره أبو الليث فى الأولى ، لكن قدمنا عن الفتح أن اختيار أبى الليث إنه لايدخل بكل حال كما هو إطلاق المصنف يعنى صاحب الهداية ، وظاهره عدم الدخول فى الصور الأربع . وقد وقع فى البحر ههنا خلل فى فهم كلام السراج المتقدم ، وفى بيان الخلاف فى الصور المذكورة والصواب ماذكرناه كما أوضحته فيما علقته عليه فافهم :

[تنبيه] قيد بالبيع لأنه فى رهن الأرض يدخل الشجر والثمر والزرع وفى وقفها يدخل البناء والشجر ، لا الزرع وكذا لو أقر بأرض عليها زرع أو شجر دخل ولا يدخل الزرع فى إقالة الأرض وتمامه فى البحر (قوله ولا الثمر فى بيع الشجر) الثمر بمثلثة الحمل الذى تخرجه الشجرة وإن لم يؤكل فيقال ثمر الأراك والعوسج والعنب مضباح . وفى الفتح ويدخل فى الثمرة الورد والياسمين ونحوهما من المشمومات نهر وشمل ما إذا بيع الشجر مع الأرض أو وحده كان له قيمة أولا بحر (قوله ليفيد أنه لا فرق) أى بين أن يسمى الزرع والثمر بأن يقول : بعتك الأرض وزرعها أو بزرعها أو الشجر وثمره أو معه أو به ، وبين أن يخرجه مخرج الشرط فيقول بعتك الأرض على أن يكون زرعها لك أو بعتك الشجر على أن يكون الثمر لك كذا فى المنح اهـ ح ، ومثله فى البحر :

مطلب المجتهد إذا استدل بحديث كان تصحيحا له

(قوله وخصه بالثمر) أى خص ذكر الشرط بمسألة الثمر دون مسألة الزرع مع إمكان العكس اتباعا للحديث المذكور الذى استدل به الإمام محمد ، على أنه لا فرق بين كون الثمر مؤبرا أولا والتأبير التلقيح ، وهو أن يشق الكم ويذر فيه من طلع النخل ليصلح إناثها والكم بالكسر وعاء الطلع ، وأما حديث الكتب الستة : «من باع نخلا مؤبرا فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع » فلا يعارضه لأن مفهوم الصفة غير معتبر عندنا وما قيل من أن الحديث الأول غريب ففيه أن المجتهد إذا استدل بحديث كان تصحيحا له كما فى التحرير وغيره نعم : يرد مافى الفتح أن حمل المطلق على المقيد هنا واجب ، لأنه فى حادثة واحدة فى حكم واحد ، ثم أجاب عنه بأنهم قاسوا الثمر على الزرع كما قال فى الهداية إنه متصل للقطع لا للبقاء ، وهو قياس صحيح وهم يقدمون القياس على المفهوم إذا تعارضا :

مطلب فى حمل المطلق على المقيد

واعترض فى البحر قوله إن حمل المطلق على المقيد واجب الخ بأنه ضعيف لما فى النهاية من أن الأصح إنه لايجوز لا فى حادثة ، ولا فى حادثتين حتى جوز أبو حنيفة التيمم بجميع أجزاء الأرض بحديث « جعلت لى الأرض مسجدا وطهورا » ولم يحمل هذا المطلق على المقيد وهو حديث التراب طهور اهـ .

(ويؤمر البائع بقطعهما) الزرع والثمر (وتسليم المبيع) الأرض والشجر عند وجوب تسليمهما ، فلو لم ينقد الثمن لم يؤمر به خانية (وإن لم يظهر) صلاحه لأن ملك المشترى مشغول بملك البائع فيجبر على تسليمه فارغا (كما لو أوصى بنخل لرجل وعليه بسر حيث يجبر الورثة على قطع البسر هو المختار) من الرواية ولوالجية وما فى الفصولين باع أرضا بدون الزرع فهو للبائع بأجر مثلها محمول على ما إذا رضى المشترى نهر (ومن باع ثمرة بارزة)

أقول : أجبت عنه فيما علقته على البحر بأن المقيد هنا لاينفى الحكم عما عداه ،لأن التراب لقب ومفهوم اللقب غير معتبر إلا عند فرقة شاذة ممن اعتبر المفاهيم ، فليس مما يجب فيه الحمل فلا دلالة فى ذلك على أنه لا يحمل فى حادثة عندنا كيف وحمل المطلق على المقيد عند اتحاد الحكم والحادثة مشهور عندنا مصرح به فى متن المنار والتوضيح والتلويح وغيرها فما استند إليه من كلام النهاية غير مسلم فافهم (قوله ويؤمر البائع بقطعهما) أى فيما إذا باع أرضا فيها زرع لم يسمه أو شجرا عليه ثمر لم يشترطه حتى بقى الزرع والثمر على ملك البائع (قوله الزرع والثمر) بدل من ضمير التثنية وقوله الأرض والشجر بدل من المبيع (قوله عند وجوب تسليمهما) أى تسليم الأرض والشجر وذلك عند نقد المشترى الثمن (قوله لم يؤمر به) أى بالقطع لعدم وجوب التسليم (قوله وإن لم يظهر صلاحه) الأولى صلاحهما أى الزرع والثمر وهو المناسب لقوله بقطعهما (قوله لأن ملك المشترى مشغول الخ) علة لقوله : ويؤمر البائع بقطعهما الخ وفى النهر عن جامع الفصولين باع شجرا عليه ثمر أو كرما عليه عنب لايدخل الثمر فلو استأجر الشجرة[1] : من المشترى ليترك عليه الثمر لم يجز ولكن يعار إلى الإدراك فلو أبى المشترى يخير البائع إن شاء أبطل البيع أو قطع الثمر اه وسيذكره الشارح آخر الباب فتأمله مع قول المتون ، ويؤمر البائع بالقطع فإنه ينافى التخيير المذكور ولعله قول آخر فليحرر (قوله وما فى الفصولين) أى جامع الفصولين لابن قاضى سماوة جمع فيه بين فصولى العمادى والاستروشنى ط (قوله محمول على ما إذا رضى المشترى) أى رضى بابقاء الزرع بأجر مثل الأرض وإلا أمر البائع بالقلع توفيقا بين كلامهم ، وأما إذا انقضت المدة فى الإجارة فللمستأجر أن يبقى الزرع بأجر المثل إلى انتهائه لأنها للانتفاع ، وذلك بالترك دون القلع ، بخلاف الشراء لأنه لملك الرقبة فلا يراعى فيه إمكان الانتفاع بحر .

مطلب فى بيع الثمر والزرع والشجر مقصودا

(قوله ومن باع ثمرة بارزة) لما فرغ من بيع الثمر تبعا للشجر شرع ببيعه مقصودا ولم يذكر حكم بيع الزرع والشجر مقصودا قال فى الدرر : لايصح بيع الزرع قبل صيرورته بقلا لأنه ليس بمنتفع به ، وتابع للأرض ، فيكون كالوصف ، فلا يجوز إيراد العقد عليه بانفراده ، وإن باع على أن يتركه حتى يدرك لم يجز وكذا الرطبة والبقول ويجوز بيع حصته من شريكه مطلقا أى سواء بلغ أوان الحصاد أولا ومن غيره بغير إذنه إن لم يفسخ إلى الحصاد فإنه حينئذ ينقلب إلى الجواز كما إذا باع الجذع فى السقف ولم يفسخ البيع حتى أخرجه وسلمه اه ويأتى فى المتن بيع البر فى سنبله وفى البحر عن الظهيرية : اشترى شجرة للقلع يؤمر بقلعها بعروقها ، وليس له حفر الأرض إلى انتهاء العروق بل يقلعها على العادة إلا إن شرط البائع القطع على وجه الأرض ، أو يكون فى القلع من الأصل مضرة للبائع ككونها بقرب حائط أو بئر فيقطعها على وجه الأرض ، فإن قطعها أو قلعها فنبت مكانها أخرى ، فالنابت للبائع إلا إذا قطع من أعلاها فهى للمشترى سراج ولو اشترى نخلة ولم يبين أنها للقلع أو للقرار قال أبو يوسف

---

(١) قوله (فلو استأجر الشجرة) هكذا بخطه والأولى الشجر بلا تاء ليناسب سابقه ولاحقه اه مصححه .

أ.ا قبل الظهر فلا يصح اتفاقا (ظهر صلاحها أولا صح) فى الأصح (ولو برز بعضها دون بعض لا) يصح (فى ظاهر المذهب) وصححه السرخسى وأفتى الحلوانى بالجواز

لايملك أرضها وأدخل محمد ماتحتها وهو المختار. وإن اشتراها للقطع لا تدخل الأرض اتفاقا . وإن للقرار تدخل اتفاقا وإن باع نصيبا له من شجرة بلا إذن الشريك جاز إن بلغت أوان قطعها وإلا فلا اهـ وقدمنا فى الشركة حكم بيع الحصة الشائعة من ثمر أو زرع أو شجر مفصلا موضحا فراجعه (قوله أما قبل الظهور) أشار إلى أن البروز بمعنى الظهور، والمراد به انفراك الزهر عنها وانعقادها ثمرة وإن صغرت (قوله ظهر صلاحها أولا) قال فى الفتح لاخلاف فى عدم جواز بيع الثمار قبل أن تظهر ولا فى عدم جوازه بعد الظهور قبل بدو الصلاح ، بشرط الترك ولا فى جوازه قبل بدو الصلاح بشرط القطع فيما ينتفع به ، ولا فى الجواز بعد بدو الصلاح ، لكن بدو الصلاح عندنا أن تؤمن العاهة والفساد ، وعند الشافعى هو ظهور النضج وبدو الحلاوة ، والخلاف إنما هو فى بيعها قبل بدو الصلاح على الخلاف فى معناه ، لابشرط القطع فعند الشافعى ومالك وأحمد لايجوز وعندنا إن كان بحال لاينتفع به فى الأكل ، ولا فى علف الدواب فيه خلاف بين المشايخ قيل : لايجوز ونسبه قاضيخان لعامة مشايخنا ، والصحيح أنه يجوز لأنه مال منتفع به فى ثانى الحال إن لم يكن منتفعا به فى الحال والحيلة فى جوازه باتفاق المشايخ أن يبيع الكمثرى أول مايخرج مع أوراق الشجر فيجوز فيها تبعا للأوراق كأنه ورق كله ، وإن كان بحيث ينتفع به ولو علفا للدواب فالبيع جائز باتفاق أهل المذهب إذا باع بشرط القطع أو مطلقا اهـ (قوله لايصح فى ظاهر المذهب) قال فى الفتح : ولو اشتراها مطلقا أى بلا شرط قطع أو ترك فأثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع ، لأنه لايمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز فأشبه هلاكه قبل التسليم ، ولو أثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط ، والقول قول المشترى فى مقداره مع يمينه ، لأنه فى يده وكذا فى بيع الباذنجان والبطيخ إذا حدث بعد القبض خروج بعضها اشتركا كما ذكرنا اهـ ومقتضاه أنها لو أثمرت بعد القبض يصح البيع فى الموجود وقت البيع ، فإطلاق المصنف تبعا للزيلعى محمول على ماإذا باع الموجود والمعدوم كما يفيده مايأتى عن الحلوانى ، وماذكره فى الفتح من التفصيل محمول على ماإذا باع الموجود فقط ، وعلى هذا فقول الفتح عقب ماقدمناه عنه ، وكان الحلوانى يفتى بجوازه فى الكل الخ لايناسب التفصيل الذى ذكره لأنه لا وجه لجواز البيع فى الكل إذا وقع البيع على الموجود فقط فاغتنم هذا التحرير (قوله وأفتى الحلوانى بالجواز) وزعم أنه مروى عن أصحابنا وكذا حكى عن الإمام الفضلى ، وقال استحسن فيه لتعامل الناس وفى نزع الناس عن عادتهم حرج قال فى الفتح : وقد رأيت رواية فى نحو هذا عن محمد فى بيع الورد على الأشجار فإن الورد متلاحق ، وجوز البيع فى الكل وهو قول مالك اهـ قال الزيلعى وقال شمس الأئمة السرخسى : والأصح أنه لايجوز لأن المصير إلى مثل هذه الطريقة عند تحقق الضرورة ولاضرورة هنا لأنه يمكنه أن يبيع الأصول على مابينا أو يشترى الموجود ببعض الثمن ، ويؤخر العقد فى الباقى إلى وقت وجوده أو يشترى الموجود بجميع الثمن : ويبيح له الانتفاع بما يحدث منه ، فيحصل مقصودهما بهذا الطريق ، فلا ضرورة إلى تجويز العقد فى المعدوم مضادا ماللنص ، وهو ماروى وأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ماليس عند الإنسان ورخص فى السلم » اهـ :

قلت : لكن لايخفى تحقق الضرورة فى زماننا ولا سيما فى مثل دمشق الشام كثيرة الأشجار والثمار فإنه لغلبة الجهل على الناس لايمكن إلزامهم بالتخلص بأحد الطرق المذكورة ، وإن أمكن ذلك بالنسبة إلى بعض أفراد الناس لايمكن بالنسبة إلى عامتهم وفى نزعهم عن عادتهم حرج كما علمت ، ويلزم تحريم أكل الثمار فى هذه البلدان

لو الخارج أكثر زيلعى (ويقطعها المشترى فى الحال) جبرا عليه (وإن شرط تركها على الأشجار فسد) البيع كشرط القطع على البائع حاوى (وقيل) قائله محمد(لا)يفسد(إذا تناهت) الثمرة للتعارف فكان شرطا يقتضيه العقد (وبه يفتى) بحر عن الأسرار لكن فى القهستانى عن المضمرات أنه على قولهما الفتوى فتنبه قيد باشتراط الترك لأنه لو شراها مطلقا وتركها بإذن البائع طاب له الزيادة وإن بغير إذنه تصدق بمازاد فى ذاتها وإن بعد ماتناهت لم يتصدق بشىء ، وإن استأجر الشجر إلى وقت الإدراك بطلت الإجارة وطابت الزيادة لبقاء الإذن

إذ لاتباع إلا كذلك والنبى صلى الله عليه سلم إنما رخص فى السلم للضرورة مع أنه بيع المعدوم ، فحيث تحققت الضرورة هنا أيضا أمكن إلحاقه بالسلم بطريق الدلالة ، فلم يكن مصادما للنص ، فلذا جعلوه من الاستحسان ، لأن القياس عدم الجواز ، وظاهر كلام الفتح الميل إلى الجواز ولذا أورد له الرواية عن محمد بل تقدم أن الحلوانى رواه عن أصحابنا وماضاق الأمر إلا اتسع ولا يخفى أن هذا مسوغ للعدول عن ظاهر الرواية كما يعلم من رسالتنا المسماة نشر العرف فى بناء بعض الأحكام على العرف فراجعها (قوله لو الخارج أكثر) ذكر فى البحر عن الفتح أن مانقله شمس الأئمة عن الإمام الفضلى لم يقيده عنه بكون الموجود وقت العقد أكثر بل قال عنه أجعل الموجود أصلا ، ومايحدث بعد ذلك تبعا (قوله ويقطعها المشترى) أى إذا طلب البائع تفريغ ملكه وهذا راجع لأصل المسألة (قوله جبرا عليه) مفاده أنه لاخيار للمشترى فى إبطال البيع إذا امتنع البائع عن إبقاء الثمار على الأشجار، وفيه بحث لصاحب البحر والنهر سيذكره الشارح آخر الباب (قوله فسد) أى مطلقا كما يرشد إليه التفصيل فى القول المقابل له فافهم . وعلل فى البحر الفساد بأنه شرط لايقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير (قوله كشرط القطع على البائع) فى البحر عن الولوالجية : باع عنبا جزافا وكذا الثوم فى الأرض والجزر والبصل، فعلى المشترى قطعه إذا خلى بينه وبين المشترى لأن القطع إنما يجب على البائع إذا وجب عليه الكيل أو الوزن ولم يجب لأنه لم يبع مكايلة ولا موازنة (قوله وبه يفتى) قال فى الفتح: ويجوز عند محمد استحسانا وهو قول الأئمة الثلاثة ،واختاره الطحاوى لعموم البلوى (قوله بحر عن الأسرار) عبارة البحر وفى الأسرار الفتوى على قول محمد ، وبه أخذ الطحاوى وفى المنتقى ضم إليه أبا يوسف وفى التحفة والصحيح قولهما (قوله لكن فى القهستانى عن المضمرات) حقه أن يقول عن النهاية ،لأن عبارة القهستانى مع المتن وشرط تركها على الشجر والرضا به يفسد البيع عندهما ، وعليه الفتوى كما فى النهاية ، ولا يفسد عند محمد إن بدا صلاح بعض وقرب صلاح الباقى وعليه الفتوى كما فى المضمرات اهـ ومانقله القهستانى عن المضمرات مخالف لما فى الهداية والفتح والبحر وغيرها من حكاية الخلاف فى الذى تناهى صلاحه ، فإنه صريح فى تناهى الصلاح لا فى بدوه وأيضا المتبادر منه صلاح الكل تأمل (قوله فتنبه) أشار به إلى اختلاف التصحيح وتخيير المفتى فى الإفتاء بأيهما شاء لكن حيث كان قول محمد هو الاستحسان يترجح على قولهما تأمل (قوله قيد باشتراط الترك) أى قيد المصنف الفساد به (قوله مطلقا) أى بلا شرط ترك أوقطع وظاهره ولو كان الترك متعارفا مع أنهم قالوا المعروف عرفا كالمشروط نصا ومقتضاه فساد البيع وعدم حل الزيادة تأمل (قوله طاب له الزيادة) هى مازاد فى ذات المبيع فلا ينافى ماقدمناه من أنه لو أثمرت ثمرا آخر ، فإن قبل القبض فسد البيع أو بعده يشتركان فيه لأن ذاك فى الزيادة على المبيع مما لم يقع عليه البيع ،وهذا فى زيادة ماوقع عليه البيع كما أفاده فى النهر . وحاصله : أن المراد هنا الزيادة المتصلة لا المنفصلة (قوله تصدق بمازاد فى ذاتها) لحصوله بجهة محظورة بحر وتعرف الزيادة بالتقويم يوم البيع والتقويم يوم الإدراك فالزيادة تفاوت مابينهما ط عن العينى (قوله لم يتصدق بشىء) لعم عليه إثم غصب المنفعة فتح (قوله بطلت الإجارة) وإن عين المدة درمنتقى ، فإن أصل

ولو استأجر الأرض لترك الزرع فسدت لجهالة المدة ، ولم تطب الزيادة مالنى الأجر لفساد الإذن بفساد الإجارة بخلاف الباطل كما حررناه في شرحه . والحيلة أن يأخذ الشجرة معاملة على أن له جزءا من ألف جزء أن يشترى أصول الرطبة كالباذنجان وأشجار البطيخ والخيار ليكون الحادث للمشترى

الإجارة مقتضى القياس فيها البطلان إلا أن الشرع أجازها للحاجة فيما فيه تعامل ، ولا تعامل فى إجارة الأشجار المجردة فلا يجوز وكذا لو استأجر أشجارا ليجفف عليها ثيابه لم يجز ذكره الكرخى فتح (قوله لترك الزرع) الأولى تعبير الهداية وغيرها بقوله إلى أن يدرك الزرع أى إلى وقت إدراكه بلا ذكر مدة (قوله ولم تطب الزيادة) أى الزيادة على الثمرة وعلى ماغرم من أجرة المثل ط عن العينى :

مطلب فساد المتضمن يوجب فساد المتضمن

(قوله كما حررناه فى شرحه) ونصه لفساد الإذن بفساد الإجارة وفساد المتضمن يوجب فساد المتضمن بخلاف الباطل ، فإنه معدوم شرعا أصلا ووصفا ، فلا يتضمن شيئا فكانت مباشرته عبارة عن الإذن اهـ ح :

وحاصل الفرق كما فى الفتح وغيره : أن الفاسد له وجود لأنه فائت الوصف دون الأصل فكان الإذن ثابتا فى ضمنه فيفسد بخلاف الباطل فإنه لا وجود له أصلا فلم يوجد إلا الإذن ولايخفى أن هذا (١) . الفرق ينافى ما مر أول البيوع من أن البيع بعد عقد فاسد أو باطل لاينعقد قبل متاركة العقد الأول ، وينافى فروعا أخر مذكورة فى آخر الفن الثالث من الأشباه عند قوله فائدة إذا بطل الشيء بطل مافى ضمنه فراجعها وتأمل (قوله والحيلة) فى أن يطيب للمشترى مازاد فى ذات المبيع ومالم يكن بارزا وقت العقد (قوله أن يأخذ) أى المشترى (قوله معاملة) أى مساقاة لمدة معلومة كما فى القنية (قوله على أن له الخ) أى للبائع قال فى شرحه على الملتقى : وينبغى أن يقول المشترى للبائع بعد مادفع الثمن أخذت منك هذا الشجر معاملة على أن لك جزءا من ألف جزء ولى ألف جزء إلا جزءا أى من الثمر ذكره الشمنى ، وفيه أن المشترى قد أخذ الثمر شراء فكيف يأخذه معاملة إلا أن يقال إنه دفع له الثمن على وجه التبرع ويكون الاعتبار على عقد المعاملة اهـ :

قلت : الشراء إنما وقع على البارز وقت العقد والمعاملة لأجل طيب مالم يبرز بعد وطيب مازاد (٢) فى ذات البارز نعم هذه الحيلة إنما تتأتى إذا لم يكن الشجر وقفا أو ليتيم لعدم الحظ والمصلحة فى أخذه جزءا من ألف جزء والباقى للمشترى كما ذكر الشارح نظيره فى أول كتاب الإجارة (قوله وأن يشترى الخ) هذه حيلة ثالثة ، وبيانها أن المشرى إما أن يكون مما يوجد شيئا فشيئا وقد وجد بعضه أو لم يوجد منه شيء كالباذنجان والبطيخ والخيار أو يوجد كله لكنه لم يدرك كالزرع والحشيش ، أو يكون وجد بعضه دون بعض كثمر الأشجار المختلفة الأنواع ففى الأول يشترى الأصول ببعض الثمن ويستأجر الأرض مدة معلومة بباقى الثمن ، لئلا يأمره البائع بالقلع قبل خروج الباقى أو قبل الإدراك ، وفى الثانى يشترى الموجود من الحشيش والزرع ، ويستأجر الأرض كما قلنا وفى الثالث يشترى الموجود من الثمر بكل الثمن ، ويحل له البائع ماسيوجد ، لأن استئجار الأرض لايتأتى هنا

---

(١) (قوله ولا يخفى أن هذا الخ) قال شيخنا لامنافاة أصلا فإن فساد البيع بالتعاطى بعد الباطل لا يقتضى اعتباره لأنا إنما حكمنا ببطلانه قبل المتاركة لانفهام حالهما أن هذا التسليم بحكم العقد السابق زعما منهما اعتباره وثبوت حكم له وليس فى هذا ما يدل على اعتبارنا له وقوله وينافى فروعا أخر الخ لتنظر تلك الفروع فلعلها من هذا القبيل فيتم ما قاله الشارح من التعليل اهـ .

(٢) (قوله وطيب مازاد الخ) حاصله أنه اشترى الثمر الذى تناهى بروزه ولم يتم صلاحه فالحيلة فى إبقائها أخذ الأشجار مساقاة وفيه أن عقد المساقاة حينئذ يكون واردا على ما هو مملوك له فيحتاج حينئذ لما أجاب به فى شرح الملتقى فى هذا دون ما لم يتناه بروزه .

وفى الزرع والحشيش يشترى الموجود ببعض الثمن ويستأجر الأرض مدة معلومة يعلم فيها الإدراك بباقى الثمن وفى الأشجار الموجود ويحل له البائع مايوجد : فإن خاف أن يرجع يقول على أنى متى رجعت فى الإذن تكون مأذونا فى الترك شمنى ملخصا (ماجاز إيراد العقد عليه بانفراده صح استثناؤه منه) إلا الوصية بالخدمة يصح إفرادها دون استثنائها أشباه فرع على هذه القاعدة بقوله (فصح استثناء) قفيز من صبرة وشاة معينة من قطيع و (أرطال معلومة من بيع تمر نخلة)

لأن الأشجار باقية على ملك البائع ، وقيامها فى الأرض مانع من صحة استئجار الأرض إلا أن يأخذها أولا معاملة كما مر لأنها تصير فى تصرفه أو تكون الأشجار على المسناة فإنها حينئذ لا تمنع صحة إجارة الأرض كما يعلم من بابها ومسألة الإحلال تتأتى فى الأول والثانى أيضا (قوله ببعض الثمن) تنازع فيه يشترى الأول ويشترى الثانى فى المسألتين وقوله ويستأجر الأرض راجع للمسألتين أيضا كما علم مما قررناه (قوله وفى الأشجار الموجود) أى وفى ثمار الأشجار يشترى الموجود منها (قوله فإن خاف الخ) قال فى جامع الفصولين أقول : كتبت فى لطائف الإشارات أنهم قالوا قال وكلتك بكذا على أنى كلما عزلتك فأنت وكيلى صح وقيل لا فإذا صح يبطل العزل (١) . عن المعلقة قبل وجود الشرط عند أبى يوسف ، وجوزه محمد فيقول فى عزله رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلتك عن الوكالة المنجزة اهـ رملى .

وحاصله : أنه على قول محمد يمكن الرجوع هنا عن الإحلال بأن يقول : رجعت عن الإحلال المعلق وعن المنجز فيتعين حينئذ الاحتيال بالمعاملة على الأشجار كما مر (قوله فى الترك) المناسب فى الأكل لأن فرض المسألة أنه أحل له مايوجد فى المستقبل والترك إنما يناسب الموجود إلا أن يدعى أن المراد ما يوجد من الزيادة فى ذات المبيع الموجود .

[تتمة] اشترى الثمار على رءوس الأشجار ، فرأى من كل شجرة بعضها يثبت له خيار الرؤية بحر ، ثم ذكر حكم بيع المغيب فى الأرض وسيأتى الكلام عليه إن شاء الله تعالى فى أول البيع الفاسد (قوله ماجاز إيراد العقد عليه الخ) هذه قاعدة مذكورة فى عامة المعتبرات مفرع عليها مسائل منها ما ذكرهنا منح (قوله صح استثناؤه منه) أى من العقد كما هو مصرح به فى عبارة الفتح ، وهذا أولى من جعل الضمير فى منه راجعا للمبيع المعلوم من المقام فافهم ، ولا يصح إرجاعه إلى ما لأنها واقعة على المستثنى ، فيلزم استثناء الشيء من نفسه كما لا يخفى قال فى الفتح وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل من الجارية أو الشاة وأطراف الحيوان لا يجوز كما لو باع هذه الشاة إلا أليتها أو هذا العبد إلا يده ، فيصير مشتركا متميزا بخلاف مالو كان مشتركا على الشيوع فإنه جائز اهـ : أى كبيع العبد إلا نصفه مثلا لأنه غير متميز فى جزء بعينه بل شائع فى جميع أجزائه فيجوز (قوله يصح إفرادها) بأن يوصى بها وحدها بدون الرقبة اهـ ح (قوله دون الاستثناء (٢)) بأن يوصى له بعبد دون خدمته اهـ ح وقيد بالخدمة لأن الحمل يصح استثناؤه فى الوصية ، حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية والفرق أن الوصية أخت الميراث والميراث يجرى فيما فى البطن بخلاف الخدمة والغلة كالخدمة بحر من البيع الفاسد (قوله وشاة معينة من قطيع) أما لو غير معينة فلا يجوز كثوب غير معين من عدل أفاده فى البحر

---

(١) قوله (يبطل العزل الخ) أى لأن المعلقة لا تتحقق إلا بوجود الشرط وهو العزل عن المنجزة فقبل وجود شرط المعلقة لا يصح العزل عنها فقوله قبل وجود الشرط أى شرط المعلقة اهـ .

(٢) قوله (دون الاستثناء) هكذا بخطه والذى فى نسخ الشارح دون استثنائها ولعلها نسخة أخرى كتب عليها اهـ .

لصحة إيراد العقد عليها ولو الثمر على رؤوس النخل على الظاهر (ك) صحة (بيع برّ فى سنبله) بغير سنبل البر . لاحتمال الربا (وباقلاء وأرز وسمسم فى قشرها وجوز ولوز وفستق فى قشرها الأول) وهو الأعلى وعلى البائع إخراجه إلا إذا باع بمافيه وهل له خيار الرؤية؟الوجه نعم فتح ، وإنما بطل بيع مافى تمر وقطن وضرع

(قوله وأرطال معلومة) أفاد أن محل الإختلاف الآتى ماإذا استثنى معينا ، فإن استثنى جزءا كربع وثلث فإنه صحيح اتفاقا كما فى البحر عن البدائع .

قلت : وجهه أن مايقدر بالرطل شىء معين ، بخلاف الربع مثلا فإنه غير معين ، بل هو جزء شائع كما قلنا آنفا ونظيره ماقدمناه عند قوله وفسد بيع عشرة أذرع من مائة ذراع من دار لا أسهم ، وقيد بالأرطال لأنه لو استثنى رطلا واحدا جاز اتفاقا لأنه استثناء القليل من الكثير ، بخلاف الأرطال لجواز أن لايكون إلا ذلك القدر فيكون استثناء الكل من الكل بحر عن البناية ، ومقتضاه أنه لو علم أنه يبقى أكثر من المستثنى يصح ولو المستثنى أرطالا على رواية الحسن الآتية وهو خلاف مايدل عليه كلام الفتح من تعليل هذه الرواية بأن الباقى بعد إخراج المستثنى ليس مشارا إليه ولا معلوم الكيل المخصوص ، فكان مجهولا وإن ظهر آخرا أنه بقى مقدار معين لأن المفسد هو الجهالة القائمة اهـ ومقتضاه الفساد باستثناء الرطل الواحد أيضا على هذه الرواية تأمل (قوله لصحة إيراد العقد عليها) أى على القفيز والشاة المعينة والأرطال المعلومة ، وهو تعليل لقوله فصح أفاد به دخول ماذكر تحت القاعدة المذكورة (قوله ولو الثمر على رؤوس النخل) فيصح إذا كان مجذوذا بالأولى لأنه محل وفاق (قوله على الظاهر) متعلق بقوله فصح ومقابل ظاهر الرواية رواية الحسن عن الإمام أنه لايجوز واختاره الطحاوى والقدورى ، لأن الباقى بعد الاستثناء مجهول وفى الفتح أنه أقيس بمذهب الإمام فى مسألة بيع الصبرة وأجاب عنه فى النهر فراجعه (قوله بغير سنبل البر) متعلق ببيع والباء فيه للبدل قال الخير الرملى فى حاشية البحر ، وسيأتى فى الربا أن بيع الحنطة الخالصة بحنطة فى سنبلها لايجوز ، ويجب تقييده بما إذا لم تكن الحنطة الخالصة أكثر من التى فى سنبلها ، وقد صرح بذلك فى الخانية ، ويعلم بذلك أنه يجوز بيع التى فى سنبلها معه بالأخرى التى فى سنبلها معه صرفا للجنس إلى خلافه اهـ .
وبه ظهر أن قول المصنف كبيع بر فى سنبله إن أراد به بيع الحب فقط كما يشعر به قول الشارح الآتى وعلى البائع إخراجه فتقييده بقوله بغير سنبل البر احتراز عما إذا باعه بسنبل البر أى بالبر مع سنبله ، فإنه لايجوز إذا لم يكن الحب الخالص أكثر أما إذا كان أكثر يكون الزائد بمقابلة التبن فيجوز ، وإن أراد به بيع البر مع السنبل ، فلا يصح تقييده بقوله بغير سنبله لما علمت من جواز بيعه بمثله بأن يجعل الحب فى أحدهما بمقابلة التبن فى الآخر (قوله لاحتمال الربا) تعليل للمفهوم ، وهو أنه لو بيع بسنبل البر لايجوز لاحتمال أن يكون البر الذى بيع وحده مساويا للبر الذى بيع مع سنبله ، أو أقل فيكون الفضل ربا إلا إذا علم أن مابيع وحده أكثر كما قلنا آنفا (قوله وباقلاء) هو الفول بحر على وزن فاعلاء يشدد فيقصر ، ويخفف فيمد الواحدة باقلاة فى الوجهين مصباح (قوله فى قشرها الأول) وكذا الثانى بالأولى لأن الأول فيه خلاف الشافعى (قوله فعلى البائع إخراجه (١)) فى البزازية لو باع حنطة فى سنبلها لزم البائع الدوس والتذرية بحر . وكذا الباقلا وما بعدها (قوله إلا إذا باع بمافيه) عبارته فى الدرر المنتقى إلا إذا بيعت بما هى فيه اهـ وهى أوضح بعنى إذا باع الحنطة بالتبن لايلزم البائع تخليصه ط (قوله الوجه نعم) لأنه لم يره فتح وأقره فى البحر والنهر (قوله وإنما بطل الخ) قال فى الفتح وأورد المطالبة بالفرق بين ما إذا باع حب قطن فى قطن بعينه ، أو نوى تمر فى تمر بعينه أى باع مافى هذا القطن من الحب ، أو مافى هذا التمر من النوى فإنه لايجوز

---

(١) قوله (فعل البائع الخ) هكذا بخطه والذى فى نسخ الشارح وعلى الخ بالواو اهـ مصححه .

من نوى وحب ولبن لأنه معدوم عرفا (وأجرة كيل ووزن وعدّ وذرع على بائع) لأنه من تمام التسليم (وأجرة وزن ثمن ونقده) وقطع ثمر وإخراج طعام من سفينة (على مشتر) إلا إذا قبض البائع الثمن ثم جاء يرده بعيب الزيافة :
[فرع] ظهر بعد نقد الصراف أن الدراهم زيوف رد الأجرة وإن وجد البعض فبقدره نهر عن إجارة البزازية
وأما الدلال فإن باع العين بنفسه بإذن ربها فأجرته على البائع وإن سعى بينهما وباع المالك بنفسه يعتبر العرف وتمامه في شرح الوهبانية (ويسلم الثمن أولا في بيع سلعة بدنانير ودراهم) إن أحضر البائع السلعة (وفي بيع سلعة بمثلها

مع أنه أيضا في غلافه أشار أبو يوسف إلى الفرق بأن النوى هناك معتبر عدما هالكا في العرف فإنه يقال هذا تمر وقطن : ولا يقال هذا نوى في تمره ، ولا حب في قطنه ويقال هذه حنطة في سنبلها ، وهذا لوز وفستق في قشره ولا يقال : هذه قشور فيها لوز ، ولا يذهب إليه وهم وبما ذكرنا يخرج الجواب عن امتناع بيع اللبن في الضرع واللحم والشحم في الشاة والألية والأكارع والجلد فيها والدقيق في الحنطة والزيت في الزيتون والعصير في العنب ونحو ذلك حيث لا يجوز لأن كل ذلك منعدم في العرف لا يقال هذا عصير وزيت في محله وكذا الباقي اهـ (قوله من نوى الخ) نشر مرتب ط (قوله لأنه من تمام التسليم) إذ لا يتحقق تسليم المبيع إلا بكيله ووزنه ونحوه ومعلوم أن الحاجة إلى هذا إذا باع مكايلة أو موازنة ، ونحوه إذ لا يحتاج إلى ذلك في المجازفة وكذا صب الحنطة في وعاء المشتري على البائع فتح (قوله وأجرة وزن ثمن ونقده) أما كون أجرة وزن الثمن على المشتري فهو باتفاق الأئمة الأربعة . وأما الثاني فهو ظاهر الرواية وبه كان يفتي الصدر الشهيد وهو الصحيح كما في الخلاصة لأنه يحتاج إلى تسليم الجيد وتعرفه بالنقد كما يعرف المقدار بالوزن ولا فرق بين أن يقول دراهمي منقودة أولا هو الصحيح خلافا لمن فصل وتمامه في النهر (قوله وقطع ثمر) في الفتح عن الخلاصة : وقطع العنب المشرى جزافا على المشتري وكذا كل شيء باعه جزافا كالثوم والبصل والجزر إذا خلى بينها وبين المشتري ، وكذا قطع الثمر يعني إذا خلى بينها وبين المشتري اهـ (قوله إلا إذا قبض البائع الثمن الخ) أي فإن أجرة النقد على البائع لأنه من تمام التسليم ، وشرط لثبوت الرد إذ لا تثبت زيافته إلا بنقده قال في البحر : وأما أجرة نقد الدين فعلى المديون إلا إذا قبض رب الدين الدين ، ثم ادعى عدم النقد فالأجرة على رب الدين لأنه بالقبض دخل في ضمانه (قوله فبقدره) أي فيرد من الأجرة بقدر ما ظهر زيفا ، فيرد نصف الأجرة إن ظهر نصف الدراهم زيوفا ، وما عزاه إلى البزازية رأيته أيضا في الخانية والولوالجية . ورأيت منقولا عن المحيط أنه لا أجر له بظهور البعض زيوفا لأنه لم يوف عمله ولا ضمان عليه (قوله فأجرته على البائع) وليس له أخذ شيء من المشتري ، لأنه هو العاقد حقيقة شرح الوهبانية وظاهره أنه لا يعتبر العرف هنا لأنه لا وجه له (قوله يعتبر العرف) فتجب الدلالة على البائع أو المشتري أو عليهما بحسب العرف جامع الفصولين (قوله إن أحضر البائع السلعة) شرط لإلزام المشتري بتسليم الثمن أولا والشرط أيضا كون الثمن حالا ، وأن لا يكون في البيع خيار للمشتري : فلا يطالب بالثمن قبل حلول الأجل ولا قبل سقوط الخيار : وأفاد أن للبائع حبس المبيع حتى يستوفي كل الثمن ، فلو شرط دفع المبيع قبل نقد الثمن فسد البيع لأنه لا يقتضيه العقد ، وقال محمد لجهالة الأجل ، فلو سمى وقت تسليم المبيع جاز وله الحبس وإن بقي منه درهم كما في البحر : وفي الفتح والدر المنتقى : لو هلك المبيع بفعل البائع أو بفعل المبيع أو بأمر سماوي ، بطل البيع ويرجع بالثمن لو مقبوضا وإن هلك بفعل المشتري ، فعليه ثمنه إن كان البيع مطلقا أو بشرط الخيار له ، وإن كان الخيار للبائع أو كان البيع فاسدا لزمه ضمان مثله إن كان مثليا وقيمته إن كان قيميا ، وإن هلك بفعل أجنبي فالمشتري بالخيار إن شاء فسخ البيع فيضمن الجاني للبائع ذلك ، وإن شاء أمضاه ودفع الثمن واتبع الجاني ؛ ويطيب له الفضل إن كان الضمان من خلاف الثمن وإلا فلا اهـ :

أو ثمن بمثله (سلما معا) مالم يكن أحدهما دينا كسلم وثمن مؤجل ثم التسليم يكون بالتخلية على وجه يتمكن من القبض

مطلب فى حبس المبيع لقبض الثمن وفى هلاكه ومايكون قبضا

[تنبيه] للبائع حبس المبيع إلى قبض الثمن ، ولو بقى منه درهم ولو المبيع شيئين بصفقة واحدة ، وسمى لكل ثمنا فله حبسهما إلى استيفاء الكل ، ولا يسقط حق الحبس بالرهن ولا بالكفيل ، ولا بإبرائه عن بعض الثمن حتى يستوفى الباقى ، ويسقط بحوالة البائع على المشترى بالثمن اتفاقا وكذا بحوالة المشترى البائع به على رجل عند أبى يوسف ، وعند محمد فيه روايتان ، وبتأجيل الثمن بعد البيع وبتسليم البائع المبيع قبل قبض الثمن فليس له بعده رده إليه بخلاف ماإذا قبضه المشترى بلا إذنه إلا إذا رآه ولم يمنعه من القبض فهو إذن ، وقد يكون القبض حكميا قال محمد كل تصرف يجوز من غير قبض إذا فعله المشترى قبل القبض لايجوز وكل مالايجوز إلا بالقبض كالهبة إذا فعله المشترى قبل القبض جاز ، ويصير المشترى قابضا اه أى لأن قبض الموهوب له يقوم مقام قبض المشترى ومن القبض مالو أودعه المشترى عند أجنبى أو أعاره وأمر البائع بالتسليم إليه لا لو أودعه ، أو أعاره أو آجره من البائع أو دفع إليه بعض الثمن ، وقال تركته عندك رهنا على الباقى ومنه ما لو قال للغلام : تعال معى وامش فتخطى أو أعتقه أو أتلف المبيع أو أحدث فيه عيبا أو أمر البائع بذلك ففعل أو أمره بطحن الحنطة فطحن ، أو وطىء الأمة فحبلت ، ومنه ما لو اشترى دهنا ودفع قارورة يزنه فيها فوزنه فيها بحضرة المشترى ، فهو قبض وكذا بغيبته فى الأصح ، وكذا كل مكيل أو موزون إذا دفع له الوعاء فكاله أو وزنه فيه بأمره ، ومنه مالو غصب شيئا ثم اشتراه صار قابضا بخلاف الوديعة والعارية إلا إذا وصل إليه بعد التخلية ولو اشترى ثوبا أو حنطة فقال للبائع : بعه قال الإمام الفضلى : إن كان قبل القبض والرؤية كان فسخا ، وإن لم يقل البائع نعم ، لأن المشترى ينفرد بالفسخ فى خيار الرؤية ، وإن قال بعه لى أى كن وكيلا فى الفسخ فما لم يقبل البائع لا يكون فسخا ، وكذا لو بعد القبض والرؤية لكن يكون وكيلا بالبيع سواء قال بعه أو بعه لى هذا كله ملخص مافى البحر (قوله أو ثمن بمثله) المراد بالثمن النقود من الدراهم والدنانير لأنها خلقت أثمانا ولا تتعين بالتعيين (قوله سلما معا) لا ستوائهما فى التعيين فى الأول وفى عدمه فى الثانى ، أما فى بيع سلعة بثمن فإنما تعين حق المشترى فى المبيع ، فلذا أمر بتسليم الثمن أولا ليتعين حق البائع أيضا تحقيقا للمساواة (قوله ما لم يكن الخ) الظرف اللذى نابت عنه ما المصدرية الظرفية متعلق بقوله : ويسلم الثمن فكان المناسب ذكره عقب قوله إن أحضر البائع السلعة بأن يقول ولم يكن دينا الخ (قوله كسلم وثمن مؤجل) تمثيل لما إذا كان أحد العوضين دينا فالأول مثال المبيع لأن المراد بالسلم المسلم فيه والثانى مثال الثمن (قوله ثم التسليم) أى فى المبيع والثمن ولو كان البيع فاسدا كما فى البحر ط .

مطلب فيما يكون قبضا للمبيع

(قوله على وجه يتمكن من القبض) فلو اشترى حنطة فى بيت ودفع البائع المفتاح إليه وقال : خليت بينك وبينها ، فهو قبض وإن دفعه ولم يقل شيئا لا يكون قبضا وإن باع دارا غائبة فقال : سلمتها إليك فقال قبضتها ، لم يكن قبضا ؛ وإن كانت قريبة كان قبضا : وهى أن تكون بحال يقدر على إغلاقها وإلا فهى بعيدة ، وفى جمع النوازل دفع المفتاح فى بيع الدار تسليم إذاتهيأله فتحه بلا كلفة ، وكذا لو اشترى بقرا فى السرح فقال البائع : إذهب واقبض إن كان يرى بحيث يمكنه الإشارة إليه يكون قبضا ، ولو اشترى ثوبا فأمره البائع بقبضه فلم يقبضه

بلا مانع ولا حائل وشرط فى الأجناس شرطا ثالثا وهو أن يقول خليت بينك وبين المبيع فاو لم يقله أوكان بعيدا لم يصر قابضا والناس عنه غافلون ، فإنهم يشترون قرية ويقرون بالتسليم والقبض ، وهو لا يصح به القبض على الصحيح

حتى أخذه إنسان إن كان حين أمره بقبضه أمكنه من غير قيام صح التسليم ، وإن كان لا يمكنه إلا بقيام لا يصح ، ولو اشترى طيرا أو فرسا فى بيت ، وأمره البائع بقبضه ففتح الباب فذهب إن أمكنه أخذه بلاعون كان قبضا ، وتمامه فى البحر :

مطلب فى شروط التخلية

وحاصله : أن التخلية قبض حكما لو مع القدرة عليه بلا كلفة لكن ذلك يختلف بحسب حال المبيع ، ففى نحو حنطة فى بيت مثلا فدفع المفتاح إذا أمكنه الفتح بلا كلفة قبض وفى نحو دار فالقدرة على إغلاقها قبض أى بأن تكون فى البلد فيما يظهر ، وفى نحو بقر فى مرعى فكونه بحيث يرى ويشار إليه قبض وفى نحو ثوب ، فكونه بحيث لو مديده تصل إليه قبض وفى نحو فرس أو طير فى بيت إمكان أخذه منه بلا معين قبض (قوله بلا مانع) بأن يكون مفرزا غير مشغول بحق غيره ، فلو كان المبيع شاغلا كالحنطة فى جوالق البائع لم يمنعه بحر : وفى الملتقط : ولو باع دارا وسلمها إلى المشترى وله فيها متاع قليل أو كثير لا يكون تسليما حتى يسلمها فارغة ، وكذا لو باع أرضا وفيها زرع اهـ وفى البحر عن القنية : اوباع حنطة فى سنبلها فسلمها كذلك لم يصح كقطن فى فراش ، ويصح تسليم ثمار الأشجار وهى عليها بالتخلية وإن كانت متصلة بملك البائع وعن الوبرى المتاع لغير البائع لا يمنع ، فلو أذن له بقبض المتاع والبيت صح وصار المتاع وديعة عنده اهـ :

مطلب اشترى دارا مأجورة لا يطالب بالثمن قبل قبضها

قلت : ويدخل فى الشغل بحق الغير ما لو كانت الدار مأجورة ، فليس للبائع مطالبة المشترى بالثمن ، لعدم القبض وهى واقعة الفتوى سئل عنها ورأيت نقلها فى الفصل الثانى والثلاثين من جامع الفصولين : باع المستأجر ورضى المشترى أن لا يفسخ الشراء إلى مضى مدة الإجارة ثم يقبضه من البائع ، فليس له مطالبة البائع بالتسليم قبل مضيها ولا للبائع مطالبة المشترى بالثمن مالم يجعل المبيع بمحل التسليم ، وكذا لو شرى غائبا لا يطالبه بثمنه مالم يتهيأ المبيع للتسليم اهـ (قوله ولا حائل) بأن يكون فى حضرته اهـ ح وقد علمت بيانه (قوله أن يقول خليت الخ) الظاهر أن المراد به الإذن بالقبض لا خصوص لفظ التخلية ، لما فى البحر ولو قال البائع للمشترى بعد البيع : خذ لا يكون قبضا ولو قال خذه يكون تخلية إذا كان يصل إلى أخذه اهـ وفى الفروع المارة مايدل عليه أيضا (قوله أو كان بعيدا) أى وإن قال خليت الخ كما مر والمراد بالبعيد مالا يقدر على قبضه ، بلا كلفة ويختلف باختلاف المبيع ، كما قررناه أو المراد به حقيقته ويقاس عليه ماشابهه (قوله وهو لا يصح به القبض) أى الإقرار المذكور ولا يتحقق به القبض وقيد بالقبض لأن العقد فى ذاته صحيح ، غير أنه لا يجب على المشترى دفع الثمن لعدم القبض (قوله على الصحيح) وهو ظاهر الرواية ، ومقابله مافى المحيط ، وجامع شمس الأئمة أنه بالتخلية يصح القبض وإن كان العقار بعيدا غائبا عنهما عند أبى حنيفة خلافا لهما ، وهو ضعيف كما فى البحر . وفى الخانية والصحيح ماذكر فى ظاهر الرواية لأنه إذا كان قريبا يتصور فيه القبض الحقيقى فى الحال ، فتقام التخلية مقام القبض ، أما إذا كان

وكذا الهبة والصدقة خانية وتمامه فيما علقناه على الملتقى (وجده) أى البائع الثمن (زيوفا ليس له استرداد السلعة وحبسها به) لسقوط حقه بالتسليم . وقال زفر : له ذلك ، كما لو وجدها رصاصا أو ستوقة أو مستحقا وكالمرتهن منية :

بعيدا لايتصور القبض فى الحال فلا تقام التخلية مقام القبض اه هذا ثم إن ماذكره الشارح هنا نقل مثله فى أواخر الإجارات عن وقف الأشباه :

ثم قال : قلت : لكن نقل محشيها ابن المصنف فى زواهر الجواهر عن بيوع فتاوى قارئ الهداية أنه متى مضى مدة يتمكن من الذهاب إليها والدخول فيها كان قابضا وإلا فلا فتنبه اه :

قلت : لكن أنت خبير بأن هذا مخالف للروايتين ، ولا يمكن التوفيق بحمل ظاهر الرواية عليه ، لأن المعتبر فيها القرب الذى يتصور معه حقيقة القبض كما علمته من كلام الخانية (قوله وكذا الهبة والصدقة) أى لا تكون تخلية البعيد فيهما قبضا قال فى البحر : وعلى هذا تخلية البعيد فى الإجارة غير صحيحة فكذا الإقرار بتسلمها اه :

قلت : ومفاده أن تخلية القريب فى الهبة قبض ، لكن هذا فى غير الفاسدة كما فى الخانية حيث قال : أجمعوا على أن التخلية فى البيع الجائز تكون قبضا وفى البيع الفاسد روايتان ، والصحيح أنه قبض وفى الهبة الفاسدة كالهبة فى المشاع الذى يحتمل القسمة لا تكون قبضا بإتفاق الروايات . واختلفوا فى الهبة الجائزة ذكر الفقيه أبو الليث أنه لايصير قابضا فى قول أبى يوسف وذكر شمس الأئمة الحلوانى أنه يصير قابضا ولم يذكر فيه خلافا اه :

[تتمة] فى البزازية قبض المشترى المشرى قبل نقده بلا إذن البائع ، فطلبه منه فخلى بينه ، وبين البائع لايكون قبضا حتى يقبضه بيده ، بخلاف ما إذا خلى البائع بينه وبين المشترى اشترى بقرة مريضة وخلاها فى منزل البائع قائلا إن هلكت فنى وماتت ، فمن البائع لعدم القبض وكذا لو قال للبائع : سقها إلى منزلك فأذهب فأتسلمها ، فهلكت حال سوق البائع فإن ادعى البائع التسليم فالقول للمشترى قال المشترى للعبد : اعمل كذا أو قال للبائع مره يعمل كذا فعمل فعطب العبد هلك من المشترى لأنه قبض قال المشترى للبائع : لا أعتمدك على المبيع ، فسلمه إلى فلان يمسكه حتى أدفع لك الثمن ففعل البائع وهلك عند فلان هلك من البائع ، لأن الإمساك كان لأجله . اشترى وعاء لبن خاثر فى السوق فأمر البائع بنقله إلى منزله فسقط فى الطريق فعلى البائع إن لم يقبضه المشترى : اشترى فى المصر حطبا فغصبه غاصب حال حمله إلى منزله فمن البائع ، لأن عليه التسليم فى منزل الشارى بالعرف : قال للبائع زنه له وابعثه مع غلامك أو غلامى ففعل وانكسر الوعاء فى الطريق فالتلف من البائع ، إلا أن يقول ادفعه إلى الغلام ، لأنه توكيل للغلام والدفع إليه كالدفع إلى المشترى اه (قوله لسقوط حقه بالتسليم) فيه أن التسليم موجود أيضا فيما لو وجده رصاصا أو ستوقة ، الأولى التعليل بما فى المنح بأنه استوفى أصل حقه فلا يكون له حق نقض التسليم اه أى لأن الزيوف دراهم لكنها معيبة ومثلها النبهرجة كما فى المنية ، بخلاف الرصاص والستوقة فإنها ليست دراهم فلم يوجد قبض الثمن أصلا فله نقض التسليم ، وأفاد أن هذا لو سلم المبيع ؛ أما لو قبضه المشترى بلا إذن البائع فله نقضه فى الزيوف وغيرها كما فى البزازية (قوله كما لو وجدها) الأولى وجده : أى الثمن المحدث عنه (قوله أو مستحقا) أى بأن أثبت رجل أن المقبوض حقه فيثبت للبائع استرداد السلعة لانتقاض الاستيفاء (قوله وكالمرتهن) عبارة منية المفتى : والمرتهن يسترد فى الوجوه كلها اه أى فى الزيوف والرصاص وغيرها : أى لو قبض دينه وسلم الرهن لراهنه ثم ظهر ماقبضه زيوفا أو رصاصا أو ستوقة أو مستحقا فإنه يسترد الرهن :

[تنبيه] لو تصرف المشترى فى المبيع بعد قبضه بيعا أو هبة ثم وجد البائع الثمن كذلك لا ينقض التصرف ،

(قبض) بدل دراهمه (الجياد) التي كانت له على زيد (زيوفا) على ظن أنها جياد (ثم علم) بأنها زيوف (ردها ويسترد الجياد) إن كانت (قائمة وإلا فلا) يرد ولا يسترد ، كما لو علم بذلك عند القبض . وقال أبو يوسف يردّ مثل الزيوف ويرجع بالجياد ، كما لو كانت رصاصا أو ستوقة.

(اشترى شيئا وقبضه ومات مفلسا قبل نقد الثمن فالبائع أسوة للغرماء . و) عند الشافعي رضي الله عنه هو أحق به كما (لو لم يقبضه) المشتري (فإن البائع أحق به) اتفاقا .

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « إذا مات المشتري مفلسا فوجد البائع متاعه بعينه فهو أسوة للغرماء » شرح مجمع العيني .

لأن تصرف المشتري بعد القبض بإذن البائع كتصرفه ، وإن كان قبضه بعد نقد الثمن بلا إذن البائع وتصرف فيه ثم وجد الثمن كذلك ينقض من التصرفات ما يحتمل النقض ولا ينقض ما لا يحتمل النقض بزازية وما يحتمل النقض كالبيع والهبة وما لا يحتمله كالعتق وفروعه (قوله وإلا) أي وإن لم تكن قائمة سواء كانت هالكة أو مستهلكة درر (قوله كما لو علم بذلك) أي بأنها زيوف لأنه يكون راضيا بها فلا يكون له رد ولا استرداد (قوله وقال أبو يوسف يرد مثل الزيوف الخ) لأن الرجوع بالنقصان باطل لاستلزامه الربا ، ولا وجه لإبطال حقه في الجودة لعدم رضاه درر . قال في الحقائق نقلا عن العيون : إنّ ما قاله أبو يوسف حسن وأدفع للضرر ولذا اخترناه للفتوى اهـ وكذلك صرح في المجمع بأنه المفتى به عزمية (قوله كما لو كانت رصاصا أو ستوقة) فإنها ترد اتفاقا درر؛ وظاهر إطلاقه أنها تردّ ولو علم بها وقت القبض لأنها ليست من جنس الأثمان ط .

مطلب لو اشترى شيئا ومات مفلسا قبل قبضه فالبائع أحق

(قوله ومات مفلسا) أي ليس له مال يفي بما عليه من الديون سواء فلسه القاضي أولا (قوله فالبائع أسوة للغرماء) أي يقتسمونه ولا يكون البائع أحق به درر (قوله فإن البائع أحق به) الظاهر أن المراد أنه أحق بحبسه عنده حتى يستوفي الثمن من مال الميت أو يبيعه القاضي ويدفع له الثمن ، فإن وفى بجميع دين البائع فبها ، وإن زاد دفع الزائد لباقي الغرماء ، وإن نقص فهو أسوة للغرماء فيما بقي له ، وليس المراد بكونه أحق به أنه يأخذه مطلقا ، إذ لا وجه لذلك لأن المشتري ملكه وانتقل بعد موته إلى ورثته وتعلق به حق غرمائه ، وإنما كان أحق من باقي الغرماء لأنه كان له حق حبس المبيع إلى قبض الثمن في حياة المشتري فكذا بعد موته ، وهذا نظير ما سيذكره المصنف في الإجارات من أنه لو مات المؤجر وعليه ديون فالمستأجر أحق بالدار من غرمائه : أي إذا كانت الدار بيده وكان قد دفع الأجرة والفسخ عقد الإجارة بموت المؤجر فله حبس الدار وهو أحق بثمنها ، بخلاف ما إذا عجل الأجرة ولم يقبض الدار حتى مات المؤجر فإنه يكون أسوة لسائر الغرماء ولا يكون له حبس الدار كما في جامع الفصولين ، وكذا ما سيأتي في البيع الفاسد لو مات بعد فسخه فالمشتري أحق به من سائر الغرماء فله حبسه حتى يأخذ ماله هكذا ينبغي حل هذا المحل ، وبه ظهر جواب حادثة الفتوى سئلت عنها . وهي : ما لو مات البائع مفلسا بعد قبض الثمن وقبل تسليم المبيع للمشتري يكون المشتري أحق به لأنه ليس للبائع حق حبسه في حياته ، بل للمشتري جبره على تسليمه ما دامت عينه باقية فيكون له أخذه بعد موت البائع أيضا ، إذ لا حق للغرماء فيه بوجه ، لأنه أمانة عند البائع وإن كان مضمونا بالثمن لو هلك عنده ومثله الرهن ، فإن الراهن أحق به من غرماء المرتهن ، والله

[فروع] باع نصف الزرع بلا أرض ، إن باعه الأكار لرب الأرض جاز ، وبعكسه لا إلا إذا كان البذر من الأكار فينبغى أن يجوز خانية .

باع شجرا أو كرما مثمرا لايدخل الثمر وحينئذ فيعار الشجر إلى الإدراك فلو أبى المشترى إعارته خير البائع إن شاء أبطل البيع أو قطع الثمر جامع الفصولين قال فى النهر ولا فرق يظهر بين المشترى والبائع .

باب خيار الشرط

وجه تقديمه مع بيان تقسيمه مبين فى الدرر : ثم الخيارات بلغت سبعة عشر : الثلاثة المبوّب لها ، وخيار تعيين

سبحانه أعلم (قوله باع نصف الزرع الخ) صورة المسألة : رجل له أرض دفعها لأكار : أى فلاح ودفع له البذر أيضا على أن يعمل الأكار فيها ببقره بنصف الخارج فعمل وخرج الزرع فباع الأكار نصفه لرب الأرض جاز البيع ؛ أما لو رب الأرض نصفه للأكار فلا يجوز لأنه يأمره بقلع ماباعه ، ولا يمكن إلا بقلع الكل فيتضرر المشترى بقلع نصيبه الذى كان له قبل الشراء مستحقا للبقاء فى الأرض إلى وقت الإدراك ، نعم إذا كان البذر من الأكار ويكون مستأجرا الأرض بنصف الخارج ، فليس لرب الأرض أمره بقلع ماباعه ، فينبغى أن يجوز البيع لعدم الضرر وهذه من مسائل بيع الحصة الشائعة من الزرع ، وقدمنا الكلام عليها وعلى نظائرها أول كتاب الشركة (قوله قال فى النهر الخ) أصله لصاحب البحر :

وحاصل البحث أنه ينبغى على قياس هذا أنه لو باع ثمرة بدون الشجر ولم يرض البائع بإعارة الشجر أن يتخير المشترى أيضا ، إن شاء أبطل البيع أو قطعها لأن فى القطع إتلاف المال وفيه ضرر عليه ، لكن تقدم تصريح المتن كغيره من المتون بقوله ويقطعها المشترى فى الحال . وأيضا فمانقله عن جامع الفصولين مخالف أيضا لتصريح المصنف كغيره فى بيع الشجر وحده أو الأرض وحدها بقوله ويؤمر البائع بقطعهما : أى الزرع والثمر وتسليم المبيع وإن لم يظهر صلاحه كما نبهنا عليه هناك فافهم ، والله سبحانه أعلم :

باب خيار الشرط

من إضافة الشىء إلى سببه لأن الشرط سبب للخيار بحر ، فإن الأصل فى العقد اللزوم من الطرفين ؛ ولا يثبت لأحدهما اختيار الإمضاء أو الفسخ ولو فى مجلس العقد عندنا إلا باشتراط ذلك (قوله مبين فى الدرر) حيث قال بعد ماترجم بباب خيار الشرط والتعيين ، وقدمهما على باقى الخيارات لأنهما يمنعان ابتداء الحكم ، ثم ذكر خيار الرؤية لأنه يمنع تمام الحكم ، وأخر خيار العيب لأنه يمنع لزوم الحكم :

وخيار الشرط أنواع : فاسد وفاقا ، كما إذا قال اشتريت على أنى بالخيار أو على أنى بالخيار أياما أو أبدا وجائز وفاقا ، وهو أن يقول على أنى بالخيار ثلاثة أيام فما دونها . ومختلف فيه ، وهو أن يقول على أنى بالخيار شهرا أو شهرين ، فإنه فاسد عند أبى حنيفة وزفر والشافعى ، جائز عند أبى يوسف ومحمد اه .

وفى البحر : فرع لايصح تعلق خيار الشرط بالشرط ، فلو باعه حمارا على أنه إن لم يجاوز هذا النهر فرده يقبله وإلا لا لم يصح ، وكذا إذا قال مالم يجاوز به إلى الغد كذا فى القنية اه (قوله الثلاثة المبوب لها) أى التى ذكر لكل واحد منها باب ، وهى خيار الشرط ، وخيار الرؤية ، وخيار العيب (قوله وخيار تعيين) هو أن يشترى أحد الشيئين أو الثلاثة على أن يعين أياشاء ، وهو المذكور فى هذا الباب فى قول المصنف باع عبدين على أنه بالخيار

وغبن ونقد وكمية واستحقاق ، وتغرير فعلى ، وكشف حال ، وخيانة مرابحة وتولية وفوات وصف مرغوب فيه ، وتفريق صفقة بهلاك بعض مبيع ، وإجازة عقد الفضولى ، وظهور المبيع مستأجرا أو مرهونا

فى أحدهما الخ (قوله وغبن) هو مايأتى فى المرابحة فى قوله ولا رد بغبن فاحش فى ظاهر الرواية ، ويفتى بالرد إن غره : أى غر البائع المشترى ، أو بالعكس ، أو غره الدلال وإلا فلا (قوله ونقد) هو مايأتى قريبا فى قوله فإن اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن الخ (قوله وكمية) هو مامر أول البيوع فيما لو اشترى بما فى هذه الخابية الخ وقدمنابيانه (قوله واستحقاق) هو ماسيذكره فى باب خيار العيب فى قوله استحق بعض المبيع ، فإن كان استحقاقه قبل القبض للكل خير فى الكل ، وإن بعده خير فى القيمى لا فى غيره (قوله وتغرير فعلى) أما القولى فهو مامر فى قوله وغبن . والفعلى كالتصرية ، وهى أن يشد البائع ضرع الشاة ليجتمع لبنها فيظن المشترى أنها غزيرة اللبن : والخيار الوارد فيها أنه إذا حلبها ، إن رضيها أمسكها ، وإن سخطها ردّها وصاعا من تمر ، وبه أخذ الأئمة الثلاثة وأبو يوسف . وعندهما يرجع بالنقصان فقط إن شاء ، وسيأتى تمام الكلام على ذلك إن شاء الله تعالى فى خيار العيب عند قوله اشترى جارية لها لبن (قوله وكشف حال) هو مامر أول البيوع فيما إذا اشترى بوزن هذا الحجر ذهبا أو بإناء أو حجر لايعرف قدره ، فقد ذكر الشارح هناك أن للمشترى الخيار فيهما ، وقدمنا عن البحر هناك أن هذا الخيار خيار كشف الحال ، ومنه ماذكره بعده فى بيع صبرة كل صاع بكذا ، ومر الكلام عليه (قوله وخيانة مرابحة وتولية) هو ماسيأتى فى المرابحة فى قوله فإن ظهر خيانة فى مرابحة بإقرار أو برهان على ذلك أو نكوله عن اليمين أخذه المشترى بكل ثمنه أو رده لفوات الرضا ، وله الحط قدر الخانية فى التولية لتتحقق التولية . قال ح : وينبغى أن تكون الوضيعة كذلك (قوله وفوات وصف مرغوب فيه) هو مايذكره فى هذا الباب فى قوله اشترى عبدا بشرط خبزه أو كتبه الخ .

مطلب فى هلاك بعض المبيع قبل قبضه

(قوله وتفريق صفقة بهلاك بعض مبيع) أى هلاكه قبل القبض ، وقيد بالبعض لأن هلاك الكل قبل قبضه فيه تفصيل قدمناه قبيل هذا الباب :

وحاصله كما فى جامع الفصولين أنه إن كان بآفة سماوية أو بفعل البائع أو بفعل المبيع يبطل البيع ؛ وإن بفعل أجنبى يتخير المشترى ، إن شاء فسخ البيع ، وإن شاء أجاز وضمن المستهلك اهـ . وذكره فى البزازية أيضا : ثم قال : وإن هلك البعض قبل قبضه سقط من الثمن قدر النقص سواء كان نقصان قدر أو وصف ، وخير المشترى بين الفسخ والإمضاء ، وإن بفعل أجنبى فالجواب فيه كالجواب فى جميع المبيع ، وإن بآفة سماوية ، إن نقصان قدر طرح عن المشترى حصة الفائت من الثمن وله الخيار فى الباقى ، وإن نقصان وصف لايسقط شىء من الثمن لكنه يخير بين الأخذ بكل الثمن أو الترك ، والوصف مايدخل تحت البيع بلا ذكر كالأشجار والبناء فى الأرض والأطراف فى الحيوان والجودة فى الكيلى والوزنى ، وإن بفعل المعقود عليه فالجواب كذلك ، وتمام الكلام فيها فراجعه (قوله وظهور المبيع مستأجرا أو مرهونا) أى ولو اشترى دارا مثلا فظهر أنها مرهونة أو مستأجرة يخير بين الفسخ وعدمه ، وظاهره أنه لو كان عالما بذلك لايخير ، وهو قول أبى يوسف . وقالا : يتخير ولو عالما ، وهو ظاهر الرواية كما فى جامع الفصولين . وفى حاشيته للرملى : وهو الصحيح ، وعليه الفتوى كما فى الولوالجية اهـ وكذا يخير المرتهن والمستأجر بين الفسخ وعدمه وهو الأصح كما فى جامع الفصولين ، لكن فى حاشيته للرملى

أشباه من أحكام الفسوخ . قال : ويفسخ بإقالة وتحالف . فبلغت تسعة عشر شيئا ، وأغلبها ذكره المصنف يعرفه من مارس الكتاب .

(صح شرطه للمتبايعين) معا (ولأحدهما) ولو وصيا (ولغيرهما) ولو بعد العقد

عن الزيلعي أن المرتهن ليس له الفسخ . في أصح الروايتين . وفي العمادية أن المستأجر له ذلك في ظاهر الرواية . وذكر شيخ الإسلام أن الفتوى على عدمه ، وسيأتي في فصل الفضولي أن من الموقوف بيع المرهون والمستأجر والأرض في مزارعة الغير على إجازة مرتهن ومستأجر ومزارع اهـ فإن أجاز المستأجر أو المرتهن فلا خيار للمشتري وإن لم يجز فالخيار للمشتري في الانتظار والفسخ ، وسيأتي تمامه في فصل الفضولي (قوله أشباه) قال فيها : وكلها يباشرها العاقدان إلا التحالف فإنه لا ينفسخ به ، وإنما يفسخه القاضي ، وكلها تحتاج إلى الفسخ ، ولا ينفسخ شيء منها بنفسه اهـ ح (قوله ويفسخ بإقالة وتحالف) لايخفى أن الكلام في الخيار لا في مجرد الفسخ ، لكن قد يجاب بأنه لو أقال أحدهما الآخر فالآخر بالخيار بين القبول وعدمه ، وكذا يخير كل منهما بين الحلف وعدمه ، فلو اختار عدم الحلف يلزمه دعوى صاحبه . وصورة التحالف أن يختلفا في قدر ثمن أو مبيع أو فيهما ويعجزا عن البينة ولم يرض واحد منهما بدعوى الآخر تحالفا وفسخ القاضي البيع بطلب أحدهما ، والمسألة مبسوطة في باب دعوى الرجلين من كتاب الدعوى (قوله صح شرطه) أي شرط الخيار المذكور ، وصرح بفاعل صح إشارة إلى أن ضمير صح الواقع في عبارة الكنز وغيره عائد إلى المضاف إليه في الترجمة : قال في البحر : والظاهر أن الضمير يعود إلى الخيار وفي الوقاية والنقاية : صح خيار الشرط فأبرزه ، والأولى ما في الإصلاح : صح شرط الخيار لأن الموصوف بالصحة شرط الخيار لا نفس الخيار اهـ . فالضمير على الأول في كلام البحر عائد إلى المضاف ، وعلى الأخير إلى المضاف إليه وبه جزم في النهر فقال الضمير في صح يعود إلى المضاف إليه بقرينة صح ولقد أفصح المصنف عنه في الخلع حيث قال : وصح شرط الخيار لها في الخلع لا له ، ومن غفل عن هذا قال ما قال اهـ .

قلت : فيه نظر ، فإن الشرط الواقع في الترجمة عام بقرينة الإضافة ، ولقولهم إنه من إضافة الحكم إلى سببه : أي الخيار الواقع بسبب الشرط فلا يصح عود الضمير إلى الشرط المذكور ، لأن الموصوف بالصحة شرط خاص وهو شرط الخيار الذي أفصح عنه في الخلع ، وأين العام من الخاص ؟ وما في الإصلاح لا يصلح دليلا على عوده إلى الشرط ، بل هو تركيب آخر صحيح في نفسه . والأحسن ما استظهره في البحر من عوده إلى الخيار ، لكن بقيد وصفه بالمشروطية فإنه في الأصل من إضافة الموصوف إلى صفته : أي الخيار المشروط ، وهذا لا ينافي كون الشرط سببا للحكم كما أفاده الحموي .

وقد يقال : إن خيار الشرط مركب إضافي صار علما في اصطلاح الفقهاء على ما يثبت لأحد المتعاقدين من الاختيار بين الإمضاء والفسخ ، وكذا خيار الرؤية وخيار التعيين وخيار العيب ، كما صار الفاعل والمفعول به ونحو ذلك من التراجم علما في اصطلاح النحويين على شيء خاص عندهم ، وعلى هذا يعود الضمير في صح إلى هذا المركب الإضافي ، وهو ما أفصح عنه في الوقاية والنقاية كما مر ، فكان ينبغي للمصنف متابعتهما لخلوه من التكاليف والتعسف (قوله ولو وصيا) وكذا لو وكيلا . قال في البحر : ولو أمره ببيع مطلق فعقد بخيار له أو للآمر أو لأجنبي صحاه ولو أمره ببيع بخيار للآمر فشرطه لنفسه لا يجوز ، ولو أمره بشراء بخيار للآمر فاشتراه بدون الخيار نفذ الشراء عليه دون الآمر للمخالفة ، بخلاف ما إذا أمره ببيع بخيار فباع باتا حيث يبطل أصلا اهـ ملخصا ط وسيذكر الشارح الفرق بين الفرعين الأخيرين (قوله ولغيرهما) ويثبت الخيار لهما مع ذلك الغير أيضا كما سيأتي في قول المصنف ولو شرط المشتري الخيار لغيره صح الخ (قوله ولو بعد العقد) ربما يتوهم اختصاصه بقوله ولغيرهما مع أنه جار

لاقبله تتارخانية (فى مبيع) كله (أو بعضه) كثلثه أو ربعه ولو فاسدا ؛ ولو اختلفا فى اشتراطه فالقول لنا فيه على المذهب (ثلاثة أيام أو أقل) وفسد عند إطلاق أو تأبيد (لاأكثر) فيفسد ، فلكل فسخه خلافا لهما

فى الأقسام الثلاثة ، فلو قدمه وقال صح شرطه ، ولو بعد العقد لكان أولى اه ح . فلو قال أحدهم بعدالبيع ولو بأيام جعلتك بالخيار ثلاثة أيام صح إجماعا بحر (قوله لا قبله) فلو قال جعلتك بالخيار فى البيع الذى نعقده ثم اشترى مطلقا لم يثبت بحر عن التتارخانية (قوله أو بعضه) لا فرق فى ذلك بين كون الخيار للبائع أو للمشترى ولا بين أن يفصل الثمن أولا ، لأن نصف الواحد لايتفاوت ط عن النهر (قوله كثلثه أوربعه) مثله ماإذاكان المبيع متعدداوشرط الخيار فى معين منه مع تفصيل الثمن كما يأتى قبيل خيار التعيين اهـ ح (قوله ولو فاسدا)أى ولو كان العقد الذى شرط فيه الخيارفاسدا وكان الأقعد فى التركيب أن يقول صح شرطه ولو بعد العقدولوفاسدا كمالايخفى ح : وفائدة اشتراطه فى الفاسد مع أن لكل منهما الفسخ بدونه ماقيل إنه يثبت لمن اشترط ولو بعد القبض ، ولايتوقف على القضاء به أو الرضا اهـ .

قلت : وفيه نظر لأنه إن كان الضمير فى قوله ولا يتوقف الخ عائد إلى الخيار فهو لايتوقف على ذلك مطلقا ، أو إلى فسخ البيع الفاسد فكذلك ، نعم تظهر الفائدة فى أنه لو كان الخيار للبائع أولهما وقبضه المشترى بإذن البائع لايدخل فى ملك المشترى مع أنه لولا الخيار ملكه بالقبض فافهم (قوله فالقول لنا فيه)لأنه خلاف الأصل كمافى البحر وهو مكرر مع مايأتى متنا اهـ ح (قوله على المذهب) وعند محمد القول لمدعيه والبينة للآخر ح عن البحر (قوله ثلاثة أيام) لكن إن اشترى شيئا مما يتسارع إليه الفساد ، فنى القياس لايجبر المشترى على شئ ، وفى الاستحسان يقال له إما أن تفسخ البيع أو تأخذ المبيع ، ولا شئ عليك من الثمن حتى تجيز البيع أو يفسد المبيع عندك دفعا للضرر من الجانبين بحر عن الخالية .

[تنبيه] اعلم أن الخيار فى العقود كلها لايجوز أكثر من ثلاثة أيام إلا فى الكفالة فى قول الإمام . زاد فى البزازية وللمحتال ، وكذا فى الوقف لأن جوازه على قول الثانى وهو غير مقيد عنده بالثلاث درمنتقى ، وتمامه فى النهر (قوله وفسد عند إطلاق) أى عند العقد . أما لو باع بلاخيار ثم لقيه بعد مدة فقال له أنت بالخيار فله الخيار مادام فى المجلس بمنزلة قوله لك الإقالة كما فى البحر عن الولوالجية وغيرها ، وحمل عليه قول الفتح : لو قال له أنت بالخيار فله خيار المجلس فقط : قال فى النهر : ولم أر من فرق بينهما ، ويظهر لى أن المفسد فى الثانى أن الإطلاق وقت العقد مقارن فقوى عمله وفى الأول بعد التمام فضعف وقد أمكن تصحيحه بإمكان الخيار له فى المجلس اهـ .

[تنبيه] قدمنا عن الدرر أنه لو قال على أنى بالخيار أياما فهو فاسد : واعترض فى الشرنبلالية بأن قولهم لو حلف لا يكلمه أياما يكون على ثلاثة ، ومقتضاه أن يكون هنا كذلك تصحيحا لكلام العاقل عن الإلغاء ، وإلا فما الفرق :

قلت : قد يجاب بأن أياما فى الحلف يصح أن يراد منه الثلاثة والعشرة مثلا ، لكن اقتصر على الثلاثة لأنها المتيقن وذلك لاينافى صحة إرادة مافوقها ، حتى لو نوى الأكثر حنث ، بخلافه هنا فإن الثلاثة لازمة بالنص البتة ولفظ أياما صالح لما فوقها وما فوقها مفسد للعقد فلاينفعنا حمله على الثلاثة لأنه لايقطع الاحتمال (قوله فلكل فسخه) شمل من له الخيار منهما والآخر ، وهذا على القول بفساده ظاهر ، وكذا على القول الآتى بأنه موقوف . قال فى الفتح : وذكر الكرخى نصا عن أبى حنيفة أن البيع موقوف على إجازة المشترى وأثبت للبائع حق الفسخ قبل الإجازة ، لأن لكل من المتعاقدين حق الفسخ فى البيع الموقوف اهـ (قوله خلافا لهما) فعندهما يجوز إذا سمى مدة معلومة فتح

(غير أنه يجوز إن أجاز) من له الخيار (فى الثلاثة) فيقلب صحيحا على الظاهر .

(وصح) شرطه أيضا (فى) لازم يحتمل الفسخ كزراعة ومعاملة و (إجارة وقسمة وصلح عن مال) ولو بغير عينه (وكتابة وخلع) ورهن (وعتق على مال)

(قوله غير أنه يجوز إن أجاز فى الثلاثة) وكذا لو أعتق العبد أو مات العبد أو المشترى أو أحدث به مايوجب لزوم البيع ينقلب البيع جائزا عند أبى حنيفة ، وتمامه فى البحر عن الخانية (قوله فى الثلاثة) ولو فى ليلة الرابع قهستانى (قوله فينقلب صحيحا الخ) لأنه قد زال المفسد قبل تقرره ، وذلك أن المفسد ليس هو شرط الخيار بل وصله بالرابع ، فإذا أسقطه تحقق زوال المعنى المفسد قبل مجيئه فيبقى العقد صحيحا .

ثم اختلفوا فى حكم هذا العقد فى الابتداء ، فعند مشايخ العراق حكمه الفساد ظاهرا ، إذ الظاهر دوامهما على الشرط فإذا أسقطه تبين خلاف الظاهر فينقلب صحيحا . وقال مشايخ خراسان والإمام السرخسى وفخر الإسلام وغيرهما من مشايخ ماوراء النهر : هو موقوف ، وبالإسقاط قبل الرابع ينعقد صحيحا ، وإذا مضى جزء من الرابع فسد العقد الآن وهو الأوجه ، كذا فى الظهيرية والذخيرة فتح ملخصا ، وتمامه فيه ، ولكن الأول ظاهر الرواية بحر ومنح . وفى الحدادى : فائدة الخلاف تظهر فى أن الفاسد يملك إذا اتصل به القبض والموقوف لايملك إلا أن يجيزه المالك ، ونظر فيه بأن الفاسد أيضا لايملك إلا بإذن البائع كما فى المجمع . والأولى أن يقال إنها تظهر فى حرمة المباشرة وعدمها فتحرم على الأول لا على الثانى نهر .

قلت : وفى التنظير نظر ، فإن الملك فى الفاسد يحصل بقبض المبيع بإذن البائع ، فالمتوقف فيه على إذن البائع هو القبض لا نفس الملك . وأما الموقوف كبيع الفضولى فإن الملك يتوقف فيه على إجازة المالك البيع فتبقى ثمرة الخلاف ظاهرة ، لكن ماقدمناه قريبا عن الخانية من أنه لو أعتق العبد ينقلب جائزا يشمل ماقبل القبض مع أن قوله ينقلب جائزا إنما يناسب القول بأنه فاسد لاموقوف ، فيفيد حصول الملك قبل القبض ، ويؤيده مامر من أن حكمه عند مشايخ العراق الفساد ظاهرا ، فيدل على أنه لافساد فى نفس الأمر ، ولذا قال فى الفتح : إن حقيقة القولين أنه لافساد قبل الرابع بل هو موقوف ، ولايتحقق الخلاف إلا بإثبات الفساد على وجه يرتفع شرعا بإسقاط الخيار قبل مجىء الرابع كما هو ظاهر الهداية (قوله فى لازم) أخرج به الوصية ، فلامحل للخيار فيها لأن للموصى الرجوع فيها مادام حيا ، وللموصى له القبول وعدمه أفاده ط ، ومثلها العارية والوديعة (قوله يحتمل الفسخ) أخرج مالايحتمله كنكاح وطلاق وخلع وصلح عن قود .

واستشكل فى جامع الفصولين النكاح بفسخه بالردة وملك أحدهما الآخر فإنه فسخ بعد التمام ، أما فسخه بعدم الكفاءة والعتق والبلوغ فهو قبل التمام .

قلت : قد يجاب بأن المراد بما يحتمل الفسخ ما يحتمله بتراضى المتعاقدين قصدا وفسخ النكاح بالردة والملك ثبت تبعا (قوله كزراعة ومعاملة) أى مساقاة وهذان ذكرهما فى البحر بحثا فقال : وينبغى صحته فى المزارعة والمعاملة لأنهما إجارة مع أنه جزم بذلك فى الأشباه . قال الحموى : يحتمل أنه ظفر بالمنقول بعد ذلك فإن تصنيف البحر سابق (قوله وإجارة) فلو فسخ فى اليوم الثالث هل يجب عليه أجر يومين أفتى صط أنه لايجب ، لأنه لم يتمكن من الانتفاع بحكم الخيار ، لأنه لو انتفع يبطل خياره جامع الفصولين (قوله وقسمة) لأنها بيع من وجه (قوله وصلح عن مال) احترز به عن صلح عن قود ، لأنه لايحتمل الفسخ كما مر (قوله ورهن) كان ينبغى تقديمه على الخلع أو تأخيره عن العتق ، لأن قول المتن على مال راجع للخلع أيضا ، ولا يصح رجوعه للرهن كما لايخفى

لو شرط لزوجة وراهن وقن" (ونحوها) كـكفالة وحوالة وإبراء وتسليم شفعة بعد الطلبين ، ووقف عند الثانى أشباه وإقالة بزازية ، نهى ستة عشر ، لافى نكاح وطلاق ويمين ونذر وصرف وسلم وإقرار إلا الإقرار بعقد يقبله أشباه ، ووكالة ووصية نهر : فهى تسعة ، وقد كنت غيرت مانظمه فى النهر فقلت :

وكان ينبغى أن يذكر الطلاق على مال أيضا لأنه معاوضة من جانب المرأة كالخلع ، وكما أن العتق على مال معاوضة من جانب العبد اهـ ح (قوله لزوجة وراهن وقن") لأن العقد فى جانبهم لازم يحتمل الفسخ ، بخلاف الزوج والسيد فإن العقد من جانبهما وإن كان لازما لكنه لايحتمل الفسخ لأنه يمين ، وبخلاف المرتهن فإن العقد من جانبه غير لازم أصلا ، وحينئذ فيجب ذكرهم فى المقابل اهـ ح أى فيما لايصح فيه الخيار : ويمكن أن يقال : إن الخلع والعتق على مال داخلان فى قوله الآتى ويمين تأمل ، وقوله لازم يحتمل الفسخ : أى قبل تمامه بالقبول ، أما بعد القبول من الزوجة والراهن والقن فلا يحتمله (قوله ككفالة) أى بنفس أو مال وشرط الخيار للمكفول له أو للكفيل بحر وقدمنا أن الخيار فى الكفالة والحوالة يصح أكثر من ثلاثة أيام (قوله وحوالة) إذا شرط للمحتال أو المحال عليه لأنه يشترط رضاه ط (قوله وإبراء) بأن قال أبرأتك على أنى بالخيار ، ذكره فخر الإسلام من بحث الهزل بحر . قال ط : لكن نقل الشريف الحموى عن العمادية : لو أبرأه من الدين على أنه بالخيار فالخيار باطل ، ولعل فى المسألة خلافا اهـ .

قلت : وبالثانى جزم الشارح فى أول كتاب الهبة وعزاه إلى الخلاصة (قوله ووقف) فيه أنه لايحتمل الفسخ تأمل (قوله عند الثانى) لأنه عنده لازم . وعند محمد وإن كان كذلك ، لكنه اشترط أن لايكون فيه خيار شرط ولو معلوما ، وقدمنا فى الوقف أن الخلاف فى غير المسجد ، فلو فيه صح الوقف وبطل الخيار (قوله فهى ستة عشر) أى مع البيع (قوله لا فى نكاح الخ) لأنها لا تحتمل الفسخ (قوله وطلاق) أى بلا مال لما عرفت ، وينبغى أن يكون الخلع بلا مال مثله اهـ ح (قوله وإقرار الخ) عبارته مع المتن فى كتاب الإقرار : أقر بشىء" على أنه بالخيار ثلاثة أيام لزمه بلا خيار ، لأن الإقرار إخبار فلا يقبل الخيار ، وإن صدقه المقر له فى الخيار إلا إذا أقر بعقد بيع وقع بالخيار له فيصح باعتبار العقد إذا صدقه أو برهن الخ (قوله ووكالة ووصية) فلا خيار فيهما لعدم اللزوم من الطرفين ولزوم الوكالة فى بعض الصور نادر ، أفاده ط وهذان زادهما فى النهر بحثا أخذا مما مر فى قوله فى لازم (قوله فهى تسعة) يزاد عاشر وهو الهبة ، لما سيذكره المصنف فى بابها من أن من حكمها عدم صحة خيار الشرط فيها الخ .

مطلب المواضع التى يصح فيها خيار الشرط والتى لايصح

(قوله وقد كنت غيرت مانظمه فى النهر) فإن نظم النهر كان هكذا :

والصلح والخلع مع الحوالة والوقف والقسمة والإقالة

وليس فى هذا التغيير كبير فائدة مع أنهما لم يستوفيا الأقسام كما قاله ح أى لأنهما أسقطا من القسم الأول المزارعة والمعاملة والكتابة ، ومن الثانى الوصية لكن الظاهر أن إسقاط الكتابة ذهول ، وأما ما عداها فلكونه بحثا كما علمته مما مر .

قلت : وقد كنت نظمت ، جميع مسائل القسمين مشيرا إلى البحث منها مع زيادة الهبة فى القسم الثانى فقلت :

يصح خيار الشرط فى ترك شفعة وبيع وإبراء ووقف كفالة

يأتى خيار الشرط فى الإجارة | والبيع والإبراء والكفالة
والرهن والعتق وترك الشفعة | والصلح والخلع كذا والقسمة
والوقف والحوالة الإقالة | لا الصرف والإقرار والوكالة
ولا النكاح والطلاق والسلم | لنذر وأيمان فهذا يغتنم

(فإن اشترى) شخص شيئا (على أنه) أى المشترى (إن لم ينقد ثمنه إلى ثلاثة أيام فلا بيع صح) استحسانا خلافا لزفر ، فلو لم ينقد فى الثلاث فسد فنفذ عتقه بعدها لو فى يده فليحفظ (و) إن اشترى كذلك (إلى أربعة أيام (لا) يصح خلافا لمحمد (فإن نقد فى الثلاثة جاز) اتفاقا ، لأن خيار النقد ملحق بخيار الشرط ، فلو ترك التفريع لكان أولى

وفى قسمة خلع وعتق إقالة | وصلح عن الأموال ثم الحواله
مكاتبة رهن كذاك إجارة | وزيد مساقاة مزارعة له
وما صح فى نذر نكاح ألية | وفى سلم صرف طلاق وكاله
وإقرار إيهاب وزيد وصية | كما مر بحثا فاغتنم ذى المقاله

(قوله والخلع) بالرفع خبره كذا ، ولا يصح جعل كذا خبرا عن القسمة لأنه مجرور بالعطف على ماقبله ، نعم يصح جعله متعلقا بمحذوف حالا من الخلع .

مطلب خيار النقد

(قوله على أنه أى المشترى الخ) وكذا لو نقد المشترى الثمن على أن البائع إن رد الثمن إلى ثلاثة فلا بيع بينهما صح أيضا ، والخيار فى مسألة المتن للمشترى لأنه المتمكن من إمضاء البيع وعدمه ، وفى الثانية للبائع ، حتى لو أعتقه صح ولو أعتقه المشترى لا يصح نهر .

[تنبيه] ذكر فى البحر هنا بيع الوفاء تبعا للخانية قائلا لأنه من أفراد مسألة خيار النقد أيضا ، وذكر فيه ثمانية أقوال ، وذكره الشارح آخر البيوع قبيل كتاب الكفالة ، وسيأتى الكلام عليه هناك إن شاء الله تعالى (قوله فلو لم ينقد فى الثلاث فسد) هذا لو بقى المبيع على حاله . قال فى النهر : ثم لو باعه المشترى ولم ينقد الثمن فى الثلاث جاز البيع وكان عليه الثمن ، وكذا لو قتلها فى الثلاث أو مات أو قتلها أجنبى خطأ وغرم القيمة ؛ ولو وطئها وهى بكر أو ثيب أو جنى عليها أو حدث بها عيب لا بفعل أحد ثم مضت الأيام ولم ينقد خير البائع ، إن شاء أخذها مع النقصان ولا شىء له من الثمن ، وإن شاء تركها وأخذ الثمن كذا فى الخانية اهـ (قوله فنفذ عتقه الخ) أى وعليه قيمته بحر عن الخانية ، وهذا تفريع على قوله فسد . قال فى النهر : واعلم أن ظاهر قوله فلا بيع يفيد أنه إن لم ينقد فى الثلاث ينفسخ . قال فى الخانية : والصحيح أنه يفسد ولا ينفسخ ، حتى لو أعتقه بعد الثلاث تفذ عتقه إن كان فى يده اهـ : وأما إعتاقه قبل مضى الثلاث فينفذ بالأولى ، كما لو باعه كما مر لأنه بمعنى خيار الشرط (قوله وإن اشترى كذلك) أى على أنه إن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام (قوله لا يصح) والخلاف السابق فى أنه فاسد أو موقوف ثابت هنا نهر عن الذخيرة (قوله خلافا لمحمد) فإنه جوّزه إلى ما سماه (قوله فلو ترك التفريع) أى فى قوله فإن اشترى فإن الإلحاق يقتضى المغايرة والتفريع يقتضى أنه من فروعه : قال فى الدرر : لم يذكره بالفاء كما ذكره فى الوقاية إشارة إلى أنه ليس من صور خيار الشرط حقيقة ليتفرع عليه بل أورده عقيبه لأنه فى حكمه معنى اهـ :

(ولا يخرج مبيع عن ملك البائع مع خياره) فقط اتفاقا (فيهلك على المشترى بقيمته) أى بدله ليعم المثلى (إذا قبضه بإذن البائع) يوم قبضه كالمقبوض على سوم الشراء (فإنه بعد بيان الثمن

قال محشيه خادمى أفندى : أقول الواقع فى الزيلعى كونها من صوره ، وقد قال صدر الشريعة فى وجه إدخال الفاء إنه فرع مسألة خيار الشرط لأنه إنما شرع ليدفع بالفسخ الضرر عن نفسه سواء كان الضرر تأخير أداء الثمن أو غيره ، على أن قوله لأنه فى حكمه يصلح أن يكون علة مصححة لدخول الفاء (قوله ولا يخرج مبيع عن ملك البائع مع خياره) لأنه يمنع الحكم ، وفى قوله عن ملك البائع إيماء إلى أن البائع هو المالك ، فلو كان فضوليا كان اشتراط الخيار له مبطلا للبيع ، لأن الخيار له بدون الشرط (١) كما فى فروق الكرابيسى : ولا يرد الوكيل بالبيع إذا باع بشرط الخيار له لأنه كالمالك حكما نهر (قوله فقط) قيد به وإن كان الحكم كذلك إذا كان الخيار لهما ، لأن المصنف سيذكره صريحا وإلا لزم التكرار فافهم (قوله فيهلك) بكسر اللام ط (قوله على المشترى بقيمته) لأن البيع ينفسخ بالهلاك لأنه كان موقوفا ولا نفاذ بدون بقاء المحل فبقى مقبوضا بيده على سوم الشراء وفيه القيمة كذا فى الهداية . ولا فرق فى مسألة المصنف بين هلاكه فى مدة الخيار مع بقائه أو بعد ما فسخ البائع البيع كما فى جامع الفصولين : وأما إذا هلك فى يده بعد المدة بلا فسخ فيها فإنه يهلك بالثمن لسقوط الخيار ؛ ولو ادعى هلاكه فى يد المشترى ووجوب القيمة وادعى المشترى إباقه من يده فالقول له بيمينه لأن الظاهر حياته ويتم البيع ؛ ولو ادعى البائع الإباق والمشترى الموت فالقول للبائع بيمينه كذا فى السراج بحر (قوله إذا قبضه بإذن البائع) وكذا بلا إذنه بالأولى ط . وأما إذا هلك فى يد البائع انفسخ البيع ولا شىء عليهما كما فى المطلق عنه ، وإن تعيب فى يد البائع فهو على خياره ، لأن ما انتقص بغير فعله لايكون مضمونا عليه ولكن المشترى يتخير ، إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء فسخ كما فى البيع المطلق ، وإذا كان العيب بفعل البائع ينتقص المبيع فيه بقدره ، لأن مايحدث بفعله يكون مضمونا عليه ويسقط به حصته من الثمن بحر عن الزيلعى ، ويأتى حكم تعيبه فى يد المشترى (قوله يوم قبضه) ظرف لقيمته ح (قوله فإنه بعد بيان الثمن مضمون بالقيمة) أطلقه فشمل بيان الثمن من البائع أو المساوم ، وخصه الطرسوسى فى أنفع الوسائل بالثانى .

ورده فى البحر بأنه خطأ لما فى الخانية : طلب منه ثوبا ليشتريه فأعطاه ثلاثة أثواب وقال هذا بعشرة وهذا بعشرين وهذا بثلاثين فأحملها فأى ثوب ترضى بعته منك فحمل فهلكت عند المشترى . قال الإمام ابن الفضل : إن هلكت جملة أو متعاقبا ولا يدرى الأول وما بعده ضمن ثلث الكل ، وإن عرف الأول لزمه ذلك الثوب والثوبان أمانة ، وإن هلك اثنان ولا يعلم أيهما الأول ضمن نصف كل منهما ورد الثالث لأنه أمانة ، وإن نقص الثالث ثلثه أو ربعه لايضمن النقصان ، وإن هلك واحد فقط لزمه ثمنه ويرد الثوبين اهـ ملخصا .

قال فى البحر : فهذا صريح فى أن بيان الثمن من جهة البائع يكفى للضمان اهـ وأجاب العلامة المقدسى بأن مراد الطرسوسى أنه لابد من تسمية الثمن من الجانبين حقيقة أو حكما ، أما الأول فظاهر ، وأما الثانى فبأن يسمى أحدهما ويصدر من الآخر ما يدل على الرضا به . ثم قال : ومن نظر عبارة الطرسوسى وجدها تنادى بما ذكرناه اهـ .

---

(١) (قوله لأن الخيار له بدون الشرط) فيه أنه يكون حينئذ اشتراطا لشىء من مقتضيات العقد وهو لايقتضى البطلان . وأجاب شيخنا بما حاصله : أنه لما كان الخيار ثابتا له بدون الشرط تعين صرف ماثبت بالشرط إلى نفس العقد لا الحكم الذى هو المحل الأصل للخيار لشغله بالخيار الأول صونا لكلام العاقل عن الإلغاء والعقد لايقبل التعليق بالشرط اهـ .

مضمون بالقيمة) بالغة مابلغت نهر ؛

مطلب فى المقبوض على سوم الشراء

قلت : وبيان ذلك أن المساوم إنما يلزمه الضمان إذا رضى بأخذه بالثمن المسمى على وجه الشراء ؛ فإذا سمى الثمن البائع وتسلم المساوم الثوب على وجه الشراء يكون راضيا بذلك ، كما أنه إذا سمى هو الثمن وسلم البائع يكون راضيا بذلك فكأن التسمية صدرت منهما معا ، بخلاف ما إذا أخذه على وجه النظر لأنه لا يكون ذلك رضا بالشراء بالثمن المسمى . قال فى القنية : سم : عن أبى حنيفة قال له هذا الثوب لك بعشرة دراهم فقال هاته حتى أنظر فيه أو قال حتى أريه غيرى فأخذه على هذا وضاع لاشئ عليه ؛ ولو قال هاته ، فإن رضيته أخذته فضاع فهو على ذلك الثمن اه .

قلت : ففى هذا وجدت التسمية من البائع فقط لكن لما قبضه المساوم على وجه الشراء فى الصورة الأخيرة صار راضيا بتسمية البائع فكأنها وجدت منهما ، أما فى الصورة الأولى والثانية فلم يوجد القبض على وجه الشراء ، بل على وجه النظر منه أو من غيره فكأنه أمانة عنده فلم يضمنه . ثم قال فى القنية ط : أخذ منه ثوبا وقال إن رضيته اشتريته فضاع فلا شئ عليه ، وإن قال إن رضيته أخذته بعشرة فعليه قيمته ، ولو قال صاحب الثوب هو بعشرة فقال المساوم هاته حتى أنظر إليه وقبضه على ذلك وضاع لايلزمه شئ اه .

قلت : ووجهه أنه فى الأول لم يذكر الثمن من أحد الطرفين فلم يصح كونه مقبوضا على وجه الشراء وإن صرح المساوم بالشراء ، وفى الثانى لما صرح بالثمن على وجه الشراء صار مضمونا ، وفى الثالث وإن صرح البائع بالثمن لكن المساوم قبضه على وجه النظر لاعلى وجه الشراء فلم يكن مضمونا ، وبهذا ظهر الفرق بين المقبوض على سوم الشراء والمقبوض على سوم النظر فافهم ، واغتنم تحقيق هذا المحل (قوله مضمون بالقيمة) أى إذا هلك ، أما إذا استهلكه فمضمون بالثمن كما حققه الطرسوسى وإن رده فى البحر بأنه غير صحيح ؛ لما فى الخانية : إذا أخذ ثوبا على وجه المساومة بعدبيان الثمن فهلك فى يده كان عليه قيمته ، وكذا لواستهلكه وارث المشترى بعد موت المشترى اه .
قال : والوارث كالمورث ، فقد أجاب فى النهر بقوله لانسلم أنه غير صحيح ، إذ الطرسوسى لم يذكره تفقها بل نقلا عن المشايخ صرح به فى المنتقى ، وعلله فى المحيط بأنه صار راضيا بالمبيع حملا لفعله على الصلاح والسداد ، وعزاه فى الخزانة أيضا إلى المنتقى غير أنه قال فى القياس تجب القيمة اه كلام النهر .

قلت : ومانقله فى البحر عن الخانية لادلالة فيه على مايدعيه بل فيه ماينافيه ، لأن قوله وكذا لو استهلكه وارث المشترى يفيد أنه لو استهلكه المشترى نفسه كان الواجب الثمن لا القيمة . ووجهه أيضا ظاهر ، لما علمته من تعليل المحيط . والفرق بينه وبين استهلاك الوارث أن العاقد هو المشترى فإذا استهلكه كان راضيا بإمضاء عقد الشراء بالثمن المذكور ، بخلاف ماإذا استهلكه وارثه لأن الوارث غير العاقد بل العقد انفسخ بموته فبقى أمانة فى يد الوارث فيلزمه القيمة دون الثمن ، فقوله فى البحر والوارث كالمورث غير مسلم . ثم رأيت الطرسوسى نقل عن المنتقى مايفيد ذلك وهو قوله : ولو قال البائع رجعت عما قلت أو مات أحدهما قبل أن يقول المشترى رضيت انتقض جهة البيع ، فإن استهلكه المشترى بعد ذلك فعليه قيمته كما فى حقيقة البيع لو انتقض يبقى المبيع فى يده مضمونا فكذا هنا اه فهذا صريح بانفساخ العقد بموته فكيف يلزم الوارث الثمن باستهلاكه ، فافهم واغتنم (قوله بالغة مابلغت) رد على الطرسوسى حيث قال : وظاهر كلام الأصحاب أنها تجب بالغة ما بلغت ، ولكن ينبغى أن يقال لايزاد بها على المسمى كما فى الإجارة الفاسدة . قال فى النهر : وفيه نظر ، بل ينبغى أن تجب بالغة مابلغت ، وقد صرحوا

ولو شرط المشترى عدم ضمانه بزازية ، ولو فى يد الوكيل ضمنه من ماله بلا رجوع إلا بأمره بالسوم خالية : أما على سوم النظر فغير مضمون مطلقا ، وعلى سوم الرهن بالأقل من قيمته ومن الدين ، وعلى سوم القرض بقرض ساومه به ، وعلى سوم النكاح لأمة بقيمتها نهر

بذلك فى البيع الفاسد فكذا هنا اه (قوله ولو شرط المشترى) أى مريد الشراء وهو المساوم (قوله ولو فى يد الوكيل الخ) قال فى البحر عن الخانية : الوكيل بالشراء إذا أخذ الثوب على سوم الشراء فأراه الموكل فلم يرض به ورده عليه فهلك عند الوكيل ، قال الإمام ابن الفضل ضمن الوكيل قيمته ولا يرجع بها على الموكل إلا أن يأمره بالأخذ على سوم الشراء فحينئذ إذا ضمن الوكيل رجع على الموكل اه .

مطلب المقبوض على سوم النظر

(قوله أما على سوم النظر) بأن يقول هاته حتى أنظر إليه أو حتى أريه غيرى ولا يقول فإن رضيته أخذته ، وقوله مطلقا : أى سواء ذكر الثمن أولا اه ح عن النهر ، ولا يخفى أن عدم ضمانه إذا هلك . أما لو استهلكه القابض فإنه يضمن قيمته ، وقدمنا وجه الفرق بينه وبين المقبوض على سوم الشراء ، وفى حكمه المقبوض على سوم الشراء إذا لم يبين الثمن أو مات أحد العاقدين قبل الرضا أو رجع عما قال كما قدمناه آنفا عن المنتقى ، وقدمنا أول المسألة مالو قبض ثلاثة أثواب وسمى ثمن كل واحد بعينه ليشترى أحدها فهلك واحد منها فإنه يضمنه دون الآخرين ، وتقدم تفصيله ، وهل هذا خاص بما إذا كانت ثلاثة لتكون مما فيه خيار التعيين الآتى بيانه أوأعم؟ والظاهر الثانى (١) : لو كانت أكثر ، فلا شك أن واحدا منها مقبوض على سوم الشراء وإن كان فاسدا والباقى (٢) على سوم النظر فهو أمانة ، بخلاف الأول فتأمل (قوله وعلى سوم الرهن بالأقل من قيمته ومن الدين) أى إذا سمى قدر الدين ، فلا ينافى ما سيذكره المصنف فى كتاب الرهن من قوله المقبوض على سوم الرهن إذا لم يبين المقدار ليس بمضمون على الأصح اه . وفى البزازية : الرهن بالدين الموعود مقبوض على سوم الرهن مضمون بالموعود ، بأن وعده أن يقرضه ألفا فأعطاه رهنا وهلك قبل الإقراض يعطيه الألف الموعود جبرا ، فإن هلك هذا فى يد المرتهن أو العدل ينظر إلى قيمته يوم القبض والدين (٣) : وعن الثانى أقرضنى وخذ هذا ولم يسم القرض فأخذ الرهن ولم يقرضه حتى ضاع يلزمه قيمة الرهن اه وما عن الثانى مقابل الأصح المذكور (قوله وعلى سوم القرض الخ) فى البحر عن جامع الفصولين : وما قبض على سوم القرض مضمون بما ساوم كمقبوض على حقيقته بمنزلة مقبوض على سوم البيع ، إلا أن فى البيع يضمن القيمة وهنا يهلك الرهن بما ساومه من القرض اه ، وقوله يهلك الرهن بما ساومه من القرض أى إذا كانت قيمته مثل الرهن لا أقل ، فلا ينافى ما تقدم من أنه يضمن بالأقل ، وبه ظهر أن ما فى قوله وما قبض نكرة موصوفة بمعنى الرهن فتكون هذه عين المسألة التى قبلها كما يعلم مما نقلناه عن البزازية فى تصوير المسألة السابقة فافهم (قوله وعلى سوم النكاح الخ) يعنى لو قبض أمة غيره ليتزوجها بإذن مولاها فهلكت فى يده ضمن قيمتها جامع الفصولين

---

(١) (قوله والظاهر الثانى) قال شيخنا : يلزمه بيان الفرق بين هذه المسألة وبين المقبوض على سوم الشراء بدون بيان الثمن فإنه حكم فيها بعدم الضمان مع أنه مقبوض على سوم الشراء الفاسد كهذه ، إذ الظاهر أن علة عدم الضمان فيها هى فساد الشراء وهو موجود هنا اه .

(٢) (قوله وإن كان فاسدا والباقى الخ) أى لأن خيار التعيين لا يصح فى الزائد على الثلاث لثبوته على خلاف القياس فيها ، فيتقيد بالثلاث لجمعه الأوصاف الثلاثة وهى الأعلى والأوسط والأدون وماذا يكون أصل القياس لاندفاع الحاجة بالثلاث اه .

(٣) (قوله والدين) معطوف على قوله قيمته : أى ينظر إلى قيمته والدين فيضمن بالأقل منهما اه منه .

(ويخرج عن ملكه) أى البائع (مع خيار المشترى) فقط (فيهلك بيده بالثمن كتعييبه) فيها بعيب لا يرتفع كقطع يد فيلزمه قيمته فى المسألة الأولى ، وللبائع فسخ المبيع وأخذ نقصان القيمى لا المثلى لشبهة الربا حدادى ،

قال محشيه الخير الرملى: أقول تقدم أن ما بعث مهرا بعد الخطبة وهو قائم أو هالك يسترد ، فهو صريح أيضا فى أن ماقبض على سوم النكاح من المهر مضمون ولو لم يسم المهر اه :

[تنبيه] ظاهر كلامهم وجوب قيمة الأمة ولو لم يكن المهر مسمى ؛ ويحتاج إلى وجه الفرق بينه وبين المقبوض على سوم الشراء أو سوم الرهن فإنه لا يضمن إلا بعد بيان الثمن أو بيان القرض ، وقد أطال الكلام فيه السيد الحموى فى حاشية الأشباه من النكاح ولم يأت بطائل (قوله ويخرج عن ملكه أى البائع) فلو أعتقه لم يصح عتقه ، ولو كان حلف إن بعته فهو حر لم يعتق لخروجه عن ملكه بحر (قوله مع خيار المشترى فقط) شمل ما إذا كان الخيار لهما وأسقط البائع خياره بأن أجاز البيع كما فى البحر . قال ح : ومثله ما إذا جعل المشترى الخيار لأجنبى (قوله فيهلك بيده بالثمن) لأن الهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب يمنع الرد فيهلك وقد انبرم البيع فيلزم الثمن ، بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع لأن تعيبه فى هذه الحالة لا يمنع الرد فيهلك والعقد موقوف فيبطل نهر . وإذا بطل العقد يضمن القيمة :

مطلب فى الفرق بين القيمة والثمن

والفرق بين الثمن والقيمة أن الثمن ما تراضى عليه المتعاقدان سواء زاد على القيمة أو نقص ، والقيمة ما قوم به الشىء بمنزلة المعيار من غير زيادة ولا نقصان (قوله كتعييبه فيها) أى فى يد المشترى ، وهذا تشبيه بالهلاك فى الصورتين أعنى فى صورة ما إذا كان الخيار للبائع أو للمشترى ، فإن التعييب المذكور كالهلاك يوجب القيمة فى الأولى والثمن فى الثانية منح ، وشمل ما إذا عيبه المشترى أو أجنبى أو تعيب بآفة سماوية أو بفعل المبيع ، وكذا بفعل البائع (١) . عند محمد فلا يسقط به خيار المشترى ، فإن أجاز البيع ضمن البائع النقصان . وعندهما يلزم البيع بحر : أى ويرجع بالأرش على البائع كما ذكره بعد :

[تنبيه] ذكر حكم الهلاك والنقصان عند المشترى ولم يذكر حكم الزيادة عنده . وحاصله أنها متصلة أو منفصلة ومتولدة من الأصل كالولد والسمن والجمال والبرء من المرض ، أو غير متولدة كالصبغ والعقر والكسب والبناء فيمتنع الفسخ إلا فى المنفصلة الغير المتولدة بحر عن التتارخانية (قوله لا يرتفع) يأتى محترزه (قوله فيلزمه قيمته) أى لو هلك ، ولو قال فللبائع فى المسألة الأولى فسخ البيع الخ لكان أولى ، لأن المطلوب بيان ما يلزم بالتعيب فى المسألتين ، أما ما يلزم بالهلاك فيهما فهو مصرح به فى المتن (قوله لشبهة الربا) لأن الجودة فى المال الربوى غير معتبرة ، لكن قال فى الخلاصة من الغصب : إذا غصب قلب فضة وهو بالضم السوار ، وإن شاء المالك أخذه مكسورا ، وإن شاء تركه وأخذ قيمته من الذهب . قال فى العناية : إذ لو أوجبنا مثل القيمة من جنسه أدى إلى الربا أو مثل وزنه أبطلنا حق المالك فى الجودة والصنعة اه . وذكر الزيلعى هناك فيما لو نقص المغصوب الربوى يخير المالك بين أن يمسك العين ولا يرجع على الغاصب بشىء وبين أن يسلمها ويضمن مثلها أو قيمتها ، لأن تضمين النقصان متعذر لأنه يؤدى إلى الربا اه . وبه علم أن الخيار للمالك بين إمساك العين بلا رجوع بالنقصان وبين دفعها تضمين

(١) (قوله وكذا بفعل البائع الخ) عبارة ط : هكذا أو بفعل المبيع أو البائع عندهما . وقال محمد : لا يسقط خيار المشترى بتعييب البائع اه وهى الصواب ، تأمل .

وثمنه فى الثانية ؛ ولو يرتفع كرض ، فإن زال فى المدة فهو على خياره وإلا لزمه العقد لتعذر الرد ابن كمال (ولا يملكه المشترى خلافا لهما) لئلا يصير سائبة . قلنا السائبة هى التى لاملك فيها لأحد ولا تعلق ملك ، والثانى موجود هنا ، ويلزمكم اجتماع البدلين والعود على موضوعه بالنقض بشراء قريبه (ولا يخرج شىء منهما)

مثلها : أى مثل وزنها لأنه رضى بإبطال حقه فى الجودة وبين تضمين قيمتها : أى من خلاف الجنس . وفى مسألتنا إذا كان الخيار للبائع فى بيع الربوى وعيبه المشترى واختار البائع الفسخ ليس له أخذ نقصان العيب لأنه يؤدى إلى الربا وينبغى أن يكون له الخيارات المذكورة تأمل (قوله فى الثانية) أى ماكان الخيار فيها للمشترى (قوله ولو يرتفع) مقابل قوله بعيب لايرتفع (قوله فهو على خياره) أى فله الفسخ فى مدة الخيار ورد المبيع على بائعه (قوله وإلا) أى وإن لم يزل المرض فى المدة لزم العقد ، لأنه لايمكنه رده فى المدة معيبا لتضرر البائع ، ولوزال بعد مضى المدة لزم العقد بمضيها (قوله ابن كمال) ومثله فى البحر والجوهرة (قوله ولا يملكه المشترى) أى فيما إذا كان الخيار له فقط ، لكن فى الخانية يصح إعتاقه ويكون إمضاء . وفى السراج : تجب النفقة عليه بالإجماع ، ولو تصرف فيه فى مدة الخيار جاز تصرفه ويكون إجازة منه . وفى جامع الفصولين : لو رهن بالثمن رهنا جاز الرهن به مع أنه ذكر فيه أيضا أنه لو أبرأه البائع عن الثمن لم يجز إبراؤه عند أبى يوسف اهـ فينبغى أن لايصح الرهن أيضا . والجواب أن الإبراء يعتمد الدين ولا دين له عليه لأن الثمن باق على ملك المشترى بخلاف الرهن بدليل صحته بالدين الموعود به ، لكن فى المعراج أن عدم صحة الرهن (١) بالثمن قياس والاستحسان صحته لأنه إبراء بعد وجود السبب وهو البيع ، وتمامه فى البحر . وفيه عن الخلاصة أن زوائد المبيع موقوفة ، إن تم البيع كانت للمشترى ، وإن فسخ كانت للبائع (قوله خلافا لهما) حيث قالا إنه يملكه (قوله لئلا يصير سائبة) أى شيئا لامالك له بعد دخوله فى الملك ، وهذا دليل لقولهما إنه يملكه بعد خروجه من ملك البائع أى أنه لولم يملكه لزم أن يخرج عن ملك البائع لا إلى مالك فيكون كالسائبة ولا عهد لنا به فى الشرع يعنى فى المعاوضات لئلا يرد نحو التركة المستغرقة بالدين فإنها تخرج عن ملك الميت ولا تدخل فى ملك الورثة ولا الغرماء ، وتمامه فى النهر والفتح (قوله قلنا) أى من طرف الإمام ، وهو جواب بمنع كونه كالسائبة (قوله والثانى موجود هنا) وهو علقة الملك : أى للبائع ، إذ قدير د عليه فيعود إليه حقيقة ملكه وللمشترى أيضا إذ قد يسقط خياره فيكون له ط (قوله ويلزمكم الخ) استدلال للإمام بطريق النقض الإجمالى لدليل الخصم باستلزامه الفساد من وجهين :

الأول ما فى النهر أنه لو دخل فى ملك المشترى مع كون الثمن لم يخرج من ملكه لزم اجتماع البدلين فى حكم ملك أحد المتعاقدين حكما للمعاوضة ولا أصل له فى الشرع ، يعنى فى باب المعاوضة فإنها تقتضى المساواة بينهما فى تبادل ملكيهما ، فلا يرد مالو غصب المدبر وأبق من يده فإنه يضمن قيمته ولا يخرج به عن ملك المالك فيجتمع العوضان فى ملك لأنه ضمان جناية لامعاوضة .

والثانى ما فى الفتح من أن خيار المشترى شرع نظرا له ليتروى فيقف على المصلحة ، فلو أثبتنا الملك بمجرد البيع مع خياره ألحقناه نقيض مقصوده ، إذ ربما كان المبيع من يعتق عليه فيعتق بلا اختياره فيعود شرع الخيار على موضوعه بالنقض إذ كان مفوتا للنظر وذلك لايجوز (قوله ولا يخرج شىء منهما الخ) فإن تصرف البائع جاز وكان فسخا وكذا إن تصرف المشترى فى الثمن إن كان عينا وتصرف كل منهما فيما اشتراه باطل ، وأيهما هلك قبل التسليم بطل

---

(١) (قوله أن عدم صحة الرهن الخ) عبارة المعراج كما فى البحر أن عدم صحته قياس الخ ، فالضمير المبارز راجع للإبراء كما لايخفى اهـ .

أى من مبيع وثمن من ملك بائع ومشتر عن مالكه اتفاقا (إذا كان الخيار لهما) وأيهما فسخ فى المدة الفسخ البيع ، وأيهما أجاز بطل خياره فقط (و) هذا الخلاف (تظهر ثمرته فى) عشر مسائل جمعها العينى فى قوله : اسحق عزك فخم :

الألف من الأمة لو اشتراها بخيار وهى زوجته بقى النكاح :

والسين من الاستبراء فحيضها فى المدة لايعتبر استبراء :

والحاء من المحرم ، فلا يعتق محرمه :

والقاف من القربان لمنكوحته المشتراة ، فله ردها إلا إذا نقصها به :

البيع ، فإن هلك بعده بطل أيضا ولزم قيمته منح (قوله عن مالكه) لاحاجة إليه ط (قوله وأيهما أجاز بطل خياره فقط) أى وصار العقد باتا من جانبه والآخر على خياره ، وإن لم يوجد منهما إجازة ولا فسخ حتى مضت المدة لزم البيع ، ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر بطل البيع بينهما سواء سبق الفسخ أو الإجازة أو كانا معا ، ولا عبرة للإجازة بكل حال اهـ منح :

وحاصله أنه إذا أجاز أحدهما فالآخر على خياره ، فإن أجاز أيضا تم العقد ، وإن فسخ بطل ، وإن سكتا حتى مضت المدة لزم العقد (قوله وهذا الخلاف) أى المذكور بين الإمام وصاحبيه فى مسألة خيار المشترى ، وهو أن المبيع لايدخل فى ملك المشترى عنده ويدخل عندهما والتفريع فى المسائل الآتية على قوله (قوله بقى النكاح) لأنه لم يملكها عنده ، وإذا سقط الخيار بطل : أى النكاح للتنافى أى بين ثبوت المتعة بملك اليمين وبالعقد ; وعندهما انفسخ النكاح لدخولها فى ملك الزوج فإذا فسخ المشترى البيع رجعت إلى مولاها بلا نكاح عليها عندهما ; وعنده تستمر زوجته كما فى الفتح . قال فى البحر : وعلى هذا لو اشترى زوجته فاسدا وقبضها يفسد النكاح ، ثم إذا فسخ البيع للفساد لايرتفع فساد النكاح (قوله لايعتبر استبراء) أى عنده ، وعندهما يعتبر ; ولو ردت بحكم الخيار إلى البائع لا يجب الاستبراء عنده ; وعندهما يجب إذا ردت بعد القبض بحر وهى المسألة الآتية فى رمز الفاء (قوله فلا يعتق محرمه) أى إذا اشترى قريبه المحرم لا يعتق عليه فى مدة الخيار عنده حتى تنقضى المدة ولم يفسخ : وعندهما يعتق لأنه ملكه (قوله فله ردها) لأنه حيث لم يملكها عنده كان وطؤه لها فى مدة الخيار بالنكاح لا بملك اليمين فلا يمتنع الرد ، لأنه لم يكن دليل الرضا بالبيع ، بخلاف وطء غير منكوحته كما سيأتى . وعندهما يمتنع ، لأن الوطء حصل فى الملك وقد بطل النكاح فكان دليل الرضا (قوله إلا إذا نقصها) أى الوطء ولو ثيبا فيمتنع الرد نهر وفتح ، ومقتضاه أن دواعى الوطء ليست كالوطء لعدم التنقيص بها فلايجرى فيها الخلاف(١) المذكور ، بخلافها فى غير المنكوحة فإن دواعيه مثله فتكون دليل الرضا بالبيع فيمتنع الرد اتفاقا كما سيأتى . وعلى هذا فيشكل مافى شرح منلا مسكين (٢) . من أنه يمتنع الرد عند الإمام لو قبلها أو مسها أو مسته بشهوة ; وكذا لو وطئها غير الزوج

---

(١) (قوله فلا يجرى فيها الخلاف) صوابه التفصيل ، لأن الخلاف جار وإن لم تنقص كالوطء الغير المنقص اهـ .

(٢) (قوله وعلى هذا فيشكل مافى شرح منلا مسكين الخ) عبارة الشارح المذكور : ولو اشترى منكوحته فوطئها له ردها عند أبى حنيفة خلافا لهما ، هذا لو ثيبا فلو بكرا يمتنع الرد عنده أيضا ، وكذا لو قبلها أو مسها أو مسته بشهوة ، وكذا لو وطئها غيره فى يده اهـ . فقد فهم العلامة المحشى أن قوله وكذا لو قبلها الخ تابع لقوله يمتنع الرد فاستشكل وليس كذلك ، بل هو معطوف على قوله فوطئها الذى هو محل الخلاف ، وعليه فلا إشكال أفاده شيخنا ؛ نعم يبقى الإشكال فى عد صورة وطء الغير من محال الخلاف مع أنه ليس فيها إلا إيجاب العقر وهو زيادة منفصلة غير متولدة ، والعجب من العلامة المحشى كيف استظهر وجه امتناع الرد فيها مع تصريحه فى التنبيه السابق عند قول المصنف فيهلك بيده بالثمن بعدم الرد فى الزيادة المذكورة ، وقيده أبو السعود فى حاشيته على منلا مسكين بما إذا عيبها الوطء ، وحينئذ يمتنع الرد قولا واحدا أيضا فلا ينبغى عده فى مسائل الخلاف اهـ .

والعين من الوديعة عند بائعه ، فتهلك على البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك .

والزاى من الزوجة المشتراة ، لو ولدت فى المدة فى يد البائع لم تصر أم ولد ؛ ولو فى يد المشترى لزم العقد ، لأن الولادة عيب درر وابن كمال .

وفى البحر عن الخانية إذا ولدت بطل خياره ، وإن كان الولد ميتا ولم تنقصها الولادة لا يبطل خياره وأقره المصنف .

والكاف من الكسب للعبد فى المدة ، فهو للبائع بعد الفسخ .

والفاء من الفسخ لبيع الأمة ، فلا استبراء على البائع .

والخاء من الخمر ، فلو شراه ذمى من مثله بالخيار فأسلم أحدهما فهو للبائع عينى ، وتبعه المصنف ، لكن عبارة ابن الكمال : وأسلم المشترى .

فى يده اهـ . ووجه الأخير ظاهر ، لأن وطء غيره موجب للعقر وهو زيادة منفصلة متولدة من المبيع بعد القبض فتمنع الرد كما مر ويأتى .

[تنبيه] قال فى البحر : ولم أر حكم حل وطء المبيعة بخيار ، أما إذا كان الخيار للبائع فينبغى حله له لا للمشترى وإن كان للمشترى ينبغى أن لا يحل لهما ، ونقله فى المعراج عن الشافعى اهـ . ولا يخفى أن هذا فى غير منكوحته .

ثم اعلم أن هذه المسألة غير مكررة مع الأولى المرموز لها بالألف وإن كان موضوعهما بشراء الأمة المنكوحة ، لأن المقصود من الأولى أن شراءها لا يبطل نكاحها ، ومن هذه أن وطء زوجها لا يمنعه من ردها كما نبه عليه ط وهو ظاهر (قوله من الوديعة عند بائعه الخ) أى إذا قبض المشترى المبيع بإذن البائع ثم أودعه عند البائع فهلك فى يده فى تلك المدة هلك من مال البائع عنده لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك . وعندهما من مال المشترى لصحة الإيداع باعتبار قيام الملك ، وتمامه فى البحر (قوله لعدم الملك) علة للعلة (قوله لو ولدت) أى بالنكاح بحر (قوله لم تصر أم ولد) أى للمشترى لعدم الملك خلافا لهما بحر (قوله لزم العقد الخ) أى اتفاقا ، وتصير أم ولد للمشترى إذا ادعاه بحر عن ابن كمال ، لأن تعيب المبيع فى مدة الخيار بعد قبضه له مبطل لخياره (قوله إذا ولدت الخ) أى فى يد المشترى فيوافق ماقبله ط (قوله ولم تنقصها الولادة) مقتضاه أن الولادة قد لا تكون نقصانا وهو خلاف الإطلاق السابق ، ويؤيد السابق مافى البزازية : اشتراها وقبضها ثم ظهر ولادتها عند البائع لأمن البائع وهو لا يعلم ؛ فى رواية المضاربة عيب مطلقا لأن التكسر الحاصل بالولادة لا يزول أبدا وعليه الفتوى : وفى رواية إن نقصتها الولادة عيب ، وفى البهائم ليست بعيب إلا أن توجب نقصانا وعليه الفتوى اهـ . وسيذكر الشارح فى خيار العيب عن البزازية خلاف مانقلناه عنها وهو تحريف كما سنوضحه هناك (قوله فهو للبائع بعد الفسخ) لأنه عنده لم يحدث على ملك المشترى ، وعندهما للمشترى لحدوثه على ملكه بحر . قال ط : وأما إذا لم يفسخ فالزوائد تبع للمبيع كما سلف (قوله فلا استبراء على البائع) لأنه إنما يجب بتجديد الملك ولم يوجد حيث لم تدخل فى ملك غيره فكأنه لم يزل ملك البائع ابن كمال (قوله لكن عبارة ابن الكمال وأسلم المشترى) وكذا فى الفتح وغيره فيكون هو المراد من لفظ أحدهما . فى عبارة العينى لأنه لو أسلم البائع لا تظهر فيه ثمرة الخلاف لبقاء الخيار إجماعا كما فى الزيلعى ، حيث قال : لو اشترى ذمى من ذمى خمرا على أنه : أى المشترى بالخيار ثم أسلم المشترى فى مدة الخيار بطل الخيار عندهما ، لأنه ملكها فلا يملك تمليكها بالرد وهو مسلم . وعنده يبطل البيع لأنه لم يملكها فلا يملك تملكها بإسقاط الخيار وهو مسلم . ولو أسلم البائع والخيار للمشترى بقى على خياره بالإجماع ، ولو ردها المشترى عادت إلى ملك البائع ، لأن العقد من جانب البائع بات ، فإن أجازه صار له ، وإن فسخ صار الخمر للبائع

والميم من المأذون ، لو أبرأه البائع من الثمن صح استحسانا وبقى خياره ، لأنه يلى عدم التملك ، كل ذلك عنده خلافا لهما :

قلت : وزيد على ذلك مسائل منها :

التاء للتعليق كإن ملكته فهو حر فشراه بخيار لم يعتق :

والقاء ، واستدامة السكنى بإجارة أو إعارة ليس باختيار :

والصاد ، وصيد شراه بخيار فأحرم بطل البيع :

والدال والزوائد الحادثة فى المدة بعد الفسخ للبائع :

والمسلم من أهل أن يتملك الخمر حكما كما فى الإرث ، ولو كان الخيار للبائع فأسلم هو بطل البيع لأن البيع لم يخرج عن ملكه والمسلم لا يقدر أن يملك الخمر ؛ ولو أسلم المشترى لا يبطل العقد والبائع على خياره ، لأن العقد من جهة المشترى بات ؛ فإن أجاز العقد صار له ، لأن المسلم من أهل أن يملك الخمر حكما ، وإن فسخه كان للبائع ، وهذا كله فيما إذا أسلم أحدهما بعد القبض والخيار لأحدهما ، فلو قبل القبض بطل البيع فى الصور كلها سواء كان البيع باتا أو بخيار لأحدهما أولهما ، لأن للقبض شبها بالعقد من حيث أنه يفيد ملك التصرف فلا يملكه بعد الإسلام اهـ ملخصا (قوله من المأذون الخ) أى إذا اشترى عبد مأذون شيئا بالخيار وأبرأه بائعه عن ثمنه فى مدة الخيار بقى خياره ، لأنه لما لم يملكه كان رده فى المدة امتناعا عن التملك وللمأذون ولاية ذلك ، فإنه إذا وهب له شىء فله ولاية أن لا يقبله درر : وعندهما يبطل خياره ، لأنه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من أهله وهذا يقتضى صحة الإبراء ، وقدمنا أنه لا يصح عند أبى يوسف قياسا ، ويصح عند محمد استحسانا بحر (قوله كل ذلك) أى المذكور من أحكام المسائل العشر (قوله لم يعتق) لأنه عنده لم يملكه فلم يوجد الشرط . وعندهما وجد فيعتق لأنه ملكه ؛ وأما لو قال إن اشتريت بدل قوله إن ملكت فإنه يعتق اتفاقا لوجود الشرط وهو الشراء ، فيكون كالمنشئ للعتق بعده فيسقط الخيار فتح وبحر (قوله واستدامة السكنى الخ) صورتها : اشترى دارا على أنه بالخيار وهو ساكنها بإجارة أو إعارة فاستدام سكناها ، قال خواهر زاده : استدامتها اختيار عندهما لملك العين ، وعنده ليس باختيار فتح ، ومثله خيار العيب وخيار الشرط فى القسمة ؛ ولو ابتدأ السكنى بطل خياره ، وتمامه فى البحر (قوله فأحرم) أى وهو فى يده بطل البيع عنده ويرده إلى البائع ، وعندهما يلزم المشترى ولو كان الخيار للبائع ينتقض بالإجماع ، ولو كان للمشترى فأحرم المشترى له أن يرده بحر : وعبارة الفتح : ولو كان للمشترى فأحرم البائع للمشترى أن يرده وهى الصواب (قوله بعد الفسخ) متعلق بما تعلق به قوله للبائع : أى تثبت للبائع بعد الفسخ لأنها لم تحدث على ملك المشترى . وعندهما للمشترى لأنها حدثت على ملكه كما فى الفتح : ثم لا يخفى أن الزوائد تعم المتصلة والمنفصلة متولدة أو غيرها . وليس بصحيح هنا لما قدمناه عن التتارخانية من أن حدوثها عند المشترى يمنع الفسخ بالخيار إلا إذا كانت منفصلة غير متولدة كالكسب ، فهذه يتأتى فيها إجراء الخلاف لإمكان الفسخ فيها ، أما فى بقية الصور الثلاث فلا ، بل هى للمشترى قطعا لحدوثها على ملكه حيث امتنع بها الفسخ ولزمه البيع :

ثم رأيت فى جامع الفصولين ذكر مسائل الزيادة كما قدمنا من امتناع الفسخ فى الكل إلا فى صورة المنفصلة الغير المتولدة وأن الخلاف فيها فقط ، وحينئذ فإطلاق الزوائد هنا ليس مما ينبغى ، بل المراد به الصورة المذكورة وهى مسألة الكسب التى رمز لها بالكاف ، فكان على الشارح إسقاط هذه لتكرارها مع إيهامها خلاف المراد

والراء ، والعصير فى بيع مسلمين لو تخمر فى المدة فسد خلافا لهما ، فينبغى أن يرمز لها لفظ تتصدر ويضم الرمز للرمز ، ولم أره لأحد فليحفظ (أجاز من له الخيار) ولو أجنبيا (صح ولو مع جهل صاحبه) إجماعا إلا أن يكون الخيار لهما وفسخ أحدهما فليس للآخر الإجازة لأن المفسوخ لاتلحقه الإجازة (فإن فسخ) بالقول (لا) يصح (إلا إذا علم) الآخر فى المدة ، فلو لم يعلم لزم العقد ، والحيلة أن يستوثق بكفيل مخافة الغيبة أو يرفع الأمر للحاكم لينصب من يرد عليه عينى ، قيدنا بالقول لصحته بالفعل بلا علمه اتفاقا

كما ظنه من قال إن الزوائد تعم المتصلة والمنفصلة فيستغنى بها عن الكاف المشار بها إلى الكسب اه فافهم (قوله فسد) أى البيع عنده لعجزه عن تملكه بإسقاط خياره ، ويتم عندهما لعجزه عن رده بفسخه فتح (قوله خلافا لهما) راجع للمسائل الخمس المزيدة فافهم (قوله ويضم الرمز للرمز) كذا فى بعض النسخ : أى يضم الرمز المزيد بلفظ تتصدر للرمز السابق ، وفى بعض النسخ ويضم لرمز الرمز بجر الأول باللام والثانى بالإضافة ، وهذه النسخة ألطف وعليها ففى يضم ضمير يعود للرمز المزيد ، ويكون المراد بالرمز المجرور باللام الرمز السابق عن العينى ، وبالرمز المجرور بالإضافة شرح الكنز للعينى فإن اسمه الرمز . وفى ط : فيصير المعنى اسحق عزك : أى امحقه بتواضعك وعظم الله تعالى فى قلبك ، فامتثل أمره ونهيه ، وعظم الناس بإنزالهم منزلتهم تصير صدرا أى مقدما ومقربا عند الله تعالى وعند الناس (قوله ولم أره لأحد) أى لم ير الرمز بتتصدر وإلا فالمسائل فى المنح والبحر ط (قوله أجاز من له الخيار) أى أجاز بالقول أو بالفعل كالإعتاق والوطء ونحوهما كما يأتى :

وفى جامع الفصولين : إذا قال أجزت شراءه أو شئت أخذه أو رضيت أخذه بطل خياره ؛ ولو قال هويت أخذه أو أحببت أو أردت أو أعجبنى أو وافقنى لايبطل لو اختار الرد أو القبول بقلبه فهو باطل لتعلق الأحكام بالظاهر لابالباطن (قوله ولو مع جهل صاحبه) أى العاقد معه ، أما لو كان للمشتريين ففسخ أحدهما بعيبة الآخر لم يجز كما فى جامع الفصولين (قوله لهما) أى لكل من المتعاقدين (قوله فليس للآخر الإجازة) أى إلا إذا قبل الأول إجازته ، يدل عليه مافى جامع الفصولين : باعه بخيار ففسخه فى المدة انفسخ ، فإن قال بعده أجزت وقبل المشترى جاز استحسانا ، ولو كان الخيار للمشترى فأجاز ثم فسخ وقبل البائع جاز وينفسخ اه فيكون الأول بيعا آخر كما سيذكره الشارح والثانى إقالة (قوله لأن المفسوخ لا تلحقه الإجازة) فيه إشكال سيذكره الشارح مع جوابه (قوله لايصح إلا إذا علم الآخر) هذا عندهما . وقال أبو يوسف : يصح ، وهو قول الأئمة الثلاثة . قال الكرخى وخيار الرؤية على هذا الخلاف ، وفى العيب لايصح فسخه بدون علمه إجماعا ؛ ولو أجاز البيع بعد فسخه قبل أن يعلم المشترى جاز وبطل فسخه ذكره الإسبيجابى ، يعنى عندهما . وفيه يظهر أثر الخلاف فيما إذا باعه بشرط أنه إذا غاب فسخ فسد البيع عندهما خلافا لأبى يوسف ، ورجح قوله فى الفتح نهر (قوله فلو لم يعلم) أى فى مدة الخيار ، سواء علم بعدها أو لم يعلم أصلا (قوله أن يستوثق بكفيل) الذى فى العينى أن يأخذ منه وكيلا ، يعنى إذا بدا له الفسخ رده عليه اه ومثله فى البحر وغيره ح (قوله أو يرفع الأمر للحاكم لينصب الخ) فى العمادية : وهذا أحد قولين ، وقيل لاينصب لأنه ترك النظر لنفسه بعدم أخذ الوكيل فلا ينظر القاضى إليه ، وتمامه فى النهر (قوله لصحته بالفعل بلا علمه) مثال الفسخ بالفعل أن يتصرف البائع فى مدة الخيار تصرف الملاك ؛ كما إذا أعتق المبيع أو باعه أو كان جارية فوطئها أو قبلها أو أن يكون الثمن عينا فتصرف فيه المشترى تصرف الملاك فيما إذا كان الخيار للمشترى ، صرح به الأكمل فى العناية وغيره من المشايخ منح ، والمراد بقوله أن يتصرف البائع الخ أن يكون الخيار له وتصرف كذلك فيكون فسخا حكميا لأنه دليل استبقاء المبيع على ملكه . وأما لو كان الخيار للمشترى

كما أفاده بقوله (وتم العقد بموته) ولا يخلفه الوارث كخيار رؤية وتغرير ونقد

وفعل ماذكر فإنه يتم البيع كما يأتى (قوله كما أفاده الخ) أى أفاد الفعل الذى يصح به الفسخ، يعنى أن أمثلة الفسخ بالفعل تستفاد من قوله المذكور وإن لم يكن المذكور من أمثلة الفسخ بل من أمثلة التمام والإجازة. قال فى الفتح: وجميع ماقدمنا أنه إجازة إذا صدر من المشترى من الأفعال فهو فسخ إذا صدر من البائع اهـ. وقد أفاد الشارح ذلك بقوله الآتى ولو فعل البائع ذلك كان فسخا، والمراد به الإعتاق وما بعده، وحينئذ فليس فى كلامه غلط بل هو من رموزه التى تخفى على المعترضين فافهم (قوله وتم العقد الخ) أى تحصل الإجازة بواحد مما ذكر، وهو كلام موهم، فإن فى بعضها يكون إجازة سواء كان الخيار للبائع أو للمشترى وهو الموت ومضى المدة، وفى بعضها إذا كان للمشترى وهو الإعتاق وتوابعه، فلو للبائع كان فسخا أفاده فى البحر (قوله بموته) أى موت من له الخيار بائعا كان أو مشتريا، لأن موت غيره لايتم به العقد بل الخيار باق لمن شرط له فإن أمضى العقد مضى وإن فسخه انفسخ كما فى الفتح نهر. وفى جامع الفصولين: لو الخيار لهما فمات أحدهما لزم البيع من جهته والآخر على خياره: وفيه أيضا: وكيل البيع أو الوصى باع بخيار أو المالك باع بخيار لغيره فمات الوكيل أو الوصى أو الموكل أو الصبى أو من باع بنفسه أو من شرط له الخيار قال محمد: يتم البيع فى كل ذلك لأن لكل منهم حقا فى الخيار والجنون كالموت اهـ وكذا الإغماء، وتمامه فى النهر (قوله ولايخلفه الوارث) لأنه ليس إلا مشيئة وإرادة، ولايتصور انتقاله والإرث فيما يقبل الانتقال هداية (قوله كخيار رؤية) نص على ذلك فى الغرر والوقاية والنقاية ومختصرها والملتقى والإصلاح والبحر والنهر، وكذا فى الهداية والفتح من باب خيار الرؤية، ولم أر من ذكر فيه خلافا، وعليه فما فى فرائض شرح البيرى عن شرح المجمع لابن الضياء من أن الصحيح أن خيار الرؤية يورث فهو غريب ولعل أصل العبارة لايورث تأمل (قوله وتغرير ونقد) لم يذكرهما فى الدرر، بل ذكر المصنف الأول منهما فى المنح بحثا، وذكر الثانى فى النهر بحثا أيضا. ووجه ذلك أن الحقوق المجردة لا تورث، وكأن الوجه لما قوى عند الشارح جزم به: وقد رأيت مسألة النقد فى شرح البيرى عن خزانة الأكمل نص على أنه لو مات قبل نقد الثمن بطل البيع وليس لوارثه نقده. وأما مسألة التغرير فقد وقع فيها اضطراب، فنقل الشارح فى آخر باب المرابحة على المقدسى أنه أفتى بمثل مابحثه المصنف هنا، ذكر أن المصنف ذكر فى شرح منظومته الفقهية أن خيار التغرير يورث كخيار العيب وأن ابن المصنف أيده، وسنذكر إن شاء الله تعالى مافيه هناك، نعم بحث الخير الرملى أيضا فى حاشية البحر أنه يورث قياسا على خيار فوات الوصف المرغوب فيه كشراء عبد على أنه خباز وقال إنه به أشبه لأنه اشتراه بناء على قول البائع فكان شارطا له اقتضاء وصفا مرغوبا فبان بخلافه: وقد اختلف تفقه الشيخ على المقدسى والشيخ محمد الغزى فى هذه المسألة لأنهما لم يرياها منقولة، ومال الشيخ على لما قلته فقال: والذى أميل إليه أنه مثل خيار العيب يعنى فيورث اهـ وبه علم أن مانقله الشارح عن المقدسى مخالف لما نقله عنه الرملى، لكن سيأتى فى المرابحة أنه لو ظهر له خيانة فى المرابحة له رده، ولو هلك المبيع قبل رده أو حدث به ما يمنع من الرد لزمه جميع الثمن وسقط خياره، وعللوه هناك بأنه مجرد خيار لايقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط، بخلاف خيار العيب لأن المستحق فيه جزء فائت فيسقط ما يقابله: وأخذ منه فى البحر هناك أن خيار ظهور الخيانة لا يورث كما سنذكره هناك: ولا يخفى أن التغرير أشبه بظهور الخيانة فى المرابحة فكان إلحاقه به أولى من إلحاقه بالوصف المرغوب، لأن الوصف المرغوب بمنزلة جزء من المبيع فيقابله جزء من الثمن حيث كان الوصف مشروطا، فإذا فات يسقط ما يقابله كخيار العيب، وليس فى التغرير شيء من ذلك بل هو مجرد خيار

لأن الأوصاف لاتورث ، وأما خيار العيب والتعيين وفوات الوصف المرغوب فيه فيخلفه الوارث فيها لا أنه يرث خياره درر فليحفظ (ومضى المـدة) وإن لم يعلم لمرض أو إغماء (والإعتاق) ولو لبعضه (وتوابعه) وكذا كل تصرف لاينفذ أو لايحل إلا فى الملك كإجارة ولو بلا تسليم فى الأصح ونظر إلى فرج داخل

لايقابله شيء من الثمن مثل خيار الخيانة فى المرابحة . وبه يعلم أن الأرجح أنه لايورث كما جزم به الشارح ، والله سبحانه أعلم (قوله لأن الأوصاف لا تورث) هذا التعليل إنما يناسب التعبير بأن خيار الشرط ونحوه لا يورث كما وقع فى الدرر والوقاية ، والشارح إنما عبر بأنه لايخلفه الوارث لأنه أضبط ، لأن مالا يورث قد يخلفه الوارث فيه كخيار العيب ، فكان الأولى التعليل بأن الأوصاف لا تنتقل كما مر عن الهداية أى فإن خيار الشرط مجرد مشيئة وإرادة ، وذلك وصف لصاحب الخيار فلا يمكن انتقاله إلى الوارث لا بطريق الإرث ولا بطريق الخلافة ، ومثله خيار الرؤية والتغرير . ولا يخفى أن هذا لايتأتى فى خيار النقد ، لأن نقد الثمن (١) فعل لا وصف ، وهذا يرجح أنه كخيار العيب تأمل .

[تتمة] فى شرح البيرى عن شرح المجمع لابن الضياء : وأجمعوا أن خيار القبول لايورث ، وكذا خيار الإجازة فى بيع الفضولى اهـ والمراد بخيار القبول خيار المجلس ، وهو أن يقبل فى مجلس العقد بعد إيجاب الموجب (قوله وفوات الوصف المرغوب فيه) هذا غير موجود فى الدرر ، نعم ذكره فى البحر والنهر : ووجهه ظاهر لأنه فى معنى العيب (قوله فيخلفه الوارث فيها الخ) لأن المورث استحق المبيع سليما من العيب فكذا الوارث ، وكذا خيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك غيره لا أن يورث الخيار هداية ، ويدل على أن ذلك ليس بطريق الإرث مافى الدرر من أن الوارث يثبت له الخيار فيما تعيب فى يد البائع بعد موت المورث وإن لم يثبت للمورث اهـ . وفى غاية البيان : والدليل على أن هذا الخيار للوارث غير ما كان للمورث أن المشترى كان له أن يختار أحدهما أو يردهما ، وليس للوارث أن يردهما ، وخيار المشترى كان موقتا وللورثة يثبت غير موقت اهـ (قوله ومضى المدة) أى مدة الخيار قبل الفسخ أى سواء كان الخيار للبائع أو للمشترى ، لأنه لم يثبت الخيار إلا فيها فلا بقاء له بعدها بحر (قوله وإن لم يعلم) أى بمضيها (قوله لمرض أو إغماء) مشى على ماهو التحقيق من أن الإغماء والجنون لايسقطان الخيار إنما المسقط له مضى المدة من غير اختيار ، ولذا لو أفاق فيها وفسخ جاز بحر (قوله والإعتاق) ولو بشرط وجد فى المدة بحر (قوله ولو لبعضه) أى لبعض العبد المبيع . قال فى النهر : وقد أغفلوه هنا (قوله وتوابعه) كالكتابة والتدبير (قوله إلا فى الملك) أى ملك المباشر للفعل بطريق الأصالة (قوله كإجارة) تمثيل لقوله لاينفذ إلا فى الملك . قال فى البحر : وأشار بالإعتاق إلى كل تصرف لايفعل إلا فى الملك ، كما إذا باعه أو وهبه وسلمه ، أو رهن أو أجر وإن لم يسلم على الأصح ، أو أجراه من الثمن أو اشترى به شيئا أو ساومه به ، أو حجم العبد أو سقاه دواء أو حلق رأسه أو سقى زرع الأرض أو حصده أو عرض المبيع للبيع أو أسكن فى الدار ولو بلا أجر أو رمّ منها شيئا أو بنى بناء أو طينه أو هدمه أو حلب البقرة أو شق أوداج الدابة أو بزغها لا لو قص حوافرها أو أخذ من عرفها أو استخدم الخادم مرة أو لبس الثوب مرة أو ركب الدابة مرة أو أمر الأمة بارضاع ولده ، لأنه استخدام والاستخدام ثانيا إجازة إلا إذا كان فى نوع آخر اهـ ملخصا . وبقى مالو زاد المبيع فى يد المشترى وقدمنا حكمه عند قوله كتعيبه (قوله ونظر إلى فرج الخ) تمثيل لقوله أو لايحل إلا فى الملك : وأورد أن مقتضى الضابط تعميم النظر إلى كل مالايحل .

---

(١) (قوله لأن نقد الثمن الخ) فيه أن الكلام فى الخيار المتعلق به وهو وصف بلا ريب فلا ينتقل اهـ .

بشهوة ، والقول لمنكر الشهوة فتح : ومفاده أنه لو اشتراها بالخيار على أنها بكر فوطئها ليعلم أهي بكر أم لا كان إجازة ، ولو وجدها ثيبا ولم يلبث فله الرد بهذا العيب نهر ، وسيجيء فى بابه ؛ ولو فعل البائع ذلك كان فسخا (وطلب الشفعة) وإن لم يأخذها معراج (بها) أى بدار فيها خيار الشرط ، بخلاف خيار رؤية وعيب معراج (من المشترى إذا كان الخيار له) لأنه دليل الإجازة :

قلت : وفيه نظر لأن الضابط فى تصرف لا يحل الخ لا فى فعل ، ومطلق النظر وإن كان فعلا لكنه ليس بتصرف إلا إذا كان إلى الفرج الداخل فإنه تصرف حكما بمنزلة الوطء بدليل ثبوت حرمة المصاهرة به فافهم :

قال فى البحر : واعلم أن دواعى الوطء كالوطء ، فإذا اشترى غير زوجته بالخيار فقبلها بشهوة أو لمسها بها أو نظر إلى فرجها بها سقط خياره وحدها انتشار آلته أو زيادته ، وقيل بالقلب وإن لم ينتشر ، فلو بلا شهوة لم يسقط فى الكل اهـ وقيد بغير زوجته ، إذ لو شرى زوجته ووطئها لم يسقط خياره لعدم دلالته على الرضا إلا إذا نقصها كما قدمه الشارح (قوله بشهوة) فلو بغيرها لم يسقط ، لأن ذلك يحل فى غير الملك فى الجملة لأن الطبيب والقابلة يحل لهما النظر فتح (قوله والقول لمنكر الشهوة) عبارة الفتح : ولو أنكر الشهوة فى هذه أى فى الدواعى كان القول قوله لأنه ينكر سقوط خياره ، وكذا إذا فعلت الجارية ذلك سقط خياره فى قول أبى حنيفة . وقال محمد : لا يكون فعلها البتة إجازة للبيع والمباضعة ولو مكرها اختيار ، وإنما يلزم سقوط الخيار فى غير المباضعة إذا أقر بشهوتها اهـ : وبه علم أنه فى المباضعة منها أومنه لا يصدق فى عدم الشهوة ، ولذا قال فى البحر : لو ادعى عدم الشهوة فى التقبيل فى الفم لم يقبل أى لأن التقبيل على الفم لا يخلو عن الشهوة عادة فالمباضعة بالأولى (قوله ومفاده) أى مفاد ما ذكر من الضابط قال فى النهر بعد قوله كان إجازة لأن هذا الفعل وإن احتيج إليه للامتحان إلا أنه لا يحل فى غير الملك بحال (قوله ولو وجدها ثيبا الخ) أى لو اشتراها على أنها بكر فوطئها فوجدها ثيبا ردها بهذا العيب أى عيب الثيوبة لفوات الوصف المرغوب وهو البكارة ، أما لو لم يشترطها فلا رد أصلا كما سيأتى فى خيار العيب :

ثم اعلم أن التفصيل بين اللبث وعدمه خلاف ما يفيده الضابط ، إذ لا شك أن الوطء لا يحل فى غير الملك سواء كانت ثيبا أو بكرا ، فلا فرق فيه بين اللبث وعدمه ، وعبارة النهر لا غبار عليها حيث قال وقد قالوا بأنه لو وجدها ثيبا الخ ، فإن قوله وقد قالوا استدراك على ما ذكره من المفاد أى ما قالوه من التفصيل خلاف هذا المفاد ، وما استدرك به ذكره فى القنية ثم رمز بعده وقال والوطء يمنع الرد وهو المذهب اهـ : وبه علم أن مفاد الضابط هو المذهب فلا وجه للاستدراك عليه ، على أن هذا الضابط إنما هو فى خيار الشرط ، وهذه المسألة من مسائل خيار العيب (قوله وسيجيء فى بابه) أى فى باب خيار العيب . والذى سيجيء حكاية أقوال فى المسألة ، وقد علمت ما هو المذهب وعليه مشى المصنف هناك فافهم (قوله ولو فعل البائع ذلك) أى التصرف الذى لا ينفذ أو لا يحل إلا فى الملك وكان الخيار له ط (قوله وطلب الشفعة بها) صورته أن يشترى دارا بشرط الخيار له ثم تباع دار بجوارها فيطلب الشفعة بسبب الدار التى اشتراها سقط خياره فيها وتم البيع (قوله بخلاف خيار رؤية وعيب) فإنه إذا اشترى دارا ولم يرها فبيعت دار بجنبها فأخذها بالشفعة فله أن يرد الدار بخيار الرؤية درر ، وكذا بخيار العيب (قوله من المشترى) متعلق بطلب أو به وبالإعتاق (قوله إذا كان الخيار له) ظاهره أنه لو كان للبائع [1] : يبقى خياره بعد طلب الشفعة

---

(١) (قوله ظاهره أنه لو كان للبائع الخ) فيه أن الشفعة إنما شرعت لدفع ضرر الملاك بجار السوء على الدوام فطلب الشفعة من البائع يكون دليل الاستبقاء ، إذ لولا إرادة استدامة ملكه ما طلب الشفعة . ولا يقال إنه أراد بطلب الشفعة دفع الضرر فى مدة الخيار لأنها لقصرها لم يتحقق فيها الضرر ، خصوصا وقد قالوا فى تعليلهم لدفع ضرر الملاك على الدوام . ومما يفيد أن طلب البائع الشفعة فسخ قولهم كلما كان إجازة إذا فعله المشترى يكون فسخا إذا فعله البائع فتأمل وأنصف اهـ .

(ولو شرط المشترى) أو البائع كما يفيده كلام الدرر ، وبه جزم البهنسى (الخيار لغيره) عاقدا كان أو غيره بهنسى (صح) استحسانا وثبت الخيار لهما (فإن أجاز أحدهما) من النائب والمستنيب (أو نقض صح) إن وافقه الآخر (وإن أجاز أحدهما وعكس الآخر فالأسبق أولى) لعدم المزاحم (ولو كانا معا فالفسخ أحق) فى الأصح زيلعى ، لأن المجاز يفسخ والمفسوخ لايجاز : واعترض بأنه يجاز لما فى المبسوط (لو) تفاسخا ثم (تراضيا على) فسخ الفسخ وعلى (إعادة العقد بينهما جاز) إذ فسخ الفسخ إجازة . وأجيب بمنع كونه إجازة بل بيع ابتداء : (باع عبدين على أنه بالخيار فى أحدهما ، إن فصل ثمن كل) واحد منهما (وعين) الذى فيه الخيار

لأن ملكه باق بخياره ، بخلاف المشترى لأنه لاملك له مع خياره فطلبه الشفعة دليل التملك ، لأنهم عللوا المسألة بأنه لايكون إلا بالملك فكان دليل الإجازة فتضمن سقوط الخيار اهـ فافهم (قوله أو البائع الخ) هو مذكور فى غاية البيان عن الجامع الصغير : وعبارته : اعلم أن أحد العاقدين إذا اشترط الخيار لغيرهما كان البيع جائزا بهذا الشرط اهـ وصرح به منلا مسكين عن السراجية والكافى وقال إن التقييد بالمشترى اتفاقى ، ونقله الحموى عن المفتاح ويأتى قريبا عن البحر (قوله الخيار) أى خيار الشرط ، لأن خيار العيب والرؤية لايثبت لغير العاقدين بحر عن المعراج (قوله عاقدا كان أو غيره) تعميم للغير ، لكن قال ح الأولى أن يراد بالغير الأجنبى لأن مسألة ما إذا جعل المشترى الخيار للبائع أو العكس قد ذكرت أول الباب فى قوله ولأحدهما أيضا فيما إذا جعل المشترى الخيار للبائع لايكون الخيار لهما بل للبائع فقط ، وفى العكس يكون الخيار للمشترى فقط فكيف يصح قوله فإن أجاز أحدهما الخ ؟ ولذلك قال فى البحر : ولو قال المصنف ولو شرط أحد المتعاقدين الخيار لأجنبى صح لكان أولى ليشمل ما إذا كان الشارط البائع أو المشترى وليخرج اشتراط أحدهما للآخر ، فإن قوله لغيره صادق بالبائع وليس بمراد ، ولذا قال فى المعراج والمراد من الغير هنا غير العاقدين ليتأتى فيه خلاف زفر اهـ .

قلت : ومثله فى الفتح وبه زال تردد صاحب النهر حيث قال ولم أر مالو اشترطه المشترى للبائع هل يكون نائبه عنه أيضا ؟ محل تردد فتدبره اهـ (قوله صح استحسانا) والقياس أن لايصح وهو قول زفر (قوله إن وافقه الآخر) قيد به لأنه محل الصحة على الإطلاق ، وهو مفاد التفصيل الذى بعده (قوله لعدم المزاحم) لأن الأسبق ثبت حكمه قبل المتأخر فلم يعارضه وإن كان المتأخر أقوى فالفسخ (قوله ولو كانا معا) بأن خرج الكلامان معا كما فى السراج وهذا قد يتعسر . والظاهر أنه يكفى عدم العلم بالسابق منهما نهر (قوله فى الأصح) صححه قاضيخان معزيا للمبسوط وفى رواية ترجيح تصرف العاقدين لقوته ، لأن النائب يستفيد الولاية منه ، وقيل هو قول محمد ، وما فى الكتاب قول أبى يوسف بحر (قوله والمفسوخ لايجاز) أى فصار الفسخ أقوى لكونه لاينقض بالإجازة فلذا كان أحق (قوله بل بيع ابتداء) وعليه فقوله وإعادة العقد بمعنى عقده ثانيا بالإيجاب والقبول ، أو بالتعاطى أفاده ط (قوله باع عبدين الخ) أراد بهما القيميين احترازا عن قيمى أو مثليين ، إذ فى القيمى الواحد إذا شرط الخيار فى نصفه يصح مطلقا ، وفى المثليين كذلك لعدم التفاوت بحر عن الزيلعى : وفى النهر : الظاهر أن القيميين ليسا بقيد ، إذ لو كانا مثليين أو أحدهما مثليا والآخر قيميا وفصل وعين فالحكم كذلك فيما ينبغى اهـ .

قلت : هذا لايرد ماقبله من كونه قيد احترازيا إذ المراد الاحتراز عما عدا القيميين لصحته مع التفصيل والتعيين وبدونهما ، ولذا قال يصح مطلقا لأنه فى القيميين لايصح بدونهما ، فعلم أنه مع التفصيل والتعيين يصح فى القيميين وغيرهما فتدبر ، نعم ينبغى تقييد المثليين بما إذا كانا من جنس واحد ، إذ لو تفاوتا كبر وشعير صارا كالقيميين فى اشتراط التفصيل والتعيين ليقع العلم بالمبيع والثمن تأمل (قوله على أنه بالخيار) أى ثلاثة أيام كما فى الهداية (قوله إن فصل الخ)

(صح البيع) للعلم بالمبيع والثمن (وإلا) يعين ولا يفصل أو عين فقط أو فصل فقط (لا) يصح لجهالة المبيع والثمن أو أحدهما (وكذا لو كان الخيار للمشترى) تأتى أيضا الأنواع الأربع .

[فرع] وكله ببيع بشرط الخيار فباع بلا شرط لم يجز، ولو وكله بالشراء والحالة هذه نفذ على الوكيل والفرق أن الشراء متى لم ينفذ على الآمر ينفذ على المأمور ، بخلاف البيع فتح ، وسيجيء فى الفضولى والوكالة فليحفظ (وصح خيار التعيين) فى القيميات لا فى المثليات بعدم تفاوتها ولو للبائع فى الأصح كافى ،

كقوله بعتك هذين العبدين كل واحد بخمسمائة على أنى بالخيار فى هذا ثلاثة أيام (قوله وإلا يعين ولا يفصل) كقوله بعتك هذين بألف على أنى بالخيار فى أحدهما (قوله أو عين فقط) أى عين من فيه الخيار فقط أى ولم يفصل الثمن كقوله بعتك هذين بألف على أنى بالخيار فى هذا (قوله أو فصل فقط) كقوله بعتك هذين بألف كل واحد بخمسمائة على أنى بالخيار (قوله لجهالة المبيع والثمن) أى فيما إذا لم يعين ولم يفصل ، لأن الذى فيه الخيار لا ينعقد البيع فيه فى حق الحكم فكأنه خارج عن البيع والبيع إنما هو فى الآخر ، وهو مجهول لجهالة من فيه الخيار ثم ثمن المبيع مجهول لأن الثمن لا ينقسم فى مثله على المبيع بالأجزاء كذا فى الفتح (قوله أو أحدهما) أى الثمن فيما إذا عين ولم يفصل أو المبيع فيما إذا فصل ولم يعين (قوله الأنواع الأربع) أى الصور ط (قوله لم يجز) لأنه أمره ببيع لا يزيل الملك بدون رضاه وقد خالف ط .

مطلب فى خيار التعيين

(قوله وصح خيار التعيين) أى بأن يقع البيع على واحد لا بعينه ، بخلاف المسألة السابقة فليست من خيار التعيين لوقوع البيع فيها على العبدين . وأما قول الهداية هنا ومن اشترى ثوبين فالمراد أحد ثوبين ، كما نبه عليه فى العناية وغيرها . وفى الفتح المراد أن يشترى أحد ثوبين أو ثلاثة غير معين على أن يأخذ أيهما شاء على أنه بالخيار ثلاثة أيام (١) . فيما يعينه بعد تعيينه المبيع ، أما إذا قال بعتك عبدا من هذين بمائة ولم يذكر قوله على أنك بالخيار فى أيهما شئت لا يجوز اتفاقا كقوله بعتك عبدا من عبيدى ، وإن اشترى أحد أربعة لا يجوز اهـ .

وقد استفيد من هذه العبارة أمور الأول أن خيار التعيين إنما يكون البيع فيه على واحد من اثنين أو ثلاثة لا بعينه وهو ما قلناه . الثانى أنه لا يكون فى واحد من أربعة كما يأتى . الثالث أنه لا بد أن يقول بعد قوله بعتك أحد هذين العبدين على أنك بالخيار فى أيهما شئت ، أو على أن تأخذ أيهما شئت ليكون نصا فى خيار التعيين . وقال فى البحر لأنه لو لم يذكر هذه الزيادة يكون فاسدا لجهالة المبيع ، فإن قبضهما وماتا عنده ضمن نصف قيمة كل واحد منهما ، وإن مات أحدهما قبل الآخر لزمه قيمة الآخر (٢) كذا فى المحيط اهـ . الرابع أنه لا بد أيضا من ذكر خيار الشرط ، بأن يقول على أنك بالخيار ثلاثة أيام أى إذا عين واحدا منهما بحكم خيار التعيين يكون له فيه خيار الشرط ، وهذا الرابع فيه خلاف يأتى (قوله لا فى المثليات) أى التى من جنس واحد بحر (قوله ولو للبائع) صورته أن يقول المشترى اشتريت منك أحد هذين الثوبين على أن تعطينى أحدهما نهر فله أن يلزم المشترى أيهما

---

(١) (قوله على أنه بالخيار ثلاثة أيام الخ) ظاهره أنه لو عين بعد ثلاثة أيام من وقت العقد يكون له خيار الشرط ثلاثة من وقت التعيين أيضا لكن سيأتى للمحشى عند قول المصنف ولا يشترط فيه خيار الشرط ما يفيد أن ابتداء مدة خيار الشرط من وقت البيع ، فإنه قال : ولو مضت الثلاثة قبل رد شىء وتعيينه بطل خيار الشرط ولزم البيع فى واحد ، وحينئذ يقدر مضاف قبل ثلاث هو تمام ، ويكون المعنى على أنه بالخيار تمام ثلاثة أيام اهـ .

(٢) (قوله لزمه قيمة الآخر) صوابه قيمة الأول لما مر ويأتى من أنه إذا هلك أحدهما تعين مبيعا اهـ

لأنه قد يرث قيميا ويقبضه وكيله ولا يعرفه فيبيعه بهذا الشرط فمست الحاجة إليه نهر (فيما دون الأربعة) لاندفاع الحاجة بالثلاثة لوجود جيد ورديء ووسط ومدته كخيار الشرط ، ولا يشترط معه خيار شرط في الأصح فتح (ولو اشتريا) شيئا على أنهما

شاء إلا إذا تعيب أحدهما فليس له أن يلزمه المعيب إلا برضاه ، فإذا ألزمه إياه ولم يرض به ليس له أن يلزمه الآخر بعد ذلك ، ولو هلك أحدهما في يده كان له أن يلزمه الباقي ، وأما إذا كان الخيار للمشترى فالمبيع لازم في أحدهما إلا أن يكون معه خيار شرط والمبيع مضمون بالثمن وغيره أمانة ، فإذا هلك أحدهما تعين هو مبيعا والآخر أمانة ، ولو هلكا معا ضمن نصف كل ، ولو اختلفا في الهالك أولا فالقول للمشترى بيمينه وبينة البائع أولى ولو تعيبا معه فالخيار بحاله ، ولو متعاقبا تعين الأول مبيعا ، ولو باعهما المشترى ثم اختار أحدهما صح بيعه فيه ، وتمامه في البحر (قوله لأنه قد يرث الخ) جواب من صاحب البحر عما أورده في الفتح من أن جواز خيار التعيين للحاجة إلى اختيار ماهو الأوفق والأرفق . فيختص بالمشترى ، لأن المبيع كان مع البائع قبل البيع وهو أدرى بما لاءمه منه اهـ . واعترض الحموى الجواب بأن ما ذكر من صورة الإرث صورة نادرة والأحكام لاتناط بنادر .

قلت : وقد يجاب أيضا بأن الإنسان مادام المبيع في ملكه لايتأمل فيما يلائمه وإنما يحتاج إلى التأمل بعد البيع وأيضا كثيرا مايحتاج إلى رأى غيره فافهم (قوله ومدته كخيار الشرط) أى ثلاثة أيام ، ظاهر كلام البحر أن هذا مبنى على القول بأنه يشترط معه خيار الشرط ، فقد ذكر في البحر أن شمس الأئمة صحح الاشتراط وفخر الإسلام صحح عدمه ورجحه في الفتح ، لكن ذكر قاضيخان أن الاشتراط قول الأكثر ثم قال البحر : وإذا لم يذكر خيار الشرط على هذا القول فلا بد من تأقيت خيار التعيين بالثلاث عنده وبأى مدة معلومة كانت عندهما ، كذا في الهداية اهـ لكن قوله على هذا القول ليس في الهداية ، والمتبادر من كلام الهداية أن اشتراط التوقيت مبنى على ماصححه فخر الإسلام ، ويأتى عن الفتح مايدل عليه :

ثم اعلم أن اشتراط التوقيت نازع فيه الزيلعى فقال : إذا لم يذكر خيار الشرط فلا معنى لتوقيت خيار التعيين بخلاف خيار الشرط فإن التوقيت فيه يفيد لزوم العقد عند مضى المدة ، وفي خيار التعيين لايمكن ذلك لأنه لازم في أحدهما قبل مضى الوقت ، ولا يمكن تعينه بمضى الوقت بدون تعينه فلا فائدة لشرط ذلك . والذى يغلب على الظن أن التوقيت لايشترط فيه اهـ : وأجاب في الحواشى السعدية بأن له فائدة هى أن يجبر على التعيين بعد مضى الأيام الثلاثة وأقره في النهر ، وهو معنى قوله في الشرنبلالية ، بل له فائدة هى دفع ضرر البائع لما يلحقه من مطل المشترى التعيين إذا لم يشترط فيفوت على البائع نفعه وتصرفه فيما يملكه اهـ . وأبدى في البحر فائدة أخرى وهى أنه يمكن ارتفاع العقد فيهما أى في الثوبين مثلا بمضى المدة من غير تعيين ، بخلاف مضيها في خيار الشرط فإنه إجازة ليكون لكل خيار مايناسبه اهـ .

قلت : لكنه يستند إلى نقل في ذلك ، ولو كان كذلك لما خفى على الزيلعى (قوله ولا يشترط معه خيار شرط في الأصح) غير أنهما إن تراضيا على خيار الشرط فيه ثبت حكمه وهو جواز رد كل من الثوبين إلى ثلاثة أيام ولو بعد تعيين الثوب الذى فيه البيع ، ولو رد أحدهما كان بحكم خيار التعيين ، ويثبت البيع في الآخر بخيار الشرط ، ولو مضت الثلاثة قبل ردشيء وتعيينه بطل خيار الشرط وانبرم البيع في أحدهما وعليه أن يعين ، ولو مات المشترى قبل الثلاثة ثم بيع أحدهما وعلى الوارث التعيين لأن خيار الشرط لايورث والتعيين ينتقل إلى الوارث لتميز ملكه عن ملك غيره على ماذكرنا ، وإن لم يتراضيا على خيار الشرط معه لابد من توقيت خيار التعيين

(بالخيار فرضي أحدهما) بالبيع صريحا أو دلالة (لايرده الآخر) بل بطل خياره خلافا لهما (وكذا) الخلاف في خيار (الرؤية والعيب) فليس لأحدهما الرد بعد الرؤية : أي بعد رؤية الآخر أو رضاه بالعيب خلافا لهما ، لضرر البائع بعيب الشركة (كما يلزم البيع لو اشترى رجل عبدا من رجلين صفقة) واحدة (على أن الخيار لهما) للبائعين (فرضي أحدهما دون الآخر) فليس لأحدهما الانفراد إجازة أو ردا خلافا لهما مجمع (اشترى عبدا بشرط خبزه أو كتبه) أي حرفته كذلك (فظهر بخلافه) بأن لم يوجد معه أدنى ماينطلق عليه اسم الكتابة أو الخبز (أخذه بكل الثمن) إن شاء (أو تركه) لفوات الوصف المرغوب فيه ؛ ولو ادعى المشترى أنه ليس كذلك لم يجبر على القبض حتى يعلم ذلك وكذا سائر الحرف اختيار ، ولو امتنع الرد بسبب ماقوم كاتبا وغير كاتب

بالثلاثة عند أبي حنيفة فتح وتمامه فيه ، وقوله وإن لم يتراضيا الخ معطوف على قوله إن تراضيا ، وظاهره أن اشتراط توقيت خيار التعيين مبني على القول بأنه لايشترط أن يكون مع خيار التعيين خيار الشرط لاعلى القول بالاشتراط ، خلافا لما يفيده كلام البحر المار وهو ظاهر ، لأن خيار الشرط موقت فلا حاجة إلى توقيت التعيين أيضا (قوله فرضي أحدهما) قال في البحر : ذكر الرضا إذ لو رد أحدهما لايجيزه الآخر ولم أره صريحا ، ولكن قولهم لو رده أحدهما لرده معيبا يدل عليه اهـ (قوله أو دلالة) كبيع وإعتاق (قوله بعد رؤية الآخر) أي ورضاه به ، لأن مجرد الرؤية لايوجب تمام البيع ط (قوله لضرر البائع الخ) علة لعدم الرد في المسائل الثلاث ووجه كون الشركة عيبا أنه صار لايقدر على الانتفاع به إلا بطريق المهايأة وتمامه في الفتح (قوله صفقة واحدة) قيد به ، إذ لو كان العقد صفقتين فلكل الرد والإجازة مخالفا للآخر لرضا المشترى بعيب الشركة كما لايخفى ط (قوله للبائعين) بدل من قوله لهما (قوله فليس لأحدهما الانفراد إجازة) أي بعد مارد الآخر ، وقوله أوردا أي ليس لأحدهما الانفراد ردا بعد ماأجازه الآخر اهـ ح . ثم لايخفى أن التفريع غير ظاهر ، فكان الأولى أن يقول ولو رد أحدهما في المسئلتين لايجيزه الآخر فليس لأحدهما الخ ، وهذا ذكره في البحر بقوله او باعا ليس لأحدهما الانفراد إجازة أوردا لما في الخانية : اشترى عبدا من رجلين صفقة واحدة على أن البائعين بالخيار فرضي أحدهما بالبيع ولم يرض الآخر لزمهما البيع في قول أبي حنيفة اهـ : وأنت خبير بأن مافي الخانية لايدل على قوله أو ردا فالظاهر أنه بحث منه كما بحث مثله في المسئلة السابقة (قوله مجمع) لم أره فيه ، نعم قال في شرحه لابن ملك قيد بالمشترين لأن البائع او اثنين والمشترى واحدا وفي البيع خيار شرط أو عيب فرد المشترى نصيب أحدهما دون الآخر بحكم الخيار جاز اتفاقا كذا في جامع المحبوبي اهـ . ومثله في شرح المنظومة وغرر الأذكار . ولا يخفى أن هذه المسألة غير مافي المتن ، لأن هذه في رد المشترى وتلك في رضا أحد البائعين ، وهذه وفاقية وتلك خلافية كما مر عن الخانية (قوله بشرط خبزه) أي صريحا أو دلالة كما يأتي بيانه ، وسيأتي آخر الباب بيان الوصف الذي يصح شرطه وما لايصح (قوله أي حرفته كذلك) لأنه لو فعل هذا الفعل أحيانا لايسمى خبازا بحر عن المعراج (قوله بأن لم يوجد الخ) أي ليس المراد النهاية في الجودة ، بل أدنى الاسم بأن يفعل من ذلك مايسمى به الفاعل خبازا أو كاتبا لأن كل واحد لايعجز في العادة عن أن يكتب على وجه تتبين حروفه وأن يخبز مقدار مايدفع الهلاك عن نفسه ، وبذلك لايسمى خبازا ولا كاتبا بحر عن الذخيرة : وبه ظهر أن المناسب إبدال قول الشارح اسم الكاتب والخباز ، ولذا قال في الفتح أعني الاسم المشعر بالحرفة (قوله أخذه بكل الثمن) لأن الأوصاف لايقابلها شيء من الثمن مالم تكن مقصودة درمنتقى ، وقصد الوصف بإفراده بذكر الثمن كما مر فيما لو باع المذروع كل ذراع بكذا (قوله لم يجبر على القبض) لأن الاختلاف وقع في وصف عارض والأصل فيه العدم ، والقول قول من يدعي

ورجع بالتفاوت فى الأصح (بخلاف شرائه شاة على أنها حامل أو تحلب كذا رطلا) أو يخبز كذا صاعا أو يكتب كذا قدرا فسد لأنه شرط فاسد لاوصف ، حتى لو شرط أنها حلوب أو لبون جاز لأنه وصف (القول للمنكر) لو اختلفا (فى) شرط (الخيار) على الظاهر (كما فى دعوى الأجل والمضى) والإجازة والزيادة (اشترى جارية بالخيار فرد غيرها) بدلها

الأصل ، والقول للبائع فى أنها بكر لأنها صفة أصلية والوجود فيها أصل ، وتمامه فى البحر (قوله ورجع بالتفاوت) فإن كان بقدر العشر رجع بعشر الثمن بحر عن الذخيرة . قال ط : أى يعتبر التفاوت من الثمن فإن هذا البيع صحيح لانظر فيه للقيمة (قوله فى الأصح) وهوظاهر الرواية ، وفى رواية لارجوع بشىء بحر (قوله شاة على أنهاحامل) قيد بالشاة لأن اشتراط الحمل فى الأمة فيه تفصيل سيذكره الشارح في الفروع الآتية (قوله قدرا) بفتح القاف أى يكتب مقدار كذا من الورق أو من الأسطر مثلا (قوله فسد) أى البيع (قوله لأنه شرط فاسد) لأنه شرط زيادة مجهولة لعدم العلم بها فتح : أى لأن مافى البطن والضرع لاتعلم حقيقته (قوله جاز) أى على رواية الطحاوى ويفسد على رواية الكرخى شرنبلالية ، وجزم بالأول فى الفتح والدرر (قوله لأنه وصف) الأولى أن يزيد مرغوب لأنه ليس كل وصف يصح اشتراطه كما سيذكره فى الضابط آخر الباب .

مطلب فيما لو اختلفا فى الخيار أو فى مضيه أو فى الأجل أو فى الإجازة أو فى تعيين المبيع

(قوله والقول للمنكر الخ) لأن الخيار لا يثبت إلا بالشرط فكان من العوارض فيكون القول لمن ينفيه كما فى دعوى الأجل درر (قوله والمضى) أى إذا اختلفا فى مضى المدة فالقول لمنكره لأنهما تصادقا على ثبوت الخيار ثم ادعى أحدهما السقوط بمضى المدة فالقول للمنكر درر (قوله والإجازة) أى إجازة البيع ممن له الخيار ، كما إذا ادعى البائع على المشترى بالخيار أنه أجاز البيع وأنكر المشترى فالقول قوله ، لأن البائع يدعى سقوط الخيار ووجوب الثمن .وهو ينكر ط (قوله والزيادة) أى إذا اختلفا فى قدر الأجل فالقول لمن يدعى أخصر الوقتين ، لأن الآخر يدعى زيادة شرط عليه وهو ينكر درر ، وتقدم أول البيوع عند قوله وصح بثمن حال ومؤجل أنه لو اختلفا فى الأجل أى فى أصله فالقول لنافيه إلا فى السلم ، وسيأتى فى باب خيار العيب ما لو اختلفا بعد التقابض فى عدد المبيع أو عدد المقبوض فالقول للمشترى ، لأن القول للقابض مطلقا قدرا أو صفة أو تعيينا ، فلو جاء ليرده بخيار شرط أو رؤية فقال البائع ليس هو المبيع فالقول للمشترى فى تعيينه ولو بخيار عيب فللبائع الخ وسيأتى الكلام عليه هناك ، وكذا فى آخر خيار الرؤية . وبقى ما إذا اختلفا فى تعيين المبيع الذى فيه خيار الشرط عند إجازة من له الخيار العقد ، وقد ذكره فى البحر فى آخر باب خيار الرؤية عن الظهيرية ثم قال : والحاصل أن السلعة لو مقبوضة فالقول للمشترى سواء كان الخيار له أو للبائع وإلا فلو الخيار للمشترى فالقول للبائع وعكسه فالقول للمشترى .

مطلب اشترى جارية على أنها بكر ثم اختلفا

[تنبيه] اشترى جارية على أنها بكر ثم اختلفا قبل القبض أو بعده فقال البائع بكر للحال والمشترى ثيب ، فإن القاضى يريها النساء ، فإن قلن بكر لزم المشترى بلا يمين البائع لأن شهادتهن تأيدت هنا بأن الأصل البكارة وإن قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ لأنه حق قوى وشهادتهن ضعيفة لم تتأيد بمؤيد ، لكن يثبت حق الخصومة

(قائلا بأنها المشتراة فقال البائع ليست هي) ولا بينة له (فالقول للمشتري) بيمينه (وجاز للبائع وطؤها) درر . وانعقد بيعا بالتعاطي فتح وكذا الرد في الوديعة فليحفظ .

(ولو قال البائع للمشتري عند رده كان يحسن ذلك لكنه نسي عندك فالقول للمشتري) لأن الأصل عدم الخبز والكتابة فكان الظاهر شاهدا له (ولو اشتراه من غير اشتراط كتبه وخبزه وكان يحسن ذلك فنسيه في يد البائع رد إليه) لتغير المبيع قبل قبضه زيلعي . قال : ولو اختار أخذه أخذه بكل الثمن ، لما مر أن الأوصاف لايقابلها شيء من الثمن .

[فروع] باع داره بما فيها من الجذوع والأبواب والخشب والنخل ، فإذا ليس فيها شيء من ذلك لاخيار للمشتري :

لتتوجه اليمين على البائع ، فيحلف بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر ، فإن نكل ردت عليه وإلا لزم المشتري وعنهما في رواية أنها ترد بشهادتهن قبل القبض بلا يمين البائع ، ولو قال سلمتها إليك وهي بكر وزالت في يدك فالقول قوله لأن الأصل البكارة ، ولايريها القاضي النساء لأن البائع مقر بزوال البكارة فتح ملخصا : وسنذكر لهذا مزيد تحقيق وبيان في خيار العيب عند قول الشارح واعلم أن العيوب أنواع ؛ وهذا إذا علم أنها ثيب بغير الوطء ، فلو به فلا يردها بل يرجع بالنقصان كما سيأتي هناك عند قول المصنف اشترى جارية الخ (قوله قائلا بأنها) ضمن قائلا معنى ادعى فعداه بالباء (قوله وجاز للبائع وطؤها) لأن المشتري لما ردها رضي بتمليكها من البائع بذلك الثمن فكان للبائع أن يتملكها درر ، وعلى هذا القياس القصار إذا رد الثوب الآخر على رب الثوب وكذا الإسكافي تتارخانية :

قلت : وهذا إذا لم يعلم أن الثوب المردود ثوب غير القصار (قوله وانعقد بيعا بالتعاطي) أفاد ذلك وجوب الاستبراء على البائع ط (قوله ولو قال البائع للمشتري عند رده) هذه المسألة مؤخرة عن موضعها اهـ ح (قوله لكنه نسي عندك) أي وقد ينسى في تلك المدة بحر وهذا القيد هو محل التوهم ، إذ لو قصرت المدة فكذلك بالأولى (قوله لتغير المبيع قبل قبضه) هذا التعليل يناسب مالو نسي بعد العقد ، أما لو قبله فالعلة كون الوصف مشروطا دلالة :

قال في البحر : واعلم أن اشتراط الوصف المرغوب فيه إما أن يكون صريحا أو دلالة ، لما في البدائع في خيار العيب والجهل بالطبخ والخبز في الجارية ليس بعيب لكونه حرفة كالخياطة إلا أن يكون ذلك شرطا في العقد وإن لم يكن مشروطا وكانت تحسن الطبخ والخبز في يد البائع ثم نسيت في يده فاشتراها له ردها لأن الظاهر أنه إنما اشتراها رغبة في تلك الصفة فصارت مشروطة دلالة وهو كالمشروط نصا اهـ . والظاهر أن هذا إذا كان المشتري عالما بتلك الصفة ، لكن يشكل على هذا ما في الحاوي الزاهدي : لو قال أشتري منك هذه البقرة على أنها ذات لبن وقال البائع أنا أبيعها كذلك ثم باشر العقد مرسلا من غير شرط ثم وجدها بخلاف ذلك ليس له الرد اهـ فإن هذا صريح في أنه لابد من ذكر الشرط في صلب العقد ولاتكفي الدلالة ولعله قول آخر تأمل (قوله أن الأوصاف لايقابلها شيء من الثمن) لاينافيه ماتقدم من الرجوع بالتفاوت عند التقويم لأن ذلك فيما إذا امتنع الرد اهـ ح أي لدفع ضرر المشتري فهو ضروري (قوله لاخيار للمشتري) أي خيار فوات الوصف المرغوب ، لأن قوله بما فيها لم يذكر على وجه الشرط وهذا لاينافي ثبوت خيار الرؤية وثبوت خيار التغرير تأمل . ثم رأيت بعض المحشين نقل عن المحيط أن وجه عدم الخيار أنه لم يشترط هذه الأشياء في البيع ولم يجعلها صفة للمبيع بل أخبر عن وجودها فيه وانعدام ماليس بمشروط في البيع

شرى دارا على أن بناءها بالآجر فإذا هو بلبن أو أرضا على أن شجرها كلها مثمر فإذا واحدة منها لاتثمر أو ثوبا على أنه مصبوغ بعصفر فإذا هو بزعفران فسد ، ولو على أنها بغلة مثلا فإذا هو بغل جاز وخير ، وبعكسه جاز بلا خيار ، لكونه على صفة خير من المشروط مجتبى فليحفظ الضابط .

ولاصفة للمبيع لايوجب الخيار ؛ أما قوله بأجذاعها وأبوابها فله الخيار لأنه جعلها صفة للدار فالبيع يتناول الموصوف بصفته فإذا لم يجده بتلك الصفة فله الخيار اهـ .

وأفاد أنه لو ذكر على وجه الشرط يثبت له الخيار الآخر أيضا ، لما فى جامع الفصولين : باع أرضا على أن فيه نخيلا أو دارا على أن فيه بيوتا ولم يكن فإنه يجوز العقد ويخير المشترى أخذه بكل الثمن أو ترك . والأصل فيه أن ما يدخل فى العقد بلا شرط إذا شرط وعدم فإن العقد يجوز ، وما لايدخل بلا شرط إذا شرط ولم يوجد لم يجز اهـ فافهم (قوله شرى دارا الخ) قال فى الفتح : واعلم أنه إذا شرط فى المبيع مايجوز اشتراطه ووجده بخلافه ، فتارة يكون البيع فاسدا وتارة يستمر على الصحة ويثبت للمشترى الخيار ، وتارة يستمر صحيحا ولا خيار للمشترى ، وهو ماإذاوجده خيرا مما شرطه . وضابطه إن كان المبيع من جنس المسمى ففيه الخيار والثياب أجناس أعنى الهروى والإسكندرى والكتان والقطن والذكر مع الأنثى فى بنى آدم جنسان وفى سائر الحيوانات جنس واحد والضابط فحش التفاوت فى الأغراض وعدمه اهـ أى ضابط اختلاف الجنس وعدمه فحش التفاوت فى المقاصد وعدمه (قوله فسد) أى لفحش التفاوت فيكون اختلف الجنس ، وعند اختلاف الجنس لايعتبر كونه خيرا مما شرطه كالمصبوغ بزعفران ، ولذا ذكر فى الفتح من أمثلة الفاسد : لو اشترى دارا على أن لابناء ولا نخل فيها فإذا فيها بناء أو نخل أو على أنه عبد فإذا هو جارية فافهم ، نعم عال فى البزازية الفساد فى اشتراط أن لابناء فيها بأنه يحتاج إلى النقض ويشكل مسألة الشجرة التى لا تثمر فإنه لايظهر اختلاف الجنس فيها فالظاهر مافى البزازية باع أرضا على أن فيها كذا شجرا مثمرا بثمرها فوجد فيها نخلة لاتثمر فسد ، لأن الثمرة لها قسط من الثمن بالذكر وسقط حصة المعدوم ولا يعلم كم الباقى من الثمن فأشبه شراء شاة مذبوحة فإذا فخذها مقطوعة اهـ تأمل (قوله جاز وخير) أى لاتحاد الجنس لكون الذكر والأنثى فى غير الآدمى جنسا واحدا ، وإنما خير لكون الأنثى فى الحيوانات خيرا من الذكر فقد فات الوصف المرغوب فيخير . قال فى الفتح : وكذا على أنه ناقة فكان جملا ، أو لحم معز فكان لحم ضأن ، أو على عكسه فله الخيار اهـ أى لأن ذلك جنس واحد ولذا لم يفرق بينهما فى الزكاة (قوله وبعكسه) بأن اشترى على أنه بغل فإذا هو بغلة ، وكذا على أنه حمار أو بعير فإذا هو أتان أو ناقة أو جارية على أنها رتقاء أو حبلى أو ثيب فإذا هو بخلافه جاز ولا خيار له لأنه صفة أفضل من المشروطة ، وينبغى فى مسألة البعير والناقة أن يكون فى العرب وأهل البوادى الذين يطلبون الدر والنسل ، أما أهل المدن والمكارية فالبعير أفضل فتح وذكر فى باب البيع الفاسد أن صاحب الهداية ذكر أنه لو باع عبدا على أنه خباز فإذا هو كاتب خير مع أن صناعة الكتابة أشرف عند الناس ، وكان صاحب الهداية من المشايخ الذين لايفرقون بين كون الصفة التى ظهرت أشرف أولا . وذهب آخرون إلى أن الخيار فيما إذا كان الموجود أنقص وصحح الأول لفوات غرض المشترى ، بخلاف ما إذا اشترى عبدا على أنه كافر فإذا هو مسلم فلا خيار له ، لأن الاستخدام لايتفاوت بين مسلم وكافر ، بخلاف تعيين الخبز أو الكتابة فإنه يفيد أن حاجته هذا الوصف اهـ ملخصا . ومفاده تصحيح ثبوت الخيار وإن ظهر الوصف أفضل من المشروط إلا إذا لم يحصل التفاوت بين الوصفين فى الغرض المقصود للمشترى كالعبد المسلم والكافر (قوله فليحفظ الضابط) هو ماقدمناه أولا عن الفتح .

مطلب البيع لايبطل بالشرط فى اثنين وثلاثين موضعا

(قوله البيع لايبطل بالشرط فى اثنين وثلاثين موضعا) هى، شرط رهن معلوم بإشارة أو تسمية ، فإن أعطاه الرهن فى المجلس جاز استحسانا وشرط كفيل حاضر أو غائب وحضر قبل الافتراق وكفل ؛ فلو غائبا وكفل حين علم فسد وشرط إحالة المشترى للبائع على غيزه بالثمن استحسانا وفسد لو على أن يحيل البائع بالثمن على المشترى ، وشرط إشهاد على البيع ، وشرط خيار الشرط إلى ثلاثة أيام ، وشرط نقد ، على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما ، وشرط تأجيل الثمن إلى أجل معلوم ، وشرط البراءة من العيوب ويبرأ البائع من كل عيب وشرط قطع الثمار المبيعة أى على المشترى فإنه يقتضيه العقد تفريغا لملك البائع عن ملكه ، وشرط تركها على النخيل بعد إدراكها على المفتى به ، وشرط وصف مرغوب فيه كمامر ، وشرط عدم تسليم المبيع حتى يسلم الثمن ،وشرط رده بعيب وجد فيه ، وشرط كون الطريق لغير المشترى ،وشرط عدم خروج المبيع عن ملكه فى غير الآدمى : أما لو اشترى عبدا على أن لايبيعه أولا يخرجه عن ملكه فسد ، وشرط إطعام المشترى المبيع إلا إذا عين مايطعم الآدمى كأن شرط أن يطعم العبد المبيع خبيصا فيفسد ، وشرط حمل الجارية على التفصيل الذى ذكره الشارح بعد ، وشرط كونها مغنية لأنه عيب شرعا فيكون براءة من العيب فإن لم يجدها مغنية فلاخيار له لأنه وجدها سالمة من العيب ، وإن شرط المشترى ذلك على وجه الرغبة فسد البيع لشرطه ماهو محرم . ونظيره مافى البزازية : لو شراه على أنه فحل فإذا هو خصى له الرد؛ ولو عكس قال الإمام الخصاء فى العبد عيب ،فإذا بان فحلا صار كأنه شرط العيب فبان سليما وقال الثانى الخصى أفضل ارغبة الناس فيه فيخير اه . وجزم فى الفتح بقول الثانى ، ومقتضاه جريان ذلك فى الأمة المغنية ، وشرط كون البقرة حلوبا ، وشرط كون الفرس هملاجابكسر الهاء : أى سهل السير بسرعة ، وشرط كون الجارية ما ولدت : فلو ظهر أنها كانت ولدت له الرد :

قلت : وظاهره أنه لايرد بدون هذا الشرط مع أنه ذكر فى البزازية أنه لو قبضها ثم ظهر ولادتها عند البائع لامن البائع وهو لم يعلم فهو عيب مطلقا لأن التكسر الحاصل بالولادة لايزول أبدا وعليه الفتوى . وفى رواية إن نقصتها الولادة عيب ، وفى البهائم ليس بعيب إلا إن نقصها وعليه الفتوى ، وشرط إيفاء الثمن فى بلد آخر وهذا لو كان الثمن مؤجلا إلى شهر مثلا فالبيع جائز والشرط باطل إلا أن يكون له مؤنة فيتعين ،أما لو غيرمؤجل فالبيع فاسد لأنه يصير أجلا مجهولا وشرط الحمل إلى منزل المشترى فيما له حمل لو بالفارسية ، أما فى العربية فإنه يفرق فيها بين الإيفاء والحمل والعقد يقتضى الأول لاالثانى فيفسد البيع ، وشرط حذو النعل ، وشرط خرز الخف ، وشرط جعل رقعة على ثوب اشتراه من خلقانى ، وشرط كون الثوب سداسيا فإذا وجده خماسيا أخذه بكل الثمن أو ترك لأنه اختلاف نوع لاجنس فلا يفسد ، وشرط كون السويق ملتوتا بمن سمن ،وشرط كون الصابون متخذا من كذا جرة من الزيت ففيهما لو كان ينظرإلى المبيع وقبضه ثم ظهر أنه متخذ من أقل مما ذكر من السمن أو الزيت جاز البيع بلا خيار ، لأن هذا مما يعرف بالعيان فإذا عاينه انتفى الغرر ، ومثله مالو اشترى قميصا على أنه متخذ من عشرة أذرع وهو ينظر إليه فظهر من تسعة جاز بلا خيار :

قلت : ويشكل عليه مسألة السداسى ، على أن كونه مما يعرف بالعيان غير ظاهر إلا إذا فحش التفاوت ، وشرط بيع العبد إلا إذا قال من فلان بأن قال بعتك العبد على أن تبيعه من فلان فإنه يفسد لأن له طلبا ، وشرط

شرط أنها مغنية ، إن للتبرى لايفسد ، وإن للرغبة فسد بدائع ، ولو شرط حبلها ، إن الشرط من المشترى فسد ، وإن من البائع جاز لأن حبلها عيب فذكره للبراءة منه ، حتى لو كان فى بلد يرغبون فى شراء الإماء الأولاد فسد خانية ، ولو شرط أنها ذات لبن جاز على الأكثر .

قلت : والضابط للأوصاف أن كل وصف لاغرر فيه فاشتراطه جائز لاما فيه غرر إلا أن لايرغب فيه . وفى الخانية فى فصل الشروط المفسدة متى عاين مايعرف بالعيان انتفى الغرر .

باب خيار الرؤية

من إضافة المسبب إلى السبب ، وما قيل من إضافة الشيء إلى شرطه ظاهر لما سيجيء أن له الرد قبل الرؤية . (هو يثبت فى) أربعة مواضع (الشراء) للأعيان

جعلها بيعة والمشترى ذمى بأن اشترى دارا من مسلم على أن يتخذها بيعة جاز البيع وبطل الشرط ، وكذا بيع العصير على أن يتخذه خمرا ، وإنما جاز لأن هذا الشرط لايخرجها عن ملك المشترى ولا مطالب له ، بخلاف اشتراط أن يجعلها المسلم مسجدا فإنه يخرج عن ملكه إلى الله تعالى ، وكذا بشرط أن يجعلها ساقية أو مقبرة للمسلمين أو أن يتصدق بالطعام على الفقراء فإنه يفسد ، وشرط رضا الجيران بأن اشترى دارا على أنه إن رضى الجيران أخذها ، قال الصفار لايجوز ، وقال أبو الليث إن سمى الجيران وقال إلى ثلاثة أيام جاز اهـ ط ملخصا مع بعض زيادة (قوله شرط أنها مغنية) هذه والتى بعدها تقدمتا فى مسائل الأشباه (قوله ولو شرط حبلها) أى الأمة ، بخلاف الشاة فإنه مفسد كما قدمه المصنف ، لأن الولد زيادة مرغوبة وإنها موهومة لايدرى وجودها فلا يجوز خانية (قوله على الأكثر) أى على قول أكثر الفقهاء (قوله لاما فيه غرر) كبيع الشاة على أنها حامل (قوله إلا أن لايرغب فيه) لأن اشتراطه يكون بمعنى البراءة من وجوده كما فى حبل الأمة (قوله مايعرف بالعيان) كمسألة السويق والصابون كما مر فى مسائل الأشباه (قوله انتفى الغرر) فليس له أن يرده إذا ظهر ، بخلاف ماشترط ، والله سبحانه أعلم .

باب خيار الرؤية

قدمه على خيار العيب لأنه يمنع تمام الحكم وذاك يمنع لزومه واللزوم بعد التمام ، والرد بخيار الرؤية فسخ قبل القبض وبعده ، ولا يحتاج إلى قضاء ولا رضا البائع وينفسخ بقوله رددت إلا أنه لايصح الرد إلا بعلم البائع خلافا للثانى وهو يثبت حكما لابالشرط ، ولا يتوقت ، ولا يمنع وقوع الملك للمشترى ؛ حتى لو تصرف فيه جاز تصرفه وبطل خياره ولزمه الثمن : وكذا لو هلك فى يده أو صار إلى حال لايملك فسخه بطل خياره كذا فى السراج بحر (قوله من إضافة المسبب إلى السبب) الذى ذكر فى الفتح والبحر أن الرؤية شرط ثبوت الخيار وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية اهـ (قوله ظاهر) كذا فى أغلب النسخ ، ولا يناسبه التعليل بعده ، وفى بعض النسخ ظاهر البطلان ، وفى بعضها غير ظاهر ، وبه عبر فى الدر المنتقى ، وعزاه مع التعليل بعده إلى البهنسى (قوله لما سيجيء الخ) يعنى والشيء لايثبت قبل شرطه . وفيه أن هذا يرد أيضا على ماذكره ، لأن المسبب لايتقدم على سببه ، وسيأتى جوابه قريبا ، وهو أنه بسبب آخر . وبيانه كما قال مع أن حق الفسخ قبلها ليس من نتائج ثبوت الخيار له ، بل بحكم أنه عقد غير لازم لأنه لم يقع منبرما فجاز فسخه لضعف فيه كما حققه فى العناية ، وسيذكره الشارح اهـ (قوله فى أربعة مواضع) أى لاغيرها كما فى الفتح (قوله الشراء للأعيان) أى اللازم تعيينها ، ولا تثبت دينا فى الذمة ، والمراد الشراء الصحيح ، لما فى البحر عن جامع الفصولين أن خيار الرؤية وخيار العيب لايثبتان

(والإجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال على شىء بعينه) لأن كلا منها معاوضة ، فليس فى ديون ونقود وعقود لاتنفسخ بالفسخ خيار الرؤية فتح .

(صح الشراء والبيع لما لم يرياه والإشارة إليه) أى المبيع (أو إلى مكانه شرط الجواز) فلو لم يشر إلى ذلك لم يجز إجماعا فتح وبحر .

فى البيع الفاسد اه أى لوجوب فسخه بدونهما (قوله والقسمة) فى الشرنبلالية عن العيون أن قسمة الأجناس المختلفة يثبت فيها الخيارات الثلاث : خيار الشرط والعيب والرؤية ، وقسمة ذوات الأمثال كالمكيلات والموزونات يثبت فيها خيار العيب فقط ، وقسمة غير المثليات كالثياب من نوع واحد ، والبقر والغنم يثبت فيها خيار العيب ؛ وكذا الشرط والرؤية على رواية أبى سليمان ، وهو الصحيح وعليه الفتوى ، وعلى رواية أبى حفص لا اه (قوله فليس فى ديون ونقود) فى بعض النسخ فى ديون القود ، وفى بعضها فى دين العقود ، والأولى أولى وعطف النقود على الديون من عطف الخاص على العام . قال فى الفتح : وعرف من هذا : أى قصره على المواضع الأربعة أنه لايكون فى الديون ، فلا يكون فى المسلم فيه ولا فى الأثمان الخالصة : أى كالدراهم والدنانير ، بخلاف ما إذا كان المبيع إناء من أحد النقدين فإن فيه الخيار اه . قال فى البحر : وأما رأس مال السلم إذا كان عينا فإنه يثبت الخيار فيه للمسلم إليه (قوله وعقود لاتنفسخ) قال فى الفتح : ومحله كل ماكان فى عقد ينفسخ بالفسخ ، لا فيما لاينفسخ كالمهر وبدل الصلح عن القصاص وبدل الخلع وإن كانت أعيانا لأنه لايفيد فيها ، لأن الرد لما لم يوجب الانفساخ بقى العقد قائما ، وقيامه يوجب المطالبة بالعين لا بما يقابلها من القيمة ، فلو كان له أن يرده كان له أن يرده أبدا (قوله لما لم يرياه) أى العاقدان . قال فى البحر : أراد بما لم يره مالم يره وقت العقد ولا قبله ، والمراد بالرؤية العلم بالمقصود من باب عموم المجاز فصارت الرؤية من أفراد المعنى المجازى ، فيشمل ما إذا كان المبيع مما يعرف بالشم كالمسك ، وما اشتراه بعد رؤيته فوجده متغيرا ، وما اشتراه الأعمى . وفى القنية : اشترى مايذاق فذاقه ليلا ولم يره سقط خياره اه (قوله أى المبيع) أى الذى لم يرياه بأن كان مستورا (قوله فلو لم يشر إلى ذلك الخ) عبارة الفتح هكذا : وفى المبسوط الإشارة إليه أو إلى مكانه شرط الجواز ، فلو لم يشر إليه ولا إلى مكانه لايجوز بالإجماع اه لكن إطلاق الكتاب يقتضى جواز البيع ، سواء سمى جنس المبيع أولا ، وسواء أشار إلى مكانه أو إليه وهو حاضر مستور أولا ، مثل أن يقول بعت منك مافى كمى ؛ بل عامة المشايخ قالوا إطلاق الجواب يدل على الجواز عنده ، وطائفة قالوا لايجوز لجهالة المبيع من كل وجه . والظاهر أن المراد بالإطلاق ماذكره شمس الأئمة وغيره كصاحب الأسرار والذخيرة لبعد القول بجواز مالم يعلم جنسه أصلا ، كأن يقول بعتك شيئا بعشرة اه كلام الفتح وحاصله التوفيق بين ماقاله عامة المشايخ ، وما قاله بعضهم بحمل إطلاق الجواب على ماقاله شمس الأئمة وغيره من لزوم الإشارة إليه أو إلى مكانه إذ لايصح بيع مالم يعلم جنسه أصلا : أى لا بوصف ولا بإشارة ، ولذا قال صاحب النهاية يعنى شيئا مسمى موصوفا أو مشارا إليه أو إلى مكانه وليس فيه غيره بذلك الاسم اه فأفاد أن لزوم الإشارة عند عدم تسمية الجنس والوصف ، فالتسمية كافية عن الإشارة ؛ حتى لو قال بعتك كر حنطة بلدية بكذا والكر فى ملكه من نوع واحد فى موضع واحد جاز البيع وكذا الإضافة فى مثل بعتك عبدى وليس له غيره وذكر الحدود فى مثل بعتك الأرض الفلانية ، والمدار على نفى الجهالة الفاحشة ليصح البيع كما حققنا ذلك بما لامزيد عليه أول البيوع عند قوله وشرط لصحته معرفة قدر مبيع وثمن ، فتذكره بالمراجعة فإنه ينفعك هنا ، وبهذا التقرير سقط مافى الحواشى السعدية من قوله أقول فى كون الإشارة إلى المبيع أو إلى مكانه شرط الجواز ، سيما بالإجماع

وفى حاشية أخى زاده الأصح الجواز (وله) أى للمشترى (أن يرده إذا رآه) إلا إذا حمله البائع لبيت المشترى ، فلا يرده إذا رآه إلا إذا أعاده إلى البائع أشباه (وإن رضى) بالقول (قبله) أى قبل أن يراه لأن خياره معلق بالرؤية بالنص ، ولا وجود للمعلق قبل الشرط :

كلام فليتأمل اه لما علمت من أن الإشارة ليست شرطا دائما بل عند عدم معرف آخر يرفع الجهالة فافهم (قوله وفى حاشية أخى زاده) أى حاشيته على صدر الشريعة . قال فى المنح : وفى حاشية أخى زاده ذكر هذا البحث ، ثم قال : وقال عامة مشايخنا إطلاق الجواب يدل على جوازه وهو الأصح . وقال بعضهم لايجوز وصحح ، يؤيده مافى جامع الفصولين من الفصل الثالث يشترط كون المبيع حاضرا موجودا مهيأ مقدور التسليم ، وما فى المبسوط من أن الإشارة إليه أو إلى مكانه شرط الجواز ، حتى لو لم يشر إليه أو إلى مكانه لايجوز بالإجماع اه . وفى العناية قال القدورى : من اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز ، معناه أن يقول بعتك الثوب الذى فى كمى هذا أو هذه الجارية المتنقبة ، وكذلك العين الغائب المشار إلى مكانه ، وليس فى ذلك المكان بذلك الاسم غير ما سمى ، والمكان معلوم باسمه والعين معلومة . قال صاحب الأسرار : لأن كلامنا فى عين هى بحالة لو كانت الرؤية حاصلة لكان البيع جائزا اه مافى المنح ملخصا ، ولا يخفى أن حاصله تقييد إطلاق الجواب بما قاله فى المبسوط وغيره كما مر عن فتح القدير ، وهو محمل إطلاق المتون كعبارة القدورى المذكورة (قوله أى للمشترى) كان ينبغى للمصنف التصريح به لأنه لم يتقدم له ذكر مع إيهام عود الضمير للبائع وإن كان يرتفع بقوله الآتى ولا خيار لبائع (قوله إذا رآه) أى علم به كما قدمناه (قوله إلا إذا حمله البائع الخ) فى البحر عن جامع الفصولين : شراه وحمله البائع إلى بيت المشترى فرآه ليس له الرد لأنه لو رده يحتاج إلى الحمل فيصير هذا كعيب حدث عند المشترى ومؤنة رد المبيع بعيب أو بخيار شرط أو رؤية على المشترى ، ولو شرى متاعا وحمله إلى موضع فله رده بعيب ورؤية لو رده إلى موضع العقد وإلا فلا اه وظاهره أنه إنما يرده لو رده إلى موضع العقد فيما لو حمله المشترى بخلاف البائع ، وهو خلاف مانقله الشارح عن الأشباه . والذى يظهر عدم الفرق وأن ماذكره من قوله لأنه لو رده الخ غير ظاهر ، لأنه لايناسبه قوله بعده ومؤنة الرد على المشترى فافهم ، ثم رأيت صاحب نور العين اعترض التعليل المذكور بما ذكرته ، ثم إنه يستفاد من كلام الفصولين أن ما أنفقه البائع على تحميله إلى منزل المشترى لايلزم المشترى إذا رد عليه المبيع إلى محل العقد ، لأن البائع متبرع بما أنفقه لأن الواجب عليه التسليم فى محل العقد دون التحميل ، وبه يظهر جواب حادثة الفتوى اشترى حديدا لم يره وشرط على البائع تحميله إلى بلدة المشترى ثم رآه فلم يرض به وأراد فسخ البيع لخيار الرؤية أو بفساد العقد بسبب الشرط المذكور . والجواب أنه يلزمه تحميله إلى بلدة البائع ليرده عليه وإن كان الرد بسبب الفساد ، لما صرح به فى جامع الفصولين أيضا من أن مؤنة رد المبيع فاسدا بعد الفسخ على القابض (قوله وإن رضى بالقول قبله) قيد بالقول لأنه لو أجازه بالفعل بأن تصرف فيه يزول خياره كما فى الشرنبلالية عن شرح المجمع (قوله أى قبل أن يراه) أشار إلى أن الضمير المذكور فى قبله عائد إلى المعنى المصدرى لا إلى لفظ الرؤية المفهوم من قوله إذا رآه لأنه مؤنث تأمل . وأجاب فى البحر بأنه ذكر الضمير للمعنى ، أى لأن المراد من الرؤية العلم كما مر (قوله لأن خياره معلق بالرؤية بالنص) أى بحديث « من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه ، إن شاء أخذه ، وإن شاء تركه » قال فى الدرر : وفيه أن هذا استدلال بمفهوم الشرط ونحن لانقول به اه :

قلت : وجوابه أن الأصل فى العقد اللزوم فلا يثبت الخيار إلا بدليله ، والنص إنما أثبته عند الرؤية فيبقى

(ولو فسخه قبلها) قبل الرؤية (صح) فسخه (فى الأصح) بحر لعدم لزوم البيع بسبب جهالة المبيع فلم يقع مبرما:

(ويثبت الخيار) للرؤية (مطلقا غير مؤقت) بمدة هو الأصح عناية لإطلاق النص، مالم يوجد مبطله وهو مبطل خيار الشرط مطلقا ومفيد الرضا بعد الرؤية لاقبلها درر

ماوراءها على الأصل، فالحكم ثابت بدليل الأصل لابمفهوم هذا الشرط. وهذا معنى قول الشارح ولا وجود للمعلق قبل الشرط. وقال فى الفتح: والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده والإسقاط لايتحقق قبل الثبوت اه أى إذا كان الخيار معلقا بالرؤية كان عدما قبلها فلا يصح إسقاطه بالرضا فافهم (قوله لعدم لزوم البيع) بيان للفرق بين الفسخ والإجازة فإنها غير لازمة قبل الرؤية وهو لازم مع استوائهما فى التعليق بالشرط فى الحديث المار وذلك أن الفسخ له سبب آخر وعدم لزوم هذا العقد، وما لايلزم فللمشترى فسخه ولم يثبت للإجازة سبب آخر فبقيت على العدم. وحاصله أنه غير لازم قبل الرؤية لجهالة المبيع، وإذا رآه حدث له سبب آخر لعدم لزومه وهو الرؤية ولا مانع من اجتماع الأسباب على مسبب واحد أفاده فى البحر (قوله غير مؤقت بمدة) تفسير الإطلاق (قوله هو الأصح) وقيل مؤقت بوقت إمكان الفسخ بعد الرؤية، حتى لو تمكن منه ولم يفسخ سقط خياره بحر (قوله هو مبطل خيار الشرط) كتعيب فى يده وتعذر رد بعضه وتصرف لايفسخ كالإعتاق وتوابعه أو يوجب حقا للغير كالبيع المطلق: أى عن شرط الخيار للبائع والرهن والإجارة قبل الرؤية بعدها، وما لايوجب حقا للغير بخيار أى للبائع والمساومة والهبة بلا تسليم بطل بعدها لاقبلها ملتقى. وفى جامع الفصولين: باع بخيار لايبطل به خيار الرؤية إلا فى رواية، وبخيار المشترى يبطل، وكذا لو باع بيعا فاسدا وهلك بعض المبيع عند المشترى بطل خياره لأن خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة، فإذا تعذر رد بعضه بهلاك أو عيب بطل خياره، ولو عرض بعضه بعد الرؤية على البيع أو قال رضيت ببعضه بطل خياره، وكذا خيار العيب، وكذا لورآه فقبضه رسوله اه: قال فى نور العين ومسألة عرض بعضه على البيع ليست وفاقية لما فى الخانية لو عرض بعضه على البيع بعد الرؤية بطل خياره عند محمد لاعند أبى يوسف اه:

قلت: صاحب الخانية يقدم الأشهر فتدبر (قوله مطلقا) أى قبل الرؤية وبعدها كما علمت (قوله ومفيد الرضا) نقل لعبارة الدرر بالمعنى لأنه قال ويبطله مالا يوجب حق الغير كالبيع بالخيار والمساومة والهبة بلا تسليم بعد الرؤية لاقبلها، لأن هذه التصرفات لاتزيد على صريح الرضا، وهو إنما يبطله بعد الرؤية وأما التصرفات الأولى فهى أقوى لأن بعضها لايقبل الفسخ وبعضها أوجب حق الغير فلا يملك إبطاله اه:

ثم اعلم أنه فى الكنز اقتصر على قوله ويبطل بما يبطل به خيار الشرط، فأورد عليه فى البحر: الأخذ بالشفعة والعرض على البيع، والبيع بخيار للبائع، والإجارة، والإسكان بلا أجر، والرضا بالمبيع قبل الرؤية فإنها تبطل خيار الشرط دون خيار الرؤية اهـ لكن الصواب إسقاط قوله والإجارة فإنها توجب حقا للغير، وقدعلمت أن مسألة العرض خلافية:

ثم إن ماأورده فى البحر احترز عنه الشارح بقوله ومفيد الرضا بعد الرؤية لاقبلها، فإن هذه الأشياء لاتبطل خيار الرؤية قبل الرؤية لأنها تفيد الرضا، وصريح الرضا قبلها لايبطله، فلذا قال بعد الرؤية لاقبلها لكن يبقى إيراد البحر واردا على قوله وهو مبطل خيار الشرط مطلقا فإن هذه الأشياء تبطل خيار الشرط، فيتوهم أنها تبطل خيار الرؤية قبلها وبعدها مع أنها لاتبطله قبلها لما علمت، ولا يفيد قوله ومفيد الرضا الخ، لأن بعض

فله الأخذ بالشفعة ثم رد الأول بالرؤية درر من خيار الشرط فليحفظ :
(ويشترط للفسخ علم البائع) بالفسخ خوف الغرر (ولا خيار لبائع مالم يره) فى الأصح (وكفى رؤية مايؤذن بالمقصود كوجه صبرة

مايبطل خيار الشرط يفيد الرضا ، كالعتق والبيع ونحوهما من التصرفات ، ويبطل خيار الرؤية قبلها وبعدها .

[تنبيه] عد فى البحر مما يبطل خيار الرؤية قبض المبيع ونقد الثمن بعد الرؤية . زاد فى جامع الفصولين : وكذا لو رآه فقبضه رسوله اه وحمله إلى بيت المشترى فإذا رآه ليس له رده مالم يرده إلى موضع العقد كما مر بيانه ، وكذا لو اشترى أرضا لم يرها وأعارها فزرعها المستعير ، وكذا لو شرى عدل ثياب فلبس واحدا بطل خياره فى الكل اه (قوله فله الأخذ بالشفعة الخ) تفريع على قوله لاقبلها : أى إذا كان مفيد الرضا لايبطل خيار الرؤية قبل الرؤية ، فلو شرى دارا ولم يرها فبيعت دار بجنبها فله أخذ الثانية بالشفعة ، ولا يبطل خياره فى الأولى حتى إذا رآها ولم يرض بها فله ردها بخيار الرؤية (قوله درر من خيار الشرط) وكذا ذكره الشارح هناك عن المعراج بقوله بخلاف خيار رؤية وعيب :

[تنبيه] إنما عزا ذلك إلى الدرر من خيار الشرط مع أنه فى الدرر ذكره فى هذا الباب مقتا بقوله كذا طلب الشفعة بما لم يره لأنه جعله مبطلا لخيار الرؤية قبل الرؤية وهو غير صحيح (قوله خوف الغرر) أى غرر البائع بسبب اعتماده على شرائه فلا يطلب لسلعته مشتريا آخر ط (قوله ولاخيار البائع مالم يره فى الأصح) بأن ورث عينا فباعها لاخيار له بالإجماع السكوتى در منتقى: أى وقع الحكم بمحضر من الصحابة رضى الله تعالى عنهم ولم يرو عن أحد منهم خلافه فكان إجماعا سكوتيا كما بسطه فى الفتح ، وهو قول الإمام المرجوع إليه كما فى البحر ، وبه ظهر أن قوله فى الأصح لامحل له لإيهامه أن مقابله صحيح مع أن مارجع عنه المجتهد لم يبق قولا له لأنه فى حكم المنسوخ (قوله وكفى رؤية مايؤذن بالمقصود) لأن رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفى برؤية مايدل على العلم بالمقصود هداية والمراد أن رؤية ذلك قبل الشراء كافية فى سقوط خياره بعده لأنه قد اشترى مارأى فلا خيار له ، وليس المراد أنه لو اشترى قبل الرؤية ثم رأى ذلك يسقط خياره كما توهمه بعض الطلبة فاستشكله بأن خيار الرؤية غير مؤقت وأنه إذا رآه بعد الشراء لايسقط إلا بقول أو فعل يدل على الرضا فكيف يسقط بمجرد رؤية مايؤذن بالمقصود أفاده فى النهر ، ويشير إليه الشارح ولا شك أنه توهم ساقط وإلا لزم أن لايثبت خيار الرؤية بعد الشراء إلا قبل الرؤية بعده ولا قائل به مع أن الرؤية بعد الشراء شرط ثبوت الخيار على مامر (قوله كوجه صبرة)المراد بها ما لاتتفاوت آحاده . قال فى الفتح : فإن دخل فى البيع أشياء ، فإن كانت الآحاد لاتتفاوت كالمكيل والموزون ، وعلامته أن يعرض بالنموذج فيكتفى برؤية واحد منها فى سقوط الخيار إلا إذا كان الباقى أردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار : أى خيار العيب لاخيار الرؤية ذكره فى الينابيع . وعلل فى الكافى بأنه إنما رضى بالصفة التى رآها لابغيرها ومفاده أنه خيار الرؤية وهو مقتضى سوق كلام المصنف أى صاحب الهداية والتحقيق أنه خيار عيب إذا كان اختلاف الباقى يوصله إلى حد العيب ، وخيار رؤية إذا كان لايوصله إلى اسم المعيب بل الدون ، وقد يجتمعان فيما إذ اشترى مالم يره فلم يقبضه حتى ذكر له البائع به عيبا ثم أراه المبيع فى الحال اهـ وأقره فى البحر :

والحاصل أنه إذا كان الباقى أردأ مما رأى لايكفى رؤية بعضه : أى لايسقط بها الخيار مطلقا ، وإنما يسقط

ورقيق و) وجه (دابة) تركب (وكفلها) أيضا فى الأصح (و) رؤية (ظاهر ثوب مطوى)

بها خيار الرؤية فقط ، ويبقى خيار العيب على مافى الينابيع أو يبقى معها خيار الرؤية على مافى الكافى والتحقيق التفصيل ؛ وهو أنه إن كان الباقى معيبا يبقى الخياران وإلا فخيار الرؤية فقط . وبهذا التقرير سقط مافى النهر حيث قال : وعندى أن مافى الكافى هو التحقيق ، وذلك أن هذه الرؤية إذا لم تكن كافية ، فما الذى أسقط خيار رؤيته حتى انتقل منه إلى خيار العيب فتدبره اه وهذا اعتراض على مافى الينابيع . والجواب أنها قد أسقطت خيار الرؤية وإنما لم تكن كافية فى لزوم المبيع لأنه يبقى معها خيار العيب كما قررنا به كلام الينابيع وعلمت ماهو التحقيق . ثم قال فى الفتح : ثم السقوط برؤية البعض إذا كان فى وعاء واحد ، فلو فى أكثر فقيل كذلك ، وقيل لابد من رؤية كل وعاء ، والصحيح الأول لأن رؤية البعض تعرف حال الباقى ، هذا إذا ظهر أن مافى الوعاء الآخر مثله أو أجود ، فلو أردأ فهو على خياره اه :

[تنبيه] قال فى جامع الفصولين : فإن قال المشترى لم أجد الباقى على تلك الصفة ، وقال البائع هو على تلك الصفة فالقول للبائع والبينة للمشترى اه ومثله فى الخانية : ولا يخفى أن هذا إذا هلك النموذج الذى رآه وادعى المشترى مخالفة الباقى ، أما لو كان موجودا فإنه يعرض على من له خبرة بذلك فيتضح الحال ، لكن بقى شىء وهو أن هذا إنما يظهر لو كان المبيع حاضرا مستورا بكيس أو نحوه ، أما لو كان غائبا وأحضر له البائع النموذج وهلك ثم أحضر له الباقى فادعى المشترى أنه ليس على الصفة التى رآها فى النموذج فينبغى أن يكون القول للمشترى لأنه منكر ضمنا كون ذلك هو المبيع ، بخلاف ما إذا كان حاضرا لاتفاقهما على أنه المبيع وإنما الاختلاف فى الصفة وبهذا ظهر أن مابحثه الخير الرملى فى حواشيه على الفصولين من أنه لو هلك النموذج فالقول للمشترى لإنكاره كون الباقى هو المبيع ضمنا محمول على مالو كان غائبا كما قلنا وإلا خالفه صريح المنقول كما علمت فاغتنم هذا التحرير (قوله ورقيق) أى ووجه رقيق أو أكثر(١) كما فى السراج عبدا كان أو أمة ، لأن سائر الأعضاء فى العبيد والإماء تبع للوجه ، ولذا تفاوتت القيمة ، إذا فرض تفاوت الوجه مع تساوى الأعضاء ، ودل كلامه أنه لو نظر لسائر أعضائه غير الوجه لايسقط خياره ، وبه صرح فى السراج نهر . ولاتشترط رؤية الكفين واللسان والأسنان والشعر عندنا بحر (قوله تركب) احتراز عن شاة اللحم أو القنية والبقرة الحلوب أو الناقة كما فى النهر ويأتى حكمها (قوله وكفلها) أى مع كفلها بفتحتين بمعنى العجز ، وأفاد أن رؤية القوائم غير شرط وهو الصحيح نهر (قوله فى الأصح) هو قول أبى يوسف ، واكتفى محمد برؤية الوجه نهر (قوله وظاهر ثوب مطوى الخ) لأن البادى يعرف مافى الطى فلو شرط فتحه لتضرر البائع بتكسر ثوبه ونقصان بهجته ، وبذلك ينقص ثمنه عليه إلا أن يكون له وجهان فلابد من رؤيتهما ، أو يكون فى طيه مايقصد بالرؤية كالعلم ، قيل هذا فى عرفهم . أما فى عرفنا فما لم ير باطن الثوب لايسقط خياره لأنه استقر اختلاف الباطن والظاهر فى الثياب ، وهو قول زفر . وفى المبسوط الجواب على ماقال زفر فتح وبحر .

قلت : ومقتضى التعليل الأخير أنه لو لم يختلف سقط الخيار إلا إذا ظهر باطنه أردأ من ظاهره فله الخيار على مامر . وبقى شىء لم أر من نبه عليه ، وهو مالو كان المبيع أثوابا متعددة وهى من نمط واحد لاتختلف عادة بحيث يباع كل واحد منها بثمن متحد . ويظهر لى أنه يكفى رؤية ثوب منها إلا إذا ظهر الباقى أردأ وذلك لأنها تباع بالنموذج فى عادة التجار ، فإذا كانت ألوانا مختلفة ينظرون من كل لون إلى ثوب واحد ، بل قد يقطعون من كل لون قطعة

---

(١) (قوله أى ووجه رقيق أو أكثر) عبارة ط وكذا إذا نظر إلى أكثر الوجه لأنه كرؤية جميعه اه .

وقال زفر : لابد من نشره كله ، هو المختار كما فى أكثر المعتبرات قاله المصنف (وداخل دار) وقال زفر : لابد من رؤية داخل البيوت ، وهو الصحيح وعليه الفتوى جوهرة ، وهذا اختلاف زمان لابرهان ، ومثله الكرم والبستان (و) كفى (حبس شاة لحم ونظر) جميع جسد

قدر الأصبع ويلصقون القطع فى ورقة ، فيعلم حال جميع الأثواب برؤية هذه الورقة ويكون طول الثوب وعرضه معلوما فإذا وجدت الأثواب كلها على الحال المرئى والمعلوم بلا تفاوت بينها ينبغى أن يسقط خيار الرؤية ، لأنها حينئذ تكون بمنزلة العددى المتقارب كالجوز والبيض ، إذ لاشك أنه قد يحصل تفاوت بين جوزة وجوزة ولكنه يسير لاينقص الثمن ، فإذا كان نوع من الثياب على هذا الوجه لايختلف ثوب منها عن ثوب اختلافا ينقص الثمن عادة كان كذلك ولا سيما إذا كانت الثياب من سدى واحد ، لأنه داخل تحت قول الهداية وغيرها أنه يكتفى برؤية مايدل على العلم بالمقصود . وفى الزيلعى : لو كان أشياء لاتتفاوت آحاده كالمكيل والموزون ، وعلامته أن يعرض بالنموذج يكتفى برؤية بعضه لجريان العادة بالاكتفاء بالبعض فى الجنس الواحد ولوقوع العلم به بالباق إلا إذا كان الباقى أردأ فله الخيار فيه وفيما رأى ، وإن كان آحاده تتفاوت وهو الذى لايباع بالنموذج كالثياب والدواب والعبيد فلابد من رؤية كل واحد من أفراده ، لأنه برؤية بعضها لايقع العلم بالباقى للتفاوت اه أى للتفاوت الفاحش بين عبد وعبد وثوب وثوب ، لكنه جعل المناط فى الفرق تفاوت الآحاد وعدمه وعرضه فى العرف بالنموذج وعدمه فيدل على أنه لوكان نوع من الثياب لاتتفاوت آحاده ، ويعرض بالنموذج فى العادة كما قلنا فهو فى حكم المكيل والموزون . وذكر فى الهداية أنه يجوز السلم فى المذروعات لأنه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة لافى الحيوان ، لأن فيه تفاوتا فاحشا فى المالية باعتبار المعانى الباطنة فيفضى إلى المنازعة ، بخلاف الثياب لأنه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان إذا نسجا على منوال واحد اه ومراده أنهما يتفاوتان قليلا كما فى الفتح أى بحيث لايعتبر عادة ولا يفضى إلى المنازعة ، فقد اغتفروا التفاوت اليسير فى السلم الوارد على خلاف القياس لأنه بيع معدوم ، فينبغى أن يقال هنا كذلك ، ولهذا اكتفى فى العددى المتقارب برؤية البعض فى الصحيح خلافا للكرخى ، هذا ماظهر لى بحثا (قوله وقال زفر الخ) قال فى النهر : قيل هذا قول زفر .وهو الصحيح وعليه الفتوى ، واكتفى الثلاثة برؤية خارجها وكذا برؤية صحنها ، والأصح أن هذا بناء على عادتهم فى الكوفة أو بغداد فإن دورهم لم تكن متفاوتة إلا فى الكبر والصغر وكونها جديدة أولا ، فأما فى ديارنا فهى متفاوتة : قال الشارح الزيلعى لأن بيوت الشتوية والصيفية والعلوية والسفلية ومرافقها ومطابخها وسطوحها مختلفة فلابد من رؤية ذلك كله فى الأظهر : وفى الفتح : وهذا هو المعتبر فى ديار مصر والشام والعراق ، وبهذا عرف أن كون ما فى الكتاب قول زفر كما ظنه بعضهم غير واقع موقعه لأنه كان فى زمانهم ، ولم يكتف برؤية الخارج فكان مذهبه عدم الاكتفاء به مطلقا اه كلام النهر .

وحاصله أن أئمتنا الثلاثة اكتفوا برؤية خارج البيوت وصحن الدار لكونها غير متفاوتة فى زمنهم وزفر كان فى زمنهم وقد خالفهم ، فعلم أنه قائل باشتراط رؤية داخلها وإن لم تتفاوت ، وهذا خلاف ماصححوه من اشتراط رؤية داخلها فى ديارنا لتفاوتها فيكون اختلاف عصر وزمان . أما خلاف زفر فهو اختلاف حجة وبرهان لا اختلاف عصر وزمان (قوله ومثله الكرم والبستان) فلابد فى البستان من رؤية ظاهره وباطنه ، وفى الكرم لابد من رؤية العنب من كل نوع شيئا ، وفى الرمان لابد من رؤية الحلو والحامض ، وفى الثمار على رؤوس الأشجار تعتبر رؤية جميعها ، بخلاف الموضوعة على الأرض بحر . وذكر فى فصل مايدخل فى البيع تبعا اشترى الثمار على

(شاة قنية) للدر والنسل مع ضرعها ظهيرية وضرع بقرة حلوب وناقة لأنه المقصود جوهرة (و) كفى ذوق مطعوم وشم مشموم (لاخارج دار وصحنها) على المفتى به كما مر (أو رؤية دهن فى زجاج) لوجود الحائل (وكفى رؤية وكيل قبض و) وكيل شراء (لارؤية رسول) المشترى وبيانه فى الدرر.

رؤوس الأشجار فرأى من كل شجرة بعضها يثبت له خيار الرؤية(١) اه وهذا ينافى ماذكره فى الكرم ، ولعله يفرق بين ماإذا اشترى الشجر بثمره فيكفى أن يرى من كل نوع شيئا وبين ما إذا اشترى الثمر مقصودا فتأمل (قوله شاة قنية) هى التى تحبس فى البيوت لأجل النتاج ، من اقتنيته اتخذته لنفسى قنية أى للنسل لاللتجارة بحر ، فقوله للدر والنسل تفسير لها (قوله مع ضرعها) قال فى البحر بعد عزوه للظهيرية فليحفظ ، فإن فى بعض العبارات مايوهم الاقتصار على رؤية ضرعها اه لكن فى النهر الظاهر أنه لو اقتصر عليه كفاه كما جزم به غير واحد (قوله وشم مشموم) وفى دفوف المغازى لابد من سماع صوتها لأن العلم بالشىء يقع باستعمال آلة إدراكه ولا يسقط خياره حتى يدركه زيلعى (قوله لوجود الحائل) فهو لم ير الدهن حقيقة . وفى التحفة : لو نظر فى المرآة فرأى المبيع ، قالوا لايسقط خياره ، لأنه مارأى عينه بل مثاله : ولو اشترى سمكا فى ماء يمكن أخذه بلا اصطياد فرآه فيه ، قيل يسقط خياره لأنه رأى عين المبيع ، وقيل لا لأنه لايرى فى الماء على حاله بل يرى أكبر مما كان فهذه الرؤية لاتعرف المبيع بحر (قوله وكفى رؤية وكيل قبض وشراء) فلا خيار له ولا لموكله وهذا لو بشراء شىء لابعينه . فنى المعين : ليس للوكيل خيار رؤية ، وإذا شرى مارآه موكله ولم يعلم به الوكيل فله الخيار إذا لم يره كما فى جامع الفصولين ، واحترز عما لو وكله بالرؤية مقصودا وقال إن رضيته فخذه لايصح ولا تصير رؤيته كرؤية موكله جامع الفصولين . قال فى البحر لأنها من المباحات لاتتوقف على توكيل إلا إذا فوض إليه الفسخ والإجازة لما فى المحيط وكله بالنظر إلى ماشراه ولم يره ، إن رضى يلزم العقد ، وإن لم يرض يفسخ يصح لأنه جعل الرأى والنظر إليه فيصح كما لو فوض الفسخ والإجازة إليه فى البيع بشرط الخيار اه . قال فى النهر : ودل كلامه أن رؤيته قبل التوكيل به لاأثر لها فلا يسقط بها الخيار كما فى الفتح وغيره (قوله لارؤية رسول المشترى) سواء كان رسولا بالقبض أو بالشراء زيلعى (قوله وبيانه فى الدرر) حيث قال : اعلم أن ههنا وكيلا بالشراء ووكيلا بالقبض ورسولا . وصورة التوكيل بالشراء أن يقول كن وكيلا عنى بشراء كذا ، وصورة التوكيل بالقبض أن يقول كن وكيلا عنى بقبض مااشتريته وما رأيته : وصورة الرسالة أن يقول كن رسولا عنى بقبضه فرؤية الوكيل الأول تسقط الخيار بالإجماع ، ورؤية الثانى تسقط عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى إذا قبضه ناظرا إليه فحينئذ ليس له ولا للموكل أن يرده إلا بعيب . وأما إذا قبضه مستورا ثم رآه فأسقط الخيار فإنه لايسقط ، لأنه لما قبضه مستورا انتهى التوكيل بالقبض الناقص فلا يملك إسقاطه قصدا لصيرورته أجنبيا وإن أرسل رسولا بقبضه فقبضه بعد مارآه فللمشترى أن يرده . وقالا الوكيل بالقبض والرسول سواء فى أن قبضهما بعد الرؤية لايسقط خيار المشترى اه ح قال فى الشرنبلالية : وفيه نظر لأنه لاخلاف فى هذه الحالة ، وما الخلاف إلا فى نظر الوكيل بالقبض حالة قبضه لافى نظره السابق على قبضه ولا المتأخر عنه كما فى التبيين اه ط .

(١) (قوله يثبت له خيار الرؤية) أى وتكون رؤية البعض كافية ، بخلاف المسألة السابقة فانه اشترط رؤية الجميع ولا يكفى رؤية البعض ، وليس المراد أن رؤية البعض غير معتبرة بل يكون له الخيار عند رؤية الجميع حتى لايخالف العبارة السابقة اه .

(وصح عقد الأعمى) ولو لغيره وهو كالبصير إلا فى اثنتى عشرة مسألة مذكورة فى الأشباه (وسقط خياره بجس مبيع وشمه وذوقه) فيما يعرف بذلك (ووصف عقار) وشجر وعبد، وكذا كل ما لا يعرف بجس وشم وذوق حدادى أو بنظر وكيله ، ولو أبصر بعد ذلك فلا خيار له، هذا كله (إذ وجدت) المذكورات كشم الأعمى ، وكذا رؤية البصير وجه الصبرة ونحوها نهر (قبل شرائه واو بعده يثبت له الخيار بها) أى بالمذكورات لأنها

[تنبيه] نقل فى البحر عن الفوائد أن صورة الرسالة أن يقول كن رسولا عنى فى قبضه أو أمرتك بقبضه أو أرسلتك لتقبضه أو قل لفلان أن يدفع المبيع إليك ، وقيل لافرق بين الرسول والوكيل فى فصل الأمر ، بأن قال اقبض المبيع فلا يسقط الخيار اه . وذكر فى البحر من كتاب الوكالة عن البدائع أن الإيجاب من الموكل أن يقول وكلتك بكذا أو افعل كذا أو أذنت لك أن تفعل كذا ونحوه اه فهذا صريح فى أن الأمر والإذن توكيل ، لكن ذكر هناك عن الولوالجية مايدل على أن الأمر توكيل إذا دل على إنابة المأمور مناب الآمر ، وسيأتى تحريره هناك إن شاء الله تعالى ، وكتبت هنا فى تنقيح الحامدية بعض ذلك فراجعه (قوله ولغيره) كأن يكون وصيا أو وكيلا .

مطلب الأعمى كالبصير إلا فى مسائل

(قوله إلا فى اثنتى عشرة مسألة) قال فى الأشباه : وهو كالبصير إلا فى مسائل منها لاجهاد عليه ولا جمعة ولا جماعة ولا حج وإن وجد قائدا ، ولا يصلح للشهادة مطلقا على المعتمد والقضاء والإمامة العظمى ولا دية فى عينه ، وإنما الواجب الحكومة . وتكره إمامته إلا أن يكون أعلم القوم ولا يصح عتقه عن كفارة ولم أر حكم ذبحه وصيده وحضانته ورؤيته لما اشتراه بالوصف ، وينبغى أن يكره ذبحه . أما حضانته فإن أمكنه حفظ المحضون كان أهلا وإلا فلا ، ويصلح ناظرا ووصيا . والثانية فى منظومة ابن وهبان والأولى فى أوقاف هلال كما فى الإسعاف اه وقوله ولا يصلح للشهادة مطلقا : أى ولو فيما تقبل فيه الشهادة بالتسامع ، وقوله ولا يصح عتقه مصدر مضاف لمفعوله أى أن يعتقه سيده عن كفارته ، وقوله ولم أر الخ عبارته فى البحر : ويكره ذبحه ولم أر حكم صيده ورميه واجتهاده فى القبلة ، وقوله ورؤيته لما اشتراه بالوصف رؤيته مبتدأ خبره قوله بالوصف أى علمه بالمبيع المحتاج للرؤية بالوصف ، وقوله ويصلح ناظرا ووصيا ليس من المستثنيات لأنه وافق فيه البصير (قوله وسقط خياره بجس مبيع الخ) محمول على ما إذا وجد منه الجس ونحوه قبل الشراء . وأما إذا اشترى قبل أن يوجد منه ذلك لايسقط خياره بوجوده بل يثبت باتفاق الروايات ويمتد إلى أن يوجد منه مايدل على الرضا من قول أو فعل فى الصحيح شرنبلالية عن الزيلعى (قوله وكذا كل مالا يعرف بجس الخ) ظاهره أن مايعرف بالجس ونحوه لايكفى فيه الوصف وكذا عكسه وأنه لايشترط اجتماع الوصف والجس ، لكن فى المعراج : وعن أبى يوسف اعتبار الوصف فى غير العقار . وقال أئمة بلخ : يمس الحيطان والأشجار . وعن محمد يعتبر اللمس فى الثياب والحنطة ، ثم قال : وبالجملة مايقف به على صفة المبيع فهو المعتبر ، فحينئذ لاتختلف هذه الروايات فى المعنى ، لأن الخيار ثابت للأعمى لجهله بصفات المبيع فإذا زال ذلك بأى وجه كان يسقط خياره اه .

[تنبيه] فى البحر عن البدائع : لابد فى الوصف للأعمى من كون المبيع على ماوصف له ، ليكون فى حقه بمنزلة الرؤية فى حق البصير (قوله أو بنظر وكيله) أى وكيل الشراء أو القبض لاوكيل النظر إلا إذا فوض إليه الفسخ والإجازة على مامر (قوله بعد ذلك) أى من الجس ونحوه أو الوصف أو نظر الوكيل (قوله فلا خيار له) لأنه قد سقط فلا يعود إلا بسبب جديد ، ولو اشترى البصير ثم عمى انتقل الخيار إلى الوصف بحر (قوله لأنها)

مسقطة كما غلط فيه بعضهم (فيمتد) خياره فى جميع عمره على الصحيح (مالم يوجد منه مايدل على الرضا من قول أو فعل) أو يتعيب أو يهلك بعضه عنده ولو قبل الرؤية ، ولو أذن للأكار أن يزرعها قبل الرؤية فزرعها بطل لأن فعله بأمره كفعله عينى ولوشرى نافجة مسك فأخرج المسك منها لم يرد بخيار رؤية ولا عيب لأن الإخراج يدخل عليه عيبا ظاهرا نهر :

(ومن رأى أحد ثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر فله ردهما) إن شاء (لارد الآخر وحده) لتفريق الصفقة .

(ولو اشترى مارأى) حال كونه (قاصدا لشرائه) عند رؤيته ، فلو رآه لالقصد شراء ثم شراه ، قيل له الخيار ظهيرية ، ووجهه ظاهر لأنه لايتأمل التأمل المفيد بحر . قال المصنف : ولقوة مدركه عولنا عليه (عالما بأنه مرئيه) السابق (وقت الشراء) فلو لم يعلم به خير لعدم الرضا درر (فلا خيار له إلا إذا تغير) فيخير :

(رأى ثيابا فرفع البائع بعضها ثم اشترى الباقى ولايعرفه فله الخيار) وكذا لو كانا ملفوفين وثمنهما متفاوت لأنه ربما يكون الأردأ بالأكثر ثمنا :

(ولو سمى لكل واحد) من الثياب (عشرة لا) خيار له لأن الثمن لما لم يختلف استويا فى الأوصاف بحر

أى الرؤية بهذه المذكورات (قوله كما غلط فيه بعضهم) أى بعض الطلبة وقدمنا بيانه (قوله أو يتعيب) بالجزم عطفا على مدخول لم وهو يوجد لاعلى قول لأن التعيب والهلاك ليسا من المشترى البتة ، وإنما امتنع الرد بهلاك البعض لأنه يلزم عليه تفريق الصفقة كما يأتى (قوله ولو قبل الرؤية) مبالغة على قوله أو يتعيب أو يهلك بعضه ؛ وأما الفعل فمنه مايسقط بعد الرؤية فقط ومنه مايسقط مطلقا ومر بيانه (قوله ولا عيب) لم يذكره فى النهر ، بل فى البحر عن الولوالجية : وبه سقط مابحثه الحموى فى شرحه أنه لو وجده بعد إخراجه منقطع الرائحة ، فالظاهر أن له رده بخيار العيب لأنه بحث مخالف للمنقول بل وللمعقول ، إذ كيف يسوغ الرد بعد حدوث عيب جديد (قوله يدخل عليه عيبا ظاهرا) حتى لو لم يدخل كان له أن يرد بخيار العيب والرؤية جميعا بحر (قوله لتفريق الصفقة) يأتى بيانه . واستفيد منه أنه لو رآهما فرضى بأحدهما أنه لايرد الآخر بحر (قوله قاصدا لشرائه عند رؤيته) فلو قصد شراءه ثم رآه لكنه عندها لم يقصد الشراء ثم شراه يثبت له الخيار للعلة المذكورة ط (قوله قال المصنف الخ) قال الخير الرملى : هو خلاف الظاهر من الرواية ، وقد ذكره فى جامع الفصولين أيضا بصيغة ، قيل وهى صيغة التمريض فكيف يعول عليه فى متنه والمتون موضوعة لما هو الصحيح من المذهب تأمل اهـ ، وكذا رده المقدسى بأنه مناف لإطلاقاتهم (قوله فلو لم يعلم به) كأن رأى جارية ثم اشترى جارية متنقبة لايعلم أنها التى كان رآها ثم ظهرت إياها ، فإن له الخيار لعدم مايوجب الحكم عليه بالرضا أو رأى ثوبا فلف فى ثوب وبيع فاشتراه وهو لايعلم أنه ذلك فتح (قوله ولا يعرفه) أى الباقى بحر (قوله وكذا لو كانا ملفوفين الخ) فى البحر عن الظهيرية لو رأى ثوبين ثم اشتراهما بثمن متفاوت ملفوفين فله الخيار لأنه ربما يكون الأردأ بأكثر الثمنين وهو لايعلم اهـ أى بأن اشترى أحدهما بعينه بعشرة والآخر بعينه بعشرين مثلا فإنه لايعلم وقت الشراء أن الذى قابله العشرون جيد أو ردىء ، أما لو شرى أحدهما بعشرين ولم يعينه فسد البيع لجهالة المبيع ، ولو اشترى كل واحد بعشرة فلا خيار له لأنه عالم بأوصاف المعقود عليه حالة الشراء حيث سوى بينهما فى الثمن ، لأنه دليل تساويهما فى الوصف فيكون عالما بأوصاف المعقود عليه حالة الشراء ذخيرة . وبه علم أن علة الخيار فى الأولى هى جهل وصف المبيع وقت الشراء وإن تبين أن الثمن الأدنى للأعلى فافهم . وأيضا فيه احتمال دخول الضرر على المشترى فيما لو ظهر الأحسن معيبا وكان ثمنه أقل فإنه يرده على البائع بالثمن الأقل ويبقى عليه الأدنى بالثمن الأعلى (قوله ولو سمى الخ) هذا

(والقول للبائع) بيمينه إذا (اختلفا فى التغيير) هذا (لو المدة قريبة) وإن بعيدة فالقول للمشترى عملا بالظاهر؛ وفى الظهيرية : الشهر فما فوقه بعيد . وفى الفتح : الشهر فى مثل الدابة والمملوك قليل (كما) أن القول للمشترى بيمينه (لو اختلفا فى) أصل (الرؤية) لأنه ينكر الرؤية ، وكذا لو أنكر البائع كون المردود مبيعا فى بيع بات أو فيه خيار شرط أو رؤية فالقول للمشترى ، ولو فيه خيار عيب فالقول للبائع . والفرق أن المشترى ينفرد بالفسخ فى الأول لا الأخير *

(اشترى عدلا) من متاع ولم يره (وباع) أو لبس نهر (منه ثوبا)

تفصيل لمسألة الثوبين الملفوفين المذكورة فى الشرح كما ظهر لك مما نقلناه عن الذخيرة ،وقد جعله المصنف تفصيلا لقوله رأى ثيابا الخ . والظاهر أن الحكم فيهما كذلك تأمل (قوله والقول للبائع الخ) هذا من تتمة قوله فلا خيار له إلا إذا تغير فكان المناسب ذكره عقبه كما هو الواقع فى كثير من الكتب حتى فى الهداية والملتقى والكنز والغرر (قوله عملا بالظاهر) فإن الظاهر أنه لايبقى الشىء فى دار التغير وهى الدنيا زمانا طويلا لم يطرقه التغير : قال محمد أرأيت لو رأى جارية ثم اشتراها بعد عشر سنين أو عشرين وقال تغيرت أن لايصدق بل يصدق ، لأن الظاهر شاهد له . قال شمس الأئمة وبه يفتى الصدر الشهيد والإمام المرغينانى فيقول: إن كان لايتفاوت فى تلك المدة غالبا فالقول للبائع ، وإن كان التفاوت غالبا فالقول للمشترى . مثاله لو رأى دابة أو مملوكا فاشتراه بعد شهر وقال تغير فالقول للبائع ، لأن الشهر فى مثله قليل فتح ، والمراد التغير بنقصان بعض الصفات كنقص الحسن أو القوة ، لا بعروض عيب لأن عروضه قد يكون فى أقل من شهر ، وبه يثبت خيار العيب (قوله لو اختلفا فى أصل الرؤية) بأن قال له البائع رأيت قبل الشراء وقال المشترى مارأيته ، وكذا لو قال له رأيت بعد الشراء ثم رضيت ، فقال رضيت قبل الرؤية كما فى البحر (قوله لأنه ينكر الرؤية) أى وهى أمر عارض والأصل عدمه . وبقى مالو رأى النموذج وهلك ثم ادعى مخالفته للباقى وقدمنا بيانه (قوله فى بيع بات) كذا فى النهر والفتح . والظاهر أنه أراد به اللازم وهو مالا خيار فيه بقرينة المقابلة ، ولذا قال ح الظاهر أن الرد فيه بالإقالة اهـ فافهم (قوله والفرق) أى بين ما القول فيه للمشترى وما القول فيه للبائع من الخيارات الثلاث ، وبيانه مافى الفتح والنهر أن المشترى فى الخيار ينفسخ العقد بفسخه بلا توقف على رضا الآخر بل على علمه وإذا انفسخ يكون الاختلاف بعد ذلك فى المقبوض والقول فيه للقابض ضمينا كان أو أمينا كالغاصب والمودع ، وفى العيب لاينفرد لكنه يدعى ثبوت حق الفسخ فيما أحضره والبائع ينكره والقول قول المنكر اهـ .

ثم اعلم أن هذا فى الاختلاف فى المردود عند الفسخ ، أما لو اختلفا فى تعيين مافيه خيار الشرط عند الإجازة ممن له الخيار ،فقد ذكره فى البحر عن الظهيرية وقدمنا حاصله قبيل هذا الباب (قوله اشترى عدلا) بكسر العين هو أحد فردى الحمل (قوله من متاع) هو مايتمتع به من ثياب ونحوها ، وهذا من القيميات ، ولم أر من ذكر المثليات من مكيل وموزون . والظاهر أنه لافرق بينهما فى هذا الحكم لأنه إذا كانت العلة تفريق الصفقة فهو غير جائز فى المثلى أيضا كما قدمناه أول البيوع عند قوله كل المبيع بكل الثمن ، وسيأتى حكم الرد بالعيب فى المثليات فى الباب الآتى عند قوله أو كان المبيع طعاما فأكله أو بعضه (قوله ولم يره) قيد به ليمكن تأتى خيار الرؤية فيه ولا ينافيه ذكر خيار العيب والشرط لأنهما قد يجتمعان مع خيار الرؤية فافهم (قوله أو لبس) أى حتى تغير كافى الحاكم . قال الخير الرملى: وكذا لو استهلكه أو هلك أو كان عبدا فمات أو أعتقه كما صرح به فى التتارخانية اهـ ؛ وفى الحاوى : اشترى أربعة برود على أن كلا منها ستة عشر ذراعا فباع أحدها ثم ذرع البقية فإذا هى خمس عشرة

بعد القبض (أو وهب وسلم رده بخيار عيب لا) بخيار (رؤية أو شرط) الأصل أن رد البعض يوجب تفريق الصفقة وهو بعد التمام جائز لاقبله فخيار الشرط والرؤية يمنعان تمامها ، وخيار العيب يمنعه قبل القبض لا بعده ، وهل يعود خيار الرؤية بعد سقوطه عن الثانى لا كخيار شرط ، وصححه قاضيخان وغيره .

[فروع] شرى شيئا لم يره ليس للبائع مطالبته بالثمن قبل الرؤية .

ولو تبايعا عينا بعين فلهما الخيار مجتبى .

شرى جارية بعبد وألف فتقابضا ثم رد بائع الجارية بخيار الرؤية لم يبطل البيع(١) فى الجارية بحصة الألف ظهيرية ، لما مر أنه لاخيار فى الدين .

أراد بيع ضيعة ولا يكون للمشترى خيار رؤية ، فالحيلة أن يقر بثوب لإنسان

فله رد البقية (قوله بعد القبض) قيد به فى الجامع الصغير ، وكأن المصنف استغنى عنه بقوله باع ، لأن مالم يقبض لايصح بيعه ولاهبته نهر : أى لايصح بيعه لو منقولا ، بخلاف العقار . وأفاد أنه قبل القبض لافرق بين الخيارات الثلاث فى أنه لايرد الباقى كما يعلم مما يأتى (قوله رده) أى الباقى من العدل (قوله الأصل أن رد البعض) أى بعض المبيع كرد باقى العدل ورد أحد الثوبين فيما لو رأى أحدهما ثم رأى الآخر فى مسألة المتن المارة وأمثال ذلك (قوله يوجب تفريق الصفقة) أى تفريق العقد ، بأن يوجب الملك فى بعض المبيع دون البعض ، وقدمنا أول البيوع مايوجب تفريقها وعدمه ، وسمى العقد صفقة للعادة فى أن المتبايعين يصفق كفه(٢) فى كف الآخر (قوله يمنعان تمامها) فإن خيار الرؤية مانع من التمام ، أما خيار الشرط فإنه مانع ابتداء لكن مايمنع الابتداء يمنع التمام ، وأطلقه فشمل ماقبل القبض أو بعده وذلك لأن له الفسخ بغير قضاء ولا رضا فيكون فسخا من الأصل لعدم تحقق الرضا قبله لعدم العلم بصفات المبيع ولذا لايحتاج إلى القضاة أو الرضا كما فى الفتح (قوله وخيار العيب يمنعه) أى يمنع تمام الصفقة قبل القبض ، ولذا يفسخ بقوله رددت ، ولا يحتاج إلى رضا البائع ولا إلى القضاء ، ولا يمنعه بعده ولذا لو رده بعده لاينفسخ إلا برضا البائع أو بحكم (قوله وهل يعود خيار الرؤية الخ) أى بأن عاد الثوب الذى باعه من العدل أو وهبه بسبب هو فسخ محض كالرد بخيار الرؤية أو الشرط أو العيب بالقضاء أو الرجوع فى الهبة ، فهو أى مشترى العدل على خياره فله أن يرد الكل بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الأصل وهو تفريق الصفقة ، كما ذكره شمس الأئمة السرخسى . وعن أبى يوسف لايعود ، لأن الساقط لايعود كخيار الشرط إلا بسبب جديد وصححه قاضيخان ، وعليه اعتماد القدورى وحقيقة الملحظ مختلفة ؛ فشمس الأئمة لحظ البيع والهبة مانعا زال فيعمل المقتضى وهو خيار الرؤية عمله ، ولحظه الثانى مسقطا فلا يعود بلا سبب وهذا أوجه ، لأن نفس التصرف يدل على الرضا ويبطل الخيار قبل الرؤية وبعدها فتح . وادعى فى البحر أن الأول أوجه ، ورده فى النهر (قوله ليس للبائع مطالبته بالثمن قبل الرؤية) لعدم تمام العقد قبلها (قوله فلهما الخيار) أى باعتبار أن كلا منهما مشتر للعين التى باعها الآخر (قوله لم يبطل البيع فى الجارية بحصة الألف) أى بل يبطل بحصة العبد ، فإن كانت قيمته خمسمائة مثلا بطل البيع فى ثلث الجارية وبقى فى حصة الألف وهى الثلثان منها (قوله لما مر أنه لاخيار فى الدين) أى مر أول الباب فى قوله فليس فى ديون ونقود الخ ، وإذا لم يكن له خيار فى الألف يبقى البيع لازما من الجارية بقدر

---

(١) (قول الشارح لم يبطل البيع الخ) مقتضى هذا أن تصير الجارية مشتركة فيثبت لمشتريها الخيار لعيبها بالشركة وتفرق الصفقة عليه اه سندى أى وتفرق الصفقة فى العين الواحدة يوجب الخيار وإن كان بعد تمام اه .

(٢) (قوله إن المتبايعين يصفق كفه الخ) هكذا بخطه ، ولعله سقط من قلمه لفظ أحد قبل قوله المتبايعين تأمل اه مصححه .

ثم يبيع الثوب مع الضيعة ثم المقر له يستحق الثوب المقر به فيبطل خيار المشترى للزوم تفريق الصفقة وهو لايجوز إلا فى الشفعة ولوالجية(١) .

شرى شيئين وبأحدهما عيب ، إن قبضهما له رد المعيب وإلا لا لما مر :

الألف (قوله ثم يبيع الثوب مع الضيعة) أى ويسلمهما للمشترى لتتم الصفقة (قوله ثم المقر له يستحق الثوب) أى بإقامة البينة على إقرار البائع . والظاهر أن هذا مبنى على القول بأن الإقرار يفيد الملك للمقر له وأما على المعتمد من عدمه فلا يحل ذلك ديانة ، فالأظهر فى الحيلة أن يبيع الثوب لإنسان ثم يبيعه من الضيعة تأمل (قوله للزوم تفريق الصفقة) لأنه لما قبض الثوب والضيعة (٢) . تمت الصفقة ، وتفريقها بعد التمام لايجوز ، بخلاف مالو قبض أحدهما دون الآخر ثم استحق أحدهما له الخيار لتفرقها قبل التمام كما فى الفتح : وفى الدرر من فصل الاستحقاق : ولا يثبت له خيار العيب هنا لأن استحقاق الثوب لايورث عيبا فى الضيعة ، بخلاف ما إذا كان المعقود عليه شيئا واحدا مما فى تبعيضه ضرر كالدار والعبد فإنه بالخيار ، إن شاء رضى بحصته من الثمن ، وإن شاء رد وكذا إذا كان المعقود عليه شيئين ، وفى الحكم كشئ واحد فاستحق أحدهما كالسيف بالغمد والقوس بالوتر فله الخيار فى الباقى اهـ (قوله إلا فى الشفعة) ليس على إطلاقه لأن الشفيع لو أراد أخذ بعض المبيع وترك الباقى لم يملك ذلك جبرا على المشترى لضرر تفريق الصفقة ، وكذا لو كان المبيع دارين فى مصرين بيعتا صفقة واحدة ليس لشفيعهما أخذ إحداهما فقط إلا على قول زفر ، قيل وبه يفتى . أما لو كان شفيعا لإحداهما له أخذها وحدها إحياء لحقه كما سيأتى فى بابها إن شاء الله تعالى . ففى الفرع الأخير تفريق الصفقة للضرورة ، وهذا هو المراد من قول الشارح فى آخر الشفعة لو كانت دار الشفيع ملاصقة لبعض المبيع كان له الشفعة فيما لاصقه فقط ولو فيه تفريق الصفقة اهـ فالمراد ببعض المبيع إحدى الدارين كما قيده محشى الأشباه وغيره ، بخلاف الدار الواحدة والعلة ماذكرنا فافهم (قوله شرى شيئين) أى قيميين ، وهذه المسألة سيأتى تفصيلها فى الباب الآتى (قوله لما مر) أى قريبا من أن خيار العيب يمنع تمام الصفقة قبل القبض لابعده والله سبحانه وتعالى أعلم :

تم الجزء الرابع ، ويليه : الجزء الخامس ،

وأوله : باب فى خيار العيب

---

(١) (قول الشارح ولوالجية) ليس فى الولوالجية ما عزاه إليها ، وإنما فيها ما معناه أن استحقاق بعض المبيع المتعدد بعد القبض لا يوجب عيبا فى الباقى فليس للمشترى الرد بسبب الاستحقاق ، وهذا المعنى هو ما ذكره المحشى عن الدرر من فصل الاستحقاق وعبارة الولوالجية فى خيار الرؤية هكذا فههنا أربع مسائل : مسألة فى خيار الرؤية . ومسألة فى خيار الشرط . ومسألة فى خيار العيب . ومسألة فى خيار الاستحقاق ، وكل مسألة على ثلاثة أوجه : إما أن يكون قبل قبض جميع المبيع أو بعده أو بعد قبض البعض ، ثم قال بعدما ذكر تفاصيل الثلاث الأول : وفى المسألة الرابعة فى الوجه الأول والثالث المشترى أن يرد مالم يستحق وله أن لايرد لأن الصفقة تفرقت عليه قبل القبض . وفى الوجه الثانى ليس للمشترى خيار ، لأن الصفقة تفرقت عليه بعد التمام لأنها تفرقت عليه بعد القبض إلا أن للمستحق الإجازة اهـ . وبهذا تعلم ما فى عبارة الشارح من عدم التحرير ، على أنه كما قال العلامة ط : لاضرر بتفريق الصفقة هنا ، لأنه لو ردها لأخذ المستحق المقر به له فهو على كل حال مأخوذ على أن ضرره جاء من جهة نفسه بإقراره اهـ . وقد قال شيخنا أخذا من كلامهم : إن العبرة لما يتم فيه العقد حقيقة ، فكأن العقد لم يقع إلا على الضيعة فقط إذهى المملوكة له لاغير اهـ .

(٢) (قوله لأنه لما قبض الثوب والضيعة الخ) فى هذه العبارة نظر ظاهر لايخفى على المتأمل اهـ .

فهرست الجزء الرابع

من حاشية رد المحتار على الدر المختار

للعلامة السيد محمد أمين المعروف بابن عابدين

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

استدراك

ص	س	خطأ	صواب
٤٢٥	١٠	بالخانية	بالخيانة
٤٢٥	١١	نصيبه	نصبه
٤٢٧	٣	فى التفويص	فى التفويض
٤٣٠	١٣	أولى	أولى أى بلا تفصيل

حاشية
رد المحتار

لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين

على

الدر المختار شرح تنوير الأبصار

في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان

المجلد الخامس

دار الفكر
للطباعة والنشر والتوزيع

بيروت

حاشية رد المحتار

لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين

على

الدر المختار: شرح تنوير الأبصار

في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان

ويليه: تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف

وقد وضع الشرح والمتن بأعلا الصحائف

وبأسفل الصحائف تقارير لبعض العلماء

الجزء الخامس

الطبعة الثانية

١٣٨٦ هـ = ١٩٦٦ م

دار الفكر

١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م

« مَنْ يُرِدِ اللهُ بِهِ خَيْراً يُفَقِّهْهُ فِى الدِّين »

(حديث شريف)

بسم الله الرحمن الرحيم

باب خيار العيب

هو لغة مايخلو عنه أصل الفطرة السليمة ؛

بسم الله الرحمن الرحيم

باب خيار العيب

تقدم وجه ترتيب الخيارات ، والإضافة فيه من إضافة الشئ إلى سببه ؛ والعيب والعيبة والعاب بمعنى واحد ، يقال عاب المتاع : أى صار ذاعيب وعابه زيد يتعدى ولايتعدى فهو معيب ومعيوب أيضا على الأصل اه فتح . ثم إن خيار العيب يثبت بلا شرط ، ولا يتوقت ، ولا يمنع وقوع الملك للمشترى ، ويورث ، ويثبت فى الشراء والمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد ، وفى الإجارة ولو حدث بعد العقد والقبض ، بخلاف البيع ، وفى القسمة والصلح عن المال وبسط ذلك فى جامع الفصولين (قوله مايخلو عنه أصل الفطرة السليمة) زاد فى الفتح مما يعد به ناقصا اه أى لأن مالاينقصه لايعد عيبا . قال فى الشرنبلالية : والفطرة الخلقة التى هى أساس الأصل(١) ألا ترى أنه لو قال(٢) بعتك هذه الحنطة وأشار إليها فوجدها المشترى رديئة لم يكن علمها ليس له خيار الرد بالعيب لأن الحنطة تخلق جيدة

---

(١) (قوله هى أساس الأصل) الأساس والأصل بمعنى واحد ، فالإضافة بيانية ، والمذكور فى عبارات المشايخ أساس الفيء فكان الأولى له موافقتهم اه .

(٢) (قوله ألا ترى أنه لو قال الخ) هذا من كلام الشرنبلالى ، وهو تنوير على ما فى عبارته من تعريف العيب وتقييده بما قاله الكمال لا على ما ذكره المحشى من تعريف الفطرة فقط اه.

وشرعا ما أفاده بقوله

ورديئة ووسطا ، والعيب مايخلو عنه أصل الفطرة السليمة عن الآفات العارضة لها ، فالحنطة المصابة بهواء منعها تمام بلوغها الإدراك حتى صارت رقيقة الحب معيبة كالعفن والبلل والسوس اه :

قلت : وعن هذا قال فى جامع الفصولين : لايرد البر برداءته لأنها ليست بعيب ويرد المسوس والعفن ، وكذا لايرد إناء فضة برداءته بلا غش ، وكذا الأمة لاترد بقبح الوجه وسواده ، ولو كانت محترقة الوجه لايستبين لها قبح ولا جمال فله ردها اه . وفيه واقعة : شرى فرسا فوجده كبير السن ، قيل ينبغى أن لايكون له الرد إلا إذا شراه على أنه صغير السن ، لما مر من مسألة حمار وجده بطىء السير اه (قوله وشرعا ماأفاده الخ) أى المراد فى عرف أهل الشرع بالعيب الذى يرد به المبيع ماينقص الثمن أى الذى اشترى به كما فى الفتح ، قال لأن ثبوت الرد بالعيب لتضرر المشترى وما يوجب نقصان الثمن يتضرر به اه . وعبارة الهداية : وما أوجب نقصان الثمن فى عادة التجار فهو عيب ، لأن التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة اه . ومفاده أن المراد بالثمن القيمة لأن الثمن الذى اشتراه به قد يكون أقل من قيمته بحيث لايؤدى نقصانها بالعيب إلى نقصان الثمن به : والظاهر أن الثمن لما كان فى الغالب مساويا للقيمة عبروا به تأمل . والضابط عند الشافعية أنه المنقص للقيمة أو مايفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب فى أمثال المبيع عدمه ، فأخرجوا بفوات الغرض الصحيح مالو بان فوات قطعة يسيرة من فخذه أو ساقه ، بخلاف مالو قطع من أذن الشاة مايمنع التضحية فله ردها ، وبالغالب مالو كانت الأمة ثيبا مع أن الثيابة تنقص القيمة لكنه ليس الغالب عدم الثيابة اه . قال فى البحر : وقواعدنا لاتأباه للمتأمل اه .

قلت : ويؤيده مافى الخانية : وجد الشاة مقطوعة الأذن إن اشتراها للأضحية له الرد ، وكذا كل مايمنع التضحية وإن لغيرها فلا مالم يعده الناس عيبا ، والقول للمشترى أنه اشتراها للأضحية لو فى زمانها وكان من أهل أن يضحى اه : وكذا مافى البزازية : اشترى شجرة ليتخذ منها الباب فوجدها بعد القطع لاتصلح لذلك رجع بالنقص إلا أن يأخذ البائع الشجرة كما هى اه فقد اعتبر عدم غرض المشترى عيبا موجبا للرد ولكنه يرجع بالنقص ، لأن القطع مانع من الرد . وفيها أيضا : اشترى ثوبا أو خفا أو قلنسوة فوجده صغيرا له الرد اه أى لايصلح لغرضه : وفيها : لو كانت الدابة بطيئة السير لايرد إلا إذا شرط أنها عجول اه أى لأن بطء السير ليس الغالب عدمه ، فإن كلا من البطء والعجلة يكون فى أصل الفطرة السليمة . وفيها : اشترى دابة فوجدها كبيرة السن ليس له الرد إلا إذا شرط صغرها وسيأتى أن الثيوبة ليست بعيب إلا إذا شرط عدمها أى فله الرد لفقد الوصف المرغوب وبما ذكرنا (١) من الفروع ظهر أن قولهم فى ضابط العيب ماينقص الثمن عند التجار مبنى على الغالب وإلا فهو غير جامع وغير مانع . أما الأول فلأنه لايشمل مسألة الشجرة والثوب والخف والقلنسوة وشاة الأضحية ، لأن ذلك وإن لم يصلح لهذا المشترى يصلح لغيره فلا ينقص الثمن مطلقا . وأما الثانى فلأنه يدخل فيه مسألة الدابة والأمة الثيب فإن ذلك ينقص الثمن مع أنه غير

---

(١) (قوله وبما ذكرنا الخ) فيه أنا لانسلم ما استنتجه بل التعريف جامع ومانع إذ لايتصور غفلة المشايخ عنه من زمن الإمام إلى أن جاء ، وقيده بكلام الغير . أما ما أورده على عدم المنع فدفوع بما نقله ط من أن التعريف اللغوى ملحوظ فى الشرع ، إذ كبر سن الدابة وثيوبة الأمة يوجدان فى الفطرة الأصلية ، إذ ليس بقولهم ما تخلو المراد عنه الفطرة السليمة أنه يوجد خاليا من هذا الوصف ، بل المراد أنه لا يقال إنه على الفطرة السليمة حيث كان متصفا بهذا الوصف ، ولا شك أنه يقال فى الدابة الكبيرة والأمة الثيبة إنهما على الفطرة الأصلية . وأما ما أورده على عدم الجمع من الفروع فلا نسلم أن الرد فيها بخيار العيب بل الرد بسبب فوات الوصف المرغوب ، وقوله والظاهر أنهم لم يقصدوا حصر العيب غير مسلم بل الحصر ملحوظ فى التعاريف البتة ، وقوله فإن هذه العبارة الخ ممنوع بأنها جملة موصولة وقعت خبرا عن العيب المعرف بأل العهدية فكيف لا تفيد الحصر اه .

(من وجد بمشريه ما ينقص الثمن) ولو يسيرا جوهرة (عند التجار) المراد بهم أرباب المعرفة بكل تجارة وصنعة قاله المصنف (أخذه بكل الثمن أورده)

عيب، فعلم أنه لابد من تقييد الضابط بماذكره الشافعية : والظاهر أنهم لم يقصدوا حصر العيب فيما ذكر، لأن عبارة الهداية والكنز، وما أوجب نقصان الثمن عند التجار فهو عيب، فإن هذه العبارة لاتدل على أن غير ذلك لايسمى عيبا ، فاغتنم هذا التحرير :

ثم اعلم أنه لابد أن يكون العيب فى نفس المبيع ، لما فى الخانية وغيرها : رجل باع سكنى له فى حانوت لغيره فأخبر المشترى أن أجرة الحانوت كذا فظهر أنها أكثر قالوا ليس له الرد بهذا السبب، لأن هذا ليس بعيب فى المبيع اهـ:

قلت : المراد بالسكنى مايبنيه المستأجر فى الحانوت ويسمى فى زماننا بالكدك كما مر أول البيوع ، لكنه اليوم تختلف قيمته بكثرة أجرة الحانوت وقلتها ، فينبغى أن يكون ذلك عيبا تأمل (قوله من وجد بمشريه الخ) أطلقه فشمل ما إذا كان به عند البيع أو حدث بعده فى يد البائع بحر ، بخلاف ما إذا كان قبله وزال ثم عاد عند المشترى ؛ لما فى البزازية: لو كان به عرج فبرأ بمعالجة البائع ثم عاد عند المشترى لايرده ، وقيل يرده إن عاد بالسبب الأول :

[تنبيه] لابد فى العيب أن لايتمكن من إزالته بلا مشقة فخرج إحرام الجارية ، ونجاسة ثوب لاينقص بالغسل لتمكنه من تحليلها وغسله ، وأن يكون عند البائع ولم يعلم به المشترى، ولم يكن البائع شرط البراءة منه خاصا أو عاما ولم يزل قبل الفسخ كبياض انجلى وحمى زالت نهر ، فالقيود خمسة ، وجعلها فى البحر ستة فقال: الثانى أن لايعلم به المشترى عند البيع . الثالث أن لايعلم به عند القبض وهى فى الهداية اهـ لكن قال فى الشرنبلالية إنه يقتضى أن مجرد الرؤية رضا ويخالفه قول الزيلعى: ولم يوجد من المشترى مايدل على الرضا به بعد العلم بالعيب اهـ وكذا قول المجمع ولم يرض به بعد رؤيته اهـ :

قلت : صرح فى الذخيرة بأن قبض المبيع مع العلم بالعيب رضا بالعيب ، فما فى الزيلعى والمجمع لايخالف مامر عن الهداية، لأن ذاك جعل نفس القبض بعد رؤية العيب رضا وما فى الزيلعى صادق عليه ، ويدل عليه أن الزيلعى قال: والمراد به عيب كان عند البائع وقبضه المشترى من غير أن يعلم به ولم يوجد من المشترى مايدل على الرضا به بعد العلم بالعيب، فقوله وقبضه الخ يدل على أنه لو قبضه عالما بالعيب كان قبضه رضا فقوله ولم يوجد من المشترى الخ أعم مما قبله ، أو أراد به مالو علم بالعيب بعد القبض :

[تتمة] فى جامع الفصولين : لو علم المشترى إلا أنه لم يعلم أنه عيب ثم علم ينظر ، إن كان عيبا بينا لايخفى على الناس كالغدة ونحوها لم يكن له الرد ، وإن خفى فله الرد ، ويعلم منه كثير من المسائل اهـ . وفى الخانية : إن اختلف التجار فقال بعضهم إنه عيب وبعضهم لا ليس له الرد إذا لم يكن عيبا بينا عند الكل اهـ (قوله ولو يسيرا) فى البزازية اليسير ما يدخل تحت تقويم المقومين ، وتفسيره أن يقوم سليما بألف ومع العيب بأقل ، وقومه آخر مع العيب بألف أيضا . والفاحش مالو قوم سليما بألف وكل قوموه مع العيب بأقل اهـ (قوله بكل تجارة) الأولى من كل تجارة : قال ح : يعنى أنه يعتبر فى كل تجارة أهلها وفى كل صنعة أهلها (قوله أخذه بكل الثمن أورده) أطلقه فشمل ما إذا رده فورا أو بعد مدة لأنه على التراخى كما سيذكره المصنف . ونقل ابن الشحنة (١)

---

(١) (قوله ونقل ابن الشحنة الخ) عبارته فى شرح الوهبانية من فصل الرد بالعيب : رجل اشترى شيئا فعلم بعيب قبل القبض فقال أبطلت البيع بطل البيع لو بمحضر من البائع وإن لم يقبل البائع : وإن قال ذلك فى غيبة البائع لايبطل البيع ، وإن علم بعيب بعد القبض فقال أبطلت البيع الصحيح أنه لا يبطل إلا بقضاء أو رضا اهـ .

مالم يتعين إمساكه كحلالين أحرما أو أحدهما . وفى المحيط : وصى أو وكيل أو عبد مأذون شرى شيئا بألف وقيمته ثلاثة آلاف لم يرده بعيب للإضرار بيتيم وموكل ومولى ، بخلاف خيار الشرط والرؤية أشباه ؛ وفى النهر : وينبغى الرجوع بالنقصان كوارث اشترى من التركة كفناء ووجد به عيبا ، ولو تبرع بالكفن أجنبى لايرجع ،

عن الخانية : لو علم بالعيب قبل القبض فقال أبطلت البيع بطل لو بحضرة البائع ، وإن لم يقبل ولو فى غيبته لايبطل إلا بقضاء أو رضا اه . وفى جامع الفصولين : ولو رده بعد قبضه لاينفسخ إلا برضا البائع أو بحكم . قال الرملى : وقوله إلا برضا البائع يدل على أنه لو وجد الرضا بالفعل كتسلمه من المشترى حين طلبه الرد ينفسخ البيع ، لأن من المقرر عندهم أن الرضا يثبت تارة بالقول وتارة بالفعل ؛ وقدم فى بيع التعاطى : لو ردها بخيار عيب والبائع متيقن أنها ليست فأخذها ورضى فهى بيع بالتعاطى كما فى الفتح وفيه أيضا أن المعنى يقوم مقام اللفظ فى البيع ونحوه اه . وأما ما يقع كثيرا من أنه إذا اطلع على عيب يرد المبيع إلى منزل البائع ويقول دونك دابتك لا أريدها فليس برد ، وتهلك على المشترى ولو تعهدها البائع حيث لم يوجد بينهما فسخ قولا أو فعلا (قوله مالم يتعين إمساكه) قيد للتخيير بين الأخذ والرد ، فإذا وجد مايمنع الرد تعين الأخذ ، لكن فى بعض الصور يرجع بنقصان العيب ، وفى بعضها لايرجع كما يأتى قريبا ، وكذا سيأتى عند قول المصنف : حدث عيب آخر عند المشترى رجع بنقصانه .

ومما يمنع الرد مافى الذخيرة : اشترى من آخر عبدا وباعه من غيره ثم اشتراه من ذلك الغير فرأى عيبا كان عند البائع الأول لم يرده على الذى اشتراه منه لأنه غير مفيد ، إذلو رده يرده الآخر عليه ، ولا على البائع الأول لأن هذا الملك غير مستفاد من جهته اه . ولو وهبه البائع الثمن ثم وجد بالمبيع عيبا ، قيل لايرد ، وقيل يرد ، ولو قبل القبض يرده اتفاقا خانية ، ثم جزم بالقول الثانى ، وجزم فى البزازية بالأول . ومن ذلك مافى كافى الحاكم اشتريا جارية فوجدا بها عيبا فرضى أحدهما لم يكن للآخر ردها عنده وله رد حصته عندهما (قوله كحلالين أحرما أو أحدهما) يعنى إذا اشترى أحد الحلالين من الآخر صيدا ثم أحرما أو أحدهما ثم وجد المشترى به عيبا امتنع رده ورجع بالنقصان اه ح عن البحر ، فالمراد بتعين إمساكه عدم رده على البائع ، فلا ينافى وجوب إرساله كما مر فى الحج (قوله وقيمته ثلاثة آلاف)الظاهر أن المدار على الزيادة التى تركها يكون مضرا اه ط (قوله للإضرار الخ) قلت : قد يكون العيب مرضا يفضى إلى الهلاك فيجب أن يستثنى مقدسى ، وفيه نظر لأن فرض المسألة فيما قيمته زائدة على ثمنه مع وجود ذلك العيب فيه ، ومثله لايكون عيبه مفضيا إلى الهلاك(١) تأمل (قوله بخلاف خيار الشرط والرؤية) أى حيث يكون لهم الرد لعدم تمام الصفقة كما فى البحر ح (قوله وينبغى الرجوع بالنقصان) عبارة النهر وفى مهر فتح القدير : لو اشترى الذمى خمرا وقبضها وبها عيب ثم أسلم سقط خيار الرد اه . وفى المحيط : وصى أو وكيل الخ ثم قال فى النهر : وينبغى الرجوع بالنقصان فى المسألتين اه أى مسألة مهر الفتح ومسألة المحيط (قوله كوارث الخ) أى فإنه يمتنع الرد ويرجع بالنقصان كما فى البحر ح (قوله اشترى من التركة) أى بثمن من تركة الميت (قوله لايرجع) أى الأجنبى على بائعه . قال فى السراج لأنه لما اشترى الثوب ملكه

---

(١) (قوله ومثله لايكون عيبه مفضيا إلى الهلاك) قال شيخنا : قد يكون عيبه مفضيا إلى الهلاك ، بأن يكون عبدا يساوى ألفا ثم اعتراه داء يفضى إلى الهلاك غالبا فنزلت قيمته إلى مائة مثلا وبيع بنصف القيمة بعد العيب فهذا قيمته أكثر من ثمنه وداؤه مفض إلى الهلاك ، إذ ما دام حيا هو مال متقوم لتوهم شفاه ، سبحان من يحيى العظام هى رميم .

وهذه إحدى ست مسائل لارجوع فيها بالنقصان مذكورة فى البزازية ، وذكرنا فى شرحنا للملتقى معزيا للقنية أنه قد يرد بالعيب ولايرجع بالثمن (كالإباق) إذا أبق من المشترى إلى البائع فى البلدة

وبالتكفين يزول ملكه عنه(١). وزوال الملك بفعل مضمون يسقط الأرش. وأمامافى الوجه الأول فإن مقدار الكفن لايملكه الوارث من التركة ، فإذا اشتراه وكفن به لم ينتقل بالتكفين عن الملك الذى أوجبه العقد ، وقد تعذر فيه الرد فرجع بالأرش اهـ ومثله فى الذخيرة (قوله وهذه إحدى ست مسائل الخ) تبع فى ذلك صاحب النهر حيث قال : لايرجع بالنقصان فى مسائل ، ثم نقل ست مسائل عن البزازية ليس فيها التصريح بعدم الرجوع إلا فى مسألة واحدة ، وهى لو باع الوارث من مورثه فمات المشترى وورثه البائع ووجد به عيبا رد إلى الوارث (٢) الآخر إن كان ، فإن لم يكن له سواه لايرده ولا يرجع بالنقصان فافهم . وزاد فى البحر مسألة أخرى عن المحيط : لو اشترى المولى من مكاتبه فوجد عيبا لايرد ولايرجع ولا يخاصم بائعه لكونه عبده اهـ وسيأتى مسائل أخر فى الشرح والمتن عند قول المصنف حدث عيب آخر عند المشترى رجع بنقصانه الخ . وذكر الشارح فى كتاب الغصب مسألة أخرى عند قول المصنف خرق ثوبا ، وهى مالو شرى حياصة فضة مموهة بالذهب بوزنها فضة فزال تمويهها عند المشترى ثم وجد بها عيبا فلارجوع بالعيب القديم لتعيبها بزوال التمويه ولا بالنقصان للزوم الربا . ومنها مافى البزازية : كل تصرف يدل على الرضا بالعيب بعد العلم به يمنع الرد والرجوع بالنقص (قوله معزيا للقنية) قال فيها : وفى تتمة الفتاوى الصغرى : باع عبدا وسلمه ووكل رجلا بقبض ثمنه فقال الوكيل قبضته فضاع أودفعته إلى الآمر وجحد الآمر كله فالقول للوكيل مع يمينه وبرئ المشترى من الثمن ، فلو وجد به عيبا ورده لايرجع بالثمن على البائع لعدم ثبوت القبض فى زعمه ، لا على الوكيل لأنه لاعقد بينهما وإنما هو أمين فى قبض الثمن ، وإنما يصدق فى دفع الضمان عن نفسه . قال رضى الله عنه : وعرف به أنه إذا صدق الآمر الوكيل فى الدفع إليه يرجع المشترى بعد الرد بالعيب بالثمن على الآمر دون القابض اهـ ح (قوله كالإباق) بالكسر اسم ، يقال أبق أبقا من باب تعب وقتل وضرب وهو الأكثر كما فى المصباح . وفى الجوهرة عن الثعالبى : الآبق الهارب من غير ظلم السيد ، فلو من ظلمه سمى هاربا فعلى هذا الإباق عيب لا الهرب ، أطلقه فشمل مالو كان من المولى أو من مودعه أو المستعير منه أو المستأجر ، وما إذا كان مسيرة سفر أولا ، خرج من البلدة أولا . قال الزيلعى : والأشبه أن البلدة لو كبيرة كالقاهرة كان عيبا وإلا لا بأن كان لايخفى عليه أهلها أو بيوتها فلا يكون عيبا نهر ، ويأتى أنه لابد من تكرره بأن يوجد عند البائع وعند المشترى (قوله إلا إذا أبق من المشترى إلى البائع) وكذا لو أبق من الغاصب إلى المولى أو إلى غيره إذا لم يعرف بيت المالك ، أو لم يقو على الرجوع (٣) . إليه نهر (قوله فى البلدة) قيد به لما فى النهر عن القنية : لو أبق من قرية

---

(١) (قوله وبالتكفين يزول ملكه عنه) ناقشه شيخنا بما صرحوا به فى الجنائز : لوتبرع بالكفن شخص لم يخرج الكفن بالتكفين عن ملك المتبرع ، حتى لو افترس الميت سبع فالكفن للمتبرع فينبغى المصير إلى ماقاله العلامة ط . وعبارته هكذا : قوله ولو تبرع بالكفن أجنبى لا يرجع ، يعنى لو اشترى أجنبى كفنا من ماله تبرعا للميت ثم وجد به عيبا لايرده ولا يرجع ، والتعبير بالأجنبى اتفاق . قال المقدسى فى شرح الكنز : ولو اشترى كفنا لميت ثم وجد به عيبا لايرد ، كذا فى الخلاصة وفى حاشيتها لتعلقه بحق الميت ولا يرجع بنقص العيب لاحتمال أن يفترسه سبع فيعود الملك للمشترى فيتمكن من الرد ، ومالم يقع يأس من الرد لا يرجع بنقصه اهـ فهذا صريح أيضا فيما قاله شيخنا من عدم زوال ملك المتبرع بالتكفين اهـ .

(٢) (قوله ووجد به عيبا رد إلى الوارث الخ) الصواب إسقاط إلى ووصل الضمير بالفعل ، أى رده الوارث الآخر على الوارث البائع اهـ .

(٣) قوله (أو لم يقو على الرجوع الخ) أى بأن عظمت المسافة بينه وبين المولى مثلا اهـ.

ولم يختف عنده فإنه ليس بعيب :

واختلف فى الثور ، والأحسن أنه عيب ، وليس للمشترى مطالبة البائع بالثمن قبل عوده من الإباق ابن ملك قنية (والبول فى الفراش والسرقة) إلا إذا سرق شيئا للأكل من المولى أو يسيرا كفلس أو فلسين ؛ ولو سرق عند المشترى أيضا فقطع رجع بربع الثمن لقطعه بالسرقتين جميعا ؛ ولو رضى البائع بأخذه رجع بثلاثة أرباع ثمنه عينى (وكلها تختلف صغرا) أى مع التمييز وقدروه بخمس سنين ، أو أن يأكل ويلبس وحده ، وتمامه فى الجوهرة فلو لم يأكل ولم يلبس وحده لم يكن عيبا ابن ملك (وكبرا) لأنها فى الصغر

المشترى إلى قرية البائع يكون عيبا (قوله ولم يختف) فلو اختفى عند البائع يكون عيبا لأنه دليل التمرد (قوله والأحسن أنه عيب) وقيل لا مطلقا ، وقيل إن دام على هذا الفعل فعيب لا لو مرتين أو ثلاثا ، والظاهر أن غير الثور من البهائم كالثور ط (قوله قبل عوده من الإباق) ومثله قبل موته كما فى البحر ، فإن مات آبقا يرجع بنقصان العيب كما فى الهندية ومؤنة الرد على المشترى فيما له حمل ومؤنة بحر . ويرده فى موضع العقد زادت قيمته أو نقصت أو فى موضع التسليم لو اختلف عن موضع العقد كما فى الخانية سائحانى (قوله ابن ملك قنية) فى بعض النسخ وقنية بزيادة واو العطف وهى أحسن ، وذكر المسألة أيضا فى البحر عن جامع الفصولين (قوله والسرقة) سواء أوجبت قطعا أو لا كالنباش والطرار وأسبابها فى حكمها ، كما إذا نقب البيت وإطلاقهم يعم الكبرى كما فى الظهيرية ح عن النهر (قوله إلا إذا سرق شيئا للأكل من المولى) أى فإنه لا يكون عيبا ، بخلاف ما إذا سرق ليمنعه أو سرقه من غير المولى ليأكله فإنه عيب فيهما بحر فافهم ، وظاهره قصر ذلك على المأكول ، ويفيده قول البزازية : وسرقة النقد مطلقا عيب وسرقة المأكولات للأكل من المولى لا يكون عيبا . قال فى النهر : وينبغى أنه لو سرق من المولى زيادة على ما يأكله عرفا يكون عيبا (قوله أو يسيرا كفلس أو فلسين) جزم به الزيلعى ، وظاهر ما فى المعراج أنها قويلة وأن المذهب الإطلاق ، وعلى هذا القول ما دون الدرهم كذلك كما ذكره فيه بحر (قوله ولو سرق الخ) ستأتى هذه المسألة أواخر الباب عند قول المصنف قتل المقبوض أو قطع الخ وهى مذكورة فى الهداية (قوله أيضا) أى بعد ما سرق عند البائع (قوله رجع بربع الثمن) سواء كانت السرقة متكررة عندهما ، أو اتحدت عند أحدهما وتكررت عند الآخر كما يفيده التعليل .

ووجه الرجوع بالربع أن دية اليد فى الحر نصف دية النفس ، وفى الرقيق نصف القيمة ، وقد تلف هذا النصف بسببين : تحقق أحدهما عند البائع والآخر عند المشترى فيتنصف الموجب فيرجع بنصف النصف وهو الربع ، وأطلق فيه فشمل ما إذا طلب رب المال المسروق فى السرقتين أو فى إحداهما دون الأخرى ، وهذا التعليل يفيد اعتبار القيمة لا الثمن . وقد يقال : إنما عبر به نظرا إلى أن الغالب أن الثمن قدر القيمة ط (قوله رجع بثلاثة أرباع ثمنه) أى رجع المشترى عليه بذلك ، لأن ربع الثمن سقط عن البائع بالسرقة الثانية (قوله أو أن يأكل الخ) قال فى النهر : وفسره أى التمييز بعضهم بأن يأكل ويشرب ويستنجى وحده ، وهذا يقتضى أن يكون ابن سبع لأنهم قدروه بذلك فى الحضانة ، لكن وقع التصريح فى غير موضع بتقديره بخمس سنين فما فوقها ، وما دون ذلك لا يكون عيبا اهـ .

قلت : والفرق بين البابين أن المدار هنا على الإدراك وهناك على الاستغناء عن النساء تأمل (قوله وتمامه فى الجوهرة) لم أر فيها زيادة على ما هنا إلا أنه ذكر فيها التقدير الأول عند قوله والبول فى الفراش ، والثانى عند قوله والسرقة ، وظاهر البحر وغيره عدم الفرق بين الموضعين (قوله لأنها) أى هذه العيوب الثلاثة

لقصور عقل وضعف مثانة عيب ، وفى الكبر لسوء اختيار وداء باطن عيب آخر ، فعند اتحاد الحالة بأن ثبت إباقه عند بائعه ثم مشتريه كلاهما فى صغره أو كبره له الرد لاتحاد السبب ، وعند الاختلاف لا لكونه عيبا حادثا كعبد حم عند بائعه ثم حم عند مشتريه ، إن من نوعه له رده وإلا لا عينى .

بقى لو وجده يبول ثم تعيب حتى رجع بالنقصان ثم بلغ هل للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ ينبغى نعم فتح .

(والجنون) هو اختلاف القوة التى بها إدراك الكليات تلويح ، وبه علم تعريف العقل أنه القوة المذكورة ، ومعدنه القلب وشعاعه فى الدماغ درر (وهو لايختلف بهما) لاتحاد سببه ، بخلاف ما مر ؟ وقيل يختلف عينى ؛

(قوله لقصور عقل) يرجع إلى الإباق والسرقة ، كما أن قوله بعده لسوء اختيار يرجع إليهما أيضا ط (قوله فعند اتحاد الحالة الخ) تفريع على اختلافها صغرا وكبرا (قوله بأن ثبت إباقه) أى أو بوله أو سرقته (قوله عند بائعه) أو عند بائع بائعه (قوله ثم مشتريه) أفاد أنه لو ثبت عند البائع ولم يعد عند المشترى لايرد ، وهو الصحيح كما فى جامع الفصولين (قوله إن من نوعه) بأن حم فى الوقت الذى كان يحم فيه عند البائع كما فى النهر (قوله لو وجده يبول)أى وهوصغير وثبت بوله عند بائعه أيضا (قوله حتى رجع بالنقصان) أى نقصان البول ، لأنه بالعيب الحادث امتنع الرد ، فتعين الرجوع بالنقصان . والظاهر أن العيب الحادث غير قيد ، بل مثله مالو أراد الرد فصالحه البائع عن العيب على شىء معلوم .

ثم رأيت فى النهر عن الخانية : اشترى جارية وادعى أنها لاتحيض واسترد بعض الثمن ثم حاضت ، قالوا : إن كان البائع أعطاه على وجه الصلح عن العيب كان للبائع أن يسترد ذلك اه وسيأتى آخر الباب تقييد الشارح ذلك بما إذا زال العيب بلا علاجه (قوله ينبغى نعم) نقل ذلك فى الفتح عن والد صاحب الفوائد الظهيرية ، وأنه قال لارواية فيه ، وأنه استدل لذلك بمسألتين : إحداهما إذا اشترى جارية ذات زوج كان له ردها ، ولو تعيبت بعيب آخر رجع بالنقصان ، فلو أبانها زوجها كان للبائع أن يسترد النقصان لزوال ذلك العيب ، فكذا فيما نحن فيه ؟ والثانية إذا اشترى عبدا فوجده مريضا كان له الرد ، ولو تعيب بعيب آخر رجع بالنقصان ، فإذا رجع ثم برئ بالمداواة لايسترد وإلا استرد ، والبلوغ هنا لابالمداواة فينبغى أن يسترد اه (قوله تلويح) قال فى البحر : وفى التلويح : الجنون اختلال القوة المميزة بين الأشياء الحسنة والقبيحة المدركة للعواقب انتهى : والأخصر اختلال القوة التى بها إدراك الكليات اه وأشار بقوله والأخصر إلى أن المؤدى واحد ، فما عزاه الشارح إلى التلويح نقل بالمعنى فافهم (قوله ومعدنه القلب الخ) سئل على رضى الله تعالى عنه عن معدن العقل ، فقال : القلب ، وإشراقه إلى الدماغ ، وهو خلاف ماذكره الحكماء ، وقول على أعلى عند العلماء من بشرح بدء الأمالى للقارى (قوله وهو لايختلف بهما) فلو جن فى الصغر فى يد البائع ثم عاوده فى يد المشترى فى الصغر أو فى الكبر يرده لأنه عين الأول لأن سبب الجنون فى حال الصغر والكبر متحد ، وهو فساد الباطن : أى باطن الدماغ ، وهذا معنى قول محمد رحمه الله تعالى : والجنون عيب أبدا ، لاماقيل إن معناه أنه لانشترط المعاودة للجنون فى يد المشترى فيرد بمجرد وجوده عند البائع فإنه غلط ، لأن الله تعالى قادر على إزالته بإزالة سببه وإن كان قلما يزول ، فإذا لم يعاوده جاز كون البيع صدر بعد الإزالة ، فلا يرد بلا تحقق قيام العيب فلابد من المعاودة ، وهذا هو الصحيح ، وهو المذكور فى الأصل والجامع الكبير ، واختاره الإسبيجابى فتح (قوله وقيل يختلف) فيكون مثل مامر من الإباق

ومقداره فوق يوم وليلة ، ولابد من معاودته عند المشترى فى الأصح، وإلا فلا رد إلا فى ثلاث : زنا الجارية ، والتولد من الزنا ، والولادة فتح :

قلت : لكن فى البزازية الولادة ليست بعيب إلا أن توجب نقصانا وعليه الفتوى ، واعتمده فى النهر : وفيه : الحبل عيب فى بنات آدم لا فى البهائم والجذام والبرص والعمى والعور والحول والصمم والخرس والقروح والأمراض عيوب ، وكذا الأدر وهو انتفاخ الأنثيين والعنين والخصى عيب ، وإن اشترى على أنه خصى فوجده فحلا

ونحوه فلابد من تكرزه فى الصغر أو فى الكبر وهذا قول ثالث (قوله ومقداره فوق يوم وليلة) جزم به الزيلعى وقيل هو عيب ولو ساعة ، وقيل المطبق نهر ، والمطبق بفتح الباء بحر ، ومر تعريفه فى الصوم (قوله فى الأصح) قد علمت أن مقابله غلط (قوله إلا فى ثلاث الخ) فيه أن الكلام فى معاودة الجنون وهذه ليست منه ، وهى مستثناة من اشتراط المعاودة مطلقا . وعبارة البحر : الأصل أن المعاودة عند المشترى بعد الوجود عند البائع شرط للرد إلا فى مسائل الخ (قوله والتولد من الزنا) بأن يكون الرقيق متولدا من الزنا ، لكن هذا مما لا تمكن معاودته ط (قوله والولادة) قال فى الفتح : إذا ولدت الجارية عند البائع لا من البائع أو عند آخر فإنها ترد على رواية كتاب المضاربة وهو الصحيح وإن لم تلد ثانيا عند المشترى ، لأن الولادة عيب لازم ، لأن الضعف الذى حصل بالولادة لا يزول أبدا ، وعليه الفتوى . وفى رواية كتاب البيوع لا ترد اهـ وقوله لا من البائع لأنها لو ولدت منه صارت أم ولده فلا يصح بيعها . قال فى الشرنبلالية : وقوله وإن لم تلد ليس المراد ما يوهم الرد بعد ولادتها عند المشترى لامتناعه بتعيبها عنده بالولادة ثانيا مع العيب السابق بها اهـ .

قلت : هذا مسلم إن حصل بالولادة الثانية عيب زائد على الأول فتأمل (قوله فتح) صوابه بحر لأنه فى الفتح لم يذكر إلا الأخيرة (قوله واعتمده في النهر) حيث قال : وعندى أن رواية البيوع أوجه ، لأن الله تعالى قادر على إزالة الضعف الحاصل بالولادة . ثم رأيت فى البزازية عن النهاية : الولادة ليست بعيب إلا أن توجب نقصانا وعليه الفتوى اهـ وهذا هو الذى ينبغى أن يعوّل عليه اهـ كلام النهر .

أقول : الذى رأيته فى نسختين من البزازية ، وكذا في غيرها نقلا عنها ما نصه : اشتراها وقبضها ثم ظهر ولادتها عند البائع لا من البائع وهو لا يعلم ، فى رواية المضاربة عيب مطلقا لأن التكسر الحاصل بالولادة لا يزول أبدا وعليه الفتوى . وفي رواية إن نقصتها الولادة عيب ، وفى البهائم ليست بعيب إلا أن توجب نقصانا وعليه الفتوى اهـ فقوله . وفى البهائم كأنه وقع فى نسخة صاحب النهر ، وفى النهاية فظنه تصحيحا للرواية الثانية فى مسألة الجارية ، وهو تصحيف من الكاتب بنى عليه ما زعمه وليس كذلك ، فلم يكن فى المسألة اختلاف تصحيح ، بل التصحيح الثانى لولادة البهيمة فافهم (قوله الحبل عيب الخ) نص على هذا التفصيل فى كافى الحاكم فصار الحبل فى حكم الولادة على ما عرفته وعلله فى السراج بأن الجارية تراد للوطء والتزويج والحبل يمنع من ذلك، وأما فى البهائم فهو زيادة فيها (قوله وكذا الأدر) بفتح الهمزة والدال مع القصر ، أما ممدود الهمزة فهو من به الأدر وفعله كفرح والاسم الأدرة بالضم ، وقوله الأنثيين غير شرط بل انتفاخ أحدهما كاف فيما يظهر ط (قوله والعنين) الظاهر أن الياء زائدة من النساخ والأصل والعنن بنونين فيكون قوله والخصى بكسر ففتح(١) وعبارة الخانية والعنة عيب وكذا الخصى والأدرة (قوله عيب) مصدر يصدق بالمتعدد وغيره فلا ينافى جعله خبرا عن شيئين ، وعلى

---

(١) (قوله فيكون قوله والخصى بكسر ففتح) يلزم عليه أنه مقصور مع أنه ممدود ككساء كما فى المصباح وبه تعلم ما فى قوله بعد فى عبارة الخانية ، وكذا الخصى تأمل اهـ مصححه .

فلا خيار له جوهرة (والبخر) نتن الفم (والذفر) نتن الإبط ، وكذا نتن الأنف بزازية (والزنا والتولد منه) كلها عيب (فيها)لافيه ولو أمرد فى الأصح خلاصة (إلا أن يفحش الأولان فيه) بحيث يمنع القرب من المولى (أو يكون الزناعادة له) بأن يتكرر أكثر من مرتين ، واللواطة بها عيب مطلقا؛ وبه إن مجانا لأنه دليل الأبنة وإن بأجر لاقنية. وفيها : شرى حمارا تعلوه الحمر إن طاوع فعيب وإلا لا ، وأما التخنث بلين صوت وتكسر مشى فإن كثر رد ، لا إن قل بزازية (والكفر) بأقسامه وكذا الرفض والاعتزال بحر بحثا

كون النسخة العنين والخصى بالتشديد فيهما يكون التقدير ذوا عيب (قوله فلا خيار له) لأن الخصاء عند الإمام فى العبد عيب فكأنه شرط العيب فبان سليما . وقال الثانى : الخصى أفضل لرغبة الناس فيه فيخير بزازية ، وجزم فى الفتح بقول الثانى ، ومقتضاه جريان الخلاف أيضا فيما لو شرى الجارية على أنها مغنية لأن الغناء عيب شرعا كالخصاء كما قدمناه قبيل خيار الرؤية (قوله والبخر) بالموحدة المفتوحة والخاء المعجمة من حد تعب . أما بالجيم فانتفاخ ماتحت السرة ، وهو عيب فى الغلام أيضا . وفى الفتح : البخر الذى هو العيب الناشىء من تغير المعدة دون مايكون لقلح فى الأسنان فإن ذلك يزول بتنظيفها اه نهر : والقلح بالقاف والحاء المهملة محركا : صفرة الأسنان كما فى القاموس ، وهذا أولى مما قيل إنه بالفاء والجيم : وهو تباعد مابين الأسنان (قوله والدفر) بفتح الدال المهملة والفاء وسكونها أيضا ، أما بالذال المعجمة فبفتح الفاء لاغير ، وهو حدة من طيب أو نتن . قال فى العناية : منه قولهم مسك أذفر وإبط ذفر ، وهو مراد الفقهاء من قولهم : الذفر عيب فى الجارية اه وأصله فى المغرب إلا أن كونه مراد الفقهاء لاغير فيه نظر ، إذ لايشترط فى كونه عيبا شدته ، فالأولى كونه بالمهملة فتدبر نهر (قوله وكذا نتن الأنف) الظاهر أنه يقال فيه ذفر بالمعجمة ونتن ريح الإبط بهما نهر (قوله كلها عيب فيها لافيه) أى فى الجارية لافى الغلام ، لأن الجارية قد يراد منها الاستفراش ، وهذه المعانى تمنع منه ، بخلاف الغلام لأنه للاستخدام ، وكذا التولد من الزنا ، لأن الولد يعير بالأم التى هى ولد الزنا كما فى العزمية عن المعراج (قوله خلاصة) نص عبارتها : والأصح أن الأمرد وغيره سواء اه ، وبه سقط مافى حاشية نوح أفندى والوانى أنه فى الخلاصة جعل البخر فى الغلام الأمرد عيبا فتدبر (قوله بأن يتكرر) لأن اتباعهن مخل بالخدمة درر (قوله واللواطة بها) أى بالمرأة بأن كانت تطلب من الناس ذلك (قوله عيب مطلقا) أى مجانا أو بأجرة لأنه يفسد الفراش بحر (قوله وبه إن مجانا) الظاهر تقييده بما إذا تكرر (قوله لأنه دليل الأبنة) فى القاموس : الأبنة بالضم العقدة فى العود والعيب اه والمراد هنا عيب خاص ، وهو داء فى الدبر تنفعه اللواطة (قوله والكفر) لأن طبع المسلم ينفر عن صحبته ولأنه يمنع صرفه فى بعض الكفارات فتختل الرغبة ، فلو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلما لايرد لأنه زوال العيب هداية : زاد فى الشرنبلالية : أى ولو كان المشترى كافرا ذكره فى المنبع شرح المجمع والسراج الوهاج كذا بخط العلامة الشيخ على المقدسى اه ، أى لأن الإسلام خير محض وإن شرط المشترى الكافر عدمه (قوله بحر بحثا) حيث قال : ولم أر مالو وجده خارجا عن مذهب أهل السنة كالمعتزلى والرافضى ، وينبغى أن يكون كالكافر ، لأن السنى ينفر عن صحبته وربما قتله الرافضى ، لأن الرافضة يستحلون قتلنا اه . وأنت خبير بأن الصحيح فى المعتزلة والرافضة وغيرهم من المبتدعة أنه لايحكم بكفرهم وإن سبوا الصحابة أو استحلوا قتلنا بشبهة دليل كالخوارج الذين استحلوا قتل الصحابة ، بخلاف الغلاة منهم كالقائلين بالنبوة لعلى والقاذفين لصديقة فإنه ليس لهم شبهة دليل فهم كفار كالفلاسفة كما بسطناه فى كتابنا [تنبيه الولاة والحكام على حكم شاتم خير الأنام] وقدمنا بعضه فى باب الردة . وبه ظهر أن مراد البحر غير الكافر منهم ولذا شبهه بالكافر ، وبه سقط اعتراض

عيب (فيهما) ولو المشترى ذميا سراج (وعدم الحيض) لبنت سبعة عشر وعندهما خمسة عشر ، ويعرف بقولها إذا انضم إليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح ماتقى .

النهر بأن الرافضى الساب للشيخين داخل فى الكافر ، وكذا ماأجاب به بعضهم من أن مراد البحر المفضل لاالساب فافهم (قوله عيب فيهما) أى فى الجارية والغلام (قوله ولو المشترى ذميا سراج) عبارة المعراج على مافى البحر الكفر عيب ، ولو اشتراها مسلم أو ذمى . قال فى البحر : وهو غريب فى الذمى اه وكذا قال فى النهر : ولم أره فى كلام غير المعراج ، كيف ولا نفع للذمى بالمسلم لأنه يجبر على إخراجه عن ملكه اه يعنى أنه لو ظهر مشترى الذمى مسلما ليس له الرد كما قدمناه مع أنه لايمكن من إبقائه على ملكه فإذا ظهر كافرا يكون عدم الرد بالأولى لأنه يبقى على ملكه فهو أنفع له من المسلم فكيف يكون كفره عيبا فى حق الذمى دون إسلامه ، هذا تقرير كلامه فافهم . وقد يجاب بأن الإسلام نفع محض شرعا وعقلا فلا يكون عيبا فى حق أحد أصلا ، بخلاف الكفر فإنه أقبح العيوب شرعا وعقلا فهو عيب محض فى حق الكل ، ولذا قال المصنف فى المنح بعد مامر عن البحر .

أقول : ليس بغريب ، لما علم من أن العيب ماينقص الثمن عند التجار ، ولا شك أن الكفر بهذه المثابة ، لأن المسلم ينفر عنه وغيره لايرغب فى شرائه لعدم الرغبة فيه من الكل وهو أقبح العيوب ، لأن المسلم ينفر عن صحبته ولا يصلح للإعتاق فى بعض الكفارات فتختل الرغبة اه .

قلت : ويؤيده أنها لو ظهرت مغنية له الرد مع أن بعض الفسقة يرغب فيها ويزيد فى ثمنها لأنه عيب شرعا ، وكذا لو ظهر الأمرد أبخر ليس له الرد مع أنه عيب عند بعض الفسقة ، لكنه ليس بعيب شرعا ، لأنه لايخل بالاستخدام وإن أخل بغرض المشترى الفاسق ، نعم يشكل عليه مافى الخانية : يهودى باع يهوديا زيتا وقعت فيه قطرات خمر جاز البيع ، وليس له الرد لأن هذا ليس بعيب عندهم اه تأمل (قوله وعدم الحيض) لأن ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ، لأن الحيض مركب فى بنات آدم ، فإذا لم تحض فالظاهر أنه لداء فيها وذلك الداء هو العيب ، وكذا الاستحاضة لداء فيها زيلعى (قوله وعندهما خمسة عشر) وبقولهما يفتى ط ، فانقطاع الحيض لايكون عيبا إلا إذا كان فى أوانه ، أما انقطاعه فى سن الصغر أو الإياس فلا اتفاقا كما فى البحر عن المعراج . قال فى النهر : ويجب أن يكون معناه إذا اشتراها عالما بذلك . وفى المحيط : اشتراها على أنها تحيض فوجدها لاتحيض إن تصادقا على أنها لاتحيض بسبب الإياس فله الرد لأنه عيب لأنه اشتراها للحبل والآيسة لاتحبل اه .

قلت : مافى المحيط ظاهر لأنه حيث اشترط حيضها كان فوات الوصف المرغوب ، أما إذا لم يشترطه فالظاهر أنها لاترد لما قدمناه عن البزازية : لو وجد الدابة كبيرة السن لاترد إلا إذا شرط صغرها فتدبر . وفى القنية : وجدها تحيض كل ستة أشهر مرة فله الرد (قوله ويعرف بقولها الخ) قال فى الهداية : ويعرف ذلك بقول الأمة فترد إذا انضم إليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح اه ومثله فى متن الملتقى . وذكر الزيلعى تبعا للنهاية وغيرها من شروح الهداية أنه لاتسمع دعواه بأنه ارتفع حيضها إلا إذا ذكر سببه وهو الداء أو الحبل فلم يذكر أحدهما لاتسمع دعواه ، ويعرف ذلك بقول الأمة لأنه لايعرفه غيرها ويستحلف البائع مع ذلك فترد بنكوله لو بعد القبض ، وكذا قبله فى الصحيح . وعن أبى يوسف ترد بلا يمين البائع . قالوا فى ظاهر الرواية : لايقبل قول الأمة فيه(١) كما فى الكافى ، والمرجع فى الحبل إلى قول النساء ، وفى الداء إلى قول الأطباء ، واشترط لثبوت

---

(١) (قوله لا يقبل قول الأمة فيه) الظاهر أن مرجع الضمير هو الرد ، وهو مقتضى جعله مقابلا لقول أبى يوسف ، وبهذا تعلم مافى قول المحشى الآتى ، لكن ينافيه ما مر من قوله قالوا الخ إذ معنى الرجوع إلى قول الأمة الذى هو مقتضى كلام النهر ، إنما هو اعتبار قولها فى توجه الخصومة على البائع . ولا منافاة بين هذا وبين قولهم لايعتبر قول الأمة فيه : أى فى الرد ، بمعنى أنها لا ترد بمجرد قولها لم أحض ، وحينئذ لا حاجة إلى حل صهنة ، قالوا على التبرى المشعر بالضعف اه .

ولا تسمع فى أقل من ثلاثة أشهر عند الثانى

العيب قول عدلين منهم اه ملخصا . واعترضهم فى الفتح بأن اشتراط ذكر السبب مناف لتقرير الهداية بأنه يعرف بقول الأمة ، وكذا قال العتابى وغيره ، وهو الذى يجب أن يعوّل عليه إذ لو لزم دعوى الداء أو الحبل لم يتصور أن يثبت بقولها توجه اليمين على البائع ، بل لايرجع إلا إلى قول الأطباء أو النساء ، ولذا لم يتعرض له فقيه النفس قاضيخان . فظهر أن اشتراطه قول مشايخ آخرين يغلب على الظن خطؤهم اه ملخصا . واعترضه فى البحر بأن قاضيخان صرح أولا بالاشتراط نقلا عن الإمام ابن الفضل ، ثم نقل عنه أيضا بعد صفحة ماعزاه صاحب الفتح إلى الخانية . ولا منافاة بين قولهم يعتبر قول الأمة وقولهم والمرجع إلى النساء فى الحبل وإلى الأطباء فى الداء لأن الأول إنما هو لأجل انقطاع الدم لتتوجه الخصومة إلى البائع ، فإذا توجهت إليه بقولها وعين المشترى أنه عن حبل رجعنا إلى النساء العالمات بالحبل لتتوجه اليمين على البائع وإن عين أنه عن داء رجعنا إلى قول الأطباء كذلك كما لايخفى اه ، لكن قال فى النهر : ورأيت فى المحيط أن اشتراط ذكر السبب رواية النوادر ، وعليه يحمل مافى الخانية اه . ومقتضاه تعيين الرجوع إلى قول الأمة لكن ينافيه مامر من قوله قالوا ظاهر الرواية أنه لايقبل قولها فيه ، إلا أن يقال إن لفظ قالوا يشير إلى الضعف . ونقل العلامة المقدسى عن الرئيس الشيخ قاسم أنه ذكر عبارتى الخانية وقال إن الثانية أى التى اقتصر عليها فى الفتح أوجه .

قلت : وهذا ترجيح منه لما اختاره فى الفتح ، وإليه يشير كلام النهر أيضا .

[تنبيه] فى صفة الخصومة فى ذلك . أما على ماذكره الشراح فهى أنه بعد بيان السبب والرجوع إلى النساء أو الأطباء ومضى المدة الآتى بيانها يسأل القاضى البائع ، فإن صدق المشترى ردها عليه ، وإن قال هى كذلك للحال ، وماكانت كذلك عندى توجهت الخصومة على البائع لتصادقهما على قيامه للحال فللمشترى تحليفه ، فإن حلف برئ وإلا ردت عليه ، وإن أنكر الانقطاع للحال لايستحلف عنده ، وعندهما يستحلف . قال فى النهاية : ويجب كونه على العلم بالله مايعلم انقطاعه عند المشترى . وتعقبه فى الفتح بأنه لو حلف كذلك لايكون إلا بارا ، إذ من أين يعلم أنها لم تحض عند المشترى اه . وأما صفتها على ماصححه فى الفتح فقال بأن يدعى الانقطاع للحال ووجوده عند البائع ، فإن اعترف البائع به ردّت عليه ، وإن اعترف به للحال وأنكر وجوده عنده استخبرت الجارية ، فإن ذكرت أنها منقطعة اتجهت الخصومة فيحلفه بالله ماوجد عنده ، فإن نكل ردت عليه ، وإن اعترف بوجوده عنده وأنكر الانقطاع للحال فاستخبرت فأنكرت الانقطاع لايستحلف عنده ، وعندهما يستحلف اه (قوله ولا تسمع فى أقل من ثلاثة أشهر عند الثانى) اعلم أن الزيلعى ذكر هنا أيضا تبعا لشراح الهداية أنه لو ادعى انقطاعه فى مدة قصيرة لاتسمع دعواه ، وفى المديدة تسمع ، وأقلها ثلاثة أشهر عند أبى يوسف ، وأربعة أشهر وعشر عند محمد . وعن أبى حنيفة وزفر أنها سنتان اه . وفى رواية تسمع دعوى الحبل بعد شهرين وخمسة أيام ، وعليه عمل الناس بزازية وغيرها . وذكر فى البحر أن ابتداء المدة من وقت الشراء . ورجح فى الفتح مافى الخانية من تقديرها بشهر . وردّ عليه فى البحر بأنه خبط عجيب وغلط فاحش ، لأنه لااعتبار بما فى الخانية مع صريح النقل عن أئمتنا الثلاثة ، وأقره فى النهر .

قلت : وهو مدفوع ، فقد قال فى الذخيرة : أما إذا ادعى المشترى انقطاع حيضها وأراد ردها بهذا السبب لايوجد لهذا رواية فى المشاهير ، ثم قال بعد كلام : ويحتاج بعد هذا إلى بيان الحد الفاصل بين المدة اليسيرة والكثيرة قالوا : ويجب أن يكون هذا كمسألة مدة الاستبراء إذا انقطع الحيض ، والروايات فيها مختلفة ثم ذكر الروايات

(والاستحاضة والسعال القديم) لا المعتاد (والدين) الذى يطالب به فى الحال لا المؤجل لعتقه فإنه ليس بعيب كما نقله مسكين عن الذخيرة ، لكن عمم الكمال وعلله بنقصان ولائه وميراثه (والشعر والماء فى العين وكذا كل مرض فيها) فهو عيب معراج كسبل وحوص وكثرة دمع (والثؤلول) بمثلثة كزنبور بثرصغار صلب مستدير على صورشتى جمعه ثآليل قاموس وقيده بالكثرة بعض شراح الهداية (وكذا الكى) عيب (لو عن داء وإلا لا) وقطع الأصبع عيب ، والأصبعان عيبان ، والأصابع مع الكف عيب واحد، والعسر وهو من يعمل بيساره فقط إلا أن يعمل باليمين أيضا كعمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه ،

السابقة . فعلم أن ماذكروه هنا من المدة إنما ذكروه بطريق القياس على مسألة استبراء ممتدة الطهر ، وقد نبه على ذلك المحقق صاحب الفتح ، ورد القياس بإبداء الفارق بين المسألتين فإنه نقل مافى الخانية من تقدير المدة بشهر . ثم قال : وينبغى أن يعول عليه ، وما تقدم هو خلاف بينهم فى استبراء ممتدة الطهر ، والروايات هناك تستدعى ذلك الاعتبار ، فإن الوطء ممنوع شرعا إلى الحيض لاحتمال الحبل فيكون ماؤه ساقيا زرع غيره :فقدره أبوحنيفة وزفر بسنتين لأنه أكثر مدة الحمل وهو أقيس . وقدره محمد وأبو حنيفة فى رواية بعدة الوفاة ، لأنه يظهر فيها الحبل غالبا . وأبو يوسف بثلاثة أشهر لأنها عدة من لاتحيض . وفى رواية عن محمد : شهران وخمسة أيام وعليه الفتوى ، والحكم هنا ليس إلاكون الامتداد عيبا فلا يتجه إناطته بسنتين أو غيرهما من المدد اهـ ملخصا . فقد ظهر لك أنه لايصح فى مسألتنا دعوى النقل عن أئمتنا الثلاثة لأن المنقول عنهم ذلك إنما هو فى مسألة الاستبراء المذكورة أما مسألة العيب فلا ذكر لها فى المشاهير وإنما اختلف المشايخ فيها قياسا على مسألة الاستبراء والإمام فقيه النفس قاضيخان اختار تقدير المدة بشهر لتتوجه الخصومة بالعيب المذكور ، لأنه يظهر للقوابل أو الأطباء فى شهر فلا حاجة إلى الأكثر ، ورجحه خاتمة المحققين وهو من أهل الترجيح ، فالقول بأنه خبط عجيب هو العجيب ، فاغتنم هذا التحقيق ، والله تعالى ولى التوفيق (قوله والاستحاضة) بالجر عطفا على المضاف الذى هو عدم ط (قوله والسعال القديم) أى إذا كان عن داء ، فأما القدر المعتاد منه فلا فتح . وظاهره أن الحادث غير عيب ولو وجد عندهما ، لكن المنظور إليه كونه عن داء لاالقدم ، ولذا قال فى الفصولين : السعال عيب إن فحش وإلا فلا أفاده فى البحر (قوله والدين) لأن ماليته تكون مشغولة به والغرماء مقدمون على المولى ، وكذا لو فى رقبته جناية . قال فى السراج لأنه يدفع فيها فتستحق رقبته بذلك ، وهذا يتصور فيما لو حدثت بعد العقد قبل القبض ، فلو قبل العقد فبالبيع صار البائع مختارا للفداء(١) ولو قضى المولى الدين قبل الرد سقط الرد لزوال الموجب له اهـ وكذا لو أبرأه الغريم بزازية . وفى القنية : الدين عيب إلا إذا كان يسيرا لايعد مثله نقصانا بحر (قوله لا المؤجل لعتقه) اللام بمعنى إلى ، والمراد الذى تتأخر المطالبة به إلى مابعد عتقه كدين لزمه بالمبايعة بلا إذن المولى (قوله لكن عمم الكمال) هو بحث منه مخالف للنقل بحر (قوله وعلله بنقصان ولائه وميراثه) لم يظهر وجه نقصان الولاء إلا أن يراد نقصان الولاء بنقصان ثمرته وهى الميراث تأمل اهـ ح (قوله كسبل) هو داء فى العين يشبه غشاوة كأنها نسج العنكبوت بعروق حمر اهـ ح عن جامع اللغة (قوله وحوص) بفتحتين والحاء والصاد مهملتان : ضيق فى آخر العين وبابه ضرب ح عن جامع اللغة ونحوه فى القاموس والمصباح . وفى الفتح أنه نوع من الحول (قوله بثر) بضم الباء وتسكين المثلثة يفرق بينه وبين واحده بالتاء ويذكر لكونه اسم جنس ويؤنث نظرا إلى الجمعية فإنه اسم جنس وضعا جمعى استعمالا على المختار ط (قوله والأصبعان عيبان الخ) أى قطعهما ، فلو باعها بشرط البراءة

---

(١) (قوله مختارا الفداء) أى إذا كان عالما به وإلا فلا يكون بالبيع مختارا الفداء اهـ .

والشيخ ، وشرب خمر جهرا وقمار إن عد عيبا ، وعدم ختانهما لو كبيرين مولدين وعدم نهق حمار ، وقلة أكل دواب ، ونكاح ، وكذب ونميمة ، وترك صلاة ، لكن فى القنية تركها فى العبد لايوجب الرد . وفيها : لو ظهر أن الدار مشئومة ينبغى أن يتمكن من الرد لأن الناس لايرغبون فيها . وفى المنظومة المحبية : والخال عيب لو على اللقن أو الشفة لا الخد ، والعيوب كثيرة برأنا الله منها :

من عيب واحد فى يدها فإذا هى مقطوعة أصبع واحدة برىء لالو أصبعين لأنهما عيبان ، وإن كانت الأصابع كلها مقطوعة مع نصف الكف فهو عيب واحد ، ولو مقطوعة الكف لايبرأ لأن البراءة عن عيب اليد والعيب يكون حال قيامها لاحال عدمها كما فى الخانية . ومفاده أنه لو لم يقل فى يدها يبرأ لو مقطوعة الكف ، وعليه يحمل كلام الشارح ، وكان الأنسب ذكر هذه المسألة فيما سيأتى عند ذكر اشتراط البراءة (قوله والشيب) ومثله الشمط : وهو اختلاط البياض بالسواد ، وغللوه بأنه فى أوانه للكبر ، وفى غير أوانه للداء . قال فى جامع الفصولين : أقول : جعل الكبر هنا عيبا لافى عدم الحيض ؛ حتى لو ادعى عدم الحيض للكبر لم يسمع على مايدل عليه ما مر من قوله لانسمع دعوى عدم الحيض ، إلا أن يدعيه بحبل أو داء وبينهما منافاة اه (قوله وشرب خمر جهرا) أى مع الإدمان ، فلو على الكتمان أحيانا فليس بعيب كما فى جامع الفصولين : أى لأنه لاينقص الثمن وإن كان عيبا فى الدين (قوله إن عد عيبا) كقمار بنرد وشطرنج ونحوهما لاإن كان لايعد عيبا عرفا كقمار بجوز وبطيخ جامع الفصولين : فالمدار على العرف (قوله لو كبيرين مولدين) بخلافه فى الصغيرين . وفى الجليب من دار الحرب لايكون عيبا مطلقا . قال فى الخانية : وهذا عندهم ، يعنى عدم الختان فى الجارية المولدة ، أما عندنا عدم الخفض فى الجارية لايكون عيبا بحر (قوله وعدم نهق حمار) لأنه يدل على عيب فيه ط (قوله وقلة أكل دواب) احتراز عن الإنسان فكثرته فيه عيب ، وقيل فى الجارية عيب لاالغلام ، ولا شك أنه لافرق إذا أفرط فتح (قوله ونكاح) أى فى العبد والجارية خانية لأن العبد يلزمه نفقة الزوجة ، والجارية يحرم وطؤها على السيد قال فى الخانية : وكذا لو كانت الجارية فى العدة عن طلاق رجعى لا عن طلاق بائن والإحرام ليس بعيب فيها ، وكذا لو كانت محرمة عليه(١) برضاع أو صهرية (قوله وكذب ونميمة) ينبغى تقييدهما بالكثير المضر (قوله وترك صلاة) وكذا غيرها من الذنوب(٢) بحر (قوله لكن فى القنية الخ) يؤيده مافى جامع الفصولين رامزا إلى الأصل الزنا فى القن ليس بعيب لأنه نوع فسق فلا يوجب خللا ككونه آكل الحرام أو تارك الصلاة اه فافهم (قوله ينبغى أن يتمكن من الرد الخ)أقره فى البحر والنهر . وفى الولوالجية : والمتوع عيب ،وهو مأخوذ من المتعة ،وهى دائرة بيضاء تكون فى صدر الحيوان إلى جانب نحره يتشاءم به فيوجب نقصانا فى الثمن بسبب تشاؤم الناس اه (قوله لو على الذقن الخ) عبارة البحر : وكذا الخال إن كان قبيحا منقصا اه . وفى البزازية : والخال والثؤلول لوفى موضع مخل بالزينة ، أمافى موضع لايخل بها كتحت الإبط والركبة لا (قوله والعيوب كثيرة) منها الأدرة فى الغلام والعفلة وهى ورم فى فرج الجارية ، والسن الساقطة والخضراء والسوداء ضرسا أولا ؛ واختلف فى الصفرة ومنها الظفر الأسود إن نقص القيمة ، وعدم استمساك البول ، والحرن فى الدابة : وهو أن تقف ولا تنقاد ، والجموح : وهو أن لاتقف عند الإلجام ، وخلع الرسن واللجام ؛ وكذا لو اشترى كرما

---

(١) (قوله وكذا لو كانت محرمة عليه) أى لا تكون معيبة فليس له الرد لأن له الانتفاع بتزويجها وإذا كانت مطلقة بائنا ليس للزوج سبيل عليها قال شيخنا والظاهر أن الحرمة لرضاع أو مصاهرة عيب إذا كان الشراء للتسرى فليتأمل .

(٢) (قوله وكذا غيرها من الذنوب)هكذا بخطه ولعل الأولى وكذا غيره أى الترك أو وكذا غيرها من الفرائض مثلا تأمل اه مصححه.

(حدث عيب آخر عند المشترى) بغير فعل البائع ، فلو به بعد القبض رجع بحصته من الثمن ووجب الأرش وأما قبله فله أخذه أورده بكل الثمن مطلقا ، ولو برهن البائع على حدوثه والمشترى على قدمه فالقول للبائع والبينة للمشترى ، ولايرد جبرا ماله حمل ومؤنة إلا في بلد العقد بحر .

فوجد فيه ممرا أو مسيلا للغير أو كان مرتفعا لايصل إليه الماء إلا بالسكر أو لاشرب له بزازية . وذكر فى البحر زيادة على ذلك فراجعه (قوله حدث عيب آخر عند المشترى) من ذلك ما إذا اشترى حديدا ليتخذ منه آلات النجارين وجعله فى الكور ليجربه بالنار فوجد به عيبا ولا يصلح لتلك الآلات يرجع بالنقصان ولا يرده (١) . ومنه أيضا بل الجلود أو الإبريسم فإنه عيب آخر يمنع الرد ، وتمامه فى البحر (قوله بغير فعل البائع) ومثله الأجنبى فبقى كلام المصنف شاملا لما إذا كان بفعل المشترى أو بفعل المعقود عليه أو بآفة سماوية ، ففى هذه الثلاث لايرده بالعيب القديم ، لأنه يلزم رده بعيبين ، وإنما يرجع بحصة العيب إلا إذا رضى البائع به ناقصا أفاده فى البحر (قوله فلو به) أى بفعل البائع ومثله الأجنبى ، وقوله بعد القبض يغنى عنه قول المصنف عند المشترى لكنه صرح به ليقابله بقوله وأما قبله فافهم (قوله رجع بحصته) أى حصة العيب الأول وامتنع الرد بحر (قوله ووجب الأرش) أى أرش العيب الحادث بفعل البائع ، فحينئذ يرجع على البائع بشيئين : الأول حصة العيب الأول من الثمن . والثانى أرش العيب الثانى ط ولو كان العيب الثانى بفعل أجنبى رجع بالأرش عليه (قوله وأما قبله الخ) أى وأما إذا كان حدوث العيب الثانى بفعل البائع قبل القبض خير المشترى سواء وجدبه عيبا أولا بين أخذه أى مع طرح حصة النقصان من الثمن وبين رده وأخذ كل الثمن ، وكذا لو كان بآفة سماوية أو بفعل المعقود عليه فإنه يرده بكل الثمن أو يأخذه ويطرح عنه حصة جناية المعقود عليه ، وكذا لو كان بفعل أجنبى فإنه يخير . ولكنه إن اختار الأخذ يرجع بالأرش على الجانى . وإن كان بفعل المشترى لزمه بجميع الثمن ، وليس له أن يمسكه ويطلب النقصان أفاده فى البحر . وقوله ويطرح عنه حصة جناية المعقود عليه ظاهره أنه لايطرح عنه شىء لوالنقصان بآفة سماوية . ثم رأيت فى جامع الفصولين قال : ولو بآفة سماوية ، فإن كان النقصان قدرا يطرح عن المشترى حصته من الثمن وهو مخير فى الباقى أخذه بحصته أو تركه ككون المبيع كيليا أو وزنيا أو عدديا متقاربا وفات بعض من القدر ، وإن كان النقصان وصفا لايطرح عن المشترى شىء من الثمن وهو مخير أخذه بكل ثمنه أو تركه ، والوصف مايدخل فى المبيع بلاذكر كشجر وبناء فى الأرض وأطراف فى الحيوان وجودة فى الكيلى والوزنى ، إذ الأوصاف لاقسط لها من الثمن إلا إذا ورد عليها الجناية أوالقبض ؛ يعنى إذا قبض ثم استحق شىء من الأوصاف يرجع بحصته من الثمن اهـ (قوله بكل الثمن) متعلق بقوله أورده ، ولا يصح تعلقه أيضا بقوله فله أخذه أفاده ح (قوله مطلقا) أى سواء وجدبه عيبا أولا ح ومثله مامر عن البحر . ولا يخفى أن المراد العيب القديم وإلا فالكلام فيما إذا حدث به عيب ، وأشار إلى أن حدوثه قبل القبض بفعل كاف فى التخيير بين الأخذ والرد سواء كان به عيب قديم أولا فافهم (قوله فالقول للبائع) لايناسب قوله ولو برهن الخ فكان المناسب أن يقول أولا ولو ادعى البائع حدوثه الخ أفاده ح (قوله إلا فى بلد العقد) الأولى أن يقول فى موضع العقد ليشمل مالو نقله إلى بيته فى بلد العقد ، وأشار إلى أن تحميله بمنزلة حدوث عيب لما فيه من مؤنة الرد إلى موضع العقد ، لكن هذا العيب غير مانع لأن مؤنة الرد على المشترى

---

(١) (قوله ولا يرده الخ) أى لأن الحديد ينقص بالوضع فى النار والفضة مثله ، بخلاف الذهب .

أقول : الذهب ينقص بالنار إذا ذاب ، اللهم إلا أن يكون قبل الذوب . ولو حدد سكينا فرأى عيبه . فإن حدده بحجر فله الرد ، لا لو حدده بمبرد لأنه ينقص منه اهـ .

(رجع بنقصانه) إلا فيما استثنى؛ ومنه مالو شراه تولية أو خاطه لطفله زيلعي أو رضى به البائع جوهرة

فلا ضرر فيه على البائع، وقدمنا الكلام على هذه المسألة أول باب خيار الرؤية (قوله رجع بنقصانه) بأن يقوّم بلا عيب ثم مع العيب؛ وينظر فى التفاوت، فإن كان مقدار عشر القيمة رجع بعشر الثمن، وإن كان أقل أو أكثر فعلى هذا الطريق، حتى لو اشتراه بعشرة وقيمته مائة وقد نقصه العيب عشرة رجع بعشر الثمن وهو درهم. قال البزازى وفى المقايضة إن كان النقصان عشر القيمة رجع بنقصان ماجعل ثمنا يعنى مادخل عليه الباء، ولابد أن يكون المقوم اثنين يخبران بلفظ الشهادة بحضرة البائع والمشترى، والمقوم الأهل فى كل حرفة، ولو زال الحادث كان له رد المبيع مع النقصان، وقيل لا، وقيل لا إن كان بدل النقصان قائما رد وإلا لا، وكذا فى القنية، والأول بالقواعد أليق نهر (قوله إلا فيما استثنى) أى من المسائل الست المتقدمة أول الباب ط، وقد علمت مافيها وكتبنا هناك مسائل أخر منها مايأتى قريبا فى كلام المصنف من مسألة البعير وغيرها. وفى فتح القدير: ثم الرجوع بالنقصان إذا لم يمتنع الرد بفعل مضمون (١) من جهة المشترى: أما إذا كان بفعل من جهته كذلك كأن قتل المبيع أو باعه أو وهبه وسلمه أو أعتقه على مال أو كاتبه ثم اطلع على عيب فليس له الرجوع بالنقصان، وكذا إذا قتل عند المشترى خطأ، لأنه لما وصل البدل إليه صار كأنه ملكه من القاتل بالبدل، فكان كما لو باعه ثم اطلع على عيب لم يكن له حق الرجوع ولو امتنع الرد بفعل غير مضمون له أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع (قوله ومنه مالو شراه تولية) هذه إحدى مسألتين ذكرهما فى البحر بقوله يستثنى مسألتان: إحداهما بيع التولية لو باع شيئا تولية ثم حدث به عيب عند المشترى وبه عيب قديم لارجوع ولارد، لأنه لو رجع صار الثمن الثانى أنقص من الأول، وقضية التولية أن يكون مثل الأول الثانية لو قبض المسلم فيه فوجد به عيبا كان عند المسلم إليه وحدث به عيب عند رب السلم: قال الإمام: يخير المسلم إليه إن شاء قبله معيبا بالعيب الحادث، وإن شاء لم يقبل، ولا شىء عليه من رأس المال ولا من نقصان العيب، لأنه لو غرم نقصان العيب من رأس المال كان اعتياضا عن الجودة (٢) فيكون ربا اهـ ملخصا (قوله أو خاطه لطفله) الأولى أن يقول أو قطعه لطفله، لأن من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لطفله وخاطه صار مملكا له بالقطع قبل الخياطة، فإذا وجد به عيبا لايرجع بنقصانه: أما لو كان الولد كبيرا يرجع بالعيب لأنه لايصير ملكاله إلا بقبضه فإذا خاطه قبل القبض امتنع الرد بالخياطة فإذا حصل التمليك بعد ذلك بالتسليم لايمتنع الرجوع بالنقصان بناء على ماسيأتى من أن كل موضع للبائع أخذه معيبا لايرجع بإخراجه عن ملكه وإلا رجع؛ ففى الأول أخرجه عن ملكه قبل امتناع الرد وفى الثانى بعده، إذ ليس للبائع أخذه معيبا بعد الخياطة كما يأتى، وتمامه فى الزيلعى.

وبما قررناه ظهر أن التقييد بالخياطة تبعا للهداية احترازى فى الكبير اتفاقى فى الصغير كما نبه عليه فى البحر (قوله أو رضى به البائع) يعنى أنه لو أراد الرجوع بنقصان العيب ورضى البائع بأخذه منه معيبا امتنع رجوع المشترى بالنقصان، بل إما أن يمسكه بلا رجوع، وإما أن يرده.

(١) (قوله بفعل مضمون) أى لو حصل فى ملك الغير، كما لو غصب مال شخص ووهبه أو باعه مثلا يكون مضمونا عليه وإلا فلا معنى، لأنه يقال تصرف الإنسان فى ملكه مضمون أو غير مضمون اهـ.

(٢) (قوله كان اعتياضا من الجودة) أى وهى وصف والأوصاف لايقابلها شىء من الثمن مالم تقصد. وفيه أن هذا موجود فى جميع المسائل التى حكم فيها بالرجوع، مثلا لو اشترى عبدا فوجده يبول وامتنع الرد بسبب حدوث عيب عند المشترى قلنا له الرجوع بحصته من الثمن، فى هذا ما يغرمه البائع إنما هو فى مقابلة الوصف وهو السلامة، فلم يكن السلم متميزا عن غيره فى شىء من العلة.

وأجاب شيخنا بما حاصله أن الرجوع بنقصان العيب فى معنى تمليك الوصف الفائت للبائع، والوصف كالجزء من المبيع فيكون تصرفا فى المبيع قبل قبضه وهو لا يجوز فى السلم ولو ممن هو عليه، بخلاف غيره من التصرفات، فثبت السلم متميزا عن غيره بذلك اهـ.

(وله الرد برضا البائع) إلا لمانع عيب أو زيادة

لايقال : لاحاجة إلى هذه المسألة مع قول المتن وله الرد برضا البائع ، لأن مافى المتن لبيان أنه مخير بين الرجوع بالنقصان والرد برضا البائع ، وهذا لايدل على أن رضا البائع بالرد يبطل اختيار المشترى الرجوع بالنقصان ، فلذا ذكر الشارح هذه المسألة مبطلات الرجوع ، فلله دره ما حواه دره فافهم (قوله وله الرد برضا البائع) لأن فى الرد إضرار بالبائع لكونه خرج عن ملكه سالما عن العيب الحادث ، فتعين الرجوع بالنقصان إلا أن يرضى بالضرر فيخير المشترى حينئذ بين الرد والإمساك من غير رجوع بنقصان ، وهذا المعنى لايستفاد من المتن ؛ فلو قال ولم يرجع بنقصان لكان أولى نهر .

قلت : وقد أفاد الشارح هذا المعنى بذكر المسألة التى قبله كما قررناه آنفا ، ثم إن مقتضى قولهم إلا أن يرضى بالضرر أن المشترى يرجع عليه بجميع الثمن كاملا ، وبه صرح القهستانى حيث قال غير طالب : أى البائع لحصة النقصان اه فدل على أن البائع ليس له طلب حصة النقصان الحادث فيرد كل الثمن . ثم رأيته أيضا فى حاشية نوح أفندى حيث قال لسقوط حقه برضاه بالضرر فلا يرجع على المشترى بنقصان العيب الحادث اه . ولينظر الفرق بين هذا وبين ماقدمه الشارح عن العينى عند قوله والسرقة .

[تنبيه] أشار المصنف باشتراط رضا البائع إلى فرع فى القنية لورد المبيع بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو تقايلا ثم ظفر البائع بعيب حدث عند المشترى فللبائع الرد اه يعنى لعدم رضاه به أولا وفى البزازية : رده المشترى بعيب وعلم البائع بحدوث عيب آخر عند المشترى رد على المشترى مع أرش العيب القديم أو رضى بالمردود ولا شىء به وإن حدث فيه عيب آخر عند البائع رجع البائع على المشترى بأرش العيب الثانى إلا أن يرضى أن يقبله بعيبه الثالث أيضا اه بحر : هذا ، وسيذكر المصنف أنه يعود الرد بالعيب القديم بعد زوال العيب الحادث (قوله إلا لمانع عيب) أى إلا لعيب مانع من الرد ؛ كما لو قتل المبيع عند المشترى رجلا خطأ ثم ظهر أنه قتل آخر عند البائع فقبله البائع بالجنايتين لايجبر المشترى على ذلك ، وإنما يرجع بالنقصان على الجناية الأولى دفعا للضرر عنه ، لأنه لو رده على بائعه كان مختارا للداء فيهما ؛ وكما لو اشترى عصيرا فتخمر بعدم قبضه ثم وجد فيه عيبا لايرده وإن رضى البائع ، وإنما ترجع بالنقصان كذا فى النهر ح (قوله أو زيادة) أى أو إلا لزيادة مانعة كما سيأتى فى نحو الخياطة ح .

مطلب فى أنواع زيادة المبيع

ثم اعلم أن الزيادة فى المبيع إما قبل القبض أو بعده ، وكل منهما نوعان : متصلة ومنفصلة .

والمتصلة نوعان : متولدة كسمن وجمال(١) فلا تمنع الرد قبل القبض ، وكذا بعده فى ظاهر الرواية ، وللمشترى الرجوع بالنقصان ، وليس للبائع قبوله عندهما ، وعند محمد له ذلك . وغير متولدة كغرس وبناء وصبغ وخياطة فتمنع الرد مطلقا .

والمنفصلة نوعان : متولدة كالولد والثمر والأرش ، فقبل القبض لاتمنع ، فإن شاء ردهما أو رضى بهما بجميع

---

(١) (قوله والمتصلة نوعان : متولدة كسمن وجمال الخ) حاصل الكلام فى الزيادة المتصلة المتولدة أنها لا تمنع الرد قبل القبض قولا واحدا . وأما بعد القبض ، فقال محمد هى كذلك ، وقال الشيخان هى مانعة من الرد ، فعلى هذا لو أراد المشترى الرجوع بالنقصان فقال البائع أنا أقبل المبيع يكون له ذلك عند محمد خلافا لهما ، هذا حاصل ما فى البحر ، وبه تعلم ما فى عبارة المحشى من الاختصار المخل اه .

(كأن اشترى ثوبا فقطعه فاطلع على عيب رجع به) أى بنقصانه لتعذر الرد بالقطع (فإن قبله البائع كذلك له ذلك) لأنه أسقط حقه .

(ولو اشترى بعيرا فنحر فوجد أمعاءه فاسدا لا) يرجع لإفساد ماليته (كما) لا يرجع (لو باع المشترى الثوب) كله

الثمن ، وبعد القبض يمتنع الرد ويرجع بحصة العيب. وغير متولدة ككسب وغلة وهبة وصدقة ، فقبل القبض لا تمنع الرد فإذا رد فهى للمشترى بلا ثمن عنده ولا تطيب له : وعندهما للبائع ولا تطيب له ، وبعد القبض لا تمنع الرد أيضا وتطيب له الزيادة ، وتمامه فى البحر عن القنية .

وحاصله أنه يمتنع الرد فى موضعين فى المتصلة الغير المتولده مطلقا ، وفى المنفصلة المتولدة لو بعد القبض كما فى البزازية وغيرها . ووقع فى الفتح أن المنفصلة المتولدة تمنع الرد ، لكنه قال بعده إنه قبل القبض يخير كما مر ، وبعد القبض يرد المبيع وحده بحصته من الثمن .

واعترضه فى البحر بأنه سهو ، إذ هذا التفصيل لا يناسب قوله تمنع الرد ، وإنما يناسب الرد ، وهو خلاف مامر عن القنية والبزازية وغيرهما ، وذكر نحوه فى نور العين . وأجاب فى النهر بأن قول الفتح تمنع الرد معناه تمنع رد الأصل وحده .

قلت : ولا يخفى مافيه ، فإن قول الفتح وبعد القبض يرد المبيع وحده ينافيه ، وقد صرح فى الذخيرة أيضا بأنه لا يرده ، لأن الولد يصير ربا لكونه صار للمشترى بلا عوض، بخلاف غير المتولدة كالكسب لأنها لم تتولد من المبيع بل من منافعه ، فلم تكن مبيعة فأمكن أن تسلم للمشترى مجانا . أما الولد فإنه مبيع من وجه لتولده من المبيع فله صفته ، فلو سلم للمشترى مجانا كان ربا ونحوه فى الزيلعى (قوله كأن اشترى ثوبا) تمثيل لأصل المسألة لا للزيادة قال فى البحر : وهو تكرار ، لأن رجوعه وجواز رده برضا بائعه فى الثوب من أفراد ماقدمه ، ولم تظهر فائدة لإفراد الثوب إلا ليترتب عليه مسألة ما إذا خاطه فإنه يمتنع الرد ولو برضاه اهـ ط (قوله فقطعه) ووطء الجارية كالقطع بكرا كانت أو ثيبا نهر ، وسيأتى مسألة الجارية فى المتن (قوله فاطلع على عيب) ذكر الفاء يفيد أن القطع لو كان بعد الاطلاع على العيب لا يرجع بالنقصان ، ووجهه ظاهر فليراجع اهـ ح ، ويشهد له قول المصنف الآتى واللبس والركوب والمداواة رضا بالعيب الخ (قوله فاسدا) الأولى فاسدة (قوله لا يرجع لإفساد ماليته) أشار به إلى الفرق بين هذه المسألة وما قبلها ، وهو أن النحر إفساد للمالية لصيرورة المبيع به عرضة للنتن والفساد ، ولذا لا يقطع السارق به فاختل معنى قيام المبيع كما فى النهر ح وعدم الرجوع قول الإمام . وفى الخانية وجامع الفصولين : لو اشترى بعيرا فلما أدخله داره سقط فذبحه فظهر عيبه يرجع بنقصانه عندهما وبه أخذ المشايخ كما لو أكل طعاما فوجد به عيبا ، ولو علم عيبه قبل الذبح فذبحه لا يرجع اهـ : قال فى البحر : وفى الواقعات : الفتوى على قولهما فى الأكل فكذا هنا اهـ : قال الخير الرملى : ويجب تقييد المسألة بما إذا نحره وحياته مرجوة ، أما إذا أيس من حياته فله الرجوع بالنقصان عند الإمام أيضا ، لأن النحر فى هذه الحالة ليس إفسادا للمالية تأمل اهـ (قوله كما لا يرجع لو باع المشترى الثوب الخ) أى أخرجه عن ملكه والبيع مثال ، فعم مالو وهبه أو أقر به لغيره ولا فرق بين ما إذا كان بعد رؤية العيب أو قبله (١) . كما فى الفتح ، وسواء كان ذلك لخوف تلفه أولا ، حتى لو وجد السمكة المبيعة معيبة وغاب البائع بحيث لو انتظره لفسدت فباعها لم يرجع أيضا بشئ كما فى القنية نهر .

ثم اعلم أن البيع ونحوه مانع من الرجوع بالنقصان سواء كان بعد حدوث عيب عند المشترى أو قبله ، إلا

---

(١) (قوله أو قبله) هكذا بخطه ، والأولى أو قبلها : أى رؤية العيب اهـ مصححه .

أو بعضه أو وهبه (بعد القطع) لجواز رده مقطوعا لامخيطا كما أفاده بقوله (فلو قطعه) المشترى (وخاطه أو صبغه) بأى صبغ كان عينى أولت السويق بسمن أو خبز الدقيق أو غرس أو بنى (ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه) لامتناع للرد بسبب الزيادة لحق الشرع لحصول الربا حتى لو تراضيا على الرد لايقضى القاضى به درر

إذا كان بعد زيادة كخياطة ونحوها كما يأتى، ولذا قال فى المحيط، ولو أخرج المبيع عن ملكه بحيث لايبقى للملكه أثر، بأن باعه أو وهبه أو أقر به لغيره ثم علم بالعيب لايرجع بالنقصان، وكذا لو باع بعضه، وإن تصرف تصرفا لايخرجه عن ملكه بأن آجره أو رهنه أوكان طعاما فطبخه أو سويقا فلته بسمن أو بنى فى العرصة أو نحوه ثم علم بالعيب فإنه لايرجع بالنقصان إلا فى الكتابة بحر، لكن فى جامع الفصولين شراه فآجره فوجد عيبه فله نقض الإجارة ورده بعيبه، بخلاف رهنه من غيره فإنه يرده بعد فكه اهـ. والظاهر(١) أن مافى المحيط من عدم رجوعه بالنقصان بعد الإجارة والرهن المراد به إذا رضيه البائع معيبا، فحينئذ لايرجع بل يرده تأمل (قوله أو بعضه) ظاهره أنه ليس له رد مابقى لتعيبه بالقطع أو الشركة، وكذا ليس له الرجوع بنقصان الباقى كما يفيده مانقلناه عن المحيط. ثم رأيت فى القهستانى: لو باع بعضه لم يرجع بالنقصان بحصة ماباع، وكذا بحصة مابقى على الصحيح ولم يرده عنده كما فى المحيط اهـ وهذا بخلاف مالو كان أثوابا فباع بعضها فإن له رد الباقى كما مر متنا قبيل هذا الباب وسيأتى أيضا فى قوله اشترى عبدين الخ، وبخلاف مالو كان المبيع طعاما ويأتى الكلام عليه (قوله لجواز رده مقطوعا لامخيطا) يعنى أن الرد بعد القطع غير ممتنع برضا البائع، فلما باعه المشترى صار حابسا للمبيع بالبيع فلا يرجع بالنقصان لكونه صار مفوتا للرد، بخلاف مالو خاطه قبل العلم بالعيب، ثم باعه فإنه لايبطل الرجوع بالنقصان لأن الخياطة مانعة من الرد كما يأتى، فبيعه بعد امتناع الرد لاتأثير له، لأنه لم يصر حابسا له بالبيع كما أفاده الزيلعى وغيره. والأصل كما فى الذخيرة أنه فى كل موضع أمكن المشترى رد المبيع القائم فى ملكه على البائع برضاه أو بدونه، فإذا أزاله عن ملكه ببيع أو شبهة لايرجع بالنقصان وفى كل موضع لايمكنه رده على البائع، فإذا أزاله عن ملكه يرجع بالنقصان ونحوه فى الزيلعى وبنى عليه مسألة مالو خاط الثوب لطفله وقد مرت (قوله وخاطه) أشار به مع ماعطف عليه إلى الزيادة المتصلة الغير المتولدة وقدمنا بيانها (قوله بأى صبغ كان) ولو أسود وعند أبى حنيفة السواد نقصان فيكون للبائع أخذه وهو اختلاف زمان اهـ ح (قوله أولت السويق بسمن) أى خلطه به، ومثله لو اتخذ الزيت المبيع صابونا وهى واقعة الحال رملى (قوله أو غرس أو بنى) أى فى الأرض المبيعة ط (قوله ثم اطلع على عيب) أى فى السويق أو الثوب بعد هذه الأشياء منح. قال ح، وهو يفيد أن الزيادة لو كانت بعد الاطلاع على العيب لايرجع بالنقصان ووجهه ظاهر، ويدل عليه أيضا قول مسكين ولم يكن عالما وقت الصبغ واللت اهـ (قوله بسبب الزيادة) لأنه لاوجه للفسخ فى الأصل دونها لأنها لاتنفك عنه، ولا وجه إليه معها لحق الشرع الخ (قوله لحصول الربا) فإن الزيادة حينئذ تكون فضلا مستحقا فى عقد المعاوضة بلامقابل وهو معنى الربا أو شبهته، ولشبهة الربا حكم الربا فتح: وبه اندفع مافى الدر المنتقى عن الوافى من قوله: وفيه أن حرمة الربا بالقدر والجنس وهما مفقودان ههنا فتأمل اهـ. ويوضح الدفع قوله فى العزمية إنه كلام غير محرر، فإن

---

(١) (قوله والظاهر الخ) لا حاجة إلى هذه التكلفات بعد ما نقل ط عبارة المحيط بالإثبات. قال شيخنا، ومع الإثبات يكون ما فى جامع الفصولين تقييدا لما فى المحيط فإنه سكت فيه عن الرد. وأنت خبير بأن عبارة المحيط لايصح تقييدها إلا بالنسبة لمسألة الرهن والإجارة كما وقع فى الفصولين تأمل اهـ.

ابن كمال (كما) يرجع (لو باعه) أى الممتنع رده (فى هذه الصور بعد رؤية العيب) قبل الرضا به صريحا أو دلالة (أو مات العبد) المراد هلاك المبيع عند المشترى (أو أعتقه) أو دبر أو استولد أو وقف قبل علمه بعيبه

الربا ليس بمنحصر عندهم فى الصورة المذكورة ، لقولهم إن الشروط الفاسدة من الربا ، وهى فى المعاوضات المالية وغيرها(١) لأن الربا هو الفضل الخالى عن العوض: وحقيقة الشروط الفاسدة هى زيادة مالا يقتضيه العقد ولا يلائمه ، ففيها فضل خال عن العوض وهو الربا كما فى الزيلعى وغيره قبيل كتاب الصرف (قوله أى الممتنع رده فى هذه الصور) أى صور الزيادة المتصلة من خياطة ونحوها . وأفاد أن امتناع الرد سابق على البيع بسبب الزيادة فتقرر بها الرجوع بالنقصان قبل البيع فيبقى له الرجوع بعد البيع أيضا وإن كان البيع بعد رؤية العيب . قال فى الفتح : وإذا امتنع الرد بالفسخ ، فلو باعه المشترى رجع بالنقصان ، لأن الرد لما امتنع لم يكن المشترى ببيعه حابسا له (قوله بعد رؤية العيب) وكذا قبلها بالأولى ح (قوله قبل الرضا به صريحا أو دلالة) لم أر من ذكر هذا القيد هنا بعد مراجعة كثير من كتب المذهب ، وإنما رأيته فى حواشى المنح للخير الرملى ذكره بعد قوله أو مات العبد وهو فى محله كما تعرفه قريبا . أما هنا فلا محل له(٢) لأن العرض على البيع رضا بالعيب كما سيأتى ، وهنا وجد البيع حقيقة ولم يمتنع الرجوع بالنقصان لتقرر الرجوع قبله كما علمته آنفا ، فكأن الشارح رأى هذا القيد فى حواشى شيخه فسبق قلمه فكتبه فى غير محله فتأمل (قوله أو مات العبد) لأن الملك ينتهى بالموت ، والشىء بانتهائه يتقرر فكان بقاء الملك قائما والرد متعذر وذلك موجب للرجوع ، وتمامه فى ح عن الفتح . قال فى النهر : ولا فرق فى هذا : أى موت العبد بين أن يكون بعد رؤية العيب أو قبلها اهـ ، لكن إذا كان الموت بعد رؤية العيب لابد أن يكون قبل الرضا به صريحا أو دلالة كما ذكره الخير الرملى ووجهه ظاهر لأنه إذا رأى العيب وقال رضيت به أو عرضه على البيع أو استخدمه مرارا أو نحو ذلك مما يكون دلالة على الرضا امتنع رده والرجوع بنقصانه او بقى العبد حيا ، فكذا لو مات بالأولى (قوله المراد هلاك المبيع الخ) قال فى النهر : ولو قال أو هلك المبيع لكان أفود ، إذ لا فرق بين الآدمى وغيره ، ومن ثم قال فى الفصول : ذهب إلى بائعه ليرده بعيبه فهلك فى الطريق هلك على المشترى ويرجع بنقصه : وفى القنية : اشترى جدارا مائلا فلم يعلم به حتى سقط فله الرجوع بالنقصان اهـ : وفى الحاوى : اشترى أثوابا على أن كل واحد منها ستة عشر ذراعا فبلغ بها إلى بغداد فإذا هى ثلاثة عشر فرجع بها ليردها وهلكت فى الطريق يرجع بنقصان القيمة فى ظاهر المذهب (قوله أو أعتقه) قال فى الهداية ، وأما الإعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع ، لأن الامتناع بفعله فصار كالقتل . وفى الاستحسان : يرجع لأن العتق إنهاء الملك ، لأن الآدمى ماخلق فى الأصل محلا للملك وإنما ثبت الملك فيه مؤقتا إلى الإعتاق فكان إنهاء كالموت ، وهذا لأن الشىء يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر ، والتدبير والاستيلاد بمنزلته لأنه تعذر النقل مع بقاء المحل بالأمر الحكمى اهـ ح (قوله أو وقف) فإذا وقف المشترى الأرض ثم علم بالعيب رجع بالنقصان ، وفى جعلها مسجدا اختلاف ، والمختار الرجوع بالنقصان كما فى جامع الفصولين : وفى البزازية : وعليه الفتوى ، وما رجع به يسلم إليه ، لأن النقصان لم يدخل تحت الوقف اهـ نهر (قوله قبل علمه) ظرف لأعتقه وما بعده اهـ ح :

---

(١) (قوله وهى فى المعاوضات المالية وغيرها) صوابه دون غيرها كما فى الزيلعى ، والمراد بالغير التبرعات والمعاوضات الغير المالية كالنكاح اهـ .

(٢) (قوله أما هنا فلا محل له الخ) غير ظاهر ، إذ هو قيد مفيد ، ألا ترى لو قال بعد ماخاطه رضيت بالعيب ثم باعه لايكون له الرجوع قطعا ، ولولا هذا القيد لم يعلم الحكم وكذا لو وجد الرضا دلالة كأن سلم الثمن بتمامه بعد ما اطلع على العيب ، وأما قول المحشى لأن العرض على البيع الخ فهو غير محرر ، لأنه بالخياطة تقرر ملكه فيه وتأكد بتلك الزيادة حقه فى حصة العيب ، وإنما يكون البيع رضا فيما يمكن فيه الرد على البائع اهـ .

(أو كان) المبيع (طعاما فأكله أو بعضه) أو أطعمه عبده أو مدبره أو أم ولده أو لبس الثوب حتى تخرق فإنه يرجع بالنقصان استحسانا عندهما ، وعليه الفتوى بحر

والحاصل أن هلاك المبيع ليس كإعتاقه ، فإنه إذا هلك المبيع يرجع بنقصان العيب سواء كان بعد العلم به أو قبله . وأما الإعتاق بعد العلم به فمانع من الرجوع بنقصانه بخلافه قبله ، وليس إعتاقه كاستهلاكه ، فإنه إذا استهلكه فلا رجوع مطلقا إلا فى الأكل عندهما بحر ط (قوله أو كان المبيع طعاما فأكله) احترز بالأكل عن استهلاكه بغيره ، ففى الذخيرة ، قال القدورى : ولو اشترى ثوبا أو طعاما وأحرق الثوب أو استهلك الطعام ثم اطلع على عيب لايرجع بشىء بالنقصان بلا خلاف اهـ وكذا لو باعه أو وهبه ثم اطلع على عيب لم يرجع إجماعا كما فى السراج لكن فى بيع بعضه الخلاف الآتى ، وأراد بالطعام المكيل والموزون كما يعلم من الذخيرة والخانية .

مطلب فيما لو أكل بعض الطعام

(قوله فأكله أو بعضه) أى ثم علم بالعيب كما فى الهداية ، وهذا يدل على أن الرجوع فيما إذا أطعمه عبده أو مدبره أو أم ولده أو لبس الثوب حتى تخرق مقيد بما قبل العلم بالعيب ، فلو أخر الشارح قوله قبل علمه بعيبه عن قوله أو لبس الثوب حتى تخرق ليكون قيدا فى المسائل العشرة لكان أولى ح .

قلت : ويؤيده أنه فى الفتح قال بعد هذه المسائل : وفى الكفاية كل تصرف يسقط خيار العيب إذا وجده فى ملكه بعد العلم بالعيب فلا رد ولا أرش لأنه كالرضا به .

[تنبيه] وقع فى المنح أو أكله بعد اطلاعه على العيب ، وهو سبق قلم كما نبه عليه الرملى (قوله أو أطعمه عبده أو مدبره أو أم ولده) إنما يرجع فى هذه المسائل لأن ملكه باق كما فى البحر ، يعنى أن العبد والمدبر وأم الولد إنما أكلوا الطعام على ملك السيد لأنهم لايملكون ، وإن ملكوا فكان ملكه باقيا فى الطعام والرد متعذر كما قررناه فى الإعتاق ، بخلاف ما إذا أطعمه طفله وماعطف عليه مماسيأتى حيث لايرجع لأن فيه حبس المبيع بالتمليك من هؤلاء فإنهم من أهل الملك اهـ ح (قوله فإنه يرجع بالنقصان استحسانا عندهما) الذى فى الهداية والعناية والفتح والتبيين أن الاستحسان عدم الرجوع وهو قول الإمام فليحرر اهـ ح .

قلت : ماذكره الشارح من أن الاستحسان قولهما ذكره فى الاختيار ، وتبعه فى البحر وكذا نقله عنه العلامة قاسم ونبه على أنه عكس مافى الهداية وسكت عليه فلذا مشى عليه المصنف فى متنه : وذكر فى الفتح عن الخلاصة أن عليه الفتوى وبه أخذ الطحاوى ، لكن قال فى الفتح بعده : إن جعل الهداية قول الإمام استحسانا مع تأخيره . وجوابه عن دليلهما يفيد مخالفته فى كون الفتوى على قولهما اهـ .

قلت : ويؤيده أنه فى الكنز والملتقى وغيرهما مشوا على قول الإمام . وفى الذخيرة : ولو لبس الثوب حتى تخرق من اللبس أو أكل الطعام لايرجع عنده هو الصحيح خلافا لهما اهـ .

والحاصل أنهما قولان مصححان ولكن صححوا قولهما بأن عليه الفتوى ، ولفظ الفتوى آكد ألفاظ التصحيح ولاسيما هو أرفق بالناس كما يأتى فلذا اختاره المصنف فى متنه وهذا فى الأكل : أما البيع ونحوه فلارجوع فيه إجماعا كما علمت ، ويأتى وجه الفرق .

[تنبيه] ظاهر كلام الشارح أن الخلاف جار فى جميع المسائل التى ذكرها مع أنهم لم يذكروه إلا فى أكل الطعام ولبس الثوب أفاده ح .

وعنهما يرد مابقي ويرجع بنقصان ما أكل وعليه الفتوى اختيار وقهستاني ولو كان في وعاءين فله رد الباقي بحصته من الثمن اتفاقا ابن كمال وابن ملك

قلت : الظاهر جريان الخلاف في مسائل الإطعام أيضا ، لأنه لو أكل الطعام لايرجع عند الإمام ، فكذا إذا أطعمه عبده بالأولى تأمل (قوله وعنهما يرد مابقي ويرجع بنقصان ماأكل) هذه رواية ثانية عنهما في صورة أكل البعض ، والأولى أنه يرجع بنقصان العيب في الكل ، فلا يرد مابقي هكذا نقل عنهما القدوري في التقريب وتبعه في الهداية : وذكر في شرح الطحاوي أن الأولى قول أبي يوسف ، والثانية قول محمد كما في الفتح . وأما عند الإمام فلا يرد مابقي ولا يرجع بنقصان ما أكل ولامابقي . في الذخيرة والفتوى على قول محمد كما نقله في البحر عن الاختيار والخلاصة ، ومثله في النهاية وغاية البيان وجامع الفصولين والخانية والمجتبى ، فلذا اقتصر عليه الشارح وهذا كله في أكل البعض : أما لو باع بعض المكيل والموزون ففي الذخيرة أنه عندهما لا يرد ما بقي ولا يرجع بشيء وعن محمد يرد مابقي ولا يرجع بنقصان ماباع هكذا ذكره في الأصل . وكان الفقيه أبو جعفر وأبو الليث يفتيان في هذه المسائل بقول محمد رفقا بالناس ، واختاره الصدر الشهيد اه . وفي جامع الفصولين عن الخانية : وعن محمد لايرجع بنقص ماباع ويرد الباقي بحصته من الثمن وعليه الفتوى اه ومثله في الولوالجية والمجتبى والمواهب

والحاصل(١) أن المفتي به أنه لو باع البعض أو أكله يرد الباقي ويرجع بنقص ما أكل لابنقص ماباع . والفرق كما في الولوالجية أنه بالأكل تقرر العقد ، فتقرر أحكامه ، وبالبيع ينقطع الملك فتنقطع أحكامه . قال فصار بمنزلة مالو اشترى غلامين فقبضهما وباع أحدهما ثم وجد بهما عيبا يرد مابقي ولايرجع بنقصان ماباع بالإجماع ، فكذا هنا عند محمد اه :

قلت : لكن سيذكر المصنف تبعا لغيره من المتون لو وجد ببعض المكيل أوالموزون عيبا له رد كله أو أخذه فإن مقتضاه أنه ليس له رد المعيب وحده : إلا أن يقال إنه محمول على ما إذا كان كله باقيا في ملكه لم يتصرف في شيء منه بقرينة قوله له رد كله ، فيفرق بين ما إذا بقي كله وبين ما إذا تصرف ببعضه ببيع أو أكل . أويقال هو مبني على قول غير محمد تأمل :

[تنبيه] الطعام في عرفهم البر ، والمراد به هنا هو وما كان مثله من مكيل وموزون كما علم مما نقلناه آنفا عن الذخيرة وفي البحر عن القنية : ولو كان غزلا فنسجه أو فيلقا فجعله إبريسما ثم ظهر أنه كان رطبا وانتقص وزنه رجع بنقصان العيب بخلاف ما إذا باع اه : وبه علم أن الأكل غير قيد بل مثله كل تصرف لايخرجه عن ملكه كما يعلم مما قدمناه عن المحيط ، وتقدم حكم القيمي عند قوله كما لايرجع لو باع المشتري الثوب الخ (قوله ابن كمال) حيث قال والخلاف فيما إذا كان الطعام في وعاء واحد أو لم يكن في وعاء ، فإن كان في وعاءين فله رد الباقي بحصته من الثمن في قولهم كذا في الحقائق والخانية اه .

قلت : ولفظ الخانية ، فإن كان في وعاءين فأكل ما في أحدهما أو باع ثم علم بعيب كان له أن يرد الباقي بحصته من الثمن في قولهم لأن المكيل والموزون بمنزلة أشياء مختلفة ، فكان الحكم فيه ماهو الحكم في العبدين والثوبين ونحو ذلك اه . ومقتضاه أنه لاخلاف في ثبوت رد المعيب وحده ، نعم نقل العلامة قاسم في تصحيحه عن الذخيرة

---

(١) قوله (والحاصل الخ) أقول : قد نظمت هذه المسألة التي قبلها ليسهل حفظهما فقلت :

وإن يبيع كل المكيل أو أكل ... ثم رأى عيبا فلا رجوع بل
يرجع إن كان لبعض كلا ... بنقصه . وإن يبع بعضا فلا
وما بقي من أكل أو بيع يرد ... عند محمد وذاك المعتمد اه منه

وسيجيء ؛ قلت: فعلى مافى الاختيار والقهستانى يترجح القياس قنية :
(ولو أعتقه على مال) أو كاتبه (أو قتله) أو أبق(١) أو أطعمه طفله أو امرأته أو مكاتبه أو ضيفه مجتبى بعد اطلاعه على عيب ، كذا ذكره المصنف.

ان من المشايخ من قال لافرق بين الوعاء والأوعية ليس له أن يرد البعض بالعيب ، وإطلاق محمد فى الأصل يدل عليه وبه كان يفتى شمس الأئمة السرخسى . ثم قال العلامة قاسم والأول أقيس وأرفق (قوله وسيجيء) أى قبيل قوله اشترى جارية ، لكن للذى سيجيء هو ترجيح عدم الفرق بين الوعاء والأكثر (قوله فعلى مافى الاختيار الخ) أى من قوله وعنهما يرد مابقى ويرجع الخ فإنه يفيد أنه قياس لذكره له بعد قوله فإنه يرجع بالنقصان استحسانا عندهما ؛

مطلب يرجح القياس

وحاصله أن إحدى الروايتين عنهما استحسانا والثانية قياس ، فيكون ترجيح الثانية كما وقع فى الاختيار والقهستانى من ترجيح القياس عن الاستحسان ، هذا تقرير كلام الشارح ، وبه اندفع ماقيل إن الشارح وافق هنا مافى الهداية وغيرها من أن القياس قولها فافهم ، نعم مافهمه الشارح على ماقررناه خلاف المفهوم من كلامهم ، فقد قال فى الهداية وأما الأكل فعلى الخلاف ، عندهما يرجع ، وعنده لايرجع استحسانا ، وإن أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عنده . وعنهما أنه يرجع بنقصان العيب فى الكل : وعنهما أنه يرد مابقى اه : وقال فى الاختيار : عندهما يرجع استحسانا ، وعنده لايرجع الخ فإنه المفهوم من هذا أنه فى الهداية جعل الرجوع بالنقصان عندهما قياسا ، وعدمه عنده استحسانا : وفى الاختيار بالعكس .

وحاصله أن الرجوع بالنقصان عندهما قيل إنه قياس ، وقيل إنه استحسان ، ثم بعد قولها بالرجوع بالنقصان فنى صورة أكل البعض عنهما روايتان : الأولى يرجع بنقصان الكل فلايرد الباقى . والثانية يرجع بنقصان ما أكل فقط ويرد مابقى ، وأنت خبير بأنه ليس فى هذا مايفيد أن إحدى هاتين الروايتين قياس والأخرى استحسان كما فهمه الشارح ، بل كل منهما قياس على مافى الهداية ، والاستحسان قول الإمام بعدم الرجوع بشىء أصلا ، وكل منهما استحسان على مافى الاختيار ، والقياس قول الإمام المذكور فتنبه (قوله ولو أعتقه على مال) أى لايرجع لأنه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل . وعنه أنه يرجع لأنه إنهاء للملك وإن كان بعوض ح ، عن الهداية : وعند أبى يوسف يرجع فى هذه المسائل (قوله أو كاتبه) هى بمعنى الإعتاق على مال كما فى البحر ، والكلام فيه مغن عن الكلام فيها ح (قوله أو قتله) هو ظاهر الرواية عن أصحابنا : ووجهه أن القتل لم يعهد شرعا إلا مضمونا ، وإنما سقط عن المولى بسبب الملك فصار كالمستفيد به عوضا ، وهو سلامة نفسه عن القتل إن كان عمدا أو الدية إن كان خطأ فكأنه باعه نهر (قوله طفله) ليس بقيد ، بل المصرح به فى البحر والفتح الولد الصغير والكبير والعلة وهى أهلية الملك كما قدمناه تشملهما اه ح (قوله كذا ذكره المصنف) حيث قال ، فلو أعتقه على مال أو قتله بعد اطلاعه على عيب :. وقال محشيه الرملى : صوابه قبل اطلاعه إذ هو محل الخلاف إذ بعده

---

(١) (قول الشارح أو أبق الخ) قال ط ظاهره أنه لايرجع بالنقصان مطلقا ، وقد تقدم لصاحب النهر فى ذكر الإباق مانصه : ولو أراد المشترى أن يرجع بنقصان العيب ليس له ذلك قبل عوده أو موته . والجواب أن ذلك فى إباق ثبت عندهما أنه هو الذى يوجب الرجوع أو الرد ، وما هنا مفروض فيما إذا حصل عند المشترى بعد تحقق عيب فيه آخر قديم عند البائع اه .

تبعا للعيني في الرمز ، لكن ذكر في المجمع في الجميع قبل الرؤية وأقره شراحه حتى العيني » . فيفيد البعدية بالأولوية فتنبه (لا) يرجع بشيء لامتناع الرد بفعله ، والأصل أن كل موضع للبائع أخذه معيبا لايرجع بإخراجه عن ملكه ، وإلا رجع اختيار . وفيه الفتوى على قولهما في الأكل وأقره القهستاني .

(شرى نحو بيض وبطيخ) كجوز وقثاء (فكسره فوجده فاسدا ينتفع به) ولو علفا للدواب (فله) إن لم يتناول منه شيئا بعد علمه بعيبه (نقصانه) إلا إذا رضي البائع به ، ولو علم بعيبه قبل كسره فله رده (وإن لم ينتفع به أصلا

لايرجع إجماعا ، ولهذا لم يقيد به الزيلعي وأكثر الشراح ، وكأنه تبع العيني فيه وهو سهو (قوله في الرمز) أي شرح الكنز (قوله لكن ذكر في المجمع في الجميع) أي في جميع المسائل المذكورة ، وهي : العتق على مال والكتابة والإباق وهذا هو الصواب ، لما علمت من أنه لارجوع إجماعا لو بعد الاطلاع على العيب ، لا لما قيل من أنه يلزم أن لايبقى فرق بين هذه المسائل والمسائل المتقدمة فإنه ممنوع ، إذ الفرق واضح وهو ثبوت الرجوع في المسائل المتقدمة وعدمه في هذه إجماعا فافهم (قوله حتى العيني) أي في شرحه على نظم المجمع ، أي فناقض كلامه في الرمز (قوله بالأولوية) أي لأنه إذا امتنع الرجوع إذا كانت هذه الأشياء قبل الاطلاع على العيب يمتنع بعد الاطلاع بالأولى لأنها دليل الرضا (قوله والأصل الخ) قدمنا بيانه عند قوله لجواز رده مقطوعا لامخيطا وقدمنا هناك بناءه على أصل آخر (قوله وفيه الخ) مكرر مع ماقدمه قريبا ح (قوله فوجده فاسدا الخ) لو قال فوجده معيبا لكان أولى ، لأن من عيب الجوز قلة لبه وسواده كما في البزازية ، وصرح في الذخيرة بأنه عيب لا فساد . واحترز بقوله فوجده أي المبيع عما إذا كسر البعض فوجده فاسدا فإنه يرده أو يرجع بنقصه فقط ولا يقيس الباقي عليه ، ولذا قال في الذخيرة ولايرد الباقي إلا أن يبرهن أن الباقي فاسد اهـ أفاده في البحر ، وقوله فإنه يرده الخ أي يرد ماكسره لو غير منتفع به أو يرجع بنقصه فقط لو ينتفع به (قوله إن لم يتناول منه شيئا) فلو كسره فذاقه ثم تناول منه شيئا لم يرجع بنقصانه لرضاه به ، وينبغي جريان الخلاف فيما لو أكل الطعام بحر ، وأصل البحث للزيلعي . واعترضه ط بأن الخلاف في الطعام إذا علم بالعيب بعد الأكل لا قبله (قوله نقصانه) أي له نقصان عيبه لارده ، لأن الكسر عيب حادث بحر وغيره .

قلت : الكسر في الجوز (١) يزيد في ثمنه ، فهو زيادة لاعيب تأمل (قوله إلا إذا رضي البائع به) أي بأخذه معيبا بالكسر ، فلا رجوع للمشتري بنقصانه (قوله ولو علم) أي المشتري بعيبه قبل كسره : أي ولم يكسره . قال في النهر : فلو كسره بعد العلم بالعيب لايرد لأنه صار راضيا اهـ ونبه على ذلك الزيلعي أيضا فقال لا يرده ولا يرجع بالنقصان ، لأن كسره بعد العلم به دليل الرضا انتهى ، لكن الزيلعي ذكر هذا بعد قوله وإن لم ينتفع به أصلا . واعترض بأن محله هنا ، لأنه إن لم ينتفع به أصلا يرده (٢) ويرجع بكل الثمن (قوله وإن لم ينتفع به أصلا) بأن كان البيض منتنا والقثاء مرا والجوز خاويا ، وما في العيني أو مزنخا ففيه نظر لأنه يأكله الفقراء نهر .

قلت : وكذا ينتفع به باستخراج دهنه ، لكن هذا لو كان كثيرا ، بل قد يقال ولو قليلا لأنه يباع

---

(١) (قوله قلت الكسر في الجوز الخ) فيه أن موضوع المسألة في الذي وجد فاسدا وهو إذا كسر ينكشف حاله فلا يرغب فيه ، وأما قبل الكسر فيرغب فيه لتوهم عدم الفساد اهـ .

(٢) (قوله يرده) أي ولو بعد كسره ، فلا يصح تقييده بما قبل الكسر كما فعل الزيلعي اهـ .

فله كل الثمن) لبطلان البيع ، ولو كان أكثره فاسدا جاز بحصته عندهما نهر . وفى المجتبى : لو كان سمنا ذائبا فأكله ثم أقر بائعه بوقوع فأرة فيه رجع بنقصان العيب عندهما ، وبه يفتى .

(باع ما اشتراه فرد) المشترى الثانى (عليه بعيب رده على بائعه

لمن يستخرج دهنه فيكون له قيمة إلا أن يكون جوزة أو جوزتين مثلا (قوله فله كل الثمن الخ) لأنه تبين بالكسر أنه ليس بمال ، فكان البيع باطلا قبل هذا صحيح فى الجوز الذى لا قيمة لقشره . أما إذا كان له قيمة بأن كان فى موضع يباع فيه قشره يرجع بحصة اللب فقط ، وقيل يرده ويرجع بكل الثمن لأن ماليته باعتبار اللب ، وظاهر الهداية يفيد ترجيحه ، وكذا فى البيض . أما بيض النعامة إذا وجد فاسدا بعد الكسر فإنه يرجع بنقصان العيب : قال فى العناية : وعليه جرى فى الفتح أن هذا يجب أن يكون بلا خلاف لأن مالية بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر ومافيه جميعا . قال ابن وهبان : وينبغى أن يفصل ، بأن يقال هذا فى موضع يقصد فيه الانتفاع بالقشر . أما إذا كان لا يقصد الانتفاع إلا بالمح بأن كان فى برية والقشر لاينتقل كان كغيره . قال الشيخ عبد البر : ولا يخفى عليك فساد هذا التفصيل ، فإن هذا القشر مقصود بالشراء فى نفسه ينتفع به فى سائر المواضع ، وما ذكره لاينهض لأنه قد يتفق فى كثير مما اتفقوا على صحة بيعه ولا يكون ذلك موجبا لفساد البيع اهـ نهر (قوله ولو كان أكثره فاسدا جاز بحصته) أى بحصة الصحيح منه ، وهذا عندهما وهو الأصح كما فى الفتح . وكذا فى النهر عن النهاية : أما عنده فلا يصح فى الصحيح منه أيضا لأنه كالجمع بين الحر والعبد فى صفقة واحدة : ووجه الأصح كما فى الزيلعى أنه بمنزلة ما لو فصل ثمنه لأنه ينقسم ثمنه على أجزائه كالمكيل والموزون لا على قيمته اهـ أى بخلاف الحر مع العبد .

[تنبيه] عبر بالأكثر تبعا للعينى : واعترض بأنه مختل ، والصواب تعبير النهر وغيره بالكثير .

قلت : وهو مدفوع لأنه إذا صح فيما يكون أكثره فاسدا يصح فيما يكون الكثير منه فاسدا بالأولى فافهم ، نعم الأولى التعبير بالكثير ليفيد صحة البيع فى الكل إذا كان الفاسد منه قليلا لأنه لايمكن التحرز عنه ، إذ لايخلو عن قليل فاسد فكان كقليل التراب فى الحنطة فلا يرجع بشىء أصلا ، وفى القياس يفسد كما فى الفتح . قال فى النهر والقليل مالايخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين فى المائة ، كذا فى الهداية ، وهو ظاهر فى أن الواحد فى العشرة كثير ، وبه صرح فى القنية . وقال السرخسى : الثلاثة عفو يعفى فى المائة اهـ . وفى البحر : القليل الثلاثة ومادونها فى المائة والكثير مازاد اهـ . وفى الفتح : وجعل الفقيه أبو الليث الخمسة والستة فى المائة من الجوز عفوا اهـ .

مطلب وجد فى الحنطة ترابا

[فرع] اشترى أقفزة حنطة أو سمسم فوجد فيه ترابا ، إن كان يوجد مثله فى ذلك عادة لايرد ، وإلا فإن أمكنه رد كل المبيع يرده ، ولو أراد حبس الحنطة ورد التراب أو المعيب مميزا ليس له ذلك فإن ميز التراب وأراد أن يخلطه ويرد إن أمكنه الرد على ذلك الكيل رده وإلا بأن نقص من ذلك الكيل شىء لا ورجع بنقصان الحنطة إلا أن يرضى البائع بأخذها ناقصة بزازية . وفى الخانية : لو لم يعد ذلك التراب عيبا فلا رد ، وإلا فإن لم يفحش يرد ، وإن فحش خير المشترى بين أخذ الحنطة بحصتها من الثمن أوردها وأخذ كل الثمن (قوله وفى المجتبى الخ) هذه من أفراد مسألة لا كل السابقة ط فكان الأولى ذكرها هنالك (قوله رده على بائعه) معناه أن له أن يخاصم الأول ويفعل ما يجب أن يفعل عند قصد الرد ولا يكون الرد عليه ردا على بائعه ، بخلاف الوكيل بالبيع حيث يكون

لو ردّ عليه بقضاء) لأنه فسخ مالم يحدث به عيب آخر عنده فيرجع بالنقصان ، وهذا (لو بعد قبضه) فلو قبله رده مطلقا فى غير العقار كالرد بخيار الرؤية أو الشرط درر ، وهذا إذا باعه قبل اطلاعه على العيب ، فلو بعده فلا رد مطلقا بحر ،

الرد عليه بالعيب القضاء ردا على موكله ، لأن البيع واحد، فإذا ارتفع رجع إلى الموكل بحر، وتمامه فيه . وبخلاف الاستحقاق فإنه إذا حكم به على المشترى الأخير يكون حكما على كل الباعة كما سيأتى فى بابه . قال فى النهر : وهذا الإطلاق قيده فى المبسوط بما إذا ادعى المشترى العيب عند البائع الأول ، أما إذا أقام البينة أن العيب كان عند المشترى ولم يشهدا أنه كان عند البائع الأول ليس للمشترى الأول أن يرده إجماعا ، كذا فى الفتح تبعا للدراية اهـ . وأقره فى البحر أيضا :

قلت: وهو مقيد أيضا بما إذا لم يعترف بالعيب بعد الرد . قال فى الفتح : لو قال بعد الرد ليس به عيب لا يرده على البائع الأول بالاتفاق (قوله لو رد عليه بقضاء) شامل لما إذا أقر بالعيب وامتنع من القبول فرد عليه القاضى جبرا كما إذا أنكر العيب فأثبته بالبينة أو النكول عن اليمين أو بالبينة على إقرار البائع بالعيب مع إنكاره الإقرار به فإنه يرد على بائعه فى الصور الأربع لكون القضاء فسخا فيها شرنبلالية :

[تنبيه] للبائع أن يمتنع عن القبول مع علمه بالعيب حتى يقضى عليه ليتعدى إلى بائعه بحر عن البزازية (قوله لأنه فسخ) أى لأن الرد بالقضاء فسخ من الأصل فجعل البيع كأن لم يكن غاية الأمر أنه أنكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء هداية ، والمراد أنه فسخ فيما يستقبل لا فى الأحكام الماضية بدليل أن زوائد المبيع للمشترى ولا يردها مع الأصل ، وتمامه فى البحر وسيذكر الشارح آخر الباب أنه فسخ فى حق الكل إلا فى مسألتين الخ ، ويأتى تمامه.

مطلب لا يرجع البائع على بائعه بنقصان العيب

(قوله مالم يحدث به عيب آخر عنده) أى عند البائع الثانى ، قيد لقوله رده على بائعه : وقوله فيرجع تفريع على مفهوم القيد المذكور ، أى فإن حدث عيب آخر عند البائع الثانى ثم رده عليه المشترى منه بالعيب القديم فلا يرده على بائعه بل يرجع عليه بنقصان العيب القديم ، لأن العيب الحادث عنده يمنعه من الرد ، وما قلناه من إرجاع ضمير عنده إلى البائع الثانى أصوب من إرجاعه إلى المشـــترى الثانى لئلا يخالف قولى الإمام :

لما فى البحر : لو باعه فأطلع مشتريه على عيب قديم به لا يحدث مثله ويحدث عنده عيب ورجع بنقصان العيب القديم ؛ فعنده لا يرجع البائع على بائعه بنقصان العيب القديم : وعندهما يرجع ، كذا ذكره الإسبيجابى ، ومثله فى الصغرى اهـ فافهم (قوله وهذا) أى اشتراط القضاء للرد اهـ ح (قوله لو بعد قبضه) أى قبض المشترى الثانى المبيع ط (قوله فلو قبله الخ) أى فلو كان الرد قبل قبضه فللمشترى الأول أن يرده على البائع الأول مطلقا سواء كان رده عليه بقضاء أو برضا المشترى الأول الذى هو البائع الثانى ، لأن بيع المبيع قبل قبضه لا يجوز فلا يمكن جعله بيعا جديدا فى حق غيرهما فجعل فسخا من الأصل فى حق الكل ، فصار كما لو باع المشترى الأول للثانى بشرط الخيار له أو بيعا فيه خيار رؤية فإنه إذا فسخ المشترى الثانى بحكم الخيار كان للأول أن يرده مطلقا ، والفسخ بالخيارين لا يتوقف على قضاء : قال الزيلعى : وفى العقار اختلاف المشايخ على قول أبى حنيفة . والأظهر أنه بيع جديد فى حق البائع الأول ، لأن العقار يجوز بيعه قبل القبض عنده فليس له أن يرده على بائعه كأنه اشتراه بعد ما باعه : وعند محمد فسخ لأنه لا يجوز بيعه قبل القبض عنده : وعند أبى يوسف بيع فى حق الكل اهـ من حاشية نوح أفندى (قوله وهذا) الإشارة إلى قوله رده على بائعه (قوله فلا رد مطلقا)

وهذا فى غير النقدين لعدم تعينهما فله الرد مطلقا شرح مجمع : (ولو) رده (برضاه) بلا قضاء (لا) وإن لم يحدث مثله فى الأصح لأنه إقالة :

(ادعى عيبا) موجبا لفسخ أو حط ثمن

أى لابقضاء ولا رضا ، لأن بيعه بعد رؤية العيب دليل الرضا به (قوله وهذا) أى اشتراط القضاء للرد (قوله فى غير النقدين) قال فى البحر : وقيد بالمبيع وهو العين احترازا عن الصرف فإنه يجعل فسخا إذ رد بعيب لافرق بين القضاء والرضا لأنه لايمكن أنه يجعل بيعا جديدا لأن الدينار هنا لايتعين فى العقود فإذا اشترى دينارا بدراهم . ثم باع الدينار من آخر ثم وجد المشترى الثانى بالدينار عيبا ورده المشترى بغير قضاء فإنه يرده على بائعه لما ذكرنا . ووجهه فى الكافى بأن المعيب ليس بمبيع بل المبيع السليم فيكون المبيع ملك البائع فإذا رده على المشترى يرده على بائعه أما هنا المبيعان موجودان .

مطلب مهم ، قبض من غريمه دراهم فوجدها زيوفا فردها عليه بلا قضاء

وذكر فى الظهيرية : وعلى هذا إذا قبض رجل دراهم على رجل وقضاها من غريمه فوجدها الغريم زيوفا فردها عليه بلا قضاء فله ردها على الأول اهـ ، وماذكره فى الظهيرية أفتى به الخير الرملى تبعا لما فى فتاوى قارىء الهداية وفتاوى ابن نجيم ، وهذا إذا لم يكن أقر بقبض حقه أو الثمن أو الدين ، فلو أقر بذلك ثم جاء ليرده لم يقبل منه لتناقضه كما أوضح ذلك العلامة الطرسوسى فى أنفع الوسائل ، ولخصت ذلك فى تنقيح الحامدية :

وبقى مالإذا تصرف فيه القابض بعد علمه بعيبه فإنه لايرده إذا رد عليه ، لما فى القنية برمز القاضى عبد الجبار إذا أخذ من دينه دينارا فجعله فى الروث ليروج أو جعل الدرهم فى البصل ونحوه ليس له الرد كما لو داوى عيب مشريه ليس له الرد اهـ فليحفظ ، لكن سيذكر الشارح من موانع الرد العرض على البيع إلا الدراهم إذا وجدها زيوفا فعرضها على البيع فليس برضا ، وسيذكره أيضا فى آخر متفرقات البيوع : وعلله فى البحر بأن حقه فى الجياد فلم تدخل الزيوف فى ملكه ، لكن صرحوا بأنه لو تجوز بها ملكها وصارت عين حقه فصار الحاصل أنه لو رضى بها امتنع الرد وإلا فله ردها وإن عرضها على البيع ، وبه يظهر أن عرضها على البيع لايكون دليل الرضا بها فيحمل مامر عن القنية على ماإذا رضى بها صريحا فليتأمل ، وسيأتى فى متفرقات البيوع متنا وشرحا لو قبض زيفا بدل جيد كان له على آخر جاهلا به ، فلو علم وأنفقه كان قضاء اتفاقا ولفق أو أنفقه فهو قضاء لحقه ، فلو قائما رده اتفاقا . وقال أبو يوسف : إذا لم يعلم يرد مثل زيفه ويرجع بجيده استحسانا كما لو كانت ستوقة أو نبهرجة واختاروه للفتوى اهـ (قوله ولو رده برضاه الخ) أى لو رد المشترى الثانى على الأول برضاه ليس له رده على بائعه سواء كان العيب يحدث مثله فى المدة كالمرض أولا كالأصبع الزائدة ، لأن الرد بالعيب بعد القبض إقالة وهى بيع جديد فى حق الثالث وفسخ فى حق المتعاقدين والبائع الأول ثالثهما فصار فى حقه كأن المشترى الأول اشتراه من الثانى فلا خصومة له مع بائعه لا فى الرد ولا فى الرجوع بالنقصان ، بخلاف الرد بقضاء القاضى فإنه فسخ فى حق الكل لعموم ولايته فيصير كأن البائع الأول لم يبعه ، أفاده نوح أفندى :

[تنبيه] الوكيل بالبيع على هذا التفصيل فإذا رد عليه المبيع بقضاء لزم الموكل ولو بدونه لزمه دون الموكل ، وليس له أن يخاصم الموكل وإن كان العيب لايحدث مثله هو الصحيح ، لأن الرد بلاقضاء فى حق الموكل بمنزلة الإقالة وتمامه فى الخانية (قوله أو حط ثمن) فيما إذا حدث عنده عيب آخر فإنه يحط من الثمن نقصان العيب كما مر

(بعد قبضه المبيع لم يجبر)المشترى(على دفع الثمن)للبائع (بل يبرهن) المشترى لإثبات العيب (أو يحلف بائعه) على نفيه وبدفع الثمن إن لم يكن شهود (وإن ادعى غيبة شهوده دفع) الثمن (إن حلف بائعه) ولو قال أحضرهم إلى ثلاثة أيام أجله، ولو قال لابينة لى فحلفه ثم أتى بها تقبل خلافا لهما فتح (ولزم العيب بنكوله) أى البائع عن الحلف : (ادعى) المشترى (إباقا) ونحوه مما يشترط لرده وجود العيب عندهما كبول وسرقة وجنون (لم يحلف بائعه)

(قوله بعد قبضه المبيع) قيد اتفاقى لأن البائع له المطالبة بالثمن قبل تسليم المبيع ، فإذا ادعى المشترى عيبا لم يجبر فصدق عدم الجبر قبل القبض أيضا بحر واعترض بأنه لايجبر وإن ثبتت المطالبة :

قلت : وهو ممنوع وإلا فما فائدة المطالبة فافهم (قوله لم يجبر المشترى) لاحتمال صدقه عينى ،والأولى للشارح ذكر المشترى عقب قوله ادعى لتنسحب الضمائر كلها عليه (قوله لإثبات العيب) أى إثبات وجوده عنده وعند البائع فإذا أثبته كذلك رد المبيع على البائع أو قبله ودفع ثمنه (قوله أو يحلف بائعه على نفيه) أى نفى العيب عنده : أى عند البائع ،وقوله وبدفع الثمن : أى المشترى بعد أن حلف البائع ،وقوله إن لم يكن شهود مرتبط بقوله ويحلفه(١) أو بقوله وبدفع ، والأولى إسقاطه للعلم به من عطف أو يحلف على يبرهن .

ثم اعلم أن المتبادر من هذا أن له تحليف البائع قبل إقامة البينة على قيام العيب للحال ، وهذا قولهما ورواية ضعيفة عن الإمام ، والصحيح عنده ما ذكره عقيبه فى مسألة دعوى الإباق من أنه لا يحلف بائعه حتى يبرهن المشترى أنه أبق عنده كما يأتى بيانه ، وعن هذا أول الزيلعى قول الكنز أو يحلف بائعه بقوله أى بعد إقامة المشترى البينة أنه وجد فيه عنده : أى عند المشترى ، وأوله فى البحر بما إذا أقر البائع بقيام العيب به ، ولكن الكل قدمه :

واعترضه فى النهر بأنه مما لادليل فى كلامه عليه ، ثم قال : وقد ظهر لى أن موضوع هذه المسألة فى عيب لايشترط تكراره كالولادة ؛ فإذا ادعاه المشترى ولا برهان له حلف بائعه ، وقوله بعده : ولو ادعى إباقا بيان لما يشترط تكراره وإلا كان الثانى حشوا ،فتدبره فإنى لم أر من عرّج عليه اه :

قلت : وأشار إليه الشارح بقوله الآتى مما يشترط الخ (قوله وإن ادعى غيبة شهوده) أى عدم حضورهم فى المصر،أما لو قال لى بينة حاضرة أمهله القاضى إلى المجلس الثانى إذ لاضرر فيه على البائع بحر (قوله تقبل خلافا لهما فتح) عبارة الفتح : تقبل فى قول أبى حنيفة ، وعند محمد لاتقبل ، ولا يحفظ فى هذا رواية عن أبى يوسف اه . وذكر قبله أنه لو قال لى بينة حاضرة ثم أتى بها تقبل بلا خلاف (قوله ولزم العيب بنكوله) أى لزمه حكمه ، لأن النكول حجة فى المال لأنه بذل أو إقرار (قوله إباقا ونحوه الخ) احتراز عما لايشترط تكرره وهو ثلاث : زنا الجارية ، والتولد من الزنا ، والولادة كما قدمه أول الباب ، ففيها لايشترط إقامة البينة على وجودها عند المشترى بل يحلف عليها البائع ابتداء كما فى البحر (قوله عندهما) أى عند البائع والمشترى(قوله وجنون) قيل هذا على القول الضعيف المنقول عن العينى فيما تقدم اه ؛

قلت : الذى تقدم هو أن الجنون مما يختلف صغرا وكبرا ، بمعنى أنه إذا وجد فى يد البائع فى الصغر وفى يد المشترى فى الكبر لا يكون عيبا كالإباق وأخويه ، والكلام هنا فى اشتراط المعاودة عند المشترى ، وهو القول الأصح كما قدمه الشارح ، وهذا غير ذاك كما لا يخفى ونبه عليه ط أيضا فافهم (قوله لم يحلف بائعه) قال فى البحر : أى إذا ادعى عيبا يطلع عليه الرجال ويمكن حدوثه فلابد من إقامة البينة أولا على قيامه بالمبيع مع قطع النظر

---

(١) (قوله مرتبط بقوله ويحلفه) هكذا بخطه مع أن الذى فى الشارح أو يحلف بائعه على نفيه كما فى صدر القولة ، فتأمل اه مصححه .

إذا أنكر قيامه للحال (حتى يبرهن المشترى أنه) قد أبق عنده (فإن برهن حلف بائعه) عندهما (بالله ماأبق) وما سرق وماجن (قط) وفى الكبير : بالله ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال لاختلافه صغرا وكبرا .

واعلم أن العيوب أنواع خفى كإباق وعلم حكمه وظاهر كعور وصمم وأصبع زائدة أو ناقصة . فيقضى بالرد

عن قدمه وحدوثه لينتصب البائع خصما ، فإن لم يبرهن لايمين على البائع عند الإمام على الصحيح : وعندهما يحلف على نفى العلم ، وتمامه فيه (قوله إذا أنكر قيامه للحال) أما لو اعترف بذلك فإنه يسأل عن وجوده عنده فإن اعترف به رده عليه بالتماس من المشترى ، وإن أنكر طولب المشترى بالبينة على أن الإباق وجد عند البائع ، فإن أقامها رده وإلا حلف نهر (قوله أنه قد أبق عنده) أى عند المشترى نفسه ، لأن القول وإن كان قول البائع لكن إنكاره إنما يعتبر بعد قيام العيب به فى يد المشترى ومعرفته تكون بالبينة درر (قوله فإن برهن) أى المشترى على قيامه للحال نهر (قوله حلف بائعه عندهما) صوابه اتفاقا ، لأن الخلاف فى تحليف البائع إنما هو قبل برهان المشترى كما علمت ، أما بعده فإنه يحلف اتفاقا لأنه انتصب خصما حين أثبت المشترى قيام العيب عنده عند الإمام فكذا عندهما بالأولى (قوله بالله ما أبق قط) عدل عن قول الكنز وغيره بالله ما أبق عندك قط بزيادة الظرف ، لما قاله الزيلعى من أن فيه ترك النظر للمشترى ، لأنه يحتمل أنه باعه وقد كان أبق عند غيره وبه يرد عليه ، فالأحوط أن يحلف ماأبق قط أو مايستحق عليك الرد من الوجه الذى ذكره أو لقدسلمه وما به هذا العيب :

قال فى النهر إلا أن كون حذف الظرف أحوط بالنظر إلى المشترى مسلم لابالنظر إلى البائع ، إذ يجوز أنه أبق عند الغاصب ولم يعلم منزل المولى ولم يقدر عليه ؛ وقد مر أنه ليس بعيب فالأحوط بالله مايستحق عليك الرد الخ وما بعده . وفى البزازية والاعتماد على المروى عن الثانى : بالله ما لهذا المشترى قبلك حق الرد بالوجه الذى يدعيه تحليفا على الحاصل اهـ ، ولا يحلف بالله لقد باعه وما به هذا العيب لأن فيه ترك النظر للمشترى لجواز حدوثه بعد البيع قبل التسليم فيكون بارا مع أنه يوجب الرد ، قيل كيف يحلف على البتات مع أنه فعل الغير ، والتحليف فيه إنما يكون على العلم ؛ وأجيب بأنه فعل نفسه فى المعنى وهو تسليم المعقود عليه سالما كما التزمه قاله السرخسى :

قال فى الفتح : ومما تطارحناه أنه لو لم يأبق عند البائع وأبق عند المشترى وكان أبق عند آخر قبل هذا البائع ولاعلم للبائع بذلك فادعى المشترى بذلك وأثبته يرده به ، ولو لم يقدر على إثباته له أن يحلفه على العلم ؛ وكذا فى كل عيب يرد فى تكرره اهـ . والمطارحة إلقاء المسائل ، وهى هنا ليست فى أصل الرد كما ظنه فى البحر فقال إنه منقول فى القنية ، بل فى تحليفه على عدم العلم أخذا من قولهم إنما يحلف على البتات لادعائه العلم به ، والغرض هنا أنه لاعلم له به فتدبره اهـ مافى النهر ملخصا ، وتمامه فيه (قوله وماجن) الأولى إسقاطه كما تعرفه (قوله وفى الكبير الخ) عطف على محذوف تقديره هذه الكيفية فى إباق الصغير وفى الكبير الخ ط (قوله لاختلافه صغرا وكبرا) فيحتمل أنه أبق عنده فى الصغر فقط ثم أبق عند المشترى بعد البلوغ وذلك لايوجب الرد لاختلاف السبب على ماتقدم ، فلو ألزمناه الحلف على ماأبق عنده قط أضررنا به وألزمناه مالايلزمه ، ولو لم يحلف أصلا أضررنا بالمشترى فيحلف كما ذكر ، وكذا فى كل عيب يختلف فيه الحال فيما بعد البلوغ وقبله ، بخلاف مالا يختلف كالجنون فتح ، فعلى هذا كان الأولى إسقاط قوله وماجن لأنه لايناسب قوله وفى الكبير الخ (قوله خفى كإباق) أى من كل عيب لايعرف إلا بالتجربة والاختبار كالسرقة والبول فى الفراش والجنون والزنا فتح (قوله وعلم حكمه) أى حكم رده

بلا يمين للتيقن به إذا لم يدّع الرضا به . وما لا يعرفه إلا الأطباء ككبد، فيكفى قول عدل وللإثبات عند بائعه عدلين وما لا يعرفه إلا النساء كرتق فيكفى قول الواحدة ثم يحلف البائع عينى .

مما ذكره المصنف آنفا (قوله للتيقن به) أى فى يد البائع والمشترى فتح (قوله إذا لم يدع الرضا به) أى رضا المشترى به ، أو العلم به عند الشراء ، أو الإبراء منه ، فان ادعاه سأل المشترى ، فإن اعترف امتنع الرد ؛ وإن أنكر أقام البينة عليه ، فإن عجز يستحلف ماعلم به وقت البيع أو ما رضى ونحوه ، فإن حلف رده ، وإن نكل امتنع الرد فتح (قوله ككبد) أى كوجع كبد وطحال فتح . وفى بعض النسخ ككبدى بياء النسب : أى كداء منسوب إلى الكبد (قوله فيكفى قول عدل) أى لتوجه الخصومة : قال فى الفتح : فإن اعترف به عندهما رده ، وكذا إذا أنكره فأقام المشترى البينة أو حلف البائع فنكل، إلا إن ادعى الرضا فيعمل ما ذكرنا، وإن أنكره عند المشترى يريه طبيبين مسلمين عدلين ، والواحد يكفى والاثنان أحوط ، فإذا قال به ذلك يخاصمه فى أنه كان عنده اهـ ؛ واشتراط العدلين منهم إنما هو للرد والواحد لتوجه الخصومة فيحلف البائع كما فى البدائع ، ولكن فى أدب القاضى ما يخالفه بحر .

قال فى البزازية : وفى أدب القاضى الذى يرجع فيه إلى الأطباء لايثبت فى حق توجه الخصومة مالم يتفق عدلان بخلاف ، مالا يطلع عليه الرجال حيث يثبت بقول المرأة الواحدة فى حق الخصومة لا فى حق الرد اهـ .

قلت : الأول أظهر ، لأن العدلين يكتفى بهما للإثبات ، فيكفى الواحد لتوجه الخصومة ، ولذا جزم به فى الخانية ، حيث قال : إن أخبر بذلك واحد يثبت العيب فى حق الخصومة والدعوى ، وإن شهد عدلان أنه قديم كان عند البائع برده على البائع .

مطلب فيما لا يطلع عليه إلا النساء

(قوله فيكفى قول الواحدة) أى لإثبات العيب فى حق الخصومة لا فى الرد فى ظاهر الرواية خانية ، وقد أشار إلى هذا بقوله فيحلف البائع ، إذ لو ثبت الرد بقولها لم يحتج إلى التحليف ، وهذا إذا كان بعد القبض بالاتفاق كما فى شرح الجامع لقاضى خان ، فلو قبله ففيه اختلاف الروايات :

فنى الخانية : إن آخر ما روى عن محمد وأبى يوسف أنه يردّ بشهادتهن ، إلا فى الحبل فلا ترد بشهادتهن . وفى الذخيرة : الواحدة العدلة تكفى والثنتان أحوط ، فإذا قالت واحدة عدلة أو ثنتان إنها حبلى يثبت العيب فى حق توجه الخصومة ، ثم إن قالت أو قالتا كان ذلك عند البائع ، إن كان ذلك بعد القبض لا ترد بل يحلف البائع لأن شهادة النساء حجة ضعيفة والعقد بعد القبض قوى ولا يفسخ العقد القوىّ بحجة ضعيفة ، وإن قبل القبض فكذلك لا رد بقول الواحدة ، أما المثنى فقيل على قياس قوله لا ترد وعلى قياس قولهما ترد : وذكر الخصاف أنها لا ترد فى ظاهر رواية أصحابنا . وفى القدورى إنه المشهور من قولها ، لأن ثبوت العيب بشهادتهن ضرورى ومن ضرورة ثبوته توجه الخصومة دون الرد فيحلف البائع ، فإن نكل تأيدت شهادتهن بنكوله فيثبت الرد . وروى الحسن عن الإمام ثبوت الرد بشهادتهن إلا فى الحبل لأنه تعالى تولى علمه بنفسه اهـ ما فى الذخيرة ملخصا ثم ذكر روايات أخر .

والحاصل أن شهادة الواحدة أو الثنتين يثبت بها العيب المذكور فى حق توجه الخصومة لا فى حق الرد سواء كان ذلك قبل القبض أو بعده فى ظاهر الرواية عن علمائنا الثلاثة وهو المشهور فكان هو المذهب المعتمد وإن اقتصر

قلت : وبقى خامس مالا ينظره الرجال والنساء ، ففى شرح قاضيخان : شرى جارية وادعى أنها خنثى حلف البائع (استحق بعض المبيع ، فإن) كان استحقاقه (قبل القبض) للكل (خير فى الكل) لتفرق الصفقة (وإن بعده خير فى القيمى لا فى غيره) لأن تبعيض القيمى عيب لا المثلى كما سيجىء ؛

(وإن شرى شيئين فقبض أحدهما دون الآخر فحكمه حكم ماقبل قبضهما) فلو استحق أو تعيب أحدهما خير (وهو) أى خيار العيب بعد رؤية العيب (على التراخى) على المعتمد .

فى كثير من الكتب على خلافه ، وقدمنا مايؤيد ذلك عن الفتح فى آخر خيار الشرط ، ولا ينافى ذلك ما اتفق عليه أصحاب المتون فى أول كتاب الشهادة من قبول شهادة الواحدة فى البكارة والعيوب التى لايطلع عليها إلا النساء ، لأن المراد به أن العيب يثبت بقولهن ليحلف البائع كما نص عليه فى الهداية هناك ، وهذا معنى قولهم هنا يثبت فى حق توجه الخصومة ، فاغتنم تحقيق هذا المحل فإنك لاتجده فى غير هذا الكتاب ، والحمد لله الملك الوهاب (قوله قلت وبقى خامس الخ) هذا الفرع مذكور فى الفتح والبحر والنهر ، لكنهم اقتصروا على عد الأنواع أربعة فلما رأى الشارح مخالفة حكمه لهذه الأربعة جعله نوعا خامسا فكان من زياداته الحسنة فافهم .

قلت : ومن هذا النوع مالو ادعى ارتفاع حيض الجارية ، فقد صرحوا بأنه لاتقبل الشهادة عليه لأنه لايعلم إلا منها وتتوجه الخصومة بقولها على ما اختاره فى الفتح ، نعم على مااختاره غيره من أنه لابد من دعوى المشترى أنه عن داء فيرجع فيه إلى شهادة الأطباء أو عن حبل فيرجع إلى شهادة النساء لايكون من هذا النوع بل من أحد النوعين قبله :

مطلب فيما يحلف المشترى أنه لم يفعل مسقطا لخيار العيب

[فروع] لو أراد المشترى الرد ولم يدع البائع عليه مسقطا لم يحلف المشترى ، وعند الثانى يحلف . وفى الخلاصة والبزازية أن القاضى لايستحلف الخصم بلا طلب المدعى إلا فى مسائل منها خيار العيب . وفى البدائع : لو أخبرت امرأة بالحبل وامرأتان بعدمه صحت الخصومة ولايقبل قول النافية . وفى التهذيب : برهن البائع أنه حدث عند المشترى وبرهن المشترى أنه كان معيبا فى يد البائع تقبل بينة المشترى بحر ملخصا (قوله قبل القبض للكل) ذكر الكل غير قيد ، فإن قبض البعض حكمه كحكم ماإذا لم يقبض الكل كما ذكره المصنف عقبه ، ولكن لما أفرد المصنف البعض بالذكر علم أن كلامه هنا فى الكل فلذا صرح به الشارح ، نعم لو قال المصنف قبل القبض ولو للبعض لاستغنى عن قوله بعده وإن قبض أحدهما (قوله خير فى الكل) أى فى القيمى وغيره بقرينة قوله وإن بعده خير فى القيمى لافى غيره فالمراد أنه يخير فى الباقى بعد الاستحقاق بين إمساكه ورده ، فليس المراد بالكل كل المبيع حتى يرد عليه أن البيع فى البعض المستحق باطل فافهم (قوله لتفرق الصفقة) أى تفرقها على المشترى قبل تمامها لأنها قبل القبض لم تتم فلذا كان له الخيار (قوله وإن بعده الخ) أى وإن كان استحقاق البعض بعد القبض خير فى القيمى لافى غيره إذ لايضره التبعيض (قوله كما سيجىء) لم أره فى هذا الباب صريحا تأمل (قوله فلو استحق) بيان لقوله فحكمه حكم ماقبل قبضهما وقوله أو تعيب زيادة بيان وإلا فالكلام فى الاستحقاق ، وأما تعيب أحد الشيئين فسيذكره المصنف فى قوله اشترى عبدين الخ .

ومافى الحاوى غريب بحر (فلو خاصم ثم ترك ثم عاد وخاصم فله الرد) مالم يوجد مبطله كدليل الرضا فتح ، وفى الخلاصة : لو لم يجد البائع حتى هلك رجع بالنقصان (واللبس والركوب والمداواة) له أو به عينى (رضا بالعيب) الذى يداويه فقط

مطلب فى تخيير المشترى إذا استحق بعض المبيع

[تنبيه] حاصل ماذكره المصنف فى هذه المسائل مافى جامع الفصولين عن شرح الطحاوى : لو استحق بعض المبيع قبل قبضه بطل البيع فى قدر المستحق ، ويخير المشترى فى الباقى سواء أورث الاستحقاق عيبا فى الباقى أولا لتفرق الصفقة قبل التمام ؛ وكذا لو استحق بعد قبض بعضه سواء استحق المقبوض أو غيره يخير لما مر من التفرق ولو قبض كله فاستحق بعضه بطل البيع بقدره ، ثم لو أورث الاستحقاق عيبا فيما بقى يخير المشترى ، ولو لم يورث عيبا فيه كثوبين أوقنين استحق أحدهما أو كيلى أو وزنى استحق بعضه ولا يضر تبعيضه ، فالمشترى يأخذ الباقى بلا خيار اهـ . وفى النهر عن العناية : حكم العيب والاستحقاق سيان قبل القبض فى جميع الصور ، يعنى فيما يكال ويوزن وغيرهما ، وحكمهما بعد القبض كذلك إلا فى المكيل والموزون (قوله ومافى الحاوى) أى من أنه إذا أمسكه بعد الاطلاع على العيب مع قدرته على الرد كان رضا اهـ ح (قوله كدليل الرضا) مما يأتى قريبا ، وصريحه بالأولى (قوله وفى الخلاصة الخ) حيث قال : وجد به عيبا ولم يجد البائع ليرده فأطعمه وأمسكه ولم يتصرف فيه تصرفا يدل على الرضا فإنه يرده على البائع لو حضر ، ولو هلك يرجع بالنقصان اهـ أى ولا يرجع على بائعه بالثمن وهذا إذا لم يرفع الأمر إلى القاضى كما سيذكره المصنف (قوله واللبس والركوب الخ) أى لو اطلع على عيب فى المبيع فلبسه أو ركبه لحاجته فهو رضا دلالة ؛ ولو كان ركوبه للدابة لينظر إلى سيرها ولبسه الثوب لينظر إلى قدره كما فى النهر وغيره ؛

فإن قلت : إن فعل ذلك لا يبطل خيار الشرط فكذا خيار العيب . قلت : فرق فى الذخيرة بأن خيار الشرط مشروع للاختبار واللبس والركوب مرة يراد به ذلك ، بخلاف خيار العيب فإنه شرع للرد ليصل إلى رأس ماله عند العجز عن الوصول إلى الفائت فلا يحتاج إلى أن يختبر المبيع .

[تنبيه] أشار إلى أن الرضا بالعيب لا يلزم أن يكون بالقول . ثم إن الرضا بالقول لا يصح معلقا لما فى البحر عن البزازية : عثر على عيب فقال للبائع إن لم أرد إليك اليوم رضيت به : قال محمد : القول باطل وله الرد (قوله ولمدواة له أو به) أى أنه يشمل مالو كان المبيع عبدا مثلا فداواه من عيبه أو كان دواء فداوى به نفسه أو غيره بعد اطلاعه على عيب فيه .

مطلب فيما يكون رضا بالعيب

(قوله رضا بالعيب الذى يداويه فقط) قال فى البحر : المداواة إنما تكون رضا بعيب داواه ، أما إذا داوى المبيع من عيب قد برئ منه البائع وبه عيب آخر فإنه لا يمتنع رده كما فى الولوالجية اهـ . وفى جامع الفصولين : شرى معيبا فرأى عيبا آخر فعالج الأول مع علمه بالثانى لا يرده ، ولو عالج الأول ثم علم عيبا آخر فله رده اهـ .

قلت : بقى مالو اطلع على العيب بعد الشراء ولم يكن قد برئ البائع منه فداواه ثم اطلع على عيب آخر . وظاهر كلام الشارح أنه يرده وهو الظاهر ، كما لو رضى بالأول صريحا ثم رأى الآخر ، إذ قد يرضى بعيب دون عيب أو بعيب واحد لا بعيبين تأمل . ثم رأيت فى الذخيرة عن المنتقى عن أبى يوسف : وجد بالجارية عيبا

مالم ينقصه برجندى ، وكذا كل مفيد رضا بعد العلم بالعيب يمنع الرد والأرش ، ومنه العرض على البيع إلا الدراهم إذا وجدها زيوفا فعرضها على البيع فليس برضا ؛

فداواها ، فإن كان ذلك دواء من ذلك العيب فهو رضا وإلا فلا إلا أن ينقصها اهـ (قوله مالم ينقصه) كما إذا داوى يده الموجوعة فشلت أو عينه من بياض بها فاعورّت فإنه يمتنع رده بعيب آخر لما حدث فيه من النقص عند المشترى ط .

مطلب فيما يكون رضا بالعيب ويمنع الرد

(قوله بعد العلم بالعيب) أى علمه بكون ذلك عيبا : ففى الخانية : لو رأى بالأمة قرحة ولم يعلم أنها عيب فشراها ثم علم أنها عيب له ردها لأنه مما يشتبه على الناس فلا يثبت الرضا بالعيب اهـ : وقدمنا أنه لو كان مما لا يشتبه على الناس كوله عيبا ليس له الرد : وفى نور العين عن المنية قال البائع بعد تمام البيع قبل القبض تعيَّب المبيع فاتهمه المشترى فى إخباره ويقول إن غرضه أن أرد عليه فقبضه المشترى لا يكون رضا بالعيب ولا تصرفه إذا لم يصدقه ، لكن الاحتياط أن يقول له لا أعلم بذلك وأنا لا أرضى بالعيب ، فلو ظهر عندى أرده عليك اهـ (قوله والأرش) أى نقصان العيب (قوله ومنه العرض على البيع) ولو بأمر البائع ، بأن قال له اعرضه على البيع ، فإن لم يشتر منك رده علىّ ، ولو طلب من البائع الإقالة فأبى فليس بعرض فله الرد ، ولو عرض بعض المبيع على البيع أو قال رضيت ببعضه بطل خيار الرؤية وخيار العيب جامع الفصولين ، وقدمنا عن الذخيرة أن قبض المبيع بعد العلم بالعيب رضا بالعيب : وفى جامع الفصولين : قبض بعضه رضا ثم نقل ليس برضا حتى يسقط خياره عند أبى يوسف اهـ .

قلت : وهذا فى غير المثلى ، لما فى البحر عن البزازية : لو عرض نصف الطعام على البيع لزمه النصف ويرد النصف كالبيع اهـ وسيذكر الشارح الكلام فى الاستخدام :

[تتمة] نقل فى البحر : من جملة ما يدل على الرضا بالعيب بعد العلم به الإجارة والعرض عليها والمطالبة بالغلة والرهن والكتابة ، أما لو آجره ثم علم بالعيب فله نقضها للعذر ويرده ، بخلاف الرهن فلا يرده إلا بعد الفكاك ، ومنه إرسال ولد البقرة عليها ليرتضع منها وحلب لبنها أو شربه ، وهل يرجع بالنقصان ؟ قولان ، وابتداء سكنى الدار لا الدوام عليها ، وسقى الأرض وزراعتها ، وكسح الكرم ، والبيع كلا أو بعضا ، والإعتاق ، والهبة ولو بلا تسليم لأنها أقوى من العرض ، ودفع باقى الثمن ، وجمع غلات الضيعة ، وكذا تركها لأنه تضييع ، وليس منه أكل ثمر الشجر وغلة القن والدار وإرضاع الأمة ولد المشترى ، وضرب العبد إن لم يؤثر الضرب فيه اهـ ملخصا .

وفى الذخيرة إذا أطلاه (١) بعد رؤية العيب أو حجمه أو جز رأسه فليس برضا ثم ذكر تفصيلا فى الحجامة بين كونها دواء لذلك العيب فهو رضا وإلا فلا : وفيها : أمر رجلا ببيعه ثم علم أن به عيبا ، فإن باعه الوكيل بحضرة الموكل ولم يقل شيئا فهو رضا بالعيب (قوله إلا الدراهم الخ) ذكر المسألة فى الذخيرة وجامع الفصولين وغيرهما ، وسيذكرها الشارح فى آخر متفرقات البيوع عن الملتقط : ثم إنه ينبغى أن يذكر هنا أيضا ما امتنع رده قبل البيع بزيادة ونحوها ، كما لو لت السويق أو خاط الثوب ثم اطلع على عيب ثم باعه فإن بيعه بعد رؤية العيب لا يكون رضا وله الرجوع بنقصانه كما مر ، فكذا لو عرضه على البيع بالأولى (قوله فليس برضا) فلا يمنع الرد

---

(١) (قوله إذا أطلاه) هكذا بخطه بالألف ، ولعل صوابه طلاه بدونها كما يستفاد من القاموس والمصباح اهـ مصححه .

كعرض ثوب على خياط لينظر أيكفيه أم لا ، أو عرضه على المقوّمين ليقوّم ؛ ولو قال له البائع أتبيعه قال نعم لزم ؛ ولو قال لا لا ، لأن نعم عرض على البيع ولا تقرير لملكه بزازية (لا) يكون رضا (الركوب للرد) على البائع (أو لشراء العلف) لها (أو للسقي و) الحال أن المشتري (لابد له منه) أي الركوب لعجز أو صعوبة ، وهل هو قيد للأخيرين أو للثلاثة ؟ استظهر البرجندي الثاني واعتمده المصنف تبعا للدرر والبحر والشمني وغيرهم الأول ؛ ولو قال البائع ركبتها لحاجتك وقال المشتري بل لاردها فالقول للمشتري بحر . وفي الفتح : وجد بها عيبا في السفر فحملها فهو عذر ؛

على المشتري لأن ردها لكونها خلاف حقه لأن حقه في الجياد فلم تدخل الزيوف في ملكه ، بخلاف المبيع العين فإنه ملكه . فالعرض رضا بعيبه بحر ، ومثل ذلك مالو باعها ثم ردت عليه بلا قضاء فله ردها على بائعه كما قدمه الشارح عند قوله باع ما اشتراه الخ ، وقدمنا تمام الكلام على ذلك (قوله كعرض ثوب الخ) محترز قوله على البيع والتشبيه في عدم الرضا (قوله قال نعم) الأولى فقال نعم عطفا على قال الأول (قوله لزم) جواب لو أي لزم البيع ولا يمكنه رده بالعيب : قال في نور العين : وهذه تصلح حيلة من البائع لإسقاط خيار العيب عن مشتريه (قوله ولا تقرير لملكه) لفظ لا مبتدأ وتقرير خبره والضمير في ملكه للبائع كأنه يقول لا أبيعه لكونه ملكك لأني أرده عليك . وفي البزازية : وينبغي أن يقول بدل قوله نعم الخ يريد بذلك تنبيه المشتري على لفظ يتمكن به من الرد وهو لفظ لا ويحذره من مانع الرد وهو نعم ط . وبه اندفع توقف المحشي في هذه العبارة ، وكأنه فهم أن قوله وينبغي أن يقول الخ : أي يقول الناقل لحكم المسألة فيصير المعنى ولو قال له البائع أتبيعه فقال لا لزم فينافي ما ذكره الشارح ، وليس كذلك بل ضمير يقول للمشتري : أي ينبغي للمشتري أن يقول لا بدل قوله نعم لئلا يلزم البيع فيكون تحذيرا للمشتري فافهم . ثم إن الذي رأيته في البزازية وغالب نسخ البحر نقلا عنها ولا تقرير لمكنته : أي تمكنه من الرد على البائع وعليه فالضمير للمشتري (قوله الركوب للرد على البائع) وكذا لو ركبه ليرده فعجز عن البينة فركبه جائيا فله الرد بحر عن جامع الفصولين : أي له رده بعد ذلك إذا وجد بينة على كون العيب قديما ، لأن ركوبه بعد العجز ليس دليل الرضا (قوله أو لشراء العلف لها) فلو ركبها لعلف دابة أخرى فهو رضا كما في الذخيرة (قوله لعجز أو صعوبة) أي لعجزه عن المشي أو صعوبة الدابة بكونها لا تنقاد معه (قوله وهل هو) أي قوله ولا بد له منه (قوله واعتمده المصنف الخ) الذي في شرح المصنف والدرر والشمني والبحر جعله قيدا للأخيرين فقط ، ولكن في كثير من النسخ : واعتمد المصنف بلا ضمير وهي الصواب ، فقوله وغيرهم بالجر عطفا على مجرور اللام في قوله تبعا للدرر الخ ، وقوله الأول بالنصب مفعول اعتمده أما على نسخة اعتمده بالضمير يكون قوله وغيرهم مرفوعا والتقدير واعتمد غيرهم الأول ، ومشى في الفتح على الأول . وفي الذخيرة على الثاني قال : ويدل له ما ذكره محمد في السير الكبير أن جوالق العلف لو كان واحدا فركب لايكون رضا لأنه لا يمكن حمله إلا بالركوب ، بخلاف ما إذا كان اثنين اهـ لكن قال في الفتح : إن العذر المذكور في السقي يجري فيما إذا كان العلف في عدلين فلا ينبغي إطلاق امتناع الرد فيه اهـ . وبقي قول ثالث هو ظاهر الكنز أنه غير قيد في الثلاثة ، وظاهر الزيلعي اعتماده حيث عبر عن القولين بقيل . وفي الشرنبلالية عن المواهب : الركوب للرد أو للسقي أو لشراء العلف لا يكون رضا مطلقا في الأظهر اهـ فافهم (قوله فالقول للمشتري) لأن الظاهر يشهد له ط ، وكذا لو قال ركبتها للسقي بلا حاجة لأنها تنقاد وهي ذلول ينبغي أن يسمع قول المشتري ، لأن الظاهر أن مسوغ الركوب بلا إبطال الرد هو خوف المشتري من شيء مما ذكرنا لا حقيقة الجموح والصعوبة ، والناس يختلفون في تخيل أسباب الخوف ، فرب رجل لا يخطر بخاطره شيء من تلك الأسباب وآخر بخلافه كذا في الفتح (قوله فهو عذر) قال في الشرنبلالية

(اختلفا بعد التقابض في عدد المبيع) أو أحد أو متعدد ليتوزع الثمن على تقدير الرد (أو في) عدد (المقبوض فالقول للمشترى) لأنه قابض والقول للقابض مطلقا قدرا أو صفة أو تعينا ،

بعد نقله : ويخالفه ما في البزازية : لو حمل عليه فاطلع على عيب في الطريق ولم يجد ما يحمله عليه ولو ألقاه في الطريق يتلف لايتمكن من الرد ، وقيل يتمكن قياسا على ما إذا حمل عليه علفه ؛

قلت : الفرق واضح ، ، فإن علفه مما يقومه ، إذ لولاه لا يبقى ولا كذلك العدل فكان من ضرورة الرد اه ما في البزازية ، وهذا يفيد أن مافي الفتح ضعيف اه ط .

قلت : وذكر الفرق أيضا في جامع الفصولين ، ويؤيده ما في الذخيرة عن السير الكبير اشترى دابة في دار الإسلام وغزا عليها فوجد بها عيبا في دار الحرب ينبغي له أن لا يركبها ، لأن الركوب بعد العلم بالعيب رضا منه فلا يتمكن من ردها فليحترز منه وإن لم يجد دابة غيرها ، لأن العذر الذي له غير معتبر فيما يرجع إلى البائع والركوب لحاجته دليل الرضا اه ملخصا ؛

وحاصله أن الركوب دليل الرضا وإن كان لعذر ، لأن عذره ألزمه الرضا بالعيب لأنه يعتبر في حق البائع ؛ وأنت خبير بأن هذا مخالف للقول الثالث الذي اعتمده الزيلعي وغيره كما قدمناه آنفا ؛ وقد يجاب بأن العذر في ركوبها للسقي والعلف إنما هو الحق البائع إذ فيه حياتها بخلاف العذر في مسألة السير الكبير والتي قبلها ؛

مطلب مهم في اختلاف البائع والمشترى في عدد المقبوض أو قدره أو صفته

(قوله اختلفا بعد التقابض الخ) أي لو اشترى جارية مثلا فقبضها وأقبض الثمن ثم جاء ليردها بعيب واعترف به البائع إلا أنه قال بعتك هذه وأخرى معها فلك على رد حصة هذه فقط من الثمن لا كله وقال المشترى بعتنيها وحدها فاردد كل الثمن ولا بينة لهما فالقول للمشترى لأنه قابض ينكر زيادة يدعيها البائع ، ولأن البيع انفسخ في المردود بالرد وذلك مسقط للثمن عنه والبائع يدعى بعض الثمن بعد ظهور سبب السقوط والمشترى ينكر ، وتمامه في الفتح (قوله ليتوزع الثمن الخ) علة لدعوى البائع وبيان لفائدتها على تقدير الرد : أي رد الثمن لأنه على دعواه يلزمه رد بعضه كما قررناه (قوله أو في عدد المقبوض) أي بأن اتفقا على مقدار المبيع أنه الجاريتان وقبض البائع ثمنها ثم جاء المشترى ليرد إحداها فقال البائع قبضتهما وإنما تستحق حصة هذه وقال المشترى لم أقبض سواها (قوله والقول للقابض) وتقبل بينته لإسقاط اليمين عنه كالمودع إذا ادعى الرد أو الهلاك وأقام بينة تقبل مع أن القول قوله والبينة لإسقاط اليمين مقبولة كذا في الذخيرة ، من باب الصرف بحر (قوله مطلقا) فسره مابعده (قوله قدرا) أي قدر المبيع أو المقبوض كما مر ، ومنه ما في النهر عن صلح الخلاصة : لو قال المشترى بعد قبض المبيع وزونا وجدته ناقصا إلا إذا سبق منه إقرار بقبض مقدار معين (قوله أو صفة) تبع في ذلك البحر عن العمادية ؛ ويخالفه ما في الظهيرية حيث قال : وإن اختلفا في وصف من أوصاف المبيع فقال المشترى اشتريت منك هذا العبد على أنه كاتب أو خباز وقال البائع لم أشترط شيئا فالقول للبائع ولا يتحالفان اه ومثله في الذخيرة والتتارخانية وفي فتاوى قارئ الهداية : اختلفا في وصف المبيع فقال المشترى ذكرت لي أن هذه السلعة شامية فقال البائع ما قلت إلا أنها بلدية . أجاب القول للبائع بيمينه لأنه ينكر حق الفسخ والبينة للمشترى لأنه مدع اه ؛ وفي النهر عن الظهيرية : اشترى عبدين أحدهما بألف حالة والآخر بألف إلى سنة صفقة أو صفقتين فرد أحدهما بعيب ثم اختلفا فقال البائع رددت مؤجل الثمن وقال المشترى بل معجل فالقول للبائع سواء هلك ما في يد المشترى أولا ولا تخالف اه

فلو جاء ليرده بخيار شرط أو رؤية فقال البائع ليس هو المبيع فالقول للمشتري في تعيينه ، ولو جاء ليرده بخيار عيب فالقول للبائع ، كما لو اختلفا في طول المبيع وعرضه فتح .

(اشترى عبدين) أي شيئين ينتفع بأحدهما وحده

ويؤيده قوله الآتي كما لو اختلفا في طول المبيع وعرضه على خلاف ما في النهر كما تعرفه فافهم (قوله فلو جاء ليرده الخ) تفريع على قوله تعيينا ؛ ومثله ما في البحر وغيره : لو اختلفا في الرق فالقول للمشتري (قوله فالقول للبائع) والفرق أن المشتري في خيار الشرط والرؤية ينفسخ العقد بفسخه بلا توقف على رضا الآخر بل على علمه على الخلاف ، وإذا انفسخ يكون الاختلاف بعد ذلك اختلافا في المقبوض فالقول فيه قول القابض ، بخلاف الفسخ بالعيب(١) لا ينفرد المشتري بفسخه ولكنه يدعي ثبوت حق الفسخ في الذي أحضره والبائع ينكره ، كذا في الفتح من آخر خيار الرؤية .

قلت : ومقتضى هذا التعليل أنه لو كان البيع فاسدا يكون القول في تعيين المبيع للمشتري ، لأن العقد ينفسخ بفسخه بلا توقف على رضا الآخر وهي واقعة الفتوى (قوله كما لو اختلفا في طول المبيع وعرضه) لم أر هذا في الفتح وإنما ذكر المسألة التي قبله مع الفرق الذي نقلناه عنه ، نعم ذكره في البحر عن الظهيرية مصرحا بأن القول للبائع :

قلت : وهو الذي رأيته في الظهيرية ومنتخبها للعيني وكذا في الذخيرة والتتارخانية ، فما نقله في النهر عن الظهيرية من أن القول للمشتري تحريف أو سبق قلم فافهم ونص الظهيرية : ابن سماعة عن محمد : رجل باع من آخر ثوبا مرويا فقبضه أو لم يقبضه حتى اختلفا فقال البائع بعته على أنه ست في سبع وقال المشتري اشتريته على أنه سبع في ثمان فالقول قول البائع مع يمينه اه :

[تتمة] قال بعتها وبها قرحة في موضع كذا فجاء المشتري ليردها بقرحة في ذلك فأنكر البائع أنها هذه القرحة بل القرحة برئت وهذه غيرها فالقول للمشتري :

والحاصل أن البائع إذا نسب العيب إلى موضع وسماه فالقول للمشتري ، وإن ذكره مطلقا فالقول للبائع ، وتمامه في الذخيرة :

[خاتمة] باع ألف رطل من القطن ثم ادعى أنه لم يكن في ملكه يوم البيع قطن وعنده يوم الخصومة ألف رطل من القطن يقول أصبته بعد البيع كان القول قوله بيمينه كما في الخانية (قوله اشترى عبدين الخ) اعلم أن المبيع لا يخلو من كونه شيئا واحدا أو شيئين كواحد حكما من حيث لا يقوم أحدهما بلا صاحبه كمصراعي باب وزوجي خف أو شيئين بلا اتحاد حكما كثوبين وعبدين .

ثم الحادث في المبيع نوعان : عيب واستحقاق ، والأحوال ثلاثة : قبل القبض ، وبعده ، وبعد قبض بعضه فقط : أما لو وجد في بعضه عيبا قبل قبض كله وكان العيب موجودا وقت البيع أو حدث بعده قبل قبضه فالمشتري مخير بين أخذ الكل بثمنه أو رد كله لا المعيب وحده بحصته من الثمن ، وكذا ليس للبائع أن يقبل المعيب خاصة إلا إذا تراضيا على رد المعيب فقط وأخذ الباقي بحصته من الثمن فلهما ذلك ، إذ الصفقة لا تتم قبل القبض بدليل انفساخ البيع برده بلا رضا ولا قضاء ؛ ولو قبض بعضه فقط فوجد فيه أو فيما بقي عيبا فحكمه حكم الفصل الأول

---

(١) (قوله بخلاف الفسخ بالعيب الخ) قال شيخنا : ومقتضاه أيضا أن يكون القول للمشتري إذا حصل الاختلاف بعد اتفاقهم على الفسخ في مسألة خيار العيب اه .

صفقة واحدة (وقبض أحدهما ووجد) به أو (بالآخر عيبا) لم يعلم به إلا بعد القبض (أخذهما أو ردهما، ولو قبضهما رد المعيب) بحصته سالما (وحده) لجواز التفريق بعد التمام (كما لو قبض كيليا أو وزنيا) أو زوجي خف ونحوه كزوجي ثور ألف أحدهما الآخر بحيث لا يعمل بدونه (ووجد ببعضه عيبا فإن له رد كله أو أخذه)

فى كل ما مر، إذ الصفقة لا تتم بعد سواء كان المبيع واحدا أو أشياء؛ ولو قبض كله فوجد ببعضه عيبا قديما أو حادثا بين شرائه وقبضه، فإن كان المبيع واحدا كدار وكرم وأرض وثوب أو كيليا أو وزنيا فى وعاء واحد أو صبرة واحدة أو شيئين كشيء واحد حكما يخير بين أخذ كله ورد كله دون رد بعضه فقط، إذ فيه زيادة عيب هو الاشتراك فى الأعيان، وإن كان شيئين أو أكثر بلا اتحاد حكما كثياب وعبيد أو كيليا أو وزنيا فى أوعية مختلفة فللمشترى الرضا به بكل ثمنه أو رد المعيب فقط لا يرد كله إلا بتراضى، ولا يرد المعيب إلا برضا أو قضاء إذ الصفقة تمت فيصح تفريقها فيرد المعيب بحصته من الثمن غير معيب، إذ المبيع المعيب دخل فى البيع سالما، وفى خيار شرط ورؤية ليس له رد بعضه فقط وإن قبض الكل لأنهما يمنعان تمام الصفقة فهى قبل تمامها لا تحتمل التفريق، وإنما قلنا إنه يمنع تمام الصفقة لأنه يرد بلا قضاء ولا رضا، ولو قبض الكل ومتى عجز عن رد البعض لزمه الكل سواء كان المبيع واحدا أو أكثر جامع الفصولين عن شرح الطحاوى، ثم ذكر بعد ذلك مسائل الاستحقاق وقد مرت.

والحاصل: أنه لو وجد العيب قبل قبض شيء من المبيع أو بعد قبض البعض فقط فليس له رد المعيب وحده بلا رضا البائع، وكذا لو بعد قبض الكل إلا إذا كان متعددا غير متحد حكما كثوبين وطعام فى وعاءين على ما ذكرنا، بخلاف ما لو كان فى وعاء واحد فإنه بمنزلة المبيع الواحد وهذا ظاهر لو كان الطعام كله باقيا، فلو باع بعضه أو أكل بعضه فقدمنا فى هذا الباب أن المفتى به قول محمد أن له أن يرد الباقى ويرجع بنقصان ما أكل لا ما باع، ومر بيانه هناك (قوله صفقة واحدة) منصوب على أنه حال من فاعل اشترى لتأوله بالمشتق: أى صافقا بمعنى عاقدا أو على نزع الخافض: أى بصفقة أى عقد، واحترز به عما لو كان كل منهما بعقد على حدة فهو من قسم ما لو كان المبيع واحدا وقد علمته (قوله وقبض أحدهما) وكذا لو لم يقبضهما كما مر (قوله رد المعيب) احتراز عما فيه خيار شرط أو رؤية كما مر (قوله لم يعلم به إلا بعد القبض) هذا لا يناسب إلا ما إذا وجد العيب فى المقبوض كما لا يخفى اهـ ح.

قلت: بل هو فى غاية الخفاء لأن كلام الشارح يصدق على ما إذا قبض السليم ولم يعلم بعيب الآخر إلا بعد قبض المقبوض، ولذا قال فى البحر: قيد بتراخى ظهور العيب عن القبض لأنه لو وجد بأحدهما عيبا قبل القبض فإن قبض المعيب منهما لزماه، أما المعيب فلوجود الرضا به؛ وأما الآخر فلأنه لا عيب به، ولو قبض السليم منهما أو كانا معيبين وقبض أحدهما له ردهما جميعا لأنه لا يمكن إلزام البيع فى المقبوض دون الآخر لما فيه من تفريق الصفقة على البائع، ولا يمكن إسقاط حقه فى غير المقبوض لأنه لم يرض به، كذا فى المحيط فافهم (قوله كما لو قبض الخ) تشبيه بقوله أخذهما أو ردهما، والأولى عدم التقييد هنا بالقبض كما فى الكنز ليشمل ما قبل القبض: قال فى البحر: وما وقع فى الهداية من أن المراد بعد القبض فإنما هو ليقع الفرق بين القيميات والمثليات اهـ فإن القيميات كعبدين له رد المعيب منهما بعد قبضهما، بخلاف المثليات كطعام فى وعاء، أما قبل القبض فليس له رد المعيب فى الكل، لكن هذا الاعتذار لا يتأتى فى عبارة المصنف حيث أتى بكاف التشبيه (قوله ونحوه) أى من كل شيئين لا ينتفع بأحدهما بدون الآخر، وله أحكام ذكرها فى البحر عن المحيط فراجعه (قوله فإن له رد كله أو أخذه)

بعيبه لأنه كشيء واحد ولو فى وعاءين على الأظهر عناية وهو الأصح برهان .

(اشترى جارية فوطئها أو قبلها أو مسها بشهوة ثم وجد بها عيبا لم يردها مطلقا) ولو ثيبا خلافا للشافعي وأحمد ولنا أنه استوفى ماءها وهو جزؤها ؛ ولو الواطئ زوجها ، إن ثيبا ردها ، وإن بكرا لا بحر (ورجع بالنقصان) لامتناع الرد .

أى دون أخذ المعيب وحده ، وهذا تصريح بما تضمنه التشبيه ، وعلمت أن هذا لو كان كله باقيا ، بخلاف ما لو باع البعض أو أكله (قوله ولو فى وعاءين) أى إذا كانا من جنس واحد كتمر برنى أو صيحانى أو لبانة أو حنطة صعيدية أو بحرية فإنهما جنسان يتفاوتان في الثمن والعجين ، كذا حرره فى فتح القدير (قوله على الأظهر) وقيل إذا كان فى وعاءين يكون بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذى وجد فيه العيب وحده زيلعى ، وقدمنا عن العلامة قاسم أن هذا القول أرفق وأقيس اه ولذا مشى عليه فى شرح الطحاوى كما علمته آنفا (قوله أو قبلها أو مسها بشهوة) قال فى البزازية ، قال التمرتاشي : قول السرخسى التقبيل بشهوة يمنع الرد محمول على ما بعد العلم بالعيب شرنبلالية ؛

قلت : يخالف هذا الحمل ما فى الذخيرة : وإذا وطئها ثم اطلع على عيب لم يردها ويرجع بالنقصان سواء كانت بكرا أو ثيبا إلا أن يقبلها البائع كذلك ، وكذا إذا كان قبلها بشهوة أو لمسها بشهوة ، فإن وطئها أو قبلها بشهوة أو لمسها بشهوة بعد علمه بالعيب فهو رضا بالعيب فلا رد ولا رجوع بنقصان اه . وكذا ما فى الخانية : لو قبضها فوطئها أو قبلها بشهوة ثم وجد بها عيبا لا يردها بل يرجع بنقصان العيب الخ ، ولا يرد قوله الآتى لأنه استوفى ماءها لأن دواعى الوطء تأخذ حكمه فى مواضع كما فى حرمة المصاهرة فافهم (قوله ولنا أنه استوفى ماءها وهو جزؤها) أى فإذا ردها صار كأنه أمسك بعضها شرح المجمع : وعلل فى شرح درر البحار (١) بأن الرد بعيب فسخ العقد من أصله فيكون وطؤه فى غير مملوكة له فيكون عيبا يمنع الرد وهذا فى الثيب ، فالبكر يمتنع ردها بالعيب اتفاقا اه .

قلت : وهذا التعليل أظهر لأنه يشمل دواعى الوطء (قوله ولو الواطئ زوجها) أى الزوج الذى كان من عند البائع . أما لو زوجها المشترى لم يكن له ردها وطئها أولا وإن رضى بها البائع لحصول الزيادة المنفصلة وهى المهر وأنها تمنع الرد كما مر (٢) كما لو وطئها أجنبى بشبهة فى يد المشترى لوجوب العقر على الواطئ ، بخلاف ما لو زنى بها فلا رد ويرجع بالنقصان إلا أن يرضى بها البائع كذلك لأنها تعيبت بعيب الزنا ، كذا فى الذخيرة (قوله إن ثيبا ردها) أى إذا لم ينقصها الوطء وكان الزوج وطئها عند البائع أيضا ، أما إذا لم يكن وطئها إلا عند المشترى لم يذكره محمد فى الأصل ؛ واختلف المشايخ فيه ، والصحيح أنه يردها ذخيرة (قوله ورجع بالنقصان) كذا

---

(١) (قوله وعلل فى شرح درر البحار الخ) فى هذا التعليل نظر ، فإن الرد بالعيب فسخ فيما يستقبل من الأحكام لا فى الماضى منها كما صرح به المحشى فيما كتبه على الفروع آخر الباب عند قول الشارح رد المبيع بعيب بقضاء فسخ ، وحينئذ فيكون الوطء فى الملك فلا يكون عيبا .

(٢) (قوله وأنها تمنع الرد كما مر الخ) الذى مر له فى التنبيه الذى ذكره فى خيار الشرط عند قول المصنف ويخرج عن ملكه بخيار المشترى فيهلك بيده بالثمن كبقية الزيادة المنفصلة الغير المتولدة لا تمنع الرد . وذكر فى خيار العيب عن البحر عند قول الشارح : وله الرد برضا البائع إلا لعيب أو زيادة أنها لا تمنع الرد مطلقا : يعنى قبل القبض أو بعده ، وقوله كما لو وطئها أجنبى الخ مبنى على ما فهمه فى عبارة منلا مسكين التى نقلها فى خيار الشرط ونقلنا هناك عن شيخنا تخطئته فيها . ثم قال شيخنا فى تقرير هذا المحل : إن العقر من الزيادة المتولدة وهى تمنع الرد ، وضعف مانقله المحشى فى التنبيه السابق عن التتارخانية من عده من الزيادة الغير المتولدة ، وصحح ماهنا أن عبارات المشايخ مصرحة بأنه من الزيادة المتولدة ، قال لأنه فى مقابلة مائها وهى جزء حقيقة ، والبدل حكم المبدل اه .

وفى المنظومة المحبية : لو شرط بكارتها فبانت ثيبا لم يردها بل يرجع بأربعين درهما نقصان هذا العيب . وفى الحاوى والملتقط : الثيوبة ليست بعيب إلا إذا شرط البكارة فيردها لعدم المشروط (إلا إذا قبلها البائع) لأن الامتناع لحقه فإذا رضى زال الامتناع (ويعود الرد بالعيب القديم بعد زوال) العيب (الحادث) لعود الممنوع بزوال المانع درر ، فيرد المبيع مع النقصان

فى الدرر ، ومثله فى البحر عن الظهيرية عند قول الكنز : ومن اشترى ثوبا فقطعه الخ وعزاه فى الشرنبلالية إلى البدائع وغيرها ، ومثله أيضا ما ذكرناه آنفا عن الذخيرة والخانية :

وفى كافى الحاكم : وطئها المشترى ثم وجد بها عيبا لا يردها به ، ولكن تقوّم وبها العيب ، وتقوم وليس بها عيب ، فإن كان العيب ينقصها العشر يرجع بعشر الثمن اهـ ملخصا :

وقال فى الخلاصة : وفى الأصل : رجل اشترى جارية ولم يبرأ من عيوبها فوطئها ثم وجد بها عيبا لا يملك ردها سواء كانت بكرا أو ثيبا نقصها الوطء أولا ، بخلاف الاستخدام . وكذا لو قبلها أو لمسها بشهوة ويرجع بالنقصان إلا أن يقول البائع أنا أقبلها اهـ فهذا نص المذهب :

مطلب الأصل للإمام محمد من كتب ظاهر الرواية وكافى الحاكم

جمع فيه كتب ظاهر الرواية

فإن الأصل للإمام محمد من كتب ظاهر الرواية وكافى الحاكم جمع فيه كتب ظاهر الرواية للإمام كما ذكره فى الفتح والبحر فى مواضع متعددة ، وبه سقط ما فى الشرنبلالية حيث قال : وفى البزازية ما يخالفه حيث جوز الرجوع بالنقص مع المس والنظر ومنعه مع الوطء اهـ .

قلت : وسقط به أيضا ما فى البزازية أيضا من أن وطء الثيب يمنع الرد والرجوع بالنقصان وكذا التقبيل والمس بشهوة قبل العلم بالعيب وبعده ، وكذا ما يأتى قريبا عن الخانية فافهم (قوله فبانت ثيبا) أى بوطء المشترى . وفى الخانية من أول فصل العيوب : ولو اشترى جارية على أنها بكر ، ثم قال هى ثيب يريها القاضى النساء ، إن قلن بكر كان القول للبائع بلا يمين ، وإن قلن ثيب فالقول للمشترى بيمينه ، وإن وطئها المشترى : فإن زايلها كما علم أنها ليست بكرا بلا لبث وإلا لزمته هكذا ذكر الشيخ أبو القاسم اهـ ومشى الشارح على هذا التفصيل فى خيار الشرط عند قول المصنف وتم العقد بموته الخ ، لكن علمت نص المذهب، ولهذا ذكر فى القنية التفصيل المذكور عن أبى القاسم ثم رمز لكتاب آخر الوطء يمنع الرد وهو المذهب اهـ (قوله بل يرجع بأربعين درهما) فيه أن هذا العيب قد ينقص القيمة أقل من هذا القدر ، وقد ينقصها أكثر منه فما وجه هذا التعيين ط .

قلت : قد يجاب بأن نقصان الثيوبة كان كذلك فى زمانهم (قوله الثيوبة ليست بعيب الخ) لأنه ليس الغالب عدمها فصارت كما لو شرى دابة فوجدها كبيرة السن كما حققناه أول الباب ، نعم لو شرط البكارة ولم توجد كان له الرد لأنه من باب فوات الوصف المرغوب ، كما لو شرى العبد على أنه كاتب أو خباز ، وهذا لو وجدها ثيبا بغير الوطء وإلا فالوطء يمنع الرد ، ولو نزع بلا لبث على المذهب كما علمت فافهم (قوله إلا إذا قبلها البائع) أى رضى أن يأخذها بعد ما وطئها المشترى ، وهذا استثناء من قوله ورجع بالنقصان (قوله ويعود الرد الخ) محل هذه الجملة عند قول المصنف سابقا حدث عيب آخر عند المشترى رجع بنقصانه ط (قوله لعود الممنوع) أشار به إلى أن الرد لم يسقط وإنما منع منه مانع ، إذ لو كان ساقطا لما عاد ط (قوله مع النقصان) أى الذى رجع به المشترى

على الراجح نهر :
(ظهر عيب بمشرى) البائع (الغائب) وأثبته (عند القاضى فوضعه عند عدل) فإذا هلك (هلك على المشترى إلا إذا قضى) القاضى (بالرد على بائعه) لأن القضاء على الغائب بلا خصم ينفذ على الأظهر درر :
(قتل) العبد (المقبوض أو قطع بسبب) كان (عند البائع) كقتل أو ردة (رد المقطوع) أو أمسكه ورجع بنصف ثمنه مجمع (وأخذ ثمنهما) أى ثمن المقطوع والمقتول ؛ ولو تداولته الأيدى فقطع عند الأخير أو قتل رجع الباعة بعضهم على بعض ، وإن علموا بذلك لكونه كالاستحقاق لا كالعيب خلافا لهما

على البائع حين كان الرد ممنوعا ط (قوله على الراجح) بناء على أنه من زوال المانع ، وقيل لا يرد لأن الرد يسقط والساقط لا يعود ، وقيل إن كان بدل النقصان قائما ثبت له الرد وإلالا ط (قوله بمشرى البائع) الإضافة على معنى من : أى بمشرى منه (قوله وأثبته) أى المشترى (قوله فوضعه) أى القاضى عند عدل : أى عند أمين يحفظه لبائعه . وفى حاشية البحر للرملى : وقد سئلت عن نفقة الدابة وهى عند العدل على من تكون فأجبت أخذا مما فى الذخيرة فى آخر النفقات أنه لا يفرض القاضى لها على أحد نفقة لأن الدابة ليست من أهل الاستحقاق والمشترى هو المالك والمالك يفتى عليه ديانة بأن ينفق عليها ولا يجبره القاضى (قوله ينفذ على الأظهر) أى لو كان القاضى يرى ذلك كشافعى ونحوه ، بخلاف الحنفى كما حرره فى البحر ، وقدمناه فى كتاب المفقود : وسيأتى تمامه فى القضا إن شاء الله تعالى (قوله قتل العبد المقبوض أو قطع) قيد بكونه مقبوضا ، لأنه لو قتل بعد البيع فى يد البائع رجع المشترى بكل الثمن كما هو ظاهر ، ولو قطع عند البائع ثم باعه فمات عند المشترى بسبب القطع قال فى البحر رجع بالنقصان اتفاقا ، وقيد بالقطع لأنه لو اشتراه مريضا فمات عند المشترى بسبب القطع قال فى البحر يرجع بالنقصان اتفاقا وقيد بالقطع لأنه لو اشتراه مريضا فمات عند المشترى أو عبدا زنى عند البائع فجلد عند المشترى فمات رجع بالنقصان اتفاقا أيضا ، وتمامه فى البحر (قوله بسبب كان عند البائع) أى فقط ، أما لو سرق عندهما فقطع بالسرقتين ، فعندهما يرجع بنقصان السرقة الأولى . وعنده لا يرده بلا رضا البائع للعيب الحادث وهو السرقة الثانية ، فإن رضيه رده المشترى ورجع بثلاثة أرباع الثمن وإلا أمسكه ورجع بربعه لأن اليد من الآدمى نصفه وقد تلفت بالسرقتين فيتوزع نصف الثمن بينهما فيسقط ما أصاب المشترى ويرجع بالباقى ، وتمامه فى الفتح ، وقدم الشارح هذه المسألة عن العينى أول الباب (قوله كقتل أو ردة) أى كما لو قتل العبد رجلا عمدا أو ارتد . والأولى أن يقول كقتل وسرقة ليكون بيانا لسبب القتل والقطع (قوله رد المقطوع وأخذ ثمنهما) قال فى المبسوط : فان مات من ذلك القطع قبل أن يرده لم يرجع إلا بنصف الثمن فتح (قوله أو أمسكه) الأولى تأخيره عن قوله وأخذ ثمنهما ، بأن يقول وله أن يمسك المقطوع ويرجع بنصف ثمنه ط (قوله مجمع) عبارته : ولو وجد العبد مباح الدم فقتل عنده فله كل الثمن ، ولو قطع بسرقة فهو مخير ، إن شاء رد واسترد أو أمسك واسترد النصف وقالا يرجع بالنقصان فيهما ، ولا يخفى أنها أحسن من عبارة المصنف (قوله رجع الباعة بعضهم على بعض) أى بكل الثمن كما فى الاستحقاق عند أبى حنيفة لأنه أجراه مجرى الاستحقاق ، وهذا إن اختار الرد ، فإن أمسكه يرجع بنصف الثمن فيرجع بعضهم على بعض بنصف الثمن . وعندهما يرجع الأخير بالنقصان على بائعه ، ولا يرجع بائعه على بائعه لأنه بمنزلة العيب . أما رجوع الأخير فلأنه لما لم يبعه لم يصر حابسا للمبيع فلا مانع من الرجوع وأما بائعه فلا يرجع لأنه بالبيع صار حابسا له مع إمكان الرد وقد علمت أن بيع المشترى للمعيب حبس للمبيع سواء علم أولا فلا يمكنه الرد بعد ذلك فتح (قوله لكونه كالاستحقاق) والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع بحر ٥

(وصح البيع بشرط البراءة من كل عيب وإن لم يسم) خلافا للشافعى لأن البراءة عن الحقوق المجهولة لايصح عنده، ويصح عندنا لعدم إفضائه إلى المنازعة (ويدخل فيه الموجود والحادث) بعد العقد (قبل القبض فلا يرد بعيب) وخصه مالك ومحمد بالموجود كقوله من كل عيب به ؛ ولو قال مما يحدث صح عند الثانى وفسد عند الثالث نهر .

مطلب فى البيع بشرط البراءة من كل عيب

(قوله وصح البيع بشرط البراءة من كل عيب) بأن قال بعتك هذا العبد على أنى برئ من كل عيب ووقع فى العينى لفظ فيه وهو سهو لما يأتى نهر :

قلت : ولا خصوصية لهذا اللفظ ، بل مثله كل مايؤدى معناه :

مطلب باعه على أنه كوم تراب أو حراق على الزناد أو حاضر حلال

ومنه ماتعورف فى زماننا فيما إذا باع دارا مثلا فيقول بعتك هذه الدار على أنها كوم تراب ، وفى بيع الدابة يقول مكسرة محطمة ، وفى نحو الثوب يقول حراق على الزناد ويريدون بذلك أنه مشتمل على جميع العيوب فإذا رضيه المشترى لاخيار له لأنه قبله بكل عيب يظهر فيه ، وكذلك قوله بعته على أنه حاضر حلال ويراد بيع هذا الحاضر بما فيه من أى عيب كان سوى عيب الاستحقاق : أى لو ظهر غير حلال أى مسروقا أو مغصوبا يرجع عليه المشترى فهذا كله بمعنى البراءة من كل عيب ؛ ونظيره مافى البحر : لو قبل الثوب بعيوبه يبرأ من الخروق وتدخل الرقع والرفو اه أى لو كان فيه خرق لايرده ، وكذا لو وجده مرقوعا أو مرفوا ، وهو من باب رفوت الثوب رفوا من باب قتل : أى أصلحته ثم رأيت بعض المحشين ذكر أن العلامة إبراهيم البيرى سئل عمن باع أمة وقال أبيعك الحاضر المنظور يريد بذلك جميع العيوب : فأجاب ليس للمشترى رد الأمة التى أبرأه عن جميع عيوبها اه ملخصا (قوله وإن لم يسم) أى لم يذكر أسماء العيوب (قوله خلافا للشافعى) حيث قال لايصح إلا أن يعد العيوب لأن فى الإبراء معنى التمليك وتمليك المجهول لايصح زيلعى (قوله لعدم إفضائه إلى المنازعة) الأولى لعدم إفضائها لأن الضمير للبراءة : قال فى الفتح : ولنا أن الإبراء إسقاط حتى يتم بلا قبول ، كما لو طلق نسوته أو أعتق عبيده ولا يدرى كم هم ولا أعيانهم والإسقاط لاتبطله جهالة الساقط لأنها لاتفضى إلى المنازعة وتمامه فيه (قوله فلا يرد بعيب) أى موجود أو حادث (قوله بالموجود) لأن البراءة تتناول الثابت وهو الموجود وقت العقد فقط : ولهما أن الملاحظ هو المعنى والغرض من هذا الشرط إلزام العقد بإسقاط المشترى حقه عن وصف السلامة ليلزم على كل حال ، ولا يطالب البائع بحال وذلك بالبراءة عن كل عيب يوجب للمشترى الرد والحادث بعد العقد كذلك فاقتضى الغرض والمعلوم دخوله فتح (قوله كقوله من كل عيب به) فإنه لايدخل فيه الحادث إجماعا بحر (قوله ولو قال مما يحدث) أى باع بشرط البراءة من كل عيب وما يحدث بعد البيع قبل القبض فتح (قوله صح عند الثانى الخ) هذا على رواية المبسوط ، أما على رواية شرح الطحاوى فلايصح بالاجماع:

وأورد على الثانية أنه لو أبرأه عن كل عيب يدخل الحادث عند أبى يوسف بلاتنصيص فكيف يبطله مع التنصيص وأجيب بمنع الإجماع لما علمت من رواية المبسوط ، ولئن سلم فالفرق أن الحادث يدخل تبعا لتقرير غرضهما وكم من شىء لايثبت مقصودا ويثبت تبعا أفاده فى الفتح : ونقل ط عن الحموى عن شرح المجمع أن الأصح وبه قطع الأكثرون أنه فاسدا اه : فهذا تصحيح لرواية شرح الطحاوى ، لكنى لم أر ذلك فى شرح

(أبرأه من كل داء فهو على) المرض ، وقيل على (مافى الباطن) واعتمده المصنف تبعا للاختيار والجوهرة لأنه المعروف فى العادة (وما سواه) فى العرف (مرض) ولو أبرأه من كل غائلة فهى السرقة والإباق والزنا .

(اشترى عبدا فقال لمن ساومه إياه اشتره فلا عيب به فلم يتفق بينهما البيع فوجد) مشتريه (به عيبا) فله (رده على بائعه) بشرطه (ولأن يمنعه) من الرد عليه (إقراره السابق) بعدم العيب ، لأنه مجاز عن الترويج (ولو عينه) أى العيب فقال لاعور به أو لاشالل (لا) يرده لإحاطة العلم به إلا أن لايحدث مثله كلا أصبع به زائدة ثم وجدها فله رده للتيقن بكذبه .

(قال) لآخر (عبدى) هذا (آبق فاشتره منى فاشتراه وباع) من آخر (فوجده) المشترى (الثانى آبقا لايرده) ا سبق من إقرار البائع) الأول (مالم يبرهن أنه أبق عنده) لأن إقرار البائع الأول ليس بحجة على البائع الثانى الموجود منه السكوت .

(اشترى جارية لها لبن فأرضعت صبيا له ثم وجد بها عيبا كان له أن يردها) لأنه استخدام ،

المجمع الملكى فلعله فى شرح آخر فليراجع ، نعم في البحر عن البدائع أن البيع بهذا الشرط فاسد عندنا لأن الإبراء لايحتمل الإضافة ، وإن كان إسقاطا ففيه معنى التمليك ولهذا لايقبل الرد(١) بلا يحتمل الإضافة نصا كالتعليق فكان شرطا فاسدا فأفسد البيع اه . وظاهر قوله عندنا أنه قول علمائنا الثلاثة موافقا لما فى شرح الطحاوى فقول النهر إنه مبنى على قول محمد غير ظاهر (قوله وقيل على مافى الباطن) من طحال أو فساد حيض منح (قوله واعتمده المصنف) حيث قال وهذا ماعولنا عليه فى المختصر اعتمادا على ماهو معروف فى العادة وإلا فالمشهور من المذهب الأول ، وإنما قيدنا بالعادة لأن الداء فى اللغة هو المرض سواء كان بالجوف أو بغيره اه .

قلت لكن عرفنا الآن موافق فى اللغة (قوله فهى السرقة والإباق والزنا) هكذا روى عن أبي يوسف فتح وفى المصباح غائلة العبد فجوره وإباقه ونحو ذلك (قوله بشرطه) أى بالبينة أو باقرار البائع أو نكوله اهـ ح . ومن شروط الرد أن لايزيد زيادة مانعة من الرد ، ولا يوجد ماهو دليل الرضا بالعيب مما مر ولا برئ البائع من عيوبه (قوله لأنه مجاز عن الترويج) رواج المتاع نفاقه أى أنه أراد رواجه ونفاقه عند المشترى قال فى المنح لظهور أنه لايخلو عن عيب ما فيتيقن القاضى بأن ظاهره غير مراد له اه : وفى الشرنبلالية عن المحيط : وهذا كمن قال لجاريته يازانية يامجنونة فليس باقرار بالعيب ولكنه للشتيمة ، حتى قيل لو قال ذلك فى الثوب أى قال لآخر اشتره فلا عيب به يكون إقرارا بنفى العيب لأن عيوب الثوب ظاهرة اه (قوله عبدى هذا آبق) أفاد باسم الإشارة أن العبد حاضر وأن قوله آبق بمعنى الماضى ، وهذا بخلاف ماإذا قال بعتك على أنه آبق أو على أنى برئ من إباقه وقبله المشترى الأول فان الثانى يرده عليه كما سنوضحه عند قوله باع عبدا الخ (قوله فوجده المشترى الثانى آبقا) بأن أبق عنده أيضا لأن الإباق لايكون عيبا إلا بتكرره (قوله لايرده) أى على البائع الثانى (قوله إنه أبق عنده) أى عند البائع الأول المقر (قوله الموجود منه السكوت) يعنى والسكوت ليس تصديقا منه لبائعه فيما أقر به فأما إذا قال البائع الثانى وجدته آبقا الآن صار مصدقا للبائع فى إقراره بكونه آبقا شرنبلالية (قوله اشترى جارية الخ) قال فى شرح الوهبانية : وفى البزازية : اشترى مرضعا ثم اطلع بها على عيب ثم أمرها بالإرضاع له الرد لأنه استخدام ولو حلب اللبن فأكله أو باعه لايرد لأن اللبن جزء منها فاستيفاؤه دليل الرضا : وفى الفتوى : الحلب بلا أكل أو بيع لايكون رضا ، وحلب لبن الشاة رضا شرب أم لا (قوله لأنه استخدام) والاستخدام لايكون رضا خالية

---

(١) (قوله ولهذا لايقبل الرد) لعل الصواب إسقاط لا كما لايخفى تأمل .

بخلاف الشاة المصراة فلا يردها مع لبنها أو صاع تمر بل يرجع بالنقصان على المختار شروح مجمع وحررناه فيما علقناه على المنار (كما لو استخدمها) فى غير ذلك ، ففى المبسوط الاستخدام بعد العلم بالعيب ليس برضا استحسانا ، لأن الناس يتوسعون فيه فهو للاختبار . وفى البزازية : الصحيح أنه رضا فى المرة الثانية إلا إذا كان فى نوع آخر وفى الصغرى أنه مرة ليس برضا إلا على كره من العبد بحر (قال المشترى ليس به) بالمبيع (أصبع زائدة أو نحوها مما لا يحدث) مثله فى تلك المدة (ثم وجد به ذلك كان له الرد) بلا يمين لما مر .

(باع عبدا وقال) للمشترى (برئت إليك من كل عيب به إلا الإباق فوجده آبقا فله الرد ، ولو قال إلا إباقه لا) لأنه فى الأول لم يضف الإباق للعبد ولا وصفه به فلم يكن إقرارا بإباقه للحال ، وفى الثانى أضافه إليه

أى فى المرة الأولى ويكون رضا فى الثانية كما يأتى قريبا ومقتضاه أنه لو أمرها به ثانيا كان رضا لا لو أرضعته مرات بالأمر الأول تأمل .

مطلب فى مسألة المصراة

(قوله بخلاف الشاة المصراة) روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا تصروا الإبل والغنم ، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ، فإن رضيها أمسكها ، وأن سخطها ردها وصاعا من تمر » متفق عليه شرح التحرير . وتصروا بضم التاء وفتح الصاد من التصرية ، وهى ربط ضرع الناقة أو الشاة وترك حلبها اليومين أو الثلاثة حتى يجتمع اللبن قال الشارح فى شرحه على المنار وهو مخالف للقياس الثابت بالكتاب والسنة والإجماع من أن ضمان العدوان بالمثل أو القيمة والتمر ليس منهما فكان مخالفا للقياس ومخالفته مخالفة للكتاب والسنة وإجماع المتقدمين فلم يعمل به لما مر ، فيرد قيمة اللبن عند أبى يوسف وقال أبو حنيفة ويرجع على البائع بأرشها اهـ .

وفى شرح التحرير : وقد اختلف العلماء فى حكمها فذهب إلى القول بظاهر الحديث الأئمة الثلاثة أبو يوسف على ما فى شرح الطحاوى للاسبيجابى نقلا عن أصحاب الأمالى عنه والمذكور عنه للخطابى وابن قدامة أنه يردها مع قيمة اللبن ولم يأخذ أبو حنيفة ومحمد به لأنه خبر مخالف للأصول اهـ .

والحاصل كما فى الحقائق أنه إذا اشتراها فحلبها فوجدها قليلة اللبن ليس له أن يردها عندنا . وعند الشافعى وغيره له أن يردها مع اللبن لو قائما ومع صاع تمر لو هالكا ، وهل يرجع بالنقصان عندنا : فعلى رواية الأسرار لا . وعلى رواية الطحاوى نعم . قال فى شرح المجمع : وهو المختار لأن البائع بفعل التصرية غر المشترى فصار كما إذا غره بقوله إنها لبون (قوله فى غير ذلك) أى فى غير الإرضاع (قوله فهو للاختبار) بالباء الموحدة : أى لأجل أن يختبره ويمتحنه ليعلم أنه مع العيب يصلح له أم لا (قوله إلا على كره من العبد) مخالف لإطلاق ما مر أنه الاستحسان مع أن وجهه خفى تأمل (قوله لما مر) أى قريبا فى قوله للتيقن بكذبه (قوله فله الرد الخ) كذا فى الفتح . واستشكله فى الشرنبلالية بما فى المحيط : لو قال على أنى برىء من إباقه أو على أنه أبق وقبله المشترى الأول على ذلك يرده الثانى عليه لأنه ذكر هذا وصفا للإيجاب أو شرطا فيه والإيجاب يفتقر إلى الجواب والجواب يتضمن إعادة ما فى الخطاب فإذا قال المشترى قبلت ذلك صار كأنه قال اشتريت على أنه آبق فيكون اعترافا بكونه آبقا ، بخلاف قوله على أنى برىء من الإباق لأنه لم يضف الإباق إلى العبد ولا وصفه به فلم يكن اعترافا بوجود الإباق للحال لأن هذا الكلام كما يحتمل التبرى عن الإباق موجود من العبد يحتمل التبرى عن إباق سيحدث فى المستقبل فلا يصير مقرا بكونه آبقا للحال بالشك فلا يثبت حق الرد بالشك اهـ . وكتب الشرنبلالى فى هامش الشرنبلالية أن حق العبارة فى كلام الفتح لو قال أنا برىء من كل عيب إلا إباقه لا يبرأ من إباقه فيرده به ولو قال إلا الإباق فليس له الرد اهـ .

فكان إخبارا بأنه آبق فيكون راضيا به قبل الشراء خانية . وفيها : لو برىء من كل حق له قبله دخل العيب لا الدرك (مشتر) لعبد أو أمة (قال أعتق البائع) العبد (أو دبر أو استولد) الأمة (أو هو حر الأصل وأنكر البائع حلف) لعجز المشترى عن الإثبات (فإن حلف قضى على المشترى بما قاله) من العتق ونحوه لإقراره بذلك (ورجع بالعيب إن علم به) لأن المبطل للرجوع إزالته عن ملكه إلى غيره بإنشائه أو إقراره ولم يوجد (حتى لو قال باعه وهو ملك فلان وصدقه) فلان (وأخذه لا) يرجع بالنقصان لإزالته بإقراره كأنه وهبه (وجد المشترى الغنيمة محرزة) بدارنا أو غير محرزة لو البيع (من الإمام أو أمينه) بحر :

وحاصله : أن عبارة المصنف والفتح مقلوبة لمخالفتها لما فى المحيط :

أقول : لامخالفة ولا قلب أصلا ، وذلك أن ما فى المحيط فيما إذا اشتراه كذلك ثم باعه لآخر فللمشترى الآخر رده على الأول ، بخلاف مسألة المصنف : وبيانه أنه إذا قال البائع إلا إباقه باضافة الإباق إليه يكون إخبارا بإباقه ويكون المشترى راضيا به قبل الشراء فلا يرده باباقه عنده ، بخلاف إلا الإباق بلا إضافة ولا وصف ، إذ ليس فيه إقرار بإباقه للحال فلم يوجد رضا المشترى به فله رده ، فلو فرض أن هذا المشترى باعه لآخر فللآخر رده عليه فى الصورة الأولى لا فى الثانية ، وهذا هو المذكور فى المحيط فتدبر (قوله لو برىء من كل حق له قبله دخل العيب لا الدرك) لأن العيب حق له قبله للحال والدرك لا ، كذا فى الذخيرة . وبيانه : لو قال المشترى للبائع أبرأتك من كل حق لى قبلك ثم ظهر فى المبيع عيب ليس له دعوى الرد به لأن الرد بالعيب من جملة الحقوق الثابتة له وقد أبرأه منها بخلاف مالو اشترى رجل عبدا مثلا فضمن له آخر الدرك أى ضمن له الثمن إذا ظهر العبد مستحقا ثم قال المشترى للضامن من أبرأتك من كل حق لى قبلك لايدخل الدرك فلو استحق العبد كان للمشترى الرجوع على الضامن بالثمن لأنه لم يكن له وقت الابراء حق الرجوع بالثمن لأنه يتوقف على وجود الاستحقاق ثم على القضاء للمستحق على البائع بالثمن لأن بمجرد الاستحقاق لاينتقض البيع فى ظاهر الرواية مالم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب على الأصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل كما فى الهداية من الكفالة فحيث لم يثبت ذلك الحق فى الحال لم يدخل فى الابراء المذكور (قوله لعجز المشترى عن الاثبات) اللام للتوقيت أى حلف البائع وقت عجز المشترى أما لو برهن المشترى فإنه يرده على البائع (قوله إن علم به) أى علم أن به عيبا بعد قوله ما ذكر (قوله لأن المبطل للرجوع إزالته عن ملكه إلى غيره بانشائه) أى بأن باعه أوأعتقه على مال أو كاتبه ثم اطلع على عيب لأنه صار حابساله بحبس بدله بخلاف ما إذا أعتقه بلامال أو دبره أو استولد الأمة ثم اطلع على عيبه فإنه لايبطل الرجوع بالنقصان لأن ذلك إنهاء للملك كما مر تقرير ذلك لكن قد يبطل الرجوع بدون إزالة عن ملكه إلى غيره كما لو استهلكه فكلامه مبنى على الغالب فافهم (قوله أو إقراره) مثاله مافرعه عليه بقوله حتى لو باع الخ (قوله وصدقه فلان) فلو كذبه رده بالعيب لبطلان إقراره بتكذيبه عزمية عن الكافى (قوله كأنه وهبه) قال فى الكافى ولا نعنى به أنه تمليك لكن التمليك يثبت مقتضى للإقرار ضرورة فجعل كأنه ملكه بعد الشراء ثم أقر به اه عزمية (قوله الغنيمة) أى لشيء مغنوم من الكفار (قوله بحر) ونصه ثم اعلم أن الإمام يصح بيعه للغنائم ولو فى دار الحرب كما فى التلخيص وشرحه ، وقولهم لايصح بيعها قبل القسمة وفى دار الحرب محمول على غير الإمام وأمينه اه :

قلت : لكن قيد فى الذخيرة بيع الإمام بقوله لمصلحة رآها أفاد قيدا آخر وهو أنه لايبيع لغير مصلحة

قال المصنف : فقيد محرزة غير لازم (عيبا لايرد عليهما) لأن الأمين لاينتصب خصما (بل) ينصب له الإمام خصما فيرد على (منصوب الإمام ولا يحلفه) لأن فائدة الحلف النكول ولا يصح نكوله وإقراره (فإذا رد عليه) المعيب (بعد ثبوته يباع(١) ويدفع الثمن إليه ويرد النقص والفضل إلى محله) لأن الغرم بالغنم درر .

(وجد) المشترى (بمشريه عيبا وأراد الرد به فاصطلحا على أن يدفع البائع الدراهم إلى المشترى ولا يردعليه جاز) ويجعل حطا من الثمن (وعلى العكس) وهو أن يصطلحا على أن يدفع المشترى الدراهم إلى البائع ويرد عليه (لا) يصح لأنه لاوجه له غير الرشوة فلا يجوز . وفى الصغرى : ادعى عيبا فصالحه على مال ثم برأ أو ظهر أن لاعيب فللبائع أن يرجع بما أدى ، ولو زال بمعالجة المشترى لاقنية .

(قوله قال المصنف الخ) رد على صاحب الدرر (قوله لأن الأمين لاينتصب خصما) المراد بالأمين مايعم الإمام ليوافق الدليل المدعى ، لأن الإمام نفسه أمين بيت المال عزمية ؛ وبين فى الذخيرة وجه كونه لاينتصب خصما بأن بيع الإمام خرج على وجه القضاء بالنظر للغانمين ، فلو صار خصما خرج بيعه عن أن يكون قضاء لأن القاضى لايصلح خصما اه (قوله ولا يحلفه) أى لا يحلف منصوب الإمام لو لم يكن عند المشترى بينة . قال فى البحر : ولا يقبل إقراره بالعيب ، ولا يمين عليه لو أنكر ؛ وإنما هو خصم لإثباته بالبينة كالأب ووصيه فى مال الصغير ، بخلاف الوكيل بالخصومة إذا أقر على موكله فى غير مجلس القضاء فإنه وإن لم يصح لكنه ينعزل به اه .

قلت : لكن فى الذخيرة : فلو أقر منصوب الإمام لم يصح إقراره ، ويخرجه القاضى عن الخصومة وينصب للمشترى خصما آخر اه ومقتضاه (٢) أنه مثل الوكيل بالخصومة تأمل (قوله ولا يصح نكوله وإقراره) المناسب أن يقول ولا يصح نكوله لأنه إما بذل أو إقرار ، ولا يصح بذله ولا إقراره اه ح (قوله ويرد النقص والفضل إلى محله) أى إن نقص الثمن الآخر عن الأول ، إن كان المبيع من الأربعة أخماس يعطى منها ، وإن كان من الخمس يعطى منه ، وكذا الزيادة توضع فيما كان المبيع منه ح عن الدرر (قوله لأن الغرم بالغنم) المراد به هنا أن الغرم وهو رد النقص إلى المشترى بسبب الغنم وهو رد الفضل إلى محله (قوله الدراهم) الأولى دراهم بالتنكير ط (قوله لا يصح) إلا إذا حدث به عيب عند المشترى كما بحثه الخير الرملى .

قلت : ويستثنى أيضا ماإذا لم يقر البائع بالعيب ، لما فى جامع الفصولين شراه بمائة وقبضه فطعن بعيب فتصالحا على أن يأخذه البائع ويرد مائة إلا واحدا قال إن أقر البائع أن العيب كان عنده فعليه رد باقى الثمن وإلا ملك الباقى وهو قول أبى يوسف اه (قوله لأنه لاوجه له غير الرشوة) فى جامع الفصولين لأنه ربا ولصاحب البحر رسالة فى الرشوة ذكر ط هنا حاصلها ، ومحل الكلام عليها فى القضاء ؛ وسنذكره هناك إن شاء الله تعالى (قوله ولو زال بمعالجة لا) أى لا يرجع ، وعبر عنه فى جامع الفصولين بقيل حيث قال ولو قبض بدل الصلح وزال ذلك العيب رد بدل الصلح ، وقيل هذا لو زال بلاعلاجه ، فإن زال بعلاجه لايرد اه .

---

(١) (قول الشارح بعد ثبوته يباع الخ) أى بالبينة ، وقوله يباع : أى يبيعه الإمام لا المنصوب ، لأنه إنما نصبه الإمام ليرده عليه اه ط .

(٢) (قوله ومقتضاه الخ) لعل المماثلة فى العزل بالإقرار لا فى جميع أحكامه ، لأن الوكيل بالخصومة إذا أقر فى مجلس الحكم ينفذ إقراره على موكله ، بخلاف المنصوب فإن ظاهر قول الذخيرة لم يصح إقراره ويخرجه القاضى عن الخصومة أن الإقرار كان أمام القاضى اه .

(رضى الوكيل بالعيب لزم الموكل إن كان المبيع مع العيب) الذى به (يساوى الثمن) المسمى (وإلا) يساوه (لا) يلزم الموكل اه:

[فروع] لا يحل كتمان العيب فى مبيع أو ثمن لأن الغش حرام إلا فى مسألتين.

الأولى: الأسير إذا شرى شيئا ثمة ودفع الثمن مغشوشا جاز إن كان حرا لا عبدا.

الثانية: يجوز إعطاء الزيوف والناقص فى الجبايات أشباه:

مطلب فى الصلح عن العيب

[فرع] لو شرياه فوجدا عيبا فصالح أحدهما البائع من حصته فليس للآخر أن يخاصم، وهذا فرع مسألة أن رجلين لو شريا فوجدا عيبا ليس لأحدهما الرد بدون الآخر عنده وعندهما لكل منهما رد حصته جامع الفصولين (قوله رضى الوكيل بالعيب) أى الوكيل بالشراء (قوله يساوى الثمن المسمى) أى الذى اشتراه به كما فى الخانية عن المنتقى بعد ما ذكر قولا آخر، وهو أنه إن كان قبل قبض المبيع لزم الموكل لو العيب يسيرا وإلا فيلزم الوكيل، وإن اليسير مالا يفوت جنس المنفعة كقطع يد واحدة وفقء عين، بخلاف قطع اليدين وفقء العينين فهو فاحش: وذكر أن السرخسى قال إن مالا يدخل تحت تقويم المقومين فاحش، بأن لا يقومه أحد من العيب بقيمة الصحيح، وأن مافى المنتقى قريب من هذا. ثم قال: وفى الزيادات إن رضى قبل القبض لزم الموكل، وإن بعده لزم الوكيل ولم يفصل بين اليسير والفاحش. والصحيح مافى المنتقى سواء كان قبل القبض أو بعده لأنه يصير كأنه اشتراه مع العلم بالعيب، فإن كان لا يساوى ذلك الثمن لا يلزم الآمر اه فافهم:

مطلب فى جملة مايسقط به الخيار

[تنبيه] قال فى البحر، وإلى هنا ظهر أن خيار العيب يسقط بالعلم به وقت البيع، أو وقت القبض أو الرضا به بعدهما أو اشترط البراءة من كل عيب، أو الصلح على شىء أو الإقرار بأن لا عيب به إذا عينه كقوله ليس بآبق فإنه إقرار بانتفاء الإباق، بخلاف قوله ليس به عيب كما مر اه ملخصا (قوله لأن الغش حرام) ذكر فى البحر أول الباب بعد ذلك عن البزازية عن الفتاوى: إذا باع سلعة معيبة عليه البيان، وإن لم يبين قال بعض مشايخنا يفسق وترد شهادته، قال الصدر لا نأخذ به اه: قال فى النهر: أى لا نأخذ بكونه يفسق بمجرد هذا لأنه صغيرة اه

قلت: وفيه نظر لأن الغش من أكل أموال الناس بالباطل فكيف يكون صغيرة، بل الظاهر فى تعليل كلام الصدر أن فعل ذلك مرة بلا إعلان لا يصير به مردود الشهادة وإن كان كبيرة كما فى شرب المسكر (قوله الأولى الأسير إذا شرى شيئا الخ) عبارة الأشباه عن الولوالجية: اشترى الأسير المسلم من دار الحرب ودفع الثمن الخ، والمتبادر منه أن الأسير فاعل الشراء كما هو صريح عبارة الشارح، وليس كذلك بل هو مفعوله لأن نص عبارة الولوالجية هكذا رجل اشترى الأسير من أهل الحرب وأعطاهم الزيوف والستوقة أو اشترى بعروض وأعطاهم العروض المغشوشة جاز، لأن شراء الأحرار ليس بشراء ليجب عليه المال المسمى لكنه طريق لتخليصهم فكيفما استطاع تخليصهم له أن يفعل. وعلى هذا قالوا إذا اضطر المرء إلى إعطاء جعل العوان أجزأه أن يعطيه الزيوف والستوقة وينقص الوزن بدليل مسألة الأسير، وهذا إذا كان الأسراء أحرارا، فإن كانوا عبيدا لا يسعه شىء من ذلك إذا دخل بأمان اه. ومثله فى الخانية: رجل اشترى الأسراء من أهل الحرب جاز له أن يعطيهم الزيوف والمغشوش لأن شراء الأحرار لا يكون شراء حقيقة وإن كان الأسراء عبيدا لا يسعه ذلك اه (قوله فى الجبايات) جمع جباية

وفيها : رد البيع بعيب بقضاء فسخ فى حق الكل إلا فى مسألتين :

إحداهما : لو أحال البائع بالثمن ثم رد المبيع بعيب بقضاء لم تبطل الحوالة :

الثانية : لو باعه بعد الرد بعيب بقضاء من غير المشترى وكان منقولا لم يجز قبل قبضه ، ولو كان فسخا لجاز

وفى البزازية : شرى عبدا فضمن له رجل عيوبه فاطلع على عيب ورده لم يضمن لأنه ضمان العهدة ، وضمنه الثانى لأنه ضمان العيوب ، وإن ضمن السرقة أو الحرية أو الجنون أو العمى فوجده كذلك ضمن الثمن :

بالباء الموحدة قال فى فتح القدير : الجبايات الموظفة على الناس ببلاد فارس على الضياع وغيرها للسلطان فى كل يوم أو شهر أو ثلاثة أشهر فإنها ظلم بيرى . ونقل قبله ما قدمناه آنفا عن الولوالجية من مسألة جعل العوان (قوله فسخ فى حق الكل) أى المتبايعين وغيرهما ، وقد ذكر ذلك فى البحر عند قول الكنز ولو باع المبيع فرد عليه الخ ثم أورد على ذلك مسائل منها مسألة الحوالة المذكورة ومنها أنه لو كان المبيع عقارا فرد بعيب لم يبطل حق الشفيع فى الشفعة ، ولو كان فسخا لبطلت الحوالة والشفعة ثم ذكر أنه أجاب فى المعراج بأنه فسخ فيما يستقبل لا فى الأحكام الماضية بدليل أن زوائد المبيع للمشترى ولا يردها مع الأصل .

قلت : وعليه فلا محل للاستثناء الذى ذكره الشارح تأمل (قوله لو أحال البائع بالثمن) صورة المسألة كما فى الذخيرة باع عبدا من رجل بألف درهم ثم إن البائع أحال غريما على المشترى حوالة مقيدة بالثمن فمات العبد قبل القبض حتى سقط الثمن أو رد العبد بخيار رؤية أو بخيار شرط أو خيار عيب قبل القبض أو بعده لا تبطل الحوالة استحسانا لأنها تعتبر متعلقة بمثل ما أضيفت الحوالة إليه من الدين فلا تكون متعلقة بعين ذلك الدين وتعتبر مطلقة إذا ظهر أن الدين لم يكن واجبا وقت الحوالة ، وقيد بما إذا أحال البائع لأنه إذا حال المشترى البائع ثم رد المشترى بالعيب بقضاء فإن لقاضى يبطل الحوالة بيرى .

قلت : ولم يذكر أن المشترى أحال البائع على آخر حوالة مقيدة فظاهره أنها مطلقة مع أنه صرح فى الجوهرة من الحوالة بأن المطلقة لا تبطل بحال ولا تنقطع فيها المطالبة مع أن المقيدة هنا بقيت والمطلقة بطلت ، لكن بقاء المقيدة هنا استحسان كما علمت ، والقياس بطلانها إذا ظهر بطلان المال الذى قيدت به وهو الثمن هنا ، وإنما بطلت المطلقة هنا لبطلان المال الذى كان للمحتال وهو البائع ، وإنما لا تبطل المطلقة ببطلان ما على المحال عليه تأمل (قوله ثم رد المبيع) بالبناء للمجهول أى رده المشترى على البائع (قوله من غير المشترى) أما لو باعه منه ثانيا جاز ، ولا يرد عليه ما سيذكره المصنف فى فصل التصرف فى المبيع والثمن من أنه لو باع المنقول من بائعه قبل القبض لم يصح ، لأن ذلك فيما إذا كان العقد الأول باقيا بدليل ما ذكره فى باب الإقالة من أنها فسخ فى حقهما فيجوز للبائع بيعه من المشترى قبل قبضه (قوله وكان منقولا) احتراز عن العقار لجواز بيعه قبل قبضه خلافا لمحمد وزفر ، أفاده ط (قوله لأنه ضمان العهدة) وهو باطل عند الإمام للاشتباه كما سيأتى فى الكفالة إن شاء الله تعالى ، وهنا لما ضمن عيوبه يحتمل أن المراد أنه يداويه منها ، ويحتمل أن يضمن له النقصان أو أنه يضمن له الرد على البائع من غير منازعة فلذا كان الضمان فاسدا ط (قوله لأنه ضمان العيوب) أى وهو عنده ضمان الدرك كما فى الهندية فهو كالمسألة المذكورة بعد ط (قوله ضمن الثمن) أى للمشترى ، ولو مات عنده قبل أن يرده وقضى على البائع بنقصان العيب كان للمشترى أن يرجع على الضامن :

وفى جواهر الفتاوى : شرى ثمرة كرم ولا يمكن قطافها لغلبة الزنابير ، إن بعد القبض لم يرده ، وإن قبله ، فإن انتقص المبيع بتناول الزنابير فله الفسخ لتفرق الصفقة عليه(١) ؛

باب البيع الفاسد

المراد بالفاسد الممنوع مجازا عرفيا(٢) فيعم الباطل والمكروه ، وقد يذكر فيه بعض الصحيح تبعا ،

مطلب فى ضمان العيوب

ولو ضمن له بحصة مايجد من العيوب فيه من الثمن فهوجائز فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ، فإن رده المشترى رجع على الضامن بذلك كما يرجع على البائع ذخيرة (قوله لم يرده)لأنه عيب حدث عند المشترى ط (قوله وإن قبله) أى وإن حصلت الغلبة قبل القبض ط (قوله لتفرق الصفقة عليه) أى بهلاك بعض المبيع قبل قبضه بآفة سماوية ، وقدمنا عن جامع الفصولين أنه يطرح عن المشترى حصة النقصان من الثمن ، وهو مخير فى الباقى بين أخذه بحصته أو تركه ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

باب البيع الفاسد

أخره عن الصحيح لكونه عقدا مخالفا للدين كما أوضحه فى الفتح ، وسيأتى أنه معصية يجب رفعها ،وسيأتى فى باب الربا أن كل عقد فاسد فهوربا ، يعنى إذا كان فساده بالشرط الفاسد. وفى القاموس : فسد كنصر وقعدوكرم فسادا وفسودا ضد صلح فهوفاسد فسيد ولم يسمع انفسد اهـ . ونقل فى الفتح أنه يقال للحم الذى لاينتفع به لدود ونحوه بطل ، وإذا أنتن وهو بحيث ينتفع به فسد اللحم ،وفيه مناسبة للمعنى الشرعى ،وهو ماكان مشروعا بأصله لابوصفه ،ومرادهم من مشروعية أصله كونه مالامتقوما لاجوازه وصحته لأن فساده يمنع صحته ،أو أطلقوا المشروعية عليه نظرا إلى أنه لو خلا عن الوصف لكان مشروعا . وأما الباطل ، فنى المصباح بطل الشىء يبطل بطلا وبطولا وبطلانا بضم الأوائل فسد أو سقط حكمه فهو باطل والجمع بواطل أو أباطيل اهـ . وفيه مناسبة للمعنى الشرعى وهو مالايكون مشروعا لابأصله ولا بوصفه . وأما المكروه ، فهولغة خلاف المحبوب واصطلاحا مانهى عنه لمجاور كالبيع عند أذان الجمعة . وعرفه فى البناية بما كان مشروعا بأصله ووصفه لكن نهى عنه لمجاور ،ويمكن إدخاله تحت الفاسد أيضا على إرادة الأعم وهو مانهى عنه فيشمل الثلاثة كما فى البحر (قوله المراد بالفاسد الممنوع الخ) قد علمت أن الفاسد مباين للباطل ،لأن ماكان مشروعا بأصله فقط يباين ماليس بمشروع أصلا . وأيضا حكم الفاسد أنه يفيد الملك بالقبض والباطل لايفيده أصلا ،وتباين الحكمين دليل تباينهما ، فإطلاق الفاسد فى قولهم باب البيع الفاسد على مايشمل الباطل لايصح على حقيقته ، فإما أن يكون لفظ الفاسد مشتركا بين الأعم والأخص أو يجعل مجازا عرفيا فى الأعم لأنه خير من الاشتراك ، وتمامه فى الفتح ؛

مطلب فى أنواع البيع

ثم اعلم أن البيع جائز وقدمر بأقسامه . وغير جائز ،وهو ثلاثة : باطل وفاسد ،وموقوف كذا فى الفتح وأراد بالجائز النافذ ،وبمقابله غيره لاالحرام ،إذلو أريد ذلك لخرج الموقوف لما قالوه من أن بيع مال الغير بلاإذنه بدون تسليم ليس بمعصية ،

---

(١) (قول الشارح لتفرق الصفقة عليه) قال ط : بذهاب ماتناوله الزنابير وبالعجز عن جزء ما غلبت عليه اهـ .

(٢) (قول الشارح مجازا عرفيا) أى باعتبار عرف الفقهاء فإنهم المفرقون بينهما ، ولم يكن لغويا لعدم التفرقة عند أهل اللغة اهـ ط .

وكل ماأورث خللا فى ركن البيع فهو مبطل ؛ وما أورثه فى غيره فمفسد (بطل بيع ماليس بمال) والمال مايميل إليه الطبع ويجرى فيه البذل والمنع درر ؛

مطلب لبيع الموقوف من قسم الصحيح

على أنه فى المستصفى جعله من قسم الصحيح ، حيث قال : البيع نوعان : صحيح وفاسد ؛ والصحيح نوعان لازم وغير لازم نهر: وذكر فى البحر أن البيع المنهى عنه ثلاثة : باطل ، وفاسد، ومكروه تحريما ، وقد مرت ؛ وما لا نهى فيه ثلاثة أيضا : نافذ لازم ، ونافذ ليس بلازم ، وموقوف فالأول ماكان مشروعا بأصله ووصفه ولم يتعلق به حق الغير ولا خيار فيه . والثانى مالم يتعلق به حق الغير وفيه خيار ؛ والموقوف ماتعلق به حق الغير ، وحصره فى الخلاصة فى خمسة عشر ؛

قلت : بل أوصله فى النهر إلى نيف وثلاثين كما سيأتى فى باب بيع الفضولى. ثم قال فى البحر : والصحيح يشمل الثلاثة لأنه ما كان مشروعا بأصله ووصفه والموقوف كذلك فهو قسم منه ، وهو الحق لصدق التعريف وحكمه عليه ، فإن حكمه إفادة الملك بلا توقف على القبض ، ولا يضر توقفه على الإجازة كتوقف مافيه خيار على إسقاطه اه ؛

قلت : ينبغى استثناء بيع المكره فإنه موقوف على إجازته مع أنه فاسد كما حققناه أول البيوع ، وحررنا هناك أيضا أن بيع الهزل فاسد لاباطل وإن كان لايفيد الملك بالقبض لكونه أشبه البيع بالخيار ، وليس كل فاسد يملك بالقبض كما سيأتى (قوله فى ركن البيع) هو الإيجاب والقبول ، بأن كان من مجنون أو صبى لا يعقل وكان عليه أن يزيد أو فى محله أعنى لمبيع ، فإن الخلل فيه مبطل بأن كان المبيع ميتة أودما أو حرا أو خمرا كما فى ط عن البدائع (قوله وما أورثه فى غيره) أى فى غير الركن وكذا فى غير المحل ، وذلك بأن كان فى الثمن بأن يكون خمرا مثلا أو بأن كان من جهة كونه غير مقدوز التسليم أو فيه شرط مخالف لمقتضى العقد فيكون البيع بهذه الصفة فاسدا لا باطلا لسلامة ركنه ومحله عن الخلل كما فى ط عن البدائع ، وبه ظهر أن الوصف ماكان خارجا عن الركن والمحل ؛

[تنبيه] فى شرح مسكين : ثم الضابط فى تمييز الفاسد من الباطل أن أحد العوضين إذا لم يكن مالا فى دين سماوى فالبيع باطل سواء كان مبيعا أو ثمنا ، فبيع الميتة والدم والحر باطل ، وكذا البيع به ، وإن كان فى بعض الأديان مالا دون البعض إن أمكن اعتباره ثمنا فالبيع فاسد فبيع العبد بالخمر أو الخمر بالعبد فاسد ، وإن تعين كونه مبيعا فالبيع باطل فبيع الخمر بالدراهم أو الدراهم بالخمر باطل اه ؛

قلت : وهذا الضابط يرجع إلى الفرق بينهما من حيث المحل فقط ، ومامر من حيث الركن والمحل فهو أعم فافهم (قوله بطل بيع ما ليس بمال) أى ماليس بمال فى سائر الأديان بقرينة قوله والبيع به فإن مايبطل سواء كان مبيعا أو ثمنا ما ليس بمال أصلا بخلاف نحو الخمر فإن بيعه باطل إذا تعين كونه مبيعا ، أما لو أمكن اعتباره ثمنا فبيعه فاسد كما علمته من الضابط المذكور آنفا لأن البيع وإن كان مبناه على البدلين لكن الأصل فيه المبيع دون الثمن ولذا ينفسخ البيع بهلاك المبيع دون الثمن ولأن الثمن غير مقصود بل هو وسيلة إلى المقصود وهو الانتفاع بالأعيان ؛

مطلب فى تعريف المال

(قوله والمال) أى من حيث هو لا المذكور قبله ، لأن التعريف المذكور يدخل فيه الخمر فهى مال وإن لم تكن متقومة ، ولذا قال بعده وبطل بيع مال غير متقوم كخمر وخنزير فإن المتقوم هو المال المباح الانتفاع به شرعا ،

فخرج التراب ونحوه (كالدم) المسفوح فجاز بيع كبد وطحال (والميتة) سوى سمك وجراد ، ولا فرق فى حق المسلم بين التى ماتت حتف أنفها أو بخنق ونحوه

وقدمنا أول البيوع تعريف المال بما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة ، وأنه خرج بالادخار المنفعة فهى ملك لا مال لأن الملك مامن شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص كما فى التلويح ، فالأولى ما فى الدرر من قوله المال موجود يميل إليه الطبع الخ فإنه يخرج بالموجود المنفعة فافهم . ولا يرد أن المنفعة تملك بالإجارة لأن ذلك تمليك لا بيع حقيقة ولذا قالوا إن الإجارة لا بيع المنافع حكما : أى إن فيها حكم البيع وهو التمليك لا حقيقته ، فاغتنم هذا التحرير (قوله فخرج التراب) أى القليل مادام فى محله وإلا فقد يعرض له بالنقل ما يصير به مالا معتبرا ومثله المال ، وخرج أيضا نحو حبة من حنطة والعذرة الخالصة ، بخلاف المخلوطة بتراب ولذا جاز بيعها كسرقين كما يأتى ، وخرج أيضا المنفعة على ماذكرنا آنفا (قوله والميتة) بفتح الميم وسكون الياء التى ماتت حتف أنفها لابسبب ، وبتشديد الياء المكسورة : التى لم تمت حتف أنفها بل بسبب غير الذكاة كالمنخنقة والموقوذة نوح أفندى ، ولم أر هذا الفرق فى القاموس ولا فى المصباح ولا غيرهما فراجعه (قوله ولا فرق فى حق المسلم الخ) أما فى حق الذمى فيراد بها الأول ، وأما الثانى فاختلف عباراتهم فيه ؛ ففى التجنيس جعله قسما من الصحيح لأنهم يدينونه ولم يحك خلافا وجعله فى الإيضاح قول أبى يوسف . وعند محمد لايجوز ، وجزم فى الذخيرة بفساده ، وجعله فى البحر من اختلاف الروايتين نهر .

وعبارة البحر : وحاصله أن فيما لم يمت حتف أنفه بل بسبب غير الذكاة روايتين بالنسبة إلى الكافر فى رواية الجواز ، وفى رواية الفساد ، وأما البطلان فلا ، وأما فى حقنا فالكل سواء اه . وذكر ط أن عدم الفرق فى حقنا فى المنخنقة مثلا إذا قوبلت بدراهم حتى تعين كونها مبيعا ، أما إذا قوبلت بعين أمكن اعتبارها ثمنا فكان فاسدا بالنظر إلى العوض الآخر(١) باطلا بالنظر إليها ، وهذا ما اقتضاه الضابط السابق اه (قوله التى ماتت حتف أنفها) الحتف الهلاك يقال مات حتف أنفه إذا مات بغير ضرب ولا قتل ، ومعناه أن يموت على فراشه فيتنفس حتى ينقضى رمقه ، ولهذا خص الأنف مصباح (قوله أو بخنق) مثل كتف ويسكن تخفيفا مصباح .

[تنبيه] لم يذكروا حكم دودة القرمز : أما إذا كانت حية فينبغى جريان الخلاف الآتى فى دود القز وبزره وبيضه وأما إذا كانت ميتة وهو الغالب فإنها على مابلغنا تخنق فى الكلس أو الخل ، فمقتضى مامر بطلان بيعها بالدراهم لأنها ميتة . وقد ذكر سيدى عبد الغنى النابلسى فى رسالة أن بيعها باطل ، وأنه لا يضمن متلفها لأنها غير مال؛

قلت : وفيه أنها من أعز الأموال اليوم ، ويصدق عليها تعريف المال المتقدم ويحتاج إليها الناس كثيرا فى الصباغ وغيره ، فينبغى جواز بيعها كبيع السرقين والعذرة المختلطة بالتراب كما يأتى مع أن هذه الدودة إن لم يكن لها نفس سائلة تكون ميتتها طاهرة كالذباب والبعوض وإن لم يجز أكلها ، وسيأتى أن جواز البيع يدور مع حل الانتفاع ، وأنه يجوز بيع العلق للحاجة مع أنه من الهوام ، وبيعها باطل ، وكذا بيع الحيات للتداوى: وفى القنية : وبيع غير السمك من دواب البحر لو له ثمن كالسقنقور وجلود الخز ونحوها يجوز وإلا فلا وجمل الماء قيل يجوز حيا لا ميتا والحسن

---

(١) (قوله فكان فاسدا بالنظر إلى العوض الآخر) أى العين التى هى مال عندنا ، وقوله باطلا بالنظر إليها : أى المنخنقة . ووجه ذلك أن المبيع والثمن إذا كان كل منهما عينا يصح أن يكون كل منهما ثمنا ومبيعا حتى يثبت خيار الرجوع فيهما ؛ فباعتبار كون العين التى هى مال عندنا مبيعا يكون البيع فاسدا لحصول الخلل فى الثمن ، وباعتبار كون المنخنقة هى المبيع يكون البيع باطلا لحصول الخلل فى المحل . قال شيخنا : وإنما يتم ماقاله ط إذا ثبت مالية المنخنقة فى شرعها بأن تدين ذلك نبى ، ولا نظر لاعتقادهم أصلا لأنهم ربما يعتقدون غير دين أنبيائهم ؛ ألا ترى أنهم يعتقدون بنبوة عيسى عليه الصلاة والسلام ولم يتدين ذلك نبى قط اه .

(والحر والبيع به) أى جعله ثمنا بإدخال الباء عليه ، لأن ركن البيع مبادلة المال بالمال ولم يوجد (والمعدوم كبيع حق التعلى) أى علو سقط لأنه معدوم ، ومنه بيع ماأصله غائب كجزر وفجل ، أو بعضه معدوم كورد وياسمين وورق فرصاد . وجوّزه مالك لتعامل الناس ، وبه أفتى بعض مشايخنا عملا بالاستحسان ، هذا إذا نبت ولم يعلم وجوده ، فإذا علم جاز وله خيار الرؤية وتكفى رؤية البعض عندهما وعليه الفتوى شرح مجمع

أطلق الجواز اه فتأمل ، ويأتى له مزيد بيان عند الكلام على بيع دود القز والعلق (قوله والبيع به) أى بما ليس بمال (قوله والمعدوم كبيع حق التعلى) قال فى الفتح : وإذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز ، لأن المبيع حينئذ ليس إلا حق التعلى وحق التعلى ليس بمال ، لأن المال عين يمكن إحرازها وإمساكها ولا هو حق متعلق بالمال بل هو حق متعلق بالهواء ، وليس الهواء مالا يباع والمبيع لابد أن يكون أحدهما ، بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للأرض ، فلو باعه قبل سقوطه جاز ، فإن سقط قبل القبض بطل البيع لهلاك المبيع قبل القبض اه .

والحاصل أن بيع العلو صحيح قبل سقوطه لابعده لأن بيعه بعد سقوطه بيع لحق التعلى وهو ليس بمال ، والمعبر فى الكنز بقوله وعلو سقط ، وعبر فى الدرر بحق التعلى لأنه المراد من قول الكنز وعلو سقط كما علمته من عبارة الفتح ، فالمراد من العبارتين واحد فلذا فسر الشارح إحداهما بالأخرى دفعا لما يتوهم من اختلاف المراد منهما فافهم .

[تنبيه] لو كان العلو لصاحب السفل فقال بعتك علو هذا السفل بكذا صح ويكون سطح السفل لصاحب السفل وللمشترى حق القرار ، حتى لو انهدم العلو كان له أن يبنى عليه علوا آخر مثل الأول لأن السفل اسم لمبنى مسقف فكان سطح السفل سقفا للسفل خانية (قوله لأنه معدوم) يغنى عنه قول المصنف والمعدوم أفاده ط (قوله ومنه) أى من بيع المعدوم .

مطلب فى بيع المغيب فى الأرض

(قوله بيع ما أصله غائب) أى ماينبت فى باطن الأرض ، وهذا إذا كان لم ينبت أو نبت ولم يعلم وجوده وقت البيع وإلا جاز بيعه كما يأتى قريبا (قوله وفجل) بضم الفاء وبضمتين قاموس (قوله كورد وياسمين) فإنه يخرج بالتدريج ط (قوله وورق فرصاد) قيل هو التوت الأحمر . وقال أبو عبيد : هو التوت. وفى التهذيب: قال الليث: الفرصاد الشجر معروف مصباح (قوله وبه أفتى بعض مشايخنا) بالياء فى مشايخ لا بالهمزة. قال القهستانى : وأفتى العقيلى وغيره بجوازه بتبعية الموجود إذا كان أكثر من المعدوم اه ط .

قلت : وهو رواية عن محمد ، وقدمنا الكلام عليه فى فصل مايدخل تبعا (قوله هذا إذا نبت الخ) الإشارة إلى قوله ما أصله غائب وكان الأولى أن يقول هذا إذا لم ينبت أو نبت ولم يعلم وجوده فإنه لايجوز بيعه فيهما كما فى ط عن الهندية (قوله وله خيار الرؤية الخ) قال فى الهندية إن كان المبيع فى الأرض مما يكال أو يوزن بعد القلع كالثوم والجزر والبصل فقلع المشترى شيئا بإذن البائع أو قلع البائع ، إن كان المقلوع ممايدخل تحت الكيل أو الوزن إذا رأى المقلوع ورضى به لزم البيع فى الكل وتكون رؤية البعض كرؤية الكل إذا وجد الباقى كذلك ، وإن كان المقلوع شيئا يسيرا لايدخل تحت الوزن لايبطل خياره. قال فى البحر : وإن كان يباع بعد القلع عددا كالفجل فقلع البائع أو قلع المشترى بإذن البائع لا يلزم الكل لأنه من العدديات المتفاوتة بمنزلة الثياب والعبيد ، وإن قلعه بلا إذن البائع لزمه الكل إلا أن يكون ذلك شيئا يسيرا ، وإن أبى كل القلع تبرع متبرع بالقلع أو فسخ القاضى العقد اهط .

(والمضامين) مافى ظهور الآباء من المنى (والملاقيح) جمع ملقوحة : مافى البطن من الجنين (والنتاج) بكسر النون : حبل الحبلة أى نتاج النتاج لدابة أو آدمى (وبيع أمة تبين أنه) ذكر الضمير لتذكير الخبر (عبد وعكسه بخلاف البهائم ، والأصل أن الذكر والأنثى من بنى آدم جنسان حكما فيبطل ، وفى سائر الحيوانات جنس واحد فيصح ويتخير لفوات الوصف

مطلب فى بيع أصل القصفصة

قلت : بقى شيء لم أر من نبه عليه ، وهو مايكون أصله تحت الأرض ويبقى سنين متعددة مثل القصفصة تزرع فى أرض الوقف وتكون كالكردار للمستأجر فى زماننا فإذا باع ذلك الأصل وعلم وجوده فى الأرض صح بيعه لكنه لايرى ولا يقصد قلعه لأنه أعد للبقاء فهل للمشترى فسخ البيع بخيار الرؤية الظاهر نعم ، لأن خيار الرؤية يثبت قبل الرؤية تأمل (قوله مافى ظهور الآباء من المنى) موافق لمافى الدرر والمنح . وعبارة البحر : المضامين جمع مضمونة مافى أصلاب الإبل والملاقيح : جمع ملقوح مافى بطونها ، وقيل بالعكس (قوله والملاقيح الخ) يجب أن يحمل ههنا على ماسيكون(١) وإلا كان حملا ، وسيأتى أن بيع الحمل فاسد لا باطل درر .

قلت : وفى فساده كلام سيأتى (قوله والنتاج بكسر النون) كذا ضبطه النووى ، واختاره المصنف يعنى صاحب الدرر ، وضبطه السكاكى بفتح النون ، وهو مصدر نتجت الناقة على البناء للمفعول ، والمراد به هنا المنتوج ، وفسره الزيلعى والرازى ومسكين بحبل الحبلة وتبعهم المصنف نوح (قوله حبل الحبلة) بالفتحتين فيهما قال فى المغرب : مصدر حبلت المرأة حبلا فهى حبلى سمى به المحمول كما سمى بالحمل وإنما أدخل عليه التاء للإشعار بمعنى الأنوثة لأن معناه النهى عن بيع ماسوف يحمله الجنين إن كان أنثى ، ومن روى الحبلة بكسر الباء فقد أخطأ اه نوح . (قوله وبيع أمة الخ) علله فى الدرر بأنه بيع معدوم ، ومقتضاه أن يكون معطوفا على قوله حق التعلى أو قوله والنتاج فكان الواجب إسقاط لفظ بيع نوح (قوله ذكر الضمير) أى أتى به مذكرا مع أن الأمة مؤنثة مراعاة لتذكير الخبر وهو عبد أو باعتبار الواقع (قوله وعكسه) بالرفع عطفا على قوله بيع وبالجر عطفا على أمة ط (قوله بخلاف البهائم) كما إذا باع كبشا فإذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير بحر .

مطلب فيما إذا اجتمعت الإشارة مع التسمية

(قوله والأصل الخ) قال فى الهداية : والفرق يبتنى على الأصل الذى ذكرناه فى النكاح لمحمد رحمه الله تعالى ، وهو أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا ففى مختلفى الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه ، وفى متحدى الجنس يتعلق بالمشار إليه وينعقد لو جوده ويتخير لفوات الوصف ، كمن اشترى عبدا على أنه خباز فإذا هو كاتب ، وفى مسألتنا الذكر والأنثى من بنى آدم جنسان للتفاوت فى الأغراض ، وفى الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها اه قال فى البحر والأصل المذكور متفق عليه هنا ، ويجرى فى سائر العقود من النكاح والإجارة والصلح عن دم العمد والخلع والعتق على مال ، وبه ظهر أن الذكر والأنثى فى الآدمى جنسان فى الفقه وإن اتحدا جنسا فى المنطق لأنه الذاتى المقول على كثيرين مختلفين بمميز داخل ، وفى الفقه المقول على كثيرين لا يتفاوت الغرض منها فاحشا قال فى الفتح

(١) (قوله على ماسيكون) أى ماسيكون من المنى الواقع فى الرحم قبل أن يكون علقة أو مضغة مما لايصدق عليه اسم الحمل وإلا كان حملا اه .

(ومتروك التسمية عمدا) ولو من كافر بزازية ، وكذا ماضم إليه لأن حرمته بالنص (وبيع الكراب وكرى الأنهار) لأنه ليس بمال متقوم، بخلاف بناء وشجر فيصح إذا لم يشترط تركها ولوالجية (وما فى حكمه) أى حكم ما ليس بمال (كأم الولد والمكاتب والمدبر المطلق) فإن بيع هؤلاء باطل : أى بقاء ، فلم يملكوا بالقبض(١) لابتداء فصح بيعهم من أنفسهم(٢) وبيع قن ضم إليهم درر ؛

ومن الخلفي الجلس ما إذا باع فصا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج فالبيع باطل ، ولو باعه ليلا على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر صح البيع ويخير (قوله ولو من كافر) نقله فى البحر أيضا عن البزازية وأقره .

قلت : وينبغى أن يجرى فيه الخلاف المار فيما ماتت بسبب غير الذبح مما يدين به أهل الذمة ، بل هذا بالأولى لأنه مما يدين به بعض المجتهدين ، وكون حرمته بالنص لايقتضى بطلان بيعه بين أهل الذمة لأن حرمة المنخنقة بالنص أيضا ، ولما اعتقدوا حلها لم نحكم ببطلاق بيعها بينهم ، نعم لو باع متروك التسمية عمدا مسلم يقول بحله كشافعى نحكم ببطلان بيعه لأنه ملتزم لأحكامنا ومعتقد لبطلان ماخالف النص فنلزمه ببطلان البيع بالنص ، بخلاف أهل الذمة لأنا أمرنا بتركهم ومايدينون ، فيكون بيعه بينهم صحيحا أو فاسدا لا باطلا كمامر ، ويؤيده مامر فى شركة المفاوضة من عدم صحتها بين مسلم وذمى لعدم التساوى فى التصرف ، وتصح بين حنفى وشافعى وإن كان يتصرف فى متروك التسمية وعللوه بأن ولاية الإلزام قائمة ، ومعناه ماذكرنا فتدبر (قوله وكذا ماضم إليه) قال فى النهر : ومتروك التسمية عمدا كالذى مات حتف أنفه حتى يسرى الفساد إلى ماضم إليه ، وكان ينبغى أن لايسرى لأنه مجتهد فيه كالمدبر فينعقد فيه البيع بالقضاء . وأجاب فى الكافى بأن حرمته منصوص عليها ، فلا يعتبر خلافه ولا ينفذ بالقضاء (قوله وبيع الكراب وكرى الأنهار) فى المصباح : كربت الأرض من باب قتل كرابا بالكسر قلبتها للحرث ، وفيه أيضا : كرى النهر كريا من باب رمى حفره فيه جديدة (قوله ولو الجية) قال فيها : ولو كان لرجل عمارة فى أرض رجل فباعها ، إن كان بناء أو أشجارا جاز بيعه إذا لم يشترط تركها وإن كرابا أو كرى الأنهار ونحوه فلم يكن ذلك بمال ولا بمعنى مال لا يجوز اه يعنى يبطل ، فإنه داخل تحت قولنا بطل بيع ماليس بمال كما لايخفى وبعدم الجواز فى الكراب وكرى الأنهار ونحو ذلك صرح فى الخانية معللا بأنه ليس بمال متقوم منح ، وتقدمت المسألة أول البيوع مع الكلام على مشد المسكة وبيع البراءات والجامكية والنزول عن الوظائف ، وأشبعنا الكلام على ذلك كله (قوله فإن بيع هؤلاء باطل) كذا فى الهداية . وأورد أنه لو كان باطلا لسرى البطلان إلى ماضم إليهم كالمضموم إلى الحر ، وسيأتى أنه لا يسرى . وقال بعضهم فاسد .

وأورد أنه يلزم أن يملكوا بالقبض مع أنهم لم يملكوا به اتفاقا . وأجيب عنهما بادعاء التخصيص ، وهو أن من الباطل ما لا يسرى حكمه إلى المضموم لضعفه ومن الفاسد مالا يملك بالقبض . وذكر فى الفتح أن الحق أنه باطل ولا تخصيص لجواز تخلف بعض الأفراد الخصوصية .

قلت : وما ذكره الشارح يصلح بيانا للخصوصية ، وذلك أن بيع الحر باطل ابتداء وبقاء لعدم محليته للبيع

---

(١) (قول الشارح فلم يملكوا بالقبض) أى لأن استحقاق العتق قد ثبت فى حق أم الولد بقوله عليه الصلاة والسلام « أعتقها ولدها » وسبب الحرية انعقد فى حق المدبر فى الحال لبطلان الأهلية بعد الموت ، والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة فى حق المولى ، ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله اه من أبى السعود .

(٢) (قول الشارح فصح بيعهم من أنفسهم) قال البرجندى فى شرح النقاية : ولا يرد على هذا بيع المدبر من نفسه أو بيع أم الولد من نفسها لأنه ليس بيعا حقيقة بل إعتاق على مال فلا يرد نقضا اه .

وقول ابن الكمال بيع هؤلاء باطل موقوف ضعفه فى البحر بأن المرجح اشتراط رضا المكاتب قبل البيع وعدم نفاذ القضاء ببيع أم الولد(١)وصحح فىالفتح نفاذه :
قلت : الأوجه توقفه على قضاء آخر إمضاء أو ردا عيني ونهر ، فليكن التوفيق . وفى السراج : ولد هؤلاء كهم ، وبيع مبعض كحر (و) بطل (بيع مال غير متقوم) أى غيرمباح الانتفاع به ابن كمال فليحفظ (كخمر وخنزير وميتة لم تمت حتف أنفها)

أصلا بثبوت حقيقة الحرية ، وبيع هؤلاء باطل بقاء لحق الحرية فلذا لم يملكوا بالقبض ، لا ابتداء لعدم حقيقتها فلذا جاز بيعهم من أنفسهم ، ولا يلزم بطلان بيع قن ضم إليهم لأنهم دخلوا فى البيع ابتداء لكونهم محلا له فى الجملة ثم خرجوا منه بتعلق حقهم ، فيبقى القن بحصته من الثمن ، وتمامه فى الدرر (قوله وقول ابن الكمال) عبارته : البيع فى هؤلاء باطل موقوف ينقلب جائزا بالرضا فى المكاتب وبالقضاء فى الآخرين لقيام المالية اهـ : (قوله قبل البيع) وتنفسخ الكتابة فى ضمنه لأن اللزوم كان لحقه وقد رضى بإسقاطه ، أما إذا باعه بغير رضاه فأجازه لم يجز رواية واحدة لأن إجازته لم تتضمن فسخ الكتابة قبل العقد كذا فى السراج وفى الخانية لو بيع بغير رضاه فأجاز بيع مولاه لم ينفذ فى الصحيح من الرواية وعليه عامة المشايخ نهر :
قلت : لكن ذكر فى الهداية آخر الباب فيما لو جمع بين عبد ومدبر ، وتبعه فى البحر والفتح أن البيع فى هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية : ولهذا ينفذ فى المكاتب برضاه فى الأصح ، وفى المدبر بقضاء القاضي وكذا فى أم الولد عند أبى حنيفة وأبى يوسف اهـ ، فقوله موقوف مخالف لقوله هنا باطل : وقوله ينفذ فى المكاتب برضاه فى الأصح مخالف للمذكور عن السراج والخانية ، وبهذا يتأيد ماذكره ابن الكمال . وقد يجاب بأن قوله ينفذ فى المكاتب برضاه فى الأصح أى رضاه وقت البيع فيكون موقوفا فى الابتداء على رضاه فلو لم يرض كان باطلا ، وبهذا تنتفى المخالفة بين كلاميه ، لكن هذا الجواب لايتأتى فى عبارة ابن الكمال فتأمل (قوله قلت الأوجه الخ) أى إذا قضى بنفاذ بيع أم الولد قاض يراه لاينفذ فإذا رفع إلى قاض آخر فأمضاه نفذ الأول وإن رده ارتد وقد منا تحقيق ذلك فى باب الاستيلاد (قوله فليكن التوفيق) بحمل مافى البحر على ماقبل الإمضاء ، وما فى الفتح على مابعده (قوله ولد هؤلاء كهم) أى ولد أم الولد من غير سيدها ، بأن زوجها فولدت بعد ماولدت من سيدها وكذا ولد المدبر أو المكاتب المولود بعد التدبير والكتابة ، وقوله كهم : أى فى حكمهم ، وفيه إدخال الكاف على الضمير وهو قليل (قوله وبيع مبعض) أى معتق البعض كبيع الحر (قوله ابن كمال) ونصه التقوم على ماذكر فى التلويح ضربان : عرفى وهو بالإحراز ، فغير المحرز كالصيد والحشيش ليس بمتقوم . وشرعى وهو بإباحة الانتفاع به وهو المراد ههنا منفيا اهـ أى هو المراد بالتقوم المنفى هنا (قوله كخمر) قيد بها لأن بيع ماسواها من الأشربة المحرمة جائز عنده خلافا لهما ، كذا فى البدائع نهر (قوله وميتة لم تمت حتف أنفها) هذا فى حق المسلم ، أما الذمى ففى رواية بيعها صحيح وفى أخرى فاسد كما قدمناه عن البحر ، وظاهره أن اختلاف الرواية

---

(١) (قول الشارح وعدم نفاذ القضاء ببيع أم الولد) قال البدر العينى : هذه المسألة كانت مختلفا فيها فى الصدر الأول ، وكان عمر لايجيز بيعها وكان على يجيز بيعها ، ثم أجمع التابعون على عدم جواز بيعها ، فإذا قضى قاض بعد ذلك بجواز بيعها هل يقع ذلك فى موضع الإجماع أو فى موضع الخلاف ؟ وذلك بناء على أن الإجماع المتأخر هل يرفع الخلاف السابق أولا ؛ فعند البعض لا يرفع الخلاف السابق ، وعندنا ينعقد ويرتفع الخلاف السابق ، وقد استدل صاحب التقويم على هذا بقوله : وقد روى محمد بن الحسن عنهم جميعا أن القاضى إذا قضى ببيع أم الولد لم يجز . وفى فصول الاستروشنى : وفى قضاء القاضى ببيع أم الولد روايتان أظهرهما أنه لاينفذ . وفى قضاء الجامع أنه يتوقف على إمضاء قاض آخر ، إن أمضاه نفذ ، وإن أبطله بطل ، وهذا أوجه الأقاويل اهـ ط عن أبى السعود .

بل بالخنق ونحوه فإنها مال عند الذمى كخمر وخنزير ، وهذا إن بيعت (بالثمن) أى بالدين كدراهم ودنانير ومكيل وموزون بطل فى الكل ، وإن بيعت بعين كعرض بطل فى الخمر وفسد فى العرض فيملكه بالقبض بقيمته ابن كمال (و) بطل (بيع قن ضم إلى حر وذكية ضمت إلى ميتة ماتت حتف أنفها) قيد به لتكون كالحر (وإن سمى ثمن كل) أى فصل الثمن خلافا لهما ، ومبنى الخلاف أن الصفقة لاتتعدد بمجرد تفصيل الثمن بل لابد من تكرار لفظ العقد عنده خلافا لهما ، وظاهر النهاية يفيد أنه فاسد (بخلاف بيع قن ضم إلى مدبر) أو نحوه فإنه يصح

الميتة فقط ، أما الخمر فصحيح (قوله ونحوه) كالجرح ، والضرب من أسباب الموت سوى الذكاة الشرعية (قوله فإنها) أى الميتة المذكورة ، أما التى ماتت حتف أنفها فهى غير مال عند الكل فلذا بطل بيعها فى حق الكل كما مر (قوله وهذا) أى الحكم المذكور ببطلان البيع بلا تفصيل (قوله أى بالدين) أى مايصح أن يثبت دينا فى الذمة ؛ قال ابن كمال : إنما قال بالدين دون الثمن لأن الدين أعم منه ، والمعتبر المقابلة به دون الثمن (قوله بطل فى الكل) لأن المبيع هو الأصل وليس محلا للتمليك فبطل فيه فكذا فى الثمن ، بخلاف ما إذا كان الثمن عينا فإنه مبيع من وجه مقصود بالتملك ولكن فسدت التسمية فوجبت قيمته دون الخمر المسمى (قوله بطل فى الخمر) أى وفى أخويه كما يستفاد من المتن والزيلعى سائحانى ؛

قال فى البحر : والحاصل أن بيع الخمر باطل مطلقا ، وإنما الكلام فيما قابله فإن دينا كان باطلا أيضا ، وإن عرضا كان فاسدا ثم قال ، وقيدنا بالمسلم لأن أهل الذمة لايمنعون من بيعها لاعتقادهم الحل والتمول وقد أمرنا بتركهم وما يدينون ، كذا فى البدائع اهـ ملخصا . وظاهره الحكم بصحة بيعها فيما بينهم ولو بيعت بالثمن ، ويشهد له فروع ذكرها بعده (قوله بقيمته) لم يذكر ابن كمال القيمة وإن كانت مرادة ط (قوله ضم إلى حر) ولو مبعضا كمعتق البعض كما مر فى باب عتق البعض (قوله لتكون كالحر) أى فلا تكون مالا أصلا ، أما لو ماتت بخنق أو نحوه فهى مال غير متقوم كما مر آنفا فينبغى أن يصح البيع فيما ضم إليها كبيع قن ضم إلى مدبر تأمل (قوله خلافا لهما) فعندهما إذا فصل ثمن كل جاز فى القن والذكية بحصتها من الثمن ، لأن الصفقة(١) تصير متعددة معنى فلا يسرى الفساد من إحداهما إلى الأخرى (قوله وظاهر النهاية يفيد أنه فاسد) أى ماضم إلى الحر والميتة وهو القن والذكية ، وعزاه القهستانى للمحيط والمبسوط وغيرهما . والظاهر أن المراد بالفاسد الباطل ، فيوافق مافى الهداية وغيرها من التصريح بالبطلان تأمل (قوله بخلاف بيع قن ضم إلى مدبر) كمكاتب وأم ولد كما فى الفتح أى فيصح فى القن بحصته ، لأن المدبر محل للبيع عند البعض فيدخل فى العقد ثم يخرج فيكون البيع بالحصة فى البقاء دون الابتداء ، وفائدة ذلك تصحيح كلام العاقل من رعاية حق المدبر ابن كمال ؛

قلت : ومعنى البيع بالحصة بقاء أنه لما خرج المدبر صار القن مبيعا بحصته مع الثمن ، بأن يقسم الثمن على قيمته وقيمة المدبر فما أصاب القن فهو ثمنه وهذا بخلاف ضم القن إلى الحر فإن فيه البيع بالحصة ابتداء ، لأن الحر لم يدخل فى العقد لعدم ماليته ؛

[تنبيه] تقدم أن بيع المدبر ونحوه باطل لعدم دخوله فى العقد ، وههنا إنما دخل لتصحيح العقد فيما ضم إليه

---

(١) (قوله لأن الصفقة الخ) وللإمام أن الصفقة متحدة ، والحر والميتة لايدخلان تحت العقد لأنهما ليسا بمال فكان القبول فى الحر والميتة شرطا للبيع فى القن والذكية وهو شرط فاسد فيبطل البيع فى القن والذكية اهـ ط عن العلامة نوح أفندى ، لكن مقتضى قوله فكان القبول الخ أن يكون البيع فاسدا لا باطلا فيوافق ظاهر النهاية ، ولعل فى المسألة قولين ، ولا حاجة إلى حمل المحشى الفساد فى عبارة النهاية وغيرها على البطلان ، على أن تعليلهم البطلان بأنه بيع بالحصة ابتداء يقتضى الفساد أيضا ، لأن بيع الحصة ليس فيه إلا الخلل فى الثمن وهو يقتضى الفساد ، فالظاهر أن يحمل البطلان على الفساد لا العكس اهـ .

(أو قن غيره وملك ضم إلى وقف) غير المسجد العامر فإنه كالحر بخلاف الغامر : بالمعجمة الخراب فكمدبر أشباه : من قاعدة : إذا اجتمع الحرام والحلال (ولو محكوما به) في الأصح

قال في الهداية هناك: فصار كمال المشتري لايدخل في حكم عقده بانفراده وإنما يثبت حكم الدخول فيما ضم إليه اه أي إذا ضم البائع إليه مال نفسه وباعهما له صفقة واحدة يجوز البيع في المضموم بالحصة من الثمن المسمى على الأصح وإن قيل إنه لايصح أصلا في شيء فتح.

مطلب فيما إذا اشترى أحد الشريكين جميع الدار المشتركة من شريكه

قلت : علم من هذا مايقع كثيرا ، وهو أن أحد الشريكين في دار ونحوها يشتري من شريكه جميع الدار بثمن معلوم فانه يصح على الأصح بحصة شريكه من الثمن وهي حادثة الفتوى فلتحفظ وأصرح من ذلك ماسيأتي في المرابحة في مسألة شراء رب المال من المضارب مع أن الكل ماله (قوله أو قن غيره) معطوف على مدبر. (قوله فإنه) أي المسجد العامر قوله بخلاف الغامر المعجمة الخراب) بجر الخراب على أنه بدل من الغامر وكان الأولى أن يقول وغيره . أي من سائر الأوقاف .

مطلب في بطلان بيع الوقف وصحة بيع الملك المضموم إليه

وحاصله أن المسجد قبل خرابه كالحر ليس بمال من كل وجه ، بخلافه بعد خرابه لجواز بيعه إذا خرب في أحد القولين فصار مجتهدا فيه كالمدبر فيصح بيع ما ضم إليه ومثله سائر الأوقاف ولو عامرة فإنه يجوز بيعها عند الحنابلة ليشتري بثمنها ما هو خير منها كما في المعراج (قوله فكمدبر) أي فهو باطل أيضا قال في الشرنبلالية صرح رحمه الله تعالى ببطلان بيع الوقف ، وأحسن بذلك إذ جعله في قسم البيع الباطل ، إذ لا خلاف في بطلان بيع الوقف لأنه لا يقبل التمليك والتملك ، وغلط من جعله فاسدا ، وأفتى به من علماء القرن العاشر ورد كلامه بجملة رسائل . ولنا فيه رسالة هي حساب الحكام متضمنة لبيان فساد قوله وبطلان فتواه اه . والغالط المذكور هو قاضي القضاة نور الدين الطرابلسي والعلامة أحمد بن يونس الشلبي كما ذكره الشرنبلالي في رسالته المذكورة (قوله ولو محكوما به الخ) قال في النهر تكميل : قد علمت أن الأصح في الجمع بين الوقف والملك أنه يصح في الملك ، وقيده بعض موالي الروم هو مولانا أبو السعود جامع أشتات العلوم ، تغمده الله تعالى برضوانه بما إذا لم يحكم بلزومه فأفتى بفساد البيع في هذه الصورة ، ووافقه بعض علماء العصر من المصريين ومنهم شيخنا الأخ إلا أنه قال في شرحه هنا : يرد عليه ما صرح به قاضيخان من أن الوقف بعد القضاء تسمع دعوى الملك فيه وليس هو كالحر : بدليل أنه لو ضم إلى ملك لايفسد البيع في الملك وهكذا في الظهيرية ، وهذا لا يمكن تأويله فوجب الرجوع إلى الحق وهو إطلاق الوقف لأنه بعد القضاء وإن صار لازما بالإجماع ، لكنه يقبل البيع بعد لزومه إما بشرط الاستبدال على المفتى به من قول أبي يوسف أو بورود غصب عليه ولا يمكن انتزاعه ونحو ذلك ، والله الموفق للصواب ، وإليه المرجع والمآب اه .

والحاصل أن ههنا مسألتين

الأولى أن بيع الوقف باطل ولو غير مسجد خلافا لمن أفتى بفساده ، لكن المسجد العامر كالحر وغيره كالمدبر :
المسألة الثانية أنه إذا كان كالمدبر يكون بيع ما ضم إليه صحيحا ولو كان الوقف محكوما بلزومه خلافا لما أفتى به

خلافا لما أفتى به المنلا أبو السعود فيصح بحصته فى القن وعبده والملك لأنها مال فى الجملة ؛ ولو باع قرية ولم يستثن المساجد والمقابر لم يصح عيني (كما بطل بيع صبي لايعقل ومجنون) شيئا وبول (ورجيع آدمى لم يغلب عليه التراب) فلو مغلوبا به جاز[1] كسرقين وبعر ، واكتفى فى البحر بمجرد خاطه بتراب (وشعر الإنسان) لكرامة الآدمى ولو كافرا ذكره المصنف وغيره فى بحث شعر الخنزير (وبيع ماليس فى ملكه) لبطلان بيع المعدوم

المفتى أبو السعود (قوله فيصح) تفريع على قول المصنف فيصح الخ على وجه الترتيب (قوله لأنها) أى المدبر وقن الغير والوقف (قوله لم يصح) لما مر من أن المسجد العامر كالحر فيبطل بيع ماضم إليه ، لكن نقل فى البحر عن المحيط أن الأصح الصحة فى الملك لأن ما فيها من المساجد والمقابر مستثنى عادة اه أى فلم يوجد ضم الملك إلى المسجد بل البيع واقع على الملك وحده (قوله لا يعقل) قيد به لأن الصبي العاقل إذا باع أو اشترى انعقد بيعه وشراؤه موقوفا على إجازة وليه إن كان لنفسه ، ونافذا بلا عهدة عليه إن كان لغيره بطريق الولاية ط عن المنح ، وهذا إذا باع الصبي العاقل ماله واشترى بدون غبن فاحش وإلا لم يتوقف لأنه حينئذ لايصح من وليه عليه كما يأتى فلا يصح منه بالأولى (قوله شيئا) قدره للإشارة إلى أن الإضافة فى بيع صبي من إضافة المصدر إلى فاعله ط (قوله جاز) أى بيعه ط (قوله كسرقين وبعر) فى القاموس : السرجين والسرقين بكسرهما معربا سركين بالفتح وفسره فى المصباح بالزبل ، قال ط : والمراد أنه يجوز بيعهما ولو خالصين اهـ . وفى البحر عن السراج ويجوز بيع السرقين والبعر والانتفاع به والوقود به (قوله واكتفى فى البحر) حيث قال كما نقله عنه فى المنح : ولم ينعقد بيع النحل ودود القز إلا تبعا ، ولا بيع العذرة خالصة بخلاف بيع السرقين والمخلوطة بتراب اهـ (قوله وشعر الإنسان) ولا يجوز الانتفاع به لحديث « لعن الله الواصلة والمستوصلة » وإنما يرخص[2] فيما يتخذ من الوبر فيزيد فى قرون النساء وذوائبهن هداية .

[فرع] لو أخذ شعر النبي صلى الله عليه وسلم ممن عنده وأعطاه هدية عظيمة لاعلى وجه البيع فلا بأس به سائحانى عن الفتاوى الهندية .

مطلب الآدمى مكرم شرعا ولو كافرا

(قوله ذكره المصنف) حيث قال : والآدمى مكرم شرعا وإن كان كافرا فايراد العقد عليه وابتذاله به وإلحاقه بالجمادات إذلال له اهـ أى وهو غير جائز وبعضه فى حكمه وصرح فى فتح القدير ببطلانه ط .

قلت وفيه أنه يجوز استرقاق الحربى وبيعه وشراؤه وإن أسلم بعد الاسترقاق ، إلا أن يجاب بأن المراد تكريم صورته وخلقته ، ولذا لم يجز كسر عظام ميت كافر ، وليس ذلك محل الاسترقاق والبيع والشراء ، بل محله النفس الحيوانية فلذا لايملك بيع لبن أمته فى ظاهر الرواية كما سيأتى فليتأمل (قوله وبيع ماليس فى ملكه) فيه أنه يشمل بيع ملك الغير لوكالة أو بدونها مع أن الأول صحيح نافذ والثانى صحيح موقوف . وقد يجاب بأن المراد بيع ماسيملكه قبل ملكه له ثم رأيته كذلك فى الفتح فى أول فصل بيع الفضولى ، وذكر أن سبب النهى فى الحديث ذلك (قوله لبطلان بيع المعدوم) إذ من شرط المعقود عليه : أن يكون موجودا مالا متقوما مملوكا فى نفسه ، وأن يكون ملك

---

(١) (قول الشارح فلو مغلوبا به جاز) فيه أن العذرة وحدها والتراب وحده ليسا بمال فكيف حدثت المالية باجتماعهما .
قلت : إن جواز البيع يتبع حل الانتفاع ، وبالخلط يحل الانتفاع وبدونه لا اهـ ط .

(٢) (قوله وإنما يرخص الخ) كالاستثناء من الحديث ، إذ ظاهره عموم اللعنة للواصلة والمستوصلة ، فاستثنى منه الواصلة بما يتخذ من وبر الإبل فإنه جائز اهـ .

وماله خطر العدم (لابطريق السلم) فإنه صحيح ، لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ماليس عند الإنسان ، ورخص فى السلم (و) بطل (بيع صرّح بنفى الثمن فيه) لانعدام الركن وهو المال : (و) البيع الباطل (حكمه عدم ملك المشترى إياه) إذا قبضه (فلا ضمان لو هلك) المبيع (عنده) لأنه أمانة وصحح فى القنية ضمانه ، قيل وعليه الفتوى . وفيها بيع الحربى أباه أو ابنه ، قيل باطل، وقيل فاسد : وفى وصاياها بيع الوصى مال اليتيم بغبن فاحش باطل وقيل فاسد ورجح : وفى النتف : بيع المضطر وشراؤه فاسد

البائع فيما يبيعه لنفسه ، وأن يكون مقدور التسليم منح (قوله وماله خطر العدم) كالحمل واللبن فى الضرع(١) فإنه على احتمال عدم الوجود ، وأما بيع نتاج النتاج فهو من أمثلة المعدوم فافهم (قوله لابطريق السلم) فلو بطريق السلم جاز وكذا لو باع ماغصبه ثم أدى ضمانه كما قدمناه أول البيوع (قوله لانعدام الركن وهو المال) أى من أحد الجانبين فلم يكن بيعا ، وقيل ينعقد لأن نفيه لم يصح لأنه نفى العقد فصار كأنه سكت عن ذكر الثمن ، وفيه ينعقد البيع ويثبت الملك بالقبض كما يأتى قريبا أفاده فى الدرر (قوله لأنه أمانة) وذلك لأن العقد إذا بطل بقى مجرد القبض بإذن المالك وهو لايوجب الضمان إلا بالتعدى درر (قوله وصحح فى القنية ضمانه الخ) قال فى الدرر وقيل يكون مضمونا لأنه يصير كالمقبوض على سوم الشراء ، وهو أن يسمى الثمن فيقول اذهب بهذا فإن رضيت به اشتريته بما ذكر أما إذا لم يسمه فذهب به فهلك عنده لايضمن نص عليه الفقيه أبو الليث ، قيل وعليه الفتوى كذا فى العناية اهـ قال فى العزمية : الذى يظهر من شروح الهداية عود الضميرين فى عليه ، وعليه إلى أن حكم المقبوض على سوم الشراء ذلك تعويلا على كلام الفقيه ، إلا أن القول الثانى فى مسألتنا مرجح على القول الأول اهـ لكن فى النهر واختار السرخسى وغيره أن يكون مضمونا بالمثل أو بالقيمة لأنه لايكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء، وهو قول الأئمة الثلاثة . وفى القنية أنه الصحيح لكونه قبضه لنفسه فشابه الغصب ، وقيل الأول قول أبى حنيفة ، والثانى ، قولهما ، وتمامه فيه (قوله بغبن فاحش) المشهور فى تفسيره أنه ما لايدخل تحت تقويم المقومين (قوله ورجح) رجحه فى البحر حيث قال : ينبغى أن يجرى القولان فى بيع الوقف المشروط استبداله أو الخراب الذى جاز استبداله إذا بيع بغبن فاحش ، وينبغى ترجيح الثانى فيهما لأنه إذا ملك بالقبض وجبت قيمته فلا ضرر على اليتيم والوقف اهـ .

قلت وينبغى ترجيح الأول حيث لزم الضرر(٢) بأن كان المشترى مفلسا أو مماطلا تأمل.

مطلب بيع المضطر وشراؤه فاسد

(قوله بيع المضطر وشراؤه فاسد) هو أن يضطر الرجل إلى طعام أو شراب أو لباس أو غيرها ولا يبيعها البائع إلا بأكثر من ثمنها بكثير ، وكذلك فى الشراء منه كذا فى المنح اهـ ح وفيه لف ونشر غير مرتب ، لأن قوله وكذا فى الشراء منه : أى من المضطر مثال لبيع المضطر أى بأن اضطر إلى بيع شىء من ماله ولم يرض المشترى إلا بشرائه بدون ثمن المثل بغبن فاحش . ومثاله مالو ألزمه القاضى ببيع ماله لإيفاء دينه أو ألزم الذمى ببيع مصحف أو عبد مسلم ونحو ذلك ، لكن سيذكر المصنف فى الإكراه لو صادره السلطان ولم يعين بيع ماله فباع صح . قال الشارح هناك : والحيلة أن يقول من أين أعطى فإذا قال الظالم بع كذا فقد صار مكرها فيه اهـ فأفاد أنه بمجرد المصادرة لايكون مكرها بل يصح بيعه إلا إذا أمره بالبيع مع أنه بدون أمر مضطر إلى البيع

---

(١) (قوله واللبن فى الضرع) أى وكذا التمر والزرع قبل الظهور والبزر فى البطيخ والنوى فى التمر والحم فى الشاة الحية والشحم والألية فيها وأكارعها ورأسها والشيرج فى السمسم اهـ ط .

(٢) (قوله حيث لزم الضرر) أى إذا تبين لزوم الضرر بإفلاس المشترى أو مطله فيكون هذا تقييدا الترجيح العلامة صاحب البحر اهـ .

(وفسد) بيع (ماسكت) أى وقع السكوت (فيه عن الثمن) كبيعه بقيمته (و) فسد (بيع عرض) هو المتاع القيمى ، ابن كمال (بخمر وعكسه) فينعقد فى العرض لا الخمر كما مر (و) فسد (بيعه) أى العرض (بأم الولد والمكاتب والمدبر حتى لو تقابضا ملك المشترى) للعرض (العرض) لما مر أنهم مال فى الجملة (و) فسد (بيع سمك لم يصد) لو بالعرض وإلا فباطل لعدم الملك صدر الشريعة (أو صيد ثم ألقى فى مكان لايؤخذ منه إلا بحيلة) للعجز عن التسليم (وإن أخذ بدونها صح) وله خيار الرؤية (إلا إذا دخل بنفسه ولم يسد مدخله) فلو سده ملكه(١)

حيث لايمكنه غيره وقد يجاب بأن هذا ليس فيه أنه باع بغبن فاحش عن ثمن المثل نعم العبارة مطلقة فيمكن تقييدها بأنه إنما يصح لو باع بثمن المثل أو غبن يسير توفيقا بين العبارتين فتأمل :

مطلب فى البيع الفاسد

(قوله وفسد الخ) شروع فى البيع الفاسد بعد الفراغ من الباطل وحكمه (قوله ماسكت فيه عن الثمن) لأن مطلق البيع يقتضى المعاوضة فإذا سكت كان غرضه القيمة فكأنه باع بقيمته فيفسد ولا يبطل درر : أى بخلاف ما إذا صرح بنفى الثمن كما قدمه قريبا (قوله وعكسه) أى بيع الخمر بالعرض ، بأن أدخل الباء على العرض فينعقد فى العرض أى لأنه أمكن اعتبار الخمر ثمنا وهى مال فى الجملة ، بخلاف بيع العرض بدم أو ميتة (قوله كما مر) أى فى قوله وإن بيعت بعين كعرض بطل فى الخمر وفسد فى العرض فيملكه بالقبض بقيمته ، وهذا فى حق المسلم كما قدمناه (قوله ملك المشترى للعرض) قيد به لأن المشترى لأم الولد وأخويها لايملكهم بالقبض لبطلان بيعهم بقاء كما مر (قوله لما مر أنهم مال فى الجملة) أى فيدخلون فى العقد ولذا لايبطل العقد فيما ضم إلى واحد منهم وبيع معهم ، ولو كانوا كالحر لبطل كما فى الدرر (قوله وفسد بيع سمك لم يصد لو بالعرض الخ) ظاهره أن الفاسد بيع السمك وأنه يملك بالقبض . وفيه أن بيع ماليس فى ملكه باطل كما تقدم ، لأنه بيع المعدوم والمعدوم ليس بمال فينبغى أن يكون بيعه باطلا ، وأن يكون الفاسد هو بيع العرض لأنه مبيع من وجه وإن دخلت عليه الباء ويكون السمك ثمنا فيصير كأنه باع العرض وسكت عن الثمن أو باعه بأم الولد ، بل يمكن أن يقال إن بيع العرض أيضا باطل لأن السمك ليس بمال فيكون كبيع العرض بميتة أودم ، لكن جعله كأم الولد أظهر لأنه مال فى الجملة ، فإنه لو صادة بعده ملكه ، نعم هذا يظهر لو باع سمكة بعينها قبل صيدها ، أما لو كانت غير معينة ثم صاد سمكة لم تكن عين ماجعلت ثمن العرض حتى يقال إنها ملكت بالصيد :

والحاصل أنه لو باع سمكة مطلقة بعرض ينبغى أن يكون البيع باطلا من الجانبين كبيع ميتة بعرض أوعكسه ولو كانت السمكة معينة بطل فيها لأنها غير مملوكة ، وفسد فى العرض لأن السمكة مال فى الجملة ، ومثلها مالو كان البيع على لحم سمك لأنه مثلى ، ولو باعها بدراهم بطل البيع لتعين كونها مبيعة وهى غير مملوكة ، هذا ما ظهر لى فى تقرير هذا المحل ، ولم أر من تعرض لشىء منه (قوله صدر الشريعة) حيث قال : ففى السمك الذى لم يصد ينبغى أن يكون البيع باطلا إذا كان بالدراهم والدنانير ، ويكون فاسدا إذا كان بالعرض لأنه مال غير متقوم لأن التقوم الإحراز والإحراز منتف (قوله وله خيار الرؤية) ولا يعتد برؤيته وهو فى الماء لأنه يتفاوت فى الماء وخارجه شرنبلالية (قوله إلا إذا دخل بنفسه الخ) استثناء منقطع من قوله وإن أخذ بدونها صح ، يعنى أنه لو صيد فألقى فى مكان يؤخذ منه بدون حيلة كان صحيحا ، وأما إذا دخل بنفسه ولم يسد مدخله يكون باطلا لعدم الملك بقرينة قوله فلو سده ملكه فافهم (قوله فلو سده ملكه) أى فيصح بيعه إن أمكن أخذه بلا حيلة وإلا فلا لعدم القدرة على التسليم :

---

(١) (قول الشارح فلو سده ملكه) أى لأن السد فعل اختيارى موجب للملك كما لو وقع فى شبكته وفى شرح الوافى لايجوز بيعه لأن السد ليس بإحراز فصار كطير وقع فى بيت إنسان فسد الباب والكوة فإنه لايصير محرزا له مالم يأخذه اه ط من نوح أفندى .

ولم تجز إجارة بركة ليصاد منها السمك بحر (و) بيع (طير في الهواء(١) لا يرجع) بعد إرساله من يده، أما قبل صيده فباطل أصلا لعدم الملك (وإن) كان (يطير ويرجع) كالحمام (صح) وقيل لا ورجحه في النهر

والحاصل كما في الفتح أنه إذا دخل السمك في حظيرة: فإما أن يعدها لذلك أولا ففي الأول يملكه وليس لأحد أخذه ثم إن أمكن أخذه بلا حيلة جاز بيعه لأنه مملوك مقدور التسليم وإلا لم يجز لعدم القدرة على التسليم: وفي الثاني لا يملكه فلا يجوز بيعه لعدم الملك إلا أن يسد الحظيرة إذا دخل فحينئذ يملكه، ثم إن أمكن أخذه بلا حيلة جاز بيعه وإلا فلا وإن لم يعدها لذلك لكنه أخذه وأرسله فيها ملكه، فإن أمكن أخذه بلا حيلة جاز بيعه لأنه مقدور التسليم أو بحيلة لم يجز لأنه وإن كان مملوكا فليس مقدور التسليم اهـ:

مطلب في حكم إيجار البرك للاصطياد

(قوله ولم تجز إجارة بركة الخ) قال في النهر: اعلم أن في مصر بركا صغيرة كبركة الفهادة تجتمع فيها الأسماك هل تجوز إجارتها لصيد السمك منها نقل في البحر عن الإيضاح عدم جوازها. ونقل أولا عن أبي يوسف في كتاب الخراج عن أبي الزناد قال: كتبت إلى عمر بن الخطاب في بحيرة يجتمع فيها السمك بأرض العراق أنؤجرها؟ فكتب إلى أن افعلوا، وما في الإيضاح بالقواعد الفقهية أليق اهـ. ونقل في البحر أيضا عن أبي يوسف عن أبي حنيفة عن حماد عن عبد الحميد بن عبد الرحمن أنه كتب إلى عمر بن عبد العزيز يسأله عن بيع صيد الآجام، فكتب إليه عمر إنه لا بأس به وسماه الحبس اهـ. ثم قال في البحر: فعلى هذا لا يجوز بيع السمك في الآجام إلا إذا كان في أرض بيت المال، ويلحق به أرض الوقف. وقال الخير الرملي: أقول: الذي علم مما تقدم عدم جواز البيع مطلقا سواء كان في بحر أو نهر أو أجمة، وهو بإطلاقه أعم من أن يكون في أرض بيت المال أو أرض الوقف، وما تقدم عن كتاب الخراج غير بعيد أيضا عن القواعد، ومرجعه إلى إجارة موضع مخصوص لمنفعة معلومة هي الاصطياد، وما حدث أبو حنيفة عن حماد مشكل فإنه بيع السمك قبل الصيد: ويجاب بأنه في آجام هيئت لذلك وكان السمك فيها مقدور التسليم، فتأمل واعتن بهذا التحرير فإن المسألة كثيرة الوقوع ويكثر السؤال عنها اهـ، لكن قوله غير بعيد الخ فيه نظر، لأن الإجارة واقعة على استهلاك العين، وسيأتي التصريح بأنه لا يصح إجارة المراعي وهذا كذلك، ولذا جزم المقدسي بعدم الصحة. واعترض البحر بما قلنا، والله أعلم (قوله وبيع طير) جمع طائر، وقد يقع على الواحد والجمع طيور وأطيار بحر عن القاموس (قوله لا يرجع بعد إرساله من يده) أشار إلى أنه مملوك له ولكن علة الفساد كونه غير مقدور التسليم، فلو سلمه بعد البيع لا يعود إلى الجواز عند مشايخ بلخ. وعلى قول الكرخي يعود، وكذا عن الطحاوي، وأطلقه فشمل ما إذا كان الطير مبيعا أو ثمنا بحر (قوله أما قبل صيده فباطل أصلا) ينبغي أن يجري فيه الكلام الذي ذكرناه في السمك (قوله صح) ذكره في الهداية والخانية، وكذا في الذخيرة عن المنتقى بحر. قال في الفتح لأن المعلوم عادة كالواقع، وتجويز كونها لا تعود أو عروض عدم عودها لا يمنع جواز البيع كتجويز هلاك المبيع قبل القبض، ثم إذا عرض الهلاك انفسخ كذا هنا إذا فرض وقوع عدم المعتاد من عودها قبل القبض انفسخ اهـ (قوله وقيل لا) في البحر والشرنبلالية أنه ظاهر الرواية (قوله ورجحه في النهر) حيث ذكر ما مر عن الفتح ثم قال: وأقول فيه نظر لأن من شروط صحة البيع القدرة على التسليم عقبه ولذا لم يجز بيع الآبق اهـ.

(١) (قول الشارح في الهواء) هو بالمد: الجسم المسخر بين السماء والأرض والجمع أهوية. وقد قيل إنه الدنيا، ويقال هل الهواء الخالي. والهوى: بالقصر ميل النفس نحو الشيء، ثم استعمل في ميل مذموم، يقال اتبع هواه وهو من أهل الهوى اهـ نوح أفندي.

(و) بيع (الحمل) أى الجنين ، وجزم فى البحر ببطلانه كالنتاج (وأمة إلا حملها) لفساده بالشرط ، بخلاف هبة ووصية (ولبن فى ضرع)

قال ح : أقول : فرق ما بين الحمام الآبق فإن العادة لم تقض بعوده غالبا ، بخلاف الحمام ، وما ادعاه من اشتراط القدرة على التسليم عقبه ، إن أراد به القدرة حقيقة فهو ممنوع وإلا لاشترط حضور المبيع مجلس العقد وأحد لا يقول به وإن أراد به القدرة حكما كما ذكره بعد هذا ، فما نحن فيه كذلك لحكم العادة بعوده اهـ :

قلت : وهو وجيه فهو نظير العبد المرسل فى حاجة المولى فإنه يجوز بيعه ، وعللوه بأنه مقدور التسليم وقت العقد حكما إذ الظاهر عوده ، ولو أبق بعد البيع قبل القبض خير المشترى فى فسخ العقد كما فى البحر وهنا كذلك ، لكن لينظر متى يحكم بفسخ العقد لعدم عود ذلك الطائر فإنه مادام محتمل الحياة يحتمل عوده :

[تنبيه] فى الذخيرة : باع برج حمام ، فإن ليلا جاز ، ولو نهارا فلا لأن بعضه يكون خارج البيت فلا يمكن أخذه إلا بالاحتيال اهـ . والظاهر أنه مبنى على ظاهر الرواية تأمل ، وفيه ألغز بعضهم فقال :

يا إماما فى فقه نعمان أضحى حائز السبق مفردا لا يجارى

أى بيت يجوز بيعك إيا ه بليل ولا يجوز نهارا ؟

(قوله وبيع الحمل) بسكون الميم (قوله وجزم فى البحر ببطلانه) لنهيه صلى الله عليه وسلم عن المضامين والملاقيح وحبل الحبلة ، ولما فيه من الغرر وتقدم أن بيع الثلاثة باطل (١) واعترض فى اليعقوبية التعليل بالغرر ، وهو الشك فى وجوده بأنه ينبغى عليه أن لا يجوز بيع الشىء الملفوف الموصوف ، لأنه يحتمل أن لا يوجد شىء أو وصفه المذكور مع تصريحهم بجوازه اهـ .

قلت : فيه أنه لا غرر فيه لأنه يسهل الاطلاع عليه ، بخلاف الحمل فتدبر : وفى البحر عن السراج : فلو باع الحمل وولدت قبل الافتراق وسلم لا يجوز (قوله لفساده بالشرط) لأن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه ، والحمل لا يجوز إفراده بالبيع فكذا استثناؤه لأنه بمنزلة الأطراف فصار شرطا فاسدا ، وفيه منفعة للبائع فيفسد البيع :

مطلب استثناء الحمل فى العقود على ثلاث مراتب

ثم استثناء الحمل فى العقود على ثلاث مراتب .

فى وجه يفسد العقد والاستثناء كالبيع والإجارة والرهن لأنها تبطلها الشروط الفاسدة :

وفى وجه العقد جائز والاستثناء باطل كالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد :

وفى وجه يجوزان وهو الوصية ، كما لو أوصى بجارية إلا حملها ، وكذا لو أوصى بحملها لآخر صح ، لأن الوصية أخت الميراث والميراث يجرى فى الحمل فكذا الوصية ، بخلاف الخدمة زيلعى ملخصا أى لو أوصى له بأمة إلا خدمتها لا يصح الاستثناء ، لأن الميراث لا يجرى فيها والغلة كالخدمة بحر (قوله بخلاف هبة ووصية) أى حيث يصح العقد

---

(١) (قوله وتقدم أن بيع الثلاثة باطل) أى فى قول المصنف والمضامين والملاقيح والنتاج ، وفسر الشارح هناك الملاقيح بما فى البطن فيخالف ما هنا ، لكن تقدم حمله على ما فى البطن من المنى قبل أن يطلق عليه اسم الحمل ، وحينئذ فلا مخالفة لاختلاف الموضوع اهـ .

وجزم البرجندى ببطلانه (ولؤلؤ فى صدف) للغرر (وصوف على ظهر غنم) وجوّزه الثانى ومالك . وفى المعراج : لو سلم الصوف واللبن بعد العقد لم ينقلب صحيحا ، وكذا كل ما اتصاله خلقى كجلد حيوان ونوى تمر وبن وبطيخ ، لما مر أنه معدوم عرفا ، وإنما صححوا بيع الكرات

فيهما ، لكن الاستثناء باطل فى الهبة جائز فى الوصية كما علمت فافهم (قوله وجزم البرجندى ببطلانه) قال صدر الشريعة : ذكروا فى فساده علتين : إحداهما أنه لا يعلم أنه لبن أودم أوريح ، وهذه تقتضى بطلان البيع لأنه مشكوك الوجود فلا يكون مالا ، والأخرى أن اللبن يوجد شيئا فشيئا فيختلط ملك المشترى بملك البائع اه أى وهذه تقتضي الفساد ط .

قلت : مقتضى الفساد لاينافى مقتضى البطلان بل بالعكس ، لأن مايقتضى البطلان يدل على عدم المشروعية أصلا(١) فلذا جزم ببطلانه فتأمل (قوله للغرر) لأنه لايعلم وجوده ، وينبغى أن يكون باطلا للعلة المذكورة ، فهو مثل اللبن رملى .

قلت : ويؤيده مافى التجنيس : رجل اشترى لؤلؤة فى صدف قال أبو يوسف البيع جائز ، وله الخيار إذا رآه وقال محمد البيع باطل(٢) وعليه الفتوى اهـ قال الزيلعى بخلاف ما إذا باع تراب الذهب والحبوب فى غلافها حيث يجوز لكونها معلومة ويمكن تجربتها بالبعض أيضا اهـ قال فى النهر وينبغى أن يكون من ذلك الجوز الهندى (قوله وصوف على ظهر غنم) للنهى عنه ولأنه قبل الجز ليس بمال متقوم فى نفسه لأنه بمنزلة وصف الحيوان لقيامه به كسائر أطرافه ولأنه يزيد من أسفل فيختلط المبيع بغيره كما قلنا فى اللبن زيلعى (قوله وجوزه الثانى) هو رواية عنه كما فى الهداية (قوله لم ينقلب صحيحا) مقتضاه أنه وقع باطلا(٣) وإلا لصح بزوال المفسد كما سيتضح فى بيع الآبق وهو أيضا مقتضى التعليل بأنه ليس بمال متقوّم فكان على المصنف ذكره فى الباطل (قوله وكذا كل ما اتصاله خلقى) بخلاف اتصال الجذع والثوب فإنه بصنع العباد ابن ملك(قوله لما مر أنه معدوم عرفا) أى مر فى فصل ما يدخل فى البيع تبعا عند قوله كبيع برّ فى سنبله ، وبيناه هناك بأنه يقال هذا تمر وقطن ،ولا يقال هذا نوى فى تمره ولاحب فى قطنه ، ويقال هذه حنطة فى سنبلها وهذا لوز وفستق فى قشره ، ولا يقال هذه قشور فيهما لوز (قوله وإنما صححوا الخ) جواب عما استدل به أبو يوسف من جواز بيع الصوف على ظهر الغنم كما فى الكرات وقوائم الخلاف ، بالكسر وتخفيف اللام نوع من الصفصاف أى مع أنها تزيد. والجواب كما فى الزيلعى أنه أجيز فى الكرات والقوائم للتعامل ، إذ لانص فيه فلا يلحق به المنصوص عليه اهـ . وأيضا فالقوائم تزيد من أعلاها أى فلا يحصل اختلاط المبيع بغيره ، بخلاف الصوف ويعرف ذلك بالخضاب كما أفاده الزيلعى . وفى البحر من فصل فيما يدخل فى البيع تبعا

---

(١) (قوله أصلا) أى ووصفا والفساد يقتضى عدم مشروعية الوصف ، فهو يؤكد مقتضى البطلان من جهة إفادته عدم مشروعية الوصف ينقلب صحيحا ، ابن كمال لا ينافيه . هذا معنى كلام المحشى . وفيه أن الفساد كما يقتضى عدم مشروعية الوصف كذلك يقتضى مشروعية الأصل ، والبطلان يقتضى عدم تلك المشروعية فكيف لاينافيه ؟ ولعل المحشى نظر إلى أن مشروعية الأصل فى الفساد مسكوت عنها لكن يعكر عليه ملاحظتها فى الشق الثانى فتأمل اهـ .

(٢) (قوله باطل) أى للجهل وعدم القدرة على الاطلاع ، إذ لا يمكن الاطلاع إلا بكسر الصدف ، وفى ذلك ضرر على صاحبه ، إذ يحتمل أن لايوافق رغبة المشترى . وقال أبو يوسف : لاضرر فى كسر الصدف ، إذ لاينتفع به إلا بالكسر فكان مثل غلاف الحبوب اهـ .

(٣) (قوله مقتضاه أنه وقع باطلا) فيه أنه نقل الخلاف بين الكرخى والبلخيين فى عود بيع الطير المرسل صحيحا بتسليمه مع الاتفاق على فساده ، فكيف يكون القول بعدم الانقلاب إلى الصحة مقتضيا البطلان حتى يتفرع إلزام المصنف بذكره فى الباطل ، ثم هذا يتفرع على التعليل بأنه ليس بمال متقوم ، إذ مقتضاه البطلان اهـ .

وشجر الصفصاف وأوراق التوت بأغصانها للتعامل : وفى القنية : باع أوراق توت(١) لم تقطع قبله بسنة جاز وبسنتين لا ، لأنه يشتبه موضع قطعه عرفا (وجذع) معين (فى سقف) أما غير المعين فلا (وذراع من ثوب يضره التبعيض) فلو قطع وسلم قبل فسخ المشترى عاد صحيحا ، ولو لم يضره القطع ككرباس جاز لانتفاء المانع (وضربة القانص) بقاف ونون الصائد

عن الظهيرية : اشترى رطبة من البقول أو قثاء أو شيئا ينمو ساعة فساعة لايجوز كبيع الصوف وبيع قوائم الخلاف يجوز وإن كان ينمو لأن نموها من الأعلى ، بخلاف الرطبات إلا الكراث للتعامل وما لاتعامل فيه لا يجوز اه .

قلت : وقوله للتعامل علة لقوله إلا الكراث فقط ، وإلا فكون قوائم الخلاف تنمو من الأعلى ، بخلاف الرطبات يفيد الجواز بلا حاجة إلى التعليل بالتعامل . وذكر فى البحر هنا عن الفضلى تصحيح عدم الجواز فى قوائم الخلاف لأنه وإن كان ينمو من أعلاه فوضع القطع مجهول ، كمن اشترى شجرة للقطع لايجوز لجهالة موضع القطع لكن فى الفتح أن منهم من منع إذ لابد للقطع من حفر الأرض ، ومنهم من أجاز للتعامل . وفى الصغرى القياس فى بيع القوائم المنع ، لكن جاز للتعامل ، وبيع الكراث يجوز وإن كان ينمو من أسفله للتعامل أيضا ، وبه يحصل الجواب عما استدل به الفضلى على المنع فى القوائم لمن تأمل نهر (قوله وشجر الصفصاف) أى قوائم شجره أى أغصانه (قوله وفى القنية باع أوراق توت) أى مع أغصانها . قال فى القنية : اشترى أوراق التوت ولم يبين موضع القطع لكنه معلوم عرفا صح ، ولو ترك الأغصان له أن يقطعها فى السنة الثانية ، ولو باع أوراق توت لم يقطع قبل بسنة يجوز ، وبسنتين لا يجوز لأنه بسنة يعلم موضع قطعها عرفا اه (قوله وجذع) هو القطعة من النخل أو غيره توضع عليها الأخشاب نهر ، لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر ، ولو لم يكن معينا لايجوز أيضا لما ذكرنا وللجهالة أيضا هداية ، فقوله معين ليس للاحتراز عن الفساد بل لما ذكره بعده (قوله أما غير المعين الخ) الأولى ذكره بعد قوله فلو قطع وسلم ط (قوله فلا ينقلب صحيحا) قال فى النهر : وذكر الزاهدى عن شرح الطحاوى أنه فى غير المعين لا ينقلب بالتسليم صحيحا ، وجزم به فى إيضاح الإصلاح ، وهو ضعيف لأنه فى غير المعين معلل بلزوم الضرر والجهالة فإذا تحمل البائع الضرر وسلمه زال المفسد وارتفعت الجهالة أيضا ، ومن ثم جزم فى الفتح لأنه يعود صحيحا اه .

قلت : والذى نقله العلامة نوح عن الزاهدى عن شرح مختصر الطحاوى عكس مانقله عنه فى النهر فليراجع ، نعم عبارة ابن كمال فى إيضاح الإصلاح أن غير المعين لايعود صحيحا ، وعزاه إلى الزاهدى فى شرح القدورى (قوله يضره التبعيض) كالثوب المهيأ اللبس زيلعى ، وأشار المصنف إلى عدم جواز بيع حلية من سيف أو نصف زرع لم يدرك لأنه لا يمكن تسليمه إلا بقطع جميعه ، وكذا بيع فص خاتم مركب فيه ، وكذا نصيبه من ثوب مشترك من غير شريكه وذراع من خشبة للضرر فى تسليم ذلك ، ولا اعتبار بما التزمه من الضرر لأنه إنما التزم العقد ولا ضرر فيه بحر وفتح . وفى بيع نصف الزرع ونحوه كلام طويل قدمناه أول كتاب الشركة (قوله جاز) كما يجوز بيع قفيز من صبرة بحر (قوله لانتفاء المانع) علة للمسألتين (قوله وضربة القانص) من قنص قنصا على حد ضرب صاد كما فى الصحاح

---

(١) (قول الشارح باع أوراق توت) أى بأغصانها ، وقوله لم تقطع : أى أغصانها ، فضمير لم تقطع إلى الأغصان وإن لم تذكر ، وجملة لم تقطع صفة أوراق ، وقوله جاز وجهه أن موضع القطع معلوم عرفا ، وقوله سنتين أى إذا كانت الأغصان قبل وقت البيع بسنتين ، والمسألة بحالها لايجوز البيع لاشتباه محل القطع اه ط .

(والغائص) بغين معجمة الغواص ، والبيع فيهما باطل للغرر بحر ونهر والكمال وابن الكمال . قال المصنف : وقد نظمه منلا خسرو فى سلك المقاصد فتبعته فى المختصر ، ويجب أن يراد به الباطل لأنه مما ليس فى ملكه كما مر (والمزابنة) هى بيع الرطب على النخل بتمر مقطوع مثل كيله تقديرا شروح مجمع ، ومثله العنب بالزبيب عناية للنهى ولشبهة الربا . قال المصنف : فلو لم يكن رطبا جاز لاختلاف الجنس (والملامسة) للسلعة (والمنابذة) أى لبذها للمشترى (وإلقاء الحجر) عليها ، وهى من بيوع الجاهلية فنهى عنها كلها عينى

بأن يقول بعتك ما يخرج من إلقاء هذه الشبكة مرة بكذا نهر (قوله والغائص) بأن يقول أغوص غوصة فما أخرجته من اللآلىء فهو لك بكذا كما فى تهذيب الأزهرى ، ومقتضاه المباينة بين القانص بالقاف والغائص بالغين ، وفسر الزيلعى ضربة القانص بالقاف بما يخرج من الصيد بضربة الشبكة أو بغوص الصائد فى الماء . قال فى النهر : وهذا يوهم شمول القانص بالقاف للغائص والواقع ما قد علمته . وجعل فى السراج القانص صياد البر والغائص صياد البحر ، والحق أن الصائد بالآلة وهو القانص بالقاف أعم من كونه فى البحر أو البر بخلاف الغائص اه ؛

وحاصله أن القانص بالقاف من يصطاد (١) الصيد برا أو بحرا ، وأما الغائص بالغين فهو من يغوص لاستخراج اللآلىء مثلا (قوله كما مر) أى فى قول المصنف وبيع ماليس فى ملكه (قوله والمزابنة) من الزبن : وهو الدفع لأنها تؤدى إلى النزاع والمدافعة كما فى البحر عن الفائق (قوله مثل كيله تقديرا) أى بأن يقدر الرطب الذى على النخل بمقدار مائة صاع مثلا بطريق الظن والحزر فيبيعه بقدره من التمر (قوله ومثله العنب) أى على الكرم (قوله ولشبهة الربا) لأنه بيع مكيل بمكيل من جنسه مع احتمال عدم المساواة بينهما بالكيل (قوله فلو لم يكن) أى ما بيع بالتمر المقطوع ؛

قال فى البحر : ثم اعلم أن تعريف المزابنة بأنها بيع الثمر بالتمر : أى بالمثلثة فى الأول والمثناة فى الثانى خلاف التحقيق ، والأولى أن يقال بيع الرطب بتمر الخ لأن الثمر بالمثلثة حمل الشجر رطبا أو غيره ، وإذا لم يكن رطبا جاز لاختلاف الجنس ، ولو كان الرطب على الأرض كالتمر لم يجز بيعه متساويا عند العلماء إلا أبا حنيفة لما سيأتى فى باب الربا اه (قوله فنهى عنها كلها) فى الصحيحين من حديث أبى هريرة رضى الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمنابذة » زاد مسلم(٢) أما الملامسة : فأن يلمس كل منهما ثوب صاحبه بغير تأمل ليلزم اللامس البيع من غير خيار له عند الرؤية ، وهذا بأن يكون مثلا فى ظلمة أو يكون الثوب مطويا مرئيا يتفقان على أنه إذا لمسه فقد باعه منه ، وفساده لتعليق التمليك على أنه متى لمسه وجب البيع وسقط خيار المجلس ؛

والمنابذة : أن ينبذ كل واحد منهما ثوبه إلى الآخر ولا ينظر كل واحد منهما إلى ثوب صاحبه على جعل النبذ بيعا، وهذه كانت بيوعا يتعارفونها فى الجاهلية ؛ وكذا إلقاء الحجر أن يأتى حصاة وثمة أثواب فأى ثوب وقع عليه كان المبيع بلا تأمل ورؤية ولا خيار بعد ذلك ، ولابد أن يسبق تراوضهما على الثمن ، ولا فرق بين كون المبيع معينا أو غير معين : ومعنى النهى ما فى كل من الجهالة وتعليق التمليك بالخطر فإنه فى معنى إذا وقع حجرى على ثوب فقد بعته منك أو بعتنيه بكذا أو إذا لبذته أو لمسته كذا فى الفتح : وذكر فى الدرر أن النهى عن إلقاء الحجر ألحق

---

(١) (قوله من يصطاد الخ) أى بالآلة ، وقوله من يغوص : أى بنفسه ، ففيهما التباين اه .

(٢) (قوله زاد مسلم) أى أشياء أخر ذكرها فى الفتح ، فمفعول زاد محذوف ، وقوله أما الملامسة الخ تفسير لما وقع فى الحديث لا مفعول زاد كما وهم اه .

لوجود القمار ، فكانت فاسدة إن سبق ذكر الثمن بحر (و) ببيع (ثوب من ثوبين) أو عبد من عبدين لجهالة المبيع ، فلو قبضهما وهلكا معا ضمن نصف قيمة كل إذ الفاسد معتبر بالصحيح ولو مرتبين ، فقيمة الأول لتعذر رده والقول للضامن ، وهذا إذا لم يشترط خيار التعيين ، فلو شرط أخذ أيهما شاء جاز لما مر (والمراعى) أى الكلأ (وإجارتها) أما بطلان بيعها فلعدم الملك لحديث « الناس شركاء فى ثلاث فى الماء والكلأ والنار »

بالأولين دلالة (قوله لوجود القمار) أى بسبب تعليق التمليك بأحد هذه الأفعال اهـ ح (قوله إن سبق ذكر الثمن) عبارة البحر : ولابد فى هذه البيوع أن يسبق الكلام منهما على الثمن اهـ أى لتكون علة الفساد ما ذكر وإلا كان الفساد لعدم ذكر الثمن إن سكتا عنه ، لما مر أن البيع مع نفى الثمن باطل ومع السكوت عنه فاسد (قوله وثوب من ثوبين) قيد بالقيمى ، إذ بيع المبهم فى المثلى جائز كقفيز من صبرة (قوله ضمن نصف قيمة كل) لأن أحدهما مضمون بالقيمة لأنه مقبوض بحكم البيع الفاسد والآخر أمانة ، وليس أحدهما بأولى من الآخر فشاعت الأمانة والضمان بحر (قوله إذ الفاسد معتبر بالصحيح) أى ملحق به فإنه لو كان البيع صحيحا بأن يقبض ثوبين على أنه بالخيار فى أحدهما صح ، فإذا هلكا ضمن نصف ثمن كل واحد والقيمة فى الفاسد كالثمن فى البيع الصحيح كما فى البحر (قوله لتعذر رده) أى رد ما هلك أولا فتعين مضمونا بحر (قوله والقول للضامن) أى فى تعيين الهالك ، وذلك بأن اختلف الثوبان أو العبدان وادعى الضامن أن الهالك هو الأقل قيمة وعكس الآخر ، ولو برهنا فبرهان البائع أولى فيما يظهر كما قدمنا التصريح به فى خيار التعيين (قوله وهذا) أى الفساد فيما إذا باع ثوبين مثلا (قوله إذا لم يشترط خيار التعيين) أى فيما دون الأربعة ، وقول البحر فيما دون الثلاثة فيه قصور (قوله فلو شرط أخذ أيهما شاء) بنصب أخذ مصدرا على أنه مفعول به لشرط ، بأن قال بعتك واحدا منهما على أنك بالخيار تأخذ أيهما شئت فإنه يجوز استحسانا ، وتقدم ذكر المسألة بفروعها فى خيار الشرط فتح (قوله لما مر) أى فى باب خيار الشرط والتعيين (قوله والمراعى) فى المصباح : الرعى بالكسر والمرعى بمعنى واحد ، وهو ما ترعاه الدواب والجمع المراعى بحر (قوله أى الكلأ) فسرها بالكلإ دفعا لوهم أن يراد مكان الرعى فإنه جائز فتح : أى إذا كان مملوكا كما لا يخفى .

والكلأ كجبل : العشب رطبه ويابسه قاموس : قال فى البحر : ويدخل فيه جميع أنواع ما ترعاه المواشى رطبا كان أو يابسا ، بخلاف الأشجار ، لأن الكلأ ما لا ساق له والشجر له ساق فلا تدخل فيه ، حتى يجوز بيعها إذا نبتت فى أرضه لكونها ملكه والكمأة كالكلإ اهـ (قوله أما بطلانها (١)) هذا مخالف لسوق كلام المصنف ، لأن كلامه فى ذكر الفاسد ، فمراده أن بيعها فاسد ، وبه صرح فى شرحه ، نعم قال بعد ذلك : وصرح منلا خسرو بفساد هذا البيع ، وصرح فى شرح الوقاية ببطلانه وعلله بعدم الإحراز اهـ فكان المناسب شرح كلامه على وفق مرامه مع بيان القول الآخر ، وكأن الشارح لما رأى القول بالفساد معللا بعدم الملك حمله على أن المراد به البطلان ، لأن بيع ما لا يملك باطل كما علم مما مر لكنه لا يوافق غرض المصنف كما علمت (قوله فلعدم الملك) لاشتراك الناس فيه اشتراك إباحة لا ملك ، ولأنه لا يحصل للمشترى فيه فائدة لأنه لا يتملكه بدون بيع فتح (قوله لحديث الناس شركاء فى ثلاث) أخرجه الطبرانى بلفظ « المسلمون شركاء فى ثلاث » الخ ، وكذا أخرجه ابن ماجه وفى آخره « وثمنه حرام » أى ثمن كل واحد منها ، وأخرجه أبو داود وأحمد وابن أبى شيبة وابن عدى : قال الحافظ ابن حجر : ورجاله ثقات لوح أفندى ، ومعنى الشركة فى النار الاصطلاء بها وتجفيف الثياب لا أخذ الجمر

(١) (قوله أما بطلانها) هكذا بخطه ، والذى فى نسخ الشارح : أما بطلان بيعها ، وهو المناسب لمقابلة قوله بعد وأما بطلان إجارتها ، وليحرر اهـ مصححه .

وأما بطلان إجارتها فلأنها على استهلاك عين ابن كمال ، وهذا إذا نبت بنفسه وإن أنبته بسقي وتربية ملكه وجاز بيعه عيني ، وقيل لا . قال وبيع القصيل والرطبة على ثلاثة أوجه إن ليقطعه أو ليرسل دابته فتأكله جاز (١) وإن ليتركه لم يجز ، وحيلته أن يستأجر الأرض لضرب فسطاطه أو لإيقاف دوابه أو لمنفعة أخرى كمقيل ومراح ، وتمامه في وقف الأشباه :

إلا بإذن صاحبه ، وفي الماء سقي الدواب والاستقاء من الآبار والحياض والأنهار المملوكة ، وفي الكلإ الاحتشاش ولو في أرض مملوكة غير أن لصاحب الأرض المنع من دخوله ، ولغيره أن يقول إن لي في أرضك حقا فإما أن توصلني إليه أو تحشه أو تستقي وتدفعه لي ، وصار كثوب رجل وقع في دار رجل إما أن يأذن للمالك في دخوله ليأخذه ، وإما أن يخرجه إليه فتح ملخصا (قوله وأما بطلان إجارتها) ماذكره عن ابن الكمال من بطلان إجارتها مخالف لسوق كلام المصنف أيضا . وقال في فتح القدير : وهل الإجارة فاسدة أو باطلة ذكر في الشرب أنها فاسدة حتى يملك الآجر الأجرة بالقبض وينفذ عتقه فيه اه . قال في النهر : فيحتاج إلى الفرق بين البيع والإجارة اه (قوله وهذا) أي بطلان بيع الكلإ (قوله وقيل لا) أي لا يملكه ، وهو اختيار القدوري لأن الشركة ثابتة ، وإنما تنقطع بالحيازة وسوق الماء ليس بحيازة وعلى الجواز أكثر المشايخ ، واختاره الشهيد : قال في الفتح : وعليه فلقائل أن يقول ينبغي أن حافر البئر يملك الماء بتكلفه الحفر والطي لتحصيل الماء كما يملك الكلأ بتكلفه سوق الماء إلى الأرض لينبت فله منع المستقي وإن لم يكن في أرض مملوكة له اه :

وأقول : يمكن أن يفرق بينهما بأن سقي الكلأ كان سببا في إنباته فنبت ، بخلاف الماء فإنه موجود قبل حفره فلا يملكه بالحفر نهر :

مطلب صاحب البئر لا يملك الماء

وقال الرملي : إن صاحب البئر لا يملك الماء كما قدمه في البحر في كتاب الطهارة في شرح قوله وانتفاخ حيوان عن الولوالجية فراجعه ، وهذا مادام في البئر ، أما إذا أخرجه منها بالاحتيال كما في السواني فلا شك في ملكه له لحيازته له في الكيزان ثم صبه في البرك بعد حيازته تأمل ، ثم حرر الفرق بين ما في البئر وما في الحباب والصهاريج الموضوعة في البيوت لجمع ماء الشتاء بأنها أعدت لإحراز الماء فيملك ما فيها ، فلو آجر الدار لا يباح للمستأجر ماؤها إلا بإباحة المؤجر اه ملخصا (قوله قال) أي العيني (قوله وبيع القصيل والرطبة) في المصباح قصلته قصلا من باب ضرب قطعته فهو قصيل ومقصود ، ومنه القصيل : وهو الشعير يجز إذا اخضر لعلف الدواب والرطبة الغضة خاصة قبل أن يجف والجمع رطاب مثل كلبة وكلاب ، والرطب وزان قفل : المرعى الأخضر من بقول الربيع : وبعضهم يقول الرطبة وزان غرفة : الخلا ، وهو الغض من الكلإ (قوله وحيلته) أي حيلة جواز بيع الكلإ وكذا إجارته ، قال في البحر : والحيلة في جواز إجارته أن يستأجرها أرضا لإيقاف الدواب فيها أو لمنفعة أخرى بقدر مايريد صاحبه من الثمن أو الأجرة فيحصل به غرضهما اه : وفي الفتح : والحيلة أن يستأجر الأرض ليضرب فيها فسطاطه أو ليجعله حظيرة لغنمه ثم يستبيح المرعى فيحصل مقصودهما (قوله كمقيل ومراح) المقيل : مكان القيلولة ، وهي النوم نصف النهار . والمراح : بالضم(١) حيث تأوي الماشية بالليل وبالفتح اسم الموضع .

---

(١) (قول الشارح فتأكله جاز) أي لاقتضاء العقد هذا الشرط ، وقوله وإن ليتركه لم يجز : أي لعدم اقتضاء العقد له اه ط .

(٢) (قوله والمراح بالضم) أي من أراح إبله : ردها للمأوى وفتح الميم بهذا المعنى خطأ ، بل هو اسم مكان من راح بدون ألف لأن اسم المكان والزمان والحدث من أراح مفعل بالضم لا غير وبدون ألف بالفتح اه وبهذا تعلم ما في عبارة المحشي اه .

(ويباع دود القز) أى الإبريسم (وبيضه) أى بزره ، وهو بزر الفيلق الذى فيه الدود (والنحل) المحرز ، وهو دود العسل ، وهذا عند محمد ، وبه قالت الثلاثة ، وبه يفتى عينى وابن ملك وخلاصة وغيرها . وجوّز أبو الليث بيع العلق ، وبه يفتى للحاجة مجتبى (بخلاف غيرهما من الهوام) فلا يجوز اتفاقا كحيات وضب وما فى بحر كسرطان ، إلا السمك وما جاز الانتفاع بجلده أو عظمه ؛

مطلب فى بيع دودة القرمز

(قوله أى الإبريسم) فى المصباح : القز معرب . قال الليث : هو مايعمل منه الإبريسم ، ولهذا قال بعضهم القز والإبريسم مثل الحنطة والدقيق اهـ . وأما الخزفاسم دابة ثم أطلق على الثوب المتخذ من وبرها بحر (قوله أى بزره) أى البزر الذى يكون منه الدود قهستانى ، وهو بالزاى . قال فى المصباح : بذرت الحب بذرا أى بذال معجمة من باب قتل : إذا ألقيته فى الأرض للزراعة . والبذر : المبذور . قال بعضهم : البذر فى الحبوب كالحنطة والشعير : والبزر : أى بالزاى فى الرياحين والبقول ، وهذا هو المشهور فى الاستعمال . ونقل عن الخليل كل حب يبذر فهو بذر وبزر ثم قال فى اجتماع الباء مع الزى البزر من البقل ونحوه بالكسر والفتح لغة ، وقولهم لبيض الدود بزر القز مجاز على التشبيه ببزر البقل لصغره (قوله وهو بزر الفيلق) هو المسمى الآن بالشرانق (قوله المحرز) قال فى البحر : وهو معنى ما فى الذخيرة إذا كان مجموعا لأنه حيوان منتفع به حقيقة وشرعاً فيجوز بيعه وإن كان لا يؤكل كالبغل والحمار (قوله وهذا) أى ماذكره المصنف من جواز بيع الثلاث . وأما اقتصار صاحب الكنز على جواز الأولين دون النحل فلعل وجهه كما أفاده الخير الرملى أن إحرازه متعسر فترجح عنده قولهما : ولذا قال بعضهم يجوز بيعه ليلا لانهارا لتفرقه حال النهار فى المراعى . وأما اعتذار البحر عنه بأنه لعله لم يطلع على أن الفتوى على قول محمد فهو بعيد (قوله بيع العلق) فى المصباح : العلق شىء أسود شبيه الدود يكون فى الماء يعلق بأفواه الإبل عند الشرب (قوله وبه يفتى للحاجة) فى البحر عن الذخيرة إذا اشترى العلق الذى يقال له بالفارسية مرعل يجوز ، وبه أخذ الصدر الشهيد لحاجة الناس إليه لتموّل الناس له اهـ .

أقول : العلق فى زماننا يحتاج إليه للتداوى بمصه الدم ، وحيث كان متمولا لمجرد ذلك دل على جواز بيع دودة القرمز فإن تموّلها الآن أعظم إذ هى من أعز الأموال ، ويباع منها فى كل سنة قناطير بثمن عظيم ، ولعلها هى المرادة بالعلق فى عبارة الذخيرة بقرينة التعليل ، فتكون مستثناة من بيع الميتة كما قدمناه ، ويؤيده أن الاحتياج إليه للتداوى لايقتضى جواز بيعه كما فى لبن المرأة وكالاحتياج إلى الخرز بشعر الخنزير فإنه لايسوغ بيعه كما يأتى ، فعلم أن المراد به علق خاص متمول عند الناس وذلك متحقق فى دود القرمز ، وهو أولى من دود القز وبيضه فإنه ينتفع به فى الحال ودود القز فى المآل ، والله سبحانه أعلم (قوله من الهوام) جمع هامة مثل دابة ودواب : وهى ماله سم يقتل كالحية قاله الأزهرى . وقد يطلق على مايؤذى ولا يقتل كالحشرات مصباح ، والمراد هنا ما يشمل المؤذى وغيره مما لاينتفع به بقرينة ما بعده (قوله فلا يجوز) وبيعها باطل ذكره قاضيخان ط (قوله كحيات) فى الحاوى الزاهدى : يجوز بيع الحيات إذا كان ينتفع بها للأدوية ، وما جاز الانتفاع بجلده أو عظمه أى من حيوانات البحر أو غيرها . قال فى الحاوى : ولا يجوز بيع الهوام كالحية والفأرة والوزغة والضب والسلحفاة والقنفذ وكل مالاينتفع به ولا بجلده ؛ وبيع غير السمك من دواب البحر ، إن كان له ثمن كالسقنقور وجلود الخز ونحوها يجوز ، وإلا فلا كالضفدع والسرطان وذكر قبله . ويبطل بيع الأسد والذئب وسائر الهوام والحشرات ، ولا يضمن متلفها . ويجوز بيع البازى والشاهين والصقر وأمثالها والهرة ، ويضمن متلفها ، لابيع الحدأة والرخمة وأمثالهما : ويجوز بيع ريشها اهـ لكن فى الخانية :

والحاصل أن جواز البيع يدور مع حل الانتفاع مجتبى ، واعتمده المصنف وسيجيء فى المتفرقات :
[فرع] إنما تجوز الشركة فى القز إذا كان البيض منهما والعمل منهما وهو بينهما أنصافا لا أثلاثا ، فلو دفع بزر القز أو بقرة أو دجاجا لآخر بالعلف مناصفة فالخارج كله للمالك لحدوثه من ملكه وعليه قيمة العلف وأجر مثل العامل عينى ملخصا ، ومثله دفع البيض كما لايخفى (والآبق) ولو لطفله أو ليتيم فى حجره ، ولو وهبه لهما صح عينى ؛

بيع الكلب المعلم عندنا جائز وكذا السنور ، وسباع الوحش والطير جائز معلما أو غير معلم ، وبيع الفيل جائز : وفى القرد روايتان عن أبى حنيفة اه ونقل السائحانى عن الهندية : ويجوز بيع سائر الحيوانات سوى الخنزير وهو المختار اه وعليه مشى فى الهداية وغيرها من باب المتفرقات كما سيأتى (قوله والحاصل الخ) ويرد عليه شعر الخنزير(١) فإنه يحل الانتقاع به ، ولا يجوز بيعه كما يأتى : وقد يجاب بأن حل الانتفاع به للضرورة ، والكلام عند عدمها (قوله واعتمده المصنف) حيث قال وهو ظاهر ، فليكن المعوّل عليه (قوله وهو بينهما أنصافا) الضمير عائد إلى القز الخارج من البيض : والظاهر أن اشتراط كونه بينهما أنصافا إذا كان البيض منهما كذلك فلو كان ثلثه من واحد والثلثان من آخر يكون القز بينهما أثلاثا اعتبار بأصل الملك ، كما لو زرعا أرضا ببذر منهما فالخارج على قدر البذر وإن شرطا خلافه (قوله بالعلف مناصفة) متعلق بدفع : أى دفع ذلك ليكون الخارج من البزر والبقرة والدجاج بينهما مناصفة بشرط أن يعلف ذلك من ورق التوت ونحوه (قوله فالخارج كله للمالك) أى الخارج : وهو القز واللبن والسمن والبيض كله للمالك ، فإن استهلكه العامل ضمنه (قوله وعليه قيمة العلف) أى إن كان مملوكا (قوله وأجر مثل العامل) الظاهر أن له الأجر بالغا ما بلغ لجهالة التسمية ، وانظر ما كتبناه فى إجارات تنقيح الحامدية (قوله ومثله دفع البيض) قال فى النهر : والمتعارف فى أرياف مصر دفع البيض ليكون الخارج منه بالنصف مثلا ، وهو على وزان دفع القز بالنصف ، فالخارج كله لصاحب البيض وللعامل أجر مثله اه .

قلت : ويتعارف الآن دفع المهر أو العجل أو الجحش ليربيه بنصفه فيبقى على ملك الدافع وللعامل أجر مثله وقيمة علفه : والحيلة فيه أن يبيعه نصف المهر بثمن يسير فيصير مشتركا بينهما : ويتعارف أيضا ماسيذكره المصنف فى كتاب المساقاة . وهو دفع الأرض مدة معلومة ليغرسها وتكون الأرض والشجر بينهما فإنه لايصح والثمر والغرس لرب الأرض تبعا لأرضه وللآخر قيمة غرسه يوم غرسه وأجر مثل عمله اه (قوله والآبق) أى المطلق(٢) وهو الذى أبق من يد مالكه : ولم يزعم المشترى أنه عنده فهذا بيعه فاسد أو باطل على الخلاف الذى حكاه المصنف بعد ، أما لو أبق من يد غاصبه وباعه المالك منه أو من يد مالكه وباعه ممن يزعم أنه عنده فبيعه صحيح كما يأتى : وأما لو باعه ممن يزعم أنه عند غيره ، ففى النهر أن بيعه فاسد اتفاقا ، وعلله فى الفتح بأن تسليمه فعل غيره وهو لايقدر على فعل غيره فلا يجوز : وفى النهر أيضا : خرج بالآبق المرسل فى حاجة المولى فإنه يجوز بيعه لأنه مقدور التسليم وقت العقد حكما ، إذ الظاهر عوده (قوله ولو وهبه لهما صح) والفرق أن شرط البيع القدرة على التسليم عقب البيع وهو منتف ، وما بقى له من اليد يصلح لقبض الهبة لا لقبض البيع لأنه قبض بإزاء مال مقبوض من مال الابن

(١) (قوله ويرد عليه شعر الخنزير الخ) كذلك يرد عليه ما أورده صاحب النهر على عبارة الكمال ابن الهمام المماثلة لهذه من أن الصحيح عند الإمام جواز الانتفاع بالعذرة الخالصة مع عدم جواز بيعها بدون الخلط اه .

(٢) (قوله أى المطلق الخ) أى الآبق فى حقهما : أى البائع والمشترى . وأما فى الصور المستثنيات فالإباق ليس بمطلق لعدم إباقه فى حق المشترى ، وهذا معنى قول المحشى : وهو أى المطلق الذى أبق من يد مالكه ولم يزعم المشترى أنه عنده ، وينبغى أن يزاد أيضا ما لوزعم المشترى أنه عند غيره فإن حكمه يخالف المطلق للاتفاق على فساد بيعه ، بخلاف ذلك لحصول الخلاف فى بطلانه وفساده اه .

وما فى الأشباه تحريف نهر (إلا ممن يزعم أنه) أى الآبق (عنده) فحينئذ يجوز لعدم المانع وهل يصير قابضا إن قبضه لنفسه أو قبضه ولم يشهد ؟ نعم وإن أشهد لا لأنه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الضمان لأنه أقوى عناية و

وهذا قبض ليس بازائه مال من الولد فكفت تلك اليد له نظرا للصغير ، لأنه لو عاد عاد إلى ملك الصغير هكذا فى الفتح والتبيين بحر . وفيه عن الذخيرة تقييد صحة الهبة بما دام العبد فى دار الإسلام (قوله وما فى الأشباه تحريف نهر) اعترض من وجهين :

الأول أن ما فى الأشباه موافق لما هنا ، وهذا نصه : بيع الآبق لايجوز إلا لمن يزعم أنه عنده ولو لولده الصغير كما فى الخانية :

الثانى أنه فى النهر لم يتعرض للأشباه ، بل حكم بالتحريف على ما فى بعض نسخ الخانية المنقول فى البحر وهو جواز بيع الآبق لطفله لاهبته له والمعول عليه النسخ الأخرى :

قلت : الذى رأيته فى الأشباه ولولد بدون لو وعليها كتب الحموى . واعترضها بما مر عن الفتح والتبيين ولما كان ما فى الأشباه معزيا إلى الخانية ورد عليها ما ورد على الخانية فساغ ذكرها بدل الخانية لأنها أكثر تداولا فى أيدى الطلبة من الخانية فافهم :

ثم اعلم أن فى عبارة البحر هنا تناقضا فإنه ذكر نسخة الخانية المحرفة وقال إنه عكس ما ذكره الشارحون : ثم . قال إن الحق ماذكره قاضيخان ، لما فى المعراج : لو باعه لطفله لايجوز ، ولو وهبه له جاز الخ . والصواب أن يقول والحق خلاف ماذكره قاضيخان فتنبه (قوله إلا ممن يزعم أنه عنده) مفاده أن النظر لزعم المشترى أن الآبق عنده لأنه يزعم أن التسليم حاصل فانتفى المانع وهو عدم قدرة البائع على التسليم عقب البيع (قوله عنده) شامل لما إذا كان فى منزله ، أو كان يقدر على أخذه ممن هو عنده ، فإن كان لايقدر على الأخذ إلا بخصومة عند الحاكم لم يجز بيعه كما فى السراج نهر ، وهذا مخالف لما قدمناه عن النهر من أنه لو باعه ممن يزعم أنه عند غيره فهو فاسد اتفاقا . وأجاب بحمل ماتقدم على ما إذا لم يقدر على أخذه إلا بخصومة اه .

قلت : راجعت عبارة السراج فلم أرفيها قوله ممن هو عنده ، ومثله فى الجوهرة ، وحينئذ فقوله(١) أو كان يقدر على أخذه أى فى حال إباقه قبل أن يأخذه أحد ، أما إذا أخذه أحد فلا يجوز لما علمته من تعليل الفتح السابق وقد صور المسألة فى الفتح بما إذا كان ذلك الأخذ له معترفا بأخذه فافهم (قوله وهل يصير قابضا الخ) أى لو اشتراه من زعم أنه عنده هل يصير قابضا فى الحال ، حتى لو رجع فوجده هلك بعد وقت البيع يتم القبض والبيع أم لا (قوله إن قبضه) أى قبض الآبق حين وجده لنفسه لا ليرده على سيده ، وهذا يغنى عنه قوله أو قبضه ولم يشهد : أى على أنه قبضه لسيده (قوله نعم) أى يصير قابضا ، لأن قبضه هذا قبض غصب وهو قبض ضمان كقبض البيع كما فى الفتح (قوله وإن أشهد لا الخ) أى لايصير قابضا لأن قبضه هذا قبض أمانة ، حتى لو هلك قبل أن يصل إلى سيده لا يضمنه فتح (قوله فلا ينوب عن قبض الضمان) أى عن قبض البيع فإنه مضمون بالثمن قال فى الفتح : فإن هلك قبل أن يرجع إليه انفسخ البيع ورجع بالثمن اه : وأشار بهذا إلى ما فى البحر عن الذخيرة إذا اشترى ماهو أمانة فى يده من وديعة أو عارية لايكون قابضا إلا إذا ذهب إلى العين إلى مكان يتمكن من قبضها

---

(١) (قوله وحينئذ فقوله الخ) لكن يعكر عليه قول السراج فإن كان لايقدر على أخذه إلا بخصومة فإنه يقتضى شمبا ، وما هو إلا من عنده الآبق إلا أن يقال بخصومة مع الآبق نفسه بأن كان متمردا وأنكر شراءه وسبق به البائع عليه فحينئذ يحتاج لرفعه للحاكم حتى يلزمه بالانقياد معه اه .

وإلا إذا أبق من الغاصب فباعه المالك منه فإنه يصح لعدم لزوم التسليم ذخيرة (ولو باعه ثم عاد) وسلمه (يتم البيع) على القول بفساده ، ورجحه الكمال (وقيل لا) يتم (على) القول ببطلانه وهو (الأظهر) من الرواية واختاره فى الهداية وغيرها ، وبه كان يفتى البلخى وغيره بحر وابن كمال (ولبن امرأة) ولو (فى وعاء ولو أمة) على الأظهر لأنه جزء آدمى والرق مختص بالحى ولا حياة فى اللبن فلا يحله الرق (وشعر الخنزير) لنجاسة عينه

فيصير الآن قابضا بالتخلية ، فإذا هلك بعده هلك من ماله وليس للبائع حبس العين بالثمن لأنه صار راضيا بقبض المشترى دلالة اهملخصا (قوله وإلا إذا أبق الخ) عطف على قوله إلا ممن يزعم أنه عنده (قوله ذخيرة) قال فيها : والأصل أن الإباق إنما يمنع جواز البيع إذا كان التسليم محتاجا إليه بأن أبق من يد المالك ثم باعه المالك ، فأما إذا لم يكن محتاجا إليه كما فى مسألتنا يجوز البيع اه (قوله يتم البيع) هو رواية عن أبى حنيفة ومحمد لقيام الملك والمالية فى الآبق ولذا صح عتقه وبه أخذ الكرخى وجماعة من المشايخ حتى أجبر البائع على تسليمه ، لأن صحة البيع كانت موقوفة على القدرة على التسليم وقد وجدت قبل الفسخ ، بخلاف ما إذا رجع بعد أن فسخ القاضى البيع أو تخاصما(١) فلا يعود صحيحا اتفاقا فتح (قوله على القول بفساده) قال فى الفتح : والحق أن الاختلاف فيه بناء على الاختلاف فى أنه باطل أو فاسد وأنك علمت أن ارتفاع المفسد فى الفاسد يرده صحيحا لأن البيع قائم مع الفساد ومع البطلان لم يكن قائما بصفة البطلان بل معدوما فوجه البطلان عدم قدرة التسليم ، ووجه الفساد قيام المالية والملك (قوله ورجحه الكمال) حيث قال والوجه عندى أن عدم القدرة على التسليم مفسد لا مبطل وأطال فى تحقيقه (قوله وهو الأظهر من الرواية) قال فى البحر : وأولوا تلك الرواية بأن المراد منها انعقاد البيع بالتعاطى الآن اه .

قلت : وهذا ينافى ما تقدم أول البيوع من أن البيع لا ينعقد بعد بيع باطل أو فاسد إلا بعد متاركة الأول (قوله وبه كان يفتى البلخى) الذى فى الفتح وهو مختار مشايخ بلخ والثلجى بالثاء والجيم ط .

قلت : والأول هو أبو مطيع البلخى من أصحاب أبى حنيفة توفى سنة ١٩٧ والثانى هو محمد بن شجاع الثلجى من أصحاب الحسن بن زياد توفى وهو ساجد سنة ٢٣٦ (قوله ولو فى وعاء) أتى بلو إشارة إلى أنه غير قيد ، وما فى البحر من أن الأولى تقييده بذلك لأن حكم اللبن فى الضرع تقدم دفعه فى النهر بأن الضرع خاص بذوات الأربع كالثدى للمرأة ، فالأولى عدم التقييد ليعم ما قبل الانفصال وما بعده (قوله على الأظهر) أى ظاهر الرواية . وعن أبى يوسف جواز بيع لبن الأمة لجواز إيراد البيع على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق حل نفسها فأما اللبن فلا رق فيه لأنه يختص بمحل تتحقق فيه القوة التى هى ضده وهو الحى ، ولا حياة فى اللبن فلا يكون محلا للعتق ولا للرق فكذا البيع . وأشار إلى أنه لا يضمن متلفه لكونه ليس بمال ، وإلى أنه لا يحل التداوى به فى العين الرمداء . وفيه قولان : قيل بالمنع ، وقيل بالجواز إذا علم فيه الشفاء كما فى الفتح هنا :

مطلب فى التداوى بلبن البنت للرمد قولان

وقال فى موضع آخر : إن أهل الطب يثبتون نفعا للبن البنت للعين وهى من أفراد مسألة الانتفاع بالمحرم للتداوى كالخمر ، واختار فى النهاية والخانية الجواز إذا علم فيه الشفاء ولم يجد دواء غيره بحر ، وسيأتى إن شاء الله تعالى تمامه فى متفرقات البيوع ، وكذا فى الحظر والإباحة (قوله لنجاسة عينه) أى عين الخنزير أى بجميع أجزائه . وأورد

---

(١) (قوله أو تخاصما) قال شيخنا : ظاهره أن مجرد التخاصم قبل الفسخ مانع من انقلاب البيع صحيحا ويحرر ، إذ لا وجه له يظهر اه .

فيبطل بيعه ابن كمال (و) إن (جاز الانتفاع به) لضرورة الخرز ؛ حتى لو لم يوجد(١) بلا ثمن جاز الشراء للضرورة وكره البيع فلا يطيب ثمنه ويفسد الماء على الصحيح خلافا لمحمد ، قيل هذا فى المنتوف ، أما المجزوز فطاهر عناية . وعن أبى يوسف يكره الخرز به لأنه نجس، ولذا لم يلبس السلف مثل هذا الخف ذكره القهستانى

فى الفتح(٢) . على هذا التعليل بيع السرقين فإنه جائز للانتفاع به مع أنه نجس العين اه . قال فى النهر : بل الصحيح عن الإمام أن الانتفاع بالعذرة الخالصة جائز كما سيأتى إن شاء الله تعالى فى الكراهية اه أى مع أنه لا يجوز بيعها خالصة كما مر (قوله فيبطل بيعه) نقله فى الشرنبلالية أيضا عن البرهان ، وفيه تورك على المصنف حيث عده فى الفاسد ، لكن قد يقال إنه مال فى الجملة حتى قال محمد بطهارته لضرورة الخرز به للنعال والأخفاف تأمل (قوله لضرورة الخرز) فإن فى مبدأ شعره صلابة قدر أصبع وبعده لين يصلح لوصل الخيط به قهستانى ط (قوله وكره البيع) لأنه لا حاجة إليه للبائع زيلعى، وظاهره أن البيع صحيح : وفيه أن جواز إقدام المشترى(٣) على الشراء للضرورة لا يفيد صحة البيع ، كما لو اضطر إلى دفع مرشوة لإحياء حقه جاز له الدفع وحرم على القابض ، وكذا لو اضطر إلى شراء ماله من غاصب متغلب لا يفيد ذلك صحة البيع حتى لا يملك البائع الثمن فتأمل (قوله فلا يطيب ثمنه) مقتضى ما بحثناه أنه لا يملكه (قوله على الصحيح) أى عند أبى يوسف ، لأن حكم الضرورة لا يتعداها وهى فى الخرز فتكون بالنسبة إليه فقط كذلك ، وما ذكر فى بعض المواضع من جواز صلاة الخرازين مع شعر الخنزير وإن كان أكثر من قدر الدرهم ينبغى أن يخرج على القول بطهارته فى حقهم . أما على قول أبى يوسف فلا وهو الوجه فإن الضرورة لم تدعهم إلى أن يعلق بهم بحيث لا يقدرون على الامتناع منه ويجتمع فى ثيابهم هذا المقدار فتح (قوله خلافا لمحمد) راجع إلى قوله ويفسد الماء أى فإنه لا يفسد عنده. قال الزيلعى لأن إطلاق الانتفاع به دليل طهارته اه وهذا يفيد عدم تقييد حل الانتفاع به بالضرورة ويفيد جواز بيعه ؛ ولذا قال فى النهر : وينبغى أن يطيب للبائع الثمن على قول محمد (قوله قيل هذا) أى الخلاف المذكور فى نجاسته وطهارته، وأشار بقيل إلى ضعفه إذ المنتوف يفسد الماء ولو من غير الخنزير لاتصال اللحم النجس بمحل النتف منه، ولو قيل إن الخلاف فى المجزوز ، أما المنتوف فغير طاهر لكان له وجه (قوله وعن أبى يوسف الخ) مقابل قول المتن وجاز الانتفاع به . قال الزيلعى : والأول هو الظاهر لأن الضرورة تبيح لحمه فالشعر أولى اه (قوله لأنه نجس) فيه أن النجاسة لا تنافى حل الانتفاع عند الضرورة كما علمت ، لكن علل الزيلعى للكراهة بأن الخرز يتأتى بغيره ، ومثله فى الفتح؛ وحيث تأتى بغيره فلا ضرورة فلا يحل الانتفاع بالنجس . قال فى الفتح : إلا أن يقال ذلك فرد تحمل مشقة فى خاصة نفسه فلا يجوز أن يلزم العموم حرجا مثله اه .

وحاصله أن تأتى الخرز بغيره من شخص حمل لنفسه مشقة فى ذلك لا تزول به ضرورة الاحتياج إليه من عامة

---

(١) (قول الشارح حتى لو لم يوجد الخ) قال ط : هذا يقتضى تفصيلا عند الضرورة ، وهو أن الشعر إن وجد بغير شراء انتفع به وفسد بيعه ، وإن لم يوجد إلا بالشراء جاز شراؤه وكره بيعه ، وهكذا فى التبيين اه .

(٢) (قوله وأورد فى الفتح) حيث قال لا ينبغى أن يعلل بطلان البيع بالنجاسة أصلا ، فإن بطلان البيع دائر مع حرمة الانتفاع أى وصحته مع حله وإن كان نجسا ، فإن بيع السرقين جائز وهو نجس العين للانتفاع به اه . ورد فى النهر التعليل بالانتفاع وعدمه لصحة البيع وبطلانه بحل الانتفاع بالعذرة مع عدم جواز بيعها اه .

(٣) (قوله وفيه أن جواز إقدام المشترى الخ) قال شيخنا : هذا بحث مصادم للمنقول فى الكتب فلا يعول به ، فإن صاحب العناية نقل الحكم هكذا عن قاضيخان ، وكذا وجه الحكم فى غيره من معتبرات المذهب اه .

ولعل هذا فى زمانهم ، وأما فى زماننا فلا حاجة إليه كما لايخفى (وجلد ميتة قبل الدبغ) لو بالعرض ، ولو بالثمن فباطل ، ولم يفصله ههنا اعتمادا على ماسبق قاله الوانى فليحفظ (وبعده) أى الدبغ (يباع) إلا جلد إنسان وخنزير وحية(١) (وينتفع به) لطهارته حينئذ (لغير الأكل) ولو جلد مأكول على الصحيح سراج ، لقوله تعالى — حرمت عليكم الميتة — وهذا جزؤها : وفى المجمع : ونجيز بيع الدهن المتنجس والانتفاع به فى غير الأكل بخلاف الودك (كما ينتفع بما لا تحله حياة منها) كعصبها وصوفها كما مر فى الطهارة . (و) فسد (شراء ماباع

الناس (قوله ولعل هذا) أى حل الانتفاع به لضرورة الخرز (قوله أما فى زماننا فلا حاجة إليه) للاستغناء عنه بالخارز والإبر : قال فى البحر : ظاهر كلامهم منع الانتفاع به عند عدم الضرورة بأن أمكن الخرز بغيره ط ، (قوله وجلد ميتة) قيد بها ، لأنها لو كانت مذبوحة فباع لحمها أو جلدها جاز لأنه يطهر بالذكاة إلا الخنزير خانية (قوله لو بالعرض الخ) أى أن بيعه فاسد لو بيع بالعرض : وذكر فى شرح المجمع قولين فى فساد البيع وبطلانه :

قلت : وماذكره الشارح من التفصيل يصلح توفيقا بين القولين ، لكنه يتوقف على ثبوت كونه مالا فى الجملة كالخمر والميتة لاحتف أنفها ، مع أن الزيلعى علل عدم جواز بيعه بأن نجاسته من الرطوبة المتصلة به بأصل الخلقة فصار حكم الميتة : زاد فى الفتح : فيكون نجس العين ، بخلاف الثوب أو الدهن المتنجس حيث جاز بيعه لعروض نجاسته ، وهذا يفيد بطلان بيعه مطلقا ، ولذا ذكر فى الشرنبلالية عن البرهان أن الأظهر البطلان تأمل (قوله اعتمادا على ماسبق) أى فى قول المصنف تبعا للدرر وبطل بيع مال غير متقوم كخمر وخنزير وميتة لم تمت حتف أنفها بالثمن (قوله إلا جلد إنسان الخ) فلا يباع وإن دبغ لكرامته ، وفى الباقى لإهانته .ولعدم عمل الدباغة فيه كما مر فى محله (قوله وينتفع به) أى بالجلد بعد دبغه (قوله ولو جلد مأكول على الصحيح) وقال بعضهم : يجوز أكله لأنه طاهر كجلد الشاة المذكاة ، أما جلد غير المأكول كالحمار لايجوز أكله إجماعا لأن الدبغ فيه ليس بأقوى من الذكاة وذكاته لاتبيحه فكذا دبغه أفاده المصنف ط (قوله ونجيز بيع الدهن المتنجس) عبارة المجمع النجس ، لكن مراده المتنجس : أى ماعرضت له النجاسة ، وأشار بالفعل المضارع المسند لضمير الجماعة إلى خلاف الشافعى كما هو اصطلاحه (قوله فى غير الأكل) كالاستصباح والدباغة وغيرهما ابن ملك ، وقيدوا الاستصباح بغير المسجد (قوله بخلاف الودك) أى دهن الميتة لأنه جزؤها فلا يكون مالا ابن ملك : أى فلا يجوز بيعه اتفاقا ، وكذا الانتفاع به لحديث البخارى « إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام ، قيل يارسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس ؟ قال : لا ، هو حرام » الحديث (قوله كعصبها وصوفها) أدخلت الكاف عظمها وشعرها وريشها ومنقارها وظلفها وحافرها فإن هذه الأشياء طاهرة لا تحلها الحياة فلا يحلها الموت ، ويجوز بيع عظم الفيل والانتفاع به فى الحمل والركوب والمقاتلة منح ملخصا ط .(قوله وفسد شراء ماباع الخ) أى لو باع شيئا وقبضه المشترى ولم يقبض البائع الثمن فاشتراه بأقل من الثمن الأول لايجوز زيلعى : أى سواء كان الثمن الأول حالا أو مؤجلا هداية ، وقيد بقوله وقبضه لأن بيع المنقول قبل قبضه لايجوز ولو من بائعه كما سيأتى فى بابه ، والمقصود بيان الفساد بالشراء بالأقل من الثمن الأول قال فى البحر

---

(١) (قول الشارح وحية) قال ط : ينبغى تقييده بالحية الصغيرة التى لها دم فإن جلدها لرقته لايحتمل الدبغ ، وما لادم لها طاهرة لعدم حلول الحياة فيها ، والكبيرة ينبغى طهارة جلدها بالدبغ حيث احتمله ، ويجوز بيعه للانتفاع به كما يدل عليه ظاهر كلامهم فى الطهارة عند ذكر الدبغ وحرره اه .

بنفسه أو بوكيله) من الذى اشتراه ولو حكما كوارثه (بالأقل) من قدر الثمن الأول (قبل نقد) كل (الثمن) الأول . صورته : باع شيئا بعشرة ولم يقبض الثمن ثم شراه بخمسة لم يجز وإن رخص السعر للربا خلافا للشافعى (وشراء من لاتجوز شهادته له) كابنه وأبيه (كشرائه بنفسه) فلا يجوز أيضا خلافا لهما فى غير عبده ومكاتبه (ولابد) لعدم الجواز (من اتحاد جنس الثمن) وكون المبيع بحاله (فإن اختلف) جنس الثمن أو تعيب المبيع (جاز مطلقا) .

وشمل شراء الكل أو البعض. (قوله بنفسه أو بوكيله) تنازع فيه كل من شراء وباع : قال فى البحر : وأطلق فيما باع فشمل ماباعه بنفسه أو وكيله وماباعه أصالة أو وكالة كما شمل الشراء لنفسه أو لغيره إذا كان هو البائع اهـ . فأفاد أنه لو باع شيئا أصالة بنفسه أو وكيله أو وكالة عن غيره ليس له شراؤه بالأقل لا لنفسه ولا لغيره ، لأن بيع وكيله بإذنه كبيعه بنفسه . والوكيل بالبيع أصيل فى حق الحقوق ، فلا يصح شراؤه لنفسه لأنه شراء البائع من وجه ولا لغيره لأن الشراء واقع له من حيث الحقوق فكان هذا شراء ماباع لنفسه من وجه ، كذا يفاد من الزيلعى أيضا (قوله من الذى اشتراه) متعلق بشراء ، وخرج به مالو باعه المشترى لرجل أو وهبه له أو أوصى له به ثم اشتراه البائع الأول من ذلك الرجل فإنه يجوز ، لأن اختلاف سبب الملك كاختلاف العين زيلعى ؛ ولو خرج عن ملك المشترى ثم عاد إليه بحكم ملك جديد كإقالة أو شراء أو هبة أو إرث فشراء البائع منه بالأقل جائز لا إن عاد إليه بما هو فسخ بخيار رؤية أو شرط قبل القبض أو بعده بحر عن السراج (قوله ولو حكما) تعميم لقوله من الذى اشتراه (قوله كوارثه) أى وارث المشترى : أى فلو اشترى من وارث مشتريه بأقل مما اشترى به المورث لم يجز لقيام الوارث مقام المورث بخلاف ما إذا اشترى وارث البائع بأقل مما باع به مورثه فإنه يجوز إن كان ممن تجوز شهادته له . والفرق أن وارث البائع إنما يقوم مقامه فيما يورث . وهذا مما لا يورث ، ووارث المشترى قام مقامه فى ملك العين أفاده فى البحر (قوله بالأقل من قدر الثمن الأول) وكالقدر الوصف ، كما لو باع بألف سنة فاشتراه به إلى سنتين بحر (قوله قبل نقد كل الثمن الأول) قيد به لأن بعده لا فساد ، ولايجوز قبل النقد وإن بقى درهم : وفى القنية : لو قبض نصف الثمن ثم اشترى النصف بأقل من نصف الثمن لم يجز بحر .

قلت : وبه يظهر أن إدخال الشارح لفظة كل لا محل له لأنه يفهم أن قبل نقد البعض لا يفسد وهو خلاف الواقع .

والحاصل أن نقد كل الثمن شرط لصحة الشراء لا لفساده لأنه يفسد قبل نقد الكل أو البعض فتأمل (قوله وإن رخص السعر) لأن تغير السعر غير معتبر فى حق الأحكام كما فى حق الغاصب وغيره فعاد إليه المبيع كما خرج عن ملكه فيظهر الربح زيلعى (قوله للربا) علة لقوله لم يجز : أى لأن الثمن لم يدخل فى ضمان البائع قبل قبضه ، فإذا عاد إليه عين ماله بالصفة التى خرج عن ملكه وصار بعض الثمن قصاصا ببعض بقى له عليه فضلا بلا عوض فكان ذلك ربح مالم يضمن وهو حرام بالنص زيلعى (قوله كابنه وأبيه) وكعبده ومكاتبه لأن شراء هؤلاء كشراء البائع بنفسه لاتصال منافع المال بينهم ، وهو نظير الوكيل فى البيع إذا عقد مع هؤلاء زيلعى : أى نظير مالو باع الوكيل من ابنه ونحوه . ثم لا يخفى أن المراد شراء هؤلاء بالأقل لأنفسهم ، أما لو اشتروا بالوكالة عن البائع لايجوز ولو كانوا أجانب عنه كما مر فى قول المصنف أو بوكيله (قوله فى غير عبده ومكاتبه) فشراؤهما متفق على عدم جوازه : قال الزيلعى لأن كسب العبد لسيده وله فى كسب مكاتبه حق الملك فكان تصرفه كتصرفه (قوله جاز مطلقا) أى سواء كان الثمن الثانى أقل من الأول أولا لأن الربح لايظهر عند اختلاف الجنس اهـ منح ، ولأن المبيع لو انتقص يكون النقصان من الثمن فى مقابلة ما نقص من العين سواء كان النقصان

كما لو شراه بأزيد أو بعد النقد :

(والدراهم والدنانير جنس واحد) فى ثمان مسائل منها (هنا) وفى قضاء دين وشفعة وإكراه ومضاربة ابتداء وانتهاء وبقاء

من الثمن بقدر مانقص منها أو بأكثر منه بحر عن الفتح (قوله كما لو شراه الخ) تشبيه فى الجواز مع قطع النظر عن قوله مطلقا (قوله بأزيد أو بعد النقد) ومثل الأزيد المساوى كما فى الزيلعى ، وهذا قول المصنف بالأقل قبل نقد الثمن .

مطلب الدراهم والدنانير جنس واحد فى مسائل

(قوله والدراهم والدنانير جنس واحد) حتى لو كان العقد الأول بالدراهم فاشتراه بالدنانير وقيمتها أقل من الثمن الأول لم يجز استحسانا ، لأنهما جنسان صورة وجنس واحد معنى ، لأن المقصود بهما واحد وهو الثمنية ، فبالنظر إلى الأول يصح ، وبالنظر إلى الثانى لايصح فغلبنا المحرم على المبيح زيلعى ملخصا (قوله فى ثمان مسائل) الذى فى المنح عن العمادية أن المسائل سبع غير الأربعة المزيدة اهـ ؛ وزاد الشارح مسألة المضاربة ابتداء (قوله منها هنا) من اسم بمعنى بعض مبتدأ مضاف إلى الضمير ، وهنا اسم مكان مجازى مبنى على السكون لتضمنه معنى الإشارة فى محل نصب بمحذوف خبر المبتدإ ولايصح جعل منها خبرا عن هنا ، لأنه لتضمنه معنى غير مستقل لايصح الابتداء به ولو قال منها ماهنا لكان أولى اهـ ح :

قلت : ما ذكره من عدم صحة الابتداء بهنا صحيح ، ولكن علته أنه من الظروف التى لا تتصرف كما فى المغنى لا ما ذكره ، وإلا لزم أن لا يصح الابتداء بأسماء الإشارة كلها فافهم (قوله وفى قضاء دين) صورته : عليه دين دراهم وقد امتنع من القضاء فوقع من ماله فى يد القاضى دنانير كان له أن يصرفها بالدراهم حتى يقضى غريمه ولا يفعل ذلك فى غير الدنانير عند الإمام ، وعندهما غير الدنانير كذلك ط (قوله وشفعة) صورته أخبر الشفيع أن المشترى اشترى الدار بألف درهم فسلم الشفيع الشفعة ثم تبين أنه قد اشتراها بدنانير قيمتها ألف درهم أو أكثر ليس له طلبها وسقطت بالتسليم الأول ط (قوله وإكراه) كما لو أكره على بيع عبده بألف درهم فباعه بخمسين دينارا قيمتها ألف درهم كان البيع على حكم الإكراه لا لو باعه بكيلى أو وزنى أو عرض والقيمة كذلك (قوله ومضاربة ابتداء وانتهاء وبقاء) لم يذكر ذلك التقسيم فى العمادية ، وإنما ذكر صورتين فى المضاربة .

إحداهما ما إذا كانت المضاربة دراهم فمات رب المال أو عزل المضارب عن المضاربة وفى يده دنانير لم يكن للمضارب أن يشترى بها شيئا ، ولكن يصرف الدنانير بالدراهم ، ولو كان مافى يده عروض أو مكيل (١) أو موزون له أن يحوّل له إلى رأس المال ؛ ولو باع المتاع بالدنانير لم يكن له أن يشترى بها إلا الدراهم :

ثانيتهما لو كانت المضاربة دراهم فى يد المضارب فاشترى متاعا بكيلى أو وزنى لزمه ، ولو اشترى بالدنانير فهو على المضاربة استحسانا عندهما اهـ ملخصا ؛ فالصورة الأولى تصح مثالا للانتهاء والثانية للبقاء ، لكن لم يظهر لى كون الأولى مما نحن فيه ، إذ لو كانت الدراهم والدنانير فيها جنسا واحدا ما كان يلزمه أن يصرف الدنانير بالدراهم تأمل . ثم رأيت الشارح فى باب المضاربة جعلهما جنسين فى هذه المسألة ، وهذا عين مافهمته ، والله تعالى الحمد .

---

(١) (قوله عروض أو مكيل الخ) هكذا بخطه ، ولعل الأصوب عروضا الخ كما لايخفى اهـ .

وامتناع مرابحة، ويزاد زكاة وشركات وقيم المتلفات وأروش جنايات كما بسطه المصنف معزيا للعمادية وفى الخلاصة: كل عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل قبضه لم يجز التصرف فيه قبل قبضه (وصح) البيع (فيما ضم إليه) كأن باع بعشرة ولم يقبضها ثم اشتراه مع شىء آخر بعشرة فسد فى الأول وجاز فى الآخر فيقسم الثمن على قيمتهما ولا يشيع الفساد لأنه طارئ (١): ولمكان الاجتهاد (و) بيع (زيت على أن يزنه بظرفه ويطرح عنه بكل ظرف كذا رطلا)

وأما مسألة المضاربة ابتداء فقد زادها الشارح: وقال ط: صورته عقد معه المضاربة على ألف دينار وبين الربح فدفع له دراهم قيمتها من الذهب تلك الدنانير صحت المضاربة والربح على ماشرطا أولا، كذا ظهر لى (٢) (قوله وامتناع مرابحة) صورته: اشترى ثوبا بعشرة دراهم وباعه مرابحة باثنى عشر درهما ثم اشتراه أيضا بدنانير لايبيعه مرابحة لأنه يحتاج إلى أن يحط من الدنانير ربحه، وهو درهمان فى قول الإمام، ولايدرك ذلك إلا بالحزر والظن، ولو اشتراه بغير ذلك من الكيلى أو الوزنى أو العروض باعه مرابحة على الثمن الثانى اهـ، وقوله ولايدرك الخ أى لأنه يحتاج إلى تقويم الدنانير بالدراهم وهو مجرد ظن، ومبنى المرابحة كالتولية والوضيعة على اليقين بما قام عليه لتنتفى شبهة الخيانة اهـ ح (قوله ويزاد زكاة) فإنه يضم أحد الجنسين إلى الآخر ويكمل به النصاب ويخرج زكاة أحد الجنسين من الآخر ط (قوله وشركات) أى إذا كان مال أحدهما دراهم ومال الآخر دنانير فإنها تنعقد شركة العنان بينهما ط (قوله وقيم المتلفات) يعنى أن المقوّم، إن شاء قوم بدراهم، وإن شاء قوم بدنانير ولا يتعين أحد الجنسين ط (قوله وأروش جنايات) كالموضحة يجب فيها نصف عشر الدية. وفى الهاشمة العشر، وفى المنقلة عشر ونصف عشر وفى الجائفة ثلث الدية: والدية إما ألف دينار أو عشرة آلاف درهم من الورق فيجوز التقدير فى هذه الأشياء من أى الجنسين ط (قوله وفى الخلاصة الخ) لامحل لهذه الجملة هنا، وستأتى بعينها فى محلها، وهو فصل التصرف فى المبيع والثمن عقب باب المرابحة ح (قوله كل عوض الخ) كالمنقول إذا اشتراه لايجوز له التصرف فيه قبل قبضه بالبيع، بخلاف ماإذا أعتقه أو دبره أو وهبه أو تصدق به أو أقرضه من غير بائعه فإنه يصح على ماسيأتى، وقوله ينفسخ: أى العقد بهلاكه: أى هلاك العوض والجملة صفة عقد: قال ط: أخرج به الثمن فإنه يجوز التصرف فيه بهبة أو بيع أو غيرهما قبل قبضه، سواء تعين بالتعيين كمكيل أولا كنقود، لأن العقد لاينفسخ بهلاكه، لأن الأصل وهو المبيع موجود، ويأتى إيضاحه إن شاء الله تعالى فى محله (قوله وصح البيع فيما ضم إليه) أى إلى شراء ماباعه بأقل قبل نقد الثمن منح (قوله ثم اشتراه مع شىء آخر بعشرة) وكذا لو اشتراهما بخمسة عشر كما فى النهر والفتح: ويظهر منه أنه لو اشتراهما بخمسة مثلا أى بأقل من الثمن الأول فهو كذلك بالأولى فافهم (قوله لأنه طارئ) لأنه يظهر بانقسام الثمن أو المقاصة فلايسرى زيلعى (قوله ولمكان الاجتهاد) أى فكان الفساد

---

(١) (قول الشارح لأنه طارئ) أى لأن الفساد طار وذلك لأنه قابل الثمن بالمبيعين، وهى مقابلة صحيحة إذ لم يشترط فيها أن يكون بإزاء ماباعه أقل من الثمن الأول، لكن بعد ذلك انقسم الثمن على قيمتهما فصار البعض بإزاء ماباع والبعض بإزاء مالم يبع فنفسه البيع بإزاء ماباع، ولا شك فى كونه طارئا فلا يتعدى إلى البعض الآخر اهـ ج من العناية اهـ. قال شيخنا: هذا لايظهر إلا فى صورة شراء الثوبين بزيادة عن الثمن الأول، إذ هى التى يمكن أن يقال فيها المقابلة صحيحة فى أول الأمر والفساد إنما جاء من التقسيم. وأما إذا اشترى المبيع والمضمون بمثل الثمن الأول يكون الثمن فى مقابلتهما جزما فيكون المبيع مقابلا بأقل من ثمنه من أول الأمر فلا يكون الفساد طارئا، ولعل الشارح لما رأى التعليل بالطرو غير مجز لعدم شموله جميع المسائل أردفه بقوله ولمكان الاجتهاد اهـ.

(٢) (قوله كذا ظهر لى) قال ط: ويمكن تصويرها بما رأيت فى بعض التقارير عن العلامة عبد البر أنه إذا كان رأس المال فى المضاربة دنانير فاشترى المضارب بها دراهم يملك رب المال نهيه عن شراء الأعيان، وذلك لأن رب المال له فسخ المضاربة بغير رضا المضارب إذا لم يتضمن إبطال حق المضارب: أى فكأن الدنانير باقية بعينها، بخلاف مالو اشترى بها عروضا فإن حق المضارب يثبت فيها فلا يملك نهيه إلا إن صار المال نضا: أى نقودا اهـ.

لأن مقتضى العقد طرح مقدار وزنه كما أفاده بقوله (بخلاف شرط طرح وزن الظرف) فإنه يجوز كما لو عرف قدر وزنه (ولو اختلفا فى نفس الظرف وقدره فالقول للمشترى) بيمينه لأنه قابض أو منكر .

(وصح بيع الطريق)

فما بيع أولا ضعيفا لاختلاف العلماء فيه فلا يسرى ، كما إذا اشترى عبدين فإذا أحدهما مدبر لايفسد فى الآخر لذلك بخلاف الجمع بين حر وعبد ، وتمامه فى الفتح ولأنه إنما منع فى الأول باعتبار شبهة الربا ، فلو اعتبرت فى المضموم لكان اعتبار الشبهة الشبهة وهى غير معتبرة درر (قوله لأن مقتضى العقد الخ) أى وهذا الشرط ليس مقتضى العقد فيفسد به ، لأن فيه نفعا لأحد العاقدين لأنه قد يكون أكثر مما شرط أو أقل : قال ط : والحيلة فى جوازه أن لايعقد العقد إلا بعد وزنه تحريا للصحة فيقول بعد الوزن بعتك مافى هذا الظرف بكذا ويقول الآخر قبلت فيكون هذا من بيع الجزاف وهو صحيح حموى عن شرح ابن الشلبي (قوله فإنه يجوز) فلو باع المشترى السلعة قبل أن يزن الظرف عن أبي حنيفة لايجوز بيع المشترى : وقال أبو يوسف : يجوز خانية (قوله كما لو عرف قدر وزنه) ببناء عرف للمجهول : أى لو عرفاه وشرطا طرح قدره فإنه مقتضى العقد فيجوز (قوله وقدره) الواو بمعنى أو ط (قوله لأنه قابض أو منكر) لف ونشر مرتب . قال فى البحر لأنه إن اعتبر اختلافا فى تعيين الزق المقبوض فالقول للقابض ضمينا كان أو أمينا ، وإن اعتبر اختلافا فى الزيت فهو فى الحقيقة اختلاف فى الثمن فيكون القول للمشترى لأنه ينكر الزيادة :

وإذا برهن البائع قبلت بينته : وأورد عليه مسألتان :

إحداهما لو باع عبدين ومات أحدهما عند المشترى وجاء بالآخر يرده بعيب واختلفا فى قيمة الميت فالقول للبائع :

والثانية أن الاختلاف فى الثمن يوجب التحالف : وأجيب عن الأول بأن القول فيه للبائع لإنكاره الزيادة أيضا وعن الثانى بأن التحالف على خلاف القياس عند الاختلاف فى الثمن قصدا ، وهنا الاختلاف فيه تبع لاختلافهما فى الزق المقبوض أهو هذا أم لا فلا يوجب التحالف ، كذا فى الفتح . والزق : بالكسر الظرف .

مطلب فى بيع الطريق

(قوله وصح بيع الطريق) ذكر فى الهداية أنه يحتمل بيع رقبة الطريق وبيع حق المرور ، وفى الثانى روايتان اه : ولما ذكر المصنف الثانى فيما يأتى علم أن مراده هنا الأول : ثم فى الدرر عن التتارخانية : الطرق ثلاثة : طريق إلى الطريق الأعظم : وطريق إلى سكة غير نافذة ، وطريق خاص فى ملك إنسان فالأخير لايدخل فى البيع بلا ذكره أو ذكر الحقوق أو المرافق ، والأولان يدخلان بلا ذكر اه ملخصا :

وحاصله : لو باع دارا مثلا دخل فيهما الأولان تبعا بلا ذكر بخلاف الثالث : والظاهر أن المراد هنا هو الثالث ، وقد علمت أيضا أن المراد بيع رقبة الطريق لا حق المرور ، لأن الثانى يأتى فى كلام المصنف ، فإذا كانت داره داخل دار رجل وكان له طريق فى دار ذلك الرجل إلى داره ، فإما أن يكون له فيها حق المرور فقط ، وإما أن يكون له رقبة الطريق فإذا باع رقبة الطريق صح ، فإن حد فظاهر ، وإلا فله بقدر عرض باب الدار العظمى كما يأتى . والفرق بين هذا الطريق والطريق الثانى وهو مايكون فى سكة غير نافذة أن هذا ملك للبائع وحده والذامى خاصا ، بخلاف الثانى فإنه مشترك بين جميع أهل السكة ، وفيه أيضا حق للعامة كما يأتى بيانه قريبا ، وقد اشتبه ذلك

وفى الشرنبلالية عن الخانية : لايصح ومن قسمة الوهبانية :

وليس لهم قال الإمام تقاسم بدرب ولم ينفذ كذا البيع يذكر

وفى معاياتها

على الشرنبلالى فراجعه يظهر لك ما فيه بعد فهمك ماقررناه ، والحمد لله (قوله وفى الشرنبلالية عن الخانية لا يصح) نقل فى الشرنبلالية عن الخانية الصحة عن مشايخ بلخ فما هنا بناء عليه اه ح :

قلت : عبارة الشرنبلالية هكذا : قوله وصح بيع الطريق يخالفه ماقال فى الخانية : ولا يجوز بيع مسيل الماء وهبته ، ولا بيع الطريق بدون الأرض ، وكذلك بيع الشرب . وقال مشايخ بلخ جائز ، ويخالفه أيضا قوله الآتى فى رواية الزيادات اه كلام الشرنبلالية ، والمتبادر من قول الخانية : وقال مشايخ بلخ جائز أن خلافهم فى بيع الشرب : أى بدون أرض لافى جميع المسائل المذكورة بدليل فصله بقوله وكذلك الخ : وقدذكر فى الدرر خلافهم فى مسألة الشرب فقط ، ولم أرمن ذكر خلافهم فى بيع المسيل والطريق فافهم :

ثم اعلم أن ما ادعاه فى الشرنبلالية من المخالفة غير مسلم لأن قول المصنف وصح بيع الطريق مراده به رقبة الطريق بدليل تعليل الدرر بأنه عين معلوم وبدليل ذكره بيع حق المرور بعده وإلا كان تكرارا وقدتابعه المصنف هنا ، ومراد الخانية ببيع الطريق بيع حق المرور بدليل قوله بدون الأرض ، وقوله ويخالفه أيضا الخ غير مسلم حق المرور لا فى بيع أيضا لأن رواية الزيادات إنما ذكرها فى الدرر فى بيع الطريق فمن أين المخالفة ؟ وماذكره المصنف من جواز بيع الطريق وهبته مشى عليه فى الملتقى أيضا بلا ذكر خلاف ، وكذا فى الهداية وغيرها ، وإنما ذكروا اختلاف الرواية فى بيع حق المرور كما يأتى .

[تنبيه] باع رقبة الطريق على أن له : أى للبائع حق المرور ، أو السفل على أن له إقرار العلو جاز فتح قبيل قوله والبيع إلى النيروز (قوله ومن قسمة الوهبانية) خبر مقدم والبيت مبتدأ مؤخر : أى هذا البيت منقول منها ط (قوله وليس لهم الخ) جملة قال الإمام معترضة بين بعض المقول وهو خبر ليس المقدم واسمها المؤخر ، والواو فى ولم ينفذ للحال : أى والحال أن الدرب ليس بنافذ . قال ابن الشحنة : والمسألة من التتمة عن نوادر ابن رستم[1] قال أبوحنيفة فى سكة غير نافذة : ليس لأصحابها أن يبيعوها ولو اجتمعوا على ذلك ولا أن يقسموها فيما بينهم ، لأن الطريق الأعظم إذاكثر الناس فيه كان لهم أن يدخلوا هذه السكة حتى يخف هذا الزحام . قال الناطفى : وقال شداد فى دور بين خمسة : باع أحدهم نصيبه من الطريق فالبيع جائز ، وليس للمشترى المرور فيه إلا أن يشترى دار البائع وإذا أرادوا أن ينصبوا على رأس سكتهم دربا ويسدوا رأس السكة ليس لهم ذلك ، لأنها وإن كانت ملكا لهم ظاهرا لكن للعامة فيها نوع حق اه ملخصا ثم أفاد أن ماتوهمه الناظم فى شرحه من اختلاف الروايتين مدفوع ، فإن ما ذكره ابن رستم فى بيع الكل ، وما ذكره شداد فى بيع البعض . والفرق أن الثانى لا يفضى إلى إبطال حق العامة ، بخلاف الأول .

هذا ، وقد علمت مما قررنا سابقا أن ما فى الوهبانية غير ماذكره المصنف لأن مراد المصنف الطريق الخاص المملوك لواحد وهذا طريق مشترك فى سكة مشتركة (قوله وفى معاياتها) خبر مقدم والبيت مبتدأ مؤخر وجملة

---

(١) ابن رستم وهو أبو بكر المروزى أحد الأعلام تفقه على محمد بن الحسن وروى عنه النوادر وشداد هو ابن حكيم من أصحاب زفر مات سنة عشر ومائتين تراجم العلامة قاسم اه منه .

وارتضاه فى ألغاز الأشباه :

ومالك أرض ليس يملك بيعها لغير شريك ثم لو منه ينظر

(حد) أى بين له طول وعرض (أولا وهبته) وإن لم يبين يقدر بعرض باب الدار العظمى (لا بيع مسيل الماء وهبته) لجهالته ، إذ لايدرى قدر مايشغله من الماء ؛

وارتضاه الخ معترضة والضمير للوهبانية وهى مفاعلة ، من عاياه : إذا سأله عن شيء يظن عجزه عن جوابه من قولهم عيى عن جوابه : إذا عجز ، وتمامه فى ط (١) عن ابن الشحنة : قال السائحانى : والمعاياة عند الفرضيين كالألغاز عند الفقهاء والأحاجى عند أهل اللغة لأن مايستخرج بالحزر يقوى الحجى : أى العقل : والألغاز : جمع لغز بضم اللام ، وقيل بفتحها وبفتح الغين المعجمة (قوله وارتضاه فى ألغاز الأشباه) حقه أن يذكر عند البيت الأول ، فإن الذى فى ألغاز الأشباه هكذا أى شركاء فيما يمكن قسمته إذا طلبوها لم يقسم فقل السكة الغير النافذة ليس لهم أن يقتسموها وإن أجمعوا على ذلك اه (قوله ومالك أرض الخ) هى الأرض المملوكة من السكة الغير النافذة فإنه لا يملك بيعها من غير شريكه . قال : ولو باعها لبعض الشركاء هل يجوز فيه نظر ولم أقف على الجواب فيه اه .

قلت . ظاهر قولهم إنه لا يجوز بيع الطريق يقتضى المنع مطلقا حالة الانفراد ، وإنما يجوز بالتبعية فيما إذا باع الدار وطريقها قاله عبد البر بن الشحنة ؛

قلت : الذى تقدم عن شداد جواز البيع ، ثم عدم الجواز إنما هو على ما فى الخانية : وقال مشايخ بلخ بالجواز ط ؛

قلت : قدمنا الكلام على ما فى الخانية فافهم (قوله وإن لم يبين الخ) بيان لقوله أولا وكان الأولى تقديمه على قوله وهبته كما فعل فى الدرر (قوله يقدر بعرض باب الدار العظمى) عزاه فى الدرر إلى النهاية ، ومثله فى الفتح بزيادة قوله وطوله إلى السكة النافذة ثم قال فى الدرر : وعلى التقديرين يكون عينا معلوما فيصح بيعه وهبته اه ؛

قلت : والظاهر أن العظمى صفة لباب وأنها لاكتساب الباب التأنيث بإضافته إلى الدار المؤنثة ، ومعناه أنه لو كان له دار فى داخل دار جاره مثلا وطريق فى دار الجار فباع الطريق وحده ولم يبين قدره كان للمشترى من دار الجار بعرض باب دار البائع ، فلو كان لها بابان الأول أعظم من الثانى كان له بقدر الباب الأعظم ، هذا ما ظهر لى ؛ وفى القهستانى : وطريق الدار عرضه عرض الباب الذى هو مدخلها وطوله منه إلى الشارع اه . وفى الفتح عند قوله : ولو اشترى جارية إلا حملها الخ ، ولو قال بعتك الدار الخارجة على أن تجعل لى طريقا إلى دارى هذه الداخلة فسد البيع ، ولو قال إلا طريقا إلى دارى الداخلة جاز وطريقه بعرض باب الدار الخارجة اه ؛

[فرع] فى الخانية : باع نخلة فى أرض صحراء بطريقها من الأرض ولم يبين موضع الطريق ؛ قال أبو يوسف : يجوز ، وله أن يذهب إلى النخلة من أى النواحى شاء اه فأفاد جواز بيع الطريق تبعا وإن لم يكن له مايقدر به تأمل .

مطلب فى بيع المسيل

(قوله لا بيع مسيل الماء) هذا أيضا يحتمل بيع رقبة المسيل وبيع حق التسييل كما فى الهداية ، ولكن لما قال المصنف بعده لا بيع حق التسييل علم أن مراده هنا بيع رقبة المسيل .

---

(١) (قوله وتمامه فى ط) حيث قال : وهو مباح إذا كان القصد منه تشحيذ الأذهان واستعمال القرائح ، والأصل فيه سؤاله صلى الله عليه وسلم الصحابة رضى الله تعالى عنهم عن الشجرة التى لايسقط ورقها ذكره العلامة عبد البر اه .

(وصح بيع حق المرور تبعا) للأرض (بلا خلاف و) مقصودا (وحده فى رواية) وبه أخذ عامة المشايخ شمنى وفى أخرى لا ، وصححه أبو الليث (وكذا) بيع (الشرب) وظاهر الرواية فساده إلا تبعا خانية وشرح وهبانية ، وسنحققه فى إحياء الموات (لا) يصح (بيع حق التسييل وهبته) سواء كان على الأرض لجهالة محله كما مر أو على السطح

ووجه الفرق بينه وبين بيع رقبة الطريق كما فى الهداية أن الطريق معلوم لأن له طولا وعرضا معلوما كما مر : وأما المسيل فمجهول لأنه لا يدرى قدر مايشغله من الماء اه . قال فى الفتح : ومن هنا عرف أن المراد ما إذا لم يبين مقدار الطريق والمسيل ، أما لو بين حدما يسيل فيه الماء أو باع أرض المسيل من نهر أو غيره من غير اعتبار حق التسييل فهو جائز بعد أن يبين حدوده اه (قوله تبعا للأرض) يحتمل أن يكون المراد تبعا لأرض الطريق ، بأن باع الطريق وحق المرور فيه ، وأن يكون المراد ما إذا كان له حق المرور فى أرض غيره إلى أرضه فباع أرضه مع حق مرورها الذى فى أرض الغير والظاهر أن المراد الثانى لأن الأول ظاهر لا يحتاج إلى التنصيص عليه ، ولقولهم إنه لا يدخل إلا بذكره أو بذكر كل حق لها وهذا خاص بالثانى كما لا يخفى (قوله وبه أخذ عامة المشايخ) قال السائحانى وهو الصحيح ، وعليه الفتوى مضمرات اه . والفرق بينه وبين حق التعلى حيث لا يجوز هو أن حق المرور حق يتعلق برقبة الأرض ، وهى مال هو عين ، فما يتعلق به له حكم العين . أما حق التعلى فتعلق بالهواء وهو ليس بعين مال اه فتح (قوله وفى أخرى لا) قال فى الدرر : وفى رواية الزيادات لا يجوز وصححه الفقيه أبو الليث بأنه حق من الحقوق وبيع الحقوق بانفراده لا يجوز اه وهذه الرواية التى توهم فى الشرنبلالية مخالفتها لقول المصنف والدرر : وصح بيع الطريق ، وقدمنا ما فيه :

مطلب فى بيع الشرب

(قوله وكذا بيع الشرب) أى فإنه يجوز تبعا للأرض بالإجماع ، وحده فى رواية وهو اختيار بلخ لأنه نصيب من الماء درر ، ومحل الاتفاق ما إذا كان شرب تلك الأرض ، فلو شرب غيرها ففيه اختلاف المشايخ كما فى الفتح والنهر (قوله وظاهر الرواية فساده) إلا تبعا ، وهو الصحيح كما فى الفتح ، وظاهر كلامهم أنه باطل . قال فى الخانية : وينبغى أن يكون فاسدا لا باطلا لأن بيعه يجوز فى رواية ، وبه أخذ بعض المشايخ ، وجرت العادة ببيعه فى بعض البلدان فكان حكمه حكم الفاسد يملك بالقبض ، فإذا باعه بعده أى مع أرض له ينبغى أن يجوز ، ويؤيده ما فى الأصل : لو باعه بعبد وقبض العبد وأعتقه جاز عتقه ، ولو لم يكن الشرب محلا للبيع لما جاز عتقه ، كما لو اشترى بميتة أو دم فأعتقه لا يجوز اه . وأما ضمانه بالإتلاف بأن يسقى أرضه بشرب غيره فهو إحدى الروايتين ، والفتوى على عدمه كما فى الذخيرة ، وهو صح كما فى الظهيرية ، وتمامه فى النهر (قوله وسنحققه فى إحياء الموات) حيث قال هو والمصنف هناك : ولا يباع الشرب ، ولا يوهب ، ولا يؤجر ولا يتصدق به لأنه ليس بمال متقوم فى ظاهر الرواية ، وعليه الفتوى ثم نقل عن شرح الوهبانية أن بعضهم جوز بيعه ثم قال : وينفذ الحكم بصحة بيعه اه ط (قوله لا يصح بيع حق التسييل الخ) أى باتفاق المشايخ :

ووجه الفرق بينه وبين حق المرور على رواية جوازه أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق ، أما التسييل ، فإن كان على السطح فهو نظير حق التعلى وبيع حق التعلى لا يجوز باتفاق الروايات ومر وجهه ، وهو ليس حقا متعلقا بما هو مال بل بالهواء وإن كان على الأرض ، وهو أن يسيل الماء عن أرضه كى لا يفسدها فيمره على أرض

لأنه حق التعلى ، وقد مر بطلانه (و) لا (البيع) بثمن مؤجل (إلى النيروز) هو أول يوم من الربيع تحل فيه الشمس برج الحمل وهذا نيروز السلطان، ونيروز المجوس يوم تحل فى الحوت، وعده البرجندى سبعة(١) فإذا لم يبينا فالعقد فاسد ابن كمال (والمهرجان) هو أول يوم من الخريف تحل فيه الشمس برج الميزان (وصوم النصارى) فطرهم (وفطر اليهود) وصومهم فاكتفى بذكر أحدهما سراج (إذا لم يدره المتعاقدان) النيروز وما بعده ، فلو عرفاه جاز (بخلاف فطر النصارى بعد ماشرعوا فى صومهم) للعلم به وهو خمسون يوما(٢)

لغيره فهو مجهول لجهالة محله الذى يأخذه، وتمامه فى الفتح (قوله لأنه حق التعلى) أى نظيره (قوله بثمن مؤجل) أى ثمن دين ، أما تأجيل المبيع والثمن العين فمفسد مطلقا كما سيذكره الشارح (قوله إلى النيروز) أصله نوروز عرب ، وقد تكلم به عمر رضى الله تعالى عنه فقال : كل يوم لنا نوروز ، حين كان الكفار يبتهجون به فتح (قوله فى الحوت) الذى فى الحموى عن البرجندى الجدى ط .

قلت : وهذا أول فصل الشتاء ، وماذكره الشارح مذكور فى القهستانى (قوله فإذا لم يبينا الخ) أى إذا لم يبين العاقدان واحدا من السبعة فسد ، أما إذا بيناه اعتبر معرفة وقته فإن عرف صح وإلا فسد وهو ما ذكره المصنف (قوله والمهرجان) بكسر الميم وسكون الهاء ط عن المفتاح . وفى القهستانى أنه نوعان (٣) عامة ، وهو أول يوم من الخريف أعنى اليوم السادس عشر من مهر ماه ، وخاصة ، وهو اليوم السادس والعشرون منه (قوله فاكتفى بذكر أحدهما) ولكن إنما عبر المصنف بذلك كغيره لما قاله فى السراج(٤) أيضا إن صوم النصارى غير معلوم وفطرهم معلوم ، واليهود بعكسه اه .

والحاصل أن المدار على العلم وعدمه كما أفاده المصنف بقوله إذا لم يدر المتعاقدان (قوله فلو عرفاه جاز) أى عرفه كل منهما ، فلو عرفه أحدهما فلا أفاده الرملى (قوله للعلم به) قال فى الهداية لأن مدة صومهم بالأيام ، فهى معلومة فلا جهالة فلا اه . ومفاده أن صوم اليهود ليس كذلك . قال فى الفتح : والحاصل أن المفسد الجهالة ، فإذا انتفت بالعلم بخصوص هذه الأوقات جاز (قوله وهو خمسون يوما) كذا فى الدرر عن التمرتاشى . وفى الفتح والنهر خمسة وخمسون يوما : وفى القهستانى : صوم النصارى سبعة وثلاثون يوما مدة ثمانية وأربعين يوما ، فإن ابتداء

---

(١) (قول الشارح سبعة) ذكر الحموى عنه خمسة: منها المتقدمان . ومنها النيروز الخوارزمى ، وهو أول يوم تكون الشمس فى نصف نهاره فى الدرجة الثامنة من الحمل . ونيروز العامة ، وهو أول يوم فرورد شاه القديم . ونيروز الخاصة ، وهو اليوم السادس منه اه ط

(٢) (قول الشارح وهو خمسون يوما) قال ط : هذا هو الموافق لما ذكره بعضهم من أن رمضان كتب على عيسى فغير فرقة من قومه ذلك ، لأنه كان قد يقع فى الحر أو البرد الشديد وكان يشق عليهم فى أسفارهم ويضرهم فى معايشهم فاجتمع علماؤهم ورؤساؤهم على أن يجعلوا صومهم فى فصل من السنة بين الشتاء والصيف فجعلوه فى الربيع وزادوا عليه عشرة أيام كفارة لما صنعوا فصار أربعين يوما ، ثم إن ملكهم شكا مرضا نزل بفمه فجعل لله عليه إن هو برئ من وجعه أن يزيد فى صومهم أسبوعا فبرئ فزاد أسبوعا ، ثم مات ذلك الملك ووليهم ملك آخر فقال أتموه خمسين يوما . وقيل إنه أصابهم موت : أى موت كثير فقالوا زيدوا فى صومكم فزادوا عشرا قبل وعشرا بعد ، واختار هذا القول النحاس اه ط .

(٣) (قوله نوعان) فهو مجهول فيفسد . وفى ط : النيروز فى مصر زمن معلوم عندهم منفرد ليس بمتعدد ، فيصح التأجيل إليه على مايظهر اه .

(٤) (قوله لما قاله فى السراج الخ) هكذا ذكره فى السراج أولا بقيل جوابا عن مصنفه ثم رده . وأجاب بما نقله الشارح عنه . وعبارته : فإن قيل لم خص صوم النصارى بالذكر دون فطرهم وفطر اليهود دون صومهم ؟ قيل لأن صوم النصارى إلى آخر ماذكره المحشى ، ثم رده بأنه لو أجل إلى صوم اليهود يكون الحكم كذلك لايتفاوت صومهم وفطرهم ، ثم أجاب بما ذكره الشارح .

إذا علمت ذلك تعلم أن صنيع المحشى غير مرضى حيث جعل أحد الجوابين استدراكا على الآخر خصوصا والمستدرك به ضعيف كما علمت اه .

(و) لا (إلى قدوم الحاج والحصاد) للزرع (والدياس) للحب (والقطاف) للعنب لأنها تتقدم وتتأخر ؛ (ولو باع مطلقا عنها) أى عن هذه الآجال (ثم أجل الثمن) الدين ، أما تأجيل المبيع أو الثمن العينى فمفسد ولو إلى معلوم شمنى (إليها صح) التأجيل (كما لو كفل إلى هذه الأوقات) لأن الجهالة اليسيرة متحملة فى الدين والكفالة لا الفاحشة (أو أسقط) المشترى (الأجل) فى الصور المذكورة (قبل حلوله) وقبل فسخه (و) قبل (الافتراق) حتى لو تفرقا قبل الإسقاط تأكد الفساد ولا ينقلب جائزا اتفاقا : ابن كمال وابن ملك : كجهالة فاحشة

صومهم يوم الاثنين الذى يكون قريبا من اجتماع النيرين الواقع ثانى شباط من أذار ، ولا يصومون يوم الأحد ولا يوم السبت إلا يوم السبت الثامن والأربعين ، ويكون فطرهم يعنى يوم عيدهم يوم الأحد بعد ذلك (قوله والحصاد) بفتح الحاء وكسرها ومثله القطاف والدياس فتح (قوله والدياس) هو دوس الحب بالقدم لينقشر ، وأصله الدواس بالواو لأنه من الدوس قلبت ياء للكسرة قبلها فتح (قوله لأنها) أى المذكورات من قوله إلى قدوم وما بعده (قوله ولو باع الخ) أفاد أن ما ذكر من الفساد بهذه الآجال إنما هو إذا ذكرت فى أصل العقد، بخلاف ما إذا ذكرت بعده كما لو ألحقا بعد العقد شرطا فاسدا ، ويأتى تصحيح أنه لا يلتحق (قوله شمنى) ومثله فى الفتح (قوله صح التأجيل) كذا جزم به فى الهداية والملتقى وغيرهما ، وقدمنا تمام الكلام عليه أول البيوع عند قوله وصح بثمن حال ومؤجل إلى معلوم فراجعه (قوله متحملة فى الدين) راجع إلى قوله ولو باع مطلقا الخ ، يعنى أن التأجيل بعد صحة العقد تأجيل دين من الديون فتتحمل فيه الجهالة اليسيرة بخلافه فى صلب العقد، لأن قبول هذه الآجال شرط فاسد والعقد يفسد به أفاده فى الفتح (قوله والكفالة) فإنها تتحمل جهالة الأصل كالكفالة بما ذاب لك على فلان والذوب غير معلوم الوجود فتحمل جهالة الوصف وهو الأجل بالأولى ، وتمامه فى الفتح (قوله لا الفاحشة) كإلى هبوب الريح ونحوه كما يأتى . قال فى النهر : وهذا يشير إلى أن اليسيرة ما كانت فى التقدم والتأخر ، والفاحشة ما كانت فى الوجود كهبوب الريح كذا فى العناية اهـ ؛

[تنبيه] فى الزاهدى : باعه بثمن نصفه نقد ونصفه إذا رجع مع بلد كذا فهو فاسد (قوله أو أسقط المشترى الأجل) وجه الصحة أن الفساد كان للتنازع وقد ارتفع قبل تقرره ، وأفاد أن من له الحق يستبد بإسقاطه لأنه خالص حقه . وأما قول القدورى تراضيا على إسقاطه فهو قيد اتفاقى كما فى الهداية (قوله قبل حلوله) قيد به لأنه لو أسقطه بعد حلوله لا ينقلب جائزا منح : أى لو قال أبطلت التأجيل الذى شرطته فى العقد لا يبطل ويبقى الفساد لتقرره بمضى الأجل وليس المراد إسقاط الأجل الماضى فافهم (قوله وقبل فسخه)أى فسخ العقد : أما لو فسخه للفساد ثم أسقط الأجل لا يعود العقد صحيحا لارتفاعه بالفسخ (قوله وقبل الافتراق)هذا فى الأجل المجهول جهالة متفاحشة كما يأتى فلا محل لذكره هنا ، ولذا اعترضه الرملى بأن إطباق المتون على عدم ذكره صريح فى عدم اشتراطه ، وقول الزيلعى : لو أسقط المشترى الأجل قبل أخذ الناس فى الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع صريح بانقلابه جائزا ولو بعد أيام ، ولو شرطنا قبل الافتراق لما صح قوله قبل أخذ الناس الخ ، وإذا تتبعت كلامهم جميعا وجدته كذلك اهـ ملخصا (قوله ابن كمال وابن ملك) أقول : عزاه ابن كمال إلى شرح الطحاوى ، وعزاه ابن ملك إلى الحقائق عن شرح الطحاوى وهو غير صحيح ، فإن الذى رأيته فى الحقائق وهو شرح المنظومة النسفية فى باب ما اختص به زفر هكذا : اعلم أن البيع بأجل مجهول لا يجوز إجماعا سواء كانت الجهالة متقاربة كالحصاد والدياس مثلا أو متفاوتة كهبوب الريح وقدوم واحد من سفره ، فإن أبطل المشترى الأجل المجهول المتقارب قبل محله وقبل فسخ العقد بالفساد انقلب البيع جائزا عندنا ، وعند زفر لا ينقلب ، ولو مضت المدة قبل

كهبوب الريح ومجيء مطر فلا ينقلب جائزا وإن أبطل الأجل عيني (أو أمر المسلم ببيع خمر أو خنزير أو شرائهما) أي وكل المسلم (ذميا أو) أمر (المحرم غيره) أي غير المحرم (ببيع صيده) يعني صح ذلك عند الإمام مع أشد كراهة كما صح مامر ، لأن العاقد يتصرف بأهليته وانتقال الملك إلى الآمر أمر حكمي . وقالا : لا يصح ، وهو الأظهر شرنبلالية عن البرهان

إبطال الأجل تأكد الفساد ولا ينقلب جائزا إجماعا ، وإن أبطل المشترى الأجل المجهول المتفاوت قبل التفرق ونقد الثمن انقلب جائزا عندنا . وعند زفر لا ينقلب جائزا ، ولو تفرقا قبل الإبطال تأكد الفساد ولا ينقلب جائزا إجماعا من شرح الطحاوي في أول السلم :

قلت : ذكر أبو حنيفة الأجل المجهول مطلقا ، وقد بينت أن إسقاط كل واحد مؤقت بوقت على حدة اه ما في الحقائق ، وقدمنا مثله أول البيوع عن البحر عن السراج ، ورأيته منقولا أيضا عن البدائع :

وحاصله أن اعتبار إبطال الأجل قبل التفرق إنما هو في الأجل المجهول المتفاوت : أي المجهول جهالة متفاحشة لا في المجهول المتقارب فإنهم لم يذكروه فيه . والظاهر أن ابن كمال تابع ابن ملك وأن نسخة الحقائق التي نقل منها ابن ملك فيها سقط وتبعه أيضا المصنف والشارح ، وهذا من جملة المواضع التي لم أر من نبه عليها ، ولله تعالى الحمد :

[تنبيه] قول الحقائق : الثمن غير شرط في المجلس لما في التاسع والثلاثين من جامع الفصولين : أبطل المشترى الأجل الفاسد ونقد الثمن في المجلس أو بعده جاز البيع عندنا استحسانا . وقال زفر والشافعي : لم يجز ، وتمامه فيه (قوله فلا ينقلب جائزا وإن أبطل الأجل) هذا يوهم أن المراد وإن أبطل الأجل قبل الافتراق وليس كذلك ، لما علمت من صريح النقول أنه ينقلب جائزا ، ولأن العيني لم يذكر قوله قبل الافتراق ، فتعين أن المراد إن أبطله قبل حلوله (قوله أو أمر المسلم الخ) عطف على كفل من قوله كما لو كفل ط (قوله ببيع خمر أو خنزير) أي مملوكين له بأن أسلم عليهما ومات قبل أن يزيلهما وله وارث مسلم فيرثهما فتح (قوله يعني صح ذلك) أي التوكيل وبيع الوكيل وشراؤه بحر (قوله مع أشد كراهة) أي مع كراهة التحريم ، فيجب عليه أن يخلل الخمر أو يريقها ويسيب الخنزير ، ولو وكله ببيعهما يجب عليه أن يتصدق بثمنهما نهر وغيره ، وانظر لم يقولوا ويقتل الخنزير مع أن تسييب السوائب لا يحل (قوله كما صح مامر) وهو المعطوف عليه منح أي الكفالة وإسقاط الأجل : وأفاد بهذا أن قوله أو أمر معطوف على قوله كفل لئلا يتوهم عطفه على مالا يصح وهو البيع إلى النيروز (قوله لأن العاقد الخ) أي أن الوكيل في البيع يتصرف بأهلية نفسه لنفسه ، حتى لا يلزمه أن يضيف العقد إلى الموكل وترجع حقوق العقد إليه وهو أهل لبيع الخمر وشرائها شرعا فلا مانع شرعا من توكله فتح (قوله أمر حكمي) أي بحكم الشرع بانتقال ما ثبت للوكيل من الملك إليه فيثبت له كثبوت الملك الجبري له بموت مورثه (قوله وقالا لا يصح) أي يبطل كما في البرهان (قوله وهو الأظهر) لعل وجهه ما قاله في الفتح من أن حكم هذه الوكالة في البيع أن لا ينتفع بالثمن ، وفي الشراء أن يسيب الخنزير ويخلل الخمر أو يريقها فبقي تصرفا بلا فائدة فلا يشرع مع كونه مكروها تحريما فأي فائدة في الصحة ؟ وأجاب في النهر بأنا لا نسلم عدم المشروعية ، لأن عدم طيب الثمن لا يستلزم عدم الصحة كما في شعر الخنزير إذا لم يوجد مباح الأصل جاز بيعه وإن لم يطب ثمنه ؛ وأما في الشراء فله فائدة في الجملة وهي تخليل الخمر اه وتأمل ذلك مع ما قدمناه عند قوله وشعر الخنزير الخ :

(و) لا (بيع بشرط) عطف على إلى النيروز يعنى الأصل الجامع فى فساد العقد بسبب شرط

مطلب فى البيع بشرط فاسد

(قوله ولا بيع بشرط) شروع فى الفساد الواقع فى العقد بسبب الشرط لنهيه صلى الله عليه وسلم(١) عن بيع وشرط ، لكن ليس كل شرط يفسد البيع نهر . وأشار بقوله بشرط إلى أنه لا بد من كونه مقارنا للعقد ، لأن الشرط الفاسد لو التحق بعد العقد ، قيل يلتحق عند أبى حنيفة ، وقيل لا وهو الأصح كما فى جامع الفصولين فى ٣٩ لكن فى الأصل أنه يلتحق عند أبى حنيفة وإن كان الإلحاق بعد الافتراق عن المجلس ، وتمامه فى البحر :

قلت : هذه الرواية الأخرى عن أبى حنيفة وقد علمت تصحيح مقابلها ، وهى قولهما ويؤيده ماقدمه المصنف تبعا للهداية وغيرها ، من أنه لو باع مطلقا عن هذه الآجال ثم أجل الثمن إليها صح فإنه فى حكم الشرط الفاسد كما أشرنا إليه هناك ثم ذكر فى البحر أنه لو أخرجه مخرج الوعد لم يفسد : وصورته كما فى الولوالجية قال اشتر حتى أبنى الحوائط اه . قال فى النهر بعد ماذكر عبارة جامع الفصولين : وبهذا ظهر خطأ بعض حنفية العصر ، إذ أفتى فى رجل باع لآخر قصب سكر قدرا معينا وأشهد على نفسه بأنه يسقيه ويقوم عليه بأن البيع فاسد لأنه شرط تركه على الأرض ، نعم الشرط غير لازم اه :

قلت : وفى جامع الفصولين أيضا : لو ذكرا البيع بلا شرط ثم ذكرا الشرط على وجه العقد جاز البيع ولزم الوفاء بالوعد ، إذ المواعيد قد تكون لازمة فيجعل لازما لحاجة الناس تبايعا بلا ذكر شرط الوفاء ثم شرطاه يكون بيع الوفاء ، إذ الشرط اللاحق يلتحق بأصل العقد عند أبى حنيفة ثم رمز أنه يلتحق عنده لاعندهما ، وأن الصحيح أنه لايشترط لالتحاقه مجلس العقد اه وبه أفتى فى الخيرية وقال : فقد صرح علماؤنا بأنهما لو ذكرا البيع بلا شرط ثم ذكرا الشرط على وجه العدة جاز البيع ولزم الوفاء بالوعد اه .

قلت : فهذا أيضا مبنى على خلاف ما مر تصحيحه ، والظاهر أنهما قولان مصححان .

مطلب فى الشرط الفاسد إذا ذكر بعد العقد أو قبله

[تنبيه] فى جامع الفصولين أيضا : لو شرط شرطا فاسدا قبل العقد ثم عقدا لم يبطل العقد اه :

قلت : وينبغى الفساد لو اتفقا على بناء العقد عليه كما صرحوا به فى بيع الهزل كما سيأتى آخر البيوع : وقد سئل الخير الرملى عن رجلين تواضعا على بيع الوفاء قبل عقده وعقد البيع خاليا عن الشرط : فأجاب بأنه صرح فى الخلاصة والفيض والتتارخانية وغيرها بأنه يكون على ماتواضعا (قوله عطف على إلى النيروز) كذا فى الدرر ، لكن هذا ظاهر لو كان لفظة بيع ليست من المتن كعبارة الدرر . أما على كونها من المتن فالعطف على البيع فى قوله والبيع إلى النيروز (قوله الأصل الجامع) مبتدأ ، وقوله بسبب شرط خبره اه ح والجملة فى محل نصب بيعنى ، ويحتمل نصب الأصل على أنه مفعول يعنى : أى يعنى المصنف الأصل الجامع فى فساد العقد الخ ط .

---

(١) (قوله لنهيه صلى الله عليه وسلم) قال فى الدرر : وإنما فسد البيع بهذا الشرط لأنهما إذا قصدا المقابلة بين المبيع والشرط فقد خلا الشرط عن العوض وقد وجب البيع بالشرط فيه فكان شرطا مستحقا بعقد معاوضة خالية عن العوض فيكون ربا ، وكل عقد بشرط الربا يكون فاسدا اه ط .

(لايقتضيه العقد ولا يلائمه وفيه نفع لأحدهما أو) فيه نفع (لمبيع) هو (من أهل الاستحقاق) للنفع بأن يكون آدميا ، فلو لم يكن كشرط أن لايركب الدابة المبيعة لم يكن مفسدا كما سيجىء (ولم يجر العرف به و) لم (يرد الشرع بجوازه) أما لو جرى العرف به كبيع نعل مع شرط تشريكه أو ورد الشرع به (١) كخيار شرط فلا فساد (كشرط أن يقطعه) البائع (ويخيطه قباء) مثال لما لايقتضيه العقد وفيه نفع للمشترى (أو يستخدمه) مثال لما فيه نفع للبائع ، وإنما قال (شهرا)

قلت : وفى كل من التوجيهين خفاء وكان الأوضح أن يزيد الشارح لفظة «ما» قبل قوله لايقتضيه فتكون هى الخبر ، لأن الظاهر أن قوله بسبب متعلق بفساد وهذا ينافى كونه خبرا عن الأصل ولأن مراده أن يصير قوله لا يقتضيه العقد الخ أصلا وضابطا ولا يتم ذلك إلا بما قلنا ، نعم يحتمل كون الخبر بيع بشرط دل عليه ماقبله ، ولا يصح كون ما قبله هو الخبر لاقترانه بالواو العاطفة (قوله لا يقتضيه العقد ولا يلائمه) قال فى البحر : معنى كون الشرط يقتضيه العقد أن يجب بالعقد من غير شرط ، ومعنى كونه ملائما أن يؤكد موجب العقد ، وكذا فى الذخيرة . وفى السراج الوهاج : أن يكون راجعا إلى صفة الثمن أو المبيع كاشتراط الخبز والطبخ والكتابة اه ما فى البحر (قوله وفيه نفع لأحدهما) الأولى قول الزيلعى وفيه نفع لأهل الاستحقاق ، فإنه أشمل وأخصر لشموله ما فيه نفع لأجنبى ، فيوافق قوله الآتى ولا نفع فيه لأحد ولا ستغنائه عن قوله أو لمبيع .

[تنبيه] المراد بالنفع ما شرط من أحد العاقدين على الآخر ، فلو على أجنبى لايفسد ويبطل الشرط ، لما فى الفتح عن الولوالجية : بعتك الدار بألف على أن يقرضنى فلان الأجنبى عشرة دراهم فقبل المشترى لا يفسد البيع لأنه لا يلزم الأجنبى ولا خيار للبائع اه ملخصا .

وفى البحر عن الملتقى قال محمد : كل شيء يشترطه المشترى على البائع يفسد به البيع ، فإذا شرطه على أجنبى فهو باطل ؛ كما إذا اشترى دابة على أن يهبه فلان لأجنبى كذا ، وكل شيء يشترطه على البائع لا يفسد به البيع ، فإذا شرطه على أجنبى فهو جائز وهو بالخيار ، كما إذا اشترى على أن يحط عنه فلان الأجنبى كذا جاز البيع ، فإن شاء أخذه بجميع الثمن أو ترك اه (قوله من أهل الاستحقاق) أى ممن يستحق حقا على الغير وهو الآدمى بحر (قوله فلو لم يكن الخ) صرح بمحترز هذا القيد والذى بعده وإن كان يأتى لزيادة البيان (قوله كشرط أن يقطعه) أى يقطع المبيع من حيث هو الصادق على الثواب أو العبد أو غيرهما وبهذا ساغ عود الضمير عليه فى قوله أو يعتقه الخ (قوله مثال لما لا يقتضيه العقد) أى ولا يلائمه ، ولم يذكر مثال ما يقتضيه العقد ولا يلائمه : قال فى البحر : وخرج عن الملائم للعقد مالو اشترى أمة بشرط أن يطأها أو لا يطأها فالبيع فاسد لأن الملائم للعقد الإطلاق ، وعن أبي يوسف : يجوز فى الأول لأنه ملائم : وعند محمد يجوز فيهما ، لأن الثانى إن لم يقتضه العقد لا نفع فيه لأحد فهو شرط لا طالب له اه (قوله وفيه نفع للمشترى) ومنه مالو شرط على البائع طحن الحنطة أو قطع الثمرة وكذا ما إشتراه على أن يدفعه البائع إليه قبل دفع الثمن ، أو على أن يدفع الثمن فى بلد آخر ، أو على أن يهب البائع منه كذا ، بخلاف على أن يحط من ثمنه كذا لأن الحط ملحق بما قبل العقد ويكون البيع بما وراء المحطوط بحر (قوله مثال لما فيه نفع للبائع) ومنه ما لو شرط البائع أن يهبه المشترى شيئا أو يقرضه أو يسكن الدار شهرا أو أن يدفع المشترى الثمن إلى غريم البائع ، لسقوط مؤنة القضاء عنه ولأن الناس يتفاوتون فى الاستيفاء ، فمنهم من يسامح

---

(١) (قول الشارح أو ورد الشرع به) فإنه لما ورد به الشرع دل على أنه من باب المصلحة دون المفسدة ، وهذا جواب الاستحسان والقياس أن يفسد لكونه شرطا مخالفا لمقتضى العقد وهو ثبوت الملك حالا فى العوضين منح اه ط .

لمامر أن الخيار إذا كان ثلاثة أيام جاز أن يشترط فيه الاستخدام درر (أو يعتقه) فإن أعتقه صح إن بعد قبضه ولزم الثمن عنده وإلا لا ، شرح مجمع (أو يدبره أو يكاتبه أو يستولدها أو لايخرج القن عن ملكه) مثال لما فيه نفع لمبيع يستحقه الثمن ثم فرع على الأصل بقوله (فيصح) البيع (بشرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشترى) وشرط حبس المبيع لاستيفاء الثمن (أولا يقتضيه ولا نفع فيه لأحد) ولو أجنبيا ابن ملك ، فلو شرط أن يسكنها فلان أو أن يقرضه البائع أو المشترى كذا فالأظهر الفساد ذكره أخى زاده

ومنهم من يماكس ، أو على أن يضمن المشترى عنه ألفا لغريمه بحر (قوله لما مر الخ) قال فى العزمية على الدرر : لم يسبق منه شيء مثل هذا فى باب خيار الرؤية ولا فى غيره ، ولو سلم فلا مساس له بمسألتنا (قوله أو يعتقه) الضمير المستتر فيه وفيما بعده عائد على المشترى (قوله فإن أعتقه صح) أى انقلب جائزا عنده خلافا لهما حتى يجب على المشترى الثمن وعندهما القيمة ، بخلاف التدبير ونحوه لأن شرط العتق بعد وجوده يصير ملائما للعقد لأنه منه للملك والفاسد لاتقرر له فيكون صحيحا ، ولا كذلك التدبير ونحوه لجواز أن يحكم قاض بصحة بيعه فيتقرر الفساد . وأجمعوا على أنه لو أعتقه قبل القبض لايعتق إلا إذا أمره البائع(١) بالعتق ، لأنه صار قبض المشترى سابقا عليه ، لأن البائع سلطه عليه وعلى أنه لو هلك فى يد المشترى قبل العتق أو باعه أو وهبه يلزمه القيمة نهر ملخصا (قوله مثال لما فيه نفع لمبيع يستحقه) لأن العبد آدمى والآدمى من أهل الاستحقاق ، ومنه اشتراط أن لا يبيعه أو لا يهبه لأن المملوك يسره أن لا تتداوله الأيدى وكذا بشرط أن لا يخرجه من مكة . وفى الخلاصة : اشترى عبدا على أن يبيعه جاز ، وعلى أن يبيعه من فلان لا يجوز لأن له طالبا . وفى البزازية : اشترى عبدا على أن يطعمه لم يفسد ، وعلى أن يطعمه خبيصا فسد اه بحر . ونقل فى الفتح أيضا عبارة الخلاصة وأقرها . والظاهر أن وجهها كون بيع العبد ليس فيه نفع له ؛ فإذا شرط بيعه من فلان صار فيه نفع لفلان وهو من أهل الاستحقاق فيفسد . ووجه ما فى البزازية أن إطعام العبد من مقتضيات العقد ، بخلاف إطعامه نوعا خاصا كالخبيص (قوله ثم فرّع على الأصل) أى ذكر فروعا مبنية عليه ، وتقدم فى آخر باب خيار الشرط أن البيع لا يفسد بالشرط فى اثنين وثلاثين موضعا فراجعها (قوله يقتضيه العقد) أى يجب به بلا شرط (قوله ولانفع فيه لأحد) أى من أهل الاستحقاق للنفع ، وإلا فالدابة تنتفع ببعض الشروط ، وشمل مافيه مضرة لأحدهما . قال فى النهر : كأن كان ثوبا على أن يخرقه أو جارية على أن لايطأها أو دارا على أن يهدمها ؛ فعند محمد البيع جائز والشرط باطل . وقال أبو يوسف : البيع فاسد ، كذا فى الجوهرة ومثل فى البحر لما فيه مضرة بما إذا اشترى ثوبا على أن لايبيعه ولايهبه ، والبيع فى مثله جائز عندهما خلافا لأبى يوسف اه .

قلت : فإطلاق المصنف مبنى على قولهما ، وشمل أيضا مالا مضرة فيه ولا منفعة . قال فى البحر : كأن اشترى طعاما بشرط أكله أو ثوبا بشرط لبسه فإنه يجوز اه تأمل (قوله ولو أجنبيا) تعميم لقوله لأحد ، وبه صرح الزيلعى أيضا (قوله فلو شرط الخ) تفريع على مفهوم التعميم المذكور ، فإن مفهومه أنه لو كان فيه نفع لأجنبى يفسد البيع ، كما لو كان لأحد المتعاقدين (قوله أو أن يقرضه) أى أن يقرض فلانا أحد العاقدين كذا ، بأن شرط المشترى على البائع أن يقرض زيدا الأجنبى كذا من الدراهم أو شرط البائع على المشترى ذلك (قوله فالأظهر الفساد) وبه جزم فى الفتح بقوله : وكذا إذا كانت المنفعة لغير العاقدين ، ومنه إذا باع ساحة على أن يبنى بها

---

(٢) (قوله إلا إذا أمره البائع) الصواب حذف الضمير ، لأن عبارة البحر فيها التصريح بأن الأمر بالعتق المشترى لا البائع . وعبارته : وأجمعوا أنه لو أعتقه قبل القبض لايعتق . وأفاد فى الظهيرية أن المشترى لو أمر البائع بالعتق قبل القبض فأعتق جاز فقد ملك المأمور مالا يملك الآمر ، وإنما كان كذلك لأنه لما أمره بالعتق فقد طلب منه تسليطه على القبض فإذا أعتق بأمره صار قبض المشترى سابقا عليه لأن البائع سلطه عليه اه .

وظاهر البحر ترجيح الصحة (كشرط أن لايبيع) عبر ابن الكمال بيركب (الدابة المبيعة) فإنها ليست بأهل للنفع (أو لايقتضيه لكن) يلائمه كشرط رهن معلوم وكفيل حاضر ابن ملك، أو (جرى العرف به كبيع نعل) أى صرم سماه باسم مايئول عينى (على أن يحذوه) البائع (ويشركه) أى يضع عليه الشراك وهو السير ومثله تسمير القبقاب

مسجدا أو طعاما على أن يتصدق به فهو فاسد اه . ومفاده أنه لايلزم أن يكون الأجنبى معينا، وتأمله مع ماقدمناه آنفا عن الخلاصة ، إلا أن يجاب بأن المسجد والصدقة يراد بهما التقرب إلى الله تعالى وحده وإن كانت المنفعة فيهما لعباده ، فصار المشروط له معينا بهذا الاعتبار تأمل (قوله وظاهر البحر ترجيح الصحة) حيث قال : وخرج أيضا ماإذا شرط منفعة لأجنبى كأن يقرض البائع أجنبيا فالبيع صحيح كما فى الذخيرة عن الصدر الشهيد ؛ وفيها : وذكر القدورى أنه يفسد كأن يقول اشتريت منك هذا على أن تقرضنى أو تقرض فلانا اه . وفى القهستانى عن الاختيار جواز البيع وبطلان الشرط . وفى المنح : واختار صاحب الوقاية تبعا لصاحب الهداية عدم الفساد اه ؛ وبه جزم فى الخانية ؛

قلت : لكن قد علمت أن مانقله الشارح عن ابن ملك من التعميم للأجنبى صرح به الزيلعى ، وبه جزم فى الفتح وكذا فى الخلاصة كما قدمناه آنفا :

والحاصل أنهما قولان فى المذهب (قوله عبر ابن الكمال بيركب الدابة) وهو أحسن ، لأن المراد بقوله ولا نفع فيه لأحد أى من أهل الاستحقاق ، فالتقييد بأهل الاستحقاق للاحتراز عما فيه نفع لغيرهم كالدابة فى بيعها بشرط أن لا يركبها فإنه غير مفسد لأنها ليست بأهل لاستحقاق النفع . وأما اشتراط أن لايبيعها فإنه ليس فيه نفع لها عادة ولا لغيرها ، وذلك ليس محل التوهم ليحترز عنه ، بخلاف مافيه نفعها (قوله لكن يلائمه) عبر بدله فى الفتح بما يتضمن التوثق بالثمن ، وهو قريب مما قدمناه عن الذخيرة من تفسير الملائم بما يؤكد موجب العقد فإن الثمن من موجبات العقد (قوله كشرط رهن معلوم) أى بالإشارة أو التسمية ، فلو لم يكن معلوما بذلك لم يجز إلا إذا تراضيا على تعيينه فى المجلس ودفعه إليه قبل أن يتفرقا أو يعجل الثمن ويبطلان الرهن ، وإذا كان مسمى فامتنع عن تسليمه لم يجبر ، وإنما يؤمر بدفع الثمن ، فإن لم يدفعهما خير البائع فى الفسخ بحر (قوله وكفيل حاضر) أى وقبل الكفالة ، وكذا لو غائبا فحضر وقبلها قبل التفرق ، فلو بعده أو كان حاضرا فلم يقبل لم يجز ، واشتراط الحوالة كالكفالة بحر :

قلت : فى الخانية : ولو باع على أن يحيل البائع رجلا بالثمن على المشترى فسد البيع قياسا واستحسانا ؛ ولو باع على أن يحيل المشترى البائع على غيره بالثمن فسد قياسا وجاز استحسانا اه (قوله أى صرم) بفتح الصاد المهملة : وهو الأديم أى الجلد (قوله سماه باسم مايئول) أى كتسمية العصير خمرا ، وذلك أن قوله على أن يحذوه : أى يقطعه لايناسب النعل ، وإنما يناسب الجلد فإنه يقطع ثم يصير نعلا : وجوّز فى الفتح أن يكون حقيقة : أى اشترى نعل رجل واحدة على أن يحذوها : أى يجعل معها مثالا آخر ليتم نعلا الرجلين ، ومنه : حذوت النعل بالنعل قدرته بمثال قطعته . قال : ويدل عليه قوله أو يشركه فجعله مقابلا لقوله نعلا ، ولا معنى لأن يشترى أديما على أن يجعل له شراكا فلا بد أن يراد حقيقة النعل اه ؛ وأجاب فى النهر بأنه يجوز أن يراد بالنعل الصرم ، وضمير يشركه للنعل بالمعنى الحقيقى على طريق الاستخدام اه :

قلت : إرادة الحقيقة أظهر فى عبارة الهداية حيث قال على أن يحذوها أو يشركها بضمير التأنيث لأن النعل مؤنثة ، أما على عبارة المصنف كالكنز من تذكير الضمير فالأظهر إرادة المجاز وهو الجلد (قوله ومثله تسمير القبقاب)

(استحسانا) للتعامل بلا نكير ، هذا إذا علقه بكلمة على ، وإن بكلمة إن بطل البيع إلا فى بعت إن رضى فلان ، ووقته كخيار الشرط أشباه من الشرط والتعليق ، وبحر من مسائل شتى :

(وإذا قبض المشترى المبيع برضا) عبر ابن الكمال بإذن (بائعه صريحا أو دلالة)

أصله للمحقق ابن الهمام حيث قال : ومثله فى ديارنا شراء القبقاب على أنه يستمر له سيرا (قوله استحسانا للتعامل) أى يصح البيع ويلزم للشرط استحسانا للتعامل : والقياس فساده لأن فيه نفعا لأحدهما وصار كصبغ الثوب ، مقتضى القياس منعه لأنه إجارة عقدت على استهلاك عين الصبغ مع المنفعة ولكن جوّز للتعامل ومثله إجارة الظئر ، وللتعامل جوّزنا الاستصناع مع أنه بيع المعدوم ، ومن أنواعه شراء الصوف المنسوج على أن يجعله البائع قلنسوة أو قلنسوة بشرط أن يجعل البائع لها بطانة من عنده ، وتمامه فى الفتح . وفى البزازية : اشترى ثوبا أو خفا خلقا على أن يرقعه البائع ويسلمه صح اه . ومثله فى الخانية : قال فى النهر : بخلاف خياطة الثوب لعدم التعارف اه : قال فى المنح : فإن قلت : نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط فيلزم أن يكون العرف قاضيا على الحديث .

قلت : ليس بقاض عليه ، بل على القياس ، لأن الحديث معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة ، والعرف ينفى النزاع فكان موافقا لمعنى الحديث ، فلم يبق من الموانع إلا القياس والعرف قاض عليه اه ملخصا :

قلت : وتدل عبارة البزازية والخانية ، وكذا مسألة القبقاب على اعتبار العرف الحادث ، ومقتضى هذا أنه لو حدث عرف فى شرط غير الشرط فى النعل والثوب والقبقاب أن يكون معتبرا إذا لم يؤد إلى المنازعة ، وانظر ما حررناه فى رسالتنا المسماة نشر العرف فى بناء بعض الأحكام على العرف التى شرحت بها قولى :

والعرف فى الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار

(قوله وهذا) أى التفصيل السابق (قوله إنما هو إذا (١) علقه بكلمة على) والظاهر من كلامهم أن قوله بشرط كذا بمنزلة على نهر .

قلت : يؤيده ما فى القهستانى حيث قيد الشرط بكون حرفه الباء وعلى دون إن اه . قال فى النهر : ولا بد أن لا يقولها بالواو ، حتى لو قال بعتك بكذا وعلى أن تقرضنى كذا فالبيع جائز ولا يكون شرطا ، وأن يكون الشرط فى صلب العقد الخ ، وقدمنا الكلام على الأخير (قوله بطل البيع) ظاهره ولو كان مضرا لا نفع فيه لأحد ، وبه صرح القهستانى (قوله ووقته) بصيغة الماضى من التوقيت ط (قوله كخيار الشرط) أى كتوقيت خيار الشرط وهو ثلاثة أيام وهذا منه ، فإن خيار الشرط يصح لغير الله قدين (قوله وبحر من مسائل شتى) أى متفرقة جمع شتيت ، والمسألة مذكورة فى البحر فى هذا الباب أيضا ، وكذا فى النهر والقهستانى (قوله وإذا قبض المشترى المبيع الخ) شروع فى بيان أحكام البيع الفاسد ، وشمل قبض وكيله والقبض الحكمى ، لما قدمناه من أن أمر البائع بالعتق قبله صحيح لاستلزامه القبض ، وهل التخلية قبض هنا؟ صحح فى المجتبى والعمادية عدمه ، وصحح فى الخانية أنها قبض ، واختاره فى الخلاصة من البحر والنهر ، وطحن البائع الحنطة بأمر المشترى كالعتق كما سيذكره الشارح ويأتى تمامه (قوله عبر ابن الكمال بإذن) أى ليعم بيع المكره إذ هو فاسد ولا رضا فيه كما حررناه أول البيوع

---

(١) (قوله إنما هو إذا الخ) كذا بالأصل المقابل على خط المؤلف ، وكأن نسخة الشارح التى وقعت له هكذا (إنما هو إذا علقه الخ) . والموجود بالنسخ من الشارح التى بأيدينا ما بالهامش اه مصححه .

بأن قبضه فى مجلس العقد بحضرته (فى البيع الفاسد) وبه خرج الباطل وتقدم مع حكمه وحينئذ فلا حاجة لقول الهداية والعناية : وكل من عوضيه مال كما أفاده ابن الكمال، لكن أجاب سعدى بأنه لما كان الفاسد يعم الباطل مجازا كما مر حقق إخراجه بذلك فتنبه (ولم ينهه) البائع عنه ولم يكن فيه خيار شرط (ملكه) إلا فى ثلاث فى بيع الهازل وفى شراء الأب من ماله لطفله أو بيعه له كذلك فاسدا لا يملكه حتى يستعمله

(قوله بأن يأمره بالقبض(١)) أى وقبضه بحضرته أو غيبته ط عن الإتقانى (قوله بأن قبضه فى مجلس العقد بحضرته) تصوير الإذن دلالة ، أما بعد المجلس فلابد من صريح الإذن إلا إذا قبض البائع الثمن وهو مما يملك به فإنه يكون إذنا بالقبض دلالة اهـ ح عن النهر، فإن كان مما لا يملك بالقبض كالخمر والخنزير، فلابد من صريح الإذن كما أفاده الزيلعى (قوله وتقدم مع حكمه) أى فى قوله والبيع الباطل حكمه عدم ملك المشترى إياه إذا قبضه الخ (قوله وحينئذ) أى حين إذ خرج الباطل بقيد الفاسد (قوله كما مر) أى فى أول الباب فى قوله والمراد بالفاسد الخ الممنوع مجازا عرفيا فيعم الباطل والمكروه (قوله حقق إخراجه) أى إخراج الباطل بذلك : أى بقوله وكل من عوضيه مال . وتعقبه الحموى بأن من أفراد الباطل مالا يخرج بهذا القيد وهو بيع الخمر والخنزير بالدراهم فإنه باطل مع أن كلا من عوضيه مال ، وعلى هذا فلابد من حذف هذا القيد لا قتضائه أن هذا الفرد من الباطل يكون فاسدا يملك بالقبض وليس كذلك ط .

قلت : المراد المال المتقوم كما قيده به فى النهر ، ولا شك أن الخمر ونحوه غير متقوم ، ويدل على هذا أنه فى أول الباب قال وبطل بيع ما ليس بمال والبيع به ، فإن المراد به ماليس بمال فى سائر الأديان والخمر والخنزير مال عند أهل الذمة ، ولذا قال بعده وبطل بيع مال غير متقوم كخمر وخنزير ، فعلم أن المراد بالمال هنا المتقوم وهو المال فى سائر الأديان فلا يدخل فيه الخمر ونحوه فافهم (قوله ولم ينهه) قيد لقوله أو دلالة كما هو صريح الهداية وغيرها أى أن الرضا بالقبض دلالة كما مر تصويره مقيد بما إذا لم ينهه عن القبض، لأن الدلالة تلغو مع النهى الصريح فافهم (قوله ولم يكن فيه خيار شرط) يوضحه قول الخانية : ويثبت خيار الشرط فى البيع الفاسد كما يثبت فى البيع الجائز حتى لو باع عبدا بألف درهم ورطل خمر على أنه بالخيار ثلاثة أيام وقبض المشترى العبد وأعتقه فى الأيام الثلاثة لا ينفذ إعتاقه ، ولو لا خيار الشرط للبائع نفذ إعتاق المشترى بعد القبض اهـ سائحانى . ومفاده صحة إعتاقه بعد مضى المدة لزوال الخيار وهو ظاهر (قوله ملكه) أى ملكا خبيثا حراما فلا يحل أكله ولا لبسه الخ قهستانى . وأفاد أنه يملك عينه ، وهو الصحيح المختار خلافا لقول العراقيين إنه يملك التصرف فيه دون العين ، وتمامه فى البحر (قوله إلا فى ثلاث) قلت : يزاد مثلها ، وهى بيع المكاتب والمدبر وأم الولد على القول بفساده كما مر الخلاف فيه (قوله فى بيع الهازل) أى على ماصرح به البزدوى وصاحب المنار من أنه فاسد ؛ وذكر فى القنية أنه باطل فلا استثناء كما فى البحر ، وقد بسطنا الكلام عليه أول البيوع ، وحققنا أن المراد من قول الخانية والقنية إنه باطل : أى فاسد ، بدليل أنهما لو أجازاه جاز والباطل لا تلحقه الإجازة ، وأنه منعقد بأصله لأنه مبادلة مال بمال لا بوصفه فافهم (قوله وفى شراء الأب من ماله لطفله الخ) وقعت هذه العبارة كذلك فى البحر والأشباه عن المحيط ، وصوابها : وفى شراء الأب من مال طفله لنفسه فاسدا أو بيعه من ماله لطفله كذلك لأن عبارة المحيط على ما فى الفتح والنهر هكذا باع عبدا من ابنه الصغير فاسدا أو اشترى عبده لنفسه فاسدا لا يثبت الملك حتى يقبضه ويستعمله اهـ وبه اندفع توقف المحشى (قوله حتى يستعمله) لأن قبض الأب حاصل فلا بد من

---

(١) (قوله بأن يأمره بالقبض) هذه الجملة ليست موجودة فى نسخ الشارح التى بأيدينا اهـ .

والمقبوض في يد المشترى أمانة لايملكه به : وإذا ملكه تثبت كل أحكام الملك إلا خمسة : لايحل له أكله ، ولا لبسه ، ولا وطؤها ، ولا أن يتزوجها منه البائع ، ولاشفعة لجاره لو عقارا أشباه : وفي الجوهرة وشرح المجمع : ولاشفعة بها فهي سادسة (بمثله إن مثليا وإلا فبقيمته) يعني إن بعد هلاكه أو تعذر رده (يوم قبضه) لأن به يدخل في ضمانه فلا تعتبر زيادة قيمته كالمغصوب (والقول فيها للمشترى) لإنكاره الزيادة (و) يجب (على كل واحد منهما

الاستعمال حتى يتحقق قبض حادث ، ولذا جمع في المحيط بين القبض والاستعمال ، وعلى هذا فلا يلزم في صورة الشراء لطفله أن يكون الاستعمال في حاجة طفله فافهم (قوله لايملكه به) أي بالقبض : وفي الفتح عن جمع التفاريق : لو كان وديعة عنده وهي حاضرة ملكها :

قال في النهر : أقول يجب أن يكون مخرجا على أن التخلية قبض ، ولذا قيده بكونها حاضرة ، وإلا فقد مر أن قبض الأمانة لاينوب عن قبض المبيع اهـ أي لأن قبض المبيع مضمون بالثمن أو بالقيمة لو فاسدا وقبض الأمانة غير مضمون ، وهو أضعف من المضمون فلا ينوب عنه ، وقدمنا قريبا اختلاف التصحيح في كون التخلية قبضا في البيع الفاسد (قوله وإذا ملكه) مرتبط بقول المصنف ملكه ط (قوله تثبت كل أحكام الملك) فيكون المشترى خصما لمن يدعيه لأنه يملك رقبته نص عليه محمد رحمه الله؛ ولو باعه كان الثمن له ، ولو أعتقه صح والولاء له ولو أعتقه البائع لم يعتق ، ولو بيعت دار إلى جنبها فالشفعة للمشترى ، وتمامه في البحر (قوله ولا وطؤها) ذكر العمادى في فصوله خلافا في حرمة وطئها؛ فقيل يكره ولا يحرم ، وقيل يحرم بحر : أي لأن فيه إعراضا عن الرد الواجب . وفي حاشية الحموى: قيل ، وهل إذا زوجها يحل للزوج وطؤها ؟ الظاهر نعم ، وهل يطيب المهر للمشترى أم لا ؟ محل نظر (قوله ولا أن يتزوجها منه البائع) المراد لايصح لأنها بصدد أن تعود إلى البائع نظرا إلى وجوب الفسخ فيصير ناكحا أمته حموى (قوله ولاشفعة لجاره لو عقارا) أي لو اشترى دارا شراء فاسدا وقبضها لايثبت للجار حق الشفعة قال ط عن حاشية الأشباه للسيد أبي السعود: ولا لخليطه في نفس المبيع وشريكه في حق المبيع ، لأن حق البائع لم ينقطع لأنه على شرف الفسخ والاسترداد نفيا للفساد ، حتى إذا سقط حق الفسخ بأن بنى المشترى فيها يثبت حق الشفعة اهـ (قوله ولاشفعة بها) هذا سبق نظر ، لأن الذي في الجوهرة هكذا وإذا كان المشترى دارا فبيعت دار إلى جنبها ثبتت الشفعة للمشترى اهـ . ثم ذكر المسألة المارة فقال ولا تجب فيها شفعة للشفيع اهـ . وفي الزيلعي والبحر وجامع الفصولين: لو اشترى دارا شراء فاسدا فبيعت بجنبها دار أخذها المشترى بالشفعة اهـ : نعم في شرح المجمع : لو اشترى دارا لاتجوز الشفعة بها اهـ . ويجب أن تكون الباء بمعنى في ليوافق كلام غيره ، ولا يمكن تأويل كلام الشارح بذلك لأنه يصير عين المسألة التي قبلها (قوله بمثله إن مثليا) وإن انقطع المثل فبقيمته يوم الخصومة كما أفتى به الرملي وعليه المتون في كتاب الغصب (قوله وإلا فبقيمته) يستثنى من ذلك العبد المبيع بشرط أن يعتقه المشترى ، فإنه إذا أعتقه بعد القبض يلزمه الثمن كما قدمه الشارح (قوله يعني إن بعد هلاكه الخ) تقييد لضمانه بالمثل أو بالقيمة لأنه إذا كان قائما بحاله كان الواجب رد عينه (قوله أو تعذر رده) عطف عام على خاص ، لأن تعذر الرد يكون بالهلاك وبتصرف قولي أو حسي مما يأتي (قوله يوم قبضه) متعلق بقيمته وقال محمد قيمته يوم أتلفه لأنه بالاتلاف يتقرر بحر عن الكافي (قوله لأن به) أي بالقبض ، والأولى لأنه ط (قوله فلا تعتبر الخ) تفريع على اعتبار قيمته يوم القبض لا يوم الإتلاف : أي لو زادت قيمته في يده فأتلفه لم تعتبر الزيادة كالغصب (قوله والقول فيها) أي في القيمة منح . وفي البحر والجوهرة فيهما بضمير التثنية: أي في المثل والقيمة (قوله للمشترى) أي مع يمينه والبينة للبائع بحر (قوله لإنكاره الزيادة) أي الزيادة في المثل أو القيمة التي يدعيها البائع (قوله ويجب على كل واحد الخ) عدل عن قول الكنز والهداية ولكل منهما فسخه لأن اللام تفيد التخيير مع أن الفسخ واجب وإن أجيب بأن اللام مثلها في — وإن أسأتم فلها —

فسخه قبل القبض) ويكون امتناعا عنه ابن ملك (أو بعده مادام) المبيع بحاله جوهرة (فى يد المشترى إعداما للفساد ، لأنه معصية فيجب رفعها بحر (و) لذا (لايشترط فيه قضاء قاض) لأن الواجب شرعا لايحتاج لقضاء درر (وإذا أصر) أحدهما (على إمساكه وعلم به القاضى فله فسخه) جبرا عليهما حقا للشرع بزازية (وكل مبيع فاسد رده المشترى على بائعه بهبة أو صدقة أو بيع أو بوجه من الوجوه) كإعارة وإجارة وغصب (ووقع فى يد بائعه فهو متاركة) للبيع (وبرىء المشترى من ضمانه) قنية .

أو أن المراد بيان أن لكل منهما ولاية الفسخ رفعا لتوهم أنه إذا ملك بالقبض لزم ؛ لأن الآية تقتضى كون اللام بمعنى على بخلافها هنا ، ولأن كون المراد بيان الولاية المذكورة يلزمه منه ترك بيان الوجوب مع أنه مراد أيضا ، والتصريح بالوجوب يدل على المرادين فكان أولى (قوله فسخه) أى فسخ البيع الفاسد .

قلت : وهذا فى غير بيع المكره فإنهم صرحوا بأنه فاسد وبأنه مخير بين الفسخ والإمضاء ، نعم يظهر الوجوب فى جانب المكره بالكسر (قوله قبل القبض أو بعده) لكن إن كان قبله فلكل الفسخ بعلم صاحبه لا برضاه ، وإن كان بعده ، فإن كان الفساد فى صلب العقد بأن كان راجعا إلى البدلين المبيع والثمن كبيع درهم بدرهمين وكالبيع بالخمر أو الخنزير فكذلك ، وإن كان بشرط زائد كالبيع إلى أجل مجهول أو بشرط فيه نفع لأحدهما فكذلك عندهما لعدم اللزوم وعند محمد لمن منفعة الشرط ، واقتصر فى الهداية على قول محمد لم يذكر خلافا بحر . وأفاد أن من عليه منفعة الشرط يفسخ بالقضاء أو الرضا على ماقال محمد قهستانى (قوله ويكون امتناعا عنه) أى عن الفساد . قال فى الهداية : وهذا قبل القبض ظاهر لأنه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا منه اه ، فقوله منه يحتمل عوده على الفساد أو على حكم البيع وهو الملك تأمل (قوله مادام المبيع بحاله) متعلق بقوله وعلى كل واحد منهما فسخه ، واحترز به عما إذا عرض عليه مايتعذر به رده مما يمنع الفسخ كما يأتى فى بيانه (قوله ولذا) أى لو جوب رفع المعصية ، والأولى عدم زيادة التعليل والاقتصار على عبارة المصنف ليصح التعليل بعده وإلا كان التعليل الثانى عين الأول إلا أن يفرق بأن الثانى أعم من الأول تأمل (قوله وإذا أصر أحدهما) عبارة المصنف فى المنح أى البائع والمشترى ، وظاهره أن أصرا بضمير التثنية ، وهو الموافق لما فى البزازية ، ولما قدمناه قريبا من أن لكل الفسخ بعلم الآخر لا برضاه فإضرار أحدهما لا يحتاج معه إلى فسخ القاضى .

مطلب رد المشترى فاسدا إلى بائعه فلم يقبله

(قوله وكل مبيع فاسد) وصف المبيع بالفساد لكونه محله (قوله كاعارة)وكوديعة ورهن بحر (قوله وغصب) فيه أن الكلام فى رد المشترى ، والجواب أن المراد بالرد وقوعه فى يد البائع كما أفاده ما بعده ط (قوله ووقع فى يد بائعه) الظاهر أن هذا شرط فى الرد الحكمى كما فى المسائل المذكورة ، أما لو رده عليه قصدا فلا لما فى الخانية : رده المشترى للفساد فلم يقبله ، فأعاده إلى منزله فهلك لا يضمنه . وقال بعضهم : هذا لو الفساد متفقا عليه ، فلو مختلفا فيه ضمنه . والصحيح أنه يبرأ فيهما إلا إذا وضع بين يديه فلم يقبله فذهب به إلى منزله فإنه يضمنه اه : وذكر فى البحر عن القنية أن الأشبه ما قاله بعضهم من التفصيل المذكور .

قلت : لكن لايخفى أن تصحيح قاضيخان مقدم لأنه فقيه النفس .

والحاصل أن الرد صح مطلقا وإن لم يقع فى يد البائع لكون الرد قصديا لا ضمنيا ، وبه يخرج عن الضمان لأنه فعل الواجب عليه ، لكن إذا وضعه بين يدى البائع حصل القبض أيضا بناء على أن التخلية قبض وهو مامر تصحيحه عن قاضيخان أيضا ، فإذا ذهب به بلا إذنه صار غاصبا فيضمنه ، بخلاف ماإذا ذهب به قبل التخلية المذكورة لعدم

والأصل أن المستحق بجهة إذا وصل إلى المستحق بجهة أخرى اعتبر واصلا بجهة مستحقة إن وصل إليه من المستحق عليه وإلا فلا ، وتمامه فى جامع الفصولين (فإن باعه) أى باع المشترى المشترى فاسدا (بيعا صحيحا باتا) فلو فاسدا أو بخيار لم يمتنع الفسخ (لغير بائعه) فلو منه كان نقضا للأول كما علمت (وفساده بغير الإكراه) فلو به ينقض كل تصرفات المشترى (أو وهبه وسلم أو أعتقه) أو كاتبه أو استولدها ولو لم تحبل ردها مع عقرها اتفاقا سراج (بعد قبضه) فلو قبله لم يعتق بعتقه بل بعتق البائع بأمره ، وكذا لو أمره بطحن الحنطة أو ذبح الشاة فيصير المشترى قابضا اقتضاء .

حصول القبض من البائع ، فلم يصر غاصبا بالذهاب ولم يضمنه لوجود الرد الواجب عليه كما قلنا : وبه ظهر أن المراد بوقوعه فى يده وقوعه فيها حقيقة أو حكما كالتخلية المذكورة وأن هذا شرط فى الرد الحكمى لا القصدى كما علمته هذا ما ظهر لى فاغتنمه (قوله أن المستحق بجهة) كالرد للفساد هنا فإنه مستحق للبائع على المشترى ، ومثله رد المغصوب على المغصوب منه (قوله بجهة أخرى) كالهبة ونحوها (قوله وإلا فلا) أى وإن لم يصل من جهة المستحق عليه بل وصل من جهة غيره فلا يعتبر ، حتى أن المشترى فاسدا إذا وهب المشترى من غير بائعه أو باعه لرجل فوهبه الرجل من البائع الأول وسلمه لا يبرأ المشترى عن قيمته ولم يعتبر العين واصلا إلى البائع بالجهة المستحقة لما وصل من جهة أخرى جامع الفصولين (قوله فإن باعه الخ) محترز قوله مادام فى يد المشترى ، وقيد ببيع المشترى لأن البائع لو باعه بعد قبض المشترى وادعى أن الثانى كان قبل فسخ الأول وقبضه وزعم المشترى الثانى أنه كان بعد الفسخ والقبض من الأول فالقول له لا للبائع وينفسخ الأول بقبض الثانى بحر عن البزازية ومثله فى جامع الفصولين ، ولعل وجه انفساخ الأول أن المشترى الثانى نائب عن البائع فى القبض لوجوب التسليم عليه فصار كأنه وقع فى يد البائع تأمل ، وأفاد أن البيع ثابت ، أما لو ادعى المشترى بيعه من فلان الغائب وبرهن لا يقبل وللبائع أخذه ولو صدقه فله القيمة كما فى جامع الفصولين (قوله لم يمتنع الفسخ) لأن البيع فيهما ليس بلازم ولم يدخل المبيع فى ملك المشترى فى صورة الخيار ط .

[تنبيه] عبر فى الوقاية بقوله فإن خرج عن ملك المشترى وهو أحسن من قول المصنف فإن باعه لأنه يستغنى به عما ذكره بعده (قوله كما علمت) من قول المصنف وكل مبيع فاسد ط (قوله وفساده) أى فساد البيع الأول (قوله ينقض كل تصرفات المشترى) أى التى يمكن نقضها ، بخلاف ما لا يمكن كالإعتاق فإنه يتعين فيه أخذ القيمة من المكره بالكسر فافهم (قوله وسلم) قال فى البحر : شرط فى الهداية التسليم فى الهبة لأنها لا تفيد الملك إلا به بخلاف البيع (قوله أو استولدها) أفاد أنه لا يلزم مع القيمة العقر ، وقيل عليه عقرها أيضا جامع الفصولين . قال ط : وظاهره : أى ظاهر ما فى المتن أن المراد استيلاد حادث ، فلو كانت زوجته أولا استولدها ثم اشتراها فاسدا وقبضها هل يكون كذلك لملكه إياها فليحرر اهـ .

قلت : الظاهر بقاء الفسخ لأنه حق الشرع ولم يعرض عليه تصرف حادث يمنعه .

[تنبيه] نقل فى النهر عن السراج أن التدبير كالاستيلاد ، ومثله فى القهستانى ، ولم يره فى البحر منقولا فذكره بحثا (قوله بعد قبضه) الأولى ذكره آخر المسائل ط (قوله فلو قبله لم يعتق بعتقه) تخصيصه التفريع على العتق يوهم أن قوله بعد قبضه متعلق بقوله أو أعتقه فقط وليس كذلك ، فكان الأظهر أن يقول فلو قبله لم تنفذ تصرفاته المذكورة إلا إذا أعتقه البائع بأمر المشترى (قوله وكذا لو أمره الخ) وفى جامع الفصولين برولو برا فخلطه البائع بطعام المشترى بأمره قبل قبضه صار قابضا وعليه مثله بحر (قوله فيصير المشترى قابضا اقتضاء) ما يقدر لتصحيح

فقد ملك المأمور مالا يملكه الآمر وما فى الخانية على خلاف هذا إما رواية أو غلط من الكاتب كما بسطه العمادى (أو وقفه) وقفا صحيحا ، لأنه استهلكه حين وقفه وأخرجه عن ملكه ، وما فى جامع الفصولين على خلاف هذا غير صحيح كما بسطه المصنف (أو رهنه أو أوصى) أو تصدق (به) نفذ البيع الفاسد فى جميع مامر

الكلام كأعتق عبدك عنى بألف فإنه يقتضى سبق البيع ليصح العتق عن الآمر وهنا كذلك ، فإن صحة تصرف البائع عن المشترى تقتضى أن يقدر القبض سابقا عليه ولهذا قال فى المنح عن الفصول العمادية ، وإنما كان كذلك لأنه لما أمر البائع بالعتق فقط طلب أن يسلطه على القبض ، وإذا أعتق البائع بأمره صار المشترى قابضا قبضا سابقا عليه اه فافهم :

مطلب يملك المأمور مالا يملكه الآمر

(قوله مالا يملكه الآمر) فإن الآمر وهو المشترى لا يصح إعتاقه بنفسه ، ولا يجوز له الطحن والذبح ، لكن الظاهر أن المأمور وهو البائع فى مسألة الطحن والذبح لا يجوز له أيضا ، لأن الواجب عليه الفسخ رفعا للمعصية كما مر ، وفى فعله ذلك تقريرها ، فقد استوى الآمر والمأمور فى ذلك ولذلك ذكر فى البحر مسألة الأمر بالعتق فقط : ثم قال : وهذه عجيبة حيث ملك المأمور مالم يملك الآمر اه . والظاهر أن البائع يأثم بالعتق أيضا لما قلنا ، ولكن الذى ملكه هو دون الآمر إنما هو نفاذ العتق مع قطع النظر عن الإثم وعدمه كما فى باقى تصرفات المشترى بعد القبض هذا ماظهر لى فتدبره :

[تنبيه] لهذه المسألة نظير يملك المأمور فيه مالا يملكه الآمر ، وهو مامر فى قول المتن أو أمر المسلم ببيع خمر أو خنزير أو شرائهما ذميا ، أو أمر المحرم غيره ببيع صيده (قوله وما فى الخانية الخ) أى حيث جعل العتق عن البائع والدقيق والشاة له أيضا ، ومثله فى البزازية أيضا (قوله كما بسطه العمادى) وأقره فى جامع الفصولين (قوله وقفا صحيحا) فلو فاسدا كأن اشترط فيه بيعه عند الحاجة لا يمنع الفسخ ط (قوله وأخرجه عن ملكه) عطف لازم على قوله وقفه (قوله وما فى جامع الفصولين) حيث قال : ولو وقفه أو جعله مسجدا لا يبطل حق الفسخ مالم يبن اه ح أى فالمانع من الفسخ هو البناء (قوله غير صحيح) حمله فى النهر على إحدى روايتين ، وهو أولى من التغليط ح . وحمله فى البحر على ما إذا لم يقض به ، أما إذا قضى به فإنه يرتفع الفساد للزومه :

قلت : لكن المسجد يلزم بدون القضاء اتفاقا فافهم (قوله أو رهنه) أى وسلمه لأن الرهن لا يلزم بدونه (قوله أو أوصى به) أى ثم مات لأنه ينتقل من ملكه إلى ملك الموصى له وهو ملك مبتدأ فصار كما لو باعه منح (قوله أو تصدق به) أى وسلمه ، لأنه لا يخرج عن ملك المتصدق بدون تسليم (قوله نفذ البيع الفاسد) أى لزم وإلا فالأصل أن النافذ ماقابل الموقوف واللازم مالا خيار فيه ، وهذا فيه خيار الفساد ، وبهذه التصرفات لزم تأمل . ثم إن الشارح تبع المصنف حيث جعل فاعل نفذ هو البيع الفاسد ، والمفهوم من الهداية أن الفاعل ضمير يعود إلى ما ذكر من التصرفات . وقال فى الفتح : فإذا أعتقه أو باعه أو وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا من أنه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته فيه ، وإنما وجبت القيمة لأنه انقطع حق الاسترداد لتعلق حق العبد به ، والاسترداد حق الشرع وحق العبد مقدم لفقره فقد فوّت المكنة بتأخير التوبة اه ملخصا : أى أن الواجب عليه كان هو التوبة بالفسخ والاسترداد وبتأخيره إلى وجود هذه التصرفات التى تعلق بها حق عبد يكون قد فوّت مكنته من الاسترداد فتعين لزوم القيمة ، ومقتضاه أن المعصية تقررت عليه فلا يخرج عن عهدتها إلا بالتوبة وأن الفسخ

وامتنع الفسخ لتعلق حق العبد به إلا فى أربع مذكورة فى الأشباه ، وكذا كل تصرف قولى غير إجارة ونكاح وهل يبطل نكاح الأمة بالفسخ المختار نعم ولوالجية ، ومتى زال المانع

قبل هذه التصرفات توبة كما يشير إليه قوله الشارح رفعاللمعصية (قوله إلا فى أربع الخ) عبارة الأشباه : العقد الفاسد إذا تعلق به حق عبد لزم وارتفع الفساد إلا فى مسائل: أجر فاسدا فأجر المستأجر صحيحا فللأول نقضها المشترى من المكره لو باع صحيحا فللمكره نقضه المشترى فاسدا إذا أجر فللبائع نقضه ، وكذا إذا زوج اه : وأنت خبير بأن كلام المتن فى تصرف المشترى فاسدا فلا يصح استثناء الأولى لعدم دخولها وكذا الثانية لاحتراز المتن عنها ، والصورة الثالثة والرابعة ذكرهما الشارح حيث قال غير إجارة ونكاح اه ح .

قلت : والضمائر فى نقضه للعقد الأول بقرينة الاستثناء ، وعليه فقوله وكذا إذا زوج : أى يكون للبائع نقض البيع لا التزويج ، فلا ينافى ما يأتى تحريره (قوله وكذا كل تصرف قولى) عطف على قوله فى جميع مامر وأراد به نحو التدبير ، وما لو جعله مهرا أو بدل صلح أو إجارة أو غير ذلك مما يخرجه عن ملكه كما تفيده عبارة النقاية التى نقلناها عند قوله فإن باعه (قوله غير إجارة ونكاح) أى فلا يمنعان الفسخ لأن الإجارة تفسخ بالأعذار ورفع الفساد من الأعذار والنكاح ليس فيه إخراج عن الملك بحر (قوله وهل يبطل نكاح الأمة) لما ذكر أن النكاح لا يمنع البائع من فسخ البيع أراد أن يبين أنه هل ينفسخ النكاح الذى عقده المشترى كما تنفسخ الإجارة أم لا (قوله المختار نعم ولوالجية) مخالف لما صرح به فى الفتح من عدم الانفساخ ، وكذا فى الزيلعى وغاية البيان عن التحفة . وقال فى المجتبى إلا الإجارة وتزويج الأمة ، لكن الإجارة تنفسخ بالاسترداد دون النكاح : وفى التتارخانية عن نوادر ابن سماعة : لو فسخ البيع للفساد وأخذ البائع الجارية مع نقصان التزويج ثم طلقها الزوج قبل الدخول رد البائع على المشترى ما أخذه من النقصان : وفى السراج لا ينفسخ النكاح لأنه لا ينفسخ بالأعذار وقد عقده المشترى وهى على ملكه . وقد نقل فى البحر عبارة السراج . ثم قال : ويشكل عليه ما ذكره الولوالجى فى الفصل الأول من كتاب النكاح : لو زوج الجارية المبيعة قبل قبضها وانتقض البيع فإن النكاح يبطل فى قول أبى يوسف وهو المختار ، لأن البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الأصل معنى فصار كأنه لم يكن فكان النكاح باطلا اه إلا أن يحمل ما فى السراج على قول محمد أو يظهر بينهما فرق اه ما فى البحر ، وتبعه فى النهر والمنح ، وكتبت فيما علقته على البحر أن الفرق موجود لأن كلام الولوالجى فيما قبل القبض ، وكلام السراج فيما بعد القبض المفيد للملك ثم رأيت ط نبه على ذلك الفرق ، وكذلك نبه عليه الخير الرملى فى حاشية المنح حيث قال العجب من ذلك مع أن ما فى السراج فيما عقد بعد القبض ، وما فى الولوالجية قبل القبض كما هو صريح كل من العبارتين فكيف يستشكل بإحداهما على الأخرى ، ولئن كان كلام السراج فى البيع الفاسد وكلام الولوالجى فى مطلق البيع ، فقد تقرر أن فاسد البيع كجائزه فى الأحكام فتأمل اه :

قلت : ويكفينا ما أسمعناك لقله عن كتب المذهب ، على أن الظاهر أن كلام الولوالجية لا يمكن حمله على مطلق البيع بل مراده البيع الفاسد ، لأن البيع الصحيح صورة إما أن ينتقض بالاستحقاق أو بالخيار أو بهلاك المبيع قبل قبضه ، ولا فرق فى الأولين بين ما قبل القبض وما بعده لعدم الملك أصلا فتخصيصه الحكم بما قبل القبض دليل على أنه أراد البيع الفاسد ، فإذا زوجها المشترى قبل القبض ثم فسخ العقد يظهر بطلان النكاح لكونه قبل الملك ، بخلاف ما إذا زوجها بعده لأنه زوجها وهى فى ملكه فلا ينفسخ النكاح بفسخ البيع . وأما إذا ماتت الجارية قبل قبضها فى يد البائع فقد صرح فى متفرقات بيوع البحر عن الفتح بأنه لا يبطل النكاح وإن

كرجوع هبة وعجز مكاتب وفك رهن عاد حق الفسخ لو قبل القضاء بالقيمة لا بعده (ولا يبطل حق الفسخ بموت أحدهما) فيخلفه الوارث به يفتى (و) بعد الفسخ (لا يأخذه) بائعه (حتى يرد ثمنه) المنقود ، بخلاف مالو شرى من مديونه بدينه شراء فاسدا فليس للمشترى حبسه لاستيفاء دينه كإجارة ورهن وعقد صحيح والفرق فى الكافى

بطل البيع (قوله كرجوع هبة) أى رجوع واهب فى هبته بقضاء أو بدونه كما فى البحر عن الفتح (قوله عاد حق الفسخ) لأن هذه العقود لم توجب الفسخ من كل وجه فى حق الكل فصولين ، وكذا لو فسخ البيع بعيب بعد قبضه بقضاء فللبائع حق الفسخ لو لم يقض بقيمته لزوال المانع ، ولو رد بعيب بلا قضاء لا يعود حق الفسخ ، كما لو اشتراه ثانيا بحر لأن رده بلا قضاء عقد جديد فى حق ثالث (قوله لا بعده) أى لو زال المانع بعد القضاء بالقيمة على المشترى لا يعود حق الفسخ ، لأن القاضى أبطل حق البائع فى العين ، ونقله إلى القيمة بإذن الشرع فلا يعود حقه إلى العين وإن ارتفع السبب ، كما لو قضى على الغاصب بقيمة المغصوب بسبب الإباق ثم عاد العبد ذخيرة ، ومراده بالقيمة ما يعم المثل (قوله بموت أحدهما) وكذا بالإجارة والرهن كما علمته (قوله حتى يرد ثمنه) أى ما قبضه البائع من ثمن أو قيمة كما فى الفتح (قوله المنقود) لأن المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن فتح ، والمراد بالمنقود المقبوض احترازا عن الدين (قوله بخلاف مالو شرى) أى بخلاف غير المنقود كما لو شرى الخ (قوله كاجارة ورهن) أى فاسدين اهـ ح ،وقوله وعقد صحيح قيل صوابه بخلاف عقد صحيح لما فى النهر أما إذا لم يكن الثمن منقودا ، كما إذا اشترى من مدينه عبدا بدين سابق شراء فاسدا وقبضه بالإذن فأراد البائع أخذه بحكم الفساد ليس للمشترى حبسه لاستيفاء ماله عليه من الدين والإجارة الفاسدة ، وكذا الرهن الفاسد على هذا بخلاف ما إذا كان العقد صحيحا فى الأبواب الثلاثة اهـ :

قلت هذا بناء على ما فهمه المعترض وهو غير متعين لأنه يمكن حمل كلام الشارح على وجه صحيح ، وهو أن قوله كإجارة ورهن راجع لأصل المسألة ، وهو قوله لا يأخذه حتى يرد الثمن المنقود فيكون المراد ما إذا كان بدل الإجارة والرهن منقودين :

قال فى البحر : أشار المؤلف إلى أنه لو استأجر إجارة فاسدة ونقد الأجرة أو ارتهن رهنا فاسدا أو أقرض قرضا فاسدا وأخذ به رهنا كان له أن يحبس ما استأجر ، وما ارتهن حتى يقبض ما نقد اعتبارا بالعقد الجائز إذا تفاسخا اهـ ونحوه فى الفتح ، وعليه فقوله وعقد صحيح قصد بذكره أن هذه العقود مثله إذا كان البدل فيها منقودا فإنه إذا كان منقودا لا فرق بين العقد الصحيح والفاسد فى ثبوت حق الحبس بعد الفسخ فى الكل ، بل الفرق بينهما فى غير المنقود :

قال فى جامع الفصولين برمز الخانية : شرى من مديونه فاسدا ففسخ ليس له حبس المبيع لاستيفاء دينه ، وكذا لو آجر من دائنه إجارة فاسدة ، ولو كان عقد البيع أو الإجارة جائزا فله الحبس لدينه اهـ ، فأفاد أن له الحبس فى العقد الجائز إذا كان البدل غير دين بالأولى فافهم (قوله والفرق فى الكافى) أى الفرق بين الفاسد والصحيح إذا كان البدل غير منقود حيث يملك الحبس فى الصحيح دون الفاسد هو ما ذكره فى كافى النسفى :

وحاصله أنه لما وجب للمدين على المشترى مثل الدين صار الثمن قصاصا لاستوائهما قدرا ووصفا فاعتبر بما لو استوفيا حقيقة فكان له حق الحبس ، وفى الفساد لم يملك الثمن بل تجب قيمة المبيع عند القبض وهى قبله غير مقررة لاحتمالها السقوط بالفسخ ودين المشترى مقرر ، والمقاصة إنما تكون عند الاستواء وصفا فلم يكن له حق

(فإن مات) أحدهما أو المؤجر أو المستقرض أو الراهن فاسداً عيني وزيلعي بعد الفسخ (فالمشترى) ونحوه (أحق به) من سائر الغرماء بل قبل تجهيزه فله حق حبسه حتى يأخذ ماله (فيأخذ) المشترى (دراهم الثمن بعينها او قائمة ، ومثلها او هالكة) بناء على تعين الدراهم فى البيع الفاسد وهو الأصح (و) إنما (طاب للبائع ماربح) فى الثمن

الحبس اه (قوله فإن مات أحدهما) عبارة الزيلعى : فإن مات البائع وهى أنسب لقول المصنف فالمشترى أحق (قوله والمستقرض) بأن استقرض قرضا فاسدا وأعطى به رهنا بحر (قوله فاسدا) حال من الكل ، وفيه وصف العاقد بصفة عقده مجازا لأنه محله (قوله بعد الفسخ) نص على المتوهم فإن الحكم كذلك قبل الفسخ بالأولى ط (قوله فالمشترى ونحوه) أي المستأجر والمقرض والمرتهن .

وحاصله أن الحي الذى بيده عين المبيع أو المستأجر أو الراهن أحق بما فى يده من العين من غرماء الآخر الميت حتى يقبض ما نقد قال فى الفتح لأنه مقدم عليه قال فى حياته ، فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته ، إلا أن الرهن مضمون بقدر الدين والمشترى بقدر ما أعطى ، فما فضل فللغرماء اه . قال الرحمتى : لكن سيأتى فى كتاب الإجارة أن الراهن فاسدا أسوة (١) الغرماء ؛ وسيأتى آخر الرهن مثل ما هنا وو فقنا بأن ما هنا وما يأتى فى الرهن إذا كان الرهن سابقا على الدين ، وما فى الإجارة إذا كان الدين متقدما على الرهن اه وسيأتى توضيحه فى آخر الرهن إن شاء الله تعالى .

[تنبيه] لم يذكر ما إذا مات المشترى فاسدا . وفى الخلاصة والبزازية : ولو مات المشترى فالبائع أحق من سائر الغرماء بماليته ، فإن زاد شيء فهو للغرماء اه ومعناه أنه لو اشترى عبدا فاسدا وتقابضا ثم مات المشترى وعليه ديون وفسخ البائع البيع مع الورثة فالبائع أحق بمالية العبد وهى ماقبضه من المشترى حتى يسترد العبد المبيع ، كما لو مات البائع فإن كانت قيمة العبد أكثر مما قبض فالزائد للغرماء ، هذا ما ظهر لى فتأمله (قوله بل قبل تجهيزه) أى تجهيز البائع أو المؤجر وما بعده ، بمعنى أنه لو مات وكان المبيع ثوبا مثلا احتيج لتكفينه به فالمشترى حبسه حتى يأخذ ماله : قال ط : والأولى أن يقول بل من تجهيزه .

مطلب فى تعيين الدراهم فى العقد الفاسد

(قوله بناء على تعين الدراهم) المراد بها مايشمل الدنانير . وفى الأشباه : النقد لايتعين فى المعاوضات ، وفى تعينه فى العقد الفاسد روايتان ، ورجح بعضهم تفصيلا بأن ما فسد من أصله أى كما لو ظهر المبيع حرا أو أم ولد يتعين فيه لا فيما انتقض بعد صحته : أى كما لو هلك المبيع قبل التسليم والصحيح تعينه فى الصرف بعد فساده وبعد هلاك المبيع ، وفى الدين المشترك فيؤمر برد نصف ماقبض على شريكه ، وفيما إذا تبين بطلان القضاء ، فلو ادعى على آخر مالا وأخذه ثم أقر أنه لم يكن له على خصمه حق فعلى المدعى رد عين ما قبض ما دام قائما ، ولا يتعين فى المهر ولو بعد الطلاق قبل الدخول فترد مثل نصفه ولذا لزمها زكاته لو نصابا حولبا عندها ولا فى النذر والوكالة قبل التسليم ، وأما بعده فالعامة كذلك وتتعين فى الأمانات والهبة والصدقة والشركة والمضاربة والغصب ، وتمامه فى جامع الفصولين اه (قول المصنف وطاب للبائع ما ربح لا للمشترى) صورة المسألة ما ذكره محمد فى الجامع الصغير : اشترى من رجل جارية بيعا فاسدا بألف درهم وتقابضا وربح كل منهما فيما قبض يتصدق الذى قبض الجارية بالربح ويطيب الربح للذى قبض الدراهم اه .

---

(١) (قوله أن الراهن أسوة) لعل صوابه أن المرتهن أسوة الغرماء ، إذ لا معنى لكون الراهن أسوة الغرماء فإنه مطلوب لا طالب اه .

لاعلى الرواية الصحيحة المقابلة للأصح ، بل على الأصح أيضا لأن الثمن فى العقد الثانى غير متعين ، ولا يضر تعيينه فى الأول كما أفاده سعدى (لا) يطيب (للمشترى) ماربح فى بيع يتعين بالتعيين بأن باعه بأزيد لتعلق العقد بعينه فتمكن الخبث فى الربح فيتصدق به (كما طاب ربح مال ادعاه) على آخر فصدقه على ذلك (فقضى له) أى أو فاه إياه (ثم ظهر عدمه بتصادقهما) أنه لم يكن عليه شئ لأن بدل المستحق مملوكا ملكا فاسدا ، والخبث لفساد الملك إنما يعمل فيما يتعين لا فيما لايتعين ، وأما الخبث لعدم الملك كالغصب فيعمل فيهما كما بسطه خسرو وابن الكمال .

وقول الشارح وإنما طاب الخ أورده فى صورة جواب عما استشكله صدر الشريعة وصاحب العناية والفتح والدرر والبحر والمنح وغيرهم ، من أن المذكور فى المتون من أن الربح يطيب للبائع فى الثمن النقد هو الموافق للرواية المنصوصة فى الجامع الصغير ، وهو صريح فى أن الدراهم لا تتعين فى البيع الفاسد فيناقض قولهم إن تعينها فيه هو الأصح فإنه يقتضى أن الأصح أنه لا يطيب الربح للبائع فيما قبض . وقد أجاب العلامة سعدى جلبى فى حاشية العناية بما أشار إليه الشارح وهو أنه يطيب على كل من القولين ، لأن عدم التعيين إنما هو فى العقد الثانى الصحيح لا فى العقد الأول الفاسد اهـ .

وبيانه أنه إذا باع فاسدا وقبض دراهم الثمن ثم فسخ العقد يجب رد تلك الدراهم بعينها على المشترى لأن الأصح تعينها فى البيع الفاسد ؛ فلو اشترى بها عبدا مثلا شراء صحيحا طاب له ماربح لأنها لاتتعين فى هذا العقد الثانى لكونه عقدا صحيحا ، حتى لو أشار إليها وقت العقد له دفع غيرها فعدم تعينها فى هذا العقد الصحيح لاينافى كون الأصح تعينها فى العقد الفاسد . وقد أجاب العلامة الخير الرملى بمثل ما أجاب العلامة سعدى قبل اطلاعه عليه وقال إنى فى عجب عجيب من فهم هؤلاء الأجلاء التناقض من مثل هذا مع ظهوره (قوله لاعلى الرواية الصحيحة) أى القائلة بعدم تعين الدراهم فى العقد الفاسد اهـ ح (قوله فى بيع يتعين بالتعيين) أراد بالبيع المبيع ، وأشار بقوله يتعين بالتعيين كالعبد مثلا إلى وجه الفرق بين طيب الربح للبائع لا للمشترى ، وهو أن مايتعين بالتعيين يتعلق العقد به فتمكن الخبث فيه ، والنقد لايتعين فى عقود المعاوضة ، فلم يتعلق العقد الثانى بعينه ، فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق كما فى الهداية ، وإنما لم يتعين النقد لأن ثمن المبيع يثبت فى الذمة ، بخلاف نفس المبيع لأن العقد يتعلق بعينه ، ومفاد هذا الفرق أنه لو كان بيع مقايضة لايطيب الربح لهما ، لأن كلا من البدلين مبيع من وجه ولو كان عقد صرف يطيب لهما ، لكن قدمنا آنفا عن الأشباه أن الصحيح تعينه فى الصرف بعد فساده وفى شرح البيرى عن الخلاطى أنه الصحيح المذكور فى عامة الروايات اهـ فافهم (قوله بأن باعه بأزيد) تصوير لظهور الربح فلا يطيب له ذلك الزائد عما اشترى به ، وأفاد أن ذلك فى أول عقد : وأما إذا أخذ الثمن واتجر وربح بعده أيضا يطيب له لعدم التعين فى العقد الثانى كما نبه عليه ط ، وهو ظاهر مما مر (قوله كما طاب الخ) صورته مافى الجامع الصغير أيضا : لو ادعى على آخر مالا فقضاه ثم تصادقا على أنه لم يكن له عليه شئ وقد ربح المدعى فى الدراهم التى قبضها على أنها دينه يطيب له الربح ، لأن الدين وجب بالإقرار عند الدعوى ثم استحق بالتصادق وكان المقبوض بدل المستحق وهو الدين ، وبدل المستحق مملوك ملكا فاسدا بدليل أن من اشترى عبدا بجارية أو ثوب ثم أعتق العبد واستحقت الجارية يصح عتق العبد ، فلو لم يكن بدل المستحق مملوكا لم يصح العتق إذ لاعتق فى غير الملك ، وتمامه فى الفتح (قوله لأن بدل المستحق مملوكا) كذا فيما رأيته فى عدة نسخ بنصب مملوكا ، وهو كذلك فى بعض نسخ النهر ، وفى بعضها بالرفع وهو الصواب على اللغة المشهورة فى رفع خبر إن (قوله فيما يتعين) كالعروض لافيما لايتعين كالنقود ، ومر بيانه (قوله كالغصب) وكالوديعة ، فإذا تصرف الغاصب أو المودع فى العرض أو النقد

وقال الكمال : لو تعمد الكذب فى دعواه الدين لايملكه أصلا ، وقواه فى النهر : وفيه : الحرام ينتقل ، فلو دخل بأمان وأخذ مال حربى بلا رضاه وأخرجه إلينا ملكه وصح بيعه ، لكن لايطيب له ولا للمشترى منه ، بخلاف البيع الفاسد فإنه لايطيب له لفساد عقده ويطيب للمشترى منه لصحة عقده : وفى حظر الأشباه : الحرمة تتعدد

يتصدق بالربح لتعلق العقد بمال غيره ، وتمامه فى الدرر (قوله وقال الكمال الخ) تقييد لما فى المتن (قوله لايملكه أصلا) لأنه متيقن أنه لاملك له فيه فتح : أى فلا يطيب له ماربح مطلقا سواء تعين أولا (قوله وقواه فى النهر) بتصريحهم فى الإقرار بأن المقر له إذا كان يعلم أن المقر كاذب فى إقراره لايحل له أخذه عن كره منه ، أما لو اشتبه الأمر عليه حل له الأخذ عند محمد خلافا لأبى يوسف ، وحينئذ لايطيب له ربحه ، ويحمل الكلام ههنا على ما إذا ظن أن عليه دينا بالإرث من أبيه ثم تبين أن وكيله أو فاه لأبيه فتصادقا على أن لادين فحينئذ يطيب له ، وهذا فقه حسن فتدبره اهـ ونقله عنه الرملى وأقره ، وبه اندفع مافى البحر من أن ظاهر إطلاقهم خلاف مافى الفتح (قوله الحرام ينتقل) أى تنتقل حرمته وإن تداولته الأيدى وتبدلت الأملاك ، ويأتى تمامه قريبا (قوله ولا للمشترى منه) فيكون بشرائه منه مسيئا لأنه ملكه بكسب خبيث ، وفى شرائه تقرير للخبث ويؤمر بما كان يؤمر به البائع من رده على الحربى ، لأن وجوب الرد على البائع إنما كان لمراعاة ملك الحربى ولأجل غدر الأمان ، وهذا المعنى قائم فى ملك المشترى كما فى ملك البائع الذى أخرجه ، بخلاف المشترى شراء فاسدا إذا باعه من غيره بيعا صحيحا فإن الثانى لايؤمر بالرد وإن كان البائع مأمورا به ، لأن الموجب للرد قد زال ببيعه ، لأن وجوب الرد بفساد البيع حكمه مقصور على ملك المشترى وقد زال ملكه بالبيع من غيره ، كذا فى شرح السير الكبير للسرخسى من الباب الخامس بعد المائة :

مطلب البيع الفاسد لايطيب له ويطيب للمشترى منه

(قوله ويطيب للمشترى منه لصحة عقده) فيه أن عقد المشترى فى المسألة الأولى صحيح أيضا ، وقد ذكر هذا الحكم فى البحر معزيا للإسبيجابى بدون هذا التعليل ، فكان المناسب إسقاطه :

ثم اعلم أنه ذكر فى شرح السير الكبير فى الباب الثانى والستين بعد المائة أنه إن لم يرده يكره للمسلمين شراؤه منه لأنه ملك خبيث بمنزلة المشترى فاسدا إذا أراد بيع المشترى بعد القبض يكره شراؤه منه وإن نفذ فيه بيعه وعتقه لأنه ملك حصل له بسبب حرام شرعا اهـ فهذا مخالف لقوله ويطيب للمشترى : وقد يجاب بأن ماأخرجه من دار الحرب لما وجب على المشترى رده على الحربى ابقاء المعنى الموجب على البائع رده تمكن الخبث فيه فلم يطب للمشترى أيضا كالبائع ، بخلاف البيع الفاسد فإن رده واجب على البائع قبل البيع لا على المشترى لعدم بقاء المعنى الموجب للرد كما قدمناه فلم يتمكن الخبث فيه فلذا طاب للمشترى ، وهذا لاينافى أن نفس الشراء مكروه لحصوله للبائع بسبب حرام ، ولأن فيه إعراضا عن الفسخ الواجب ، هذا ماظهر لى :

مطلب الحرمة تتعدد

(قوله الحرمة تتعدد الخ) نقل الحموى عن سيدى عبد الوهاب الشعرانى أنه قال فى كتابه المنن : ومانقل عن بعض الحنيفة من أن الحرام لايتعدى ذمتين : سألت عنه الشهاب بن الشلبى فقال : هو محمول على ما إذا لم يعلم بذلك ، أما لو رأى المكاس مثلا يأخذ من أحد شيئا من المكس ثم يعطيه آخر ثم يأخذ من ذلك الآخر آخر فهو حرام اهـ :

مع العلم بها إلا فى حق الوارث ، وقيده فى الظهيرية بأن لايعلم أرباب الأموال ، وسنحققه ثمة :

(بنى أو غرس فيما اشتراه فاسدا) شروع فيما يقطع حق الاسترداد من الأفعال الحسية بعد الفراغ من القولية (لزمه قيمتهما) وامتنع الفسخ . وقالا : ينقضهما ويرد المبيع ، ورجحه الكمال . وتعقبه فى النهر لحصولهما بتسليط البائع ،

مطلب فيمن ورث مالا حراما

(قوله إلا فى حق الوارث الخ) أى فإنه إذا علم أن كسب مورثه حرام يحل له ، لكن إذا علم المالك بعينه فلا شك فى حرمته ووجوب رده عليه ، وهذا معنى قوله وقيده فى الظهيرية الخ : وفى منية المفتى : مات رجل ويعلم الوارث أن أباه كان يكسب من حيث لايحل ولكن لايعلم الطالب بعينه ليرد عليه حل له الإرث والأفضل أن يتورع ويتصدق بنية خصماء أبيه اه وكذا لايحل إذا علم عين الغصب مثلا وإن لم يعلم مالكه ، لما فى البزازية أخذ مورثه رشوة أو ظلما ، إن علم ذلك بعينه لايحل له أخذه وإلا فله أخذه حكما أما فى الديانة فيتصدق به بنية إرضاء الخصماء اه .

والحاصل أنه إن علم أرباب الأموال وجب رده عليهم ، وإلا فإن علم عين الحرام لايحل له ويتصدق به بنية صاحبه وإن كان مالا مختلطا مجتمعا من الحرام ولا يعلم أربابه ولاشيئا منه بعينه حل له حكما ، والأحسن ديانة التنزه عنه ففى الذخيرة : سئل الفقيه أبو جعفر عمن اكتسب ماله من أمراء السلطان ومن الغرامات المحرمات وغير ذلك هل يحل لمن عرف ذلك أن يأكل من طعامه؟ قال أحب إلى فى دينه أن لايأكل ويسعه حكما إن لم يكن ذلك الطعام غصبا أو رشوة وفى الخانية : امرأة زوجها فى أرض الجور ، إن أكلت من طعامه ولم يكن عين ذلك الطعام غصبا فهى فى سعة من أكله وكذا لو اشترى طعاما أو كسوة من مال أصله ليس بطيب فهى فى سعة من تناوله والإثم على الزوج اه (قوله وسنحققه ثمة) أى فى كتاب الحظر والإباحة . قال هناك بعد ذكره ماهنا لكن فى المجتبى : مات وكسبه حرام فالميراث حلال ، ثم رمز وقال : لانأخذ بهذه الرواية ، وهو حرام مطلقا على الورثة فتنبه اه ح ، ومفاده الحرمة وإن لم يعلم أربابه وينبغى تقييده بما إذا كان عين الحرام ليوافق مانقلناه ، إذ لو اختلط بحيث لايتميز يملكه ملكا خبيثا ، لكن لايحل له التصرف فيه مالم يؤد بدله كما حققناه قبيل باب زكاة المال فتأمل :

مطلب فى أحكام زيادة المبيع فاسدا

(قوله بنى أو غرس فيما اشتراه فاسدا) وكذا لو شرى فاسدا قاضبان نخل فغرسه وأطعم وإن شراه مطعما نغرسه فكذلك عنده ، وعند الثانى يقلعه إن لم يضر الأرض ذخيرة (قوله لزمه قيمتهما) أى قيمة الدار والأرض منح والأولى إفراد الضمير لأن العطف بأو ، وعلله الكرخى فى مختصره بأن البناء استهلاك عند الإمام : أى ومثله الغرس لأن البناء والغرس يقصد بهما الدوام وقد حصلا بتسليط من البائع فينقطع بهما حق الاسترداد كالبيع (قوله ورجحه) حيث قال وقولهما أوجه ، وكون البناء يقصد للدوام يمنع للاتفاق فى الإجارة على إيجاب القلع ، فظهر أنه قد يراد للبقاء وقد لا ، فإن قال إن المستأجر يعلم أنه يكلف القلع ففعله مع ذلك دليل على أنه لم يرد البقاء قلنا المشترى فاسدا أيضا يكلف القلع عندنا اه (قوله وتعقبه فى النهر الخ) حيث قال : أقول : البناء الحاصل بتسليط البائع إنما يقصد به الدوام ، بخلاف الإجارة ؛ وبهذا عرف أن محط الاستدلال إنما هو التسليط من البائع ، وكل ماهو كذلك ينقطع به حق الاسترداد اه .

قلت : وفيه أن المؤجر أيضا سلط المستأجر على الانتفاع بأرضه والمستأجر يملك البناء ، فالأحسن الجواب بالفرق

وكذا كل زيادة متصلة غير متولدة كصبغ وخياطة وطحن حنطة وَلتّ سويق وغزل قطن وجارية علقت منه فلو منفصلة كولد أومتولدة كسمن فله الفسخ: ويضمنها باستهلاكها سوى منفصلة غير متولدة جوهرة: وفي جامع الفصولين: لو نقص في يد المشتري بفعل المشتري أو المبيع أو بآفة سماوية أخذه البائع مع الأرش، ولو بفعل البائع صار مستردا

بين التسليطين بأن البائع سلطه على المبيع على وجه قد ينقطع به حق الاسترداد، بأن يخرجه عن ملكه ببيع ونحوه أو بأن يفعل فيه مايقصدبه الدوام لجواز أن لايطلب البائع الفسخ قبله، بخلاف المؤجر فإنه إنما سلطه في وقت خاص وأما كون الفسخ حقا للشرع فلا يبطل بتسليط البائع فينقض بأنه قد بطل بإخراجه عن ملكه ببيع ونحوه وهو بتسليط البائع، فكذا هنا تقديما لحق العبد لفقره، وكون البيع ونحوه تعلق به حق الغير فيقدم: وهنا تعلق به حق العاقد العاصي فلا يقدم قد يمنع بأن العاصي لم يبطل الشرع حقه، كمن غصب حجرا وجعله أس حائطه يضمن قيمته ولايكلف بنقض الحائط فافهم (قوله وكذا) أي ومثل البناء والغرس في امتناع الفسخ كل زيادة متصلة بالمبيع غير متولدة منه (قوله وجارية علقت منه) جعله من الزيادة الغير المتولدة نظرا لماء الرجل ط (قوله فلو منفصلة كولد الخ) أي بأن ولدت من غير المشتري: وفي الجوهرة: لو كانت الزيادة متصلة غير متولدة كالصبغ والخياطة انقطع حق الفسخ، وإن كانت متولدة أي كالسمن لاتمنع الفسخ وكذا منفصلة متولدة كالولد والعقر والأرش، وإن هلكت هذه الزوائد في يد المشتري لايضمنها، وإن استهلكها ضمن، وإن هلك المبيع فقط فللبائع أخذها وأخذ قيمة المبيع يوم القبض، وإن كانت منفصلة غير متولدة كالكسب والهبة فللبائع أخذ المبيع معها ولاتطيب له ويتصدق بها، وإن هلكت في يد المشتري لايضمن، وكذا لو استهلكها عنده: وعندهما يضمن، وإن استهلك المبيع فقط ضمنه والزوائد له لتقرر ضمان الأصل اهـ ملخصا: وبه علم أن الزيادة بأقسامها الأربع لاتمنع الفسخ إلا المتصلة الغير المتولدة، أما المتصلة المتولدة كالسمن والمنفصلة المتولدة كالولد والغير المتولدة كالكسب فإنها لاتمنع الفسخ، وأنه يضمن المنفصلة المتولدة بالاستهلاك لابالهلاك، وكذا غير المتولدة عندهما لاعنده، وهذا التقرير أيضا موافق لما في البحر عن جامع الفصولين (قوله سوى منفصلة غير متولدة) أي كالكسب، وهذا استثناء من قوله ويضمنها باستهلاكها فإن هذه لاتضمن بالاستهلاك عند الإمام كما علمته:

مطلب أحكام نقصان المبيع فاسدا

(قوله لو نقص الخ) شروع في حكم نقصان المبيع فاسدا بعد بيان زيادته (قوله أخذه البائع مع الأرش) أي أرش النقصان، ويجبر على ذلك لو أراده المشتري، لما في جامع الفصولين: لو قطع ثوبا شراه فاسدا ولم يخطه حتى أودعه عند بائعه يضمن نقص القطع لا قيمته لوصوله إلى ربه إلا قدر نقصه فوقع عن الرد المستحق: قال: هذا التعليل إشارة إلى أن المبيع فاسدا إذا نقص في يد المشتري لايبطل حقه في الرد، إذ لو بطل لما كان الرد مستحقا عليه اهـ فهو كما ترى ناطق بما قلنا رملي:

[تنبيه] لو زال العيب رجع المشتري على البائع بالأرش الذي دفعه إليه، كما لو ابيضت عين الجارية في يد المشتري فاسدا وردها مع نصف القيمة ثم ذهب البياض فعلى البائع رد الأرش كما في التتارخانية، ومثله ماقدمناه عنها فيما لو زوّج المشتري الأمة ثم فسخ البيع وأخذ البائع نقصان التزويج ثم طلقها الزوج قبل الدخول بها رجع المشتري على البائع بما أخذ (قوله صار مستردا) حتى لو هلك عند المشتري ولم يوجد منه حبس عن البائع هلك على البائع جامع

ولو بفعل أجنبي خير البائع .

(وكره) تحريما مع الصحة (البيع عند الأذان الأول) إلا إذا تبايعا يمشيان فلا بأس به لتعليل النهى بالإخلال بالسعي ، فإذا انتفى انتفى ، وقد خص منه من لاجمعة عليه ذكره المصنف :

(و) كره (النجش) بفتحتين ويسكن : أن يزيد ولا يريد الشراء أو يمدحه بما ليس فيه ليروجه ويجرى في النكاح وغيره : ثم النهى محمول على ما (إذا كانت السلعة بلغت قيمتها ، أما إذا لم تبلغ لا) يكره لانتفاع الخداع عناية (والسوم على سوم غيره) ولو ذميا أو مستأمنا ،

الفصولين (قوله خير البائع) إن شاء أخذه من المشترى وهو يرجع على الجانى ، وإن شاء اتبع الجانى وهو لا يرجع على المشترى جامع الفصولين (قوله وكره تحريما مع الصحة) أشار إلى وجه تأخير المكروه عن الفاسد مع اشتراكهما في حكم المنع الشرعي والإثم ، وذلك أنه دونه من حيث صحته وعدم فساد ، لأن النهى باعتبار معنى مجاور للبيع لا في صلبه ولا في شرائط صحته ، ومثل هذا النهى لا يوجب الفساد بل الكراهية كما في الدرر . وفيها أيضا أنه لا يجب فسخه ويملك المبيع قبل القبض ويجب الثمن لا القيمة اه لكن في النهر عن النهاية أن فسخه واجب على كل منهما أيضا صونا لهما عن المحظور ، وعليه مشى الشارح في آخر الباب ، ويأتي تمامه (قوله عند الأذان الأول) وهو الذى يجب السعي عنده (قوله إلا إذا تبايعا يمشيان الخ) قال الزيلعي : هذا مشكل ، فإن الله تعالى قد نهى عن البيع مطلقا ، فمن أطلقه في بعض الوجوه يكون تخصيصا وهو نسخ ، فلا يجوز بالرأى شرنبلالية : والجواب ما أشار إليه الشارح من أن النص معلل بالإخلال بالسعي ومخصص ، لكن ما مشى عليه الشارح هنا مشى على خلافه في الجمعة تبعا للبحر والزيلعي (قوله وقد خص منه الخ) جواب ثان : أى والعام إذا دخله التخصيص صار ظنيا فيجوز تخصيصه ثانيا بالرأى : أى بالاجتهاد ، وبه اندفع قول الزيلعي فلا يجوز أى بالرأى :

قلت : وفيه نظر ، فإن إشكال الزيلعي من حيث أن قوله تعالى - وذروا البيع - مطلق عن التقييد بحالة دون حالة ، فإن مفاد الآية الأمر بترك البيع عند النداء ، وهو شامل لحالة المشى ، والذى خص منه من لا تجب عليه الجمعة هو الواو في - فاسعوا - ولا يلزم منه تخصيص من ذكر أيضا في - وذروا البيع - لأن القرآن في النظم لا يلزم منه المشاركة في الحكم كما تقرر في كتب الأصول ، لظيره قوله تعالى - أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة - فإن الخطاب عام في الموضعين ، لكن خص الدليل من الأول جماعة كالمريض العاجز ، ومن الثاني جماعة كالفقير مع أن المريض تلزمه الزكاة والفقير تلزمه الصلاة :

والحاصل أن الدليل خص من وجوب السعي جماعة كالمريض والمسافر ، ولم يرد الدليل بتخصيص هؤلاء من وجوب ترك البيع فيبقى الأمر شاملا لهم ، إلا أن يعلل بترك الإخلال بالسعي فيرجع إلى الجواب الأول فلم يفد الثاني شيئا فتأمل (قوله وكره النجش) لحديث الصحيحين « لا تتلقى الركبان للبيع ولا يبع بعضكم على بيع بعض ، ولا تناجشوا ، ولا يبع حاضر لباد » فتح (قوله أو يمدحه) تفسير آخر ، عبر عنه في النهر بقيل نقلا عن القرماني في شرح المقدمة قال : وفي القاموس مايفيده (قوله في النكاح وغيره) أى كالإجارة ، وهذا ذكره المصنف في منحه (قوله لا يكره) بل ذكر القهستاني وابن الكمال عن شرح الطحاوى أنه في هذه الصورة محمود (قوله والسوم على سوم غيره) وكذا البيع على بيع غيره . ففي الصحيحين « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تلقي الركبان » إلى أن قال « وأن يستام الرجل على سوم أخيه » وفي الصحيحين أيضا « لا يبيع الرجل على بيع أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له » :

وذكر الأخ فى الحديث ليس قيدا بل لزيادة التنفير نهر ، وهذا (بعد الاتفاق على مبلغ الثمن) أو المهر (وإلا لا) يكره لأنه بيع من يزيد ، وقد باع عليه الصلاة والسلام قدحا وحلسا ببيع من يزيد (وتلقى الجلب) بمعنى المجلوب أو الجالب ، وهذا (إذا كان يضر بأهل البلد أو يلبس السعر) على الواردين لعدم علمهم به فيكره للضرر والغرر (أما إذا انتفيا فلا) يكره ؛

(و) كره (بيع الحاضر للبادى) وهذا (فى حالة قحط وعوز وإلا لا) لانعدام الضرر ، قيل الحاضر المالك والبادى المشترى والأصح كما فى المجتبى أنهما السمسار والبائع لموافقته آخر الحديث « دعوا الناس يرزق بعضهم بعضا »

وصورة السوم أن يتراضيا بثمن ويقع الركون به فيجىء آخر فيدفع للمالك أكثر أو مثله ؛

وصورة البيع أن يتراضيا على ثمن سلعة فيقول آخر أنا أبيعك مثلها بأنقص من هذا الثمن أفاده فى الفتح قال الخير الرملى : ويدخل فى السوم الإجارة ، إذ هى بيع المنافع (قوله بل لزيادة التنفير) لأن السوم على السوم يوجب إيحاشا وإضرارا ، وهو فى حق الأخ أشد منعا . قال فى النهر كقوله فى الغيبة : ذكرك أخاك بما يكره ، إذ لا خفاء فى منع غيبة الذمى (قوله وقد باع عليه الصلاة والسلام قدحا وحلسا الخ) رواه أصحاب السنن الأربعة فى حديث مطول ذكره فى الفتح : وفى المصباح : الحلس كساء يجعل على ظهر البعير تحت رحله جمعه أحلاس كحمل وأحمال والحلس بساط يبسط فى البيت (قوله وتلقى الجلب) بفتحتين وهو المراد من تلقى الركبان فى الحديث المار ، وهذا يؤيد تفسيره بالجالب ، لأن الركبان جمع راكب ، لكن الذى فى المصباح والمغرب تفسيره بالمجلوب تأمل.

قال فى الفتح : وللتلقى صورتان :

إحداهما أن يتلقاهم المشترون للطعام منهم فى سنة حاجة ليبيعوه من أهل البلد بزيادة : وثانيهما(١) أن يشترى منهم بأرخص من سعر البلد وهم لا يعلمون بالسعر (قوله للضرر والغرر) لف ونشر مرتب ، فالضرر فى الصورة الأولى والغرر بتلبيس السعر فى الصورة الثانية (قوله وبيع الحاضر للبادى) لحديث الصحيحين عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتلقى الركبان ، وأن يبيع حاضر لباد » قال : قلت لابن عباس ما قوله حاضر لباد قال : لا يكون له سمسار فتح : والحاضر من كان من أهل الحضر خلاف البدو ، فالبادى من كان من أهل البادية أى البرية ، ويقال حضرى وبدوى نسبة إلى الحضر والبدو (قوله فى حالة قحط وعوز) القحط : انقطاع المطر . والعوز : بتحريك الواو الحاجة . قال فى المصباح : عوز الشىء عوزا من باب تعب عز فلم يوجد ، وعزت الشىء أعوزه من باب قال احتجت إليه فلم أجده (قوله قيل الحاضر المالك الخ) مشى عليه فى الهداية حيث قال : وهو أن يبيع من أهل البدو طمعا فى الثمن الغالى لما فيه الإضرار بهم اهـ أى بأهل البلد . قال الخير الرملى : ويشهد لصحة هذا التفسير ما فى الفصول العمادية عن أبى يوسف : لو أن أعرابا قدموا الكوفة وأرادوا أن يمتاروا منها ويضر ذلك بأهل الكوفة قال أمنعهم عن ذلك ، قال ألا ترى أن أهل البلدة يمنعون عن الشراء للحكرة فهذا أولى اهـ (قوله والأصح أنهما(٢) السمسار والبائع) بأن يصير الحاضر سمسارا للبادى البائع . قال فى الفتح الحلوانى : هو أن يمنع السمسار الحاضر القروى من البيع ويقول له لا تبع أنت أنا أعلم بذلك فيتوكل له ويبيع ويغالى ، ولو تركه يبيع بنفسه لرخص على الناس (قوله لموافقته آخر الحديث) ولموافقته لتفسير راوى الحديث كما قدمناه عن الصحيحين (قوله دعوا الناس يرزق بعضهم بعضا) كذا فى البحر : والذى فى الفتح « دعوا الناس

---

(١) (قوله وثانيهما) هكذا بخطه ، والأولى وثانيتهما كما لا يخفى اهـ مصححه .

(٢) (قوله والأصح أنهما الخ) الذى فى نسخ الشارح : والأصح كما فى المجتبى أنهما الخ اهـ .

ولذا عدى باللام لابمن (لا) يكره (بيع من يزيد) لمامر ويسمى بيع الدلالة (ولا يفرق) عبر بالنفي مبالغة في المنع « للعنه عليه الصلاة والسلام من فرق بين والد وولده وأخ وأخيه » رواه ابن ماجه وغيره عيني : وعن الثاني فساده مطلقا، وبه قال زفر والأئمة الثلاثة (بين صغير) غير بالغ (وذي رحم محرم منه) أي محرم من جهة الرحم لا الرضاع كابن عم هو أخ رضاعا فافهم (إلا إذا كان) التفريق بإعتاق وتوابعه ولو على مال، أو ببيع ممن حلف بعتقه ، أو كان المالك كافرا لعدم مخاطبته بالشرائع ،

يرزق الله بعضهم من بعض » ونقل الخير الرملي عن ابن حجر الهيثمي أن بعضهم : زاد دعوا الناس في غفلاتهم ، ونسبه لمسلم : قال : وهو غلط لا وجود لهذه الزيادة في مسلم ، بل ولا في كتب الحديث كما قضى به سبر ما بأيدي الناس منها اهـ (قوله ولذا عدى باللام لابمن) هذا مرجح آخر للتفسير الثاني ، فإن اللام في أن يبيع حاضر لباد تكون على حقيقتها وهي التعليل : أما على التفسير الأول تكون بمعنى من أو زائدة ، لأنه يقال بعت الثوب من زيد : قال في المصباح : وربما دخلت اللام مكان من ؛ يقال بعتك الشيء وبعته لك فاللام زائدة زيادتها في قوله تعالى ـ وإذ بوأنا لإبراهيم مكان البيت ـ والأصل بوأنا إبراهيم (قوله لما مر) أي قريبا من قوله وقد باع عليه الصلاة والسلام الخ (قوله ويسمى بيع الدلالة) أي بيع الدلال . قال في الفتح . وهو صفة البيع في أسواق المسمى بالبيع في الدلالة .

مطلب في التفريق بين الصغير ومحرمه

(قوله ولا يفرق) بالبناء للمجهول ، وهو أولى من قول النهر : ولا يفرق المالك ، لأن حذف الفاعل لايجوز إلا أن يقال إنه تفسير للضمير الراجع إلى الملك المفهوم من المقام تأمل ، وكما يمنع المالك عن التفريق يمنع المشتري كما يأتي ، والكراهة فيه تحريمية كما في الفتح (قوله عبر بالنفي مبالغة في المنع) كذا في الفتح . ووجهه أن شأن المسلم عدم فعل المحرم شرعا فكأنه أمر لا يقع منه فلا حاجة إلى نهيه عنه (قوله وعن الثاني الخ) قال العلامة نوح في حواشي الدرر ، وعن أبي يوسف روايتان : رواية لا يجوز البيع في قرابة الولاد ويجوز في قرابة غيرها ، وهو الأصح في مذهب الشافعي : وفي رواية لا يجوز في الكل : أي قرابة الولاد وغيرها ، وهو قول الإمام أحمد لأن الأمر بالرد في الحديث لا يكون إلا إلا الفاسد . وقال مالك : لا يجوز في الأم ويجوز في غيرها اهـ ، وما ذكره الشارح بعيد عن هذا ط (قوله غير بالغ) أشار به إلى أن مدة منع التفريق تمتد إلى بلوغ الصغير بالاحتلام أو بالحيض ، وهو قول للشافعي وفي أظهر قوليه إلى زمان التمييز سبع أو ثمان بالتقريب . وقال بعض مشايخنا إذا راهقا ورضيا بالتفريق فلا بأس به ، لأنهما من أهل النظر لأنفسهما وربما يريان المصلحة في ذلك فتح (قوله وذي رحم) أطلقه فشمل ما إذا كان صغيرا أيضا أو كبيرا كما في الهداية وغيرها ولذا قال بعده بخلاف الكبيرين (قوله أي محرم من جهة الرحم) أشار إلى أن الضمير في منه راجع إلى الرحم لا إلى الصغير فلا بد أن تكون محرميته من جهة الرحم لا من الرضاع احترازا عن ابن عم هو أخ رضاعا فإنه رحم محرم لكن محرميته من الرضاع لا من الرحم ، وإلى ذلك أشار بقوله فافهم . وخرج أيضا بالأولى المحرم لا من الرحم كالأخ الأجنبي رضاعا وامرأة الأب والرحم غير المحرم كابن العم (قوله وتوابعه) هي التدبير والاستيلاد والكتابة ح (قوله ولو على مال) مبالغة على الإعتاق فقط كما لايخفى ، فلو قدمه لكان أولى اهـ ح لكن إذا كان مما لايخفى استوى فيه التقديم والتأخير فافهم (قوله أو ببيع ممن حلف بعتقه) أي إذا حلف بقوله إن ملكت هذا فهو حر فباعه المالك منه ليعتق لم يكره ، لأن العتق ليس بتفريق بل فيه زيادة التمكن من الاجتماع مع محرمه (قوله أو كان المالك كافرا) ظاهره ولو كان المشتري مسلما لكن لا يناسبه التعليل

أو متعددا ولو الآخر لطفله أو مكاتبه فلابأس به ، أو تعدد محارمه فله بيع ماسوى واحد غير الأقرب والأبوين والملحق بهما فتح ، أو (بحق مستحق)

مع أنه يكره التفريق بالشراء .وفى الفتح أما إذا كان كافرا فلا يكره لأنهم غير مخاطبين بالشرائع . والوجه أنه إن كان التفريق فى ملتهم حلالا لا يتعرض لهم إلا إن كان بيعهم من مسلم فيمتنع على المسلم وإن كان ممتنعا فى ملتهم فلا يجوز اه وذكر قبله أنه يجوز للمسلم شراؤه من حربى مستأمن لأن مفسدة التفريق عارضها أعظم منها وهو ذهابه إلى دار الحرب ، وفيه مفسدة الدين والدنيا ، أما الدين فظاهر ، وأما الدنيا فتعريضه للقتل والسبى اه . وظاهره أنه يكره للمسلم شراؤه من كافر غير حربى لعدم هذه المفسدة المعارضة ، وهو موافق لما استوجهه فيما مر ؛ وعلى هذا فلا وجه لما فى النهر من أن المراد بالحربى الكافر ، وبه ظهر أنه كان الأولى للشارح أى يقول كما فى البحر : أو كان البائع حربيا مستأمنا لمسلم فإنه لا يمنع المسلم من الشراء دفعا للمفسدة (قوله أو متعددا الخ) أى إذا كان المالك متعددا ، بأن كان أحدهما لزيد والآخر لعمرو فلا بأس بالبيع وإن كان العبد الآخر لطفل المالك الأول أو لمكاتبه ، إذ الشرط اجتماعهما فى ملك شخص واحد .قال فى البزازية: ولو أحدهما له والآخر لولده الصغير أو لمملوكه أو لمكاتبه أو مضاربه لايكره التفريق ، ولو كلاهما له فباع أحدهما من ابنه الصغير يكره اه ؛ ويبقى ما إذا كانت الشركة فى كل منهما معا ،وظاهر القهستانى(١) عدم الكراهة أيضا فليراجع (قوله فلابأس) جواب لقوله ولو الآخر لطفله على أن لو شرطية لاوصلية ، وإنما فصله عما قبله مصرحا بالجواب للتنبيه على أنه لايكره وإن كان له ولاية على طفلة بحيث يمكنه بيعهما معا بلا تفريق وإن كان له حق فى مال مكاتبه بحيث يمكن عود الآخر إلى ملكه إذا عجز المكاتب فافهم (قوله أو تعدد محارمه الخ) أى محارم الصغير ، كما لو كان له أخوان شقيقان مثلا أو عمان أو خالان أو أكثر فله بيع الزائد على الواحد منهم ، ويبقى الواحد مع الصغير ليستأنس به ؛ وله بيع الصغير مع واحد منهم لا وحده . قال فى الفتح : وكذا لو ملك ستة إخوة ثلاثة كبارا وثلاثة صغارا فباع مع كل صغير كبيرا جازا استحسانا (قوله غير الأقرب) حال من ما اه ح ؛ فلو كان معه أخت شقيقة وأخت لأب وأخت لأم باع غير الشقيقة كما فى الفتح (قوله والأبوين) أى وغير الأبوين، فإذا كان معه أبواه لايبيع واحدا منهما هو الصحيح فى المذهب كما فى البحر عن الكفاية (قو والملحق بهما) كأخ لأب وأخ لأم أو خال وعم ، فالمدلى بقرابة الأم قام مقامها ، والمدلى بالأب كالأب ؛ وإذا كان للصغير أب وأم واجتمعوا فى ملك واحد لايفرق بين أحدهم فكذا هنا ، وكذا لو كان له عمة وخالة أو أم أب وأم أم لم يفرق بينه وبين أحدهما جوهرة .

قلت : لكن الإلحاق بالأبوين إنما يعتبر عند عدم أحدهما ، لما فى الفتح : لو كان معه أم وأخ أو أم وعمة أو خالة أو أخ جاز بيع من سوى الأم فى ظاهر الرواية وهو الصحيح ، لأن شفقة الأم تغنى عمن سواها ولذا كانت أحق بالحضانة من غيرها ، والجدة كالأم ؛ فلو كان له جدة وعمة وخالة جاز بيع العمة والخالة ، ولو كان معه عمة وخالة لم يباعوا إلا معا لاختلاف الجهة مع اتحاد الدرجة . ثم قال : ولو ادعاه رجلان فصارا أبوين له ثم ملكوا جملة فالقياس أن يباع أحدهما لاتحاد جهتهما : وفى الاستحسان ، لا يباع لأن الأب فى الحقيقة واحد فاحتمل كونه الذى بيع فيمتنع احتياطا ، فصار الأصل أنه إذا كان معه عدد أحدهم أبعد جاز بيعه ، وإن كانوا فى درجة

---

(١) (قوله وظاهر القهستانى الخ) حيث قال: ولا بينهما إذا كانا لرجلين لكل منهما شقص أو لصبى ورجل أو لرجل وامرأته أو مكاتبه أو مضاربه ، وتمامه فى النظم اه. والشقص: الطائفة من الشىء كما فى المصباح ، فيمكن أن يكون مراده بالشقص واحدا تأمل؛ فيكون المعنى لكل منهما عبد تأمل اه منه .

كخروجه مستحقا ، و (كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين) أو بإتلاف مال الغير (ورده بعيب) لأن النظر في دفع الضرر عن الغير لا في الضرر بالغير (بخلاف الكبيرين والزوجين) فلا بأس به خلافا لأحمد ، فالمستثنى أحد عشر .

(وكما يكره التفريق ببيع) وغيره من أسباب الملك كصدقة ووصية (يكره) بشراء إلا من حربي ابن ملك ، و (بقسمة في الميراث والغنائم) جوهرة .

اعلم أن فسخ المكروه واجب على كل واحد منهما أيضا بحر وغيره لرفع الإثم مجمع . وفيه: وتصحح شراء كافر مسلما ومصحفا مع الإجبار على إخراجهما عن ملكه وسيجيء في المتفرقات .

وكانوا من جنسين مختلفين كالأب والأم والخالة والعمة لايفرق ولكن يباع الكل أو يمسك الكل ، وإن كانوا من جنس واحد كالأخوين والعمين والخالين جاز أن يمسك مع الصغير أحدهما ويبيع ما سواه ، ومثل الخال والعم أخ لأب وأخ لأم اه (قوله كخروجه مستحقا) بأن ادعى رجل أحدهما أنه له وأثبته (قوله بالجناية) كأن قتل أحدهما رجلا خطأ ودفعه سيده بها (قوله وبيعه بالدين) بأن كان مأذونا واستغرقه الدين (قوله لأن النظر الخ) يعني أن المنظور إليه في منع التفريق دفع الضرر عن غيره وهو الصغير لا إلحاق الضرر به : أي بالمالك ، فلو منعنا التفريق هنا كان إلزاما للضرر بالمالك كذا في الفتح ، أي لأن المالك يتضرر بإلزامه الفداء لولي الجناية وإلزامه القيمة للغرماء وإلزامه المعيب من غير اختياره زيلعي (قوله والزوجين) أي ولو صغيرين زيلعي (قوله فالمستثنى أحد عشر) كان الواجب تقديم هذه الجملة على قوله بخلاف الكبيرين والزوجين لعدم دخولها في المستثنى منه اهح والأحد عشر : الإعتاق، توابعه ، بيعه ممن حلف بعتقه كون المالك كافرا كونه متعددا ، تعدد المحارم ، ظهوره مستحقا ، دفعه بجناية ، بيعه بالدين ، بيعه بإتلاف مال ، رده بعيب . وزاد في البحر ما إذا كان الصغير مراهقا ورضيت أمه ببيعه اه ط .

قلت في الفتح: لو كان الولد مراهقا فرضي بالبيع واختاره ورضيته أمه جاز بيعه اه . ويزاد أيضا ما في الفتح حيث قال : ومن صور جواز التفريق ما في المبسوط إذا كان للذمي عبد له امرأة أمة ولدت منه وأسلم العبد وولده صغير فإنه يجبر الذمي على بيع العبد وابنه وإن كان تفريقا بينه وبين أمه لأنه يصير مسلما بإسلام أبيه فهذا تفريق بحق (قوله إلا من حربي) لأن مفسدة التفريق عارضها أعظم منها كما قدمناه (قوله أيضا) أي كما في البيع الفاسد، وقدمنا عن الدرر أنه لا يجب فسخه ، وما ذكره الشارح عزاه في الفتح أول باب الإقالة إلى النهاية ثم قال وتبعه غيره وهو حق ، لأن رفع المعصية واجب بقدر الإمكان اه .

قلت: ويمكن التوفيق بوجوبه عليهما ديانة ، بخلاف البيع الفاسد، فإنهما إذا أصرا عليه يفسخه القاضي جبرا عليهما . ووجهه أن البيع هنا صحيح ويملك قبل القبض ويجب فيه الثمن لا القيمة ، فلا يلي القاضي فسخه لحصول الملك الصحيح (قوله مجمع) عبارته : ويجوز البيع ويأثم اه وليس فيه ذكر الفسخ (قوله مسلما) أي رقيقا مسلما ط (قوله مع الإجبار الخ) أي لرفع ذل الكافر عن المسلم ولحفظ الكتاب عن الإهانة ط ، والله سبحانه أعلم .

فصل فى الفضولى

مناسبته ظاهرة ، وذكره فى الكنز بعد الاستحقاق لأنه من صوره :
(هو) من يشتغل بما لا يعنيه فالقائل لمن يأمر بالمعروف أنت فضولى يخشى عليه الكفر فتح :
واصطلاحا (من يتصرف فى حق غيره) بمنزلة الجنس (بغير إذن شرعى) فصل خرج به نحو وكيل ووصى (كل تصرف صدر منه) تمليكا كان كبيع وتزويج ، وإسقاطا كطلاق وإعتاق (وله مجيز) أى لهذا التصرف من يقدر على إجازته .

فصل فى الفضولى

نسبة إلى الفضول جمع الفضل : أى الزيادة وفتح الفاء خطأ ، ولم ينسب إلى الواحد وإن كان هو القياس لأنه صار بالغلبة كالعلم لهذا المعنى فصار كالأنصارى والأعرابى ط عن البناية : وفى المصباح : وقد استعمل الجمع استعمال المفرد فيما لاخير فيه ، ولهذا نسب إليه على لفظه فقيل فضولى لمن يشتغل بما لا يعنيه ، لأنه جعل علما على نوع من الكلام فنزل منزلة المفرد (قوله مناسبته ظاهرة) هى توقف إفادة كل من الفاسد والموقوف الملك على شيء ، وهو القبض فى الأول والإجازة فى الثانى ح (قوله لأنه من صوره) ووجهه أن المستحق يقول عند الدعوى هذا ملكى،ومن باعك إنما باعك بغير إذنى فهو عين بيع الفضولى اه ح (قوله هو) أى لغة ولم يصرح بذلك اكتفاء بقوله بعده واصطلاحا الخ فافهم (قوله يخشى عليه الكفر) لأن الأمر بالمعروف وكذا النهى عن المنكر مما يعنى كل مسلم ، وإنما لم يكفر لاحتمال أنه لم يرد أن هذا فضول لا خير فيه بل أراد أن أمرك لا يؤثر أو نحو ذلك (قوله بمنزلة الجنس) فيدخل فيه الوكيل والوصى والولى والفضولى منح (قوله خرج به نحو وكيل ووصى) المراد خروج هذين وماشابههما لاهما فقط فهو نظير قولهم: مثلك لايبخل، فالوكيل والوصى يتصرفان بإذن شرعى، وكذا الولى والقاضى والسلطان فيما يرجع إلى بيت المال ونحوه وأمير الجيش فى الغنائم (قوله كل تصرف الخ) ضابط فيما يتوقف على الإجازة ومالا يتوقف (قوله صدر منه) أى من فضولى أو من المتصرف مطلقا (قوله كبيع وتزويج) أشار إلى أن المراد بالتمليك ما يعم الحقيقى والحكمى (قوله أو إسقاط الخ) أى إسقاط الملك مطلقا: قال فى الفتح: حتى لو طلق الرجل امرأة غيره أو أعتق عبده فأجاز طلقت وعتق ، وكذا سائر الإسقاطات للديون وغيرها اه :

[تنبيه] قال فى البحر : والظاهر من فروعهم أن كل ماصح التوكيل به إذا باشره الفضولى يتوقف إلا الشراء بشرطه اه قال الخير الرملى : أى من العقود والإسقاطات ليخرج قبض الدين : ففى جامع الفصولين : من قبض دين غيره بلا أمره ثم أجاز الطالب لم يجز قائما أو هالكا اه :

قلت : هذا أحد قولين ذكرهما فى جامع الفصولين، فإنه ذكر قبل مامر رامزا إلى كتاب آخر مانصه: قال لمديون ادفع إلى ألفا لفلان عليك فعسى يجيزه الطالب وأنا لست بوكيل عنه فدفع وأجاز الطالب يجوز، ولو هلك بعد الإجازة هلك على الطالب، ولو هلك ثم أجاز لاتعتبر الإجازة اه (قوله من يقدر على إجازته) كذا فسره فى الفتح، فأفاد أنه ليس المراد المجيز بالفعل بل المراد من له ولاية إمضاء ذلك الفعل من مالك أوولى كأب وجد ووصى وقاض كما مر بيانه قبيل باب المهر . وفى أحكام الصغار للاستروشنى من مسائل النكاح عن فوائد صاحب المحيط : صبية زوجت نفسها من كفء وهى تعقل النكاح ولا ولى لها فالعقد يتوقف على إجازة القاضى ، فإن كانت فى موضع لم يكن فيه قاض ،

(حال وقوعه انعقد موقوفا) ومالا يجيز له حالة العقد لاينعقد أصلا . بيانه : صبي باع مثلا ثم بلغ قبل إجازة وليه فأجازه بنفسه جاز لأن له وليا يجيزه حالة العقد، بخلاف مالو طلق مثلا ثم بلغ فأجازه بنفسه لم يجز لأنه وقت العقد لا مجيز له فيبطل مالم يقل أوقعته فيصح إنشاء لا إجازة كما بسطه العمادى .

(وقف بيع مال الغير) لو الغير بالغا عاقلا ، فلو صغيرا أو مجنونا لم ينعقد أصلا كما فى الزواهر معزيا للحاوى وهذا إن باعه على أنه (لمالكه) أما لو باعه على أنه لنفسه

إن كان ذلك الموضع تحت ولاية قاضي تلك البلدة ينعقد ويتوقف على إجازة ذلك القاضي وإلا فلا ينعقد : وقال بعض المتأخرين : ينعقد ويتوقف على إجازتها بعد البلوغ اه فهذا صريح فى أن من ليس له ولى أو وصى خاص وكان تحت ولاية قاض فتصرفه موقوف على إجازة ذلك القاضي أو إجازته بعد بلوغه . وهذا إذا كان تصرفا يقبل الإجازة احترازا عما إذا طلق أو أعتق كما يأتى ، وقد حررنا هذه المسألة قبيل كتاب الغصب من كتابنا تنقيح الفتاوى الحامدية فارجع إليه فإن فيه فوائد سنية (قوله انعقد موقوفا) أى على إجازة من يملك ذلك العقد ولو كان العاقد نفسه . بيانه ما فى الرابع والعشرين من جامع الفصولين : باعه أو زوّجه بلا إذن ثم أجاز بعد وكالته جاز استحسانا : باع مال يتيم ثم جعله القاضي وصياله فأجاز ذلك البيع صح استحسانا ولو تزوج بلا إذن مولاه ثم أذن له فى النكاح فأجاز ذلك النكاح جاز ، ولا يجوز إلا بإجازته ، ولو لم يأذن له ولكنه عتق جاز بلا إجازة بعد عتقه ، ولو تزوج الصبي أو باع ثم أذن له وليه أو بلغ لم يجز إلا بإجازته ، وتمام الفروع هناك فراجعه (قوله ومالا يجيز له) أى وكل تصرف ليس له من يقدر على إجازته حالة العقد (قوله بيانه) أى بيان هذا الضابط المذكور ، وهذا يفيد أن الضمير فى قول المصنف : كل تصرف صدر منه راجع للمتصرف لا للفضولى لأن الصبي هنا لاينطبق عليه تعريف الفضولى المار لأنه يتصرف فى حق نفسه ، إلا أن يجاب أن مباشرة العقد ليست حقه بل حق الولى ونحوه ، فالمراد بالحق فى التعريف ما يشمل العقد كما أفاده ط (قوله صبى) أى غير مأذون (قوله باع مثلا الخ) أى تصرف تصرفا يجوز عليه لو فعله وليه فى صغره كبيع وشراء وتزوج وتزويج أمته وكتابة قنه ونحوه ، فإذا فعله الصبى بنفسه يتوقف على إجازة وليه مادام صبيا ، ولو بلغ قبل إجازة وليه فأجاز بنفسه جاز ولم يجز بنفس البلوغ بلا إجازة جامع الفصولين (قوله بخلاف ما لو طلق مثلا) أى أو خلع أو حرر قنه مجانا أو بعوض أو وهب ماله أو تصدق به أو زوج قنه امرأة أو باع ماله محاباة فاحشة أو شرى شيئا بأكثر من قيمته فاحشا أو عقد عقدا مما لو فعله وليه فى صباه لم يجز عليه فهذه كلها باطلة ، وإن أجازها الصبى بعد بلوغه لم تجز لأنه لامجيز لها وقت العقد فلم تتوقف على الإجازة إلا إذا كان لفظ إجازته بعد البلوغ يصلح لابتداء العقد فيصح ابتداء لا إجازة كقوله أوقعت ذلك الطلاق أو العتق فيقع لأنه يصلح للابتداء جامع الفصولين (قوله وقف بيع مال الغير) أى على الإجازة على ما بيناه . وفى حكم الغير : الصبى لو باع مال نفسه بلا إذن وليه كما علمت ثم إذا أجاز بيع الفضولى والثمن نقد فهو للمجيز ، أما لو كان عرضا فهو للفضولى لأنه صار مشتريا له وعليه قيمته للمجيز كما سيأتى (قوله لو الغير بالغا عاقلا الخ) لم أر ذلك فى الحاوى . ووجهه غير ظاهر إذا كان للصغير أو للمجنون ولى أو كان فى ولاية قاض لأنه يصير عقدا له مجيز وقت العقد فيتوقف على أنه مخالف ، لما قدمناه عن جامع الفصولين من أنه : لو باع مال يتيم ثم جعله وصيا له فأجاز ذلك البيع صح استحسانا فهذا صريح فى أنه انعقد موقوفا فإنه لو لم ينعقد أصلا لم يقبل الإجازة بعد ما صار وصيا ، ولعل مافى الحاوى قياس والعمل على الاستحسان (قوله وهذا) أى التوقف المفهوم من قول المصنف وقف (قوله على أنه لمالكه الخ) أى على أن البيع لأجل مالكه لا لأجل نفسه ، وهذا مأخوذ من البحر حيث قال : ولو قال المصنف باع ملك غيره لمالكه لكان أولى لأنه لو باعه

أو باعه من نفسه أو شرط الخيار فيه لمالكه المكلف أو باع عرضا من غاصب عرض آخر للمالك

لنفسه لم ينعقد أصلا كما فى البدائع اه. لكن صاحب المتن قال فى منحه : أقول يشكل على مانقله شيخنا على البدائع ماقالوه من أن المبيع إذا استحق لا ينفسخ العقد فى ظاهر الرواية بقضاء القاضى بالاستحقاق وللمستحق إجازته . وجه الإشكال أن البائع باع لنفسه لا للمالك الذى هو المستحق مع أنه توقف على الإجازة ، ويشكل عليه بيع الغاصب فانه يتوقف على الإجازة ، فالظاهر ضعف ما فى البدائع ، فلا ينبغى أن يعول عليه لمخالفته لفروع المذهب اه . وذكر نحوه الخير الرملى ثم استظهر أن ما فى البدائع رواية خارجة عن ظاهر الرواية .

أقول : يظهر لى أن ما فى البدائع لا إشكال فيه بل هو صحيح لأن قول البدائع لو باعه لنفسه لم ينعقد أصلا معناه لو باعه من نفسه فاللام بمعنى من ، فهو المسألة الثانية من المسائل الخمس ، وحينئذ فمراد البدائع أن الموقوف ما باعه لغيره ؛ أما لو باعه لنفسه لم ينعقد أصلا ، فالخلل إنما جاء مما فهمه صاحب البحر من أن اللام للتعليل ، وأنه احتراز عما إذا باعه لأجل مالكه ، ولله در أخيه صاحب النهر حيث وقف على حقيقة الصواب ، فقال عند قول الكنز : ومن باع ملك غيره يعنى لغيره ، أما إذا باع لنفسه لم ينعقد كذا فى البدائع اه لكنه لو عبر بمن بدل اللام لكان أبعد عن الإيهام ، وعلى كل فهو عين ما ظهر لى ، والحمد لله رب العالمين (قوله أو باعه من نفسه) لأنه يكون مشتريا لنفسه ، وقد صرحوا بأن الواحد لا يتولى الطرفين فى البيع أفاده فى المنح (قوله أو شرط الخيار للمالك(١)) قال فى النهر : وفى فروق الكرابيسى : لو شرط الفضولى الخيار للمالك بطل العقد لأنه له بدون الشرط فيكون الشرط له مبطلا اه وكان ينبغى أن يكون الشرط لغوا فقط فتدبره اه أى لأنه إذا كان للمالك الخيار فى أن يجيز العقد أو يبطله يكون اشتراطه لافائدة فيه فيلغو ، وحيث لم يكن منافيا للعقد فينبغى أن لا يبطله . وظاهر التعليل أن المراد خيار الإجازة ، ومقتضى ما فى الأشباه أن المراد به خيار الشرط حيث قال خيار الشرط داخل على الحكم لا البيع فلا يبطله إلا فى بيع الفضولى . وقال البيرى : وتقييده بالمالك ليس بشرط ، بل إذا شرط الفضولى للمشترى له بأن قال اشتريت هذا لفلان بكذا على أن فلانا بالخيار ثلاثة أيام لا يتوقف كما فى قاضيخان ومنية المفتى اه .

قلت : ولعل وجهه أن الأصل فساد العقد بشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه إلا فى صور منها ورود النص به كشرط الخيار ، وفائدته التروّى دفعا للغبن ، ومن وقع له عقد الفضولى يثبت له الخيار بلا شرط غيره مقيد بمدة فكان اشتراط الخيار له ثلاثة أيام فقط مخالفا للنص . لأنه لافائدة فيه بل فيه ضرر بقصر المدة فلذا لم يتوقف على الإجازة بل بطل لضعف عقد الفضولى وإن كان الشرط الفاسد يقتضى الفساد لا البطلان . هذا ماظهر لى ، والله سبحانه أعلم (قوله المكلف) قيد به لأن المالك إذا كان صبيا أو مجنونا فالبيع باطل وإن لم يشترط الخيار له فيه اهح وهذا بناء على مامر عن الحاوى وعلمت مافيه (قوله أو باع عرضا الخ) بيانه لرجل عبد وأمة فغصب زيد العبد وعمرو الأمة ثم باع زيد العبد من عمرو بالأمة فأجاز المالك البيع لم يجز . قال فى البحر : لأن فائدة البيع ثبوت ملك الرقبة والتصرف وهما حاصلان للمالك فى البدلين بدون هذا العقد فلم ينعقد فلم تلحقه إجازة ، ولو غصبا من رجلين وتبايعا وأجاز المالكان جاز ، ولو غصبا النقدين من واحد وعقد الصرف وتقابضا ثم أجاز جاز لأن النقود لاتتعين فى المعاوضات ، وعلى كل واحد من الغاصبين مثل ماغصب ، كذا فى الفتح من آخر الباب اه (قوله للمالك) أى مالك العرض الأول وهو متعلق بمحذوف نعت العرض آخر فيكون كل من العرضين لمالك

---

(١) (قوله أو شرط الخيار للمالك) كذا بخطه . والذى فى نسخ الشارح (أو شرط الخيار فيه لمالكه والمآل واحد) اه مصححه .

به فالبيع باطل .

والحاصل أن بيعه موقوف إلا فى هذه الخمسة فباطل ، قيد بالبيع لأنه لو اشترى لغيره نفذ عليه إلا إذا كان المشترى صبيا أو محجورا عليه فيوقف ، هذا إذا لم يضفه الفضولى إلى غيره ؛ فلو أضافه بأن قال بع هذا العبد لفلان فقال البائع بعته لفلان توقف

واحد كما مشينا (قوله به) متعلق بقوله باع والضمير عائد على العرض الآخر (قوله إلا فى هذه الخمسة) أى الأربعة المذكورة هنا ، ومسألة الحاوى هى الخامسة ، وقد علمت أن الخامسة ليست كذلك وكذلك مسألة بيعه على أنه لنفسه فبقى المستثنى ثلاثة فقط وهى الآتية عن الأشباه .

قلت : ويزاد مافى جامع الفصولين : باع ملك غيره فشراه من مالكه وسلم إلى المشترى لم يجز والبيع باطل لافاسد ، وإنما يجوز إذا تقدم سبب ملكه على بيعه ، حتى إن الغاصب لو باع المغصوب ثم ضمنه المالك جاز بيعه أما لو شراه الغاصب من مالكه أو وهبه له أو ورثه منه لاينفذ بيعه قبله . ولو غصب شيئا وباعه فإن ضمنه المالك قيمته يوم الغصب جاز بيعه لا لو ضمنه قيمته يوم البيع اه فهاتان مسألتان فرجعت المسائل المستثناة خمسا لكن فى الأخيرة كلام سيأتى (قوله نفذ عليه) أى على المشترى ، ولو أشهد أنه يشتريه لفلان وقال فلان رضيت فالعقد للمشترى لأنه إذا لم يكن وكيلا بالشراء وقع الملك له فلا اعتبار بالإجازة بعد ذلك لأنها إنما تلحق الموقوف لا النافذ فإن دفع المشترى إليه العبد وأخذ الثمن كان بيعا بالتعاطى بينهما ، وإن ادعى فلان أن الشراء كان بأمره وأنكر المشترى فالقول لفلان لأن الشراء بإقراره وقع له بحر عن البزازية (قوله فيوقف) أى على إجازة من شرى له ، فإن أجاز جاز وعهدته على المجيز لا على العاقد وهذا لأن الشراء إنما لايتوقف إذا وجد نفاذا ولا ينفذ هنا على العاقد أفاده فى جامع الفصولين (قوله هذا) أى نفاذ الشراء على الفضولى الغير المحجور (قوله فقال البائع بعته لفلان) أى وقال الفضولى اشتريت لفلان كما فى البزازية وغيرها ، لأن قوله بع أمر لايصلح إيجابا . وفى الفتح قال اشتريته لأجل فلان فقال بعت أو قال المالك ابتداء بعته منك لأجل فلان فقال اشتريت لم يتوقف لأنه وجد نفاذا على المشترى لأنه أضيف إليه ظاهرا ، وقوله لأجل فلان يحتمل لأجل شفاعته أو رضاه اه وذكر فى البزازية كذلك ، ثم قال : والصحيح أنه إذا أضيف العقد فى أحد الكلامين إلى فلان يتوقف على إجازته وأقره فى البحر ، لكن فى البزازية أيضا : لو قال اشتريت لفلان وقال البائع بعت منك الأصح عدم التوقف اه . وظاهره أنه ينفذ على المشترى ، لكن نقل فى البحر هذه الأخيرة عن فروق الكرابيسى وقال بطل العقد فى أصح الروايتين لأنه خاطب المشترى فرده لغيره فلا يكون جوابا فكان شطر العقد ، بخلاف قوله بعته لفلان فقال اشتريت له أو قبلت ولم يقل له ، وقوله بعت من لفلان فقال اشتريت لأجله أو قبلت فإنه يتوقف لإضافته إلى فلان فى الكلامين . قال فى النهر وعلى هذا فالاكتفاء بالإضافة فى أحد الكلامين بأن لايضاف إلى الآخر اه :

وحاصله أن مامر عن البزازية من تصحيح التوقف بالإضافة إلى فلان فى أحد الكلامين محمول على ما إذا لم يضف العقد فى أحد الكلامين إلى المشترى فلا ينافى ماصححه فى الفروق ، وعليه فلو أضيف فى أحدهما إلى المشترى وفى الآخر إلى فلان بطل العقد كقوله بعت منك فقال اشتريت لفلان أو بالعكس ، لأن الكلام الثانى لايصلح قبولا للإيجاب ، لكن لايخفى أن صريح تصحيح البزازية أنه إذا أضيف إلى فلان فى أحد الكلامين يتوقف ، والمفهوم من تصحيح الفروق أنه لايتوقف إلا إذا أضيف إليه فى الكلامين وهو المفهوم من كلام الفتح السابق ، فصار الحاصل أنه إذا أضيف إلى فلان فى الكلامين توقف على إجازته وإلا نفذ على المشترى مالم يضف إلى الآخر

بزازية وغيرها (و) وقف (بيع العبد والصبى المحجورين) على إجازة المولى والولى وكذا المعتوه : وفى العمادية وغيرها : لاتنعقد أقارير العبد ولا عقوده ، وسنحققه فى الحجر (و) وقف (بيع ماله من فاسد عقل غير رشيد) على إجازة القاضى (و) وقف (بيع المرهون والمستأجر والأرض فى مزارعة الغير) على إجازة مرتهن ومستأجر

صريحا فيبطل ، ووقع فى بعض الكتب هنا اضطراب وعدول عن الصواب كما يعلم من مراجعة نور العين ، وهذا ماتحصل لى بعد التأمل ، والله سبحانه أعلم (قوله بزازية وغيرها) يوجد هنا فى بعض النسخ زيادة نقلت من نسخة الشارح ونصها : قيد ببيعه المالكه لأن بيعه لنفسه باطل كما فى البحر والأشباه عن البدائع كأنه لأنه غاصب ، وكذا من نفسه لأن الواحد لايتولى طرفى البيع إلا الأب كما مر :

وعبارة الأشباه : وبيع الفضولى موقوف إلا فى ثلاث فباطل : إذا باع لنفسه بدائع : وإذا شرط الخيار فيه للمالك تلقيح : وإذا باع عرضا من غاصب عرض آخر للمالك به فتح ، لكن ضعف المصنف الأولى لمخالفتها لفروع المذهب ، لتصريحهم بأن بيع الغاصب موقوف ، وبأن المبيع إذا استحق فللمستحق إجازته على الظاهر مع أن البائع باع لنفسه لاللمالك الذى هو المستحق مع أنه توقف على الإجازة : وأما الثانية فنى النهر : وينبغى إلغاء الشرط فقط :

قلت : وحاصله كما قاله شيخنا أن بيعه موقوف ولو لنفسه على الصحيح اه لكن فى حاشية الأشباه لابن المصنف : وزدت مسألتين من الحاوى : وهما بيع الفضولى مال صغير ، ومجنون لاينعقد أصلا ، هذا آخرما وجدته من الزيادة ، ولا يخفى مافيها من التكرار ، وكأن الشارح قصد أن يعدل إليها عما كتبه أولا من قوله أما لوباعه إلى قوله قيد بالبيع (قوله المحجورين) أخرج المأذونين فلا يتوقف بيعهما ط (قوله وكذا المعتوه) أى حكمه فى البيع كحكم الصبى والعبد المحجورين ط (قوله وسنحققه فى الحجر) حيث قال : وصح طلاق عبد وإقراره فى حق نفسه فقط لاسيده ، فلو أقر بمال آخر إلى عتقه لو لغير مولاه ولو له هدر وبحد وقود أقيم فى الحال لبقائه على أصل الحرية فى حقهما ، ومن عقد عقدا يدور بين نفع وضرر من هؤلاء المحجورين وهو يعقله أجاز وليه أورد ، وإن لم يعقله فباطل ، وإن أتلفوا شيئا ضمنوا لكن ضمان العبد بعد العتق اه : وبه ظهر أن قول العمادية لاتنعقد الخ ليس على إطلاقه وأن مراده بلا تنعقد لاتنفذ ، فيشمل ماينعقد موقوفا وما لاينعقد أصلا فلا يخالف ما فى المتن (قوله ووقف بيع ماله من فاسد عقل الخ) كذا فى الدرر : وفى أول البيع الفاسد من البحر عن الخلاصة : وبيع غير الرشيد موقوف على إجازة القاضى اه وهذا أولى لأن الكلام فى توقف المبيع : أما على مافى المتن فالموقوف شراء فاسد العقل . أما البيع الصادر من الرشيد فغير موقوف ، ولذا قال فى الشرنبلالية : هذا التركيب فيه نظر : والمسألة من الخانية الصبى المحجور إذا بلغ سفيها يتوقف بيعه وشراؤه على إجازة الوصى أو القاضى . وفى الخلاصة إذا باع ماله وهو غير رشيد يتوقف على إجازة القاضى اه :

قلت : وهذا على قولهما : أما على قول الإمام فتصرفه صحيح كما سيأتى فى بابه :

مطلب فى بيع المرهون المستأجر

(قوله ووقف بيع المرهون والمستأجر الخ) أى فإن أجازه . المرتهن والمستأجر نفذ وهل يملكان الفسخ ، قيل لا وهو الصحيح ، وقيل يملكه المرتهن دون المستأجر لأن حقه فى المنفعة ، والدا لو هلكت العين لا يسقط دينه وفى الرهن يسقط . وتمامه فى البحر ، وجزم فى الخانية بالثانى ، لكن فى حاشية الفصولين للرملى عن الزيلعى : لا يملك المرتهن الفسخ فى أصح الروايتين اه وليس للراهن والمؤجر الفسخ . وأما المشترى فله خيار الفسخ إن لم

ومزارع (و) وقف (بيع شئ برقمه) أي بالمكتوب عليه ، فإن علمه المشترى فى مجلس البيع نفذ وإلا بطل .
قلت : وفى مرابحة البحر أنه فاسد له عرضية الصحة لا بالعكس هو الصحيح ، وعليه فتحرم مباشرته ، وعلى الضعيف لا ، وترك المصنف قول الدرر وبيع المبيع من غير مشتريه لدخوله فى بيع مال الغير :

يعلم بالإجارة .والرهن عند أبى يوسف ، وعندهما له ذلك وإن علم وعزى كل منهما إلى ظاهر الرواية كما فى الفتح ، لكن فى حاشية الفصولين للرملى عن الولوالجية أن قولهما هو الصحيح ، وعليه الفتوى . بقى لو لم يجز المستأجر حتى انفسخت الإجارة نفذ البيع السابق ،وكذا المرتهن إذا قضى دينه كما فى جامع الفصولين . وفيه أيضا عن الذخيرة : البيع بلا إذن المستأجر نفذ فى حق البائع والمشترى لا فى حق المستأجر فلو سقط حق المستأجر عمل ذلك البيع ولا حاجة إلى التجديد وهو الصحيح ،ولو أجازه المستأجر نفذ فى حق الكل ،ولا ينزع من يده ليصل إليه ماله ، إذ رضاه بالبيع يعتبر لفسخ الإجارة لا للانتزاع من يده وعن بعضنا أنه لو باع وسلم أجازهما المستأجر بطل حق حبسه ولو أجاز البيع لا التسليم لا يبطل حق حبسه اه :

[تنبيه] لو بيع المستأجر من مستأجره لا يتوقف كما علم مما ذكرناه ، وبه صرح فى الفصولين وغيره : وفيه : باع المستأجر ورضى المشترى أن لا يفسخ الشراء إلى مضى مدة الإجارة ثم يقبضه من البائع ، فليس له مطالبة البائع بالتسليم قبل مضيها ، ولا للبائع مطالبة المشترى بالثمن مالم يجعل المبيع بمحل التسليم (قوله ومزارع) صورته كما فى ح عن الفتاوى الهندية : إذا دفع أرضه مزارعة مدة معلومة على أن يكون البذر من قبل العامل فزرعها العامل أو لم يزرع فباع صاحب الأرض الأرض يتوقف على إجازة المزارع اه أى لأنه فى حكم المستأجر للأرض : وأما لو كان البذر من المالك فينفذ لو لم يزرع ، لأن المزارع أجير له ولو زرع لا لتعلق حق المزارع ، وتمامه فى جامع الفصولين (قوله نفذ) حقه أن يقول توقف ، لأنه إذا علم فى المجلس توقف على إجازته فيخير بين أخذه وتركه لأن الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما فى خيار الرؤية كما ذكره فى البحر من المرابحة (قوله وإلا بطل) المناسب لما بعده وإلا فسد (قوله قلت الخ) استدراك على المصنف ، فإن مفاد كلامه أن المتوقف صحته أى أنه صحيح له عرضية الفساد فهو مبنى على الضعيف ، ويمكن حمل كلام المصنف على ما بعد العلم فى المجلس (قوله وبيع المبيع من غير مشتريه) قال فى الدرر : صورته باع شيئا من زيد ثم باعه من بكر لا ينعقد الثانى ، حتى لو تفاسخا الأول لا ينعقد الثانى ، لكن يتوقف على إجازة المشترى إن كان بعد القبض ، وإن كان قبله فى المنقول لا ، وفى العقار على الخلاف اه وقوله أو لا لا ينعقد الثانى : معناه لا ينفذ بقرينة الاستدراك عليه بقوله لكن يتوقف الخ ،وأراد بالخلاف ما سيأتى فى فصل التصرف من أن بيع العقار قبل قبضه صحيح عندهما لا عند محمد ، فهو عنده كبيع المنقول . واعترضه فى الشرنبلالية بما حاصله أن الخلاف الآتى إنما هو فيما إذا اشترى عقارا فباعه قبل قبضه ، والكلام هنا فى بيع البائع :

قلت : لا يخفى أن الإجارة اللاحقة كالوكالة السابقة فالبيع فى الحقيقة من المشترى ، ولذا قال فى جامع الفصولين : شراه ولم يقبضه حتى باعه البائع من آخر بأكثر فأجازه المشترى لم يجز لأنه بيع ما لم يقبض اه فاعتبره بيعا من جانب المشترى قبل قبضه فافهم ،وظاهره أنه يبقى على ملك المشترى بالأول ،ويأتى تمامه فى فصل التصرف فى المبيع (قوله لدخوله فى بيع مال الغير) لا يخفى أن فى هذه الصورة تفصيلا وفرقا بين الإجازة قبل القبض أو بعده وهو محتاج للتنبيه عليه ، بخلاف غيرها من بيع مال الغير ، فالأولى ذكرها كما فعل فى الدرر (قوله وبيع المرتد) فإنه موقوف عند الإمام على الإسلام ، ولا يتوقف عندهما ط (قوله إن علم فى المجلس صح) أى وله الخيار شرنبلالية عند قوله والبيع بما باع فلان ، والظاهر أن المسائل بعده كذلك (قوله وإلا بطل) غير مسلم لأنه

(وبيع المرتد والبيع بما باع فلان والبائع يعلم والمشترى لايعلم والبيع بمثل مايبيع الناس به أو بمثل ماأخذ به فلان) إن علم فى المجلس صح وإلا بطل ؛

(وبيع الشيء بقيمته) فإن بين فى المجلس صح وإلا بطل (وبيع فيه خيار المجلس) كما مر (و) وقف (بيع الغاصب) على إجازة المالك ؛ يعنى إذا باعه لمالكه لا لنفسه على ما مر عن البدائع ؛ ووقف أيضا بيع المالك المغصوب على البينة ، أو إقرار الغاصب ، وبيع مافى تسلمه ضرر على تسليمه فى المجلس ، وبيع المريض لوارثه على إجازة الباقى ، وبيع الورثة التركة المستغرقة على إجازة الغرماء ، وبيع أحد الوكيلين أو الوصيين أو الناظرين إذا باع بحضرة الآخر توقف على إجازته أو بغيبته فباطل ؛

فاسد يملك بالقبض شرنبلالية (قوله وبيع فيه خيار المجلس كما مر) الذى مر أول البيوع أنه إذا أوجب أحدهما فللآخر القبول فى المجلس ، لأن خيار القبول مقيد به ، فإذا قبل فيه لزم البيع بلا خيار إلا لعيب أو رؤية خلافا للشافعى ، فإن كان المراد خيار القبول ففيه كما قال الوانى أن البيع الموقوف إنما يكون بعد الإيجاب والقبول ، وإن كان المراد خيار الشرط ، ففى الشرنبلالية أنه ليس من الموقوف ، والخيار المشروط المقدر بالمجلس صحيح ، وله الخيار مادام فيه . وإذا شرط الخيار ولم يقدر له أجل كان له الخيار بذلك المجلس فقط كما فى الفتح اه . وبيانه أن الموقوف مقابل للنافذ ، وما فيه خيار مقابل للازم ، فما فيه خيار غير لازم لا موقوف ، لكن قد يقال إن لزومه موقوف على إسقاط الخيار فيصح وصفه بالموقوف ، لكن على هذا لاحاجة للتقييد بالمجلس ، بل كان عليه أن يقول وبيع فيه خيار الشرط ليشمل ماكان مقيدا بالمجلس وغيره ، ولئلا يتوهم منه خيار القبول . ثم إن ما نقله الشرنبلالى عن الفتح مخالف لما قدمه الشارح من أن خيار الشرط ثلاثة أيام أو أقل وأنه يفسد عند إطلاق أوتأبيد ، وقدمنا هناك أنه إذا أطلق عن التقييد بثلاثة أيام إنما يفسد إذا أطلق وقت العقد . أما لو باع بلا خيار ثم لقيه بعد مدة فقال له أنت بالخيار فله الخيار ما دام فى المجلس كما فى البحر عن الولوالجية وغيرها ، وحمل عليه فى البحر كلام الفتح (قوله على إجازة المالك) فلو تداولته الأيدى فأجاز عقدا من العقود جاز ذلك العقد خاصة كما سيأتى تحريره ؛ فى جامع الفصولين لو باعه الغاصب ثم ضمنه مالكه جاز البيع ، ولو شراه غاصبه من مالكه أو وهبه منه أوورثه لم ينفذ بيعه قبل ذلك (قوله يعنى إذا باعه لمالكه الخ) تبع فى ذلك المصنف مع أن المصنف ذكر فيما مر أن هذا مخالف لفروع المذهب ، فلا فرق بين بيعه لمالكه أو لنفسه وقد علمت الكلام على ما فى البدائع (قوله على البينة) أى إن أنكر الغاصب ط (قوله وبيع ما فى تسليمه ضرر) كبيع جذع من السقف سواء كان معينا أولا على ما فى النهر عن الفتح ، وقد علم أن المراد تعداد الموقوف . ولو صدر فاسدا فإن البيع فى هذه الصورة فاسد موقوف ط (قوله وبيع المريض لوارثه) أى ولو بمثل القيمة وهذا عنده ، وعندهما يجوز ويخير المشترى بين فسخ وإتمام لو فيه غبن أو محاباة قلت أوكثرت ، وكذا وصى الميت لو باعه من الوارث فهو على هذا الخلاف كذا وارث صحيح باع من مورثه المريض فهو على هذا الخلاف عنده لم يجز ولو بقيمته ، وعندهما يجوز جامع الفصولين (قوله على إجازة الباقى) أو على صحة المريض ، فإن صح من مرضه نفذ ، وإن مات منه ولم يجز الورثة بطل فتح (قوله على إجازة الغرماء) عزاه فى البحر إلى الزيلعى ، ومثله فى جامع الفصولين (قوله وبيع أحد الوكيلين) عزاه فى البحر إلى وكالة الزيلعى ، ثم ذكر أحد الوصيين أو الناظرين وقال توقف على إجازة الآخر أخذا من الوكيلين ولم أرهما الآن صريحا اه ؛

وأوصله فى النهر إلى نيف وثلاثين (وحكمه) أى بيع الفضولى اوله مجيز حال وقوعه كامر (قبول الإجازة) من المالك (إذا كان البائع والمشترى والمبيع قائما) بأن لايتغير المبيع بحيث يعد شيئا آخر لأن إجازته كالبيع حكما (وكذا) يشترط قيام (الثمن) أيضا (لو) كان عرضا (معينا) لأنه مبيع من وجه فيكون مالكا للفضولى ،

مطلب البيع الموقوف نيف وثلاثون

(قوله وأوصله) أى البيع الموقوف (قوله إلى نيف وثلاثين) أى ثمان وثلاثين ، ذكر المصنف والشارح منها ثلاثة وعشرين صورة(١) وذكر في النهر بيع غير الرشيد فإنه موقوف على إجازة القاضى : والذى ذكره المصنف هنا البيع منه وبيع البائع المبيع بعد القبض من غير المشترى فإنه يتوقف على إجازة المشترى ، وما شرط فيه الخيار أكثر من ثلاث فإن الأصح أنه موقوف ، وشراء الوكيل نصف عبد وكل فى شراء كله فإنه موقوف إن اشترى الباقى قبل الخصومة نفذ على الموكل وبيع نصيبه من مشترك بالخلط أو الاختلاط فإنه موقوف على إجازة شريكه وتقدم ذلك أول كتاب الشركة ، وبيع المولى عبده المأذون فإنه موقوف على إجازة الغرماء ، وكذا بيعه أكسابه وبيع وكيل الوكيل بلا إذن فإنه موقوف على إجازة الوكيل الأول ، وبيع الصبى بشرط الخيار إذا بلغ الصبى فى المدة ، والبيع بما حل به أو بما يريده أو بما يحب أو برأس ماله أو بما اشتراه اه أى فإنه يتوقف على بيانه فى المجلس كما تقدم نظيره ط (قوله قبول الإجازة) أى ولو تداولته الأيدى كما قدمناه آنفا (قوله من المالك) أفاد أنه لا تجوز إجازة وارثه كما يذكره قريبا ويغنى عن هذا تصريح المصنف بأن من شروط الإجازة قيام صاحب المتاع (قوله بأن لا يتغير المبيع) علم منه حكم هلاكه بالأولى ، فإن لم يعلم حاله جاز البيع فى قول أبى يوسف أولا وهو قول محمد لأن الأصل بقاؤه ، ثم رجع أبو يوسف وقال لايصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لأن الشك وقع فى شرط الإجازة فلا يثبت مع الشك فتح ونهر ، ولو اختلفا فى وقت الهلاك فالقول للبائع أنه هلك بعد الإجازة لا للمشترى أنه هلك قبلها كما في جامع الفصولين (قوله بحيث يعد شيئا آخر) بيان للمنفى وهو التغير ، فلو صبغه المشترى فأجاز المالك البيع جاز ، ولو قطعه وخاطه ثم أجاز لا يجوز لأنه صار شيئا آخر منح ودرر ، ومثله فى التتارخانية عن فتاوى أبى الليث ، ويخالفه ما فى البحر والبزازية أنه لو أجازه بعد الصبغ لايجوز تأمل . وفى جامع الفصولين : باع دارا فانهدم بناؤها ثم أجاز يصح لبقاء الدار ببقاء العرصة (قوله لأن إجازته كالبيع حكما) أى ولا بد فى البيع من قيام هذه الثلاثة (قوله لو كان عرضا معينا) بأن كان بيع مقايضة فتح ، وقيده بالتعيين لأن الاحتراز عن الدين إنما يحصل به فإن العرض قد يكون دينا على ما ستقف عليه ابن كمال أى كالسلم (قوله فيكون ملكا للفضولى) أى فإذا هلك يهلك عليه ط وإنما توقف على الإجازة لأن إجازة المالك إجازة نقد لا إجازة عقد ، بمعنى أن المالك أجاز للبائع أن ينقد ماباعه ثمنا لما ملكه بالعقد لا إجازة عقد لأن العقد لازم على الفضولى كما فى العناية . قال فى البحر لأنه لما كان العوض متعينا كان شراء من وجه والشراء لا يتوقف بل ينفذ على المباشر إن وجد نفاذا فيكون ملكا له وبإجازة المالك لا ينتقل إليه بل تأثير إجازته فى النقد لا فى العقد ، ثم يجب على الفضولى مثل المبيع إن كان مثليا وإلا فقيمته لأنه لما صار البدل له صار مشتريا لنفسه بمال الغير مستقرضا له فى ضمن الشراء فيجب عليه رده ، كما لو قضى دينه بمال الغير : واستقراض غير المثلى جائز ضمنا وإن لم يجز قصدا ، ألا ترى أن الرجل إذا تزوج امرأة على عبد

(١) (قوله ثلاثة وعشرين صورة) هكذا بخطه ، ولعل الأولى ثلاثا بتجريده من التاء كما لايخفى اه مصححه .

وعليه مثل المبيع لو مثليا وإلا فقيمته، وغير العرض ملك للمجيز أمانة في يد الفضولي ملتقى (و) كذا يشترط قيام (صاحب المتاع أيضا) فلا تجوز إجازة وارثه لبطلانه بموته (و) حكمه أيضا (أخذ) المالك (الثمن أو طلبه) من المشتري ويكون إجازة عمادية، وهل للمشتري الرجوع على الفضولي بمثله لو هلك في يده قبل الإجازة الأصح نعم إن لم يعلم أنه فضولي وقت الأداء لا إن علم قنية، واعتمده ابن الشحنة وأقره المصنف، وجزم الزيلعي وابن ملك بأنه أمانة مطلقا

الغير صح ويجب عليه قيمته (قوله أمانة في يد الفضولي) فلو هلك لا يضمنه كالوكيل، لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة من حيث إنه صار بها تصرفه نافذا، وإن لم يكن من كل وجه فإن المشتري من المفضولي إذا أجاز المالك لا ينفذ بل يبطل، بخلاف الوكيل، وتمامه في الفتح، وأطلقه فشمل ما إذا هلك قبل تحقق الإجازة أو بعده كما يأتي بيانه:

[فرع] لو أراد المشتري استرداد الثمن منه بعد دفعه له على رجاء الإجازة لم يملك ذلك ذكره في المجتبى آخر الوكالة رملي على الفصولين (قوله وحكمه أيضا الخ) تبع في ذلك المصنف وهو عدول عن ظاهر المتن فإن الظاهر منه أن قوله وأخذ الثمن مبتدأ، وقوله الآتي إجازة خبره، وهذا أولى كما يفيده قوله الآتي عن العمادية: ويكون إجازة أفاده ط (قوله أخذ المالك الثمن) الظاهر أن أل للجنس فيكون أخذ بعضه إجازة أيضا لدلالته على الرضا ولتصريحهم في نكاح الفضولي بأن قبض بعض المهر إجازة أفاده الرملي عن المصنف (قوله وهل للمشتري الخ) كان الأولى ذكر هذه الجملة بتمامها عقب ما قدمه عن الملتقى لأن ذاك فيما إذا وجدت الإجازة، وهذا فيما إذا لم توجد:

وحاصله أنه إذا لم توجد الإجازة يبقى الثمن غير العرض على ملك المشتري، فإذا هلك في يد الفضولي هل يضمنه للمشتري: ففي شرح الوهبانية قال في القنية بعد أن رمز للقاضي عبد الجبار والقاضي البديع: اشترى من فضولي شيئا ودفع إليه الثمن مع علمه بأنه فضولي ثم هلك الثمن في يده ولم يجز المالك البيع فالثمن مضمون على الفضولي ثم رمز لقاضيخان وقال: رجع على الفضولي بمثل الثمن، ثم رمز لبرهان صاحب المحيط وقال: لا يرجع عليه بشيء ثم رمز لظهير الدين المرغيناني وقال: إن علم أنه فضولي وقت أداء الثمن يهلك أمانة ذكره في المنتقى. قال البديع وهو الأصح اهـ. وعلة تصحيح كونه أمينا أن الدفع إليه مع العلم بكونه فضوليا صيره كالوكيل اهـ (قوله واعتمده ابن الشحنة) كأنه أخذ اعتماده له من ذكره علة التصحيح المذكورة تأمل (قوله وأقره المصنف):

قلت: وبه جزم في البزازية وجامع الفصولين، وعزاه في شرح الملتقى إلى القهستاني عن العمادية (قوله وجزم الزيلعي وابن ملك الخ) حيث قالا: وإذا أجازه المالك كان الثمن مملوكا له أمانة في يد الفضولي بمنزلة الوكيل حتى لا يضمن بالهلاك في يده سواء هلك بعد الإجازة أو قبلها لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة اهـ. وبه علم أن قول الشارح مطلقا معناه سواء هلك قبل الإجازة أو بعدها فافهم:

ثم اعلم أن المتبادر من كلام الزيلعي وابن ملك أن المراد إذا وجدت الإجازة لا يضمن الفضولي الثمن سواء هلك قبلها أو بعدها لأن الثمن غير العرض يصير ملكا للمجيز، لأن الفضولي بالإجازة اللاحقة صار كالوكيل فيكون الثمن في يده أمانة قبل الهلاك من حين قبضه فيهلك على المجيز وإن كانت الإجازة بعد الهلاك، والمتبادر من كلام القنية أن الإجازة لم توجد أصلا لا قبل الهلاك ولا بعده فلذا اختلف المشايخ في ضمانه وعدمه. وأما ما ذكره الزيلعي وابن ملك فلا وجه للاختلاف فيه، فلا منافاة بين النقلين، هذا ما ظهر لي فتدبره: وبقي ما إذا هلك

(وقوله) أساءت نهر (بئسما صنعت أو أحسنت أو أصبت) على المختار فتح :

(وهبة الثمن من المشترى والتصدق عليه به إجازة) او المبيع قائما عمادية (وقوله لا أجيز رد له) أى للبيع الموقوف ، فلو أجازه بعده لم يجز لأن المفسوخ لايجاز ، بخلاف المستأجر لوقال لا أجيز بيع الآجر ثم أجاز جاز ، وأفاد كلامه جواز الإجازة بالفعل وبالقول ، وأن للمالك الإجازة والفسخ وللمشترى الفسخ لا الإجازة ، وكذا للفضولى قبلها فى البيع

الثمن العرض فى يد الفضولى قبل الإجازة ففى جامع الفصولين يبطل العقد ولا تلحقه الإجازة ، ويضمن للمشترى مثل عرضه أو قيمته لو قيميا لأنه قبضه بعقد فاسد اه :

[تتمة] لم يذكر حكم هلاك المبيع وذكره فى جامع الفصولين. وحاصله أنه لو هلك قبل الإجازة ، فإن كان قبل قبض المشترى بطل العقد ، وإن بعده لم يجز بالإجازة وللمالك تضمين أيهما شاء وأيهما اختار تضمينه ملكه ، ويبرأ الآخر فلا يقدر على أن يضمنه ، ثم إن ضمن المشترى بطل البيع لأن أخذ القيمة كأخذ العين ، وللمشترى أن يرجع على البائع بثمنه لا بما ضمن ، وإن ضمن البائع ، فإن كان قبض البائع مضمونا عليه أى بأن قبضه بلا إذن مالكه نفذ بيعه بضمانه وإن كان قبضه أمانة ، وإنما صار مضمونا عليه بالتسليم بعد البيع لاينفذ بيعه بضمانه لأن سبب ملكه تأخر عن عقده. وذكر محمد فى ظاهر الرواية أن البيع يجوز بتضمين البائع ، وقيل تأويله أنه سلم أولا حتى صار مضمونا عليه ثم باعه فصار كمغصوب اه (قوله بئسما صنعت) قال فى جامع الفصولين : هو إجازة فى نكاح وبيع وطلاق وغيرها كذا روى عن محمد : وفى ظاهر الرواية هو رد وبه يفتى اه والظاهر أن مثله أساءت (قوله على المختار) أى فى أحسنت وأصبت ، ومقابله ما فى الخانية من أنه ليس إجازة لأنه يذكر للاستهزاء . وفى الذخيرة أن فيه روايتين : وفى جامع الفصولين : أحسنت أو وفقت أو كفيتنى مؤنة البيع أو أحسنت فجزاك الله خيرا ليس إجازة لأنه يذكر للاستهزاء ، إلا أن محمدا قال إن أحسنت أو أصبت إجازة استحسانا :

أقول : ينبغى أن يفصل ، فإن قاله جدا فهو إجازة ، لا لو قاله استهزاء ويعرف بالقرائن ، ولو لم توجد ينبغى أن يكون إجازة إذ الأصل هو الجد اه . وفى حاشيته للرملى عن المصنف أن المختار ما ذكره من التفصيل كما أفصح عنه البزازى (قوله لو البيع قائما) ذكره لأنه تتمة عبارة العمادية وإلا فالكلام فيه (قوله بيع الآجر) بالجيم المكسورة (قوله جاز) لأنه بعدم إجازته لاينفسخ ، لما مر من أن المستأجر لايملك الفسخ (قوله بالفعل وبالقول) الأول من قوله أخذ الثمن والثانى من قوله أو طلبه وما بعده . وفى جامع الفصولين : لو أخذ المالك بثمنه خطا من المشترى فهو إجازة لا لو سكت عند بيع الفضولى بحضرته اه وسيذكر الشارح مسألة السكوت آخر الفصل (قوله وإن للمالك الخ) استفيد ذلك من قول المصنف وحكمه قبول الإجازة ، فإن المراد إجازة المالك كما مر فإنه يفيد أن له الفسخ أيضا وأن المشترى والفضولى ليس لهما الإجازة فافهم (قوله وللمشترى الفسخ) أى قبل إجازة المالك تحرزا عن لزوم العقد بحر وهذا عند التوافق ، على أن المالك لم يجز البيع ولم يأمر به فلا ينافى قول المصنف الآتى باع عبد غيره بغير أمره الخ .

هذا وذكر فى الفتح وجامع الفصولين فى باب الاستحقاق ، ولو استحق فأراد المشترى نقض البيع بلا قضاء ولا رضا البائع لا يملكه لأن احتمال إقامة البينة على النتاج من البائع أو على التلقى من المستحق ثابت إلا إذا حكم القاضى فيلزم العجز فينفسخ اه وقد مر أول الفصل أن الاستحقاق من صور بيع الفضولى ، فينبغى تقييد قوله وللمشترى الفسخ بالرضا أو القضاء تأمل (قوله وكذا للفضولى قبلها) أى قبل إجازة المالك ليدفع الحقوق عن

لا النكاح لأنه معبر محض بزازية وفى المجمع : لو أجاز أحد المالكين خير المشترى فى حصته وألزمه محمد بها (سمع إن فضوليا باع ملكه فأجاز ولم يعلم مقدار الثمن فلما علم رد البيع فالمعتبر إجازته) لصيرورته بالإجازة كالوكيل حتى يصح حطه من الثمن مطلقا بزازية :

(اشترى من غاصب عبدا فأعتقه) المشترى (أو باعه فأجاز المالك) بيع الغاصب (أو أدى الغاصب) الضمان إلى المالك على الأصح هداية (أو) أدى (المشترى الضمان إليه) على الصحيح زيلعى (نفذ الأول) وهو العتق (لا الثانى) وهو البيع ،

نفسه فإنه بعد الإجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد إليه فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب وفى ذلك ضرر عليه فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته (قوله لا النكاح) أى ليس للفضولى فى النكاح الفسخ بالقول ولا بالفعل لأنه معبر محض ، فبالإجازة تنتقل العبارة إلى المالك فتصير الحقوق منوطة به لا بالفضولى : وفى النهاية أن له الفسخ بالفعل ، بأن زوج رجلا امرأة ثم أختها قبل الإجازة فهو فسخ للأول ، وفى الخانية خلافه بحر ملخصا (قوله خير المشترى فى حصته) أى حصة المجيز لأن المشترى رغب فى شرائه ليسلم له جميع المبيع ، فإذا لم يسلم يخير لكونه معيبا بعيب الشركة ، وألزمه محمد بها لأنه رضى بتفريق الصفقة عليه لعلمه أنهما قد لا يجتمعان على الإجازة شرح المجمع (قوله فالمعتبر إجازته) ولو بدأ بالرد ثم أجاز فالمعتبر ما بدأ به رملى على الفصولين (قوله مطلقا) أى علم المالك بالثمن أو لم يعلم . وأجاب صاحب الهداية أنه إذا علم بالحط بعد الإجازة فله الخيار بين الرضا والفسخ خير عن البزازية .

[فروع] فى الفصولين : أمره ببيعه بمائة دينار فباعه بألف درهم فقال المالك قبل العلم أجزت جاز بألف درهم وكذا النكاح ، لا لو قال أجزت ما أمرتك به :

برهن المالك على الإجازة ليس له أخذ الثمن من المشترى إلا إذا ادعى أن الفضولى وكله بقبضه :

مات العبد فى يد المشترى ثم ادعى المالك الأمر أو الإجازة ، فإن قال كنت أمرته صدق ، ولو قال بلغنى فأجزته لم يصدق إلا ببينة ، وكذا لو زوج الكبيرة أبوها ومات زوجها فطلبت الإرث وادعت الأمر أو الإجازة (قوله اشترى من غاصب عبدا) أو قال من فضولى لكان أولى لأنه إذا لم يسلم المبيع لم يكن غاصبا مع أن الحكم كذلك ، ولعله إنما ذكره لأجل قوله أو باعه فإن بيع العبد قبل قبضه فاسد أفاده فى البحر : وصورة المسألة زيد باع عبد رجل بلا إذنه من عمرو فأعتق عمرو العبد أو باعه من بكر فأجاز المالك بيع زيد أو ضمنه أو ضمن عمرا المشترى وهو المعتق نفذ عتق عمرو إن كان أعتقه ، وأما إن كان باعه فلا ينفذ البيع (قوله فأجاز المالك بيع الغاصب) قيد به لأنه لو أجاز بيع المشترى منه وهو بيع عمرو لبكر جاز . قال فى جامع الفصولين رامزا للمبسوط : لو باعه المشترى من غاصب ثم وثم حتى تداولته الأيدى فأجاز مالكه عقدا من العقود جاز ذلك العقد خاصة لتوقف كلها على الإجازة ، فإذا أجاز عقدا منها جاز ذلك خاصة اهـ . وبه ظهر أن بيع المشترى من الغاصب موقوف : وأما ما فى البحر والنهر عن النهاية والمعراج من أنه باطل فهو مخالف لما فى جامع الفصولين وغيره من الكتب كما حرره الخير الرملى فى حاشية البحر (قوله أو أدى الغاصب الضمان إلى المالك على الأصح هداية) وتبعه فى البناية ، خلافا لما فى الزيلعى من أنه لا ينفذ بأداء الضمان من الغاصب وينفذ بأدائه من المشترى أفاده فى البحر (قوله نفذ الأول) هذا عندهما . وقال محمد لا يجوز عتقه أيضا لأنه لم يملكه (قوله وهو البيع) أى بيع المشترى من الغاصب أما بيع الغاصب فإنه ينفذ بإجازة المالك وكذا بالتضمين . وفى جامع الفصولين : وإنما يجوز لو تقدم سبب ملكه

لأن الإعتاق إنما يفتقر للملك وقت نفاذه لاوقت ثبوته (١) قيد بعتق المشترى لأن عتق الغاصب لا ينفذ بأداء الضمان لثبوت ملكه به (٢) زيلعي (ولو قطعت يده) مثلا (عند مشتريه فأجيز) البيع (فأرشه) أى القطع (له) وكذا كل ما يحدث من المبيع (كالكسب والولد والعقر) ولو (قبل الإجازة) يكون للمشترى لأن الملك تم له من وقت الشراء ،

على بيعه ، حتى أن غاصبه لو باعه ثم ضمنه مالكه جاز بيعه ، ولو شراه غاصبه من مالكه أو وهبه منه أو ورثه لم ينفذ بيعه قبل ذلك ، إذا الغصب سبب الملك عند الضمان ، وليس بسبب البيع أو الهبة أو الإرث فبقى السبب وهو البيع والهبة والإرث متأخرا عن البيع ، ويجوز بيعه لو ضمنه قيمته يوم غصبه لا يوم بيعه اه ثم ذكر أنه لم يفصل بين قيمة وقيمة فى عامة الروايات (قوله لأن الإعتاق الخ) علة لنفاذ الإعتاق ، وأما عدم نفاذ البيع فلبطلانه بالإجازة لأنه يثبت بها الملك للمشترى باتا :

مطلب إذا طرأ ملك بات على موقوف أبطله

والملك البات إذا ورد على الموقوف أبطله ، وكذا لو وهبه مولاه للغاصب أو تصدق به عليه أو مات فورثه فهذا كله يبطل الملك الموقوف .

وأورد عليه أن بيع الغاصب ينفذ بأداء الضمان مع أنه طرأ ملك بات للغاصب على ملك المشترى الموقوف .
وأجيب بأن ملك الغاصب ضرورى ضرورة أداء الضمان فلم يظهر فى إبطال ملك المشترى بحر . وأجاب فى حواشى مسكين بأن هذا غير وارد ، لأن الأصل المذكور ليس على إطلاقه ، لما فى البزازية عن القاعدى ونصه : الأصل أن من باشر عقدا فى ملك الغير ثم ملكه ينفذ لزوال المانع كالغاصب باع المغصوب ثم ملكه ، وكذا لو باع ملك أبيه ثم ورثه نفذ وطرو البات إنما يبطل الموقوف إذا حدث لغير من باشر الموقوف ، كما إذا باع المالك ما باعه الفضولى من غير الفضولى ولو ممن اشترى من الفضولى . أما إن باعه من الفضولى فلا اه :

قلت : وعليه ففى مسألة بيع المشترى من الغاصب لو أجاز بيع الغاصب نفذ وبطل بيع المشترى لأن الملك البات للغاصب طرأ على ملك موقوف باشره هو ، وأما بالنسبة إلى المشترى فقد طرأ على ملك موقوف لغير من باشره لأن المباشر للبيع الثانى الموقوف هو المشترى ، نعم لو أجاز عقد المشترى يكون طرو البات لمن باشر الموقوف (قوله لثبوت ملكه به) أى بالضمان لا بالغصب ، لأن الغصب غير موضوع لإفادة الملك اه ح (قوله ولو قطعت يده) أى يد ما باعه الغاصب ، وقوله مثلا أشار به إلى أن المراد أرش أى جراحة كانت ، واحترز بالقطع من القتل أو الموت عند المشترى فإن البيع لا يجوز بالإجازة لفوات المعقود عليه ، وشرط صحة الإجازة قيامه كما مر ، وتمامه فى الفتح (قوله عند مشتريه) احتراز عن الغاصب كما يأتى (قوله له) أى للمشترى (قوله يكون للمشترى) تصريح بما أفاده التشبيه فى قوله ، وكذا الخ (قوله لأن الملك تم له من وقت الشراء) أى فتبين أن القطع ورد على ملكه ط

---

(١) (قول الشارح لأن الإعتاق إنما يفتقر إلى الملك وقت نفاذه لاوقت ثبوته) أى بخلاف البيع فإنه يحتاج إلى الملك وقت ثبوته قال فى النهر : والقياس أن لا يجوز ، وهو قول محمد ، والخلاف مبنى على أن بيع الفضولى لا ينفذ عند محمد فى حق الحكم وهو الملك لانعدام الولاية فكان الإعتاق لاقى الملك فيبطل . وعندهما يوجب الملك موقوفا ، لأن الأصل اتصال الحكم بالسبب ، والتأخير لدفع الضرر عن المالك ، والضرر فى نفاذ الملك لاقى توقفه . ولا نسلم أن الإعتاق يحتاج إلى الملك وقت ثبوته بل وقت نفاذه ، والمراد بقوله صلى الله عليه وسلم « لاعتق لابن آدم فيما لا يملك » العتق النافذ فى الحال ، وغاية ما يفيده لزوم الملك للمعتق وهو ثابت هنا فإذا لم نوقعه قبل الملك اه . وأما عدم نفوذ البيع فلما ذكره المحشى اه .

(٢) (قول الشارح لثبوت ملكه به) أى فقد وقع عتقه فى غير ملكه أصلا فلا ينفذ ، بخلاف ما إذا أدى المشترى الضمان فإن الملك يستند إلى عقد المبايعة اه .

بخلاف الغاصب لما مر (وتصدق بما زاد على نصف الثمن وجوبا) لعدم دخله فى ضمانه فتح *

(باع عبد غيره بغير أمره) قيد اتفاقى (فبرهن المشترى) مثلا (على إقرار البائع)الفضولى (أو) على إقرار (رب العبد أنه لم يأمره بالبيع) للعبد (وأراد) المشترى (رد المبيع ردت) بينته ولم يقبل قوله للتناقض (كما لو أقام البائع البينة أنه باع بلا أمر أو برهن على إقرار المشترى بذلك) وأصله أن من سعى فى نقض ماتم من جهته لاتقبل إلا فى مسألتين (وإن أقر البائع) المذكور ولو عند غير القاضى بحر (بأن رب العبد لم يأمره بالبيع ووافقه عليه) أى على عدم الأمر (المشترى انتقض) البيع لأن التناقض لايمنع صحة الإقرار لعدم التهمة فإن توافقا بطل (فى حقهما لا فى حق المالك) للعبد (إن كذبهما) وادعى أنه كان بأمره فيطالب البائع بالثمن لأنه وكيل لا المشترى خلافا للثانى *

(باع دار غيره بغير أمره) وأقبضها المشترى نهر *

عن المنح (قوله بخلاف الغاصب) أى لو قطعت اليد عنده ثم ضمن قيمته لايكون الأرش له لما مر قريبا من أن ثبوت ملكه بالضمان أى لا بالغصب لأن الغصب غير موضوع للملك فلا يملك الأرش وإن ملك العبد لعدم حصوله فى ملكه (قوله بما زاد) أى من الأرش على نصف الثمن إن كان نصف القيمة أكثر من نصف الثمن نهر (قوله وجوبا) قال فى البحر هو ظاهر مافى الفتح (قوله لعدم دخوله فى ضمانه) لأن الملك غير موجود حقيقة وقت القطع وأرش اليد الواحدة فى الحر نصف الدية ، وفى العبد نصف القيمة ، والذى دخل فى ضمانه هو ماكان بمقابلة الثمن ففيما زاد على نصف الثمن شبهة عدم الملك ، وتمامه فى البحر (قوله قيد اتفاقى) فإنه وإن وقع فى الجامع الصغير فليس من صورة المسألة فتح : أى لأن ذكره يفيد توافق المتعاقدين عليه مع أنه محل المنازعة بينهما (قوله مثلا) راجع لقوله فبرهن ، لما فى النهر وغيره من أنه لو لم تكن بينة كان القول لمدعى الأمر ، إذ غيره متناقض فلا تصح دعواه ولذا لم يكن له استحلافه اهـ وليس راجعا لقوله المشترى على معنى أن البائع كذلك لأنه يتكرر مع قول المصنف ، كما لو أقام البائع البينة أفاده ط (قوله الفضولى) لامحل لذكره بعد تصريحه بأن قوله بغير أمره قيد اتفاقى (قوله ردت بينته) أى إن برهن ، وقوله ولم يقبل قوله أى إن لم يبرهن (قوله للتناقض) إذ الإقدام على الشراء والبيع دليل على دعوى الصحة وأنه يملك البيع ودعوى الإقرار بعدم الأمر تناقضه ، وقبول البينة مبنى على صحة الدعوى نهر وغيره *

واعترض بأن التوفيق ممكن لجواز أن لايعلم إلا بعد الشراء بإخبار عدول له بأنا سمعنا إقرار البائع بذلك قبل البيع وأجاب فى البحر بأنه وإن أمكن التوفيق بذلك لكنه ساع فى نقض ماتم من جهته فسعيه مردود عليه ، فقولهم إمكان التوفيق يدفع التناقض على أحد القولين مقيد بما إذا لم يكن ساعيا فى نقض ماتم من جهته (قوله إلا فى مسألتين) ذكرهما فى البحر هنا ، لكن الشارح قدم فى الوقف عند قوله باع دارا ثم ادعى أنى كنت وقفتها أن المستثنى سبع وقدمنا هناك عن قضاء الأشباه أنها تسع ، ومر الكلام عليها فراجعه (قوله ولو عند غير القاضى) أفاد أن قول الكنز عند القاضى قيد اتفاقى (قوله لأن التناقض) أى من البائع لايمنع صحة الإقرار لعدم التهمة فى إقراره على نفسه فللمشترى أن يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فيبطل البيع فى حقهما (قوله خلافا للثانى) فعنده لرب العبد مطالبة المشترى ، فإذا أدى رجع على البائع نهر ؛ وفيه : ولو أنكر المالك التوكيل وتصادقا عليه ، فإن برهن الوكيل فيها وإلا استحلف المالك ، فإن نكل لزمه لا إن حلف ، وتمامه فيه وفى البحر (قوله بغير أمره) لاحاجة إليه لأنه محل النزاع ط ولذا لم يذكره فى الكنز (قوله نهر) نقله عن البناية ولم يتكلم على مفهومه ، ولعله لأنه أو لوى

وأما إدخالها فى بناء المشترى فقيد اتفاقا درر (ثم اعترف البائع) الفضولى (بالغصب وأنكر المشترى لم يضمن البائع قيمة الدار) لعدم سراية إقراره على المشترى (فإن برهن المالك أخذها) لأنه نور دعواه بها ه

[فروع] باعه فضولى وآجره آخر أو زوجه أو رهنه فأجيزا معا ثبت الأقوى فتصير مملوكة لازوجة فتح. سكوت المالك عند العقد ليس بإجازة خانية من آخر فصل الإقالة:

باب الإقالة

هى لغة: الرفع من أقال أجوف يائى وشرعا (رفع البيع)

فإنه إذا لم يضمن إذا قبضها لايضمن إذا لم يقبض بالأولى ط (قوله فقيد اتفاقا) أى وقع فى الكنز وغيره اتفاقا مقصودا للاحتراز، لأنه إذا لم يدخلها يكون بالأولى (قوله لعدم سراية إقراره على المشترى) هذا لايصلح علة لما قبله وإنما هو علة لعدم نزع الدار من يد المشترى، وأما علة عدم ضمان البائع قيمة الدار مع إقراره بغصبها فهى عدم صحة غصب العقار وهو قولهما: وقال محمد: يضمن قيمة الدار، وهو قول أبى يوسف أولا لصحة غصبه عنده ط ولذا قال فى الفتح: وهى مسألة غصب العقار هل يتحقق أولا؛ فعند أبى حنيفة لا فلا يضمن: وعند محمد نعم فيضمن اه (قوله فإن برهن الخ) وإن لم يبرهن كان التلف مضافا إلى عجزه عنه لا إلى عقد البائع. قال السائحانى والظاهر أن الثمن يوضع فى بيت المال حتى يتبين الحال (قوله لأنه نور دعواه بها) أى جعل لها نورا بالبينة أى أوضحها وأظهرها (قوله باعه) أى الشىء (قوله فتصير مملوكة لازوجة) إنما نص على أنها لاتصير زوجة مع أن البيع يقدم على الإجارة والرهن أيضا لأنه يفهم من نفى الزوجية نفى الأدنى منها بالأولى:

قال فى الفتح: وتثبت الهبة لو وهبه فضولى وآجره آخر، وكل من العتق والكتابة والتدبير أحق من غيرها لأنها لازمة والإجارة أحق من الرهن لإفادتها ملك المنفعة والبيع أحق من الهبة لبطلانها بالشيوع فما لايبطل بالشيوع كهبة فضولى عبد أو بيع آخر إياه يستويان، لأن الهبة مع القبض تساوى البيع فى إفادة الملك. وهبة المشاع فيما لايقسم صحيحة، فيأخذ كل نصفه، ولو زوجاها كل من رجل فأجيزا بطلا، ولو باعاها تتنصف بين المشتريين ويخير كل منهما اه والله سبحانه أعلم.

باب الإقالة

مناسبتها للفضولى أنه عقد يرفع عند عدم الإجازة والإقالة رفع ط، وذكرها فى الهداية والكنز عقب البيع الفاسد والمكروه لوجوب رفع كل منهما على المتعاقدين كما مر ويأتى تمامه (قوله من أقال) ويأتى ثلاثيا يقال قاله قيلا من باب باع إلا أنه قليل نهر (قوله أجوف) أى عينه حرف علة ثم بينه بأنه يائى، وهو خبر مبتدأ محذوف أى هو أجوف ويائى خبر ثان اه ح: وفيه رد على من قال إنه واوى من القول والهمزة للسلب، فأقال بمعنى أزال القول أى القول الأول وهو البيع، كأشكاه أزال شكايته ودفع بثلاثة أوجه ذكرها فى الفتح الأول قولهم قلته بالكسر فهو يدل على أن عينه ياء لاواو فليس من القول الثانى أنه ذكر الإقالة فى الصحاح من القاف مع الياء لامع الواو الثالث أنه ذكر فى مجموع اللغة قال البيع قيلا وإقالة فسخه اه (قوله رفع العقد [1]) ولو فى بعض المبيع لما فى الحاوى لو باع منه حنطة مائة من بدينار ودفعها إليه فافترقا ثم قال للمشترى ادفع إلى الثمن أو الحنطة التى دفعتها إليك

---

(١) (قوله رفع العقد) هكذا بخطه والذى فى نسخ الشارح رفع البيع وهو الذى يدل عليه قول الشارح وعم فى الجوهرة الخ اه مصححه.

وعم فى الجوهرة فعبر بالعقد (ويصح بلفظين ماضيين و) هذا ركنها (أو أحدهما مستقبل) كأقلنى فقال أقلتك لعدم المساومة فيها فكانت كالنكاح وقال محمد كالبيع قال البرجندى وهو المختار (و) تصح أيضا (بفاسختك وتركت وتاركتك ورفعت وبالتعاطى) ولو من أحد الجانبين (كالبيع) هو الصحيح بزازية وفى السراجية لابد من التسليم والقبض من الجانبين

فدفعها أو بعضها فهو فسخ فى المردود اه (قوله فعبر بالعقد) فهو تعريف للأعم من إقالة البيع والإجارة ونحوهما بحر: واعترضه فى النهر بأن مراده بالعقد عقد البيع .

قلت : تخصيصه بالبيع لكون الكلام فيه ، وإلا فهو تعريف للإقالة مطلقا ، لأن حقيقتها فى الإجارة لاتخالف حقيقتها فى البيع ، ولذا لم يذكر لها باب فى غير هذا الموضع ونظيره النية مثلا تذكر فى باب الصلاة ونحوها وتعرف بالقصد الشامل للصلاة وغيرها فافهم والمراد بالعقد القابل للفسخ بخيار كما يعلم مما يأتى بخلاف النكاح (قوله وهذا ركنها) الأولى تأخيره عن قوله أو أحدهما مستقبل كما فعل المصنف ط (قوله أو أحدهما مستقبل الخ) اعلم أن الإقالة عند أبى يوسف بيع ، إلا أن لايمكن ففسخ كما يأتى وعند محمد بالعكس والعجب أن قول أبى يوسف كقول الإمام فى أنها تصح بلفظين أحدهما مستقبل مع أنها بيع عنده والبيع لاينعقد بذلك ، ومحمد يقول : إنها فسخ ويقول لاتنعقد إلا بماضيين لأنها كالبيع فأعطاها بسبب الشبه حكم البيع . وأبو يوسف مع حقيقة البيع لم يعطها حكمه والجواب له أن المساومة لا تجرى فى الإقالة فحمل اللفظ على التحقيق بخلاف البيع فتح (قوله لعدم المساومة فيها) إشارة إلى الجواب المذكور : أى لأن الإقالة لا تكون إلا بعد نظر وتأمل ، فلا يكون قوله أقلنى مساومة بل كان تحقيقا للتصرف كما فى النكاح ، وبه فارق البيع كما فى شروح الهداية (قوله وقال محمد كالبيع) أى فلا تنعقد إلا بماضيين كما مر قال فى الفتح : والذى فى الخانية أن قول الإمام كقول محمد (قوله قال البرجندى الخ) قال فى الفتح : وفى الخلاصة : اختاروا قول محمد: وفى الشرنبلالية : ويرجح قول محمد كون الإمام معه على مافى الخانية اه .

قلت : واختار المصنف قول أبى يوسف تبعا للدرر والملتقى (قوله وتصح أيضا الخ) فلا يتعين فيها لفظ كما فى الفتح ، وظاهره أنه لافرق بين لفظ الإقالة وهذه الألفاظ وهو غير مراد ، فإن الإقالة فسخ فى حق المتعاقدين بيع فى حق غيرهما ، وهذا إذا كانت بلفظ الإقالة ، فلو بلفظ مفاسخة أو متاركة أو تراد لم تجعل بيعا اتفاقا ولو بلفظ بيع فبيع إجماعا كما يأتى فتنبه لذلك . وفى البزازية طلب الإقالة فقال المشترى هات الثمن فأقاله اه :

قلت : والظاهر أن مثله مالو كان الطلب من المشترى فقال البائع خذ الثمن : وفيها : اشترى عبدا ولم يقبضه حتى قال للبائع بعه لنفسك فلو باع جاز وانفسخ الأول ، ولو قال بعه لى أو بعه ممن شئت أو بعه ولم يزد عليه لايصح اه وظاهره أنه فى الصورة الأولى ينفسخ ، وإن باعه بعد المجلس تأمل. ووجهه أنه إقالة اقتضاء فإن أمره بالبيع لنفسه لايتم إلا بتقدم الإقالة ، فهو نظير قولك أعتق عبدك عنى بألف ، بخلاف بقية الصور ، فإنه توكيل لا إقالة. ثم رأيت ذلك التوجيه فى الولوالجية وفى البزازية : ولا يصح تعليق الإقالة بالشرط بأن باع ثورا من زيد فقال اشتريته رخيصا فقال زيد إن وجدت مشتريا بالزيادة فبعه منه ، فوجد فباع بأزيد لاينعقد البيع الثانى لأنه تعلق الإقالة لا الوكالة بالشرط. وفيها : قال المشترى إنه يخسر فقال البائع : بعه فإن خسر فعلى فباع فخسر لايلزمه شئ (قوله هو الصحيح بزازية) عبارتها قبض الطعام المشترى وسلم بعض الثمن ثم قال بعد أيام إن الثمن غال فرد البائع بعض الثمن المقبوض ، فمن قال البيع ينعقد بالتعاطى من أحد الجانبين جعله إقالة وهو الصحيح ومن شرط القبض من الجانبين لايكون إقالة عنده اه ومثله فى الخانية (قوله وفى السراجية الخ) مقابل الصحيح والمراد بالتسليم تسليم

(وتتوقف على قبول الآخر) في المجلس ولو كان القبول (فعلا) كما لو قطعه أو قبضه فور قول المشترى أقلتك لأن من شرائطها اتحاد المجلس ورضا المتعاقدين أو الورثة أو الوصى وبقاء المحل

المبيع وبالقبض قبض الثمن المدفوع ط (قوله وتتوقف على القبول(١)) فلو اشترى حمارا ثم جاء به ليرده، فلم يقبله البائع صريحا واستعمل الحمار أياما ثم امتنع عن رد الثمن وقبول الإقالة كان له ذلك اه لأنه لما رد كلام المشترى بطل فلا تتم الإقالة باستعماله خانية (قوله في المجلس) فلو قبل بعد زوال المجلس أو بعد ما صدر عنه فيه مايدل على الإعراض لا تتم الإقالة ابن ملك . وفي القنية : جاء الدلال بالثمن إلى البائع بعد ما باعه بالأمر المطلق ، فقال له البائع لا أدفعه بهذا الثمن فأخبر به المشترى فقال : أنا لا أريده أيضا لا ينفسخ لأنه ليس من ألفاظ الفسخ، ولأن اتحاد المجلس في الإيجاب والقبول شرط في الإقالة ولم يوجد اشترى حمارا ثم جاء ليرده فلم يجد البائع فأدخله في إصطبله فجاء البائع بالبيطار فبزغه فليس بفسخ لأن فعل البائع وإن كان قبولا ولكن يشترط فيه اتحاد المجلس اه (قوله ولو كان القبول فعلا) أفاد أنه بعد الإيجاب لا يكون من التعاطى ، لأن التعاطى ليس فيه إيجاب لما قدمناه أول البيوع عن الفتح من أنه إذا قال بعتكه بألف فقبضه ولم يقل شيئا كان قبضه قبولا خلافا لمن قال إنه بيع بالتعاطى ، لأن التعاطى ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط اه .

[تنبيه] قال في البزازية : جاء بقبالة العقار المشترى، فأخذها البائع وتصرف في العقار فأقاله وفي الخزانة دفع القبالة إلى البائع، وقبضه ليس بإقالة وكذا لو تصرف البائع في المبيع بعد قبض القبالة ، وسكت المشترى لعدم تسليم المبيع وقبض الثمن اه ؛

قلت : والقبالة بالفتح الصك الذى يكتب فيه الدين ونحوه والظاهر أن ما ذكره أولا من كون ذلك إقالة مبنى على ما هو الصحيح من الاكتفاء بالتعاطى من أحد الجانبين ، وهو تصرفه في المبيع بعد قبض القبالة وما ذكره عن الخزانة مبنى على أنه لابد لكونه من الجانبين بقرينة التعليل تأمل (قوله فور قول المشترى أقلتك) متعلق بالأمرين قال في الفتح : ويجوز قبول الإقالة دلالة بالفعل كما إذا قطعه قميصا في فور قول المشترى : أقلتك اه ؛ والمراد بالفورية : أن يكون في المجلس بأن يقطعه قبل أن يتفرقا ولم يتكلم بشيء كما في ح عن الخانية وظاهر هذا أن القبض فورا بلا قطع لا يكفى ، وهو خلاف قول الشارح ، أو قبضه ولعل المسألة مفروضة فيما إذا كان الثوب بيد البائع قبل قوله : أقلتك فتأمل . ثم رأيت في الذخيرة وكذا في الحاوى صورة المسألة بما يرفع الإشكال حيث قال : وكذا دلالة بالفعل ألا ترى أن من باع ثوبا وسلمه ثم قال للمشترى أقلت البيع فاقطعه لى قميصا فإن قطعه في المجلس فهو إقالة وإلا فلا اه فالمتكلم بقوله : أقلت هو البائع ؛ والقاطع هو المشترى لا البائع عكس ما في الفتح والخانية فقطع المشترى الثوب قبل قبض البائع قبول دلالة ولا إشكال فيه فتدبر (قوله لأن من شرائطها الخ) علة لقوله وتتوقف الخ، ولا يرد أن المعطوفات لا تصلح تعليلا له لأن العلة مجموع ما ذكر فكأنه قال لأن لها شروطا منها اتحاد المجلس فافهم (قوله ورضا المتعاقدين) لأن الكلام في رفع عقد لازم ، وأما رفع ما ليس بلازم فلمن له الخيار بعلم صاحبه لا برضاه بحر .

وحاصله: أن رفع العقد غير اللازم وهو ما فيه خيار لا يسمى إقالة بل هو فسخ لأنه لا يشترط فيه رضاهما فافهم (قوله أو الورثة أو الوصى) أشار إلى ما في البحر من أنه لا يشترط لصحتها بقاء المتعاقدين فتصح إقالة الوارث والوصى، ولا تصح إقالة الموصى له كما في القنية اه (قوله وبقاء المحل) أى المبيع كلا أو بعضا لما سيذكره المصنف

---

(١) (قوله على القبول) هكذا بخطه والذى في نسخ الشارح التى بيدى على قبول الآخر والخطب سهل اه مصححه .

القابل للفسخ بخيار فلو زاد زيادة تمنع الفسخ لم تصح خلافا لهما وقبض بدلى الصرف فى إقالته وأن لايهب البائع الثمن للمشترى قبل قبضه ، وأن لايكون البيع بأكثر من القيمة فى بيع مأذون ووصى ومتول (وتصح إقالة المتولى إن خيرا) للوقف (وإلا لا) الأصل أن من ملك البيع ملك إقالته إلا فى خمس الثلاثة المذكورة

من أنه يمنع صحتها هلاك المبيع وهلاك بعضه يمنع بقدره (قوله القابل للفسخ بخيار) نعت للمحل وبخيار متعلق بالفسخ ووصف المحل بقبوله الفسخ مجاز لأن القابل لذلك عقده قال ح أى القابل للفسخ بخيار من الخيارات كخيار العيب والشرط والرؤية كافى الفتاوى الهندية اه وفى الخلاصة : والذى يمنع الرد بالعيب يمنع الإقالة ومثله فى الفتح (قوله فلو زاد الخ) تفريع على قوله القابل للفسخ بخيار ، وقدمنا فى خيار العيب أن الزيادة إما متصلة متولدة كسمن وجمال أو غير متولدة كغرس وبناء وخياطة وإما منفصلة متولدة كولد وثمرة وأرش أو غير متولدة ككسب وهبة والكل إما قبل القبض أو بعده ويمتنع الفسخ بخيار العيب فى موضعين فى المتصلة الغير المتولدة مطلقا وفى المنفصلة المتولدة لو بعد القبض فقط فافهم ويأتى زيادة بيان (قوله وقبض بدلى الصرف فى إقالته) أى إقالة عقد الصرف أما على قول أبى يوسف فظاهر لأنها بيع ، وأما على أصلها فلأنها بائع فى حق ثالث وهو حق الشرع بحر (قوله وأن لايهب البائع الثمن للمشترى) أى المشترى المأذون (١) : فلو وهبه لم تصح الإقالة بعدها وقوله : قبل قبضه أى قبل قبض البائع الثمن من المأذون وذلك لأنها لو صحت الإقالة حينئذ لكان تبرعا بالمبيع للبائع ، ولايقدر على الرجوع عليه بالثمن لأنه لم يصل إلى البائع منه شىء ، وهو ليس من أهل التبرع . أما بعد القبض فيرجع المأذون عليه بالثمن لوصوله ليده فلم يكن متبرعا فصحت الإقالة ، ويرجع على البائع بعدها بقدر الموهوب له فيكون الواصل إليه قدر الثمن مرتين الموهوب وقدره وقاس ح على المأذون وصى اليتيم ومتولى الوقف نظرا للصغير والوقف ، فيجرى فيهما حكمه ط (قوله فى بيع مأذون ووصى ومتول) وكذا إذا اشتروا بأقل من القيمة ، فإن الاقالة لاتصح نهر وكان على الشارح أن يقول : وأن لايهب الثمن للمشترى المأذون أو الوصى ، أو المتولى قبل قبضه وأن لايكون بيعهم بأكثر من القيمة ولاشراؤهم بأقل منها اه ح ويمكن أن يكون قوله فى بيع مأذون الخ قيد للمسألتين لكن المأذون مع ماعطف عليه بالنسبة إلى المسألة الأولى مشتر وبالنسبة إلى الثانية بائع فتكون إضافة بيع بالنظر إلى الأولى من إضافة المصدر إلى مفعوله وبالنظر إلى الثانية إلى فاعله تأمل (قوله الأصل أن من ملك البيع) أى أو الشراء كما يظهر مما يأتى (قوله الثلاثة المذكورة) أى المأذون والوصى والمتولى إذا باعوا بأكثر من القيمة قال فى جامع الفصولين : الوصى والمتولى لو باع شيئا بأكثر من قيمته ثم أقال لم يجز اه وعبارة الأشباه إلا فى مسائل اشترى الوصى من مديون الميت دارا بعشرين ، وقيمتها خمسون لم تصح الإقالة اشترى المأذون غلاما بألف وقيمته ثلاثة آلاف لم تصح ، والمتولى على الوقف لو أجر الوقف ثم أقال ولا مصلحة لم يجز على الوقف اه فما فى جامع الفصولين فى البيع وما فى الأشباه فى الشراء .

---

(١) (قوله أى المشترى المأذون) قال شيخنا : إنما قيد المشترى بالمأذون تبعا للحلبى لما ذكروه فى التعليل ولا نعلم أن أحدا من علماء المذهب قيده به ولا دلالة فى التعليل عليه لأن جميع مارأينا من كتب المذهب قد ذكر فيها المشترى مطلقا ثم ذكر فيها مسألة المأذون بهذا التعليل فلو كان مرادهم بالمشترى خصوص المأذون لقيده به فيما اطلعنا عليه ولما أفردوا المأذون بالذكر مع تعليله فالظاهر عموم الحكم لغير المأذون أيضا ويعلل بالنسبة لغير المأذون بوجود البيع بأحد البدلين وهو لايتوقف عليهما وتوضيحه أن الاقالة فسخ بين المتعاقدين بيع فى حق ثالث فلو حكمنا بصحة الاقالة لزمنا الحكم بأنها بيع مع أنه لم يوجد إلا أحد البدلين اه لكن مفهوم قولهم فى تعليل مسألة المأذون وهو ليس من أهل التبرع أنه لو ملك التبرع لحكموا بصحة الاقالة وإن لزم وجود البيع بأحد البدلين فليحرر اه .

والوكيل بالشراء قيل وبالسلم أشباه

مطلب تحرير مهم فى إقالة الوكيل بالبيع

(قوله والوكيل بالشراء) بخلاف الوكيل بالبيع تصح ، ويضمن بحر ثم قال : وإنما يضمن الوكيل بالبيع إذا أقال بعد قبض الثمن أما قبله ، فيملكها فى قول محمد كذا فى الظهيرية اه وفى جامع الفصولين: الوكيل بالبيع لو أقال أو احتال أو أبرأ أو حط أو وهب صح عندهما وضمن لموكله لا عند أبى يوسف الوكيل لو قبض الثمن لايملك الاقالة إجماعا اه :

وفى حاشيته للخير الرملى بعد أن ذكر عبارة البحر أقول : وفيه توقف من وجوه الأول تقييده الضمان بما إذا كانت الإقالة بعد قبض الثمن ، مع أن الوكيل لو قبض الثمن لايملك الإقالة إجماعا الثانى قوله : فيملكها عند محمد مع أنها جائزة عند الإمام أيضا فما وجه التخصيص بقول محمد الثالث ترتب عدم الضمان على كونه يملكها ، مع قولهم تصح عندهما وضمن لموكله فهو صريح فى الضمان مع كونها صحيحة ، وصريح كلام الظهيرية وإطلاقه يفيد صحة إقالة وكيل البيع مطلقا قبل قبض الثمن وبعده . ثم رأيت فى جامع الفتاوى والبزازية ماصورته ، والوكيل بالمبيع يملك الإقالة بخلاف الوكيل بالشراء ، يستوى أن تكون الإقالة قبل القبض أو بعده فتأمله مع الظهيرية ، مع مافى جامع الفصولين ، والظاهر أن معنى قوله فى الظهيرية فيملكها فى قول محمد : أى على الموكل فيعود المبيع إلى ملكه معنى قوله فى الفصولين : الوكيل لو قبض الثمن لايملك الإقالة إجماعا أى على الموكل فلايعود المبيع إلى ملكه وتصح الإقالة عليه فيضمن وبهذا يحصل التوفيق ، ويتضح الأمر وقد ذكر فى البحر أول الإقالة فرعا لطيفا عن القنية فيه دلالة على صحة التوفيق المذكور فراجعه :

فتحصل أن إقالته تصح عند الإمام قبل القبض وبعده ويضمن ، وعند محمد يملكها قبله على الموكل ، فتصح ولا يضمن وبعده تصح ويضمن وعند أبى يوسف لاتصح مطلقا ولا يضمن اه كلام الخير الرملى :

قلت : وهو توفيق لطيف لكن ذكر فى الباب العاشر من بيوع البزازية إقالة الوكيل بالبيع جائزة عند الإمام ومحمد اه . ومثله فى القنية وزاد أن المعنى فيه كون إقالته تسقط الثمن عن المشترى عندهما ، ويلزم المبيع الوكيل وعند أبى يوسف لاتسقط الثمن عن المشترى أصلا اه : ولعل مافى الظهيرية رواية عن محمد ، ويؤيده مافى وكالة كافى الحاكم الشهيد لو وكل رجل رجلا ببيع خادم له فباعها ، ثم أقال البائع البيع فيها لزمه المال والخادم له ، وكذلك لو لم يكن قبضها المشترى حتى أقاله من عيب أو من غير عيب اه فهذا نص المذهب ومقتضاه أنه قول أئمتنا الثلاثة لكونه لم يذكر فيه خلافا وظاهره أنه لافرق بين كونه قبل قبض الثمن أو بعده ، وهو الوجه لأن الإقالة بيع جديد فى حق ثالث ، وهو الموكل هنا فإذا أقال البائع بلا إذنه لايصير مشتريا له إذلا يملك ذلك عليه ، بل صار البائع مشتريا لنفسه إذا الشراء متى وجد نفاذا لايتوقف ، وبه يظهر وجه الفرع الذى ذكره فى البحر عن القنية ، وهو قوله باعت ضيعة مشتركة بينها وبين ابنها البالغ ، وأجاز الابن البيع ثم أقالت ، وأجاز الابن الإقالة ثم باعتها ثانيا بغير إجازته يجوز ، ولايتوقف على إجازته لأن بالإقالة يعود المبيع إلى ملك العاقد لا إلى ملك الموكل والمجيز اه : أى لأنها بإجازة ابنها البيع الأول صارت وكيلة عنه فيه ، ثم صارت بالإقالة مشترية لنفسها فلذا نفذ بيعها الثانى بلا إجازة ويظهر مما ذكرنا أن إقالة المتولى أو الوصى البيع فيما تقدم تصح عليه ويضمن فاغتنم تحرير هذا المحل

(قوله قيل وبالسلم) أى عند أبى يوسف قال فى جامع الفصولين : الوكيل بالسلم لو قبض أدون مما شرط صح ، وضمن لموكله ماشرط عند أبى حنيفة ومحمد وكذا لو أبرأ عن السلم أو وهبه قبل قبضه أو أقاله أو احتال به صح ،

ولا إقالة فى نكاح وطلاق وعتاق جوهرة وإبراء بحر من باب التحالف (وهى) مندوبة للحديث وتجب فى عقد مكروه وفاسد بحر . وفيما إذا غره البائع يسيرا نهر بحثا فلو فاحشا له الرد كما سيجيء وحكمها أنها (فسخ فى حق المتعاقدين فيما هو من موجبات) بفتح الجيم أى أحكام (العقد) أما لو وجب بشرط زائد كانت بيعا جديدا فى حقهما أيضا كأن شرى بدينه المؤجل عينا ثم تقايلا لم يعد الأجل فيصير دينه حالا كأنه باعه منه ، ولو رده بخيار بقضاء عاد الأجل لأنه فسخ ولو كان به كفيل

رضمن عندهما ولم يجز عند أبى يوسف (قوله ولا إقالة فى نكاح الخ) أى لعدم قبول الفسخ بخيار (قوله للحديث) هو قوله صلى الله عليه وسلم « من أقال مسلما بيعته أقال الله عثرته » أخرجه أبو داود وزاد ابن ماجه «يوم القيامة» ورواه ابن حبان فى صحيحه والحاكم وقال على شرط الشيخين وعند البيهقى «من أقال نادما» فتح (قوله وتجب فى عقد مكروه وفاسد) لوجوب رفع كل منهما على المتعاقدين صونا لهما عن المحظور ، ولا يكون إلا بالإقالة كما فى النهاية وتبعه غيره قال فى الفتح : وهو مصرح بوجوب التفاسخ فى العقود المكروهة السابقة وهو حق لأن رفع المعصية واجب بقدر الإمكان اهـ وظاهر كلام النهاية أن ذلك إقالة حقيقة ، ومقتضاه أنه يترتب عليه أحكام البيع الآتية وأورد عليه أن الفاسد يجب فسخه على كل منهما بدون رضا الآخر ، وكذا للقاضى فسخه بلا رضاهما والإقالة يشترط لها الرضا اللهم إلا أن يراد بالإقالة مطلق الفسخ كما أفاده محشى مسكين :

قلت : وإليه يشير كلام الفتح المذكور ، وهو الظاهر لأن المقصود منه رفع العقد كأنه لم يكن رفعا للمعصية وبالإقالة تحقق العقد من بعض الأوجه فلابد أن يكون الفسخ فى حق المتعاقدين وحق غيرهما والله سبحانه أعلم (قوله وفيما إذا غره البائع يسيرا الخ) أصل البحث لصاحب البحر وضمن الشارح غره معنى غبنه والمعنى إذا غره غابنا له غبنا يسيرا : أى فإذا طلب منه المشترى الإقالة وجبت عليه رفعا للمعصية تأمل (قوله كما سيجيء) أى فى آخر الباب الآتى (قوله وحكمها أنها فسخ الخ) الظاهر أنه أراد بالفسخ الإنفساخ (١) : لأن حكم العقد الأثر الثابت به كالملك فى البيع ، وأما الفسخ بمعنى الرفع فهو حقيقتها (قوله فسخ فى حق المتعاقدين) هذا إذا كانت قبل القبض بالإجماع ، وأما بعده فكذلك عند الإمام إلا إذا تعذر ، بأن ولدت المبيعة فتبطل : قال أبو يوسف هى بيع إلا إذا تعذر بأن وقعت قبل القبض فى منقول ، فتكون فسخا إلا إذا تعذر أيضا بأن ولدت المبيعة والإقالة قبل القبض فتبطل وقال محمد : هى فسخ إن كانت بالثمن الأول أو بأقل ، ولو بأكثر أو بجنس آخر فبيع ، والخلاف مقيد بما إذا كانت بلفظ الإقالة كما يأتى نهر والصحيح قول الإمام كما فى تصحيح العلامة قاسم (قوله فيما هو من موجبات العقد) قيد به الزيلعى وتبعه أكثر الشراح وفيه شيء فإن الكلام فيما هو من موجبات العقد لا فيما هو ثابت بشرط زائد إذ الأصل عدمه فقولهم فسخ أى لما أوجبه عقد البيع ، فهو على إطلاقه تدبر رملى على المنح (قوله أى أحكام العقد) أى ماثبت بنفس العقد من غير شرط بحر (قوله بشرط زائد) الأولى أن يقول بأمر زائد ، وذلك كحلول الدين فإنه لاينفسخ بالإقالة ليعود الأجل ، لأن حلوله إنما كان برضا من هو عليه حيث ارتضاه ثمنا فقد أسقطه فلا يعود بعد ط (قوله كأنه باعه منه) أى كأن المشترى باع العين من البائع ، لأنه لما سقط الدين سقط الأجل ، وصارت المقالة بعد ذلك كأنه باع المبيع من بائعه فيثبت له عليه دين جديد تأمل (قوله ولو رده بخيار) أى خيار عيب وعبارة البحر بعيب (قوله لأنه فسخ) فإن الرد بخيار العيوب إذا كان بالقضاء

---

(١) (قوله الظاهر أنه أراد بالفسخ الانفساخ) إنما يحتاج إلى هذا التأويل لو وقع الفسخ خبرا عن الحكم وأما على مافى عبارة الشارح فلا حاجة إليه لأن الفسخ أخبر به عن الاقالة إذ الضمير الواقع اسما لأن كناية عنها وخبر الحكم إنما هو جملة أن ومعموليها اهـ .

لم تعد الكفالة فيهما خالية ثم ذكر لكونها فسخا فروعا (ف) الأول أنها (تبطل بعد ولادة المبيعة) لتعذر الفسخ بالزيادة المنفصلة بعد القبض حقا للشرع لا قبله مطلقا ابن ملك (و) الثانى (تصح بمثل الثمن الأول وبالسكوت عنه) ويرد مثل المشروط ولو المقبوض أجود أو أردأ

يكون فسخا ولذا يثبت للبائع رده على بائعه بخلاف ما إذا كان بالتراضى ، فإنه بيع جديد (قوله لم تعد الكفالة فيهما) أى فى الإقالة والرد بعيب بقضاء اهـ ح :

فتحصل أن الأجل والكفالة فى البيع بما عليه لايعودان بعد الإقالة وفى الرد بقضاء فى العيب يعود الأجل ، ولا تعود الكفالة اهـ ط :

قلت : ومقتضى هذا أنه لو كان الرد بالرضا لا تعود الكفالة بالأولى ، وذكر الرملى فى كتاب الكفالة أنه ذكر فى التتارخانية عن المحيط ، عدم عودها سواء كان الرد بقضاء أو رضا وعن المبسوط أنه إن كان بالقضاء تعود وإلا فلا .

ثم قال الرملى والحاصل : أن فيها خلافا بينهم (قوله لا قبله مطلقا) أى متصلة أو منفصلة قال فى الفتح : والحاصل أن الزيادة متصلة كانت كالسمن أو منفصلة كالولد والأرش والعقر ، إذا كانت قبل القبض لاتمنع الفسخ ، والدفع وإن كانت بعد القبض متصلة ، فكذلك عنده وإن كانت منفصلة بطلت الإقالة لتعذر الفسخ معها اهـ ، ومثله فى ابن ملك على المجمع لكن قدمنا عن الخلاصة أن مايمنع الرد بالعيب يمنع الإقالة ، وقدمنا أيضا أن الرد بالعيب يمتنع فى المتصلة الغير المتولدة مطلقا ، وفى المنفصلة المتولدة لو بعد القبض فقط ويوافقه مافى الخامس والعشرين من جامع الفصولين : أن الرد بالعيب يمتنع لو الزيادة متصلة لم تتولد اتفاقا كصبغ ، وبناء والمتصلة المتولدة ، كولد وثمر وأرش وعقر تمنع الرد وكذا تمنع الفسخ بسائر أسباب الفسخ والمنفصلة التى لم تتولد كـكسب وغلة لا يمنع الرد والفسخ بسائر أسبابه اهـ :

[تنبيه] قال فى الحاوى : تقايلا البيع فى الثوب بعدما قطعه المشترى وخاطه قميصا أو فى الحديد ، بعد ما اتخذه سيفا لا تصح الإقالة كمن اشترى غزلا فنسجه أو حنطة فطحنها ، وهذا إذا تقايلا على أن يكون الثوب للبائع ، والخياطة للمشترى يعنى يقال للمشترى : افتق الخياطة وسلم الثوب لما فيه من ضرر المشترى ، فلو رضى بكون الخياطة للبائع بأن يسلم الثوب إليه كذلك يقول تصح اهـ .

وفى حاشية الخير الرملى على الفصولين : وقد سئلت فى مبيع استغله المشترى هل تصح الإقالة فيه فأجبت بقولى : نعم وتطيب الغلة له والغلة اسم للزيادة المنفصلة كأجرة الدار وكسب العبد ، فلا يخالف مافى الخلاصة من قوله رجل باع آخر كرما فسلمه إليه فأكل نزله يعنى ثمرته سنة ثم تقايلا ، لاتصح وكذا إذا هلكت الزيادة المتصلة أو المنفصلة أو استهلكها الأجنبى اهـ (قوله وتصح بمثل الثمن الأول) حتى لو كان الثمن عشرة دنانير ، فدفع إليه دراهم ثم تقايلا ، وقد رخصت الدنانير رجع بالدنانير لابما دفع ، وكذا لو رد بعيب وكذا فى الأجرة ، لو فسخت ولو عقد بدراهم فكسدت ثم تقايلا رد الكاسد كذا فى الفتح نهر (قوله وبالسكوت عنه) المراد أن الواجب هو الثمن الأول سواء سماه أولا قال فى الفتح : والأصل فى لزوم الثمن ، أن الاقالة فسخ فى حق المتعاقدين ، وحقيقة الفسخ ليس إلا رفع الأول ، كأن لم يكن فيثبت الحال الأول ، وثبوته برجوع عين الثمن إلى مالكه كأن لم يدخل فى الوجود غيره وهذا يستلزم تعين الأول ، ونفى غيره من الزيادة والنقص وخلاف الجنس اهـ (قوله ويرد مثل المشروط الخ)ذكر هذا هنا غير مناسب ، لأنه ليس من فروع كونها فسخا بل من فروع كونها بيعا ولذا ذكره الزيلعى وغيره فى

ولو تقايلا وقد كسدت رد الكاسد (إلا إذا باع المتولى أو الوصى للوقف أو لله تعبير شيئاباًكثر من قيمته أو اشتريا شيئا بأقل منها للوقف أو للصغير لم تجز إقالته ولو بمثل الثمن الأول وكذا المأذون كامر (وإن) وصلية (شرط غير جنسه أو أكثر منه أو) أجله وكذا فى (الأقل) إلا مع تعيبه فتكون فسخا بالأقل او بقدر العيب لا أزيد ولا أنقص قبل إلا بقدر مايتغابن الناس فيه (و) الثالث (لاتفسد بالشرط) الفاسد (وإن لم يصح تعليقها به) كما سيجىء (و) الرابع (جاز للبائع بيع المبيع منه) ثانيا بعدها (قبل قبضه)

محترزات قوله فيما هو من موجبات العقد فقال : وكذا لو قبض أردأ من الثمن الأول أو أجود منه يجب رد مثل المشروط فى البيع الأول كأنه باعه من البائع بمثل الثمن الأول ، وقال الفقيه أبو جعفر : عليه رد مثل المقبوض ، لأنه لو وجب عليه رد مثل المشروط ، للزمه زيادة ضرر بسبب تبرعه ، ولو كان الفسخ بخيار رؤية أو شرط أو بعيب بقضاء يجب رد المقبوض إجماعا لأنه فسخ من كل وجه اه ومثله فى المنح فافهم (قوله ولو تقايلا الخ) قدمناه آنفا عن النهر (قوله لم تجز إقالته) مراعاة للوقف والصغير منح وينبغى أن تجوز على نفسه فى مسألة البيع كما قدمناه (قوله وإن شرط غير جنسه) متعلق بما قبل الاستثناء فكان ينبغى تقديمه عليه اه ح (قوله أو أكثر منه) أى من الثمن الأول أو من الجنس (قوله أو أجله) بأن كان الثمن حالا فأجله المشترى عند الإقالة فإن التأجيل يبطل وتصح الإقالة وإن تقايلا ، ثم أجله ينبغى أن لا يصح الأجل ، عند أبى حنيفة ؛ فإن الشرط اللاحق بعد العقد يلتحق بأصل العقد عنده كذا فى القنية بحر لكن تقدم فى البيع الفاسد أنه لا يصح البيع إلى قدوم الحاج ، والحصاد والدياس ، ولو باع مطلقا ثم أجل إليها صح التأجيل وقدمنا أيضا تصحيح عدم التحاق الشرط الفاسد (قوله إلا مع تعيبه) أى تعيب المبيع عند المشترى فإنها تصح بالأقل ، وصار المحطوط بازاء نقصان العيب قهستانى (قوله لا أزيد ولا أنقص) فلو كان أزيد أو أنقص ، هل يرجع بكل الثمن أو ينقص بقدر العيب ، ويرجع بما بقى فليراجع ط :

قلت : الظاهر الثانى ، لأن الإقالة عند التعيب جائزة بالأقل ، والمراد نفى الزيادة والنقصان عن مقدار العيب ، فصار الباقى بمنزلة أصل الثمن فتلغو الزيادة والنقصان فقط ويرجع بما بقى والله أعلم :

[تنبيه] علم من كلامهم أنه لو زال العيب فأقال على أقل من الأول لايلزم إلا الأول بقى لو زال بعد الإقالة هل يرجع المشترى على البائع بنقصان العيب الذى أسقطه من الثمن الأول ، مقتضى كونها فسخا فى حقهما أنه يرجع ، ونظيره ما قدمناه فى أوائل باب خيار العيب او صالحه عن العيب ، ثم زال رجع البائع تأمل وفى التتارخانية تعيبت الجارية بيد المشترى بفعله أو بآفة سماوية وتقايلا ، ولم يعلم البائع بالعيب وقت الإقالة إن شاء أمضى الإقالة وإن شاء رد وإن علم به لا خيار له اه :

قال الخير الرملى فى حواشى المنح بعد نقله أقول : فلو تعذر الرد بهلاك المبيع هل يرجع بنقصان العيب بمقتضى جعلها بيعا جديدا أم لا لأنها فسخ فى حقهما الظاهر الثانى اه وهذا يؤيد ما قلنا (قوله قيل الخ) نقله فى البحر عن البناية عن تاج الشريعة ، ولم يعبر عنه بقيل ولعل الشارح أشار إلى ضعفه لمخالفته إطلاق ما فى الزيلعى ، والفتح من نفى زيادة والنقصان ، مع أن وجه هذا القول ظاهر ، لأن المراد بما يتغابن فيه ما يدخل تحت تقويم المقومين فلو كان المبيع ثوبا حدث فيه عيب ، بعضهم يقول بنقصه عشرة ، وبعضهم أحد عشر فهذا الدرهم يتغابن فيه ، نعم لو اتفق المقومون على شىء خاص تعين نفى الزيادة تأمل (قوله لا تفسد بالشرط الفاسد) كشرط غير الجنس أو الأكثر أو الأقل كما علمت (قوله وإن لم يصح تعليقها به) مثل له فى البحر بما قدمناه عن البزازية من قول المشترى للبائع إن وجدت مشتريا بأزيد فبعه منه (قوله كما سيجىء) أى قبيل باب الصرف اه ح (قوله والرابع) صورته

ولو كان بيعا فى حقهما لبطل كبيعه من غير المشترى عينى (و) الخامس (جاز قبض المكيل والموزون منه) بعدها (بلا إعادة) كيله ووزنه (و) السادس (جاز هبة البيع منه بعد الإقالة قبل القبض) ولو كان بيعا فى حقهما لما جاز كل ذلك(و) إنما (هى بيع فى حق ثالث) أى لو بعد القبض بلفظ الإقالة فاوقبله فهى فسخ فى حق الكل فى غير العقار ولو بلفظ مفاسخة أو متاركة أو تراد لم تجعل بيعا اتفاقا أو لو بلفظ البيع فبيع إجماعا وثمرته فى مواضع (ف) الأول (لو كان المبيع عقارا فسلم الشفيع الشفعة ثم تقايلا قضى له بها) لكونها بيعا جديدا فكان الشفيع ثالثهما (و) الثانى (لا يرد البائع الثانى على الأول بعيب علمه بعدها) .

باع زيد من عمرو شيئا منقولا كثوب ، وقبضه ثم تقايلا ثم باعه زيد ثانيا من عمرو قبل قبضه منه جاز البيع لأن الاقالة فسخ فى حقهما ، فقد عاد إلى البائع ملكه السابق فلم يكن بائعا ما شراه قبل قبضه (قوله ولو كان) أى عقد المقايلة (قوله لبطل) أى فسد وبه عبر المصنف ووجهه أنه باع المنقول قبل قبضه ط (قوله كبيعه من غير المشترى) أى كما لو باعه البائع المذكور من غير المشترى قبل قبضه من المشترى فيفسد البيع لكون الاقالة بيعا جديدا فى حق ثالث : فصار بائعا ماشراه قبل قبضه بخلاف ما إذا باعه من المشترى لما علمت (قوله جاز قبض المكيل والموزون) المراد جواز التصرف به ببيع ، أو أكل بلا إعادة كيله أو وزنه ، ولو كانت الاقالة بيعا لم يجز ذلك كما سيأتى فى بابه وقوله منه : أى من المشترى متعلق بقبض (قوله قبل القبض) متعلق بهبة وفائدته أنه لو كانت الإقالة بيعا الفسخ ، لأن البيع ينفسخ بهبة المبيع للبائع قبل القبض كما فى البحر وإذا انفسخ لم تصح الهبة (قوله بيع فى حق ثالث) إنما كانت عنده فسخا فى حقهما لأنها تنبئ عن الفسخ والرفع ، وبيعا فى حق الثالث ضرورة أنه يثبت به مثل حكم البيع ، وهو الملك لا لمقتضى الصيغة ، فحمل عليه لعدم ولايتهما على غيرهما كما فى الزيلعى وتوضيحه فى الشرنبلالية عن الجوهرة (قوله بلفظ الإقالة) أى صريحا أوضمنا لأنها قد تكون بالتعاطى كما مر ، فالمراد الاحتراز عما لو كانت بلفظ فسخ ونحوه أو بيع (قوله فى غير العقار) أى فى المنقول لأنه لا يجوز بيعه قبل قبضه ، أما فى العقار فهى بيع مطلقا لجواز بيعه قبل قبضه ، وما ذكره الشارح من كونها بيعا قبل القبض فسخا قبله ، هو ماجزم به الزيلعى وذكر فى البحر عن البدائع أن هذا رواية عن أبى حنيفة قال وظاهره ترجيح الاطلاق اهـ ويؤيده ما فى الجوهرة من أنه لا خلاف بينهم أنها بيع فى حق الغير ، سواء كانت قبل القبض أو بعده ، وحمله على العقار بعيد فليتأمل (قوله لم تجعل بيعا اتفاقا) إعمالا لموضوعه اللغوى ط عن الدرر (قوله ولو بلفظ البيع) كما لو قال البائع له بعنى ما اشتريت فقال : بعت كان بيعا بحر (قوله فبيع إجماعا) أى من أبى يوسف ومنهما فيجرى فيها حكم البيع حتى إذا دفع السلعة من غير بيان الثمن ، كان بيعا فاسدا ط وكذا يفسد لو كان المبيع منقولا قبل قبضه وما فى ح من أنها بيع لو بعد القبض ، وإلا ففسخ لئلا يلزم بيع المنقول قبل قبضه ، ففيه أن هذا التفصيل فى لفظ الإقالة والكلام فى لفظ البيع فافهم ، ولا يرد ما قدمناه عن البزازية من أن المشترى لو قال للبائع بعه لنفسك ، فلو باع جاز وانفسخ الأول لأن المراد بالبيع هنا أن يبيعه المشترى للبائع وفيما مر إذنه بالبيع لنفسه يقتضى تقدم الاقالة كما قدمناه (قوله وثمرته) أى ثمرة كونها بيعا فى حق ثالث (قوله فسلم الشفيع الشفعة) قيد به لتظهر فائدة كونها بيعا ، وإلا لو لم يسلم بأن أقال قبل أن يعلم الشفيع بالبيع فله الأخذ بالشفعة أيضا إن شاء بالبيع الأول وإن شاء بالبيع الحاصل بالإقالة تأمل رملى (قوله قضى له بها) أى إذا طلبها عند علمه بالمقايلة (قوله والثانى لا يراد الخ) أى إذا باع المشترى المبيع من آخر ثم تقايلا ثم اطلع على عيب كان فى يد البائع ، فأراد أن يرده على البائع ليس له ذلك ، لأنه بيع فى حقه فكأنه اشتراه من المشترى بحر ، فالثالث هنا هو البائع الأول

لأنه بيع في حقه (و) الثالث (ليس للواهب الرجوع إذا باع الموهوب له الموهوب من آخر ثم تقايلا) لأنه كالمشترى من المشترى منه (و) الرابع (المشترى إذا باع المبيع من آخر قبل نقد الثمن جاز) للبائع شراؤه منه بالأقل (و) الخامس (إذا اشترى بعروض التجارة عبدا للخدمة بعد ما حال عليها الحول ووجد به عيبا فرده بغير قضاء واسترد العروض فهلكت في يده لم تسقط الزكاة) فالفقير ثالثهما إذ الرد بعيب بلا قضاء إقالة ويزاد التقابض في الصرف ووجوب الاستبراء لأنه حق الله تعالى فالله ثالثهما صدر الشريعة والإقالة بعد الإجارة والرهن فالمرتهن ثالثهما نهر فهي تسعة (و) الإقالة (يمنع صحتها هلاك المبيع) ولو حكما كالإباق (لا الثمن) ولو في بدل الصرف (وهلاك بعضه يمنع) الإقالة (بقدره) اعتبارا للجزء بالكل

وهذه كما في الشرنبلالية حيلة للشراء بأقل مما باع قبل نقد ثمنه (قوله لأنه) أي الموهوب له لما تقايل مع المشترى منه صار كالمشترى من المشترى منه، فكأنه عاد إليه الموهوب بملك جديد وذلك مانع من رجوع الواهب في هبته، فالثالث هنا هو الواهب (قوله والرابع المشترى الخ) صورته: اشترى شيئا فقبضه قبل نقد الثمن، فباعه من آخر، ثم تقايلا وعاد إلى المشترى ثم إن البائع اشتراه من المشترى بأقل من الثمن قبل النقد جاز ويجعل في حق البائع كأنه ملكه بسبب جديد فتح (قوله إذ الرد بعيب بلا قضـــاء إقالة) أي والإقالة بيع جديد في حق الفقير، فيكون بالبيع الأول مستهلكا للعروض فتجب الزكاة، ولو كانت الاقالة فسخا في حق الفقير لارتفع البيع الأول وصار كأنه لم يبع وقد هلـــكت العروض فلا تجب الزكاة اهـ وعن هـــذا قيد المصنف بكون العبد للخدمة إذ لو كان للتجارة لم يكن البيع اســتهلاكا فإذا هلـــكت العروض، بعـــد الرد لم تجب زكاتها، وكذا قيد بكون الرد بغير قضاء لأنه بالقضاء يكون فسخا في حق الـــكل، فكأنه لم يصدر بيع، فلا تجب زكاتها بهلاكها بعده أفاده ط:

بقي شيء وهو أن كون الإقالة بيعا في حق ثالث شرطه كونها بلفظ الإقالة كما قدمه، والرد بلا قضاء ليس فيه لفظها، والجواب أن هذا الرد إقالة حكما وليس المراد خصوص حروف الاقالة كما نبهنا عليه فيما مر فتدبر (قوله التقابض في الصرف) لما مر من أن قبض بدليه شرط في صحتها قال في الفتح لأنه مستحق الشرع، فكان بيعا جديدا في حق الشرع (قوله ووجوب الاستبراء) أي إذا اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا البيع نزل هذا التقايل منزلة البيع في حق ثالث، حتى لا يكون للبائع الأول وطؤها إلا بعد الاستبراء حموي عن ابن ملك (قوله لأنه حق الله تعالى) علة للمسألتين (قوله والاقالة بعد الإجارة والرهن) أي لو اشترى دارا فأجرها أو رهنها، ثم تقايل مع البائع ذكر في النهر أخذا من قولهم إنها بيع جديد في حق ثالث أنها تتوقف على إجازة المرتهن، أو قبضه دينه وعلى إجازة المستأجر (قوله فالمرتهن ثالثهما) الأولى زيادة المستأجر (قوله فهي تسعة) يزاد ما قدمه في قوله: أما لو وجب بشرط زائد كانت بيعا جديدا في حقهما أيضا الخ. وقدمنا أن من فروع ذلك ما ذكره بعده من قوله: ويرد مثل المشروط، ولو المقبوض أجود أو أردأ (قوله ويمنع صحتها هلاك المبيع) لما مر أن من شرطها بقاء المبيع لأنها رفع العقد والمبيع محله بحر، وكذا هلاكه بعد الإقالة وقبل التسليم يبطلها كما يأتي، وقدمنا عن الخلاصة أن ما يمنع الرد بالعيب يمنعها (قوله كإباق) تمثيل للهلاك حكما: أي لو أبق قبل الاقالة، أو بعدها ولم يقدر على تسليمه (قوله ولو في بدل الصرف) لأن المعقود عليه الذي وجب لكل واحد منهما بذمة صاحبه وهذا إباق نهر والأولى أن يقول: ولو بدلي الصرف وكأنه نظر إلى أن لفظ بدل نكرة مضافة فتعم (قوله وهلاك بعضه) أي بعض المبيع، كما يأتي تصويره في قوله شرى أرضا مزروعة الخ (قوله اعتبارا للجزء بالكل) يعني هلاك الكل كما منع في الكل، فهلاك البعض يمنع في البعض وفيه إشارة إلى أنه لو قايله في بعض المبيع، وقبله

وليس منه مالو شرى صابونا فجف فتقايلا لبقاء كل المبيع فتح (وإذا هلك أحد البدلين فى المقايضة) وكذا فى السلم (صحت) الإقالة (فى الباقى منهما وعلى المشترى قيمة الهالك إن قيميا ومثله إن مثليا ولو هلكا بطلت) إلا فى الصرف.

(تقايلا فأبق العبد من يد المشترى وعجز عن تسليمه أو هلك المبيع بعدها قبل القبض بطلت) بزازية (وإن اشترى) أرضا مشجرة فقطعه أو (عبدا فقطعت يده وأخذ أرشها ثم تقايلا صحت ولزمه جميع الثمن ولا شىء لبائعه من أرش الشجر واليد إن عالما به) بقطع اليد والشجر (وقت الإقالة وإن غير عالم خير بين الأخذ بجميع ثمنه أو الترك) قنية وفيها شرى أرضا مزروعة ثم حصده ثم تقايلا

صح وبه صرح فى الحاوى سائحانى . وقدمنا أول الباب عبارة الحاوى (قوله وليس منه) أى من هلاك البعض فليس له أن ينقص شيئا من الثمن لجفافه ط (قوله فى المقايضة) بالياء المثناة التحتية : وهى بيع عين بعين كأن تبايعا عبدا بجارية فهلك العبد فى يد بائع الجارية ، ثم أقالا البيع فى الجارية وجب رد قيمة العبد ، ولا تبطل بهلاك أحدهما بعد وجودهما ، لأن كل واحد منهما مبيع ، فكان المبيع قائما وتمامه فى العناية (قوله وكذا فى السلم) قال فى البحر : ثم اعلم أنه لا يرد على اشتراط قيام المبيع لصحة الاقالة إقالة السلم قبل قبض المسلم فيه ، فإنها صحيحة سواء كان رأس المال عينا أو دينا ، وسواء كان قائما فى يد المسلم إليه أو هالكا ، لأن المسلم فيه ، وإن كان دينا حقيقة فله حكم العين ، حتى لا يجوز الاستبدال به قبل قبضه ، وإذا صحت فإن كان رأس المال عينا ردت ، وإن كانت هالكة رد المثل إن كان مثليا والقيمة إن كان قيميا ، وكذا إقالته بعد قبض المسلم فيه إن كان قائما ، ويرد رب السلم عين المقبوض لكونه متعينا كذا فى البدائع اه ح (قوله ولو هلكا) أى البدلان (قوله إلا فى الصرف) فهلاك بدليه لا يبطل الإقالة لما مر أن المعقود عليه ما فى ذمة كل من المتعاقدين (قوله تقايلا فأبق العبد) أراد به أن الهلاك كما يمنع ابتداء الإقالة يمنع بقاءها اه ح وبه صرح فى النهر (قوله أو هلك المبيع) أى حقيقة لأن الإباق هلاك لكنه حكمى :

والحاصل : أن قول المصنف ويمنع صحتها هلاك المبيع لا يختص بكون الهلاك قبل الاقالة بل مثله ما إذا كان الهلاك حقيقة أو حكما بعد الإقالة قبل التسليم إلى البائع ، ونص عبارة البزازية : هلك المبيع بعد الإقالة قبل التسليم بطلت اه :

ثم رأيت الرملى فى حاشية البحر نقل هذه العبارة عن البزازية ، ونقلها أيضا بعينها عن مجمع الفتاوى وعن مجمع الرواية شرح القدورى عن شرح الطحاوى ، ثم قال : ومثله فى كثير من الكتب اه وبه سقط ماقيل إن هذه العبارة ليست فى البزازية ، بل ذكرها فى البحر بلا عزو بدون قوله قبل القبض اه فافهم (قوله بزازية) عزو لقوله تقايلا الخ نبه به على أنه ليس من مسائل المتون (قوله مشجرة) فى القاموس : أرض شجرة ومشجرة وشجراء كثيرة الشجر اه فهى بفتح الميم والجيم والراء كما يقال : أرض مسبعة على وزن مرحلة كثيرة السباع كما فى القاموس أيضا فافهم (قوله فقطعه) أى المشترى ، والضمير للشجر المعلوم من مشجرة ط (قوله من أرش الشجر واليد) فى المصباح أرش الجراحة ديتها ، وأصله الفساد ثم استعمل فى نقصان الأعيان لأنه فساد فيها اه فالمراد هنا بدل الفساد أى بدل نقصان المبيع فافهم (قوله قنية) وعز لقوله : وإن اشترى الخ وقد نقل ذلك عنها فى البحر ، ثم قال ورقم برقم آخر أن الأشجار لا تسلم للمشترى ، وللبائع أخذ قيمتها منه ، لأنها موجودة وقت البيع ، بخلاف الأرش أى أرش اليد ، فإنه لم يدخل فى البيع أصلا لا قصدا ولا ضمنا اه قال الخير الرملى : وعليه فكل شىء موجود وقت البيع للبائع أخذ قيمته دخل ضمنا أو قصدا وكل شىء لم يدخل أصلا لا قصدا ولا ضمنا ليس للبائع أخذه ، وينبغى

صحت فى الأرض بحصتها ولو تقايلا بعد إدراكه لم يجز وفيها تقايلا ثم علم أن المشترى كان وطىء المبيعة ردها وأخذ ثمنها وفيها مؤنة الرد على البائع مطلقا (ويصح إقالة الإقالة فلو تقايلا البيع ثم تقايلاها) أى الإقالة (ارتفعت وعاد) البيع (إلا إقالة السلم) فإنها لاتقبل الإقالة لكون المسلم فيه دينا سقط والساقط لا يعود أشباه وفيها رأس المال بعد الإقالة كهو قبلها فلا يتصرف فيه بعدها كقبلها إلا فى مسألتين لو اختلفا فيه بعدها فلا تحالف ، ولو تفرقا قبل قبضه جاز إلا فى الصرف

ترجيح هذا لما فيه من دفع الضرر عنه اه (قوله صحت فى الأرض بحصتها) الفرق بينه وبين الشجر أن الشجر يدخل فى بيع الأرض تبعا ، بخلاف الزرع كما فى البحر اه ح أى أن الزرع لايدخل فى بيع الأرض إلا إذا نص عليه فيكون بعض المبيع ، فله حصة من الثمن بخلاف الشجر وعلى النقل الآخر عن القنية لا فرق بينهما (قوله ولو تقايلا بعد إدراكه) أى فى يد المشترى لم يجز ، لأن العقد إنما ورد على التفصيل دون الحنطة بحر عن القنية : أى والحنطة زيادة منفصلة متولدة ، وهى مانعة كما قدمناه عن جامع الفصولين (قوله ردها وأخذ ثمنها) أى له ذلك وقدمنا أن مايمنع الرد بالعيب يمنع الإقالة ، وقدم المصنف فى خيار العيب أنه لو وطىء الجارية أو قبلها أو مسها بشهوة ، ثم وجد بها عيبا لم يردها مطلقا أى ولو ثيبا (قوله وفيها مؤنة الرد على البائع مطلقا) لأنه عاد إلى ملكه فمؤنة رده عليه قال القاضى بديع الدين : سواء تقايلا بحضرة المبيع أو بغيبته اه منح وهذا معنى قوله مطلقا وإن لم يذكر فى عبارة القنية فسقط ماقيل إن الصواب إسقاطه فافهم (قوله إلا إقالة السلم) أى قبل قبض المسلم فيه فلو بعده صحت كما تعرفه (قوله لكون المسلم فيه دينا سقط) أى بالإقالة فلو انفسخت الإقالة لكان حكم انفساخها عود المسلم فيه ، والساقط لا يحتمل العود ، بخلاف الاقالة فى البيع ، لأنه عين فأمكن عوده إلى ملك المشترى بحر من باب السلم (قوله رأس المال) أى مال السلم (قوله كهو قبلها) أى حكمه بعدها كحكمه قبلها ، وفيه إدخال الكاف على ضمير الرفع المنفصل ، وهو مختص بالضرورة ، وكذا قوله كقبلها فيه أن الظروف التى تقع غايات لاتجر إلا بمن حموى (قوله فلا يتصرف فيه) أى بنحو بيع وشركة قبل قبضه فلا يجوز لرب المسلم شراء شىء من المسلم إليه برأس المال بعد الإقالة قبل قبضه أى قبل قبض رب السلم رأس المال من المسلم إليه وهذا فى السلم الصحيح ، فلو فاسدا جاز الاستبدال كسائر الديون كما ذكره الشارح فى بابه وفيه كلام سيأتى هناك (قوله إلا فى مسألتين) استثناء من قوله كهو قبلها (قوله لو اختلفا فيه) أى فى رأس المال بعدها أى بعد الإقالة يعنى وقبل تسليم المسلم فيه لما فى سلم البحر عن الذخيرة : لو تقايلا بعد ما سلم المسلم إليه المسلم فيه ثم اختلفا فى رأس المال تحالفا لأن المسلم فيه عين قائمة ، وليس بدين فالاقالة هنا تحتمل الفسخ قصدا اه وهذا صريح فى أن إقالة الإقالة فى السلم جائزة لو بعد قبض المسلم فيه (قوله فلا تحالف) بل القول فيه قول المسلم إليه ذخيرة ، بخلاف ما قبلها ط عن أبى السعود قال ح : لأن التحالف باعتبار أن اختلافهما فى رأس المال اختلاف فى نفس العقد ولا عقد بعد الإقالة (قوله ولو تفرقا قبل قبضه) أى قبض رأس مال السلم بعد الإقالة جاز لأن قبضه شرط حال بقاء العقد لا بعد إقالته (قوله إلا فى الصرف) استثناء منقطع اه ح لأن أصل الكلام فى رأس المال ، فالأولى أن يقول بخلاف الصرف :

فإن الحاصل : أن رأس المال فى السلم بعد الإقالة لا يجوز الاستبدال به ، ولا يجب قبضه فى مجلسها ، وبدل الصرف بالعكس ، فإن قبضه فى مجلس الإقالة شرط لصحتها ويجوز الاستبدال به . قال فى البحر من السلم : ووجه الفرق أن القبض فى مجلس العقد فى البدلين ما شرط لعينه بل للتعيين ، وهو أن يصير البدل معينا بالقبض صيانة عن الافتراق عن دين بدين ، ولا حاجة إلى التعيين فى مجلس الإقالة فى السلم ، لأنه لا يجوز استبداله ، فتعود إليه

وفيها اختلاف المتبايعان في الصحة والبطلان فالقول لمدعى البطلان وفي الصحة والفساد لمدعى الصحة ،

قلت : إلا في مسألة إذا ادعى المشترى بيعه من بائعه بأقل من الثمن قبل النقد وادعى البائع الإقالة فالقول للمشترى مع دعواه الفساد ولو بعكسه تحالفا

عينه ، فلا تقع الحاجة إلى التعيين بالقبض ، فكان الواجب نفس القبض ، فلا يراعى له المجلس ، بخلاف الصرف ، لأن التعيين لا يحصل إلا بالقبض ، لأن استبداله جائز فلا بد من شرط القبض في مجلس التعيين اه :

وحاصله : أن السلم لما لم يجز الاستبدال به قبل قبضه لم يلزم قبضه في مجلس الإقالة لأن التعيين موجود بخلاف الصرف فإنه لما جاز استبداله لزم قبضه ليحصل التعيين .

مطلب في اختلافهما في الصحة والفساد أو في الصحة والبطلان

(قوله اختلاف المتبايعان الخ) كان الأولى ذكر هذه المسألة في باب البيع الفاسد ولكن مناسبتها هنا ذكر المسألة المستثناة (قوله فالقول لمدعى البطلان)لأن انعقاد البيع حادث والأصل عدمه اه ح فهو منكر لأصل العقد (قوله لمدعى الصحة) لأنهما لما اتفقا على العقد كان الظاهر من أقدمهما عليه صحته اه ح ولأن مدعى الفساد يدعى حق الفسخ وخصمه ينكر ذلك والقول للمنكر ط ولو برهنا فالبينة بينة الفساد ، وهذا لو ادعى الفساد بشرط فاسد أو أجل فاسد باتفاق الروايات ،وإن كان لمعنى في صلب العقد بأن ادعى أنه اشتراه بألف درهم وبرطل خمر والآخر يدعى البيع بألف درهم فيه روايتان ، عن أبي حنيفة في ظاهر الرواية : القول لمدعى الصحة أيضا والبينة بينة الآخر كما في الوجه الأول ، وفي رواية القول المدعى الفساد خانية ، ولم يذكر هناك مالو اختلفا في أنه لتحية أوجد أو اختلفا في أنه بات أو وفاء لأنه سيذكر ذلك آخر باب الصرف (قوله قلت إلا في مسألة) الاستثناء من صاحب الأشباه وعزا فيها المسألة إلى الفتح (قوله وادعى البائع الإقالة) أي به كما في الفتح ، الظاهر أن الضمير في به عائد إلى الأقل المذكور لا إلى الثمن :

فصورة المسألة : اشترى زيد من عمرو ثوبا بألف ، ثم رد زيد الثوب إليه قبل نقد الثمن ، وادعى أنه باعه منه قبل النقد بتسعين ، وفسد البيع بذلك ، وادعى البائع أنه رده إليه على وجه الإقالة بالتسعين فالقول لزيد المشترى : مع يمينه في إنكار الإقالة كما في الفتح ووجهه كما قال الحموى أن دعوى الاقالة تستلزم دعوى صحة البيع ، لأنها لا تكون إلا في الصحيح اه

قلت : لكن تقدم أنها تجب في عقد مكروه ، وفاسد مع ما فيه من الكلام ، ويظهر لي أن وجهه هو أن المشترى لما ادعى بيعه بالتسعين لم يجب له غيرها ومدعى الإقالة يدعى أن الواجب المائة لأن الإقالة إن كانت بمائة فظاهر ، وإن كانت بتسعين فلأنها لا تكون إلا بمثل الثمن الأول وإن شرط أقل منه كما مر فقد صار مقرا للمشترى بالعشرة والمشترى يكذبه فلغا كلام مدعى الإقالة تأمل (قوله ولو بعكسه) بأن ادعى زيد المشترى الإقالة وادعى عمرو البائع أنه اشتراه من المشترى بتسعين (قوله تحالفا) وجهه : أن المشترى بدعواه الإقالة يدعى أن الثمن الذي يستحقه بالرد مائة ، والبائع بدعواه الشراء بالتسعين يدعى أن الثمن الواجب رده للمشترى تسعون ، فنزل اختلافهما فيما يجب تسليمه إلى المشترى بمنزلة اختلافهما في قدر الثمن الموجب للتحالف بالنص ، وإلا فالمائة التي هي الثمن الأول إنما ترد إلى المشترى بحكم الإقالة في البيع الأول وهي غير الخمسين التي هي الثمن في البيع الثاني أفاده الحموي :

بشرط قيام المبيع إلا إذا استهلكه فى يد البائع غير المشترى ، ورأيت معزيا للخلاصة : باع كرما وسلمه فأكل مشتريه نزله سنة ثم تقايلا لم يصح ؛

باب المرابحة والتولية

لما بين الثمن شرع فى المثمن ولم يذكر المساومة والوضيعة لظهورهما :

(المرابحة) مصدر رابح وشرعا (بيع ما ملكه)

قلت : وفيه أن الكلام فيما قبل نقد المشترى الثمن ، وأيضا فمسألة التحالف عند اختلاف المتبايعين ، ورد بها النص على خلاف القياس فكيف يقاس عليها غيرها مع عدم التماثل ؟ والذى يظهر لى أن المسألة مفرعة على قول أبى يوسف أن الإقالة بيع لا فسخ ، وحينئذ فقد توافقا على البيع الحادث ، لكن المشترى يدعيه بوجه الإقالة ، والواجب فيها مائة والبائع يدعيه بالبيع بالأقل ، وذلك اختلاف فى الثمن فى عقد حادث والله أعلم فافهم (قوله بشرط قيام المبيع الخ) هذا شرط التحالف مطلقا قال فى الأشباه : يشترط قيام البيع عند الاختلاف فى التحالف إلا إذا استهلكه فى يد البائع غير المشترى كما فى الهداية اه فإنه إذا استهلكه غير المشترى تكون قيمة العين قائمة مقامها ، وأما إذا استهلكه المشترى فى يد البائع نزل قابضا وامتنعت الإقالة ، وكذا إذا استهلكه أحد فى يده لفقد شرط الصحة ، وهو بقاء المبيع ، ومحل عدم التحالف عند هلاك المبيع إذا كان الثمن دينا ، أما إذا كان عينا بأن كان العقد مقايضة وهلك أحد العوضين ، فإنهما يتحالفان من غير خلاف ، لأن المبيع فى أحد الجانبين قائم ، ويرد مثل الهالك أو قيمته والمصير إلى التحالف فرع العجز عن إثبات الزيادة بالبينة ، وتمامه فى حاشية الأشباه لأبى السعود ط (قوله نزله) بضم النون والزاى ، والمراد ثمرته.اه ح (قوله لم يصح) تمام عبارة الخلاصة ، وكذا إذا هلكت الزيادة المتصلة أو المنفصلة أو استهلكها أجنبى اه .

أقول : ينبغى تقييد المسألة بما إذا حدثت هذه الزيادة بعد القبض ، أما قبله فلا تمنع الإقالة كما فى الرد بالعيب تأمل ؛ وفى التتارخانية : ولو اشترى أرضا فيها نخل ، فأكل الثمر ، ثم تقايلا قالوا إنه تصح الإقالة ، ومعناه على قيمته إلا أن يرضى البائع أن يأخذها كذلك اه رملى على المنح ، وبما ذكره من التقييد يندفع ما يتوهم من منافاة ما فى الخلاصة لما مر من أن هلاك بعضه يمنع الإقالة بقدره ، ولما مر فى قوله شرى أرضا مزروعة الخ ومثله مسألة التتارخانية المذكورة ويؤيده ما قدمناه من أن الزيادة المنفصلة المتولدة تمنع لو بعد القبض والله سبحانه أعلم ه

باب المرابحة والتولية

وجه تقديم الإقالة عليهما : أن الاقالة بمنزلة المفرد من المركب ، لأنها إنما تكون مع البائع ، بخلاف التولية والمرابحة فإنهما أعم من كونهما مع البائع وغيره ط ه وأيضا فالإقالة متعلقة بالمبيع لا بالثمن ، ولذا كان من شروطها قيام المبيع والتولية والمرابحة متعلقان أصالة بالثمن ، والأصل هو المبيع (قوله لما بين المثمن الخ) قال فى الغاية : لما فرغ من بيان أنواع البيوع اللازمة وغير اللازمة كالبيع بشرط الخيار وكانت هى بالنظر إلى جانب المبيع شرع فى بيان أنواعها بالنظر إلى جانب الثمن كالمرابحة ، والتولية والربا والصرف ، وتقديم الأول على الثانى لأصالة المبيع دون الثمن اه ط عن الشلبى (قوله ولم يذكر المساومة) وهى للبيع بأى ثمن كان من غير نظر إلى الثمن الأول وهى المعتادة (قوله والوضيعة) هى البيع بمثل الثمن الأول ، مع نقصان يسير إتفاقى : وفى البحر : هى البيع بأنقص من الأول ، وقدمنا أول البيوع عن البحر خامسا وهو الاشتراك أى أن يشرك غيره فيما اشتراه أى بأن يبيعه نصفه مثلا لكنه غير خارج عن الأربعة (قوله وشرعا بيع ما ملكه بما قام عليه وبفضل) عدل عن قول الكنز هو بيع بثمن سابق لما أورد عليه من أنه غير مطرد ، ولا منعكس أى غير مانع ، ولا جامع أما الأول

من العروض ولو بهبة أو إرث أو وصية أو غصب فإنه إذا ثمنه (بما قام عليه وبفضل) مؤنة وإن لم تكن من جنسه كأجر قصار

فلأن من شرى دنانير بالدراهم لا يجوز له بيعها مرابحة ، وكذا من اشترى شيئا بثمن لسيئة لا يجوز له أن يرابح عليه مع صدق التعريف عليهما ، وأما الثانى فلأن المغصوب الآبق إذا عاد بعد القضاء بالقيمة على الغاصب جاز بيع الغاصب له مرابحة بأن يقول قام علىّ بكذا ، ولا يصدق التعريف عليه بعدم الثمن ، وكذا لو رقم فى الثوب مقدارا ولو أزيد من الثمن الأول ثم رابحه عليه جاز كما سيأتى بيانه عند ذكر الشارح له ، وكذا لو ملكه بهبة أو إرث أو وصية وقومه قيمة ، ثم رابحه على تلك القيمة ، ولا يصدق التعريف عليهما ، لكن أجيب عن مسألة الدنانير بأن الثمن المطلق يفيد أن مقابله مبيع متعين ، ولذا قال الشارح من العروض ، ويأتى بيانه وعن مسألة الأجل بأن الثمن مقابل بشيئين : أى بالمبيع وبالأجل ، فلم يصدق فى أحدهما أنه بثمن سابق وقول البحر : إنه لا يرد لجوازها إذا بين أنه اشتراه نسيئة رده فى النهر بأن الجواز إذا بين لا يختص بذلك ، بل هو فى كل ما لا تجوز فيه المرابحة كما لو اشترى من أصوله أو فروعه ، جاز إذا بين كما سيأتى . وعن مسائل العكس بأن المراد بالثمن ما قام عليه بلا خيانة ، وتمامه فى النهر فكان الأولى قول المصنف تبعا للدرر بيع ما ملكه الخ لعدم احتياجه إلى تحرير المراد ، ولأنه لا يدخل فيه مسألة الأجل لأنه إذا لم يبين الأجل لم يصدق عليه أنه بيع ما ملكه بما قام عليه لما علمت (قوله من العروض) احتراز عما ذكرنا من أنه لو شرى دنانير بدراهم ، لا يجوز له بيعها مرابحة كما فى الزيلعى والبحر والنهر والفتح . وعلله فى الفتح : بأن بدلى الصرف لا يتعينان ، فلم تكن عين هذه الدنانير متعينة لتلزم مبيعا اهـ لكن هذا وارد على تعريف المصنف ، إذ لا دلالة فيه عليه ، بخلاف تعريف الكنز وغيره ، فإن قوله بالثمن السابق دليل على أن المراد بما ملكه المبيع المتعين ، لأن كون مقابله ثمنا مطلقا يفيد أن ما ملكه بالضرورة مبيع مطلقا كما فى الفتح وقول المصنف بما قام عليه ، ليس المراد به الثمن لما مر فلذا زاد الشارح قوله من العروض تتميما للتعريف (قوله ولو بهبة الخ) تعميم لقوله ما ملكه أشار به إلى دخول هذه المسائل فيه كما علمت (قوله فإنه إذا ثمنه الخ) جواب إذا قوله جاز ، وعدل عن قول غيره وقومه قيمة ليشمل المثلى :

وحاصله : أن ما وهب له ونحوه مما لم يملكه بعقد معاوضة إذا قدر ثمنه وضم إليه مؤنته مما يأتى يجوز له أن يبيعه مرابحة ، وكذا إذا رقم على ثوب رقما كما مر .

قال فى الفتح : وصورة المسألة أن يقول : قيمته كذا أو رقمه كذا فأرابحك على القيمة أو الرقم اهـ وظاهره أنه لا يقول قام علىّ بكذا وبه صرح فى البحر فى الرقم ، والظاهر أن الهبة ونحوها كذلك ، وحينئذ لا يدخل ذلك فى كلام المصنف تأمل ويأتى تمامه ، هذا وقال ح : إن قول الشارح فإنه إذا ثمنه أخرج به بعض التعريف عن كونه تعريفا ، وفسر الفضل بما يضم فصار مجموع المتن مع الشرح عبارة المبسوط : وهى عبارة مستقيمة فى ذاتها ، لكن بقى تعريف المرابحة بيع ما ملكه فقط وهو تعريف فاسد لكونه غير مانع اهـ أى لأن قوله بما قام عليه جزء التعريف . وكذا قوله وبفضل فإن مراده به فضل الربح لتتحقق المرابحة ، وإلا كان العقد تولية ، وأما فضل المؤنة فإنه يضم إلى ما قام عليه ، لكن لما كانت عبارة المتن فى نفسها تعريفا تاما اكتفى بها ولقصد الاختصار أخذ بعضها وجعله بيانا لتصوير مسألة الهبة ونحوها تأمل (قوله وإن لم تكن من جنسه) أى وإن لم تكن المؤنة المضمومة من جنس المبيع ط :

ونحوه ، ثم باعه مرابحة على تلك القيمة جاز مبسوط :

(والتولية) مصدر ولى غيره جعله واليا. وشرعا (بيعه بثمنه الأول) ولو حكما يعنى بقيمته ، وعبر عنها به لأنه الغالب :

(وشرط صحتهما كون العوض مثليا أو) قيميا (مملوكا للمشترى و) كون (الربح شيئا معلوما) ولو قيميا مشارا إليه كهذا الثوب لانتفاء الجهالة

قلت : والأظهر كون المراد من جنس الثمن بقرينة ما بعده تأمل (قوله ونحوه) أى كصباغ وطراز (قوله ثم باعه مرابحة) أى بزيادة ربح على تلك القيمة التى قوّم بها الموهوب ونحوه مع ضم المؤنة إليها لأن كلامه فى ذلك ، بخلاف ما كان اشتراه بثمن فإنه يرابح على ثمنه لا على قيمته فافهم (قوله جعله واليا) فكأن البائع جعل المشترط واليا فيما اشتراه نهر : أى جعل له ولاية عليه وهذا إبداء مناسبة لمعنى الشرعى للمعنى اللغوى (قوله بيعه بثمنه الأول) قدعلمت أن المصنف عدل فى تعريف المرابحة ، عن التعبير بالثمن الأول إلىقوله بما قام عليه لدفع الإيراد السابق فما فر منه أولا وقع فيه ثانيا ، فكان المناسب أن يقول والتولية بيعه كذلك بلا فضل (قوله ولو حكما) أدخل به ما مر فى قوله ولو بهبة الخ فإنه يوليه بقيمته لكونه لم يملكه بثمن (قوله يعنى بقيمته) تفسير للثمن الحكمى لا لقوله بثمنه كما لا يخفى ح (قوله وعبر عنها به) أى بالثمن حيث أراد به ما يعم القيمة حتى صار عبارة عنه وعنها فافهم (قوله لأنه الغالب) أى الغالب فيما يملكه الإنسان أنه يكون بثمن سابق (قوله كون العوض) أى الكائن فى العقد الأول اه ح وهو ملك به المبيع نهر

[تنبيه] استفيد من التعريف أن المعتبر ما وقع عليه العقد الأول دون ما وقع عوضا عنه ، فلو اشترى بعشرة دراهم فدفع عنها دينارا أو ثوبا قيمته عشرة أو أقل أو أكثر فرأس المال العشرة لا الدينار والثوب ، لأن وجوبه بعقد آخر وهو الاستبدال فتح ، ولو كان المبيع مثليا فرابح على بعضه كقفيز من قفيزين جاز لعدم التفاوت بخلاف القيمى وتمام تعريفه فى شرح المجمع : وفى المحيط : لو كان ثوبا ونحوه لا يبيع جزءا منه معينا لا نقسامه باعتبار القيمة ، وإن باع جزءا شائعا جاز وقيل يفسد بحر (قوله مثليا) كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون والعددى المتقارب ، أما إذا لم يكن له مثل بأن اشترى ثوبا بعبد مقايضة مثلا فرابحه أو ولاه إياه كان بيعا بقيمة عبد صفته كذا أو بقيمة عبد ابتداء وهى مجهولة فتح ونهر (قوله أو قيميا مملوكا للمشترى) صورته : اشترى زيد من عمرو عبدا بثوب ثم باع العبد من بكر بذلك الثوب مع ربح أولا ، والحال أن بكرا كان قد ملك الثوب من عمرو(١) قبل شراء العبد أو اشترى العبد بالثواب قبل أن يملكه من عمرو فأجازه بعده فلا شك أن الثوب بعد الإجازة صار مملوكا لبكر المشترى فيتناوله قول المتن أو مملوكا للمشترى اه ح فهذه الصورة مستثناة مما لا مثل له (قوله وكون الربح شيئا معلوما) تقدير لفظ الكون ، هو مقتضى نصب المصنف قوله معلوما : ووقع فى عبارة المجمع مرفوعا حيث قال : ولا يصح ذلك حتى يكون العوض مثليا أو مملوكا للمشترى ، والربح مثلى معلوم ، ومثله فى الغرر وصرح فى شرحه الدرر بأن الجملة حالية ، وكذا قال فى البحر : إن قوله أى المجمع والربح مثلى معلوم شرط فى القيمى المملوك للمشترى كما لا يخفى اه وتبعه فى المنح ، فقد ظهر أن هذا ليس شرطا مستقلا ، بل هو شرط للشرط الثانى ، لأن معلومية الربح وإن كانت شرطا فى صحة البيع مطلقا ، لكنه أمر ظاهر لا يحتاج إلى التنبيه عليه ، لأن جهالته تفضى إلى جهالة الثمن ، وإنما المراد التنبيه على أنه إذا كان الثمن الذى ملك به المبيع فى العقد الأول

---

(١) قوله (ملك الثوب من عمرو) والذى فى عبارة ح من زيد هنا وفيما بعده ، وصوابه من عمرو كما قلناه اه منه .

حتى لو باعه بربح ده يازده أى العشرة بأحد عشر لم يجز إلا أن يعلم بالثمن فى المجلس فيخير شرح مجمع للعينى (ويضم) البائع (إلى رأس المال أجر القصار والصبغ) بأى لون كان (والطراز) بالكسر علم الثوب (والفتل وحمل الطعام) وسوق الغنم وأجرة الغسل والخياطة (وكسوته) وطعام المبيع بلاسرف وسقى الزرع والكرم وكسحها وكرى المسناة والأنهار وغرس الأشجار وتجصيص الدار (وأجرة السمسار)

قيميا لا يصح البيع مرابحة إلا إذا كان ذلك القيمى مملوكا للمشترى .والحال أن الربح معلوم ، ولهذا ذكر فى الفتح أولا أنه لا يصح كون الثمن قيميا ثم قال : أما لو كان ما اشتراه به وصل إلى من يبيعه منه فرابحه عليه بربح معين كأن يقول : أبيعك مرابحة على الثوب الذى بيدك وربح درهم أوكر شعير أو ربح هذا الثوب جاز لأنه يقدر على الوفاء بما التزمه من الثمن اه وأفاد أن الربح المعلوم أعم من كونه مثليا أو قيميا كما نبه عليه الشارح بقوله : ولو قيميا الخ فاغتنم تحرير هذا المحل (قوله حتى لو باعه) تفريع على مفهوم قوله معلوما فى مسألة كون القيمى مملوكا للمشترى ، يعنى فلو كان الربح مجهولا فى هذه الصورة لا يجوز ، حتى لو باعه الخ فافهم :

واعلم : أن لفظ ده بفتح الدال وسكون الهاء اسم للعشرة بالفارسية ويازده بالياء المثناة التحتية وسكون الزاى اسم أحدعشر بالفارسية كما نقله ح عن البناية وبيان هذا التفريع ما فى البحرحيث قال : وقيدالربح بكونه معلوما للاحتراز عما إذا باعه بربح ده يازده ، لأنه باعه برأس المال وببعض قيمته ، لأنه ليس من ذوات الأمثال كذا فى الهداية ، ومعنى قوله : ده يازده : أى بربح مقدار درهم على عشرة دراهم ، فإن كان الثمن الأول عشرين كان الربح بزيادة درهمين ، وإن كان ثلاثين كان الربح ثلاثة دراهم ، فهذا يقتضى أن يكون الربح من جنس رأس المال ، لأنه جعل الربح مثل عشر الثمن وعشر الشىء يكون من جنسه كذا فى النهاية اه ما فى البحر .

وحاصله : أنه إذا كان الثمن فى العقد الأول قيميا كالعبد مثلا وكان مملوكا للمشترى فباع المالك المبيع من المشترى بذلك العبد وبربح ده يازده لا يصح ، لأنه يصير كأنه باعه المبيع بالعبد وبعشر قيمته فيكون الربح مجهولا لكون القيمة مجهولة ، لأنها إنما تدرك بالحزر والتخمين والشرط كون الربح معلوما كما مر بخلاف ما إذا كان الثمن مثليا والربح ده يازده فإنه يصح : قال النهر : ولو كان البدل مثليا فباعه به وبعشره أى عشر ذلك المثلى ، فإن كان المشترى يعلم جملة ذلك صح ، وإلا فإن علم فى المجلس خير وإلا فسد اه وبه ظهر أن قول الشارح : لم يجز أى فيما إذا كان الثمن قيميا كما قررناه أولا ، وقوله : إلا أن يعلم الخ أى فيما إذا كان مثليا لأنه الذى يمكن علمه فى المجلس فافهم (قوله أجر القصار) قيد بالأجرة لأنه لو عمل هذه الأعمال بنفسه لا يضم شيئا منها وكذا لو تطوع متطوع بها أو بإعارة نهر وسيجىء (قوله والصبغ) هو بالفتح مصدر وبالكسر ما يصبغ به درر والأظهر هنا الفتح لقول الشارح بأى لون كان ط (قوله والفتل) هو ما يصنع بأطراف الثياب بحرير أو كتان من فتلت الحبل أفتله بحر (قوله وكسوته) بالنصب أى كسوة العبد المبيع قال فى الفتح : ولا يضم ثمن الجلال ونحوه ويضم الثياب فى الرقيق اه تأمل (قوله وطعام المبيع بلاسرف) فلا يضم الزيادة ط عن حاشية الشلبى: قال فى الفتح : ويضم الثياب فى الرقيق وطعامهم إلا ما كان سرفا وزيادة ، ويضم علف الدواب إلا أن يعود عليه شىء متولد منها كألبانها وصوفها وسمنها ، فيسقط قدر ما نال ويضم ما زاد، بخلاف ما إذا أجر الدابة أو العبد أو الدار فأخذ أجرته فإنه يرابح مع ضم ما أنفق عليه ، لأن الغلة ليست متولدة من العين وكذا دجاجة أصاب من بيضها يحتسب بما ناله وبما أنفق ويضم الباقى اه (قوله وسقى الزرع) أى أجرته وكذا يقال فيما بعده ط (قوله وكسحها) فى المصباح كسحت البيت كسحا من باب نفع كنسته ثم استعير لتنقية البئر والنهر وغيره فقيل كسحته إذا نقيته وكسحت الشىء قطعته وأذهبته (قوله وكرى المسناة) فى المصباح كرى النهر كريا من باب رمى حفر فيه حفرة جديدة ، والمسناة حائط

هو الدال" على مكان السلعة وصاحبها (المشروطة فى العقد) على ماجزم به فى الدرر ورجح فى البحر الإطلاق وضابطه كل مايزيد فى المبيع أو فى قيمته يضم درر واعتمد العينى وغيره عادة التجار بالضم (ويقول قام على" بكذا ولا يقول اشتريته) لأنه كذب وكذا إذا قوم الموروث ونحوه أوباع برقمه لو صادقا فى الرقم فتح (لا) يضم (أجر الطبيب) والمعلم درر ولو للعلم والشعر وفيه مافيه ولذا علله فى المبسوط بعدم العرف (والدلالة والراعى

يبنى فى وجه الأرض ويسمى البند اه وفسرها فى المغرب بما بنى للسيل ليرد الماء وكأن" الشارح ضمن السكرى معنى الإصلاح تأمل (قوله هو الدال على مكان السلعة وصاحبها) لا فرق لغة بين السمسار والدلال ، وقد فسرهما فى القاموس بالمتوسط بين البائع والمشترى ، وفرق بينهما الفقهاء ، فالسمسار هو ما ذكره المؤلف والدلال هو المصاحب للسلعة غالبا أفاده سرى الدين عن بعض المتأخرين ط وكأنه أراد ببعض المتأخرين صاحب النهر ، فإنه قال وفى عرفنا الفرق بينهما هو أن السمسار الخ (قوله ورجح فى البحر الإطلاق) حيث قال : وأما أجرة السمسار والدلال فقال الشارح الزيلعى : إن كانت مشروطة فى العقد تضم ، وإلا فأكثرهم على عدم الضم فى الأول ، ولا تضم أجرة الدلال بالإجماع اه وهو تسامح فإن أجرة الأول تضم فى ظاهر الرواية والتفصيل المذكور قويلة ، وفى الدلال قيل لا تضم والمرجع العرف كذا فى فتح القدير اه (قوله وضابطه الخ) فإن الصبغ وأخواته يزيد فى عين المبيع والحمل ، والسوق يزيد فى قيمته لأنها تختلف باختلاف المكان فتلحق أجرتها برأس المال درر ، لكن أورد أن السمسار لا يزيد فى عين المبيع ولا فى قيمته : وأجيب بأن له دخلا فى الأخذ بالأقل ، فيكون فى معنى الزيادة فى القيمة : وقال فى الفتح بعد ذكره الضابط المذكور قال فى الإيضاح : هذا المعنى ظاهر ولكن لا يتمشى فى بعض المواضع والمعنى المعتمد عليه عادة التجار حتى يعم المواضع كلها (قوله وكذا إذا قوم الموروث الخ) قال فى الفتح : لو ملكه بهبة أو إرث أو وصية وقو"مه قيمته ، ثم باعه مرابحة على تلك القيمه يجوز .

وصورته : أن يقول قيمته كذا أو رقمه كذا فأرابحك على القيمة أو رقمه ، ومعنى الرقم أن يكتب على الثوب المشترى مقدارا سواء كان قدر الثمن أو أزيد ثم يرابحه عليه ، وهو إذا قال رقمه كذا وهو صادق ، لم يكن خائنا فإن غبن المشترى فيه فمن قبل جهله اه قال فى البحر وقيده فى المحيط بما إذا كان عند البائع أن المشترى يعلم أن الرقم غير الثمن ، فأما إذا كان المشترى يعلم أن الرقم والثمن سواء فإنه يكون خيانة وله الخيار اه . وفى البحر أيضا عن النهاية فى مسألة الرقم ولايقول قام على" بكذا ولا قيمته كذا ولا اشتريته بكذا تحرزا عن الكذب اه وبه يظهر أن ما يفيده كلام الشارح من أنه يقول : قام على" بكذا غير مراد بل يظهر لى أنه لا يقول ذلك فى مسألة الهبة أيضا ، لأنه يوهم أنه ملكه بهذه القيمة مع أنه ملكه بلا عوض ففيه شبهة الكذب ، ويؤيده قول الفتح :

وصورته : أن يقول قيمته كذا الخ فقد سوى بينه وبين مسألة الرقم فى التصوير ، ثم إن قول الفتح وهو صادق ظاهره اشتراط كون الرقم بمقدار القيمة ، فيخالف ما مر عن النهاية ، وحمله على أن معناه أنه لا يرقمه بعشرة ، ثم يبيعه لجاهل بالخط على رقم أحد عشر بعيد والأحسن الجواب بحمله على ما إذا كان المشترى يظن أن الرقم والقيمة سواء كما يشير إليه ما مر عن المحيط فافهم (قوله وفيه ما فيه) فانه يفيد أنه لا يضم وإن كان متعارفا وهو خلاف ما يدل عليه كلام المبسوط قال فى الفتح : وكذا أى لا يضم أجر تعليم العبد صناعة أو قرآنا أو علما أو شعرا لأن ثبوت الزيادة لمعنى فيه أى فى المتعلم وهو حذاقته فلم يكن ما أنفقه على التعليم موجبا للزيادة فى المالية ، ولا يخفى ما فيه إذ لا شك فى حصول الزيادة بالتعلم ، وأنه مسبب عن التعليم عادة ، وكونه بمساعدة القابلية

و) لا (نفقة نفسه) ولا أجر عمل بنفسه أو تطوع به متطوع (وجعل الآبق وكراء بيت الحفظ) بخلاف أجرة المخزن فإنها تضم كما صرحوا به وكأنه للعرف وإلا فلا فرق يظهر فتدبر (وما يؤخذ فى الطريق من الظلم إلا إذا جرت العادة بضمه) هذا هو الأصل كما علمت فليكن المعول عليه كما يفيده كلام الكمال (فإن ظهر خيانته فى مرابحة بإقراره أو برهان) على ذلك (أو بنكوله) عن اليمين (أخذه) المشترى (بكل ثمنه أو رده) لفوات الرضا (وله الحط) قدر الخيانة (فى التولية) لتحقق التولية (ولو هلك المبيع) أو استهلكه فى المرابحة (قبل رده أو حدث به ما يمنع منه) من الرد (لزمه بجميع الثمن) المسمى (وسقط خياره)

فى المتعلم كقابلية الثوب للصبغ، لا يمنع نسبته إلى التعليم فهو علة عادية والقابلية شرط وفى المبسوط: لو كان فى ضم المنفق فى التعليم عرف ظاهر يلحق برأس المال اهـ.

قلت: فقد ظهر أن البحث ليس فى العلة فقط بل فيها وفى الحكم فافهم (قوله ولا نفقة نفسه) أى فى سفره لكسوته وطعامه ومركبه ودهنه وغسل ثيابه ط عن حاشية الشلبى (قوله وجعل الآبق) لأنه نادر، فلا يلحق بالسائق، لأنه لا عرف فى النادر فتح (قوله وكأنه للعرف) أصل هذا لصاحب النهر، حيث قال: وقد مر أن أجرة المخزن تضم وكأنه للعرف وإلا فالمخزن وبيت الحفظ سواء فى عدم الزيادة فى العين اهـ ط (قوله هذا هو الأصل) أى ولو فى نفقة نفسه كما يقتضيه العموم ط (قوله كما يفيده كلام الكمال) حيث ذكر ما قدمناه عنه ثم قال أيضا بعد أن عد جملة مما لا يضم كل هذا ما لم تجر عادة التجار اهـ وقد علمت مما مر عن المبسوط، وأن المعتبر هو العرف الظاهر لاخراج النادر كجعل الآبق لأنه لا عرف فى النادر كما قدمناه آنفا (قوله فإن ظهر خيانته) أى البائع فى مرابحة بأن ضم إلى الثمن ما لا يجوز ضمه كما فى المحيط، أو أخبر بأنه اشتراه بعشرة ورابح على درهم فتبين أنه اشتراه بتسعة نهر (قوله أو برهان الخ) وقيل لاتثبت إلا باقراره لأنه فى دعوى الخيانة متناقض والحق سماعها كدعوى العيب فتح (قوله أخذه بكل ثمنه الخ) أى ولا حط هنا، بخلاف التولية، وهذا عنده وقال أبو يوسف: يحط فيهما وقال محمد: يخير فيهما والمتون على قول الإمام. وفى البحر عن السراج، وبيان الحط فى المرابحة على قول أبى يوسف إذا اشتراه بعشرة وباعه بربح خمسة، ثم ظهر أنه اشتراه بثمانية فإنه يحط قدر الخيانة من الأصل وهو الخمس وهو درهمان، وما قابله من الربح وهو درهم فيأخذ الثوب باثنى عشر درهما اهـ (قوله وله الحط) أى لاغير بحر (قوله لتحقق التولية) فى نسخة بتاءين، وفى نسخة بتاء واحدة على أنه فعل مضارع، والتولية فاعله أو مصدر مضاف إلى التولية وعلى كل فهو علة لقوله: وله الحط قدر الخيانة فى التولية ط قال ح: يعنى لو لم يحط فى التولية تخرج عن كونها تولية لأنها تكون بأكثر من الثمن الأول، بخلاف المرابحة فإنه لو لم يحط فيها بقيت مرابحة (قوله ولو هلك المبيع الخ) لم أر ما لو هلك بعضه، هل يمتنع رد الباقى مقتضى قوله أو حدث به ما يمتنع من الرد أن له الرد كما لو أكل بعض المثلى أو باعه، ثم ظهر له فيه عيب أو اشترى عبدين أو ثوبين فباع أحدهما ثم رأى فى الباقى عيبا له رد ما بقى بخلاف الثوب الواحد كما مر فى خيار العيب تأمل (قوله لزمه جميع الثمن(١)) فى الروايات الظاهرة لأنه مجرد خيار لا يقابله شىء من الثمن، كخيار الرؤية والشرط، وفيهما يلزمه تمام الثمن قبل الفسخ، فكذا هنا وهو المشهور من قول محمد، بخلاف خيار العيب، لأن المستحق فيه جزء فائت يطالب به، فيسقط ما يقابله إذا عجز عن تسليمه وتمامه فى الفتح، وانظر ما سيذكره الشارح عن أبى جعفر.

---

(١) قوله (لزمه جميع الثمن) هكذا بخطه والذى فى النسخ لزمه بجميع الثمن اهـ.

وقدمنا أنه لو وجد المولى بالمبيع عيبا ثم حدث آخر لم يرجع بالنقصان (شراه ثانيا) بجنس الثمن الأول (بعد بيعه بربح فإن رابح طرح ماربح) قبل ذلك (وإن استغرق) الربح (ثمنه لم يرابح) خلافا لهما وهو أرفق وقوله أوثق بحر ولو بين ذلك أو باع بغير الجنس أو تخلل ثالث جاز اتفاقا فتح ؛

(رابح) أي جاز أن يبيع مرابحة لغيره

مطلب خيار الخيانة فى المرابحة لا يورث

[تنبيه] قال فى البحر : وظاهر كلامهم أن خيار ظهور الخيانة لا يورث ، فإذا مات المشترى فاطلع الوارث على خيانة بالطريق السابق فلا خيار له (قوله وقدمنا) أى فى أوائل خيار العيب (قوله لو وجد المولى) بتشديد اللام المفتوحة اسم مفعول من التولية (قوله لم يرجع بالنقصان) لأنه بالرجوع يصير الثانى أنقص من الأول ، وقضية التولية أن يكون مثل الأول بحر (قوله شراه ثانيا الخ) صورته : اشترى بعشرة وباعه مرابحة بخمسة عشر ، ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول قام على بخمسة (قوله بجنس الثمن الأول) يأتى محترزه (قوله فإن رابح الخ) ظاهر دليل الإمام يقتضى أنه لا فرق بين بيعه مرابحة أو تولية ، والمتون كلها مقيدة بالمرابحة ، وظاهرها جواز التولية على الثمن الأخير والظاهر الأول كما لا يخفى بحر وبه جزم فى النهر (قوله وإن استغرق الربح ثمنه) كما لو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ، ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة أصلا وعندهما يرابح على عشرة فى الفصلين بحر أى فى الاستغراق وعدمه (قوله لم يرابح) لأن شبهة حصول الربح بالعقد الثانى ثابتة ، لأنه أى الربح يتأكد به بعدما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب ، فيرده فيزول الربح عنه والشبهة كالحقيقة فى بيع المرابحة احتياطا وقيد بقوله لم يرابح لأن له أن يبيعه مساومة نهر (قوله بحر) أى عن المحيط ، ومعنى كون قول الإمام أوثق أى أحوط لما علمت من أن الشبهة كالحقيقة هنا للتحرز عن الخيانة (قوله ولو بين ذلك) بأن يقول كنت بعته فربحت فيه عشرة ، ثم اشتريته بعشرة ، وأنا أبيعه بربح كذا على العشرة نهر (قوله أو باع بغير الجنس) بأن باعه بوصيف أى غلام أو بدابة أو عرض آخر ، ثم اشتراه بعشرة كان له أن يبيعه مرابحة على عشرة ، لأنه عاد إليه بما ليس من جنس الثمن الأول ، ولا يمكن طرحه إلا باعتبار القيمة ، ولا مدخل لها فى المرابحة ولذا قلنا : لو اشترى أشياء صفقة واحدة بثمن واحد ، ليس له أن يبيع بعضها مرابحة على حصته من الثمن كذا فى الفتح وأراد بالأشياء القيميات ، وتمامه فى النهر وقد مر (قوله أو تخلل ثالث) بأن اشترى من مشترى مشتريه لأن التأكيد حصل بغيره درر ؛

[تنبيه] علم من التقييد بالشراء أنه لو وهب له ثوب ، فباعه بعشرة ثم اشتراه بعشرة يرابح على العشرة ، ومن التقييد بالبيع بربح أنه لو أجر المبيع ولم يدخله نقص يرابح بلا بيان ، لأن الأجرة ليست من نفس المبيع ، ولا من أجزائه فلم يكن حابسا لشيء منه أى بخلاف ما لو نال من صوفه أو سمنه كما قدمناه وأنه لو حط عنه بائعه كل الثمن يرابح على ما اشترى بخلاف ما لو حط البعض لا لتحاقه بالعقد دون حط الكل ، لئلا يكون بيعا بلا ثمن ، فصار تمليكا مبتدأ كالهبة وسيأتى أن الزيادة تلتحق فيرابح على الأصل والزيادة وفى المحيط : شراه ثم خرج عن ملكه ، ثم عاد إن عاد قديم ملكه كرجوع فى هبة ، أو بخيار شرط ، أو رؤية أو عيب ، أو إقالة يرابح بما اشترى لانفساخ العقد ، كأن لم يكن لا إن عاد بسبب جديد كهبة وإرث وتمامه فى البحر (قوله أى جاز أن يرابح(١))

---

(١) قوله (أى جاز أن يرابح) هكذا بخطه والذى فى نسخ الشارح التى بيدى ، أى جاز أن يبيع مرابحة والمآل واحد اه مصححه .

(سيد شرى من) مكاتبه أو (مأذونه) ولو (المستغرق دينه لرقبته) فاعتبار هذا القيد لتحقيق الشراء فغير المديون بالأولى (على ماشرى المأذون كعكسه) نفيا للتهمة وكذا كل من لا تقبل شهادته له كأصله وفرعه ولو بين ذلك رابح على شراء نفسه ابن كمال (ولو كان مضاربا) معه عشرة (بالنصف) اشترى بها ثوبا وباعه من رب المال بخمسة عشر (باع) الثوب (مرابحة رب المال باثنى عشر ونصف) لأن نصف الربح ملكه

الأقعد فى التعبير : أى إذا أراد أن يرابح سيد الخ وجب عليه أن يرابح على ما اشترى العبد لأن المرابحة على ذلك واجبة لا جائزة ط وكأن الشارح نظر إلى بيان صحتها فعبر بالجواز تبعا للدرر فافهم (قوله من مكاتبه) أو مدبره نهر (قوله فاعتبار هذا القيد) أى بالنظر إلى مجرد عبارة المتن قال فى النهر : ثم كونه مديونا بما يحيط برقبته صرح به محمد فى الجامع الصغير عن الإمام ، ومن المشايخ من لم يقيد بالمحيط كالصدر الشهيد ، وتبعه المصنف وشمس الأئمة فى المبسوط ، لم يذكر الدين أصلا قال فى العناية : والحق ذكره لأنه إذا لم يكن عليه دين لم يصح البيع ، والتحقيق أن ذكره وعدمه سواء بالنظر إلى المرابحة لأنها إذا لم تجز مع الدين فع عدمه أولى ، وأما بالنظر إلى صحة العقد وعدمه(١) فله فائدة والباب لم يعقد إلا للمرابحة فصنيع شمس الأئمة أقعد اهـ (قوله على ما شرى المأذون) متعلق بقوله رابح وصورته كما فى الكنز اشترى المأذون ثوبا بعشرة وباعه من سيده بخمسة عشر يبيعه على عشرة (قوله كعكسه) وهو ما إذا باع المولى للعبد (قوله نفيا للتهمة) لأن الحاصل للعبد لم يخل عن حق المولى ، ولذا كان له أن يستبقى ما فى يده ، ويقضى دينه ، وكذا فى كسب المكاتب ، ويصير ذلك الحق له حقيقة بعجزه فصار كأنه باع واشترى ملك لنفسه من نفسه فاعتبر عدما فى حكم المرابحة نفيا للتهمة نهر (قوله كأصله وفرعه) وأحد الزوجين وأحد المتفاوضين عنده وخالفاه فيما عدا العبد والمكاتب بحر (قوله ولو بين ذلك) أى بين أن أحد هؤلاء اشتراه بعشرة ثم اشتراه هو منه بخمسة عشر :

مطلب اشترى من شريكه سلعة

[تنبيه] فى الفتح : اشترى من شريكه سلعة ليست من شركتهما يرابح على ما اشترى ، ولا يبين ولو من شركتهما يبيع نصيب شريكه على ضمانه فى الشراء الثانى ، ونصيب نفسه على ضمانه فى الشراء الأول ، لجواز كونها شريت بألف من شركتهما فاشتراها منه بألف ومائتين ، فإنه يرابح على ألف ومائة ، لأن نصيب شريكه من الثمن ستمائة ونصيب نفسه من الثمن الأول خمسمائة فيبيعها على ذلك اهـ (قوله بالنصف) أى بنصف الربح له ، والباقى لرب المال وهو متعلق بقوله : مضاربا فكان الأوضح تقديمه على قوله معه عشرة كما قاله ح (قوله باع مرابحة رب المال باثنى عشر ونصف) هذا فى خصوص هذا المثال صحيح والتفصيل ما ذكره فى مضاربة البحر عن المحيط ، من أنه على أربعة أقسام : الأول : أن لا يكون فى قيمة المبيع ، ولا فى الثمن فضل على رأس المال ، بأن كان رأس المال ألفا فاشترى منها المضارب عبدا بخمسمائة قيمته ألف ، وباعه من رب المال بألف ، فإن رب المال يرابح على ما اشترى به المضارب الثانى : أن يكون الفضل فى قيمة المبيع دون الثمن فإنه كالأول . الثالث : أن يكون فيهما ، فإنه يرابح على ما اشترى به المضارب ، وحصة المضارب . الرابع : أن يكون الفضل فى الثمن فقط وهو كالثالث اهـ ح . ولا يخفى أن مثال الشارح يحتمل كونه من الثالث أو الرابع لصدقه على كون قيمة الثوب عشرة

---

(١) قوله (وعدمه) هكذا بخطه ، ولعل الأولى وعدمها أى صحة العقد كما لا يخفى اهـ مصححه .

وكذا عكسه كما سيجيء فى بابه وتحقيقه فى النهر يرابح مريدها (بلا بيان) أى من غير بيان (أنه اشتراه سليما) أما بيان لنفس العيب فواجب (فتعيب عنده بالتعيب) بآفة سماوية أو بصنع المبيع

كرأس المال أو أكثر ، فلذا كان له أن يرابح على ما اشترى به المضارب ، وهو عشرة وعلى حصة المضارب من الربح وهو درهمان ونصف دون حصة رب المال ، لأنها سلمت له ، ولم تخرج عن ملكه :

ثم اعلم أن المصنف لم يسبق منه تمثيل المسألة بالشراء بالعشرة والبيع بالخمسة عشر ، حتى يظهر قوله باثنى عشر ونصف وهذا وإن وقع فى عبارة الكنز كذلك ، لكنه صور المسألة قبله فى مسئلة المأذون كما قدمناه ، ولذا أوضح الشارح عبارة المصنف فى أثناء تقرير المتن بذكر المثال (قوله وكذا عكسه) وهو ما إذا كان البائع رب المال ، وهذا أيضا على أربعة أقسام ، قسمان : لا يرابح فيهما إلا على ما اشترى به رب المال ، وهما إذا كان لافضل فى الثمن ، وقيمة المبيع على رأس المال كما لو اشترى المضارب من رب المال بألف المضاربة عبدا قيمته ألف وكان قد اشتراه رب المال بنصف ألف أو لافضل فى قيمة المبيع فقط ، بأن اشترى رب المال عبدا بألف قيمته ألف ، وباعه من المضارب بألفين ، وقسمان يرابح على ما اشترى به رب المال ، وحصة المضارب : هما إذا كان فيهما فضل بأن اشترى رب المال عبدا بألف قيمته ألفان ثم باعه من المضارب بألفين ، بعدما عمل المضارب فى ألف المضاربة ، وربح فيها ألفا فإنه يرابح على ألف وخمسمائة أو كان فى قيمة العبد فقط ، بأن كان العبد يساوى ألفا وخمسمائة ، فاشتراه رب المال بألف فباعه من المضارب بألف يبيعه المضارب على ألف ومائتين وخمسين كذا فى البحر عن المحيط أهـ ح وبه ظهر أن قول الشارح ، وكذا عكسه أراد به القسمين الأخيرين (قوله كما سيجيء فى بابه) وهو باب المضارب يضارب ط (قوله وتحقيقه فى النهر) حاصله : أنه ذكر فى مضاربة الكنز تبعا للهداية أنه لو اشترى المضارب من المالك بألف عبدا اشتراه بنصفه رابح بنصفه اهـ فاعتبر أقل الثمنين ، وقال الزيلعى هناك ، ولو بالعكس أى بأن اشترى رب المال بألف من المضارب عبدا مشترى بنصفه رابح بنصفه أيضا ، فصورة العكس هناك مفروضة فى شراء رب المال من المضارب ، وهى مسألة المتون هنا فما ذكره الزيلعى هناك مخالف لما صرح به نفسه هنا ، من أنه يضم حصة المضارب ، وذكر فى السراج أنه يضم حصة المضارب فى صورة الأصل ، وصورة العكس ، وقد وفق فى البحر بين كلامى الزيلعى بتوفيق رده فى النهر وقال إن مافى السراج مخالف لصريح الرواية المصرح بها فى كتاب المضاربة ، وما ذكره الزيلعى من أن رب المال لايضم حصة المضارب محمول على رواية وذكر أن الجواب الحق ما فى مضاربة البحر ، من أن صورة العكس التى ذكرها الزيلعى هناك هى القسم الأول من كلام المحيط ، فلم يكن فيه مخالفة لما ذكره فى المرابحة أنه يضم حصة المضارب ؛ لأنه القسم الثالث أو الرابع من كلام المحيط اهـ ما فى مضاربة البحر ملخصا :

قلت : ولم يتعرض هناك للجواب عما فى السراج ، وقد علمت صحته مما كتبنا على قول الشارح وكذا عكسه وقد أوضحنا هذا المقام بأكثر مما هنا فيما علقناه على البحر (قوله مريدها) أى مزيد المرابحة (قوله أى من غير بيان) لا حاجة إلى هذا البيان لوضوحه ط (قوله أما بيان نفس العيب فواجب) لأن الغش حرام إلا فى مسألتين كما قدمه آخر خيار العيب وقدمر الكلام على ذلك (قوله فتعيب عنده) أما لو وجد بالمبيع عيبا فرضى به كان له أن يبيعه مرابحة على الثمن الذى اشتراه به ، لأن الثابت له خيار فاسقاطه لايمنع من البيع مرابحة ، كما لو كان فيه خيار شرط أو رؤية ، وكذا لو اشتراه مرابحة فاطلع على خيانة فرضى به كان له أن يبيعه مرابحة على ما أخذه به لما ذكرنا أن الثابت له مجرد خيار بحر عن الفتح (قوله بالتعيب) مصدر تعيب صار معيبا بلا صنع أحد ، ويلحق

(ووطیء الثيب ولم ينقصها الوطء) كقرض فأر وحرق نار للثوب المشترى . وقال أبو يوسف وزفر والثلاثة لابد من بيانه قال أبو الليث : وبه نأخذ ورجحه الكمال وأقره المصنف (و) يربح ببيان (بالتعييب) ولو بفعل غيره بغير أمره وإن لم يأخذ الأرش وقيد أخذه في الهداية وغيرها اتفاقى فتح (ووطء البكر كتكسره) بنشره وطيه لصيرورة الأوصاف مقصودة بالإتلاف ولذا قال ولم ينقصها الوطء (اشتراه بألف نسيئة وباع بربح مائة بلا بيان

به ما إذا كان بصنع المبيع ، وشمل ما إذا كان نقصان العيب يسيرا أو كثيرا وعن محمد لو نقص قدرا لايتغابن الناس فيه لا يبيعه مرابحة بلا بيان ودل كلامه أنه لو نقص بتغير السعر بأمر الله تعالى لا يلزمه البيان بالأولى بحر (قوله ووطیء الثيب) بصيغة الفعل الماضي عطفا على قوله : اشتراه أو بصيغة المصدر عطفا على أنه اشتراه (قوله كقرض فأر وحرق نار) الأولى ذكرهما بعد قوله بآفة سماوية اهـ ح وقرض بالقاف وذكره أبو اليسر بالفاء فتح والذى في القاموس والمصباح الأول (قوله المشترى) بصيغة المفعول نعت للثوب (قوله لا بد من بيانه) أى بيان أنه تعيب عنده بالتعيب (قوله ورجحه الكمال) نعم رجحه أولا بقوله واختياره وهذا حسن ، لأن مبنى المرابحة على عدم الخيانة وعدم ذكره أنها انتقصت إيهاما للمشترى ، أن الثمن المذكور كان لها ناقصة والغالب أنه لو علم أن ذلك ثمنها صحيحة لم يأخذها معيبة إلا بحطيطة اهـ لكنه قال بعده ، لكن قولهم هو كما لو تغير السعر بأمر الله تعالى فإنه لايجب عليه أن يبين أنه اشتراه فى حال غلائه ، وكذا لو اصفر الثوب لطول مكثه أو توسخ إلزام قوى اهـ نعم أجاب فى النهر بقوله : وقد يفرق بأن الإيهام فيما ذكر ضعيف لايعول عليه ، بخلاف ما لو اعورت الجارية فرابحه على ثمنها فإنه قوى جدا فلم يغتفر اهـ :

قلت : وفيه كلام فقد يكون تفاوت السعرين أفحش من التفاوت بالعيب والكلام حيث لا علم للمشترى بكل ذلك ، والأحسن الجواب بأن ذلك مجرد وصف لايقابله شيء من الثمن بخلاف الفائت بعور الجارية، وقرض الفأر ونحوه ، فإنه جزء من المبيع ، ولا يرد ما اشتراه بأجل ، فإنه لا يرابح بلا بيان كما يأتى لقولهم : الأجل يقابله جزء من الثمن عادة ، فيكون كالجزء فيلزمه البيان (قوله وأقره المصنف) وكذا شيخه فى بحره والمقدسى (قوله بالتعييب) مصدر عيبه إذا أحدث به عيبا بحر (قوله ولو بفعل غيره الخ) دخل فيه ما إذا كان بفعله بالأولى وكذا ما إذا كان بفعل غيره بأمره ، واحترز به عما إذا كان بفعل المبيع فانه ملحق بالآفة السماوية كما مر ، لأن المرابح لم يكن حابسا شيئا (قوله وإن لم يأخذ الأرش) لتحقق وجوب الضمان فتح (قوله ووطء البكر) لأن العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها فتح (قوله كتكسر(١)) أى تكسر الثوب (قوله لصيرورة الأوصاف مقصودة بالاتلاف) أى فتخرج عن التبعة بالقصدية ، فوجب اعتبارها ، فتتقابل ببعض الثمن فتح وهذا علة لقوله ببيان بالتعييب (قوله ولذا قال الخ) أى فإنه يفهم منه أن الثيب لو نقصها الوطء يلزمه البيان ، لأنه صار مقصودا بالاتلاف (قوله اشتراه بألف نسيئة) أفاد أن الأجل مشروط فى العقد ، فإن لم يكن ، ولكنه كان معتاد التنجيم ، قيل لا بد من بيانه ، لأن المعروف كالمشروط ، وقيل لا يلزمه البيان وهو قول الجمهور كما فى الزيلعى نهر وينبغى ترجيح الأول ، لأنها مبنية على الأمانة ، والاحتراز عن شبهة الخيانة وعلى كل من القولين لو لم يكن مشروطا ولا معروفا ، وإنما أجله بعد العقد لا يلزمه بيانه بحر قال فى النهر لما مر : من أن الأصح أنهما لو

(١) قوله (كتكسر الخ) هكذا بخطه من غير ضمير والذى فى نسخ الشارح : كتكسره بالضمير وهو الأنسب بقوله أى تكسر الثوب اهـ مصححه .

خير المشترى فإن تلف) المبيع بتعيب أو تعييب (فعلم) بالأجل (لزمه كل الثمن حالا وكذا) حكم (التولية) فى جميع مامر وقال أبو جعفر : المختار للفتوى الرجوع بفضل مابين الحال والمؤجل بحر ومصنف (ولى رجلا شيئا) أى باعه تولية (بما قام عليه أو بما اشتراه) به (ولم يعلم المشترى بكم قام عليه فسد) البيع لجهالة الثمن (وكذا) حكم (المرابحة وخير) المشترى بين أخذه وتركه (لو علم فى مجلسه) وإلا بطل .

(و) اعلم أنه (لارد بغبن فاحش)

ألحقا به شرطا لايلتحق بأصل العقد ، فيكون تأجيلا مستأنفا ، وعلى القول بأنه يلتحق ينبغى أن يلزمه البيان اه (قوله خير المشترى) أى بين رده ، وأخذه بألف ومائة حالة ، لأن للأجل شبها بالمبيع . ألا ترى أنه يزاد فى الثمن لأجله ، والشبهة ملحقة بالحقيقة ، فصار كأنه اشترى شيئين بالألف ، وباع أحدهما بها على وجه المرابحة ، وهذا خيانة فيما إذا كان مبيعا حقيقة ، وإذا كان أحد الشيئين يشبه المبيع يكون هذا شبهة الخيانة فتح (قوله لزم كل الثمن(١) حالا) لأن الأجل فى نفسه ليس بمال ، فلا يقابله شىء حقيقة إذا لم يشترط زيادة الثمن بمقابلته قصدا ، ويزاد فى الثمن لأجله إذا ذكر الأجل بمقابلة زيادة الثمن قصدا ، فاعتبر مالا فى المرابحة احترازا عن شبهة الخيانة ، ولم يعتبر مالا فى حق الرجوع عملا بالحقيقة بحر (قوله فى جميع ما مر) أى لا كما وقع فى الزيلعى والفتح من إرجاعه إلى المسألة التى قبله وهو بحث للبحر حيث قال : وينبغى أن يعود قوله وكذا التولية إلى جميع ماذكره للمرابحة ، فلابد من البيان فى التولية أيضا فى التعييب ووطء البكر وبدونه فى التعيب ، ووطء الثيب (قوله وقال أبو جعفر الخ) عبر عنه فى الفتح بقيل حيث قال : وقيل تقوم بثمن حال ومؤجل ، فيرجع بفضل ما بينهما على البائع قاله الفقيه أبو جعفر الهندوانى اه .

قلت : وينبغى على قول أبى جعفر أن يرجع بالأولى فيما إذا ظهرت خيانة فى مرابحة لأن الأجل لا يقابله شىء من الثمن حقيقة تأمل (قوله بحر ومصنف) ومثله فى الزيلعى معللا بالتعارف (قوله وخير الخ) لأن الفساد لم يتقرر فإذا حصل العلم فى المجلس جعل كابتداء العقد ، وصار كتأخير القبول إلى آخر المجلس ، ونظيره بيع الشىء برقمه إذا علم فى المجلس ، وإنما يتخير لأن الرضا لم يتم قبله ، لعدم العلم كما فى خيار الرؤية . وظاهر كلام المصنف وغيره : أن هذا العقد ينعقد فاسدا بعرضية الصحة ، وهو الصحيح ، خلافا للمروى عن محمد أنه صحيح له عرضية الفساد كذا فى الفتح ، وينبغى أن تظهر الثمرة فى حرمة مباشرته فعلى الصحيح يحرم وعلى الضعيف لا بحر (قوله وإلا بطل) أى تقرر فساده ط .

[تتمة] فى الظهيرية : اشتراه بأكثر من ثمنه مما لايتغابن الناس فيه ، وهو يعلم لا يرابح بلا بيان ، وكذا لو اشترى بالدين من مدينه ، وهو لا يشترى بمثل الثمن من غيره فلو يشترى بمثله له أن يرابح ، سواء أخذه بلفظ الشراء أو الصلح . وفى ظاهر الرواية يفرق بينهما بأن مبنى الصلح على الحط والتجوز بدون الحق ، ومبنى الشراء على الاستقصاء اه ملخصا .

مطلب فى الكلام على الرد بالغبن الفاحش

(قوله لا رد بغبن فاحش) فى البحر عن المصباح : غبنه فى البيع والشراء غبنا من باب ضرب ، مثل غبنه فانغبن وغبنه أى نقصه ، وغبن بالبناء للمفعول فهو مغبون أى منقوص فى الثمن ، أو غيره والغبينة اسم منه

---

(١) قوله (لزم كل الثمن الخ) كذا بخطه بدون ضمير ، والذى فى النسخ : لزمه بالضمير المحرر اه مصححه .

هو مالايدخل تحت تقويم المقومين (فى ظاهر الرواية) وبه أفتى بعضهم مطلقا كما فى القنية ثم رقم وقال (ويفتى بالرد) رفقا بالناس وعليه أكثر روايات المضاربة وبه يفتى ثم رقم وقال (إن غره) أى غر المشترى البائع أو بالعكس أو غره الدلال فله الرد (وإلا لا) وبه أفتى صدر الإسلام وغيره ثم قال (وتصرفه فى بعض المبيع) قبل علمه بالغبن (غير مانع منه) فيرد مثل ما أتلفه ويرجع بكل الثمن على الصواب اه ملخصا بقى مالو كان قيميا لم أره.

(قوله هو مالا يدخل تحت تقويم المقومين) هو الصحيح كما فى البحر، وذلك كما لو وقع البيع بعشرة مثلا، ثم إن بعض المقومين يقول إنه يساوى خمسة، وبعضهم ستة وبعضهم سبعة فهذا غبن فاحش، لأنه لم يدخل تحت تقويم أحد بخلاف ما إذا قال بعضهم: ثمانية وبعضهم تسعة وبعضهم: عشرة فهذا غبن يسير (قوله وبه أفتى بعضهم مطلقا) أى سواء كان الغبن بسبب التغرير أو بدونه لكن هذا الإطلاق لم يذكره فى القنية، وإنما حكى فى القنية الأقوال الثلاثة، فيفهم منه أن هذا غير مقيد بالتغرير أو بدونه، ولكن نقل فى الفتح أن الإمام علاء الدين السمر قندى ذكر فى تحفة الفقهاء: أن أصحابنا يقولون فى المغبون: إنه لا يرد لكن هذا فى مغبون لم يغر أما فى مغبون غر يكون له حق الرد استدلالا بمسألة المرابحة اه أى بمسألة ما إذا خان فى المرابحة فإن ذلك تغرير يثبت به الرد (قوله ويفتى بالرد) ظاهره الاطلاق: أى سواء غره أولا بقرينة القول الثالث (قوله أو غره الدلال) قال الرملى: مفهومه أنه لو غره رجل أجنبى غير الدلال لايثبت له الرد، بقى ما لو غر المشترى البائع فى العقار فأخذه الشفيع هل للبائع أن يسترد منه ينبغى عدمه، لأنه لم يغره وإنما غره المشترى، وتمامه فى حاشيته على البحر (قوله وبه أفتى صدر الإسلام وغيره) وهو الصحيح كما يأتى وظاهر كلامهم أن الخلاف حقيقى: ولو قيل إنه لفظى، ويحمل القولان المطلقان على القول المفصل، لكان حسنا ويدل عليه حمل صاحب التحفة المتقدم ط:

قلت: ويؤيده أيضا عدم التصريح بالإطلاق فى القولين الأولين، وحيث كان ظاهر الرواية محمولا على هذا القول المفصل، يكون هو ظاهر الرواية إذ لم يذكروا أن ظاهر الرواية عدم الرد مطلقا، حتى ينافى التفصيل، فلذا جزم فى التحفة بحمله على التفصيل، وحينئذ لم يبق لنا إلا قول واحد هو المصرح بأنه ظاهر الرواية، وبأنه المذهب وبأنه المفتى به وبأنه الصحيح، فمن أفتى فى زماننا بالرد مطلقا فقد أخطأ خطأ فاحشا لما علمت من أن التفصيل هو المصحح المفتى به، ولا سيما بعد التوفيق المذكور، وقد أوضحت ذلك بما لا مزيد عليه فى رسالة سميتها [تحبير التحرير فى إبطال القضاء بالفسخ بالغبن الفاحش بلا تغرير] (قوله فيرد مثل ما أتلفه) أى مع رد الباقى كما فى القنية، ونصها قال الغزال: لا معرفة لى بالغزل، فأتنى بغزل أشتريه فأتى رجل بغزل لهذا الغزال(١) ولم يعلم به المشترى، فجعل نفسه دلالا بينهما واشترى ذلك الغزل له بأزيد من ثمن المثل، وصرف المشترى بعضه إلى حاجته، ثم علم بالغبن وبما صنع، فله أن يرد الباقى بحصته من الثمن قال رضى الله عنه: والثواب أن يرد الباقى ومثل ما صرف فى حاجته، ويسترد جميع الثمن كمن اشترى بيتا مملوءا من بر فإذا فيه دكان عظيم فله الرد وأخذ جميع الثمن قبل إنفاق شىء منه وبعده يرد الباقى، ومثل ما أنفق ويسترد الثمن كذا ذكره أبو يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى اه (قوله بقى ما لو كان قيميا) أى وتصرف ببعضه فهل يرجع بقدر ما غبن فيه أولا يرجع، أو يرد الباقى،

---

(١) قوله (فأتى رجل بغزل لهذا الغزال): أى بغزل مملوك لهذا الغزال.

وحاصله: أن الغزال دفع غزله لرجل ثم جعل نفسه دلالا بين الطالب والرجل واشترى للطالب الغزل من الرجل بزيادة ثم تصرف المشترى أى من له الشراء حقيقة فى بعض الغزل ثم علم بالغبن وبأن الغزال هو صاحب الغزل وأنه فعل ذلك تغريرا للطالب اه.

قلت : وبالأخير جزم الإمام علاء الدين السمر قندى فى تحفة الفقهاء وصححه الزيلعى وغيره وفى كفالة الأشباه عن بيوع الخانية من فصل الغرور : الغرور لايوجب الرجوع إلا فى ثلاث منها : هذه ، وضابطها أن يكون فى عقد يرجع نفعه إلى الدافع كوديعة وإجارة ، فلو هلكا ثم استحقا رجع على الدافع بما ضمنه ولارجوع في عارية وهبة لكون القبض لنفسه .

ويضمن قيمة ماتصرف به ، ووجه التوقف أن ماذكره فى القنية مفروض فى المثلى ، لأن الغزل مثلى كما هو صريح كلام القنية المذكور آنفا وكذا صرح فى الفصل الثالث والثلاثين من جامع الفصولين : بأنه مثلى ، وفى التتارخانية عن المنتقى : ولا يصح ببيع غزل قطن لين بغزل قطن خشن إلا مثلا بمثل لأن القطن سواء اه فحيث كان المنقول هنا فى المثلى لم يعلم حكم القيمى فافهم .

ثم اعلم أن ماقدمناه عن المنح عن تحفة الفقهاء من أن المغبون إذ غر له الرد استدلالا بمسألة المرابحة يفيد أن خيار التغرير فى حكم خيار الخيانة فى المرابحة ، وقد مر فى المتن والشرح أنه لو هلك المبيع أو استهلكه فى المرابحة قبل رده أو حدث به ما يمنع من الرد لزمه جميع الثمن المسمى ، وسقط خياره وذكرنا هناك أن مقتضى قوله : أو حدث به الخ أنه لو هلك البعض أو استهلكه له رد الباقى إلا فى نحو الثوب الواحد الخ والظاهر أن هنا كذلك فتأمل (قوله قلت وبالأخير إلى قوله وغيره) الأولى ذكر هذا عند قوله ، وبه أفتى صدر الإسلام وغيره اه ح :

مطلب الغرور لا يوجب الرجوع إلا فى ثلاث مسائل

(قوله وفى كفالة الأشباه الخ) حيث قال : الغرور لايوجب الرجوع ، فلو قال اسلك هذا الطريق فإنه آمن فسلكه فأخذه اللصوص ، أو قال : كل هذا الطعام فإنه ليس بمسموم ، فأكله ومات لم يضمن ، وكذا لو أخبره رجل أنها حرة فتزوجها ، ثم ظهر أنها مملوكة فلارجوع بقيمة الولد على المخبر إلا فى ثلاث مسائل الأولى : إذا كان الغرور بالشرط ، كما لو زوجه امرأة على أنها حرة ، ثم استحقت فإنه يرجع على المخبر بما غرمه للمستحق من قيمة الولد . الثانية : أن يكون فى ضمن عقد معاوضة ، فيرجع المشترى على البائع بقيمة الولد إذا استحقت بعد الاستيلاد ويرجع بقيمة البناء ، لو بنى المشترى ، ثم استحقت الدار بعد أن يسلم البناء وإذا قال الأب لأهل السوق : بايعوا ابنى فقد أذنت له فى التجارة ، فظهر أنه ابن غيره رجعوا عليه للغرور ، وكذا لو قال بايعوا عبدى فقد أذنت له فبايعوه ولحقه دين ثم ظهر أنه عبد لغيره رجعوا عليه إن كان الأب حرا وإلا فبعد العتق ، وكذا لو ظهر حرا أو مدبرا أو مكاتبا ولا بد فى الرجوع من إضافته إليه والأمر بمبايعته كذا فى السراج الوهاج . الثالثة : أن يكون فى عقد يرجع نفعه إلى الدافع كوديعة وإجارة ، فلو هلكت الوديعة والعين المستأجرة ، ثم استحقت وضمن المودع والمستأجر فإنهما يرجعان على الدافع بما ضمناه ، وكذا من كان بمعناهما وفى عارية وهبة لارجوع إذ القبض كان لنفسه وتمامه فى الخانية من فصل الغرور من البيوع اه :

قلت : وعبر فى الخانية فى الثالثة بالقبض بدل العقد ، وهو الصواب فتدبر (قوله إلا فى ثلاث) زاد فى نور العين مسألة رابعة وهى ماإذا ضمن الغار صفة السلامة ، كما إذا قال اسلك هذا الطريق ، فإنه آمن وإن أخذ مالك فأنا ضامن فإنه يضمن كما سيذكره المصنف آخر الكفالة عن الدرر (قوله منها هذه) أى مسألة المتن وهى داخلة تحت الثانية الآتية (قوله وضابطها) أى الثلاث المستثناة (قوله أن يكون فى عقد) صوابه فى قبض كما قدمناه عن الخانية لأن مسألة العقد تأتى بعد تأمل (قوله رجع) أى الشخص الذى هو المودع أو المستأجر على الدافع لأنه غره بأنه أودعه أو أجره ملكه (قوله لكون القبض لنفسه) أى نفس المستعير أو الموهوب له ، فكان

الثانية : أن يكون فى ضمن عقد معاوضة كبايعوا عبدى أو ابنى فقد أذنت له ثم ظهر حرا أو ابن الغير رجعوا عليه للغرور وإن كان الأب حرا وإلا فبعد العتق وهذا إن أضافه إليه وأمر بمبايعته ومنه لو بنى المشترى أو استولد ثم استحقا رجع على البائع بقيمة البناء والولد ومنه مايأتى فى باب الاستحقاق اشترنى فأنا عبد ارتهنى :

الثالثة : إذا كان الغرور بالشرط كما لو زوجه امرأة على أنها حرة ثم استحقت رجع على المخبر بقيمة الولد المستحق وسيجىء آخر الدعوى :

[فرع] هل ينتقل الرد بالتغرير إلى الوارث استظهر المصنف لا لتصريحهم بأن الحقوق المجردة لاتورث ؟ قلت : وفى حاشية الأشباه لابن المصنف وبه أفتى شيخنا العلامة على المقدسى مفتى مصر :

هو المنتفع بالقبض دون المعير أو الواهب (قوله أن يكون فى ضمن عقد معاوضة) من بيع صحيح أو فاسد ، وأخرج به عقود التبرعات كالهبة والصدقة ، فإن الغرور لايثبت الرجوع فيها ط عن البيرى ، وكذا أخرج الرهن لأنه عقد وثيقة لامعاوضة ، كما يأتى وفى البيرى عن المبسوط : إن الغرور فى عقد المعاوضات يثبت الرجوع ، لأن العقد يستحق صفة السلامة من العيب ، ولا عيب فوق الاستحقاق فأما بعقد التبرع فلأن الموهوب له لايستحق الموهوب بصفة السلامة (قوله كبايعوا عبدى الخ) أى فيكون ضامنا للدرك فيما يثبت لهم على العبد فى عقد المبايعة لحصول التغرير فى هذا العقد كما يأتى تقريره ، وبه اندفع ماقيل إن التغرير لم يوجد فى ضمن عقد المعاوضة (قوله ثم ظهر حرا أو ابن الغير) لف ونشر مرتب (قوله إن كان الأب حرا) الأولى مافى بعض نسخ الأشباه إن كان الآذن حرا لشموله للمولى والأب : أى الأب صورة لاحقيقة ، وهذا القيد لشىء مقدر فى قوله رجعوا عليه أى فى الحال بقرينة قوله وإلا فبعد العتق (قوله وهذا) أى الرجوع شرطه شيآن أن يضيف العبد أو الابن إلى نفسه ، وأمرهم بمبايعته فيضمن الأقل من قيمته ومن الدين كما فى البيرى عن مختصر المحيط (قوله ومنه) أى من التغرير فى ضمن عقد المعاوضة (قوله اشترنى فأنا عبد ارتهنى) صوابه : بخلاف ارتهنى أى لو قال العبد : اشترنى فأنا عبد فاشتراه فإذا هو حر فإن كان البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة أى يدرى مكانه لايرجع على العبد بما قبضه البائع للتمكن من الرجوع على القابض ، وإن كان لايدرى أين هو رجع المشترى على العبد ورجع العبد على بائعه بما رجع به عليه وإنما يرجع مع أن البائع لم يأمره بالضمان عنه لأنه أدى دينه وهو مضطر فى أدائه بخلاف من أدى عن آخر دينا بلا أمره والتقييد بقوله : اشترنى فأنا عبد ، لأنه لو قال أنا عبد ولم يأمره بالشراء أو قال : اشترنى ولم يقل فأنا عبد لايرجع عليه بشىء ولو قال : ارتهنى فأنا عبد الراهن لم يرجع على العبد ، ولو الراهن غائبا فى ظاهر الرواية عنهم وعن أبى يوسف لايرجع فى البيع والرهن ، لأن الرجوع بالمعاوضة وهى المبايعة هنا أو بالكفالة ، ولم يوجدا هنا بل وجد مجرد الأخبار كاذبا فصار كما لو قال أجنبى لشخص ذلك ولهما أن المشترى شرع فى الشراء معتمدا على أمره وإقراره ، فكان مغرورا من جهته والتغرير فى المعاوضات التى تقتضى سلامة العوض يجعل سببا للضمان دفعا للغرر بقدر الإمكان ، فكان بتغريره ضامنا لدرك الثمن له عند تعذر رجوعه على البائع كالمولى إذا قال لأهل السوق بايعوا عبدى فأنى أذنت له ، ثم ظهر استحقاق العبد فإنهم يرجعون على المولى بقيمة العبد ، ويجعل المولى بذلك ضامنا للدرك ماذاب عليه دفعا للغرور عن الناس ، بخلاف الرهن فإنه ليس عقد معاوضة بل عقد وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى جاز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه ولو كان عقد معاوضة كان استبدالا به قبل قبضه وهو حرام وبخلاف الأجنبى فإنه لايعبأ بقوله فالرجل هو الذى اغتر اهـ ملخصا من الفتح فى أول باب الاستحقاق (قوله كما لو زوجه امرأة على أنها حرة) أى بأن كان وليا أو وكيلا عنها ، وهذا بخلاف ما إذا أخبره بأنها حرة فتزوجها كما مر فى عبارة الأشباه (قوله استظهر المصنف لا) حيث قال : ولم أطلع فى كلامهم على مالو مات من ثبت

قلت : وقدمناه فى خيار الشرط معزيا للدرر لكن ذكر المصنف فى شرح منظومته الفقهية مايخالفه ومال إلى أنه يورث كخيار العيب ونقله عنه ابنه فى كتابه معونة المفتى فى كتاب الفرائض وأيده بمافى بحث القول فى الملك من الأشباه قبيل التاسعة أن الوارث يرد بالعيب ويصير مغرورا بخلاف الوصى فتأمل وقدمنا عن الخانية أنه متى عاين مايعرف بالعيان انتفى الغرر فتدبر

فى حقه التغرير ، هل ينتقل الحق فيه إلى وارثه حتى يملك الرد كما فى خيار العيب أو لا كما فى خيار الرؤية والشرط لكن الظاهر عندى الثانى وقواعدهم شاهدة به ، فقد صرحوا بأن الحقوق المجردة لا تورث ، وأما خيار العيب فإنما يثبت فيه حق الرد للوارث باعتبار أن الوارث ملكه سليما فإذا ظهر فيه على عيب رده ، وليس ذلك بطريق الإرث ، كما يفيده كلامهم ، وتعليلهم عدم ثبوت الخيار للوارث فى خيار الرؤية والشرط بأنه ليس إلا مشيئة وإرادة ، فلا يتصور انتقاله إلى الوارث ، وهكذا عرضته على بعض الأعيان من أصحابنا فارتضاه وأفتى بموجبه اهـ .

قلت : ويؤيده مابحثه فى البحر من أن خيار ظهور الخيانة لايورث مستندا لذلك بمامر من أنه لو هلك المبيع لزمه جميع الثمن ، وعللوه بأنه مجرد خيار لا يقابله شىء من الثمن كخيار الرؤية والشرط الخ ماقدمناه هناك ، وفى مجموعة السائحانى بخطه ، وأجاد المصنف بالاستشهاد بخيار الشرط ، لأن الكل لدفع الخداع ، فإذا كان خيار الشرط الملفوظ به لايورث فكيف غير الملفوظ مع كونه مختلفا فيه اهـ (قوله قلت وقدمناه الخ) قدمنا هناك أن ذلك لم يذكره فى الدرر ، بل ذكره المصنف هناك أيضا ، وقدمنا أيضا أن الخير الرملى نقل عن العلامة المقدسى أنه قال : والذى أميل إليه أنه مثل خيار العيب يعنى فيورث اهـ وهذا خلاف ماعزاه الشارح إلى حاشية ابن المصنف عن المقدسى ، وقدمنا أيضا أن الخير الرملى وافق المقدسى فى أنه يورث قياسا على خيار فوات الوصف المرغوب فيه كشراء عبد على أنه خباز ، وقال : إنه به أشبه لأنه اشتراه على قول البائع فكان شارطا له اقتضاء وصفا مرغوبا فيه فبان بخلافه اهـ وقدمنا هناك ترجيح مابحثه المصنف من أنه لايورث كخيار ظهور الخيانة فى المرابحة وأنه به أشبه فراجعه فافهم (قوله ومال إلى أنه يورث) المراد بالإرث انتقاله إلى الوارث بطريق الخلفية لا بطريق الإرث حقيقة ، كما علم ممانقلناه من عبارة المصنف فى المنح وحققناه فى باب خيار الشرط وعلمت ترجيح مابحثه المصنف أولا (قوله قبيل التاسعة) صوابه قبيل العاشرة (قوله ويصير مغرورا) عبارة الأشباه : ثم اعلم أن ملك الوارث بطريق الخلافة عن الميت ، فهو قائم مقامه كأنه حى فيرد المبيع بعيب ويرد عليه ، ويصير مغرورا بالجارية التى اشتراها الميت الخ :

قلت : ومعناه أن الوارث لو استولد الجارية ثم استحقت ، فالولد حر بالقيمة لكونه وطئها بناء على أنها ملكه فيرجع بما ضمن على بائع مورثه كما لو استولدها المورث ، وأنت خبير بأن هذا لايدل على أنه يثبت له خيار الرد بالتغرير فيما إذا اشترى مورثه شيئا بغبن فاحش بتغرير البائع ، لأنه مجرد خيار لايقابله شىء من الثمن بخلاف ثبوت حرية ولده فإنه ليس بخيار فهذا تأييد بما لايفيد فافهم (قوله وقدمنا) أى قبيل باب خيار الرؤية (قوله انتفى الغرر) كما لو اشترى سويقا على أن البائع لته بمن من السمن ، وتقابضا والمشترى ينظر إليه فظهر أنه لته بنصف من جاز البيع ، ولا خيار للمشترى وهو نظير مالو اشترى صابونا على أنه متخذ من كذا جرة من الدهن ، ثم ظهر أنه اتخذ بأقل من ذلك والمشترى كان ينظر إلى الصابون وقت الشراء جاز البيع من غير خيار ظهيرية .

قلت : وكون ذلك مما يعرف بالعيان غير ظاهر فليتأمل وقدمنا تمامه هناك والله سبحانه أعلم .

فصل فى التصرف فى المبيع والثمن قبل القبض والزيادة
والحط فيهما وتأجيل الديون

(صح بيع عقار لايخشى هلاكه قبل قبضه) من بائعه لعدم الغرر لندرة هلاك العقار، حتى لو كان علوا أو على شط نهر ونحوه كان كمنقول ف (لا) يصح اتفاقا ككتابة وإجارة و (بيع منقول) قبل قبضه ولو من بائعه كما سيجيء (بخلاف) عتقه وتدبيره و (هبته والتصدق به وإقراضه) ورهنه وإعارته

فصل فى التصرف فى المبيع والثمن الخ

أوردها فى فصل على حدة، لأنها ليست من المرابحة غير أن صحتها لما توقفت على القبض كان لها ارتباط بالتصرف بالبيع قبل القبض والباقى استطراد نهر (قوله صح بيع عقار الخ) أى عندهما وقال محمد : لايجوز وعبر بالصحة دون النفاذ واللزوم ، لأنهما موقوفان على نقد الثمن أو رضا البائع ، وإلا فللبائع إبطاله أى إبطال بيع المشترى ، وكذا كل تصرف يقبل النقض إذا فعله المشترى قبل القبض، أو بعده بغير إذن البائع فللبائع إبطاله بخلاف مالا يقبل النقض كالعتق والتدبير والاستيلاد بحر ، وقوله : أو بعده بغير إذن البائع الجار والمجرور متعلق بالضمير العائد على القبض أى بعد القبض الواقع ، بلا إذنه لأن قبض المبيع قبل نقد الثمن بلا إذن البائع غير معتبر ، لأن له استرداده وحبسه إلى قبض الثمن ، وقيد بالبيع لأنه لو اشترى عقارا فوهبه قبل القبض من غير البائع يجوز عند الكل كما فى البحر عن الخانية : أى لحصول القبض بقبض الموهوب له كما يأتى واحترز به عن الإجارة فإنها لاتصح كما يأتى (قوله من بائعه) متعلق بقبض لا ببيع ، لأن بيعه من بائعه قبل قبضه فاسد كما فى المنقول ويراجع ط (قوله لعدم الغرر) أى غرر انفساخ العقد على تقدير الهلاك ، وعلله بقوله لندرة هلاك العقار ط (قوله حتى لو كان الخ) تفريع على مفهوم قوله لايخشى هلاكه (قوله ونحوه) بأن كان فى موضع لايؤمن أن تغلب عليه الرمال ح عن النهر ومثله فى الفتح (قوله كان كمنقول) أى بمنزلته من حيث لحوق الغرر بهلاكه (قوله ككتابة) قال فى الجوهرة وفى الكتابة يحتمل أن يقال : لا تجوز لأنها عقد مبادلة كالبيع ، ويحتمل أن يقال : تجوز لأنها أوسع من البيع جوازا اهـ لكن قال الزيلعى : ولو كاتب العبد المبيع قبل القبض توقفت كتابته، وكان للبائع حبسه بالثمن ، لأن الكتابة محتملة للفسخ ، فلم تنفذ فى حق البائع نظرا له وإن نقد الثمن نفذت لزوال المانع اهـ .

قال فى البحر: ولا خصوصية لها بل كل عقد يقبل النقض فهو موقوف كما قدمناه اهـ وبه علم أن الكتابة تصح لكنها تتوقف فلا يناسب قوله : فلا يصح اتفاقا كما أفاده ح فكان المناسب إسقاطها (قوله وإجارة) أى إجارة العقار فإنها لاتصح اتفاقا وقيل على الخلاف ، والصحيح الأول لأن المعقود عليه فى الإجارة المنافع ، وهلاكها غير نادر وهو الصحيح كذا فى الفوائد الظهيرية وعليه الفتوى كذا فى الكافى فتح وغيره (قوله وبيع منقول) مجرور بالعطف على كتابة وهو فى عبارة المصنف مرفوع والأولى فى التعبير أن يقول : حتى لو كان علوا أو على شط نهر أو نحوه أو آجره كان كمنقول ، ولايصح بيع منقول الخ .

وفى البحر: ودخل فى البيع الإجارة لأنها بيع المنافع أى وهى فى حكم المنقول والصلح لأنه بيع اهـ أى الصلح عن الدين كما فى الفتح ، وتعبير النهر بالخلع سبق قلم ثم قال فى البحر : وأراد بالمنقول المبيع المنقول فجاز بيع غيره كالمهر وبدل الخلع والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد (قوله ولو من بائعه) مرتبط بقوله وبيع منقول ط (قوله كما سيجيء) أى قريبا فى قول المصنف ولو باعه منه قبله لم يصح ط (قوله بخلاف عتقه وتدبيره) يوهم

(من غير بائعه) فإنه صحيح (على) قول محمد وهو (الأصح) والأصل أن كل عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل قبضه فالتصرف فيه غير جائز ومالا فجائز عيني (و) المنقول (لو وهبه من البائع قبل قبضه فقبله) البائع (انتقض البيع ولو باعه منه قبله لم يصح) هذا البيع ولم ينتقض البيع الأول لأن الهبة مجاز عن الإقالة بخلاف بيعه قبله فإنه باطل مطلقا جوهرة. قلت: وفي المواهب وفسد بيع المنقول قبل قبضه النهي ولنفي الصحة يحتملهما فتدبر

أن فيه خلاف محمد الآتي، وليس كذلك في الجوهرة، وأما الوصية والعتق والتدبير وإقراره بأنها أم ولده يجوز قبل القبض بالإتفاق اهـ :

وفي البحر: وأما تزويج الجارية المبيعة قبل قبضها فجائز، لأن الغرر لايمنع جوازه بدليل صحة تزويج الآبق ولو زوجها قبل القبض ثم فسخ البيع انفسخ النكاح على قول أبي يوسف وهو المختار كما في الولوالجية (قوله غير بائعه) قيد به ليفهم أنه لو كان من بائعه فهو كذلك بالأولى (قوله وهو الأصح) صرح به الزيلعي وغيره خلافا لأبي يوسف (قوله والأصل الخ) قال في الفتح: الأصل أن كل عقد ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض، لم يجز التصرف في ذلك العوض قبل قبضه كالمبيع في البيع والأجرة إذا كانت عينا في الإجارة وبدل الصلح عن الدين إذا كان عينا لايجوز بيع شيء من ذلك، ولا أن يشرك فيه غيره ومالا ينفسخ بهلاك العوض فالتصرف فيه قبل القبض جائز كالمهر إذا كان عينا، وبدل الخلع والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد كل ذلك إذا كان عينا يجوز بيعه وهبته وإجارته قبل قبضه، وسائر التصرفات في قول أبي يوسف ثم قال محمد كل تصرف لايتم إلا بالقبض كالهبة والصدقة والرهن والقرض، فهو جائز لأنه يكون نائبا عنه ثم يصير قابضا لنفسه كما لو قال: أطعم عن كفارتي جاز ويكون الفقير نائبا عنه في القبض، ثم قابضا لنفسه اهـ ملخصا .

قلت: وحيث مشى المصنف على قول محمد كان ينبغي للشارح ذكر الأصل الثاني أيضا، لأنه يظهر مما ذكرنا أن الأصل الأول غير خاص بقول أبي يوسف، إلا أن الشق الأول منه وهو ماينفسخ بهلاك العوض قبل القبض كالبيع والإجارة لايجوز التصرف قبل القبض في عوضه المعين عند أبي يوسف مطلقا، وأجاز محمد فيه كل تصرف لايتم إلا بالقبض كالهبة ونحوها، لأن الهبة لما كانت لاتتم إلا بالقبض صار الموهوب له نائبا عن الواهب، وهو المشتري الذي وهبه المبيع قبل قبضه، ثم يصير قابضا لنفسه فتتم الهبة بعد القبض، بخلاف التصرف الذي يتم قبل القبض كالبيع مثلا، فإنه لايجوز لأنه إذا قبضه المشتري الثاني لايكون قابضا عن الأول لعدم توقف للبيع على القبض فيلزم منه تمليك المبيع قبل قبضه، وهو لايصح لكن يرد على الأصل المذكور العتق والتدبير بأن أعتق أو دبر المبيع قبل قبضه، فقد علمت جوازه اتفاقا مع أنه يتم قبل القبض، وهو تصرف في عقد ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض فليتأمل (قوله فقبله) أي قبل هبته فإن لم يقبلها بطلت والبيع صحيح على حاله جوهرة (قوله لأن الهبة مجاز عن الإقالة) يقال هب لي ديني وأقلني عثرتي، وإنما كان كذلك، لأن قبض البائع لاينوب عن قبض المشتري كما في شرح المجمع (قوله بخلاف بيعه) فإنه لايحتمل المجاز عن الإقالة لأنه ضدها ط عن الشلبي (قوله مطلقا) أي سواء باعه من بائعه أو من غيره ح (قوله قلت الخ) استدراك على قول الجوهرة فإنه باطل (قوله ولنفي الصحة) أي الواقع في المتن يحتملهما أي يحتمل البطلان والفساد والظاهر الثاني لأن علة الفساد الغرر كما مر مع وجود ركني البيع وكثيرا مايطلق الباطل على الفاسد أفاده ط .

(اشترى مكيلا بشرط الكيل حرم) أى كره تحريما (بيعه وأكله حتى يكيله) وقد صرحوا بفساده وبأنه لا يقال لآكله إنه أكل حراما لعدم التلازم

مطلب فى تصرف البائع فى المبيع قبل القبض

[تتمة] جميع مامر إنما هو فى تصرف المشترى فى المبيع قبل قبضه ، فلو تصرف فيه البائع قبل قبضه ، فإما بأمر المشترى أولا ، فلو بأمره كأن أمره أن يهبه من فلان أو يؤجره ففعل وسلم صح وصار المشترى قابضا ، وكذا لو أعار البائع أو وهب ، أو رهن فأجاز المشترى ولو قال ادفع الثوب إلى فلان يمسكه إلى أن أدفع لك ثمنه فهلك عند فلان لزم البائع ، لأن إمساك فلان لأجل البائع ولو أمره بالبيع فإن قال : بعه لنفسك أو بعه ففعل كان فسخا وإن قال : بعه لى لا يجوز وأما تصرفه بلا أمر المشترى كما لو رهن المبيع قبل قبضه ، أو آجره أو أودعه فمات المبيع انفسخ بيعه ولا تضمين ، لأنه لو ضمنهم رجعوا على البائع ولو أعاره أو وهبه فمات أو أودعه فاستعمله المودع فمات ، فإن شاء المشترى أمضى البيع ، وضمن هؤلاء وإن شاء فسخه ، لأنه لو ضمنهم لم يرجعوا على البائع ولو باعه البائع فمات عند المشترى الثانى فللأول فسخ البيع وله تضمين المشترى الثانى فيرجع بالثمن على البائع إن كان نقده اه ملخصا من البحر عن الخانية : وفى جامع الفصولين : شراه ولم يقبضه حتى باعه البائع من آخر بأكثر فأجازه المشترى لم يجز لأنه بيع مالم يقبض اه ويظهر منه ومما قبله أنه يبقى على ملك المشترى الأول فله أخذه من الثانى لو قائما ، وتضمينه لو هالكا ، والظاهر أن له أخذ القائم لو كان نقد الثمن لبائعه وإلا فلا إلا بإذن بائعه تأمل (قوله اشترى مكيلا الخ) قيد بالشراء لأنه لو ملكه بهبة أو إرث أو وصية جاز التصرف فيه قبل الكيل والمطلق من المبيع ينصرف إلى الكامل ، وهو الصحيح منه حتى لو باع ما اشتراه فاسدا بعد قبضه مكايلة لم يحتج المشترى الثانى إلى إعادة الكيل قال أبو يوسف : لأن البيع الفاسد يملك بالقبض كالقرض (قوله أى كره تحريما) فسر الحرمة بذلك ، لأن النهى خبر آحاد لا يثبت به الحرمة القطعية وهو ما أسنده ابن ماجه عن جابر رضى الله تعالى عنه « أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشترى » وبقولنا أخذ مالك والشافعى وأحمد وحين علله الفقهاء بأنه من تمام القبض ألحقوا بمنع البيع منع الأكل قبل الكيل والوزن وكل تصرف يبنى على الملك كالهبة والوصية وما أشبههما ، ولا خلاف فى أن النص محمول على ما إذا وقع البيع مكايلة فلو اشتراه مجازفة له التصرف فيه قبل الكيل وإذا باعه مكايلة يحتاج إلى كيل واحد للمشترى وتمامه فى الفتح (قوله وقد صرحوا بفساده) صرح محمد فى الجامع الصغير بما نصه محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة قال : إذا اشتريت شيئا مما يكال أو يوزن أو يعد ، فاشتريت مايكال كيلا وما يوزن وزنا ومايعد عدا فلا تبعه حتى تكيله وتزنه وتعده ، فإن بعته قبل أن تفعل ، وقد قبضته فالبيع فاسد فى الكيل والوزن اه ط :

قلت : وظاهره أن الفاسد هو البيع الثانى وهو بيع المشترى قبل كيله ، وأن الأول وقع صحيحا لكنه يحرم عليه التصرف فيه من أكل أو بيع حتى يكيله فإذا باعه قبل كيله وقع البيع الثانى فاسدا لما مر من أن العلة كون الكيل من تمام القبض ، فإذا باعه قبل كيله فكأنه باعه قبل القبض ، وبيع المنقول قبل قبضه لا يصح فكانت هذه المسألة من فروع التى قبلها ، فلذا أعقبها بها قبل ذكر التصرف فى الثمن ، والتحقيق أن يقال : إذا ملك زيد طعاما ببيع مجازفة أو بارث ونحوه ، ثم باعه من عمرو مكايلة سقط هنا صاع البائع ، لأن ملكه الأول لا يتوقف على الكيل وبقى الاحتياج إلى كيل للمشترى فقط فلا يصح بيعه من عمرو بلا كيل فهنا فسد البيع الثانى فقط ، ثم إذا باعه

كما بسطه الكمال لكونه أكل ملكه (ومثله الموزون والمعدود) بشرط الوزن والعد لاحتمال الزيادة وهي للبائع بخلافه مجازفة لأن الكل للمشتري وقيد بقوله (غير الدراهم والدنانير) لجواز التصرف فيهما بعد القبض قبل الوزن كبيع التعاطي فإنه لا يحتاج في الموزونات إلى وزن المشتري ثانيا لأنه صار بيعا بالقبض بعد الوزن قنية

عمرو من بكر لابد من كيل آخر لبكر ، فهنا فسد البيع الأول والثاني لوجود العلة في كل منهما (قوله كما بسطه الكمال) حيث قال : ونص في الجامع الصغير على أنه لو أكله ، وقد قبضه بلا كيل لايقال إنه أكل حراما ، لأنه أكل ملك نفسه إلا أنه آثم لتركه ماأمر به من الكيل ، فكان هذا الكلام أصلا في سائر المبيعات بيعا فاسدا إذا قبضها فملكها ، ثم أكلها وتقدم أنه لايحل أكل مااشتراه شراء فاسدا ، وهذا يبين أن ليس كل مالايحل أكله أن يقال فيه أكل حراما اه مافي الفتح :

وحاصله : أنه إذا حرم الفعل وهو الأكل لايلزم منه أن يكون أكل حراما لأنه قد يكون المأكول حراما كالميتة ، وملك الغير وقدلايكون حراما كما هنا وكالمشرى فاسدا بعد قبضه لأنه ملكه ، ومثله مالو دخل دارالحرب بأمان وسرق منهم شيئا وأخرجه إلى دارنا ملكه ملكا خبيثا ويجب عليه رده عليهم وكذا لوغصب شيئا واستهلكه بخلط ونحوه حتى ملكه ولم يؤد ضمانه يحرم عليه التصرف فيه بأكل ونحوه وإن كان ملكه (قوله والمعدود) أي الذي لاتتفاوت آحاده كالجوز والبيض فتح : وعن الإمام أنه يجوز في المعدود قبل العد ، وهو قولهما كذا في السراج والأول هو أظهر الروايتين عن الإمام كما في الفتح نهر (قوله لاحتمال الزيادة) علة لقوله حرم أولقوله ، وقدصرحوا بفساده قال في الهداية بعد تعليله بالنهي المار ، ولأنه يحتمل أن يزيد على المشروط ، وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه قال في الفتح : وإذا عرف أن سبب النهي أمر يرجع إلى المبيع كان البيع فاسدا ونص على الفساد في الجامع الصغير اه (قوله بخلافه مجازفة) محترز قوله بشرط الكيل ، وقوله : بشرط الوزن والعد أي لو اشتراه مجازفة له أن يتصرف فيه قبل الكيل والوزن ، لأن كل المشار إليه له : أي الأصل والزيادة أي الزيادة على ما كان يظنه بأن ابتاع صبرة على ظن أنها عشرة فظهرت خمسة عشر ، وتمامه في العناية ، ومثل الشراء مجازفة مالوملكه بهبة أوإرث أو وصية كما مر أو بزراعة أواستقرض حنطة على أنها كر لأن الاستقراض ، وإن كان تمليكا بعوض كالشراء ، لكنه شراء صورة عارية حكما لأن مايرده عين المقبوض حكما فكان تمليكا بلا عوض حكما كما في الفتح ، ولو باع أحد هؤلاء مكايلة فلابد من كيل المشتري وإن سقط كيل البائع كما قدمناه وفي الفتح: ولو اشتراها مكايلة ثم باعها مجازفة قبل الكيل وبعد القبض لايجوز في ظاهر الرواية لاحتمال اختلاط ملك البائع بملك بائعه وفي نوادر ابن سماعة يجوز اه وبه ظهر أن قوله بخلافه مجازفة مقيد بما إذا لم يكن البائع اشترى مكايلة (قوله لجواز التصرف فيهما بعد القبض قبل الوزن) كذا في البحر عن الإيضاح ، والظاهر أن هذا مفروض فيما إذا كان في عقد صرف أو سلم ، وإلا فالدراهم والدنانير ثمن ويأتي أنه يجوز التصرف في الثمن قبل قبضه (قوله كبيع التعاطي الخ) عبارة البحر وهذا كله في غير بيع التعاطي أما هو فقال في القنية ولا يحتاج الخ وظاهر قوله: وهذا كله أنه لايتقيد بالموزونات بل التعاطي في المكيلات والمعدودات كذلك ، وهو مفاد التعليل أيضا بأنه صار بيعا بعد القبض ، فإنه لايخص الموزونات لكن فيه أن مقتضى هذا أنه لايصير بيعا قبل القبض ، ولعله مبني على قول بأنه لابد فيه من القبض من الجانبين والأصح خلافه ، وعليه فلو دفع الثمن ، ولم يقبض صح ، وقدمنا في أول البيوع عن القنية دفع إلى بائع الحنطة خمسة دنانير ليأخذ منه حنطة ، وقال له بكم تبيعها فقال مائة بدينار فسكت المشتري ثم طلب منه الحنطة ليأخذها فقال البائع غدا أدفع لك ، ولم يجر بينهما بيع وذهب المشتري فجاء غدا ليأخذ الحنطة

وعليه الفتوى خلاصة (وكفى كيله من البائع بحضرته) أى المشترى (بعد البيع) لا قبله أصلا أو بعده بغيبته فلوكيل بحضرة رجل فشراه فباعه قبل كيله لم يجز وإن اكتاله الثانى لعدم كيل الأول فلم يكن قابضا فتح (ولو كان) المكيل أو الموزون (ثمنا جاز التصرف فيه قبل كيله ووزنه) لجوازه قبل القبض فقبل الكيل أولى (لا) يحرم (المذروع) قبل ذرعه (وإن اشتراه بشرطه إلا إذا أفرد لكل ذراع ثمنا فهو) فى حرمة ماذكر (كموزون) والأصل مامر مرارا أن الذرع وصف لاقدر

وقد تغير السعر فعلى البائع أن يدفعها بالسعر الأول اهـ وتمامه هناك فتأمل (قوله وكفى كيله من البائع بحضرته) قال فى الخانية: لو اشترى كيليا مكايلة أو موزونا موازنة، فكال البائع بحضرة المشترى قال الإمام ابن الفضل يكفيه كيل البائع، ويجوز له أن يتصرف فيه قبل أن يكيله اهـ:

قلت: وأفاد أن الشرط مجرد الحضرة لاالرؤية لما فى القنية يشترى من الخباز خبزا كذا منا فيزنه وكفة سنجات ميزانه فى دربنده، فلا يراه المشترى أو من البائع كذا منا فيزنه فى حانوته، ثم يخرجه إليه موزونا لايجب عليه إعادة الوزن وكذا إذا لم يعرف عدد سنجاته اهـ (قوله لاقبله أصلا الخ) أى لوكاله البائع قبل المبيع لايكفى أصلا أى ولو بحضرة المشترى، وكذا لوكاله بعد البيع بغيبة المشترى لما علمت من أن الكيل من تمام التسليم ولاتسليم من الغيبة (قوله فلو كيل الخ) تفريع على قوله لاقبله أصلا، لأن قوله لعدم كيل الأول مبنى على عدم اعتبار الكيل الواقع بحضرته قبل شرائه، ثم إن عبارة الفتح هكذا ومن هنا ينشأ فرع وهو ما لو كيل طعام بحضرة رجل، ثم اشتراه فى المجلس، ثم باعه مكايلة قبل أن يكتاله بعد شرائه لايجوز هذا البيع سواء اكتاله للمشترى منه أولا، لأنه لما لم يكتل بعد شرائه هو لم يكن قابضا فبيعه بيع مالم يقبض فلا يجوز اهـ ومثله فى البحر والمنح فقوله: سواء اكتاله للمشترى منه أولا الخ صريح فى أن فاعل اكتاله هو المشترى الأول الذى كيل الطعام بحضرته، ثم اشتراه ثم باعه وقول الشارح: وإن اكتاله الثانى صريح فى أن فاعل اكتاله هو المشترى الثانى وعبارة الفتح أحسن، لافادتها أن هذا الكيل الواقع من المشترى الأول للمشترى الثانى لايكفيه عن كيل نفسه لوقوعه بعد بيعه للثانى، فكان بيعا قبل القبض لعدم اعتبار الكيل الواقع أولا بحضرته قبل شرائه، وأما على عبارة الشارح فلا شبهة فى عدم الجواز ثم إن ماأفاده كلام الفتح من أن كيله للمشترى منه لايكفى عن كيل نفسه ظاهر للتعليل الذى ذكره لكنه مخالف لما شرح به كلام الهداية أولا حيث قال وإن كاله بعد العقد بحضرة المشترى مرة كفاه ذلك، حتى يحل للمشترى التصرف فيه قبل كيله وعند البعض لابد من الكيل مرتين اهـ ملخصا فإن قوله: كفاه أى كفى البائع وهوالمشترى الأول يفيد أنه يكفيه ذلك عن الكيل لنفسه، ولعل الشارح لأجل ذلك جعل فاعل اكتاله المشترى الثانى لكن الظاهر عدم الاكتفاء بذلك الكيل، وإن وقع من المشترى الأول بعد البيع لما ذكره من التعليل والله سبحانه أعلم (قوله ولوكان المكيل أوالموزون ثمنا) أى بأن اشترى عبدا مثلا بكر بر أو برطل زيت، ثم لايخفى أن هذه المسألة من أفراد قوله الآتى: وجاز التصرف فى الثمن قبل قبضه وقد تبع المصنف شيخه فى ذكرها هنا (قوله فقبل الكيل أولى) لأن الكيل من تمام القبض كامر (قوله وإن اشتراه بشرطه) أى وإن اشترى المذروع شرط الذرع (قوله فى حرمة ماذكر) أى من البيع ولايصح إرادة الأكل هنا وفى حكم البيع كل تصرف ينبنى على الملك ط (قوله والأصل مامر مرارا الخ) منها ماقدمه أول البيع عند قوله: وإن باع صبرة الخ وقدمنا هناك وجه الفرق بين كونه الذرع فى القيميات وصفا وكون القدر بالكيل أو الوزن فى المثليات أصلا وهو كون التشقيص يضر الأول دون الثانى الخ وذكر فى الذخيرة الفرق بأن الذرع عبارة عن الزيادة أو النقصان فى الطول والعرض وذلك وصف

فيكون كله للمشترى إلا إذا كان مقصودا واستثنى ابن الكمال من الموزون مايضره التبعيض لأن الوزن حينئذ فيه وصف (وجاز التصرف فى الثمن) بهبة أو بيع أو غيرهما لو عينا أى مشارا إليه ولو دينا فالتصرف فيه تمليك ممن عليه الدين ولو بعوض ولا يجوز من غيره ابن ملك (قبل قبضه) سواء (تعين بالتعين)

(قوله فيكون كله للمشترى) قال فى الفتح فلو اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع جاز أن يبيعه قبل الذرع، لأنه لو زادكان للمشترى ولو نقص كان له الخيار فإذاباعه بلا ذرع كان مسقطاخياره على تقدير النقص ولهذا ذلك اه (قوله إلا إذاكان مقصودا) بأن أفرد لكل ذراع ثمنا، لأنه بذلك التحق بالقدر فى حق إزياد الثمن، فصار المبيع فى هذه الحالة هو الثوب المقدر، وذلك يظهر بالذرع والقدر معقود عليه فى المقدرات حتى يجب رد الزيادة فيما لايضره التبعيض، ويلزمه الزيادة من الثمن فيما يضره وينقص من ثمنه عند انتقاصه اه ط عن الزيلعى (قوله واستثنى ابن الكمال الخ) أى بحثا وما يضره التبعيض كمصوغ فيجوز التصرف فيه قبل وزنه، ولو اشتراه بشرطه والأولى للشارح ذكر هذا عند قوله المصنف، ومثله الموزون ط وعبارة ابن الكمال هى قوله بعد ذكر الأصل المار ولا يخفى أن موجب هذا التعليل أن يستثنى مايضره التبعيض من جنس الموزون لأن الوزن فيه وصف على مامر اه.

مطلب فى بيان الثمن والمبيع والدين

(قوله وجاز التصرف فى الثمن الخ) الثمن: مايثبت فى الذمة دينا عند المقابلة، وهو النقدان والمثليات إذاكانت معينة، وقوبلت بالأعيان أو غير معينة وصحبها حرف الباء: وأما المبيع: فهو القيميات والمثليات إذا قوبلت بنقد أو بعين: وهى غير معينة مثل اشتريت كر بر بهذا العبد هذا حاصل مافى الشرنبلالية عن الفتح، وسيذكره المصنف فى آخر الصرف (قوله أو غيرهما) كإجارة ووصية منح (قوله أى مشارا إليه) هذا التفسير لم يذكره ابن ملك، بل زاده الشارح، والمراد بالمشار إليه مايقبل الإشارة فيوافق تفسير بعضهم له بالحاضر وذكر ح أنه يشمل القيمى والمثلى غير النقدين، واعترضه ط بأنه لاوجه له، لأن الباعث للشارح على هذا التفسير إدخال النقدين، لأنه يتوهم من العين العرض ليقابل قوله ولو دينا.

قلت: أنت خبير بأن دخول القيمى هنا لاوجه له أصلا لأن الكلام فى الثمن، وهو مايثبت دينا فى الذمة والقيمى مبيع لا ثمن، وإنما مراد الشارح بيان أن الثمن قسمان لأنه تارة يكون حاضرا، كما لو اشترى عبدا بهذا الكر من البر أو بهذه الدراهم، فهذا يجوز التصرف فيه قبل قبضه بهبة وغيرها من المشترى وغيره، وتارة يكون دينا فى الذمة كما لو اشترى العبد بكر بر أو عشرة دراهم فى الذمة، فهذا يجوز التصرف فيه بتمليكه من المشترى فقط، لأنه تمليك الدين، ولا يصح إلا ممن هو عليه: ثم لايخفى أن الدين قد لايكون ثمنا فقد ظهر أن بينهما عموما وخصوصا من وجه، لاجتماعهما فى الشراء بدراهم فى الذمة، وانفراد الثمن بالشراء بعبد، وانفراد الدين فى التزوج أو الطلاق على دراهم فى الذمة (قوله فالتصرف فيه تمليك ممن عليه الدين) فى بعض النسخ: تمليكه، وهى الموافقة لقول ابن ملك: فالتصرف فيه هو تمليكه الخ أى إن التصرف فيه الجائز هو كذا (قوله ولو بعوض) كأن اشترى البائع من المشترى شيئا بالثمن الذى له عليه أو استأجر به عبدا أو دارا للمشترى، ومثال التمليك بغير عوض هبته ووصيته له نهر. فإذا وهب منه الثمن ملكه بمجرد الهبة لعدم احتياجه إلى القبض، وكذا الصدقة ط عن أبى السعود (قوله ولا يجوز من غيره) أى لايجوز تمليك الدين من غير من عليه الدين، إلا إذا سلطه عليه، واستثنى فى الأشباه من ذلك ثلاث صور. الأولى: إذا سلطه على قبضه، فيكون وكيلا قابضا للمولى ثم لنفسه

كمكيل (أولا) كنقود فلو باع إبلا بدراهم أو بكر بر جاز أخذ بدلها شيئا آخر (وكذا الحكم فى كل دين قبل قبضه كمهر وأجرة وضمان متلف) وبدل خلع وعتق بمال وموروث وموصى به .

والحاصل : جواز التصرف فى الأثمان والديون كلها قبل قبضها عينى (سوى صرف وسلم) فلا يجوز أخذ خلاف جنسه لفوات شرطه (وصح الزيادة فيه) ولو من غير جنسه

الثانية : الحوالة : الثالثة : الوصية (قوله كمكيل) فإنه إذا اشترى العبد بهذا الكر من البر تعين ذلك الكر ، فلا يجوز له دفع كر غيره :

مطلب فيما تتمين فيه النقود وما لا تتمين

(قوله كنقود) فإذا اشترى بهذا الدرهم له دفع درهم غيره وعدم تعين النقد ليس على إطلاقه ، بل ذلك فى المعاوضات وفى العقد الفاسد على إحدى الروايتين ، وفى المهر : ولو بعد الطلاق قبل الدخول ، وفى النذر والأمانات والهبة والصدقة والشركة والمضاربة والغصب والوكالة قبل التسليم أو بعده ، ويتعين فى الصرف بعد هلاكه وبعد هلاك المبيع وفى الدين المشترك فيؤمر برد نصف ما قبض على شريكه وفيما إذا تبين بطلان القضاء بأن أقر بعد الأخذ أنه لم يكن له على خصمه شىء فيرد عين ما قبض لو قائما وتمامه فى الأشباه فى أحكام النقد ، وقدمناه فى أواخر البيع الفاسد (قوله فلو باع الخ) تفريع على قول المصنف : وجاز التصرف فى الثمن الخ .

مطلب فى تعريف الكر

(قوله أو بكر بر) الكر كيل معروف ، وهو ستون قفيزا والقفيز ثمانية مكاكيك والمكوك صاع ونصف مصباح (قوله جاز أخذ بدلها شيئا آخر) لكن بشرط أن لا يكون افتراقا بدين كما يأتى فى القرض (قوله وكذا الحكم فى كل دين) أى يجوز التصرف فيه قبل قبضه ، لكن بشرط أن يكون تمليكا ممن عليه بعوض أو بدونه كما علمت ، ولما كان الثمن أخص من الدين من وجه كما قررناه بين أن ماعداه من الدين مثله (قوله كمهر الخ) وكذا القرض قال فى الجوهرة وقد قال الطحاوى : إن القرض لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه وهو ليس بصحيح اه (قوله وضمان متلف) أى ضمانه بالمثل لو مثليا وإلا فبالقيمة فافهم (قوله بمال) قيد الخلع وعتق ، لأنهما بدون مال لا يكون لهما بدل فافهم (قوله وموروث وموصى به) قال الكمال : وأما الميراث فالتصرف فيه جائز قبل القبض لأن الوارث يخلف المورث فى الملك وكان للميت ذلك التصرف ، فكذا للوارث وكذا الموصى له ، لأن الوصية أخت الميراث اه . ومثله للإتقانى وهذا كالصريح فى جواز تصرف الوارث فى الموروث وإن كان عينا ط (قوله سوى صرف وسلم) سيأتى فى باب السلم قوله : ولا يجوز التصرف للمسلم إليه فى رأس المال ، ولا لرب السلم فى المسلم فيه قبل قبضه بنحو بيع وشركة ولو ممن عليه ولا شراء المسلم إليه برأس المال بعد الإقالة قبل قبضه بحكم الإقالة بخلاف بدل الصرف حيث يجوز الاستبدال عنه ، لكن بشرط قبضه فى مجلس الإقالة لجواز تصرفه فيه بخلاف السلم اه وسيأتى بيانه ومرت مسألة الإقالة فى بابها (قوله فلا يجوز أخذ خلاف جنسه) الأولى أن يقول فلا يجوز التصرف فيه ط (قوله لفوات شرطه) وهو القبض فى بدلى الصرف ورأس مال السلم قبل الافتراق (قوله وصح الزيادة فيه) قال فى البحر : لو عبر باللزوم بدل الصحة لكان أولى ، لأنها لازمة حتى لو ندم المشترى بعد ما زاد

فى المجلس أو بعده من المشترى أو وارثه خلاصة : ولفظ ابن ملك أو من أجنبى (إن) فى غير صرف و (قبل البائع) فى المجلس فلو بعده بطلت خلاصة وفيها لو ندم بعد مازاد أجبر (وكان المبيع قائما) فلا تصح بعد هلاكه ولو حكما على الظاهر بأن باعه ثم شراه ثم زاده زاد فى الخلاصة وكونه محلا للمقابلة فى حق المشترى حقيقة فلو باع بعد القبض أو دبر أو كاتب أو ماتت الشاة فزاد لم يجز لفوات محل البيع بخلاف مالو أجر أو رهن أو جعل الحديد سيفا أو ذبح الشاة لقيام الاسم والصورة وبعض المنافع (و) صح (الحط منه) ولو بعد هلاك المبيع وقبض الثمن (والزيادة) والحط (يلتحقان بأصل العقد) بالاستناد

يجبر إذا امتنع كما فى الخلاصة اه (قوله فى المجلس) أى مجلس العقد أو بعده (قوله أو من أجنبى) فإن زاد بأمر المشترى تجب على المشترى لا على الأجنبى كالصلح ، وإن بغير أمره ، فإن أجاز المشترى لزمته وإن لم يجز بطلت ، ولو كان حين زاد ضمن عن المشترى أو أضافها إلى مال نفسه لزمته الزيادة ، ثم إن كان بأمر المشترى رجع وإلا فلا بحر عن الخلاصة (قوله فى غير صرف) يوهم أن الزيادة فيه لا تصح مع أنها تصح وتفسده كما يذكره قريبا وكأنه حمل الصحة على الجواز والحل أو أراد من عدم الصحة فى الصرف فساده (قوله فى المجلس) أى مجلس الزيادة (قوله لو ندم الخ) أشار إلى أن الزيادة لازمة كما مر (قوله على الظاهر) أى ظاهر الرواية كما فى الهداية ، وفى رواية الحسن أنها تصح بعد هلاك المبيع كما يصح الحط بعد هلاكه (قوله بأن باعه ثم شراه) من صور الهلاك حكما ، لأن تبدل الملك كتبدل العين ولذا يمتنع بذلك رده بالعيب والرجوع فى الهبة وأفاد أنه إذا لم يشتره فكذلك بالأولى (قوله وكونه) أى المبيع محلا للمقابلة أى لمقابلة زيادة الثمن ط قال ح : ولا حاجة إليه مع قول الشارح ولو حكما كما لا يخفى (قوله حقيقة) احتراز عما إذا خرج عن المحلية بأن هلك حقيقة كموت الشاة أو حكما كالتدبير والكتابة (قوله فلو باع الخ) تفريع على قوله فلا تصح بعد هلاكه ، وكذا لو وهب وسلم أو طبخ اللحم أو طحن أو نسج الغزل أو تخمر العصير أو أسلم مشترى الخمر ذميا لا تصح الزيادة لفوات محل العقد ، إذ العقد لم يرد على المطحون والمنسوج ، ولهذا يصير الغاصب أحق بهما إذا فعل بالمغصوب ذلك وكذا الزيادة فى المهر شرطها بقاء الزوجية فلو زاد بعد موتها لا يصح اه فتح وروى الحسن فى غير رواية الأصول أنها تصح بعد هلاك المبيع ، وعلى هذه الرواية تصح الزيادة فى المهر بعد الموت نهر :

قلت : وهذه خلاف ظاهر الرواية كما نبه عليه فى الجوهرة وغيرها ، والعجب من الزيلعى حيث ذكر أن الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع فى ظاهر الرواية ، وأنها تصح فى رواية النوادر ، ثم ذكر أن الهلاك الحكمى ملحق بالحقيقى ثم قال : ولو أعتق المبيع أو كاتبه أو دبره أو استولد الأمة أو تخمر العصير أو أخرجه عن ملكه ثم زاد عليه جاز عند أبى حنيفة خلافا لهما وعلى هذا الخلاف الزيادة فى مهر المرأة بعد موتها اه فليتأمل (قوله بخلاف مالو أجر) وكذا لو خاط الثوب أو قطعت يد العبد ، وأخذ المشترى الأرش فتح (قوله لقيام الاسم والصورة) أى فى غير جعل الحديد سيفا فإن الصورة تبدلت فيه ط (قوله وصح الحط منه) أى من الثمن وكذا من رأس مال السلم والمسلم فيه كما هو صريح كلامهم رملى على المنح (قوله وقبض الثمن) بالجر عطفا على هلاك ، وسيأتى بيان الحط بعد قبض الثمن عند قوله : ويصح الحط من المبيع الخ (قوله يلتحقان بأصل العقد) هذا لو الحط من غير الوكيل ففى شفعة الخانية الوكيل بالبيع إذا باع الدار بألف ثم حط عن المشترى مائة صح وضمن المائة للآمر ، وبرئ المشترى عنها ويأخذ الشفيع الدار بألف ، لأن حط الوكيل لا يلتحق بأصل العقد (قوله بالاستناد) وهو أن يثبت أولا فى الحال ، ثم يستند إلى وقت العقد ، ولهذا لا تثبت الزيادة فى صورة الهلاك كما مر ، لأن ثبوته فى الحال متعذر لانتفاء المحل فتعذر استناده

فبطل حط الكل وأثر الالتحاق فى تولية ومرابحة وشفعة واستحقاق وهلاك وحبس مبيع وفساد صرف لكن إنما يظهر فى الشفعة الحط فقط (و) صح (الزيادة فى المبيع) ولزم البائع دفعها (إن) فى غير سلم زيلعى و (قبل المشترى وتلتحق) أيضا (بالعقد فلو هلكت الزيادة قبل قبض سقط حصتها من الثمن) وكذا لو زاد فى الثمن عرضا فهلك قبل تسليمه انفسخ العقد بقدره قنية (ولا يشترط للزيادة هنا قيام المبيع)

كالبيع الموقوف لاينبرم بالإجازة بعد هلاك المبيع وقتها كما فى الفتح (قوله فبطل حط الكل) أى بطل التحاقه مع صحة العقد، وسقوط الثمن عن المشترى خلافا لما توهمه بعضهم من أن البيع يفسد أخذا من تعليل الزيلعى بقوله لأن الالتحاق فيه يؤدى إلى تبديله ، لأنه ينقلب هبة أو بيعا بلا ثمن فيفسد وقد كان من قصدهما التجارة بعقد مشروع من كل وجه فالالتحاق فيه يؤدى إلى تبديله فلا يلتحق به اه فقوله : فلا يلتحق صريح فى أن الكلام فى الالتحاق ، وأن قوله فيفسد مفرع على الالتحاق كما صرح به فى شرح الهداية ؛ وقال فى الذخيرة : إذا حط كل الثمن أو وهب أو أبرأ عنه ، فإن كان قبل قبضه صح الكل ، ولايلتحق بأصل العقد ، وفى البدائع من الشفعة واوحط جميع الثمن يأخذ الشفيع بجميع الثمن ، ولا يسقط عنه شئ ، لأن حط كل الثمن لايلتحق بأصل العقد ، لأنه لوالتحق لبطل البيع لأنه يكون بيعا بلا ثمن ، فلم يصح الحط فى حق الشفيع وصح فى حق المشترى وكان إبراءله عن الثمن اه زاد فى المحيط لأنه لا فى دينا قائما فى ذمته وتمامه فى فتاوى العلامة قاسم (قوله وأثر الالتحاق الخ) لايخفى أن الزيادة تجب على المشترى، والمحطوط يسقط عنه، لكن لما كان ذلك بين المتعاقدين ربما يتوهم أنه لايتعدى إلى غير ذلك العقد فنبه على أن أثر ذلك يظهر فى مواضع (قوله فى تولية ومرابحة) فيولى ويرابح على الكل فى الزيادة وعلى الباقى بعد المحطوط بحر (قوله وشفعة) فيأخذ الشفيع بما بقى فى الحط دون الزيادة كما يأتى (قوله واستحقاق) فيرجع المشترى على البائع بالكل، ولو أجاز المستحق البيع أخذ الكل بحر: أى كل الثمن والزيادة (قوله وهلاك) حتى لو هلكت الزيادة قبل القبض تسقط حصتها من الثمن ، بخلاف الزيادة المتولدة من المبيع حيث لايسقط شئ من الثمن بهلاكها قبل القبض زيلعى :

قلت : ولا يخفى عليك أن هذا فى الزيادة فى المبيع والكلام فى الزيادة فى الثمن فلا يناسب ذكر هذا هنا فافهم (قوله وحبس مبيع) فله حبسه حتى يقبض الزيادة (قوله وفساد صرف) فلو باع الدراهم بدراهم متساوية ثم زاد أحدهما أو حط وقبل الآخر وقبض الزائد فى الزيادة أو المردود فى الحط فسد العقد كأنهما عقداه كذلك من الابتداء عند أبى حنيفة زيلعى ويأتى تمام الكلام عليه أول باب الربا وزاد الزيلعى مما يظهر فيه أثر الالتحاق ما إذا زوج أمته ثم أعتقها ، ثم زاد الزوج على مهرها بعد العتق تكون الزيادة للمولى اه .

وفى النهر : ونظهر فيما لو وجد بالثياب المباعة عيبا رجع بحصته من الثمن مع الزيادة وفيما إذا زاد فى الثمن مالا يجوز الشراء به ، وفى المبيع مالا يجوز بيعه فقبل فسد العقد كذا فى السراج اه وتمامه فيه وكأن الشارح لم يذكر هذه الثلاثة لأن كلامه فى الثمن تأمل (قوله الحط فقط) لأن فى الزيادة إبطال حق الشفيع الثابت قبلها فلا يملكانه فله أن يأخذ بدون الزيادة (قوله إن فى غير سلم) قال الزيلعى ولا يجوز الزيادة فى المسلم فيه لأنه معدوم حقيقة ، وإنما جعل موجود فى الذمة لحاجة المسلم إليه والزيادة فى المسلم فيه لاتندفع حاجته بل تزيد فى حاجته فلا تجوز اه ح ودل كلام السراج على جواز الحط منه رملى (قوله وقبل المشترى) أى فى مجلس الزيادة كما يفيده ما مر فى الزيادة فى الثمن (قوله أيضا) أى كما تلتحق الزيادة فى الثمن ط (قوله فلو هلكت الزيادة الخ) هذا ما قدمه الشارح فى قوله وهلاك (قوله وكذا لو زاد) أى المشترى ط (قوله انفسخ العقد بقدره) فلو اشترى بمائة وتقابضا

فتصح بعد هلاكه بخلافه فى الثمن كما مر (ويصح الحط من المبيع إن) كان المبيع (دينا وإن عينا لا) يصح لأنه إسقاط وإسقاط العين لا يصح بخلاف الدين فيرجع بما دفع في براءة الإسقاط لا في براءة الاستيفاء اتفاقا ولو أطلقها فقولان وأما الإبراء المضاف إلى الثمن فصحيح ولو بهبة أو حط فيرجع المشترى بما دفع على ماذكره السرخسى فليتأمل عند الفتوى بحر قال فى النهر: وهو المناسب للإطلاق ، وفى البزازية باعه على أن يهبه من الثمن كذا لا يصح ولو على أن يحط من ثمنه كذا جاز

ثم زاد المشترى عرضا قيمته خمسون وهلاك العرض قبل التسليم ينفسخ العقد فى ثلثه بحر عن القنية ، ووجه الانفساخ أن العرض مبيع وإن جعل ثمنا وهلاك المبيع قبل القبض يوجب الانفساخ فافهم (قوله فتصح بعد هلاكه) لأنها تثبت بمقابلة الثمن وهو قائم بحر عن الخلاصة (قوله بخلافه فى الثمن) الأولى بخلافها ط (قوله كما مر) أى فى قوله وكان المبيع قائما أى لأن المبيع بعد هلاكه لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه بخلاف الحط من الثمن لأنه بحال يمكن إخراج البدل عما يقابله ، فيلتحق بأصل العقد استنادا بحر (قوله فيرجع) أى المشترى على البائع (قوله لا فى براءة الاستيفاء) لأن براءة الإسقاط تسقط الدين عن الذمة بخلاف براءة الاستيفاء ، مثال الأولى : أسقطت وحططت وأبرأت براءة إسقاط ، ومثال الثانية : أبرأتك براءة استيفاء أو قبض أو برأتك عن الاستيفاء اهـ ح :

مطلب فى بيان براءة الاستيفاء وبراءة الإسقاط

وحاصله : أن براءة الاستيفاء عبارة عن الإقرار بأنه استوفي حقه وقبضه (قوله اتفاقا) يرجع إليهما ط (قوله ولو أطلقها) كما لو قال أبرأتك ولم يقيد بشيء اهـ ح (قوله وأما الإبراء المضاف إلى الثمن الخ) تابع صاحب البحر حيث ذكر أولا صحة المبيع لو دينا لا عينا وعلله بما مر ، ثم ذكر حط الثمن وهبته وإبراءه .

وحاصل ما ذكره فى البحر عن الذخيرة : أنه لو وهبه بعض الثمن أو أبرأه عنه قبل القبض فهو حط وإن حط البعض أو وهبه بعد القبض صح ، ووجب عليه للمشترى مثل ذلك ، ولو أبرأه عن البعض بعده لا يصح ، والفرق أن الدين باق فى ذمة المشترى بعد القضاء ، لأنه لا يقضى عين الواجب بل مثله إلا أن المشترى لا يطالب به ، لأن له مثله على البائع بالقضاء ، فلا تفيد المطالبة فقد صادفت الهبة والحط دينا قائما فى ذمة المشترى ، وإنما لم يصح الابراء لأنه نوعان: براءة قبض ، واستيفاء ، وبراءة إسقاط ، فإذا أطلقت تحمل على الأول لأنه أقل فكأنه قال : أبرأتك براءة قبض واستيفاء وفيه لا يرجع ولو قال براءة إسقاط صح ورجع على البائع أما الهبة والحط فاسقاط فقط ، وإذا وهبه كل الدين أو حط أو أبرأه ثمنه فهو على ما ذكرنا هذا ما ذكره شيخ الإسلام ، وذكر السرخسى أن الإبراء المضاف إلى الثمن بعد الاستيفاء صحيح ، حتى يجب على البائع رد ما قبض وسوى بين الابراء والهبة والحط فيتأمل عند الفتوى اهـ هذا حاصل ما فى البحر عن الذخيرة :

قال فى النهر : وعرف من هذا أنه لا خلاف فى رجوع الدافع بما أداه إذا أبرأه براءة إسقاط ، وفى عدم رجوعه إذا أبرأه براءة استيفاء وأن الخلاف مع الإطلاق ، وعلى هذا تفرع ما لو علق طلاقها بإبرائها عن المهر ثم دفعه لها لا يبطل التعليق ، فإذا أبرأته براءة إسقاط وقع عليها كذا فى الأشباه اهـ :

قلت : والظاهر أن المبيع الدين مثل الثمن فيما ذكر فكان الأولى للشارح أن يقول بعد قوله بخلاف الدين ، وكذا الثمن لو حط بعضه أو وهبه ، أو أبرأ عنه قبل القبض وكذا بعده فيرجع المشترى بما دفع ، لكن لو البراءة براءة إسقاط لا براءة استيفاء اتفاقا ولو أطلقها فقولان فيتأمل عند الفتوى الخ فافهم (قوله وهو المناسب للإطلاق)

للحوق الحط بأصل العقد دون الهبة (والاستحقاق) لبائع أو مشتر أو شفيع (يتعلق بما وقع عليه العقد و) يتعلق (بالزيادة) أيضا فلو زد بنحو عيب رجع المشترى بالكل (ولزم تأجيل كل دين) إن قبل المديون (إلا) في سبع على مافى مداينات الأشباه بدلى صرف وسلم

أى الرجوع هو المناسب لا طلاق البراءة ، لكن الظاهر ما قاله شيخ الإسلام من حملها عند الاطلاق على براءة القبض ، والاستيفاء لأنه أقل كما مر لأن حملها على معنى الإسقاط يوجب الرجوع عليه بما أخذ وهذا أكثر (قوله لايثبت بالشك(١)) ولأن وقوع الإبراء بعد القبض قرينة على أن المراد به براءة القبض ، إلا أن يظهر بقرينة حالية إرادة معنى الإسقاط ، وعن هذا والله تعالى أعلم قال فيتأمل عند الفتوى : أى يتأمل المفتى وينظر ما يقتضيه المقام فى الحادثة المسئول عنها فيفتى به والله سبحانه أعلم (قوله للحوق الحط بأصل العقد) كأنه باعه ابتداء بالقدر الباقى بعد الحط ط أى بخلاف الهبة فكان شرطا لا يقتضيه العقد وفيه نفع لأحدهما (قوله والاستحقاق الخ) المراد به هنا طلب الحق أو ثبوت الحق ، وقوله لبائع متعلق به ومعناه فى البائع أن له حق حبس المبيع حتى يقبض الثمن وما زيد فيه ، ومعناه فى المشترى أنه لو استحق منه المبيع رجع على بائعه بالثمن ، وما زيد فيه كما تقدم ، وكذا لو رده بعيب ونحوه كما يأتى ، ومعناه فى الشفيع أنه لو زاد البائع فى العقار المبيع ، فان الشفيع يأخذ الكل وعليه فالمراد بالزيادة أعم من أن تكون فى الثمن أو فى المبيع (قوله فلو رد الخ) تفريع على قوله أو مشتر أى إذا رد المشترى المبيع بخيار عيب أو نحوه من خيار شرط أو رؤية رجع على بائعه بالكل : أى بالثمن وما زيد فيه وفى الجوهرة إذا اشترى عشرة أثواب بمائة درهم فزاده البائع بعد العقد ثوبا آخر ثم اطلع المشترى على عيب فى أحد الثياب إن كان قبل القبض ، فالمشترى بالخيار إن شاء فسخ البيع فى جميعها وإن شاء رضى بها وإن كان بعد القبض ، فله رد المعيب بحصته وإن كانت الزيادة هى المعيبة اهـ .

مطلب فى تأجيل الدين

(قوله ولزم تأجيل كل دين) الدين ما وجب فى الذمة بعقد أو استهلاك ، وما صار فى ذمته دينا باستقراضه فهو أعم من القرض كذا فى الكفاية ويأتى في أول الفصل تعريف القرض ، وأطلق التأجيل فشمل ما لو كان الأجل معلوما أو مجهولا لكن إن كانت الجهالة متقاربة كالحصاد والدياس يصح لا إن كانت متفاحشة كهبوب الريح كما فى الهداية وغيرها ومر فى باب البيع الفاسد أن الجهالة اليسيرة متحملة فى الدين بمنزلة الكفالة (قوله إن قبل المديون) فلو لم يقبله بطل التأجيل فيكون حالا ذكره الإسبيجابى ، ويصح تعليق التأجيل بالشرط فلو قال لمن عليه ألف حالة إن دفعت إلى غدا خمسمائة فالخمسمائة الأخرى مؤخرة عنك إلى سنة فهو جائز كذا فى الذخيرة وفى الخانية لو قال المديون : أبطلت الأجل أو تركته صار حالا ، بخلاف برئت من الأجل أو لاحاجة لى فيه ، وإذا قضاه قبل الحلول فاستحق المقبوض من القابض أو وجده زيوفا فرده أو وجد بالمبيع عيبا فرده بقضاء عاد الأجل لا لو اشترى من مديونه شيئا بالدين وقبضه ثم تقايلا البيع ولو كان بهذا الدين المؤجل كفيل لا تعود الكفالة فى الوجهين اهـ بحر وقوله فى الوجهين : أى فى الإقالة وفى الرد بعيب بقضاء وقدمنا فى الإقالة أن عدم عود الكفاية فى الرد بعيب فيه خلاف فراجعه (قوله إلا فى سبع) هى فى الحقيقة ست فان مسألتى الإقالة واحدة (قوله بدلى صرف وسلم) لاشتراط القبض لبدلى الصرف فى المجلس واشتراطه فى رأس مال السلم ، وهو المراد ببدله هنا أما المسلم فيه فشرطه

---

(١) (قوله لايثبت بالشك) هكذا بخطه ، وليست هذه العبارة موجودة فى نسخ الشارح التى بيدى فليحرر اهـ مصححه .

وثمن عند إقالة وبعدها وما أخذ به الشفيع ودين الميت والسابع (القرض) فلا يلزم تأجيله (إلا) في أربع

التأجيل ط (قوله وثمن عند إقالة وبعدها) في القنية أجل المشتري البائع سنة عند الإقالة صحت الاقالة وبطل الأجل ، ولو تقايلا ثم أجله ينبغي أن لايصح الأجل عند أبي حنيفة فإن الشرط اللاحق بعد العقد ملتحق بأصل العقد عنده اه بحر وتقدمت المسألة في باب الإقالة وكتبنا هناك أنا قدمنا في البيع الفاسد تصحيح عدم التحاق الشرط الفاسد ، وعليه فيصح التأجيل بعدها ويؤيده ما نقله بعضهم عن سلم الجوهرة من أنه يجوز تأجيل رأس مال السلم بعد الإقالة ، لأنه دين لا يجب قبضه في المجلس كسائر الديون اه ثم رأيت العلامة البيري قال : إن قوله الشرط اللاحق ملتحق بأصل العقد ساقط ، لأن التأجيل وقع بعد العقد لا على وجه الشرط ، بل على وجه التبرع كما في سائر الديون، ويؤيده أنه نقل جواز تأخير الثمن بعد الرد بالعيب بقضاء أو بغيره، والعجب من المؤلف أي صاحب الأشباه كيف أقره على ذلك اه كلام البيري ملخصا .

قلت : لكن وجه ما في القنية أن الإقالة بيع من وجه، وقد مر الخلاف في باب البيع الفاسد فيما لو باع مطلقا ثم أجل إلى أجل مجهول، قيل يصح الأجل ، وقيل لا بناء على أنه يلتحق بالعقد، وهنا إذا التحق بعقد الإقالة يلزم أن يزيد الثمن فيها بوصف التأجيل مع أن الإقالة إنما تصح بمثل الثمن الأول فالأحسن الجواب بما قلنا من تصحيح عدم الالتحاق تأمل (قوله وما أخذ به الشفيع) يعني لو أجل المشتري الشفيع في الثمن لم يصح بحر : وشمل ما لو كان الشراء بمؤجل فإن الأجل لا يثبت في أخذ الشفيع كما سيذكره في بابها (قوله ودين الميت) أي لو مات المديون وحل المال فأجل الدائن وارثه لم يصح لأن الدين في الذمة وفائدة التأجيل أن يتجر فيؤدي الدين من نماء المال، فإذا مات من له الأجل تعين المتروك لقضاء الدين ، فلا يفيد التأجيل كذا في الخلاصة . وظاهره أنه في كل دين وذكره في القنية في القرض بحر : وفي الفتح مثل ما في القنية لكن في الذخيرة تأجيل رب الدين ماله على الميت لا يجوز ، والصحيح أنه قول الكل لأن الأجل صفة الدين ، ولا دين على الوارث ، فلا يثبت الأجل في حقه ، ولا وجه أيضا لثبوته للميت ، لأنه سقط عن ذمته بالموت ولا لثبوته في المال لأنه عين والأعيان لا تقبل التأجيل : وفي البرجندي قال صاحب المحيط : الأصح عندي أن تأجيله صحيح، وهكذا أفتى الإمام قاضيخان ، لأنه إذا كان هذا الدين يتعلق بالتركة ، لكنه يثبت في الذمة فلا يكون عينا فيصح التأجيل ، وأفتى بعضهم بعدم الصحة كذا في الفصول العمادية بيري (قوله فلا يلزم تأجيله) أي أنه يصح تأجيله مع كونه غير لازم فللمقرض الرجوع عنه ، لكن قال في الهداية : فان تأجيله لا يصح لأنه إعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظة الإعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما في الإعارة إذ لاجبر في التبرع ، وعلى اعتبار الانتهاء لايصح، لأنه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا اه ومقتضاه أن قوله لا يصح على حقيقته ، لأنه إذا وجد فيه مقتضى عدم اللزوم ومقتضى عدم الصحة ، وكان الأول لا ينافي الثاني لأن ما لا يصح لا يلزم وجب اعتبار عدم الصحة ، ولهذا علل في الفتح لعدم الصحة أيضا بقوله : ولأنه لو لزم كان التبرع ملزما على المتبرع، ثم للمثل المردود حكم العين كأنه رد العين وإلا كان تمليك دراهم بدراهم بلا قبض في المجلس والتأجيل في الأعيان لا يصح اه ملخصا ويؤيده ما في النهر عن القنية التأجيل في القرض باطل (قوله إلا في أربع) أي بعد مسألتي الحوالة واحدة ومسألتي الوصية واحدة أيضا وقد نظمت هذه مع التي قبلها بقولي :

ست من الديون ليس يلتزم ... تأجيلها بدل صرف وسلم

(إذا) كان مجحودا أو حكم مالكى بلزومه بعدثبوت أصل الدين عنده أو أحاله على آخر فأجله المقوض أو أحاله على مديون مؤجل دينه لأن الحوالة مبرئة والرابع الوصية (أوصى بأن يقرض من ماله ألف درهم فلانا إلى سنة) فيلزم من ثلثه ويسامح فيها نظرا للموصى (أو أوصى بتأجيل قرضه) الذى له (على زيد سنة) فيصح ويلزمه :

والحاصل : أن تأجيل الدين على ثلاثة أوجه باطل فى بدلى صرف وسلم وصحيح غير لازم فى قرض وإقالة وشفيع ودين ميت ولازم فيما عدا ذلك وأقره المصنف وتعقبه فى النهر بأن الملحق بالقرض تأجيله باطل :

قلت : ومن حيل تأجيل القرض كفالته مؤجلا فيتأخر عن الأصل لأن الدين واحد بحر ونهر فهى خامسة فلتحفظ :

دين على ميت وما للمشترى على مقيل أو شفيع ياسرى
والقرض إلا أربعا فيها مضى جحد وصية حوالة قضى

(قوله إذا كان مجحودا) فى الخانية : رجل له على رجل ألف درهم قرض فصالحه على مائة إلى أجل صح الحط والمائة حالة ، وإن كان المستقرض جاحدا للقرض فالمائة إلى الأجل اه بيرى ومثله ما لو قال المستقرض للمقرض سرا : لا أقر لك حتى تؤجله عنى فأقرله عند الشهود بالألف مؤجلة (قوله أوحكم مالكى بلزومه) فإنه عنده لازم وقيد به لأن الأرجح أن حكم الحنفى بخلاف مذهبه لا ينفذ خصوصا فى قضاة زمننا ، وقيد بقوله بعد ثبوت أصل الدين عنده ، لأنه لو لم يكن ثابتا لا يصح حكمه بلزوم تأجيله ، ولأن المجحود لايتوقف تأجيله على حكم مالكى (قوله أو أحاله الخ) فى الفتح والحيلة فى لزوم تأجيله : أن يحيل المستقرض المقرض على آخر بدينه : فيؤجل المقرض ذلك الرجل المحال عليه فيلزم اه وإذا لزم فإن كان للمحيل على المحال عليه دين ، فلا إشكال وإلا أقر المحيل بقدر المحال به للمحال عليه مؤجلا أشار إليه فى المحيط بحر ، وفائدة الإقرار تمكن المحال عليه من الرجوع على المحيل بما يدفعه للمقرض (قوله أو أحاله على مديون الخ) أفاد أنه لا فرق بين كون تأجيل المحال عليه صادرا من المقرض أو من المحيل وهو المستقرض (قوله لأن الحوالة مبرئة) أى تبرأ بها ذمة المحيل ويثبت بها للمحال أى المقرض دين على المحال عليه بحكم الحوالة فهو فى الحقيقة تأجيل دين لاقرض (قوله فيلزم من ثلثه) فإن خرجت الألف من الثلث فيها وإلا فبقدر مايخرج ط (قوله ويسامح فيها نظرا للموصى) لأنه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصى هداية :

وحاصله : أن لزوم الوصية بالتبرع ومنه مانحن فيه خارج عن القياس رحمة وفضلا على الموصى إذ كان القياس أن لا تصح وصيته لأنها تمليك مضاف إلى حال زوال مالكيته (قوله وأقره المصنف) أى أقر ما ذكر من الحاصل وهو لصاحب البحر فكان الأولى عزوه إليه (قوله وتعقبه) أى تعقب الحاصل المذكور فافهم (قوله بأن الملحق بالقرض) هو الإقالة بقسميها والشفيع ودين الميت ح (قوله تأجيله باطل) لتعبيرهم فيها بلا يصح ، أو بباطل فلا يقال : إن التأجيل فيها صحيح غير لازم ط :

قلت : وقد علمت مما قدمناه أن القرض كذلك ولعل مراد صاحب البحر بالباطل مايحرم فعله ويلزم منه الفساد ، فإن تأجيل بدلى الصرف والسلم كذلك بخلاف القرض والملحق به فإنه لو ترك المطالبة به إلى حلول الأجل لم يلزم منه ذلك ، فلذا قال إنه صحيح غير لازم لكن ماقدمناه عن الهداية فى القرض من قوله وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لأنه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا اه يقتضى أنه يلزم منه الفساد وأنه حرام ولم يظهر لى وجهه فليتأمل (قوله لأن الدين واحد) أى فإذا تأخر عن الكفيل لزم تأخيره عن الأصيل أيضا إذ يثبت ضمنا

وفى حيل الأشباه: حيلة تأجيل دين الميت أن يقر الوارث بأنه ضمن ما على الميت فى حياته مؤجلا إلى كذا ويصدقه الطالب أنه كان مؤجلا عليهما ويقر الطالب بأن الميت لم يترك شيئا وإلا لأمر الوارث بالبيع للدين وهذا على ظاهر الرواية من أن الدين إذا حل بموت المديون لا يحل على كفيله .

قلت: وسيجيء آخر الكتاب أنه لو حل لموته أو أداه قبل حلوله ليس له من المرابحة إلا بقدر ما مضى من الأيام وهو جواب المتأخرين .

ما يمتنع قصدا كبيع الشرب والطريق كما فى البحر عن تلخيص الجامع ، لكن فى النهر عن السراج قال أبو يوسف إذا أقرض رجل رجلا مالا فكفل به رجل عنه إلى وقت كان على الكفيل إلى وقته ، وعلى المستقرض حالا اهـ ونقل نحوه فى كفالة البحر عن الذخيرة والغيائية ، وذكر فى أنفع الوسائل مثله عن عدة كتب، وذكر أن هذه الحيلة لم يقل بها أحد غير الحصيرى فى التحرير ، وأنه إذا تعارض كلامه وحده مع كلام كل الأصحاب لا يفتى به اهـ .

وحاصله : أن الجمهور على أنه يتأجل على الكفيل دون الأصيل ، وبه أفتى العلامة قارىء الهداية وغيره وسيأتى تمامه فى الكفالة إن شاء الله تعالى .

[تنبيه] : لم يذكر ما لو أجل الكفيل الأصيل ، وهو جائز ففى البيرى روى ابن سماعة عن محمد رجل قال لغيره اضمن عنى لفلان الألف التى على ففعل ، وأداها الضامن ، ثم إن الضامن أخر المضمون عنه فالتأخير جائز وليس هذا بمنزلة القرض ، ولو قال : اقض عنى هذا الرجل ألف درهم ففعل ثم أخرها لم يجز التأخير ، لأن هذا أدى عنه فصار مقرضا والتأخير فى القرض باطل والأول أدى عن نفسه اهـ (قوله أن يقر الوارث الخ) الظاهر أنه مفروض فى وارث لا مشارك له فى الميراث ، وإلا يلحقه ضرر بلزوم الدين عليه وحده ، والمقصود من هذه الحيلة بيان حكمها لو وقعت كذلك لا تعليم فعلها ، لأن فيها الأخبار بخلاف الواقع (قوله ويصدقه الطالب أنه الخ) لو قال : ويصدقه الطالب فى ذلك لكان أخصر وأظهر ، لأن تصديقه بتأجيله على الميت غير لازم (قوله وإلا لأمر الوارث الخ) عبارة الأشباه وإلا فقد حل الدين بموته فيؤمر الوارث الخ .

مطلب إذا قضى المديون الدين قبل حلول الأجل أو مات لا يؤخذ من المرابحة إلا بقدر ما مضى

(قوله وسيجيء آخر الكتاب) أى قبيل كتاب الفرائض وهذا مأخوذ من القنية حيث قال فيها برمز نجم الدين قضى المديون الدين قبل الحلول أو مات فأخذ من تركته ، فجواب المتأخرين : أنه لا يأخذ من المرابحة التى جرت بينهما إلا بقدر ما مضى من الأيام قيل له أتفتى به أيضا ؟ قال نعم قال : ولو أخذ المقرض القرض والمرابحة قبل مضى الأجل فللمديون أن يرجع بحصة ما بقى من الأيام اهـ وذكر الشارح آخر الكتاب : أنه أفتى به المرحوم مفتى الروم أبو السعود. وعلله بالرفق من الجانبين .

قلت: وبه أفتى الحانوتى وغيره وفى الفتاوى الحامدية سئل فيما إذا كان لزيد بذمة عمرو مبلغ دين معلوم فرابحه عليه إلى سنة ، ثم بعد ذلك بعشرين يوما مات عمرو المديون ، فحل الدين ودفعه الوارث لزيد، فهل يؤخذ من المرابحة شىء أولا؟ الجواب جواب المتأخرين : أنه لا يؤخذ من المرابحة التى جرت المبايعة عليها بينهما إلا بقدر ما مضى من الأيام قيل للعلامة نجم الدين : أتفتى به ؟ قال : نعم كذا فى الأنقروى والتنوير ، وأفتى به علامة الروم مولانا أبو السعود وفى هذه الصورة بعد أداء الدين دون المرابحة إذا ظنت الورثة أن المرابحة تلزمهم فرابحوه عليها عدة سنين بناء على أن المرابحة تلزمهم حتى اجتمع عليهم مال ، فهل يلزمهم المال أولا ؟ الجواب : لا يلزمهم لما فى القنية

فصل فى القرض

(هو) لغة : ماتعطيه لتتقاضاه ، وشرعا : ماتعطيه من مثلى لتتقاضاه وهو أخصر من قوله (عقد مخصوص) أى بلفظ القرض ونحوه (يرد على دفع مال) بمنزلة الجنس (مثلى) خرج القيمى (لآخر ليرد مثله) خرج نحو وديعة وهبة (وصح) القرض (فى مثلى) هو كل مايضمن بالمثل عند الاستهلاك (لافى غيره) من القيميات كحيوان وحطب وعقار وكل متفاوت لتعذر رد المثل :

واعلم أن المقبوض بقرض فاسد كمقبوض ببيع فاسد سواء

برمز بكر خواهر زاده كان يطالب الكفيل بالدين بعد أخذه من الأصيل ، ويبيعه بالمرابحة ، حتى اجتمع عليه سبعون دينارا ، ثم تبين أنه قد أخذه فلا شئ له لأن المبايعة بناء على قيام الدين ولم يكن اه هذا ماظهر لنا والله سبحانه أعلم اه .

فصل فى القرض

بالفتح والكسر منح ومناسبته لما قبله ذكر القرض فى قوله : وازم تأجيل كل دين إلا القرض ط (قوله ماتعطيه لتتقاضاه) أى من قيمى أو مثلى ، وفى المغرب تقاضيته دينى وبدينى واستقضيته طلبت قضاءه واقتضيت منه حقى أخذته (قوله وشرعا ماتعطيه من مثلى الخ) فهو على التفسيرين مصدر بمعنى اسم المفعول لكن الثانى غير مانع لصدقه على الوديعة والعارية ، فكان عليه أن يقول لتتقاضى مثله ، وقدمنا قريبا أن الدين أعم من القرض (قوله عقد مخصوص) الظاهر أن المراد عقد بلفظ مخصوص ، لأن العقد لفظ ، ولذا قال أى بلفظ القرض ونحوه أى كالدين وكقوله : أعطنى درهما لأرد عليك مثله ، وقدمنا عن الهداية أنه يصح بلفظ الإعارة (قوله بمنزلة الجنس) أى من حيث شموله القرض وغيره ، وليس جنسا حقيقيا ، لعدم الماهية الحقيقية كما عرف فى موضعه ، واعترض بأن الذى بمنزلة الجنس قوله عقد مخصوص ، وأما هذا فهو بمنزلة الفصل خرج به مالا يرد على دفع مال كالنكاح وفيه أن النكاح لم يدخل فى قوله عقد مخصوص أى بلفظ القرض ونحوه كما علمت فصار الذى بمنزلة الجنس هو مجموع قوله عقد مخصوص يرد على دفع مال تأمل (قوله لآخر) متعلق بقوله دفع (قوله خرج نحو وديعة وهبة) أى خرج وديعة وهبة ونحوهما كعارية وصدقة ، لأنه يجب رد عين الوديعة والعارية ولايجب رد شئ فى الهبة والصدقة (قوله فى مثلى) كالمكيل والموزون والمعدود المتقارب كالجوز والبيض .

وحاصله : أن المثلى مالا تتفاوت آحاده أى تفاوتا تختلف به القيمة فإن نحو الجوز تتفاوت آحاده تفاوتا يسيرا (قوله لتعذر رد المثل) علة لقوله لا فى غيره : أى لايصح القرض فى غير المثلى ، لأن القرض إعارة ابتداء ، حتى صح بلفظها معاوضة انتهاء ، لأنه لايمكن الانتفاع به إلا باستهلاك عينه ، فيستلزم إيجاب المثل فى الذمة ، وهذا لايتأتى فى غير المثلى قال فى البحر : ولا يجوز فى غير المثلى ، لأنه لايجب دينا فى الذمة ويملكه المستقرض بالقبض كالصحيح والمقبوض بقرض فاسد يتعين للرد ، وفى القرض الجائز لايتعين بل يرد المثل ، وإن كان قائما وعن أبى يوسف ليس له إعطاء غيره إلا برضاه وعارية ماجاز قرضه قرض ومالا يجوز قرضه عارية اه أى قرض مالا يجوز قرضه عارية من حيث إنه يجب رد عينه لامطلقا لما علمت من أنه يملك بالقبض تأمل (قوله كمقبوض ببيع فاسد) أى فيفيد الملك بالقبض كما علمت ، وفى جامع الفصولين القرض الفاسد يفيد الملك ، حتى لو استقرض بيتا فقبضه ملكه ، وكذا سائر الأعيان وتجب القيمة على المستقرض كما لو أمر بشراء قن بأمة المأمور ففعل فالقن للآمر

فيحرم الانتفاع به لابيعه لثبوت الملك جامع الفصولين (فيصح استقراض الدراهم والدنانير وكذا) كل (مايكال أو يوزن أو يعد متقاربا فصح استقراض جوز وبيض) وكاغد عددا (ولحم) وزنا وخبز وزنا وعددا كما سيجيء (استقرض من الفلوس الرائجة والعدالى فكسدت فعليه مثلها كاسدة) و (لا) يغرم (قيمتها) وكذا كل مايكال ويوزن لما مر أنه مضمون بمثله فلا عبرة بغلائه ورخصه ذكره فى المبسوط من غير خلاف وجعله فى البزازية وغيرها قول الإمام وعند الثانى عليه قيمتها يوم القبض وعند الثالث قيمتها فى آخر يوم رواجها وعليه الفتوى

(قوله فيحرم الخ) عبارة جامع الفصولين ثم فى كل موضع لايجوز القرض لم يجز الانتفاع به لعدم الحل، ويجوز بيعه لثبوت الملك كبيع فاسد اه فقوله: ويجوز بيعه بمعنى يصح لا بمعنى يحل إذ لاشك فى أن الفاسد يجب فسخه والبيع مانع من الفسخ فلا يحل كما لايحل سائر التصرفات المانعة من الفسخ كما مر فى بابه، وبه تعلم مافى عبارة الشارح (قوله وكاغد) أى قرطاس، وقوله: عددا قيد للثلاثة وماذكره فى الكاغد ذكره فى التتارخانية، ثم نقل بعده عن الخانية ولا يجوز السلم فى الكاغد عددا لأنه عددى متفاوت اه ولعل الثانى محمول على ماإذا لم يعلم لوعه وصفته (قوله كما سيجيء) أى فى باب الربا حيث قال: ويستقرض الخبز وزنا وعددا عند محمد، وعليه الفتوى ابن ملك واستحسنه الكمال واختاره المصنف تيسيرا اه . وفى التتارخانية قال أبو حنيفة: لايجوز قرضه واستقراضه لاعددا ولا وزنا وفى رواية عن أبى يوسف مثله وقوله: المعروف أنه لابأس به، وعليه أفعال الناس جارية والفتوى على قول محمد اه ملخصا ونقل فى الهندية عن الخانية والظهيرية والكافى: أن الفتوى على جواز استقراضه وزنا لاعددا وهو قول الثانى اه ولعله هو المراد بقوله المعروف وسيذكر استقراض العجين والخميرة (قوله والعدالى) بفتح العين المهملة وتخفيف الدال المهملة، وباللام المكسورة: وهى الدراهم المنسوبة إلى العدالى، وكأنه اسم ملك نسب إليه درهم فيه غش كذا فى صرف البحر عن البناية :

قلت: والمراد بها دراهم غالبة الغش كما وقع التصريح به فى الفتح وغيره بدل لفظ العدالى، لأن غالبة الغش فى حكم الفلوس من حيث إنها إنما صارت ثمنا بالاصطلاح على ثمنيتها فتبطل ثمنيتها بالكساد، وهو ترك التعامل بها بخلاف ماكانت فضتها خالصة أو غالبة، فإنها أثمان خلقة فلا تبطل ثمنيتها بالكساد كما حققناه أول البيوع عند قوله: وصح بثمن حال ومؤجل (قوله فعليه مثلها كاسدة) أى إذا هلكت وإلا فيرد عينها اتفاقا كما فى صرف الشرنبلالية وفيه كلام سيأتى (قوله فلا عبرة بغلائه ورخصه) فيه أن الكلام فى الكساد، وهو ترك التعامل بالفلوس ونحوها كما قلنا، والغلاء والرخص غيره، وكأنه نظر إلى اتحاد الحكم فصح التفريع تأمل: وفى كافى الحاكم لو قال: أقرضنى دانق حنطة فأقرضه ربع حنطة، فعليه أن يرد مثله وإذا استقرض عشرة أفلس، ثم كسدت لم يكن عليه إلا مثلها فى قول أبى حنيفة، وقالا: عليه قيمتها من الفضة يستحسن ذلك، وإن استقرض دانق فلوس أو نصف درهم فلوس، ثم رخصت أو غلت لم يكن عليه إلا مثل عدد الذى أخذه، وكذلك لو قال أقرضنى عشرة دراهم غلة بدينار، فأعطاه عشرة دراهم فعليه مثلها، ولا ينظر إلى غلاء الدراهم، ولا إلى رخصها، وكذلك كل مايكال ويوزن فالقرض فيه جائز، وكذلك مايعد من البيض والجوز اه وفى الفتاوى الهندية: استقرض حنطة فأعطى مثلها بعد ماتغير سعرها يجبر المقرض على القبول (قوله وجعله) أى مافى المتن من قوله فعليه مثلها (قوله وعند الثانى الخ) حاصله أن الصاحبين اتفقا على وجوب رد القيمة دون المثل، لأنه لما بطل وصف الثمنية بالكساد (١) تعذر رد عينها كما قبضها فيجب رد قيمتها، وظاهر الهداية اختيار قولهما فتح :

---

(١) قوله (لأنه لما بطل وصف الثمنية بالكساد الخ) ظاهره أنها لو كانت قائمة غيرها لكنه لايمكن رد عينها أيضا وهو خلاف ما قدمناه آنفا عن الشرنبلالية تأمل اه منه .

قال وكذا الخلاف إذا (استقرض طعاما بالعراق فأخذه صاحب القرض بمكة فعليه قيمته بالعراق يوم اقتراضه عند الثانى وعند الثالث يوم اختصما وليس عليه أن يرجع) معه (إلى العراق فيأخذ طعامه ولو استقرض الطعام ببلد الطعام فيه رخيص فلقيه المقرض فى بلد الطعام فيه غال فأخذه الطالب بحقه فليس له حبس المطلوب ويؤمر المطلوب بأن يوثق له) بكفيل (حتى يعطيه طعامه فى البلد الذى أخذه منه استقرض شيئا من الفواكه كيلا أو وزنا فلم يقبضه حتى انقطع فإنه يجبر صاحب القرض على تأخيره إلى مجىء الحديث إلا أن يتراضيا على القيمة) لعدم وجوده بخلاف الفلوس إذا كسدت وتمامه فى صرف الخانية

ثم إنهما اختلفا فى وقت الضمان قال فى صرف الفتح : وأصله اختلافهما فيمن غصب مثليا فانقطع فعند أبى يوسف تجب قيمته يوم الغصب ، وعند محمد : يوم القضاء وقولها : أنظر للمقرض من قول الإمام ، لأن فى رد المثل إضرارا به ثم قول أبى يوسف : أنظر له أيضا ، لأن قيمته يوم القرض أكثر من يوم الانقطاع وهو أيسر أيضا فإن ضبط وقت الانقطاع عسر اه ملخصا . ولم يذكر حكم الغلاء والرخص ، وقدمنا أول البيوع أنه عند أبى يوسف تجب قيمتها يوم القبض أيضا ، وعليه الفتوى كما فى البزازية والذخيرة والخلاصة ، وهذا يؤيد ترجيح قوله فى الكساد أيضا وحكم البيع كالقرض ، إلا أنه عند الإمام يبطل البيع ، وعند أبى يوسف لايبطل وعليه قيمتها يوم البيع فى الكساد والرخص والغلاء كما قدمناه أول البيوع (قوله فآخذه) بمد الهمزة أى طلب أخذه منه (قوله بالعراق يوم اقتراضه) متعلقان بقوله قيمته ، والثانى يغنى عن الأول (قوله وعند الثالث يوم اختصما) وعبارة الخانية : قيمته بالعراق يوم اختصما فأفاد أن الواجب قيمته يوم الاختصام التى فى بلد القرض فكان المناسب ذكر قوله بالعراق هنا وإسقاطه من الأول كما فعله فى الذخيرة (قوله فيأخذ طعامه) أى مثله فى بلد القرض (قوله ولو استقرض الطعام الخ) هذه هى المسألة الأولى وهى مالو ذهب إلى بلدة غير بلدة القرض وقيمة البلدتين مختلفة لأن العادة أن الطعام فى مكة أغلى منه فى العراق ، وهذه رواية أخرى وهى قول الإمام كما صرح به فى الذخيرة ، فإنه ذكر أولا مامر من حكاية القولين :

ثم قال مانصه : بشر عن أبى يوسف رجل أقرض رجلا طعاما أو غصبه إياه وله حمل ومؤنة والتقيا فى بلدة أخرى الطعام فيها أغلى أو أرخص ، فإن أبا حنيفة قال : يستوثق له من المطلوب حتى يوفيه طعامه حيث غصب أو حيث أقرضه ، وقال أبو يوسف : إن تراضيا على هذا فحسن وأيهما طلب القيمة أجبر الآخر عليه : وهى القيمة فى بلد الغصب أو الاستقراض والقول فى ذلك قول المطلوب ولو كان الغصب قائما بعينه أجبر على أخذه لاعلى القيمة اه وفيها أيضا وذكر القدورى فى شرحه إذا استقرض دراهم بخارية ، والتقيا فى بلدة لايقدر فيها على البخارية فإن كان ينفق فى ذلك البلد ، فإن شاء صاحب الحق أجله قدر المسافة ذاهبا وجائيا واستوثق منه ، وإن كان البلد لاينفق فيها وجب القيمة اه :

وقدمنا أول البيوع أن الدراهم البخارية فلوس على صفة مخصوصة ، فلذا أوجب القيمة إذا كانت لاتنفق فى ذلك البلد لبطلان الثمنية بالكساد ، كما قدمناه وبهذا ظهر أنه لو كانت الدراهم فضتها خالصة أو غالبة كريال الفرنجى فى زماننا فالواجب رد مثلها ، وإن كانا فى بلدة أخرى ، لأن ثمنية الفضة لاتبطل بالكساد ، ولا بالرخص أو الغلاء ويدل عليه ماقدمناه عن كافى الحاكم من أنه لاينظر إلى غلاء الدراهم ، ولا إلى رخصها هذا ما ظهر لى فتأمل وانظر ماكتبناه أول البيوع (قوله استقرض شيئا من الفواكه الخ) المراد ماهو كيلى أو وزنى إذا استقرضه ثم انقطع عن أيدى الناس ، قبل أن يقبضه إلى المقرض ، فعند أبى حنيفة يجبر المقرض على التأخير إلى إدراك

(ويملك) المستقرض (القرض بنفس القبض عندهما) أى الإمام ومحمد خلافا للثانى فله رد المثل ولو قائما خلافا له بناء على انعقاده بلفظ القرض وفيه تصحيحان وينبغى اعتماد الانعقاد لافادته الملك للحال بحر فجاز شراء المستقرض القرض ولو قائما من المقرض

الجديد ليصل إلى عين حقه ، لأن الانقطاع بمنزلة الهلاك ، ومن مذهبه أن الحق لا ينقطع عن العين بالهلاك ، وقال أبو يوسف : هذا لايشبه كساد الفلوس ، لأن هذا مما يوجد ، فيجبر المقرض على التأخير إلا أن يتراضيا على القيمة ، وهذا فى الوجه كما لو التقيا فى بلد الطعام فيه غالب فليس له حبسه ويوثق له بكفيل حتى يعطيه إياه فى بلده ذخيرة ملخصا (قوله بنفس القبض) أى قبل أن يستهلكه (قوله خلافا للثانى) حيث قال لايملك المستقرض القرض مادام قائما كما فى المنح آخر الفصل اهـ ح (قوله فله رد المثل) أى لو استقرض كر بر مثلا وقبضه فله حبسه ورد مثله ، وإن طلب المقرض رد العين ، لأنه خرج عن ملك المقرض ، وثبت له فى ذمة المستقرض مثله لاعينه ولو قائما (قوله بناء على انعقاده الخ) هكذا نقل هذه العبارة هنا فى المنح عن البحر ، ونقل أيضا عن الزيلعى : أنهم اختلفوا فى انعقاده بلفظ القرض ، قيل ينعقد ، وقيل لا ، وقيل الأول قياس قولهما والثانى قياس قوله اهـ :

قلت : والعبارتان غير مذكورتين فى هذا الفصل من البحر ، وشرح الزيلعى وإنما ذكرهما فى كتاب النكاح عند قول الكنز وينعقد بكل ما وضع لتمليك العين فى الحال فالضمير فى انعقاده فى عبارة البحر المذكورة فى الشرح ، وعبارة الزيلعى التى نقلناها عائدة على النكاح لا على القرض كما يوهمه كلام الشارح تبعا للمنح ، وهذا أمر عجيب . نعم لهذه المسألة مناسبة هنا وذلك أن ظاهر كلام المتن ترجيح قولهما ، فكان المناسب للشارح أن يقول : وعلى هذا ينبغى اعتماد انعقاد النكاح بلفظ القرض ، وهو أحد التصحيحين لإفادته الملك للحال فافهم .

مطلب فى شراء المستقرض القرض من المقرض

(قوله فجاز شراء المستقرض القرض) تفريع على قولهما ، والمراد شراؤه مافي ذمته لاعين القرض الذى فى يده وحينئذ فقوله : ولو قائما فيه استخدام ، لأنه عائد إلى عين القرض الذى فى يده ، وبيان ذلك أنه تارة يشترى مافى ذمته للمقرض وتارة مافى يده أى عين مااستقرضه ، فإن كان الأول ففى الذخيرة اشترى من المقرض الكر الذى له عليه بمائة دينار جاز لأنه دين عليه لابعقد صرف ولا سلم ، فإن كان مستهلكا وقت الشراء فالجواز قول الكل لأنه ملكه بالاستهلاك وعليه مثله فى ذمته بلا خلاف ، وإن كان قائما فكذلك عندهما وعلى قول أبى يوسف ينبغى أن لايجوز لأنه لايملكه مالم يستهلكه ، فلم يجب مثله فى ذمته فإذا أضاف الشراء إلى الكر الذى فى ذمته فقد أضافه إلى معدوم فلا يجوز اهـ وهذا ما فى الشرح وإن كان الثانى ففى الذخيرة أيضا : استقرض من رجل كرا وقبضه ثم اشترى ذلك الكر بعينه من المقرض لايجوز على قولهما ، لأنه ملكه بنفس القبض فيصير مشتريا ملك نفسه أما على قول أبى يوسف فالكر باق على ملك المقرض فيصير المستقرض مشتريا ملك غيره فيصح وبقى مالو كان المستقرض هو الذى باع الكر من المقرض ، فيجوز على قولهما ، لأنه باع ملك نفسه : واختلفوا على قول أبى يوسف بعضهم قالوا يجوز ، لأن المستقرض على قوله وإن لم يملك الكر بنفس القرض ، إلا أنه يملك التصرف فيه بيعا وهبة واستهلاكا ليصير متملكا له وبالبيع من المقرض صار متصرفا فيه ، وزال عن ملك المقرض فصح البيع منه اهـ ملخصا

بدراهم مقبوضة فلو تفرقا قبل قبضها بطل لأنه افتراق عن دين بدين بزازية فليحفظ (أقرض صبيا) محجورا (فاستهلكه الصبي لايضمن) خلافا للثاني (وكذا) الخلاف لو باعه أو أودعه ومثله (المعتوه ولو) كان المستقرض (عبدا محجورا لايؤاخذبه قبل العتق) خلافا للثاني (وهو كالوديعة) سواء خالية وفيها (استقرض من آخر دراهم فأتاه المقرض بها فقال المستقرض ألقها في الماء فألقاها) قال محمد (لاشيء على المستقرض) وكذا الدين والسلم بخلاف الشراء والوديعة فإنه بالإلقاء يعد قابضا والفرق أن له إعطاء غيره في الأول لا الثاني وعزاه لغريب الرواية (و) فيها (القرض لايتعلق بالجائز من الشروط فالفاسد منها لايبطله ولكنه يلغو شرط رد شيء آخر فلو استقرض الدراهم المكسورة على أن يؤدي صحيحا كان باطلا) وكذا لو أقرضه طعاما بشرط رده في مكان آخر (وكان عليه مثل ماقبض) فإن قضاه أجود بلا شرط جاز ويجبر الدائن على قبول الأجود وقيل لا بحر

(قوله بدراهم مقبوضة الخ) في البزازية من آخر الصرف إذا كان له على آخر طعام ، أو فلوس فاشتراه من عليه بدراهم وتفرقا قبل قبض الدراهم ، بطل وهذا مما يحفظ ، فإن مستقرض الحنطة أو الشعير يتلفها ، ثم يطالبه المالك بها ويعجز عن الأداء فيبيعها مقرضها منه بأحد النقدين إلى أجل ، وإنه فاسد لأنه إفتراق عن دين بدين اه وفيها في الفصل الثالث من البيوع والحيلة فيه أن يبيع الحنطة ونحوها بثوب ، ثم يبيع الثوب منه بدراهم ويسلم الثوب إليه اه (قوله أقرض صبيا محجورا فاستهلكه) قيد بالمحجور ، لأنه لو كان مأذونا فهو كالبالغ وبالاستهلاك لأنه لو بقيت عينه ، فللمالك أن يسترده ، ولو تلف بنفسه لايضمن اتفاقا كما في جامع الفصولين (قوله خلافا للثاني) فإنه يضمن قال في الهندية عن المبسوط وهو الصحيح ط (قوله وكذا الخلاف لو باعه) أي باع من الصبي أو أودعه أي واستهلكهما ، ولاحاجة إلى ذكر قوله أو أودعه لتصريح المصنف به في قوله وهو كالوديعة اه ط (قوله خلافا للثاني) فيؤاخذبه حالا كالوديعة عنده هندية ط (قوله وهو) أي الأقراض لهؤلاء (قوله وكذا الدين والسلم) أي لوجاء المديون أو رب السلم بدراهم ليدفعها إلى الدائن عن دينه ، أو إلى المسلم إليه عن رأس المال فقال له ألقها الخ (قوله بخلاف الشراء والوديعة) المراد بالشراء المشرى : أي لوجاء البائع بالمشرى أو المودع بالوديعة فقال له المشترى أو صاحب الوديعة : ألق ذلك في الماء فألقاه صح الأمر ، ويكون ذلك على الآمر ، ويصير قابضا لأن حقه متعين ، لأنه ليس للبائع إعطاء غير المبيع ، ولا للمودع إعطاء غير الوديعة ، بخلاف المقرض ، والمديون ورب السلم فإن له أن يبدل ماجاء به ، ويعطي غيره لأنه قبل القبض باق على ملكه وقيد في المنح الشراء بما إذا كان صحيحا أي لأن الفاسد لايفيد الملك قبل القبض فيكون على ملك البائع (قوله وعزاه لغريب الرواية) ظاهره أن الضمير عائد على صاحب الخانية ، لأنه نقل مافي المتن عنها مع أن مافي الشرح لم أره في الخانية وإنما عزاه المصنف إلى غريب الرواية (قوله وفيها) أي في الخانية معطوف على قوله وفيها (قوله شرط رد شيء آخر) الظاهر أن أصل العبارة كشرط رد شيء آخر اه ح (قوله وقيل لا) هذا هو الصحيح كما في الخانية ، وفيها ولو كان الدين مؤجلا فقضاه قبل حلول الأجل يجبر على القبول اه وذكر الشارح إعطاء الأجود ولم يذكر الزيادة وفي الخانية : وإن أعطاه المديون أكثر مما عليه وزنا ، فإن كانت الزيادة تجرى بين الوزنين أي بأن كانت تظهر في ميزان دون ميزان جاز وأجمعوا على أن الدانق في المائة يسير يجرى بين الوزنين وقدر الدرهم والدرهمين كثير لايجوز واختلفوا في نصف الدرهم قال الدبوسي : إنه في المائة كثير يرد على صاحبه ، فإن كانت كثيرة لاتجرى بين الوزنين إن لم يعلم المديون بها ترد على صاحبها ، وإن علم وأعطاها اختيارا إن كانت الدراهم المدفوعة مكسرة أو صحاحا لا يضرها التبعيض لايجوز إذا علم الدافع والقابض وتكون هبة المشاع فيما يحتمل القسمة وإن كان لايضره (١) . التبعيض وعلما جاز وتكون

---

(١) قوله (لايضره) لعل الصواب إسقاط لا اه منه .

وفى الخلاصة القرض بالشرط حرام والشرط لغو بأن يقرض على أن يكتب به إلى بلد كذا ليوفى دينه وفى الأشباه كل قرض جر نفعا حرام فكره للمرتهن سكنى المرهونة بإذن الراهن :

[فروع] استقرض عشرة دراهم وأرسل عبده لأخذها فقال المقرض دفعتها إليه وأقر العبد به وقال دفعتها إلى مولاى فأنكر المولى قبض العبد العشرة فالقول له ولاشىء عليه ولا يرجع المقرض على العبد لأنه أقر أنه قبضها بحق انتهى : عشرون رجلا جاءوا واستقرضوا من رجل وأمروه بالدفع لأحدهم فدفع ليس له أن يطلب منه إلا حصته :

قلت : ومفاده صحة التوكيل بقبض القرض لا بالاستقراض قنية

هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة اه وسيذكر الشارح بعضه أول باب الربا (قوله بأن يقرض الخ) هذا يسمى الآن بالوصية قال فى الدرر كره للسفتجة بضم السين وفتح التاء تعريب سفته : وهى شىء محكم ويسمى هذا القرض به لأحكام أمره وصورته : أنه يدفع إلى تاجر مبلغا قرضا ليدفعه إلى صديقه فى بلد آخر ليستفيد به سقوط خطر الطريق اه : وقال فى الخانية : وتكره السفتجة إلا أن يستقرض مطلقا ويوفى بعد ذلك فى بلد أخرى من غير شرط اه وسيأتى تمام الكلام عليها آخر كتاب الحوالة :

مطلب كل قرض جر نفعا حرام

(قوله كل قرض جر نفعا حرام) أى إذا كان مشروطا كما علم مما نقله عن البحر ، وعن الخلاصة وفى الذخيرة وإن لم يكن النفع مشروطا فى القرض ، فعلى قول الكرخى لا بأس به ويأتى تمامه (قوله فكره للمرتهن الخ) الذى فى رهن الأشباه يكره للمرتهن الانتفاع بالرهن إلا بإذن الراهن اه سائحانى :

قلت : وهذا هو الموافق لما سيذكره المصنف فى أول كتاب الرهن وقال فى المنح هناك ، وعن عبد الله ابن محمد بن أسلم السمرقندى ، وكان من كبار علماء سمرقند إنه لا يحل له أن ينتفع بشىء منه بوجه من الوجوه وإن أذن له الراهن ، لأنه أذن له فى الربا لأنه يستوفى دينه كاملا فتبقى له المنفعة فضلا ، فتكون ربا وهذا أمر عظيم :

قلت : وهذا يخالف لعامة المعتبرات من أنه يحل بالإذن إلا أن يحمل على الديانة وما فى المعتبرات على الحكم ثم رأيت فى جواهر الفتاوى إذا كان مشروطا صار قرضا فيه منفعة وهو ربا وإلا فلا بأس به اه ما فى المنح ملخصا وتعقبه الحموى بأن ما كان ربا لا يظهر فيه فرق بين الديانة والقضاء على أنه لا حاجة إلى التوفيق بعد أن الفتوى على ما تقدم أى من أنه يباح :

قلت : وما فى الجواهر يفيد توفيقا آخر بحمل ما فى المعتبرات على غير المشروط ، وما مر على المشروط ، وهو أولى من إبقاء التنافى : ويؤيده ما ذكروه فيما لو أهدى المستقرض للمقرض إن كانت بشرط كره وإلا فلا وأفتى فى الخيرية فيمن رهن شجر الزيتون على أن يأكل المرتهن ثمرته لنظير صبره بالدين بأنه يضمن (قوله دفعته) أى القرض والأولى دفعتها أى العشرة (قوله فأنكر المولى الخ) مفهومه أنه إذا أقر بقبض العبد يلزمه لما فى الخانية ، ولو أرسل رسولا إلى رجل وقال : ابعث إلى بعشرة دراهم قرضا فبعث بها مع رسوله كان الآمر ضامنا لها إذا أقر أن رسوله قبضها اه (قوله لأنه أقر أنه قبضها بحق) وهو كونه نائبا عن سيده فى القبض (قوله ليس له) أى ليس للمقرض أن يطلب منه أى من القابض إلا حصته من القرض ، لأنه قبض الباقى بالوكالة عن رفقته (قوله لا بالاستقراض) هذا منصوص عليه فى جامع الفصولين بعث رجلا ليستقرضه فأقرضه فضاع فى يده فلو قال : أقرض للمرسل ضمن مرسله ، ولو قال : أقرضنى للمرسل ضمن رسوله :

وفيها استقراض العجين وزنا يجوز وينبغي جوازه فيالخميرة بلا وزن سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن خميرة يتعاطاها الجيران أيكون ربا فقال «مارآه المسلمون حسنا فهو عندالله حسن وما رآه المسلمون قبيحا فهو عندالله قبيح»

وفيها شراء الشيء اليسير بثمن غال لحاجة القرض يجوز ويكره وأقره المصنف :

قلت : وفي معروضات المفتى أبي السعود لو ادان زيد العشرة باثنى عشر أو بثلاثة عشر بطريق المعاملة في زماننا بعد أن ورد الأمر السلطاني وفتوى شيخ الإسلام بأن لاتعطى العشرة بأزيد من عشرة ونصف ونبه على ذلك فلم يمتثل ماذا يلزمه؟ فأجاب يعزر ويحبس إلى أن تظهر توبته وصلاحه فيترك

والحاصل : أن التوكيل بالإقراض جائز لا بالاستقراض والرسالة بالاستقراض تجوز ، ولو أخرج وكيل الاستقراض كلامه مخرج الرسالة يقع القرض للآمر ، ولو مخرج الوكالة بأن أضافه إلى نفسه يقع للوكيل وله منعه عن آمره اه .

قلت : والفرق أنه إذا أضاف العقد إلى الموكل بأن قال إن فلانا يطلب منك أن تقرضه كذا صار رسولا والرسول سفير ومعبر بخلاف ما إذا أضافه إلى نفسه بأن قال : أقرضني كذا أو قال : أقرضني لفلان كذا ، فإنه يقع لنفسه ، ويكون قوله لفلان بمعنى لأجله ، وقالوا إنما لم يصح التوكيل بالاستقراض ، لأنه توكيل بالتكدي وهو لا يصح .

قلت : ووجهه أن القرض صلة وتبرع ابتداء فيقع للمستقرض إذا لاتصح النيابة في ذلك فهو نوع من التكدي بمعنى الشحاذة هذا ما ظهر لي (قوله استقراض العجين وزنا يجوز) هو المختار مختار الفتاوى واحترز بالوزن عن المجازفة ، فلا يجوز بحر ط (قوله ما رآه المسلمون) هو من حديث أحمد عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه قال « إن الله نظر إلى قلوب العباد فاختار له أصحابا فجعلهم أنصار دينه ووزراء نبيه فما رآه المسلمون الخ » وهو موقوف حسن وتمامه في المقاصد الحسنة ط (قوله يجوز ويكره) أي يصح مع الكراهة وهذا لو الشراء بعد القرض لما في الذخيرة ، وإن لم يكن النفع مشروطا في القرض ، ولكن اشترى المستقرض من المقرض بعد القرض متاعا بثمن غال ، فعلى قول الكرخي لا بأس به وقال الخصاف : ما أحب له ذلك وذكر الحلواني أنه حرام ، لأنه يقول لو لم أكن اشتريته منه طالبني بالقرض في الحال ، ومحمد لم ير بذلك بأسا وقال جواهر زاده : ما نقل عن السلف محمول على ما إذا كانت المنفعة مشروطة وذلك مكروه بلا خلاف ، وما ذكره محمد محمول على ما إذا كانت غير مشروطة وذلك غير مكروه بلا خلاف ، هذا إذا تقدم الاقراض على البيع ، فان تقدم البيع بأن باع المطلوب منه المعاملة من الطالب ثوبا قيمته عشرون دينارا بأربعين دينارا ثم أقرضه ستين دينارا أخرى ، حتى صار له على المستقرض مائة دينار ، وحصل للمستقرض ثمانون دينارا ذكر الخصاف أنه جائز وهذا مذهب محمد بن سلمة إمام بلخ وكثير من مشايخ بلخ كانوا يكرهوله ، ويقولون إنه قرض جر منفعة إذ لولاه لم يتحمل المستقرض غلاء الثمن ومن المشايخ من قال : يكره لو كانا في مجلس واحد وإلا فلا بأس به لأن المجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة ، فكأنهما وجدا معا فكانت المنفعة مشروطة في القرض وكان شمس الأئمة الحلواني يفتي بقول الخصاف وابن سلمة يقول : هذا ليس بقرض جر منفعة بل هذا بيع جر منفعة وهي القرض اه ملخصا وانظر ما سنذكره في الصرف عند قوله وبيع درهم صحيح ودرهمين غلة (قوله بطريق المعاملة) هو ما ذكره من شراء الشيء اليسير بثمن غال (قوله بأزيد من عشرة ونصف) وهناك فتوى أخرى بأزيد من أحد عشر ونصف وعليها العمل سائحاني ولعله لو رود الأمر بها متأخرا عن الأمر الأول (قوله يعزر) لأن طاعة أمر السلطان بمباح

وفى هذه الصورة هل يرد ما أخذه من الربح لصاحبه ؟ فأجاب : إن حصله منه بالتراضى ورد الأمر بعدم الرجوع لـكن يظهر أن المناسب الأمر بالرجوع وأقبح من ذلك السلم حتى أن بعض القرى قد خرجت بهذا الخصومة اﻫ .

باب الربا

هو لغة : مطلق الزيادة وشرعا (فضل) ولو حكما فدخل ربا النسيئة

واجبة (قوله ما أخذه من الربح) أى زائدا عما ورد به الأمر ط (قوله إن حصله منه بالتراضى الخ) مفهومه أنه لو أخذه بلا رضاه أنه يثبت له الرجوع بالزائد عما ورد به الأمر وهو غير ظاهر ، لأنه إذا أقرضه مائة وباعه سلعة بثلاثين مثلا بيعا مستوفيا شرائطه الشرعية لم يكن فيه إلا مخالفته الأمر السلطانى لأن مقتضى الأمر الأول أن يبيع السلعة بخمسة فقط ، لتكون العشرة بعشرة ونصف ومقتضى الأمر الثانى أن يبيعها بخمسة عشر ، لتكون العشرة بأحد عشر ونصف ، ولا يخفى أن مخالفة الأمر لاتقتضى فساد البيع ، لأن ذلك لايزيد على مخالفة أمر الله تعالى بالسعى وترك البيع وقت النداء ، فإذا باع وترك السعى يكره البيع ، ولا يفسد فكذا هنا بالأولى على أنه إذا فسد البيع وجب الفسخ ورد جميع الثمن ، وإذا صح وجب جميع الثمن فلا وجه لرد الزائد وأخذ ما ورد به الأمر فقط ، سواء قلنا بصحة البيع أو فساده فتعين أن هذا المفهوم غير مراد فتأمل (قوله لـكن يظهر الخ) لاوجه للاستدراك بعد ورود الأمر الواجب الاتباع بعدم الرجوع ط وقد يجاب بأن المراد أن المناسب أن يرد الأمر السلطانى بالرجوع : أى وإن أخذ ما أخذه بالتراضى لـكن علمت مافيه (قوله وأقبح من ذلك السلم الخ) أى أقبح من بيع المعاملة المذكور مايفعله بعض الناس من دفع دراهم سلما على حنطة أو نحوها إلى أهل القرى بحيث يؤدى ذلك إلى خراب القرية ، لأنه يجعل الثمن قليلا جدا فيكون إضراره أكثر من إضرار البيع بالمعاملة الزائدة عن الأمر السلطانى ، فيظهر أن المناسب أيضا ورود أمر سلطانى بذلك ليعزر من يخالفه وظاهره أنه لم يرد بذلك أمر والله سبحانه أعلم .

باب الربا

لما فرغ من المرابحة وما يتبعها من التصرف فى المبيع ونحو ذلك من القرض وغيره ذكر الربا ، لأن فى كل منهما زيادة إلا أن تلك الزيادة حلال ، وهذه حرام والحل هو الأصل فى الأشياء والربا بكسر الراء وفتحها خطأ مقصور على الأشهر ويثنى ربوان بالواو على الأصل ، وقد يقال ربيان على التخفيف كما فى المصباح والنسبة إليه ربوى بالكسر والفتح خطأ كما فى المغرب (قوله ولو حكما الخ) تبع فيه النهر لـكنه لا يناسب تعريف المصنف فإنه قيده بكونه بمعيار شرعى ، وهذا لايدخل فيه ربا النسيئة ولا البيع الفاسد ، إلا إذا كان فساده لعله الربا فالظاهر من كلام المصنف تعريف ربا الفضل ، لأنه هو المتبادر عند الإطلاق ، ولذا قال فى البحر فضل أحد المتجانسين . نعم هذا يناسب تعريف الـكنز بقوله فضل مال بلا عوض فى معاوضة مال بمال اﻫ فإن الأجل فى أحد العوضين فضل حكمى بلا عوض ، ولما كان الأجل يقصد له زيادة العوض كما مر فى المرابحة صح وصفه بكونه فضل مال حكما تأمل .

قال فى الشرنبلالية : ومن شرائط الربا عصمة البدلين ، وكونهما مضمونين بالإتلاف فعصمة أحدهما وعدم تقومه لايمنع فشراء الأسير أو التاجر مال الحربى أو المسلم الذى لم يهاجر بجنسه متفاضلا جائز ، ومنها أن لايكون البدلان مملوكين لأحد المتبايعين كالسيد مع عبده ، ولا مشتركين فيهما بشركة عنان أو مفاوضة كما فى البدائع اﻫ .

والبيوع الفاسدة فكلها من الربا فيجب رد عين الربا لو قائما لارد ضمانه لأنه يملك بالقبض قنية وبحر (لخال عن عوض) خرج مسألة صرف الجنس بخلاف جنسه (بمعيار شرعى) وهو الكيل والوزن فليس الذرع والعد ربا

وسيأتى بيان هذه المسائل آخر الباب (قوله والبيوع الفاسدة الخ) تبع فيه البحر عن البناية وفيه نظر فإن كثيرا من البيوع الفاسدة ليس فيه فضل خال عن عوض كبيع ماسكت فيه عن الثمن ، وبيع عرض بخمر أو بأم ولد فتجب القيمة ويملك بالقبض ، وكذا بيع جذع من سقف وذراع من ثوب يضره التبعيض ، وثوب من ثوبين والبيع إلى النيروز ونحو ذلك مما سبب الفساد فيه الجهالة ، أو الضرر أو نحو ذلك نعم يظهر ذلك فى الفساد بسبب شرط فيه نفع لأحد العاقدين مما لا يقتضيه العقد ، ولا يلائمه ويؤيد ذلك مافى الزيلعى قبيل باب الصرف فى بحث مايبطل بالشرط الفاسد حيث قال : والأصل فيه أن كل ماكان مبادلة مال بمال يبطل بالشروط الفاسدة لاما كان مبادلة مال بغير مال أوكان من التبرعات ،لأن الشروط الفاسدة من باب الربا ، وهو يختص بالمعاوضة المالية دون غيرها من المعاوضات والتبرعات ، لأن الربا هو الفضل الخالى عن العوض ، وحقيقة الشروط الفاسدة هى زيادة مالايقتضيه العقد ولايلائمه فيكون فيه فضل خال عن العوض وهوالربا بعينه اه ملخصا (قوله فيجب رد عين الربا لوقائما لارد ضمانه الخ) يعنى وإنما يجب رد ضمانه لو استهلكه ، وفى هذا التفريع خفاء ،لأن المذكور قبله أن البيع الفاسد من جملة الربا ،وإنما يظهر لو ذكر قبله أن الربا من جملة البيع الفاسد ،لأن حكم البيع الفاسد أنه يملك بالقبض ويجب رده لو قائما ورد مثله أو قيمته لو مستهلكا .

مطلب فى الإبراء عن الربا

وذكر فى البحر عن القنية ماحاصله : أن شيخ صاحب القنية أفتى فيمن كان يشترى الدينار الردى بخمسة دوانق ثم أبرأه غرماؤه عن الزائد بعد الاستهلاك بأنه يبرأ ، ووافقه بعض علماء عصره ،واستدل له بقول البزدوى : إن من جملة صور البيع الفاسد جملة العقود الربوية يملك العوض فيها بالقبض وخالفه بعضهم قائلا إن الإبراء لايعمل فى الربا لأن رده لحق الشرع ، وأيد صاحب القنية الأول بأن الزائد إذا ملكه القابض بالقبض ، واستهلكه وضمن مثله فلو لم يصح الإبراء ولزمه رد مثل ما استهلكه لايرتفع العقد السابق بل يتقرر مفيدا للملك فى الزائد ، فلم يكن فى رده فائدة لقض عقدالربا ليجب حقا للشرع ،لأن الواجب حقا للشرع ردعين الربا لوقائما لارد ضمانه اه واستحسنه فى النهر :

قلت : وحاصله أن فيه حقين حق العبد وهو رد عينه لو قائما ومثله لو هالكا وحق الشرع وهو رد عينه لنقض العقد المنهى شرعا وبعد الاستهلاك لا يتأتى رد عينه فتعين رد المثل وهو محض حق العبد ، ويصح إبراء العبد عن حقه فقول ذلك البعض إن الإبراء لايعمل فى الربا لأن رده لحق الشرع إنما يصح قبل الاستهلاك والكلام فيا بعده :

ثم اعلم أن وجوب رد عينه لوقائما فيا لو وقع العقد على الزائد أما لو باع عشرة دراهم بعشرة دراهم وزاده دانقا وهبه منه فإنه لايفسد العقد كما يأتى بيانه قريبا (قوله خرج مسألة صرف الجنس بخلاف جنسه) كبيع كر بر وكر شعير بكرى بر وكرى شعير ، فإن للثانى فضلا على الأول لكنه غيرخال عن العوض لصرف الجنس لخلاف جنسه والممنوع فضل المتجانسين (قوله بمعيار شرعى) متعلق بمحذوف صفة لفضل أو حال منه ولو أسقط هذا القيد لشمل التعريف ربا النساء ، ويمكنه الاحتراز عن الذرع والعد بالتصريح بنفيه (قوله فليس الذرع والعد ربا) أى بذى ربا أو بمعيار ربا فهو على حذف مضاف أو الذرع والعد بمعنى المذروع والمعدود : أى لايتحقق فيهما ربا

(مشروط) ذلك الفضل (لأحد المتعاقدين) أى بائع أو مشتر فلو شرط لغيرهما فليس بربا بل بيعا فاسدا (فى المعاوضة) فليس الفضل فى الهبة بربا فلو شرى عشرة دراهم فضة بعشرة دراهم وزاده دانقا إن وهبه منه انعدم الربا ولم يفسد الشراء وهذا إن ضرها الكسر لأنها هبة مشاع لايقسم كما فى المنح عن الذخيرة عن محمد : وفى صرف المجمع أن صحة الزيادة والحط قول الإمام وأن محمدا أجاز الحط وجعله هبة مبتدأة كحط كل الثمن وأبطل الزيادة قال ابن ملك والفرق بينهما خفى عندى

والمراد ربا الفضل لتحقق ربا النسيئة ، فلو باع خمسة أذرع من الهروى بستة أذرع منه أو بيضة ببيضتين جاز لويدا بيد لالونسيئة لأن وجود الجنس فقط يحرم النساء لا الفضل كوجود القدر فقط كما يأتى (قوله مشروط) تركه أولى فإنه مشعر بأن تحقق الربا يتوقف عليه وليس كذلك والحد لايتم بالعناية قهستانى فإن الزيادة بلا شرط ربا أيضا لا أن يهبها على ماسيأتى (قوله أى بائع أو مشتر) أى مثلا فمثلهما المقرضان والراهنان قهستانى قال : ويدخل فيه ماإذا شرط الانتفاع بالرهن كالاستخدام والركوب والزراعة واللبس وشرب اللبن وأكل الثمر فإن الكل ربا حرام كما فى الجواهر والتتف اهـ ط (قوله فلو شرط لغيرهما فليس بربا) عزاه فى البحر إلى شرح الوقاية وهذا مبنى على ماحققناه من أن البيوع الفاسدة ليست كلها من الربا بل مافيه شرط فاسد فيه نفع لأحد المتعاقدين فافهم (قوله بل بيعا فاسدا) عطف على محل خبر ليس ط ، وهذا مبنى على ماقدمه فى باب البيع الفاسد من أن الأظهر الفساد بشرط النفع للأجنبى ، وبه اندفع مافى حواشى مسكين (قوله فليس الفضل فى الهبة بربا) أى وإن كان مشروطا ط عن الدر المنتقى أى كما لو قال وهبتك كذا بشرط أن تخدمنى شهرا فإن هذا شرط فاسد لاتبطل الهبة به كما سيأتى قبيل الصرف ، وظاهر ماهنا أنه لو خدمه لم يكن فيه بأس (قوله فلو شرى الخ) تفريع على مفهوم قوله مشروط (قوله وزاده دانقا) أى ولو لم يكن مشروطا فى الشراء كما هو فى عبارة الذخيرة المنقول عنها ، فلو مشروطا وجب رده لو قائما كما مر عن القنية . ثم إن قوله وزاده بضمير المذكر يفيد أن الزيادة مقصودة وذكر ح أن الذى فى المنح زادت بالتاء أى زادت الدراهم ومفاده أن الزيادة غير مقصودة لكن الذى رأيته فى المنح عن الذخيرة بدون تاء وكذا فى البحر عنها وكذا رأيته فى الذخيرة أيضا فافهم (قوله وهذا) أى انعدام الربا بسبب الهبة إن ضرها أى الدراهم الكسر فلو لم يضرها الكسر لم تصح الهبة إلا بقسمة الدانق وتسليمه لإمكان القسمة (قوله وفى صرف المجمع الخ) قال فى الذخيرة من الفصل الرابع فى الحط عن بدل الصرف والزيادة فيه سوى أبو حنيفة بين الحط والزيادة فحكم بصحتهما والتحاقهما بأصل العقد وبفساد العقد بتسميتهما ، وكذا أبو يوسف سوى بينهما أى فأبطلهما ولم يجعل شيئا منهما هبة مبتدأة ، ومحمد فرق بينهما فصحح الحط هبة مبتدأة دون الزيادة ، والفرق أن فى الحط معنى الهبة لأن المحطوط يصير ملكا للمحطوط عنه بلا عوض ، بخلاف الزيادة إذ لو صحت تلتحق بأصل العقد ، ويأخذ حصة من البيع والهبة تمليك بلا عوض ، والتمليك بلا عوض لايصح كناية عن التمليكات بعوض فلذا افترقا اهـ .

قلت : وتوضيحه أن الحط إسقاط بلا عوض فيجعل كناية عن الهبة لأنها تمليك بلا عوض أيضا ، بخلاف الزيادة فإنها تكون مع باقى الثمن عوضا عن المبيع ، فكانت تمليكا بعوض فلا يصح جعلها كناية عن الهبة فلذا أبطلها (قوله كحط كل الثمن) .وجه الشبه أن حط كل الثمن لو لم يجعل هبة مبتدأة التحق بأصل العقد فأفسده لبقائه بلا ثمن وكذا الحط هنا فإنه لو التحق يفوت التماثل ويفسد العقد فلذا جعل هبة مبتدأ (قوله والفرق بينهما خفى عندى) قد أسمعناك الفرق وقال ح : قال الشيخ قاسم : ولكنه ظاهر عندى ، لأن من الحط مايمكن أن لايلحق بأصل العقد

قال وفى الخلاصة لو باع درهما بدرهم وأحدهما أكثر وزنا فحلله زيادته جاز لأنه هبة مشاع لا يقسم ولو باع قطعة لحم بلحم أكثر وزنا فوهبه الفضل لم يجز لأنه هبة مشاع يقسم .

قلت : وماقدمنا عن الذخيرة عن محمد صريح فى عدم الفرق بينهما وعليه فالكل من الزيادة والحط والعقد صحيح عند محمد وكذا عند الإمام سوى العقد فيفسد لعدم التساوى فليحفظ فإنى لم أر من نبه على هذا (وعلته) أى علة تحريم الزيادة (القدر)

ويجعل هبة مبتدأة بالاتفاق وهو حط جميع الثمن فكان البعض كالكل بخلاف الزيادة فإنها لاتكون إلا ملحقة بالعقد وبذلك يفوت التساوى اه (قوله قال وفى الخلاصة الخ) أى قال ابن ملك ناقلا عن الخلاصة ما يفيد عدم الفرق بين الحط والزيادة فإن قول الخلاصة فحلله أى وهبه زيادته جاز يفيد ذلك (قوله قلت الخ) استدراك على المجمع وتأييد لكلام شارحه ابن ملك (قوله صريح فى عدم الفرق بينهما) أى بين الزيادة والحط فإن ماقدمه من قوله إن وهبه منه انعدم الربا صريح فى أن زيادة الدانق صحيحة عند محمد فينافى قول المجمع إنه أجاز الحط وأبطل الزيادة :

أقول : والذى يظهر لى أن ماقدمه الشارح عن الذخيرة عن محمد صريح فى الفرق بينهما لا فى عدمه ، لأن قوله إن وهبه منه انعدم الربا صريح فى أن الزيادة بدون الهبة باطلة لأن الحط والزيادة فى الثمن أو فى المبيع غير الهبة ولذا يلتحقان بالعقد كما تقدم قبيل فصل القرض ، فإذا اشترى ثوبا بعشرة دراهم ودفع خمسة عشر ، فإن جعل الخمسة زيادة فى الثمن وقبل البائع ذلك فى المجلس صح والتحقت بأصل العقد إن كان المبيع قائما ، وإن جعل الخمسة هبة لم تصر زيادة فى الثمن . بل تكون هبة مبتدأة فيراعى لها شروط الهبة من الإفراز والتسليم سواء كان المبيع قائما أولا إذا علمت ذلك ظهر لك أن ما قدمه عن الذخيرة ليس من باب الزيادة فى الثمن أو فى لمبيع لأنه جعله هبة مبتدأة حتى اشترط لها شرط الهبة وهو قوله وهذا إن ضرها الكسر الخ ومثله مانقله ابن ملك عن الخلاصة ، فهذا صريح فى أنه لايصح زيادة ، وإنما يصح هبة بشروطها ولا مخالفة فيه لقول المجمع إن محمدا أبطل الزيادة .

والحاصل : أن محمدا أجاز هنا الحط دون الزيادة لكنه يجعل الحط هبة مبتدأة لاحطا حقيقة لئلا يفسد العقد كامر ، وأما الزيادة فقد أبطلها لأنها لو التحقت بالعقد أفسدته ، ولا يصح جعلها كناية عن الهبة لمامر فلذا بطلت إلا إذا وهبه الزيادة صريحا ، ولذا قال فى الذخيرة ، وإنما جاز هذا الصرف ، لأنه لولم يجز إنما لم يجز لمكان الربا فإذا وهب الدانق منه فقد انعدم الربا اه هكذا يجب أن يفهم هذا المحل فافهم ، ثم لايخفى أن هذا كله إذا لم تكن الزيادة مشروطة كما قدمناه عن الذخيرة ، فلو مشروطة ووقع العقد على الكل وجب نقض العقد لحق الشرع ولا تؤثر الهبة والإبراء إلا بعد الاستهلاك كمامر تحريره عن القنية (قوله وعليه) أى على مافهمه من التنافى بين العبارات المذكورة ، وعلمت عدمه وأن الزيادة إنما تصح إذا صرح بكونها هبة فتكون هبة بشروطها ومع عدم التصريح فهى باطلة وهو الذى فى المجمع (قوله فيفسد) لأن الزيادة والحط يصحان عنده على حقيقتهما لابمعنى الهبة وإذا صحا التحقا بأصل العقد فيفسد لعدم التساوى (قوله وعلته) العلة لغة المرض الشاغل : واصطلاحا مايضاف إليه ثبوت الحكم بلا واسطة وتمامه فى البحر (قوله أى علة تحريم الزيادة) كذا فسر الضمير فى الفتح ، وهو أولى من قول بعضهم : أى علة الربا لأنه وإن كان هو المذكور سابقا لكنه يحتاج إلى تقدير مضاف وهو لفظ تحريم فافهم ، وأراد بالزيادة الحقيقية كما فى قوله بعده أى الزيادة ، وأما كون المراد بها هنا مايشمل الحكمية :

المعهود بكيل أو وزن (مع الجنس فإن وجدا حرم الفضل) أى الزيادة (والنساء) بالمد التأخير فلم يجز بيع قفيز بر بقفيز منه متساويا وأحدهما نساء (وإن عدما) بكسر الدال من باب علم ابن ملك (حلا) كهروى بمرويين لعدم العلة فبقى على أصل الإباحة (وإن وجد أحدهما) أى القدر وحده أو الجنس (حل الفضل وحرم النساء) ولو مع التساوى، حتى لو باع عبدا بعبد إلى أجل لم يجز لوجود الجنسية

وهى الأجل ففيه أن المصنف لم يدخلها فى التعريف كما بيناه ، فالمتبادر إرادة الزيادة المعرفة وهى الحقيقية ، وأيضا فإن قوله القدر مع الجنس يختص بالحقيقية ، لأن علة الحكمية أحدهما كما بينه بعده فقد عرف الحقيقية وبين علتها لكونها هى المتبادرة عند الإطلاق ثم ذكر علة الحكمية تتميما للفائدة فافهم (قوله المعهود بكيل أو وزن) أشار إلى مافى الحواشى السعدية من أن أل فى القدر للعهد ، وبه اندفع مافى الفتح من اعتراضه على الهداية بشموله الذرع والعد ، لكن الأولى أن يقول وعاته الكيل أو الوزن لكونه أوضح ولئلا يرد ماذكره عن ابن كمال ؛

[تنبيه] ما ينسب إلى الرطل فهو وزنى قال فى الهداية : معناه ما يباع بالأواقى لأنها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكاييل اهـ :

قلت : وليس المراد بالرطل والأواقى معناهما المتعارف بل المراد بالرطل كل ما يوزن به ، وبالأواقى الأوعية التى يوضع فيها الدهن ونحوه، وتقدر بوزن خاص مثل كوز الزيت فى زمننا فإنه يباع الزيت به ويحسب بالوزن هكذا يفهم من كلامهم ، وعليه فالأواقى جمع واقية من الوقاية وهى الحفظ ؛ لأنها يحفظ بها المائع ونحوه لتعسر وضعه فى الميزان بدونها ، ولذا قال الخير الرملى فعلى هذا الزيت والسمن والعسل ونحوها موزونات وإن كيلت بالمواعين لاعتبار الوزن فيها اهـ (قوله بالمد) أى مع فتح النون (قوله فلم يجز الخ) ترك التفريع على الفضل لظهوره ط أى كبيع قفيز بر بقفيزين منه حالا (قوله متساويا) أما إذا وجد التفاضل مع النساء فالحرمة للفضل أفاده ابن كمال ط (قوله وأحدهما نساء) أى ذو نساء والجملة حالية قال ط : فلو كان كل لسيئة يحرم أيضا لأنه بيع الكالئ بالكالئ ابن كمال أى النسيئة بالنسيئة كمال .

ثم اعلم أن ذكر النساء للاحتراز عن التأجيل ، لأن القبض فى المجلس لا يشترط إلا فى الصرف وهو بيع الأثمان بعضها ببعض أما ما عداه فإنما يشترط فيه التعيين دون التقابض كما يأتى (قوله كهروى بمرويين) الأولى أن يزيد نسيئة كما عبر فى البحر وغيره ليكون مثالا لحل الفضل والنساء بسبب فقد القدر والجنس ، فإن الثوب الهروى والثوب المروى بسكون الراء جنسان كما يعلم مما يأتى وليسا بمثل ولا موزون (قوله لعدم العلة الخ) لأن عدم العلة وإن كان لا يوجب الحكم لكن إذا اتحدت العلة لزم من عدمها العدم لا بمعنى أنها تؤثر العدم بل لا يثبت الوجود لعدم علته فيبقى عدم الحكم وهو عدم الحرمة فيما نحن فيه على عدمه الأصلى وإذا عدم سبب الحرمة والأصل فى البيع مطلقا الإباحة إلا ما أخرجه الدليل كان الثابت الحل فتح (قوله أى القدر وحده) كالحنطة بالشعير (قوله أو الجنس) أى وحده كالهروى بهروى مثله (قوله حل الفضل الخ) فيحل كر بر بكرى شعير حالا وهروى بهرويين حالا ، ولو مؤجلا لم يحل .

والحاصل : كما فى الهداية أن حرمة ربا الفضل بالوصفين وحرمة النساء بأحدهما (قوله ولو مع التساوى) مبالغة على قوله وحرم النساء فقط ح (قوله لوجود الجنسية) فيه أن علة الحكم هنا عدم قبول العبد التأجيل لا وجوده

واستثنى فى المجمع والدرر إسلام منقود فى موزون كى لاينسد أكثر أبواب السلم ؛ ونقل ابن الكمال عن الغاية جواز إسلام الحنطة فى الزيت :

قلت : ومفاده أن القدر بانفراده لايحرم النساء بخلاف الجنس فليحرر وقد مر فى السلم أن حرمة النساء تتحقق بالجنس وبالقدر المتفق قنية ثم فرع على الأصل الأول بقوله

الجنسية ، فلو مثل ببيع هروى بمثله لكان أولى ح (قوله واستثنى فى المجمع الخ) وكذا فى الهداية حيث قال : إلا أنه إذا أسلم النقود فى الزعفران ونحوه : أى كالقطن والحديد والنحاس يجوز الخ قال فى الفتح : فان الوزن فيها مختلف فإنه فى النقود بالمثاقيل والدراهم الصنجات ، وفى الزعفران بالأمناء والقبان ، وهذا اختلاف فى الصورة بينهما وبينهما اختلاف آخر معنوى ، وهو أن النقود لا تتعين والزعفران وغيره يتعين . وآخر حكمى ، وهو أنه لو باع النقود موازنة وقبضها كان له بيعها قبل الوزن وفى الزعفران ونحوه يشترط إعادة الوزن ، فإذا اختلفا أى النقود ونحوه الزعفران فى الوزن صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه ثم ضعف فى الفتح هذه الفروق ، وقال : إن الوجه أن يستثنى إسلام النقود فى الموزونات بإجماع كى لا ينسد أكثر أبواب السلم ، وسائر الموزونات غير النقد لا يجوز أن تسلم فى الموزونات وإن اختلفت أجناسها كإسلام حديد فى قطن وزيت فى جبن وغير ذلك إلا إذا خرج من أن يكون وزنيا بالصنعة إلا فى الذهب والفضة ، فلو أسلم سيفا فيما يوزن جاز إلا فى الحديد ، لأن السيف خرج من أن يكون موزونا ومنعه فى الحديد لاتحاد الجنس ، وكذا يجوز بيع إناء من غير النقدين بمثله من جنسه يدا بيد نحاسا كان أو حديدا ، أو إن كان أحدهما أثقل من الآخر ، بخلافه من الذهب والفضة فإنه يجرى بالفضل وإن كانت لاتباع وزنا لأن الوزن منصوص عليه فيهما فلا يتغير بالصنعة فلا يخرج عن الوزن بالعادة (قوله ونقل ابن الكمال) عبارة ابن الكمال وعلته الكيل أو الوزن مع الجنس لم يقل القدر مع الجنس ، لأن القدر مشترك بين المكيل والموزون ، فعلى تقدير ما ذكر يلزم أن لا يجوز إسلام الموزون فى المكيل ، لأن أحد الوصفين محرم للنساء وقد نص على جواز إسلام الحنطة فى الزيت اه وكتب فى الهامش أن المسألة مذكورة فى غاية البيان اه :

قلت : وحاصل ما ذكره أنه لو عبر بالقدر ثم قال وإن وجد أحدهما الخ : لأفاد تحريم إسلام الموزون فى المكيل لأنه قد وجد القدر وإن كان مختلفا ، بخلاف ما لو عبر بالكيل أو الوزن : أى بأو التى لأحد الشيئين فإنه لايشمل القدر المختلف لكن فيه أن لفظ القدر مشترك كما قال : ولا يجوز استعماله فى كلام معنييه عندنا فإذا ذكر لابد أن يراد منه إما الكيل وحده أو الوزن وحده ، فيساوى التعبير بالكيل أو الوزن إلا أن يدعى أن القدر مشترك معنوى لا لفظى تأمل (قوله ومفاده) أى مفاد ما ذكر من جواز إسلام منقود فى موزون وإسلام الحنطة فى الزيت فانه قد وجد فى الأول القدر المتفق وفى الثانى القدر المختلف فافهم (قوله فليحرر) تحريره ما أفاده عقبه من أن المراد بقولهم وعلته القدر هو القدر المتفق كبيع موزون بموزون أو مكيل بمكيل ، بخلاف المختلف كبيع مكيل بموزون نسيئة فإنه جائز ويستثنى من الأول إسلام منقود فى موزون بالاجماع كما مر (قوله وقد مر فى السلم الخ) بيان لتحرير المراد لكن اعترض بأن السلم سيأتى بعد ، وهذا على نسخة فتنبه بالفاء ، والأمر بالتنبه وفى بعض النسخ قنية بالقاف اسم الكتاب المشهور ، وصاحب القنية قدم السلم أول البيع فصح قوله وقد مر فى السلم :

[تنبيه] ما أفاده من أن حرمة النساء بالقدر المتفق مؤيد لما نقله ابن كمال من جواز إسلام الحنطة فى الزيت

(فحرم بيع كيلى ووزنى بجنسه متفاضلا ولو غير مطعوم) خلافا للشافعى (كجص) كيلى (وحديد) وزنى ثم اختلاف الجنس يعرف باختلاف الاسم الخاص واختلاف المقصود كما بسطه الكمال (وحل) بيع ذلك (متماثلا لامتفاضلا (وبلا معيار شرعى) فإن الشرع لم يقدر المعيار بالذرة وبما دون نصف صاع (كحفنة بحفنتين) وثلاث وخمس

لاختلاف القدر لكون الحنطة مكيلا والزيت موزونا : وبقى ما لو أسلم الحنطة فى شعير وزيت أى فى مكيل وموزون . وقد نص فى كافى الحاكم على أنه لا يجوز عندهما ويجوز عند محمد فى حصة الزيت (قوله متفاضلا) أى ونسيئة وتركه لفهمه لزوما فإنه كلما حرم الفضل حرم النساء ولا عكس وكلما حل النساء حل الفضل ولا عكس (قوله خلافا للشافعى) فإنه جعل العلة الطعم والثمنية فما ليس بمطعوم ولا ثمن فليس بربوى (قوله كيلى) قيد به احترازا عما إذا اصطلح الناس على بيعه جزافا فإن التفاضل فيه جائز ، ومثله قوله وزنى فإنه احتراز عما إذا لم يتعارفوا وزنه أو عن بعض أنواعه كالسيف اهـ ح أى فان السيف خرج بالصنعة عن كونه وزنيا فيحل بيعه بجنسه متفاضلا بشرط الحلول كما مر (قوله ثم اختلاف الجنس الخ) الأولى ذكر هذا عند قوله قبله وإن عدما الخ لأنه لا ذكر هنا لاختلاف الجنس إلا أن يقال : إن قوله بجنسه يستدعى معرفة ما يختلف به الجنس ليعلم ما يتحد به (قوله كما بسطه الكمال) حيث قال بعد ما تقدم فالحنطة والشعير جنسان ، خلافا لمالك لأنهما مختلفان اسما ومعنى وإفراد كل عن الآخر فى قوله صلى الله عليه وسلم « الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير » يدل عليه وإلا قال الطعام بالطعام والثوب الهروى والمروى جنسان لا ختلاف الصنعة الثوب بها وكذا المروى المنسوج ببغداد وخراسان واللبد الأرمنى والطالقانى جنسان والتمر كله جنس واحد والحديد والرصاص والشبة أجناس ، وكذا غزل الصوف والشعر ولحم البقر والضأن والمعز والألية واللحم وشحم البطن أجناس ودهن البنفسج والجيرى جنسان والأدهان المختلفة أصولها أجناس ، ولا يجوز بيع رطل زيت غير مطبوخ برطل مطبوخ مطيب لأن الطيب زيادة اهـ ملخصا ، وسيذكر الشارح أن الاختلاف باختلاف الأصل أو المقصود أو بتبدل الصفة ويأتى بيانه (قوله متماثلا) الشرط تحقق ذلك عند العقد: ففى الفتح لو تبايعا مجازفة ثم كيل بعد ذلك ، فظهرا متساويين لم يجز خلافا لزفر ، لأن العلم بالمساواة عند العقد شرط الجواز اهـ لكن ذكر فى البحر أول كتاب الصرف عن السراج : لو تبايعا ذهبا بذهب أو فضة بفضة مجازفة لم يجز فان علم التساوى فى المجلس وتفرقا عن قبض صح اهـ فيحمل الأول على ما إذا علم التساوى بعد المجلس تأمل (قوله لا متفاضلا) صرح به وإن علم بالمقابلة بما قبله إشارة إلى أن المراد التماثل فى القدر فقط لما قدمه فى البيع الفاسد من أنه لا يصح بيع درهم بدرهم استويا وزنا وصفة لكونه غير مفيد تأمل (قوله وبلا معيار شرعى) قال فى الفتح : لما حصروا المعرف فى الكيل والوزن أجازوا ما لا يدخل تحت الكيل مجازفة كتفاحة بتفاحتين وحفنة بحفنتين لعدم وجود المعيار المعروف للمساواة ، فلم يتحقق الفضل ، ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الإتلاف لا بالمثل ثم قال : وهذا إذا لم يبلغ كل واحد من البدلين نصف صاع ، فلو بلغه أحدهما لم يجز حتى لا يجوز بيع نصف صاع فصاعدا بحفنة اهـ ثم رجح الحرمة مطلقا ويأتى بيانه (قوله لم يقدر المعيار بالذرة) وقال فى البحر : لو باع ما لا يدخل تحت الوزن ، كالذرة من ذهب وفضة بما لا يدخل تحته جاز لعدم التقدير شرعا إذ لا يدخل تحت الوزن اهـ وظاهر قوله كالذرة أنها غير قيد ، ويؤيده قول المصنف وذرة من ذهب الخ ، فيشمل الذرتين والأكثر مما لا يوزن ، والظاهر أن الحبة معيار شرعا لصف درهم بنصف إلا حبة لم يجز كما سيأتى آخر الصرف ، فقد اعتبروا الحبة مقدارا شرعيا . وفى الفتح عن الأسرار : ما دون الحبة من الذهب والفضة لا قيمة له اهـ ومقتضاه أن ما دون الحبة فى حكم الذرة ، فالمراد بالذرة هنا ما لا يبلغ حبة فافهم (قوله كحفنة) بفتح المهملة

مالم يبلغ لصف صاع (وتفاحة بتفاحتين وفلس بفلسين) أو أكثر (بأعيانهما) لو أخره لكان أولى لما فى النهر أنه قيد فى الكل، فلو كانا غير معينين أو أحدهما لم يجز اتفاقا (وتمرة بتمرتين) وبيضة ببيضتين وجوزة بجوزتين وسيف بسيفين ودواة بدواتين وإناء بأثقل منه مالم يكن من أحد النقدين فيمتنع التفاضل فتح وإبرة بإبرتين (وذرة من ذهب وفضة مما لايدخل تحت الوزن بمثليها) فجاز الفضل لفقد القدر، وحرم النساء لوجود الجنس حتى لو انتفى كحفنة بن بحفنتى شعير فيحل مطلقا لعدم العلة وحرم الكل محمد

وسكون الفاء ملء الكفين كما فى الصحاح والمقاييس، لكن فى المغرب والقاموس والطلبة والنهاية ملء الكف قهستانى (قوله ما لم يبلغ لصف صاع) أى فإذا بلغ لصف صاع لم يصح بيعه بحفنة كما ذكرناه آنفا عن الفتح (قوله وفلس بفلسين) هذا عندهما وقال محمد: لايجوز. ومبنى الخلاف على أن الفلوس الرائجة أثمان، والأثمان لا تتعين بالتعيين، فصار عنده كبيع درهم بدرهمين، وعندهما لما كانت غير أثمان خلقة بطلت ثمنيتها باصطلاح العاقدين، وإذا بطلت تعين بالتعيين كالعروض وتمامه فى الفتح (قوله بأعيانهما) أى بسبب تعين ذات البدلين ونقديتهما فالباء للسببية لا بمعنى مع كما ظن، فإنه حال ولم يجز تنكير صاحبها كما تقرر قهستانى:

قلت: كون الباء للسببية بعيد، لأن قوله بأعيانهما شرط لصحة البيع لاسبب، وكونها بمعنى مع لايلزم كونه حالا بل يجوز كونه صفة تأمل (قوله إنه قيد فى الكل) المتبادر من كلام الفتح وغيره أنه قيد لقوله وفلس بفلسين. وقد يقال يعلم أنه قيد للكل بالأولى لأنه إذا اشترط التعيين فى مسئلة الفلوس مع الاختلاف فى بقائها أثمانا أولا ففى غيرها بالأولى، إذ لا خلاف فى أن غيرها ليس أثمانا بل فى حكم العروض فلا بد من تعيينها تأمل (قوله فلو كانا) أى البدلان وهذا بيان لمحترز قوله بأعيانهما (قوله لم يجز اتفاقا) قال فى النهر بعده غير أن عدم الجواز عند انتفاء تعينهما باق وإن تقابضا فى المجلس، بخلاف ما لو كان أحدهما فقط وقبض الدين فإنه يجوز كذا فى المحيط اهـ:

وحاصله: أن الصور أربع ما لو كانا معينين، وهو مسألة المتن الخلافية وما إذا كانا غير معينين، فلا يصح اتفاقا مطلقا وما لو عين أحد البدلين دون الآخر وفيه صورتان، فإن قبض المعين منهما صح وإلا فلا وهذا مخالف لإطلاق المصنف الآتى فى قوله باع فلوسا بمثلها وسيأتى تمامه (قوله وبيضة ببيضتين) فيه أن هذا مما لم يدخله القدر الشرعى كالسيف والسيفين والإبرة والابرتين، فجواز التفاضل لعدم دخول القدر الشرعى فيهما، ويحرم النساء لوجود الجنس ط والجواب أن قول المصنف: وبلامعيار شرعى أعم من أن يكون مما يمكن تقديره بالمعيار الشرعى أولا فالعلة فى الكل عدم القدر كما صرح به الزيلعى، وأفاده الشارح بعد فافهم (قوله وسيف بسيفين الخ) لأنه بالصنعة خرج عن كونه وزنيا كما قدمناه عن الفتح (قوله وإناء بأثقل منه) أى إذا كان لايباع وزنا لما فى البحر عن الخانية باع إناء من حديد بحديد إن كان الإناء يباع وزنا تعتبر المساواة فى الوزن وإلا فلا، وكذا لو كان الإناء من نحاس أو صفر باعه بصفر اهـ (قوله فيمتنع التفاضل) أى وإن كانت لاتباع وزنا لأن صورة الوزن منصوص عليها فى النقدين، فلا تتغير بالصنعة فلا تخرج عن الوزن بالعادة كما قدمناه عن الفتح (قوله مما لا يدخل تحت الوزن) بيان لقوله وذرة أشار به إلى ما قدمناه من أن الذرة غير قيد (قوله بمثليها) أى بمثلى الذرة وفى بعض النسخ بصيغة المفرد، والأولى أولى لموافقته لقوله حفنة بحفنتين الخ (قوله فجاز الفضل الخ) تفريع على جميع ما مر ببيان أن وجه جواز الفضل فى هذه المذكورات كونها غير مقدرة شرعا وإن اتحد الجنس ففقدت إحدى العلتين، فلذا حل الفضل وحرم النساء، ولم يصرح المصنف باشتراط الحلول لعلمه مما سبق (قوله حتى لو انتفى) أى الجنس (قوله فيحل) الأولى إسقاط الفاء لأنه جواب لو (قوله مطلقا) أى حالا

ومصحح كما نقله الكمال (ومانص) الشارع (على كوله كيليا) كبر وشعير وتمر وملح (أو وزنيا) كذهب وفضة (فهو كذلك) لايتغير (أبدا فلم يصح ببيع حنطة بحنطة وزنا كما لو باع ذهبا بذهب أو فضة بفضة كيلا) ولو (مع التساوى) لأن النص أقوى من العرف فلا يترك الأقوى بالأدنى (ومالم ينص عليه حمل على العرف) وعن الثانى اعتبار العرف مطلقا ورجحه الكمال

ونسيئة (قوله وصحح كما نقله الكمال) مفاده أن الكمال نقل تصحيحه عن غيره مع أنه هو الذى بحث ما يفيد تصحيحه ، فإنه ذكر ما مر من عدم التقدير شرعا بما دون نصف صاع ، ثم قال : ولا يسكن الخاطر إلى هذا بل يجب بعد التعليل بالقصد إلى صيانة أموال الناس تحريم التفاحة بالتفاحتين والحفنة بالحفنتين ، أما إن كان مكاييل أصغر منها كما فى ديارنا من وضع ربع القدح وثمن القدح المصرى فلا شك ، وكون الشرع لم يقدر بعض المقدرات الشرعية فى الواجبات المالية كالكفارات وصدقة الفطر بأقل منه لا يستلزم إهدار التفاوت المتيقن ، بل لا يحل بعد تيقن التفاضل مع تيقن تحريم إهداره : ولقد أعجب غاية العجب من كلامهم هذا ، وروى المعلى عن محمد أنه كره التمرة بالتمرتين وقال : كل شيء حرم فى الكثير فالقليل منه حرام اه ، فهذا كما ترى تصحيح لهذه الرواية وقد نقل من بعده كلامه هذا وأقروه عليه كصاحب البحر والنهر والمنح والشرنبلالية والمقدسى (قوله كبر وشعير الخ) أى كهذه الأربعة والذهب والفضة فالكاف فى الموضعين استقصائية كما فى الدر المنتقى (قوله ولا يتغير أبدا) أى سواء وافقه العرف أو صار العرف بخلافه (قوله ولو مع التساوى) أى التساوى وزنا فى الحنطة وكيلا فى الذهب لاحتمال التفاضل بالمعيار المنصوص عليه أما لو علم تساويهما فى الوزن والكيل معا جاز ويكون المنظور إليه هو المنصوص عليه :

مطلب فى أن النص أقوى من العرف

(قوله لأن النص الخ) يعنى لايصح هذا البيع وإن تغير العرف فهذا فى الحقيقة تعليل لوجوب اتباع المنصوص قال فى الفتح : لأن النص أقوى من العرف لأن العرف جاز أن يكون على باطل كتعارف أهل زماننا فى إخراج الشموع والسرج إلى المقابر ليالى العيد والنص بعد ثبوته لا يحتمل أن يكون على باطل ، ولأن حجية العرف على الذين تعارفوه والتزموه فقط والنص حجة على الكل ، فهو أقوى ولأن العرف إنما صار حجة بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » اه (قوله وما لم ينص عليه) كغير الأشياء الستة (قوله حمل على العرف) أى على عادات الناس فى الأسواق لأنها أى العادة دالة على الجواز فيما وقعت عليه للحديث فتح (قوله وعن الثانى) أى عن أبى يوسف ، وأفاد أن هذه رواية خلاف المشهور عنه (قوله مطلقا) أى وإن كان خلاف النص ، لأن النص على ذلك الكيل فى الشيء أو الوزن فيه ما كان فى ذلك الوقت إلا لأن العادة إذ ذاك كذلك وقد تبدلت فتبدل الحكم ، وأجيب بأن تقريره صلى الله عليه وسلم إياهم على ما تعارفوا من ذلك بمنزلة النص منه عليه فلا يتغير بالعرف ، لأن العرف لايعارض النص كذا وجه اه فتح (قوله ورجحه الكمال) حيث قال عقب ما ذكرنا : ولا يخفى أن هذا لايلزم أبا يوسف لأن قصاراه أنه كنصه على ذلك وهو يقول : يصار إلى العرف الطارىء بعد النص بناء على أن تغير العادة يستلزم تغير النص ، حتى لو كان صلى الله عليه وسلم حيا نص عليه اه وتمامه فيه :

وحاصله توجيه قول أبى يوسف أن المعتبر العرف الطارىء بأنه لا يخالف النص بل يوافقه ، لأن النص

وخرج عليه سعدى أفندى استقراض الدراهم عددا وبيع الدقيق وزنا فى زماننا يعنى بمثله

على كيلية الأربعة، ووزنية الذهب والفضة مبنى على ما كان فى زمنه صلى الله عليه وسلم من كون العرف كذلك حتى لو كان العرف إذ ذاك بالعكس لورد النص موافقا له ولو تغير العرف فى حياته صلى الله عليه وسلم لنص على تغير الحكم :

وملخصه : أن النص معلول بالعرف فيكون المعتبر هو العرف فى أى زمن كان ولا يخفى أن هذا فيه تقوية لقول أبى يوسف فافهم .

مطلب فى استقراض الدراهم عددا

(قوله وخرج عليه سعدى أفندى) أى فى حواشيه على العناية ولا يختص هذا بالاستقراض بل مثله البيع والإجارة إذ لا بد من بيان مقدار الثمن ، أو الأجرة الغير المشار إليهما ومقدار الوزن لا يعلم بالعد كالعكس ، وكذا قال العلامة البركوى فى أواخر الطريقة المحمدية : أنه لا حيلة فيها إلا التمسك بالرواية الضعيفة عن أبى يوسف .

لكن ذكر شارحها سيدى عبد الغنى النابلسى ما حاصله : أن العمل بالضعيف مع وجود الصحيح لا يجوز ، ولكن نحن نقول إذا كان الذهب والفضة مضروبين ، فذكر العد كناية عن الوزن اصطلاحا لأن لها وزنا مخصوصا ولذا نقش وضبط والنقصان الحاصل بالقطع أمر جزئى لا يبلغ المعيار الشرعى ، وأيضا فالدرهم المقطوع عرف الناس مقداره ، فلا يشترط ذكر الوزن إذا كان العد دالا عليه وقد وقع فى بعض العبارات ذكر العد بدل الوزن حيث عبر فى زكاة درر البحار بعشرين ذهبا وفى الكنز بعشرين دينارا بدل عشرين مثقالا اهـ ملخصا ، وهو كلام وجيه . ولكن هذا ظاهر فيما إذا كان الوزن مضبوطا بأن لا يزيد دينار على دينار ، ولا درهم على درهم ، والواقع فى زماننا خلافه فإن النوع الواحد من أنواع الذهب أو الفضة المضروبين قد يختلف فى الوزن كالجهادى والعدلى والغازى من ضرب سلطان زماننا أيده الله ، فإذا استقرض مائة دينار من نوع فلابد أن يوفى بدلها مائة من نوعها الموافق لها فى الوزن أو يوفى بدلها وزنا لا عددا ، وأما بدون ذلك فهو ربا لأنه مجازفة والظاهر أنه لا يجوز على رواية أبى يوسف أيضا ، لأن المتبادر مما قدمناه من اعتبار العرف الطارىء على هذه الرواية أنه لو تعورف تقدير المكيل بالوزن ، أو بالعكس اعتبر ، أما لو تعورف إلغاء الوزن أصلا كما فى زماننا من الاقتصار على العدد بلا نظر إلى الوزن ، فلا يجوز لا على الروايات المشهورة ، ولا على هذه الرواية لما يلزم عليه من إبطال نصوص التساوى بالكيل أو الوزن المتفق على العمل بها عند الأئمة المجتهدين . نعم إذا غلب الغش على النقود فلا كلام فى جواز استقراضها عددا بدون وزن اتباعا للعرف ، بخلاف بيعها بالنقود الخالصة ، فإنه لا يجوز إلا وزنا كما سيأتى فى كتاب الصرف إن شاء الله تعالى وتمام الكلام على هذه المسألة مبسوط فى رسالتنا نشر العرف فى بناء بعض الأحكام على العرف فراجعها (قوله وبيع الدقيق الخ) لا حاجة إلى استخراجه ، فقد وجد فى الغيائية عن أبى يوسف أنه يجوز استقراضه وزنا إذا تعارف الناس ذلك وعليه الفتوى اهـ ط وفى التتارخانية : وعن أبى يوسف يجوز بيع الدقيق واستقراضه وزنا إذا تعارف الناس ذلك استحسن فيه اهـ ونقل بعض المحشين عن تلقيح المحبوبى أن بيعه وزنا جائز ، لأن النص عين الكيل فى الحنطة دون الدقيق اهـ ومقتضاه أنه على قول الكل لأن ما لم يرد فيه نص يعتبر فيه العرف اتفاقا لكن سنذكر عن الفتح أن فيه روايتين وأنه فى الخلاصة جزم برواية عدم الجواز (قوله يعنى بمثله) المراد من التخريج على هذه الرواية بيع الدقيق وزنا بمثله احترازا عن بيعه وزنا بالدراهم ، فإنه جائز اتفاقا كما فى الذخيرة ولعله

وفى الكافى الفتوى على عادة الناس بحر وأقره المصنف (والمعتبر تعيين الربوى فى غير الصرف) ومصوغ ذهب وفضة (بلا شرط تقابض) حتى لو باع براً ببرّ بعينهما وتفرقا قبل القبض جاز خلافا للشافعى فى بيع الطعام ولو أحدهما دينا فإن هو الثمن وقبضه قبل التفرق جاز وإلا لا كبيعه ماليس عنده سراج

قال شيخ الإسلام ، وأجمعوا على أن ماثبت كيله بالنص إذا بيع وزنا بالدراهم يجوز وكذلك ماثبت وزنه بالنص (قوله وفى الكافى للفتوى على عادة الناس) ظاهر البحروغيره أن هذا فى السلم ففى المنح عن البحر، وأما الإسلام فى الحنطة وزنا ففيه روايتان والفتوى على الجواز لأن الشرط كونه معلوما ، وفى الكافى الفتوى على عادة الناس اه قال فى النهر : وقول الكافى : الفتوى على عادة الناس يقضى أنهم لو اعتادوا أن يسلموا فيها كيلا وأسلم وزنا لايجوز ولاينبغى ذلك، بل إذا اتفقا على معرفة كيل أو وزن ينبغى أن يجوز لوجود المصحح، وانتفاء المانع كذا فى الفتح اه :

والحاصل أن عدم جواز الوزن فى الأشياء الأربعة المنصوص على أنها مكيلة إنما هو فيما إذا بيعت بمثلها بخلاف بيعها بالدراهم كما إذا أسلم دراهم فى حنطة ، فإنه يجوز تقديرها بالكيل أو الوزن ، وظاهر الكافى وجوب اتباع العادة فى ذلك، وما بحثه فى الفتح ظاهر ويؤيده ماقدمناه آنفا عن الذخيرة (قوله بحر وأقره المصنف) الظاهر أن مراده بهذا تقوية كلام الكافى وأنه لم يرض بما ذكره فى النهر عن الفتح لكن علمت مايؤيده (قوله والمعتبر تعيين الربوى فى غير الصرف) لأن غير الصرف يتعين بالتعيين، ويتمكن من التصرف فيه ، فلا يشترط قبضه كالثياب أى إذا بيع ثوب بثوب بخلاف الصرف ، لأن القبض شرط فيه للتعيين، فإنه لايتعين بدون القبض كذا فى الاختيار .

وحاصله أن الصرف وهو ماوقع على جنس الأثمان ذهبا وفضة بجنسه ، أو بخلافه لايحصل فيه التعيين إلا بالقبض فإن الأثمان لاتتعين مملوكة إلا به ولذا كان لكل من العاقدين تبديلها أما غير الصرف فإنه يتعين بمجرد التعيين قبل القبض (قوله ومصوغ ذهب وفضة) عطف خاص على عام، فإن المصوغ من الصرف كما سيصرح به الشارح فى بابه وكأنه خصه بالذكر لدفع مايتوهم من خروجه عن حكم الصرف بسبب الصنعة (قوله حتى لو باع الخ) قال فى البحر بيانه كما ذكره الإسبيجابى بقوله : وإذا تبايعا كيليا بكيلى أو وزنيا بوزنى كلاهما من جنس واحد أو من جنسين مختلفين ، فإن البيع لايجوز حتى يكون كلاهما عينا أضيف إليه العقد، وهو حاضر أو غائب بعد أن يكون موجودا فى ملكه والتقابض قبل الافتراق بالأبدان ، ليس بشرط لجوازه إلا فى الذهب والفضة ، ولو كان أحدهما عينا أضيف إليه العقد ، والآخر دينا موصوفا فى الذمة فإنه ينظر إن جعل الدين منهما ثمنا ، والعين مبيعا جاز البيع بشرط أن يتعين الدين منهما قبل التفرق بالأبدان ، وإن جعل الدين منهما مبيعا لايجوز ، وإن أحضره فى المجلس والذى ذكر فيه الباء ثمن ومالم يدخل فيه الباء مبيع .

وبيانه : إذا قال بعتك هذه الحنطة على أنها قفيز بقفيز حنطة جيدة أو قال : بعت منك هذه الحنطة على أنها قفيز بقفيز من شعير جيد فالبيع جائز لأنه جعل العين منهما مبيعا والدين الموصوف ثمنا، ولكن قبض الدين منهما قبل التفرق بالأبدان شرط ، لأن من شرط جواز هذا البيع أن يجعل الافتراق عن عين بعين ، وما كان دينا لايتعين إلا بالقبض ، ولو قبض الدين منهما ثم تفرقا جاز البيع قبض العين منهما أو لم يقبض ولو اشتريت منك قفيز حنطة جيدة بهذا القفيز من الحنطة أو قال : اشتريت منك قفيزى شعير جيد بهذا القفيز من الحنطة ، فإنه لايجوز وإن أحضر الدين فى المجلس ، لأنه جعل الدين مبيعا فصار بائعا ماليس عنده وهو لايجوز اه ح (قوله خلافا للشافعى فى بيع الطعام) أى كل مطعوم حنطة أو شعير أو لحم أو فاكهة فإنه يشترط فيه التقابض

(وجيد مال الربا) لا حقوق العباد (ورديئه سواء) إلا فى أربع مال وقف ويتيم ومريض وفى القلب الرهن إذا انكسر أشباه :

(باع فلوسا بمثلها أو بدراهم أو بدنانير فإن نقد أحدهما جاز) وإن تفرقا بلا قبض أحدهما لم يجز لما مر (كما جاز بيع لحم بحيوان ولو من جنسه) لأنه بيع الموزون بما ليس بموزون

وتمامه فى الفتح (قوله وجيد مال الربا ورديئه سواء) أى فلا يجوز بيع الجيد بالردئ مما فيه الربا إلا مثلا بمثل لإهدار التفاوت فى الوصف هداية (قوله لاحقوق العباد) عطف على مال الربا قال فى المنح : قيد بمال الربا ، لأن الجودة معتبرة فى حقوق العباد ، فإذا أتلف جيدا لزمه مثله قدرا وجودة إن كان مثليا ، وقيمته إن كان قيميا ، ولكن لا تستحق أى الجودة باطلاق عقد البيع ، حتى لو اشترى حنطة أو شيئا فوجده رديئا بلا عيب لا يرده كما فى البحر معزيا إلى صرف المحيط اهـ ح : أى لأن العيب هو العارض على أصل الخلقة والجودة أو الرداءة فى الشئ أصل فى خلقته بخلاف العيب العارض كالسوس فى الحنطة أو عفنها فله الرد به لا بالرداءة إلا باشتراط الجودة كما قدمنا بيانه فى خيار العيب :

[تنبيه] أراد بحقوق العباد ماليس من الأموال الربوية : أى مالا يجمعها قدر وجنس ولا يتقيد ذلك بالإتلاف ولذا قال البيرى قيد بالأموال الربوية لأن الجودة فى غيرها لها قيمة عند المقابلة بجنسها كمن اشترى ثوبا جيدا بثوب رديء وزيادة درهم بازاء الجودة كان ذلك جائزا كما فى الذخيرة اهـ (قوله إلا فى أربع الخ) فيه أن هذه الأربعة من حقوق العباد أيضا ، وإن كان المراد من حقوق العباد خصوص الضمان عند التعدى فالمناسب أن يذكره مع الأربع ويقول : إلا فى خمس ثم إن الأولى ذكرها فى البحر بحثا فإنه قال : وتعتبر أى الجودة فى الأموال الربوية فى مال اليتيم فلا يجوز للوصى بيع قفيز حنطة جيدة بقفيز رديء وينبغى أن تعتبر فى مال الوقف ، لأنه كاليتيم ثم قال : وفى حق المريض حتى تنفذ من الثلث ، وفى الرهن القلب إذ انكسر عند المرتهن ، ونقصت قيمته فإن المرتهن يضمن قيمته ذهبا ويكون رهنا عنده اهـ :

قلت : والقلب بضم القاف وسكون اللام مايلبس فى الذراع من فضة جمعه قلبة كقرط وقرطة : وهى الحلق فى الأذن فإن كان من ذهب فهو السوار كما فى البيرى عن شرح التلخيص للخلاطى ، وقوله : فإن المرتهن يضمن قيمته ذهبا أفاد به أن ضمان القيمة إنما يكون من خلاف جنسه إذ لو ضمن قيمته فضة : وهى أكثر من وزنه بسبب الصياغة يلزم الربا ولو ضمن مثل وزنه يلزم إبطال حق المالك ، ففى تضمينه القيمة من خلاف الجنس إعمال لحق الشرع ، وحق العبد وليس هذا خاصا بقلب الرهن ، بل مثله كل مثلى تعيب بغصب أو نحوه ، فإنه يضمن بقيمته من خلاف جنسه كما قدمناه فى باب خيار الشرط فيما لو كان الخيار للمشترى ، وهلك فى يده ، ولا يلزم قبض القيمة قبل التفرق ، لأنه صرف حكما لا حقيقة كما سنذكره فى الصرف . ومما قررناه علم أن استثناء هذه المسائل من إهدار الجودة بإثبات اعتبارها . إنما هو لمراعاة حق العبد ، لكن على وجه لا يؤدى إلى إبطال حق الشرع ، فما قيل إنه يفهم من استثنائها أنه يجوز للوصى بيع قفيز جيد بقفيزين رديئين نظرا للجودة المعتبرة فى مال اليتيم ونحوه من بقية المسائل ، وهو خطأ للزوم الربا غير وارد ، لأن المراد أنه لا يجوز إهدار الجودة فى مال اليتيم ونحوه ، حتى لا يجوز للوصى بيع قفيزه الجيد بقفيز رديء ولا يلزم من اعتبار أحد الحقين إهدار الحق الآخر فاغتنم تحقيق هذا المحل (قوله فإن نقد أحدهما جاز الخ) نقل المسألة فى البحر عن المحيط لكنه وقع فيه تحريف حيث قال : وإن تفرقا بلا قبض أحدهما جاز وصوابه لم يجز كما عبر الشارح ، ونبه عليه الرملى ثم إنه نقل فى البحر قبله عن الذخيرة

فيجوز كيفما كان بشرط التعيين أما نسيئة فلا وشرط محمدزيادة المجانس ولو باع مذبوحة بحية أو بمذبوحة جاز اتفاقا وكذا المسلوختين إن تساويا وزنا ابن ملك وأراد بالمسلوخة المفصولة عن السقط كـكرش وأمعاء بحر (و) كما جاز بيع (كرباس بقطن وغزل مطلقا) كيفما كان لاختلافهما جنسا (كبيع قطن بغزل) القطن (ف.) قول محمد

فى مسألة بيع فلس بفلسين بأعيانهما أن محمدا ذكرها فى صرف الأصل ، ولم يشترط التقابض ،وذكر فى الجامع الصغير مايدل على أنه شرط فنهم من لم يصحح الثانى ، لأن التقابض مع التعيين شرط فى الصرف ، وليس به ومنهم من صححه ، لأن الفلوس لها حكم العروض من وجه ، وحكم الثمن من وجه فجاز التفاضل للأول واشترط التقابض للثانى اه وأنت خبير بأن لفظ التقابض يفيد اشتراطه من الجانبين فقوله : فإن نقد أحدهما جاز قول ثالث لكن يتعين حمل مافى الأصل على هذا فلا يكون قولا آخر ، لأن مافى الأصل لايمكن حمله ، على أنه لايشترط التقابض ، ولو من أحد الجانبين ، لأنه يكون افتراقا عن دين بدين وهو غير صحيح : فيتعين حمله على أنه لايشترط منهما جميعا بل من أحدهما فقط :

فصار الحاصل أن مافى الأصل يفيد اشتراطه من أحد الجانبين : ومافى الجامع اشتراطه منهما ، ثم إن الذى مر اشتراط التعيين فى البدلين أو أحدهما مع القبض فى المجلس فلو غير معينين لم يصح وإن قبضا فى المجلس فقوله لمامر فيه نظر :

[تنبيه] سئل الحانوتى عن بيع الذهب بالفلوس نسيئة : فأجاب : بأنه يجوز إذا قبض أحد البدلين لمافى البزازية لو اشترى مائة فلس بدرهم يكفى التقابض من أحد الجانبين قال : ومثله مالو باع فضة أو ذهبا بفلوس كما فى البحر عن المحيط قال : فلا يغتر بمافى فتاوى قارئ الهداية من أنه لايجوز بيع الفلوس إلى أجل بذهب أو فضة لقولهم لايجوز إسلام موزون فى موزون وإلا إذا كان المسلم فيه مبيعا كزعفران والفلوس غير مبيعة بل صارت أثمانا اه .

قلت : والجواب حمل ما فى فتاوى قارئ الهداية ، على ما دل عليه كلام الجامع من اشتراط التقابض من الجانبين فلا يعترض عليه بما فى البزازية المحمول على ما فى الأصل ، وهذا أحسن مما أجاب به فى ضرف النهر من أن مراده بالبيع السلم والفلوس لها شبه بالثمن ، ولا يصح السلم فى الأثمان ومن حيث إنها عروض فى الأصل اكتفى بالقبض من أحد الجانبين تأمل (قوله فيجوز كيفما كان) أى سواء كان اللحم من جنس ذلك الحيوان أولا مساويا لما فى الحيوان أولا نهر (قوله أما نسيئة فلا) لأنها إن كانت فى الحيوان أو فى اللحم كان سلما ، وهو فى كل منهما غير صحيح نهر (قوله وشرط محمد زيادة المجانس) قال فى النهر : وقال محمد إن كان بغير جنسه كلحم البقر بالشاة الحية جاز كيفما كان ، وإن كان بجنسه كلحم شاة بشاة حية فلا بد أن يكون اللحم المفرز أكثر من الذى فى الشاة لتكون الشاة بمقابلة مثله من اللحم وباقي اللحم بمقابلة السقط (قوله ولو باع مذبوحة بحية) قال فى النهر : أما على قولها فظاهر ، وأما على قول محمد ، فلأنه لحم بلحم وزيادة اللحم فى إحداهما مع سقطها بازاء السقط اه والظاهر أنه يقال ذلك فى المذبوحة بالمذبوحة ط (قوله وكذا المسلوختين) أى وكذا بيع المسلوختين ففيه حذف المضاف وإبقاء المضاف إليه على إعرابه (قوله عن السقط) بفتحتين قال فى الفتح المراد به مالا يطلق عليه اسم اللحم كالكرش والمعلاق والجلد والأكارع اه (قوله كرباس) بكسر الكاف ثوب من القطن الأبيض قاموس (قوله كيفما كان) متساويا أو متفاضلا اه ح (قوله لاختلافهما جنسا) لأنه وإن اتحد الأصل فقد اختلفت الصفة كالحنطة والخبز ، وذلك اختلاف جنس كما سيأتى ، وعلله فى الاختيار باختلاف المقصود والمعيار (قوله فى قول محمد) وقال أبو يوسف لايجوز إلا متساويا بحر وأفاد أن بيع الكرباس بالقطن لاخلاف فيه وبه صرح فى الاختيار .

وهو (الأصح) حاوى . وفى القنية لا بأس بغزل قطن بثياب قطن يدا بيد لأنهما ليسا بموزونين ولا جنسين (وكذلك غزل كل جنس بثيابه إذا لم توزن و) كبيع (رطب برطب أو بتمر متماثلا) كيلا لاوزنا خلافا للعيني فى الحال لا المآل خلافا لهما فلو باع مجازفة أو موازنة لم يجز اتفاقا ابن ملك (وعنب) بعنب (أو بزبيب) متماثلا (كذلك) وكذا كل ثمرة تجف كتين ورمان يباع رطبها برطبها وبيابسها كبيع بر رطبا أو مبلولا بمثله وباليابس وكذا بيع تمر أو زبيب منقوع بمثله أو باليابس منهما خلافا لمحمد زيلعى وفى العناية كل تفاوت خلقى كالرطب والتمر والجيد والردىء

قلت: لأن القطن يصير غزلا ثم يصير كرباسا فالغزل أقرب إلى القطن من الكرباس ، فلذا ادعى أبو يوسف المجانسة بين الغزل والقطن لا بين الكرباس والقطن (قوله وهو الأصح) والفتوى عليه كما فى الاختيار وفى البحر أنه الأظهر (قوله وفى القنية) أى عن أبى يوسف (قوله لأنهما ليسا بموزونين) أى بل أحدهما موزون فقط ، وهو الغزل فلم يجمعهما القدر ، فجاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا وقوله : ولا جنسين أى بل هما جنس واحد ، لأنهما من أجزاء القطن ، فلذا قيد بقوله يدا بيد ، فيحرم النساء لاتحاد الجنس ، ويظهر لى أن ما فى القنية محمول على ثياب يمكن نقضها لكن لا تباع وزنا كما قيده آخرا ، فيظهر اتحاد الجنس نظرا لما بعد النقض ، وحينئذ فلا يخالف قول الشارح فى بيع الكرباس بالقطن ، لاختلافهما جنسا ، لأن الكرباس بالنقض يعود غزلا لا قطنا فاختلاف الجنس بعد النقض فى صورة بيع الكرباس بالقطن موجود ، لأن القطن مع الغزل جنسان على ما هو الأصح بخلافه فى صورة بيعه بالغزل ، ويدل على هذا الحمل قوله فى التتارخانية عن الغياثية ويجوز بيع الثوب بالغزل كيفما كان إلا ثوبا يوزن وينقض اهـ فافهم (قوله خلافا للعينى) حيث قال وزنا وكأنه سبق قلم ح (قوله فى الحال) متعلق بقوله متماثلا (قوله لا المآل) بمد الهمزة أى لا يعتبر التماثل بعد الجفاف (قوله خلافا لهما) راجع لقوله أو بتمر وبقولهما قالت الأئمة الثلاثة أما بيع الرطب بالرطب ، فهو جائز بالإجماع كما فى النهر وغيره (قوله لم يجز اتفاقا) لأن المجازفة والوزن لا يعلم بهما المساواة كيلا ، لأن أحدهما قد يكون أثقل من الآخر وزنا وهو أنقص كيلا أفاده ط (قوله أو بزبيب) فيه الاختلاف السابق ، وقيل لا يجوز اتفاقا بحر وحكى فى الفتح فيه قولين آخرين الجواز اتفاقا ، والجواز عندهما بالاعتبار كالزيت بالزيتون (قوله كذلك) أى فى الحال لا المآل اهـ ح ، وهذا بالنظر إلى عبارة الشرح أما على عبارة المتن فالاشارة إلى قوله متماثلا فافهم (قوله كتين ورمان) وكشمش وجوز وكمثرى وإجاص فتح (قوله يباع رطبها برطبها الخ) بفتح الراء وسكون الطاء خلاف اليابس ، وهذا تصريح بوجه الشبه المفاد من قوله وكذا ، وهذا على الخلاف المار بين الإمام وصاحبيه (قوله بمثله) أى رطبا برطب أو مبلولا بمبلول وقوله : وباليابس أى رطبا بيابس أو مبلولا بيابس ، فالصور أربع كما فى العناية (قوله منقوع) الذى فى الهداية والدرر وغيرهما منقع وفى العزمية عن المغرب المنقع بالفتح لا غير من أنقع الزبيب فى الخابية إذا ألقاه يبتل وتخرج منه الحلاوة اهـ (قوله خلافا لمحمد) راجع لما ذكر فى قوله كبيع بر إلى هنا كما فى الفتح ، وذكر أيضا أن الأصل أن محمدا اعتبر المماثلة فى أعدل الأحوال وهو المآل عند الجفاف وهما اعتبراها فى الحال إلا أن أبا يوسف ترك هذا الأصل فى بيع الرطب بالتمر ، لحديث النهى عنه ، ولا يلحق به إلا ما فى معناه قال الحلوانى الرواية محفوظة عن محمد أن بيع الحنطة المبلولة باليابسة إنما لا يجوز إذا انتفخت ، أما إذا بلت من ساعتها يجوز بيعها باليابسة إذا تساويا كيلا (قوله وفى العناية الخ) بيان لضابط فيما يجوز بيعه من المتجانسين المتفاوتين وما لا يجوز . وأورد على الأصل للأول جواز بيع البر المبلول بمثله ، وباليابس مع أن التفاوت بينهما

فهو ساقط الاعتبار وكل تفاوت بصنع العباد كالحنطة بالدقيق والحنطة المقلية بغيرها يفسد كما سيجيء (و) كبيع (لحوم مختلفة بعضها ببعض متفاضلا) يدا بيد (ولبن بقر وغنم وخل دقل) بفتحتين ردئ التمر وخصه باعتبار العادة (بخل عنب وشحم بطن بألية) بالفتح مايسميه العوام لية (أو لحم وخبز) ولو من بر (ببر أودقيق) ولو منه وزيت مطبوخ بغير المطبوخ ودهن مربى بالبنفسج بغير المربى منه (متفاضلا) أو وزنا كيف كان لاختلاف أجناسها فلو اتحد لم يجز متفاضلا إلا فى لحم الطير لأنه لايوزن عادة حتى لو وزن لم يجز زيلعى وفى الفتح لحم الدجاج والأوزوزنى فى عامة مصر وفى النهر لعله فى زمنه أما فى زماننا فلا .

بصنع العبد قال فى الفتح : وأجيب بأن الحنطة فى أصل الخلقة رطبة وهى مال الربا إذ ذاك والبل بالماء يعيدها إلى ما هو أصل الخلقة فيها فلم يعتبر بخلاف القلى (قوله فهو ساقط الاعتبار) فيجوز البيع بشرط التساوى (قوله كما سيجيء) أى قريبا فى قوله لا بيع البر بدقيق الخ (قوله لحوم مختلفة) أى مختلفة الجنس كلحم الإبل والبقر والغنم بخلاف البقر والجاموس والمعز والضأن (قوله يدا بيد) فلا يحل النساء لوجود القدر (قوله ولبن بقر وغنم) الأولى تقديمه على قوله بعضها ببعض ، وفى نسخة ولبن بقر بغنم أى بلبن غنم وهذه النسخة أولى (قوله باعتبار العادة) أى باتخاذ الخل منه (قوله وشحم بطن بألية أو لحم) لأنها وإن كانت كلها من الضأن إلا أنها أجناس مختلفة لاختلاف الأسماء والمقاصد نهر قال ط فقوله بعد لاختلاف أجناسها يرجع إلى هذا أيضا (قوله بالفتح) أى فتح الهمزة وسكون اللام وتخفيف الياء المثناة التحتية (قوله ببرأ ودقيق) لأن الخبز بالصنعة صار جنسا آخر ، حتى خرج من أن يكون مكيلا والبر والدقيق مكيلان ، فلم يجمعهما القدر ولا الجنس حتى جاز بيع أحدهما بالآخر لسيئة بحر ويأتى تمامه قريبا (قوله ولو منه) أى ولو كان الدقيق من البر (قوله وزيت مطبوخ بغير المطبوخ الخ) كذا فى البحر :

وقال فى الفتح واعلم أن المجانسة تكون باعتبار ما فى الضمن فتمنع النسيئة كما فى المجانسة العينية ، وذلك كالزيت مع الزيتون والشيرج مع السمسم ، وتنتفى باعتبار ما أضيفت إليه ، فيختلف الجنس مع اتحاد الأصل ، حتى يجوز التفاضل بينهما كدهن البنفسج مع دهن الورد أصلهما واحد ، وهو الزيت أو الشيرج فصارا جنسين باختلاف ما أضيفا إليه من الورد أو البنفسج نظرا إلى اختلاف المقصود والغرض وعلى هذا قالوا لو ضم إلى الأصل ما طيبه دون الآخر جاز متفاضلا ، حتى أجازوا بيع قفيز سمسم مطيب بقفيزين من غير المربى ، وكذا رطل زيت مطيب برطلين من زيت لم يطيب فجعلوا الرائحة التى فيها بإزاء الزيادة على الرطل اه ملخصا وتمامه فيه فراجعه وعلى هذا فقول الشارح : وزيت مطبوخ إن أراد به المغلى لا يصح ، لأنه لايظهر فيه اختلاف الجنس أو المطبوخ بغيره فلا يسمى زيتا فتعين أن المراد به المطيب ، وأن صحة بيعه متفاضلا مشروطة بما إذا كانت الزيادة فى غير المطيب لتكون الزيادة فيه بإزاء الرائحة التى فى المطيب (قوله أووزنا) المناسب إسقاطه لأنه يغنى عنه قوله بعده كيف كان ولأن قول المصنف متفاضلا قيد لجميع ما مر ، ولذا قال الشارح لاختلاف أجناسها فافهم نعم وقع فى النهر لفظ أو وزنا فى محله حيث قال : وصح أيضا بيع الخبز بالبر وبالدقيق متفاضلا فى أصح الروايتين عن الإمام قيل : هو ظاهر مذهب علمائنا الثلاثة ، وعليه الفتوى عددا أو وزنا كيفما اصطلحوا عليه لأنه بالصنعة صار جنسا آخر والبر والدقيق مكيلان فانتفت العلتان اه (قوله فلو اتحد) كلحم البقر والجاموس والمعز والضأن ، وكذا ألبانها نهر (قوله إلا فى لحم الطير) فيجوز بيع الجنس الواحد منه كالسمان والعصافير متفاضلا فتح : وفى القهستانى : ولا بأس بلحوم الطير واحدا باثنين يدا بيد كما فى الظهيرية (قوله حتى لو وزن) أى واتحد جنسه لم يجز : أى

والحاصل أن الاختلاف باختلاف الأصل أو المقصود أو بتبدل الصفة فليحفظ وجاز الأخير لو الخبز نسيئة به يفتى درر إذا أتى بشرائط السلم لحاجة الناس والأحوط المنع إذ قلما يقبض من جنس ما سمى وفى القهستانى معزيا للخزانة الأحسن أن يبيع خاتما مثلا من الخباز بقدر مايزيد من الخبز ويجعل الخبز الموصوف بصفة معلومة ثمنا حتى يصير دينا فى ذمة الخباز ويسلم الخاتم ثم يشترى الخاتم بالبر وفيه معزيا للمضمرات يجوز السلم فى الخبز وزنا وكذا عددا وعليه الفتوى

متفاضلا (قوله أن الاختلاف) أى اختلاف الجنس (قوله باختلاف الأصل) كخل الدقل مع خل العنب ولحم البقر مع لحم الضأن (قوله أو المقصود) كشعر المعز وصوف الغنم ، فان ما يقصد بالشعر من الآلات غير ما يقصد بالصوف بخلاف لحمهما ولبنهما ، فإنه جعل جنسا واحدا كما مر لعدم الاختلاف أفاده فى الفتح (قوله أو بتبدل الصفة) كالخبز مع الحنطة والزيت المطيب بغير المطيب ، وعبارة الفتح وزيادة الصنعة بالنون والعين (قوله وجاز الأخير) وهو بيع خبز ببر أو دقيق (قوله ولو الخبز نسيئة) عبارة الدرر وبالنساء فى الأخير فقط والشارح أخذ ذلك من قوله به يفتى لأنه إذا كان المتأخر هو البر جاز اتفاقا لأنه أسلم وزنيا فى كيلى ، والخلاف فيما إذا كان الخبز هو النسيئة فعناه وأجازه أبو يوسف ط (قوله والأحوط المنع الخ) قال فى الفتح لكن يجب أن يحتاط وقت القبض بقبض الجنس المسمى ، حتى لا يصير استبدالا بالسلم فيه قبل قبضه إذا قبض دون المسمى صفة ، وإذا كان كذلك فالاحتياط فى منعه ، لأنه قل أن يأخذ من النوع المسمى خصوصا فيمن يقبض فى كل يوم كذا كذا رغيفا (قوله الأحسن الخ) أى فى بيع الخبز بالبر لسيئة ، ووجه كونه أحسن كون الخبز فيه ثمنا لا مبيعا ، فلا يلزم فيه شروط السلم تأمل . وأصل المسألة فى الذخيرة حيث قال فى السلم : وإذا دفع الحنطة إلى خباز جملة ، وأخذ الخبز مفرقا ينبغى أن يبيع صاحب الحنطة خاتما أو سكينا من الخباز بألف من الخبز مثلا ، ويجعل الخبز ثمنا ويصفه بصفة معلومة حتى يصير دينا فى ذمة الخباز ، ويسلم الخاتم إليه ، ثم يبيع الخباز الخاتم من صاحب الحنطة بالحنطة مقدار ما يريد الدفع ويدفع الحنطة ، فيبقى له على الخباز الخبز الذى هو ثمن هكذا قيل ، وهو مشكل عندى قالوا إذا دفع دراهم إلى خباز فأخذ منه كل يوم شيئا من الخبز فكلما أخذ يقول هو على ماقاطعتك عليه اهـ ما فى الذخيرة :

قلت : ولعل وجه الإشكال أن اشتراطهم أن يقول المشترى كلما أخذ شيئا هو على ما قاطعتك عليه ليكون بيعا مستأنفا على شىء متعين وهذا يقتضى أن الخبز لا يصح أن يكون دينا فى الذمة ، وإلا لم يحتج إلى أن يقول المشترى ذلك ، ورأيت معزيا إلى خط المقدسى ما نصه أقول : يمكن دفعه بأن الخبز هنا ثمن بخلاف التى قست عليها فتأمل اهـ :

أقول : بيانه أن المبيع هو المقصود من البيع ، ولذا لم يجز بيع المعدوم إلا بشروط السلم ، بخلاف الثمن ، فإنه وصف يثبت فى الذمة ولذا صح البيع مع عدم وجود الثمن لأن الموجود فى الذمة وصف يطابقه الثمن لاعين الثمن كما حققه فى الفتح من السلم على أن المقيس عليها لا يلزم فيها قول المشترى ذلك ، لأنه لو أخذ شيئا وسكت ينعقد بيعا بالتعاطى . نعم لو قال حين دفع الدراهم اشتريت منك كذا من الخبز وصار يأخذ كل يوم من الخبز يكون فاسدا والأكل مكروه ، لأنه اشترى خبزا غير مشار إليه ، فكان المبيع مجهولا كما قدمناه عن الولوالجية أول البيوع فى مسئلة بيع الاستجرار (قوله وكذا عددا وعليه الفتوى) هذا موجود فى عبارة القهستانى عن المضمرات بهذا اللفظ ، فمن نفى وجوده فيها فكأنه سقط من نسخة ، ولعل وجه الإفتاء به مبنى على الافتاء بقول محمد الآتى

وسيجيء جواز استراضه أيضا (و) جاز بيع (اللبن بالجبن) لاختلاف المقاصد والاسم حاوى (لا) يجوز (بيع البر بدقيق أوسويق) هو المجروش ولا بيع دقيق بسويق (مطلقا) ولو متساويا لعدم المسوى فيحرم لشبهة الربا خلافا لهما وأما بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا إذا كانا مكبوسين فجائز اتفاقا ابن ملك كبيع سويق بسويق وحنطة مقلية بمقلية وأما المقلية بغيرها ففاسد كامر (و) لا (الزيتون بزيت والسمسم بحل) بمهملة الشيرج (حتى يكون الزيت والحل أكثر مما في الزيتون والسمسم) ليكون قدره بمثله والزائد بالثفل وكذا كل ما لثفله قيمة كجوز بدهنه ولبن بسمنه وعنب بعصيره فإن لاقيمة له كبيع تراب ذهب بذهب فسد بالزيادة لربا الفضل

في استقراضه عددا (قوله وسيجيء) أى قريبا متنا (قوله بدقيق أوسويق) أى دقيق البر أو سويقه بخلاف دقيق الشعير أو سويقه فإنه يجوز لاختلاف الجنس أفاده في الفتح (قوله هو المجروش) أى الخشن وفي القهستاني وغيره السويق دقيق البر المقلى ولعله يجرش فلا ينافي ما قبله (قوله ولا بيع دقيق بسويق) أى كلاهما من الحنطة أو الشعير كما في الفتح فلو اختلف الجنس جاز (قوله ولو متساويا) تفسير الإطلاق (قوله لعدم المسوى) قال في الاختيار والأصل فيه: أن شبهة الربا وشبهة الجنسية ملتحقة بالحقيقة في باب الربا احتياطا للحرمة، وهذه الأشياء جنس واحد نظرا إلى الأصل، والمخلص أى عن الربا هو التساوى في الكيل، وأنه متعذر لانكباس الدقيق في المكيال أكثر من غيره وإذا عدم المخلص حرم البيع (قوله خلافا لهما) هذا الخلاف في بيع الدقيق بالسويق كما هو صريح الزيلعي؛ فأجازاه لأنهما جنسان مختلفان، لاختلاف الاسم والمقصود ولا يجوز لسيئة لأن القدر يجمعهما ط وكذا اقتصر على ذكر الخلاف في هذه المسألة في الهداية وغيرها وفي شرح درر البحار ومنع اتفاقا أن يباع البر بأجزائه كدقيق وسويق ونخالة والدقيق بالسويق ممنوع عنده مطلقا وجوزاه مطلقا (قوله متساويا كيلا) نصب متساويا على الحال وكيلا على التمييز، وهو تمييز لنسبة مثل تصبب عرقا والأصل متساويا كيله فتح (قوله إذا كانا مكبوسين) لم يذكره في الهداية وغيرها بل عزاه في الذخيرة إلى ابن الفضل قال في الفتح وهو حسن، ثم قال: وفي بيعه وزنا روايتان ولم يذكر في الخلاصة إلا رواية المنع، وفيها أيضا سواء كان أحد الدقيقين أخشن أو أدق وكذا بيع النخالة بالنخالة وبيع الدقيق المنخول بغير المنخول لايجوز إلا مماثلا وبيع النخالة بالدقيق يجوز بطريق الاعتبار عند أبي يوسف بأن تكون النخالة الخالصة أكثر من التي في الدقيق (قوله وحنطة مقلية بمقلية) المقلى الذى يقلى على النار، وهو المحمص عرفا قال في الفتح: واختلفوا فيه قيل يجوز إذا تساويا كيلا، وقيل: لا وعليه عول في المبسوط ووجهه أن النار قد تأخذ في أحدهما أكثر من الآخر والأول أولى اه (قوله ففاسد) أى اتفاقا فتح (قوله والسمسم) بكسر السينين وحكى فتحهما (قوله الشيرج) بوزن جعفر (قوله حتى يكون الزيت الخ) أى بطريق العلم فلو جهل أو علم أنه أقل أو مساو لايجوز فالاحتمالات أربع، والجواز في أحدها فتح وكتب بعضهم هنا أنه يؤخذ من نظائره في باب الصرف اشتراط القبض لكل من المبيع والثمن في المجلس بعد هذا الاعتبار خصوصا من تعليل الزيلعي بقوله لاتحاد الجنس بينهما معنى باعتبار ما في ضمنهما، وإن اختلفا صورة فثبتت بذلك شبهة المجانسة والربا يثبت بالشبهة اه.

قلت: وفيه غفلة عما تقدم متنا من أن التقابض معتبر في الصرف أما غيره من الربويات فالمعتبر فيه التعيين وتعليل الزيلعي بالجنسية لوجوب الاعتبار وحرمة التفاضل بدونه فتدبر (قوله بالثفل) بضم الثاء المثلثة ما استقر تحت الشيء من كدره قاموس وغيره (قوله كجوز بدهنه الخ) قال في الفتح وأظن أن لا قيمة لثفل الجوز إلا أن يكون بيع بقشره فيوقد وكذا العنب لا قيمة لثفله فلا تشترط زيادة العصير على ما يخرج اه (قوله فسد بالزيادة) ولا بد من المساواة لأن التراب لا قيمة له فلا يجعل بإزائه شيء منح ط.

(ويستقرض الخبز وزنا وعددا) عند محمد وعليه الفتوى ابن ملك واستحسنه الكمال واختاره المصنف تيسيرا. وفى المجتبى: باع رغيفا نقدا برغيفين نسيئة جاز وبعكسه لاوجاز بيع كسيراته كيف كان (ولاربا بين سيد وعبده) ولو مدبرا لامكاتبا (إذا لم يكن دينه مستغرقا لرقبته وكسبه) فلو مستغرقا يتحقق الربا اتفاقا ابن ملك وغيره لكن فى البحر عن المعراج التحقيق الإطلاق وإنما يرد الزائد لا للربا بل لتعلق حق الغرماء (ولا) ربا (بين متفاوضين وشريكى عنان إذا تبايعا من مالها) أى مال الشركة زيلعى

[تنبيه] مثل ما ذكر فى الوجوه الأربعة بيع شاة ذات لبن أو صوف بلبن أو صوف والرطب بالدبس والقطن بحبه والتمر بنواه وتمامه فى القهستانى (قوله عند محمد) وقال أبو حنيفة: لايجوز وزنا لا عددا وقال أبو يوسف: يجوز وزنا لا عددا وبه جزم فى الكنز فى الزيلعى أن الفتوى عليه (قوله وعليه الفتوى) وهو المختار لتعامل الناس وحاجاتهم إليه ط عن الاختيار وماعزاه الشارح إلى ابن ملك ذكره فى التتارخانية أيضا كما قدمناه فى فصل القرض (قوله واستحسنه الكمال) حيث قال ومحمد يقول: قد أهدر الجيران تفاوته وبينهم يكون اقتراضه غالبا والقياس يترك بالتعامل، وجعل المتأخرون الفتوى على قول أبى يوسف وأنا أرى أن قول محمد أحسن (قوله وبعكسه لا) أى وإذا كان الرغيفان نقدا والرغيف نسيئة لايجوز بحر ونهر عن المجتبى. وهكذا رأيته فى المجتبى فافهم: وانظر ماوجه المسألتين وقال ط فى توجيه الأولى، لأنه عددى متفاوت، فيجعل الرغيف بمقابلة أحد الرغيفين، والأجل يجعل رغيفا حكما بمقابلة الرغيف الثانى مجتبى اه ولم أره فى المجتبى. ويرد عليه أنه متى وجد الجنس حرم النساء كما مر فى بيع تمرة بتمرتين، وأيضا التعليل بأنه عددى متفاوت يقتضى عدم الجواز، ولذا لما أجاز محمد استقراضه علله بإهدار التفاوت فكيف يجعل التفاوت علة الجواز، وعلله شيخنا بأن تأجيل الثمن جائز دون البيع، وفيه أن لايظهر هذا فى الكسيرات:

والحاصل: أنه مشكل ولذا قال السائحانى: إن هذا الفرع خارج عن القواعد، لأن الجنس بانفراده يحرم النساء فلا يعمل به حتى ينص على تصحيحه كيف وهو من صاحب المجتبى. (قوله كيف كان) أى نقدا ونسيئة مجتبى (قوله ولا ربا بين السيد وعبده) لأنه وما فى يده لمولاه فلا يتحقق الربا لعدم تحقق البيع فتح (قوله ولو مدبرا) دخل أم الولد كما فى الفتح (قوله لا مكاتبا) لأنه صار كالحر يدا وتصرفا فى كسبه نهر (قوله إذا لم يكون دينه مستغرقا) وكذا إذا لم يكن عليه دين أصلا بالأولى فافهم (قوله يتحقق الربا اتفاقا) أما عند الإمام فلعدم ملكه لما فى يد عبده المأذون المديون، وأما عندهما فلأنه إن لم يزل(١) ملكه عما فى يده، لكن تعلق بما فى يده حق الغرماء فصار المولى كالأجنبى، فيتحقق الربا بينهما كما يتحقق بينه وبين مكاتبه فتح (قوله التحقيق الإطلاق) أى عن الشرط المذكور كما فعل فى الكنز تبعا للمبسوط، وقد تبع المصنف الهداية (قوله لا للربا بل لتعلق حق الغرماء) لأنه أخذه بغير عوض ولو أعطاه العبد درهما بدرهمين لايجب عليه الرد أى على المولى كما فى صرف المحيط نهر (قوله إذا تبايعا من مال الشركة(٢)) الظاهر أن المراد إذا كان كل من البدلين من مال الشركة ما لو اشترى أحدهما درهمين من مال الشركة بدرهم من ماله مثلا فقد حصل للمشترى زيادة وهى حصة شريكه من الدرهم

---

(١) (قوله فلأنه إن لم يزل) هكذا بخطه ولعله سقط من قلمه الواو قبل أن والأصل فلأنه وإن لم يزل الخ فتأمل اه مصححه.

(٢) (قوله إذا تبايعا من مال الشركة) هكذا بخطه والذى فى المتن: إذا تبايعا من مالها قال الشارح بعده أى من مال الشركة فليحرر اه مصححه.

(ولا بين حربي ومسلم) مستأمن ولو بعقد فاسد أو قمار (ثمة) لأن ماله ثمة مباح فيحل برضاه مطلقا بلا غدر خلافا للثاني والثلاثة (و) حكم (من أسلم في دار الحرب ولم يهاجر كحربي) فللمسلم لوبا معه خلافا لهما لأن ماله غير معصوم فلو هاجر إلينا ثم عاد إليهم فلا ربا اتفاقا جوهرة .

قلت : ومنه يعلم حكم من أسلما ثمة ولم يهاجرا .

الزائد بلا عوض وهو عين الربا تأمل (قوله ولا بين حربي ومسلم مستأمن) احترز بالحربي عن المسلم الأصلي والذمي ، وكذا عن المسلم الحربي إذا هاجر إلينا ثم عاد إليهم ، فانه ليس للمسلم أن يرابي معه اتفاقا كما يذكره الشارح ، ووقع في البحر هنا غلط حيث قال : وفي المجتبى مستأمن منا باشر مع رجل مسلما كان أو ذميا في دراهم أو من أسلم هناك شيئا من العقود التي لا تجوز فيما بيننا كالربويات وبيع الميتة جاز عندهما خلافا لأبي يوسف اه فان مدلوله جواز الربا بين مسلم أصلي مع مثله أو مع ذمي هنا ، وهو غير صحيح لما علمته من مسألة المسلم الحربي ، والذي رأيته في المجتبى هكذا مستأمن من أهل دارنا مسلما كان أو ذميا في دارهم أو من أسلم هناك باشر معهم من العقود التي لا تجوز الخ وهي عبارة صحيحة فما في البحر تحريف فتنبه (قوله ومسلم مستأمن) مثله الأسير لكن له أخذ مالهم ولو بلا رضاهم كما مر في الجهاد (قوله ولو بعقد فاسد) أي ولو كان الربا بسبب عقد فاسد من غير الأموال الربوية كبيع بشرط كما حققناه فيما مر ، وأعم منه عبارة المجتبى المذكورة وكذا قول الزيلعي ، وكذا إذا تبايعا فيها بيعا فاسدا (قوله ثمة) أي في دار الحرب قيد به لأنه لو دخل دارنا بأمان فباع منه مسلم درهما بدرهمين لا يجوز اتفاقا ط عن مسكين (قوله لأن ماله ثمة مباح) قال في فتح القدير : لا يخفى أن هذا التعليل إنما يقتضي حل مباشرة العقد إذا كانت الزيادة ينالها المسلم ، والربا أعم من ذلك إذ يشمل ما إذا كان الدرهمان أي في بيع درهم بدرهمين من جهة المسلم ومن جهة الكافر : وجواب المسألة بالحل عام في الوجهين وكذا القمار قد يفضي إلى أن يكون مال الخطر للكافر بأن يكون الغلب له ، فالظاهر أن الإباحة بقيد نيل المسلم الزيادة ، وقد ألزم الأصحاب في الدرس أن مرادهم من حل الربا والقمار ما إذا حصلت الزيادة للمسلم نظرا إلى العلة وإن كان إطلاق الجواب خلافه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب اه

قلت : ويدل على ذلك ما في السير الكبير وشرحه حيث قال : وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان ، فلا بأس بأن يأخذ منهم أموالهم بطيب أنفسهم بأي وجه كان لأنه إنما أخذ المباح على وجه عري عن الغدر فيكون ذلك طيبا له والأسير والمستأمن سواء حتى لو باعهم درهما بدرهمين أو باعهم ميتة بدراهم أو أخذ مالا منهم بطريق القمار فذلك كله طيب له اه ملخصا .

فانظر كيف جعل موضوع المسألة الأخذ من أموالهم برضاهم ، فعلم أن المراد من الربا والقمار في كلامهم ما كان على هذا الوجه وإن كان اللفظ عاما لأن الحكم يدور مع علته غالبا (قوله مطلقا) أي ولو بعقد فاسد ط (قوله بلا غدر) لأنه لما دخل دارهم بأمان ، فقد التزم أن لا يغدرهم وهذا القيد لزيادة الإيضاح ، لأن ما أخذه برضاهم لا غدر فيه (قوله خلافا للثاني) أي أبي يوسف وخلافه في المستأمن دون الأسير (قوله والثلاثة) أي الأئمة الثلاثة (قوله لأن ماله غير معصوم) العصمة الحفظ والمنع ، وقال في الشرنبلالية : لعله أراد بالعصمة التقوم أي لا تقوم له ، فلا يضمن بالاتلاف لما قال في البدائع معللا لأبي حنيفة ، لأن العصمة وإن كانت ثابتة فالتقوم ليس بثابت عنده حتى لا يضمن بالإتلاف وعندهما لفسه وماله معصومان مقومان اه (قوله فلا ربا اتفاقا) أي لا يجوز الربا معه فهو نفي بمعنى النهي كما في قوله تعالى - فلا رفث ولا فسوق - فافهم (قوله ومنه يعلم الخ) أي

والحاصل أن الربا حرام إلا فى هذه الست مسائل :

باب الحقوق

فى البيع

أخرها لتبعيتها ولتبعيته ترتيب الجامع الصغير (اشترى بيتا فوقه آخر لايدخل فيه العلو) مثلث العين (ولو قال بكل حق) هوله أو بكل قليل وكثير (مالم ينص عليه) لأن الشىءلايستتبع مثله (وكذا لايدخل)العلو (بشراء منزل) هومالا إصطبل فيه (إلا بكل حق هو له أو بمرافقه) أى حقوقه كطريق ونحوه وعند الثانى المرافق المنافع أشباه (أو بكل قليل أو كثير هو فيه أو منه

يعلم مما ذكره المصنف مع تعليله أن من أسلما ثمة ولم يهاجرا لايتحقق الربا بينهما أيضا كما فى النهر عن الكرمانى وهذا يعلم بالأولى (قوله إلا فى هذه الستة مسائل) أولها السيد مع عبده وآخرها من أسلما ولم يهاجرا ... أن يقول المسائل بالتعريف والله سبحانه أعلم .

باب الحقوق

جمع حق والحق خلاف الباطل ، وهو مصدر حق الشىء من بابى ضرب وقتل إذا وجب وثبت ، ولهذا يقال لمرافق الدار حقوقها اهـ وفى البناية : الحق ما يستحقه الرجل وله معان أخر منها ضد الباطل اهـ وتمامه فى البحر . وفى النهر اعلم أن الحق فى العادة يذكر فيما هو تبع للمبيع ، ولا بد له منه ولا يقصد إلا لأجله كالطريق والشرب للأرض ويأتى تمامه (قوله لتبعيتها) أى لأن الحقوق توابع فيليق ذكرها بعد مسائل البيوع بحر عن المعراج قال بعضهم : ولهذا الباب مناسبة خاصة بالربا لأن فيه بيان فضل هو حرام ، وهنا بيان فضل على المبيع هو حلال (قوله ولتبعيته) أى المصنف وكذا صاحب الكنز والهداية (قوله مثلث العين) واللام ساكنة ط عن الحموى (قوله لأن الشىء) علة لقوله لا يدخل فيه العلو ، وذلك أن البيت اسم لمسقف واحد جعل ليبات فيه ؛ ومنهم من يزيد له دهليزا فإذا باع البيت لا يدخل العلو ما لم يذكر اسم العلو صريحا ، لأن العلو مثله فى أنه مسقف يبات فيه والشىء لا يستتبع مثله ، بل ما هو أدنى منه فتح ، ولم يدخل بذكر الحق لأن حق الشىء تبع له فهو دونه والعلو مثل البيت لادونه (قوله هو مالا اصطبل فيه) قال فى الفتح : المنزل فوق البيت ودون الدار ، وهو اسم لمكان يشتمل على بيتين أو ثلاثة ينزل فيها ليلا ونهارا وله مطبخ وموضع قضاء الحاجة ، فيتأتى السكنى بالعيال مع ضرب قصور إذ ليس له صحن غير مسقف ولا إصطبل الدواب ، فيكون البيت دونه ، ويصلح أن يستتبعه فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع غير متوقف على التنصيص على اسمه الخاص ، ولشبهه بالبيت لا يدخل بلا ذكر زيادة اهـ أى زيادة ذكر التوابع أى قوله بكل حق هو له الخ (قوله أى حقوقه) فى جامع الفصولين من الفصل السابع أن الحقوق عبارة عن مسيل وطريق وغيره وفاقا ، والمرافق عند أبى يوسف عبارة عن منافع الدار وفى ظاهر الرواية المرافق هى الحقوق ، وإليه يشير قوله أى بمرافقه نهر ، فعلى قول أبى يوسف المرافق أعم لأنها توابع الدار مما يرتفق به كالمتوضأ والمطبخ كما فى القهستانى ح وقدم قبله أن حق الشىء تابع لابد له منه كالطريق والشرب اهـ فهو أخص تأمل (قوله كطريق) أى طريق خاص فى ملك إنسان ويأتى بيانه (قوله هو فيه أو منه) أى هو داخل فيه أو خارج منه بأو دون الواو على ما اختاره أصحابنا كما ذكره الصيرفى ، والجملة صفة لحق مقدر لا لقليل أو كثير فإن الصفة لا توصف ولا لكل على رأى كما تقرر وبهذا التقرير اندفع طعن أبى يوسف على محمد

ويدخل) العلو (بشراء دار وإن لم يذكر شيئا) ولو الأبنية بتراب أو بخيام أو قباب وهذا التفصيل عرف الكوفة وفى عرفنا يدخل العلو بلا ذكر فى الصور كلها فتح وكافى سواء كان المبيع بيتا فوقه علو أو غيره إلا دار الملك فتسمى سراى نهر (ك) ما يدخل فى شراء الدار (الكنيف وبئر الماء والأشجار التى فى صحنها و) كذا (البستان الداخل) وإن لم يصرح بذلك (لا) البستان (الخارج إلا إذا كان أصغر منها) فيدخل تبعا ولو مثلها أو أكبر فلا إلا بالشرط زيلعى وعينى (والظلة لاتدخل فى بيع الدار)لبنائها على الطريق فأخذت حكمه (إلا بكل حق ونحوه) مما مر وقالا إن مفتحها فى الدار تدخل كالعلو (ويدخل الباب الأعظم فى بيع بيت أو دار مع ذكر المرافق) لأنه من مرافقها خانية (لا) يدخل (الطريق والمسيل

بدخول الأمتعة فيها وطعن زفر عليه بدخول الزوجة والولد والحشرات قهستانى (قوله بشراء دار) هى اسم لساحة أدير عليها الحدود تشتمل على بيوت وإصطبل وصحن غير مسقف وعلو ، فيجمع فيها بين الصحن للاستراوح ومنافع الأبنية للإسكان فتح (قوله سواء كان المبيع بيتا الخ) عبارة النهر قالوا هذا فى عرف أهل الكوفة ، أما فى عرفنا فيدخل العلو من غير ذكر فى الصور كلها سواء كان المبيع بيتا فوقه علوا ومنزلا كذلك ، لأن كل مسكن يسمى خانه فى العجم ، ولو علوا سواء كان صغيرا كالبيت أو غيره إلا دار الملك فتسمى سراى اه وهو مأخوذ من الفتح لكن قوله ولو علوا صوابه وله علو كما فى عبارة الفتح وعبارة الهداية ولا يخلو عن علو :

مطلب الأحكام تبتنى على العرف

قلت: وحاصله أن كل مسكن فى عرف العجم يسمى خانه إلا دار الملك تسمى سراى والخانه لايخلو عن علو فلذا دخل العلو فى الكل ، وظاهره أن البيع يقع عندهم بلفظ خانه لكن فى البحر عن الكافى وفى عرفنا يدخل العلو فى الكل سواء باع باسم البيت أو المنزل أو الدار والأحكام تبتنى على العرف ، فيعتبر فى كل إقليم وفى كل عصر عرف أهله اه :

قلت : وحيث كان المعتبر العرف فلا كلام سواء كان باسم خانه أو غيره ، وفى عرفنا لو باع بيتا من دار ، أو باع دكانا أو إصطبلا أو نحوه لايدخل علو المبنى فوقه مالم يكن باب العلو من داخل المبيع(قوله إلا دار الملك) المستثنى منه غير مذكور فى كلامه كما علم مما ذكرناه(قوله الكنيف) أى ولو خارجا مبنيا على الظلة لأنه يعد من الدار بحر وهو المستراح ، وبعضهم يعبر عنه ببيت الماء نهر (قوله والأشجار) أى دون أثمارها إلا بالشرط كما مر فى فصل مايدخل فى المبيع تبعا ، وفيه بيان مسائل يحتاج إلى مراجعتها هنا (قوله فيدخل تبعا)قيده الفقيه أبو جعفر بما إذا كان مفتحه فيها (قوله والظلة لاتدخل) فى المغرب قول الفقهاء ظلة الدار يريدون السدة التى فوق الباب ، وادعى فى إيضاح الإصلاح أن هذا وهم بل هى الساباط الذى أحد طرفيه على الدار والآخر على دار أخرى أو على الأسطوانات التى فى السكة ، وعليه جرى فى فتح القدير وغيره نهر (قوله ويدخل الباب الأعظم) أى إذا كان له باب أعظم وداخله باب آخر دونه ، وقوله مع ذكر المرافق يفيد أنه لايدخل بدونه وهو خفى ، فإن الظاهر أنه مثل الطريق إلى سكة كما يأتى فتأمل .

وقد يقال إن صورة المسألة مالو باع بيتا من دار فيدخل فى البيع باب البيت فقط دون باب الدار الأعظم ، وكذا لو باع دارا داخل دار أخرى لايدخل باب الدار الأخرى أيضا بدون ذكر المرافق ، بخلاف ما إذا كان البابان للمبيع وحده ، وكان يتوصل من أحدهما إلى الآخر تأمل (قوله لايدخل الطريق الخ) يوهم أنه لايدخل مع ذكر

والشرب إلا بنحو كل حق)

المرافق ، وليس كذلك فكان عليه أن يقول وكذا الطريق الخ وبه يستغنى عن الاستثناء بعده قال فى الهداية : ومن اشترى بيتا فى دار أو منزلا أو مسكنا لم يكن له الطريق إلا أن يشتريه بكل حق هوله أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل ، لأنه خارج الحدود إلا أنه من التوابع فيدخل بذكر التوابع اه قال فى الفتح وفى المحيط : المراد الطريق الخاص فى ملك إنسان فأما طريقها إلى سكة غير نافذة أو إلى الطريق العام ، فيدخل وكذا ماكان له من حق تسييل الماء وإلقاء الثلج فى ملك إنسان خاصة اه فلا يدخل كما فى الكفاية عن شرح الطحاوى وقال فخر الإسلام : إذا كان طريق الدار المبيعة أو مسيل مائها فى دار أخرى لايدخل بلا ذكر الحقوق لأنه ليس من هذه الدار اه .

وصورته : إذا كانت دار داخل دار أخرى للبائع أو غيره فباع الداخلة فطريقها فى الدار الخارجة ليس من الدار المبيعة بل من حقوقها فلا يدخل فيها بلا ذكر الحقوق ونحوها ، فصار بمنزلة بيع بيت أو نحوه من دار فإن طريقه فى الدار لايدخل فيه لأنه ليس منه بل خارج عن حدوده كما مر عن الهداية فما أورده فى الفتح من أن تعليل فخر الإسلام يقتضى أن الطريق الذى فى هذه الدار يدخل ، وهو خلاف مافى الهداية ففيه نظر فتدبر .

[تنبيه] قال فى الكفاية : وفى الذخيرة بذكر الحقوق إنما يدخل الطريق الذى يكون وقت البيع لا الطريق الذى كان قبله ، حتى أن من سد طريق منزله وجعل له طريقا آخر وباع المنزل بحقوقه دخل فى البيع الطريق الثانى لا الأول اه وفى الفتح عن فخر الإسلام فإن قال البائع : ليس للدار المبيعة طريق فى دار أخرى فالمشترى لايستحق الطريق ، ولكن له أن يردها بالعيب ، ولو كان عليها جذوع لدار أخرى ، فإن كانت للبائع أمر برفعها ، وإن لغيره كانت بمنزلة العيب ولو ظهر فيها طريق أو مسيل ماء لدار أخرى للبائع فلا طريق له فى المبيعة اه .

وفى حاشية الرملى عن النوازل : له داران مسيل الأولى على سطح الثانية فباع الثانية بكل حق لها ثم باع الأولى من آخر فللمشترى الأول منع الثانى من التسييل على سطحه ، إلا إذا استثنى البائع المسيل وقت البيع اه ملخصا قال : وما وقع فى الخلاصة والبزازية عن النوازل من أنه ليس للأول منع الثانى سبق قلم لأن الذى فى النوازل ماقدمناه ومثله فى الولوالجية وبه علم جواب حادثة الفتوى له كرمان طريق الأول على الثانى فباع لبنته الثانى على أن له المرور فيه كما كان فباعته لأجنبى ليس للأجنبى منع الأب .

[تتمة] جرى العرف فى بلاد الشام أنه إذا كان فى الدار ميازيب مركبة على سطحها أو بركة ماء فى صحنها أو نهر كنيف تحت أرضها وهو المسمى بالمالح دخول حق التسييل (١) فى الميازيب : وفى النهر المذكور : ودخول شرب البركة الجارى إليها وقت البيع وإن لم ينصوا على ذلك ، ولا سيما ماء البركة فإنه مقصود بالشراء حتى إن الدار بدونه ينقص ثمنها نقصا كثيرا وقد مر آنفا عن الكافى أن الأحكام تبتنى على العرف وأنه يعتبر فى كل إقليم وعصر عرف أهله ، وقد نبهنا على ذلك فى فصل مايدخل فى البيع ، وأيدناه بما فى الذخيرة من أن الأصل أن ماكان من الدار متصلا بها يدخل فى بيعها تبعا بلا ذكر ، وما لا فلايدخل بلا ذكر إلى ماجرى العرف أن البائع لايمنعه عن المشترى ، فيدخل المفتاح استحسانا للعرف بعدم منعه ، بخلاف القفل ومفتاحه والسلم من خشب إذا لم يكن متصلا بالبناء ، وقدمنا هناك عن البحر أن السلم الغير المتصل يدخل فى عرف مصر القاهرة لأن بيوتهم طبقات لاينتفع بها بدونه ، وتمام ذلك فى رسالتنا نشر العرف والله سبحانه أعلم (قوله والشرب) بكسر الشين المعجمة الحظ من الماء

(١) (قوله دخول حق التسييل) هكذا بخطه ولعل الأصوب التعبير بيدخل بدل دخول ليكون جواب إذا أو خبر إن تأمل اه مصححه .

ونحوه مما مر (بخلاف الإجارة) لدار وأرض فتدخل بلا ذكر لأنها تعقد للانتفاع لا غير (والرهن والوقف) خلاصة (ولو أقر بدار أو صالح عليها أو أوصى بها ولم يذكر حقوقها ومرافقها لا يدخل الطريق) كالبيع ولا يدخل في القسمة وإن ذكر الحقوق والمرافق إلا برضا صريح نهر عن الفتح وفى الحواشى اليعقوبية ينبغى أن يكون الرهن كالبيع إذ لا يقصد به الانتفاع :

قلت : هو جيد لولا مخالفته للمنقول كما مر ، ولفظ الخلاصة ويدخل الطريق فى الرهن والصدقة الموقوفة كالإجارة واعتمده المصنف تبعا للبحر . نعم ينبغى أن تكون الهبة والنكاح والخلع والعتق على مال كالبيع والوجه فيها لا يخفى اهـ .

باب الاستحقاق

هو طلب الحق (الاستحقاق نوعان) أحدهما (مبطل للملك)

وفى الخانية : رجل باع أرضا بشربها فالمشترى قدر مايكفيها ، وليس له جميع ما كان للبائع اهـ عزمية (قوله ونحوه) لا حاجة إليه مع المتن (قوله مما مر) أى من ذكر المرافق أو كل قليل وكثير منه ط (قوله فتدخل بلا ذكر) أى يدخل الطريق والمسيل والشرب نهر (قوله لأنها الخ) أى لأن الإجارة تعقد للانتفاع بعين هذه الأشياء والبيع ليس كذلك ، فإن المقصود منه فى الأصل ملك الرقبة لا خصوص الانتفاع بل . هو أو ليتجر فيها أو يأخذ نقضها نهر قال الزيلعى : ألا ترى أنه لو استأجر الطريق من صاحب العين لا يجوز يعنى لعدم الانتفاع به بدون العين فتعين الدخول فيها ، ولا يدخل مسيل ماء الميزاب إذا كان فى ملك خاص ولا مسقط الثلج فيه اهـ : ومثله فى المنح عن العينى وفى حواشى مسكين أن هذا تقييد لقول المصنف بخلاف الإجارة وأفاد أن دخول المسيل فى الإجارة بلا ذكر الحقوق مقيد بما إذا لم يكن فى ملك خاص (قوله كالبيع) أفاد به أن الشرب والمسيل فى حكم الطريق ط (قوله ولا يدخل فى القسمة الخ) حاصل ما فى الفتح : أنهما إذا اقتسما ولأحدهما على الآخر مسيل أو طريق ولم يذكر الحقوق لا تدخل ، لكن إن أمكن له إحداثها فى نصيبه فالقسمة صحيحة وإلا فلا ، بخلاف الإجارة ، لأن الآجر إنما يستوجب الأجر إذا تمكن المستأجر من الانتفاع ، ففى إدخال الشرب توفير المنفعة عليهما ، وإن ذكر الحقوق فى القسمة دخلت إن لم يمكنه إحداثها لا إن أمكن إلا برضا صريح ، لأن المقصود بالقسمة تمييز الملك لكل منهما لينتفع به على الخصوص ، بخلاف البيع فإن الحقوق تدخل بذكرها وإن أمكن إحداثها لأن المقصود منه إيجاد الملك اهـ ومثله فى الكفاية عن الفوائد الظهيرية وفى النهر عن الوهبانية إذا لم يمكنه فتح باب ، وقد علم ذلك وقت القسمة صحت وإن لم يعلم فسدت اهـ أى لأنه عيب وينبغى أن يقيد بذلك قول الفتح ، وإلا فلا أى وإن لم يمكن إحداثها فلا تصح القسمة إن لم يعلم بذلك وقتها لأنه إذا علم يكون راضيا بالعيب تأمل (قوله نهر عن الفتح) كان عليه أن يؤخر العزو إلى النهر آخر العبارة فإن جميع ما يأتى مذكور فيه اهـ ح (قوله كما مر) أى فى المتن وعزاه الشارح إلى الخلاصة (قوله أن تكون الهبة) أى هبة الدار (قوله على مال) عبارة النهر على دار وهو متعلق بالثلاثة (قوله والوجه فيها لا يخفى) لأنها لاستحداث ملك لم يكن لا لخصوص الانتفاع بخلاف الإجارة والله سبحانه أعلم :

باب الاستحقاق

ذكره بعد الحقوق للمناسبة بينهما لفظا ومعنى ولو لا هذا لكان ذكره عقب الصرف أولى نهر (قوله هو طلب الحق) أفاد أن السين والتاء للطلب ، لكن فى المصباح : استحق فلان الأمر استوجبه قاله الفارابى وجماعة

بالكلية (كالعتق) والحرية الأصلية (ونحوه) كتدبير وكتابة (و) ثانيهما (ناقل له) من شخص إلى آخر (كالاستحقاق به) أى بالملك بأن ادعى زيد على بكر أن ما فى يده من العبد ملك له وبرهن (والناقل لا يوجب فسخ العقد) على الظاهر لأنه لا يوجب بطلان الملك (والحكم به حكم على ذى اليد وعلى من تلقى) ذو اليد (الملك منه)

فالأمر مستحق بالفتح اسم مفعول ، ومنه خرج المبيع مستحقا اه فأشار إلى أن معناه الشرعى موافق للغوى ، وهو كون المراد بالاستحقاق ظهور كون الشىء حقا واجبا للغير (قوله بالكلية) أى بحيث لا يبقى لأحد عليه حق التملك منح ودرر ، والمراد بالأحد أحد الباعة مثلا لا المدعى فإن له حق التملك فى المدبر والمكاتب والاستحقاق فيهما من المبطل كما ذكره بعد ط (قوله والناقل لا يوجب فسخ العقد) بل يوجب توقفه على إجازة المستحق كذا فى النهاية وتبعه الجماعة . واعترضه شارح بأن غايته أن يكون بيع فضولى ، وفيه إذا وجد عدم الرضا ينفسخ العقد ، وإثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا ، والمفسوخ لا تلحقه إجازة . قال فى الفتح : وما فى النهاية هو المنصور وقوله إثبات الاستحقاق دليل على عدم الرضا أى بالبيع ليس بلازم لجواز أن يكون دليل عدم الرضا بأن يذهب من يده مجانا ، وذلك لأنه لو لم يدع الاستحقاق ويثبته استمر فى يد المشترى من غير أن يحصل له عينه ولابد له فإثباته ليحصل أحدهما إما العين أو البدل بأن يجيز ذلك البيع .

ثم اعلم أنه اختلف فى البيع متى ينفسخ ؟ فقيل إذا قبض المستحق ، وقيل بنفس القضاء ، والصحيح أنه لا ينفسخ ما لم يرجع المشترى على بائعه بالثمن ، حتى لو أجاز المستحق بعد ما قضى له أو بعد ما قبضه قبل أن يرجع المشترى على بائعه يصح ، وقال الحلوانى : الصحيح من مذهب أصحابنا أن القضاء للمستحق لا يكون فسخا للبياعات ما لم يرجع كل على بائعه بالقضاء ، وفى الزيادات روى عن الإمام أنه لا ينتقض ما لم يأخذ العين ، بحكم القضاء وفى ظاهر الرواية لا ينفسخ ما لم يفسخ وهو الأصل اه ومعنى هذا أن يتراضيا على الفسخ ، لأنه ذكر فيها أيضا أنه ليس للمشترى الفسخ بلا قضاء أو رضا البائع لأن احتمال إقامة البائع البينة على النتاج ثابت إلا إذا قضى القاضى فيلزم فينفسخ ، وتمامه فى الفتح : فقد اختلف التصحيح فيما ينفسخ به العقود ، ويأتى قريبا عن الهداية أنه لا ينتقض فى ظاهر الرواية ما لم يقض على البائع بالثمن ، ويمكن التوفيق بين هذه الأقوال بأن المقصود أنه لا ينتقض بمجرد القضاء بالاستحقاق ، بل يبقى العقد موقوفا بعده على إجازة المستحق ، أو فسخه على الصحيح ، فإذا فسخه صريحا فلا شك فيه ، وكذا لو رجع المشترى على بائعه بالثمن وسلمه إليه ، لأنه رضى بالفسخ ، وكذا لو طلب المشترى من القاضى أن يحكم على البائع بدفع الثمن ، فحكم له بذلك أو تراضيا على الفسخ ، ففى ذلك كله ينفسخ العقد فليس المراد من هذه العبارات حصر الفسخ بواحد من هذه الصور ، بل أيها وجد بعد الحكم بالاستحقاق انفسخ العقد هذا ما ظهر لى فى هذا المقام . بقى شىء : وهو أنه يثبت للبائع الرجوع على بائعه بالثمن ، وإن كان قد دفع الثمن إلى المشترى بلا إلزام القاضى إياه وهذا مذهب محمد وعليه الفتوى خلافا لأبى يوسف كما فى الحامدية ونور العين عن جواهر الفتاوى (قوله لأنه لا يوجب بطلان الملك) أى ملك المشترى لأن الاستحقاق أظهر توقف العقد على إجازة المستحق أو فسخه كما علمت (قوله حكم على ذى اليد) حتى يؤخذ المدعى من يده درر ، وهذا إذا كان خصما فلا يحكم على مستأجر ونحوه (قوله وعلى من تلقى ذو اليد الملك منه) هذا مشروط بما إذا ادعى ذو اليد الشراء منه . ففى البحر عن الخلاصة : إذا قال المشترى فى جواب دعوى الملك هذا ملكى لأنى شريته من فلان صار البائع مقضيا عليه ويرجع المشترى عليه بالثمن : أما إن قال فى الجواب ملكى ولم يزد عليه لا يصير البائع مقضيا عليه والإرث كالشراء نص عليه فى الجامع الكبير :

ولو مورثه فيتعدى إلى بقية الورثة أشباه (فلا تسمع دعوى الملك منهم) للحكم عليهم (بل دعوى النتاج ولا يرجع) أحد من المشترين (على بائعه مالم يرجع عليه

وصورته : دار بيد رجل يدعى أنها له فجاء آخر وادعى أنها له وقضي له بها فجاء أخو المقضى عليه ، وادعى أنها كانت لأبيه تركها ميراثا له وللمقضى عليه يقضى للأخ المدعى بنصفها لأن ذاك لم يقل ملكى لأنى ورثتها من أبى ليصير الأخ مقضيا عليه ، وكذا لو أقر الأخ المقضى عليه أنه ورثها من أبيه بعد إنكاره وإقامة البينة ولو أقر بالإرث قبل إقامة البينة لاتسمع دعوى الأخ اه قال : وذكر قبله إذا صار المورث مقضيا عليه فى محدود فمات فادعى وارثه ذلك المحدود إن ادعى الإرث من هذا المورث لاتسمع ، وإن ادعى مطلقا تسمع وإن كان المورث مدعيا وقضى له ثم بعد موته ادعى وارث المقضى عليه على وارث المقضى له هذا المحدود مطلقا لا تسمع اه .

[فرع] فى البزازية : مسلم باع عبدا من نصرانى فاستحقه نصرانى بشهادة نصرانيين لايقضى له ، لأنه لو قضى له لرجع بالثمن على المسلم (قوله ولو مورثه) الضمير عائد على من فى قوله وعلى من تلقى الملك منه : أى لو اشتراه ذو اليد من مورثه ، فالحكم عليه بالاستحقاق حكم على المورث ، فلا تسمع دعوى بقية الورثة على المستحق بالإرث (قوله فلا تسمع دعوى الملك منهم) تفريع على قوله والحكم به حكم على ذى اليد الخ درر : وأتى بضمير الجمع إشارة إلى شمول ما لو تعدد البيع من واحد إلى آخر وهكذا ، ولذا قال فى الدرر بلا واسطة أو وسايط وفرع فى الغرر على ذلك أيضا : أنه لا تعاد البينة للرجوع قال فى شرحه يعنى إذا كان الحكم للمستحق حكما على الباعة فإذا أراد واحد من المشترين أن يرجع على بائعه بالثمن لايحتاج إلى إعادة البينة (قوله بل دعوى النتاج) عبارة الغرر : بل دعوى النتاج أو تلقى الملك من المستحق . قال فى شرحه الدرر : بأن يقول بائع من الباعة حين رجع عليه بالثمن أنا لا أعطى الثمن ، لأن المستحق كاذب لأن المبيع نتج فى ملكى ، أو ملك بائعى بلا واسطة ، أو بها فتسمع دعواه ، ويبطل الحكم إن أثبت ، أو يقول : أنا لا أعطى الثمن لأنى اشتريته من المستحق فتسمع أيضا اه . وأفاد كلامه أنه لايشترط لإثبات النتاج حضور المستحق ، كما أجاب به فى الحامدية وقال : إنه مقتضى ما أفتى به فى الخيرية فى باب الإقالة موافقا لما فى العمادية ، من أن هذا القول أظهر وأشبه ، لكن فى البزازية أن الاشتراط هو الأظهر والأشبه .

قلت : وعبارة البزازية وعند محمد وهو اختيار شمس الإسلام يقبل بلا حضرته ، لأن الرجوع بالثمن أمر يخص المشترى فاكتفى بحضوره ، واختيار صاحب المنظومة وهو قياس قولهما وهو الأظهر ، والأشبه عدم القبول بلا حضور المستحق اه لكن فى الذخيرة قيل على قول محمد وأبى يوسف الآخر يشترط ، وعلى قياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف الأول لايشترط ، وهذا القول أشبه وأظهر اه . وهكذا عزاه فى العمادية إلى الذخيرة والمحيط ومثله فى جامع الفصولين ونور العين ، فالظاهر أن ما فى البزازية من العكس سبق قلم ، حررناه فى تنقيح الحامدية فتنبه لذلك .

واختلف فى اشتراط حضرة المبيع وأفتى ظهير الدين بعدمه كما سنذكره (قوله مالم يرجع عليه) فليس للمشترى الأوسط أن يرجع على بائعه قبل أن يرجع عليه المشترى الأخير درر : وأفاد أنه لايشترط إلزام القاضى البائع بالثمن ، بل له الرجوع على بائعه بدونه ، وهو قول محمد المفتى به كما علمت ، ثم إنما يثبت له الرجوع إذا لم يبرئه البائع عن الثمن قبل الاستحقاق ، فلو أبرأه البائع ثم استحق المبيع من يده لا يرجع على بائعه بالثمن ، لأنه لا ثمن له على بائعه ، وكذلك بقية الباعة لايرجع بعضهم على بعض ذخيرة أى لتعذر القضاء على الذى أبرأ ، مشتريه جامع الفصولين

ولا على الكفيل مالم يقض على المكفول عنه) لئلا يجتمع ثمنان فى ملك واحد لأن بدل المستحق مملوك ، ولو صالح بشىء قليل أو أبرأ عن ثمنه بعد الحكم له برجوع عليه فلبائعه أن يرجع على بائعه أيضا لزوال البدل عن ملكه ولو حكم للمستحق فصالح المشترى لم يرجع لأنه بالصلح أبطل حق الرجوع وتمامه فى جامع الفصولين (والمبطل يوجبه) أى

ثم نقل فيه أن فى رجوع بقية الباعة بعضهم على بعض ، خلافا بين المتأخرين ، وأما لو أبرأ المشترى البائع بعد الحكم له بالرجوع فيأتى قريبا أنه لا يمنع (قوله ولا على الكفيل) أى الضامن بالدرك درر أى ضامن الثمن عند استحقاق المبيع (قوله ما لم يقض على المكفول عنه) اعترض بأن المكفول عنه ، وهو البائع صار مقضيا عليه بالقضاء على المشترى الأخير ، لما علمت من أن الحكم بالاستحقاق حكم على ذى اليد وعلى من تلقى الملك منه ، وقبل القضاء لا مطالبة لأحد .

قلت : هذا اشتباه فان المراد بالقضاء هنا القضاء على المكفول عنه بالثمن والقضاء السابق قضاء بالاستحقاق والمسألة ستأتى متنا فى الكفالة قبيل باب كفالة الرجلين . ونصها : ولا يؤخذ ضامن الدرك إذا استحق المبيع قبل القضاء على البائع بالثمن اهـ وهى فى الهداية والكنز وغيرهما ، وعلله فى الهداية هناك بقوله : لأن بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ، ما لم يقض له بالثمن على البائع ، فلم يجب على الأصل رد الثمن فلا يجب على الكفيل اهـ فافهم : لكن علمت مما قررناه أن العقد ينتقض بفسخ العاقدين ، وبالرجوع بالثمن على البائع بدون قضاء ، وأنه ليس المراد قصر الفسخ على واحد مما ذكر وإذا انفسخ العقد بواحد منها وجب على الأصيل ، وهو البائع رد الثمن على المشترى فيجب على الكفيل أيضا ولو بدون قضاء ويؤيده قول محمد المفتى به المار آنفا (قوله لئلا يجتمع ثمنان الخ) علة لقوله ولا يرجع أحد الخ كما أفاده فى الدرر قال ط : وهذا التعليل يظهر فى غير المشترى الأخير البائع الأول فيظهر فى الباعة المتوسطين ، فإن عند كل منهم ثمنا فلو رجع بالثمن قبل أن يرجع عليه اجتمع فى ملكه ثمنان اهـ (قوله لأن بدل المستحق مملوك) أى ثمنه باق على ملك البائع وعبر عنه بالبدل ، ليشمل ما لو كان قيميا وهذا بيان لوجه اجتماع الثمنين فى رجوع أحدهم قبل الرجوع عليه (قوله ولو صالح بشىء الخ) عبارة جامع الفصولين : المشترى لو رجع على بائعه وصالح البائع على شىء قليل ، فلبائعه أن يرجع على بائعه بثمنه ، وكذا لو أبرأه المشترى عن ثمنه بعد الحكم له برجوع عليه ، فلبائعه أن يرجع على بائعه أيضا إذ المانع اجتماع البدل والمبدل فى ملك واحد ، ولم يوجد لزوال المبدل عن ملكه ولو حكم للمستحق ، وصالح المشترى ليأخذ المشترى بعض الثمن من المستحق ، ويدفع المبيع إلى المستحق ، ليس له أن يرجع على بائعه بثمنه لأنه بالصلح أبطل حق الرجوع اهـ :

قلت : وماذكره فى الإبراء إنما هو فى إبراء المشترى البائع ، وأما لو أبرأ البائع المشترى عن الثمن قبل الاستحقاق ، فقدمنا آنفا أنه يمتنع الرجوع ثم قال فى الفصولين : فلو أثبته أى الاستحقاق وحكم له فدفع إليه شيئا وأمسك المبيع يصير هذا شراء للمبيع من المستحق ، فينبغى أن يثبت له الرجوع على بائعه اهـ (قوله فصالح المشترى) أى دفع المستحق إلى المشترى بعض الثمن صلحا عن دعوى المشترى نتاجا عند بائعه أو نحوه مما يبطل الاستحقاق لم يرجع على بائعه بالثمن ، لأن صلحه مع المستحق على بعض الثمن أسقط حقه فى الرجوع ، وهذا بخلاف العكس وهو ما إذا دفع المشترى إلى المستحق شيئا وأمسك المبيع ، لأنه صار مشتريا من المستحق فلا يبطل حق رجوعه ، كما علمت وهذه المسئلة هى الآتية عن نظم المحبية ولا يخفى ظهور الفرق بينها وبين الأولى كما أفاده ط فافهم

يوجب فسخ العقود (اتفاقا ولكل واحد من الباعة الرجوع على بائعه وإن لم يرجع عليه ويرجع) هو أيضا كذلك (على الكفيل ولو قبل القضاء عليه) لعدم اجتماع الثمنين إذ بدل الحر لايملك (والحكم بالحرية الأصلية حكم على الكافة) من الناس سواء كان ببينة أو بقوله أناحر إذا لم يسبق منه إقرار بالرق أشباه (فلا تسمع دعوى الملك من أحد وكذا العتق وفروعه) بمنزلة حرية الأصل (وأما) الحكم بالعتق (فى الملك المؤرخ ف) على الكافة (من) وقت (التاريخ) و (لا) يكون قضاء (قبله) كما بسطه منلا خسرو ويعقوب باشا فاحفظه فإن أكثر الكتب عنه خالية (و) اختلفوا فى (القضاء بالوقف قيل كالحرية وقيل لا) فتسمع فيه دعوى ملك آخر أو وقف آخر (وهو المختار) وصححه العمادى وفى الأشباه القضاء يتعدى فى أربع : حرية ، ونسب ونكاح ، وولاء . وفى الوقف يقتصر على الأصح

(قوله يوجب فسخ العقود) أى الجارية بين الباعة بلا حاجة فى انفساخ كل منها إلى حكم القاضى درر (قوله ولكل واحد الخ) فلو أقام العبد بينة أنه حر الأصل ، أو أنه كان عبدا لفلان فأعتقه ، أو أقام رجل البينة أنه عبده دبره ، فقضى بشىء من ذلك فلكل واحد أن يرجع على بائعه قبل القضاء عليه ، وكذا المشترى يرجع على الكفيل قبل الرجوع عليه هندية عن الحاوى (قوله وإن لم يرجع عليه) بصيغة المجهول أى وإن لم يحصل الرجوع عليه درر (قوله ويرجع هو أيضا) أى يرجع من له الرجوع على الكفيل بالدرك أيضا : أى كما له الرجوع على بائعه ، وقوله : كذلك يغنى عنه قول المصنف ، ولو قبل القضاء عليه أى قبل القضاء على المكفول عنه بالثمن (قوله والحكم بالحرية الأصلية الخ) هذه الجملة فى موقع التعليل لما قبلها ، واحترز بالأصلية عن العارضة بعتق ونحوه لأنها تأتى (قوله أو بقوله أنا حر)صورته ادعى أنه عبده فقال المدعى عليه : أنا حر الأصل ولم يسبق منه إقرار بالرق ، وعجز المدعى عن البينة حكم القاضى بالحرية الأصلية ، وكان حكمه بها حكما على العامة اهـ ح (قوله إذا لم يسبق منه إقرار بالرق) أى ولو حكما كسكوته عند البيع مع انقياده ، كما سيأتى وتسمع دعواه الحرية بعد اعترافه بالرق إذا برهن كما سيأتى (قوله وكذا العتق وفروعه) عطف على قوله : والحكم بالحرية الأصلية : أى إذا ادعى أنه كان عبد فلان فأعتقه ، أو ادعى رجل أنه عبده دبره أو أنها أمته استولدها ، وحكم بذلك فهو حكم على الكافة ، فلا تسمع دعوى أحد عليه بذلك ونقل الحموى عن بعضهم أن هذا بعد ثبوت ملك المعتق وإلا فقد يعتق الإنسان ما لا يملكه (قوله وأما الحكم بالعتق فى الملك المؤرخ الخ) يعنى إذا قال زيد لبكر : إنك عبدى ملكتك منذ خمسة أعوام ، فقال بكر : إنى كنت عبد بشر ملكنى منذ ستة أعوام ، فأعتقنى وبرهن عليه اندفع دعوى زيد ، ثم إذا قال عمرو لبكر : إنك عبد ملكتك منذ سبعة أعوام ، وأنت ملكى الآن فبرهن عليه تقبل ، ويفسخ الحكم بحريته ، ويجعل ملكا لعمرو درر وكذا الحكم بالملك على المستحق منه حكم على الباعة من وقت التاريخ كما فى الخانية ، وفى المقدسى شراها منذ شهرين فأقام رجل بينة أنها له منذ شهر يقضى بها له ، ولا يقضى على بائعه برهنت أمة فى يد مشتر أخير على أنها معتقة فلان أو مدبرته أو أم ولده رجع الكل إلا من كان قبل فلان سائحانى (قوله قيل كالحرية) أفتى به المولى أبو السعود وجزم به فى المحبية ورجحه المصنف فى كتاب الوقف كما قدمه الشارح أول الوقف (قوله وهو المختار) فى الفواكه البدرية لابن الغرس وهو الصحيح اهـ واقتصر عليه فى الخانية فى باب مايبطل دعوى المدعى ، واستدل له فكان مختاره (قوله وصححه العمادى) نقل الرملى عن المصنف عبارة الفصول العمادية ، وليس فيها تصحيح أصلا بل مجرد حكاية الأول عن الحلوانى والسعدى ، والثانى عن أبى الليث والصدر الشهيد اهـ وفى جامع الفصولين القضاء بالوقفية يكون على الناس كافة وقيل لا (قوله القضاء يتعدى الخ) فإذا

(ويثبت رجوع المشترى على بائعه بالثمن إذا كان الاستحقاق بالبينة) لما سيجىء أنها حجة متعدية (أما إذا كان) الاستحقاق

قضى بواحدة منها لا تسمع دعوى آخر ، وأراد بالحرية ما يشمل العارضة كالعتق ، ويجرى فى النكاح ما جرى فى الملك المؤرخ فتسمع دعوى غيره على نكاحها قبل التاريخ لا بعده ، كما استنبطه والد محشى مسكين من كلام الدرر المار قال الحموى : ويزاد على الأربع ما فى معين الحكام لو أحضر رجلا ، وادعى عليه حقا لموكله ، وأقام البينة على أنه وكله فى استيفاء حقوقه ، والخصومة فى ذلك قبات ، ويقضى بالوكالة ويكون قضاء على كافة الناس لأنه ادعى عليه حقا بسبب الوكالة فكان إثبات السبب عليه إثباتا على الكافة ،حتى لو أحضر آخر وادعى عليه حقا لا يكلف إعادة البينة على الوكالة اه (قوله ويثبت رجوع المشترى على بائعه بالثمن الخ) أشار إلى أن الاستحقاق لا بد أن يرد على ما كان ملك البائع ليرجع عليه ، ففى الجامع الكبير : لو اشترى ثوبا فقطعه وخاطه ، ثم استحق بالبينة لا يرجع المشترى على البائع بالثمن ، لأن الاستحقاق ماورد على ملكه ، لأنه لو كان ملكه(١) فى الأصل انقطع بالقطع والخياطة كمن غصبه فقطعه وخاطه ملكه ، فالأصل أن الاستحقاق إذا ورد على ملك البائع الكائن من الأصل يرجع عليه ، وإن ورد عليه بعد ما صار إلى حال لو كان غصبا ملكه به لا يرجع ، لأنه متيقن الكذب وعرف أن المعنى أن يستحقه باسم القميص ، فلو برهن أنه كان له قبل هذه الصفة رجع المشترى بالثمن ، وعلى هذا لو اشترى حنطة ، وطحنها ثم استحق الدقيق ، ولو قال : كانت لى قبل الطحن يرجع ، وكذا لو شرى لحما فشواه اه فتح ملخصا .

وأطلق المصنف الرجوع فشمل ما إذا كان الشراء فاسدا كما فى جامع الفصولين ، وما إذا كان عالما بكونه ملك المستحق كما سيذكره المصنف ، وما لو أبرأ البائع المشترى عن ثمنه ، فللبائع الرجوع على بائعه لو الإبراء بعد الحكم لا قبله ، كما مر وما لو مات بائعه ، ولا وارث له فالقاضى ينصب عنه وصيا ليرجع المشترى عليه ، وما إذا زعم بائعه أنه نتج فى ملكه ، وعجز عن إثباته وأخذ منه الثمن ، فله الرجوع على بائعه لأنه لما حكم عليه التحق دعواه بالعدم وكذا لو زعم أنه ليس له الرجوع لانكاره البيع ، لأنه لما حكم عليه ببينة التحق زعمه بالعدم ، وما لو ألزم القاضى البائع بدفع الثمن أولا كما مر ، وما لو أحال البائع رجلا بالثمن على المشترى ، وأدى إليه ثم استحقت الدار فإنه يرجع على البائع لا على المحال ، وإن لم يظفر بالبائع ، وما إذا كان البائع وكيلا ، فللمشترى مطالبته بالثمن من ماله ، ولا ينتظر إن كان دفع الثمن إليه ، وإن كان دفعه للموكل ينتظر أخذه من الموكل ، وما إذا قال البائع للمشترى قد علمت أن الشهود شهدوا بزور وأن المبيع لى فصدقه المشترى فإنه يرجع عليه بالثمن ، لأنه لم يسلم له المبيع ، فلا يحل للبائع أخذ الثمن وقد استحق المبيع اه ملخصا كل ذلك من الذخيرة :

[تنبيه] إذا ادعى المشترى استحقاق المبيع على بائعه ليرجع بثمنه ، فلا بد أن يفسر الاستحقاق ، ويبين سببه فلو بينه وأنكر البائع البيع ، فأثبته المشترى رجع بثمنه وقيل يشترط حضرة المبيع لسماع البينة ، وقيل لا وبه أفتى ظهير الدين المرغينانى . فلو ذكر شية العبد وصفته وقدر ثمنه كفى جامع الفصولين ، وفيه أن للمستحق عليه تحليف المستحق بالله ماباعه ، ولا وهبه ولا تصدق به ولا خرج عن ملكه بوجه من الوجوه وتمامه فيه .

[فرع] استأجر حمارا فادعاه رجل ، ولم يصدقه إنه مستأجر واستحقه عليه لا يرجع الآخر على بائعه لأن هذا الاستحقاق ظلم لأنه لم يقع على خصم ذخيرة (قوله إذا كان الاستحقاق بالبينة) فلو أخذ المستحق العين من المشترى

---

(١) (قوله لأنه لو كان ملكه الخ) هكذا بخطه ولعله سقط من قلمه واو قبل لو والأصل لأنه ولو كان الخ فتأمل اه .

(بإقرار المشترى أو بنكوله أو بإقرار وكيل المشترى بالخصومة أو بنكوله فلا) رجوع لأنه حجة قاصرة (و) الأصل أن (البينة حجة متعدية) تظهر فى حق كافة الناس لكن لا فى كل شىء كما هو ظاهر كلام الزيلعى والعينى بل فى عتق ونحوه كما مر ذكره المصنف (لا الإقرار) بل هو حجة قاصرة على المقر لعدم ولايته على غيره بقى لو اجتمعا فإن ثبت الحق بهما قضى بالإقرار

بلا حكم فهلك فالوجه فى رجوع المشترى على بائعه أن يدعى على المستحق أنك قبضته منى بلا حكم ، وكان ملكى وقد هلك فى يدك فأد إلى قيمته ، فيبرهن أنه له فيرجع المشترى على بائعه بثمنه جامع الفصولين ، ومفهومه أنه لو لم يهلك فللمشترى منه استرداده ، حتى يبرهن فيرجع المشترى على بائعه إن لم يقر المشترى أولا بأنه للمستحق وفى الفصولين أيضا أخذه بلا حكم فقال المشترى لبائعه أخذه المستحق منى بلا حكم فأد ثمنه إلى فأداه ، ثم برهن على المستحق أنه له فى غيبة المشترى صح لانفساخ البيع بينه وبين المشترى بتراضيهما ، فبقى على ملك البائع ولم يصح الاستحقاق اهـ واحترز بقوله بلا حكم عما إذا كان بحكم ، ولم يرجع المشترى على بائعه بالثمن ، فإنه لا يصح مع غيبة المشترى ، لعدم انفساخ البيع بالاستحقاق رملى (قوله بإقرار المشترى) ولو عدل المشترى شهود المستحق قال أبو يوسف أسأل عنهما فإن عدلا رجع بالثمن وإلا فلا لأنه كإقرار ذخيرة (قوله أو بنكوله) كأن طلب المستحق تحليفه على أنك لا تعلم أن المبيع ملكى (قوله فلا رجوع) فلو برهن المشترى أن الدار ملك المستحق ليرجع بثمنه على بائعه لا يقبل للتناقض ، لأنه لما أقدم على الشراء ، فقد أقر أنه ملك البائع ، فإذا ادعى لغيره كان تناقضا يمنع دعوى الملك ولأنه إثبات ماهو ثابت بإقراره فلغا ، أما لو برهن على إقرار البائع أنه للمستحق يقبل لعدم التناقض ، ولأنه إثبات ما ليس بثابت ولا بينة له فله تحليف البائع بالله ما هو للمدعى ، لأنه لو أقر لزمه جامع الفصولين : نعم : لو أقر به للمستحق ثم برهن على أن الأمة حرة الأصل وهى تدعى أو أنها (١) ملك فلان وهو أعتقها أو دبرها أو استولدها قبل الشراء تقبل ويرجع بالثمن ، لأن التناقض فى دعوى الحرية وفروعها لا يضر فتح قال فى النهر : وظاهر أن قوله وهى تدعى اتفاقى (قوله كما هو ظاهر كلام الزيلعى) حيث قال ، لأن البينة لا تصير حجة إلا بقضاء القاضى ، وللقاضى ولاية عامة فينفذ قضاؤه فى حق الكافة والإقرار حجة بنفسه لا يتوقف على القضاء ، وللمقر ولاية على نفسه دون غيره ، فيقتصر عليه اهـ قال ط : وحمله الرملى فى حاشية المنهج على بعض القضايا أو يراد بالكافة كل من يتعدى إليه حكم القاضى فى تلك القضية لا كافة الناس اهـ وحينئذ فلا حاجة للإستدراك اهـ (قوله ونحوه) من فروعه وكولاء ونكاح ونسب ط (قوله فإن ثبت الحق بهما) الظاهر أنه احتراز عما لو سبق الحكم بالبينة عقب الإنكار ، ثم أقر بخلاف العكس ، لأنه بعد الحكم للمستحق بإقرار المشترى ، لا يصح الحكم بعده بالبينة بخلاف ما إذا كان قبل الحكم بشىء منهما بأن برهن ثم أقر المشترى أو بالعكس فإنه يجعل الحكم قضاء بالبينة عند الحاجة إلى الرجوع كما هنا . وإن أمكن جعله قضاء بالإقرار فافهم ، وعلى هذا حمل فى الفتح ما فى فتاوى رشيد الدين من أنه لو أقر ومع ذلك برهن المستحق ، وأثبت عليه بالبينة رجع ، لأن القضاء وقع بالبينة لا بالاستحقاق ، ثم ذكر رشيد الدين فى كتاب الدعوى لو ادعى عينا وبرهن ، وقبل أن يقضى له أقر له المدعى عليه اختلفوا ، فقيل : يقضى بالإقرار ، وقيل : بالبينة والأول أظهر وأقرب للصواب اهـ قال فى الفتح : وهذا يناقض ما قبله إلا أن يخص ذلك بعارض الحاجة إلى الرجوع :

---

(١) قوله (وهى تدعى أو أنها الخ) هكذا بخطه ولعل الصواب إسقاط كلمة أو كما لا يخفى اهـ مصححه .

إلا عند الحاجة فبالبينة أولى فتح ونهر (فلو استحقت مبيعة ولدت) عند المشترى لاباستيلاده (ببينة يتبعها ولدها بشرط القضاء به) أى بالولد فى الأصح زيلعى وكلام البزازى يفيد تقييده بما إذا سكت الشهود فلو بينا أنه لذى اليد أو قالوا لاندرى لا لقضى به نهر ، ثم استيلاده لايمنع استحقاق الولد بالبينة فيكون ولدالمغرور حرا

فيتحصل أنه إذا ثبت الحق بهما يقضى بالإقرار على ما جعله الأظهر وإن سبقته إقامة البينة ، مع تمكن القاضى من اعتباره قضاء بالبينة وعند تحقق حاجة الخصم إليه ينبغى اعتباره قضاء بها ليندفع الضرر عنه بالرجوع اه ملخصا .

قلت : ويؤيد هذا التوفيق أنه فى جامع الفصولين نقل عبارة رشيد الدين الأولى معللة بالحاجة وذكر فى نور العين أن هذا أظهر وحقق ذلك فراجعه . والظاهر أن مثل ماهنا مالو باع شيئا كان اشتراه ثم رد عليه بعيب قديم ، وأقر به وبرهن عليه المشترى وقضى بذلك بجعل قضاء بالبينة لحاجته إلى الرجوع على بائعه بخيار العيب (قوله فبالبينة أولى) أى فاعتبار القضاء بالبينة أولى (قوله فلو استحقت مبيعة ولدت) يشمل الدابة إذا ولدت عند المشترى أولادا كما فى نور العين عن جامع الفتاوى (قوله لاباستيلاده) قيد به لمكان قوله يتبعها ولدها ، وإلا فاستيلاد المشترى لايمنع استحقاق الولد بالبينة ، لكنه لايتبعها بل يكون ولد المشترى حرا بالقيمة كما نبه عليه بعده (قوله يتبعها ولدها) وكذا أرشها فتح قال ولا خصوصية للولد بل زوائد المبيع كلها على التفصيل اه أى التفصيل بين كون الاستحقاق بالبينة أو بالإقرار ، وبين دعوى المقر له الزوائد وعدمها وسيذكر الشارح الزوائد آخرا (قوله بشرط القضاء به) لأنه أصل يوم القضاء لانفصاله واستقلاله فلابد من الحكم به وهو الأصح فى المذهب فتح . قال فى الهداية : وإليه تشير المسائل فإن القاضى إذا لم يعلم بالزوائد قال محمد لاتدخل الزوائد فى الحكم ، وكذا الولد إذا كان فى يد غيره لايدخل تحت الحكم بالأم تبعا اه والظاهر أن الأرش لايدخل تبعا (قوله فى الأصح) مقابله ماقيل : إنه إذا قضى القاضى بالأم يصير مقضيا به أيضا تبعا كما فى الفتح (قوله وكلام البزازى يفيد تقييده) أى تقييد القضاء بالولد للمستحق ، وأخذ ذلك فى النهر من قول البزازى شهدوا على رجل فى يده جارية أنها لهذا المدعى ، ثم غابا أو ماتا ولها ولد فى يد المدعى عليه يدعى أنه له وبرهن على ذلك لايلتفت الحاكم إلى برهانه ، ويقضى بالولد للمدعى فإن حضر الشهود وقالوا الولد للمدعى عليه ضمن الشهود قيمة الولد كأنهم رجعوا فإن كانوا حضورا وسألهم عن الولد ، فإن قالوا إنه للمدعى عليه أولا ندرى لمن الولد يقضى بالأم للمدعى دون الولد اه . (قوله بما إذا سكت الشهود) أى عن كونه لذى اليد ، وكذا بالأولى إذا قالوا إنه للمستحق (قوله ثم استيلاده) أى استيلاد المشترى .

مطلب فى الولد المغرور

(قوله فيكون ولد المغرور) الأولى أن يقول : ولكن يكون الخ لأن قوله : لايمنع الخ يتوهم منه أنه يتبعها كما إذا كان لاباستيلاده ، فيناسبه الاستدراك بأنه يكون ولد المغرور : أى يكون لذى اليد حرا لأن وطأه كان فى الملك ظاهرا ، وعليه للمستحق القيمة أى يوم الخصومة كما سيذكره فى باب دعوى النسب ، قال فى جامع الفصولين : ولو أولدها على هبة أو صدقة أو شراء أو وصية أخذ المستحق الأمة وقيمة الولد إذا الموجب للغرور ملك مطلق الاستباحة فى الظاهر ، وقد وجد ويرجع الأب على البائع بثمنها ، وبقيمة ولدها لا بالعقر عندنا ولا يرجع على الواهب والمتصدق ، والموصى بقيمة الولد عندنا ولو باعها المشترى الأول فأولدها الثانى فاستحقت يرجع المشترى الثانى

بالقيمة لمستحقه كما مر فى باب دعوى النسب (وإن أقر) ذو اليد (بها) لرجل (لا) يتبعها فيأخذها وحدها والفرق مامر من الأصل وهذا إذا لم يدعه المقر له فلو ادعاه يتبعها وكذا سائر الزوائد نعم لا ضمان بهلاكها كزوائد المغصوب ولم يذكر النكول لأنه فى حكم الإقرار قهستانى معزيا للعمادية (ومنع التناقض) أى التدافع فى الكلام (دعوى الملك) لعين أو منفعة

على الأول بالثمن وبقيمة الولد ولا يرجع الأول على بائعه إلا بالثمن عنده وعندهما يرجع بقيمة الولد أيضا، ولظيره أن المشترى الثانى لو وجد عيبا وقد تعذر رده لعيب حدث فيرجع على بائعه بنقص العيب وبائعه لا يرجع به على بائعه عنده خلافا لهما ؛

مطلب لا يرجع على بائعه بالعقر ولا بأجر الدار التى ظهرت وقفا

[تنبيه] إنما لم يرجع المشترى بالعقر لأنه بدل منفعة استوفاها لنفسه، وجزاء على فعله ومثله مالو نقصت الأرض المستحقة بالزراعة، وضمن نقصانها لا يرجع به على بائعه وبه ظهر جواب حادثة الفتوى : فيمن اشترى دارا فظهرت وقفا وضمنه ناظر الوقف أجرتها فأجبت : بأنه لا يرجع بالأجرة على البائع خلافا لما أفتى به بعض علماء مصر القاهرة فى زماننا مستدلا بقولهم الغرور فى ضمن عقد المعاوضة يوجب الرجوع ، ولا يخفى أنه غير صحيح لأنه إنما يرجع بما يمكن تسليمه كما يأتى بيانه وبما ليس جزاء لفعله كما علمت (قوله بالقيمة لمستحقه) أى مضمونا بها للمستحق والمراد القيمة يوم الخصومة كما ذكره فى باب دعوى النسب (قوله كما مر) صوابه كما يأتى (قوله والفرق مامر) قال فى الهداية : ووجه الفرق أن البينة حجة مطلقة فإنها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الأصل والولد كان متصلا بها، فيكون له أما الإقرار حجة قاصرة يثبت الملك فى المخبر به ضرورة صحة الأخبار، وقد حصلت بإثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له (قوله يتبعها) لأن الظاهر أنه له زيلعى عن النهاية، ومقتضى الفرق المذكور أنه لا يكون له كما فى الفتح (قوله وكذا) أى كالولد فى التفصيل المذكور كما مر (قوله نعم لا ضمان بهلاكها) أى هلاك الزوائد ومنه موت الولد واحترز عن استهلاكها فتضمن به (قوله ومنع التناقض دعوى الملك) هذا إذا كان الكلام الأول قد أثبت لشخص معين حقا ، وإلا لم يمنع كقوله : لا حق لى على أحد من أهل سمرقند ثم ادعى شيئا على أحد منهم تصح دعواه كما فى المؤيدية عن صدر الشريعة اه وكذا إذا كان كل من الكلامين عند القاضى : واكتفى بعضهم فى تحققه كون الثانى (١) : عند القاضى واختار فى النهر الأول، لأن من شرائط الدعوى كونها لديه واختار فى البحر من متفرقات القضاء الثانى قال فى المنح ولعل وجهه أنه الذى يتحقق به التناقض اه وقال المقدسى يكاد أن يكون الخلاف لفظيا ، لأن الكلام الأول لابد أن يثبت عند القاضى ، ليترتب على ما عنده حصول التناقض والثابت بالبيان كالثابت بالعيان ، فكأنهما فى مجلس القاضى ، فالذى شرط كونهما فى مجلسه يعم الحقيقى والحكمى فى السابق واللاحق اه .

قلت : ويشهد له مسائل كثيرة فى دعوى الدفع وسيأتى تمام الكلام عليه فى متفرقات القضاء إن شاء الله تعالى .

مطلب فى مسائل التناقض

ثم اعلم أن التناقض يرتفع بتصديق الخصم وبتكذيب الحاكم أيضا وهو معنى قولهم : المقر إذا صار مكذبا

---

(١) قوله (واكتفى بعضهم فى تحققه كون الثانى الخ) هكذا بخطه ولعل صوابه : بكون الثانى الخ تأمل اه مصححه .

لما فى الصغرى طلب نكاح الأمة يمنع دعوى تملكها وكما يمنعها لنفسه يمنعها لغيره إلا إذا وفق ، وهل يكفى إمكان التوفيق ؟ خلاف سنحققه فى متفرقات القضاء :

وفروع هذا الأصل كثيرة ستجىء فى الدعوى. ومنها : ادعى على آخر أنه أخوه وادعى عليه النفقة فقال المدعى عليه ليس هو بأخى ثم مات المدعى عن تركة فجاء المدعى عليه يطلب ميراثه إن قال هو أخى لم يقبل للتناقض وإن قال أبى أو ابنى

شرعا بطل إقراره بحر عن البزازية وقدمنا قبل نحو ورقة مسائل فى ارتفاعه بتكذيب الحاكم ثم ذكر فى البحر بعد ورقتين ارتفاعه بثالث حيث قال : إذا قال تركت أحد الكلامين فإنه يقبل منه لما فى البزازية عن الذخيرة ادعاه مطلقا ، فدفعه بأنك كنت ادعيته قبل هذا مقيدا وبرهن عليه فقال المدعى أدعيه الآن بذلك السبب وتركت المطلق يقبل اه أى لكون المطلق أزيد من المقيد وهو مانع لصحة الدعوى ، ولذا لو ادعى المطلق أولا لاتسمع كما فى البزازية لكوله بدعوى المقيد ثانيا يدعى أقل لكن مانقله فى البحر عن البزازية لايدل على كون ذلك قاعدة فى إبطال التناقض ، وإلا لزم أن لايضر تناقض أصلا لتمكن المتناقض من قوله : تركت الكلام الأول فإذا أقر أنه ليس له ثم قال : هولى وتركت الأول تسمع ولا قائل به أصلا . والظاهر أن ما نقله عن البزازية وجهه كونه توفيقا بين الكلامين بأن مراد المدعى الأقل الذى ادعاه أولا بدليل مافى البزازية أيضا ادعى عليه مالكا مطلقا ، ثم ادعى عليه عند ذلك الحاكم بسبب يقبل بخلاف العكس إلا أن يقول العاكس أردت بالمطلق الثانى المقيد الأول لكون المطلق أزيد من المقيد وعليه الفتوى اه فافهم (قوله طلب نكاح الأمة يمنع دعوى تملكها) تتمة عبارة الصغرى وطلب نكاح الحرة مانع من دعوى نكاحها اه وكان الأولى ذكره لأنه مثال منع دعوى الملك فى المنفعة (قوله وكما يمنعها لنفسها أيمنعها لغيره الخ) كما إذا ادعى أنه لفلان وكله بالخصومة ، ثم ادعى أنه لفلان آخر وكله بالخصومة لاتقبل إلا إذا وفق وقال : كان لفلان الأول ، وقد وكلنى بالخصومة ثم باعه من الثانى ، ووكلنى أيضا والتدارك ممكن بأن غاب عن المجلس وجاء بعد فوت مدة وبرهن على ذلك على مانص عليه الحصيرى فى الجامع دل على أن الإمكان لايكفى نهر عن البزازية (قوله سنحققه الخ) حاصل ماذكره هناك حكاية الخلاف :

قلت : وذكر فى البحر هناك أن الاكتفاء بإمكان التوفيق هو القياس والاستحسان أن التوفيق بالفعل شرط وذكر محشيه الرملى عن منية المفتى أن جواب الاستحسان هو الأصح اه وفى جامع الفصولين بعد حكاية الخلاف والأصوب عندى أن التناقض إذا كان ظاهر السلب ، والإيجاب والتوفيق خفيا لايكفى إمكان التوفيق وإلا ينبغى أن يكفى الإمكان يؤيده مافى ح : أنه لو أقر له أنه له فكث قدر مايمكنه الشراء منه ، ثم برهن عن الشراء منه بلاتاريخ قبل لإمكان التوفيق بأن يشتريه بعد إقراره ، لأن البينة على العقد المبهم تفيد الملك للحال ولذا لاتعتبر الزوائد اه وأقره فى نور العين (قوله وفروع هذا الأصل كثيرة) منها ادعى عليه ألفا دينا ، فأنكر ثم ادعاها من جهة الشركة لاتسمع وبالعكس تسمع لإمكان التوفيق ، لأن مال الشركة يجوز كونه دينا بالجحود :

ادعى الشراء من أبيه ثم برهن على أنه ورثها منه يقبل لإمكان أنه جحده الشراء ، ثم ورثه منه وبالعكس لا ادعى أولا الوقف ، ثم لنفسه لا تسمع كما لو ادعاها لغيره ثم لنفسه وبالعكس تسمع لصحة الإضافة بالأخصية انتفاعا :

ادعاه بشراء أو إرث ثم ادعاه مطلقا لاتسمع بخلاف العكس كما مر بحر ملخصا (قوله وإن قال أبى أو ابنى) مفاده أن قول ذلك بعد قول المدعى الأول : هو أخى وليس كذلك لأن المراد أن مدعى النفقة لو قال هو أبى أو ابنى

قبل والأصل أن التناقض (لا) يمنع دعوى مايخفى سببه كـ(النسب والطلاق و) كذا (الحرية فلو قال عبد لمشتر

وكذبه ثم بعد موته صدقه المدعى عليه ، و ادعى الإرث يقبل والفرق أن ادعاء الولاد مجردا يقبل لعدم حمل النسب على الغير بخلاف دعوى الأخوة أفاده ح ويمكن إرجاع ضمير قال هنا وفى المعطوف عليه إلى مدعى النفقة ويكون المراد أن مدعى الإرث وافقه على دعواه فافهم (قوله والأصل الخ) أشار بهذا وبالكاف إلى أنه ليس المراد حصر مايعفى فيه التناقض بماذكره المصنف بل كل مافى سببه خفاء فمنه اشترى ، أو استأجر دارا من رجل ، ثم ادعى أن أباه كان اشتراها له فى صغره أو أنه ورثها منه وبرهن قبل ادعى شراء من أبيه ، ثم برهن على أنه ورثها منه يقبل وبالعكس لا ادعى عينا له وعليه قيمتها ثم ادعى أنها قائمة فى يده وعليه إحضارها أو بالعكس يقبل اشترى ثوبا فى منديل ثم زعم أنه له وأنه لم يعرفه يقبل اقتسما التركة ثم ادعى أحدهما أن أباه كان جعل له منها الشئ الفلانى إن قال كان فى صغرى يقبل وإن مطلقا لا وتمامه فى البحر (قوله كالنسب) كما لو باع عبدا ولد عنده وباعه المشترى من آخر ، ثم ادعى البائع الأول أنه ابنه يقبل ويبطل الشراء الأول والثانى ، لأن النسب يبتنى على العلوق ، فيخفى عليه فيعذر فى التناقض عينى وفى جامع الفصولين : قال أنا لست وارث فلان ، ثم ادعى إرثه وبين الجهة يصح إذ التناقض فى النسب لايمنع صحة دعواه ولو قال : ليس هذا الولد منى ، ثم قال : هو منى يصح وبالعكس لا لكون النسب لا ينتفى بنفيه ، وهذا إذا صدقه الابن وإلا فلا يثبت النسب ، لأنه إقرار على الغير بأنه جزئى لكن إذا لم يصدقه الابن ثم صدقه تثبت البنوة ، لأن إقرار الأب لم يبطل بعدم التصديق ، ولو أنكر الأب إقراره فبرهن الابن عليه يقبل والإقرار بأنه ابنى يقبل لأنه إقرار على نفسه بأنه جزؤه ، أما الإقرار بأنه أخوه فلا لأنه إقرار على الغير . ولو ادعى أن أبى فلان وصدقه ثبت نسبه ، فإذا ادعى أنه ابن فلان آخر لا يسمع ، لأن فيه إبطال حق الأول ، وكذا لو لم يصدقه الأول ، لأنه أثبت له حق التصديق فلو صححنا إقراره الثانى يفضى إلى إبطال حق التصديق للأول وصار كمن ادعى أنه مولى فلان ولم يصدقه ثم ادعى أنه مولى فلان آخر لم يجز اهـ وتمامه فيه (قوله والطلاق) حتى لو برهنت على الثلاث بعد ما اختلعت قبل برهانها واستردت بدل الخلع لاستقلال الزوج بذلك بدون علمها ، وكذا لو قاسمت المرأة ورثة زوجها ، وقد أقروا بالزوجية كبارا ثم برهنوا على أن زوجها كان طلقها فى صحته ثلاثا رجعوا عليها بما أخذت نهر . وفى البحر عن البزازية : ادعت الطلاق فأنكر ثم مات لا تملك مطالبة الميراث اهـ تأمل (قوله وكذا الحرية) أى واو عارضه وفصله عما قبله بكذا إشارة إلى أن التفريع بعده عليه فقط ومن فروع ذلك : لو برهن البائع أو المشترى أن البائع حرره قبل بيعه يقبل إذ التناقض متحمل فى العتق .

قال فى جامع الفصولين بعد نقله أقول : التناقض إنما يتحمل بناء على الخفاء وذا يتحقق فى المشترى لا البائع لأنه يستبد بالعتق فالأولى أن يحمل هذا على قولهما إذ الدعوى غير شرط عندهما فى عتق العبد فتقبل بينة البائع حسبة وإن لم تصح الدعوى للتناقض اهـ .

ومنها : لو أدى المكاتب بدل الكتابة ثم ادعى تقدم إعتاقه قبلها يقبل بزازية وفى المبسوط : أقرت له بالرق فباعها ثم برهنت على عتق من البائع أو على أنها حرة الأصل يقبل استحسانا ولو باع عبدا وقبضه المشترى وذهب به إلى منزله والعبد ساكت وهو ممن يعبر عن نفسه فهو إقرار منه بالرق ، فلا يصدق فى دعوى الحرية بعده لسعيه فى نقض ماتم من جهته إلا أن يبرهن فيقبل وكذا لو رهنه ، أو دفعه بجناية كان إقرارا بالرق لا لو آجره ثم قال : أنا حر فالقول له لأن الإجارة تصرف فى منافعه لا فى عينه وتمامه فى البحر (قوله فلو قال عبد) أى إنسان وسماه

اشترنى فأنا عبد) لزيد(فاشتراه) معتمدا على مقالته (فإذا هو حر) أى ظهر حرا (فإن كان البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة) يعرف مكانه (فلا شئ على العبد) لوجود القابض (وإلا رجع المشترى على العبد) بالثمن خلافا للثانى ولو قال اشترنى فقط أو أنا عبد فقط لارجوع عليه اتفاقا درر (و) رجع (العبد على البائع) إذا ظفر به (بخلاف الرهن) بأن قال ارتهنى فإنى عبد لم يضمن أصلا ، والأصل أن التغرير يوجب الضمان فى ضمن عقد المعاوضة لا الوثيقة :

عبدا باعتبار ظاهر الحال الآن وإلا فالفرض أنه حر وقوله لمشتر أى لمريد الشراء (قوله اشترنى فأنا عبد) لابد فى كون المشترى مغرورا يرجع بالثمن من هذين القيدين ، أعنى الأمر بالشراء والإقرار بكونه عبدا كما فى الفتح وغيره ، وما فى العتابية من الإكتفاء بسكوت العبد عند البيع فى رجوع المشترى عليه فهو مخالف لما فى سائر الكتب وإن غلط فيه بعض من تصدر للإفتاء بدار السلطنة العلية وأفتى بخلافه كما أفاده الأنقروى فى منهوات فتاويه . وأفاد بقوله : اشترنى أنه لو قال له أجنبى اشتره فإنه عبد فلا رجوع بحال كما فى جامع الفصولين وغيره (قوله لزيد) كذا فى النهر قال السائحانى والظاهر أنه ليس بشرط ، لأن الغرور فى ضمن المعاوضة ليس كفالة صريحة حتى يشترط معرفة المكفول له وعنه ومما اغتفروا أيضا هنا رجوع العبد على سيده بما أدى مع أنه لم يأمره بهذا الضمان الواقع منه ضمن قوله اشترنى فأنا عبد اه (قوله معتمدا على مقالته) احترز به عما إذا كان عالما بكونه حرا لأنه لا تغرير مع العلم كما لا يخفى ، ولذا لو استولدها عالما بأن البائع غصبها فاستحقت لا يرجع بقيمة الولد وهو رقيق كما يذكره الشارح فافهم (قوله أى ظهر حرا) ببينة أقامها ، لأنه وإن كان دعوى العبد شرطا عند أبى حنيفة فى الحرية الأصلية ، وكذا فى العارضة بعتق ونحوه فى الصحيح لكن التناقض لا يمنع صحتها كما أفاده تفريع المسألة وتمامه فى الفتح (قوله يعرف مكانه) ظاهر إطلاقهم ولو بعد بحيث لا يوصل إليه عادة كأقصى الهند نهر فافهم (قوله لوجود القابض) أى البائع والأولى قول الفتح للتمكن من الرجوع على القابض (قوله وإلا) أى بأن لم يعلم مكانه ومثله ما إذا مات ولم يترك شيئا فلو كان له تركة يعلم مكانها يرجع فيها فيما يظهر لأن ذلك دين عليه ، كما يأتى والدين لا يبطل بالموت فافهم (قوله رجع المشترى على العبد بالثمن) لأنه يجعل العبد بالأمر بالشراء ضامنا الثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور والضرر ولا تعذر إلا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فأمكن أن يجعل الأمر به ضمانا للسلامة كما هو موجبه هداية (قوله خلافا للثانى) أى فى رواية عنه (قوله لا رجوع عليه اتفاقا) لأن الحر يشترى تخليصا كالأسير ، وقد لا يجوز شراء العبد كالمكاتب زيلعى (قوله ورجع العبد على البائع) إنما يرجع عليه مع أنه لم يأمره بالضمان عنه لأنه أدى دينه ، وهو مضطر فى أدائه فتح فهو كمعير الرهن إذا قضى الدين لتخليص الرهن يرجع على المديون لأنه مضطر فى أدائه (قوله لم يضمن أصلا) أى سواء كان البائع حاضرا أو غائبا ، قال فى الهداية : لأن الرهن ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال ، فلا يجعل الأمر به ضمانا للسلامة ، وبخلاف الأجنبى أى لو قال اشتره فإنه عبد لأنه لا يعبأ بقوله فيه ، فلا يتحقق الغرور ونظير مسألتنا قول المولى بايعوا عبدى هذا فإنى قد أذنت له ثم ظهر الاستحقاق يرجعون عليه بقيمته اه (قوله والأصل الخ) مر هذا الأصل مبسوطا آخر باب المرابحة والتولية :

(باع عقارا ثم برهن أنه وقف محكوم بلزومه قبل وإلا لا) لأن مجرد الوقف لايزيل الملك بخلاف الإعتاق فتح واعتمده المصنف تبعا للبحر على خلاف ماصوبه الزيلعي وتقدم فى الوقف وسيجيء آخر الكتاب : (اشترى شيئا ولم يقبضه حتى ادعاه آخر) أنه له (لاتسمع دعواه بدون حضور البائع والمشترى) للقضاء عليهما ولو قضى له بحضرتهما ثم برهن أحدهما على أن المستحق باعه من البائع ثم هو باعه من المشتري قبل وازم البيع وتمامه فى الفتح (لاعبرة بتاريخ الغيبة) بل العبرة لتاريخ الملك (فلو قال المستحق) عند الدعوى (غابت) عنى (هذه) الدابة (منذ سنة) فقبل القضاء بها للمستحق أخبر المستحق عليه البائع عن القصة (فقال البائع لى بينة أنها كانت ملكالى منذسنتين) مثلا وبرهن على ذلك (لاتندفع الخصومة) بل يقضى بها للمستحق لبقاء دعواه فى ملك مطلق خال عن تاريخ من الطرفين (للعلم بكونه ملك الغير لايمنع من الرجوع) على البائع (عند الاستحقاق) فلو فلواستولد مشتراة يعلم غصب

مطلب فيما لو باع عقارا وبرهن أنه وقف

(قوله لأن مجرد الوقف لايزيل الملك) أى عند الإمام والفتوى على لزومه بدون الحكم بلزومه (قوله على خلاف ما صوبه الزيلعي) حيث قال وإن أقام البينة على ذلك قيل تقبل ، وقيل لاتقبل وهو أصوب وأحوط اه (قوله وتقدم فى الوقف) قدمنا هناك أن الأصح سماع البينة دون الدعوى المجردة بلا تفصيل لأن الوقف حق الله تعالى ، فتسمع فيه البينة وتمام تحقيق المسألة هناك فراجعه (قوله للقضاء عليهما) لأن الملك للمشترى واليد للبائع والمدعى يدعيهما فشرط القضاء عليهما حضورهما فتح بقى لو قال المستحق لابينة لى واستحلفهما فحلف البائع ونكل المشترى ، فإنه يؤاخذ بالثمن فإذا أداه أخذ العبد وسلمه إلى المدعى وإن حلف المشترى ، ونكل البائع لزم البائع كل قيمة العبد إلا أن يجيز المستحق البيع ويرضى بالثمن بزازية وجامع الفصولين (قوله ثم هو) أى البائع (قوله ولزم البيع) لأنه يقر القضاء الأول ولا ينقضه فتح لأن القضاء بأن المستحق باعه يقرر القضاء بأنه ملك المستحق (قوله وتمامه فى الفتح) حيث قال : ولو فسخ القاضى البيع بطلب المشترى ، ثم برهن البائع أن المستحق باعها منه يأخذها وتبقى له ولا يعود البيع المنتقض اه فأفاد أن قوله ولزم البيع مقيد بما إذا لم يفسخ القاضى البيع :

مطلب لاعبرة بتاريخ الغيبة

(قوله لاعبرة بتاريخ الغيبة الخ) اعلم أن الخارج مع ذى اليد لو ادعيا ملكا مطلقا فالخارج أولى إلا إذا برهن ذو اليد على النتاج أو أرخا الملك وتاريخ ذى اليد أسبق فهو أولى ، ولو أرخ أحدهما فقط يقضى للخارج عندهما ، وعند أبي يوسف وهو رواية عن الإمام يحكم للمؤرخ خارجا أو ذايد كما فى جامع الفصولين من الفصل الثامن ، وأفاد المصنف أن تاريخ الغيبة غير معتبر ، لأن قول الخارج إن هذا الحمار غاب عنى منذ سنة ليس فيه تاريخ ملك فإذا قال ذو اليد : إنه ملكى منذ سنتين مثلا ، وبرهن لايحكم له لأنه وجد تاريخ الملك من أحدهما فقط ، وهو غير معتبر فيقضى به للخارج عندهما كما علمت ، ومثله لو برهن الخارج أنه له منذ سنتين وذو اليد أنه بيده منذ ثلاث سنين ، فهو للخارج لأن ذا اليد لم يبرهن على الملك كما فى جامع الفصولين (قوله بل العبرة لتاريخ الملك) أى التاريخ الموجود من الطرفين كما علمت ، وإلا فتاريخ الملك هنا وجد من المدعى عليه لكنه لم يوجد من المدعى بل وجد منه تاريخ الغيبة فقط (قوله فقبل) ظرف متعلق بأخبر (قوله أخبر المستحق عليه) أى الذى ادعى عليه بالاستحقاق ، وهو المشترى وهو مرفوع على أنه فاعل أخبر والبائع مفعوله (قوله بل يقضى بها للمستحق) لأنه ماذكر تاريخ الملك بل تاريخ الغيبة ، فبقى دعواه الملك بلا تاريخ والبائع ذكر تاريخ الملك ودعواه

البائع إياها كان الولد رقيقا لانعدام الغرور ، ويرجع بالثمن وإن أقر بملكية المبيع للمستحق درر :
وفى القنية : لو أقر بالملك للبائع ثم استحق من يده ورجع لم يبطل إقراره فلو وصل إليه بسبب ما أمر بتسليمه إليه بخلاف ما إذا لم يقر لأنه محتمل بخلاف النص (لا يحكم) القاضى (بسجل الاستحقاق بشهادة أنه كتاب) قاضى (كذا) لأن الخط يشبه الخط فلم يجز الاعتماد على نفس السجل (بل لابد من الشهادة على مضمونه) ليقضى للمستحق عليه بالرجوع بالثمن (كذا) الحكم في (ما سوى نقل الشهادة والوكالة) من محاضر وسجلات وصكوك لأن المقصود بكل منها إلزام الخصم بخلاف نقل وكالة وشهادة لأنهما لتحصيل العلم للقاضى ولذا لزم إسلامهم ولو الخصم كافرا

دعوى المشترى ، لأن المشترى تلقى الملك منه ، فصار كأن المشترى ادعى ملك بائعه بتاريخ سنتين إلا أن التاريخ لايعتبر حالة الانفراد ، فسقط اعتبار ذكره وبقيت الدعوى فى الملك المطلق ، فيقضى بالدابة درر : أى يقضى بها للمستحق : قال فى جامع الفصولين من الفصل السادس عشر بعد ذكره مامر : قول : ويقضى بها للمؤرخ عند أبى يوسف ، لأنه يرجح المؤرخ حالة الانفراد وينبغى الافتاء به لأنه أرفق وأظهر والله تعالى أعلم اهـ (قوله لانعدام الغرور) لعلمه بحقيقة الحال درر ، ومثله مالو تزوج من أخبرته بأنها حرة عالما بكذبها فأولدها فالولد رقيق كما فى جامع الفصولين (قوله ويرجع بالثمن) أى على بائعه وكان الأولى ذكر الرجوع بالثمن أولا ، لكونه المقصود من التفريع على كلام المتن ، ثم يقول : ولكن يكون الولد رقيقا أفاده السائحانى (قوله وإن أقر بملكية المبيع للمستحق) أى بعد أن يكون الاستحقاق ثابتا بالبينة لا بإقرار المشترى المذكور ، فلا ينافى قول المصنف السابق أما إذا كان بإقرار المشترى أو بنكوله فلا على أنه قدم الشارح أنه إذا اجتمع الاقرار والبينة يقضى بالبينة عند الحاجة إلى الرجوع وبه اندفع مافى الشرنبلالية من توهم المنافاة فافهم (قوله ورجع) أى بالثمن (قوله بسبب ما) أى بشراء أو هبة أو إرث أو وصية (قوله بخلاف ما إذا لم يقر) أى المشترى أى لم يقر نصا بأنه ملك للبائع ، فإن الشراء وإن كان إقرارا بالملك ، لكنه محتمل وفى جامع الفصولين ، لأنه وإن جعل مقرا بالملك للبائع لكنه مقتضى الشراء ، وقد انفسخ الشراء بالاستحقاق فينفسخ الاقرار (قوله بل لابد من الشهادة على مضمونه) بأن يشهدا أن قاضى بلدة كذا قضى على المستحق عليه بالدابة التى اشتراها من هذا البائع ، وأخرجها من يد المستحق عليه كما فى جامع الفصولين وغيره (قوله من محاضر) بيان لما والمراد مضمون مافى المذكورات ، فلا بد فيها من الشهادة على مضمون المكتوب لما فى المنح والمحضر ما يكتبه القاضى من حضور الخصمين والتداعى والشهادة والسجل مايكتب فيه نحو ذلك وهو عنده والصك مايكتبه لمشتر أو شفيع ونحو ذلك اهـ ط (قوله بخلاف نقل وكالة) كما إذا وكل المدعى إنسانا بحضرة القاضى ليدعى على شخص فى ولاية قاض آخر وكتب القاضى كتابا يخبره بالوكالة ط (قوله وشهادة) كما إذا شهدوا على خصم غائب ، فإن للقاضى لايحكم بل يكتب الشهادة ليحكم بها القاضى المكتوب إليه ، ويسلم المكتوب لشهود الطريق كما يأتى فى باب كتاب القاضى إلى القاضى ح (قوله لأنهما لتحصيل العلم للقاضى) أى لمجرد الإعلام لا لنقل الحكم ، فلا تشترط الشهادة على مضمونهما ، بل تكفى الشهادة بأنهما من قاضى بلدة كذا هذا مايفيده كلامه تبعا للدرر ، لكن سيأتى فى كتاب القاضى إلى القاضى اشتراط قراءته على الشهود أو إعلامهم به ومقتضاه أنه لابد من شهادتهم بمضمونه وإلا فما الفائدة فى قراءته عليهم ولعل ماهنا مبنى على قول أبى يوسف بأنه لايشترط سوى شهادتهم بأنه كتابه ، وعليه الفتوى كما سيأتى هناك (قوله ولذا لزم الخ) قال المصنف فى كتاب القاضى إلى القاضى فى مسألة نقل الشهادة ولابد من إسلام شهوده ولو كان لذمى على ذمى وعلله الشارح بقوله لشهادتهم على فعل المسلم اهـ ط

(ولا رجوع فى دعوى حق مجهول من دار صولح على شىء) معين (واستحق بعضها) لجواز دعواه فيما بقى (ولو استحق كلها رد كل العوض) لدخول المدعى فى المستحق (واستفيد منه) أى من جواب المسألة أمران أحدهما (صحة الصلح عن مجهول) على معلوم لأن جهالة الساقط لاتفضى إلى المنازعة (و) الثانى (عدم اشتراط صحة الدعوى لصحته) لجهالة المدعى به حتى لو برهن لم يقبل مالم يدع إقراره به (ورجع) المدعى عليه (بحصته) فى دعوى كلها إن استحق شىء منها لفوات سلامة المبدل قيد بالمجهول لأنه لو ادعى قدرا معلوما كربعها لم يرجع مادام فى يده ذلك المقدار وإن بقى أقل رجع بحساب مااستحق منه :

[فرع] : لو صالح من الدنانير على دراهم وقبض الدراهم فاستحقت بعد التفرق رجع بالدنانير لأن هذا الصلح فى معنى الصرف فإذا استحق البدل بطل الصلح فوجب الرجوع درر وفيها فروع أخر فلتنظر وفى المنظومة المحبية مهمة منها :

لو مستحقا ظهر المبيع　　له على بائعه الرجوع
بالثمن الذى له قد دفعا　　إلا إذا البائع ههنا ادعى
بأنه كان قديما اشترى　　ذلك من ذا المشترى بلامرا

(قوله ولا رجوع الخ) أى لو ادعى حقا مجهولا فى دار فصولح على شىء كمائة درهم مثلا فاستحق بعض الدار لم يرجع صاحب الدار بشىء من البدل على المدعى لجواز أن تكون دعواه فيما بقى ، وإن قل درر وعبارة الهداية فاستحقت الدار إلا ذراعا منها . والظاهر أنه لو كان الاستحقاق على سهم شائع كربع أو نصف فهو كذلك ، لأن المدعى لم يدع سهما منها لأن دعوى حق مجهول تشمل السهم والجزء . نعم : لو ادعى سهما شائعا يكون استحقاق الربع مثلا واردا على ربع ذلك السهم أيضا فللمدعى عليه الرجوع بربع بدل الصلح هذا ماظهرلى فتأمله (قوله لدخول المدعى فى المستحق) بالبناء للمجهول فيهما قال فى الدرر للعلم بأنه أخذ عوض مالم يملكه (قوله واستفيد منه الخ) كذا ذكره شراح الهداية (قوله لأن جهالة الساقط لاتفضى إلى المنازعة) لأن المصالح عنه ساقط ، فهو مثل الإبراء عن المجهول فإنه جائز عندنا لما ذكر بخلاف عوض الصلح فانه لما كان مطلوب التسليم اشترط كونه معلوما لئلا يفضى إلى المنازعة (قوله لصحته) أى صحة الصلح (قوله لجهالة المدعى به) بيان لوجه عدم صحة الدعوى لأن المدعى به إذا كان مجهولا لا تصح الدعوى حتى لو برهن عليه لم يقبل (قوله مالم يدع إقراره به) أى فإذا ادعى إقرار المدعى عليه بذلك الحق المجهول وبرهن على إقراره به يقبل أى ويجبر المقر على البيان كما نقله ط عن نوح (قوله بحصته) الأولى ذكره بعد قوله شىء منها لأن الضمير راجع إليه ط .(قوله لفوات سلامة المبدل) أى الشىء الذى استحق فإنه لم يسلم للمصالح قال فى الدرر : لأن الصلح على مائة وقع عن كل الدار فإذا استحق منها شىء تبين أن المدعى لايملك ذلك القدر فيرد بحسابه من العوض اه فافهم (قوله لم يرجع الخ) هذا ظاهر فيما إذا ورد الاستحقاق على سهم شائع أيضا كربعها أو نصفها أما إذا استحق جزء معين منها كذراع مثلا من موضع كذا فالصلح عن دعوى ربعها يدخل فيه ربع ذلك الجزء المستحق تأمل (قوله وإن بقى أقل) بأن ادعى الربع ولم يبق بعد الاستحقاق فى يد المدعى عليه إلا الثمن فيرجع بحصة الثمن المستحق ط (قوله فوجب الرجوع) أى بأصل المدعى وهو الدنانير ط (قوله وفيها فروع أخر فلتنظر) منها استحقاق بعض المبيع وسيأتى ومنها مسائل أخر تقدمت فى فصل الفضولى (قوله إلا إذا البائع ههنا ادعى الخ) أى فلا يرجع بالثمن لأنه لو رجع على بائعه فهو أيضا يرجع عليه بزازية . لكن هذا ظاهر إذا اتحد الثمن فلو زاد فله الرجوع

لو اشترى خرابة وأنفقا　　شيئا على تعميرها وطفقا
ذاك يسوى بعدها آكامها　　ثم استحق رجل تمامها
فالمشترى فى ذاك ليس راجعا　　على الذى غدلذلك بائعا
ولا على ذا المستحق مطلقا　　بذا الذى كان عليها أنفقا
وإن مبيع مستحقا ظهرا　　ثم قضى القاضى على من اشترى
به فصالح الذى ادعاه　　صلحا على شىء له أداه
يرجع فى ذاك بكل الثمن　　على الذى قد باعه فاستبن

وفى المنية شرى دارا وبنى فيها فاستحقت رجع بالثمن وقيمة البناء مبنيا على البائع إذا سلم النقض إليه

عليه بالزيادة كما قاله ط وكذا لو ادعى إقراره بأنه اشتراه منى وهى حيلة لامن البائع غائلة الرد بالاستحقاق وبيانها أن يقر المشترى بأن بائعى قبل أن يبيعه منى اشتراه منى فحينئذ لا يرجع بعد الاستحقاق لما قلنا أما لو قال لا أرجع بالثمن إن ظهر الاستحقاق فظهر كان له الرجوع ، ولا يعمل ما قاله لأن الإبراء لايصح تعليقه بالشرط كما فى الفتح (قوله وطفقا ذاك) أى شرع واسم الإشارة للمشترى (قوله آكامها) بمد الهمزة جمع أكمة محركة التل (قوله تمامها) أى الخرابة وما بناه فيها (قوله مطلقا) لم يظهر لى المراد به تأمل (قوله بذا الذى كان عليها أنفقها) متعلق بقوله راجعا المقدر فى المعطوف أو المذكور فى المعطوف عليه ولو قدم هذا الشرط على الذى قبله لكان أظهر ويكون المراد بقوله مطلقا أنه لايرجع على المستحق بما أنفق ، ولا بالثمن أما على البائع فلا رجوع بما أنفق فقط ، ويرجع بالثمن كما صرح به فى جامع الفصولين ، ثم المراد بما أنفق قيمة البناء إن كان بنى فيها أو أجرة التسوية ونحوها كما يظهر مما يأتى .

ثم اعلم أنا قدمنا أنه لايرجع المشترى على البائع بالثمن إذا صار المبيع بحال لو كان غصبا لملكه كما لو قطع الثوب وخاطه قميصا فاستحق القميص أو طحن البر فاستحق الدقيق . وقد اختلفوا فيما لو غصب أرضا وبنى فيها أو غرس ما قيمته أكثر من قيمة الأرض هل يملك الأرض بقيمتها أم يؤمر بالقلع ؟ والرد إلى المالك : أفتى المفتى أبو السعود بالثانى ، وعليه يظهر إطلاقهم هنا إما على القول الأول فتقييد المسألة بما إذا كان قيمة البناء أقل وإلا كان الاستحقاق واردا على ملك المشترى وهو الأرض والبناء بلا رجوع له على البائع أصلا فتنبه لذلك (قوله به) أى بالمبيع أو بالاستحقاق وهو متعلق بقوله قضى والضمير فى قوله فصالح عائد على من اشترى والذى ادعاه وهو المستحق مفعول صالح وصلحا مفعول مطلق وضمير له عائد على الذى (قوله يرجع الخ) أى لأنه صار شاريا للمبيع من المستحق ومر تمام الكلام على ذلك أوائل الباب (قوله شرى دارا) أى ولو كان الشراء فاسدا كما فى جامع الفصولين معللا بتحقق الغرور فيه (قوله وبنى فيها) أى من ماله فلو بنى بنقضها لم يرجع بقيمته ، كما هو ظاهر ولا بما أنفق كما يعلم مما يأتى (قوله فاستحقت) أى الدار وحدها دون ما بناه فيها (قوله وقيمة البناء مبنيا) أى يقوم مبنيا فيرجع بقيمته لامقلوعا والمراد بالبناء ما يمكن نقضه وتسليمه كما يأتى فلا يرجع بما أنفق من طين ونحوه ولا بأجرة البانى ونحوه (قوله على البائع) ثم هذا البائع يرجع على بائعه بالثمن فقط لابقيمة البناء عنده وعندهما يرجع بقيمة البناء ذخيرة (قوله إذا سلم النقض إليه) ظاهره أنه يرجع بعد ما كلفه المستحق الهدم فهدمه والبائع غائب ، ثم سلم نقضه إلى البائع وذكر فى الخانية عن ظاهر الرواية أنه لا يرجع عليه إلا إذا سلمه البناء قائما فهدمه البائع ثم قال : والأول أقرب إلى النظر .

يوم تسليمه وإن لم يسلم فبالثمن لاغير كما لو استحقت بجميع بنائها لما تقرر أن الاستحقاق متى ورد على ملك المشترى لايوجب الرجوع على البائع بقيمة البناء مثلا ولو حفر بئرا أو نقى البلوعة أورم من الدار شيئا ثم استحقت لم يرجع بشيء على البائع لأن الحكم يوجب الرجوع بالقيمة لا بالنفقة كما في مسألة الخرابة حتى لو كتب في الصك فما أنفق المشترى فيها من نفقة أورم فيها من مرمة فعلى البائع يفسد البيع ولو حفر بئرا وطواها يرجع بقيمة الطى لا بقيمة الحفر فلو شرطاه فسد وكذا لو حفر ساقية إن قنطر عليها رجع بقيمة بناء القنطرة لا بنفقة حفر الساقية.

وبالجملة فإنما يرجع إذا بنى فيها أو غرس بقيمة مايمكن نقضه وتسليمه إلى البائع فلا يرجع بقيمة جص وطين

قلت: وعزاه في الذخيرة إلى عامة الكتب (قوله يوم تسليمه) متعلق بقيمة فلو سكن فيه وانهدم بعضه أو زادت قيمته يرجع عليه بقيمة البناء يوم التسليم كما بسطه في جامع الفصولين، ونقلناه في آخر المرابحة عن الخانية (قوله فبالثمن لا غير) وعند البعض له إمساك النقض والرجوع بنقصانه أيضا كما في الذخيرة (قوله كما لو استحقت بجميع بنائها) أي فانه يرجع بالثمن لا غير وهذه مسألة الخرابة السابقة (قوله لما تقرر الخ) قال في جامع الفصولين لأن الاستحقاق إذا ورد على ملك المشترى لايوجب الرجوع على البائع والبناء ملك المشترى فلا يرجع به ولأنه لما استحق الكل لا يقدر المشترى أن يسلم البناء إلى البائع، وقد مر أنه يرجع بقيمة بنائه ما لم يسلمه إلى البائع اه (قوله لأن الحكم الخ) أي حكم القاضى بالاستحقاق يوجب الرجوع بالقيمة: أى بقيمة ما يمكن نقضه وتسليمه كما يأتى لا بالنفقة أى لا بما أنفقه وهوهنا أجرة الحفر والترميم بطين ونحوه ممالايمكن نقضه وتسليمه، وأفاد أنه لا فرق بين أن يستحق لجهة وقف أو ملك وعبارة الشارح آخر كتاب الوقف توهم خلافه وقدمنا الكلام عليها هناك (قوله كما في مسألة الخرابة) أى المتقدمة في النظم وهذا تشبيه، لقوله لا بالنفقة إن كان لم يبن في الخرابة: وإن كان بنى فيها فهو تمثيل لقوله كما لو استحقت الخ (قوله حتى لو كتب في الصك) أى صك عقد البيع وهو تفريع على قوله لا بالنفقة (قوله فعلى البائع) أى إذا ظهرت مستحقة ط (قوله يفسد البيع) لأنه شرط فاسد لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ط (قوله وطواها) أى بناها بحجر أوآجر (قوله لا بقيمة الحفر) كذا في جامع الفصولين، والأظهر التعبير بنفقة الحفر لأن الحفر غير متقوم (قوله فلو شرطاه) أى الرجوع بنفقة الحفر (قوله وبالجملة) أى وأقول قولا ملتبسا بالجملة أى مشتملا على جملة ما تقرر (قوله بقيمة ما يمكن نقضه وتسليمه) أى بعد أن يسلمه للبائع كما مر، وهذا إن لم يكن عالما بأن البائع غاصب فلو علم لم يرجع لأنه مغتر لا مغرور بزازية ولو قال البائع: بعتها مبنية وقال المشترى أنا بنيتها فارجع عليك فالقول للبائع، لأنه منكر حق الرجوع، ولو أخذ دارا بشفعة فبنى ثم استحق منه رجع على المشترى بثمنه لا بقيمة بنائه لأنه أخذها برأيه جامع الفصولين، وفيه لو أظهر الزرع بالأرض فللمستحق أن يضمنه للنقصان ولا يرجع المشترى على بائعه إلا بالثمن.

[تنبيه] نظم في الوهبانية مسألة أخرى وعزاها شارحها سيدى عبد الغنى النابلسى إلى جامع الفتاوى وهي رجل اشترى كرما فقبضه، وتصرف فيه ثلاث سنين، ثم استحقه رجل وبرهن وأخذه بقضاء القاضى، ثم طلب الغلة التى أتلفها المشترى هل يجوز رده أم لا؟ الجواب فيه يوضع من الغلة مقدار ما أنفق في عمارة الكرم من قطع الكرم وإصلاح السواقى وبنيان الحيطان ومرمته وما فضل من ذلك يأخذه المستحق من المشترى اه وبه أفتى في الحامدية أيضا وعزاه إلى جامع الفتاوى، وقال وبمثله أفتى الشيخ خير الدين في فتاواه وأيضا أبو السعود أفندى مفتى السلطنة نقلا عن التوفيق كما في صور المسائل من الاستحقاق ونقله الأنقروى في فتاواه اه.

وتمامه فى الفصل الخامس عشر من الفصولين . وفيه شرى كرما فاستحق نصفه له رد الباقى إن لم يتغير فى يده ولم يأكل من ثمره ولو شرى أرضين فاستحقت إحداهما إن قبل القبض خير المشترى وإن بعده لزمه غير المستحق بحصته من الثمن بلا خيار ولو استحق العبد أو البقرة لم يرجع بما أنفق ولو استحق ثياب القن أو بردعة الحمار لم يرجع بشىء وكل شىء يدخل فى البيع تبعا لاحصة له من الثمن ، ولكن يخير المشترى فيه قنية ولو استحق من يد المشترى الأخير كان قضاء على جميع الباعة ولكل أن يرجع على بائعه بالثمن

قلت : وهذا مشكل لأنه مثل قيمة الجص والطين ، فلا يرجع به على البائع ولا على المستحق لأن زوائد المغصوب متصلة أو منفصلة تضمن بالاستهلاك والغلة منهما ، ولعل وجهه أنه إذا اقتطع من الغلة ما أنفقه لم يكن رجوعا من كل وجه لأن الغلة إنما نمت وصلحت بانفاقه كما فى الانفاق على الدابة كما يأتى لكن كان الأوفق الرجوع على البائع ، لأنه غر المشترى فى ضمن عقد البيع ولاصنع للمستحق فى ذلك فليتأمل (قوله فى الفصل الخامس عشر) صوابه السادس عشر (قوله له رد الباقى) لعيب الشركة (قوله إن لم يتغير الخ) لأن ذلك مانع من الرد بالعيب (قوله ولو شرى أرضين الخ) قال فى جامع الفصولين : استحق بعض المبيع فلو لم يميز إلا بضرر كدار وكرم وأرض وزوجى خف ومصراعى باب وقن يتخير المشترى ، وإلا فلا كثوبين لأن منفعة الدار يتعلق بعضها ببعض ومنفعة الثوب لاتتعلق بمنفعة ثوب آخر اه . وهذا إذا كان بعد القبض ولذا قال بعده ولو استحق بعض المبيع قبل قبضه بطل البيع فى قدر المستحق ، ويخير المشترى فى الباقى كما مر سواء أورث الاستحقاق عيبا فى الباقى أولا لتفرق الصفقة قبل التمام وكذا لو استحق بعد قبضه ، سواء استحق المقبوض أو غيره يخير كما مر لما مر من التفرق ، ولو قبض كله فاستحق بعضه بطل البيع بقدره ثم لو ورث الاستحقاق عيبا فيما بقى يخير المشترى كما مر ولو لم يورث عيبا فيه كثوبين أوقنين استحق أحدهما أو كيلى أو وزنى استحق بعضه أولا يضر تبعيضه فالمشترى يأخذ الباقى بلا خيار اه وتقدم تمام الكلام على ذلك فى خيار العيب (قوله لم يرجع بما أنفق) أى لم يرجع المشترى على البائع قنية وفيها أيضا : اشترى إبلا مهازيل فعلفها حتى سمنت ، ثم استحقت لا يرجع على البائع بما أنفقه وبالعلف اه ونقل فى الحامدية بعده عن القاعدية : اشترى بقرة وسمنها ثم استحقت فإنه يرجع على بائعه بما زاد كما لو اشترى دارا وبنى فيها ثم استحقت اه وهذا يناسب مسألة الكرم المارة آنفا لكن يفيد أن يكون الرجوع على البائع كما قلنا وما ذكره فى القنية من عدم الرجوع هنا أظهر والفرق بين التسمين والبناء ظاهر مما مر فلذا مشى عليه الشارح (قوله ولو استحق ثياب القن الخ) فى جامع الفصولين شرى أرضا فيها أشجار حتى دخلت بلا ذكر فاستحقت الأشجار قيل : لا حصة لها من الثمن كثوب قن وبردعة حمار ، فإن ما يدخل تبعا لا حصة له من الثمن ، وقيل الرواية أنه يرجع بحصة الأشجار والفرق أنها مركبة فى الأرض ، فكأنه استحق بعض الأرض ، بخلاف الثياب فالتبعية هنا أقل ولذا كان للبائع أن يعطى غيرها لوكانت ثياب مثله : ثم قال أقول فى الشجر : وكل ما يدخل تبعا إذا استحق بعد القبض ينبغى أن يكون له حصة من الثمن اه :

قلت : ويدل له مانقل عن شرح الاسبيجابى الأوصاف لاقسط لها من الثمن إلا إذا ورد عليها القبض والأوصاف مايدخل فى البيع بلا ذكر كبناء وشجر فى أرض وأطراف فى حيوان وجودة فى الكيلى والوزنى وعن فتاوى رشيد الدين البناء وإن كان تبعا إذا لم يذكر فى الشراء ، لكن إذا قبض يصير مقصودا ويصير له حصة من الثمن اه وفى الخانية : وضع محمد رحمه الله تعالى أصلا كل شىء إذا بعته وحده لايجوز بيعه وإذا بعته مع غيره

بلا إعادة بينة لكن لا يرجع قبل أن يرجع عليه المشترى عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف : له أن يرجع قال ألا ترى أن المشترى الثانى لو أبرأ الأول من الثمن كان للأول الرجوع كما لو وجد العبد حرا فلكل الرجوع قبله خانية لكن فى الفصولين مايخالفه فتنبه .

ولو اشترى عبدا فأعتقه بمال أخذه منه ثم استحق العبد لم يرجع المستحق بالمال على المعتق ولو شرى دارا بعبد وأخذت بالشفعة ثم استحق العبد بطلت الشفعة ويأخذ البائع الدار من الشفيع لبطلان البيع والله أعلم .

جاز فإذا استحق ذلك الشيء قبل القبض كان المشترى بالخيار إن شاء أخذ الباقى بجميع الثمن ، وإن شاء ترك وكل شيء إذا بعته وحده يجوز بيعه فإذا بعته مع غيره فاستحق كان له حصة من الثمن اه .

قلت : فصار الحاصل أن مايدخل فى البيع تبعا إذا استحق بعد القبض كان له حصة من الثمن ، فيرجع على البائع بحصته وإن استحق قبل القبض ، فإن كان لا يجوز بيعه وحده كالشرب ، فلا حصة له من الثمن ، فلا يرجع بشيء بل يخير بين الأخذ بكل الثمن والترك ، وإن جاز بيعه وحده كالشجر وثوب القن كان له حصة من الثمن ، فيرجع بها على البائع وهذا إذا لم يذكر فى البيع لما فى جامع الفصولين إذا ذكر البناء والشجر كانا مبيعين قصدا لا تبعا ، حتى لو فاتا قبل القبض يأخذ الأرض بحصتها ، ولا خيار له ولو احترقا أوقلعهما ظالم قبل القبض يأخذها بجميع الثمن أو ترك ولا يأخذ بالحصة ، بخلاف الاستحقاق والهلاك بعد القبض وهو على المشترى (قوله بلا إعادة بينة) أى على الاستحقاق وهذا إذا كان الرجوع عند القاضى الذى حكم بالاستحقاق ، وهو ذاكر لذلك فلو نسى أو كان عند غيره لابد من الإعادة كما أفاده فى جامع الفصولين (قوله لو أبرأ الأول من الثمن) أى بأن حكم القاضى بالاستحقاق ، وحكم للمشترى الأخير بالرجوع على الأول بالثمن ، ثم أبرأه فللمشترى الأول الرجوع على بائعه كما قدمه الشارح أوائل الباب عن جامع الفصولين ، ونقلنا قبله عن الذخيرة وجامع الفصولين : أنه لو أبرأه البائع عن الثمن قبل الاستحقاق فلا رجوع له بعد الاستحقاق ، لأنه لا ثمن له على بائعه وكذا لا رجوع لبقية الباعة (قوله لكن فى الفصولين مايخالفه) الذى فى جامع الفصولين التفرقة بين الاستحقاق المبطل والناقل كما تقدم فى المتن أول الباب . وهذا لا يخالف المنقول هنا عن أبى حنيفة ، وإن كان مراده المخالفة فى مسألة الإبراء فلم أر فيه مخالفة لما هنا أيضا بل فيه التفرقة بين إبراء المشترى البائع وبين إبراء البائع المشترى كما ذكرناه آنفا وقدمناه أول الباب (قوله لم يرجع المستحق بالمال على المعتق) كذا فى القنية والظاهر أن المراد بالمال ماكان من كسب العبد ، لأن غايته أنه ظهر بالاستحقاق أن المعتق غاصب للعبد والغاصب يملك كسب العبد المغصوب أما لو كان المال للمولى مع العبد فأعتقه عليه ينبغى أن يثبت للمستحق الرجوع به على المعتق تأمل (قوله وأخذت بالشفعة) أى بقيمة العبد أو بعينه إن وصل إلى الشفيع بجهة ط (قوله ويأخذ البائع الدار من الشفيع) أى ويرجع الشفيع بما دفع من قيمة العبد على البائع (قوله لبطلان البيع) علة لقوله بطلت الشفعة ط والتعليل بذلك مذكور فى القنية ، وهو صريح فى أن الاستحقاق فى بيع المقايضة يبطل البيع وفى جامع الفصولين استحقاق بدل المبيع يوجب الرجوع بعين المبيع قائما وبقيمته هالكا وفيه أيضا إذا استحق أحد البدلين فى المقايضة وهلك البدل الآخر تجب قيمة الهالك لاقيمة المستحق لانتقاض البيع اه وفى حاشيته للخير الرملى هذا يدل بإطلاقه على مالو باعه المقايض لغيره وسلمه له ، ثم استحق بدله من يد المقايض للثانى أن يرجع بعين المبيع على المشترى منه لانتقاض البيع ، ومن لوازمه رجوعه إلى ملكه فإذا رجع عليه وأخذ منه يرجع هو بما دفع لبائعه من الثمن ، وتسمع دعوى مالك المبيع على المشترى بغيبة بائعه لدعواه الملك لنفسه ، فينتصب خصما للمدعى وهى واقعة الحال فى مقايضة بهيم ببهيم وتقابضا

باب السلم

(هو) لغة كالسلف وزناومعنى وشرعا (بيع آجل) وهو المسلم فيه (بعاجل) وهو رأس المال (وركنه ركن البيع) حتى ينعقد بلفظ بيع فى الأصح (ويسمى صاحب الدراهم رب السلم والمسلم) بكسر اللام (و) يسمى (الآخر المسلم إليه والحنطة مثلا المسلم فيه) والثمن رأس المال (وحكمه ثبوت الملك للمسلم إليه ولرب السلم فى الثمن والمسلم فيه) فيه لف ونشر مرتب (ويصح فيما أمكن ضبط صفته) كجودته ورداءته (ومعرفة قدره كمكيل وموزون و) خرج بقوله (مثمن) الدراهم والدنانير لأنها أثمان فلم يجز فيها السلم خلافا لمالك

وباع أحدهما مافي يده وسلم فاستحق من مشتريه ولم أر فيها صريح النقل غير ماهنا لكن مجرد الاستحقاق لايوجب نقض البيع وفسخه كما مر بيانه اه ملخصا وتمامه فيها .

[خاتمة] لم أر من ذكر ما إذا ورد الاستحقاق بعد هلاك المبيع كموت الدابة مثلا وهى واقعة الفتوى وقد أجبت بأن المستحق لابد له من إقامة البينة على قيمتها يوم الشراء فيضمن المشترى القيمة ويرجع على بائعه بالثمن لابما ضمن لأن المشترى غاصب الغاصب وقد صرحوا فى الغصب بأن المشترى من الغاصب إذا ضمن القيمة يرجع على بائعه بالثمن لأن رد القيمة كرد العين والله سبحانه وتعالى أعلم .

باب السلم

شروع فيما يشترط فيه قبض أحد العوضين أو قبضهما كالصرف ، وقدم السلم عليه لأنه بمنزلة المفرد من المركب رخص باسم السلم لتحقيق إيجاب التسليم شرعا فيما صدق عليه أعنى تسليم رأس المال وتمامه فى النهر (قوله وشرعا) معطوف على قوله لغة (قوله بيع آجل بعاجل) كذا عرفه فى الفتح ، واعترض على مافى السراج والعناية من أنه أخذ عاجل بآجل بأنه غير صحيح لصدقه على البيع بثمن مؤجل . وفى غاية البيان أنه تحريف من النساخ وأجاب فى البحر : بأنه من باب القلب ، والأصل أخذ آجل بعاجل :

قلت : وفيه أن القلب لايسوغ لغير البلغاء لأجل لكتة بيانية كما صرحوا به ولا سيما فى التعاريف ، ويظهر لى الجواب بأنه ناظر إلى ابتدائه من جانب المسلم إليه أى أخذ ثمن عاجل ، ويؤيده كون السلم كالسلف مشعرا بالتقدم أولا ، فالمناسب الابتداء بالعاجل وهو الثمن ثم رأيت فى النهر عن الحواشى السعدية مايوافق ماقلنا حيث قال : يجوز أن يقال المراد أخذ ثمن عاجل بآجل بقرينة المعنى اللغوى إذ الأصل هوعدم التغيير إلا أن يثبت بدليل اه : ويظهر لى أيضا أن الأولى فى تعريفه أن يقال شراء آجل بعاجل لأن السلم اسم من الإسلام كما فى القهستانى ولا يخفى أن الإسلام صفة ، فهو المنظور إليه أصالة ولذا سموه رب السلم أى صاحبه ، فالمناسب بناء التعريف على ما يشعر به اللفظ والمعنى ، وهو الشراء الذى هو المراد بالإسلام الصادر من رب السلم بخلاف البيع الصادر من المسلم إليه ، ومثله الأخذ لعدم إشعار اشتقاق اللفظ بهما (قوله وركنه ركن البيع) من الإيجاب والقبول (قوله حتى ينعقد الخ) وكذا ينعقد البيع والشراء بلفظ السلم ولم يحك فى القنية فيه خلافا نهر (قوله ويصح فيما أمكن ضبط صفته) لأنه دين وهو لا يعرف إلا بالوصف فإذا لم يمكن ضبطه به يكون مجهولا جهالة تفضى إلى المنازعة ، فلا يجوز كسائر الديون نهر (قوله كمكيل وموزون) فلو أسلم فى المكيل وزنا كما إذا أسلم فى البر والشعير بالميزان فيه روايتان والمعتمد الجواز لوجود الضبط وعلى هذا الخلاف لو أسلم فى الموزون كيلا بحر (قوله فلم يجز فيها السلم) لكن

(وعددى متقارب كجوز وبيض وفلس) وكثرى ومشمش وتين (ولبن) بكسر الباء (وآجر بملبن معين) بين صفته ومكان ضربه خلاصة وذرعى كثوب بين قدره طولا وعرضا (وصنعته) كقطن وكتان ومركب منهما (وصفته) كعمل الشام أو مصر أو زيد أو عمرو (ورقته) أوغلظه (ووزنه إن بيع به) فإن الديباج كلما ثقل وزنه زادت قيمته

إذا كان رأس المال دراهم أو دنانير أيضا كان العقد باطلا اتفاقا ، وإن كان غيرها كثوب فى عشرة دراهم لايصح سلما اتفاقا ، وهل ينعقد بيعا فى الثوب بثمن مؤجل ؟ قال أبو بكر الأعمش : ينعقد وعيسى بن أبان لا وهو الأصح نهر وهذا صححه فى الهداية ورجح فى الفتح الأول وأقره فى البحر واعترضه فى النهر بما هو ساقط جدا كما أوضحته فيما علقته على البحر (قوله وعددى متقارب) الفاصل بين المتفاوت والمتقارب أن ما ضمن مستهلكه بالمثل فهو متقارب وبالقيمة يكون متفاوتا بحر عن المعراج (قوله كجوز) أى جوز الشام بخلاف جوز الهند كما فى البحر (قوله وبيض) ظاهر الرواية أن بيض النعام من المتقارب فى رواية الحسن عن الإمام لايجوز لتفاوت آحاده ، والوجه أن ينظر إلى الغرض فى العرف ، فان كان الغرض منه الأكل فقط كعرف أهل البوادى وجب العمل بالأول أو القشر ليتخذ فى سلاسل القناديل كما فى مصر وغيرها وجب العمل بالرواية الأخرى ووجب مع ذكر العدد تعيين المقدار واللون مع نقاء البياض وإهداره فى الفتح . وأجازوه فى الباذنجان والكاغد عددا وحمله فى الفتح على باذنجان ديارهم وفى ديارنا ليس كذلك وعلى كاغد بقالب خاص وإلا لا يجوز اه . وفى الجوهرة : لايجوز السلم فى الورق إلا أن يشترط منه ضرب معلوم الطول والعرض والجودة (قوله وفلس) الأولى وفلوس لأنه مفرد لا اسم جنس قيل وفيه خلاف محمد لمنعه بيع الفلس بالفلسين إلا أن ظاهر الرواية عنه كقولهما وبيان الفرق فى النهر وغيره (قوله بكسر الباء) أى الموحدة وقد تخفف فيصير كحمل كما فى المصباح وهو الطوب النىء نهر (قوله وآجر) بضم الجيم وتشديد الراء مع المد أشهر من التخفيف وهو اللبن إذا طبخ مصباح (قوله بملبن) كمنبر قالب الطين قاموس فهو بفتح الباء : وما فى البحر عن الصحاح من أنه بكسر الباء فهو سبق قلم فإنه لم يوجد فى الصحاح بل الذى فيه الملبن قالب اللبن والملبن المحلب (قوله بين صفته ومكان ضربه خلاصة) فيه نظر فإن عبارة الخلاصة ولا بأس فى السلم فى اللبن والآجر إذا بين الملبن والمكان وذكر عددا معلوما والمكان : قال بعضهم : مكان الإيفاء وهذا قول أبى حنيفة ، وقال بعضهم : المكان الذى يضرب فيه اللبن اه أى لاختلاف الأرض رخاوة وصلابة وقربا وبعدا ، ولا يخفى أن الملبن إذا كان معينا لا يحتاج إلى بيان صفته ، بخلاف ما إذا كان غير معين فلابد من كونه معلوما ، ويعلم كما فى الجوهرة بذكر طوله وعرضه وسمكه (قوله وذرعى كثوب الخ) وكالبسط والحصر والبوارى كما فى الفتح ، وأراد بالثوب غير المخيط قال فى الفتح : ولا فى الجلود عددا وكذا الأخشاب والجوالقات والفراء والثياب المخيطة والخفاف والقلانس إلا أن يذكر العدد لقصد التعدد فى المسلم فيه ضبطا للكمية ، ثم يذكر ما يقع به الضبط كأن يذكر فى الجلود مقدارا من الطول والعرض بعد النوع كجلود البقر والغنم الخ (قوله بين قدره) أى كونه كذا كذا ذراعا فتح . وظاهره أن الضمير للثوب لا للذراع وفى البزازية إن أطلق الذراع فله الوسط وفى الذخيرة اختلفوا فى قول محمد له ذراع وسط فقيل المراد به المصدر أى فعل الذرع فلا يمد كل المد ولا يرخى كل الإرخاء وقيل الآلة والصحيح أنه يحمل عليهما (قوله كقطن) فيه أن هذا جنس والصفة كأصفر ومركب منهما كالملحم ط عن المنح وفسر الصفة فى الدرر بالرقة والغلظ لكنه لايناسب المتن (قوله فإن الديباج) هو ثوب سداه ولحمته إبريسم بكسر الدال أصوب من فتحها مصباح ، وهو

والحرير كلما خف وزنه زادت قيمته فلابد من بيانه مع الذرع (لا) يصح (في) عددى (متفاوت) هو ماتتفاوت ماليته (كبطيخ وقرع) ودر ورمان فلم يجز عددا بلا مميز وماجاز عدا جاز كيلا ووزنا نهر (ويصح في سمك مليح) ومالح لغة رديئة (و) في طرى (حين يوجد وزنا وضربا) أى نوعا قيد لهما (لا عددا) للتفاوت (ولو صغارا جاز وزنا وكيلا) وفى الكبار روايتان مجتبى (لا في حيوان ما) خلافا للشافعى (وأطرافه) كرؤوس وأكارع خلافا لمالك وجاز وزنا في رواية (و) لا في (حطب)

نوع من الحرير (قوله والحرير الخ) قال في الفتح: هذا عرفهم وعرفنا ثياب الحرير أيضا وهى المسماة بالكمخاء كلما ثقلت زادت القيمة:

فالحاصل: أنه لابد من ذكر الوزن سواء كانت القيمة تزيد بالثقل أو بالخفة اه (قوله فلابد من بيانه مع الذرع) هو الصحيح كما في الظهيرية، ولو ذكر الوزن بدون الذرع لايجوز وقيده خواهر زاده بما إذا لم يبين لكل ذراع ثمنا فإن بينه جاز كذا في التتارخانية نهر (قوله ماتتفاوت ماليته) أى مالية أفراده (قوله بلا مميز) أى بلا ضابط غير مجرد العدد كطول وغلظ ونحو ذلك فتح (قوله وما جاز عدا جاز كيلا ووزنا) ومايقع من التخلخل في الكيل بين كل نحو بيضتين مغتفر لرضا رب السلم بذلك، حيث أوقع العقد على مقدار مايملأ هذا الكيل مع تخلخله، وإنما يمنع ذلك في أموال الربا إذا قوبلت بجنسها، والمعدود ليس منها وإنما كان باصطلاحهما، فلا يصير بذلك مكيلا مطلقا ليكون ربويا وإذا أجزناه كيلا فوزنا أولى فتح: وكذا ماجاز كيلا جاز وزنا وبالعكس على المعتمد لوجود الضبط كما قدمناه عن البحر: أى وإن لم يجر فيه عرف كما قدمناه في الربا قبيل قوله والمعتبر تعيين الربوى (قوله ويصح في سمك مليح) في المغرب سمك مليح ومملوح وهو القديد الذى فيه الملح (قوله ومالح لغة رديئة) كذا في المصباح، وذكر أن قولهم ماء مالح لغة حجازية واستشهد لها وأطال (قوله وفى طرى حين يوجد) فإن كان ينقطع في بعض السنة كما قيل إنه ينقطع في الشتاء في بعض البلاد: أى لانجماد الماء فلا ينعقد في الشتاء ولو أسلم في الصيف وجب أن يكون الأجل لايبلغ الشتاء هذا معنى قول محمد لاخير في السمك الطرى إلا في حينه يعني أن يكون السلم مع شروطه في حينه كي لاينقطع بعد العقد والحلول، وإن كان في بلد لاينقطع جاز مطلقا وزنا لاعددا لما ذكرنا من التفاوت في آحاده فتح أما المليح فإنه يدخر ويباع في الأسواق فلا ينقطع، حتى لو كان ينقطع في بعض الأحيان لايجوز فيه كما أفاده ط ولا يخفى أن هذا في بلاد يوجد فيها، أما في مثل بلادنا فلا يصح لأنه لايباع في الأسواق إلا نادرا (قوله جاز وزنا وكيلا) أى بعد بيان النوع لقطع المنازعة ط (قوله وفى الكبار) أى وزنا ولا يجوز كيلا رواية واحدة أفاده أبو السعود ط (قوله روايتان) والمختار الجواز، وهو قولهما لأن السمين والهزال غير معتبر فيه عادة، وقيل الخلاف في لحم الكبار منه كذا في الاختيار وفى الفتح وعن أبى حنيفة في الكبار التى تقطع كما يقطع اللحم لايجوز السلم في لحمها اعتبارا بالسلم في اللحم اه (قوله لا في حيوان ما) أى دابة كان أو رقيقا ويدخل فيه جميع أجناسه، حتى الحمام والقمرى والعصافير هو المنصوص عن محمد، إلا أنه يخص من عمومه السمك نهر قال في البحر: لكن في الفتح إن شرطت حياته أى السمك فلنا أن نمنع صحته اه وأقره في النهر والمنح (قوله خلافا للشافعى) ومعه مالك وأحمد وأطال في الفتح في ترجيح أدلة المذهب المنقولة والمعقولة ثم ضعف المعقولة وحط كلامه على أن المعتبر النهى الوارد في السنة كما قاله محمد أى فهو تعبدى (قوله وأكارع) جمع كراع وهو ما دون الركبة في الدواب فتح (قوله وجاز وزنا في رواية) في السراج لو أسلم فيه وزنا اختلفوا فيه نهر: واختار هذه الرواية في الفتح حيث قال: وعندى لابأس بالسلم في الرءوس والأكارع وزنا بعد ذكر النوع، وباقى

بالحرز ورطبة بالجرز إلا إذا ضبط بما لايؤدى إلى نزاع وجاز وزنا فتح (وجوهر وخرزا لاصغار لؤلؤتباع وزنا) لأنه إنما يعلم به (ومنقطع) لايوجد فى الأسواق من وقت العقد إلى وقت الاستحقاق ولو انقطع فى إقليم دون آخر لم يجز فى المنقطع ولو القطع بعد الاستحقاق خير رب السلم بين انتظار وجوده والفسخ وأخذ رأس ماله (ولحم ولو منزوع عظم) وجوزاه إذا بين وصفه وموضعه لأنه موزون معلوم وبه قالت الأئمة الثلاثة وعليه الفتوى بحر وشرح مجمع لكن فى القهستانى أنه يصح فى المنزوع بلا خلاف إنما الخلاف فى غير المنزوع فتنبه لكن صرح غيره بالروايتين فتدبر ولوحكم بجوازه صح اتفاقا بزازية

الشروط فإنها من جنس واحد وحينئذ لا تتفاوت تفاوتا فاحشا اه وأقره فى النهر (قوله بالحزم) بضم الحاء وفتح الزاى جمع حزمة فى القاموس حزمه يحزمه شده ، والحزمة بالضم ماحزم (قوله ورطبة) هى القصة خاصة قبل أن تجف والجمع رطاب مثل كلبة وكلاب والرطب وزان قفل المرعى الأخضر من بقول الربيع ، وبعضهم يقول الرطبة وزان غرفة الخلا وهو الغض من الكلأ مصباح (قوله بالجرز) جمع جرزة مثل غرفة وغرف ، وهى القبضة من القت ونحوه أو الحزمة مصباح وفيه والقت القصة(١) إذا يبست (قوله إلا إذا ضبط الخ) بأن بين الحبل الذى يشد به الحطب والرطبة وبين طوله وضبط ذلك بحيث لايؤدى إلى النزاع زيلعى (قوله وجاز وزنا) أى فى الكل فتح قال وفى ديارنا تعارفوا فى نوع من الحطب الوزن ، فيجوز الإسلام فيه وزنا وهو أضبط وأطيب (قوله وجوهر) كالياقوت والبلخش والفيروزج نهر (قوله وخرز) بالتحريك الذى ينظم وخرزات الملك جواهر تاجه ، وكان إذا ملك عاما زيدت فى تاجه خرزة ليعلم عدد سنى ملكه قاله الجوهرى وذلك كالعقيق والبلور لتفاوت آحادها تفاوتا فاحشا ، وكذلك لايجوز فى اللآلىء الكبار نهر (قوله من وقت العقد إلى وقت الاستحقاق) دوام الانقطاع ليس شرطا ، حتى لو كان منقطعا موجودا عند المحل أو بالعكس أو منقطعا فيما بين ذلك لايجوز وحد الانقطاع أن لايوجد فى الأسواق وإن كان فى البيوت كذا فى التبيين شرنبلالية ؛ ومثله فى الفتح والبحر والنهر ، وعبارة الهداية ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد إلى حين المحل وسيذكره الشارح فما أوهمه كلامه هنا كالدرر غير مراد (قوله لم يجز فى المنقطع) أى المنقطع فيه ، لأنه لايمكن إحضاره إلا بمشقة عظيمة فيعجز عن التسليم بحر (قوله بعد الاستحقاق) أى قبل أن يوفى المسلم فيه بحر (قوله ولحم) فى الهداية ولا خير فى السلم فى اللحم ، قال فى الفتح : وهذه العبارة تأكيد فى نفى الجواز وتمامه فيه (قوله ولو منزوع عظم) هو الأصح هداية وهو رواية ابن شجاع عن الإمام وفى رواية الحسن عنه جواز منزوع العظم كما فى الفتح (قوله وجوزاه إذا بين وصفه وموضعه) فى البحر وقالا يجوز إذا بين جنسه ونوعه وسنه وصفته وموضعه وقدره كشاة خصى ثنى سمين من الجنب أو الفخذ مائة رطل اه ولعل الشارح أراد بالوصف جميع ما ذكر (قوله وعليه الفتوى بحر) نقل ذلك فى البحر والفتح عن الحقائق والعيون (قوله لكن فى القهستانى الخ) استدراك على المتن فافهم (قوله بالروايتين) أى رواية الحسن ورواية ابن شجاع وهى الأصح ، فما فى القهستانى مبنى على خلاف الأصح :

---

(١) (قوله وفيه والقت القصة الخ) هكذا بخطه . والذى فى المصباح فى باب القاف والفاء مانصه القت الفصفصة إذا يبست اه آخر ماقال وذكر فى باب الفاء والصاد وما يثلثهما مانصه والفصفصة بكسر الفاءين الرطبة قبل أن تجف فإذا جفت زال عنها اسم الفصفصة وسميت القت والجمع فصافص اه فلعله سقط من قلم المؤلف الفاء والصاد الأخريان وكذا ما فى تفسير الرطبة قبل بقوله هى القصة وليحرر اه مصححه .

وفي العيني أنه قيمي عنده مثلي عندهما (و) لا (بمكيال وذراع مجهول) قيد فيهما وجوزه الثاني في الماء قربا للتعامل فتح (وبر قرية) بعينها (وثمر نخلة معينة إلا إذا كانت النسبة لثمرة) أو نخلة أو قرية (لبيان الصفة) لالتعيين الخارج كقمح مرجي أو بلدي بديارنا

مطلب هل اللحم قيمي أو مثلي

(قوله وفي العيني الخ) في البحر عن الظهيرية وإقراض اللحم عندهما يجوز كالسلم ، وعنه روايتان وهو مضمون بالقيمة في ضمان العد وإن لو مطبوخا إجماعا ولو نيئا فكذلك هو الصحيح اهـ وذكر في الفتح عن الجامع الكبير والمنتقى أن اللحم مضمون بالقيمة واختيار لاسبيجابي ضمانه بالمثل وهو الوجه ، لأن جريان ربا الفضل فيه قاطع بأنه مثلي فيفرق بين الضمان والسلم بأن المعادلة في الضمان منصوص عليها وتمامها بالمثل ، لأنه مثلي صورة ومعنى والقيمة مثل معنى فقط وتمام الكلام فيه (قوله ولا بمكيال وذراع مجهول) أي لم يدر قدره كما في الكنز والواو بمعنى أو أي لايجوز السلم بمكيال معين أو بذراع معين لا يعرف قدره ، لأنه يحتمل أن يضيع فيؤدي إلى النزاع بخلاف البيع به حالا حيث يجوز ، لأن التسليم به يجب في الحال ، فلا يتوهم فوته وفي السلم يتأخر التسليم فيخاف فوته زيلعي زاد في الهداية ، ولا بد أن يكون المكيال مما لاينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا وإن كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لايجوز إلا في قرب الماء للتعامل فيه كذا عن أبي يوسف اهـ واعترضه الزيلعي بأن هذا التفصيل إنما يستقيم في البيع حالا حيث يجوز باناء لايعرف قدره بشرط أن لاينكبس ولا ينبسط . ويفيد فيه استثناء قرب الماء ، ولا يستقيم في السلم ، لأنه إن كان لايعرف قدره لايجوز السلم به مطلقا ، وإن عرف قدره فالسلم به لبيان القدر لا لتعيينه ، فكيف يتأتى فيه الفرق بين المنكبس وغيره اهـ . وأجاب في النهر : بأنه إذا أسلم بمقدار هذا الوعاء برا وقد عرف أنه ويبة مثلا جاز غير أنه إذا كان ينقبض وينبسط لايجوز لأنه يؤدي إلى النزاع وقت التسليم في الكبس وعدمه ، لأنه عند بقاء عينه يتعين وقوله للزيلعي : لا لتعيينه ممنوع نعم هلاكه بعد العلم بمقداره لا يفسد العقد اهـ :

قلت : ولا يخفى ما فيه لأن الوعاء إذا تحقق معرفة قدره لا يتعين قطعا ، وإلا فسد العقد بعد هلاكه ولا نزاع بعد معرفة قدره لإمكان العدول إلى ما عرف من مقداره فيسلمه بلا منازعة ، كما إذا هلك لأن الكلام فيما عرف قدره ويظهر لي الجواب عن الهداية بأن قوله : ولا بد الخ بيان لما يعرف قدره لاشرط زائد عليه ،ويكون المراد أنه إذا كان مما ينقبض وينكبس بالكبس لا يتقدر بمقدار معين ، لتفاوت الانقباض والكبس فيؤدي إلى النزاع ، ولذا لم يجز البيع فيه حالا فكلام الزيلعي وارد على ما يتبادر من كلام الهداية من أنه شرط زائد على معرفة القدر وعلى ما قلنا فلا فاغتنم هذا التحرير (قوله إلا إذا كانت النسبة لثمرة الخ) كان الأولى إسقاط قوله لثمرة أو أنه يقول لثمرة أو بر إلى نخلة أو قرية تأمل : قال في الفتح : فلو كانت نسبة الثمرة إلى قرية معينة لبيان الصفة لالتعيين الخارج من أرضها بعينه كالخشراني ببخاري والسباخي : وهي قرية حنطتها جيدة بفرغانة لابأس به لأنه لايراد خصوص النابت هناك ، بل الإقليم ولا يتوهم انقطاع طعام إقليم بكماله فالسلم فيه وفي طعام العراق والشام سواء ، وكذا في ديار مصر في قمح الصعيد . وفي الخلاصة والمجتبى وغيره : لو أسلم في حنطة بخارى أو سمرقند أو إسبيجاب لايجوز لتوهم انقطاعه ولو أسلم في حنطة هراة لا يجوز أو في ثوب هراة وذكر شروط السلم يجوز لأن حنطتها يتوهم انقطاعها إذ الاضافة لتخصيص البقعة ، بخلاف إضافة الثوب لأنها لبيان

فالمانع والمقتضى العرف فتح (و) لا (فى حنطة حديثة قبل حدوثها) لأنها منقطعة فى الحال وكونها موجودة وقت العقد إلى وقت المحل شرط فتح. وفى الجوهرة: أسلم فى حنطة جديدة أو فى ذرة حديثة لم يجز لأنه لايدرى أيكون فى تلك السنة شىء أم لا .

قلت : وعليه فما يكتب فى وثيقة السلم من قوله جديد عامه مفسد له أى قبل وجود الجديد أما بعده فيصح كما لايخفى (وشرطه) أى شروط صحته التى تذكر فى العقد سبعة (بيان جنس) كبر أو تمر (و) بيان (نوع) كسقى أو بعلى (وصفة) كجيد أو ردىء (وقدر) ككذا كيلا لاينقبض ولا ينبسط (وأجل وأقله) فى السلم (شهر) به يفتى وفى الحاوى لابأس بالسلم فى نوع واحد على أن يكون حلول بعضه فى وقت وبعضه فى وقت آخر

الجنس والنوع لا لتخصيص المكان ، فلو أتى المسلم إليه بثوب نسج فى غير ولاية هراة من جنس الهروى يعنى من صفته ومؤنته أجبر رب السلم على قبوله ، فظهر أن المانع والمقتضى العرف ، فإن تعورف كون النسبة لبيان الصفة فقط جاز وإلا فلا اه ملخصا .

قلت : ويظهر من هذا أن النسبة إلى بلدة معينة كبخارى وسمرقند مثل النسبة إلى قرية معينة فلا يصح إلا إذا أريد بها الإقليم كالشام والعراق مثلا ، وعلى هذا فلو قال دمشقية لايصح لأنه لايراد بدمشق الإقليم ، ولكن هل المراد ببخارى وسمرقند ودمشق خصوص البلدة أو هى وما يشمل قراها المنسوبة إليها فإن كان المراد الأول فعدم الجواز ظاهر وإن كان الثانى فله وجه ، لأنها ليست إقليما ولكن لا يصح قول الشارح كقمح مرجى أو بلدى ، فإن القمح المرجى نسبة إلى المرج وهو كورة شرق دمشق تشتمل على قرى عديدة مثل حوران : وهى كورة قبلى دمشق وقراها أكثر وقمحها أجود من باقى كور دمشق والبلدى فى عرفنا غير الحورانى ، ولا شك أن ذلك كله ليس بإقليم فإن الإقليم واحد أقاليم الدنيا السبعة كما فى القاموس . وفى المصباح : يقال الدنيا سبعة أقاليم ، وقد يقال ليس مرادهم خصوص الإقليم المصطلح ، بل ما يشمل القطر والكورة فإنه لا يتوهم انقطاع طعام ذلك بكماله فيصح إذا قال حورانية أو مرجية وبه يصح كلام الشارح تأمل (قوله فالمانع الخ) تقدم آنفا بيانه فيما لو أسلم فى حنطة هراة أو ثوب هراة (قوله إلى وقت المحل) بفتح فكسر مصدر ميمى بمعنى الحلول (قوله لأنه لايدرى الخ) هذا التعليل مخالف للتعليل المار عن الفتح ، وعزاه إلى شرح الطحاوى قال فى النهر : وهو أولى لأن مقتضى هذا أنه لو عين جديد إقليم كجديدة من الصعيد مثلا أن يصح إذ لا يتوهم عدم طلوع شىء فيه أصلا اه يعنى وهذا المقتضى غير مراد لمنافاته للشرط المار (قوله وقلت الخ) القول والتقييد الذى بعده لصاحب البحر (قوله أى شروط صحته) أشار إلى أن الإضافة فى شرطه للجنس فيصدق على الواحد والأكثر (قوله التى تذكر فى العقد) أفاد أن له شروطا أخر سكت عنها المصنف ، لأنها لا يشترط ذكرها فيه بل وجودها نهر . وذلك كقبض رأس المال ونقده وعدم الخيار علتى الربا لكن ذكر المصنف من الشروط قبض رأس المال قبل الافتراق مع أنه ليس مما يشترط ذكره فى العقد (قوله سبعة) أى إجمالا وإلا فالأربعة الأول منها تشترط فى كل من رأس المال والمسلم فيه فهى ثمانية بالتفصيل بحر . وسيأتى وفيه عن المعراج إنما يشترط بيان النوع فى رأس المال إذا كان فى البلد نقود مختلفة وإلا فلا ، وفيه عن الخلاصة لا يشترط بيان النوع فيما لا نوع له (قوله كبر أو تمر) ومن قال كصعيدية أو بحرية فقدوهم وإنما هو من بيان النوع كما فى البحر (قوله كسقى) هو مايسقى سيحا أى بالماء الجارى (قوله وبعلى) هو ما سقته السماء قاموس (قوله لا ينقبض ولا ينبسط) كالصاع مثلا بخلاف الجراب والزنبيل (قوله وأجل) فإن أسلما حالا ، ثم أدخل الأجل قبل الافتراق وقبل استهلاك رأس المال جاز اه ط عن الجوهرة (قوله فى السلم) احتراز عن خيار الشرط ولاحاجة إليه (قوله به يفتى) وقيل ثلاثة أيام

(ويبطل) الأجل (بموت المسلم إليه لا بموت رب السلم فيؤخذ) المسلم فيه (من تركته حالا) لبطلان الأجل بموت المديون لا الدائن ولذا شرط دوام وجوده لتدوم القدرة على تسليمه بموته (و) بيان (قدر رأس المال) إن تعلق العقد بمقداره كما (فى مكيل وموزون وعددى غير متفاوت) واكتفيا بالإشارة كما فى مذروع وحيوان قلنا ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج إلى رد رأس المال ابن كمال : وقد ينفق بعضه ثم يجد باقيه معيبا فيرده ولا يستبدل له رب السلم فى مجلس الرد فينفسخ العقد فى المردود ويبقى فى غيره فتلزم جهالة المسلم فيه فيما بقى ابن ملك فوجب بيانه (و) السابع بيان (مكان الإيفاء) للمسلم فيه (فيما له حمل) أو مؤنة ومثله الثمن والأجرة والقسمة وعينا مكان العقد

وقيل أكثر من نصف يوم ، وقيل ينظر إلى العرف فى تأجيل مثله والأول أى ما فى المتن أصح وبه يفتى زيلعى وهو المعتمد بحر وهو المذهب نهر (قوله ولذا شرط الخ) أى لكونه يؤخذ من تركته حالا اشترط الخ .

وحاصله بيان فائدة اشتراطهم عدم انقطاعه فيما بين العقد والحل وذلك فيما لو مات المسلم إليه وقوله لتدوم الخ علة لقوله اشترط وقوله بموته الباء للسببية متعلقة بتسليمه والموت فى الحقيقة ليس سببا للتسليم بل للحلول الذى هو سبب التسليم فهو سبب السبب (قوله إن تعلق العقد بمقداره) بأن تنقسم أجزاء المسلم فيه على أجزائه فتح أى بأن يقابل النصف بالنصف والربع بالربع ، وهكذا وذلك إنما يكون فى الثمن المثلى (قوله واكتفيا بالإشارة الخ) فلو قال أسلمت إليك هذه الدراهم فى كر بر ولم يدر وزن الدراهم أو قال أسلمت إليك هذا البر فى كذا منا من الزعفران ولم يدر قدر البر لا يصح عنده وعندهما يصح وأجمعوا على أن رأس المال إذا كان ثوبا أو حيوانا يصير معلوما بالإشارة درر (قوله كما فى مذروع وحيوان) لأن الذرع وصف فى المذروع والمبيع لا يقابل الأوصاف ، فلا يتعلق العقد على قدره ولهذا لو نقص ذراعا أو تلف بعض أعضاء الحيوان لا ينقص من المسلم فيه شىء ، بل المسلم إليه بالخيار إن شاء رضى به بكل المسلم فيه ، وإن شاء فسخ لفوات الوصف المرغوب وتمامه فى الفتح (قوله قلنا الخ) هو جواب عن قولهما بأنه لا يلزم بيان قدر رأس المال ، ولو فى مكيل ونحوه بل تكفى الإشارة إليه لأن المقصود حصول التسليم بلا منازعة (قوله فيحتاج إلى رد رأس المال) أى فإذا كان غير معلوم القدر أدى إلى المنازعة (قوله ولا يستبدله الخ) أى لا يتيسر له ذلك فى المجلس وربما يكون الزيوف أكثر من النصف فإذا رده واستبدل بها فى المجلس يفسد السلم لأنه لا يجوز الاستبدال فى أكثر من النصف عنده خلافا لهما كما فى الفتح (قوله فى مجلس الرد) كذا فى الفتح وفى بعض النسخ فى مجلس العقد والصواب الأول .

[تنبيه] من فروع المسألة ما لو أسلم في جنسين كمائة درهم فى كر حنطة وكر شعير بلا بيان حصة واحد منهما من رأس المال لم يصح فيهما لانقسامه عليهما بالقيمة وهى تعرف بالحزر ، وكذا لو أسلم جنسين كدراهم ودنانير فى كر حنطة وبين قدر أحدهما فقط ، لبطلان العقد فى حصة ما لم يعلم قدره فيبطل فى الآخر أيضا لاتحاد الصفقة بحر وغيره (قوله للمسلم فيه) احترز عن رأس المال فإنه يتعين مكان العقد لإيفائه اتفاقا بحر (قوله فيما له حمل) بفتح الحاء أى ثقل يحتاج فى حمله إلى ظهر وأجرة حمال نهر (قوله ومثله فى الثمن والأجرة والقسمة) بأن اشترى أو استأجر دارا بمكيل أو موزون موصوف فى الذمة أو اقتسما وأخذ أحدهما أكثر من نصيبه والتزما بمقابلة الزائد بمكيل أو موزون كذلك إلى أجل ، فعنده يشترط بيان مكان الإيفاء وهو الصحيح وعندهما لا يشترط نهر (قوله وعينا مكان العقد) أى إن أمكن التسليم فيه بخلاف ما إذا كان فى مركب أو جبل فيجب فى أقرب الأماكن

وبه قالت الثلاثة كبيع وقرض وإتلاف وغصب قلنا هذه واجبة التسليم فى الحال بخلاف الأول (شرط الإيفاء فى مدينة فكل محلاتها سواء فيه) أى فى الإيفاء (حتى لو أوفاه فى محلة منها برىء) وليس له أن يطالبه فى محلة أخرى بزازية وفيها قبله شرط حمله إلى منزله بعد الإيفاء فى المكان المشروط لم يصح لاجتماع الصفقتين الإجارة والتجارة (وما لاحمل له كمسك وكافور وصغار لؤلؤ لايشترط فيه بيان مكان الإيفاء)اتفاقا (ويوفيه حيث شاء) فى الأصح وصحح ابن كمال مكان العقد (ولو عين فيما ذكر)مكانا (تعين فى الأصح) فتح لأنه يفيد سقوط خطر الطريق (و) بقى من الشروط (قبض رأس المال) ولو عينا (قبل الافتراق) بأبدانهما وإن ناما أو سارا فرسخا أو أكثر ولو دخل ليخرج الدراهم إن توارى عن المسلم إليه بطل وإن بحيث يراه لا

التى يمكن فيها بحر وفتح ، والمختار قول الإمام كما فى الدر المنتقى عن القهستانى (قوله كبيع الخ) أى لو باع حنطة أو استقرضها أو أتلفها أو غصبها فإنه يتعين مكانها لتسليم المبيع والقرض ، وبدل المتلف وعين المغصوب (قوله واجبة التسليم فى الحال) فإن تسليمها يستحق بنفس الالتزام فيتعين موضعه بحر بخلاف الأول أى السلم فإنه غير واجب فى الحال فلا يتعين مكانه فيفضى إلى المنازعة لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف الأماكن فلا بد من البيان وتمامه فى الفتح (قوله فكل محلاتها سواء فيه) قيل هذا إذا لم تبلغ نواحيه فرسخا فإن بلغته فلابد من بيان ناحية منه فتح وبحر وجزم به فى النهر (قوله وفيها قبله) أى فى البزازية قبل ما ذكر (قوله بعد الإيفاء) قيد به لأنه لوشرط الايفاء فقط أو الحمل فقط أو الايفاء بعد الحمل جاز ولو شرط الايفاء بعد الإيفاء كشرط أن يوفيه فى محلة كذا ثم يوفيه فى منزله لم يجز على قول العامة كما فى البحر (قوله الإجارة) أى التى تضمنها شرط الحمل بعد الإيفاء والتجارة أى الشراء المقصود بالعقد وهذا بدل من الصفقتين بدل مفصل من مجمل (قوله وما لاحمل له الخ) هو الذى لا يحتاج فى حمله إلى ظهر وأجرة حمال ، وقيل هو الذى لو أمر إنسانا بحمله إلى مجلس القضاء حمله مجانا ، وقيل ما يمكن رفعه بيد واحدة اهـ ح عن النهر (قوله كمسك وكافور) يعنى القليل منه وإلا فقد يسلم فى أمنان من الزعفران كثيرة تبلغ أحمالا فتح ، وأراد بالقليل ما لا يحتاج إلى ظهر وأجرة حمال فافهم (قوله وصحح ابن كمال مكان العقد) نقل تصحيحه عن المحيط السرخسى ، وكذا نقله عنه فى البحر وجزم به فى الفتح ، لكن المتون على الأول وصححه فى الهداية والملتقى (قوله فيما ذكر) أى فيما لا حمل له ولا مؤنة (قوله لأنه يفيد سقوط خطر الطريق) هذا التعليل مذكور فى الفتح أيضا تبعا للهداية ومعناه : أنه إذا تعين المكان وأوفاه فى مكان آخر يلزم المسلم إليه نقله إلى المكان المعين ، فإذا هلك فى الطريق يهلك عليه ، فيكون رب السلم قد سقط عنه خطر الطريق بذلك بخلاف ما إذا لم يتعين فإنه إذا نقل بعد الإيفاء إلى المكان المعين يكون هلاكه على رب السلم (قوله وبقى من الشروط) إنما غاير التعبير ، لأن هذه الشروط الآتية ليست مما يشترط ذكرها فى العقد بل وجودها ط (قوله قبض رأس المال) فلو انتقض القبض بطل السلم كما لو كان عينا فوجده معيبا أو مستحقا ولم يرض بالعيب أو لم يجز المستحق أو دينا فاستحق ولم يجزه واستبدل بعد المجلس ، فلو قبله صح أو وجده زيوفا أو نبهرجة وردها بعد الافتراق سواء استبدلها فى مجلس الرد أولا ، فلو قبله واستبدلها فى المجلس أو رضى بها ولو بعد الافتراق صح والكثير كالكل وفى تحديده روايتان ما زاد على الثلث أو مازاد على النصف ، وإن وجده ستوقة أو رصاصا فإن استبدلها فى المجلس صح وإن بعد الافتراق بطل وإن رضى بها لأنها غير جنس حقه بحر ملخصا (قوله ولو عينا) هو جواب الاستحسان وفى الواقعات باع عبدا بثوب موصوف إلى أجل جاز لو جود شرط السلم فلو افترقا قبل قبض العبد لا يبطل ، لأنه صير سلما فى حق الثوب بيعا فى حق العبد ، ويجوز أن يعتبر فى عقد واحد حكم عقدين كالهبة بشرط العوض وكما فى قول المولى إن أديت إلى ألفا فأنت حر اهـ نهر .

وصحت الكفالة والحوالة والإرتهان برأس مال السلم بزازية (وهو شرط بقائه على الصحة لاشرط انعقاده بوصفها) فينعقد صحيحا ثم يبطل بالإفتراق بلا قبض (ولو أبى المسلم إليه قبض رأس المال أجبر عليه) خلاصة.

وبقى من الشروط كون رأس المال منقودا وعدم الخيار وأن لا يشمل البدلين إحدى علتى الربا وهو القدر المتفق أو الجنس لأن حرمة النساء تتحقق به وعدها العينى تبعا للغاية

قلت : والظاهر أن هذا مفرع على جواب القياس تأمل (قوله وصحت الكفالة والحوالة الخ) أى فله مطالبة الكفيل والمحتال عليه فإن قبض المسلم إليه رأس المال من المحتال عليه أو الكفيل أو رب السلم فى مجلس العاقدين صح وبعده بطل السلم والحوالة والكفالة، وفى الرهن إن هلك الرهن فى المجلس فلو قيمته مثل رأس المال أو أكثر صح ولو أقل صح العقد بقدره، وبطل فى الباقى وإن لم يهلك حتى افترقا بطل السلم وعليه رد الرهن لصاحبه بحر عن البدائع ملخصا (قوله برس مال السلم) وكذا الكفالة بالمسلم فيه صرح به فى منية المفتى وما سيأتى فى الكفالة من أنها لا تصح فى المبيع، لأنه مضمون بغيره وهو الثمن فذاك فى بيع العين، وهذا بيع الدين أفاده فى حواشى مسكين : أى فإن عقد السلم لا ينفسخ بهلاك قدر المسلم فيه قبل قبضه، لأن له أن يقيم غيره مقامه لعدم تعينه، بخلاف هلاك المبيع المعين قبل قبضه فإنه مضمون بغيره وهو الثمن فيسقط عن المشترى وسمى الثمن غيرا لأن المضمون بالقيمة مضمون بعينه حكما وفى البحر عن إيضاح الكرمانى لو أخذ بالمسلم فيه رهنا سلطه على بيعه فباعه ولو بغير جنس المسلم فيه جاز (قوله وهو شرط بقائه على الصحة) هو الصحيح وسيأتى فائدة الاختلاف فى الصرف بحر وعبارته فى الصرف وثمرة الاختلاف تظهر فيما إذا ظهر الفساد فيما هو صرف فهل يفسد فيما ليس بصرف عند أبى حنيفة، فعلى القول الضعيف يتعدى الفساد وعلى الأصح لا كذا فى الفتح اه (قوله بوصفها) أى وصف الصحة والإضافة بيانية (قوله كون رأس المال منقودا) أى نقده الصيرفى ليعرف جيده من الردئ، وليس المراد بالنقد القبض فإنه شرط آخر قد مر أفاده فى البحر وفائدة اشتراطه كما فى الغاية الاحتراز عن الفساد، لأنه إذا رد بعضه بعيب الزيافة، ولم يتفق الاستبدال فى مجلس الرد انفسخ العقد بقدر المردود. واستشكله فى البحر : بأن هذه الفائدة ذكرت فى تعليل قول الإمام إن بيان قدر رأس المال شرط، ولا تكفى الإشارة إليه كما مر ومفادة عدم اشتراط الانتقاد أولا وذكر قبله أن اشتراط الانتقاد يغنى عن اشتراط بيان القدر :

وحاصله: أن أحدهما يكفى عن الآخر وأجاب فى النهر بأن بيان القدر لا يدفع توهم الفساد المذكور : أى فلا بد من اشتراط الانتقاد :

قلت : ويرد على هذا الشرط أيضا أنه تقدم أنه لو وجدها زيوفا فرضى بها صح مطلقا، واو ستوقة لا إلى آخر ما مر ومفاده أن الضرر جاء من عدم التبديل فى المجلس لا من عدم الانتقاد على أن النقاد قد يخطىء وأيضا فإن رأس المال قد يكون مكيلا أو موزونا، ويظهر بعضه معيبا فيرده بعد هلاك البعض ويلزم الجهالة كما مر فلا بد حينئذ من ذكر الشرطين تأمل (قوله وعدم الخيار) أى خيار الشرط، فإن أسقطه قبل الافتراق ورأس المال قائم فى يد المسلم إليه صح، وإن هالكا لا ينقلب صحيحا بحر عن البزازية :

[تنبيه] لا يثبت فى السلم خيار الرؤية لأنه لا يثبت فيما ملكه دينا فى الذمة كما فى جامع الفصولين ومر أول خيار الرؤية (قوله وهو القدر المتفق) ذكر الضمير باعتبار الخبر، واحترز بالمتفق عن القدر المختلف كإسلام نقود فى حنطة وكذا فى زعفران ونحوه، فإن الوزن وإن تحقق فيه إلا أن الكيفية مختلفة كما تقدم فى الربا

سبعة عشر وزاد المصنف وغيره القدرة على تحصيل المسلم فيه .

ثم فرع على الشرط الثامن بقوله (فإن أسلم مائتى درهم فى كرّ) بضم فتشديد ستون قفيزا والقفيز ثمانية مكاكيك والمكوك صاع ونصف عينى (بر) حال كون المائتين مقسومة (مائة دينا عليه) أى على المسلم إليه (ومائة نقدا) نقدها رب السلم (وافترقا) على ذلك (فالسلم فى) حصة (الدين باطل) لأنه دين بدين وصح فى حصة النقد ولم يشع الفساد لأنه طار حتى لو نقد الدين فى مجلسه صح فى الكل ولو إحداهما دنانير أو على غير العاقدين فسد فى الكل (ولا يجوز التصرف) للمسلم إليه (فى رأس المال و) لا لرب السلم فى (المسلم فيه قبل قبضه بنحو بيع وشركة) ومرابحة (وتولية)

أفاده ط وكذا إسلام الحنطة فى الزيت فإنه جائز كما مر هناك عن ابن كمال (قوله سبعة عشر) ستة فى رأس المال وهى بيان جنسه ونوعه وصفته وقدره ونقده وقبضه قبل الافتراق وأحد عشر فى المسلم فيه : وهى الأربعة الأول ، وبيان مكان إيفائه وأجله وعدم انقطاعه ، وكونه مما يتعين بالتعيين وكونه مضبوطا بالوصف كالأجناس الأربعة المكيل والموزون والمذروع والمعدود المتقارب ، وواحد يرجع إلى العقد وهو كونه باتا ليس فيه خيار شرط ، وواحد بالنظر للبدلين وهو عدم شمول إحدى علتى الربا البدلين منح بتصرف ط (قوله القدرة على تحصيل المسلم فيه) لا حاجة إليه مع اشتراط عدم الانقطاع قال فى النهر : والقدرة على تحصيله بأن لا يكون منقطعا اهـ ح. وأما القدرة بالفعل فى الحال فليست شرطا عندنا ومعلوم أنه لو اتفق عجزه عند الحلول وإفلاسه لا يبطل السلم قاله الكمال ط (قوله والمكوك صاع ونصف) والصاع ثمانية أرطال بالبغدادى كل رطل مائة وثلاثون درهما ط .

قلت : فيكون القفيز اثنى عشر صاعا والكر سبعمائة وعشرين صاعا والصاع نصف مد شامى تقريبا فالكر أربع غرائر ونصف غرارة كل غرارة ثمانون مداشاميا (قوله حال كون المائتين) أشار به إلى أن مائة فى الموضعين نصب على الحال بتأويل مقسومة هذه القسمة وتجوز البدلية اهـ ح (قوله دينا عليه) صفة المائة نهر أو بدل عينى وهو احتراز عما إذا كانت دينا على أجنبى كما يأتى قال فى النهر والتقييد بإضافة العقد إليهما أى إلى المائتين المذكورتين ليس احترازيا لأنه لو أضافه إلى مائتين مطلقا ثم جعل المائة قصاصا بما فى ذمته من الدين فالحكم كذلك فى الأصح اهـ (قوله لأنه طار) أى عرض بالافتراق قبل القبض لما مر أن القبض شرط لبقاء العقد على الصحة لا شرط انعقاد (قوله ولو إحداهما دنانير) محترز قول المصنف مائتى درهم الخ ، حيث فرض المسألة بكون مائتى الدين والنقد متحدى الجنس ، لأنه لو اختلفا بأن أسلم مائة درهم نقدا وعشرة دنانير دينا أو بالعكس لا يجوز فى الكل ، أما حصة الدين فلما مر ، وأما حصة العين فلجهالة ما يخصه وهذا عنده وعندهما يجوز فى حصة النقد كما فى الزيلعى والخلاف مبنى على إعلام قدر رأس المال بحر (قوله أو على غير العاقدين) محترز قوله مائة دينا عليه ، فلو قال : أسلمت إليك هذه المائة والمائة التى لى على فلان بطل فى الكل وإن نقد الكل لاشتراط تسليم الثمن على غير العاقد ، وهو مفسد مقارن فتعدى بحر (قوله قبل قبضه) أى قبض ما ذكر من رأس المال والمسلم فيه ، أما الأول فلما فيه من تفويت حق الشرع ، وهو القبض المستحق شرعا قبل الافتراق ، وأما الثانى فلأنه بيع منقول ، وقد مر أن التصرف فيه قبل القبض لا يجوز نهر (قوله بنحو بيع الخ) متعلق بالتصرف وذكره البيع مستدرك بقوله بعده ومرابحة وتولية تأمل (قوله وشركة) صورته أن يقول رب السلم لآخر : أعطنى نصف رأس المال ليكون نصف المسلم فيه لك بحر (قوله ومرابحة وتولية) صورة التولية أن يقول لآخر أعطنى مثل ما أعطيت المسلم إليه ،

ولو ممن عليه حتى لو وهبه منه كان إقالة إذا قبل وفى الصغرى إقالة بعض السلم جائزة (ولا) يجوز لرب السلم (شراء شيء من المسلم إليه برأس المال بعد الإقالة) فى عقد السلم الصحيح فلو كان فاسدا جاز الاستبدال كسائر الديون (قبل قبضه) بحكم الإقالة لقوله عليه الصلاة والسلام « لاتأخذ إلا سلمك أو رأس مالك » أى إلا سلمك حال قيام العقد أو رأس مالك حال انفساخه فامتنع الاستبدال

حتى يكون المسلم فيه لك بحر عن الإيضاح ، والمرابحة أن يأخذ زيادة على ما أعطى ، وقيل يجوز كل من المرابحة والتولية قبل القبض وبه جزم فى الحاوى .

قال فى البحر : وهو قول ضعيف والمذهب منعهما (قوله ولو ممن عليه) فلو باع رب السلم المسلم فيه من المسلم إليه بأكثر من رأس المال لا يصح ، ولايكون إقالة بحر عن القنية ، وانظر مافائدة التقييد بالأكثر وتقدم أول فصل التصرف فى المبيع أن بيع المنقول من بائعه قبل قبضه لا يصح ، ولا ينتقض به البيع الأول بخلاف هبته منه لأنها مجاز عن إقالة (قوله حتى لو وهبه منه الخ) فى المبسوط لو أبرأ رب السلم المسلم إليه عن طعام السلم صح إبراءه فى ظاهر الرواية ، وروى الحسن أنه لا يصح ، ما لم يقبل المسلم إليه ، فإن قبله كان فسخا لعقد السلم ، ولو أبرأ المسلم إليه رب السلم من رأس المال وقبل الإبراء يبطل السلم ، فإن رده لاوالفرق أن المسلم فيه لايستحق قبضه فى المجلس بخلاف رأس المال نهر :

قال فى البحر والحاصل أن التصرف المنفى فى المتن شامل للبيع والاستبدال ، والهبة والإبراء إلا أن فى الهبة والإبراء يكون مجازا عن الإقالة فيرد رأس المال كلا أو بعضا ولايشمل الإقالة لأنها جائزة ، ولاالتصرف فى الوصف من دفع الجيد مكان الردىء والعكس اه (قوله إقالة بعض السلم جائزة) أى لو أقاله عن نصف المسلم فيه أو ربعه مثلا جاز ، ويبقى العقد فى الباقى :

قال فى البحر ، واحترز به على الإقالة على مجرد الوصف بأن كان المسلم فيه جيدا فتقايلا على الردىء على أن يرد المسلم إليه درهما لا يجوز عندهما ، خلافا لأبى يوسف فى رواية ، فيجوز عنده لا بطريق الإقالة بل بطريق الحط عن رأس المال اه قال الرملى : وفيه صراحة بجواز الحط عن رأس المال وتجوز الزيادة فيه والظاهر فيها اشتراط قبضها قبل التفرق ، بخلاف الحط وقدمنا أنه لا تجوز الزيادة فى المسلم فيه ويجوز الحط اه (قوله بعد الإقالة) أفاد أن الإقالة جائزة فى السلم ، مع أن شرط الإقالة قيام المبيع ، لأن المسلم فيه ، وإن كان دينار حقيقة فله حكم العين ، ولذا لم يجز الاستبدال به قبل قبضه ، وإذا صحت فإن كان رأس المال عينا ردت وإن كانت هالكة رد المثل أو القيمة لو قيمية وتقدم تمامه فى بابها (قوله فلو كان فاسدا جاز الاستبدال) لأن رأس ماله فى يد البائع كمغصوب منح عن جامع الفصولين ، لكن لايخفى أن جواز الاستبدال لا يدل على جواز التصرف بالشراء كما هو موضوع المسئلة كما يظهر لك قريبا (قوله كسائر الديون) أى كدين مهر وأجرة وضمان متلف ونحو ذلك سوى صرف وسلم ، لكن التصرف فى الدين لايجوز إلا تمليكه ممن هو عليه بهبة ، أو وصية أو بيع أو إجارة لامن غيره إلا إذا سلطه على قبضه ، وقدمنا تمام الكلام عليه فى فصل التصرف فى المبيع والثمن (قوله قبل قبضه) أى قبض رب السلم رأس المال من المسلم إليه (قوله بحكم الإقالة) أى قبضا كائنا بحكم الإقالة لا بحكم عقد السلم ، لأن رأس المال مقبوض فى يد المسلم إليه وإلا لم تصح الإقالة لعدم صحة السلم (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام الخ) رواه بمعناه أبو داود وابن ماجه وحسنه الترمذى وتمامه فى الفتح (قوله فامتنع الاستبدال) فصار رأس المال بعد الإقالة بمنزلة المسلم فيه قبلها فيأخذ حكمه من حرمة الاستبدال بغيره فحكم رأس المال بعدها كحكمه قبلها ، إلا أنه لايجب

(بخلاف) بدل (الصرف حيث يجوز الاستبدال عنه) لكن (بشرط قبضه فى مجلس الإقالة) بلجواز تصرفه فيه بخلاف السلم (ولو شرى) المسلم إليه فى كر (كرا وأمر) المشترى (رب السلم بقبضه قضاء) عما عليه (لم يصح) للزوم الكيل مرتين ولم يوجد (وصح لو) كان الكر قرضا و (أمر مقرضه به) لأنه إعارة لا استبدال (كما) صح (لو أمر) المسلم إليه (رب السلم بقبضه منه له ثم لنفسه ففعل) كاكتاله مرتين لزوال المانع (أمره)

قبضه فى مجلسها ، كما كان يجب قبلها لكونها ليست بيعا من كل وجه ، ولهذا جاز إبراؤه عنه وإن كان لايجوز قبلها بحر : وقدم الشارح فى باب الإقالة عن الأشباه أن رأس المال بعدها كهو قبلها إلا فى مسئلتين الخ (قوله حيث يجوز الاستبدال عنه) لأنه لا يتعين بالتعيين فلو تبايعا دراهم بدنانير جاز استبدالها قبل القبض بأن يمسكا ما أشار إليه فى العقد ، ويؤديا بدله قبل الافتراق كما سيأتى فى باب الصرف ، واحترز بالاستبدال عن التصرف فيه لما سيأتى هناك أنه لا يتصرف فى ثمن الصرف قبل قبضه ، فلو باع دينارا بدراهم ، واشترى بها قبل قبضها ثوبا فسد بيع الثوب ، وبهذا ظهر أن قول المصنف بخلاف الصرف غير منتظم ، لأن الكلام قبله فى الشراء برأس المال قبل قبضه والصرف مثله فى ذلك كما علمت . وظهر أيضا أن قول الشارح لجواز تصرفه فيه غير صحيح ، لأن الجائز هو الاستبدال ببدل الصرف دون التصرف فيه كما هو مصرح به فى المتون ، فكان على المصنف أن يقول ولايشترط قبض رأس المال فى مجلس الإقالة ، ولايجوز الاستبدال عنه بخلاف الصرف. وأصل المسألة فى البحر حيث قال قيد بالسلم ، لأن الصرف إذا تقايلاه جاز الاستبدال عنه ويجب قبضه فى مجلس الإقالة ، بخلاف السلم وقال قبله وفى البدائع قبض رأس المال شرط حال بقاء العقد لابعد ارتفاعه بإقالة أو غيرها وقبض بدل الصرف فى مجلس الإقالة شرط لصحتها كقبضه فى مجلس العقد ، ووجه الفرق أن القبض فى مجلس العقد فى البدلين ما شرط لعينه ، بل للتعيين وهو أن يصير البدل معينا بالقبض صيانة عن الافتراق عن دين بدين ، ولا حاجة إلى التعيين فى مجلس الإقالة فى السلم ، لأنه لا يجوز استبداله فتعود إليه عينه فلا تقع الحاجة إلى التعيين بالقبض فكان الواجب نفس القبض فلا يراعى له المجلس بخلاف الصرف ، لأن التعيين لا يحصل إلا بالقبض لأن استبداله جائز فلابد من شرط القبض فى المجلس للتعيين اهـ (قوله ولو شرى المسلم إليه فى كر الخ) صورته أسلم رجلا مائة درهم فى كر حنطة فاشترى المسلم إليه كرا وأمر رب السلم بقبضه لم يصح ، حتى يكتاله رب السلم مرتين مرة عن المسلم إليه ، ومرة عن نفسه .

قال فى البحر : قيد بالشراء لأن المسلم إليه لو ملك كرا بإرث أو هبة أو وصية فأوفاه رب السلم واكتاله مرة جاز لأنه لم يوجد إلا عقد واحد بشرط الكيل وقيد بالكر ، لأنه لو اشترى حنطة مجازفة ، فاكتالها مرة جاز لما قلنا وأشار بالكر المكيل إلى أن الموزون كذلك ، وكذا المعدود إذا اشتراه بشرط العد وفى البناية إن فيه روايتين (قوله قضاء) مفعول لأجله (قوله للزوم الكيل مرتين) لأنه اجتمع صفقتان صفقة بين المسلم إليه وبين المشترى منه وصفقة بين المسلم إليه وبين رب السلم بشرط الكيل فلا بد منه مرتين بحر حتى لو هلك بعد ذلك يهلك من مال المسلم إليه وللمسلم أن يطالبه بحقه نهر (قوله وصح لو كان الكر قرضا) صورته استقرض المسلم إليه كرا وأمر رب السلم بقبضه من المقرض ، وكذا لو استقرض رجل كرا ثم اشترى كرا وأمر المقرض بقبضه قضاء لحقه كما فى البحر (قوله لأنه) أى القرض إعارة حتى ينعقد بلفظها فكان المقبوض عين حقه تقديرا بحر (قوله ثم لنفسه) الشرط أن يكيله مرتين وإن لم يتعدد الأمر ، حتى لو قال : اقبض الكر الذى اشتريته من فلان عن حقك ، فذهب فاكتاله ثم أعاد كيله صار قابضا واللفظ الجامع يفيده بحر عن الفتح (قوله لزوال المانع) علة

أى المسلم إليه (رب السلم أن يكيل المسلم فيه) فى ظرفه (فكاله فى ظرفه) أى وعاء رب السلم (بغيبته لم يكن قبضا) أما بحضرته فيصير قابضا بالتخلية (أو أمر) المشترى (البائع بذلك فكاله فى ظرفه) ظرف البائع (لم يكن قبضا) لحقه (بخلاف كيله فى ظرف المشترى بأمره) فإنه قبض لأن حقه فى العين والأول فى الذمة (كيل العين) المشتراة (ثم) كيل (الدين) المسلم فيه وجعلهما (فى ظرف المشترى قبض بأمره) لتبعية الدين للعين (وعكسه) وهو كيل الدين أولا (لا) يكون قبضا وخيراه بين نقض البيع والشركة :

(أسلم أمة فى كر) بر (وقبضت فتقايلا) السلم (فماتت) قبل قبضها بحكم الإقالة (بقى) عقد الإقالة (أو ماتت فتقايلا صح) لبقاء المعقود عليه وهو المسلم فيه

لصح (قوله أى المسلم إليه) تفسير للضمير المتصل المنصوب (قوله فى ظرفه) أى ظرف رب السلم ويفهم منه حكم ما إذا أمره بكيله فى ظرف المسلم إليه بالأولى بحر وهذا إذا لم يكن فى الظرف طعام لرب السلم فلو فيه طعامه، ففى المبسوط : الأصح عندى أنه يصير قابضا لأن أمره بخلطه على وجه لا يتميز معتبر ، فيصير به قابضا فتح (قوله فيصير قابضا بالتخلية) أى سواء كان الظرف له أو للبائع أو مستأجرا وبه صرح الفقيه أبو الليث بحر عن البناية (قوله بذلك) أى بكيله فى ظرفه (قوله ظرف البائع) بدل من قوله ظرفه (قوله لم يكن قبضا لحقه) لأن رب السلم حقه فى الذمة ولا يملكه إلا بالقبض فلم يصادف أمره ملكه ؛ فلا يصح فيكون المسلم إليه مستعيرا للظرف جاعلا فيه ملك نفسه كالدائن إذا دفع كيسا إلى المدين ، وأمره أن يزن دينه ، ويجعله فيه لم يصر قابضا وفى مسئلة البيع يكون المشترى استعار ظرف البائع ، ولم يقبضه فلا يصير بيده فكذا ما يقع فيه فصار كما لو أمره أن يكيله فى ناحية من بيت البائع لأن البيت بنواحيه فى يد البائع بحر (قوله لأن حقه فى العين) لأنه ملكه بنفس الشراء ، فيصح أمره لمصادفته ملكه ، فيكون قابضا بجعله فى الظرف ويكون البائع وكيلا فى إمساك الظرف فيكون الظرف والواقع فيه فى يد المشترى حكما قال فى الهداية : ألا ترى أنه لو أمره بالطحن كان الطحين فى السلم للمسلم إليه وفى الشراء للمشترى لصحة الأمر ، وكذا إذا أمره أن يصبه فى البحر فى السلم يهلك من مال المسلم إليه وفى الشراء من مال المشترى اهـ قال فى النهر : وأورد أنه لو وكل البائع بالقبض صريحا لم يصح فعدم الصحة هنا أولى ، وأجيب بأنه لما صح أمره لكونه مالكا صار وكيلا له ضرورة وكم من شىء يثبت ضمنا لا قصدا (قوله كيل العين) مبتدأ وجعلهما معطوف عليه وقوله قبض خبره وصورة المسألة رجل أسلم فى كر حنطة فلما حل الأجل اشترى رب السلم من المسلم إليه كر حنطة بعينها ودفع رب السلم ظرفا إلى المسلم إليه ليجعل الكر المسلم فيه والكر المشترى فى ذلك الظرف ، فإن بدأ بكيل العين المشترى فى الظرف صار قابضا للعين ؛ لصحة الأمر فيه وللدين المسلم فيه لمصادفته ملكه كمن استقرض حنطة ، وأمر المقرض أن يزرعها فى أرضه وإن بدأ بالدين لم يصر قابضا لشىء منهما ، أما الدين فلعدم صحة الأمر فيه ، وأما العين فلأنه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عند أبى حنيفة فينتقض البيع ، وهذا الخلط غير مرضى به لجواز أن يكون مراده البداءة بالعين وعندهما بالخيار إن شاء نقض البيع وإن شاء شاركه فى المخلوط لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما درر (قوله وقبضت) أى قبضها المسلم إليه قال فى النهر : قيد بذلك لأنهما لو تفرقا لا عن قبضها لم تصح الإقالة لعدم صحة السلم (قوله قبل قبضها) أى قبل أن يقبضها رب السلم بسبب الإقالة (قوله أو ماتت) عطف على قوله السابق فتقايلا فيكون الموت بعد القبض (قوله صح) أى عقد الإقالة (قوله لبقاء المعقود عليه) لأن الجارية رأس المال ، وهو فى حكم الثمن فى العقد والمبيع هو المسلم فيه وصحة الإقالة تعتمد قيام المبيع لا الثمن كما مر فهلاك الأمة لا يغير حال الإقالة من البقاء فى الأولى والصحة فى الثانية

(وعليه قيمتها يوم القبض فيهما) فى المسألتين لأنه سبب الضمان (كذا) الحكم فى (المقايضة بخلاف الشراء بالثمن فيهما) لأن الأمة أصل فى البيع :

والحاصل جواز الإقالة فى السلم قبل هلاك الجارية وبعده بخلاف البيع .

(تقايلا البيع فى عبد فأبق) بعد الإقالة (من يد المشترى فإن لم يقدر على تسليمه) للبائع (بطلت الإقالة والبيع بحاله) قنية (والقول لمدعى الرداءة والتأجيل لا لنا فى الوصف) وهو الرداءة (والأجل) والأصل أن من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وإن خرج خصومة ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعى الصحة عندهما وعنده للمنكر

درر (قوله وعليه قيمتها) لأنه إذا انفسخ العقد فى المسلم فيه انفسخ فى الجارية تبعا فوجب عليه ردها وقد عجز عنه فوجب رد قيمتها درر (قوله كذا الحكم فى المقايضة) هى بيع العين بالعين فتبقى الإقالة وتصح بعد هلاك أحد العوضين ، لأن كل واحد منهما مبيع من وجه وثمن من وجه ففى الباقى يعتبر المبيعة وفى الهالك الثمنية درر (قوله بخلاف الشراء بالثمن فيهما) أى فى المسألتين فإذا اشترى أمة بألف فتقايلا فماتت فى يد المشترى بطلت الإقالة ، ولو تقايلا بعد موتها فالإقالة باطلة لأن الأمة هى الأصل فى البيع ، فلا تبقى بعد هلاكها فلا تصح الإقالة ابتداء ولا تبقى انتهاء لعدم محلها درر (قوله فى السلم) أى وفى المقايضة (قوله بخلاف البيع) أى بالثمن (قوله تقايلا البيع الخ) تقدمت هذه المسألة فى باب الإقالة متنا (قوله والقول لمدعى الرداءة) هذا صادق بما إذا قال أحدهما شرطنا رديئا فقال الآخر لم نشترط لم شيئا وبما إذا ادعى الآخر اشتراط الجودة ، وقال الآخر : إنا شرطنا رديئا والمراد الأول ولذا أردفه بقوله لا لنا فى الوصف والأجل ، ولإفادة أن الرداءة مثال حتى لو قال أحدهما شرطنا جيدا وقال الآخر لم نشترط شيئا فالحكم كذلك نهر والظاهر أن القول إنما يقبل مع اليمين وقد صرح به فى مسألة الأجل الآتية ولا فرق يظهر (قوله وهو الرداءة) أى مثلا (قوله والأجل) بالجر عطفا على الوصف والأجل مدة الشىء والمراد به هنا التأجيل ، وهو تحديد الأجل بقرينة التعبير به قبله وادعى فى البحر أنه يتعين كون التأجيل بمعنى الأجل مجازا بدليل ما بعده ، ويظهر أن المتعين العكس كما قلنا ، لأن المراد الاختلاف فى أصل التأجيل لا فى مقدار الأجل ويؤيده قول المصنف بعده ولو اختلفا فى مقداره (قوله والأصل أن من خرج كلامه تعنتا) بأن ينكر ما ينفعه كأن قال المسلم إليه : شرطت لك ردية وقال رب السلم : لم نشترط شيئا فالقول للمسلم إليه لأن رب السلم متعنت فى إنكار الصحة ، لأن المسلم فيه يربو على رأس المال فى العادة وكذا لو قال رب السلم كان له أجل وأنكر المسلم إليه فهو متعنت فى إنكاره حقا له وهو الأجل كما فى الهداية (قوله وإن خرج خصومة) بأن أنكر ما يضره كعكس التصوير فى المسئلتين ، فالقول لمدعى الصحة عنده وهو رب السلم فى الأولى ، والمسلم إليه فى الثانية وعندهما الحكم كالأول كما قرره فى الهداية وغيرها (قوله ووقع الاتفاق على عقد واحد) احتراز عما إذا لم يتفقا على عقد واحد كما لو قال رب المال للمضارب شرطت لك نصف الربح إلا عشرة وقال المضارب بل شرطت لى نصف الربح فإن القول لرب المال ، لأنه ينكر استحقاق زيادة الربح ، وإن تضمن ذلك إنكار الصحة هذا عندهما وأما عنده فلأن عقد المضاربة إذا صح كان شركة ، وإذا فسد صار إجارة فلم يتفقا على عقد واحد فإن مدعى الفساد يدعى إجارة ومدعى الصحة يدعى الشركة ، فكان اختلافهما فى نوع العقد بخلاف السلم ، فإن السلم الحال وهو ما يدعيه منكر الأجل سلم فاسد لا عقد آخر ولهذا يحنث فى يمينه لا يسلم فى شىء فقد اتفقا على عقد واحد واختلفا فى صحته فالقول لمدعى الصحة وتمامه فى الفتح (قوله فالقول لمدعى الصحة عندهما وعنده للمنكر) كذا فى بعض النسخ

(ولو اختلفا فى مقداره فالقول للطالب مع يمينه) لإنكاره الزيادة (وأى برهن قبل وإن برهنا قضى ببينة المطلوب) لإثباتها الزيادة (وإن) اختلفا (فى مضيه فالقول للمطلوب) أى المسلم إليه بيمينه إلا أن يبرهن الآخر وإن برهنا فبينة المطلوب ولو اختلفا فى السلم تحالفا استحسانا فتح (والاستصناع) هو طلب عمل الصنعة (بأجل) ذكر على سبيل الاستمهال لا الاستعجال فإنه لا يصير سلما (سلم) فتعتبر شرائطه

وهو سبق قلم وعبارة الهداية وغيرها فالقول لمدعى الصحة عنده وعندهما للمنكر وهو كذلك فى بعض النسخ (قوله فالقول للطالب) أى رب السلم ، فإنه يطالب المسلم إليه بالمسلم فيه (قوله وأى برهن قبل) لكن برهان رب السلم وحده مؤكد لقوله : لامثبت لأن القول له بدونه بخلاف برهان المسلم إليه وحده ولذا قضى ببينته إذا برهنا معا (قوله فالقول للمطلوب) لانكاره توجه المطالبة بحر (قوله وإن برهنا فبينة المطلوب) لإثباتها زيادة الأجل فالقول قوله والبينة بينته بحر (قوله ولو اختلفا فى السلم تحالفا استحسانا) أى ويبدأ بيمين الطالب وأى برهن قبل ، وإن برهنا فبرهان الطالب والمسألة على أوجه ، لأن رأس المال إما عين أو دين وعلى كل إما أن يتفقا عليه . ويختلفا فى المسلم فيه أو بالعكس ، أو يختلفا فيهما فإن كان عينا واختلفا فى المسلم فيه فقط كقوله : هذا الثوب فى كر حنطة وقال الآخر : فى نصف كر أو فى شعير أو حنطة رديئة وبرهنا قدم الطالب وإن اختلفا فى رأس المال فقط ، هل هو ثوب أو عبد أو فيهما وبرهنا قضى بالسلمين ، وإن كان دراهم واتفقا فيه فقط يقضى للطالب بسلم واحد عند الثانى ، خلافا لمحمد وكذا لو الاختلاف فى المسلم فيه فقط ولو فيهما كقوله : عشرة دراهم فى كرّى حنطة وقال الآخر : خمسة عشر فى كر وبرهنا فعند الثانى تثبت الزيادة فيجب خمسة عشر فى كرين وعند محمد يقضى بالعقدين اه فتح ملخصا :

مطلب فى الاستصناع

(قوله هو لغة (١) طلب الصنعة) أى أن يطلب من الصانع العمل ففى القاموس : الصناعة : ككتابة حرفة الصانع وعمله الصنعة اه فالصنعة عمل الصانع فى صناعته أى حرفته ، وأما شرعا : فهو طلب العمل منه فى شىء خاص على وجه مخصوص يعلم مما يأتى ، وفى البدائع من شروطه : بيان جنس المصنوع ، ونوعه وقدره وصفته ، وأن يكون مما فيه تعامل ، وأن لا يكون مؤجلا وإلا كان سلما وعندهما المؤجل استصناع إلا إذا كان مما لا يجوز فيه الاستصناع ، فينقلب سلما فى قولهم جميعا (قوله بأجل) متعلق بمحذوف حال من الاستصناع ، لكن فيه مجىء الحال من المبتدأ ، وهو ضعيف ولا يصح كونه خبرا ، لأنه لا يفيد بل الخبر هو قوله : سلم والمراد بالأجل ما تقدم وهو شهر فما فوقه .

قال المصنف : قيدنا الأجل بذلك لأنه إذا كان أقل من شهر كان استصناعا إن جرى فيه تعامل ، وإلا ففاسد إن ذكره على وجه الاستمهال وإن كان للاستعجال بأن قال على أن تفرغ منه غدا أو بعد غد كان صحيحا اه ومثله فى البحر وغيره وسيذكره الشارح (قوله ذكر على سبيل الاستمهال الخ) كان الواجب عدم ذكر هذه الجملة لما علمت من أن المؤجل بشهر فأكثر سلم ، والمؤجل بدونه إن لم يجر فيه تعامل ، فهو استصناع فاسد إلا إذا ذكر الأجل للاستعجال فصحيح كما أفاده ط وقد تبع الشارح ابن كمال (قوله سلم) أى فلا يبقى استصناعا كما فى

---

(١) قوله (قوله هو لغة طلب الصنعة) هكذا بخطه مع أن الذى فى نسخ الشارح هو طلب عمل الصنعة فلعلها نسخة أخرى وليحرر اه مصححه .

(جرى فيه تعامل أم لا) وقالا الأول استصناع (وبدونه) أى الأجل (فيما فيه تعامل) الناس (كخف وقمقمة وطست) بمهملة وذكره فى المغرب فى الشين المعجمة وقد يقال طسوت (صح) لاستصناع (بيعا لاعدة) على الصحيح ثم فرع عليه بقوله (فيجبر الصانع على عمله ولا يرجع الآمر عنه) ولو كان عدة لما لزم

التتارخانية ، فلذا قال الشارح فتعتبر شرائطه أى شرائط السلم ، ولهذا لم يكن فيه خيار مع أن الاستصناع فيه خيار لكونه عقدا غير لازم كما يأتى تحريره (قوله جرى فيه تعامل) كخف وطست وقمقمة ونحوها درر (قوله أم لا) كالثياب ونحوها درر (قوله وقالا الأول) أى ما فيه تعامل استصناع لأن اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ، ويحمل الأجل على التعجيل ، بخلاف مالا تعامل فيه ، لأنه استصناع فاسد : فيحمل على السلم الصحيح وله أنه دين يحتمل السلم وجواز السلم بإجماع لا شبهة فيه ، وفى تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم أولى هداية (قوله وبدونه) متعلق بقوله صح الآتى ، ومقابل هذا قوله بعد ولم يصح فيما لم يتعامل به (قوله وذكره فى المغرب فى الشين المعجمة) هو خلاف ما فى الصحاح والقاموس والمصباح (قوله وقد يقال) أى فى جمعه وبيانه ما فى المصباح الطست قال ابن قتيبة : أصلها طس ، فأبدلت من أحد المضعفين تاء ، لأنه يقال فى جمعها طساس كسهم وسهام ، وجمعت أيضا على طسوس لاعتبار الأصل وعلى طسوت باعتبار اللفظ (قوله بيعا لاعدة) أى صح على أنه بيع لا على أنه مواعدة ، ثم ينعقد عند الفراغ بيعا بالتعاطى ، إذ لو كان كذلك لم يختص بما فيه تعامل وتمامه فى البحر .

قال فى النهر : وأورد أن بطلانه بموت الصانع ينافى كونه بيعا وأجيب بأنه إنما بطل بموته لشبهه بالإجارة وفى الذخيرة : هو إجارة ابتداء بيع انتهاء ، لكن قبل التسليم لاعند التسليم ، وأورد أنه لو انعقد إجارة لأجبر الصانع على العمل والمستصنع على إعطاء المسمى ، وأجيب بأنه إنما لايجبر لأنه لايمكنه إلا بإتلاف عين له من قطع الأديم ونحوه والإجارة تفسخ بهذا العذر ألاترى أن الذارع له أن لا يعمل إذا كان البذر من جهته ، وكذا رب الأرض اهـ ومثله فى البحر والفتح والزيلعى (قوله فيجبر الصانع على عمله) تبع فى ذلك الدرر ومختصر الوقاية ، وهو مخالف لما ذكرناه آنفا عن عدة كتب من أنه لا جبر فيه ولقول البحر ، وحكمه الجواز دون اللزوم ولذا قلنا للصانع أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع لأن العقد غير لازم اهـ ولما فى البدائع . وأما صفته : فهى أنه عقد غير لازم قبل العمل من الجانبين ، بلا خلاف حتى كان لكل واحد منهما خيار الامتناع من العمل كالبيع بالخيار للمتبايعين ، فإن لكل منهما الفسخ ، وأما بعد الفراغ من العمل قبل أن يراه المستصنع فكذلك حتى كان للصانع أن يبيعه ممن شاء ، وأما إذا أحضره الصانع على الصفة المشروطة سقط خياره ، وللمستصنع الخيار هذا جواب ظاهر الرواية وروى عنه ثبوته لهما وعن الثانى عدمه لهما والصحيح الأول اهـ وقال أيضا : ولكل واحد منهما الامتناع من العمل قبل العمل بالاتفاق ، ثم إذا صار سلما يراعى فيه شرائط السلم فإن وجدت صح وإلا لا اهـ وقال أيضا : فإن ضرب له أجلا صار سلما حتى يعتبر فيه شرائط السلم ، ولا خيار لواحد منهما إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذى عليه فى السلم اهـ : وذكر فى كافى الحاكم أن للصانع بيعه قبل أن يراه المستصنع ثم ذكر أن الاستصناع لايصح فى الثوب ، وأنه لو ضرب له أجلا وعجل الثمن جاز وكان سلما ، ولا خيار له فيه اهـ .

وفى التتارخانية : ولا يجبر المستصنع على إعطاء الدراهم وإن شرط تعجيله هذا إذا لم يضرب له أجلا فإن ضرب قال أبو حنيفة يصير سلما ، ولا يبقى استصناعا حتى يشترط فيه شرائط السلم اهـ . فقد ظهر لك بهذه النقول

(والمبيع هو العين لا عمله) خلافا للبردعي (فإن جاء) الصانع بمصنوع غيره أو بمصنوعه قبل العقد فأخذه (صح) ولو كان المبيع عمله لما صح (ولا يتعين) المبيع (له) أي للآمر (بلا رضاه فصح بيع الصانع) لمصنوعه (قبل رؤية آمره)ولو تعين له لما صح بيعه (وله) أي للآمر (أخذه وتركه) بخيار الرؤية ومفاده أنه لا خيار للصانع بعد رؤية المصنوع له وهو الأصح نهر (ولم يصح فيما لم يتأمل فيه كالثوب إلا بأجل كما مر) فإن لم يصح فسد إن ذكر الأجل على وجه الاستمهال وإن للاستعجال كعلى أن تفرغه غدا كان صحيحا :

أن الاستصناع لا جبر فيه إلا إذا كان مؤجلا بشهر فأكثر ، فيصير سلما وهو عقد لازم يجبر عليه ، ولا خيار فيه وبه علم أن قول المصنف فيجبر الصانع على عمله لا يرجع الآمر عنه إنما هو فيما إذا صار سلما فكان عليه ذكره قبل قوله ، وبدونه وإلا فهو مناقض لما ذكر بعده من إثبات الخيار للآمر ، ومن أن المعقود عليه العين لا العمل فإذا لم يكن العمل معقودا عليه كيف يجبر عليه ، وأما ما في الهداية عن المبسوط ، من أنه لا خيار للصانع في الأصح فذاك بعد ما صنعه ورآه الآمر كما صرح به في الفتح ، وهو ما مر عن البدائع ، والظاهر أن هذا منشأ توهم المصنف وغيره كما يأتي وبعد تحريري لهذا المقام رأيت موافقته في الفصل الرابع والعشرين من نور العين إصلاح جامع الفصولين ، حيث قال بعد أن أكثر من النقل في إثبات الخيار في الاستصناع فظهر أن قول الدرر تبعا لخزانة المفتي أن الصانع يجبر على عمله والآمر لا يرجع عنه سهو ظاهر اه فاغتنم هذا التحرير ولله الحمد (قوله والمبيع هو العين لا عمله) أي أنه بيع عين موصوفة في الذمة لا بيع عمل أي لا إجارة على العمل لكن قدمنا أنه إجارة ابتداء بيع انتهاء تأمل :

مطلب ترجمة البردعي

(قوله خلافا للبردعي) بالباء الموحدة وسكون الراء وفتح الدال المهملة وفي آخره عين مهملة ، نسبة إلى بردعة بلدة من أقصى بلاد أذربيجان ، وهو أحمد بن الحسين أبو سعيد من الفقهاء الكبار قتل في وقعة القرامطة مع الحاج سنة سبع عشرة وثلثمائة وتمام ترجمته في طبقات عبد القادر (قوله بمصنوع غيره) أي بما صنعه غيره (قوله فأخذه) أي الآمر (قوله بلا رضاه) أي رضا الآمر أو رضا الصانع (قوله قبل رؤية آمره) الأولى قبل اختياره لأن مدار تعينه له على اختياره ، وهو يتحقق بقبضه قبل الرؤية ابن كمال (قوله ومفاده الخ) قدمنا التصريح بهذا المفاد عن البدائع ، وعلله بأن الصانع بائع ما لم يره ، ولا خيار له ولأنه باحضاره أسقط خيار لنفسه الذي كان له قبله فبقي خيار صاحبه على حاله اه : وفي الفتح وأما بعد ما رآه فالأصح أنه لا خيار للصانع بل إذا قبله المستصنع أجبر على دفعه له لأنه بالآخرة بائع اه وهذا هو المراد من نفي الخيار في المبسوط فقول المصنف في المنح : ولا خيار للصانع ، كذا ذكره في المبسوط ، فيجبر على العمل لأنه باع ما لم يره الخ صوابه أن يقول : فيجبر على التسليم لأن الكلام بعد العمل ، وأيضا فالتعليل لا يوافق المعلل على ما فهمه ، وهذا هو منشأ ما ذكره في متنه أولا وقد علمت تصريح كتب المذهب بثبوت الخيار قبل العمل ، وفي كافي الحاكم الذي هو متن المبسوط ما نصه والمستصنع بالخيار إذا رآه مفروغا منه وإذا رآه فليس للصانع منعه ولا بيعه ، وإن باعه الصانع قبل أن يراه جاز بيعه (قوله وهو الأصح) وهو ظاهر الرواية وعنه ثبوت الخيار لهما وعن الثاني عدمه لهما كما مر عن البدائع (قوله إلا بأجل كما مر) أي بأجل مماثل لما مر في السلم من أن أقله شهر فيكون سلما بشروطه (قوله فإن لم يصح) أي الأجل لعقد السلم بأن كان أقل من شهر (قوله وإن للاستعجال) أي بأن لم يقصد به التأجيل ، والاستمهال بل قصد به الاستعجال بلا إمهال وظاهره أنه لو لم يذكر أجلا فيما لم يجر فيه تعامل صح لكنه خلاف ما يفهم من المتن ولم أره صريحا

[فرع] السلم فى الدبس لايجوز لما فى إجارة جواهر الفتاوى لو جعل الدبس أجرة لايجوز لأنه ليس بمثلى ، لأن النار عملت فيه ولذا لايجوز السلم فيه فلايجب فى الذمة حتى لو كان عينا جاز :

قلت : وسيجيء فى الغصب أن الرب والقطر واللحم والفحم والآجر والصابون والعصفر والسرقين والجلود والصرم وبر مخلوط بشعير قيمى فليحفظ :

باب المتفرقات

من أبوابها وعبر فى الكنز بمسائل منثورة وفى الدرر بمسائل شتى والمعنى واحد (اشترى ثورا أو فرسا من خزف) للأجل (استئناس الصبى لايصح و) لاقيمة له فـ (لا يضمن متلفه وقيل بخلافه) يصح ويضمن قنية وفى آخر حظر المجتبى عن أبى يوسف يجوز بيع اللعبة وأن يلعب بها الصبيان (وصح بيع الكلب) ولو عقورا (والفهد) والفيل والقرد (والسباع) بسائر أنواعها

لتأمل (قوله فى الدبس) بكسر وبكسرتين عسل التمر وعسل النحل قاموس. والمشهور الآن أنه مايخرج من العنب (قوله ولذا) أى لكون النار عملت فيه ، فصار غير مثلى لا يجوز السلم فيه ، وظاهره أن السلم لا يجوز إلا فى المثلى مع أنه يجوز فى الثياب والبسط والحصر ونحوها كما مر أفاده ط (قوله حتى لو كان عينا) أى لو جعل الأجرة بسامعينا (قوله الرب) دبس الرطب إذا طبخ مصباح (قوله والقطر) نوع من عسل القصب قال المؤلف فى الغصب : إن كلا منهما يتفاوت بالصنعة ولا يصح السلم فيهما ولا يثبت فى الذمة ط (قوله واللحم) ولو نيئا ذكره المؤلف فى الغصب وتقدم الكلام فيه (قوله والآجر والصابون) لا ختلافهما فى الطبخ (قوله والصرم) بالفتح الجلدة مصباح وقدمنا أول الباب عن الفتح : أنه يصح السلم فى الجلود إذا بين مايقع به فى الضبط (قوله وبر مخلوط) الأصوب وبرا مخلوطا عطفا على الرب المنصوب . نعم الرفع جائز على القول بجواز العطف بالرفع على محل اسم إن بعد استكمال العمل فافهم والله سبحانه أعلم .

باب المتفرقات

جرت عادتهم أن المسائل التى تشذ عن الأبواب المتقدمة فلم تذكر فيها يجمعونها بعد ، ويسمونها بهذه الأسماء ط (قوله بمسائل منثورة) شبهت بالمنثور من الذهب أو الفضة لنفاستها ، وهو بالرفع على الحكاية ط ويجوز الجر (قوله من خزف) أى طين قال ط : قيد به لأنها لو كانت من خشب أو صفر جاز اتفاقا فيما يظهر لامكان الانتفاع بها وحرره اهـ وهو ظاهر (قوله ولا يضمن متلفه) كأنه لأنه آلة لهو ولا يقال فيها نحو ما قيل فى عود اللهو من أنه يضمن خشبا لا مهيأ على أحد القولين ، لأنه لاقيمة لهذه الأشياء إذا قطع النظر عن التلهى بها ط (قوله وقيل بخلافه) يشعر بضعفه مع أن المصنف نقله عن القنية ، وفى القنية لم يعبر عنه بقيل بل رمز للأول ثم للثانى (قوله عن أبى يوسف) أى ناقلا عن أبى يوسف ، وظاهره أنه قوله لا رواية عنه حتى يقال : إن هذا يشعر بضعفه ونسبته إلى أبى يوسف لا تدل على أن الإمام يخالفه لاحتمال أن يكون له فى المسألة قول فافهم (قوله ولو عقورا) فيه كلام يأتى (قوله والفيل) هذا بالإجماع لأنه منتفع به حقيقة مباح الانتفاع به شرعا على الإطلاق فكان مالا بحر عن البدائع أى ينتفع به للقتال والحمل وينتفع بعظمه (قوله والقرد) فيه قولان كما يأتى (قوله والسباع) وكذا يجوز بيع لحمها بعد الذكية لاطعام كلب أو سنور ، بخلاف لحم الخنزير لأنه لايجوز إطعامه محيط

حتى الهرة وكذا الطيور (علمت أولا) سوى الخنزير وهو المختار للانتفاع بها وبجلدها كما قدمناه فى البيع الفاسد والتسخر بالقرد ، وإن كان حراما لا يمنع بيعه بل يكره كبيع العصير شرح وهبانية :

[فرع] لاينبغى اتخاذ كلب إلا لخوف لص أو غيره فلا بأس به ومثله سائر السباع عينى وجاز اقتناؤه لصيد وحراسة ماشية وزرع جماعا (كما صح بيع خرء حمام كثير و) صح (هبته) قنية (و) أدنى (القيمة التى تشترط لجواز البيع فلس ولو كانت كسرة خبزلايجوز)قنية (كما لايجوز) بيع هوام الأرض كالخنافس والقنافذوالعقارب والوزغ والضب (و) لاهوام (البحر كالسرطان) وكل مافيه سوى سمك وجوز فى القنية بيع ماله ثمن كسقنقور وجلود خز وجمل الماء لوحيا وأطلق الحسن الجواز وجوز أبو الليث بيع الحيات إن انتفع بها فى الأدوية وإلا لا

لكن على أصح التصحيحين من أن الذكاة الشرعية لا تطهر إلا الجلد دون اللحم لا يصح بيع اللحم شرنبلالية (قوله حتى الهرة) لأنها تصطاد الفار والهوام المؤذية فهى منتفع بها فتح (قوله وكذا الطيور) أى الجوارح درر (قوله علمت أولا) تصريح بما فهم من عبارة محمد فى الأصل ، وبه صرح فى الهداية أيضا لكن فى البحر عن المبسوط ، أنه لا يجوز بيع الكلب العقور الذى لا يقبل التعليم فى الصحيح من المذهب ، وهكذا نقول فى الأسد إن كان يقبل التعليم ، ويصطاد به يجوز بيعه ، وإلا فلا والفهد والبازى يقبلان التعليم ، فيجوز بيعهما على كل حال اه :

قال فى الفتح : فعلى هذا لا يجوز بيع النمر بحال لأنه لشراسته لا يقبل التعليم ،وفى بيع القرد روايتان اه وجه رواية الجواز وهو الأصح زيلعى أنه يمكن الانتفاع بجلده ،وهو وجه مافى المتن أيضا وصحح فى البدائع عدم الجواز لأنه لايشترى للانتفاع بجلده عادة بل للتلهى به وهو حرام اه بحر :

قلت : وظاهره أنه لو لاقصد التلهى به لجاز بيعه ، ثم إنه يرد عليه ما ذكره الشارح عن شرح الوهبانية من أن هذا لا يقتضى عدم صحة البيع بل كراهته .

والحاصل : أن المتون على جواز بيع ماسوى الخنزير مطلقا وصحح السرخسى التقييد بالمعلم منها (قوله لا ينبغى اتخاذ كلب الخ) الأحسن عبارة الفتح ، وأما اقتناؤه للصيد وحراسة الماشية والبيوت والزرع ، فيجوز بالإجماع لكن لا ينبغى أن يتخذه فى داره إلا إن خاف لصوصا أو أعداء للحديث الصحيح «من اقتنى كلبا إلا كلب صيد أو ماشية نقص من أجره كل يوم قيراطان» (قوله خرء حمام كثير) لعل المراد به ما تبلغ قيمته فلسا فإنه أقل قيمة المبيع ط ، ومثل الحمام بقية الطيور المأكولة لطهارة خرئها ، وتقدم فى البيع الفاسد جواز بيع سرقين وبعر ، ولو خالصين والانتفاع به والوقود به وبيع رجيع الآدمى لو مخلوطا بتراب (قوله لا يجوز)أى إذا لم تبلغ قيمتها فلسا (قوله والقنافذ) جميع قنفذ بضم الفاء وتفتح مصباح ، وذكره فى القاموس فى الدال المهملة والذال المعجمة (قوله والوزغ) هو سام أبرص (قوله وكل مافيه) أى فى البحر (قوله سوى سمك) عبارة البحر عن البدائع إلا السمك وما جاز الانتفاع بجلده أو عظمه اه (قوله بيع ماله ثمن) فى الشرنبلالية عن المحيط يجوز بيع العلق فى الصحيح لتمول الناس ، واحتياجهم إليه لمعالجة مص الدم من الجسد اه .

قلت : وعليه فيجوز بيع دودة القرمز ، لأنها من أعز الأموال وأنفسها فى زماننا وينتفع بها خلافا لمن أفتى بأنه لا يجوز بيعها ولا يضمن متلفها كما حررناه فى البيع الفاسد (قوله كسقنقور) حيوان مستقل وقيل بيض التماسيح إذا فسد ويكبر طول ذراعين على أنحاء السمكة وتمامه فى تذكرة الشيخ داود (قوله وجلود خز) الخز اسم دابة ثم أطلق على الثوب المتخذ من وبرها مصباح (قوله لو حيا) عبارة البحر عن القنية قيل يجوز حيا لا ميتا الخ .

ورده فى البدائع بأنه غير سديد لأن المحرم شرعا لايجوز الانتفاع به للتداوى كالخمر فلاتقع الحاجة إلى شرع البيع (ويجوز بيع دهن نجس) أى متنجس كما قدمناه فى البيع الفاسد (وينتفع به للاستصباح) فى غير مسجد كامر (والذمى كالمسلم فى بيع) كصرف وسلم وربا وغيرها (غير الخمر والخنزير وميتة لم تمت حتف أنفها) بل بنحو خنق أو ذبح مجوسى فإنها كخنزير

مطلب فى التداوى بالمحرم

(قوله ورده فى البدائع الخ) قدمنا فى البيع الفاسد عند قوله ولبن امرأة إن صاحب الخانية والنهاية اختارا جوازه إن علم أن فيه شفاء ولم يجد دواء غيره قال في النهاية : وفى التهذيب يجوز للعليل شرب البول، والدم والميتة للتداوى إذا أخبره طبيب مسلم أن فيــه شفاءه ولم يجد من المباح ما يقوم مقامه ، وإن قال الطبيب يتعجل شفاؤك به فيه وجهان ، وهل يجوز شرب العليل من الخمر للتداوى فيه وجهان ، كذا ذكره الإمام التمرتاشى وكذا فى الذخيرة وما قيل إن الاستشفاء بالحرام حرام غير مجرى على إطلاقه وأن الاستشفاء بالحرام إنما لايجوز إذا لم يعلم أن فيه شفاء أما إن علم وليس له دواء غيره يجوز ومعنى قول ابن مسعود رضى الله عنه لم يجعل شفاؤكم فيما حرم عليكم يحتمل أن يكون قال ذلك فى داء عرف له دواء غير المحرم لأنه حينئذ يستغنى بالحلال عن الحرام ويجوز أن يقال تنكشف الحرمة عند الحاجة فلا يكون الشفاء بالحرام وإنما يكون بالحلال اه نور العين من آخر الفصل التاسع والأربعين (قوله أى متنجس) احترز به عن دهن الميتة والخنزير اه ح (قوله وينتفع به للاستصباح) عطف علة على معلول ط، لأن الانتفاع به علة جواز البيع (قوله كما مر) أى فى باب الأنجاس لكن عبارته هناك، ولا يضر أثر دهن إلا دهن ودك ميتة لأنه عين النجاسة ، حتى لا يدبغ به جلد بل يستصبح به فى غير مسجد اه وقدمنا هناك تأييد ماهنا بالحديث الصحيح ، وقدمنا ذلك أيضا فى البيع الفاسد (قوله غير الخمر والخنزير الخ) فانالجيز بيع بعضهم بعضا لخصوص فيه من قول عمر رضى الله تعالى عنه أخرجه أبو يوسف فى كتاب الخراج حضر عمر بن الخطاب ، واجتمع إليه عماله فقال يا هؤلاء إنه بلغنى أنكم تأخذون فى الجزية الميتة والخنزير والخمر فقال بلال : أجل إنهم يفعلون ذلك فقال فلا تفعلوا ، ولـكن ولوا أربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم ولا نجيز فيما بينهم بيع الميتة والدم فتح (قوله وميتة الخ) هذا زاده ابن الكمال وصاحب الدرر استدراكا على الهداية بأن المستثنى غير محصور بالخمر والخنزير واستدرك أيضا فى النهر شراؤه عبدا مسلما أو مصحفا .

قلت : هذا إنما يظهر أن لو كان التشبيه فى قولهم : والذمى كالمسلم الخ من جهة الحل والحرمة والظاهر أنه من جهة الصحة والفساد لأن الصحيح(١) من مذهب أصحابنا أن الكفار مخاطبون بشرائع ، وهى محرمات ، فكانت ثابتة فى حقهم أيضا ، فلو كان التشبيه من جهة الحل والحرمة لم يصح استثناء شىء، فتعين ماقلنا وحينئذ فلا يدخل الجبر على البيع فى التشبيه حتى يصح استثناؤه ولذا غاير المصنف فى التعبير فقال : وصح شراؤه عبدا الخ، ثم هذا

---

(١) قوله (لأن الصحيح الخ) قال فى متن المنار والكفار مخاطبون بالأمر بالإيمان وبالمشروع من العقوبات وبالمعاملات وبالشرائع فى حق المؤاخذة فى الآخرة بلا خلاف ، وأما فى وجوب الأداء فى أحكام الدنيا فكذلك عند البعض والصحيح أنهم لايخاطبون بأداء مايحتمل السقوط من العبادات اه .

قال ابن نجيم فى شرحه : كالصلاة والصوم فلا يعاقبون على تركها ثم قال : والراجح ماعليه الأكثر من العلماء على التكليف لموافقته لظاهر النصوص فليكن هو المعتمد اه منه .

وقد أمرنا بتركهم وما يدينون (وصح شراؤه) أى الكافر كما قدمناه فى البيع الفاسد (عبدا مسلما أو مصحفا) أو شقصا منهما (ويجبر على بيعه) ولو اشترى صغيرا أجبر وليه فلو لم يكن أقام القاضى له وليا وكذا لو أسلم عبده ويتبعه طفله ولو أعتقه أو كاتبه جاز فإن عجز أجبر أيضا ولو رده أو استولدها سعيا فى قيمتها ويوجع ضربا لوطئه مسلمة وذلك حرام .

[فرع] من عادته شراء المردان يجبر على بيعه دفعا للفساد نهر وغيره ، وكذا محرم أخذ صيدا يؤمر بإرساله ولو أسلم مقرض الخمر سقطت ولو المستقرض فروايتان (وطء زوج) الأمة (المشتراة) التى أنكحها المشترى قبل قبضها (قبض) لمشتريها لحصوله بتسليمه

على رواية أن بيع ما لم يمت حتف أنفه صحيح بينهم ؛ وفى رواية أنه فاسد بخلاف ما مات حتف أنفه فإن بيعه باطل فيما بيننا وبينهم ، كما مر أول البيع الفاسد ؛

مطلب أمرنا بتركهم وما يدينون

(قوله وقد أمرنا بتركهم وما يدينون) كذا فى الهداية وقال دل عليه قول عمر : ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها اه وأشار به إلى أن إعراضنا عنهم ، ليس لكونها مباحة شرعا فى حقهم كما هو قول البعض ، بل الحرمة ثابتة فى حقهم فى الصحيح ، لأنهم مخاطبون بها كما قلنا لكنهم لا يمنعون من بيعها ، لأنهم لا يعتقدون حرمتها ويتمولونها وقد أمرنا بتركهم وما يدينون كما فى البحر عن البدائع ، لكن الأولى الاستدلال بأن هذا مخصوص بالأثر المنقول عن عمر كما مر ، وإلا ورد عليه أنه لو اعتقدوا حل ما مات حتف أنفه أن يصح بيعه ، مع أنهم لو ارتفعوا إلينا نحكم ببطلانه وأيضا لو اعتقدوا حل السلم أو الصرف أو نحوهما ، بدون شروطه المعتبرة عندنا نحكم بينهم بشرعنا إلا فى الخمر والخنزير فعقدهم عليهما كعقدنا على الشاة والعصير ، وفى البحر عن حدود القنية ويمنع الذمى عما يمنع المسلم إلا شرب الخمر فإن غنوا وضربوا العيدان منعوا كالمسلمين لأنه لم يستثن عنهم اه قال فى النهر : ويرد عليه أنه لا يمنع من لبس الحرير والذهب بخلاف المسلم اه (قوله ويجبر على بيعه) ولو اشتراه من كافر مثله شراء فاسدا أجبر على رده لأن دفع الفساد واجب حقا للشرع ثم يجبر البائع على بيعه بحر (قوله أجبر وليه) وينبغى أن عقد الصغير فى هذا لا يتوقف على الاجازة نهر : أى لعدم فائدته لأنه إذا أجازه وليه أجبر أيضا على بيعه ، وقد يقال إنه قد يسلم قبل إجبار وليه فيبقى على ملكه فكان للاجازة فائدة (قوله وكذا لو أسلم عنده) فى بعض النسخ عبده بالباء بدل النون وأفاد أنه لا فرق بين كون العبد مسلما وقت الشراء أو بعده (قوله ويتبعه طفله) أى لو أسلم العبد وله ولد غير بالغ يتبعه فى الإسلام والإجبار على بيعه معه (قوله فإن عجز) أى المكاتب (قوله أجبر) أى الكافر على بيعه ومفهومه أنه لا يجبر ما دام عقد الكتابة وهو ظاهر ، لأن المكاتب لا يجوز بيعه (قوله من عادته شراء المردان) عبارة النهر عن المحيط الفاسق المسلم إذا اشترى عبدا أمرد وكان من عادته إتباع المرد أجبر على بيعه دفعا للفساد اه . وعن هذا أفتى المولى أبو السعود بأنه لا تسمع دعواه على أمرد ، وبه أفتى الخير الرملى والمصنف أيضا (قوله يؤمر بإرساله) ولا يصح بيعه ومر بيان ذلك كله فى الحج (قوله ولو أسلم مقرض الخمر سقطت) لتعذر قبضها فصار هلاكها مستندا إلى معنى فيها ، وفى البيع لو أسلما أو أحدهما قبل القبض انتقض البيع أى ثبت حق الفسخ لتعذر القبض بالإسلام ، فصار كما لو أبق المبيع وتمامه فى البحر (قوله فروايتان) أى عن الإمام فى رواية تسقط ، وفى رواية عليه قيمتها ، وهو قول محمد لتعذره لمعنى من جهته بحر (قوله التى أنكحها المشترى الخ) أى إذا اشترى أمة وزوجها لرجل قبل قبضها من البائع فوطئها الزوج صار المشترى قابضا

فصار فعله كفعله (لا) مجرد (نكاحها) استحسانا (فلو انتقض البيع) قبل القبض (بطل النكاح) فى قول الثانى ، وهو (المختار) وقيده الكمال بما إذا لم يكن بطلانه بموتها ، فلو به قبل القبض لم يبطل النكاح ، وإن بطل البيع فيلزمه المهر للمشترى فتح (اشترى شيئا) منقولا ، إذالعقار لايبيعه القاضى (وغاب) المشترى (قبل القبض ونقد الثمن غيبة معروفة فأقام بائعه بينة أنه باعه منه لم يبع فى دينه) لإمكان ذهابه إليه

(قوله فصار فعله) أى الزوج كفعله أى المشترى (قوله استحسانا) والقياس أن يكون قبضا لأنه تعييب حكمى ؛ ألا ترى أنه لو وجد المشتراة مزوّجة يردها بالعيب ، وجه الاستحسان أنه لم يتصل بها فعل حسى من المشترى والتزويج فعل تعييب حكمى بمعنى تقليل الرغبات فيها كنقصان السعر ، وتمامه فى النهر (قوله فلو انتقض البيع) أى بنحو خيار عيب أو فساد (قوله بطل النكاح) لأن البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الأصل فصار كأن لم يكن فكان النكاح باطلا بحر (قوله وقيده الكمال) لم يقيده الكمال من عنده بل قال وقيد القاضى الإمام أبو بكر بطلان النكاح الخ فلو قال الشارح وقيده القاضى أبو بكر لكان أصوب ولسلم عزوه فى آخر العبارة إلى الفتح من الاستدراك (قوله بطلانه) أى البيع (قوله فيلزمه المهر للمشترى فتح) لم أجد هذه العبارة فى الفتح بل ذكرها فى النهر ، ونقل محشى مسكين عن شيخه أنه لم يجدها فى النهاية ولا فى العناية والبحر : ونقل عن الشيخ شاهين أنه وجدها فى المعراج ثم استشكلها بأنه كيف تكون هالكة من مال البائع ويكون المهر للمشترى فهو مخالف لقولهم : الغرم بالغنم اهـ :

قلت : عدم بطلان النكاح دليل على أن بطلان البيع مقتصر على وقت الموت فلم يصر العقد كأن لم يكن ، فيظهر أن النكاح كان على ملك المشترى فيستحق المهر تأمل ، وانظر ماقدمناه فى البيع الفاسد قبيل قوله ولا يبطل حق الفسخ بموت أحدهما (قوله إذ العقار لايبيعه القاضى) فى بعض النسخ لايبيعه إلا القاضى بزيادة إلا ، والصواب الأول ، وهو الموجود فى النهر وكذا فى البحر عن النهاية وجامع الفصولين : وعبارة جامع الفصولين : جاز للقاضى بيع المبيع وإبقاء الثمن لو كان منقولا لا لو عقارا اهـ (قوله قبل القبض) فلو غاب بعده لايبيعه القاضى لأن حقه غير متعلق بماليته بل بذمة المشترى ، وقيده فى جامع الفصولين بما إذا لم يخف عليه التلف فإن خيف جاز له البيع حيث قال للقاضى إيداع مال غائب ومفقود ، وله إقراضه وبيع منقوله إذا خيف تلفه ولم يعلم مكان الغائب لا لو علم اهـ : وينبغى أن يقال : إن خوف التلف مجوّز للبيع علم مكانه أولا ، وقدمنا نحوه فى خيار الشرط فارجع إليه نهر (قوله غيبة معروفة) بأن كانت البلدة التى خرج إليها معروفة وإن بعدت نهر (قوله فأقام بائعه بينة الخ) ليست البينة هنا للقضاء على الغائب ، بل لنفى التهمة وانكشاف الحال كما فى الزيلعى ، فلا يحتاج إلى خصم حاضر لأن العبد فى يده وقد أقر به للغائب على وجه يكون مشغولا بحقه بحر :

قال فى جامع الفصولين : الخصم شرط لقبول البينة لو أراد المدعى أن يأخذ من يد الخصم الغائب شيئا ، أما إذا أراد أن يأخذ حقه من مال كان للغائب فى يده فلا يشترط ولا يحتاج لوكيل كهذه المسألة ، وكذا لو استأجر إبلا إلى مكة ذاهبا أو جائيا ودفع الكراء ومات رب الدابة فى الذهاب فانفسخت الإجارة فله أن يركبها ولا يضمن ، وعليه أجرتها إلى مكة فإذا أتاها ورفع الأمر إلى القاضى فرأى بيعها ودفع بعض الأجر إلى المستأجر جاز ، وعلى هذا لو رهن المديون وغاب غيبة منقطعة فرفع المرتهن الأمر إلى القاضى ليبيع الرهن ينبغى أن يجوز كما فى هاتين المسألتين اهـ وأقره فى البحر (قوله أنه باعه منه) وأنه لم ينقد إليه الثمن نهر وفتح :

(وإن جهل مكانه بيع) المبيع : أى باعه القاضى أو مأموره نظرا للغائب وأدى الثمن وما فضل يمسكه للغائب ، وإن نقص تبعه البائع إذا ظفر به (وإن اشترى اثنان) شيئا (وغاب واحد) منهما (فللحاضر دفع) كل (ثمنه) ويجبر البائع على قبول الكل ودفع الكل للحاضر (و) له (قبضه وحبسه) عن شريكه إذا حضر (حتى ينقد شريكه) الثمن ، بخلاف أحد المستأجرين : والفرق أن للبائع حبس المبيع لاستيفاء الثمن فكان مضطرا بخلاف المؤجر ؛ اللهم إلا إذا شرط تعجيل الأجرة .

مطلب للقاضى إيداع مال غائب وإقراضه وبيع منقوله الخ

(قوله باعه القاضى أو مأموره) ولو أذن له بأن يؤجر الدابة ويعلفها من أجرها جاز كما فى جامع الفصولين ، وظاهر كلامهم أن البائع لا يملك البيع بلا إذن القاضى ، فإن باع كان فضوليا ، وإن سلم كان معتديا والمشترى منه غاصب بحر :

قلت : وفى الولوالجية : اشترى لحما فذهب ليجىء بالثمن فأبطأ فخاف البائع أن يفسد يسع البائع بيعه لأن المشترى يكون راضيا بالانفساخ ، فإن باع بزيادة تصدق بها أو بنقصان وضع على المشترى وهذا نوع استحسان اهـ. وبه علم أن ما يسرع فساده لا يتوقف على القاضى لرضاه بالانفساخ ، بخلاف غيره فإن القاضى يبيعه على مالك المشترى ولذا كان الفضل له والنقص عليه (قوله نظرا للغائب) أى وللبائع لأن البائع يصل به إلى حقه ويبرأ عن ضمانه والمشترى أيضا تبرأ ذمته من دينه ومن تراكم نفقته بحر .

[فرع] فى جامع الفصولين : سئل نجم الدين عمن وهبه أمير أمة فأخبرته أنها لتاجر قتل فأخذت وتداولتها الأيدى حتى وصلت إليه ولا يجد وارث القتيل ويعلم أنه لو خلاها ضاعت ولو أمسكها يخاف الفتنة : فأجاب للقاضى بيعها من ذى اليد ، فلو ظهر المالك كان له على ذى اليد ثمنها (قوله وإن اشترى اثنان شيئا) أى اشتريا عبدا صفقة واحدة كما عبر فى الجامع الصغير لقاضيخان (قوله وغاب واحد منهما) أى بحيث لم يدر مكانه نهر ، وقيد به لأنه لو كان حاضرا يكون متبرعا بالإجماع لأنه لا يكون مضطرا فى إيفاء الكل ، إذ يمكنه أن يخاصمه إلى القاضى فى أن ينقد حصته ليقبض نصيبه فتح (قوله ويجبر الخ) الظاهر أن هذا لو المبيع غير مثلى ، أما المثلى كالبر ونحوه مما يمكن قسمته فلا جبر على دفع الكل ولذا صوروا المسألة بالعبد كما ذكرنا تأمل (قوله وله) أى للحاضر قبضه أى قبض كل المبيع (قوله حتى ينقد شريكه الثمن) أى ثمن حصته إذا كان الثمن حالا : وفى ط عن الوانى : النقد فى الأصل تمييز الجيد من الردى من نحو الدراهم ثم استعمل فى معنى الأداء (قوله بخلاف أحد المستأجرين) لو غاب قبل نقد الأجرة فنقد الحاضر جميعها كان متبرعا لأنه غير مضطر ، إذ ليس للمؤجر حبس الدار لاستيفاء الأجرة ذكره التمرتاشى نهر ، وهذه الأحكام المذكورة من دفع الثمن وجبر البائع ودفع الكل والقبض والحبس مذهبهما : وخالف أبو يوسف فى جميعها ط .

مطلب فى العلو إذا سقط

(قوله فكان مضطرا) فصار كمعير الرهن إذا أفلس الراهن وهو المستعير . أو غاب فإن المعير إذا افتكه يدفع الدين يرجع على الراهن لأنه مضطر فيه وكصاحب العلو إذا سقط السفل كان له أن يبنى السفل إذا لم يبنه مالكه بغير أمره ليتوصل به إلى بناء علوه ثم يرجع عليه ولا يمكنه من دخوله مالم يعطه ماصرفه وتمامه فى الفتح (قوله اللهم الخ)

(باع) شيئا (بالألف مثقال ذهب وفضة تنصفا به) أى بالمثقال فيجب خمسمائة مثقال من كل منهما لعدم الأولوية (وفى) بيعه شيئا (بألف من الذهب والفضة تنصفا وانصرف للوزن المعهود) النصف (من الذهب مثاقيل و) النصف (من الفضة دراهم) ومثله له علىّ كر حنطة وشعير وسمسم لزمه من كل ثلث كر ، وهذه قاعدة فى المعاملات كلها كمهر ووصية ووديعة وغصب وإجارة وبدل خلع وغيره فى موزون ومكيل ومعدود ومذروع عينى ، وقوله (وزن سبعة) تقدم فى الزكاة ، وأفاد الكمال أن اسم الدرهم ينصرف للمتعارف فى بلد العقد ؛ ففى مصر ينصرف للفلوس . وأفاد فى النهر أن قيمته تختلف باختلاف الأزمان ، فأفتى اللقانى بأنه يساوى نصفا وثلاثة فلوس ، فلو أطلق الواقف الدرهم اعتبر زمنه إن عرف وإلا صرف للفضة لأنه الأصل كما لو قيده بالنقرة كواقف الشيخونية والصرغتمشية ونحوهما

بحث لصاحب النهر (قوله لعدم الأولوية) لأنه أضاف المثقال إليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما نصفه ، ويشترط بيان الصفة من الجودة وغيرها ، بخلاف ما إذا قال بألف من الدرهم والدنانير حيث لايشترط بيان الصفة وينصرف إلى الجياد نهر (قوله والصرف للوزن المعهود الخ) فإن المعهود وزن الذهب بالمثاقيل ووزن الفضة بالدراهم ، فهو كما لو قال بألف من الدراهم والدنانير (قوله وهذه قاعدة الخ) الإشارة إلى ما ذكره المصنف : أى أن قوله باع بألف مثقال الخ ليس البيع قيدا فى ذلك وكذا الموزون ، بل مثله المكيل ونحوه كما لو أقر له برطل من سمن وعسل وزيت أو بمائة من بيض وجوز وتفاح أو بمائة ذراع من كتان وإبريسم وخز يلزمه من كل ثلث (قوله وزن سبعة) أى العشرة من الدراهم وزن سبعة مثاقيل كل درهم أربعة عشر قيراطا اه ط .

مطلب فيما ينصرف إليه اسم الدراهم

(قوله وأفاد الكمال الخ) اعلم أنه وقع اشتباه فى موضعين بالنظر إلى العرف الحادث الأول فيما ينصرف إليه اسم الدرهم والثانى فى قيمته ، فذكر فى الفتح أن انصراف الدراهم إلى وزن سبعة إذا كان متعارفا فى بلد العقد . وأما فى عرف مصر فلفظ الدرهم ينصرف الآن إلى زنة أربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس إلا أن يعقد بالفضة فينصرف إلى درهم بوزن سبعة . وأخذ منه فى البحر أن الواقف بمصر او شرط دراهم للمستحق ولم يقيدها ينصرف إلى الفلوس النحاس وإن قيدها بالنقرة ينصرف إلى الفضة . واعترضه فى النهر بأن ما فى الفتح حكاية عما فى زمنه ولايلزم منه كون كل زمن كذلك ، فالذى ينبغى أن لا يعدل عنه اعتبار زمن الواقف إن عرف وإلا صرف إلى الفضة لأنه الأصل اه .

الموضع الثانى قال فى النهر : وأما قيمة كل درهم منها فقال فى البحر بعد ما أعاد المسألة فى الصرف قد وقع الاشتباه فى أنها خالصة أو مغشوشة وكنت قد استفتيت بعض المالكية عنها ، يعنى به علامة عصره ناصر الدين اللقانى ، فأفتى أنه سمع ممن يوثق به أن الدرهم منها يساوى نصفا وثلاثة من الفلوس ، قال فليعول على ذلك ما لم يوجد خلافه اه وقد اعتبر ذلك فى زماننا لأن الأدنى متيقن به ، وما زاد عليه فهو مشكوك فيه ، ولكن الأوفق بفروع مذهبنا وجوب درهم وسط لما فى جامع الفصولين من دعوى النقرة لو تزوجها على مائة درهم نقرة ولم يصفها صح العقد ، ولو ادعت مائة درهم مهرا وجب لها مائة وسط اه فينبغى أن يعول عليه اه .

ورأيت فى فتاوى بعض الشافعية أن قيمته باعتبار المعاملة نصف وثلث وأنت قد علمت أن القيمة

فقيمة درهمها نصفان ، وأفاد المصنف أن النقرة تطلق على الفضة وعلى الذهب وعلى الفلوس النحاس بعرف مصر الآن، فلا بد من مرجح ؛ فإن لم يوجد فالعمل على الاستيمارات القديمة للوقف كما عوّلوا عليها فى نظائره كمعرفة خراج ونحوه . قال : وبه أفتى المنلا أبو السعود أفندى :

(ولو قبض زيفا بدل جيد) كان له على آخر (جاهلا به) فلو علم وأنفقه كان قضاء اتفاقا (ونفق أو أنفقه) فلو قائما رده اتفاقا (فهو قضاء) لحقه وقال أبو يوسف : إذا لم يعلم برده مثل زيفه ويرجع بجيده استحسانا كما لو كانت ستوقة أو نبهرجة ، واختاره للفتوى ابن كمال :

قلت : ورجحه فى البحر والنهر والشرنبلالية فهو يفتى :

(ولو فرخ طير أو باض فى أرض لرجل

تختلف باختلاف الأزمان ، ولا شك فى اختــلاف أزمنة الواقفين فينبغى اعتبار زمن الواقف والله تعالى الموفق اه .

قلت :-وفى زماننا وقبله بمدة مديدة ترك الناس التعامل بلفظ الدرهم ، وإنما يذكرون لفظ القرش وهو اسم لأربعين نصف فضة ، وهذا يختلف باختلاف الزمان ، فينظر إلى قرش زمن الواقف أيضا (قوله فقيمة درهمها نصفان) هذا ذكره فى النهر بعد ماحرر المقام ، والظاهر أن مراده أن ذلك كان فى زمن الواقف فلا ينافى ماحرره قبله (قوله أن النقرة تطلق الخ) إطلاقها على الفلوس عرف حادث . ففى المغرب : النقرة القطعة المذابة من الذهب أو الفضة (قوله فلا بد من مرجح) وذلك كأن يعلم ماكانت تطلق عليه فى زمن الواقف أو يكون قيدها بشىء فافهم (قوله الاستيمارات القديمة) أى التصرفات أو العطايا أو الدفاتر أو نحوها ، مأخوذة من استمر الشىء إذا دام ، والمراد أنه ينظر إلى ماجرى عليه التعامل من قديم الزمان فيتبع (قوله ولو قبض زيفا) أى رديئا وهو من الوصف بالمصدر ، لأنه يقال زافت الدراهم تزيف زيفا من باب سار أى ردأت ثم وصف به فقيل درهم زيف ودرهم زيوف كفلس وفلوس ، وربما قيل زائف على الأصل كما فى المصباح .

مطلب فى النبهرجة والزيوف والستوقة

وفى التتارخانية الدراهم أنواع أربعة : جياد ، ونبهرجة ، وزيوف ، وستوقة .

واختلفوا فى تفسير النبهرجة ، قيل هى التى تضرب فى غير دار السلطان والزيوف : هى المغشوشة. والستوقة : صفر مموه بالفضة .وقال عامة المشايخ : الجياد فضة خالصة تروج فى التجارات وتوضع فى بيت المال . والزيوف مازيفه بيت المال : أى يرده ، ولكن تأخذه التجار فى التجارات لا بأس بالشراء بها ، ولــكن يبين للبائع أنها زيوف : والنبهرجة : ما يرده التجار . والستوقة : أن يكون الطاق الأعلى فضة والأسفل كذلك وبينهما صفر وليس لها حكم الدراهم اه :

وقال فى أنفع الوسائل : وحاصل ما قالوه إن الزيوف أجود وبعده النبهرجة وبعدهما الستوقة : وهى بمنزلة الزغل التى نحاسها أكثر من فضتها (قوله كان قضاء اتفاقا) لأنه صار راضيا بترك حقه فى الجودة ، وقيد بقوله وأنفقه لأنه لو عرضه على البيع ولم ينفقه له رده كما سيذكره الشارح آخر الفروع (قوله ونفق) أى هلك ، يقال : نفقت الدابة نفوقا من باب قعد هلكت مصباح (قوله استحسانا) وقولهما قياس كما ذكره فخر الإسلام وغيره ، وظاهره ترجيح قول أبى يوسف بحر (قوله ولو فرخ طير) يقال فرّخ بالتشديد وأفرخ صار ذا أفراخ ، وأفرخت

أو تـكسر فيها ظبى) أى انـكسر رجله بنفسه ، فلو كسرها رجل كان للكاسر لا للآخذ (فهو للآخذ) لسبق يده لمباح (إلا إذ هيأ أرضه لذلك) فهو له (أو كان صاحب الأرض قريبا من الصيد بحيث يقدر على أخذه لو مد يده فهو لصاحب الأرض) لتمكنه منه ، فلو أخذه غيره لم يملكه نهر (وكذا) مثل مامر (صيد تعلق بشبكة نصبت للجفاف) أو دخل دار رجل (ودرهم أو سكر نثر فوقع على ثوب لم يعد له) سابقا (ولم يكف) لاحقا ، فلو أعده أو كفه ملكه بهذا الفعل :

[فروع] عسل النحل فى أرضه ملكه مطلقا لأنه صار من أنزالها :

شرى دارا فطلب المشترى أن يكتب له البائع صكا لايجبر عليه

البيضة : انفلقت عن الفرخ فخرج منها مصباح (قوله أو تـكسر) وقع فى الكنز تـكنس . وفى المغرب : كنس الظبى دخل فى الكناس كنوسا من باب طلب وتكنس مثله ، ومنه الصيد : إذا تـكنس فى أرض رجل أى استتر ، ويروى تـكسر وانـكسر اهـ . وفى الفتح : وفى بعض النسخ تـكسر أى وقع فيها فتكسر احتراز عما لو كسره رجل فيها بحر ، وقوله من باب طلب صوابه من باب جلس رملى ، وقوله احتراز الخ إنما يتم إذا لم يكن تـكسر للمطاوعة وإلا فهو من فعل غيره ، يقال كسره بالتشديد فتكسر وكسره بالتخفيف فانـكسر : أى قبل ذلك تأمل (قوله إلا إذا هيأ أرضه لذلك الخ) أى بأن حفر فيها بئرا ليسقط فيها أو أعد مكانا للفراخ ليأخذها فتح لأن الحكم لا يضاف إلى السبب الصالح إلا بالقصد بحر (قوله أو كان صاحب الأرض قريبا الخ) ظاهره أن سبب الملك أحد شيئين : إما التهيئة ، أو القرب ، ومقتضاه أنه لو خرج الصيد من أرضه المهيأة قبل قربه منه يبقى على ملكه فليس لغيره أخذه ، لكن يشكل عليه ما فى الذخيرة عن المنتقى حيث قال : نصب حبالة فوقع فيها صيد فاضطرب وانفلت فأخذه غيره فهو له ، فلو جاء صاحب الحبالة ليأخذه فلما دنا منه بحيث يقدر عليه انفلت فأخذه غيره فهو لصاحب الحبالة . والفرق أن صاحب الحبالة فيهما وإن صار آخذا له إلا أنه فى الأول بطل الأخذ قبل تأكده ، وفى الثانى بعد تأكده ، وكذا صيد البازى ، والكلب إذا انفلت فهو على هذا التفصيل اهـ أفاده ط (قوله فلو أخذه غيره لم يملكه) استدل عليه فى النهر بعبارة المنتقى المذكورة (قوله مثل ما مر) بدل من قوله وكذا أو عطف بيان أفاد به أن الإشارة إلى ما ذكر فى أول المسألة من أنه لآخذه (قوله أو دخل دار رجل) وكذا لو دخل بيته وأغلق عليه الباب ولم يعلم به لم يصر آخذا مالـكاله ، حتى لو خرج بعد ذلك فأخذه غيره ملـكه . وعن أبى يوسف : لو اصطاده فى دار رجل من الهواء أو على الشجر ملـكه لأن حصوله على حائط رجل أو شجرته ليس بإحراز فإن قال رب الدار كنت اصطدته قبلك ، فإن كان أخذه من الهواء فهو له لأنه لايد لرب الدار على الهواء ، وإن أخذه من حائطه أو شجره فالقول لرب الدار لأخذه من محل هو فى يده ، وإن اختلف فى أخذه من الهواء أوالشجرة فكذلك لأن الظاهر أن مافى داره يكون له وتمامه فى البحر (قوله ملـكه بهذا الفعل) أى بالإعداد أو الـكف ، وظاهره أنه بدون ذلك لا يملـكه ، وإن وقع قريبا منه بحيث تناله يده ، والفرق بينه وبين الصيد أن الصيد يملـكه بالقرب منه إذا وقع فى أرضه ونحوها لا مطلقا وإلا لزم أنه لو قرب من صيد فى برية ملـكه والنثار يكون فى بيت أهل العرس عادة فلا يعتبر فيه مجرد القرب بل لا بد من إعداد الثوب أو كفه : وأيضا لو اعتبر مجرد القرب يؤدى إلى المنازعة بين الحاضرين الذين وقع بينهم إذ كلهم يدعيه (قوله ملـكه مطلقا) أى وإن لم يعدها لذلك (قوله لأنه صار من أنزالها) أى ريعها فهو بفتح الهمزة جمع نزل : قال فى المصباح : نزل الطعام نزلا من باب تعب كثر ريعه ونماؤه فهو نزل وطعام كثير النزل بوزن سبب : أى البركة ، ومنهم من يقول كثير النزل بوزن قفل (قوله لا يجبر عليه) وكذا لايجبر على إعطاء الصك القديم كما فى الخيرية عن جواهر الفتاوى : قال : نعم لو توقف

ولا على الإشهاد والخروج إليه إلا إذا جاءه بعدول وصك فليس له الامتناع من الإقرار :

شرى قطنا فغزلته امرأته فكله له .

المرأة إذا كفنت بلا إذن الورثة كفن مثله رجعت فى التركة ، ولو أكثر لا ترجع بشىء . قال رحمه الله تعالى : ولو قيل ترجع بقيمة كفن المثل لا يبعد .

اكتسب حراما واشترى به أو بالدراهم المغصوبة شيئا . قال الكرخى : إن نقد قبل البيع تصدق بالربح وإلا لا وهذا قياس وقال أبو بكر كلاهما سواء ولا يطيب له وكذا لو اشترى ولم يقل بهذه الدراهم وأعطى من الدراهم

دفع ماله مضاربة لرجل جاهل جاز أخذ ربحه مالم يعلم أنه اكتسب الحرام

إحياء الحق على عرضه ، كما لو غصب المبيع وامتنعت الشهود من الشهادة حتى يروا خطوطهم يجبر على عرضة كما أفتى به الفقيه أبو جعفر صيانة لحق المشترى اه (قوله ولا على الإشهاد والخروج إليه) أى إلى الإشهاد ، وهو عطف تفسير على الإشهاد لأنه ليس له الامتناع عن الإشهاد المجرد بقرينة ما بعده (قوله فليس له الامتناع من الإقرار) فإن لم يقر يرفعه إلى الحاكم فإن أقر بين يديه كتب سجلا وأشهد عليه ملتقط (قوله فغزلته امرأته) أى بإذنه أو بغير إذنه ملتقط (قوله المرأة إذا كفنت) أى إذا كفنت زوجها . وعبارة مجمع الفتاوى وغيرها : أحد الورثة إذا كفن الميت بماله الخ فالمرأة غير قيد ، نعم خرج الأجنبى فإنه لا يرجع كما فى التتارخانية أى إلا إذا كان وصيا (قوله ولو أكثر لا ترجع بشىء)علله فى البزازية بأن اختيار ذلك دليل التبرع وهذا إذا أنفق الوارث من ماله ليرجع وسيذكر المصنف فى باب الوصى أنه إذا زاد فى عدد الكفن ضمن الزيادة ، وإن زاد فى قيمته ضمن الكل أى لأنه صار مشتريا لنفسه فيضمن مال الميت ، وقد حررت هذه المسألة بما لا مزيد عليه فى تنقيح الحامدية من الوصايا (قوله قال رحمه الله) الضمير عائد إلى صاحب الملتقط ، فإن هذه الفروع كلها من الملتقط كما ذكره الشارح آخرها ، والعبارة كذلك مذكورة فيه على عادة المتقدمين فى كتبهم فافهم (قوله لا يبعد) لعل وجهه أنه لا يلزم من التكفين بأكثر من كفن المثل اختيار التبرع بالكل بل بالزائد .

مطلب إذا اكتسب حراما ثم اشترى فهو على خمسة أوجه

(قوله اكتسب حراما الخ) توضيح المسألة ما فى التتارخانية حيث قال : رجل اكتسب مالا من حرام ثم اشترى فهذا على خمسة أوجه : أما إن دفع تلك الدراهم إلى البائع أولا ثم اشترى منه بها أو اشترى قبل الدفع بها ودفعها ، أو اشترى قبل الدفع بها ودفع غيرها ، أو اشترى مطلقا ودفع تلك الدراهم ، أو اشترى بدراهم أخر ودفع تلك الدراهم . قال أبو نصر : يطيب له ولا يجب عليه أن يتصدق إلا فى الوجه الأول ، وإليه ذهب الفقيه أبو الليث ، لكن هذا خلاف ظاهر الرواية فإنه نص فى الجامع الصغير : إذا غصب ألفا فاشترى بها جارية وباعها بألفين تصدق بالربح :

وقال الكرخى : فى الوجه الأول والثانى لا يطيب ، وفى الثلاث الأخيرة يطيب : وقال أبو بكر : لا يطيب فى الكل ، لكن الفتوى الآن على قول الكرخى دفعا للحرج عن الناس اه .

وفى الولوالجية : وقال بعضهم : لا يطيب فى الوجوه كلها وهو المختار ، ولكن الفتوى اليوم على قول الكرخى دفعا للحرج لكثرة الحرام اه وعلى هذا مشى المصنف فى كتاب الغصب تبعا للدرر وغيرها (قوله قال الكرخى) صوابه : قال أبو نصر كما رأيته فى الملتقط : ولم أر فيه ذكر قول الكرخى أصلا (قوله جاز أخذ ربحه) لأن الظاهر أنه اكتسب من الحلال ولوالجية وظاهره أنه لا كراهة فيه ، وتقدم فى شركة المفاوضة أن

من رمى ثوبه لايجوز لأحد أخذه مالم يقل حين رمى ليأخذه من أراد ؛

باع الأب ضيعة طفله والأب مفسد فاسق لم يجز بيعه استحسانا ؛

شرت لطفلها على أن لاترجع عليه بالثمن جاز ، وهو كالهبة استحسانا :

قال الأسير اشترني أو فكني فشراه رجع بما أدى كأنه أقرضه ؛ ولو قال بألف فشراه بأكثر لم يلزمه الفضل لأنه تخليص لاشراء

أبا يوسف أجازها مع اختلاف الملة مع الكراهة ، وعلله الزيلعي هناك بأن الكافر لايهتدى إلى الجائز من العقود (قوله لايجوز لأحد أخذه الخ) ظاهره أنه لايجوز الإقدام على الأخذ مالم يسمع المالك قال ليأخذه من أراده وظاهره أنه يملكه بالأخذ إذا قال المالك ذلك وإلا لا ، وتقدم تمام الكلام على هذه المسألة فى باب الجناية على الإحرام من كتاب الحج (قوله والأب مفسد فاسق) احتراز عما إذا كان محمودا عند الناس أو مستور الحال فإنه حينئذ يصح بيعه عقار ابنه الصغير كما سيذكره فى باب الوصى (قوله لم يجز بيعه) نقضه بعد بلوغه هو المختار إلا إذا كان خيرا بأن باع بضعف القيمة وبيع منقوله يجوز فى رواية ويوضع ثمنه فى يد عدل لا فى رواية لولا خير بضعف قيمته ، وبه يفتى جامع الفصولين (قوله على أن لا ترجع عليه) قيد بذلك لما فى الأشباه شراء الأم لابنها الصغير مالا يحتاج إليه غير نافذ عليه إلا إذا اشترت من أبيه أو منه ومن أجنبى كما فى الولوالجية (قوله جاز وهو كالهبة) قال فى الخانية : تكون الأم مشترية لنفسها ثم يصير منها هبة لولدها الصغير وصلة ، وليس لها أن تمنع الضيعة عن ولدها الصغير اه ط (قوله رجع بما أدى) مخالف لما صححه فى النفقات حيث قال نقلا عن جامع الفصولين : الأسير ومن أخذه السلطان ليصادره لو قال لرجل خلصنى فدفع المأمور مالا فخلصه ، قيل يرجع وقيل لا فى الصحيح به يفتى اه لكن سيأتى فى الكفالة قبيل كفالة الرجلين تصحيح الأول ، ومثله فى البزازية والخانية ، وقدمنا فى النفقات تأييده ، فهما قولان مصححان . ثم رأيت الجزم بالأول فى شرح السير الكبير ، ولم يحك فيه خلافا فكان هو المذهب فافهم (قوله قال بألف الخ) عبارة الملتقط وقال شداد : إذا قال الأسير الحر اشترنى بألف درهم فاشتراه بأكثر منه جاز وعليه قدر الألف ، ولا يلزمه الفضل لأنه تخليص لاشراء ، بخلاف الوكيل بالشراء اه .

قلت بيانه أن الوكيل بالشراء لو شرى بأكثر مما عينه الموكل وقع الشراء له ، ولا يلزم الموكل شىء من الثمن لأن الشراء متى وجد نفاذا على المشترى لزم فيلزمه جميع الثمن ولا يلزم الآمر شىء ، وهنا لزم الآمر قدر ما عينه لأنه هنا تخليص لاشراء حقيقة ، ووقع فى جامع الفصولين خلاف هذا فإنه قال أسير أمره أن يفديه بألف ففداه بألفين يرجع بألفين عليه ، وليس كوكيل بشراء إذ لاعقد هنا ؛ وإنما أمره أن يخلصه فصار كمن أمره أن ينفق عليه ألفا فأنفق عليه ألفين اه .

أقول : ويظهر لى أن قوله يرجع بألفين سبق قلم ، وصوابه بألف بدليل التعليل والتنظير ، فإن المأمور بانفاق الألف لاشك أنه لا يرجع بأكثر من الألف ، ثم راجعت السير الكبير للسرخسى فرأيت فيه مثل ما قدمناه عن الملتقط وقال إنما يرجع عليه بالألف خاصة لأن الرجوع بحكم الاستقراض وذلك فى الألف خاصة ، وهذا بخلاف الشراء الخ فهذا صريح فيما قلنا ، ولله الحمد فافهم :

شرى دارا ودبغ وتأذى جيرانه ، إن على الدوام يمنع ، وعلى الندرة يتحمل منه .
شرى لحما على أنه لحم غنم فوجده لحم معزله الرد .
قال زن لى من هذا اللحم ثلاثة أرطال فوزن له أخيره ومن هذا الخبز فوزن لم يخير :
شرى بذرا خريفيا فإذا هو ربيعى ، أو شرى بذر البطيخ فإذا هو بذر القثاء ، إن قائما رده ، وإن مستهلكا فعليه مثله :

مطلب دبغ فى داره وتأذى الجيران

(قوله وتأذى جيرانه) قال فى جامع الفصولين : القياس فى جنس هذه المسائل أن من تصرف فى خالص ملكه لا يمنع ولو أضر بغيره ، لكن ترك القياس فى محل يضر بغيره ضررا بينا ، وقيل وبه أخذ كثير من المشايخ وعليه الفتوى اه وفيه أراد أن يبنى فى داره تنورا للخبز دائما أو رحى للطحن أو مدقة للقصارين يمنع عنه لتضرر جيرانه ضررا فاحشا . وفيه : لو اتخذ داره حماما ويتأذى الجيران من دخانها فلهم منعه إلا أن يكون دخان الحمام مثل دخان الجيران اه . وانظر ما لو كانت دارا قديمة بهذا الوصف هل للجيران الحادثين أن يغيروا القديم عما كان عليه ؟ ط :

مطلب الضرر البين يزال ولو قديما

قلت : الضرر البين يزال ولو قديما كما أفتى به العلامة المهمندارى ، ومثله فى حاشية البحر للخير الرملى من كتاب القضاء كما فى كتاب الحيطان من الحامدية (قوله على أنه لحم غنم) الغنم اسم جنس يطلق على الضأن والمعز مصباح ، والمراد هنا الضأن بحكم العرف (قوله له الرد) أى لاختلاف الرغبة وإن كانا فى باب الربا جنسا واحدا تأمل ، قال فى الملتقط : وكذلك إذا اشترى على أنه لحم موجوءة فوجده لحم فحل (قوله قال زن لى الخ) فى المجرد عن أبى حنيفة . قال : للحام كيف تبيع اللحم ؟ فقال كل ثلاثة أرطال بدرهم فقال أخذت منك زن لى فله أن لا يزن ، وإن وزن فلكل واحد منهما أن يرجع ، فإن قبض المشترى أو جعل البائع فى وعاء المشترى بأمره فقد تم البيع وعليه درهم . قال محمد : قال لقصاب زن لى من هذا اللحم كذا بكذا فوزن فله الخيار ولو قال زن لى من هذا الجنب كذا بكذا أو قال زن لى ما عندك من اللحم بحساب كذا فوزنه جاز ولا خيار له . وعن أبى يوسف مثله حاوى الزاهدى .

قلت : ولعل وجه قول الإمام إن هذا بيع بالتعاطى فلا يتم قبل قبض المبيع ، وعلى قول محمد يتم بالوزن إن عين الوضع أو كان العقد على الكل تأمل (قوله لم يخير) لعل وجهه أن الخبز المشترى منه لا يختلف ، بخلاف اللحم فإن لحم الرقبة أو الفخذ أحسن من لحم الخاصرة مثلا فيثبت له الخيار بعد الوزن ، إلا إذا شرى الكل أو عين الموضع كهذا الجنب فيتم البيع بالوزن كما علمت تأمل .

مطلب شرى بذر بطيخ فوجده بذر قثاء

(قوله إن قائما رده الخ) أى لاختلاف الجنس فبطل البيع ، ولو اختلف النوع لا يرجع بثمنه جامع الفصولين : وفيه : شرى على أنه بذر بطيخ شتوى فزرعه فوجده صيفيا بطل البيع فيأخذ المشترى ثمنه وعليه مثل ذلك البذر اه .

ساوم صاحب الزجاج فدفع له قدحا ينظره فوقع منه على أقداح فانكسروا ضمن الأقداح لا القدح .
شرى شجرة بأصلها وفى قلعها من الأصل ضرر بالبائع يقطعه من وجه الأرض من حيث لايتضرر به البائع ، ولو انهدم من سقوطه حائط ضمن القالع ماتولد من قلعه .
دفع دراهم زيوفا فكسرها المشترى لاشىء عليه ، ولنعم ماصنع حيث غشه وخانه ، وكذا لو دفع إليه لينظر إليه فكسره : ولا بأس ببيع المغشوش إذا بين غشه أو كان ظاهرا يرى ، وكذا قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى فى حنطة خلط بها الشعير والشعير يرى لابأس ببيعه ، وإن طحنه لايبيع . وقال الثانى فى رجل معه فضة نحاس : لايبيعها حتى يبين ، وكل شىء لايجوز فإنه ينبغى أن يقطع ويعاقب صاحبه إذا أنفقه وهو يعرفه :

قلت : ومقتضاه أنه من اختلاف الجنس ، كما لو وجده بذر قثاء . والذى يظهر أنه من اختلاف النوع ، ويؤيده ما ذكره فيه أيضا : لو شرى بذرا على أنه بذر بطيخ كذا فظهر على صفة أخرى جاز البيع لاتحاد الجنس من حيث إنه بطيخ ، واختلاف الصفة لايفسد العقد ولا يرجع بنقص العيب عند أبى حنيفة اه أى لأنه ظهر عيبه بعد استهلاكه . وذكر فيه قوله : شرى برا على أنه ربيعى فزرعه فظهر أنه خريفى اختار المشايخ أنه يرجع بنقص العيب ، وهو قولهما بناء على ما إذا شرى طعاما فأكله فظهر عيبه ، وقد مر أن الفتوى على قولهما اه :

والحاصل أنه إذا ظهر خلاف الجنس كبذر البطيخ وبذر القثاء بطل البيع فيرده لو قائما ويرد مثله لو هالكا ويرجع بالثمن ، ولو ظهر خلاف الوصف كالربيعى والخريفى صح البيع فيرده لو قائما ، ولا يرجع بشىء لو هالكا عند الإمام . وعندهما يرجع بنقصانه ، وبه يفتى . وبقى ما لو زرعه فلم ينبت فى الخيرية ليس له الرجوع بالثمن ولا بالنقص لأنه قد استهلك المبيع ، ولا رجوع بعد الإتلاف كما صرح به ظهير الدين فى حب القطن ، وقيل يرجع بنقصانه إن ثبت عدم نباته لعيب به ، وإلا لا بالاتفاق لاحتمال أن عدم نباته لرداءة حرثه أو لجفاف أرضه لأمر آخر اه .

قلت : الظاهر أن ما نقله عن ظهير الدين مبنى على قول الإمام ، وقوله وقيل يرجع مبنى على قولهما المفتى به كما علمت (قوله فانكسروا) فى بعض النسخ فانكسرت وهى الأولى لأن الواو لجماعة العقلاء (قوله ضمن الأقداح لا القدح) لأن القدح قبضه على سوم الشراء بلا بيان الثمن والأقداح انكسرت بفعله فيضمنها بين الثمن أولا كما فى الخانية (قوله بأصلها) هو المدفون فى الأرض المسمى شرشا .

مطلب شرى شجرة وفى قلعها ضرر

(قوله يقطعه من وجه الأرض) عبارة الملتقط يقطعها . وفيه أيضا إذا اشترى أشجارا من وجه الأرض وفى قطعها بالصيف ضرر فللبائع أن يدفع إليه قيمتها وهى قائمة إلا أن يتراضيا على تركها إلى وقت لا ضرر فى قطعها . وفيه أيضا : لو باع شجرة ، إن بين موضع قطعها من وجه الأرض فعلى ذلك ، وإن بين بأصلها فعلى قرارها من الأرض ، وإن لم يبين له أن يقطع من أصلها إلا أن تقوم دلالة اه (قوله فكسرها المشترى) كذا رأيته فى الملتقط وكأنه مصور فى الصرف وإلا فالمناسب فكسرها البائع . ورأيت فيه تقييد الزيوف بالنبهرجة ، ويدل له ما نقله بعض المحشين عن الخانية : لو أن المشترى دفع إلى البائع دراهم صحاحا فكسرها البائع فوجدها نبهرجة كان له أن يردها على المشترى ، ولا يضمن بالكسر لأن الصحاح والمكسرة فيه سواء اه (قوله وإن طحنه لايبيع) أى إلا أن يبين لأنه لايرى (قوله وقال الثانى الخ) وقال أيضا لا بأس أن يشترى بستوقة إذا بين وأرى للسلطان أن

شرى فلوسا بدرهم فدفعها إليه وقال هي بدرهمك لاينفقها حتى يعدها .
شرى بالدرهم الزيف ورضي بأقل مما يشترى بالجيد حل له :
شرى ثيابا ببغداد على أن يوفى ثمنه بسمرقند لم يجز لجهالة الأجل .
باع نصف أرضه بشرط خراج كلها على المشترى فهو فاسد :
أخذ الخراج من الأكار له أن يرجع على الدهقان استحسانا :
شرى الكرم مع الغلة وقبضه ، إن رضى الأكار جاز البيع وله حصته من الثمن ، وإن لم يرض لم يجز بيعه :
قضاه درهما وقال أنفقه ، فإن جاز وإلا فرده علىّ فقبله ولم ينفقه له رده استحسانا ، بخلاف جارية وجدبها عيبا فقال أمرها أو بعها ، فإن نفقت وإلا ردها فعرضها على البيع سقط الرد .
أبو حنيفة رحمه الله تعالى : إذا وطىء رجل أمته ثم زوجها مكانه فللزوج وطؤها بلا استبراء : وقال أبو يوسف أستقبح ، ولا يقربها حتى تحيض حيضة ، كما لو اشتراها كما سيجيء فى الحظر ، والكل من الملتقط :

يكسرها لعلها تقع فى أيدى من لا يبين . وروى بشر فى الإملاء عنه : أكره للرجل أن يعطى الزيوف والنبهرجة والستوقة وإن بين ذلك ، وتجوز بها عند الأخذ من قبل أن إنفاقها ضرر على العوام ، وما كان ضررا عاما فهو مكروه خوفا من الوقوع فى أيدى المدلسة على الجاهل به ومن التاجر الذى لايتحرج اه ملخصا من الهندية (قوله لا ينفقها حتى يعدها) لاحتمال أن يظهر الدرهم معيبا وقد أنفق الفلوس أو بعضها فيلزم الجهالة فى المنفق . والظاهر أن محله إذا أخذها عددا لاوزنا ، وهل ذلك يجرى فى صرف الذهب بالفضة يحرر ط تأمل (قوله ثمنه) الضمير راجع للمشترى : أى الثمن الواجب عليه أو للثياب باعتبار كونها مبيعا (قوله لجهالة الأجل) لأنه لم يعلم بذلك وقت الدفع ، نعم لو قال إلى شهر على أن يؤديه بسمر قند جاز ، ويبطل الشرط كما قدمناه أول البيوع (قوله فهو فاسد) لأن فيه نفعا للبائع ولا يقتضيه العقد (قوله من الأكار) أى المزارع (قوله يرجع على الدهقان) أى صاحب الأرض . وفى هذه المسألة كلام سيأتى إن شاء الله تعالى قبيل باب كفالة الرجلين (قوله إن رضى الأكار جاز) أى إذا دفع صاحب الكرم كرمه إلى أكار مساقاة بالربع مثلا وعمل الأكار حتى صار له حصة فى الثمر يتوقف بيع الثمر على رضا الأكار لأن له فيه حصة ، فإن أجاز البيع يقسم الثمن على قيمة الأرض وقيمة الثمر فيأخذ الأكار قدر حصته من ثمن الثمر وأما لو دفع أرضه مزارعة على أن يكون البذر من العامل فباع الأرض توقف بيع الأرض على إجازة المزارع لأنه صار بمنزلة مستأجر الأرض كما مر فى باب الفضولى ، ولا يخفى أن هذه مسألة أخرى فافهم (قوله فقبله ولم ينفقه) الأوضح فعرضه على البيع ولم ينفقه ط (قوله بخلاف جارية الخ) الفرق أن المقبوض من الدراهم ليس عين حق القابض بل هو من جنس حقه لو تجوز به جاز وصار عين حقه ، فإذا لم يتجوز بقى على ملك الدافع فصح أمر الدافع بالتصرف ، فهو فى الابتداء تصرف للدافع وفى الانتهاء لنفسه ، بخلاف التصرف فى العين لأنها ملكه فتصرفه لنفسه فبطل خياره ط عن البحر ، وقدمنا تمام الكلام على هذه المسألة فى خيار العيب عند قول المصنف باع ما اشتراه فرد عليه بعيب الخ فراجعه (قوله قال أبو حنيفة الخ) لا مناسبة لهذه المسألة هنا ، وقدمنا الكلام عليها مستوفى فى فصل محرمات النكاح ، والله سبحانه أعلم .

مايبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه به

ههنا أصلان : أحدهما أن كل ما كان مبادلة مال بمال يفسد بالشرط الفاسد كالبيع

مايبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه به

لم يترجم له بفصل ولا باب لدخوله فى باب المتفرقات : وما اسم موصول مبتدأ خبره قوله البيع الخ ، وتقدم فى باب البيع الفاسد بيان الشرط الفاسد . والتعليق : ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى ، وتقدم الكلام عليه فى كتاب الطلاق ، ومثال الشرط الفاسد بعتك بشرط كذا ، ومثال التعليق بعتك إن رضى فلان . وفى حاشية الأشباه للحموى عن قواعد الزركشى : الفرق بين التعليق والشرط أن التعليق داخل فى أصل الفعل بإن ونحوها ، والشرط ماجزم فيه بأصل الفعل : أو يقال التعليق ترتيب أمر لم يوجد على أمر لم يوجد بإن أو إحدى أخواتها ، والشرط التزام لم يوجد فى أمر لم يوجد بصيغة مخصوصة اه (قوله ههنا أصلان الخ) الذى تحصل من هذين الأصلين أن ما كان مبادلة مال بمال يفسد بالشرط الفاسد ، ويبطل تعليقه أيضا لدخوله فى التمليكات لأنها أعم ، وما ليس مبادلة مال بمال إن كان من التمليكات أو التقييدات يبطل تعليقه بالشرط فقط وإن لم يكن منهما فإن كان من الإسقاطات والالتزامات التى يحلف بها يصح تعليقه بالملائم وغيره : وإن كان من الإطلاقات والولايات والتحريرات يصح بالملائم فقط ، وبه يظهر أن قول المصنف ولا يصح تعليقه به معطوف على مايبطل عطف تفسير ، فالمراد بالشرط التعليق به : ويحتمل أن يكون قاعدة ثانية معطوفة على الأولى على تقدير ما أخرى : أى وما لايصح تعليقه به كما فى قوله تعالى ـ وما أنزل إلينا ـ وما أنزل إليكم ـ أي وما أنزل إليكم فيكون ما فى المتن قاعدتين الأولى مايبطل بالشرط والثانية مالايصح تعليقه به وبدون هذا التقدير يكون قاعدة واحدة أريد بها ما اجتمع فيه الأمران ، وذلك خاص بالتمليكات التى هى مبادلة مال بمال فإنها تبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقها به ؛ وذلك غير مراد لأن المصنف عد من ذلك الرجعة والإبراء وعزل الوكيل والاعتكاف والإقرار والوقف والتحكيم وليس فى شيء من ذلك تمليك مال بمال مع أن السبعة المذكورة لاتبطل بالشرط الفاسد ، فتعين أن يكون ماذكره المصنف قاعدة واحدة هى مالايصح تعليقه بالشرط والعطف للتفسير كما قلنا ، فإن جميع ماذكره المصنف يبطل تعليقه بالشرط ، أو قاعدتين كما دل عليه ذكر الأصلين المذكورين . وعليه فما ذكره المصنف منه ماهو داخل تحتهما معا ، ومنه ماهو داخل تحت الثانية فقط ، ويدل عليه أيضا ما فى الزيلعى حيث قال بعد ذكر مالايبطل بالشرط الفاسد : ثم الشيخ ذكر هنا مايبطل بالشروط الفاسدة وما لايبطل بها وما لايصح تعليقه بالشرط ولم يذكر مايجوز تعليقه بالشرط الخ .

إذا علمت ذلك ظهر لك أن ههنا أربعة قواعد الأولى مايبطل بالشرط الفاسد : الثانية مالايصح تعليقه بالشرط وهاتان المذكورتان هنا . والثالثة عكس الأولى وهى مايأتى فى قول المصنف وما لايبطل بالشرط الفاسد الخ . والرابعة عكس الثانية ، وهى المذكورة فى قول الشارح وبقى مايجوز تعليقه الخ : والأولى داخلة تحت الثانية لأن كل مايبطل بالشرط الفاسد لايصح تعليقه به ولا عكس ؛ فالفروع التى ذكرها المصنف كلها داخلة تحت الثانية وبعضها تحت الأولى لخروج الرجعة والإبراء ونحوهما كما ذكرناه ، وما خرج عنها دخل تحت الثالثة ، والرابعة داخلة تحت الثالثة لأن كل ماجاز تعليقه لايبطله الشرط الفاسد ولا عكس كما ستعرفه :

ثم اعلم أن قوله لايصح تعليقه ليس المراد به بطلان نفس التعليق مع صحة المعلق لأن ما كان من التمليكات

ومالا فلا كالقرض ، ثانيهما أن كل ماكان من التمليكات أو التقييدات كرجعة يبطل تعليقه بالشرط والأصح ، لكن في السقاطات والتزامات يحلف بهما كحج وطلاق يصح مطلقا وفي إطلاقات وولايات وتحريضات بالملائم بزازية ، فالأول

يفسد بالتعليق ، بل المراد أنه لايقبل التعليق بمعنى أنه يفسد به ، فاغتنم تحرير هذا المقام فانه به يندفع كثير من الأوهام كما يظهر لك في تقدير الكلام (قوله ومالا فلا) أي وما لايكون مبادلة مال بمال بأن كان مبادلة مال بغير مال كالنكاح والطلاق والخلع على مال ونحوها أو كان من التبرعات كالهبة والوصية لايفسد بالشرط الفاسد ، وقوله كالقرض هو تبرع ابتداء مبادلة انتهاء فيصلح مثالا للشيئين ، وإنما لم يفسد ذلك لأن الشروط الفاسدة من باب الربا وهو في المعاوضات المالية لاغير ، لأن الربا هو الفضل الخالي عن العوض وحقيقة الشروط الفاسدة كما مر هي زيادة مالا يقتضيه العقد ولا يلائمه فيكون فيها فضل خال عن العوض وهو الربا ، ولا يتصور ذلك في المعاوضات الغير المالية ولا في التبرعات بل يفسد الشرط ويصح التصرف ، وتمامه في الزيلعي (قوله من التمليكات) كبيع وإجارة واستئجار وهبة وصدقة ونكاح وإقرار وإبراء كما في جامع الفصولين فهو أعم مماقبله (قوله أو التقييدات) كرجعة وكعزل الوكيل وحجر العبد كما في الفصولين ؛ وذلك أن في الوكالة والإذن للعبد إطلاقا عما كانا ممنوعين عنه من التصرف في مال الموكل والمولى ، وفي العزل والحجر تقييد لذلك الإطلاق ، وكذا في الرجعة تقييد للمرأة عما أطلق لها بالطلاق من حقوق الزوجية (قوله يبطل تعليقه بالشرط) أي المحض كما في البحر وغيره ، والظاهر أنه احتراز عن التعليق بشرط كائن فإنه تنجيز كما في جامع الفصولين . قال : ألا ترى أنه لو قال لامرأته أنت طالق إن كان السماء فوقنا والأرض تحتنا تطلق للحال ، ولو علق البراءة بشرط كائن يصح ، ولو قال للخاطب زوجت بنتي من فلان فكذبه فقال إن لم أكن زوجتها منه فقد زوجتها منك فقبل الخاطب وظهر كذب الأب انعقد (قوله والأصح) أي أن لايكون من التمليكات والتقييدات بأن كان من الإسقاطات المحضة أو الالتزامات أو الإطلاقات أو الولايات أو التحريضات صح التعليق (قوله لكن في إسقاطات) أي محضة كالطلاق والعتاق بحر ، احترازا عن الإبراء فإنه وإن كان إسقاطا لكنه تمليك من وجه كما يأتي فهو من التمليكات (قوله يحلف بهما) الضمير المثنى عائد إلى إسقاطات والتزامات ، وقوله كحج وطلاق لف ونشر مشوش ، وقوله مطلقا : أي بشرط ملائم ، أو غير ملائم ، ولم يظهر من كلامه حكم مالايحلف به من النوعين ولا أمثلته ، ولم أر من ذكر ذلك . ويظهر لي أنه كالتمليكات يبطل تعليقه . وإن من الأول تسليم الشفعة إذا علق بشرط غير كائن فإنه فاسد . ويبقى على شفعته كما سنوضحه ؛ ومن الثاني ماإذا التزم مالايلزمه شرعا ، كما لو استأذن جاره لهدم جدار مشترك بينهما فأذن بشرط منع الضرر عنه بنصب خشبات ولم يفعل حتى انهدم منزل الجار لايضمن لأنه ليس عليه حفظ دار شريكه كما في الولوالجية ففيه التزام الحفظ كأنه قال اهدم الجدار بشرط نصب الخشبات فلا يصح تأمل (قوله وفي إطلاقات) كالإذن بالتجارة وولايات كالقضاء والإمارة وتحريضات نحو من قتل قتيلا فله سلبه اهـ ح (قوله بالملائم) أي يصح تعليقها بالشرط الملائم ، وفسره في الخلاصة بما يؤكد موجب العقد اهـ مثل إن وصلت إلى بلدة كذا فقد وليتك قضاءها أو إمارتها أو إن قتلت قتيلا فلك سلبه ، بخلاف نحو إن هبت الريح (قوله فالأول الخ) قد علمت أن حاصل الأصلين المذكورين في الشرح أن من المسائل مايفسد بالشرط الفاسد ، ومالا يصح تعليقه بالشرط الفاسد ، ومايصح بالشرط ومايصح تعليقه به ، فهي أربعة الفاسد منها قسمان والصحيح قسمان ، فقوله فالأول أربعة عشر أراد به الفاسد منها بقسميه ، وهو الذي عبر عنه المصنف بقوله مايبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه . وأما ما يصح

أربعة عشر على مافى الدرر والكنز وإجارة الوقاية (البيع) إن علقه بكلمة إن لا بعلى على ما بينا فى البيع الفاسد (والقسمة) للمثلى ، أما قسمة القيمى فتصح بخيار شرط ورؤية

فسيذكر المصنف القسم الأول منه بقوله ومالا يبطل بالشرط الفاسد ، وذكر الشارح بعده القسم الآخر بقوله وبقى ما يجوز تعليقه بالشرط كما نبهنا عليه أولا ، وحينئذ فلا حاجة إلى أن يراد بالأول فالأصل الأول من الأصلين حتى يرد عليه أن الصور التى ذكرها المصنف ليست كلها مبادلة مال بمال بل بعضها فافهم (قوله على مافى الدرر الخ) أى كونها أربعة عشر مبنى على ماذكر فى هذه الكتب ، وأشار به إلى أنها تزيد على ذلك كما نبه عليه الشارح بعد ويأتى تمامه : ثم إن المذكور فى إجارة الوقاية مايصح مضافا وهو ما سيأتى آخرا وليس الكلام فيه كما لا يخفى (قوله البيع) صورة البيع بالشرط قوله بعته بشرط استخدامه شهرا وتعليقه بالشرط كقوله بعته إن كان زيد حاضرا ، وفى إطلاق البطلان على البيع بشرط تسامح لأنه من قبيل الفاسد لا الباطل ، وإليه يشير قوله وقد مر فى البيع الفاسد شرنبلالية (قوله إن علقه بكلمة إن) إلا فى صورة واحدة وهى أن يقول بعت منك هذا إن رضى فلان فإنه يجوز إن وقته بثلاثة أيام لأنه اشتراط الخيار إلى أجنبى وهو جائز بحر ، لكن فيه أن الكلام فى الشرط الفاسد وهذا شرط صحيح تأمل (قوله على ما بينا فى البيع الفاسد) أى من أنه إن كان مما يقتضيه العقد أو يلائمه أو فيه أثر أو جرى التعامل به كشرط تسليم المبيع أو الثمن أو التأجيل أو الخيار أو حذاء النعل لا يفسد ويصح الشرط وإن لم يكن كذلك ، فإن كان فيه منفعة لأهل الاستحقاق فسد وإلا فلا اهـ وقول العاقد بشرط كذا بمنزلة على ولابد أن لا يقرن الشرط بالواو وإلا جاز ويجعل مشاورة وأن يكون فى صلب العقد ؛ حتى لو ألحقاه به لم يلتحق فى أصح الروايتين مكى .

وفى الذخيرة : اشترى حطبا فى قرية شراء صحيحا وقال موصولا بالشراء من غير شرط فى الشراء احمله إلى منزلى لا يفسد ، أو استأجر أرضا للزراعة ثم قال بعد تمامها إن الجرف على المستأجر لا تفسد لأنه كلام مبتدأ اهـ ط وتقدم آخر باب خيار الشرط أن البيع لا يفسد بالشرط فى اثنين وثلاثين موضعا ذكرها فى الأشباه وأوضحناها هناك (قوله والقسمة) من صور فسادها بالشرط ما إذا اقتسم الشريكان على أن لأحدهما الصامت وللآخر العروض ، أو على أن يشترى أحدهما من الآخر داره بألف ، أو على شرط هبة أو صدقة أما لو اقتسما على أن يزيده شيئا معلوما فهو جائز كالبيع ، وكذا على أن يرد أحدهما على الآخر دراهم مسماة بحر عن الولوالجية . وقال أيضا : وصورة تعليقها أن يقتسموا دارا وشرطوا رضا فلان لأن القسمة فيها معنى المبادلة فهى كالبيع عينى ، ومر جواز تعليق البيع برضا فلان على أنه شرط خيار إذا وقته ، ولكن فى الولوالجية : خيار الشرط والرؤية يثبت فى قسمة لا يجبر الآبى عليها وهى قسمة الأجناس المختلفة ، لا فيما يجبر عليها كالمثلى من جنس واحد بحر ملخصا :

وحاصله أن تعليق القسمة على رضا فلان غير موقت لا يصح مطلقا وموقتا يصح فى الجنس الواحد على أنه خيار شرط لأجنبى كما يصح فى البيع ، فكلام العينى محمول على غير الموقت أو على الأجناس المختلفة :

ثم اعلم أن القسمة التى يجبر الآبى عليها لا تختص بالمثلى لأنها تكون فى العروض المتحد جنسها إلا الرقيق والجواهر فلا يجبر عليها كقسمة الأجناس بعضها فى بعض وكدور مشتركة أو دار وضيعة فيقسم كل منها وحده لا بعضها فى بعض إلا بالتراضى كما سيأتى فى بابها (قوله أما قسمة القيمى الخ) أفاد أن قسمة المثلى لا تصح بالشرط مطلقا ، أما قسمة القيمى فتصح إن علقت بخيار شرط أو رؤية وإلا فلا ، لكن علمت أن الافتراق بين الجبر وعدمه لا بين المثلى والقيمى فافهم : وأيضا فالكلام فى الشرط الفاسد كامر ، وشرط الخيار ليس شرطا فاسدا فلا حاجة

(والإجارة) إلا فى قوله إذا جاء رأس الشهر فقد آجرتك دارى بكذا فيصح به يفتى عمادية ، وقوله لغاصب داره فرغها وإلا فأجرتها كل شهر بكذا جاز كما سيجىء فى متفرقات الإجارة مع أنه تعليق بعدم التفريغ (والإجازة) بالزاى ، فقول البكر أجزت النكاح إن رضيت أى مبطل للإجازة بزازية ، وكذا كل مالا يصح تعليقه بالشرط إذا انعقد موقوفا لايصح تعليق إجازته بالشرط بحر ، فقصرها على البيع قصور كما وقع فى المنح (والرجعة) قال المصنف : إنما ذكرتها تبعا للكنز وغيره . قال شيخنا فى بحره وهو خطأ والصواب أنها لاتبطل بالشرط اعتبارا لها بأصلها وهو النكاح وأطال الكلام ،

إلى التنبيه على صحته تأمل (قوله والإجارة) أى كأن آجر داره على أن يقرضه المستأجر أو يهدى إليه أو إن قدم زيد عينى ، ومن ذلك استأجر حانوتا بكذا على أن يعمره ويحسب ما أنفقه من الأجرة فعليه أجر المثل وله ما أنفق وأجر مثل قيامه عليه ، وتمامه فى البحر ، وبه علم أنها تفسد بالشرط الفاسد وبالتعليق لأنها تمليك المنفعة والأجرة (قوله فيصح به يفتى) لعل وجهه أنه وقت يجىء لامحالة فلم يكن تعليقا بخطر ، أو هو إضافة لا تعليق والإجارة تقبل الإضافة كما سيأتى ، وعليه فلا حاجة إلى الاستثناء (قوله مع أنه تعليق بعدم التفريغ) ولعل وجه صحته أنه لما كان التفريغ واجبا على الغاصب فى الحال فإذا لم يفرغ صار راضيا بالإجارة فى الحال كأنه علقه على القبول فقبل تأمل (قوله فقول البكر الخ) الأولى إبدال البكر بالبالغة كما هو فى عبارة البزازية (قوله وكذا كل مالا يصح تعليقه بالشرط) وهو التمليكات والتقييدات كما مر ، وهذا التعميم أخذه فى البحر من إطلاق عبارة الكنز لفظ الإجازة ، واستشهد له بما مر عن البزازية ، وأقره فى النهر . واعترضه الحموى بما فى القنية قال باعنى فلان عبدك بكذا فقال إن كان كذا فقد أجزته أو فهو جائز جاز إن كان بكذا أو بأكثر من ذلك النوع ، ولو أجاز بثمن آخر يبطل اه .

قلت : قد يجاب بأن هذا تعليق بكائن فلم يكن شرطا محضا ، كما لو قال إن لم أكن زوجتها من فلان فقد زوجتها منك كما قدمناه تأمل (قوله فقصرها على البيع قصور) تعريض بما يفيده كلام العينى حيث صور الإجازة بقوله بأن باع فضولى عبده فقال أجزته بشرط أن تقرضنى أو تهدى إلى أو علق إجازته بشرط لأنها بيع معنى اه ومثله قول الدرر والبيع وإجازته . وقال ح : ينبغى أن يراد بالإجازة إجازة عقد هو مبادلة مال بمال لأن كلامه فيما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط وذلك خاص بالمعاوضات المالية ، وما ذكره عن البزازية من إجازة النكاح صحيح فى نفسه ، لكنه لايلائم المتن لأن إجازة النكاح مثله فلا تبطل بالشرط الفاسد وإن لم يصح تعليقها به اه ملخصا .

قلت : قد علمت مما قررناه سابقا أن ماذكره المصنف قاعدتان لا واحدة ، والفروع التى ذكرها المصنف بعضها مفرع على القاعدتين وبعضها على واحدة منهما ، فمثل إجازة النكاح مفرعة على الثانية فقط ، ومثل إجازة البيع مفرعة على كل منهما ، وكأن من اقتصر على تصوير الإجازة بالبيع قصد بيان ماتفرع على القاعدتين فافهم (قوله قال شيخنا فى بحره) من كلام المصنف فى المنح (قوله وأطال الكلام الخ) حاصله أن ماذكره فى الكنز لم ينفرد به بل قاله جماعة غيره ، ويدل على بطلانه أن المذكور فى كافى الحاكم وغيره أن تعليق الرجعة بالشرط باطل ولم يذكروا أنها تبطل بالشرط الفاسد ، وكيف تبطل به مع أن أصلها وهو النكاح لايبطل به ؟ وصرح فى البدائع بأنها تصح مع الإكراه والهزل واللعب والخطأ كالنكاح . وفى كتب الأصول من بحث الهزل أن مايصح مع الهزل لا تبطله الشروط الفاسدة ، وما لايصح معه تبطله اه .

لكن تعقبه فى النهر وفرق بأنها لاتفتقر لشهود ومهر ، وله رجعة أمة على حرة لـكحها بعد طلاقها وتبطل بالشرط ، بخلاف النكاح (والصلح عن مال) بمال درر وغيرها . وفى النهر الظاهر الإطلاق ، حتى لوكان عن سكوت أو إنكار كان فداء فى حق المنكر ولا يجوز تعليقه (والإبراء عن الدين) لأنه تمليك من وجه

قلت : وقد مر أيضا فى الأصل الأول أن ماليس مبادلة مال بمال لايفسد بالشرط الفاسد ، ولا يخفى أن الرجعة كذلك . والجواب عما قاله فى البحر أنه مبنى على أن قولهم مايبطل بالشرط الفاسد ولايصح تعليقه به قاعدة واحدة والفروع المذكورة بعدها مفرعة عليها وذلك غير صحيح بل هما قاعدتان كما قررناه ، والرجعة مفرعة على الثانية منهما فقط فلا بطلان فى كلامهم بعد فهم مرامهم ، فافهم (قوله لـكن تعقبه فى النهر) حيث قال : وحيث ذكر الثقات بطلانها بالشرط الفاسد لم يبق الشأن إلا فى السبب الداعى للتفرقة بينها وبين النكاح ، ثم ذكر الفرق المذكور فى الشرح : واعترضه ح بأنه لايلزم من مخالفتها النكاح فى أحكام أن تخالفه فى هذا الحكم اهـ :

قلت : وأيضا فقوله وتبطل بالشرط هو محل النزاع ، فالصواب ذكره بالفاء لابالواو على أنك قد سمعت الجواب الحاسم لمادة الإشكال .

[تنبيه] علل فى الخلاصة لعدم صحة تعليق الرجعة بالشرط بأنه إنما يحتمل التعليق بالشرط مايجوز أن يحلف به ولا يحلف بالرجعة اهـ . واعترضه فى نور العين بأن عدم التحليف فى الرجعة قول الإمام ، والمفتى به قولهما أنه يحلف وعليه فينبغى أن يصح تعليقها بالشرط اهـ :

قلت : اشتبه عليه الأمر ، فإن قول الخلاصة لايحلف بالرجعة بتخفيف اللام بمعنى أنه لايقال إن فعلت كذا فعلى أن أراجع زوجتى كما يقال فعلى حج أو عمرة أو غيرهما مما يحلف به وكأنه ظنه يحلف بتشديد اللام وجعل الباء للسببية : أى إذا أنكر الرجعة لايحلفه القاضى عليها كبقية المسائل الستة التى لا يحلف عليها المنكر عنده وعندهما يحلف ، ولايخفى أن هذا من بعض الظن فاجتنبه (قوله والصلح عن مال بمال) كصالحتك على أن تسكننى فى الدار سنة أو إن قدم زيد ، لأنه معاوضة مال بمال فيكون بيعا عينى : وفى صلح الزيلعى إنما يكون بيعا إذا كان البدل خلاف جنس المدعى به ، فلو على جنسه ، فإن بأقل منه فهو حط وإبراء ، وإن بمثله فقبض واستيفاء ، وإن بأكثر فهو فضل وربا (قوله وفى النهر الظاهر الإطلاق) أى عدم التقييد بكونه بيعا فيشمل ما إذا كان على جنس المدعى بصوره الثلاث المذكورة آنفا ، لـكن الأولى منها داخلة فى الإبراء الآتى ، والثالثة فاسدة بدون الشرط والتعليق لـكونها ربا ، وأما الثانية فيظهر عدم فسادها مطلقا تأمل ، ويحتمل أن يراد بالإطلاق عدم التقييد بكونه عن إقرار بقرينة التفريع ، وماقيل من أن الحق التقييد لأن الـكلام فيما يبطل بالشرط الفاسد وهو المعاوضات المالية والصلح عن سكوت أو إنكار ليس منها ، فجوابه ماعلمته من أن المفرع عليه قاعدتان لا واحدة فما لم يصلح فرعا للأولى يكون فرعا للثانية ولذا اقتصر الشارح على قوله ولا يجوز تعليقه فافهم (قوله والإبراء عن الدين) بأن قال أبرأتك عن دينى على أن تخدمنى شهرا أو إن قدم فلان عينى : وفى العزمية عن إيضاح الـكرمانى بأن قال أبرأت ذمتك بشرط أن لى الخيار فى رد الإبراء وتصحيحه فى أى وقت شئت ، أو قال إن دخلت الدار فقد أبرأتك أو قال لمديونه أو كفيله إذا أديت إلى كذا أو متى أديت أو إن أديت إلى خمسمائة فأنت برىء عن الباقى فهو باطل ولا إبراء اهـ وذكر فى البحر صحة الإبراء عن الـكفالة إذا علقه بشرط ملائم كإن وافيت به غدا فأنت برىء فوافاه به برىء من المال ، وهو قول البعض . وفى الفتح أنه الأوجه لأنه إسقاط لا تمليك بحر وسيأتى تمام الـكلام عليه فى بابها (قوله لأنه تمليك من وجه) حتى يرتد بالرد وإن كان فيه معنى الإسقاط فيكون معتبرا

إلا إذا كان الشرط متعارفا أو علقه بأمر كائن كإن أعطيته شريكي فقد أبرأتك وقدأعطاه صح وكذا بموته ويكون وصيةولو لوارثه

بالتمليكات فلا يجوز تعليقه بالشرط بحر عن العيني . وفيه أن الإبراء عن الدين ليس من مبادلة المال بالمال ، فينبغي أن لا يبطل بالشرط الفاسد ، وكونه معتبرا بالتمليكات لايدل إلا على بطلان تعليقه بالشرط والذلك فرعه عليه ، وعلى هذا فينبغي أن يذكر في القسم الآتي ، هذا ماظهرلي فتأمله ح وهكذا قال في البحر إن الإبراء يصح تقييده بالشرط ، وعليه فروع كثيرة مذكورة في آخر كتاب الصلح ، وذكر الزيلعي (١) : هناك أن الإبراء يصح تقييده لاتعليقه اه وأوضحناه فيما علقناه على البحر ، لكن لابد أن يكون الشرط متعارفا كما يأتي :

والحاصل أن الإبراء مفرع على القاعدة الثانية فقط فلذا ذكره هنا فافهم : ومن فروعه ما في البحر عن المبسوط : لو قال للخصم إن حلفت فأنت برىء فهذا باطل لأنه تعليق البراءة بخطر وهي لا تحتمل التعليق اه ويصح تفريع الإبراء على القاعدة الأولى أيضا إذا كان الشرط غير متعارف ، ومنه ما نقلناه عن العزمية فافهم (قوله إلا إذا كان الشرط متعارفا) كما لو أبرأته مطلقته بشرط الإمهار فيصح لأنه شرط متعارف ، وتعليق الإبراء بشرط متعارف جائز ، فإن قبل الإمهار وهم ، بأن يمهرها فأبت ولم تزوج نفسها منه لا يبرأ لفوات الإمهار الصحيح ؛ ولو أبرأته المبتوتة بشرط تجديد النكاح بمهر ومهر مثلها مائة ، فلو جدد لها نكاحا بدينار فأبت لا يبرأ بدون الشرط :

قالت المسرحة لزوجها : تزوجني فقال هي لي المهر الذى لك على فأتزوجك ، فأبرأته مطلقا غير معلق بشرط التزوج يبرأ إذا تزوجها وإلا فلا لأنه إبراء معلق دلالة ، وقيل لايبرأ ، وإن تزوجها لأنه رشوة بحر عن القنية ، ومنه يعلم أن التعليق يكون بالدلالة ، ويتفرع على ذلك مسائل كثيرة فايحفظ ذلك رملي ، والمراد بالتعليق المذكور التقييد بالشرط بقرينة الأمثلة المذكورة (قوله أو علقه بأمر كائن الخ) منهما في جامع الفصولين لو قال لغريمه إن كان لي عليك دين فقد أبرأتك وله عليه دين برىء لأنه علقه بشرط كائن فتنجز اه (قوله كإن أعطيته شريكي الخ) هذا ذكره في الدرر بألفاظ فارسية وفسره الواني بذلك : والظاهر أن المراد بالبراءة هنا براءة الإسقاط فيرد عليه ما قبضه شريكه إلا أن يكون المراد الإبراء عن باقي الدين :

مطلب قال لمديونه إذا مت فأنت برىء

(قوله وكذا بموته الخ) في الخانية : لو قال لمديونه إذا مت فأنت برىء من الدين جاز ويكون وصية ، ولو قال : إن مت أي بفتح التاء لا يبرأ وهو مخاطرة كإن دخلت الدار فأنت برىء لا يبرأ اه . وفيها : لو قالت المريضة لزوجها إن مت من مرضي هذا فهري عليك صدقة أو أنت في حل منه فماتت فيه فمهرها عليه لأن هذه مخاطرة فلا تصح اه :

---

(١) (قوله وذكر الزيلعي الخ) قلت : وحاصل ماذكره الزيلعي هناك أنه لوقال أد إلي نصف الألف على أنك برىء من الفضل ففعل برىء ، ولوقال إذ أو إذا أو متى أديت لايصح لأنه صريح الشرط . وفي أبرأتك من نصفه على أن تعطيني نصفه غدا يبرأ إن لم يؤده لأن البراءة حصلت بالإطلاق أولا فلا تتغير بما يوجب الشك آخرا لأن كلمة على تكون للشرط والمعاوضة فتحمل على الشرط عنه تعذر المعاوضة والإبراء يجوز تقييده بالشرط لاتعليقه ، وفي الأولى لم يبرىء أولا وآخره معلق بشرط فلا يسقط الدين بالشك ، لأن على تحتمل للشرط فلا يبرأ إلا بالأداء ، وتحتمل العوض فيبرأ مطلقا فلا يبرأ بالشك اه منه .

على مابحثه فى النهر (وعزل الوكيل والاعتكاف)

قلت : والفرق بين هذه المسائل مشكل فإن الموت فى الأولين محقق الوجود ، فإن كان المراد بالمخاطرة هو الموت مع بقاء الدين فهو موجود فى المسألتين ، ولعل الفرق أن تعليقه بموت نفسه أمكن تصحيحه على أنه وصية وتعليق الوصية صحيح كما سيأتى حتى تصح من العبد بقوله إذا عتقت فثلث مالى وصية كما فى وصايا الزيلعى ، بخلاف تعليقه بموت المديون فإنه لايمكن جعله وصية فبقى محض إبراء ولا يعلم أنه هل يبقى الدين إلى موته فكان مخاطرة فلم يصح ، وكذلك مسألة المهر فيها مخاطرة من حيث تعليق الإبراء على موتها من ذلك المرض فإنه لا يعلم هل يكون أولا ، لكن علمت أن الوصية يصح تعليقها بالشرط ، فإن قيد بما ليس فيه مخاطرة يلزم أن لاتصح هذه الوصية لو كانت لأجنبى مع أن حقيقة الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت ويصح تعليقها بالعتق كما علمت، وإن كانت المخاطرة من حيث إنه لا يعلم هل تجيز الورثة ذلك أولا أوهل يكون أجنبيا عنها وقت الموت حتى تصح الوصية أولا لم يبق فائدة لقولها من مرضى هذا ، ويلزم منه صحة التعليق إذا قالت إن مت بدون قولها من مرضى هذا ويحتاج إلى نقل فى المسألة (قوله على ما بحثه فى النهر) حيث قال بعد مسألة المهر السابقة ، وينبغى أنه إن أجازته الورثة يصح لأن المانع من صحة الوصية كونه وارثا اه . وفيه أن المانع كونه مخاطرة كما صرح به فى عبارة الخانية ط (قوله وعزل الوكيل) بأن قال له عزلتك على أن تهدى إلى شيئا ، أو إن قدم فلان لأنه ليس مما يحلف به فلا يجوز تعليقه بالشرط عينى . قال فى البحر ، تعليله يقتضى عدم صحة تعليقه لاكونه يبطل بالشرط ، وعندى أن هذا خطأ أيضا وأنه مما لا يصح تعليقه لا مما يبطل بالشرط اه ملخصا ، ويدل عليه أن ما يفسد بالشرط الفاسد ما كان مبادلة مال بمال وهذا ليس منها بل هو من التقييدات كما مر فيبطل تعليقه فيكون مفرعا على القاعدة الثانية فقط فلم يكن ذكره هنا خطأ فافهم ، وقيد بعزل الوكيل لأن الوكالة تخالفه حيث يصح تعليقها كما يأتى (قوله والاعتكاف) قال فى البحر : عندى أن ذكره هنا خطأ لما فى القنية قال : لله على اعتكاف شهر إن دخلت الدار ثم دخل لزمه عند علمائنا فإذا صح تعليقه بالشرط لم يبطل بالشرط الفاسد لما فى جامع الفصولين : ما جاز تعليقه بالشرط لم يبطل بالشرط الفاسد : وكيف والإجماع على صحة تعليق المنذور من العبادات أى عبادة كانت ، حتى أن الوقف كما يأتى لايصح تعليقه بالشرط ، ولو علق النذر به بشرط صح التعليق : وفى الخانية : الاعتكاف سنة مشروعة يجب بالنذر والتعليق بالشرط والشروع فيه . ثم قال : وأجمعوا أن النذر لو كان معلقا قال إن قدم غائبى أوشفى الله مريضى فلانا فلله على أن أعتكف شهرا فعجل شهرا قبل ذلك لم يجز فهذه العبارة دالة على صحة تعليقه بالإجماع وهذا الموضع الثالث مما أخطؤا فيه والخطأ هنا أقبح لكثرة الصرائح بصحة تعليقه ، وأنا متعجب لكونهم تداولوا هذه العبارات متونا وشروحا وفتاوى ، وقد يقع كثيرا أن مؤلفا يذكر شيئا خطأ فينقلونه بلا تنبيه فيكثر الناقلون وأصله لواحد مخطىء اه وتمامه فيه . وأجاب العلامة المقدسى بأن المراد أن نفس الإعتكاف لا يعلق بالشرط لأنه ليس مما يحلف به . قال فى النهر : وهو مردود بما فى هبة النهاية جعله مالا يصح تعليقه بالشرط الفاسد ثلاثة عشر وعد منها تعليق إيجاب الاعتكاف بالشرط ويمكن أن يجاب عنه بأن معناه ما إذا قال أوجبت على الاعتكاف إن قدم زيد لكنه خلاف الظاهر فتدبره اه . ثم قال : والحق أن كلامهم هنا محمول على رواية فى الاعتكاف وإن كانت الأخرى هى التى عليها الأكثر اه .

قلت : وفيه نظر ، لما علمت من أن ما هنا مذكور فى المتون والشروح والفتاوى ، بل الصواب فى الجواب أنه إذا كان كلامهم فيما لا يصح تعليقه بالشرط الفاسد علم أن مرادهم أنه لايصح تعليق الاعتكاف بالشرط الفاسد لا بمطلق شرط ، وإذا أجمعوا على أن تعليق الاعتكاف بشرط ملائم كإن شفى الله مريضى صحيح كيف يصح حمل

فإنهما ليسا مما يحلف به فلم يجز تعليقهما بالشرط ، وهذا فى إحدى الروايتين كما بسطه فى النهر ، والصحيح إلحاق الاعتكاف بالنذر (والمزارعة والمعاملة) أى المساقاة لأنهما إجارة (والإقرار)

كلامهم هنا على ما يناقضه ثم يعترض عليهم بأنهم أخطؤا وتداولوا الخطأ حتى لا يبقى لأحد ثقة بكلامهم الذى يتوافقون عليه ، مع أنا نرد على من خرج عن كلامهم بما يتداولونه فإنهم قدوتنا وعمدتنا شكر الله سعيهم ، بل الواجب حمل كلامهم على وفق مرامهم ، وذلك كما مثل به فى الحواشى العزمية بقوله فساد الاعتكاف بالشرط ، بأن قال من عليه اعتكاف أيام نويت أن أعتكف عشرة أيام لأجله بشرط أن لا أصوم أو أباشر امرأتى فى الاعتكاف أو أن أخرج عنه فى أى وقت شئت بحاجة أو بغير حاجة يكون الاعتكاف فاسدا وتعليقه بالشرط بأن يقول نويت أن أعتكف عشرة أيام إن شاء الله تعالى اهـ لكن هذا تصوير لنفس الاعتكاف لا لإيجابه فيصور إيجابه بأن يقول لله على أن أعتكف شهرا بشرط أن لا أصوم الخ أو إن رضى زيد :

وقد يقال : إن الشروع فيه موجب أيضا ، فإذا شرع فيه بالنية على هذا الشرط الفاسد لم يصح إيجابه فافهم ، والحمد لله على ما ألهم (قوله فإنهما ليسا مما يحلف به) هذا صحيح فى عزل الوكيل ، أما الاعتكاف فيحلف به بالإجماع كما علمت أفاده ح (قوله والصحيح إلحاق الاعتكاف بالنذر) أى فى صحة تعليقه بالشرط ، وهذا التصحيح مأخوذ من قول النهر وإن كانت الأخرى هى التى عليها الأكثر فهو ضعيف للرواية التى مشى عليها أصحاب المتون والشروح ، وقد علمت الجواب الصواب (قوله لأنهما إجارة) فيكونان معاوضة مال بمال فيفسدان بالشرط الفاسد ، ولا يجوز تعليقهما بالشرط ، كما لو قال زارعتك أرضى أو ساقيتك كرمى على أن تقرضنى ألفا أو إن قدم زيد ، وتمامه فى البحر . قال الرملى : وبه يعلم فساد ما يقع فى بلادنا من المزارعة بشرط مؤنة العامل على رب الأرض سواء كانت من الدراهم أو من الطعام (قوله والإقرار) بأن قال لفلان على كذا إن أقرضنى كذا أو إن قدم فلان لأنه ليس مما يحلف به فلا يصح تعليقه بالشرط عينى :

وفى المبسوط : ادعى عليه مالا فقال إن لم آتك به غدا فهو على لم يلزمه إن لم يأت به غدا لأنه تعليق الإقرار بالخطر . وفيه لفلان على ألف درهم إن حلف أو على أن يحلف فحلف فلان وجحد المقر لم يؤخذ به لأنه علق الإقرار بشرط فيه خطر ، والتعليق بالشرط يخرجه من أن يكون إقرارا اهـ بحر . وظاهره أن قوله على أن يحلف تعليق لا شرط ، لكن قد يطلق التعليق على التقييد بالشرط . وذكر فى البحر أن ظاهر الإطلاق دخول الإقرار بالطلاق والعتق مثل إن دخلت الدار فأنا مقر بطلاقها أو بعتقه فلا يقع ، بخلاف تعليق الإنشاء ، ويدل على الفرق بينهما أنه لو أكره على الإنشاء به وقع أو على الإقرار به لم يقع :

هذا ، وقد حكى الزيلعى فى كتاب الإقرار خلافا فى أن الإقرار المعلق باطل أولا ، ونقل عن المبسوط مايشهد لصحته فظاهره تصحيحه .

والحق تضعيفه لتصريحهم هنا بأنه لا يصح تعليقه بالشرط وأنه يبطل بالشرط الفاسد اهـ ملخصا . واعترضه فى النهر بأنه حيث اعتمد على كلامهم هنا كان عليه التزامه فى عزل الوكيل والاعتكاف :

قلت : إنما لم يلتزمه فيهما بناء على ما فهمه من مخالفته لكلامهم ، ولا يلزم اطراده فى باقى المسائل ، نعم فى كون الإقرار مما يبطل بالشرط نظر لأنه ليس من المعاوضات المالية ، ولم أر من صرح ببطلانه به ، ولا يلزم من ذكره هنا بطلانه لما علمته مما مر مرارا أن ماذكره المصنف من الفروع بعضه مما يبطل بالشرط وبعضه مما لايبطل ، فلا بد من نقل صريح ، ولا سيما وقد اقتصر الزيلعى وغيره على ذكر أنه لايصح تعليقه بالشرط فليراجع

إلا إذا علقه بمجيء الغد أو بموته فيجوز ويلزمه للحال عيني (والوقف و) الرابع عشر (التحكيم) كقول المحكمين إذا أهل الشهر فاحكم بيننا لأنه صلح معنى ، فلا يصح تعليقه ولا إضافته عند الثانى ، وعليه الفتوى كما فى قضاء الخانية وبقى إبطال الأجل . ففى البزازية أنه يبطل بالشرط الفاسد

(قوله إلا إذا علقه بمجيء الغد) كقوله على ألف إذا جاء غد أو رأس الشهر أو أفطر الناس ، لأن هذا ليس بتعليق بل هو دعوى الأجل إلى الوقت المذكور فيقبل إقراره ودعواه الأجل لا تقبل إلا بحجة زيلعى من كتاب الإقرار (قوله أو بموته) مثل له على ألف إن مت فهو عليه مات أو عاش لأنه ليس بتعليق لأن موته كائن لامحالة بل مراده الإشهاد عليه ليشهدوا به بعد موته إذا جحدت الورثة فهو تأكيد للإقرار زيلعى (قوله والوقف) لأنه ليس مما يحلف به ، فلو قال إن قدم ولدى فدارى صدقة موقوفة على المساكين فجاء ولده لا تصير وقفا لأن شرطه أن يكون منجزا جزم به فى فتح القدير والإسعاف حيث قال إذا جاء غد أو رأس الشهر أو إذا كلمت فلانا أو إذا تزوجت فلانة فأرضى صدقة موقوفة يكون باطلا لأنه تعليق والوقف لا يحتمل التعليق بالخطر . وفيه أيضا : وقف أرضه على أن له أصلها أو على أن لا يزول ملكه عنها أو على أن يبيع أصلها ويتصدق بثمنها كان الوقف باطلا ، وحكى فى البزازية وغيرها أن عدم صحة تعليقه رواية ، والظاهر ضعفها لجزم المصنف وغيره بها نهر ، وصوابه أن يقول والظاهر اعتمادها أو ضعف مقابلتها ، اللهم إلا أن يكون الضمير للحكاية المفهومة من قوله وحكى تأمل ، ومقتضى ما نقله عن الإسعاف ثانيا أن الوقف يبطل بالشرط الفاسد مع أنه ليس مبادلة مال بمال وأن المفتى به جواز شرط استبداله ولا يلزم من ذكر المصنف له هنا أنه مما يبطل بالشرط الفاسد لما قدمناه غير مرة ، بل ذكر فى العزمية أن قاضيخان صرح بأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة .

ويمكن التوفيق بينه وبين ما فى الإسعاف بأن الشرط الفاسد لا يبطل عقد التبرع إذا لم يكن موجبه نقض العقد من أصله ، فإن اشتراط أن تبقى رقبة الأرض له أو أن لا يزول ملكه عنها أو أن يبيعها بلا استبدال نقض للتبرع (قوله لأنه صلح معنى) قال فى الدرر فإنه تولية صورة وصلح معنى ، إذ لا يصار إليه إلا بتراضيهما لقطع الخصومة بينهما فباعتبار أنه صلح لا يصح تعليقه ولا إضافته ، وباعتبار أنه تولية يصح فلا يصح بالشك اهـ والظاهر أنه لا يفسد بالشرط الفاسد لأنه ليس مبادلة مال بمال (قوله عند الثانى) وعند محمد يجوز كالوكالة والإمارة والقضاء بحر (قوله كما فى قضاء الخانية) ومثله فى بيوع الخلاصة (قوله وبقى إبطال الأجل) بقى أيضا تعليق الكفالة بشرط غير ملائم كما سيأتى فى بابها إن شاء الله تعالى والإقالة كما مر فى بابها ، ويأتى مثاله ، والكتابة بشرط فى صلب العقد كما يأتى بيانه قريبا ، والعفو عن القود والإعارة ففى جامع الفصولين قال للقاتل إذا جاء غد فقد عفوتك عن القود لا يصح لمعنى التمليك . قال إذا جاء غد فقد أعرتك تبطل لأنها تمليك المنفعة ، وقيل تجوز كالإجارة ، وقيل تبطل الإجارة ؛ ولو قال أعرتك غدا تصح العارية اهـ . وبقى أيضا عزل القاضى فى أحد القولين كما يأتى ، وسيذكر الشارح أن ما لا تصح إضافته لا يعلق بالشرط (قوله ففى البزازية أنه يبطل بالشرط الفاسد) بأن قال كلما حل نجم ولم تؤد فالمال حال صح وصار حالا هكذا عبارة البزازية . واعترضها فى البحر بأنها سهو ظاهر ، لأنه لو كان كذلك لبقى الأجل فكيف يقول صح . وعبارة الخلاصة : وإبطال الأجل يبطل بالشرط الفاسد ، ولو قال كلما حل نجم الخ فجعلها مسألة أخرى وهو الصواب اهـ . وذكر العلامة المقدسى أن العبارتين مشكلتان ، وأن الظاهر أن المراد أن الأجل يبطل ، وأنه إذا علق على شرط فاسد كعدم أداء نجم فى المثال المذكور يبطل به الأجل فيصير المال حالا اهـ .

وكذا الحجر على ماقى الأشباه :
(وما) يصح و (لايبطل بالشرط الفاسد) لعدم المعاوضة المالية سبعة وعشرون على ماعده المصنف تبعا للعينى وزدت ثمانية (القرض والهبة والصدقة والنكاح

وحاصله أن لفظ إبطال فى عبارتى البزازية والخلاصة زائد وأنه لا مدخل لذكره فى هذا القسم أصلا (قوله وكذا الحجر) يوهم أنه يفسد بالشرط الفاسد وليس كذلك كما سيأتى ، نعم لايصح تعليقه بالشرط . قال فى جامع الفصولين . ولو قال لقنه إذا جاء غد فقد أذنت لك فى التجارة صح الإذن ؛ ولو قال إذا جاء غد فقد حجرت عليك لا يصح ، والقاضى لو قال لرجل قد حجرت عليك إذا سفهت لم يكن حكما بحجره ، ولو قال لسفيه قد أذنت لك إذا صلحت جاز اهـ (قوله وما يصح ولايبطل بالشرط الفاسد) شروع فى القاعدة الثالثة المقابلة للأولى والأصل فيها ما ذكره فى البحر عن الأصوليين فى كتب الأصول فى بحث الهزل من قسم العوارض أن ما يصح مع الهزل لا تبطله الشروط الفاسدة ، وما لايصح مع الهزل تبطله الشروط الفاسدة اهـ والمراد بقول الشارح مايصح أى فى نفسه ويلغو الشرط ، وإنما زاده لكون نفى البطلان لا يستلزم الصحة لصدقه على الفساد فافهم (قوله لعدم المعاوضة المالية) أشار إلى ما قدمه فى الأصل الأول من أن ما ليس مبادلة مال بمال لايفسد بالشرط الفاسد أى مالا يقتضيه العقد ولا يلائمه ، وذلك فضل خال عن العوض فيكون ربا والربا لا يكون فى المعاوضات الغير المالية ولا فى التبرعات (قوله وزدت ثمانية) هى الإبراء عن دم العمد ، والصلح عن جناية غصب ، ووديعة ، وعارية إذا ضمنها الخ والنسب والحجر على المأذون والغصب وأمان القن ط .

قلت : وقدمنا أن كل ما جاز تعليقه لا يفسد بالشرط الفاسد ، وسيأتى أيضا (قوله القرض) كأقرضتك هذه المائة بشرط أن تخدمنى سنة ، وفى البزازية : وتعليق القرض حرام والشرط لا يلزم . والذى فى الخلاصة عن كفالة الأصل والقرض بالشرط حرام اهـ نهر أى فالمراد بالتعليق الشرط . وفى صرف البزازية : أقرضه على أن يوفيه بالعراق فسد اهـ أى فسد الشرط وإلا خالف ما هنا تأمل (قوله والهبة والصدقة) كوهبتك هذه المائة أو تصدقت عليك بها على أن تخدمنى سنة نهر ، فتصح ويبطل الشرط لأنه فاسد وفى جامع الفصولين : ويصح تعليق الهبة بشرط ملائم كوهبتك على أن تعوضنى كذا ، ولو مخالفا تصح الهبة لا الشرط(١) اهـ : وفى حاشيته للخير الرملى .

أقول يؤخذ منه جواب واقعة الفتوى : وهب لزوجته بقرة على أنه إن جاءه أولاد منها تهب البقرة لهم وهو صحة الهبة وبطلان الشرط اهـ وسيذكر الشارح أن الهبة يصح تعليقها بالشرط ، ويأتى الكلام عليه (قوله والنكاح) كتزوجتك على أن لا يكون لك مهر فيصح النكاح ويبطل الشرط ويجب مهر المثل ، ومن هذا القبيل ما فى الخانية تزوجتك على أنى بالخيار يجوز النكاح ولا يصح الخيار لأنه ما علق النكاح بالشرط بل باشر النكاح وشرط الخيار اهـ وليس منه إن أجاز أبى أو رضى لأنه تعليق والنكاح لا يحتمله فلا يصح كما فى الخانية وكلام النهر هنا غير محرر فتدبر . وفى الظهيرية : لو كان الأب حاضرا فقبل فى المجلس جاز . قال فى النهر وهو مشكل : والحق ما فى الخانية اهـ :

---

(١) وفى الخانية من الهبة : وهبت مهرى منك على أن كل امرأة تتزوجها تجعل أمرها بيدى ، فإن لم يقبل بطلت الهبة ، وإن قبل فى المجلس صحت ، ثم إن فعل الزوج ذلك فالهبة ماضية وإلا فكذلك عند البعض كمن أعتق أمة على أن لاتتزوج عتقت تزوجت أولا ، قالت وهبت مهرى إن لم تظلمنى فقبل ثم طلقها فالهبة فاسدة لتعليق بالشرط ، وتمامه فى البحر عند قوله والإبراء عن الدين ، ومفاده أنه لولم يطلقها تصح الهبة فى صريح التعليق بالشرط تأمل اهـ منه .

والطلاق والخلع والعتق والرهن والإيصاء) كجعلتك وصيا على أن تتزوج بنتى (والوصية والشركة و) كذا (المضاربة والقضاء والإمارة) كوليتك بلد كذا مؤبدا صح وبطل الشرط فله عزله بلا جنحة ، وهل يشترط لصحة عزله كمدرس أبده السلطان أن يقول رجعت عن التأبيد أفتى بعضهم بذلك

قلت : مافى الظهيرية ذكره فى الخانية أيضا عن أمالى أبى يوسف وقال إنه استحسان (قوله والطلاق) كطلقتك على أن لاتتزوجى غيرى بحر . والظاهر أنه إذا قال إن لم تتزوجى غيرى فكذلك، ويأتى بيانه قريبا (قوله والخلع) كخالعتك على أن لى الخيار مدة يراها بطل الشرط ووقع الطلاق ووجب المال . وأما اشتراط الخيار لها فصحيح عند الإمام كما مضى بحر (قوله والعتق) بأن قال أعتقتك على أنى بالخيار بحر ، وقدمنا آنفا لو أعتق أمة على أن لاتتزوج عتقت تزوجت أولا (قوله والرهن) بأن قال رهنتك عبدى بشرط أن أستخدمه أو على أن الرهن إن ضاع ضاع بلا شيء أو إن لم أوف متاعك لك إلى كذا فالرهن لك بمالك بطل الشرط وصح الرهن بحر (قوله كجعلتك وصيا الخ) هذا المثال أحسن مما في البحر جعلتك وصيا على أن يكون لك مائة لأن الكلام فى الشرط الفاسد الذى لايفسد العقد وما هنا صحيح نهر، وفيه نظر فإنه قال فى البزازية فهو وصى والشرط باطل والمائة له وصية اهـ ومعنى بطلانه كما فى البحر أنه يبطل جعلها شرطا للإيصاء وتبقى وصية ، إن قبلها كانت له وإلا فلا اهـ أى فهو شرط فاسد لم يفسد عقد الإيصاء (قوله والوصية) كأوصيت لك بثلث مالى إن أجاز فلان عينى ، وفيه نظر لأنه مثال تعليقها بالشرط وليس الكلام فيه . وفى البزازية : وتعليقها بالشرط جائز لأنها فى الحقيقة إثبات الخلافة عند الموت اهـ ومعنى صحة التعليق أن الشرط إن وجد كان للموصى له المال وإلا فلا شيء له بحر ثم قال فى الخانية : لو أوصى بثلثه لأم ولده إن لم تتزوج فقبلت ذلك ثم تزوجت بعد انقضاء عدتها بزمان فلها الثلث بحكم الوصية اهـ مع أن الشرط لم يوجد إلا أن يكون المراد بالشرط عدم تزوجها عقب انقضاء العدة لاعدمه إلى الموت بدليل أنه قال تزوجت بعد انقضاء عدتها بزمان للاحتراز عن تزوجها عقب الانقضاء اهـ :

قلت : ووجهه أنه إذا مضت مدة بعد العدة ولم تتزوج فيها تحقق الشرط فلا تبطل الوصية بتزوجها بعده ، إذ لو كان الشرط عدم تزوجها أبدا لزم أن لايوجد شرط الاستحقاق إلا بموتها ، ويظهر من هذا أنه إذا قال طلقتك إن لم تتزوجى أنه إذا مضى بعد العدة زمان ولم تتزوج يتحقق الشرط ، لكن فيه أن الطلاق المعلق إنما يتحقق بعد تحقق الشرط فيلزم أن يكون ابتداء العدة بعده لا قبله ، فالظاهر بطلان هذا الشرط ووقوع الطلاق منجزا ، ويؤيده مامر قريبا ، ومر تحقيقه فى كتاب الطلاق فى أول باب التعليق (قوله والشركة) فيه أنها تفسد باشتراط مايؤدى إلى قطع الاشتراك فى الربح كاشتراط عشرة لأحدهما . وفى البزازية : الشركة تبطل ببعض الشروط الفاسدة دون بعض ، حتى لو شرط التفاضل فى الوضيعة لاتبطل وتبطل باشتراط عشرة لأحدهما . وفيها : لو شرط صاحب الألف العمل على صاحب الألفين والربح نصفين لم يجز الشرط والربح بينهما أثلاثا اهـ : أما لو لم يشترط العمل على أفضلهما مالا بل تبرع به . فأجاب فى البحر بأن شرط الربح صحيح لأن التبرع ليس من قبيل الشرط بدليل مافى بيوع الذخيرة : اشترى حطبا فى قرية وقال موصولا بالشراء من غير شرط فى الشراء : احمله إلى منزلى لايفسد لأنه كلام مبتدأ بعد تمام البيع (قوله وكذا المضاربة) كما لو شرط نفقة السفر على المضارب بطل الشرط وجازت بزازية : وفيها : ولو شرط من الربح عشرة دراهم فسدت لا لأنه شرط بل لقطع الشركة دفع إليه ألفا على أن يدفع رب المال للمضارب أرضا يزرعها سنة أو دارا للسكنى بطل الشرط وجازت ، ولو شرط ذلك على المضارب لرب المال فسدت لأنه جعل نصف الربح عوضا عن عمله وأجرة الدار اهـ ، وبه علم أنها تفسد ببعض الشروط كالشركة (قوله كوليتك بلدة كذا مؤبدا) فقوله مؤبدا شرط فاسد ، لأن التولية لاتقتضى ذلك لأنه ينعزل

واختار في النهر إطلاق الصحة . وفي البزازية : لو شرط عليه أن لا يرتشي ولا يشرب الخمر ولا يمتثل قول أحد ولا يسمع خصومة زيد صح التقليد والشرط (والكفالة والحوالة) إلا إذا شرط في الحوالة الإعطاء من ثمن دار المحيل فتفسد لعدم قدرته على الوفاء بالملتزم كما عزاه المصنف للبزازية . وأجاب في النهر بأن هذا من المحتال وعد وليس الكلام فيه فليحرر (والوكالة

بعارض جنون أو عزل أو نحوه ، ومثله وليتك على أن لا تعزل أبدا أو على أن لا تركب كما مثل به في البحر وقال فيهما الشرط فاسد ولا تبطل إمرته بهذا (قوله واختار في النهر إطلاق الصحة) حيث قال رادا على ذلك البعض : وعندي أنه لا سلف له فيه ولا دليل يقتضيه لأنه حيث صح العزل كان إلغاء للتأبيد سواء نص على الغاية أولا (قوله صح التقليد والشرط) فإن فعل شيئا من ذلك انعزل ، ولا يبطل قضاؤه فيما مضى : ولا ينفذ قضاء القاضي في خصومة زيد ، ويجب على السلطان أن يفصل قضيته إن اعتراه قضية بحر عن البزازية : وفيه عنها أيضا : لو شرط في التقليد أنه متى فسق ينعزل انعزل اهـ :

قلت : وإنما صح الشرط لكونه شرطا صحيحا ، والقاضي وكيل عن السلطان فيتقيد قضاؤه بما قيده به حتى يتقيد بالزمان والمكان والشخص ، ومن ذلك ما إذا نهاه عن سماع دعوى مضى عليها خمس عشرة سنة كما سيأتي في القضاء إن شاء الله تعالى (قوله والكفالة والحوالة) بأن قال كفلت غريمك على أن تقرضني كذا وأحلتك على فلان بشرط أن لا ترجع على عند التوى نهر ، يعني فتصح ويبطل الشرط . وفي البزازية : لو قال كفلت به على أني متى أو كلما طولبت به فلي أجل شهر فإذا طالبه به فله أجل شهر من وقت المطالبة الأولى فإذا تم الشهر من وقت المطالبة الأولى لزم التسليم ولا يكون للمطالبة الثانية تأجيل اهـ . وفيه أن كلما تقتضي التكرار مقدسي ، ولعله ألغى التكرار هنا لما يلزم عليه من إبطال موجب الكفالة ، وحيث أمكن الإعمال فهو أولى من الإبطال تأمل ، وسيذكر الشارح هذه المسألة أوائل الكفالة ، ويأتي توضيحها هناك . وفي البزازية أيضا : كفل على أنه بالخيار عشرة أيام أو أكثر يصح ، بخلاف البيع لأن مبناها على التوسع اهـ ففي هذا وفيما قبله صحت الكفالة والشرط لأنه شرط تأجيل أو خيار وكلاهما شرط صحيح ، ولا يرد على المصنف لأن كلامه في الشرط الفاسد ، وسيأتي في بابها أنه لا يصح تعليقها بشرط غير ملائم ويأتي هنا في كلام الشارح أيضا (قوله إلا إذا شرط الخ) أي شرط المحال على المحال عليه أن يعطيه المال المحال به من ثمن دار المحيل : قال في البزازية : بخلاف ما إذا التزم المحتال عليه الإعطاء من ثمن دار نفسه لأنه قادر على بيع دار نفسه ولا يجبر على بيع داره ، كما إذا كان قبولها بشرط الإعطاء عند الحصاد لا يجبر على الأداء قبل الأجل اهـ وظاهره صحة التأجيل إلى الحصاد لأنه مجهول جهالة يسيرة ، بخلاف هبوب الريح كما يأتي في بابها (قوله من المحتال) صوابه المحتال عليه (قوله فليحرر) أشار إلى ما في هذا الجواب ، فإن كونه وعدا لا يخرجه عن كونه شرطا مع أن فرض المسألة أنه مذكور في صلب العقد على أنه شرط ، إذ لو كان بعد العقد لا على وجه الاشتراط لم يفسد العقد كما مر عند قوله والشركة ، وأيضا لا يظهر به الفرق بين المسألتين ، ويظهر لي الجواب بأن الحوالة قد تكون مقيدة ، كما لو أحال غريمه بألف الوديعة على المودع تقيدت بها حتى لو هلكت الألف برئ المحال عليه كما سيأتي إن شاء الله تعالى في بابها ، وهنا لما شرط الدفع من ثمن دار المحيل صارت مقيدة به ، ولما لم يكن له قدرة على الوفاء بذلك فسدت الحوالة بمنزلة ما لو هلكت الوديعة المحال بها ، ولهذا لو كان البيع مشروطا في الحوالة صحت ويجبر على البيع كما في آخر حوالة البزازية . أما لو شرط الدفع من ثمن داره صحت الحوالة لقدرته على بيع داره ولكن لا يجبر على البيع ، ولو باع يجبر على الأداء لتحقق الوجوب كما في الدرر (قوله والوكالة)

والإقالة والكتابة) إلا إذا كان الفساد فى صلب العقد أى نفس البدل ككتابته على خمر فتفسد به ، وعليه يحمل إطلاقهم كما حرره خسرو (وإذن العبد فى التجارة ، ودعوة الولد) كهذا الولد منى إن رضيت امرأتى (والصلح عن دم العمد) وكذا الإبراء عنه ولم يذكره اكتفاء بالصلح درر (و) عن (الجراحة) التى فيها القود وإلا كان من القسم الأول ، وعن جناية غصب ووديعة وعارية إذ ضمنها رجل وشرط فيها حوالة أو كفالة درر ،

كوكلتك على أن تبرأنى ممالك علىّ نهر ، وفى البزازية : الوكالة لاتبطل بالشروط الفاسدة أى شرط كان ، وفيها تعليق الوكالة بالشرط جائز وتعليق العزل به باطل ، وتفرع عليه أنه لو قال كلما عزلتك فأنت وكيلى صح لأنه تعليق التوكيل بالعزل ، ولو قال كلما وكلتك فأنت معزول لم يصح لأنه تعليق العزل بالشرط بحر (قوله والإقالة) حتى لو تقايلا على أن يكون الثمن أكثر من الأول أو أقل صحت ولغا الشرط ، وقد مر فى بابها نهر : وذكر المصنف فى بابها أنها لاتفسد بالشرط وإن لم يصح تعليقها به . وصورة التعليق كما ذكره فى البحرهناك عن البزازية مالو باع ثورا من زيد فقال اشتريته رخيصا فقال زيد إن وجدت مشتريا بالزيادة فبعه منه فوجد فباع بأزيد لاينعقد البيع الثانى لأنه تعليق الإقالة لا الوكالة بالشرط (قوله والكتابة) بأن كاتبه على ألف بشرط أن لايخرج من البلد أو على أن لايعامل فلانا أو على أن يعمل فى نوع من التجارة فتصح ويبطل الشرط لأنه غير داخل فى صلب العقد نهر (قوله فى صلب العقد) صلب الشىء : مايقوم به ذلك الشىء وقيام البيع بأحد العوضين ، فكل فساد يكون فى أحدهما يكون فسادا فى صلب العقد درر (قوله وعليه) أى على كون الفساد فى صلب العقد ط (قوله يحمل إطلاقهم) أى إطلاق من قال إنها تبطل بالشرط الفاسد كالعمادى والاستروشنى فإنهما قالا : وتعليق الكتابة بالشرط لايجوز وإنها تبطل بالشرط ، ويحمل قولهما ثانيا الكتابة بشرط متعارف وغير متعارف تصح ويبطل الشرط على كون الشرط زائدا ليس فى صلب العقد ، وبه يندفع اعتراض صاحب جامع الفصولين عليهما ، هذا حاصل مافى الدرر ، وأما مافى البحر عن البزازية : كاتبها وهى حامل على أن لايدخل ولدها فى الكتابة فسدت لأنها تبطل بالشرط الفاسد اهـ فالمراد به ما كان فى صلب العقد ، لأن استثناء حملها وهو جزء منها شرط فى صلب العقد ، كمالو باع أمة إلا حملها لأنها أحد العوضين فافهم (قوله وإذن العبد فى التجارة) كأذنت لك فى التجارة على أن تتجر إلى شهر أو على أن تتجر فى كذا فيكون عاما فى التجارة والأوقات ويبطل الشرط بحر (قوله كهذا الولد منى إن رضيت امرأتى) تابع البحر فى ذلك مع أنه فى البحر اعترض على العينى مرارا بأن الكلام فى الشرط الفاسد لا فى التعليق ، فالأولى قول النهر بشرط رضا زوجتى . وقال فى العزمية : وصور ذلك فى إيضاح الكرمانى بأن ادعى نسب التوأمين بشرط أن لا تكون لسبة الآخر منه ، أو ادعى نسب ولد بشرط أن لايرث منه يثبت نسب كل واحد من التوأمين ويرث ويبطل الشرط لأنهما من ماء واحد ، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت الآخر لما عرف ، وشرط أن لايرث شرط فاسد لمخالفة الشرع والنسب لايفسد به اهـ (قوله والصلح عن دم العمد) بأن صالح ولى المقتول عمدا القاتل على شىء بشرط أن يقرضه أو يهدى إليه شيئا فالصلح صحيح والشرط فاسد ، ويسقط الدم لأنه من الإسقاطات فلايحتمل الشرط بحر (قوله ولم يذكروه اكتفاء بالصلح) إذ ليس بينهما كثير فرق ، فإن الولى إذا قال للقاتل عمدا أبرأت ذمتك على أن لاتقيم فى هذا البلد مثلا أو صالح معه عليه صح الإبراء والصلح ، ولا يعتبر الشرط درر (قوله التى فيها القود) فى المصباح : القود القصاص وبه عبر فى الدرر ، فلا فرق فى التعبير فافهم (قوله وإلا) بأن كان الصلح عن القتل الخطأ أو الجراحة التى فيها الأرش كان من القسم الأول درر : أى لأن موجب ذلك المال فكان مبادلة لا إسقاطا (قوله وعن جناية غصب) أى مغصوب ، وقوله

والنسب ، والحجر على المأذون نهر ، والغصب وأمان مقن" أشباه (وعقد الذمة وتعليق الرد بالعيب ، و) تعليقه (بخيار الشرط وعزل القاضى)

إذا ضمنها : أى موجبات الصلح في الصور المذكورة درر ، ولعل صورة المسألة لو أتلف ماغصبه أو أتلف وديعة أو عارية عنده وأراد المالك أن يضمنه ذلك فصالحه على شيء وضمن رجل موجب الصلح بشرط أن يحيله به على آخر أو يكفل به آخر صح الضمان وبطل الشرط ، لكن لايخفى أن الضمان كفالة ، وقد مرت مسألة الكفالة ، ولم أر من أوضح ذلك فتأمل (قوله والنسب) تقدم تصويره فى مسألة دعوى الولد (قوله والحجر على المأذون) فلا يبطل به ويبطل الشرط شرنبلالية عن العمادية ، ومثله فى جامع الفصولين ، ولا ينافى ماقدمه عن الأشباه لأن ذاك فى بطلان تعليقه بالشرط كما قدمناه (قوله والغصب) كذا ذكره فى جامع الفصولين وغيره مع ذكرهم مسألة جناية الغصب المارة ، وفيه أن الغصب فعل لايقيد بشرط ، فإن كان المراد ضمان الغصب بشرط فهو داخل فى الكفالة فافهم (قوله وأمان القن) أقول : فى السير الكبير لمحمد بن الحسن تعليق الأمان : بالشرط جائز بدليل « أن النبى صلى الله عليه وسلم حين أمن أهل خيبر علق أمانهم بكتمانهم شيئا وأبطل أمان آل أبى الجعد بكتمانهم الحلى » اه . وبه يعلم أن القن ليس قيدا حموى : أى سواء كانت إضافة الأمان من إضافة المصدر إلى فاعله أو إلى مفعوله وفى بعض النسخ وأمان النفس (قوله وعقد الذمة) فإن الإمام إذا فتح بلدة وأقر أهلها على أملاكهم وشرطوا معه فى عقد الذمة أن لايعطوا الجزية بطريق الإهانة كما هو المشروع ، فالعقد صحيح ، والشرط باطل درر (قوله وتعليق الرد بالعيب وبخيار الشرط) هكذا عبر فى الكنز ، وعبر فى النهاية بقوله وتعليق الرد بالعيب بالشرط وتعليق الرد بخيار الشرط بالشرط ، ومثله فى جامع الفصولين وغيره ، فعلم أن قوله بالعيب متعلق بالرد لا بتعليق ، وأن المراد أن الرد بخيار عيب أو شرط يصح تعليقه بالشرط . ولا يخفى أن الكلام فيما يصح ولا يفسد تقييده بالشرط الفاسد لا فيما صح تعليقه ، فكان المناسب حذف لفظة تعليق كما فعل صاحب الدرر : وقد يجاب بأن المراد بالتعليق التقييد أو أن كل ماصح تعليقه صح تقييده كما مر ، وبه ظهر أنه ليس المراد مايتوهم أن تعليق الرد بأحد الخيارين بالشرط يصح تقييده بالشرط إذ لايظهر تصوير تقييد التعليق . ثم إنه مثل للأول فى البحر بما إذا قال إن وجدت بالمبيع عيبا أرده عليك إن شاء فلان وللثانى بما إذا قال من له خيار الشرط رددت البيع أو أسقطت خيارى إن شاء فلان فإنه يصح ويبطل الشرط اه تأمل :

وفى البحر من باب خيار الشرط مانصه : فإن قلت : هل يصح تعليق إبطاله وإضافته ؟

قلت : قال فى الخانية : لوقال من له الخيار إن لم أفعل كذا اليوم فقد أبطلت خيارى كان باطلا ولا يبطل خياره ، وكذا لو قال فى خيار العيب إن لم أرده اليوم فقد أبطلت خيارى ولم يرده اليوم لايبطل خياره : ولولم يكن كذلك ولكنه قال أبطلت غدا أوقال أبطلت خيارى إذا جاء غد فجاء غد ذكر فى المنتقى أنه يبطل خياره . قال : وليس هذا كالأول لأن هذا وقت يجيء لامحالة بخلاف الأول اه . قال فى البحر هناك : فقد سووا بين التعليق والإضافة فى المحقق مع أنهم لم يسووا بينهما فى الطلاق والعتاق . وفى التتارخانية : اوكان الخيار للمشترى فقال إن لم أفسخ اليوم فقد رضيت أو إن لم أفعل كذا فقد رضيت لايصح اه أى بل يبقى خياره (قوله وعزل القاضى) فى جامع الفصولين : ولو قال الأمير لرجل إذا قدم فلان فأنت قاضى بلدة كذا أو أميرها يجوز ، ولو قال إذا أتاك كتابى هذا فأنت معزول ينعزل بوصوله وقيل لا اه : وذكر فى الدرر عن العمادية والاستروشنية أن الثانى به يفتى . واعترض بأن عبارة العمادية والاستروشنية قال ظهير الدين المرغينانى ونحن لانفتى بصحة التعليق وهو فتوى الأوزجندى اه .

كعزلتك إن شاء فلان فينعزل ويبطل الشرط ، لما ذكرنا أنها كلها ليست بمعاوضة مالية ، فلا تؤثر فيها الشروط الفاسدة . وبقي مالا يجوز تعليقه بالشرط ، وهو مختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها كطلاق وعتاق ، وبالالتزامات التي يحلف بها كحج وصلاة والتوليات كقضاء وإمارة عيني وزيلعي . زاد في النهر : الإذن في التجارة وتسليم الشفعة والإسلام ، وحرر المصنف دخول الإسلام في القسم الأول لأنه من الإقرار ،

وظاهر ما في جامع الفصولين ترجيح الأول ولذا مشى عليه في الكنز والملتقى وغيرهما (قوله كعزلتك إن شاء فلان) كذا مثل في البحر . واعترض بأن هذا تعليق وليس الكلام فيه ؛

قلت : والعجب أنه في البحر اعترض على العيني مرارا بمثل هذا : وقد يجاب بأنه إذا لم يبطل بالتعليق لايبطل بالشرط بالأولى كعزلتك على أن أوليك في بلدة كذا (قوله لما ذكرنا) أي في قوله لعدم المعاوضة المالية (قوله وبقي مالا يجوز تعليقه بالشرط) هذه القاعدة الرابعة ، وقدمنا أنها داخلة تحت الثالثة ، لما في جامع الفصولين أن ما جاز تعليقه بالشرط لا تبطله الشروط كطلاق وعتق وحوالة وكفالة ويبطل الشرط اهـ (قوله وهو مختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها) لو حذف قوله التي يحلف بها لدخل الإذن في التجارة وتسليم الشفعة لكونها إسقاطا ، ولكن لايحلف بهما أفاده في البحر ، ويدخل فيه أيضا الإبراء عن الكفالة فإنه يصح تعليقه بملائم كما مر في الإبراء عن الدين (قوله والتوليات) فيصح تعليقها بالملائم فقط ، وكذا في إطلاقات وتحريضات كما مر في الأصل الثاني (قوله وتسليم الشفعة) أي لأنه إسقاط محض كما علمت فيصح تعليقه ؛

هذا وفي شفعة الهداية عند قوله وإذا صالح من شفعته على عوض بطلت ورد العوض ، لأن حق الشفعة لايتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى . واعترضه في العناية بما قال محمد في الجامع الصغير : لو قال سلمت الشفعة في هذه الدار إن كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره فهذا ليس بتسليم لأنه علقه بشرط وصح ، لأن تسليم الشفعة إسقاط محض كالطلاق فصح تعليقه بالشرط اهـ . قال الطوري في تكملة البحر : وقد يفرق بحمل ما في الهداية على التي تدل على الإعراض والرضا بالمجاورة مطلقا والثاني على خلافه فيفرق بين شرط وشرط اهـ ؛

[تنبيه] لايخفى أن هذا كله في التسليم بعد وجوبها : وبقي مالو قال الشفيع قبل البيع إن اشتريت فقد سلمتها هل يصح أم لا ؟ بحث فيه الخير الرملي بقوله لاشبهة في أنه تعليق الإسقاط قبل الوجوب بوجود سببه ، ومقتضى قولهم التعليق بالشرط المحض يجوز فيما كان من باب الإسقاط المحض ، وقولهم المعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده وقولهم من لايملك التنجيز لايملك التعليق إلا إذا علقه بالملك أو سببه صحة التعليق المذكور لأنه إسقاط ، وقد علقه بسبب الملك فكأنه نجزه عند وجوده ، لكن أورد في الظهيرية إشكالا على كون تسليم الشفعة إسقاطا محضا ، وهو ماذكره السرخسي في باب الصلح عن الجنايات من أن القصاص لايصح تعلق إسقاطه بالشرط ، ولايحتمل الإضافة إلى الوقت وإن كان إسقاطا محضا ، ولهذا لايرتد برد من عليه القصاص ، ولو أكره على إسقاط الشفعة لايبطل حقه قال وبه تبين أن تسليم الشفعة ليس بإسقاط محض وإلا لصح مع الإكراه كسائر الإسقاطات اهـ . قال الرملي : وعليه لايصح التعليق قبل الشراء كالتنجيز قبله والمسألة تقع كثيرا ، والذي يظهر عدم صحة التعليق اهـ (قوله وحرر المصنف دخول الإسلام في القسم الأول) أي مالا يصح تعليقه بالشرط وذلك حيث ذكر أولا أن الإسلام لابد فيه بعد الإتيان بالشهادتين من التبري كما علمت تفاصيله في الكتب المبسوطة ؛ ويؤخذ عدم صحة تعليقه بالشرط من قولهم بعدم صحة تعليق الإقرار بالشرط . وتحقيقه أن الإسلام تصديق بالجنان وإقرار باللسان وكلاهما لايصح تعليقه بالشرط ، ومن المعلوم أن الكافر الذي يعلق إسلامه على فعل شيء غالبا يكون شيئا لايريد

ودخول الكفر هنا لأنه ترك . ويصح تعليق هبة وحوالة وكفالة وإبراء عنها بملائم (وماتصح إضافته إلى) الزمان (المستقبل

كونه فلا يقصد تحصيل ماعلق عليه . وقد ذكر الزيلعي وغيره أن الإسلام عمل، بخلاف الكفر فإنه ترك، ونظيره الإقامة والصيام ، فلا يصير المقيم مسافرا ، ولا الصائم مفطرا ، ولا الكافر مسلما بمجرد النية لأنه فعل ، ويصير مقيما وصائما وكافرا بمجرد النية لأنه ترك ، فإذا علقه المسلم على فعل وفعله والظاهر أنه مختار فى فعله فيكون قاصدا للكفر فيكفر بخلاف الإسلام اه (قوله ودخول الكفر هنا) أى فيما يصح تعليقه . وفيه أن كلام المصنف كما مر آنفا ليس فيه تعرض لدخول الكفر فى هذا القسم بل فيه ماينافيه وهو أنه يصير كافرا بمجرد النية لأنه ترك: أى ترك العمل والتصديق فيتحقق فى الحال قبل وجود المعلق عليه ، ولو صح تعليقه لما وجد فى الحال فافهم (قوله ويصح تعليقه هبة) فى البزازية من البيوع تعليق الهبة بأن باطل وبعلى إن ملائما كهبته على أن يعوضه يجوز ، وإن مخالفا بطل الشرط وصحت الهبة اه بحر ، وهذا مخالف ماذكره الشارح ، لأن كلامه فى صحة التعليق بأداة الشرط لا فى التقييد بالشرط ، لأن هذا تقدم فى المتن حيث ذكر الهبة فيما لا يبطل بالشرط الفاسد فافهم ، لكن فى البحر أيضا عن المناقب عن الناصحى : لو قال إن اشتريت جارية فقد ملكتها منك يصح، ومعناه إذا قبضه بناء على ذلك اه أى إذا قبض الموهوب له الموهوب بناء على التمليك يصح مع أنه معلق بإن، وهو خلاف ما فى البزازية من إطلاق بطلانه ، ولعله قول آخر يجعل التعليق بالملائم صحيحا كالتقييد تأمل (قوله وحوالة وكفالة) فى البزازية من البيوع ، وتعليق الكفالة إن متعارفا كقدوم المطلوب يصح ، وإن شرطا محضا كإن دخل الدار أو هبت الريح لا والكفالة إلى هبوب الريح جائزة والشرط باطل ،ونص النسفى أن الشرط إن لم يتعارف تصح الكفالة ويبطل الشرط والحوالة كهى اه بحر (قوله وإبراء عنها) كإن وافيت به غدا فأنت برىء كما قدمناه فى مسألة الإبراء عن الدين (قوله بملائم) قيد للأربعة .

[تتمة] بقى مما يصح تعليقه دعوة الولد كإن كانت جاريتى حاملا فمنى وكذا الوصية والإيصاء والوكالة والعزل عن القضاء فهذه نص فى البحر عليها فى أثناء شرحها ونبهنا على ذلك والإبراء عن الدين إذا علق بكائن أو بمتعارف كما مر وذكر فى جامع الفصولين مما يصح تعليقه إذن القن وكذا النكاح بشرط علم للحال وكذا تعليق الإمهال أى تأجيل الدين غير القرض إن علق بكائن ولو قال بعته بكذا إن رضى فلان جاز البيع والشرط جميعا ولو قال بعته منك إن شئت فقال قبلت تم البيع وقدمنا تقييد مسئلة البيع بما إذا وقته بثلاثة أيام وذكر خلافا فى صحة تعليق القبول .

مطلب مايصح إضافته ومالاتصح

(قوله وما تصح إضافته الخ) شروع فيما يضاف ومالا يضاف بعد الفراغ من الكلام على التعليق ، ولم أر من ذكر للذلك ضابطا ، وسيأتى بيانه ثم الفرق بين التعليق والإضافة : هو التعليق يمنع المعلق عن السببية للحكم فإن نحو أنت طالق سبب للطلاق . فى الحال ، فإذا قال أنت طالق إن دخلت الدار منع انعقاده سببا للحال وجعله متأخرا إلى وجود الشرط ، فعند وجوده ينعقد سببا مفضيا إلى حكمه وهو الطلاق . وأما الإيجاب المضاف مثل أنت طالق غدا فإنه ينعقد سببا للحال لا نتفاء التعليق المانع من انعقاد السببية ، لكن يتأخر حكمه إلى الوقت المضاف إليه فالإضافة لا تخرجه عن السببية بل تؤخر حكمه بخلاف التعليق ، فإذا قال إن جاء غد فلله على أن أتصدق بكذا لا يجوز له التصدق قبل الغد لأنه لا تعجيل قبل السبب ، ولو قال لله على أن أتصدق بكذا غدا له التعجيل

الإجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة والكفالة والإيصاء والوصية والقضاء والإمارة والطلاق والعتاق والوقف) فهي أربعة عشر ، وبقي العارية والإذن في التجارة فيصحان مضافين أيضا عمادية :

(ومالا تصح) إضافته (إلى المستقبل) عشرة (البيع ، وإجازته ، وفسخه ، والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال والإبراء عن الدين) لأنها تمليكات للحال فلاتضاف للاستقبال كما لاتعلق بالشرط.

قبله لأنه بعد السبب لأن الإضافة دخلت على الحكم لا السبب ، فهو تعجيل للمؤجل وتفرع عليه ما لو حلف لا يطلق امرأته فأضاف الطلاق إلى الغد حنث وإن علقه لم يحنث ، هذا حاصل ما ذكروه في كتب الأصول : وللمحقق ابن الهمام في التحرير أبحاث في الفرق بينهما ذكرها ابن نجيم في شرح المنار في فصل الأدلة الفاسدة . وقال : والفرق بينهما من أشكل المسائل (قوله الإجارة) في جامع الفصولين : ولو قال آجرتك غدا فيه اختلاف والمختار أنها تجوز ثم في الإجارة المضافة إذا باع أو وهب قبل الوقت يفتي بجواز ما صنع وتبطل الإجارة ، فلو رد عليه بعيب بقضاء أو رجع في الهبة قبل الوقت عادت الإجارة ، ولو عاد إليه بملك مستقبل لا تعود الإجارة. وفي فتاوى ظهير الدين لو قال آجرتك هذه رأس كل شهر بكذا يجوز في قولهم (قوله وفسخها) في العزمية على الخانية أن الفتوى عليه . وفي الشرنبلالية : المعتمد اختيار عدم الصحة ، وهو المذكور في الكافي ، واختار ظهير الدين اه ففيه اختلاف التصحيح (قوله والمزارعة والمعاملة) فإنهما إجارة ، حتى إن من يجيزهما لا يجيزهما إلا بطريقها ويراعي فيهما شرائطها درر (قوله والمضاربة والوكالة) فإنهما من باب الاطلاقات والإسقاطات فإن تصرف المضارب والوكيل قبل العقد والتوكيل في مال المالك والموكل كان موقوفا حقا للمالك فهو بالعقد والتوكيل أسقطه فيكون إسقاطا فيقبل التعليق درر أي وإذا قبل التعليق يقبل الإضافة بالأولى ، لأن التعليق يمنع السببية ، بخلاف الإضافة كما علمت : وبه اندفع اعتراض المصنف في المنح بأن الكلام في الإضافة لا في التعليق ، لكن لم أر من صرح بصحة التعليق في المضاربة ، ولعله أراد بالتعليق التقييد بالشرط فإنهم يطلقون عليه لفظ التعليق تأمل (قوله والكفالة) لأنها من باب الالتزامات فتجوز إضافتها إلى الزمان وتعليقها بالشرط الملائم درر (قوله والإيصاء) أي جعل الشخص وصيا والوصية بالمال فإنهما لا يفيدان إلا بعد الموت فيجوز تعليقهما وإضافتهما درر (قوله والقضاء والإمارة) فإنهما تولية وتفويض محض فجاز إضافتهما درر (قوله والطلاق والعتاق) فإنهما من باب الإطلاقات والإسقاطات وهو ظاهر درر (قوله والوقف) فإن تعليقه إلى مابعد الموت جائز درر ، والكلام فيه كما مر في المضاربة والوكالة (قوله وبقي العارية والإذن في التجارة) قال في جامع الفصولين الذي جمع فيه الفصول العمادية والفصول الاسترشنية : تبطل إضافة الإعارة ، بأن قال إذا جاء غد فقد أعرتك لأنها تمليك المنفعة ، وقيل تجوز ، ولو قال أعرتك غدا تصح وقال قبله ولو قال لقنه إذا جاء غد فقد أذنت لك في التجارة صح الإذن ، ولو قال إذا جاء غد فقد حجرت عليك لايصح اه :

وأنت خبير بأن الكلام في الإضافة ولفظ إذا جاء غد تعليق ويسمى إضافة باعتبار ذكر الوقت فيه لاحقيقة ، ولذا فرق في مسئلة الإعارة بين ذكر إذا وعدمه ، فعد الإذن في التجارة هنا تبعا للقهستاني غير ظاهر تأمل : وفي جامع الفصولين إذا قال أبطلت خياري غد ابطل خياره وقدمنا فيما يصح تعليقه أن إسقاط القصاص لايحتمل الإضافة إلى الوقت (قوله لأنها تمليكات الخ) كذا في الدرر. وقال الزيلعي آخر كتاب الإجارة لأنها تمليك وقد أمكن تنجيزها للحال فلاحاجة إلى الإضافة بخلاف الفصل الأول لأن الإجارة وما شاكلها لايمكن تمليكه للحال وكذا الوصية ، وأما الإمارة والقضاء فمن باب الولاية والكفالة من باب الالتزام اه :

لما فيه من القمار ، وبقى الوكالة على قول الثانى المفتى به :

باب الصرف

عنونه بالباب لا بالكتاب لأنه من أنواع البيع

(هو) لغة الزيادة . وشرعا (بيع الثمن بالثمن) أى ماخلق للثمنية ومنه المصوغ (جنسا بجنس أو بغير جنس) كذهب بفضة (ويشترط) عدم التأجيل والخيار و (التماثل)

قلت : ويظهر من هذا ومما ذكرناه آنفا عن الدرر أن الإضافة تصح فيما لا يمكن تمليكه للحال وفيما كان من الإطلاقات والإسقاطات والالتزامات والولايات ، ولا تصح فى كل ما أمكن تمليكه للحال تأمل (قوله لما فيه من القمار) هو المراهنة كما فى القاموس ، وفيه المراهنة ، والرهان المخاطرة .

وحاصله أنه تمليك على سبيل المخاطرة . ولما كانت هذه تمليكات للحال لم يصح تعليقها بالخطر لوجود معنى القمار (قوله وبقى الوكالة) الظاهر أنه سبق قلم وصوابه التحكيم فإنه الذى فيه خلاف أبى يوسف . قال فى البزازية وتعليق كونه حكما بالخطر أو الإضافة إلى مستقبل صحيح عند محمد خلافا للثانى والفتوى على الثانى اهـ وهكذا قدمه الشارح قبيل مالا يبطل بالشرط الفاسد ، وكيف يصح عد الوكالة هنا وقد ذكرها المصنف تبعا للكنز والوقاية فيما تصح إضافته وكذا فى جامع الفصولين وغيره ، وكذا تقدم أنها مما لا يفسد بالشرط وبه صرح فى الكنز وغيره بل قدمنا جواز تعليقها بالشرط فكيف لا تصح إضافتها ، نعم بقى فسخ الإجارة على أحد التصحيحين كما قدمناه آنفا ، والله سبحانه أعلم .

باب الصرف

لما كان عقدا على الأثمان والثمن فى الجملة تبع لما هو المقصود من البيع أخره عنه (قوله عنونه بالباب) قال فى الدرر عنونه الأكثرون بالكتاب وهو لا يناسب لكون الصرف من أنواع البيع كالربا والسلم فالأحسن ما اختير ههنا (قوله هو لغة الزيادة) هذا أحد معانيه ففى المصباح صرفته عن وجهه صرفا من باب ضرب وصرفت الأجير والصبى خليت سبيله وصرفت المال أنفقته وصرفت الذهب بالدراهم بعته واسم الفاعل من هذا صيرفى وصيروف(١) وصراف للمبالغة قال ابن فارس الصرف فضل الدرهم فى الجودة على الدرهم وصرفت الكلام زينته ، وصرفته بالتثقيل واسم الفاعل : مصرف والصرف التوبة فى قوله عليه الصلاة والسلام « لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا » والعدل الفدية اهـ زاد فى القاموس فى معنى الحديث المذكور قوله أو هو النافلة . والعدل : الفريضة أو بالعكس أو الوزن . والعدل الكيل ، أو هو الاكتساب : والعدل : الفدية أو الحيل اهـ وقد علمت أنه يطلق لغة على بيع الثمن بالثمن لكنه فى الشرع أخص تأمل (قوله أى ما خلق للثمنية) ذكر نحوه فى البحر . ثم قال : وإنما فسرناه به ليدخل فيه بيع المصوغ بالمصوغ أو بالنقد ، فإن المصوغ بسبب ما اتصل به من الصنعة لم يبق ثمنا صريحا ولهذا يتعين فى العقد ومع ذلك بيعه صرف اهـ (قوله ويشترط عدم التأجيل والخيار) أى وعدم الخيار : أى خيار الشرط بخلاف خيار رؤية أو عيب كما يأتى . ولا يقال هذا مكرر مع قوله الآتى ويفسد بخيار الشرط والأجل ، لأن

---

(١) (قوله وصيروف) هكذا بخطه ، والذى رأيته فى نسخة من المصباح : وصيرف بحذف الواو ، وقوله وصرفته بالتثقيل واسم الفاعل الخ هكذا بخطه أيضا ، وفيه سقط والأصل وصرفته بالتثقيل مبالغة واسم الفاعل الخ ، وقوله فى عبارة القاموس أو الحيل الذى فى عبارته أو الحيلة فليراجع اهـ مصححه .

أى التساوى وزنا (والتقابض) بالبراجم لا بالتخلية (قبل الافتراق) وهو شرط بقائه صحيحا على الصحيح (إن اتحدا جنسا وإن) وصلية (اختلفا جودة وصياغة) لما مر فى الربا (وإلا) بأن لم يتجانسا

ذاك تفريع على هذا كما هو العادة من ذكر الشروط ثم التفريع عليها فافهم ، نعم ذكر فى النهر أنه لا حاجة إلى جعلهما شرطين على حدة كما جرى عليه فى البحر تبعا للنهاية وغيرها لأن شرط التقابض يغنى عن ذلك ، لأن خيار الشرط يمنع ثبوت الملك أو تمامه على القولين وذلك يخل بتمام القبض وهو ما يحصل به التعيين اهـ ولا يخفى ما فيه (قوله أى التساوى وزنا) قيد به لأنه لا اعتبار به عددا بحر عن الذخيرة ، والشرط التساوى فى العلم لا بحسب نفس الأمر فقط ، فلو لم يعلما التساوى وكان فى نفس الأمر لم يجز إلا إذا ظهر التساوى فى المجلس كما أوضحه فى الفتح ، ونذكر قريبا حكم الزيادة والحط (قوله بالبراجم) جمع برجمة بالضم : وهى مفاصل الأصابع عن جامع اللغة (قوله لا بالتخلية) أشار إلى أن التقييد بالبراجم للاحتراز عن التخلية ، واشتراط القبض بالفعل لا خصوص البراجم ، حتى لو وضعه له فى كفه أو فى جيبه صار قابضا (قوله قبل الافتراق) أى افتراق المتعاقدين بأبدانهما ، والتقييد بالعاقدين يعم المالكين والنائبين ، وتقييد الفرقة بالأبدان يفيد عدم اعتبار المجلس ، ومن ثم قالوا إنه لا يبطل بما يدل على الإعراض ، ولو سارا فرسخا ولم يتفرقا ، وقد اعتبروا المجلس فى مسألة هى ما لو قال الأب اشهدوا أنى اشتريت الدينار من ابنى الصغير بعشرة دراهم ثم قام قبل أن يزن العشرة فهو باطل كذا عن محمد ، لأنه لا يمكن اعتبار التفرق بالأبدان نهر .

وفى البحر : لو نادى أحدهما صاحبه من وراء جدار أو من بعيد لم يجز لأنهما مفترقان بأبدانهما ، وتفرع على اشتراط القبض أنه لا يجوز الإبراء عن بدل الصرف ولا هبته والتصدق به ، فلو فعل لم يصح بدون قبول الآخر ، فإن قبل انتقض الصرف وإلا لم يصح ولم ينتقض ، وتمامه فى البحر .

[تنبيه] قبض بدل الصرف فى مجلس الإقالة شرط لصحتها كقبضه فى مجلس العقد ، بخلاف إقالة السلم ، وقدمنا الفرق فى بابه .

وفى البحر : لو وجب دين بعقد متأخر عن عقد الصرف لا يصير قصاصا ببدل الصرف وإن تراضيا ، ولو قبض بدل الصرف ثم انتقض القبض فيه لمعنى أوجب انتقاضه يبطل الصرف ، ولو استحق أحد بدليه بعد الافتراق فإن أجاز المستحق والبدل قائم أو ضمن الناقد وهو هالك جاز الصرف ، وإن استرده وهو قائم أو ضمن القابض قيمته وهو هالك بطل الصرف (قوله على الصحيح) وقيل شرط لانعقاده صحيحا ، وعلى الأول قول الهداية : فإن تفرقا قبل القبض بطل ، فلولا أنه منعقد لما بطل بالافتراق كما فى المعراج : وثمرة الخلاف فيما إذا ظهر الفساد فيما هو صرف يفسد فيما ليس صرفا عند أبى حنيفة ، ولا يفسد على القول الأصح فتح (قوله وإن اختلفا جودة وصياغة) قيد إسقاط الصفقة بالأثمان ، لأنه لو باع إناء نحاس بمثله وأحدهما أثقل من الآخر جاز مع أن النحاس وغيره مما يوزن من الأموال الربوية أيضا لأن صفة الوزن فى النقدين منصوص عليها فلا تتغير بالصنعة ولا يخرج عن كونه موزونا بتعارف جعله عدديا لو تعورف ذلك بخلاف غيرهما فإن الوزن فيه بالعرف فيخرج عن كونه موزونا بتعارف عدديته إذا صيغ وصنع كذا فى الفتح ، حتى لو تعارفوا بيع هذه الأوانى بالوزن لا بالعدد لا يجوز بيعها بجنسها إلا متساويا كذا فى الذخيرة نهر (قوله لما مر فى الربا) أى من أن جيد مال الربا ورديئه سواء ، وتقدم استثناء حقوق العباد : ومر الكلام فيه فراجعه ، ومنه ما فى البحر عن الذخيرة : غصب قلب فضة ثم استهلكه فعليه قيمته مصوغا من خلاف جنسه ، فإن تفرقا قبل قبض القيمة جاز خلافا لزفر لأنه صرف حكما للضمان

(شرط التقابض) لحرمة النساء (فلو باع) النقدين (أحدهما بالآخر جزافا أو بفضل وتقابضا فيه) أى المجلس (صح ، و) العوضان (لايتعينان) حتى لو استقرضا فأديا قبل افتراقهما أو أمسكا ماأشار إليه فى العقد وأديا مثلهما جاز :

(ويفسد) الصرف (بخيار الشرط والأجل) لإخلالهما بالقبض (ويصح مع إسقاطهما فى المجلس) لزوال المانع وصح خيار رؤية وعيب فى مصوغ لانقد :

الواجب بالغصب لا مقصودا فلا يشترط له القبض اه وإنما لزمه الضمان من خلاف جنسه لئلا يلزم الربا لأن قيمته مصوغا أزيد من وزنه (قوله شرط التقابض) أى قبل الافتراق كما قيد به فى بعض النسخ . وفى البحر عن الذخيرة لو اشترى المودع الوديعة الدراهم بدنانير وافترقا قبل أن يجدد المودع قبضا فى الوديعة بطل الصرف ، بخلاف المغصوبة لأن قبض الغصب ينوب عن قبض الشراء بخلاف الوديعة اه (قوله لحرمة النساء) بالفتح أى التأخير فإنه يحرم بإحدى علتى الربا : أى القدر أو الجنس كما مر فى بابه (قوله فلو باع النقدين) تفريع على قوله والاشرط التقابض فإنه يفهم منه أنه لا يشترط التماثل ، وقيد بالنقدين لأنه لو باع فضة بفلوس فإنه يشترط قبض أحد البدلين قبل الافتراق لاقبضهما كما فى البحر عن الذخيرة . ونقل فى النهر عن فتاوى قارئ الهداية أنه لا يصح تأجيل أحدهما ثم أجاب عنه ، وقدمنا ذلك فى باب الربا ، وقدمنا هناك أنه أحد قولين فراجعه عند قول المصنف باع فلوسا بمثلها أو بدراهم الخ (قوله أحدهما بالآخر) احترازا عما لو باع الجنس بالجنس جزافا حيث لم يصح ما لم يعلم التساوى قبل الافتراق كما قدمناه (قوله جزافا) أى بدون معرفة قدر ، وقوله أو بفضل : أى بتحقق زيادة أحدهما على الآخر وسكت عن التساوى للعلم بصحته بالأولى (قوله والعوضان لا يتعينان) أى فى الصرف ما دام صحيحا أما بعد فساده فالصحيح التعيين كما فى الأشباه ، وقدمناه عنها فى أواخر البيع الفاسد ما تتعين فيه النقود وما لا تتعين (قوله حتى لو استقرضا الخ) صورته قال أحدهما للآخر بعتك درهما بدرهم وقبل الآخر ولم يكن عندهما شىء ثم استقرض كل منهما درهما من ثالث وتقابضا قبل الافتراق صح ، وكذا لو قال بعتك هذا الدرهم بهذا الدرهم وأمسك كل منهما درهمه قبل التسليم ودفع كل منهما درهما آخر قبل الافتراق ، ومثله كما فى الدرر ما لو استحق كل من العوضين فأعطى كل منهما صاحبه بدل ما استحق من جنسه (قوله وأديا مثلهما) ضمير مثلهما عائد على ما ، وثناه باعتبار المعنى (قوله ويفسد الصرف) أى فسادا من الأصل لأنه فساد مقترن بالعقد كما فى المحيط شرنبلالية (قوله لإخلالهما بالقبض) لأن خيار الشرط يمتنع به استحقاق القبض ما بقى الخيار لأن استحقاقه مبنى على الملك والخيار يمنعه والأجل يمنع القبض الواجب درر (قوله ويصح مع إسقاطهما فى المجلس) هكذا فى الفتح وغيره ، والظاهر أن المراد إسقاطهما بنقد البدلين فى المجلس لابقولهما أسقطنا الخيار والأجل ، إذ بدون نقد لا يكفى وأنه لايلزم الجمع بين الفعل والقول ، ثم رأيت فى القهستانى قال : فلو تفرقا من غير تقابض أو من أجل أو شرط خيار فسد البيع ، ولو تقابضا فى الصور قبل التفرق انقلب صحيحا اه : ونحوه فى التتارخانية فافهم (قوله لزوال المانع) أى قبل تقرره درر (قوله فى مصوغ لانقد) فيه أن النقد يدخله خيار العيب كما ذكره المصنف فى قوله عقبه ظهر بعض الثمن زيوفا الخ .

وقال فى البحر : وأما خيار العيب فثابت فيه وأما خيار الرؤية فثابت فى العين دون الدين الخ . وفى الفتح : وليس فى الدراهم والدنانير خيار رؤية لأن العقد لاينفسخ بردها لأنه إنما وقع على مثلها ، بخلاف التبر والحلى والأوانى من الذهب والفضة لأنه ينتقض العقد برده لتعينه فيه الخ فكان الصواب أن يقول فى مصوغ لا خيار رؤية فى نقد

[فرع] الشرط الفاسد يلتحق بأصل العقد عنده خلافا لهما نهر .

(ظهر بعض الثمن زيوفا فرده ينتقض فيه فقط لايتصرف فى بدل الصرف قبل قبضه) لوجوبه حقا لله تعالى

(فلو باع دينارا بدراهم واشترى بها) قبل قبضها (ثوبا) مثلا (فسد بيع الثوب) والصرف بحاله :

(باع أمة تعدل ألف درهم مع طوق) فضة فى عنقها (قيمته ألف) إنما بين قيمتهما ليفيد القسام الثمن على الثمن أو أنه غير جنس الطوق ، وإلا فالعبرة لوزن الطوق لا لقيمته فقدره مقابل به والباقى بالجارية (بألفين) متعلق بباع

(قوله الشرط الفاسد الخ) فى البحر لو تصارفا جنسا بجنس متساويا وتقابضا وتفرقا ثم زاد أحدهما الآخر شيئا أو حط عنه وقبله الآخر فسد البيع عنده : وعند أبى يوسف بطلا وصح الصرف : وعند محمد بطلت الزيادة وجاز الحط بمنزلة الهبة المستقبلة وهذا فرع اختلافهم فى أن الشرط الفاسد المتأخر عن العقد إذا ألحق به هل يلتحق ، لكن محمد فرق بين الزيادة والحط ، ولو زاد أو حط فى صرف بخلاف الجنس جاز إجماعا بشرط قبض الزيادة قبل الافتراق اهـ وانظر ما حررناه فى أول باب الربا (قوله ينتقض فيه فقط) أى ينفسخ الصرف فى المردود ويبقى فى غيره لارتفاع القبض فيه فقط درر :

وفى كافى الحاكم : اشترى عشرة دراهم بدينار وتقابضا ثم وجد فيها درهما ستوقا أو رصاصا ، فإن كانا لم يتفرقا استبدله وإن كانا قد تفرقا رده عليه وكان شريكا فى الدينار بحصته : وهذا بمنزلة مالو نقده تسعة دراهم ثم فارقه اهـ ومقتضاه أنه بعد التفرق لايتأتى الاستبدال فافهم (قوله لايتصرف فى بلد الصرف قبل قبضه) أى بهبة أو صدقة أو بيع ، حتى لو وهبه البدل أو تصدق أو أبرأه منه ، فإن قبل بطل الصرف وإلا لا ، فإن البراءة ونحوها سبب الفسخ فلا ينفرد به أحدهما بعد صحة العقد فتح ، وقيد بالتصرف لأن الاستبدال به صحيح كامر (قوله فسد بيع الثوب) لأنه لو جاز سقط حق القبض المستحق لله تعالى فلا يسقط بإسقاط المتعاقدين فتح . وعند زفر يصح البيع لأن الثمن فى بيعه لم يتعين كونه بدل الصرف لأن النقد لايتعين ، وقواه فى الفتح .

ونازعه فى البحر بما اعترضه فى النهر . وأجاب عما فى الفتح بجواب آخر فراجعه ، وأطلق فساد البيع فشمل مالو كان الشراء من صاحبه أو من أجنبى كما فى الكافى (قوله والصرف بحاله) أى فيقبض بدله ممن عاقده معه فتح ، وهذا بخلاف مالو أبرأه أو وهبه وقبل فإن الصرف يبطل كما علمت (قوله باع أمة الخ) حاصل هذه المسائل أن الجمع بين النقود وغيرها فى البيع لايخرج النقود عن كونها صرفا بما يقابله من الثمن نهر (قوله قيمته ألف) كون قيمة الجارية مع الطوق متساويين ليس بشرط ، بل إذا بيع نقد مع غيره من جنسه لابد أن يزيد الثمن على النقد المضموم إليه ، فلو قال مع طوق زنته ألف بألف ومائة لكان أولى نهر (قوله إنما بين قيمتهما الخ) أشار إلى ما اعترض به الزيلعى من أن فى عبارة المصنف تسامحا لأنه ذكر القيمة فى كل منهما ، ولا تعتبر القيمة فى الطوق وإنما يعتبر القدر عند المقابلة بالجنس ، وكذا لا حاجة إلى بيان قيمة الجارية ، لأن قدر الطوق مقابل به والباقى بالجارية قلت قيمتها أو كثرت ، فلا فائدة فى بيان قيمتها إلا إذا قدر أن الثمن بخلاف جنس الطوق فحينئذ يفيد بيان قيمتها لأن الثمن ينقسم عليهما على قدر قيمتهما اهـ : وبه ظهر أن تقييد الشارح أولا الطوق بكوله فضة لايناسب ما ذكره من الإنقسام إلا أن يحمل الألف فى قوله قيمته ألف على أنه من الذهب : أى ألف مثقال ، لكن قوله أو أنه غير جنس الطوق ينافى ذلك ، وقد تبع فيه العينى : وصوابه إذا كان غير جنس الطوق فيوافق ما أجاب به الزيلعى ، لأن الانقسام المذكور إنما يكون عند اختلاف الجنس ، وبعد هذا يرد عليه كما قال ط إنه عند اختلاف الجنس لاتعتبر القيمة بل يشترط التقابض كما سيذكره فى الأصل الآتى .

(ونقد من الثمن ألفا أو باعها بألفين ألف نقد وألف نسيئة أو باع سيفا حليته خمسون ويخلص بلا ضرر) فباعه (بمائة ونقد خمسين فما نقد) فهو (ثمن الفضة سواء سكت أو قال خذ هذا من ثمنهما) تحريا للجواز، وكذا لو قال هذا المعجل حصة السيف لأنه اسم للحلية أيضا لدخولها فى بيعه تبعا، ولو زاد خاصة فسد البيع لإزالته الاحتمال

وفى المنح: ولو بيع المصوغ من الذهب أو المزركش منه بالدراهم فلا يحتاج إلى معرفة قدره، وهل هو أقل أو أكثر؟ بل يشترط القبض فى المجلس، فلو بيع بالذهب يحتاج الخ.

قلت: وقد يجاب بأن بيان القيمة له فائدة وإن اختلف الجنس وذلك عند استحقاق الطوق أو الجارية تأمل (قوله ألف نقد وألف نسيئة) قيد بتأجيل البعض، لأنه لو أجل الكل فسد البيع فى الكل عنده: وقالا فى الطوق فقط، وتمامه فى البحر: وذكر فى الدرر أنه لو نقد ألفا فى تأجيل الكل فهو حصة الطوق.

واعترضه فى الشرنبلالية بأنه فاسد من الأصل على قول الإمام فلا يحكم بصحته بنقد الألف بعده. وأجيب بأنه إذا نقد حصة الصرف قبل الافتراق يعود إلى الجواز لزوال المفسد قبل تقرره كما مر فى اشتراط الأجل (قوله ويخاص بلا ضرر) الأولى إسقاطه كما فعل فى الكنز، وقد تبع المصنف فى ذكره الوقاية والدرر: واعترضهم فى العزمية وغيرها، وأيضا فلامعنى لكونه شرطا فى هذه المسألة لأن البيع صح فى الكل: وأجيب بأنه يفهم ما إذا تخلص يضرر بالأولى، نعم ذكره عند قوله الآتى فإن افترقا فى محله (قوله ونقد خمسين) أى والخمسون الباقية دين أو نسيئة ط.

مطلب يستعمل المثنى فى الواحد

(قوله تحريا للجواز) إذ الظاهر قصدهما الوجه المصحح، لأن العقد لايفيد تمام مقصودهما إلا بالصحة فكان هذا الاعتبار عملا بالظاهر: والظاهر يجب العمل به إلا إذا صرح بخلافه كما يأتى، وقوله خذ هذا من ثمنهما لايخالفه لأن المثنى استعمل فى الواحد أيضا كما فى قوله تعالى — يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان— وقوله تعالى — يامعشر الجن والإنس ألم يأتكم رسل منكم— والرسل من الإنس، وقوله تعالى— نسيا حوتهما — وقوله صلى الله عليه وسلم « إذا سافرتما فأذنا وأقيما » وتمامه فى الفتح: قال فى البحر: ونظيره فى الفقه إذا حضتما حيضة أو ولدتما ولدا علق بإحداهما للإستحالة، بخلاف ما إذا لم يذكر المفعول به للإمكان (قوله لأنه اسم للحلية أيضا الخ) عبارات الزيلعى لأنهما شئ واحد اه وبه يظهر أنه فى مسألة الجارية المطوقة لو قال خذ هذا من ثمن الجارية يفسد البيع، وبه صرح فى النهر (قوله ولو زاد خاصة فسد البيع) أى بأن قال هذا المعجل حصة السيف خاصة. وعبارة المبسوط: انتقض البيع فى الحلية، وظاهره أنه يصح فى السيف دون الحلية: وعليه فكان المناسب أن يقول فسد الصرف، لكن هذا محمول على ما إذا كانت الحلية تتميز بلا ضرر لإمكان التسليم، وبهذا الحمل وفق الزيلعى بين ما فى المبسوط وبين ما فى المحيط من أنه لو قال هذا من ثمن النصل خاصة، فإن لم يمكن التمييز إلا بضرر يكون المنقود ثمن الصرف ويصحان جميعا لأنه قصد صحة البيع ولا صحة له إلا بصرف المنقود إلى الصرف فحكمنا بجوازه تصحيحا للبيع، وإن أمكن تمييزها بلا ضرر بطل الصرف اه: ولايخفى حسن هذا التوفيق لأنه إذا صح البيع والصرف مع ذكر النصل بجعل المنقود ثمنا للحلية التى لايمكن تمييزها إلا بضرر يلزم أن يصح مع ذكر السيف بالأولى، إذلاشك أن لفظ النصل أخص من لفظ السيف لأن السيف يطلق على النصل والحلية، وبه اندفع ما فى البحر، نعم فى كلام الزيلعى نظر من وجه آخر بيناه فيما علقناه على البحر.

(فإن افترقا من غير قبض بطل فى الحلية فقط) وصح فى السيف (أن يخلص بلا ضرر) كطوق الجارية (وإن لم يخلص إلا بضرر (بطل أصلا) والأصل أنه متى بيع نقد مع غيره كمفضض ومزركش بنقد من جنسه شرط زيادة الثمن ؛ فلو مثله أو أقل أو جهل بطل ولو بغير جنسه

[تنبيه] بقى مالو قال نصفه من ثمن الحلية ونصفه من ثمن السيف فالمقبوض من ثمن الحلية كما فى الزيلعى ؛ والظاهر حمله على ما إذا لم يمكن تمييزه بلا ضرر ، فلو أمكن فسد الصرف فى نصف الحلية ، يدل عليه مافى كافى الحاكم ولو باع قلب فضة فيه عشرة وثوبا بعشرين درهما فنقده عشرة وقال نصفها من ثمن القلب ونصفها من ثمن الثوب ثم تفرقا وقد قبض القلب والثوب انتقض البيع فى نصف القلب . وأما فى السيف إذا سمى فقال نصفها من ثمن الحلية ونصفها من ثمن نصل السيف ثم تفرقا لم يفسد البيع اه تأمل ، وانظر ماعلقناه على البحر (قوله وصح فى السيف) لعدم اشتراط قبض ثمنه فى المجلس نهر (قوله كطوق الجارية) الأولى كالجارية المطوقة لأنه إذا تخلص السيف عن حليته بلا ضرر يقدر على تسليمه فيصير كبيع الجارية مع طوقها (قوله بطل أصلا) أى بطل بيع الحلية والسيف لتعذر تسليم السيف بلا ضرر كبيع جذع من سقف نهر :

مطلب فى بيع المموه

[تتمة] قال فى كافى الحاكم : وإذا اشترى لجاما مموها بفضة بدراهم أقل مما فيه أو أكثر فهو جائز لأن التمويه لايخلص ؛ ألا ترى أنه إذا اشترى الدار المموهة بالذهب بثمن مؤجل يجوز ذلك وإن كان مافى سقوفها من التمويه بالذهب أكثر من الذهب فى الثمن اه : والتمويه : الطلى : ونقل الخير الرملى نحوه عن المحيط ؛ ثم قال : وأقول يجب تقييد المسألة بما إذا لم تكثر الفضة أو الذهب المموه : أما إذا كثر بحيث يحصل منه شىء يدخل فى الميزان بالعرض على النار يجب حينئذ اعتباره ولم أره لأصحابنا : لكن رأيته للشافعية وقواعدنا شاهدة به فتأمل اه (قوله والأصل الخ) أشار به إلى فائدة قوله فباعه بمماثلة أى بثمن زائد على قدر الحلية التى من جنس الثمن ليكون قدر الحلية ثمنا لها والزائد ثمنا للسيف ، إذ لو لم تتحقق الزيادة بطل البيع : أما لو كان الثمن من خلاف جنسها جاز البيع كيفما كان لجواز التفاضل كما فى البحر ، ومقتضاه أن المؤدى من خلاف الجنس وإن قل يقع عن ثمن الحلية وغير المؤدى يكون ثمن النصل تحريا للجواز .

مطلب فى بيع المفضض والمزركش وحكم علم الثوب

(قوله كمفضض ومزركش) الأول ما رصع بفضة أو ألبس فضة كسرج من خشب ألبس فضة ، والثانى فى العرف هو المطرز بخيوط فضة أو ذهب ، وبه عبر فى البحر : وأما حلية السيف فتشمل ما إذا كانت الفضة غير ذلك كقبيعة السيف تأمل ، وخرج المموه كما علمت آنفا .

[تنبيه] لم يذكر حكم العلم فى الثوب . وفى الذخيرة : وإذا باع ثوبا منسوجا بذهب بالذهب الخالص لابد لجوازه من الاعتبار ، وهو أن يكون الذهب المنفصل أكثر ، وكان ينبغى أن يجوز بدونه لأن الذهب الذى نسج خرج عن كونه وزنيا ولذا لايباع وزنا ، لكنه وزنى بالنص فلا يخرجه عن كونه مال ربا . ثم قال : وفى المنتقى أن فى اعتبار الذهب فى السقف روايتين فلا يعتبر العلم فى الثوب ، وعن أبى حنيفة وأبى يوسف أنه يعتبر اه : وفى التتارخانية عن الغياثية : ولو باع دارا فى سقوفها ذهب بذهب ، فى رواية لايجوز بدون الاعتبار لأن الذهب لايكون تبعا ،

شرط التقابض فقط :

(ومن باع إناء فضة بفضة أو بذهب ونقد بعض ثمنه) في المجلس (ثم افترقا صح فيما قبض واشتركا في الإناء) لأنه صرف (ولا خيار للمشتري) لتعيبه من قبله بعدم نقده (بخلاف هلاك أحد العبدين قبل القبض) فيخير لعدم صنعه (وإذا استحق بعضه) أي الإناء (أخذ المشتري ما بقي بقسطه أو ردّ) لتعيبه بغير صنعه .

قلت : ومفاده تخصيص استحقاقه بالبينة لا بإقراره ، فليحرر (فإن أجاز المستحق قبل فسخ الحاكم العقد جاز العقد) اختلفوا متى ينفسخ البيع إذا ظهر الاستحقاق ، وظاهر الرواية أنه لا ينفسخ ما لم يفسخ وهو الأصح فتح

بخلاف علم الثوب والإبريسم في الذهب فإنه لا يعتبر لأنه تبع محض اه . وظاهر التعليل أن ذهب السقوف عين قائمة لا مجرد تمويه ، ويدل عليه ما قدمناه آنفا عن الكافي من أن المموه لا يعتبر لكونه لا يخلص . وفي الهندية عن المحيط والدار فيها صفائح ذهب أو فضة يبيعها بجنسها كالسيف المحلى اه .

وحاصل هذا كله اعتبار المنسوج قولا واحدا واختلاف الرواية في ذهب السقف والعلم وأن المعتمد عدم اعتباره في المنسوج ، وقد علم بهذا أن الذهب إن كان عينا قائمة في المبيع كمسامير الذهب ونحوها في السقف مثلا يعتبر كطوق الأمة وحلية السيف ، ومثله المنسوج بالذهب فإنه قائم بعينه غير تابع ، بل هو مقصود بالبيع كالحلية والطوق ، وبه صار الثوب ثوبا ولذا يسمى ثوب ذهب ، بخلاف المموه لأنه مجرد لون لا عين قائمة ، وبخلاف العلم في الثوب فإنه تبع محض فإن الثوب لا يسمى به ثوب ذهب . ولا يرد ما قدمه الشارح من أن الحلية تبع للسيف أيضا ، فإن تبعيتها له حيث دخولها في مسماه عرفا سواء كانت فيه أو في قرابه لكنها أصل من حيث قيامها بذاتها وقصدها بالشراء كطوق الجارية ، ولا كذلك علم الثوب لأن الشرع أهدر اعتباره حتى حل استعماله ، لكن ينبغي أنه لو زاد على أربعة أصابع أن يعتبر هنا أيضا ، هذا ما ظهر لي في تحرير هذا المحل فتأمل ؛ (قوله شرط التقابض فقط) أي ولا يشترط تحقق زيادة الثمن كما قدمناه (قوله صح فيما قبض) لوجود شرط الصرف فيه نهر (قوله لأنه صرف) هذا علة العلة لأن علة الاشتراك بطلان البيع فيما لم يقبض لأنه صرف أو هو علة لقوله صح فيما قبض وما بعده ، والمراد أنه صرف كله كما في الهداية : قال في الكفاية : فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد ، بخلاف مسألتي الجارية مع الطوق والسيف مع الحلية فإن كل واحدة منهما صرف وبيع فإذا نقد بدل الصرف صح في الكل (قوله لتعيبه من قبله) أي لتعيب الإناء بعيب الشركة من جهة المشتري بصنعه بسبب عدم نقده كل الثمن قبل الافتراق (قوله فيخير) أي في أخذ الباقي (قوله وإذا استحق بعضه) أي وقد كان نقد كل الثمن (قوله لتعيبه بغير صنعه) لأن عيب الاشتراك كان موجودا عند البائع مقارنا للعقد (قوله ومفاده) أي مفاد التعليل المذكور (قوله لا بإقراره) أي لو ادعى المستحق بعض الإناء فأقر له به المشتري لا يخير ، لأن الشركة ثبتت بصنعه . ولا يخفى أن النكول عن اليمين إن كان من البائع فهو كالبينة ، وإن كان من المشتري فهو في حكم الإقرار منه ، ولذا لا يرجع بالثمن على بائعه إذا نكل ، كما لو أقر كما مر في بابه . (قوله اختلفوا الخ) فإنه قيل إن العقد ينفسخ بقضاء القاضي للمستحق بالاستحقاق وهو رواية الخصاف ، وقيل لا ما لم يرجع المشتري على بائعه ، وقيل ما لم يأخذ المستحق العين ، وقيل ما لم يقض على البائع بالثمن : وفي الهداية أنه ظاهر الرواية ، وقدمنا تحرير الكلام على ذلك والتوفيق بينه وبين ما نقله عن الفتح فراجعه في أول باب الاستحقاق ، وأشار الشارح إلى أن ما مشى عليه المصنف أحسن مما في البحر عن السراج حيث قال فإن أجاز المستحق قبل أن يحكم له بالاستحقاق ، فإن مفهومه أنه ليس له الإجازة بعد الحكم بالاستحقاق لانفساخ العقد .

(وكان الثمن له يأخذه البائع من المشترى ويسلمه له إذا لم يفترقا بعد الإجازة ويصير العاقد وكيلا للمجيز فيعلق أحكام العقد به دون المجيز) حتى يبطل العقد بمفارقة العاقد دون المستحق جوهرة .

(ولو باع قطعة نقرة فاستحق بعضها أخذ) المشترى (مابقى بقسطه بلا خيار) لأن التبعيض لايضرها (و) هذا (لو) كان الاستحقاق (بعد قبضها وإن قبل قبضها له الخيار) لتفرق الصفقة، وكذا الدينار والدرهم جوهرة (وصح بيع درهمين ودينار بدرهم ودينارين) بصرف الجنس بخلاف جنسه (و) مثله (بيع كرّ برّ وكر شعير بكرى بر وكرى شعير و) كذا (بيع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار) وصح بيع درهم صحيح ودرهمين غلة) بفتح وتشديد : مايرده بيت المال ويقبله التجار (بدرهمين صحيحين ودرهم غلة) للمساواة وزنا

بالحكم ، وهذه رواية الخصاف كما علمت ، وهي خلاف ظاهر الرواية (قوله وكان الثمن له) أى للمستحق ، لأن البائع كان فضوليا فى بيع ما استحقه المستحق وتوقف على إجازته قبل الفسخ ، فإذا أجاز نفذ العقد وكان الثمن له (قوله إذا لم يفترقا) أى البائع والمشترى ، وهذا متعلق بقوله جاز العقد (قوله بعد الإجازة) كذا فى البحر عن السراج مع أن الذى فى الجوهرة وهى للحدادى صاحب السراج قبل الإجازة ، ويؤيده قوله فى السراج والجوهرة حتى لو افترق العاقدان قبل إجازة المستحق بطل العقد ، وإن فارقه المستحق قبل الإجازة والمتعاقدان باقيان فى المجلس صح العقد اهـ .

والحاصل أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة فيصير هذا الفضولى بعد الإجازة كأنه كان وكيلا بالبيع قبلها فإن حصل التقابض بينه وبين المشترى قبل الافتراق نفذ العقد بالإجازة اللاحقة ، وإن افترقا قبل التقابض لا ينفذ العقد بها ، لأنه لو كان وكيلا حقيقة قبل العقد يفسد بالافتراق بلا قبض فكيف إذا صار وكيلا بالإجازة اللاحقة ؟ ثم إذا حصل التقابض قبل الافتراق والإجازة ثم أجاز نفذ العقد وإن افترقا بعد ، أما إذا أجاز قبل الافتراق والتقابض ، فلا بد من التقابض بعدها قبل الافتراق لفساد العقد بالافتراق بدون تقابض وإن أجاز قبله ، وعلى هذا يحمل كلام المصنف (قوله ولو باع قطعة نقرة) بضم النون ، وهى كما فى المغرب والقاموس : القطعة المذابة من الذهب أو الفضة ، وقبل الإذابة تسمى تبرا كما فى المصباح ، ويقال نقرة فضة على الإضافة للبيان كما فى المغرب (قوله لأن التبعيض لا يضرها) فلم يلزم عيب الشركة لإمكان أن يقطع حصته مثلا نهر (قوله لتفرق الصفقة) أى قبل تمامها ، بخلاف ما بعد القبض لتمامها بحر ، ويقال فيما إذا أجاز المستحق قبل فسخ الحاكم العقد ما قيل فى مسألة الإناء السابقة أفاده الشرنبلالى (قوله وكذا الدينار والدرهم) أى نظير النقرة لأن الشركة فى ذلك لا تعد عيبا كذا فى السكرخى منح عن الجوهرة : أى لو استحق بعضه لايخير لأنه ليس عيبا ، قال ط لإمكان صرفه واستيفاء كل حقه من بدله (قوله بصرف الجنس بخلاف جنسه) أى تصحيحا للعقد : كما لو باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره فإنه ينصرف إلى نصيبه تصحيحا للعقد .

وفى الظهيرية عن المبسوط : باع عشرة وثوبا بعشرة وثوب وافترقا قبل القبض بطل العقد فى الدراهم ، ولو صرف الجنس إلى خلاف جنسه لم يبطل ، ولكن قبل فى العقود للتصحيح فى الابتداء ولا يحتاج للبقاء على الصحة اهـ بحر : أى لأن الفساد هنا عارض بالافتراق قبل قبض (قوله وكذا بيع أحد عشر درهما الخ) فتكون العشرة بالعشرة والدرهم بالدينار ، وأردف هذه المسألة وإن علمت مما قبلها لبيان أن صرف الجنس إلى خلاف جنسه ، لا فرق فيه بين أن يوجد الجنسان فى كل من البدلين أو أحدهما أفاده فى النهر عن العناية (قوله بفتح وتشديد) أى بفتح العين المعجمة وتشديد اللام (قوله ما يرده بيت المال) أى لا لزيافتها بل لكونها قطعا عزمى عن النهاية . وفيه توفيق بين تفسيرها بما ذكر الشارح وتفسيرها بالدراهم المقطعة .

وعدم اعتبار الجودة (و) صح (بيع من عليه عشرة دراهم) دين (ممن هي له) أي من دائنه فصح بيعه منه (دينارا بها) اتفاقا ، وتقع المقاصة بنفس العقد إذ لاربا في دين سقط (أو) بيعه (بعشرة مطلقة) عن التقييد بدين عليه (إن دفع)البائع (الدينار) للمشترى (وتقاصا العشرة) الثمن (بالعشرة) الدين أيضا استحسانا(وماغلب فضته وذهبه فضة وذهب)

مطلب في حكم بيع فضة بفضة قليلة مع شيء آخر لإسقاط الربا

[تنبيه] في الهداية : ولو تبايعا فضة بفضة أو ذهبا بذهب ومع أقلهما شيء آخر تبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهة ، وإن لم تبلغ فمع الكراهة ، وإن لم يكن له قيمة لا يجوز البيع لتحقق الربا إذ الزيادة لايقابلها عوض فتكون ربا اه : وصرح في الإيضاح بأن الكراهة قول محمد. وأما أبو حنيفة فقال لابأس . وفي المحيط : إنما كرهه محمد خوفا من أن يألفه الناس ويستعملوه فيما لايجوز وقيل لأنهما باشرا الحيلة لإسقاط الربا كبيع العينة فانه مكروه اه بحر .

وأورد أنه لو كان مكروها لزم أن يكره في مسألة الدرهمين والدينار بدرهم ودينارين ولم يذكره . وأجيب عنه بجواب اعترضه في الفتح ثم قال : وغاية الأمر أنه لم ينص هناك على الكراهة فيه ثم ذكر أصلا كليا يفيده ، وينبغي أن يكون قول أبي حنيفة أيضا على الكراهة كما هو ظاهر إطلاق المصنف بلا ذكر خلاف اه ويأتي الكلام على بيع العينة آخر الباب وفي الكفالة إن شاء الله تعالى ، وانظر ما قدمناه قبيل الربا (قوله ممن هي له) متعلق ببيع (قوله فصح بيعه منه) هذا وإن علم لكن كرره ليبين أن قوله دينارا مفعول بيع ،وكان الأوضح والأخصر للمصنف أن يقول وصح بيع دينار بعشرة عليه أو مطلقة ممن هي له.

(قوله وتقع المقاصة بنفس العقد) أي بلا توقف على إرادتهما لها ، بخلاف المسألة الآتية ، ووجه الجواز أنه جعل ثمنه دراهم لايجب قبضها ولا تعينها بالقبض وذلك جائز إجماعا لأن التعيين للاحتراز عن الربا أي ربا النسيئة ولاربا في دين سقط إنما الربا في دين يقع الخطر في عاقبته ، ولذا لو تصارفا دراهم دينا بدنانير دينا صح لفوات الخطر (قوله إن دفع البائع الدينار) قيد في الصورتين ط عن مكي (قوله وتقاصا العشرة) قيد في الثانية فقط نهر (قوله بالعشرة الدين استحسانا) والقياس أن لايجوز ، وهو قول زفر لكونه استبدالا ببدل الصرف قبل قبضه وجه الاستحسان أنه بالتقابض انفسخ العقد الأول وانعقد صرف آخر مضاف إلى الدين لأنهما لما غيرا موجب العقد فقد فسخاه إلى آخر ما اقتضاه ، كما لو جدد البيع بأكثر من الثمن الأول كذا قالوا وتمامه في النهر ، وأطلق في العشرة الدين فشمل ما إذا كانت عليه قبل عقد الصرف أو حدثت بعده في الأصح ، فإذا استقرض بائع الدينار عشرة من المشترى أو غصب منه فقد صار قصاصا ولا يحتاج إلى التراضي لأنه قد وجد منه القبض بحر ملخصا ، ولا يخفى أن هذا خاص بالصورة الثانية ، إذ في المقيدة لايتصور أن يكون الدين حادثا لأن فرضها أن يبيع الدينار بعشرة عليه ، فما في النهر من ذكر ذلك في الأولى سبق قلم فتنبه .

ثم قال في البحر : والحاصل أن الدين إذا حدث بعد الصرف ، فإن كان بقرض أو غصب وقعت المقاصة وإن لم يتقاصا وإن حدث بالشراء بأن باع مشترى الدينار من بائع الدينار ثوبا بعشرة إن لم يجعلاه قصاصا لايصير قصاصا باتفاق الروايات ، وإن جعلاه ففيه روايتان ذخيرة .

حكما (فلا يصح بيع الخالص به ، ولا بيع بعضه ببعض إلا متساويا وزنا و) كذا (لايصح الاستقراض بها إلا وزنا) كامر فى بابه (والغالب) عليه (الغش منهما فى حكم عروض) اعتبارا للغالب (فصح بيعه بالخالص إن كان الخالص أكثر) من المغشوش ليكون قدره بمثله والزائد بالغش كمامر (وبجنسه متفاضلا) وزنا وعددا بصرف الجنس لخلافه (بشرط التقابض) قبل الافتراق (فى المجلس) فى الصورتين

مطلب مسائل فى المقاصة

ومن مسائل المقاصة ما لو كان للمودع على صاحب الوديعة دين من جنسها لم تصر قصاصا به إلا إذا اتفقا عليه وكانت فى يده أو رجع إلى أهله فأخذها والمغصوب كالوديعة ،وكذلك لاتقع المقاصة ما لم يتقاصا لو كان الدينان من جنسين أو متفاوتين فى الوصف ، أو مؤجلين أو أحدهما حالا والآخر مؤجلا أو أحدهما غلة والآخر صحيحا كما فى الذخيرة. وإذا اختلف الجنس وتقاصا كما لو كان له عليه مائة درهم وللمديون مائة دينار عليه فإذا تقاصا تصير الدراهم قصاصا بمائة من قيمة الدنانير ويبقى لصاحب الدنانير على صاحب الدراهم مابقى منها ظهيرية ودين النفقة للزوجة لايقع قصاصا بدين للزوج عليها إلا بالتراضى ، بخلاف سائر الديون لأن دين النفقة أدنى ، فروق الكرابيسى اه ملخصا قال : وتقدم شىء من مسائل المقاصة فى باب أم الولد (قوله حكما) تمييز محول عن المبتدإ : أى حكم ما غلب فضته وذهبه حكم الفضة والذهب الخالصين وذلك لأن النقود لا تخلو عن قليل غش للانطباع وقد يكون خلقيا كما فى الردىء فيعتبر القليل بالردىء فيكون كالمستهلك ط (قوله الاستقراض بها) الأوضح استقراضه ط وبه عبر فى الملتقى (قوله كما مرفى بابه) لم أره صرح بذلك فى باب القرض (قوله فى حكم عروض) الأولى تعبير الكنز بقوله ليس فى حكم الدراهم والدنانير وذلك لأنه يجب فيها الاعتبار والتقابض ، ولا تتعين بالتعيين إن راجت (قوله اعتبارا للغالب) أى فى الصورتين (قوله إن كان الخالص أكثر من المغشوش) أى أكثر من الخالص الذى خالطه الغش . والأوضح أن يقول أكثر مما فى المغشوش :

قال فى الفتح : ولا يخفى أن هذا لا يتأتى فى كل دراهم غالبة الغش ، بل إذا كانت الفضة المغلوبة بحيث لاتتخلص من النحاس إذا أريد ذلك . أما إذا كانت بحيث لاتتخلص لقلتها بل تحترق لاعبرة بها أصلا بل تكون كالمموهة لا تعتبر ولا تراعى فيها شرائط الصرف وإنما هو كاللون ، وقد كان فى أوائل سبعمائة فى فضة دمشق قريب من ذلك. قال المصنف : أى صاحب الهداية ومشايخنا يعنى مشايخ ما وراء النهر من بخارى وسمرقند لم يفتوا بجواز ذلك أى بيعها بجنسها متفاضلا فى العدالى والغطارفة مع أن الغش فيها أكثر من الفضة لأنها أعز الأموال فى ديارنا ، فلو أبيح التفاضل فيها ينفتح باب الربا الصريح فإن الناس حينئذ يعتادون فى الأموال النفيسة فيتدرجون ذلك فى النقود الخالصة فمنع حسما لمادة الفساد اه : وفى البزازية والصواب أنه لا يفتى بالجواز فى الغطارفة لأنها أعز الأموال وعليه صاحب الهداية والفضلى (قوله كما مر) أى فى مسألة بيع الزيتون بالزيت بحر ، وهذه مرت فى باب الربا . ويحتمل كون التشبيه راجعا إلى ما فى المتن من اشتراط كون الخالص أكثر ، ومراده بما مر مسألة حلية السيف كما أفاده فى الهداية (قوله وزنا وعددا) أى على حسب حالها فى الرواج :

قال فى الهداية : ثم إن كانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيها بالوزن ، وإن كانت تروج بالعد فبالعد ، وإن كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لأن المعتبر هو المعتاد فيها إذا لم يكن نص اه ويأتى قريبا (قوله بصرف الجنس لخلافه) أى بأن يصرف فضة كل واحد منهما إلى غش الآخر (قوله فى الصورتين)

لضرر التمييز (وإن كان الخالص مثله) أى مثل المغشوش (أو أقل منه أولايدرى فلا) يصح البيع للربا فى الأولين ولاحتماله فى الثالث (وهو) أى الغالب الغش (لايتعين بالتعيين إن راج) لثمنيته حينئذ (وإلا) يرج (تعين به) كسلعة وإن قبله البعض فكزيوف فيتعلق العقد بجنسه زيفا إن علم البائع بحاله وإلا فبجنسه جيد (و) صح (المبايعة والاستقراض بمايروج منه) عملا بالعرف فيما لانص فيه ، فإن راج (وزنا) فيه (أو عددا) فيه (أو بهما) فبكل منهما (والمتساوى) غشه وفضته وذهبه (كغالب الفضة) والذهب (فى تبايع واستقراض) فلم يجز إلا بالوزن إلا إذا أشار إليهما

أى صورة بيعه بالخالص وصورة بيعه بجنسه (قوله لضرر التمييز) قال فى البحر : يشترط التقابض قبل الافتراق لأنه صرف فى البعض لوجود الفضة أو الذهب من الجانبين ، ويشترط فى الغش أيضا لأنه لا يتميز إلا بضرر اه فالعلة المذكورة لاشتراط قبض الغش ، فاشتراط قبضه لا للذاته بل لأنه لا يمكن فصله عن الخالص الذى فيه المشروط قبضه للذاته :

لايقال : إن النحاس الذى هو الغش موزون أيضا فقد وجد فيه القدر فيشترط قبضه للذاته أيضا . لأنا نقول وزن الدراهم غير وزن النحاس ونحوه فلم يجمعهما قدر وإلا لزم أن لايجوز بيع القطن ونحوه مما يوزن إلا إذا كان ثمنه من الدراهم مقبوضا فى المجلس لأن القدر يحرم النساء مع أنه يجوز السلم فيه كما مر فى بابه . ولا يخفى أن الغش لو كان فضة فى ذهب فالشرط قبض الكل للذاته لأنه صرف فى الكل (قوله وإن كان الخالص مثله الخ) محترز قوله إن كان الخالص أكثر :

وحاصله أن الصور أربعة : إما أن يكون الخالص أكثر أو مثله أو أقل أو لايدرى ، فيصح فى الأولى فقط دون الثلاثة الباقية كما مر فى بيع السيف مع حليته (قوله أى مثل المغشوش) أى الذى اختلط بالغش (قوله فلا يصح البيع) أى لافى الفضة ولا فى النحاس أيضا إذا كان لاتتخلص الفضة إلا بضرر فتح (قوله للربا فى الأولين) بزيادة الغش فى الأول وزيادته مع بعض الذهب أو الفضة فى الثانى ط (قوله ولا حتماله فى الثالث) وللشبهة فى الربا حكم الحقيقة ط (قوله لايتعين بالتعيين) فلو قال اشتريت بهذه الدراهم فله أن يمسكها ويدفع غيرها مثله (قوله لثمنيته حينئذ) أى حين إذ كان رائجا لأنه بالاصطلاح صار أثمانا ، فما دام ذلك الأصطلاح موجودا لاتبطل الثمنية لقيام المقتضى بحر ، فلو هلك قبل القبض لايبطل العقد فتح (قوله تعين به) أى بالتعيين لأن هذه الدراهم فى الأصل سلعة وإنما صارت أثمانا بالاصطلاح ، فإذا تركوا المعاملة بها رجعت إلى أصلها بحر فيبطل العقد بهلاكها قبل التسليم ، هذا إذا كانا يعلمان بحالها ويعلم كل منهما أن الآخر يعلم ، فإن كانا لايعلمان أو لايعلم أحدهما أو يعلمان ولا يعلم كل أن الآخر يعلم فإن البيع يتعلق بالدراهم الرائجة فى ذلك البلد لابالمشار إليه من هذه الدراهم التى لاتروج فتح (قوله إن علم البائع بحاله) لأنه رضى بذلك وأدرج نفسه فى البعض الذين يقبلونها فتح (قوله وإلا) أى وإن كان لايعلم بحال هذه الدراهم أو باعه بها على ظن أنها جياد تعلق حقه بالجياد لعدم الرضا بها بحر (قوله بما يروج منه) أى من الذى غلب غشه (قوله عملا بالعرف الخ) الأولى ذكره بعد قوله فبكل منهما ، لأن المراد أن اعتبار الوزن أو العدد أو كل منهما مبنى على ماهو المتعارف فيها من ذلك (قوله فيه) أى فالبيع والاستقراض بالوزن (قوله وذهبه) الأولى عطفه بأو (قوله فلم يجز إلا بالوزن) بمنزلة الدراهم الرديئة لأن الفضة فيها موجودة حقيقة ولم تصر مغلوبة فيجب الاعتبار بالوزن شرعا بحر (قوله إلا إذا أشار إليهما) أى إلى المتساوى وغالب الفضة أى فى المبايعة فيكون بيانا لقدرها ووصفها ولا يبطل البيع بهلاكها قبل القبض ويعطه مثلها لكونها ثمنا لم تتعين بحر ، وأفاد أنه

كما فى الخلاصة (و) أما (فى الصرف) ف (كغالب غش) فيصح بالاعتبار المار (اشترى شيئا به) بغالب الغش وهو نافق (أو بفلوس نافقة فكسد) ذلك (قبل التسليم) للبائع (بطل البيع ، كما لو انقطعت) عن أيدى الناس فإنه كالكساد ، وكذا حكم الدراهم لو كسدت أو انقطعت بطل وصححاه بقيمة المبيع ، وبه يفتى رفقا بالناس بحر وحقائق (وحد الكساد أن تترك المعاملة بها فى جميع البلاد) فلو راجت فى بعضها لم يبطل

فى الاستقراض لايجوز إلا وزنا وإن أشار إليها (قوله كما فى الخلاصة) أى كما لو أشار إلى الدراهم الخالصة من الغش وعبارة النهر كما لو أشار إلى الجياد اه أى فإنه يجوز البيع بما أشار إليه منها بلا وزن أيضا (قوله فيصح بالاعتبار المار) أى إذا بيعت بجنسها بصرف الجنس إلى خلاف جنسه : أى بأن يصرف ما فى كل منهما من الغش إلى ما فى الآخر من الفضة كما مر فى الغالب غشه ، وظاهره جواز التفاضل هنا أيضا ، لكن قال الزيلعى : وفى الخانية إن كان نصفها صفرا ونصفها فضة لايجوز التفاضل ، فظاهره أنه أراد به فيما إذا بيعت بجنسها ، وهو مخالف لما ذكرهنا ووجهه أن فضتها لما لم تصر مغلوبة جعلت كأن كلها فضة فى حق الصرف احتياطا اه وأقره فى البحر والنهر والمنح : وظاهره اعتماد ما فى الخانية تأمل .

وقال الزيلعى : ولو باعها بالفضة الخالصة لايجوز حتى تكون الخالصة أكثر مما فيه من الفضة لأنه لاغلبة لأحدهما على الآخر فيجب اعتبارهما ، فصار كما لو جمع بين فضة وقطعة نحاس فباعهما بمثلهما أو بفضة فقط اه وقوله لا غلبة لأحدهما أى لواحد من الغش والفضة التى فيه المساوية له (قوله وهو نافق) أى رائج من باب تعب (قوله فكسد) من باب قتل أى لم ينفق لقلة الرغبات فيه مصباح (قوله ذلك) أفاد به أن إفراد الضمير فى كسد باعتبار المذكور ، وفيه أن العطف بأو والأولى فيه الإفراد ط (قوله قبل التسليم للبائع) قيد به لأنه لو قبضها ولو فضوليا فيه فكسدت لايفسد البيع ولا شيء له نهر ، وسينبه عليه الشارح . وفى النهر أيضا وإن كان نقد بعض الثمن دون بعض فسد فى الباقى (قوله بطل البيع) أى ثبت للمشترى فسخه كما يأتى مع ما فيه ، ووجه بطلانه عند الإمام كما فى الهداية أن الثمن يهلك بالكساد لأن الثمنية بالاصطلاح ولم يبق فبقى بيعا بلا ثمن فيبطل ، فإذا بطل يجب رد المبيع إن كان قائما ، وقيمته إن كان هالكا كما فى البيع الفاسد اه (قوله فإنه كالكساد) كذا فى البحر تبعا للزيلعى . وفى المضمرات : لو انقطع ذلك فعليه من الذهب والفضة قيمته فى آخر يوم انقطع هو المختار . وفى الذخيرة : الانقطاع كالكساد والأول أصح اه رملى عن المصنف (قوله وكذا حكم الدراهم) كذا فى البحر ولم أره لغيره وقال محشيه الرملى : أى الدراهم التى لم يغلب عليها الغش ، فاقتصار المصنف على غالب الغش والفلوس لغلبة الفساد فيهما دون الجيدة تأمل اه ملخصا .

قلت : لكن علمت أن بطلان البيع فى كساد غالب الغش والفلوس معلل عند الإمام ببطلان الثمنية فبقى بيعا بلا ثمن ، ولاشك أن الجياد لاتبطل ثمنيتها بالكساد لأن ثمنيتها بأصل الخلقة كما صرحوا به لا بالاصطلاح ، فلا وجه لبطلانه عنده بكساد الجياد ، فالظاهر أن مراد البحر بالدراهم غالبة الغش ، لكنه مكرر بما فى المتن تأمل .

ثم رأيت فى الفتح قال : ولأبى حنيفة أن الثمن يهلك بالكساد لأن مالية الفلوس والدراهم الغالبة الغش بالاصطلاح لا بالخلقة ، بخلاف النقدين فإن ماليتهما بالخلقة لا بالاصطلاح اه . نعم يمكن أن يجاب بأن هذا فى النقد الخالص والمغشوشة التى غلبت فضتها تخالفه ، لكن قد مر أنها كالخالصة لأن الفضة قلما تنطبع إلا بقليل غش .

والحاصل أن ماذكره فى البحر وتبعه الشارح يحتاج إلى نقل صريح أو يحمل على ماقلنا أولا فتأمل ، وانظر ماقدمناه أول البيوع عند قوله وبثمن حال ومؤجل (قوله وصححاه بقيمة المبيع) صوابه بقيمة الثمن ساتحاً فى أو بقيمة

بل يتخير البائع لتعيبها (و) حد (الانقطاع عدم وجوده فى السوق وإن وجد فى أيدى الصيارفة) و (فى البيوت .)
كذا ذكره العينى وابن الملك بالعطف خلافا لما فى نسخ المصنف ، وقد عزاه للهداية ، ولم أره فيها ، والله أعلم .
وفى البزازية لو راجت قبل فسخ البائع البيع عاد جائزا لعدم انفساخ العقد بلا فسخ ، وعليه فقول المصنف بطل
البيع : أى ثبت للبائع ولاية فسخه ، والله الموفق (و) قيد بالكساد لأنه (لو نقصت قيمتها قبل القبض فالبيع
على حاله) إجماعا ولا يتخير البائع (و) عكسه (لو غلت قيمتها وازدادت فكذلك البيع على حاله ، ولا يتخير
المشترى ويطالب بنقد ذلك العيار الذى كان) وقع (وقت البيع) فتح ، وقيد بقوله قبل التسليم ، لأنه (لو باع
دلال) وكذا فضولى (متاع الغير بغير إذنه بدراهم معلومة واستوفاها فكسدت قبل دفعها إلى رب المتاع لايفسد

الثالث ط : قال فى الفتح : وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى وأحمد لايبطل . ثم اختلفوا فقال أبو يوسف عليه قيمتها يوم البيع : قال فى الذخيرة : وعليه الفتوى لأنه مضمون بالبيع كقوله فى المغصوب إذا هلك عليه قيمته يوم الغصب لأنه يوم تحقق السبب : وقال محمد : عليه قيمتها آخر ماتعامل الناس بها وهو يوم الانقطاع لأنه أوان الانتقال إلى القيمة . وفى المحيط والتتمة والحقائق به يفتى رفقا بالناس اه ونحوه فى البحر ، وبه تعلم مافى عبارة الشارح (قوله بل يتخير البائع لتعيبها) قال فى البحر وإن كانت تروج فى بعض البلاد لايبطل لكنه تعيب إذا لم ترج فى بلدهم فيتخير البائع ، إن شاء أخذه وإن شاء أخذ قيمته اه . ومفاده أن التخيير خاص بما إذا كان الكساد فى بلد العقد (قوله خلافا لما فى نسخ المصنف) حيث قال فى البيوت بدون عطف (قوله لو راجت) أى بعد الكساد (قوله عاد جائزا) الأولى أن يقول بقى على الصحة بدليل التعليل أفاده ط (قوله أى ثبت للبائع ولاية فسخه) هذا تفسير المحذوف وهو مؤول وذلك المحذوف خبر المبتدإ وهو قول ثم إن ماذكره مأخوذ من البحر استدلالا بعبارة البزازية ، والظاهر أن مافيها مبنى على قول البعض : ففى الفتح : لو اشترى مائة فلس بدرهم فكسدت قبل القبض بطل البيع استحسانا لأن كسادها كهلاكها ، وهلاك المعقود عليه قبل القبض يبطل العقد . وقال بعض مشايخنا إنما يبطل العقد إذا اختار المشترى إبطاله فسخا لأن فسادها كعيب فيها والمعقود عليه إذا حدث به عيب قبل القبض ثبت للمشترى فيه الخيار ، والأول أظهر اه ومثله فى غاية البيان (قوله لو نقصت قيمتها) أى قيمة غالبة الغش ويعلم منه أنه لا يبطل فى غالبة الفضة بالأولى أفاده ط عن أبى السعود (قوله وعكسه) لاحاجة إليه (قوله ويطالب بنقد ذلك العيار) أى بدفع ذلك المقدار الذى جرى عليه العقد ولا ينظر إلى ما عرض بعده من الغلاء أو الرخص وهذا عزاه الشارح إلى الفتح ومثله فى الكفاية والظاهر أنه المراد مما نقله فى البحر عن الخانية والإسبيجابى من أنه يلزم المثل ولا ينظر إلى القيمة ، فمراده بالمثل المقدار تأمل وفيه عن البزازية والذخيرة والخلاصة عن المنتقى : غلب الفلوس القرض أو رخصت فعند الإمام الأول والثانى أولا ليس عليه غيرها وقال الثانى ثانيا عليه قيمتها من الدراهم يوم البيع والقبض وعليه الفتوى : أى يوم البيع فى البيع ويوم القبض فى القرض ، ومثله فى النهر ، فهذا ترجيح لخلاف ما مشى عليه الشارح ، ورجحه المصنف أيضا كما قدمناه فى فصل القرض وعليه فلا فرق بين الكساد والرخص والغلاء فى لزوم القيمة (قوله وكذا فضولى) يعنى غير دلال ولا حاجة إليه ، لأن الدلال إذا باع بغير إذن كان فضوليا ولعله زاده لأن الدلال فى العادة يبيع بالإذن كما هو مقتضى اشتقاقه من الدلالة فإنه يدل البائع على المشترى أو بالعكس ليتوسط بينهما فى البيع فزاد قوله أو فضولى(١) ليناسب قول

---

(١) (قوله فزاد قوله أو فضولى) هكذا بخطه ، والأولى أن يقول فزاد قوله وكذا فضولى لأنه الموجود فى نسخ الشارح وليناسب صدر القولة اه مصححه .

البيع) لأن حق القبض له عيني وغيره (وصح البيع بالفلوس النافقة) وإن لم تعين كالدراهم (وبالكاسدة لاحتى يعينها) كسلع (ويجب) على المستقرض (رد) مثل (أفلس القرض إذا كسدت) وأوجب محمد قيمتها يوم الكساد وعليه الفتوى بزازية .

المصنف بغير إذنه، ويشير إلى أنه لافرق بين كونه بالإذن أولا ولذا قال في النهر قيدنا بعدم قبض البائع ، لأنه لو قبضها ولو فضوليا فكسدت لايفسد البيع ولا شيء (قوله عيني وغيره) اعترض بأن عبارة الفتح والعيني والخلاصة دلال باع متاع الغير بإذنه :

قلت : لكن الذى رأيته في الفتح عن الخلاصة كعبارة المصنف . ولفظه : وفي الخلاصة عن المحيط : دلال باع متاع الغير بغير إذنه الخ نعم الذى فى العيني والبحر عن الخلاصة عن المحيط ، وكذا فى متن المصنف مصلحا بإذنه وهو المناسب لقوله لا يفسد البيع ولقوله لأن حق القبض له وعلى ما فى الفتح يكون المراد أن المالك أجاز البيع ليناسب ما ذكر تأمل (قوله وإن لم تعين) لأنها صارت أثمانا بالاصطلاح فجاز بها البيع ووجبت في الذمة كالنقدين ، ولا تتعين وإن عينها كالنقد إلا إذا قالا أردنا تعليق الحكم بعينها فحينئذ يتعلق بها ، بخلاف ما إذا باع فلسا بفلسين بأعيانهما حيث يتعين بلا تصريح لئلا يفسد البيع بحر ، وهو ملخص من كلام الزيلعى (قوله حتى يعينها) لأنها مبيعة فى هذه الحالة والمبيع لابد أن يعين نهر (قوله كسلع) عبارة البحر لأنها سلع : وفى المصباح : السلعة البضاعة جمعها سلع كسدرة وسدر (قوله رد مثل أفلس القرض إذا كسدت) أى رد مثلها عددا عند أبى حنيفة بحر : وأما إذا استقرض دراهم غالبة الغش ، فكذلك فى قياس قوله قال أبو يوسف ولست أروى ذلك عنه، ولكن لروايته فى الفلوس فتح : قال محشى مسكين : وانظر حكم ما إذا اقترض من فضة خالصة أو غالبة أو مساومة للغش ثم كسدت هل هو على هذا الاختلاف : أى بين الإمام وصاحبيه أو يجب رد المثل بالاتفاق اه :

قلت : ويظهر لى الثانى لما قدمناه قريبا ، ولما يأتى قريبا عن الهداية ولم يذكر الانقطاع : والظاهر أن الكلام فيه كما مر فى غالب الغش تأمل ، وفى حاشية مسكين أن تقييد الاختلاف فى رد المثل أو القيمة بالكساد يشير إلى أنها إذا غلت أو رخصت وجب رد المثل بالاتفاق ،وقد مر نظيره فيما إذا اشترى بغالب الغش أو بفلوس نافقة اه :

قلت : لكن قدمنا قريبا أن الفتوى على قول أبى يوسف ثانيا أن عليه قيمتها من الدراهم ، فلا فرق بين الكساد والرخص والغلاء عنده (قوله وأوجب محمد قيمتها يوم الكساد) وعند أبى يوسف يوم القبض . ووجه قول الإمام كما فى الهداية أن القرض إعارة وموجبه رد العين معنى والثمنية فضل فيه : ولهما فى وجوب القيمة أنه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها ، كما إذا استقرض مثليا فانقطع اه : وفى الشرنبلالية عن شرح المجمع : محل الخلاف فيما إذا هلكت ثم كسدت أما لو كانت باقية عنده فإنه يرد عينها اتفاقا اه ومثله فى الكفاية .

قلت : ومفاد التعليل المذكور يخالفه فتأمل (قوله وعليه الفتوى بزازية) كذا فى الخانية والفتاوى الصغرى رفقا بالناس بحر :

وفى الفتح : وقولهما أنظر للمقرض من قوله لأن فى رد المثل إضرارا به ، وقول أبى يوسف أنظر له أيضا من قول محمد لأن قيمته يوم القرض أكثر منها يوم الانقطاع ، وقول محمد أنظر للمستقرض ، وقول أبى يوسف

وفى النهر وتأخير صاحب الهداية دليلهما ظاهر فى اختيار قولهما :

(اشترى) شيئا (بنصف درهم) مثلا (فلوس صح) بلا بيان عددها للعلم به (وعليه فلوس تباع بنصف درهم ، وكذا بثلث درهم أو ربعه ، وكذا لو اشترى بدرهم فلوس أو بدرهمين فلوس جاز) عند الثانى ، وهو الأصح للعرف كافى :

(ومن أعطى صيرفيا درهما) كبيرا (فقال أعطنى به نصف درهم فلوسا) بالنصب صفة نصف (ونصفا) من الفضة صغيرا (إلا حبة صح) ويكون النصف إلا حبة بمثله وما بقى بالفلوس ، ولو كرر لفظ نصف بطل فى الكل للزوم الربا .

أيسر لأن القيمة يوم القبض معلومة لايختلف فيها ويوم الانقطاع يعسر ضبطه فكان قول أبى يوسف أيسر فى ذلك اه ومثله فى الكفالة (قوله وفى النهر الخ) أصله لصاحب الفتح (قوله فى اختيار قولهما) أى بوجوب القيمة (قوله اشترى بنصف درهم فلوس) الظاهر أنه يجوز فى درهم عدم التنوين مضافا إلى فاوس على معنى من كإضافة خاتم حديد ، والتنوين مع رفع فلوس على أنه خبر مبتدإ محذوف : أى هو فلوس ويدل عليه قوله بعده أو بدرهمين فلوس فإنه لو كان مضافا وجب حذف نون التثنية أو جر فلوس على أنه بدل أو عطف بيان ويجوز نصبه على التمييز (قوله مثلا) الأولى حذفه للاستغناء عنه بقول المصنف بعد وكذا بثلث درهم أو ربعه وإن كان راجعا إلى قوله درهم فهو مستغنى عنه بقوله وكذا لو اشترى بدرهم فلوس الخ ط .

قلت : ولعله أشار إلى أن لفظ دينار كذلك (قوله للعلم به الخ) جواب عن قول زفر إنه لا يصح لأنه اشترى بالفلوس وهى تقدر بالعدد لا بالدراهم والدانق لأنه موزون فذكره لا يغنى عن العد فبقى الثمن مجهولا . والجواب أنه لما ذكر الدرهم ثم وصفه بأنه فاوس وهو لايمكن علم أن المراد ما يباع به من الفلوس وهو معلوم فأغنى عن ذكر العدد فلم تلزم جهالة الثمن كما أوضحه فى الفتح (قوله جاز عند الثانى الخ) قال فى البحر : قيد بما دون الدرهم لأنه لو اشترى بدرهم فلوس أو بدرهمين فلوس لايجوز عند محمد لعدم العرف . وجوزه أبو يوسف فى الكل للعرف وهو الأصح كذا فى الكافى والمجتبى اه فافهم (قوله بالنصب صفة نصف) تبع فى ذلك النهر : وفيه أن فلوسا اسم جامد غير مؤول فالمناسب أنه تمييز للعدد أو عطف بيان (قوله من الفضة صغيرا) الأولى أن يقول كما فى النهاية وغيرها درهما صغيرا يساوى نصفا إلا حبة وبه تظهر المقابلة لقوله كبيرا وعبارة الدرر أى ما ضرب من الفضة على وزن نصف درهم اه :

قلت : والأولى أن يقول على وزن نصف درهم إلا حبة لأن العادة ما يضرب من أنصاف الدرهم أو أرباعه نقص مجموعها عن الدرهم الكامل (قوله بمثله) أى مبيعا بمثله من الدرهم الكبير (قوله ولو كرر لفظ نصف) بأن قال أعطنى بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا إلا حبة ، فعندهما جاز البيع فى الفاوس وبطل فيما بقى من النصف الآخر لأنه ربا : وعلى قياس قول الإمام بطل فى الكل لأن الصفقة متحدة والفساد قوى مقارن للعقد ، ولو كرر لفظ الإعطاء بأن قال وأعطنى بنصفه نصفا إلا حبة اختص الفساد بالنصف الآخر اتفاقا لأنهما بيعان لتعدد الصفقة ، وهذا هو المختار وتمامه فى الفتح .

والحاصل أنه فى صورة المتن صح البيع اتفاقا ، وفى صورة الشرح فسد فى الكل عنده ، وفى الفضة فقط عندهما ، وفى الأخيرة جاز فى الفلوس فقط كما فى البحر . قال ولم يذكر المصنف القبض قبل الافتراق للعلم مما قدمه :

(و) بما تقرر ظهر أن (الأموال ثلاثة) الأول (ثمن بكل حال وهو النقدان) صحبته الباء أولا ، قوبل بجنسه أولا (و) الثانى (مبيع بكل حال كالثياب والدواب ، و) الثالث (ثمن من وجه مبيع من وجه كالمثليات) فإن اتصل بها الباء فثمن وإلا فمبيع . وأما الفلوس فإن رائجة فكثمن وإلا فكسلع و الثمن (من حكمه عدم اشتراط وجوده فى ملك العاقد عند العقد وعدم بطلانه) أى العقد (بهلاكه) أى الثمن (ويصح الاستبدال به فى غير الصرف والسلم) لا فيهما (وحكم المبيع خلافه) أى الثمن (فى الكل)

وحاصله إن تفرقا قبل القبض فسد فى النصف إلا جهة لكونه صرفا لا فى الفلوس لأنها بيع ، فيكفى قبض أحد البدلين ، ولو لم يعطه الدراهم ولم يأخذ الفلوس حتى افترقا بطل فى الكل للافتراق عن دين بدين اه (قوله وبما تقرر) أى من أول البيوع إلى هنا ط (قوله مبيع بكل حال) أى قوبل بجنسه أولا دخلت عليه الباء أولا .

مطلب فى بيان ما يكون مبيعا وما يكون ثمنا

وقد يقال فى بيع المقايضة كل من السلعتين مبيع من وجه وثمن من وجه ط .

قلت : المراد بالثمن هنا ما يثبت دينا فى الذمة وهذا ليس كذلك (قوله كالمثليات) أى غير النقدين وهى المكيل والموزون والعددى المتقارب (قوله فإن اتصل بها الباء فثمن) هذا إذا كانت غير متعينة ولم تقابل بأحد النقدين كبعتك هذا العبد بكر حنطة ، أما لو كانت متعينة وقوبلت بنقد فهى مبيعة كما فى درر البحار أول البيوع : وفى الشرنبلالية فى فصل التصرف فى المبيع معزيا للفتح : لو قوبلت بالأعيان وهى معينة فثمن اه أى كبعتك هذا العبد بهذا الكر أو هذا الكر بهذا العبد لأنه لم يقيده بدخول الباء عليها . وفى الفتح هذا وإن لم تعين : أى المثليات ، فإن صحبها حرف الباء وقابلها مبيع فهى ثمن ، أى وإن لم يصحبها(١) حرف الباء ولم يقابلها ثمن فهى مبيعة ، وهذا لأن الثمن ما يثبت فى الذمة دينا عند المقابلة اه فالأول كما مثلنا والثانى كقولك اشتريت منك كر حنطة بهذا العبد فيكون الكر مبيعا ويشترط له شرائط السلم (قوله وإلا فمبيع) أى وإن لم يصحبها الباء فهى مبيع ، وهذا إذا لم يقابلها ثمن وهى غير متعينة كما علمته من كلام الفتح وتكون سلما كما قلنا ، وكذا لو قابلها ثمن بالأولى كاشتريت منك كر حنطة بمائة درهم ، وكذا لو كانت متعينة وقوبلت بثمن كما علمته من عبارة درر البحار :

والحاصل أن المثليات تكون ثمنا إذا دخلتها الباء ولم تقابل بثمن : أى بأحد النقدين سواء تعينت أولا ، وكذا إذا لم تدخلها الباء ولم تقابل بثمن وتعينت ، وتكون مبيعا إذا قوبلت بثمن مطلقا : أى سواء دخلتها الباء أولا تعينت أولا ، وكذا إذا لم تقابل بثمن ولم يصحبها الباء ولم تعين كبعتك كر حنطة بهذا العبد كما علم من عبارة الفتح الثانية (قوله وأما الفلوس الرائجة(٢)) يستفاد من البحر أنها قسم رابع حيث قال : وثمن بالاصطلاح ، وهو سلعة فى الأصل كالفلوس ، فإن كانت رائجة فهى ثمن وإلا فسلعة اه ط (قوله ويصح الاستبدال به فى غير الصرف والسلم) الأولى أن يقول ويصح التصرف به قبل قبضه فى غير الصرف والسلم ، لأن الاستبدال يصح فى بدل الصرف لأنه لا يتعين بالتعيين فلو تبايعا دراهم بدينار جاز أن يمسكا ما أشارا إليه فى العقد يؤديا بدله قبل الافتراق

---

(١) (قوله أى وإن لم يصحبها الخ) الأنسب بكلام الشارح أن يقول أى وإن لم يتصل بها الخ اه مصححه .

(٢) (قوله وأما الفلوس الرائجة) هكذا بخطه ، والذى فى عدة من نسخ الشارح : وأما الفلوس فإن رائجة وليحرر اه مصححه .

فيشترط وجود المبيع فى ملكه وهكذا . ومن حكمهما وجوب التساوى عند المقابلة بالجنس فى المقدرات كما تقرر .

[تذنيب فى بيع العينة] ويأتى متنا فى الكفالة ، وبيع التلجئة ويأتى متنا فى الإقرار ، وهو أن يظهرا عقدا وهما لا يريدانه يلجأ إليه لخوف عدو وهو ليس ببيع فى الحقيقة بل كالهزل كما بسطته فى آخر شرحى على المنار

بخلاف التصرف به ببيع ونحوه قبل قبضه كما مر فى بابه وأوضحنا ذلك فى باب السلم فراجعه . قال فى الشرنبلالية فى باب التصرف فى المبيع قوله جاز التصرف فى الثمن قبل قبضه ، يستثنى منه بدل الصرف والسلم لأن للمقبوض من رأس مال السلم حكم عين المبيع والاستبدال بالمبيع قبل قبضه لا يجوز ، وكذا فى الصرف . ويصح التصرف فى القرض قبل قبضه على الصحيح : والمراد بالتصرف نحو البيع والهبة والإجارة والوصية وسائر الديون كالثمن اه (قوله وهكذا) أى وتقول هكذا فى عكس باقى الأحكام المذكورة فى الثمن بأن تقول ويبطل البيع بهلاكه ولا يصح الاستبدال به (قوله ومن حكمهما) أى حكم الثمن والمبيع (قوله كما تقرر) أى فى باب الربا (قوله تذنيب) شبه هذه المسائل التى ذكرها فى آخر كتاب البيوع بذنب الحيوان المتصل بعجزه وجعل ذكرها فى آخره بمنزلة تعليق الذنب فى عجز الحيوان وفيه استعارة لا تخفى .

مطلب فى بيع العينة

(قوله فى بيع العينة) اختلف المشايخ فى تفسير العينة التى ورد النهى عنها. قال بعضهم : تفسيرها أن يأتى الرجل المحتاج إلى آخر ويستقرضه عشرة دراهم ولا يرغب المقرض فى الإقراض طمعا فى فضل لا يناله بالقرض فيقول لا أقرضك ولكن أبيعك هذا الثوب إن شئت باثنى عشر درهما وقيمته فى السوق عشرة ليبيعه فى السوق بعشرة فيرضى به المستقرض فيبيعه كذلك ، فيحصل لرب الثوب درهمان وللمشترى قرض عشرة . وقال بعضهم : هى أن يدخلا بينهما ثالثا فيبيع المقرض ثوبه من المستقرض باثنى عشر درهما ويسلمه إليه ثم يبيعه المستقرض من الثالث بعشرة ويسلمه إليه ثم يبيعه الثالث من صاحبه وهو المقرض بعشرة ويسلمه إليه ويأخذ منه العشرة ويدفعها للمستقرض فيحصل للمستقرض عشرة ولصاحب الثوب عليه اثنا عشر درهما كذا فى المحيط . وعن أبى يوسف : العينة جائزة مأجور من عمل بها ، كذا فى مختار الفتاوى هندية . وقال محمد : هذا البيع فى قلبى كأمثال الجبال ذميم اخترعه أكلة الربا . وقال عليه الصلاة والسلام « إذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم » .

قال فى الفتح : ولا كراهة فيه إلا خلاف الأولى لما فيه من الإعراض عن مبرة القرض اه ط ملخصا (قوله ويأتى متنا فى الكفالة) وإنما نبه على ذكره هنا لأنه من أقسام البيوعات ، ونبه على أن بيانه سيأتى فى الكفالة .

مطلب فى بيع التلجئة

(قوله وبيع التلجئة) هى ما ألجىء إليه الإنسان بغير اختياره ، وذلك أن يخاف الرجل السلطان فيقول لآخر إنى أظهر أنى بعت دارى منك ، وليس ببيع فى الحقيقة وإنما هو تلجئة ويشهد على ذلك مغرب (قوله بل كالهزل) أى فى حق الأحكام والهزل كما فى المنار هو أن يراد بالشىء ما لم يوضع له ولا ما يصلح اللفظ له استعارة ، وهو ضد الجد : وهو أن يراد ما وضع له أو ما صلح له وأنه ينافى اختيار الحكم والرضا به ، ولا ينافى الرضا بالمباشرة واختيار المباشرة فصار بمعنى خيار الشرط فى البيع ، وشرطه أن يكون صريحا مشروطا باللسان :

ونقلت عن التلويح أن الأقسام ثمانية وسبعون ، وعقد له قاضيخان فصلا آخر الإكراه ، ملخصه أنه بيع منعقد غير لازم كالبيع بالخيار ، وجعله الباقانى فاسدا ؛

أى بأن يقول إنى أبيع هازلا إلا أنه يشترط ذكره فى العقد، بخلاف خيار الشرط اه فالهزل أعم من التلجئة لأنه يجوز أن لا يكون مضطرا إليه وأن يكون سابقا ومقارنا ، والتلجئة إنما تكون عن اضطرار ولا تكون مقارنة كذا قيل ، والأظهر أنهما سواء فى الاصطلاح كما قال فخر الإسلام : التلجئة هى الهزل ، كذا فى جامع الأسرار على المنار للكاكى ؛

ثم اعلم أن التلجئة تكون فى الإنشاء وفى الإخبار كالإقرار ، وفى الاعتقاد كالردة. والأول قسمان : مايحتمل الفسخ ، ومالا كالطلاق والعتاق ، وقد بسط ذلك كله فى المنار ، والغرض الآن بيان الإنشاء المحتمل للفسخ كالبيع وهو ثلاثة أقسام لأنه إما أن يكون الهزل فى أصل العقد ، أو فى قدر الثمن ، أو جنسه . قال فى المنار فإن تواضعا على الهزل بأصل البيع واتفقا على البناء : أى بناء العقد على المواضعة يفسد البيع لعدم الرضا بالحكم فصار كالبيع بشرط الخيار المؤبد أى فلا يملك بالقبض وإن اتفقا على الإعراض: أى بان قالا بعد البيع قدأعرضنا وقت البيع عن الهزل إلى الجد فالبيع صحيح والهزل باطل ، وإن اتفقا على أنه لم يحضرهما شىء عندالبيع من البناء والإعراض أو اختلفا فى البناء على المواضعة والإعراض عنها فالعقد صحيح عنده فى الحالين خلافا لهما؛ فجعل صحة الإيجاب أولى لأنها الأصل ، وهما اعتبرا المواضعة إلا أن يوجد ماينا قضها: أى كما إذا اتفقا على البناء وإن كان ذلك أى المواضعة فى القدر : أى بأن اتفقا على الجد فى العقد بألف لكنهما تواضعا على البيع بألفين على أن أحدهما هزل، فإن اتفقا على الإعراض عن المواضعة كان الثمن ألفين لبطلان الهزل بإعراضهما، وإن اتفقا على أنه لم يحضرهما شىء من البناء والمواضعة أو اختلفا فالهزل باطل والتسمية للألفين صحيحة عنده . وعندهما العمل بالمواضعة واجب والألف الذى هزلا به باطل ، لما مر أن الأصل عنده الجد ، وعندهما المواضعة ؛ وإن اتفقا على البناء على المواضعة فالثمن ألفان عنده ، وإن كان ذلك الهزل فى الجنس: أى جنس الثمن بأن تواضعا على مائة دينار وإنما الثمن مائة درهم أو بالعكس فالبيع جائز بالمسمى فى العقد على كل حال بالإتفاق : أى سواء اتفقا على البناء أو على الإعراض ، أو على عدم حضور شىء منهما ، أو اختلفا فيهما اه موضحا من شرح الشارح عليه . ومن حواشينا على شرحه المسماة بنسمات الأسحار على إفاضة الأنوار ، وتمام بيان ذلك مبسوط فيها (قوله أن الأقسام ثمانية وسبعون) قال فى التلويح : لأن المتعاقدين إما أن يتفقا أو يختلفا ، فإن اتفقا ، فالاتفاق إما على إعراضهما ، وإما على بنائهما ، وإما على ذهولهما ، وإما على بناء أحدهما وإعراض الآخر أو ذهوله ، وإما على إعراض أحدهما وذهول الآخر ، فصور الاتفاق ستة ؛ وإن اختلفا فدعوى أحد المتعاقدين تكون ، إما إعراضهما ، وإما بناؤهما ، وإما ذهولهما ، وإما بناؤه مع إعراض الآخر أو ذهوله ، وإما إعراضه مع بناء الآخر أو ذهوله ، وإما ذهوله مع بناء الآخر أو إعراضه تصير تسعة ، وعلى كل تقدير من التقادير التسعة يكون اختلاف الخصم بأن يدعى إحدى الصور الثمانية الباقية فتصير أقسام الاختلاف اثنين وسبعين من ضرب التسعة فى الثمانية اه . وهى مع الست صور الاتفاق ثمانية وسبعون :

قلت : وقد أوصلتها فى حاشيتى على شرح المنار للشارح إلى سبعمائة وثمانين ، ولم أر من أوصلها إلى ذلك فراجعها هناك وامنحنى بدعاك (قوله ملخصه أنه بيع منعقد غير لازم) لم يصرح فى الخانية بذلك ، وإنما ذكر أن التلجئة على ثلاثة أوجه كما قدمناه . ثم قال فى الأول : وهو ما إذا كانت فى نفس العقد لو تصادقا على المواضعة

ولو ادعى أحدهما بيع التلجئة وأنكر الآخر فالقول لمدعى الجد بيمينه ، ولو برهن أحدهما قبل ، ولو برهنا فالتلجئة ، ولو تبايعا فى العلانية ، إن اعترفا ببنائه على التلجئة فالبيع باطل لاتفاقهما أنهما هزلا به وإلا فلازم ، ولو لم تحضرهما نية فباطل على الظاهر منية .

قلت : ومفاده أنهما لو تواضعا على الوفاء قبل العقد ثم عقدا خاليا عن شرط الوفاء فالعقد جائز ولا عبرة للمواضعة ،

فالبيع باطل : وعنه فى رواية أنه جائز ، ولو تصادقا أن البيع كان تلجئة ثم أجازاه صحت الإجازة ، كما لو تبايعا هزلا ثم جعلاه جدا يصير جدا ، وإن أجاز أحدهما لايصح ؛ وفى بيع التلجئة إذا قبض المشترى العبد المشترى وأعتقه لايجوز إعتاقه ، وليس هذا كبيع المكره لأن بيع التلجئة هزل ، وذكر فى الأصل أن بيع الهازل باطل ، أما بيع المكره ففاسد اه ملخصا ، ولعل الشارح فهم أنه منعقد غير لازم من قوله ثم أجازاه صحت الإجازة ، لكن ينافيه التصريح بأنه باطل ، فإن أريد بالباطل الفاسد نافاه التصريح بأنه إذا قبض العبد لايصح إعتاقه : أى لأنه لايملك بالقبض كامر مع أن الفاسد يملك به .

وقد يقال إن صحة الإجازة مبنية على أنها تكون بيعا جديدا فلاتنافى كونه باطلا ، وحينئذ فلايصح قوله إنه بيع منعقد غير لازم ، إلا أن يجاب بأن قوله باطل : بمعنى أنه قابل للبطلان عند عدم الإجازة ، والأحسن ما أجبنا به فى أول البيوع من أنه فاسد كما صرح به الأصوليون ، لأن الباطل ماليس منعقدا أصلا وهذا منعقد بأصله لأنه مبادلة مال بمال دون وصفه لعدم الرضا بحكمه كالبيع بشرط الخيار أبدا ولذا لم يملك بالقبض ، وليس كل فاسد يملك بالقبض ؛ كما لو اشترى الأب شيئا من ماله لطفله أو باعه له كذلك فاسدا لايملكه بالقبض حتى يستعمله كما فى المحيط وقدمنا هناك تمام الكلام على ذلك ، والله تعالى هو الموفق للصواب (قوله ولو ادعى أحدهما الخ) هذا أيضا مذكور فى الخانية سوى قوله ولو لم تحضرهما نية الخ (قوله فالقول لمدعى الجد) لأنه الأصل (قوله ولو برهن أحدهما قبل) الأظهر قول الخانية : ولو برهن مدعى التلجئة قبل لأن مدعى الجد لايحتاج إلى برهان كما علمت ، لأن البرهان يثبت خلاف الظاهر (قوله فالتلجئة) أى لأنها خلاف الظاهر (قوله فالبيع باطل) أى فاسد كما علمت ، فإن نقضه أحدهما انتقض لا إن أجازه : أى بل يتوقف على إجازتهما جميعا لأنه كخيار الشرط لهما وإن أجازه جاز بقيد كونها فى ثلاثة أيام عنده ومطلقا عندهما ، كذا فى التحرير (قوله وإلا) بأن اتفقا بعد البيع على أنهما أعرضا وقته عن المواضعة (قوله ولو لم تحضرهما نية فباطل الخ) مثله فى المؤيدية عن الغنية حيث قال : وإن تصادقا على أنهما لم تحضرهما نية عند العقد ففى ظاهر الجواب البيع باطل . وروى المعلى عن أبى يوسف عن أبى حنيفة أن البيع صحيح اه . والأول قولهما كامر عن المنار ، ورجحه أيضا المحقق ابن الهمام فى التحرير ، وأقره تلميذه ابن أمير حاج فى شرحه وجعل المحقق مثله ما إذا اختلفا فى الإعراض والبناء : أى بأن قال أحدهما بنينا العقد على المواضعة وقال الآخر على الجد فلا يصح أيضا عندهما . ثم قال : ولو قال أحدهما أعرضت والآخر لم يحضرنى شىء أو بنى أحدهما وقال الآخر لم يحضرنى شىء فعلى أصله عدم الحضور كالإعراض : أى فيصح ، وعلى أصلهما كالبناء أى فلا يصح (قوله ومفاده الخ) أى مفاد قوله وإلا فلازم ، لكن إنما يتم هذا المفاد إذا قصدا إخلاء العقد عن شرط الوفاء . أما لو لم تحضرهما نية فقد علمت أنه باطل ، وهذا المفاد صرح به فى جامع الفصولين حيث قال : لو شرطا التلجئة فى البيع فسد البيع ، ولو تواضعا قبل البيع ثم تبايعا بلا ذكر شرط فيه جاز البيع عند أبى حنيفة إلا إذا تصادقا أنهما تبايعا على تلك المواضعة ، وكذا لو تواضعا الوفاء قبل البيع ثم عقدا بلا شرط الوفاء فالعقد جائز ،

وبيع الوفاء ذكرته هنا تبعا للدرر : صورته أن يبيعه العين بألف على أنه إذا رد عليه الثمن رد عليه العين ، وسماه الشافعية بالرهن المعاد ، ويسمى بمصر بيع الأمانة ، وبالشام بيع الإطاعة ، قيل هو رهن فتضمن زوائده ، وقيل بيع يفيد الانتفاع به . وفى إقالة شرح المجمع عن النهاية : وعليه الفتوى ،

ولا عبرة للمواضعة السابقة اهـ : وفى البزازية : وإن شرطا الوفاء ثم عقدا مطلقا إن لم يقرا بالبناء على الأول فالعقد جائز ، ولا عبرة بالسابق كما فى التلجئة عند الإمام ، وقوله فالعقد جائز أى بناء على قول أبى حنيفة المذكور ، ولا يخفى أن الشارح مشى على خلافه ، وعليه فالمناسب أن يقول فالعقد غير جائز (قوله ذكرته هنا تبعا للدرر) وذكره فى البحر فى باب خيار الشرط ، وذكر فيه ثمانية أقوال ، وعقد له فى جامع الفصولين فصلا مستقلا هو الفصل الثامن عشر ، وذكره فى البزازية فى الباب الرابع فى البيع الفاسد ، وذكر فيه تسعة أقوال ، وكتب عليه أكثر من نصف كراسة ؛

مطلب فى بيع الوفاء

ووجه تسميته بيع الوفاء أن فيه عهدا بالوفاء من المشترى بأن يرد المبيع على البائع حين رد الثمن ؛ وبعض الفقهاء يسميه البيع الجائز ، ولعله مبنى على أنه بيع صحيح لحاجة التخلص من الربا حتى يسوغ المشترى أكل ريعه ، وبعضهم يسميه بيع المعاملة : ووجهه أن المعاملة ربح الدين وهذا يشتريه الدائن لينتفع به بمقابلة دينه (قوله وصورته الخ) كذا فى العناية . وفى الكفاية عن المحيط : هو أن يقول البائع للمشترى بعت منك هذا العين بمالك علىّ من الدين على أنى متى قضيته فهو لى اهـ : وفى حاشية الفصولين عن جواهر الفتاوى : هو أن يقول بعت منك على أن تبيعه منى متى جئت بالثمن فهذا البيع باطل وهو رهن ، وحكمه حكم الرهن وهو الصحيح اهـ .

فعلم أنه لا فرق بين قوله على أن ترده علىّ أو على أن تبيعه منى (قوله بيع الأمانة) وجهه أنه أمانة عند المشترى بناء على أنه رهن أى كالأمانة (قوله بيع الإطاعة) كذا فى عامة النسخ ، وفى بعضها بيع الطاعة ، وهو المشهور الآن فى بلادنا . وفى المصباح : أطاعه إطاعة : أى انقاد له ، وأطاعه طوعا من باب قال لغة ، وانطاع له انقاد : قالوا : ولا تكون الطاعة إلا عن أمر كما أن الجواب لا يكون إلا عن قول ، يقال أمره فأطاع اهـ ووجهه حينئذ أن الدائن يأمر المدين ببيع داره مثلا بالدين فيطيعه فصار معناه بيع الانقياد (قوله قيل هو رهن) قدمنا آنفا عن جواهر الفتاوى أنه الصحيح .

قال فى الخيرية : والذى عليه الأكثر أنه رهن لا يفترق عن الرهن فى حكم من الأحكام . قال السيد الإمام : قلت للإمام الحسن الماتريدى : قد فشا هذا البيع بين الناس ، وفيه مفسدة عظيمة ، وفتواك أنه رهن وأنا أيضا على ذلك فالصواب أن نجمع الأئمة ونتفق على هذا ونظهره بين الناس ، فقال المعتبر اليوم فتوانا وقد ظهر ذلك بين الناس فمن خالفنا فليبرز نفسه وليقم دليله اهـ :

قلت : وبه صدر فى جامع الفصولين فقال رامزا لفتاوى النسفى : البيع الذى تعارفه أهل زماننا احتيالا للربا وسموه بيع الوفاء هو رهن فى الحقيقة لا يملكه ولا ينتفع به إلا بإذن مالكه ، وهو ضامن لما أكل من ثمره وأتلف من شجره ويسقط الدين بهلاكه لو بقى ولا يضمن الزيادة وللبائع استرداده إذا قضى دينه لا فرق عندنا بينه وبين الرهن فى حكم من الأحكام اهـ ثم نقل ما مر عن السيد الإمام ؛

وفى جامع الفصولين : ولو بيع كرم بجنب هذا الكرم فالشفعة للبائع لا للمشترى لأن بيع المعاملة وبيع التلجئة حكمهما حكم الرهن وللرهن حق الشفعة وإن كان فى يد المرتهن اهـ (قوله وقيل بيع يفيد الانتفاع به) هذا

وقيل إن بلفظ البيع لم يكن رهنا : ثم إن ذكرا الفسخ فيه أو قبله أو زعماه غير لازم كان بيعا فاسدا ، ولو بعده على وجه الميعاد جاز ولزم الوفاء به ، لأن المواعيد قد تكون لازمة لحاجة الناس ، وهو الصحيح كما فى الكافى والخانية وأقره خسرو هنا والمصنف فى باب الإكراه وابن الملك فى باب الإقالة بزيادة . وفى الظهيرية : لو ذكر الشرط بعد

محتمل لأحد قولين ، الأول أنه بيع صحيح مفيد لبعض أحكامه من حل الانتفاع به إلا أنه لا يملك بيعه . قال الزيلعى فى الإكراه وعليه الفتوى . الثانى القول الجامع لبعض المحققين أنه فاسد فى حق بعض الأحكام حتى ملك كل منهما الفسخ صحيح فى حق بعض الأحكام : كحل الانزال ومنافع المبيع ورهن فى حق البعض حتى لم يملك المشترى بيعه من آخر ولا رهنه وسقط الدين بهلاكه فهو مركب من العقود الثلاثة كالزرافة فيها صفة البعير والبقر والنمر جوز لحاجة الناس إليه بشرط سلامة البدلين لصاحبهما : قال فى البحر : وينبغى أن لا يعدل فى الإفتاء عن القول الجامع . وفى النهر والعمل فى ديارنا على ما رجحه الزيلعى (قوله لم يكن رهنا) لأن كلا منهما عقد مستقل شرعا لكل منهما أحكام مستقلة اهـ درر ط (قوله ثم إن ذكر الفسخ فيه) أى شرطاه فيه وبه عبر فى الدرر ط وكذا فى البزازية (قوله أو قبله) الذى فى الدرر بدل هذا أو تلفظا بلفظ البيع بشرط الوفاء اهـ ط ومثله فى البزازية (قوله جاز) مقتضاه أنه بيع صحيح بقرينة مقابلته لقوله كان بيعا فاسدا ، والظاهر أنه مبنى على قولهما بأن ذكر الشرط الفاسد بعد العقد لا يفسد العقد فلا ينافى ما بعده عن الظهيرية (قوله ولزم الوفاء به) ظاهره أنه لا يلزم الورثة بعد موته كما أفتى به ابن الشلبى معللا بانقطاع حكم الشرط بموته لأنه بيع فيه إقالة وشرطها بقاء المتعاقدين ، ولأنه بمنزلة خيار الشرط وهو لا يورث اهـ :

قلت : وهذا ظاهر على هذا القول بأنه بيع صحيح لا يفسده الشرط اللاحق فلا ينافى ما يأتى عن الشرنبلالية .

هذا وفى الخيرية فيما لو أطلق البيع ولم يذكر الوفاء إلا أنه عهد إلى البائع أنه إن أوفى مثل الثمن يفسخ البيع معه : أجاب : هذه المسألة اختلف فيها مشايخنا على أقوال . ونص فى الحاوى الزاهدى أن الفتوى فى ذلك أن البيع إذا أطلق ولم يذكر فيه الوفاء إلا أن المشترى عهد إلى البائع أنه إن أوفى مثل ثمنه فإنه يفسخ معه البيع يكون باتا حيث كان الثمن ثمن المثل أو بغبن يسير اهـ وبه أفتى فى الحامدية أيضا ، فلو كان بغبن فاحش مع علم البائع به فهو رهن ، وكذا لو وضع المشترى على أصل المال ربحا : أما لو كان بمثل الثمن أو بغبن يسير بلا وضع ربح فبات ، لأنا إنما نجعله رهنا بظاهر حاله أنه لا يقصد البات عالما بالغبن أو مع وضع الربح أفاده فى البزازية وذكر أنه مختار أئمة خوارزم ، وذكر فى موضع آخر أنه لو آجره من البائع قال صاحب الهداية : الإقدام على الإجارة بعد البيع دل على أنهما قصدا بالبيع الرهن لا البيع فلا يحل للمشترى الانتفاع به اهـ : واعترضه فى نور العين بأن دلالة ذلك على قصد حقيقة البيع أظهر :

قلت : وفيه نظر ، فإن العادة الفاشية قاضية بقصد الوفاء كما فى وضع الربح على الثمن ولا سيما إذا كانت الإجارة من البائع مع الربح أو نقص الثمن (قوله لأن المواعيد قد تكون لازمة) قال فى البزازية فى أول كتاب الكفالة إذ كفل معلقا بأن قال إن لم يؤد فلان فأنا أدفعه إليك ونحوه يكون كفالة لما علم أن المواعيد باكتساء صور التعليق تكون لازمة فإن قوله أنا أحج لا يلزم به شىء ولو علق وقال إن دخلت الدار فأنا أحج يلزم الحج (قوله بزيادة وفى الظهيرية الخ) يعنى أن ابن ملك أقره أيضا وزاد عليه قوله وفى الظهيرية الخ أى مقترنا بهذه

العقد يلتحق بالعقد عند أبي حنيفة ولم يذكر أنه في مجلس العقد أو بعده . وفي البزازية : ولو باعه لآخر باتا توقف على إجازة مشتريه وفاء ولو باعه المشتري فللبائع أو ورثته حق الاسترداد ، وأفاد في الشرنبلالية أن ورثة كل من البائع والمشتري تقوم مقام مورثها نظرا لجانب الرهن فليحفظ ، ولو استأجره بائعه لايلزمه أجر لأنه رهن حكما حتى لايحل الانتفاع به :

قلت : وفي فتاوى ابن الجلبي : إن صدرت الإجارة بعد قبض المشتري المبيع وفاء ولو للبناء وحده فهي صحيحة

الزيادة فلفظ زيادة مصدر وما بعده جملة أريد بها لفظها في محل نصب مفعول المصدر (قوله يلتحق بالعقد عند أبي حنيفة) فيصير بيع الوفاء كأنه شرط في العقد فيأتي فيه خلاف أنه رهن أو بيع فاسد أو بيع صحيح في بعض الأحكام ، وقدمنا في البيع الفاسد ترجيح قولهما بعدم التحاق الشرط المتأخر عن العقد به (قوله ولم يذكر أنه في مجلس العقد أو بعده) أي فيفهم أنه لايشترط له المجلس : وفي جامع الفصولين اختلف فيه المشايخ ، والصحيح أنه لايشترط اه ومثله في البزازية (قوله ولو باعه) أي البائع ، وقوله توقف الخ أي على القول بأنه رهن ، وهل يتوقف على بقية الأقوال المارة محل تردد (قوله فللبائع أو ورثته حق الاسترداد) أي على القول بأنه رهن ، وكذا على القولين القائلين بأنه بيع يفيد الانتفاع به فإنه لايملك بيعه كما قدمناه (قوله وأفاد في الشرنبلالية الخ) ذكره بحثا وقوله نظرا لجانب الرهن يفيد أنه لايخالف ما قدمناه عن ابن الشلبي فافهم ، وهذا البحث مصرح به في البزازية حيث قال في القول الأول إنه رهن حقيقة : باع كرمه وفاء من آخر وباعه المشتري بعد قبضه من آخر باتا وسلمه وغاب فللبائع الأول استرداده من الثاني لأن حق الحبس وإن كان للمرتهن ، لكن يد الثاني مبطلة فللمالك أخذ ملكه من المبطل فإذا حضر المرتهن أعاد يده فيه حتى يأخذ دينه ، وكذا إذا مات البائع والمشتري الأول والثاني فلورثة البائع الأول الأخذ من ورثة المشتري الثاني ولورثة المرتهن إعادة يدهم إلى قبض دينه اه (قوله لايلزم الأجر الخ) أفتى به في الحامدية تبعا للخيرية فإنه قال في الخيرية : ولا تصح الإجارة المذكورة ولا تجب فيها الأجرة على المفتى به سواء كانت بعد قبض المشتري الدار أم قبله .

مطلب باع داره وفاء ثم استأجر

قال في النهاية : سئل القاضي الإمام الحسن الماتريدي عمن باع داره من آخر بثمن معلوم بيع الوفاء وتقابضا ثم استأجرها من المشتري مع شرائط صحة الإجارة وقبضها ومضت المدة هل يلزمه الأجر فقال لا لأنه عندنا رهن والراهن إذا استأجر الرهن من المرتهن لايجب الأجر اه . وفي البزازية : فإن آجر المبيع وفاء من البائع ، فمن جعله فاسدا قال لاتصح الإجارة ولا يجب شيء ، ومن جعله رهنا كذلك ، ومن أجازه جوز الإجارة من البائع وغيره وأوجب الأجرة ، وإن آجره من البائع قبل القبض . أجاب صاحب الهداية أنه لايصح ، واستدل بما لو آجر عبدا اشتراه قبل قبضه أنه لاتجب الأجرة وهذا في البات فما ظنك بالجائز اه فعلم به أن الإجارة قبل التقابض لاتصح على قول من الأقوال الثلاثة اه ما في الخيرية . وفيها أيضا : وأما إذا آجره المشتري وفاء بإذن البائع فهو كإذن الراهن للمرتهن بذلك : وحكمه أن الأجرة للراهن وإن كان بغير إذنه يتصدق بها أو يردها على الراهن المذكور وهو أولى صرح به علماؤنا اه :

قلت : وإذا آجره بإذنه يبطل الرهن كما ذكره في حاشيته على الفصولين (قوله ولو للبناء وحده) أي ولو كان البيع وفاء للبناء وحده كالقائم في الأرض المحتكرة (قوله فهي صحيحة) أي بناء على القول بجواز البيع كما علمت

والأجرة لازمة للبائع طول مدة التأجز انتهى فتنبه ؛

قلت : وعليه فلو مضت المدة وبقى فى يده فأفتى علماء الروم بلزوم أجر المثل ويسمونه بيع الاستغلال وفى الدرر صح بيع الوفاء فى العقار استحسانا. واختلف فى المنقول . وفى الملتقط والمنية اختلفا أن البيع باتا أو وفاء جد أو هزل القول لمدعى الجد والبتات إلا بقرينة الهزل والوفاء :

قلت : لكنه ذكر فى الشهادات أن القول لمدعى الوفاء استحسانا كما سيجىء فليحفظ ؛ولو قال البائع بعتك بيعا باتا فالقول له

فإنه يملك الانتفاع به ، وقد علمت ترجيح القول بأنه رهن وأنه لاتصح إجارته من البائع (قوله لازمة للبائع) اللام بمعنى على : أى على البائع ، أو للتقوية لكن العامل اسم فاعل فهى زائدة (قوله وعليه) أى على القول بصحة الإجارة (قوله بلزوم أجر المثل) هذا مشكل ، فإن من آجر ملكه مدة ثم انقضت وبقى المستأجر ساكنا لايلزمه أجرة إلا إذا طالبه المالك بالأجرة فإذا سكن بعد المطالبة يكون قبولا للاستئجار كما ذكروه فى محله ، وهذا فى الملك الحقيقى فما ظنك فى المبيع وفاء مع كون المستأجر هو البائع ، نعم قالوا بلزوم الأجرة فى الوقف ومال اليتيم والمعد للاستغلال ولعل ماذكره مبنى على أنه صار معدا للاستغلال بذلك الإيجار كما يشير إليه قوله ويسمونه بيع الاستغلال ، وفيه نظر فليتأمل . وعلى كل فهذا مبنى على خلاف الراجح كما علمت (قوله واختلف فى المنقول) قال فى البزازية بعد كلام ولهذا لم يصح بيع الوفاء فى المنقول وصح فى العقار باستحسان بعض المتأخرين . ثم قال فى موضع آخر : وفى النوازل جوز الوفاء فى المنقول أيضا اهـ . والظاهر أن الخلاف فيه على القول بجواز البيع كما يفيده قوله وصح فى العقار الخ أما على القول بأنه رهن فينبغى عدم الخلاف فى صحته (قوله القول لمدعى الجد والبتات) لأنه الأصل فى العقود (قوله إلا بقرينة) هى مايأتى من نقصان الثمن كثيرا (قوله أن القول لمدعى الوفاء) فى جامع الفصولين برمز شيخ الإسلام برهان الدين : ادعى البائع وفاء والمشترى باتا أو عكسا ، فالقول لمدعى البات ، وكنت أفتى فى الابتداء أن القول لمدعى الوفاء ، وله وجه حسن إلا أن أئمة بخارى هكذا أجابوا فوافقتهم اهـ . وفى حاشيته للرملى بعد كلام نقله عن الخانية وغيرها قال فظهر به وبقوله كنت أفتى الخ أن المعتمد فى المذهب أن القول لمدعى البات منهما وأن البينة بينة مدعى الوفاء منهما .

مطلب قاضيخان من أهل التصحيح والترجيح

وقد ذكر المسألة فى جواهر الفتاوى وذكر فيها اختلافا كثيرا واختلاف تصحيح ، ولكن عليك بما فى الخانية فإن قاضيخان من أهل التصحيح والترجيح اهـ وبهذا أفتى فى الخيرية أيضا .

قلت : لكن قوله هنا استحسانا يقتضى ترجيح مدعى الوفاء فينبغى تقييده بقيام القرينة ثم راجعت عبارة الملتقط فرأيته ذكر الاستحسان فى مسألة الاختلاف فى البينة ، فإنه قال فى الشهادات : وإن ادعى أحدهما بيعا باتا والآخر بيع الوفاء وأقاما البينة كانوا يفتون أن البات أولى ثم أفتوا أن بيع الوفاء أولى وهذا استحسان اهـ ولا يخفى أن كلام الشارح فى الاختلاف فى القول مع أنه فى الملتقط قال فى البيوع : ولو قال المشترى اشتريته باتا وقال البائع بعته ببيع الوفاء فالقول قول من يدعى البتات ، وكان يفتى فيما مضى أن القول قول الآخر وهو القياس اهـ فتحصل من عبارتى الملتقط أن الاستحسان فى الاختلاف فى البينة ترجيح بينة الوفاء وفى الاختلاف فى القول ترجيح قول مدعى البتات ، وهذا الذى حرره الرملى فيما مر فتدبر ، وبه ظهر أن ماذكره الشارح سبق قلم فافهم (قوله ولو قال البائع الخ) هذه العبارة بعينها ذكرها فى الملتقط عقب عبارته التى ذكرناها عنه فى البيوع ،

إلا أن يدل على الوفاء بنقصان الثمن كثيرا إلا أن يدعي صاحبه تغير السعر . وفي الأشباه في أواخر قاعدة العادة محكمة عن المنية : لو دفع غزلا إلى حائك لينسجه بالنصف جوّزه مشايخ بخارى للعرف ، ثم نقل في آخرها عن إجارة البزازية أن به أفتى مشايخ بلخ وخوارزم وأبو علي النسفي أيضا . قال : والفتوى على جواب الكتاب للطحان لأنه منصوص عليه ، فيلزم إبطال النص . وفيها من البيع الفاسد : القول السادس في بيع الوفاء إنه صحيح لحاجة الناس فرارا من الربا . وقالوا : ما ضاق على الناس أمر إلا اتسع حكمه ، ثم قال :

والحاصل أن المذهب عدم اعتبار العرف الخاص ، ولكن أفتى كثير باعتباره ، فأقول على اعتباره : ينبغي أن يفتى بأن ما يقع في بعض الأسواق من خلوّ الحوانيت لازم ويصير الخلو في الحانوت حقا له فلا يملك صاحب الحانوت إخراجه منها ولا إجارتها لغيره ولو كانت وقفا ، وكذا أقول على اعتبار العرف الخاص قد تعارف الفقهاء النزول عن الوظائف بمال يعطى لصاحبها فينبغي الجواز ، وأنه لو نزل له وقبض منه المبلغ ثم أراد الرجوع لا يملك ذلك ، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم .

وهي تفيد تقييد الاستحسان ، وهو كون القول لمدعي البتات بما إذا لم تقم القرينة على خلافه ، وهذا مؤيد لما بحثناه آنفا ولكن في التعبير مساهاة ، فإنه كان ينبغي أن يقول ولو قال المشتري اشتريت باتا الخ لأنه هو الذي يدعي البتات عند نقصان الثمن كثيرا بخلاف البائع (قوله إلا أن يدل على الوفاء بنقصان الثمن كثيرا) وهو ما لا يتغابن فيه الناس جامع الفصولين :

قلت : وينبغي أن يزاد هنا مامر في الوعد بالوفاء بعد البيع من أنه لو وضع على المال ربما يكون ظاهرا في أنه رهن ، وما قاله صاحب الهداية من أن الإقدام على الإجارة بعد البيع دل على أنهما قصدا بالبيع الرهن لا البيع (قوله إلا أن يدعي) أي مع البرهان (قوله وفي الأشباه الخ) المقصود من هذه العبارة بيان حكم العرف العام والخاص وأن العام معتبر ما لم يخالف نصا ، وبه يعلم حكم بيع الوفاء وبيع الخلو لابتنائهما على العرف (قوله بالنصف) أي نصف ما ينسجه أجرة على النسج (قوله ثم نقل) أي صاحب الأشباه (قوله والفتوى على جواب الكتاب) أي المبسوط للإمام محمد وهو المسمى بالأصل لأنه مذكور في صدر عبارة الأشباه أفاده ط (قوله للطحان) أي لمسألة قفيز الطحان ، وهي كما في البزازية أن يستأجر رجلا ليحمل له طعاما أو يطحنه بقفيز منه فالإجارة فاسدة ويجب أجر المثل لا يتجاوز به المسمى (قوله لأنه منصوص) أي عدم الجواز منصوص عليه بالنهي عن قفيز الطحان ودفع الغزل إلى حائك في معناه :

قال البيري : والحاصل أن المشايخ أرباب الاختيار اختلفوا في الإفتاء في ذلك . قال في العتابية : قال أبو الليث النسج بالثلث والربع لا يجوز عند علمائنا ، لكن مشايخ بلخ استحسنوه وأجازوه لتعامل الناس ، قال وبه نأخذ : قال السيد الإمام الشهيد : لا نأخذ باستحسان مشايخ بلخ وإنما نأخذ بقول أصحابنا المتقدمين لأن التعامل في بلد لا يدل على الجواز ما لم يكن على الاستمرار من الصدر الأول فيكون ذلك دليلا على تقرير النبي صلى الله عليه وسلم إياهم على ذلك فيكون شرعا منه ، فإذا لم يكن كذلك لا يكون فعلهم حجة إلا إذا كان كذلك من الناس كافة في البلدان كلها فيكون إجماعا والإجماع حجة ، ألا ترى أنهم لو تعاملوا على بيع الخمر والربا لا يفتى بالحل اهـ (قوله وفيها) أي في البزازية وهو من كلام الأشباه (قوله فرارا من الربا) لأن صاحب المال لا يقرض إلا بنفع والمستقرض محتاج فأجازوا ذلك لينتفع المقرض بالمبيع وتعارفه الناس ، لكنه مخالف للنهي عن بيع وشرط ، فلذا رجحوا كونه رهنا (قوله فأقول على اعتباره الخ) قدمنا الكلام على مسألة الخلو أول البيوع فراجعه (قوله وكذا أقول الخ)

قلت : وأيده فى زواهر الجواهر بمافىواقعات الضريرى : رجل فى يده دكان فغاب فرفع المتولىأمره للقاضى فأمره القاضى بفتحه وإجارته ففعل المتولى ذلك وحضر الغائب فهو أولى بدكانه ، وإن كان له خلو فهو أولى بخلوه أيضا ، وله الخيار فى ذلك ، فإن شاء فسخ الإجارة وسكن فى دكانه ، وإن شاء أجازها ورجع بخلوه على المستأجر ويؤمر المستأجر بأداء ذلك إن رضى به وإلا يؤمر بالخروج من الدكان ، والله أعلم اه بلفظه .

كتاب الكفالة

مناسبتها للبيع لكونها فيه غالبا ولكونها بالأمر معاوضة انتهاء (هى) لغة الضم ، وحكى ابن القطاع كفلته وكفلت به وعنه وتثليث الفاء . وشرعا(ضم ذمة) الكفيل (إلى ذمة) الأصيل (فى المطالبة مطلقا) بنفس أو بدين . أو عين كمغصوب ونحوه كما سيجىء لأن المطالبة تعم ذلك ومن عرفها بالضم فى الدين إنما أراد تعريف نوع منها

قدمنا أيضا هناك الكلام على هذه المسألة ، وذكرنا أيضا عن الحموى أن مانقله عن واقعات الضريرى ليس فيه لفظ الخلو ، وبسطنا الكلام هناك فراجعه فإنه تكفل بالمقصود ، والحمد لله ذى الفضل والجود .

كتاب الكفالة

(قوله لكونها فيه غالبا) الأولى حذف اللام ط والأولى أيضا كونها عقبه غالبا . قال فى الفتح : أوردها عقب البيوع لأنها غالبا يكون تحققها فى الوجود عقب البيع فإنه قد لايطمئن البائع إلى المشترى فيحتاج إلى من يكفله بالثمن ، أولا يطمئن المشترى إلى البائع فيحتاج إلى من يكفله فى المبيع وذلك فى السلم ، فلما كان تحققها فى الوجود غالبا بعدها أوردها فى التعليم بعدها (قوله ولكونها الخ) عبارة الفتح : ولها مناسبة خاصة بالصرف ، وهى أنها تصير بالآخرة معاوضة عما ثبت فى الذمة من الأثمان وذلك عند الرجوع على المكفول عنه ، ثم لزم تقديم الصرف لكونه من أبواب البيع السابق على الكفالة (قوله هى لغة الضم) قال تعالى — وكفلها زكريا — أى ضمها إلى نفسه . وقال عليه الصلاة والسلام « أنا وكافل اليتيم كهاتين » أى ضام اليتيم إلى نفسه . وفى المغرب : وتركيبه يدل على الضم والتضمين (قوله كفلته وكفلت به وعنه) أى يتعدى بنفسه وبالباء وبعن ؟ وفى القهستانى : يتعدى إلى المفعول الثانى فى الأصل بالباء ، فالمكفول به الدين ثم يتعدى بعن للمديون وباللام للدائن (قوله وتثليث الفاء) مقتضاه أن ابن القطاع حكاه وليس كذلك . وعبارة البحر : قال فى المصباح : كفلت بالمال وبالنفس كفلا من باب قتل وكفولا أيضا والاسم الكفالة ، وحكى أبو زيد سماعا من العرب من بابى تعب وقرب ، وحكى ابن القطاع كفلته وكفلت به وعنه إذا تحملت به اه ح (قوله ضم ذمة الكفيل) الذمة وصف شرعى به الأهلية لوجوب ماله وعليه ، وفسرها فخر الإسلام بالنفس والرقبة التى لها عهد ، والمراد بها العهد ، فقولهم فى ذمته أى فى نفسه باعتبار عهدها من باب إطلاق الحال وإرادة المحل ، كذا فى التحرير نهر (قوله بنفس) متعلق بمطالبة ح (قوله أو بدين أو عين) زاد بعضهم رابعا وهو الكفالة بتسليم المال ، ويمكن دخوله فى الدين ؟!

قلت : وكذا بتسليم عين غير مضمونة كالأمانة وسيأتى تحقيق ذلك كله (قوله كمغصوب ونحوه) أى من كل مايجب تسليمه بعينه ، وإذا هلك ضمن مثله أو قيمته ؛ كالمبيع فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمهر وبدل الخلع والصلح عن دم عمدا احترازا عن المضمون بغيره كالمرهون وغير المضمون أصلا كالأمانة فلا تصح الكفالة بأعيانها (قوله كما سيجىء) أى فى كفالة المال ح (قوله لأن المطالبة تعم ذلك) أى المذكور من الأقسام الثلاثة ، وهو تعليل لتفسير الإطلاق بها وتمهيد لقوله وبه يستغنى الخ (قوله ومن عرفها بالضم فى الدين الخ) اعلم أنه اختلف فى تعريف

وهو الكفالة بالمال ، لأنه محل الخلاف

الكفالة فقيل إنها الضم فى المطالبة كما مشى عليه المصنف وغيره من أصحاب المتون، وقيل الضم فى الدين فيثبت بها دين آخر فى ذمة الكفيل ويكتفى باستيفاء أحدهما، ولم يرجح فى المبسوط أحد القولين، لكن فى الهداية وغيرها الأول أصح ، ووجهه كما فى العناية أنها كما تصح بالمال تصح بالنفس ولا دين، وكما تصح بالدين تصح بالأعيان المضمونة ويلزم أن يصير الدين الواحد دينين اهـ وفيه نظر، إذ من عرفها بالضم فى الدين إنما أراد تعريف نوع منها وهو الكفالة بالمال . وأما الكفالة بالنفس وبالأعيان فهى فى المطالبة اتفاقا ، وهما ماهيتان لا يمكن جمعهما فى تعريف واحد ، وأفرد تعريف الكفالة بالمال لأنه محل الخلاف نهر :

وحاصله أن كون تعريفها بالضم فى المطالبة أعم لشموله الأنواع الثلاثة لا يصلح توجيها لكونه أصح من تعريفها بالضم فى الدين، لأن المراد به تعريف نوع منها وهو كفالة الدين . أما النوعان الآخران فمتفق على كون الكفالة بهما كفالة بالمطالبة ، ولا يمكن الجمع بين الكفالة بالأول والكفالة بالآخرين فى تعريف واحد لأن الضم فى الدين غير الضم فى المطالبة . ثم لا يخفى أن تعريفها بالضم فى الدين يقتضى ثبوت الدين فى ذمة الكفيل كما صرح به أولا ، ويدل عليه أنه لو وهب الدين للكفيل صح ويرجع به على الأصيل مع أن هبة الدين من غير من عليه الدين لا تصح وما أورد عليه من لزوم صيرورة الدين الواحد دينين دفعه فى المبسوط بأنه لا مانع لأنه لا يستوفى إلا من أحدهما كالغاصب مع غاصب الغاصب فإن كلا ضامن للقيمة ، وليس حق المالك إلا فى قيمة واحدة لأنه لا يستوفى إلا من أحدهما واختياره تضمين أحدهما يوجب براءة الآخر فكذا هنا، لكن هنا بالقبض لا بمجرد اختياره، لكن المختار الأول ، وهو أن الضم فى مجرد المطالبة لا الدين ، لأن اعتباره فى ذمتين ، وإن أمكن شرعا لا يجب الحكم بوقوع كل ممكن إلا بموجب ولا موجب هنا، لأن التوثق يحصل بالمطالبة وهو لا يستلزم ثبوت اعتبار الدين فى الذمة كالوكيل بالشراء يطالب بالثمن وهو فى ذمة الموكل كذا فى الفتح ، وكذا الوصى والولى والناظر يطالبون بما لزم دفعه ولا شىء فى ذمتهم كما فى البحر ، وذكر أنهم لم يذكروا لهذا الاختلاف ثمرة ، فإن الاتفاق على أن الدين لا يستوفى إلا من أحدهما وأن الكفيل مطالب وأن هبة الدين له صحيحة ويرجع به على الأصيل ، ولو اشترى الطالب بالدين شيئا من الكفيل صح مع أن الشراء بالدين من غير من عليه لا يصح . ويمكن أن تظهر فيما إذا حلف الكفيل أن لا دين عليه فيحنث على الضعيف لا على الأصح اهـ :

قلت : يظهر لى الاتفاق على ثبوت الدين فى ذمة الكفيل أيضا بدليل الاتفاق على هذه المسائل المذكورة ، ولأن اعتباره فى ذمتين ممكن كما علمت ، وما ذكر من هذه المسائل موجب لذلك الاعتبار ، ولو كانت ضما فى المطالبة فقط بدون دين لزم أن لا يؤخذ المال من تركة الكفيل لأن المطالبة تسقط عنه بموته كالكفيل بالنفس لما كان كفيلا بالمطالبة فقط بطلت الكفالة بموته مع أن المصرح به أن المال يحل بموت الكفيل وأنه يؤخذ من تركته ولأن الكفيل يصح أن يكفله عند الطالب كفيل آخر بالمال المكفول به ، فإذا أدى الآخر المال إلى الطالب لم يرجع به على الأصيل بل يرجع على الكفيل الأول ، فإن أدى إليه رجع الأول على الأصيل لو الكفالة بالأمر نص عليه فى كافى الحاكم ، ويشهد لذلك فروع أخر ستظهر فى محالها . وعلى هذا فمعنى كون التعريف الأول أصح شموله أنواع الكفالة الثلاثة ، بخلاف التعريف الثانى كما مر عن العناية . والجواب بأنه إنما أراد تعريف نوع منها لا يدفع الإيراد لأنه لم يعرف النوعين الآخرين فكان موهما اختصاصها بذلك النوع فقط ، هذا ما ظهر لى فتدبره (قوله وهو الكفالة بالمال) أراد بالمال الدين وإلا فهو يشمل العين مقابل الدين اهـ ح (قوله لأنه محل الخلاف) بيان

وبه يستغنى عما ذكره منلا خسرو (وركنها إيجاب وقبول) بالألفاظ الآتية ولم يجعل الثانى الثانى ركنا (وشرطها كون المكفول به) نفسا أو مالا (مقدور التسليم) من الكفيل فلم تصح بحد وقود (وفى الدين كونه صحيحا قائما) لاساقطا بموته مفلسا ، ولا ضعيفا كبدل كتابة ونفقة زوجة قبل الحكم بها ، فما ليس دينا بالأولى نهر

لوجه اقتصاره على تعريف كفالة الدين فقط ، ولا يخفى أن التعريف يذكر للتعليم والتفهيم فى ابتداء الأبواب فلابد من التنبيه على مايوقع فى الاشتباه فكان عليه أن يذكر تعريف النوعين الآخرين كما قلنا آنفا (قوله وبه) أى بما ذكر من تعميم المطالبة (قوله يستغنى عما ذكره منلا خسرو) أى صاحب الدرر : قال فى النهر : وبه استغنى عما فى نكاح الدرر من تعريفها بضم ذمة إلى ذمة فى مطالبة النفس أو المال أو التسليم مدعيا أن قولهم والأول أصح لاصحة له فضلا عن كونه أصح ، لأنهم قسموها إلى كفالة فى المال والنفس . ثم إن تقسيمهم يشعر بانحصارها مع أنهم ذكروا فى أثناء المسائل مايدل على وجود قسم ثالث وهو الكفالة بالتسليم اهـ ، وأنت قد علمت ماهو الواقع اهـ أى من أن ماعرف به هو مرادهم لأن المطالبة تشمل الأنواع الثلاثة ، فليس فيما قاله زيادة على ماأرادوه غير التصريح به فافهم (قوله وركنها إيجاب وقبول) فلا تتم بالكفيل وحده مالم يقبل المكفول له أو أجنبى عنه فى المجلس رملى (قوله ولم يجعل الثانى) أى أبو يوسف ، وقوله الثانى : أى القبول وهو بالنصب على أنه مفعول يجعل ، وقوله ركنا مفعوله الآخر أى فجعلها تتم بالإيجاب وحده فى المال والنفس . واختلف على قوله ، فقيل تتوقف على إجازة الطالب ، فلو مات قبلها لايؤاخذ الكفيل ، وقيل تنفذ وللطالب الرد كما فى البحر وهو الأصح كما فى المحيط أى الأصح من قوليه نهر : وفى الدرر والبزازية : وبقول الثانى يفتى . وفى أنفع الوسائل وغيره : الفتوى على قولها ، وسيأتى تمامه عند قوله ولاتصح بلا قبول الطالب فى مجلس العقد (قوله نفسا أو مالا) الأولى إسقاطه ليأتى له التفريع بقوله فلم تصح بحد وقود فإنهما ليسا بنفس ولا مال إن أريد الضمان بهما . أما إذا أريد الضمان بنفس من هما عليه فإن الكفالة حينئذ تكون جائزة كما سيذكره المصنف ، نعم يشترط كون النفس مقدورة التسليم ، إذ لاشك أن كفالة الميت بالنفس لاتصح ، لأنه لو كان حيا ثم مات بطلت كفالة النفس ، وكذا لو كان غائبا لايدرى مكانه فلا تصح كفالته بالنفس كما فى جامع الفصولين .

وعبارة البحر عن البدائع : وأما شرائط المكفول به : فالأول أن يكون مضمونا على الأصيل دينا أو عينا أو نفسا أو فعلا ، ولكن يشترط فى العين أن يكون مضمونة بنفسها . الثانى أن يكون مقدور التسليم من الكفيل ، فلا تجوز بالحدود والقصاص . الثالث أن يكون الدين لازما وهو خاص بالكفالة بالمال ، فلا تجوز الكفالة ببدل الكتابة (قوله وفى الدين كونه صحيحا) هو مالا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء كما سيأتى متنا وسيذكر الشارح هناك استثناء الدين المشترك والنفقة وبدل السعاية وأفاد أنه لا يشترط أن يكون معلوم القدر كما فى البحر وسيأتى أيضا بيانه (قوله لاساقطا الخ) محترز قوله قائما فلا تصح كفالة ميت مفلس بدين عليه كما سيذكره المصنف (قوله ولا ضعيفا) محترز قوله صحيحا (قوله كبدل كتابة) لأنه يسقط بالتعجيز .

مطلب فى كفالة نفقة الزوجة

(قوله ونفقة زوجة الخ) عبارة النهر : وينبغى أن يكون من ذلك الكفالة بنفقة الزوجة قبل القضاء بها أو الرضا لما قدمناه من أنها لا تصير دينا إلا بهما ، وبدل الكتابة دين إلا أنه ضعيف ، ولا تصح الكفالة به ، فما ليس دينا أولى اهـ .

وبه يظهر ما فى عبارة الشارح من الخفاء فكان عليه أن يقول ولا ضعيفا كبدل كتابة فما ليس دينا كنفقة زوجة قبل القضاء أو الرضا بالأولى . ولا يخفى أنها حيث لم تصر دينا لا تكون من أمثلة الدين الساقط فافهم . ثم

(وحكمها لزوم المطالبة على الكفيل) بما هو على الأصيل نفسا أو مالا (وأهلها من هو أهل للتبرع) فلا تنفذ من صبي ولا مجنون إلا إذا استدان له وليه وأمره أن يكفل المال عنه فتصح ويكون إذنا فى الأداء محيط ، ومفاده أن الصبى يطالب بهذا المال بموجب الكفالة ولولاها لطولب الولى نهر ، ولا من مريض إلا من الثلث ، ولا من عبد ولو مأذونا فى التجارة ، ويطالب بعد العتق

ظاهر كلام النهر أنها لو صارت دينا بالقضاء بها أو بالرضاء تصير دينا صحيحا مع أنه ليس كذلك لسقوطها بالموت أو الطلاق إلا إذا كانت مستدانة بأمر القاضى ، لكن غير المستدانة مع كونها دينا غير صحيح تصح الكفالة بها استحسانا : فهى مستثناة من هذا الشرط كما سينبه عليه الشارح عند قول المصنف إذا كان دينا صحيحا ، بل ذكر بعده بأسطر عن الخانية : لو كفل لها رجل بالنفقة أبدا مادامت الزوجية جاز ، وكذا ذكر قبيل الباب الآتى جواز الكفالة بها إذا أراد زوجها السفر ، وعليه الفتوى مع أنها لم تصر دينا أصلا لأن النفقة لم تجب بعد ، فيحمل ما ذكره هنا تبعا للنهر على النفقة الماضية لأنها تسقط بالمضى قبل القضاء أو الرضا فلا تصح الكفالة بها والفرق بين الماضية والمستقبلة أن الزوجة مقصرة بتركها بدون قضاء أو رضا إلى أن سقطت بالمضى ، بخلاف المستقبلة تدبر (قوله وحكمها لزوم المطالبة على الكفيل) أى ثبوت حق المطالبة متى شاء الطالب ، سواء تعذر عليه مطالبة الأصيل أو لا فتح :

وذكر فى الكفاية أن اختيار الطالب تضمين أحدهما لا يوجب براءة الآخر ما لم توجد حقيقة الاستيفاء فلذا تملك مطالبة كل منهما ، بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب اهـ وقدمناه أيضا (قوله بما هو على الأصيل) الأولى بما وقعت الكفالة به عن الأصيل ، لأن الأصيل عليه تسليم نفسه أو تسليم المال ، والكفيل بالنفس ليس عليه تسليم المال ولأن الكفيل لو تعدد لا يلزمه إلا بقدر ما يخصه كنصف الدين لو كانا اثنين أو ثلثه لو ثلاثة ما لم يكفلوا على التعاقب فيطالب كل واحد بكل المال كما ذكره السرخسى (قوله نفسا أو مالا) شمل المال الدين والعين ، وينبغى أن يزيد أو فعلا ، كما لو كفل تسليم الأمانة أو تسليم الدين كما سيأتى بيانه ، والمراد بالعين المضمونة بنفسها كالمغصوب كما مر (قوله فلا تنفذ من صبى ولا مجنون) أى ولو الصبى تاجرا ، وكذا لا تجوز له إلا إذا كان تاجرا وأما الكفالة عنه فهى لازمة للكفيل يؤخذ بها ، ولا يجبر الصبى على الحضور معه إلا إذا كانت بطلبه وهو تاجر أو بطلب أبيه مطلقا ، فإن تغيب فله أخذ الأب بإحضاره أو تخليصه ، والوصى كالأب ولو كفل بنفس الصبى على أنه إن لم يواف به فعليه ما ذاب عليه جازت كفالة النفس ، وما قضى به على أبيه أو وصيه لزم الكفيل ، ولا يرجع على الصبى إلا إذا أمره الأب أو الوصى بالضمان اهـ ملخصا من كافى الحاكم (قوله إلا إذا استدان له وليه) أى من له ولاية عليه من أب أو وصى لنفقة أو غيرها مما لا بد له منه (قوله وأمره أن يكفل المال عنه) قيد بالمال احترازا عن النفس لأن ضمان الدين قد لزمه أى لزم الصبى من غير شرط فالشرط لا يزيده إلا تأكيدا فلم يكن متبرعا فأما ضمان النفس وهو تسليم نفس الأب أو الوصى فلم يكن عليه فكان متبرعا به فلم يجز بحر عن البدائع (قوله ويكون إذنا فى الأداء) لأن الوصى ينوب عنه فى الأداء فإذا أمره بالضمان فقد أذن له فى الأداء فيجب عليه الأداء نهر عن المحيط (قوله ولولاها لطولب الولى) أى فقط (قوله ولا من مريض إلا من الثلث) لكن إذا كفل لوارث أو عن وارث لا تصح أصلا ، ولو كان عليه دين محيط بماله بطلت ، ولو كفل ولا دين عليه ثم أقر بدين محيط لأجنبى ثم مات فالمقر له أولى بتركته من المكفول ، وإن لم يحط ، فإن كانت الكفالة تخرج من ثلث ما بقى بعد الدين صحت كلها وإلا فبقدر الثلث وإن أقر المريض أن الكفالة كانت فى صحته لزمه الكل فى ماله إن لم تكن لوارث أو عن وارث ، وتمامه فى الفصل التاسع عشر من التتارخانية (قوله ولا من عبد) أى

إلا إن أذن له المولى ، ولا من مكاتب ولو بإذن المولى (والمدعى) وهو الدائن (مكفول له والمدعى عليه) وهو المديون (مكفول عنه) ويسمى الأصيل أيضا (والنفس أو المال المكفول مكفول به ومن لزمته المطالبة كفيل) ودليلها الإجماع وسنده قوله عليه الصلاة والسلام « الزعيم غارم » وتركها أحوط : مكتوب فى التوراة : الزعامة أولها ملامة ، وأوسطها ندامة ، وآخرها غرامة مجتبى :

لا تصح الكفالة منه بنفس أو مال كما فى الكافى ، وسواء كفل عن مولاه أو أجنبى كما فى التتارخانية (قوله إلا إن أذن له المولى) أى بالكفالة عن مولاه أو عن أجنبى فتصح كفالته إذا لم يكن مديونا ، وكذا الأمة والمدبرة وأم الولد ، وإن كان مديونا لا يلزمه شىء ما لم يعتق تتارخانية ، وسيأتى تمام الكلام عليه قبيل الحوالة (قوله ولا من مكاتب الخ) أى ويطالب بها بعد عتقه ، وهذا لو كانت عن أجنبى كما فى البحر . وقال أيضا : وتصح كفالة المكاتب والمأذون عن مولاهما :

قال فى النهر : وينبغى أن يقيد ذلك بما إذا كانت بأمره ، ثم رأيته كذلك فى عقد الفرائد معزيا إلى المبسوط :

قلت : وسيأتى أيضا متنا قبيل الحوالة فى العبد مع التقييد بكونه غير مديون مستغرق (قوله والمدعى) أى من يكون له حق الدعوى على غريمه إذ لا يلزم فى عطاء الكفيل الدعوى بالفعل (قوله مكفول له) ويسمى الطالب أيضا (قوله مكفول عنه) هذا فى كفالة المال دون كفالة النفس .

ففى البحر عن التتارخانية ، ويقال للمكفول بنفسه مكفول به ولا يقال مكفول عنه اهـ لكن قال الخير الرملى وجدنا بعضهم يقوله ، ووجد فى التتارخانية عن الذخيرة (قوله كفيل) ويسمى ضامنا وضمينا وحميلا وزعيما وصبيرا وقبيلا وتمامه فى حاشية البحر للرملى (قوله وسنده) أى سند الإجماع ، إذ لا إجماع إلا عن مستند وإن لم يلزم علمنا به (قوله عليه الصلاة والسلام « الزعيم غارم ») أى يلزمه الأداء عند المطالبة به ، فهو بيان لحكم الكفالة ، والحديث كما فى الفتح رواه أبو داود والترمذى وقال حديث حسن . وقد استدل فى الفتح لشرعيتها بقوله تعالى — ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم — وعادتهم تقديم ما ورد فى الكتاب على ما فى السنة والشارح يذكره أصلا ، ولعله لشهرته أو لما قيل إنه لا كفالة هنا لأنه مستأجر لمن جاء بالصواع بحمل بعير ، والمستأجر يلزمه ضمان الأجرة ولكن جوابه أن الكفيل كان رسولا من الملك لا وكيلا بالاستئجار والرسول سفير ، فكأنه قال إن الملك يقول لمن جاء به حمل بعير ثم قال الرسول وأنا بذلك الحمل زعيم : أى كفيل ، وبحث فيه فى النهر (قوله وتركها أحوط) أى إذا كان يخاف أن لا يملك نفسه من الندم على ما فعله من هذا المعروف ، أو المراد أحوط فى سلامة المال لا فى الديانة إذ هى بالنية تكون طاعة يثاب عليها فقد قال فى الفتح : ومحاسن الكفالة جليلة : وهى تفريج كرب الطالب الخائف على ماله والمطلوب الخائف على نفسه ، حيث كفيا مؤنة ما أهمهما ، وذلك نعمة كبيرة عليهما ، ولذا كانت من الأفعال العالية ، وتمامه فيه (قوله مكتوب فى التوراة الخ) رأيت فى الملتقط : قيل مكتوب على باب من أبواب الروم وفيه زيادة على ما هنا ، ومن لم يصدق فليجرب حتى يعرف البلاء من السلامة (قوله أو لها ملامة) سقط أولها من بعض النسخ ، وهو موجود فى البحر عن المجتبى ؛ والمراد والله أعلم أنه يعقبها فى أول الأمر الملامة لنفسه منه أو من الناس ، ثم عند المطالبة بالمال يندم على إتلافه لماله ، ثم بعد ذلك يغرم المال أو يتعب نفسه بإحضار المكفول به لأن الغرم لزوم الضرر ، ومنه قوله تعالى — إن عذابها كان غراما — :

(وكفالة النفس تنعقد بكفلت بنفسه ونحوها مما يعبر به عن بدنه) كالطلاق وقدمنا ثمة أنهم لو تعارفوا إطلاق اليد على الجملة وقع به الطلاق فكذا فى الكفالة فتح (و) بجزء شائع ككفلت (بنصفه أو ربعه ، و) تنعقد (بضمنته أو علىّ أو إلىّ)

مطلب يصح كفالة الكفيل

(قوله وكفالة النفس تنعقد الخ) عبارة الكنز : وتصح بالنفس وإن تعددت :

قال فى النهر أى بأن أخذ منه كفيلا ثم كفيلا أو كان للكفيل كفيل ويجوز عود الضمير إلى النفس بأن يكفل واحد نفوسا والأول هو الظاهر اهـ وقدمنا عن كافى الحاكم صحة كفالة الكفيل بالمال أيضا (قوله تكفلت بنفسه) بفتح الفاء أفصح من كسرها ويكون بمعنى عال فيتعدى بنفسه ومنه - وكفلها زكريا - وبمعنى ضمن والتزم فيتعدى بالحرف واستعمال كثير من الفقهاء له متعديا بنفسه مؤول رملى عن شرح الروض (قوله مما يعبر به عن بدنه) أى مما يعبر به من أعضائه عن جملة البدن كرأسه ووجهه ورقبته وعنقه وبدنه وروحه ، وذكروا فى الطلاق الفرج ولم يذكروه هنا قالوا : وينبغى صحة الكفالة إذا كانت امرأة ، كذا فى التتارخانية نهر ، وتمامه فيه (قوله وبجزء شائع الخ) لأن النفس الواحدة فى حق الكفالة لا تتجزأ فذكر بعضها شائعا كذكر كلها ؛ ولو أضاف الكفيل الجزء إلى نفسه ككفل لك نصفى أو ثلثى فإنه لا يجوز ، كذا فى السراج ، لكن لو قيل إن ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله لم يفترق الحال نهر (قوله وتنعقد بضمنته الخ) أما ضمنته فلأنه تصريح بمقتضى الكفالة لأنه يصير ضامنا للتسليم ، والعقد ينعقد بالتصريح بموجبه كالبيع ينعقد بالتمليك : وأما علىّ فلأنه صيغة التزام ، ومن هنا أفتى قارىء الهداية بأنه لو قال التزمت بما على فلان كان كفالة وإلى بمعناه هنا وتمامه فى النهر .

ثم اعلم أن ألفاظ الكفالة كل ماينبىء عن العهدة فى العرف والعادة وفي جامع الفتاوى : هذا إلىّ أو علىّ وأنا كفيل به أو قبيل أو زعيم كان كله كفالة بالنفس لا كفالة بالمال اهـ تتارخانية . وفى الحاكم : وقوله ضمنت وكفلت وهو إلىّ وهو علىّ سواء كله وهو كفيل بنفسه اهـ ثم ذكر فى باب الكفالة بالمال إذا قال إن مات فلان قبل أن يوفيك مالك فهو علىّ فهو جائز اهـ فقد علم أن قوله أولا هو إلى هو علىّ كفيل بنفسه إنما هو حيث كان الضمير للرجل المكفول به ، أما لو كان الضمير للمال فهو كفالة مال وكذا بقية الألفاظ .

ففى التتارخانية أيضا عن الخلاصة : لو قال لرب المال أنا ضامن ما عليه من المال فهذا ضمان صحيح ثم قال : ولو ادعى أنه غصبه عبدا ومات فى يده فقال خله فأنا ضامن بقيمة العبد فهو ضامن يأخذ منه من ساعته ولا يحتاج إلى إثبات بالبينة اهـ . فقد ظهر لك أن مامر أولا عن التتارخانية من أن هذه الألفاظ كفالة نفس لا كفالة مال ليس المراد أنها لاتكون كفالة مال أصلا ، بل المراد أنه إذا قال أنا به كفيل أو زعيم الخ أى بالرجل كان كفالة نفس لأنها أدنى من كفالة المال ولم يصرح بالمال ؛ بخلاف ما إذا توجهت هذه الألفاظ على المال فإنها تكون كفالة مال لأنها صريحة به فلا يراد بها الأدنى وهو كفالة النفس مع التصريح بالمال أو بضميره ، وهذا معنى ما نقله الشلبى عن شرح القدورى للشيخ أبى نصر الأقطع من قوله : فإذا ثبت أن هذه الألفاظ يصح الضمان بها فلا فرق بين ضمان النفس وضمان المال اهـ أى إذا قال ضمنت زيدا أو أنا كفيل به أو هو علىّ أو إلىّ يكون كفالة نفس كما أفتى به فى الخيرية . وإذا قال : ضمنت لك ما عليه من المال أو أنا كفيل به الخ فهو كفالة مال قطعا ، وأما إذا لم يعلم المكفول به أنه كفالة نفس أو مال فلا تصح الكفالة أصلا كما يأتى بيانه ، وبه علم أنه

أو عندى (أو أنا به زعيم) أى كفيل (أو قبيل به) أى بفلان ، أو غريم ، أوحميل بمعنى محمول بدائع (و) تنعقد بقوله (أنا ضامن حتى تجتمعا أو) حتى (تلتقيا) ويكون كفيلا إلى الغاية

لا تحرير فيما قاله الشلبي بعد ما مر عن شرح الأقطع من أنه ينبغى أن يقال هذه الألفاظ إذا أطلقت تحمل على الكفالة بالنفس ، وإذا كان هناك قرينة على الكفالة بالمال تتمحض حينئذ للكفالة به اهـ فإنه إذا لم يعلم المكفول به بأن قال أنا ضامن ولم يصرح بنفس ولا مال لا تصح أصلا كما يأتى ، فقوله تحمل على الكفالة بالنفس مخالف للمنقول كما تعرفه ، نعم لو قامت قرينة على أحدهما يمكن أن يقال يعمل بها كما إذا قال قائل اضمن لى هذا الرجل فقال الآخر أنا ضامن فهو قرينة على كفالة النفس ، وإن قال اضمن لى ما عليه من المال فقال أنا ضامن فهو قرينة على المـال لأن الجواب معاد فى السؤال فافهم ، واغتنم تحرير هذه المسألة فإنك لا تجده فى غير هذا الكتاب ، ولله الحمد :

مطلب لفظ عندى يكون كفالة بالنفس ، ويكون كفالة بالمال

(قوله أو عندى) فى البحر عن التتارخانية : لك عندى هذا الرجل أو قال دعه إلىّ كانت كفالة اهـ يعنى بالنفس . وقال فى البحر أيضا عند قوله : ولو قال إن لم أوافك به غدا الخ عن الخانية إن لم أوافك به فعندى لك هذا المال لزمه لأن عندى إذا استعمل فى الدين يراد به الوجوب ، وكذا لو قال إلىّ هذا المال اهـ فهذا صريح أيضا بأن عندى يكون كفالة نفس وكفالة مال بحسب ماتوجه إليه اللفظ ، وبه أفتى فى الخيرية والحامدية . وأما ما قاله فى البحر عند قول الكنز : وبمالك عليه من أن عندى كعلىّ فى التعليق فقط ولا تفيد كفالة بالمال بل بالنفس ، وما أفتى به من أنه : لو قال لاتطالب فلانا مالك عندى لايكون كفيلا ، فقد رده فى النهر بأن ما مر عن الخانية من العلة المذكورة غير مقيد بالتعليق ، ورده المصنف أيضا ، وكذا الخير الرملى بقولهم ، إن مطلق لفظ عندى للوديعة لكنه بقرينة الدين يكون كفالة . وفى الزيلعى من الإقرار أنه العرف . قال الرملى : ومقتضى ذلك أن القاضى لو سأل المدعى عليه عن جواب الدعوى فقال عندى كان إقرارا اهـ (قوله بمعنى محمول) كذا عزاه المصنف إلى البدائع أيضا . قال ط : الأظهر أن يكون بمعنى فاعل لأنه حامل لكفالته (قوله وتنعقد بقوله أنا ضامن حتى تجتمعا الخ) أقول : اشتبه هنا على المصنف مسألة بمسألة بسبب سقط وقع فى نسخة الخانية التى نقل عنها فى شرحه فإنه قال فيه : فى الخانية : وعن أبى يوسف : لو قال هو علىّ حتى تجتمعا أو حتى تلتقيا لايكون كفالة لأنه لم يبين المضمون أنه نفس أو مال اهـ مع أن عبارة الخانية هكذا : وعن أبى يوسف : لو قال هو علىّ حتى تجتمعا أو قال علىّ أن أوافيك به أو ألقاك به كانت كفالة بالنفس ، ولو قال : أنا ضامن حتى تجتمعا أو حتى تلتقيا لايكون كفالة لأنه لم يبين المضمون أنه نفس أو مال اهـ كلام الخانية . وفى السراج : لو قال هو علىّ حتى تجتمعا أو تلتقيا فهو جائز ، لأن قوله هو علىّ ضمان مضاف إلى العين وجعل الالتقاء غاية له اهـ يعنى أن الضمير فى هو على عائد إلى عين الشخص المكفول به فيكون كفالة نفس إلى التقائه مع غريمه ، بخلاف قوله أنا ضامن حتى تجتمعا أو حتى تلتقيا فلا يصح أصلا ، لأن قوله أنا ضامن لم يذكر فيه المضمون به هل هو النفس أو المال ، فقد ظهر وجه الفرق بين المسألتين ، فكان الصواب فى التعبير أن يقال وتنعقد بقوله هو علىّ حتى تجتمعا أو تلتقيا لا بأنا ضامن حتى تجتمعا أو تلتقيا لعدم بيان المضمون به ، فتنبه لذلك . ثم إن المسألة مذكورة فى كافى الحاكم الذى جمع فيه كتب ظاهر الرواية ، وهو العمدة فى نقل نص المذهب ؛ وذلك أنه قال : ولو قال أنا به قبيل أو زعيم أو قال ضمين فهو كفيل . وقال أبو يوسف ومحمد : وكذلك لو قال علىّ أن أوافيك به أو علىّ أن ألقاك

تتارخانية (وقيل لا) تنعقد (لعدم بيان المضمون به) أهو نفس أومال كما نقله فى الخانية عن الثانى : قال المصنف : والظاهر أنه ليس المذهب ، لكنه استنبط منه في فتاويه أنه لو قال الطالب ضمنت بالمال وقال الضامن إنما ضمنت بنفسه لايصح . ثم قال : وينبغى أنه إذا اعترف أنه ضمن بالنفس أن يؤاخذ بإقراره فراجعه ("كما) لاتنعقد (فى) قوله (أنا ضامن) أو كفيل (لمعرفته) على المذهب ، خلافا للثانى بأنه لم يلتزم المطالبة بل المعرفة .

واختلف فى أنا ضامن لتعريفه أو علىّ تعريفه والوجه اللزوم فتح ، كأنا ضامن لوجهه لأنه يعبر به عن الجملة سراج ، وفى معرفة فلان على يلزمه أن يدل عليه خانية ولا يلزم أن يكون كفيلا نهر :

به أو قال هو علىّ حتى تجتمعا أو حتى توافيا أو حتى تلتقيا ، وإن لم يقل هو علىّ وقال أنا ضامن لك حتى تجتمعا أو تلتقيا فهو باطل اه ولم يذكر قول أبى حنيفة فى المسألة ، فعلم أنه لاقول له فيها فى ظاهر الرواية ، وإنما المسألة منقولة عن الصاحبين فقط فى ظاهر الرواية عنهما ، وبه علم أن قول الخانية وعن أبى يوسف ليس لحكاية الخلاف ولا للتمريض ، بل هو بيان لكون ذلك منقولا عنه ، وكذا عن محمد كما علمت ، وحيث لم يوجد نص للإمام فالعمل على مانقله الثقات عن أصحابه كما علم فى محله (قوله تتارخانية) عبارتها هو علىّ حتى تجتمعا فهو كفيل إلى الغاية التى ذكرها اه هكذا ذكره المصنف فى المنح . وأنت خبير بأن هذه المسألة ليست التى ذكرها فى متنه ، فإن التى ذكرها فى متنه لاتنعقد فيها الكفالة أصلا كما علمته آنفا (قوله كما نقله فى الخانية) قد أسمعناك عبارة الخانية (قوله قال المصنف والظاهر أنه ليس المذهب) الضمير فى أنه عائد إلى مانقله عن الثانى ، وهو الذى عبر عنه فى المتن بقوله وقيل لا ، وقد علمت أنه ليس فى المذهب قول آخر بل هما مسألتان : إحداهما تصح فيها الكفالة ، والأخرى لاتصح بلا ذكر خلاف فيهما كما حررناه آنفا (قوله لكنه استنبط الخ) يعنى أن المصنف قال فى شرحه إنه ليس المذهب مع أنه فى فتاويه استنبط منه ماذكر : ووجه الاستنباط أن الطالب والضامن لم يتفقا على أمر واحد فلم يعلم المضمون به هل هو نفس أو مال ، فلا تصح الكفالة (قوله ثم قال وينبغى الخ) أقول : هذا مسلم إذا كان الطالب يدّعى كفالة النفس أيضا ، أما لو ادعى عليه كفالة المال فقط فلا إذ الإقرار يرتد بالرد ولا يؤاخذ المقر بلا دعوى أفاده الرحمتى (قوله على المذهب) لأنهم قالوا إنه ظاهر الرواية زاد فى الفتح عن الواقعات : وبه يفتى . وفى البحر عن الخلاصة : وعليه الفتوى :

مطلب لو قال أنا أعرفه لا يكون كفيلا

(قوله لأنه لم يلتزم المطالبة بل المعرفة) فصار كقوله أنا ضامن لك على أن أوقفك عليه أو على أن أدلك عليه أو على منزله فتح . قال فى البحر : وأشار إلى أنه لو قال أنا أعرفه لايكون كفيلا كما فى السراج (قوله والوجه اللزوم) لأنه مصدر متعد إلى اثنين ، فقد التزم أن يعرفه الغريم ، بخلاف معرفته فإنه لايقتضى إلا معرفة الكفيل للمطلوب فتح ، فصار معنى الأول أنا ضامن لأن أعرفك غريمك وتعريفه بإحضاره للطالب وإلا فهو معروف له ، ومعنى الثانى أنا ضامن لأن أعرفه ولا يلزم منه إحضاره له لكن مايأتى عن الخانية يفيد لزوم دلالته عليه وإن لم يصر كفيلا . قال فى النهر : ومامر من أنه صار كالتزامه الدلالة يؤيده قوله ولايلزم الخ أى لايلزم من لزوم دلالته عليه أن يكون كفيلا بنفسه ليترتب عليه أحكامها نهر : أى لأنه يخرج عن ذلك بقوله هو فى المحل الفلانى فاذهب إليه ، فلا يلزمه إحضاره أو السفر إليه إذا غاب ، وغير ذلك من أحكام كفالة النفس .

[تتمة] قدمنا أن ألفاظ الكفالة كل ماينبئ عن العهدة فى العرف والعادة ، ومن ذلك كما فى الفتح على أن أوافيك به أو على أن ألقاك به أودعه إلىّ . ثم قال : وفى فتاوى النسفى : لو قال الدين الذى

(وإذا كفل إلى ثلاثة أيام) مثلا (كان كفيلا بعد الثلاثة) أيضا أبدا حتى يسلمه

لك على فلان أنا أدفعه إليك أو أسلمه إليك أو اقبضه لايكون كفالة مالم يتكلم بما يدل على الالتزام ، وقيده فى الخلاصة بما إذا قاله منجزا فلو معلقا يكون كفالة نحو أن يقول إن لم يؤد فأنا أؤدى ، نظيره فى النذر لو قال أنا أحج لايلزمه شىء ، ولو قال إن دخلت الدار فأنا أحج يلزمه الحج اه .

قلت : لكن لو قال ضمنت لك ماعليه أنا أقبضه وأدفعه إليك يصير كفالة بالقبض والتسليم كما سنذكره فى بحث كفالة المال .

مطلب فى الكفالة المؤقتة

(قوله وإذا كفل إلى ثلاثة أيام الخ) حاصله أنه إذا قال كفلت لك زيدا أوما على زيد من الدين إلى شهر مثلا صار كفيلا فى الحال أبدا أى فى الشهر وبعده ، ويكون ذكر المدة لتأخير المطالبة إلى شهر لالتأخير الكفالة ، كما لو باع عبدا بألف إلى ثلاثة أيام يصير مطالبا بالثمن بعد الثلاثة ، وقيل لايصير كفيلا فى الحال بل بعد المدة فقط وهو ظاهر عبارة الأصل ، وعلى كل فلا يطالب فى الحال ، وهو ظاهر الرواية كما فى التتارخانية . وفى السراجية وهو الأصح ، وفى الصغرى وبه يفتى كما فى البحر .

قلت : ومقابله ماقاله أبو يوسف والحسن أنه يطالب به فى المدة فقط وبعدها يبرأ الكفيل ، كما لو ظاهر أو آلى من امرأته مدة فإنهما يقعان فيها ويبطلان بمضيها كما فى الظهيرية وغيرها . وفيها أيضا : ولو قال كفلت فلانا من هذه الساعة إلى شهر تنتهى الكفالة بمضى الشهر بلا خلاف ، ولو قال شهرا لم يذكره محمد . واختلف فيه فقيل هو كفيل أبدا ، كما لو قال إلى شهر ، وقيل فى المدة فقط : أى كما لو قال من هذه الساعة إلى شهر .

والحاصل أنه إما أن يذكر إلى بدون من فيقول كفلته إلى شهر وهى المسألة فيكون كفيلا بعد الشهر ولا يطالب فى الحال . وعند أبى يوسف والحسن هو كفيل فى المدة فقط ؛ وإما أن يذكر من وإلى فيقول كفلته من اليوم إلى شهر فهو كفيل فى المدة فقط بلا خلاف ، وإما أن لايذكر من ولا إلى فيقول كفلته شهرا أو ثلاثة أيام ، فقيل كالأول ، وقيل كالثانى . وفى التتارخانية عن جمع التفاريق قال : واعتماد أهل زماننا على أنه كالثانى .

قلت : وينبغى عدم الفرق بين الصور الثلاث فى زماننا كما هو قول أبى يوسف والحسن ، لأن الناس اليوم لايقصدون بذلك إلا توقيت الكفالة بالمدة وأنه لا كفالة بعدها ، وقد تقدم أن مبنى ألفاظ الكفالة على العرف والعادة ، وأن لفظ عندى للأمانة وصار فى العرف للكفالة بقرينة الدين. وقالوا إن كلام كل عاقد وناذر وحالف وواقف يحمل على عرفه سواء وافق عرف اللغة أولا .

ثم رأيت فى الذخيرة قال : وكان القاضى الإمام الأجل أبو على النسفى يقول : قول أبى يوسف أشبه بعرف الناس إذا كفلوا إلى مدة يفهمون بضرب المدة أنهم يطالبون فى المدة لابعدها إلا أنه يجب على المفتى أن يكتب فى الفتوى أنه إذا مضت المدة المذكورة فالقاضى يخرجه عن الكفالة احترازا عن خلاف جواب الكتاب ، وإن وجد هناك قرينة تدل على إرادته جواب الكتاب فهو عليه اه لكن نازع فى ذلك فى أنفع الوسائل بأن القاضى المقلد لايحكم إلا بظاهر الرواية لابالرواية الشاذة ، إلا أن ينصوا على أن الفتوى عليها اه .

قلت : ماذكره الإمام النسفى مبنى على أن المذكور فى ظاهر الرواية إنما هو حيث لاعرف ، إذ لاوجه للحكم على المتعاقدين بمالم يقصداه فليس قضاء ، بخلاف ظاهر الرواية ؛ وما ذكره من إخراج القاضى له عن الكفالة زيادة احتياط لاحتمال كون العاقدين عالمين بذلك المعنى قاصدين له ، ولذا قال إن وجد قرينة على خلاف العرف

لما فى الملتقط وشرح المجمع لو سلمه للحال برئ وإنما المدة لتأخير المطالبة ، ولو زاد وأنا برئ بعد ذلك لم يصر كفيلا أصلا فى ظاهر الرواية وهى الحيلة فى كفالة لاتلزم درر وأشباه :

قلت : ونقله فى لسان الحكام عن أبى الليث وأن عليه الفتوى . ثم نقل عن الواقعات أن الفتوى أنه يصير كفيلا اه لكن تقوى الأول بأنه ظاهر المذهب فتنبه (ولا يطالب) بالمكفول به (فى الحال) فى ظاهر الرواية (وبه يفتى) وصححه فى السراجية وفى البزازية : كفل على أنه متى أو كلما طلب فله أجر شهر صحت ، وله أجل شهر مذ طلبه فإذا تم الشهر فطالبه لزم التسليم ولا أجل له ثانيا ثم قال كفل على أنه بالخيار عشرة أيام أو أكثر صح بخلاف البيع لأن مبناها على التوسع (وإن شرط تسليمه فى وقت بعينه أحضره فيه إن طلبه) كدين مؤجل حل (فإن أحضره) فيها (وإلا حبسه الحاكم) حين يظهر مطله ، ولو ظهر عجزه ابتداء

بحكم بجواب ظاهر الرواية ، والله سبحانه أعلم (قوله لما فى الملتقط الخ) تعليل لما فهم من قوله أيضا من أنه يكون كفيلا قبل الثلاثة اه ح (قوله لو سلمه للحال برئ) ويجبر الطالب على القبول ، كمن عليه دين مؤجل إذا عجله قبل حلول الأجل يجبر الطالب على القبول خانية ، فلولم يصر كفيلا قبل مضى المدة لم يصح تسليمه فيها ولم يجبر الآخر على القبول (قوله لم يصر كفيلا أصلا) لأنه لايصير كفيلا بعد المدة لنفيهما الكفالة فيه صريحا ولا فى الحال على ماذكرنا فى ظاهر الرواية ظهيرية (قوله ونقله الخ) نقل القولين فى البحر أيضا عن البزازية (قوله أنه يصير كفيلا) أى فى المدة فقط كما يفيده قول جامع الفصولين فى الفصل السادس والعشرين كفل بنفسه إلى شهر على أنه برئ بعد الشهر فهو كما قال (قوله لكن تقوى الأول بأنه ظاهر المذهب) قلت : وتقوى الثانى بأنه المتعارف بين الناس بحيث لايقصدون غيره إلا أن يكون الكفيل عالما بحكم ظاهر المذهب قاصدا له فالأمر ظاهر (قوله ولايطالب الخ) أى فى مسألة المتن (قوله لزم التسليم) أى بالطلب الأول ، وقوله ولا أجل له ثانيا أى بالطلب الثانى وهذا مالم يدفعه ، فإذا دفعه إليه ، فإن قال برئت إليك منه يبرأ فى المستقبل ، وإن لم يبرأ منه فله أن يطالبه ثانيا ، ولايكون ذلك براءة لأنه قال فى الكفالة كلما طلبته منى فلى أجل شهر فكأنه قال كلما طلبته منى وافيتك به إلا أن لى أجل شهر حتى أطلبه وكلمة كلما تقتضى التكرار فتقتضى تكرار الموافاة كلما تكرر الطلب ، فبالدفع إليه يبرأ عن موافاة لزمته بالمطالبة السابقة لاعن موافاة تلزمه بمطالبة توجد فى المستقبل ، وإنما يبرأ عن ذلك لصريح الإبراء ، فإذا برئ إليه حين دفعه مرة وجد صريح الإبراء ومالا فلا ، فإذا دفعه إليه ولم يبرأ فطالبه بعد ذلك فللكفيل أجل شهر آخر من يوم طلبه لأنه غير الطلب الأول ، بخلاف ما إذا لم يدفعه مرة ذخيرة وبزازية ملخصا :

قلت : وحاصله أنه إذا طالبه بتسليم المكفول بنفسه فله أجل شهر فإذا تم الشهر فله مطالبته بالتسليم ولا أجل له فى هذه المطالبة الثانية ، فإذا سلمه وتبرأ إليه من عهدته فلا شىء عليه بعد ذلك ، وإن سلمه ولم يتبرأ ثم طالبه به لزمه تسليمه ثانيا ، لكن يثبت له أجل شهر آخر بعد هذا الطلب ، فإذا تم الشهر ولم يسلمه فطالبه به فلا أجل له مالم يسلمه إلى الطالب وهكذا ثم لايخفى أن هذا فى كفالة النفس ، أما فى كفالة المال فإنه بعد تسليمه لايطالب به ثانيا لأن الكفالة تنتهى به ، ولذا قال فى الذخيرة : ولو كفله بألف على أنه متى طالبه به فله أجل شهر فمتى طلبه فله الأجل ، فإذا مضى فله أخذه منه متى شاء بالطلب الأول ولا يكون للكفيل أجل شهر آخر اه : وبه ظهر أن كلام الشارح محمول على كفالة المال ، ولعله جردت متى وكلما عن العموم لعدم إمكانه هنا لما قلنا بخلاف كفالة النفس كما علمت (قوله بخلاف البيع) فإنه لايصح الخيار فيه أكثر من ثلاثة أيام (قوله وإن شرط) ينبغى كونه بالبناء للمفعول ليشمل ما إذا كان الشرط فى لفظ الكفيل أو الطالب ط (قوله أحضره) أى لزمه إحضاره بالشرط (قوله فيها) أى فبالقضية المشروطة قد وفى (قوله حين يظهر مطله) فى بعض النسخ حتى ، والصواب

لايحبسه عيني (فإن غاب) أمهله مدة ذهابه وإيابه ولولدار الحرب عيني وابن ملك (و) لو (لم يعلم مكانه لايطالب به) لأنه عاجز (إن ثبت ذلك بتصديق الطالب) زيلعي . زاد في البحر (أو ببينة أقامها الكفيل) مستدلا بما في القنية : غاب المكفول عنه فللدائن ملازمة الكفيل حتى يحضره ؛ وحيلة دفعه أن يدعى الكفيل عليه أن خصمك غائب غيبة لاتدرى فبين لي موضعه ، فإن برهن على ذلك تندفع عنه الخصومة ، ولو اختلفا ، فإن له خرجة للتجار معروفة أمر الكفيل بالذهاب إليه وإلاحلف أنه لايدرى موضعه ، ثم في كل موضع قلنا بذهابه إليه للطالب أن يستوثق بكفيل من الكفيل لئلا يغيب الآخر

الأول ؛ وذلك كما لو أنكر الكفالة حتى أقيمت عليه البينة ، بخلاف مالو أقربها فإنه لايحبسه في أول مرة ، وهذا ظاهر الرواية كما في البزازية : أى لظهور مطله بإنكاره فصار كمسألة المديون ، وبه صرح في الخانية ، وكأن الزيلعي لم يطلع على ذلك فذكره بحثا أفاده في البحر (قوله لايحبسه) لكن لايحول بينه وبين الكفيل فيلازمه ولا يمنعه من أشغاله ، وفي التتارخانية : لو أضرته ملازمته له استوثق منه بكفيل نهر (قوله فإن غاب) أى المكفول عنه وطلب الغريم منه إحضاره نهر ، وهذا إذا ثبت عند القاضي غيبته ببلد آخر بعلم القاضي أو ببينة أقامها الكفيل كما في البزازية وكافي الحاكم ، وأطلقه فشمل المسافة القريبة والبعيدة كما في الفتح بحر (قوله أمهله) أى إذا أراد الكفيل السفر إليه ، فإن أبى حبسه للحال بلا إمهال كما في البزازية . وفي التتارخانية : وإن كان في الطريق عذر لايؤاخذ الكفيل به بحر (قوله وإيابه) بالكسر : أى رجوعه (قوله ولو لدار الحرب) ولاتبطل باللحاق بدار الحرب ، لأنه وإن كان موتا حكما لكن بالنسبة إلى ماله وإلا فهو حي مطالب بالتوبة والرجوع ، هكذا أطلقه في النهاية ؛ وقيده في الذخيرة بما إذا كان الكفيل قادرا على رده بأن كان بيننا وبينهم موادعة أنهم يردون إلينا المرتد وإلا لايؤاخذ به اه وهو تقييد لابد منه بحر (قوله لايطالب به) مقيد بما إذا لم يبرهن الطالب على أنه بموضع كذا ؛ فإن برهن أمر الكفيل بالذهاب إليه وإحضاره لأنه علم مكانه بحر (قوله إن ثبت ذلك بتصديق الطالب) عبارة الزيلعي لأنه عاجز وقد صدقه الطالب عليه اه ، فأنت ترى أن الزيلعي لم يجعل ذلك شرطا لنفي المطالبة بل بين أن فرض المسألة فيما إذا صدقه الطالب ثم أعقب الزيلعي ذلك بقوله ولو اختلفا إلى آخر مايأتي فبين حكم ماإذا لم يصدقه ، وهو أنه إذا لم يكن له خرجة معروفة فالقول للكفيل أى فلا يطالب به ، فعلم أن تصديق الطالب غير شرط في نفي المطالبة تأمل ، وبه يعلم أنه لاحاجة إلى إقامة البينة ، فعبارة المصنف هنا غير محررة (قوله بما في القنية) أى عن الإمام علي السعدي (قوله وحيلة دفعه) أى دفع الطالب عن ملازمته للكفيل (قوله فإن برهن على ذلك) أى برهن الكفيل على أن غيبته لاتدرى لكن هذه بينة فيها نفي ولعله يقبل لكونه تبعا والقصد إثبات سقوط المطالبة مقدسي ، وماقاله الرحمتي من أن الضمير في برهن للطالب فغير صحيح لأنه لايناسب قوله وحيلة دفعه (قوله ولو اختلفا) أى بأن قال الكفيل لا أعرف مكانه وقال الطالب تعرفه زيلعي (قوله وإلا حلف) عبارة الزيلعي والفتح والبحر : وإلا فالقول للكفيل لأنه متمسك بالأصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة . وقال بعضهم : لا يلتفت إلى قول الكفيل ويحبسه القاضي إلى أن يظهر عجزه لأن المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق في إسقاطها عن نفسه بمايدعي اه وكأن الشارح صرح بالتحليف أخذا من قولهم يحلف في كل موضع لو أقر به لزمه ثم قد علمت أن كون القول للكفيل مخالف لما في المتن فإنه يقتضي أنه لايكتفى بقول الكفيل لاأعرف مكانه مالم يصدقه الطالب أو يبرهن عليه الكفيل ، نعم مافي المتن يتمشى على قول البعض المعبر عنه في الفتح بقيل وذلك يفيد ضعفه ؛

(ويبرأ) الكفيل بالنفس (بموت المكفول به ولو عبدا) أراد به دفع توهم أن العبد مال ، فإذا تعذر تسليمه ازمه قيمته ، وسيجيء مالو كفل برقبته (وبموت الكفيل) وقيل يطالب وارثه بإحضاره سراج (لا) بموت (الطالب) بل وارثه أو وصيه يطالب الكفيل، وقيل يبرأ وهبانية ، والمذهب الأول(و) يبرأ (بدفعه إلى من كفل له حيث)

[تنبيه] قال فى النهر : ولم أر مالو برهنا، وينبغى أن تقدم بينة الطالب لأن معها زيادة علم(قوله ويبرأ الكفيل بالنفس بموت المكفول به) أى يبرأ أصلا بموت الشخص المطلوب ، والمراد أنها تبطل بموته كما عبر به فى الكنز وغيره لتحقق عجز الكفيل عن إحضاره كما فى النهر : أى عجزا مستمرا بخلاف الجهل بمكانه لاحتمال العلم به بعد فلذا قالوا هناك لايطالب به وقالوا هنا تبطل : وأما مافى البزازية والخلاصة من أنه لو كان المكفول به غائبا لايعلم مكانه ولا يوقف على أثره يجعل كالموت ولا يحبسه ، فالمراد به أنه كالموت فى عدم المطالبة فى الحال ولذا قال ولا يحبسه لا فى بطلان الكفالة وسقوط المطالبة أصلا وإلا خالف كلامهم متونا وشروحا، ونبهنا على ذلك تمهيدا لما لذكره قريبا من حادثة الفتوى (قوله بموت المكفول به) هذا شامل لبراءة كفيل الكفيل بموت الكفيل ولبراءتهما بموت الأصيل : قال فى الخانية : الكفيل بالنفس إذا أعطى الطالب كفيلا بنفسه فمات الأصيل برئ الكفيلان ، وكذا لو مات الكفيل الأول برئ الكفيل الثانى اه ؛

مطلب كفالة النفس لاتبطل بابراء الأصيل بخلاف كفالة المال

قال فى البحر : وأشار باقتصاره فى بطلانها على موت المطلوب والكفيل إلى أنها لاتبطل بابراء الأصيل ، وتمامه فيه ، وسيذكره الشارح قبيل كفالة المال (قوله أراد به الخ) كذا فى المنح. ولا يخفى أن التوهم باق، وذلك أنه قال فى الخلاصة : لو كفل بنفس عبد فمات العبد برئ الكفيل إن كان المدعى به المال على العبد، وإن كان المدعى به نفس العبد لايبرأ وضمن قيمته اه . ففى المسألتين المكفول به نفس العبد، لكن المدعى به فى الأولى المال على العبد وفى الثانية رقبة العبد ، فقول المصنف ولو عبدا يوهم أنه شامل للمسألتين مع أنه لايبرأ بموت العبد فى الثانية وإن تعذر تسليمه بالموت بل تلزمه قيمته ، فلابد فى دفع التوهم من أن يقول ولو عبدا ادعى عليه مال تأمل (قوله وسيجيء) أى فى الباب الآتى مالو كفل برقبته أى بأن كان المدعى به رقبة العبد وهى المسألة الثانية ، وستجيء المسألتان جميعا قبيل الحوالة (قوله وبموت الكفيل) أى الكفيل بالنفس ، لأن الكلام فيه : أما الكفيل بالمال فلاتبطل بموته لأن حكمها بعد موته ممكن فيوفى من ماله ثم ترجع الورثة على المكفول عنه إن كانت بأمره وكان الدين حالا ، فلو مؤجلا فلا رجوع حتى يحل الأجل بحر ، وتمامه فى الفتح (قوله بل وارثه أو وصيه يطالب الكفيل) فإن سلمه إلى أحد الورثة أو أحد الوصيين خاصة فللباقى المطالبة باحضاره بحر عن الينابيع . وقد يشكل عليه قولهم أحد الورثة ينتصب خصما للميت فيما له وعليه نهر .

قلت : فى جامع الفصولين : أحد الورثة يصلح خصما عن المورث فيما له وعليه ، ويظهر ذلك فى حق الكل إلا أن له قبض حصته فقط إذا ثبت حق الكل اه وبه يظهر الجواب ، وذلك أن حق المطالبة ثابت لكل واحد من الورثة فإذا استوفى أحدهم حقه لايسقط حق الباقين لأن له استيفاء حقه فقط ، وإنما قام مقام الباقين فى إثبات حقهم فافهم (قوله وقيل يبرأ) أى الكفيل بموت الطالب (قوله ويبرأ بدفعه إلى من كفل له) أى بالتخلية بينه وبين الخصم وذلك برفع الموانع فيقول هـذا خصمك فخذه إن شئت ، وأطلقه فشمل ماإذا كان للتسليم وقت فسلمه قبله أولا لأن الأجل حق الكفيل فله إسقاطه كالدين المؤجل إذا قضاه قبل الحلول بحر

أى فى موضع (يمكن مخاصمته) سواء قبله الطالب أولا (وإن لم يقل) وقت التكفيل (إذا دفعته إليك فأنا برىء) ويبرأ بتسليمه مرة قال سلمته إليك بجهة الكفالة أولا، إن طلبه منه وإلا فلابد أن يقول ذلك (ولو شرط تسليمه فى مجلس القاضى سلمه فيه ولم يجز) تسليمه (فى غيره) به يفتى فى زماننا لتهاون الناس فى إعانة الحق، ولو سلمه عند الأمير أو شرط تسليمه عند هذا القاضى فسلمه عند قاض آخر جاز بحر، ولو سلمه فى السجن لو سجن هذا القاضى أو سجن أمير البلد فى هذا المصر جاز ابن ملك (وكذا يبرأ) الكفيل (بتسليم المطلوب نفسه) لحصول المقصود

(قوله أى فى موضع يمكن الخ) ويشترط عندهما أن يكون هو المصر الذى كفل فيه لا عند الإمام، وقولهما أوجه كما فى الفتح: وقيل إنه اختلاف عصر وزمان لا حجة وبرهان وبيانه فى الزيلعى. واحترز به عما لو سلمه فى برية أو سواد وتمامه فى النهر (قوله سواء قبله الطالب أولا) فيجبر على قبوله، بمعنى أنه ينزل قابضا كالغاصب إذا رد العين والمديون إذا دفع الدين منح؛ بخلاف ما إذا سلمه أجنبى فلا يجبر كما يأتى (قوله ويبرأ بتسليمه مرة) إلا إذا كان فيها ما يقتضى التكرار كما إذا كفله على أنه كلما طلبه فله أجل شهر كما مر تقريره (قوله به يفتى) وهو قول زفر، وهذا إحدى المسائل التى يفتى فيها بقول زفر بحر وعدها سبعا وقال ليس المراد الحصر.

قلت: وقد زدت عليها مسائل وذكرتها منظومة فى النفقات: قال فى النهر: وفى الواقعات الحسامية: جعل هذا رأيا للمتأخرين لا قولا لزفر: ولفظه: والمتأخرون من مشايخنا يقولون جواب الكتاب أنه يبرأ إذا سلمه فى السوق أو فى موضع آخر فى المصر بناء على عادتهم فى ذلك الزمان، أما فى زماننا فلا يبرأ لأن الناس يعينون المطلوب على الامتناع عن الحضور لغلبة الفسق فكان الشرط مقيدا فيصح وبه يفتى اهـ وهو الظاهر إذ كيف يكون هذا اختلاف عصر وزمان مع أن زفر كان فى ذلك الزمان اهـ:

قلت: فيه نظر ظاهر، فكم من مسألة اختلف فيها الإمام وأصحابه وجعلوا الخلاف فيها بسبب اختلاف الزمان كمسألة الاكتفاء بظاهر العدالة وغيرها وكالمسألة المارة آنفا، وبعد نقل الثقات ذلك عن زفر كيف ينفى بكلام يحتمل أنه مبنى على قوله والمشاهد اختلاف الزمان فى مدة يسيرة (قوله ولو سلمه عند الأمير) أى وقد شرط تسليمه عند القاضى (قوله عند قاض آخر) أى غير قاضى الرساتيق كما أجاب بعضهم، واستحسنه فى القنية لأن أغلبهم ظلمة قال ط:

قلت: ولا خصوص للرساتيق، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم (قوله ابن ملك) ونص كلامه فى شرحه على المجمع، ولو سلمه فى السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لأنه لا يتمكن من إحضاره مجلس الحكم. وفى المحيط: هذا إذا كان السجن سجن قاض آخر فى بلد آخر. أما لو كان سجن هذا القاضى أو سجن أمير البلد فى هذا المصر يبرأ وإن كان قد حبسه غير الطالب، لأن سجنه فى يده فيخلى سبيله حتى يجيب خصمه ثم يعيده إلى السجن اهـ:

وفى البحر عن البزازية: ولو ضمن وهو محبوس فسلمه فيه يبرأ، ولو أطلق ثم حبس ثانيا فدفعه إليه فيه، إن الحبس الثانى فى أمور التجارة ونحوها صح الدفع، وإن فى أمور السلطان ونحوها لا اهـ. وفى كافى الحاكم: وإذا حبس المكفول به بدين أو غيره أخذت الكفيل لأنه يقدر على أن يفكه مما حبس به بأداء حق الذى حبسه اهـ أى إذا لم يمكنه تسليمه كما يعلم من كلام المحيط المار (قوله وكذا يبرأ الكفيل بتسليم المطلوب نفسه) هذا إذا كانت الكفالة بالأمر: أى أمر المطلوب وإلا فلا يبرأ كما فى السراج عن الفوائد، والوجه فيه ظاهر لأنها إذا

(وبتسليم وكيل الكفيل) لقيامه مقامه (ورسوله إليه) لأن رسوله إلى غيره كالأجنبي : وفيه : يشترط قبول الطالب ، ويشترط أن يقول كل واحد من هؤلاء سلمت إليك عن الكفيل درر (من كفالته) أى بحكم الكفالة عينى ، وإلا لايبرأ ابن كمال فليحفظ (فإن قال إن لم أواف) أى آت (به غدا فهو ضامن لما عليه) من المال

كانت بغير أمره لا يلزم المطلوب الحضور فليس مطالبا بالتسليم ، فإذا سلم لفسه لا يبرأ الكفيل نهر : وفى التتارخانية : لو كفل بنفسه بلا أمره فلا مطالبة للكفيل عليه إلا أن يجده فيسلمه فيبرأ اهـ وعليه فلا يأثم بعدم التمكن منه فله الهرب ، بخلاف ما إذا كانت بأمره ، وكذا قولهم له منعه من السفر إنما هو إذا كانت بأمره أفاده فى البحر (قوله وبتسليم وكيل الكفيل) لوقال وبتسليم نائبه لكان أجود وأفود ، لأن كفيل الكفيل لو سلمه برئ الكفيل أيضا كما فى الخانية نهر (قوله ورسوله إليه) أى إلى الطالب ، بأن دفع المطلوب إلى رجل يسلمه إلى الطالب على وجه الرسالة فيقول الرجل إن الكفيل أرسل معى هذا لأسلمه إليك (قوله لأن رسوله إلى غيره كالأجنبي) تعليل لمفهوم قوله إليه ، فإن مفهومه أنه لايبرأ لو كان رسولا إلى غيره بمجرد التسليم ؛ ومثاله كما فى ط : لو قال الكفيل لشخص خذ هذا وسلمه لفلان ليسلمه للطالب فأخذه الرسول وسلمه إلى الطالب بنفسه فإنه يكون كتسليم الأجنبي (قوله وفيه) أى فى تسليم الأجنبي يشترط أى زيادة على الشرط الذى بعده قبول الطالب :

قال فى البحر : وقيد بالوكيل والرسول لأنه لو سلمه أجنبي بغير أمر الكفيل وقال سلمت إليك عن الكفيل وقف على قبوله ، فإن قبله الطالب برئ الكفيل ، وإن سكت لا اهـ (قوله ويشترط أن يقول كل واحد من هؤلاء) أى الثلاثة وهم المطلوب والوكيل والرسول ، وهذا دخول على المتن ، أراد به التنبيه على أمرين :

أحدهما أن قول المصنف من كفالته قيد فى الكل لا فى الوكيل والرسول فقط كما قد يتوهم من عبارة المصنف حيث كرر لفظ بتسليم ، ولا فى المطلوب فقط كما يتوهم من عبارة الكنز حيث قدم قوله من كفالته على تسليم الوكيل :

ثانيهما أنه لا يكفى قصد كون التسليم عن الكفالة ، بل لا بد من التصريح به ، بأن يقول سلمت إليك عن الكفيل من كفالته فافهم ، لكن اقتصر فى الدرر على قوله عن الكفيل ، وعزاه إلى الخانية ، واقتصر فى البحر على قوله عن الكفالة ، وعبر فى الفتح مرة بالأول ومرة بالثانى ، فعلم أنه لا يلزم الجمع بينهما ، فلو زاد الشارح كلمة أو بأن قال أو من كفالته لكان أولى (قوله وإلا لا يبرأ) أى إن لم يقل أحد هؤلاء ذلك لا يبرأ الكفيل (قوله ابن كمال) ومثله فى الفتح والبحر والمنح وغيرها (قوله فإن قال إن لم أواف الخ) قيد بعدم الموافاة للاحتراز عما فى البزازية : كفل بنفسه على أنه متى طالبه سلمه ، فإن لم يسلمه فعليه ما عليه ومات المطلوب وطالبه بالتسليم وعجز لا يلزمه المال لأن المطالبة بالتسليم بعد الموت لا تصح فإذا لم تصح المطالبة لم يتحقق العجز الموجب للزوم المال فلم يجب اهـ بحر (قوله أى آت) ومثله إن لم أدفعه إليك أو إن غاب عنك نهر (قوله فهو) أى القائل وهو من تتمة المقول بالمعنى ، لأنه إنما يقول فأنا ضامن لما عليه أو عندى كما فى الخانية وقد مر (قوله لما عليه) أشار إلى أنه لا يشترط تعيين قدر المال كما يأتى ، وقيد بقوله لما عليه ، لأنه لو قال له فالمال الذى لك على فلان رجل آخر وهو ألف درهم فهو على جاز فى قول أبى يوسف . وقال محمد : الكفالة بالنفس جائزة ، والكفالة بالمال باطلة لأنه مخاطرة إذا كان المال على غيره ، وإنما يجوز إذا كان المال عليه استحسانا ﷺ ولو كفل بنفس رجل للطالب

(فلم يواف به مع قدرته عليه) فلو عجز لحبس أو مرض لم يلزمه المال إلا إذا عجز بموت المطلوب أو جنونه كما أفاده بقوله (أو مات المطلوب) فى الصورة المذكورة (ضمن المال

عليه مال فلزم الطالب الكفيل وأخذ منه كفيلا بنفسه على أنه إن لم يواف به فالمال الذى على المكفول به الأول عليه جاز ، وليس هذا كالذى عليه مال ولم يكفل به أحد كذا فى كافى الحاكم (قوله مع قدرته عليه) صرح بهذا القيد الزيلعى والشمنى فى شرح النقاية ، وكذا فى البحر : وقال المصنف فى المنح إنه قيد لازم ، لأنه إذا عجز لا يلزمه إلا إذا عجز بموت المطلوب أو جنونه اه (قوله فلو عجز لحبس أو مرض) أى مثلا فيدخل فيه ما إذا غاب المكفول به ولم يعلم مكانه ، فقد مر التصريح بأن ذلك عجز ،وقد علمت أن شرط ضمان المال عدم الموافاة مع القدرة وحيث صرحوا بأن الغيبة المذكورة عجز عن الموافاة لم يتحقق القدرة ولم يستثنوا من العجز إلا العجز بموت المطلوب أو جنونه فدخلت الغيبة المذكورة فى العجز . وأما ما قدمناه عن الخلاصة والبزازية من أن الغيبة المذكورة كالموت فقدمنا أن المراد أنها مثله فى سقوط المطالبة فى الحال لا من كل وجه على أن ذلك مذكور فى كفالة النفس ، والموت هناك مبطل للكفالة بالنفس ومسقط للمطالبة بالكلية وليس هناك كفالة بالمال وهنا المراد ثبوت كفالة المال المعلقة على عدم الموافاة مع القدرة والموت هنا محقق لكفالة المال ومثبت للضمان ، فإذا جعلت الغيبة المذكورة كالموت بالمعنى المراد فيما مر وهو سقوط المطالبة بالنفس للعجز عن تسليمه لا يلزم منه ثبوت ضمان المال المعلق على عدم الموافاة مع القدرة بل يلزم عدم ثبوته لتحقق العجز وإن جعلت كالموت بالمعنى المراد هنا وهو ثبوت الضمان نافى قولهم مع القدرة وقد علمت أن الغيبة المذكورة عجز مناف للضمان وأنهم لم يستثنوا من العجز إلا الموت والجنون ، على أن جعلها كالموت فى ثبوت الضمان خلاف ما أراده فى البزازية والخلاصة ، لأنهما إنما ذكرا ذلك فى كفالة النفس المجردة عن كفالة المال ، وقد صرح أصحاب المتون وغيرهم بأن الغيبة المذكورة مسقطة للمطالبة بالتسليم وذلك مناف لثبوت الضمان أى ضمان النفس ، فلا يصح الاستدلال بتلك العبارة على كون الغيبة المذكورة مسقطة للمطالبة بالمال فى مسئلتنا ، وإنما تسقط المطالبة بالنفس فقط ، وأما المطالبة بالمال فهى حكم الكفالة الأخرى المعلقة على عدم الموافاة مع القدرة ، فإذا وجد ما علقت عليه ثبتت وإلا فلا ومع الغيبة المذكورة لم توجد القدرة فلا تثبت المطالبة بالمال كما لا يخفى .

مطلب حادثة الفتوى

فإذا علمت ذلك ظهر لك جواب حادثة الفتوى قريبا من كتابتى لهذا المحل ، وهى : رجلان عليهما ديون فكفلهما زيد كفالة مال وكفلهما عند زيد أربعة رجال على أنهم إن لم يوافوه بالمطلوبين عند حلول الأجل فالمال المذكور عليهم ثم حل الأجل وأدى زيد إلى أصحاب الديون وطالب الأربعة بالمطلوبين فأحضروا له أحدهما وعجزوا عن إحضار الآخر لكونه سافر إلى بلاد الحرب ولا يدرى مكانه . فأجبت : بأنه لا يلزمهم المال للعجز عن الموافاة بالغيبة المذكورة فعارضنى الحاكم الشرعى بعبارة البزازية المارة فأجبته بما حررته ، والله سبحانه أعلم (قوله كما أفاده بقوله الخ) أى أفاد بعضه لأنه لم يذكر الجنون ، لكن يفهم حكمه من الموت لأن المستحق عليه تسليم يكون ذريعة إلى الخصام ولا يتحقق ذلك مع الجنون كالموت (قوله أو مات المطلوب) يعنى بعد الغد كذا فى الفتح ، وبهذا يزول إشكال المسألة ، وهو أن شرط الضمان عدم الموافاة مع القدرة ، ولا شك أنه لا قدرة على الموافاة بالمطلوب بعد موته ، فإذا قيد الموت بما بعد الغد يكون قد وجد شرط الضمان قبله لأن فرض المسألة عدم الموافاة به غدا كما نبه عليه الشارح بقوله فى الصورة المذكورة : أى المقيدة بالغد ، لكن مفاده أنه لو لم يقيد بالغد

فى الصورتين) لأنه علق الكفالة بالمال بشرط متعارف فصح ولا يبرأ عن كفالة النفس لعدم التنافى ، فلو أبرأه عنها فلم يواف به لم يجب المال لفقد شرطه ، قيد بموت المطلوب لأنه لو مات الطالب طلب وارثه ، ولو مات الكفيل طولب وارثه درر ، فإن دفعه الوارث إلى الطالب برئ وإن لم يدفعه حتى مضى الوقت كان المال على الوارث يعنى من تركة الميت عينى .

(ولو اختلفا فى الموافاة) وعدمها (فالقول للطالب) لأنه منكرها (و) حينئذ فالمال لازم على الكفيل) خانية . وفيها : ولو اختفى الطالب فلم يجده الكفيل نصب القاضى عنه وكيلا ، ولا يصدق الكفيل على الموافاة إلا بحجة (ادعى على آخر) حقا عينى أو (مائة دينار ولم يبينها) أجيدة أم رديئة أم أشرافية

لايثبت الضمان بالموت مع أنه صرح فى الفتح أيضا بأنه لا فرق بين المقيد والمطلق فليتأمل .

ثم رأيت فى كافى الحاكم قيد بقوله فمات المكفول به قبل الأجل ثم حل الأجل فالمال على الكفيل فهذا يخالف لقول الفتح يعنى بعد الغد (قوله فى الصورتين) أى صورة عدم الموافاة مع القدرة وصورة موت المطلوب، وموت المطلوب وإن أبطل الكفالة بالنفس فإنما هو فى حق تسليمه إلى الطالب لا فى حق المال بحر (قوله بشرط متعارف) فلو قال إن وافيتك به غدا فعلىّ ماعليه ثم وافى به لم يلزمه المال لأنه شرط لزومه إن أحسن إليه كذا فى منية المفتى ، يعنى أنه تعليق بشرط غير متعارف نهر ، لكن فى جامع الفصولين : ولو قال إن وافيتك به غدا وإلا فعلى المال لم تصح الكفالة ، بخلاف إن لم أوافك به غدا اه .

واستشكل فى نور العين الفرق بين المسألتين لأن قوله وإلا فعلى المال بمعنى إن لم أوافك به غدا .

قلت : الظاهر أن قوله وإلا زائد ، والصواب إسقاطه بدليل كلام المنية ، وبه يزول الإشكال تدبر (قوله لعدم التنافى) إذ كل منهما للتوثق ، ولعله يطالبه بحق آخر يدعى به غير المال الذى كفل به معلقا كما فى الفتح (قوله لفقد شرط) وهو بقاء الكفالة بالنفس لزوالها بالإبراء وطولب بالفرق بينه وبين موت المطلوب ، فإنها بالموت زالت أيضا . وأجيب بأن الإبراء وضع لفسخ الكفالة فتفسخ من كل وجه ، والانفساخ بالموت إنما هو لضرورة العجز عن التسليم المفيد فيقتصر ، إذ لا ضرورة إلى تعديه إلى الكفالة بالمال ، كذا فى الفتح نهر (قوله طلب وارثه) أى طلب وارثه من الكفيل إحضار المكفول به فى الوقت وإن مضى الوقت طلب منه المال (قوله طولب وارثه) أى بإحضار المكفول به فى الوقت وبالمال بعده (قوله فإن دفعه) تفريع على قوله ولو مات الكفيل الخ (قوله فالقول للطالب) ويكون الأمر على ماكان فى الابتداء ولا يمين على واحد منهما لأن كلا منهما مدع : الكفيل البراءة ، والطالب الوجوب ، ولا يمين على المدعى عندنا بحر عن نظم الفقه (قوله ولو اختفى الطالب) أى عند مجىء الوقت .

مطلب فى المواضع التى ينصب فيها القاضى
وكيلا بالقبض عن الغائب المتوارى

(قوله نصب القاضى عنه وكيلا) أى فيسلمه إليه ، وكذا لو اشترى بالخيار فتوارى البائع أو حلف ليقضين دينه اليوم فتغيب الدائن ، أو جعل أمرها بيدها إن لم تصل نفقتها فتغيبت ، فالمتأخرون على أن القاضى ينصب وكيلا عن الغائب فى الكل ، وهو قول أبى يوسف ، كذا فى الخانية . قال أبو الليث : هذا خلاف قول أصحابنا وإنما روى فى بعض الروايات عن أبى يوسف ، ولو فعله القاضى فهو حسن نهر (قوله ولا يصدق الكفيل الخ) الأولى ذكره بعد قوله لأنه منكرها (قوله ادعى على آخر حقا) أفاد أنه لافرق بين أن يبين (١) مقدارا أصلا أو يبين

---

(١) (قوله لافرق بين أن يبين الخ) هكذا بخطه ، ولعله سقط من قلمه حرف النفى ، والأصل بين أن لايبين الخ تأمل اه مصححه .

لتصح الدعوى (فقال) رجل للمدعى دعه فأنا كفيل بنفسه و (إن لم أوافك به غدا فعليه) أى فعلى (المائة فلم يواف) الرجل (به غدا فعليه المائة) التى بينها المدعى ، إما بالبينة أو بإقرار المدعى عليه ، وتصح الكفالتان لأنه إذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فتبين صحة الكفالة بالنفس فترتب عليها الثانية (والقول له) أى للكفيل (فى البيان) لأنه يدعى صحة الكفالة وكلام السراج يفيد اشتراط إقرار المدعى عليه بالمال فليحرر ٠

(لا يجبر) المدعى عليه (على إعطاء الكفيل بالنفس

المقدار ولم يبين صفته ، وقد جمع بين المسألتين الإمام محمد فى الجامع الصغير ، واقتصر فى الكنز على الثانية قال فى النهر : ولو تبعه المصنف لكان أولى ، والخلاف الآتى جار فيهما خلافا لما يوهمه كلام البحر (قوله لتصح الدعوى) علة للمنفى بلم ، أفاد أن صحة الدعوى وقت الكفالة غير شرط (قوله أى فعليه المائة(١)) أى المائة الدينار المذكورة والأولى أن يزيد مائة دينار منكرة لأجل قوله حقا ، وقيد بكونه كفل بقدر معلوم ، لما فى كافى الحاكم من أنه لو كفل بنفسه على أنه إن لم يواف به غدا فعليه ما للطالب عليه من شىء فلم يواف به فى الغد وقال الكفيل لا شىء لك عليه فالقول له مع يمينه على علمه ، وكذلك إذا أقر الكفيل بمائة والمطلوب بمائتين صدق المطلوب على نفسه ولم يصدق على الكفيل ؛ ولو قال فعليه من المال ما أقر به المطلوب فأقر المطلوب بألف فالكفيل ضامن لها ولو قال فعليه ما ادعى الطالب وادعى ألفا وأقر له بها المطلوب فالقول للكفيل مع يمينه على علمه اهـ (قوله فعليه المائة) هذا قول الإمام والثانى آخرا ؛ وقال محمد : إن لم يبينها ثم ادعى وبينها لا تلزمه ، وتمامه فى النهر (قوله أما بالبينة الخ) تابع فيه صاحب النهر ، وكأنه أخذه مما يأتى عن السراج من اشتراط إقرار المدعى عليه بالمال والبينة مثل الإقرار لكن هذا مخالف لكلام المصنف وغيره من أن القول للمدعى كما يأتى (قوله والقول له أى الكفيل) عبارة المصنف فى المنح : أى للمكفول له وهى الصواب ، وقد تبع الشارح الدرر ؛ واعترضه فى العزمية بقوله هذا سهو ظاهر والصواب للمدعى ؛ أما دراية فلأن قولهم لأنه يدعى الصحة يشهد بذلك ، فإن ادعاء الصحة لا يوافق مدعاه ؛ وأما رواية فلقوله فى معراج الدراية ويكون القول له فى هذا البيان لأنه يدعى الصحة والكفيل يدعى الفساد ذكره فى الذخيرة اهـ . وفى غاية البيان : ويقبل قول المدعى أنه أراد ذلك عند الدعوى لأنه يدعى الصحة اهـ ما فى العزمية ؛

وفى النهاية : فإذا بين المدعى ذلك عند القاضى ينصرف بيانه إلى ابتداء الدعوى والملازمة ، فتظهر صحة الكفالة بالنفس والمال جميعا ويكون القول قوله فى هذا البيان لأنه يدعى صحة الكفالة اهـ ومثله فى شرح الجامع الصغير لقاضيخان ، فهذه العبارات صريحة فى المراد ، وهو ظاهر عبارات المتون والهداية (قوله وكلام السراج يفيد الخ) وذلك حيث قال : ولو ادعى على رجل ألفا فأنكره فقال له رجل إن لم أوافك به غدا فهى على فلم يوافه به غدا لا يلزمه شىء ، لأن المكفول عنه لم يعترف بوجود المال ولا اعترف الكفيل بها أيضا ، فصار هذا مالا معلقا بخطر فلا يجوز اهـ (قوله فليحرر) لا يخفى أن ما فى السراج لا يعارض ما فى مشاهير كتب المذهب التى ذكرناها ؛

وقال السائحانى : الذى تحرر لى أن يحمل ما فى السراج على قول محمد وقول أبى يوسف ثانيا اهـ وهو ظاهر ؛ ولا يقال إن قول السراج فأنكره يفيد التوفيق بحمل كلامهم على الإقرار لأنه خلاف ما فرض به المسألة فى كافى

---

(١) (قوله قوله أى فعليه المائة) هكذا بخطه بضمير الغيبة ، والذى فى نسخ الشارح التى بأيدينا أى فعلى المائة بضمير المتكلم وليحرر اهـ مصححه .

في) دعوى (حد وقود) مطلقا : وقالا : يجبر في قود وحد قذف وسرقة كتعزير لأنه حق آدمي ، والمراد بالجبر الملازمة لا الحبس (ولو أعطى) برضاه كفيلا في قود وقذف وسرقة (جاز) اتفاقا ابن كمال ، وظاهر كلامهم أنها في حقوقه تعالى لا تجوز نهر .

قلت : وسيجيء أنها لا تصح بنفس حد وقود فليكن التوفيق

الحاكم من كون الكفيل والمطلوب منكرين للمال (قوله في دعوى حد وقود) قيد بالدعوى لأن الكفالة بنفس الحد والقود لا تجوز إجماعا كما يأتي إذ لا يمكن استيفاؤهما من الكفيل ، وقيد بالقصاص لأنه في القتل والجراحة خطأ يجبر عليه الكفيل إجماعا لأن الموجب هو المال نهر (قوله مطلقا) أي في حقه تعالى أو حق عبد وهذا راجع لقوله حد ، والأولى ذكره عقبه (قوله وسرقة) هذا ألحقه التمرتاشي وجعله من حقوق العباد لكون الدعوى فيه شرطا ، بخلاف غيره لعدم اشتراطها بحر .

قلت : قد صرح به الحاكم في الكافي حيث قال : ولو ادعى رجل قبل رجل أنه سرق مالا منه وقال بينتي حاضرة فإنه يؤخذ له كفيل بنفسه ثلاثة أيام ، ولو قال قد قبضت منه السرقة ولكني أريد أن أقيم الحد لم يؤخذ منه كفيل ثم قال : وإذا أقام شاهدين على السارق وعلى السرقة وهي بعينها في يديه لم يؤخذ منه كفيل ولكن يحبس وتوضع السرقة على يدي عدل حتى يزكى الشهود اهـ .

قلت : والظاهر أنه يحبس ولا يكفل في الثانية لأنه صار متهما بقيام البينة قبل التزكية والمتهم يحبس كما يأتي وفي الأولى لم يحبس لأن الحبس عقوبة فلا يفعلها قبل الشهادة (قوله كتعزير) قال في الكافي : لو ادعى رجل قبل رجل شتيمة فيها تعزير وقال بينتي حاضرة أخذ له منه كفيلا بنفسه ثلاثة أيام لأنه ليس بحد وهو من حقوق الناس ، ألا ترى أنه لو عفا عنه وتركه جاز ثم قال : وإن أقام عليه شاهدين بالشتيمة لم يحبس ولكن يؤخذ منه كفيل بنفسه حتى يسأل عن الشهود ، فإن زكوا عزره القاضي أسواطا ، وإن رأى أن لا يضرب به وأن يحبسه أياما عقوبة فعل ، وإن كان المدعى عليه رجلا له مروءة وخطر استحسنت أن لا أحبسه ولا أعزره إذا كان ذلك أول ما فعل اهـ (قوله لأنه حق آدمي) ظاهره أن ما كان أي من التعزير من حقوقه تعالى لا يجوز به التكفيل كالحد بحر (قوله والمراد بالجبر) أي على قولهما كما في البحر (قوله الملازمة) أي بأن يدور معه الطالب حيث دار كي لا يتغيب عنه : وإذا أراد دخول داره ، فإن شاء المطلوب أدخله معه وإلا منعه الطالب عنه نهر (قوله جاز) لأنه أمكن ترتيب موجبه عليه لأن تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم هداية .

قال في الفتح : ومقتضى هذا التعليل صحة الكفالة إذا سمح بها في الحدود الخالصة لأن تسليم النفس واجب فيها لكن نص في الفوائد الخبازية على أن ذلك في الحدود التي للعباد فيها حق كحد القذف لا غير اهـ نهر : وفي البحر قدمنا أنه لا تجوز بنفس من عليه في الحدود الخالصة (قوله وظاهر كلامهم) أي حيث اقتصروا على هذه الثلاثة ، وقد أسمعناك التصريح به في الفتح عن الخبازية ، وذكره قبل ذلك أيضا حيث قال : بخلاف الحدود الخالصة حقا لله تعالى كحد الزنا والشرب لا تجوز الكفالة وإن طابت نفس المدعى عليه بإعطاء الكفيل بعد الشهادة أو قبلها ثم ذكر وجهه (قوله فليكن التوفيق) أي فليكن ظاهر كلامهم المذكور توفيقا بين ما ذكره المصنف من أنه لو أعطى كفيلا برضاه جاز وبين ما سيجيء بحمل ما هنا على حقوق العباد وما سيجيء على حقوقه تعالى ، لكن فيه أن الكفالة بنفس الحد لا تصح مطلقا ، لأن حد السرقة وإن كان ملحقا بحقوق العباد كما مر ، لكن إذا قال قبضت السرقة وقال أريد إقامة الحد لم يؤخذ له كفيل كما قدمناه ، فالأظهر أن يكون مراده أن ما سيجيء

ولا حبس فيهما حتى يشهد شاهدان مستوران أو) واحد (وعدل) يعرفه القاضى بالعدالة ، لأن الحبس للتهمة مشروع وكذا تعزير المتهم بحر [فوائد]لايلزم أحدا إحضار أحد فلا يلزم الزوج إحضار زوجته لسماع دعوى عليها إلا فى أربع : كفيل نفس ، وسجان قاض ، والأب فى صورتين فى الأشباه : وفى حاشيتها لابن المصنف معزيا لإحكامات العمادية

من قولهم لا تصح بنفس حد وقود هو التوفيق بينه وبين ما هنا من أنه لو أعطى كفيلا برضاه جاز ، فإن ذاك فى أنها لا تصح بنفس الحد والقود ، وما هنا من الجواز فى دعوى الحد والقود كما أشار إليه أولا حيث قال فى دعوى حد وقود (قوله ولا حبس فيهما) أى فى الحدود والقصاص (قوله يعرفه القاضى بالعدالة) أى فلا يحتاج إلى تعديله (قوله لأن الحبس للتهمة مشروع) أى والتهمة تثبت بأحد شطرى الشهادة العدد أو العدالة فتح وهذا جواب عما قد يقال الحبس أقوى من الكفالة فإذا لم يؤاخذ بالأدنى كيف يؤاخذ بالأقوى فأجاب بأن الحبس للتهمة لا للحد أفاده السائحانى :

مطلب فى تعزير المتهم

(قوله وكذا تعزير المتهم) أى فى غير هذه المسألة وإلا فهى أيضا من تعزير المتهم فإن الحبس من أنواع التعزير: وعبارة البحر : وكلامهم هنا يدل ظاهرا على أن القاضى يعزر المتهم وإن لم يثبت عليه : وقد كتبت فيها رسالة : وحاصلها أن ما كان من التعزير من حقوقه تعالى لايتوقف على الدعوى ولا على الثبوت ، بل إذا أخبر القاضى عدل بذلك عزره لتصريحهم هنا بحبس المتهم بشهادة مستورين أو عدل والحبس تعزير اه ملخصا :

وحاصله جواز تعزير المتهم فيما هو من حقوقه تعالى ، ويدل عليه ماقدمناه آنفا عن الكافى من جواز حبسه إذا أقيمت البينة على السرقة حتى تزكى الشهود ، بخلاف ما إذا أقيمت على شتمه فإنه يكفل ولا يحبس إلا بعد تزكيتهم فحينئذ يضرب أو يحبس :

[تنبيه] أورد فى النهر أن تعزير القاضى المتهم وإن لم يثبت عليه مبنى على خلاف المفتى به عند المتأخرين من أنه ليس للقاضى أن يقضى بعلمه . ثم أجاب بأن الخلاف فيما كان من حقوق العباد ، أما فى حقوقه تعالى فيقضى فيها بعلمه اتفاقا . ثم قال : فما يكتب من المحاضر فى حق إنسان فإن للحاكم أن يعتمده من العدول ويعمل بموجبه فى حقوقه تعالى اه ملخصا :

قلت : وهذا خاص بالتعزير لأن قضاءه بعلمه فى الحدود الخالصة لايصح اتفاقا كما صرح به فى الفتح قبيل باب التحكيم ، وكذا فى شرح الوهبانية للشرنبلالى ، وجزم به فى شرح أدب القضاء بلا حكاية خلاف ، فما أجاب به فى النهر غير صحيح ، وسيأتى تمام الكلام على ذلك إن شاء الله تعالى فى باب كتاب القاضى إلى القاضى.

مطلب لايلزم أحدا إحضار أحد إلا فى أربع

(قوله إلا فى أربع) استثناء من قوله لايلزم أحدا (قوله كفيل نفس) أى عند القدرة أشباه (قوله وسجان قاض) أى إذا خلى رجلا من المسجونين حبسه القاضى بدين عليه فلرب الدين أن يطلب السجان بإحضاره كما فى القنية أشباه ، وقيد بإحضاره إذ لايلزمه الدين لعدم موجبه (قوله والأب فى صورتين) الأولى الأب إذا أمر أجنبيا بضمان ابنه فطلبه الضامن منه ، الثانية ادعى الأب مهر ابنته من الزوج فادعى الزوج أنه دخل بها وطلب من الأب إحضارها فإن كانت تخرج فى حوائجها أمر القاضى الأب بإحضارها ، وكذا لو ادعى الزوج عليها شيئا آخر وإلا أرسل إليها أمينا من أمنائه ذكره الولوالجى أشباه .

الأب يطالب بإحضاره طفله إذا تغيب وفيها القاضي يأخذ كفيلا باحضار المدعى ، وكذا المدّعى عليه إلا فى أربع مكاتبه ، ومأذونه ، ووصى ، ووكيل إذا لم يثبت المدعى الوصاية والوكالة . وفى شرح المجمع عن محمد إذا كان المدعى عليه معروفا لايجبر على الكفيل ولو كان غريبا لايجبر اتفاقا بل حقه فى اليمين فقط اه بإبراء الأصيل يبرأ الكفيل إلا كفيل النفس إلا إذا قال لاحق لى قبله ولا لموكلى ولا ليتيم أنا وصيه ولا لوقف أنا متوليه فحينئذ يبرأ الكفيل أشباه (و) أما (كفالة المال)

قلت : والمقصود من طلب إحضارها أن يسألها القاضى عن دعوى الزوج أنه دخل بها ، فإن أقرت بذلك أجبرها القاضى على المصير إلى بيت الزوج ، وإن أنكرت فالقول قولها كذا فى الولوالجية ، وهكذا فهمته قبل أن أراه ، ولله تعالى الحمد فافهم ، وهذا مبنى على القول بأنها بعد الدخول بها برضاها ليس لها منع نفسها لقبض المهر (قوله الأب يطالب بإحضار طفله إذا تغيب) أى إذا كان مأذونا فى التجارة وطلب من رجل أن يضمنه فافهم ، وهذه غير الأولى من الصورتين السابقتين ، وقدمناه عن الكافى ، وكذا قال فى جامع الفصولين من الإحكامات : لو تغيب الغلام وأخذ الكفيل أبا الغلام وقال أنت أمرتنى أن أضمنه فخلصنى فإن الأب يؤاخذ به حتى يحضر ابنه إذ الصبى فى يده وتدبيره ، وكذا قالوا إن الصبى المأذون لو أعطى كفيلا بنفسه ثم تغيب الصبى فإن الأب يطالب بإحضاره بخلاف أجنبى قال أكفل بنفس زيد وكفل فغاب زيد فالآمر بالكفالة لايطالب بإحضار زيد لأنه لم يكن بيده وتدبيره اه (قوله وفيها) أى فى الأشباه (قوله بإحضار المدعى) بالفتح : أى المدعى به إذا كان منقولا (قوله وكذا المدعى عليه) أى يأخذ من المدعى عليه كفيلا بنفسه إذا برهن المدعى ولم تزك شهوده ، أو أقام واحدا أو ادعى وقال شهودى حضور ، ولا يجبر على إعطاء كفيل بالمال أشباه (قوله إلا فى أربع الخ) عبارة الأشباه : ويستثنى من طلب كفيل بنفسه إذا كان المدعى عليه وصيا أو وكيلا ولم يثبت المدعى الوصاية والوكالة وهما فى أدب القضاء للخصاف ، وما إذا ادعى بدل الكتابة على مكاتبه أو دينا غيرها ، وما إذا ادعى العبد المأذون الغير المديون على مولاه دينا ، بخلاف ماإذا ادعى المكاتب على مولاه أو المأذون المديون فإنه يكفل كذا فى كافى الحاكم اه (قوله إذا لم يثبت المدعى الوصاية والوكالة) لأن المدعى عليه إذا أنكر كونه وصيا أو وكيلا لم يكن خصما عن الميت أو الغائب بل هو أجنبى ، فإذا قال المدعى عندى بينة على كونه وصيا أو وكيلا لم يؤخذ له كفيل من المدعى عليه بنفسه ، لأن الوصاية أو الوكالة ليست حقا على المدعى عليه ، أما لو أثبت ذلك وأراد أن يثبت دينا له على الميت أو الموكل فقد صار المدعى عليه خصما ، فإذا قال للقاضى لى بينة حاضرة فى المصر فخذلى كفيلا بنفسه إلى ثلاثة أيام مثلا فإنه يجيبه ، هذا ماظهر لى فى تقرير هذا المحل (قوله لايجبر على الكفيل) وفى ظاهر الرواية يجبر ، كما أنه يجبر على إعطاء الكفيل وإن كان المال حقيرا ط عن حاشية أبى السعود (قوله إلا كفيل النفس) فإن الطالب إذا أقر أنه لاحق له قبل المكفول به فإن أبا حنيفة قال له أن يأخذ الكفيل به ، ألا ترى أنه يكون وصيا يثبت عليه أو وكيلا فى خصومة كافى .

مطلب كفالة المال

(قوله وأما كفالة المال الخ) معطوف على قوله وكفالة النفس قال فى شرح الملتقى : وزاد بعضهم الكفالة بتسليم المال . ويمكن دخوله فى المال فلا يحتاج إلى جعله قسما ثالثا فتأمل اه . وهو ظاهر مافى البحر عن التتارخانية له مال على رجل فقال رجل للطالب ضمنت لك ماعلى فلان أن أقبضه وأدفعه إليك قال ليس هذا على ضمان المال أن يدفعه من عنده إنما هو على أن يتقاضاه ويدفعه إليه وعلى هذا معانى كلام الناس ، ولو غصب من مال رجل

ة (تصح ولو) المال (مجهولا به إذا كان) ذلك المال (دينا صحيحا) إلا إذا كان الدين مشتركا كما سيجيء ، لأن قسمة الدين قبل قبضه لاتجوز ظهيرية

ألفا فقتله المغصوب منه وأراد أخذها منه فقال رجل لاتقاتله فأنا ضامن لها آخذها وأدفعها إليك لزمه ذلك ، ولو كان الغاصب استهلك الألف وصارت دينا كان هذا الضمان باطلا وكان عليه ضمان التقاضي اه فهذه الألفاظ لاتكون كفالة بنفس المال بل بتقاضيه وهذا إذا لم يذكره معلقا .

ففي جامع الفصولين : قال دينك الذي على فلان أنا أدفعه إليك أنا أسلمه أنا أقبضه لا يكون كفيلا مالم يتكلم بلفظة تدل على الالتزام . ثم قال : لو أتى بهذه الألفاظ منجزا لايصير كفيلا ، ولو معلقا كقوله لو لم يؤد فأنا أؤدي فأنا أدفع يصير كفيلا اه .

مطلب كفالة المال قسمان : كفالة بنفس المال وكفالة بتقاضيه

وقد علم بما مر أن كفالة المال قسمان ، كفالة بنفس المال وكفالة بتقاضيه ، ومن الثاني الكفالة بتسليم عين كأمانة ونحوها كما يأتي ، ومنه أيضا قوله ولو غصب من مال رجل الخ لأن دراهم الغصب تتعين فيجب رد عينها لو قائمة ، بخلاف ما إذا هلكت لأنها تصير دينا فلا تصح الكفالة بدفعها بل يصير كفيلا بالتقاضي : وبه ظهر الفرق بين المسألتين (قوله فتصح به) أطلقه فشمل ما إذا كان الأصيل مطالبا به الآن أولا ، فتصح عن العبد المحجور بما يلزمه بعد العتق باستهلاك أو قرض ويطالب الكفيل الآن ، كما لو فلس القاضي المديون وله كفيل فإن المطالبة تتأخر عن الأصيل دون الكفيل كما في التتارخانية نهر ، وشمل كفالة المال عن الأصيل وعن الكفيل بأن كفل عن الكفيل كفيل آخر بما على الأصيل كما قدمناه أول الباب عن الكافي . وقال في البحر أطلق صحتها فشمل كل من عليه المال حرا كان أو عبدا مأذونا أو محجورا صبيا أو بالغا رجلا أو امرأة مسلما كان أو ذميا وكل من له المال ، لكن في البزازية : الكفالة للصبي التاجر صحيحة لأنه تبرع عليه ، وللصبي العاقل غير التاجر روايتان اه . وذكر الحاكم الشهيد أن الجواز قول أبي يوسف . وفي التتارخانية : إذا كفل رجل لصبي ، إن كان الصبي تاجرا صح بخطابه وقبوله وإن كان محجورا فإن قبل عنه وليه أو أجنبي وأجاز وليه جاز وإن لم يخاطب ولي ولا أجنبي بل الصبي فقط فعن الخلاف اه :

قلت : والظاهر أن مبنى الخلاف على أنه هل يشترط في الكفالة القبول في المجلس ولو من فضولي : وعند أبي يوسف لا يشترط ، وسيأتي اختلاف التصحيح ، وقد صرحوا بأنه يصح ضمان الولي مهر الصغيرة وسيأتي تمام الكلام عليه (قوله ولو المال مجهولا) لابتنائها على التوسع ، وقد أجمعوا على صحتها بالدرك مع أنه لايعلم كم يستحق من المبيع نهر ، ويأتي في المتن أربعة أمثلة للمجهول وفي الفتح وما نوقض به من أنه لو قال كفلت لك بعض مالك على فلان فإنه لا يصح ممنوع ، بل يصح عندنا والخيار للضامن ويلزمه أن يبين أي مقدار شاء اه : وفي البحر عن البدائع : لو كفل بنفس رجل أو بما عليه وهو ألف جاز وعليه أحدهما أيهما شاء اه ومثله في الكافي (قوله إذا كان ذلك المال دينا صحيحا) يأتي تفسيره ودخل فيه المسلم فيه ، فتصح الكفالة به كما عزاه الحانوتي إلى شرح العكلة . ويشترط أيضا أن يكون الدين قائما كما قدمه أول الباب (قوله كما سيجيء) في قوله ولا لشريك بدين مشترك فهذا دين صحيح لا تصح به الكفالة (قوله لأن قسمة الدين قبل قبضه لاتجوز) لأنه إما أن يكفل نصفا مقدرا فيكون قسمة الدين قبل قبضه أو نصفا شائعا فيصير كفيلا لنفسه ، لأن له أن يأخذ من المقبوض نصفه

وإلا فى مسألة النفقة المقررة فتصح مع أنها تسقط بموت وطلاق أشباه ، وكأنهم أخذوا فيها بالاستحسان للحاجة لا بالقياس وإلا فى بدل السعاية عنده بزازية وكأنه ألحق ببدل الكتابة وإلا فهو لا يسقط لأنه لا يقبل التعجيز : فيلغز : أى دين صحيح ولا تصح الكفالة به ، وأى دين ضعيف وتصح به . (و) الدين الصحيح (هو ما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء) ولو حكما بفعل يلزمه سقوط الدين فيسقط دين المهر بمطاوعتها لابن الزوج للإبراء الحكمى ابن كمال

كما فى النهر عن المحيط (قوله وإلا فى مسألة النفقة المقررة) ماقبل هذا الاستثناء وما بعده استثناء من صريح قوله إذا كان دينا صحيحا ، وهذا استثناء من مفهومه فإنه يفهم منه أنه إذا كان الدين غير صحيح لا تصح الكفالة فقال إلا فى مسألة النفقة المقررة فإنها تصح الكفالة بها مع أنها دين غير صحيح لسقوطها بموت أو طلاق ، وهذا إذا كانت غير مستدانة بأمر القاضى ، وإلا فهى دين صحيح لا يسقط إلا بالقضاء أو الإبراء ، والمراد بالمقررة ما قرر منها بالتراضى أو بقضاء القاضى : وتصح الكفالة أيضا بالنفقة المستقبلة كما يذكره الشارح بعد أسطر مع أنها لم تصر دينا أصلا : وأما ما قدمه أول الباب من أنها لا تصح بالنفقة قبل الحكم فمحمول على الماضية لأنها تسقط بالمضى إلا إذا كانت مقررة بالتراضى أو بقضاء القاضى كما حررناه هناك (قوله وإلا فى بدل السعاية) أى كما إذا أعتق بعضه وسعى فى باقيه : وفى كافى الحاكم : والمستسعى فى بعض قيمته بعد ما عتق بمنزلة المكاتب فى قول أبى حنيفة لا تجوز كفالة أحد عنه بالسعاية لمولاه ولا بنفسه ، وكذلك المعتق عند الموت إذا لم يخرج من الثلث فتلزمه السعاية وأما المعتق على جعل فهو بمنزلة الحر والكفالة للمولى بالجعل عنه وغيره جائزة اهـ (قوله فيلغز أى دين صحيح الخ) فيقال هو بدل السعاية وكذا الدين المشترك كما علمته :

قال فى النهر : فإن قلت : دين الزكاة كذلك ولا تصح الكفالة به :

قلت : إنما لم تصح لأنه ليس دينا حقيقة من كل وجه اهـ :

قلت : وفى قوله كذلك نظر لأن الدين الصحيح ما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ودين الزكاة يسقط بالموت وبهلاك المال فلا يرد السؤال من أصله (قوله وأى دين ضعيف) هو دين النفقة (قوله ولو حكما) أى ولو كان الإبراء حكما ط (قوله بفعل) الباء للسببية ط (قوله فيسقط دين المهر) الأولى فدخل دين المهر الساقط بمطاوعتها ط (قوله للإبراء الحكمى) لأن تعمدها ذلك قبل الدخول مسقط لمهرها فكأنها أبرأته منه ، لكن بقى أن المهر يسقط منه نصفه بالطلاق قبل الدخول مع أنه لم يوجد من الزوج إبراء أصلا لا حقيقة ولا حكما إذ لا يتصور كون الطلاق قبل الدخول إبراء لنصف المهر لأنه بطلاقه سقط عنه لا عنها . وقد يجاب بأن المهر وجب بنفس العقد ، لكن مع احتمال سقوطه بردتها أو تقبيلها ابنه أو تنصفه بطلاقها قبل الدخول ، ويتأكد لزوم تمامه بالوطء ونحوه حتى إنه بعد تأكده بالدخول لا يسقط وإن كانت الفرقة من قبل المرأة كالثمن إذا تأكد بقبض المبيع كما قدمناه فى باب المهر ، وقد صرحوا هناك بصحة كفالة ولى الصغيرة بالمهر ، وكذا كفالة وكيل الكبيرة ، ولم يقيدوه بكونه بعد الدخول . ووجه ذلك والله تعالى أعلم أن احتمال سقوطه أو سقوط نصفه لا يضر لأنه بعد السقوط تظهر براءة الكفيل كما لا يضر احتمال سقوط ثمن المبيع باستحقاق المبيع أو برده بخيار عيب أو شرط أو رؤية ، فإن الكفيل به يبرأ من الكفالة مع أن الثمن عند العقد كان دينا صحيحا يصدق عليه أنه لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء : أى لا يسقط إلا بذلك ما لم يعرض له مسقط لفسخ لحكم العقد وهو لزوم الثمن لأنه بأحد هذه الأشياء ظهر أن العقد غير ملزم للثمن فى حق العاقدين فكذا عقد النكاح يلزم به تمام المهر بحيث لا يسقط إلا بالأداء

(فلا تصح ببدل الكتابة) لأنه لايسقط بدونها بالتعجيز ، ولو كفل وأدى رجع بما أدى بحر ؛ يعنى لو كفل بأمره ، وسيجيء قيد آخر (بكفلت) متعلق بتصح (عنه بألف) مثال المعلوم (و) مثل المجهول بأربعة أمثلة (بمالك عليه ، وبما يدركك فى هذا البيع) وهذا يسمى ضمان الدرك (وبما بايعت فلانا فعلى) وكذا قول الرجل لامرأة الغير كفلت لك بالنفقة أبدا مادامت الزوجية خانية فليحفظ

أو الإبراء ما لم يعرض له مسقط لكله أو نصفه لأنه انعقد من أصله محتملا لسقوطه بذلك المسقط فإذا عرض ذلك المسقط تبين أنه لم يجب من أصله بخلاف سقوطه بالأداء أو الإبراء فإنه مقتصر على الحال :

وبهذا التقرير ظهر أنه لاحاجة إلى ما نقله عن ابن كمال ، فاغتنم ذلك ولله الحمد (قوله فلا تصح ببدل الكتابة) وكذا لا تصح الكفالة بالدية كما فى الخلاصة والبزازية :

وفى الظهيرية : واعلم أن الكفالة ببدل الكتابة والدية لاتصح اه ونقلها فى التتارخانية عن الظهيرية ولم ينقل فيه خلافا ، ونقلها صاحب النقول عن الخلاصة رملى ، ولعل وجهه أن الدية ليست دينا حقيقة على العاقلة لأنها إنما تجب أولا على القاتل ثم على العاقلة بطريق التحمل والمعاونة ، والظاهر أنها لو وجبت فى مال القاتل كما لو كانت باعترافه تصح الكفالة بها فتأمل . وفى كافى الحاكم قال : إن قتلك فلان خطأ فأنا ضامن لديتك فقتله فلان خطأ فهو ضامن لديته (قوله بالتعجيز) بدل من قوله بدونهما .

وحاصله أن عقد الكتابة عقد غير لازم من جانب العبد فله أن يستقل باسقاط هذا الدين بأن يعجز نفسه متى أراد فلم يكن دينا صحيحا لأن العقد من أصله لم ينعقد ملزما لبدل الكتابة لأنه دين للسيد على عبده ولا يستحق السيد على عبده دينا ولذا ليس له حبسه به فظهر الفرق بينه وبين المهر والثمن فتدبر (قوله ولو كفل) أى ضمن بدل الكتابة (قوله يعنى الخ) هذا ذكره صاحب النهر (قوله وسيجيء) أى عند قوله وبالعهدة وبالخلاص (قوله قيد آخر) هو إذا حسب أنه مجبر على ذلك لضمانه السابق :

قلت : ويظهر من هذا أنه يرجع على المولى لأنه دفع له مالا على ظن لزومه له ثم تبين عدمه ، وحينئذ فلا فائدة للقيد الأول إلا إذا كان المراد الرجوع على المكاتب تأمل ، ثم رأيت بعض المحشين ذكر نحو ما قلته (قوله بكفلت الخ) أشار إلى أن الكفالة بالمال لاتكون به ما لم يدل عليه دليل وإلا كانت كفالة نفس وإلى أن سائر ألفاظ الكفالة المارة فى كفالة النفس تكون كفالة مال أيضا كما حررناه هناك ، وإلى ما فى جامع الفصولين من أنه لو قال دينك الذى على فلان أنا أدفعه إليك أنا أسامه أنا أقبضه لا يصير كفيلا مالم يتكلم بلفظة تدل على الالتزام كقوله كفلت ضمنت على إلى وقدمنا عنه قريبا فى أنا أدفعه الخ لو أتى بهذه الألفاظ منجزا لا يصير كفيلا ولو معلقا كقوله لو لم يؤد فأنا أؤدى فأنا أدفع يصير كفيلا (قوله بمالك عليه) قال فى البحر : وسيأتى أنه لا بد من البرهان أن له عليه كذا أو إقرار الكفيل وإلا فالقول له مع يمينه اه وقدمنا عن الفتح صحة الكفالة بكفلت ببعض مالك عليه ويجبر الكفيل على البيان (قوله وهذا يسمى ضمان الدرك) بفتحتين وبسكون الراء : وهو الرجوع بالثمن عند استحقاق المبيع ، وتمامه فى البحر : وشرطه ثبوت الثمن على البائع بالقضاء كما سيذكره المصنف آخر الباب ويأتى بيانه (قوله وبما بايعت فلانا فعلى) معطوف على قوله بكفلت فهو معلق أيضا بتصح لا على قوله بألف إذ لا يناسبه جعل ما شرطية جوابها قوله فعلى (قوله وكذا قول الرجل الخ) فى الخانية : قال لغيره إدفع إلى فلان كل يوم درهما على أن ذلك على فدفع حتى اجتمع عليه مال كثير فقال الآمر لم أرد جميع ذلك كان عليه الجميع بمنزلة قوله ما بايعت فلانا فهو على يلزمه جميع ما بايعه وهو كقوله لامرأة الغير كفلت لك

(وماغصبك فلان فعلى) ماهنا شرطية أى إن بايعته فعلى لاماشتريته لما سيجىء أن الكفالة بالمبيع لاتجوز ، وشرط فى الكل القبول : أى ولو دلالة ، بأن بايعه أو غصب منه للحال نهر . ولو باع ثانيا لم يلزم الكفيل إلا فى كلما ، وقيل يلزم إلا فى إذا وعليه القهستانى والشرنبلالى فليحفظ ؛ ولو رجع عنه الكفيل قبل المبايعة صح ، بخلاف الكفالة بالذوب

بالنفقة أبدا يلزمه النفقة أبدا ما دامت فى نكاحه ؛ ولو قال لها : ما دمت فى نكاحه فنفقتك على فإن مات أحدهما أو زال النكاح لا تبقى النفقة اهـ وقدمنا فى باب النفقات لزوم الكفيل نفقة العدة أيضا (قوله وما غصبك فلان) وكذا ما أتلف لك المودع فعلى ، وكذا كل الأمانات جامع الفصولين (قوله ما هنا شرطية) أى فى قوله ما بايعت وما غصبك (قوله أى إن بايعته فعلى لا ما اشتريته) أراد بيان أمرين : كون ما لمجرد الشرط مثل إن ، وكون المكفول به الثمن لا المبيع بقرينة التعليل .

وعبارة الدرر أظهر فى المقصود حيث قال أى مابايعت منه فإنى ضامن لثمنه لا ما اشتريته فإنى ضامن للمبيع ، لأن الكفالة بالمبيع لا تجوز كما سيأتى . ثم قال : وما فى هذه الصور شرطية معناه إن بايعت فلانا فيكون فى معنى التعليق اهـ وما كتبه ح هنا لايخفى ما فيه على من تأمله فافهم .

[تنبيه] قيد بضمان الثمن ؛ لما فى البحر عن البزازية : لو قال بايع فلانا على أن ما أصابك من خسران فعلى لم يصح اهـ . قال الخير الرملى : وهو صريح بأن من قال استأجر طاحونة فلان وما أصابك من خسران فعلى لم يصح وهى واقعة الفتوى اهـ (قوله لما سيجىء) أى فى قوله ولا بمبيع قبل قبضه وهذا فى البيع الصحيح ، وسيأتى تمامه (قوله بأن بايعه الخ) تصوير للقبول دلالة .

وعبارة النهر هكذا ، وفى الكل يشترط القبول إلا أنه فى البزازية قال طلب من غيره قرضا فلم يقرضه فقال رجل أقرضه فما أقرضته فأنا ضامن فأقرضه فى الحال من غير أن يقبل ضمانه صريحا يصح ويكفى هذا القدر اهـ وينبغى أن يكون ما بايعت فلانا أو ما غصبك فعلى كذلك إذا بايعه أو غصب منه للحال اهـ ما فى النهر .

قلت : ما ذكره فى المبايعة صحيح ، بخلاف الغصب فإن الطالب مغصوب منه فكيف يتصور كون الغصب قبولا منه للكفالة لأن الغصب فعل غيره ، أما المبايعة فهى فعله ، فإقدامه عليها فى الحال يصح كونه قبولا منه فافهم (قوله إلا فى كلما) هذا ما مشى عليه العينى وابن الهمام .

قال فى الفتح لأن المعنى إن بايعته فعلى درك البيع ، وإن ذاب لك عليه شىء فعلى ، وكذا ما غصبك فعلى وإذا صحت فعليه ما يجب بالمبايعة الأولى ، فلو بايعه مرة بعد مرة لا يلزمه ثمن فى المبايعة الثانية ذكره فى المجرد عن أبى حنيفة نصا وفى نوادر أبى يوسف برواية ابن سماعة يلزمه كله اهـ (قوله وقيل يلزم) أى فى ما مثل كلما وكذا الذى (قوله إلا فى إذا) أى ونحوها مما لا يفيد التكرار مثل متى وإن قال فى النهر : وفى المبسوط لو قال : متى أو إذا أو إن بايعت لزمه الأول فقط بخلاف كلما وما اهـ وزاد فى المحيط الذى اهـ ومقتضى ما مر عن الفتح أن ما فى المبسوط رواية عن أبى يوسف وأن الأول قول الإمام : ونقل ط التصريح بذلك عن حاشية سرى الدين على الزيلعى عن المحيط وغيره ، لكن ما فى المبسوط هو الذى فى كافى الحاكم ولم يذكر فيه خلافا فكان هو المذهب .

والحاصل الاتفاق على إفادة التكرار فى كلما وعلى عدمها فى إذا ومتى وإن والخلاف فى ما (قوله وعليه القهستانى والشرنبلالى) ومشى عليه أيضا فى جامع الفصولين (قوله ولو رجع عنه الكفيل الخ) فى البزازية تبعا للمبسوط :

وبخلاف : ماغصبك الناس أو من غصبك من الناس أو بايعك أو قتلك أو من غصبته أو قتلته فأنا كفيله فإنه باطل ، كقوله ماغصبك أهل هذه الدار فأنا ضامنه فإنه باطل حتى يسمى إنسانا بعينه (أو علقت بشرط صريح ملائم) أى موافق للكفالة بأحد أمور ثلاثة : بكونه شرطا للزوم الحق (نحو) قوله (إن استحق المبيع) أو جحدك المودع أو غصبك كذا أو قتلك أو قتل ابنك أو صيدك فعلىّ الدية ورضى به المكفول جاز ؛ بخلاف إن أكلك سبع

لو رجع عن هذا الضمان قبل أن يبايعه ونهاه عن مبايعته لم يلزمه بعد ذلك شيء ، ولم يشترط الولوالجى نهيه عند الرجوع حيث قال لو قال رجعت عن الكفالة قبل المبايعة لم يلزم الكفيل شيء ، وفى الكفالة بالذوب لا يصح والفرق أن الأولى مبنية على الأمر دلالة وهذا الأمر غير لازم وفى الثانية مبنية على ماهو لازم اه وهو ظاهر نهر أى لأن قوله كفلت لك بما ذاب لك على فلان : أى بما ثبت لك عليه بالقضاء كفالة بمحقق لازم ، بخلاف بما بايعته فإنه لم يتحقق بعد بيانه ما فى البحر عن المبسوط لأن لزوم الكفالة بعد وجود المبايعة وتوجه المطالبة على الكفيل ، فأما قبل ذلك هو غير مطلوب بشيء ولا ملتزم فى ذمته شيئا فيصح رجوعه ، يوضحه أن بعد المبايعة إنما أوجبنا المال على الكفيل دفعا للغرور عن الطالب لأنه يقول إنما اعتمدت فى المبايعة معه كفالة هذا الرجل ، وقد اندفع هذا الغرور حين نهاه عن المبايعة اه (قوله وبخلاف ما غصبك الناس الخ) مرتبط بالمتن :

قال فى الفتح : قيد بقوله فلانا ليصير المكفول عنه معلوما فإن جهالته تمنع صحة الكفالة اه وقد ذكر الشارح ست مسائل ، ففى الأولى جهالة المكفول عنه ، وفى الثانية والثالثة والرابعة جهالة المكفول بنفسه ، وفى الخامسة والسادسة جهالة المكفول له ، وهذا داخل تحت قوله الآتى ولا تصح بجهالة المكفول عنه الخ (قوله كقوله ماغصبك أهل هذه الدار الخ) أى لأن فيه جهالة المكفول عنه ، بخلاف ما لو قال لجماعة حاضرين مابايعتموه فعلىّ فإنه يصح ، فأيهم بايعه فعلى الكفيل . والفرق أنه فى الأولى ليسوا معينين معلومين عند المخاطب وفى الثانية معينون :

والحاصل أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة ، وفى التخيير لاتمنع نحو كفلت مالك على فلان أو فلان كذا فى الفتح نهر : وذكر فى الفتح أنه يجب كون أهل الدار ليسوا معينين معلومين عند المخاطب وإلا فلا فرق (قوله أو علقت بشرط صريح) عطف على قوله بكفلت من حيث المعنى فإنه منجز ، فهو فى معنى قولك إذا نجزت أو علقت الخ والمراد بالصريح ماصرح به بأداة التعليق وهى إن أو إحدى أخواتها ، فدخل فيه بالأولى ماكان فى معنى التعليق مثل علىّ فإنه يسمى تقييدا بالشرط لاتعليقا محضا كما يعلم مما مر فى بحث مايبطل تعليقه ، أو المراد بالصريح ماقابل الضمنى فى قوله مابايعت فلانا فعلىّ فإن المعنى إن بايعت كما فى الفتح ، وقد عده فى الهداية من أمثلة المعلق بالشرط فافهم (قوله ملائم) أى موافق من الملاءمة بالهمز وقد تقلب ياء (قوله بأحد أمور) متعلق بموافق والباء للسببية ط (قوله بكونه شرطا الخ) بدل من أحد أمور بدل مفصل من مجمل ط . وعبر فى الفتح بدل الشرط بالسبب وقال فإن استحقاق المبيع سبب لوجود الثمن على البائع للمشترى (قوله أو جحدك المودع) ومثله إن أتلف لك المودع وكذا كل الأمانات كما قدمناه عن الفصوليين (قوله أو قتلك) أى خطأ كما فى الفتح عن الخلاصة ، وقدمناه عن الكافى ، وقدمنا أيضا عن عدة كتب أن الكفالة بالدية لاتصح فليتأمل (قوله فعلى الدية) أراد بها البدل فيشمل باقى الأمثلة (قوله ورضى به المكفول) أى المكفول له (قوله بخلاف إن أكلك السبع) لأن فعله غير مضمون لحديث « جرح العجماء جبار »

(أو) شرطا (لإمكان الاستيفاء نحو إن قدم زيد) فعلى ماعليه من الدين ، وهو معنى قوله (وهو) أى والحال أن زيدا (مكفول عنه) أو مضاربه أو مودعه أوغاصبه جازت الكفالة المتعلقة بقدومه لتوسله للأداء (أو) شرطا (لتعذره) أى الاستيفاء (نحو إن غاب زيد عن المصر) فعلى وأمثلته كثيرة ، فهذه جملة الشروط التى يجوز تعليق الكفالة بها (ولا تصح) إن علقت (بـ) غير ملائم (نحو إن هبت الريح أو جاء المطر) لأنه تعليق بالخطر فتبطل ولا يلزم المال

(قوله أو شرطا لإمكان الاستيفاء الخ) أى لسهولة تمكن الكفيل من استيفاء المال من الأصيل . قال فى الفتح : فإن قدومه سبب موصل للاستيفاء منه (قوله وهو معنى قوله) أى ماذكر من كون التقدير فعلىّ ماعليه من الدين هو معنى قوله وهو مكفول عنه (قوله أو مضاربه) الضمير فيه وفيما بعده يرجع إلى المكفول عنه اهـ ح ؛ وقد أفاد أنه لابد أن يكون قدوم زيد وسيلة للأداء فى الجملة وإن لم يكن أصيلا ، بخلاف ما إذا كان أجنبيا من كل وجه وهذا ماحققه فى النهر والرملى فى حاشية البحر ردا على مافهمه فى البحر ؛

قات : ومن أمعن النظر فى كلام البحر لم يجده مخالفا لذلك بل مراده ماذكر ، فإنه ذكر أولا أن كلام القنية شامل لكون زيد أجنبيا . ثم قال : والحق أنه لايلزم أن يكون مكفولا عنه لما فى البدائع لأن قدومه وسيلة إلى الأداء فى الجملة لجواز أن يكون مكفولا عنه أو مضاربه اهـ . ثم قال : وعبارة البدائع أزالت اللبس وأوضحت كل تخمين وحدس اهـ فهذا ظاهر فى أنه لم يرد الأجنبى من كل وجه تأمل (قوله وأمثلته كثيرة) منها مافى الدراية ضمنت كل مالك على فلان إن توى ، وكذا إن مات ولم يدع شيئا فأنا ضامن ، وكذا إن حل مالك على فلان ولم يوافك به فهو علىّ وإن حل مالك على فلان أو إن مات فهو علىّ ، وقدمنا عن الخالية إن غاب ولم أوافك به فأنا ضامن لما عليه فهذا على أن يوافى به بعد الغيبة ؛ وعن محمد : إن لم يدفع مديونك أو إن لم يقضه فهو علىّ ثم إن الطالب تقاضى المطلوب فقال المديون لا أدفعه ولا أقضيه وجب على الكفيل الساعة ؛ وعنه أيضا إن لم يعطك فأنا ضامن فمات قبل أن يتقاضاه ويعطيه بطل الضمان ، ولو بعد التقاضى قال أنا أعطيك ، فإن أعطاه مكانه أو ذهب به إلى السوق أو منزله وأعطاه جاز ، وإن طال ذلك ولم يعطه لزم الكفيل ؛ وفى القنية : إن لم يؤد فلان مالك عليه إلى ستة أشهر فأنا ضامن له يصح التعليق لأنه شرط متعارف نهر ؛

قلت : ويقع كثيرا فى زمالنا إن راح لك شىء عنده فأنا ضامن ، وهذا معنى قوله المار إن توى: أى هلك؛ وسيأتى فى الحوالة أن التوى عند الإمام لايتحقق إلا بموته مفلسا ؛

مطلب فى تعليق الكفالة بشرط غير ملائم وفى تأجيلها

(قوله ولا تصح إن علقت بغير ملائم الخ) اعلم أن ههنا مسألتين ؛

إحداهما تأجيل الكفالة إلى أجل مجهول ، فإن كان مجهولا جهالة متفاحشة كقوله كفلت لك بزيد أو كفلت بمالك عليه إلى أن يهب الريح أو إلى أن يجىء المطر لايصح ، ولكن تثبت الكفالة ويبطل الأجل ؛ ومثله إلى قدوم زيد وهو غير مكفول به ، وإن كان مجهولا جهالة غير متفاحشة مثل إلى الحصاد أو الدياس أو المهرجان أو العطاء أو صوم النصارى جازت الكفالة والتأجيل وكذلك الحوالة ، ومثله إلى أن يقدم المكفول به من سفره صرح بذلك كله فى كافى الحاكم ، وكذا فى الفتح وغيره بلا حكاية خلاف وهذا لانزاع فيه ؛

المسألة الثانية تعليق الكفالة بالشرط ، وهذا لايخلو إما أن يكون شرطا ملائما أولا ، ففى الأول تصح الكفالة والتعليق وقد مر ، وفى الثانى وهو التعليق بشرط غير ملائم مثل أن يقول إذا هبت الريح أو إذا جاء المطر أو إذا

ومافى الهداية سهو كما حرره ابن الكمال ، نعم لو جعله أجلا صحت ولزم المال للحال فليحفظ (ولا) تصح أيضا (بجهالة المكفول عنه) فى تعليق وإضافة لا تخيير ككفلت بمالك على فلان أو فلان فتصح ،

قدم فلان الأجنبى فأنا كفيل بنفس فلان ، أو بمالك عليه فالكفالة باطلة كما نقله فى الفتح عن المبسوط والخانية ، وصرح به أيضا فى النهاية والمعراج والعناية وشرح الوقاية ، ومثله فى أجناس الناطفى حيث قال : كل موضع أضاف الضمان إلى ماهو سبب للزوم المال فذلك جائز ، وكل موضع أضاف الضمان إلى ماليس بسبب للزوم فذلك باطل كقوله إن هبت الريح فما لك على فلان فعلى اه وجزم بذلك الزيلعى وصاحب البحر والنهر والمنح ، ولكن وقع فى كثير من الكتب أنه يبطل التعليق وتصح الكفالة ويلزم المال حالا منها حاشية الهداية للخبازى وغاية البيان ، وكذا الكفاية للبيهقى حيث قال : فإن قال إذا هبت الريح أو دخل زيد الدار فالكفالة جائزة والشرط باطل والمال حال ، وكذا فى شرح العيون لأبى الليث والمختار ، ووقع اختلاف فى نسخ الهداية ولسخ الكنز ؛ فى بعضها كالأول وفى بعضها كالثانى ، وقد مال إلى الثانى العلامة الطرسوسى فى أنفع الوسائل وأرجع مامر عن الخانية وغيرها إليه ، ورد عليه العلامة الشرنبلالى فى رسالة خاصة ، وادعى أن مافى الخبازية مؤول وأرجعه إلى مافى الخانية وغيرها ، ورد أيضا على القول الدرر : إن فى المسألة قولين :

أقول : والإنصاف مافى الدرر ، لأن ارتكاب تأويل هذه العبارات وإرجاع بعضها إلى البعض يحتاج إلى نهاية التكلف والتعسف ، والأولى اتباع مامشى عليه جمهور شراح الهداية وشراح الكنز وغيرهم تبعا للمبسوط والخانية من بطلان الكفالة (قوله وما فى الهداية) حيث قال : لايصح التعليق بمجرد الشرط ، كقوله إن هبت الريح أو جاء المطر إلا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالا ، لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لاتبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق وتبعه صاحب الكافى ، لكن فى بعض لسخ الهداية بعد قوله أو جاء المطر ، وكذا إذا جعل واحدا منها أجلا ، وحينئذ فقوله إلا أنه تصح الكفالة الخ راجع إلى مسألة الأجل فقط ، ولا ينافيه قوله لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط الخ لأن المراد به الشرط الملائم ، وقد أطال الكلام على تأويل عبارة الهداية فى البحر والنهر وغيرهما (قوله نعم لو جعله أجلا) أى بأن قال إلى هبوب الريح أو مجىء المطر ونحوه مما هو مجهول جهالة متفاحشة فيبطل التأجيل وتصح الكفالة ، بخلاف ما كانت جهالته غير متفاحشة كالحصاد ونحوه فإنها تصح إلى الأجل كما قدمناه آنفا (قوله فى تعليق) نحو إن غصبك إنسان شيئا فأنا كفيل اه ح ، ويستثنى منه ماسيأتى متنا آخر الباب ، وهو مالو قال له اسلك هذا الطريق الخ وسيأتى بيانه (قوله وإضافة) نحو ماذاب لك على الناس فعلى اه ح وقد صرح أيضا فى الفتح بأنه من جهالة المضمون فى الإضافة :

قلت : ووجهه أن ما ذاب ماض أريد به المستقبل كما يأتى فكان مضافا إلى المستقبل معنى ، وعن هذا جعل فى الفصول العمادية المعلق من المضاف لأن المعلق واقع فى المستقبل أيضا ، وقدمنا أنه فى الهداية جعل ما بايعت فلانا من المعلق لأنه فى حكمه من حيث وقوع كل منهما فى المستقبل ، وبه ظهر أن كلا منهما يطلق على الآخر نظرا إلى المعنى ، وأما بالنظر إلى اللفظ فما صرح فيه بأداة الشرط فهو معلق وغيره مضاف وهو الأوضح فلذا غاير بينهما تبعا للفتح فافهم (قوله لا تخيير) بالخاء المعجمة ، وسماه تخييرا لكون المكفول له مخيرا كما ذكره ، لكن الواقع فى عبارة الفتح وغيره تنجيز بالجيم والزاى وهو الأصوب ، لأن المراد به الحال المقابل للتعليق والإضافة المراد بهما المستقبل ، ووجه جواز جهالة المكفول عنه فى التنجيز دون التعليق كما فى الفتح أن القياس يأبى جواز إضافة الكفالة لأنها تمليك فى حق الطالب وإنما جوزت استحسانا للتعامل والتعامل فيما إذا كان المكفول عنه

والتعيين للمكفول له لأنه صاحب الحق (ولا بجهالة المكفول له) وبه مطلقا، نعم لو قال: كفلت رجلا أعرفه بوجهه لا باسمه جاز، وأي رجل أتى به وحلف أنه هو برّ. بزازية. وفي السراجية قال لضيفه وهو يخاف على دابته من الذئب إن أكل الذئب حمارك فأنا ضامن فأكله الذئب لم يضمن (نحو ماذاب) أي ماثبت (لك على الناس أو) على (أحد منهم فعلي) مثال للأول، ونحوه مابايعت به أحدا من الناس معين الفتوى (أو ماذاب) عليك (للناس أو لأحد منهم عليك فعلي) مثال للثاني (ولا) يصح (بنفس حد وقصاص) لأن النيابة لا تجري في العقوبات (ولا بحمل دابة معينة مستأجرة له وخدمة عبد معين مستأجر لها) أي للخدمة لأنه يلزم تغيير المعقود عليه، بخلاف غير المعين لوجوب مطلق الفعل

معلوما ما فبقي المجهول على القياس (قوله والتعيين للمكفول له لأنه صاحب الحق) كذا في البحر عند قوله وبالمال ولو مجهولا وتبعه في النهر، لكن جعل في الفتح الخيار للكفيل: ونصه: ولو قال رجل كفلت بمالك على فلان أو مالك على فلان رجل آخر جاز لأنها جهالة المكفول عنه في غير تعليق: ويكون الخيار للكفيل اهـ ومثله مافي كافي الحاكم: ولو قال أنا كفيل بفلان أو فلان كان جائزا يدفع أيهما شاء الكفيل فيبرأ عن الكفالة ثم قال: وإذا كفل بنفس رجل أو بما عليه وهو مائة درهم كان جائزا وكان عليه أي ذلك شاء الكفيل، وأيهما دفع فهو بريء اهـ وبه علم أن ما هنا قول آخر أو سبق قلم (قوله ولا بجهالة المكفول له) يستثنى منه الكفالة في شركة المفاوضة فإنها تصح مع جهالة المكفول له لثبوتها ضمنا لا صريحا كما ذكره في الفتح من كتاب الشركة (قوله وبه) أي ولا تصح بجهالة المكفول به والمراد هنا النفس لا المال، لما تقدم من أن جهالة المال غير مانعة من صحة الكفالة والقرينة على ذلك الاستدراك اهـ ح.

قلت: والظاهر أن المانع هنا جهالة متفاحشة، لما علمت آنفا من قول الكافي: لو قال أنا كفيل بفلان أو فلان جاز تأمل (قوله مطلقا) أي سواء كانت في تعليق أو إضافة أو تنجيز.

قال في الفتح: والحاصل أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة مطلقا، وجهالة المكفول به لا تمنعها مطلقا، وجهالة المكفول عنه في التعليق، والإضافة تمنع صحة الكفالة، وفي التنجيز لا تمنع اهـ ومراده بالمكفول به المال عكس ما في الشرح (قوله جاز) لأن الجهالة في الإقرار لا تمنع صحته بحر عن البزازية، وذكر عنها أيضا: لو شهد على رجل أنه كفل بنفس رجل نعرفه بوجه إن جاء به لكن لا نعرفه باسمه جاز (قوله لم يضمن) لأن فعله جبار كما مر في إن أكلك سبع (قوله أي ما ثبت) قال في المنصورية: الذوب واللزوم يراد بهما القضاء، فما لم يقض بالمكفول به بعد الكفالة على المكفول عنه لا يلزم الكفيل، وهذا في غير عرف أهل الكوفة أما عرفنا فالذوب واللزوم عبارة عن الوجوب فيجب المال وإن لم يقض به اهـ ط وهذا أي ما ذاب ماض أريد به المستقبل كما في الهداية وسيذكره الشارح أيضا أي لأنه معنى الشرط كما تقدم، فلا يلزم الكفيل ما لم يقض به على الأصيل بعد الكفالة، لكنه هنا لا يلزمه شيء لجهالة المكفول عنه (قوله مثال للأول) وهو جهالة المكفول عنه (قوله ونحوه مابايعت الخ) أي هو مثال للأول أيضا (قوله مثال للثاني) أي جهالة المكفول له (قوله ولا تصح بنفس حد وقصاص) أما لو كفل بنفس من عليه الحد تصح، لكن هذا في الحدود التي فيها للعباد حق كحد القذف بخلاف الحدود الخالصة كما تقدم بيانه (قوله مستأجرة له) أي للحمل (قوله لأنه يلزم الخ) قال في الدرر لأنه استحق عليه الحمل على دابة معينة، والكفيل لو أعطى دابة من عنده لا يستحق الأجرة لأنه أتى بغير المعقود عليه، ألا ترى أن المؤجر لو حمله على دابة أخرى لا يستحق الأجرة فصار عاجزا ضرورة وكذا العبد للخدمة، بخلاف ما إذا كانت الدابة غير معينة لأن الواجب على المؤجر الحمل مطلقا والكفيل يقدر عليه بأن يحمل على

لاالتسليم (ولا بمبيع) قبل قبضه (ومرهون وأمانة) بأعيانها ، فلو بتسليمها صح فى الكل درر ، ورجحه الكمال فلو هلك المستأجر مثلا لاشىء عليه ككفيل النفس (وصح) أيضا (لو) المكفول به (ثمنا) لكونه دينا صحيحا على المشترى

دابة نفسه اه (قوله لا التسليم) لأنه لو كان الواجب التسليم لزم صحة الكفالة فى المعينة أيضا لأن الكفالة بتسليمها صحيحة كما يأتى (قوله ولا بمبيع قبل قبضه) بأن يقول للمشترى إن هلك المبيع فعلىّ درر لأن ماليته غير مضمونة على الأصيل ، فإنه لو هلك ينفسخ البيع ويجب رد الثمن كما ذكره صدر الشريعة (قوله ومرهون وأمانة) اعلم أن الأعيان إما مضمونة على الأصيل أو أمانة : فالثانى كالوديعة ومال المضاربة والشركة والعارية والمستأجر فى يد المستأجر ، والمضمونة إما بغيرها كالمبيع قبل القبض والرهن فإنهما مضمونان بالثمن والدين ، وإما بنفسها كالمبيع فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب ونحوهما مما تجب قيمته عند الهلاك ،وهذا تصح الكفالة به كما يذكره المصنف دون الأولين لفقد شرطها ، وهو أن يكون المكفول مضمونا على الأصيل لا يخرج عنه إلا بدفع عينه أو بدله ، هذا خلاصة ما فى البحر وغيره (قوله فلو بتسليمها صح فى الكل) أى فى الأمانات والمبيع والمرهون فإذا كانت قائمة وجب تسليمها ، وإن هلكت لم يجب على الكفيل شىء كالكفيل بالنفس ، وقيل إن وجب تسليمها على الأصيل كالعارية والإجارة جازت الكفالة بتسليمها وإلا فلا درر : أى وإن لم يجب تسليمها على الأصيل كالوديعة ومال المضاربة والشركة فلا تجوز ، لأن الواجب عليه عدم المنع عند الطلب لا الرد ، وهذا التفصيل جزم به شراح الهداية (قوله ورجحه الكمال) أى رجح ما فى الدرر من صحتها فى تسليم الأمانات كغيرها :

وحاصل ما ذكره الوجه عندى صحة الكفالة بتسليم الأمانة ، إذ لا شك فى وجوب ردها عند الطلب ، غير أنه فى الوديعة وأخويها يكون بالتخلية وفى غيرها بحمل المردود إلى ربه .

قال فى الذخيرة : الكفالة بتمكين المودع من الأخذ صحيحة اه وما ذكره السرخسى من أن الكفالة بتسليم العارية باطلة فهو باطل ؛ لما فى الجامع الصغير والمبسوط أنها صحيحة . ونص القدورى أنها بتسليم المبيع جائزة ، وأقره فى الفتح وانتصر له فى العناية بأنه لعله اطلع على رواية أقوى من ذلك فاختارها :

واعترضه فى النهر بأنه أمر موهوم قال فى البحر : ورده على السرخسى مأخوذ من معراج الدراية ، ويساعده قول الزيلعى : ويجوز فى الكل أن يتكفل بتسليم العين مضمونة أو أمانة ،وقيل إن كان تسليمه واجبا على الأصيل كالعارية والإجارة جاز وإلا فلا ، فأفاد أن التفصيل بين أمانة وأمانة ضعيف اه (قوله فلو هلك المستأجر) بفتح الجيم .

قال فى الفتح : ولو عجز أى عن التسليم بأن مات العبد المبيع أو المستأجر أو الرهن انفسخت الكفالة على وزان كفالة النفس (قوله وصح لو ثمنا) أى صح تكفله الثمن عن المشترى ، واحتراز به عن تكفل المبيع عن البائع فإنه لا يصح لأنه مضمون بغيره وهو الثمن كما تقدم ، والمراد بقوله لو ثمنا أى ثمن مبيع بيعا صحيحا ، لما فى النهر عن التتارخانية لو ظهر فساد البيع رجع الكفيل بما أداه على البائع ، وإن شاء على المشترى ؛ ولو فسد بعد صحته بأن ألحقا به شرطا فاسدا فالرجوع للمشترى على البائع يعنى والكفيل يرجع بما أداه على المشترى ، وكأنّ الفرق بينهما أنه بظهور الفساد تبين أن البائع أخذ شيئا لا يستحقه فيرجع الكفيل عليه ، وإن ألحقا به شرطا فاسدا لم يتبين أن البائع حين قبضه قبض شيئا لا يستحقه اه وفيه أيضا وقالوا لو استحق المبيع برئ الكفيل بالثمن ولو كانت الكفالة لغريم البائع ، ولو ردّ عليه بعيب بقضاء أو بغيره أو بخيار رؤية أو شرط برئ الكفيل إلا أن تكون الكفالة

إلا أن يكون صبيا محجورا عليه فلا يلزم الكفيل تبعا للأصيل خانية (و) كذا لو (مغصوبا أو مقبوضا على سوم الشراء) إن سمى الثمن وإلا فهو أمانة كما مر (ومبيعا فاسدا) وبدل صلح عن دم وخلع ومهر خانية ، والأصل أنها تصح بالأعيان المضمونة بنفسها لابغيرها ولا بالأمانات (و) لاتصح الكفالة بنوعيها (بلا قبول لطالب) أو نائبه ولو فضوليا (في مجلس العقد) وجوزها الثاني بلاقبول وبه يفتى درر وبزازية ، وأقره في البحر ، وبه قالت الأئمة الثلاثة ، لكن نقل المصنف عن الطرسوسي أن الفتوى على قولهما

لغريم فلا يبرأ ، والفرق بينهما فيما يظهر أنه مع الاستحقاق تبين أن الثمن غير واجب على المشترى ، وفي الرد بالعيب ونحوه وجب المسقط بعدما تعلق حق الغريم به فلا يسرى عليه اهـ (قوله إلا أن يكون الخ) قال في النهر ، وقدمنا أنه لو كفل عن صبي ثمن متاع اشتراه لا يلزم الكفيل شيء ، ولو كفل بالدرك بعد قبض الصبي الثمن لايجوز وإن قبله جاز اهـ ومسئلة الدرك فيما لو كان الصبي بائعا وهو الذي قدمه في النهر عند قول الكنز إذا كان دينا صحيحا (قوله وكذا لو مغصوبا الخ) لأن هذه الأعيان مضمونة بنفسها على الأصيل فيلزم الضامن إحضارها وتسليمها ، وعند الهلاك تجب قيمتها ، وإن مستهلكة فالضمان لقيمتها نهر ، بخلاف الأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع والرهن ، وبخلاف الأمانات على ما تقدم زيلعي (قوله وإلا فهو أمانة كما مر) أي في البيوع ، وإذا كان أمانة لا يكون من هذا النوع بل من نوع الأمانات وقد مر حكمها (قوله وبدل صلح عن دم) أي لو كان البدل عبدا مثلا فكفل به إنسان صحت ، فإن هلك قبل القبض فعليه قيمته بحر ، وتقييده بالدم يفيد أن الكفالة ببدل الصلح في المال لا تصح ، لأنه إذا هلك انفسخ لكونه كالبيع ط (قوله وخلع) عطف على صلح : أي وبدل خلع (قوله ومهر) أي وبدل مهر ، فتصح الكفالة في هذه المواضع بالعين كعبد مثلا لأن هذه الأشياء لا تبطل بهلاك العين كما في البحر (قوله بنوعيها) أي بالنفس والمال (قوله ولو فضوليا) أي ويتوقف على إجازة الطالب ، وبه ظهر أن شرط الصحة مطلق القبول . وأما قبول الطالب بخصوصه فهو شرط النفاذ كما أفاده ابن الكمال : وفي كافي الحاكم كفل بكذا عن فلان لفلان فقال قد فعلت والطالب غائب ثم قدم فرضي بذلك جاز لأنه خاطب به مخاطبا وإن لم يكن وكيلا ، وللكفيل أن يخرج من الكفالة قبل قدوم الطالب .

وفي البحر عن السراج : لو قال ضمنت ما لفلان على فلان وهما غائبان فقبل فضولي ثم بلغهما وأجازا فإن أجاب المطلوب أولا ثم الطالب جازت وكانت كفالة بالأمر ، وإن بالعكس كانت بلا أمر وإن لم يقبل فضولي لم تجز مطلقا : وإن كان الطالب حاضرا وقبل ورضي المطلوب ، فإن رضي قبل قبول الطالب رجع عليه وإن بعده فلا اهـ وعلله في الخانية بأن الكفالة تمت أي بقبول الطالب أولا ونفذت ولزم المال الكفيل فلا تتغير بإجازة المطلوب اهـ وبه علم أن إجازة المطلوب قبل قبول الطالب بمنزلة الأمر بالكفالة فللكفيل الرجوع بما ضمن فتنبه لذلك .

مطلب في ضمان المهر

[تنبيه] قدمنا أنه لو كفل رجل لصبي صح بقبوله لو مأذونا وإلا فبقبول وليه أو قبول أجنبي وإجازة وليه ، وإن لم يقبل عنه أحد فعلى الخلاف أي فعندهما لا يصح ، وعليه فلو ضمن للصغيرة مهرها لم يصح إلا بقبول كما ذكر ، وهذا لو أجنبيا . ففي باب الأولياء من الخانية زوج صغيرته وضمن لها مهرها عن الزوج صح إن لم يكن في مرض موته فإذا بلغت وضمنت الأب لم يرجع على الزوج إلا إذا كان بأمره ، وإن زوج ابنه الصغير وضمن عنه المهر في صحته جاز ويرجع بما ضمن في مال الصغير قياسا ، وفي الاستحسان لا يرجع وتمامه هناك

واختاره الشيخ قاسم ، هذا حكم الإنشاء (ولو أخبر عنها) بأن قال أنا كفيل بمال فلان على فلان (حال غيبة الطالب أو كفل وارث المريض) الملى (عنه) بأمره بأن يقول المريض لوارثه تكفل عنى بما على من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء (صح) فى الصورتين بلا قبول اتفاقا استحسانا لأنها وصية ، فلو قال لأجنبى لم يصح ، وقيل يصح شرح مجمع . وفى الفتح الصحة أوجه ، وحقق أنها كفالة لكن يرد عليه توقفها على المال ؛ ولو له مال غائب هل يؤمر الغريم بانتظاره أو يطالب الكفيل لم أره وينبغى على أنه وصية أن ينتظر لا على أنها كفالة ، وقيدنا بأمره لأن تبرع الوارث بضمانه فى غيبتهم لا يصح وروى الحسن الصحة ،

(قوله واختاره الشيخ قاسم) حيث نقل اختيار ذلك عن أهل الترجيح كالمحبوبى والنسفى وغيرهما وأقره الرملى وظاهر الهداية ترجيحه لتأخيره دليلهما وعليه المتون (قوله ولو أخبر عنها الخ) بيان لاستثناء مسألتين من قوله ولا تصح بلا قول الطالب وفى استثناء الأولى نظر كما يظهر من التعليل (قوله بمال فلان) الأولى جعل ما موصولة وجعل اللام متصلة بفلان على أنها جارة كما يوجد فى بعض النسخ (قوله وارث المريض) قيد به لأنه لو قال هذا فى الصحة لم يجز ولم يلزم الكفيل شيء وهذا قول محمد ، وهو قول أبى يوسف الأول ثم رجع وقال : الكفالة جائزة كافى وجزم بالأول فى الفتح عن المبسوط (قوله الملى) أى الذى عنده ما يفى بدينه (قوله لأنها وصية) تعليل للثانية ، وترك تعليل الأولى لظهوره فإن الأخبار عن العقد إخبار عن ركنية الإيجاب والقول اهـ ح فليست فى الحقيقة كفالة بلا قبول ، وما ذكره فى وجه الاستحسان من أنها وصية هو أحد وجهين فى الهداية . قال ولهذا تصح وإن لم يسم المكفول لهم ، وإنما تصح إذا كان له مال الوجه الثانى أن المريض قائم مقام الطالب لحاجته إليه تفريغا لذمته وفيه نفع للطالب فصار كما إذا حضر بنفسه فعلى الأول هى وصية لا كفالة ، وعلى الثانى بالعكس واعترض الأول بأنه يلزم عـــدم الفرق بين حال الصحة والمرض إلا أن يؤول بأنه فى معنى الوصية وفيه بعد :

واعترض الثانى فى البحر بأنه لا فائدة فى الكفالة لأنا حيث اشترطنا وجود المال فالوارث يطالب به على كل حال وأجاب بأن فائدته تظهر فى تفريغ ذمته تأمل ؛

قال فى النهر : والاستثناء على الأول منقطع وعلى الثانى متصل ولذا كان أرجح ، إلا أن مقتضاه مطالبة الوارث وإن لم يكن للميت مال اهـ :

قلت : الظاهر أن هذا وصية من وجه وكفالة من وجه فيراعى الشبه من الطرفين لأنهم ذكروا للاستحسان وجهين متنافيين ، فعلم أن المراد مراعاتهما بالقدر الممكن وإلا لزم إلغاؤهما (قوله الصحة أوجه) أيده فى الحواشى السعدية بأن الوارث حيث كان مطالبا بالدين فى الجملة كان فيه شبهة الكفالة عن نفسه فى الجملة فكان ينبغى أن لا تجوز كفالته ، فإذا جازت لما مر فى الوجهين فكفالة الأجنبى وهى سالمة عن هذا المانع أولى أن تصح اهـ وأقره فى النهر (قوله وحقق أنها كفالة) أى وبنى عليه صحتها من الأجنبى ، لكن يرد عليه إلغاء أحد وجهى الاستحسان ، وإذا مشينا على ما قلنا من إعمال الوجهين وتوفير الشبهين بالوصية والكفالة لم يضرنا لأن الأجنبى يصح كونه وصيا وكونه كفيلا (قوله لكن يرد عليه توقفها على المال) حيث قيد بكون المريض مليا ، والكفالة عن المريض لا تتوقف على المال :

قلت : وهذا وارد على كونها كفالة من كل وجه ، وقد علمت أن لها شبهين واشتراط المال مبنى على شبه الوصية كما أن اشتراط المرض مبنى على شبه الكفالة دون الوصية (قوله لم أره) أصل التوقف لصاحب البحر

ولو ضمنه بعد موته صح سراج ولعله قول الثانى لما مر نهر : وفى البزازية : اختلفا فى الإخبار والإنشاء فالقول للمخبر (و) لاتصح (بدين) ساقط ولو من وارث (عن ميت مفلس) إلا إذا كان به كفيل أو رهن معراج ، أو ظهر له مال فتصح بقدره ابن ملك ، أو لحقه دين بعد موته فتصح الكفالة به ، بأن حفر بئرا على الطريق فتلف به شىء بعد موته لزمه ضمان المال فى ماله وضمان النفس على عاقلته لثبوت الدين مستندا إلى وقت السبب وهو الحفر الثابت حال قيام الذمة بحر وهذا عنده وصححاها مطلقا وبه قالت الثلاثة ؛ ولو تبرع به أحد صح إجماعا (و) لاتصح كفالة الوكيل (بالثمن للموكل)

والجواب لصاحب النهر ولا يخفى عدم إفادته رفع التوقف لأن مبنى التوقف وجود الشبهين ، نعم على ما حققه فى الفتح من أنها كفالة حقيقية لاينتظر لكن علمت ما فيه :

وقد يقال إن اشتراط المال مبنى على شبه الوصية دون الكفالة كما علمت ،وبه يظهر أنه ليس المراد دفع الورثة من مالهم بل من مال الميت ، وذلك يفيد الانتظار ويفيد أيضا أنه لو هلك المال بعد الموت لايلزم الورثة ولم أره صريحا (قوله ولو ضمنه) أى لو ضمن وارث المريض الملى بعد موته فى غيبة الطالب (قوله ولعله قول الثانى لما مر) أى من تجويزه الكفالة بلا قبول ، وهذا الحمل متعين لأنها إذا لم تصح عندهما فى حال الصحة لاتصح بعد الموت بالأولى ولأن وجه كونها كفالة فى المرض قيام المريض مقام الطالب فى القبول (قوله اختلفا فى الإخبار والإنشاء) راجع لمسألة المصنف الأولى : أى إذا قال أنا كفيل زيد فقال الطالب كنت مخبرا بذلك فلا يحتاج لقبولى وقال الكفيل كنت منشئا للكفالة فالقول للمخبر لأنه يدعى الصحة والآخر الفساد كذا فى شرح الجامع لقاضيخان (قوله بدين ساقط) أى بسبب موته مفلسا (قوله عن ميت مفلس) هو من مات ولا تركة له ولا كفيل عنه بحر (قوله إلا إذا كان به كفيل أو رهن) استثناء من قوله ساقط ، ولو حذف ساقط أولا ثم علل بقوله لأنه يسقط بموته ثم استثنى منه لكان أوضح ؛ يعنى أن الدين يسقط عن الميت المفلس إلا إذا كان به كفيل حال حياته أو رهن .

قال فى البحر : قيد بالكفالة بعد موته لأنه لو كفل فى حياته ثم مات مفلسا لم تبطل الكفالة وكذا لو كان به رهن ثم مات مفلسا لا يبطل الرهن لأن سقوط الدين فى أحكام الدنيا فى حقه للضرورة فتتقدر بقدرها فأبقيناه فى حق الكفيل والرهن لعدم الضرورة كذا فى المعراج ،ولا يلزم مما ذكر صحة الكفالة به حينئذ للاستغناء عنها بالكفيل وبيع الرهن ط (قوله أو ظهر له مال) فى كافى الحاكم لو ترك الميت شيئا لايفى لزم الكفيل بقدره (قوله على الطريق) المراد به الحفر فى غير ملكه (قوله لزمه ضمان المال فى ماله وضمان النفس على عاقلته) هذا زيادة من الشارح على ما فى البحر (قوله وهو الحفر الثابت حال قيام الذمة) والمستند يثبت أولا فى الحال ويلزمه اعتبار قوتها حينئذ به لكونه محل الاستيفاء بحر عن التحرير : أى ويلزم ثبوته فى الحال اعتبار قوة الذمة حين ثبوته به أى بالدين ، وقوله لكونه محل الاستيفاء زيادة من البحر على ما فى التحرير (قوله وهذا) الإشارة إلى ما فى المتن (قوله مطلقا) أى ظهر له مال أولا (قوله ولو تبرع به) أى بالدين أى بإيفائه (قوله صح إجماعا) لأنه عند الإمام وإن سقط ، لكن سقوطه بالنسبة إلى من هو عليه لا بالنسبة إلى من هو له فإذا كان باقيا فى حقه حل له أخذه (قوله ولا تصح كفالة الوكيل بالثمن) وكذا عكسه ، وهو توكيل الكفيل بقبض الثمن كما سيأتى فى الكفالة بحر ، قيد بالوكيل لأن الرسول بالبيع يصح ضمانه الثمن عن المشترى ، ومثله الوكيل ببيع الغنائم عن الإمام لأنه كالرسول ، وقيد بالثمن لأن الوكيل بتزويج المرأة لو ضمن لها المهر صح لكونه سفيرا ومعبرا بحر ، وقيد بالكفالة

فيما لو وكل ببيعه لأن حق القبض له بالأصالة فيصير ضامنا لنفسه ومفاده أن الوصي والناظر لا يصح ضمانهما الثمن عن المشتري فيما باعاه لأن القبض لهما ولذا لو أبرآه عن الثمن صح وضمنا (و) لا تصح كفالة (المضارب لرب المال به) أي بالثمن لما مر ولأن الثمن أمانة عندهما فالضمان تغيير لحكم الشرع (و) لا تصح (للشريك بدين مشترك) مطلقا ولو بإرث، لأنه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولو صح في حصة صاحبه يؤدي إلى قسمة الدين قبل قبضه وذا لا يجوز، نعم لو تبرع جاز كما لو كان صفقتين (و) لا تصح الكفالة (بالعهدة) لاشتباه المراد بها (و) لا (بالخلاص) أي تخليص مبيع يستحق لعجزه عنه، نعم لو ضمن تخليصه ولو بشراء إن قدر وإلا فيرد الثمن كان كالدرك عيني.

لأنه لو تبرع بأداء الثمن عن المشتري صح كما في النهر عن الخانية (قوله فيما لو وكل ببيعه) الأولى أن يقول أي ثمن ما وكل ببيعه، قيد به لأن الوكيل بقبض الثمن لو كفل به يصح كما في البحر (قوله لأن حق القبض له بالأصالة) ولذا لا يبطل بموت الموكل وبعزله، وجاز أن يكون الموكل وكيلا عنه في القبض، وللوكيل عزله وتمامه في البحر (قوله ومفاده الخ) هو لصاحب البحر وتبعه في النهر (قوله لو أبرآه) بمد الهمزة بضمير التثنية (قوله لما مر) أي في الوكيل من قوله لأن حق القبض له الخ (قوله ولأن الثمن الخ) ذكره الزيلعي، وقوله أمانة عندهما: أي عند الوكيل والمضارب وهذا بعد القبض، أشار به إلى أنه لا فرق في عدم صحة الكفالة بين أن تكون قبل قبض الثمن أو بعده، ووجه الأول ما مر ووجه الثاني أن الثمن بعد قبضه أمانة عندهما غير مضمونة والكفالة غرامة وفي ذلك تغيير لحكم الشرع بعد ضمانه بلا تعد، وأيضا كفالتهما لما قبضاه كفالة الكفيل عن نفسه، وأما ما مر من صحة الكفالة بتسليم الأمانة فذاك في كفالة من ليست الأمانة عنده (قوله ولا تصح للشريك الخ) مفهومه أنه لو ضمن أجنبي لأحد الشريكين بحصته تصح، والظاهر أنه يصح مع بقاء الشركة فما يؤديه الكفيل يكون مشتركا بينهما كما لو أدى الأصيل تأمل (قوله ولو بإرث) تفسير للإطلاق، وأشار به إلى أن ما وقع في الكنز وغيره من فرض المسألة في ثمن المبيع غير قيد (قوله مع الشركة) بأن ضمن نصفا شائعا (قوله يصير ضامنا لنفسه) لأنه ما من جزء يؤديه المشتري أو الكفيل من الثمن إلا لشريكه فيه نصيب زيلعي (قوله ولو صح في حصة صاحبه) بأن كفل نصفا مقدرا (قوله وذا لا يجوز) لأن القسمة عبارة عن الإفراز والحيازة، وهو أن يصير حق كل واحد منهما مفرزا في حيز على جهة وذا لا يتصور في غير العين، لأن الفعل الحسي يستدعي محلا حسيا والدين حكمي، وتمامه في الزيلعي (قوله نعم لو تبرع جاز) أي لو أدى نصيب شريكه بلا سبق ضمان جاز ولا يرجع بما أدى، بخلاف صورة الضمان فإنه يرجع بما دفع إذ قضاه على فساد كما في جامع الفصولين (قوله كما لو كان صفقتين) بأن سمى كل منهما لنصيبه ثمنا صح ضمان أحدهما نصيب الآخر لامتياز نصيب كل منهما فلا شركة بدليل أن له: أي للمشتري قبول نصيب أحدهما فقط، ولو قبل الكل ونقد حصة أحدهما كان للناقد قبض نصيبه، وقد اعتبروا هنا لتعدد الصفقة تفصيل الثمن وذكروا في البيوع أن هذا قولهما، وأما قوله فلا بد من تكرار لفظ بعت بحر (قوله ولا تصح الكفالة بالعهدة) بأن يشتري عبدا فيضمن رجل العهدة للمشتري نهر (قوله لاشتباه المراد بها) لانطلاقها على الصك القديم أي الوثيقة التي تشهد للبائع بالملك وهي ملكه، فإذا ضمن بتسليمها للمشتري لم يصح لأنه ضمن ما لم يقدر عليه وعلى العقد وحقوقه وعلى الدرك وخيار الشرط فلم تصح الكفالة للجهالة نهر.

قلت: فلو فسرها بالدرك صح، كما لو اشتهر إطلاقها عليه في العرف لزوال المانع تأمل (قوله ولا بالخلاص) أي عند الإمام، وقالا تصح، والخلاف مبني على تفسيره، فهما فسراه بتخليص المبيع إن قدر عليه ورد الثمن إن

[فائدة] متى أدى بكفالة فاسدة رجع كصحيحه جامع الفصولين : ثم قال : ونظيره لو كفل ببدل الكتابة لم يصح فيرجع بما أدى إذا حسب أنه مجبر على ذلك لضمانه السابق وأقره المصنف فليحفظ .

(ولو كفل بأمره) أى بأمر المطلوب بشرط قوله عنى أو على أنه على وهو غير صبى وعبد محجورين ابن ملك رجع عليه (بما أدى)

لم يقدر عليه وهذا ضمان الدرك في المعنى ، وفسره الإمام بتخليص المبيع فقط ولا قدرة له عليه نهر (قوله متى أدى بكفالة فاسدة رجع كصحيحة) لم أر هذه العبارة فى جامع الفصولين ، وإنما قال فى صورة الضمان : أى ضمان أحد الشريكين يرجع بما دفع إذ قضاه على فساد فيرجع ، كما لو أدى بكفالة فاسدة . ونظيره لو كفل ببدل الكتابة لم يصح فيرجع بما أدى إذ حسب أنه مجبر على ذلك لضمانه السابق ، وبمثله لو أدى من غير سبق ضمان لا يرجع لتبرعه ، وكذا وكيل البيع إذا ضمن الثمن لموكله لم يجز فيرجع لو أدى بغير ضمان جاز ولا يرجع اه (قوله ولو كفل بأمره) شمل الأمر حكما ، كما إذا كفل الأب عن ابنه الصغير مهر امرأته ثم مات الأب وأخذ من تركته كان للورثة الرجوع فى نصيب الإبن ، لأنه كفالة بأمر الصبى حكما لثبوت الولاية ، فإن أدى بنفسه ، فإن أشهد رجع وإلا لا كذا فى نكاح المجمع ، وكما لو جحد الكفالة فبرهن المدعى عليها بالأمر وقضى على الكفيل فأدى فإنه يرجع وإن كان متناقضا لكونه صار مكذبا شرعا بالقضاء عليه ، كذا فى تلخيص الجامع الكبير نهر ، وقدمنا قريبا عند قول الشارح ولو فضوليا أن إجازة المطلوب قبل قبول الطالب بمنزلة الأمر بالكفالة ، ونقله أيضا فى الدر المنتقى عن القهستانى عن الخانية ، وتأتى الإشارة إليه فى كلام الشارح قريبا (قوله أى بأمر المطلوب) فلو بأمر أجنبى فلا رجوع أصلا فى نور العين عن الفتاوى الصغرى : أمر رجلا أن يكفل عن فلان لفلان فكفل وأدى لم يرجع على الآمر اه (قوله أو على أنه على) أى على أن ماتضمنه يكون علىّ . قال فى الفتح : فلو قال اضمن الألف التى لفلان علىّ لم يرجع عليه عند الأداء لجواز أن يكون القصد ليرجع أو لطلب التبرع فلا يلزم المال ، وهذا قول أبى حنيفة ومحمد اه لكن فى النهر عن الخانية علىّ كعنى ، فلو قال اكفل لفلان بألف درهم علىّ أو انقده ألف درهم علىّ أو اضمن له الألف التى على أو اقضه ماله على ونحو ذلك رجع بما دفع فى رواية الأصل . وعن أبى حنيفة فى المجرد إذا قال لآخر اضمن لفلان الألف التى له على فضمنها وأدى إليه لا يرجع اه فعلم أن مافى الفتح على رواية المجرد ، وقد جزم فى الولوالجية بالرجوع ، وإنما حكى الخلاف فى نحو اضمن له ألف درهم إذا لم يقل عنى أو هى له على ونحوه فعندهما لا يرجع إلا إذا كان خليطا . وعند أبى يوسف يرجع مطلقا ، ومثله فى الذخيرة ، وكذا فى كافى الحاكم ؛ قال فى النهر : وأجمعوا على أن المأمور لو كان خليطا رجع وهو الذى فى عياله من والد أو ولد أو زوجة أو أجير والشريك شركة عنان كذا فى الينابيع . وقال فى الأصل : والخليط أيضا الذى يأخذ منه ويعطيه ويداينه ويضع عنده المال ، والظاهر أن الكل يعطى لهم حكم الخليط ، وتمامه فيه .

قلت : وما استظهره مصرح به فى كافى الحاكم (قوله وهو غير صبى الخ) قال فى جامع الفصولين : الكفالة بأمر إنما توجب الرجوع لو كان الآمر ممن يجوز إقراره على نفسه ، فلا يرجع على صبى محجور ولو أمره ويرجع على القن بعد عتقه اه . قال فى البحر : بخلاف المأذون فيهما لصحة أمره وإن لم يكن أهلا لها : أى للكفالة (قوله رجع بما أدى) شمل ما إذا صالح الكفيل الطالب عن الألف بخمسمائة فيرجع بها لا بألف لأنه إسقاط ، أو إبراء كما فى البحر : وقال أيضا : إن قوله رجع بما أدى مقيد بما إذا دفع ماوجب دفعه على الأصيل ، فلو كفل عن المستأجر بالأجرة فدفع الكفيل قبل الوجوب لا رجوع له كما فى إجارات البزازية اه .

إن أدى بما ضمن وإلا فبما ضمن ، وإن أدى أردأ لملكه الدين بالأداء فكان كالطالب ، وكما لو ملكه بهبة أو إرث عيني (وإن بغيره لايرجع) لتبرعه إلا إذا أجاز في المجلس فيرجع عمادية ؛ وحيلة الرجوع بلا أمر أن يهبه الطالب الدين ويوكله بقبضه ولوالجية :

(ولا يطالب كفيل) أصيلا (بمال قبل أن يؤدى) الكفيل (عنه) لأن تملكه بالأداء، نعم للكفيل أخذ رهن من الأصيل قبل أدائه خانية (فان لوزم) الكفيل (لازمه) أى لازم هو الأصيل أيضا حتى يخلصه

قلت : ونظيره مالو أدى الأصيل قبله ؛ ففي حاوى الزاهدى : الكفيل بأمر الأصيل أدى المال إلى الدائن بعد ما أدى الأصيل ولم يعلم به لا يرجع به لأنه شيء حكمي ، فلا فرق فيه بين العلم والجهل كعزل الوكيل اه أى بل يرجع على الدائن (قوله إن أدى بما ضمن) الأولى حذف الباء (قوله وإن أدى أردأ) إن وصلية : أى إن لم يؤد ماضمن لا يرجع بما أدى بل بما ضمن كما إذا ضمن بالجيد فأدى الأردأ أو بالعكس (قوله لملكه الدين بالأداء الخ) أى يرجع بما ضمن لا بما أدى لأن رجوعه بحكم الكفالة ، وحكمها أنه يملك الدين بالأداء فيصير كالطالب لنفسه فيرجع بنفس الدين فصار كما إذا ملك الكفيل الدين بالإرث بأن مات الطالب والكفيل وارثه فإنما له عينه ، وكذا إذا وهب الطالب الدين للكفيل فإنه يملكه ويطالب به المكفول بعينه وصحت الهبة مع أن هبة الدين لاتصح إلا ممن عليه الدين ، وليس الدين على الكفيل على المختار ، لأن الواهب إذا أذن للموهوب بقبض الدين جاز استحسانا وهنا بعقد الكفالة سلطه على قبضه عند الأداء ، وهذا بخلاف المأمور بقضاء الدين فإنه يرجع بما أدى لأنه لم يملك الدين بالأداء ، وتمامه في الفتح (قوله وإن بغيره) أى وإن كفل بغير أمره لايرجع (قوله إلا إذا أجاز في المجلس) أى قبل قبول الطالب ، فلو كفل بحضرتهما بلا أمره فرضى المطلوب أولا رجع ، ولو رضى الطالب أولا لاتمام العقد به فلا يتغير قهستاني عن الخانية ، وقدمناه أيضا عن السراج (قوله وحيلة الرجوع بلا أمر الخ) عبارة الولوالجية : رجل كفل بنفس رجل ولم يقدر على تسليمه فقال له الطالب ادفع إلىّ مالى على المكفول عنه حتى تبرأ من الكفالة فأراد أن يؤديه على وجه يكون له حق الرجوع على المطلوب ، فالحيلة في ذلك أن يدفع الدين إلى الطالب ويهبه الطالب ماله على المطلوب ويوكله بقبضه فيكون له حق المطالبة فإذا قبضه يكون له حق الرجوع ، لأنه لو دفع المال إليه بغير هذه الحيلة يكون متطوعا ، ولو أدى بشرط أن لا يرجع لايجوز اه ؛ ولا يخفى أنه ليس في ذلك كفالة مال بل كفالة نفس فقط ، لكن إذا ساغ له الرجوع بدون كفالة بهذه الحيلة فمع الكفالة أولى ، لكن علمت آنفا أن هبة الطالب الدين للكفيل لايشترط فيها الإذن بقبضه ، لأن عقد الكفالة يتضمن إذنه بالقبض عند الأداء ، والظاهر أنه لافرق في ذلك بين كونها بإذن المطلوب أو بدونه فقول الشارح ويوكله بقبضه غير لازم هنا ، بخلافه في مسألة الولوالجية لأنها ليس فيها عقد كفالة بالمال فلذلك ذكر فيها التوكيل بالقبض إذ لاتصح الهبة بدونه :

وأورد أنه إذا دفع دين الأصيل برئ الأصيل من دينه فلا رجوع له عليه إلا إذا دفع قدر الدين من غير تعرض لكونه دين الأصيل أى بأن يدفعه للطالب على وجه الهبة .

قلت : هذا وارد على مسألة الولوالجية ، أما على ماذكره الشارح من فرض المسألة في الكفيل بلا أمر فلا لما علمت من أن الكفيل يملك الدين بمجرد الهبة ويرجع بعينه على الأصيل فافهم ، نعم ينبغي أن تكون الهبة سابقة على أداء الكفيل وإلا كانت هبة دين سقط بالأداء فلا تصح (قوله لأن تملكه بالأداء) أى تملك الكفيل الدين إنما يثبت له بالأداء لاقبله فإذا أداه يصير كالطالب كما قررناه آنفا فحينئذ يثبت له حبس المطلوب (قوله نعم للكفيل أخذ رهن الخ) يعنى لو دفع الأصيل إلى الكفيل رهنا بالدين فله أخذه ، والأولى في التعبير أن يقال

(وإذا حبسه له حبسه) هذا إذا كفل بأمره ولم يكن على الكفيل للمطلوب دين مثله وإلا فلا ملازمة ولا حبس سراج . وفى الأشباه أداء الكفيل يوجب براءتهما للطالب

نعم للأصيل دفع رهن للكفيل لئلا يوهم لزوم الدفع على الأصيل بطلب الكفيل ، وقد تبع الشارح فى هذا التعبير صاحب البحر أخذا من عبارة الخانية مع أنها إنما تفيد ما قلنا فإنه قال فيها : ذكر فى الأصل أنه لو كفل بمال مؤجل على الأصيل فأعطاه المكفول عنه رهنا بذلك جاز ، ولو كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به إلى سنة فعليه المال الذى عليه وهو ألف درهم ثم أعطاه المكفول عنه بالمال رهنا إلى سنة كان الرهن باطلا لأنه لم يجب المال للكفيل على الأصيل بعد ، وكذا لو قال إن مات فلان ولم يؤدك فهو علىّ ثم أعطاه المكفول عنه رهنا لم يجز . وعن أبى يوسف فى النوادر يجوز اهـ (قوله وإذا حبسه له حبسه) فى حاشية المنح للرملى د أقول : سيأتى فى كتاب القضاء من بحث الحبس أن المكفول له يتمكن من حبس الكفيل والأصيل وكفيل الكفيل وإن كثروا اهـ .

مطلب فيما يبرأ به الكفيل عن المال

(قوله هذا إذا كفل بأمره الخ) تقييد لقول المصنف فإن لوزم لازمه الخ ، وقيده أيضا فى البحر بحثا بما إذا كان المال حالا على الأصيل كالكفيل والافليس له ملازمته اهـ وقيده فى الشرنبلالية أيضا بما إذا لم يكن المطلوب من أصول الطالب ، فلو كان أباه مثلا ليس له حبس الكفيل لما يلزم من فعل ذلك بالمطلوب وهو ممتنع أى لأنه لا يحبس الأصل بدين فرعه ، وإذا امتنع اللازم امتنع الملزوم . واعترضه السيد أبو السعود بمنع الملازمة وبأنه مخالف للمنقول فى القهستانى فلا يعول عليه وإن تبعه بعضهم اهـ :

قلت : وعبارة القهستانى : وإن حبس حبس هو المكفول عنه إلا إذا كان كفيلا عن أحد الأبوين أو الجدين فإنه إن حبس لم يحبسه به يشعر قضاء الخلاصة اهـ ولا يخفى أن المتبادر من هذه العبارة ما إذا كان الطالب أجنبيا والمطلوب : أى المدين أصلا للكفيل لا للطالب ، وهذا غير ما فى الشرنبلالية ، وهو ما إذا كان المطلوب أصلا للطالب لا للكفيل ، فما فى الشرنبلالية تقييد لقولهم إن للطالب حبس الكفيل ، وما فى القهستانى تقييد لقولهم للكفيل حبس المكفول إذا حبس : أى إذا كان المكفول أصلا للكفيل فللطالب الأجنبى حبس الكفيل وليس للكفيل إذا حبس أن يحبس المكفول لكونه أصله ، بخلاف ما إذا كان المكفول أصلا للطالب فإنه ليس للطالب حبس الكفيل لأنه يلزم من حبسه له أن يحبس هو المكفول فيلزم حبس الأصل بدين فرعه : وقد ذكر ذلك الشرنبلالى فى رسالة خاصة ، وذكر فيها أنه سئل عن هذه المسألة ولم يجد فيها نقلا وحقق فيها ما ذكرناه ، لكن ذكر الخير الرملى فى حاشية البحر فى باب الحبس من كتاب القضاء أنه وقع الاستفتاء عن هذه المسألة . ثم قال : للكفيل حبس المكفول الذى هو أصل الدائن لأنه إنما حبس لحق الكفيل ولذلك يرجع عليه بما أدى فهو محبوس بدينه ، فلم يدخل فى قولهم لا يحبس أصل فى دين فرعه لأنه إنما حبسه أجنبى فيما ثبت له عليه اهـ ملخصا ، ومفاده أن للطالب الذى هو فرع المكفول حبس الكفيل الأجنبى ، لأن الكفيل لا يحبس المكفول ما لم يحبسه الطالب ، ولا يخفى أن المكفول إنما يحبس بدين الطالب حقيقة فيلزم حبس الأصل بدين فرعه وإن كان الحابس له مباشرة غير الفرع ، نعم يظهر ما ذكره الخير الرملى على القول بأن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة فى الدين ، لكن علمت أن الكفيل لا يملك الدين قبل الأداء فبقى الدين للطالب ولزم المحذور ، والله سبحانه أعلم فافهم (قوله يوجب براءتهما) أى براءة الكفيل والأصيل وقوله للطالب قيل متعلق بأداء :

إلا إذا أحاله الكفيل على مديونه وشرط براءة نفسه فقط (وبرئ) الكفيل (بأداء الأصيل) إجماعا إلا إذا برهن على أدائه قبل الكفالة فيبرأ فقط كما لو حلف بحر :

(ولو أبرأ) الطالب (الأصيل أو أخر عنه) أي أجله (برئ الكفيل) تبعا للأصيل إلا كفيل النفس

قلت : وفيه بعد، والأظهر تعلقه بمحذوف على أنه حال من براءة : أي منتهية إلى الطالب على أن اللام بمعنى إلى، ونظيره قوله الآتي برئت إلى فافهم (قوله إلا إذا أحاله) فإن الحوالة كما يأتي نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، فهو في حكم الأداء فصح الاستثناء فافهم (قوله وشرط براءة نفسه فقط) فحينئذ يبرأ الكفيل دون الأصيل وللطالب أخذ الأصيل أو المحال عليه بدينه مالم ينو المال على المحال عليه، وبدون هذا الشرط يبرأ الأصيل أيضا لأن الدين عليه والحوالة حصلت بأصل الدين فتضمنت براءتهما كما في البحر عن السراج (قوله وبرئ الكفيل بأداء الأصيل) وكذا يبرأ لو شرط الدفع من وديعة فهلكت . ففي الكافي : لو كفل بألف عن فلان على أن يعطيها إياه من وديعة لفلان عنده جاز ، فإن هلكت الوديعة فلا ضمان على الكفيل اهـ : وفيه أيضا في باب بطلان المال عن الكفيل بغير أداء ولا إبراء لو كفل عن رجل بالثمن فاستحق المبيع من يده أو رده بعيب ولو بلا قضاء أو بإقالة أو بخيار رؤية أو بفساد البيع برئ الكفيل، وكذا لو بطل المهر أو بعضه عن الزوج بوجه برئ مما بطل عن الزوج أو ضمن المشترى الثمن لغريم البائع فاستحق المبيع من يد المشترى بطلت الكفالة أيضا وكذلك الحوالة أما لو رده المشترى بعيب ولو بلا قضاء لم يبرأ الكفيل ويرجع به على البائع ، وكذا لو هلك المبيع قبل التسليم أو ضمن الزوج مهر المرأة لغريمها ثم وقعت بينهما فرقة من قبله أو من قبلها لم يبطل الضمان وتمامه فيه (قوله إلا إذا برهن) أي الأصيل على أدائه قبل الكفالة فيبرأ : أي الأصيل فقط أي دون الكفيل لأنه أقر بهذه الكفالة أن الألف على الأصيل ، وبهذا يظهر أن الاستثناء منقطع ، لما في البحر من أن هذا ليس من البراءة ، وإنما تبين أن لا دين على الأصيل والكفيل عومل بإقراره أي لأن البينة لما قامت على الأداء قبل الكفالة علم أن ما كفل به الكفيل غير هذا الدين ، بخلاف ما إذا برهن أنه قضاه بعد الكفالة ، ففي البحر أنهما يبرآن (قوله بحر) صوابه نهر . فإنه نقل عن القنية براءة الأصيل إنما توجب براءة الكفيل إذا كانت بالأداء أو الإبراء ، فإن كانت بالحلف فلا لأن الحلف يفيد براءة الحالف فحسب اهـ والظاهر أنه مصور فيما إذا كانت الكفالة بغير أمره ، وإلا فقوله اكفل عني لفلان بكذا إقرار بالمال لفلان كما في الخانية وغيرها ، وحينئذ فإذا ادعى عليه المال فأنكر وحلفه برئ وحده ، وإنما قلنا كذلك لأنه لو ادعى الأصيل الأداء فعليه البينة لا اليمين تأمل :

(قوله ولو أبرأ الطالب الأصيل الخ) محل براءة الكفيل بإبراء الطالب الأصيل إذا لم يكفل بشرط براءة الأصيل فإن كفل كذلك برئ الأصيل دون الكفيل لأنها حوالة ط ، ولو قال ولو برئ الأصيل لشمل ما في الخانية لو مات الطالب والأصيل وارثه برئ الكفيل أيضا اهـ بحر (قوله برئ الكفيل) بشرط قبول الأصيل وموته قبل القبول والرد يقوم مقام القبول ، ولو رده ارتد وهل يعود الدين على الكفيل أم لا؟ خلاف كذا في الفتح نهر . وفي التتارخانية عن المحيط : لا ذكر لهذه المسألة في شيء من الكتب . واختلف المشايخ ، فمنهم من قال لا يبرأ الكفيل أي برد الأصيل الإبراء كما في رد الهبة ، ومنهم من قال يبرأ الكفيل اهـ . قال في الفتح : وهذا بخلاف الكفيل فإنه إذا أبرأه صح وإن لم يقبل ، ولا يرجع على الأصيل ولو كان إبراء الأصيل أو هبته أو التصدق عليه بعد موته فعند أبي يوسف القبول والرد للورثة ، فإن قبلوا صح ، وإن ردوا ارتد . وقال محمد : لا يرتد بردهم كما لو أبرأهم

كامر (وتأخر)الدين(عنه) تبعا للأصيل إلا إذاصالح المكاتب عن قتل العمد بمال ثم كفله إنسان ثم عجز المكاتب تأخرت مطالبة المصالح إلى عتق الأصيل ،ُوله مطالبة الكفيل الآن أشباه (ولا ينعكس) لعدم تبعية الأصل للفرع نعم لو تكفل بالحال مؤجلا تأجل عنهما لأن تأجيله على الكفيل تأجيل عليهما ،وفيه يشترط قبول الأصيل الإبراء

فى حال حياته ثم مات وهذا يختص بالإبراء اه (قوله كما مر) أى قبيل الكفالة بالمال (قوله وتأخر الدين عنه) مرتبط بقوله أو أخر عنه ، وشمل كفيل الكفيل ؛ فإذا أخر الطالب عن الأصيل تأخر عن الكفيل وكفيله ، وإن أخره عن الكفيل الأول تأخر عن الثانى أيضا لا عن الأصيل كما فى الكافى ، وشرطه أيضا قبول الأصيل ، فلو رده ارتد كما أفاده الفتح (قوله تأخرت مطالبة المصالح) مصدر مضاف إلى مفعوله والمراد به المكاتب والفاعل ولى القتيل أو إلى فاعله ، والمراد به الولى والمفعول المكاتب فإن المصالحة مفاعلة من الطرفين وهذا أولى لئلا يلزم الإظهار فى مقام الإضمار فافهم ، ومثل هذه المسألة مالو كفل العبد المحجور بما لزمه بعد عتقه فإن المطالبة تتأخر عن الأصيل إلى عتقه ويطالب كفيله للحال ؛ لكن فى هذين الفرعين تأخر لابتأخير الطالب فلم يدخلا فى كلام المصنف كما أفاده فى البحر والنهر (قوله ولا ينعكس) أى لو أبرأ الكفيل أو أخر عنه أى أجله بعد الكفالة بالمال حالا لايبرأ الأصيل ولا يتأخر عنه . قال فى النهر : وإذا لم يبرأ الأصيل لم يرجع عليه الكفيل بشىء ، بخلاف مالو وهبه الدين أوتصدق عليه به حيث يرجع اه (قوله نعم لوتكفل بالحال مؤجلا الخ) أفاد أنه لو كان مؤجلا على الأصيل فكفل به تأخر عنهما بالأولى وإن لم يسم الأجل فى الكفالة كما صرح به فى الكافى وغيره (قوله لأن تأجيله على الكفيل تأجيل عليهما) هذا التعليل غير تام ؛ فإن العلة كما فى الفتح هى أن الطالب ليس له حال الكفالة حق يقبل التأجيل إلا الدين فبالضرورة يتأجل عن الأصيل بتأجيل الكفيل ،أما فى مسألة المتن وهى ما إذا كانت الكفالة ثابتة قبل التأجيل ، فقد تقرر حكمها وهو المطالبة ثم طرأ التأجيل عن الكفيل فينصرف إلى ما تقرر عليه بها وهو المطالبة .

[تنبيه] ماذكره الشارح تبعا للهداية وغيرها من أنه يتأجل عليهما يستثنى منه ما إذا أضاف الكفيل الأجل إلى نفسه ، بأن قال أجلنى أو شرط الطالب وقت الكفالة الأجل للكفيل خاصة فلا يتأخر الدين حينئذ عن الأصيل كما ذكره فى الفتاوى الهندية . ونقل ط عبارتها :

مطلب لو كفل بالقرض مؤجلا تأجل عن الكفيل دون الأصيل

ويستثنى أيضا مالو كفل بالقرض مؤجلا إلى سنة مثلا فهو على الكفيل إلى الأجل وعلى الأصيل حال كما فى البحر عن التتارخانية معزيا إلى الذخيرة والغياثية ؛ ثم نقل خلافه عن تلخيص الجامع من شموله للقرض وأن هذا هو الحيلة فى تأجيل القرض ، وسيذكره الشارح آخر الباب .

قلت : لكن رده العلامة الطرسوسى فى أنفع الوسائل بأن هذا إنما قاله الحصيرى فى شرح الجامع ، وكل الكتب تخالفه فلا يلتفت إليه ، ولا يجوز العمل به ، وقدمنا تمام الكلام عليه قبيل فصل القرض ، ويؤيده أن الحاكم الشهيد فى الكافى صرح بأنه لايتأخر عن الأصيل وكفى به حجة (قوله وفيه) متعلق بقوله يشترط والضمير المجرور عائد إلى قول المتن ولو أبرأ الأصيل الخ ، ولو أسقط لفظة فيه لكان أوضح . وعبارة الدرر هكذا أبرأ الطالب الأصيل إن قبل برئا أى الأصيل والكفيل معا أو أخره عنه تأخر عنهما بلا عكس فيهما ، ولو أبرأ الكفيل فقط برئ وإن لم يقبل إذ لادين عليه ليحتاج إلى القبول بل عليه المطالبة وهى تسقط بالإبراء ، ولو وهب الدين له : أى الكفيل إن كان غنيا ، أو تصدق عليه إن كان فقيرا يشترط القبول كما هو حكم الهبة والصدقة وهبة الدين لغير من عليه الدين

والتأجيل لا الكفيل إلا إذا وهبه أو تصدق عليه درر :

قلت : وفى فتاوى ابن نجيم : أجله على الكفيل يتأجل عليهما ، وعزاه للحاوى القدسى فليحفظ :

وفى القنية : طالب الدائن الكفيل فقال له اصبر حتى يجىء الأصيل فقال لاتعلق لى عليه إنما تعلق عليك هل يبرأ ؟ أجاب نعم ، وقيل لا وهو المختار :

(وإذا حل) الدين المؤجل (على الكفيل بموته لايحل على الأصيل) فلو أداه وارثه لم يرجع لو الكفالة بأمره إلا إلى أجله خلافا لزفر (كما لايحل) المؤجل (على الكفيل) اتفاقا (إذا حل على الأصيل به) أى بموته ، ولو ماتا

تصح إذا سلط عليه والكفيل مسلط على الدين فى الجملة ، كذا فى الكافى وبعده له الرجوع على الأصيل اه وضمير بعده للقبول :

وحاصله أن حكم الإبراء والهبة فى الكفيل مختلف ، فنى الإبراء لايحتاج إلى القبول وفى الهبة والصدقة يحتاج وفى الأصيل متفق فيحتاج إلى القبول فى الكل ، وموته قبل القبول والرد كالقبول شرنبلالية ، ولم يذكر حكم الرد وأفاد فى الفتح أن الإبراء والتأجيل يرتدان برد الأصيل . وأما الكفيل فلا يرتد برده الإبراء بل التأجيل : والفرق أن الإبراء إسقاط محض فى حق الكفيل ليس فيه تمليك مال لأن الواجب عليه مجرد المطالبة ، والاسقاط المحض لايحتمل الرد لتلاشى الساقط ، بخلاف التأخير لعوده بعد الأجل ، فإذا عرف هذا ، فإن لم يقبل الكفيل التأخير أو الأصيل فالمال حال يطالبان به للحال اه وقدمنا تمام الكلام عليه .

[تنبيه] نقل فى البحر عند قوله وبطل تعليق البراءة عن الهداية مثل ماهنا من أن إبراء الكفيل لايرتد بالرد ، بخلاف إبراء الأصيل ؛ ثم نقل عن الخانية : لو قال للكفيل أخرجتك عن الكفالة فقال الكفيل لا أخرج لم يصر خارجا . ثم قال فى البحر : فثبت أن إبراء الكفيل أيضا يرتد بالرد اه. قال فى النهر : وفيه نظر ، ولم يبين وجهه : وأجاب المقدسى بأن مافى الخانية فى معنى الإقالة لعقد الكفالة ، فحيث لم يقبلها الكفيل بطلت فتبقى الكفالة ، بخلاف الإبراء لأنه محض إسقاط فيتم بالمسقط اه على أن مافى الهداية منصوص عليه فى كافى الحاكم (قوله والتأجيل) هذا غير موجود فى عبارة الدرر كما عرفته ، نعم هو فى الفتح كما ذكرناه آنفا (قوله لا الكفيل) أى لايشترط قبول الكفيل الإبراء والتأجيل ، لكن لم يذكر فى الدرر عدم اشتراطه فى التأجيل وهو غير صحيح ، بل هو شرط كما سمعته من كلام الفتح (قوله وفى فتاوى ابن نجيم الخ) ونصها : سئل عن رجل ضمن آخر فى دين عليه ثمن مبيع أو أجرة لازمة عليه ثم إن رب المال أجله على الكفيل إلى مدة معلومة هل يصير مؤجلا عليه وحده وعلى الأصيل حالا أو مؤجلا عليهما أجاب يصير مؤجلا عليهما كما صرح به فى الحاوى القدسى اه .

أقول : هذا غير صحيح لمخالفته لعبارات المتون والشروح ، على أنى راجعت الحاوى القدسى فرأيت خلاف ماعزاه إليه : ونص عبارة الحاوى : وإن أخر الطالب الدين عن الأصيل كان تأخيرا عن الكفيل ، وإن أخره عن الكفيل لم يكن تأخيرا عن الأصيل اه بالحرف ، وكأن ابن نجيم اشتبه عليه ذلك بما لو تكفل بالحال مؤجلا مع أن صريح السؤال خلافه فافهم (قوله فليحفظ) بل الواجب حفظ مافى كتب المذهب لأن هذا سبق نظر فلايحفظ ولا يلحظ (قوله وهو المختار) لأن الناس لايريدون نفى التعلق أصلا ، وإنما يريدون نفى التعلق الحسى ، وإنى لاأتعلق به تعلق المطالبة اهح على أن إبراء الأصيل يتوقف على قبوله ولم يوجد (قوله وإذا حل الدين المؤجل الخ) أفاد أن الدين يحل بموت الكفيل كما صرح به فى الغرر وشرح الوهبانية عن المبسوط ، وعلله فى المنح عن الولوالجية بأن الأجل يسقط بموت من له الأجل (قوله لايحل على الأصيل) وكذا إذا عجل الكفيل الدين حال حياته لا يرجع على المطلوب

خير الطالب درر (صالح أحدهما رب المال عن ألف) الدين (على نصفه) مثلا (برئا إلا) أن المسألة مربعة ، فإذا شرط براءتهما أو براءة الأصيل أو سكت برئا ، و (إذا شرط براءة الكفيل وحده) كانت فسخا للكفالة لا إسقاطا لأصل الدين فيبرأ هو وحده عن خمسمائة (دون الأصيل) فتبقى عليه الألف فيرجع عليه الطالب بخمسمائة والكفيل بخمسمائة لو بأمره ، ولو صالح على جنس آخر رجع بالألف كما مر :

(صالح الكفيل الطالب على شيء ليبرئه عن الكفالة لم يصح) الصلح (ولا يجب المال على الكفيل) خانية ،

إلا عند حلول الأجل عند علمائنا الثلاثة ، وهو نظير مالو كفل بالزيوف وأدى الجياد تتارخانية (قوله خير الطالب) أى فى أخذه من أى التركتين شاء لأن دينه ثابت على كل واحد منهما كما فى حال الحياة درر (قوله مثلا) فالنصف غير قيد (قوله برئا) أى الأصيل والكفيل ، لأنه اضاف الصلح إلى الألف الذى وهو على الأصيل فيبرأ عن خمسمائة وبراءته توجب براءة الكفيل درر (قوله وإذا شرط براءة الكفيل وحده الخ) ليس المراد أن الطالب يأخذ البدل فى مقابلة إبراء الكفيل عنها ، وإنما المراد أن ما أخذه من الكفيل محسوب من أصل دينه ويرجع بالباقى على الأصيل بحر ، ونبه بذلك على الفرق بين هذه وبين المسألة التى عقبها كما يأتى ، ويوضحه مافى الفتح عن المبسوط لو صالحه على مائة درهم على أن أبرأ الكفيل خاصة من الباقى رجع الكفيل على الأصيل بمائة ورجع الطالب على الأصيل بتسعمائة ، لأن إبراء الكفيل يكون فسخا للكفالة ولا يكون إسقاطا لأصل الدين اهـ (قوله كانت فسخا للكفالة) هذه عبارة المبسوط كما علمت : أى أن البراءة عن باقى الدين التى تضمنها عقد الصلح تتضمن فسخ الكفالة لسقوط المطالبة عن الكفيل بهذا الشرط ولا يسقط بها أصل الدين ، إذ لو سقط لم يبق للطالب على المطلوب شيء مع أنه يطالبه بالنصف الباقى بخلاف الصور الثلاث فإن مطالبته سقطت عنهما جميعا (قوله فيبرأ هو) أى الكفيل وحده عن خمسمائة وهى التى سقطت بعقد الصلح ، وكذا عن التى دفعها بدلا عن الصلح وهو ظاهر ، لأن الصلح على بعض الدين أخذ لبعض حقه وإبراء عن الباقى ، فحيث أخذ الطالب من الكفيل بعض حقه وأبرأه عن باقيه فقد سقطت المطالبة عنه أصلا ، وبراءة الكفيل لاتوجب براءة الأصيل فلذا قال دون الأصيل (قوله والكفيل بخمسمائة) أى ويرجع الكفيل على الأصيل بخمسمائة وهى التى أداها للطالب بدل الصلح فى الصور الأربع (قوله لو بأمره) أى يرجع بها لو كفل عنه بأمره وإلا فلا رجوع له (قوله على جنس آخر) مفهوم قوله على نصفه اهـ ح (قوله رجع بالألف) لأن الصلح بجنس آخر مبادلة فيملك الدين فيرجع بجميع الألف فتح ، وكذا يرجع بجميع الألف لو صالحه على خمسمائة على أن يهب له الباقى كما فى الفتح أيضا ، ومثله فى الكافى (قوله كما مر) الأولى أن يقول لما مر : أى من أنه يملك الدين بالأداء (قوله صالح الكفيل الطالب الخ) فى الهداية : ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الأصيل ، لأن هذا إبراء الكفيل عن المطالبة اهـ : ومقتضاه صحة الصلح ولزوم المال وسقوط المطالبة عن الكفيل دون الأصيل وهو خلاف ماذكره المصنف تبعا للخانية ، إلا أن يحمل على الكفالة بالنفس ، لما فى التتارخانية : الكفيل بالنفس إذا صالح الطالب على خمسمائة دينار على أن أبرأه من الكفالة بالنفس لا يجوز ولا يبرأ عنها ، فلو كان كفيلا بالنفس والمال على إنسان واحد برىء اهـ :

وفى الهندية عن الذخيرة : صالح على مال لإسقاط الكفالة لا يصح أخذ المال ، وهل تسقط الكفالة بالنفس ؟ فيه روايتان ، فى رواية تسقط وبه يفتى اهـ ، وحينئذ فيحمل ما فى الهداية على الكفالة بالمال توفيقا بين الكلامين تأمل .

ثم لا يخفى أن الفرق بين هذه المسألة والتى قبلها فى المتن هى الرابعة هو أن هذه فى الصلح عن الكفالة والتى

وهو بإطلاقه يعم الكفالة بالمال والنفس بحر :
(قال الطالب للكفيل برئت إلى من المال) الذى كفلت به (رجع) الكفيل بالمال (على المطلوب إذا كانت الكفالة (بأمره) لإقراره بالقبض، ومفاده براءة المطلوب للطالب لإقراره كالكفيل (وفى) قوله للكفيل (برئت بلا إلى (أو أبرأتك لا) رجوع كقوله أنت فى حل لأنه إبراء لا إقرار بالقبض (خلافا لأبى يوسف فى الأول) أى برئت فإنه جعله كالأول أى إلى قيل ، وهو قول الإمام ، واختاره فى الهداية ، وهو أقرب الاحتمالين فكان أولى نهر معزيا للعناية ،وأجمعوا على أنه لو كتبه فى الصك كان إقرارا بالقبض عملا بالعرف (وهذا) كله (مع غيبة الطالب ومع حضرته يرجع إليه فى البيان) :

والتى قبلها فى الصلح عن المال المكفول به فالمال هنا فى مقابلة الإبراء عن الكفالة وهناك فى مقابلة الإبراء عن المال الباقى كما مر فى عبارة المبسوط :

ومن العجب ما فى النهاية حيث جعل عبارة المبسوط المارة تصويرا لما ذكره هنا فى الهداية فإنه عكس الموضع ؛ لأن كلام المبسوط مفروض فى الصلح على إبراء الكفيل فقط عن المال وهو الصورة الرابعة المذكورة فى كلام المصنف وكلام الهداية فى الصلح على إبراء الكفيل عن المطالبة ،ولم أر من نبه على ذلك مع أنه نقله فى البحر وغيره وأقروه عليه ، نعم ربما يشعر كلام الفتح بأنه لم يرض به فراجعه (قوله وهو بإطلاقه يعم الكفالة بالمال والنفس) قد علمت ما فيه (قوله برئت إلى) متعلق بمحذوف حال : أى حال كونك مؤديا إلى كما فى شرح مسكين أى فهو براءة استيفاء لا براءة إسقاط (قوله لإقراره بالقبض) لأن مفاد هذا التركيب براءة من المال مبدؤها من الكفيل ومنتهاها صاحب الدين، وهذا هو معنى الإقرار بالقبض من الكفيل فكأنه قال دفعت إلى (قوله ومفاده) أى مفاد التعليل المذكور وهذا الكلام لصاحب البحر (قوله براءة المطلوب) أى المديون للطالب : أى الدائن ، يعنى أنه يفيد أن المطلوب يبرأ من المطالبة التى كانت للطالب عليه ، وكذا يبرأ منها الكفيل فلا مطالبة له على واحد منهما لإقراره بالقبض إذ لا يستحق القبض أكثر من مرة واحدة (قوله لا رجوع) أى للكفيل على المطلوب ، نعم للطالب أن يأخذ المطلوب بالمال كما فى الكافى للحاكم (قوله لأنه إبراء)تعليل لعدم الرجوع فى الصور الثلاث إذ ليس فيها مايفيد القبض ليكون إقرارا به بل هو محتمل للإبراء بسبب القبض والإسقاط فلا يثبت القبض بالشك (قوله أى إلى) المراد برئت إلى (قوله وهو أقرب الاحتمالين) أى احتمال أنه براءة قبض واحتمال أنه براءة إسقاط ؛ ووجه الأقربية ما فى الفتح من قوله لأنه إقرار ببراءة ابتداؤها من الكفيل المخاطب :

وحاصله إثبات البراءة منه على الخصوص مثل قمت وقعدت والبراءة الكائنة منه خاصة كالايفاء(١) بخلاف البراءة بالإبراء فإنها لا تتحقق بفعل الكفيل بل بفعل الطالب فلا تكون حينئذ مضافة إلى الكفيل ، وما قاله محمد : أى من أنه لا يثبت القبض بالشك إنما يتم إذا كان الاحتمالان متساويين اه وهذا أيضا ، ترجيح منه لقول أبى يوسف (قوله لو كتبه فى الصك) بأن كتب برئ الكفيل من الدراهم التى كفل بها بحر (قوله عملا بالعرف) فإن العرف بين الناس أن الصك يكتب على الطالب بالبراءة إذا حصلت بالإيفاء وإن حصلت بالإبراء لا يكتب الصك عليه فجعلت إقرارا بالقبض عرفا ولا عرف عند الإبراء فتح (قوله وهذا كله الخ) عزاه فى فتح القدير إلى شروح الجامع الصغير ، وجزم به فى الملتقى والدرر وأقره الشرنبلالى وكذا الزيلعى وابن كمال ، فتعبير البحر عنه بقيل غير ظاهر فافهم والإشارة إلى جميع الألفاظ المارة . قال فى البحر عن النهاية : حتى فى برئت إلى لاحتمال لأنى أبرأتك مجازا وإن كان بعيدا فى الاستعمال اه قال فى النهر : والظاهر أن فى لفظ الحل لا يرجع إليه لظهور أنه مساعة لا أنه أخذ منه شيئا اه :

---

(١) (قوله كالإيفاء) كذا رأيته فى نسختين من نسخ الفتح ، ولعل الأولى بالإيفاء اه منه .

لمراده اتفاقا لأنه المجمل ومثل الكفالة الحوالة (وبطل تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) الغير الملائم على مااختاره فى الفتح والمعراج

قلت : وفيه نظر يظهر بأدنى نظر (قوله لمراده) متعلق بالبيان : أى يسأل هل أردت القبض أولا (قوله لأنه المجمل) بكسر ثالثه اسم فاعل : أى فإن الأصل فى الإجمال أن يرجع فيه إلى المجمل والمراد بالمجمل هنا مايحتاج إلى تأمل ، ويحتمل المجاز وإن كان بعيدا لاحقيقة المجمل، يعنى يرجع إليه إذا كان حاضرا لإزالة الاحتمالات خصوصا إن كان العرف فى ذلك اللفظ مشتركا منهم من يقصد القبض ومنهم من يقصد الإبراء فتح (قوله ومثل الكفالة الحوالة) فى كافى الحاكم والمحتال عليه فى جميع ذلك كالكفيل اه :

قال ط : فإن قال المحال للمحتال عليه برئت إلى رجع المحتال عليه على المحيل ، وإن قال أبرأتك لا واختلف فيما إذا قال برئت فقط اه وإنما يرجع إذا لم يكن للمحيل دين على المحتال عليه :

مطلب فى بطلان تعليق البراءة من الكفالة بالشرط

(قوله وبطل تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) أى لما فيه من معنى التمليك ، ويروى أنه يصح لأن عليه المطالبة دون الدين فى الصحيح فكان إسقاطا محضا كالطلاق هداية ، وظاهره ترجيح عدم بطلانه بناء على الصحيح بحر ، قلت : ولذا قال فى متن الملتقى والمختار الصحة :

واعلم أن إضافته تعليق إلى البراءة من إضافة الصفة إلى موصوفها والمعنى وبطلت البراءة المعلقة بالشرط ، وإذا بطلت البراءة من الكفالة تبقى الكفالة على أصلها فللطالب مطالبة الكفيل بدليل التعليل ، فليس المراد بطلان تعليق البراءة لأنه يلزم منه بقاء البراءة صحيحة منجزة وتبطل الكفالة بها ولا يناسبه العلة المذكورة لأن نفس التعليق ليس فيه معنى التمليك بل الذى فيه معنى التمليك هو البراءة المعلقة فتبطل ثم رأيت بخط بعض العلماء على نسخة قديمة من شرح المجمع ما نصه : معناه أن الكفالة جائزة والشرط باطل اه ، وهذا عين ماقلته (قوله بالشرط الغير الملائم) نحو إذا جاء غد فأنت برىء من المال ، ومثال الملائم ما لو كفل بالمال أو بالنفس وقال إن وافيت به غدا فأنت برىء من المال فوافاه من الغد فهو برىء من المال ، كذا فى العناية اه ح : وفى البحر عن المعراج الغير الملائم هو مالا منفعة فيه للطالب أصلا كدخول الدار ومجىء الغد لأنه غير متعارف اه :

قلت : وسئلت عمن قال كفلته على أنك إن طالبتنى به قبل حلول الأجل فلا كفالة لى ، ، ويظهر لى أنه من غير الملائم فليتأمل (قوله على ما اختاره فى الفتح والمعراج) أقول : الذى فى الفتح هكذا : قوله ولا يجوز تعليق الإبراء من الكفالة بالشرط : أى بالشرط المتعارف مثل أن يقول إن عجلت لى البعض أو دفعت البعض فقد أبرأتك من الكفالة ، أما غير المتعارف فلا يجوز ثم قال : ويروى أنه يجوز وهو أوجه الخ فهذا شرح لعبارة الهداية التى قدمناها آنفا ، وقدمنا أن ظاهر ما فى الهداية ترجيح الرواية الثانية وأنه اختارها فى متن الملتقى وكذا اختارها فى الفتح كما ترى ، والمتبادر من كلام الفتح أن المراد بهذه الرواية جواز الشرط المتعارف لأنه قيد رواية عدم الجواز بالشرط المتعارف ، وذكر أن غير المتعارف لا يجوز وهو تصريح بما فهم بالأولى : ثم ذكر مقابل الرواية الأولى وهى رواية الجواز فعلم أن المراد بها الشرط المتعارف أيضا وأن غير المتعارف لا يجوز أصلا، ويحتمل أن يكون قوله ويروى أنه يجوز أى إذا كان الشرط غير متعارف ويلزم منه جواز المتعارف بالأولى، فعلى الاحتمال الأول يكون قد اختار فى الفتح جواز التعليق بالشرط المتعارف ، وعلى الثانى اختار جوازه مطلقا ، وهذا الاحتمال

وأقره المصنف هنا والمتفرقات : لكن فى النهر ظاهر الزيلعى وغيره ترجيح الإطلاق قيد بكفالة المال لأن فى كفالة النفس تفصيلا مبسوطا فى الخانية :
(لا يسترد أصيل ما أدى إلى الكفيل) بأمره ليدفعه للطالب

أظهر لأنه حيث قيد رواية عدم الجواز بالمتعارف علم أن غير المتعارف لا يجوز بالأولى ، ثم اختار مقابل هذه الرواية وهو رواية الجواز أى مطلقا ، فكان على الشارح أن يقول وبطل تعليق البراءة من الكفالة بالشرط واو ملائما ، وروى جوازه مطلقا ، واختاره فى الفتح ، نعم ذكر فى الدرر عن العناية قولا ثالثا وهو عدم جواز التعليق بالشرط لو غير متعارف والجواز لو متعارفا . وذكر فى المعراج هذا القول وجعله محمل الروايتين وأقره فى البحر وقال إن قول الكنز وبطل التعليق محمول على غير المتعارف وتبعه الشارح ، لكن لا يخفى أن كلام الفتح مخالف لهذا التوفيق لأنه حمل بطلان التعليق على الشرط المتعارف كما علمت فكيف ينسب إليه ما ذكره الشارح فافهم (قوله وأقره المصنف) أى فى شرحه فى هذا المحل : أى أقر ما فى المعراج من التفصيل والتوفيق (قوله والمتفرقات) أى متفرقات البيوع فى بحث ما يبطل تعليقه (قوله ترجيح الإطلاق) أى رواية بطلان التعليق المتبادر منها الإطلاق عما فصله فى المعراج ، وفى كون الزيلعى رجح ذلك نظر بل كلامه قريب من كلام الهداية المار فراجعه (قوله قيد بكفالة النفس(١)) أى باعتبار أن الكلام فيها وإلا فلم يذكر القيد فى المتن كالكنز اهـ ح (قوله مبسوطا فى الخانية) حاصله أن تعليق البراءة من الكفالة بالنفس على وجوه فى وجه تصح البراءة ويبطل الشرط كما إذا أبرأ الطالب الكفيل على أن يعطيه الكفيل عشرة دراهم ، وفى وجه يصحان كما إذا كان كفيلا بالمال أيضا وشرط الطالب عليه أن يدفع المال ويبرئه من الكفالة بالنفس وفى وجه يبطلان كما إذا شرط الطالب على الكفيل بالنفس أن يدفع إليه المال ويرجع به على المطلوب اهـ (قوله لا يسترد أصيل الخ) أى إذا دفع الأصيل وهو المديون إلى الكفيل المال المكفول به ليس للأصيل أن يسترده من الكفيل وإن لم يعطه الكفيل إلى الطالب :

قال فى النهر لأنه ، أى الكفيل ملكه بالإقتضاء ، وبه ظهر أن الكفالة توجب دينا للطالب على الكفيل ودينا للكفيل على الأصيل ، لكن دين الطالب حال ودين الكفيل مؤجل إلى وقت الأداء ولذا لو أخذ الكفيل من الأصيل رهنا أو أبرأه أو وهب منه الدين صح فلا يرجع بأدائه كذا فى النهاية ، ولا ينافيه ما مر من أن الراجح أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة لأن الضم إنما هو بالنسبة إلى الطالب وهذا لا ينافى أن يكون للكفيل دين على المكفول عنه كما لا يخفى وعلى هذا فالكفالة بالأمر توجب ثبوت دينين وثلاث مطالبات تعرف بالتدبر اهـ ما فى النهر أى دين ومطالبة حالين للطالب على الأصيل ودين ومطالبة مؤخرين للكفيل على الأصيل أيضا ومطالبة فقط للطالب على الكفيل بناء على الراجح من أنها الضم فى المطالبة .

[تنبيه] نقل محشى مسكين عن الحموى عن المفتاح أن عدم الاسترداد مقيد بما إذا لم يؤخره الطالب عن الأصيل أو الكفيل ، فإن أخره له أن يسترده اهـ :

قلت : لكن قوله أو الكفيل لم يظهر لى وجهه تأمل (قوله بأمره) متعلق بالكفيل احترازا عن الكفيل بلا أمر كما سيأتى . قال فى النهر : قيد به فى الهداية ولا بد منه (قوله ليدفعه للطالب) متعلق بأدى .

واعلم أن مامر من أن الكفيل ملك المؤدى فذلك فيما إذا دفعه إليه الأصيل على وجه القضاء ، بأن قال له إنى لا آمن أن يأخذ منك الطالب حقه فأنا أقضيك المال قبل أن تؤديه ، بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة

---

(١) (قوله قيد بكفالة النفس) هكذا بخطه ولعله سبق قلم ، فإن الذى فى نسخ الشارح : قيد بكفالة المال لأن فى كفالة النفس تفصيلا الخ ، اهـ مصححه .

(وإن لم يعطه طالبه) ولايعمل نهيه عن الأداء لو كفيلا بأمره وإلا عمل لأنه حينئذ يملك الاسترداد بحر ، وأقره المصنف لكنه قدم قبله مايخالفه فليحرر (وإن ربح) الكفيل (به طاب له) لأنه نماء ملكه حيث قبضه على وجه الاقتضاء ، فلو على وجه الرسالة فلا لتمحضه أمانة

بأن قال المطلوب للكفيل خذ هذا المال وادفعه إلى الطالب حيث لايصير المؤدى ملكا للكفيل بل هو أمانة فى يده ، لكن لايكون للمطلوب أن يسترده من الكفيل لأنه تعلق به حق الطالب كذا فى الكافى ؛ لكن ذكر فى الكبرى أن له الاسترداد وأنه أشار إليه فى الأصل كذا فى الكفاية شرح الهداية ، وما نقله عن الكافى نقل ط مثله عن العناية والمعراج ، وعليه مشى فى البحر والنهر ، والمراد بالكافى كافى النسفى ؛ أما كافى الحاكم الشهيد الذى جمع كتب ظاهر الرواية فإنه أشار فيه أيضا إلى أن له الاسترداد لو دفعه على وجه الرسالة فإنه ذكر أنه لو قبضه على وجه القضاء فله التصرف وله ربحه لأنه له ، ولو هلك منه ضمنه ، ولو قبضه على وجه الرسالة فهلك كان مؤتمنا ويرجع به على الأصيل ، ولو لم يهلك فعمل به وربح تصدق بالربح لأنه غاصب ، وكذا فى الهداية إشارة إليه حيث ذكر أولا أنه إذا قضاه لايسترد . ثم قال : بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة لأنه تمحض أمانة فى يده ، فدل كلامه على أن عدم الاسترداد فى الأداء على وجه القضاء لا الرسالة حيث جعله فى الرسالة محض أمانة والأمانة مستردة . ونقل ط عن غاية البيان أن له استرداد . قال : ومثله فى صدر الشريعة : وقال فى اليعقوبية : إنه الظاهر لأنه أمانة محضة ويد الرسول يد المرسل فكأنه لم يقبضه فلا يعتبر حق الطالب وهو المتبادر من الهداية اهـ .

قلت : وهو المتبادر أيضا مما فى المتون من أن الربح يطيب له فإنه دليل على أن المراد الأداء على وجه القضاء ، وقول الشارح تبعا للدرر ليدفعه للطالب ظاهره الدفع على وجه الرسالة ، وهو موافق لما فى كافى النسفى وغيره ، ويفهم منه أنه فى الدفع على وجه القضاء له ذلك بالأولى ؛ ويمكن حمله على مافى كافى الحاكم وغيره بأن يكون المراد أنه لم يصرح له بأنه يدفعه للطالب بل أضمر ذلك فى نفسه وقت الأداء . ففى الشرنبلالية عن القنية : لو أطلق عند الدفع فلم يبين أنه على وجه القضاء أو الرسالة يقع عن القضاء فافهم .

[تنبيه] لو قضى المطلوب الدين إلى الطالب فللمطلوب أن يرجع على الكفيل بما أعطاه كما فى الكافى وغيره

(قوله وإن لم يعطه طالبه) إن وصلية وطالبه بكسر اللام بزنة اسم الفاعل مضاف للضمير وهو المفعول الثانى ليعطه

(قوله ولا يعمل نهيه الخ) هذا ما أجاب به فى البحر حيث قال : وقد سئلت عما إذا دفع المديون الدين للكفيل ليؤديه إلى الطالب ثم نهاه عن الأداء هل يعمل نهيه ؟ فأجبت إن كان كفيلا بالأمر لم يعمل نهيه لأنه لايملك الاسترداد وإلا عمل لأنه يملكه اهـ .

قلت : وظاهر قوله ليؤديه أن الدفع على وجه الرسالة فهو مبنى على مافى كافى النسفى (قوله لأنه حينئذ) أى حين إذ كان كفيلا بلا أمر يملك الأصيل الاسترداد لأن الكفيل لادين له عليه فلم يملك المؤدى بل هو فى يده محض أمانة كما إذا أداه الأصيل إليه على وجه الرسالة وكانت الكفالة بالأمر على مامر ، بل هذا بالأولى لما علمت من أنه هنا لادين له أصلا (قوله لكنه قدم قبله مايخالفه) لعل مراده بالمخالفه أن المصنف لم يقيد متنه بكون الكفيل كفيلا بالأمر ، وفرق هنا بين كونه بالأمر فلا يعمل نهيه وإلا عمل ؛ لكن فى شرح المصنف إشارة إلى أن مراده فى المتن الكفيل بالأمر ، وقد علمت أن هذا القيد لابد منه فلا مخالفة (قوله حيث قبضه على وجه الاقتضاء) تقييد للمتن ولتعليله بأنه نماء ملكه وصرح بعده بمفهومه ؛ وعبارة الهداية : فإن ربح الكفيل فيه فهو له لايتصدق به لأنه ملكه حين قبضه وهذا إذا قضى الدين ظاهر ، وكذا إذا قضاه المطلوب بنفسه وثبت له استرداد مادفع

خلافا للثانى (وندب رده) على الأصيل إن قضى الدين بنفسه درر (فيما يتعين بالتعيين) كحنطة لا فيما لا يتعين كنقود فلا يندب ، ولو رده هل يطيب للأصيل ؟ الأشبه نعم ولو غنيا عناية .

(أمر) الأصيل (كفيله ببيع العينة) أى بيع العين بالربح لسيئة ليبيعها المستقرض بأقل ليقضى دينه ، اخترعه أكلة الربا ، وهو مكروه مذموم شرعا لما فيه من الإعراض عن مبرة الإقراض (ففعل) الكفيل ذلك (فالمبيع للكفيل و) زيادة (الربح عليه) لأنه العاقد و (لا) شيء على (الآمر)

للكفيل ، وإنما حكمنا بثبوت ملكه إذا قضاه المطلوب بنفسه لأن الكفيل وجب له بمجرد الكفالة على الأصيل مثل ماوجب للطالب على الكفيل وهو المطالبة اه موضحا من الفتح وتمامه فيه (قوله خلافا للثانى) أى أبى يوسف فعنده يطيب له كمن غصب من إنسان وربح فيه يتصدق بالربح عندهما لأنه استفاده من أصل خبيث ويطيب له عنده مستدلا بحديث « الخراج بالضمان » فتح (قوله وندب رده) مرتبط بقوله بعده فيما يتعين بالتعيين : أى أن قوله طاب له : أى الربح إنما هو فيما لو كان المؤدى للكفيل شيئا لا يتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير فإن الخبث لا يظهر فيها ، بخلاف مايتعين كالحنطة ونحوها بأن كفل عنه حنطة وأداها الأصيل إلى الكفيل وربح الكفيل فيها فإنه يندب رد الربح إلى الأصيل . قال فى النهر : وهذا هو أحد الروايات عن الإمام ، وهو الأصح وعنه أنه لا يرده بل يطيب له ، وهو قولهما لأنه نماء ملكه . وعنه أنه يتصدق به وتمامه فيه (قوله إن قضى الدين بنفسه) أى إن قضاه الأصيل للطالب ، وهذه العبارة تابع فيها صاحب الدرر الزيلعى ، وأقره الشرنبلالى ؛ لكن اعترضه الوانى بأن هذا القيد غير لازم وموهم خلاف المقصود .

قلت : وهو كذلك كما يعلم من الهداية حيث قال فى توجيه الأصح : وله أى للإمام أنه تمكن الخبث مع الملك لأنه بسبيل من الاسترداد بأن يقضيه بنفسه الخ ، فجعل إمكان الاسترداد بقضاء الدين بنفسه دليل ثبوت الخبث فى الربح مع قيام الملك ، فعلم أن ذلك غير قيد فى المسألة (قوله الأشبه نعم ولو غنيا) الذى فى العناية وكذا البحر والنهر إن كان فقيرا طاب ، وإن كان غنيا ففيه روايتان ، والأشبه أن يطيب له أيضا فكان الأولى للشارح أن يؤخر قوله الأشبه نعم عن قوله ولو غنيا لأن الروايتين فيه لا فى الفقير .

مطلب بيع العينة

(قوله أمر كفيله ببيع العينة) بكسر العين المهملة وهى السلف ، يقال باعه بعينة : أى لسيئة مغرب . وفى المصباح وقيل لهذا البيع عينة لأن مشترى السلعة إلى أجل يأخذ بدلها عينا أى نقدا حاضرا اه أى قال الأصيل للكفيل اشترى من الناس نوعا من الأقمشة ثم بعه فما ربحه البائع منك وخسرته أنت فعلى فيأتى إلى تاجر فيطلب منه القرض ويطلب التاجر منه الربح ويخاف من الربا فيبيعه التاجر ثوبا يساوى عشرة مثلا بخمسة عشر لسيئة فيبيعه هو فى السوق بعشرة فيحصل له العشرة ويجب عليه للبائع خمسة عشر إلى أجل أو يقرضه خمسة عشر درهما ثم يبيعه المقرض ثوبا يساوى عشره بخمسة عشرة فيأخذ الدراهم التى أقرضه على أنها ثمن الثوب فيبقى عليه الخمسة عشر قرضا درر : ومن صورها أن يعود الثوب إليه كما إذا اشتراه التاجر فى الصورة الأولى من المشترى الثانى ودفع الثمن إليه ليدفعه إلى المشترى الأول ، وإنما لم يشتره من المشترى الأول تحرزا عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن (قوله أى بيع العين بالربح) أى بثمن زائد نسيئة : أى إلى أجل وهذا تفسير للمراد من بيع العينة فى العرف بالنظر إلى جانب البائع ، فالمعنى أمر كفيله بأن يباشر عقد هذا البيع مع البائع بأن يشترى منه العين على هذا الوجه لأن الكفيل مأمور بشراء العينة لا ببيعها وأما بيعه بعد ذلك لما اشتراه فليس على وجه العينة لأنه يبيعها حالة بدون ربح (قوله وهو مكروه) أى عند محمد ، وبه جزم فى الهداية . قال فى الفتح : وقال أبو يوسف : لا يكره هذا

لأنه إما ضمان الخسران أو توكيل بمجهول وذلك باطل:

(كفل) عن رجل (بما ذاب له أو بما قضى له عليه أو بما لزمه له) عبارة الدرر: لزم بلا ضمير . وفى الهداية وهذا ماض أريد به المستقبل كقوله: أطال الله بقاءك (فغاب الأصيل فبرهن المدعى على الكفيل أن له على الأصيل كذا لم يقبل) برهانه حتى يحضر الغائب فيقضى عليه فيلزمه تبعا للأصيل

البيع لأنه فعله كثير من الصحابة وحمدوا على ذلك ولم يعدوه من الربا حتى لو باع كاغدة بألف يجوز ولا يكره ه وقال محمد : هذا البيع فى قلبى كأمثال الجبال ذميم اخترعه أكلة الربا ، وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « إذا تبايعتم بالعينة واتبعتم أذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم » أى اشتغلتم بالحرث عن الجهاد : وفى رواية «سلط عليكم شراركم فيدعوا خياركم فلا يستجاب لكم» وقيل إياك والعينة فإنها العينة ؛

ثم قال فى الفتح ماحاصله: إن الذى يقع فى قلبى أنه إن فعلت صورة يعود فيها إلى البائع جميع ما أخرجه أو بعضه كعود الثوب إليه فى الصورة المارة وكعود الخمسة فى صورة إقراض الخمسة عشر فيكره يعنى تحريما ، فإن لم يعد كما إذا باعه المديون فى السوق فلا كراهة فيه بل خلاف الأولى ، فإن الأجل قابله قسط من الثمن والقرض غير واجب عليه دائما بل هو مندوب وما لم ترجع إليه العين التى خرجت منه لا يسمى بيع العينة لأنه من العين المسترجعة لا العين مطلقا وإلا فكل بيع بيع العينة اه وأقره فى البحر والنهر والشرنبلالية وهو ظاهر ، وجعله السيد أبو السعود محمل قول أبى يوسف ، وحمل قول محمد والحديث على صورة العود.

هذا وفى الفتح أيضا : ثم ذموا البياعات الكائنة الآن أشد من بيع العينة حتى قال مشايخ بلخ منهم محمد بن سلمة للتجار إن العينة التى جاءت فى الحديث خير من بياعاتكم وهو صحيح ؛ فكثير من البياعات كالزيت والعسل والشيرج وغير ذلك استقر الحال فيها على وزنها مظروفة ثم إسقاط مقدار معين على الظرف وبه يصير البيع فاسدا ولا شك أن البيع الفاسد بحكم الغصب المحرم فأين هو من بيع العينة الصحيح المختلف فى كراهته اه (قوله لأنه إما ضمان الخسران) أى نظرا إلى قوله على فإنها للوجوب فلا يجوز كما إذا قال لرجل بايع فى السوق فما خسرت فعلى" درر (قوله أو توكيل بمجهول) أى نظرا إلى الأمر به فلا يجوز أيضا لجهالة نوع الثوب وثمنه درر (قوله كفل عن رجل) الأولى أن يقول كفل عن رجل لرجل ليكون مرجع الضمير فى له مذكورا وهو الرجل الثانى المكفول له وإن كان معلوما من المقام (قوله بما ذاب له) أى بما ثبت ووجب بالقضاء (قوله عبارة الدرر لزم بلا ضمير) الذى رأيناه فى الدرر لزمه بالضمير وكأنه سقط من نسخة الشارح وهى أولى ، لأن ضمير له فى المواضع الثلاثة للمكفول له وضمير لزمه للمكفول ، ففيه تشتيت الضمائر مع إيهام عوده للمكفول أيضا كبقية الضمائر المذكورة، ولا حاجة إلى تقديره ولا إلى التصريح به لأن لزم بمعنى ثبت فهو قاصر فى المعنى لا يحتاج إلى مفعول والمعنى بما ثبت له عليه فلما كان الأول إسقاطه نبه الشارح عليه فافهم (قوله أريد به المستقبل) لأنه معلق عليه ، فإن المعنى إن وجب لك عليه شىء فى المستقبل فأنا كفيل به ، حتى لو كان له عليه مال ثابت قبل الكفالة لم يكن مكفولا به كما يعلم مما يأتى (قوله لم يقبل برهانه) لأنه إنما كفل عنه بمال مقضى بعد الكفالة لأنه جعل الذوب شرطا والشرط لا بد من كونه مستقبلا على خطر الوجود ، فما لم يوجد الذوب بعد الكفالة لا يكون كفيلا والبينة لم تشهد بقضاء دين وجب بعد الكفالة فلم تقم على من اتصف بكونه كفيلا عن الغائب بل على أجنبى ، وهذا فى لفظ القضاء ظاهر وكذا فى ذاب لأن معناه تقرر ووجب وهو بالقضاء بعد الكفالة ، حتى لو ادعى أنى قدمت الغائب إلى قاضى كذا وأقمت عليه بينة بكذا بعد الكفالة وقضى لى عليه بذلك وأقام البينة على ذلك صار كفيلا وصحت الدعوى وقضى على الكفيل بالمال لصيرورته خصما عن الغائب سواء كانت الكفالة بأمره أولا إلا أنه إذا كانت بغير أمر

(وإن برهن أن له على زيد الغائب كذا) من المال (وهو) أى الحاضر (كفيل قضى) بالمال (على الكفيل) فقط (ولو زاد بأمره قضى عليهما) فللكفيل الرجوع لأن المكفول به هنا مال مطلق فأمكن إثباته بخلاف ماتقدم وهذه حيلة إثبات الدين على الغائب ، ولو خاف الطالب موت الشاهد يتواضع مع رجل ويدعى عليه مثل هذه الكفالة فيقر الرجل بالكفالة وينكر الدين فيبرهن المدعى على الدين فيقضى به على الكفيل والأصيل ثم يبرىء الكفيل فيبقى المال على الغائب

يكون القضاء على الكفيل خاصة كذا فى الفتح ،وقوله حتى لو ادعى الخ هو معنى مافى الفصول العمادية : ادعى على رجل أنه كفل عن فلان بما يذوب له عليه فأقر المدعى عليه بالكفالة وأنكر الحق وأقام المدعى بينة أنه ذاب له على فلان كذا فإنه يقضى به فى حق الكفيل الحاضر وفى حق الغائب جميعا ، حتى لو حضر الغائب وأنكر لا يلتفت إلى إنكاره اه ، فإن قوله وأقام المدعى بينة أنه ذاب له على فلان كذا معناه أنه وجب له عليه بالقضاء بعد الكفالة : أى أن القاضى قضى له عليه بذلك ، فحيث برهن على أن الأصيل الغائب محكوم عليه بذلك ثبت شرط الكفالة فصار الكفيل خصما فيثبت عليه المال قصدا أو على الغائب ضمنا ، بخلاف ما فى المتن فإن المدعى برهن على أن له على الأصيل كذا لا على أنه كان حكم له على الأصيل بكذا فلو قبلت هذه البينة يكون قضاء على الغائب قصدا لأن الكفيل لم يصر خصما لأنه لم يثبت شرط كفالته ، فالفرق بين المسألتين جلى واضح وإن خفى على صاحب النهر وغيره :

والعجب من قوله البحر إن جزمهم هنا بعدم القبول ينبغى أن يكون على الرواية الضعيفة ، أما على أظهر الروايتين المفتى بهمن نفاذ القضاء على الغائب فينبغى النفاذ اه فإن المفتى به نفاذ القضاء على الغائب من حاكم يراه كشافعى ، حتى لو رفع حكمه إلى الحنفى نفذه كما حرره صاحب البحر نفسه فى كتاب القضاء وكلامهم هنا فى الحاكم الحنفى ، فإن حكمه لا ينفذ لما علمته من عدم الخصم (قوله وإن برهن الخ) هذه مسألة مبتدأة غير داخلة تحت قوله كفل بما ذاب الخ كما نبه عليه صدر الشريعة وابن الكمال وغيرهما لأن الكفالة هنا بمال مطلق كما يأتى (قوله وهو كفيل) أى بذلك المال (قوله فللكفيل الرجوع) أى فإذا قضى عليهما : أى على الكفيل الحاضر وعلى الأصيل الغائب ثبت للكفيل بالأمر الرجوع على الغائب بلا إعادة بينة عليه إذا حضر لأنه صار مقضيا عليه ضمنا (قوله لأن المكفول به هنا) أى فى قوله وإن برهن الخ مال مطلق : أى غير مقيد بكونه ثابتا بعد الكفالة بخلاف ما تقدم فى قوله كفل بما ذاب الخ لأن الكفالة فيه بمال موصوف بكونه مقضيا به بعد الكفالة ، فما لم تثبت تلك الصفة لا يكون كفيلا فلا يكون خصما كما فى شرح الجامع لقاضيخان ، وهذا تعليل لأصل القضاء على الكفيل ، وأما كون القضاء يتعدى إلى الأصيل لو الكفالة بأمره ولا يتعدى لو بدون أمره فوجهه كما فى النهر أن الكفالة بلا أمر إنما تفيد قيام الدين فى زعم الكفيل فلا يتعدى زعمه إلى غيره ، أما بالأمر الثابت فيتضمن إقرار المطلوب بالمال إذ لا يأمر غيره بقضاء ما عليه إلا وهو معترف به فلذا صار مقضيا عليه ،

ثم قال فى النهر : وفى الجامع الكبير جعل المسألة مربعة إذ الكفالة إما مطلقة ككفلت بما لك على فلان أومقيدة بألف درهم وكل ما بالأمر أو بدونه ، وقد علمت أن المقيدة إذا كانت بالأمر كان القضاء بها عليهما وإلا فعلى الكفيل فقط . وأما المطلقة فإن القضاء بها عليهما سواء كانت بالأمر أولا لأن الطالب لا يتوصل لإثبات حقه على الكفيل إلا بعد إثباته على الأصيل وهذا لأن المذهب أن القضاء على الغائب لا يجوز اه وتمامه فى الفتح (قوله وهذه حيلة الخ) ذكر فى البحر الأوجه الأربعة المذكورة آنفا عن الجامع ، ثم ذكر أن المطلقة هى الحيلة

وكذا الحوالة ، وتمامه فى الفتح والبحر ؛
(كفالته بالدرك تسليم) منه (لمبيع) كشفعة فلا دعوى له (ككتب شهادته فى صك كتب فيه باع ملكه أو باع بيعا نافذا باتا) فإنه تسليم أيضا ، كما لو شهد بالبيع عند الحاكم قضى بها أولا (لا) يكون تسليما (كتب شهادته فى صك بيع مطلق) عما ذكر (أو كتب شهادته على إقرار العاقدين) لأنه مجرد إخبار فلا تناقض

فى القضاء على الغائب وأن المقيدة لا تصلح للحيلة لأن شرط التعدى على الغائب كونها بأمره اه ؛

قلت : وطريق جعلها حيلة هو المواضعة الآتية بشرط أن يكون له بينة على الدين الذى له على الغائب وهذا ظاهر فى المطلقة عن التقييد بمقدار من المال سواء كانت الكفالة بالأمر أو لا فيتعدى فيها الحكم إلى الغائب لأن الكفيل إذا أقر بالكفالة وأنكر الدين على الأصيل فبرهن المدعى على الدين وقدره لإلزام الكفيل به لا يمكن إثباته إلا بعد إثباته على الأصيل فيثبت عليهما ، لأن المذهب عندنا كما فى الفتح أن القضاء على الغائب لا يجوز إلا إذا ادعى على الحاضر حقا لا يتوصل إليه إلا باثباته على الغائب ، فإذا ثبت عليهما ثم أبرأ المدعى الكفيل يبقى المال ثابتا على الغائب . وأما الكفالة المقيدة بألف مثلا فلا يتعدى الحكم فيها إلى الغائب إلا إذا كانت بأمره كما مر تقريره ، وإنما لم تصلح للحيلة مع تعدى الحكم فيها لأنه يحتاج إلى إثبات كون الكفالة بالأمر وليس له بينة على ذلك ، ولا تجوز الحيلة بإقامة شهود الزور وإقرار الكفيل بالدين يقتصر عليه ولا يتعدى إلى الغائب فضلا عن إقراره بكون الكفالة بأمر الغائب ، وبهذا التقرير يظهر لك أن الإشارة فى قول الشارح وهذه لا مرجع لها لأن المذكور فى كلامه الكفالة المقيدة وهى بقسميها لا تصلح للحيلة فافهم (قوله وكذا الحوالة) عبارة الفتح : وكذا الحوالة على هذه الوجوه اه أى إنها تكون مطلقة ومقيدة وكل منهما بالأمر وبدونه فهى مربعة أيضا : وبيانه ما فى شرح المقدسى عن التحرير شرح الجامع الكبير ، وكذا لو شهدوا على الحوالة المطلقة يكون قضاء على الحاضر والغائب ادعى الأمر أو لم يدع فإن شهدوا بالحوالة المقيدة أن ادعى الأمر يكون قضاء على الحاضر والغائب فيرجع ، وإن لم يدع الأمر يكون قضاء على الحاضر خاصة ولا يرجع ، وتمامه فيه ،وبه ظهر أن الإشارة بقوله وكذا الحوالة راجعة إلى أصل المسألة لا إلى بيان جعلها حيلة لأن شرط صحة الحوالة كون المال معلوما كما سيأتى . فلو قال له إن فلانا أحالنى عليك بألف درهم فأقر له بالحوالة بها كان مقرا بالمال فيلزمه ولا يمكن المدعى إثباته على الغائب بالبينة ، وهذه حوالة مطلقة لأنها لم تقيد بنوع مخصوص كما سيأتى بيانها فى بابها إن شاء الله تعالى هذا ما ظهر لى (قوله كفالته بالدرك) هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع كما مر نهر (قوله تسليم المبيع) أى تصديق منه بأن المبيع ملك للبائع ، لأنها إن كانت مشروطة فى البيع فتمامه بقبول الكفيل فكأنه هو الموجب له وإن لم تكن مشروطة فالمراد بها أحكام البيع وترغيب المشترى فينزل منزلة الإقرار بالملك ، فكأنه قال اشترها فإنها ملك البائع ، فإن استحقت فأنا ضامن ثمنها نهر (قوله كشفعة) أى لو كان الكفيل شفيعها فلا شفعة له بحر لرضاه بشراء المشترى (قوله فلا دعوى له) أى فلا تسمع دعواه بالملك فيها بالشفعة وبالإجارة بحر (قوله كتب فيه) بالبناء للمجهول ، وقوله باع ملكه الخ جملة قصد بها لفظها نائب الفاعل وجملة كتب الخ صفة لصك (قوله كما لو شهد بالبيع الخ) لأن الشهادة به على إنسان إقرار منه بنفاذ البيع باتفاق الروايات نهر عن الزيلعى (قوله مطلق عما ذكر) أى عن قيد الملكية ، وكونه نافذا باتا فتسمع دعواه الملك بعده إذ ليس فيه ما يدل على إقراره بالملك للبائع لأن البيع قد يصدر من غير المالك ولعله كتب شهادته ليحفظ الواقعة ، بخلاف ما تقدم فإنه مقيد بما ذكر درر أى ليسعى بعد ذلك فى تثبيت البينة فتح (قوله لأنه مجرد إخبار) ولو أخبر بأن فلانا باع شيئا كان له أن يدعيه درر وقولهم هنا إن الشهادة لا تكون إقرارا بالملك يدل بالأولى على أن السكوت زمانا لا يمنع الدعوى بحره

ولم يذكر الختم لأنه وقع اتفاقا باعتبار عادتهم .
(قال) الكفيل (ضمنته لك إلى شهر وقال الطالب) هو (حال فالقول للضامن) لأنه ينكر المطالبة (وعكسه) أى الحكم المذكور (ف) قوله (لك على مائة إلى شهر) مثلا (إذا قال الآجر) وهو المقر له (حالة) لأن المقر له ينكر الأجل، والحيلة لمن عليه دين مؤجل وخاف الكذب أو حلوله بإقراره أن يقول أهو حال أو مؤجل ؟ فإن قال حال أنكره ولا حرج عليه زيلعي .
(ولا يؤخذ ضامن الدرك إذا استحق المبيع قبل القضاء على البائع بالثمن) إذ بمجرد الاستحقاق

وفى حاشية السيد أبي السعود: لكن نقل شيخنا عن فتاوى الشيخ الشلبي أن حضوره مجلس البيع وسكونه بلا عذر مانع له من الدعوى بعد ذلك حسما لباب التزوير اهـ .
قلت : سيأتى آخر الكتاب قبيل الوصايا إن شاء الله تعالى أن ذلك فى القريب والزوجة : وكذا فى الجارى إذا سكت بعد ذلك زمانا .
وفى دعوى الخيرية أن علماءنا نصوا فى متونهم وشروحهم وفتاويهم أن تصرف المشترى فى المبيع مع إطلاع الخصم ولو كان أجنبيا بنحو البناء أو الغراس أو الزرع يمنعه من سماع الدعوى (قوله ولم يذكر الختم الخ) أى كما قال فى الكنز وشهادته وختمه .
قال فى الفتح : الختم أمر كان فى زمانهم إذا كتب اسمه فى الصك جعل اسمه تحت رصاص مكتوبا ووضع نقش خاتمه كى لا يطرقه التبديل وليس هذا فى زماننا اهـ . فالحكم لا يتفاوت بين أن يكون فيه ختم أولا كذا فى العناية .
قال فى النهر : ولم أر ما لو تعارفوا رسم الشهادة بالختم فقط والذى يجب أن يعول عليه اعتبارا لمكتوب فى الصك ، فإن كان فيه ما يفيد الاعتراف بالملك ثم ختم كان اعترافا به وإلا لا اهـ (قوله إلى شهر) أى بعد شهر فلا مطالبة لك على الآن (قوله هو) أى الضمان (قوله فالقول للضامن) أى مع يمينه فى ظاهر الرواية ط عن الشامى . واحترز به عما روى عن الثانى أن القول للمقر له (قوله لأنه ينكر المطالبة) أى فى الحال (قوله لأن المقر له ينكر الأجل) فإن المقر بالدين أقر بما هو سبب المطالبة فى الحال ، إذا الظاهر أن الدين كذلك لأنه إنما يثبت بدلا عن قرض أو إتلاف أو بيع ونحوه ، والظاهر أن العاقل لا يرضى بخروج مستحقه فى الحال إلا لبدل فى الحال ، فكان الحلول الأصل والأجل عارض ، فكان الدين المؤجل معروضا لعارض لانوعا ثم ادعى لنفسه حقا وهو تأخيرها والآخر ينكره ، وفى الكفالة ما أقر بالدين على ما هو الأصح بل بحق المطالبة بعد شهر والمكفول له يدعيها فى الحال والكفيل ينكر ذلك فالقول له ، وهذا لأن التزام المطالبة يتنوع إلى التزامها فى الحال أو فى المستقبل كالكفالة بما ذاب أو بالدرك فإنما أقر بنوع منها فلا يلزم بالنوع الآخر اهـ فتح (قوله وخاف الكذب) أى إن أنكر الدين (قوله أو حلوله) أى دعوى المقر له أنه حال بسبب إقرار المقر بالدين (قوله أن يقول الخ) أى المدعى عليه للمدعى ، وقيل إذا قال ليس لك على حق فلا بأس به إذا لم يرد إتواء حقه زيلعى ، ولم يذكر أمر حلفه لو استحلف والظاهر أن له ذلك إذ مجرد إنكاره مما لا أثر له نهر : أى أن قوله لا بأس به : أى بالمكاره المذكور لا أثر له لأن الخصم يطلب تحليفه ويكذبه فى الإنكار فالإذن له بالإنكار إذن بالحلف ، ولا يخفى أن ليس للنفى فى الحال إلا لقرينة على خلافه فإذا حلف وقال ليس لك على حق : أى فى الحال فهو صادق فافهم (قوله إذا استحق المبيع قبل القضاء على البائع) الظرف متعلق بقوله ولا يؤخذ وأراد بالاستحقاق الناقل ، أما المبطل كدعوى النسب ودعوى الوقف فى الأرض المشتراة ، وأنها كانت مسجدا يرجع على الكفيل وإن لم يقض بالثمن على

لاينتقض البيع على الظاهر كما مر :

(وصح ضمان الخراج) أى الموظف فى كل سنة وهو مايجب عليه فى الذمة بقرينة قوله (والرهن به) إذ الرهن بخراج المقاسمة باطل نهر على خلاف ما أطلقه فى البحر ، وتجويز الزيلعى الرهن فى كل ماتجوز به الكفالة بجامع التوثق منقوض بالدرك لجواز الكفالة به دون الرهن (وكذا النوائب) ولو بغير حق كجبايات زماننا فإنها فى المطالبة كالديون بل فوقها ؛ حتى لو أخذت من الأكار فله الرجوع على مالك الأرض

المكفول عنه ولكل الرجوع على بائعه وإن لم يرجع عليه بخلاف الناقل ، ومر تمام أحكامه فى بابه ، قيد بالاستحقاق لأنه لو انفسخ بخيار رؤية أو شرط أو عيب لم يؤاخذ الكفيل به وبالثمن ، لأنه لو بنى فى الأرض لا يرجع على الكفيل بقيمة البناء ، وكذا لو كان المبيع أمة استولدها المشترى وأخذ من المشترى مع الثمن قيمة الولد والعقر لم يرجع على الكفيل إلا بالثمن كذا فى السراج نهر (قوله لا ينتقض البيع) ولهذا لو أجاز المستحق البيع قبل الفسخ جاز ولو بعد قبضه وهو الصحيح ، فما لم يقض بالثمن على البائع لا يجب رد الثمن على الأصيل فلا يجب على الكفيل ، وقوله كما مر أى فى باب الاستحقاق ، وانظر ماكتبناه هناك (قوله أى الموظف فى كل سنة) لأنه دين له مطالب من جهة العباد فصار كسائر الديون ، وتمامه فى الزيلعى ، وهذا التعليل اعتمدوه جميعا فيدل على اختصاص الخراج المضمون بالموظف . أما خراج المقاسمة فجزء من الخارج وهو عين غيره مضمون حتى لو هلك لا يؤخذ بشىء والكفالة بأعيان لاتجوز ط (قوله على خلاف ما أطلقه فى البحر) فإنه قال وأطلقه فشمل الخراج الموظف وخراج المقاسمة وخصصه بعضهم بالموظف الخ :

ووجه الاعتراض على البحر حيث حمل كلام الكنز على الإطلاق مع وجود القرينة المذكورة على التقييد بالموظف فكان الأولى التقييد فافهم ، وكذا التعليل المار يدل عليه ؛

ولذا قال فى الفتح : وقد قيدت الكفالة بما إذا كان خراجا موظفا لا خراج مقاسمة فإنه غير واجب فى الذمة (قوله منقوض) النقض لصاحب البحر (قوله وكذا النوائب) جمع نائبة : وفى الصحاح النائبة المصيبة واحدة نوائب الدهر اهـ وفى اصطلاحهم ما يأتى :

قال فى الفتح قيل أراد بها ما يكون بحق كأجرة الحراس وكرى النهر المشترك والمال الموظف لتجهيز الجيش وفداء الأسرى إذا لم يكن فى بيت المال شىء وغيرهما مما هو بحق ، فالكفالة به جائزة بالاتفاق لأنها واجبة على كل مسلم موسر بإيجاب طاعة ولى الأمر فيما فيه مصلحة المسلمين ولم يلزم بيت المال أو لزمه ولا شىء فيه وإن أريد بها ما ليس بحق كالجبايات الموظفة على الناس فى زماننا ببلاد فارس على الخياط والصباغ وغيرهم للسلطان فى كل يوم أو شهر فإنها ظلم : فاختلف المشايخ فى صحة الكفالة بها فقيل تصح إذ العبرة فى صحة الكفالة وجود المطالبة إما بحق أو باطل ، ولهذا قلنا إن من تولى قسمتها بين المسلمين فعدل فهو مأجور وينبغى أن من قال الكفالة ضم فى الدين يمنعها هنا ، ومن قال فى المطالبة يمكن أن يقول بصحتها أو يمنعها بناء على أنها فى المطالبة بالدين أو مطلقا اهـ فإن قال بالدين منعها وإن قال مطلقا أى بالدين وغيره أجازها (قوله حتى لو أخذت الخ) تأييد للقول بجواز الكفالة بها فإنها إذا أخذت من الأكار وجاز له الرجوع بها بلا كفالة فمع الكفالة بالأولى ، لكن فى البزازية لايرجع الأكار فى ظاهر الرواية وقال الفقيه يرجع وإن أخذ من الجار لا يرجع وزاد فى جامع الفصولين إن أحد الشريكين لو أدى الخراج يكون متبرعا نعم فى آخر إجارات القنية برمز ظهير الدين المرغينانى وغيره المستأجر إذا أخذ منه الجباية الراتبة على الدور والحوانيت يرجع على الآجر ، وكذا الأكار فى الأرض وعليه

وعليه الفتوى صدر الشريعة وأقره المصنف وابن الكمال ، وقيده شمس الأئمة بما إذا أمره به طائعا ، فلو مكرها في الأمر لم يعتبر لما أمره بالرجوع ذكره الأكمل . وقالوا : من قام بتوزيعها بالعدل أجر ، وعليه فلا يفسق حيث عدل وهو نادر . وفي وكالة البزازية : قال لرجل خلصني من مصادرة الوالي أو قال الأسير ذلك فخلصه رجع بلا شرط على الصحيح .

قلت : وهذا يقع في ديارنا كثيرا ، وهو أن الصوباشي يمسك رجلا ويحبسه فيقول لآخر خلصني فيخلصه بمبلغ : فحينئذ يرجع بغير شرط الرجوع بل بمجرد الأمر فتدبر كذا بخط المصنف

الفتوى اه (قوله وعليه الفتوى) راجع لقوله ولو بغير حق وكذا المسألة الأكار كما علمت . وفي البحر وظاهر كلامهم ترجيح الصحة : أي في كفالة النوائب بغير حق ، ولذا قال في إيضاح الإصلاح ، والفتوى على الصحة وفي الخانية : الصحيح الصحة ، ويرجع على المكفول عنه إن كان بأمره اه وعليه مشى في الاختيار والمختار والملتقى لعم صحح صاحب الخانية في شرحه على الجامع الصغير عدم الصحة ، وكذلك أفتى في الخيرية بعدم الصحة مستندا لما في البزازية والخلاصة من أنه قول عامة المشايخ ، ولما في العمادية من أن الأسير لو قال لغيره خلصني فدفع المأمور مالا وخلصه . قال السرخسي يرجع وقال صاحب المحيط لا وهو الأصح وعليه الفتوى قال : فهذا يدفع ما في الإصلاح وما في الخانية والعلة فيه أن الظلم يجب إعدامه ويحرم تقريره وفي القول بصحة تقريره اه ملخصا :

قلت : غاية الأمر أنهما قولان مصححان ومشى على الصحة بعض المتون وهو ظاهر إطلاق الكنز وغيره لفظ النوائب فكان أرجح . وأما مسألة الأسير فليس فيها كفالة ولا أمر الرجوع على أنه في الخانية صحح أنه يرجع على الأسير ، وبه جزم في شرح السير الكبير بلا حكاية خلاف كما قدمناه في متفرقات البيوع ؛ وأما قوله والعلة فيه الخ فهو مدفوع بما رأيته في هامش نسختي المنح بخط بعض العلماء وأظنه السيد الحموي مما حاصله أن المراد من صحة الكفالة بالنوائب رجوع الكفيل على الأصيل لو كانت الكفالة بالأمر لا أنه يضمن لطالبها الظالم لأن الظلم يجب إعدامه ولا يجوز تقريره فلا تغتر بظاهر الكلام اه وهو تنبيه حسن ولهذا لم يذكروا الرجوع على الكفيل بل اقتصروا على بيان الرجوع على الأصيل لو الكفالة بأمره ، وليس في هذا تقرير الظلم بل فيه تحقيقه لأنه لولا الكفالة يحبس الظالم المكفول ويضربه ويكلفه ببيع عقاره وسائر أملاكه بثمن بخس أو بالاستدانة بالمرابحة ونحو ذلك مما هو مشاهد ، ولعلهم لهذا أجازوا هذه الكفالة وإن لم يجيزوها بثمن خمر ونحوه ، والله سبحانه أعلم (قوله وقيده شمس الأئمة) لامرجع في كلامه لهذا الضمير ، والمناسب قول النهر .

وفي الخانية : قضى نائبه غيره بأمره رجع عليه وإن لم يشترط الرجوع وهو الصحيح وقيده شمس الأئمة الخ أي قيد قوله بأمره وهذا التقييد ظاهر إذ لا خفاء أن أمر المكره غير معتبر .

[فرع] في مجموع النوازل : جماعة طمع الوالي أن يأخذ منهم شيئا بغير حق فاختفى بعضهم وظفر الوالي ببعضهم فقال المختفون لهم لا تطلعوه علينا وما أصابكم فهو علينا بالحصص ، فلو أخذ منهم شيئا فلهم الرجوع قال هذا مستقيم على قول من جوز ضمان الجباية وعلى قول عامة المشايخ لايصح فتح (قوله لم يعتبر لما أمره بالرجوع) الأصوب في الرجوع كما هو في البحر وغيره عن العناية للأكمل ، فالباء بمعنى في متعلقة بيعتبر لا بأمره لأنه ليس المراد أنه أمره بالرجوع عليه بل أمره بقضاء النائبة وإن لم يشترط الرجوع ، وحينئذ فالمعنى أنه إذا كان مكرها بالأمر بالقضاء لم يعتبر أمره في حق الرجوع لفساد الأمر بالإكراه فلا رجوع للمأمور عليه (قوله بلا شرط) أي بلا شرط الرجوع (قوله على الصحيح) مخالف لما قدمه في النفقات من أن الصحيح عدم الرجوع وبه يفتى ،

على هامشها فليحفظ (والقسمة) أى النصيب من النائبة ، وقيل هى النائبة الموظفة ، وقيل غير ذلك ، وأياما كان فالكفالة بها صحيحة صدر الشريعة :

(قال) رجل (لآخر اسلك هذا الطريق فإنه أمن فسلك وأخذ ماله لم يضمن ،ولو قال إن كان مخوفا وأخذ مالك فأنا ضامن)والمسألة بحالها(ضمن) هذا وارد على ماقدمه بقوله ولاتصح بجهالة المكفول عنه كما فى الشرنبلالية والأصل أن المغرور إنما يرجع على الغار إذا حصل الغرور

ففيه اختلاف التصحيح كما ذكرناه آنفا (قوله على هامشها) أى هامش البزازية ، وفى القاموس : الهامش حاشية الكتاب مولد :

[تتمة] من أصحابنا من قال الأفضل أن يساوى أهل محلته فى إعطاء النائبة قال القاضى : هذا كان فى زمانهم لأنه على إعانة على الحاجة والجهاد ، أما فى زماننا فأكثر النوائب تؤخذ ظلما ، ومن تمكن : من دفع الظلم عن نفسه فهو خير له نهر ، وتمامه فى الفتح . ونقل فى القنية أن الأولى الامتناع إن لم يحمل حصته على الباقين وإلا فالأولى عدمه .

ثم قال : وفيه إشكال لأن الإعطاء إعانة للظالم على ظلمه (قوله أى النصيب من النائبة) أى حصة الشخص منها إذا قسمها الإمام فتح (قوله وقيل هى النائبة الموظفة) والمراد بالنوائب ما هو منها غير راتب فتغايرا فتح (قوله وقيل غير ذلك) قال فى النهر : وقيل هو أن يقسم ثم يمنع أحد الشريكين قسم صاحب . وقال الهندوانى : هى أن يمتنع أحد الشريكين من القسمة فيضمنه إنسان ليقوم مقامه فيها (قوله فإنه أمن) بقصر الهمزة على تقدير مضاف : أى ذو أمن أو يمدها على صورة اسم الفاعل بمعنى المفعول كساحل بمعنى مسحول أو بمعنى آمن سالكه مثل نهاره صائم ، وعلى الوجهين عيشة راضية (قوله لم يضمن) مثله كل هذا الطعام فإنه ليس بمسموم فأكله فمات لا ضمان عليه ، وكذا لو أخبره رجل أنها حرة فتزوجها ثم ظهرت مملوكة فلا رجوع بقيمة الولد على المخبر أشباه ط (قوله والمسألة بحالها) أى فسلكه وأخذ ماله ط (قوله ضمن) أما لو قال له إن أكل ابنك سبع أو أتلف مالك سبع فأنا ضامن لايصح هندية ، لما تقدم من أن السبع لا يكفل وإن فعله جبار ط (قوله هذا وارد الخ) أقول : صحة الضمان لا من حيث صحة الكفالة حتى يرد ما ذكر بل من حيث إنه غره لأن الغرور يوجب الرجوع إذا كان بالشرط أبو السعود ط ولذا أعقبه الشارح بذكر الأصل لكن يأتى أن ضمان الغرر فى الحقيقة هو ضمان الكفالة :

ثم اعلم أن المصنف تابع فى ذكر هذه المسألة صاحب الدرر عن العمادية ، وعزاها البيرى إلى الذخيرة بزيادة أن المكفول عنه مجهول ومع هذا جوزوا الضمان اه لكن قال فى الثالث والثلاثين من جامع الفصولين برمز المحيط : ماذكر من الجواب مخالف لقول القدورى من قال لغيره من غصبك من الناس أو من بايعت من الناس فأنا ضامن لذلك فهو باطل اه . وأجاب فى نور العين بأن عدم الضمان فى مسألة القدورى لعدم التغرير فظهر الفرق .

قلت : لكن فى البزازية وذكر القاضى بايع فلانا على أن ما أصابك من خسران فعلى أو قال لرجل إن هلك عينك هذا فأنا ضامن لم يصح اه إلا أن يجاب بأن قوله بايع فلانا لا تغرير فيه لعدم العلم بحصول الخسران فى المبايعة معه ولأن الخسران يحصل بسبب جهل المأمور بأمر البيع والشراء ، بخلاف قوله اسلك هذا الطريق والحال أنه مخوف فإن الطريق المخوف يؤخذ فيه المال غالبا ولاصنع فيه للمأمور ، فقد تحقق فيه التغرير فإذا ضمنه الآمر نصا رجع عليه ، ولعلهم أجازوا الضمان فيه مع جهل المكفول عنه زجرا عن هذا الفعل كما فى تضمين الساعى ، والله

فى ضمن المعاوضة أو ضمن الغار صفة السلامة للمغرور نصا درر ، وتمامه فى الأشباه ومر فى المرابحة .

[فروع] ضمان الغرور فى الحقيقة هو ضمان الكفالة .

للكفيل منع الأصيل من السفر لو كفالته حالة ليخلصه منها بأداء أو إبراء ، وفى الكفيل بالنفس يرده إليه كما فى الصغرى : أى لو بأمره .

من قام عن غيره بواجب بأمره رجع بما دفع وإن لم يشترطه كالأمر بالإنفاق عليه وبقضاء دينه إلا فى مسائل أمره بتعويض عن هبته وبإطعام عن كفارته وبأداء عن زكاة ماله وبأن يهب فلانا عنى ألفا فى كل موضع يملك المدفوع إليه المال المدفوع إليه مقابلا بملك مال فإن المأمور يرجع بلا شرط وإلا فلا ، وتمامه فى وكالة السراج ، والكل من الأشباه وفى الملتقط

سبحانه أعلم (قوله فى ضمن المعاوضة) فيرجع على البائع بقيمة الوالد إذا استحقت بعد الاستيلاد ، وبقيمة البناء بعد أن يسلم البناء إليه ، واحترز عما إذا كان فى ضمن عقد التبرع كالهبة والصدقة (قوله أو ضمن الغار صفة السلامة للمغرور نصا) أى كمسئلة المتن الثانية فإنه نص فيها على الضمان بخلاف الأولى ، وتمام عبارة الدرر : حتى لو قال الطحان لصاحب الحنطة اجعل الحنطة فى الدلو فذهب من ثقبه ما كان فيه إلى الماء والطحان كان عالما به يضمن لأنه صار غارا فى ضمن العقد ، بخلاف المسألة الأولى لأن ثمة ما ضمن السلامة بحكم العقد وهنا العقد يقتضى السلامة ، كذا فى العمادية اهـ وأراد بالأولى قوله اسلك هذا الطريق فإنه أمن ، ويظهر من التعليل أن قوله حتى لو قال الخ تفريع على الأصل الأول ، وقوله إن كان عالما به أى بثقب الولد يشكل عليه مسألة الاستحقاق (قوله وتمامه فى الأشباه) ذكرناه فى آخر باب المرابحة وتكلمنا عليه هناك فراجعه (قوله هو ضمان الكفالة) أما فى الأصل الثانى فهو ظاهر لأن شرطه أن يذكر الضمان نصا ، وأما فى الأول فلأن عقد المعاوضة يقتضى السلامة فكأنه بسبب أخذ العوض ضمن لهسلامة المعوض (قوله لو كفالته حالة) ينبغى أن يجرى فيه ما سيذكره الشارح آخر الباب عن المحيط (قوله ليخلصه بأداء وإبراء) أى بأن يؤدى المال إليه أو إلى الطالب أو بأن يتكلم مع الطالب ليبرىء الكفيل (قوله يرده إليه) فى بعض النسخ برده بالباء الموحدة وهى أحسن فهو متعلق بيخلصه أى برد نفسه وتسليمها إلى الطالب (قوله أى لو بأمره) لأن الكفيل بلا أمر متبرع ليس له مطالبة الأصيل بمال ولا نفس ، حتى إنه لا يأثم بالامتناع من تسليم نفسه معه كما مر سابقا (قوله من قام عن غيره بواجب بأمره الخ) الظاهر أن المراد بالواجب اللازم شرعا أو عادة ليصح استثناء التعويض عن الهبة ونفس الهبة إلا أن يكون لفظ إلا بمعنى لكن ، وقوله بأمره متعلق بقام (قوله أمره بتعويض عن هبته) أى أمر الموهوب له رجلا أن يعوض الواهب عن هبته (قوله وبإطعام الخ) وكذا لو قال أحجج عنى رجلا أو أعتق عنى عبدا عن ظهارى خانية فالمراد الواجب الأخروى (قوله وبأن يهب فلانا) فلو قال هب لفلان عنى ألفا تكون من الآمر ولا رجوع للمأمور عليه ولا على القابض وللآمر الرجوع فيها والدافع متطوع ، ولو قال على أنى ضامن ضمن للمأمور وللآمر الرجوع فيها دون الدافع خانية (قوله فى كل موضع الخ) فالمشترى أو الغاصب إذا أمر رجلا بأن يدفع الثمن أو بدل الغصب إلى البائع أو المالك كان المدفوع إليه مالكا للمدفوع بمقابلة مال هو المبيع أو المغصوب ، وظاهره أن الهبة لو كانت بشرط العوض فأمره بالتعويض عنها يرجع بلا شرط لوجود الملك بمقابلة مال ، بخلاف ما لو أمره بالإطعام عن كفارته أو بالإحجاج عنه ونحوه فإنه ليس بمقابلة مال فلا رجوع للمأمور على الآمر إلا بشرط الرجوع ويرد عليه الأمر بالإنفاق عليه ، فإنه قدم أنه يرجع بلا شرط مع أنه ليس بمقابلة ملك مال ، وكذا الأمر بأداء النوائب وبتخليص الأسير على ما مر .

الكفيل للمختلعة بمالها على الزوج من الدين لا يبرأ بتجدد النكاح بينهما :

ثوب غاب عن دلال لا ضمان عليه ، ولو غاب عن صاحب الحانوت وقد ساوم واتفقا على الثمن فعليه قيمة الثوب ، ولو طاف به الدلال ثم وضعه فى حانوت فهلك ضمن الدلال بالإتفاق، ولا ضمان على صاحب الحانوت عند الإمام لأنه مودع المودع :

دلال معروف فى يده ثوب تبين أنه مسروق فقال رددت على الذى أخذت منه برىء ، ولو قال طالب غريمى فى مصر كذا فإذا أخذت مالى فلك عشرة منه يجب أجر المثل لا يزاد على عشرة ملتقط . وأفتيت بأن ضمان الدلال والسمسار الثمن للبائع باطل لأنه وكيل بالأجر : وذكروا أن الوكيل لا يصح ضمانه لأنه يصير عاملا لنفسه فليحرر اه ؛

[فائدة] ذكر الطرسوسى فى مؤلف له أن مصادرة السلطان لأرباب الأموال لا تجوز إلا لعمال بيت المال ، مستدلا بأن عمر رضى الله عنه صادر أبا هريرة اه وذلك حين استعمله على البحرين ثم عزله وأخذ منه اثنى عشر ألفا ثم دعاه للعمل فأبى رواه الحاكم وغيره : وأراد بعمال بيت المال خدمته الذين يجبون أمواله ، ومن ذلك كتبته إذا توسعوا فى الأموال لأن ذلك دليل على خيانتهم ؛

هذا وسيذكر المصنف فى باب الرجوع عن الهبة أصلا آخر ، وهو كل ما يطالب به بالحبس والملازمة فالأمر بأدائه يثبت الرجوع وإلا فلا إلا بشرط الضمان : ويرد عليه أيضا الأمر بالإنفاق ؛ وانظر ما حررناه فى تنقيح الحامدية (قوله الكفيل للمختلعة الخ) صورته خالعت زوجها على مهرها مثلا ولها عليه دين فكفله به لها رجل ثم جددا عقد النكاح بينهما لا يبرأ الكفيل لعدم ما يسقط ماثبت عليه بالكفالة أفاده ط (قوله ثوب الخ) تابع صاحب الملتقط فى ذكر هذه الفروع فى الكفالة لمناسبة الضمان وإلا فمحلها الوديعة أو الإجارات (قوله لا ضمان عليه) هذا لو ضاع منه ، أما لو قال لا أدرى فى أى حانوت وضعته ضمن لقله بعض المحشين عن الخانية وذكر الشارح نحوه آخر الوديعة (قوله واتفقا على الثمن) أى قبل العقد فيكون مقبوضا على سوم الشراء (قوله ضمن الدلال بالاتفاق) أقول : هذا إذا وضعه أمانة عند صاحب الدكان ، أما لو وضعه عنده ليشتريه ففيه خلاف مذكور فى الثالث والثلاثين من جامع الفصولين ، فقيل يضمن لأنه مودع وليس للمودع أن يودع ، وقيل لا يضمن فى الصحيح لأنه أمر لا بد منه فى البيع ، وبه جزم فى الوهبانية كما نقله الشارح عنها آخر الإجارات (قوله برىء) لأنه كغاصب الغاصب إذا رد على الغاصب يبرأ وإنما يبرأ لو ثبت رده بحجة جامع الفصولين (قوله لأنه يصير عاملا لنفسه) إذ ولاية القبض له والضامن يعمل لغيره ط : فلو أن وكيل البيع ضمن الثمن لموكله وأدى يرجع ، ولو أدى بلا ضمان لا يرجع كما فى الفصولين وقد مر (قوله إلا لعمال بيت المال) أى إذا كان يرده لبيت المال أو على أربابه إن علموا كما ذكره فى آخر العبارة (قوله رواه الحاكم وغيره) أخرج فى الدر المنثور فى سورة يوسف فى قوله تعالى — اجعلنى على خزائن الأرض — قال أخرج ابن أبى حاتم والحاكم عن أبى هريرة قال : استعملنى عمر على البحرين ثم نزعنى وغرمنى اثنى عشر ألفا ثم دعانى بعد إلى العمل فأبيت ، فقال لم ، وقد سأل يوسف العمل وكان خيرا منك ، فقلت : إن يوسف عليه السلام نبى ابن نبى ابن نبى ابن نبى وأنا ابن أمية وأخاف أن أقول بغير علم وأفتى بغير علم أن يضرب ظهرى ويشتم عرضى ويؤخذ مالى اه بحروفه ؛

قلت : ولعل مذهبه أن هدية العمال جائزة ، بخلاف مذهب عمر رضى الله تعالى عنه ، فلذا غرمه

ويلحق بهم كتبة الأوقاف ونظارها إذا توسعوا وتعاطوا أنواع اللهو وبناء الأماكن فللحاكم أخذ الأموال منهم وعزلهم ، فإن عرف خيانتهم فى وقف معين رد المال إليه وإلا وضعه فى بيت المال نهر وبحر :

وفى التلخيص : لو كفل الحال مؤجلا تأخر عن الأصيل ولو قرضا لأن الدين واحد :

قلت : وقدمنا أنها حيلة تأجيل القرض وسيجيء أن للمديون السفر قبل حلول الدين ، وليس للدائن منعه ولكن يسافر معه فإذا حل منعه ليوفيه . واستحسن أبو يوسف أخذ كفيل شهرا لامرأة طلبت كفيلا بالنفقة لسفر الزوج وعليه الفتوى ، وقاس عليه فى المحيط بقية الديون لكنه مع الفارق كما فى شرح الوهبانية للشرنبلالى ، لكن فى المنظومة المحبية :

(قوله ويلحق بهم الخ) قال السيد الحموى : هذا مما يعلم ويكتم ، ولا تجوز الفتوى به لأنه يكون ذريعة إلى مالا يجوز وذلك لأن حكام زماننا لو أفتوا بهذا وصادروا من ذكر لايردون الأموال إلى الأوقاف وإن علمت أعيانها ولا لبيت المال بل يصرفونها فيما لايليق ذكره فليكن هذا على ذكر منك اه :

قلت : والفاعل لهذا عمر وابن عمر ط (قوله وفى التلخيص الخ) قدمنا عند قوله ولو أبرأ الأصيل أو أخر عنه برىء الكفيل ، ولا ينعكس أن هذا مخالف لما فى كل الكتب ، ولا يجوز العمل به بل يتأخر عن الكفيل فقط دون الأصيل (قوله وقدمنا) أى قبيل فصل القرض ، وذكرنا هناك أيضا ما فيه كفاية (قوله وسيجىء) أى فى فصل الحبس من كتاب القضاء (قوله وليس للدائن منعه الخ) وكذا ليس له أن يطالبه باعطاء الكفيل وإن قرب حلول الأجل كما فى الأنفعية . وذكر فى المنتقى يطالبه بإعطاء الكفيل وإن كان الدين مؤجلا ، وتمامه فى التاسع والعشرين من نور العين وفصل فى القنية بأنه إن عرف المديون بالمطل والتسويف يأخذ الكفيل وإلا فلا اه فالأقوال ثلاثة (قوله واستحسن الخ) وفي الظهيرية : قالت زوجي يريد أن يغيب فخذ بالنفقة كفيلا لايجيبها الحاكم إلى ذلك لأنها لم تجب بعد واستحسن الإمام الثانى أخذ الكفيل رفقا بها وعليه الفتوى ويجعل كأنه كفل بما ذاب لها عليه اه عند قوله وتصح بالنفس وإن تعددت :

قال فى النهر : وظاهره يفيد أنه يكون كفيلا بنفقتها عند الثانى مادام غائبا ، ووقع فى كثير من العبارات أنه استحسن أخذ الكفيل بنفقة شهر . وقد قالوا كما فى المجمع : لو كفل لها بنفقة كل شهر لزمته مادام النكاح بينهما عند أبى يوسف وقالا يلزمه نفقة شهر اه وقدم الشارح نحو هذا عن الخانية عند قول المصنف وبما بايعت فلانا فعلى، لكن هذا فيما لو كفل بلا إجبار . والظاهر أن ماوقع فى كثير من العبارات فيما إذا أراد القاضى إجباره على إعطاء كفيل ؛ نعم فى نور العين عن الخلاصة : لو علم القاضى أن الزوج يمكث فى السفر أكثر من شهر يأخذ الكفيل بأكثر من شهر عند أبى يوسف اه (قوله وقاس عليه الخ) فى البحر عن المحيط بعد ما مر عن أبى يوسف : أفتى بقول الثانى في سائر الديون بأخذ الكفيل كان حسنا رفقا بالناس اه : قال : وفى شرح المنظومة لابن الشحنة هذا ترجيح من صاحب المحيط اه ومثله فى النهر (قوله لكنه مع الفارق) عبارة الشرنبلالى فى شرحه : لكن الفرق ظاهر بين نفقة المرأة التى يؤدى تركها إلى هلاكها وبين دين الغريم الذى ليس كذلك اه .

قلت : ورأيت بخط شيخ مشايخنا التركمانى ، وتعليل الرفق من صاحب المحيط والصدر الشهيد يفيد أنه لافرق بين نفقة المرأة وبين دين الغريم ، وأى رفق فى أن يقال لصاحب الدين سافر معه إلى أن يحل الأجل إذ ربما يصرف فى السفر أكثر من دينه ، فلو أفتى بقول صاحب المحيط وحسام الدين الشهيد والمنتقى والمحبية كان حسنا ، وفيه حفظ لحقوق العباد من الضياع والتلف خصوصا فى هذا الزمان اه ونحوه فى مجموعة السائحانى ، وإليه يميل

لو قال مديونى مراده السفر ... وأجل الدين عليه ما استقر
وطلب التكفيل قالوا يلزم ... عليه إعطاء كفيل يعلم
لو حبس الكفيل قالوا جازله ... إذا أراد حبس من قد كفله
لأنه قد كان ذا لأجلـه ... حبس فليجازه بفعلـه
ثم الكفيل إن يمت قبل الأجل ... لاشك أن الدين فى ذا الحال حل
عليه فالوارث إن أداه لم ... يرجع به من قبل ما التأجيل تم

باب كفالة الرجلين

(دين عليهما لآخر) بأن اشتريا منه عبدا بمائة (وكفل كل عن صاحبه) بأمره (جاز ولم يرجع على شريكه إلا بما أداه زائدا على النصف لرجحان) جهة الأصالة على النيابة ، ولأنه لو رجع بنصفه لأدى إلى الدور درر (وإن كفلا عن رجل بشىء بالتعاقب) بأن كان على رجل دين فكفل عنه رجلان

كلام الشارح بقرينة الاستدراك عليه وفى البيرى عن خزانة الفتاوى : يأخذ كفيلا أو رهنا بحقه وإن كان ظاهر المذهب عدمه لكن المصلحة فى هذا لما ظهر من التعنت والجور فى الناس اهـ ثم رأيت المفتى أبا السعود أفتى به فى معروضاته (قوله لو حبس المديون الخ) تقدم هذا فى قول المتن وإذا حبسه له حبسه، وتقدم بيان شروطه ، وقوله حبس بالنصب لأنه تنازع فيه جاز واراد وأعمل الثانى وأضمر للأول مرفوعه ، ولو أعمل الأول لوجب أن يقال وأراده بإبراز الضمير فافهم (قوله ثم الكفيل الخ) تقدم هذا أيضا عند قول المصنف وإذا حل على الكفيل بموته لا يحل على الأصيل (قوله من قبل ما التأجيل تم) ما مصدرية . والتأجيل فاعل لفعل محذوف دل عليه المذكور وهو تم فافهم ، والله سبحانه أعلم .

باب كفالة الرجلين

شروع فيما هو كالمركب بعد الفراغ من المفرد ط (قوله بأن اشتريا منه عبدا بمائة) أشار إلى استواء الدينين صفة وسببا ، فلو اختلفا صفة بأن كان ماعليه : أى ما على المؤدى مؤجلا وما على صاحبه حالا فإذا أدى صح تعيينه عن شريكه ، ورجع به عليه وعلى عكسه لا يرجع ، لأن الكفيل إذا عجل دينا مؤجلا ليس له الرجوع على الأصيل قبل الحلول ، ولو اختلف سببهما نحو أن يكون ما على أحدهما قرضا وما على الآخر ثمن مبيع فإنه يصح تعيين المؤدى ، لأن النية فى الجنسين المختلفين معتبرة ، وفى الجنس الواحد لغو بحر عن الفتح (قوله وكفل كل عن صاحبه) فلو كفل أحدهما عن صاحبه دون الآخر وأدى الكفيل فجعله عن صاحبه فإنه يصدق بحر (قوله بأمره) وإلا فلا رجوع بشىء أصلا (قوله زائدا على النصف) المراد أن يكون زائدا على ماعليه ولو كان دون النصف أو أكثر ط (قوله لرجحان جهة الأصالة على النيابة) لأن الأول دين عليه ، والثانى مطالبة بلا دين ثم هو تابع فوجب صرف المؤدى إلى الأقوى حتى على القول بجعل الدين على الكفيل مع المطالبة فإن ما عليه بالأصالة أقوى ، فإن من اشترى فى مرض موته شيئا كان من كل المال ولو مديونا ، ولو كفل كان من الثلث إلا إذا كان مديونا فلا يجوز أفاده فى الفتح (قوله لأدى إلى الدور) لأنه لو جعل شىء من المؤدى عن صاحبه فلصاحبه أن يقول أداؤك كأدائى ، فإن جعلت شيئا من المؤدى عنى ورجعت على بذلك فلى أن أجعل المؤدى عنك كما لو أديت بنفسى فيفضى إلى الدور كذا فى الكفاية . وذكر فى الفتح أنه ليس المراد حقيقة الدور فإنه توقف الشىء على ما توقف عليه ، بل اللازم

كل واحد منهما بجميعه منفرد ثم كفل كل) من الكفيلين (عن صاحبه) بأمره بالجميع ، وبهذه القيود خالفت الأولى (فما أدى) أحدهما (رجع بنصفه على شريكه) لكون الكل كفالة هنا (أو) يرجع إن شاء (بالكل على الأصيل) لكونه كفل بالكل بأمره (وإن أبرأ الطالب أحدهما أخذ) الطالب الكفيل (الآخر بكله) بحكم كفالته .

(ولو افترق المفاوضان) وعليهما دين (أخذ الغريم أيا) شاء (منهما بكل الدين) لتضمنها الكفالة كما مر (ولا رجوع) على صاحبه (حتى يؤدى أكثر من النصف) لما مر .

(كاتب عبديه كتابة واحدة وكفل كل) من العبدين (عن صاحبه

في الحقيقة التسلسل في الرجوعات بينهما فيمتنع الرجوع المؤدى إليه . وتمامه فيه (قوله كل واحد منهما بجميعه منفردا) قيد بقوله بجميعه للإحتراز عما لو تكفل كل واحد منهما بالنصف ثم تكفل كل عن صاحبه فهي كالمسألة الأولى في الصحيح فلا يرجع حتى يزيد على النصف ، وبقوله منفردا وهو حال من كل للاحتراز عما لو تكفلا عن الأصيل بجميع الدين معا ثم تكفل كل واحد منهما عن صاحبه فهو كذلك ، لأن الدين ينقسم عليهما نصفين فلا يكون كفيلا عن الأصيل بالجميع كما في البحر . وفي نور العين عن النهاية عن الشافي : ثلاثة كفلوا بألف يطالب كل واحد بثلث الألف ، وإن كفلوا على التعاقب يطالب كل واحد بالألف كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي والمرغيناني والتمرتاشي اهـ (قوله ثم كفل كل من الكفيلين عن صاحبه) قيد به لأنه بدون ذلك لا رجوع لأحدهما على الآخر . وفي الهندية عن المحيط : كفل ثلاثة عن رجل بألف فأدى أحدهم برءوا جميعا ولا يرجع على صاحبيه بشيء ولو كان كل واحد كفيلا عن صاحبه رجع المؤدى عليهما بالثلثين ولصاحب المال أن يطالب كل واحد منهم بالألف هذا إذا ظفر : أي المؤدى بالكفيلين ، فإن ظفر بأحدهما رجع عليه بالنصف ثم رجعا على الثالث بالثلث ثم رجعوا جميعا على الأصيل بالألف ، وإن ظفر بالأصيل قبل أن يظفر بصاحبه رجع عليه بجميع الألف اهـ (قوله بالجميع) احتراز عما لو تكفل كل عن الأصيل بالجميع متعاقبا ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالنصف فإنه كالأولى كما في البحر (قوله وبهذه القيود) أي كون كفالة كل منهما عن الأصيل بالجميع وكونها على التعاقب وكون كفالة كل واحد منهما عن صاحبه بالجميع أيضا (قوله خالفت الأولى) أي في الحكم وإلا فالموضوع مختلف . فإن أصل الدين في الأولى عليهما لآخر ، وفي الثانية على غيرهما وقد كفلا به (قوله رجع بنصفه على شريكه) أي ثم يرجعان على الأصيل لأنهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه بحر (قوله لكون الكل كفالة هنا) أي ما عن نفسه وما عن الكفيل الآخر ، فلا ترجيح للبعض على البعض ليقع النصف الأول عن نفسه خاصة ، بخلاف ما تقدم ، وتمامه في الفتح (قوله أخذ الآخر) ضبطه في النهر بالمد وهو غير متعين . ففي المصباح : أخذه الله أهلكه وأخذه بذنبه عاقبه عليه وآخذه بالمد مؤاخذة كذلك اهـ (قوله بكله) لأن إبراء الكفيل لا يوجب إبراء الأصيل والثاني كفيل عنه بكله فيأخذه بكله نهر (قوله ولو افترق المفاوضان) قيد بالمفاوضين لأن شريكي العنان لو افترقا وثمة دين لم يأخذ الغريم أحدهما إلا بما يخصه نهر (قوله أخذ الغريم) يطلق الغريم على من له الدين ومن عليه كما في ط عن الدستور (قوله لتضمنها الكفالة) ولا تبطل بالافتراق ط عن الإتقاني (قوله كما مر) أي في كتاب الشركة (قوله لما مر) أي في المسألة الأولى من أنه أصيل في النصف وكفيل في الآخر ، فما أدى يصرف إلى ما عليه بحق الأصالة ، فإن زاد على النصف كان الزائد عن الكفالة فيرجع نهر (قوله كتابة واحدة) بأن قال كاتبتكما على ألف إلى سنة ، قيد بالواحدة لأنه لو كاتب كلا على حدة فكفل كل منهما عن صاحبه ببدل الكتابة للمولى لا يصح قياسا واستحسانا اهـ

صح) استحسانا (و) حينئذ (فما أدى أحدهما رجع) على صاحبه (بنصفه) لاستوائهما :

(ولو أعتق) المولى (أحدهما) والمسألة بحالها (صح وأخذ أيا شاء منهما بحصة من لم يعتقه) المعتق بالكفالة والآخر بالأصالة (فإن أخذ المعتق رجع على صاحبه) لكفالته (وإن أخذ الآخر لا) لأصالته .

(وإذا كفل) شخص (عن عبد مالا) موصوفا بكونه (لم يظهر في حق مولاه) بل في حقه بعد عتقه (كالزمه بإقراره أو استقراض أو استهلاك وديعة فهو)أى المال المذكور (حال وإن لم يسمه) أى الحلول لحلوله على العبد وعدم مطالبته لعسرته ، والكفيل غير معسر ويرجع بعد عتقه لو بأمره ، ولو كفل مؤجلا تأجل كمامر .

(ادعى) شخص (رقبة عبد فكفل به رجل فمات)العبد (المكفول) قبل تسليمه

كفاية (قوله صح استحسانا) والقياس أن لايصح لأنه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل ذلك باطل فيكون شرطها فى الكتابة مفسدا . وجه الاستحسان أن هذا عقد يحتمل الصحة بأن يجعل كل واحد فى حق المولى كأن المال كله عليه وعتق الآخر معلقا بأدائه فيطالب كل منهما بجميع المال بحكم الأصالة لا بحكم الكفالة وفى الحقيقة المال مقابل بهما حتى يكون منقسما عليهما ولكنا قدرنا المال عن كل واحد منهما تصحيحا للكتابة وفيما وراء ذلك العبرة للحقيقة كفاية (قوله المعتق) مبنى للمجهول والآخر معطوف عليه منصوبان على البدلية من أيا شاء أو مرفوعان بفعل محذوف دل عليه المذكور أو على الابتداء والخبر محذوف أى مؤاخذ (قوله لكفالته) أى يرجع بما أداه عنه من بدل الكتابة لكفالته بأمره ، وجازت الكفالة ببدل الكتابة هنا لأنها فى حالة البقاء وفى الابتداء كان كل المال عليه نهر (قوله لم يظهر فى حق مولاه الخ) أفاد أن حكم مايظهر وهو مايؤاخذ به للحال كذلك بالأولى كدين الاستهلاك عيانا ومالزمه بالتجارة بإذن المولى ، وجعله الزيلعى قيدا احترازيا وهو سهو بحر (قوله لزمه بإقراره) أى وكذبه المولى بحر (قوله أو استقراض) أى أو بيع وهو محجور عليه بحر (قوله لحلوله على العبد) لوجود السبب وقبول الذمة بحر (قوله وعدم مطالبته لعسرته) إذ جميع مافى يده ملك المولى ولم يرض بتعلق الدين به فتح (قوله والكفيل غير معسر) فالمانع الذى تحقق فى الأصيل منتف عن الكفيل مع وجود المقتضى وهو الكفالة المطلقة بمال غير مؤجل فيطالب به فى الحال ، كما لو كفل عن مفلس أو غائب يلزمه فى الحال مع أن الأصيل لايلزمه ، وتمامه فى الفتح (قوله ويرجع بعد عتقه) لأن الطالب لايرجع عليه إلا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه بحر ، وقوله لو بأمره : أى لو كانت الكفالة بأمر العبد . وبقى مالو كفل بدين الاستهلاك المعاين قال فى الفتح : ينبغى أن يرجع قبل العتق إذا أدى لأنه دين غير مؤخر إلى العتق فيطالب السيد بتسليمه رقبته أو القضاء عنه وبحث أهل الدرس هل المعتبر فى هذا الرجوع الأمر بالكفالة من العبد أو السيد ، وقوى عندى الثانى لأن الرجوع فى الحقيقة على السيد اه . قال فى النهر : ورأيت مقيدا عندى أن ماقوى عنده هو المذكور فى البدائع . قال ط : فلو كانت بأمر العبد لايرجع عليه إلا بعد العتق .

فالحاصل أن ضمان العبد فيما لايؤاخذ به حالا صحيح ، والرجوع عليه بعد العتق ، إن كان بأمره وضمانه فيما يؤاخذ به حالا إن كان بأمر السيد صح ورجع به حالا عليه ، وإن كان بأمر العبد صح ورجع به عليه بعد العتق كذا يؤخذ من كلامهم اه (قوله كمامر) أى عند قول المتن ولاينعكس من قوله لعم لو تكفل بالحال مؤجلا تأجل عنهما الخ (قوله فمات العبد) بأن ثبت موته ببرهان ذى اليد أو بتصديق المدعى ، فلو لم يكن ثمة برهان ولا تصديق لم يقبل قول ذى اليد أنه مات بل يحبس هو والكفيل فإن طال الحبس ضمن القهمة ، وكذا الوديعة المجحودة نهر عن النهاية

(فبرهن المدعى أنه) كان (له ضمن) الكفيل (قيمته) لجوازها بالأعيان المضمونة كما مر . (ولو ادعى على عبد مالا فكفل بنفسه) أى بنفس العبد (رجل فمات العبد برئ الكفيل) كما فى الحر ؛ (ولو كفل عبد) غير مديون مستغرق (عن سيده بأمره) جاز لأن الحق له (ف) إذا (عتق فأداه أو كفل سيده عنه بأمره (فأداه) ولو (بعد عتقه لم يرجع واحد منهما على الآخر) لانعقادها غير موجبة للرجوع لأن كلا منهما لا يستوجب دينا على الآخر فلا تنقلب موجبة له بعد ذلك (كما لو كفل رجل عن رجل بغير أمره فبلغه فأجاز) الكفالة (لم تكن الكفالة موجبة للرجوع) لما قلناه (و) قالوا (فائدة كفالة المولى عن عبده وجوب مطالبته) بإيفاء الدين من سائر أمواله ، وفائدة كفالة العبد عن مولاه تعلقه) أى الدين (برقبته) وهذا لم يثبته المصنف متنا فى شرحه . والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب ؛

(قوله فبرهن المدعى) قيد بالبرهان لأنه لو ثبت ملكه بإقرار ذى اليد أو بنكوله لم يضمن شيئا نهر (قوله لجوازها بالأعيان المضمونة) أى بنفسها . وفيها : يجب على ذى اليد رد العين ، فإن هلكت وجب رد القيمة (قوله ولو ادعى على عبد مالا) أى معلوم القدر ، بأن قال أخذ منى كذا بالغصب أو استهلكه ط (قوله برىء الكفيل) أى كما لو كان المكفول بنفسه حرا ؛

قال فى النهر : واعلم أن هاتين المسألتين مكررتان ، أما الأولى فلاستفادتها من قوله فيما مر ومغصوب ، وأما الثانية فلما قدمه من أن الكفالة بالنفس تبطل بموت المطلوب اهـ . قال فى البحر : لكن ذكر الثانية هنا ليبين الفرق بينها وبين الأولى ، وهو ظاهر لأن المكفول به فى الأولى رقبة العبد وهى مال وهى لا تبطل بهلاك المال بخلاف الثانية (قوله ولو كفل عبد غير مديون مستغرق الخ) بجر مستغرق بكسر الراء على أنه صفة لمديون ، ونسبة الاستغراق إليه مجاز لأن الدين استغرقه : أى استغرق رقبته وما فى يده أو بفتح الراء ، وقيد به لأنه لو كان عليه دين مستغرق لم تلزمه الكفالة فى رقه فإذا عتق لزمته ، كذا فى كافى الحاكم أى لأن حق الغرماء مقدم وحقهم فى قيمة رقبته يبيعوله بدينهم إن لم يفده سيده وبعد العتق صار الحق فى ذمته . وأما إذا كان دينه غير مستغرق فالظاهر أنه يقدم دين الغرماء والباقى للكفالة ، كما لو كفل عن غير سيده . قال فى الكافى : وكفالة العبد والمدبر وأم الولد عن غير السيد بنفس أو مال بلا إذن السيد باطلة حتى يعتق ، فإذا عتق تلزمه ، وإن أذن سيده جازت إن لم يكن عليه دين ويباع فى دين الكفالة وإن كان عليه دين بدىء بدينه قبل دين الكفالة ويسعى المدبر وأم الولد فى الدين اهـ (قوله لأن الحق له) أى إذا لم يكن على العبد دين يكون الحق فى ماليته لمولاه فصح إذنه له فى كفالته (قوله فإذا عتق فأداه) نص على المتوهم ، فإنه إذا أداه حال رقه لا يرجع بالأولى ط (قوله بأمره) أى بأمر العبد ، وهذا زاده فى النهر وقال هذا القيد لا بد منه اهـ . ثم رأيته مذكورا فى شرح الجامع لقاضيخان ، ولا يخفى أنه إذا لم يرجع مع الأمر فعدم الرجوع بدونه بالأولى ، ولعل فائدته أنه محل الخلاف الآتى (قوله لانعقادها غير موجبة للرجوع الخ) جواب عن قول زفر بالرجوع لتحقق الموجب له وهو الكفالة بالأمر ، والمانع هو الرق وقد زال كما فى الهداية (قوله بعد ذلك) أى بعد انعقادها غير موجبة للرجوع (قوله كما لو كفل الخ) من تتمة الجواب ، وهذه المسألة تقدمت عند قول المصنف فى باب الكفالة ولو كفل بأمره رجع عليه بما أدى الخ (قوله لما قلناه) أى من قوله لانعقادها غير موجبة الخ (قوله من سائر أمواله) بخلاف ما إذا لم يكفل فإنه لا يلزمه عينا إلا أن يسلمه ليباع ، وقد لا يفى ثمنه بالدين فلا يصل الغرماء إلى تمام الدين وبالكفالة يصلون فتح (قوله برقبته) أى فيثبت لهم بيعه إن لم يفده المولى ولذا اشترط أن لا يكون مديونا كما مر وبدون الكفالة ليس لهم ذلك (قوله وهذا) أى قوله فائدة كفالة المولى الخ (قوله فى شرحه) وأثبته شرحا وهو موجود فيما رأيته من نسخ المتن المجردة ط ، والله سبحانه أعلم .

كتاب الحوالة

(هى) لغة النقل وشرعا (نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحتال عليه) وهل توجب البراءة من الدين المصحح نعم فتح (المديون محيل والدائن محتال ومحتال له ومحال ومحال له)

كتاب الحوالة

كل من الحوالة والكفالة عقد التزام ماعلى الأصيل للتوثق إلا أن الحوالة تتضمن إبراء الأصيل إبراء مقيدا كما سيجىء ، فكانت كالمركب مع المفرد والثانى مقدم فلزم تأخير الحوالة نهر (قوله هى لغة النقل) أى مطلقا لدين أو عين ، وهى اسم من الإحالة ومنه يقال أحلت زيدا على عمرو ، فاحتال أى قبل وفى المغرب تركيب الحوالة يدل على الزوال والنقل ومنه التحويل ، وهو نقل الشىء من محل إلى محل وتمامه فى الفتح (قوله وشرعا نقل الدين الخ) أى مع المطالبة ، وقيل : نقل المطالبة فقط ونسب الزيلعى الأول إلى أبى يوسف والثانى إلى محمد وجه الأول دلالة الإجماع ، على أن المحتال لو أبرأ المحال عليه من الدين أو وهبه منه صح ، ولو أبرأ المحيل أو وهبه لم يصح وحكى فى المجمع خلاف محمد فى الثانية ووجه الثانى دلالة الإجماع أيضا ، على أن المحيل إذا قضى دين الطالب قبل أن يؤدى المحتال عليه لايكون متطوعا ، ويجبر على القبول وكذا المحتال لو أبرأ المحال عليه عن دين الحوالة لايرتد بالرد ولو وهبه منه ارتد كما لو أبرأ الطالب الكفيل ، أو وهبه ولو انتقل الدين إلى ذمته لما اختلف حكم الإبراء والهبة ، وكذا المحال لو أبرأ المحال عليه لم يرجع على المحيل ، وإن كانت بأمره كالكفالة ولو وهبه رجع إن لم يكن للمحيل عليه دين وتمامه فى البحر . وظاهره اتفاق القولين على هذه المسائل ، ثم ذكر مايفيد اتفاق القولين أيضا على عود الدين بالتوى ، وعلى جبر المحال على قبول الدين من المحيل وعلى قسمة الدين بين غرماء المحيل بعد موته قبل قبض المحتال وعلى أن إبراء المحال المحال عليه لايرتد بالرد وعلى أن توكيل المحال المحيل بالقبض من المحال عليه غير صحيح ، وعلى أن المحتال لو وهب الدين للمحال عليه كان للمحال عليه أن يرجع على المحيل ، وعلى أنها تفسخ بالفسخ وعلى عدم سقوط حق حبس المبيع فيما إذا أحاله المشترى ، وكذلك لو كان عند المحتال رهن للمحيل لايسقط حق حبسه بخلاف ماإذا كان المحيل هو البائع على المشترى أو المرتهن على الراهن ، فإنه يبطل حبس المبيع والرهن لسقوط المطالبة مع أن هذه المسائل تباين كونها نقلا للدين ، ولكن اعتبرت الحوالة تأجيلا إلى التوى فى بعض الأحكام وجعل النقل للمطالبة وفى بعضها اعتبرت إبراء وجعل النقل للدين أيضا وتمام التوجيه فى البحر . وفى الحامدية عن فتاوى قارىء الهداية إذا أحال الطالب إنسانا على مديونه ، وبالدين كفيل برىء المديون من دين المحيل وبرىء كفيله ، ويطالب المحتال الأصيل لا الكفيل ، لأنه لم يضمن له شيئا لكنها براءة موقوفة : وكذا إذا أحال المرتهن بدينه على الراهن بطل حقه فى حبس الرهن ولايكون رهنا عند المحتال اه وفى هذه المسألة المرتهن هو المحيل وفيما مر هو المحتال ، وعلمت وجه الفرق بينهما ويأتى أيضا ومسألة الكفالة فى البزازية وفيها لو أحال الكفيل الطالب بالمال على رجل برىء الأصيل والكفيل إلا أن يشترط الطالب براءة الكفيل فقط فلايبرأ الأصيل (قوله والدائن محتال ومحتال له الخ) يعنى يطلق عليه هذه الألفاظ الأربعة فى الاصطلاح درر وظاهره أن اللغة بخلافه ولذا قال فى المعراج قولهم للمحتال المحتال له لغو ، لأنه لاحاجة إلى هذه الصلة زاد فى الفتح بل الصلة مع المحال عليه لفظة عليه فهما محتال ومحتال عليه فالفرق بينهما بعدم الصلة وبصلة عليه اه .

قلت : ويمكن تصحيح كلامهم وذلك أن الحوالة لغة بمعنى النقل مطلقا كما مر فالمديون يدفع الطالب عن نفسه ويسلطه على غريمه وفى الاصطلاح نقل الدين وهو من أفراد المعنى اللغوى أيضا ، فعلى الأول يقال محتال لاغير

ويزاد خامس وهو حويل فتح (ومن يقبلها محتال عليه ومحال عليه) فالفرق بالصلة وقد تحذف من الأول (والمال محال به و) الحوالة (شرط لصحتها رضا الكل بلا خلاف إلا في الأول) وهو المحيل فلا يشترط على المختار شرنبلالية عن المواهب بل قال ابن الكمال إنما شرطه القدوري للرجوع عليه فلا اختلاف في الرواية لكن استظهر الأكمل أن ابتداءها إن من المحيل شرط ضرورة وإلا لا

وعلى الثاني محتال له لاغير ، لأن المحيل بمعنى الناقل ، والمحال عليه بمعنى المنقول عليه الدين والدين منقول والطالب محال له أي منقول لأجله ولو قيل محال بمعنى منقول لم يصح ، لأن المنقول هو الدين على هذا الوجه ، بخلافه على الأول فإن المنقول هو ذات الطالب وبهذا ظهر أن قولهم محتال ومحتال له مبنى على اختلاف المراد في المنقول هل هو ذات الطالب أو دينه فافهم . نعم يصح على الثاني أن يقال فيه محتال بطريق المجاز أي محتال دينه ، وبه ظهر أنه لا لغو في كلامهم فاغتنم هذا التقرير (قوله ويزاد خامس وهو حويل) عبارة الفتح ويقال للمحتال حويل أيضا فما ذكره الشارح نقل لعبارة الفتح بالمعنى فافهم ونقل في البحر عبارة عن تلخيص الجامع فيها إطلاق الحويل على المحال عليه قال الرملي : فلعله يطلق عليهما (قوله فالفرق بالصلة) أي باختلافها وهي اللام في الأول ، وعلى الثاني وهذا على وجودها في الأول وقد علمت وجه صحته ، وأما على حذفها المفاد بقوله وقد تحذف فالمراد أن الفرق بالصلة وجودا وعدما كما مر عن الفتح فافهم (قوله والحوالة شرط لصحتها الخ) قال في النهر وشرط صحتها في المحيل العقل ، فلا تصح حوالة مجنون وصبي لايعقل والرضا ، فلا تصح حوالة المكره ، وأما البلوغ فشرط للنفاذ فصحة حوالة الصبي العاقل موقوفة على إجازة وليه وليس منها الحرية فتصح حوالة العبد مطلقا غير أن المأذون يطالب للحال والمحجور بعد العتق ولا الصحة فتصح من المريض . وفي المحتال العقل والرضا وأما البلوغ فشرط النفاذ أيضا فالعقد احتيال الصبي موقوفا على إجازة وليه إن كان الثاني أملأ من الأول كاحتيال الوصي بمال اليتيم : ومن شرط صحتها المجلس : قال في الخانية : والشرط حضرة المحتال فقط حتى لاتصح في غيبته إلا أن يقبل عنه آخر وأما غيبة المحتال عليه فلا تمنع ، حتى لو أحال عليه فبلغه فأجاز صح وهكذا في البزازية ولابد في قبولها من الرضا فلو أكره على قبولها لم تصح وفي المحال به أن يكون دينا لازما فلا تصح ببدل الكتابة كالكفالة اهـ (قوله رضا الكل) أما رضا الأول فلأن ذوي المروءات قد يأنفون تحمل غيرهم ماعليهم من الدين ، فلابد من رضاه ، وأما رضا المحتال فلأن فيها انتقال حقه إلى ذمة أخرى والذمم متفاوتة وأما رضا الثالث ، وهو المحتال عليه فلأنها إلزام الدين ولا لزوم بلا التزام درر ه

قلت : نقل السائحاني عن لقطة البحر إذا استدانت الزوجة النفقة بأمر القاضي لها أن تحيل على الزوج بلا رضاه (قوله فلا يشترط على المختار) هو رواية الزيادات قال فيها لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه والمحيل لايتضرر ، بل فيه منفعة لأن المحال عليه لايرجع إذا لم يكن بأمره درر (قوله للرجوع عليه) أي رجوع المحال عليه على المحيل ، أو ليسقط الدين الذي للمحيل على المحال عليه كما في الزيلعي ، أما بدون الرضا فلارجوع ولا سقوط وهو محمل رواية الزيادات (قوله لكن استظهر الأكمل الخ) أي في العناية وهو توفيق آخر بين روايتي الزيادات والقدوري ، لكن لابد فيه من ضميمة التوفيق الأول كما تعرفه (قوله شرط ضرورة) لأنها إحالة وهي فعل اختياري ولا يتصور بدون الإرادة والرضا وهو محمل رواية القدوري وقوله وإلا لا أي وإن لم يكن ابتداؤها من المحيل بل من المحال عليه تكون احتيالا يتم بدون إرادة المحيل بإرادة المحال عليه ورضاه ، وهو وجه رواية الزيادات عناية لكن لايخفى أنه على الثاني لايثبت للمحال عليه الرجوع بما أدى ولو كان عليه للمحيل دين

وأراد بالرضا القبول فإن قبولها فى مجلس الإيجاب شرط الانعقاد بحر عن البدائع لكن فى الدرر وغيرها الشرط قبول المحتال أو نائبه ورضا الباقين لاحضورهما وأقره المصنف (وتصح فى الدين)

لايسقط إلا برضا المحيل فرجع إلى التوفيق الأول (قوله وأراد بالرضا القبول) أى الذى هو أحد ركنى العقد فيشترط له المجلس ، لأن شطر العقد لايتوقف على قبول غائب بل يلغو ، بخلاف الرضا الذى ليس ركن عقد (قوله فإن قبولها الخ) ذكر فى البحر أولا أن من الشروط مجلس الحوالة وقال : وهو شرط الانعقاد فى قولها خلافا لأبى يوسف فإنه شرط النفاذ عنده ، فلو كان المحتال غائبا عن المجلس فبلغه الخبر فأجاز لم ينعقد عندهما خلافا له والصحيح قولها اهـ ثم قال هنا : وأراد من الرضا القبول فى مجلس الإيجاب لما قدمناه أن قبولها فى مجلس الإيجاب شرط الانعقاد ، وهو مصرح به فى البدائع اهـ وما ذكره فى البحر أولا هو عبارة البدائع فقوله لما قدمناه أن قبولها الظاهر أن الميم فيه زائدة ، وأن الضمير فيه مفرد عائد للحوالة لأن المتبادر من كلام البدائع أن اشتراط المجلس عندهما إنما هو فى المحتال فقط بقرينة التفريع ويأتى قريبا مايؤيده اهـ (قوله لكن فى الدرر وغيرها) أى كالخانية والبزازية والخلاصة وعبارة الخانية الحوالة تعتمد قبول المحتال له ، والمحال عليه ولاتصح فى غيبة المحتال له فى قول أبى حنيفة ومحمد ، كما قلنا فى الكفالة إلا أن يقبل رجل الحوالة للغائب ، ولا تشترط حضرة المحتال عليه لصحة الحوالة حتى لو أحاله على رجل غائب ثم علم الغائب فقبل صحت الحوالة اهـ ومراده بالقبول فى قوله تعتمد قبول الخ الرضا الأعم من القبول المشروط له المجلس بقرينة آخر العبارة ، ولم يذكر رضا المحيل بناء على رواية الزيادات أنه غير شرط :

فتلخص من كلامه : أن الشرط قبول المحتال فى المجلس ورضا المحال عليه ولو غائبا وهو ما لخصه فى النهر كما مر وظاهره أن خلاف أبى يوسف فى المحتال فقط فعنده لا تشترط حضرته بل يكفى رضاه كالمحال عليه وأنه لا خلاف فى المحال عليه فى أن حضرته غير شرط ، وبه ظهر أنه لا يصح التوفيق بحمل ما فى الدرر وغيرها على قول أبى يوسف الذى هو خلاف الصحيح ، بل هو محمول على قولها المصحح فافهم وبما قررناه ظهر أنه لاخلاف فى اشتراط الرضا الأعم ، وأن الخلاف فى قبول المحتال فى المجلس لا فى رضاه ، فلا ينافى ذلك قول المصنف شرط رضا الكل بلا خلاف الخ خلافا لما ظنه فى العزمية (قوله أو نائبه) أى ولو فضوليا وبه عبر فى الدرر قال فى الفتح : فيتوقف أى قبول الفضولى على إجازة المحتال إذا بلغه (قوله ورضا الباقين) كذا فى بعض النسخ بياءين ثانيتهما ياء التثنية وفى عامة النسخ بياء واحدة على أنه جمع أريد به ما فوق الواحد ثم لا يخفى أن اشتراط رضا المحيل مبنى على رواية القدورى : وهى خلاف المختار كما قدمه فالأحسن عبارة الغرر متن الدرر وهى ، وشرط حضور الثانى إلا أن يقبل فضولى له لا حضور الباقيين اهـ فلم يذكر اشتراط رضاهما فيصدق بكل من الروايتين وقال فى الدرر : أما عدم اشتراط حضور الأول ، وهو المحيل فبأن يقول رجل للدائن لك على فلان بن فلان ألف درهم فاحتل بها على فرضى الدائن فإن الحوالة تصح حتى لايكون له أن يرجع ، وأما عدم اشتراط حضور الثالث وهو المحتال عليه فبأن يحيل الدائن على رجل غائب ثم علم الغائب فقبل صحة الحوالة كذا فى الخانية اهـ :

قلت : فلم يذكر فى هذا التصوير رضا المحيل الغائب ، وذكر فى الثانى رضا المحتال عليه الغائب وذلك مبنى على رواية الزيادات المختارة كما مر (قوله وتصح فى الدين) الشرط كون الدين للمحتال على المحيل وإلا فهى وكالة لا حوالة ، وأما الدين على المحال عليه فليس بشرط أفاده فى البحر ، وفيه عن المحيط ولو أحال المحال عليه المحتال على آخر جاز وبرئ الأول والمال على الآخر كالكفالة من الكفيل اهـ فدخل فى الدين دين الحوالة كما دخل دين الكفالة فإن الكفيل لو أحال الطالب جاز كما يأتى وفى البزازية كل دين جازت به الكفالة جازت به الحوالة وفى

المعلوم (لا فى العين) زاد فى الجوهرة ولا فى الحقوق انتهى وبه عرف أن حوالة الغازى بحقه من غنيمة محرزة

الهندية مالا تجوز به الكفالة لا تجوز به الحوالة (قوله المعلوم) فلو احتال بمال مجهول على نفسه بأن قال : احتلت بما يذوب لك على فلان لا تصح الحوالة مع جهالة المال ولا تصح الحوالة أيضا بهذا اللفظ بحر عن البزازية (قوله لا فى العين) لأن النقل الذى تضمنته نقل شرعى وهو لا يتصور فى الأعيان بل المتصور فيها النقل الحسى فكانت نقلا للوصف الشرعى وهو الدين فتح قال فى الشرنبلالية : يرد عليه ما سيذكره من أنها تصح بالدراهم الوديعة إذ ليس فيها نقل الدين وكذا الغصب على القول بأن الواجب فيه رد العين والقيمة مخلص ودفع الإيراد بأن الحوالة بالوديعة وكالة حقيقة اهـ .

قلت : فيه نظر لما سيأتى فى الحوالة المقيدة بوديعة ونحوها أنه لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه ، ولا المحتال عليه دفعها للمحيل ولا يخفى أن الوكالة حقيقة تنافى ذلك فالصواب فى دفع الإيراد أن النقل موجود ، لأن المديون إذا أحال الدائن على المودع فقد انتقل الدين عن المديون إلى المودع وصار المودع مطالبا بالدين كأنه فى ذمته فكانت حوالة بالدين لا بالعين . نعم لو أحال المودع رب الوديعة بها على آخر كانت حوالة بالعين فلا تصح :

مطلب فى حوالة الغازى وحوالة المستحق من الوقف

(قوله وبه عرف أن حوالة الغازى) مصدر مضاف لفاعله أى إحالته غيره على الإمام وعبارة النهر وبه عرف أن الحوالة على الإمام من الغازى الخ ، ولا يخفى أن ما ذكره غير ما نحن فيه إذ كلام المصنف فى بيان المكفول به فذكر أنه المال لا العين ولا الحقوق ، فإذا استدان الغازى دينا من زيد ثم أحاله به على الإمام صحت الحوالة سواء قيدها بأن يعطيه الإمام من حقه من الغنيمة المحرزة أولا لأن المحال عليه لا يشترط أن يكون عليه للمحيل دين أو عين من وديعة أو غيرها ولأن المحال به دين صحيح معلوم ، فالقول بعدم صحتها ليس له وجه صحة أصلا ، وهكذا يقال فى المستحق إذا استدان ثم أحال الدائن على الناظر ، سواء قيد الحوالة بمعلومه الذى فى يد الناظر أولا ، فهى أيضا من الحوالة بالدين لا بالحقوق نعم لو أحال الإمام الغازى أو أحال الناظر المستحق على آخر كان مظنة أن يقال إنها من الحواله بالحقوق لأن الغنيمة إذا أحرزت بدارنا يتأكد فيها حق الغانمين ولا تملك إلا بالقسمة ولا يقال : إن الوارث إذا مات بعد الإحراز قبل القسمة يورث نصيبه فيقتضى الملك قبل القسمة لأنا نقول إن الحق المتأكد يورث كحق حبس الرهن والرد بالعيب بخلاف الضعيف كالشفعة ، وخيار الشرط كما قدمناه عن الفتح فى باب المغنم وقسمته وكذا يقال فى غلة الوقف ، فإن نصيب المستحق يورث عنه إذا مات قبل القسمة بعد ظهور غلة الوقف فى وقف الذرية أو بعد عمل صاحب الوظيفة كما قدمناه هناك ، ومقتضى هذا أن لا تصح هذه الحوالة لأن كلامن الغازى والمستحق لم يثبت له دين فى ذمة الإمام والناظر نعم تكون وكالة بالقبض من المحال عليه كما يأتى فى قول المصنف وإن قال المحيل للمحتال وهذا يقع كثيرا ، فإن الناظر يحيل المستحق على مستأجر عقار الوقف ، وقد أفتى فى الحامدية بأنه لو مات الناظر قبل أخذ المحتال ، فللناظر الثانى أخذه لكن ذكرنا فى باب المغنم ، أن غلة الوقف بعد ظهورها يتأكد فيها حق المستحقين ، فتورث عنهم وأما بعد قبض الناظر لها ، فينبغى أن تصير ملكا لهم للشركة الخاصة ، بخلاف المغنم فإنه لا يملك إلا بعد القسمة ، حتى لو أعتق أحد الغانمين حصته من أمة لا تعتق للشركة العامة إلا إذا قسمت الغنيمة على الرايات فيصح للشركة الخاصة وعلى هذا فإذا صارت الغلة فى يد الناظر صارت أمانة عنده ملكا للمستحقين لهم مطالبته بها ويحبس إذا امتنع من أدائها ويضمنها إذا

لاتصح وكذا حوالة المستحق بمعلومه فى الوقف على الناظر نهر ثم قال بعد ورقتين ، وهذا فى الحوالة المطلقة ظاهر وأما المقيدة ففى البحر أن مال الوقف فى يد الناظر ينبغى أن يصح كالإحالة على المودع وإلا لا لأنها مطالبة انتهى ومقتضاه صحتها بحق الغنيمة وعندى فيه تردد وبرئ المحيل من الدين والمطالبة جميعا (بالقبول) من المحتال للحوالة (ولا يرجع المحتال على المحيل

استهلكها أو هلكت بعد الطلب فإذا أحال الناظر بعض المستحقين على آخر لا يصح لأنها حوالة بالعين لا بالدين إلا إذا كان الناظر استهلكها أو خلطها بماله فتصير دينا بذمته فتصح الحوالة لأنها حوالة بالدين لا بالعين ولا بالحقوق ، فقد ظهر أن هذه الحوالة لا تكون من الحوالة بالحقوق أصلا سواء كان الغازى أو الناظر محيلا أو محتالا وسواء كانت الحولة مطلقة أو مقيدة وأن ما ذكره الشارح عن النهر غير محرر فافهم وتدبر واغنم تحرير هذا المقام فإنه من فيض ذى الجلال والإكرام (قوله لا تصح) قد علمت أنه لا وجه له (قوله وهذا فى الحوالة المطلقة ظاهر) لتصريحهم باختصاصها بالديون لابتنائها على النقل نهر ،

قلت : وهذه حوالة بالدين وإن كانت مطلقة بل الصحة فيها أظهر من عدمها لأن الحوالة المطلقة على ما يأتى أن لايقيد المحيل بدين له على المحال عليه ، ولا بعين له فى يده فإذا أحال المستحق غريمه بدينه على الناظر حوالة مطلقة فلا شك فى صحتها (قوله ينبغى أن تصح) لما علمت من أن مال الوقف فى يده أمانة ، ولكن إذا صحت لاتكون من الحوالة بالحقوق ، لأن المستحق إنما أحال دائنه بدين صحيح بل هى حوالة بالدين مقيدة بما عند المحال عليه وهو الناظر (قوله كالإحالة على المودع) بجامع أن كلامنهما أمين ولا دين عليه ط (قوله لأنها مطالبة) أى لأن الحوالة تثبت المطالبة ولا مطالبة على الناظر فيما لم يصل إليه من مال الوقف الذى قيدت الحوالة به (قوله انتهى) أى كلام البحر ، وقوله : ومقتضاه الخ من كلام النهر أيضا فافهم (قوله وعندى فيه تردد) نقله الحموى وأقره ويؤيد الصحة ما ذكروه فى المغنم أنه يورث عنه لتأكد ملكه فيه ، وقد وجد الجامع للقياس فيها وفى الوديعة ط (قوله وبرئ المحيل من الدين الخ) أى براءة مؤقتة بعدم التوى وفائدة براءته أنه لو مات لا يأخذ المحتال الدين من تركته ، ولكنه يأخذ كفيلا من ورثته أو من الغرماء مخافة أن يتوى حقه كذا فى شرح المجمع ط ومقتضى البراءة أن المشترى لو أحال البائع على آخر بالثمن لا يحبس المبيع ، وكذا لو أحال الراهن المرتهن بالدين لا يحبس الرهن ولو أحالها بصداقها لم تحبس نفسها بخلاف العكس أى أحالة البائع غريمه على المشترى بالثمن أو المرتهن غريمه على الراهن أو المرأة على الزوج والمذكور فى الزيادات عكس هذا ، وهو أن البائع والمرتهن إذا أحالا سقط حقهما فى الحبس ، ولو أحيلا لم يسقط وتمامه فى البحر .

قلت : ووجهه ظاهر وهو أن البائع والمرتهن إذا أحالا غريما لهما على المشترى أو الراهن سقطت مطالبتهما فيسقط حقهما فى الحبس ، بخلاف ما لو أحيلا فإن مطالبتهما باقية كما أوضحه الزيلعى .

قال فى البحر : وفى قوله برئ المحيل إشارة إلى براءة كفيله فإذا أحال الأصيل الطالب برئ كذا فى المحيط اه وقوله : والمطالبة جميعا دخل فيه ما لو أحال المكفول له ونص على براءته فإنه يبرأ عن المطالبة وإن أطلق الحوالة برئ الأصيل أيضا نهر وفى حاشية البحر للرملى يؤخذ من براءة المحيل أن الكفيل لو أحال المكفول له على المديون بالدين المكفول به وقبله برئ وهى واقعة الفتوى اه وأطال فى الاستشهاد له (قوله بالقبول من المحتال) اقتصر عليه تبعا للبحر وزاد فى النهر والمحتال عليه وهو مخالف لما قدمه من أن الشرط قبول المحتال أو نائبه ورضا الباقيين وأفاد أنه لايلزم قبض المحتال فى المجلس إلا إذا كان صرفا بأن كان دينه ذهبا فأحال عنه بفضة جاز إن قبل الغريم ناقدا فى مجلس المحيل والمحتال وتمامه فى البحر عن تلخيص الجامع (قوله ولا يرجع المحتال على المحيل الخ) هذا

إلا بالتوى) بالقصر وبمد هلاك المال لأن براءته مقيدة بسلامة حقه وقيده فى البحر بأن لا يكون المحيل هو المحتال عليه ثانيا (وهو) بأحد أمرين (أن يجحد) المحال عليه (الحوالة ويحلف ولا بينة له) أى لمحتال ومحيل (أو يموت) المحال عليه (مفلسا) بغير عين ودين وكفيل

إذا لم يشترط الخيار للمحال أو لم يفسخها المحيل والمحتال أما إذا جعل للمحال الخيار أو أحاله على أن له أن يرجع على أيهما شاء صح بزازية ، وكذا إذا فسخت رجع المحتال على المحيل بدينه ، ولذا قال فى البدائع إن حكمها ينتهى بفسخها وبالتوى وفى البزازية ، والمحيل والمحتال يملكان النقض فيبرأ المحتال عليه . وفى الذخيرة إذا أحال المديون الطالب على رجل بألف أو بجميع حقه وقبل منه ، ثم أحاله أيضا بجميع حقه على آخر ، وقبل منه صار الثانى نقضا للأول وبرئ الأول اهـ بحر :

قلت : وكذا تبطل لو أحال البائع على المشترى بالثمن ، ثم استحق المبيع أو ظهر أنه حر لا لو رد بعيب ولو بقضاء وكذلك لو مات العبد قبل القبض وإذا مات المحال عليه مديونا قسم ماله بين الغرماء وبين المحال بالحصص وما بقى له يرجع به على المحيل وإن مات المحيل مديونا فما قبض المحتال فى حياته فهو له وما لم يقبضه فهو بينه وبين الغرماء اهـ ملخصا من كافى الحاكم (قوله إلا بالتوى) وزان حصى وقد يمد مصباح يقال توى المال بالكسر يتوى توى وأتواه غيره بحر عن الصحاح (قوله هلاك المال) هذا معناه اللغوى ومعناه الاصطلاحى ماذكره المصنف بحر (قوله لأن براءته) أى براءة المحيل من الدين مقيدة بسلامة حقه أى حق المحتال ، واختلف المشايخ فى كيفية عود الدين فقيل بفسخ الحوالة أى يفسخها المحتال كالمشترى إذا وجد بالمبيع عيبا ، وقيل تنفسخ كالمبيع إذا هلك قبل القبض ، وقيل فى الموت تنفسخ وفى الجحود لا تنفسخ ولم أر أن فسخ المحتال ، هل يحتاج إلى الترافع عند القاضى ، وظاهر التشبيه بالمشترى إذا وجد عيبا أنه يحتاج نعم على أنها تنفسخ لا يحتاج فتدبره نهر ؛

قلت : المشترى يستقل بالفسخ بخيار العيب بدون الترافع عند القاضى وإنما الترافع شرط لرد البائع على بائعه بذلك العيب (قوله وقيده فى البحر الخ) وقال لما فى الذخيرة : رجل أحال رجلا له عليه دين على رجل ، ثم إن المحتال عليه أحاله على الذى عليه الأصل برىء المحتال عليه الأول فإن توى المال على الذى عليه الأصل لا يعود إلى المحتال عليه الأول اهـ (قوله وبأحد أمرين الخ) الضمير راجع للتوى وهذا فى الحوالة المطلقة أما المقيدة بوديعة فيثبت له الرجوع بهلاكها كما يأتى (قوله أى لمحتال ومحيل) فقوله له أى لكل منهما كما فى الفتح (قوله مفلسا) بالتخفيف يقال أفلس الرجل إذا صار ذا فلس بعد أن كان ذا دراهم ودنانير فاستعمل مكان افتقر اهـ كفاية ونهر عن طلبة الطلبة للعلامة عمر النسفى (قوله بغير عين) الأوضح أن يقول بأن لم يترك عينا الخ أى عينا تفى بالمحال به وكذا يقال فى الدين ، ولا بد فى الكفيل أن يكون كفيلا بجميعه فلو كفل البعض فقد توى الباقى كما لا يخفى ط ، وكذا لو ترك ما يفى بالبعض فقد توى الباقى وكذا لو مات مديونا وقسم ماله بالحصص كما قدمناه آنفا (قوله ودين) المراد به ما يمكن أن يثبت فى الذمة بقرينة مقابلته بالعين ، فيشمل النقود والمكيل والموزون وفى الهندية عن المحيط لو كان القاضى يعلم أن للميت دينا على مفلس ، فعلى قول الإمام لا يقضى ببطلان الحوالة اهـ أى لأن الإفلاس ليس بتوى عنده لا حتمال أن يحدث له مال ، فيكون المحال عليه قد ترك مالا حكما وهو ما على مديونه المفلس (قوله وكفيل) فوجود الكفيل يمنع موته مفلسا على ما فى الزيادات وفى الخلاصة لا يمنع بحر وتبعه فى المنح لكنى لم أر فى الخلاصة ما عزاه إليها ، بل اقتصر فيها على نقل عبارة الزيادات نعم قال فيها ولو مات المحتال عليه ولم يترك شيئا وقد أعطى كفيلا بالمال ثم أبرأ صاحب المال الكفيل منه له أن يرجع على الأصيل اهـ وهذه مسألة أخرى

وقالا بهما وبأن فلسه الحاكم (ولو اختلفا فيه) أي في موته مفلسا وكذا في موته قبل الأداء أو بعده (فالقول للمحتال مع يمينه على العلم) لتمسكه بالأصل وهو العسرة زيلعي وقيل القول للمحيل بيمينه فتح (طالب المحتال عليه المحيل بما) أي بمثل ما (أحال) به مدعيا قضاء دينه بأمره (فقال المحيل) إنما (أحلت بدين) ثابت (لي عليك) لم يقبل قوله بل (ضمن) المحيل (مثل الدين) للمحتال عليه لإنكاره وقبول الحوالة ليس إقرارا بالدين لصحتها بدونه (وإن قال المحيل للمحتال أحلتك) على فلان بمعنى وكلتك (لتقبضه لي فقال المحتال) بل (أحلتني بدين لي عليك فالقول للمحيل) لأنه منكر ولفظ الحوالة يستعمل في الوكالة

وقد جزم في الفتح وغيره بما في الزيادات بلا حكاية خلاف .

[تنبيه] في البحر عن البزازية وإن لم يكن به كفيل ، ولكن تبرع رجل ورهن به رهنا ثم مات المحال عليه مفلسا عاد الدين إلى ذمة المحيل ولو كان مسلطا على البيع فباعه ولم يقبض الثمن حتى مات المحال عليه مفلسا بطلت الحوالة والثمن لصاحب الرهن اه وفي حكم التبرع بالرهن مالو استعار المطلوب شيئا ورهنه عند الطالب ثم مات مفلسا شرنبلالية عن الخانية (قوله وقالا بهما) أي بالجحد والموت مفلسا (قوله وبان فلسه الحاكم) أي في حياته يقال فلسه القاضي إذا قضى بإفلاسه حين ظهر له حاله كفاية عن الطلبة ، وهذا بناء على أن تفليس القاضي يصح عندهما ، وعنده لا يصح لأنه يتوهم ارتفاعه بحدوث مال له فلا يعود بتفليس القاضي على المحيل فتح وتعذر الاستيفاء لا يوجب الرجوع ألا ترى أنه لو تعذر بغيبة المحتال عليه لا يرجع على المحيل ، بخلاف موته مفلسا لخراب الذمة ، فيثبت الفتوى وتمامه في الكفاية وظاهر كلامهم متونا وشروحا تصحيح قول الإمام ، ونقل تصحيح العلامة قاسم ولم أر من صحح قولهما نعم صححوه في صحة الحجر على السفيه صيانة لما له كما سيأتي في بابه (قوله ولو اختلفا فيه) بأن قال المحتال مات المحتال عليه بلا تركة وقال المحيل عن تركة بزازية (قوله وكذا في موته قبل الأداء أو بعده) الأولى وبعده بالواو كما في بعض النسخ ، لأن الاختلاف فيهما لا في أحدهما (قوله على العلم) أي نفي العلم بأن يحلف أنه لا يعلم يساره ط وهذا في مسألة المتن أما في الاختلاف في الموت قبل الأداء أو بعد فإنه يحلف على البتات لكونه على فعل نفسه وهو القبض أفاده ح (قوله وهو العسرة) أي في المسألة الأولى وعدم الأداء في الثانية (قوله وقيل القول للمحيل بيمينه) لإنكاره عود الدين فتح (قوله طالب المحتال عليه المحيل الخ) أي بعدما دفع المحال به إلى المحتال ولو حكما بأن وهبه المحتال من المحال عليه ، لأنه قبل الدفع إليه لا يطالبه إلا إذا طولب ، ولا يلازمه إلا إذا لوزم وتمامه في البحر (قوله بأمره) قيد به لأنه لو قضاه بغير أمره يكون متبرعا ولو لم يدع المحيل ما ذكر ط (قوله مثل الدين) إنما لم يقل بما أداه ، لأنه لو كان المحال به دراهم فأدى دنانير أو عكسه صرفا رجع بالمحال به وكذا إذا أعطاه عرضا وإن أعطاه زيوفا بدل الجياد رجع بالجياد وكذا لو صالحه بشيء رجع بالمحال به إلا إذا صالحه عن جنس الدين بأقل فإنه يرجع بقدر المؤدى بخلاف المأمور بقضاء الدين ، فإنه يرجع بما أدى إلا إذا أدى أجود أو جنسا آخر بحر (قوله لإنكاره) قال في البحر لأن سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بأمره إلا أن المحيل يدعي عليه دينا وهو ينكر والقول للمنكر اه (قوله فقال المحتال) فيه إيماء إلى أنه حاضر فلو كان غائبا وأراد المحيل قبض ما على المحال عليه قائلا إنما وكلته بقبضه قال أبو يوسف لا أصدقه ، ولا أقبل بينته وقال محمد يقبل قوله كما في الخانية ولو ادعى المحال أن المحال به ثمن متاع كان المحيل وكيلا في بيعه وأنكر المحيل ذلك فالقول له أيضا نهر (قوله فالقول للمحيل) فيؤمر المحتال برد ما أخذه إلى المحيل لأن المحيل ينكر أن عليه شيئا والقول للمنكر ولا تكون الحوالة إقرارا من المحيل بالدين للمحتال على المحيل ، لأنها مستعملة للوكالة أيضا ابن كمال (قوله يستعمل في الوكالة) أي مجازا ومنه قول محمد إذا امتنع المضارب عن تقاضي الدين لعدم الربح يقال له أحل رب

(أحاله بماله عند زيد) حال كونه (وديعة) بأن أودع رجلا ألفا ثم أحال بها غريمه (صحت فإن هلكت) الوديعة (برئ) المودع وعاد الدين على المحيل لأن الحوالة مقيدة بها بخلاف المقيدة بالمغصوب فإنه لايبرأ لأن مثله يخلفه وتصح أيضا بدين خاص فصارت الحوالة المقيدة ثلاثة أقسام وحكمها أن لايملك المحيل مطالبة المحتال عليه ولا المحتال عليه دفعها للمحيل مع أن المحتال أسوة لغرماء المحيل بعد موته

الدين أي وكله نهر ولكن لما كان فيه نوع مخالفة للظاهر صدق مع يمينه كما في المنح .

وأفاد في البحر عن السراج أن المحيل لا يملك إبطال هذه الحوالة لأنها صحت محتملة أن تكون بمال هو دين عليه وأن تكون توكيلا فلا يجوز إبطالها بالاحتمال اهـ (قوله بماله) الأظهر أن ما موصولة أو موصوفة واللام جارة ويحتمل أنها كلمة واحدة مجرورة بكسرة اللام (قوله وديعة) المراد بها الأمانة كما عبر به في الفتح وغيره قال ط : فيعم العارية والموهوب إذا تراضيا على رده أو قضى القاضي به والعين المستأجرة إذا انقضت مدة الإجارة (قوله صحت) لأنه أقدر على القضاء لتيسر مايقضى به وحضوره بخلاف الدين فتح (قوله فإن هلكت الوديعة) قيد بهلاك الوديعة لأن الحوالة لو كانت مقيدة بدين ثم ارتفع ذلك الدين لم تبطل على تفصيل فيه بحر ويأتي بعضه (قوله برئ المودع) ويثبت الهلاك بقوله نهر واستحقاق الوديعة مبطل للحوالة كهلاكها كما في الخانية ولو لم يعط المحال عليه الوديعة وإنما قضى من ماله كان متطوعا قياسا لا استحسانا كذا في المحيط وفي التتارخانية لو وهب المحتال الوديعة من المحال عليه صح التمليك لأنه لما كان له حق أن يتملكها كان له حق أن يملكها بحر (قوله وعاد الدين على المحيل) لأنه توى حقه وأما ما سبق من أن التوى بوجهين عنده وثلاثة أوجه عندهما ففي الحوالة المطلقة فلا يرد شيء بهذا الوجه الرابع يعقوبية (قوله لأن مثله يخلفه) أراد بالمثل البدل ليشمل القيمي .

قال في الفتح : فإذا هلك المغصوب المحال به لا تبطل الحوالة ولا يبرأ المحال عليه لأن الواجب على الغاصب رد العين فإن عجز رد المثل أو القيمة فإذا هلك في يد الغاصب المحال عليه لا يبرأ لأن له خلفا والفوات إلى خلف كلا فوات ، فبقيت متعلقة بخلفه فيرد خلفه على المحتال اهـ فلو استحق المغصوب بطلت لعدم ما يخلفه كما في الدرر (قوله وتصح أيضا بدين خاص) بأن يحيله بدينه الذي له على فلان المحال عليه فتح وفي الخلاصة عن التجريد لو كان للمحيل على المحتال عليه دين فأحال به مطلقا ولم يشترط في الحوالة أن يعطيه مما عليه فالحوالة جائزة ودين المحيل بحاله وله أن يطالبه به اهـ ومثله في البزازية ومقتضاه أنها لا تكون مقيدة ما لم ينص على الدين (قوله ثلاثة أقسام) أي مقيدة بعين أمانة أو مغصوبة أو بدين خاص (قوله وحكمها الخ) أي حكم المقيدة في هذه الأقسام الثلاثة أن لايملك المحيل مطالبة المحال عليه بذلك العين ، ولا بذلك الدين ، لأن الحوالة لما قيدت بها تعلق حق الطالب به ، وهو استيفاء دينه منه على مثال الرهن وأخذ المحيل يبطل هذا الحق فلا يجوز فلو دفع المحال عليه العين أو الدين إلى المحيل ضمنه للطالب ، لأنه استهلك ما تعلق به حق المحتال كما إذا استهلك الرهن أحد يضمنه للمرتهن لأنه يستحقه فتح (قوله مع أن المحتال الخ) يعني أن هذه الأموال إذا تعلق بها حق المحتال كان ينبغي أن لا يكون المحتال أسوة لغرماء المحيل بعد موته كما في الرهن مع أنه أسوة لهم ، لأن العين التي بيد المحتال عليه للمحيل والدين الذي له عليه لم يصر مملوكا للمحتال بعقد الحوالة لا يدا وهو ظاهر ولا رقبة لأن الحوالة ما وضعت للتمليك ، بل للنقل فيكون بين الغرماء ، وأما المرتهن فملك المرهون يدا وحبسا ، فيثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعا لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره أن يشاركه فيه اهـ درر.

قال في البحر : وإذا قسم الدين بين غرماء المحيل لا يرجع المحتال على المحال عليه بحصة الغرماء لاستحقاق الدين الذي كان عليه ولو مات المحيل ، وله ورثة لا غرماء استظهر في البحر ، وأقره من بعده أن الدين المحال به

بخلاف الحوالة المطلقة كما بسطه خسرو وغيره .

(باع بشرط أن يحيل على المشترى بالثمن غريما له) أى للبائع (بطل ولو باع بشرط أن يحال بالثمن صح) لأنه شرط ملائم كشرط الجودة بخلاف الأول .

قبل قبض المحتال يقسم بين الورثة بمعنى أن لهم المطالبة به دون المحتال فيضم إلى تركته اه وحينئذ فيتبع المحتال التركة ط .

[تنبيه] ماذكر من القسمة وكون المحتال أسوة الغرماء فى الحوالة المقيدة يعلم منه بالأولى أن الحوالة المطلقة كذلك لما صرح به فى الخلاصة والبزازية ، وصرح فى الحاوى ببطلان الحوالة بموت المحال عليه ، وقدمنا عن الكافى أن مابقى للمحتال بعد القسمة يرجع به على المحيل ، وأنه لو مات المحيل مديونا فما قبضه المحتال فهو له ومابقى يقسم بينه وبين الغرماء (قوله بخلاف الحوالة المطلقة) أى فيملك المحيل المطالبة قال فى الفتح : هذا متصل بقوله لايملك المحيل مطالبة المحتال عليه بالعين المحال به والدين ، والمطلقة هى أن يقول المحيل للطالب أحلتك بالألف التى لك على هذا الرجل ولم يقل ليؤديها من المال الذى عليه ، فلو له عنده وديعة أو مغصوبة أو دين كان له أن يطالبه به لأنه لاتعلق للمحتال بذلك الدين أو العين لوقعها مطلقة عنه ، بل بذمة المحتال عليه وفى الذمة سعة فيأخذ دينه أو عينه من المحتال عليه لاتبطل الحوالة ، ومن المطلقة أن يحيل على رجل ليس له عنده ولا عليه شىء وقال فى الجوهرة : والفرق بين المطلقة والمقيدة أنه فى المقيدة انقطعت مطالبة المحيل من المحال عليه ، فإن بطل الدين فى المقيدة وتبين براءة المحال عليه من الدين الذى قيدت به الحوالة بطلت ، مثل أن يحيل البائع رجلا على المشترى بالثمن ، ثم استحق المبيع أو ظهر حرا فتبطل وللمحال الرجوع على المحيل بدينه ، وكذا لو قيد بوديعة ، فهلكت عند المودع ، وأما إذا سقط الدين الذى قيدت به الحوالة بأمر عارض ولم تتبين براءة الأصيل منه ، فلا تبطل مثل أن يحتال بألف من ثمن مبيع ، فهلك المبيع عنده قبل تسليمه للمشترى سقط الثمن عن المشترى ، ولا تبطل الحوالة ولكنه إذا أدى رجع على المحيل بماأدى لأنه قضى دينه بأمره ، وأما إذا كانت مطلقة فإنها لاتبطل بحال من الأحوال ، ولا تنقطع فيها مطالبة المحيل عن المحال عليه إلى أن يؤدى فإذا أدى سقط ماعليه قصاصا ، ولو تبين براءة المحال عليه من دين المحيل لاتبطل أيضا ولو أن المحال أبرأ المحال عليه من الدين صح ، وإن لم يقبل المحال عليه ، ولا يرجع المحال عليه على المحيل بشىء لأن البراءة إسقاط لا تمليك وإن وهبه له احتاج إلى القبول ، وله أن يرجع على المحيل لأنه ملك مافى ذمته بالهبة فصار كما لو ملكه بالأداء وكذا لو مات المحيل فورثه المحال عليه له أن يرجع على المحيل لأنه ملكه بالإرث ، وتمام الكلام فيها قال فى البحر وقد وقعت حادثة الفتوى فى المديون إذا باع شيئا من دائنه بمثل الدين ، ثم أحال عليه بنظير الثمن أو بالثمن فهل يصح أم لا : فأجبت إذا وقع بنظيره صحت لأنها لم تقيد بالثمن ولا يشترط لصحتها دين على المحال عليه وإن وقعت بالثمن فهى مقيدة بالدين ، وهو مستحق للمحال عليه لوقوع المقاصة بنفس الشراء وقدمنا أن الدين إذا استحق للغير فإنها تبطل والله سبحانه وتعالى أعلم اه أى لأن الدين لم يسقط بأمر عارض بعد الحوالة بل تبين براءة المحال عليه منه بأمر سابق (قوله بطل) أى البيع أى فسد لأنه شرط لايقتضيه العقد وفيه نفع للبائع درر ، أى وبطلت الحوالة التى فى ضمنه ط قلت ووجه النفع أن فيه دفع مطالبة غريمه له وتسليطه على المشترى (قوله لأنه شرط ملائم) لأنه يؤكد موجب العقد إذ الحوالة فى العادة تكون على الملىء والأحسن قضاء فصار كشرط الجودة درر .

قلت : وحاصله أن فى هذا الشرط تعجيل اقتضائه الثمن فى زعم البائع (قوله بخلاف الأول) لأن المطلوب

(أدى المال فى الحوالة الفاسدة فهو بالخيار إن شاء رجع على) المحتال (القابض وإن شاء رجع على المحيل) وكذا فى كل موضع ورد الاستحقاق بزازية وفيها ومن صور فساد الحوالة مالو شرط فيها الإعطاء من ثمن دار المحيل مثلا لعجزه عن الوفاء بالملتزم نعم لو أجاز جاز كما لو قبلها المحتال عليه بشرط الإعطاء من ثمن داره ولكن لايجبر على البيع ولو باع يجبر على الأداء (ولا يصح تأجيل عقدها) فلو قال ضمنت بمالك على فلان على أن أحيلك به على فلان إلى شهر انصرف التأجيل إلى الدين لأنه لايصح تأجيل عقد الحوالة بحر عن المحيط

بالثمن قبل الحوالة وبعدها واحد وهو المشترى (قوله فى الحوالة الفاسدة) كالصور الآتية (قوله فهو) أى المؤدى وهو المحال عليه (قوله وكذا فى كل موضع ورد الاستحقاق) أى استحقاق المبيع الذى أحيل بثمنه قال فى الخلاصة والبزازية: وعلى هذا إذا باع الآجر المستأجر، وأحال المستأجر على المشترى، ثم استحق المبيع من يد المشترى وهو قد أدى الثمن إلى المستأجر إن شاء رجع بالثمن على المؤجر المحيل وإن شاء رجع على المستأجر القابض اهـ. (قوله ما لو شرط فيها الأعطاء الخ) صادق بما إذا وقع الشرط بين المحيل والمحال أو بين الثلاثة عليه فافهم وهى من قسم الحوالة المقيدة (قوله مثلا) أدخل به الأجنبى للعلة المذكورة ط (قوله لعجزه عن الوفاء) علة للفساد لأنه شرط غير ملائم (قوله نعم لو أجاز) أى المحيل بيع داره بأن أمره بالبيع فحينئذ يصح لوجود القدرة على البيع والأداء كما فى الدرر وقد ذكر فى البزازية المسألة بدون هذا الاستدراك ثم قال بعد نحو صفحة مانصه، وفى الظهيرية احتال على أن يؤديه من ثمن دار المحيل، وقد كان أمره بذلك حتى جازت الحوالة لا يجبر المحتال عليه على الأداء قبل البيع ويجبر على البيع إن كان البيع مشروطا فى الحوالة كما فى الرهن وإنما أعدنا المسألة لأنه توفيق بين الروايات المختلفة اهـ ومفاده أنه يجبر فى بعض الروايات وفى بعضها لايجبر والتوفيق أنه إن قبل المحال عليه الحوالة من المحيل بشرط بيع دار المحيل، ليؤدى المال من ثمنها صحت الحوالة والشرط كما لو شرط المرتهن بيع الرهن إذا لم يؤد الراهن المال فإنه يصح ولا يملك الرجوع عن ذلك (قوله كما لو قبلها الخ) وجه الجواز أن المحال عليه قادر على الوفاء بما التزم (قوله ولكن لا يجبر على البيع) لعدم وجوب الأداء قبل البيع درر.

وعبارة البزازية أولا يجبر على بيع داره كما إذا كان قبولها بشرط الاعطاء عند الحصاد لا يجبر على الإعطاء قبل الأجل اهـ (قوله ولو باع يجبر على الأداء) لتحقق الوجوب درر (قوله على أن أحيلك به على فلان) فإن أحاله وقبل جاز وإن لم يقبل برىء الكفيل عن الضمان، وإن لم يقبل فلان فالكفيل على ضمانه، وإن مات فلان لم يطالب بالمال حتى يمضى شهر هذا حاصل مافى البحر عن المحيط ووجه قوله لم يطالب الخ أنه بموت فلان لم تبق الحوالة ممكنة، وقد رضى الطالب بتأخير المطالبة إلى شهر فبقى الأجل للكفيل، فلا يطالب قبله وكذا يقال فيما إذا لم يقبل فلان هذا ما ظهر لى.

مطلب فى تأجيل الحوالة

(قوله انصرف التأجيل إلى الدين الخ) أى فلا يطالب فلان إلا بعد الشهر ولو انصرف التأجيل إلى العقد يصير المعنى على أن أحيلك حوالة مقيدة بشهر، وذلك لايصح لأنه ينافى انتقال الدين إلى ذمة المحال عليه تأمل.

[تنبيه] قال فى الفتح تنقسم الحوالة المطلقة إلى حالة ومؤجلة فالحالة أن يحيل الطالب بألف هى على المحيل حالة فتكون على المحتال عليه حالة لأن الحوالة لتحويل الدين فيتحول بصفته التى على الأصيل والمؤجلة أن تكون الألف إلى سنه فاحال بها إلى سنة ولو أبهمها لم يذكره محمد وقالوا ينبغى أن تثبت مؤجلة كما فى الكفالة فلو مات

(وكرهت السفتجة) بضم السين وتفتح وفتح التاء وهى إقراض لسقوط خطر الطريق فكأنه أحال الخطر المتوقع على المستقرض فكان فى معنى الحوالة وقالوا إذا لم تكن المنفعة مشروطة ولا متعارفة فلا بأس :
[فرع] فى النهر والبحر عن صرف البزازية ولو أن المستقرض وهب منه الزائد لم يجز لأنه مشاع يحتمل القسمة
(ولو توكل المحيل على المحتال بقبض دين الحوالة

المحيل بقى الأجل لا لو مات المحال عليه لاستغنائه عن الأجل بموته فإن لم يترك وفاء رجع الطالب على المحيل إلى أجله لأن الأجل سقط حكما للحوالة ، وقد انتقضت بالتوى فينتقض ما فى ضمنها كما لو باع المديون بدين مؤجل عبدا من الطالب ثم استحق العبد عاد الأجل اه ملخصا وقدمنا قريبا عن البزازية لو قبلها إلى الحصاد لا يجبر على الإعطاء قبله فأفاد صحة التأجيل مع الجهالة القريبة وقدمنا التصريح به فى كتاب الكفالة وشمل التأجيل القرض فيصح هنا ففى كافى الحاكم ما حاصله لو كان لزيد على عمرو ألف قرض ولعمرو على بكر ألف قرض فأحال عمرو زيدا بالألف على بكر إلى سنة جاز وليس لعمرو أن يأخذ بكرا بها وإن أبرأه منها أو وهبها له لم يجز اه :

مطلب فى السفتجة وهى البوليصة

(قوله وكرهت السفتجة) واحد السفاتج فارسى معرب أصله سفته وهو الشىء المحكم سمى هذا القرض به لاحكام أمره كما فى الفتح وغيره (قوله بضم السين) أى وسكون الفاء كما فى ط عن الوالى (قوله وهى إقراض الخ) وصورتها أن يدفع إلى تاجر مالا قرضا ليدفعه إلى صديقه ، وإنما يدفعه قرضا لا أمانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق وقيل هى أن يقرض إنسانا ليقضيه المستقرض فى بلد يريده المقرض ليستفيد به سقوط خطر الطريق كفاية (قوله فكأنه أحال الخ) بيان لمناسبة المسألة بكتاب الحوالة اه ح وفى نظم الكنز لابن الفصيح :

وكرهت سفاتج الطريق وهى إحالة على التحقيق

قال شارحه المقدسى لأنه يحيل صديقه عليه أو من يكتب إليه (قوله وقالوا الخ) قال فى النهر : وإطلاق المصنف يفيد إناطة(١) الكراهة بجر النفع سواء كان ذلك مشروطا أو لا قال الزيلعى وقيل إذا لم تكن المنفعة مشروطة فلا بأس به اه وجزم بهذا القيل فى الصغرى والواقعات الحسامية والكفالة للبيهقى وعلى ذلك جرى فى صرف البزازية اه وظاهر الفتح اعتماده أيضا حيث قال : وفى الفتاوى الصغرى وغيرها إن كان السفتج مشروطا فى القرض فهو حرام والقرض بهذا الشرط فاسد وإلا جاز .
وصورة الشرط كما فى الواقعات : رجل أقرض رجلا مالا على أن يكتب له بها إلى بلد كذا فإنه لا يجوز وإن أقرضه بلا شرط وكتب جاز ، وكذا لو قال اكتب لى سفتجة إلى موضع كذا على أن أعطيك هنا فلا خير فيه وروى عن ابن عباس ذلك ، ألا ترى أنه لو قضاه أحسن مما عليه لا يكره إذا لم يكن مشروطا قالوا إنما يحل ذلك عند عدم الشرط إذا لم يكن فيه عرف ظاهر فإن كان يعرف أن ذلك يفعل كذلك فلا اه (قوله فرع الخ) ذكره استطرادا لعم ذكر فى البحر والنهر عن البزازية ماله مناسبة هنا،
وحاصله : أن المستقرض لو قضى أجود مما استقرض يحل بلا شرط ، ولو قضى أزيد فيه تفصيل الخ وقدمنا فى فصل القرض عن الخانية أن الزيادة إذا كانت تجرى بين الوزنين ، أى بأن كانت تظهر فى ميزان دون ميزان جاز كالدانق فى المائة بخلاف قدر درهم ، وإن لم تجر فإن لم يعلم صاحبها بها ترد عليه، وإن علم وأعطاها اختيارا ،

---

(١) قوله (إناطة) صوابه : نوط لأن فعله ثلاثى من باب قال كما فى المصباح اه مصححه .

لم يصح) ولو شرط المحتال الضمان على المحيل صح ويطالب أيا شاء لأن الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة خانية وفيها عن الثانى لو غاب المحال عليه ثم جاء المحال وادعى جحوده المال لم يصدق وإن برهن لأن المشهود عليه غائب فلو حاضرا وجحد الحوالة ولا بينة كان القول له وجعل جحوده فسخا ؛

[فرع] الأب أو الوصى إذا احتال بمال اليتيم فإن كان خيرا لليتيم بأن كان الثانى أملأ صح سراجية وإلا لم يجز كما فى مضاربة الجوهرة ؛

قلت : ومفادهما عدم الجواز لو تساويا أو تقاربا وبه جزم فى الخانية والوجه له لأنه حينئذ اشتغال بما لا تفيد والعقود إنما شرعت للفائدة ؛

كتاب القضاء

لما كان أكثر المنازعات يقع فى الديون والبياعات أعقبها بما يقطعها (هو) بالمد والقصر لغة الحكم

فلو كانت الدراهم لا يضرها التبعيض لا تجوز ؛ لأنها هبة المشاع فيما يحتمل القسمة ، ولو يضرها جاز وتكون هبة المشاع فيما يقسم اه وعليه فلو قضاه مثل قرضه ثم زاده درهما مفروزا أو أكثر جاز إن لم يكن مشروطا وقدمنا هناك عن خواهر زاده أن المنفعة فى القرض إذا كانت غير مشروطة تجوز بلا خلاف (قوله لم يصح) لكون المحيل يعمل لنفسه ليستفيد الإبراء المؤبد بحر عند قوله هى نقل الدين ط وإذا لم تصح لا يجبر المحال عليه على الدفع إليه (قوله لأن الحوالة الخ) كما أن الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة كما فى الهداية والملتقى (قوله ولا بينة) أى وحنف الجاحد ط (قوله وجعل جحوده فسخا) هى مسألة توى الدين السابقة فى المتن ومر أن الرجوع إنما هو لأن براءة المحيل مشروطة بسلامة حق المحال ط (قوله وإلا لم يجز) لأن تصرفهما مقيد بشرط النظر قال فى كافى الحاكم ومنه مالو احتال إلى أجل وكذا الوكيل إذا لم يفوض إليه الموكل ذلك اه قال فى البحر عن المحيط لكونه إبراء مؤقتا فيعتبر بالإبراء المؤبد وهذا إذا كان دينا ورثه الصغير وإن وجب بعقدهما جاز التأجيل عندهما خلافا لأبى يوسف اه (قوله قلت ومفادهما) أى مفاد ما فى السراجية وما فى الجوهرة وهذا أحد قولين حكاهما المصنف عن الذخيرة ثم رجح ما فى الخانية بما ذكره الشارح والله تعالى أعلم .

كتاب القضاء

ترجم له فى الهداية بأدب القاضى والأدب الخصال الحميدة فذكر ما ينبغى للقاضى أن يفعله ويكون عليه وهو فى الأصل من الأدب بسكون الدال وهو الجمع والدعاء ، وهو أن تجمع الناس ، وتدعوهم إلى طعامك يقال أدب يأدب كضرب يضرب إذا دعا إلى طعامه سميت به الخصال الحميدة لأنها تدعو إلى الخير وتمامه فى الفتح (قوله لما كان الخ) كذا فى العناية والفتح ، وهو صريح فى أن المراد بالقضاء الحكم ، وحينئذ فكان ينبغى إيراده عقب الدعوى وأيضا كان ينبغى بيان وجه التأخير عما قبله كذا قيل ويمكن أن يقال : أرادوا بيان من يصلح للقضاء أى الحكم لتصح الدعوى عنده ، فلا جرم أن ذكر قبلها ولا خفاء أن وجه التأخير عما قبله مستفاد من أن أكثر المنازعات فى الديون والحوالة المطلقة مختصة بها فذكر بعدها نهر (قوله لغة الحكم) وأصله قضاى لأنه من قضيت إلا أن الياء لما جاءت بعد الألف همزت ، والجمع الأقضية — وقضى ربك أن لا تعبدوا إلا إياه — أى حكم وقد يكون بمعنى الفراغ تقول : قضيت حاجتى وضربه فقضى عليه أى قتله وقضى نحبه مات وبمعنى الأداء والإنهاء ومنه قوله

وشرعا (فصل الخصومات وقطع المنازعات) وقيل غير ذلك كما بسط فى المطولات وأركانه ستة على مانظمه ابن الغرس بقوله :

أطراف كل قضية حكمية ست يلوح بعدها التحقيق حكم

تعالى - وقضينا إليه ذلك الأمر - وبمعنى الصنع والتقدير ومنه قوله تعالى - فقضاهن سبع سموات - ومنه القضاء والقدر بحر ملخصا عن الصحاح (قوله وشرعا فصل الخصومات الخ) عزاه فى البحر إلى المحيط ولا بد أن يزاد فيه على وجه خاص ، وإلا دخل فيه نحو الصلح بين الخصمين (قوله وقيل غير ذلك) منه قول العلامة قاسم إنه إنشاء إلزام فى مسائل الاجتهاد المتقاربة فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا ، فخرج القضاء على خلاف الإجماع وما ليس بحادثة ، وماكان من العبادات ومنه قول العلامة ابن الغرس أنه الإلزام فى الظاهر على صيغة مختصة بأمر ظن لزومه فى الواقع شرعا قال : فالمراد بالزام التقرير التام ، وفى الظاهر فصل احترز به عن الإلزام فى نفس الأمر ، لأنه راجع إلى خطاب الله تعالى وعلى صيغة مختصة أى الشرعية كألزمت وقضيت وحكمت وأنفذت عليك القضاء وبأمر ظن لزومه الخ فصل عن الجور ، والتشهى ، ومعنى فى الظاهر أى الصورة الظاهرة إشارة إلى أن القضاء مظهر فى التحقيق للأمر الشرعى ، لامثبت خلافا لما يتوهم من أنه مثبت أخذا من قول الإمام بنفوذه ظاهرا وباطنا فى العقود والفسوخ بشهادة الزور ، لأن الأمر الشرعى فى مثله ثابت تقديرا والقضاء يقرره فى الظاهر ولم يثبت أمرا لم يكن لأن الشرع قد يعتبر المعدوم موجودا أو الموجود معدوما كوجود الدخول حكما فى إلحاق نسب ولد المشرقية بالمغربى فأجرى الممكن مجرى الواقع لئلا يهلك الولد بانتفاء نسبه مع وجود العقد المفضى إلى ثبوته اه ملخصا وتمامه فى رسالته (قوله وأركانه ستة الخ) فيه نظر لأن المراد بالقضاء الحكم كما مر ، والحكم أحد الستة المذكورة فيلزم أن يكون ركنا لنفسه فالمناسب ما فى البحر من أن ركنه ما يدل عليه من قول أو فعل ويأتى بيانه (قوله على ما نظمه) أى من بحر الكامل ونصف البيت الثانى الحاء من محكوم ط (قوله ابن الغرس) بالغين المعجمة هو العلامة أبو اليسر بدر الدين محمد الشهير بابن الغرس له شرح على البيتين المذكورين وهو الرسالة المشهورة المسماة الفواكه البدرية فى البحث عن أطراف القضايا الحكمية وله الشرح المشهور على شرح العقائد النسفية للتفتازانى (قوله أطراف كل قضية حكمية) الأطراف جمع طرف بالتحريك وطرف الشىء منتهاه ، وقضية أصله قضوية بياء النسبة إلى القضاء حذفت منه الواو بعد قلبها ألفا وحكمية صفة مخصصة لأن القضاء يطلق على معان منها الحكم كما مر والمراد بالقضية الحادثة التى يقع فيها التخاصم كدعوى بيع مثلا فركنها اللفظ الدال عليها ، ولاتكون قضوية أى منسوبة إلى القضاء ، والحكم أى لا تكون محلا لثبوت حق المدعى فيها وعدمه إلا باستجماع هذه الشروط الستة التى هى بمنزلة أطراف الشىء المحيطة به أو أطراف الإنسان هذا ما ظهر لى فافهم (قوله بعدها) بتشديد الدال مصدر عد الشىء بعده أحصى عدة أفراده ، ويلوح بمعنى يظهر والتحقيق فاعله (قوله حكم) تقدم تعريفه ، وعلمت أنه قولى وفعلى فالقولى مثل ألزمت ، وقضيت مثلا وكذا قوله بعد إقامة البينة لمعتمده أقه واطلب الذهب منه وقوله ثبت عندى يكفى ، وكذا ظهر عندى أو علمت فهذا كله حكم فى المختار زاد فى الخزانة أو أشهد عليه ، وحكى فى التتمة الخلاف فى الثبوت ، والفتوى على أنه حكم كما فى الخانية وغيرها وتمامه فى البحر وذكر فى الفواكه البدرية أنه المذهب ولكن عرف المتشرعين والموثقين الآن على أنه ليس بحكم ، ولذا يقال : ولما ثبت عنده حكم والوجه أن يقال إن وقع الثبوت على مقدمات الحكم كقول المسجل ثبت عنده جريان العين فى ملك البائع إلى حين البيع ، فليس بحكم إذا كان المقصود من الدعوى الحكم على البائع بملك المشترى للعين المبيعة وإلا فهو حكم وتمامه فيها وفيها أيضا :

ومحكوم به وله ومحكوم عليه وحاكم

مطلب فى التنفيذ

وأما التنفيذ فالأصل فيه أن يكون حكما إذ من صيغ القضاء قوله : أنفذت عليك القضاء قالوا وإذا رفع إليه قضاء قاض أمضاه بشروطه ، وهذا هو التنفيذ الشرعى ومعنى رفع اليد حصلت عنده فيه خصومة شرعية ، وأما التنفيذ المتعارف فى زماننا غالبا فمعناه إحاطة القاضى الثانى علما بحكم الأول على وجه التسليم له ويسمى اتصالا اه ملخصا وسيأتى تمام الكلام عليه فى آخر فصل الحبس .

مطلب أمر القاضى هل هو حكم أولا ؟

وأما أمر القاضى فاتفقوا على أن أمره بحبس المدعى عليه قضاء بالحق كأمره بالأخذ منه ، وعلى أن أمره بصرف كذا من وقف الفقراء إلى فقير من قرابة الواقف ليس بحكم ، حتى لو صرفه إلى فقير آخر صح واختلفوا فى قوله سلم الدار وتمام الكلام عليه فى البحر والنهر ، وأطلق الشارح فى الفروع آخر الفصل الآتى تبعا للبزازى أنه حكم إلا فى مسألة الوقف وسيأتى تمامه .

مطلب الحكم الفعلى

وأما الحكم الفعلى فسيأتى فى الفروع هناك أن فعل القاضى حكم إلا فى مسئلتين وحقق ابن الغرس أنه ليس بحكم وأطال الكلام عليه فى البحر والنهر ، وسيأتى توضيحه هناك إن شاء الله تعالى (قوله ومحكوم به) وهو أربعة أقسام حق الله تعالى المحض كحد الزنا أو الخمر ، وحق العبد المحض ، وهو ظاهر وما فيه الحقان وغلب فيه حق الله تعالى كحد القذف أو السرقة أو غلب فيه حق العبد كالقصاص والتعزير ابن الغرس وشرطه كونه معلوما بحر عن البدائع ، وعلى هذا فالحكم بالموجب بفتح الجيم لا يكفى ما لم يكن الموجب أمرا واحدا كالحكم بموجب البيع أو الطلاق أو العتاق وهو ثبوت الملك والحرية ، وزوال العصمة فلو أكثر فإن استلزم أحدهما الآخر صح ، كالحكم على الكفيل بالدين فإن موجبه الحكم عليه به ، وعلى الأصيل الغائب وإلا فلا كما لو وقع التنازع فى بيع العقار فحكم شافعى بموجبه فإنه لا يثبت به منع الجار عن الشفعة فللحنفى الحكم بها وأطال فى بيانه العلامة ابن الغرس وسيذكره الشارح آخر الفصل الآتى لكن هذا فى الحقيقة راجع إلى اشتراط الدعوى فى الحكم كما أشار إليه فى البحر ويأتى ذكره فى الطريق (قوله وله) أى ومحكوم له وهو الشرع كما فى حقوقه المحضة أو التى غلب فيها حقه ولا حاجة فى ذلك إلى الدعوى بخلاف ما تمحض فيها حق العبد أو غلب والعبد هو المدعى وعرفوه بمن لا يجبر على الخصومة إذا تركها ، وقيل غير ذلك والشرط فيه بالإجماع حضرته أو حضرة نائب عنه كوكيل أو ولى أو وصى فالمحكوم له المحجور كالغائب اه ملخصا من الفواكه البدرية (قوله ومحكوم عليه) وهو العبد دائما لكنه إما متعين واحدا أو أكثر كجماعة اشتركوا فى قتل فقضى عليهم بالقصاص أولا ، كما فى القضاء بالحرية الأصلية ، فإنه حكم على كافة الناس ، بخلاف العارضة بالاعتاق فإنه جزئى واختلفوا فى الوقف والصحيح المفتى به أنه لا يكون على الكافة فتسمع فيه دعوى الملك أو وقف آخر والمحكوم عليه فى حقوق الشرع من يستوفى منه حقه ، سواء كان مدعى عليه أولا كما مرت الإشارة إليه اه ملخصا من الفواكه وسيذكر المصنف آخر الفصل الآتى حكاية الخلاف فى نفاذ الحكم على الغائب ، ويأتى تحقيقه هناك إن شاء الله تعالى (قوله وحاكم) هو إما الإمام أو القاضى أو المحكم أما الإمام فقال علماؤنا حكم السلطان العادل ينفذ واختلفوا فى المرأة فيما سوى الحدود والقصاص وإطلاقهم

وطريق (وأهله أهل الشهادة) أى أدائها على المسلمين كذا فى الحواشى السعدية

يتناول أهلية الفاسق الجاهل، وفيه بحث وأما الحكم فشرطه أهلية القضاء ويقضى فيما سوى الحدود والقصاص ثم القاضى تتقيد ولايته بالزمان والمكان والحوادث اه ملخصا من الفواكه وجميع ذلك سيأتى مفرقا فى مواضعه مع بيان بقية صفة الحاكم وشروطه (قوله وطريق) طريق القاضى إلى الحكم يختلف بحسب اختلاف المحكوم به والطريق فيما يرجع إلى حقوق العباد المحضة عبارة عن الدعوى والحجة: وهى إما البينة أو الاقرار أو اليمين أو النكول عنه أو القسامة أو علم القاضى بما يريد أن يحكم به أو القرائن الواضحة التى تصير الأمر فى حيز المقطوع به فقد قالوا لو ظهر إنسان من دار بيده سكين وهو متلوث بالدم سريع الحركة عليه أثر الخوف فدخلوا الدار على الفور فوجدوا فيها إنسانا مذبوحا بذلك الوقت ولم يوجد أحد غير ذلك الخارج، فإنه يؤخذ به وهو ظاهر إذ لا يمترى أحد فى أنه قاتله والقول بأنه ذبحه آخر ثم تسور الحائط أو أنه ذبح نفسه احتمال بعيد لايلتفت إليه إذ لم ينشأ عن دليل اه من الفواكه لابن الغرس ثم أطال هنا فى بيان الدعوى، وتعريفها، وشروطها إلى أن قال: ثم لا يشترط فى الطريق إلى الحكم أن تكون بتمامها عند القاضى الواحد، حتى لو ادعى عند نائب القاضى، وبرهن ثم وقعت الحادثة إلى القاضى أو بالعكس صح وله أن يبنى على ماوقع أولا ويقضى اه وستأتى هذه متنا ثم قال فى الفصل السابع وقد اتفق أئمة الحنفية والشافعية على أنه يشترط لصحة الحكم واعتباره فى حقوق العباد الدعوى الصحيحة وأنه لا بد فى ذلك من الخصومة الشرعية وإذا كان القاضى يعلم أن باطن الأمر ليس كظاهره وأنه لاتخاصم ولا تنازع فى نفس الأمر بين المتداعيين ليس له سماع هذه الدعوى ولا يعتبر القضاء المترتب عليها ولا يصح الاحتيال لحصول القضاء بمثل ذلك وأما إذا لم يعلم هذر ونفذ قضاؤه ولعمرى هذا شىء عمت به البلوى وبلغت شهرة اعتباره الغاية القصوى اه ملخصا ونقله المصنف فى المنح بتمامه وأقره فراجعه وكذا جزم به فى فتاواه.

[تنبيه] بقى طريق ثبوت الحكم أى بعد وقوعه، وعليه اقتصر فى البحر فقال له وجهان أحدهما: اعترافه حيث كان مولى فلو معزولا فكواحد من الرعايا لا يقبل قوله إلا فيما فى يده الثانى: الشهادة على حكمه بعد دعوى صحيحة إن لم يكن منكرا أما لو شهدا أنه قضى بكذا، وقال لم أقض لا تقبل شهادتهما خلافا لمحمد ورجح فى جامع الفصولين قول محمد لفساد قضاة الزمان اه وسيأتى تمام الكلام عند قول المصنف، ولم يعمل بقول معزول وقد ذكر فى البحر فروعا كثيرة فى أحكام القضاء يلزم الوقوف عليها (قوله وأهله أهل الشهادة) أهل الأول خبر مقدم والثانى مبتدأ مؤخر، لأن الجملة الخبرية يحكم فيها بمجهول على معلوم فإذا علم زيد وجهل قيامه تقول زيد القائم، وإذا علم وجهل أنه زيد تقول القائم زيد ولذا قالوا لما كان أوصاف الشهادة أشهر عند الناس عرف أوصافه بأوصافها ثم الضمير فى أهله راجع إلى القضاء بمعنى من يصح منه أو بمعنى من يصح توليته كما فى البحر:

وحاصله: أن شروط الشهادة من الإسلام والعقل والبلوغ والحرية وعدم العمى والحد فى قذف شروط لصحة توليته، ولصحة حكمه بعدها ومقتضاه أن تقليد الكافر لايصح، وإن أسلم قال فى البحر: وفى الواقعات الحسامية الفتوى على أنه لاينعزل بالردة فإن الكفر لاينافى ابتداء القضاء فى إحدى الروايتين، حتى لو قلد الكافر، ثم أسلم هل يحتاج إلى تقليد آخر فيه روايتان اه قال فى البحر: وبه علم أن تقليد الكافر صحيح، وإن لم يصح قضاؤه على المسلم حال كفره اه وهذا ترجيح لرواية صحة التولية أخذا من كون الفتوى على أنه لاينعزل بالردة خلافا لما مشى عليه المصنف فى باب التحكيم من رواية عدم الصحة وفى الفتح قلد عبد فعتق جاز قضاؤه بتلك الولاية

ويرد عليه أن الكافر يجوز تقليده القضاء ليحكم بين أهل الذمة ذكره الزيلعي في التحكيم (وشرط أهليتها شرط أهليته) فإن كلا منهما من باب الولاية والشهادة أقوى لأنها ملزمة على القاضي والقضاء ملزم على الخصم فلذا قبل حكم القضاء يستقي من حكم الشهادة ابن كمال (والفاسق أهلها فيكون أهله

بلا حاجة إلى تجديد بخلاف تولية صبي فأدرك ، ولو قلد كافر فأسلم قال محمد هو على قضائه فصار الكافر كالعبد والفرق أن كلامنهما له ولاية وبه مانع وبالعتق والإسلام يرتفع ، أما الصبي فلا ولاية له أصلا وما في الفصول لو قال لصبي أو كافر : إذا أدركت فصل بالناس أواقض بينهم جاز لايخالف ماذكر في الصبي لأن هذا تعليق الولاية والمعلق معدوم قبل الشرط وما تقدم تنجيز اه وبه ظهر أن الأولى كون المراد في مرجع الضمير من يصح منه القضاء لا من تصح توليته إلا أن يراد بها الكاملة وهي النافذة الحكم وأما تولية الأطروش فسيذكرها الشارح (قوله ويرد عليه الخ) أي على مافي الحواشي من تقييده بالمسلمين ، فكان عليه إسقاطه ليكون المراد أداءها على من يقضي عليه فيدخل الكافر لكن التفسير بالأداء احتراز عن التحمل ، لأنه يصح تحملها حالة الكفر والرق لا أداؤها فينافي ذلك والتحقيق أن يقال كما يعلم مما قدمناه إن كان المراد بمرجع الضمير من تصح توليته يكون المراد بالشهادة تحملها فيدخل فيه العبد والكافر . نعم يخرج عنه الصبي لعدم ولايته أصلا ، وإن كان المراد من يصح منه القضاء يكون المراد بالشهادة أداءها فقط ، فيدخل فيه الكافر المولى على أهل الذمة فإنه يصح قضاؤه عليهم حالا وكونه قاضيا خاصا لا يضر كما لايضر تخصيص قاضي المسلمين بجماعة معينين ، لأن المراد من يصح قضاؤه في الجملة وعلى كل فالواجب إسقاط ذلك القيد إلا أن يكون مراده تعريف القاضي الكامل (قوله ليحكم بين أهل الذمة) أي حال كفره وإلا فقد علمت أن الكافر يصح توليته مطلقا لكن لا يحكم إلا إذا أسلم :

مطلب في حكم القاضي الدرزي والنصراني

[تنبيه] ظهر من كلامهم حكم القاضي المنصوب في بلاد الدروز في القطر الشامي ، ويكون درزيا ويكون نصرانيا فكل منهما لايصح حكمه على المسلمين ، فإن الدرزي لاملة له كالمنافق والزنديق وإن سمى نفسه مسلما وقد أفتى في الخيرية بأنه لاتقبل شهادته على المسلم . والظاهر أنه يصح حكم الدرزي على النصراني وبالعكس تأمل ، وهذا كله بعد كونه منصوبا من طرف السلطان أو مأموره بذلك وإلا فالواقع أنه ينصبه أمير تلك الناحية ، ولا أدري أنه مأذون له بذلك أم لا ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم ، لكن جرت العادة أن أمير صيدا يولي القضاء في تلك الثغور والبلاد بخلاف دمشق ونحوها ، فإن أميرها ليس له ذلك فيها بدليل أن لها قاضيا في كل سنة يأتي من طرف السلطان ثم رأيت في الفتح قال : والذي له ولاية التقليد الخليفة والسلطان الذي نصبه الخليفة ، وأطلق له التصرف وكذا الذي ولاه السلطان ناحية ، وجعل له خراجها وأطلق له التصرف فإن له أن يولي ويعزل كذا قالوا : ولابد من أن لا يصرح له بالمنع أو يعلم ذلك بعرفهم فإن نائب الشام وحلب في ديارنا يطلق لهم التصرف في الرعية والخراج ولا يولون القضاء ولا يعزلون اه والله سبحانه أعلم (قوله وشرط أهليتها الخ) تكرار مع قوله وأهله أهل الشهادة اه ح ، والظاهر أن المصنف ذكر الجملة الأولى تبعا للكنز وغيره ثم ذكر الثانية تبعا للغرر توضيحا وشرحا للأولى وأما الجواب بأنه ذكرها ليرتب عليها قوله والفاسق أهلها فغير مفيد فافهم (قوله فلذا قبل الخ) علة للعلة (قوله والفاسق أهلها) سيأتي بيان الفسق والعدالة في الشهادات ، وأفصح بهذه الجملة دفعا لتوهم من قال إن الفاسق ليس بأهل للقضاء

لـكنه لايقلد) وجوبا ويأثم مقلده كقابل شهادته به يفتى وقيده فى القاعدية بما إذا غلب على ظنه صدقه فليحفظ درر واستثنى الثانى الفاسق ذا الجاه والمروءة فإنه يجب قبول شهادته بزازية قال فى النهر وعليه فلا يأثم أيضا بتوليته القضاء حيث كان كذلك إلا أن يفرق بينهما انتهى :

قلت : سيجىء تضعيفه فراجعه وفى معروضات المفتى أبى السعود لما وقع التساوى فى قضاة زماننا فى وجود العدالة ظاهرا ورد الأمر بتقديم الأفضل فى العلم والديانة والعدالة (والعدو لاتقبل شهادته على عدوه إذا كانت دنيوية)

فلا يصح قضاؤه ، لأنه لايؤمن عليه لفسقه ، وهو قول الثلاثة واختاره الطحاوى قال العينى : وينبغى أن يفتى به خصوصا فى هذا الزمان اه :

أقول : لو اعتبر هذا لانسد باب القضاء خصوصا فى زماننا فلذا كان ماجرى عليه المصنف هو الأصح كما فى الخلاصة ، وهو أصح الأقاويل كما فى العمادية نهر وفى الفتح والوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وإن كان جاهلا فاسقا وهو ظاهر المذهب عندنا وحينئذ فيحكم بفتوى غيره اه (قوله لـكنه لايقلد وجوبا الخ) قال فى البحر وفى غير موضع ذكر الأولوية يعنى الأولى أن لاتقبل شهادته وإن قبل جاز وفى الفتح ومقتضى الدليل أن لايحل أن يقضى بها فإن قضى جاز ونفذ اه ومقتضاه الإثم وظاهر قوله تعالى — إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا — أنه لايحل قبولها قبل تعرف حاله وقولهم بوجوب السؤال عن الشاهد سرا وعلانية طعن الخصم أولا فى سائر الحقوق على قولهما المفتى به يقتضى الإثم بتركه لأنه للتعرف عن حاله حتى لايقبل الفاسق ، وصرح ابن الـكمال بأن من قلد فاسقا يأثم وإذا قبل القاضى شهادته يأثم اه (قوله به يفتى) راجع لما فى المتن فقد علمت التصريح بتصحيحه وبأنه ظاهر المذهب وأما كون عدم تقليده واجبا ففيه كلام كما علمت فافهم (قوله وقيده) أى قيد قبول شهادة الفاسق المفهوم من قابل اه ح وعبارة الدرر حتى لو قبلها القاضى ، وحكم بها كان آثما لـكنه ينفذ وفى الفتاوى القاعدية هذا إذا غلب على ظنه صدقه وهو مما يحفظ اه :

قلت : والظاهر أنه لايأثم أيضا لحصول التبين المأمور به فى النص تأمل قال ط : فإن لم يغلب على ظن القاضى صدقه بأن غلب كذبه عنده أو تساويا فلا يقبلها أى لايصح قبولها أصلا ، هذا مايعطيه المقام اه (قوله واستثنى الثانى) أى أبو يوسف من الفاسق الذى يأثم القاضى بقبول شهادته ، والظاهر أن هذا مما يغلب على ظن القاضى صدقه ، فيكون داخلا تحت كلام القاعدية فلا حاجة إلى استثنائه على ما استظهرناه آنفا تأمل (قوله سيجىء تضعيفه) أى فى الشهادات حيث قال وما فى القنية ، والمجتبى من قبول ذى المروءة الصادق فقول الثانى وضعفه الـكمال بأنه تعليل فى مقابلة النص فلا يقبل وأقره المصنف اه .

قلت : قدمنا آنفا عن البحر أن ظاهر النص أنه لايحل قبول شهادة الفاسق قبل تعرف حاله فإذا ظهر للقاضى من حاله الصدق ، وقبله يكون موافقا للنص إلا أن يريد بالنص قوله تعالى — وأشهدوا ذوى عدل منكم — لـكن فيه أن دلالته على عدم قبول العدل (١) . إنما هى بالمفهوم وهو غير معتبر عندنا ولاسيما هو مفهوم لقب مع أن الآية الأولى تدل على قبول قوله عند التبين عن حاله كما قلنا تأمل (قوله وفى معروضات المفتى أبى السعود) أى المسائل التى عرضها على سلطان زمانه ، فأمر بالعمل بها (قوله فى وجود العدالة) هذا كان فى زمنه وقد وجد التساوى فى عدمها الآن فلينظر من يقدم ط (قوله إذا كانت دنيوية) سيذكر تفسيرها عن شرح الشرنبلالى واحترز بالدنيوية عن الدينية فإن من عادى غيره لارتـكابه مالا يحل لايتهم ، بأنه يشهد عليه بزور بخلاف المعاداة الدنيوية ، ومن هذا قبلت

---

(١) قوله (على عدم قبول العدل) هكذا بخطه ولعله سقط من قلمه كلمة غير والأصل عدم قبول غير العدل تأمل اه مصححه .

ولو قضى القاضى بها لاينفذ ذكره يعقوب باشا (فلايصح قضاؤه عليه) لما تقرر أن أهله أهل الشهادة قال وبه أفتى مفتى مصر شيخ الإسلام أمين الدين بن عبد العال! قال وكذا سجل العدو لايقبل على عدوه . ثم نقل عن شرح الوهبانية أنه لم يرنقلها عندنا وينبغى النفاذ لو القاضى عدلا وقال ابن وهبان بحثا إن بعلمه لم يجز وإن بشهادة العدول بمحضر من الناس جاز اه :

قلت : واعتمده القاضى محب الدين فى منظومته فقال :

ولو على عدوه قاض حكم — إن كان عدلا صح ذاك وانبرم
واختار بعض العلما وفصلا — إن كان بالعلم قضى لن يقبلا
وإن يكن بمحضر من الملا — وبشهادة العدول قبـلا

قلت : لـكن نقل فى البحر والعينى والزيلعى والمصنف وغيرهم عند مسألة التقليد من الجائر عن الناصحى فى تهذيب أدب القاضى للخصاف أن من لم تجز شهادته لم يجز قضاؤه ومن لم يجز قضاؤه

شهادة المسلم على الـكافر ، وإن كان عدوه من حيث الديانة وكذا شهادة اليهودى على النصرانى (قوله ولو قضى القاضى بها لاينفذ) دفع به مايتوهم أنها مثل شهادة الفاسق فإنه تقدم أنه يصح قبولها ، وإن أثم القاضى فشهادة العدو ليست كذلك بل هى كمالو قبل شهادة العبد والصبى (قوله ذكره يعقوب باشا) أى فى حاشيته على صدر الشريعة وقال فى الخيرية والمسألة دوارة فى الـكتب :

مطلب فى قضاء العدو على عدوه

(قوله فلا يصح قضاؤه عليه) أى إذا كانت شهادة العدو على عدوه لا تقبل ولو قضى بها القاضى لاينفذ يتفرع عليه أن القاضى لو قضى على عدوه لايصح لما تقرر الخ وبه سقط ما قيل إن ما ذكره عن اليعقوبية مكرر مع هذا فافهم :

[تنبيه] إذا لم يصح قضاؤه عليه فالمخلص إنابة غيره إذا كان مأذونا بالإستنابة ، وسيأتى أنه يستنيب إذا وقعت له أو لولده حادثة (قوله قال) أى المصنف فى المنح ونصه ورأيت بموضع ثقة معزوا إلى بعض الفتاوى ، وأظن أنها الفتاوى الكبرى للخاصى أن سجل العدو لايقبل على عدوه كما لاتقبل شهادته عليه اه فافهم والظاهر أن المراد بالسجل كما قال ط كتاب القاضى إلى قاض فى حادثة على عدو للقاضى ، وهو مايأتى عن الناصحى (قوله ثم نقل) أى المصنف (قوله أنه لم يرنقلها) أى نقل مسألة قضاء القاضى على عدوه وهذا الـكلام ذكره عبد البر بن الشحنة فى شرح الوهبانية عن ابن وهبان فينبغى أن يكون قوله لم يرنقلها مبنيا للمجهول (قوله وينبغى النفاذ) أى مطلقا سواء كان بعلمه أو بشهادة عدلين وهذا البحث لشارح الوهبانية خالف فيه بحث ابن وهبان الآتى وذكره عقبه بقوله : قلت: بل ينبغى النفاذ مطلقا لو القاضى عدلا (قوله إن بعلمه لم يجز) أى بناء على القول بجواز قضاء القاضى بعلمه والمعتمد خلافه وعليه فلا خلاف بين كلامى ابن الشحنة وابن وهبان فإن مؤدى كلا منهما نفوذ حكمه لو عدلا بشهادة العدول (قوله واعتمده الخ) المتبادر من النظم اعتماد الأول وهو بحث ابن الشحنة فيتعين عود الضمير إليه (قوله واختار بعض العلماء) هو ابن وهبان (قوله قلت لـكن الخ) أصله للمصنف حيث قال : وقد غفل الشيخان أى ابن وهبان وشارحه عبد البر عما اتفقت كلمتهم عليه فى كتبهم المعتمدة من أن أهله أهل الشهادة فمن صلح لها صلح له ومن لا فلا والعدو لا يصلح للشهادة على ما عليه عامة المتأخرين فلا يصلح للقضاء اه ط .

لايعتمد على كتابه اهـ وهو صريح أو كالصريح فيما اعتمده المصنف كما لايخفى فليعتمد وبه أفتى محقق الشافعية الرملي ومن خطه نقلت أنه لو قضى عليه ثم أثبت عداوته بطل قضاؤه فليحفظ .

وفى شرح الوهبانية للشرنبلالى ثم إنما تثبت العداوة بنحو قذف وجرح وقتل ولى لا بمخاصمة نعم هى تمنع الشهادة فيما وقعت فيه المخاصمة كشهادة وكيل فيما وكل فيه

قلت : ولم أر هذا الكلام فى نسختى من شرح المصنف .

ثم اعلم أن مراد الشارح الإستدراك على كلام الشيخين ، وتأييد كلام المتن فإن المصنف فرع عدم صحة القضاء على عدم قبول الشهادة ، وهو مفهوم الكلية الواقعة فى عبارات المتون وهى قولهم : وأهله أهلها فإن مفهومها عكسها اللغوى وهو أن من ليس أهلا لها ، لا يكون أهلا له ، فلذا قال المصنف فى متنه والعدو لا تقبل شهادته على عدوه ، فلا يصح قضاؤه عليه ولما كان هذا إثباتا للحكم بالمفهوم ، وفيه احتمال نقل الشارح أن مفهوم الكلية المذكورة مصرح به فى عبارة الناصحى ، فسقط الاحتمال والدفع بحث الشيخين وتأيد كلام المصنف ، ولذا قال وهو صريح أو كالصريح فيما اعتمده المصنف ، ولكن بقى ههنا تحقيق توفيق وهو أنه ذكر فى القنية أن العداوة الدنيوية لاتمنع قبول الشهادة مالم يفسق بها ، وأنه الصحيح وعليه الاعتماد وأن مافى المحيط والواقعات ، من أن شهادة العدو على عدوه لا تقبل اختيار المتأخرين ، والرواية المنصوصة تخالفها وأنه مذهب الشافعى وقال أبو حنيفة تقبل إذا كان عدلا وفى المبسوط إن كانت دنيوية فهذا يوجب فسقه فلا تقبل شهادته اهـ ملخصا .

والحاصل أن فى المسألة قولين معتمدين أحدهما عدم قبولها على العدو ، وهذا اختيار المتأخرين ، وعليه صاحب الكنز والملتقى ومقتضاه أن العلة العداوة لا الفسق ، وإلا لم تقبل على غير العدو أيضا وعلى هذا لايصح قضاء العدو على عدوه أيضا ، ثانيهما أنها تقبل إلا إذا فسق بها واختاره ابن وهبان وابن الشحنة ، وإذا قبلت فبالضرورة يصح قضاء العدو على عدوه إذا كان عدلا فلذا اختار الشيخان صحته ، وبه علم أن من يقول بقبول شهادة العدو العدل يقول بصحة قضائه ومن لا فلا وأن ماذكره الناصحى لايعارض كلام الشيخين لاختلاف المناط فاغتنم هذا التحقيق ودع التلفيق (قوله لايعتمد على كتابه) هو المعبر عنه فيما سبق بالسجل ط (قوله فيما اعتمده المصنف) أى فى متنه من إطلاق عدم القبول (قوله وبه أفتى محقق الشافعية الرملى) هذا غير مانقله فى شرح الوهبانية عن الرافعى عن الماوردى من جواز القضاء على العدو ، لا الشهادة عليه لظهور أسباب الحكم وخفاء أسباب الشهادة اهـ وهو وجيه ولذا قيد ابن وهبان صحة القضاء بما إذا كان بشهادة العدول بمحضر من الناس كما مر لتنتفى التهمة بمعاينة أسباب الحكم ، ويظهر لى أنه ينبغى أن يصح الحكم عندنا فى هذه الصورة حتى على القول بعدم قبول شهادة العدو فتأمل (قوله ومن خطه نقلت) الجار والمجرور متعلق بقوله نقلت ، وقوله إنه لو قضى الخ مفعول نقلت أو بدل من الضمير المجرور فى قوله وبه أفتى وجملة ومن خطه نقلت معترضة أو هى خبر مقدم وجملة أنه لوقضى الخ مبتدأ مؤخر واقتصر ط على الأخير (قوله وفى شرح الوهبانية للشرنبلالى الخ) أصله لناظمها ونقله العلامة عبد البر عنه ونصه قال ، أى ابن وهبان وقد يتوهم بعض المتفقهة من الشهود أن من خاصم شخصا فى حق أو ادعى عليه يصير عدوه ، فيشهدون بينهما بالعداوة وليس كذلك وإنما تثبت بنحو الخ اهـ .

قلت : لكن قد علمت أن مختار ابن وهبان أن العداوة لاتمنع قبول الشهادة إلا إذا فسق بها فعلم أنها قد تكون مفسقة وقد لا تكون فقوله : وإنما تثبت الخ يريد به العداوة المانعة وهى المفسقة ، ولا يخفى أن هذه تمنع القبول

ووصى وشريك (والفاسق لا يصلح مفتيا) لأن الفتوى من أمور الدين والفاسق لا يقبل قوله فى الديانات ابن ملك زاد العينى واختاره كثير من المتأخرين وجزم به صاحب المجمع فى متنه وله فى شرحه عبارات بليغة وهو قول الأئمة الثلاثة أيضا وظاهر ما فى التحرير أنه لا يحل استفتاؤه اتفاقا كما بسطه المصنف (وقيل نعم يصلح) وبه جزم فى الكنز لأنه يجتهد حذار نسبة الخطأ ولا خلاف فى اشتراط إسلامه وعقله وشرط بعضهم تيقظه لا حريته وذكورته ونطقه فيصح إفتاء الأخرس لا قضاؤه (ويكتفى بالإشارة منه لا من القاضى) للزوم صيغة مخصوصة كحكمت وألزمت بعد دعوى صحيحة وأما الأطرش وهو من يسمع

على العدو وعلى غيره وسيأتى تمام الكلام على هذه المسألة فى الشهادات إن شاء الله تعالى (قوله ووصى) أى فيما أوصى عليه وقوله وشريك أى فيما هو من مال الشركة ط (قوله والفاسق لا يصلح مفتيا) أى لا يعتمد على فتواه وظاهر قول المجمع لا يستفتى أنه لا يحل استفتاؤه ، ويؤيده قول ابن الهمام فى التحرير الإتفاق على حل استفتاء من عرف من أهل العلم بالإجتهاد والعدالة أو رآه منتصبا والناس يستفتونه معظمين له ، وعلى امتناعه إن ظن عدم أحدهما أى عدم الإجتهاد أو العدالة كما فى شرحه ، ولكن اشتراط الإجتهاد مبنى على اصطلاح الأصوليين أن المفتى المجتهد أى الذى يفتى بمذهبه ، وأن غيره ليس بمفت بل هو ناقل كما سيأتى ، والثانى هو المراد هنا بدليل ما سيأتى من أن اجتهاده شرط الأولوية ولأن المجتهد مفقود اليوم .

والحاصل: أنه لا يعتمد على فتوى المفتى الفاسق مطلقا (قوله وله فى شرحه عبارات بليغة) حيث قال إن أولى ما يستنزل به فيض الرحمة الإلهية فى تحقيق الواقعات الشرعية طاعة الله عز وجل والتمسك بحبل التقوى قال تعالى ـ واتقوا الله ويعلمكم الله ـ ومن اعتمد على رأيه وذهنه فى استخراج دقائق الفقه وكنوزه وهو فى المعاصى حقيق بإنزال الخذلان فقد اعتمد على مالا يعتمد عليه ـ ومن لم يجعل الله له نورا فما له من نور ـ اهـ (قوله وظاهر ما فى التحرير) بل هو صريحه كما سمعت (قوله وبه جزم فى الكنز) حيث قال والفاسق يصلح مفتيا وقيل لا فجزم بالأول ونسب الثانى إلى قائله بصيغة التمريض فافهم (قوله لأنه يجتهد الخ) هذا التعليل لا يظهر فى زماننا لأنه قد يعرض عن النص الضرورى قصدا لغرض فاسد وربما عورض بالنص فيدعى فساد النص ط (قوله حذار نسبة الخطأ) الأولى أن يقول حذر لما فى القاموس وحذار حذار وقد ينون الثانى أى احذر ط (قوله وشرط بعضهم تيقظه) احترازا عمن غلب عليه الغفلة والسهو .

قلت : وهذا شرط لازم فى زماننا ، فإن العادة اليوم أن من صار بيده فتوى المفتى استطال على خصمه وقهره بمجرد قوله أفتانى المفتى ، بأن الحق معى والخصم جاهل لا يدرى ما فى الفتوى ، فلابد أن يكون المفتى متيقظا يعلم حيل الناس ودسائسهم ، فإذا جاءه السائل يقرره من لسانه ولا يقول له إن كان كذا فالحق معك ، وإن كان كذا فالحق مع خصمك لأنه يختار لنفسه ما ينفعه ، ولا يعجز عن إثباته بشاهدى زور ، بل الأحسن أن يجمع بينه وبين خصمه فإذا ظهر له الحق مع أحدهما كتب الفتوى لصاحب الحق وليحترز من الوكلاء فى الخصومات فإن أحدهم لا يرضى إلا بإثبات دعواه لموكله بأى وجه أمكن ولهم مهارة فى الحيل والتزوير ، وقلب الكلام وتصوير الباطل بصورة الحق فإذا أخذ الفتوى قهر خصمه ووصل إلى غرضه الفاسد ، فلا يحل للمفتى أن يعينه على ضلاله وقد قالوا من جهل بأهل زمانه فهو جاهل ، وقد يسأل عن أمر شرعى ، وتدل القرائن للمفتى المتيقظ أن مراده التوصل به إلى غرض فاسد كما شهدناه كثيرا .

والحاصل أن غفلة المفتى يلزم منها ضرر عظيم فى هذا الزمان والله تعالى المستعان (قوله لا حريته الخ) أى فهو كالراوى لا كالشاهد والقاضى ولذا تصح فتواه لمن لا تقبل شهادته له (قوله فيصح إفتاء الأخرس) أى

الصوت القوى فالأصح الصحة بخلاف الأصم (ويفتى القاضى) ولو فى مجلس القضاء وهو الصحيح (من لم يخاصم إليه) ظهيرية وسيتضح (ويأخذ) القاضى كالمفتى (بقول أبى حنيفة على الإطلاق ثم بقول أبى يوسف ثم بقول محمد ثم بقول زفر والحسن بن زياد) وهو الأصح منية وسراجية وعبارة النهر ثم بقول الحسن فتنبه وصحح فى الحاوى اعتبار قوّة المدرك والأول أضبط نهر (ولا يخير إلا إذا كان مجتهدا) بل المقلد متى خالف

حيث فهمت إشارته بل يجوز أن يعمل بإشارة الناطق كما فى الهندية وأفاده عموم قول المصنف ويكتفى بالإشارة منه ط (قوله فالأصح الصحة) لأنه يفرق بين المدعى والمدعى عليه وقيل لا يجوز ، لأنه لا يسمع الإقرار فيضيع حقوق الناس ، بخلاف الأصم وهكذا فصل شارح الوهبانية ، وينبغى أن الحكم كذلك فى المفتى .

فإن قلت : قد يفرق بينهما ، بأن المفتى يقرأ صورة الاستفتاء ، ويكتب جوابه فلا يحتاج إلى السماع :

قلت : الظاهر من كلامهم عدم الاكتفاء بهذا فى القاضى مع أنه يمكن أن يكتب له جواب الخصمين ، فكذا فى المفتى ويمكن الفرق بأن القضاء لابد له من صيغة مخصوصة بعد دعوى صحيحة ، فيحتاط فيه بخلاف الإفتاء فإنه إفادة الحكم الشرعى ولو بالإشارة فلا يشترط فيه السماع اه منح ملخصا :

قلت : لاشك أنه إذا كتب له وأجاب عنه جاز العمل بفتواه وأما إذا كان منصوبا للفتوى يأتيه عامة الناس ويسألونه من نساء وأعراب وغيرهم ، فلابد أن يكون صحيح السمع لأنه لا يمكن كل سائل أن يكتب له سؤاله ، وقد يحضر إليه الخصمان ويتكلم أحدهما بما يكون فيه الحق عليه لاله والمفتى لم يسمع ذلك منه فيفتيه على ماسمع من بعض كلامه فيضيع حق خصمه ، وهذا قد شاهدته كثيرا فلا ينبغى التردد فى أنه لا يصح أن يكون مفتيا عاما ينتظر القاضى جوابه ليحكم به فإن ضرر مثل هذا أعظم من نفعه والله سبحانه أعلم .

مطلب يفتى بقول الإمام على الإطلاق

(قوله ويفتى القاضى الخ) فى الظهيرية ولا بأس للقاضى أن يفتى من لم يخاصم إليه ولا يفتى أحد الخصمين فيما خوصم إليه اه بحر وفى الخلاصة : القاضى هل يفتى فيه أقاويل ، والصحيح أنه لا بأس به فى مجلس القضاء وغيره فى الديانات والمعاملات اه ويمكن حمله على من لم يخاصم إليه فيوافق ما فى الظهيرية ومن ثم عولنا عليه فى هذا المختصر منح ، وقد جمع الشارح بين العبارتين بهذا الحمل وفى كافى الحاكم وأكره للقاضى أن يفتى فى القضاء للخصوم كراهة أن يعلم خصمه قوله فيتحرز منه بالباطل اه (قوله وسيتضح) لعله أراد به مسألة التسوية تأمل (قوله على الإطلاق) أى سواء كان معه أحد أصحابه أو الفرد لكن سيأتى قبيل الفصل أن الفتوى على قول أبى يوسف فيما يتعلق بالقضاء لزيادة تجربته (قوله وهو الأصح) مقابله مايأتى عن الحاوى وما فى جامع الفصولين من أنه لو معه أحد صاحبيه أخذ بقوله : وإن خالفاه قيل كذلك وقيل يخير إلا فيما كان الاختلاف بحسب تغير الزمان كالحكم بظاهر العدالة وفيما أجمع المتأخرون عليه كالمزارعة والمعاملة فيختار قولهما (قوله وعبارة النهر الخ) أى لإفادة أن رتبة الحسن بعد زفر ، بخلاف عبارة المصنف فإن عطفه بالواو يفيد أنهما فى رتبة واحدة ، وعبارة المصنف هى المشهورة فى الكتب (قوله وصحح فى الحاوى) أى الحاوى القدسى وهذا فيما إذا خالف الصاحبان الإمام والمراد بقوة المدرك قوة الدليل أطلق عليه المدرك ، لأنه محل إدراك الحكم لأن الحكم يؤخذ منه (قوله والأول أضبط) لأن ما فى الحاوى خاص فيمن له اطلاع على الكتاب والسنة وصار له ملكة النظر فى الأدلة واستنباط الأحكام منها ، وذلك هو المجتهد المطلق ، أو المقيد بخلاف الأول فإنه يمكن لمن هو دون ذلك (قوله ولا يخير إلا إذا كان مجتهدا) أى لا يجوز له مخالفة الترتيب المذكور إلا إذا كان له ملكة يقتدر بها على الاطلاع

معتمد مذهبه لا ينفذ حكمه وينقض هو المختار للفتوى كما بسطه المصنف فى فتاويه وغيره ، وقدمناه أول الكتاب وسيجىء . وفى القهستانى وغيره :

اعلم أن فى كل موضع قالوا الرأى فيه للقاضى فالمراد قاض له ملكة الاجتهاد انتهى وفى الخلاصة وإنما ينفذ القضاء فى المجتهد فيه إذا علم أنه مجتهد فيه وإلا فلا (وإذا اختلف مفتيان) فى جواب حادثة (أخذ بقول أفقههما بعد أن يكون أورعهما) سراجية وفى الملتقط وإذا أشكل عليه أمر ولا رأى له فيه شاور العلماء ونظر أحسن أقاويلهم وقضى بما رآه صوابا لا بغيره إلا أن يكون غيره أقوى فى الفقه ووجوه الاجتهاد فيجوز ترك رأيه برأيه ثم قال وإن لم يكن مجتهدا فعليه تقليدهم

على قوة المدرك ، وبهذا رجع القول الأول إلى ما فى الحاوى من أن العبرة فى المفتى المجتهد لقوة المدرك نعم فيه زيادة تفصيل سكت عنه الحاوى ، فقد اتفق القولان على أن الأصح هو أن المجتهد فى المذهب من المشايخ الذين هم أصحاب الترجيح ، لا يلزمه الأخذ بقول الإمام على الاطلاق بل عليه النظر فى الدليل وترجيح ما رجح عنده دليله ، ونحن نتبع مارجحوه واعتمدوه كما لو أفتوا فى حياتهم كما حققه الشارح فى أول الكتاب نقلا عن العلامة قاسم ، ويأتى قريبا عن الملتقط أنه إن لم يكن مجتهدا فعليه تقليدهم واتباع رأيهم ، فإذا قضى بخلافه لا ينفذ حكمه وفى فتاوى ابن الشلبى لا يعدل عن قول الإمام إلا إذا صرح أحد من المشايخ بأن الفتوى على قول غيره وبهذا سقط ما بحثه فى البحر من أن علينا الافتاء بقول الإمام وإن أفتى المشايخ بخلافه ، وقد اعترضه محشيه الخير الرملى بما معناه أن المفتى حقيقة هو المجتهد وأما غيره فناقل لقول المجتهد ، فكيف يجب علينا الافتاء بقول الإمام وإن أفتى المشايخ بخلافه ونحن إنما نحكى فتواهم لا غير اه وتمام أبحاث هذه المسألة حررناه فى منظومتنا فى رسم المفتى وفى شرحها وقدمنا بعضه فى أول الكتاب والله الهادى إلى الصواب فافهم (قوله معتمد مذهبه) أى الذى اعتمده مشايخ المذهب سواء وافق قول الإمام أو خالفه كما قررناه آنفا (قوله وسيجىء) أى بعد أسطر عن الملتقط وكذا فى الفصل الآتى عند قوله قضى فى مجتهد فيه (قوله اعلم أن فى كل موضع قالوا الرأى فيه للقاضى الخ) أقول : قد عد فى الأشباه من المسائل التى فوضت لرأى القاضى إحدى عشرة مسألة زاد محشيه الخير الرملى أربع عشرة مسألة أخرى ذكرها الحموى فى حاشيته ، ولحفيد المصنف الشيخ محمد بن الشيخ صالح ابن المصنف رسالة فى ذلك سماها فيض المستفيض فى مسائل التفويض ، فارجع إليها ولكن بعض هذه المسائل لا ظهر توقف الرأى فيها على الاجتهاد المصطلح فليتأمل وانظر ما نذكره فى الفصل الآتى عند قوله فيحبسه بما رأى (قوله وإنما ينفذ القضاء الخ) هذا فى القاضى المجتهد أما المقلد فعليه العمل بمعتمد مذهبه علم فيه خلافا أولا اه ط وسيأتى تمام الكلام على هذه المسألة عند قول المصنف وإذا رفع إليه حكم قاض آخر نفذه (قوله وإذا أشكل الخ) قال فى الهندية وإن لم يقع اجتهاد على شىء ، وبقيت الحادثة مختلفة ومشكلة كتب إلى فقهاء غير مصره فالمشاورة بالكتاب سنة قديمة فى الحوادث الشرعية ، فإن اتفق رأيهم على شىء ورأيه يوافقهم وهو من أهل الرأى والاجتهاد أمضى ذلك برأيه ، وإن اختلفوا نظر إلى أقرب الأقوال عند من الحق إن كان من أهل الاجتهاد وإلا أخذ بقول من هو أفقه وأورع عنده اه ط (قوله وقضى بما رآه صوابا) أى بما حدث له من الرأى والاجتهاد بعد مشاورتهم ، فلا ينافى قوله ولا رأى له فيه تأمل (قوله إلا أن يكون غيره) أى إلا أن يكون الشخص الذى أفتاه أقوى منه ، فيجوز له أن يعدل عن رأى نفسه إلى رأى ذلك المفتى لكن هذا إذا اتهم رأى نفسه فى الهندية عن المحيط وإن شاور القاضى رجلا واحدا كفى ، فإن رأى بخلاف رأيه وذلك الرجل أفضل وأفقه عنده لم يذكر هذه المسألة هنا وقال فى كتاب الحدود لو قضى برأى ذلك الرجل أرجو أن يكون فى سعة وإن لم يتهم القاضى رأيه لا ينبغى أن يترك

واتباع رأيهم فإذا قضى بخلافه لاينفذ حكمه :
(المصر شرط لنفاذ القضاء فى ظاهر الرواية وفى رواية النوادر لا) فينفذ فى القرى وفى عقار لافى ولايته على الصحيح خلاصة (وبه يفتى) بزازية (أخذ القضاء برشوة) للسلطان أولقومه وهو عالم بها أو بشفاعة جامع الفصولين وفتاوى ابن نجيم

رأى نفسه ويقضى برأى غيره اه أى لأن المجتهد لايقلد غيره (قوله واتباع رأيهم) أى إن اتفقوا على شىء وإلا أخذ بقول الأفقه والأورع عنده كما مر :

قال فى الفتح : وعندى أنه لو أخذ بقول الذى لايميل إليه قلبه جاز لأن ذلك الميل وعدمه سواء ، والواجب عليه تقليد مجتهد وقد فعل أصاب ذلك المجتهد أو أخطأ اه .

قلت : وهذا كله فيما إذا كان المفتيان مجتهدين واختلفا فى الحكم ، ومثله يقال فى المقلدين فيما لم يصرحوا فى الكتب بترجيحه واعتماده أو اختلفوا فى ترجيحه ، وإلا فالواجب الآن اتباع ما اتفقوا على ترجيحه أو كان ظاهر الرواية أو قول الإمام أو نحو ذلك من مقتضيات الترجيح التى ذكرناها فى أول الكتاب وفى منظومتنا وشرحها (قوله فى ظاهر الرواية) فى البحر : ولا يشترط المصر على ظاهر الرواية فالقضاء بالسواد صحيح ، وبه يفتى كذا فى البزازية اه وبه علم أن كلا من القولين معزو إلى ظاهر الرواية وفيه تأمل رملى على المنح (قوله وفى عقار الخ) فى البحر ولا يشترط أن يكون المتداعيان من بلد القاضى إذا كانت الدعوى فى المنقول والدين وأما فى عقار لا فى ولايته ، فالصحيح الجواز كما فى الخلاصة والبزازية وإياك أن تفهم خلاف ذلك فإنه غلط اه :

مطلب فى الكلام على الرشوة والهدية

(قوله أخذ القضاء برشوة) بتثليث الراء قاموس وفى المصباح الرشوة بالكسر ما يعطيه الشخص الحاكم وغيره ليحكم له أو يحمله على ما يريد جمعها رشا مثل سدرة وسدر والضم لغة وجمعها رشا بالضم اه وفيه البرطيل بكسر الباء الرشوة وفتح الباء عامى :

وفى الفتح : ثم الرشوة أربعة أقسام : منها ما هو حرام على الآخذ والمعطى وهو الرشوة على تقليد القضاء والإمارة. الثانى : ارتشاء القاضى ليحكم وهو كذلك ولو القضاء بحق لأنه واجب عليه. الثالث : أخذ المال ليسوى أمره عند السلطان دفعا للضرر أو جلبا للنفع وهو حرام على الآخذ فقط وحيلة حلها أن يستأجره يوما إلى الليل أو يومين فتصير منافعه مملوكة ثم يستعمله فى الذهاب إلى السلطان للأمر الفلانى ، وفى الأقضية قسم الهدية وجعل هذا من أقسامها فقال : حلال من الجانبين كالإهداء للتودد وحرام منهما كالإهداء ليعينه على الظلم وحرام على الآخذ فقط ، وهو أن يهدى ليكف عنه الظلم والحيلة أن يستأجره الخ قال : أى فى الأقضية هذا إذا كان فيه شرط أما إذا كان بلا شرط لكن يعلم يقينا أنه إنما يهدى ليعينه عند السلطان فمشايخنا على أنه لا بأس به ، ولو قضى حاجته بلا شرط ولا طمع فأهدى إليه بعد ذلك فهو حلال لا بأس به وما نقل عن ابن مسعود من كراهته فورع الرابع : ما يدفع لدفع الخوف من المدفوع إليه على نفسه أو ماله حلال للدافع حرام على الآخذ ، لأن دفع الضرر عن المسلم واجب ولا يجوز أخذ المال ليفعل الواجب اه ما فى الفتح ملخصا . وفى القنية الرشوة يجب ردها ولا تملك وفيها دفع للقاضى أو لغيره سحتا لاصلاح المهم فأصلح ثم ندم يرد مادفع إليه اه وتمام الكلام عليها فى البحر ويأتى الكلام على الهدية للقاضى والمفتى والعمال (قوله للسلطان) صفة لرشوة أى دفعها القاضى له وكذا لو دفعها

(أو ارتشى) هو أو أعوانه بعلمه شرنبلالية (وحكم لاينفذ حكمه) ومنه مالو جعل اوليه مبلغا فى كل شهر يأخذه منه ويفوض إليه قضاء ناحية فتاوى المصنف لكن فى الفتح من قلد بواسطة الشفعاء كمن قلد احتسابا ومثله فى البزازية بزيادة وإن لم يحل الطلب بالشفعاء (واو) كان (عدلا ففسق بأخذها) أو بغيره وخصها لأنها المعظم (استحق العزل) وجوبا

غيره كما فى البحر عن البزازية (قوله أو ارتشى) المناسب إسقاطه ، لأنه يغنى عنه قوله ولو كان عدلا مع ما فيه من الإيهام كما تعرفه (قوله لاينفذ حكمه) فيه إيهام التسوية بين المسألتين ، مع أنه إذا أخذ القضاء بالرشوة لايصير قاضيا ، كما فى الكنز .

قال فى البحر ، وهو الصحيح ولو قضى لم ينفذ وبه يفتى اه. ومثله فى الدرر عن العمادية وأما إذا ارتشى أى بعد صحة توليته سواء ارتشى ثم قضى أو قضى ثم ارتشى كما فى الفتح : فحكى فى العمادية فيه ثلاثة أقوال قيل : إن قضاءه نافذ فيما ارتشى فيه وفى غيره وقيل : لاينفذ فيه وينفذ فيما سواه ، واختاره السرخسى وقيل لا ينفذ فيهما والأول اختاره البزدوى واستحسنه فى الفتح لأن حاصل أمر الرشوة فيما إذا قضى بحق إيجاب فسقه ، وقد فرض أنه لا يوجب العزل فولايته قائمة وقضاؤه بحق فلم لاينفذ وخصوص هذا الفسق غير مؤثر وغاية ما وجه أنه إذا ارتشى عامل لنفسه معنى والقضاء عمل لله تعالى اه .

قال فى النهر تبعا للبحر : وأنت خبير بأن كون خصوص هذا الفسق غير مؤثر ممنوع ، بل [illegible] بملاحظة كونه عملا لنفسه ، وبهذا يترجح ما اختاره السرخسى وفى الخانية أجمعوا أنه إذا [illegible] فيما ارتشى فيه اه .

قلت : حكاية الاجماع منقوضة بما اختاره البزدوى ، واستحسنه فى الفتح وينبغى اعتماده [illegible] الزمان وإلا بطلت جميع القضايا لواقعة الآن ، لأنه لاتخلو قضية عن أخذ القاضى الرشوة المسماة بالمحصول [illegible] الحكم أو بعده فيلزم تعطيل الأحكام ، وقد مر عن صاحب النهر فى ترجيح أن الفاسق أهل للقضاء أنه لو اعتبر العدالة لانسد باب القضاء فكذا يقال هنا وانظر ماسنذكره فى أول باب التحكيم وفى الحامدية عن جواهر الفتاوى قال شيخنا وإمامنا جمال الدين البزدوى أنا متحير فى هذه المسألة لا أقدر أن أقول تنفيذ أحكامهم لما أرى من التخليط والجهل والجراءة فيهم ، ولا أقدر أن أقول لاتنفيذ لأن أهل زماننا كذلك فلو أفتيت بالبطلان أدى إلى إبطال الأحكام جميعا يحكم الله بيننا وبين قضاة زماننا أفسدوا علينا ديننا ، وشريعة نبينا صلى الله عليه وسلم لم يبق منهم إلا الاسم والرسم اه هذا فى قضاة ذلك الزمان ، فما بالك فى قضاة زماننا فإنهم زادوا على من قبلهم باعتقادهم حل ما يأخذونه من المحصول بزعمهم القاسد أن السلطان يأذن لهم بذلك ، وسمعت من بعضهم أن المولى أبا السعود أفتى بذلك ، وأظن أن ذلك افتراء عليه وانظر ما سنذكره قبيل كتاب الشهادات ، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم (قوله ومنه الخ) أى من قسم أخذ القضاء بالرشوة وهذا يسمى الآن مقاطعة والتزاما بأن يكون على رجل قضاء ناحية فيدفع له آخر شيئا معلوما ليقضى فيها ويستقل بجميع ما يحصله من المحصول لنفسه وذكر فى الخيرية فى شأنهم نظما يصرح بكفرهم (قوله لكن فى الفتح الخ) استدراك على قوله أو شفاعة (قوله أو بغيره) كزنا أو شرب خمر (قوله لأنها المعظم) أى معظم ما يفسق به القاضى نهر (قوله استحق العزل) هذا ظاهر المذهب وعليه مشايخنا البخاريون والسمرقنديون ، ومعناه أنه يجب على السلطان عزله ذكره فى الفصول ، وقيل : إذا ولى عدلا ثم فسق انعزل ، لأن عدالته مشروطة معنى لأن موليه اعتمدها فيزول بزوالها

وقيل ينعزل وعليه الفتوى ابن الكمال وابن ملك : وفى الخلاصة عن النوادر لو فسق أو ارتد أو عمى ثم صلح أو أبصر فهو على قضائه وأما إن قضى فى فسقه ونحوه فباطل واعتمده فى البحر وفى الفتح اتفقوا فى الإمارة والسلطنة على عدم الانعزال بالفسق لأنها مبنية على القهر والغلبة لكن فى أول دعوى الخانية الوالى كالقاضى فليحفظ (وينبغى أن يكون موثوقا به فى عفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والآثار ووجوه الفقه

وفيه أنه لا يلزم من إعتبار ولايته لصلاحيته تقييدها به على وجه تزول بزواله فتح ملخصا (قوله وقيل ينعزل وعليه الفتوى) قال فى البحر بعد نقله وهو غريب والمذهب خلافه (قوله ثم صلح) أى بالطاعة أو الإسلام (قوله فهو على قضائه) مخالف لما فى البحر عن البزازية أربع خصال : إذا حلت بالقاضى بعزل فوات السمع أو البصر أو العقل أو الدين اه لكن قال بعده ، وفى الواقعات الحسامية الفتوى على أنه لا ينعزل بالردة فإن المكفر لا ينافى ابتداء القضاء فى إحدى الروايتين ، ثم قال وبه علمت أن ما مر على خلاف المفتى به وفى الولوالجية إذا ارتد أو فسق ثم صلح فهو على حاله لأن الارتداد فسق ، وبنفس الفسق لا ينعزل إلا أن ما قضى فى حال الردة باطل اه :

قلت : وظاهر ما فى الولوالجية أن ما قضاه فى حال الفسق نافذ وهو الموافق لما مر إلا أن يراد بالفسق فى عبارة الخلاصة الفسق بالرشوة تأمل (قوله واعتمده فى البحر) فيه أن الذى اعتمده فى البحر هو قوله فصار الحاصل : أنه إذا فسق لا ينعزل وتنفذ قضاياه إلا فى مسألة هى ما إذا فسق بالرشوة فإنه لا ينفذ فى الحادثة التى أخذ بسببها قال وذكر الطرسوسى أن من قال باستحقاقه العزل قال بصحة أحكامه ومن قال بعزله قال ببطلانها اه : (قوله لكن فى أول دعوى الخانية الخ) حيث قال كما فى البحر : والوالى إذا فسق فهو بمنزلة القاضى يستحق العزل ولا ينعزل اه وأنت خبير بأن هذا لا يخالف ما فى الفتح فافهم :

مطلب السلطان يصير سلطانا بأمرين

نعم نقل فى البحر عن الخانية أيضا من الردة أن السلطان يصير سلطانا بأمرين : بالمبايعة معه من الأشراف والأعيان وبأن ينفذ حكمه على رعيته خوفا من قهره ، فإن بويع ولم ينفذ فيهم حكمه لعجزه عن قهرهم لا يصير سلطانا فإذا صار سلطانا بالمبايعة فجار إن كان له قهر وغلبة لا ينعزل ، لأنه لو انعزل يصير سلطانا بالقهر والغلبة فلا يفيد وإن لم يكن له قهر وغلبة ينعزل اه فكان المناسب الاستدراك بهذه العبارة الثانية ليفيد حمل ما فى الفتح على ما إذا كان له قهر وغلبة (قوله وينبغى أن يكون الخ) ويكون شديدا من غير عنف لينا من غير ضعف ، لأن القضاء من أهم أمور المسلمين فكل من كان أعرف وأقدر وأوجه وأهيب ، وأصبر على ما يصيبه من الناس كان أولى وينبغى للسلطان أن يتفحص فى ذلك ويولى من هو أولى لقوله عليه الصلاة والسلام « من قلد إنسانا عملا وفى رعيته من هو أولى فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين » بحر ومثله فى الزيلعى فقوله : وينبغى بمعنى يطلب أى المطلوب منه أن تكون صفته هكذا وقوله : كان أولى أى أحق وهذا لا يدل على أن ذلك مستحب ، فإن الحديث يدل على إثم السلطان بتوليته غير الأولى فافهم :

مطلب فى تفسير الصلاح والصالح

(قوله موثوقا به) أى مؤتمنا من وثقت به أثق بكسرهما ثقة ووثوقا ائتمنته والعفاف الكف عن المحارم وخوارم المروءة والمراد بالوثوق بعقله بكونه كاملة ، فلا يولى الأخف وهو ناقص العقل والصلاح خلاف الفساد وفسر الخصاف الصالح بمن كان مستورا غير مهتوك ، ولا صاحب ريبة مستقيم الطريقة سليم الناحية كامن الأذى قليل

والاجتهاد شرط الأولوية) لتعذره على أنه يجوز خلو الزمن عنه عند الأكثر نهر فصح تولية العامى ابن كمال ويحكم بفتوى غيره لكن فى إيمان البزازية المفتى يفتى بالديانة والقاضى يقضى بالظاهر دل على أن الجاهل لايمكنه القضاء بالفتوى أيضا فلابد من كون الحاكم فى الدماء والفروج عالما دينا

السوء ، ليس بمعاقر للنبيذ ولا ينادم عليه الرجال وليس بقذاف للمحصنات ، ولا معروفا بالكذب فهذا عندنا من أهل الصلاح اهـ والمراد بعلم السنة ما ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قولا وفعلا وتقريرا عند أمر يعاينه وبوجوه الفقه طرقه بحر ملخصا والأثر كما قال السخاوى لغة: البقية، واصطلاحا : الأحاديث مرفوعة أو موقوفة على المعتمد وإن قصره بعض الفقهاء على الثانى :

مطلب فى الاجتهاد وشروطه

(قوله والاجتهاد شرط الأولوية) هو لغة بذل المجهود فى تحصيل ذى كلفة وعرفا ذلك من الفقيه فى تحصيل حكم شرعى قال فى التلويح ومعنى بذل الطاقة أن يحس من نفسه العجز عن المزيد عليه وشرطه :الإسلام والعقل والبلوغ وكونه فقيه النفس أى شديد الفهم بالطبع وعلمه باللغة العربية وكونه حاويا لكتاب الله تعالى فيما يتعلق بالأحكام وعالما بالحديث متنا وسندا وناسخا ومنسوخا وبالقياس وهذه الشرائط فى المجتهد المطلق الذى يفتى فى جميع الأحكام وأما المجتهد فى حكم دون حكم فعليه معرفة ما يتعلق بذلك الحكم مثلا كالاجتهاد فى حكم متعلق بالصلاة لا يتوقف على معرفة جميع ما يتعلق بالنكاح اهـ ومراد المصنف هنا الاجتهاد بالمعنى الأول نهر (قوله لتعذره) أى لأنه متعذر الوجود فى كل زمن ، وفى كل بلد فكان شرط الأولوية بمعنى أنه إن وجد فهو الأولى بالتولية فافهم (قوله على أنه) متعلق بمحذوف أى قلنا بالتعذر فى كل زمن بناء على أنه الخ (قوله عند الأكثر) خلافا لما قيل إنه لايخلو عنه زمن وتمام ذلك فى كتب الأصول (قوله فصح تولية العامى) الأولى فى التفريع أن يقال : فصح تولية المقلد ، لأنه مقابل المجتهد ثم إن المقلد يشمل العامى ، ومن له تأهل فى العلم والفهم ، وعين ابن الغرس الثانى قال وأقله أن يحسن بعض الحوادث ، والمسائل الدقيقة وأن يعرف طريق تحصيل الأحكام الشرعية من كتب المذهب ، وصدور المشايخ وكيفية الايراد ، والإصدار فى الوقائع والدعاوى ، والحجج ونازعه فى النهر ورجح أن المراد الجاهل لتعليلهم بقولهم لأن إيصال الحق إلى مستحقه يحصل بالعمل بفتوى غيره قال فى الحواشى اليعقوبية : إذ المحتاج إلى فتوى غيره هو من لا يقدر على أخذ المسائل من كتب الفقه وضبط أقوال الفقهاء اهـ ونحوه فى البحر عن العناية وكذا رجحه ابن الكمال :

قلت : وفيه للبحث مجال فإن المفتى عند الأصوليين هو المجتهد كما يأتى فيصير المعنى أنه لايشترط فى القاضى أن يكون مجتهدا لأنه يكفيه العمل باجتهاد غيره : ولا يلزم من هذا أن يكون عاميا لكن قد يقال إن الاجتهاد كما تعذر فى القاضى تعذر فى المفتى الآن فإذا احتاج إلى السؤال عمن ينقل الحكم من الكتب يلزم أن يكون غير قادر على ذلك تأمل (قوله المفتى يفتى بالديانة) مثلا إذا قال رجل: قلت لزوجتى أنت طالق قاصدا بذلك الإخبار كاذبا فإن المفتى يفتيه بعدم الوقوع والقاضى يحكم عليه بالوقوع لأنه يحكم بالظاهر ، فإذا كان القاضى يحكم بالفتوى يلزم بطلان حكمه فى مثل ذلك ، فدل على أنه لايمكنه القضاء بالفتوى فى كل حادثة ، وفيه نظر فإن القاضى إذا سأل المفتى عن هذه الحادثة لا يفتيه بعدم الوقوع لأنه إنما سأله عما يحكم به ، فلابد أن يبين له حكم القضاء فعلم أن مافى البزازية لاينافى قولهم يحكم بفتوى غيره (قوله فى الدماء والفروج) أى وفى الأموال لكن خصهما بالذكر لأنه لايمكن فيهما الاستباحة بوجه بخلاف المال ولقصد التهويل فإن الحاكم الذى يجرى أحكامه فى ذلك لابد أن يكون عالما دينا

كالكبريت الأحمر وأين الكبريت الأحمر وأين العلم (ومثله) فيما ذكر (المفتي) وهو عند الأصوليين المجتهد أما من يحفظ أقوال المجتهد فليس بمفت وفتواه ليس بفتوى بل هو نقل كلام كما بسطه ابن الهمام (ولا يطلب القضاء) بقلبه (ولا يسأله بلسانه) في الخلاصة طالب الولاية لا يولى إلا إذا تعين عليه القضاء

(قوله كالكبريت الأحمر) معدن عزيز الوجود والجار والمجرور متعلق بمحذوف على أنه حال أو خبر لمبتدأ محذوف (قوله وأين العلم) عبارة البزازية وأين الدين والعلم.

مطلب طريق التنقل عن المجتهد

(قوله بل هو نقل كلام) وطريق نقله لذلك عن المجتهد أحد أمرين: إما أن يكون له سند فيه، أو يأخذ من كتاب معروف تداولته الأيدي نحو كتب محمد بن الحسن، ونحوها من التصانيف المشهورة للمجتهدين، لأنه بمنزلة الخبر المتواتر المشهور هكذا ذكر الرازي، فعلى هذا لو وجد بعض نسخ النوادر في زماننا لا يحل عزو ما فيها إلى محمد ولا إلى أبي يوسف لأنها لم تشتهر في عصرنا في ديارنا ولم تتداول: نعم إذا وجد النقل عن النوادر مثلا في كتاب مشهور معروف كالهداية والمبسوط كان ذلك تعويلا على ذلك الكتاب فتح. وأقره في البحر والنهر والمنح.

قلت: يلزم على هذا أن لا يجوز الآن النقل من أكثر الكتب المطولة من الشروح، أو الفتاوى المشهورة أسماؤها لكنها لم تتداولها الأيدي حتى صارت بمنزلة الخبر المتواتر المشهور لكونها لا توجد إلا في بعض المدارس أو عند بعض الناس كالمبسوط والمحيط والبدائع، وفيه نظر بل الظاهر أنه لا يلزم التواتر بل يكفي غلبة الظن بكون ذلك الكتاب هو المسمى بذلك الاسم بأن وجد العلماء ينقلون عنه، ورأى ما نقلوه عنه موجودا فيه أو وجد منه أكثر من نسخة، فإنه يغلب على الظن أنه هو ويدل على ذلك قوله إما أن يكون له سند فيه أي فيما ينقله والسند لا يلزم تواتره ولا شهرته، وأيضا قدمنا أن القاضي إذا أشكل عليه أمر يكتب فيه إلى فقهاء مصر آخر وأن المشاورة بالكتاب سنة قديمة في الحوادث الشرعية ولا شك أن احتمال التزوير في هذا الكتاب اليسير أكثر من احتماله في شرح كبير بخط قديم، ولا سيما إذا رأى عليه خط بعض العلماء، فيتعين الاكتفاء بغلبة الظن، لئلا يلزم هجر معظم كتب الشريعة من فقه وغيره لا سيما في مثل زماننا والله سبحانه أعلم (قوله ولا يطلب القضاء) لما أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه من حديث أنس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «من سأل القضاء وكل إلى نفسه ومن أجبر عليه ينزل إليه ملك يسدده» وأخرج البخاري قال صلى الله عليه وسلم «يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسأل الإمارة فإنك إن أوتيتها عن مسألة وكلت إليها وإن أوتيتها من غير مسألة أعنت عليها» وإذا كان كذلك وجب أن لا يحل له لأنه معلوم وقوع الفساد منه لأنه مخذول فتح ملخصا (قوله بقلبه) أراد بهذا أن يفرق بين الطلب والسؤال فالأول للقلب والثاني للسان كما في المستصفى وتمامه في النهر (قوله في الخلاصة الخ) أفاد أنه كما لا يحل الطلب لا تحل التولية كما في النهر وأن ذلك لا يختص بالقضاء بل كل ولاية ولو خاصة كولاية على وقف أو يتيم فهي كذلك كما في البحر (قوله إلا إذا تعين عليه القضاء الخ) استثناء مما في المتن ومما في الخلاصة، أما إذا تعين بأن لم يكن أحد غيره يصلح للقضاء وجب عليه الطلب صيانة لحقوق المسلمين، ودفعا لظلم الظالمين ولم أر حكم ما إذا تعين، ولم يول إلا بمال هل يحل بذله وكذا لم أر جواز عزله، وينبغي أن يحل بذله للمال كما حل طلبه وأن يحرم عزله حيث تعين، وأن لا يصح بحر قال في النهر: هذا ظاهر في صحة توليته وإطلاق المصنف يعني قوله: ولو أخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا يرده وأما عدم صحة عزله فممنوع قال في الفتح للسلطان أن يعزل القاضي بريبة، وبلا ريبة ولا ينعزل حتى

أو كانت التولية مشروطة له أو ادعى أن العزل من القاضي الأول بغير جنحة نهر: قال: واستحب الشافعية والمالكية طلب القضاء لخامل الذكر لنشر العلم (ويختار) المقلد (الأقدر والأولى به ولا يكون فظا غليظا جبارا عنيدا) لأنه خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي إطلاق اسم خليفة الله خلاف تتارخانية (وكره) تحريما (التقلد) أي أخذ القضاء (لمن خاف الحيف) أي الظلم (أو العجز) يكفي أحدهما في الكراهة ابن كمال (وإن تعين له أو أمنه لا) يكره فتح ثم إن انحصر فرض عينا وإلا كفاية بحر

يبلغه العزل اه: نعم لو قيل لايحل عزله في هذه الحالة لم يبعد كالوصي العدل اه.

قلت: وأيضا حيث تعين عليه يخرج عن عهدة الوجوب بالسؤال فإذا منعه السلطان أثم بالمنع، لأنه إذا منع الأولى وولى غيره يكون قد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين كما مر في الحديث، وإذا منعه لم يبق واجبا عليه، فبأي وجه يحل له دفع الرشوة وقد قال بعض علمائنا: إن فرضية الحج تسقط بدفع الرشوة إلى الأعراب كما قدمناه في بابه فهذا أولى كما لايخفى. وأما صحة عزله فظاهرة لأنه وكيل عن السلطان وإثمه بعزله لايلزم منه عدم صحة العزل كالوصي العدل المنصوب من جهة القاضي، وأما المنصوص من جهة الميت، فالمعتمد عدم صحة عزله لكن الفرق بينه وبين مانحن فيه أن الوصي خليفة الميت فليس للقاضي عزله وأما القاضي فهو خليفة عن السلطان وولايته مستمدة منه فله عزله كوصي القاضي هذا ماظهر لي (قوله أو كانت التولية مشروطة له) ذكره في النهر بحثا معللا بأنه حينئذ يطلب تنفيذ شرط الواقف اه.

قلت: وهذا في الحقيقة ليس طالبا من القاضي أن يوليه، لأنه متول بالشرط، بل يريد إثبات ذلك في وجه من يعارضه ومثله وصي الميت إذا أراد إثبات وصايته وبهذا سقط قوله في البحر إن ظاهر كلامهم أنه لا تطلب التولية على الوقف ولو كانت بشرط الواقف له لإطلاقهم اه (قوله أو ادعى الخ) أي فإن له طلب العود من القاضي الجديد وحين ذلك يقول له القاضي: أثبت أنك أهل للولاية ثم يوليه نص عليه الخصاف نهر (قوله لخامل الذكر) هو بالخاء المعجمة غير المشهور (قوله ويختار المقلد) بصيغة اسم الفاعل وقدمنا قبيل قوله وشرط أهليتها عن الفتح من له ولاية التقليد، والظاهر أن هذا الاختيار واجب لئلا يكون خائنا لله ورسوله وعامة المؤمنين كما مر في الحديث (قوله ولا يكون فظا الخ) الفظ هو الجافي سيئ الخلق والغليظ قاسي القلب والجبار من يجبره على الأمر بمعنى أجبره أي لايجبر غيره على مالايريد والعنيد المعاند المجانب للحق المعادي لأهله بحر عن مسكين (قوله لأنه خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم) أي في إمضاء الأحكام الشرعية (قوله أي أخذ القضاء) هذا يناسب كون العبارة التقلد قال في البحر وهما نسختان أي في الكنز التقليد أي النصب من السلطان والتقلد أي قبول تقليد القضاء وهي الأولى اه، وهي التي شرح عليها المصنف وقال أيضا إنها أولى.

قلت: ويمكن إرجاع الأولى إلى الثانية بتقدير مضاف أي قبول التقليد، وهو معنى قول الشارح أي أخذ القضاء (قوله لمن خاف الحيف) فلو كان غالب ظنه أنه يجور في الحكم ينبغي أن يكون حراما بحر (قوله أو العجز) يحتمل أن يراد به العجز عن سماع دعاوى كل الخصوم بأن قدر على البعض فقط وأن يراد العجز عن القيام بواجباته من إظهار الحق وعدم أخذه الرشوة فعلى الأول هو مباين وعلى الثاني أعم تأمل (قوله ابن كمال) أي نقلا عن القدوري (قوله وإن تعين له) أي مع خوف الحيف قال في الفتح ومحل الكراهة ما إذا لم يتعين عليه فإن انحصر صار فرض عين عليه، وعليه ضبط نفسه إلا إذا كان السلطان يمكن أن يفصل الخصومات ويتفرغ لذلك اه.

(والتقلد رخصة) أى مباح (والترك عزيمة عند العامة) بزازية فالأولى عدمه (ويحرم على غير الأهل الدخول فيه قطعا) من غير تردد فى الحرمة ففيه الأحكام الخمسة (ويجوز تقلد القضاء من السلطان العادل والجائر) ولو كافرا ذكره مسكين وغيره إلا إذا كان يمنعه عن القضاء بالحق فيحرم ولو فقد وال لغلبة كفار وجب على

مطلب للسلطان أن يقضى بين الخصمين

وهذا صريح فى أن للسلطان أن يقضى بين الخصمين ، وقدمنا التصريح به عن ابن الغرس عند قوله وحاكم. قال الرملى وفى الخلاصة وفى النوازل : أنه لاينفذ وفى أدب القاضى للخصاف ينفذ وهو الأصح ، وقال القاضى الإمام ينفذ وهذا أصح وبه يفتى اه :

[تنبيه] لو تعين عليه هل يجبر على القبول لو امتنع قال فى البحر : لم أره والظاهر نعم وكذا جواز جبر واحد من المتأهلين اه لكن صرح فى الاختيار بأن من تعين له يفترض عليه ولو امتنع لايجبر عليه (قوله والتقلد) أى الدخول فيه عند الأمن وعدم التعين ؛

مطلب ماكان فرض كفاية يكون أدنى فماه الندب

(قوله والترك عزيمة الخ) هو الصحيح كما فى النهر عن النهاية ، وبه جزم فى الفتح معللا بأن الغالب خطأ ظن من ظن من نفسه الاعتدال ، فيظهر منه خلافه ، وقيل : إن الدخول فيه عزيمة والامتناع رخصة ، فالأولى الدخول فيه قال فى الكفالة فإن قيل : إذا كان فرض كفاية كان الدخول فيه مندوبا لما أن أدنى درجات فرض الكفاية الندب كما فى صلاة الجنازة ونحوها قلنا نعم كذلك إلا أن فيه خطرا عظيما ، وأمرا مخوفا لايسلم فى بحره كل سابح ، ولا ينجو منه كل طامح إلا من عصمه الله تعالى وهو عزيز وجوده ؛

مطلب أبو حنيفة دعى إلى القضاء ثلاث مرات فأبى

ألا ترى أن أبا حنيفة دعى إلى القضاء ثلاث مرات فأبى حتى ضرب فى كل مرة ثلاثين سوطا ، فلما كان فى المرة الثالثة قال حتى أستشير أصحابى ، فاستشار أبا يوسف فقال لو تقلدت لنفعت الناس فنظر إليه أبو حنيفة رحمه الله تعالى نظر المغضب ، وقال : أرأيت لو أمرت أن أعبر البحر سباحة أكنت أقدر عليه وكأنى بك قاضيا ، وكذا دعى محمد رحمه الله إلى القضاء فأبى حتى قيد وحبس واضطر فتقلد اه (قوله ويحرم على غير الأهل) الظاهر أنه ليس المراد بالأهل هنا مامر فى قوله : وأهله أهل الشهادة لأن المراد به من تصح توليته ولو فاسقا أو جائرا أو جاهلا مع قطع النظر عن حله أو حرمته ، بل المراد به هنا مامر فى قوله : وينبغى أن يكون موثوقا به فى عفافه وعقله الخ ، ويحتمل أن يراد به الجاهل تأمل : وفى الفتح وأخرج أبو داود عن بريدة عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « القضاة ثلاثة : اثنان فى النار وواحد فى الجنة رجل عرف الحق فقضى به فهو فى الجنة ورجل عرف الحق فلم يقض وجار فى الحكم فهو فى النار ورجل لم يعرف الحق فقضى للناس على جهل فهو فى النار » (قوله ويجوز تقلد القضاء من السلطان العادل والجائر) أى الظالم وهذا ظاهر فى اختصاص تولية القضاء بالسلطان ونحوه كالخليفة ، حتى لو اجتمع أهل بلدة على تولية واحد القضاء لم يصح بخلاف مالو ولوا سلطانا بعد موت سلطانهم كما فى البزازية نهر وتمامه فيه .

قلت : وهذا حيث لاضرورة وإلا فلهم تولية القاضى أيضا كما يأتى بعده (قوله ولو كافرا) فى التتارخانية الإسلام ليس بشرط فيه أى فى السلطان الذى يقلد وبلاد الإسلام التى فى أيدى الكفرة لاشك أنها بلاد الإسلام

المسلمين تعيين وال وإمام للجمعة فتح (ومن) سلطان الخوارج و (أهل البغى) وإذا صحت التولية صح العزم وإذا رفع قضاء الباغى إلى قاضى العدل نفذه وقيل لا وبه جزم الناصحى (فإذا تقلد طلب ديوان قاض قبله) يعنى السجلات

لابلاد الحرب ، لأنهم لم يظهروافيها حكم الكفر والقضاة مسلمون والملوك الذين يطيعونهم عن ضرورة مسلمون ولو كانت عن غير ضرورة منهم ففساق وكل مصر فيه وال من جهتهم تجوز فيه إقامة الجمع والأعياد ، وأخذ الخراج وتقليد القضاة ، وتزويج الأيامى لاستيلاء المسلم عليه وأما إطاعة الكفر فذاك مخادعة ، وأما بلاد عليها ولاة كفار فيجوز للمسلمين إقامة الجمع والأعياد ويصير القاضى قاضيا بتراضى المسلمين ، فيجب عليهم أن يلتمسوا واليا مسلما منهم اه وعزاه مسكين فى شرحه إلى الأصل ونحوه فى جامع الفصولين .

مطلب فى حكم تولية القضاء فى بلاد تغلب عليها الكفار

وفى الفتح : وإذا لم يكن سلطان ، ولا من يجوز التقلد منه كما هو فى بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار كقرطبة الآن يجب على المسلمين أن يتفقوا على واحد منهم ، يجعلونه واليا فيولى قاضيا ويكون هو الذى يقضى بينهم وكذا ينصبوا إماما يصلى بهم الجمعة اه . وهذا هو الذى تطمئن النفس إليه فليعتمد نهر والإشارة بقوله : وهذا إلى ماأفاده كلام الفتح من عدم صحة تقلد القضاء من كافر على خلاف مامر عن التتارخانية ، ولكن إذاولى الكافر عليهم قاضيا ورضيه المسلمون صحت توليته بلا شبهة تامل . ثم إن الظاهر أن البلاد التى ليست تحت حكم سلطان بل لهم أمير منهم مستقل بالحكم عليهم بالتغلب أو باتفاقهم عليه يكون ذلك الأمير فى حكم السلطان فيصح منه تولية القاضى عليهم (قوله ومن سلطان الخوارج وأهل البغى) تقدم الفرق بينهما فى باب البغاة (قوله صح العزل) فإذا ولى سلطان البغاة باغيا وعزل العدل ، ثم ظهرنا عليهم احتاج قاضى أهل العدل إلى تجديد التولية نهر (قوله نفذه) أى حيث كان موافقا أو مختلفا فيه كما فى سائر القضاة وهو مصرح به فى فصول العمادى ، ويدل بمفهومه على أن القاضى لو كان من البغاة فإن قضاياه تنفذ كسائر فساق أهل العدل ، لأن الفاسق يصلح قاضيا فى الأصح ، وذكر فى الفصول ثلاثة أقوال فيه : الأول ما ذكرنا وهو المعتمد الثانى عدم النفاذ ، فإذا رفع إلى العادل لايمضيه الثالث حكمه حكم المحكم يمضيه لو وافق رأيه وإلا أبطله اه بحر (قوله وبه جزم الناصحى) لكن قد علمت ما هو المعتمد ه

مطلب فى العمل بالسجلات وكتب الأوقاف القديمة

(قوله فإذا تقلد طلب ديوان قاض قبله) فى القاموس الديوان ويفتح مجتمع الصحف والكتاب يكتب فيه أهل الجيش ، وأهل العطية وأول من وضعه عمر رضى الله تعالى عنه جمعه دواوين ودياوين اه فقوله : مجتمع الصحف بمعنى قول الكنز ، وهو الخرائط التى فيها السجلات والمحاضر وغيرها والخرائط جمع خريطة شبه الكيس ، وقول الشارح : يعنى السجلات تفسير بالمعنى الثانى وقول البحر تبعا لمسكين أن ما فى الكنز مجاز لأن الديوان نفس السجلات والمحاضر لا الكيس فيه نظر فافهم والسجل لغة : كتاب القاضى والمحاضر جمع محضر وفى الدرر أن المحضر ماكتب فيه ماجرى بين الخصمين من إقرار أو إنكار والحكم ببينة أو نكول على وجه يرفع الاشتباه وكذا السجل والصك ماكتب فيه البيع والرهن والإقرار وغيرها والحجة والوثيقة يتناولان الثلاثة اه والعرف الآن ما كتب فى الواقعة وبقى عند القاضى وليس عليه خطه والحجة ما عليه علامة القاضى أعلاه وخط الشاهدين أسفله وأعطى

(ونظر في حال المحبوسين) في سجن القاضي وأما المحبوسون في سجن الوالي فعلى الإمام النظر في أحوالهم فمن لزمه أدب أدبه وإلا أطلقه ولا يبيت أحدا في قيد إلا رجلا مطلوبا بدم ونفقة من ليس له مال في بيت المال بحر (فمن أقر) منهم (بحق أو قامت عليه بينة ألزمه) الحبس ذكره مسكين وقيل الحق (وإلا نادى عليه) بقدر مايرى ثم أطلقه بكفيل بنفسه فإن أبى نادى عليه شهرا ثم أطلقه (وعمل في الودائع وغلات الوقف ببينة أو إقرار)

للخصم بحر ملخصا وإنما يطلبه لأن الديوان وضع ليكون حجة عند الحاجة فيجعل في يده من له ولاية القضاء ، وما في يد الخصم لا يؤمن عليه التغيير بزيادة أو نقصان ثم إن كانت الأوراق من بيت المال فلا إشكال في وجوب تسليمها إلى الجديد وكذا لو من مال الخصوم أو من مال القاضي في الصحيح لأنهم وضعوها في يد القاضي لعمله وكذا القاضي يحمل على أنه عمل ذلك تدينا لاتمولا وتمامه في الزيلعي ؟

[تنبيه] مفاد قول الزيلعي ليكون حجة عند الحاجة ، ومثله في الفتح أنه يجوز للجديد الاعتماد على سجل المعزول مع أنه يأتي أنه لايعمل بقول المعزول وفي الأشباه لا يعتمد على الخط ولا يعمل بمكتوب الوقف الذي عليه خطوط القضاة الماضين ، لكن قال البيري المراد من قوله لا يعتمد أي لا يقضي القاضي بذلك عند المنازعة لأن الخط مما يزور ويفتعل كما في مختصر الظهيرية ، وليس منه ما في الأجناس بنص وما وجده القاضي بأيدى القضاة الذين كانوا قبله لها رسوم في دواوين القضاة أجريت على الرسوم الموجودة في دواوينهم ، وإن كان الشهود الذين شهدوا عليها قد ماتوا قال الشيخ أبو العباس يجوز الرجوع في الحكم إلى دواوين من كان قبله من الأمناء اه أي لأن سجل القاضي لا يزور عادة ، حيث كان محفوظا عند الأمناء ، بخلاف ماكان بيد الخصم وقدمنا في الوقف عن الخيرية أنه إن كان للوقف كتاب في سجل القضاة وهو في أيديهم اتبع ما فيه استحسانا إذا تنازع أهله فيه ، وصرح أيضا في الإسعاف وغيره بأن العمل بما في دواوين القضاة استحسان ، والظاهر أن وجه الاستحسان ضرورة إحياء الأوقاف ونحوها عند تقادم الزمان بخلاف السجل الجديد ، لإمكان الوقوف على حقيقة ما فيه باقرار الخصم أو البينة ، فلذا لا يعتمد عليه وعلى هذا فقول الزيلعي ، ليكون حجة عند الحاجة معناه عند تقادم الزمان ، وبهذا يتأيد ما قاله المحقق هبة الله البعلي في شرحه على الأشباه بعد ما مر عن البيري من أن هذا صريح في جواز العمل بالحجة ، وإن مات شهودها حيث كان مضمونها ثابتا في السجل المحفوظ اه لكن لابد من تقييده بتقادم العهد كما قلنا توفيقا بين كلامهم ، ويأتي تمام الكلام على الخط في باب كتاب القاضي وانظر ماكتبناه في دعوى تنقيح الفتاوى الحامدية (قوله ونظر في حال المحبوسين الخ) بأن يبعث إلى السجن من يعدهم بأسمائهم ثم يسأل عن سبب حبسهم ، ولابد أن يثبت عنده سبب وجوب حبسهم وثبوته عند الأول ليس بحجة يعتمدها الثاني في حبسهم لأن قوله لم يبق حجة كذا في الفتح نهر (قوله وإلا أطلقه) أي إن لم يكن له قضية ، وعبارة النهر عن كتاب الخراج لأبي يوسف ، فمن كان منهم من أهل الدعارة والتلصص والجنايات ، ولزمه أدب أدبه ومن لم يكن له قضية خلى سبيله (قوله أو قامت عليه بينة) أعم من أن تشهد بأصل الحق أو بحكم القاضي عليه بحر (قوله ألزمه الحبس) أي أدام حبسه بحر (قوله وقيل الحق) قائله في الفتح حيث قال : من اعترف بحق ألزمه إياه ورده إلى السجن ، واعترضه في البحر بأنه لو اعترف بأنه أقر عند المعزول بالزنا لايعتبر لأنه بطل ، بل يستقبل الأمر فإن أقر أربعا في أربعة مجالس حده اه وفيه أن المتبادر من الحق حق العبد (قوله وإلا) أي وإن لم يقر بشيء ولم تقم عليه بينة بل ادعى أنه حبس ظلما نهر (قوله نادى عليه) ويقول المنادى : من كان يطالب فلان بن فلان الفلاني بحق فليحضر زيلعي (قوله فإن أبى) عن إعطاء الكفيل وقال : لا كفيل لي بحر (قوله نادى عليه شهرا) أي يستأنفه بعد مدة المناداة الأولى (قوله في الودائع) أي ودائع اليتامى نهر (قوله ببينة) أي يقيمها الوصي مثلا على من هي تحت يده

ذى اليد (ولم يعمل) المولى (بقول المعزول) لالتحاقه بالرعايا وشهادة الفرد لاتقبل خصوصا بفعل نفسه درر ومفاده ردها ولو مع آخر نهر :

قلت : لكن أفتى قارئ الهداية بقبولها وتبعه ابن نجيم فتنبه (إلا أن يقر ذواليد أنه) أى المعزول (سلمها) أى الودائع والغلات (إليه فيقبل قوله فيهما) أنها لزيد ألا إذا بدأ ذو اليد بالإقرار للغير ثم أقر بتسليم القاضى إليه فأقر القاضى بأنها لآخر فيسلم للمقر له الأول ويضمنه المقر قيمته أو مثله للقاضى بإقراره الثانى يسلمه لمن أقر له

أنها ليتيم فلان أو ناظر الوقف أن هذه الغلة لوقف فلان ، وكأنه مبنى على عرفهم من أن الكل تحت يد أمين القاضى ، وفى زماننا أموال الأوقاف تحت يد نظارها وودائع اليتامى تحت يد الأوصياء ، ولو فرض أن المعزول وضع ذلك تحت يد أمين عمل القاضى بما ذكر نهر (قوله المولى) بتشديد اللام المفتوحة أى القاضى الجديد (قوله درر) ومثله فى الهداية وغيرها (قوله ومفاده) أى مفاد قوله خصوصا بفعل نفسه ، وأصل البحث لصاحب البحر ، وقد رأيته صريحا فى كافى الحاكم ونصه وإذا عزل عن القضاء ، ثم قال : كنت قضيت لهذا على هذا بكذا وكذا لم يقبل قوله فيه وإن شهد مع آخر لم تقبل شهادته حتى يشهد شاهدان سواه اه ومثله فى القهستانى عن المبسوط (قوله وتبعه ابن نجيم) أى فى فتاواه وأما ما ذكره فى بحره ، فقد علمت موافقته لما فى النهر وعبارة فتاواه التى رتبها له تلميذه المصنف هكذا سئل عن الحاكم إذا أخبرها كما آخر بقضية هل يكتفى باخباره ، ويسوغ له الحكم بذلك أم لابد من شاهد آخر معه ؟ أجاب : لا يكتفى بإخباره ولابد من شاهد آخر معه قال المرتب لهذه الفتاوى ، وقد تبع شيخنا فى ذلك ما أفتى به الشيخ سراج الدين قارئ الهداية ولا شك أن هذا قول محمد ، وأن الشيخين قالا بقبول إخباره عن إقراره بشىء مطلقا إذا كان لا يصح رجوعه عنه ، ووافقهما محمد ثم رجع عنه وقال : لا يقبل إلا بضم رجل آخر عدل إليه وهو المراد بقول من روى عنه أنه لا يقبل مطلقا ، ثم صح رجوعه قولهما كما فى البحر ثم قال : وأما إذا أخبر القاضى باقراره عن شىء يصح رجوعه كالحد لم يقبل قوله بالإجماع وإن أخبر عن ثبوت الحق بالبينة فقال قامت بذلك بينة ، وعدلوا أو قبلت شهادتهم على ذلك يقبل فى الوجهين جميعا انتهى كلامه انتهى مافى الفتاوى :

أقول : وحاصله أن القاضى لو أخبر عن إقرار رجل بما لا يصح رجوعه عنه كبيع أو قرض مثلا يقبل عندهما مطلقا ووافقهما محمد أولا ثم رجع وقال لا يقبل ما لم يشهد معه آخر ثم صح رجوعه إلى قولهما بالقبول مطلقا كما لو أخبر عن حكمه بثبوت حق بالبينة ، فعلى هذا لم يبق خلاف فى قبول قول القاضى ، ولا يخفى أن كلامنا فى المعزول وهذا فى المولى كما يعلم من شرح أدب القضاء وكذا مما سيأتى قبيل كتاب الشهادات عند قوله ولو قال قاض عدل قضيت على هذا بالرجم الخ وبه يشعر أصل السؤال حيث عبر بالحاكم وعبارة قارئ الهداية كذلك وبه علم أن الاستدراك على مافى النهر فى غير محله (قوله فيقبل قوله) أى قول المعزول وشمل ثلاث صور ما إذا قال ذو اليد بعد إقرار بتسليم القاضى المعزول إليه أنها لزيد الذى أقر له المعزول أو قال : إنها لغيره أو قال لا أدرى لأنه فى هذه الثلاث ثبت باقراره أنه مودع المعزول ، ويد المودع كيده فصار كأنه فى يد المعزول فيقبل إقراره به كما فى الزيلعى بخلاف ما إذا أنكر ذو اليد التسليم فإنه لا يقبل قول المعزول كما فى البحر (قوله فيسلم للمقر له الأول) لأنه لما بدأ بالإقرار صح إقراره ولزم لأنه أقر بما هو فى يده فلما قال دفعه إلى القاضى فقد أقر أن اليد كانت للقاضى ، والقاضى يقر به لآخر فيصير هو باقراره متلفا لذلك على من أقر له القاضى فتح ثم قال فرع يناسب هذا لو شهد شاهدان أن القاضى قضى لفلان على فلان بكذا ، وقال القاضى : لم أقض بشىء لا تجوز شهادتهما عندهما ويعتبر قول القاضى وعند محمد تقبل وينفذ ذلك اهوقدمنا عن البحر أنه فى جامع الفصولين رجع

القاضى (ويقضى فى المسجد) ويختار مسجدا فى وسط البلد تيسيرا للناس ويستدبر القبلة كخطيب ومدرس خانية وأجرة المحضر على المدعى هو الأصح بحر عن البزازية وفى الخانية على المتمرد وهو الصحيح وكذا السلطان والمفتى والفقيه (أو) فى (داره) ويأذن عموما (ويرد هدية) التنكير للتقليل ابن كمال : وهى مايعطى بلا شرط إعانة بخلاف الرشوة ابن ملك ولو تأذى المهدى بالرد يعطيه مثل قيمتها خلاصة ولو تعذر الرد لعدم معرفته أو بعد مكانه وضعها فى بيت المال ومن خصوصياته عليه الصلاة والسلام أن هداياه له تتارخانية مفاده أنه ليس للإمام قبول الهدية وإلا لم تكن خصوصية وفيها يجوز للإمام والمفتى والواعظ قبول الهدية لأنه إنما يهدى إلى العالم لعلمه بخلاف

قول محمد لفساد الزمان (قوله ويقضى فى المسجد) وبه قال أحمد ومالك فى الصحيح عنه خلافا للشافعى له أن القضاء بحضرة المشرك وهو نجس بالنص وقد طال فى الفتح فى الاستدلال للمذهب ثم قال : وأما نجاسة المشرك ففى الاعتقاد على معنى التشبيه ، والحائض يخرج إليها أو يرسل نائبه كما لو كانت الدعوى فى دابة وتمام الفروع فيه وفى البحر (قوله ويستدبر) أى ندبا كما فى الذى قبله ط :

مطلب فى أجرة المحضر

(قوله وأجرة المحضر الخ) بضم أوله وكسر ثالثه هو من يحضر الخصم ، وعبارة البحر هكذا وفى البزازية : ويستعين بأعوان الوالى على الاحضار وأجرة الأشخاص فى بيت المال وقيل على المتمرد فى المصر من نصف درهم إلى درهم وفى خارجه لكل فرسخ ثلاثة دراهم أو أربعة وأجرة الموكل على المدعى وهو الأصح وفى الذخيرة أنه المشخص وهو المأمور بملازمة المدعى عليه اهـ والإشخاص بالكسر بمعنى الإحضار فقد فرق بين المحضر وبين الملازم ، وهذا غير مانقله الشارح فتأمل . وفى منية المفتى مؤنة المشخص قيل فى بيت المال وفى الأصح على المتمرد اهـ وهذا ما فى الخانية .

والحاصل : أن الصحيح أن أجرة المشخص بمعنى الملازم على المدعى وبمعنى الرسول المحضر على المدعى عليه لو تمرد بمعنى امتنع عن الحضور وإلا فعلى المدعى هذا خلاصة ما فى شرح الوهبانية (قوله أو فى داره) لأن العبادة لا تتقيد بمكان والأولى أن تكون الدار فى وسط البلد كالمسجد نهر .

مطلب فى هدية القاضى

(قوله ويرد هدية) الأصل فى ذلك ما فى البخارى ، عن أبى حميد الساعدى قال « استعمل النبى صلى الله عليه وسلم رجلا من الأزد يقال له ابن اللتبية على الصدقة فلما قدم قال : هذا لكم ، وهذا لى قال عليه الصلاة والسلام : هلا جلس فى بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أيهدى له أم لا » قال عمر بن عبد العزيز : كانت الهدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية واليوم رشوة ذكره البخارى ، واستعمل عمر أبا هريرة فقدم بمال فقال له من أين لك هذا قال تلاحقت الهدايا فقال له عمر أى عدو الله هلا قعدت فى بيتك ، فتنظر أيهدى لك أم لا فأخذ ذلك منه ، وجعله فى بيت المال وتعليل النبى صلى الله عليه وسلم دليل على تحريم الهدية التى سببها الولاية فتح قال فى البحر : وذكر الهدية ليس احترازيا إذ يحرم عليه الاستقراض والإستعارة ممن يحرم عليه قبول هديته كما فى الخانية اهـ :

قلت : ومقتضاه أنه يحرم عليه سائر التبرعات ، فتحرم المحاباة أيضا ولذا قالوا له أخذ أجرة كتابة الصك بقدر أجر المثل ، فإن مفاده أنه لايحل له أخذ الزيادة لأنها محاباة وعلى هذا فما يفعله بعضهم من شراء الهدية بشىء يسير أو بيع الصك بشىء كثير لا يحل وكذا ما يفعله بعضهم حين أخذ المحصول من أنه يبيع به الدافع دواة أو سكينا أو نحو ذلك لا يحل لأنه إذا حرم الاستقراض والاستعارة فهذا أولى (قوله وهى الخ) عزاه فى الفتح إلى شرح الأقطع (قوله وضعها فى بيت المال) أى إلى أن يحضر صاحبها فتدفع له بمنزلة اللقطة كما فى الفتح (قوله وفيها الخ)

. . . .

أى فى التتارخانية وهذا مخالف لما ذكره أولا فيها فى حق الإمام ويؤيد الأول ما مر عن الفتح من أن تعليل النبى صلى الله عليه وسلم دليل على تحريم الهدية التى سببها الولاية وكذا قوله وكل من عمل للمسلمين عملا حكمه فى الهدية حكم القاضى اهـ :

مطلب فى حكم الهدية للمفتى

واعترضه فى البحر بما ذكره الشارح عن التتارخانية وبما فى الخانية من أنه يجوز للإمام والمفتى قبول الهدية وإجابة الدعوة الخاصة ثم قال إلا أن يراد بالإمام إمام الجامع : أى وأما الإمام بمعنى الوالى فلا تحل الهدية فلا منافاة وهذا هو المناسب للأدلة ولأنه رأس العمال قال فى النهر : والظاهر أن المراد بالعمل ولاية ناشئة عن الإمام أو نائبه كالساعى والعاشر اهـ :

قلت : ومثلهم مشايخ القرى والحرف وغيرهم ممن لهم قهر وتسلط على من دونهم فإنه يهدى إليهم خوفا من شرهم أو ليروج عندهم وظاهر قوله ناشئة عن الإمام الخ دخول المفتى إذا كان منصوبا من طرف الإمام أو نائبه ، لكنه مخالف لاطلاقهم جواز قبول الهدية له وإلا لزم كون إمام الجامع والمدرس المنصوبين من طرف الإمام كذلك إلا أن يفرق بأن المفتى يطلب منه المهدى المساعدة على دعواه ونصره على خصمه فيكون بمنزلة القاضى لكن يلزم من هذا الفرق أن المفتى لو لم يكن منصوبا من الإمام يكون كذلك فيخالف ما صرحوا به من جوازها للمفتى فإن الفرق بينه وبين القاضى واضح فإن القاضى ملزم وخليفة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى تنفيذ الأحكام فأخذه الهدية يكون رشوة على الحكم الذى يؤمله المهدى ويلزم منه بطلان حكمه والمفتى ليس كذلك وقد يقال : إن مرادهم بجوازها للمفتى إذا كانت لعلمه لا لاعانته للمهدى بدليل التعليل الذى نقله الشارح فإذا كانت لاعانته صدق عليها حد الرشوة لكن المذكور فى حدها شرط الإعانة وقدمنا عن الفتح عن الأقضية أنه لو أهداه ليعينه عند السلطان بلا شرط لكن يعلم يقينا أنه إنما يهدى ليعينه فمشايخنا على أنه لا بأس به الخ وهذا يشمل ما إذا كان من العمال أو غيرهم :

وعن هذا قال فى جامع الفصولين القاضى لا يقبل الهدية من رجل لو لم يكن قاضيا لا يهدى إليه ويكون ذلك بمنزلة الشرط ثم قال أقول : يخالفه ما ذكر فى الأقضية الخ .

قلت : والظاهر عدم المخالفة لأن القاضى منصوص على أنه لا يقبل الهدية على التفصيل الآتى فما فى الأقضية مفروض فى غيره فيحتمل أن يكون المفتى مثله فى ذلك ويحتمل أن لا يكون والله سبحانه أعلم بحقيقة الحال ، ولا شك أن عدم القبول هو المقبول ورأيت فى حاشية شرح المنهج للعلامة محمد الداودى الشافعى مانصه قال ع ش : ومن العمال مشايخ الأسواق والبلدان ، ومباشرو الأوقاف وكل من يتعاطى أمرا يتعلق بالمسلمين انتهى قال م ر فى شرحه : ولا يلحق بالقاضى فيما ذكر المفتى والواعظ ، ومعلم القرآن والعلم لأنهم ليس لهم أهلية الإلزام ، والأولى فى حقهم إن كانت الهدية ، لأجل ما يحصل منهم من الإفتاء والوعظ والتعليم عدم القبول ليكون علمهم خالصا لله تعالى ، وإن أهدى إليهم تحببا وتوددا لعلمهم وصلاحهم فالأولى القبول وأما إذا أخذ المفتى الهدية ليرخص فى الفتوى فإن كان بوجه باطل فهو رجل فاجر يبدل أحكام الله تعالى ، ويشترى بها ثمنا قليلا وإن كان بوجه صحيح فهو مكروه كراهة شديدة انتهى هذا كلامه وقواعدنا لا تأباه ، ولا حول ولا قوة إلا بالله وأما إذا أخذ لا ليرخص له بل لبيان الحكم الشرعى ، فهذا ما ذكره أولا وهذا إذا لم يكن بطريق الأجرة بل مجرد هدية لأن

القاضى (إلا من) أربع السلطان والباشا أشباه وبحرو (قريبه) المحرم (أو ممن جرت عادته بذلك) بقدر عادته ولا خصومة لهما درر (و) يرد إجابة (دعوة خاصة وهى التى لايتخذها صاحبها لولا حضور القاضى) ولو من محرم ومعتاد وقيل : هى كالهدية وفى السراج وشرح المجمع ولا يجيب دعوة خصم

أخذ الأجرة على بيان الحكم الشرعى لا يحل عندنا ، وإنما يحل على الكتابة لأنها غير واجبة عليه والله سبحانه أعلم (قوله السلطان والباشا) عزاه فى الأشباه إلى تهذيب القلانسى قال الحموى : وفيه فصول إذ لايشمل القاضى الذى يتولى منه ، وهو قاضى العسكر لقضاة الأقطار وعبارة القلانسى ، ولا يقبل الهدية إلا من ذى رحم محرم أو وال يتولى الأمر منه أو وال مقدم الولاية على القضاة ومعناه أنه يقبل الهدية من الوالى الذى تولى القضاء منه وكذا من وال مقدم عليه فى الرتبة فإنه يشمل القاضى الذى تولى منه والباشا ووجهه أن منع قبولها إنما هو للخوف من مراعاته لأجلها وهو إن راعى الملك ونائبه لم يراعه لأجلها (قوله المحرم) هذا القيد لابد منه ليخرج ابن العم نهر (قوله أو ممن جرت عادته بذلك) قال فى الأشباه : ولم أر بماذا تثبت العادة ونقل الحموى عن بعضهم إنها تثبت بمرة ، ثم إن ظاهر العطف أن قبولها من القريب غير مقيد بجرى العادة منه ، وهو ظاهر إطلاق القدورى والهداية وفى النهاية عن شيخ الإسلام أنه قيد فيه أيضا وتمامه فى النهر (قوله بقدر عادته) فلو زاد لا يقبل الزيادة وذكر فخر الإسلام إلا أن يكون مال المهدى قد زاد ، فبقدر ما زاد ماله إذا زاد فى الهدية لا بأس بقبولها فتح قال فى الأشباه : وظاهر كلامه أنه زاد فى القدر ، فلو فى المعنى كأن كانت عادته إهداء ثوب كتان فأهدى ثوبا حريرا لم أره لأصحابنا ، وينبغى وجوب رد الكل لا بقدر ما زاد فى قيمته لعدم تمييزها ونظر فيه فى حواشى الأشباه :

[تنبيه] فى الفتح : ويجب أن تكون هدية المستقرض للمقرض كالهدية للقاضى إن كان المستقرض له عادة قبل استقراضه فللمقرض أن يقبل منه قدر ما كان يهديه بلا زيادة اهـ .

قال فى البحر : وهو سهو والمنقول كما قدمناه آخر الحوالة أنه يحل حيث لم يكن مشروطا مطلقا اهـ وأجاب المقدسى بأن كلام المحقق فى الفتح مبنى على مقتضى الدليل (قوله ولا خصومة لهما) فإن قبلها بعد انقطاع الخصومة جاز ابن ملك وذكره فى النهر بحثا وفى ط عن الحموى إلا أن يكون ممن لاتتناهى خصوماته كنظار الأوقاف ومباشريها اهـ :

قال فى البحر : والحاصل أن من له خصومة لايقبلها مطلقا ومن لا خصومة له فإن كان له عادة قبل القضاء قبل المعتاد وإلا فلا اهـ أى سواء كان محرما أو غيره على ما مر عن شيخ الإسلام (قوله دعوة خاصة) الدعوة إلى الطعام بفتح الدال عند أكثر العرب وبعضهم يكسرها كما فى المصباح ، فلو عامة له حضورها لولا خصومة لصاحبها كما فى الفتح (قوله وهى الخ) هذا هو المصحح فى تفسيرها وقيل العامة دعوة العرس والختان وما سواهما خاصة ، وقيل إن كانت لخمسة إلى عشرة فخاصة وإن لأكثر فعامة وتمامة فى البحر والنهر (قوله وقيل هى كالهدية) ظاهر الفتح اعتماده فإنه قال بعد كلام فقد آل الحال إلى أنه لا فرق بين القريب والغريب فى الهدية والضيافة ، وكذا قال فى البحر الأحسن أن يقال ولا يقبل هدية ودعوة خاصة إلا من محرم أو ممن له عادة فإن للقاضى أن يجيب الدعوة الخاصة من أجنبى له عادة باتخاذها كالهدية فلو كان من عادته الدعوة له فى كل شهر مرة فدعاه كل أسبوع بعد القضاء لا يجيبه ولو اتخذ له طعاما أكثر من الأول لا يجيبه إلا أن يكون ماله قد زاد كذا فى التتارخانية اهـ (قوله ولا يجيب دعوة خصم) هو ما ذكره فى شرح المجمع لابن ملك ، وقدمناه عن الفتح ، وقوله وغير معتاد هو ما ذكره فى السراج كما عزاه إليه المصنف فى المنح وهذا لا يناسب القيل المذكور قبله ، لأنه يلزم أن تكون العامة كالخاصة

وغير معتاد ولو عامة للتهمة (ويشهد الجنازة ويعود المريض) إن لم يكن لها ولا عليهما دعوى شرنبلالية عن البرهان (ويسوى) وجوبا (بين الخصمين جلوسا وإقبالا وإشارة ونظرا ويمتنع من مسارة أحدهما والاشارة إليه) ورفع صوته عليه (والضحك فى وجهه) وكذا القيام له بالأولى (وضيافته) نعم لو فعل ذلك معهما معا جاز نهر (ولا يمزح) فى مجلس الحكم (مطلقا) ولو لغيرهما للذهابه بمهابته (ولا يلقنه حجته) وعن الثانى لابأس به عينى (ولا) يلقن (الشاهد شهادته)واستحسنه أبو يوسف فيمالا يستفيدبه زيادة علم والفتوى على قوله فيما يتعلق بالقضاء لزيادة تجربته بزازية فى الولوالجية حكى أن أبا يوسف وقت موته قال: اللهم إنك تعلم أنى لم أمل إلى أحد الخصمين

وهو خلاف تقييدهم المنع بالخاصة فقط تأمل (قوله ويعود المريض) إلا أنه لا يطيل المكث عنده بحر (قوله إن لم يكن لها ولا عليهما دعوى) الذى فى الفتح وغيره الاقتصار على ذكر المريض تأمل (قوله ويسوى وجوبا بين الخصمين الخ) إطلاقه يعم الصغير والكبير والخليفة والرعية والدنىء والشريف والأب والابن والمسلم والكافر إلا إذا كان المدعى عليه هو الخليفة ينبغى للقاضى أن يقوم من مقامه ، وأن يجلسه مع خصمه ، ويقعد هو على الأرض ثم يقضى بينهما ولا ينبغى أن يجلس أحدهما عن يمينه ، والآخر عن يساره لأن لليمين فضلا ولذا كان النبي صلى الله عليه وسلم يخص به الشيخين بل المستحب باتفاق أهل العلم أن يجلسهما بين يديه كالمتعلم بين يدى معلمه ، ويكون بعدهما عنه قدر ذراعين أو نحوهما ولا يمكنهما من التربع ونحوه ، ويكون أعوانه قائمة بين يديه وأما قيام الأخصام بين يديه فليس معروفا ، وإنما حدث لما فيه من الحاجة إليه والناس مختلفو الأحوال والأدب وقد حدث فى هذا الزمان أمور وسفهاء ، فيعمل القاضى بمقتضى الحال كذا فى الفتح يعنى فنهم من لا يستحق الجلوس بين يديه ، ومنهم من يستحق فيعطى كل إنسان ما يستحقه بقى مالو كان أحدهما يستحقه دون الآخر رأى الآخر إلا القيام لم أر المسألة وقياس ما فى الفتح أن القاضى لا يلتفت إليه نهر (قوله وإقبالا) أى نظرا قهستانى والأولى تفسيره بالتوجيه إليه صورة أو معنى لئلا يتكرر بما بعده (قوله ويمتنع من مساواة أحدهما) أى يجتنب التكلم معه خفية وكذا القائم بين يديه كما فى الولوالجية وهو الجلواز الذى يمنع الناس من التقدم إليه بل يقيمهم بين يديه على البعد ومعه سوط والشهود يقربون نهر (قوله والإشارة إليه) مستدرك بما قبله ط (قوله ورفع صوته عليه) ينبغى أن يستثنى ما لوكان بسبب كإساءة أدب ونحوه (قوله لو فعل ذلك) أى الضيافة :

وقال فى النهر أيضا وقياسه أنه لو سارهما أو أشار إليهما معا جاز (قوله ولا يمزح) أى يداعب فى الكلام من باب نفع (قوله فى مجلس الحكم) أما فى غيره فلا يكثر منه لأنه يذهب بالمهابة بحر (قوله عينى) عبارته وعن الثانى فى رواية والشافعى فى وجه لا بأس بتلقين الحجة اه وظاهره ضعفها ، بل ظاهر الفتح أن هذا فى تلقين الشاهد لا الخصم كما يأتى نعم فى البحر عن الخانية ، ولو أمر القاضى رجلين ليعلماه الدعوى والخصومة فلا بأس به خصوصا على قول أبى يوسف (قوله واستحسنه أبو يوسف) قال فى الفتح وعن أبى يوسف وهو وجه للشافعى لا بأس به لمن استولته الحيرة أو الهيبة فترك شيئا من شرائط الشهادة فيعينه بقوله أتشهد بكذا وكذا بشرط كونه فى غير موضع التهمة ، أما فيها بأن ادعى المدعى ألفا وخمسمائة والمدعى عليه ينكر الخمسمائة وشهد الشاهد بألف فيقول القاضى يحتمل أنه أبرأ من الخمسمائة واستفاد الشاهد بذلك علما فوفق به فى شهادته كما وفق القاضى ، فهذا لا يجوز بالاتفاق كما فى تلقين أحد الخصمين اه ثم ذكر أن ظاهر الهداية ترجيح قول أبى يوسف اه :

وحكاية الرواية فى تلقين الشاهد والاتفاق فى تلقين أحد الخصمين ينفى ما مر عن العينى تأمل (قوله لزيادة تجربته) قدمنا عن الكفاية أن محمدا تولى القضاء أيضا وذكر عبد القادر فى طبقاته أن الرشيد ولاه قضاء الرقة ثم عزله وولاه قضاء الرى اه والظاهر أن مدته لم تطل ولذا لم يشتهر بالقضاء كما اشتهر أبو يوسف ، فلم يحصل له من التجربة

حتى بالقلب إلا فى خصومة نصرانى مع الرشيد لم أسو بينهما وقضيت على الرشيد ثم بكى اه .
قلت : ومفاده أن القاضى يقضى على من ولاه وفى الملتقى ويصح لمن ولاه وعليه وسيجىء :
[فروع] فى البدائع من جملة أدب القاضى أنه لايكلم أحد الخصمين بلسان لايعرفه الآخر .
وفى التتارخانية : والأحوط أن يقول للخصمين أحكم بينكما حتى إذا كان فى التقليد خلل يصير حكما بتحكيمهما :
قضى بحق ثم أمره السلطان بالاستئناف بمحضر من العلماء لم يلزمه بزازية ؛
طلب المقضى عليه نسخة السجل من المقضى له ليعرضه على العلماء أهو صحيح أم لا فامتنع ألزمه القاضى بذلك جواهر الفتاوى وفى الفتح متى أمكن إقامة الحق بلا إيغار صدور كان أولى .
وهل يقبل قصص الخصوم إن جلس للقضاء لا وإلا أخذها ولايأخذ بما فيها إلا إذا أقر بلفظه صريحا .

فصل فى الحبس

هو مشروع بقوله تعالى - أو ينفوا من الأرض - وحبس عليه الصلاة والسلام رجلا بالتهمة فى المسجد ،

ما حصل لأبى يوسف ، لأنه كان قاضى المشرق والمغرب وزيادة التجربة تفيد زيادة علم قال الحموى قال مجد الأئمة الترجمانى والذى يؤيده ما ذكره فى الفتاوى أن أبا حنيفة كان يقول الصدقة أفضل من حج التطوع ، فلما حج وعرف مشاقه رجع وقال الحج أفضل اه (قوله حتى بالقلب) أى لم يحصل منه ميل قلبه إلى عدم التسوية بين الخصمين بقرينة الاستثناء (قوله قلت ومفاده الخ) قال فى الفتح والدليل عليه قضية شريح مع على فإنه قام وأجلس عليا بمجلسه اه (قوله وسيجىء) أى فى آخر باب كتاب القاضى (قوله بلسان لا يعرفه الآخر) لأنه كالمسارة (قوله أحكم بينكما) أى ويقولان نعم احكم بيننا (قوله لم يلزمه) أفاد أنه لو استأنف براءة لعرضه لا بأس به (قوله نسخة السجل) أى كتاب القاضى الذى فيه حكمه المسمى الآن بالحجة (قوله ألزمه القاضى بذلك) الظاهر أن الإشارة للعرض على العلماء لأن السجل أى الحجة لو كان ملكه لا يلزمه دفعه للمقضى عليه تأمل (قوله وفى الفتح الخ) حيث قال وفى المبسوط ماحاصله أنه ينبغى للقاضى أن يعتذر للمقضى عليه ويبين له وجه قضائه ويبين له أنه فهم حجته ، ولكن الحكم فى الشرع كذا يقتضى القضاء عليه فلم يمكن غيره ، ليكون ذلك أدفع لشكايته للناس ، ونسبته إلى أنه جار عليه ومن يسمع يخل فربما تفسد العامة عرضه وهو برىء ، وإذا أمكن إقامة الحق مع عدم إيغار الصدور كان أولى اه وفى الصحاح : الوغر شدة توقد الحر ومنه : قيل فى صدره على وغر بالتسكين أى ضغن وعداوة وتوقد من الغيظ (قوله قصص الخصوم) جمع قصة وهى بالفتح الحصة والمراد بها هنا ورقة يكتب فيها قضيته مع خصمه ويسمى الآن عرض حال (قوله لا) أى لأن كلامه بلسانه أحسن من كتابته (قوله ولا يأخذ بما فيها) عبارة غيره ولا يؤاخذ أى لا يؤاخذ صاحبها بما كتبه فيها من إقرار ونحوه ما لم يقر بذلك صريحا لأنه لا عبرة بمجرد الخط فافهم والله سبحانه أعلم .

فصل فى الحبس

هو من أحكام القضاء إلا أنه لما اختص بأحكام كثيرة أفرده بفصل على حدة نهر ، وهو لغة المنع مصدر حبس كضرب ، ثم أطلق على الموضع وترجم المصنف له وزاد فيه مسائل أخر من أحكام القضاء ذكرها فى الهداية فى فصل على حدة فكان الأولى أن يقول فى الحبس وغيره كما قال فى باب كتاب القاضى إلى القاضى وغيره (قوله هو مشروع الخ) أراد أنه مشروع بالكتاب والسنة زاد الزيلعى والإجماع لأن الصحابة رضى الله تعالى عنهم أجمعوا عليه (قوله أو ينفوا من الأرض) فإن المراد بالنفى الحبس كما تقدم فى قطاع الطريق اه ح

وأحدث السجن على رضى الله تعالى عنه بناه من قصب وسماه نافعا فنقبه اللصوص فبنى غيره من مدر وسماه مخيسا بفتح الياء وتكسر موضع التخييس وهو التذليل وفيه يقول على رضى الله عنه :

ألا تراني كيسا مكيسا بنيت بعد نافع مخيسا
حصنا حصينا وأمينا كيسا

(صفته أن يكون بموضع ليس به فراش ولا وطاء) ليضجر فيوفى ومفاده أنه لو جيء له به منع منه (ولا يمكن أحد أن يدخل عليه للاستئناس إلا أقاربه وجيرانه) لاحتياجه للمشاورة (ولا يمكثون عنده طويلا) ومفاده أن زوجته لا تحبس معه لو هى الحابسة اه وهو الظاهر وفى الملتقى يمكن

(قوله وأحدث السجن على) أى أحدث بناء سجن خاص فلا ينافى ماقالوا أيضا من أنه لم يكن فى عهده صلى الله عليه وسلم وأبى بكر سجن، إنما كان يحبس فى المسجد أو الدهليز حتى اشترى عمر رضى الله تعالى عنه دارا بمكة بأربعة آلاف درهم واتخذه محبسا (قوله من مدر) بالتحريك قطع الطين اليابس والحجارة كما فى القاموس (قوله بفتح الياء) أى المثناة التحتية مشددة والعجب مما فى البحر والنهر والمنح من ضبطه بالتاء المثناة الفوقية وقد ذكره فى القاموس فى الأجوف اليائى فقال : المخيس كمعظم السجن وسجن بناه على رضى الله تعالى عنه (قوله كيسا) قال فى المصباح الكيس وزان فلس الظرف والفطنة وقال ابن الأعرابى العقل ويقال إنه مخفف من كيس مثل هين وهين والأول أصح لأنه مصدر من كاس كيسا من باب باع وأما المثقل فاسم فاعل والجمع أكياس مثل جيد وأجياد اه . وفى الفتح : الكيس أى مخففا حسن التأتى فى الأمور والكيس المنسوب إليه الكيس اه (قوله وأمينا) أراد به السجان الذى نصبه فيه فتح وعليه فعطفه على ما قبله نظير * علفتها تبنا وماء باردا * فيراد بقوله : بنيت التخلية وماقيل من أنه يصح كونه وصفا لمخيسا كالذى قبله لايناسبه قول كيسا فافهم (قوله صفته) الضمير للحبس بالمعنى المصدرى، فلذا قال أن يكون بموضع أى فى موضع فافهم (قوله ولا وطاء) على وزن كتاب المهاد الوطيء مصباح وفيه والمهد والمهاد الفراش وفى القاموس عن الكسائى إن الوطاء خلاف الغطاء .

قلت : فإن أريد به المهاد الوطيء أى اللين السهل فهو أخص مما قبله وكذا إن أريد به ماينام عليه وهو خلاف الغطاء (قوله ومفاده) أى مفاد قوله ليضجر (قوله ولا يمكن) بالبناء للمجهول مع التشديد (قوله ولا يمكثون عنده طويلا) أى بحيث يحصل له الاستئناس بهم بل بقدر مايحصل به المقصود من المشاورة .

مطلب لا تحبس زوجته معه لو حبسته

(قوله ومفاده) أى مفاد قوله للاستئناس وفى النهر وإذا احتاج للجماع دخلت عليه زوجته أو أمته إن كان فيه موضع سترة وفيه دليل على أن زوجته لا تحبس معه لو كانت هى الحابسة اه وهو الظاهر اه وأنت خبير بأن الاستدلال على المسألة بما قاله الشارح أولى مما فى النهر، لأن عدم دخول أحد عليه للاستئناس أصرح بعدم حبسها معه إذ فى حبسها معه غاية الاستئناس له مع كون المقصود من ذلك الضجر ليوفى دينه، وإذا كانت هى الحابسة له وقلنا بجواز حبسها معه لا يحصل المقصود بل يحصل ضده وهو ضجرها لتخرجه من الحبس حتى تخرج معه، ففى ذلك أيضا دليل على أنها لا تحبس معه لو هى الحابسة، وليس فيما قاله فى النهر مايدل على ذلك أيضا فلذا عدل الشارح عن كلام النهر . فقد ظهر أنه ليس فى عدوله عنه خلل بل الخلل فى متابعته له فافهم . ثم إن الظاهر أن المقصود بهذا الرد على من قال إنها تحبس معه وفى البحر عن الخلاصة : فإذا حبست المرأة زوجها ، لا تحبس معه وفيه عن البزازية ، وغيرها إذا خيف عليها الفساد استحسن المتأخرون أن تحبس معه اه .

من وطء جاريته لو فيه خلوة (ولا يخرج لجمعة ولا جماعة ولا لحج فرض) فغيره أولى (ولا لحضور جنازة ولو كان (بكفيل) زيلعى وفى الخلاصة يخرج بكفيل لجنازة أصوله وفروعه لاغيرهم وعليه الفتوى (ولو مرض مرضا أضناه ولم يجد من يخدمه يخرج بكفيل وإلا لا) به يفتى ولايخرج لمعالجة وكسب قيل ولا يتكسب فيه ولو له ديون خرج ليخاصم ثم يحبس خانية (ولا يضرب) المحبوس إلا فى ثلاث: إذا امتنع عن كفارة ظهار

وحاصله أنها إذا حبسته وكانت من أهل الفساد ويخشى عليها فعل ذلك إذا لم يكن مراقبا لها يكون مظنة أن حبسها له لأجل ذلك لا لمجرد استيفاء حقها منه، فله حبسها معه أما إذا لم تكن كذلك فلاوجه لحبسها معه وهذا محمل مافى الخلاصة (قوله من وطء جاريته) وكذا زوجته كمامر وقيل يمنع من ذلك لأن الوطء ليس من الحوائج الأصلية فتح (قوله وفى الخلاصة يخرج بكفيل) هذا هو الصواب فى نقل عبارة الخلاصة، ونقل عنها فى البحر يخرج الكفيل فكأنه سقطت الباء من نسخته كما نبه عليه فى النهر وكذا الرملى وقال أيضا: والعجب أن البزازى وقع فى ذلك فقال وذكر القاضى أن الكفيل يخرج لجنازة الوالدين الخ والذى فى فتاوى القاضى يعنى قاضيخان يخرج بالكفيل (قوله وعليه الفتوى) قال فى الفتح: وفيه نظر لأنه إبطال حق آدمى بلاموجب نعم إذا لم يكن له من يقوم بحقوق دفنه فعل ذلك وسئل محمد عما إذا مات والداه أيخرج؟ فقال لا اهـ.

وحاصله أن مافى الخلاصة مخالف لنص محمد رحمه الله تعالى قال فى البحر: وقد يدفع بأن نص محمد فى المديون أصالة والكلام فى الكفيل اهـ وهذا بناء على ماوقع له فى نسخة الخلاصة من التحريف على أنه لايظهر الفرق بين المديون وكفيله كما قاله المصنف فى المنح (قوله يخرج بكفيل) قال فى الفتح: وإن لم يكن له خادم يخرج إن كان يموت بسبب عدم الممرض ولا يجوز أن يكون الدين مفضيا للتسبب فى هلاكه اهـ ومقتضى التعليل أنه لو لم يجد كفيلا يخرج، لكن فى المنح عن الخلاصة فإن لم يجد كفيلا لايطلقه تأمل (قوله وإلا لا) أى وإن وجد من يخدمه لا يخرج هكذا روى عن محمد هذا إذا كان الغالب هو الهلاك وعن أبى يوسف لايخرجه والهلاك فى السجن وغيره سواء والفتوى على رواية محمد منح عن الخلاصة (قوله لمعالجة) أى لمداواة مرضه لإمكان ذلك فى السجن (قوله قيل ولا يتكسب فيه) كذا فى بعض النسخ، وفى أكثرها بل ولا يتكسب فيه وهى الصواب لأن التعبير بقيل يفيد الضعف وقد صرح فى البحر وغيره بأن الأصح المنع، وفى شرح أدب القضاء عن السرخسى أنه الصحيح من المذهب، لأن الحبس مشروع ليضجر ومتى تمكن من الاكتساب لا يضجر، فيكون السجن له بمنزلة الحانوت (قوله ولو له ديون خرج ليخاصم ثم يحبس) فيه إشارة إلى أنه إذا ادعى عليه آخر بدين يخرج لسماع الدعوى فإن أثبته بالوجه الشرعى أعيد فى الحبس لأجلهما سائحانى عن الهندية (قوله إذا امتنع عن كفارة) لأن حق المرأة فى الجماع يفوت بالتأخير أشباه. واعترضه الحموى بأن حقها فيه قضاء فى العمر مرة واحدة اهـ.

قلت: هذه المرة لأجل انتفاء العنة والتفريق بها وإلا فلها حق فى الوطء بعدها، ولذا حرم الإيلاء منها ويفرق بينهما بمضى مدته لأنه امتناع بسبب محظور، وكذا فى الظهار لأنه منكر من القول فلذا ظهر فيه المطالبة بالعود إليها ويضرب عند الامتناع وإن كان لايضرب عند الامتناع عنها بغير سبب تأمل (قوله والإنفاق على قريبه) بالجر عطفا على كفارة، وكذا قوله والقسم كما هو ظاهر فافهم وهذا مخالف لما قدمه فى النفقة من أنه إذا امتنع من الإنفاق على القريب يضرب ولايحبس، ومثله فى القسم كما مر فى بابه لكن قدمنا فى آخر النفقة أنه تابع البحر فى نقل ذلك عن البدائع، وأن الذى فى البدائع أنه يحبس سواء كان أبا أو غيره بخلاف الممتنع من القسم فإنه يضرب، ولايحبس وهو الموافق لما سيذكره المصنف متنا وذكر فى البحر أنهم صرحوا بأنه لو امتنع من التكفير مع قدرته يضرب

والإنفاق على قريبه والقسم بين نسائه بعد وعظ والضابط مايفوت بالتأخير لا إلى خلف أشباه .

قلت : ويزاد مافى الوهبانية :

وإن فر يضرب دون قيد تأدبا ونطيين باب الحبس فى العنت يذكر

(ولا يغل) إلا إذا خاف فراره فيقيد أو يحول لسجن اللصوص وهل يطين الباب الرأى فيه للقاضى بزازية (ولا يجرد ولا يؤاجر) وعن الثانى يؤجره لقضاء دينه (ولا يقام بين يدى صاحب الحق إهانة) له ولو كان ببلد لاقاضى فيها لازمه ليلا ونهارا حتى يأخذ حقه جواهر الفتاوى (وتعيين مكانه) أى مكان الحبس عند عدم إرادة صاحب الحق (للقاضى إلا إذا طلب المدعى مكانا آخر) فيجيبه لذلك قنية وأفتى المصنف تبعا لقارىء الهداية بأن العبرة فى ذلك لصاحب الحق لا للقاضى اه . وفى النهر : ينبغى أن لا يجاب لو طلب حبسه فى مكان اللصوص ونحوه .

[فرع] فى البحر عن المحيط ويجعل للنساء سجن على حدة نفيا للفتنة (وإذا ثبت الحق للمدعى) ولو دانقا وهو سدس درهم (ببينة عجل حبسه بطلب المدعى) لظهور المطل بإنكاره (وإلا) يثبت ببينة بل بإقرار (لم يعجل) حبسه بل يأمره بالأداء

وكذا لو امتنع من الإنفاق على قريبه بخلاف سائر الديون اه (قوله والضابط) أى لما يضرب فيه المحبوس ، فإنه بالامتناع عماذكر يفوت الواجب لاإلى خلف فإن نفقة القريب تسقط بالمضى ولو مقضيا بها أو متراضى عليها وكذا الوطء والقسم يفوتان بالمضى (قوله مافى الوهبانية) الشطر الثانى لشارحها غير فيه نظم الأصل (قوله وإن فر) أى من الحبس (قوله فى العنت يذكر) أى إذا كان متعنتا لا يؤدى المال ، قيل يطين عليه الباب ويترك له ثقبة يلقى له الخبز والماء ، وقيل : الرأى فيه للقاضى وهو مايذكره قريبا عن البزازية (قوله ولا يغل) أى لايوضع له الغل بالضم وهو طوق من حديد يوضع فى العنق جمعه أغلال كقفل وأقفال مصباح وأما القيد فما يوضع فى الرجل (قوله ولا يجرد) أى من ثيابه فى الحبس (قوله وعن الثانى) عبارة النهر ولايؤجر خلافا لما عن الثانى (قوله لا قاضى فيها) بأن مات أو عزل منح عن الجواهر (قوله لازمه) ولا يمنعه عن الاكتساب والدخول إلى بيته لأنه لا ولاية له عليه بخلاف القاضى لأن له ولاية المنع والحبس وغيره منح عن الجواهر (قوله قنية) عبارتها ادعى على بنته مالا وأمر القاضى بحبسها فطلب الأب منه أن يحبسها فى موضع آخر غير السجن حتى لايضيع عرضه يجيبه القاضى إلى ذلك وكذا فى كل مدع مع المدعى عليه اه (قوله وأفتى المصنف الخ) ذكر فى المنح عبارة قارىء الهداية ثم قال : ولا منافاة بين هذا وبين ما ذكرناه ، لأن القاضى يعين مكان الحبس عند عدم إرادة صاحب الحق : أما لو طلب صاحب الحق مكانا فالعبرة فى ذلك له اه (قوله وإذا ثبت الحق للمدعى) أى عند القاضى كمافى الهداية وغيرها وظاهره أن الحكم لا يحبس قال فى البحر ولم أره نهر ، لكن نقل الحموى عن صدر الشريعة أن له الحبس (قوله ولو دانقا) فى كافى الحاكم ويحبس فى درهم وفى أقل منه اه . ومثله فى الفتح معللا بأن ظلمه يتحقق بمنع ذلك (قوله ببينة) أو بنكول بحر عن القلانسى (قوله عجل حبسه) إلا إذا ادعى الفقر فيما يقبل فيه دعواه ط (قوله بطلب المدعى) ذكره قاضيخان وهو قيدلازم منح (قوله لم يعجل حبسه) لأن الحبس جزاء المماطلة ولم يعرف كونه مماطلا فى أول الوهلة فلعله طمع فى الإمهال فلم يستصحب المال فإذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله هداية (قوله بل يأمره بالأداء) ينبغى أن يقيد هذا بما إذا لم يتمكن القاضى من أداء ماعليه بنفسه كما إذا ادعى عينا فى يد غيره أو وديعة له عنده وبرهن أنها هى التى فى يده أو دينا له عليه ، وبرهن على ذلك فوجد

فإن أبى حبسه وعكسه السرخسي وسوى بينهما فى الكنز والدرر واستحسنه الزيلعي والأول مختار الهداية والوقاية والمجمع ، قال فى البحر وهو المذهب عندنا اهـ :

قلت : وفى منية المفتى لو ثبت ببينة يحبس فى أول مرة وبالإقرار يحبس فى الثانية والثالثة دون الأولى فليكن التوفيق (ويحبس) المديون

معه ماهو من جنس حقه ، كان للقاضي أن يأخذ العين منه وماهو من جنس حقه ، ويدفعه إلى المالك غير محتاج إلى أمره بدفع ماعليه ،وقد قالوا : إن رب الدين إذا ظفر بجنس حقه له أن يأخذه ،وإن لم يعلم به المديون فالقاضي أولى نهر وتبعه الحموى وغيره ط :

قلت : لكن كونه غير محتاج إلى أمره بالدفع فيه نظر ، لأن القاضي لايتحقق له ولاية أخذ مال المديون ، وقضاء دينه به إلا بعد الامتناع عن فعل المديون ذلك بنفسه فكان المناسب ذكر هذا عند قوله فإن أبى حبسه فيقال إنما يحبسه إذا لم يتمكن القاضي الخ فافهم (قوله فإن أبى حبسه) فلو قال أمهلني ثلاثة أيام لأدفعه إليك فإنه يمهل ولم يكن بهذا القول ممتنعا من الأداء ولا يحبس شرح الوهبانية عن شرح الهداية ، ومثله قول المصنف الآتى ، ولو قال أبيع عرضي وأقضي دينى الخ (قوله وعكسه السرخسي) وهو أنه إذا ثبت بالبينة لا يحبسه لأول وهلة ، لأنه يعتذر بأني ماكنت أعلم أن على دينا له بخلافه بالإقرار لأنه كان عالما بالدين ولم يقضه حتى أحوجه إلى شكواه فتح (قوله وسوى بينهما فى الكنز) حيث قال : وإذا ثبت الحق للمدعى أمره بدفع ما عليه ؛ فإن أبى حبسه وعبارة متن الدرر أصرح : وهي وإذا ثبت الحق على الخصم بإقراره أو ببينة أمره بدفعه الخ وفى كافى الحاكم ولايحبس الغريم فى أول مايقدمه إلى القاضي ،ولكن يقول له قم فارضه فإن عاد به إليه حبسه اهـ (قوله واستحسنه الزيلعي) حيث قال والأحسن ماذكره هنا أى فى الكنز فإنه يؤمر بالإيفاء مطلقا ، لأنه يحتمل أن يوفى فلا يعجل بحبسه قبل أن يتبين له حاله بالأمر والمطالبة (قوله وهو المذهب عندنا) صرح بذلك فى شرح أدب القضاء ، وقال إن التسوية بينهما رواية :

قلت : لكن سمعت عبارة كافى الحاكم ، وهو الجامع لكتب ظاهر الرواية إلا أن عبارته ظاهرها التسوية ، فيمكن إرجاعها إلى مافى الهداية فلا ينافى قوله وهو المذهب تأمل (قوله فليكن التوفيق) لم يظهر لنا وجهه على أن مانقله عن منية المفتى لم أجده فيها ، بل عبارتها هكذا ولايحبسه فى أول مايتقدم إليه ويقول له قم فارضه فإن عاد إليه حبسه اهـ وهي عبارة الكافى المارة ثم رأيت بعضهم نبه على ماذكرته (قوله ويحبس المديون الخ) اعلم أن المدعى إذا ادعى دينا وأثبته يؤمر المديون بدفعه ، فإن أبى وطلب المدعى حبسه وهو غنى يحبس ، ثم إن كان الدين ثمنا ونحوه من الأربعة المذكورة فى المتن ،وادعى المديون الفقر لايصدق لأن إقدامه على الشراء ونحوه مما ذكر دليل على عدم فقره ، فيحبس إلا إذا كان فقره ظاهرا كما سيأتى وإن كان الدين غير الأربعة المذكورة وادعى الفقر فالقول اهـ ولا يحبس إلى آخر ماسيجيء :

[تنبيه] أطلق المديون فشمل المكاتب والعبد المأذون والصبى المحجور ، فإنهم يحبسون لكن الصبى لايحبس بدين استهلاك بل يحبس والده أو وصيه فإن لم يكونا أمر القاضي رجلا ببيع ماله فى دينه كذا فى البزازية بحر :

قلت : وحبس والده أو وصيه بدين الاستهلاك إنما هو حيث كان للصبى مال وامتنع الأب أو الوصى من بيعه أما إذا لم يكن له مال فلا حبس كما يعلم من آخر العبارة وهو ظاهر ، والقول له إنه فقير لأن دين الاستهلاك مما لايحبس به إذا ادعى الفقر كما يأتى وسيذكر الشارح آخر الباب نظما من لايحبس ، وفيه تفصيل للثلاثة المذكورين

(ق) كل دين هو بدل مال أوملتزم بعقد درر ومجمع وملتقى مثل (الثمن) واولمنفعة كالأجرة (والقرض) ولو لذمى . (والمهر المعجل ومالزمه بكفالة) ولو بالدرك أو كفيل الكفيل وإن كثروا بزازية لأنه التزمه بعقد كالمهر هذا هو المعتمد

(قوله فى كل دين هو بدل مال) كثمن المبيع وبدل القرض وقوله أوملتزم بعقد كالمهر والكفالة ، وهو من عطف العام على الخاص فلو اقتصر عليه كما وقع فى بعض الكتب لاغناء عما قبله زاد فى البحر من القلانسى ، وفى كل عين يقدر على تسليمها وسيأتى فى كلام الشارح :

ثم اعلم أن هذه العبارة التى عزاها الشارح إلى الدرر ، والمجمع والملتقى أصلها للقدورى عدل عنها صاحب الكنز إلى قوله فى الثمن والقرض والمهر المعجل ، وما التزمه بالكفالة وتبعه المصنف لوجهين نبه عليهما فى النهر : الأول أن قوله بدل مال يدخل فيه بدل المغصوب وضمان المتلفات ، والثانى أن قوله أو ملتزم بعقد يدخل فيه أيضا ما التزمه بعقد الصلح عن دم العمد والخلع مع أنه لايحبس فى هذه المواضع إذا ادعى الفقر اهـ وصرح الشارح بعد أيضا بأنه لايحبس فيها فكان عليه عدم ذكر هذه العبارة ، لكن ماذكره فى النهر غير مسلم أما الأول فلأن المراد بدل مال حصل فى يد المديون ، كما سيأتى فيكون دليلا على قدرته على الوفاء بخلاف ما استهلكه من الغصب ، وأما الثانى فلأنه يحبس فى الصلح والخلع كما تعرفه فالأحسن مافعله الشارح تبعا للزيلعى ليفيد أن الأربعة التى فى المتن غير قيد احترازى فافهم لكن الشارح نقض هذا فيما ذكره بعد كما تعرفه (قوله مثل الثمن) شمل الثمن ما على المشترى وما على البائع بعد فسخ البيع بينهما باقالة أو خيار ، وشمل رأس مال السلم بعد الإقالة وما إذا قبض المشترى المبيع أولا بحر (قوله كالأجرة) لأنها ثمن المنافع بحر فإن المنفعة وإن كانت غير مال لكنها تتقوم فى باب الإجارة للضرورة (قوله ولو لذمى) يرجع إلى الثمن والقرض وكان المناسب ذكره عقب قوله ويحبس المديون قال فى البحر : أطلقه فأفاد أن المسلم يحبس بدين الذمى والمستأمن وعكسه اهـ (قوله والمهر المعجل) أى ماشرط تعجيله أو تعورف نهر (قوله ومالزمه بكفالة) استثنى منه فى الشرنبلالية كفيل أصله كما لو كفل أباه أو أمه أى فإنه لايحبس مطلقا لمايلزم عليه من حبس الأب معه وفيه كلام قدمناه فى الكفالة (قوله ولو بالدرك) هو المطالبة بالثمن عند استحقاق المبيع ، وهذا ذكره فى النهر أخذا من إطلاق الكفالة ثم قال ولم أره صريحا (قوله أو كفيل الكفيل) بالنصب خبر لكان المقدرة بعد لو فهو داخل تحت المبالغة : أى ولو كان كفيل الكفيل فدخل تحت المبالغة الأصيل وكفيله قال فى البحر وأشار المؤلف إلى حبس الكفيل والأصيل معا الكفيل بما التزمه ، والأصيل بما لزمه بدلا عن مال ، وللكفيل بالأمر حبس الأصيل إذا حبس كذا فى المحيط وفى البزازية يتمكن المكفول له من حبس الكفيل ، والأصيل وكفيل الكفيل وإن كثروا اهـ (قوله لأنه التزمه بعقد) أى لأن الكفيل التزم المال بعقد الكفالة وكذا كفيله وقوله كالمهر أى فإن الزوج التزمه بعقد النكاح ، فكل منهما وإن لم يكن مبادلة مال بمال لكنه ملتزم بعقد ، والتعليل المذكور لثبوت حبسه بما ذكر وإن ادعى الفقر فإن التزامه ذلك بالعقد دليل القدرة على الأداء لأن العاقل لايلتزم مالا قدرة له عليه فيحبس وإن ادعى الفقر لأنه كالمتناقض لوجود دلالة اليسار وظهر به وجه حبسه أيضا بالثمن والقرض لأنه إذا ثبت المال بيده ثبت غناه به أفاد ذلك فى الفتح وغيره والأخير مبنى على التمسك بالأصل فإن الأصل بقاؤه فى يده (قوله هذا هو المعتمد) الإشارة إلى ما فى المتن من أنه يحبس فى الأربعة المذكورة وإن ادعى الفقر وهذا أحد خمسة أقوال ثانيها : ما فى الخانية ثالثها : القول للمديون فى الكل : أى فى الأربعة وفى غيرها مما يأتى رابعها للدائن فى الكل خامسها أنه يحكم الزى أى الهيئة إلا الفقهاء والعلوية لأنهم يتزيون بزى الأغنياء وإن كانوا فقراء صيانة لماء وجههم كما فى أنفع الوسائل :

خلافا لفتوى قاضيخان لتقديم المتون والشروح على الفتاوى بحر فليحفظ نعم عده فى الاختيار لبدل الخلع هنا خطأ فتنبه وزاد القلانسى أنه يحبس أيضا فى كل عين يقدر على تسليمها كالعين المغصوبة

مطلب إذا تعارض مافى المتون والفتاوى فالمعتمد مافى المتون

(قوله خلافا لفتوى قاضيخان) حيث قال : إن كان الدين بدلا عن مال كالقرض ، وثمن المبيع فالقول للمدعى ، وعليه الفتوى وإن لم يكن بدل مال فالقول للمديون اهـ وعليه فلا يحبس فى المهر والكفالة .

قال فى البحر : وهو خلاف مختار المصنف تبعا لصاحب الهداية وذكر الطرسوسى فى أنفع الوسائل أنه أى ما فى الهداية المذهب المفتى به . فقد اختلف الإفتاء فيما التزمه بعقد ولم يكن بدل والعمل على ما فى المتون ، لأنه إذا تعارض مافى المتون والفتاوى، فالمعتمد ما فى المتون كما فى أنفع الوسائل ، وكذا يقدم ما فى الشروح على ما فى الفتاوى اهـ .

قلت : وما فى الخانية نقل فى أنفع الوسائل عن المبسوط أنه ظاهر الرواية (قوله نعم عده فى الاختيار لبدل الخلع هنا خطأ) عده بالرفع مبتدأ واللام فى لبدل متعلق به وخطأ خبر المبتدإ وفى بعض النسخ كبدل بالكاف وهو تحريف وقوله هنا : أى فيما يكون القول فيه للمدعى كالمسائل الأربع ، وعبارة الاختيار هكذا وإن قال المدعى هو موسر وهو يقول أنا معسر ، فإن كان القاضى يعرف يساره أو كان الدين بدل مال كالثمن والقرض ، أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة ، وبدل الخلع ونحوه حبسه لأن الظاهر بقاء ما حصل فى يده ، والتزامه يدل على القدرة الخ .

ثم اعلم أن ما ذكره الشارح من التخطئة أصلها للطرسوسى فى أنفع الوسائل وتبعه فى البحر والنهر وغيرهما وأقروه على ذلك وذلك غير وارد وبيان ذلك أن الطرسوسى ذكر مسألة اختلاف المدعى والمدعى عليه فى الفقر وعدمه ونقل عبارات الكتب منها كتاب اختلاف الفقهاء للطحاوى أن كل دين أصله من مال وقع فى يد المديون كأثمان البياعات والقروض ونحوها حبسه ، وما لم يكن أصله كذلك كالمهر والخلع والصلح عن دم العمد ونحوه لم يحبسه حتى يثبت ملاءته اهـ ونقل نحوه عن متن البحر المحيط وغيره ، وذكر عن السغناقى وغيره حكاية قول آخر أيضا ، وهو أن كل دين لزمه بعقد فالقول فيه للمدعى وكل دين لزمه حكما لا بمباشرة العقد فالقول فيه للمديون قالوا : وهذا القول لا فرق فيه بين ما ثبت بدلا عن مال أولا ثم إن الطرسوسى قال : إن صاحب الاختيار أخطأ ، حيث جعل بدل الخلع كالثمن والقرض فى أن القول فيه للمدعى وهو مخالف لما نقلناه عن اختلاف الفقهاء للطحاوى ومتن البحر المحيط وغيره وأيضا فإن الخلع ليس بدلا عن مال هذا حاصل كلامه وإذا أمعنت النظر تعلم أنه كلام ساقط فإن ما ذكره عن اختلاف الفقهاء ومتن البحر المحيط وغيره هو القول الذى مر عن قاضيخان وما ذكره عن السغناقى وغيره هو الذى مشى عليه القدورى ، ونقله الشارح عن الدرر والمجمع والملتقى فالقول الأول اعتبر فى كون القول للمدعى كون الدين بدلا عن مال حصل فى يد المديون ، ولم يعتبر كونه بعقد ، ولا شك أن المهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ، وإن كان بعقد لكنه ليس بدل مال ، فلا يكون القول فيه للمدعى بل للمديون فلا يحبس فيه والقول الثانى : اعتبر كون الدين ملتزما بعقد سواء كان بدل مال أو غيره ، ولا شك أن الخلع ملتزم بعقد كالمهر فيكون القول فيه للمدعى ، والذين صرحوا بأن بدل الخلع لا يحبس فيه المديون هم أهل القول الأول فجعلوه كالمهر لكون كل منهما ليس بدل مال وقد علمت أن صاحب الاختيار من أهل القول الثانى فإنه اعتبر العقد كما قدمناه عنه ، فلذا جعل القول للمدعى فى المهر والكفالة والخلع ، ويلزم منه أيضا أن يكون الصلح عن

(لا) يحبس (فى غيره) أى غير ماذكر وهو تسع صور : بدل خلع ومغصوب ومتلف ودم عمد وعتق حظ شريك وأرش جناية ونفقة قريب وزوجة

دم العمد كذلك لأنه بعقد وحينئذ فاعتراض الطرسوسى على صاحب الاختيار بما حكاه أهل القول الأول ساقط فإن صاحب الاختيار لم يقل بقولهم ، حتى يعترض عليه بذلك بل قال بالقول الثانى كبقية أصحاب المتون غير أنه زاد على المتون التصريح بالخلع لدخوله تحت العقد وتبعه فى الدرر كيف وصاحب الاختيار إمام كبير من مشايخ المذهب ، ومن أصحاب المتون المعتبرة وأما الطرسوسى ، فلقد صدق فيه قول المحقق ابن الهمام إنه لم يكن من أهل الفقه فافهم واغنم تحقيق هذا الجواب ، فإنك لا تجده فى غير هذا الكتاب والحمد لله ملهم الصواب ثم بعد مدة رأيت فى مختصر أنفع الوسائل للزهيرى ردا على الطرسوسى بنحو ما قلنا ولله الحمد (قوله لايحبس فى غيره) أى إن ادعى الفقر كما يأتى (قوله بدل خلع) الصواب إسقاطه كما علمت من أنه من القسم الأول (قوله ومغصوب) بالجر عطفا على خلع ، وكذا ما بعده أى وبدل مغصوب : أى إذا ثبت استهلاكه للمغصوب ، ولزمه بدله من القيمة أو المثل وادعى الفقر لا يحبس ، لأنه وإن كان مال دخل فى يده ، لكنه باستهلاكه لم يبق فى يده حتى يدل على قدرته على الإيفاء بخلاف ثمن المبيع ، فإن المبيع دخل فى يده ، والأصل بقاؤه كما مر فلذا يحبس فيه وبخلاف العين المغصوبة القادر على تسليمها ، فإنه يحبس أيضا على تسليمها كما قدمه آنفا عن تهذيب القلانسى ، فلا منافاة بينه وبين ما هنا قال فى أنفع الوسائل وقولهم : أو ضمان المغصوب ، معناه : إذا اعترف بالغصب وقال : إنه فقير وتصادقا على الهلاك أو حبس لأجل العلم بالهلاك ، فإن القول للغاصب فى العسرة هكذا ذكره السغناقى وتاج الشريعة وحميد الدين الضرير اهـ (قوله ومتلف) أى وبدل ما أتلفه من أمانة ونحوها (قوله ودم عمد) أى بدل الصلح عن دم عمد قال فى أنفع الوسائل معناه : أنه لو قتل مورثه عمدا فصالحه على مال فادعى أنه فقير يكون القول قول القاتل فى ذلك لأنه ليس بدلا عن مال وما صرح بهذه أحد سوى الطحاوى فى اختلاف الفقهاء ، وهو صحيح موافق للقواعد ، وداخل تحت قولهم عما ليس بمال اهـ .

قال فى البحر : ويشكل جعلهم القول فيه للمديون مع أنه التزمه بعقد اهـ .

أقول : لا إشكال فيه لأن ذلك مبنى على القول بعدم اعتبار العقد ، وأن المعتبر هو كون الدين بدلا عن مال وقع فى يد المديون كما علمته مما نقلناه سابقا من عبارة الطحاوى وهذا القول هو الذى مر عن الخانية ، وأما على القول الذى مشى عليه القدورى وصاحب الإختيار وغيرهما من أصحاب المتون من أن المعتبر ما كان بدلا عن مال أو ملتزما بعقد ، وإن لم يكن بدلا عن مال ، فلا شك فى دخول هذه الصورة فى العقد ، فتكون على هذا القول من القسم الأول الذى يكون القول فيه للمدعى ، لأنها كالمهر وإنما يشكل الأمر لو صرح أحد من أهل هذا القول بأن بدل دم العمد يكون القول فيه للمديون مع أنه لم يصرح بذلك أحد إلا الطحاوى القائل بالقول الأول ، فعلمنا أنه مبنى على أصله من أنه لا يعتبر العقد أصلا فمعارضة أهل القول الثانى بهذا القول غير واردة والإشكال ساقط كما قررنا نظيره فى مسألة الخلع وبهذا ظهر أن الصواب إسقاط هذه الصورة أيضا وذكرها فى القسم الأول (قوله وعتق حظ شريك) أى لو أعتق أحد شريكى عبد حصته منه بلا إذن الآخر واختار الآخر تضمينه فادعى المعتق الفقر فالقول له . لأن تضمينه لم يجب بدلا عن مال وقع فى يده ، ولا ملتزما بعقد حتى يكون دليل قدرته بل هو فى الحقيقة ضمان إتلاف (قوله وأرش جناية) هذا وما بعده مرفوع عطفا على بدل لا على خلع المجرور ، لأن الأرش هو بدل الجناية والمراد أرش جناية موجبها المال دون القصاص (قوله ونفقة قريب وزوجة) أى نفقة مدة ماضية مقضى بها أو متراضى عليها ، لكن نفقة القريب تسقط بالمضى إلا إذا كانت مستدانة بالأمر ، وسيذكر المصنف

ومؤجل مهر :

قلت : ظاهره ولو بعد طلاق وفى نفقات البزازية يثبت اليسار بالإخبار هنا بخلاف سائر الديون ، لكن أفتى ابن نجيم بأن القول له بيمينه مالم يثبت غناه فراجعه ولو اختلفا فقال المديون : ليس بدل مال وقال الدائن : إنه ثمن متاع فالقول للمديون مالم يبرهن رب الدين طرسوسى بحثا وأقره فى النهر .

[فرع] لايحبس فى دين مؤجل وكذا لايمنع من السفر قبل حلول الأجل ، وإن بعد له السفر معه فإذا حل منعه حتى يوفيه بدائع وقدمناه فى الكفالة (إن ادعى) المديون (الفقر) إذ الأصل العسرة (إلا أن يبرهن غريمه على غناه) أى على قدرته على الوفاء ولو باقتراض أو بتقاضى غريمه (فيحبسه) حينئذ (بمارأى) ولو يوما هو الصحيح

مسألة النفقة (قوله ومؤجل مهر) استشكله فى البحر بأنه التزمه بعقد أى فيكون من القسم الأول ؛ لكن جوابه أنه لما علم عدم مطالبته به فى الحال لم يدل على قدرته عليه بخلاف المعجل شرطا أو عرفا (قوله قلت ظاهره ولو بعد طلاق) هذا هو المتعين ، لأنه قبل الطلاق أو الموت لا يطالب به فكيف يتوهم حبسه به (قوله وفى نفقات البزازية الخ) الأنسب ذكر هذا عند قول المتن الآتى إلا أن يبرهن غريمه على غناه وعبارة البزازية كما فى البحر ، وإن لم يكن لها بينة على يساره ، وطلبت من القاضى أن يسأل من جيرانه لايجب عليه السؤال ، وإن سأل كان حسنا ، فإن سأل فأخبره عدلان بيساره ثبت اليسار بخلاف سائر الديون حيث لا يثبت اليسار بالإخبار ، وإن قالا سمعنا أنه موسر أو بلغنا ذلك لا يقبله القاضى اهـ (قوله لكن الخ) فإن قوله مالم يثبت غناه المتبادر منه كونه بالشهادة ويمكن أن يقال الثبوت فى دين النفقة بالإخبار فى غيره بالإشهاد فعبارته غير معينة ط .

قلت : لكن قول المصنف الآتى إلا أن يبرهن يقتضى عدم الفرق نعم عبارة الكنز والهداية إلا أن يثبت لكن قيده الزيلعى بالبينة تأمل (قوله فالقول للمديون) أى فلا يحبس إن ادعى الفقر (قوله وأقره فى النهر) وكذا فى البحر ووجهه ظاهر لإنكاره ما يوجب حبسه (قوله لا يحبس فى دين مؤجل) لأنه لا يطالب به قبل حلول الأجل (قوله وإن بعد) أى السفر بحيث يحل الأجل قبل قدومه (قوله وقدمناه فى الكفالة) أى فى آخرها وقدمنا هناك ترجيح إلزامه بإعطاء كفيل فراجعه (قوله إن ادعى الفقر) قيد لقوله لا يحبس فى غيره (قوله إذ الأصل العسرة) لأن الآدمى يولد فقيرا لا مال له ، والمدعى يدعى أمرا عارضا فكان القول لصاحبه مع يمينه مالم يكذبه الظاهر ، إلا أن يثبت المدعى بالبينة أن له مالا بخلاف ماتقدم ، لأن الظاهر يكذبه زيلعى (قوله أى على قدرته على الوفاء) أى ليس المراد بالغنى ملك النصاب لأنه يحبس فيما دونه أفاده فى الفتح (قوله ولو باقتراض) فى البزازية لو وجد المديون من يقرضه فلم يفعل فهو ظالم ، وفى كراهية القنية لو كان للمديون حرفة تفضى إلى قضاء دينه فامتنع منها لايعذر اهـ وكل من الفرعين ينبغى تخريجه على ما يقبل فيه قوله فإذا ادعى فى المهر المؤجل مثلا أنه معسر ووجد من يقرضه ، أو كان له حرفة توفيه فلم يفعل حبسه الحاكم ، لأن الحبس جزاء الظلم ، وأما ما لايقبل فيه قوله فظلمه فيه ثابت قبل وجود من يقرضه نهر (قوله أو بتقاضى غريمه) بأن كان له مال على غريم موسر :

قال فى البزازية : فإن حبس غريمه الموسر لايحبس وفيها ولو كان للمحبوس مال فى بلد آخر يطلقه بكفيل اهـ (قوله فيحبسه حينئذ) أى حين إذ قام البرهان على غناه فى هذا القسم ، وبمجرد دعوى المدعى غناه فى القسم الأول كما مر (قوله ولو يوما) أخذه فى البحر من ظاهر كلامهم (قوله هو الصحيح) صرح به فى الهداية ، لأن المقصود من الحبس الضجر والتسارع لقضاء الدين وأحوال الناس فيه متفاوتة ومقابله رواية تقديره بشهرين

بل فى شهادات الملتقط قال أبو حنيفة : إذا كان المعسر معروفا بالعسرة لم أحبسه ، وفى الخانية ولو فقره ظاهرا سأل عنه عاجلا وقبل بينته على إفلاسه وخلى سبيله نهر وفى البزازية قال المديون حلفه أنه مايعلم أنى معسر أجابه القاضى فإن حلف حبسه بطلبه وإن نكل خلاه وأقره المصنف وغيره ؟

قلت : قدمنا أن الرأى لمن له ملكة الاجتهاد فتنبه (ثم) بعد حبسه بما يراه أو حاله ،شكلا عند القاضى وإلا عمل بما ظهر بحر واعتمده المصنف (سأل عنه) احتياطا لاوجوبا من جيرانه ويكفى عدل بغيبة دائن وأما المستور فإن وافق قوله رأى القاضى عمل به وإلا لا أنفع الوسائل بحثا ولا يشترط حضرة الخصم ولا لفظ الشهادة إلا إذا تنازعا فى اليسار والإعسار قهستانى .

أو ثلاثة وفى رواية بأربعة وفى رواية بنصف حول (قوله لم أحبسه) أى ولو كان الدين ثمنا أو قرضا كما هو ظاهر الإطلاق ، وهو أيضا مقتضى عبارة شرح الاختيار التى قدمناها (قوله ولو فقره ظاهرا الخ) أفاد أن قوله فيحبسه بما يرى إنما هو حيث كان حاله مشكلا كما نبه عليه الشارح بعده . وفى شرح أدب القضاء قال محمد بعد ذكر التقدير هذا إذا أشكل على أمره أفقير أم غنى وإلا سألت عنه عاجلا ، يعنى إذا كان ظاهر الفقر أقبل البينة على الإفلاس وأخلى سبيله اهـ (قوله قال المديون) أى بما أصله ثمن ونحوه إذ القسم الثانى القول فيه للمديون أنه معسر ، فلا يحتاج إلى تحليف الدائن نعم يتأتى فيه أيضا إذا أثبت يساره لكنه بعيد إذ لا يحلف المدعى بعد البينة تأمل (قوله قلت قدمنا الخ) تقييد لقول المصنف فيحبسه بما رأى وقدم الشارح ذلك عند قول المصنف قبل هذا الفصل ، ولا يخير إذا لم يكن مجتهدا وقد تبع الشارح فى هذا القهستانى قال ح : أقول مثل هذا لا يتوقف على كون القاضى مجتهدا كما لا يخفى اهـ أى فإن ما يقتضيه حال ذلك المديون من قدر مدة حبسه التى يظهر فيها أنه لو كان له مال لأظهره يستوى فى علم ذلك المجتهد وغيره بدون توقف على العلم باللغة والكتاب والسنة متنا وسندا كما لا يخفى ، فالظاهر حمل ما قالوه فيما يفوض إلى رأى القاضى من الأحكام والله سبحانه أعلم (قوله ثم بعد حبسه الخ) الظرف متعلق بقول المصنف الآتى سأل عنه ، وقوله أو حاله مشكلا قيد لقوله حبسه بما يراه وقوله وإلا أى إن لم يكن مشكلا بأن كان فقره ظاهرا وهذا كله يغنى عنه ما قبله (قوله احتياطا لا وجوبا) قال شيخ الإسلام لأن الشهادة بالإعسار شهادة بالنفى فكان للقاضى أن لا يسأل ، ويعمل برأيه ولكن لو سأل مع هذا كان أحوط زيلعى .

وقال فى الفتح : وإلا فبعد مضى المدة التى يغلب ظن القاضى أنه لو كان له مال دفعه وجب إطلاقه إن لم يقم المدعى بينة يساره من غير حاجة إلى سؤال (قوله ويكفى عدل) والاثنان أحوط وكيفيته أن يقول المخبران حاله حال المعسرين فى نفقته وكسوته وحاله ضيقة وقد اختبرنا حاله فى السر والعلانية بحر عن البزازية وقيد سماع هذه الشهادة بما بعد الحبس ومضى المدة ، لأنها قبل الحبس لا تقبل فى الأصح كما يأتى وكذا قبل المدة التى يراها القاضى كما سنذكره (قوله بغيبة دائن) أى يكفى ذلك فى غيبة الدائن ، فلا يشترط لسماعها حضرته لكن إذا كان غائبا سمعها وأطلقه بكفيل كما فى البحر عن البزازية وسيأتى مع زيادة ، ولو كان الدين لوقف أو يتيم (قوله وأما المستور الخ) فيه كلام يأتى قريبا (قوله ولا يشترط حضرة الخصم) يغنى عنه قوله بغيبة دائن (قوله إلا إذا تنازعا الخ) قال فى النهر وقيد فى النهاية الاكتفاء بالواحد بما إذا لم تقع خصومة ، فإن كانت كأن ادعى المحبوس الإعسار ورب الدين يساره فلابد من إقامة البينة على الإعسار اهـ ومثله فى البحر .

قلت : وهذا مشكل فإن ما مر من الاكتفاء بعدل لاشك أنه عند المنازعة إذ لو اعترف المدعى بفقر المحبوس أو اعترف المحبوس بغناه لم يحتج إلى سؤال ولا إلى إخبار ، ثم رأيت فى أنفع الوسائل نقل عبارة النهاية المارة بزيادة

قلت : لكنها بالإعسار للنفي وهي ليست بحجة ولذا لم يجب السؤال أنفع الوسائل فتنبه (فإن لم يظهر له مال خلاه) بلا كفيل إلا في ثلاث مال يتيم ووقف وإذا كان الدائن غائبا ثم لا يحبسه ثانيا لا للأول ولا لغيره حتى يثبت غريمه غناه بزازية وفي القنية برهن المحبوس على إفلاسه فأراد الدائن إطلاقه قبل تفليسه فعلى القاضي القضاء به حتى لا يعيده الدائن ثانيا :

وهي فإن شهدا بأنه معسر خلي سبيله ولا تكون هذه شهادة على النفي فإن الإعسار بعد اليسار أمر حادث ، فتكون شهادة بأمر حادث لا بالنفي اهـ فأفاد أن هذه الخصومة بإعسار حادث يعني إذا أراد حبسه فيما يكون القول فيه للمدعي بيساره أو في القسم الآخر وبرهن على يساره بإرث من أبيه منذ شهر مثلا ، وهو ادعى إعسارا حادثا فلا بد فيه من نصاب الشهادة ، لأنها شهادة صحيحة لوقوعها على أمر حادث لا على النفي بخلاف الشهادة على أنه معسر ، فإنها قامت على نفي اليسار الذي يحبس بسببه لا على إعسار حادث بعده أو المراد إقامة البينة على إعساره بعد حبسه قبل تمام المدة التي يظهر فيها للقاضي عسرته ، لكن سيأتي أن سماع البينة قبل المدة خلاف ظاهر الرواية فتأمل (قوله قلت لكنها الخ) استدراك على التقييد بالعدل في قوله : ويكفي عدل فقد نقل في أنفع الوسائل عن الخلاصة أنه يسأل عنه الثقات والواحد يكفي ، ولا يشترط لفظ الشهادة ثم نقل عبارة شيخ الإسلام المارة ثم قال فقوله : أي شيخ الإسلام هذا ليس بواجب وهذا ليس بحجة ، وأن للقاضي أن لا يسأل يؤيد قولنا أنه لا يشترط العدالة في هذا الواحد ، لأنها تشترط في أمر واجب أو في إثبات حجة شرعية ، وإلا فلا فائدة في اشتراطها ، لأن القاضي له إخراجه بلا سؤال أحد عنه الخ ، وأراد بذلك الرد على الزيلعي حيث قيد بالعدل في قوله : والعدل الواحد يكفي وإثبات أن المستور الواحد يكفي دون الفاسق ، ثم قال والأحسن عندي أن يقال إن كان رأي القاضي موافقا لقول هذا المستور في العسرة يقبل وإلا بأن لم يكن للقاضي رأي في عسرة المحبوس أو يسر به فيشترط كون المخبر عدلا اهـ واستحسنه في النهر وغيره :

قلت : قد رجع إلى ما قاله الزيلعي من حيث لا يشعر وذلك أنه إذا كان للقاضي رأي في عسرته بأن ظهر له حاله لا يحتاج إلى شاهد أصلا ، بل له إخراجه بلا سؤال ، والأحوط السؤال من عدل ليتحقق به ما رآه القاضي ولا يكون بمجرد رأيه ، ويظهر من كلام شيخ الإسلام المار وكذا من كلام الفتح الذي ذكرناه بعده أنه لا يلزمه العمل بقول ذلك العدل إذا خالف رأيه ، وإذا وافق قول المخبر رأي القاضي لا شك أنه يعمل به سواء كان المخبر عدلا أو فاسقا أو مستورا فعلم أن كلام الزيلعي محمول على ما إذا لم يكن للقاضي رأي بدليل قوله في شرح أدب القضاء وإذا مضت تلك المدة واحتاج القاضي إلى معرفة حاله سأل الثقات من جيرانه وأصدقائه الخ فقوله واحتاج دليل أنه لا رأي له فقد ظهر أنه في هذه الصورة تشترط العدالة كما اعترف به الطرسوسي . وفي الصورة الأولى لا تشترط عدالة ولا غيرها وإلا لم يكف للقاضي العمل برأيه وإخراج المحبوس بلا سؤال ، وبه ظهر سقوط هذا البحث من أصله فافهم واغتنم هذا التحرير (قوله ولذا لم يجب السؤال) أي سؤال القاضي عن حال المحبوس وإنما يسأل احتياطا كما مر (قوله فإن لم يظهر له مال خلاه) أي أطلقه من الحبس جبرا على الدائن نهر ثم إن إطلاقه بإخبار واحد لا يكون ثبوتا ، حتى لا يجوز أن يقول هذا القاضي ثبت عندي أنه معسر ، ولا ينقل ثبوته إلى قاض آخر بل هذا يختص بهذا القاضي أنفع الوسائل وأقره في البحر والنهر (قوله ووقف) ذكره في البحر بحثا إلحاقا باليتيم (قوله فعلى القاضي القضاء به) أي إذا أبى المحبوس أن يخرج حتى يقضي بإفلاسه كما في البحر وغيره (قوله حتى لا يعيده الدائن ثانيا) أي قبل ظهور غناه بحر والظاهر أن المراد أن لا يعيده قاض آخر لأن الأول ظهر له حاله فكيف يعيده إلى الحبس بل لا يعيده لا لهذا الدائن ولا لغيره حتى يثبت غناه كما هو صريح عبارة البزازية

[فرع] أحضر المحبوس الدين وغاب ربه يريد تطويل حبسه إن عامه وقدره أخذه أو كفيلا وخلاه خانية وفى الأشباه لايجوز إطلاق المحبوس إلا برضا خصمه إلا إذا ثبت إعساره أو أحضر الدين للقاضى فى غيبة خصمه (ولو قال) من يراد حبسه (أبيع عرضى وأقضى دينى أجله القاضى) يومين أو (ثلاثة أيام ولا) يحبسه لأن الثلاث مدة ضربت لإبلاء الأعذار (ولوله عقار يحبسه) أى (ليبيعه ويقضى الدين) الذى عليه (ولو بثمن قليل) بزازية وسيجىء تمامه فى الحجر (ولم يمنع غرماءه عنه) على الظاهر فيلازمونه نهارا لاليلا إلا أن يكتسب فيه ويستأجر للمرأة مرأة تلازمها منية :

المذكورة وأيضا إذاثبت إعساره الحادث بشهادة تامة بعد خصومة كما مر فليس لقاض آخر حبسه ثانيا فما يظهر لأنه يكون ثبوتا فيتعدى بخلاف ما إذا أطلقه باخبار واحد تأمل وقدم الشارح فى الوقف فى صور من ينتصب خصما عن غيره عد منها المديون إذا أثبت إعساره فى وجه أحد الغرماء (قوله يريد تطويل حبسه) الظاهر أنه قيد باعتبار العادة وإلا فنى غيبته تطويل حبسه وإن لم يرد ذلك ولذا لم يقيد بذلك فى عبارة الأشباه الآتية أفاده ط (قوله وقدره) بالنصب عطفا على الضمير المنصوب فى علمه (قوله أو كفيلا) أى بالمال أو النفس (قوله إلا إذا ثبت إعساره) المناسب إسقاط إلا وعطفه بأو والمراد بالثبوت الظهور ولو برأى القاضى أو إخبار عدل كما مر (قوله أبيع عرضى) انظر ما فائدة التقييد بالعرض ، فإن العقار كذلك فيما يظهر ، وكذا لو قال أمهلنى ثلاثا لأدفعه كما قدمناه عن شرح الوهبانية ، وهذا أعم من أن يدفعه ببيع عرض أو عقار أو باستقراض أو استيهاب أو غير ذلك ولا داعى إلى ما قاله المصنف فى المنح من حمله على المقيد هنا كما لا يخفى (قوله لإبلاء الأعذار) أى لاختبار مدعيها ويحتمل أن الهمزة للسلب والابلاء بمعنى الإفناء أى لإزالة الأعذار يعنى أنه لاعذر له بعدها فالثلاثة تبلى الأعذار وتفنيها ط (قوله وسيجىء تمامه فى الحجر) قال المصنف والشارح هناك والقاضى يحبس الحر المديون ليبيع ماله لدينه وقضى دراهم دينه من دراهمه يعنى بلا أمره وكذا لو كانا دنانير وباع دنانيره بدراهم دينه وبالعكس استحسانا لاتحادهما فى الثمنية لا يبيع القاضى عرضه ولا عقاره للدين خلافا لهما وبه أى بقولهما يبيعهما للدين يفتى اختيار وصححه فى تصحيح القدورى ويبيع كل ما لايحتاجه للحال اه :

وحاصله :أنه إذا امتنع عن البيع يبيع عليه القاضى عرضه وعقاره وغيرهما وفى البزازية وفرع على صحة الحجر أنه يترك له دست من الثياب ويباع الباقى وتباع الحسنة ويشترى له الكفاية ويباع كانون الحديد ويشترى له من طين ويباع فى الصيف ما يحتاجه للشتاء وعكسه (قوله ولم يمنع غرماءه عنه) عطف على قوله خلاه وكان ينبغى ذكره عقبه (قوله على الظاهر) أى ظاهر الرواية وهو الصحيح بحر :

مطلب فى ملازمة المديون

(قوله فيلازمونه الخ) قال فى أنفع الوسائل : وبعد ما خلى القاضى سبيله فلصاحب الدين أن يلازمه فى الصحيح : وأحسن الأقاويل فى الملازمة ماروى عن محمد أنه قال : يلازمه فى قيامه وقعوده ولا يمنعه من الدخول على أهله ولا من الغداء والعشاء والوضوء والخلاء وله أن يلازمه بنفسه وإخوانه وولده ممن أحب اه وتمامه فى البحر (قوله لا ليلا) لأنه ليس بوقت الكسب فلا يتوهم وقوع المال فى يده فالملازمة لاتفيد بحر عن المحيط ويظهر منه أنه ليس له الملازمة فى وقت لا يتوهم وقوع المال فى يده فيه كما لو كان مريضا مثلا تأمل وأنه ليس له ملازمته ليلا على قصد الإضجار لأن الكلام فيما بعد ظهور عسرته وتخليته من الحبس والعلة فى الملازمة إمكان قدرته على الوفاء بعد تخليته فيلازمه كى لا يخفيه (قوله ويستأجر للمرأة مرأة تلازمها منية) عبارة منية المفتى ولو كان المدعى عليه

[فرع] لو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة ففى حجر الهداية يجبر الطالب إلا لضرر وكلفه فى البزازية الكفيل بالنفس وللطالب ملازمته بلا أمر قاض لو مقرا بحقه (ولا يقبل برهانه على إفلاسه قبل حبسه) لقيامها على النفى وصححه عزمى زاده وصحح غيره قبولها والمعوّل عليه رأيه كما مرفإن علم إعساره قبلها وإلا لا نهر فليحفظ

امرأة قبل يستأجر امرأة تلازمها وقيل له أن يلازمها ويجلس معها ويقبض على ثيابها بالنهار ، أما بالليل فتلازمها النساء فإن هربت ودخلت خربة لا بأس أن يدخل الرجل إذا كان يأمن على نفسه فى ذلك ويكون بعيدا منها ويحفظها بعينه اه ونقل الثانى فى البحر عن الواقعات معللا بأن له ضرورة فى هذه الخلوة ، أى الخلوة بالمرأة الأجنبية (قوله إلا لضرر) عبارة الهداية إلا إذا علم القاضى أن بالملازمة يدخل عليه ضرر بين ، بأن لا يمكنه من دخول داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر اه :

قلت : والظاهر أن هذا فيمن لم يظهر للقاضى عسرته بعد حبسه وإلا فكيف يحبس ثانيا بلا ظهور غناه أو هو مفروض فيما قبل الحبس أصلا (قوله وكلفه فى البزازية الكفيل بالنفس) الأولى بكفيل بالباء وعبارة البزازية نقلا عن الإمام محمد وإن فى ملازمته ذهاب قوله وعياله أكلفه أن يقيم كفيلا بنفسه ثم يخلى سبيله (قوله ولا يقبل برهانه على إفلاسه قبل حبسه الخ) هذا مقابل قوله ثم بعد حبسه سأل عنه وقد اختلف التصحيح فى هذه المسألة ففى الخانية عن ابن الفضل أن الصحيح القبول وفى شرح أدب القضاء أن الصحيح عدمه ، وأن عليه عامة المشايخ واختار فى الخانية أنه مفوض إلى رأى القاضى ، فإن رأى أنه لين يقبل وإن علم أنه وقح لا قال فى أنفع الوسائل وكأنه أراد بقوله لين أن يعتذر إليه ويتلطف معه وبقوله وقح أن يقول لو قعدت فى الحبس كذا وكذا ، لايحصل لك منى شىء وآخرتى أخرج على رغمك ونحو ذلك : ثم قال : وكان والدى يقول ينبغى للقاضى إذا علم أن بينته عدول ممهدون فى العدالة يقبل قال وهذا حسن أيضا وعملى عليه لأن العدل المتحرى لا يشهد ما لم يقطع بفقره ، بخلاف غيره ممن يحتاج إلى تزكية ولا يعرف القاضى تحريه ولا ديانته اه ملخصا وبقى ما إذا برهن على إفلاسه بعد حبسه قبل مضى المدة وفى الخانية لا يقبل فى الروايات الظاهرة إلا بعد مضى المدة اه ومشى الإمام الخصاف فى أدب القضاء على قبولها قبل مضى المدة (قوله وصححه عزمى زاده) ليس هو من أهل التصحيح ، ولكنه نقل عن الزيلعى أن عليه عامة المشايخ:

قلت : وعليه الكنز وغيره وعلمت التصريح بتصحيحه وعلله الزيلعى بأنها بينة على النفى فلا تقبل ما لم تتأيد بمؤيد وهو الحبس وبعده تقبل على سبيل الاحتياط لا على الوجوب كما بينا اه (قوله والمعول عليه رأيه) أى رأى القاضى واعلم أن كلام النهر هنا غير محرر ، فإنه قال بعد تعليل الزيلعى المذكور آنفا والمعول عليه رأيه كما مر عن شيخ الإسلام وهذا هو إحدى الروايتين وهو اختيار العامة وهو الصحيح وقال ابن الفضل الصحيح أنها تقبل ، وقال قاضيخان ينبغى أن يكون مفوضا إلى رأى القاضى إن علم يساره لا يقبلها وإن علم إعساره قبلها اه وبقى ما إذا لم يعلم من حاله شيئا والظاهر أنه لايقبلها اه ما فى النهر وفيه أن ما مر عن شيخ الإسلام ، هو ما قدمناه عنه فى سؤال عن حالة المحبوس بعد تمام المدة وأنه لا يجب بل له أن يعمل بما يراه ولا يخفى أن كلامنا هنا فيما قبل الحبس ، وما نقله عن قاضيخان غيره ما قدمناه عنه آنفا ، ولا يخفى ما فيه فإنه إذا علم إعساره وكان ظاهرا يسأل عنه عاجلا ويقبل بينته ، ويخلى سبيله كما قدمه الشارح ، والكلام هنا فيما إذا كان أمره مشكلا كما فى البزازية ، حيث قال : وإن كان أمره مشكلا هل يقبل البينة قبل الحبس فيه روايتان .

(وبينة يساره أحق) من بينة إعساره بالقبول لأن اليسار عارض والبينات للإثبات . نعم لو بين سبب إعساره وشهدوا به فتقدم لإثباتها أمرا عارضا فتح بحثا واعتمده فى النهر وفى القنية إن لم يبينوا مقدار مايملك قبلت وإلا لم يمكن قبولها لأنها قامت للمحبوس وهو منكر والبينة متى قامت للمنكر لا تقبل (وأبد حبس الموسر) لأنه جزاء الظلم :

مطلب بينة اليسار أحق من بينة الإعسار عند التعارض

(قوله وبينة يساره أحق الخ) هذا ظاهر فيما يكون فيه القول للمديون إنه فقير لأن البينة لإثبات ، خلاف الظاهر وذلك فى بينة اليسار : أما القسم الأول وهو مايكون القول فيه للمدعى بأن كان الدين ملتزما بمقابلة مال أو بعقد فلا يظهر ، لأن الأصل فيه اليسار بل الظاهر تقدم بينة الإعسار لإثباتها خلاف الظاهر ولم أر من فصل بل كلامهم هنا مجمل فليتأمل (قوله لأن اليسار عارض) فإن الآدمى يولد ولا مال له كما مر ، لكن إذا تحقق دخول المبيع فى يده صار اليسار هو الأصل فينبغى ترجيح بينة الإعسار كما قلنا تأمل (قوله نعم لو بين الخ) عبارة الفتح هكذا وكلما تعارضت بينة اليسار والإعسار قدمت بينة اليسار لأن معها زيادة علم اللهم إلا أن يدعى أنه موسر وهو يقول أعسرت من بعد ذلك وأقام بذلك بينة فإنها تقدم لأن معها علما بأمر حادث وهو حدوث ذهاب المال اه :

قال فى البحر : والظاهر أنه بحث منه وليس بصحيح لجواز حدوث اليسار بعد إعساره الذى ادعاه اه ورده المقدسى بقوله وهذا تجرّ من غير تحر[1] اه :

قلت : ووجهه أولا منع كونه بحثا بل ظاهر كلام الفتح أنه منقول كيف وهو موافق لما قدمناه عن أنفع الوسائل عن النهاية عند قول الشارح إلا إذا تنازعا وثانيا ما قاله فى النهر : من أنه ينبغى أن يكون معناه أنه بين سبب الإعسار وشهدوا به ، وما فى البحر مدفوع بأنهم لم يشهدوا بيسار حادث بل بما هو سابق على الإعسار الحادث وبينة الإعسار تحدث أمرا عارضا اه لكن يظهر لى أن بيان سبب الإعسار غير لازم بل يكفى قولهم إنه أعسر بعد ذلك تأمل :

[تنبيه] قال البيرى وفى أوضح رمز ناقلا عن المستصفى : واعلم أن بينة الإعسار إنما تقبل إذا قالوا إنه كثير العيال وضيق الحال ، أما إذا قالوا لا مال له لا تقبل اه (قوله فتقدم) الأولى حذف الفاء ط (قوله قبلت) لأن المقصود منها دوام الحبس عليه بحر عن البزازية (قوله وإلا الخ) أى بأن بينوا مقدار ما يملك لم يمكن قبولها (قوله لأنها قامت للمحبوس الخ) أى على إثبات ملكه لقدر معين قال فى القنية : وقولهم أى الشهود إنه موسر ليس كذلك فيقبل اه .

قلت : وحاصله أن الشهود لو قالوا إنه يملك الشيء الفلانى مثلا لا تقبل لأنه يقول لا أملك شيئا وهم يشهدون له بأن ذلك الشيء ملكه والبينة لا تقبل للمنكر بل تقبل عليه ، وهذه شهادة له صريحا وتتضمن الشهادة عليه بيساره إدامة حبسه ، وإذا بطل الصريح بطل مافى ضمنه بخلاف قولهم إنه موسر فإنها شهادة عليه صريحا وإن كان قولهم إنه موسر يتضمن الشهادة بأنه يملك قدر الدين أو أكثر فإنها ليست بشهادة له إذ ليس فيها إثبات شيء معين أو مقدار

(١) قوله (وهذا تجر من غير تحر) الأول بالجيم من الجراءة وهي الإقدام على الشيء بلا ترو والثانى بالحاء المهملة وهو طلب الأمر الأحرى أى الأوفق اه منه .

قلت : وسيجيء في الحجر أنه يباع ماله لدينه عندهما وبه يفتى وحينئذ فلا يتأبد حبسه فتنبه (ولا يحبس لما مضى من نفقة زوجته وولده) إذا ادعى الفقر وإن قضى بها لأنها ليست بدل مال ولا لازمة بعقد على ما مر حتى لو برهنت على يساره حبس بطلبها (بل يحبس إذا) برهنت على يساره بطلبها كما لو (أبى أن ينفق عليهما) أو على أصوله وفروعه فيحبس إحياء لهم بحر .

قلت : وهل يحبس لمحرمه لو أبى؟ لم أره وظاهر تقييدهم لا

قدر الدين لأن اليسار أعم، وأيضا فإنها ضمنية لا صريحة بل الصريح منها قصد إدامة حبسه فافهم (قوله وسيجيء في الحجر) قدمنا عبارته فيه (قوله وحينئذ فلا يتأبد حبسه) أي على قولهما وكذا على قوله إن كان ماله غير عقار ولا عرض بل كان من الأثمان ولو خلاف جنس الدين كما قدمناه (قوله ولا يحبس لما مضى الخ) اعلم أن نفقة الزوجة لا تصير دينا على الزوج إلا بالقضاء أو الرضا ، فإذا مضت مدة قبل القضاء أو الرضا سقطت عنه والمراد بالمدة شهر فأكثر وكذا نفقة الولد الصغير الفقير ، وأما نفقة سائر الأقارب فإنها تسقط بالمضي ، ولو بعد القضاء أو الرضا إلا إذا كانت مستدانة بأمر قاض ، فلا تسقط بالمضي هذا حاصل ما قدمه الشارح في النفقات : لكن ما ذكره من كون الصغير كالزوجة نقله هناك عن الزيلعي ، وقدمنا هناك أنه مخالف لإطلاق المتون والشروح ولما صرح به في الهداية والذخيرة وشرح أدب القضاء والخانية من أن نفقة الولد والوالدين والأرحام إذا قضى بها ومضت مدة سقطت (قوله وإن قضى بها) أفاد أنه إذا لم يقض بها لا يحبس بها بالأولى ، لأنها لم تصر دينا أصلا وأما إذا قضى بها ومثله الرضا فلأنها ليست بدل مال ولا ملتزمة بعقد على ما مر أي في قوله : لا يحبس في غيره إن ادعى الفقر كما مر تقريره (قوله حتى لو برهنت الخ) المناسب حذفه والاقتصار على ما بعده لئلا يتكرر (قوله حبس بطلبها) أي بطلبها حبسه إن كانت النفقة مقضيا بها أو متراضى عليها (قوله كما لو أبى أن ينفق عليهما) أي كما يحبس الموسر لو امتنع من الإنفاق على زوجته وولده الفقير الصغير كما في السراج وفهم في البحر أنه قيد احترازي عن البالغ الزمن الفقير وقال : وفيه تأمل لا يخفى قال في المنح وليس كذلك ، فإنه في معنى الصغير كما لا يخفى فيحبس أبوه إذا امتنع من الإنفاق عليه كما هو الظاهر اهـ .

وفي الفتح : ويتحقق الامتناع بأن تقدمه في اليوم الثاني ، من يوم فرض النفقة ، وإن كان مقدار النفقة قليلا كالدانق إذا رأى القاضي ذلك فأما بمجرد فرضها لو طلبت حبسه لم يحبسه ، لأن العقوبة تستحق بالظلم ، وهو بالمنع بعد الوجوب ولم يتحقق وهذا يقتضي أنه إذا لم يفرض لها ولم ينفق الزوج عليها في يوم ينبغي إذا قدمته في اليوم الثاني أن يأمره بالإنفاق ، فإن رجع فلم ينفق أوجعه عقوبة وإن كانت النفقة سقطت بعد الوجوب فهو ظالم لها وهو قياس ما أسلفناه في باب القسم من قولهم إذا لم يقسم لها فرافعته يأمره بالقسم وعدم الجور ، فإن ذهب ولم يقسم فرافعته أوجعه عقوبة ، وإن كان ما ذهب لها من الحق لا يقضى ويحصل به ضرر كبير اهـ (قوله وفروعه) أي وبقية فروعه كالإناث والولد البالغ الزمن وهذا بناء على ما مر من أن الصغير غير قيد (قوله وهل يحبس لمحرمه لو أبى لم أره) أصل التوقف لصاحب الشرنبلالية .

قلت : إذا حبس الأب فغيره بالأولى مع أنا قدمنا في آخر النفقات التصريح بذلك عن البدائع فإنه قال ويحبس في نفقة الأقارب كالزوجات ، أما غير الأب فلا شك فيه وأما الأب فلأن في النفقة ضرورة دفع الهلاك عن الولد ولأنها تسقط بمضي الزمان ، فلو لم يحبس سقط حق الولد رأسا فكان في حبسه دفع الهلاك ، واستدراك الحق عن الفوات لأن حبسه يحمله على الأداء اهـ وقدمنا هناك أن هذا خلاف ما عزاه الشارح إلى البدائع (قوله وظاهر تقييدهم) أي بالولد فإن عبارة الكنز وغيره ويحبس الرجل بنفقة زوجته لا في دين ولده إلا إذا امتنع من الإنفاق

لكن مامر عن الأشباه لايضرب المحبوس إلا فى ثلاث يفيده فتأمل عند الفتوى وسيجىء حبس الول بدين الصغير (لا) يحبس (أصل) وإن علا (فى دين فرعه) بل يقضى القاضى دينه من عين ماله أو قيمته والصحيح عندهما بيع عقاره كمنقوله بحر فليحفظ (ولا يستحلف قاض) نائبا (إلا إذا فوض إليه) صريحا كول من شئت أو دلالة كجعلتك قاضى القضاة والدلالة هنا أقوى لأن فى الصريح المذكور يملك الاستخلاف لاالعزل وفى الدلالة يملكهما

عليه ولا يخفى أنها لا تفيد عدم الحبس فى نفقة غير الولد (قوله لكن ما مر) أى فى أول الباب (قوله يفيده) أى يفيد حبسه بالامتناع عن نفقة القريب المحرم حيث عبر بالمحبوس (قوله فتأمل عند الفتوى) أى حيث حصل الاضطراب فى فهم هذا الحكم من كلامهم فلا تعجل فى الفتوى.

قلت: وبما نقلناه عن البدائع زال الاضطراب واتضح الجواب فافهم (قوله وسيجىء) أى فى آخر الباب ويأتى الكلام عليه (قوله لايحبس أهل الخ) أى ولوجد الأم لأنه لاقصاص عليه بقتل ولد بنته، فكذالايحبس بدينه، وقيد بالأصل لأن الولد يحبس بدين أصله، وكذا القريب بدين قريبه كمافى الخانية بحر. وسيذكر الشارح آخر الباب نظما جماعة ممن لايحبس وسيأتى عدتهم عشرة (قوله بل يقضى القاضى الخ) أفاد أنه لافرق فى عدم الحبس بين الموسر والمعسر لكن يبيع القاضى مال الأب لقضاء دين ابنه إذا امتنع، لأنه لاطريق له إلا البيع والإضاع أفاده فى البحر وذكر فى جواهر الفتاوى لايحبس الأب إلا إذا تمرد على الحاكم اه لكن ماذكر من أن القاضى يقضى دينه يغنى عن حبسه ذكره الرملى عن المصنف (قوله من عين ماله) أى إن كان من جنس الدين وقوله أو قيمته أى إن كان من غير جنسه كمالو كان الدين دراهم والمال دنانير فتباع الدنانير بالدراهم ويقضى بها الدين عند الإمام وصاحبيه (قوله والصحيح الخ) مقابله أنه يبيع عندهما المنقول دون العقار وأما عنده فلا يبيع المنقول ولا العقار وقدمنا أن المفتى به قولهما:

مطلب فى استخلاف القاضى نائبا عنه

(قوله ولا يستخلف قاض الخ) أى ولو بعذر بحر عن العناية فدخل فيه مالو وقعت له حادثة فلا يستخلف بلا تفويض. فنى البحر عن السراجية القاضى إذا وقعت له حادثة أو لولده فأناب غيره وكان من أهل الإنابة وتخاصما عنده وقضى له أو لولده جاز ثم قال: وقد سئلت عن صحة تولية القاضى ابنه قاضيا حيث كان مأذونا له بالاستخلاف فأجبت بنعم، وشمل إطلاقه الاستخلاف ما إذا كان مذهب الخليفة موافقا لمذهبه أو مخالفا ثم قال: وظاهر إطلاقهم أن المأذون له بالاستخلاف يملكه قبل الوصول إلى محل قضائه، وقد جرت عادتهم بذلك، وسئلت عنه فأجبت بذلك اه ثم نقل عن شرح أدب القضاء أنه ذكر فى موضع أن القاضى إنما يصير قاضيا إذا بلغ إلى الموضع، ألا ترى أن الأول لاينعزل مالم يبلغ هو البلد وفى موضع آخر ينبغى له أن يقدم نائبه قبل وصوله ليتعرف عن أحوال الناس اه فالأول يفيد أنه لايملكه قبل وصوله إلا أن يقال إن قاضى القضاة مأذون بذلك من السلطان، وهو الواقع الآن اه ملخصا.

قلت: ومانقله ثانيا صريح فى أن له الإنابة قبل وصوله والتعليل بالتعرف عن أحوال الناس لاينافى أن للنائب القضاء قبل وصول المنيب لأن التعرف يكون بالقضاء فحينئذ إذا وصل نائبه فالظاهر انعزال الأول، لأن النائب قائم مقام المنيب، وقد عللوا لعدم انعزال الأول قبل وصول الثانى بصيانة المسلمين عن تعطيل قضاياهم وبوصول نائب الثانى لاتتعطل قضاياهم وحيث كان الواقع الآن هو الإذن من السلطان فلا كلام وبه لندفع ماقيل إنه لايعول على ماأفتى به فى البحر (قوله إلا إذا فوض إليه) ومثله نائب القاضى قال فى البحر وفى الخلاصة الخليفة إذا أذن

كقوله ول من شئت واستبدل أو استخلف من شئت فإن قاضى القضاة هو الذى يتصرف فيهم مطلقا تقليدا وعزلا (بخلاف المأمور بإقامة الجمعة) فإنه يستخلف بلا تفويض للإذن دلالة ابن ملك وغيره وماذكره منلاخسرو قال فى البحر لا أصل له وإنما هو فهم فهمه من بعض العبارات وقد مر فى الجمعة (نائب القاضى المفوض إليه الاستنابة) فقط لا العزل (نائب عن الأصل) وهو السلطان وحينئذ (فلا يملك أن يعزله القاضى بغير تفويض منه) للعزل أيضا كوكيل وكل

للقاضى فى الاستخلاف فاستخلف رجلا وأذن له فى الاستخلاف جاز له الاستخلاف ثم وثم اه (قوله كقوله ول من شئت واستبدل) هذا تنظير لا تمثيل أى فإنه فى الدلالة يملك الاستخلاف والعزل نظير مالوصرح بهما (قوله أو استخلف من شئت) لايصح عطفه على قوله واستبدل ، لأنه يقتضى أنه لو قال ول من شئت واستخلف من شئت يملك العزل أيضا وليس كذلك لأن استخلف بمعنى ول بل نص فى البحر فى هذه الصورة على أنه لايملك العزل فتعين عطفه على قوله ول وعليه فكان المناسب أن يقول كقوله ول أو استخلف من شئت واستبدل (قوله فإن قاضى القضاة الخ) فى موضع التعليل لقوله وفى الدلالة يملكها (قوله فيهم) أى فى القضاة (قوله تقليدا وعزلا) تفسير للإطلاق (قوله فإنه يستخلف بلا تفويض) فإن كان قبل شروعه لحدث أصابه لم يجز أن يستخلف إلا من كان شهد الخطبة ، وإن بعد الشروع فاستخلف من لم يشهدها جاز نهر : أى لأنه بان وليس بمفتتح والخطبة شرط الافتتاح ، وقد وجد فى حق الأصل فتح ، واعترض بما لو استخلف شخصا لم يشهد الخطبة ثم أفسد صلاته ثم افتتح بهم الجمعة فإنه يجوز : وأجيب بأنه لما صح شروعه فيها وصار خليفة للأول التحق بمن شهدها واستظهر فى العناية الجواب بالحاقه بالبانى لتقدم شروعه فيها (قوله للإذن دلالة) لأن المولى عالم بتوقتها وأنه إذا عرض عارض فاتت لا إلى خلف ومعلوم أن الإنسان غرض للأعراض (١) فتح. قال فى النهر وهو ظاهر فى جواز الاستخلاف للمرض ونحوه ، وتقييد الزيلعى بالحدث لا دليل عليه وقدمنا فى الجمعة مسألة الاستنابة بغير عذر فارجع إليه اه .

وحاصل مامر فى الجمعة أنه قيل لايصح الاستخلاف بلا إذن السلطان إلا إذا سبقه الحدث فيها وقيل إن لضرورة جاز أى لحدث أو غيره وإلا فلا وقيل يجوز مطلقا وعليه مشى فى شرح المنية والبحر والنهر ، وكذا الشرنبلالى والمصنف والشارح (قوله وما ذكره منلا خسرو) أى فى الدرر والغرر من باب الجمعة من أنه لايستخلف للصلاة ابتداء بل بعد ماأحدث إلا إذا كان مأذونا من السلطان بالاستخلاف اه وهو مامر عن الزيلعى (قوله وقد مر فى الجمعة) ومر أيضا هناك عن العلامة محب الدين بن جرباش فى النجعة فى تعداد الجمعة أن إذن السلطان بإقامة الخطبة شرط أول مرة للبانى، فيكون الإذن منسحبا لتولية النظار الخطباء، وإقامة الخطيب نائبا ولا يشترط الإذن لكل خطيب اه بحر وقدمنا هناك نحوه عن فتاوى. ابن الجلبى وذكرنا هناك أن معناه أن إذن السلطان شرط فى أول مرة ، فإذا أذن لشخص باقامتها كان له الإذن لآخر والآخر الإذن لآخر وهكذا ، وليس المراد أن إذن السلطان باقامتها أول مرة يكون إذنا لكل من أراد إقامتها فى ذلك المسجد بدون إذن من السلطان أو من مأذونه كما يوهمه ظاهر العبارة وتقدم تمامه فراجعه (قوله المفوض إليه) بالجر نعت للقاضى (قوله بغير تفويض منه)أى من السلطان درر (قوله كوكيل وكل) أى بإذن الموكل فإنه لايملك عزله ولاينعزل بموته ، وينعزلان بموت الموكل بخلاف الوصى حيث يملك الإيصاء إلى غيره، ويملك التوكيل والعزل فى حياته لرضا الموصى بذلك دلالة لعجزه بحر

---

(١) قوله (غرض للأعراض) الأول بالغين المعجمة وهو الهدف الذى يرمى إليه والثانى بالمهملة جمع عرض بمعنى عارض فالإنسان شبه بالهدف والأعراض مشبهة بالسهام اه منه .

(و) كذا (لاينعزل) أيضا فعزله ولا بموته ولابموت السلطان بل بعزله زيلعي وعيني وابن ملك وغيرهم في الوكالة واعتمده في الدرر والملتقى وفي البزازية وعليه الفتوى وتمامه في الأشباه وفي فتاوى المصنف وهذا هو المعتمد في المذهب لا ماذكره ابن الغرس لمخالفته للمذهب (ونائب غيره) أي غير المفوض إليه (إن قضى عنده أو) في غيبته و (أجازه) القاضي (صح) قضاؤه لو أهلا بل لو قضى فضولي أو هو في غير نوبته وأجازه جاز لأن المقصود حصول رأيه بحر قال وبه علم دخول الفضولي في القضاء.

[فرع] في الأشباه والمنظومة المحبية لو فوض لعبد ففوض لغيره صح ولو حكم بنفسه لم يصح ولو عتق فقضى صح بخلاف صبي بلغ (وإذا رفع إليه حكم قاض) خرج المحكم ودخل الميت والمعزول والمخالف لرأيه

(قوله وكذا لاينعزل أيضا بعزله) أي لاينعزل النائب بعزل القاضي أي بعزل السلطان له (قوله ولا بموته) أي موت القاضي المستنيب (قوله ولا بموت السلطان) أي لاينعزل النائب به كما لاينعزل المستنيب ، بخلاف موت الموكل فإنه ينعزل به الوكيل والفرق كما في وكالة الزيلعي أن السلطان عامل للمسلمين فلا ينعزل بموته القاضي الذي ولاه هو أو ولاه القاضي بإذنه والموكل عامل لنفسه فينعزل وكيله بموته لبطلان حقه (قوله بل بعزله) أي بعزل السلطان للنائب (قوله واعتمده في الدرر) أي في متنها حيث قال : ولاينعزل أي نائب القاضي بخروجه أي القاضي عن القضاء ، وقال في الملتقى فنائبه لاينعزل بعزله ولا بموته بل هو نائب السلطان الأصيل اه فالضمير راجع إلى عدم عزل النائب بموت القاضي أو بعزله ط (قوله وتمامه في الأشباه) قال فيها فتحرر من ذلك اختلاف المشايخ في انعزال النائب بعزل القاضي ، وموته وقول البزازية الفتوى على أنه لاينعزل بعزل القاضي يدل على أن الفتوى على أنه لاينعزل بموته بالأولى ، ثم نقل عن التتارخانية القاضي رسول عن السلطان في نصب النواب اه ط (قوله وفي فتاوى المصنف الخ) حيث سئل عما ذكره ابن الغرس ، من أن نائب القاضي في زماننا ينعزل بعزله أو بموته فإنه نائبه من كل وجه أجاب : لايعتمد على ماذكره ابن الغرس لمخالفته للمذهب فقد نقل الثقات أن النائب لاينعزل بعزل الأصيل ولا بموته قال الزيلعي من كتاب الوكالة لايملك القاضي الاستخلاف إلا بإذن الخليفة ، ثم لاينعزل بعزل القاضي الأول ولا بموته وينعزلان بعزل الخليفة لهما ولا ينعزلان بموته ، وهو المعتمد في المذهب ولم نر خلافا في المسألة والله سبحانه أعلم اه لكن الخلاف موجود كما مر عن الأشباه (قوله صح قضاؤه لو أهلا) في التتارخانية عن المحيط ولو أن السلطان لم يأذن له في الاستخلاف ، فأمر رجلا فحكم بين اثنين لم يجز حكمه ، ثم إن القاضي لو أجاز ذلك الحكم ينظر إن كان بحال يجوز حكمه لو كان قاضيا جاز إمضاء القاضي حكمه ، وإن كان بحال لايجوز حكمه لو كان قاضيا ينظر إن كان ممن يختلف فيه الفقهاء كالمحدود في القذف جاز إمضاؤه ذلك وإن كان عبدا أوصبيا لم يجز (قوله بل لو قضى فضولي) أي من غير استخلاف أصلا (قوله أو هو)أي القاضي كما لو كان مولى في كل أسبوع يومين ، فقضى في غير اليومين توقف قضاؤه ، فإن أجازه في نوبته جاز جامع الفصولين (قوله في القضاء) أي ليس خاصا بعقد نحو البيع والنكاح (قوله ففوض لغيره صح) ظاهره ولو بدون الإذن الصريح ، لأنه مأذون دلالة للعلم بأن قضاءه بنفسه لايصح تأمل (قوله ولو عتق الخ) ومثله لو فوض لكافر فأسلم فهو على قضائه عند محمد كما قدمناه عند قوله : أهله أهل الشهادة وقدمنا هناك وجه الفرق بينهما وبين الصبي ، حيث يحتاج إلى تجديد التفويض (قوله خرج المحكم) فإنه إذا رفع حكمه إلى قاض أمضاه إن وافق مذهبه ، وإلا أبطله لأن حكمه لايرفع خلافا كما يأتي في التحكيم ح (قوله ودخل الميت الخ) وكذا قاضي البغاة فإذا رفع إلى قاضي العدل نفذه كما ذكره الشارح عند قول المصنف فيما مر ويجوز تقليد القضاء من السلطان العادل والجائر وأهل البغي ؟ وقدمنا فيه ثلاثة أقوال وأن المعتمد أنه ينفذه وافق رأيه أولا فافهم (قوله والمخالف لرأيه)أي رأي القاضي المرفوع إليه

لأنه نكرة فى سياق الشرط فتعم فافهم (آخر) قيد اتفاق إذ حكم نفسه قبل ذلك كذلك ابن كمال (نفذه) أى ألزم الحكم والعمل بمقتضاه لو مجتهدا فيه

الحكم لكن فيه تفصيل يأتى قريبا ، وأما لو كان القاضى الأول حكم بخلاف رأيه، فسيأتى فى قول المصنف قضى فى مجتهد فيه الخ ؛

مطلب فى عموم النكرة فى سياق الشرط

(قوله لأنه نكرة الخ) تعليل لقوله ودخل الخ قصد به الرد على الزيلعى حيث ذكر أن كلام المصنف يوهم اختصاصه بما إذا كان موافقا لرأيه، وقد تبع الشارح فى هذا التعليل صاحب البحر : وفيه نظر وكان المناسب أن يقول بدله لأنه مطلق عن التقييد : أما العموم فممنوع لما صرحوا به فى كتب الأصول كالتحرير وغيره من أن النكرة إنما تعم نصا إذا وقعت فى سياق النفى ، ومنه وقوعها فى الشرط المثبت إذا كان يمينا لأنها تكون على النفى كقوله إن كلمت رجلا فعبدى حر ، فإن الحلف على نفيه فالمعنى لا أكلم رجلا فهى نكرة فى سياق النفى فتعم ، ولهذا لا تعم فى الشرط المثبت مثل إن لم أكلم رجلا لأنه على الإثبات كأنه قال لأكلمن رجلا فلا تعم وأما الشرط فى غير اليمين مثل إن جاءك رجل فأطعمه فليس نصا فى العموم ومثله ما نحن فيه فافهم .

مطلب ما ينفذ من القضاء وما لا ينفذ

(قوله إذ حكم نفسه قبل ذلك) أى قبل الرفع إليه كذلك أى كحكم قاض آخر فى أنه ينفذه إذا رفع إليه ويكون هذا رافعا للخلاف فيه ، ولا يحتاج فى نفوذه على المخالف إلى قاض آخر لكن ذكر ذلك ابن الغرس سؤالا وأجاب عنه بأنه لا يصح ، لأنه غير ممكن شرعا إذ القاضى لا يقضى لنفسه بالإجماع ، والحكم به حكم بصحة فعل لنفسه فيلغو اهـ .

قلت : هذا ظاهر بالنسبة إلى رفع الخلاف أما بالنسبة إلى منع الخصم وإلزامه به فلا فتأمل (قوله نفذه) أى يجب عليه تنفيذه (قوله لو مجتهدا فيه) بنصب مجتهدا خبرا لكان المقدرة بعد لو واسمها ضمير عائد إلى حكم العائد إليه ضمير نفذه .

ثم اعلم أنهم قسموا الحكم ثلاثة أقسام ، قسم يرد بكل حال وهو ما خالف النص أو الإجماع كما يأتى وقسم يمضى بكل حال ، وهو الحكم فى محل الإجتهاد ، بأن يكون الخلاف فى المسألة وسبب القضاء وأمثلته كثيرة منها لو قضى بشهادة المحدودين بالقذف بعد التوبة وكان يراه كشافعى ؛ فإذا رفع إلى قاض آخر لا يراه كحنفى يمضيه ولا يبطله ، وكذا لو قضى لامرأة بشهادة زوجها وآخر أجنبى ، فرفع لمن لا يجيز هذه الشهادة أمضاه ، لأن الأول قضى بمجتهد فيه فينفذ ، لأن المجتهد فيه سبب القضاء ، وهو أن شهادة هؤلاء هل تصير حجة للحكم أم لا فالخلاف فى المسألة وسبب الحكم لا فى نفس الحكم ، وكذا لو سمع البينة على الغائب بلا وكيل عنه ، وقضى بها ينفذ لأن المجتهد فيه سبب القضاء ، وهو أن البينة هل تكون حجة بلا خصم حاضر ، فإذا رآها صح . وسيأتى اختلاف الترجيح فى الأخيرة . وقسم اختلفوا فيه : وهو الحكم المجتهد فيه وهو ما يقع الخلاف فيه بعد وجود الحكم فقيل ينفذ ، وقيل يتوقف على إمضاء قاض آخر وهو الصحيح كما فى الزيلعى وغيره وبه جزم فى الخانية وحكى ابن الشحنة فى رسالته المؤلفة فى الشهادة على الخط عن جده ترجيح الأول ، فإذا رفع إلى الثانى فأمضاه يصير كأن القاضى الثانى حكم فى فصل مجتهد فيه فليس للثالث نقضه ولو أبطله الثانى بطل ، وليس لأحد أن يجيزه كما لو قضى لولده على أجنبى

عالما باختلاف الفقهاء فيه فلو لم يعلم لم يجز قضاؤه ولا يمضيه الثانى فى ظاهر المذهب زيلعى وعينى وابن كمال لكن فى الخلاصة ويفتى بخلافه وكأنه تيسيرا فليحفظ

أو لامرأته أو كان القاضى محدودا فى قذف ، لأن نفس القضاء مختلف فيه وسيشير الشارح إلى القسم الأخير وتمام الكلام على ذلك فى رسالة ابن الشحنة المذكورة والبزازية وسيأتى له مزيد تحقيق (قوله عالما) حال من قول المصنف قاض آخر ، وساغ مجىء الحال منه وهو نكرة لتخصصها بالوصف ، وهو آخر ولا يصح كونه خبرا بعد خبر لكان المقدرة بعد لو فى قوله لو مجتهدا فيه ، لأن الضمير المستتر فيها عائد إلى الحكم كما علمت ، فيلزم أن يكون الضمير المستتر فى عالما عائدا إلى الحكم أيضا ولا يصح :

مطلب مهم فى قولهم يشترط كون القاضى عالما باختلاف الفقهاء

(قوله عالما باختلاف الفقهاء فيه الخ) أقول : ذكر ذلك أيضا فى البحر فذكر أن هذا شرط نفاذ القضاء فى ظاهر المذهب ثم ذكر عبارة الخلاصة ثم قال : والتحقيق المعتمد أن علمه بكون ماحكم به مجتهدا فيه شرط ، وأما علمه بكون المسألة اجتهادية ، فلا ويدل عليه مافى الفتاوى الصغرى اهـ ثم ذكر مسألة قضاء القاضى مخالفا لرأيه ، وأطال الكلام عليها . وسيذكرها المصنف فى قوله قضى فى مجتهد فيه ، بخلاف رأيه الخ ويأتى الكلام عليها ، وهذه غير مسألة اشتراط العلم التى نحن فيها ولم يوفها صاحب البحر حقها ، حتى اشتبهت على بعض المحشين فتكلم عليها بما قالوه فى المسألة الثانية الآتية ، مع أنهما مسألتان متغايرتان فافهم ومسألة اشتراط العلم وقع فيها نزاع ، وقد ألف فيها العلامة المحقق الشيخ قاسم رسالة :

حاصلها : أن وضع المسألة المذكورة فى قضاء القاضى المجتهد فى حادثة له فيها رأى مقرر قبل قضائه فى تلك الحادثة التى قصد فيها المتفق عليه ، فحصل حكمه فى المحل المختلف فيه ، وهو لايعلم ثم بان أن قضاءه هذا على خلاف رأيه المقرر قبل هذه الحادثة ، فحينئذ لاينفذ قضاؤه ، وأما إذا وافق قضاؤه رأيه فى المسألة ولم يعلم حال قضائه أن فيها خلافا ، فلم يقل أحد من علماء الإسلام بأنه لاينفذ قضاؤه ، خلافا لمن زعم ذلك وبيان ذلك بالنصوص الصريحة منها قول الإمام حسام الدين الشهيد فى الفتاوى الصغرى إذا قضى فى فصل مجتهد فيه ، وهو لايعلم بذلك لاينفذ ، فإنه ذكر فى السير الكبير : رجل مات وله مدبرون حتى عتقوا ، ثم جاء رجل وأثبت دينا على الميت ، فباعهم القاضى على ظن أنهم عبيد وقضى بجوازه ، ثم ظهر أنهم مدبرون كان قضاؤه بذلك باطلا ، وإن مضى فى فصل مجتهد فيه ، وهو جواز بيع المدبر لكن لما لم يعلم بذلك كان باطلا اهـ :

فعلم أن الضابط أخذ من فرع وقع فيه القضاء على خلاف رأيه السابق وهو أن المدبر لايباع ، فلذا كان قضاؤه باطلا وعدم العلم دليل دليل بقاء رأيه السابق ، أما لو كان عالما وقضى على خلاف رأيه السابق حمل على تبدل اجتهاده بدليل مافى السير الكبير فى باب الفداء الذى يرجع إلى أهله حيث قال : مات وله رقيق ، وعليه دين كثير فباع القاضى رقيقه ، وقضى دينه ثم قامت البينة لبعضهم أن مولاه كان دبره ، فإن بيع القاضى فيه يكون باطلا ، ولو كان القاضى عالما بتدبيره واجتهد وأبطل تدبيره لكونه وصية وباعه فى الدين ثم ولى قاض آخر يرى ذلك خطأ فإنه ينفذ قضاء الأول الخ فعلم أن عدم الأخذ ليس هو لعدم العلم بل لكونه بيع الحر وقال الحسام أيضا قال فى كتاب الرجوع عن الشهادة : إذا قضى القاضى بشهادة محدودين فى قذف ، وهو لا يعلم بذلك ثم ظهر لا ينفذ قضاؤه ، وهو محمول على محدودين شهدا بعد التوبة كما فى قضاء شرح الجامع ومن المعلوم أن قضاء هذا على خلاف رأيه المقرر قبل ذلك فلذا لم ينفذ ، فعدم النفاذ لعدم صحة الشهادة لا لعدم العلم ، فإذا ظهر أن

بعد دعوى صحيحة من خصم على خصم حاضر وإلا كان إفتاء فيحكم بمذهبه لا غير بحر وسيجيء آخر الكتاب وأنه إذا ارتاب فى حكم الأول له طلب شهود الأصل قال وبه عرف أن تنافيذ زماننا لا تعتبر

هذا فى قضاء القاضى المجتهد ، وأن اعتبار العلم وعدمه إنما هو للدلالة على البقاء على الاجتهاد الأول أوتبدله ، وأنه لو كان على وفق رأيه نفذ وإن لم يعلم بالخلاف ظهر لك أن اعتبار هذا فى القاضى المقلد جهالة فاحشة ، وخرق لما أجمعت عليه الأمة فى أن المقلد إذا قضى بقول إمامه مستوفيا للشروط نفذ قضاؤه ، سواء علم أن فى المسألة خلافا أولا وصار المختلف فيه بقاؤه متفقا عليه كما صرحت به نصوص المختصرات والمطولات وامتنع نقضه بالإجماع هذا خلاصة ما فى تلك الرسالة :

وحاصله أن اشتراط كون القاضى المجتهد عالما بالخلاف إنما هو لبيان أن الموضع المختلف فيه الذى لم يقصد الحكم به لعدم علمه به كصحة بيع المدبر ، وقبول شهادة المحدود لا يصير محكوما به فى ضمن الحكم الذى قصده وهو بيع عبد المديون لقضاء دينه وقبول شهادة العدل فى الصورتين السابقتين ونحوهما إذ لا وجه لصيرورته محكوما به مع عدم علمه به ، وقصد له ومع كونه مخالفا لرأيه ، بخلاف ما إذا كان عالما به ، وقصد الحكم به ، فإنه وإن خالف رأيه يصح حكمه به ، ويكون ذلك رجوعا عن رأيه السابق لتغير اجتهاده فينفذ وإذا رفع إلى قاض آخر أنفذه وهذا كلام فى غاية التحقيق ، وحيث كان هذا هو ظاهر الرواية فلا يعدل عنه وكأن صاحب الخلاصة فهم أن المراد اشتراط علمه بالخلاف فيما قصد الحكم به أو لم يقصد فلذا قال : ويفتى بخلافه ولا سيما إن كان فهم أيضا أنه شرط فى المجتهد وغيره إذ لا شك فى عسر ذلك ولا سيما على قضاة زماننا فافهم والله سبحانه أعلم (قوله بعد دعوى صحيحة الخ) الظرف متعلق بحكم فى قوله : حكم قاض أو بمحذوف خبر أيضا لكان المقدرة بعد لو فى قوله لو مجتهدا فيه قال فى البحر أول كتاب القضاء ، فإن فقد هذا الشرط لم يكن حكما وإنما هو إفتاء صرح به الإمام السرخسى ، وبأنه شرط لنفاذ القضاء فى المجتهدات .

ونقل الشيخ قاسم فى فتاواه الاجماع عليه ثم قال هنا فى البحر فالحاصل : أن الحكم المرفوع لابد أن يكون فى حادثة وخصومة صحيحة كما صرح به العمادى والبزازى ، وقالا حتى لو فات هذا الشرط لا ينفذ القضاء لأنه فتوى اهـ فلو رفع إلى حنفى قضاء مالكى بلا دعوى ، لم يلتفت إليه ويحكم بمقتضى مذهبه ، ولابد فى إمضاء الثانى لحكم الأول من الدعوى أيضا كما سمعت اهـ أى لابد فى حكم الثانى إذا رفع إليه حكم الأول ، من أن يكون أيضا بعد دعوى صحيحة كما نقله قبله عن البزازية وهذه الدعوى والخصومة تسمى الحادثة لحدوثها عند القاضى ليحكم بها ، بخلاف ما كان من لوازم تلك الحادثة فإنه لم يحدث بدون الخصومة فيه ، فلذا لم يصح حكمه به قبلها كما يأتى بيانه فى الموجب قريبا :

ثم اعلم أن اشتراط تقدم الدعوى إنما هو فى القضاء القصدى القولى دون الضمنى والفعلى كما سنحققه فى الفروع وكذا ما تسمع فيه الدعوى حسبة ومنه الوقف كما يأتى قريبا (قوله وإلا لا) أى وإذا لم يكن حكم الأول بعد دعوى صحيحة لم يكن قضاء صحيحا بل كان إفتاء أى بيانا لحكم الحادثة وإذا كان إفتاء لم يلزم القاضى الثانى تنفيذه بل يحكم بمقتضى مذهبه وافق حكم الأول أو خالفه فافهم (قوله وسيجيء آخر الكتاب) أى فى مسائل شتى قبيل الفرائض وحاصله بما قدمناه عن البحر (قوله وأنه إذا ارتاب الخ) عطف على الضمير المستتر فى سيجيء فإن هذا الحكم مذكور هناك أيضا اهـ ح لكن هذا ذكره فى البحر وقال فى النهر : ولم أجده لغيره وتبعه الحموى ط (قوله قال) أى صاحب البحر ، وسبقه إلى ذلك العلامة ابن الغرس (قوله وبه عرف) أى بما ذكر

لترك ما ذكر وقد تعارفوا فى زماننا القضاء بالموجب

فإنه أفاد أن شرط صحة الحكم كونه بعد دعوى صحة الخ (قوله لترك ما ذكر) فؤداها إحاطة القاضى الثانى عاما بحكم القاضى الأول على وجه التسليم له ، وأنه غير معترض عنده ويسمى اتصالا ويتجوز بذكر الثبوت والتنفيذ فيه اه ابن الغرس :

قلت : وللعلامة ابن نجيم صاحب البحر رسالة فى الحكم بلا تقدم الدعوى وقال فى آخرها : واعلم أن هذا فيما تشترط فيه الدعوى ، وأما الوقف فالصحيح عدم اشتراطها لكونه حق الله تعالى ، فتقبل البينة بلا دعوى ويحكم به كما فى البزازية والظهيرية والعمادية وغيرها فعلى هذا لا إنكار على التنافيذ الواقعة فى زماننا لكتب الأوقاف لأن حاصلها إقامة البينة على حكم قاض بالوقف فقولهم إن التنافيذ فى زمننا ليست أحكاما إنما هو فى غير الوقف الخ اه ملخصا :

قلت : لكن هذا ظاهر فى الوقف على الفقراء وفى إثبات مجرد كونه وقفا ، أما كونه موقوفا على فلان أو فلان وأن الواقف شرط كذا أو كذا فهذا حق عبد فلابد فيه من دعواه لاثبات حقه ، وكذا فى إثبات شروطه كما يعلم مما ذكرناه فى كتاب الوقف فتأمل .

مطلب مهم فى الحكم بالموجب

(قوله وقد تعارفوا الخ) هذا من متعلقات اشتراط صحة الدعوى من خصم على خصم حاضر لصحة القضاء وبيانه أنه إذا وقع تنازع فى موجب خاص ، من مواجب ذلك الشىء الثابت عند القاضى ، ووقعت الدعوى بشروطها كان حكما بذلك الموجب فقط دون غيره ، فلو أقر بوقف عقار عند القاضى ، وشرط فيه شروطا وسلمه إلى المتولى ثم تنازعا عند القاضى الحنفى فى صحته ولزومه ، فحكم بهما وبموجبه لا يكون حكما بالشروط فللشافعى أن يحكم فيها بمقتضى مذهبه ، ولا يمنعه حكم الحنفى السابق وتمامه فى الأشباه وذكر فى البحر : أن القاضى إذا قضى بشىء فى حادثة بعد دعوى صحيحة لا يكون قضاء فيما هو من لوازمه إلى أن قال فقد علمت من ذلك كثيرا من المسائل ، فإذا قضى شافعى بصحة بيع عقار ، وموجبه لايكون حكما منه بأنه لا شفعة للجار لعدم حادثتها ؛ وكذا إذا قضى حنفى لا يكون حكما بأن الشفعة للجار ، وإن كانت الشفعة من مواجبه لأن حادثتها لم توجد وقت الحكم ولا شعور للقاضى بها ، وكذا إذا قضى مالكى بصحة التعليق فى اليمين المضافة لا يكون حكما بأنه لايصح نكاح الفضولى المجاز بالفعل لعدمه وقته فافهم فإن أكثر أهل زماننا عنه غافلون اه وكذا قال العلامة قاسم أما كون الحكم حادثة فاحتراز عما لم يحدث بعد كما لو حكم بموجب إجارة لا يكون حكما بالفسخ بموت أحد المتؤاجرين لأنه لم توجد فيه خصومة اه :

قلت : وقد ظهر من هذا أن المراد بالموجب هنا الذى لا يصح به الحكم هو ما ليس من مقتضيات العقد ، فالبيع الصحيح مقتضاه خروج المبيع عن ملك البائع ، ودخوله فى ملك المشترى ، واستحقاق التسليم ، والتسلم فى كل من الثمن والمثمن ونحو ذلك فإن هذه وإن كانت من موجباته لكنها مقتضيات لازمة له ، فيكون الحكم به حكما بها بخلاف ثبوت الشفعة فيه للخليط أو للجار مثلا ، فإن العقد لا يقتضى ذلك أى لا يستلزمه فكم من بيع لا تطلب فيه الشفعة ، فهذا يسمى موجب البيع ، ولا يسمى مقتضى وهذا معنى قول بعض المحققين من الشافعية إن الموجب عبارة عن الأثر المترتب على ذلك الشىء ، وهو والمقتضى مختلفان خلافا لمن زعم اتحادهما إذ المقتضى لا ينفك ، والموجب قد ينفك فالأول كانتقال الملك للمشترى بعد لزوم البيع ، والثانى كالرد بالعيب والموجب أعم

. . . .

لأنه الأثر اللازم سواء كان ينفك أولا اه وهذا أحسن مما قاله العلامة ابن الغرس من أن موجب الشيء ما أوجبه ذلك الشيء واقتضاه ، فالموجب والمقتضى فى الأصل واحد ، ولكن يلزم من بعض الصور أن الموجب فى باب الحكم أعم ، وهو التحقيق إذ لو باع مدبره ثم تنازعا عند القاضى الحنفى ، فحكم بموجب ذلك البيع صح الحكم ومعناه الحكم ببطلان ذلك البيع ، ومن المعلوم أن الشيء لا يقتضى بطلان نفسه فظهر أن الحكم فى هذه الصورة لا يكون حكما بالمقتضى ، وإلا كان باطلا وكان للشافعى نقضه ، والحكم بصحة البيع إذ لا مقتضى للبيع عند الحنفى لأنه باطل ويصح عند الحنفى أن يقال موجب هذا البيع البطلان اه ملخصا : وإنما قلنا إن ما مر أحسن لأنه يرد على ما قاله ابن الغرس أنه كما يقال إن الشيء لا يقتضى بطلان نفسه ، فكذلك يقال إنه لا يوجب بطلان نفسه ، فدعواه أنهما فى الأصل بمعنى واحد ، وأن هذا السبب هو الداعى إلى الفرق بينهما هنا غير مسلم ، فالظاهر أن الفرق بينهما هو اشتراط عدم الإنفكاك فى المقتضى لا فى الموجب فالموجب أعم فالحكم بالموجب عندنا لا يصح ، ما لم يكن حادثة بأن وقع فيه الترافع ، والتنازع عند الحاكم كما مر ، فإذا وقع التنازع فى صحة البيع ولزومه فحكم بموجب ذلك البيع كان حكما بصحته . وبباقى مقتضياته الشرعية التى لا تنفك عنه كملك المشترى المبيع ، ولزوم دفعه الثمن ونحو ذلك بخلاف ، وجبه المنفك عنه كاستحقاق الجار الأخذ بالشفعة لعدم الحادثة كما قلنا .

مطلب الموجب على ثلاثة أقسام

ثم اعلم أن ابن الغرس ذكر أن الموجب على ثلاثة أقسام لأنه إما أن يكون أمرا واحدا أو أمورا يستلزم بعضها بعضا أولا ، فالأول : كالقضاء بالأملاك المرسلة والطلاق والعتاق إذ لا موجب لهذا سوى ثبوت ملك الرقبة للعين والحرية وانحلال قيد العصمة ، والثانى : كما إذا ادعى رب الدين على الكفيل بدين له على الغائب المكفول عنه وطالبه به ، فأنكر الدين فأثبته وحكم بموجب ذلك فالموجب هنا أمران لزوم الدين للغائب ولزوم أدائه على الكفيل والثانى : يستلزم الأول فى الثبوت والثالث : كما إذا حكم شافعى بموجب بيع عقار اقتصر الحكم على ما وقعت به الدعوى فلا يكون حكما بأنه لا شفعة للجار وهكذا فى نظائره هذا حاصل ما قرره ابن الغرس وتبعه فى النهر وزاد عليه قسما رابعا لكنه يرجع إلى كونه شرطا للقسم الثانى كما يظهر بالتأمل لمن راجعه :

[تنبيه] قدمنا آنفا عن البحر عن فتاوى الشيخ قاسم أنه نقل الإجماع على أن تقدم الدعوى الصحيحة شرط لنفاذ الحكم ، وأيد ذلك صاحب البحر فى رسالة ألفها فى ذلك ، ثم قال فقد استفيد مما فى هذه الكتب المعتمدة أنه لا فرق بين ما إذا كان القاضى حنفيا أو غيره إلى أن قال : ومما فرعته على أن قضاء المخالف إذا رفع إلينا فإنا نمضيه فيما وقع حكمه به لا فى غيره ما لو قضى شافعى ببينة ذى اليد على خارج نازعه ، ثم تنازع ذو اليد وخارج آخر عند حنفى فإنه يسمع الدعوى ولا يمنعه قضاء الشافعى من سماعها بناء على أن مذهبنا أن القضاء بالملك لا يكون قضاء على الكافة ، بل يقتصر على المقضى عليه ، وهو الخارج الأول وإن كان مذهب الحاكم تعديه كما قدمناه من أن قضاء المالكى بغير دعوى غير صحيح عندنا وإن صح عنده ، فإذا رفع إلينا لا ننفذه ، وكذلك هنا لا نتعرض لحكمه على الخارج الأول ، وأما الثانى فلم يقع حكمه عليه على مقتضى مذهبنا ، ومما فرعته لو حجر شافعى على سفيه بعد دعوى صحيحة ، ثم رفعت إلينا حادثة من تصرفاته فإنا نحكم بمذهب أبى يوسف ومحمد للحجر على السفيه فإنهما وإن وافقا الشافعى فى أصل الحجر ، لم يوافقاه فى أنه يؤثر فى كل شيء وإنما يؤثر عندهما فيما يؤثر فيه الهزل ، فإذا تزوجت السفيهة التى حجر عليها شافعى ، ولم يرفع نكاحها إليه ولم يبطله بل رفع إلى حنفى ، فله

وهو عبارة عن المعنى المتعلق بما أضيف إليه فى ظن القاضى شرعا من حيث إنه يقضى به فإذا حكم حنفى بموجب بيع المدبر كان معناه الحكم ببطلان البيع

أن يحكم بصحته لو الزوج كفؤا على قولها المفتى به ، ولا يمنعه مذهب الحاجر ، لعدم وجود حادثة التزوج وقت الحجر ، ولم تكن لازمة للحجر حتى تدخل ضمنا لقبول الانفكاك ، لجواز أن لا تتزوج المحجورة أصلا ، وقد توقف فيه بعض من لا اطلاع له على كلامهم اه :

قلت : ويعلم منه ما يقع الآن من وقوع التنازع فى صحة الإجارة الطويلة عند قاض شافعى فيحكم بصحتها ، وبعدم انفساخها بموت ولا غيره فإن عدم الانفساخ بالموت لم يصر حادثة وقت الحكم ، لأن الموت لم يوجد وقته ، فللحنفى أن يحكم بالفسخ بالموت كما أفتى به فى الخيرية . وذكر ابن الغرس من هذا القبيل مالو وهب ابنه وسلمه العين الموهوبة ، وقضى شافعى بالموجب ثم بعد مدة رجع الواهب فى هبته وترافعا عند القاضى الحنفى فحكم ببطلان الرجوع قال : وقد حصل التنازع فى هذه المسألة بين أهل المذهبين فقال القاضى الشافعى حكم الحنفى باطل ، لأنى حكمت قبله بموجب الهبة ومن موجبها عندى أن الأب يملك الرجوع ، والحكم فى الخلافية يجعلها وفاقية ، وقال القاضى الحنفى الرجوع حادثة مستقلة وجدت بعد الحكم الأول بمدة طويلة ، فكيف تدخل تحت حكمه ، وأجيب فيها بأن الموجب هنا أمور هى خروج العين من ملك الواجب ، ودخولها فى ملك الموهوب له وملك الواهب الرجوع إذا كان أبا عند الشافعى ، وعدمه عند الحنفى ، فإن كان التداعى عند القاضى ليس إلا فى انتقال العين من ملك الواهب إلى ملك الموهوب له اقتصر القضاء بالموجب على ذلك ، فإذا كان القاضى الأول شافعيا لا يصير كون الأب يملك الرجوع محكوما به ، وإذا كان حنفيا لا يصير عدم ملكه ذلك محكوما به ، فللقاضى الثانى أن يحكم بمذهبه : أى لأن الأمر الأول لا يستلزم الأمر الثانى فى الثبوت قال : فتبين أن القضاء فى حقوق العباد يشترط له الدعوى الموصلة له شرعا على وجه يحصل به المطابقة إلا ما كان على سبيل الإستلزام الشرعى أى كما فى مسألة الكفالة المارة وليس للقاضى أن يتبرع بالقضاء بين اثنين فيما لم يتخاصما إليه فيه اه ملخصا فاغتفر التطويل فى هذا المقام بما حواه من الفوائد العظام (قوله وهو عبارة عن المعنى) أى كخروج المبيع من ملك البائع ، ودخوله فى ملك المشترى ، ووجوب التسلم والتسليم ، ونحو ذلك من مقتضيات البيع ، ولوازمه فذلك المعنى المحكوم به المضاف إلى المبيع المتعلق به في ظن القاضى شرعا هو الموجوب ههنا ، وهو الذى اقتضاه عقد البيع وأما الحكم بموجب بيع المدبر ، فهو المعنى الذى أضيف إلى ذلك البيع فى ظن القاضى شرعا ، وهو كون ذلك البيع باطلا ولكن هذا المعنى ليس هو مقتضى ذلك البيع إذ البيع لا يقتضى بطلان نفسه اه ابن الغرس وظهر منه أن المراد بما فى قوله بما أضيف له هو البيع مثلا ، فإن دخول المبيع فى ملك المشترى متعلق بذلك البيع ومضاف إليه شرعا فى ظن القاضى : أى فى قصده من حيث إنه يقضى به : أى يقصد القضاء به وكذا غيره من مقتضيات البيع اللازمة له ، واحترز به عما لا يقصد القضاء به لعدم التنازع فيه كثبوت حق الشفعة ، وأفاد أن الموجب قد يكون مقتضى كما مثلنا ، وقد يكون غير مقتضى كبطلان بيع المدبر ، فإنه موجب لا مقتضى على ما قرره سابقا فافهم . ثم لا يخفى أن هذا التعريف مع ما فيه من التعقيد خاص بالموجب الذى وقع الحكم به صحيحا مع أن الموجب أعم منه فإن المعنى المتعلق بذلك البيع المضاف إليه يصدق على ثبوت حق الشفعة فيه وثبوت رده بخيار عيب ونحو ذلك مما ليس من مقتضياته اللازمة له بدليل ما مر من أن الموجب قد يكون أمورا يستلزم بعضها بعضا أولا يستلزم فالأظهر والأخصر تعريفه بما قدمناه من أنه الأثر المترتب على ذلك الشىء ، وإن أراد تخصيصه بما يقع به الحكم صحيحا عندنا يزيد على ذلك قولنا إذا صار حادثة ،

ولو قال الموثق وحكم بمقتضاه لايصح لأن الشيء لايقتضى بطلان نفسه وبه ظهر أن الحكم بالموجب أعم نهر (إلا ما) عرى عن دليل مجمع أو (خالف كتابا) لم يختلف فى تأويله السلف كمتروك تسمية (أو سنة مشهورة)

فيخرج مالا حادثة فيه كما لو حكم شافعى بموجب بيع بعد إنكاره لا يكون حكما بثبوت خيار المجلس مثلا ، مما ليس من لوازمه ومثله ماقدمناه من مسألة الهبة وغيرها هذا ماظهرلى فى هذا المحل فتأمل (قوله فإذا قال(١) الموثق) هو كاتب القاضى الذى يكتب الوثيقة وهى المسماة حجة فى زماننا (قوله وبه ظهر أن الحكم بالموجب أعم) أى من المقتضى ، فإن بطلان بيع المدبر موجب لامقتضى لما ذكره فكل مقتضى موجب ، ولا عكس والضمير فى به عائد إلى قوله ولو قال الموثق الخ فإن الشارح اقتصر على التمثيل ببيع المدبر الذى هو من أفراد الموجب لينبه على أن الموجب لايلزم كونه مقتضى ، فلا يرد ماقيل إن الذى ظهر من عبارته أن بينهما التباين لا العموم فافهم (قوله مجمع) لم يمثل له فى شرحه قال ط : والمراد به كما رأيته بهامشه نحو القضاء بسقوط الدين عند ترك المطالبة به سنين (قوله لم يختلف فى تأويله السلف) الجملة صفة كتابا والمراد بالسلف الصحابة والتابعون رضى الله تعالى عنهم أجمعين ، لقول الهداية المعتبر الاختلاف فى الصدر الأول ، وهم الصحابة والتابعون اهـ وعليه فلا يعتبر اختلاف من بعدهم كمالك والشافعى . وسيأتى أنه خلاف الأصح (قوله كمتروك تسمية) أى عمدا فإنه مخالف لظاهر قوله تعالى — ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه — بناء على أن الواو فى قوله وإنه لفسق للعطف ، والضمير راجع إلى مصدر الفعل الذى دخل عليه حرف النهى ، أو إلى الموصول ، واحتمال كونها حالية فتكون قيدا للنهى رد بأن التأكيد بإن واللام ينفيه ، لأن الحال فى النهى مبناه على التقدير كأنه قيل لا تأكلوا منه إن كان فسقا فلايصلح وإنه لفسق ، بل وهو فسق ولو سلم فلا نسلم أنه قيد للنهى بل هو إشارة إلى المعنى الموجب له كلا تهن زيدا وهو أخوك ولا تشرب الخمر وهو حرام عليك نهر موضحا وتمامه فى رسالة ابن نجيم المؤلفة فى هذه المسألة .

مطلب فى الحكم بما خالف الكتاب أو السنة أو الإجماع

(قوله أوسنة مشهورة) قيد بالمشهورة احترازا عن الغريب زيلعى ، ولابد ههنا من تقييد الكتاب بأن لايكون قطعى الدلالة وتقييد السنة : بأن تكون مشهورة أو متواترة غير قطعية الدلالة ، وإلا فمخالفة المتواتر من كتاب أو سنة إذا كان قطعى الدلالة كفر كذا فى التلويح ، وأما إذا وقع الخلاف فى أنه مؤول أوغير مؤول فلابد أن يترجح أحد القولين بثبوت دليل التأويل ، فيقع الاجتهاد فى بعض أفراد هذا القسم أنه مما يسوغ فيه الاجتهاد أم لا كذا فى الفتح وظاهر كلامهم يعطى أن آية التسمية على الذبيحة ، لاتقبل التأويل بل هى نص فى المدعى ، وفيه نظر يظهر مما مر نهر أى مامر من احتمال أوجه الإعراب ، على أنه إذا كان المراد من النص ظنى الدلالة كما مر ، فى عدم نفاذ الحكم بمعارضة نظر ظاهر كما قاله العلامة ابن أميرحاج فى شرح التحرير : ثم قال : والذى يظهر أن القضاء بحل متروك التسمية عمدا وبشاهد ويمين ينفذ من غير توقف ، على إمضاء قاض آخر وبيع أمهات الأولاد لاينفذ مالم يمضه قاض آخر اهـ :

قلت : لكن قد علمت أن عدم النفاذ فى متروك التسمية مبنى على أنه لم يختلف فيه السلف ، وأنه لا اعتبار بوجود الخلاف بعدهم وحينئذ فلا يفيد احتمال الآية أوجها من الإعراب نعم على مايأتى من تصحيح اعتبار اختلاف من بعدهم يقوى هذا البحث ، ويؤيده مافى الخلاصة من أن القضاء بحل متروك التسمية عمدا جائز عندهما

(١) قوله (فإذا قال الخ) هكذا بخطه والذى فى نسخ الشارح ولو قال الخ وهو الموافق لقول المحشى فى القولة التى بعدها والضمير فى به عائد إلى قوله ولو قال الموثق الخ اهـ مصححه .

كتحليل بلا وطء لمخالفته حديث العسيلة المشهور (أو إجماعا) كحل المتعة لإجماع الصحابة على فساده وكبيع أم ولد على الأظهر وقيل ينفذ على الأصح (و) من ذلك ما (لو قضى بشاهد ويمين) المدعى لمخالفته للحديث المشهور «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر» (أو بقصاص بتعيين الولى واحدا من أهل المحلة أو بصحة نكاح المتعة أو الموقت أو بصحة بيع معتق البعض

لا عند أبي يوسف، وكذا ما في الفتح عن المنتقى، من أن العبرة في كون المحل مجتهدا فيه اشتباه الدليل لا حقيقة الخلاف قال في الفتح: ولا يخفى أن كل خلاف بيننا وبين الشافعي أو غيره محل اشتباه الدليل، فلا يجوز نقضه بلا توقف على كونه بين الصدر الأول. والذي حققه في البحر أن صاحب الهداية أشار إلى القولين، فإنه ذكر أولا عبارة القدوري، وهي وإذا رفع إليه حكم حاكم أمضاه إلا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع، وذكر ثانيا عبارة الجامع الصغير: وهي وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه فما ذكره أصحاب الفتاوى من المسائل الآتية التي لا ينفذ فيها قضاء القاضي مبني على عبارة القدوري، لا على ما في الجامع، ومن قال: لا اعتبار بخلاف مالك والشافعي اعتمد قول القدوري. ومن قال باعتباره اعتمد ما في الجامع وفي الواقعات الحسامية عن الفقيه أبي الليث وبه أي بما في الجامع نأخذ، لكن في شرح أدب القضاء أن الفتوى على ما في القدوري اهـ ملخصا. فقد ظهر أنهما قولان مصححان والمتون على ما في القدوري والأوجه ما في الجامع ولذا رجحه في الفتح كما يأتي أيضا (قوله كتحليل بلا وطء) أي تحليل المطلقة الثلاث بمجرد عقد المحلل بلا دخول عملا بقول سعيد بحر (قوله أو إجماعا) المراد منه ما ليس فيه خلاف يستند إلى دليل شرعي بحر (قوله كحل المتعة) أي كالقضاء بصحة نكاح المتعة، كقوله: متعيني بنفسك عشرة أيام فلا ينفذ بخلاف القضاء بصحة النكاح المؤقت بأيام أي بدون لفظ المتعة، فإنه ينفذ كما في الفتح وقدمنا عنه في النكاح ترجيح قول زفر بصحة النكاح المؤقت بالغاء التوقيت فينعقد مؤبدا (قوله وكبيع أم ولد الخ) قال شمس الأئمة السرخسي هذه المسألة تبتني على أن الإجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم عند محمد، وعندهما لا يرفع يعني اختلفت الصحابة في جواز بيعها، ثم أجمع المتأخرون على عدمه، فكان القضاء به على خلاف الإجماع عند محمد فيبطله القاضي الثاني، وعندهما لما لم يرفع خلاف الصحابة وقع في محل اجتهاد فلا ينقضه الثاني لكن قال القاضي أبو زيد في التقويم إن محمدا روى عنهم جميعا أن القضاء ببيعها لا يجوز فتح:

وذكر في التحرير أن الأظهر من الروايات أنه لا ينفذ عندهم جميعا لكن ذكر أيضا عن الجامع أنه يتوقف على قضاء قاض آخر، لأن الإجماع المسبوق بخلاف مختلف في كونه إجماعا ففيه شبهة كخبر الواحد، فكذا في متعلقه وهو ذلك الحكم المجمع عليه وقدمنا تمام الكلام على ذلك في باب الاستيلاد (قوله ومن ذلك ما لو قضى بشاهد ويمين) مقتضاه أنه لا ينفذ، وإذا رفع إلى قاض آخر أبطله مع أنه قال في الفتح فلو قضى بشاهد ويمين لا ينفذ: ويتوقف على إمضاء قاض آخر ذكره في أقضية الجامع، وفي بعض المواضع ينفذ مطلقا اهـ وفي ط عن الهندية ذكر في كتاب الاستحسان أنه ينفذ على قول الإمام لا على قول الثاني اهـ (قوله لمخالفته الخ) الأولى ذكره عقب المسألة الثانية ليكون علة للمسألتين (قوله البينة على من ادعى) كذا في البحر وفي الفتح على المدعى (قوله أو بقصاص الخ) أي إذا قضى القاضي بالقصاص بيمين المدعى أن فلانا قتله، وهناك لوث من عداوة ظاهرة كما هو قول مالك لا ينفذ لمخالفته السنة المشهورة «البينة على المدعى، واليمين على من أنكر» وتمامه في الفتح (قوله أو بصحة نكاح المتعة أو الموقت) لعل الصواب لا الموقت بلا النافية لما قدمناه قريبا عن الفتح من نفاذ القضاء بصحة الموقت ونقل ط مثله عن الهندية ولم أر من ذكر عدم نفاذه (قوله أو بصحة بيع معتق البعض)

أو بسقوط الدين بمضى سنين أو بصحة) طلاق (الدور وبقاء النكاح) كمامر فى بابه (وقضاء عبد وصبى مطلقا و) قضاء (كافر على مسلم أبدا ونحو ذلك) كالتفريق بين الزوجين بشهادة المرضعة (لاينفذ) فى الكل وعد منها فى الأشباه نيفا وأربعين وذكر فى الدرر لما ينفذ سبع صورمنها لو قضت المرأة بحد وقود

فى الهندية عن الظهيرية : رجل أعتق نصف عبده أو كان العبد بين اثنين أعتقه أحدهما، وهو معسر وقضى القاضى للآخر فى بيع نصيبه فباع ثم اختصما إلى قاض آخر لايرى ذلك ذكر الخصاف أن القاضى يبطل البيع والقضاء وحكى شمس الأئمة الحلوانى عن المشايخ أن ماذكره الخصاف ليس فيه شىء عن أصحابنا ولولا قول الخصاف لقلنا إنه ينفذ قضاؤه لأنه قضاء فى فصل مجتهد فيه اه ط (قوله أو بسقوط الدين الخ) أى كما قال بعضهم: إذا لم يخاصم ثلاث سنين وهو فى المصر بطل حقه فلا ينفذ القضاء به لأنه قول مهجور، فإذا رفع إلى آخر أبطله وجعل المدعى على حقه كما فى الخانية (قوله أو بصحة طلاق الدور وبقاء النكاح) أى صحة التعليق فى طلاق الدور لاصحة نفس الطلاق ، فإذا قال إن طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثا ، فإن القبلية تلغو وتطلق ثلاثا لأن صحة تعليق الثلاث تؤدى إلى إبطاله فلو قضى قاض بصحة التعليق وبطلان الطلاق وإبقاء النكاح لاينفذ (قوله فى بابه)أى فى أول كتاب الطلاق وأوضحنا الكلام عليه هناك فافهم (قوله وقضاء عبد) استشكل بأن العبد يصلح شاهدا عند مالك وشريح فيصلح قاضيا فإذا اتصل به إمضاء قاض آخر ينبغى أن ينفذ كما فى الحدود فى القذف ط عن الهندية (قوله مطلقا) أى سواء قضيا على حر أو عبد بالغ أو صبى مسلم أو كافر اه ح (قوله أبدا) محل ذكره بعد قوله لاينفذ كما فى عبارة الغرر (قوله وعد منها فى الأشباه نيفا وأربعين) تقدم الكلام عليها آخر كتاب الوقف فراجعه (قوله وذكر فى الدرر لما ينفذ سبع صور) حيث قال فإن أمضى قضاء من حد فى قذف وتاب أو قضاء الأعمى أو قضاء امرأة بحد أو قود أو قضاء قاض لامرأته أو قاض بشهادة المحدود التائب وبشهادة الأعمى وقاض لامرأة بشهادة زوجها وقاض بحد أو قود بشهادتها نفذ حتى لو أبطله ثان نفذه ثالث ، لأن الاجتهاد الأول كالثانى ، والأول تأيد باتصال القضاء فلا ينقض باجتهاد لم يتأيد به لأنه دونه اه .

قلت : وفى هذه العبارة من الخفاء مالا يخفى ، لأن القضاء فى هذه السبع لا ينفذ مالم يمضه قاض آخر ، لأن المجتهد فيه نفس القضاء لاالمقضى به فهوالقسم الثالث من الأقسام الثلاثة التى ذكرناها عند قول الشارح لومجتهدا فيه فقول الدرر نفذ أى إمضاء القاضى الثانى قضاء القاضى الأول المحدود فى قذف الخ : وقوله :حتى لوأبطله ثان الخ صوابه : حتى لو أبطله ثالث لم يبطل فتنبه لذلك فإنى لم أر من نبه عليه، لكن ماذكرنا من أنه لاينفذ قضاء الأول موافق لما فى الزيلعى ، وهو ظاهر فى الأربعة الأول دون الثلاثة الأخيرة ، بل هو نافذ فيها فيصح أن يقال فيها حتى لو أبطله ثان نفذه ثالث أى نفذ الثالث قضاء الأول لأنه وقع نافذا ، فلم يصح إبطال الثانى له وهذا هو الموافق لما قدمناه فى بيان الأقسام الثلاثة ، ويوضحه ما فى الخانية والبزازية وغيرهما إذا كان نفس القضاء مختلفا فيه ورفع إلى قاض آخر لايراه له إبطاله ، وإذا رفع إلى من يراه ونفذه ثم رفع إلى ثالث لا يرى ذلك ليس له إبطاله ، فلو كان القاضى هو المحدود فى قذف فرفع حكمه إلى قاض آخر لا يرى جوازه أبطله الثانى ، وكذا لو قضى لامرأته بشهادة رجلين لايجوز ، فلو رفع إلى آخر لا يراه جاز له إبطاله لأنه كما لايصلح شاهدا لامرأته لا يصلح قاضيا لها ، فإن رفع القضاء الأول إلى من يرى جوازه فأمضاه ، ثم رفع إمضاء الثانى إلى الثالث لا يرى جوازه أمضى الثالث إمضاء الثانى ، ولا يبطله وكذا قضاء الأعمى، وكذا قضاء المرأة فى حد أو قصاص، وفيها أيضا لو قضى بشهادة محدود فى قذف ، وهو يراه فرفع إلى من لايراه لايبطله، وكذا لو قضى بشهادة رجل وامرأتين فى الحدود والقصاص اه .

وسيجيء متنا خلافا لما ذكره المصنف شرحا والأصل أن القضاء يصح فى موضع الاختلاف لا الخلاف والفرق أن للأول دليلا لا الثانى وهل اختلاف الشافعي معتبر ؟ الأصح نعم صدر الشريعة (يوم الموت لايدخل تحت القضاء بخلاف يوم القتل) فلو برهن على موت أبيه فى يوم كذا ثم برهنت امرأة أن الميت نكحها بعد ذلك قضى بالنكاح ولو برهن على قتله فيه فبرهنت أن المقتول نكحها بعده

والحاصل : أن الخلاف إذا كان بعد القضاء بأن كان المجتهد فيه نفس القضاء الأول لاينفذ مالم ينفذه قاض ثان فيكون القضاء الثانى هو النافذ ، فإذا رفع إلى ثالث وجب عليه تنفيذه ولا يصح إبطاله إياه ، بخلاف ما إذا كان المجتهد فيه نفس المقضى به قبل القضاء، فإن القضاء به نافذ بدون تنفيذ وإذا رفع إلى آخر نفذه ، وإن لم يكن مذهبه وهذا مامر فى قوله: وإذا رفع إليه حكم قاض آخر نفذه، وبخلاف ما خالف الدليل فإنه لاينفذ وإن نفذ ألف قاض كما قاله الزيلعي وهذا مامر فى قوله إلا ما خالف كتابا أو سنة مشهورة أو إجماعا وبه تمت الأقسام الثلاثة فافهم واغتنم تحرير هذا المقام (قوله وسيجيء متنا) أى فى باب كتاب القاضى إلى القاضى ح (قوله خلافا لما ذكره المصنف شرحا) حيث عد هذه الصورة من جملة مالا ينفذ لمخالفته الدليل لكن نقل ط عن الهندية حكاية قولين (قوله والفرق الخ) هذه تفرقة عرفية ، وإلا فقد قال تعالى — وما اختلف فيه إلا الذين أوتوه — وما اختلف الذين أوتوا الكتاب إلا من بعد ماجاءتهم البينة — ولا دليل لهم والمراد أنه خلاف لادليل له بالنظر للمخالف ، وإلا فالقائل اعتمد دليلا ثم مسائل الخلاف التى لاينفذها هى ماتقدمت فى قوله إلا ما خالف كتابا الخ ط (قوله الأصح نعم) وقيل إنما يعتبر الخلاف فى الصدر الأول قال فى الفتح : وعندى أن هذا لايعول عليه ، فإن صح أن مالكا وأبا حنيفة والشافعي مجتهدون فلا شك فى كون المحل اجتهاديا وإلا فلا ولاشك أنهم أهل اجتهاد ورفعة ، ويؤيده مافى الذخيرة خالع الأب الصغيرة على صداقها ورآه خيرا لها صح عند مالك وبرىء الزوج عنه ، فلو قضى به قاض نفذ وسئل شيخ الإسلام عطاء بن حمزة عن أبى الصغيرة زوجها من صغير ، وقبل أبوه وكبر الصغيران وبينهما غيبة منقطعة ، وقد كان التزوج بشهادة الفسقة هل يجوز للقاضى أن يبعث إلى شافعى المذهب ليبطل هذا النكاح بسبب أنه كان بشهادة الفسقة قال نعم اه ط :

قلت : والمسألة الثانية لم أرها فى الفتح بل ذكر مسألة غيرها وذكر عبارته في البحر :

مطلب يوم الموت لايدخل تحت القضاء

(قوله يوم الموت لا يدخل تحت القضاء) أى لا يقضى به قصدا بأن تنازع الخصمان فى يوم موت آخر أنه كان فى يوم كذا ، بخلاف ما إذا كان المقصود غيره كتقديم ملك أحدهما ، ولذا قال فى البزازية فإن ادعيا الميراث وكل منهما يقول : هذا لى ورثته من أبى إن فى يد ثالث ولم يؤرخا أو أرخا تاريخا واحدا فأنصافا ، وإن أحدهما أسبق فهو له عند الإمامين وليس فيه القول بدخول يوم الموت تحت القضاء، لأن النزاع وقع فى تقديم الملك قصدا اه وفيها ادعى على آخر ضيعة بأنها كانت لفلان وورثها منه أخته فلانة فماتت وأنا وارثها وبرهن تسمع ، ولو برهن المطلوب أن فلانة ماتت قبل فلان يعنى مورثها صح الدفع ،وفيه نظر لما تقرر أن زمان الموت لايدخل تحت القضاء قيل النزاع لم يقع فى الموت المجرد فصار كالورثة تنازعوا فى تقديم موت المورث من المورث الآخر قبله وبعده كابن الابن مع الابن إذا تنازعا فى تقديم موت أبيه قبل الجد أو بعده اه (قوله فلو برهن على موت أبيه) أى بأن ادعى شيئا لأبيه وبرهن أن أباه مات وتركه ميراثا وأنه مات يوم كذا بيرى عن شرح أدب القضاء (قوله قضى بالنكاح) أى فيجعل لها الصداق والميراث مع الابن لأن يوم الموت لايدخل تحت القضاء ، لأنه لا يتعلق

لاتقبل وكذا جميع العقود والمداينات إلا فى مسألة الزوجة التى معها ولد فإنه تقبل بينتها بتاريخ مناقض لما قضى القاضى به من يوم القتل أشباه

به حكم لأن الميراث لا يستحق بالموت بل بسبب سابق على الموت والنكاح سبب سابق وإذا لم يدخل يوم الموت تحت القضاء جعل وجود ذلك التاريخ وعدمه سواء ، ولو عدم تقبل البينتان جميعا ويقضى بحق كل واحد منهما لأن العمل بهما ممكن فكذا هنا اه بيرى عن شرح أدب القضاء : وفيه عن الخانية : ويقضى لها القاضى بالمهر والميراث سواء قضى القاضى ببينة الابن أولا لأن القضاء ببينة الابن بموت الأب لابوقت موته لأن حكم الموت لا يتعلق بوقت الموت بل فى أى وقت يموت يكون ماله لورثته فصار كأن الابن أقام البينة على موت الأب ولم يذكر الوقت وذلك لا يمنع قبول بينة المرأة اه :

[تنبيه] ذكر الخير الرملى فى حاشية البحر من باب دعوى الرجلين إذا كان الموت مستفيضا علم به كل كبير وصغير وعالم وجاهل لا يقضى للخصم ، ولا يكون بطريق أن القاضى قبل البينة على ذلك الموت بل بطريق التيقن بكذب المدعى ، وارجع إلى الخانية من كتاب الشهادة فى الفصل الثامن عشر يظهر لك صحة ماقلته اه وبأنى مايؤيده (قوله لا تقبل) قال فى الأجناس : وفرق محمد بينهما بأن القتل يتعلق به حق لازم والموت ليس فيه حق لازم: وبيانه أن القتل ظلما لم يخل عن قصاص أودية وفى قبول بينة المرأة على النكاح فى زمان متأخر إسقاط أصل القتل لامتناع أن يكون مقتولا فى زمان ثم يبقى حيا فيتزوج فكان ثبوت القتل يتضمن حقا لازما فلما تضمنت بينة المرأة إسقاط هذا الحق لم يعتد بها ، ولا كذلك بينة الابن على الموت ، لأن المرأة بينتها لا تتضمن إسقاط حق الابن ، لأن الابن يرث مع المرأة كما يرث إذا انفرد فلم تتعارض البينتان فى الإرث بين إسقاطه وإثباته فلذلك لم يمتنع قبول بينتها اه وفى البزازية : وكذا لو برهن الوارث أنه قتل مورثه فبرهن المدعى عليه أنه قتله فلان قبل هذا اليوم بزمان يكون دفعا لدخوله تحت القضاء اه بيرى (قوله وكذا جميع العقود) كالبيع والهبة والنكاح ، فإنها كالقتل تدخل تحت القضاء ، فلو برهن أنه باعه كذا يوم كذا وبرهن آخر أنه باعه بعد ذلك لم تقبل ، ولو برهن أنه باعه قبله يكون دفعا : وفى الولوالجية : ولو أقامت امرأة البينة أنه تزوجها يوم النحر بمكة فقضى بشهودها ثم أقامت أخرى بينة أنه تزوجها يوم النحر بخراسان لاتقبل بينتها لأن النكاح يدخل تحت القضاء فاعتبر ذلك التاريخ (قوله إلا فى مسألة الزوجة الخ) أى فإن يوم القتل لا يدخل فيها تحت القضاء: وصورتها كما فى البحر عن الظهيرية ادعى على رجل أنه قتل أباه عمدا بالسيف منذ عشرين سنة وأنه وارثه لا وارث له سواه ، وأقام البينة على ذلك ، فجاءت امرأة ومعها ولد وأقامت البينة أن والد هذا تزوجها منذ خمس عشرة سنة ، وأن هذا ولده منها ووارثه مع ابنه هذا قال أبو حنيفة : أستحسن فى هذا أن أجيز بينة المرأة وأثبت نسب الولد ولا أبطل بينة الابن على القتل وكان هذا الاستحسان للاحتياط فى أمر النسب بدليل أنها لو قامت البينة على النكاح ، ولم تأت بالولد فالبينة بينة الابن وله الميراث دون المرأة وهذا قول أبى يوسف ومحمد اه لكن قوله : ولا أبطل بينة الابن على القتل ينافى دعوى الاستثناء ، وعن هذا قال الخير الرملى فى حاشية البحر فى أول باب دعوى الرجلين الظاهر أن حرف النفى زائد ، ولم يذكره فى التتارخانية حيث قال : وأبطل بينة الابن على القتل والقياس أن يقضى ببينة القتل اه .

قلت : ويستثنى أيضا مسألة أخرى ذكرها فى دعوى البحر عن خزانة الأكمل برهن أنه قتل أبى منذ سنة ، وبرهن المشهود عليه أن أباه صلى بالناس الجمعة الماضية قال أبو حنيفة : الأخذ بالأحدث أولى إذا كان شيئا مشهورا اه قال الرملى : وهذا يقيده به ما مضى أيضا وهو قيد لازم لابد منه حين لو اشتهر موت رجل عند

واستثنى محشوها من الأول مسائل منها ادعياه ميراثا فللأسبقهما تاريخا :
برهن الوكيل على وكالته وحكم بها فادعى المطلوب موت الطالب صح الدفع :
برهن أنه شراه من أبيه منذ سنة وبرهن ذواليد على موته منذ سنتين لم تسمع وقيل تسمع وسره أن القضاء بالبينة عبارة عن رفع النزاع والموت من حيث إنه موت ليس محلا للنزاع ليرتفع بإثباته بخلاف القتل فإنه من حيث هو محل للنزاع كما لايخفى (وينفذ القضاء بشهادة الزور ظاهرا وباطنا) حيث كان المحل قابلا والقاضى غير عالم بزورهم (فى العقود) كبيع ونكاح (والفسوخ) كإقالة وطلاق

الناس منذ عشرين سنة فادعى رجل أنه اشترى منه داره منذ سنة لا يقبل ، ثم رأيت ما يشهد به صريحا فى التتارخانية فى الفصل الثامن فى التهاتر لو ادعى المشهود عليه أن الشهود محدودون فى قذف من قاضى بلد كذا فأقام الشهود أن القاضى مات فى سنة كذا لا يقضى به إذا كان موت القاضى قبل تاريخ شهود المدعى عليه مستفيضا اه مختصرا فراجعه إن شئت اه (قوله من الأول) وهو أن يوم الموت لايدخل تحت القضاء (قوله ادعياه ميراثا الخ) قدمناه عن البزازية (قوله برهن الوكيل) أى بقبض المال جامع الفصولين (قوله صح الدفع) أى إذا برهن المطلوب على الموت لأنه ينعزل به الوكيل فالحكم بالموت هنا لا لذاته بل لأجل العزل (قوله من أبيه) أى من أبى ذى اليد (قوله لم تسمع) هو الصواب ، لأن يوم الموت لايدخل تحت القضاء اه قنية من باب دفع الدعاوى .

قلت : ووجهه أنه قضاء بيوم الموت قصدا ، لأن ما تضمنه وهو عدم الشراء لا تصح البينة عليه ، لأنه نفى فتمحض قضاء بالموت فلا يصح (قوله وقيل تسمع) وعليه فهى من المستثنيات كما فى البحر (قوله وسره الخ) مرتبط بالمتن والمراد بيان وجه الفرق ، ولما كان خفيا عبر عنه بالسر (قوله من حيث أنه موت) أما إذا كان المقصود من ذكره غيره مما تقام عليه البينة فيكون هو محل النزاع فيدخل تحت القضاء كمسألة دعوى الميراث فإن المقصود من تاريخ الموت تقدم الملك وكمسألة دعوى الوكالة فإن المقصود منه انعزال الوكيل (قوله فإنه من حيث هو) محل للنزاع قدمنا وجهه فى عبارة الأجناس :

مطلب فى القضاء بشهادة الزور

(قوله وينفذ القضاء بشهادة الزور) قيد بها لأنه لو ظهر الشهود عبيدا أو كفارا أو محدودين فى قذف لم ينفذ إجماعا ، لأنها ليست بحجة أصلا بخلاف الفساق على ما عرف ، ولإمكان الوقوف عليهم فلم تكن شهادتهم حجة بحر ثم قال : وفى القنية : ادعى عليه جارية أنه اشتراها بكذا فأنكر فحلف فنكل فقضى عليه بالنكول تحل الجارية للمدعى ديانة وقضاء كما فى شهادة الزور اه فعلى هذا القضاء بالنكول كالقضاء بشهادة الزور اه (قوله ظاهرا وباطنا) المراد بالنفاذ ظاهرا أن يسلم القاضى المرأة إلى الرجل ، ويقول سلمى نفسك إليه فإنه زوجك ويقضى بالنفقة والقسم وبالنفاذ باطنا أن يحل له وطؤها ويحل لها التمكين فيما بينها وبين الله تعالى ط (قوله حيث كان المحل قابلا الخ) شرطان للنفاذ ، ويأتى فى كلام الشارح محترزهما (قوله فى العقود) أطلقها فشمل عقود التبرعات ، قالوا : وفى الهبة والصدقة روايتان وكذا فى البيع بأقل من قيمته فى رواية لاينفذ باطنا ، لأن القاضى لايملك إنشاء التبرعات فى ملك الغير ، والبيع بأقل تبرع من وجه بحر (قوله كبيع ونكاح) فلو قضى ببيع أمة بشهادة زور حل للمنكر وطؤها وكذا لو ادعى على امرأة نكاحها وهى جاحدة أو بالعكس ، وقضى بالنكاح كذلك حل للمدعى الوطء ، ولها التمكين عنده بحر (قوله والفسوخ) أراد بها ما يرفع حكم العقد فيشمل الطلاق ومن فروعها : ادعت أنه طلقها ثلاثا وهو ينكر وأقامت بينة زور فقضى بالفرقة فتزوجت بآخر بعد العدة حل

لقول على رضى الله تعالى عنه لتلك المرأة شاهداك زوجاك وقالا وزفر والثلاثة ظاهرا فقط وعليه الفتوى شرنبلالية عن البرهان (بخلاف الأملاك المرسلة) أى المطلقة عن ذكر سبب الملك فظاهرا فقط إجماعا لتزاحم الأسباب حتى لو ذكرا سببا معينا فعلى الخلاف إن كان سببا يمكن إنشاؤه وإلا لا ينفذ اتفاقا كالإرث وكما لو كانت المرأة محرمة بنحو عدة أو ردة وكما لو علم القاضى بكذب الشهود حيث لا ينفذ أصلا

له وطؤها عند الله تعالى وإن علم بحقيقة الحال ، وحل لأحد الشاهدين أن يتزوجها ويطأها ولا يحل للأول وطؤها ولا يحل لها تمكينه بحر (قوله لقول على الخ) قال محمد رحمه الله تعالى فى الأصل : بلغنا عن على كرم الله وجهه أن رجلا أقام عنده بينة على امرأة أنه تزوجها فأنكرت فقضى له بالمرأة فقالت إنه لم يتزوجنى فأما إذا قضيت على فجدد نكاحى فقال : لا أجدد نكاحك الشاهدان زوجاك قال : وبهذا نأخذ فلو لم ينعقد النكاح بينهما باطنا بالقضاء لما امتنع من تجديد العقد عند طلبها ورغبة الزوج فيها وقد كان فى ذلك تحصينها من الزنا وصيانة مائه اه من رسالة العلامة قاسم المؤلفة فى هذه المسئلة وقوله : وبهذا نأخذ دليل لما حكاه الطحاوى من أن قول محمد كقول أبى حنيفة (قوله ظاهرا فقط) أى ينفذ ظاهرا لا باطنا لأن شهادة الزور حجة ظاهرا لا باطنا فينفذ القضاء كذلك لأن القضاء ينفذ بقدر الحجة درر (قوله وعليه الفتوى) نقله أيضا فى القهستانى عن الحقائق وفى البحر عن أبى الليث لكن قال : وفى الفتح من النكاح وقول أبى حنيفة هو الوجه اه .

قلت : وقد حقق العلامة قاسم فى رسالته قول الإمام بما لا مزيد عليه ثم أورد عليه إشكالا ، وأجاب عنه وعليه المتون (قوله بخلاف الأملاك المرسلة) وهى التى لم يذكر لها سبب معين فإنهم أجمعوا أنه ينفذ فيها ظاهرا لا باطنا لأن الملك لابد له من سبب ، وليس بعض الأسباب بأولى من البعض لتزاحمها فلا يمكن إثبات السبب سابقا على القضاء بطريق الاقتضاء ، وفى النكاح والشراء يتقدم النكاح والشراء تصحيحا للقضاء درر قال فى البحر : ولو حذف الأملاك لكان أولى ليشمل ما إذا شهدوا بزور بدين لم يبينوا سببه فإنه لا ينفذ وفى حكم المرسلة الإرث كما يأتى وظاهر اقتصاره عليها أنه لا ينفذ باطنا فى النسب إجماعا كما فى المحيط عن بعض المشايخ ، ونص الخصاف على أنه ينفذ عند أبى حنيفة ففيه روايتان عنه ، والشهادة بعتق الأمة كالشهادة بطلاق المرأة ، وينبغى أن تكون بالوقف كالعتق ولم أر نقلا فى الشهادة بأن الوقف ملك أو بتزوير شرائط الوقف أو أن الواقف أخرج فلانا وأدخل فلانا زورا إذا اتصل به القضاء ، وظاهر الهداية أن ما عدا الأملاك المرسلة ينفذ باطنا وإذا قلنا بأن الوقف من قبيل الإسقاط فهو كالطلاق والعتاق اه ملخصا (قوله فظاهرا فقط إجماعا) فلا يحل للمقضى له الوطء والأكل واللبس وحل للمقضى عليه لكن يفعل ذلك سرا وإلا فسقه الناس بحر (قوله إن كان سببا يمكن إنشاؤه) كالبيع والنكاح والإجارة (قوله كالإرث) فإنه وإن كان ملكا بسبب لكنه لا يمكن إنشاؤه فلا ينفذ القضاء بالشهود زورا فيه باطنا اتفاقا بحر. قال : وسيأتى الاختلاف فى باب اختلاف الشاهدين فى أنه مطلق أو بسبب والمشهور الأول واختار فى الكنز الثانى (قوله وكما لو كانت المرأة محرمة الخ) هذا محترز قوله : حيث كان المحل قابلا اه ح فإذا ادعى أنها زوجته ، وأثبت ذلك بشهادة الزور ، وهو يعلم أنها محرمة عليه بكونها منكوحة الغير أو معتدته أو بكونها مرتدة ، فإنه لا ينفذ باطنا اتفاقا لأنه وإن كان الملك بسبب لكن لا يمكن إنشاؤه وأما ظاهرا فلا شك فى نفاذه كسائر الأحكام بشهادة الزور فى غير العقود والفسوخ وليس المراد بنفاذه ظاهرا حل الوطء له وحل تمكينها منه بل أمر القاضى لها به أما الحل فهو فرع نفاذه باطنا وبما قررناه ظهر أنه كالإرث فافهم (قوله وكما لو علم القاضى الخ) محترز قوله والقاضى غير عالم بزورهم ، والظاهر أنه هنا لا ينفذ ظاهرا كما

كالقضاء باليمين الكاذبة زيلعي ونكاح الفتح (قضى فى مجتهد فيه بخلاف رأيه) أى مذهبه مجمع

لا ينفذ باطنا لعدم شرط القضاء ، وهو الشهادة الصادقة فى زعم القاضى تأمل (قوله كالقضاء باليمين الكاذبة) محترز قول المتن : بشهادة قالوا لو ادعت أن زوجها أبانها بثلاث فأنكر فحلفه القاضى فحلف والمرأة تعلم أن الأمر كما قالت لا يسعها المقام معه ، ولا أن تأخذ من ميراثه شيئا وهذا لا يشكل إذا كان ثلاثا لبطلان المحيلة للإنشاء قبل زوج آخر وفيما دون الثلاث مشكل لأنه يقبل الإنشاء وأجيب بأنه إنما يثبت إذا قضى القاضى بالنكاح وهنا لم يقض به لاعترافهما به وإنما ادعت الفرقة زيلعى . وفى الخلاصة ولا يحل وطؤها إجماعا بحر ؛

قلت : والظاهر أن عدم النفاذ هنا فى الباطن فقط تأمل ؛

مطلب مهم المقضى له أو عليه يتبع رأى القاضى وإن خالف رأيه

[تنبيه] أشار المصنف إلى أن قضاء القاضى يحل ما كان حراما فى معتقد المقضى له ولذا قال فى الولوالجية ولو قال لها أنت طالق البتة فخاصمها إلى قاض يراها رجعية بعد الدخول ، فقضى بكونها رجعية والزوج يرى أنها بائنة أو ثلاث فإنه يتبع رأى القاضى عند محمد ، فيحل له المقام معها وقيل إنه قول أبى حنيفة ، وعلى قول أبى يوسف لا يحل وإن رفع إلى قاض آخر لا ينقضه ، وإن كان خلاف رأيه وهذا إذا قضى له فإن قضى عليه بالبينونة أو الثلاث والزوج لا يراه يتبع رأى القاضى إجماعا وهذا كله إذا كان الزوج له رأى واجتهاد فلو عاميا اتبع رأى القاضى سواء قضى له أو عليه هذا إذا قضى أما إذا أفتى له فهو على الاختلاف السابق لأن قول المفتى فى حق الجاهل بمنزلة رأيه واجتهاده اه بحر ؛

قلت : وقوله فلو عاميا المراد به غير المجتهد بدليل المقابلة فيشمل العالم والجاهل تأمل قال فى الفتح : والوجه عندى قول محمد لأن اتصال القضاء بالاجتهاد الكائن للقاضى يرجحه على اجتهاد الزوج والأخذ بالراجح متعين وكونه لا يراه حلالا إنما يمنع من القربان قبل القضاء أما بعده وبعد نفاذه باطنا فلا اه ؛

مطلب فى قضاء القاضى بغير مذهبه

(قوله قضى فى مجتهد فيه) أى فى أمر يسوغ الاجتهاد فيه بأن لم يكن مخالفا لدليل كما مر بيانه ، وقوله : بخلاف رأيه متعلق بقضى ؛ وحاصل هذه المسألة أنه يشترط لصحة القضاء أن يكون موافقا لرأيه أى لمذهبه مجتهدا كان أو مقلدا ، فلو قضى بخلافه لا ينفذ لكن فى البدائع أنه إذا كان مجتهدا ينبغى أن يصح ويحمل على أنه اجتهد فأداه اجتهاده إلى مذهب الغير ، ويؤيده ما قدمناه عن رسالة العلامة قاسم مستدلا بما فى السير الكبير فراجعه وبه يندفع تعجب صاحب البحر من صاحب البدائع ؛

واعلم أن هذه المسألة غير مسألة اشتراط كون القاضى عالما بالخلاف كما نبهنا عليه سابقا ؛

مطلب حكم الحنفى بمذهب أبى يوسف أو محمد حكم بمذهبه

(قوله أى مذهبه) أى أصل المذهب كالحنفى إذا حكم على مذهب الشافعى أو نحوه أو بالعكس ، وأما إذا حكم الحنفى بمذهب أبى يوسف أو محمد أو نحوهما من أصحاب الإمام فليس حكما بخلاف رأيه درر أى لأن أصحاب الإمام ما قالوا بقول إلا قد قال به الإمام كما أوضحت ذلك فى شرح منظومتى فى رسم المفتى عند قولى فيها :

وابن كمال (لاينفذ مطلقا) ناسيا أو عامدا عندهما والأئمة الثلاثة (وبه يفتى) مجمع ووقاية وملتقى وقيل بالنفاذ يفتى : وفى شرح الوهبانية للشرنبلالى قضى من ليس مجتهدا كحنفية زماننا بخلاف مذهبه عامدا لاينفذ اتفاقا وكذا ناسيا عندهما ولو قيده السلطان بصحيح مذهبه كزماننا تقيد بلا خلاف لكونه معزولا عنه انتهى ؛ وقد غيرت بيت الوهبانية فقلت :

واعلم بأن عن أبى حنيفه جاءت روايات غدت منيفه
اختار منها بعضها والباقى يختار منه سائر الرفاق
فلم يكن لغيره جواب كما عليه أقسم الأصحاب

(قوله وابن كمال) قال فى شرحه لم يقل بخلاف رأيه لإيهامه أن يكون الكلام فى المجتهد خاصة، وليس كذلك (قوله لاينفذ مطلقا الخ) قال فى الفتح : لو قضى فى المجتهد فيه ناسيا لمذهبه مخالفا لرأيه نفذ عند أبى حنيفة رواية واحدة، وإن كان عامدا ففيه روايتان، وعندهما لا ينفذ فى الوجهين أى وجهى النسيان والعمد والفتوى على قولهما. وذكر فى الفتاوى الصغرى أن الفتوى على قوله، فقد اختلف فى الفتوى والوجه فى هذا الزمان أن يفتى بقولهما، لأن التارك لمذهبه عمدا لايفعله، إلا لهوى باطل لا لقصد جميل، وأما الناسى فلأن المقلد ماقلده إلا ليحكم بمذهبه لابمذهب غيره هذا كله فى القاضى المجتهد، فأما المقلد فإنما ولاه ليحكم بمذهب أبى حنيفة فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة إلى ذلك الحكم اهـ قال فى الشرنبلالية عن البرهان : وهذا صريح الحق الذى يعض عليه بالنواجذ اهـ. وقال فى النهر : وادعى فى البحر أن المقلد إذا قضى بمذهب غيره أو برواية ضعيفة أو بقول ضعيف نفذ. وأقوى ماتمسك به مافى البزازية إذا لم يكن القاضى مجتهدا وقضى بالفتوى على خلاف مذهبه نفذ وليس لغيره نقضه، وله نقضه كذا عن محمد وقال الثانى ليس له لقضه اهـ : ومافى الفتح يجب أن يعول عليه فى المذهب، ومافى البزازية محمول على رواية عنهما إذ قصارى الأمر أن هذا منزل منزلة الناسى لمذهبه وقد مر عنهما فى المجتهد أنه لاينفذ فالمقلد أولى اهـ مافى النهر ويأتى قريبا مايؤيده (قوله من ليس مجتهدا) وكذا المجتهد كما مر فى كلام الفتح (قوله لا ينفذ اتفاقا) هذا مبنى على إحدى الروايتين عن الإمام فى العامد أما على رواية النفاذ فلا تصح حكاية الاتفاق (قوله لكونه معزولا عنه) أى عن غير ما قيد به قال الشرنبلالى فى شرح الوهبانية : محل الخلاف فيما إذا لم يقيد عليه السلطان القضاء بصحيح مذهبه، وإلا فلا خلاف فى عدم صحة حكمه بخلافه لكونه معزولا عنه اهـ ح ؛

مطلب الحكم والفتوى بما هو مرجوح خلاف الإجماع

قلت : وتقييد السلطان له بذلك غير قيد لما قاله العلامة قاسم فى تصحيحه من أن الحكم والفتوى بما هو مرجوح خلاف الإجماع اهـ. وقال العلامة قاسم فى فتاواه : وليس للقاضى المقلد أن يحكم بالضعيف، لأنه ليس من أهل الترجيح فلايعدل عن الصحيح إلالقصد غيرجميل ولوحكم لاينفذ لأن قضاءه قضاء بغيرالحق لأن الحق هوالصحيح وما وقع من أن القول الضعيف يتقوى بالقضاء المراد به قضاء المجتهد كما بين فى موضعه اهـ وقال ابن الغرس وأما المقلد المحض فلا يقضى إلا بما عليه العمل والفتوى اهـ. وقال صاحب البحر فى بعض رسائله : أما القاضى المقلد فليس له الحكم إلا بالصحيح المفتى به فى مذهبه ولا ينفذ قضاؤه بالقول الضعيف اهـ : ومثله ماقدمه الشارح أول كتاب القضاء وقال وهو المختار للفتوى كما بسطه المصنف فى فتاويه وغيره وكذا مانقله بعد أسطر عن الملتقط (قوله وقد غيرت بيت الوهبانية) وهو :

ولو حكم القاضي بحكم مخالف   لمذهبه ما صح أصلا يسطر

قلت : وأما الأمير فتى صادف فصلا مجتهدا فيه نفذ أمره كما قدمناه عن سير التتارخانية وغيرها فليحفظ (ولا يقضى على غائب ولا له) أى لا يصح بل ولا ينفذ على المفتى به بحر (إلا بحضور نائبه) أى من يقوم مقام الغائب (حقيقة كوكيله

ولو حكم القاضي بحكم مخالف   مقلده ما صح إن كان يذكر

وبعضهم إن كان سهوا أجازه   عن الصدر لا عن صاحبيه يصدر

وقد أفاد كلام الوهبانية الخلاف فيما إذا قضى به ساهيا : أى ناسيا مذهبه وأنه لا خلاف فيما إذا كان ذاكرا وهذا على إحدى الروايتين عن الإمام كما علمت ولما كان المعتمد المفتى به ماذكره المصنف فى المتن من عدم النفاذ أصلا أى ذاكرا أو ناسيا غير الشارح عبارة النظم جازما بما هو المعتمد فافهم. لكن الأولى كما قال السائحانى تغيير الشطر الثانى هكذا   • لمعتمد فى رأيه فهو مهدر •

مطلب فى أمر الأمير وقضائه

(قوله قلت وأما الأمير الخ) الذى رأيته فى سير التتارخانية قال محمد : وإذا أمر الأمير العسكر بشىء كان على العسكر أن يطيعوه إلا أن يكون المأمور به معصية اهـ فقول الشارح : نفذ أمره بمعنى وجب امتثاله تأمل . وقدمنا أن السلطان لو حكم بين اثنين فالصحيح نفاذه وفى البحر إذا كان القضاء من الأصل ومات القاضى ليس للأمير أن ينصب قاضيا وإن ولى عشرها وخراجها ، وإن حكم الأمير لم يجز حكمه الخ . وفى الأشباه قضاء الأمير جائز مع وجود قاضى البلد إلا أن يكون القاضى مولى من الخليفة كذا فى الملتقط اهـ .

والحاصل : أن السلطان إذا نصب فى البلدة أميرا وفوض إليه أمر الدين والدنيا صح قضاؤه وأما إذا نصب معه قاضيا فلا ، لأنه جعل الأحكام الشرعية للقاضى لا للأمير ، وهذا هو الواقع فى زماننا ولذا قال فى البحر أول كتاب القضاء سئلت عن تولية الباشا بالقاهرة قاضيا ليحكم فى حادثة خاصة مع وجود قاضيها المولى من السلطان فأجبت بعدم الصحة لأنه لم يفوض إليه تقليد القضاء ولذا لو حكم بنفسه لم يصح اهـ (قوله كما قدمناه) أى فى أول الكتاب فى بحث رسم المفتى (قوله ولا يقضى على غائب) أى بالبينة ، سواء كان غائبا وقت الشهادة أو بعدها ، وبعد التزكية . وسواء كان غائبا عن المجلس أو عن البلد ، وأما إذا أقر عند القاضى ، فيقضى عليه وهو غائب ، لأن له أن يطعن فى البينة ، دون الإقرار ولأن القضاء بالإقرار قضاء إعانة : وإذا أنفذ القاضى إقراره سلم إلى المدعى حقه عينا كان أو دينا أو عقارا إلا أنه فى الدين يسلم إليه جنس حقه إذا وجد فى يد من يكون مقرا بأنه مال الغائب المقر ولا يبيع فى ذلك العرض والعقار لأن البيع قضاء على الغائب فلا يجوز بحر عن شرح الزيادات للعتابى . لكن فى الخامس من جامع الفصولين عن الخانية غاب المدعى عليه بعد ما برهن عليه أو غاب الوكيل بعد قبول البينة قبل التعديل أو مات الوكيل ثم عدلت تلك البينة لا يحكم بها وقال أبو يوسف : يحكم وهذا أرفق بالناس ولو برهن على الموكل فغاب ثم حضر وكيله أو على الوكيل ثم حضر موكله يقضى بتلك البينة وكذا يقضى على الوارث ببينة قامت على مورثه (قوله أى لا يصح) لما فى الفتح من أن حضرة الخصم ، ليتحقق إنكاره شرط لصحة الحكم بحر (قوله بل ولا ينفذ) هذه العبارة غير محررة لأن نفى الصحة يستلزم نفى النفاذ : وأيضا فالحكم صحيح وإنما الخلاف فى نفاذه بدون تنفيذ قاض آخر كما أفاده ح . ولذا فسر فى البحر كلام الكنز بعدم الصحة ثم قال : والأولى أن يفسر بعدم النفاذ لقولهم إذا نفذه قاض آخر يراه فإنه ينفذ ثم ذكر اختلاف التصحيح وسيأتى فى كلام الشارح (قوله كوكيله)

ووصيه ومتولى الوقف) أفاد بالاستثناء أن القاضى إنما يحكم على الغائب والميت لا على الوكيل والوصى فيكتب فى السجل أنه حكم على الميت وعلى الغائب بحضرة وكيله وبحضرة وصيه جامع الفصولين ، وأفاد بالكاف عدم الحصر فإن أحد الورثة كذلك ينتصب خصما عن الباقين وكذا أحد شريكى الدين وأجنبى بيده مال اليتيم وبعض الموقوف عليهم أى لو الوقف ثابتا كما مر فى بابه (أو) نائبه (شرعا كوصى) نصبه (القاضى)

أطلقه فشمل ما إذا كان وكيلا فى الخصومة والدعوى أو وكيلا للقضاء كما إذا أقيمت البينة عليه فوكل ليقضى عليه ثم غاب كما فى القنية بحر (قوله ووصيه) أى وصى الميت فإن الميت غائب ووصيه قائم مقامه حقيقة ، ويجوز عود الضمير إلى الصغير المعلوم من المقام فإنه فى حكم الغائب وشمل وصى الوصى ولو قال كوليه لكان أولى ليشمل الأب والجد :

مطلب فى القضاء على الغائب

(قوله إنما يحكم على الغائب والميت) ترك الوقف ويظهر لى أنه يحكم على الواقف فيما يتعلق به وعلى الوقف فيما يتعلق به سائحانى (قوله ينتصب خصما عن الباقين) أى فيما للميت ، وعليه لكن إذا كان فى عين فلا بد من كونها فى يده فلو ادعى عينا من التركة على وارث ليست فى يده لم تسمع ، وفى دعوى الدين ينتصب أحدهم خصما ، وإن لم يكن فى يده شىء بحر . وفيه من متفرقات القضاء أنه ينتصب أحدهم عن الباقى بشروط ثلاثة : كون العين كلها فى يده ، وأن لا تكون مقسومة ، وأن يصدق الغائب أنها إرث عن الميت اه وقدمنا تمام الكلام على ذلك فى كتاب الوقف ، وأفاد الخير الرملى فى حاشيته على جامع الفصولين أن اشتراطهم كون العين فى يد المدعى عليه يشمل ما لو كان المدعى بعض الورثة على بعض فتسمع الدعوى بشراء الدار من المورث وهى واقعة الفتوى اه ، (قوله وكذا أحد شريكى الدين) أى هو خصم عن الآخر فى الإرث وفاقا ، وكذا فى غيره عندهما لا عند أبى حنيفة ، وقوله قياس ، وقولهما استحسان . ثم على قولهما الغائب لو صدق الحاضر إن شاء شاركه فيما قبض أو اتبع المطلوب بنصيبه جامع الفصولين ، ومقتضاه أن الدين للمدعى وشريكه وأما الدعوى بدين لواحد على اثنين ، فذكر قبله ما حاصله : أنه يقضى به عليهما عنده فى رواية وفى رواية وهى قول أبى يوسف : يقضى بنصفه على الحاضر ، ثم قال : يحتمل أن يكون اختلاف الروايات فيه بناء على اختلاف الروايات فى جواز الحكم على الغائب (قوله وأجنبى) أى من ليس وارثا ولا وصيا وقوله بيده مال اليتيم . الذى فى البحر : مال الميت وصورتها ما فى جامع الفصولين وهب فى مرض موته جميع ماله أو أوصى به ، فمات ثم ادعى رجل دينا على الميت قيل تسمع بينته على من بيده المال ، وقيل : يجعل القاضى خصما عنه أى عن الميت ويسمع عليه بينته فظهر أن فيه اختلاف المشايخ .

مطلب فيمن ينتصب خصما عن غيره

(قوله وبعض الموقوف عليهم) لما فى القنية وقف بين أخوين مات أحدهما وبقى الوقف فى يد الحى ، وأولاد الميت فأقام الحى بينة على واحد من أولاد الأخ أن الوقف بطن بعد بطن والباقى غيب والواقف واحد تقبل وينتصب خصما عن الباقى ثم قال وقف بين جماعة تصح الدعوى من واحد منهم أو وكيله على واحد منهم ، أو وكيله إذا كان الوقف واحدا وتمامه فى البحر (قوله أى لو الوقف ثابتا) أما إذا لم يكن ثابتا وأراد إثبات أنه وقف فلا ، وقدمنا فى الوقف تقرير هذه المسألة بأتم وجه وذكرنا هناك مسائل أخر ينتصب فيها البعض خصما

خرج المسخر كما سيجيء (أو حكما بأن يكون مايدعي على الغائب سببا) لا محالة ، فلو شرى أمة ثم ادعى أن مولاها زوجها من فلان الغائب وأراد ردها بعيب الزواج لم يقبل لاحتمال أنه طلقها وزال العيب ابن كمال (لما يدعى على الحاضر) مثاله (كما إذا) ادعى دارا فى يد رجل و (برهن) المدعى (على ذى اليد أنه اشترى) الدار (من فلان الغائب فحكم الحاكم (على) ذى اليد (الحاضر كان) ذلك (حكما على الغائب) أيضا حتى لو حضر وأنكر لم يعتبر لأن الشراء من المالك سبب الملكية لامحالة وله صور كثيرة ذكر منها فى المجتبى تسعا وعشرين (ولو كان مايدعى على الغائب شرطا) لما يدعيه على الحاضر كما إذا ادعى عبد على مولاه أنه علق عتقه بتطليق زوجة زيد وبرهن على التطليق بغيبة زيد

عن غيره (قوله خرج المسخر) هو من ينصبه القاضى لسماع الدعوى على الغائب (قوله كما سيجيء) أى قريبا أى مماثلا لما يأتى من تقييده بغير الضرورة (قوله أو حكما) أى بأن يكون قيامه عنه حكما لأمر لازم فتح (قوله سببا لا محالة) أى لا تحول له عن السببية فاحترز بكونه سببا عما يكون شرطا ، وسيذكره المصنف وبقوله لامحالة عما يكون سببا فى حال دون حال وعما لايكون سببا إلا بالبقاء إلى وقت الدعوى ، فما يكون سببا فى حال دون حال يقبل فى حق الحاضر دون الغائب ، وبيانه فى مسألتين الوكيل بنقل العبد إلى مولاه أو بنقل المرأة إلى زوجها فإذا برهن العبد أنه حرره أو المرأة أنه طلقها ثلاثا يقبل فى حق قصر يد الحاضر لا فى ثبوت العتق أو الطلاق ، فإن المدعى هنا على الغائب ، وهو العتق أو الطلاق ليس سببا لا محالة لما يدعى على الحاضر ، وهو قصر يده بانعزاله عن الوكالة ، لأنه قد يتحقق العتق والطلاق بدون انعزال وكيل بأن لايكون هناك وكالة أصلا وقد يتحقق موجبا للانعزال ، بأن كان بعد الوكالة فليس انعزال الوكيل حكما أصليا للطلاق والعتاق ، فمن حيث أنه ليس سببا لحق الحاضر فى الجملة لايكون الحاضر خصما عن الغائب ومن حيث أنه قد يكون سببا قبلنا البينة فى حق الحاضر بقصر يده وانعزاله ، وأما مالايكون سببا إلا بالبقاء إلى وقت الدعوى ، فلا يقبل مطلقا وبيانه فى مسائل منها مالو برهن المشترى فاسدا على البيع من غائب حين أراد البائع فسخ البيع للفساد لايقبل فى حق الحاضر فى الفسخ ولا فى حق الغائب فى البيع ، لأن نفس البيع ليس سببا لبطلان حق الفسخ لجواز أنه باع من الغائب ، ثم فسخ البيع بينهما وإن شهدوا ببقاء البيع وقت الدعوى لايقبل لأنه إذا لم يكن خصما فى إثبات نفس البيع لم يكن خصما فى إثبات البقاء ، لأن البقاء تبع للابتداء وتمامه فى الفتح وغيره (قوله فلو شرى أمة) تفريع على قوله لا محالة فكان الأولى ذكره عند قول المصنف : ولو كان مايدعى على الغائب شرطا بأن يقول بخلاف مالو شرى أمة الخ وبخلاف ما لو كان مايدعى على الغائب شرطا الخ ليكون ذكر محترز القيود فى محل واحد (قوله لم يقبل) أى برهانه لا فى حق الحاضر ولا فى حق الغائب لأن المدعى شيئان الرد بالعيب على الحاضر والنكاح على الغائب والثانى ليس سببا للأول إلا باعتبار البقاء ، لجواز أن يكون تزوجها ثم طلقها وإن برهن على البقاء أى إنها امرأته للحال لايقبل أيضا لأن البقاء تبع الابتداء فتح (قوله مثاله) لاحاجة إليه لإغناء الكاف عنه اهـ ح (قوله من فلان الغائب) زاد فى الفتح وهو يملكها أى لأن مجرد الشراء لايثبت الملك للمشترى لاحتمال كونها لغير البائع وهو فضولى (قوله لأن الشراء من المالك) هذا هو المدعى على الغائب (قوله سبب الملكية) أى والملكية هنا هى المدعى على الحاضر

مطلب المسائل التى يكون القضاء فيها

على الحاضر قضاء على الغائب

(قوله تسعا وعشرين) قال فى المنح وفى المجتبى بعد أن علم بعلامة شط كل من ادعى عليه حق لايثبت عليه إلا بالقضاء على الغائب فالقضاء على الحاضر قضاء على الغائب .

(لا) يقبل

وتظهر ثمرته فى مسائل : منها أقام بينة أن له على فلان الغائب كذا ، وأن هذا كفيل عنه بأمره يقضى على الغائب والحاضر ، لأنها كالمعاوضة ولو لم يقل بأمره لا يقضى على الغائب ، ومنها لو أقام بينة أنه كفيل بكل ماله على فلان وأن له على فلان ألفا كانت قبل الكفالة يقضى على الحاضر والغائب ، ولا يحتاج إلى دعوى الكفالة بأمره بخلاف الأولى ، لأن الكفالة المطلقة لا توجب المال على الكفيل ما لم توجبه على الأصيل ، فصار كأنه علق الكفالة بوجوب المال على الأصيل فانتصب عن الغائب خصما ، ومنها : أن القاذف إذا قال : أنا عبد فلان فلا حد على فأقام المقذوف بينة أن فلانا أعتقه حد ، وكان قضاء على الغائب بالعتق ، ومنها : لو قال له يا ابن الزانية فقال القاذف أمه أمة فلان فأقام المقذوف بينة أنها بنت فلان القرشية يحكم بالنسب ويحد ، ومنها : لو أقام بينة أنه ابن عم الميت فلان ، وأن الميت فلان بن فلان يجتمعان إلى أب واحد ، وأنه وارثه فحسب قضى بالميراث والنسب على الغائب ، ومنها : لو أقام بينة أن أبوى الميت كانا مملوكين أعتقهما ، ثم ولد لهما هذا الولد ومات وأنه مولاه ووارثه قضى بالولاء وكان قضاء بالولاء على الأبوين وحرية المولدين بعد عتقهما ، ومنها : لو قال لدائن العبد المأذون ضمنت لدينك عليه إن أعتقه مولاه فأقام بينة عليه أن مولاه أعتقه بعد الضمان والعبد والمولى غائبان يقضى بالضمان ، وكان قضاء بالعتق للغائب ، وعلى الغائب . ومنها : لو قال المشهود عليه الشاهد عبد فأقام المدعى أو الشاهد بينة أن مولاه أعتقه قبل الشهادة . ومنها : لو ادعى شيئا فى يد رجل أنه اشتراه من فلان وأقام بينة يقضى له بالملك والشراء من فلان ، ومنها : ما لو قذف عبدا فأقام المقذوف بينة أن مولاه كان أعتقه وادعى كمال الحد ، ومنها : ما لو أقام العبد المشترى بينة أن البائع كان أعتقه أو رجل آخر أعتقه وهو يملكه ، ومنها : ما لو قال لرجل ما بايعت فلانا فعلى فأقام الرجل بينة على الضامن أنه باع فلانا عبده بألف ، ومنها : ما لو أقام بينة على رجل أنك اشتريت هذه الدار من فلان وأنا شفيعها ، ومنها : ما لو قال لرجل على ألف فاقضها فأقام المأمور بينة أنه قضاها يقضى بقبض الغائب والرجوع على الآخر ومنها ما لو قال لغيره الذى فى يدى لفلان فاشتره لى وأنقد الثمن فأقام المأمور بينة أنه فعل ذلك ، ومنها : ما لو قال لرجل اضمن لهذا ما داينى فضمن فأقام الضمين بينة أن فلانا داينك كذا وإنى قضيت عنك ، ومنها : الكفيل بأمر أقام بينة على الأصيل أنه أوفى الطالب . ومنها : ما لو أقام بينة على أن له على فلان ألفا وأنه أحال بما عليه ، ومنها : ما لو أقام بينة على رجل أنه كان لفلان عليك ألف أحاله به على وأديتها إليه ، ومنها : ما لو طالب البائع المشترى بالثمن فأقام هو بينة أنه أحاله بالثمن على فلان ، ومنها : ما لو قال لرجل إن جنى عليك فلان فأنا كفيل بنفسه فأقام بينة أنه جنى عليه فلان ، ومنها : ما لو أقام بينة على رجل فى يده دار أنها له فأقام ذو اليد بينة أن فلانا وهبها له وسلم أو أودع أو باع ، ومنها : ما لو أقام ذو اليد بينة أن المدعى باعها من فلان وقبضها تبطل بينة المدعى ويلزم الشراء الغائب ، ومنها : ما لو قال ذو اليد أودعنيه فلان فطلب المدعى تحليفه به فنكل فقضى عليه نفذ على فلان ، ومنها : ما لو قال وصل إلى من زيد وكيل فلان بأمره أو من غاصب منه وحلف المدعى ما يعلم دفع زيد فقضى عليه نفذ على فلان ، ومنها : ما لو أقام بينة على عبد أن مولاه أعتقه وأنه قطع يده بعد ذلك أو استدان منه أو اشترى منه أو باع منه ، ومنها : ما قيل إنه لو قال لامرأته إن طلق فلان امرأته فأنت طالق فأقامت بينة على الحاضر إن فلانا طلق امرأته ، ومنها : ما لو أقام الحاضر على القاتل بينة أن الولى الغائب قد عفا فتقبل البينة فى جميع هذه الصور ويتضمن القضاء على الحاضر القضاء على الغائب فيها اهـ ح (قوله لا يقبل) لأن الشرط ليس بأصل بالنسبة إلى المشروط بخلاف السبب ، فإن قضى فقد قضى على الغائب ابتداء قهستانى ط .

فى الأصح (إذا كان فيه إبطال حق الغائب) فاو لم يكن كما إذا علق طلاق امرأته بدخول زيد الدار يقبل لعدم ضرر الغائب. ومن حيل إثبات العتق على الغائب أن يدعى المشهود عليه أن الشاهد عبد فلان فبرهن المدعى أن مالكه الغائب أعتقه تقبل ومن حيل الطلاق حيلة الكفالة بمهرها معلقة بطلاقها ودعوى كفالة بنفقة العدة معلقة بالطلاق ، ومن أراد أن لا يزنى فحيلته مافى دعوى البزازية :

ادعى عليها أن زوجها الغائب طلقها وانقضت عدتها وتزوجها فأقرت بزوجية الغائب وأنكرت طلاقه

قلت : والمتبادر من إطلاقهم أنه لا يقبل فى حق الحاضر ولا فى حق الغائب ، ويؤيده ما فى البحر عن جامع الفصولين علق طلاقها بتزوج عليها فبرهنت أنه تزوج عليها فلانة الغائبة عن المجلس هل تسمع حال الغيبة فيه روايتان والأصح أنها لا تقبل فى حق الحاضرة والغائبة فلا طلاق ولا نكاح اه لكن نقل عنه عقبه فرعا آخر وهو ادعت عليه أنه كفل بمهرها عن زوجها لو طلقها ثلاثا وأنه طلقها ثلاثا ، فأقر المدعى عليه بالكفالة ، وأنكر العلم بوقوع الثلاث فبرهنت به يحكم لها بالمهر على الحاضر لا بالفرقة على الغائب اه والظاهر أنه خلاف الأصح بقرينة قوله والأصح أنها لا تقبل الخ (قوله فى الأصح) مقابله ما حكاه فى الفتح عن بعض المتأخرين كفخر الإسلام والأوزجندى أنهم أفتوا فيه بانتصاب الحاضر خصما أى فالشرط عندهم كالسبب ، ويقابله أيضا ما ذكرناه آنفا من قبولها فى حق الحاضر لا الغائب (قوله يقبل لعدم ضرر الغائب) وذكر فى الفتح أنه ليس فى هذا قضاء على الغائب بشىء إذ ليس فيه إبطال حق له اه : أى لأن دخول الغائب الدار لا يترتب عليه حكم لكن قال ط : لو كان الغائب علق طلاق امرأته بدخوله الدار ، فالظاهر أنه فى حكم الأول للزوم الضرر اه (قوله ومن حيل إثبات العتق الخ) هى من جملة الصور التسع والعشرين المارة (قوله ومن حيل الطلاق الخ) الأولى إسقاطه لقول البحر وأما حيل إثبات طلاق الغائب فكلها على الضعيف من أن الشرط كالسبب ، قال فى جامع الفصولين ومع هذا لو حكم بالحرمة نفذ لاختلاف المشايخ اه .

قلت : يعنى إذا كان الحاكم مجتهدا ، أما المقلد فلا يصح حكمه بالضعيف كما ذكرناه سابقا نعم نقل فى البحر بعد هذا عن الخلاصة الطريق فى إثبات الرمضانية أن يعلق وكالة بدخوله فيتنازعان فى دخوله فيشهد الشهود فيقضى بالوكالة وبدخوله اه قال فى البحر وعليه فإثبات طلاق معلق بدخول شهر حيلة فيه ، ولو كان الزوج غائبا لأن هذا ليس من قبيل الشرط ، لأنه لابد أن يكون فعل الغائب ، وكذا إثبات ملك أو وقف أو نكاح ، فيعلق وكالة بملك فلان ذلك الشئ أو بوقفية كذا أو بكون فلانة زوجة فلان ، ويدعى الوكيل فيقول الخصم وكالتك معلقة بما لم يوجد ، فيقول الوكيل بل هى منجزة لتعلقها بكائن ، ويبرهن على الملك ونحوه ولا يعلق بفعل الغائب كأن نكح إن وقف إن طلق إن ملك هذا ما ظهر لى اه ملخصا :

قلت :وفيه نظر لأن المانع إثبات الضرر بالغائب قال فى الفتح : الأصل أن ما كان شرطا لثبوت الحق للحاضر من غير إبطال حق للغائب قبلت البينة فيه إذ ليس فيه قضاء على الغائب وما تضمن إبطالا عليه لا تقبل اه فعلم أن المناط إبطال حق الغائب سواء كان الشرط فعله أولا فلا فرق بين كون الشرط إن نكح أو إن كانت منكوحته فتفريع هذه المسائل على ما فى الخلاصة غير ظاهر إذ مافيها ليس فيه حكم على غائب أصلا بخلاف هذه المسائل ، فإن فيها الحكم على الغائب ابتداء بما يتضرر به ولو ملكا فإنه قد يلزمه منه ضرر واضع اليد المدعى أنه ملكه وغير ذلك فتدبر (قوله ومن أراد أن لا يزنى الخ) إن كانت هذه الحيلة صدقا فلا وجه لتسميتها حيلة ، ولا لقوله ومن أراد أن لا يزنى وصنيعه يوهم أن ذلك سائغ كذبا وليس كذلك ، بل مثله من أكبر الكبائر ط فالصواب إسقاط هذه

فبرهن عليها بالطلاق يقضى عليها أنها زوجة الحاضر ولا يحتاج إلى إعادة البينة إذا حضر الغائب (ولو قضى على غائب بلا نائب ينفذ) فى أظهر الروايتين عن أصحابنا ذكره منلا خسرو فى باب خيار العيب

العبارة والاقتصار على عبارة البزازية كما فعل فى البحر على أن فى صحة هذا الفرع كلاما نذكره عقبه (قوله فبرهن عليها بالطلاق) أى وبأنه تزوجها بعد العدة كما هو ظاهر (قوله يقضى عليها أنها زوجة الحاضر) أى ويقضى على الغائب بالطلاق كما يدل عليه ما بعده :

قلت : لكن تقدم أن القضاء على الغائب إنما يصح إذا كان سببا لما يقضى على الحاضر لامحالة ، ولا شك أن طلاق الغائب ليس كذلك لأن التزوج قد يكون بدون طلاق كما لو لم تكن زوجة أحد وانظر ما قدمناه عند قوله سببا لا محالة يظهر لك حقيقة الأمر (قوله ولا يحتاج الخ) قال الخير الرملى وفى جامع الفصولين خلافه (قوله ولو قضى على غائب الخ) أى قضى من يرى جوازه كشافعى لإجماع الحنفية على أنه لايقضى على غائب كما ذكره الصدر الشهيد فى شرح أدب القضاء كذا حققه فى البحر :

والحاصل : أنه لا خلاف عندنا فى عدم جواز القضـــاء على الغائب ، وإنما الخلاف فى أنه لو قضى به من يرى جوازه هل ينفذ بدون تنفيذ أو لابد من إمضاء قاض آخر ، ورأيت نحو هذا منقولا عن إجابة السائل عن بعض رسائل العلامة قاسم وبه ظهر أن قول المصنف فيما مر ، ولا يقضى على غائب بيان لحكم المذهب عندنا وقوله هنا ولو قضى الخ حكاية للخلاف فى النفاذ وعدمه .

قلت : بقى ما لو قضى الحنفى بذلك ولا يخفى أنه يأتى فيه الكلام المار فيما لو قضى فى مجتهد فيه ، بخلاف رأيه وما فيه من التفصيل واختلاف التصحيح فعلى قول من رجح الجواز لايبقى فرق بين الحنفى وغيره ، وعلى هذا يحمل ما صرح به فى القنية من أنه لا يشترط فى نفاذ القضاء على الغائب أن يكون من شافعى ، وبه اندفع ما أورده الرملى والمقدسى على صاحب البحر حيث خصه بمن يرى جوازه كما ذكرنا. واندفع أيضا ما يتوهم من المنافاة بين ما ذكره الصدر الشهيد وما فى القنية هذا ما ظهر لى فتدبره لكن استظهر فى البحر بعد ذلك تخصيص الخلاف فى النفاذ وعدمه بالحكم للمفقود لا مطلق الغائب واستدل بعبارة فى الخانية ، ونازعه الرملى بأنها لا تدل على مدعاه بل الظاهر من كلامهم التعميم ا ه وقال فى جامع الفصولين : قد اضطربت آراؤهم وبيانهم فى مسائل الحكم للغائب ، وعليه ولم يصف ولم ينقل عنهم أصل قوى ظاهر يبنى عليه الفروع بلا اضطراب ، ولا إشكال فالظاهر عندى أن يتأمل فى الوقائع ، ويحتاط ويلاحظ الحرج والضرورات فيفتى بحسبها جوازا أو فسادا. مثلا لو طلق امرأته عند العدل فغاب عن البلد، ولا يعرف مكانه أو يعرف ،ولكن يعجز عن إحضاره أو عن أن تسافر إليه هى أو وكيلها لبعده أو لمانع آخر وكذا المديون لو غاب وله نقد فى البلد أو نحو ذلك ، ففى مثل هذا لو برهن على الغائب ، وغلب على ظن القاضى أنه حق لاتزوير ، ولا حيلة فيه فينبغى أن يحكم عليه وله وكذا للمفتى أن يفتى بجوازه دفعا للحرج والضرورات وصيانة للحقوق عن الضياع مع أنه مجتهد فيه ذهب إليه الأئمة الثلاثة وفيه روايتان عن أصحابنا ، وينبغى أن ينصب عن الغائب وكيل يعرف أنه يراعى جانب الغائب ولا يفرط فى حقه اه وأقره فى نور العين :

قلت : ويؤيده ما يأتى قريبا فى المسخر وكذا ما فى الفتح من باب المفقود لايجوز القضاء على الغائب إلا إذا رأى القاضى مصلحة فى الحكم له وعليه فحكم فإنه ينفذ لأنه مجتهد فيه اه .

قلت : وظاهره ولو كان القاضى حنفيا ولو فى زماننا ولا ينافى ما مر لأن تجويز هذا للمصلحة والضرورة

(وقيل لا) ينفذ ورجحه غير واحد وفى المنية والبزازية ومجمع الفتاوى وعليه الفتوى ورجح فى الفتح توقفه على إمضاء قاض آخر وفى البحر والمعتمد أن القضاء على المسخر لايجوز إلا لضرورة وهى فى خمس مسائل .

اشترى بالخيار فتوارى اختفى المكفول له .

حلف ليوفينه اليوم فتغيب الدائن :

جعل أمرها بيدها إن لم تصل نفقتها فتغيب :

الخامسة إذا توارى الخصم فالمتأخرون أن القاضى ينصب وكيلا فى الكل وهو قول الثانى خانية .

قلت : ونقل شراح الوهبانية عن شرح أدب القاضى

(قوله وقيل لا ينفذ) أى بل يتوقف على إمضاء قاض آخر كما فى البحر (قوله ورجح فى الفتح الخ) ليس قولا ثالثا ، بل هو القول الثانى كما علمت وهذا مبنى على أن نفس القضاء مجتهد فيه كقضاء محدود فى قذف بعد توبته والأول مبنى على أن المجتهد فيه سبب القضاء وهو أن هذه البينة هل تكون حجة للقضاء بلا خصم حاضر أم لا فإذا قضى بها نفذ كما لو قضى بشهادة المحدود فى قذف بعد توبته .

مطلب فى القضاء على المسخر

(قوله والمعتمد الخ) مقابله قول جواهر زاده بجوازه ، لأنه أفتى بجواز القضاء على الغائب ، وهو عين القضاء على الغائب بحر وفيه أيضاوتفسير المسخر أن ينصب القاضى وكيلا عن الغائب ليسمع الخصومة عليه وشرطه عند القائل بهأن يكون الغائب فى ولاية القاضى (قوله وهى فى خمس) لم يذكر الرابعة فى البحر بل زادها الشارح (قوله اشترى بالخيار) أى وأراد الرد فى المدة فاختفى البائع فطلب المشترى من القاضى أن ينصب خصما عن البائع ليرده عليه وهذا أحد قولين عزاهما فى جامع الفصولين إلى الخانية لكنه قدم هذا وعادة قاضيخان تقديم الأشهر (قوله اختفى المكفول له) صورته : كفل بنفسه على أنه إن لم يواف به غدا فدينه على الكفيل ، فغاب الطالب فى الغد فلم يجده الكفيل ، فرفع الأمر إلى القاضى ، فنصب وكيلا عن الطالب وسلم إليه المكفول عنه يبرأ وهو خلاف ظاهر الرواية إنما هو فى بعض الروايات عن أبى يوسف قال أبو الليث : لو فعل به قاض علمأن الخصم تغيب لذلك فهو حسن جامع الفصولين :

قلت : ماقاله أبو الليث توفيق بين الروايتين لكن ما نذكره من التصحيح فى المسألة التالية لهذه ينبغى إجراؤه فى رواية أبى يوسف إذ لافرق يظهر بين المسألتين تأمل (قوله حلف ليوفينه اليوم الخ) بأن علق المديون العتق أو الطلاق على عدم قضائه اليوم ثم غاب الطالب وخاف الحالف الحنث فإن القاضى ينصب وكيلا عن الغائب ويدفع الدين إليه ولا يحنث الحالفوعليه الفتوى بحر عنالخانية . وفى حاشية مسكين عنالشيخ شرف الدين الغزى أنه لا حاجة إلى نصب الوكيل لقبض الدين فإنه إذا دفع إلى القاضى برّ فى يمينه على المختار المفتى به كما فى كثير من كتب المذهب المعتمدة ولو لم يكن ثمة قاض حنث على المفتى به اهـ (قوله فتغيبت) أى لإيقاع الطلاق عليه فإنه ينصب من يقبض لها ط (قوله خانية) لم أر هذه العبارة فى الخانية فى هذا المحل :

مطلب فى الخصم إذا اختفى فى بيته

(قوله الخامسة الخ) ذكر فى شرح أدب القاضى لو قال رجل للقاضى لى على فلان حق وقد توارى عنى فى منزله فالقاضى يكتب إلى الوالى فى إحضاره فإن لم يظفر به وسأل الطالب الختم على بابه فإن أتى بشاهدين أنه فى منزله وقالا رأيناه منذ ثلاثة أيام أو أقل ختم عليه لا إن زاد على ثلاث والصحيح أنه مفوض إلى رأى الحاكمفإذا

أنه قول الكل وأن القاضي يختم بيته مدة يراها ثم ينصب الوكيل (ولاية بيع التركة المستغرقة بالدين للقاضي لا للورثة) لعدم ملكهم

ختم وطلب المدعي أن ينصب له وكيلا بعث القاضي إلى داره رسولا مع شاهدين ينادي بحضرتهما ثلاثة أيام في كل يوم ثلاث مرات يا فلان بن فلان إن القاضي يقول لك حضر مع خصمك فلان مجلس الحكم وإلا نصبت لك وكيلا وقبلت بينته عليك ، فإن لم يخرج نصب له وكيلا وسمع شهود المدعي وحكم عليه بمحضر وكيله اه ملخصا (قوله أنه قول الكل) أي النصب عن الخصم المتواري ، وهو الذي تعطيه عبارة الكمال (قوله وأن القاضي الخ) الذي في شرح الأدب هو ما ذكرناه من تفويض المدة إلى القاضي في رؤية الشاهدين للمختفي لا في مدة الختم والذي في شرح الوهبانية مثل ما ذكرناه أيضا .

مطلب في بيع التركة المستغرقة بالدين

(قوله ولاية بيع التركة المستغرقة بالدين للقاضي لا للورثة) هذا مقيد بما إذا لم تتفق الورثة على أداء الدين كله من مالهم لما في الثامن والعشرين من جامع الفصولين لو أرادت الورثة أداء دينه لتبقى تركته لهم فاتفقوا عليه وتحملوا قضاء دينه وإنفاذ وصاياه من مالهم ، فلهم ذلك ولو اختلفوا فللوصي بيعها لدينه ووصاياه ، ولا يلتفت إلى قولهم ثم قال وجاز لأحد الورثة استخلاص العين من التركة بأداء قيمته إلى الغرماء لا إلى الوارث الآخر اه وقوله : بأداء قيمته الخ قال الرملي في حاشيته : عليه هذا إذا لم يكن الدين زائدا لأنه ذكر قبله أن الدين لو كان زائدا على التركة فلهم استخلاصها بأداء دينه كله لا بقدر تركته كقن جنى يفديه مولاه بأرشه (قوله لا للورثة) أي إلا برضا الغرماء ، حتى لو باع الوارث أي بدون رضا الغرماء لا ينفذ ، وكذلك المولى إذا حجر على العبد المأذون وعليه دين محيط ليس للمولى أن يبيع العبد وما في يده وإنما يبيعه القاضي كذا هذا منح عن العمادية ثم ذكر عن القنية قولين ثانيهما : أن القاضي إنما يبيع التركة المستغرقة لقضاء الدين إذا امتنع الورثة عن بيعها ، ولم يحك ترجيحا لكن اقتصاره في المتن على القول الأول تبعا للدرر ، يفيد ترجيحه وحكى القولين في التتارخانية ، والبزازية أيضا .

ورأيت بخط شيخ مشايخنا منلا على التركماني مانصه أقول فلذا القضاة الآن يأذنون لبعض ورثة الميت المستغرقة تركته بالدين ببيعها لوفاء دينه توفيقا بين القولين وعملا بهما .

[تنبيه] لم يذكر بيع الوصي ، وفي جامع الفصولين يصح بيع الوصي تركة مستغرقة لو بقيمتها وليس للغرماء إبطاله (قوله لعدم ملكهم) قال في جامع الفصولين : ولو استغرقها دين لا يملكها بارث إلا إذا أبرأ الميت غريمه أو أداه وارثه بشرط التبرع وقت الأداء أما لو أداه من مال نفسه مطلقا بلا شرط تبرع أو رجوع يجب له دين على الميت فتصير التركة مشغولة بدينه فلا يملكها حتى لو ترك ابنا وقنا ودينه مستغرق فأداه وارثه ثم أذن للقن في التجارة أو كاتبه لم يصح إذا لم يملكه اه وتمام الكلام على ذلك في المنح .

مطلب دفع الورثة كرما من التركة إلى أحدهم

ليقضي دين مورثهم فقضاه يصح

[تنبيه] قيد بالتركة المستغرقة لأن غيرها ملك للورثة وفي جامع الفصولين : عليه دين غير مستغرق فللحاضر من ورثته بيع حصته لحصته من الدين لا بيع حصة غيره للدين لأنها ملك الوارث الآخر إذ الدين لم يستغرق فلو دفعت الورثة إلى أحدهم كرما من التركة ليقضي دين مورثهم وهو غير مستغرق فقضاه صح لأنه بيع منهم لحصتهم

حيث كان الدين لغيرهم (يقرض القاضي مال الوقف والغائب) واللقطة (واليتيم) من ملىء مؤتمن حيث لا وصى ولا من يقبله مضاربة

منه بقدر الدين لأنهم لو دفعوه إلى أجنبي لأداء الدين يكون بيعا كذا هذا (قوله حيث كان الدين لغيرهم) قال فى جامع الفصولين : استغراق التركة بدين الوارث لا يمنع إرثه إذا كان هو وارثه لا غير اه ومفاده أنه لو كان الدين لبعض الورثة فهو كدين الأجنبي بالنسبة إلى باقى الورثة :

[تنبيه] ذكر الخير الرملى فى حاشية الفصولين أن قوله هنا لا يمنع إرثه لاينافى ما مر آنفا من أن الوارث لو أدى دين الغريم بلا شرط تبرع لا يملكها لأنه يثبت له الرجوع بأداء الدين بعد أن لم يكن له ملك فلا يملك القرن إلا بتمليك القاضي بخلاف الاستغراق بدينه ابتداء إذ لا مانع يمنعه من الملك اه.

مطلب للقاضى إقراض مال اليتيم ونحوه

(قوله يقرض القاضي الخ) أى يستحب له ذلك لأنه لكثرة أشغاله لا يمكنه أن يباشر الحفظ بنفسه والدفع بالقرض أنظر لليتيم لكونه مضمونا والوديعة أمانة وينبغى له أن يتفقد أحوال المستقرضين حتى لو اختل أحدهم أخذ منه المال وتمامه فى البحر وليس للقاضى أن يستقرض ذلك لنفسه ط عن الهندية (قوله مال الوقف) ذكره فى البحر عن جامع الفصولين لكن فيه أيضا عن العدة يسع للمتولى إقراض ما فضل من غلة الوقف لو أحرز اه ومقتضاه أنه لا يختص بالقاضي مع أنه صرح فى البحر عن الخزانة أن المتولى يضمن إلا أن يقال : إنه حيث لم يكن الإقراض أحرز (قوله والغائب) زاد فى البحر وله بيع منقوله إذا خاف التلف إذا لم يعلم بمكان الغائب أما إذا علم فلا لأنه يمكنه بعثه إليه إذا خاف التلف اه وانظر هل يقيد إقراضه ماله بما إذا لم يعلم مكانه (قوله واللقطة) الظاهر قراءته بالنصب عطفا على مال ، ويجوز جره عطفا على المضاف إليه ، وهو أولى لئلا يقع منصوبا بين مجرورين لكن الإضافة فيه بيانية وفيما قبله وما بعده لامية تأمل ثم الظاهر أن المراد بإقراض القاضى اللقطة هنا ما إذا دفعها الملتقط إليه ، وإلا فالتصرف فيها من تصدق أو إمساك للملتقط تأمل (قوله من ملئ) بالهمز فى المصباح رجل ملىء على فعيل غنى مقتدر ، ويجوز الإبدال والإدغام اه : أى إبدال الهمزة ياء وإدغامها فى الياء (قوله حيث لا وصى) هذا الشرط زاده فى البحر بحثا بقوله : وينبغى أن يشترط لجواز إقراض القاضى عدم وصى لليتيم ، فإن كان له وصى ولو منصوب القاضى لم يجز لأنه من التصرف فى ماله وهو ممنوع منه مع وجود وصيه كما فى بيوع القنية اه ورده محشيه الرملى : بأن إطلاق المتون على خلافه ، وبأنه إذا لم يجز منه والوصى ممنوع من الإقراض امتنع النظر لليتيم ولا قائل به تأمل اه لكنه أفتى فى وصايا الخيرية بأن للوصى إقراض مال اليتيم بأمر القاضى أخذا مما فى وقف البحر عن القنية ، من أن للمتولى إقراض مال المسجد بأمر القاضي قال : والوصى مثل القيم لقولهم الوصية والوقف أخوان فلم يمتنع النظر لليتيم بهذه الجهة نعم يرد على النحر أن الوصى إذا كان لا يملك الإقراض بدون إذن القاضى علم أن ذلك لم يدخل تحت وصايته ، بل بقى للقاضى فلم يكن ممنوعا منه مع وجود الوصى كما لو نصب وصيا على يتيمة ليس لها ولى فللقاضى أن يزوجها بنفسه ، أو يأذن للوصى بتزويجها وليس للوصى ذلك بدون إذن إذ لا يدخل تحت وصايته بخلاف بيع مال اليتيم ونحوه ، فليس للقاضى فعله مع وجود الوصى فلذا لم يذكر هذا القيد فى المتون فافهم (قوله ولا من يقبله مضاربة الخ) فى البحر عن جامع الفصولين إنما يملك القاضى إقراضه إذا لم يجد ما يشتريه له يكون غلة لليتيم لا لو وجده ، أو وجد من يضارب لأنه أنفع اه أى أنفع من الإقراض وماقيل إن مال المضاربة أمانة غير مضمون ، فيكون الإقراض أولى فهو مدفوع بأن المضاربة فيها ربح بخلاف القرض

ولا مستغلا يشتريه، وله أخذ المال من أب مبذر ووضعه عند عدل ثقة (ويكتب الصك)ندبا ليحفظه (لا) يقرض (الأب) ولو قاضيا لأنه لايقضى لولده (و) لا (الوصى) ولا الملتقط فإن أقرضوا ضمنوا لعجزهم عن التحصيل بخلاف القاضى ويستثنى إقراضهم للضرورة كحرق ونهب فيجوز اتفاقا بحر ومتى جاز للملتقط التصدق فالإقراض أولى (ولو قضى بالجور فالغرم عليه فى ماله إن متعمدا وأقر به) أى بالعمد (ولو خطأ ف) الغرم (على المقضى له) درر وفى المنح معزيا للسراج قال محمد : لو قال تعمدت الجور

(قوله ولو مستغلا يشتريه) أى ما يكون فيه لليتيم غلة كما علمت وهو منصوب بالعطف على محل اسم لا الأولى وإلا كان حقه الرفع أو البناء على الفتح كما لا يخفى (قوله ليحفظه) أى بالاستذكار للمال وأسماء الشهود ونحو ذلك (قوله لا يقرض الأب) أى فى أصح الروايتين فتح قال فى البحر : وفى خزانة الفتاوى الصحيح أن الأب كالقاضى فقد اختلف التصحيح والمعتمد مافى المتون وشمل ما إذا أخذ مال ولده الصغير قرضا لنفسه ،وهو مروى عن الإمام وقيل له ذلك ولم أر حكم الجد فى جواز إقراضه على رواية جوازه للأب والظاهر أنه كالأب لقولهم الجد أبو الأب كالأب إلا فى مسائل واختلفوا فى إعارة الأب مال ولده الصغير وفى الصحيح لا اه (قوله لأنه لايقضى لولده) لأنه ربما ينكر المستقرض فيحتاج للبينة والقضاء بها ط (قوله ولا الوصى) فلو فعل لا يعد خيانة فلا يعزل به ، وكذا ليس له أن يستقرض لنفسه على الأصح ، فلو فعل ثم أنفق على اليتيم مدة يكون متبرعا إذا صار ضامنا ، فلا يتخلص ما لم يرفع الأمر إلى الحاكم ويملك الإيداع ، والبيع نسيئة وتمامه فى البحر وفيه عن الخزانة : إذا آجر الوصى أو الأب أو الجد أو القاضى الصغير فى عمل من الأعمال فالصحيح جوازها وإن كانت بأقل من أجرة المثل اه : أى لأن للوصى والأب والجد استعماله بلا عوض بطريق التهذيب والرياضة فبالعوض أولى كما فى السابع والعشرين من جامع الفصولين وتمام أبحاث هذه المسائل فيه (قوله ومتى جاز الخ) تقييد لقوله ولا الملتقط بما إذا كان قبل جواز التصدق بها وهذ ذكره الزيلعى فى مسائل شتى آخر الكتاب بقوله إلا أن الملتقط إذا نشد اللقطة ومضى مدة النشدات ينبغى أن يجوز له الإقراض من فقير لأنه لو تصدق بها عليه فى هذه الحالة جاز فالقرض أولى اه فافهم .

مطلب فيما لو قضى القاضى بالجور

(قوله ولو قضى بالجور الخ) القضاء بخلاف الحق إما عن خطأ أو عمد وكل على وجهين إما فى حقه تعالى أو حق العبد فالخطأ فى حق العبد إما أن يمكن فيه التدارك والرد أولا فإن أمكن بأن قضى بمال أو صدقة أوطلاق أو إعتاق ثم ظهر أن الشهود عبيد أو كفار أو محدودون فى قذف يبطل القضاء ويرد العبد رقيقا ، والمرأة إلى زوجها والمال إلى من أخذ منه ،وإن لم يمكن الرد بأن قضى بالقصاص واقتص لايقتل المقضى له ،ويصير صورة القضاء شبهة مانعة بل تجب الدية فى مال المقضى له ، وهذا كله إذا ظهر خطأ القاضى بالبينة أو بإقرار المقضى له، فلو بإقرار القاضى لا يظهر فى حق المقضى له ، حتى لا يبطل القضاء فى حقه ، وأما الخطأ فى حقه تعالى بأن قضى بحد زنا أو سرقة أو شرب واستوفى الحد ثم ظهر أن الشهود كما مر فى الضمان فى بيت المال وإن كان القضاء بالجور عن عمد وأقر به فالضمان فى ماله فى الوجوه كلها بالجناية ، والإتلاف ، ويعزر القاضى ويعزل عن القضاء ط عن الهندية ملخصا .

مطلب إذا قاس القاضى وأخطأ فالخصومة للمدعى عليه مع القاضى والمدعى يوم القيامة

[تنبيه] القاضى إذا قاس مسألة على مسألة وحكم ثم ظهر رواية بخلافه فالخصومة للمدعى عليه يوم القيامة مع

انعزل عن القضاء وفيه عن أبي يوسف إذا غلب جوره ورشوته ردت قضاياه وشهادته .

[فروع] القضاء مظهر لامثبت ويتخصص بزمان ومكان وخصومة حتى لو أمر السلطان بعد سماع الدعوى بعد خمسة عشر سنة فسمعها لم ينفذ .

قلت : فلا تسمع الآن بعدها إلا بأمر

القاضي والمدعي ، أما مع المدعي فلأنه أثم بأخذ المال وأما مع القاضي فلأنه أثم بالاجتهاد لأن أحدا ليس من أهل الاجتهاد في زماننا وبعض أذكياء خوارزم قاس المفتي على القاضي فأوردت أن القاضي صاحب مباشر للحكم فكيف يؤاخذ السبب مع المباشر فانقطع ، وكان له أن يقول إن القاضي في زماننا ملجأ إلى الحكم بعد الفتوى لأنه لو ترك يلام لأنه غير عالم حتى يقضي بعلمه بزازية قبيل الشهادات .

قلت : وفيه نظر فإن هذا لايسمى إلجاء حقيقة والإلزم أن تنقطع النسبة عن المباشر إلى المتسبب كما لو أكره رجل آخر بإتلاف عضو على أخذ مال إنسان فإن الضمان على المكره بالكسر لصيرورة المكره بالفتح كالآلة ولا شك أن ما هنا ليس كذلك فلم تنقطع النسبة عن المباشر وهو القاضي ، وإن أثم المتسبب وهو المفتي ، ولايقاس هذا على مسألة تضمين الساعي إلى ظالم مع أن الساعي متسبب لا مباشر فإن تلك مسألة استحسانية خارجة عن القياس زجرا عن السعاية لكن قد يقال إن هذا حكم الضمان في الدنيا والكلام في الخصومة في الآخرة ، ولاشك في أن كلا من المباشر والمتسبب ظالم آثم وللمظلوم الخصومة معهما وإن اختلف ظلمهما فإن المباشر ظلمه أشد كمن أمسك رجلا حتى قتله آخر (قوله انعزل عن القضاء) الظاهر أن هذا وما بعده مبنيان على رواية انعزاله بالفسق وتقدم أن المذهب أنه لا ينعزل بل يستحق العزل (قوله وفيه) لم يذكر ذلك في المنح فيعود الضمير إلى السراج (قوله وشهادته) أي إذا أراد أن يشهد شهادة عند القاضي المولى لايقبلها لفسقه بغلبة الجور والرشوة فافهم (قوله القضاء مظهر لامثبت) لأن الحق المحكوم به كان ثابتا والقضاء أظهره والمراد ما كان ثابتا ولو تقديرا كالقضاء بشهادة الزور كما مر بيانه في تعريف القضاء عن ابن الغرس .

مطلب القضاء يقبل التقييد والتعليق

(قوله ويتخصص بزمان ومكان وخصومة) عزاه في الأشباه إلى الخلاصة وقال في الفتح من أول كتاب القضاء الولاية تقبل التقييد والتعليق بالشرط كقوله : إذا وصلت إلى بلدة كذا فأنت قاضيها وإذا وصلت إلى مكة فأنت أمير الموسم والإضافة : كجعلتك قاضيا في رأس الشهر ، والاستثناء منها كجعلتك قاضيا إلا في قضية فلان ولا تنظر في قضية كذا والدليل على جواز تعليق الإمارة وإضافتها قوله صلى الله عليه وسلم حين بعث البعث إلى موتة وأمر عليهم زيد بن حارثة «إن قتل زيد بن حارثة فجعفر أميركم وإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحة» وهذه القصة مما اتفق عليها جميع أهل السير والمغازي اهـ .

مطلب في عدم سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة

(قوله بعد خمسة عشر سنة) المناسب خمس عشرة بتذكير الأول وتأنيث الثاني لكون المعدود مؤنثا وهو سنة وأجاب ط بأنه على تأويل السنة بالعام أو الحول (قوله فلا تسمع الآن بعدها) أي لنهي السلطان عن سماعها بعدها فقد قال السيد الحموي في حاشية الأشباه : أخبرني أستاذي شيخ الإسلام يحيى أفندي الشهير بالمنقاري أن السلاطين الآن يأمرون قضاتهم في جميع ولاتهم أن لا يسمعوا دعوى بعد مضي خمس عشرة سنة سوى الوقف والإرث اهـ ونقل في الحامدية فتاوى من المذاهب الأربعة بعدم سماعها بعد النهي المذكور .

إلا فى الوقف والإرث ووجود عذر شرعى وبه أفتى المفتى أبو السعود فليحفظ :

مطلب هل يبقى النهى بعد موت السلطان

لكن هل يبقى النهى بعد موت السلطان الذى نهى ، بحيث لايحتاج من بعده إلى نهى جديد؟ أفتى فى الخيرية بأنه لابد من تجديد النهى ، ولايستمر النهى بعده ، وبأنه إذا اختلف الخصمان فى أنه منهى أو غير منهى فالقول للقاضى ما لم يثبت المحكوم عليه النهى وأطال فى ذلك وأطاب فراجعه. وأما ماذكره السيد الحموى أيضا من أنه قد علم من عادتهم يعنى سلاطين آل عثمان نصرهم الرحمن من أنه إذا تولى سلطان عرض عليه قانون من قبله وأخذ أمره باتباعه فلايفيدهنا لأن معناه أن يلتزم قانون أسلافه بأن يأمر بما أمروا به وينهى عما نهوا عنه ولايلزم منه أنه إذا ولى قاضيا ولم ينهه عن سماع هذه الدعوى أن يصير قاضيه منهيا بمجرد ذلك وإنما يلزم منه أنه إذا ولاه ينهاه صريحا ليكون عاملا بما التزمه من القانون كما اشتهر أنه حين يوليه الآن يأمره فى منشوره بالحكم بأصح أقوال المذهب كعادة من قبله ، وتمام الكلام على ذلك فى كتابنا تنقيح الحامدية فراجعه وأطلنا الكلام عليه أيضا فى كتابنا تنبيه الولاة والحكام (قوله إلا فى الوقف والإرث ووجود عذر شرعى) استثناء الإرث موافق لما مر عن الحموى ولما فى الحامدية عن فتاوى أحمد أفندى المهمندارى مفتى دمشق أنه كتب على ثلاثة أسئلة أنه تسمع دعوى الإرث ولا يمنعها طول المدة ويخالفه ما فى الخيرية حيث ذكر أن المستثنى ثلاثة مال اليتيم والوقف والغائب ومقتضاه أن الإرث غير مستثنى فلا تسمع دعواه بعد هذه المدة ، وقد نقل فى الحامدية عن المهمندارى أيضا أنه كتب على سؤال آخر فيمن تركت دعواها الإرث بعد بلوغها خمس عشرة سنة ، بلا عذر أن الدعوى لا تسمع إلا بأمر سلطانى ونقل أيضا مثله فتوى تركية عن المولى أبى السعود ، وتعريبها إذا تركت دعوى الإرث بلا عذر شرعى خمس عشرة سنة ، فهل لا تسمع؟ الجواب : لاتسمع اه إذا اعترف الخصم بالحق ، ونقل مثله شيخ مشايخنا التركمانى عن فتاوى على أفندى مفتى الروم ونقل مثله أيضا شيخ مشايخنا السائحانى عن فتاوى عبد الله أفندى مفتى الروم ، وهذا الذى رأينا عليه عمل من قبلنا فالظاهر أنه ورد نهى جديد بعدم سماع دعوى الإرث والله سبحانه أعلم .

[تنبيهات الأول]: قد استفيد من كلام الشارح أن عدم سماع الدعوى بعد هذه المدة إنما هو للنهى عنه من السلطان فيكون القاضى معزولا عن سماعها لما علمت من أن القضاء يتخصص فلذا قال إلا بأمر أى فإذا أمر بسماعها بعد هذه المدة تسمع ، وسبب النهى قطع الحيل والتزوير ، فلا ينافى مافى الأشباه وغيرها من أن الحق لا يسقط بتقادم الزمان اه ، ولذا قال فى الأشباه أيضا : ويجب عليه سماعها اه : أى يجب على السلطان الذى نهى قضاته عن سماع الدعوى بعد هذه المدة أن يسمعها بنفسه ، أو يأمر بسماعها ، كى لا يضيع حق المدعى والظاهر أن هذا حيث لم يظهر من المدعى أمارة التزوير ، وفى بعض نسخ الأشباه : ويجب عليه عدم سماعها وعليه فالضمير يعود للقاضى المنهى عن سماعها لكن الأول هو المذكور فى معين المفتى :.

الثانى : أن النهى حيث كان للقاضى لاينافى سماعها من المحكم بل قال المصنف فى معين المفتى: إن القاضى : لايسمعها من حيث كونه قاضيا فلو حكمه الخصمان فى تلك القضية التى مضى عليها المدة المذكورة ، فله أن يسمعها :

الثالث: عدم سماع القاضى لها إنما هو عند إنكار الخصم فلو اعترف تسمع كما علم مما قدمناه من فتوى المولى أبى السعود أفندى إذ لاتزوير مع الإقرار :

الرابع : عدم سماعها حيث تحقق تركها هذه المدة فلو ادعى فى أثنائها لايمنع بل يسمع دعواه ثانيا مالم يكن بين الدعوى الأولى والثانية هذه المدة ورأيت بخط شيخ مشايخنا التركمانى فى مجموعته أن شرطها أى شرط الدعوى مجلس القاضى ، فلا تصح الدعوى فى مجلس غيره كالشهادة تنوير وبحر ودرر قال : واستفيد منه جواب حادثة الفتوى وهى أن زيدا ترك دعواه على عمرو مدة خمس عشرة سنة ، ولم يدع عند القاضى بل طالبه بحقه مرارا فى غير مجلس القاضى ، فمقتضى مامر لاتسمع لعدم شرط الدعوى ، فليكن على ذكر منك ، فإنه تكرر السؤال عنها وصريح فتوى شيخ الإسلام على أفندى : أنه إذا ادعى عند القاضى مرارا ، ولم يفصل القاضى الدعوى ومضت المدة المزبورة تسمع ، لأنه صدق عليه أنه لم يتركها عند القاضى اه مافى المجموعة ، وبه أفتى فى الحامدية ثم لايخفى أن ترك الدعوى إنما يتحقق بعد ثبوت حق طلبها ، فلو مات زوج المرأة أو طلقها بعد عشرين سنة مثلا من وقت النكاح ، فلها طلب مؤخر المهر ، لأن حق طلبه إنما ثبت لها بعد الموت أو الطلاق لامن وقت النكاح ، ومثله مايأتى فيما لو أخر الدعوى هذه المدة لإعسار المديون ، ثم ثبت يساره بعدها ، وبه يعلم جواب حادثة الفتوى سئلت عنها حين كتابتى لهذا المحل فى رجل له كدك دكان وقف مشتمل على منجور وغيره وضعه من ماله فى الدكان بإذن ناظر الوقف من نحو أربعين سنة وتصرف فيه هو وورثته من بعده فى هذه المدة ، ثم أنكره الناظر الآن وأنكر وضعه بالإذن ، وأراد الورثة إثباته وإثبات الإذن بوضعه ، والذى ظهر لى فى الجواب سماع البينة فى ذلك لأنه حيث كان فى يدهم ويد مورثهم هذه المدة بدون معارض لم يكن ذلك تركا للدعوى . ونظير ذلك مالو ادعى زيد على عمرو بدار فى يده فقال له عمرو : كنت اشتريتها منك من عشرين سنة ، وهى فى ملكى إلى الآن وكذبه زيد فى الشراء فتسمع بينة عمرو على الشراء المذكور بعد هذه المدة ، لأن الدعوى توجهت عليه الآن وقبلها كان واضع اليد بلا معارض ، فلم يكن مطالبا بإثبات ملكيتها فلم يكن تاركا للدعوى ومثله فيما يظهر أن مستأجر دار الوقف يعمرها بإذن الناظر ، وينفق عليها مبلغا من الدراهم يصير دينا له على الوقف ، ويسمى فى زماننا مرصدا ولا يطالب به مادام فى الدار فإذا خرج منها فله الدعوى على الناظر بمرصده المذكور وإن طالت مدته حيث جرت العادة بأنه لايطالب به قبل خروجه ، ولا سيما إذا كان فى كل سنة يقتطع بعضه من أجرة الدار فليتأمل :

الخامس : استثناء الشارح العذر الشرعى أعم ممافى الخيرية من الاقتصار على استثناء الوقف ومال اليتيم والغائب لأن العذر يشمل مالو كان المدعى عليه حاكما ظالما كما يأتى ومالو كان ثابت الإعسار فى هذه المدة ثم أيسر بعدها فتسمع كما ذكره فى الحامدية :

السادس : استثناء مال اليتيم مقيد بما إذا لم يتركها بعد بلوغه هذه المدة وبما إذا لم يكن له ولى كما يأتى وفى الحامدية لو كان أحد الورثة قاصرا والباقى بالغين تسمع الدعوى بالنظر إلى القاصر بقدر مايخصه دون البالغين .

مطلب إذا ترك الدعوى ثلاثا وثلاثين سنة لا تسمع

السابع : استثنوا الغائب والوقف ولم يبينوا له مدة فتسمع من الغائب ولو بعد خمسين سنة ويؤيده قوله فى الخيرية من المقرر أن الترك لايتأتى من الغائب له أو عليه لعدم تأتى الجواب منه بالغيبة والعلة خشية التزوير ولا يتأتى بالغيبة الدعوى عليه ، فلا فرق فيه بين غيبة المدعى والمدعى عليه اه . وكذا الظاهر فى باقى الأعذار أنه لامدة لها لأن بقاء العذر وإن طالت مدته يؤكد عدم التزوير بخلاف الوقف ، فإنه لو طالت مدة دعواه بلا عذر ثلاثا وثلاثين سنة

أمر السلطان إنما ينفذ إذا وافق الشرع وإلا فلا أشباه من القاعدة الخامسة وفوائد شتى فلو أمر قضاته بتحليف الشهود وجب على العلماء أن ينصحوه ويقولوا له لا تكلف قضاتك إلى أمر يلزم منه سخطك أو سخط الخالق تعالى .

قضاء الباشا وكتابه إلى القاضي جائز إن لم يكن قاض مولى من السلطان .

الحاكم كالقاضي إلا في أربع عشرة مسألة

لاتسمع كما أفتى به في الحامدية أخذا مما ذكره في البحر في كتاب الدعوى عن ابن الغرس عن المبسوط إذا ترك الدعوى ثلاثا وثلاثين سنة ، ولم يكن مانع من الدعوى ثم ادعى لاتسمع دعواه لأن ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهرا اه وفي جامع الفتوى عن فتاوى العتابي قال المتأخرون من أهل الفتوى : لاتسمع الدعوى بعد ست وثلاثين سنة إلا أن يكون المدعي غائبا أو صبيا أو مجنونا وليس لهما ولي أو المدعى عليه أميرا جائرا اه ونقل ط عن الخلاصة لاتسمع بعد ثلاثين سنة اه ثم لايخفى أن هذا ليس مبنيا على المنع السلطاني بل هو منع من الفقهاء فلا تسمع الدعوى بعده وإن أمر السلطان بسماعها .

مطلب باع عقارا وأحد أقاربه حاضر لاتسمع دعواه

الثامن : سماع الدعوى قبل مضي المدة المحدودة مقيد بما إذا لم يمنع منه مانع آخر يدل على عدم الحق ظاهرا لما سيأتي في مسائل شتى آخر الكتاب من أنه لو باع عقارا أو غيره وامرأته أو أحد أقاربه حاضر يعلم به ، ثم ادعى ابنه مثلا أنه ملكه لاتسمع دعواه وجعل سكوته كالإفصاح قطعا للتزوير والحيل بخلاف الأجنبي فإن سكوته ولو جارا لايكون رضا إلا إذا سكت الجار وقت البيع ، والتسليم وتصرف المشتري فيه زرعا وبناء فلا تسمع دعواه على ما عليه الفتوى قطعا للأطماع الفاسدة اه . وأطال في تحقيقه في الخيرية من كتاب الدعوى ، فقد جعلوا مجرد سكوت القريب أو الزوجة عند البيع مانعا من دعواه بلا تقييد باطلاعه على تصرف المشتري كما أطلقه في الكنز والملتقى ، وأما دعوى الأجنبي ولو جارا فلابد في منعها من السكوت بعد الاطلاع على تصرف المشتري ، ولم يقيدوه بمدة وقد أجاب المصنف في فتاواه فيمن له بيت يسكنه مدة تزيد على ثلاث سنين ، ويتصرف فيه هدما وعمارة مع اطلاع جاره على ذلك بأنه لاتسمع دعوى الجار عليه البيت أو بعضه على ما عليه الفتوى وسيأتي تمام الكلام على ذلك آخر الكتاب في مسائل شتى قبيل الفرائض إن شاء الله تعالى فانظره هناك فإنه مهم .

مطلب طاعة الإمام واجبة

(قوله أمر السلطان إنما ينفذ) أي يتبع ولا تجوز مخالفته وسيأتي قبيل الشهادات عند قوله أمرك قاض بقطع أو رجم الخ التعليل بوجوب طاعة ولي الأمر وفي ط عن الحموي أن صاحب البحر ذكر ناقلا عن أئمتنا أن طاعة الإمام في غير معصية واجبة فلو أمر بصوم يوم وجب اه وقدمنا أن السلطان لو حكم بين الخصمين ينفذ في الأصح وبه يفتى (قوله يلزم منه سخطك) أي إن عصوك وسخط الخالق أي إن أطاعوك اه ح عن الأشباه ، وفي سخط ضم المهملة مع سكون الخاء المعجمة وفتحهما ، ونقل عن الصيرفية جواز التحليف ، وهو مقيد بما إذا رآه القاضي جائزا أي بأن كان ذا رأي أما إذا لم يكن له رأي فلا ط عن أبي السعود والمراد بالرأي الاجتهاد (قوله قضاء الباشا الخ) قدمنا الكلام عليه قبيل قول المصنف لايقضي على غائب ولا له (قوله الحاكم كالقاضي) في بعض النسخ المحكم وهو الذي في البحر والأشباه (قوله إلا في أربع عشرة مسألة) سيأتي في آخر باب التحكيم أنه في البحر عدها

ذكرناها فى شرح الكنز يعنى فى البحر .

وفى الفصل الأول من جامع الفصولين القاضى بتأخير الحكم يأثم ويعزر ويعزل وفى الأشباه لايجوز للقاضى تأخير الحكم بعد وجود شرائطه إلا فى ثلاث: لريبة ولرجاء صلح أقارب وإذا استمهل المدعى.

لايصح رجوعه عن قضائه إلا فى ثلاث لو بعلمه أو ظهر خطؤه أو بخلاف مذهبه .

فعل القاضى حكم، فلو زوج اليتيمة من نفسه أو ابنه لم يجز

سبعة عشر ، ويأتى بيانه هناك مع زيادة عليها (قوله ذكرناها) من كلام الأشباه (قوله ويعزل) أى يستحق العزل كما فى الزيلعى (قوله لريبة) أى إذا كان له ريبة فى الشهود ومنها ثلاثة شهدوا عنده ثم قال أحدهم قبل القضاء : أستغفر الله كذبت فى شهادتى فسمعه القاضى بلا تعيين شخصه ، فسألهم فقالوا كلنا على شهادتنا فإنه لايقضى بشهادتهم ، ويخرجهم من عنده حتى ينظر فى ذلك بيرى (قوله ولرجاء صلح أقارب) وكذا الأجانب لأن القضاء يورث الضغينة فيحترز عنه مهما أمكن ط عن الشيخ صالح وفى البيرى عن خزانة الأكمل إذا طمع القاضى فى إرضاء الخصمين لابأس بردهم ، ولا ينفذ القضاء بينهما لعلهما يصطلحان ولا يردهما أكثر من مرتين وإن لم يطمع أنفذ القضاء اهـ (قوله وإذا استمهل المدعى) أراد أن المدعى إذا استمهل من القاضى حتى يحضر بينة فإنه يمهله وكذا إذا أقام البينة ثم إن المدعى عليه استمهل من القاضى ، حتى يأتى بالدفع فإنه يجيبه ،ولا يعجل بالحكم اهـ وهذا بعد أن يسأله عن الدفع وكان صحيحا فلو فاسدا لايمهله ، ولا يلتفت إليه كما فى قاضيخان بيرى .

قلت : وسيأتى قبيل باب دعوى الرجلين أنه او قال المدعى عليه لى دفع يمهل إلى المجلس الثانى وزاد البيرى عن الخلاصة مسألة أخرى يؤخر فيها إذا لم يعتمد على فتوى أهل مصره فبعث الفتوى إلى مصر آخر لايأثم بتأخير القضاء .

مطلب لايصح رجوع القاضى عن قضائه إلا فى ثلاث

(قوله لايصح رجوعه عن قضائه) فلو قال رجعت عن قضائى أو وقعت فى تلبيس الشهود أو أبطلت حكمى لم يصح والقضاء ماض كما فى الخانية أشباه قيد بالرجوع ، لأنه لو أنكر القضاء وقال الشهود قضى فالقول له على المفتى به ذكره ابن الغرس وقدمنا أول القضاء عن جامع الفصولين اعتماد خلافه فى زماننا .

مطلب فى حكم القاضى بعلمه

(قوله ولو بعلمه) كما إذا اعترف عنده شخص لآخر بمبلغ وغابا عنه ، ثم تداعى عنده اثنان فحكم على أحدهما ظانا أنه ذلك المعترف ، ثم تبين له أنه غيره له نقضه وتمامه فى شرح الوهبانية ، وهذا مبنى على أن للقاضى العمل بعلمه والفتوى على عدمه فى زماننا كما نقله فى الأشباه عن جامع الفصولين ، وقيد بزماننا لفساد القضاة فيه وأصل المذهب الجواز وسيأتى تمامه فى باب كتاب القاضى إلى القاضى (قوله أو ظهر خطؤه) تقدم بيانه عند قوله ولو قضى بالجور (قوله أو بخلاف مذهبه) تقدم بيانه عند قوله قضى فى مجتهد فيه بخلاف رأيه .

مطلب فعل القاضى حكم

(قوله فعل القاضى حكم الخ) كذا فى الأشباه تفريعا واستثناء وذكر فى البحر أول كتاب القضاء ، فعل القاضى على وجهين .

. . . .

الأول : مالا يكون موضعا للحكم كما لو أذنته مكلفة بتزويجها فزوجها فإنه وكيل عنها ففعله ليس بحكم كما فى القاسمية.

الثانى : مايكون محلا للحكم كتزويج صغيرة لا ولى لها وشرائه وبيعه مال اليتيم وقسمته العقار ونحو ذلك فجزم فى التجنيس بأنه حكم وكذا تزويجه اليتيمة من ابنه. ورده فى نكاح الفتح بأن الأوجه أنه ليس بحكم لانتفاء شرطه أى من الدعوى الصحيحة ، وبأن إلحاقه بالوكيل يكفى للمنع ، يعنى أن الوكيل بالنكاح لايملك التزويج من ابنه فالقاضى بمنزلته ، فيغنى ذلك عن كونه حكما.

وعلى هذا فقولهم شراء القاضى مال اليتيم أو شيئا من الغنيمة لنفسه لايجوز لأنه حكم لنفسه خلاف الأوجه لأن إلحاقه بالوكيل للمنع مغن عن كونه حكما لأن شراء الوكيل لنفسه باطل لكن لما كثر فى كلامهم كون فعله حكما.

مطلب القضاء القولى يحتاج للدعوى بخلاف الفعلى والضمنى

فالأولى أن يقال تصحيحا لكلامهم إن الحكم القولى يحتاج إلى الدعوى والفعلى لا كالقضاء الضمنى لايحتاج إليها وإنما يحتاجها القصدى ، ويدخل الضمنى تبعا . وقال محمد فى الأصل لو طلب الورثة القسمة للعقار وفيهم غائب أو صغير قال الإمام لا أقسم مالم يبرهنوا على الموت والمواريث ، ولا أقضى على الغائب والصغير بقولهم لأن قسمة القاضى قضاء منه وقالا يقسم اه وهذا قاطع للشبهة فتعين الرجوع إلى الحق اه مافى البحر ملخصا :

وحاصله أن مافى الأصل لايمكن إلحاقه بالوكيل فى المنع من القسمة ، فتعين أن العلة مانص عليها من كون فعله حكما ، وتعين التوفيق بما ذكر من أن القضاء الفعلى لايحتاج إلى الدعوى كالضمنى بخلاف القولى القصدى . وبه اندفع مامر عن الفتح من قوله لانتفاء شرطه واندفع أيضا قول ابن الغرس : إن الصواب أن الفعل لايكون حكما نعم قال فى النهر : ممايدل على أنه ليس بحكم إثباتهم خيار البلوغ للصغير والصغيرة بتزويج القاضى على الأصح إذ لو كان تزويجه حكما لزم نقضه اه .

قلت : وقد يقال إن معنى كونه حكما أنه إذا زوج اليتيمة ليس لغيره نقضه كما أفتى به ابن نجيم أى لو رفع إلى حاكم آخر لايراه ليس له نقضه بل عليه تنفيذه ، لأن الحكم يرفع الخلاف ، ولا يلزم من هذا أنه ليس لها خيار البلوغ كما لو زوجها عصبة غير الأب والجد وحكم به القاضى ، فإن حكمه بصحة العقد لاينافى ثبوت خيار البلوغ كما لايخفى فكذا هنا بالأولى .

مطلب فى القضاء الضمنى

[تتمة] قال فى الأشباه : القضاء الضمنى لايشترط له الدعوى ، والخصومة فإذا شهدا على خصم بحق وذكرا اسمه واسم أبيه وجده ، وقضى بذلك الحق كان قضاء بنسبه ضمنا وإن لم يكن فى حادثة النسب اه أى إذا كان المشهود عليه غير مشار إليه ، فلو مشارا إليه لايثبت نسبه كما أوضحه الحموى ثم قال فى الأشباه : وعلى هذا لو شهدا بأن فلانة زوجة فلان ، وكلت زوجها فلانا فى كذا على خصم منكر ، وقضى بتوكيلها كان قضاء بالزوجية بينهما : وهى حادثة الفتوى ، ونظيره مافى الخلاصة من طريق الحكم بثبوت الرمضانية أن يعلق رجل وكالة فلان بدخول رمضان ، ويدعى بحق على آخر ويتنازعا فى دخوله فتقام البينة على رؤياه ، فيثبت رمضان ضمن ثبوت التوكيل وأصل القضاء الضمنى ماذكره أصحاب المتون من أنه لو ادعى كفالة على رجل بمال بإذنه فأقر بها ، وأنكر الدين فبرهن على الكفيل بالدين وقضى عليه بها كان قضاء عليه قصدا وعلى الأصيل الغائب ضمنا وله فروع

إلا فى مسألتين : إذا أذن الولى للقاضى بتزويجها كان وكيلا ، وإذا أعطى فقيرا من وقف الفقراء كان له إعطاء غيره .
أمر القاضى حكم إلا فى مسألة الوقف المذكورة فأمره فتوى فلو صرف بغيره صح .
القاضى يحلف غريم الميت ولو أقر به المريض :

وتفاصيل ذكرناها فى الشرح اه (قوله إلا فى مسألتين الخ) استثناء من قوله فعل القاضى حكم ، ووجه الأولى أن فعله بطريق الوكالة ، ووجه الثانية أن فعله كفعل الواقف فلقاض آخر نقضه كما فى منتخب المحيط الرضوى ، وقيد ذلك فيه بقيدين عن بعض المشايخ فإنه قال : وإن أعطى القاضى بعض القرابة أى فقيرا من قرابة الواقف ، ولم يقض له بذلك ولم يجعله راتبة فى الوقف كان لقاض آخر نقضه لكن ذكر فى الأشباه من القاعدة الخامسة أن تقرير القاضى المرتبات غير لازم إلا إذا حكم بعدم تقرير غيره فحينئذ يلزم وهى فى الخصاف أفاده البيرى .

مطلب أمر القاضى حكم

(قوله أمر القاضى حكم) قدمنا أول القضاء أنهم اتفقوا على أن أمره بحبس المدعى عليه بالحق كأمره بالأخذ منه وعلى أن أمره بصرف كذا من وقف الفقراء إلى فقير من قرابة الواقف ليس بحكم حتى لو صرفه إلى فقير آخر صح واختلفوا فى قولهم سلم الدار وتمام الكلام عليه فى البحر والنهر هناك .

مطلب يحلف القاضى غريم الميت

(قوله القاضى يحلف غريم الميت) لم يبين أن هذا التحليف واجب أم لا ، وتوقف فيه المقدسى ، لكن قال فى الخلاصة عن أدب القاضى للخصاف : وأجمعوا على أن من ادعى دينا على الميت يحلف من غير طلب الوصى والوارث بالله ما استوفيت دينك من المديون ، ولا من أحد أداه إليك عنه ولا قبضه قابض ولا أبرأته ولا شيئا منه ولا أحلت بذلك ولا بشىء منه على أحد ولا عندك به ولا بشىء منه رهن اه وعلله الصدر الشهيد بأن اليمين ليست للوارث ههنا ، وإنما هى للتركة لأنه قد يكون له غريم آخر أو موصى له فالحق فى هذا فى تركة الميت فعلى القاضى الاحتياط فى ذلك وقال قبله ، ولا يدفع له شيئا حتى يستحلفه اه فحيث أجمعوا على تحليفه وذكروا أنه لا يدفع إليه المال ، حتى يستحلف ، ولو لم يفعل ذلك لم تستوف الدعوى شرطها فلا ينفذ حكمه بالدفع والقبض والقاضى مأمور بالحكم بأصح أقوال الإمام ، فإذا حكم بغيره لم يصح فكيف وقد أجمعوا على التحليف وتمامه فى الحامدية قال فى البحر من الدعوى : ولا خصوصية للدين بل فى كل موضع يدعى حقا فى التركة ، وأثبته بالبينة وعزاه إلى الولوالجية ثم قال : ولم أر حكم من ادعى أنه دفع للميت دينه وبرهن هل يحلف وينبغى أن يحلف احتياطا اه قال محشيه الرملى : قد يقال إنما يحلف فى مسألة مدعى الدين على الميت احتياطا لاحتمال أنهم شهدوا باستصحاب الحال وقد استوفاه فى باطن الأمر ، وأما فى مسألة دفع الدين فقد شهدوا على حقيقة الدفع فانتفى الاحتمال المذكور اه . وهذا وجيه كما لا يخفى :

[تنبيه] قيد بالقاضى لأن للوصى أن يدفع ذلك للمقر له إذا أقر به الميت عنده كما نصوا عليه وتمامه فى البيرى (قوله ولو أقر به المريض) أى فى مرض موته قال فى التتارخانية وقال القاضى الإمام أبو على النسفى : عرفنا أن الدين إذا تقادم وجوبه حتى يتوهم سقوطه بهذه الأسباب فغريم الميت يستحلف وكنا نظن أن الدين إذا ثبت

لايقبل قول أمين القاضي إنه حلف المخدرة إلا بشاهدين :

من اعتمد على أمر القاضي الذي ليس بشرعي لم يخرج عن العهدة اه وقدمنا في الوقف عن المنظومة المحبية معزيا للمبسوط أن للسلطان مخالفة شرط الواقف لوغالبه قرى ومزارع وأنه يعمل بأمره وإن غاير الشرط فليحفظ :

قلت : وأجاب صنعى أفندى بأنه متى كان في الوقف سعة ولم يقصر في أداء خدمته لايمنع فتنبه . وفي الوهبانية يحبس الولي بدين الصغير حتى يوفيه أو يظهر فقر الصغير .

قلت : لكن قدم شارحها عن قاضيخان أن الحر والعبد والبالغ والصبي في الحبس سواء فيتأمل نفيه هنا قاله الشرنبلالي: قال : وليس للقاضي البيع مع وجود أب أو وصي وهي فائدة حسنة .

قلت : وفي القنية ومتى باعا فللقاضي نقضه لو أصلح كما نظمه الشارح فضممته للمتن مغيرا لبعضه فقلت :

وينقض بيع من أب أو وصيه ولو مصلحا والأصلح النقض يسطر

بإقرار المريض في مرض موته أن الغريم لايستحلف ، لأنه ذكر في المبسوط في مواضع أن المريض إذا أقر في مرضه بالديون للغرماء ، فإنهم يعطون ذلك ولم يشترط اليمين والخصاف ذكر اليمين هنا وهذا الشيء استفيد من جهته اه بيرى (قوله إنه حلف المخدرة) هي التي لا تخالط الرجال وإن خرجت لحاجة وحمام كذا ذكره الشارح عن القنية في باب الشهادة على الشهادة (قوله إلا بشاهدين) هذه عبارة الأشباه ، وظاهرها أنه لابد من شاهدين غير الأمين وقدم عن الصغرى أنه يقبل قول شاهد معه قال شيخ صالح : ولعل ذلك لاختلاف الروايتين ط (قوله وقدمنا في الوقف الخ) كان الأولى ذكره عند قوله أمر السلطان إنما ينفذ الخ (قوله أن للسلطان مخالفة شرط الواقف) فيجوز له إحداث وظيفة أو مرتب إذا كان المقرر في ذلك من مصارف بيت المال ط (قوله لو غالبه قرى ومزارع) بأن كان الواقف له سلطانا أو واحدا من الأمراء ، ولم يعلم تملكه لها بوجه شرعي ، ولذا علله الشارح هناك بقوله لأن أصلها لبيت المال ، وأفتى المفتي أبو السعود أفندي بأن أوقاف الملوك والأمراء لايراعى شروطها ، لأنها من بيت المال أو ترجع إليه اه . وقدمنا تمام الكلام على ذلك في الوقف (قوله وأجاب صنعى أفندى) أي عن سؤال سئل عنه (قوله متى كان في الوقف سعة) بفتح السين والعين المهملتين أي بأن كانت غلته وافرة (قوله ولم يقصر) أي ذو الوظيفة التي أحدثها السلطان (قوله لا يمنع) أي من تناول ما قرره له .

مطلب في حبس الصبي

(قوله يحبس الولي الخ) في البحر لا يحبس صبي على دين الاستهلاك ولو له مال من عروض وعقار إذا لم يكن له أب أو وصي ، والرأي فيه للقاضي ، فيأذن في بيع بعض ماله للإيفاء ، ولو له أب أو وصي يحبس إن امتنع من قضاء دينه من ماله أي مال الصبي ، ولا يحبس الصبي إلا بطريق التأديب لئلا يتجاسر إلى مثله إذا باشر شيئا من أسباب التعدي قصدا فلو خطأ فلا كذا في كفالة المبسوط وفي المحيط للقاضي حبس الصبي التاجر تأديبا لا عقوبة ، لئلا يماطل حقوق العباد فإن الصبي يؤدب لينزجر عن الأفعال الذميمة اه (قوله فيتأمل نفيه هنا) قد علمت من عبارتي المبسوط والمحيط أن نفيه على وجه العقوبة وإثباته على وجه التأديب وهو شامل أيضا للمأذون والمحجور فافهم (قوله قال) أي الشرنبلالي وقد عزاه في النهر للطرسوسي أخذا من قول المبسوط ولو له أب أو وصي الخ (قوله فللقاضي نقضه) أي نقض بيع الأب والوصي لو النقض أصلح للصغير (قوله كما نظمه الشارح) أي شارح الوهبانية القاضي عبد البر بن الشحنة (قوله ولو مصلحا) إنما ذكره لأنهم صرحوا بأن شرط بيع الأب عقار الصغير بمثل القيمة كونه محمودا أو مستورا ، فلو كان مفسدا لايجوز إلا بضعف القيمة (قوله والأصلح النقض)

ويحبس في دين على الطفل والد ... وصى وللتأديب بعض يصوّر
وفى الدين لم يحبس أب ومكاتب ... وعبد لمولاه كعكس ومعسر

نعم لو العبد مديونا يحبس المولى بدينه لأنه للغرماء ، وكذا يحبس بدين مكاتبه إلا فيما كان من جنس الكتابة ، ففى عتاق الوهبانية :

وفى غير جنس الحق يحبس سيدا ... مكاتبه والعبد فيها مخير

وفى حجرها : ويحبس ذو الكتب الصحاح المحرر ... على الدين إذ بالكتب ماهو معسر

باب التحكيم

الواو للحال وقوله يسطر بسكون السين جملة استئنافية (قوله ويحبس الخ) أى يحبس الوالد والوصى فى دين على الطفل لأجنبي إذا كان للطفل مال وامتنعا من أدائه كما علم مما مر (قوله وصى) على تقدير الواو العاطفة (قوله وللتأديب الخ) أى وحبس الصبي للتأديب بعض المشايخ تصوروا (قوله وفى الدين لم يحبس أب) تقدمت هذه المسألة فى قوله لايحبس أصل وإن علا فى دين فرعه بل يقضى القاضي دينه من عين ماله أو قيمته الخ واحترز بالدين عن النفقة فإنه يحبس بها كما مر هناك (قوله ومكاتب) بفتح التاء أى لايحبس المكاتب بدين الكتابة ، فإن كان دينا آخر يحبس به للمولى ومنهم من منعه لأنه يتمكن من إسقاطه بالتعجيز وصححه فى المبسوط وعليه الفتوى بحر عن أنفع الوسائل (قوله وعبد لمولاه) أى لدين مولاه أطلقه الزيلعي فظاهره ولو كان مديونا بحر (قوله كعكس) أى عكس المكاتب والعبد فلا يحبس المولى بدين مكاتبه إن كان من جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة ، وإلا يحبس لتوقفها على الرضا ، ولا يحبس المولى بدين عبده المأذون غير المديون وإن مديونا يحبس لحق الغرماء بحر وذكره الشارح بعد .

مطلب جملة من لا يحبس عشرة

(قوله ومعسر) أى من ظهر إعساره بعد حبسه المدة التى يراها القاضى فلا يحبس بعدها وبهذا بلغ عدد من لا يحبس سبعة أولها الصبي أو كلها فى النظم قدعدها فى البحر كذلك لكنه أسقط المعسر وذكر بدله العاقلة إن كان لهم عطاء فلا يحبسون فى دية وأرش ، ويؤخذ من العطاء وإن لم يكن عطاء يحبسون ثم قال : ويزاد مسئلتان لا يحبس المديون إذا علم القاضى أن له مالا غائبا أو محبوسا موسرا فصارت تسعا اهـ .

قلت : وبالمعسر صارت عشرا (قوله نعم الخ) تقييد لقوله كعكس (قوله إلا فيما كان من جنس الكتابة) الأولى أن يقول : إن لم يكن من جنس الكتابة فإنه تقييد أيضا لقوله كعكس كما علم من عبارة البحر المارة آنفا (قوله سيدا) مفعول مقدم على فاعله وهو مكاتبه (قوله العبد فيها) أى فى الكتابة مخير ، لأنها عقد غير لازم فى جانبه فله فسخها (قوله المحرر) اسم فاعل أى الذى حرر الكتب وصححها واحتاج إليها لاعتماده عليها (قوله إذ بالكتب ما هو معسر(١)) إذ قضاء الدين مقدم على حاجته إليها وإن كان فقيرا فى حق أخذ الصدقة وعدم وجوب الزكاة كما لو كان له قوت شهر فإنه يباع عليه وهو موسر ولا يباع عليه قوت يومه كما فى القنية والله سبحانه أعلم .

باب التحكيم

لما كان من فروع القضاء وكان أحط رتبة من القضاء أخره ، ولهذا قال أبو يوسف : لايجوز تعليقه بالشرط

(١) قوله (إذ هو بالكتب الخ) هكذا بخطه ، والذى فى نسخ الشارح إذ بالكتب الخ وهو الموافق للوزن اهـ مصححه .

(هو) لغة : جعل الحكم فيما لك لغيرك . وعرفا : (تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما . وركنه لفظه الدال عليه مع قبول الآخر) ذلك (وشرطه من جهة المحكم) بالكسر (العقل لا الحرية والإسلام) فصح تحكيم ذمي ذميا (و) شرطه (من جهة المحكم) بالفتح (صلاحيته للقضاء) كمامر (ويشترط الأهلية) المذكورة (وقته) أي التحكيم (ووقت الحكم جميعا ، فلو حكما عبدا فعتق أو صبيا فبلغ أو ذميا فأسلم ثم حكم لاينفذ كما) هو الحكم (في مقلد) بفتح اللام مشددة بخلاف الشهادة وقدمنا أنه لو استقضى العبد ثم عتق فقضى صح وعزاه سعدى أفندى للمبتغي(حكما رجلا) معلوما إذ لو حكما أول من يدخل المسجد لم يجز إجماعا للجهالة (فحكم بينهمابيينة أو إقرار أونكول)

وإضافته إلى وقت ، بخلاف القضاء لكونه صلحا من وجه بحر (قوله هو لغة الخ) في الصحاح ويقال حكمته في مالي إذا جعلت إليه الحكم فيه اهـ : وهذه العبارة لا تدل على أن التحكيم لغة خاص بالمال خلافا لما توهمه عبارة الشارح ، ولذا قال في المصباح : حكمت الرجل بالتشديد فوضت الحكم إليه (قوله وعرفا تولية الخصمين) أي الفريقين المتخاصمين ، فيشمل ما لو تعدد الفريقان ولذا أعيد عليهما ضمير الجماعة في قوله تعالى - هذان خصمان اختصموا - وفي المصباح : الخصم يقع على المفرد وغيره والذكر والأنثى بلفظ واحد ،وفي لغة يطابق في التثنية والجمع فيجمع على خصوم وخصام اهـ فافهم (قوله حاكما) المراد به مايعم الواحد والمتعدد :

[تنبيه] في البحر عن البزازية قال بعض علمائنا : أكثر قضاة عهدنا في بلادنا مصالحون ، لأنهم تقلدوا القضاء بالرشوة ، ويجوز أن يجعل حاكما بترافع القضية ،واعترض بأن الرفع ليس على وجه التحكيم بل على اعتقاد أنه ماضي الحكم وحضور المدعى عليه قد يكون بالأشخاص والجبر فلا يكون حكما، ألا ترى أن البيع قد ينعقد ابتداء بالتعاطي ، لكن إذا تقدمه بيع باطل أو فاسد وترتب عليه التعاطي لا ينعقد البيع لكونه ترتب على سبب آخر فكذا هنا ولهذا قال السلف القاضي النافذ حكمه أعز من الكبريت الأحمر اهـ قال ط : وبعض الشافعية يعبر عنه بأنه قاضي ضرورة إذ لا يوجد قاض فيما علمناه من البلاد إلا وهو راش ومرتش اهـ وانظر ما قدمناه أول القضاء (قوله وركنه لفظه الخ) أي ركن التحكيم لفظه الدال عليه أي اللفظ الدال على التحكيم كاحكم بيننا أو جعلناك حكما أو حكمناك في كذا ، فليس المراد خصوص لفظ التحكيم (قوله مع قبول الآخر) أي المحكم بالفتح فلو لم يقبل لا يجوز حكمه إلا بتجديد التحكيم بحر عن المحيط (قوله من جهة المحكم) أي جنسه الصادق بالفريقين وشمل ما لو كان أحدهما قاضيا كما في القهستاني (قوله لا الحرية) فتحكيم المكاتب والعبد المأذون صحيح بحر (قوله فصح تحكيم ذمي ذميا) لأنه أهل للشهادة بين أهل الذمة دون المسلمين ، ويكون تراضيهما عليه في حقهما كتقليد السلطان إياه ، وتقليد الذمي ليحكم بين أهل الذمة صحيح لابين المسلمين ، وكذلك التحكيم هندية عن النهاية ط وفي البحر عن المحيط : فلو أسلم أحد الخصمين قبل الحكم لم ينفذ حكم الكافر على المسلم وينفذ للمسلم على الذمي،وقيل : لا يجوز للمسلم أيضا وتحكيم المرتد موقوف عنده ، فإن حكم ثم قتل أو لحق بطل وإن أسلم نفذ وعندهما جائز بكل حال (قوله كما مر) أي في الباب السابق في قوله : والمحكم كالقاضي ، وأفاد جواز تحكيم المرأة والفاسق لصلاحيتهما للقضاء والأولى أن لا يحكما فاسقا بحر (قوله وقته ووقت الحكم جميعا) وكذا فيما بينهما بخلاف القاضي كما سيأتي في المسائل المخالفة بحر (قوله فلو حكما عبدا الخ) ولو حكما حرا وعبدا فحكم الحر وحده لم يجز وكذا إذا حكما بحر عن المحيط (قوله في مقلد) بفتح اللام مبني للمجهول أي فيمن قلده الإمام القضاء (قوله بخلاف الشهادة) فإن اشتراط الأهلية فيها عند الأداء فقط وأشار بهذا إلى فائدة قول المصنف : صلاحيته للقضاء حيث لم يقل للشهادة (قوله وقدمنا) أي قبيل قوله وإذا رفع إليه حكم قاض وأشار بهذا إلى أن قوله

ورضيا بحكمه (صح لو فى غـير حد وقود ودية على عاقلة) الأصل أن حـكم المحكم بمنزلة الصلح وهذه لا تجوز بالصلح فلا تجوز بالتحكيم (وينفرد أحدهما بنقضه) أى التحكيم بعد وقوعه (كما) ينفرد أحد العاقدين (فى مضاربة وشركة ووكالة) بلا التماس طالب (فإن حكم لزمهما) ولا يبطل حكمه بعزلها لصدوره عن ولاية شرعية و (لا) يتعدى حكمه إلى (غيرهما) إلا فى مسألة ،او حكم أحد الشريكين وغريما له رجلا فحكم بينهما وألزم الشريك تعدى للشريك الغائب لأن حكمه كالصلح بحر (فلو حكماه فى عيب مبيع فقضى برده ليس للبائع رده على بائعه إلا برضا البائع الأول والثانى والمشترى)

كما فى مقلد ليس متفقا عليه وقدمنا أول القضاء عند قوله : وأهله أهل الشهادة أن فيه روايتين وأنه فى الواقعات الحسامية قال الفتوى على أنه لاينعزل بالردة ، لأن الكفر لاينافى ابتداء القضاء فى إحدى الروايتين وإن هذا يؤيد رواية صحة تولية الكافر والعبد وصحة حكمها بعد الإسلام والعتق بلا تجديد تولية وبه جزم فى البحر واقتصر عليه فى الفتح خلافا لما مشى عليه المصنف هنا وأن هذا بخلاف الصبى إذا بلغ فإنه لابد من تجديد توليته وقدمنا وجه الفرق هناك فافهم وهل تجرى هذه الرواية فى المحكم ؟ لم أره والظاهر لا .

مطلب حكم بينهما قبل تحكيمه ثم أجازاه جاز

(قوله ورضيا بحكمه) أى إلى أن حكم كذا فى الفتح ، فأفاد أنه احترز عما لو رجعا عن تحكيمه قبل الحكم أو عما لو رضى أحدهما فقط ، لـكن كان الأولى ذكره قبل قوله : فحكم لئلا يوهم اشتراط الرضا بعد الحكم مع أنه إذا حكم لزمهما حكمه كما فى الكنز وغيره ويأتى متنا أو يذكره هنا بأو ليدخل مالو حكم بينهما قبل تحكيمه ثم قالا رضينا بحكمه وأجزناه فإنه جائز كما نقله ط عن الهندية (قوله صح لو فى غير حد وقود الخ) شمل سائر المجتهدات من حقوق العباد كما ذكره بعد ،وما ذكره من منعه فى القصاص تبعا للكنز وغيره هو قول الخصاف وهو الصحيح كما فى الفتح ،ومافى المحيط من جوازه فيه لأنه من حقوق العباد ضعيف رواية ودراية ، لأن فيه حق الله تعالى أيضا وإن كان الغالب حق العبد وكذاما اختاره السرخسى من جوازه فى حق القذف ضعيف بالأولى لأن الغالب فيه حق الله تعالى على الأصح بحر (قوله ودية على عاقلة) خرج مالو كانت على القاتل بأن ثبت القتل بإقراره ، أو ثبتت جراحة ببينة وأرشها أقل مما تحمله العاقلة خطأ كانت الجراحة أو عمدا ، أو كانت قدر ماتتحمله ولـكن كانت الجراحة عمدا لاتوجب القصاص فينفذ حكمه وتمامه فى البحر (قوله بمنزلة الصلح) لأنهما توافقا على الرضا بما يحكم به عليهما (قوله وهذه لاتجوز بالصلح) اعترض بأنه سيأتى فى الصلح جوازه فى كل حق يجوز الاعتياض عنه ، ومنه القصاص لا فيما لايجوز ، ومنه الحدود .

أقول : منشأ الاعتراض عدم فهم المراد فإن المراد أن هذه الثلاثة لاتثبت بالصلح أى بأن اصطلحا على لزوم الحد أو لزوم القصاص الخ : وماسيأتى فى الصلح معناه أنه يجوز الصلح عن القصاص بمال لأنه يجوز الاعتياض عنه بخلاف الحد ، فالقصاص هنا مصالح عنه ، وفى الأول مصالح عليه ، والفرق ظاهر كما لايخفى (قوله بعد وقوعه) الأولى أن يبدله بقوله قبل الحكم (قوله كما ينفرد أحد العاقدين الخ) أى بنقض العقد وفسخه إذا علم الآخر ولو بكتابة أو رسول على تفصيل مر فى الشركة ، ويأتى فى الوكالة والمضاربة إن شاء الله تعالى (قوله بلا التماس طالب) يعنى أن الموكل ينفرد بعزل الوكيل مالم يتعلق بالتوكيل حق المدعى كما لو أراد خصمه لسفر فطالب منه أن يوكل وكيلا بالخصومة فليس له عزله كما سيأتى فى بابه (قوله وغريما له) منصوب على أنه مفعول معه (قوله لأن حكمه كالصلح) والصلح من صنيع التجار ، فكان كل واحد من الشريكين راضيا بالصلح وما فى معناه بحر

بتحكيمه فتح ثم استثناء الثلاثة يفيد صحة التحكيم فى كل المجتهدات كحكمه بكون الكنايات رواجع وفسخ اليمين المضافة إلى الملك وغير ذلك لكن هذا مما يعلم ويكتم وظاهر الهداية أنه يجيب بلا بحل فتأمل (وصح إخباره بإقرار أحد الخصمين وبعدالة الشاهد حال ولايته) أى بقاء تحكيمهما

(قوله بتحكيمه) متعلق برضا (قوله ثم استثناء الثلاثة) أى الحد والقود والدية على العاقلة وكان الأولى ذكر هذا عقبها (قوله فى كل المجتهدات) أى المسائل التى يسوغ فيها الاجتهاد من حقوق العباد كالطلاق والعتاق والكتابة والكفالة والشفعة والنفقة والديون والبيوع بخلاف ما خالف كتابا أو سنة وإجماعا (قوله كحكمه بكون الكنايات رواجع الخ) قال الصدر الشهيد فى شرح أدب القضاء هو الظاهر عند أصحابنا وهو الصحيح ، لكن مشايخنا امتنعوا عن هذه الفتوى وقالوا يحتاج إلى حكم الحاكم كما فى الحدود والقصاص كى لا يتجاسر العوام فيه اه .

قال فى الفتح : وفى الفتاوى الصغرى حكم المحكم فى الطلاق المضاف ينفذ لكن لايفتى به وفيها روى عن أصحابنا ماهو أوسع من هذا ، وهو أن صاحب الحادثة لو استفتى فقيها عدلا فأفتاه ببطلان اليمين وسعه اتباع فتواه وإمساك المرأة المحلوف بطلاقها . وروى عنهم ماهو أوسع وهو إن تزوج أخرى وكان حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها فاستفتى فقيها آخر فأفتاه بصحة اليمين فإنه يفارق الأخرى ويمسك الأولى عملا بفتواهما اه (قوله وغير ذلك) كما إذا مس صهرته بشهوة وانتشر لها فحكم الزوجان حكما ليحكم لهما بالحل على مذهب الشافعى ، فالأصح هو النفاذ إن كان الحكم يراه وإلا فالصحيح عدمه أفاده فى البحر عن القنية (قوله وظاهر الهداية الخ) حيث قال قالوا : وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم فى سائر المجتهدات ، وهو الصحيح إلا أنه لايفتى به ويقال يحتاج إلى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام اه أى تجاسرهم على هدم المذهب فتح . ومثل عبارة الهداية عبارة شرح أدب القضاء المارة آنفا ، وتقدم فيها أن الصحيح صحة التحكيم ، وأنه الظاهر عن أصحابنا وكان ماهنا ترجيح للقول الآخر المقابل للصحيح . والمتبادر من عبارة الهداية : أنه لايفتى بجوازه فى سائر المجتهدات . لكن ذكر فى البحر عن الولوالجية ، والقنية ماهو كالصريح فى أن ذلك فى اليمين المضافة ونحوها ، ونحوه ماقدمناه آنفا عن الفتح عن الفتاوى الصغرى : وبأتى التصريح به فى المخالفات ، ولكن يتأمل فى وجه المنع من عدم الإفتاء به ، والتعليل بأن لايتجاسر العوام على هدم المذهب لايظهر فى خصوص اليمين المضافة ونحوها .

ثم رأيت المقدسى توقف فى ذلك أيضا وأجاب بما حاصله : أنهم منعوا من تولية القضاء لغير الأهل لئلا يحكم بغير الحق وكذلك منعوا من التحكيم هنا لئلا يتجاسر العوام على الحكم بغير علم .

قلت : هذا يفيد منع التحكيم مطلقا إلا لعالم . والأحسن فى الجواب أن يقال : إن الحالف فى اليمين المضافة إذا كان يعتقد صحتها يلزمه العمل بما يعتقده ، فإذا حكم بعدم صحتها حاكم مولى من السلطان لزمه اتباع رأى الحاكم وارتفع بحكمه الخلاف ، أما إذا حكم رجلا فلا يفيده شيئا سوى هدم مذهبه لأن حكم المحكم بمنزلة الصلح لايرفع خلافا ولا يبطل العمل بما كان الحالف يعتقده فلذا قالوا لا يفتى به ولابد من حكم المولى هذا ماظهر لى والله سبحانه أعلم .

[تنبيه] سيأتى فى المخالفات أنه لايصح حكمه بمافيه ضرر على الصغير بخلاف القاضى (قوله وصح إخباره الخ) أى إذا قال لأحدهما أقررت عندى ، أو قامت عندى بينة عليك لهذا فعدلوا عندى ، وقد ألزمتك بذلك وحكمت لهذا فأنكر المقضى عليه لايلتفت إلى إنكاره ومضى القضاء عليه مادام المجلس باقيا ، لأن المحكم مادام تحكيمهما قائما كالقاضي المقلد إلا أن يخرجه المخاطب عن الحكم ، ويعزله قبل أن يقول حكمت عليك أو قاله بعد المجلس

(لا) يصح (إخباره بحكمه) لانقضاء ولايته (ولا يصح حكمه لأبويه وولده وزوجته) كحكم القاضي (بخلاف حكمهما) أي القاضي والمحكم (عليهم) حيث يصح كالشهادة (حكما رجلين فلابد من اجتماعهما) على المحكوم به (ويمضي) القاضي (حكمه إن وافق مذهبه وإلا أبطله) لأن حكمه لا يرفع خلافا (وليس له) للمحكم (تفويض التحكيم إلى غيره وحكمه بالوقف لا يرفع خلافا) على الصحيح خانية (فلو رفع إلى موافق) لمذهبه (حكم) ابتداء (بلزومه) بشرطه (ولا يمضيه) لأنه لم يقع معتبرا.

والحاصل أنه كالقاضي إلا في مسائل عد منها في البحر سبعة عشر منها لو ارتد انعزل فإذا أسلم احتاج لتحكيم جديد

لأنه بالقيام عنه ينعزل كما ينعزل بعزل أحدهما قبل الحكم فصار كالقاضي إذا قال بعد العزل قضيت بكذا لا يصدق فتح (قوله لا يصح إخباره بحكمه) أي بعد ما قام (قوله كحكم القاضي) فإنه لا يصح لمن لا تقبل شهادته له (قوله فلا بد من اجتماعهما) فلو حكم أحدهما أو اختلفا لم يجز كما في البحر عن الولوالجية وفيه عن الخصاف لو قال لامرأته أنت علي حرام، ونوى الطلاق دون الثلاث فحكما رجلين، فحكم أحدهما بأنها بائن وحكم الآخر بأنها بائن بالثلاث لم يجز لأنهما لم يجتمعا على أمر واحد اه (قوله ويمضي حكمه) أي إذا رفع حكمه إلى القاضي إن وافق مذهبه أمضاه وإلا أبطله، وفائدة إمضائه ههنا أنه لو رفع إلى قاض آخر يخالف مذهبه ليس لذلك القاضي ولاية النقض فيما أمضاه هذا القاضي جوهرة. وفي البحر ولو رفع حكمه إلى حكم آخر حكماه بعد فالثاني كالقاضي يمضيه إن وافق رأيه وإلا أبطله (قوله لأن حكمه لا يرفع خلافا) لقصور ولايته عليهما بخلاف القاضي العام (قوله للمحكم) بدل من له (قوله تفويض التحكيم إلى غيره) فلو فوض وحكم الثاني بلا رضاهما فأجازه القاضي لم يجز إلا أن يجيزاه بعد الحكم، وقيل ينبغي أن يكون كالوكيل الأول إذا أجاز فعل الوكيل الثاني فتح (قوله وحكمه بالوقف) أي بلزومه لا يرفع خلافا أي خلاف الإمام القائل بعدم لزومه، بل يبقى عنده غير لازم يصح رجوعه عنه (قوله بشرطه) أي من كونه مفرزا عقارا ونحو ذلك مما مر في بابه (قوله ولا يمضيه) عبارة البحر لا أنه يمضيه (قوله عد منها في البحر سبعة عشر) أشار إلى أنها تزيد على ذلك وهو كذلك وتقدم كثير منها في الشرح والمتن؛ منها أنه لو استقضى العبد ثم عتق فقضى صح على أحد القولين بخلاف المحكم كما مر، وأنه لا بد من تراضيهما عليه وأن التحكيم لا يصح في حد وقود ودية على العاقلة، وأن لكل منهما عزله قبل الحكم، وأنه لا يتعدى حكمه في الرد بالعيب إلى بائع البائع، وأنه لا يفتي بحكمه في فسخ اليمين المضافة ونحوها وأنه لا يصح إخباره بحكمه بخلاف القاضي على ما سيأتي في آخر المتفرقات، وأنه لو خالف حكمه رأي القاضي أبطله، وأنه ليس له التفويض إلى غيره، وأن الوقف لا يلزم بحكمه فهذه عشرة مسائل مذكورة في البحر. وبقي أنه لا يجوز تعليقه ولا إضافته عند أبي يوسف وأنه لا يتعدى حكمه إلى الغائب لو كان ما يدعي عليه سببا لما يدعى على الحاضر، وأنه لا يجوز كتابه إلى القاضي كعكسه وأنه لا يحكم بكتاب قاض إلا إذا رضي الخصمان وأنه لا يتعدى حكمه من وارث إلى الباقي والميت وأنه لا يتعدى حكمه على وكيل بعيب المبيع إلى موكله وأنه لا يصح حكمه على وصي صغير بما فيه ضرر على الصغير وأنه لا يتقيد ببلد التحكيم بل له الحكم في البلاد كلها، وأنه لو اختلف الشاهدان فشهد أحدهما أنه وكل زيدا بالخصومة إلى قاضي الكوفة والآخر إلى قاضي البصرة تقبل لا لو شهد أحدهما بذلك إلى الفقيه فلان والآخر إلى الفقيه فلان آخر، لأن الحكم متوسط، وقد يكون أحد الحكمين أحذق من الآخر فلا يرضى الموكل بالآخر بخلاف ما لو كان المطلوب نفس القضاء فإنه لا يختلف كما في شرح أدب القضاء فهذه تسع مذكورة في البحر أيضا وذكر فيه أربع مسائل أخر ذكرها الشارح بعد، فهذه ثلاث وعشرون مسألة وزاد في البحر أخرى حيث قال: ثم اعلم أنهم قالوا إن القضاء يتعدى إلى الكافة

بخلاف القاضي ومنها لورد الشهادة لتهمة فلغيره قبولها . وينبغي أن لايلي الحبس ولم أره وكذا لم أر حكم قبوله الهدية وينبغي أن لا تجوز إن أهدى إليه وقت التحكيم.

باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره

أراد بغيره قوله والمرأة تقضي الخ (القاضي يكتب إلى القاضي في) كل حق به يفتى استحسانا (غير حد وقود) للشبهة

في أربع الحرية والنسب والنكاح والولاء ولم يصرحوا بحكمها من المحكم ويجب أن لايتعدى ، فتسمع دعوى الملك في المحكوم بعتقه من المحكم بخلاف القاضي اه :

قلت : ويزاد أيضا أنه ينعزل بقيامه من المجلس كما قدمناه عن الفتح فهي أربعة وعشرون (قوله بخلاف القاضي) فإن الفتوى على أنه لاينعزل بالردة كما قدمناه فإذا أسلم لايحتاج إلى تولية جديدة (قوله فلغيره قبولها) بخلاف مالو رد قاض شهادة للتهمة لايقبلها قاض آخر ، لأن القضاء بالرد نفذ على الكافة بحر عن المحيط (قوله وينبغي أن لايلي الحبس ولم أره) كذا في بعض نسخ البحر ، وفي بعضها قبل قوله ولم أره مانصه وفي صدر الشريعة من باب التحكيم قال: وفائدة إلزام الخصم أن المتبايعين إن حكما حكما فالحكم يجبر المشتري على تسليم الثمن والبائع على تسليم المبيع ومن امتنع يحبسه اه فهذا صريح في أن الحكم يحبس اه (قوله وكذا الخ) هذا من البحر أيضا حيث قال: وكذا لم أر حكم قبول الهداية وإجابة الدعوة ، وينبغي أن يجوزا له لانتهاء التحكيم بالفراغ إلا أن يهدي إليه وقته من أحدهما فينبغي أن لايجوز اه وذكر الرحمتي أن الذي ينبغي الجواز لأن من ارتاب فيه له عزله قبل الحكم بخلاف القاضي اه وفيه نظر والله سبحانه أعلم :

باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره

هذا أيضا من أحكام القضاء غير أنه لايتحقق في الوجود إلا بقاضيين ، فهو كالمركب بالنسبة لما قبله فتح وهذا أولى من قول الزيلعي إنه ليس من كتاب القضاء لأنه إما نقل شهادة أو نقل حكم : نعم هو من عمل القضاة فكان ذكره فيه أنسب اه وحيث كان من عملهم فكيف ينفيه بحر : وأجاب في النهر بأن المنفي كونه قضاء والمثبت كونه من أحكامه (قوله وغيره) عطف على كتاب ط (قوله إلى القاضي) أي البعيد بمسافة يأتي بيانها وأفاد أن قاضي مصر يكتب إلى مثله وإلى قاضي الرستاق ، بخلاف العكس وفيه خلاف يأتي قال في الفتح : ولو كتب القاضي إلى الأمير الذي ولاه أصلح الله الأمير ثم قص القصة وهو معه في المصر فجاء به ثقة يعرفه الأمير ففي القياس لايقبل لأن إيجاب العمل بالبينة ، ولأنه لم يذكر اسمه واسم أبيه : وفي الاستحسان يقبل لأنه متعارف ولا يليق بالقاضي أن يأتي في كل حادثة إلى الأمير ليخبره ، ولو أرسل رسولا ثقة كان كالمرسل في جواز العمل به ، فكذا إذا أرسل كتابه ولم يجر الرسم في مثله من مصر إلى مصر فشرطنا هناك كتاب القاضي إلى القاضي اه أي شرطنا ذلك فيما إذا كان الأمير في مصر آخر وقد أسقط في البحر والنهر من عبارة الفتح قوله ولم يجر الرسم في مثله من مصر إلى مصر فاختل نظام الكلام فافهم (قوله كل حق) من نكاح وطلاق وقتل موجبه مال وأعيان ولو منقولة وهو المروي عن محمد وعليه المتأخرون ، وبه يفتى للضرورة وفي ظاهر الرواية لايجوز في المنقول للحاجة إلى الإشارة إليه عند الدعوى والشهادة ، وعن الثاني تجويزه في العبد لغلبة الإباق فيه لا في الأمة وعنه تجويزه في الكل قال في الإسبيجابي وعليه الفتوى بحر (قوله استحسانا) والقياس أن لايجوز لأن كتابته لاتكون أقوى من عبارته وهو لو أخبر القاضي في محله لم يعمل باخباره فكتابه أولى وإنما جوزناه لأثر علي رضي الله تعالى عنه وللحاجة بحر

(فإن شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة وكتب بحكمه) ليحفظ (و) كتاب الحكم (هو السجل الحكمي) أي الحجة التي فيها حكم القاضي هذا في عرفهم وفي عرفنا كتاب كبير تضبط فيه وقائع الناس (وإن لم يكن الخصم حاضرا لم يحكم) لأنه حكم على الغائب (وكتب الشهادة) إلى قاض يكون الخصم في ولايته (ليحكم) القاضي (المكتوب إليه بها على رأيه وإن كان مخالفا لرأي الكاتب) لأنه ابتداء حكم وهو نقل الشهادة حقيقة ويسمى (الكتاب الحكمي) وليس بسجل (وقرأ) الكتاب (عليهم) أو أعلمهم بمافيه (وختم عندهم) أي عند شهود الطريق

(قوله فإن شهدوا على خصم حاضر الخ) قال في النهاية المراد بالخصم هو الوكيل عن الغائب أو المسخر الذي جعله أي القاضي وكيلا لإثبات الحق، ولو كان المراد بالخصم هو المدعى عليه لما احتيج إلى قاض آخر، لأن حكم القاضي قد تم على الأول.

أقول: لايخفى مافيه من التكلف والأحسن أن يقال: إن قوله فإن شهدوا على خصم ليس بمقصود بالذات في هذا الباب بل توطئة لقوله: وإن شهدوا بغير خصم لم يحكم فيه، ونظائره كثيرة كذا في الدرر.

قلت: وحاصله أنه ليس المراد في هذه المسألة من كتاب القاضي حكمه إلى قاض آخر حتى يراد بالخصم فيها الوكيل أو المسخر بل المراد أن الشهادة عند القاضي تارة تكون على خصم حاضر، فيحكم بها عليه، ويكتب بحكمه كتابا ليحفظ الواقعة لاليبعثه إلى قاض آخر، لأن الحكم قد تم وتارة تكون على خصم غائب، وهي الآتية فهذه ذكرت توطئة لتلك وإلى هذا أشار الشارح بقوله ليحفظ: أي ليحفظ الواقعة وذكر في النهر عن الزيلعي أنه إذا قدر أن الخصم غاب بعد الحكم عليه وجحد الحكم فحينئذ يكتب له ليسلم إليه حقه أو لينفذ حكمه اهـ.

وحاصله أنه قد يحتاج في المسألة الأولى إلى أن يبعث بكتاب حكمه على الخصم الحاضر إلى قاض آخر فيكون ذكرها مقصودا في هذا الباب وأفاد القهستاني أن الكتاب يكون إلى القاضي، ولو كان الخصم حاضرا وذلك لامضاء قاض آخر كما إذا ادعى على آخر ألفا وبرهن وحكم به، ثم اصطلحا أن يأخذه منه في بلد آخر وخاف أن ينكر فكتب به لامضاء قاضي البلد (قوله هو السجل) بكسر السين والجيم وتشديد اللام والضمتان مع التشديد والفتح مع سكون الجيم والكسر لغات قهستاني عن الكشاف (قوله التي فيها حكم القاضي) بيان للنسبة في قوله الحكمي وشمل ما إذا كان إلى قاض آخر أولا (قوله وكتب الشهادة) أي بعد ما سمعها وعدلت نهر (قوله وإن كان مخالفا لرأي الكاتب الخ) أي بخلاف السجل فإنه ليس له أن يخالفه وينقض حكمه لأن السجل محكوم به دون الكتاب ولهذا له أن لا يقبل الكتاب دون السجل كما في البحر عن منية المفتي وقوله في النهر ولم أجده فيها مبني على ما في نسخته وإلا فقد وجدته في نسختي وفي الفتح والكتاب الحكمي لا يلزم العمل إذا كان يخالفه لأنه لم يقع حكم في محل اجتهاد فله أن لا يقبله ولا يعمل به (قوله ويسمى الكتاب الحكمي) هذا في عرفهم نسبوه إلى الحكم باعتبار ما يئول فتح (قوله وليس بسجل) لأن السجل محكوم به بخلاف الكتاب الحكمي (قوله وقرأ الكتاب عليهم) أي على شهود الطريق ولو فسر الضمير هنا وتركه في قوله وختم عندهم ليعود على معلوم لكان أولى ط (قوله أو أعلمهم بما فيه) أي بأخباره لأنه لاشهادة بلا علم المشهود به، كما لو شهدوا بأن هذا الصك مكتوب على فلان لايفيد مالم يشهدوا بما تضمنه من الدين فتح.

قال في البحر: ولا بد لهم من حفظ مافيه ولهذا قيل ينبغي أن يكون معهم نسخة أخرى مفتوحة، فيستعينوا منها على الحفظ فإنه لابد من التذكر وقت الشهادة إلى وقت الأداء عندهما (قوله وختم عندهم) أي على الكتاب بعد طيه ولا اعتبار للختم في أسفله فلو انكسر خاتم القاضي أو كان الكتاب منشورا لم يقبل، وإن ختم في أسفله كما في الذخيرة، وإنما قال عندهم لأنه لابد أن يشهدوا عنده أن الختم بحضرتهم كما في المغني، واشتراط الختم ليس

(وسلم المكتاب إليهم بعد كتابة عنوانه فى باطنه) وهو أن يكتب فيه اسمه واسم المكتوب إليه وشهرتهما (فلو كان) العنوان (على ظاهره لم يقبل) قيل هذا فى عرفهم وفى عرفنا يكون على الظاهر فيعمل به واكتفى الثانى بأن يشهدهم أنه كتابه وعليه الفتوى كما فى العزمية عن الكفاية وفى الملتقى وليس الخبر كالعيان (فإذا وصل إلى المكتوب إليه نظر إلى ختمه) أولا (ولا يقبله) أى لا يقرؤه (إلا بحضور الخصم وشهوده) ولو كان لذمى على ذى لشهادتهم على فعل المسلم (إلا إذا أقر الخصم فلا حاجة إليهم) أى الشهود

بشرط إلا إذا كان الكتاب فى المدعى وبه يفتى كما ذكره المصنف قهستانى (قوله وسلم الكتاب إليهم) أى فى مجلس يصح حكمه فيه فلو سلم فى غير ذلك المجلس لم يصح كما فى الكرمانى قهستانى قال فى النهاية : وعمل القضاة اليوم أنهم يسلمون المكتوب إلى المدعى وهو قول أبى يوسف وهو اختيار الفتوى على قول شمس الأئمة وعلى قول أبى حنيفة يسلم المكتوب إلى الشهود كذا وجدت بخط شيخى اهـ ثم قال وأجمعوا فى الصك أن الإشهاد لا يصح ما لم يعلم الشاهد ما فى الكتاب فاحفظ هذه المسألة فإن الناس اعتادوا خلاف ذلك اهـ سعيدية لكن ينافى دعوى الإجماع ما سيأتى عن أبى يوسف وقدم المصنف فى باب الاستحقاق لا يحكم بسجل الاستحقاق بشهادة أنه كتاب كذا بل لابد من الشهادة على مضمونه وكذا ما سوى نقل الشهادة والوكالة اهـ ومثله فى الغرر فهذا صريح فى أن كتاب نقل الشهادة والوكالة لا يحتاج للشهادة على مضمونه ومقتضاه أنه لا حاجة لقراءته على الشهود أيضا والظاهر أنه مبنى على قول أبى يوسف الآتى تأمل (قوله وشهرتهما) أفاد أن الاسم وحده لا يكفى بلا شهرة بكنية ونحوها قال فى الفتح : ولو كان العنوان من فلان إلى فلان أو من أبى فلان إلى أبى فلان لا يقبل ، لأن مجرد الاسم أو الكنية لا يتعرف به إلا أن تكون الكنية مشهورة مثل أبى حنيفة وابن أبى ليلى وكذلك النسبة إلى أبيه فقط كعمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب وقيل هذا رواية وفى سائر الروايات لا تقبل الكنية المشهورة لأن الناس يشتركون فيها ويشتهر بها بعضهم فلا يعلم أن المكتوب إليه هو المشهور بها أو غيره بخلاف ما لو كتب إلى قاضى بلدة كذا فإنه فى الغالب يكون واحدا فيحصل التعريف بالإضافة إلى محل ولايته اهـ ملخصا :

قال فى النهر : ويكتب فيه اسم المدعى والمدعى عليه وجدهما ، ويذكر الحق والشهود إن شاء وإن شاء اكتفى بذكر شهادتهم ومن الشروط أن يكتب فيه التاريخ فلو لم يكتبه لا يقبل اهـ أى ليعلم أنه كان قاضيا حال الكتابة كما فى الفتح (قوله واكتفى الثانى الخ) الذى فى العزمية عن الكفاية هو عبارة النهاية التى ذكرناها آنفا وعبارة الملتقى هكذا وأبو يوسف لم يشترط شيئا من ذلك سوى شهادتهم أنه كتابه لما ابتلى بالقضاء ، واختار السرخسى قوله وليس الخبر كالعيان اهـ أى أن أبا يوسف باشر القضاء مدة مديدة فاختار ذلك لما عاين المشقة فى الشروط المارة ، فلذا اختار السرخسى قوله : وظاهره أن الختم ليس بشرط عنده وظاهر الفتح أنه رواية عنه قال : ولا شك عندى فى صحته فإن الفرض عدالة حملة الكتاب فلا يضر عدم ختمه مع شهادتهم أنه كتابه نعم إذا كان الكتاب مع المدعى ينبغى اشتراط الختم لاحتمال التغيير إلا أن يشهدوا بما فيه حفظا (قوله أى لا يقرؤه) أشار إلى ما فى البحر عن الفتح من أن المراد من عدم قبوله بلا خصم عدم قراءته لا مجرد قبوله لأنه لا يتعلق به حكم اهـ (قوله إلا بحضور الخصم وشهوده) أى شهود أنه كتاب فلان القاضى وأنه ختمه نهر وزاد بعد هذا فى الكنز فإن شهدوا أنه كتاب فلان القاضى سلمه إلينا فى مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضى وقرأه على الخصم وألزمه بما فيه قال فى البحر : يعنى إذا ثبتت عدالتهم بأن كان يعرفهم بها أو وجد فى الكتاب عدالتهم أو سأل من يعرفهم من الثقات فزكوا وأما قبل ظهور عدالتهم فلا يحكم به ولا يلزم الخصم ثم ذكر قول أبى يوسف المار (قوله لشهادتهم على فعل المسلم) وهو أنه كتب الكتاب وختمه وقرأه عليهم وسلمه إليهم (قوله إلا إذا أقر الخصم) أى بأنه كتاب

(بخلاف كتاب الأمان) فى دار الحرب (حيث لايحتاج إلى بينة) لأنه ليس بملزم وفى الأشباه : لايعمل بالخط إلا فى مسألة كتاب الأمان ويلحق به البراءات

فلان القاضى (قوله بخلاف كتاب الأمان) معناه إذ جاء الكتاب من ملكهم بطلب الأمان بحر عن العناية (قوله لأنه ليس بملزم) لأن له أن لا يعطيهم الأمان بخلاف كتاب القاضى ، فإنه يجب على القاضى المكتوب إليه أن ينظر فيه ويعمل به ولابد للملزم من الحجة وهى البينة فتح .

[فرع] لو مرض شهود الكتاب فى الطريق أو الرجوع إلى بلدهم أو السفر إلى بلدة أخرى فأشهدوا قوما على شهادتهم جاز وتمامه فى الخانية .

مطلب لايعمل بالخط

(قوله لايعمل بالخط) عبارة الأشباه لايعتمد على الخط ، ولا يعمل بمكتوب الوقف الذى عليه خطوط القضاة الماضين الخ . قال البيرى : المراد من قوله لايعتمد : أى لا يقضى القاضى بذلك عند المنازعة ، لأن الخط مما يزور ويفتعل كما فى مختصر الظهيرية وليس منه مافى دواوين القضاة إلى آخر ماقدمناه أول القضاء عند قوله فإذا تقلد طلب ديوان قاض قبله فراجعه (قوله ويلحق به البراآت) عبارة الأشباه ويمكن إلحاق البراءات السلطانية المتعلقة بالوظائف إن كانت العلة أنه يعنى كتاب الأمان لا يزور وإن كانت العلة الاحتياط فى الأمان لحقن الدم فلا .

أقول : يجب المصير إلى الأخير سائحانى أى لا مكان التزوير بل قد وقع كما ذكره الحموى وحينئذ فلا يصح الإلحاق ولكن قد علمت أن العلة فى كتاب الأمان أنه غير ملزم وقدمنا أول القضاء استظهار كون علة العمل بما له رسوم فى دواوين القضاة الماضين هى الضرورة وهنا كذلك فإنه يتعذر إقامة البينة على ما يكتبه السلطان من البراآت لأصحاب الوظائف ونحوهم وكذا منشور القاضى والوالى وعامة الأوامر السلطانية مع جريان العرف والعادة بقبول ذلك بمجرد كتابته وإمكان تزويرها على السلطان لايدفع ذلك ، لأنه وإن وقع فهو أمر نادر فلما يقع وهو أندر من إمكان تزوير الشهود وهو أولى بالقبول من دفتر الصراف ونحوه فإنهم عملوا به للعرف كما يأتى .

مطلب فى العمل بما فى الدفاتر السلطانية

وذكر العلامة البعلى فى شرحه على الأشباه أن للشارح العلامة الشيخ علاء الدين رسالة حاصلها بعد نقله مافى الأشباه : وأن ابن الشحنة وابن وهبان جزما بالعمل بدفتر الصراف ونحوه لعلة أمن التزوير كما جزم به البزازى والسرخسى وقاضيخان قال إن هذه العلة فى الدفاتر السلطانية أولى : كما يعرفه من شاهد أحوال أهاليها حين نقلها إذ لا تحرر أولا إلا بإذن السلطان ثم بعد اتفاق الجم الغفير على نقل ما فيها من غير تساهل بزيادة أو نقصان تعرض على المعين لذلك فيضع خطه عليها ثم تعرض على المتولى لحفظها المسمى بدفتر أمينى فيكتب عليها ثم تعاد أصولها إلى أمكنتها المحفوظة بالختم فالأمن من التزوير مقطوع به وبذلك كله يعلم جميع أهل الدولة والكتبة فلو وجد فى الدفاتر أن المكان الفلانى وقف على المدرسة الفلانية مثلا يعمل به من غير بينة وبذلك يفتى مشايخ الإسلام كما هو مصرح به فى بهجة عبد الله أفندى وغيرها فليحفظ اﻫ .

قلت : ويؤيده العمل بما فى دواوين القضاة الماضين وكان مشايخ الإسلام المولين فى الدولة العثمانية أفتوا بما

ودفتر بياع وصراف وسمسار وجوّزه محمد لراو وقاض وشاهد

ذكر إلحاقا للدفاتر السلطانية بدواوين القضاة المذكورة لاتحاد العلة فيهما والله سبحانه أعلم لكن قدمنا فى الوقف عن الخيرية أنه لا يثبت الوقف بمجرد وجوده فى الدفتر السلطانى :

مطلب فى دفتر البياع والصراف والسمسار

(قوله ودفتر بياع وصراف وسمسار) عطف على كتاب الأمان فإن هذا منصوص عليه لا ملحق به فقد قال فى الفتح من الشهادات أن خط السمسار والصراف حجة للعرف الجارى به اه قال البيرى : هذا الذى فى غالب الكتب حتى المجتبى فقال فى الإقرار وأما خط البياع والصراف والسمسار فهو حجة وإن لم يكن مصدرا معنونا تعرف ظاهرا بين الناس وكذا مايكتب الناس فيما بينهم يجب أن يكون حجة للعرف اه وفى خزانة الأكمل صراف كتب على نفسه بمال معلوم وخطه معلوم بين التجار وأهل البلد ثم مات فجاء غريم يطالب المال من الورثة وعرض خط الميت بحيث عرف الناس خطه يحكم بذلك فى تركته إن ثبت أنه خطه وقد جرت العادة بين الناس بمثله حجة اه قال العلامة العينى : والبناء على العادة الظاهرة واجب فعلى هذا إذا قال البياع وجدت فى يادكارى بخطى أو كتبت فى يادكارى بيدى أن لفلان على ألف درهم كان هذا إقرارا ملزما إياه :

أقول : ويزاد أن العمل فى الحقيقة إنما هو لموجب العرف لا بمجرد الخط والله أعلم وبهذا عرف أن قولهم فيما إذا ادعى رجل مالا وأخرج بالمال خطا وادعى أنه خط المدعى عليه فأنكر كون الخط خطه فاستكتب فكتب وكان بين الخطين مشابهة ظاهرة تدل على أنهما خط كاتب واحد اختلف فيه المشايخ والصحيح أنه لا يقضى بذلك فإنه لو قال هذا خطى وليس على هذا المال كان القول قوله يستثنى منه ما إذا كان الكاتب سمسارا أو صرافا أو نحو ذلك ممن يؤخذ بخطه كذا فى قاضيخان اه كلام البيرى :

قلت : ويستثنى منه أيضا ماقدمناه أول الباب من كتابة القاضى إلى الأمير الذى ولاه وكذا ما سيذكره الشارح عن شرح الوهبانية والملتقط ، وهو ما إذا كان على وجه الرسالة مصدرا معنونا اه وهو أن يكتب فى صدره من فلان إلى فلان على ما جرت به العادة ، فهذا كالنطق فلزم حجة كما فى الملتقى والزيلعى من مسائل شتى آخر الكتاب ، ومثله فى الهداية والخانية ، وهذا إذا اعترف أن الخط خطه فإنه يلزمه ما فيه وإن أنكر أن يكون فى ذمته ذلك المال بخلاف ما إذا لم يكن مصدرا معنونا كما هو صريح الخانية وهذا ذكروه فى الأخرس وذكر فى الكفاية آخر الكتاب عن الشافى أن الصحيح مثل الأخرس فإذا كان مستبينا مرسوما وثبت ذلك بإقراره أو ببينة فهو كالخطاب اه ومقتضى كلامهم اختصاص ذلك بكونه على وجه الرسالة إلى الغائب وهو أيضا مفاد كلام الفتح فى الشهادات فراجعه لكن فى شهادات البحر عن البزازية ما يدل على أنه لا فرق فى المعنون بين كونه لغائب أو لحاضر ومثله مافى فتاوى قارىء الهداية إذا كتب على وجه الصكوك يلزمه المال وهو أن يكتب يقول فلان الفلانى إن فى ذمتى لفلان الفلانى كذا وكذا فهو إقرار يلزم وإن لم يكتب على هذا الرسم فالقول قوله مع يمينه اه :

قلت : والعادة اليوم فى تصديرها بالعنوان أنه يقال فيها سبب تحريره هو أنه ترتب فى ذمة فلان الفلانى الخ وكذا الوصول الذى يقال فيه وصل إلينا من يد فلان الفلانى كذا ومثله ما يكتبه الرجل فى دفتره مثل قوله : علم بيان الذى فى ذمتنا لفلان الفلانى ، فهذا كله مصدر معنون جرت العادة بتصديره بذلك ، وهو مفاد كلام قارىء الهداية المذكور ، فمقتضاه أن هذا كله إذا اعترف بأنه خطه يلزمه وإن لم يكن مصدرا معنونا لا يلزمه إذا أنكر المال ، وإن اعترف بكونه كتبه بخطه إلا إذا كان بياعا أو صرافا أو سمسارا لما فى الخانية وصك الصراف والسمسار

إن تيقن به قيل وبه يفتى (ولابد من مسافة ثلاثة أيام بين القاضيين كالشهادة على الشهادة) على الظاهر وجوزهما الثاني إن بحيث لا يعود في يومه وعليه الفتوى شرنبلالية وسراجية (ويبطل) الكتاب (بموت الكاتب وعزله

حجة عرفا اهـ فشمل ما إذا لم يكن مصدرا معنونا وهو صريح ما مر عن المجتبى وما إذا لم يعترف بأنه خطه كما هو صريح ما مر عن الخزانة :

ثم إن قول المجتبى ، وكذا ما يكتب الناس فيما بينهم الخ يفيد عدم الاقتصار على الصراف والسمسار والبياع ، بل مثله كل ما جرت العادة به فيدخل فيه ما يكتبه الأمراء والأكابر ونحوهم ممن يتعذر الإشهاد عليهم ، فإذا كتب وصولا أو صكا بدين عليه ، وختمه بخاتمه المعروف ، فإنه في العادة يكون حجة عليه بحيث لا يمكنه إنكاره ، ولو أنكره يعد بين الناس مكابرا فإذا اعترف بكونه خطه وختمه ، وكان مصدرا معنونا فينبغي القول بأنه يلزمه ، وإن لم يعترف به ، أو وجد بعد موته فمقتضى ما في المجتبى أنه يلزمه أيضا عملا بالعرف كدفتر الصراف ونحوه ومثله ما إذا وجد في صندوقه مثلا صرة دراهم مكتوب عليها هذه أمانة فلان الفلاني فإن العادة تشهد بأنه لا يكتب بخطه ذلك على دراهمه :

ثم اعلم أن هذا كله فيما يكتبه على نفسه كما قيده بعض المتأخرين ، وهو ظاهر بخلاف ما يكتبه لنفسه ، فإنه لو ادعاه بلسانه صريحا لا يؤخذ خصمه به فكيف إذا كتبه ولذا قيده في الخزانة بقوله كتب على نفسه كما مر وذكر في شرح الوهبانية أئمة بلخ قالوا يادكار البياع حجة لازمة عليه ، فإن قال البياع وجدت بخطي أن على لفلان كذا لزم قال السرخسي ، وكذا خط السمسار والصراف اهـ فقوله إن على لفلان الخ صريح في ذلك وأما قول ابن وهبان في تعليل المسألة لأنه لا يكتب إلا ماله وعليه ، فمراده أن البياع ونحوه لا يكتب في دفتره شيئا على سبيل التجربة للخط أو اللغو واللعب بل لا يكتب إلا ماله أو عليه ولا يلزم من هذا أن يعمل بكتابته في الذي له كما لا يخفى ، خلافا لمن فهم منه ذلك ويجب تقييده أيضا بما إذا كان دفتره محفوظا عنده : فلو كانت كتابته فيما عليه في دفتر خصمه فالظاهر أنه لا يعمل به خلافا لما بحثه ط لأن الخط مما يزور وكذا لو كان له كاتب والدفتر عند الكاتب ، لاحتمال كون الكاتب كتب ذلك عليه بلا علمه ، فلا يكون حجة عليه إذا أنكره أو ظهر ذلك بعد موته وأنكرته الورثة خلافا لمن حكم في عصرنا بذلك لذمي ادعى على ورثة تاجر له كاتب ذمي ودفتر التاجر عند كاتبه الذمي فقد كنت أفتيت بأنه حكم باطل وكون المدعي والكاتب ذميين يقوي شبهة التزوير وإن الكتابة حصلت بعد موت التاجر وتمام الكلام في كتابنا تنقيح الحامدية (قوله إن تيقن به) أي بأنه خط من يروي عنه في الأول : وبأنه خط نفسه في الأخيرين اهـ ح (قوله قيل وبه يفتى) قال في خزانة الأكمل : أجاز أبو يوسف ومحمد العمل بالخط في الشاهد والقاضي والراوي إذا رأى خطه ولم يتذكر الحادثة قال في العيون : والفتوى على قولهما إذا تيقن أنه خطه سواء كان في القضاء أو الرواية أو الشهادة على الصك ، وإن لم يكن الصك في يد الشاهد ، لأن الغلط نادر وأثر التغيير يمكن الاطلاع عليه ، وقلما يشتبه الخط من كل وجه فإذا تيقن جاز الاعتماد عليه توسعة على الناس اهـ حموي لكن سيذكر الشارح في الشهادات قبيل باب القبول مانصه ، وجوزاه لو في حوزه وبه نأخذ بحر عن المبتغى اهـ وهذا ما اختاره المحقق ابن الهمام هناك وسيأتي تمامه إن شاء الله تعالى (قوله ولابد من مسافة الخ) فلو أقل لا يقبل وفي نوادر هشام : إذا كان في مصر واحد قاضيان جاز كتابة أحدهما إلى الآخر في الأحكام جوهرة عن الينابيع وكذا كتابة القاضي إلى الأمير الذي ولاه وهو معه في المصر كما مر أول الباب (قوله على الظاهر الخ) قال في المنح هذا هو ظاهر الرواية ، وجوزها محمد وإن كانا في مصر واحد وعن أبي يوسف إن كان في مكان لو غدا لأداء الشهادة يستطيع أن يبيت في أهله صح الإشهاد والكتابة وفي السراجية وعليه الفتوى اهـ (قوله ويبطل الكتاب الخ)

قبل وصول الكتاب إلى الثانى أو بعد وصوله قبل القراءة) وأجازه الثانى (وأما بعدهما فلا) يبطل (و) يبطل (بجنون الكاتب وردته وحده لقذف وعمائه وفسقه بعد عدالته) لخروجه عن الأهلية وأجازه الثانى (و) كذا (بموت المكتوب إليه) وخروجه عن الأهلية (إلا إذا عمم بعد تخصيص) اسم المكتوب إليه (بخلاف مالو عمم ابتداء) وجوزه الثانى (و) عليه العمل خلاصة (لا) يبطل (بموت الخصم) أيا كان لقيام وارثه أو وصيه مقامه.

قلت: وكذا لايبطل بموت شاهد الأصل كماسيأتى متنا فى بابه خلافا لما وقع فى الخانية هنا فهو مخالف لما ذكره بنفسه ثمة فتنبه.

(و) اعلم أن (الكتابة بعلمه كالقضاء بعلمه) فى الأصح بحر فمن جوزه جوزها

هذا شرط آخر لقبول الكتاب والعمل به، وهو أن يكون القاضى الكاتب على قضائه نهر: أى لأنه بمنزلة الشهادة فبموت الأصل قبل أداء الفروع الشهادة تبطل شهادة الفروع فكذا هذا ط عن العينى (قوله قبل وصول الكتاب الخ) لو اقتصر على قوله قبل القراءة لأغناه، ولذا قال فى الفتح العبارة الجيدة أن يقال: لو مات قبل قراءة الكتاب لاقبل وصوله، لأن وصوله قبل ثبوته عند المكتوب إليه وقراءته لايوجب شيئا اهـ (قوله فلايبطل) أى فى ظاهر الرواية بحر (قوله ويبطل بجنون الكاتب الخ) فى الخانية وإن عزل القاضى الكاتب أو مات بعد ماوصل الكتاب إلى الآخر، فإنه يعمل به لأن الموت والعزل ليس بمخرج بخلاف ماإذا فسخ الكاتب أو عمى أو صار بحال لايجوز حكمه وشهادته، فإن الآخر لايقبل كتابه لأن كتاب القاضى بمنزلة الشهادة، فما يمنع القضاء بشهادته يمنع القضاء بكتابه اهـ وظاهره أنه يبطل بذلك ولو بعد وصوله مع أن الزيلعى صرح بأن ذلك كعزله ثم رأيت فى البحر ذكر أن بين كلاميهما مخالفة، ولم يجب عنها تأمل ورأيت فى البزازية مثل مافى الخانية وفى الدرر مثل ماهنا فالظاهر أن فى المسألة قولين (قوله وعمائه) الأنسب وعماه بدون همز لأن العمى مقصور (قوله وفسقه) عبر عنه فى النهر بقيل وقال إنه بناء على عزله بالفسق ومثله فى الفتح (قوله وكذا بموت المكتوب إليه) لأن الكاتب لما خصه فقد اعتمد عدالته وأمانته والقضاة متفاوتون فى ذلك فصح التعيين نهر (قوله إلا إذا عمم الخ) بأن قال إلى فلان قاضى بلد كذا وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين، لأن غيره صار تبعا له فتح (قوله بخلاف مالو عمم ابتداء) بأن قال إلى كل من يصل إليه كتابى هذا من قضاة المسلمين وحكامهم (قوله وجوزه الثانى) وكذا الشافعى وأحمد فتح (قوله وعليه العمل) قال الزيلعى: واستحسنه كثير من المشايخ فى الفتح، وهو الأوجه لأن إعلام المكتوب إليه وإن كان شرطا فبالعموم يعلم كما يعلم بالخصوص، وليس العموم من قبيل الإجمال والتجهيل فصار قصديته وتبعيته سواء نهر (قوله أيا كان) أى مدعيا أو مدعى عليه (قوله فى بابه) أى فى باب الشهادة على الشهادة ح (قوله خلافا لما وقع فى الخانية هنا) أى فى هذا الباب حيث قال: لو مات القاضى الكاتب أو عزل قبل وصول الكتاب بطل كتابه كشاهد الأصل إذا مات قبل أن يشهد الفرع على شهادة الأصل اهـ (قوله ثمة) أى هناك أى فى باب الشهادة على الشهادة حيث قال: الشهادة على الشهادة لا تجوز إلا أن يكون المشهود على شهادته مريضا فى المصر أو يكون ميتا الخ وهذا هو الموافق للمتون.

مطلب فى قضاء القاضى بعلمه

(قوله فمن جوزه جوزها) وشرط جوازه عند الإمام أن يعلم فى حال قضائه فى المصر الذى هو قاضيه بحق غير حد خالص لله تعالى من قرض أو بيع أو غصب، أو تطليق أو قتل عمدا أو حد قذف، فلو علم قبل القضاء فى حقوق العباد: ثم ولى فرفعت إليه تلك الحادثة أو علمها فى حال قضائه فى غير مصره ثم دخله فرفعت لايقضى

ومن لافلا إلا أن المعتمد عدم حكمه بعلمه فى زماننا أشباه وفيها الإمام يقضى بعلمه فى حد قذف وقود وتعزير :
قلت : فهل الإمام قيد كماقدمناه فى الحدود لم أره لكن فى شرح الوهبانية للشرنبلالى والمختار الآن عدم حكمه بعلمه مطلقا كما لايقضى بعلمه فى الحدود الخالصة لله تعالى كزنا وخمر مطلقا غير أنه يعزر من به أثر السكر للتهمة وعن الإمام إن علم القاضى فى طلاق وعتاق وغصب يثبت الحيلولة على وجه الحسبة لا القضاء (ولا يقبل) كتاب القاضى (من محكم بل من قاض مولى من قبل الإمام يملك) إقامة (الجمعة)

عنده ، وقالا : يقضى وكذا الخلاف لو علم بها وهو قاض في مصره ، ثم عزل ثم أعيد وأما فى حد الشرب والزنا فلا ينفذ قضاؤه بعلمه اتفاقا فتح ملخصا . وبه علم أنه فى الحدود الخالصة لله تعالى لاينفذ كما صرح به فى شرح أدب القضاء معللا ، بأن كل واحد من المسلمين يساوى القاضى فيه وغير القاضى إذا علم لا يمكنه إقامة الحد فكذا هو ثم قال إلا فى السكران أو من به أمارة السكر ينبغى له أن يعزره للتهمة ولا يكون حدا اهـ (قوله ومن لافلا) قال فى الفتح إلا أن التفاوت هنا هو أن القاضى يكتب بالعلم الحاصل قبل القضاء بالإجماع (قوله إلا أن المعتمد)أى عند المتأخرين لفساد قضاة الزمان ، وعبارة الأشباه الفتوى اليوم على عدم العمل بعلم القاضى فى زماننا كمافى جامع الفصولين (قوله وفيها) أى فى الأشباه نقلا عن السراجية ، لكن فى منية المفتى الملخصة من السراجية التعبير بالقاضى لا بالإمام حيث قال القاضى يقضى بعلمه بحد القذف والقصاص والتعزير ، ثم قال قضى بعلمه فى الحدود الخالصة لله تعالى لايجوز اهـ أفاده بعض المحشين ، وهذا موافق لما مر عن الفتح من الفرق بين الحد الخالص لله تعالى وبين غيره ففى الأول لايقضى اتفاقا بخلاف غيره فيجوز القضاء فيه بعلمه وهذا على قول المتقدمين ،وهو خلاف المفتى به كما علمت :

[تنبيه] ذكر فى النهر فى الكفالة بحثا أنه يجب أن يحمل الخلاف بين المتقدمين والمتأخرين على ما كان من حقوق العباد ، أما حقوق الله المحضة فيقضى فيها بعلمه اتفاقا ثم استدل لذلك بأن له التعزير بعلمه :

قلت: ولا يخفى أنه خطأ صريح مخالف لصريح كلامهم كما علمت . وأما التعزير فليس بحد كما أسمعناك من عبارة شرح أدب القضاء وأيضا فهو ليس بقضاء (قوله فهل الإمام قيد) أقول على فرض ثبوته فى عبارة السراجية ليس بقيد لما علمت من عبارة الفتح المصرحة بجواز قضاء القاضى بعلمه فى قتل عمدأو حد قذف لكونه من حقوق العباد .(قوله لكن الخ) استدراك على مانقله ثانيا عن الأشباه بأنه مبنى على خلاف المختار ، أو على قوله فهل الإمام قيد فإن قول الشرنبلالى لايقضى بعلمه فى الحدود الخالصة لله تعالى يعنى اتفاقا يفهم منه أنه يقضى بعلمه فى غيرها كحد قذف وقود وتعزير على قول المتقدمين ، وهو خلاف المختار فيكون ذكر الإمام غير قيد فافهم (قوله مطلقا) أى سواء كان علمه بعد توليته أو قبلها خ أو سواء كان حدا غير خالص لله تعالى ،أوقودا أوغيرهما من حقوق العباد (قوله وخمر مطلقا) أى سواء سكر منه أولا (قوله للتهمة) أى إذا علم القاضى بأنه سكران له تعزيره لأن القاضى له تعزير المتهم وإن لم يثبت عليه كما مر تحريره فى الكفالة (قوله يثبت الحيلولة) أى بأن يأمر بأن يحال بين المطلق وزوجته والمعتق وأمته أو عبده والغاصب وماغصبه بأن يجعله تحت يد أمين إلى أن يثبت ماعلمه القاضى بوجه شرعى (قوله على وجه الحسبة) أى الاحتساب وطلب الثواب لئلا يطأها الزوج أو السيد أو الغاصب (قوله لا القضاء) أى لا على طريق الحكم بالطلاق أو العتاق أو الغصب (قوله ولا يقبل كتاب القاضى) الأولى حذف القاضى ،لأن المحكم ليس قاضيا إلا أن يراد به مايشمل المولى من السلطان وغيره (قوله بل من قاض مولى الخ) أفاد أن هذا شرط فى الكاتب فقط قال فى المنح : فلا تقبل من قاضى رستاق إلى قاضى مصر ، وإنما تقبل من قاضى مصر إلى قاضى مصر آخر أو إلى قاضى رستاق (قوله يملك إقامة الجمعة) الظاهر أن هذا غير قيد ، ولا سيما

وقيل يقبل من قاضى رستاق إلى قاضى مصر أو رستاق واعتمده المصنف والكمال (كتب كتابا إلى من يصل إليه من قضاة المسلمين فوصل إلى قاض ولو بعد كتابة هذا المكتوب لايقبل) لعدم ولايته وقت الخطاب جواهر الفتاوى وفيها لو جعل الخطاب للمكتوب إليه ليس لنائبه أن يقبله (والمرأة تقضى فى غير حد وقود وإن أثم المولى لها) الخبر البخارى «لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة» (وتصلح ناظرة) لوقف (ووصية) ليتيم (وشاهدة) فتح فتصح تقريرها فى النظر والشهادة فى الأوقاف ولو بلا شرط واقف بحر قال : وقد أفتيت فيمن شرط الشهادة فى وقفه لفلان ثم لولده فمات وترك بنتا أنها تستحق وظيفة الشهادة وفى الأشباه من أحكام الأنثى

فى زماننا لأن السلطان لايأذن للقاضى بها ، والظاهر أن مراده الإشارة إلى أن المراد قاضى المصر التى تقام فيها الجمعة تأمل وفى المنح عن السراجية ، وإنما تقبل كتب قضاة الأمصار التى تقام فيها الحدود وينفذ فيها حكم الحكام إلا فيما لاخطر له شرعا لأن الولاية لاتثبت إلا فى محل قابل للولاية لمن هو أهل له (قوله وقيل يقبل الخ) الظاهر أن الخلاف مبنى على الخلاف فى أن المصر هل هو شرط لنفاذ القضاء أم لا ، فحكوا عن ظاهر الرواية أنه شرط وعن رواية النوادر أنه ليس بشرط وبه يفتى كما فى البزازية فعلى هذا يفتى بقبوله من قاضى رستاق إلى قاضى مصر أو رستاق منح ومثله فى شرح المقدسى ، ورأيت بخط بعض الفضلاء أن ماذكر من ابتناء الخلاف على الخلاف الآخر مصرح به فى البزازية (قوله واعتمده المصنف والكمال) قد علمت كلام المصنف ، وأما الكمال فقد قال : والذى ينبغى أنه بعد عدالة شهود الأصل والكتاب لافرق أى بين كونه من قاضى مصر أو غيره (قوله إلى من يصل إليه الخ) أى بناء على قول الثانى بجواز التعميم ابتداء كما مر (قوله لعدم ولايته وقت الخطاب) أى لأنه خطاب والخطاب إنما يصح إذا كان له ولاية وقته منح (قوله ليس لنائبه أن يقبله) لأنه قد كتب إلى غيره ولو جعل الخطاب إلى النائب وسماه باسمه ليس للمنيب أن يقبله ، لأنه لايقبل الكتاب إلا المكتوب إليه (قوله فى غير حد وقود) لأنها لاتصلح شهادة فيهما فلا تصلح حاكمة .

مطلب فى جعل المرأة شاهدة فى الوقف

(قوله ولو بلاشرط واقف) أما إذا شرط الواقف فلاشك فيه لأنها أهل للشهادة وأما بدون شرطه الناص عليها كما فى صورة الحادثة التى ذكرها ففيه نزاع فقد رده فى النهر بأن قوله ثم لولده لايشمل الأنثى ، لأن عرف الواقفين مراعى ، ولم يتفق تقرير أنثى شاهدة فى وقف فى زمن مافيما علمنا فوجب صرف ألفاظه إلى ماتعارفوه وهو الشاهد الكامل إلى آخر كلامه ، ونقل الحموى مثله عن المقدسى ، ثم نقل عن بعضهم أن هذا لايمنع كونها أهلا للشهادة وقول الأصحاب بجواز شهادتها وقضائها فى غير حد وقود صريح فى صحة تقريرها فى الأوقاف اه :

قلت : لايخفى مافيه فإن الكلام ليس فى أهليتها بل فى دخولها فى كلام الواقف المبنى على المتعارف :

مطلب لايصح تقرير المرأة فى وظيفة الإمامة

[تنبيه] وأما تقريرها فى نحو وظيفة الإمام ، فلا شك فى عدم صحته لعدم أهليتها خلافا لما زعمه بعض الجهلة إنه يصح وتستنيب ، لأن صحة التقرير يعتمد وجود الأهلية ، وجواز الاستنابة فرع صحة التقرير اه ، أبو السعود .

مطلب لايصح تولية السلطان مدرسا ليس بأهل

وفى الأشباه : إذا ولى السلطان مدرسا ليس بأهل لم تصح توليته لأن فعله مقيد بالمصلحة ولامصلحة فى تولية

اختار فى المسايرة جواز كونها نبية لارسولة لبناء حالهن على الستر (ولو قضت فى حد وقود فرفع إلى قاض آخر) يرى جوازه (فأمضاه ليس لغيره إبطاله) لخلاف شريح عينى والخنثى كالأنثى بحر :

واعلم أنه إذا وقع للقاضى حادثة أو لولده فأناب غيره و (قضى نائب القاضى له أو لولده جاز) قضاؤه (كما لو قضى للإمام الذى قلده القضاء أو لولد الإمام) سراجية وفى البزازية كل من تقبل شهادته له وعليه يصح قضاؤه له وعليه اه خلافا للجواهر والملتقط فليحفظ (ويقضى النائب بما شهدوا به عند الأصل وعكسه) وهو قضاء الأصل بما شهدوا به عند النائب فيجوز للقاضى أن يقضى بتلك الشهادة باخبار النائب وعكسه خلاصة :

غير الأهل ، وإذا عزل الأهل لم ينعزل وفى [معيد النعم ، ومبيد النقم] المدرس إذا لم يكن صالحا للتدريس لم يحل له تناول المعلوم اه والذى يظهر فى تعريف أهلية التدريس أنها بمعرفة منطوق الكلام ، ومفهومه وبمعرفة المفاهيم ، وأن يكون له سابقة اشتغال على المشايخ ، بحيث صار يعرف الاصطلاحات ، ويقدر على أخذ المسائل من الكتب وأن يكون له قدرة على أن يسأل ويجيب إذا سئل ويتوقف ذلك على سابقة اشتغال فى النحو والصرف بحيث صار يعرف الفاعل من المفعول وغير ذلك ، وإذا قرأ لايلحن وإذا قرأ لاحن بحضرته رد عليه اه ، مختصرا ط :

مطلب فى توجيه الوظائف للابن ولو صغيرا

قلت : ومقتضاه أنه إذا مات الإمام أو المدرس لايصح توجيه وظيفته على ابنه الصغير وقدمنا فى الجهاد فى آخر فصل الجزية عن العلامة البيرى بعد كلام نقله إلى أن قال أقول هذا مؤيد لما هو عرف الحرمين الشريفين ومصر والروم من غير نكير من إبقاء أبناء الميت ولو كانوا صغارا على وظائف آبائهم من إمامة وخطابة وغير ذلك عرفا مرضيا لأن فيه إحياء خلف العلماء ومساعدتهم على بذل الجهد فى الاشتغال بالعلم وقد أفتى بجواز ذلك طائفة من أكابر الفضلاء الذين يعول على إفتائهم اه وقيدنا ذلك هناك بما إذا اشتغل الابن بالعلم أما لو تركه وكبر وهو جاهل ، فإنه يعزل وتعطى الوظيفة للأهل لفوات العلة ، وقدمنا فى الوقف أنه لايصح جعل الصبى الصغير ناظرا على وقف فراجع ماحررناه فى الموضعين (قوله اختار) أى الكمال فى المسايرة هى رسالة فى علم الكلام ساير بها عقيدة الغزالى ط (قوله لبناء حالهن على الستر) أى والرسول يحتاج إلى مخالطة الذكور بالتعليم وإقامة الحجج عليهم وغير ذلك مما لايكون إلا من الذكور والجواز لايقتضى الوقوع قال فى بدء الأمالى ، وما كانت نبيا قط أنثى ، ط (قوله يرى جوازه) قيد به لأن نفس القضاء إذا كان مختلفا فيه لاينفذ مالم ينفذه قاض آخر يرى جوازه ، فحينئذ إذا رفع إلى من لايراه نفذه بخلاف ما إذا كان الخلاف فى طريق القضاء لا فى نفسه ، فإنه ينفذ على المخالف بدون تنفيذ آخر كما حررناه سابقا ولذا قال العينى : ولو قضت بالحدود والقصاص وأمضاه قاض آخر يرى جوازه جاز بالإجماع ، لأن نفس القضاء مجتهد فيه فإن شريحا كان يجوز شهادة النساء مع رجل فى الحدود والقصاص وقال الشيخ أبو المعين النسفى فى شرح الجامع الكبير : ولو قضى القاضى فى الحدود بشهادة رجل وامرأتين نفذ قضاؤه وليس لغيره إبطاله لأنه قضى فى فصل مجتهد فيه وليس نفس القضاء هنا مختلفا فيه اه أى بخلاف قضاء المرأة فى الحدود فإن المجتهد فيه نفس القضاء (قوله والخنثى كالأنثى) أى فيصح قضاؤه فى غير حد وقود بالأولى وينبغى أن لا يصح فى الحدود والقصاص لشبهة الأنوثة بحر (قوله أو لولده) أى ونحوه من كل من لاتقبل شهادته له كما يعلم مما يأتى (قوله فأناب غيره) أى وكان من أهل الإنابة بحر عن السراجية أى بأن كان مأذونا له بالإنابة (قوله كما لو قضى) أى القاضى (قوله خلافا للجواهر) حيث قال فيها

[فروع] لايقضى القاضى لمن لاتقبل شهادته له إلا إذا ورد عليه كتاب قاض لمن لاتقبل شهادته له فيجوز قضاؤه به أشباه وفيها لايقضى لنفسه ولا اولده إلا فى الوصية وحرر الشرنبلالى فى شرحه للوهبانية صحة قضاء القاضى لأم امرأته ولامرأة أبيه ولو فى حياة امرأته وأبيه وأنه يقضى فيما هو تحت نظره من الأوقاف وزاد بيتين فقال :

ويقضى لأم العرس حال حياتها ... وعرس أبيه وهو حىّ محرر
وبعد وفاة إن خلاعن نصيبه ... بميراث مقضى به فتبصروا
ويقضى بوقف مستحق لريعه ... لوصف القضا والعلم أو كان ينظر

القاضى إذا كانت له خصومة على إنسان فاستخلف خليفة فقضى له على خصمه لا ينفذ ، لأن قضاء نائبه كقضائه بنفسه وذلك غير جائز لما ذكر محمد أن من وكل رجلا بشىء ثم صار الوكيل قاضيا فقضى لموكله فى تلك الحادثة لم يجز ، لأنه قضى لمن ولاه ذلك ، فكذلك نائب هذا القاضى قال والوجه لمن ابتلى بمثل هذا أن يطلب من السلطان الذى ولاه أن يولى قاضيا آخر حتى يختصما إليه ، فيقضى أو يتحاكما إلى حاكم محكم ويتراضيا بقضائه فيقضى بينهما فيجوز اه .

قلت : ولعل هذا محمول على ما إذا لم يكن القاضى مأذونا له بالإنابة كما يدل عليه قوله والوجه الخ وإلا فلو كان مأذونا كان نائبه نائبا عن السلطان كما مر فى فصل الحبس ، فلا يحتاج إلى أن يطلب من السلطان تولية قاض آخر فلذا مشى المصنف هنا على الجواز وإن تردد فيه فى شرحه قبيل قوله ويرد هدية (قوله لايقضى القاضى الخ) فى الهندية لايجوز للقاضى أن يقضى لوكيله ولا لوكيل وكيله ولا لوكيل أبيه وإن علا أو ابنه وإن سفل ، ولا لعبده ولا لمكاتبه ولا لعبيد من لاتقبل شهادتهم له ولا لمكاتبهم ، ولا لشريكه مفاوضة أو عنانا فى مال هذه الشركة كذا فى المحيط ، وكل من لاتجوز شهادته كالوالدين والمولودين والزوج والزوجة كذا فى شرح الطحاوى اه ملخصا . وفى معين الحكام مما يجرى مجرى القضاء الإفتاء فينبغى للمفتى الحرزوب من هذا متى قدر اه أى وكان هناك مفت غيره حموى ط .

قلت : والعلة فى ذلك التهمة (قوله إلا فى الوصية) صورتها مافى الأشباه لو كان القاضى غريم ميت ، فأثبت أن فلانا وصيه صح وبرئ بالدفع إليه بخلاف ما إذا دفع له قبل القضاء امتنع القضاء وبخلاف الوكالة عن غائب فإنه لايجوز القضاء بها إذا كان القاضى مديون الغائب سواء كان قبل الدفع أو بعده (قوله ولو فى حياة امرأته وأبيه) لكن بعد موتهما يقضى فيما لم يرث منه كما يأتى (قوله وزاد بيتين) أي زاد على نظم الوهبانية بيتين وهما الأولان أما الثالث فهو من زيادات شارحها ابن الشحنة نقله عنه الشرنبلالى فى شرحه (قوله لأم العرس) بكسر العين أى لأم زوجته (قوله محرر) خبر لمبتدأ محذوف أى هذا الحكم محرر ط (قوله بميراث) بدون تنوين للضرورة ولو قال من الإرث لكان أولى (قوله مقضى) بالرفع فاعل خلا قال الشرنبلالى فى شرحه فأم زوجته يصح لها القضاء بالمال وغيره حال حياة زوجته ، وبعد موت الزوجة يصح فيما لم يكن ميراثا له عن زوجته ، ولا يصح فى الموروث لاستحقاق القاضى حصة منه بالميراث من زوجته وقضاؤه لزوجة أبيه كذلك فى حال حياة الأب يصح مطلقا وبعد موته يخص بما لا يرث منه القاضى كما إذا ادعت استحقاقا فى وقف يخصها اه . ولا يخفى أن هذا أيضا مخصوص بما إذا كانت أم زوجته المقضى لها حية وإلا كان قضاء لزوجته فيما ترث منه (قوله ويقضى الخ) فاعله قوله مستحق قال الشرنبلالى صورتها : وقف على علماء كذا وسلم للمتولى فادعى فساد الوقف بسبب الشيوع عند قاض ومن أولئك العلماء نفذ قضاؤه ، وكذا يقضى فيما هو تحت نظره من الأوقاف قال ابن الشحنة وقولى لوصف القضاء والعلم ليخرج مالو كان استحقاقه للذاته لا لوصف وهذه المسألة نظير مسألة الشهادة على وقف لمدرسة هو مستحق وسيأتى فى كتاب الشهادات والله سبحانه أعلم .

هذه مسائل شتى

أى متفرقة وجاءوا شتى أى متفرقين (يمنع صاحب سفل عليه علو) أى طبقة (لآخر من أن يتد) أى يدق الوتد (فى سفله) وهو البيت التحتانى (أو ينقب كوة) بفتح أوضم الطاقة وكذا بالعكس دعوى المجمع (بلا رضا الآخر) وهذا عنده وهو القياس بحر وقالا لكل فعل مالا يضر ولو انهدم السفل بلا صنع ربه لم يجبر على البناء لعدم التعدى ولذى العلو أن يبنى ثم يرجع بما أنفق إن بنى بإذنه أو إذن قاض وإلا فبقيمة البناء يوم بنى وتمامه فى العينى

هذه مسائل شتى

قدر الشارح لفظ هذه إشارة إلى أن مسائل خبر مبتدأ محذوف وشتى صفة لمسائل (قوله أى متفرقة) ومنه قوله تعالى -إن سعيكم لشتى- أى لمختلف فى الجزاء وتمامه فى البحر (قوله سفل) بكسر السين وضمها ضد العلو بضم العين وكسرها مع سكون اللام فيهما ط عن الحموى (قوله من أن يتد) أصله يوتد حذفت الواو لوقوعها بين الياء والكسرة من باب ضرب والوتد كما فى البحر عن البناية كالخازوق القطعة من الخشب أو الحديد يدق فى الحائط ليعلق عليه شىء أو يربط به . وفى البحر أيضا : وأشار المصنف إلى منعه من فتح الباب ووضع الجذوع وهدم سفله وقيد بالتصرف فى الجدار احترازا عن تصرفه فى ساحة السفل فذكر قاضيخان لو حفر صاحب السفل فى ساحته بئرا وما أشبهه له ذلك عنده، وإن تضرر به صاحب العلو وعندهما الحكم معلوم بعلة الضرر اه (قوله بفتح أوضم) أى مع تشديد الواو ويجمع الأول على كوات كحبة وحبات والثانى على كواء بالمد والقصر كمدية ومدى ط والكوة ثقب البيت وتستعار لمفاتيح الماء إلى المزارع والجداول بحر عن المغرب ، والمراد بها ما يفتح فى حائط البيت لأجل الضوء أو ماخرق فيه بلا نفاذ لأجل وضع متاع ونحوه (قوله الطاقة) تفسير للكوة لكن فى القاموس الطاق ما عطف من الأبنية ولم أر من ذكره فى اللغة بالتاء تأمل (قوله وكذا بالعكس الخ) أى كما يمنع ذو السفل يمنع ذو العلو وعبارة المجمع وكل من صاحب علو وسفل ممنوع من التصرف فيه إلا بإذن الآخر وأجازه إن لم يضر به وفى العينى ، وعلى هذا الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبنى على العلو شيئا أو بيتا أو يضع عليه جذوعا أو يحدث كنيفا اه ، وكذا جعله فى الهداية على الخلاف لكن فى البحر عن قسمة الولوالجية اختلف المشايخ على قوله فقيل له أن يبنى ما بداله مالم يضر بالسفل وقيل وإن أضر والمختار للفتوى أنه إذا أشكل أنه يضر أم لا يملك وإذا علم أنه لا يضر يملك (قوله وقالا الخ) قال فى الفتح قيل ما حكى عنهما تفسير لقول الإمام لأنه إنما يمنع مافيه ضرر ظاهر لا مالا ضرر فيه فلا خلاف بينهم وقيل بينهما خلاف وهو مافيه شك فما لا شك فى عدم ضرره كوضع مسمار صغير أو وسط يجوز اتفاقا ومافيه ضرر ظاهر كفتح الباب ينبغى أن يمنع اتفاقا ومايشك فى التضرر به كدق الوتد فى الجدار أو السقف فعندهما لا يمنع وعنده يمنع اه وفى قسمة المنية أن المختار أن الخلاف فيما إذا أشكل فعنده يمنع وعندهما لا اه وكذا يأتى فى كلام الشارح قريبا أنه المختار للفتوى :

مطلب فيما لو انهدم المشترك وأراد أحدهما البناء وأبى الآخر

(قوله ولو انهدم السفل الخ) أى بنفسه وأما لو هدمه فقد قال فى الفتح : وعلمت أنه ليس لصاحب السفل هدمه فلو هدمه يجبر على بنائه ، لأنه تعدى على حق صاحب العلو وهو قرار العلو (قوله وتمامه فى العينى) حيث قال بخلاف الدار المشتركة إذا انهدمت فبناها أحدهما بغير إذن صاحبه حيث لا يرجع ، لأنه متبرع إذ هو ليس بمضطر لأنه يمكنه أن يقسم عرصتها ، ويبنى فى نصيبه وصاحب العلو ليس كذلك ، حتى لو كانت الدار صغيرة بحيث لا يمكن الانتفاع بنصيبه بعد القسمة كان له أن يرجع ، وعلى هذا إذا انهدم بعض الدار أو بعض الحمام فأصلحه أحد الشريكين له أن يرجع لأنه مضطر إذ لا يمكنه قسمة بعضه ، ولو انهدم كله فعلى التفصيل

الذى ذكرناه اه أى إن أمكنه قسمة العرصة ليبنى فى نصيبه لايكون مضطرا وإلا كان مضطرا :

والحاصل أنه إذا انهدم كل الدار والحمام فإن كان يمكنه قسمة العرصة تبنى فى نصيبه لايكون مضطرا فلو عمر بدون إذن شريكه يكون متبرعا والظاهر أن المراد ما إذا أمكنه إعادة العرصة دارا أو حماما كما كانت لامطلق البناء وإن كان لايمكن قسمة العرصة فهو مضطر وإن انهدم بعض الحمام أو بعض الدار فهو مضطر أيضا ، والظاهر أن المراد ما إذا كانت الدار صغيرة أما إذا كانت كبيرة يمكن قسمتها ، فإنه يقسمها فإن خرج المنهدم فى نصيبه بناه أو فى نصيب شريكه يفعل به شريكه ما أراد :

[تنبيه] قال فى البحر : وذكر الحلوانى ضابطا فقال كل من أجبر أن يفعل مع شريكه ، فإذا فعل أحدهما بغير أمر الآخر لم يرجع لأنه متطوع إذ كان يمكنه أن يجبر مثل كرى الأنهار وإصلاح السفينة المعيبة وفداء العبد الجانى وإن لم يجبر لايكون متطوعا كمسألة انهدام العلو والسفل اه ومن ذلك لو أنفق على الدابة بلا إذن شريكه لم يرجع لتمكنه من رفعه إلى القاضى ليجبر بخلاف الزرع المشترك ، فإنه يرجع لأنه لايجبر شريكه كما فى المحيط فكان مضطرا اه وتمام ذلك فيه وذكر قبله أن صاحب العلو إن بنى السفل بأمر القاضى رجع بما أنفق وإلا فبقيمة البناء به يفتى ، والصحيح أن المعتبر فى الرجوع قيمة البناء يوم البناء لايوم الرجوع :

قلت : وقد تلخص من هذا الأصل ومما قبله أنه إن لم يضطر بأن أمكنه القسمة فعمر بلا أمر فهو متبرع وإلا فإن كان شريكه يجبر على العمل معه ككرى النهر ونحوه فكذلك وإن كان شريكه لايجبر كمسألة السفل لايكون متبرعا بل يرجع بما أنفق إن بنى بأمر القاضى ، وإلا فبقيمة البناء يوم البناء وقد وقع فى هذه المسألة اضطراب كثير وقدمنا تمام الكلام عليها آخر الشركة وكنت نظمت ذلك بقولى :

وإن يعمر الشريك المشترك ... بدون إذن للرجوع مامالك
إن لم يكن لذاك مضطرا بأن ... أمكنه قسمة ذلك السكن
أما إذا اضطر لذا وكان من ... أبى على التعمير يجبر فإن
بإذنه أو إذن قاض يرجع ... وفعله بدون ذا تبرع
ثم إذا اضطر ولا جبر كما ... فى السفل والجدار يرجع بما
أنفقه إن كان بالإذن بنى ... لذا وإلا فبقيمة البنا

ثم اعلم أن صاحب العلو إذا بنى السفل ، فله أن يمنع صاحب السفل من السكنى حتى يدفع إليه لكونه مضطرا وكذا حائط بين اثنين لهما عليه خشب فبنى أحدهما فله منع الآخر من وضع الخشب حتى يعطيه نصف قيمة البناء مبنيا كما فى البحر وفيه عن جامع الفصولين لكل من صاحب السفل والعلو حق فى ملك الآخر لذى العلو حق قراره ولذى السفل حق دفع للمطر والشمس عن السفل اه ثم نقل عنه أيضا لو هدم ذو السفل سفله وذو العلو علوه أخذ ذو السفل ببناء سفله إذ فوت عليه حقا ألحق بالملك فيضمن كما لو فوت عليه ملكا اه قال فى البحر وظاهره أنه لاجبر على ذى العلو وظاهر الفتح خلافه وهو محمول على ما إذا بنى ذو السفل سفله وطلب من ذى العلو بناء علوه فإنه يجبر اه أى لأن فرض المسألة أنه هدم علوه فيجبر على بنائه بعدما بنى ذو السفل سفله لاقبله وإنما أجبر لأن لذى السفل حقا فى العلو كما علمت وأما لو انهدم العلو بلا صنعه فلا يجبر لعدم تعديه كما ذكره الشارح فيما لو انهدم السفل وفى البحر عن الذخيرة سقف السفل وجذوعه وهراديه وبواريه وطينه لذى السفل قال : ذكر الطرسوسى أن المرادى ما يوضع فوق السقف من قصب أو عريش اه :

(زائغة مستطيلة) أى سكة طويلة (يتشعب عنها) سكة (مثلها) لكن (غير نافذة) إلى محل آخر (يمنع أهل الأولى عن فتح باب) للمرور لا للاستضاءة والريح عينى

قلت : لكن فى المغرب عن الليث الهردية قضبان تضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم اه فهى التى تسمى فى عرفنا سقالة. هذا وذكر فى الخيرية أن تطيين سقف السفل لا يجب على واحد منهما ، أما ذو العلو فلعدم وجوب إصلاح ملك الغير عليه وإن تلف الطين بالسكن المأذون فيه شرعا إلا إذا تعدى بإزالته فيضمنه ، وأما ذو السفل فلعدم إجباره على إصلاح ملكه فإن شاء طينه ورفع ضرره وكف الماء عنه وإن شاء تحمل ضرره .

[تتمة] فى البحر عن جامع الفصولين جدار بينهما ، ولكل منهما حمولة فوهى الحائط فأراد أحدهما رفعه ليصلحه وأبى الآخر ، ينبغى أن يقول مريد الإصلاح للآخر ارفع حمولتك بأسطوانات وعمد ويعلمه أنه يريد رفعه فى وقت كذا وأشهد على ذلك ، فلو فعله وإلا فله رفع الجدار فلو سقطت حمولته لم يضمن اه :

قلت : والظاهر أن مثله ما إذا احتاج السفل إلى العمارة فتعليق العلو على صاحبه وهذه فائدة حسنة لم أجد من نبه عليها (قوله زائغة مستطيلة) وفى التهذيب : الزائغة الطريق الذى حاد عن الطريق الأعظم اه من زاغت الشمس إذا مالت والمستطيلة الطويلة من استطال بمعنى طال أفاد فى البحر (قوله مثلها) أى طويلة احترازا عن المستديرة كما يأتى (قوله لكن غير نافذة) أفاد أن الأولى نافذة وقد قال فى البحر أطلقها أى الأولى تبعا لأكثر الكتب ، وقيدها فى النهاية تبعا للفقيه أبى الليث والتمرتاشى بغير النافذة ويمكن حمل كلامه عليه لقوله مثلها غير نافذة اه أى بناء على أن غير نافذة بيان لوجه المماثلة ، وفيه نظر بل المتبادر أن المماثلة فى الطول وغير نافذة حال لبيان قيد زائد فيها على الأولى ، وإلا لزم أن لا تكون الثانية مقيدة بكونها طويلة ، فيشمل المستديرة ، وهو غير صحيح واستظهر الخير الرملى إطلاق الأولى إذ لا عبرة بكونها نافذة أو غير نافذة لامتناع مرور أهلها فى الثانية مطلقا بخلاف المتشعبة كما يأتى :

قلت : لكن فى بعض الصور يظهر الفرق فى الأولى بين النافذة وغيرها كما تعرفه (قوله إلى محل آخر) متعلق بنافذة والمراد به الطريق العام أو ما يتوصل منه إليه احترازا عن النافذة إلى سكة أخرى غير نافذة .

مطلب فى فتح باب آخر للدار

(قوله عن فتح باب للمرور) قال فى فتح القدير قال بعض المشايخ لا يمنع من فتح الباب بل من المرور لأن له رفع كل جداره فكذا له رفع بعضه والأصح أنه يمنع من الفتح لأنه منصوص عليه فى الرواية بنص محمد فى الجامع ولأن المنع بعد الفتح لا يمكن إذ تمكن(١) مراقبته ليلا ونهارا فى الخروج ليخرج ولأنه عساه يدعى بعد تركيب الباب وطول الزمان حقا فى المرور ويستدل عليه بتركيب الباب اه (قوله لا للاستضاءة والريح) قال العينى بعد حكاية القولين المذكورين ولكن هذا فيما إذا أراد بفتح الباب المرور فإنه يمنع استحسانا وإذا أراد به الاستضاءة والريح دون المرور لم يمنع من ذلك كذا نقله فخر الإسلام عن الفقيه أبى جعفر اه :

---

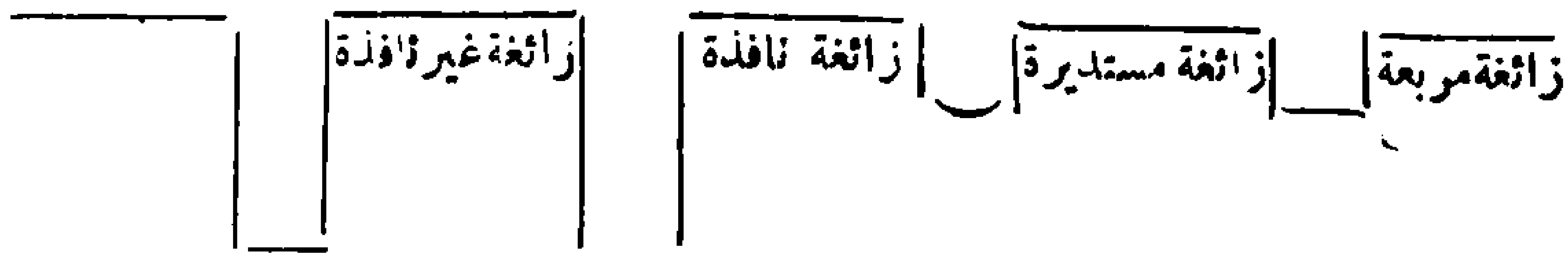
(١) قوله (إذ تمكن) كذا بالأصل المقابل على خط المؤلف ولعل الصواب إذ لا تمكن تأمل اه مصححه

(فى القصوى) الغير النافذة على الصحيح إذ لاحق لهم فى المرور بخلاف النافذة (وفى زائغة مستديرة لزق) أى اتصل(طرفاها) أىنهاية سعة اعوجاجهابالمستطيلة (لا) يمنع لأنها كساحة مشتركة فى دار بخلاف مالوكانت مربعة فإنها كسكة فى سكة ولذا يمكنهم نصب البوارق ابن كمال بهذه الصورة :

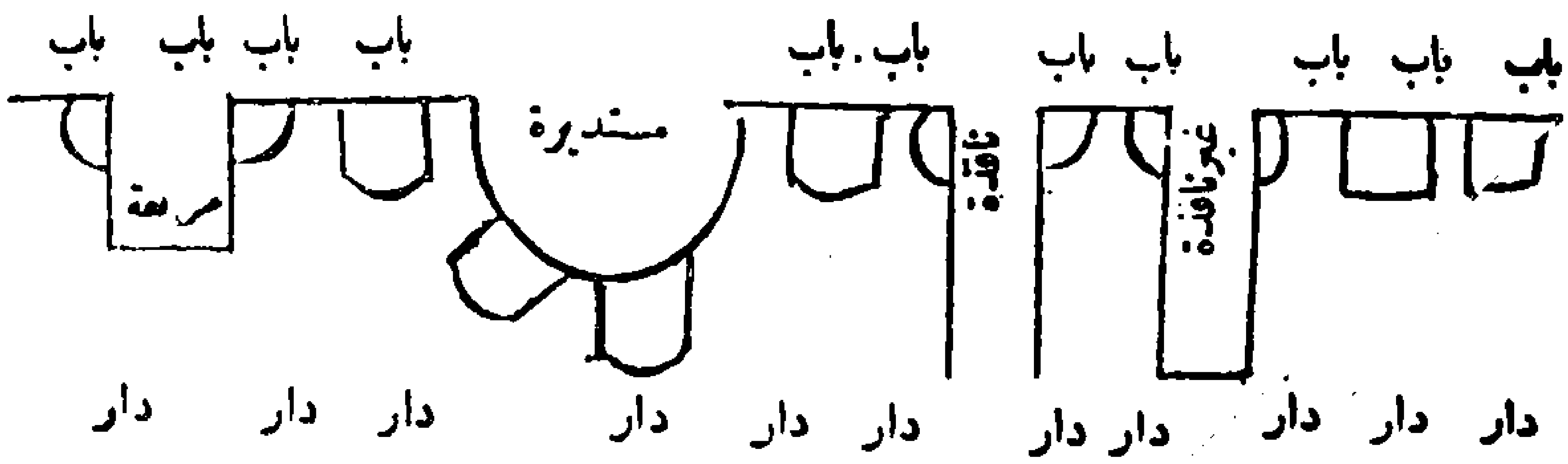
قلت : هذا إذا كان الباب عاليا لا يصلح للمرور كما يدل عليه التعليل المار وإلاكان قول بعض المشايخ بعينه وهو خلاف الأصح فعلم أن المراد غيره وهو مسألة الطاقة الآتية فافهم (قوله فى القصوى) أى البعدى وهى المتشعبة من الأولى الغير النافذة أما النافذة فلا منع من الفتح فيها لأن لكل أحد حق المرور فيها (قوله على الصحيح) مقابله ما قدمناه آنفا من القول بأنه لا يمنع من الفتح بل من المرور (قوله إذ لاحق لهم فى المرور) أى لاحق لأهل الزائغة الأولى فى المرور فى الزائغة القصوى ، بل هو لأهلها على الخصوص ، ولذا لو بيعت دار فى القصوى لم يكن لأهل الأولى شفعة فيها كذا فى الفتح : أى لا شفعة لهم بحق الشركة فى الطريق إذ لو كان جارا ملاصقا كان له الشفعة شرنبلالية ثم قال فى الفتح بخلاف أهل القصوى ، فإن لأحدهم أن يفتح بابا فى الأولى لأن له حق المرور فيها اه :

قال العلامة المقدسى : هذا إذا فتح فى جانب يدخل منه إليها ، أما فى الجانب الآخر غير النافذ فلا اه وفيه فائدة حسنة يفيدها التعليل أيضا ، وهى أن الزائغة الأولى إذا كانت غير نافذة وأراد واحد من أهل القصوى فتح باب فى الأولى له ذلك إن كانت داره متصلة بركن الأولى ، وكانت من جانب الدخول إلى القصوى ، أما لو كانت من الجانب الثانى فلا إذ لاحق له فى المرور فى الجانب الثانى ، بخلاف ما إذا كانت الأولى نافذة فإن له المرور من الجانبين ، فيكون له فتح الباب من الجانب الثانى أيضا ، وبه يظهر الفرق بين كون الأولى نافذة أولا خلافا لما مر عن الرملى ، والظاهر أن كلام الفتح مبنى على كون الأولى نافذة وإن حمل على أنها غير نافذة يدعى تخصيصه بغير الصورة المذكورة :

[تنبيه] يعلم مما هنا أنه لو أراد فتح باب أسفل من بابه والسكة غير نافذة يمنع منه وقيل لا وفى كل من القولين اختلاف التصحيح والفتوى قال فى الخيرية والمتون على المنع فليكن المعول عليه (قوله وفى زائغة مستديرة) محترز قوله يتشعب عنها مثلها ، فإن المراد بها الطويلة ويقابلها المستديرة وفى حاشية الوانى على الدرر هذا إذا كانت أى المستديرة مثل نصف دائرة أو أقل ، حتى لو كانت أكثر من ذلك لا يفتح فيها الباب والفرق أن الأولى تصير ساحة مشتركة بخلاف الثانية فإنه إذا كان داخلها أو سع من مدخلها يصير موضعا آخر غير تابع للأول كذا قيل اه وقائله صدر الشريعة ومنلامسكين ورده ابن كمال (قوله لأنها كساحة الخ) قال فى الفتح : لأن لكل حق المرور إذ هى ساحة مشتركة غاية الأمر أن فيها اعوجاجا ولهذا يشتركون فى الشفعة إذا بيعت دار منها اه (قوله ولذا يمكنهم نصب البوابة) لم أرها عندى من كتب اللغة لفظ البوابة وهى فى عرف الناس اليوم اسم للباب الكبير الذى ينصب فى رأس السكة أو المحلة مثلا وعبارة ابن كمال عن الحلوانى ولذا يمكنهم نصب الدرب ، وفى القاموس ، الدرب باب السكة الواسع والباب الأكبر جمعه دراب (قوله بهذه الصورة) اختلفت النسخ فى كيفية رقمها ولنصورها بصورة جامعة للمستطيلة المتشعب عنها مستطيلة مثلها نافذة وغير نافذة ومستديرة ومربعة هكذا :



(ولا يمنع الشخص من تصرفه فى ملكه إلا إذا كان الضرر) بجاره ضررا



فالدار الثالثة التى فى ركن المتشعبة الغير النافذة لو كان بابها فى الطويلة يمنع صاحبها عن فتح الباب فى المتشعبة الغير النافذة لأنه ليس له حق المرور فيها ولو كان بابها فى المتشعبة لايمنع من فتح باب فى الأولى الطويلة وأما الدار الرابعة التى فى الركن الثانى لو كان بابها فى الطويلة يمنع من فتحه فى المتشعبة المذكورة ، وكذا لو كان فى المتشعبة يمنع من فتحه فى الطويلة لأنه ليس له حق المرور فى ذلك الجانب لكن هذا إذا كانت الطويلة غير نافذة بخلاف النافذة لأن له حق المرور حينئذ من الجانبين كما قلنا فيما مر . وأما الدار الخامسة التى فى الركن الأول من المتشعبة الثانية النافذة فلصاحبها فتح باب فيها وفى الطويلة بخلاف الدار السادسة التى فى الركن الثانى من المتشعبة المذكورة فإنه لو كان بابه فيها يمنع من الفتح فى الطويلة لو غير نافذة لا لو نافذة لما علمت :

مطلب اقتسموا دارا وأراد كل منهم فتح باب لهم ذلك

[تتمة] فى منية المفتى من كتاب القسمة دار فى سكة غير نافذة بين جماعة اقتسموها وأراد كل منهم فتح باب وحده ليس لأهل السكة منعهم :

قلت : ينبغى تقييده بما إذا أرادوا فتح الأبواب فيما قبل الباب القديم لا فيما بعده كما قدمناه آنفا عن الخيرية من التعويل على ما فى المتون نعم على القول الثانى المصحح أيضا لا تفصيل ثم قال فى المنية دار لرجل بابها فى سكة غير نافذة فاشترى بجنبها دارا بابها فى سكة أخرى له فتح باب لها فى داره الأولى لا فى السكة الأولى وبه أفتى أبو جعفر وأبو الليث وقال أبو نصير له ذلك لأن أهل السكة شركاء فيها بدليل ثبوت حق الشفعة للكل اهـ ملخصا :

قلت : الظاهر أنه مبنى على الخلاف السابق والله تعالى أعلم (قوله ولا يمنع الشخص الخ) هذه القاعدة تخالف المسألة التى قبلها فإن المنع فيها من تصرف ذى السفل مطلق عن التقييد بكونه مضرا ضررا بينا أولى وهنا المنع مقيد بالضرر البين ولا سيما على ظاهر الرواية الآتى من أنه لايمنع مطلقا نعم على ما قدمنا من أن المختار المنع فى الضرر البين والمشكل تندفع المخالفة على مامشى عليه المصنف هنا . وقد يجاب بأن المسألة المتقدمة ليست من فروع هذه القاعدة فإن ما هنا فى تصرف الشخص فى خالص ملكه الذى لاحق للجار فيه وما مر فى تصرفه فيما فيه حق للجار ، فإن السفل وإن كان ملكا لصاحبه إلا أن لذى العلو حقا فيه فلذا أطلق المنع فيه ولذا لو هدم ذو السفل

(بينا) فيمنع من ذلك وعليه الفتوى بزازية ، واختاره فى العمادية وأفتى به قارئ الهداية ، حتى يمنع الجار من فتح الطاقة ، وهذا جواب المشايخ استحسانا ، وجواب ظاهر الرواية عدم المنع مطلقا وبه أفتى طائفة ، فالإمام ظهير الدين وابن الشحنة ووالده وورجحه فى الفتح وفى قسمة المجتبى وبه يفتى ، واعتمده المصنف ثمة فقال : وقد اختلف الإفتاء ، وينبغى أن يعول على ظاهر الرواية اهـ :

قلت : وحيث تعارض متنه وشرحه فالعمل على المتون كما تقرر مرارا فتدبر :

قلت : وبقى مالو أشكل هل يضر أم لا ، وقد حرر محشى الأشباه المنع

سفله يؤمر بإعادته بخلاف ما هنا هذا ماظهر لى فاغتنمه (قوله بينا) أى ظاهرا ويأتى بيانه قريبا (قوله واختاره فى العمادية) حيث قال كما فى جامع الفصولين والحاصل أن القياس فى جنس هذه المسائل أن من تصرف فى خالص ملكه لا يمنع منه ولو أضر بغيره لكن ترك القياس فى محل يضر بغيره ضررا بينا وقيل بالمنع وبه أخذ كثير من مشايخنا وعليه الفتوى اهـ :

قلت : قوله وقيل بالمنع عطف تفسير على قوله ترك القياس فليس قولا ثالثا ، ثم وقع فى الخيرية : وقيل بالمنع مطلقا الخ ، ومقتضاه أنه قول ثالث بالمنع سواء كان الضرر بينا أولا لكن عزا فى الخيرية ذلك إلى التتارخانية والعمادية وليس ذلك فى العمادية كما رأيت ، فالظاهر أن لفظ مطلقا سبق قلم ؛ ويدل عليه قوله فى الفتح : والحاصل أن القياس فى جنس هذه المسائل أن يفعل المالك ما بدا له مطلقا لأنه متصرف فى خالص ملكه لكن ترك القياس فى موضع يتعدى ضرره إلى غيره ضررا فاحشا وهو المراد بالبين وهو ما يكون سببا للهدم ، أو يخرج عن الانتفاع بالكلية وهو مايمنع الحوائج الأصلية كسد الضوء بالكلية واختاروا الفتوى عليه فأما التوسع إلى منع كل ضرر ما فيسد باب انتفاع الإنسان بملكه كما ذكرنا قريبا اهـ ملخصا فانظر كيف جعل المفتى به القياس الذى يكون فيه الضرر بينا لا مطلقا ، وإلا لزم أنه لو كانت له شجرة مملوكة يستظل بها جاره وأراد قطعها أن يمنع لتضرر الجار به كما قرره فى الفتح قبله :

قلت : وأفتى المولى أبو السعود أن سد الضوء بالكلية ما يكون ما نعا من الكتابة ، فعلى هذا لو كان للمكان كوتان مثلا فسد الجار ضوء إحداهما بالكلية لا يمنع إذا كان يمكن الكتابة بضوء الأخرى ، والظاهر أن ضوء الباب لا يعتبر لأنه يحتاج لغلقه لبرد ونحوه كما حررته فى تنقيح الحامدية : وفى البحر : وذكر الرازى فى كتاب الاستحسان لو أراد أن يبنى فى داره تنورا للخبز الدائم كما يكون فى الدكاكين أو رحى للطحن أو مدقات للقصارين لم يجز لأنه يضر بجيرانه ضررا فاحشا لا يمكن التحرز عنه فإنه يأتى منه الدخان الكثير ، والرحى والدق يوهن البناء ، بخلاف الحمام لأنه لا يضر إلا بالنداوة ويمكن التحرز عنه بأن يبنى حائطا بينه وبين جاره ، وبخلاف التنور المعتاد فى البيوت اهـ وصحح النسفى فى الحمام أن الضرر لو فاحشا يمنع وإلا فلا ، وتمامه فيه (قوله حتى يمنع الجار من فتح الطاقة) أى يكون فيها ضرر بين بقرينة ما قبله وهو ما أفتى به قارئ الهداية لما سئل هل يمنع الجار أن يفتح كوة يشرف منها على جاره وعياله ؟ فأجاب بأنه يمنع من ذلك اهـ : وفى المنح عن المضمرات شرح القدورى : إذا كانت الكوة للنظر وكانت الساحة محل الجلوس للنساء يمنع وعليه الفتوى اهـ. قال الخير الرملى : وأقول لافرق بين القديم والحديث حيث كانت العلة الضرر البين لوجودها فيهما (قوله ورجحه فى الفتح) حيث قال والوجه لظاهر الرواية (قوله ثمة) أى فى كتاب القسمة فى المنح (قوله فالعمل على المتون) قد يقال : إن هذا لايقال فى كل متن مع شرح بل هذا فى نحو المتون القديمة ط أى وهذه المسألة ليست من مسائل(١) ويظهر من كلام

---

(١) قوله (من مسائل) هكذا بخطه ، ولعل فيه سقطا والأصل من مسائلها أى المتون القديمة أو نحو ذلك ولهحرر اهـ مصححه .

قياسا على مسألة السفل والعلو أنه لايتدإذا أضر وكذا إن أشكل على المختار للفتوى كما فى الخالية ، قال المحشى فكذا تصرفه فى ملكه إن أضر أو أشكل (يمنع وإن لم يضر لم يمنع) قال : ولم أر من نبه عليه ، فليغتنم فإنه من خواص كتابى انتهى :

(ادعى) على آخر (هبة) مع قبض (فى وقت فسئل) المدعى (بينة فقال) قد (جحدنيها) أى الهبة (فاشتريتها منه أو لم يقل ذلك) أى جحدنيها ،

الشارح الميل إلى ماشى عليه المصنف فى متنه لأنه أوفق بدفع الضرر البين عن الجار المأمور بإكرامه ، ولذا كان هو الاستحسان الذى مشى عليه مشايخ المذهب المتأخرين(١) وصرحوا بأن الفتوى عليه :

والحاصل أنهما قولان معتمدان يترجح أحدهما بما ذكرنا والآخر بكونه أصل المذهب (قوله قياسا على مسألة السفل الخ) أقول : هذا غير مسلم لأنه مخالف لكلامهم مع أنه قياس مع الفارق وذلك أنك علمت أن أصل المذهب فى مسئلتنا عدم المنع مطلقا لكونه تصرفا فى خالص ملكه ، وخالف المشايخ أصل المذهب فيما إذا كان الضرر بينا ولا يخفى أن التقييد بالبين مخرج للمشكل فالقول بمنع المشكل مخالف للقولين وقياسه على المشكل فى مسألة السفل غير صحيح لأن المتون الموضوعة لنقل المذهب ماشية على منع التصرف فيها عكس مسألتنا . وذكر بعض المشايخ أن المختار تقييد المنع بالمضر أو المشكل وما ذاك إلا لكونه تصرفا فيما للجار فيه حق وهو صاحب العلو فالأصل فيه عدم جواز التصرف إلا بإذنه بخلاف مسألتنا فإن الأصل فيها الجواز لكونه تصرفا فى خالص حقه فإلحاق المشكل فيها بالمشكل فى الأولى غير صحيح فافهم :

وهذا آخر ما حرره المؤلف بخطه من هذا الجزء ، وأما بقية الأجزاء فتممها بنفسه قبل حلول رمسه ، فبادر نجله السعيد السيد محمد علاء الدين إلى تكملة الجزء المذكور بتجريد الهوامش التى بخط والده وغيرها على الشرح فقال :

(بسم الله الرحمن الرحيم)

بالميل لبابك يجبر ثلم القلوب ، وبالترقب لهبوب نسمات منحك يضرب على صفحات ثقب الغيوب ، يامن بصر بعظيم قدرته العباد وقهرهم بها فلا يكون إلا ما أراد ، فنحمده بالحمد اللائق ، ونشكره على آلائه بالشكر الفائق ونصلى ونسلم على رسوله محمد المكمل لأمته وعلى آله وصحبه ومن لهج بدعوته :

وبعد فإن العالم العامل والعلامة الكامل ، وحيد الدهر ، وفريد العصر ، سيد الزمان ، وسعد الأقران ، يعسوب العلماء العاملين ، ومرجع الجهابذة الفاضلين ، ومؤلف هذه الحاشية المرحوم سيدى وأستاذى ووالدى السيد محمد أفندى عابدين ، سقى الله ثراه صوب الغفران ، وجمعنا وإياه فى مستقر رحمته ، وأسكننا بحبوحة جنته لما وصل إلى هذا المحل من الكتاب اشتاق إلى مشاهدة رب الأرباب ، فنزل حياض المنون ، وآثر الجدث الذى ليس بمسكون . وكان رحمه الله بدأ أولا فى التأليف من الإجارة إلى الآخر ، ثم من أول الكتاب إلى انتهاء هذا التحرير الفاخر وترك على نسخته الدر بعض تعليقات وتحريرات واعتراضات قد كاد تداول الأيدى أن يذهبها العدم من يذهبها مذهبها ، فأردت أن أجرد ما كتبه والدى على نسخته ، وألحقه بمسودته من غير زيادة عليه خوف الغلط ونسبته إليه ، وإن رأيت حاشية ليست من خطه أنبه عليها بقولى كذا أو ذكر أو فى أو قاله فى الهامش لعامى بأنه أقرها وإلا شطبت عليها ، ومع هذا يلزم التنبيه كما ترى ، والله يعلم ويرى ، ومنه أطلب الإعانة والتوفيق لأقوم طريق : قال رحمه الله تعالى ونفعنا به ورضى عنه آمين (قوله ادعى على آخر الخ) قال قاضيخان : ادعى على رجل أنه

---

(١) (قوله المتأخرين) كذا بخطه وصوابه المتأخرون كما لا يخفى اه مصححه .

ومفاده الاكتفاء بإمكان التوفيق وهو مختار شيخ الإسلام من أقوال أربعة ؛ واختار الخجندى أنه يكفى من المدعى عليـه لا من المدعى لأنه مستحق وذاك دافع ، والظاهر يكفى للدفع لا للاستحقاق بزازية (فأقام بينة على الشراء بعد وقتها) أى وقت الهبة (تقبل فى الصورتين وقبله لا) لوضوح التوفيق فى الوجه الأول وظهور التناقض فى الثانى ، ولو لم يذكر لهما تاريخا أو ذكر لأحدهما تقبل لإمكان التوفيق بتأخير الشراء ، وهل يشترط كون الكلامين عند القاضى أو الثانى فقط خلاف وينبغى ترجيح الثانى بحر لأن به التناقض والتناقض يرتفع بتصديق الخصم وبقول المتناقض تركت الأول وادعى بكذا أو بتكذيب الحاكم وتمامه فى البحر وأقره المصنف (كما لو ادعى أولا أنها) أى الدار مثلا (وقف عليه ثم ادعاها لنفسه) أو ادعاها لغيره ثم ادعاها (لنفسه) لم تقبل للتناقض ، وقيل تقبل إن وفق بأن قال كان لفلان ثم اشتريته درر فى أواخر الدعوى قال (ولو ادعى الملك) لنفسه (أولا ثم) ادعى (الوقف)

أخذ منه مالا وبين المال ووصفه وأقام المدعى عليه البينة على إقرار المدعى أنه أخذ فلان آخر هذا المال المسمى فأنكر المدعى ذلك لم تقبل منه هذه البينة ولا يكون ذلك إبطالا لدعوى الأول ، لأن من حجة الأول أن يقول أخذه منى فلان آخر ثم رده على وأخذه منى هذا المدعى عليه بعد ذلك اهـ كذا فى الهامش (قوله ومفاده) أى مفاد قوله أو لم يقل ذلك ح (قوله بإمكان التوفيق) نقل فى البحر إن هذا هو القياس ، والاستحسان أن التوفيق بالفعل شرط . قال الرملى : وجواب الاستحسان هو الأصح كما فى منية المفتى (قوله وهو مختار الخ) قيده فى البحر فى فصل الفضولى بأن لا يكون ساعيا فى نقض ما تم من جهته فراجعه (قوله من أقوال أربعة) وهى كفاية إمكان التوفيق مطلقا ، وعدم كفايته مطلقا ، وكفايته من المدعى عليه لا من المدعى ، وكفايته إن اتحد وجه التوفيق لا إن تعددت وجوهه ح كذا فى الهامش (قوله بعد وقتها) ظرف للشراء كقبله ح (قوله فى الصورتين) يعنى ما إذا قال جحدنيها أو لم يقل ح (قوله فى الثانى) لأنه يدعى الشراء بعد الهبة وشهوده يشهدون له به قبلها وهو تناقض ظاهر لا يمكن التوفيق بينهما ، ومرادهم بين الدعوى والبينة وإلا فالمدعى لا تناقض منه لأنه ما ادعى الشراء سابقا على الهبة بحر (قوله وينبغى ترجيح الثانى الخ) ولعل وجهه أنه الذى يتحقق به التناقض منح . وفى النهر من باب الاستحقاق : والأوجه عندى اشتراطهما عند الحاكم إذ من الدعوى كونها لديه اهـ . وفى شرح المقدسى : ينبغى أن يكفى أحدهما عند القاضى بل يكاد أن يكون الخلاف لفظيا ، لأن الذى حصل سابقا على مجلس القاضى لابد أن يثبت عنده ليترتب على ما عنده حصول التناقض ، والثابت بالبيان كالثابت بالعيان فكأنهما فى مجلس القاضى ، فالذى شرط كونهما فى مجلسه يعم الحقيقى والحكمى فى السابق واللاحق انتهى وهو حسن (قوله أو بتكذيب الحاكم) كما لو ادعى أنه كفل له عن مديونه بألف فأنكر الكفالة وبرهن الدائن أنه كفل عن مديونه وحكم به الحاكم وأخذ المكفول منه المال ثم إن الكفيل ادعى على المديون أنه كفل عنه بأمره وبرهن على ذلك يقبل عندنا ويرجع على المديون بما كفل ، لأنه صار مكذبا شرعا بالقضاء كذا فى المنح ح (قوله وتمامه فى البحر) عبارة البحر فى الاستحقاق أولى ، وهى إذا قال تركت أحد الكلامين يقبل منه لأنه استدل له بما فى البزازية عن الذخيرة : ادعاه مطلقا فدفعه المدعى عليه بأنك كنت ادعيته قبل هذا مقيدا وبرهن عليه فقال المدعى أدعيه الآن بذلك السبب وتركت المطلق يقبل ويبطل الدفع اهـ فإن المتروك الثانية لا الأولى ومع هذا نظر فيه صاحب النهر هناك . وقد يقال ذلك القول توفيق بين الدعوتين تأمل . وذكر سيدى الوالد فى باب الاستحقاق تأييد ما فى النهر : وقال فى الخانية رجل ادعى ملكا بسبب ثم ادعاه بعد ذلك ملكا مطلقا فشهد شهوده بذلك ذكر فى عامة الروايات أنه لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته . قال مولانا رضى الله تعالى عنه : قال جدى شمس الأئمة رحمه الله تعالى لا تقبل

عليه (تقبل كما لو ادعاها لنفسه ثم لغيره) فإنه يقبل :

(ومن قال لآخر اشتريت منى هذه الجارية وأنكر) الآخر الشراء جاز (للبائع أن يطأها إن ترك) البائع (الخصومة) واقترن تركه بفعل يدل على الرضا بالفسخ كإمساكها ونقلها لمنزله ، لما تقرر أن (جحود) جميع العقود (ماعدا النكاح فسخ) فللبائع ردها بعيب قديم لتمام الفسخ بالتراضي عيني ، أما النكاح فلا يقبل الفسخ أصلا (ف) لذا (لو جحد أنه تزوجها ثم ادعاه وبرهن) على النكاح (يقبل) برهانه (بخلاف البيع) فإنه إذا أنكره ثم ادعاه لايقبل لانفساخه بالإنكار بخلاف النكاح .

(أقر بقبض عشرة) دراهم (ثم ادعى أنها زيوف) أو نبهرجة (صدق) بيمينه لأن اسم الدراهم يعمها ، بخلاف الستوقة لغلبة غشها (و) لذا (لو ادعى أنها ستوقة لا) يصدق (إن) كان البيان (مفصولا وصدق لو) بين (موصولا) نهاية ، فالتفصيل فى المفصول لا فى الموصول (ولو أقر بقبض الجياد لم يصدق مطلقا) ولو موصولا للتناقض (ولو أقر أنه قبض حقه أو) قبض (الثمن أو استوفى) حقه (صدق فى دعواه الزيافة لو) بين (موصولا وإلا لا) لأن قوله جياد مفسر فلا يحتمل التأويل ، بخلاف غيره لأنه ظاهر أو نص فيحتمل التأويل ابن كمال .

(أقر بدين ثم ادعى أن بعضه قرض وبعضه ربا) وبرهن عليه (قبل) برهانه قنية عن علاء الدين وسيجىء فى الإقرار :

(قال لآخر لك على ألف) درهم (فرده) المقر له (ثم صدقه)

بينته ولا تبطل دعواه حتى لو قال أردت بهذا الملك المطلق الملك بذلك السبب تسمع دعواه وتقبل بينته (قوله عليه) كذا فى المنح ولم يذكره فى البحر ، وكأنه أخذه من قاعدة إعادة النكرة معرفة فيكون المراد به الوقف المار قيل وعليه فلا يظهر التوفيق لأنه تناقض ظاهر ويمكن جريانه على مذهب الثانى القائل بصحة وقفه على نفسه انتهى ولا يخفى عليك ما فيه . وفى البحر من فصل الاستحقاق : ولو ادعى أنها له ثم ادعى أنها وقف عليه تسمع لصحة الإضافة بالأخصية انتفاعا (قوله أن يطأها) أى بعد الاستبراء إن كانت فى يد المشترى أبو السعود عن الحموى عن الجلبى بحثا (قوله فللبائع ردها) قيده فى النهاية بأن يكون بعد تحليف المشترى ، إذ لو كان قبله فليس له الرد على بائعه لاحتمال نكول المدعى عليه فاعتبر بيعا جديدا فى حق ثالث ، وقيده الشارح بأن يكون بعد القبض أما قبله فينبغى أن له الرد مطلقا لكونه فسخا من كل وجه فى غير العقار إلا بعد حلفه فيجب تقييد الكتاب بحر (قوله أقر الخ) للإمام الطرسوسى تحقيق فى هذه المسألة فراجعه فى أنفع الوسائل (قوله زيوف) ما يرده بيت المال (قوله نبهرجة) ما يرده التجار : قال فى القاموس فى فصل النون : النبهرجة الزيف الردىء اه : وفى المغرب : النبهرج الدرهم الذى فضته رديئة ، وقيل الذى الغلبة فيه للفضة ، وقد استعير لكل ردىء باطل ، ومنه بهرج دمه : إذا أهدر وأبطل وعن اللحيانى درهم نبهرج ولم أجده بالنون إلا له اه وهو مخالف لما فى القاموس مع أنه المشهور (قوله أو استوفى) الاستيفاء عبارة عن قبض الحق بالتمام سعدية وابن كمال (قوله لأنه ظاهر) راجع للأولى وهى قبض الحق أو الثمن ، والظاهر ما احتمل غير المراد احتمالا بعيدا ، والنص يحتمله احتمالا أبعد دون المفسر لأنه يحتمل غير المراد أصلا (قوله أو نص) راجع للثانية وهو قوله أو استوفى (قوله قبل برهانه) لأنه مضطر وإن تناقض قنية (قوله فرده الخ) حاصل مسائل رد الإقرار بالمال أنه لايخلو إما أن يرده مطلقا أو يرد الجهة التى عينها المقر ويحولها إلى أخرى أو يرده لنفسه ويحوله إلى غيره ، فإن كان الأول بطل ، وإن كان الثانى فإن لم يكن بينهما منافاة وجب المال كقوله له ألف بدل قرض فقال بدل غصب وإلا بطل كقوله ثمن عبد لم أقبضه

فى مجلسه (فلا شىء عليه) للمقر له إلا بحجة أو إقرار ثانيا ، وكذا الحكم فى كل مافيه الحق لواحد :

(ومن ادعى على آخر ما لافقال) المدعى عليه (ماكان لك على شىء قط فبرهن المدعى على) أن له عليه (ألف وبرهن) المدعى عليه (على القضاء) أى الإيفاء (أو الإبراء ولو بعد القضاء) أى الحكم بالمال إذ الدفع بعد قضاء القاضى صحيح إلا فى المسألة المخمسة

وقال قرض أو غصب ولم يكن العبد فى يده فيلزمه الألف صدقه فى الجهة أوكذبه عند الإمام ، وإن كان فى يده فالقول للمقر فى يده ، وإن كان الثالث ، نحو ما كانت لى قط لكنها لفلان فإن صدقه فلان تحول إليه وإلا فلا ، وإن كان بطلاق أو عتاق أو ولاء أو نكاح أو وقف أو نسب أو رق لم يرتد بالرد فيقال الإقرار يرتد برد المقر له إلا فى هذه ذكر مجموع ذلك فى البحر ، وفيه اختصار أو ضحته فى حاشيته (قوله فى مجلسه) وفى غيره بالأولى (قوله إلا بحجة) كيف تقبل حجته وهو متناقض فى دعواه تأمل فى جوابه سعدية واستشكله فى البحر أيضا ، ونقل خلافه عن البزازية حيث قال : فى يده عبد فقال لرجل هو عبدك فرده المقر له ثم قال بل هو عبدى وقال المقر هو عبدى فهو لذى اليد المقر ، ولو قال ذو اليد لآخر هو عبدك فقال بل هو عبدك ثم قال الآخر بل هو عبدى وبرهن لا يقبل للتناقض اه وهذا يخالف ما فى الهداية من أنه لا بد من الحجة فإنه يقتضى سماع الدعوى اه (قوله لواحد) بخلاف ما لو قال اشتريت وأنكر له أن يصدقه لأن أحد العاقدين لا ينفرد بالفسخ فلا ينفرد بالعقد والمعنى أنه حقهما فبقى العقد فعمل التصديق ، أما المقر له فينفرد برد الإقرار فافترقا كذا فى الهداية :

فالحاصل أن كل شىء يكون الحق لهما جميعا إذا رجع المنكر إلى التصديق قبل أن يصدقه الآخر على إنكاره فهو جائز كالبيع والنكاح ، وكل شىء يكون فيه الحق لواحد كالهبة والصدقة والإقرار لا ينفعه إقراره بعده كما فى القنية بحر س (قوله ما كان لك) انظر لو لم يذكر لفظ كان وانظر ماسنذكره قريبا عند واقعة سمرقند فإنه يفيد الفرق بين الماضى والحال (قوله قط) لافرق بين أن يؤكد النفى بكلمة قط أولا بحر (قوله على الخ) الأصوب أن يقول على ألف له عليه فافهم ، وفى بعض النسخ على أنه له عليه ألف (قوله على القضاء) أى الإيفاء قيد بدعوى الإيفاء بعد الإنكار : إذ لو ادعاه بعد الإقرار بالدين ، فإن كان كلا القولين فى مجلس واحد لم يقبل للتناقض ، وإن تفرقا عن المجلس ثم ادعاه وأقام البينة على الإيفاء بعد الإقرار تقبل لعدم التناقض ، وإن ادعى الإيفاء قبل الإقرار لا يقبل كذا فى خزانة المفتين بحر (قوله إلا فى المسألة المخمسة) كأودعنيه فلان أو آجرنيه أو ارتهنته أو غصبته منه أو قال أخذت هذه الأرض مزارعة من فلان أو هذا الكرم معاملة منه سميت مخمسة لأن فيها خمسة أقوال ه

قال فى البحر : وهذه مخمسة كتاب الدعوى لأن صورها خمسة : وديعة وإجارة وإعارة ورهن وغصب ، أو لأن فيها خمسة أقوال للعلماء : الأول مافى الكتاب ، وهو أنه تندفع خصومة المدعى لأن البينة أثبتت أن يده ليست بيد خصومة وهو قول أبى حنيفة ، الثانى قول أبى يوسف ، واختاره فى المختارات ، المدعى عليه إن كان صالحا فكما قال الإمام ، وإن معروفا بالحيل لم تندفع عنه لأنه قد يدفع ماله إلى مسافر يرده إياه ويشهد فيحتال لإبطال حق غيره فإذا اتهمه به القاضى لا يقبله . الثالث قول محمد إن الشهود إذا قالوا نعرفه بوجهه فقط لا تندفع ، فعنده لابد من معرفته بالوجه والاسم والنسب . وفى البزازية تعويل الأئمة على قول محمد : وفى العمادية : لو قالوا نعرفه باسمه ونسبه لا بوجهه لم يذكر فى شىء من الكتب وفيه قولان ، وعند الإمام لابد أن يقول نعرفه (١) . باسمه

---

(١) (قوله لابد أن يقول نعرفه) كذا بالأصل المقابل على خطه ، ولعله أن يقولوا كالسياق والسباق اه مصححه .

كما سيجيء (قبل) برهانه لإمكان التوفيق . لأن غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة ، وسيجيء فى الإقرار أنه لو برهن على قول المدعى أنا مبطل فى الدعوى أو شهودى كذبة أو ليس لى عليه شيء صح الدفع إلى آخره ، وذكره فى الدرر قبيل الإقرار فى فصل الاستشراء (كما) يقبل (لو ادعى القصاص على آخر فأنكر) المدعى عليه (فبرهن المدعى) على القصاص (ثم برهن المدعى عليه على العفو أو) على (الصلح عنه على مال وكذا فى دعوى الرق) بأن ادعى عبودية شخص فأنكر فبرهن المدعى ثم برهن العبد أن المدعى أعتقه يقبل إن لم يصالحه ، ولو ادعى الإيفاء ثم صالحه قبل برهانه على الإيفاء بحر . وفيه : برهن أن له أربعمائة ثم أقر أن عليه للمنكر ثلثمائة سقط عن المنكر ثلثمائة ، وقيل لا وعليه الفتوى ملتقط ، وكأنه لأنه لما كان المدعى عليه جاحدا فذمته غير مشغولة فى زعمه فأين تقع المقاصة ، والله تعالى أعلم (وإن زاد) كلمة (ولا أعرفك ونحوه) كما رأيتك (لا) يقبل لتعذر التوفيق ، وقيل يقبل لأن المحتجب أو المخدرة قد يتأذى بالشغب على بابه فيأمر بإرضاء الخصم ولا يعرفه ثم يعرفه ، حتى لو كان ممن يعمل بنفسه لايقبل ، نعم لو ادعى إقرار المدعى عليه بالوصول والإيصال صح درر فى آخر الدعوى لأن التناقض لايمنع صحة الإقرار (أقر ببيع عبده) من فلان (ثم جحده صح) لأن الإقرار بالبيع بلا ثمن باطل إقرار بزازية :

(ادعى على آخر أنه باعه

ولسبه وتكفى معرفة الوجه ، واتفقوا على أنهم لو قالوا أودعه رجل لانعرفه لاتندفع . الرابع قول أبى شبرمة إنها لاتندفع عنه مطلقا لأنه تعذر إثبات الملك لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه . قلنا مقتضى البينة شيآن ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعى وهو خصم فيه فثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة وإقامة البينة على الطلاق . الخامس قول ابن أبى ليلى تندفع بدون بينة لإقراره بالملك للغائب وقلنا إنه صار خصما بظاهر يده ، فهو بإقراره يريد أن يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق إلا بحجة ، كما لو ادعى تحول الدين من ذمته إلى ذمة غيره اهـ (قوله كما سيجيء) فى فصل رفع الدعاوى من كتاب الدعوى ح (قوله قبل برهانه) الظر لو برهن على إيفاء البعض فقد صارت حادثة الفتوى (قوله فى فصل الاستشراء) وفيه فوائد جمة فراجعه : والاستشراء : طلب شراء شيء (قوله إن لم يصالحه) محل هذه المسألة عند قوله ومن ادعى على آخر مالا قال فى البحر : وقيد بكون المدعى عليه لم يصالح لسكوته عنه والأصل العدم : أما إذا أنكر فصالحه على شيء ثم برهن على الإيفاء أو الإبراء لم تسمع دعواه ، كذا فى الخلاصة ح (قوله وكأنه الخ) من كلام صاحب المنح (قوله فأين) الواقع فى المنح فأنى (قوله وإن زاد) أى على قوله فيما تقدم مالك على شيء (قوله وقيل) ذكره القدورى عن أصحابنا بحر (قوله لأن المحتجب) أى من الرجال . والمحتجب : من لايتولى الأعمال بنفسه ، وقيل من لايراه كل أحد لعظمته بحر (قوله حتى لو كان) أى المدعى عليه ، فرع هذا على ذلك القول فى النهاية تبعا لقاضيخان : وفى إيضاح الإصلاح : وفيه نظر لأن مبنى إمكان التوفيق على أن يكون أحدهما ممن لايتولى الأعمال بنفسه لا المدعى عليه بخصوصه انتهى ، ودفعه ظاهر لأن الكلام كله فى تناقض المدعى عليه لا المدعى بحر (قوله نعم لو ادعى الخ) قال فى الدرر عن القنية : المدعى عليه قال للمدعى لا أعرفك فلما ثبت الحق بالبينة ادعى الإيصال لاتسمع ، ولو ادعى إقرار المدعى بالوصول أو الإيصال تسمع اهـ . قال فى البحر : لأن المتناقض هو الذى يجمع بين كلامين وهنا لم يجمع ولهذا لو صدقه المدعى عيانا لم يكن متناقضا ذكره التمرتاشى انتهى وتمامه فيه ، وهو أحسن مما علل به الشارح ، وبه ظهر أن قول الشارح إقرار المدعى عليه صوابه المدعى إلا أن يقرأ المدعى بصيغة المبنى للفاعل تأمل (قوله لأن الإقرار الخ) فيه أن الإقرار بالبيع إقرار بركنيه لأنه مبادلة مال بمال إلا أن يحمل على أنه أقر

أمته) منه (فقال) الآخر (لم أبعها منك قط فبرهن) المدعى (على الشراء) منه (فوجد) المدعى (بها عيبا) وأراد ردها (فبرهن البائع أنه) أى المشترى (برىء إليه من كل عيب بها لم تقبل) بينة البائع للتناقض ، وعن الثانى تقبل لإمكان التوفيق ببيع وكيله وإبرائه عن العيب ، ومنه واقعة سمرقند : ادعت أنه نكحها بكذا وطالبته بالمهر فأنكر فبرهنت فادعى أنه خلعها على المهر تقبل لاحتمال أنه وجه أبوه وهو صغير ولم يعلم خلاصة (يبطل) جميع (صك) أى مكتوب (كتب إن شاء الله فى آخره) وقالا آخره فقط وهو استحسان راجع على قوله فتح : واتفقوا على أن الفرجة كفاصل السكوت وعلى انصرافه للكل فى جمل عطفت بواو وأعقبت بشرط ، وأما الإستثناء بإلا وأخواتها فللأخير إلا لقرينة كله مائة درهم وخمسون دينارا إلا درهما فللأول استحسانا وأما الاستثناء بإن شاء الله بعد جملتين إيقاعيتين فإليهما اتفاقا وبعد طلاقين معلقين أو طلاق معلق وعتق معلق فإليهما عند الثالث وللأخير عند الثانى ، ولو بلا عطف

بالبيع بلا مال تأمل . قال فى المبسوط : شهدا على إقرار البائع ولم يسميا الثمن ولم يشهدا بقبض الثمن لا تقبل وإن قالا أقر عندنا أنه باعه منه واستوفى الثمن ولم يسميا الثمن جاز . وفى مجمع الفتاوى : شهدا أنه باع وقبض الثمن جاز ، وإن لم يبينوا الثمن ، وكذا لو شهدا بإقرار البائع أنه باعه وقبض الثمن اهـ . وقال فى الخلاصة : شهدوا على البيع بلا بيان الثمن ، إن شهدوا على قبض الثمن تقبل ، وكذا لو بين أحدهما وسكت الآخر اهـ نور العين فى أوائل الفصل السادس ، وانظر ماسنذكره فى كتاب الشهادة وفى باب الإختلاف فيها (قوله أمته منه) لا حاجة إلى قوله منه لأن ضمير باعه يغنى عنه ح (قوله أى المشترى) الأصوب أى البائع كما فى البحر (قوله للتناقض) لأن اشتراط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره فيقتضى وجود العقد وقد أنكره ، بخلاف مامر لأن الباطل قد يقضى ويبرأ منه دفعا للدعوى الباطلة ، وهذا ظاهر الرواية عن الكل بحر (قوله ببيع وكيله) أى وكيل البائع (قوله وإبرائه عن العيب) من إضافة المصدر إلى مفعوله وهو ضمير الوكيل والفاعل المشترى الخ ط وعلى ماقلنا مضاف إلى فاعله والضمير لوكيله وهو المفهوم من عبارة البحر ، فقوله أولا لم أبعها منك قط أى مباشرة ، وقوله إنه برىء إليه : أى إلى وكيله (قوله فأنكر) أى بأن قال لا نكاح بيننا كما فى البحر عن جامع الفصولين ، ولو قال لا نكاح بينى وبينك فلما برهنت على النكاح برهن هو على الخلع تقبل بينته ، ولو قال لم يكن بيننا نكاح قط أو قال لم أزوجها قط والباقى بحاله ينبغى أن يكون هذا وسيلة العيب ، وفى ظاهر الرواية لا تقبل بينة البراءة عن العيب لأنها إقرار بالبيع فكذا الخلع يقتضى سابقة النكاح فيتحقق التناقض اهـ (قوله راجح على قوله) إذ الأصل فى الجمل الاستقلال والصك يكتب للاستيثاق ، فلو انصرف إلى الكل كان مبطلا له فيكون ضد ماقصدوه فينصرف إلى مايليه ضرورة كذا فى التبيين ح (قوله فى جمل) أى قولية وإلا نافى ماقبله ط

وفى البحر : والحاصل أنهم اتفقوا على أن المشيئة إذا ذكرت بعد جمل متعاطفة بالواو كقوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشى إلى بيت الله الحرام إن شاء الله ينصرف إلى الكل فيطل الكل ، فمشى أبو حنيفة على حكمه وهما أخرجا صورة ، كتب الصك من عمومه بعارض اقتضى تخصيص الصك من عموم حكم الشرط المتعقب ، حملا متعاطفة للعادة وعليها يحمل الحادث ، ولذا كان قولهما استحسانا راجحا على قوله كذا فى الفتح القدير وظاهره أن الشرط ينصرف إلى الجميع وإن لم يكن بالمشيئة انتهى (قوله بشرط) أى سواء كان الشرط هو المشيئة أو غيرها كما صرح به فى البحر ح ، والظاهر أن هذا خاص بالإقرار لما سيأتى بعده من قوله وأما الاستثناء الخ تأمل (قوله إيقاعيتين) أن منجزتين ليس فيهما تعليق بقرينة المقابلة نحو أنت طالق ، وهذا حر إن شاء الله تعالى ح

أو به بعد سكوت فللأخير اتفاقا وعطفه بعد سكوته لغو إلا بمافيه تشديد على نفسه وتمامه فى البحر ؛
(مات ذمى فقالت عرسه أسلمت بعد موته وقالت ورثته قبله صدقوا) تحكيما للحال (كما) يحكم الحال (فى مسألة) جريان (ماءالطاحونة) ثم الحال إنماتصلح حجة للدفع لا للاستحقاق (كما فى مسلم مات فقالت عرسه الذمية (أسلمت قبل موته) فأرثه (وقالوا بعده) فالقول لهم لأن الحادث يضاف لأقرب أوقاته ؛
[فرع] وقع الاختلاف فى كفر الميت وإسلامه فالقول لمدعى الإسلام بحر (قال المودع) بالفتح (هذا) ابن مودعى بالكسر (الميت لا وارث له غيره دفعها إليه) وجوبا كقوله هذا ابن دائنى ، قيد بالوارث لأنه لو أقر أنه وصيه أو وكيله أو المشترى منه لم يدفعها (فإن أقر) ثانيا (بابن آخر له لم يفد) إقراره (إذا كذبه) الابن (الأول لأنه إقرار على الغير ، ويضمن للثانى حظه إن دفع للأول بلا قضاء زيلعى ؛
(تركة قسمت بين الورثة أو الغرماء بشهود لم يقولوا نعلم)

(قوله أو به بعد سكوت) أى إذا كان السكوت بين الجملة الأخيرة وبين ماقبلها (قوله إلا بما فيه تشديد) فلو قال إن دخلت الدار فأنت طالق وسكت ، ثم قال : وهذه الأخرى دخلت الثانية فى اليمين ، بخلاف وهذه الدار الأخرى ولو قال وهذه طالقة ثم سكت وقال وهذه طلقت الثانية وكذا فى العتق بحر كذا فى الهامش (قوله تحكيما للحال) أى لظاهر الحال (قوله كما الخ) ليست هذه المسألة موجودة فيما كتب عليه المصنف (قوله جريان الخ) لاوجه لتخصيص الجريان بل الإنقطاع كذلك فكان الأولى حذفه (قوله ثم الحال إنما تصلح حجة للدفع لا للاستحقاق) فإن قيل هذا منقوص بالقضاء بالأجر على المستأجر إذا كان ماء الطاحونة جاريا عند الاختلاف لأنه استدلال بالحال لإثبات الأجر قلنا إنه استدلال لدفع مايدعى المستأجر على الآجر من ثبوت العيب الموجب لسقوط الأجر . وأما ثبوت الأجر فإنه بالعقد السابق الموجب له فيكون دافعا لاموجبا يعقوبية ، وفى الهامش عن البحر : فلو مات مسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت : أسلمت قبل موته ، وقالت الورثة أسلمت بعد موته فالقول قولهم أيضا ولا يحكم الحال ، لأن الظاهر لايصلح حجة للاستحقاق وهى محتاجة إليه وأما الورثة فهم الدافعون ويظهر لهم ظاهر الحدوث أيضا اه (قوله كما فى مسلم الخ) تمثيل للمنفى وهو الاستحقاق : وحاصله إنما كان القول لهم هنا أيضا لما سيأتى، ولا يمكن أن تكون لها بناء على تحكيم الحال ، لأنه لايصلح حجة للاستحقاق وهى محتاجة إليه (قوله لمدعى الإسلام) فلو مات رجل وأبواه ذميان فقالا مات ابننا كافرا وقال ولده المسلمون مات مسلما فميراثه للولد دون الأبوين بحر عن الخزانة (قوله مودعى) قال فى البحر قيد باقراره بالبنوة ، لأنه لو قال هذا أخوه شقيقه ولا وارث له غيره وهو يدعيه فالقاضى يتأنى فى ذلك ، والفرق أن استحقاق الأخ بشرط عدم الإبن بخلاف الابن لأنه وارث على كل حال ، ومراده بالابن من يرث بكل حال فالبنت والأب والأم كالابن، وكل من يرث بحال دون حال فهو كالأخ بحر (قوله زيلعى) وهو الصواب كما فى الفتح خلافا لما فى غاية البيان (قوله تركة قسمت الخ) قال فى آخر الفصل الثانى عشر من جامع الفصولين رامز إلى الأصل : الوارث لو كان محجوبا بغيره كجد وجدة وأخ وأخت لايعطى شيئا مالم يبرهن على جميع الورثة : أى إذا ادعى أنه أخو الميت فلابد أن يثبت ذلك فى وجه جميع الورثة الحاضرين أو يشهدا أنهما لايعلمان وارثا غيره ، ولو قالا لا وارث له غيره تقبل عندنا لاعند ابن أبى ليلى لأنهما جاز تأولنا العرف فإن مراد الناس به لانعلم له وارثا غيره ، وهذه شهادة على النفى فقبلت لما مر من أنها تقبل على الشرط ولو نفيا وهنا كذلك لقيامها على شرط الإرث ، ولو كان الوارث ممن لايحجب بأحد ، فلو شهدا أنه وارثه ولم يقولا لا وارث له غيره أولا نعلمه يتاوم القاضى زمانا رجاء أن يحضر وارث آخر ، فإن لم يحضر يقضى له بجميع الإرث ولا يكفل عند أبى حنيفة فى المسألتين

كذا نسخ المتن والشرح ، وعبارة الدرر وغيرها لانعلم (له وارثا أو غريما لم يكفلوا) خلافا لهما لجهالة المكفول له ويتلوم القاضي مدة ثم يقضى ، ولو ثبت بالإقرار كفلوا اتفاقا ، ولو قال الشهود ذلك لا اتفاقا .

(ادعى) على آخر (دارا لنفسه ولأخيه الغائب) إرثا (وبرهن عليه) على ما ادعاه (أخذ) المدعى (نصف المدعى) مشاعا (وترك باقيه فى يد ذى اليد بلا كفيل جحد) ذو اليد (دعواه أو لم يجحد) خلافا لهما ، وقولهما استحسان نهاية ، ولا تعاد البينة ولا القضاء إذا حضر الغائب فى الأصح لانتصاب أحد الورثة خصما للميت حتى تقضى منها ديوله ، ثم إنما يكون خصما بشروط تسعة مبسوطة فى البحر ، والحق الفرق بين الدين

يعنى فيما إذا قالا لا وارث له غيره أولا نعلمه ، وعندهما يكفل فيهما ، ومدة التلوم مفوضة إلى رأى القاضى ، وقيل حول وقيل شهر ، وهذا عند أبى يوسف . وأما أحد الزوجين لو أثبت الوراثة ببينة ولم يثبت أنه لا وارث له غيره فعند أبى حنيفة ومحمد يحكم لهما بأكثر النصيبين بعد التلوم ، وعند أبى يوسف بأقلهما وله الربع ولها الثمن اه ملخصا ، وإن تلوم ومضى زمانه فلا فرق بين كونه ممن يحجب كالأخ أو ممن لا يحجب كالإبن كما فى البزازية من العاشر فى النسب والإرث ، وانظر ماسيأتى قبيل باب الشهادة على الشهادة (قوله كذا نسخ المتن) يعنى بإسقاط لا ، والحق ثبوتها كما فى سائر الكتب ح (قوله لم يكفلوا) مبنى للمجهول مضعف العين والواو للورثة أو الغرماء : أى لا يأخذ القاضى منهم كفيلا ح . قال فى الدرر : أى لم يؤخذ منه كفيل بالنفس عند الإمام وقالا يؤخذ اه ، وهذا ظاهر فى أنه على قولهما يؤخذ كفيل بالنفس ، ثم رأيته لتاج الشريعة أبى السعود عن شيخه ولم ير فى البحر فتوقف فى أنها بالمال أو بالنفس (قوله لجهالة) علة لقوله لم يكفلوا كذا فى الهامش (قوله ويتلوم) أى يتأنى ، والمراد تأخير القضاء لا تأخير الدفع بعده كما أفاده فى البحر عن غاية البيان ، والمسألة على وجوه ثلاثة فارجع إلى البحر ، وسيأتى شىء منها قبيل الشهادة على الشهادة (قوله مدة) وقدر مدته مفوض إلى رأى القاضى ، وقدره الطحاوى بحول ، وعلى عدم التقرير حتى يغلب على ظنه أنه لا وارث أو لا غريم له آخر (قوله ثبت بالإقرار) أى الإرث والدين ، وهو محترز قوله بشهود (قوله ذلك) أى قالوا لانعلم له وارثا أو غريما ح كذا فى الهامش (قوله ادعى) قال فى جامع الفصولين من الرابع : ادعى عليهما أن الدار التى بيد كما ملكى فبرهن على أحدهما ، فلو الدار فى يد أحدهما بإرث فالحكم عليه حكم على الغائب إذا أحد الورثة ينتصب خصما عن البقية ، ولو لم يكن كل الدار بيده لا يكول قضاء على الغائب بل يكون قضاء بما فى يد الحاضر على الحاضر ، ولو بيد أحدهما بشراء لا يكون الحكم على أحدهما حكما على الآخر انتهى (قوله جحد ذو اليد الخ) هذا التعميم غير صحيح بعد قوله وبرهن عليه لأن البرهان يستلزم سبق الجحد ، والصواب أن يبدل قوله وبرهن عليه بقوله وثبت ذلك فيشمل الثبوت بالإقرار وبالبينة ، وحينئذ يسقط قوله جحد دعواه أو لم يجحد ح . ويجاب بأن هذا التعميم راجع إلى قوله وترك باقيه أشار به إلى الخلاف فافهم (قوله خلافا لهما) حيث قالا إن جحد ذو اليد يؤخذ منه ويجعل فى يد أمين لخيانته بجحوده وإلا ترك فى يده (قوله خصما للميت) الأصوب عن الميت . قال فى الهامش نافلا عن البحر : إنما ينتصب خصما عن الباقى بثلاثة شروط : كون العين كلها فى يده ، وأن لا تكون مقسومة ، وأن يصدق الغائب على أنها إرث عن الميت المعين انتهى (قوله والحق الخ) لا ارتباط له بما قبله لأن ماقبله فى انتصاب أحد الورثة خصما للميت ، وهذا الفرق فى انتصاب أحدهم خصما فيما عليه .

قال فى البحر : وكذا ينتصب أحدهم فيما عليه مطلقا إن كان دينا ، وإن كان فى دعوى عين فلابد من كونها فى يده ليكون قضاء على الكل ، وإن كان البعض فى يده نفذ بقدره كما صرح به فى الجامع الكبير ، وظاهر مافى الهداية والنهاية والعناية أنه لابد من كونها كلها فى يده فى دعوى الدين أيضا ، وصرح فى فتح القدير بالفرق

والعين (ومثله) أى العقار (المنقول) فيما ذكر (فى الأصح) درر لكن اعتمد فى الملتقى أنه يؤخذ منه اتفاقا ومثله فى البحر: قال: وأجمعوا على أنه لايؤخذ لو مقرا.

(أوصى له بثلث ماله يقع) ذلك (على كل شىء) لأنها أخت الميراث:

(ولو قال مالى أو ما أملكه صدقة فهو على) جنس (مال الزكاة) استحسانا (وإن لم يجد غيره أمسك منه) قدر (قوته، فإذا ملك) غيره (تصدق بقدره) فى البحر قال: إن فعلت كذا فما أملكه صدقة فحيلته أن يبيع ملكه من رجل بثوب فى منديل ويقبضه ولم يره ثم يفعل ذلك ثم يرده بخيار الرؤية فلا يلزمه شىء، ولو قال ألف درهم من مالى صدقة إن فعلت كذا ففعله وهو يملك أقل لزمه بقدر ما يملك، ولو لم يكن له شىء لايجب شىء (وصح الإيصاء بلا علم الوصى فصح) تصرفه (لا) يصح (التوكيل بلا علم وكيل) والفرق أن تصرف الوصى خلافه والوكيل نيابة (فلو علم) الوكيل بالتوكيل (ولو من) مميز

بين العين والدين وهو الحق وغيره سهو اه: وفى حاشية أبى السعود عن شيخه: ووجه الفرق بينهما أن حق الدائن شائع فى جميع التركة بخلاف مدعى العين اهـ (قوله والعين) حيث لاينتصب أحد الورثة خصما عن الباقى فى دعوى العين إلا إذا كانت فى يده، ولا يشترط فى دعوى الدين كون جميع التركة فى يده حتى ينتصب خصما عن الباقى خلافا لما فى الهداية والنهاية والعناية ح (قوله لو مقرا) أى كالعقار (قوله مالى أو ما أملكه الخ) ظاهره دخول الدين أيضا، وحكى فى القنية قولين، واعتمد فى وصايا الوهبانية الدخول، ونقل السائحانى عن المقدسى لاشك أن الدين تجب فيه الزكاة ويصير مالا عند الاستيفاء، لكن فى البحر عن الخانية عدم الدخول، وهو مقتضى قولهم إن الدين ليس بمال، حتى لوحلف أن لامال له وله دين على الناس لم يحنث. ونقل ابن الشحنة عن ابن وهبان أن فى حفظه من الخانية رواية الدخول ح (قوله جنس مال الزكاة) أى جنس كان، بلغت نصابا أولا، عليه دين مستغرق أولا بحر (قوله تصدق بقدره) أى بقدر ما أمسك لأن حاجته مقدمة، فيمسك أهل كل صنعة قدر كفايته إلى أن يتجدد له شىء فتح (قوله فحيلته) أى إن أراد أن يفعل ولا يحنث (قوله ثم يفعل ذلك) أى المحلوف عليه (قوله فلا يلزمه شىء) قال العلامة المقدسى: ومنه يعلم أن المعتبر الملك حين الحنث لا حين الحلف انتهى:

أقول: ويعلم منه أن المشترى باسم المفعول بخيار الرؤية لايدخل فى ملكه حتى يراه ويرضى به قاله الشيخ أبو الطيب مدنى، والمسألة تحتاج إلى المراجعة، ومانقله عن البحر عزاه فى البحر إلى الولوالجية فى الحيل آخر الكتابة، وتمامه فيها حيث قال: وإن كان له ديون على الناس يتصالح عن تلك الديون مع رجل بثوب فى منديل ثم يفعل ذلك ويرد الثوب بخيار الرؤية فيعود الدين ولايحنث انتهى (قوله فصح تصرفه) لايخفى أن من حكم الوصى أنه لا يملك عزل نفسه بعد القبول حقيقة أو حكما، وظاهر ماهنا تبعا للكنز أنه يصير وصيا قبل التصرف، وليس كذلك بل إنما يصير بعده كما نبه عليه فى البحر، ولذا قال فى نور العين: مات وباع وصيه قبل علمه بوصايته وموته جاز استحسانا ويصير ذلك قبولا منه للوصاية ولا يملك عزل نفسه فكان على الشارح أن يقول إن تصرفه قبله بدل قوله فصح تصرفه فتنبه (قوله بلاعلم وكيل) فلو باع الوصى شيئا من التركة قبل العلم بالوصية جاز البيع، ولو باع الوكيل قبل العلم بها لم يجز بحر أى فيكون بيع الفضولى فلم يجزه موكله أو الوكيل بعد علمه بها كما فى نور العين من الثالث والعشرين. وفى البزازية عن الثانى خلافه: وفى البحر: أما إذا علم المشترى بالوكالة واشترى منه ولم يعلم البائع الوكيل كونه وكيلا بالبيع بأن كان المالك قال للمشترى اذهب بعبدى إلى زيد فقل له

أو (فاسق صح تصرفه ولا يثبت عزله إلا ب) إخبار (عدل) أو فاسق إن صدقه بجناية (أو مستورين أو فاسقين) فى الأصح (كإخبار السيد بجناية عبده) فلو باعه كان مختارا للفداء (والشفيع) بالبيع (والبكر) بالنكاح (والمسلم الذى لم يهاجر) بالشرائع ، وكذا الإخبار بعيب لمريد شراء وحجر مأذون وفسخ شركة وعزل قاض ومتولى وقف فهى عشرة يشترط فيها أحد شطرى الشهادة لا لفظها (ويشترط سائر الشروط فى الشاهد) وقيده فى البحر بالعزل القصدى وبما إذا لم يصدقه ، ويكون المخبر غير المرسل ورسوله فإنه يعمل بخبره مطلقا كما سيجىء فى بابه :

(باع قاض أو أمينه) وإن لم يقل جعلتك أمينا فى بيعه على الصحيح ولوالجية (عبدا ل) دين (الغرماء وأخذ المال فضاع) ثمنه عند القاضى (واستحق العبد) أو ضاع قبل تسليمه (لم يضمن) لأن أمين القاضى كالقاضى والقاضى كالإمام ، وكل منهم لايضمن بل ولا يحلف ، بخلاف نائب الناظر (ورجع المشترى على الغرماء) لتعذر الرجوع على العاقد :

حتى يبيعه بوكالته عنى منك فذهب به إليه ولم يخبره بالتوكيل فباعه هو منه يجوز ، وتمامه فيه (قوله أو فاسق) أى إذا صدقه الوكيل حتى لو كذبه لايثبت ، فعلى هذا لافرق بين الوكالة والعزل لأن فى العزل أيضا إذا صدقه ينعزل كذا فى غاية البيان يعقوبية (قوله فى الأصح) خلافا لما فى الكنز حيث قيد بالمستورين : فإن ظاهره أنه لايقبل خبر الفاسقين وهو ضعيف لأن تأثير خبرهما أقوى من تأثير خبر العدل بدليل أنه لو قضى بشهادة واحد عدل لم ينفذ وبشهادة عدلين نفذ (١) كما فى البحر عن الفتح ، ونقله فى المنح أيضا (قوله وعزل قاض) ذكره فى البحر بحثا (قوله شطرى الشهادة) أى العدد أو العدالة ه

وفى الحواشى السعدية : أقول فيه إشارة إلى أن العدالة لاتشترط فى العدد وأن قوله وعدل صفة رجل قال فى التلويح وهو الأصح (قوله ويشترط) أى فى المخبر (قوله سائر الشروط) أى مع العدد أو العدالة على قول الإمام الأعظم فلا يثبت بخبر المرأة والعبد والصبى وإن وجد العدد أو العدالة ، وقل من نبه على هذا (قوله فى الشاهد) أى المشروطة فى الشاهد (قوله القصدى) احتراز عما إذا كان حكميا كموت الموكل فإنه يثبت وينعزل قبل العلم ح (قوله إذا لم يصدقه) أما إذا صدقه قبل ولو فاسقا بحر وقدمر (قوله غير المرسل) الذى فى البحر غير الخصم ورسوله (قوله ورسوله) فلا يشترط فيه العدالة ، حتى لو أخبر الشفيع المشترى بنفسه وجب الطلب إجماعا والرسول يعمل بخبره وإن كان فاسقا صدقه أو كذبه بحر ، وتمامه فيه (قوله وإن لم الخ) بأن قال له بع هذا العبد فقط (قوله على الصحيح) اعلم أن أمين القاضى هو من يقول له القاضى جعلتك أمينا فى بيع هذا العبد ، أما إذا قال بع هذا العبد ولم يرد عليه اختلف المشايخ ، والصحيح أنه لايلحقه عهدة ذكره شيخ الإسلام جواهر زاده كما فى البحر معزيا إلى شرح التلخيص للفارسى :

أقول : والمسألة مذكورة هكذا فى الفتاوى الولوالجية منح (قوله الغرماء) أى أرباب الديون لم يذكر الوارث مع أنهما سواء فإذا لم يكن فى التركة دين كان العاقد عاملا له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة إن كان وصى الميت وإن كان القاضى أو أمينه هو العاقد رجع على المشترى (٢) كما ذكره الزيلعى ، لأن ولاية البيع للقاضى إذا كانت التركة قد أحاط بها الدين ولا يملك الوارث البيع بحر (قوله عند القاضى) أو أمينه منح (قوله بخلاف) قيد لقوله ولا يحلف (قوله لنائب الناظر) قال فى البحر : إن نائب الإمام كهو ونائب الناظر كهو فى قبول قوله ، فلو ادعى

---

(١) (قوله وبشهادة عدلين نفذ) لعل الصواب فاسقين تأمل اه .

(٢) (قوله رجع على المشترى الخ) لعل الصواب رجع عليه : أى على من عقد له ، وليس الضمير عائدا على العاقد اه .

(ولو باعه الوصى لهم) أى لأجل الغرماء (بأمر القاضى) أو بلا أمره (فاستحق) العبد (أو مات قبل القبض) للعبد من الوصى (وضاع) الثمن (رجع المشترى على الوصى) لأنه وإن نصبه القاضى عاقد نيابة عن الميت فترجع الحقوق إليه (وهو يرجع على الغرماء) لأنه عامل لهم ، ولو ظهر بعده للميت مال رجع الغريم فيه بدينه هو الأصح (أخرج القاضى الثلث للفقراء ولم يعطهم إياه حتى هلك كان) الهالك (من مالهم) أى الفقراء (والثلثان للورثة) لما مر :

(أمرك قاض) عدل (برجم أو قطع) فى سرقة (أو ضرب) فى حد (قضى به) بما ذكر (وسعك فعله) لوجوب طاعة ولى الأمر ، ومنعه محمد حتى يعاين الحجة ، واستحسنوه فى زماننا : وفى العيون وبه يفتى إلا فى كتاب القاضى للضرورة ، وقيل يقبل لو عدلا عالما (وإن عدلا جاهلا

ضياع مال الوقف أو تفريقه على المستحقين فأنكروا فالقول له كالأصيل لكن مع اليمين ، وبه فارق أمين القاضى فإنه لا يمين عليه كالقاضى اهـ منح (قوله ولو باعه الوصى) قال فى الشرنبلالية : لا فرق فيه بين وصى الميت ومنصوب القاضى مدنى (قوله أو بلا أمره) أى بطريق الأولى (قوله للعبد) وقول الدرر الثمن سبق قلم وصوابه المثمن (قوله وإن نصبه القاضى) الأولى حذفه والاقتصار على قوله لأنه عاقد نيابة عن الميت كما فى الهداية ليشمل وصى الميت : قال فى الكفاية : أما إذا كان الميت أوصى إليه فظاهر ، وأما إذا نصبه فكذلك لأن القاضى إنما نصبه ليكون قائما مقام الميت لا لمقام القاضى (قوله إليه) كما إذا وكله حال حياته (قوله ولو ظهر بعده الخ) فيه إيجاز مخل يوضحه ما فى فتح القدير ، فلو ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه بلا شك ، وهل يرجع بما ضمن للمشترى ؟ فيه خلاف قيل نعم ؛ وقال مجد الأئمة السرخسى : لا يأخذ فى الصحيح من الجواب لأن الغريم إنما يضمن من حيث إن العقد وقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره . وفى الكافى : الأصح الرجوع لأنه قضى بذلك وهو مضطر فيه ، فقد اختلف فى التصحيح كما سمعت اهـ وقوله بما ضمن للمشترى يفيد أن الاختلاف فى المسألة الأولى لأنه فى الثانية إنما ضمن للوصى لا للمشترى ، لكن قال فى البحر : وقيل لا يرجع به فى الثانية والأول أصح اهـ .

والحاصل أنه فى الأولى اختلف التصحيح فى الرجوع وفى الثانية الأصح عدمه فتنبه ، ووجدت فى نسخة رجع الغريم منه بدينه لا بما غرم هو الأصح : قال ح : وقيل يرجع بما غرم أيضا وصحح (قوله فيه) أى فى المال الذى ظهر للميت (قوله لما مر) متعلق بقوله كان الهالك من مالهم والمراد بما مر أن القاضى لا يضمن (قوله عدل) أى وعالم كذا قيده فى الملتقى وغيره مدنى ، وكذا قيده فى الكنز ولا بد منه هنا لمقابلة قوله وإن عدلا جاهلا : قال فى البحر وما ذكره المصنف قول الماتريدى . وفى الجامع الصغير لم يعتبره بهما ، ثم رجع محمد فقال لا يؤخذ بقوله إلا أن يعاين الحجة أو يشهد بذلك مع القاضى عدل وبه أخذ مشايخنا اهـ ؛ وبهذا يظهر لك أن كلام المصنف ملفق من قولين لأن عدم تقييده بالعدالة والعلم مبنى على ما فى الجامع الصغير والتفصيل بعده مبنى على قول الماتريدى ، وحينئذ فحيث قيده الشارح بقوله عدل يجب زيادة عالم أيضا فيكون على قول الماتريدى ، ويكون قوله بعد وقيل يقبل لو عدلا عالما مستدركا ، وحقه أن يقول وقيل يقبل ولو لم يكن عالما وهو ما فى الجامع الصغير (قوله ولى الأمر) انظر ما قدمناه فى باب الإمامة من كتاب الصلاة (قوله ومنعه محمد) هذا ما رجع إليه بعد الموافقة لهما ح (قوله حتى يعاين الحجة) زاد عليه بعض المشايخ أو يشهد بذلك مع القاضى عدل وهو رواية عنه : وقد استبعده فى فتح القدير بكونه بعيدا فى العادة وهو شهادة القاضى عند الجلاد والاكتفاء بالواحد على هذه الرواية فى حق يثبت بشاهدين ، وإن كان فى زنا فلا بد من ثلاثة أخر كذا ذكره الإسبيجابى بحر (قوله وقيل يقبل لو عدلا عالما) دخول على المتن قصد به إصلاحه ، وذلك أنه أطلق أولا القاضى ولم يقيده بالعدل العالم تبعا للجامع الصغير وهو ظاهر

إن استفسر فأحسن) تفسير (الشرائط صدق وإلا لا ، وكذا) لايقبل قوله (لو) كان (فاسقا) عالما كان أو جاهلا للتهمة فالقضاء أربعة (إلا أن يعاين الحجة) أى سببا شرعيا :

(صب دهنا لإنسان عند الشهود) فادعى مالكه ضمانه (وقال) الصاب (كانت) الدهن (نجسة وأنكره المالك فالقول للصاب) لإنكاره الضمان والشهود يشهدون على الصب لا على عدم النجاسة :

(ولو قتل رجلا وقال قتلته لردته أو لقتله أبى لم يسمع) قوله لئلا يؤدى إلى فتح باب العدوان فإنه يقتل ويقول كان القتل لذلك وأمر الدم عظيم فلا يهمل ، بخلاف المال إقرار بزازية :

(صدق) قاض (معزول) بلا يمين (قال لزيد أخذت منك ألفا قضيت به) أى بالألف (لبكر ودفعته إليه أو قال قضيت بقطع يدك فى حق وادعى زيد أخذه) الألف (وقطعه) اليد (ظلما وأقر بكونهما) أى الأخذ والقطع (فى) وقت (قضائه) وكذا لو زعم فعله قبل التقليد أو بعد العزل فى الأصح لأنه أسند فعله إلى حالة معهودة منافية للضمان فيصدق إلا أن يبرهن زيد على كونهما فى غير قضائه فالقاضى يكون مبطلا صدر شريعة .

الرواية ، ثم ذكر التفصيل وهو على قول الماتريدى القائل باشتراط كونه عدلا عالما كما مشى عليه فى الكنز ، وإن أردت زيادة الدراية فارجع إلى الهداية ، وحيث كان مراد الشارح ذلك فكان الصواب أن يحذف قوله عدل فى أول المسألة فإنه من الشرح على ما رأيناه :

واعلم أنه على رواية الجامع رجع محمد وقال لا حتى يعاين الحجة كما مر بيانه وأن عليه الفتوى وقال فى البحر لكن رأيت بعد ذلك فى شرح أدب القضاء للصدر الشهيد أنه صح رجوع محمد إلى قولهما :

قال : والحاصل المفهوم من شرح الصدر أنهما قالا بقبول إخباره عن إقراره بشىء لا يصح رجوعه عنه مطلقا وأن محمدا أولا وافقهما ثم رجع عنه وقال لايقبل إلا بضم رجل آخر عدل إليه ثم صح رجوعه إلى قولهما : وأما إذا أخبر القاضى بإقراره عن شىء يصح رجوعه عنه كالحد لم يقبل قوله بالإجماع وإن أخبر عن ثبوت الحق بالبينة فقال قامت بذلك بينة وعدلوا وقبلت شهادتهم على ذلك تقبل فى الوجهين جميعا اه : وضمير إقراره راجع إلى الخصم : هذا ، ولا يخفى عليك أن الكلام فى القاضى المولى ، وأما المعزول فلا يقبل ولو شهد معه عدل كما مر عن النهر أوائل كتاب القضاء (قوله إن استفسر الخ) بأن يقول فى حد الزنا إنى استفسرت المقر بالزنا كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم ، ويقول فى حد السرقة إنه ثبت عندى بالحجة أنه أخذ نصابا من حرز لا شبهة فيه وفى القصاص أنه قتل عمدا بلا شبهة ، وإنما يحتاج إلى استفسار الجاهل لأنه ربما يظن بسبب جهله غير الدليل دليلا كفاية (قوله شرعيا) فيشمل الإقرار (قوله لإنكاره الضمان) بالمثل لا بالقيمة شيخنا فلا يكون القول له إلا فى أنها متنجسة فيضمن قيمتها متنجسة كما نقله أبو السعود عن الشيخ شرف الدين الغزى محشى الأشباه . وعبارة الخانية قبيل كتاب القاضى من الشهادات : القول قوله مع يمينه فى إنكاره استهلاك الطاهر ولا يسع الشهود أن يشهدوا عليه أنه صب زيتا غير نجس ، وتمامه فيها فراجعها وهى أظهر مما هنا (قوله وكذا لو زعم الخ) أى المدعى ، لكن لو أقر القاطع والآخذ فى هذا بما أقر به القاضى يضمنان لأنهما أقرا بسبب الضمان وقول القاضى مقبول فى دفع الضمان عن نفسه لافى إبطال سبب الضمان عن غيره بخلاف الأول لأنه ثبت فعله فى قضائه بالتصادق ولو كان المال فى يد الآخذ قائما وقد أقر بما أقر به القاضى والمأخوذ منه المال صدق القاضى فى أنه فعله فى قضائه أو لايؤخذ منه لأنه أقر أن اليد كانت له فلا يصدق فى دعوى التملك إلا بحجة ، وقوله المعزول ليس بحجة فيه بحر (قوله لأنه أسند) أى القاضى (قوله إلى حالة) فصار كما إذا قال طلقت أو أعتقت وأنا مجنون وجنونه معهود بحر (قوله للضمان) أى من كل وجه كما زاده فى البحر أخذا مما فى المجمع . قال فلا يرد ما لو قال المولى لأمته بعد

[فرع] نقل فى الأشباه عن بعض الشافعية : إذا لم يكن للقاضى شىء فى بيت المال فله أخذ عشر ما يتولى من أموال اليتامى والأوقاف ، وفى الخانية : للمتولى العشر فى مسألة الطاحونة :

قلت : لكن فى البزازية كل مايجب على القاضى والمفتى لايحل لهما أخذ الأجر به كنكاح صغير لأنه واجب عليه وكجواب المفتى بالقول . وأما بالكتابة فيجوز لهما على قدر كتبهما لأن الكتابة لاتلزمهما ، وتمامه فى شرح الوهبانية . وفيها :

وليس له أجر وإن كان قاسما ... وإن لم يكن من بيت مال مقرر
ورخص بعض لانعدام مقرر ... وفى عصرنا فالقول الأول ينصر
وجوّز للمفتى على كتب خطه ... على قدره إذ ليس فى الكتب يحصر

كتاب الشهادات

أخرها عن القضاء لأنها كالوسيلة وهو المقصود (هى) لغة خبر قاطع . وشرعا (إخبار صدق لإثبات حق) فتح :

قلت : فإطلاقها على الزور مجاز كإطلاق اليمين على الغموس (بلفظ الشهادة فى مجلس القاضى) ولو بلا دعوى كما فى عتق الأمة : وسبب وجوبها طلب ذى الحق أو خوف فوت حقه بأن لم يعلم بها ذو الحق

عتقها قطعت يدك وأنت أمتى وقالت قطعتها وأنا حرة حيث يكون القول لها لأنه أسند فعله إلى حالة قد يجامعها الضمان فى الجملة ، لأن كونها أمة له لا ينفى الضمان عنه من كل وجه ، ألا ترى أنه يضمن إذا كانت مرهونة أو مأذونة مديونة اه ملخصا وتمام التفاريع عليه فيه فراجعه (قوله فى الأشباه) وعبارتها قال فى بسط الأنوار للشافعية من كتاب القضاء ما لفظه : وذكر جماعة من أصحاب الشافعى وأبى حنيفة إذا لم يكن للقاضى شىء من بيت المال فله أخذ عشر مايتولى من مال الأيتام والأوقاف ثم بالغ فى الإنكار اه ولم أر هذا لأصحابنا اه وإنما أحببت نقل الشارح العبارة على هذا الوجه لئلا يظن بعض المتهورين صحة هذا النقل مع أن الناقل بالغ فى إنكاره كما ترى كيف وقد اختلفوا عندنا فى أخذه من بيت المال فما ظنك فى اليتامى والأوقاف (قوله والأوقاف) أقول : زاد فى الأشباه قوله ثم بالغ فى الإنكار الخ :

قال العلامة الشيخ خير الدين الرملى فى حاشيته على الأشباه ما نصه : قوله ثم بالغ فى الإنكار أقول يعنى على الجماعتين والمبالغة فى إنكار واضحة الاعتبار ، وذلك أنه لو تولى على عشرين ألفا مثلا ولم يلحقه من المشقة فيها شىء بماذا يستحق عشرها وهو مال اليتيم وفى حرمته جاءت القواطع ، فما هو إلا بهتان على الشرع الساطع وظلمة غطت على بصائرهم ، فنعوذ بالله من غضبه الواقع ، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم اه . وقال بيرى زاده فى حاشيتها : الصواب أن المراد من العشر أجر مثل عمله حتى لو زاد رد الزائد اه مدنى (قوله فى مسألة الطاحونة) أى إذا كان له عمل . والذى فى الخانية من الوقف : رجل وقف ضيعة على مواليه وقفا صحيحا فمات الواقف وجعل القاضى الوقف فى يد قيم وجعل للقيم عشر الغلات وفى الوقف طاحونة فى يد رجل بالمقاطعة لا حاجة فيها إلى القيم وأصحاب هذه الطاحونة يقبضون غلتها لا يجب للقيم عشر هذه الطاحونة لأن القيم يأخذ ما يأخذ بطريق الأجر فلا يستوجب الأجر بدون العمل اه وهكذا فى التتارخانية ح :

كتاب الشهادات

(قوله كإطلاق فى اليمين) فإن حقيقة اليمين عقد يتقوى به عزم الحالف على الفعل أو الترك فى المستقبل .

وخاف فوته لزمه أن يشهد بلا طلب فتح :

(شرطها) أحد وعشرون شرطا شرائط مكانها واحد : وشرائط التحمل ثلاثة (العقل الكامل) وقت التحمل ، والبصر ، ومعاينة المشهود به إلا فيما يثبت بالتسامع (و) شرائط الأداء سبعة عشر : عشرة عامة وسبعة خاصة ، منها (الضبط والولاية) فيشترط الإسلام لو المدعى عليه مسلما (والقدرة على التمييز) بالسمع والبصر (بين المدعى والمدعى عليه) ومن الشرائط عدم قرابة ولاد أو زوجية أو عداوة دنيوية أو دفع مغرم أو جر مغنم كما سيجيء (وركنها لفظ أشهد) لاغير لتضمنه معنى مشاهدة وقسم وإخبار للحال فكأنه يقول أقسم بالله لقد اطلعت على ذلك وأنا أخبر به وهذه المعانى مفقودة فى غيره فتعين ،

والغموس : الحلف على ماضى كذبا عمدا (قوله وخاف) أى الشاهد، وقوله فوته : أى الحق (قوله بلا طلب) نظر فيه المقدسى بأن الواجب فى هذا إعلام المدعى بما يشهد فإن طلب وجب عليه أن يشهد وإلا لا إذ يحتمل أنه ترك حقه ط (قوله شرائط مكانها واحد) أى مجلس القضاء منح (قوله العقل الكامل وقت التحمل) المراد ما يشمل التمييز بدليل ما سيأتى فى الباب الآتى (قوله عشرة عامة) أى فى جميع أنواع الشهادة أما العامة فهى الحرية والبصر والنطق والعدالة لكن هى شرط وجوب القبول على القاضى لا شرط جوازه وأن لا يكون محدودا فى قذف وأن لا يجر الشاهد إلى نفسه مغنما ولا يدفع عن نفسه مغرما فلا تقبل شهادة الفرع لأصله وعكسه وأحد الزوجين للآخر وأن لا يكون خصما فلا تقبل شهادة الوصى لليتيم والوكيل لموكله وأن يكون عالما بالمشهود به وقت الأداء ذاكرا له ولا يجوز اعتماده على خطه خلافا لهما .

وأما ما يخص بعضها فالإسلام إن كان المشهود عليه مسلما والذكورة فى الشهادة فى الحد والقصاص ، وتقدم الدعوى فيما كان من حقوق العباد وموافقتها للدعوى ، فإن خالفتها لم تقبل إلا إذا وفق المدعى عند إمكانه ، وقيام الرائحة بالشهادة على شرب الخمر ولم يكن سكران لا لبعد مسافة (١) والأصالة فى الشهادة فى الحدود والقصاص وتعذر حضور الأصل فى الشهادة على الشهادة كذا فى البحر ، لكنه ذكر أولا أن شرائط الشهادة نوعان : ما هو شرط تحملها وما هو شرط أدائها فالأول ثلاثة وقد ذكرها الشارح ، والثانى أربعة أنواع : ما يرجع إلى الشاهد ، وما يرجع إلى الشهادة ، وما يرجع إلى مكانها ، وما يرجع إلى المشهود به ، وذكر أن ما يرجع إلى الشاهد السبعة عشر العامة والخاصة.

وما يرجع إلى الشهادة ثلاثة : لفظ الشهادة ، والعدد فى الشهادة بما يطلع عليه الرجل ، واتفاق الشاهدين ، وما يرجع إلى مكانها واحد وهو مجلس القضاء ، وما يرجع إلى المشهود به علم من السبعة الخاصة :

ثم قال : فالحاصل أن شرائطها إحدى وعشرون ، فشرائط التحمل ثلاثة ، وشرائط الأداء سبعة عشر : منها عشرة شرائط عامة ، ومنها سبعة شرائط خاصة : وشرائط نفس الشهادة ثلاثة وشرائط مكانها واحد اهـ ومقتضاه أن شرائط الأداء نوعان لا أربعة كما ذكر أولا ، والصواب أن يقول إنها أربعة وعشرون ثلاثة منها شرائط التحمل وإحدى وعشرون شرائط الأداء ، منها سبعة عشر شرائط الشاهد وهى عشرة عامة وسبعة خاصة ، ومنها ثلاث شرائط لنفس الشهادة ، ومنها واحد شرط مكانها ، وبهذا يظهر لك ما فى كلام الشارح أيضا (قوله أشهد) فلو قال شهدت لا يجوز لأن الماضى موضوع للإخبار عما وقع فيكون غير مخبر فى الحال س (قوله لتضمنه) أى باعتبار الاشتقاق (قوله معنى مشاهدة) وهى الاطلاع على الشىء عيانا (قوله وقسم) لأنه قد استعمل فى القسم نحو أشهد بالله لقد كان كذا أى أقسم س (قوله للحال) ولا يجوز شهدت لأن الماضى موضوع للإخبار عما وقع (قوله فتعين الخ) فلذا اقتصر عليه احتياطا واتباعا للمأثور ، ولا يخلو عن معنى التعبد إذ لم ينقل غيره كما بسطه فى البحر

---

(١) (قوله ولم يكن سكران لا لبعد مسافة) هكذا فى النسخة المجموع منها ولا يخلو عن تأمل فليحرر اهـ مصححه .

حتى او زادفيا أعلم بطل للشك. وحكمها وجوب الحكم على القاضي بموجبها بعد التزكية بمعنى افتراضه فورا إلا في ثلاث قدمناها (فلو امتنع) بعد وجود شرائطها (أثم) لتركه الفرض (واستحق العزل) لفسقه (وعزر) لارتكابه مالايجوز شرعا زيلعي (وكفر إن لم ير الوجوب) أي إن لم يعتقد افتراضه عليه ابن ملك ، وأطلق الكافيجي كفره واستظهر المصنف الأول (ويجب أداؤها بالطلب) ولو حكما كما مر ، لكن وجوبه بشروط سبعة مبسوطة في البحر وغيره ، منها عدالة قاض وقرب مكانه وعلمه بقبوله أو بكونه أسرع قبولا وطلب المدعى (لو في حق العبد إن لم يوجد بدله) أي بدل الشاهد لأنها فرض كفاية تتعين لو لم يكن إلا شاهدان لتحمل أو أداء ، وكذا الكاتب إذا تعين ، لكن له أخذ الأجرة لا للشاهد ، حتى لو أركبه بلا عذر لم تقبل وبه تقبل لحديث « أكرموا الشهود » وجوّز الثاني الأكل مطلقا وبه يفتى بحر ، وأقره المصنف (و) يجب الأداء (بلا طلب او) الشهادة (في حقوق الله تعالى) وهي كثيرة عد منها في الأشباه أربعة عشر : قال : ومتى أخر شاهد الحسبة شهادته بلا عذر فسق فترد (كطلاق امرأة) أي بائنا (وعتق أمة) وتدبيرها وكذا عتق عبد وتدبيره شرح وهبانية ، وكذا الرضاع كما مر في بابه ، وهل يقبل جرح الشاهد حسبة ؟ الظاهر نعم لكونه حقا لله تعالى أشباه فبلغت

(قوله حتى لو زاد فيا أعلم الخ) فلو قال أشهد بكذا فيا أعلم لم تقبل كما لو قال في ظني بخلاف ما لو قال أشهد بكذا قد علمت ، ولو قال لا حق لي قبل فلان فيا أعلم لا يصح الإبراء ، ولو قال لفلان على ألف درهم فيا أعلم لايصح الإقرار ، ولو قال المعدل هو عدل فيا أعلم لا يكون تعديلا بحر (قوله ثلاث) خوف ريبة ورجاء صلح أقارب وإذا استمهل المدعى س (قوله قدمناها) أي قبيل باب التحكيم ح (قوله إن لم ير الوجوب) نقله في أول قضاء البحر عن شرح الكنز لباكير (قوله وأطلق الكافيجي) أي في رسالته [سيف القضاة على البغاة] حيث قال : حتى لو أخر الحكم بلا عذر عمدا قالوا إنه يكفر (قوله كما مر) هو قوله أو خوف فوت حقه (قوله وقرب مكانه) فإن كان بعيدا بحيث لا يمكنه أن يغدو إلى القاضي لأداء الشهادة ، ويرجع إلى أهله في يومه ذلك قالوا يأثم لأنه يلحقه ضرر بذلك قال تعالى — ولا يضار كاتب ولا شهيد — بحر (قوله إن لم يوجد بدله) هذا هو خامس الشروط : وأما الإثنان الباقيان فهما أن لا يعلم بطلان المشهود به وأن لا يعلم أن المقر أقر خوفا ح (قوله أخذ الأجرة) لينظر مع ما تقدم من قوله كل ما يجب على القاضي والمفتي لا يحل لهما أخذ الأجر به وليس خاصا بهما بدليل ما ذكروه من أن غاسل الأموات إذا تعين لا يحل له أخذ الأجر فتأمل (قوله بلا عذر) بأن كان لهم قوة المشي أو مال يستكرون به الدواب (قوله وبه) أي بالعذر كذا في الهامش (قوله مطلقا) أي سواء صنعه لأجلهم أولا ومنعه محمد مطلقا وبعضهم فصل (قوله أربعة عشر) قدمناها في الوقف ح (قوله حسبة) متعلق بالجرح لا بالشاهد ح . قال في الأشباه تقبل شهادة الحسبة بلا دعوى في طلاق المرأة وعتق الأمة والوقف وهلال رمضان وغيره إلا هلال الفطر والأضحى والحدود إلاحد القذف والسرقة : واختلفوا في قبولها بلا دعوى في النسب كما الظهيرية من النسب وجزم بالقبول ابن وهبان في تدبير الأمة وحرمة(١) والخلع والإيلاء والظهار ولا تقبل في عتق العبد بدون دعوى عنده خلافا لهما .

واختلفوا على قوله في الحرية الأصلية والمعتمد لا اه . وفي الظهيرية إذا شهد اثنان على امرأة أن زوجها طلقها ثلاثا أو على عتق أمة وقالا كان ذلك في العام الماضي جازت شهادتهما وتأخيرهما لا يوهن شهادتهما قيل وينبغي أن يكون ذلك وهنا في شهادتهما إذا علما أنه يمسكها إمساك الزوجات والإماء لأن الدعوى ليست شرطا لقبول هذه الشهادة فإذا أخروها صاروا فسقة اه كذا في الهامش .

---

(١) (قوله وحرمة) هكذا في النسخة المجموع منها ، ولعل المضاف إليه المصاهرة وليحرر اه مصححه .

ثمانية عشر ، وليس لنا مدعى حسبة إلا فى الوقف على المرجوح فليحفظ (وسترها فى الحدود أبر) لحديث «من ستر ستر» فالأولى الكتمان إلا لمتهتك بحر (و) الأولى أن (يقول) الشاهد (فى السرقة أخذ) إحياء للحق (لاسرق) رعاية للستر (ونصابها للزنا أربعة رجال) ليس منهم ابن زوجها ، ولو علق عتقه بالزنا وقع برجلين ولا حد ، ولو شهدا بعتقه ثم أربعة بزناه محصنا فأعتقه القاضى ثم رجمه ثم رجع الكل ضمن الأولان قيمته لمولاه والأربعة ديته له أيضا لو وارثه (و) لبقية (الحدود والقود و) منه (إسلام كافر ذكر) لمآلها لقتله بخلاف الأنثى بحر (و) مثله (ردة مسلم رجلان) إلا المعلق فيقع ولا يحد كما مر (وللولادة واستهلال الصبى للصلاة عليه) وللإرث

[فرع] فى المجتبى عن الفضلى : تحمل الشهادة فرض على الكفاية كأدائها وإلا اضاعت الحقوق وعلى هذا الكاتب إلا أنه يجوز له أخذ الأجرة على الكتابة دون الشهادة فيمن تعينت عليه باجماع الفقهاء وكذا من لم تتعين عليه عندنا وهو قول للشافعى ، وفى قول يجوز لعدم تعينه عليه اه شلبى اه ط (قوله ثمانية عشر) أى بزيادة عتق العبد وتدبيره والرضاع والجرح .وأما طلاق المرأة وعتق الأمة وتدبيرها فمن الأربعة عشر ح (قوله إلا فى الوقف) يعنى إذا ادعى الموقوف عليه أصل الوقف تسمع عند البعض والمفتى به عدم سماعها إلا بتولية كما تقدم فى الوقف ح (قوله والأولى أن يقول الخ) فيه إشارة إلى أن المراد ستر أسباب الحدود ، منهوات ابن كمال (قوله ونصابها) لم يقل وشرطها أى كما قال فى الكنز لما سيأتى أن المرأة ليست بشرط فى الولادة وأختيها ابن كمال (قوله أربعة رجال) فلا تقبل شهادة النساء (قوله ابن زوجها) أى إذا كان الأب مدعيا . قال فى البحر : اعلم أنه يجوز أن يكون من الأربعة ابن زوجها .

وحاصل ما ذكره فى المحيط البرهانى أن الرجل إذا كان له امرأتان ولإحداهما خمس بنين فشهد أربعة منهم على أخيهم أنه زنى بامرأة أبيهم تقبل إلا إذا كان الأب مدعيا أو كانت أمهم حية اه (قوله فأعتقه) أى حكم بعتقه (قوله لو وارثه) بأن لم يكن له وارث غيره وإلا لوارثه (قوله والقود) شمل القود فى النفس والعضو وقيد به لما فى الخانية : ولو شهد رجل وامرأتان بقتل الخطأ أو بقتل لا يوجب القصاص تقبل شهادتهم ،وقوله بخلاف الأنثى أى فإنه يقبل على إسلامها بشهادة رجل وامرأتين ، بل فى المقدسى : لو شهد نصرانيان على نصرانية أنها أسلمت جاز وتجبر على الإسلام .

قلت : وينبغى فى النصرانى كذلك فيجبر ولا تقبل ورأيته فى الولوالجية انتهى سائحانى . وانظر لم يقل كذلك فى شهادة رجل وامرأتين على إسلامه لـكنه يعلم بالأولى ، وصرح به فى البحر عن المحيط عند قوله والذمى على مثله ، وانظر ما مر فى باب المرتد عن الدرر (قوله ومنه) أى من القود ح (قوله لقتله) أى إن أصر على كفره (قوله بخلاف الأنثى) فإنها لاتقتل فتقبل شهادة رجل وامرأتين فلذا قيد بذكر (قوله رجلان) فى البحر : لو قضى بشهادة رجل وامرأتين فى الحدود والقصاص وهو يراه أو لايراه ثم رفع إلى قاض آخر أمضاه .

وفى الخانية : رجل قال إن شربت الخمر فمالوكى حر فشهد رجل وامرأتان أنه شربه عتق العبد ولا يحد السيد وعلى قياس هذا إن سرقت ، والفتوى على قول أبى يوسف فيهما كذا فى الهامش (قوله إلا المعلق فيقع) يعنى ما علق على شىء مما يوجب الحد أو القود لا يشترط فيه رجلان بل يثبت برجل وامرأتين وإن كان المعلق عليه لايثبت بذلك قاله فى البحر (قوله كما مر) أى قريبا (قوله وللولادة) لم يذكرها فى الإصلاح . قال لأن شهادة امرأة واحدة على الولادة إنما تكفى عندهما خلافا له على ما مر فى باب ثبوت النسب ،وأما شهادتهما على الاستهلال

عندهما والشافعى وأحمد وهو أرجح فتح (والبكارة وعيوب النساء فيما لا يطلع عليه الرجال امرأة) حرة مسلمة والثنتان أحوط ، والأصح قبول رجل واحد خلاصة وفى البرجندى عن الملتقط أن المعلم إذا شهد منفردا فى حوادث الصبيان تقبل شهادته اه فليحفظ (و) نصابها (لغيرها من الحقوق سواء كان) الحق (مالا أو غيره كنكاح وطلاق ووكالة ووصية واستهلال صبى) ولو (للإرث رجلان) إلا فى حوادث صبيان المكتب فإنه يقبل فيها شهادة المعلم منفردا قهستانى عن التجنيس (أو رجل وامرأتان) ولا يفرق بينهما لقوله تعالى - فتذكر إحداهما الأخرى - ولا تقبل شهادة أربع بلا رجل لئلا يكثر خروجهن ، وخصهن الأئمة الثلاثة بالأموال وتوابعها (ولزم فى الكل) من المراتب الأربع (لفظ أشهد) بلفظ المضارع بالإجماع ، وكل مالا يشترط فيه هذا اللفظ كطهارة ماء ورؤية هلال فهو إخبار لا شهادة (لقبولها والعدالة لوجوبه) فى الينابيع : العدل من لم يطعن عليه فى بطن ولا فرج ومنه الكذب لخروجه من البطن (لا لصحته) خلافا للشافعى رضى الله تعالى عنه (فلو قضى

فتقبل بالإجماع فى حق الصلاة إنما قلنا فى حق الصلاة لأن فى حق الإرث لا تقبل عنده خلافا لهما اه (قوله عندهما) قيد للإرث وأما فى حق الصلاة فتقبل اتفاقا كما في المنح (قوله وعيوب النساء) أى كما لو اشترى جارية فادعى أن بها قرنا أو رتقا لكن ذكر فى المنح فى باب خيار العيب عند قوله ادعى إباقا أن مالا يعرفه إلا النساء يقبل فى قيامه للحال قول امرأة ثقة ثم إن كان بعد القبض لا يرد بقولها بل لابد من تحليف البائع وإن كان قبله فكذلك عند محمد : وعند أبى يوسف يرد بقولهن بلا يمين البائع اه .

وفى الفتح قبيل باب خيار الرؤية أن الأصل أن القول لمن تمسك بالأصل وأن شهادة النساء بانفرادهن فيما لا يطلع عليه الرجال حجة إذا تأيدت بمؤيد وإلا تعتبر لتوجه الخصومة لا لإلزام الخصم ، ثم ذكر أنه لو اشترى جارية على أنها بكر ثم اختلفا قبل القبض أو بعده فى بكارتها يريها القاضى النساء ، فإن قلن بكر لزم المشترى لأن شهادتهن تأيدت بأن الأصل البكارة ، وإن قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ بشهادتهن لأنها حجة قوية لم تتأيد بمؤيد ، لكن تثبت الخصومة ليتوجه اليمين على البائع فيحلف بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهى بكر ، فإن نكل ردت عليه وإلا فلا اه ملخصا (قوله رجل واحد) قال فى المنح : وأشار بقوله فيما لا يطلع عليه الرجال إلى أن الرجل لو شهد لا تقبل شهادته وهو محمول على ما إذا قال تعمدت النظر . أما إذا شهد بالولادة وقال فاجأتها فاتفق نظرى عليها تقبل شهادته إذا كان عدلا كما فى المبسوط اه (قوله لغيرها) أى لغير الحدود والقصاص وما لا يطلع عليها الرجال منح فشمل القتل خطأ والقتل الذى لا قصاص فيه لأن موجبه المال ، وكذا تقبل فيه الشهادة على الشهادة وكتاب القاضى رملى عن الخانية وتمامه فيه (قوله ولو للإرث) فى بعض النسخ لو بلا واو ، والظاهر حذفها تأمل ، وقوله للإرث : أى عند الإمام . قال فى المنح : والعتاق والنسب (قوله إلا فى حوادث الخ) مكرر مع ما تقدم (قوله فتذكر إحداهما الأخرى) حكى أن أم بشر شهدت عند الحاكم فقال الحاكم فرقوا بينهما فقالت ليس لك ذلك ، قال الله تعالى - أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى - فسكت الحاكم كذا فى الملتقط بحر (قوله وتوابعها) كالأجل وشرط الخيار (قوله لفظ أشهد) قال فى اليعقوبية : والعراقيون لا يشترطون لفظ الشهادة فى شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال فيجعلونها من باب الإخبار لا من باب الشهادة ، والصحيح ما فى الكتاب لأنه من باب الشهادة ولهذا شرط فيه شرائط الشهادة من الحرية ومجلس الحكم وغيرهما اه (قوله لوجوبه) أى لوجوب القضاء على القاضى منح (قوله العدل) قال فى الذخيرة . وأحسن ما قيل فى تفسير العدالة : أن يكون مجتنبا للكبائر ، ولا يكون مصرا على الصغائر ، ويكون صلاحه أكثر من فساده وصوابه أكثر من خطئه اه فتال (قوله لا لصحته) أى لصحة

بشهادة فاسق نفذ) وأثم فتح (إلا أن يمنع منه) أى من القضاء بشهادة الفاسق (الإمام فلا) ينفذ لما مر أنه يتأقت ويتقيد بزمان ومكان وحادثة وقول معتمد حتى لاينفذ قضاؤه بأقوال ضعيفة وما فى القنية والمجتبى من قبول ذى المروءة الصادق فقول الثانى بحر وضعفه الكمال بأنه تعليل فى مقابلة النص فلا يقبل وأقره المصنف (وهى) إن (على حاضر يحتاج) الشاهد (إلى الإشارة إلى) ثلاثة مواضع أعنى (الخصمين والمشهود به لو عينا) لا دينا (وإن على غائب كما فى نقل الشهادة (أو ميت فلا بد) لقبولها (من نسبته إلى جده فلا يكفى ذكر اسمه واسم أبيه وصناعته إلا إذا كان يعرف بها) أى بالصناعة (لامحالة) بأن لايشاركه فى المصر غيره (فلو قضى بلا ذكر الجد نفذ) فالمعتبر التعريف لا تكثير الحروف، حتى لو عرف باسمه فقط أو بلقبه وحده كفى جامع الفصولين وملتقط (ولا يسأل عن شاهد بلا طعن من الخصم إلا فى حد وقود، وعندهما يسأل فى الكل) إن جهل بحالهم بحر (سرا وعلنا به يفتى) وهو اختلاف زمان لأنهما كانا فى القرن الرابع، ولو اكتفى بالسر جاز مجمع وبه يفتى مراجية (وكفى فى التزكية) قول المزكى (هو عدل فى الأصح) لثبوت الحرية بالدار درر يعنى الأصل فيمن كان فى دار الإسلام

---

(١) يعنى نفاذه منح (قوله بشهادة فاسق نفذ) قال فى جامع الفتاوى: وأما شهادة الفاسق، فإن تحرى القاضى الصدق فى شهادته تقبل وإلا فلا اهـ فتال: وفى الفتاوى القاعدية: هذا إذا غلب على ظنه صدقه وهو مما يحفظ درر أول كتاب القضاء، وظاهر قوله وهو مما يحفظ اعتماده اهـ (قوله بحر) الذى فى البحر أنه رواية عن الثانى (قوله النص) وهو قوله تعالى ـ وأشهدوا ذوى عدل منكم ـ وأجبنا عنه أول القضاء (قوله يحتاج الشاهد الخ):

[فرع] فى البزازية: كتب شهادته فقرأها بعضهم فقال الشاهد أشهد أن لهذا المدعى على هذا المدعى عليه كل ما سمى ووصف فى هذا الكتاب، أو قال هذا المدعى الذى قرئ ووصف فى هذا الكتاب فى يد هذا المدعى عليه بغير حق وعليه تسليمه إلى هذا المدعى يقبل، لأن الحاجة تدعو إليه لطول الشهادة ولعجز الشاهد عن البيان اهـ (قوله أو بلقبه) وكذا بصفته، كما أفتى به فى الحامدية فيمن يشهد أن المرأة التى قتلت فى سوق كذا يوم كذا فى وقت كذا قتلها فلان تقبل بلا بيان اسمها وأبيها حيث كانت معروفة لم يشاركها فى ذلك غيرها (قوله جامع الفصولين) أى فى الفصل التاسع (قوله يسأل) أى وجوبا وليس بشرط للصحة عندهما كما أوضحه فى البحر: وفيه: ومحل السؤال عن قولها عند جهل القاضى بحالهم، ولذا قال فى الملتقط: القاضى إذا عرف الشهود بجرح أو عدالة لايسأل عنهم اهـ (قوله به يفتى) مرتبط بقوله وعندهما يسأل فى الكل:

قال فى البحر: والحاصل أنه إن طعن الخصم سأل عنه فى الكل وإلا سأل فى الحدود والقصاص، وفى غيرها محل الاختلاف: وقيل هذا اختلاف عصر وزمان، والفتوى على قولهما فى هذا الزمان كذا فى الهداية انتهى، فكان ينبغى للمصنف أن يقدمه على قوله سرا وعلنا لئلا يوهم خلاف المراد فإنه سينقل أن الفتوى الاكتفاء بالسر وجزم به ابن الكمال فى متنه. وذكر فى البحر أن مافى الكنز خلاف المفتى به، وبه ظهر أن مايفعل فى زماننا من الاكتفاء بالعلانية خلاف المفتى به، بل فى البحر لابد من تقديم تزكية السر على العلانية، لما فى الملتقط عن أبى يوسف: لا أقبل تزكية العلانية حتى يزكى فى السر اهـ فتنبه (قوله الرابع) والإمام فى القرن الثالث الذى شهد له رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخيرية (قوله هو عدل) أى وجائز الشهادة. قال فى الكافى: ثم قيل لابد أن يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة، إذ العبد والمحدود فى القذف إذا تاب قد يعدل: والأصح أن يكتفى

---

(١) (قوله أى لصحة القاضى) هكذا فى الأصل، ولعل الأصوب لصحة القضاء تأمل اهـ مصححه.

الحرية فهو بعبارته جواب عن النقض بالعبد وبدلالته جواب عن النقض بالمحدود ابن كمال (والتعديل من الخصم الذي لم يرجع إليه في التعديل لم يصلح) فلو كان ممن يرجع إليه في التعديل صح بزازية ، والمراد بتعديله تزكيته بقوله هم عدول زاد لكنهم أخطئوا ونسوا أو لم يزد (و) أما (قوله صدقوا أو هم عدول صدقة) فإنه (اعتراف بالحق) فيقضي بإقراره لا بالبينة عند الجحود اختيار . وفي البحر عن التهذيب : يحلف الشهود في زماننا لتعذر التزكية إذ المجهول لايعرف المجهول وأقره المصنف . ثم نقل عنه عن الصيرفية تفويضه للقاضي :

قلت : ولا تنس مامر عن الأشباه (و) الشاهد (له أن يشهد بما سمع أو رأى في مثل البيع) ولو بالتعاطي فيكون من المرئي (والإقرار) ولو بالكتابة فيكون مرئيا (وحكم الحاكم والغصب والقتل

بقوله هو عدل لثبوت الحرية بالدار كذا في الهامش ، لكن في البحر : واختار السرخسي أنه لايكتفي بقوله هو عدل ، لأن المحدود في قذف بعد التوبة عدل غير جائز الشهادة وينبغي ترجيحه اه . وفي الهامش قوله قول المزكي الخ أو يكتب في ذلك القرطاس تحت اسمه هو عدل ،ومن عرف في الفسق لايكتب شيئا احترازا عن الهتك أو يكتب الله أعلم درر (قوله الحرية) مخالف لما نقل في بعض الشروح عن الجامع الكبير من أن الناس أحرار إلا في الشهادة والحدود والقصاص كما لايخفى فليتأمل يعقوبية ، لكن ذكر في البحر عن الزيلعي أن هذا محمول على ما إذا طعن الخصم بالرق كما قيده القدوري اه (قوله بالمحدود) أي قولهم الأصل فيمن كان في دار الإسلام الحرية بمفهوم الموافقة المسمى بدلالة النص جواب عن النقض بالمحدود في القذف الوارد على ماتقدم فإن العدالة لاتستلزم عدم الحد في القذف ، وإنما دل بمفهوم الموافقة لأن الأصل فيمن كان في دار الإسلام عدم الحد في القذف أيضا فهو مساوح (قوله والتعديل) أي التزكية (قوله من الخصم) أي المدعى عليه والمدعي بالأولى ، وأطلقه فشمل ما إذا عدله المدعى عليه قبل الشهادة أو بعدها كما في البزازية ويحتاج إلى تأمل ، فإنه قبل الدعوى لم يوجد منه كذب في إنكاره وقت التعديل وكان الفسق الطارىء على المعدل قبل القضاء كالمقارن بحر (قوله لم يصلح) أي لم يصلح مزكيا : قال في الهامش : لأن من زعم المدعي وشهوده أن المدعى عليه كاذب في الإنكار وتزكية الكاذب الفاسق لاتصح، هذا عند الإمام . وعندهما تصح إن كان من أهله بأن كان عدلا ، لكن عند محمد لابد من ضم آخر إليه (قوله عن الأشباه) أي قبيل التحكيم من أن الإمام لو أمر قضاته بتحليف الشهود وجب على العلماء أن ينصحوه ويقولوا له الخ (قوله في مثل البيع) ولابد من بيان الثمن في الشهادة على الشراء وسنوضحه في باب الاختلاف فراجعه (قوله ولو بالتعاطي) وفيه يشهدون بالأخذ والإعطاء ، ولو شهدوا بالبيع جاز بحر عن البزازية . وفيه عن الخلاصة : رجل حضر بيعا ثم احتيج إلى الشهادة للمشتري يشهد له بالملك بسبب الشراء ولا يشهد له بالملك المطلق اه . وفيه : ولابد من بيان الثمن في الشهادة على الشراء لأن الحكم بالشراء بثمن مجهول لايصح كما في البزازية ، وانظر ماسيأتي وما مر : .

وفي الهامش عن الدرر : ويقول أشهد أنه باع أو أقر لأنه عاين السبب فوجب عليه الشهادة به كما عاين ، وهذا إذا كان البيع بالعقد ظاهرا ، وإن كان بالتعاطي فكذلك لأن حقيقة البيع مبادلة المال بالمال وقد وجد ، وقيل لايشهدون على البيع بل على الأخذ والإعطاء لأنه بيع حكمي لاحقيقي اه (قوله والإقرار) بأن يسمع قول المقر لفلان علي كذا درر كذا في الهامش (قوله ولو بالكتابة) في البحر عن البزازية ماملخصه : إذا كتب إقراره بين يدي الشهود ولم يقل شيئا لايكون إقرارا فلا تحل الشهادة به ولو كان مصدرا مرسوما وإن الغائب على وجه الرسالة على ماعليه العامة لأن الكتابة قد تكون للتجربة ، وفي حق الأخرس يشترط أن يكون معنونا مصدرا وإن لم يكن إلى الغائب ، وإن كتب وقرأ عند الشهود مطلقا أو قرأه غيره وقال الكاتب اشهدوا علي به أو كتبه

وإن لم يشهد عليه) ولو مختفيا يرى وجه المقر ويفهمه (ولا يشهد على محجب بسماعه منه إلا إذا تبين لقائل) بأن لم يكن في البيت غيره ، لكن لو فسر لاتقبل درر (أو يرى شخصها) أى القائلة (مع شهادة اثنين بأنها فلانة بنت فلان بن فلان) ويكفي هذا للشهادة على الاسم والنسب وعليه الفتوى جامع الفصولين .

[فرع] في الجواهر عن محمد : لاينبغي للفقهاء كتب الشهادة لأن عند الأداء يبغضهم المدعى عليه فيضره (وإذا كان بين الخطين) بأن أخرج المدعى خطاً إقرار المدعى عليه فأنكر كونه خطه فاستكتب فكتب وبين الخطين (مشابهة ظاهرة) على أنهما خط كاتب واحد (لايحكم عليه بالمال) هو الصحيح خانية ، وإن أفتى قارئ الهداية بخلافه فلا يعوّل عليه ، وإنما يعوّل على هذا التصحيح لأن قاضيخان من أجلّ من يعتمد على تصحيحاته ، كذا ذكره المصنف هنا ، وفي كتاب الإقرار واعتمده في الأشباه ، لكن في شرح الوهبانية : لو قال هذا خطي لكن ليس عليّ هذا المال ، إن كان الخط على وجه الرسالة مصدّرا معنونا

عندهم وقال اشهدوا عليّ بما فيه كان إقرارا وإلا فلا ، وبه ظهر أن ماهنا خلاف ماعليه العامة ، لكن جزم به في الفتح وغيره (قوله وإن لم يشهد عليه) لو قال المؤلف : ولو قال لاتشهد على بدل قوله وإن لم يشهد عليه لكان أفود ، لما في الخلاصة : لو قال المقر لاتشهد عليّ بما سمعت تسعه الشهادة اهـ فيعلم حكم ما إذا سكت بالأولى بحر . وفيه : وإذا سكت يشهد بما علم ولا يقول أشهدني لأنه كذب (قوله غيره) انظر عبارة البحر (قوله فسر) أي بأنه شاهد على المحجب (قوله شخصها) في الملتقط : إذا سمع صوت المرأة ولم ير شخصها فشهد اثنان عنده أنها فلانة لايحل له أن يشهد عليها وإن رأى شخصها وأقرت عنده فشهد اثنان أنها فلانة حل له أن يشهد عليها بحر اهـ من أول الشهادات ، واحترز برؤية شخصها عن رؤية وجهها . قال في جامع الفصولين : حسرت عن وجهها وقالت أنا فلانة بنت فلان بن فلان وهبت لزوجي مهري فلايحتاج الشهود إلى شهادة عدلين أنها فلانة بنت فلان مادامت حية إذ يمكن الشاهد أن يشير إليها ، فإن ماتت فحينئذ يحتاج الشهود إلى شهادة عدلين بنسبها (قوله وعليه الفتوى) ومقابله يقول لابد من شهادة جماعة ولايكفي الاثنان . ذكر الفقيه أبو الليث عن نصير بن يحيي قال : كنت عند أبي سليمان فدخل ابن محمد بن الحسن فسأله عن الشهادة على المرأة متى تجوز إذا لم يعرفها قال : كان أبو حنيفة يقول لاتجوز حتى يشهد عنده جماعة أنها فلانة ، وكان أبو يوسف وأبوك يقولان يجوز إذا شهد عنده عدلان أنها فلانة ، وهو المختار للفتوى وعليه الاعتماد لأنه أيسر على الناس اهـ .

واعلم أنهما كما احتاجا للاسم والنسب للمشهود عليه وقت التحمل يحتاجان عند أداء الشهادة إلى من يشهد أن صاحبة الاسم والنسب هذه . وذكر الشيخ خير الدين أنه يصح التعريف ممن لاتقبل شهادته لها سواء كانت الشهادة عليها أولها سائحاني بزيادة من البحر وغيره (قوله لأن عند الخ) اسم إن ضمير الشأن محذوفا والجملة بعده خبرها (قوله فيضره) أي يضر المدعى عليه بغضه للفقيه (قوله وإذا كان بين الخطين الخ) وفي الباقاني عن خزانة الأكمل : صراف كتب على نفسه بمال معلوم وخطه معلوم بين التجار وأهل البلد ثم مات فجاء غريمه يطالب المال من الورثة وعرض خط الميت بحيث عرف الناس خطه حكم بذلك في تركته إن ثبت أنه خطه ، وقد جرت العادة بين الناس أن مثله حجة ، وهذا مشكل لكونها شهادة على الخط وهنا لم يعتبروا هذا الاشتباه ، ووجهه لاينهض وسيجيء ، وقدم الشارح أنه لايعمل بالخط إلا في مسألتين : يعمل بكتاب أهل الحرب بطلب الأمان كما في سير الخانية ، ويلحق به البراءات السلطانية بالوظائف في زماننا . الثانية يعمل بدفتر السمسار والصراف والبياع كما في قضاء الخانية اهـ كذا في الهامش (قوله ظاهرة) ضمنه معنى دالة فعداه بعلى أو متعلقة بتدل محذوفا أو لفظ على بمعنى في

لايصدق ويلزم بالمال ونحوه فى الملتقط وفتاوى قارى الهداية فراجع ذلك (ولا يشهد على شهادة غيره مالم يشهد عليه) وقيده فى النهاية بما إذا سمعه فى غير مجلس القاضى ، فلو فيه جاز وإن لم يشهده شرنبلالية عن الجوهرة ، ويخالفه تصوير صدر الشريعة وغيره ، وقولهم لابد من التحميل وقبول التحميل وعدم النهى بعد التحميل على الأظهر ، نعم الشهادة بقضاء القاضى صحيحة وإن لم يشهدهما القاضى عليه ، وقيده أبو يوسف بمجلس القضاء وهو الأحوط ذكره فى الخلاصة (كفى) عدل (واحد) فى اثنى عشر مسألة على مافى الأشباه منها إخبار القاضى بإفلاس المحبوس بعد المدة (للتزكية) أى تزكية السر ، وأما تزكية العلانية فشهادة إجماعا (وترجمة الشاهد) والخصم (والرسالة) من القاضى إلى المزكى والاثنان أحوط ، وجاز تزكية عبد وصبى ووالد، وقد نظم ابن وهبان منها أحد عشر فقال :

(قوله لايصدق) هذا خلاف ماعليه العامة كما قدمناه عن البحر (قوله وفتاوى قارى الهداية) عبارتها : سئل إذا كتب شخص ورقة بخطه أن فى ذمته لشخص كذا ثم ادعى عليه فجحد المبلغ واعترف بخطه ولم يشهد عليه : أجاب إذا كتب على رسم الصكوك يلزم المال ، وهو أن يكتب يقول: فلان بن فلان الفلانى إن فى ذمته لفلان ابن فلان الفلانى كذا وكذا فهو إقرار يلزم به وإن لم يكتب على هذا الرسم فالقول قوله مع يمينه اهـ . ثم أجاب عن سؤال آخر نحوه بقوله إذا كتب إقراره على الرسم المتعارف بحضرة الشهود فهو معتبر فيسع من شاهد كتابته أن يشهد عليه إذا جحده إذا عرف الشاهد ما كتب أو قرأه عليه : أما إذا شهدوا أنه خطه من غير أن يشاهدوا كتابته لا يحكم بذلك اهـ :

وحاصل الجوابين أن الحق يثبت باعترافه بأنه خطه أو بالشهادة عليه بذلك إذا عاينوا كتابته أو إقراءه عليهم وإلا فلا ، وهذا إذا كان معنونا : ثم لايخفى أن هذا لايخالف مافى المتن ، نعم يخالف مافى البحر عن البزازية فى تعليل المسألة بقوله لأنه لايزيد على أن يقول هذا خطى وأنا حررته ، لكن ليس على هذا المال وثمة لايجب كذا هنا . وقد يوفق بينهما بحمله على ماإذا لم يكن معنونا ، لكن هو قول القاضى النسفى كما فى البزازية ، وقدقدمنا أنه خلاف ماعليه العامة (قوله مالم يشهد عليه) أى مالم يقل له الشاهد اشهد على شهادتى (قوله تصوير صدر الشريعة) حيث قال : سمع رجل أداء الشهادة عند القاضى لم يسغ له أن يشهد على شهادته ح (قوله وقولهم) عطف على تصوير ووجه المخالفة الإطلاق وعدم تقييد الاشتراط بما إذا كانت عند غير القاضى (قوله وقبول التحميل) فلو أشهده عليها فقال لا أقبل لايصير شاهدا ، حتى لو شهد بعد ذلك لا يقبل قنية ، وينبغى أن يكون هذا على قول محمد من أنه توكيل وللوكيل أن لا يقبل . وأما على قولهما من أنه تحميل فلا يبطل بالرد لأن من حمل غيره شهادة لم تبطل بالرد بحر (قوله بعد المدة) أى بعد أن حبسه القاضى مدة يعلم من حاله أنه لو كان له مال لقضى دينه ولم يصبر على ذل الحبس كما تقدم مدنى (قوله فشهادة إجماعا) الأحسن مافى البحر حيث قال : وقيدنا بتزكية السر للاحتراز عن تزكية العلانية فإنه يشترط لها جميع مايشترط فى الشهادة من الحرية والبصر وغير ذلك إلا لفظ الشهادة إجماعا ، لأن معنى الشهادة فيها أظهر فإنها تختص بمجلس القضاء ، وكذا يشترط العدد فيها على ماقاله الخصاف اهـ :

وفى البحر أيضا : وخرج من كلامه تزكية الشاهد بحد الزنا فلابد فى المزكى فيها من أهلية الشهادة والعدد الأربعة إجماعا ، ولم أر الآن حكم تزكية الشاهد ببقية الحدود ، ومقتضى ماقالوه اشتراط رجلين لها اهـ (قوله والخصم) أى المدعى أو المدعى عليه كما فى الفتح (قوله إلى المزكى) وكذا من المزكى إلى القاضى فتح (قوله وجاز تزكية الخ) وكذا تزكية المرأة والأعمى ، بخلاف ترجمتهما كما فى البحر (قوله ووالد) اولد . زاد فى البحر : وعكسه : والعبد

ويقبل عدل واحد فى تقوّم وجرح وتعديل وأرش يقدر
وترجمة والسلم هل هو جيد وإفلاسه الإرسال والعيب يظهر
وصوم على مامر أو عند علة وموت إذا للشاهدين يخبر

(والتزكية للذمى) تكون (بالأمانة فى دينه ولسانه ويده وأنه صاحب يقظة) فإن لم يعرفه المسلمون سألوا عنه عدول المشركين اختيار . وفى الملتقط : عدل نصرانى ثم أسلم قبلت شهادته ، ولو سكر الذمى لاتقبل (ولا يشهد من رأى خطه ولم يذكرها) أى الحادثة (كذا القاضى والراوى) لمشابهة الخط للخط ، وجوزاه لو فى حوزه ، وبه نأخذ بحر عن المبتغى (ولا) يشهد أحد (بما لم يعاينه) بالإجماع (إلا فى) عشرة على مافى شرح الوهبانية : منها العتق والولاء عند الثانى والمهر على الأصح بزازية و (النسب والموت

لمولاه وعكسه ، والمرأة والأعمى ، والمحدود فى قذف إذا تاب ، وأحد الزوجين للآخر (قوله تقوّم) أى تقوم الصيد والمتلفات (قوله هو جيد) أى المسلم فيه كذا فى الهامش (قوله وإفلاسه) يعنى إذا أخبر القاضى بإفلاس المحبوس بعد مضى مدة الحبس أطلقه حموى على الأشباه كذا فى الهامش (قوله والعيب يظهر) أى فى إثبات العيب الذى يختلف فيه البائع والمشترى (قوله على مامر) أى من رواية الحسن من قبول خبر الواحد بلا علة (قوله وموت) أى موت الغائب (قوله يخبر) أى إذا شهد عدل عند رجلين على موت رجل وسعهما أن يشهدا على موته والثانية عشر قول أمين القاضى : إذا أخبره بشهادة شهود على عين تعذر حضورها كما فى دعوى القنية أشباه مدنى (قوله وفى الملتقط الخ) وفى الخانية : صبى احتلم لا أقبل شهادته مالم أسأل عنه ، ولابد أن يتأنى بعد البلوغ بقدر مايقع فى قلوب أهل مسجده ومحلته كما فى الغريب أنه صالح أو غيره اهـ وفرق فى الظهيرية بينهما بأن النصرانى كان له شهادة مقبولة قبل إسلامه بخلاف الصبى ، وهو يدل على أن الأصل عدم العدالة بحر (قوله ولم يذكرها) وهذا قولهما . وقال أبو يوسف : يحل له أن يشهد . وفى الهداية محمد مع أبى يوسف ، وقيل لاخلاف بينهم فى هذه المسألة أنهم متفقون على أنه لايحل له أن يشهد فى قول أصحابنا جميعا إلا أن يتذكر الشهادة ، وإنما الخلاف بينهم فيما إذا وجد القاضى شهادة فى ديوانه لأن مافى قمطره تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم ولا كذلك الشهادة فى الصك لأنها فى يد غيره ، وعلى هذا إذا ذكر المجلس الذى كانت فيه الشهادة أو أخبره قوم ممن يثق بهم أنا شهدنا نحن وأنت كذا فى الهداية . وفى البزدوى : الصغير إذا استيقن أنه خطه وعلم أنه لم يزد فيه شىء بأن كان مخبوءا عنده وعلم بدليل آخر أنه لم يزد فيه ، لكن لايحفظ ماسمع ، فعندهما لايسعه أن يشهد ، وعند أبى يوسف يسعه ، وما قاله أبو يوسف هو المعمول به . وقال فى التقويم : قولهما هو الصحيح جوهرة (قوله عن المبتغى) قدمنا فى كتاب القاضى عن الخزانة أن يشهد وإن لم يكن الصك فى يد الشاهد لأن التغيير نادر وأثره يظهر فراجعه ، ورجح فى الفتح ما ذكره الشارح وذكر له حكاية تؤيده (قوله إلا فى عشرة) كلها مذكورة هنا متنا وشرحا آخرها قول المتن ومن فى يده شىء ح . وفى الطبقات السنية للتميمى فى ترجمة إبراهيم ابن إسحق من نظمه :

افهم مسائل ستة واشهد بها من غير رؤياها وغير وقوف
نسب وموت والولاد وناكح وولاية القاضى وأصل وقوف اهـ

(قوله والنسب) قال فى فتاوى قارى الهداية : لو أن رجلا نزل بين ظهرانى قوم وهم لايعرفونه وقال أنا فلان بن فلان ، قال محمد رضى الله عنه : لايسعهم أن يشهدوا على نسبه حتى يلقوا من أهل بلده رجلين يشهدان عندهم على نسبه ، قال الخصاف وهو الصحيح اهـ كذا فى الهامش (قوله والموت) قال فى الثانى عشر من جامع

والنكاح والدخول) بزوجته (وولاية القاضى وأصل الوقف) وقيل وشرائطه على المختار كما مر فى بابه (و)أصله (هو كل مانعلق به صحته وتوقف عليه) وإلا فمن شرائطه (فله الشهادة بذلك إذا أخبره بها) بهذه الأشياء (من يثق) الشاهد (به) من خبر جماعة لايتصور تواطؤهم على الكذب بلا شرط عدالة أو شهادة عدلين إلا فى الموت، فيكفى العدل ولو أنثى وهو المختار ملتقى وفتح، وقيده شارح الوهبانية بأن لايكون المخبر منهما كوارث وموصى له (ومن فى يده شىء سوى رقيق) علم رقه و (يعبر عن نفسه) وإلا فهو كمتاع فـ (لك أن تشهد به) (أنه له إن وقع فى قلبك ذلك) أى أنه ملكه (وإلا لا) ولو عاين القاضى ذلك جاز له القضاء به بزازية: أى إذا ادعاه المالك وإلا لا (وإن فسر) الشاهد(للقاضى أن شهادته بالتسامع أو بمعاينة اليد ردت) على الصحيح (إلا فى الوقف والموت إذا) فسر أو (قالا فيه أخبرنا من نثق به) تقبل (على الأصح) خلاصة، بل فى العزمية عن الخانية: معنى التفسير أن يقولا شهدنا لأنا سمعنا من الناس، أما لو قالا لم نعاين ذلك ولكنه اشتهر عندنا جازت

الفصولين: شهد أحد العدلين بموت الغائب والآخر بحياته فالمرأة تأخذ بقول من يخبر بموته وتمامه فيه اهـ كذا فى الهامش وفيه: إذا لم يعاين الموت إلا واحد لايقضى به وحده، ولكن لو أخبر به عدلا مثله فإذا سمع منه حل له أن يشهد بموته فيشهدان فيقضى جامع الفصولين. وفيه: ولو جاء خبر بموت رجل من أرض أخرى وصنع أهله مايصنع على الميت لم يسع لأحد أن يشهد بموته إلا من شهد موته أو سمع من شهد موته لأن مثل هذا الخبر قد يكون كذا جامع الفصولين اهـ (قوله والنكاح) قال فى جامع الفصولين: الشهادة بالسماع من الخارجين من بين جماعة حاضرين فى بيت عقد النكاح بأن المهر كذا يقبل لا ممن سمع من غيرهم اهـ كذا فى الهامش (قوله وولاية القاضى) ويزاد الوالى كما فى الخلاصة والبزازية (قوله وشرائطه) المراد من الشرائط أن يقولوا إن قدرا من الغلة لكذا ثم يصرف الفاضل إلى كذا بعد بيان الجهة بحر (قوله كما مر) أى فى كتاب الوقف، وقدمنا هناك تحقيقه (قوله عدلين) يعنى ومن فى حكمهما وهو عدل وعدلتان كما فى الملتقى (قوله إلا فى الموت) قال فى جامع الفصولين: شهدا أن أباه مات وتركه ميراثا له إلا أنهما لم يدركا الموت لاتقبل لأنهما شهدا بملك للميت بسماع لم تجز اهـ (قوله ومن فى يده الخ) فى عد هذه من العشرة نظر ذكره فى الفتح والبحر (قوله علم رقه) صوابه لم يعلم رقه كما هو ظاهر لمن تأمل مدنى (قوله لك أن تشهد الخ) قال فى البحر: ثم اعلم أنه إنما يشهد بالملك لذى اليد بشرط أن لايخبره عدلان بأنه لغيره، فلو أخبره لم تجز له الشهادة بالملك كما فى الخلاصة اهـ (قوله ذلك) قال فى الشرنبلالية: إذا رأى إنسان درة ثمينة فى يد كناس أو كتابا فى يد جاهل ليس فى آبائه من هو أهله لايسعه أن يشهد بالملك له فعرف أن مجرد اليد لايكفى اهـ مدنى (قوله إذا ادّعاه) أشار إلى التوفيق بينه وبين مافى الزيلعى كما أوضحه فى البحر (قوله أو بمعاينة اليد) أى بأن يقول لأنى رأيته فى يده يتصرف فيه تصرف الملاك جامع الفصولين. وفى الظهيرية: من الشهرة الشرعية أن يشهد عنده عدلان أو رجل وامرأتان بلفظ الشهادة من غير استشهاد ويقع فى قلبه أن الأمر كذلك اهـ مثله فى جامع الفصولين (قوله على الأصح) انظر ماكتبناه فى كتاب الوقف فى فصل يراعى شرط الواقف نقلا عن مجموعة شيخ مشايخنا منلا على، فإنه صحح عدم القبول تعويلا على مافى عامة المتون وغيرها، وأن مافى المتون مقدم على الفتاوى وبه أفتى الرملى ومفتى دار السلطنة على أفندى (قوله خلاصة) كتبت فيما مر تأييده (قوله سمعنا من الناس الخ) قال فى الخانية: شهدنا بذلك لأنا سمعنا من الناس لاتقبل شهادتهم:

أقول: بقى لو قال: أخبرنى من أثق به، وظاهر كلام الشارح أنه ليس من التسامع، لكن فى البحر عن الينابيع أنه منه، ولو شهدا على موت رجل فإما أن يطلقا فتقبل أو قال لم نعاين موته وإنما سمعنا من الناس،

فى الكل وصححه شارح الوهبانية وغيره اه .

باب القبول وعدمه

أى من يجب على القاضى قبول شهادته ومن لايجب لا من يصح قبولها ، أو لايصح لصحة الفاسق مثلا كما حققه المصنف تبعا ليعقوب باشا وغيره .

(تقبل من أهل الأهواء) أى أصحاب بدع لاتكفر كجبر وقدر ورفض وخروج وتشبيه وتعطيل ، وكل منهم اثنا عشر فرقة فصاروا اثنين وسبعين (إلا الخطابية) صنف من الروافض يرون الشهادة لشيعتهم ولكل من حلف أنه محق فردهم لا لبدعتهم بل لتهمة الكذب ولم يبق لمذهبهم ذكر بحر (و) من (الذمى) لو عدلا فى دينهم جوهرة (على مثله) إلا فى خمس مسائل

فإن لم يكن موته مشهورا فلا تقبل بلا خلاف ، وإن كان مشهورا ذكر فى الأصل أنه تقبل . وقال بعضهم : لاتقبل وبه أخذ الصدر الشهيد . وفى العناية هو الصحيح ، وإن قالا نشهد أنه مات أخبرنا بذلك من شهد موته ممن يوثق به جازت . وقال بعضهم : لاتجوز حامدية (قوله فى الكل) أى فيما يجوز فيه الشهادة بالسماع كما فى الخانية كذا فى الهامش .

باب القبول وعدمه

(قوله أى من يجب الخ) قال فى البحر : والمراد من يجب قبول شهادته على القاضى ومن لايجب لامن يصح قبولها ومن لايصح ، لأن ممن ذكره ممن لاتقبل الفاسق وهو لو قضى بشهادته صح ، بخلاف العبد والصبى والزوجة والولد والأصل ، لكن فى خزانة المفتين : إذا قضى بشهادة الأعمى والمحدود فى القذف إذا تاب أو بشهادة أحد الزوجين مع آخر لصاحبه أو بشهادة الوالد لولده أو عكسه نفذ حتى لايجوز للثانى إبطاله ، وإن رأى بطلانه فالمراد من عدم القبول عدم حله. وذكر فى منية المفتى اختلافا فى النفاذ بشهادة المحدود بعد التوبة اه (قوله لصحة الفاسق) أى شهادته (قوله مثلا) إنما قال مثلا ليشمل الأعمى (قوله تقبل الخ) أى لاقبولا عاما على المسلمين وغيرهم بل المراد أصل القبول ، فلا ينافى أن بعضهم كفار وإنما تقبل شهادتهم لأن فسقهم من حيث الاعتقاد ، وما أوقعهم فيه إلا التعمق والغلو فى الدين ، والفاسق إنما ترد شهادته بتهمة الكذب مدنى (قوله لاتكفر) فمن وجب إكفاره منهم فالأكثر على عدم قبوله كما فى التقرير . وفى المحيط البرهانى : وهو الصحيح ، وما ذكر فى الأصل محمول عليه بحر . وفيه عن السراج : وأن لايكون ماجنا ، ويكون عدلا فى تعاطيه . واعترضه بأنه ليس مذكورا فى ظاهر الرواية ، وفيه نظر فإنه شرط فى السنى ، فما ظنك فى غيره تأمل (قوله ولكل من حلف أنه محق فردهم الخ) الأولى التعبير بالراء كما فى الفتح بدل الواو ، وهذا قول ثان فى تفسيرهم كما فى البحر وشرح ابن الكمال ، نعم فى شرح المجمع كما هنا حيث قال : هم صنف من الروافض ينسبون إلى أبى الخطاب محمد بن أبى وهب الأجدع الكوفى يعتقدون جواز الشهادة لمن حلف عندهم أنه محق ، ويقولون المسلم لايحلف كاذبا ويعتقدون أن الشهادة واجبة لشيعتهم سواء كان صادقا أو كاذبا اه . وفى تعريفات السيد الشريف مايفيد أنهم كفار ، فإنه قال مانصه : قالوا الأئمة الأنبياء وأبو الخطاب نبى ، وهؤلاء يستحلون شهادة الزور لموافقيهم على مخالفيهم وقالوا الجنة نعيم الدنيا كالنار آلامها (قوله بل لتهمة الخ) ومن التهمة المانعة أن يجر الشاهد بشهادته إلى نفسه نفعا أو يدفع عن نفسه مغرما خانية ، فشهادة الفرد ليست مقبولة لاسيما إذا كانت على فعل نفسه هداية ، كذا فى الهامش (قوله ومن الذمى الخ) قال فى فتاوى الهندية : مات وعليه

على مافى الأشباه وتبطل بإسلامه قبل القضاء، وكذا بعده لو بعقوبة كقود بحر (وإن اختلفا ملة) كاليهود والنصارى (و) الذمى (على المستأمن لاعكسه) ولا مرتد على مثله فى الأصح (وتقبل منه على) مستأمن (مثله مع اتحاد الدار) لأن اختلاف داريهما يقطع الولاية كما يمنع التوارث (و) تقبل من عدو بسبب الدين (لأنها من التدين) بخلاف الدنيوية فإنه لايأمن من التقول عليه كما سيجيء؛ وأما الصديق لصديقه فتقبل إلا إذا كانت الصداقة متناهية بحيث يتصرف كل فى مال الآخر. فتاوى المصنف معزيا لمعين الحكام (و) من (مرتكب صغيرة) بلا إصرار (إن اجتنب الكبائر) كلها وغلب صوابه على صغائره درر وغيرها قال: وهو معنى العدالة. وفى الخلاصة: كل فعل يرفض المروءة والكرم كبيرة، وأقره ابن الكمال. قال: ومتى ارتكب كبيرة سقطت عدالته (و) من (أقلف) لو لعذر وإلا لا وبه نأخذ

دين لمسلم بشهادة نصرانى ودين لنصرانى بشهادة نصرانى، قال أبو حنيفة رحمه الله ومحمد وزفر: بدىء بدين المسلم؛ فإن فضل شيء كان ذلك للنصرانى هكذا فى المحيط اهـ كذا فى الهامش (قوله على مافى الأشباه) وهى ما إذا شهد نصرانيان على نصرانى أنه قد أسلم حيا كان أو ميتا فلا يصلى عليه، بخلاف ما إذا كانت نصرانية كما فى الخلاصة، وما إذا شهدا على اصرانى ميت بدين وهو مديون مسلم، وما إذا شهدا عليه بعين اشتراها من مسلم، وما إذا شهد أربعة نصارى على نصرانى أنه زنى بمسلمة إلا إذا قالوا استكرهها فيحد الرجل وحده كما فى الخانية، وما إذا ادعى مسلم عبدا فى يد كافر فشهد كافران أنه عبده قضى به فلان القاضى المسلم له كذا فى الأشباه والنظائر مدنى (قوله بإسلامه) أى إسلام المشهود عليه (قوله منه) أى من المستأمن، قيد به لأنه لايتصور غيره، فإن الحربى لو دخل بلا أمان قهرا استرق ولا شهادة للعبد على أحد فتح (قوله مع اتحاد الدار) أى بأن يكونا من أهل دار واحدة، فإن كانوا من دارين كالروم والترك لم تقبل هداية، ولا يخفى أن الضمير فى كانوا للمستأمنين فى دارنا، وبه ظهر عدم صحة مانقل عن الحموى من تمثيله لاتحاد الدار بكونهما فى دار الإسلام وإلا لزم توارثهما حينئذ وإن كانا من دارين مختلفين. وفى الفتح: وإنما تقبل شهادة الذمى على المستأمن وإن كانا من أهل دارين مختلفين لأن الذمى بعقد الذمة صار كالمسلم، وشهادة المسلم تقبل على المستأمن فكذا الذمى (قوله على صغائره) أشار إلى أنه كان ينبغى أن يزيد وبلا غلبة، قال ابن الكمال: لأن الصغيرة تأخذ حكم الكبيرة بالإصرار، وكذا بالغلبة على ما أفصح عنه فى الفتاوى الصغرى حيث قال: العدل من يجتنب الكبائر كلها حتى لو ارتكب كبيرة تسقط عدالته، وفى الصغائر العبرة للغلبة أو الإصرار على الصغيرة فتصير كبيرة ولذا قال وغلب صوابه اهـ: قال فى الهامش: لاتقبل شهادة من يجلس مجلس الفجور والمجانة والشرب وإن لم يشرب، هكذا فى المحيط فتاوى هندية. وفيها: والفاسق إذا تاب لاتقبل شهادته مالم يمض عليه زمان يظهر عليه أثر التوبة: والصحيح أن ذلك مفوّض إلى رأى القاضى اهـ (قوله وفى الخلاصة الخ) قال فى الأقضية: والذى اعتاد الكذب إذا تاب لاتقبل شهادته ذخيرة، وسيذكره الشارح (قوله كبيرة) الأصح أنها كل ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الدين كما بسطه القهستانى وغيره كذا فى شرح الملتقى: وقال فى الفتح: وما فى الفتاوى الصغرى: العدل من يجتنب الكبائر كلها، حتى لو ارتكب كبيرة تسقط عدالته: وفى الصغائر العبرة للغلبة لتصير كبيرة حسن، ونقله عن أدب القضاء لعصام وعليه المعول، غير أن الحاكم بزوال العدالة بارتكاب الكبيرة يحتاج إلى الظهور فلذا شرط فى شرب المحرم والسكر الإدمان، والله سبحانه أعلم اهـ (قوله سقطت عدالته) وتعود إذا تاب، لكن قال فى البحر: وفى الخانية الفاسق إذا تاب لاتقبل شهادته ما لم يمض عليه زمان يظهر التوبة، ثم بعضهم قدّره بستة أشهر، وبعضهم قدّره بسنة، والصحيح أن ذلك مفوّض

بحر والاستهزاء بشيء من الشرائع كفر ابن كمال (وخصي) وأقطع (وولد الزنا) ولو بالزنا خلافا لمالك (وخنثى) كأنثى لو مشكلا وإلا فلا إشكال (وعتيق لمعتقه وعكسه) إلا لتهمة لما في الخلاصة شهدا بعد عتقهما أن الثمن كذا عند اختلاف بائع ومشتر لم تقبل لجر النفع بإثبات العتق (ولأخيه وعمه ومن محرم رضاعا أو مصاهرة) إلا إذا امتدت الخصومة وخاصم معه على ما في القنية. وفي الخزانة: تخاصم الشهود والمدعى عليه تقبل لو عدولا (ومن كافر على عبد كافر مولاه مسلم أو) على وكيل (حر كافر موكله مسلم لا) يجوز (عكسه) لقيامها على مسلم قصدا وفي الأول ضمنا (و) تقبل (على ذمي ميت وصيه مسلم إن لم يكن عليه دين لمسلم).

إلى رأي القاضي والمعدل: وفي الخلاصة: ولو كان عدلا فشهد بزور ثم تاب فشهد تقبل من غير مدة اهـ وقدمنا أن الشاهد إذا كان فاسقا سرا لاينبغي أن يخبر بفسقه كي لايبطل حق المدعي وصرح به في العمدة أيضا اهـ:

[فائدة] من اتهم بالفسق لاتبطل عدالته، والمعدل إذا قال للشاهد هو متهم بالفسق لاتبطل عدالته خانية (قوله بحر) مثله في التاترخانية (قوله كفر) أشار إلى فائدة تقييده في الهداية بأن لايترك الختان استخفافا بالدين: وفي البحر عن الخلاصة والمختار أن أول وقته سبع وآخره اثنتا عشرة (قوله وخصي) لأن حاصل أمره أنه مظلوم، نعم لو كان ارتضاه لنفسه وفعله مختارا منع. وقد قبل عمر شهادة علقمة الخصي على قدامة بن مظعون، رواه ابن أبي شيبة منح (قوله وأقطع) لما روى «أن النبي صلى الله عليه وسلم قطع يد رجل في سرقة ثم كان بعد ذلك يشهد فقبل شهادته» منح (قوله بالزنا) أي ولو شهد بالزنا على غيره تقبل. قال في المنح: وتقبل شهادة ولد الزنا لأن فسق الأبوين لايوجب فسق الولد ككفرهما، أطلقه فشمل ما إذا شهد بالزنا أو بغيره خلافا لمالك في الأول اهـ مدني (قوله كأنثى) فيقبل مع رجل وامرأة في غير حد وقود (قوله بإثبات العتق) تقدم أنه لاتحالف بعد خروج المبيع عن ملكه إلى آخر مامر في التحالف فراجعه، وقوله العتق لأنه لولا شهادتهما لتحالفا وفسخ البيع المقتضي لإبطال العتق منح (قوله ومن محرم رضاعا) قال في الأقضية: تقبل لأبويه من الرضاع ولمن أرضعته امرأته ولأم امرأته وأبيها بزازية من الشهادة فيما تقبل وفيما لاتقبل اهـ: وتقبل لأم امرأته وأبيها ولزوج ابنته ولامرأة ابنه ولامرأة أبيه ولأخت امرأته اهـ كذا في الهامش عن الحامدية معزيا للخلاصة (قوله امتدت الخصومة) أي سنتين منح (قوله لو عدولا) قال في المنح عن البحر: وينبغي حمله على ما إذا لم يساعد المدعي في الخصومة أو لم يكثر ذلك توفيقا اهـ: ووفق الرملي بغيره حيث قال: مفهوم قوله لو عدولا أنهم إذا كانوا مستورين لاتقبل وإن لم تمتد الخصومة للتهمة بالمخاصمة، وإذا كانوا عدولا تقبل لارتفاع التهمة مع العدالة؛ فيحمل مافي القنية على ما إذا لم يكونوا عدولا توفيقا، وما قلناه أشبه لأن المعتمد في باب الشهادات العدالة (قوله على ذمي ميت) نصراني مات وترك ألف درهم وأقام مسلم شهودا من النصارى على ألف على الميت وأقام نصراني آخرين كذلك فالألف المتروكة للمسلم عنده وعند أبي يوسف يتحاصان، والأصل أن القبول عنده في حق إثبات الدين على الميت فقط دون إثبات الشركة بينه وبين المسلم وعلى قول الثاني في حقهما ذخيرة ملخصا وبه ظهر أن قبولها على الميت مقيد بما إذا لم يكن عليه دين لمسلم، نعم هو قيد لإثباتها الشركة بينه وبين المدعي الآخر فإذا كان الآخر نصرانيا أيضا يشاركه وإلا فالمال للمسلم، إذ لو شاركه لزم قيامها على المسلم، وظهر أيضا أن المصنف ترك قيدا لابد منه وهو ضيق التركة عن الدينين وإلا فلا يلزم قيامها على المسلم كما لايخفى، هذا ماظهر لي بعد التنقير التام حتى ظفرت بعبارة الذخيرة، فاغتنم هذا التحرير وادع لي. وفي حاشية الرملي على البحر عن المنهاج لأبي حفص العقيلي: نصراني مات فجاء مسلم ونصراني وأقام كل واحد منهما البينة أن له على الميت دينا، فإن كان شهود الفريقين ذميين أو شهود النصراني ذميين بدئ بدين المسلم، فإن فضل شيء

بحر . وفى الأشباه : لاتقبل شهادة كافر على مسلم إلا تبعا كما مر أو ضرورة فى مسألتين : فى الإيصاء . شهد كافران على كافر أنه أوصى إلى كافر وأحضر مسلما عليه حق للميت : وفى النسب شهدا أن النصرانى ابن الميت فادعى على مسلم بحق وهذا استحسان ووجهه فى الدرر (والعمال) للسلطان (إلا إذا كانوا أعوانا على الظلم) فلا تقبل شهادتهم لغلبة ظلمهم كرئيس القرية والجابى والصراف والمعرفين فى المراكب والعرفاء فى جميع الأصناف ومحضر قضاة العهد والوكلاء المفتعلة والصكاك وضمان الجهات كمقاطعة سوق النخاسين حتى حل لعن الشاهد لشهادته على باطل فتح وبحر: وفى الوهبانية : أمير كبير ادعى فشهد له عماله ونوابه ورعاياهم لاتقبل كشهادة المزارع لرب الأرض ، وقيل أراد بالعمال المحترفين : أى بحرفة لائقة به وهى حرفة آبائه وأجداده وإلا فلا مروءة له لو دنيئة ، فلا شهادة له لما عرف فى حد العدالة فتح وأقره المصنف (لا) تقبل

صرف إلى دين النصرانى ، وروى الحسن عن أبى يوسف أنه يجعل بينهما على مقدار دينهما ، قيل إنه قول أبى يوسف الأخير ، وإن كان شهود الفريقين مسلمين أو شهود الذمى خاصة مسلمين فالمال بينهما فى قولهم اه (قوله بحر) عبارته : فإن كان فقد كتبناه عن الجامع.اه . والذى كتبه هو قوله نصرانى مات عن مائة ، فأقام مسلم شاهدين عليه بمائة ومسلم ونصرانى بمثله فالثلثان له والباقى بينهما والشركة لاتمنع لأنها بإقراره اه : ووجهه أن الشهادة الثانية لاتثبت للذمى مشاركته مع المسلم كما قدمناه ، ولكن المسلم لما ادعى المائة مع النصرانى صار طالبا نصفها والمنفرد يطالب كلها فتقسم عولا ، فلمدعى الكل الثلثان لأن له نصفين ، وللمسلم الآخر الثلث لأن له نصفا فقط ، لكن لما ادعاه مع النصرانى قسم الثلث بينهما وهذا معنى قوله والشركة لاتمنع لأنها بإقراره ، وانظر ماسنذكر أول كتاب الفرائض عند قوله ثم تقدم ديونه (قوله كما مر) أى قريبا (قوله فى مسألتين) على القبول فيهما فى الشرنبلالية بحثا على ما إذا كان الخصم المسلم مقرا بالدين منكرا للوصاية والنسب ، وأما لو كان منكرا للدين كيف تقبل شهادة الذميين عليه (قوله وأحضر) أى الوصى (قوله ابن الميت) أى النصرانى (قوله على مسلم) أو قام شاهدين نصرانيين على نسبه تقبل وهذا استحسان : ووجهه الضرورة لعدم حضور المسلمين موتهم ولا نكاحهم.كذا فى الدرر كذا فى الهامش (قوله بحق) أى ثابت كذا فى الهامش (قوله كرئيس القرية) قال فى الفتح : وهذا المسمى فى بلادنا شيخ البلد ، وقدمنا عن البزدوى أن القائم بتوزيع هذه النوائب السلطانية والجبايات بالعدل بين المسلمين مأجور وإن كان أصله ظلما ، فعلى هذا تقبل شهادته اه (قوله النخاسين) جمع نخاس من النخس وهو الطعن ، ومنه قيل لدلال الدواب نخاس (قوله وقيل) هذا ممكن فى مثل عبارة الكنز فإنه لم يقل إلا إذا كانوا أعوانا الخ (قوله المحترفين) فيكون فيه رد على من رد شهادة أهل الحرف الخسيسة : قال فى الفتح : وأما أهل الصناعات الدنيئة كالقنوانى والزبال والحائك والحجام فقيل لاتقبل ، والأصح أنها تقبل لأنه قد تولاها قوم صالحون ، فما لم يعلم القادح لايبنى على ظاهر الصناعة وتمامه فيه فراجعه (قوله وإلا الخ) أى بأن كان أبوه تاجرا واحترف هو بالحياكة أو الحلاقة أو غير ذلك لارتكابه الدناءة كذا فى الهامش (قوله فتح) لم أره فى الفتح بل ذكره فى البحر بصيغة ينبغى : وقال الرملى : فى هذا التقييد نظر يظهر لمن له نظر فتأمل : أى فى التقييد بقوله بحرفة لائقة الخ . ووجهه أنهم جعلوا العبرة للعدالة لا للحرفة ، فكم من دنىء صناعة أتقى من ذى منصب ووجاهة على أن الغالب أنه لايعدل عن حرفة أبيه إلى أدنى منها إلا لقلة ذات يده أو صعوبتها عليه ولاسيما إذا علمه إياها أبوه أو وصيه فى صغره ولم يتقن غيرها فتأمل : وفى حاشية أبى السعود : فيه نظر لأنه مخالف لما قدمه هو قريبا من أن صاحب الصناعة الدنيئة كالزبال والحائك مقبول الشهادة إذا كان عدلا فى الصحيح اه :

(من أعمى) أى لايقضى بها ، ولو قضى صح ، وعم قوله (مطلقا) مالو عمى بعد الأداء قبل القضاء وما جاز بالسماع خلافا للثانى ، وأفاد عدم قبول الأخرس مطلقا بالأولى (ومرتد ومملوك) ولو مكاتبا أو مبعضا (وصبى) ومغفل ومجنون (إلا)

قلت : ويدفع بأن مراده أن عدوله عن حرفة أبيه إلى أدنى منها دليل على عدم المروءة ، وإن كانت حرفة أبيه دنيئة ، فينبغى أن يقال هو كذلك إن عدلا بلا عذر تأمل (قوله من أعمى) إلا فى رواية زفر عن أبى حنيفة فيما يجزى فيه التسامع لأن الحاجة فيه إلى السماع ولا خلل فيه باقانى على الملتقى كذا فى الهامش (قوله أى لا يقضى بها) خلافا لأبى يوسف فيما إذا تحمله بصيرا فإنها تقبل لحصول العلم بالمعاينة ، والأداء يختص بالقول ولسانه غير موف والتعريف يحصل بالنسبة كما فى الشهادة على الميت : ولنا أن الأداء يفتقر إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له والمشهود عليه ، ولا يميز الأعمى إلا بالنغمة ، وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتمييز الغائب دون الحاضر وصار كالحدود والقصاص اه . باقانى على الملتقى كذا فى الهامش (قوله بالسماع) كالنسب والموت (قوله خلافا للثانى) أى فيهما ، واستظهر قوله بالأول صدر الشريعة فقال وقوله أظهر ، لكن رده فى اليعقوبية بأن المفهوم من سائر الكتب عدم أظهريته : وأما قوله بالثانى فهو مروى عن الإمام أيضا . قال فى البحر : واختاره فى الخلاصة ، ورده الرملى بأنه ليس فى الخلاصة مايقتضى ترجيحه واختياره (قوله بالأولى) لأن فى الأعمى إنما تتحقق التهمة فى نسبته وهنا تتحقق فى نسبته وغيرها من قدر المشهود به وأمور أخر كذا فى الفتح ، ونقل أيضا عن المبسوط أنه بإجماع الفقهاء لأن لفظ الشهادة لايتحقق منه وتمامه فيه (قوله ولو مكاتبا) والمعتق فى المرض كالمكاتب فى زمن السعاية عند أبى حنيفة ، وعندهما حر مديون .

[تنبيهات] مات عن عم وأمتين وعبدين فأعتقهما العم فشهدا ببنوة أحدهما بعينها أى أنه أقر بها فى صحته لم تقبل عنده لأن فى قبولها ابتداء بطلانها انتهاء لأن معتق البعض كمكاتب لاتقبل شهادته عنده لا عندهما ، ولو شهدا أن الثانية أخت الميت قبل شهادة الأولى أو بعدها ، أو معها لا تقبل بالاجماع ، لأنا لو قبلنا لصارت عصبة مع البنت فيخرج العم عن الوراثة بحر عن المحيط .

أقول : هذا ظاهر عند وجود الشهادتين ، وأما عند سبق شهادة الأختية فالعلة فيها هى علة البنتية فتفقه ؛ وفى المحيط : مات عن أخ لا يعلم له وارث غيره فقال عبدان من رقيق الميت إنه أعتقنا فى صحته وإن هذا الآخر ابنه فصدقهما الأخ فى ذلك لا تقبل فى دعوى الإعتاق لأنه أقر بأنه لا ملك له فيهما بل هما عنده للآخر لإقرار الأخ إنه وارث دونه فتبطل شهادتهما فى النسب ، ولو كان مكان الآخر أنثى جاز شهادتهما وثبت نسبها ويسعيان فى نصف قيمتهما لأنه أقر أن حقه فى نصف الميراث فصح بالعتق لأنه لايتجزأ عندهما إلا أن العتق فى عبد مشترك فتجب السعاية للشريك الساكت : وأقول : عند أبى حنيفة يعتقان كما قالا ، غير أن شهادتهما بالبنتية لم تقبل لأن معتق البعض لا تقبل شهادته فتفقه .

[فائدة] قضى بشهادة فظهروا عبيدا تبين بطلانه ، فلو قضى بوكالة ببينة وأخذ ما على الناس من الديون ثم وجدوا عبيدا لم تبرأ الغرماء ولو كان بمثله فى وصاية برءوا لأن قبضه بإذن القاضى وإن لم يثبت الإيصاء كإذنه لهم فى الدفع إلى أبنه ، بخلاف الوكالة إذ لا يملك الإذن لغريم فى دفع دين الحى لغيره . قال المقدسى : فعلى هذا ما يقع الآن كثيرا من تولية شخص نظر وقف فيتصرف فيه تصرف مثله من قبض وصرف وشراء وبيع ثم يظهر أنه بغير شرط الواقف أو أن إنهاءه باطل ينبغى أن لا يضمن لأنه تصرف بإذن القاضى كالوصى فليتأمل ، قلت : وتقدم فى الوقف ما يؤيده سائحانى (قوله ومغفل) وعن أبى يوسف أنه قال : إنا نرد شهادة أقوام نرجو شفاعتهم

في حال صحته إلا (أن يتحملا في الرق والتميز وأديا بعد الحرية) ولو لمعتقه تتارخانية (و) بعد (البلوغ) وكذا بعد إبصار وإسلام وتوبة فسق وطلاق زوجة لأن المعتبر حال الأداء شرح تكملة. وفي البحر: متى حكم برده لعلة ثم زالت فشهد بها لم تقبل إلا أربعة عبد وصبي وأعمى وكافر على مسلم وإدخال الكمال أحد الزوجين مع الأربعة سهو (ومحدود في قذف) تمام الحد وقيل بالأكثر (وإن تاب) بتكذيبه نفسه فتح، لأن الرد من تمام الحد بالنص والاستئناف منصرف لما يليه وهو وأولئك هم الفاسقون - (إلا أن يحد كافرا) في القذف (فيسلم) فتقبل وإن ضرب أكثره بعد الإسلام على الظاهر بخلاف عبد حد فعتق لم تقبل (أو يقيم) المحدود (بينة على صدقه) إما أربعة على زناه أو اثنين على إقراره به، كما لو برهن قبل الحد بحر. وفيه: الفاسق إذا تاب تقبل شهادته إلا المحدود بقذف والمعروف بالكذب وشاهد الزور لو عدلا لا تقبل أبدا ملتقط، لكن سيجيء ترجيح قبولها (ومسجون في حادثة) تقع في (السجن) وكذا لا تقبل شهادة الصبيان فيما يقع في الملاعب، ولا شهادة النساء فيما يقع في الحمامات وإن مست الحاجات لمنع الشرع عما يستحق به السجن وملاعب الصبيان وحمامات النساء، فكان التقصير مضافا إليهم لا إلى الشرع بزازية وصغرى وشرنبلالية، لكن في الحاوي: تقبل شهادة النساء وحدهن في القتل في الحمام بحكم الدية كي لا يهدر الدم اه فليتنبه عند الفتوى، وقدمنا قبول شهادة المعلم في حوادث الصبيان (والزوجة لزوجها وهو لها)

يوم القيامة، معناه أن شهادة المغفل وأمثاله لا تقبل وإن كان عدلا صالحا تاترخانية (قوله في حال صحته) أي وقت كونه صاحيا كذا في الهامش (قوله بعد إبصار) بشرط أن يتحمل وهو بصير أيضا بأن كان بصيرا ثم عمي ثم أبصر فأدى فافهم (قوله زوجة) أي إن لم يكن حكم بردها لما يأتي قريبا (قوله وفي البحر) أي عن الخلاصة (قوله فشهد بها) أي بتلك الحادثة (قوله إلا أربعة) أما ما سوى الأعمى فظاهر لأن شهادتهم ليست شهادة؛ وأما الأعمى فلينظر الفرق بينه وبين أحد الزوجين، ثم رأيت في الشرنبلالية استشكل قبول شهادة الأعمى (قوله عبد الخ) قال في البحر: فعلى هذا لا تقبل شهادة الزوج والأجير والمغفل والمتهم والفاسق بعد ردها اه.

وذكر في البحر أيضا قبل هذا الباب: اعلم أنه لا يفرق بين المردود لتهمة وبين المردود لشبهة، فالثاني يقبل عند زوال المانع، بخلاف الأول فإنه لا يقبل مطلقا وإليه أشار في النوازل اه (قوله وإدخال الخ) مع أنه صرح في صدر عبارته بخلافه، ومثله في التاترخانية والجوهرة والبدائع (قوله سهو) لأن الزوج له شهادة وقد حكم بردها بخلاف العبد ونحوه تأمل (قوله بتكذيبه) الباء للتصوير تأمل، ويؤيده ما في الشرنبلالية فراجعها (قوله فتقبل) لأن للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد وبالإسلام حدثت شهادة أخرى، وليس المراد أنها تقبل بعد إسلامه في حق المسلمين فقط بحر (قوله لم تقبل) لأنه لا شهادة للعبد أصلا في حال رقه فيتوقف على حدوثها فإذا حدثت كان رد شهادته بعد العتق من تمام الحد بحر (قوله زناه) أي المقذوف (قوله إذا تاب الخ) قال قاضيخان: الفاسق إذا تاب لا تقبل شهادته ما لم يمض عليه زمان يظهر أثر التوبة، ثم بعضهم قدر ذلك بستة أشهر، وبعضهم قدره بسنة. والصحيح أنه مفوض إلى رأي القاضي والمعدل وتمامه هناك. وفي خزانة المفتين، كل شهادة ردت لتهمة الفسق فإذا دعاها لا تقبل اه كذا في الهامش (قوله سيجيء) أي قبيل باب الرجوع عن الشهادة (قوله ترجيح قبولها) وكذا قال في الخانية، وعليه الاعتماد وجعل الأول رواية عن الثاني (قوله لا إلى الشرع) وقيل في كل ذلك تقبل، والأصح الأول كذا في القنية جامع الفتاوى (قوله وحدهن) قدم في الوقف أن القاضي لا يمضي قضاء قاض آخر بشهادة النساء وحدهن في شجاج الحمام سائحاني، ويمكن

وجاز عليها إلا فى مسألتين فى الأشباه (ولو فى عدة من ثلاث) لما فى القنية طلقها ثلاثا وهى فى العدة لم تجز شهادته لها ولا شهادتها له ، ولو شهد لها ثم تزوجها بطلت خانية ، فعلم منع الزوجية عند القضاء لا تحمل أو أداء (والفرع لأصله) وإن علا إلا إذا شهد الجد لابن ابنه على أبيه أشباه . قال : وجاز على أصله إلا إذا شهد على أبيه لأمه ولو بطلاق ضرتها والأم فى نكاحه ، وفيها بعد ثمان ورقات : لا تقبل شهادة الإنسان لنفسه إلا فى مسألة القاتل إذا شهد بعفو ولى المقتول فراجعها (وبالعكس) للتهمة (وسيد لعبده ومكاتبه والشريك لشريكه فيما هو من شركتهما) لأنها لنفسه من وجه . فى الأشباه : للخصم أن يطعن بثلاثة: برق وحد وشركة . وفى فتاوى النسفى : لو شهد بعض أهل القرية على بعض منهم بزيادة الخراج لا تقبل مالم يكن خراج كل أرض معينا أو لا خراج للشاهد ، وكذا أهل قرية شهدوا على ضيعة أنها من قريتهم لا تقبل ، وكذا أهل سكة يشهدون بشىء من مصالحه لو غير نافذة ، وفى النافذة إن طلب حقا لنفسه لا تقبل ، وإن قال لا آخذ شيئا

حمله على القصاص بالشجاج (قوله وجاز عليها الخ) قال فى الأشباه : شهادة الزوج على الزوجة مقبولة إلا بزناها وقذفها كما فى حد القذف ، وفيما إذا شهد على إقرارها بأنها أمة لرجل يدعيها فلا تقبل إلا إذا كان الزوج أعطاها المهر والمدعى يقول : أذنت لها فى النكاح كما فى شهادة الخانية ح كذا فى الهامش (قوله فى الأشباه) وهما فى البحر أيضا (قوله ولو شهد لها الخ) وكذا لو شهد ولم يكن أجيرا ثم صار أجيرا قبل أن يقضى بها تاترخانية (قوله ثم تزوجها) أى قبل القضاء (قوله فعلم الخ) الذى يعلم مما ذكره منع الزوجية عند القضاء ، وأما منعها عند التحمل أو الأداء فلم يعلم مما ذكره فلابد من ضميمة ما ذكره فى المنح عن البزازية لو تحملها حال نكاحها ثم أبانها وشهد لها : أى بعد انقضاء عدتها تقبل ، وما ذكره أيضا عن فتاوى القاضى : لو شهد لامرأته وهو عدل فلم يرد الحاكم شهادته حتى طلقها بائنا وانقضت عدتها . روى ابن شجاع رحمه الله أن القاضى ينفذ شهادته .

قال فى البحر : والحاصل أنه لابد من انتفاء التهمة وقت الزوجية ، وأما فى باب الرجوع فى الهبة فهى مانعة منه وقت الهبة لا وقت الرجوع ، فلو وهب لأجنبية ثم نكحها فله الرجوع ، بخلاف عكسه كما سيأتى، وفى باب إقرار المريض الاعتبار لكونها زوجة وقت الموت لا وقت الوصية اهـ . (قوله والفرع) ولو فرعية من وجه كولد الملاعنة وتمامه فى البحر (قوله إلا إذا شهد الجد) محل هذا الاستثناء بعد قوله وبالعكس إذ الجد أصل لا فرع (قوله ولو بطلاق ضرتها) لأنها شهادة لأمه بحر كذا فى الهامش (قوله والأم فى نكاحه) الواو للحال ، وذكر فى البحر هنا فروعا حسنة فلتراجع (قوله فى مسألة القاتل) وصورته : ثلاثة قتلوا رجلا عمدا ثم شهدوا بعد التوبة أن الولى قد عفا عنا . قال الحسن : لا تقبل شهادتهم إلا أن يقول الاثنان منهم عفا عنا وعن هذا الواحد، ففى هذا الوجه قال أبو يوسف ، تقبل فى حق الواحد ، وقال الحسن : تقبل فى حق الكل ح كذا فى الهامش ، وانظر ما فى حاشية الفتال عن الحموى والكفيرى (قوله ولو بالعكس[1]) ولو كانت الزوجة أمة بحر (قوله لشريكه) أطلقه فشمل الشركات بأنواعها ، وفى المفاوضة كلام فى البحر فراجعه (قوله من شركتهما) وتقبل فيما ليس من شركتهما فتاوى هندية كذا فى الهامش (قوله أن يطعن بثلاثة الخ) انظر حاشية الرملى على البحر قبيل قوله والمحدود فى قذف اهـ (قوله أو لا خراج للشاهد) أى عليه (قوله على ضيعة) لعله على قطعة كما فى البزازية لكن فى الفتح كما هنا . وفى القاموس : الضيعة العقار والأرض المغلة اهـ . وفى الهامش عن الحامدية : شهدوا

---

(١) (قوله ولو بالعكس) هكذا فى النسخة المجموع منها ، ولا وجود لذلك فى نسخ الشارح التى بأيدينا اهـ مصححه .

تقبل وكذا فى وقف المدرسة انتهى فليحفظ (والأجير الخاص لمستأجره) مسانهة أو مشاهرة أو الخادم أو التابع أو التلميذ الخاص الذى يعد ضرر أستاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه درر ، وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام «لاشهادة للقانع بأهل البيت» أى الطالب معاشه منهم ، من القنوع لامن القناعة ، ومفاده قبول شهادة المستأجر والأستاذ له (ومخنث) بالفتح (من يفعل الردىء) ويؤتى . وأما بالكسر فالتكسر المتلين فى أعضائه وكلامه خلقة فتقبل بحر (ومغنية) ولو لنفسها لحرمة رفع صوتها درر ، وينبغى تقييده بمداومتها عليه ليظهر عند القاضى كما فى مدمن الشرب على اللهو ذكره الوانى

مع متولى الوقف على آخر أن هذه القطعة الأرض من جملة أراض قريتهم تقبل اه تمرتاشى من الشهادة (قوله لا تقبل) وقيل تقبل مطلقا فى النافذة فتح (قوله وكذا) أى تقبل (قوله المدرسة) أى فى وقفية وقف على مدرسة كذا وهم من أهل تلك المدرسة ، وكذلك الشهادة على وقف مكتب وللشاهد صبى فى المكتب ، وشهادة أهل المحلة فى وقف عليها ، وشهادتهم بوقف المسجد ، والشهادة على وقف المسجد الجامع ، وكذا أبناء السبيل إذا شهدوا بوقف على أبناء السبيل ، فالمعتمد القبول فى الكل بزازية :

قال ابن الشحنة : ومن هذا النمط مسألة قضاء القاضى فى وقف تحت نظره أو مستحق فيه اه ، وهذا كله فى شهادة الفقهاء بأصل الوقف : أما شهادة المستحق فيما يرجع إلى الغلة كشهادته بإجارة ونحوها لم تقبل لأن له حقا فيه فكان متهما ، وقد كتبت فى حواشى جامع الفصولين أن مثله شهادة شهود الأوقاف المقررين فى وظائف الشهادة لما ذكرنا ، وتقريره فيها لا يوجب قبولها : وفائدتها إسقاط التهمة عن المتولى فلا يحلف ، ويقوّيه أن البينة تقبل لإسقاط اليمين كالمودع إذا ادعى الرد أو الهلاك بحر ملخصا فراجعه (قوله انتهى) أى ما فى فتاوى النسفى ونقله عنه فى الفتح آخر الباب (قوله أو مشاهرة) أى أو مياومة هو الصحيح جامع الفتاوى (قوله أو التلميذ الخاص) وفى الخلاصة ، هو الذى يأكل معه وفى عياله وليس له أجرة معلومة ، وتمامه فى الفتح فارجع إليه : وفى الهامش ، ولو شهد الأجير لأستاذه وهو التلميذ الخاص الذى يأكل معه وفى عياله لاتقبل إن لم يكن له أجرة معلومة وإن كان له أجرة معلومة مياومة أو مشاهرة أو مسانهة إن أجير واحد لا تقبل ، وإن أجير مشترك تقبل :

وفى العيون قال محمد رحمه الله تعالى: استأجره يوما فشهد له فى ذلك اليوم القياس أن لاتقبل ، ولو أجير خاص فشهد ولم يعدل حتى ذهب الشهر ثم عدل لا تقبل كمن شهد لامرأته ثم طلقها ، ولو شهد ولم يكن أجيرا ثم صار قبل القضاء لا تقبل بزازية ، ثم نقل في الهامش فرعا ليس محله هنا ، وهو : بيده ضيعة وادعى آخر أنها وقف وأحضر صكا فيه خطوط العدول والقضاة الماضين وطلب الحكم به ليس للقاضى أن يقضى بالصك لأنه إنما يحكم بالحجة وهى البينة أو الإقرار لا الصك لأن الخط مما يزور ، وكذا لو كان على باب الحانوت لوح مضروب ينطق بوقفية الحانوت لم يجز للقاضى أن يقضى بوقفيته به جامع الفصولين ، فعلم من ذلك أنه ليس للقاضى أن يحكم بما فى دفتر البياع والصراف والسمسار خصوصا فى هذا الزمان ولا ينبغى الإفتاء به لمجرده اه (قوله ومفاده) صرح به فى الفتح جازما به ، لكن فى التاترخانية عن الفتاوى الغيائية ، ولا تجوز شهادة المستأجر للأجير . وفى حاشية الفتال عن المحيط السرخسى . قال أبوحنيفة فى المجرد: لا ينبغى للقاضى أن يجيز شهادة الأجير لأستاذه ولا الأستاذ لأجيره ، وهو مخالف لما استنبطه من الحديث (قوله رفع صوتها) فى النهاية فلذا أطلق فى قوله مغنية ، وقيد فى غناء الرجال بقوله للناس وتمامه فى الفتح . وأما الشهادة عليها بذلك فهى جرح مجرد فلذا المختص الظهور عند القاضى بالمداومة تأمل (قوله درر) ما ذكره جار فى النوح بعينه ، فما باله لم يكن مسقطا للعدالة إذا ناحت فى مصيبة

(ونائحة فى مصيبة غيرها) بأجر درر وفتح : زاد العينى : فلو فى مصيبتها تقبل وعلله الوانى بزيادة اضطرارها وانسلاب صبرها واختيارها فكان كالشرب للتداوى (وعدو بسبب الدنيا) جعله ابن الكمال عكس الفرع لأصله فتقبل له لا عليه ، واعتمد فى الوهبانية والمحبية قبولها مالم يفسق بسببها . قالوا : والحقد فسق للنهى عنه . وفى الأشباه فى تتمة قاعدة : إذا اجتمع الحرام والحلال ولو العداوة للدنيا لاتقبل سواء شهد على عدوه أو غيره لأنه فسق وهو لايتجزأ . وفى فتاوى المصنف : لاتقبل شهادة الجاهل على العالم لفسقه بترك مايجب تعلمه شرعا فحينئذ لاتقبل شهادته على مثله ولا على غيره ، وللحاكم تعزيره على تركه ذلك : ثم قال : والعالم من يستخرج المعنى من التركيب كما يحق وينبغى (ومجازف فى كلامه) أو يحلف فيه كثيرا أو اعتاد شتم أولاده أو غيرهم لأنه معصية كبيرة كترك زكاة أو حج على رواية فوريته أو ترك جماعة أو جمعة ، أو أكل فوق شبع بلا عذر ، وخروج لفرجة

نفسها سعدية . ويمكن الفرق بأن المراد رفع صوت يخشى منه الفتنة (قوله ونائحة الخ) لا تقبل شهادة النائحة ، ولم يرد به التى تنوح فى مصيبتها وإنما أراد به التى تنوح فى مصيبة غيرها واتخذت ذلك مكسبة تاترخانية عن المحيط ونقله فى الفتح عن الذخيرة ثم قال : ولم يتعقب هذا من المشايخ أحد فيما علمت ، وتمامه فيه فراجعه (قوله واختيارها) مقتضاه لو فماته عن اختيارها لا تقبل (قوله وعدو الخ) أى على عدوه ملتقى . قال الحانوتى : سئل فى شخص ادعى عليه وأقيمت عليه بينة فقال : إنهم ضربونى خمسة أيام فحكم عليه الحاكم ثم أراد أن يقيم البينة على الخصومة بعد الحكم فهل تسمع ؟ الجواب : قد وقع الخلاف فى قبول شهادة العدو على عدوه عداوة دنيوية وهذا قبل الحكم ، وأما بعده فالذى يظهر عدم نقض الحكم ، كما قالوا إن القاضى ليس له أن يقضى بشهادة الفاسق ولا يجوز له ، فإذا قضى لا ينقض اهـ وهو مخالف لما فى اليعقوبية (قوله واعتمد فى الوهبانية الخ) قال فى المنح : وما ذكره هنا فى المختصر من التفصيل فى شهادة العدو تبعا للكنز وغيره هو المشهور على ألسنة فقهائنا وقد جزم به المتأخرون ، لكن فى القنية أن العداوة بسبب الدنيا لا تمنع ما لم يفسق بسببها أو يجلب منفعة أو يدفع بها عن نفسه مضرة ، وهو الصحيح وعليه الاعتماد ، واختاره ابن وهبان ، ولم يتعقبه ابن الشحنة ، لكن الحديث شاهد لما عليه المتأخرون اهـ وتمامه فيها ، وانظر ما كتبناه أول القضاء .

أقول : ذكر فى الخيرية بعد كلام ما نصه فتحصل من ذلك أن شهادة العدو على عدوه لاتقبل وإن كان عدلا وصرح يعقوب باشا فى حاشيته بعدم نفاذ قضاء القاضى بشهادة العدو على عدوه والمسألة دوارة فى الكتب ، وذكر فى الشارح عبارة يعقوب باشا فى أول كتاب القضاء (قوله أو اعتاد شتم أولاده) قال فى الفتح : وقال نصير بن يحيى : من يشتم أهله ومماليكه كثيرا فى كل ساعة لا يقبل وإن كان أحيانا يقبل وكذا الشتام للحيوان كدابته اهـ . (قوله كترك زكاة) الصحيح أن تأخير الزكاة لايبطل العدالة : وذكر الخاصى عن قاضيخان أن الفتوى على سقوط العدالة بتأخيرها من غير عذر لحق الفقراء دون الحج خصوصا فى زماننا ، كذا فى شرح النظم الوهبانى منح فى الفروع آخر الباب (قوله أو ترك جماعة) قال فى فتح القدير : منها ترك الصلاة بالجماعة بعد كون الإمام لا طعن عليه فى دين ولا حال ، وإن كان متأولا كأن يكون معتقدا أفضليتها أول الوقت والإمام يؤخر الصلاة أو غير ذلك لا تسقط عدالته بالترك ، وكذا بترك الجمعة من غير عذر ، فمنهم من أسقطها بمرة واحدة كالحلوانى ، ومنهم من شرط ثلاث مرات كالسرخسى والأول أوجه اهـ لكن قدمنا عنه أن الحكم بسقوط العدالة بارتكاب الكبيرة يحتاج إلى الظهور تأمل (قوله بلا عذر) احتراز عما إذا أراد التقوى على صوم الغد أو مؤانسة

قدوم أمير وركوب بحر ولبس حرير ، وبول فى سوق أو إلى قبلة أو شمس أو قمر أو طفيلى ومسخرة ورقاص وشتام للدابة وفى بلادنا يشتمون بائع الدابة فتح وغيره . وفى شرح الوهبانية : لاتقبل شهادة البخيل لأنه لبخله يستقصى فيما يتقرض من الناس فيأخذ زيادة على حقه ، فلا يكون عدلا ولاشهادة الأشراف من أهل العراق لتعصبهم ونقل المصنف عن جواهر الفتاوى ، ولا من انتقل من مذهب أبى حنيفة إلى مذهب الشافعى رضى الله تعالى عنه وكذا بائع الأكفان والحنوط لتمنيه الموت ، وكذا الدلال والوكيل لو بإثبات النكاح ، أما لو شهد أنها امرأته تقبل والحيلة أنه يشهد بالنكاح ولا يذكر الوكالة بزازية وتسهيل ، واعتمده قدرى أفندى فى واقعاته ، وذكره المصنف فى إجارة معينة معزيا للبزازية ، وملخصه أنه لا تقبل شهادة الدلالين والصكاكين والمحضرين والوكلاء المفتعلة على أبوابهم ، ونحوه فى فتاوى مؤيد زاده . وفيها وصى أخرج من الوصاية بعدقبولها لم تجز شهادته للميت أبدا ، وكذا الوكيل بعد ما أخرج من الوكالة إن خاصم اتفاقا ، وإلا فكذلك عند أبى يوسف (ومدمن الشرب) لغير الخمر لأن بقطرة منها يرتكب الكبيرة فترد شهادته ، وما ذكره ابن الكمال غلط

الضيف كما فى الشرنبلالية والفتح (قوله قدوم أمير) إلا أن يذهب للاعتبار فحينئذ لا تسقط عدالته (قوله فيما يتقرض) عبارة غيره يقرض (قوله الأشراف من أهل العراق) أى لأنهم قوم يتعصبون فإذا نابت أحدهم نائبة أتى سيد قومه فيشهد له ويشفع فلا يؤمن أن يشهد له بزور اه وعلى هذا كل متعصب لا تقبل شهادته بحر كذا فى الهامش (قوله من مذهب أبى حنيفة) أى استخفافا . قال فى القنية من كتاب الكراهية : ليس للعامى أن يتحول من مذهب إلى مذهب ويستوى فيه الحنفى والشافعى ، وقيل لمن انتقل إلى مذهب الشافعى ليزوج له أخاف أن يموت مسلوب الإيمان لإهانته للدين لجيفة قذرة . وفى آخر هذا الباب من المنح : وإن انتقل إليه لقلة مبالاته فى الاعتقاد والجراءة على الانتقال من مذهب إلى مذهب كما يتفق له ويميل طبعه إليه لغرض يحصل له فإنه لا تقبل شهادته اه .

فعلم بمجموع ما ذكرناه أن ذلك غير خاص بانتقال الحنفى وأنه إذا لم يكن لغرض صحيح ، فافهم ولا تكن من المتعصبين فتحرم بركة الأئمة المجتهدين ، وقدمنا هذا البحث مستوفى فى فصل التعزير فارجع إليه (قوله وكذا بائع الأكفان) إذا ابتكر وترصد لذلك جامع الفتاوى وبحر (قوله لتمنيه الموت) وإن لم يتمنه بأن كان عدلا تقبل كذا قيده شمس الأئمة س (قوله وكذا الدلال) أى فيما عقده أو مطلقا لكثرة كذبه (قوله والحيلة الخ) مقتضاه أن من لا تقبل شهادته لعلة يجوز له أن يخفيها ويشهد ، كما إذا كان عبدا للمشهود له أو ابنه أو نحو ذلك فليتأمل (قوله بزازية) عبارتها ، وشهادة الوكيلين أو الدلالين إذا قالا نحن بعنا هذا الشىء أو الوكيلان بالنكاح أو بالخلع إذ قالا نحن فعلنا هذا النكاح أو الخلع لا تقبل ، أما لو شهد الوكيلان بالبيع أو النكاح أنها منكوحته أو ملكه تقبل ، وذكر أبو القاسم ، أنكر الورثة النكاح فشهد رجل قد تولى العقد والنكاح يذكر النكاح ولا يذكر أنه تولاه اه (قوله والوكلاء المفتعلة) أى الذين يجتمعون على أبواب القضاة يتوكلون للناس بالخصومات ح كذا فى الهامش (قوله على أبوابهم) أى القضاة (قوله وفيها) مكرر مع ما يأتى متنا (قوله ومدمن الشرب) الإدمان أن يكون فى نيته الشرب متى وجد . قال شمس الأئمة : يشترط مع هذا أن يخرج سكران ويسخر منه الصبيان أو أن يظهر ذلك للناس ، وكذلك مدمن سائر الأشربة ، وكذا من يجلس مجلس الفجور والمجانة فى الشرب لا تقبل شهادته وإن لم يشرب بزازية كذا فى الهامش (قوله وما ذكره ابن الكمال غلط) حيث قال ومدمن الشراب يعنى شراب الأشربة المحرمة مطلقا على اللهو ، لم يشترط الخصاف فى شرب الخمر الإدمان . ووجهه أن نفس شرب الخمر يوجب الحد فيوجب رد الشهادة ، وشرط فى شهادة الأصل الإدمان لأنه إذا شرب فى السر لاتسقط

كما حرره فى البحر . قال : وفى غير الخمر يشترط الإدمان لأن شربه صغيرة ، وإنما قال (على اللهو) ليخرج الشرب للتداوى فلا يسقط العدالة لشبهة الاختلاف صدر الشريعة وابن كمال (ومن يلعب بالصبيان) لعدم مروءته وكذبه غالبا كافى (والطيور) إلا إذا أمسكها للاستئناس فيباح إلا أن يجر حمام غيره فلا لأكله للحرام عينى وعناية (والطنبور) وكل لهو شنيع بين الناس كالطنابير والمزامير ، ولم يكن شنيعا نحو الحداء وضرب القصب فلا إلا إذا فحش بأن يرقصوا به خانية لدخوله فى حد الكبائر بحر (ومن يغنى للناس) لأنه يجمعهم على كبيرة هداية وغيرها ، وكلام سعدى أفندى يفيد تقييده بالأجرة فتأمل .

وأما المغنى لنفسه لدفع وحشته فلا بأس به عند العامة عناية ، وصححه العينى وغيره : قال : ولو فيه وعظ وحكمة فجائز اتفاقا ، ومنهم من أجازه فى العرس كما جاز ضرب الدف فيه ، ومنهم من أباحه مطلقا ، ومنهم من كرهه مطلقا اهـ :

وفى البحر : والمذهب حرمته مطلقا فانقطع الاختلاف ، بل ظاهر الهداية أنه كبيرة ولو لنفسه وأقره المصنف ؛ قال : ولا تقبل شهادة من يسمع الغناء أو يجلس مجلس الغناء : زاد العينى : أو مجلس الفجور والشراب وإن لم يسكر لأن اختلاطه بهم وتركه الأمر بالمعروف يسقط عدالته (أو يرتكب ما يحد به) للفسق ، ومراده من يرتكب كبيرة قاله المصنف وغيره (أو يدخل الحمام بغير إزار) لأنه حرام (أو يلعب بنرد) أو طاب مطلقا قامر أولا :

عدالته لأن الإدمان أمر آخر وراء الإعلان بل لأن شرب الخمر ليس بكبيرة فلا يسقط العدالة إلا الإصرار عليه وذلك بالإدمان : قال فى الفتاوى الصغرى : ولا تسقط عدالة شارب الخمر بنفس الشرب لأن هذا الحد ما ثبت بنص قاطع إلا إذا دام على ذلك ح كذا فى الهامش (قوله كما حرره فى البحر) حيث قال وذكر ابن الكمال أن شرب الخمر ، ليس بكبيرة فلا يسقط العدالة إلا بالإصرار عليه بدليل عبارة الفتاوى الصغرى المتقدمة اهـ .

لكن فى الهامش قال تحت قول الشارح كما حرره فى البحر : أى من أن التحقيق أن شرب قطرة من الخمر كبيرة وإنما شرط المشايخ الإدمان ليظهر شربه عند القاضى اهـ ح (قوله القصب) الذى فى المنح القضيب (قوله بأن يرقصوا) وفى بعض النسخ زيادة كانوا فتأمل . والوجه أن اسم مغنية ومغن : إنما هو فى العرف لمن كان الغناء حرفته التى يكتسب بها المال وهو حرام ، ونصوا على أن التغنى للهو أو لجمع المال حرام بلا خلاف ، وحينئذ فكأنه قال لاتقبل شهادة من اتخذ التغنى صناعة يأكل بها وتمامه فيه فراجعه (قوله وغيره) كابن كمال (قوله قال) أى العينى (قوله جائز اتفاقا) اعلم أن التغنى لإسماع الغير وإيناسه حرام عند العامة ، ومنهم من جوزه فى العرس والوليمة ، وقيل إن كان يتغنى ليستفيد به نظم القوافى ويصير فصيح اللسان لا بأس . أما التغنى لإسماع نفسه ، قيل لا يكره وبه أخذ شمس الأئمة ، لما روى ذلك عن أزهد الصحابة البراء بن عازب رضى الله عنه : والمكروه على ما يكون على سبيل اللهو ، ومن المشايخ من قال ذلك يكره وبه أخذ شيخ الإسلام بزازية (قوله ضرب الدف فيه) جواز ضرب الدف فيه خاص بالنساء لما فى البحر عن المعراج بعد ذكره أنه مباح فى النكاح وما فى معناه من حادث سرور : قال : وهو مكروه للرجال على كل حال للتشبه بالنساء (قوله فانقطع الاختلاف) فيه كلام ذكرته فى حاشيتى على البحر ، وقد رد السائحانى على صاحب البحر (قوله أو يلعب بنرد) أى إذا علم ذلك فتح (قوله أو طاب) نوع من اللعب كذا فى الهامش :

قال فى الفتح : ولعب الطاب فى بلادنا مثله لأنه يرمى ويطارح بلا حساب وإعمال فكر ، وكل ما كان كذلك مما أحدثه الشيطان وعمله أهل الغفلة فهو حرام سواء قومر به أولا اهـ .

أما الشطرنج فلشبهة الاختلاف شرط واحد من ست فلذا قال (أو يقامر بشطرنج أو يترك به الصلاة) حتى يفوت وقتها (أو يحلف عليه) كثيرا (أو يلعب به على الطريق أو يذكر عليه فسقا) أشباه أو يداوم عليه ذكره سعدى أفندى معزيا للكافى والمعراج (أو يأكل الربا) قيدوه بالشهرة ، ولا يخفى أن الفسق يمنعها شرعا إلا أن القاضى لايثبت ذلك إلا بعد ظهوره له فالكل سواء بحر فليحفظ (أو يبول أو يأكل على الطريق) وكذا كل ما يخل بالمروءة ، ومنه كشف عورته ليستنجى من جانب البركة والناس حضور وقد كثر فى زماننا فتح (أو يظهر سب السلف) لظهور فسقه ، بخلاف من يخفيه لأنه فاسق مستور عينى : قال المصنف : وإنما قيدنا بالسلف تبعا لكلامهم ؛ وإلا فالأولى أن يقال سب مسلم لسقوط العدالة بسبب المسلم وإن لم يكن من السلف كما فى السراج والنهاية . وفيها : الفرق بين السلف والخلف ، أن السلف الصالح الصدر الأول من التابعين منهم أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه .

والخلف : بالفتح من بعدهم فى الخير ، وبالسكون فى الشر بحر : وفيه عن العناية عن أبى يوسف : لا أقبل شهادة من سب الصحابة وأقبلها ممن تبرأ منهم لأنه يعتقد دينا وإن كان على باطل فلم يظهر فسقه بخلاف الساب : شهدا أن أباهما أوصى إليه

قلت : ومثله اللعب بالصينية والخاتم فى بلادنا ، وإن تورّع ولم يلعب ولكن حضر فى مجلس اللعب بدليل من جلس مجلس الغناء ، وبه يظهر جهل أهل الورع البارد (قوله أما الشطرنج فلشبهة الاختلاف) أى اختلاف مالك والشافعى فى قولهما بإباحته ، وهو رواية عن أبى يوسف ، واختارها ابن الشحنة .

أقول : هذه الرواية ذكرها فى المجتبى ولم تشتهر فى الكتب المشهورة ، بل المشهور الرد على الإباحة ، وابن الشحنة لم يكن من أهل الاختيار سائحانى ، وانظر ما فى شرح المنظومة المحبية للأستاذ عبد الغنى اه (قوله شرط واحد) أى لحرمته .

والحاصل أن العدالة إنما تسقط بالشطرنج إذا وجد واحد من خمسة : القمار وفوت الصلاة بسببه وإكثار الحلف عليه واللعب به على الطريق كما فى فتح القدير ، أو يذكر عليه فسقا كما فى شرح الوهبانية بحر كذا فى الهامش (قوله على الطريق) قال فى الفتح : وأما ما ذكر من أن من يلعبه على الطريق ترد شهادته فلإتيانه الأمور المحقرة اه (قوله أو يداوم عليه) هذا سادس الستة كذا فى الهامش (قوله قيدوه بالشهرة) قيل لأنه إذا لم يشتهر به كان الواقع ليس إلا تهمة أكل الربا ولا تسقط العدالة به ، وهذا أقرب ، ومرجعه إلى ما ذكر فى وجه تقييد شرب الخمر بالإدمان (قوله فالكل سواء) أى كل المفسقات لا لخصوص الربا سائحانى (قوله بحر) أصل العبارة للكمال حيث قال : والحاصل أن الفسق فى نفس الأمر مانع شرعا غير أن القاضى لا يرتب ذلك إلا بعد ظهوره له فالكل سواء فى ذلك . وقال قبله : وأما أكل مال اليتيم فلم يقيده أحد ونصوا أنه بمرة ، وأنت تعلم أنه لابد من الظهور للقاضى لأن الكلام فيما يرد به القاضى الشهادة فكأنه بمرة يظهر لأنه يحاسب فيعلم أنه استنقص من المال اه (قوله أو يأكل على الطريق) أى بأن يكون بمرأى من الناس بحر .

ثم اعلم أنهم اشترطوا فى الصغيرة الإدمان ، وما شرطوه فى فعل ما يخل بالمروءة فيما رأيت ، وينبغى اشتراطه بالأولى ، وإذا فعل ما يخل بها سقطت عدالته وإن لم يكن فاسقا حيث كان مباحا ، ففاعل المخل بها ليس بفاسق ولا عدل ، فالعدل من اجتنب الثلاثة ، والفاسق من فعل كبيرة أو أصر على صغيرة ، ولم أر من نبه عليه . وفى العتابية ، ولا تقبل شهادة من يعتاد الصياح فى الأسواق بحر . قال فى النهاية : وأما إذا شرب الماء أو أكل الفواكه على الطريق لا يقدح فى عدالته لأن الناس لا تستقبح ذلك منح س (قوله أوصى إليه) أى إلى زيد ،

فإن ادعاه (صحت) صحت شهادتهما استحسانا كشهادة دائني الميت ومديوليه والموصى لهما ووصية لثالث على الإيصاء (وإن أنكر لا) لأن القاضي لايملك إجبار أحد على قبول الوصية عيني (كما) لاتقبل (لو شهدا أن أباهما الغائب وكله بقبض ديوله وادعى الوكيل أو أنكر) والفرق أن القاضي لايملك نصب الوكيل على الغائب بخلاف الوصي :

(شهد الوصي) أي وصي الميت (بحق للميت) بعد ما عزله القاضي عن الوصاية ونصب غيره أو بعد ما أدرك الورثة (لا تقبل) شهادته للميت في ماله أو غيره (خاصم أولا) لحلول الوصي محل الميت ، ولذا لايملك عزل نفسه بلا عزل قاض فكان كالميت نفسه فاستوى خصامه وعدمه ، بخلاف الوكيل فلذا قال (ولو شهد الوكيل بعد عزله للموكل إن خاصم) في مجلس القاضي ثم شهد بعد عزله (لا تقبل) اتفاقا للتهمة (وإلا قبلت) لعدمها خلافا للثاني فجعله

والأولى إظهاره (قوله فإن ادعاه) أي رضي به سعدية وعزمية (قوله والموصى لهما) أورد على هذا أن الميت إذا كان له وصيان فالقاضي لايحتاج إلى لضب آخر ، وأجيب بأنه يملكه لإقرارهما بالعجز عن القيام بأمور الميت كذا في البحر (قوله لثالث) أي لرجل ثالث متعلق بشهادة كقوله على الإيصاء ، أي على أن الميت جعله وصيا وهذا مرتبط بالمسائل الأربع لابالأخيرة كما لايخفى فافهم . وفي البحر : ولابد من كون الميت معروفا في الكل ، أي ظاهرا إلا في مسألة المديونين لأنهما يقران على أنفسهما بثبوت ولاية القبض للمشهود له ، فانتفت التهمة وثبت ،وته بإقرارهما في حقهما ، وقيل معنى الثبوت أمر القاضي إياهما بالأداء إليه لا براءتهما عن الدين بهذا الأداء لأن استيفاءه منهما حق عليهما ، والبراءة حق لهما فلا تقبل كذا في الكافي اه ملخصا (قوله على قبول الوصية) ظاهر في أن الوصي من جهة القاضي خلافا لما في البحر (قوله كما لاتقبل لو شهدا الخ) هذا إذا كان المطلوب يجحد الوكالة وإلا جازت الشهادة لأنه يجبر على دفع المال بإقراره بدون الشهادة ، وإنما قامت الشهادة لإبراء المطلوب عند الدفع إلى الوكيل إذا حضر الطالب وأنكر الوكالة فكانت شهادة على أبيهما فتقبل : وفرق بينها وبين من وكل رجلا بالخصومة في دار بعينها وقبضها وشهد ابنا الموكل بذلك لاتقبل وإن أقر المطلوب بالوكالة لأنه لايجبر على دفع الدار إلى الوكيل بحكم إقراره بل بالشهادة فكانت لأبيهما فلا تقبل بحر ملخصا عن المحيط (قوله أباهما) أشار إلى عدم قبول شهادة ابن الوكيل مطلقا بالأولى ، والمراد عدم قبولها في الوكالة من كل من لاتقبل شهادته للموكل ، وبه صرح في البزازية بحر (قوله الغائب) قيد به ، لأنه لو كان حاضرا لايمكن الدعوى بها ليشهدا لأن التوكيل لاتسمع الدعوى به لأنه من العقود الجائزة ، لكن يحتاج إلى بيان صورة شهادتهما في غيبته مع جحد الوكيل لأنها لاتسمع إلا بعد الدعوى .

ويمكن أن تصور بأن يدعي صاحب وديعة عليه بتسليم وديعة الموكل في دفعها فيجحد فيشهدان به وبقبض ديون أبيهما ، وإنما صورناه بذلك لأن الوكيل لايجبر على فعل ماوكل به إلا في رد الوديعة ونحوها كما سيأتي فيها بحر ، وفيه نظر بيناه في حاشيته فتدبر (قوله عن الغائب) لعدم الضرورة إليه لوجود رجاء حضوره س : قال في البحر بعد ذكر الغائب إلا في المفقود (قوله بعد) وكذا قبله بالأولى ، فكان الأولى أن يقول ولو بعد ماعزله القاضي ودلت المسألة على أن القاضي إذا عزل الوصي ينعزل بزازية . ويمكن أن يقال عزله بجنحة (قوله ولو شهد الخ) أصل المسألة في البزازية حيث قال : وكله بطلب ألف درهم قبل فلان والخصومة فخاصم عند غير القاضي ثم عزل الوكيل قبل الخصومة في مجلس القضاء ثم شهد الوكيل بهذا المال لموكله يجوز ، وقال الثاني لايجوز بناء على أن نفس الوكيل قام مقام الموكل اه فالمراد هنا أنه خاصم فيما وكل به ، فإن خاصم في غيره ففيه تفصيل أشار إليه الشارح فيما يأتي اه .

كالوصى سراج . وفى قسامة الزيلعى : كل من صار خصما فى حادثة لا تقبل شهادته فيها ومن كان بعرضية أن يصير خصما ولم ينتصب خصما بعد تقبل وهذان الأصلان متفق عليهما وتمامه فيه ، قيدنا بمجلس القاضى لأنه لو خاصم في غيره ثم عزله قبلت عندهما كما لو شهد فى غير ما وكل فيه وعليه جامع الفتاوى . وفى البزازية : وكله بالخصومة عند القاضى فخاصم المطلوب بألف درهم عند القاضى ثم عزله فشهد أن لموكله على المطلوب مائة دينار تقبل بخلاف مالو وكله عند غير القاضى وخاصم وتمامه فيها . (ك) ما قبلت عندهما خلافا للثانى (شهادة اثنين بدين على الميت لرجلين ثم شهد المشهود لهما للشاهدين بدين على الميت) لأن كل فريق يشهد بالدين فى الذمة وهى تقبل حقوقا شتى فلم تقع الشركة له فى ذلك ،

ونقل فى الهامش فرعا هو : ادعى المشترى أنه باعه من فلان وفلان يجحد فشهد له البائع لم تقبل كذا فى المحيط والبائع إذا شهد لغيره بما باع لاتقبل شهادته ، وكذا المشترى كذا في فتاوى قاضيخان فتاوى الهندية اهـ (قوله كالوصى) بناء على أن عنده بمجرد قبول الوكالة يصير خصما وإن لم يخاصم ، ولهذا لو أقر على موكله فى غير مجلس القضاء نفذ إقراره عليه : وعندهما لايصير خصما بمجرد القبول ولهذا لاينفذ إقراره ذخيرة ملخصا (قوله وفى قسامة الزيلعى الخ) المسألة مبسوطة فى الفصل السادس والعشرين من التتارخانية (قوله متفق عليهما) فيه أن أبا يوسف جعل الوكيل كالوصى وإن لم يخاصم مع أنه بعرضة أن يخاصم (قوله عندهما) أى خلافا للثانى كما تقدم ح (قوله أو عليه) أى أو شهد عليه أى على الموكل (قوله وفى البزازية) بيان لقوله فى غير ماوكل فيه (قوله عند القاضى) متعلق بوكل لا بالخصومة (قوله مائة دينار) أى مال غير الموكل به ، بخلاف مامر (قوله وتمامه فيها) حيث قال : بخلاف مالو وكله عند غير القاضى فخاصم مع المطلوب بألف وبرهن على الوكالة ثم عزله الموكل عنها فشهد له على المطلوب بمائة دينار ، فما كان للموكل على المطلوب بعد القضاء بالوكالة لايقبل ، لأن الوكالة لما اتصل بها القضاء صار الوكيل خصما فى حقوق الموكل على غرمائه فشهادته بعد العزل بالدنانير شهادة الخصم فلا تقبل ، بخلاف الأول لأن علم القاضى بوكالته ليس بقضاء فلم يصر خصما فى غير ماوكل به وهو الدراهم فتجوز شهادته بعد العزل فى حق آخر اهـ بزيادة من جامع الفتاوى : وزاد فى الذخيرة : إلا أن يشهد بمال حادث بعد تاريخ الوكالة فحينئذ تقبل شهادتهما عنده اهـ ولهذا قال فى البزازية بعد مامر : وهذا غير مستقيم فيما يحدث لأن الرواية محفوظة فيما إذا وكله بالخصومة فى كل حق له وقبضه على رجل ، يعنى أنه لايتناول الحادث أما إذا وكله بطلب كل حق له قبل الناس أجمعين فالخصومة تنصرف إلى الحادث أيضا استحسانا فإذا تحمل المذكورة على الوكالة العامة .

ثم قال : والحاصل أنه فى الوكالة العامة بعد الخصومة لاتقبل شهادته لموكله على المطلوب ولا على غيره فى القائمة ولا فى الحادثة إلا في الواجب بعد العزل اهـ يعنى وأما فى الخاصة فلا تقبل فيما كان على المطلوب قبل الوكالة وتقبل فى الحادث بعدها أو بعد العزل ، وإنما جاء عدم الاستقامة بالتقييد بقوله بما كان للموكل على المطلوب بعد القضاء بالوكالة ، ولذا لم يقيد بذلك فى الذخيرة ، بل صرح بعده بأن الحادث تقبل فيه كما قدمناه ، فاغتنم هذا التحرير اهـ . وذكر فى الهامش عبارة جامع الفتاوى ونصها : لأنه فى الفصل الثانى لما اتصل القضاء بها أى بالوكالة صار الوكيل خصما فى جميع حقوق الموكل على غرمائه ، فإذا شهد بالدنانير فقد شهد بما هو خصم فيه ، وفى الأول : علم القاضى بوكالته ليس بقضاء فلم يصر خصما فكان فى غير ماوكل به وهو الدراهم فتجوز شهادته بعد العزل فى حق آخر اهـ (قوله لشهادة اثنين الخ) راجع الفصل الرابع والعشرين من التتارخانية (قوله فى ذلك) أى فيما فى الذمة وإنما تثبت الشركة فى المقبوض بعد القبض . ووجه قول

بخلاف الوصية بغير عين كما فى وصايا المجمع وشرحه وسيجيء ثمة (و) ك (شهادة وصيين لوارث كبير) على أجنبى (فى غير مال الميت) فإنها مقبولة فى ظاهر الرواية ، كما لو شهد الوصيان على إقرار الميت بشيء معين لوارث بالغ تقبل بزازية (ولو) شهد (فى ماله) أى الميت (لا) خلافا لهما ، ولو لصغير لم يجز اتفاقا ، وسيجيء فى الوصايا (كما) لا تقبل (الشهادة على جرح) بالفتح : أى فسق (مجرد) عن إثبات حق لله تعالى أو للعبد ، فإن تضمنته قبلت وإلا لا (بعد التعديل و) لو (قبله قبلت) أى الشهادة بل الإخبار ولو من واحد على الجرح المجرد كذا اعتمده المصنف تبعا لما قرره صدر الشريعة ، وأقره منلا خسرو وأدخله تحت قولهم : الدفع أسهل من الرفع ، وذكر وجهه ، وأطلق ابن الكمال ردها تبعا لعامة الكتب ، وذكر وجهه ، وظاهر كلام الوانى وعزمى زاده الميل إليه ، وكذا القهستانى حيث قال : وفيه أن القاضى لم يلتفت لهذه الشهادة ولكن يزكى الشهود سرا وعلنا ، فإن عدلوا قبلها وعزاه للمضمرات

أبى يوسف بعدم القبول أن أحد الفريقين إذا قبض شيئا من التركة بدينه شاركه الفريق الآخر فصار كل شاهدا لنفسه (قوله بخلاف الوصية بغير عين) كما إذا شهد أن الميت أوصى لرجلين بألف فادعى الشاهدان أن الميت أوصى لهما بألف وشهد الموصى لهما أن الميت أوصى للشاهدين بألف لاتقبل الشهادتان لأن حق الموصى له تعلق بعين التركة حتى لايبقى بعد هلاك التركة فصار كل واحد من الفريقين مثبتا لنفسه حق المشاركة فى التركة فلا تصح شهادتهما ، واحترز بالوصية بغير عين عن الوصية بها ، كما لو شهدا أنه أوصى لرجلين بعين وشهد المشهود لهما للشاهدين الأولين أنه أوصى لهما بعين أخرى فإنها تقبل الشهادتان اتفاقا لأنه لاشركة ولا تهمة اهـ ح كذا فى الهامش (قوله على أجنبى) الظاهر أنه غير قيد تأمل (قوله حق الله تعالى) ولو كان الحق تعزيرا ، وانظر باب التعزير من البحر عند قوله ياقاسق يازانى (قوله وإلا لا) تكرار س (قوله بعد التعديل) ولو قبله قبلت : ذكر فى البحر أن التفصيل إنما هو إذا ادعاه الخصم وبرهن عليه جهرا أما إذا أخبر القاضى به سرا وكان مجردا طلب منه البرهان عليه ، فإذا برهن عليه سرا أبطل الشهادة لتعارض الجرح والتعديل فيقدم الجرح ، فإذا قال الخصم للقاضى سرا إن الشاهد أكل ربا وبرهن عليه رد شهادته كما أفاده فى الكافى اهـ : ووجهه أنه لو كان البرهان جهرا لايقبل على الجرح المجرد لفسق الشهود به بإظهار الفاحشة ، بخلاف ما إذا شهدوا سرا كما بسطه فى البحر .

وحاصله أنها تقبل على الجرح ولو مجردا أو بعد التعديل لو شهدوا به سرا ، وبه يظهر أنه لابد من التقييد لقول المصنف لاتقبل بعد التعديل بما إذا كان جهرا ، وظاهر كلام الكافى أن الخصم لايضره الإعلان بالجرح المجرد كما فى البحر : أى لأنه إذا لم يشتبه بالشهود سرا وفسق بإظهار الفاحشة لايسقط حقه ، بخلاف الشهود فإنها تسقط شهادتهم بفسقهم بذلك ، وكذا يقبل عند سؤال القاضى .

قال فى البحر أول الباب المار : وقد ظهر من إطلاق كلامهم هنا أن الجرح يقدم على التعديل سواء كان مجردا أولا عند سؤال القاضى عن الشاهد والتفصيل الآتى من أنه إن كان مجردا لاتسمع البينة به أولا فتسمع إنما هو عند طعن الخصم فى الشاهد علانية اهـ .

هذا ، وقد مر قبل هذا الباب أنه لايسأل عن الشاهد بلا طعن من الخصم . وعندهما يسأل مطلقا ، والفتوى على قولهما من عدم الاكتفاء بظاهر العدالة ، وحينئذ فكيف يصح القول برد الشهادة على الجرح المجرد قبل التعديل . وأجاب السائحانى بأن من قال تقبل أراد أنه لايكفى حينئذ ظاهر العدالة ، ومن قال ترد أراد أن التعديل لو كان ثابتا أو أثبت بعد ذلك لايعارضه الجرح المجرد فلا تبطل العدالة اهـ ويشير إلى هذا قول ابن الكمال :

وجعله البرجندى على قولها لا قوله فتنبه (مثل أن يشهدوا على شهود المدعى) على الجرح المجرد (بأنهم فسقة أو زناة أو أكلة الربا أو شربة الخمر أو على إقرارهم أنهم شهدوا بزور أو أنهم أجراء فى هذه الشهادة أو أن المدعى مبطل فى هذه الدعوى أو لأنه لا شهادة لهم على المدعى عليه فى هذه الحادثة) فلا تقبل بعد التعديل بل قبله درر، واعتمده المصنف (وتقبل لو شهدوا على) الجرح المركب (كإقرار المدعى بفسقهم أو إقراره بشهادتهم بزور أو بأنه استأجرهم على هذه الشهادة) أو على إقرارهم أنهم لم يحضروا المجلس الذى كان فيه الحق عينى (أو أنهم عبيد أو محدودون

فإن قلت: أليس الخبر عن فسق الشهود قبل إقامة البينة على عدالتهم يمنع القاضى عن قبول شهادتهم والحكم بها.

قلت: نعم، لكن ذلك للطعن فى عدالتهم لا لسقوط أمر يسقطهم عن حيز القبول، ولذا لو عدّلوا بعد هذا تقبل شهادتهم، ولو كانت الشهادة على فسقهم مقبولة لسقطوا عن حيز الشهادة ولم يبق لهم مجال التعديل اهـ وهذا معنى كلام القهستانى، وكذلك كلام صدر الشريعة ومنلا خسرو، ويرجع إلى ماذكره ابن الكمال (قوله وجعله البرجندى) أقول: المتبادر منه رجوعه إلى قوله لكن يزكى الشهود سرا وعلنا، أما على قول الإمام فيكتفى بالتزكية علنا كما تقدم، وهذا محله ما إذا لم يطعن الخصم: أما إذا طعن كما هنا فلا اختلاف، بل هو على قول الكل من أنهم يزكون سرا وعلنا فتأمل وراجع، ولعل هذا هو وجه أمر الشارح بقوله فتنبه س والظاهر أن الضمير راجع إلى الإطلاق المفهوم من قوله وأطلق الكمال (قوله أو زناة الخ) أى عادتهم الزنا أو أكل الربا أو الشرب وفى هذا لايثبت الحد، بخلاف ما يأتى من أنهم زنوا أو سرقوا منى الخ لأنها شهادة على فعل خاص موجب للحد، هذا ماظهر لى:

[فرع] ذكره فى الهامش: ومن ادعى ملكا لنفسه ثم شهد أنه ملك غيره لاتقبل شهادته، ولو شهد بملك لإنسان ثم شهد به لغيره لاتقبل، ولو ابتاع شيئا من واحد ثم شهد به لآخر تردّ شهادته، ولو برهن أن الشاهد أقر أنه ملكى يقبل، والشاهد لو أنكر الإقرار لايحلف جامع الفصولين فى الرابع عشر اهـ (قوله فلا تقبل) تكرار مع مامر (قوله واعتمده المصنف) قال: وإنما لم تقبل هذه الشهادة بعد التعديل، لأن العدالة بعد ماثبتت لاترتفع إلا بإثبات حق الشرع أو العبد كما عرفت، وليس فى شىء مما ذكر إثبات واحد منهما، بخلاف ما إذا وجدت قبل التعديل فإنها كافية فى الدفع كما مر، كذا قاله منلا خسرو وغيره:

فإن قلت: لانسلم أنه ليس فيما ذكر إثبات واحد منهما يعنى حق الله تعالى وحق العبد، لأن إقرارهم بشهادة الزور أو شرب الخمر مع ذهاب الرائحة موجب للتعزير وهو هنا من حقوق الله تعالى.

قلت: الظاهر أن مرادهم بما يوجب حقا لله تعالى الحد لا التعزير لقولهم وليس فى وسع القاضى إلزامه لأنه يدفعه بالتوبة، لأن التعزير حق الله تعالى يسقط بالتوبة، بخلاف الحد لايسقط بها، والله تعالى أعلم اهـ:

قلت: لكن صرح فى تعزير البحر أن الحق لله تعالى لايختص بالحد بل أعم منه ومن التعزير، وصرح هناك أيضا بأن التعزير لايسقط بالتوبة: إلا أن يقال إن مراده به ما كان حقا للعبد لايسقط بها تأمل (قوله كإقرار المدعى) قال فى البحر: لايدخل تحت الجرح ما إذا برهن على إقرار المدعى بفسقهم أو أنهم أجراء أو لم يحضروا الواقعة أو على أنهم محدودون فى قذف أو على رق الشاهد أو على شركة الشاهد فى العين، وكذا قال فى الخلاصة: للخصم أن يطعن بثلاثة أشياء: أن يقول هما عبدان أو محدودان فى قذف أو شريكان، فإذا قال هما عبدان يقال للشاهدين أقيما البينة على الحرية، وفى الآخرين يقال للخصم أقم البينة أنهما كذلك اهـ. فعلى هذا الجرح

بقذف) أو أنه ابن المدعى أو أبوه عناية أو قاذف والمقذوف يدعيه (أو أنهم زنوا ووصفوه أو سرقوا منى كذا) وبينه (أو شربوا الخمر ولم يتقادم العهد) كما مر فى بابه (أو قتلوا النفس عمداً) عينى (أو شركاء المدعى) أى والمدعى مال (أو أنه استأجرهم بكذا لها) للشهادة (وأعطاهم ذلك مما كان لى عنده) من المال (ولو لم يقله لم تقبل لدعواه الاستئجار لغيره) ولابولاية له عليه (أو أنى صالحتهم على كذا ودفعته إليهم) أى رشوة وإلا فلا صلح بالمعنى الشرعى ، ولو قال ولم أدفعه لم تقبل (على أن لايشهدوا علىّ زورا و) قد (شهدوا زورا) وأنا أطلب ما أعطيتهم وإنما قبلت فى هذه الصور لأنها حق الله تعالى أو العبد فست الحاجة لإحيائهما (شهد عدل فلم يبرح) عن مجلس القاضى ولم يطل المجلس ولم يكذبه المشهود له (حتى قال أوهمت) أخطأت (بعض شهادتى ولا مناقضة قبلت) شهادته بجميع ماشهد به لو عدلا ولو بعد القضاء وعليه الفتوى خانية وبحر .

قلت : لكن عبارة الملتقى تقتضى قبول قوله أوهمت وأنه يقضى بما بقى وهو مختار السرخسى وغيره ، وظاهر كلام الأكمل وسعدى ترجيحه

فى الشاهد إظهار ما يخلّ بالعدالة لا بالشهادة مع العدالة ، فإدخال هذه المسائل فى الجرح المقبول كما فعل ابن الهمام مردود بل من باب الطعن كما فى الخلاصة . وفى خزانة الأكمل : لو برهن على إقرار المدعى بفسقهم أو بما يبطل شهادتهم يقبل ، وليس هذا بجرح وإنما هو من باب إقرار الإنسان على نفسه اه وهذا لايرد على المصنف فكان على الشارح أن لايذكر قوله الجرح المركب فإنها زيادة ضرر (قوله بقذف) لأن من تمام حده رد شهادته وهو من حقوق الله تعالى (قوله ولم يتقادم العهد) بأن لم يزل الريح فى الخمر ولم يمض شهر فى الباقى ، قيد بعدم التقادم إذ لو كان متقادما لاتقبل لعدم إثبات الحق به لأن الشهادة بحد متقادم مردودة منح ، وماذكره المصنف بقوله ولم يتقادم العهد وفق به الزيلعى بين جعلهم هم زناة شربة الخمر من المجرد وجعلهم زنوا أو سرقوا من غيره . ونقل عن المقدسى أن الأظهر أن قولهم زناة أو فسقة أو شربة أو أكلة ربا اسم فاعل ، وهو قد يكون بمعنى الاستقبال فلا يقطع بوصفهم بما ذكر بخلاف الماضى اه ملخصا وهو حسن جدا لأنه هو المتبادر من تخصيصهم فى التمثيل الأول بإسم الفاعل وللثانى بالماضى (قوله أو شركاء) فيما إذا كانت الشهادة فى شركتهما منح ، والمراد أن الشاهد شريك مفاوض فمهما حصل من هذا الباطل يكون له فيه منفعة لا أن يراد أنه شريكه فى المدعى به وإلا كان إقرارا بأن المدعى به لهما فتح ، ومثله فى القهستانى . وما فى البحر من حمله على الشركة عقدا يشمل بعمومه العنان ولا يلزم منه نفع الشاهد فكأنه سبق قلم . وعلى ماقلنا فقول الشارح والمدعى مال : أى مال تصح فيه الشركة ليخرج نحو العقار وطعام أهله وكسوتهم مما لاتصح فيه (قوله أو أنى صالحتهم) أى شهدوا على قول المدعى إنى صالحتهم الخ (قوله أى رشوة) قاله فى السعدية (قوله فلم يبرح) لأنه لو قام لم يقبل منه ذلك لجواز أنه غره الخصم بالدنيا بحر (قوله أخطأت) قال فى البحر : معنى قوله أوهمت أخطأت بنسيان ما كان يحق على ذكره أو بزيادة كانت باطلة كذا فى الهداية اه (قوله بعض شهادتى) منصوب على نزع الخافض : أى فى بعض شهادتى سعدية (قوله قبلت شهادته) قال فى المنح : واختاره فى الهداية لقوله فى جواب المسألة جازت شهادته ، وقيل يقضى بما بقى إن تداركه بنقصان ، وإن زيادة يقضى بها إن إدعاها المدعى ، لأن ماحدث بعدها قبل القضاء يجعل كحدوثه عندها ، وإليه مال شمس الأئمة السرخسى ، واقتصر عليه قاضيخان ، وعزاه إلى الجامع الصغير اه (قوله لو عدلا) تكرار مع المتن س (قوله وعليه الفتوى) أى على قوله ولو بعد القضاء (قوله بما بقى) أى أو بما زاد كما صرح به غيره ومثله فى البحر . قال : وعليه فمعنى القبول

فتنبه وتبصر (وإن) قاله الشاهد (بعد قيامه عن المجلس لا) تقبل على الظاهر احتياطاوكذا لو وقع الغلط فى بعض الحدود أو النسب هداية (بينة أنه) أى المجروح (مات من الجرح أولى من بينةالموت بعد البرء) ولو (أقام أولياء مقتول بينة على أن زيدا جرحه وقتله وأقام زيد بينة على أن المقتول قال إن زيدا لم يجرحنى ولم يقتلنى فبينة زيد أولى من بينة أولياء المقتول) مجموع الفتاوى (وبينة العين)

العمل بقوله الثانى (قوله فتنبه وتبصر) فى كلام الشارح عفى عنه فى هذا المقام نظر من وجوه :

الأول : أن قوله ولو بعد القضاء ليس فى محله لأن الضمير فى قول المصنف قبلت راجع إلى الشهادة كما نص عليه فى المنح ، وهو مقتضى صنيعه هنا ، وحينئذ فلا معنى لقبولها بعد القضاء بل الصواب ذكره بعد عبارة الملتقى .

الثانى : أنه لامحل للاستدراك هنا لأن فى المسئلة قولين : ولا يقبل الاستدراك بقول على آخر إلا أن يعتبر الاستدراك بالنظر إلى ترجيح الثانى .

الثالث : أن قوله وكذا لو وقع الغلط فى بعض الحدود أو النسب يقتضى أنه مفرع على القول المذكور فى المتن وليس كذلك .

الرابع : أنه يقتضى أنه لايقبل قوله بذلك وليس كذلك :

وعبارة الزيلعى تدل على ماقلنا من أوجه النظر المذكورة ، حيث قال : ثم قيل يقضى بجميع ماشهد به أولا ، حتى لو شهد بألف ثم قال غلطت فى خمسمائة يقضى بألف لأن المشهود به أولا صار حقا للمدعى ووجب على القاضى القضاء به فلا يبطل برجوعه ، وقيل يقضى بما بقى لأن ماحدث بعد الشهادة قبل القضاء كحدوثه عند الشهادة . ثم قال : وذكر فى النهاية أن الشاهد إذا قال أوهمت فى الزيادة أو فى النقصان يقبل قوله إذا كان عدلا ، ولا يتفاوت بين أن يكون قبل القضاء أو بعده رواه عن أبى حنيفة ، وعلى هذا لو وقع الغلط فى ذكر بعض حدود العقار أو فى بعض النسب ثم تذكر تقبل لأنه قد يبتلى به فى مجلس القضاء فذكره ذلك للقاضى دليل على صدقه واحتياطه فى الأمور اهـ فتأمل (قوله أو النسب) بأن قال محمد بن على بن عمران فتداركه فى المجلس قبل وبعده ، وقوله بعض الحدود بأن ذكر الشرقى مكان الغربى ونحوه فتح (قوله أولى من بينة الموت) نقل الشيخ غانم خلافه عن الخلاصة وغيرها فراجعه ، وأفتى المفتى أبو السعود بخلافه : وذكر فى البحر مسائل فى تعارض البينات وترجيحها فى الباب الآتى عند قوله : ولو شهدا أنه قتل زيدا يوم النحر الخ : وذكر فى الهامش مسائل فى تعارض البينات هى قطع أقامت الأمة بينة أن مولاها دبرها فى مرض موته وهو عاقل وأقامت الورثة بينة أنه كان مخلوط العقل فبينة الأمة أولى ، وكذا إذا خالع امرأته ثم أقام الزوج بينة أنه كان مجنونا وقت الخلع والمرأة على أنه كان عاقلا فبينة المرأة أولى فى الفصلين . زوج الأب بنته البالغة من رجل على أنه يعطيه ألفا فأعطاه ثم ادعت البنت أن الألف مهرها وادعى الأب أنه له لأجل قفتا نلق ٧ وأقاما البينة فبينة البنت أولى لأن بينتها تثبت الوجوب فى النكاح وبينته تثبت الرشوة حاوى الزاهدى ، ولو ادعى أحدهما البيع بالتلجئة وأنكر الآخر فالقول لمدعى الجد بيمينه ، ولو برهن أحدهما قبل ، ولو برهنا فالتلجئة كما سبق فى البيع تعارضت بينتا صحة الوقف وفساده ، فإن الفساد لشرط فى الوقف مفسد فبينة الفساد أولى ، وإن كان المعنى فى المحل وغيره فبينة الصحة أولى . وعلى هذا التفصيل إذا اختلف البائع والمشترى فى صحة البيع وفساده باقانى على الملتقى . بينة أنه باعها فى البلوغ أولى من بينة أنه باعها فى صغره حاوى الزاهدى : إذا تعارضت بينة القدم والحدوث . ففى البزازية والخلاصة : بينة القدم أولى . وفى ترجيح البينات للبغدادى عن القنية : بينة الحدوث

من يتيم بلغ (أولى من بينة كون القيمة) أى قيمة ما اشتراه من وصيه فى ذلك الوقت (مثل الثمن) لأنها تثبت أمرا زائدا ولأن بينة الفساد أرجح من بينة الصحة درر خلافا لما فى الوهبانية ، أما بدون البينة فالقول لمدعى الصحة منية (وبينة كون المتصرف) فى نحو تدبير أو خلع أو خصومة (ذا عقل أولى من بينة) الورثة مثلا (كونه مخلوط العقل أو مجنونا) ولو قال الشهود لاندرى كان فى صحة أو مرض فهو على المرض ، ولو قال الوارث كان يهذى يصدق حتى يشهدا أنه كان صحيح العقل بزازية (وبينة الإكراه) فى إقراره (أولى من بينة الطوع) إن أرّخا واتحد تاريخهما ، فإن اختلفا أو لم يؤرخا فبينة الطوع أولى ملتقط وغيره ، واعتمده المصنف وابنه وعزمى زاده :

[فروع] بينة الفساد أولى من بينة الصحة شرح وهبانية . وفى الأشباه : اختلف المتبايعان فى الصحة والبطلان

أولى . وذكر العلائى فى شرح الملتقى أن بينة القدم أولى فى البناء وبينة الحدوث أولى فى الكنيف اه حامدية ، ولو ظهر جنونه وهو مفيق يجحد الإفاقة وقت بيعه فالقول له وبينة الإفاقة أولى من بينة الجنون : وعن أبى يوسف : إذا ادعى شراء الدار فشهد شاهدان أنه كان مجنونا عندما باعه وآخران أنه كان عاقلا فبينة العقل وصحة البيع أولى : إذا اختلف المتبايعان فى صحة العقد وفساده فإنما يجعل القول لمن يدعى الصحة والبينة بينة من يدعى الفساد ، ولو قال لا دعوى على تركة أخى أو لاحق فى تركة أخى وهو أحد الورثة لايبطل ولا يدفع الورثة بهذا اللفظ بحر عن النوادر اه (قوله من يتيم بالغ) متعلق ببينة (قوله ما اشتراه) أى المشترى (قوله من وصيه) أى وصى اليتيم (قوله ذا عقل) بينة كون البائع معتوها(١) أولى من بينة كونه عاقلا غانم البغدادى (قوله فهو على المرض) لأن تصرفه أدنى من تصرف الصحة فيكون متيقنا وانظر نسخة السائحانى : قال : مجرد هذه الحواشى الذى فى السائحانى هو قوله ولو قال الشهود لاندرى كان فى صحة أو مرض فهو على المرض . أى لأن تصرفه أدنى من تصرف الصحة فيكون متيقنا : وفى جامع الفتاوى : ولو ادعى الزوج بعد وفاتها أنها كانت أبرأته من الصداق حال صحتها وأقام الوارث بينة أنها أبرأته فى مرض موتها فبينة الصحة أولى ، وقيل بينة الورثة أولى ، ولو أقرا لوارث ثم مات فقال المقر له أقر فى صحته وقال بقية الورثة فى مرضه فالقول للورثة والبينة للمقر له وإن لم يقم بينة وأراد استحلافهم له وذلك : ادعت المرأة البراءة عن المهر بشرط وادعاها الزوج مطلقا وأقاما البينة فبينة المرأة أولى إن كان الشرط متعارفا يصح الإبراء معه ، وقيل : البينة من الزوج أولى ، ولو أقامت المرأة بينة على المهر على أن زوجها كان مقرا به يومنا هذا وأقام الزوج بينة أنها أبرأته من هذا المهر فبينة البراءة أولى وكذا فى الدين لأن بينة مدعى الدين بطلت كإقرار المدعى عليه بالدين ضمن دعواه البراءة كشهود بيع وإقالة ، فإن بينتها لم يبطلها شىء وتبطل بينة البيع لأن دعوى الإقالة إقرار به ، وقوله فهو على المرض لم يذكر ما إذا اختلفا فى الصحة والمرض : وفى الأنقروى : ادعى بعض الورثة أن المورث وهبه شيئا معينا وقبضه فى صحته وقالت البقية كان فى المرض فالقول لهم ، وإن أقاموا البينة فالبينة لمدعى الصحة ، ولو ادعت أن زوجها طلقها فى مرض الموت ومات وهى فى العدة وادعى الورثة أنه فى الصحة فالقول لها ، وإن برهنا وقتا واحدا فبينة الورثة أولى اه هذا ما وجدته فيها (قوله أولى من بينة الطوع) قال ابن الشحنة :

وبينتا كره وطوع أقيمتا فتقديم ذات الكره صحح الأكثر

قال فى الهامش : تعارضت بينة الإكراه والطوع فى البيع والصلح والإقرار فبينة الإكراه أولى باتفاق على

---

(١) (قوله بينة كون البائع معتوها الخ) هكذا فى النسخة المجموع منها ، وليتأمل فيه مع قول المصنف وبينة كون المتصرف ذا عقل الخ وليحرر اه مصححه.

فالقول لمدعى البطلان ، وفى الصحة والفساد لمدعى الصحة إلا فى مسألة الإقالة . وفى الملتقط اختلفا فى البيع والرهن فالبيع أولى : اختلفا فى البتات والوفاء فالوفاء أولى استحسانا . شهادة قاصرة يتمها غيرهم تقبل كأن شهدا بالدار بلا ذكر أنها فى يد الخصم فشهد به آخران أو شهدا بالملك بالمحدود وآخران بالحدود أو شهدا على الاسم والنسب ولم يعرفا الرجل بعينه فشهد آخران أنه المسمى به درر ، شهد واحد فقال الباقون نحن نشهد كشهادته لم تقبل حتى يتكلم كل شاهد بشهادته وعليه الفتوى : شهادة النفى المتواتر مقبولة . الشهادة إذا بطلت فى البعض بطلت فى الكل إلا فى عبد بين مسلم ونصرانى فشهد نصرانيان عليهما بالعتق قبلت فى حق النصرانى فقط أشباه .

قلت : وزاده محشيها خمسة أخرى معزية للبزازية .

الملتقى وخانية في أحكام البيوع الفاسدة وترجيح البينات . وبينة الرجوع عن الوصية أولى من بينة كونه موصيا مصرا إلى الوفاة أبو السعود وحامدية (قوله لمدعى البطلان) لأنه منكر للعقد (قوله لمدعى الصحة) مفاده أن البينة بينة الفساد فيوافق ما قبله (قوله إلا فى مسألة الإقالة) كما لو ادعى المشترى أنه باع المبيع من البائع بأقل من الثمن قبل النقد وادعى البائع الإقالة فالقول للمشترى مع أنه يدعى فساد العقد ولو كان على القلب تحالفا أشباه (قوله وفى الملتقط) أنظر ما كتبناه قبيل الكفالة (قوله شهادة النفى المتواتر مقبولة) بخلاف غيره فلا يقبل سواء كان نفيا صورة أو معنى ، وسواء أحاط به علم الشاهد أولا كما مر فى باب اليمين فى البيع والشراء ، نعم تقبل بينة النفى فى الشروط كما قدمناه هناك .

وذكر فى الهامش فى النوادر عن الثانى شهدا عليه بقول أو فعل يلزم عليه بذلك إجارة أو بيع أو كتابة أو طلاق أو عتاق أو قتل أو قصاص فى مكان أو زمان وصفات فبرهن المشهود عليه أنه لم يكن ثمة يومئذ لا تقبل لكن قال فى المحيط فى الحادى والخمسين إن تواتر عند الناس وعلم الكل عدم كونه فى ذلك المكان والزمان لا تسمع الدعوى ويقضى بفراغ الذمة لأنه يلزم تكذيب الثابت بالضرورة ما لم يدخله الشك عندنا إلى الكلام الثانى(١) وكذا كل بينة قامت على أن فلانا لم يقل ولم يفعل ولم يقر : وذكر الناطفى أمن الإمام أهل مدينة من دار الحرب فاختلطوا بمدينة أخرى وقالوا : كنا جميعا فشهدا أنهم لم يكونوا وقت الأمان فى تلك المدينة يقبلان إذا كانا من غيرهم بزازية : وذكر الإمام السرخسى أن الشرط وإن نفيا كقوله إن لم أدخل الدار اليوم فامرأته كذا فبرهنت على عدم الدخول اليوم يقبل حلفه إن لم تأت صهرتى فى الليلة ولم أكلمها فشهدا على عدم الإتيان ، والكلام يقبل لأن الغرض إثبات الجزاء ، كما لو شهد اثنان أنه أسلم واستثنى وآخران بلا استثناء يقبل ويحكم بإسلامه بزازية (قوله خمسة أخرى) الأولى قال لعبده : إن دخلت هذه الدار فأنت حر وقال لنصرانى إن دخل هو هذه الدار فامرأته طالق فشهد نصرانيان على دخوله الدار ، إن العبد مسلما لا تقبل وإن كافرا تقبل فى حق وقوع الطلاق لا العتق : الثانية لو قال : إن استقرضت من فلان فعبده حر فشهد رجل وأبو العبد أنه استقرض من فلان والحالف ينكر يقبل فى حق المال لا فى حق عتق لأن فيها شهادة الأب للابن : الثالثة لو قال : إن شربت الخمر فعبده حر فشهد رجل وامرأتان على تحققه يقبل فى حق العتق لا فى حق لزوم الحد : الرابعة لو قال إن سرقت فعبده حر فشهد رجل وامرأتان عليه بها يقبل فى حق العتق لا فى حق القطع الكل من البزازية :

قلت : ثم رأيت مسألة أخرى فزدتها وهى : الخامسة لو قال لها : إن ذكرت طلاقك إن سميت طلاقك إن

---

(١) (قوله إلى الكلام الثانى) هكذا فى النسخة المجموع منها ، ولعل صوابه كلام الثانى بالإضافة ولهحرر اه مصححه .

باب الاختلاف فى الشهادة

مبنى هذا الباب على أصول مقررة

منها أن الشهادة على حقوق العباد لا تقبل بلا دعوى ، بخلاف حقوقه تعالى . ومنها أن الشهادة بأكثر من المدعى باطلة ، بخلاف الأقل للاتفاق فيه ؛ ومنها أن الملك المطلق أزيد من المقيد لثبوتة من الأصل والملك بالسبب مقتصر على وقت السبب . ومنها موافقة الشهادتين لفظا ومعنى ، وموافقة الشهادة الدعوى معنى فقط وسيتضح .

(تقدم الدعوى فى حقوق العباد شرط قبولها) لتوقفها على مطالبتهم ولو بالتوكيل ، بخلاف حقوق الله تعالى لوجوب إقامتها على كل أحد فكل أحد خصم فكأن الدعوى موجودة (فإذا وافقتها) أى وافقت الشهادة الدعوى (قبلت وإلا) توافقها (لا) تقبل

تكلمت به فعبده حر فشهد شاهد أنه طلقها اليوم والآخر على طلاقها أمس يقع الطلاق لا العتاق وهى فى البزازية أيضا كذا فى حاشية تنوير البصائر اه وزاد البيرى ما فى خزانة الأكمل من اللقطة ، وذلك لقطة فى يد مسلم وكافر فأقام صاحبها شاهدين كافرين عليها تسمع على ما فى يد الكافر خاصة استحسانا ، وما لو مات كافر فاقتسم ابناه تركته ثم أسلم أحدهما ثم شهد كافران على أبيه بدين قبلت فى حصة الكافر خاصة اه .

باب الاختلاف فى الشهادة

(قوله منها أن الشهادة الخ) هذه عبارة الدرر . قال محشيها الشرنبلالى : ليس من هذا الباب لأنه فى الاختلاف فى الشهادة لا فى قبول الشهادة وعدمه اه مدنى (قوله بأكثر من المدعى) ومنه إذا دعى ملكا مطلقا أو بالنتاج فشهدوا فى الأول بالملك بسبب وفى الثانى بالملك المطلق قبلت لأن الملك بسبب أقل من المطلق لأنه يفيد الأولوية ، بخلافه بسبب فإنه يفيد الحدوث والمطلق أقل من النتاج لأن المطلق يفيد الأولوية على الاحتمال والنتيج على اليقين وفى قلبه ، وهو دعوى المطلق فشهدوا بالنتاج لا تقبل ، ومن الأكثر ما لو ادعى الملك بسبب فشهدوا بالمطلق لا تقبل إلا إذا كان السبب الإرث باقانى ، وتمامه هناك كذا فى الهامش (قوله باطلة) أى إلا إذا وفق وبيانه فى البحر (قوله موافقة الشهادتين الخ) كما لو ادعى دارا فى يد رجل أنها له منذ سنة فشهد الشهود أنها منذ عشرين سنة بطلت ، فلو ادعى المدعى أنها منذ عشرين سنة والشهود شهدوا أنها منذ سنة جازت شهادتهم خالية . وفى الأنقروى عن القاعدية فى الشهادات : الشهادة لو خالفت الدعوى بزيادة لا يحتاج إلا إثباتها أو نقصان كذلك فإن ذلك لا يمنع قبولها اه حامدية .

وفى الخيرية عن الفصولين : ولا يكلف الشاهد ، إلى بيان لون الدابة لأنه سئل عما لا يكلف إلى بيانه فاستوى ذكره وتركه ، ويخرج منه مسائل كثيرة اه حامدية ؛

رجل ادعى فى يد رجل متاعا أو دارا أنها له وأقام البينة وقضى القاضى له فلم يقبضه حتى أقام الذى فى يده البينة أن المدعى أقر عند غير القاضى أنه لا حق له فيه قال : إن شهدوا أنه أقر بذلك قبل القضاء بطل القضاء . وإن شهدوا أنه أقر به بعد القضاء لا يبطل القضاء لأن الثابت بالبينة كالثابت عيانا ، ولو عاين القاضى إقراره بذلك كان الحكم على هذا الوجه خالية من تكذيب الشهود وكذا فى الهامش (قوله فإذا وافقتها قبلت) صدر الباب بهذه المسألة مع أنها ليست من الاختلاف فى الشهادة لكونها كالدليل لوجوب اتفاق الشاهدين ، ألا ترى أنهما لو اختلفا لزم اختلاف الدعوى والشهادة كما لا يخفى على من له أدنى بصيرة سعدية ، وبه ظهر وجه جعل ذلك من الأصول : ثم

وهذا أحد الأصول المتقدمة (فلو ادعى ملكا مطلقا فشهدا به بسبب) كشراء أو إرث (قبلت) لكونها بالأقل مما ادعى فتطابقا معنى كما مر (وعكسه) بأن ادعى بسبب وشهدا بمطلق (لا) تقبل لكونها بالأكثر كما مر .

قلت : وهذا في غير دعوى إرث ونتاج وشراء من مجهول كما بسطه الكمال ، واستثنى في البحر ثلاثة وعشرين (وكذا تجب مطابقة الشهادتين لفظا ومعنى) إلا في اثنتين وأربعين مسألة مبسوطة في البحر وزاد ابن المصنف في حاشيته على الأشباه ثلاثة عشر أخر تركتها خشية التطويل (بطريق الوضع) لا التضمن ، واكتفيا

إن التفريع على ما قبله مشعر بما قاله في البحر من أن اشتراط المطابقة بين الدعوى والشهادة إنما هو فيما كانت الدعوى شرطا فيه وتبعه في تنوير البصائر وهو ظاهر ، لأن تقدم الدعوى إذا لم يكن شرطا كان وجودها كعدمها فلا يضر عدم التوافق . ثم إن تفريعه على ماقبله لا ينافي كونه أصلا لشيء آخر وهو الاختلاف في الشهادة فافهم . وبما تقرر اندفع ما في الشرنبلالية من أن قوله منها أن الشهادة على حقوق العباد الخ ليس من هذا الباب لأنه في الاختلاف في الشهادة لا في قبولها وعدمه فتدبر (قوله وهذا أحد الأصول الخ) نبه عليه دون ما قبله لدفع توهم عدم أصلية سبب كونه مفرعا على ما قبله فإنه لا تنافي كما قدمناه وإلا فما قبله أصل أيضا كما علمته فتنبه (قوله أو إرث) تبع فيه الكنز ، والمشهور أنه كدعوى الملك المطلق كما في البحر عن الفتح وسيذكره الشارح ، فلو أسقطه هنا لكان أولى ح (قوله قبلت) فيه قيد في البحر عن الخلاصة (قوله بأن ادعى بسبب) أي ادعى العين لا الدين بحر (قوله بالأكثر) وفيه لا تقبل إلا إذا وفق بحر (قوله في غير دعوى إرث) لأنه مساو للملك المطلق كما قدمناه (قوله ونتاج) لأن المطلق أقل منه لأنه يفيد الأولوية على الاحتمال والنتاج على اليقين ، وذكر في الهامش أن الشهادة على النتاج بأن يشهدا أن هذا كان يتبع هذه الناقة ، ولا يشترط أداء الشهادة على الولادة فتاوى الهندية في باب تحمل الشهادة عن التتارخانية عن الينابيع اهـ (قوله وشراء من مجهول) لأن الظاهر أنه مساو للملك المطلق ، وكذا في غير دعوى قرض بحر ، ومثله شراء مع دعوى قبض ، فإذا ادعاهما فشهدا على المطلق تقبل بحر عن الخلاصة .

وحكى في الفتح عن العمادية خلافا (قوله ثلاثة وعشرين) لكن ذكر في البحر بعدها أنه في الحقيقة لا استثناء فراجعه (قوله خشية التطويل) قدمها الشارح في كتاب الوقف (قوله بطريق الوضع) أي بمعناه المطابقي ، وهذا جعله الزيلعي تفسيرا للموافقة في اللفظ حيث قال : والمراد بالاتفاق في اللفظ تطابق اللفظين على إفادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن ، حتى لو ادعى رجل مائة درهم فشهد شاهد بدرهم ، وآخر بدرهمين ، وآخر بثلاثة ، وآخر بأربعة وآخر بخمسة لم تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لعدم الموافقة لفظا ، وعندهما يقضى بأربعة اهـ .

والذي يظهر من هذا أن الإمام اعتبر توافق اللفظين على معنى واحد بطريق الوضع وأن الإمامين اكتفيا بالموافقة المعنوية ولو بالتضمن ولم يشترطا المعنى الموضوع له كل من اللفظين ، وليس المراد أن الإمام اشترط التوافق في اللفظ والتوافق في المعنى الوضعي ، وإلا أشكل ما فرعه عليه من شهادة أحدهما بالنكاح والآخر بالتزويج ، وكذا الهبة والعطية فإن اللفظين فيهما مختلفان ولكنهما توافقا في معنى واحد ، أفاده كل منهما بطريق الوضع ، ويدل على هذا التوفيق أيضا ما نقله الزيلعي عن النهاية حيث قال : إن كانت المخالفة بينهما في اللفظ دون المعنى تقبل شهادته وذلك نحو أن يشهد أحدهما على الهبة والآخر على العطية ، وهذا لأن اللفظ ليس بمقصود في الشهادة بل المقصود ما تضمنه اللفظ وهو ما صار اللفظ علما عليه ، فإذا وجدت الموافقة في ذلك لا تضر المخالفة فيما سواها . قال : هكذا ذكره ولم يحك فيه خلافا اهـ . وهذا بخلاف الفرع السابق الذي

بالموافقة المعنوية وبه قالت الأئمة الثلاثة (ولو شهد أحدهما بالنكاح والآخر بالتزويج قبلت) لاتحاد معناهما (كذا الهبة والعطية ونحوهما ، ولو شهد أحدهما بألف والآخر بألفين أو مائة ومائتين أو طلقة وطلقتين أو ثلاث ردت) لاختلاف المعنيين (كما لو ادعى غصبا أو قتلا فشهد أحدهما به والآخر بالإقرار به) لم تقبل ، ولو شهد بالإقرار به قبلت (وكذا) لا تقبل (في كل قول جمع مع فعل) بأن ادعى ألفا فشهد أحدهما بالدفع والآخر بالإقرار بها لا تسمع للجمع بين قول وفعل قنية ، إلا إذا اتحدا لفظا كشهادة أحدهما ببيع أو قرض أو طلاق أو عتاق والآخر بالإقرار به فتقبل لاتحاد صيغة الإنشاء والإقرار ، فإنه يقول في الإنشاء بعت واقترضت وفي الإقرار كنت بعت واقترضت فلم يمنع القبول ، بخلاف شهادة أحدهما بقتله عمدا بسيف والآخر به بسكين لم تقبل لعدم تكرار الفعل بتكرر الآلة محيط وشرنبلالية (وتقبل على ألف في) شهادة أحدهما (بألف و) الآخر (بألف ومائة إن ادعى المدعي (الأكثر) لا الأقل إلا أن يوفق باستيفاء أو إبراء ابن كمال ، وهذا في الدين (وفي العين تقبل على الواحد كما لو شهد واحد أن هذين العبدين له وآخران هذا له قبلت على) العبد (الواحد) الذي اتفقا عليه اتفاقا درر (وفي العقد لا) تقبل (مطلقا) سواء كان المدعي أقل المالين أو أكثرهم عزمي زاده :

ثم فرع على هذا الأصل بقوله (فلو شهد واحد بشراء عبد أو كتابته على ألف وآخر بألف وخمسمائة ردت) لأن المقصود إثبات العقد ،

نقلناه عنه ، فإن الخمسة معناها المطابقي لا يدل على الأربعة بل تتضمنها ولذا لم يقبلها الإمام وقبلها صاحباه لاكتفائهما بالتضمن :

والحاصل أنه لا يشترط عند الإمام الاتفاق على لفظ بعينه بل إما بعينه أو بمرادفه ، وقول صاحب النهاية لأن اللفظ ليس بمقصود مراده به أن التوافق على لفظ بعينه ليس بمقصود لا مطلقا كما ظن فافهم (قوله بالموافقة المعنوية) فإن قيل : يشكل على قول الكل ما لو شهد أحدهما أنه قال لها أنت خلية والآخر أنت برية لا يقضي ببينونة أصلا مع إفادتهما معناها ، أجيب بمنع الترادف بل هما متباينان لمعنيين يلزمهما لازم واحد وهو وقوع البينونة ، وتمامه في الفتح (قوله لاتحاد معناهما) أي مطابقة فصار كأن اللفظ متحد أيضا فافهم (قوله ولو شهدا بالإقرار) مقتضاه أنه لا يضر الاختلاف بين الدعوى والشهادة في قول مع فعل ، بخلاف اختلاف الشاهدين في ذلك (قوله للجمع بين قول وفعل) بخلاف ما إذا شهد أحدهما بألف للمدعي على المدعى عليه وشهد الآخر على إقرار المدعى عليه بألف فإنه يقبل فإنه ليس بجمع بين قول وفعل مثلا على التركماني عن الحاوي الزاهدي (قوله إلا إذا اتحدا) الظاهر أن الاستثناء منقطع لأنه لا فعل مع قول في هذه الصور بل قولان ، لأن الإنشاء والإقرار به كل منهما قول كما سيذكره (قوله بألف ومائة) بخلاف العشر وخمسة عشر حيث لا يقبل لأنه مركب كالألفين إذ ليس بينهما حرف العطف ذكره الشارح بحر (قوله إلا أن يوفق) كأن يقول كان لي عليه كما شهدا إلا أنه أوفاني كذا بغير علمه . وفي البحر : ولا يحتاج هنا إلى إثبات التوفيق بالبينة لأنه يتم به بخلاف ما لو ادعى الملك بالشراء فشهد بالهبة فإنه يحتاج لإثباته بالبينة سائحاني (قوله وهذا في الدين) أي اشتراط الموافقة بين الشهادتين لفظا (قوله سواء كان المدعي الخ) وسواء كان المدعي البائع أو المشتري درر (قوله أو كتابته على ألف) شامل لما إذا ادعاها العبد وأنكر المولى وهو ظاهر ، لأن مقصوده هو العقد : ولما إذا كان المدعي هو المولى كما زاده صاحب الهداية على الجامع قال في الفتح لأن دعوى السيد المال على عبده لا تصح إذ لا دين له على عبده إلا بواسطة دعوى الكتابة فينصرف إنكار العبد إليه للعلم بأنه لا يتصور له عليه دين إلا به فالشهادة ليست إلا لإثباتها اهـ .

وهو يختلف باختلاف البدل فلم يتم العدد على كل واحد (ومثله العتق بمال والصلح عن قود والرهن والخلع إن ادعى العبد والقاتل والراهن والمرأة) لف ونشر مرتب إذمقصودهم إثبات العقد كما مر (وإن ادعى الآخر) كالمولى مثلا (فكدعوى الدين) إذ مقصودهم المال فتقبل على الأقل إن ادعى الأكثر كما مر .

(والإجارة كالبيع) لو (فى أول المدة) للحاجة لإثبات العقد (وكالدين بعدها) لو المدعى المؤجر ، ولو لمستأجر فدعوى

وفى البحر والتبيين وقيل لا تفيد بينة المولى لأن العقد غير لازم فى حق العبد لتمكينه من الفسخ بالتعجيز اهـ: وجزم بهذا القيل العينى ، وهو موافق لما يفهم من عبارة الجامع (قوله وهو يختلف باختلاف البدل) أشار إلى أنهما لو شهدا بالشراء ولم يبينا الثمن لم تقبل ، وتمامه فى البحر . وقال الخير الرملى فى حاشيته عليه ، المفهوم من كلامهم فى هذا الموضع وغيره أنه فيما يحتاج فيه إلى القضاء بالثمن لا بد من ذكره وذكر قدره وصفته ، وما لا يحتاج فيه إلى القضاء به لا حاجة إلى ذكره :

[تنبيه] فى المبسوط ، وإذا ادعى رجل شراء دار فى يد رجل ، وشهد شاهدان ولم يسميا الثمن والبائع ينكر ذلك فشهادتهما باطلة ، لأن الدعوى إن كانت بصفة الشهادة فهى فاسدة ، وإن كانت مع تسمية الثمن فالشهود لم يشهدوا بما ادعاه المدعى : ثم القاضى يحتاج إلى القضاء بالعقد: ويتعذر عليه القضاء بالعقد إذا لم يكن الثمن مسمى لأنه كما لا يصح البيع ابتداء بدون تسمية الثمن فكذلك لايظهر القضاء بدون تسمية الثمن ، ولا يمكنه أن يقضى بالثمن حين لم يشهد به الشهود ، ثم قال : فإن شهد على إقرار البائع بالبيع ولم يسميا ثمنا ولم يشهدا بقبض الثمن فالشهادة باطلة لأن حاجة القاضى إلى القضاء بالعقد ولا يتمكن من ذلك إذا لم يكن الثمن مسمى ، وإن قالا أقر عندنا أنه باعها منه واستوفى الثمن ولم يسميا الثمن فهو جائز لأن الحاجة إلى القضاء بالملك للمدعى دون القضاء بالعقد فقد انتهى حكم العقد باستيفاء الثمن (قوله على كل واحد) لفظ كل مما لا حاجة إليه سعدية (قوله والرهن) قال فى البحر: وظاهر الهداية أن الرهن إنما هو من قبيل دعوى الدين .

وتعقبه فى العناية تبعا للنهاية بأن عقد الرهن بألف غيره بألف وخمسمائة ، فيجب أن لا تقبل البينة وإن كان المدعى هو المرتهن لأنه كذب أحد شاهديه : وأجيب بأن العقد غير لازم فى حق المرتهن حيث كان له ولاية الرد متى شاء فكان فى حكم العدم فكان الاعتبار لدعوى الدين لأن الرهن لا يكون إلا بدين فتقبل البينة كما فى سائر الديون ويثبت الرهن بالألف ضمنا وتبعا اهـ . وفى الحواشى اليعقوبية ذكر الراهن (قوله إن ادعى العبد) تقييد لمسألة العتق بمال فقط إن أجرى قول المصنف أوكتابته على عمومه موافقة لما قاله صاحب الهداية أولها إن خص بما إذا ادعى الكتابة العبد موافقة لما فى الجامع ولما فى العينى (قوله فكدعوى الدين) أى الدين المنفرد عن العقد سعدية (قوله إذ مقصودهم المال) لأنه ثبت العتق والعقد والطلاق باعتراف صاحب الحق فلم تبق الدعوى إلا فى الدين فتح ، زاد فى الإيضاح : وفى الرهن إن كان المدعى هو الراهن لاتقبل لأنه لاحظ له فى الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى ، وإن كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين اهـ . وفى اليعقوبية : وذكر الراهن فى اليمين(١) ليس على ماينبغى (قوله على الأقل) أى اتفاقا إن شهد شاهد الأكثر بعطف مثل ألف وخمسمائة ، وإن كان بدونه كالألف والألفين فكذلك عندهما ، وعنده لا يقضى بشىء فتح (قوله العقد) وهو يختلف باختلاف البدل فلا تثبت الإجارة فتح (قوله وكالدين) إذ ليس المقصود بعد المدة إلا الأجر فتح (قوله بعدها) استوفى المنفعة

---

(١) (قوله فى اليمين) لعله التبيين اهـ منه .

عقد اتفاقا (وصح النكاح) بالأقل أى (بألف) مطلقا (استحسانا) خلافا لهما (ولزم) فى صحة الشهادة (الجر بشهادة إرث) بأن يقولا مات وتركه ميراثا للمدعى (إلا أن يشهدا بملكه) عند موته (أو يده أو يد من يقوم مقامه) كمستأجر ومستعير وغاصب ومودع فيغنى ذلك عن الجر ، لأن الأيدى عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان ، فإذا ثبت الملك ثبت الجر ضرورة (ولا بد مع الجر) المذكور (من بيان

أولا بعد أن تسلم فتح (قوله عقد اتفاقا) لأنه معترف بمال الإجارة فيقضى عليه بما اعترف به فلا يعتبر اتفاق الشاهدين أو اختلافهما فيه، ولا يثبت العقد للاختلاف فتح (قوله مطلقا) سواء ادعى الزوج أو الزوجة الأقل أو الأكثر هكذا صححه فى الهداية . وذكر فى الفتح أنه مخالف للرواية ، وتمامه فى الشرنبلالية (قوله خلافا لهما) حيث قالا هى باطلة أيضا لأنه اختلاف فى العقد وهو القياس. ولأبى حنيفة أن المال فى النكاح تابع والأصل فيه الحل والملك والازدواج ، ولا اختلاف فيما هو الأصل فيثبت ، فإذا وقع الاختلاف فى التبع يقضى بالأقل لاتفاقهما عليه (قوله فى صحة الشهادة) قال فى البحر بعد كلام : وبه ظهر أن الجر شرط صحة الدعوى لا كما يتوهم من كلام المصنف من أنه شرط القضاء بالبينة فقط اه : أى يشترط أن يقول فى الدعوى مات وتركه ميراثا كما يشترط فى الشهادة ، وإنما لم يذكره لأن الكلام فى الشهادة (قوله الجر) أى النقل : أى أن يشهدا بالانتقال ، وذلك إما نصا كما صوّره الشارح أو بما يقوم مقامه من إثبات الملك للميت عند الموت أو إثبات يده أو يد نائبه عند الموت أيضا ، وهو ما أشار إليه بقوله إلا أن يشهدا الخ : وهذا عندهما خلافا لأبى يوسف فإنه لا يشترط شيئا ، ويظهر الخلاف فيما إذا شهدا أنه كان ملك الميت بلا زيادة وطولبا بالفرق بين هذا وبين ما يأتى من أنه لو شهد الحى أنه كان فى ملكه تقبل :

والفرق مافى الفتح إلى آخر ما يأتى. قال مجرد هذه الحواشى : وكتب المؤلف على قوله الجر هامشة وعليها أثر الضرب ، لكنى لم أتحققه فأحببت ذكرها وإن كانت مفهومة مما قبلها فقال : قوله الجر هذا عندهما لأن ملك الوارث متجدد إلا أنه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا يده أو يد من يقوم مقامه . وأبو يوسف يقول : إن ملك الوارث ملك المورّث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة للوارث ، فالجر أن يقول الشاهد مات وتركها ميراثا أو مايقوم مقامه من إثبات ملكه وقت الموت أو يده أو يد من يقوم مقامه ، فإذا أثبت الوارث أن العين كانت لمورّثه لايقضى له وهو محل الاختلاف ، بخلاف الحى إذا أثبت أن العين كانت اه فإنه يقضى له بها اعتبارا للاستصحاب إذ الأصل البقاء انتهى (قوله إرث) بأن ادعى الوارث عينا فى يد إنسان أنها ميراث أبيه وأقام شاهدين فشهدا أن هذه كانت لأبيه لايقضى له حتى يجرا الميراث بأن يقولا الخ (قوله بملكه) أى المورث (قوله عند موته) لابد من هذا القيد كما علمت ، وكان ينبغى ذكره بعد الثلاثة (قوله لأن الأيدى) تعليل للاستغناء بالشهادة على يد الميت عن الجر ، وبيان ذلك أنه إذا ثبت يده عند الموت ، فإن كانت يد ملك فظاهر لأنه أثبت ملكه أو أن الانتقال إلى الوارث فيثبت الانتقال ضرورة كما لو شهد بالملك ، وإن كانت يد أمانة فكذلك الحكم لأن الأيدى فى الأمانات عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان إذا مات مجهلا لتركه الحفظ والمضمون يملكه الضامن على ماعرف فيكون إثبات اليد فى ذلك الوقت إثباتا للملك ، وترك تعليل الاستغناء بالشهادة على يد من يقوم مقامه لظهوره لأن إثبات يد من يقوم مقامه إثبات يده فيغنى إثبات الملك وقت الموت عن ذكر الجر فاكتفى به عنه اه (قوله ولابد مع الجر من بيان سبب الوراثة الخ) قال فى الفتح : وينسبا الميت والوارث حتى يلتقيا إلى أب واحد ويذكرا أنه وارثه، وهل يشترط قوله ووارثه فى الأب والأم والولد ؟ قيل يشترط والفتوى على عدمه ، وكذا كل من لايحجب

سبب الوراثة و) بيان (أنه أخوه لأبيه وأمه أو لأحدهما) ونحو ذلك ظهيرية ، وبقى شرط ثالث (و) هو (قول الشاهد لا وارث) أو لا أعلم (له) وارثا (غيره) ورابع ، وهو أن يدرك الشاهد الميت وإلا فباطلة لعدم معاينة السبب ذكرهما البزازى (وذكر اسم الميت ليس بشرط وإن شهدا بيدحى) سواء قالا (مذشهر) أولا (ردت) لقيامها بمجهول لتنوع يد الحى (بخلاف ما لو شهدا أنها كانت ملكه أو أقر المدعى عليه بذلك أو شهد شاهدان أنه أقر أنه كان فى يد المدعى) دفع للمدعى لمعلومية الإقرار ، وجهالة المقر به لا تبطل الإقرار : والأصل أن الشهادة بالملك المنقضى مقبولة لا باليد المنقضية

بحال ، وفى الشهادة بأنه ابن ابن الميت أو بنت ابنه لابد منه وفى أنه مولاه لابد من بيان أنه أعتقه اه ولم يذكر هذا الشرط متناولا شرحا ، والظاهر أن الجر مع الشرط الثالث يغنى عنه فليتأمل ، وانظر مامر قبيل الشهادات (قوله سبب الوراثة) وهو أنه أخوه مثلا (قوله لأبيه وأمه) ذكر فى البحر عن البزازية أنهم لو شهدوا أنه ابنه ولم يقولوا ووارثه الأصح أنه يكفى ، كما لو شهدوا أنه أبوه أو أمه ، فإن ادعى أنه عم الميت يشترط لصحة الدعوى أن يفسر فيقول عمه لأبيه وأمه أو لأبيه أو لأمه ، ويشترط أيضا أن يقول ووارثه ، وإذا أقام البينة لابد للشهود من نسبة الميت والوارث حتى يلتقيا إلى أب واحد وكذلك هذا فى الأخ والجد اه ملخصا (قوله وارثا غيره) قال فى فتح القدير : وإذا شهدوا أنه كان لمورثه تركه ميراثا له ولم يقولوا لانعلم له وارثا سواه ، فإن كان ممن يرث فى حال دون حال لايقضى لاحتمال عدم استحقاقه ، أو يرث على كل حال يحتاط القاضى وينتظر مدة هل له وارث آخر أو لا . قال مجردها : هذا بياض تركه المؤلف ونقط عليه لتوقفه فى فهمه من نسخة الفتح الحاضرة عنده فلتراجع نسخة أخرى يقضى بكله ، وإن كان نصيبه يختلف فى الأحوال يقضى بالأقل ، فيقضى فى الزوج بالربع والزوجة بالثمن إلا أن يقولوا لانعلم له وارثا غيره . وقال محمد وهو رواية عن أبى حنيفة يقضى بالأكثر ، والظاهر الأول ، ويأخذ القاضى كفيلا عندهما ، ولو قالوا لانعلم له وارثا بهذا الموضع كفى عند أبى حنيفة خلافا لهما اه وتقدمت المسألة قبيل كتاب الشهادات ، وذكرها فى السادس والخمسين من شرح أدب القضاء منوعة ثلاثة أنواع فارجع إليه ، ولخصها هناك صاحب البحر بما فيه خفاء ، وقد علم بما مر أن الوارث إن كان ممن قد يحجب حجب حرمان فذكر هذا الشرط لأصل القضاء ، وإن كان ممن قد يحجب حجب نقصان فذكره شرط للقضاء بالأكثر ، وإن كان وارثا دائما ولا ينقص بغيره فذكره شرط للقضاء حالا بدون تلوم فتأمل (قوله لعدم معاينة السبب) ولأن الشهادة على الملك لاتجوز بالتسامع فتح (قوله البزازى) وكذا فى الفتح (قوله وذكر اسم الميت) حتى لو شهدا أنه جده أبو أبيه ووارثه ولم يسم الميت تقبل بزازية (قوله ردت) وعن أبى يوسف تقبل (قوله يد الحى) لاحتمال أنها كانت ملكا له أو وديعة مثلا ، وإذا كانت وديعة مثلا تكون باقية على حالها ، أما الميت فتنقلب ملكا له إذا مات مجهلا لها كما تقدم (قوله أنها كانت ملكه) أى لو شهد المدعى ملك عين فى يد رجل أنها كانت ملك المدعى يقضى بها وإن لم يشهدا أنها ملكه إلى الآن . والفرق بين هذه وبين مامر من أنها كانت ملك الميت فإنها ترد مالم يشهدا بأنها ملكه عند الموت ماذكره فى الفتح من أنهما إذا لم ينصا على ثبوت ملكه حالة الموت فإنما يثبت بالاستصحاب والثابت به حجة لإبقاء الثابت لا لإثبات مالم يكن وهو المحتاج إليه فى الوارث ، بخلاف مدعى العين فإن الثابت بالاستصحاب بقاء ملكه لاتجدده (قوله بذلك) أى بيد الحى أو ملكه ومن اقتصر على الثانى فقد قصر (قوله دفع للمدعى) الأولى أن يقول فإنه يدفع للمدعى كما يظهر بالتأمل .

لتنوع اليد لا الملك بزازية ، ولو أقر أنه كان بيد المدعى بغير حق هل يكون إقرارا له باليد ؟ المفتى به : نعم جامع الفصولين :

[فروع] شهدا بألف وقال أحدهما قضى خمسمائة قبلت بألف إلا إذا شهد معه آخر ، ولا يشهد من علمه حتى يقر المدعى به :

شهدا بسرقة بقرة واختلفا فى لونها قطع خلافا لهما ، واستظهر صدر الشريعة قولهما ، وهذا إذا لم يذكر المدعى لونها ذكره الزيلعى :

ادعى المديون الإيصال متفرقا وشهدا به مطلقا أو جملة لم تقبل وهبانية :

شهدا فى دين الحى بأنه كان عليه كذا تقبل إلا إذا سألهما الخصم عن بقائه الآن فقالا لا ندرى ، وفى دين الميت لا تقبل مطلقا حتى يقولا مات وهو عليه بحر :

قلت : ويخالفه ما فى معين الحكام من ثبوته بمجرد بيان سببه وإن لم يقولا مات وعليه دين اه والاحتياط لا يخفى :

ادعى ملكا فى الماضى وشهدا به فى الحال لم تقبل فى الأصح ، كما لو شهدا بالماضى أيضا جامع الفصولين :

وفى البحر : وإنما قال دفع إليه دون أن يقول إنه إقرار بالملك لأنه لو برهن على أنه ملكه فإنه يقبل اه أى فى مسألة الإقرار باليد أو الشهادة عليه لأنهما المذكورتان فى الكنز دون مسألة الشهادة بالملك (قوله لتنوع اليد) لاحتمال أنه كان له فاشتراه منه (قوله بألف) أى ولا يسمع قوله قضاء (قوله إلا إذا شهد معه آخر) لكمال النصاب (قوله ولا يشهد) أى بالألف كلها (قوله من علمه) أى قضاء خمسمائة كذا فى الهامش (قوله حتى يقر المدعى به) لئلا يكون إعانة على الظلم ، والمراد من ينبغى فى عبارة الكنز معنى يجب فلا تحل له الشهادة بحر (قوله إذا لم يذكر المدعى لونها) قال فى الفتح : ولو عين لونها فقال أحدهما سوداء لم يقطع إجماعا اه (قوله مطلقا أو جملة) أما الأول فلأن الإطلاق أزيد من المقيد ، وأما الثانى فلاختلاف الشهادة والدعوى للمباينة بين المتفرق والجملة (قوله بحر) أوضحه عند قول الكنز وبعكسه لا فراجعه (قوله قلت) القول لصاحب المنح (قوله بيان سببه) قواه المقدسى :

قلت : وكذا فى نور العين وقال : إن الأول ضعيف وأن الاحتياط فى أمر الميت يكفى فيه تحليف خصمه مع وجود بينة وأن فى هذا الاحتياط ترك احتياط آخر فى وفاء دينه الذى يحجبه عن الجنة وتضييع حقوق أناس كثيرين لا يجدون من يشهد لهم على هذا الوجه ح (قوله ملكا فى الماضى) بأن قال كان ملكى وشهد أنه له (قوله كما لو شهدا بالماضى أيضا) أى لا تقبل لأن إسناد المدعى يدل على نفى الملك فى الحال إذ لا فائدة للمدعى فى إسناد مع قيام ملكه فى الحال ، بخلاف الشاهدين لو أسندا ملكه إلى الماضى لأن إسنادهما لا يدل على النفى فى الحال لأنهما لا يعرفان بقاءه إلا بالاستصحاب منح ، وبهذا ظهر الفرق بين ماهنا وبين ماتقدم متنا من قوله بخلاف مالو شهدا أنها كانت ملكه .

[فرع مهم] قال المدعى إن الدار التى حدودها مكتوبة فى هذا المحضر ملكى وقال الشهود إن الدار التى حدودها مكتوبة فى هذا المحضر ملكه صح الدعوى والشهادة ، وكذا لو شهدوا أن المال الذى كتب فى هذا الصك عليه تقبل ، والمعنى فيه أنه أشار إلى المعلوم لو شهدا بملك المتنازع فيه والخصمان تصادقا على أن المشهود به هو المتنازع فيه ينبغى أن تقبل الشهادة فى أصل الدار وإن لم تذكر الحدود لعدم الجهالة المفضية إلى النزاع فى أصل الدار جامع الفصولين فى آخر الفصل السابع .

باب الشهادة على الشهادة

(هى مقبولة) وإن كثرت استحسانا فى كل حق على الصحيح (إلا فى حدود وقود) لسقوطهما بالشبهة وجاز الإشهاد مطلقا ، لكن لا تقبل إلا (بشرط تعذر حضور الأصل بموت) أى موت الأصل ، وما نقله القهستانى عن قضاء النهاية فيه كلام فإنه نقله عن الخانية عنها ، وهو خطأ والصواب ما هنا (أو مرض أو سفر) واكتفى الثانى بغيبته بحيث يتعذر أن يبيت بأهله ، واستحسنه غير واحد . وفى القهستانى والسراجية ، وعليه الفتوى وأقره المصنف (أو كون المرأة مخدرة) لا تخالط الرجال وإن خرجت لحاجة وحمام قنية : وفيها لايجوز الإشهاد لسلطان وأمير ، وهل يجوز لمحبوس إن من غير حاكم الخصومة ، نعم ذكره المصنف فى الوكالة وقوله (عند الشهادة) عند القاضى قيد للكل لإطلاق جواز الإشهاد لا الأداء

باب الشهادة على الشهادة

(قوله وإن كثرت) أعنى الشهادة على شهادة الفروع ثم وثم ، لكن فيها شبهة البدلية لأن البدل مايصار إليه إلا عند العجز عن الأصل ، وهذه كذلك ولذا لاتقبل فيما يسقط بالشبهات كشهادة النساء مع الرجال درر ، كذا فى الهامش (قوله إلا فى حدوقود) أى مايوجب الحد، فلا يرد أنه إذا شهد على شهادة شاهدين أن قاضى بلد كذا ضرب فلانا حدا فى قذف فإنها تقبل حتى ترد شهادته بحر عن المبسوط . وفيه إشعار بأنها تقبل فى التعزير ، وهذه رواية عن أبى يوسف ، وعن أبى حنيفة أنها لاتقبل كما فى الاختيار قهستانى (قوله مطلقا) بعذر أو غيره (قوله إلا بشرط تعذر حضور الأصل) أشار إلى أن المراد بالمرض مالا يستطيع معه الحضور إلى مجلس القاضى كما قيده فى الهداية ، وأن المراد بالسفر الغيبة مدته كما هو ظاهر كلام المشايخ وأفصح به فى الخانية والهداية ، لامجاوزة البيوت وإن أطلقه كالمرض فى الكنز ولم يصرح بالتعذر ، ولكن ماذكرنا هو المراد لأن العلة العجز فافهم (قوله وما نقله القهستانى) عبارته لكن فى قضاء النهاية وغيره : الأصل إذا مات لاتقبل شهادة فرعه فتشترط حياة الأصل اهـ كذا فى الهامش (قوله فيه كلام) ويؤيد كلام القهستانى قوله الآتى وبخروج أصله عن أهلها (قوله فإنه نقله عن الخانية عنها) ليس فى القهستانى ذلك ، وانظر ماذكره فى كتاب القاضى إلى القاضى (قوله والصواب ماهنا) قال فى الدر المنتقى : لكن نقل البرجندى والقهستانى كلامهما عن الخلاصة وكذا فى البحر والمنح والسراج وغيرها أنه متى خرج الأصل عن أهلية الشهادة بأن خرس أو فسق أو عمى أو جن أوارتد بطلت الشهادة اهـ فتنبه ح كذا فى الهامش (قوله وفى القهستانى) عبارته وتقبل عند أكثر المشايخ وعليه الفتوى كما فى المضمرات ، وذكر القهستانى أيضا أن الأول ظاهر الرواية وعليه الفتوى .

وفى البحر قالوا : الأول أحسن ، وهو ظاهر الرواية كما فى الحاوى ، والثانى أرفق الخ : وعن محمد يجوز كيفما كان ، حتى روى عنه أنه إذا كان الأصل فى زاوية المسجد والفرع فى زاوية أخرى من ذلك المسجد تقبل شهادتهم منح وبحر (قوله أو كون المرأة مخدره) قال البزدوى : هى من لا تكون برزت بكرا كانت أو ثيبا ولا يراها غير المحارم من الرجال ، أما التى جلست على المنصة فرآها رجال أجانب كما هو عادة بعض البلاد لا تكون مخدرة حموى (قوله فى الوكالة) وذكره هنا أيضا (قوله عند القاضى) قاله فى المنح (قوله لإطلاق جواز الإشهاد) يعنى يجوز أن يشهد وهو صحيح أو سقيم ونحوه ، ولكن لا تجوز الشهادة عند القاضى إلا وما ذكر موجود .

قال فى البحر نقلا عن خزانة المفتين : والإشهاد على شهادة نفسه يجوز وإن لم يكن بالأصول عذر ، حتى

كما مر (و) بشرط (شهادة عدد) نصاب ولو رجلا وامرأتين ، وما فى الحاوى غلط بحر (عن كل أصل) ولو امرأة (لا تغاير فرعى هذا وذاك) خلافا للشافعى (و) كيفيتها أن (يقول الأصل مخاطبا للفرع) ولو ابنه بحر (اشهد على شهادتى أنى أشهد بكذا) ويكفى سكوت الفرع ، ولو رده ارتد قنية ، ولا ينبغى أن يشهد على شهادة من ليس بعدل عنده حاوى (ويقول الفرع وأشهد أن فلانا أشهدنى على شهادته بكذا وقال لى اشهد على شهادتى بذلك) هذا أوسط العبارات وفيه خمس شينات ، والأقصر أن يقول اشهد على شهادتى بكذا ويقول الفرع اشهد على شهادته ، وكذا فتوى السرخسى وغيره ابن كمال وهو الأصح كما فى القهستانى عن الزاهدى :

لو حل بهم العذر يشهد الفروع اه : ومثله فى المنح عن السراجية (قوله كما مر) أى فى قوله وجاز الإشهاد مطلقا (قوله وما فى الحاوى غلط) من أنه لا تقبل شهادة النساء على الشهادة . وفى الهامش : ولو شهد على شهادة رجل وأحدهما يشهد بنفسه أيضا لم يجز ، كذا فى محيط السرخسى فتاوى الهندية (قوله عن كل أصل) فلو شهد عشرة على شهادة واحد تقبل ولكن لا يقضى حتى يشهد شاهد آخر لأن الثابت بشهادتهم شهادة واحد بحر عن الخزانة ، وأفاد أنه لو شهد واحد على شهادة نفسه وآخران على شهادة غيره يصح ، وصرح به فى البزازية (قوله وذاك) يعنى بأن يكون لكل شاهد شاهدان متغايران بل يكفى شاهدان على كل أصل (قوله ولو ابنه) كما يأتى متنا (قوله إنى أشهد بكذا) قيد بقوله أشهد لأنه بدونه لا يسعه أن يشهد على شهادته وإن سمعها منه لأنه كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل ، وبقوله على شهادتى لأنه لو قال اشهد علىّ بذلك لم يجز لاحتمال أن يكون الإشهاد على نفس الحق المشهود به فيكون أمرا بالكذب وبعلىّ ، لأنه لو قال بشهادتى لم يجز لاحتمال أن يكون أمرا بأن يشهد مثل شهادتى بالكذب وبالشهادة على الشهادة لأن الشهادة بقضاء القاضى صحيحة وإن لم يشهدها القاضى عليه (قوله سكوت الفرع) أى عند تحميله .

قال فى البحر : لو قال لا أقبل . قال فى القنية : ينبغى أن لا يصير شاهدا حتى لو شهد بعد ذلك لا تقبل اه (قوله حاوى) لقله فى البحر ، ثم قال بعد ورقة ، وفى خزانة المفتين ، الفرع إذا لم يعرف الأصل بعدالة ولا غيرها فهو مسىء فى الشهادة على شهادته بتركه الاحتياط اه . وقالوا الإساءة أفحش من الكراهة اه : لكن ذكر الشارح فى شرحه على المنار أنها دونها ، ورأيت مثله فى التقرير شرح البزدوى والتحقيق وغيرهما تأمل (قوله أن فلانا الخ) ويذكر اسمه واسم أبيه وجده فإنه لا بد منه كما فى البحر (قوله هذا أوسط العبارات) والأطول أن يقول أشهد أن فلانا شهد عندى أن لفلان على فلان كذا وأشهدنى على شهادته وأمرنى أن أشهد على شهادته وأنا الآن أشهد على شهادته بذلك ففيه ثمان شينات (قوله وعليه فتوى السرخسى) قال فى الفتح : وهو اختيار الفقيه أبى الليث وأستاذه أبو جعفر ، وهكذا ذكره محمد فى السير الكبير ، وبه قالت الأئمة الثلاثة :

وحكى أن فقهاء زمن أبى جعفر خالفوه واشترطوا زيادة طويلة فأخرج أبو جعفر الرواية من السير الكبير فانقادوا له . قال فى الذخيرة : فلو اعتمد أحد على هذا كان أسهل ، وكلام المصنف أى صاحب الهداية يقتضى ترجيح كلام القدورى المشتمل على خمس شينات حيث حكاه ، وذكر أن ثم أطول منه وأقصر : ثم قال : وخير الأمور أوساطها .

وذكر أبو نصر البغدادى شارح القدورى أقصر آخر بثلاث شينات وهو أشهد أن فلانا أشهدنى على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا ، ثم قال : وما ذكره القدورى أولى وأحوط ، ثم حكى خلافا فى أن قوله وقال لى اشهد على شهادتى شرط عند أبى حنيفة ومحمد ، فلا يجوز تركه لأنه إذا لم يقله احتمل أنه أمره أن يشهد مثل شهادته وهو كذب وأنه أمره على وجه التحمل فلا يثبت بالشك : وعند أبى يوسف يجوز لأن أمر الشاهد محمول على

(ويكفى تعديل الفرع لأصله) إن عرف الفروع بالعدالة وإلا لزم تعديل الكل (ك) ما يكفى تعديل (أحد الشاهدين صاحبه) فى الأصح لأن العدل لايتهم بمثله (وإن سكت) الفرع (عنه نظر) القاضى (فى حاله) وكذا لو قال لاأعرف حاله على الصحيح شرنبلالية وشرح المجمع ، وكذا لو قال ليس بعدل على مافى القهستانى عن المحيط فتنبه.

(وتبطل شهادة الفرع) بأمور بنهيهم عن الشهادة على الأظهر خلاصة وسيجىء متنا ما يخالفه ، وبخروج أصله عن أهليتها كفسق وخرس وعمى و (بإنكار أصله الشهادة) كقولهم

الصحة ما أمكن اهـ . والوجه فى شهود الزمان القول بقولهما وإن كان فيهم العارف المتدين ، لأن الحكم للغالب خصوصا المتخذ بها مكسبة للدراهم اهـ ما فى الفتح باختصار :

وحاصله أنه اختار ما اختاره فى الهداية وشرح القدورى من لزوم خمس شينات فى الأداء ، وهو ما جرى عليه فى المتون كالقدورى والكنز والغرر والملتقى والإصلاح ومواهب الرحمن وغيرها (قوله الفرع لأصله) لأنه من أهل التزكية هداية (قوله وإلا لزم تعديل الكل) هذا عند أبى يوسف. وقال محمد لاتقبل لأنه لاشهادة إلا بالعدالة ، فإذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل . ولأبى يوسف أن المأخوذ عليهم النقل دون التعديل لأنه قد يخفى عليهم فيتعرف القاضى العدالة ، كما إذا شهدوا بأنفسهم كذا فى الهداية وفى البحر : وقوله وإلا صادق بصور الأولى أن يسكتوا وهو المراد هنا كما أفصح به فى الهداية .. الثانية أن يقولوا لا نخبرك فجعله فى الخانية على الخلاف بين الشيخين ، وذكر الخصاف أن عدم القبول ظاهر الرواية ، وذكر الحلوانى أنها تقبل وهو الصحيح لأن الأصل بقى مستورا ، إذ يحتمل الجرح والتوقف فلا يثبت الجرح بالشك . ووجه المشهور أنه جرح للأصول ، واستشهد الخصاف بأنهما لو قالا إنا نتهمه فى الشهادة لم يقبل القاضى شهادته ، وما استشهد به هى الصورة الثالثة وقد ذكرها فى الخانية اهـ ملخصا ، وحيث كان المراد الأولى فقول الشارح وإلا لزم الخ ، تكرار مع ما فى المتن (قوله لأن العدل لا يتهم بمثله) كذا علل فى البحر ، وفيه عود الضمير على غير مذكور وأصل العبارة فى الهداية حيث قال : وكذا إذا شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر يجوز لما قلنا ، غاية الأمر أن فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته ولكن العدل لا يتهم بمثله كما لايتهم فى شهادة نفسه اهـ . قال فى النهاية : أى بمثل ما ذكرت منه الشبهة :

وحاصل ما فى الفتح أن بعضهم قال لايجوز لأنه متهم حيث كان بتعديله رفيقه يثبت القضاء بشهادة : والجواب أن شهادة نفسه تتضمن مثل هذه المنفعة وهى القضاء بها ، فكما أنه لم يعتبر الشرع مع عدالته ذلك مانعا كذا ما نحن فيه (قوله فى حاله) فيسأله عن عدالته فإذا ظهرت قبله وإلا لا منح (قوله على ما فى القهستانى) عبارته : وفيه إيماء إلى أنه لو قال الفرع إن الأصل ليس بعدل أو لا أعرفه لم تقبل شهادته كما قال الخصاف : وعن أبى يوسف أنه تقبل ، وهو الصحيح على ما قال الحلوانى كما فى المحيط اهـ . فتأمل النقل مدنى (قوله عن المحيط) ذكر فى التتارخانية خلافه ولم يذكر فيه خلافا ، وكيف هذا مع أنهما لو قالا نتهمه لا تقبل شهادتهما ، وظاهر استشهاد الخصاف به كما مر أنه لا خلاف فيه : وفى البزازية شهدا عن أصل ، وقالا : لا خير فيه وزكاه غيرهما لا يقبل ، وإن جرحه أحدهما لا يلتفت إليه اهـ . (قوله بأمور) عد منها فى البحر حضور الأصل قبل القضاء مستدلا بما فى الخانية ، ولو أن فروعا شهدوا على شهادة الأصول ثم حضر الأصول قبل القضاء لايقضى بشهادة الفروع اهـ .

لكن قال فى البحر، وظاهر قوله لايقضى دون أن يقول بطل الإشهاد أن الأصول لو غابوا بعد ذلك قضى بشهادتهم اهـ . فلهذا تركه الشارح (قوله ما يخالفه) وهو خلاف الأظهر (قوله وبإنكار أصله الشهادة) هكذا

مالنا شهادة أو لم نشهدهم أو أشهدناهم وغلطنا ، ولو سئلوا فسكتوا قبلت خلاصة (شهدا على شهادة اثنين على فلانة بنت فلان الفلانية وقالا أخبرانا بمعرفتها وجاء المدعى بامرأة لم يعرفها أنها هى قيل له هات شاهدين أنها هى فلانة) ولو مقرة (ومثله الكتاب الحكمى) وهو كتاب القاضى إلى القاضى لأنه كالشهادة على الشهادة ، فلو جاء المدعى برجل لم يعرفاه كلف إثبات أنه هو ولو مقرا لاحتمال التزوير بحر ، ويلزم مدعى الاشتراك البيان كما بسطه قاضيخان (ولو قالا فيهما التميمية لم تجز حتى ينسباها إلى فخذها) كجدها ، ويكفى نسبتها لزوجها ، والمقصود الإعلام (أشهده على شهادته ثم نهاه عنها لم يصح) أى نهيه ، فله أن يشهد على ذلك درر وأقره المصنف هنا ، لكنه قدم ترجيح خلافه عن الخلاصة .

(كافران شهدا على شهادة مسلمين لكافر على كافر لم تقبل كذا شهادتهما على القضاء لكافر على كافر ؛ وتقبل شهادة رجل على شهادة أبيه وعلى قضاء أبيه) فى الصحيح درر خلافا للملتقط (من ظهر أنه

وقع التعبير فى كثير من المعتبرات . وفى الشرنبلالية عن الفاضل جوى زاده ما يفيد أن الأولى التعبير بالإشهاد ، لأن إنكار الشهادة لا يشمل ما إذا قال لى شهادة على هذه الحادثة لكن لم أشهدهم ، بخلاف إنكار الإشهاد فإنه يشمل لهذا ويشمل إنكار الشهادة لأن إنكارها يستلزم إنكاره فإنكار الإشهاد نوعان صريح وضمنى ، ولذا عبر الزيلعى وصاحب البحر بالإشهاد ، وبه اندفع اعتراض الدرر على الزيلعى ، وظهر أيضا أن قول الشارح هنا أو لم نشهدهم ليس فى محله لأنه ليس من أفراد إنكار الشهادة لأن معناه لنا شهادة ولم نشهدهم فتأمل (قوله مالنا شهادة) يعنى ثم غابوا أو مرضوا ثم جاء الفروع فشهدوا لاتقبل (قوله وغلطنا) هو فى معنى إنكار الشهادة تأمل (قوله قيل له هات الخ) فهذا من قبيل ما مر شهادة قاصرة يتمها غيرهم كذا فى الهامش (قوله ولو مقرة) فلعلها غيرها فلابد من تعريفها بتلك النسبة منح (قوله إلى القاضى) فإن كتب أن فلانا وفلانا شهدا عندى بكذا من المال على فلانة بنت فلان الفلانية وأحضر المدعى امرأة عند القاضى المكتوب إليه وأنكرت المرأة أن تكون هى المنسوبة بتلك النسبة فلا بد من شاهدين آخرين يشهدان أنها المنسوبة بتلك النسبة كما فى المسألة الأولى كذا فى العينى مدنى (قوله لاحتمال التزوير) أى بأن يتواطأ المدعى مع ذلك الرجل (قوله البيان) يعنى إذا ادعى المدعى عليه أن غيره يشاركه فى الاسم والنسب كان عليه البيان ح كذا فى الهامش : أى يقول له القاضى أثبت ذلك ، فإن أثبت تندفع عنه الخصومة كما لو علم القاضى بمشارك له فى الاسم والنسب ، وإن لم يثبت ذلك يكون خصما (قوله فيهما) أى فى الشهادة وكتاب القاضى (قوله إلى فخذها) بسكون الخاء وكسرها ، يريد به القبيلة الخاصة التى ليس دونها أخص منها وهذا على أحد قولين للغويين وهو فى الصحاح .

وفى الجمهرة : جعل الفخذ دون القبيلة وفوق البطن ، وجعله فى ديوان أقل من البطن وكذا صاحب الكشاف . قال : العرب على ست طبقات ، الشعب كمضر وربيعة وحمير ، سميت به لأن القبائل تنشعب عنها ، والقبيلة ككنانة ، والعمارة كقريش ، والبطن كقصى ، والفخذ كهاشم ، والفصيلة كالعباس وكل واحد يجمع ما بعده ، فالشعب يجمع القبائل ، والعمارة تجمع البطون وهكذا ، وعليه فلا يجوز الاكتفاء بالفخذ ما لم ينسبها إلى الفصيلة ، والعمارة بكسر العين والشعب بفتح الشين فتح ملخصا (قوله كجدها) الأنسب أوجدها (قوله والمقصود الإعلام) قال فى الفتح : ولا يخفى أنه ليس المقصود من التعريف أن ينسب إلى أن يعرفه القاضى لأنه قد لا يعرفه وإن نسبه إلى مائة جد بل ليثبت الاختصاص ويزول الاشتراك ، فإنه قلما يتفق اثنان فى اسمهما واسم أبيهما وجدهما أو صناعتهما ولقبهما ، فما ذكر عن قاضيخان من أنه لو لم يعرف مع ذكر الجد لا يكتفى بذلك ، إلا وجه منه ما فى الفصولين من أن شرط التعريف ذكر ثلاثة أشياء ، غير أنهم اختلفوا فى اللقب

شهد بزور) بأن أقر على نفسه ولم يدع سهوا أو غلطا كما حرره ابن الكمال ، ولا يمكن إثباته بالبينة لأنه من باب النفي (عزر بالتشهير) وعليه الفتوى سراجية ، وزاد ضربه وحبسه مجمع . وفي البحر : وظاهر كلامهم أن للقاضي أن يسحم وجهه إذا رآه سياسة ، وقيل إن رجع مصراً ضرب إجماعا ، وإن تائبا لم يعزر إجماعا ، وتفويض مدة توبته لرأي القاضي على الصحيح لو فاسقا ، ولو عدلا أو مستورا لا تقبل شهادته أبدا .

قلت : وعن الثاني تقبل ، وبه يفتى عيني وغيره ، والله أعلم .

مع الاسم هل هما واحد أولا اه . والمراد بالثلاثة اسمه واسم أبيه وجده أو صناعته أو فخذه فإنه يكفي عن الجد خلافا لما في البزازية .

ففي الهداية : ثم التعريف وإن كان يتم بذكر الجد عندهما خلافا لأبي يوسف على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لأنه اسم الجد الأعلى أي في ذلك الفخذ الخاص ، فنزل منزلة الجد الأدنى وفي إيضاح الإصلاح وفي العجم ذكر الصناعة بمنزلة الفخذ لأنهم ضيعوا أنسابهم ، والأولى أن يقول بدل الأعلام رفع الاشتراك ، لأن الأعلام بأن يعرف غير مراد كما مر . والبحر عن البزازية : وإن كان معروفا بالاسم المجرد مشهورا كشهرة الإمام أبي حنيفة يكفي عن ذكر الأب والجد ، ولو كنى بلا تسمية لم يقبل إلا إذا كان مشهورا كالإمام (قوله شهد بزور) والرجال والنساء فيها سواء بحر عن كافي الحاكم (قوله بأن أقر على نفسه) قال في البحر : وقيد بإقراره لأنه لا يحكم به إلا بإقراره . وزاد شيخ الإسلام أن يشهد بموت واحد فيجيء حيا ، كذا في فتح القدير وبحث فيه الرملي في حاشية البحر .

واعترض بالإقرار صدر الشريعة بأنه قد يعلم بدونه ، كما إذا شهد بموت زيد أو بأن فلانا قتله ثم ظهر زيد حيا أو برؤية الهلال فمضى ثلاثون يوما ليس في السماء علة ولم ير الهلال . وأجاب في العناية بأنه لم يذكره إما لندرته وإما لأنه لا محيص له أن يقول كذبت أو ظننت ذلك فهو بمعنى كذبت لإقراره بالشهادة بغير علم . وفي اليعقوبية أيضا يمكن أن يحمل قوله لا يعلم إلا بإقرار على الحصر الإضافي بقرينة قوله لا يعلم بالبينة . وأجاب ابن الكمال بأن الشهادة بالموت تجوز بالتسامع وكذا بالنسب ، فيجوز أن يقول رأيت قتيلا سمعت الناس يقولون إنه عمرو ابن زيد . وأما الشهادة على رؤية الهلال فالأمر فيه أوسع اه . (قوله ولا يمكن إثباته) أي إثبات تزويره ، أما إثبات إقراره فممكن كما لا يخفى تأمل (قوله وزاد ضربه) قال في البحر : ورجح في فتح القدير قولهما وقال : إنه الحق (قوله أن يسحم) السحم بضم السين وسكون الحاء المهملتين السوداني كذا في الهامش (قوله إذا رآه سياسة) قدم الشارح في آخر باب حد القذف ما يخالف هذا حيث قال : واعلم أنهم يذكرون في حكم السياسة أن الإمام يفعلها ولم يقولوا القاضي فظاهره أن القاضي ليس له الحكم بالسياسة ولا العمل بها فليحرر فتال (قوله مصرا) قال في الفتح : واعلم أنه قد قيل إن المسألة على ثلاثة أوجه إن رجع على سبيل الإصرار ، مثل أن يقول لهم شهدت في هذه بالزور ولا أرجع عن مثل ذلك فإنه يعزر بالضرب بالاتفاق ، وإن رجع على سبيل التوبة لا يعزر إتفاقا ، وإن كان لا يعرف حاله فعلى الاختلاف المذكور ، وقيل لا خلاف بينهم فجوابه في التائب لأن المقصود من التعزير الانزجار وقد انزجر بداعي الله تعالى . وجوابهما فيمن لم يتب ولا يخالف فيه أبو حنيفة (قوله أبدا) لأن عدالته لا تعتمد مثلا على (قوله تقبل) أي من غير ضرب مرة كما في البحر عن الخلاصة قبيل قوله والأقلف . وفي الخانية : المعروف بالعدالة إذا شهد بزور عن أبي يوسف أنه لا تقبل شهادته أبدا لأنه لا تعرف توبته . وروى الفقيه : أبو جعفر أنه تقبل وعليه الاعتماد اه . وكلام الشارح صريح في أن الرواية الثانية عن أبي يوسف أيضا تأمل .

باب الرجوع عن الشهادة

(هو أن يقول رجعت عما شهدت به ونحوه ، فلو أنكرها لا) يكون رجوعا (و) الرجوع (شرطه مجلس القاضي) ولوغير الأول لأنه فسخ أو توبة وهي بحسب الجناية كما قال عليه الصلاة والسلام « السر بالسر والعلانية بالعلانية » (فلو ادعى) المشهود عليه (رجوعهما عند غيره وبرهن) أو أراد يمينهما (لايقبل) لفساد الدعوى ، بخلاف ما لو ادعى وقوعه عند قاض وتضمينه إياهما ملتقى أو برهن أنهما أقرا برجوعهما عند غير القاضي قبل وجعل إنشاء للحال ابن ملك (فإن رجعا قبل الحكم بها سقطت ولا ضمان) وعزر ولو عن بعضها لأنه فسق نفسه جامع الفصولين (وبعده لم يفسخ) الحكم (مطلقا) لترجحه بالقضاء (بخلاف ظهور الشاهد عبدا أو محدودا في قذف) فإن القضاء يبطل ويرد ما أخذ وتلزم الدية لو قصاصا ، ولا يضمن الشهود لما مر أن الحاكم إذا أخطأ فالغرم على المقتضى له شرح تكملة (وضمنا ما أتلفاه للمشهود عليه)

باب الرجوع عن الشهادة

(قوله فلو أنكرها) أي بعد القضاء (قوله مجلس القاضي) وتتوقف صحة الرجوع على القضاء به أو بالضمان خلافا لمن استبعده كما نبه عليه في الفتح : وفيه أيضا : ويتفرع على اشتراط المجلس أنه لو أقر شاهد بالرجوع في غير المجلس وأشهد على نفسه به وبالتزام المال لا يلزمه شيء ، ولو ادعى عليه بذلك لايلزمه إذا تصادقا أن لزوم المال عليه كان بهذا الرجوع (قوله لأنه فسخ) تعليل لاشتراط مجلس القاضي ، وقوله فسخ أي فيختص بما تختص به الشهادة من مجلس القاضي منح (قوله وهي) أي التوبة (قوله فلو ادعى) بيان لفائدة اشتراط مجلس القاضي (قوله عند غيره) أي عند غير القاضي ولو شرطيا كما في المحيط (قوله لا يقبل) أي ولايستحلف (قوله لفساد الدعوى) أي لأن مجلس القاضي شرط للرجوع فكان مدعيا رجوعا باطلا ، والبينة أو طلب اليمين إنما يكون بعد الدعوى الصحيحة (قوله وتضمينه) أي القاضي أي حكمه عليهما بالضمان (قوله سقطت) أي الشهادة فلا يقضي القاضي بها لتعارض الخبرين بلا مرجح للأول (قوله وعزر) قال في الفتح : قالوا يعزر الشهود سواء رجعوا قبل القضاء أو بعده ، ولا يخلو عن نظر لأن الرجوع ظاهر في أنه توبة عن تعمد الزور وإن تعمده أو السهو والعجلة إن كان أخطأ فيه ، ولا تعزير على التوبة ولا على ذنب ارتفع بها وليس فيه حد مقدر اه . وأجاب في البحر بأن رجوعه قبل القضاء قد يكون لقصد إتلاف الحق أو كون المشهود عليه غره بمال لا لما ذكره ، وبعد القضاء قد يكون لظنه بجهله أنه إتلاف على المشهود له مع أنه إتلاف لما له بالغرامة (قوله عن بعضها) كما لوشهدا بدار وبنائها أو بأتان وولدها ثم رجعا في البناء والولد لم يقض بالأصل منح (قوله مطلقا) قال في المنح : وقولي مطلقا يشمل ما إذا كان الشاهد وقت الرجوع مثل ما شهد في العدالة أو دونه أو أفضل منه ، وهكذا أطلق في أكثر الكتب متونا وشروحا وفتاوى . وفي المحيط يصح رجوعه لو حاله بعد الرجوع أفضل منه وقت الشهادة في العدالة وإلا لا ويعزر ورده في البحر . ونقل في الفتح أنه قول أبي حنيفة أولا ، وهو قول شيخه حماد ثم رجع إلى قولهما ، وعليه استقر المذهب ، وعزاه في البحر أيضا إلى كافي الحاكم (قوله لترجحه) الأولى لترجحها (قوله ويرد ما أخذ) أي إلى المقضي عليه بحر (قوله إذا أخطأ) وهنا أخطأ بعدم الفحص عن حال الشهود (قوله وضمنا ما أتلفاه) اعلم أن تضمين الشاهد لم ينحصر في رجوعه مثل ما إذا ذكر شيئا لازما للقضاء ثم ظهر بخلافه كما أوضحه في لسان الحكام وأشار إليه في البحر فراجعهما :

وذكر في البحر ما يسقط به ضمان الشاهد : ويؤخذ من قوله أتلفاه أنه لو لم يضف التلف إليهما لا يضمنان ،

لتسببهما تعديا مع تعذر تضمين المباشر لأنه كالملجأ إلى القضاء (قبض المدعى المال أولا به يفتى) بحر وبزازية وخلاصة وخزانة المفتين ، وقيده فى الوقاية والكنز والدرر والملتقى بما إذا قبض المال لعدم الإتلاف قبله ح وقيل إن المال عينا فكالأول ، وإن دينا فكالثانى وأقره القهستانى (والعبرة فيه لمن بقى) من الشهود (لا لمن رجع فإن رجع أحدهما ضمن النصف ، وإن رجع أحد ثلاثة لم يضمن ، وإن رجع آخر ضمنا النصف ، وإن رجعت امرأة من رجل وامرأتين

كما لو شهدا بنسب قبل الموت فمات المشهود عليه ورث المشهود له المال من المشهود عليه ثم رجعا لم يضمنا لأنه ورث بالموت وذلك لأن استحقاق الوارث المال بالنسب والموت والاستحقاق يضاف إلى آخرهما وجودا فيضاف للموت ذكره الزيلعى فى إقرار المريض سائحانى عن المقدسى :

قلت : وفى البحر عن العتابية شهدوا على أنه أبرأه من الدين ثم مات الغريم مفلسا ثم رجعا لم يضمنا للطالب لأنه توى ما عليه بالإفلاس اه (قوله لتسببهما) قال فى البحر : وفى إيجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفائه من المدعى لأن الحكم ماض فاعتبر التسبب اه . كذا فى الهامش (قوله لأنه كالملجأ) أى القاضى (قوله وقيده الخ) أى وكذا فى الهداية والمختار والإصلاح ومواهب الرحمن ، وجزم به فى الجوهرة وصاحب المجمع ، وأنت على علم بأن اقتصار أرباب المتون على قول ترجيح له ، وما فى المتون مقدم على ما فى الشروح فيقدم على ما فى الفتاوى بالأولى ، وما كان ينبغى للمصنف مخالفة عامة المتون ، وما نقله فى البحر عن الخلاصة أن ما فى الفتاوى هو قول الإمام الأخير لنا فيه كلامه وكأنه هو الذى غر المصنف (قوله فكالأول) أى يضمنه الشهود مطلقا قبضها المشهود له أولا لأن العين يزول ملك المشهود عليه عنها بالقضاء وفى الدين لايزول ملكه حتى يقبضه (قوله فكالثانى) أى لورجع الشهود قبل قبضه لايضمنون ولو بعده يضمنون (قوله ضمن النصف) إذ بشهادة كل منهما يقوم نصف الحجة فببقاء أحدهما على الشهادة تبقى الحجة فى النصف فيجب على الراجع ضمان ما لم تبق الحجة فيه وهو النصف ، ويجوز أن لايثبت الحكم ابتداء ببعض العلة ثم يبقى ببقاء بعض العلة ، كابتداء الحول لا ينعقد على بعض النصاب ويبقى منعقدا ببقاء بعض النصاب منح (قوله لم يضمن) أى الراجع (قوله ضمنا النصف) وفى المقدسى ، فإن قيل ينبغى أن يضمن الراجع الثانى فقط لأن التلف أضيف إليه : قلنا التلف مضاف إلى المجموع إلا أن رجوع الأول لم يظهر أثره لمانع وهو من بقى فإذا رجع الثانى ظهر أن التلف بهما :

أقول : تقدم فى الحدود عن المحيط إذا شهد على حد الرجم خمسة فرجع الخامس لا ضمان ، وإن رجع الرابع ضمنا الربع ، وإن رجع ثالث يضمن الرابع ، فقوله يضمن الثالث الربع مخالف لما هنا لأن المأخوذ من باب الرجوع فى الشهادة أن الخامس والرابع والثالث يضمنون النصف أثلاثا ، فما فى المحيط إما غلط أو ضعيف أو غير مشهور . وإذا شهد أربعة على شخص بأربعمائة درهم وقضى بها فرجع أحدهم عن مائة وآخر عن تلك المائة ومائة أخرى وآخر عن تلك المائتين ومائة أخرى فعلى الراجعين خمسون أثلاثا لأن الأول لم يرجع إلا عن مائة فبقى شاهدا بثلثمائة ، والرابع الذى لم يرجع شاهد بالثلثمائة كما هو شاهد بالمائة الرابعة أيضا فوجد نصاب الشهاد فى الثلثمائة فلا ضمان فيها . وأما المائة الرابعة لما بقى الرابع شاهدا بها ورجع البقية تنصفت لأن العبرة لمن بقى فيضمنون نصفها وهو الخمسون أثلاثا ، فإن رجع الرابع عن الجميع ضمنوا المائة أرباعا يعنى المائة التى اتفقوا على الرجوع عنها ، وغير الأول يضمن الخمسين التى اتفقوا على الرجوع عنها أثلاثا : ووجه عدم ضمان المائتين والخمسين أن الأول بقى شاهدا بثلثمائة والثالث بقى شاهدا بمائتين فالمائتان تم عليها النصاب وبقى على الثالثة شاهد واحد لم يرجع ،

ضمنت الربع ، وإن رجعتا فالنصف ، وإن رجع ثمان نسوة من رجل وعشر نسوة لم يضمن ، فإن رجعت أخرى ضمن) التسع (ربعه) لبقاء ثلاثة أرباع النصاب (فإن رجعوا فالغرم بالأسداس)وقالا عليهن النصف كما لو رجعن فقط (ولا يضمن راجع فى النكاح شهد بمهر مثلها) أو أقل إذ الإتلاف بعوض كلا إتلاف (وإن زاد عليه ضمناها) لو هى المدعية وهو المنكر عزمى زاده :

(ولو شهدا بأصل النكاح بأقل من مهر مثلها فلا ضمان) على المعتمد لتعذر المماثلة بين البضع والمال (بخلاف ما لو شهدا عليها بقبض المهر أو بعضه ثم رجعا) ضمنا لها لإتلافهما المهر (وضمنا فى البيع والشراء مانقص عن قيمة المبيع) لو الشهادة على البائع (أو زاد) لوالشهادة على المشترى للإتلاف بلاعوض، ولو شهدا بالبيع وبنقد الثمن ، فلو فى شهادة واحدة

ولكن لما رجع الثلاثة غيره تنصفت فضمنوا الخمسين أثلاثا سائحانى ، وقوله والثالث بقى شاهد العلة والثانى والمسألة مذكورة فى البحر عن المحيط موجهة بعبارة أخرى فراجعه (قوله ضمنت الربع) إذ بقى على الشهادة من يبقى به ثلاثة الأرباع منح (قوله فإن رجعوا) أى رجع الكل من الرجل والنساء (قوله بالأسداس) السدس على الرجل وخمسة الأسداس على النسوة ، لأن كل امرأتين تقوم مقام رجل واحد (قوله فقط) لأنهن وإن كثرن بمنزلة رجل واحد (قوله ولا يضمن راجع الخ) هذه المسألة على ستة أوجه ، لأنهما إما أن يشهدا بمهر المثل أو بأزيد أو بأنقص ، وعلى كل فالمدعى إما هى أو هو ، ولا ضمان إلا فى صورة ما إذا شهدا عليه بأزيد ، ولو قال المصنف بعد قوله ضمناها للزوج كما فى المنح لأفاد جميع الصور خمسة منطوقا وواحدة مفهوما ولا غنى عما نقله الشارح عن العزمية ، وكان عليه أيضا أن يقول وإن بأقل ويحذف ، ولو شهدا بأصل النكاح لإيهامه أن الشهادة فى الأول ليست على أصله ، وعلى كل فقول الشارح أو أقل تكرار كما لايخفى :

قال الحلبى : فلو قال المتن ويضمن الزيادة بالرجوع من شهد على الزوج بالنكاح بأكثر من مهر المثل لاستوفى الستة واحدا منطوقا وخمسة مفهوما ، ثم ظهر لى أن المصنف أظهر ما خفى وأخفى ما ظهر من هذه الصور فذكر عدم الضمان فى الشهادة بمهر المثل ويلزم منه عدمه فى الشهادة بالأقل وصرح بضمان الزيادة ، وهذا كله لو هى المدعية كما نبه عليه الشارح وأشار به إلى أن مابعده فيما لو كان هو المدعى ، فذكر المصنف بعده أنه لا ضمان لو شهدا بأقل من مهر المثل وسكت عما لو شهدا بمهر المثل أو أكثر للعلم بأنه لا ضمان بالأولى، لأن الكلام فيما إذا كان هو المدعى ، ولم يصرح به الشارح كما صرح بالأقل فى الأول اعتمادا على ظهور المراد فتنبه (قوله على المعتمد) خلافا لما فى المنظومة النسفية وشرحها ، وتبعهما صاحب المجمع حيث ذكروا أنهما يضمنان عندهما خلافا لأبى يوسف :

قال فى الفتح : وما فى الهداية وشروحها هو المعروف ولم ينقلوا سواه ، وهو المذكور فى الأصول كالمبسوط وشرح الطحاوى والذخيرة وغيرها ، وإنما نقلوا فيها خلاف الشافعى ، فلوكان لهم شعور بالخلاف فى المذهب لم يعرضوا عنه بالكلية ولم يشتغلوا بنقل خلاف الشافعى (قوله ولوشهدا بالبيع) قال العينى : فإن شهدا بالبيع بألف مثلا فقضى به القاضى ثم شهدا عليه بعد القضاء بقبض الثمن فقضى به ثم رجعا عن الشهادتين ضمنا الثمن ، وإن كان أقل من قيمة المبيع يضمنان الزيادة أيضا مع ذلك ، وإن شهدا عليه بالبيع وقبض الثمن جملة واحدة فقضى به ثم رجعا عن شهادتهما تجب عليهما القيمة فقط ح ، ولا يظهر تفاوت بين المسألتين فى الحكم بالضمان لأنه فيهما

ضمنا القيمة ، ولو فى شهادتين ضمنا الثمن عينى :

(ولو شهدا على البائع بالبيع بألفين إلى سنة وقيمته ألف ، فإن شاء ضمن الشهود قيمته حالا ، وإن شاء أخذ المشترى إلى سنة وأياما اختار برىء الآخر) وتمامه فى خزانة المفتين (وفى الطلاق قبل وطء وخلوة ضمنا نصف المال) المسمى (أو المتعة) إن لم يسم (ولو شهدا أنه طلقها ثلاثا وآخران أنه طلقها واحدة قبل الدخول ثم رجعوا فضمان نصف المهر على شهود الثلاث لا غير) للحرمة الغليظة (ولو بعد وطء أو خلوة فلا ضمان) ولو شهدا بالطلاق قبل الدخول وآخران بالدخول ثم رجعوا ضمن شهود الدخول ثلاثة أرباع المهر وشهود الطلاق ربعه اختيار :

(ولو شهدا بعتق فرجعا ضمنا القيمة) لمولاه (مطلقا) ولو معسرين لأنه ضمان إتلاف (والولاء للمعتق) لعدم تحول العتق إليهما بالضمان فلا يتحول الولاء هداية (وفى التدبير ضمنا مانقصه) وهو ثلث قيمته ، ولو مات المولى عتق من الثلث ولزمهما بقية قيمته ، وتمامه فى البحر (وفى الكتابة

يضمن القيمة لأنه فى الأولى إن كان الثمن مثل القيمة فيها وإن كان أقل منها يضمنان الزيادة أيضا اه (قوله ضمنا القيمة) لأن المقضى به البيع دون الثمن لأنه لا يمكن القضاء بإيجاب الثمن لاقترانه بما يوجب سقوطه وهو القضاء بالإيفاء ، ولذا قلنا لو شهدا أنه باع من هذا عبده وأقاله بشهادة واحدة لايقضى بالبيع لمقارنة مايوجب انفساخه وهو القضاء بالإقالة فتح ، وقوله ضمنا الثمن لأن القضاء بالثمن لا يقارنه ما يسقطه لأنهما لم يشهدا بالإيفاء بل شهدا به بعد ذلك ، وإذا صار الثمن مقضيا به ضمناه برجوعهما فتح . زاد الزيلعى : وإن كان الثمن أقل من قيمة المبيع يضمنان الزيادة أيضا مع ذلك لأنهما أتلفا عليه هذا القدر بشهادتهما الأولى اه . (قوله وتمامه فى خزانة المفتين) عبارتها كما فى المنح ، فإن اختار الشهود رجعوا بالثمن على المشترى ويتصدقون بالفضل ، فإن رد المشترى المبيع بعيب بالرضا أو تقايلا رجع على البائع بالثمن ولا شىء على الشهود ، وإن رد بقضاء فالضمان على الشهود بحاله وإن أديا رجعا بما أديا اه (قوله ضمنا نصف المال المسمى أو المتعة الخ) لأنهما أكدا ضمانا على شرف السقوط ، ألا ترى أنها لو طاوعت ابن الزوج أو ارتدت سقط المهر أصلا منح (قوله قبل الدخول) قيد فى الشهادتين ح (قوله لا غير) لأنه لم يقض بشهادة شهود الواحدة لأنه لا يفيد ، لأن حكم الواحدة حرمة خفيفة وحكم الثلاث حرمة غليظة منح (قوله فلا ضمان) لتأكد المهر بالدخول فلم يقرروا عليه ماكان على شرف السقوط ح (قوله ضمن شهود الدخول الخ) لأنهم قرروا عليه بشهادتهم جميع المهر وقد كان جميعه على شرف السقوط ، وهذا يقتضى أن يضمنا جميعه لكن شهود الطلاق قبل الدخول قرروا عليه نصف المهر وقد كان على شرف السقوط وقد اختص الفريق الأول بضمان نصف وتنازع مع الفريق الثانى فى ضمان النصف الآخر فيقسم عليهما فيصيب الأول ثلاثة أرباع والثانى ربع ح كذا فى الهامش (قوله اختيار) علله بأن الفريقين اتفقا على النصف فيكون على كل فريق ربعه والفرد شهود الدخول بالنصف فينفردون بضمانه اه :

فقال وفى البحر عن المحيط : ولو رجع شاهدا الطلاق لا ضمان عليهما لأنهما أوجبا نصف المهر وشاهد الدخول لا غير يجب عليهما نصف المهر لأنه يثبت بشهادة شهود الطلاق نصف المهر وتلف بشاهدى الدخول نصف المهر ، وإن رجع من كل طائفة واحد لا يجب على شاهدى الطلاق شىء ويجب على شاهدى الدخول الربع اه (وقوله لأنه ضمان إتلاف) بخلاف ضمان الإعتاق لأنه لم يتلف إلا ملكه ولزم منه فساد ملك صاحبه فضمنه الشارع صلة ومواساة له (قوله بقية قيمته) فإن لم يكن له مال غير العبد عتق ثلثه وسعى فى ثلثه وضمن الشاهدان ثلث القيمة بغير عوض ولم يرجعا به على العبد ، فإن عجز العبد عن الثلثين يرجع به الورثة على الشاهدين

يضمنان قيمته) كلها ، وإن شاء اتبع المكاتب (ولا يعتق حتى يؤدى ماعليه إليهما) وتصدقا بالفضل والولاء لمولاه ، ولو عجز عاد لمولاه ورد قيمته على الشهود (وفى الاستيلاد يضمنان نقصان قيمتها) بأن تقوم قنة وأم ولد لو جاز بيعها فيضمنان ما بينهما (فإن مات المولى عتقت وضمنا) بقية (قيمتها) أمة (للورثة) وتمامه فى العينى (وفى القصاص الدية) فى مال الشاهدين وورثاه (ولم يقتصا) لعدم المباشرة، ولو شهدا بالعفو لم يضمنا لأن القصاص ليس بمال اختيار (وضمن شهود الفرع برجوعهم) لإضافة التلف إليهم (لا شهود الأصل بقولهم) بعد القضاء (لم نشهد الفروع على شهادتنا أو أشهدناهم وغلطنا) وكذا لو قالوا رجعنا عنها لعدم إتلافهم ولا الفروع لعدم رجوعهم (ولا اعتبار بقول الفروع) بعد الحكم (كذب الأصول أو غلطوا) فلا ضمان ، ولو رجع الكل ضمن الفرع فقط (وضمن المزكون) ولو الدية (بالرجوع) عن التزكية (مع علمهم بكونهم عبيدا) خلافا لهما (أما مع الخطإ فلا) إجماعا بحر (وضمن شهود التعليق) قيمة القن ونصف المهر لو قبل الدخول (لا شهود الإحصان) لأنه شرط ، بخلاف التزكية لأنها علة (والشرط) ولو وحدهم على الصحيح عينى ؛ قال : وضمن شاهدا الإيقاع لا التفويض لأنه علة والتفويض سبب اهـ ؛

ويرجع به الشاهد على العبد عندهما بحر (قوله يضمنان قيمته) والفرق أنهما بالكتابة حالا بين المولى وبين مالية العبد بشهادتهما غاصبين فيضمنان قيمته بخلاف التدبير فإنه لا يحول بل تنقص ماليته فتح (قوله على الشهود) قال فى البحر بعد نقله ذلك عن المحيط : وبه علم أن ما فى فتح القدير من أن الولاء للذين شهدوا عليه بالكتابة سهو اهـ (قوله وورثاه) أى المشهود عليه لو كانا وارثين له (قوله لا شهود الأصل الخ) قال المصنف فى وجهه لأنهم أنكروا أى شهود الأصل السبب وهو الإشهاد وذلك لا يبطل القضاء لأنه خبر يحتمل الصدق والكذب فصار كرجوع الشاهد بعد القضاء لا ينقض به الشهادة لهذا بخلاف ما إذا أنكروا الإشهاد قبل القضاء لا يقضى بشهادة الفرعين كما إذا رجعوا قبله فتح (قوله فلا ضمان) لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم إنما شهدوا على غيرهم بالرجوع منح (قوله وضمن المزكون) قال فى البحر : وأطلق ضمانهم فشمل الدية لو زكوا شهود الزنا فرجم فإذا الشهود عبيد أو مجوس فالدية على المزكين عنده (قوله بكونهم عبيدا) بأن قالوا علمنا أنهم عبيد ومع ذلك زكيناهم ، وقيل الخلاف فيما إذا أخبر المزكون بالحرية بأن قالوا هم أحرار ، أما إذا قالوا هم عدول فبانوا عبيدا لا يضمنون إجماعا لأن العبد قد يكون عدلا جوهرة (قوله أما مع الخطأ) بأن قال أخطأت فى التزكية (قوله وضمن شهود التعليق) قال فى البحر : لأنهم شهود العلة إذ التلف يحصل بسببه وهو الإعتاق والتطليق وهم أثبتوه وأطلقه فشمل تعليق العتق والطلاق ، فيضمن فى الأول القيمة وفى الثانى نصف المهر إن كان قبل الدخول كذا فى الهامش (قوله والشرط) اعلم أن الشرط عند الأصوليين مايتوقف عليه الوجود وليس بمؤثر فى الحكم ولا مفض إليه ، والعلة هى المؤثرة فى الحكم والسبب هو المفضى إلى الحكم بلا تأثير ، والعلامة ما دل على الحكم وليس الوجود متوقفا عليه ، وبهذا ظهر أن الإحصان شرط كما ذكر الأكثر لتوقف وجوب الحد عليه منح كذا فى الهامش (قوله شاهدا الإيقاع) قال فى منية المفتى : شهدا على أنه أمر امرأته أن تطلق نفسها وآخران أنها طلقت نفسها وذلك قبل الدخول ثم رجعوا فالضمان على شهود الطلاق لأنهما أثبتا السبب والتفويض شرط كونه سببا بحر كذا فى الهامش (قوله لا التفويض) أى تفويض الطلاق إلى المرأة أو تفويض العتق إلى العبد وشهد آخران أنها طلقت وأن العبد عتق الخ شمني مدني ؛

كتاب الوكالة

مناسبته أن كلا من الشاهد والوكيل ساع فى تحصيل مراد غيره

(التوكيل صحيح) بالكتاب والسنة ، قال تعالى - فابعثوا أحدكم بورقكم - ووكل عليه الصلاة والسلام حكيم بن حزام بشراء ضحية ، وعليه الاجماع ، وهو خاص وعام

كتاب الوكالة

(قوله التوكيل صحيح) لم يذكر ما يصير به وكيلا ولا الفرق بين الوكيل والرسول ، وحررته فى بيوع تنقيح الحامدية . قال مجرد هذه الحواشى : ذكر المؤلف رحمه الله فى الحامدية فى الخيارات سؤالا طويلا وذيله بالفرق ، وها أنا أذكر السؤال من أصله تتميما للفائدة :

قال رحمه الله : سئل فى رجل اشترى من آخر نصف أغنام معلومة ولم يرها ووكل زيدا بقبضها ورآها زيد ويزعم الرجل أن له خيار الرؤية إذا رآها ، وإن رآها وكيله بالقبض فهل نظر الوكيل بالقبض مسقط خيار رؤية الموكل ؟ الجواب نعم ، وكفى رؤية وكيل قبض ووكيل شراء لارؤية رسول المشترى تنوير من خيار الرؤية ، ونظر الوكيل بالقبض : أى قبض المبيع سقط عند أبى حنيفة خيار رؤية الموكل كالوكيل بالشراء ، يعنى كما أن نظر الوكيل بالشراء يسقط خياره . وقالا : هو كالرسول ، يعنى نظر الوكيل بالقبض كنظر الرسول فى أنه لا يسقط الخيار ، قيد بالوكيل بالقبض لأنه لو وكل رجلا بالرؤية لا تكون رؤيته كرؤية الموكل اتفاقا كذا فى الخانية الخ ما ذكره الشارح ابن ملك ، والمسألة فى المتون وأطال فيها فى البحر فراجعه : وصورة التوكيل بالقبض كن وكيلا عنى بقبض ما اشتريته وما رأيته كذا فى الدرر :

أقول : ولم يذكر الفرق بين الوكيل والرسول وهو لازم . قال فى البحر : وفى المعراج : قيل الفرق بين الرسول والوكيل أن الوكيل لايضيف العقد إلى الموكل والرسول لايستغنى عن إضافته إلى المرسل . وفى الفوائد : صورة التوكيل أن يقول المشترى لغيره ، كن وكيلا فى قبض المبيع أو وكلتك بقبضه . وصورة الرسول أن يقول كن رسولا عنى فى قبضه أوأرسلتك لتقبضه أوقل لفلان أن يدفع المبيع إليك ، وقيل لافرق بين الرسول والوكيل فى فصل الأمر ، بأن قال اقبض المبيع فلا يسقط الخيار اه كلام البحر ، وكتبت فيما علقته عليه أن قوله وفى الفوائد الخ لاينافى ما قبله لأن الأول فى الفرق بين الرسول والوكيل ، فالرسول لا بد له من إضافة العقد إلى مرسله ، لما مر عن الدرر من أنه معبر وسفير ، بخلاف الوكيل فإنه لا يضيف العقد إلى الموكل إلا فى مواضع كالنكاح والخلع والهبة والرهن ونحوها ، فإن الوكيل فيها كالرسول ، حتى لو أضاف النكاح لنفسه كان له ، وما فى الفوائد بيان لما يصير به الوكيل وكيلا والرسول رسولا .

وحاصله أنه يصير وكيلا بألفاظ الوكالة ، ويصير رسولا بألفاظ الرسالة وبالأمر ، لكن صرح فى البدائع أن افعل كذا وأذنت لك أن تفعل كذا توكيل ، ويؤيده ما فى الولوالجية : دفع له ألفا وقال اشتر لى بها أو بع أو قال اشتر بها أو بع ولم يقل لى كان توكيلا ، وكذا اشتر بهذا الألف جارية ، وأشار إلى مال نفسه ، ولو قال اشتر هذه الجارية بألف درهم كان مشورة والشراء للمأمور إلا إذا زاد على أن أعطيك لأجل شرائك درهما ، لأن اشتراط الأجر له يدل على الإنابة اه . وأفاد أنه ليس كل أمر توكيلا بل لا بد مما يفيد كون فعل المأمور بطريق النيابة عن الآمر فليحفظ اه هذا جميع ماكتبه نقلته ، وبالله التوفيق (قوله ووكل عليه الصلاة والسلام الخ) رواه أبو داود بسند فيه مجهول ، ورواه الترمذى عن حبيب بن أبى ثابت عن حكيم وقال لا نعرفه إلا من هذا

كأنت وكيلي فى كل شيء عم الكل حتى الطلاق قال الشهيد : وبه يفتى ، وخصه أبو الليث بغير طلاق وعتاق ووقف ، واعتمده فى الأشباه ، وخصه قاضيخان بالمعاوضات ، فلا يلى العتق والتبرعات وهو المذهب كما فى تنوير البصائر وزواهر الجواهر ، وسيجيء أن به يفتى ، واعتمده فى الملتقط فقال : وأما الهبات والعتاق فلا يكون وكيلا عند أبى حنيفة خلافا لمحمد .

وفى الشرنبلالية : ولو لم يكن للموكل صناعة معروفة فالوكالة باطلة (وهو إقامة الغير مقام نفسه) ترفها أو عجزا (فى تصرف جائز معلوم ،

الوجه ، وحبيب لم يسمع عندى من حكيم إلا أن هذا داخل فى الإرسال عندنا فيصدق قول المصنف : أى صاحب الهداية صح إذا كان حبيب إماما ثقة فتح (قوله كأنت وكيلي فى كل شيء) نقل فى الشرنبلالية وغيرها عن قاضيخان : لو قال لغيره أنت وكيلي فى كل شيء أو قال أنت وكيلي بكل قليل وكثير يكون وكيلا بحفظ لا غير هو الصحيح ، ولو قال أنت وكيلي فى كل شيء جائز أمرك يصير وكيلا فى جميع التصرفات المالية كبيع وشراء وهبة وصدقة .

واختلفوا فى طلاق وعتاق ووقف ، فقيل يملك ذلك لإطلاق تعميم اللفظ ، وقيل لا يملك ذلك إلا إذا دل دليل سابقة الكلام ونحوه وبه أخذ الفقيه أبو الليث اهـ . وبه يعلم ما فى كلام الشارح سابقا ولاحقا فتدبر ، ولابن نجيم رسالة سماها [المسألة الخاصة فى الوكالة العامة] ذكر فيها ما فى الخانية وما فى فتاوى أبى جعفر ثم قال : وفى البزازية أنت وكيلي فى كل شيء جائز أمرك ملك الحفظ والبيع والشراء ويملك الهبة والصدقة ، حتى إذا أنفق على نفسه من ذلك المال جاز حتى يعلم خلافه من قصد الموكل . وعن الإمام تخصيصه بالمعاوضات ، ولا يلى العتق والتبرع ، وعليه الفتوى ، وكذا لو قال طلقت امرأتك ووهبت ووقفت أرضك فى الأصح لا يجوز اهـ . وفى الذخيرة أنه توكيل بالمعاوضات لا بالإعتاق والهبات ، وبه يفتى اهـ .

وفى الخلاصة كما فى البزازية : والحاصل أن الوكيل وكالة عامة يملك كل شيء إلا الطلاق والعتاق والوقف والهبة والصدقة على المفتى به ، وينبغى أن لا يملك الإبراء والحط عن المديون لأنهما من قبيل التبرع فدخلا تحت قول البزازى أنه لا يملك التبرع ، وظاهر أنه يملك التصرف فى مرة بعد أخرى وهل له الإقراض والهبة بشرط العوض فإنهما بالنظر إلى الابتداء تبرع ، فإن القرض عارية ابتداء معاوضة انتهاء والهبة بشرط العوض هبة ابتداء معاوضة انتهاء ، وينبغى أن لا يملكهما الوكيل بالتوكيل العام لأنه لا يملكهما إلا من يملك التبرعات ، ولذا لا يجوز إقراض الوصى مال اليتيم ولا هبته بشرط العوض وإن كانت معاوضة فى الانتهاء ، وظاهر العموم أنه يملك قبض الدين واقتضاءه وإيفاءه والدعوى بحقوق الموكل وسماع الدعوى بحقوق على الموكل والأقارير على الموكل بالديون ، ولا يختص بمجلس القاضى لأن ذلك فى الوكيل بالخصومة لا فى العام .

فإن قلت : لو وكله بصيغة وكلتك وكالة مطلقة عامة فهل يتناول الطلاق والعتاق والتبرعات؟ قلت : لم أره صريحا والظاهر أنه لا يملكها على المفتى به لأن من الألفاظ ما صرح قاضيخان وغيره بأنه توكيل عام ومع ذلك قالوا بعدمه اهـ ما ذكره ابن نجيم فى رسالته ملخصا ، وقد ساقها الفتال فى حاشيته برمتها (قوله وفى الشرنبلالية) عبارتها نقلا عن الخانية : وفى فتاوى الفقيه أبو جعفر رجل قال لغيره وكلتك فى جميع أمورى وأقمتك مقام نفسى لا تكون الوكالة عامة ، ولو قال : وكلتك فى جميع أمورى التى يجوز بها التوكيل كانت الوكالة عامة تتناول البياعات والأنكحة . وفى الوجه الأول إذا لم تكن عامة ينظر ، إن كان الرجل يختلف ليس له صناعة معروفة فالوكالة

فلو جهل ثبت الأدنى وهو الحفظ ممن يملكه) أى التصرف نظرا إلى أصل التصرف ، وإن امتنع فى بعض الأشياء بعارض النهى ابن كمال (فلا يصح توكيل مجنون وصبى لايعقل مطلقا وصبى يعقل بـ) تصرف ضار (نحو طلاق وعتاق وهبة وصدقة ، وصح بما ينفعه) بلا إذن وليه (كقبول هبة ، و) صح (بما تردد بين ضرر ونفع كبيع وإجارة إن مأذونا وإلا توقف على إجازة وليه) كما لو باشره بنفسه (ولا يصح توكيل عبد محجور . وصح لو مأذونا أو مكاتبا ، وتوقف توكيل مرتد ، فإن أسلم نفذ ، وإن مات أو لحق أو قتل لا) خلافا لهما (و) صح (توكيل مسلم ذميا ببيع خمر أو خنزير) وشرائهما كما مر فى البيع الفاسد (ومحرم حلالا ببيع صيد وإن امتنع عنه الموكل لعارض) النهى كما قدمنا فتنبه :

ثم ذكر شرط التوكيل فقال (إذا كان الوكيل يعقل العقد ولو صبيا أو عبدا محجورا) لا يخفى أن الكلام الآن فى صحة الوكالة لا فى صحة بيع الوكيل فلذا لم يقل ويقصد تبعا للكنز :

ثم ذكر ضابط الموكل فيه فقال

باطلة ، وإن كان الرجل تاجرا تجارة معروفة تنصرف إليها اه .

وبه يعلم ما فى كلام الشارح ، إذ صورة البطلان ليست فى قوله أنت وكيلى فى كل شىء كما بنى عليه الشارح هذه العبارات بل فى غيرها وهى وكلتك فى جميع أمورى الخ إلا أن يقال هما سواء فى عدم العموم ، ولكن مبنى كلامه على أن ما ذكره عام ولكنك قد علمت ما فيه مما نقلناه سابقا أن ما ذكره ليس مما الكلام فيه اه (قوله فلو جهل) كما لو قال وكلتك بمالى منح (قوله نظرا إلى أصل التصرف الخ) جواب عما يرد على هذا الشرط وهو توكيل المسلم ذميا ببيع خمر أو خنزير وتوكيل المحرم حلالا ببيع الصيد لأنه صحيح عنده ولا يملكه الموكل من (قوله فلا يصح توكيل مجنون) مصدر مضاف للفاعل (قوله بتصرف) متعلق بتوكيل (قوله إن مأذونا) أى إن كان الصبى الموكل مأذونا (قوله توكيل عبد) مضاف لفاعله (قوله توكيل مرتد) بخلاف توكله عن غيره كما سنذكره (قوله وإن امتنع عنه الموكل الخ) ومثله ما لو اشترى عبدا شراء فاسدا وأعتقه قبل قبضه لا يصح ، ولو أمر البائع بإعتاقه يصح لأنه يصير قابضا اقتضاء كما قدمه فى البيع الفاسد (قوله فتنبه) أشار به إلا أنه لا تنافى بين كلاميه كما قدمه (قوله ثم ذكر) عطف على محذوف : أى ذكر شرط الموكل به والموكل ثم ذكر الخ تأمل (قوله يعقل العقد) أى يعقل أن البيع سالب للمبيع جالب للثمن وأن الشراء بالعكس ح . وفى البحر : وما يرجع إلى الوكيل فالعقل فلا يصح توكيل مجنون وصبى لا يعقل لا البلوغ والحرية وعدم الردة ، فيصح توكيل المرتد ولا يتوقف لأن المتوقف ملكه والعلم للوكيل بالتوكيل ، فلو وكله ولم يعلم فتصرف توقف على إجازة الموكل أو الوكيل بعد علمه اه (قوله ولو صبيا) قال فى جامع أحكام الصغار : فإن كان الصبى مأذونا فى التجارة فصار وكيلا بالبيع بثمن حال أو مؤجل فباع جاز بيعه ولزمته العهدة ، وإن كان وكيلا بالشراء ، فإن كان بثمن مؤجل لا تلزمه العهدة قياسا واستحسانا وتكون العهدة على الآمر حتى أن البائع يطالب الآمر بالثمن دون الصبى ، وإن وكله بالشراء بثمن حال فالقياس أن لاتلزمه العهدة. وفى الاستحسان تلزمه اه فتال ، وتمامه فى البحر فى شرح قوله والحقوق فيما يضيفه الوكيل إلى نفسه الخ فراجعه (قوله محجورا) صفة للصبى والعبد كذا فى الهامش (قوله فلذا لم يقل ويقصده) أى البيع احترازا عن بيع الهازل والمكره كما ذكره صاحب الهداية كذا فى الهامش (قوله تبعا للكنز) أى حال كونه تابعا فى عدم القول للكنز ، وذكره صاحب الهداية محترزا به عن بيع الهازل والمكره ح (قوله ثم ذكر ضابط الموكل فيه) أى ما ذكره المصنف ضابط لاحد فلا يرد عليه أن المسلم لا يملك بيع الخمر ويملك توكيل الذمى به لأن إبطال القواعد بإبطال الطرد لا العكس ، ولا يبطل طرده عدم توكيل الذمى مسلما ببيع خمره ، وهو يملكه

(بكل مايباشره) الموكل (بنفسه) لنفسه فشمل الخصومة فلذا قال (فصح بخصومة فى حقوق العباد برضا الخصم) وجوازه بلا رضاه ، وبه قالت الثلاثة ، وعليه فتوى أبى الليث وغيره ، واختاره العتابى . وصححه فى النهاية ، والمختار للفتوى تفويضه للحاكم درر (إلا أن يكون) الموكل (مريضا) لايمكنه حضور مجلس الحكم بقدميه ابن كمال (أو غائبا مدة سفر أو مريدا له) ويكفى قوله أنا أريد السفر ابن كمال (أو مخدرة) لم تخالط الرجال كما مر (أو حائضا) أو نفساء (والحاكم بالمسجد) إذا لم يرض الطالب بالتأخير بحر (أو محبوسا من غير حاكم) هذه (الخصومة) فلومنه فليس بعذر بزازية بحثا (أو لا يحسن الدعوى) خانية (لا) يكون من الأعذار (إن كان) الموكل (شريفا خاصم من دونه) بل الشريف وغيره سواء بحر

لأنه يملك التوصل به بتوكيل الذمى به فصدق الضابط لأنه لم يقل كل عقد يملكه يملك توكيل كل أحد به بل التوصل به فى الجملة ، وتمامه فى البحر (قوله بكل) متعلق بقول الماتن أول الباب التوكيل صحيح لنفسه أخرج الوكيل فإنه لا يوكل مع أنه يباشر بنفسه (قوله فشمل الخصومة) تفريع على قوله بكل ما يباشره ، وهو أولى من قول الكنز بكل ما يعقد لشموله العقد وغيره كما فى البحر : أى كالخصومة والقبض (قوله فصح بخصومة) شمل بعضا معينا وجميعها كما فى البحر : وفيه عن منية المفتى ، ولو وكله فى الخصومة له لا عليه ، فله إثبات ما للموكل فلو أراد المدعى عليه الدفع لم يسمع .

قال : فالحاصل أنها تتخصص بتخصيص الموكل وتعمم بتعميمه . وفى البزازية : ولو وكله بكل حق هو له وبخصومته فى كل حق له ولم يعين المخاصم به والمخاصم فيه جاز اه وتمامه فيه (قوله برضا الخصم) شمل الطالب والمطلوب بحر (قوله وجوّزاه الخ) قال فى الهداية : لا خلاف فى الجواز إنما الخلاف فى اللزوم، يعنى هل ترتد الوكالة برد الخصم عند أبى حنيفة نعم وعندهما لا ويجبر جوهرة (قوله وعليه فتوى أبى الليث) أفتى الرملى بقول الإمام الذى عليه المتون واختاره غير واحد (قوله تفويضه للحاكم) بحث فيه فى البزازية ، فانظر ما فى البحر : وفى الزيلعى : أى أن القاضى إذا علم من الخصم التعنت فى الإباء عن قبول التوكيل لا يمكنه من ذلك ، وإن علم من الموكل قصد الإضرار لخصمه لا يقبل منه التوكيل إلا برضا اه (قوله لا يمكنه حضور مجلس الحكم) وإن قدر على الحضور على ظهر الدابة أو ظهر إنسان ، فإن ازداد مرضه بذلك لزم توكيله ، فإن لم يزد قيل على الخلاف والصحيح لزومه كذا فى البزازية بحر (قوله ويكفى قوله أنا أريد السفر) قال فى البحر ، وفى المحيط : وإرادة السفر أمر باطنى فلابد من دليلها ، وهو إما تصديق الخصم بها أو القرينة الظاهرة ، ولا يقبل قوله إنى أريد السفر لكن القاضى ينظر فى حاله وفى عدته فإنه لا يخفى هيئة من يسافر ، كذا ذكره الشارح . وفى البزازية : وإن قال أخرج بالقافلة الفلانية سألهم عنه كما فى فسخ الإجارة . وفى خزانة المفتين : وإن كذبه الخصم فى إرادته السفر يحلفه القاضى بالله إنك تريد السفر اه (قوله إذا لم يرض الطالب) قال فى الجوهرة : إن كانت هى طالبة قبل منها التوكيل بغير رضا الخصم ، وإن كانت مطلوبة إن أخرها الطالب حتى يخرج القاضى من المسجد لا يقبل منها التوكيل بغير رضا الخصم الطالب لأنه لا عذر لها إلى التوكيل اه (قوله بزازية بحثا) عبارتها وكونه محبوسا من الأعذار يلزمه توكيله ، فعلى هذا لو كان الشاهد محبوسا له أن يشهد على شهادته . قال القاضى: إن فى سجن القاضى لا يكون عذرا لأنه يخرجه حتى يشهد ثم يعيده ، وعلى هذا يمكن أن يقال فى الدعوى أيضا كذلك بأن يجيب عن الدعوى ثم يعاد اه .

قلت : ولا يخفى أنه مفهوم عبارة المصنف وهى ليست من عنده بل واقعة فى كلام غيره والمفاهيم حجة ، بل صرح به فى الفتح حيث قال : ولو كان الموكل محبوسا فعلى وجهين : إن كان فى حبس هذا القاضى لا يقبل

(وله الرجوع عن الرضا قبل سماع الحاكم الدعوى) لا بعده قنية (ولو اختلفا فى كونها مخدرة إن من بنات الأشراف فالقول لها مطلقا) ولو ثيبا فيرسل أمينه ليحلفها مع شاهدين بحر وأقره المصنف (وإن من الأوساط فالقول لها لو بكرا، وإن) هى (من الأسافل فلا فى الوجهين) عملا بالظاهر بزازية (و) صح (بإيفائها و) كذا بـ (استيفائها إلا فى حد وقود) بغيبة موكله عن المجلس ملتقى (وحقوق عقد لابد من إضافته) أى ذلك العقد (إلى الوكيل كبيع وإجارة وصلح ، عن إقرار يتعلق به) ما دام حيا ولو غائبا ابن ملك (إن لم يكن محجورا كتسليم مبيع وقبضه وقبض ثمن ورجوع به عند استحقاقه وخصومة فى عيب بلا فصل بين حضور موكله وغيبته) لأنه العاقد حقيقة وحكما ، لكن فى الجوهرة : لو حضرا فالعهدة على آخذ الثمن لا العاقد فى أصح الأقاويل ، ولو أضاف العقد إلى الموكل تتعلق الحقوق بالموكل اتفاقا ابن ملك فليحفظ ، فقوله لابد فيه ما فيه ولذا قال ابن الكمال

التوكيل بلا رضاه لأن القاضي يخرجه من السجن ليخاصم ثم يعيد ، وإن كان فى حبس الوالى ولا يمكنه الوالى من الخروج للخصومة يقبل منه التوكيل اهـ (قوله وله) أى المدعى عليه (قوله فيرسل أمينه) أى القاضى (قوله فالقول لها) أى إذا وجب عليها يمين (قوله فى الوجهين) أى فيما إذا كانت بكرا أو ثيبا (قوله وصح بإيفائها) أى حقوق العباد ، أى يصح التوكيل بإيفاء جميع الحقوق واستيفائها إلا فى الحدود والقصاص لأن كلا منهما يباشره بنفسه فيملك التوكيل به ، بخلاف الحدود والقصاص فإنها تندرئ بالشبهات ، والمراد بالإيفاء هنا دفع ما عليه وبالاستيفاء القبض منح (قوله إلا فى حد وقود) استثناء من قوله وبإيفائها واستيفائها ، وقوله بغيبة موكله قيد للثانى فقط كما نبه عليه فى البحر ، وقوله قبله باستيفائها : أى وكذا بإثباتها بالبينة عند الإمام أبى حنيفة خلافا لأبى يوسف ، ولم يصرح به هنا لدخوله فى قوله فصح بخصومة كما فى البحر (قوله يتعلق به) أى بالوكيل منح (قوله ما دام حيا ولو غائبا) فإذا باع وغاب لا يكون للموكل قبض الثمن كما فى البحر عن المحيط ، وقوله ما دام حيا عزاه فى البحر إلى الصغرى ، ولكن قال بعده : وشمل ما إذا مات ، لما فى البزازية : إن مات الوكيل عن وصى قال الفضلى تنتقل الحقوق إلى وصيه لا الموكل ، وإن لم يكن وصى يرفع إلى الحاكم لينصب وصيا عند القبض وهو المعقول : وقيل ينتقل إلى موكله ولاية قبضه فيحتاط عند الفتوى اهـ .

ثم قال فى البحر بعد ورقة ونصف : والوكيل بالشراء إذا اشترى بالنسيئة فمات الوكيل حل عليه الثمن ويبقى الأجل فى حق الموكل وجزمه هنا أن يدل على أن المعتمد فى المذهب ما قال إنه المعقول ، وقد أفتيت به بعد ما احتطت كما قال فيما سبق اهـ (قوله إن لم يكن) أى الوكيل (قوله محجورا) فإن كان محجورا كالعبد والصبى المحجورين فإنهما إذا عقدا بطريق الوكالة تتعلق حقوق عقدهما بالموكل س (قوله كتسليم مبيع) بيان لحقوق العقد (قوله ورجوع به عند استحقاقه) شامل لمسألتين :

الأولى ما إذا كان الوكيل بائعا وقبض الثمن من المشترى ثم استحق المبيع ، فإن المشترى يرجع بالثمن على الوكيل سواء كان الثمن باقيا فى يده أو سلمه إلى الموكل وهو يرجع على موكله .

الثانية ما إذا كان مشتريا فاستحق المبيع من يده فإنه يرجع بالثمن على البائع دون موكله . وفى البزازية : المشترى من الوكيل باعه من الوكيل ثم استحق من الوكيل رجع الوكيل على المشترى منه وهو على الوكيل والوكيل على الموكل ، وتظهر فائدته عند اختلاف الثمن اهـ بحر (قوله فى عيب) شامل لمسألتين أيضا : أما إذا كان بائعا فيرده المشترى عليه ، وما إذا كان مشتريا فيرده الوكيل على بائعه ، لكن بشرط كونه فى يده ، فإن سلمه إلى الموكل فلا يرده إلا بإذنه كما سيأتى فى الكتاب بحر (قوله ولو أضاف الخ) رده فى البحر فراجعه ، فلا يرد اعتراضه على المصنف : وههنا كلام فى حاشية الفتال وحاشية أبى السعود فراجعه وكذا فى نور العين فى أحكام

يكتفى بالإضافة إلى نفسه فافهم ه
(وشرط الموكل عدم تعلق الحقوق به) أى بالوكيل (لغو) باطل جوهرة (والملك يثبت للموكل ابتداء) فى الأصح (فلا يعتق قريب الوكيل بشرائه ولا يفسد نكاح زوجته به و) لكن (هما) ثابتان (على الموكل لو اشترى وكيله قريب موكله زوجته) لأن الموجب للعتق والفساد الملك المستقر (وفى كل عقد لا بد من إضافته إلى موكله) يعنى لا يستغنى عن الإضافة إلى موكله ، حتى لو أضافه إلى نفسه لا يصح ابن كمال (كنكاح وخلع وصلح عن دم عمد أو عن إنكار وعتق على مال وكتابة وهبة وتصدق وإعارة وإيداع ورهن وإقراض) وشركة ومضاربة عينى (تتعلق بموكله) لا به لكونه فيها سفيرا محضا ، حتى لو أضافه لنفسه وقع النكاح له فكان كالرسول (فلا مطالبة عليه) فى النكاح (بمهر وتسليم) للزوجة (وللمشترى الإباء عن دفع الثمن للموكل وإن دفع) له (صح ولو مع نهى الوكيل) استحسانا (ولا يطالبه الوكيل ثانيا) لعدم الفائدة ، نعم تقع المقاصة بدين الوكيل لو وحده ويضمنه لموكله ،

الوكالة فى الفصل الثالث والثلاثين ، وكتبته فى هامش البحر (قوله يكتفى) أى من غير لزوم (قوله لأن الموجب الخ) هذا لا يناسب كلام المصنف ، بل هو جار على القول الثانى من أنه يثبت للوكيل ابتداء ثم ينتقل إلى الموكل (قوله حتى لو أضافه إلى نفسه لا يصح) أى لا يصح على الموكل فلا ينافى قوله الآتى حتى لو أضاف النكاح لنفسه وقع النكاح له كما ظن . وفى البزازية الوكيل بالطلاق والعتاق إذا أخرج الكلام مخرج الرسالة بأن قال إن فلانا أمرنى أن أطلق أو أعتق ينفذ على الموكل لأن عهدتهما على الموكل على كل حال ، ولو أخرج الكلام فى النكاح والطلاق مخرج الوكالة بأن أضافه إلى نفسه صح إلا فى النكاح . والفرق أنه فى الطلاق أضافه إلى الموكل معنى لأنه بناء على ملك الرقبة وهى للموكل فى الطلاق والعتاق ، فأما فى النكاح فذمة الوكيل قابلة للمهر حتى لو كان بالنكاح من جانبها وأخرج مخرج الوكالة لا يصير مخالفا لإضافته إلى المرأة معنى فكأنه قال ملكتك بضع موكلتى اهـ . قال فى البحر : فعلى هذا معنى الإضافة إلى الموكل مختلف ، ففى وكيل النكاح من قبل الزوج على وجه الشرط ، وفيما عداه على وجه الجواز فيجوز عدمه اهـ . وفى حاشية الفتال عن الأشباه : الوكيل بالإبراء إذا أبرأ ولم يضفه إلى موكله لم يصح كذا فى الخزانة اهـ .
أقول : وظاهر ما فى البحر أنه لا تلزم الإضافة إلا فى النكاح ، وهو مخالف لكلامهم فانظر ما فى الدرر والدرر ، وانظر ما علقناه على البحر وراجع أيمان شرح الوهبانية (قوله أو عن إنكار) هذا الصلح لا تصلح إضافته إلى الوكيل ، بخلاف الصلح عن إقرار فإنه تصح إضافته إلى كل منهما ، وقد عرفت اختلاف الإضافة فى الموضعين فافترق الصلحان فى الإضافة ابن كمال : وفيه رد على صدر الشريعة حيث قال لا فرق فيهما (قوله وهبة وتصدق) أنظر ما حقوق الهبة والصدقة المتعلقة بالموكل (قوله سفيرا) السفير الرسول والمصلح بين القوم صحاح كذا فى الهامش فإنه يضيفهما إلى موكله فإنه يقول خالعك موكلى بكذا وكذا فى أمثاله ابن ملك مجمع (قوله بمهر) أى إذا كان وكيل الزوج (قوله وتسليم) أى إذا كان وكيلها (قوله للموكل) لكونه أجنبيا عن الحقوق لرجوعهما إلى الوكيل أصالة (قوله نعم تقع المقاصة) فلو كان للمشترى على الموكل تقع المقاصة بمجرد العقد بوصول الحق إليه بطريق التقاص ، ولو كان له دين عليهما تقع المقاصة بدين الموكل دون دين الوكيل ، ولو كان له دين على الوكيل فقط وقعت المقاصة به ويضمن الوكيل للموكل لأنه قضى دينه بمال الموكل . وقال أبو يوسف رضى الله عنه : لا تقع المقاصة بدين الوكيل ، بخلاف ما إذا باع مال اليتيم ودفع المشترى الثمن إلى اليتيم حيث لا تبرأ ذمته بل يجب عليه أن يدفع الثمن إلى الوصى لأن اليتيم ليس له قبض ماله أصلا فلا يكون له الأخذ من الدين

بخلاف وكيل يتيم وصرف عيني (ومثله) أي مثل الوكيل عبد (مأذون لادين عليه مع مولاه) فلا يملك قبض ديونه ، ولو قبض صح استحسانا ما لم يكن عليه دين لأنه للغرماء بزازية :

[فرع] التوكيل بالاستقراض باطل لا الرسالة درر ، والتوكيل بقبض القرض صحيح فتنبه :

باب الوكالة بالبيع والشراء

الأصل أنها إن عمت أو علمت أو جهلت جهالة يسيرة وهي جهالة النوع المحض كفرس صحت وإن فاحشة وهي جهالة الجنس كدابة بطلت ، وإن متوسطة كعبد ، فإن بين الثمن أو الصفة كتركي صحت وإلا لا :

(وكله بشراء ثوب هروي أو فرس أو بغل صح) بما يحتمله حال الآمر زيلعي فراجعه (وإن لم يسم) ثمنا لأنه من القسم الأول (وبشراء دار أو عبد جاز إن سمى) الموكل (ثمنا يخصص) نوعا أولا بحر (أو نوعا كحبشي) زاد في البزازية : أو قدرا ككذا قفيزا (وإلا) يسم ذلك (لا) يصح وألحق بجهالة الجنس (و) هي مالو وكله

فيكون الدفع إليه تضييعا فلا يعتد به ، وبخلاف الوكيل في الصرف إذا صارف وقبض الموكل بدل الصرف حيث يبطل الصرف ولا يعتد بقبضه اهـ عيني كذا في الهامش (قوله بخلاف) متعلق بقوله وإن دفع له ح ، وقوله وكيل يتيم : أي وصيه (قوله فلا يملك) أي المولى (قوله بقبض القرض) بأن يقول الرجل أقرضني ثم يوكل رجلا بقبضه بحر عن القنية .

[فرع] التوكيل بالإقرار صحيح ولا يكون التوكيل به قبل الإقرار إقرارا من الموكل ، وعن الطواويسي : معناه أن يوكل بالخصومة ويقول خاصم فإذا رأيت لحوق مؤنة أو خوف عار على فأقر بالمدعى يصح إقراره على الموكل كذا في البزازية ، وللشافعية فيها قولان : أصحهما لا يصح ، وقدم الشيخ يعني صاحب البحر في كتاب الشركة في الكلام على الشركة الفاسدة أنه لا يصح التوكيل في المباح وأنه باطل رملي على البحر ، والفرع سيأتي متنا في باب الوكالة بالخصومة ، والله أعلم .

باب الوكالة بالبيع والشراء

(قوله إن عمت) بأن يقول ابتع لي ما رأيت لأنه فوّض الأمر إلى رأيه فأي شيء يشتريه يكون ممتثلا درر : وفي البحر عن البزازية : ولو وكله بشراء أيّ ثوب شاء صح ، ولو قال اشتر لي الأثواب لم يذكره محمد ، قيل يجوز ، وقيل لا ، ولو أثوابا لا يجوز ، ولو ثيابا أو الدواب أو الثياب أو دواب يجوز وإن لم يقدر الثمن (قوله بطلت) أي وإن بين الثمن (قوله متوسطة) أوضحه في النهاية (قوله زيلعي) عبارته لأن الوكيل قادر على تحصيل مقصود الموكل بأن ينظر في حاله ح :

وفي الكفاية : فإن قيل الحمير أنواع : منها ما يصلح لركوب العظماء ، ومنها ما لا يصلح إلا ليحمل عليه : قلنا هذا اختلاف الوصف مع أن ذلك يصير معلوما بمعرفة حال الموكل ، حتى قالوا إن الغازي إذا أمر إنسانا بأن يشتري له حمارا ينصرف إلى ما يركب مثله ، حتى لو اشتراه مقطوع الذنب أو الأذنين لا يجوز عليه اهـ (قوله القسم الأول) أي ما فيه جهالة يسيرة وهي جهالة النوع المحض (قوله دار أو عبد) جعل الدار كالعبد تبعا للكنز موافقا لقاضيخان ، لكنه شرط مع بيان المحلة كما في فتاواه مخالفا للهداية فإنه جعلها كالثوب لأنها تختلف باختلاف الأغراض والجيران والمرافق والمحالّ والبلدان . وذكر في المعراج أنه مخالف لرواية المبسوط : قال : والمتأخرون قالوا : في ديارنا لا يجوز إلا ببيان المحال . ووفق في البحر بحمل ما في الهداية على ما إذا كانت تختلف في تلك الدار اختلافا فاحشا وكلام غيره على غيره (قوله أولا) بأن كان يوجد بهذا الثمن أنواع (قوله وهي)

(بشراء ثوب أو دابة لا) يصح وإن سمى ثمنا للجهالة الفاحشة (وبشراء طعام وبين قدره أو دفع ثمنه وقع) فى عرفنا (على المعتاد) المهيأ (للأكل) من كل مطعوم يمكن أكله بلا إدام (كلحم مطبوخ أومشوى) وبه قالت الثلاثة ، وبه يفتى عيني وغيره اعتبارا للعرف كما فى اليمين (وفى الوصية له) أى لشخص (بطعام يدخل كل مطعوم) ولو دواء به حلاوة كسكنجبين بزازية ؛

(وللوكيل الرد بالعيب ما دام المبيع فى يده) لتعلق الحقوق به (ولوارثه أو وصيه ذلك بعد موته) موت الوكيل (فإن لم يكونا فلموكله ذلك) أى الرد بالعيب وكذا الوكيل بالبيع وهذا إذا لم يسلمه (فلو سلمه إلى موكله امتنع رده إلا بأمره) لانتهاء الوكالة بالتسليم بخلاف وكيل باع فاسدا فله الفسخ مطلقا لحق الشرع قنية (و) للوكيل (حبس المبيع بثمن دفعه) الوكيل (من ماله أولا) بالأولى لأنه كالبائع (ولو اشتراه) الوكيل (بنقد ثم أجله البائع كان للوكيل المطالبة به حالا) وهى الحيلة خلاصة ، ولو وهبه كل الثمن رجع بكله ولو بعضه رجع بالباقى لأنه حط بحر؛

(هلك المبيع من يده قبل حبسه هلك من مال موكله ولم يسقط الثمن) لأن يده كيده (ولو) هلك (بعد حبسه فهو كمبيع) فيهلك بالثمن ، وعند الثانى كرهن (ولا اعتبار بمفارقة الموكل) ولو حاضرا كما اعتمده المصنف تبعا للبحر خلافا للعيني وابن ملك (بل بمفارقة الوكيل)

أى جهالة الجنس (قوله بشراء ثوب أو دابة الخ) أقول : سيأتى متنافى هذا الباب او وكله بشراء شىء بغير عينه فالشراء للوكيل إلا إذا نواه للموكل أو شراه بماله : أى مال الموكل ، والظاهر أنه مقيد بما إذا سمى ثمنا أو نوعا تأمل ، ويكون قوله بغير عينه مقابلا لما سمى عينه بعد بيان الجنس (قوله فى عرفنا) نقلوه عن بعض مشايخ ما وراء النهر : قال فى البزازية : وعرفنا ما ذكرنا . قال فى البحر : ولكن عرف القاهرة على خلافهما فإن الطعام عندهم للطبيخ بالمرق واللحم (قوله بزازية) قال فى المنح بعد قوله يدخل كل مطعوم كما فى البزازية : وفى أيمانها لا يأكل طعاما فأكل دواء ليس بطعام كالسقمونيا لا يحنث ، ولو به حلاوة كالسكنجبين اه فليتأمل (قوله بالعيب) أشار إلى أنه لو رضى بالعيب فإنه يلزمه ، ثم الموكل إن شاء قبله وإن شاء ألزم الوكيل ، وقبل أن يلزم الوكيل لو هلك يهلك من مال الموكل كذا فى البزازية وإلى أن الرد عليه لو كان وكيلا بالبيع فوجد المشترى به عيبا ما دام الوكيل عاقلا من أهل لزوم العهدة ، فلو محجورا فعلى الموكل بحر (قوله وهذا الخ) لاحاجة إليه مع قول المتن ما دام المبيع فى يده ح (قوله مطلقا) أى وإن سلمه وقبض الثمن وسلمه إلى الموكل فيسترد الثمن منه بغير رضاه (قوله حبس المبيع) الذى اشتراه للموكل منح (قوله دفعه) قال فى المنح : قيد بقوله دفعه لأنه لولم يكن دفعه فله الحبس بالأولى ، لأنه مع الدفع ربما يتوهم أنه متبرع بدفع الثمن فلا يحبس ، فأفاد بالحبس أنه ليس بمتبرع وأن له الرجوع على موكله بما دفعه وإن لم يأمره به صريحا للإذن حكما (قوله أولا) أى لم يدفعه (قوله لأنه) تعليل للحبس لا للأولوية (قوله بنقض) أى بثمن حال ، فلو بمؤجل تأجل فى حق الموكل أيضا فليس للوكيل طلبه حالا بحر (قوله كل الثمن) أى جملة واحدة : قال فى البحر : ولو وهبه خمسمائة ثم الخمسمائة الباقية لم يرجع الوكيل على الآمر إلا بالأخرى لأن الأولى حط والثانية هبة (قوله فهو كمبيع) عند محمد ، وهو قول أبى حنيفة ابن كمال (قوله كرهن) أى فيهلك بالأقل من قيمته ومن الثمن : وعند زفر كغصب ، فإن كان الثمن مساويا للقيمة فلا اختلاف ، وإن كان الثمن عشرة والقيمة خمسة عشر ، فعند زفر يضمن خمسة عشر لكن يرجع الموكل على الوكيل بخمسة وعند الباقين يضمن عشرة وإن كان بالعكس فعند زفر يضمن عشرة ويطالب الخمسة من الموكل ، وكذا عند أبى يوسف لأن الرهن يضمن بالأقل من قيمته والدين ، وعند محمد يكون مضمونا بالثمن وهو خمسة عشر ابن كمال (قوله وابن ملك) أى والحدادي نقلا عن المستصفى ، ومشى عليه فى درر البحار ، وعزاه

ولو صبيا (فى صرف وسلم فيبطل العقد بمفارقته صاحبه قبل القبض) لأنه العاقد ، والمراد بالسلم الإسلام لاقبول السلم لأنه لايجوز ابن كمال (والرسول فيهما) أى الصرف والسلم (لا تعتبر مفارقته بل مفارقة مرسله) لأن الرسالة فى العقد لا القبض ، واستفيد صحة التوكيل بهما :

(وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى ضعفه بدرهم مما يباع منه عشرة بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم) خلافا لهما والثلاثة . قلنا إنه مأمور بأرطال مقدرة فينفذ الزائد على الوكيل ، ولو شرى مالايساوى ذلك وقع للوكيل إجماعا كغير موزون (ولو وكله بشراء شيء بعينه) بخلاف الوكيل بالنكاح إذا تزوجها لنفسه صح منية ، والفرق فى الوافى (غير الموكل لا يشتريه لنفسه) ولا لموكل آخر

صاحب النهاية إلى الإمام خواهر زاده .

واستشكله الزيلعى وصاحب العناية بأن الوكيل أصيل فى باب البيع حضر الموكل العقد أو لم يحضر . وقال الزيلعى : وإطلاق المبسوط وسائر الكتب دليل على أن مفارقة الموكل لا تعتبر أصلا ولو كان حاضرا وهذا منشأ ما مشى عليه المصنف تبعا للبحر ، لكن أجاب العينى عن الإشكال بأن الوكيل نائب فإذا حضر الأصيل فلا يعتبر النائب اه . وتعقبه الحموى بأن الوكيل نائب فى أصل العقد أصيل فى الحقوق فلا اعتبار بحضرة الموكل ، وبه علمت أن ما ذكره الشارح : أى العينى فى غير محله .

قلت : والذى يدفع الإشكال من أصله ما قدمه الشارح عن الجوهرة من أن العهدة على آخذ الثمن لا العاقد لو حضرا فى أصح الأقاويل ، وما ذكره العينى وصاحب العناية مبنى على القول الآخر من أنه لا عبرة بحضرته وهو ما مشى عليه فى المتن سابقا فتنبه (قوله ولو صبيا) أى بالمبالغة لأنه محل موهم حيث لا ترجع الحقوق إليه (قوله فيبطل العقد الخ) كذا قاله صاحب الهداية والكافى وسائر المتأخرين درر ، وهو تفريع على الأصل المذكور (قوله بمفارقته) أى الوكيل (قوله صاحبه) وهو العاقد منح (قوله والمراد الخ) قال الزيلعى : وهذا فى الصرف يجره على إطلاقه فإنه يجوز التوكيل فيه من الجانبين . وأما فى السلم فإنه يجوز بدفع رأس المال فقط ، وأما مايأخذه فلا يجوز لأن الوكيل إذا قبض رأس المال يبقى المسلم فيه فى ذمته وهو مبيع ورأس المال ثمنه ، ولا يجوز أن يبيع الإنسان ماله بشرط أن يكون الثمن لغيره كما فى بيع العين ، وإذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب المسلم فيه فى ذمته رأس المال مملوك له ، وإذا سلمه إلى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضا اه . (قوله ضعفه) احترز عن الزيادة القليلة كعشرة أرطال ونصف فإنها لا زمة للآمر لأنها تدخل بين الوزنين فلا يتحقق حصول الزيادة بحر عن غاية البيان (قوله خلافا لهما) فعندهما يلزمه العشرون بدرهم لأنه فعل المأمور وزاده خيرا منح (قوله كغير موزون) قيد به لأن فى القيميات لا ينفذ شيء على الموكل منح (قوله بخلاف الخ) محل هذا بعد قوله لا يشتريه لنفسه ح (قوله والفرق فى الوافى) ذكره الزيلعى أيضا .

وحاصله أن النكاح الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف إلى الموكل فينعزل إذا خالفه وأضافه إلى نفسه بخلاف الشراء فإنه مطلق غير مقيد بالإضافة إلى كل أحد اه ط (قوله غير الموكل) بالجر صفة شيء مخصصة وبالنصب استثناء منه أو حال .

قال فى المنح : وإنما قيدنا بغير الموكل للاحتراز عما إذا وكل العبد من يشتريه له من مولاه أو وكل العبد بشرائه لمن مولاه فاشترى فإنه لايكون للآمر مالم يصرح به للمولى أنه يشتريه فيهما الآمر مع أنه وكيل بشراء شيء بعينه كما سيأتى اه وكأن وجه الاحتراز عما ذكره من الصورتين باعتبار احتمال لفظ الموكل لاسم الفاعل واسم المفعول ولا يخفى ما فيه ، فكان الأولى أن يقول غير الموكل والموكل اه (قوله لا يشتريه لنفسه) أى بلا حضوره باقانى

بالأولى (عند غيبته حيث لم يكن مخالفا دفعا للغرر) فلو اشتراه بغير النقود أو بخلاف ماسمى) الموكل (له من الثمن وقع) الشراء (للوكيل) لمخالفته أمره وينعزل فى ضمن المخالفة عينى (وإن) بشراء شىء (بغير عينه فالشراء للوكيل إلا إذا نواه للموكل) وقت الشراء (أو شراه بماله) أى بمال الموكل ، ولو تكاذبا فى النية حكم بالنقد إجماعا ، ولو توافقا أنها لم تحضره فروايتان :

(زعم أنه اشترى عبدا لموكله فهلك وقال موكله بل شريته لنفسك ، فإن) كان العبد (معينا وهو حى) قائم (فالقول للمأمور مطلقا إجماعا نقد الثمن أولا) لإخباره عن أمر يملك استئنافه (وإن ميتا و) الحال أن (الثمن منقود فكذلك) الحكم (وإلا) يكن منقودا (فالقول للموكل) لأنه ينكر الرجوع عليه (وإن) العبد (غير معين) وهو حى أو ميت (فكذا) أى يكون للمأمور (إن الثمن منقودا) لأنه أمين (وإلا فللآمر) للتهمة خلافا لهما (قال يعنى هذا العمرو فباعه ثم أنكر الأمر) أى أنكر المشترى أن عمرا أمره بالشراء (أخذه عمرو ولغا إنكاره) الأمر لمناقضته لإقراره بتوكيله

كذا فى الهامش (قوله بالأولى) أوضحه فى البحر (قوله دفعا للغرر) قال الباقانى لأنه يؤدى إلى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه ولأن فيه عزل نفسه فلا يملكه على ما قيل إلا بمحضر من الموكل كذا فى الهداية اه هكذا فى الهامش؛ وفيه الوكيل بالبيع لا يملك شراءه لنفسه لأن الواحد لا يكون مشتريا وبائعا فيبيعه من غيره ثم يشتريه منه ، وإن أمره الموكل أنه يبيعه من نفسه أو أولاده الصغار أو ممن لا تقبل شهادته فباع منه جاز بزازية اه حامدية ، وإذا وكله أن يشترى له عبدا بعينه بثمن مسمى وقبل الوكالة ثم خرج من عند الموكل وأشهد على نفسه أن يشتريه لنفسه ثم اشترى العبد بمثل ذلك الثمن فهو للموكل فتاوى هندية (قوله فلو اشتراه) تفريع على قوله حيث لم يكن مخالفا (قوله بغير النقود) أى إذا لم يكن الثمن مسمى (قوله أو بخلاف) شمل المخالفة فى الجنس والقدر ، وفيه كلام فانظره فى البحر (قوله ماسمى) أى إن كان الثمن مسمى (قوله فالشراء للوكيل) المسألة على وجوه كما فى البحر :

وحاصلها أنه إن أضاف العقد إلى مال أحدهما كان المشترى له ، وإن أضافه إلى مال مطلق فإن نواه للآمر فهو له وإن نواه لنفسه فهو له ، وإن تكاذبا فى النية يحكم النقد إجماعا ، وإن توافقا على عدمها فللعاقد عند الثانى وحكم النقد عند الثالث ، وبه علم أن محل النية للموكل فيما إذا أضافه إلى مال مطلق سواء نقده من ماله أو من مال الموكل ، وكذا قوله ولو تكاذبا ، وقوله ولو توافقا محله فيما إذا أضافه إلى مال مطلق ، لكن فى الأول يحكم النقد إجماعا وفى الثانى على الخلاف السابق اه (قوله أو شراه) معناه إضافة العقد إلى ماله لا الشراء من ماله بحر (قوله فهلك) الصواب إسقاطه لقوله وهو حى كما فى الشرنبلالية وتبع فيه صاحب الدرر وصدر الشريعة (قوله قائم) لا حاجة إليه ، ولعله أراد أنه قائم من كل وجه ليحترز به عما إذا حدث به عيب فإنه كالهلاك كما فى البزازية تأمل (قوله للمأمور) أى مع يمينه يعقوبية (قوله وإلا يكن منقودا) سواء كان العبد حيا أو ميتا ح ؛ وفيه أن صورة الحى مرت وهذه فى الميت (قوله أى يكون) أى القول كذا فى الهامش (قوله وإلا فللآمر) حاصل المسألة المذكورة على ثمانية أوجه كما قال الزيلعى ، لأنه إما أن يكون مأمورا بشراء عبد بعينه أو بغير عينه وكل وجه على وجهين : إما أن يكون الثمن منقودا أو غير منقود : وكل وجه على وجهين : إما أن يكون العبد حيا حين أخبر الوكيل بالشراء أو ميتا . ثم قال : فحاصله أن الثمن إن كان منقودا فالقول للمأمور فى جميع الصور وإن كان غير منقود ينظر ، فإن كان الوكيل لا يملك الإنشاء بأن كان ميتا فالقول للآمر ، وإن كان يملك الإنشاء فالقول للمأمور عندهما ، وكذا عند أبى حنيفة فى غير موضع التهمة وفى موضع التهمة القول للآمر اه (قوله للتهمة) فإنه يحتمل أنه اشتراه لنفسه فلما رأى الصفقة خاسرة أراد إلزامه للموكل ح كذا فى الهامش (قوله خلافا لهما)

بقوله يعنى لعمرو (إلا أن يقول عمرو لم آمره به) أى بالشراء (فلا) يأخذه عمرو لأن إقرار المشترى ارتد* برده (إلا أن يسلمه المشترى إليه) أى إلى عمرو لأن التسليم على وجه البيع بيع بالتعاطى، وإن لم يوجد نقد الثمن للعرف.

(أمره بشراء شيئين معينين) أو غير معينين إذا نواه للموكل كما مر بحر (و) الحال أنه (لم يسم ثمنا فاشترى له أحدهما بقدر قيمته أو بزيادة) يسيرة (يتغابن الناس فيها صح) عن الآمر (وإلا لا) إذ ليس للوكيل الشراء بغبن فاحش إجماعا؛ بخلاف وكيل البيع كما سيجىء (و) كذا (بشرائهما بألف وقيمتهما سواء فاشترى أحدهما بنصفه أو أقل صح، و) لو (بالأكثر) ولو يسيرا (لا) يلزم الآمر (إلا أن يشترى الثانى) من المعينين مثلا (بما بقى) من الألف (قبل الخصومة) لحصول المقصود وجوازه إن بقى ما يشترى بمثله الآخر (و) لو أمر رجل مديونه (بشراء شىء) معين (بدين له عليه وعينه أو) عين (البائع صح) وجعل البائع وكيلا بالقبض دلالة فيبرأ الغريم بالتسليم إليه، بخلاف غير المعين لأن توكيل المجهول باطل ولذا قال (وإلا) يعين (فلا) يلزم الآمر (ونفذ على المأمور) فهلاكه عليه خلافا لهما، وكذا الخلاف لو أمره أن يسلم ما عليه أو يصرفه بناء على تعين النقود فى الوكالات عنده وعدم تعينها فى المعاوضات عندهما.

(ولو أمره) أى أمر رجل مديونه (بالتصدق بما عليه صح) أمره بجعله المال لله تعالى وهو معلوم (كما) صح أمره (لو أمر) الآخر (المستأجرة بمرمة ما استأجره كما عليه من الأجرة) وكذا لو أمره بشراء عبد يسوق الدابة وينفق عليها صح اتفاقا للضرورة لأنه لا يجد الآجر كل وقت فجعل المؤجر كالمؤجر فى القبض.

قلت: وفى شرح الجامع الصغير لقاضيخان: إن كان ذلك قبل وجوب قبوله الأجرة لا يجوز، وبعد الوجوب قيل على الخلاف الخ فراجعه (و) لو أمره (بشرائه بألف ودفع) الألف (فاشترى وقيمته كذلك) فقال الآمر (اشتريت بنصفه وقال المأمور) بل (بكله صدق) لأنه أمين (وإن) كان (قيمته نصفه ف) القول

الخلاف فيما إذا كان منكرا حيا والثمن غير منقود فقط ح كذا فى الهامش (قوله بقوله يعنى الخ) بدل من قوله بتوكيله (قوله أو غير معينين) بحث فيه أبو السعود فانظر ما كتبناه على البحر (قوله إذا نواه الخ) قيد فى غير معينين فقط ح، كذا فى الهامش (قوله كما مر) قريبا فى قوله وإن بغير عينه فالشراء للوكيل إلا إذا نواه للموكل (قوله عن الآمر) لأن التوكيل مطلق: أى عن قيد المعينة، وقد لا يتفق الجمع بينهما (قوله معين) لا حاجة إليه مع قول المصنف وعينه ح (قوله وإلا يعين) لا المبيع ولا البائع (قوله خلافا لهما) فقالا يلزم الآمر إذا قبضه المأمور بحر (قوله ما عليه) أى يعقد عقد السلم ح، بأن قال له أسلم الدين الذى لى عليك إلى فلان جاز، وإن لم يعين فلانا لم يجز عنده، وعندهما يجوز كيفما كان، وكذا لو أمره بأن يصرف ما عليه من الدين زيلعى (قوله أو يصرفه) أى يعقد عقد الصرف ح كذا فى الهامش (قوله فى الوكالات عنده) ولهذا لو قيدها بالعين منها أو بالدين منها ثم هلك العين أو سقط الدين بطلت الوكالة، فإذا تعينت فيها كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين وذا لا يجوز إلا إذا وكله بقبضه له ثم بقبضه لنفسه وتوكيل المجهول لا يجوز فكان باطلا أو يكون أمرا بصرف مالا يملكه إلا بالقبض قبله زيلعى (قوله فى المعاوضات) عينا كانت النقود أو دينا (قوله فجعل المؤجر) بالفتح وهو الدار مثلا (قوله كالمؤجر) بالكسر (قوله فراجعه) أقول: الذى رأيته فى الشرح المذكور فى هذا المحل مثل ما قدمه: ونصه: وأما مسألة إجارة الحمام ونحوها قيل ذلك قولهما، وإن كان قول الكل فإنما جاز باعتبار الضرورة لأن المستأجر لا يجد الآجر فى كل وقت فجعلنا الحمام قائما مقام الآجر فى القبض اهـ. ولم أجد هذه العبارة فيه لكن لا تخالف ما ذكره الماتن لأن وجوب الأجرة يكون بعد استيفاء المنفعة أو باشتراط التعجيل،

(للآمر) بلا يمين درر ، وابن كمال تبعا لصدر الشريعة حيث قال صدق فى الكل بغير الحلف وتبعهم المصنف ، لكن جزم الوانى بأنه تحريف وصوابه بعد الحلف (وإن لم يدفع) الألف (وقيمته نصفه ف) القول (للآمر) بلا يمين قاله المصنف تبعا للدرر كما مر :

قلت : لكن فى الأشباه : القول للوكيل بيمينه إلا فى أربع فبالبينة فتنبه (وإن) كان (قيمته ألفا فيتحالفان ثم يفسخ العقد) بينهما (فيلزم) المبيع (المأمور) وكذا لو أمره (بشراء معين من غير بيان ثمن فقال المأمور اشتريته بكذا و) إن (صدقه بائعه) على الأظهر (وقال الآمر بنصفه تحالفا) فوقوع الاختلاف فى الثمن يوجب التحالف (ولو اختلفا فى مقداره) أى الثمن (فقال الآمر أمرتك بشرائه بمائة وقال المأمور بألف فالقول للآمر) بيمينه (فإن برهنا قدم برهان المأمور) لأنها أكثر إثباتا (و) لو أمره (بشراء أخيه فاشترى الوكيل فقال الآمر ليس هذا) المشترى (بأخى فالقول له) بيمينه (ويكون الوكيل مشتريا بنفسه) والأصل أن الشراء متى لم ينفذ على الآمر ينفذ على المأمور بخلاف البيع ، كما مر فى خيار الشرط (وعتق العبد عليه) أى على الوكيل (لزعمه) عتقه على موكله فيؤاخذ به خانية (و) لو أمره عبد (بشراء نفس الآمر من مولاه بكذا ودفع) المبلغ (فقال) الوكيل (لسيده اشتريته لنفسه فباعه على هذا) الوجه (عتق) على المالك (وولاؤه لسيده) وكان الوكيل سفيرا (وإن قال) الوكيل (اشتريته) ولم يقل لنفسه (فالعبد) ملك (للمشترى والألف للسيد فيهما) لأنه كسب عبده (وعلى العبد ألف أخرى فى) الصورة (الأولى) بدل الإعتاق (كما على المشترى) ألف (مثلها فى الثانية) لأن الأولى مال المولى فلا يصلح بدلا (وشراء العبد من سيده إعتاق) فتلغو أحكام الشراء فلذا قال (فلو شرى) العبد (نفسه إلى العطاء صح) الشراء بحر (كما صح فى حصته إذا اشترى نفسه من مولاه

وهو معنى قول المتن لما عليه من الأجرة (قوله للآمر) وينفذ على المأمور زيلعى (قوله بلا يمين) فى الأشباه : كل من قبل قوله فعليه اليمين إلا فى مسائل عشر وعدها ، وليس منها ما ذكره هنا ، ويمكن الجواب تأمل ، كذا بخط بعض الفضلاء :

وذكر فى الهامش فروعا هى : وإن قال أمرنى فدفعته إلى وكيل له أو غريم له أو وهبه لى أو قضى لى من حق كان لى عليه لم يصدق وضمن المال اهـ بحر :

وفيه من شتى القضاء : نائب الناظر كهو فى قبول قوله ، فلو ادعى ضياع مال الوقف أو تفريقه على المستحقين وأنكروا فالقول له كالأصيل لكن مع اليمين ، وبه فارق أمين القاضى لأنه لا يمين عليه كالقاضى . وفى الخيرية من الوصايا الوصى مثل القيم لقولهم : الوصية والوقف أخوان اهـ حامدية اهـ (قوله جزم الوانى) وكذا اعترضه فى اليعقوبية ، وقد ذكرت العبارتين فى هامش البحر (قوله تحريف) وادعى أنه مخالف للعقل والنقل (قوله لكن فى الأشباه) فى عبارة الأشباه كلام طويل ذكره الشرنبلالى فى رسالة حافلة ، وكذا المقدسى له رسالة لخصها الحموى فى حاشيته ونقله الفتال ، فراجع ذلك إن شئت (قوله المأمور) فى صورتين زيلعى (قوله ولو اختلفا الخ) هنا اتفقا على بيان شىء لكن الاختلاف فى المقدار ، بخلاف الصورة التى قبلها فإنه لم يبين فيها شىء من الثمن ، وما فى الزيلعى سهو كما نبه عليه فى البحر (قوله بشراء أخيه) أى أخى الآمر (قوله فالقول له) أى للآمر (قوله من مولاه بكذا) أى بألف مثلا ، وكان ينبغى التعبير به لقوله بعد والألف للسيد (قوله سفيرا) فلا ترجع الحقوق إليه والمطالبة بالألف الأخرى على العبد لا على الوكيل هو الصحيح بحر (قوله فتلغو أحكام الشراء) أى فلا يبطل بالشروط الفاسدة ولا يدخله خيار الشرط ح كذا فى الهامش (قوله إلى العطاء) فإنه لو كان شراء حقيقة

ومعه رجل) آخر (وبطل) الشراء (فى حصة شريكه) بخلاف ما لو شرى الأب ولده مع رجل آخر فإنه يصح فيهما بيوع الخانية من بحث الاستحقاق : والفرق انعقاد البيع فى الثانى لا الأول لأن الشرع جعله إعتاقا ولذا بطل فى حصة شريكه للزوم الجمع بين الحقيقة والمجاز :

(قال لعبد اشتر لى نفسك من مولاك فقال لمولاه بعنى نفسى لفلان ففعل) أى باعه على هذا الوجه (فهو للآمر) فلو وجد به عيبا ، إن علم به العبد فلا رد لأن علم الوكيل كعلم الموكل ، وإن لم يعلم فالرد للعبد اختيار (وإن لم يقل لفلان عتق) لأنه أتى بتصرف آخر فنفذ عليه وعليه الثمن فيهما لزوال حجره بعقد باشره مقترنا بإذن المولى درر :

[فرع] الوكيل إذا خالف ، إن خلافا إلى خير فى الجنس كبع بألف درهم فباعه بألف ومائة نفذ ، ولو بمائة دينار لا ، ولو خيرا خلاصة ودرر :

فصل لا يعقد وكيل البيع والشراء
والإجارة والصرف والسلم ونحوها

(مع من ترد شهادته له) للتهمة وجوزاه بمثل القيمة (إلا من عبد ومكاتبه إلا إذا أطلق له الموكل) كبع ممن شئت (فيجوز بيعه لهم بمثل القيمة) اتفاقا (كما يجوز عقده معهم بأكثر من القيمة) اتفاقا : أى بيعه لاشراؤه بأكثر منها اتفاقا ، كما لو باع بأقل منها بغبن فاحش لايجوز اتفاقا ، وكذا بيسير عنده خلافا لهما ابن ملك وغيره : وفى السراج : لو صرح بهم جاز إجماعا إلا من نفســه وطفله وعبده غير المديون :

لأفسده الأجل المجهول (قوله ومعه رجل) أى تشارك الرجل والعبد فى شراء نفس العبد ، أى صفقة واحدة بحر (قوله انعقاد البيع فى الثانى) أى فى شراء الأب ، لأن صيغة الشراء استعملت فى معناها الحقيقى لا الأول ، لأن ما وقع من العبد لم يكن صيغة تفيد الشراء س (قوله الحقيقة) وهو ثبوت الملك للمشترى (قوله والمجاز) وهو الإعتاق (قوله لزوال حجره) جواب عما يقال العبد المحجور إذا توكل لا ترجع الحقوق إليه ، وعزا فى الهامش الإشكال إلى الدرر (قوله الوكيل إذا خالف) قال فى الهامش : وكله أن يبيع عبده بألف وقيمته كذلك ثم زادت قيمته إلى ألفين لا يملك بيعه بألف بزازية اه :

فصل لا يعقد وكيل البيع والشراء

(قوله والإجارة الخ) أما الحوالة والإقالة والحط والإبراء والتجوز بدون حقه يجوز عندهما ويضمن . وعند أبى يوسف لا يجوز الوكيل بالبيع يملك الإقالة ، حتى لو باع ثم أقال لزمه الثمن للموكل والوكيل بالشراء لا يملكها بخلاف الوكيل بالبيع (١) والوكيل بالسلم والوصى والأب المتولى كالوكيل ولو قال الموكل للوكيل ما صنعت من شيء فهو جائز يملك الحوالة بالإجماع والإقالة على خلاف ما مر ، وكذا لو أبرأ المشترى عن الثمن صح عندهما لكن يضمن ، وهذا إذا لم يقبض الثمن ؛ أما إذا قبض فلا يملك الحط والإقالة اه كذا فى الهامش (قوله إلا من عبده ومكاتبه) وكذا مفاوضه وابنه الصغير فالمستثنى من قولها أربع بحر ، وقيد العبد فى المبسوط بغير المديون ، وفيه إشارة إلى أنه لو كان مديونا يجوز بحر (قوله كما يجوز عقده) أى عند عدم الإطلاق (قوله إلا من نفسه) وفى السراج : لو أمره بالبيع من هؤلاء فإنه يجوز إجماعا إلا أن يبيعه من نفسه أو ولده الصغير أو عبده ولا دين عليه فلا يجوز قطعا وإن صرح به الموكل اه منح . الوكيل بالبيع لا يملك شراءه لنفسه لأن الواحد لا يكون

---

(١) (قوله بخلاف الوكيل بالبيع) الظاهر أنه لاحاجة إليه تأمل اه مصححه .

(وصح بيعه بما قل أو كثر وبالعرض) وخصاه بالقيمة وبالنقود وبه يفتى بزازية ، ولا يجوز فى الصرف كدينار بدرهم بغبن فاحش إجماعا لأنه بيع من وجه شراء من وجه صيرفية (و) صح (بالنسيئة إن) التوكيل بالبيع (للتجارة وإن) كان (للحاجة لا) يجوز (كالمرأة إذا دفعت غزلا إلى رجل ليبيعه لها ويتعين النقد) به يفتى خلاصة ، وكذا فى كل موضع قامت الدلالة على الحاجة كما أفاده المصنف ، وهذا أيضا إن باع بما يبيع الناس نسيئة ، فإن طول المدة لم يجز به يفتى ابن ملك ، ومتى عين الآمر شيئا تعين إلا فى بعه بالنسيئة بألف فباع بالنقد بألف جاز بحر ؛

قلت : وقدمنا أنه إن خالف إلى خير فى ذلك الجنس جاز وإلا لا وأنها تتقيد

مشتريا وبائعا فيبيعه من غيره ثم يشتريه منه ، وإن أمره الموكل أن يبيعه من نفسه وأولاده الصغار أو ممن لا تقبل شهادته فباع منهم جاز بزازية كذا فى البحر ، ولا يخفى ما بينهما من المخالفة ، وذكر مثل ما فى السراج فى النهاية عن المبسوط ، ومثل ما فى البزازية فى الذخيرة عن الطحاوى ، وكأن فى المسألة قولين خلافا لمن ادعى أنه لا مخالفة بينهما (قوله وصح بيعه بما قل أو كثر الخ) قال الحجندى : جملة من يتصرف بالتسليط حكمهم على خمسة أوجه : منهم من يجوز بيعه وشراؤه بالمعروف وهو الأب والجد والوصى وقدر مايتغابن يجعل عفوا . ومنهم من يجوز بيعه وشراؤه على المعروف وعلى خلافه وهو المكاتب والمأذون عند أبى حنيفة يجوز لهم أن يبيعوا مايساوى ألفا بدرهم ويشتروا مايساوى درهما بألف ، وعندهما لا يجوز إلا على المعروف ؛ وأما الحر البالغ العاقل يجوز بيعه كيفما كان وكذا شراؤه إجماعا . ومنهم من يجوز بيعه كيفما كان وكذا شراؤه على المعروف وهو المضارب وشريكا العنان أو المفاوضة والوكيل بالبيع المطلق يجوز بيع هؤلاء عند أبى حنيفة بما عز وهان عندهما ولا يجوز إلا بالمعروف ، وأما شراؤهم فلا يجوز إلا على المعروف إجماعا ، فإن اشترى بخلاف المعروف والعادة أو بغير النقود نفذ شراؤهم على أنفسهم وضمنوا ما نقدوا فيه من مال غيرهم إجماعا . ومنهم من لا يجعل قدر ما يتغابن فيه عفوا وهو المريض إذا باع فى مرض موته وحابى فيه قليلا وعليه دين مستغرق فإنه لا يجوز محاباته وإن قلت ، والمشترى بالخيار إن شاء وفى الثمن إلى تمام القيمة ، وإن شاء فسخ : وأما وصيه بعد موته إذا باع تركته لقضاء ديونه وحابى فيه قدر ما يتغابن فيه صح بيعه ويجعل عفوا ، وكذا لو باع ماله من بعض ورثته وحابى فيه ، وإن قل لا يجوز البيع على قول أبى حنيفة ؛ وإن كان أكثر من قيمته حتى تجيز سائر ورثته ، وليس عليه دين ، ولو باع الوصى ممن لا تجوز شهادته له وحابى فيه قليلا لا يجوز وكذا المضارب ؛ ومنهم من لا يجوز بيعه وشراؤه ما لم يكن خيرا وهو الوصى إذا باع ماله من اليتيم أو اشترى ، فعند محمد لا يجوز بحال ، وعندهما إن خيرا فخير وإلا لم يجز اه سائحانى .

قلت : وفى وصايا الخانية فسر السرخسى الخيرية بما إذا اشترى الوصى لنفسه مال اليتيم ما يساوى عشرة بخمسة عشر وباع مال نفسه من اليتيم ما يساوى عشرة بثمانية ، وذكر ما قدمناه فى منية المفتى بعبارة أخصر مما قدمناه (قوله بزازية) قال العلامة قاسم فى تصحيحه على القدورى ورجح دليل الإمام المعول عليه عند النسفى وهو أصح الأقاويل والاختيار عند المحبوبى ، ووافقه الموصلى وصدر الشريعة اه رملى وعليه أصحاب المتون الموضوعة لنقل المذهب بما هو ظاهر الرواية سائحانى (قوله بالنقد بألف جاز) لأنه وإن صار مخالفا إلا أنه إلى خير من كل وجه ، وإن باعه بأقل من الألف بالنقد لا يجوز لأنه وإن خالف إلى خير من حيث التعجيل خالف إلى شر من حيث المقدار والخلاف إلى شر من وجه يكفى فى المنع ، فإن باعه بألفين نسيئة وشهرا أيضا لا يجوز ذخيرة ، وفيها قبله : وإذا وكله بالبيع لسيئة فباعه بالنقد ، إن بما يباع بالنسيئة جاز وإلا فلا اه : وفى البحر عن

بزمان ومكان ، لكن فى البزازية الوكيل إلى عشرة أيام وكيل فى العشرة وبعدها فى الأصح ، وكذا الكفيل لكنه لايطالب إلا بعد الأجل كما فى تنوير البصائر : وفى زواهر الجواهر : قال بعه بشهود أو برأى فلان أو علمه أو معرفته وباع بدونهم جاز ، بخلاف لاتبع إلا بشهود أو إلا بمحضر فلان به يفتى ، وقلت : وبه علم حكم واقعة الفتوى : دفع له مالا وقال اشتر لى زيتا بمعرفة فلان فذهب واشترى بلا معرفته فهلك الزيت لم يضمن ، بخلاف لا تشتر إلا بمعرفة فلان فليحفظ (و) صح (أخذه رهنا وكفيلا بالثمن فلا ضمان عليه إن ضاع) الرهن (فى يده أو توى) المال (على الكفيل) لأن الجواز الشرعى ينافى الضمان (وتقيد شراؤه بمثل القيمة وغبن يسير) وهو

الخلاصة : لو قال بعه إلى أجل فباعه بالنقد. قال السرخسى الأصح أنه لايجوز بالإجماع ، وفرق بينه وبين مانقله الشارح بتعيين الثمن وعدمه :

قلت : لكن ينبغى أن يكون ما فى الخلاصة محمولا على ما إذا باع بالنقد بأقل ممايباع بالنسيئة بدليل ماقدمناه عن الذخيرة ، وقوله قبله بالنسيئة بألف قيد ببيان الثمن لأنه لو لم يعين وباع بالنقد لا يجوز كما بينه فى البحر (قوله بزمان ومكان) فلو قال بعه غدا لم يجز بيعه اليوم وكذا الطلاق والعتاق وبالعكس ، فيه روايتان ، والصحيح أنه كالأول س (قوله أو إلا بمحضر فلان الخ) قال فى الفتاوى الهندية : وكله بالبيع ونهاه عن البيع إلا بمحضر فلان لا يبيع إلا بحضرته ، كذا فى وجيز الكردرى : وإذا أمره أن يبيع برهن أو كفيل فباع من غير رهن أو من غير كفيل لم يجز أكده بالنفى أو لم يؤكد . وإذا قال برهن ثقة لم يجز إلا برهن يكون بقيمته وفاء بالثمن أو تكون قيمته أقل بمقدار ما يتغابن فيه ، وإذا أطلق جاز بالرهن القليل كذا فى المحيط ، ولو قال بعه وخذ كفيلا أو بعه وخذ رهنا لايجوز إلا كذلك اه كذا فى الهامش .

وجملة الأمر أن كل ما قيد به الموكل إن مفيدا من كل وجه يلزم رعايته أكده بالنفى أولا كبعه بخيار فباعه بدوله ، نظيره الوديعة إن مفيدا كاحفظ فى هذه الدار تتعين وإن لم يقل لا تحفظ إلا فى هذه الدار لتفاوت الحرز وإن لا يفد أصلا لا يجب مراعاته كبعه بالنسيئة فباعه بنقد يجوز ، وإن مفيدا من وجه يجب مراعاته إن أكده بالنفى وإن لم يؤكده به لا يجب ، مثاله لا تبعه إلا فى سوق كذا يجب رعايته ، بخلاف قوله بعه فى سوق كذا وكذا فى الوديعة إذا قال لا تحفظ إلا فى هذا البيت يلزم الرعاية ، وإن لم يفد أصلا بأن عين صندوقا لا يلزم الرعاية ، وإن أكده بالنفى والرهن والكفالة مفيد من كل وجه فلا يجوز خلافا أكده بالنفى أولا والإشهاد قد يفيد إن لم يغب الشهود وكانوا عدولا وقد لا يفيد ، فإذا أكده بالنفى يلزم الرعاية وإلا لا عملا بالشبهين بزازية قبيل الفصل الخامس ، وانظر ما قدمناه عن البحر فى مسألة البيع بالنسيئة (قوله واقعة الفتوى الخ) المسألة مصرح بها فى وصايا الخالية لكن بلفظ بمحضر فلان والحكم فيها ما ذكره هنا اه : (قوله وصح أخذه رهنا الخ) قال فى نور العين : وكيل البيع لو أقال أو احتال أو أبرأ أو حط أو وهب أو تجوز صح عند أبى حنيفة ومحمد وضمن لموكله لاعند أبى يوسف ، والوكيل لو قبض الثمن لا يملك الإقالة إجماعا اه :

قلت : وكذا بعد قبض الثمن لا يملك الحط والإبراء بزازية (قوله أو توى المال على الكفيل) وهو يكون بالمرافعة إلى حاكم مالكى يرى براءة الأصيل عن الدين بالكفالة ولايرى الرجوع على الأصيل بموته مفلسا ويحكم به ثم يموت الكفيل مفلسا ابن كمال ، ومثله فى الشرنبلالية عن الكافى وتحقيقه فى شرح الزيلعى اه (قوله وتقيد شراؤه) لأن التهمة فى الأكثر متحققة فلعله اشتراه لنفسه فإذا لم يوافقه ألحقه بغيره على ما مر ، وأطلقه فشمل ما إذا كان وكيلا بشراء معين فإنه وإن كان لا يملك شراءه لنفسه فبالمخالفة يكون مشتريا لنفسه فالتهمة باقية كما فى الزيلعى ، وفى الهداية قالوا ينفذ على الآمر ، وذكر فى البناية أنه قول عامة المشايخ والأول قول البعض ،

مايقوم به مقوم وهذا (إذا لم يكن سعره معروفا وإن كان) سعره (معروفا) بين الناس (كخبز ولحم) وموزوجبن (لاينفذ على الموكل وإن قلت الزيادة) ولو فلسا واحدا به يفتى بحر وبناية .

(وكله ببيع عبد فباع نصفه صح) لإطلاق التوكيل : وقالا إن باع الباقى قبل الخصومة جاز وإلا لا وهو استحسان ملتقى وهداية ، وظاهره ترجيح قولهما والمفتى به خلافه بحر ، وقيد ابن الكمال الخلاف بما يتعيب بالشركة وإلا جاز اتفاقا فليراجع (وفى الشراء يتوقف على شراء باقيه قبل الخصومة) اتفاقا (ولو ردّ مبيع بعيب على وكيله) بالبيع (ببينة أو لنكوله أو إقراره فيما لا يحدث) مثله فى هذه المدة (رده) الوكيل (على الآمر ، و) لو (بإقراره فيما يحدث لا) يرده ولزم الوكيل .

وفى الذخيرة أنه لا نص فيه بحر ملخصا (قوله ما يقوّم به مقوّم) أى لم يدخل تحت تقويم أحد من المقوّمين : قال مسكين : فلو قوّمه عدل عشرة وعدل آخر ثمانية وآخر سبعة فما بين العشرة والسبعة داخل تحت تقويم المقوّمين وتمامه فيه (قوله وبناية) هى شرح الهداية (قوله لإطلاق التوكيل) أى إطلاقه عن قيد الاجتماع والافتراق (قوله وظاهره الخ) أى لأنه جعله استحسانا . وقال فى البحر ولذا أخره مع دليله كما هو عادته ، ولذا استشهد لقول الإمام بما لو باع الكل بثمن النصف فإنه يجوز ، وقد علمت أن المفتى به خلاف قوله اهـ ، أى خلاف قوله فيما استشهد به . قلت : وقد علمت ما قدمناه عن العلامة قاسم (قوله وقيد ابن الكمال الخ) ومثله فى البحر معزوا إلى المعراج ، ونقل الاتفاق أيضا فى الكفاية عن الإيضاح (قوله وفى الشراء يتوقف الخ) لا فرق بين التوكيل بشراء عبد بعينه أو بغير عينه زيلعى : وفيه لا يقال إنه لا يتوقف بل ينفذ على المشترى لأنا نقول إنما لا يتوقف إذا وجد نفاذا على العاقد وههنا شراء النصف لا ينفذ على الوكيل لعدم مخالفته من كل وجه ولا على الآمر لأنه لم يوافق أمره من كل وجه فقلنا بالتوقف اهـ ملخصا (قوله اتفاقا) والفرق لأبى حنيفة بين البيع والشراء أن فى الشراء تتحقق تهمة أنه اشتراه لنفسه ولأن الأمر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه الإطلاق والأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والإطلاق كما فى الهداية (قوله ولو رد مبيع بعيب على وكيله) أطلقه فشمل ما إذا قبض الثمن أولا وأشار إلى أن الخصومة مع الوكيل فلا دعوى للمشترى على الموكل ، فلو أقر الموكل بعيب فيه وأنكره الوكيل لا يلزمهما شىء لأن الموكل أجنبى فى الحقوق ، ولو بالعكس رده المشترى على الوكيل لأن إقراره صحيح فى حق نفسه لا الموكل بزازية ، ولم يذكر الرجوع بالثمن . وحكمه أنه على الوكيل إن كان نقده وعلى الموكل إن كان نقده كما فى شرح الطحاوى ، وإن نقده إلى الوكيل ثم هو إلى الموكل ثم وجد الشارى عيبا أفتى القاضى أنه يرده على الوكيل كذا فى البزازية ، وقيد بالبيع لأن الوكيل بالإجازة إذا آجر وسلم ثم طعن المستأجر فيه بعيب فقبل الوكيل بغير قضاء يلزم الموكل ولم يعتبر إجارة جديدة ، وقيد بالعيب إذ لو قبله بغير قضاء بخيار رؤية أو شرط فهو جائز على الآمر ، وكذا لو رده المشترى عليه بعيب قبل القبض بحر ملخصا (قوله رده الوكيل على الآمر) لو قال فهو رد على الآمر لكان أولى لأن الوكيل لا يحتاج إلى خصومة مع الموكل إلا إذا كان عيبا يحدث مثله ورد عليه بإقرار بقضاء ، وإن بدون قضاء لا تصح خصومته لكونه مشتريا كما أفاده فى البحر .

وحاصل هذه المسألة أن العيب لا يخلو إما أن لا يحدث مثله كالسن أو الأصبع الزائدة أو يكون حادثا لكن لا يحدث مثله قبل هذه المدة أو يحدث فى مثلها ، ففى الأول والثانى يرده القاضى من غير حجة من بينة أو إقرار أو نكول لعلمه بكونه عند البائع ، وتأويل اشتراط الحجة فى الكتاب أن الحال قد يشتبه على القاضى بأن لا يعرف تاريخ البيع فيحتاج إليها ليظهر التاريخ أو كان عيبا لا يعرفه إلا الأطباء أو النساء ، وقولهم حجة

(الأصل فى الوكالة الخصوص وفى المضاربة العموم) وفرّع عليه بقوله (فإن باع) الوكيل (نسيئة فقال أمرتك بنقد وقال أطلقت صدق الآمر ، وفى) الاختلاف فى (المضاربة) صدق (المضارب) عملا بالأصل (لاينفذ تصرف أحد الوكيلين) معا كوكلتكما بكذا (وحده) واو الآخر عبدا أو صبيا أو مات أو جن (إلا) فيما إذا وكلهما على التعاقب بخلاف الوصيين كما سيجيء في بابه و (فى خصومة) بشرط رأى الآخر لا حضرته على الصحيح إلا إذا انتهيا إلى القبض فحتى يجتمعا جوهرة (وعتق معين وطلاق معينة لم يعوضا) بخلاف معوض وغير معين (وتعليق بمشيئتهما) أى الوكيلين فإنه يلزم اجتماعهما عملا بالتعليق قاله المصنف .

قلت : وظاهره عطفه على لم يعوضا كما يعلم من العينى والدرر ، فحق العبارة ولا علقا بمشيئتهما فتدبر (و) فى (تدبير ورد عين) كوديعة وعارية ومغصوب ومبيع فاسد خلاصة بخلاف استردادها ،

فى توجه الخصومة لا فى الرد فيفتقر إلى الحجة للرد ، حتى لو عاين القاضى البيع وكان العيب ظاهرا لايحتاج إلى شىء منها ، وكذا الحكم فى الثالث إن كان ببينة أو لنكول لأن البينة حجة مطلقة ، وكذا النكول حجة فى حقه فيرده عليه ، والرد فى هذه المواضع على الوكيل ردّ على الموكل . وأما إن رده عليه فى هذا الثالث بإقراره فإن كان بقضاء فلا يكون ردا على الموكل لأنه حجة قاصرة فلا تتعدى ولكن له أن يخاصم الموكل فيرده عليه ببينة أو بنكوله لأن الرد فسخ لأنه حصل بالقضاء كرها عليه فانعدم الرضا وإن كان بغير قضاء فليس له الرد لأنه إقالة وهى بيع جديد فى حق ثالث وهو الموكل فى الأول ، والثانى او رد على الوكيل بالإقرار بدون قضاء لزم الوكيل ، وليس له أن يخاصم الموكل فى عامة الروايات وفى رواية يكون ردا على الموكل ، وتمامه فى شرح الزيلعى وبه ظهر أن ما فى المتن تبعا للكنز مبنى على هذه الرواية ، وكذا قال فى الإصلاح ، وكذا بإقرار فيما لا يحدث مثله إن رد بقضاء . وفى المواهب : لو رد عليه بما لا يحدث مثله بإقراره يلزم الوكيل ولزوم الموكل رواية اهـ (قوله الأصل فى الوكالة الخصوص الخ) قال :

الأصل فى الوكالة الخصوص   لا فى المضاربة ذا المنصوص

(قوله لا ينفذ تصرف أحد الوكيلين) لأن الموكل لا يرضى برأى أحدهما ، والبدل وإن كان مقدرا لكن التقدير لا يمنع استعمال الرأى فى الزيادة واختيار المشترى منح أى التقدير للبدل لمنع النقصان عنه فربما يزداد عند الاجتماع وربما يختار الثانى مشتريا مليا والأول لايهتدى إلى ذلك. قال فى الهامش : ولو دفع ألف درهم إلى رجلين مضاربة وقال لهما اعملا برأيكما لم يكن لكل واحد منهما أن ينفرد بالبيع والشراء لأنه رضى برأيهما لا برأى أحدهما ، ولو عمل أحدهما بغير إذن صاحبه ضمن نصف المال وله ربحه وعليه وضيعته لانقد نصف رأس مال المضاربة فى الشراء لنفسه للمضاربة بغير إذن رب المال فصار ضامنا عطاء الله أفندى ، وهكذا وجدت هذه العبارة فلتراجع من أصلها (قوله أو مات) أى الآخر المشتمل على العبد أو الصبى وكذا قوله أو جنّ (قوله أو جن) فلا يجوز للآخر التصرف وحده لعدم رضاه برأيه وحده ، ولو وصيين لا يتصرف الحى إلا برأى القاضى بحر عن وصايا الخانية (قوله بخلاف الوصيين) فإنه إذا أوصى إلى كل منهما بكلام على حدة لم يجز لأحدهما الانفراد فى الأصح لأنه عند الموت صارا وصيين جملة واحدة : وفى الوكالة يثبت حكمهما بنفس التوكيل بحر (قوله كما سيجىء) وسيجىء قريبا متنا (قوله فحتى يجتمعا) لكن سيأتى أن الوكيل بالخصومة لايملك القبض وبه يفتى أبو السعود (قوله وظاهره) أى ظاهر قول المصنف ، وقوله عطفه : أى التعليق بمشيئتهما (قوله والدرر) حيث قال بعد قوله لم يعوضا ، بخلاف ما إذا قال لهما طلقاها إن شئتما أو قال أمرها بأيديكما لأنه تفويض إلى مشيئتهما فيقتصر على المجلس (قوله ولا علقا) استثنى فى البحر ثلاث مسائل غير هذين فراجعه واعترضه الرملى :

فلو قبض أحدهما ضمن كله لعدم أمره بقبض شيء منه، وجده سراج (و) فى (تسليم هبة) بخلاف قبضها ولو الجية (وقضاء دين) بخلاف اقتضائه عيني (و) بخلاف (الوصاية) لاثنين (و) كذا (المضاربة والقضاء) والتحكيم (والتولية على الوقف) فإن هذه الستة (كالوكالة فليس لأحدهما الانفراد) بحر إلا فى مسألة ما إذا شرط الواقف النظر له الاستبدال مع فلان فإن للواقف الانفراد دون فلان أشباه (والوكيل بقضاء الدين) من ماله أو مال موكله (لايجبر عليه) إذا لم يكن للموكل على الوكيل دين وهي واقعة الفتوى كما بسطه العمادى واعتمده المصنف. قال: ومفاده أن الوكيل ببيع عين مال الموكل لوفاء دينه لا يجبر عليه كما لا يجبر الوكيل بنحو طلاق ولو بطلبها على المعتمد وعتق وهبة من فلان وبيع منه

(قوله فلو قبض أحدهما) أى بدون إذن صاحبه وهلك فى يده كما صرح به فى الذخيرة لا بدون حضوره كما توهمه عبارة البحر (قوله ضمن كله) عبارة السراج كما فى البحر:

فإن قيل ينبغي أن يضمن النصف لأن كل واحد منهما مأمور بقبض النصف: قلنا ذاك مع إذن صاحبه، وأما فى حال الانفراد فغير مأمور بقبض شيء منه (قوله والوصاية) مبتدأ خبره قوله كالوكالة وزاد بعد الواو بخلاف ليعطفه على قوله بخلاف اقتضائه فالمعطوف خمسة والسادس المعطوف عليه فلا اعتراض فى كلامه فتنبه، لكن لا يحسن تشبيه مسألة الاقتضاء بالوكالة لأنها وكالة حقيقية (قوله فإن هذه الستة) فيه أن المذكور هنا خمسة وإن أراد جميع ما تقدم مما لم يجز فيه الانفراد فهي تسع عشرة صورة مع مسألة الوكالة ح، كذا فى الهامش:

قال جامعه: وقد علمت مما سبق جوابه (قوله النظر له) أى للواقف (قوله أو مال موكله) كذا استنبطه العمادى من مسألة ذكرها عن الخانية. ولكن ذكر قبله عنها أنه لو كتب فى آخر الكتاب أنه يخاصم ويخاصم ثم ادعى قوم قبل الموكل الغائب مالا فأقر الوكيل بالوكالة وأنكر المال فأحضروا الشهود على الموكل لا يكون لهم أن يحبسوا الوكيل لأنه جزاء الظلم ولم يظهر ظلمه، إذ ليس فى هذه الشهادة أمر بأداء المـال ولا ضمان الوكيل على الموكل، فإذا لم يجب على الوكيل أداء المـال من مال الموكل بأمر موكله ولا بالضمان عن موكله لايكون الوكيل ظالما بالامتناع اهـ ملخصا؛ ومفاده أنه لو ثبت أمر موكله أو كفالته عنه يؤمر بالأداء، وعليه يحمل كلام قارئ الهداية تأمل.

ثم رأيته فى حاشية المنح حيث قال: أقول كلام الخانية صريح فيما أفتى به قارئ الهداية فإنه صريح فى وجوب أداء المال بأحد شيئين: إما أمر الموكل أو الضمان فليكن المعول عليه فليتأمل اهـ. ثم قال موفقا بين عبارة الخانية السابقة الثانية القائلة وإن لم يكن له دين على الوكيل لا يجبر وبين عبارة الفوائد لابن نجيم القائلة لا يجبر الوكيل إذا امتنع عن فعل ما وكل فيه إلا فى مسائل الخ ما نصه: أقول الذى ذكره فى الفوائد مطلق عن قيد كونه من ماله أو من مال موكله أو من دين عليه. والفرع الأخير المنقول عن الخانية مقيد بما إذا لم يكن عليه دين وما قبله بما إذا لم يكن له مال تحت يده. وأنت إذا تأملت وجدت المسألة ثلاثية: إما أن يوجد آمره ولا مال له تحت يده ولا دين أو له واحد منهما، والظاهر أن الوديعة مثل الدين لصحة التوكيل بقبضها كهو، فيحمل الدين فى الفرع الثانى على مطلق المال حتى لايخالف كلامه فى الفرع الأول كلامه فى الفرع الثانى لصحة وجهه، ويحمل كلامه فى الفوائد على عدم وجود واحد منهما فيحصل التوفيق فلا مخالفة فتأمل اهـ:

وحاصله أنه لا يجبر إذا لم يكن له عند الوكيل مال ولا دين، وعليك بالتأمل فى هذا التوفيق (قوله لا يجبر عليه) لو قال: ولا يجبر الوكيل إذا امتنع عن فعل ما وكل فيه إلا فى مسائل وهي الثلاثة الآتية لكان أولى لئلا يختص بما ذكر فى المتن كما فى الأشباه كذا فى الهامش (قوله لا يجبر عليه) أى على البيع (قوله على المعتمد)

لكونه متبرعا إلا فى مسائل : إذا وكله بدفع عين ثم غاب ، أو ببيع رهن شرط فيه أو بعده فى الأصح ، أو بخصومة بطلب المدعى وغاب المدعى عليه أشباه خلافا لما أفتى به قارىء الهداية .

قلت : وظاهر الأشباه أن التوكيل بالأجر يجبر فتدبر ، ولا تنس مسألة واقعة الفتوى وراجع تنوير البصائر فلعله أوفى . وفى فروق الأشباه : التوكيل بغير رضا الخصم لا يجوز عند الإمام إلا أن يكون الموكل حاضرا بنفسه أو مسافرا أو مريضا أو مخدرة :

(الوكيل لا يوكل إلا بإذن آمره) لوجود الرضا (إلا) إذا وكله (فى دفع زكاة) فوكل آخر ثم وثم فدفع الأخير جاز ولا يتوقف ، بخلاف شراء الأضحية . أضحية الخانية (و) لا الوكيل (فى قبض الدين) إذا وكل (من فى عياله) صح ابن ملك (و) إلا (عند تقدير الثمن) من الموكل الأول (له) أى لوكيله فيجوز بلا إجازته

وسيأتى فى باب عزل الوكيل (قوله لكونه متبرعا) علة لقوله لا يجبر (قوله بدفع عين ثم غاب) لاحتمال أنها له فيجب دفعها له نور العين (قوله أو ببيع رهن شرط فيه الخ) أى سواء شرط فى عقد الرهن التوكيل بالبيع أو بعده . قال فى نور العين : لو لم يشرط التوكيل فى البيع فى عقد الرهن وشرط بعده ، قيل لايجب ، وقيل يجب وهذا أصح اهـ (قوله بطلب المدعى) سنذكر بيانه فى باب عزل الوكيل ، وأشار إلى أن المراد بوكيل الخصومة وكيل المدعى عليه ، فقول الدرر : وكيل خصومة لو أبى عنها لا يجبر عليها لأنه وعد أن يتبرع ينبغى أن يخص بوكيل المدعى كما يفهم مما هنا كما نبه عليه ، فى نور العين ، وبعده قوله إذا غاب المدعى فالأحسن ما سنذكره بعد (قوله خلافا لما أفتى به قارئ الهداية) مرتبط بالمتن فإنه سئل هل يحبس الوكيل فى دين وجب على موكله إذا كان للموكل مال تحت يده : أى يد وكيله وامتنع الوكيل عن إعطائه سواء كان الموكل حاضرا أو غائبا . فأجاب إنما يجبر على دفع ما ثبت على موكله من الدين إذا ثبت أن الموكل أمر الوكيل بدفع الدين أو كان كفيلا وإلا فلا يحبس اهـ ح كذا فى الهامش (قوله وظاهر الأشباه) حيث قال : ولايجبر الوكيل بغير أجر على تقاضى الثمن وإنما يحيل الموكل ح :

ويستفاد هذا من قول الشارح لكونه متبرعا قبل الاستثناء . قال فى الهامش : ولا يحبس الوكيل بدين موكله ولو كانت عامة إلا أن يضمن ، وتمامه فى وكالة الأشباه (قوله واقعة الفتوى) أى السابقة آنفا ، وهى ما إذا وكله بقضاء الدين مما له عليه فتصير المستثنيات خمسة بضم الوكيل بالأجر (قوله وفى فروق الأشباه) تقدمت أول كتاب الوكالة (قوله حاضرا بنفسه) أنظر ما معنى هذا فإنا لم نر من ذكره بل المذكور تعذر حضوره شرط ، ولم أر هذه العبارة فى فروق الأشباه فراجعها (قوله الوكيل لا يوكل) المراد أنه لا يوكل فيما وكل فيه فيخرج التوكيل بحقوق العقد فيما ترجع الحقوق فيه إلى الوكيل فله التوكيل بلا إذن لكونه أصيلا فيها ولذا لا يملك نهيه عنها وصح توكيل الموكل كما قدمناه بحر . وفيه : وخرج عنه ما لو وكل الوكيل بقبض الدين من فى عياله فدفع المديون إليه فإنه يبرأ لأن يده كيده ذكره الشارح فى السرقة اهـ وذكر الثانى المصنف (قوله بخلاف شراء الأضحية) فلو وكل غيره بشرائها فوكل الوكيل غيره ثم وثم فاشترى الأخير يكون موقوفا على إجازة الأول ، إن أجاز جاز وإلا فلا بحر عن الخانية (قوله تقدير الثمن) أى لو عين ثمنه لوكيله س (قوله من الموكل الأول) مخالف لما فى البحر وللتعليل كما يظهر مما كتبناه على البحر ، والموافق لما فى البحر أن يقول من الوكيل الأول له : أى للوكيل الثانى :

وأفاد اقتصاره على هذه المسائل أن الوكيل فى النكاح ليس له التوكيل ، وبه صرح فى الخلاصة والبزازية والبحر من كتاب النكاح ، وقدمناه فى باب الولى فراجعه خلافا لما قاله ط هناك بحثا من أن له التوكيل قياسا على

لحصول المقصود درر (والتفويض إلى رأيه) كاعمل برأيك (كالإذن) فى التوكيل (إلا فى طلاق وعتاق) لأنهما مما يحلف به فلا يقوم غيره مقامه قنية (فإن وكل) الوكيل غيره (بدونهما) بدون إذن وتفويض (ففعل الثانى) بحضرته أو غيبته (فأجازه) الوكيل (الأول صح) وتتعلق حقوقه بالعاقد على الصحيح (إلا فى) ما ليس بعقد نحو (طلاق وعتاق) لتعلقهما بالشرط فكأن الموكل علقه باللفظ الأول دون الثانى (وإبراء) عن الدين قنية (وخصومة وقضاء دين) فلا تكفى الحضرة ابن ملك خلافا للخانية (وإن فعل أجنبى فأجازه الوكيل) الأول (جاز إلا فى شراه) فإنه ينفذ عليه ولا يتوقف متى وجد نفاذا (وإن وكل به) أى بالأمر أو التفويض (فهو) أى الثانى (وكيل الآمر) وحينئذ (فلا ينعزل بعزل موكله أو موته وينعزلان بموت الأول) كما مر فى القضاء ؛ وفى البحر عن الخلاصة والخانية : له عزله فى قوله اصنع ما شئت لرضاه بصنعه وعزله من صنعه ، بخلاف اعمل برأيك : قال المصنف : فعليه لو قيل للقاضى اصنع ما شئت فله عزل نائبه بلا تفويض العزل صريحا لأن النائب كوكيل الوكيل .

واعلم أن الوكيل وكالة عامة مطلقة مفوضة إنما يملك المعاوضات لا الطلاق والعتاق والتبرعات به يفتى زواهر الجواهر وتنوير البصائر .

(قال) لرجل (فوّضت إليك أمر امرأتى صار وكيلا بالطلاق وتقيد) طلاقه (بالمجلس بخلاف قوله وكلتك فى أمر امرأتى فلا يتقيد به درر ، من لاولاية له على غيره لم يجز تصرفه فى حقه وحينئذ (فإذا باع عبد أو مكاتب أو ذمى أو حربى عينى (مال صغيره الحر المسلم أو شرى واحد منهم به أو زوج صغيرة كذلك) أى حرة مسلمة (لم يجز) لعدم الولاية (والولاية فى مال الصغير إلى الأب ثم وصيه ثم وصى وصيه) إذ الوصى

هذه المسألة الثالثة فافهم (قوله لحصول المقصود) لأن الاحتياج فيه إلى الرأى لتقدير الثمن ظاهر وقد حصل ، بخلاف ما إذا وكل وكيلين وقدر الثمن لأنه لمافوض إليهما مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأيهما فى الزيادة واختيار المشترى كما مر درر (قوله خلافا للخانية) راجع إلى الخصومة كما قيده فى المنح والبحر (قوله ينفذ عليه) أى على الأجنبى بحر عن السراج (قوله وإن وكل) أى الوكيل (قوله أى بالأمر) أى وكالة ملتبسة بالأمر بالتوكيل أى الإذن به (قوله وينعزلان) أى الوكيل الأول والثانى (قوله بموت الأول) أى الموكل وكان الأولى التعبير به ح (قوله وفى البحر) الذى فى البحر نسبة أن الثانى صار وكيل الموكل فلا يملك عزله فيما إذا قال اعمل برأيك إلى الهداية ، ونسبة أن له عزله فى قوله اصنع ما شئت إلى الخلاصة . ثم قال : وهو مخالف للهداية إلا أن يفرق بين اصنع ما شئت وبين اعمل برأيك ، والفرق ظاهر .

وعلل فى الخانية بأنه لما فوّضه إلى صنعه فقد رضى بصنعه وعزله من صنعه اه فليس فى كلام الخلاصة والخانية التصريح بمخالفة أحدهما للآخر فيحتمل أن فى المسألة قولين ، ودعوى صاحب البحر ظهور الفرق غير ظاهرة لما فى الحواشى اليعقوبية والحواشى السعدية أنه ينبغى أن يملكه فى صورة اعمل برأيك لتناول العمل بالرأى العزل كما لا يخفى اه (قوله بخلاف اعمل برأيك) بحث فيه فى الحواشى اليعقوبية والسعدية (قوله واعلم) تكرار مع ما تقدم أول الكتاب مستوفى ح (قوله زواهر الجواهر وتنوير البصائر) هما حاشيتان على الأشباه الأولى للشيخ صالح والثانية لأخيه الشيخ عبد القادر ولدى الشيخ محمد بن عبد الله الغزى صاحب المنح (قوله لعدم الولاية) وكذا لا ولاية لمسلم على كافرة فى نكاح ولا مال كما فى البحر فى كتاب النكاح من باب الولى ، وتقدم هناك أيضا متنا وشرحا فليحفظ ، قال تعالى - والذين كفروا بعضهم أولياء بعض - (قوله إلى الأب) حيث لم يكن سفيها ، أما الأب السفيه لا ولاية له فى مال ولده أشباه فى الفوائد من الجمع والفرق . وفى جامع الفصولين :

يملك الإيصاء (ثم إلى) الجد (أبي الأب ثم إلى وصيه) ثم وصى وصيه (ثم إلى القاضي ثم إلى من نصبه القاضي) ثم وصى وصيه (وليس لوصى الأم) ووصى الأخ (ولاية التصرف في تركة الأم مع حضرة الأب أو وصيه أو وصى وصيه أوالجد) أبي الأب (وإن لم يكن واحد مما ذكرنا فله) أي لوصى الأم (الحفظ) وله (بيع المنقول لا العقار) ولا يشترى إلا الطعام والكسوة لأنهما من جملة حفظ الصغير خانية .

[فروع] وصى القاضي كوصى الأب إلا إذا قيد القاضي بنوع تقيد به ، وفى الأب يعم الكل عمادية : وفى منفرقات البحر القاضي أوأمينه لا ترجع حقوق عقد باشراه لليتيم إليهما بخلاف وكيل ووصى وأب ، فلوضمن القاضي أو أمينه ثمن ما باعه لليتيم بعد بلوغه صح بخلافهم . وفى الأشباه : جاز التوكيل بكل مايعقده الوكيل لنفسه إلا الوصى فله أن يشترى مال اليتيم لنفسه لا لغيره بوكالة وجاز التوكيل بالتوكيل .

باب الوكالة بالخصومة والقبض

(وكيل الخصومة والتقاضي) أي أخذ الدين (لا يملك القبض) عند زفر وبه يفتى لفساد الزمان ، واعتمد في البحر العرف (و) لا (الصلح) إجماعا بحر (ورسول التقاضي يملك القبض لا الخصومة) إجماعا بحر ، أرسلتك أو كن رسولا عنى إرسال وأمرتك بقبضه توكيل

ليس للأب تحرير قنه بمال وغيره ولا أن يهب ماله ولو بعوض ولا إقراضه في الأصح ، وللقاضي أن يقرض مال اليتيم والوقف والغائب ، وليس لوصى القاضي إقراضه ، ولو أقرضه ضمن ، وقيل يصح للأب إقراضه إذ له الإيداع فهذا أولى اه عدة كذا في الهامش (قوله يملك الإيصاء) سواء كان وصى الميت أو وصى القاضي منح (قوله ثم وصى وصيه) قال في جامع الفصولين في ٢٧ ولهم الولاية في الإجارة في النفس والمال والمنقول والعقار ، فلو كان عقدهم بمثل القيمة أو بيسير الغبن صح لا بفاحشه ، ولا يتوقف على إجازته بعد بلوغه لأنه عقد لا مجيز له حال العقد وكذا شراؤهم لليتيم يصح بيسير الغبن ولو فاحشا نفذ عليهم لا عليه ، ولو بلغ في مدة الإجارة ، فلو كانت على النفس تخير أبطل أو أمضى ، ولو على أملاكه فلا خيار له ، وليس له فسخ البيع الذي نفذ في صغره فصط ، قيل إنما يجوز إجارتهم اليتيم إذا كانت بأجر المثل لا بأقل منه ، الصحيح جوازه ولو بأقل اه كذا في الهامش ، وقوله فصط هو رمز لفوائد صاحب المحيط (قوله لا العقار) فيه كلام ذكره أبو السعود في حاشية مسكين فراجعه (قوله فله أن يشترى الخ) أي والنفع ظاهر أشباه . والفرق أنه إذا اشترى لغيره فحقوق العقد من جانب اليتيم راجعة إليه ومن جانب الآمر كذلك فيؤدى إلى المضارة بخلاف نفسه حموى س (قوله بالتوكيل) بيانه في الأشباه من الوكالة .

باب الوكالة بالخصومة والقبض

(قوله أي أخذ الدين) هذا لغة وعرفا هو المطالبة عناية ح ، وكان عليه أن يذكرهذا المعنى فإنهم بنوا الحكم عليه معللين بأن العرف قاض على اللغة ، ولا يخفى عليك أن أخذ الدين بمعنى قبضه ، فلو كان المراد المعنى اللغوى يصير المعنى الوكيل بقبض الدين لا يملك القبض وهو غير معقول تدبر (قوله عند زفر) وروى عن أبي يوسف غرر الأفكار (قوله واعتمد في البحر العرف) حيث قال : وفى الفتاوى الصغرى التوكيل بالتقاضي يعتمد العرف ، إن كان في بلدة كان العرف بين التجار أن المتقاضي هو الذي يقبض الدين كان التوكيل بالتقاضي توكيلا بالقبض وإلا فلا ح ، وليس في كلامه ما يقتضي اعتماده ، نعم نقل في المنح عن السراجية أن عليه الفتوى وكذا في القهستاني عن المضمرات (قوله إجماعا) لأن الوكيل بعقد لا يملك عقدا آخر (قوله وأمرتك بقبضه توكيل)

خلافا للزيلعي (ولا يملكهما) أي الخصومة والقبض (وكيل الملازمة كما لا يملك الخصومة وكيل الصلح) بحر (ووكيل قبض الدين يملكها) أي الخصومة خلافا لهما لو وكيل الدائن ، ولو وكيل القاضي لا يملكها اتفاقا كوكيل قبض العين اتفاقا. وأما وكيل قسمة وأخذ شفعة ورجوع هبة ورد بعيب فيملكها مع القبض اتفاقا ابن ملك .

(أمره بقبض دينه وأن لا يقبضه إلا جميعا فقبضه إلا درهما لم يجز قبضه) المذكور (على الآمر) لمخالفته له فلم يصر وكيلا (و) الآمر (له الرجوع على الغريم بكله) وكذا لا يقبض درهما دون درهم بحر (ولو لم يكن للغريم بينة على الإيفاء فقضى عليه) بالدين (وقبضه الوكيل فضاع منه ثم برهن المطلوب) على الإيفاء للموكل (فلا سبيل له) للمديون (على الوكيل ، وإنما يرجع على الموكل) لأن يده كيده ذخيرة (الوكيل بالخصومة إذا أبى) الخصومة (لا يجبر عليها)

قال في البحر أول كتاب الوكالة. فإن قلت : فما الفرق بين التوكيل والإرسال ، فإن الإذن والأمر توكيل كما علمت أي من كلام البدائع من قوله الإيجاب من الموكل أن يقول وكلتك بكذا أو افعل كذا أو أذنت لك أن تفعل كذا ونحوه.

قلت : الرسول أن يقول له أرسلتك أو كن رسولا عني في كذا ، وقد جعل منها الزيلعي في باب خيار الرؤية أمرتك بقبضه ، وصرح في النهاية فيه معزيا إلى الفوائد الظهيرية أنه من التوكيل ، وهو الموافق لما في البدائع إذ لا فرق بين افعل كذا وأمرتك بكذا اه وتمامه فيه (قوله خلافا للزيلعي) حيث جعل أمرتك بقبضه إرسالا ح كذا في الهامش (قوله وكيل الصلح) لأن الصلح مسالمة لا مخاصمة (قوله أي الخصومة) حتى لو أقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل أو إبرائه تقبل عنده ؛ وقالا : لا يكون خصما زيلعي (قوله ولو وكيل القاضي) بأن وكله بقبض دين الغائب شرنبلالية (قوله أمره بقبض دينه) قال في الهامش نقلا عن الهندية الوكيل بقبض الدين إذا أخذ العروض من الغريم والموكل لا يرضى ولا يأخذ العروض فللوكيل أن يردّ العروض على الغريم ويطالبه بالدين ، كذا في جواهر الفتاوى :

رجل له على رجل ألف درهم وضح فوكل رجلا بقبضها وأعلمه أنها وضح فقبض الوكيل ألف درهم غلة وهو يعلم أنها غلة لم يجز على الآمر ، فإن ضاعت في يده ضمنها الوكيل ولم يلزم الآمر شيء ، ولو قبضها وهو لا يعلم أنها غلة فقبضه جائز ولا ضمان عليه ، وله أن يردّها ويأخذ خلافها ، فإن ضاعت من يده فكأنها ضاعت من يد الآمر ، ولا يرجع بشيء في قياس قول أبي حنيفة ، وفي قياس قول أبي يوسف يردّ مثلها ويأخذ الوضح اه .

أقول : الأوضاح حليّ من فضة جمع وضح ، وأصله البياض مغرب . وفي المختار : والأوضاح حلي من الدراهم الصحاح . وذكر في الهامش : دفع إلى رجل مالا يدفعه إلى رجل فذكر أنه دفعه إليه وكذبه في ذلك الآمر والمأمور له بالمال فالقول قوله في براءة نفسه عن الضمان ، والقول قول الآخر ، أنه لم يقبضه ، ولا يسقط دينه عن الآمر ، ولا يجب اليمين عليهما جميعا ، وإنما يجب على الذي كذبه دون الذي صدقه ، فإن صدق المأمور في الدفع فإنه يحلف بالله ما قبض ، فإن حلف لا يسقط دينه ، وإن نكل سقط وصدق الآخر أنه لم يقبضه ، وإن كذب المأمور فإنه يحلف المأمور خاصة لقد دفعه إليه ، فإن حلف برىء ، وإن نكل لزمه ما دفع إليه اه هندية من فصل : إذا وكل إنسانا بقضاء دين عليه (قوله درهما دون درهم) معناه لا يقبض متفرقا ، فلو قبض شيئا دون شيء لم يبرأ الغريم من شيء جامع الفصولين. وفيه وكيل قبض الوديعة قبض بعضها جاز ، فلو أمر أن لا يقبضها إلا جميعا فقبض بعضها ضمن ولم يجز القبض ، فلو قبض ما بقي قبل أن يهلك الأول جاز القبض على الموكل اه

فى الأشباه : لا يجبر الوكيل إذا امتنع عن فعل ما وكل فيه لتبرعه إلا فى ثلاث كما مر (بخلاف الكفيل) فإنه يجبر عليها للالتزام .

(وكله بخصوماته وأخذ حقوقه من الناس على أن لا يكون وكيلا فيما يدعى على الموكل جاز) هذا التوكيل (فلو أثبت) الوكيل (المال له) أى لموكله (ثم أراد الخصم الدفع لا يسمع على الوكيل) لأنه ليس بوكيل فيه درر (وصح إقرار الوكيل بالخصومة) لا بغيرها مطلقا (بغير الحدود والقصاص) على موكله (عند القاضى دون غيره) استحسانا (وإن انعزل) الوكيل (به) أى بهذا الإقرار حتى لا يدفع إليه المال وإن برهن بعده على الوكالة للتناقض درر (وكذا إذا استثنى) الموكل (إقراره) بأن قال وكلتك بالخصومة غير جائز الإقرار صح التوكيل والاستثناء على الظاهر بزازية (فلو أقر عنده) أى القاضى (لا يصح وخرج به عن الوكالة) فلا تسمع خصومته درر (وصح التوكيل بالإقرار ولا يصير به) أى بالتوكيل (مقرا) بحر (وبطل توكيل الكفيل بالمال) لئلا يصير عاملا لنفسه (كما) لا يصح (لو وكله بقبضه) أى الدين (من نفسه أو عبده)

(قوله فى الأشباه الخ) الظاهر أنه أراد بالنقل المذكور الإشارة إلى مخالفته ، لما فى الأشباه : فإن من جملة الثلاث كما تقدم قبل هذا الباب أنه يجبر الوكيل بخصومة بطلب المدعى إذا غاب المدعى عليه ، وقد تبع المصنف صاحب الدرر .

وقال في العزمية : لم نجد هذه المسألة هنا لا فى المتون ولا فى الشروح . ثم أجاب كالشرنبلالى بأنه لا يجبر عليها ، يعنى ما لم يغب موكله فإذا غاب يجبر عليها كما ذكره المصنف فى باب رهن يوضع عند عدل اه وهذا أحسن مما قدمناه عن نور العين تأمل . هذا ، ولكن المذكور فى المنح متنا موافق لما فى الأشباه فإنه ذكر بعد قوله لا يجبر عليها إلا إذا كان وكيلا بالخصومة بطلب المدعى عليه وغاب المدعى وكأنه ساقط من المتن الذى شرح عليه الشارح تأمل (قوله وصح إقرار الوكيل) يعنى إذا ثبت وكالة الوكيل بالخصومة وأقر على موكله سواء كان موكله المدعى فأقر باستيفاء الحق أو المدعى عليه فأقر بثبوته عليه درر (قوله بالخصومة) متعلق بالوكيل (قوله لا بغيرها) أى لا إقرار الوكيل بغير الخصومة أى وكالة كانت (قوله بغير الحدود والقصاص) متعلق بإقرار (قوله استحسانا) والقياس أن لا يصح عند القاضى أيضا لأنه مأمور بالمخاصمة والإقرار يضرها لأنه مسالمة ح (قوله العزل) أى عزل نفسه لأجل دفع الخصم وانى ، ورده عزمى زاده ط قال فى الهداية : تحت قوله انعزل أى لو أقيمت البينة على إقراره فى غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة اه (قوله حتى لا يدفع إليه المال) أى لا يؤمر الخصم بدفع المال إلى الوكيل لأنه لا يمكن أن يبقى وكيلا بجواب مقيد وهو الإقرار ، وما وكله بجواب مقيد وإنما وكله بالجواب مطلقا اه ح عن شرح الهداية معزيا لقاضى زاده (قوله للتناقض) لأنه زعم أنه مبطل فى دعواه درر (قوله بأن قال) المسألة على خمسة أوجه مبسوطة فى البحر (قوله على الظاهر) أى ظاهر الرواية ومثله استثناء الإنكار فيصح منها فى ظاهر الرواية زيلعى وبيانه فيه (قوله أى بالتوكيل) التوكيل بالإقرار صحيح ، ولا يكون التوكيل به قبل الإقرار إقرارا من الموكل . وعن الطواويسى : معناه أن يوكل بالخصومة ويقول خاصم فإذا رأيت لحوق مؤنة أو خوف عار على فأقر بالمدعى يصح إقراره على الموكل كذا فى البزازية رملى .

قلت : ويظهر منه وجه عدم كونه إقرارا ، ونظيره صلح المنكر (قوله وبطل توكيل الكفيل) فلو أبرأه عن الكفالة لم تنقلب صحيحة لوقوعها باطلة ابتداء كما لو كفل عن غائب فإنه يقع باطلا ثم إذا أجازه لم يجز (قوله بالمال) متعلق بالكفيل ح وسيأتى محترزه متنا (قوله لو وكله بقبضه) أى فيما لو أعتق المولى عبده المديون حتى لزمه ضمان قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين ، فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا لأن الوكيل من

لأن الوكيل متى عمل لنفسه بطلت إلا إذا وكل المديون بإبراء نفسه فيصح ، ويصح عزله قبل إبرائه نفسه أشباه (أو وكل المحتال المحيل بقبضه من المحال عليه) أو وكل المديون وكيل الطالب بالقبض لم يصح لاستحالة كونه قاضيا ومقتضيا قنية (بخلاف كفيل النفس والرسول ووكيل الإمام ببيع الغنائم والوكيل بالتزويج) حيث يصح ضمانهم لأن كلا منهم سفير (الوكيل بقبض الدين إذا كفل صح وتبطل الوكالة) لأن الكفالة أقوى للزومها فتصلح ناسخة (بخلاف العكس ، وكذا كلما صحت كفالة الوكيل بالقبض بطلت وكالته تقدمت الكفالة أو تأخرت) لما قلنا (وكيل البيع إذا ضمن الثمن للبائع عن المشترى لم يجز) لما مر أنه يصير عاملا لنفسه (فإن أدى بحكم الضمان رجع) لبطلانه (وبدونه لا) لتبرعه .

(ادعى أنه وكيل الغائب بقبض دينه فصدقه الغريم أمر بدفعه إليه) عملا بإقراره ولا يصدق لو ادعى الإيفاء (فإن حضر الغائب فصدقه) فى التوكيل (فبها) ونعمت (وإلا أمر الغريم بدفع الدين إليه) أى الغائب (ثانيا) لفساد الأداء بإنكاره مع يمينه (ورجع) الغريم (به على الوكيل إن باقيا فى يده ولو حكما) بأن استهلكه

يعمل لغيره والمولى عامل لنفسه لأنه يبرىء به نفسه فلا يصح وكيلا كفاية (قوله لأن الوكيل) قال فى الهامش : أى لأن الوكيل عامل لغيره ، فمتى عمل لنفسه فقط بطلت الوكالة اه أشباه (قوله إلا إذا الخ) الاستثناء مستدرك ، فانظر ما فى البحر ، والمديون بالنصب وفاعل وكل مستتر فيه (قوله قنية) عبارتها كما فى المنح ، ولو وكله بقبض دينه على فلان فأخبر به المديون فوكله ببيع سلعته وإيفاء ثمنه إلى رب الدين فباعها وأخذ الثمن وهلك يهلك من مال المديون لاستحالة أن يكون قاضيا ومقتضيا . والواحد لا يصلح أن يكون وكيلا للمطلوب والطالب فى القضاء والاقتضاء اه وتمامه فى البحر فانظره (قوله بخلاف كفيل النفس) قيده الزيلعى بأن يوكله بالخصومة . قال فى البحر : وليس بقيد : إذ لو وكله بالقبض من المديون صح اه (قوله حيث يصح ضمانهم) بالثمن والمهر لأن كل واحد منهم سفير ومعبر منح ، والمناسب أن يقول يصح توكيلهم لكن لا يظهر فى مسألة وكيل الإمام ببيع الغنائم تأمل (قوله سفير) أى معبر عن غيره فلا تلحقه العهدة (قوله بخلاف العكس) هو تكرار محض ح أى مع قوله وبطل توكيل الكفيل بالمال ، لكن إذا لوحظ ارتباطه بقوله فتصلح ناسخة إظهارا للفرق بينهما لم يكن تكرارا تأمل (قوله وكذا كلما الخ) تكرار محض مع ما قبلها ح (قوله للبائع) المناسب للموكل (قوله لم يجز) استشكله الشرنبلالى بوكيل الإمام ببيع الغنائم ، ودفعه أبو السعود بما مر من أنه سفير ومعبر فلا تلحقه عهدة (قوله عاملا لنفسه) لأن حق الاقتضاء له (قوله رجع) أى على موكله بالبيع : ولقائل أن يقول التبرع حصل فى أدائه إليه بجهة الضمان كأدائه بحكم الكفالة عن المشترى بدون أمره فليتأمل شرنبلالية ، ولا يخفى أن التبرع فى المقيس عليه إنما هو فى نفس الكفالة ، وأما الأداء فهو ملزم به شاء أو أبى بخلاف مسألتنا على أنه إذا أدى على حكم الضمان لا يسمى متبرعا بل هو ملزم به فى ظنه اه (قوله عملا بإقراره) أى فى مال نفسه لأن الديون تقضى بأمثالها بخلاف إقراره بقبض الوديعة الآتى لأن فيها إبطال حق المالك فى العين سائحانى (قوله ولا يصدق الخ) سيأتى متنا فى قوله ولو وكله بقبض مال فادعى الغريم ما يسقط حق موكله الخ (قوله لفساد الأداء) لأنه لم يثبت الاستيفاء حيث أنكر ، فقوله بإنكاره الباء للسببية ، وقوله مع يمينه يشير إلى أنه لا يصدق بمجرد الإنكار :

وفى البحر عن البزازية : ولو ادعى الغريم على الطالب حين أراد الرجوع عليه أنه وكل القابض وبرهن يقبل ويبرأ وإن أنكر حلفه ، فإن نكل برىء اه : وفيه عنها أيضا : وإن أراد الغريم أن يحلفه بالله ما وكلته له ذلك ، وإن دفع عن سكوت ليس له إلا إذا عاد إلى التصديق ، وإن دفع عن تكذيب ليس له أن يحلفه ، وإن

فإنه يضمن مثله خلاصة (وإن ضاع لا) عملا بتصديقه (إلا إذا) كان قد (ضمنه عند الدفع) بقدر ما يأخذه الدائن ثانيا لا ما أخذه الوكيل لأنه أمانة لا تجوز بها الكفالة زيلعى وغيره (أو قال له قبضت منك على أنى أبرأتك من الدين) فهو كما لو قال الأب للختن عند أخذ مهر بنته آخذ منك على أنى أبرأتك من مهر بنتى ، فإن أخذته البنت ثانيا رجع الختن على الأب فكذا هذا بزازية (وكذا) يضمنه (إذا لم يصدّقه على الوكالة بعم) صورتى السكوت والتكذيب (ودفع له ذلك على زعمه) الوكالة فهذه أسباب للرجوع عند الهلاك (فإن ادعى الوكيل هلاكه أو دفعه لموكله صدق) الوكيل (بحلفه وفى الوجوه) المذكورة (كلها) الغريم (ليس له الاسترداد حتى يحضر الغائب) وإن برهن أنه ليس بوكيل أو على إقراره بذلك أو أراد استحلافه لم يقبل لسعيه فى نقض ما أوجبه للغائب، نعم لو برهن أن الطالب جحد الوكالة وأخذ منى المال تقبل بحر، ولو مات الموكل وورثه غريمه أو وهبه له أخذه قائما ، ولو هالكا ضمنه إلا إذا صدقه على الوكالة ، ولو أقر بالدين وأنكر الوكالة حلف ما يعلم أن الدائن وكله عينى .

(قال إنى وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه) على المشهور خلافا لابن الشحنة ، ولو دفع لم يملك الاسترداد مطلقا لما مر (وكذا) الحكم (لو ادعى شراءها من المالك وصدقه) المودع لم يؤمر بالدفع لأنه إقرار على الغير (ولو ادعى انتقالها بالإرث أو الوصية منه وصدّقه أمر بالدفع إليه) لاتفاقهما على ملك الوارث (إذا لم يكن على الميت دين مستغرق) ولا بد من التلوم فيهما لاحتمال ظهور وارث آخر (ولو أنكر موته أو قال لا أدرى لا) يؤمر به ما لم يبرهن ، ودعوى الإيصاء كوكالة فليس لمودع ميت ومديونه الدفع قبل ثبوت أنه وصى ولولا وصى فدفع لبعض الورثة برىء عن حصته فقط (ولو وكله بقبض مال فادعى الغريم ما يسقط حق موكله) كأداء أو إبراء أو إقراره بأنه ملكى (دفع) الغريم (المال) ولو عقارا (إليه) أى الوكيل

عاد إلى التصديق لكنه يرجع على الوكيل اه فإطلاق الشارح فى محل التقييد تأمل (قوله فإنه يضمن مثله) الأولى بدله تأمل (قوله قد ضمنه) بتشديد الميم بأن يقول ألت وكيله لكن لا آمن أن يجحد الوكالة ويأخذ منى ثانيا فيضمن ذلك المأخوذ فالضمير المستتر فى وكله عائد إلى الوكيل والبارز إلى المال بحر (قوله أو قال) أى مدعى الوكالة (قوله فهذه) أى الثلاثة . وذكر فى الهامش عن القول لمن من الوكالة فى شخص أذن لآخر أن يعطى زيدا ألف درهم من ماله الذى تحت يده فادعى المأمور الدفع وغاب زيد وأنكر الإذن وطالبه بالبينة على الدفع فهل يلزمه ذلك ؟ أجاب إن كان المال الذى عنده أمانة فالقول قول المأمور مع يمينه ، وإن كان تعويضا أو دينا لم يقبل قوله إلا ببينة اه (قوله لم يقبل) ولا يكون له حق الاسترداد (قوله خلافا لابن الشحنة) فيه أن ابن الشحنة نقل رواية عن أبى يوسف أنه يؤمر بالدفع وما هنا هو المذهب فلامعارضة ح (قوله مطلقا) سواء سكت أو كذب أو صدق (قوله لما مر) أنه يكون ساعيا فى نقض ما أوجبه للغائب :

وفى البحر : لو هلكت الوديعة عنده بعد ما منع ، قيل لا يضمن وكان ينبغى الضمان لأنه منعها من وكيل المودع فى زعمه اه ومثله فى جامع الفصولين (قوله ولو ادعى) أى الوارث أو الموصى له (قوله على ملك الوارث) أى والموصى (قوله ولابد من التلوم الخ) تقدمت هذه المسائل فى متفرقات القضاء ، وقدمنا الكلام عليها (قوله ودعوى الإيصاء كوكالة) فإذا صدقه ذو اليد لم يؤمر بالدفع له إذا كان عينا فى يد المقر لأنه أقر أنه وكيل صاحب المال بقبض الوديعة أو الغصب بعد موته فلا يصح ، كما لو أقر أنه وكيله فى حياته بقبضها ، وإن كان المال دينا على المقر فعلى قول محمد الأول يصدق ويؤمر بالدفع إليه ، وعلى قوله الأخير وهو قول أبى يوسف لا يصدق ولا يؤمر بالتسليم إليه وبيانه فى الشرح بحر (قوله أو إقراره) أى الموكل بأنه ملكى المسألة فى جامع الفصولين

لأن جوابه تسليم مالم يبرهن ، وله تحليف الموكل لا الوكيل لأن النيابة لاتجرى فى اليمين خلافا لزفر (ولو وكله بعيب فى أمة وادعى البائع أن المشترى رضى بالعيب لم يرد عليه حتى يحلف المشترى) والفرق أن القضاء هنا فسخ لايقبل النقض ، بخلاف ما مر خلافا لهما (فلو ردها الوكيل على البائع بالعيب فحضر الموكل وصدقه على الرضا كانت له لا للبائع) اتفاقا فى الأصح لأن القضاء لا عن دليل بل للجهل بالرضا ثم ظهر خلافه فلا ينفذ باطنها نهاية (والمأمور بالإنفاق) على أهل أو بناء (أو القضاء) لدين (أو الشراء أو التصدق عن زكاة إذا أمسك ما دفع إليه ونقد من ماله) ناويا الرجوع كذا قيد الخامسة فى الأشباه (حال قيامه لم يكن متبرعا) بل يقع النقصان استحسانا (إذا لم يضف إلى غيره) فلو كانت وقت إنفاقه مستهلكة ولو بصرفها لدين نفسه أو أضاف العقد إلى دراهم نفسه ضمن وصار مشتريا لنفسه متبرعا بالإنفاق لأن الدراهم تتعين فى الوكالة نهاية وبزازية ، نعم فى المنتقى : لو أمره أن يقبض من مديونه ألفا ويتصدق فتصدق بألف ليرجع على المديون جاز استحسانا .

حيث قال : قال ادعى أرضا وكالة أنه ملك موكلى فبرهن فقال ذو اليد إنه ملكى وموكلك أقر به ، فلو لم يكن له بينة فله أن يحلف الموكل لا وكيله فوكله لو غائبا فللقاضى أن يحكم به لموكله ، فلو حضر الموكل وحلف أنه لم يقر له بقى الحكم على حاله ، ولو نكل بطل الحكم اه وبه يظهر ما فى كلام الشارح (قوله لأن جوابه تسليم) لأنه إنما ادعى الإيفاء وفى ضمن دعواه إقرار بالدين وبالوكالة ، وتمامه فى التبيين (قوله ما لم يبرهن) أى على الإيفاء فتقبل لما مر أن الوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة بحر (قوله لا الوكيل) أى على عدم علمه باستيفاء الموكل بحر (قوله لأن النيابة لا تجرى فى اليمين) وكيل قبض الدين ادعى عليه المديون الإيفاء إلى موكله أو إبراءه وأراد تحليف الوكيل أنه لم يعلم به لا يحلف ، إذ لو أقر به لم يجز على موكله لأنه على الغير جامع الفصولين وهذا التعليل أظهره مما ذكره الشارح فتدبر .

وفى نور العين عن الخلاصة وفى الزيادات فى كل موضع لو أقر لزمه فإذا أنكر يستحلف إلا فى ثلاث مسائل : وكيل شراء وجد عيبا فأراد الرد وأراد البائع تحليفه بالله ما يعلم أن الموكل رضى بالعيب لايحلف ، فإن أقر الوكيل لزمه .

الثالثة وكيل قبض الدين إذا ادعى عليه المديون أن موكله أبرأه عن الدين واستحلف الوكيل على العلم لايحلفه ولو أقر به لزمه . يقول الحقير لم يذكر الثالثة فى الخلاصة ، وفى الثانية نظر إذ المقر به هو الإبراء الذى يدعيه المديون فكيف يتصور لزومه على الوكيل (قوله ولو وكله بعيب) أى برد أمة بسبب عيب ح (قوله لم يرد عليه الخ) أى لم يرد الوكيل على البائع ح كذا فى الهامش (قوله حتى يحلف الخ) يعنى لا يقضى اتفاقا بالرد عليه حتى يحضر المشترى ويحلف أنه لم يرض بالعيب ح كذا فى الهامش (قوله والفرق) أى بين هذه المسألة حيث لا ترد الأمة على البائع وبين التى قبلها حيث يدفع الغريم المال إلى الوكيل ح كذا فى الهامش (قوله خلافا لهما) حيث قالا لا يؤخر القضاء فى الفصلين لأن قضاء القاضى عندهما ينفذ ظاهرا فقط إذا ظهر الخطأ ح (قوله فلا ينفذ باطنا) اعترضه قاضى زاده أنه إذا جاز نقض القضاء ههنا عند أبى حنيفة أيضا بأى سبب كان لا يتم الدليل المذكور للفرق بين المسألتين ح (قوله أو الشراء) قيد به ، لما فى البحر عن الخلاصة : الوكيل ببيع الدينار إذا أمسك الدينار وباعه ديناره لا يصح (قوله عن زكاة) الظاهر أنه ليس بقيد ح ويدل عليه إطلاق ما يأتى عن المنتقى (قوله إلى غيره) أى غير مال الآمر سواء أضاف إلى مال الآمر أو أطلق ح (قوله وقت إنفاقه) أى أو شرائه أو تصدقه (قوله لدين نفسه) أو غيره ح (قوله نعم الخ) لا وجه للاستدراك فإنها لا تنافى ما قبلها ، فإن قيام

(وصى أنفق من ماله و) الحال أن (مال اليتيم غائب فهو) أى الوصى كالأب (متطوع إلا أن يشهد أنه قرض عليه أو أنه يرجع) عليه جامع الفصولين وغيره، وعلله فى الخلاصة بأن قول الوصى وإن اعتبر فى الإنفاق لكن لا يقبل فى الرجوع فى مال اليتيم إلا بالبينة.

[فروع] الوكالة المجردة لاتدخل تحت الحكم وبيانه فى الدرر صح التوكيل بالسلم لا بقبول عقد السلم، فللناظر أن يسلم من ريعه فى زيته وحصره، وليس له أن يوكل به من يجعله بجعل أمينا على القرية فيأمره بعقد السلم ويستلم منه على ما قرر له باطنا لأنه وكيل الواقف والوكالة أمانة لايصح بيعها، وتمامه فى شرح الوهبانية.

الدين فى ذمة المديون كقيام المال فى يد الوكيل وصاحب المنح والبحر ذكراها من غير استدراك ح (قوله وصى أنفق الخ) سيأتى تحرير هذه المسألة فى آخر كتاب الوصايا إن شاء الله تعالى (قوله غائب) والحاضر كذلك بالأولى (قوله فروع) تكراره مع ما يأتى قريبا أول الباب (قوله وبيانه فى الدرر) قال فيها . قال فى الصغرى: الوكيل بقبض الدين إذا أحضر خصما فأقر بالتوكيل وأنكر الدين لا تثبت الوكالة: حتى لو أراد الوكيل إقامة البينة على الدين لا تقبل اهـ: أقر بالتوكيل وأنكر الدين لاتثبت الوكالة لأنه لما أقر بالوكالة لا يكون خصما بالدين، بخلاف ما إذا أنكر الوكالة وأقر بالدين فإنه يكون خصما فى إثبات الدين لكون البينة واقعة على خصم منكر للوكالة فافهم كذا فى الهامش (قوله صح التوكيل بالسلم) أى الإسلام، وقد تقدم التنبيه على هذه المسألة فى باب الوكالة بالبيع والشراء حيث قال هناك والمراد بالسلم الإسلام لا قبول السلم فإنه لايجوز ابن كمال، وأوضحناه بعبارة الزيلعى فراجعه. وفى شرح الوهبانية قال فى المبسوط: إذا وكله أن يأخذ الدراهم فى طعام مسمى فأخذها الوكيل ثم دفعها إلى الموكل فالطعام على الوكيل وللوكيل على الموكل الدراهم قرض لأن أصل التوكيل باطل لأن المسلم إليه أمره ببيع الطعام من ذمته إلى ذمة الوكيل، ولو أمره أن يبيع عين ماله على أن يكون الثمن على الآمر كان باطلا فكذلك إذا أمره أن يبيع طعاما فى ذمته وقبول السلم من صنيع المفاليس فالتوكيل به باطل (قوله فللناظر أن يسلم الخ) فرعه على ما قبله لأنه كالوكيل على ما صرحوا به . وفى هذه العبارة إيجاز ألحقها بالألغاز، وهى مشتملة على مسألتين:

إحداهما يجوز للقيم أن يسلم من ريع الوقف فى زيته وحصره كالوكيل بعقد السلم ثم رأس المال وإن ثبت فى ذمته كالمسألة السابقة فهو مأمور بدفع بدله من غلة الوقف، وليس المراد ثبوته فى الذمة متأخرا فيفسد العقد بل المراد أنه كالثمن ثبت فى الذمة ثم ما يعطيه يكون بدلا عما وجب وهنا يعطيه فى المجلس كالتوكيل بالشراء يصح وإن لم يكن الثمن ملكه . أو نقول، الثمن هنا معين : أى رأس مال السلم لأن مال الأمانة يتعين بالتعيين.

ثانيتهما : قد علمت أن قيم الوقف وكيل الواقف والوكالة أمانة لا يصح بيعها : ولما اشتهر أن ذلك لا يصح جعل النظار له حيلة إذا أرادوا أن يجعلوا فى القرية أمينا يحفظ زرعها ويقررون له على ذلك جعلا، وهى أن يأمروه بعقد السلم ويستلمون من الوكلاء على ما هو مقرر لهم باطنا فالغلة المسلم فيها تثبت فى ذمة الوكيل، وأوصرفها من غلة الوقف ضمنها، ولو صرف مال السلم على المستحقين لم يرجع به فى غلة الوقف وكان متبرعا لأنه صرف مال نفسه فى غير ما أذن له فيه تخريجا على المسألة السابقة لأنه توكيل بقبول السلم هذا حاصل ما ذكره شراح الوهبانية فى هذا المحل وقد صعب على فهم هذا الكلام، ولم يتلخص منه حاصل مدة طويلة حتى فتح المولى

باب عزل الوكيل

(الوكالة من العقود الغير اللازمة) كالعارية (فلايدخلها خيار شرط ولايصح الحكم بها مقصودا وإنما يصح في ضمن دعوى صحيحة على غريم) وبيانه في الدرر (فللموكل العزل متى شاء ما لم يتعلق به حق الغير) كوكيل خصومة بطلب الخصم كما سيجيء ولو الوكالة دورية

بشيء يغلب على ظني أنه هو المراد في تصوير هذه الحيلة في المسألة الثانية ، وهي أن شخصا يكون ناظراً على وقف فيريد أن يجعل أمينا قادراً عليه بحيث ينتفع هو عاجلا والأمين آجلا فإذا أخذ من الأمين شيئا على ذلك ليقوم مقامه ويأخذ مستغلات الوقف بدلا عن الجعل فهو لا يجوز لأنه بيع الوكالة في المعنى ، لما علمت أن الناظر وكيل الواقف وهذا يفعل في زمننا كثيرا في المقاطعات والأوقاف ويسمونه التزاما فإذا تحيل له بهذه الحيلة ، وهي أن يأخذ الناظر من الأمين مبلغا معلوما سلما على غلة الوقف ليصرفه في مصارفه ويأخذ منه ماعينه له الواقف من العشر مثلا ويستغل ذلك الأمين غلة الوقف على أنه المسلم فيه ليحصل للناظر نفع بنظارته والأمين بأمانته فهو أيضا لا يجوز لأن الناظر وكيل عن الواقف فكأنه صار وكيلا عن الواقف في قبول عقد السلم وأخذ الدراهم على الغلة الخارجة ، وقد علمت أن الجائز التوكيل بعقد السلم لا بقبوله فإذا أخذ الدراهم وصرفها على المستحقين يكون متبرعا صارفا من مال نفسه وتثبت الغلة في ذمته فيلزمه مثلها و هذا ما ظهر لي . ثم لا يخفى أن هذا كله إنما يكون بعد بيان مقدار المسلم فيه مع سائر شروط السلم وإلا يكون فساده من جهة أخرى كما لايخفى والله تعالى أعلم .

باب عزل الوكيل

(قوله خيار شرط) لأنه إنما يحتاج إليه في عقد لازم ليتمكن من له الخيار من فسخه إذا أراد منح (قوله فللموكل العزل) قال الزيلعي بعد تقرير مسألة عزل الوكيل ما لم يتعلق به حق الغير ، وعلى هذا قال بعض المشايخ إذا وكل الزوج بطلاق زوجته بالتماسها ثم غاب لا يملك عزله وليس بشيء بل له عزله في الصحيح لأن المرأة لا حق لها في الطلاق ، وعلى هذا قالوا لو قال الموكل للوكيل كلما عزلتك فأنت وكيلي لا يملك عزله لأنه كلما عزله تجددت الوكالة له ، وقيل ينعزل بقوله كلما وكلتك فأنت معزول :

وقال صاحب النهاية : عندي أنه يملك عزله أن يقول عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف ذلك إلى المعلق والمنفذ وكلاهما ليس بشيء ، ولكن الصحيح إذا أراد عزله وأراد أن لا تنعقد الوكالة بعد العزل أن يقول رجعت عن المعلقة وعزلتك عن المنجزة لأن ما لايكون لازما يصح الرجوع عنه والوكالة منه اه ملخصا (قوله كوكيل خصومة) تمثيل لمدخول النفي : أي ليس له عزله وإن علم به الوكيل لتعلق حق الغير به ، فليس للموكل العزل كوكيل خصومة ، وهو ما إذا وكل المدعى عليه وكيلا بالخصومة بطلب الخصم الذي هو المدعي ثم غاب وعزله فإنه لايصح لئلا يضيع حق المدعي ح (قوله كما سيجيء) أي قريبا (قوله ولو الوكالة دورية) لا يخلو إما أن يكون مبالغة على قوله فللموكل العزل أو على قوله ما لم يتعلق به حق الغير ، فعلى الأول يكون المعنى أن له العزل ولو كانت الوكالة دورية والمبالغة حينئذ ظاهرة ، وعلى الثاني أنه ليس له العزل في الوكالة الدورية ، وعلى كل ففي كلام الشارح مناقشة . أما على الأول فلمنافاته لقوله وسيجيء عن العيني خلافه لأن الذي سيجيء أن له العزل فليس خلافه . وأما على الثاني فلأنه يقتضي أنه مما تعلق به حق الغير وليس كذلك ، لأن من يقول بعدم

فى طلاق وعتاق على ماصححه البزازى ، وسيجىء عن العينى خلافه فتنبه (بشرط علم الوكيل) أى فى القصدى ، أما الحكمى فيثبت وينعزل قبل العلم كالرسول (ولو) عزله (قبل وجود الشرط في المعلق به) أى بالشرط به يفتى شرح وهبانية (ويثبت ذلك) أى العزل (بمشافهة به وبكتابة) مكتوب بعزله (وإرساله رسولا) مميزا (عدلا أو غيره) اتفاقا (حرا أو عبدا صغيرا أو كبيرا) صدقه أو كذبه ، ذكره المصنف فى متفرقات القضاء (إذا قال) الرسول (الموكل أرسلنى إليك لأبلغك عزله إياك عن وكالته ، ولو أخبره فضولى) بالعزل (فلابد من أحد شطرى الشهادة) عدد أو عدالة (كأخواتها) المتقدمة فى المتفرقات ، وقدمنا أنه متى صدقه قبل ولو فاسقا اتفاقا ابن ملك ، وفرّع على عدم لزومها من الجانبين بقوله (فللوكيل) أى بالخصومة وبشراء المعين لا الوكيل بنكاح وطلاق وعتاق وبيع ماله وبشراء شىء بغير عينه كما فى الأشباه (عزل نفسه بشرط علم موكله) وكذا يشترط علم السلطان بعزل قاض وإمام نفسهما وإلا لا كما بسطه فى الجواهر (وكله بقبض الدين ملك عزله إن بغير حضرة المديون ، وإن) وكله (بحضرته لا) لتعلق حقه به كما مر (إلا إذا علم به) بالعزل (المديون) فحينئذ ينعزل ؛ ثم فرع عليه بقوله (فلو دفع المديون دينه إليه) أى الوكيل (قبل علمه) أى المديون (بعزله يبرأ) وبعده لا لدفعه لغير وكيل

عزله فى الوكالة الدورية يقول إنه لا يمكن لأنه كلما عزله تجددت له وكالة ، وقوله فى طلاق وعتاق يحتمل أنه حال من الوكالة الدورية ويحتمل أنه مسألة أخرى من مدخول لو أيضا : أى ولو فى طلاق وعتاق لا بقيد كونه فى الوكالة الدورية ، وفى كل مناقشة أيضا ، لأن البزازى لم يصحح شيئا منهما ، بل قال وكله غير جائز الرجوع : قال بعض المشايخ : ليس له أن يعزله فى الطلاق والعتاق : وقال بعض مشايخنا : له العزل وليس فيه رواية مسطورة . وقال قبله : لو عزل الوكيل بالطلاق والنكاح لا يصح بلا علم لأنه وإن لم يلحقه ضرر لكنه يصير مكذبا فيكون غرورا اه : نعم يصح حمله على الثانى إن جعلت المبالغة على قوله فللموكل عزله : ولا يرد حينئذ عليه أنه مما لاحق فيه للغير كما سيصرح به ، والظاهر أن قوله وسيجىء عن العينى خلافه وقع من سهو القلم ولو حذفه لاستقام الكلام وانتظم : والعبارة الجيدة أن يقول : فللموكل العزل متى شاء ولو الوكالة دورية ما لم يتعلق به حق الغير كوكيل خصومة بطلب الخصم بشرط علم الوكيل ولو فى طلاق وعتاق (قوله فى طلاق وعتاق) لو داخلة على الظرف أيضا فكأنه قال ولو كانت الوكالة بطلاق أوعتاق : أى فإن العزل فيها لا يصح س (قوله وسيجىء) أى قريبا (قوله بشرط علم الوكيل) فلو أشهد على العزل فى غيبة الوكيل لم يتضرر بحر (قوله كالرسول) فإنه ينعزل قبل علمه س (قوله بعزله) أى إن وصل إليه المكتوب كما سيأتى فى الفروع (قوله الموكل الخ). هو مقول القول (قوله كأخواتها) وهى إخبار السيد بجناية عبده والشفيع بالبيع والبكر بالنكاح والمسلم الذى لم يهاجر بالشرائع والإخبار بعيب لمريد شراء وحجر مأذون وفسخ شركة وعزل قاض ومتولى وقف (قوله لا الوكيل بنكاح) فإنه يصح عزله نفسه فى هذه الأشياء وإن لم يعلم الموكل لعدم تضرره ح (قوله عزل نفسه) قال فى الأشباه : لا يصح عزل الوكيل نفسه إلا بعلم الموكل إلا الوكيل بشراء شىء بعينه أو بيع ماله ذكره فى وصايا الهداية ؛

قلت : وكذا الوكيل فى النكاح والطلاق والعتاق اه : وقال الباقانى : لا يصح ولا يخرج عن الوكالة قبل علم الموكل . وفى الزيلعى : عزل نفسه عن الوكالة ثم تصرف فيما وكل إليه قبل علم الموكل العزل صح تصرفه اه كذا فى الهامش (قوله وإمام) أى للصلاة منح : أى لا يصح العزل إلا بعلم المولى : ونص الجواهر : لا ينعزل

(ولو عزل العدل) الموكل ببيع الرهن (نفسه بحضرة المرتهن إن رضى به) بالعزل (صح وإلا لا) لتعلق حقه به ، وكذا الوكالة بالخصومة بطلب المدعى عند غيبته كما مر وليس منه توكيله بطلاقها بطلبها على الصحيح لأنه لاحق لها فيه ولا قوله كلما عزلتك فأنت وكيلى لعزله بكلما وكلتك فأنت معزول عينى (وقول الوكيل بعد القبول بحضرة الموكل ألغيت توكيلى أو أنا برىء من الوكالة ليس بعزل كجحود الموكل) بقوله لم أوكلك لا يكون عزلا (إلا أن يقول) الموكل للوكيل (والله لا أوكلك بشىء فقد عرفت تهاونك فعزل) زيلعى ، لكنه ذكر فى الوصايا أن جحوده عزل ، وحمله المصنف على ما إذا وافقه الوكيل على الترك، لكن أثبت القهستانى اختلاف الرواية وقدم الثانى وعلله بأن جحوده ماعدا النكاح فسخ . ثم قال : وفى رواية لم ينعزل بالجحود اه فليحفظ .

(وينعزل الوكيل) بلا عزل (بنهاية) الشىء (الموكل فيه كأن وكله بقبض دين فقبضه) بنفسه (أو) وكله (بنكاح فزوّجه) الوكيل بزازية ، ولو باع الموكل والوكيل معا أو لم يعلم السابق فبيع الموكل أولى عند محمد ، وعند أبى يوسف يشتركان ويخيران كما فى الاختيار وغيره (و) ينعزل (بموت أحدهما وجنونه مطبقا) بالكسر: أى مستوعبا سنة على الصحيح درر وغيرها ، لكن فى الشرنبلالية عن المضمرات شهر ، وبه يفتى وكذا فى القهستانى والباقانى، وجعله قاضيخان فى فصل فيما يقضى بالمجتهدات قول أبى حنيفة وأن عليه الفتوى فليحفظ (و) بالحكم (بلحوقه مرتدا) ثم لا تعود

إلا إذا علم به السلطان ورضى بعزله سائحانى (قوله ولو عزل الخ) العدل فاعل عزل والموكل مبنى للمجهول صفة العدل ونفسه مفعول عزل (قوله عند غيبته) أى غيبة الخصم الموكل (قوله وليس منه) أى ماتعلق به حق الغير حتى لايملك عزل نفسه (قوله ولا قوله) معطوف على توكيله (قوله لعزله) قدمنا عن الزيلعى طرق عزله عن الوكالة الدورية وما هو الصحيح فيها . وأما ما ذكره هنا فى البحر : لو قال كلما وكلتك فأنت معزول لم يصح . والفرق أن التوكيل يصح تعليقه بالشروط والعزل لا كما صرح به فى الصغرى والصيرفية فإذا وكله لم ينعزل اه (قوله لم ينعزل بالجحود) وفى حاشية أبى السعود عن خط السيد الحموى عن الولوالجية تصحيح أن الجحود رجوع : قال : وعليه الفتوى (قوله وينعزل الوكيل) وفى شركة العناية : يشكل على هذا أن من وكل بقضاء الدين فقضاه الموكل ثم قضاه الوكيل قبل العلم لم يضمن مع أنه عزل حكمى: وأجيب بأن الوكيل بقضاء الدين مأمور بأن يجعل المؤدى مضمونا على القابض لأن الديون تقضى بأمثالها وذلك يتصور بعد أداء الموكل ولذا يضمنه القابض لو هلك ، بخلاف الوكيل بالتصدق إذا دفع بعد دفع الموكل ، فلو لم يضمن الوكيل يتضرر الموكل لأنه لا يتمكن من استرداده الصدقة من الفقير ولا تضمينه اه بنوع تصرف سائحانى (قوله فزوّجه الوكيل) أشار بهذا وبما قبله إلى أن نهاية الموكل فيه إما أن تكون من جهة الموكل أو من جهة الوكيل وينعزل الوكيل بها ، فلو طلق الموكل المرأة فليس للوكيل أن يزوجه إياها لأن الحاجة قد انقضت : وفى البزازية : وكله بالتزويج فتزوجها ووطئها وطلقها وبعد العدة زوّجها من الموكل صح لبقاء الوكالة سائحانى :

أقول : الظاهر أن الضمير فى تزوجها للوكيل لا الموكل وإلا نافى ما هنا وما يأتى من أن تصرفه بنفسه عزل تأمل (قوله وينعزل) وفى التجنيس من باب المفقود رجل غاب وجعل دارا له فى يد رجل ليعمرها فدفع إليه ما لا ليحفظه ثم فقد الدافع فله أن يحفظ وليس له أن يعمر الدار إلا بإذن الحاكم لأنه لعله قد مات ، ولا يكون الرجل وصيا للمفقود حتى يحكم بموته اه وبهذا علم أن الوكالة تبطل لفقد الموكل فى حق التصرف لا الحفظ بحر (قوله عن المضمرات شهر) أى مقدار شهر (قوله بلحوقه مرتدا) فى إيضاح الإصلاح ، المراد باللحاق ثبوته

بعوده مسلما على المذهب ولا بإفاقته بحر .

وفى شرح المجمع : واعلم أن الوكالة إذا كانت لازمة لاتبطل بهذه العوارض فلذا قال (إلا) الوكالة اللازمة (إذا وكل الراهن العدل أو المرتهن ببيع الرهن عند حلول الأجل فلا ينعزل) بالعزل ، ولا (بموت الموكل وجنونه كالوكيل بالأمر باليد والوكيل ببيع الوفاء) لاينعزلان بموت الموكل ، بخلاف الوكيل بالخصومة أو الطلاق بزازية .

قلت : والحاصل كما فى البحر أن الوكالة ببيع الرهن لاتبطل بالعزل حقيقيا أو حكميا ولا بالخروج عن الأهلية بجنون وردة ، وفيما عداها من اللازمة لا تبطل بالحقيقى بل بالحكمى وبالخروج عن الأهلية . قلت : فإطلاق الدرر فيه نظر (و) ينعزل (بافتراق أحد الشريكين) ولو بتوكيل ثالث بالتصرف (وإن لم يعلم الوكيل) لأنه عزل حكمى .

(و) ينعزل (بعجز موكله

بحكم الحاكم بحر ، لكن عبارة درر البحار : ولحاقه بحرب فهطل بغير حكم به . قال شارحه : لأن أهل الحرب أموات في أحكام الإسلام وبلحاقه صار منهم اه .

وفى المجمع : ولحاق الموكل بعد ردته بدار الحرب يبطل . وقالا : إن حكم به . قال ابن ملك لأن لحاقه إنما يثبت بقضاء القاضى ، قيد باللحاق لأن المرتد قبله لايبطل توكيله عندهما ، وموقوف عنده ، إن أسلم نفذ وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطل اه . فعلم أن ما فى الإيضاح على قولهما ، وفيه بحث فى اليعقوبية فانظر ما كتبناه على البحر (قوله بعوده مسلما) أى سواء كان وكيلا أو موكلا بحر (قوله بحر) عبارته ومقتضاه أنه لو أفاق بعد جنونه مطبقا لا تعود وكالته (قوله العدل) مفعول وكل ، وقوله أو المرتهن عطف على العدل ح (قوله والوكيل ببيع الوفاء) لعل وجهه أن بيع الوفاء فى حكم الرهن فيصير وكيلا بأن يرهن ذلك الشيء فيكون مما تعلق به حق الغير وهو المشترى : أى المرتهن تأمل ثم رأيته منقولا عن الحموى ، وما ذكره السائحانى من أنه يبيع الرهن فهو غفلة فتنبه : قال جامعه : الذى كتبه السائحانى فى هذا المحل ما نصه : قوله والوكيل ببيع الوفاء لعل صورته ما فى المحيط وكله ببيع عين له عزله إلا أن يتعلق به حق الوكيل بأن يأمره بالبيع واستيفاء الثمن بإزاء دينه . وقال قاضيخان: إذا دفع إلى صاحب الدين عينا وقال بعه وخذ حقك منه فباعه وقبض الثمن فهلك فى يده يهلك من مال المديون ما لم يحدث رب الدين فيه قبضا لنفسه . زاد فى البزازية : ولوقال بعه لحقك صار قابضا والهلاك عليه لاعلى المديون اه. وأما بيع الوفاء المعهود فهو فى حكم الرهن اه (قوله بالخصومة) أى بالتماس الطالب بحر (قوله أو الطلاق) فيه أن التوكيل بالطلاق غير لازم كما تقدم ح. والظاهر أنه مبنى على مقابل الأصح من أنه لازم (قوله بزازية) ونصها: فأما فى الرهن فإذا وكل الراهن العدل أو المرتهن ببيع الرهن عند حلول الأجل أو الوكيل بالأمر باليد لاينعزل وإن مات الموكل أوجن ، والوكيل بالخصومة بالتماس الخصم ينعزل بجنون الموكل وموته ، والوكيل بالطلاق ينعزل بموت الموكل استحسانا لا قياسا اه بحر فتأمل (قوله وفيما عداها) أى الوكالة ، وهذا ينافى قول المتن كالوكيل بالأمر باليد والوكيل ببيع الوفاء ح (قوله فإطلاق الدرر) حيث قال: وذا أى انعزال الوكيل فى الصور المذكورة إذا لم يتعلق به أى بالتوكيل حق الغير ، أما إذا تعلق به ذلك فلا ينعزل اه ، فإن قوله أما إذا تعلق به حق الغير يدخل فيه الوكالة بالخصومة بالتماس الطالب والحكم فيها ليس كذلك ح وأصله فى المنح ، ولا يخفى أنه وارد على ما نقله الشارح عن شرح المجمع أيضا (قوله ولو بتوكيل ثالث) أي توكيل الشريكين أو أحدهما ثالثا بحر ، يعنى

لو مكاتبا وحجره) أى موكله (لو مأذونا كذلك) أى علم أولا لأنه عزل حكمى كما مر ، وهذا (إذا كان وكيلا فى العقود والخصومة ، أما إذا كان وكيلا فى قضاء دين واقتضائه وقبض وديعة فلا) ينعزل بعجز وعجز ، ولو عزل المولى وكيل عبده المأذون لم ينعزل (و) ينعزل (بتصرفه) أى الموكل (بنفسه فيما وكل فيه تصرفا يعجز الوكيل عن التصرف معه وإلا لا ، كما لو طلقها واحدة والعدة باقية) فللوكيل تطليقها أخرى لبقاء المحل ، ولو ارتد الزوج أو لحق وقع طلاق وكيله ما بقيت العدة (وتعود الوكالة إذا عاد إليه) أى الموكل (قديم ملكه) كأن وكله ببيع فباع موكله ثم رد عليه بما هو فسخ بقى على وكالته (أو بقى أثره) أى أثر ملكه كمسألة العدة بخلاف ما لو تجدد الملك .

[فروع] فى الملتقط عزل وكتب لا ينعزل ما لم يصله الكتاب :

وكل غائبا ثم عزله قبل قبوله صح وبعده لا :

دفع إليه قمقمة ليدفعها إلى إنسان يصلحها فدفعها

أنه تبطل الوكالة التى فى ضمن الشركة ووكالة وكيلهما بالتصرف : وفيه إشكال من حيث أنه لا يصح أن ينفرد أحدهما بفسخ الشركة بدون علم صاحبه بل يتوقف على علمه لأنه عزل قصدى فكيف يتصور أن ينعزل بدونه ، ويمكن أن يحمل على ما إذا هلك المالان أو أحدهما قبل الشراء ، فإن الشركة تبطل به وتبطل الوكالة التى كانت فى ضمنها علما بذلك أو لم يعلما لأنه عزل حكمى إذا لم تكن الوكالة مصرحا بها عند عقد الشركة زيلعى س (قوله لو مكاتبا) يؤخذ من عموم بطلان الوكالة بعزل الموكل أن للمكاتب والمأذون عزل وكيلهما أيضا كما نبه عليه فى البحر . وقال فيه : وإن باع العبد ، فإن رضى المشترى أن يكون العبد على وكالته فهو وكيل ، وإن لم يرض بذلك لم يجبر على الوكالة كذا فى كافى الحاكم ، وهو يقتضى أن توكيل عبد الغير موقوف على رضا السيد وقد سبق إطلاق جوازه على أنه لا عهدة عليه فى ذلك إلا أن يقال إنه من باب استخدام عبد الغير اهـ :

ثم المكاتب لو كوتب أو أذن المحجور لم تعد الوكالة لأن صحتها باعتبار ملك الموكل التصرف عند التوكيل وقد زال ذلك ولم يعد بالكتابة الثانية أو الإذن الثانى شرح مجمع لابن ملك (قوله لم ينعزل) لأنه حجر خاص والإذن فى التجارة لا يكون إلا عاما فكان العزل باطلا ، ألا ترى أن المولى لا يملك نهيه عن ذلك مع بقاء الإذن س (قوله وينعزل الخ) قال فى الهامش : ولو وكلت بالتزويج ثم إن المرأة تزوجت بنفسها خرج الوكيل عن الوكالة علم بذلك أو لم يعلم ، ولو أخرجته عن الوكالة ولم يعلم الوكيل لا يخرج عن الوكالة ، وإذا زوجها جاز النكاح ولو كان وكيلا من جانب الرجل بتزويج امرأة بعينها ثم إن الزوج تزوج أمها أو بنتها خرج الوكيل عن الوكالة كذا فى المحيط هندية (قوله والعدة باقية) الواو استئنافية لا للحال فافهم (قوله أو لحق) أى ولم يحكم به فلا ينافى ما تقدم (قوله وتعود الوكالة) أى يعود ملك التصرف للوكيل بموجب الوكالة السابقة ، وليس المراد أنها تعود بعد زوالها لأنه لم ينعزل كما يفهم من قوله قبله وإلا لا . وعبارة الزيلعى : فالوكيل باق على وكالته (قوله بقى على وكالته) وإن رد بما لا يكون فسخا لا تعود الوكالة ، كما لو وكله فى هبة شىء ثم وهبه الموكل ثم رجع فى هبته لم يكن للوكيل الهبة منح (قوله وبعده لا) أى حتى يصل إليه الخبر (قوله دفع إليه الخ) وكيل البيع قال بعته وسلمته من رجل لا أعرفه وضاع الثمن قال القاضى يضمن لأنه لا يملك التسليم قبل قبض ثمنه والحكم صحيح والعلة لا ، لما مر أن النهي عن التسليم قبل قبض ثمنه لا يصح فلما لم يعمل النهي عن التسليم فلأن لا يكون ممنوعا

ونسى لا يضمن الوكيل بالدفع .

أبرأه مما له عليه برئ من الكل قضاء ، وأما فى الآخرة فلا إلا بقدر ما يتوهم أن له عليه :

وفى الأشباه : قال لمديونه من جاءك بعلامة كذا أو من أخذ أصبعك أو قال لك كذا فادفع إليه لم يصح لأنه توكيل المجهول فلا يبرأ بالدفع إليه . وفى الوهبانية قال :

ومن قال أعط المال قابض خنصر ‏ فأعطاه لم يبرأ وبالمال يخسر
وبعه وبع بالنقد أو بع لخالد ‏ فخالفه قالوا يجوز التعـبير
وفى الدفع قل قول الوكيل مقدم ‏ كذا قول رب الدين والخصم يجبر
ولو قبض الدلال مال المبيع كى ‏ يسلمه منه وضاع يشطر

كتاب الدعوى

لا يخفى مناسبتها للوكالة بالخصومة (هى) لغة قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره وألفها للتأنيث فلا تنون وجمعها دعاوى بفتح الواو كفتوى وفتاوى درر ، لكن جزم فى المصباح بكسرها أيضا فيهما محافظة على ألف التأنيث ، وشرعا (قول مقبول) عندالقاضى (يقصد به طلب حق قبل غيره) خرج الشهادة والإقرار (أو دفعه) أى دفع الخصم (عن حق لنفسه) دخل دعوى دفع التعرض فتسمع به يفتى بزازية ، بخلاف دعوى قطع النزاع فلا تسمع سراجية وهذا إذا أريد بالحق فى التعريف الأمر الوجودى ، فلو أريد ما يعم الوجودي والعدمى لم يحتج

عن التسليم أولى ، وهذه المسألة تخالف مسألة القمقمة بزازية (قوله ونسى) أى نسى من دفعها إليه (قوله أبرأه مما له عليه) انظر ما مناسبة ذكر هذا الفرع هنا :

[فروع] بعث المديون المال على يد رسول فهلك ، فإن كان رسول الدائن هلك عليه ، وإن كان رسول المديون هلك عليه ، وقول الدائن ابعث بها مع فلان ليس رسالة منه فإذا هلك هلك على المديون ، بخلاف قوله ادفعها إلى فلان فإنه إرسال فإذا هلك هلك على الدائن ، وبيانه فى شرح المنظومة أشباه (قوله أو بع لخالد) أى أو قال بعه وبع لخالد (قوله فخالفه) أى لو خالفه يجوز البيع لأنه لما أمر بالبيع كان مطلقا ، ثم قوله وبع بالنقد أو بع لخالد بعده كان مشورة ، بخلاف قوله بع بالنقد أو بع لخالد ، ونقل الجواز ولهذا أتى بصيغة قالوا شرنبلالى ملخصا (قوله وفى الدفع) أى إذا وكله بدفع ألف يقضى بها دينه فادعى الدفع (قوله مقدم) على قول الموكل إنه لم يدفع (قوله رب الدين) أى بأنه ماقبض (قوله والخصم يجبر) أى يجبر الموكل على الدفع إلى الطالب (قوله مال المبيع) أى الثمن ابن الشحنة (قوله يشطر) أى يصالح بينهما بالنصف .

كتاب الدعوى

فى الفواكه البدرية لابن الغرس مسائل كثيرة تتعلق بالدعوى فلتراجع (قوله لكن جزم) عبارته مختلة : قال فى المصباح(١) وجمع الدعوى الدعاوى بكسر الواو لأنه الأصل كما سيأتى وبفتحها محافظة على ألف التأنيث ح كذا فى الهامش (قوله دعوى دفع التعرض) قال فى البحر : اعلم أنه سئل قارئ الهداية عن الدعوى بقطع النزاع بينه وبين غيره ، فأجاب لا يجبر المدعى على الدعوى لأن الحق له اه ولا يعارضه ما نقلوه فى الفتاوى من

---

(١) (قوله قال فى المصباح) هو منقول بالمعنى ، وفى المقام مزيد بيان وتحقيق يعلم بمراجعة عبارة المصباح اه مصححه .

لهذا القيد (والمدعى من إذا ترك) دعواه (ترك) أى لا يجبر عليها (والمدعى عليه بخلافه) أى يجبر عليها ، فلو فى البلدة قاضيان كل فى محلة فالخيار للمدعى عليه عند محمد به يفتى بزازية ولو القضاة فى المذاهب الأربعة على الظاهر ، وبه أفتيت مرارا بحر :

صحة الدعوى بدفع التعرض وهى مسموعة كما فى البزازية والخزانة ، والفرق ظاهر فإنه فى الأول إنما يدعى أنه إن كان شيء يدعيه وإلا يشهد على نفسه بالإبراء ، وفى الثانى إنما يدعى عليه أنه يتعرض فى كذا بغير حق ويطالبه فى دفع التعرض فافهم ح كذا فى الهامش (قوله لهذا القيد) أى قوله أودفعه فإنه فصل قصد به الإدخال والفصل بعد الجنس قيد فافهم (قوله فلو) أشار به إلى أن الجبر فى أصل الدعوى لا فيمن يدعى بين يديه والتفريع لا يظهر ط ، وفى بعض النسخ بالواو (قوله فى محلة) أى بخصوصها وليس قضاؤه عاما (قوله بزازية) ليس ما ذكره عبارة البزازية : وعبارتها كما فى المنح : قاضيان فى مصر طلب كل واحد منهما أن يذهب إلى قاض فالخيار للمدعى عليه عند محمد وعليه الفتوى اهـ :

وفى المنح قبل هذا عن الخانية : قال ولو كان فى البلدة قاضيان كل واحد منهما فى محلة على حدة فوقعت الخصومة بين رجلين أحدهما من محلة والآخر من محلة أخرى والمدعى يريد أن يخاصمه إلى قاضى محلته والآخر يأبى ذلك اختلف فيها أبو يوسف ومحمد : والصحيح أن العبرة لمكان المدعى عليه ، وكذا لو كان أحدهما من أهل العسكر والآخر من أهل البلدة اهـ. وعلله فى المحيط كما فى البحر بأن أبايوسف يقول : إن المدعى منشئ للخصومة فيعتبر قاضيه ، ومحمد يقول : إن المدعى عليه دافع لها اهـ وإنما حمل الشارح عبارة البزازية على ما فى الخانية من التقييد بالمحلة لما قاله المصنف فى المنح ، هذا كله وكل عبارات أصحاب الفتاوى يفيد أن فرض المسألة التى وقع فيها الخلاف بين أبى يوسف ومحمد فيما إذا كان فى البلدة قاضيان كل قاض فى محلة : وأما إذا كانت الولاية لقاضيين أو لقضاة على مصر واحد على السواء فيعتبر المدعى فى دعواه فله الدعوى عند أى قاض أراده إذ لا تظهر فائدة فى كون العبرة للمدعى أو المدعى عليه ، ويشهد لصحة هذا ماقدمناه من تعليل صاحب المحيط اهـ ورده الخير الرملى وادعى أن هذا بالهزيان أشبه ، وذكر أنه حيث كانت العلة لأبى يوسف أن المدعى منشئ للخصومة ولمحمد أن المدعى عليه دافع لها لايتجه ذلك ، فإن الحكم دائر مع العلة اهـ وهو الذى يظهر كما قال شيخنا.

وأقول : التحرير فى هذه المسألة ما نقله الشارح عن خط المصنف ومشى عليه العلامة المقدسى كما نقله عنه أبو السعود .

وحاصله أن ما ذكروه من تصحيح قول محمد من أن العبرة لمكان المدعى عليه إنما هو فيما إذا كان قاضيان كل منهما فى محلة وقد أمر كل منهما بالحكم على أهل محلته فقط بدليل قول العمادى : وكذا لو كان أحدهما من أهل العسكر والآخر من أهل البلد فأراد العسكرى أن يخاصمه إلى قاضى العسكر فهو على هذا ولا ولاية لقاضى العسكر على غير الجندى فقوله ولا ولاية دليل واضح على ذلك . أما إذا كان كل منهما مأذونا بالحكم على أى من حضر عنده من مصرى وشامى وحلبى وغيرهم كما فى قضاة زماننا فينبغى التعويل على قول أبى يوسف لموافقته لتعريف المدعى عليه : أى فإن المدعى هو الذى له الخصومة فيطلبها قبل أى قاض أراد ، وبه ظهر أنه لا وجه لما فى البحر من أنه لو تعدد القضاة فى المذاهب الأربعة كما فى القاهرة فالخيار للمدعى عليه حيث لم يكن القاضى من محلتهما ، قال : وبه أفتيت مرارا :

أقول : وقد رأيت بخط بعض العلماء نقلا عن المفتى أبى السعود العمادى أن قضاة الممالك المحروسة ممنوعون

قال المصنف : ولو الولاية لقاضيين فأكثر على السواء فالعبرة للمدعى ، نعم لو أمر السلطان إجابة المدعى عليه لزم اعتباره لعزله بالنسبة إليها كما مر مرارا.

قلت : وهذا الخلاف فيما إذا كان كل قاض على محلة على حدة ، أما إذا كان فى المصر حنفى وشافعى ومالكى وحنبلى فى مجلس واحد أو ولاية واحدة فلا ينبغى أن يقع الخلاف فى إجابة المدعى لما أنه صاحب الحق كذا بخط المصنف على هامش البزازية فليحفظ (وركنها إضافة الحق إلى نفسه) لو أصيلا كلى عليه كذا (أو) إضافته (إلى من ناب) المدعى (منابه) كوكيل ووصى (عند النزاع) متعلق بإضافة الحق (وأهلها العاقل المميز) ولو صبيا لو مأذونا فى الخصومة وإلا لا أشباه (وشرطها) أى شرط جواز الدعوى (مجلس القضاء وحضور خصمه) فلا يقضى على غائب وهل يحضره بمجرد الدعوى ؟ إن بالمصر أو بحيث يبيت بمنزله نعم وإلا فحتى يبرهن أو يحلف منية (ومعلومية) المال (المدعى) إذ لا يقضى بمجهول ، ولا يقال مدعى فيه وبه إلا أن يتضمن الإخبار (و) شرطها أيضا (كونها ملزمة) شيئا على الخصم بعد ثبوتها

عن الحكم على خلاف مذهب المدعى عليه اه وأشار إليه الشارح (قوله قال المصنف) فيه رد على البحر لأن قضاة المذاهب فى زماننا ولايتهم على السواء فى التعميم (قوله على السواء) أى فى عموم الولاية (قوله لعزله) أى لعزل من اختاره المدعى عن الحكم بالنسبة إلى هذه الدعوى (قوله كما مر) من أن القضاء يتقيد (قوله قلت) مكرر مع ما قبله (قوله على حدة) أى لا يقضى على غير أهلها (قوله فى مجلس) قيد اتفاقى ، والظاهر أنه أراد فى بلدة واحدة (قوله والولاية واحدة) أى لم يخصص كل واحد بمحلة (قوله عند النزاع) قال فى البحر فخرج الإضافة حالة المسالمة فإنها دعوى لغة لا شرعا ، ولظيره ما فى البزازية : عين فى يد رجل يقول هو ليس لى وليس هناك منازع لا يصح نفيه ، فلو ادعاه بعد ذلك لنفسه صح ، وإن كان ثمة منازع فهو إقرار للمنازع ، فلو ادعاه بعده لنفسه لا يصح ، وعلى رواية الأصل لا يكون إقرارا بالملك له اه . قال السائحانى : أقول كلام البزازية مفروض فى كون النفى إقرارا للمنازع أولا وليس فيه دعواه الملك لنفسه حالة المسالمة (قوله وشرطها) لم أر اشتراط لفظ مخصوص للدعوى وينبغى اشتراط ما يدل على الجزم والتحقيق ، فلو قال أشك أو أظن لم تصح الدعوى بحر .

[فائدة] لم تسمع الدعوى بالإقرار لما فى البزازية عن الذخيرة : ادعى أن له كذا وأن العين الذى فى يده له لما أنه أقر له به أو ابتدأ بدعوى الإقرار وقال إنه أقر أن هذا لى أو أقر أن لى عليه كذا قيل يصح ، وعامة المشايخ على أنه لا تصح الدعوى لعدم صلاحية الإقرار للاستحقاق الخ بحر من فصل الاختلاف فى الشهادة ، وسيأتى متنا أول الإقرار (قوله فحتى يبرهن أو يحلف) هذان قولان لا قول واحد يخير فيه بين البرهان والتحليف فراجع البحر (قوله ومعلومية المال المدعى) أى ببيان جنسه وقدره كما فى الكنز (قوله إذ لا يقضى بمجهول) ويستثنى من فساد الدعوى بالمجهول دعوى الرهن والغصب ، لما فى الخانية معزيا إلى رهن الأصل إذا شهدوا أنه رهن عنده ثوبا ولم يسموا الثوب ولم يعرفوا عينه جازت شهادتهم ، والقول للمرتهن فى أى ثوب كان وكذلك فى الغصب اه فالدعوى بالأولى اه بحر .

قلت : وفى المعراج : وفساد الدعوى إما أن لا يكون لزمه شىء على الخصم أو يكون المدعى مجهولا فى نفسه ولا يعلم فيه خلاف إلا فى الوصية بأن ادعى حقا من وصية أو إقرار فإنهما يصحان بالمجهول وتصح دعوى الإبراء المجهول بلا خلاف اه فبلغت المستثنيات خمسة تأمل (قوله ولا يقال مدعى فيه وبه) وفى طلبة الطلبة : ولا يقال

وإلا كان عبثا (وكون المدعى مما يحتمل الثبوت فدعوى مايستحيل وجوده) عقلا أو عادة (باطلة) لتيقن الكذب في المستحيل العقلي كقوله لمعروف النسب أو لمن لايولد مثله لمثله هذا ابني ، وظهوره في المستحيل العادي كدعوى معروف بالفقر أموالا عظيمة على آخر أنه أقرضه إياها دفعة واحدة أو غصبها منه ، فالظاهر عدم سماعها بحر، وبه جزم ابن الغرس في الفواكه البدرية (وحكمها وجوب الجواب على الخصم) وهو المدعى عليه بلا أو بنعم ، حتى لو سكت كان إنكارا فتسمع البينة عليه إلا أن يكون أخرس اختيار وسنحققه ، وسببها تعلق البقاء المقدر بتعاطي المعاملات (فلو كان مايدعيه منقولا في يد الخصم ذكر) المدعي (أنه في يده بغير حق) لاحتمال كونه مرهونا في يده أو محبوسا بالثمن في يده (وطلب) المدعي (إحضاره إن أمكن) فعلى الغريم إحضاره (ليشار إليه في الدعوى والشهادة) والاستحلاف (وذكر) المدعي (قيمته إن تعذر) إحضار العين بأن كان في نقلها مؤنة وإن قلت ابن كمال معزيا للخزانة (بهلاكها أو غيبتها) لأنه مثله معنى (وإن تعذر) إحضارها (مع بقائها كرحى وصبرة طعام) وقطيع غنم (بعث القاضي أمينه) ليشار إليها (وإلا) تكن باقية (اكتفى) في الدعوى (بذكر القيمة) وقالوا لو ادعى أنه غصب منه عين كذا ولم يذكر قيمتها تسمع فيحلف خصمه أو يجبر على البيان درر وابن ملك ،

مدعى فيه وبه وإن كان يتكلم به المتفقهة إلا أنه خطأ مشهور فهو خير من صواب مهجور حموي ط (قوله وإلا كان عبثا) أي وإن لم تكن ملزمة ، كما إذا ادعى التوكيل على موكله الحاضر فإنها لاتسمع لإمكان عزله كما في البحر ح كذا في الهامش (قوله وظهوره) بالجر عطف على تيقن (قوله في الفواكه البدرية) قال في المنح : لكنه لم يستند في منع دعوى المستحيل العادي إلى نقل عن المشايخ :

قلت : لكن في المذهب فروع تشهد له منها ما سيأتي آخر فصل التحالف (قوله وسنحققه) عند قول المصنف وقضى بنكوله مرة (قوله أنه في يده) فلو أنكر كونه في يده فبرهن المدعي أنه كان في يد المدعى عليه قبل هذا التاريخ بسنة هل يقبل ويجبر بإحضاره ، قال صاحب جامع الفصولين : ينبغي أن يقبل إذا لم يثبت خروجه من يده فتبقى ولا تزول بشك ، وأقره في البحر ، وجزم به القهستاني : ورده في نور العين بأن هذا استصحاب ، وهو حجة في الدفع لا في الإثبات كما في كتب الأصول (قوله وطلب المدعي الخ) هذا إذا لم يكن المدعى عليه مودعا ، فإن ادعى عين وديعة لا يكلف إحضارها بل يكلف التخلية كما في البحر عن جامع الفصولين (قوله بأن كان في نقلها مؤنة) فيه أن هذا من قبيل الرحى والصبرة فذكره هنا سهو : وقال في إيضاح الإصلاح: إلا إذا تعسر بأن كان في نقله مؤنة وإن قلت ذكره في الخزانة ح (قوله أو غيبتها) بأن لايدري مكانها ذكره قاضي زاده ح (قوله لأنه) أي القيمة وذكر الضمير باعتبار المذكور وهو علة لقوله وذكر قيمته (قوله وإن تعذر) أي تعسر (قوله وإلا تكن) تكرار مع قوله وذكر قيمته إن تعذر س :

[فرع] وصف المدعي المدعى فلما حضر خالف في البعض ، إن ترك الدعوى الأولى وادعى الحاضر تسمع لأنها دعوى مبتدأة وإلا فلا بحر عن البزازية (قوله بذكر القيمة) لأن عين المدعى تعذر مشاهدتها ولا يمكن معرفتها بالوصف ، فاشترط بيان القيمة لأنها شيء تعرف العين الهالكة به غاية البيان . وفي شرح ابن الكمال : ولا عبرة في ذلك للتوصيف لأنه لايجدي بدون ذكر القيمة وعند ذكرها لاحاجة إليه أشير إلى ذلك في الهداية اهـ. وفي القهستاني : وفي قوله وذكر قيمته إن تعذر إشارة إلى أنه لا يشترط ذكر اللون والذكورة والأنوثة والسن في الدابة . وفيه خلاف كما في العمادية : قال السيد أبو القاسم : إن هذه التعريفات للمدعي لازمة إذا أراد أخذ عينه أو مثله في المثلي ، أما إذا أراد أخذ قيمته في القيمي فيجب أن يكتفى بذكر القيمة كما في محاضر الخزانة اهـ (قوله عين كذا) قال في البحر : والحاصل أنه في دعوى الغصب والرهن لايشترط بيان الجنس والقيمة في صحة الدعوى

ولهذا لو (ادعى أعيانا مختلفة الجنس والنوع والصفة وذكر قيمة الكل جملة كفى ذلك) الإجمال على الصحيح ، وتقبل بينته أو يحلف خصمه على الكل مرة (وإن لم يذكر قيمة كل عين على حدة) لأنه لما صح دعوى الغصب بلا بيان فلأن يصح إذا بين قيمة الكل جملة بالأولى، وقيل فى دعوى السرقة يشترط ذكر القيمة ليعلم كونها نصابا ، فأما فى غيرها فلا يشترط عمادية وهذا كله فى دعوى العين لا الدين ، فلو (ادعى قيمة شيء مستهلك اشترط بيان جنسه ونوعه) فى الدعوى والشهادة ليعلم القاضى بما ذا يقضى (واختلف فى بيان الذكورة والأنوثة فى الدابة) فشرطه أبو الليث أيضا واختاره فى الاختيار ، وشرط الشهيد بيان السن أيضا وتمامه فى العمادية (وفى دعوى الإيداع لا بد من بيانه مكانه) أى مكان الإيداع (سواء كان له حمل أو لا . وفى الغصب أن له حمل ومؤنة فلا بد) لصحة الدعوى (من بيانه وإلا) حمل له (لا) وفى غصب غير المثلى يبين قيمته يوم غصبه على الظاهر عمادية (ويشترط التحديد فى دعوى العقار كما يشترط فى الشهادة عليه ولو) كان العقار (مشهورا) خلافا لهما (إلا إذا عرف الشهود الدار بعينها فلا يحتاج إلى ذكر حدودها) كما لو ادعى ثمن العقار لأنه دعوى لدين حقيقة بحر (ولا بد من ذكر بلدة بها الدار ثم المحلة ثم السكة) فيبدأ بالأعم ثم الأخص فالأخص

والشهادة ويكون القول فى القيمة للغاصب المرتهن اهـ .

قلت : وزاد فى المعراج دعوى الوصية والإقرار ، قال فإنهما يصحان فى المجهول ، وتصح دعوى الإبراء المجهول بلا خلاف اهـ فهى خمسة (قوله ولهذا) أى لسماعها فى الغصب وإن لم يذكر القيمة : قال فى الدرر : ولو قال غصبت منى عين كذا ولا أدرى قيمته قالوا تسمع . قال فى الكافى : وإن لم يبين القيمة وقال غصبت منى عين كذا ولا أدرى أهو هالك أو قائم ولا أدرى كم كانت قيمته ذكر فى عامة الكتب أنه تسمع دعواه لأن الإنسان ربما لا يعلم قيمة ماله ، فلو كلف بيان القيمة لتضرر به .

أقول : فائدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة توجه اليمين على الخصم إذا أنكر والجبر على البيان إذا أقر أو نكل عن اليمين فتأمل ، فإن كلام الكافى لا يكون كافيا إلا بهذا التحقيق ح (قوله وتقبل بينته) أى على القيمة (قوله أو يحلف) أى عند عدم البينة (قوله لأنه) علة للعلة (قوله يشترط ذكر القيمة) قال الشيخ عمر مؤلف النهر : ينبغى أن يكون المعنى أنه إذا كانت العين حاضرة لا يشترط ذكر قيمتها إلا فى دعوى السرقة حموى (قوله وهذا كله) أى المذكور من الشروط السابقة (قوله لا الدين) ستأتى دعوى الدين فى المتن (قوله اشترط بيان جنسه) أقول لى شبهة فى هذا المحل ، وهى أنه لو ادعى أعيانا مختلفة فقد مر أنه يكتفى بذكر القيمة للكل جملة . وذكر فى الفصولين أنه لو ادعى أن الأعيان قائمة بيده يؤمر بإحضارها فتقبل البينة بحضرتها ، ولو قال إنها هالكة وبين قيمة الكل جملة تسمع دعواه ، فظهر أن ما قدمه المصنف فى دعوى الأعيان إنما هو إذا كانت هالكة وإلا لم يحتج إلى ذكر القيمة لأنه مأمور بإحضارها ، وقدمنا عن ابن الكمال أن العين إذا تعذر إحضارها بهلاك ونحوه فذكر القيمة مغن عن التوصيف ، وهو موافق لما ذكره المصنف فى الأعيان من الاكتفاء بذكر القيمة ، فقوله هنا اشترط بيان جنسه ونوعه مشكل ، وإن قلنا إنه لا بد مع ذكر القيمة من بيان التوصيف لم يظهر فرق بين دعوى القيمة ودعوى نفس العين الهالكة . فما معنى قوله تبعا للبحر ؟ وهذا كله فى دعوى العين لا الدين فليتأمل : وفى البحر عن السراجية : ادعى ثمن محدود لم يشترط بيان حدوده (قوله من بيانه) أى بيان موضع الغصب (قوله على الظاهر) قال فى نور العين : وفى غصب غير المثلى وإهلاكه ينبغى أن يبين قيمته يوم غصبه فى ظاهر الرواية ، وفى رواية بتخيير المالك بين أخذ قيمته يوم غصبه أو يوم هلاكه فلا بد من بيان أنها قيمة أى اليومين ، ولو ادعى ألف دينار بسبب إهلاك الأعيان لا بد من أن يبين قيمتها فى موضع الإهلاك ، وكذا لا بد من بيان الأعيان فإن منها ما هو قيمى ومنها ما هو مثلى اهـ (قوله فى دعوى العقار) فى المغرب العقار الضيعة ،

كما فى النسب (ويكتفى بذكر ثلاثة) فلو ترك الرابع صح ، وإن ذكره وغلط فيه لا ماتقى لأن المدعى يختلف به ثم إنما يثبت الغلط بإقرار الشاهد فصولين (وذكر أسماء أصحابها) أى الحدود (وأسماء أنسابهم ، ولا بد من ذكر الجد) لكل منهم (إن لم يكن) الرجل (مشهورا) وإلا اكتفى باسمه لحصول المقصود (و) ذكر (أنه) أى العقار (فى يده) ليصير خصما (ويزيد) عليه (بغير حق إن كان) المدعى

وقيل كل مال له أصل كالدار والضيعة اه :

وقد صرح مشايخنا فى كتاب الشفعة بأن البناء والنخل من المنقولات وأنه لا شفعة فيهما إذا بيعا بلا عرصة ، فإن بيعا معها وجبت تبعا ، وقد غلط بعض العصريين فجعل النخيل من العقار ونبه فلم يرجع كعادته بحر : وفى حاشية أبى السعود : وقوله لا شفعة فيهما الخ يحمل على ما إذا لم تكن الأرض محتكرة وإلا فالبناء بالأرض المحتكرة تثبت فيه الشفعة لأنه لما له من حق القرار التحق بالعقار كما سيأتى فى الشفعة (قوله كما فى النسب) فإن ذكر الاسم أعم من الاسم مع ذكر اسم الأب ، وهذا أعم من ذكر الاسم مع اسم الأب واسم الجد ح كذا فى الهامش (قوله فلو ترك) أى المدعى أو الشاهد فحكمهما فى التوى والغلط واحد كما صرح فى الفصولين (قوله وغلط فيه لا) أى لا يصح ، ونظيره إذا ادعى شراء شيء بثمن منقود فإن الشهادة تقبل وإن سكتوا عن بيان جنس الثمن ، ولو ذكروه واختلفوا فيه لم تقبل كما فى الزيلعى سائحانى (قوله فصولين) وفيه أيضا : أما لو ادعاه المدعى لا تسمع ولا تقبل بينته لأن المدعى عليه حين أجاب المدعى فقد صدقه أن المدعى بهذه الحدود فيصير بدعوى الغلط بعده مناقضا ؛ أو نقول تفسير دعوى الغلط أن يقول المدعى عليه أحد الحدود ليس ما ذكره الشاهد أو يقول صاحب الحد ليس بهذا الاسم كل ذلك نفى والشهادة على النفى لا تقبل اه :

ولصاحب جامع الفصولين بحث فيما ذكر كتبناه على هامش البحر حاصله أنه يمكن أن يجيب المدعى بأن هذا ليس لك فلا يكون مناقضا ، أو يجيب ابتداء بأنه مخالف لما حددته فينبغى التفصيل ، وتمامه فيه . وبخط السائحانى والمخلص أن يقول المدعى عليه هذا المحدود ليس فى يدى فيلزم أن يقول الخصم بل هو فى يدك ولكن حصل غلط فيمنع به ، ولو تدارك الشاهد الغلط فى المجلس يقبل أو فى غيره إذا وفق بزازية : وعبارتها : ولو غلطوا فى حد واحد أو حدين ثم تداركوا فى المجلس أو غيره يقبل عند إمكان التوفيق بأن يقول كان اسمه فلانا ثم صار اسمه فلانا أو باع فلان واشتراه المذكور (قوله ولا بد من ذكر الجد) قدمنا قبيل باب الشهادة على الشهادة أن الدعوى والشهادة بالمحدود فى هذا الصك تصح ، أما فى الدار فلابد من تحديده ولو مشهورا عند أبى حنيفة ، وتمام حده بذكر جد صاحب الحد . وعندهما التحديد ليس بشرط فى الدار المعروف كدار عمر بن الحارث بكوفة ، فعلى هذا لو ذكر لزيق دار فلان ولم يذكر اسمه ونسبه وهو معروف يكفيه إذ الحاجة إليهما لإعلام ذلك الرجل وهذا مما يحفظ جدا فصولين .

[فرع] قال فى جامع الفصولين : لو ذكر لزيق دار ورثة فلان لا يحصل التعريف إذ هو بذكر الاسم والنسب ، وقيل يصح لأنه من أسباب التعريف اه . وعلل للأول قبله بأن الورثة مجهولون منهم ذو فرض وعصبة وذو رحم ثم رمز : لو كتب لزيق ورثة فلان قبل القسمة قيل يصح وقيل لا ، ثم رمز : كتب لزيق دار من تركة فلان يصح حداً ، ولو جعل أحد حدوده أرضا لا يدرى مالكها لا يكفى :

أقول : لو كانت معروفة ينبغى أن لا يحتاج إلى ذكر صاحب اليد لحصول الغرض اه . ولا يخفى أن بحثه مخالف لقول الإمام كما قدمناه عنه : ثم قال : ولو جعل أحد الحدود أرض المملكة يصح وإن لم يذكر أنه فى يد من لأنها فى يد السلطان بواسطة يد نائبه والطريق يصلح حدا بلا بيان طوله وعرضه إلا على قول والنهر لا عنه

(منقولا) لما مر (ولا تثبت يده في العقار بتصادقهما بل لابد من بينة أو علم قاض) لاحتمال تزويرهما بخلاف المنقول لمعاينة يده ، ثم هذا ليس على إطلاقه بل (إذا ادعى) العقار (ملكا مطلقا ، أما في دعوى الغصب و) دعوى (الشراء) من ذي اليد (فلا) يفتقر لبينة ، لأن دعوى الفعل كما تصح على ذي اليد تصح على غيره أيضا بزازية (و) ذكر (أنه يطالبه به) لتوقفه على طلبه ولاحتمال رهنه أو حبسه بالثمن وبه استغنى عن زيادة بغير حق فافهم (ولو كان) ما يدعيه (دينا) مكيلا أو موزونا نقداً أو غيره (ذكر وصفه) لأنه لا يعرف إلا به (ولا بد في دعوى المثليات من ذكر الجنس والنوع والصفة والقدر وسبب الوجوب) فلو ادعى كر بر دينا عليه ولم يذكر سببا لم تسمع ؛ وإذا ذكر ، ففي السلم إنما له المطالبة في مكان عيناه ، وفي نحو قرض وغصب واستهلاك في مكان القرض ونحوه بحر فليحفظ (ويسأل القاضي المدعى عليه) عن الدعوى فيقول إنه ادعى عليك كذا فماذا تقول (بعد صحتها وإلا) تصدر صحيحة (لا) يسأل لعدم وجوب جوابه (فإن أقر) فيها (أو أنكر

البعض ، وكذا السور وهو رواية ، وظاهر المذهب يصلح والخندق كنهر ، ولو قال لزيق أرض فلان ولفلان في هذه القرية أراضي كثيرة متفرقة مختلفة تصح الدعوى والشهادة ، ولو ذكر لزيق أرض الوقف لا يكفي ، وينبغي أن يذكر أنها وقف على الفقراء أو المسجد أو نحوه ويكون كذكر الواقف ، وقيل لا يثبت التعريف بذكر الواقف ما لم يذكر أنه في يد من :

أقول : ينبغي أن يكون هذا على تقدير عدم المعرفة إلا به وإلا فهو تضييق بلا ضرورة اه ملخصا (قوله منقولا) هو تكرار مع ما مر س (قوله ولا تثبت يده في العقار بتصادقهما الخ) هذا مما يقع كثيرا ويغفل عنه كثير من قضاة زماننا حيث يكتب في الصكوك فأقر بوضع يده على العقار المذكور فلابد أن يقول المدعى إنه واضع يده على العقار ويشهد له شاهدان ولذا نظمت ذلك بقولي :

واليد لا تثبت في العقار مع التصادق فلا تمار

بل يلزم البرهان إن لم يدع عليه غصبا أو شراء مدعي

وفي جامع الفصولين برمز الخانية : ادعى شيئا بيد آخر وقال هو ملكي وهذا أحدث يده عليه بلا حق ، قالوا ليس هذا دعوى غصب على ذي اليد :

قال صاحب الفصولين : أقول قياس ما مر في فش أنه لو ادعى أنه ملكي وفي يدك بغير حق يصح ، ولو لم يذكر يوم غصبه ينبغي أن يصح هنا أيضا ، وتمامه فيه في الفصل السادس (قوله يطالبه به) أي سواء كان عينا أو دينا منقولا أو عقارا ، فلو قال : لي عليه عشرة دراهم ولم يزد على ذلك لم يصح ما لم يقل للقاضي مره حتى يعطيه ، وقيل يصح وهو الصحيح قهستاني سائحاني (قوله وبه استغنى) أي بذكر أنه يطالبه به لأنه لا مطالبة له إذا كان محبوسا بحق (قوله ذكر وصفه) زاد في الكنز وأنه يطالبه به . قال في البحر : هكذا جزم به في المتون والشروح : وأما أصحاب الفتاوى كالخلاصة والبزازية فجعلوا اشتراطه قولا ضعيفا ، وليس المراد لفظ وأطالبه به بل هو أو ما يفيده من قوله مره ليعطيني حتى كما في العمدة اه ، ولا يخفى أنه كان ينبغي للمصنف ذكره ، لما قالوا إن ما في المتون والشروح مقدم على ما في الفتاوى (قوله من ذكر الجنس) كحنطة والنوع كسقية والصفة كجيدة (قوله لم يسمع) ويذكر في السلم شرائطه من أعلام جنس رأس المال وغيره من نوعه وصفته وقدره بالوزن إن كان وزنيا وانتقاد بالمجلس حتى يصح ، ولو قال بسبب بيع صحيح جرى بينهما صحت الدعوى بلا خلاف وعلى هذا في كل سبب له شرائط كثيرة لا يكتفي بقوله بسبب كذا صحيح ، وإذا قلت الشرائط يكافي وأجاب

فبرهن المدعي قضى عليه) بلا طلب المدعى (وإلا) يبرهن (حلفه) الحاكم (بعد طلبه) إذ لابد من طلبه اليمين في جميع الدعاوى إلا عند الثاني في أربع على ما في البزازية : قال : وأجمعوا على التحليف بلا طلب في دعوى الدين على الميت :

(وإذا قال) المدعى عليه (لا أقر ولا أنكر لا يستحلف بل يحبس ليقر أو ينكر) درر ، وكذا لو لزم السكوت بلا آفة عند الثاني خلاصة . قال في البحر : وبه أفتيت لما أن الفتوى على قول الثاني فيما يتعلق بالقضاء اه : ثم نقل عن البدائع : الأشبه أنه إنكار فيستحلف، قيدنا بتحليف الحاكم لأنهما لو (اصطلحا على أن يحلف عند غير قاض ويكون بريئا فهو باطل) لأن اليمين حق القاضي مع طلب الخصم ولا عبرة باليمين ولا نكول عند غير القاضي (فلو برهن عليه) أي على حقه (يقبل وإلا يحلفه ثانيا عند قاض) بزازية

شمس الإسلام فيمن قال كفل كفالة صحيحة أنه لا يصح كالسلم لأنه لعله صحيح في اعتقاده لا عند الحنفي المعتقد عدمها بلا قبول ، فيقول كفل وقبل المكفول له في المجلس ويذكر في القرض وأقرضه من نال نفسه لجواز أن يكون وكيلا وهو سفير لا يملك الطلب ويذكر أنه قبضه وصرفه في حوائجه ليكون دينا إجماعا لأنه عند الثاني موقوف على صرفه واستهلاكه بزازية ملخصا (قوله فبرهن) ظاهره أن البينة لا تقام على مقر . قال في البحر إلا في أربع فراجعه ، وفيه لو أقر بعد البينة يقضى به لا بها ، وأنه لو سكت عن الجواب يحبس إلى أن يجيب راجعه (قوله حلفه الحاكم) ولا يبطل حقه بيمينه ، لكنه ليس له أن يخاصم ما لم يقم البينة على وفق دعواه ، فإن وجدها أقامها وقضى له بها درر كذا في الهامش (قوله في أربع) في الرد بالعيب يحلف المشتري بالله ما رضيت بالعيب ، والشفيع بالله ما أبطلت شفعتك ، والمرأة إذا طلبت فرض النفقة على زوجها الغائب تحلف بالله ما خلف لك زوجك شيئا ولا أعطاك النفقة ، والرابع يحلف المستحق بالله ما بايعت ح كذا في الهامش : وفيه : فرع رجل ادعى على رجل أنه كان لأبي عليك مائة دينار وقد مات أبي قبل استيفاء شيء منها وصارت ميراثا لي بموته وطالبه بتسليم المائة دينارا فقال المدعى عليه قد كان لأبيك علي مائة دينار إلا أنني أديت منها ثمانين دينارا إلى أبيك في حياته وقد أقر أبوك بالقبض ببلدة سمرقند في بيتي في يوم كذا بألفاظ فارسية وأقام على ذلك بينة فقال المدعي للمدعى عليه إنك مبطل في دعواك إقرار أبي بقبض ثمانين دينارا منك ، لما أن أبي كان غائبا عن بلدة سمرقند في اليوم الذي ادعيت إقراره فيه وكان ببلدة كبيرة وأقام على ذلك بينة هل تندفع بينة المدعى عليه ببينة المدعي ؟ فقيل لا إلا أن تكون غيبة أبي المدعي عن سمرقند في اليوم الذي شهد شهود المدعى عليه على إقراره بالاستيفاء بسمرقند وكونه ببلدة كبيرة ظاهرا مستفيضا يعرفه كل صغير وكبير وكل عالم وجاهل ، فحينئذ القاضي يدفع ببينته بينة المدعى عليه كذا في الذخيرة فتاوى الهندية من الباب التاسع في الشهادة على النفي والإثبات اه (قوله وأجمعوا) الأنسب أن يقول وإلا في دعوى الدين على الميت اتفاقا :

وصورة التحليف أن يقول له القاضي : بالله ما استوفيت من الديون ولا من أحد أداه إليك عنه ولا قبضه لك قابض بأمرك ولا أبرأته منه ولا شيء منه ولا أحلت بشيء من ذلك أحدا ولا عندك به ولا بشيء منه رهن ، كذا في البحر عن البزازية ح ويحلف ، وإن أقر به المريض في مرض موته كما في الأشباه عن التتارخانية وقدمه الشارح قبيل باب التحكيم من القضاء (قوله ثم نقل) أي في مسألة المتن . قال في الهامش : قوله ثم نقل عن البدائع : المتبادر أنه راجع إلى مسألة السكوت، وليس كذلك بل هو راجع إلى المتن : قال في البحر: وفي المجمع ، ولو قال لا أقر ولا أنكر فالقاضي لا يستحلفه . قال الشارح : بل يحبسه عند أبي حنيفة حتى يقر أو ينكر. وقالا يستحلف: وفي البدائع أنه إنكار وهو تصحيح لقولهما كما لا يخفى، فإن الأشبه من ألفاظ التصحيح كما في البزازية ح

إلا إذا كان حلفه الأول عنده فيكفي درر : ونقل المصنف عن القنية أن التحليف حق القاضي ، فما لم يكن باستحلافه لم يعتبر (وكذا لو اصطلحا أن المدعى لو حلف فالخصم ضامن) للمال (وحلف) أي المدعى (لم يضمن) الخصم لأن فيه تغيير الشرع (واليمين لا ترد على مدع) لحديث « البينة على المدعى » وحديث الشاهد واليمين ضعيف ، بل رده ابن معين ، بل أنكره الراوي عيني :

(برهن) المدعى (على دعواه وطلب من القاضي أن يحلف المدعى أنه محق في الدعوى أو على أن الشهود صادقون أو محقون في الشهادة لا يجيبه) القاضي إلى طلبته لأن الخصم لا يحلف مرتين فكيف الشاهد لأن لفظ أشهد عندنا يمين ، ولا يكرر اليمين لأنا أمرنا بإكرام الشهود ولذا لو (علم الشاهد أن القاضي يحلفه) ويعمل بالمنسوخ (له الامتناع عن أداء الشهادة) لأنه لا يلزمه بزازية (وبينة الخارج في الملك المطلق) وهو الذي لم يذكر له سبب (أحق من بينة ذي اليد) لأنه المدعى والبينة له بالحديث ، بخلاف المقيد بسبب كنتاج ونكاح فالبينة لذي اليد إجماعا كما سيجيء (وقضى) القاضي (عليه بنكوله مرة) لو نكوله (في مجلس القاضي) حقيقة (بقوله لا أحلف) أو حكما كأن (سكت) وعلم أنه (من غير آفة) كخرس وطرش في الصحيح سراج وعرض اليمين ثلاثا ثم القضاء أحوط

(قوله إلا إذا كان) استثناء منقطع لأن فرض المسألة في أن الحلف الأول عند غير قاض (قوله حلفه الأول عنده) أي عند قاض فيكفي : أي لا يحتاج إلى التحليف ثانيا . هذا ، ولا موقع للاستثناء كما لا يخفى ح اللهم إلا أن يكون المراد عنده قبل تقلده القضاء تأمل وراجع ، وقوله حلفه بفتح الحاء وكسر اللام وضم الفاء والهاء (قوله لم يعتبر) هذه المسألة تغاير المتقدمة في المتن ، فإن تلك فيما إذا حلف عند غير قاض وهذه فيما إذا حلف عند القاضي باستحلاف المدعى لا القاضي ح (قوله وكذا لو اصطلحا) وفي الواقعات الحسامية قبيل الرهن : وعند محمد قال لآخر لي عليك ألف درهم فقال له الآخر إن حلفت إنها لك أديتها إليك فحلف فأداها إليه المدعى عليه ، إن كان أداها إليه على الشرط الذي شرط فهو باطل وللمؤدي أن يرجع فيما أدى لأن ذلك الشرط باطل لأنه على خلاف حكم الشرع لأن حكم الشرع أن اليمين على من أنكر دون المدعى اه بحر (قوله أو على أن الشهود الخ) أي أو طلب تحليف الشهود على أنهم صادقون (قوله في الملك المطلق) قيد بالملك المطلق لما سيأتي وهو مقيد بما إذا لم يؤرخا أو أرخا وتاريخ الخارج مساو أو أسبق . أما إذا كان تاريخ ذي اليد أسبق فإنه يقضى له كما سيأتي في الكتاب بخلاف ما إذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد الشراء من فلان وبرهنا وأرخا وتاريخ ذي اليد أسبق فإنه يقضى للخارج كما في الظهيرية بحر (قوله بخلاف المقيد) لأن البينة قامت على ما لا يدل عليه اليد فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له وهذا هو الصحيح : ودليله من السنة ما روى عن جابر بن عبد الله « أن رجلا ادعى ناقة في يد رجل وأقام البينة أنها ناقته نتجتها وأقام الذي بيده البينة أنها ناقته نتجتها ، فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم للذي هي في يده » وهذا حديث صحيح مشهور بحر ، كذا في الهامش (قوله ونكاح) أي لو برهن على نكاح امرأة فتهاترا تعذر العمل بهما لأن المحل لا يقبل الاشتراط ، وإذا تهاترا فرق القاضي بينهما حيث لا مرجح كما في القنية ، ولا شيء على واحد منهما إن كان قبل الدخول . أما لو كان التهاتر بعد موتها ولم يؤرخا فإنه يقضى بالنكاح بينهما ، وعلى كل واحد منهما نصف المهر ويرثان ميراث زوج واحد بحر وتمامه فيه كذا في الهامش (قوله في الصحيح) أي على قول الثاني الذي عليه الفتوى كما تقدم (قوله وعرض اليمين) هو مبتدأ ، وقوله أحوط خبر عنه (قوله أحوط) أي ندبا وعن أبي يوسف ومحمد أن التكرار حتم حتى لو قضى

(وهل يشترط القضاء على فور النكول ، خلاف) درر ، ولم أر فيه ترجيحا قاله المصنف :

قلت : قدمنا أنه يفترض القضاء فوراً إلا فى ثلاث (قضى عليه بالنكول ثم أراد أن يحلف لا يلتفت إليه والقضاء على حاله) ماض درر فبلغت طرق القضاء ثلاثا ، وعدها فى الأشباه سبعا بينة وإقرار ويمين ونكول عنه وقسامة وعلم قاض على المرجوح ، والسابع قرينة قاطعة كأن ظهر من دار خالية إنسان خائف بسكين متلوث بدم فدخلوها فورا فرأوا مذبوحا لحينه أخذ به إذ لا يمترى أحد أنه قاتله .

(شك فيما يدعى عليه ينبغى أن يرضى خصمه ولا يحلف) تحرزا عن الوقوع فى الحرام (وإن أبى خصمه إلا حلفه ، إن أكبر رأيه أن المدعى مبطل حلف وإلا) بأن غلب على ظنه أنه محق (لا) يحلف بزازية (وتقبل البينة لو أقامها) المدعى وإن قال قبل اليمين لا بينة لى سراج خلافا لما فى شرح المجمع عن المحيط (بعد يمين) المدعى عليه كما تقبل البينة بعد القضاء بالنكول خانية (عند العامة) وهو الصحيح لقول شريح : اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة ، ولأن اليمين كالخلف عن البينة فإذا جاء الأصل انتهى حكم الخلف كأنه لم يوجد أصلا بحر (ويظهر كذبه بإقامتها) أى البينة (لو ادعاه) أى المال (بلا سبب فحلف) أى المدعى عليه ثم أقامها حتى يحنث فى يمينه وعليه الفتوى طلاق الخانية

القاضى بالنكول مرة لاينفذ، والصحيح أنه ينفذ س (قوله وهل يشترط) الأولى يفترض (قوله قاله المصنف) قال الرملى فى حاشية المنح : تقدم أنه ينزل منكرا على قولهما ، وعلى قول أبى يوسف يحبس إلى أن يجيب ، ولكن الأول فيما إذا لزم السكوت ابتداء ولم يجب عند الدعوى بجواب ، وهذا فيما إذا أجاب بالإنكار ثم لزم السكوت تأمل (قوله قدمنا) أى فى كتاب القضاء ح (قوله لا يلتفت إليه) أما لو أقام بينة بعده فتقبل كما يأتى قريبا (قوله ثلاثا) بينة وإقرار ونكول (قوله والسابع الخ) بحث فى هذه السابعة الخير الرملى فى حاشية المنح وقال إنه غريب لا يقبل ما لم يعضده نقل من كتاب معتمد ؛ وذكر فى البحر أن مدارها على ابن الغرس ، لكن عبارة ابن الغرس : فقد قالوا لو ظهر إنسان الخ (قوله خلافا لما فى شرح المجمع) ليس فيه ماينافى ذلك بل حكى قولين ح (قوله بعديمين المدعى عليه) لأن حكم اليمين انقطاع الخصومة للحال إلى غاية إحضار البينة وهوالصحيح وقيل انقطاعها مطلقا ط (قوله بعد القضاء بالنكول) كأن فائدتها لتتعدى إلى غيره لأن النكول إقرار وهو حجة قاصرة ، بخلاف البينة شيخنا ، وهذا ظاهر فى نحو الرد بالعيب (قوله خانية) قال فى البحر : ثم اعلم أن القضاء بالنكول لايمنع المقضى عليه من إقامة البينة بما يبطله ، لما فى الخانية : رجل اشترى من رجل عبدا فوجد به عيبا فخاصم البائع فأنكر البائع أن يكون العيب عنده فاستحلف فنكل فقضى القاضى عليه وألزمه العبد ثم قال البائع بعد ذلك قد كنت تبرأت إليه من هذا العيب وأقام البينة ثبتت بينته اهـ ؛

أقول : إن كان مبنى ما ذكره من القاعدة هو ما نقله عن الخانية ففيه نظر ، فإن نكوله عن الحلف بذل أو إقرار بأن العيب عنده فإقامته البينة بعده على أنه تبرأ إليه من هذا العيب مؤكد لما أقربه فى ضمن نكوله ، أما لو ادعى عليه مالا ونكل عن اليمين فقضى عليه به يكون إقرارا به وحكما به ، فإذا برهن على أنه كان قضاه إياه يكون تناقضا ونقضا للحكم فبين المسألتين فرق فكيف تصح قاعدة كلية ثم لا يخفى أن كلام البحر فى إقامة المقضى عليه البينة ، وظاهر كلام الشارح أن المدعى هو الذى أقام البينة كما يدل عليه السياق فلا يدل عليه ما فى الخانية من هذا الوجه أيضا ، وانظر ما كتبناه فى هامش البحر عن حاشية الأشباه للحموى (قوله طلاق الخانية) الذى نقله فى البحر عن طلاق الخانية والولوالجية من الحنث مطلق عن التقييد بالسبب وعدمه ، وما فى الدرر من عدم الحنث مطلقا جعلوه إحدى الروايتين عن محمد . والذى جعلوا الفتوى عليه هو الرواية الثانية عنه وهو قول

خلافا لإطلاق الدرر (وإن) ادعاه (بسبب فحلف) أنه لادين عليه (ثم أقامها) المدعى على السبب (لا) يظهر كذبه لجواز أنه وجد القرض ثم وجد الإبراء أو الإيفاء وعليه الفتوى فصولين وسراج وشمنى وغيرهم (ولاتحليف فى نكاح) أنكره هو أو هى (ورجعة) جحدها هو أو هى بعد عدة (وفىء إيلاء) أنكره أحدهما بعد المدة (واستيلاد) تدعيه الأمة ، ولا يتأتى عكسه لثبوته بإقراره (ورق ولسب) بأن ادعى على مجهول أنه قنه أو ابنه وبالعكس (وولاء) عتاقة أو موالاة ادعاه الأعلى أو الأسفل (وحد ولعان) والفتوى على أنه يحلف المنكر (فى الأشياء) السبعة ، ومن عدها ستة ألحق أمومية الولد بالنسب أو الرق ؛

والحاصل أن المفتى به التحليف فى الكل إلا فى الحدود ومنها حد قذف ولعان فلا يمين إجماعا ، لا إذا تضمن حقا بأن علق عتق عبده بزنا نفسه فللعبد تحليفه ، فإن نكل ثبت العتق لا الزنا (و) كذا (يستحلف السارق) لأجل المال (فإن نكل ضمن ولم يقطع) وإن أقر بها قطع ، وقالوا : يستحلف

أبى يوسف ، والتفصيل المذكور فى المتن ذكره فى جامع الفصولين ، فعبارة الشارح غير محررة (قوله خلافا لإطلاق الدرر) حيث قال وهل يظهر كذب المنكر بإقامة البينة ، والصواب أنه لا يظهر حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور ذكره الزيلعى (قوله ثم أقامها المدعى) سيعيد الشارح المسألة بعد نحو ورقتين (قوله أو الإيفاء) بحث فيه العلامة المقدسى بأن الأصل فى الثابت أن يبقى على ثبوته وقد حكمتم لمن شهد له بشىء أنه كان له أن الأصل بقاؤه وإذا وجد السبب ثبت والأصل بقاؤه اهـ ط ؛

أقول : وجوابه أن إثبات كون الشىء له يفيد ملكيته له فى الزمن السابق واستصحاب هذا الثابت يصلح لدفع من يعارضه فى الملكية بعد ثبوتها له ، وقد قالوا الاستصحاب يصلح للدفع لا للإثبات ، وإذا أثبتنا الحنث بكون الأصل بقاء القرض يكون من الإثبات بالاستصحاب وهو لا يجوز فالفرق ظاهر فتأمل (قوله ولاتحليف) أى فى تسعة (قوله بعد عدة) قيد للثانى كما فى الدرر (قوله تدعيه الأمة) بأنها ولدت منه ولدا وقد مات أو أسقطت سقطا مستبين الخلق وأنكره المولى ابن كمال (قوله ولا يتأتى الخ) وقلب العبارة الزيلعى وهو سبق قلم (قوله ولسب) وفى المنظومة وولاد . قال فى الحقائق : لم يقل ونسب لأنه إنما يستحلف فى النسب المجرد عندهما إذا كان يثبت بإقراره كالأب والابن فى حق الرجل والأب فى حق المرأة ابن كمال (قوله وولاء) أى بأن ادعى على معروف الرق أنه معتقه أو مولاه (قوله فى الأشياء السبعة) أى السبعة الأولى من التسعة . قال الزيلعى: وهو قولهما ، والأول قول الإمام س . قال الرملى: ويقضى عليه بالنكول عندهما (قوله وكذا يستحلف السارق) وكذا يحلف فى النكاح إن ادعت هى المال : أى إن ادعت المرأة النكاح وغرضها المال كالمهر والنفقة فأنكر الزوج يحلف ، فإن نكل يلزمه المال ولا يثبت الحل عنده لأن المال يثبت بالبدل لا الحل . وفى النسب إذا ادعى حقا ما لا كان كالإرث والنفقة أو غير مال كحق الحضانة فى اللقيط والعتق بسبب الملك وامتناع الرجوع فى الهبة ، فإن نكل ثبت الحق ، ولا يثبت النسب إن كان مما لا يثبت بالإقرار ، وإن كان منه فعلى الخلاف المذكور وكذا منكر العقود الخ ابن كمال وإنكار القود سيذكره المصنف . وفى صدر الشريعة ، فيلغز أيما امرأة تأخذ نفقة غير معتدة ولا حائضة ولا نفساء ولا يحل وطؤها. وفيه ويلغز أى شخص أخذ الإرث ولم يثبت نسبه كما لو ادعى إرثا بسبب إخوة فأنكر إخوته ؛

والحاصل أن هذه الأشياء لا تحليف فيها عند الإمام ما لم يدع معها مالا فإنه يحلف وفاقا سأنحانى (قوله ولم يقطع) اعترض بأنه ينبغى أن يصح قطعه عند أبى حنيفة لأنه بدل كما فى قود الطرف ؛

والحاصل أن النكول فى قطع الطرف والنكول فى السرقة ينبغى أن يتحدا فى إيجاب القطع وعدمه : ويمكن

فى التعزير كما بسطه فى الدرر : وفى الفصول : ادعى نكاحها فحيلة دفع يمينها أن تتزوج فلا تحلف . وفى الخانية لااستحلاف فى إحدى وثلاثين مسألة (النيابة تجرى فى الاستحلاف لاالحلف) وفرّع على الأول بقوله (فالوكيل والوصى والمتولى وأبو الصغير يملك الاستحلاف) فله طلب يمين خصمه (ولايحلف) أحدمنهم (إلا إذا) ادعى عليه العقد أو (صح إقراره) على الأصيل فيستحلف حينئذ ، كالوكيل بالبيع فإن إقراره صحيح على الموكل ، فكذا نكوله . وفى الخلاصة : كل موضع لو أقر لزمه فإذا أنكره يستحلف إلا فى ثلاث ذكرها ، والصواب فى أربع وثلاثين لما مر عن الخانية ؛ وزاد ستة أخرى فى البحر ، وزاد أربعة عشر فى تنوير البصائر حاشية الأشباه والنظائر لابن المصنف ، ولولا خشية التطويل لأوردتها كلها :

(التحليف على فعل نفسه يكون على البتات) أى القطع بأنه ليس كذلك (و) التحليف (على فعل غيره) يكون (على العلم) أى إنه لا يعلم أنه كذلك لعدم علمه بما فعل غيره ظاهرا ، اللهم (إلا إذا كان) فعل الغير (شيئا يتصل به) أى بالحالف وفرّع عليه بقوله (فإن ادعى) مشترى العبد (سرقة العبد أو إباقه) وأثبت ذلك (يحلف) البائع

الجواب بأن قود الطرف حق العبد فيثبت بالشبهة كالأموال ، بخلاف القطع فى السرقة فإنه خالص حق الله تعالى وهو لايثبت بالشبهة فظهر الفرق فليتأمل يعقوبية (قوله فى التعزير) لأنه محض حق العبد ولهذا يملك العبد إسقاطه بالعفو س (قوله فحيلة دفع يمينها) أى دفع اليمين عنها كذا فى الهامش (قوله أن تتزوج) أى بآخر كذا فى الهامش (قوله فى إحدى وثلاثين مسألة) تقدمت فى الوقف س وذكرها فى البحر هنا ، وذكر فى الهامش عن الإمام الخصاف . كان الإمام الثانى وغيره رحمهم الله تعالى من أصحابنا يقولون يحلف فى كل سبب لو أقر المدعى عليه لزمه ، كما لو ادعى أنه أبوه أو ابنه أو زوجته أو مولاه ، ولو ادعى أنه أخوه أو عمه أو نحوه لا يحلف إلا أن يدعى حقا فى ذمته كالإرث بجهة فحينئذ يحلف ، وإن نكل يقضى بالمال إن ثبت المال ، ودعوى الوصية بثلث المال كدعوى الإرث على ما ذكرنا إلا فى فصل واحد : وهو أن الوارث لو نكل عن اليمين عن موت مورثه ودفع ثلث ما فى يده من ماله إلى ثلث مدعى الوصية بالثلث ثم جاء المورّث حيا لايضمن الوارث الناكل له شيئا من البزازية من كتاب أدب القاضى فى اليمين (قوله لا الحلف) يخالفه ما يأتى عن شرح الوهبانية من أن الأخرس الأصم الأعمى يحلف وليه (قوله ولا يحلف الخ) الأولى أن يقول وفرّع على الثانى بقوله ولا يحلف الخ (قوله على الأصيل) أى الوكيل لقط كذا فى الهامش (قوله فيستحلف الخ) بقى هل يستحلف على العلم أو على البتات؟ ذكر فى الفصل السادس والعشرين من نور العين أن الوصى إذا باع شيئا من التركة فادعى المشترى أنه معيب فإنه يحلف على البتات ، بخلاف الوكيل فإنه يحلف على عدم العلم اهـ فتأمله كذا بخط بعض الفضلاء (قوله والصواب فى أربع وثلاثين) أى بضم الثلاثة إلى ما فى الخانية ، لكن الأولى منها مذكورة فى الخانية (قوله لابن المصنف) وهو الشيخ شرف الدين عبد القادر وهو صاحب تنوير البصائر وأخوه الشيخ صالح صاحب الزواهر كذا يفهم من كتاب الوقف (قوله سرقة العبد الخ) يعنى أن مشترى العبد إذا ادعى أنه سارق أو آبق وأثبت إباقه أو سرقته فى يد نفسه وادعى أنه أبق أو سرق فى يد البائع وأراد التحليف يحلف البائع بالله ما أبق بالله ماسرق فى يدك وهذا تحليف على فعل الغير درر كذا فى الهامش (قوله أو إباقه) ليس المراد بالإباق الذى يدعيه المشترى الإباق الكائن عنده ، إذ لو أقر به البائع لايلزمه شىء لأن الإباق من العيوب التى لا بد فيها من المعاودة بأن يثبت وجوده عند البائع ثم عند المشترى كلاهما فى صغره أو كبره على ما سبق فى محله أبوالسعود . وفى الحواشى السعدية ، قوله يحلف على البتات بالله ما أبق :

(على البتات) مع أنه فعل الغير وإنما صح باعتبار وجوب تسليمه سليما فرجع إلى فعل نفسه فحلف على البتات لأنها آكد ولذا تعتبر مطلقا بخلاف العكس درر عن الزيلعي : وفي شرح المجمع عنه : هذا إذا قال المنكر لا علم لي بذلك ، ولو ادعى العلم حلف على البتات كمودع ادعى قبض ربها وفرع على قوله وفعل غيره على العلم بقوله (وإذا ادعى) بكر (سبق الشراء) له على شراء زيد ولا بينة (يحلف خصمه) وهو بكر (على العلم) أي أنه لا يعلم أنه اشتراه قبله لما مر (كذا إذا ادعى دينا أو عينا على وارث إذا علم القاضي كونه ميراثا أو أقر به المدعي أو برهن الخصم عليه) فيحلف على العلم (ولو ادعى عما) أي الدين والعين (الوارث) على غيره (يحلف) المدعى عليه (على البتات) كموهوب وشراء درر (و) يحلف (جاحد القود) إجماعا (فإن نكل ، فإن كان في النفس حبس حتى يقر أو يحلف وفيما دونه يقتص) لأن الأطراف خلقت وقاية للنفس كالمال فيجري فيها الابتذال

أقول : الظاهر أنه يحلف على الحاصل بالله ما عليك الرد فإن في الحلف على السبب يتضرر البائع أو قد يبرأ المشتري على العيب اهـ (قوله على البتات) كل موضع وجب اليمين فيه على العلم فحلف على البتات كفى وسقطت عنه وعلى عكسه لا ، ولا يقضي بنكوله على ما ليس واجبا عليه بحر (قوله لأنها آكد) أي لأن يمين البتات آكد من يمين العلم اهـ ح (قوله ولذا تعتبر مطلقا) أي ولكون يمين البتات آكد من يمين العلم تعتبر في فعل نفسه وفي فعل غيره ح كذا في الهامش (قوله مطلقا) أي فعل نفسه وفعل غيره (قوله بخلاف العكس) يعني أن يمين العلم لا تكفي في فعل نفسه ح كذا في الهامش (قوله عن الزيلعي) قال الزيلعي : في كل موضع يجب اليمين فيه على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا حتى لا يقضى عليه ولا يسقط اليمين عنه ، وفي كل موضع وجب اليمين فيه على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط اليمين عنه ويقضى عليه إذا نكل لأن الحلف على البتات آكد فيعتبر مطلقا بخلاف العكس اهـ .

وفي جامع الفصولين قبل هذا الفرع مشكل : قال الرملي : وجه إشكاله أنه يقضى عليه مع أنه غير مكلف إلى البت ويزول الإشكال بأنه مسقط لليمين الواجبة عليه فاعتبر فيكون قضاء بعد نكول عن يمين مسقط للحلف عنه بخلاف عكسه ولهذا يحلف ثانيا لعدم سقوط الحلف عنه بها فنكوله عنه لعدم اعتباره والاحتراز به فلا يقضى عليه بسببه تأمل اهـ . واستشكل في السعدية الفرعين ولم يجب على الثاني ، وأجاب عن الأول بأنه يجوز أن يكون نكوله لعلمه بعدم فائدة اليمين على العلم فلا يحلف حذرا عن التكرار اهـ وهو بمعنى ما ذكره الرملي (قوله وهو بكر) تفسير للضمير ، والأولى أن يقول : أي خصم بكر وهو زيد .

أقول : تبع الشارح في هذا المصنف وصاحب الدرر . قال بعض مشايخنا : صوابه زيد لأنه هو المنكر واليمين عليه . ويمكن أن يقال أن يحلف بالبناء للفاعل لا للمفعول ؛ ومعناه أن يطلب من القاضي تحليفه لأن ولاية التحليف له فيكون قوله وهو بكر تفسيرا للضمير في خصمه لكن فيه ركاكة س . وقال في الهامش : قوله وهو بكر راجع إلى المضاف إليه لا للمضاف . ولو قال وهو زيد لكان أولى ح (قوله إذا علم القاضي) ينبغي أن يخصص التقييد بذلك بصورة العين كما يظهر من العمادية ، فإن جريان ذلك في الدين مشكل عزمى . وذكر في البحر تفصيلا في دعوى الدين فراجعه فإنه مهم (قوله كونه ميراثا) أي كون المورث مات وتركه (قوله أو برهن الخصم) وهو المدعى عليه (قوله فيحلف) أي الوارث (قوله على العلم) أي وإلا بأن لم يعلم القاضي حقيقة الحال ولا إقرار المدعي بذلك ولا أقام المدعى عليه بينة يحلف على البتات بالله ما عليك تسليم هذه العين إلى المدعي عمادية عزمى (قوله كموهوب) يعني لو وهب رجل لرجل عبدا فقبضه أو اشترى رجل من رجل عبدا فجاء رجل وزعم

خلافا لهما :

(قال المدعي: لي بينة حاضرة) في المصر (وطلب يمين خصمه لم يحلف) خلافا لهما ، ولو حاضرة في مجلس الحكم لم يحلف اتفاقا ، ولو غائبة عن المصر حلف اتفاقا ابن ملك ، وقدر في المجتبى الغيبة بمدة السفر (ويأخذ القاضي) في مسألة المتن فيما لا يسقط بشبهة (كفيلا ثقة) يأمن هروبه بحر فليحفظ (من خصمه) ولو وجيها والمال حقيرا في ظاهر المذهب عيني (بنفسه ثلاثة أيام) في الصحيح ، وعن الثاني إلى مجلسه الثاني وصحح (فإن امتنع من) إعطاء (ذلك) الكفيل (لازمه) بنفسه أو أمينه مقدار (مدة التكفيل) لئلا يغيب (إلا أن يكون الخصم (غريبا)

أن العبد عبده ولا بينة له فأراد استحلاف المدعى عليه يحلف على البتات ح (قوله خلافا لهما) فعندهما يلزمه الأرش فيهما لأن النكول إقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص منح (قوله حاضرة في المصر) أطلق حضورها فشمل حضورها في المصر بصفة المرض ، وظاهر ما في خزانة المفتين خلافه فإنه قال الاستحلاف يجري في الدعاوى الصحيحة إذا أنكر المدعى عليه ويقول المدعي لا شهود لي أو شهودي غيب أو في المصر اهـ بحر (قوله ويأخذ القاضي) أي بطلب المدعي كما في الخانية : وفي الصغرى : هذا إذا كان المدعي عالما بذلك ، أما إذا كان جاهلا فالقاضي يطالب رواه ابن سماعة عن محمد اهـ بحر (قوله في مسألة المتن) قيد بها لأنه لو قال لا بينة لي أو شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة ، كذا في الهداية (قوله يؤمن هروبه) بأن يكون له دار معروفة وحانوت معروف لا يسكن في بيت بكراء ويتركه ويهرب منه منح وهذا شيء يحفظ جدا بحر عن الصغرى : قال : وينبغي أن يكون الفقيه ثقة بوظائفه في الأوقاف وإن لم يكن له ملك في دار أو حانوت لأنه لا يتركها ويهرب اهـ :

وفي البحر أيضا عن كفالة الصغرى : لقاضي أو رسوله إذا أخذ كفيلا من المدعى عليه بنفسه بأمر المدعي أولا بأمره ، فإن لم يضف الكفالة إلى المدعي بأن قال أعط كفيلا بنفسك ولم يقل للطالب ترجع الحقوق إلى القاضي أو رسوله ، حتى لو سلم إليه الكفيل يبرأ ، ولو سلم إلى المدعي فلا ، وإن أضاف إلى المدعي كان الجواب على العكس اهـ : وفيه عنها طلب المدعي من القاضي وضع المنقول عند عدل ولم يكتف بكفيل النفس ، فإن كان المدعى عليه عدلا لا يجيبه القاضي ، ولو فاسقا يجيبه . وفي العقار لا يجيبه إلا في الشجر الذي عليه الثمر لأن الثمر نقلي اهـ . قال في البحر : وظاهره أن الشجر من العقار وقدمنا خلافه . وفي أبي السعود عن الحموي عن المقدسي التصريح بأنه من العقار (قوله في الصحيح) في البحر عن القنية : ادعى القاتل أن له بينة حاضرة على العفو أجل ثلاثة أيام ، فإن مضت ولم يأت بالبينة وقال لي بينة غائبة يقضي بالقصاص قياسا كالأموال: وفي الاستحسان يؤجل استعظاما لأمر الدم اهـ :

وفي البحر أيضا عن قضاء الصغرى أن فائدة الكفالة بالثلاث أونحوها لا لبراءة الكفيل بعدها فإن الكفيل إلى شهر لا يبرأ بعده ، لكن التكفيل إلى شهر للتوسعة على الكفيل فلا يطالب إلا بعد مضيه ، لكن لو عجل لا يصح وهنا للتوسعة على المدعي فلا يبرأ الكفيل بالتسليم للحال إذ قد يعجز المدعي عن البينة ، وإذا أحضرها يعجز عن إقامتها وإنما يسلم إلى المدعي بعد وجود ذلك الوقت ، حتى لو أحضر البينة قبل الوقت يطالب الكفيل (قوله إلى مجلسه) أي القاضي (قوله لازمه) أي دار معه حيث دار فلا يلازمه في مكان معين : وفي الصغرى: ولا يلازمه في المسجد لأنه بني للذكر به يفتى . ثم قال : ويبعث معه أمينا يدور معه . ورأيت في زيادات بعض المشايخ أن للمطلوب أن لا يرضى بالأمين عنده خلافا لهما بناء على التوكيل بلا رضا الخصم بحر ملخصا وتمامه فيه

أى مسافرا (ف) يلازم أو يكفل (إلى انتهاء مجلس القاضى) دفعا للضرر ، حتى لو علم وقت سفره يكفله إليه وينظر فى زيه أو يستخبر رفقاءه لو أنكر المدعى بزازية (قال لا بينة لى وطلب يمينه فحلفه القاضى ثم برهن) على دعواه بعد اليمين (قبل ذلك) البرهان عند الإمام (منه) وكذا لو قال المدعى كل بينة آتى بها فهى شهود زور أو قال إذا حلفت فأنت برىء من المال فحلف ثم برهن على الحق قبل خانية ، وبه جزم فى السراج كما مر (وقيل لا) يقبل قائله محمد كما فى العمادية ، وعكسه ابن ملك ، وكذا الخلاف لو قال لادفع لى ثم أتى بدفع ، أو قال الشاهد : لا شهادة لى ثم شهد . والأصح القبول لجواز النسيان ثم التذكر كما فى الدرر ، وأقره المصنف :

(ادعى المديون الإيصال فأنكر المدعى) ذلك (ولا بينة له) على مدعاه (فطلب يمينه فقال المدعى اجعل حقى فى الختم ثم استحلفنى له ذلك) قنية (واليمين بالله تعالى) لحديث « من كان حالفا فليحلف بالله تعالى أو ليذر » وهو قول والله خزانة ، وظاهره أنه لو حلفه بغيره لم يكن يمينا ، ولم أره صريحا بحر (لا بطلاق وعتاق) وإن ألح الخصم وعليه الفتوى تتارخانية ، لأن التحليف بها حرام خانية (وقيل إن مست الضرورة فوض إلى القاضى) اتباعا للبعض (فلو حلفه) القاضى (به فنكل فقضى عليه) بالمال (لم ينفذ) قضاؤه (على) قول (الأكثر) كذا فى خزانة المفتين ، وظاهره أنه مفرع على قول الأكثر ، أما على القول بالتحليف بهما فيعتبر نكوله ويقضى به وإلا فلا فائدة بحر ، واعتمده المصنف :

قلت : ولو حلف بالطلاق أنه لا مال عليه ثم برهن المدعى على المال ، إن شهدوا على السبب كالإقراض لا يفرق ، وإن شهدوا على قيام الدين يفرق لأن السبب لا يستلزم قيام الدين : وقال محمد : فى الشهادة على قيام المال لا يحنث لاحتمال صدقه خلافا لأبى يوسف ، كذا فى شرح الوهبانية للشرنبلالى

(قوله أى مسافرا) تفسير مراد (قوله حتى لو علم) بأن قال أخرج غدا مثلا (قوله يكفله) أى إلى وقت سفره بحر (قوله كما مر) أى عند قول المصنف اصطلحا على أن يحلف عند غير قاض الخ ، لكن هناك اليمين من المدعى وكما مر عند قوله وتقبل البينة لو أقامها بعد يمين (قوله فأنكر المدعى) أى مدعى الدين (قوله ولا بينة له) أى لمدعى الإيصال (قوله فطلب يمينه) أى يمين الدائن (قوله فقال المدعى) أى مدعى الدين (قوله اجعل حقى فى الختم) أى الصك ، ومعناه اكتب لى الصك بالبينة ثم استحلفنى مدنى ، أو المراد إحضار نفس الحق فى شىء مختوم وهو الأظهر : وفى حاشية الفتال عن الفتاوى الأنقرويه : يعنى أحضر حقى ثم استحلفنى ، ومثله بخط للسائحانى ، ومثله فى الحامدية (قوله أنه لو حلفه بغيره) كالرحمن والرحيم بحر (قوله ولم أره صريحا) فيه أن قولهم فى التغليظ ويجتنب العطف كى لا تتكرر اليمين كما يأتى ، وصاحب البحر نفسه صرح به ، وقولهم فى كتاب الأيمان : والقسم بالله تعالى أو باسم من أسمائه كالرحمن والرحيم والحق أو بصفة يحلف بها من صفاته تعالى كعزة الله وجلال الله وكبريائه وعظمته وقدرته يدل على كونه يمينا اه شيخنا : والعجب من صاحب المنح حيث نقله وأقره عليه وكذا الشارح ، ثم رأيت مثل ماقدمته منقولا عن المقدسى وكتبته فى هامش البحر (قوله وإلا فلا فائدة) تظهر فائدته فيما إذا كان جاهلا بعدم اعتبار نكوله فإذا طلب حلفه به ربما يمتنع ويقر بالمدعى درر البحار (قوله واعتمده المصنف) لكن عبارة ابن الكمال : فإن ألح الخصم قيل صح بهما فى زماننا لكن لا يقضى عليه بالنكول لأنه امتنع عما هو منهى عنه شرعا ، ولو قضى عليه بالنكول لا ينفذ انتهت ، ومثله فى الزيلعى وشرح درر البحار ، وظاهره أن القائل بالتحليف بهما يقول إنه غير مشروع ولكن يعرض عليه لعله يمتنع ، فإن من له أدنى ديانة لا يحلف بهما كاذبا فإنه يؤدى إلى طلاق الزوجة وعتق الأمة أو إمساكهما بالحرام ، بخلاف اليمين بالله تعالى فإنه يتساهل به فى زماننا كثيرا تأمل ، وقوله لأنه امتنع عما هو منهى عنه شرعا .

وقد تقدم (ويغلظ بذكر أوصافه تعالى) وقيده بعضهم بفاسق ومال خطير (والاختيار) فيه و(فى صفته إلى القاضى) ويجتنب العطف كى لاتتكرر اليمين (فلو حلف بالله ونكل عن التغليظ لايقضى عليه به) أى بالنكول لأن المقصود الحلف بالله وقد حصل زيلعى (لا) يستحب التغليظ على المسلم (بزمان و) لا بـ(مكان) كذا فى الحاوى، وظاهره أنه مباح (ويستحلف اليهودى بالله الذى أنزل التوراة على موسى، والنصرانى بالله الذى أنزل الإنجيل على عيسى، والمجوسى بالله الذى خلق النار) فيغلظ على كل بمعتقده، فلو اكتفى بالله كالمسلم كفى اختيار (والوثنى بالله تعالى) لأنه يقرّ به وإن عبد غيره، وجزم ابن الكمال بأن الدهرية لا يعتقدونه تعالى؛

قلت: وعليه فبماذا يحلفون: وبقى تحليف الأخرس أن يقول له القاضى عليك عهد الله وميثاقه إن كان كذا وكذا فإذا أومأ برأسه أى نعم صار حالفا، ولو أصم أيضا كتب له ليجيب بخطه إن عرفه وإلا فبإشارته، ولو أعمى أيضا فأبوه أو وصيه أو من نصبه القاضى شرح وهبانية (ولا يحلفون فى بيوت عباداتهم) لكراهة دخولها بحر (ويحلف القاضى) فى دعوى سبب يرتفع (على الحاصل) أى على صورة إنكار المنكر، وفسره بقوله (أى بالله

أقول: فكيف يجوز للقاضى تكليفه الإتيان بما هو منهى شرعا ولعل ذلك البعض يقول النهى عنه تنزيهى سعدية (قوله وقد تقدم) أى قبيل قوله ولا تحليف فى طلاق ورجعة الخ (قوله ويغلظ الخ) أى يؤكد اليمين بذكر أوصاف الله تعالى وذلك مثل قوله: والله الذى لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم، الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذى ادعاه ولا شىء منه لأن أحوال الناس شتى، فمنهم من يمتنع عن اليمين بالتغليظ ويحتال عند عدمه فيغلظ عليه لعله يمتنع بذلك زيلعى (قوله زيلعى) عبارته: ولو أمره بالعطف فأتى بواحدة ونكل عن الباقى لايقضى عليه بالنكول لأن المستحق عليه يمين واحدة وقد أتى بها اه (قوله وظاهره أنه مباح) فى البحر عن المحيط: لايجوز التغليظ بالمكان (قوله فيغلظ على كل الخ) قال فى البحر: فإن قلت: إذا حلف الكافر بالله فقط ونكل عما ذكر هل يكفيه أم لا؟ قلت: لم أره صريحا، وظاهر قولهم إنه يغلظ به أنه ليس بشرط وأنه من باب التغليظ فيكتفى بالله ولا يقضى عليه بالنكول عن الوصف المذكور اه (قوله صار حالفا) ولا يقول بالله إنه كان كذا لأنه إذا قال نعم يكون إقرارا لا يمينا كما فى الشرنبلالية س (قوله أو وصيه أو من نصبه القاضى) وهذا مستثنى من قولهم: الحلف لايجرى فيه النيابة أبو السعود (قوله ويحلف القاضى الخ) قال فى نور العين: النوع الثالث فى مواضع التحليف على الحاصل والتحليف على السبب جمع؛

ثم المسألة على وجوه: إما أن يدعى المدعى دينا أو ملكا فى عين أو حقا فى عين، وكل منها على وجهين: إما أن يدعيه مطلقا أو بناء على سبب، فلو ادعى دينا ولم يذكر سببه يحلف على الحاصل ماله قبلك ما ادعاه ولا شىء منه، وكذا لو ادعى ملكا فى عين حاضر أو حقا فى عين حاضر ادعاه مطلقا ولم يذكر له سببا يحلف على الحاصل ما هذا لفلان ولا شىء منه، ولو ادعاه بناء على سبب بأن ادعى دينا بسبب قرض أو شراء أو ادعى ملكا بسبب بيع أو هبة أو ادعى غصبا أو وديعة أو عارية يحلف على الحاصل فى ظاهر الرواية لا على السبب بالله ما استقرضت ما غصبت ما أودعك ما شربت منه كافى؛ وعن أبى يوسف يحلف على السبب فى هذه الصورة المذكورة إلا عند تعريض المدعى عليه نحو أن يقول أيها القاضى قد يبيع الإنسان شيئا ثم يقبل فحينئذ يحلف القاضى على الحاصل منح: وذكر شمس الأئمة الحلوانى رواية أخرى عن أبى يوسف أن المدعى عليه لو أنكر السبب يحلف على السبب ولو قال ما علىّ ما يدعيه يحلف على الحاصل قاضيخان وهذا أحسن الأقاويل عندى وعليه أكثر القضاة، يقول

ما بينكما لنكاح قائم و) ما بينكما (بيع قائم وما يجب عليك رده) لو قائما أو بدله لو هالكا (وما هي بائن منك) وقوله (الآن) متعلق بالجميع مسكين (في دعوى نكاح وبيع وغصب وطلاق) فيه لف ونشر لا على السبب أي بالله ما نكحت وما بعت خلافا للثاني نظرا للمدعى عليه أيضا لاحتمال طلاقه وإقالته (إلا إذا ازم) من الحلف على الحاصل (ترك النظر للمدعي فيحلف) بالإجماع (على السبب) أي على صورة دعوى المدعي (كدعوى شفعة بالجوار ونفقة مبتوتة والخصم لا يراهما) لكونه شافعيا لصدق حلفه على الحاصل في معتقده فيتضرر المدعي :

قلت : ومفاده أنه لا اعتبار بمذهب المدعى عليه ، وأما مذهب المدعي

الحقير : وكذا في مختارات النوازل لصاحب الهداية اه (قوله ما بينكما لنكاح قائم) إدخال النكاح في المسائل التي يحلف فيها على الحاصل عندهما غفلة من صاحب الهداية والشارحين لأن أبا حنيفة لا يقول بالتحليف في النكاح إلا أن يقال إن الإمام فرّع على قولهما لا على قوله كتفريعه في المزارعة على قولهما بحر. ونقل عن المقدسي أنه محمول على ما إذا كان مع النكاح دعوى المال (قوله بيع قائم) هذا ، والحق ما في الخزانة من التفصيل . قال المشترى : إذا ادعى الشراء فإن ذكر نقد الثمن فالمدعى عليه يحلف بالله ما هذا العبد ملك المدعي ولا شيء منه بالسبب الذي ادعى ولا يحلف بالله ما بعته ، وإن لم يذكر المشترى نقد الثمن يقال له أحضر الثمن ، فإذا أحضره استحلفه بالله ما يملك قبض هذا الثمن وتسليم هذا العبد من الوجه الذي ادعى ، وإن شاء حلفه بالله ما بينك وبين هذا شراء قائم الساعة :

والحاصل أن دعوى الشراء مع نقد الثمن دعوى المبيع ملكا مطلقا وليست بدعوى العقد ولهذا تصح مع جهالة الثمن معنى ، وليست بدعوى العقد ولهذا تصح مع جهالة المبيع فيحلف على ذلك الثمن اه بحر (قوله لو قائما الخ) زاده لما في البحر ، وفي قول المؤلف وما يجب عليك رده قصور ، والصواب ما في الخلاصة : وما يجب عليك رده ولا مثله ولا بدله ولا شيء من ذلك اه وكذا في قوله وما هي بائن منك الآن لأنه خاص بالبائن. وأما الرجعي فيحلف بالله ما هي طالق في النكاح الذي بينكما . وأما إذا كانت الدعوى بالطلاق الثلاث فقال الإسبيجابي يحلف بالله ما طلقتها ثلاثا في النكاح الذي بينكما اه .

وقد ذكر في البحر هنا جملة مما يحلف فيه على الحاصل فراجعه وقال بعدها : ثم اعلم أنه تكرر منهم في بعض صور التحليف تكرار لا في لفظ اليمين خصوصا في تحليف مدعي دين على الميت فإنها تصل إلى خمسة ، وفي الاستحقاق إلى أربعة مع قولهم في كتاب الأيمان إن اليمين تتكرر بتكرار حرف العطف مع قوله لا كقوله لا آكل طعاما ولا شرابا ، ومع قولهم هنا في تغليظ اليمين يجب الاحتراز عن العطف لأن الواجب يمين واحدة فإذا عطف صارت أيمانا ، ولم أر عنه جوابا بل ولا من تعرض له اه . قال الرملي : أقول إذا تأمل المتأمل وحد التكرار لتكرار المدعي فليتأمل اه يعني أن المدعي وإن ادعى شيئا واحدا في اللفظ لكنه مدع لأشياء متعددة ضمنا فيحلف الخصم عليها احتياطا (قوله نظرا للمدعى عليه) تعليل لقوله لا على السبب (قوله لكونه شافعيا) لأن الشافعي يحلف على الحاصل متعقدا مذهبه أنها لا تستحق نفقة ولا شفعة فيضيع النفع فإذا حلف أنه ما أبانها واشترى ظهر النفع ورعاية جانب المدعي أولى ، لأن السبب إذا ثبت ثبت الحق واحتمال سقوطه بعارض موهوم والأصل عدمه حتى

ففيه خلاف ، والأوجه أن يسأله القاضي هل تعتقد وجوب شفعة الجوار أولا ، واعتمده المصنف (وكذا) أي يحلف على السبب إجماعا (في سبب لا يرتفع) برافع بعد ثبوته (كعبد مسلم يدّعي) على مولاه (عتقه) لعدم تكرر رقه (و) أما (في الأمة) ولو مسلمة (والعبد الكافر) فلتكرر رقهما باللحاق حلف مولاهما (على الحاصل) والحاصل اعتبار الحاصل إلا لضرر مدّع وسبب غير متكرر (وصح فداء اليمين والصلح منه) لحديث « ذبوا عن أعراضكم بأموالكم » وقال الشهيد : الاحتراز عن اليمين الصادقة واجب . قال في البحر : أي ثابت بدليل جواز الحلف صادقا (ولا يحلف) المنكر (بعده) أبدا لأنه أسقط حقه (و) قيد بالفداء أو الصلح لأن المدعي (لو أسقطه) أي اليمين (قصدا بأن قال برئت من الحلف أو تركته عليه أو وهبته لا يصح وله التحليف) بخلاف البراءة عن المال لأن التحليف للحاكم بزازية ، وكذا إذا اشترى يمينه لم يجز لعدم ركن البيع درر .

[فرع] استحلف خصمه فقال حلفتني مرة ، إن عند حاكم أو محكم وبرهن قبل وإلا فله تحليفه درر .

قلت : ولم أر ما لو قال إني قد حلفت بالطلاق إني لا أحلف فيحرر .

يقوم الدليل على العارض اه (قوله ففيه خلاف) قيل لا اعتبار به وإنما الاعتبار لمذهب القاضي (قوله والأوجه أن يسأله) أي يسأل المدعي (قوله واعتمده المصنف) أي تبعا للبحر ، وانظر هل يجري ذلك في قضاة زماننا المأمورين بالحكم بمذهب أبي حنيفة (قوله والصلح منه) أي على شيء معلوم ، والفرق أن الثاني بأقل من المدعى ، وأما الأول فقد يكون بمثله كما في القهستاني ح (قوله ولا يحلف) ضبطها المؤلف رحمه الله بتشديد اللام (قوله لأنه أسقط حقه) أي حقه في الخصومة ، والذي في البحر لأنه أسقط خصومته بأخذ المال منه مدني (قوله وبرهن قبل) في البحر عن البزازية : ولو قال المدعى عليه حين أراد القاضي تحليفه إنه حلفني على هذا المال عند قاض آخر أو أبرأني عنه إن برهن قبل واندفع عنه الدعوى وإلا قال الإمام البزدوي : انقلب المدعي مدعى عليه ، فإن نكل اندفع الدعوى وإن حلف لزم المال لأن دعوى الإبراء عن المال إقرار بوجوب المال عليه ، بخلاف دعوى الإبراء عن دعوى المال اه . وظاهر هذا أن قول الشارح وإلا فله تحليفه : أي وإلا يبرهن فله تحليفه : أي تحليف المدعي الأول تأمل : وعبارة الدرر : ولو لم يكن له بينة واستحلفه أي أراد تحليف المدعي جاز (قوله وإلا فله تحليفه) أي تحليف المدعي . قال في نور العين : أراد تحليفه فبرهن أن المدعي حلفني على هذه الدعوى عند قاض كذا يقبل ، ولولا بينة له فله تحليف المدعي لأنه يدعي بقاء حقه في اليمين ، ولو ادعى أن المدعي أبرأني عن هذه الدعوى ليس له تحليفه إن لم يبرهن إذ المدعي بدعواه استحق الجواب على المدعى عليه . والجواب إما إقرار أو إنكار ، وقوله أبرأني الخ ليس بإقرار ولا إنكار فلا يسمع ويقال له أجب خصمك ثم ادع ما شئت ، وهذا بخلاف ما لو قال أبرأني عن هذا الألف فإنه يحلف ، إذ دعوى البراءة عن المال إقرار بوجوبه والإقرار جواب ودعوى الإبراء مسقط فيترتب عليه اليمين ، ومنهم من قال الصواب أن يحلف على دعوى البراءة كما يحلف على دعوى التحليف وإليه مال منح ، وعليه أكثر قضاة زماننا اه . وعبارة الدرر : ولو لم يكن له بينة واستحلفه : أي أراد تحليف المدعي جاز انتهت ، وبه علم ما في عبارة الشارح من الإيهام فتنبه (قوله ولم أر الخ) وجدت في هامش نسخة شيخنا بخط بعض العلماء ما نصها : قد رأيتها في أواخر القضاء قبيل كتاب الشهادة من فتاوى الكرلبشي معزيا لأول قضاء جواهر الفتاوى . وعبارته : رجل ادعى على آخر دعوى وتوجهت عليه اليمين فلما عرض القاضي اليمين عليه قال : إني حلفت بالطلاق إني لا أحلف أبدا والآن لا أحلف حتى لا يقع عليّ الطلاق فإن القاضي يعرض عليه اليمين ثلاثا ثم يحكم بالنكول ، ولا يسقط عنه اليمين بهذا اليمين اه (قوله فيحرر) أقول سبق عن العناية أن القاضي لا يجد بدا من إلحاق الضرر بأحدهما في الاستحلاف على الحاصل أو على السبب ، فمراعاة

باب التحالف

لما قدم يمين الواحد ذكر يمين الاثنين (اختلفا) أى المتبايعان (فى قدر ثمن) أو وصفه أو جنسه (أو) فى قدر (مبيع حكم لمن برهن) لأنه نوّر دعواه بالحجة (وإن برهن فلمثبت الزيادة) إذ البينات للإثبات (وإن اختلفا فيهما) أى الثمن والمبيع جميعا (قدم برهان البائع او) الاختلاف (فى الثمن وبرهان المشترى او فى المبيع) نظرا لإثبات الزيادة (وإن عجزا) فى الصور الثلاث عن البينة ، فإن رضى كل بمقالة الآخر فيها (و) إذ (لم يرض واحد منهما بدعوى الآخر تحالفا) ما لم يكن فيه خيار فيفسخ من له الخيار (وبدئ بـ) يمين (المشترى) لأنه البادئ بالإنكار ، وهذا (لو) كان (بيع عين بدين وإلا)

جانب المدعى أولى ، فعلى هذا لا يعذر بدعواه الحلف بالطلاق ويقضى عليه بالنكول ، على أن ذلك يكون بالأولى لأنه هو الذى ألحق الضرر بنفسه بإقدامه على الحلف بالطلاق اه أبو السعود .

أقول : وأيضا لو كان ذلك حجة صحيحة لتحيل له كل من توجه عليه يمين فيلزم منه ضياع حق المدعى ومخالفة نص الحديث واليمين على من أنكر فتدبر :

باب التحالف

(قوله أو وصفه) كالبخارى والبغدادى (قوله أو جنسه) كدراهم أو دنانير (قوله أو فى قدر مبيع) فلو فى وصفه فلا تحالف ، والقول للبائع كما سيذكره الشارح (قوله والاختلاف فى الثمن) أقول : فى زيادة لو هنا فى الموضعين خلل . وعبارة الهداية : ولو كان الاختلاف فى الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع فى الثمن أولى وبينة المشترى فى المبيع أولى نظر إلى زيادة الإثبات قاله شيخ والدى المفتى محمد تاج الدين المدنى (قوله فإن رضى الخ) هذه العبارة لا تشمل إلا صورة الاختلاف فيهما ، فالأولى أن يقول كما قال غيره : فإن تراضيا على شىء أى بأن رضى البائع بالثمن الذى ادعاه المشترى أو رضى المشترى بالبيع الذى ادعاه البائع عند الاختلاف فى أحدهما أو رضى كل بقول الآخر عند الاختلاف فيهما. وقال الحلبى : العبارة فاسدة والصواب كما قال غيره فإن تراضيا على شىء (قوله فيفسخ من له الخيار) قال فى البحر : وأشار بعجزهما إلى أن البيع ليس فيه خيار لأحدهما ولهذا قال فى الخلاصة : إذا كان للمشترى خيار رؤية أو خيار عيب أو خيار شرط لا يتحالفان اه والبائع كالمشترى ، فالمقصود أن من له الخيار متمكن من الفسخ فلا حاجة إلى التحالف ، ولكن ينبغى أن البائع إذا كان يدعى زيادة الثمن وأنكرها المشترى فإن خيار المشترى يمنع التحالف ، وأما خيار البائع فلا ، ولو كان المشترى يدعى زيادة المبيع والبائع ينكرها فإن خيار البائع يمنعه لتمكنه من الفسخ ، وأما خيار المشترى فلا ، هذا ما ظهر لى تخريجا لا نقلا اه :

وحاصله أن من له الخيار لا يتمكن من الفسخ دائما فينبغى تخصيص الإطلاق (قوله وبدىء بيمين المشترى) أى فى الصور الثلاث كما فى شرح ابن الكمال : وقوله لأنه البادئ بالإنكار . قال السائحانى : هذا ظاهر فى التحالف فى الثمن ، أما فى المبيع مع الاتفاق على الثمن فلا يظهر لأن البائع هو المنكر فالظاهر البداءة به ، ويشهد له ماسيأتى أنه إذا اختلف المؤجر والمستأجر فى قدر المدة بدئ بيمين المؤجر وإلى ذلك أومأ القهستانى اه وبحث

بأن كان مقايضة أو صرفا (فهو مخير) وقيل يقرع ابن ملك، ويقتصر على النفى فى الأصح (وفسخ القاضى البيع بطلب أحدهما) أو بطلبهما، ولا ينفسخ بالتحالف ولا بفسخ أحدهما بل بفسخهما بحر (ومن نكل) منهما (لزمه دعوى الآخر) بالقضاء، وأصله قوله صلى الله عليه وسلم «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا» وهذا كله لو الاختلاف فى البدل مقصودا، فلو فى ضمن شىء كاختلافهما فى الزق فالقول للمشترى فى أنه الزق ولا تحالف، كما لو اختلفا فى وصف المبيع كقوله اشتريته على أنه كاتب أو خباز وقال البائع لم أشترط فالقول للبائع ولا تحالف ظهيرية (و) قيد باختلافهما فى ثمن ومبيع لأنه (لا تحالف فى غيرهما) لأنه لا يختل به قوام العقد نحو (أجل وشرط) رهن أو خيار أو ضمان (وقبض بعض ثمن والقول للمنكر) بيمينه: وقال زفر والشافعى: يتحالفان (ولا) تحالف إذا اختلفا

مثل هذا البحث العلامة الرملى (قوله بأن كان مقايضة) أى سلعة بسلعة (قوله أو صرفا) أى ثمنا بثمن (قوله ويقتصر على النفى) بأن يقول البائع والله ما باعه بألف والمشترى والله ما اشتراه بألفين (قوله فى الأصح) وفى الزيادات: يحلف البائع والله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين ويحلف المشترى بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف س (قوله بل بفسخهما) ظاهر ما ذكره الشارحون أنهما لو فسخاه انفسخ بلا توقف على القاضى وأن فسخ أحدهما لا يكفى وإن اكتفى بطلب أحدهما بحر، وذكر فائدة عدم فسخه بنفس التحالف أنه لو كان المبيع جارية فللمشترى وطؤها كما فى النهاية (قوله والسلعة قائمة) احتراز عما إذا هلكت وسيأتى متنا (قوله كاختلافهما فى الزق) هو الظرف إذا أنكر البائع أن هذا زقه، وصورته كما فى الزيلعى: أن يشترى الرجل من آخر سمنا فى زق وزنه مائة رطل ثم جاء بالزق فارغا ليرده على صاحبه ووزنه عشرون فقال البائع ليس هذا زقى وقال المشترى هو زقك فالقول قول المشترى سواء سمى لكل رطل ثمنا أو لم يسم، فجعل هذا اختلافا فى المقبوض، وفيه القول قول القابض إن كان فى ضمنه اختلاف فى الثمن ولم يعتبر فى إيجاب التحالف لأن الاختلاف فيه وقع مقتضى اختلافهما فى الزق اهـ (قوله نحو أجل) ذكر فى البحر هنا مسألة عجيبة فلتراجع (قوله نحو أجل وشرط) لأنهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض، فقد جزموا هنا بأن القول لمنكر الخيار كما علمت: وذكروا فى خيار الشرط فيه قولين قدمناهما فى بابه والمذهب ما ذكروه هنا بحر: أطلق الاختلاف فى الأجل فشمل الاختلاف فى أصله وقدره فالقول لمنكر الزائد، بخلاف ما لو اختلفا فى الأجل فى السلم فإنهما يتحالفان كما قدمناه فى بابه، وخرج الاختلاف فى مضيه فإن القول فيه للمشترى لأنه حقه وهو منكر استيفاء حقه كذا فى النهاية بحر: وفيه ويستثنى من الاختلاف فى الأجل ما لو اختلفا فى أجل السلم بأن ادعاه أحدهما ونفاه الآخر فإن القول فيه لمدعيه عند الإمام لأنه فيه شرط وتركه فيه مفسد للعقد وإقدامهما عليه يدل على الصحة بخلاف ما نحن فيه، لأنه لا تعلق له بالصحة والفساد فيه فكان القول لنا فيه (قوله وشرط رهن) أى بالثمن من المشترى ط (قوله أو ضمان) أى اشتراط كفيل (قوله وقبض بعض ثمن) أو حط البعض أو إبراء الكل بحر والتقييد به اتفاق، إذ الاختلاف فى قبض كله كذلك وهو قبول قول البائع وإنما لم يذكره باعتبار أنه مفروغ عنه بمنزلة سائر الدعاوى كذا فى النهاية بحر (قوله بيمينه) لأنه اختلاف فى غير المعقود عليه وبه فأشبه الاختلاف فى الحط والإبراء، وهذا لأن بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد، بخلاف الاختلاف فى وصف الثمن أو جنسه فإنه بمنزلة الاختلاف فى القول فى جريان التحالف لأن ذلك يرجع إلى نفس الثمن فإن الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الأجل ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه بحر (قوله إذا اختلفا) أى فى مقدار الثمن معراج ومثله فى متن المجمع

(بعد هلاك المبيع) أو خروجه عن ملكه أو تعييبه بما لا يرد به (وحلف المشترى) إلا إذا استهلكه فى يد البائع غير المشترى : وقال محمد والشافعى : يتحالفان ويفسخ على قيمة الهالك وهذا لو الثمن دينا ، فلو مقايضة تحالفا إجماعا لأن المبيع كل منهما ويرد مثل الهالك أو قيمته ، كما لو اختلفا فى جنس الثمن بعد هلاك السلعة بأن قال أحدهما دراهم والآخر دنانير تحالفا ولزم المشترى رد القيمة سراج (ولا) تحالف (بعد هلاك بعضه) أو خروجه عن ملكه كعبدين مات أحدهما عند المشترى . بعد قبضهما ثم اختلفا فى قدر الثمن لم يتحالفا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى (إلا أن يرضى البائع بترك حصة الهالك) أصلا فحينئذ يتحالفان ، هذا على تخريج الجمهور ، وضرف مشايخ بلخ الاستثناء إلى يمين المشترى (ولا فى) قدر (بدل كتابة) لعدم لزومها (و) قدر (رأس مال بعد إقالة)

(قوله بعد هلاك المبيع) أفاد أنه فى الأجل وما بعده لا فرق بين كون الاختلاف بعد الهلاك أو قبله (قوله المبيع) أى عند المشترى إذ قبل قبضه ينفسخ العقد بهلاكه معراج (قوله أو تعييبه الخ) فيه أنه داخل فى الهلاك لأنه منه تأمل . ثم إن عبارتهم هكذا أو صار بحال لا يقدر على رده بالعيب : قال فى الكفاية : بأن زاد زيادة متصلة أو منفصلة اهـ أى زيادة من الذات كسمن وولد وعقر . قال فى غرر الأفكار : ولو لم تنشأ من الذات سواء كانت من حيث السعر أو غيره قبل القبض أو بعده يتحالفان اتفاقا ويكون الكسب للمشترى اتفاقا اهـ ثم إن الشارح تبع الدرر ، ولا يخفى أن ما قالوه أولى لما علمت من شموله العيب وغيره تأمل (قوله غير المشترى) فإنهما يتحالفان لقيام القيمة مقام العين كما فى البحر س (قوله على قيمة الهالك) إن قيميا ومثله إن مثليا خير الدين س (قوله تحالفا إجماعا) وإن اختلفا فى كون البدل دينا أو عينا إن ادعى المشترى أنه كان عينا يتحالفان عندهما ، وإن ادعى البائع أنه كان عينا وادعى المشترى أنه كان دينا لا يتحالفان ، والقول قول المشترى كفاية (قوله لأن المبيع كل منهما) أى فكان قائما ببقاء المعقود عليه فيرده بحر : أى يرد القائم (قوله كما لو اختلفا) وبهذا علم أن الاختلاف فى جنس الثمن كالاختلاف فى قدره إلا فى مسألة هى ما إذا كان المبيع هالكا بحر (قوله تحالفا) لأنهما لم يتفقا على ثمن فلا بد من التحالف للفسخ (قوله بعد هلاك بعضه) أى هلاكه بعد القبض كما سيذكره قريبا (قوله عند المشترى) قبل نقد الثمن (قوله بعد قبضهما) فلو قبله يتحالفان فى موتهما وموت أحدهما وفى الزيادة لوجود الإنكار من الجانبين كفاية (قوله عند أبى حنيفة) لأن التحالف مشروط بعد القبض بقيام السلعة وهى اسم لجميع المبيع فإذا هلك بعضه انعدم الشرط ، والقول للمشترى مع يمينه عنده لإنكاره الزائد غرر الأفكار (قوله أصلا) أى لا يأخذ من ثمن قيمة الهالك شيئا أصلا ويجعل الهالك كأن لم يكن وكان العقد على القائم فحينئذ يتحالفان فى ثمنه وبنكول أيهما لزم دعوى الآخر غرر الأفكار (قوله يتحالفان) أى على ثمن الحى ح (قوله تخريج الجمهور) من صرف الاستثناء إلى التحالف (قوله وصرف مشايخ بلخ الاستثناء الخ) أى المقدر فى الكلام لأن المعنى ولا تحالف بعد هلاك بعضه بل اليمين على المشترى إلا أن يرضى الخ . قال فى غرر الأفكار بعد ما قدمناه وقيل الاستثناء ينصرف إلى حلف المشترى المفهوم من السياق ، يعنى يأخذ من ثمن الهالك قدر ما أقر به المشترى إذ البائع أخذ القائم صلحا عن جميع ما ادعاه على المشترى فلم يبق حاجة إلى تحليف المشترى . وعن أبى حنيفة أنه يأخذ من ثمن الهالك ما أقر به المشترى لا الزيادة فيتحالفان ويترادان فى القائم اهـ (قوله إلى يمين المشترى) وحينئذ فالبائع يأخذ الحى صلحا عما يدعيه قبل المشترى من الزيادة زيلعى (قوله بعد إقالة) قيد بالاختلاف (١) بعدها

---

(١) (قوله قيد بالاختلاف إلى آخر القولة) هكذا فى النسخة المجموع منها وليس فى يدى سواها ، وهى عبارة غير ظاهرة المعنى فلعل لفظة كان ساقطة قبل قوله كالاختلاف فى المسلم فيه وليحرراه مصححه .

عقد (السلم) بل القول للعبد والمسلم إليه ولا يعود السلم (وإن اختلفا) أى المتعاقدان (فى مقدار الثمن بعد الإقالة) ولا بينة (تحالفا) وعاد البيع (لو كان كل من المبيع والثمن مقبوضا ولم يرده المشترى إلى بائعه) بحكم الإقالة (فإن رده إليه بحكم الإقالة) لاتحالف خلافا لمحمد (وإن اختلفا) أى الزوجان (فى) قدر (المهر) أو جنسه (قضى لمن أقام البرهان ، وإن برهنا فللمرأة إذا كان مهر المثل شاهدا للزوج) بأن كان كقالته أو أقل (وإن كان شاهدا لها) بأن كان كقالتها أو أكثر (فبينته أولى) لإثباتها خلاف الظاهر (وإن كان غير شاهد لكل منهما) بأن كان بينهما (فالتهاتر) للاستواء (ويجب مهر المثل) على الصحيح (وإن عجزا) عن البرهان (تحالفا ولم يفسخ النكاح) لتبعية المهر بخلاف البيع (ويبدأ بيمينه) لأن أول التسليمين عليه فيكون أول اليمينين عليه ظهيرية (ويحكم) بالتشديد أى يجعل (مهر مثلها) حكما لسقوط اعتبار التسمية بالتحالف (فيقضى بقوله لو كان كقالته أو أقل ، وبقولها لو كقالتها أو أكثر ، وبه لو بينهما) أى بين ما تدعيه ويدعيه (ولو اختلفا) أى المؤجر والمستأجر (فى) بدل (الإجارة) أو فى قدر المدة (قبل الاستيفاء) للمنفعة

لأنهما لو اختلفا فى قدره وتحالفا فالاختلاف فى جنسه ونوعه وصفته كالاختلاف فى المسلم فيه فى الوجوه الأربعة كما قدمناه بحر (قوله عقد السلم) إنما لم يجز التحالف لأن موجب رفع الإقالة دعوى السلم مع أنه دين والساقط لا يعود سائحانى (قوله للعبد والمسلم إليه) أى مع يمينهما بحر (قوله ولا يعود السلم) لأن الإقالة فى باب السلم لا تحتمل النقض لأنه إسقاط فلا يعود بخلاف البيع كما سيأتى ، وينبغى أخذا من تعليلهم أنهما لو اختلفا في جنسه أو نوعه أو صفته بعدها فالحكم كذلك ولم أره صريحا بحر : وفيه : وقد علم من تقريرهم هنا أن الإقالة تقبل الإقالة إلا فى إقالة السلم وأن الإبراء لايقبلها ، وقد كتبناه فى الفوائد (قوله لا تحالف) أى والقول للمنكر س (قوله أو جنسه) كقوله هو هذا العبد وقولها هو هذه الجارية فحكم القدر والجنس سواء إلا فى فصل واحد ، وهو أنه إذا كان مهر مثلها مثل قيمة الجارية أو أكثر فلها قيمة الجارية لا عينها كما فى الظهيرية والهداية بحر : وفيه ولم يذكر حكمه بعد الطلاق قبل الدخول ، وحكمه كما فى الظهيرية أن لها نصف ما ادعاه الزوج ، وفى مسألة العبد والجارية لها المتعة إلا أن يتراضيا على أن تأخذ نصف الجارية اهـ (قوله البرهان) أما قبول بينة المرأة فظاهر لأنها تدعى الألفين ولا إشكال وإنما يرد على قبول بينة الزوج لأنه منكر للزيادة فكان عليه اليمين لا البينة كيف تقبل بينته قلنا هو مدع صورة لأنه يدعى على المرأة تسليم نفسها بأداء ما أقر به من المهر وهى تنكر والدعوى كافية لقبول البينة كما فى دعوى المودع رد الوديعة معراج (قوله لإثباتها) علة للمسألتين . قال فى الهامش : اختلفت مع الورثة في مؤخر صداقها على الزوج ولا بينة فالقول قولها بيمينها إلى قدر مهر مثلها حامدية عن البحر (قوله على الصحيح) قيد للتهاتر . قال فى البحر : فالصحيح التهاتر ، ويجب مهر المثل (قوله ولم يفسخ النكاح) لأن أثر التحالف فى انعدام التسمية وأنه لا يخل بصحة النكاح لأن المهر تابع فيه بخلاف البيع ، لأن عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ منح وبحر (قوله ويبدأ بيمينه) نقل الرملى عن مهر البحر عن غاية البيان أنه يقرع بينهما استحبابا . واختار فى الظهيرية وكثيرون أنه يبدأ بيمينه ، والخلاف فى الأولوية (قوله لأن أول التسليمين) تسليم المهر وتسليم الزوجة نفسها (قوله ويحكم) هذا أعنى التحالف أولا ثم التحكيم قول الكرخى لأن مهر المثل لا اعتبار به مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف فلهذا تقدم فى الوجوه كلها ، وأما على تخريج الرازى فالتحكيم قبل التحالف ، وقد قدمناه فى المهر مع بيان اختلاف التصحيح وخلاف أبى يوسف بحر (قوله قبل الاستيفاء) لأن التحالف فى البيع قبل القبض على وفق القياس والإجارة قبل الاستيفاء نظيره بحر ، والمراد بالاستيفاء التمكن

(تحالفا) وترادا وبدیء بيمين المستأجر لو اختلفا فى البدل والمؤجر لو فى المدة وإن برهنا فالبينة للمؤجر فى البدل وللمستأجر فى المدة (وبعده لا والقول للمستأجر) لأنه منكر للزيادة (ولو) اختلفا (بعد التمكن من استيفاء البعض) من المنفعة (تحالفا وفسخ العقد فى الباقى والقول فى الماضى للمستأجر) لانعقادها ساعة فساعة فكل جزء كعقد بخلاف البيع (وإن اختلف الزوجان) ولو مملوكين أو مكاتبين أو صغيرين والصغير يجامع أو ذمية مع مسلم قام النكاح أولا فى بيت لهما أو لأحدهما خزانة الأكمل لأن العبرة لليد لا للملك (فى متاع) هو هنا ماكان فى (البيت) ولو ذهبا أو فضة فا (لقول لكل واحد منهما فيما صلح له مع يمينه) إلا إذا كان كل منهما يفعل أو يبيع ما يصلح للآخر فالقول له لتعارض الظاهرين درر وغيرها (والقول له فى الصالح لهما) لأنها وما فى يدها فى يده والقول لذى اليدى بخلاف ما يختص بها لأن ظاهرها أظهر من ظاهره وهو يد الاستعمال (ولو أقاما بينة يقضى ببينتها) لأنها خارجة خانية

منه فى المدة وبعدمه عدمه لما عرف أنه قائم مقامه فى وجوب الأجر بحر (قوله تحالفا) وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه وأيهما برهن قبل (قوله وبدیء بيمين المستأجر الخ) فإن قيل كان الواجب أن يبدأ بيمين الآجر لتعجيل فائدة النكول فإن تسليم المعقود عليه واجب؟ أجيب: بأن الأجرة إن كانت مشروطة التعجيل، فهو كالأسبق إنكارا فيبدأ به وإن لم يشترط لا يمتنع الآجر من تسليم العين المستأجرة، لأن تسليمه لا يتوقف على قبض الأجرة أبو السعود عن العناية (قوله لو فى المدة) وإن كان الاختلاف فيهما قبلت بينة كل منهما فيما يدعيه من الفضل، نحو: أن يدعى هذا شهرا بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة فيقضى بشهرين بعشرة بحر (قوله وبعده) أى بعد الاستيفاء (قوله وإن اختلف الزوجان) قيد به للاحتراز عن اختلاف نساء الزوج دونه وعن اختلاف الأب مع بنته فى جهازها أو مع ابنه فيما فى البيت، وعن اختلاف إسكاف وعطار فى آلة الأساكفة، أو العطارين وهى فى أيديهما واختلاف المؤجر والمستأجر فى متاع البيت، واختلاف الزوجين فيما فى أيديهما من غير متاع البيت وبيان الجميع فى البحر فراجعه وسيأتى بعضه (قوله قام النكاح أولا) بأن طلقها مثلا، ويستثنى ما إذا مات بعد عدتها كما سيأتى قال الرملى فى حاشية البحر فى لسان الحكام ما يخالف ذلك فارجع إليه، ولكن الذى هنا هو الذى مشى عليه الشراح (قوله صلح له) الضمير راجع لكل وفى القنية من باب ما يتعلق بتجهيز البنات افترقا وفى بيتها جارية نقلتها مع نفسها، واستخدمتها سنة والزوج عالم به ساكت، ثم ادعاها فالقول له لأن يده كانت ثابتة ولم يوجد المزيل اه.

وبه علم أن سكوت الزوج عند نقلها ما يصلح لها لا يبطل دعواه فى البدائع، هذا كله إذا لم تقر المرأة أن هذا المتاع اشتراه، فإن أقرت بذلك سقط قولها لأنها أقرت بالملك لزوجها، ثم ادعت الانتقال إليها فلا يثبت الانتقال إلا بالبينة اه وكذا إذا ادعت أنها اشترته منه كما فى الخانية، ولا يخفى أنه لو برهن على شرائه كان كإقرارها بشرائه، فلا بد من بينة على الانتقال إليها منه بهبة ونحو ذلك، ولا يكون استمتاعها بمشريه ورضاه بذلك دليلا على أنه ملكها ذلك كما تفهمه النساء والعوام، وقد أفتيت بذلك مرارا بحر وذكر فى الهامش القول للمرأة مع يمينها فيما تدعيه أنه ملكها مما هو صالح للنساء، ومما هو صالح للرجال والنساء، وكذا القول قولها مع يمينها أيضا فيما تدعيه أنه وديعة تحت يدها مما هو صالح للنساء ومما هو صالح للنساء والرجال والله أعلم كذا فى الحامدية عن الشلبى (قوله الظاهرين) أى فرجعنا إلى اعتبار اليد وإلا فالتعارض يقتضى التساقط (قوله درر) عبارة الدرر إلا إذا كان كل منهما يفعل أو يبيع ما يصلح للآخر اه أى إلا أن يكون الرجل صائغا، وله أساور

والبيت للزوج إلا أن يكون لها بينة بحر : وهذا لوحيين (وإن مات أحدهما واختلف وارثه مع الحي فى المشكل) الصالح لها (فالقول) فيه (للحى) ولو رقيقا وقال الشافعي ومالك : الكل بينهما وقال ابن أبي ليلى : الكل له وقال الحسن البصرى الكل لها وهى المسبعة وقال فى الخانية تسعة أقوال (ولو أحدهما مملوكا) ولو مأذونا أو مكاتبا وقالا والشافعي هما كالحر (فالقول للحر فى الحياة وللحى فى الموت)

وخواتيم النساء والحلى والخلخال ونحوها فلا يكون لها وكذا إذا كانت المرأة دلالة تبيع ثياب الرجال ، أو تاجرة تتجر فى ثياب الرجل أو النساء أو ثياب الرجال وحدها كذا فى شروح الهداية اه . قال فى الشرنبلالية : قوله إلا إذا كان كل منهما يفعل أو يبيع ما يصلح للآخر ليس على ظاهره فى عمومه . ففى قول أحدهما يفعل أو يبيع(١) الآخر ما يصلح له لأن المرأة إذا كانت تبيع ثياب الرجال أو ما يصلح لها كالآنية والذهب والفضة والأمتعة والعقار ، فهو للرجل ، لأن المرأة وما فى يدها للزوج ، والقول فى الدعاوى لصاحب اليد ، بخلاف مايختص بها لأنه عارض يد الزوج أقوى منها ، وهو الاختصاص بالاستعمال كما فى العناية ويعلم مما سيذكره المصنف رحمه الله تعالى اه . وحينئذ فقول الدرر وكذا إذا كانت المرأة دلالة الخ معناه أن القول فيه للزوج أيضا إلا أنه خرج منه ما لو كانت تبيع ثياب النساء بقوله قبله ، فالقول لكل منهما فيما يصلح له ويمكن حمل كلام الشارح على هذا المعنى أيضا بجعل الضمير فى قوله ، فالقول له راجعا إلى الزوج ، ثم قوله لتعارض الظاهرين لا يصلح علة سواء حمل الكلام على ظاهره أو على هذا المعنى . أما الأول فلأنه إذا كان الزوج يبيع يشهد له ظاهران اليد والبيع لا ظاهر واحد فلا تعارض إلا إذا كانت هى تبيع ذلك ، فلا يرجح ملكها لما ذكره الشرنبلالى إلا إذا كان مما يصلح لها على أن التعارض لا يقتضى الترجيح ، بل التهاتر وأما الثانى فلأنه إذا كان الزوج يبيع فلاتعارض كما مر ، وأما إذا كانت تبيع هى فكذلك لما مر أيضا فتنبه :

أقول : وما ذكره فى الشرنبلالية عن العناية صرح به فى النهاية لكن فى الكفاية ما يقتضى أن القول للمرأة حيث قال : إلا إذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال ، وما يصلح للنساء كالخمار والدرع والملحفة والحلى ، فهو للمرأة أى القول قولها فيها لشهادة الظاهر اه ومثله فى الزيلعى . قال : وكذا إذا كانت المرأة تبيع مايصلح للرجال لا يكون القول قوله فى ذلك اه . فالظاهر أن فى المسألة قولين فليحرر (قوله والبيت للزوج) أى لو اختلفا فى البيت فهو له (قوله لها بينة) أى فيكون البيت لها وكذا لو برهنت على كل ما يصلح لها (قوله لو حيين) بالتثنية (قوله فى المشكل) أنظر ما حكم غيره والظاهر أن حكمه ما مر ثم رأيته فى ط عن الحموى (قوله فالقول فيه للحى) مع يمينه در منتقى إذ لا يد للميت ، وذكر فى البحر عن الخزانة استثناء ما إذا كانت المرأة ليلة الزفاف فى بيته ، فالمشكل وما يجهز مثلها به لا يستحسن جعله للزوج إلا إذا عرف بتجارة جنس منه ، فهو له وألحق صاحب البحر ما إذا اختلفا فى الحياة ليلة الزفاف قال : وينبغى اعتماده للفتوى إلا أن يوجد نص بخلافه (قوله ولو رقيقا) يستغنى عنه بما يأتى فى المتن ح (قوله ولو أحدهما مملوكا إلى قوله وللحى فى الموت) كذا فى عامة شروح الجامع وذكر الرضى أنه سهو . والصواب أنه للحر مطلقا وذكر فخر الإسلام أن القول له هنا فى الكل لا فى خصوص المشكل كما فى القهستانى سائحانى (قوله تسعة أقوال) الأول مافى الكتاب وهو قول الإمام الثانى قول أبى يوسف للمرأة جهاز مثلها والباقى للرجل ، يعنى فى المشكل فى الحياة والموت . الثالث : قول ابن أبى ليلى : المتاع كله له ولها ما عليها فقط . والرابع : قول ابن معن وشريك : هو بينهما . الخامس : قول الحسن البصرى :

---

(١) قوله (ففى قول أحد يفعل أو يبيع الخ) هكذا فى النسخة المجموع منها ولا تخلو العبارة عن تأمل فلعلها محرفة فينبغى تحريرها بمراجعة عبارة الشرنبلالية اه مصححه ،

لأن يد الحر أقوى ولا يد للميت (أعتقت الأمة) أو المكاتبة والمدبرة (واختارت نفسها فما فى البيت قبل العتق فهو للرجل ، وما بعده قبل أن تختار نفسها فهو على ما وصفناه فى الطلاق) بحر وفيه : طلقها ومضت العدة فالمشكل للزوج ولورثته بعده لأنها صارت أجنبية لا يد لها ولما ذكرنا أن المشكل للزوج فى الطلاق فكذا لوارثه : أما لو ماتت وهى فى العدة فالمشكل لها فكأنه لم يطلقها بدليل إرثها . ولو اختلف المؤجر والمستأجر فى متاع البيت فالقول للمستأجر بيمينه وليس للمؤجر إلا ما عليه من ثياب بدنه ، ولو اختلف إسكافى وعطار فى آلات الأساكفة وآلات العطارين ، وهى فى أيديهما فهى بينهما بلا نظر لما يصلح لكل منهما وتمامه فى السراج :

(رجل معروف بالفقر والحاجة صار بيده غلام وعلى عنقه بدرة وذلك بداره فادعاه رجل عرف باليسار وادعاه صاحب الدار فهو للمعروف باليسار. وكذا كناس فى منزل رجل وعلى عنقه قطيفة يقول) الذى على عنقه (هى لى وادعاها صاحب المنزل فهى لصاحب المنزل : رجلان فى سفينة بها دقيق فادعى كل واحد السفينة وما فيها وأحدهما يعرف ببيع الدقيق والآخر يعرف بأنه ملاح فالدقيق للذى يعرف ببيعه والسفينة لمن يعرف بأنه ملاح) عملا بالظاهر ولو فيها راكب وآخر ممسك وآخر يجذب وآخر يمدها وكلهم يدعونها فهى بين الثلاثة أثلاثا ولا شىء للمادة : رجل يقود قطارا بل وآخر راكب إن على الكل متاع الراكب فكلها له والقائد أجيره وإن لا شىء عليها فللراكب ما هو راكبه والباقى للقائد بخلاف البقر والغنم وتمامه فى خزانة الأكمل :

كله لها ولهما عليه. السادس : قول شريح البيت للمرأة : السابع : قول محمد فى المشكل للزوج فى الطلاق والموت ووافق الإمام فيما لا يشكل . الثامن : قول زفر المشكل بينهما : التاسع : قول مالك : الكل بينهما هكذا حكى الأقوال فى خزانة الأكمل ولا يخفى أن التاسع هو الرابع بحر كذا فى الهامش (قوله لأن يد الحر الخ) لف ونشر مرتب (قوله للميت) بحث فيه صاحب اليعقوبية (قوله فهو على ما وصفناه فى الطلاق) يعنى المشكل للزوج ولها ما صلح لها لأنها وقته حرة كما هو معلوم من السياق واللحاق ، ويؤيده قول السراج ولو كان الزوج حرا والمرأة مكاتبة أو أمة أو مدبرة أو أم ولد وقد أعتقت قبل ذلك ثم اختلفا فى متاع البيت فما أحدثاه قبل العتق فهو للرجل ، وما أحدثاه بعده فهما فيه كالحرين سائحانى (قوله فى الطلاق) أى فى مسألة اختلاف الزوجين التى قبل قوله وإن مات أحدهما فإنها تشمل حال قيام النكاح وبعده كما ذكره الشارح اه (قوله ثم اعلم أن هذا(١)) أى جميع ما مر إذا لم يقع التنازع بينهما فى الرق والحرية والنكاح وعدمه فإن وقع إلى آخر ما فى البحر فراجعه (قوله لأنها صارت إلى الخ) يفيد أنهما لو ماتا فكذلك (قوله بلا نظر) فهذا الفرع خالف ما قبله والمسائل الآتية بعده :

[فرع] رجل تصرف زمانا فى أرض ورجل آخر رأى الأرض والتصرف ولم يدع ومات على ذلك لم تسمع بعد ذلك دعوى ولده فتترك على يد المتصرف لأن الحال شاهد اه حامدية عن الولوالجية (قوله بدرة) البدرة عشرون ألف دينار بحر كذا فى الهامش (قوله قطيفة) دثار مخمل والجمع قطائف وقطف مثل صحائف وصحف لأنهما جمع قطيفة وصحيفة ، ومنه القطائف التى تؤكل صحاح الجوهرى كذا فى الهامش (قوله وآخر ممسك) الظاهر أنه ممسك الدفة التى هى للسفينة بمنزلة اللجام للدابة (قوله بخلاف البقر والغنم) قال فى المنح : أما لو كان بقرا أو غنما عليها رجلان أحدهما قائد والآخر سائق ، فهى للسائق إلا أن يقود شاة معه فتكون له تلك الشاة وحدها كذا فى الهامش :

---

(١) قوله (ثم اعلم أن هذا) لا وجود لذلك هنا فى نسخ الشارح التى بيدى فليحرر اه مصححه .

فصل فى دفع الدعاوى

لما قدم من يكون خصما ذكر من لا يكون (قال ذو اليد هذا الشيء) المدعى به منقولا كان أو عقارا (أودعنيه أو أعارنيه أو آجرنيه أو رهنيه زيد الغائب أو غصبته منه) من الغائب (وبرهن عليه) على ما ذكر والعين قائمة لا هالكة وقال الشهود لعرفه باسمه ونسبه أو بوجهه . وشرط محمد معرفته بوجهه أيضا فلو حلف لا يعرف فلانا وهو لا يعرفه إلا بوجهه لا يحنث ذكره الزيلعي وفى الشرنبلالية عن خط العلامة المقدسي .

[فرع] رجل دفع إلى قصار أربع قطع كرباس ليغسلها فلما فرغ قال له القصار : ابعث إلىّ رسولك لأنفذ لك فجاء الرسول بثلاث قطع فقال القصار : بعثت إليك أربع قطع وقال الرسول : دفع إلى ولم يعده علىّ يقال لرب الثوب صدق أيهما شئت ، فإن صدق الرسول برئ من الدعوى وتوجه اليمين على القصار إن حلف برئ وإن نكل وجب عليه الضمان ، وكذلك إن صدق القصار برئ ووجب اليمين على الرسول ووجب عليه أجر القصار إذا حلف القصار على ذلك أو صدقه صاحب الثوب ، لأنه لما حلف القصار ففى زعمه أنه أعطاه أربع قطع فيأخذ ذلك ولوالجية فى الفصل الثانى .

فصل فى دفع الدعاوى

(قوله أودعنيه) ظاهر قوله أودعنيه ومابعده يفيد أنه لابد من دعوى إيداع الكل وليس كذلك لما فى الاختيار أنه لو قال النصف لى والنصف وديعة عندى لفلان وأقام بينة على ذلك اندفعت فى الكل لتعذر التمييز اهـ بحر : وفيه أيضا وأفاد المؤلف أنه لو أجاب بأنها ليست لى أو هى لفلان ، ولم يزد لا يكون دفعا وقيد بكونه اقتصر على الدفع بما ذكر للاحتراز عما إذا زاد وقال كانت دارى بعتها من فلان وقبضها ثم أودعنيها أو ذكر هبة وقبضا لم تندفع إلا أن يقر المدعى بذلك أو يعلمه القاضى (قوله أو رهنيه زيد) أتى بالاسم لعلم ، لأنه لو قال : أودعنيه رجل لا أعرفه لم تندفع ، فلا بد من تعيين الغائب فى الدفع ؛ وكذا فى الشهادات كما سيذكره الشارح فلو ادعاه من مجهول وشهدا بمعين أو عكسه لم تندفع بحر ، وفيه عن خزانة الأكمل والخانية ، لو أقر المدعى أن رجلا دفعه إليه أو شهدوا على إقراره بذلك فلا خصومة بينهما ، وفيه وأطلق فى الغائب فشمل ما إذا كان بعيدا معروفا يتعذر الوصول إليه أو قريبا كما فى الخلاصة والبزازية (قوله على ماذكر) لكن لاتشترط المطابقة لعين ما ادعاه لما فى خزانة الأكمل لو شهدوا أن فلانا دفعه إليه ، ولا ندرى لمن هو فلا خصومة بينهما ، وأراد بالبرهان وجود حجة سواء كانت بينة أو علم القاضى أو إقرار المدعى كما فى الخلاصة ولو لم يبرهن المدعى عليه وطلب يمين المدعى استحلفه القاضى ، فإن حلف على العلم كان خصما ، وإن نكل فلا خصومة كما فى خزانة الأكمل بحر (قوله أو العين قائمة) أخذ التقييد من الإشارة بقوله هذا الشيء ، لأن الإشارة الحسية لا تكون إلا إلى موجود فى الخارج كما أفاده فى البحر وسيأتى محترزه قال فى الهامش : عبد هلك فى يد رجل ، وأقام رجل البينة أنه عبده وأقام الذى مات فى يده أنه أودعه فلان أو غصبه أو آجره لم يقبل ، وهو خصم فإنه يدعى القيمة عليه وإيداع الدين لا يمكن ثم إذا حضر الغائب وصدقه فى الإيداع والإجارة والرهن رجع عليه بما ضمن للمدعى : أما لو كان غاصبا لم يرجع وكذا فى العارية والإباق مثل الهلاك ههنا فإن عاد العبد يوما يكون عبدا لمن استقر عليه الضمان اهـ بحر (قوله لعرفه) أى الغائب (قوله أو بوجهه) فمعرفتهم وجهه فقط كافية عند الإمام بزازية (قوله وشرط محمد) محل الاختلاف فيما إذا ادعاه الخصم من معين بالاسم والنسب ، فشهدا له بمجهول لكن قالا نعرفه بوجهه وأما لو ادعاه من مجهول لم تقبل الشهادة إجماعا كذا فى شرح أدب القضاء للخصاف (قوله فلو حلف) لايخفى أن التفريع غير

عن البزازية أن تعويل الأئمة على قول محمد اه فليحفظ (دفعت خصومة المدعى) للملك المطلق لأن يد هؤلاء ليست يد خصومة وقال أبو يوسف : إن عرف ذو اليد بالحيل لا تندفع وبه يؤخذ ملتقى واختاره فى المختار وهذه مخمسة كتاب الدعوى ، لأن فيها أقوال خمسة علماء كما بسط فى الدرر أو لأن صورها خمس عينى وغيره .

قلت : وفيه نظر إذ الحكم كذلك لو قال وكلنى صاحبه بحفظه ، أو أسكننى فيها زيد الغائب أو سرقته منه أو انتزعته منه أو ضل منه فوجدته بحر أو هى فى يدى مزارعة بزازية فالصور إحدى عشرة ؛

قلت : لكن ألحق فى البزازية المزارعة بالإجارة أو الوديعة قال فلا يزاد على الخمس

ظاهر ، فكان الأولى أن يقول ولم يكتف محمد بمعرفة الوجه فقط يدل عليه قول الزيلعى والمعرفة بوجهه فقط لا تكون معرفة ، ألا ترى إلى قوله عليه الصلاة والسلام لرجل «أتعرف فلانا فقال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه؟ فقال لا : فقال إذن لا تعرفه » وكذا لو حلف الخ (قوله عن البزازية) ونقل عنها فى البحر (قوله دفعت خصومة المدعى) أى حكم القاضى بدفعها وأفاد أنه لو أعاد المدعى الدعوى عند قاض آخر لا يحتاج المدعى عليه إلى إعادة الدفع بل يثبت حكم القاضى الأول كما صرحوا به . وظاهر قوله دفعت أنه لا يحلف للمدعى أنه لا يلزمه تسليمه إليه ولم أره الآن بحر : وفيه نظر فإنه بعد البرهان كيف يحلف ؛ أما قبله فقد نقل عن البزازية أنه يحلف على البتات لقد أودعها إليه لا على العلم ، ثم نقل عن الذخيرة أنه لايحلف لأنه مدع الإيداع ولو حلف لا تندفع بل يحلف المدعى على عدم العلم (قوله للملك المطلق) ومنه دعوى الوقف دعوى غلته كما حرره فى البحر أول الفصل الآتى قال فى البحر : ولم يذكر المؤلف رحمه الله تعالى صورة دعوى المدعى ، وأراد بها أن المدعى ادعى ملكا مطلقا فى العين ولم يدع على ذى اليد فعلا بدليل ما يأتى من المسائل المقابلة هذه .

وحاصل جواب المدعى عليه أنه ادعى أن يده يد أمانة أو مضمونة والملك للغير ، ولم يذكر برهان المدعى ولا بد منه لما عرف أن الخارج هو المطالب بالبرهان ولا يحتاج المدعى عليه إلى الدفع قبله . وحاصله أن المدعى لما ادعى الملك المطلق فيما فى يد المدعى عليه أنكره فطلب من المدعى البرهان فأقامه ولم يقض القاضى به حتى دفعه المدعى عليه بما ذكر وبرهن على الدفع اه (قوله بالحيل) بأن يأخذ مال إنسان غصبا ثم يدفعه سرا إلى مريد سفر ويودعه بشهادة الشهود ، حتى إذا جاء المالك وأراد أن يثبت ملكه فيه أقام ذو اليد بينة على أن فلانا أودعه فيبطل حقه كذا فى الدرر ح (قوله فى المختار) وفى المعراج رجع إليه أبو يوسف حين ابتلى بالقضاء ، وعرف أحوال الناس فقال المحتال من الناس يأخذ من إنسان غصبا ثم يدفعه سرا إلى من يريد السفر حتى يودعه بشهادة الشهود حتى إذا جاء المالك وأراد أن يثبت ملكه يقيم ذو اليد بينة على أن فلانا أودعه فيبطل حقه وتندفع عنه الخصومة كذا فى المبسوط (قوله كما بسط فى الدرر) ذكر هنا أقوال أئمتنا الثلاثة الرابعة قول ابن شبرمة : أنها لاتندفع عنه مطلقا والخامس: قول ابن أبى ليلى تندفع بدون بينة لإقراره بالملك للغائب س (قوله وفيه نظر) فيه نظر لأن وكلنى يرجع إلى أودعنيه وأسكننى إلى أعارنيه وسرقته منه إلى غصبته منه وضل منه فوجدته إلى أودعنيه وهى فى يدى مزارعة إلى الإجارة أو الوديعة فلا يزاد على الخمس كذا فى الهامش (قوله بحر) ذكر فى البحر بعد هذا مانصه ، والأولان راجعان إلى الأمانة والثلاثة الأخيرة إلى الضمان إن لم يشهد فى الأخيرة وإلا فإلى الأمانة فالصور عشر وبه علم أن الصور لم تنحصر فى الخمس اه ولا يخفى أنه بعد رجوع ما زاده إلى ما ذكر لا محل للاعتراض بعدم الانحصار تأمل (قوله أو هى فى يدى) بمقتضى كلامه أن هذه العبارة ليست فى البحر مع أنها والتى بعدها فيه ح (قوله ألحق) بصيغة الماضى (قوله قال) أى فى البزازية (قوله فلا يزاد) أى لا تزاد مسألة المزارعة التى زادها

وقد حررته فى شرح الملتقى (وإن) كان هالكا أو قال الشهود أودعه من لانعرفه أو أقر ذواليد بيد الخصومة كأن (قال) ذو اليد (اشتريته) أو اتهبته (من الغائب أو) لم يدع الملك المطلق بل ادعى عليه الفعل بأن (قال المدعى غصبته) فى (أو) قال (سرق منى) وبناه للمفعول للستر عليه فكأنه قال سرقته منى بخلاف غصب منى أو غصبه منى فلان الغائب كما سيجىء حيث تندفع وهل تندفع بالمصدر الصحيح لا بزازية (وقال ذو اليد) فى الدفع (أودعنيه فلان وبرهن عليه) لا تندفع فى الكل لما قلنا (قال فى غير مجلس الحكم إنه ملكى ثم قال فى مجلسه إنه وديعة عندى) أو رهن (من فلان تندفع مع البرهان على ما ذكر ولو برهن المدعى على مقالته الأولى يجعله خصما ويحكم عليه) لسبق إقرار يمنع الدفع بزازية (وإن قال المدعى اشتريته من فلان) الغائب (وقال ذو اليد أودعنيه فلان

البزازى وقد علمت مما فى البحر أنه لا يزاد البقية أيضا (قوله وقد حررته الخ) حيث عمم قوله غصبته منه بقوله ولو حكما فأدخل فيه قوله أو سرقته منه أوانتزعته منه وكذا عمم قوله أودعنيه بقوله: ولو حكما فأدخل فيه الأربعة الباقية ولا يخفى أنه محرر أحسن مما هنا فإنه هنا أرسل الاعتراض ولم يجب عنه إلا فى مسألة المزارعة فأوهم خروج ما عداها عما ذكروه مع أنه داخل فيه كما علمت فافهم (قوله أو أقر ذو اليد) ولو برهن بعده على الوديعة لم تسمع بزازية (قوله وقال ذو اليد) حاصل هذه أن المدعى ادعى فى العين ملكا مطلقا فأنكره المدعى عليه فبرهن المدعى على الملك فدفعه ذو اليد بأنه اشتراها من فلان الغائب وبرهن عليه لم تندفع عنه الخصومة يعنى فيقضى القاضى ببرهان المدعى ، لأنه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصما بحر . وفيه عن الزيلعى وإذا لم تندفع هذه المسألة وأقام الخارج البينة فقضى له ثم أحال المقر له الغائب وبرهن تقبل بينته لأن الغائب لم يصر مقتضيا عليه وإنما قضى على ذى اليد خاصة (قوله اشتريته) ولو فاسدا مع القبض بحر (قوله أو اتهبته) أشار به إلى أن المراد من الشراء الملك مطلقا (قوله بل ادعى عليه) أى على ذى اليد الفعل وقيد به للاحتراز عن دعواه على غيره فدفعه ذو اليد بواحد مما ذكر وبرهن فإنها تندفع كدعوى الملك المطلق كما فى البزازية بحر: وأشار الشارح إلى هذا أيضا بقوله بخلاف قوله غصب منى الخ لكن قوله : وبرهن ينافيه ما سننقله عن نور العين عند قول المتن اندفعت من أنه لا يحتاج إلى البينة وكذا مسألة الشراء التى ذكرها المصنف وهى مسألة المتون (قوله أو قال سرق منى) ذكر الغصب تمثيل والمراد دعوى فعل عليه ، فلو قال المدعى أودعتك إياه أو اشتريته منك وبرهن ذو اليد كما ذكرنا على وجه لا يفيد ملك الرقبة لا يندفع كذا فى البزازية بحر ، فكان الأولى أن يقول كأن قال (قوله وبناه) ويعلم حكم ما إذا بناه للفاعل بالأولى بحر (قوله الصحيح لا) أقول هذا المذكور فى الغصب فا الحكم فى السرقة ويجب أن لا تندفع بالأولى كما فى بنائه للمفعول وهو ظاهر تأمل رملى على المنح (قوله بزازية) قال ادعى أنه ملكه وفى يده غصب فبرهن ذو اليد على الإيداع قيل تندفع لعدم دعوى الفعل عليه والصحيح أنها لا تندفع بحر س (قوله وبرهن عليه) أراد بالبرهان إقامة البينة ، فخرج الإقرار لما فى البزازية معزيا إلى الذخيرة من صار خصما لدعوى الفعل عليه إن برهن على إقرار المدعى بإيداع الغائب منه تندفع كإقامته على الإيداع لثبوت إقرار المدعى أن يده ليست يد خصومة اهـ بحر (قوله لما قلنا) من أن المدعى ادعى الفعل عليه ، أما فى مسألتى المتن فأشار إلى علة الأولى بقوله : أو أقر ذو اليد بيد الخصومة وإلى علة الثانية بقوله : ادعى عليه الفعل أى فإنه صار خصما بدعوى الفعل عليه لابيده بخلاف دعوى الملك المطلق ، لأنه خصم فيه باعتبار يده كما فى البحر : وأما علة ما إذا كان هالكا فلم يشر إليها وهى أنه يدعى الدين ومحله الذمة ، فالمدعى عليه ينتصب خصما بذمته ، وبالبينة أنه كان فى يده وديعة لا يتبين أن ما فى ذمته لغيره فلا تنفع كما فى المعراج . وكذا علة ما إذا قال الشهود أودعه من لانعرفه وهى أنهم ما أحالوا المدعى على رجل تمكن مخاصمته كذا قيل (قوله فى مجلسه)

ذلك) أى بنفسه فلو بوكيله لم تندفع بلا بينة (دفعت الخصومة وإن لم يبرهن) لتوافقهما أن أصل الملك للغائب إلا إذا قال اشتريته ووكلنى بقبضه وبرهن ولو صدقه فى الشراء لم يؤمر بالتسليم لئلا يكون قضاء على الغائب بإقراره وهى عجيبة ثم اقتصار الدرر وغيرها على دعوى الشراء قيد اتفاقى فلذا قال : (ولو ادعى أنه له غصبه منه فلان الغائب وبرهن عليه وزعم ذو اليد أن هذا الغائب أودعه عنده اندفعت) لتوافقهما أن اليد لذلك الرجل (ولو كان مكان دعوى الغصب دعوى سرقة لا) تندفع بزعم ذى اليد إيداع ذلك الغائب استحسانا بزازية وفى شرح الوهبانية للشرنبلالى لو اتفقا على الملك لزيد وكل يدعى الإجارة منه لم يكن الثانى خصما للأول على الصحيح ولا لمدعى رهن أو شراء أما المشترى فخصم للكل :

[فروع] قال المدعى عليه لى دفع يمهل إلى المجلس الثانى صغرى :

للمدعى تحليف المدعى الإيداع على البتات درر وله تحليف المدعى على العلم وتمامه فى البزازية :

أى مجلس الحكم (قوله لسبق إقرار) بإضافة سبق إلى إقرار والدفع مفعول يمنع (قوله ذلك) أى المذكور فى كلام المدعى ح (قوله أى بنفسه) تقييد لقوله أودعنيه لا تفسير لقوله ذلك خ وقال فى الهامش بنفسه : أى بنفس فلان الغائب (قوله بلا بينة) لأن الوكالة لا تثبت بقوله معراج ، ولأنه لم يثبت تلقى اليد ممن اشترى هو منه لإنكار ذى اليد ولا من جهة وكيله لإنكار المشترى بحر (قوله وإن لم يبرهن) وفى البناية ولو طلب المدعى يمينه على الإيداع يحلف على البتات اهـ بحر (قوله إلا إذا قال) أى المدعى (قوله اشتريته) أى من الغائب كذا فى الهامش (قوله وهى عجيبة) لم يظهر وجه العجب (قوله ولو ادعى الخ) المسألة تقدمت متنا قبيل باب عزل الوكيل معللة بأنه إقرار على الغير :

قلت : وكذا لو ادعى أنه أعاره لفلان كما يظهر من العلة قال فى الهامش الخصم فى إثبات النسب خمسة الوارث والوصى والموصى له والغريم للميت أو على الميت بزازية وكذلك فى الإرث جامع الفصولين اهـ (قوله اندفعت) أى بلا بينة نور العين (قوله دعوى سرقة لا) وهذا بخلاف قوله إنه ثوبى سرقه منى زيد وقال ذو اليد : أودعنيه زيد ذلك لا تندفع الخصومة استحسانا، يقول الحقير لعل وجه الاستحسان هو أن الغصب إزالة اليد المحقة بإثبات اليد المبطلة كما ذكر فى كتب الفقه ، فاليد للغاصب فى مسألة الغصب بخلاف مسألة السرقة إذ اليد فيها لذى اليد إذ لابد للسارق شرعا ، ثم إن فى عبارة لا يد للسارق نكتة لا يخفى حسنها على ذوى النهى نور العين : وهذا أولى وما قاله السائحانى يجب حمله على ما إذا قال سرق منى أما لو قال سرقه الغائب منى فإنها تندفع لتوافقهما أن اليد للغائب وصار من قبيل دعوى الفعل على غير ذى اليد : وهى تندفع كما فى البحر لكن ذكر بعده هذه المسألة وأفاد أنها بنيت للفاعل وصرح بذلك فى الفصولين فلعل فى المسألة قولين قياسا واستحسانا اهـ (قوله لا تندفع) قال صاحب البحر : وقد سئلت بعد تأليف هذا المحل بيوم : عن رجل أخذ متاع أخته من بيتها ورهنه وغاب فادعت الأخت به على ذى اليد فأجاب بالرهن . فأجبت : إن ادعت المرأة غصب أخيها وبرهن ذو اليد على الرهن اندفعت وإن ادعت السرقة لا اهـ أى لا تندفع وظاهره أنها ادعت سرقة أخيها مع أنا قدمنا عنه أن تقييد دعوى الفعل على ذى اليد للاحتراز عن دعواه على غيره فإنه لو دفعه ذو اليد لواحد مما ذكر وبرهن تندفع ، فيجب أن يحمل على أنها ادعت أنه سرق منها مبنيا للمجهول ليكون الدعوى على ذى اليد لكن ينافيه قولها إن أخاها أخذه من بيتها تأمل (قوله يمهل إلى المجلس الثانى) أى بعد أن سأله عنه وعلم أنه دفع صحيح كما قدمناه قبل التحكيم (قوله للمدعى تحليف الخ) خلافا لما فى الذخيرة لأنه يدعى الإيداع ولا حلف على المدعى ح كذا فى الهامش :

وكل بنقل أمته فبرهنت أنه أعتقها قبل للدفع لا للعتق ما لم يحضر المولى ابن ملك .

باب دعوى الرجلين

(تقدم حجة خارج فى ملك مطلق) أى لم يذكر له سبب كما مر (على حجة ذى اليدوإن وقت أحدهما فقط) وقال أبو يوسف : ذو الوقت أحق وثمرته فيما لو (قال) فى دعواه (هذا العبد لى غاب عنى منذ شهر وقال ذواليد لى منذ سنة قضى للمدعى) لأن ما ذكره تاريخ غيبة لا ملك فلم يوجد التاريخ من الطرفين فقضى ببينة الخارج

[فروع] ادعى نكاح امرأة لها زوج يشترط حضرة الزوج الظاهر جامع الفصولين .

السباهى لا ينتصب خصما لمدعى الأرض ملكا أو وقفا خيرية من الدعوى .

الأصل سقوط دعوى الملك المطلق دون المقيد بسبب در منتقى .

المشترى ليس بخصم للمستأجر والمرتهن جامع الفصولين فى الفصل الثالث .

باب دعوى الرجلين

لا يخفى عليك أن عقد الباب لدعوى الرجلين على ثالث ، وإلا فجميع الدعاوى لا تكون إلا بين اثنين ، وحينئذ لا تكون هذه المسألة من مسائل هذا الكتاب فلذلك ذكره صاحب الهداية والكنز فى أوائل كتاب الدعوى .

قلت : ولعل صاحب الدرر إنما أخرها إلى هذا المقام مقتفيا فى ذلك أثر صاحب الوقاية لتحقق مناسبة بينها وبين مسائل هذا الباب بحيث تكون فاتحة لمسائله وإن لم تكن منه عزمى (قوله حجة خارج) الخارج وذو اليد لو ادعيا إرثا من واحد فذو اليد أولى كما فى الشراء ، هذا إذا ادعى الخارج وذو اليد تلقى الملك من جهة واحد فلو ادعياه من جهة اثنين يحكم للخارج ، إلا إذا ثبت تاريخ ذى اليد بخلاف ما لو ادعياه من واحد فإنه ثمة يقضى لذى اليد إلا إذا سبق تاريخ الخارج والفرق فى الهداية ولو كان تاريخ أحدهما أسبق ، فهو أولى كما لو حضر البائعان وبرهنا وأرخا وأحدهما أسبق تاريخا والمبيع فى يد أحدهما يحكم للأسبق : اهـ فصولين من الثامن وتمامه فيه (قوله وفى ملك مطلق) لأن الخارج هو المدعى والبينة بينة المدعى بالحديث قيد الملك بالمطلق احترازا عن المقيد بدعوى النتاج ، وعن المقيد بما إذا ادعيا تلقى الملك من واحد وأحدهما قابض وبما إذا ادعيا الشراء من اثنين وتاريخ أحدهما أسبق فإن فى هذه الصورة تقبل بينة ذى اليد بالإجماع كما سيأتى درر .

[فرع] فى الهامش : إذا برهن الخارج وذو اليد على نسب صغير قدم ذو اليد إلا فى مسألتين فى الخزانة الأولى لو برهن الخارج على أنه ابنه من امرأته وهما حران ، وأقام ذو اليد بينة أنه ابنه ولم ينسبه إلى أمه فهو للخارج الثانية لو كان ذو اليد ذميا والخارج مسلما ، فبرهن الذمى بشهود من الكفار وبرهن الخارج قدم الخارج سواء برهن بمسلمين أو بكفار ولو برهن الكافر بمسلمين قدم على المسلم مطلقا أشباه قبيل الوكالة اهـ (قوله فقط) قيد بقوله فقط لأنه لو وقتا يعتبر السابق ، كما يأتى متنا فالمراد سواء لم يوقتا أو وقت أحدهما وحده ، ولو استوى تاريخهما فالخارج أولى فالأعم قول الغرر حجة الخارج فى الملك المطلق أولى إلا إذا أرخا وذو اليد أسبق سائحانى (قوله قال فى دعواه هذا العبد الخ) تقدمت المسألة متنا قبيل السلم (قوله تاريخ غيبة) لأن قوله منذ شهر متعلق بغاب فهو قيد للغيبة ، وقوله منذ سنة متعلق بما تعلق به قوله لى : أى ملك لى منذ سنة فهو قيد للملك وتاريخ له

وقال أبو يوسف : يقضي للمؤرخ ولو حالة الانفراد : وينبغي أن يفتى بقوله لأنه أوفق وأظهر كذا في جامع الفصولين وأقره المصنف (ولو برهن خارجان على شيء قضى به لهما فإن برهنا في) دعوى (نكاح سقطا) لتعذر الجمع لو حية ولو ميتة قضى به بينهما وعلى كل نصف المهر ويرثان ميراث زوج واحد ولو ولدت يثبت النسب منهما وتمامه في الخلاصة (وهي لمن صدقته إذا لم تكن في يد من كذبته ولم يكن دخل) من كذبته (بها) هذا إذا لم يؤرخا (فإن أرخا فالسابق أحق بها) فلو أرخ أحدهما فهي لمن صدقته

والمعتبر تاريخ الملك ولم يوجد من الطرفين (قوله وقال أبو يوسف) ضعيف (قوله ولو حالة الانفراد) ينبغي إسقاطها لأن الكلام في حالة الانفراد (قوله كذا في جامع الفصولين) ذكر هذا في الفصل السادس عشر حيث قال : استحق حمار فطلب ثمنه من بائعه فقال البائع للمستحق من كم مدة غاب عنك هذا الحمار فقال منذ سنة ، فبرهن البائع أنه ملكه منذ عشر سنين قضى به للمستحق ، لأنه أرخ غيبته لا الملك والبائع أرخ الملك ، ودعواه دعوى المشتري لتلقيه من جهته فصار كأن المشتري ادعى ملك بائعه بتاريخ عشر سنين غير أن التاريخ لا يعتبر حالة الانفراد عند أبي حنيفة فيبقى دعوى الملك المطلق ، فحكم للمستحق :

أقول : يقضي بها للمؤرخ عند أبي يوسف لأنه يرجح المؤرخ حالة الانفراد اه ملخصا وقد قدمه في الثامن وقال لكن الصحيح والمشهور من مذهبه يعني أبا حنيفة أنه أي تاريخ ذي اليد وحده غير معتبر تنبه ذكره خير الدين الرملي في حاشية المنح (قوله ولو برهن خارجان) يعني إذا ادعى اثنان عينا في يد غيرهما وزعم كل واحد منهما أنها ملكه ، ولم يذكرا سبب الملك ولا تاريخه قضى بالعين بينهما لعدم الأولوية وأطلقه فشمل ما إذا ادعيا الوقف في يد ثالث فيقضي لكل وقف النصف(١) وهو من قبيل دعوى الملك المطلق باعتبار ملك الواقف وتمام بيانه في البحر وفيه بيان أن الغلة مثله وقيد بالبرهان منهما إذ لو برهن أحدهما فقط فإنه يقضى له بالكل ، فلو برهن الخارج الآخر يقضى له بالكل لأن المقضى له صار ذا يد بالقضاء فتقدم بينة الخارج الآخر عليه بحر وتمامه فيه (قوله ولو ميتة) أي ولم يؤرخا أو استوى تاريخهما كما هو في عبارة البحر عن الخلاصة (قوله ولو ولدت) أي الميتة قبل الموت وظاهر العبارة أنها ولدت بعده : ولكن ينظر هل يقال له ولادة (قوله وتمامه في الخلاصة) هو أنه يرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل ، وهما يرثان من الابن ميراث أب واحد ح (قوله هي لمن صدقته) يشمل ما إذا سمعه القاضي أو برهن عليه مدعيه بعد إنكارها له بحر عن الخلاصة (قوله إذا لم تكن الخ) أما إن كانت في يد من كذبته أو دخل بها فهو أولى ولا يعتبر قولها لأن تمكنه من نقلها أو من الدخول بها دليل على سبق عقده ، إلا أن يقيم الآخر البينة أنه تزوجها قبله فيكون أولى لأن الصريح يفوق الدلالة زيلعي. بقي لو دخل بها أحدهما وهي في بيت الآخر في البحر عن الظهيرية أن صاحب البيت أولى (قوله هذا إذا لم يؤرخا) وكذا إذا أرخا واستويا (قوله فإن أرخا) أي الخارجان مطلقا (قوله فالسابق أحق) أي وإن صدقت الآخر أو كان ذا يد ودخل بها :

والحاصل كما في الزيلعي : أنهما إذا تنازعا في امرأة وبرهنا فإن أرخا وتاريخ أحدهما أقدم كان هو أولى وإن لم يؤرخا أو استويا فإن مع أحدهما قبض كالدخول بها أو نقلها إلى منزله كان هو أولى وإن لم يوجد شيء يرجع إلى تصديق المرأة اه (قوله فالسابق أحق بها) أي ولا يعتبر ما ذكره من كونها في يده أو دخل بها مع التاريخ لكونه صريحا ، وهو يفوق الدلالة منح (قوله فلو ارخ أحدهما) أي وصدقت الآخر أو كان ذا يد

---

(١) قوله (فيقضي لكل وقف النصف) هكذا في النسخة المجموع منها ولعله : فيقضي لكل بنصف الوقف وليحرر اه مصححه .

أو لذي اليد بزازية .

قلت : وعلى ما مر عن الثاني ينبغي اعتبار تاريخ أحدهما ، ولم أر من لبه على هذا فتأمل (وإن أقرت لمن لا حجة له فهي له وإن برهن الآخر قضى له ولو برهن أحدهما وقضى له ثم برهن الآخر لم يقض له إلا إذا ثبت سبقه) لأن البرهان مع التاريخ أقوى منه بدونه (كما لم يقض ببرهان خارج على ذي يد ظهر نكاحه إلا إذا ثبت سبقه) أي أن نكاحه أسبق (وإن) ذكرا سبب الملك بأن (برهنا على شراء شيء من ذي يد ، فلكل نصفه بنصف الثمن) إن شاء (أو تركه) إنما خير لتفريق الصفقة عليه (وإن ترك أحدهما بعد ماقضى لهما لم يأخذ الآخر كله) لانفساخه بالقضاء فلو قبله فله (وهو) أي ما ادعيا شراءه (للسابق) تاريخا (إن أرخا) فيرد البائع ماقبضه من الآخر إليه سراج (و) هو (لذي يد إن لم يؤرخا أو أرخ أحدهما) واستوى تاريخهما (و) هو لذي وقت إن وقت أحدهما

فإن لم يوجدا قدم المؤرخ ، فالتصديق أو اليد أقوى من التاريخ ، وعلم مما مر أن اليد أرجح من التصديق ومن الدخول :

فالحاصل كما في البحر أن سبق التاريخ أرجح من الكل ثم اليد ثم الدخول ثم الإقرار ثم تاريخ أحدهما (قوله أو لذي اليد) أي لو أرخ أحدهما وللآخر يد فإنها لذي اليد (قوله وعلى ما مر عن الثاني) أي من أنه يقضى للمؤرخ حالة الانفراد على ذي اليد فيقضى هنا للمؤرخ ، وإن كان الآخر ذا يد لترجح جانب المؤرخ حالة الانفراد عند أبي يوسف ، وقدمنا عن الزيلعي أنه لو برهن أنه تزوجها قبله فهو أولى وسيأتي متنا (قوله وإن أقرت لمن لاحجة له فهي له) قال السائحاني كان عليه أن يقول فإن لم تقم حجة فهي لمن أقرت له ثم إن برهن الآخر قضى له الخ (قوله من ذي يد) أما لو ادعيا الشراء من غير ذي اليد فسيأتي متنا في قوله وإن برهن خارجان على ملك مؤرخ الخ (قوله بنصف الثمن) أي الذي عينه فإن ادعى أحدهما أنه اشتراه بمائة والآخر بمائتين أخذ الأول نصفه بخمسين والآخر بمائة (قوله ما قبضه) أي الثمن (قوله وهو لذي يد) أي المدعى بالفتح قال في البحر : ولي إشكال في عبارة الكتاب هو أن أصل المسألة مفروض في خارجين تنازعا فيما في يد ثالث ، فإذا كان مع أحدهما قبض كان ذا يد تنازع مع خارج فلم تكن المسألة ، ثم رأيت في المعراج مايزيله من جواز أنه أثبت بالبينة قبضه فيما مضى من الزمان وهو الآن في يد البائع اهـ إلا أنه يشكل ما ذكره بعده عن الذخيرة بأن ثبوت اليد لأحدهما بالمعاينة اهـ والحق أنها مسألة أخرى وكان ينبغي إفرادها .

وحاصلها أن خارجا وذا يد ادعى كل الشراء من ثالث وبرهنا قدم ذو اليد في الوجوه الثلاثة والخارج في وجه واحد اهـ وقد أشار المصنف إلى ذلك حيث ذكر قوله ولذي وقت ولكن كان عليه أن يقدمه على قوله ولذي يد لأنه من تتمة المسألة الأولى ويكون قوله ولذي استئناف مسألة أخرى .

[فرع] سئل في شاب أمرد كره خدمة من هو في خدمته لمن هو أعلم بشأنه وحقيقته فخرج من عنده فاتهمه أنه عمد إلى بيته وكسره في حال غيبته وأخذ منه كذا لمبلغ سماه وقامت أمارة عليه بأن غرضه منه استبقاؤه واستقراره في يده على ما يتواخاه هل يسمع القاضي والحالة هذه عليه دعواه ويقبل شهادة من هو متقيد بخدمته وأكله وشربه من طعامه ومرقته والحال أنه معروف بحب الغلمان الجواب ولكم فسيح الجنان؟ الجواب : قد سبق لشيخ الإسلام أبي السعود العمادي رحمه الله تعالى في مثل ذلك فتوى بأنه يحرم على القاضي سماع مثل هذه الدعوى معللا بأن مثل هذه الحيلة معهود فيما بين الفجرة ، واختلافاتهم فيما بين الناس مشهورة ومن لفظه رحمه الله تعالى

(فقط و) الحال أنه (لايدلها) وإن لم يوقتا فقد مر أن لكل نصفه بنصف الثمن (والشراء أحق من هبة وصدقة) ورهن ولو مع قبض وهذا (إن لم يؤرخا فلو أرخا واتحد المملك فالأسبق أحق) لقوته (ولو أرخت إحداهما فقط فالمؤرخة أولى) ولواختلف المملك استويا وهـذا فيما لا يقسم اتفاقا واختلف التصحيح فيما يقسم كالدار والأصح أن الكل لمدعى الشراء لأن الاستحقاق من قبيل الشيوع المقارن لا الطارئ هبة الدرر (والشراء والمهر سواء) فينصف وترجع هي بنصف القيمة

فيها لا بد للحكام أن لا يصغوا إلى مثل هذه الدعاوى بل يعزر والمدعى ويحجزوه عن التعرض لمثل ذلك الغمر المنخدع ، وبمثله أفتى صاحب تنوير الأبصار لانتشار ذلك غالب القرى والأمصار . ويؤيد ذلك فروع ذكرت فى باب الدعوى تتعلق باختلاف حال المدعى وحال المدعى عليه ، ويزيد ذلك بعد شهادة من بعشائه يتعشى وبغدائه يتغدى فلا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم إنا لله وإنا إليه راجعون ما شاء الله كان وما لم يشأ لم يكن والله تعالى أعلم فتاوى خيرية. وعبارة المصنف فى فتاواه بعد ذكر فتوى أبى السعود وأنا أقول : إن كان الرجل معروفا بالفسق وحب الغلمان والتحيل لا تسمع دعواه ، ولا يلتفت القاضى لها وإن كان معروفا بالصلاح والفلاح فله سماعها والله تعالى أعلم (قوله فقط) أقول: التاريخ فى الملك المطلق لا عبرة به من طرف واحد ، بخلافه فى الملك بسبب كما هو معروف قاله شيخ والدى مدنى (قوله والشراء أحق من هبة) أى لو برهن خارجان على ذى يد أحدهما على الشراء منه ، والآخر على الهبة منه كان الشراء أولى ، لأنه أقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولأنه يثبت الملك بنفسه والملك فى الهبة يتوقف على القبض ، فلو أحدهما ذا يد والمسألة بحالها يقضى للخارج أو للأسبق تاريخا وإن أرخت إحداهما فلا ترجيح ، ولو كل منهما ذا يد فهو لهما أو للأسبق تاريخا كدعوى ملك مطلق وأطلق فى الهبة وهى مقيدة بالتسليم ، وبأن لا تكون بعوض وإلا كانت بيعا وأشار إلى استواء الصدقة والهبة المقبوضتين للاستواء فى التبرع ، ولا ترجيح للصدقة باللزوم ، لأنه يظهر فى ثانى الحال ، وهو عدم التمكن من الرجوع فى المستقبل والهبة قد تكون لازمة كهبة محرم والصدقة قد لا تلزم بأن كانت لغنى اهـ ملخصا من البحر وفيه ولم أر حكم الشراء الفاسد مع القبض والهبة مع القبض ، فإن الملك فى كل متوقف على القبض وينبغى تقديم الشراء للمعاوضة ورده المقدسى بأن الأولى تقديم الهبة لكونها مشروعة (قوله ولو أرخت إحداهما) أى إحدى البينتين (قوله ولو اختلف المملك استويا) لأن كلا منهما خصم عن مملكه فى إثبات ملكه وهما فيه سواء بخلاف ما إذا اتحد لاحتياجهما إلى إثبات السبب وفيه يقدم الأقوى. وفى البحر لو ادعى الشراء من رجل وآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من أبيه والرابع الصدقة من آخر قضى بينهم أرباعا لأنهم يتلقون الملك من مملكهم ، فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق اهـ (قوله وهذا) أى استواؤهما فيما لو اختلف المملك وكذا لو كانت العين فى أيديهما ولم يسبق تاريخ أحدهما فإنهما يستويان كما قدمناه (قوله فيما لا يقسم) كالعبد والدابة (قوله لأن الاستحقاق الخ) جواب عما قاله فى العمادية من أن الصحيح أنهما سواء لأن الشيوع الطارىء لا يفسد الهبة والصدقة ويفسد الرهن اهـ وأقره فى البحر وصدر الشريعة :

قال المصنف نقلا عن الدرر: عده صورة الاستحقاق من أمثلة الشيوع الطارىء غير صحيح والصحيح ما فى الكافى والفصولين فإن الاستحقاق إذا ظهر بالبينة كان مستندا إلى ما قبل الهبة فيكون مقارنا لها لا طارئا عليها اهـ أى وحيث كان من قبيل المقارن ، وهو يبطل الهبة إجماعا ينفرد مدعى للشراء بالبرهان فيكون أولى (قوله لا الطارئ) لأن الشيوع الطارئ لا يفسد الهبة والصدقة بخلاف المقارن (قوله وترجع هى) أى على الزوج

وهو بنصف الثمن أو يفسخ لما مر (هذا إذا لم يؤرخا أو أرخا واستوى تاريخهما فإن سبق تاريخ أحدهما كان أحق) قيد بالشراء لأن النكاح أحق من هبة أو رهن أو صدقة عمادية . و المراد من النكاح : المهر كما حرره فى البحر مغلطا للجامع . نعم يستوى النكاح والشراء لو تنازعا فى الأمة من رجل واحد ولا مرجح فتكون ملكا له منكوحة للآخر فتدبر (ورهن مع قبض أحق من هبة بلا عوض معه) استحسانا ولو به فهى أحق لأنها بيع انتهاء والبيع ولو بوجه أقوى من الرهن ولو العين معهما استويا ما لم يؤرخا وأحدهما أسبق (وإن برهن خارجان على ملك مؤرخ أو شراء مؤرخ من واحد) غير ذى يد (أو) برهن (خارج على ملك مؤرخ وذو يد على ملك مؤرخ أقدم فالسابق أحق وإن برهنا على شراء متفق تاريخهما) أو مختلف عينى (وكل يدعى الشراء

(قوله وهو بنصف الثمن) كالرجوع ببعض (قوله لما مر) أى من تفريق الصفقة (قوله فإن سبق تاريخ أحدهما) لكن يشترط فى الشهادة أنه اشترى من فلان وهو يملكها كما فى دعوى الحامدية عن البحر معزيا لخزانة الأكمل كذا فى الهامش (قوله مغلطا للجامع) أى جامع الفصولين فى قوله : لو اجتمع نكاح وهبة يمكن أن يعمل بالبينتين لو استويا بأن تكون منكوحة ، هذا وهبة الآخر بأن يهبه أمته المنكوحة فينبغى أن لا تبطل بينة الهبة حذرا من تكذيب المؤمن ، وحملا له على الصلاح وكذا الصدقة مع النكاح وكذا الرهن مع النكاح اهـ قال مولانا فى بحره : وقد كتبت فى حاشيته أنه وهم لأنه فهم أن المراد أنهما تنازعا فى أمة أحدهما ادعى أنها ملكه بالهبة والآخر أنه تزوجها وليس مرادهم ذلك ، وإنما المراد من النكاح المهر كما عبر به فى الكتاب وتمامه فى المنح (قوله نعم الخ) ذكر هذا فى الجامع بحثا كما علمت وقال فى البحر : ولم أره صريحا (قوله معه) الضمير راجع للقبض (قوله أقوى من الرهن) هذا إذا كانت فى يد ثالث س (قوله استويا) بحث فيه العمادى بأن الشيوع الطارئ يفسد الرهن ، فينبغى أن يقضى بالكل لمدعى الشراء ، لأن مدعى الرهن أثبت رهنا فاسدا فلا تقبل بينته فصار كأن مدعى الشراء انفرد بإقامة البينة وتمامه فى البحر :

قلت : وعلى ما مر من أن الاستحقاق من الشيوع المقارن ينبغى أن يقضى لمدعى الشراء بالأولى ، فالحكم بالاستواء على كل من القولين مشكل فليتأمل (قوله غير ذى يد) قيد به لأن دعواهما الشراء من صاحب اليد قد مر فى صدر الباب س (قوله على ملك مؤرخ) قيد بالملك لأنه لو أقامها على أنها فى يده منذ سنتين ، ولم يشهدوا أنها له قضى بها للمدعى ، لأنها شهدت باليد لا بالملك بحر (قوله فالسابق أحق) لأنه أثبت أنه أول المالكين فلا يتلقى الملك إلا من جهته ولم يتلق الآخر منه منح ، وقيد بالتاريخ منهما لأنه إذا لم يؤرخا أو استويا فهى بينهما فى المسألتين الأوليين ، وإن سبقت إحداهما فالسابقة أولى فيهما ، وإن أرخت إحداهما فقط فهى الأحق فى الثانية لا الأولى ، وأما فى الثانية فالخارج أولى فى الصور الثلاث وتمامه فى البحر (قوله متفق) صوابه النصب على الحال من فاعل برهنا ح (قوله أو مختلف) أى تاريخهما باقانى ، وإن ادعيا الشراء كل واحد منهما من رجل آخر فأقام أحدهما بينة بأنه اشتراه من فلان ، وهو يملكها وأقام آخر البينة أنه اشتراه من فلان آخر وهو يملكها فإن القاضى يقضى به بينهما وإن وقتا فصاحب الوقت الأول أولى فى ظاهر الرواية . وعن محمد أنه لا يعتبر التاريخ وإن أرخ أحدهما دون الآخر يقضى بينهما اتفاقا فإن كان لأحدهما قبض فالآخر أولى ، وإن كان البائعان ادعيا ولأحدهما يد فإنه يقضى للخارج منهما قاضيخان كذا فى الهامش (قوله عينى) ومثله فى الزيلعى تبعا للكافى ، وادعى فى البحر أنه سهو وأنه يقدم الأسبق كما فى دعوى الشراء من شخص واحد ، فإنه يقدم الأسبق تاريخا : ورده الرملى بأنه هو الساهى فإن فى المسألة اختلاف الرواية ، ففى جامع الفصولين لو برهنا على الشراء من اثنين وتاريخ أحدهما أسبق اختلفت الروايات فى الكتب ، فما ذكر فى الهداية يشير

من) رجل (آخر أو وقت أحدهما فقط استويا) إن تعددالبائع وإن اتحد فذو الوقت أحق ثم لابد من ذكر المدعى وشهوده مايفيد ملك بائعه إن لم يكن المبيع فى يد البائع ولو شهد بيده فقولان بزازية (فإن برهن خارج على الملك وذو اليد على الشراء منه ، أو برهنا على سبب ملك لايتكرر كالنتاج) وما فى معناه كنسج لا يعاد وغزل قطن (وحلب لبن وجز صوف) ونحوها ولو عند بائعه درر (فذو اليد أحق) من الخارج إجماعا إلا إذا ادعى الخارج عليه فعلا كغصب أو وديعة أو إجارة ونحوها فى رواية درر أوكان سببا يتكرر كبناء وغرس

إلى أنه لاعبرة لسبق التاريخ ، وفى المبسوط ما يدل على أن الأسبق أولى ، ثم رجح صاحب جامع الفصولين الأول اهـ ملخصا :

قلت : وفى نور العين عن قاضيخان ادعيا شراء من اثنين يقضى به بينهما نصفين ، وإن أرخا وأحدهما أسبق فهو أحق فى ظاهر الرواية وعن محمد لا يعتبر التاريخ يعنى بينهما ، وإن أرخ أحدهما فقط يقضى به بينهما نصفين وفاقا فلو لأحدهما يد فالخارج أولى . ثم قال فى نور العين : فما فى المبسوط يؤيده مافى قاضيخان أنه ظاهر الرواية وما فى الهداية اختيار قول محمد ، ثم قال ودليل ما فى المبسوط وقاضيخان وهو أن الأسبق تاريخا يضيف الملك إلى نفسه فى زمان لا ينازعه غيره أقوى من دليل ما فى الهداية ، وهو أنهما يثبتان الملك لبائعها فكأنهما حضرا وادعيا الملك بلا تاريخ وجه قوة الأول غير خاف على من تأمل اهـ وكذا بحث فى دليل ما فى الهداية فى الحواشى السعدية فراجعها . وبه علم أن تقييد المصنف باتفاق التاريخ مبنى على ظاهر الرواية فهو أولى مما فعله الشارح وإن وافق الكافى والهداية ، وأما الحكم عليه بالسهو كما فى البحر فمما لا ينبغى (قوله من رجل آخر) أى غير الذى يدعى الشراء منه صاحبه زيلعى (قوله استويا) لأنهما فى الأولى يثبتان الملك لبائعهما ، فكأنهما حضرا ولو وقت أحدهما فتوقيته لا يدل على تقدم الملك لجواز أن يكون الآخر أقدم بخلاف ما إذا كان البائع واحدا لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته ، فإذا أثبت أحدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره بحر . ثم قال : وإذا استويا فى مسألة الكتاب يقضى به بينهما نصفين ثم يخير كل واحد منهما إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن ، وإن شاء ترك اهـ (قوله ملك بائعه) بأن يشهدوا أنه اشتراها من فلان وهو يملكها بحر (قوله أو برهنا) أى الخارج وذو اليد وفى البحر أطلقه فشمل ما إذا أرخا واستوى تاريخهما أو سبق أو لم يؤرخا أصلا أوأرخت إحداها فلا اعتبار بالتاريخ مع النتاج إلا من أرخ تاريخا مستحيلا بأن لم يوافق سن المدعى وقت ذى اليد ، ووافق وقت الخارج فحينئذ يحكم للخارج ، ولو خالف سنة الوقتين لغت البينتان عند عامة المشايخ ، ويترك فى يد ذى اليد على ما كان كذا فى رواية وهو بينهما نصفين فى رواية كذا فى جامع الفصولين وفيه برهن الخارج أن هذه أمته وولدت هذا القن فى ملكى وبرهن ذو اليد على مثله يحكم بها للمدعى ، لأنهما ادعيا فى الأمة ملكا مطلقا فيقضى بها للمدعى ، ثم يستحق القن تبعا اهـ وبهذا ظهر أن ذا اليد إنما يقدم فى دعوى النتاج على الخارج إذا لم يتنازعا فى الأم ، أما لو تنازعا فى ملك مطلق وشهدوا به وبنتاج ولدها فإنه لا يقدم وهذه يجب حفظها اهـ (قوله كالنتاج) هو ولادة الحيوان من نتجت عنده بالبناء للمفعول ولدت ووضعت كما فى المغرب والمراد ولادته فى ملكه أو فى ملك بائعه أو مورثه وبيانه فى البحر (قوله فعلا) أى وإن لم يدع الخارج النتاج تأمل (قوله فى رواية) الأولى أن يقول فى قول كما فى الشرنبلالية (قوله درر) اقتصر عليها الزيلعى وصاحب البحر وشراح الهداية : ويؤيده ما كتبناه فيما يأتى تحت قول المصنف ، فلو لم يؤرخا قضى بها لذى اليد ، قال الزيلعى بعد تعليل تقديم ذى اليد فى دعوى النتاج ، بأن اليد لا تدل على أولية الملك فكان مساويا للخارج فيها ، فبإثباتها يندفع الخارج وبينة ذى اليد مقبولة للدفع ، ولا يلزم ما إذا ادعى الخارج الفعل على ذى اليد

ولسج خز وزرع بر ونحوه أو أشكل على أهل الخبرة فهو للخارج لأنه الأصل وإنما عدلنا عنه بحديث النتاج (وإن برهن كل) من الخارجين أو ذوى الأيدى أو الخارج وذي اليد عينى (على الشراء من الآخر بلا وقت سقطا وترك المال) المدعى به (فى يد من معه) وقال محمد : يقضى للخارج .

قلنا : الإقدام على الشراء إقرار منه بالملك له ولو أثبتا قبضا تهاترتا اتفاقا درر (ولا يرجح بزيادة عدد الشهود) فإن الترجيح عندنا بقوة الدليل لا بكثرته ، ثم فرع على هذا الأصل بقوله (فلو أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء) فى ذلك (وكذا لا ترجيح بزيادة العدالة) لأن المعتبر أصل العدالة إذ لا حد للأعدلية : (دار فى يد آخر ادعى رجل نصفها وآخر كلها وبرهنا فللأول ربعها والباقى للآخر بطريق المنازعة) وهو أن النصف سالم لمدعى الكل بلا منازعة ثم استوت منازعتهما فى النصف الآخر فينصف (وقالا الثلث له والباقى للثانى بطريق العول) لأن فى المسألة كلا ونصفا فالمسألة من اثنين وتعول إلى ثلاثة :

واعلم أن أنواع القسمة أربعة :

ما يقسم بطريق العول إجماعا وهو ثمان ميراث وديون ووصية

حيث تكون بينته أرجح ، وإن ادعى ذو اليد النتاج لأنه في هذه أكثر إثباتا لإثباتها ما هو غير ثابت أصلا اه ملخصا . ويستثنى أيضا ما إذا تنازعا فى الأم كما مر وما إذا ادعى الخارج إعتاقا مع النتاج وبياله فى البحر (قوله ونسج خز) قال فى الكفاية : الخز اسم دابة ثم سمى الثوب المتخذ من وبره خزا ، قيل هو نسج فإذا بلى يغزل مرة ثانية ثم ينسج اه عزمى كذا فى الهامش (قوله بحديث النتاج) هو ما روى جابر بن عبد الله رضى الله عنه أن رجلا ادعى ناقة فى يد رجل ، وأقام البينة أنها ناقته نتجت عنده وأقام الذى هى فى يده البينة أنها ناقته نتجها فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم للذى هى فى يده ، وهذا حديث صحيح مشهور فصارت مسألة النتاج مخصوصة بحر (قوله من الآخر) أى من خصمه الآخر (قوله بلا وقت) فلو وقتا يقضى لذى الوقت الآخر بحر (قوله وقال محمد يقضى للخارج) لأن العمل بهما ممكن فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع ، وتمامه فى البحر (قوله بالملك له) فصار كأنهما قامتا على الإقرارين وفيه التهاتر بالإجماع كذا هنا . (قوله تهاترتا) لأن الجمع غير ممكن بحر ، وهذا فى غير العقار وبيانه فى البحر أيضا (قوله فهما سواء فى ذلك) قال شيخ مشايخنا : ينبغى أن يقيد ذلك بما إذا لم يصل إلى حد التواتر فإنه حينئذ يفيد العلم فلا ينبغى أن يجعل كالجانب الآخر اه :

أقول : ظاهر ما فى الشمنى والزيلعى يفيد ذلك حيث قال : ولنا أن شهادة كل شاهدين علة تامة كما فى حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوتها ، بأن يكون أحدهما متواترا والآخر آحادا أو يكون أحدهما مفسرا والآخر مجملا فيترجح المفسر على المجمل والمتواتر على الآحاد اه بيرى (قوله بطريق المنازعة) اعلم أن أبا حنيفة رحمه الله اعتبر فى هذه المسألة طريق المنازعة وهو أن النصف سالم لمدعى الكل بلا منازعة فيبقى النصف الآخر وفيه منازعتهما على السواء فيتنصف فلصاحب الكل ثلاثة أرباع ولصاحب النصف الربع ، وهما اعتبرا طريق العول والمضاربة ، وإنما سمى بهذا لأن فى المسألة كلا ونصفا ، فالمسألة من اثنين وتعول إلى ثلاثة فلصاحب الكل سهمان ولصاحب النصف سهم هذا هو العول وأما المضاربة فإن كل واحد يضرب بقدر حقه فصاحب الكل له ثلثان من الثلاثة ، فيضرب بالثلثان فى الدار وصاحب النصف له ثلث من الثلاثة فيضرب الثلث فى الدار فحصل ثلث الدار ، لأن ضرب الكسور بطريق الإضافة فإنه إذا ضرب الثلث فى الستة معناه ثلث الستة وهو

ومحاباة ودراهم مرسلة وسعاية وجناية رقيق .

وبطريق المنازعة إجماعا وهو مسألة الفضوليين .

وبطريق المنازعة عنده والعول عندهما وهو ثلاث مسائل مسألة الكتاب وإذا أوصى لرجل بكل ماله أو بعبد بعينه ولآخر بنصف ذلك :

وبطريق العول عنده والمنازعة عندهما وهو خمس كما بسطه الزيلعي والعيني وتمامه فى البحر . والأصل عنده أن القسمة متى وجبت لحق ثابت فى عين أو ذمة شائعا فعولية أو مميزا أو لأحدهما شائعا وللآخر فى الكل فمنازعة وعندهما متى ثبتا معا على الشيوع فعولية وإلا فمنازعة فليحفظ (ولو الدار فى أيديهما فهى للثانى) نصف لا بالقضاء ولصف به لأنه خارج ولو فى يد ثلاثة وادعى أحدهم كلها وآخر نصفها وآخر ثلثها وبرهنوا قسمت عنده بالمنازعة وعندهما بالعول وبيانه فى الكافى (ولو برهنا على نتاج دابة) فى أيديهما أو أحدهما أو غيرهما (وأرخا قضى لمن وافق سنها تاريخه) بشهادة الظاهر (فلو لم يؤرخا قضى بها لذى اليد ولهما أن فى أيديهما أو فى يد ثالث وإن لم يوافقهما) بأن خالف أو أشكل (فلهما إن كانت فى أيديهما أو كانا خارجين فإن فى يد أحدهما قضى بها له) هو الأصح .

اثنان منح (قوله ومحاباة) الوصية بالمحاباة إذا أوصى بأن يباع العبد الذى قيمته ثلاثة آلاف درهم من هذا الرجل بألفى درهم ، وأوصى لآخر أن يباع العبد الذى يساوى ألفى درهم بألف درهم حتى حصلت المحاباة لها بألفى درهم كان الثلث بينهما بطريق العول والوصية بالدراهم المرسلة إذا أوصى لرجل بألف ولآخر بألفين كان الثلث بينهما بطريق العول والوصية بالعتق إذا أوصى بأن يعتق من هذا العبد نصفه وأوصى بأن يعتق من هذا الآخر ثلثه يقسم ثلث المال بينهما بطريق العول ، ويسقط من كل واحد منهما حصته من السعاية اهـ ح كذا فى الهامش وفيه : مدبر جنى على هذا الوجه ودفعت القيمة إلى أولياء الجناية كانت القيمة بينهما بطريق العول ، وأما ما يقسم بطريق المنازعة عندهم فمسألة واحدة ذكرها فى الجامع : فضولى باع عبدا من رجل بألف درهم وفضولى آخر باع نصفه من آخر بخمسمائة فأجاز المولى البيعين جميعا يخير المشتريان فإذا اختارا الأخذ أخذ بطريق المنازعة ثلاثة أرباعه لمشترى الكل وربعه لمشترى النصف عندهم جميعا . وفى البحر : عبد فقأ عين رجل وقتل آخر خطأ فدفع بهما يقسم الجانى بينهما بطريق العول ثلثاه لولى القتيل وثلثه للآخر بحر اهـ . قال المؤلف رحمه الله : وأسقط ابن وهبان الوصية بالعتق وبها تم الثمان (قوله لأنه خارج) لأن مدعى النصف تنصرف دعواه إلى ما فى يده ولا يدعى شيئا مما فى يد صاحبه (قوله وبيانه فى الكافى) ذكره فى غرر الأفكار فراجعه (قوله ولو برهنا) يتصور هذا بأن رأى الشاهدان أنه ارتضع من لبن أنثى كانت فى ملكه ، وآخران رأيا أنه ارتضع من لبن أنثى فى ملك آخر فتحل الشهادة للفريقين بحر عن الخلاصة . وقدمنا أنه لا اعتبار بالتاريخ مع النتاج إلا من أرخ تاريخا مستحيلا الخ فتأمل (قوله لذى اليد) هذا قيد لما إذا ادعى كل منهما النتاج فقط إذ لو ادعى الخارج الفعل على ذى اليد كالغصب والإجارة والعارية ، فبينة الخارج أولى لأنها أكثر إثباتا لإثباتها الفعل على ذى اليد كما فى البحر عن الزيلعى ، ونقله فى نور العين عن الذخيرة على خلاف ما فى المبسوط . وقال : الظاهر أن ما فى الذخيرة هو الأصح والأرجح لما فى الخلاصة عن كتاب الولاء لخواهر زاده ، أن ذا اليد إذا ادعى النتاج وادعى الخارج أنه ملكه غصبه منه ذو اليد أو أودعه له أو أعاره منه كانت بينة الخارج أولى وإنما تترجح بينة ذى اليد على النتاج إذا لم يدع الخارج فعلا على ذى اليد أما لو ادعى فعلا كالشراء وغير ذلك فبينة الخارج أولى ، لأنها أكثر إثباتا لأنها

قلت : وهذا أولى مما وقع فى الكنز والدرر والملتقى فتبصر (برهن أحد الخارجين على الغصب) من زيد (والآخر على الوديعة) منه (استويا) لأنها بالجحد تصير غصبا (الناس أحرار) بلا بيان (إلا فى) أربع (الشهادة والحدود والقصاص والقتل) كذا فى نسخة المصنف وفى نسخة والعقل وعبارة الأشباه الدية وحينئذ (فلو ادعى على مجهول الحال) أحر أم لا (أنه عبده فأنكر وقال أنا حر الأصل فالقول له) لتمسكه بالأصل (واللابس) للثوب (أحق من آخذ الكم والراكب أحق من آخذ اللجام ومن فى السرج من رديفه وذو حملها ممن علق كوزه) بها لأنه أكثر تصرفا (والجالس على البساط والمتعلق به سواء) كجالسيه وراكبى سرج (كمن معه ثوب وطرفه مع الآخر لاهدبته) أى طرته الغير المنسوجة لأنها ليست بثوب (بخلاف جالسى دار تنازعا فيها)حيث لايقضى لها لاحتمال أنها فى يد غيرهما

تثبت الفعل عليه اهـ وانظر أيضا ما كتبناه قريبا بنحو ورقة (قوله مما وقع فى الكنز) حيث قال : وإن أشكل فلهما لأن قوله وإن لم يوافقهما أعم من قول الكنز ، وكذا قول الكنز فلهما مقيد بما إذا لم تكن فى يد أحدهما ؛ وعبارة الملتقى والغرر : وإن أشكل فلهما وإن خالفهما بطل قال الشارح فى شرح الملتقى : فيقضى لذى اليد قضاء ترك كذا اختاره فى الهداية والكافى ؛

قلت : لكن الأصح أنه كالمشكل كما جزم به فى التنوير والدرر والبحر وغيرها فليحفظ اهـ ؛

قلت : نقل الشرنبلالى عن كافى الحاكم أن الأول هو الصحيح للتيقن بكذب البينتين فيترك فى يد ذى اليد ومحصله اختلاف التصحيح (قوله من زيد) هكذا وقع فى النسخ وصوابه على الغصب من يده أى من يد أحد الخارجين قال الزيلعى والمنح : معناه إذا كان عين فى يد رجل فأقام رجلان عليه البينة أحدهما بالغصب منه ، والآخر بالوديعة استوت دعواهما حتى يقضى بها بينهما نصفين لأن الوديعة تصير غصبا بالجحود حتى يجب عليه الضمان مدنى ، والظاهر أنه أراد على الغصب الناشىء من زيد فزيد هو الغاصب ، فمن ليست صلة الغصب بل ابتدائية تأمل (قوله الشهادة) فيسأل عن الشاهد إذا طعن الخصم بالرق لا إن لم يطعن فلا يقبل قوله : أنا حر بالنسبة إليها ما لم يبرهن وإذا قذف ثم زعم أن المقذوف عبد لا يحد ، حتى يثبت المقذوف حريته بالحجة وكذا لوقطع يد إنسان وكذا لوقتله خطأ وزعمت العاقلة أن المقتول عبد ط (قوله والدية) الثلاث بمعنى واحد فى المآل (قوله واللابس للثوب) قال الشيخ قاسم فيقضى له قضاء ترك لا استحقاق ، حتى لو أقام الآخر البينة بعد ذلك يقضى له شرنبلالية (قوله ومن فى السرج) نقل الناطفى هذه الرواية عن النوادر ، وفى ظاهر الرواية هى بينهما نصفين ؛

أقول : لكن فى الهداية والملتقى مثل ما فى المتن فتنبه ، بخلاف ما إذا كانا راكبين فى السرج فإنها بينهما قولا واحدا كما فى الغاية ويؤخذ منه اشتراكهما إذا لم تكن مسرجة شرنبلالية (قوله وذو حملها أولى ممن علق كوزه) احتراز عما لو كان له بعض حملها إذ لو كان لأحدهما من والآخر مائة من كانت بينهما كما فى التبيين (قوله لا هدبته) يقال له بالتركى سجق سعدبة (قوله بخلاف جالسى دار) كذا قال فى العناية ويخالفه ما فى البدائع لو ادعيا دارا وأحدهما ساكن فيها فهى للساكن وكذلك لو كان أحدهما أحدث فيها شيئا من بناء أو حفر فهى له ، وإن لم يكن شىء من ذلك ولكن أحدهما داخل فيها والآخر خارج عنها فهى بينهما وكذا لو كانا جميعا فيها لأن اليد على العقار لا تثبت بالكون فيها وإنما تثبت بالتصرف اهـ ؛

[تنبيه] قال فى البدائع : كل موضع قضى بالملك لأحدهما لكون المدعى فى يده يجب عليه اليمين لصاحبه إذا

وهنا علم أنه ليس في يد غيرهما عيني (الحائط لمن جذوعه عليه أو متصل به اتصال تربيع) بأن تتداخل أنصاف لبناته في لبنات الآخر ولو من خشب فبأن تكون الخشبة مركبة في الأخرى لدلالته على أنهما بنيا معا ولذا سمي بذلك لأنه حينئذ يبنى مربعا (لا لمن له) اتصال ملازقة أو نقب وإدخال أو (هرادى) كقصب وطبق يوضع على الجذوع (بل) يكون (بين الجارين لو تنازعا) ولا يخص به صاحب الهرادى بل صاحب الجذع الواحد أحق منه خانية ولو لأحدهما جذوع وللآخر اتصال فلذى الاتصال وللآخر حق الوضع ، وقيل لذى الجذوع ملتقى وتمامه في العيني وغيره ، وأما حق المطالبة برفع جذوع وضعت تعد فلا يسقط بإبراء ولا صلح وعفو وبيع

طلب فإن نكل قضى عليه به شرنبلالية (قوله وهنا علم) أي في الجلوس على البساط ، والأولى وهناك. قال الزيلعي : وكذا إذا كانا جالسين عليه فهو بينهما بخلاف ما إذا كانا جالسين في دار وتنازعا فيها حيث لا يحكم لهما بها لاحتمال أنها في يد غيرهما ، وهنا علم أنه ليس في يد غيرهما اه (قوله لمن جذوعه عليه) ولو كان لأحدهما جذع أو جذعان دون الثلاثة وللآخر عليه ثلاثة أجذاع أو أكثر ذكر في النوازل : أن الحائط يكون لصاحب الثلاثة ولصاحب ما دون الثلاثة موضع جذعه قال : وهذا استحسان وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف آخرا وقال أبو يوسف : إن القياس أن يكون الحائط بينهما نصفين وبه كان أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه يقول أولا ثم رجع إلى الاستحسان قاضيخان في دعوى الحائط والطريق وبه أفتى الحامدي ، وإذا لزم تعميره فعلى صاحب الخشبة عمارة موضعها كما في الحامدية يعني ما تحتها من أسفل إلى الأعلى مما شأنه أن تكتفي به الخشبة كما ظهر لي سائحاني ؛

ثم قال : وفي البزازية جدار مشترك بين اثنين لأحدهما عليه حمولة للآخر أن يضع عليه مثل صاحبه إن كان الحائط يحتمل ، وإلا يقال لذي الجذوع إن شئت فارفعها ليستوي صاحبك وإن شئت فحط بقدر ما يمكن تحمل الشريك اه ملخصا وفي البزازية أيضا جدار بينهما أراد أحدهما أن يبني عليه سقفا آخر أو غرفة يمنع وكذا إذا أراد أحدهما وضع السلم يمنع إلا إذا كان في القديم اه حامدية وأفتى فيها بخلافه نقلا عن العمادية فراجعها (قوله أو متصل به اتصال تربيع) ثم في اتصال التربيع هل يكفي من جانب واحد فعلى رواية الطحاوي يكفي وهذا أظهر وإن كان في ظاهر الرواية يشترط من جوانبه الأربع ، ولو أقاما البينة قضى لهما ولو أقام أحدهما قضى له خلاصة حامدية كذا في الهامش ، وإن كان كلا الاتصالين اتصال تربيع أو اتصال مجاورة يقضى بينهما وإن كان لأحدهما تربيع وللآخر ملازقة يقضى لصاحب التربيع ، وإن كان لأحدهما تربيع وللآخر عليه جذوع فصاحب الاتصال أولى وصاحب الجذوع أولى من اتصال الملازقة ثم في اتصال التربيع(١) هل يكفي من جانب واحد فعلى رواية الطحاوي يكفي وهذا أظهر وإن كان في ظاهر الرواية يشترط من جوانبه الأربع ، ولو أقاما البينة قضى لهما ولو أقام أحدهما البينة قضى له خلاصة بزازية كذا بخط منلا علي (قوله في لبنات الآخر) انظر ما في الزيلعي عن الكرخي وقد أشبع الكلام هنا رحمه الله (قوله أو نقب) أي بأن نقب وأدخلت الخشبة وهذا فيما لو كان من خشب (قوله أو هرادى) الهرادى جمع هردية قصبات تضم ملوية بطاقات من أقلام يرسل عليها قضبان الكرم كذا في الهامش وفي منهوات العزمية : الهردية بضم الهاء وسكون الراء المهملة وكسر الدال المهملة والياء المشددة والهرادى بفتح الهاء وكسر الدال اه (قوله ولو لأحدهما جذوع) قال منلا علي وإن كانت جذوع أحدهما أسفل وجذوع الآخر أعلى بطبقة وتنازعا في الحائط ، فإنه لصاحب الأسفل لسبق يده ولا ترفع جذوع الأعلى

---

(١) قوله (ثم في اتصال التربيع الخ) هو مكرر مع ما في صدر القولة اه مصححه .

وإجارة أشباه من أحكام الساقط لايعود فليحفظ (وذو بيت من دار) فيها بيوت كثيرة (كذى بيوت) منها (فى حق ساحتها فهى بينهما نصفين) كالطريق (بخلاف الشرب) إذا تنازعا فيـــه (فإنه يقدر بالأرض) بقدر سقيها (برهنا) أى الخارجات (على يد) لـكل منهما (فى أرض قضى بيدهما) فتنصف (ولو برهن عليه) أى على اليد (أحدهما أو كان تصرف فيها) بأن لبن أو بنى (قضى بيده) لوجود تصرفه :

(ادعى الملك فى الحال وشهد الشهود أن هذا العين كان ملـكه تقبل) لأن ما ثبت فى زمان يحكم ببقائه ما لم يوجد المزيل درر (صبى يعبر عن نفسه) أى يعقل ما يقول (قال أنا حر فالقول له) لأنه فى يد نفسه كالبالغ (فإن قال أنا عبد فلان) لغير ذى اليد

عمادية فى الفصل الخامس والثلاثين ومثله فى الفصولين (قوله وإجارة) أى إجارة داره (قوله أشباه من أحكام الساقط لا يعود) رجل استأذن جارا له فى وضع جذوع له على حائط الجار أو فى حفر سرداب تحت داره فأذن له فى ذلك ففعل ، ثم إن الجار باع داره فطلب المشترى رفع الجذوع والسرداب كان له ذلك إلا إذا كان البائع شرط فى البيع ذلك فحينئذ لا يكون للمشترى أن يطلب ذلك قاضيخان من باب مايدخل فى البيع تبعا من الفصل الأول ومثله فى البزازية من القسمة وفى الأشباه من العارية وراجع السيد أحمد محشيه منلا على والمسألة ستأتى فى العارية (قوله فى حق ساحتها) إذا لم يعلم قدر الأنصباء منية المفتى (قوله كالطريق) الطريق يقسم على عدد الرؤوس لابقدر مساحة الأملاك إذا لم يعلم قدر الأنصباء وفى الشرب متى جهل قدر الأنصباء يقسم على عدد الأملاك لاالرؤوس منية .

[فرع] الساباط إذا كان على حائط إنسان فانهدم الحائط ذكر صاحب الـكتاب أن حمل الساباط وتعليقه على صاحب الحائط لأن حمله مستحق عليـــه وبه كان يفتى أبو بكر الخوارزمى ، ويريد به أنه يملك مطالبته ببناء الحائط اهـ من الفصل الثالث من كتاب الحيطان لقاسم بن قطلو بغا اهـ من مراصد الحيطان ، وقوله ويريد به الخ أى بقوله ، لأن حمله الخ كذا ظهر لى فتأمل والنظر ما كتبناه فى متفرقات القضاء (قوله بخلاف الشرب) دار فيها عشرة أبيات لرجل وبيت واحد لرجل تنازعا فى الساحة ، أو ثوب فى يد رجل وطرف منه فى يد آخر تنازعا فيه فذلك بينهما نصفان ولا يعتبر بفضل اليد كما لا اعتبار بفضل الشهود لبطلان الترجيح بكثرة الأدلة بزازية من الفصل الثالث عشر . وبه علم أن ذلك حيث جهل أصل الملك أما لو علم كما لو كانت الدار المذكورة كلها لرجل ثم مات عن أولاد تقاسموا البيوت منها فالساحة بينهم على قدر البيوت (قوله بقدر سقيها) فعند كثرة الأراضى تـكثر الحاجة إليه فيتقدر بقدر الأراضى بخلاف الانتفاع بالساحة فإنه لا يختلف باختلاف الأملاك كالمرور فى الطريق زيلعى :

واعلم أن القسمة على الرءوس فى الساحة والشفعة وأجرة القسام والنوائب أى الموائبة المأخوذة ظلما والعاقلة وما يرمى من المركب خوف الغرق والطريق كذا بخط الشيخ شاهين أبو السعود (قوله أى الخارجات) كذا فى الدرر والمنح وعبارة الهداية والزيلعى كغيرهما تفيد أنهما ذو يد ، وفى الفصولين : ادعى كل منهما أنه له وفى يده ذكر محمد فى الأصل أن على كل منهما البينة ، وإلا فاليمين إذ كل منهما مقر بتوجه الخصومة عليه لما ادعى اليد لنفسه ، فلو برهن أحدهما حكم له باليد ويصير مدعى عليه والآخر مدعيا ولو برهنا يجعل المدعى فى يدهما لتساويهما فى إثبات اليد ، وفى دعوى الملك فى العقار لاتسمع إلا على ذى اليد ودعوى اليد تقبل على غير ذى اليد لو نازعه ذلك الغير فى اليد فيجعل مدعيا لليد مقصودا ومدعيا للملك تبعا اهـ . وفى الـكفاية وذكر التمرتاشى فإن طلب كل واحد يمين صاحبه ما هى فى يده حلف كل واحد منهما ما هى فى يد صاحبه على البتات ، فإن حلفا

(قضى به لذى اليد) كمن لايعبر عن نفسه لإقراره بعدم يده (فلو كبر وادعى الحرية تسمع مع البرهان) لما تقرر أن التناقض فى دعوى الحرية لايمنع صحةالدعوى ؛

باب دعوى النسب

الدعوة نوعان دعوة استيلاد وهو أن يكون أصل العلوق فى ملك المدعى ودعوة تحرير وهو بخلافه والأولى أقوى لسبقه واستنادها لوقت العلوق واقتصار دعوى التحرير على الحال وسيتضح (مبيعة ولدت لأقل من ستة أشهر منذ بيعت فادعاه) البائع (ثبت نسبه) منه استحسانا لعلوقها فى ملكه ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض (و) إذا صحت استندت فـ (صارت أم ولده فيفسخ البيع ويرد الثمن و) لكن (إذا ادعاه المشترى قبله ثبت) نسبه (منه) لوجود ملكه وأميتها

لم يقض باليد لها وبرىء كل عن دعوى صاحبه وتوقف الدار إلى أن يظهر المال ، فإن نكلا قضى لكل بالنصف الذى فى يد صاحبه ، وإن نكل أحدهما قضى عليه بكلها للحالف نصفها الذى كان فى يده ونصفها الذى كان فى يد صاحبه بنكوله ، وإن كانت الدار فى يد ثالث لم تنزع من يده لأن نكوله ليس بحجة فى حق الثالث اه فعلم أن الخارجين قيد اتفاق فالأولى حذفه (قوله قضى به) لا يقال الإقرار بالرق من المضار فلا يعتبر من الصبى لأنا نقول لم يثبت بقوله بل بدعوى ذى اليد لعدم المعارض ، ولانسلم أنه من المضار لإمكان التدارك بعده بدعوى الحرية. ولا يقال الأصل فى الآدمى الحرية فلا تقبل الدعوى بلا بينة وكونه فى يده لا يوجب قبول قوله عليه كاللقيط لا يقبل قول الملتقط أنه عبده وإن كان فى يده . لأنا نقول إذا اعترض على الأصل دليل خالفه بطل ، وثبوت اليد دليل الملك ولا نسلم أن اللقيط إذا عبر عن نفسه وأقر بالرق يخالفه فى الحكم وإن لم يعبر فليس فى يد الملتقط من كل وجه لأنه أمين زيلعى ملخصا .

باب دعوى النسب

(قوله الدعوة) أى بكسر الدال فى النسب وبفتحها الدعوة إلى الطعام (قوله فى ملك المدعى) أى حقيقة أو حكما كما إذا وطىء جارية ابنه فولدت وادعاه فإنه يثبت ملكه فيها ويثبت عتق الولد ويضمن قيمتها لولده كما تقدم وجعلها الإتقانى دعوة شبهة (قوله واستنادها) عطف علة على معلول قال فى الدرر : والأول أقوى لأنه أسبق لاستنادها ح (قوله من ستة أشهر) أفاد أنهما اتفقا على المدة وإلا ففى التاترخانية عن الكافى قال البائع بعتها منك منذ شهر والولد منى ، وقال المشترى بعتها منى لأكثر من سنة والولد ليس منك فالقول للمشترى بالاتفاق فإن أقاما البينة فالبينة للمشترى أيضا عند أبى يوسف وعند محمد للبائع ، وسيذكره الشارح بقوله ولو تنازعا وقيد بدعوى البائع إذ لو ادعاه ابنه وكذبه المشترى صدقه البائع أولا فدعوته باطلة وتمامه فيها (قوله فادعاه) أفاد بالفاء أن دعوته قبل الولادة موقوفة ، فإن ولدت حيا ثبت وإلا فلا كما فى الاختيار ، ويلزم البائع أن الأمة لو كانت بين جماعة فشراها أحدهم فولدت فادعوه جميعا ثبت منهم عنده وخصاه باثنين وإلا فلا كما فى النظم وبالإطلاق أنه لو لم يصدق المشترى البائع وقال لم يكن العلوق عندك كان القول للبائع بشهادة الظاهر فإن برهن أحدهما فبينته وإن برهنا فبينة المشترى عند الثانى وبينة البائع عند الثالث كما فى المنية شرح الملتقى (قوله البائع) ولو أكثر من واحد قهستانى (قوله ثبت نسبه) صدقه المشترى أولا كما فى غرر الأفكار وأطلق فى البائع ، فشمل المسلم والذمى والحر والمكاتب كذا رأيته معزوا للاختيار (قوله استحسانا) أى لا قياسا لأن بيعه إقرار منه بأنها أمة فيصير مناقضا (قوله وأميتها) عطف على فاعل ثبت ح وهذا لو جهل الحال لما سبق فى الاستيلاد أنه

بإقراره وقيل يحمل على أنه نكحها واستولدها ثم اشتراها (ولو ادعاه معه) أى مع ادعاء البائع (أو بعده لا) لأن دعوته تحرير والبائع استيلاد فكان أقوى كما مر (وكذا) يثبت من البائع (لو ادعاه بعد موت الأم بخلاف موت الولد) لفوات الأصل (ويأخذه) البائع بعد موت أمه (ويسترد المشترى كل الثمن) وقالا حصته (وإعتاقهما) أى إعتاق المشترى الأم والولد (كموتهما) فى الحكم (والتدبير كالاعتاق) لأنه أيضا لا يحتمل الإبطال ويرد حصته انفاقا ملتقى وغيره وكذا حصتها أيضا على الصحيح من مذهب الإمام كما فى القهستانى والبرهان ونقله فى الدرر والمنح عن الهداية على خلاف ما فى الكافى عن المبسوط وعبارة المواهب وإن ادعاه بعد عتقها أو موتها ثبت منه وعليه رد الثمن واكتفيا برد حصته وقيـــل لا يرد حصتها فى الإعتاق بالاتفاق اه فليحفظ (ولو ولدت) الأمة المذكورة (لأكثر من حولين من وقت البيع وصدقه المشترى ثبت النسب) بتصديقه (وهى أم ولده على المعنى اللغوى

لو زنى بأمة فولدت فملكها لم تصر أم ولد وإن ملك الولد عتق عليه ومر فيه متنا :

استولد جارية أحد أبويه وقال ظننت حلها لى فلا نسب وإن ملكه عتق عليه قال الشارح ثمة وإن ملك أمه لا تصير أم ولده لعدم ثبوت نسبه سائحانى (قوله بإقراره) ثم لا تصح دعوى البائع بعده لاستغناء الولد بثبوت نسبه ، ولأنه لا يحتمل الإبطال زيلعى (قوله واو ادعاه) أى وقد ولدته لدون الأقل (قوله بخلاف موت الولد) أى وقد ولدته لدون الأقل فلا يثبت الاستيلاد فى الأم لفوات الأصل ، فإنه استغنى بالموت عن النسب وكان الأولى للشارح التعليل بالاستغناء كما لا يخفى فتدبر (قوله كل الثمن) لأنه تبين أنه باع أم ولده وماليتها غير متقومة عنده فى العقد والغصب فلا يضمنها المشترى وعندهما متقومة فيضمنها هداية (قوله وقالا حصته) أى حصة الولد أى لا يرد حصة الأم (قوله الأم والولد) الواو بمعنى أو مانعة الخلو والظاهر أنها حقيقية لأحد الشيئين تأمل (قوله كموتهما) حتى لو أعتق الأم لا الولد فادعاه البائع أنه ابنه صحت دعوته ، ويثبت نسبه منه ولو أعتق الولد لا الأم لم تصح دعوته لا فى حق الولد ولا فى حق الأم كما فى الموت منح (قوله ويرد حصته) أى فيما لو أعتق الأم أو دبرها لا الولد (قوله وكذا حصتها) فصار حاصل هذا أن البائع يرد كل الثمن وهو حصة الأم وحصة الولد فى الموت والعتق عند الإمام ، ويرد حصة الولد فقط فيهما عندهما: وعلى ما فى الكافى يرد حصته فقط فى الإعتاق عند الإمام كقولهما (قوله أيضا) أى فى التدبير والإعتاق وأما فى الموت فيرد حصتها أيضا عند أبى حنيفة رحمه الله قولا واحدا كما يدل عليه كلام الدرر حيث قال وفيما إذا أعتق المشترى الأم أو دبرها يرد البائع على المشترى حصته من الثمن عندهما: وعنده يرد كل الثمن فى الصحيح كما فى الموت كذا فى الهداية ح (قوله ونقله فى الدرر) وذكر فى المبسوط يرد حصته من الثمن لا حصتها بالاتفاق وفرق على هذا بين الموت والعتق بأن القاضى كذب البائع فيما زعم حيث جعلها معتقة من المشترى فبطل زعمه ولم يوجد التكذيب فى فصل الموت فيؤاخذ بزعمه فيسترد حصتها كذا فى الكافى اه . لكن رجح فى الزيلعى كلام المبسوط وجعله هو الرواية فقال بعد نقل التصحيح عن الهداية وهو مخالف الرواية وكيف يقال يسترد جميع الثمن والبيع لم يبطل فى الجارية حيث لم يبطل إعتاقه بل يرد حصة الولد فقط بأن يقسم الثمن على قيمتهما وتعتبر قيمة الأم يوم القبض لأنها دخلت فى ضمانه بالقبض وقيمة الولد يوم الولادة لأنه صار له قيمة بالولادة فتعتبر قيمته عند ذلك اه (قوله ما فى الكافى) وهو رد حصته لا حصتها بالاتفاق (قوله لأكثر من حولين) مثله تمام السنتين إذا لم يوجد اتصال العلوق بملكه يقينا وهو الشاهد والحجة شرنبلالية (قوله ثبت النسب) وإن ادعاه المشترى وحده صح وكانت دعوة استيلاد وإن ادعياه معا

لكاحا) حملا لأمره على الصلاح: بقى لو ولدت فيما بين الأقل والأكثر إن صدقه فحكمه كالأول لاحتمال العلوق قبل بيعه وإلا لا ، ولو تنازعا فالقول للمشترى اتفاقا وكذا البينة له عند الثانى خلافا للثالث شرنبلالية وشرح مجمع ، وفيه لو ولدت عند المشترى ولدين أحدهما لدون ستة أشهر والآخر لأكثر ثم ادعى البائع الأول ثبت لسبهما بلا تصديق المشترى :

(باع من ولد عنده وادعاه بعد بيع مشتريه ثبت نسبه) لكون العلوق فى ملكه (ورد بيعه) لأن البيع يحتمل النقض (وكذا) الحكم (لو كاتب الولد أو رهنه أو آجره أو كاتب الأم أو رهنها أو آجرها أو زوجها ثم ادعاه) فيثبت نسبه وترد هذه التصرفات بخلاف الإعتاق كما مر (باع أحد التوأمين المولودين) يعنى علقا وولدا (عنده وأعتقه المشترى ثم ادعى البائع) الولد (الآخر ثبت نسبهما وبطل عتق المشترى) بأمر فوقه وهو حرية الأصل

أو سبق أحدهما صحت دعوة المشترى لاالبائع تاترخانية (قوله لكاحا) بأن زوجه إياها المشترى وإلا كان زنا (قوله فحكمه كالأول) فيثبت النسب ويبطل البيع والأمة أم ولد تتارخانية (قوله قبل بيعه) قال فى التاترخانية هذا الذى ذكرنا إذا علمت المدة فإن لم تعلم أنها ولدت لأقل من ستة أشهر أو لأكثر إلى سنتين أو أكثر من وقت البيع ، فإن ادعاه البائع لايصح إلا بتصديق المشترى وإن ادعاه المشترى تصح ، وإن ادعياه معا لا تصح دعوة واحد منهما وإن سبق أحدهما فلو المشترى صحت دعوته ، ولو البائع لم تصح دعوة واحد منهما (قوله وإلا) أى بأن كذبه وإن لم يدعه أو ادعاه أو سكت فهو أعم من قوله ولو تنازعا ح (قوله ولو تنازعا) أى فى كونه لأقل من ستة أشهر أو لأكثر كما قدمناه عن التاترخانية (قوله والآخر لأكثر) أى وليس بينهما ستة أشهر (قوله وكذا الحكم لو كاتب) أى المشترى :

واعلم أن عبارة الهداية كذلك ومن باع عبدا ولد عنده وباعه المشترى من آخر ثم ادعاه البائع الأول فهو ابنه وبطل البيع لأن البيع يحتمل النقض وماله من حق الدعوة لايحتمله فينقض البيع لأجله وكذلك إذا كاتب الولد أو رهنه وآجره أو كاتب الأم أو رهنها أو زوجها ، ثم كانت الدعوة لأن هذه العوارض تحتمل النقض فينقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الإعتاق والتدبير على ما مر؛ قال صدر الشريعة : ضمير كاتب إن كان راجعا إلى المشترى وكذا فى قوله أو كاتب الأم يصير تقدير الكلام ومن باع عبدا ولد عنده وكاتب المشترى الأم وهذا غير صحيح لأن المعطوف عليه بيع الولد لا بيع الأم ، فكيف يصح قوله وكاتب المشترى الأم ، وإن كان راجعا إلى من فى قوله ومن باع عبدا فالمسألة أن رجلا كاتب من ولد عنده أو رهنه أو آجره ثم كانت الدعوة فحينئذ لا يحسن قوله بخلاف الإعتاق لأن مسألة الاعتاق التى مرت ما إذا أعتق المشترى الولد لأن الفرق صحيح إذ يكون بين إعتاق المشترى وكتابته لا بين إعتاق المشترى وكتابة البائع ؛ إذا عرفت هذا فرجع الضمير فى كاتب الولد هو المشترى ، وفى كاتب الأم من فى قوله من باع اهـ ؛

أقول: الأظهر أن المرجع فيهما المشترى وقوله لأن المعطوف عليه بيع الولد لابيع الأم مدفوع بأن المتبادر بيعه مع أمه بقرينة سوق الكلام ودليل كراهة التفريق بحديث سيد الأنام عليه الصلاة والسلام : نعم كان مقتضى ظاهر عبارة الوقاية أن يقال بالنظر إلى قوله بعد بيع مشتريه وكذا بعد كتابة الولد ورهنه الخ لكنه سهو، وانى على الدرر (قوله أو كاتب الأم) أى لو كانت بيعت مع الولد فالضمير فى الكل للمشترى وبه يسقط ما فى صدر الشريعة (قوله يعنى علقا) محترزه قوله لو اشتراها حبلى (قوله ثم ادعى البائع الولد) لأن دعوة البائع صحت فى الذى لم يبعه لمصادفة العلوق والدعوى ملكه فيثبت نسبه ومن ضرورته ثبوت الآخر لأنهما من ماء واحد فيلزم بطلان عتق المشترى بخلاف ما إذا كان الولد واحدا وتمامه فى الزيلعى (قوله وهو حرية الأصل) أى الثابتة

لأنهما علقا فى ملكه، حتى لو اشتراها حبلى لم يبطل عتقه لأنها دعوة تحرير فتقتصر عينى وغيره وجزم به المصنف ثم قال : وحيلة إسقاط دعوى البائع أن يقر البائع أنه ابن عبده فلان فلا تصح دعواه أبدا مجتبى وقد أفاده بقوله (قال) عمرو (لصبى معه) أو مع غيره عينى (هو ابن زيد) الغائب (ثم قال هو ابنى لم يكن ابنه) أبدا (وإن) وصلية (جحد زيد بنوته) خلافا لهما لأن النسب لايحتمل النقض بعد ثبوته حتى لو صدقه بعد تكذيبه صح ، ولذا لو قال لصبى هذا الولد منى ثم قال ليس منى لا يصح نفيه لأنه بعد الإقرار به لاينتفى بالنفى فلاحاجة إلى الإقرار به ثانيا ولا سهو فى عبارة العمادى كما زعمه منلا خسرو كما أفاده الشرنبلالى وهذا إذا صدقه الابن وأما بدونه فلا إلا إذا عاد الابن إلى التصديق لبقاء إقرار الأب ، ولو أنكر الأب الإقرار فبرهن عليه الابن قبل وأما الإقرار بأنه أخوه فلا يقبل لأنه إقرار على الغير .

[فروع] لو قال لست وارثه ثم ادعى أنه وارثه وبين جهة الإرث صح

بأصل الخلقة وأما حرية الإعتاق فعارضة (قوله لأنهما علقا فى ملكه) بخلاف ما إذا كان الولد واحدا حيث لايبطل فيه إعتاق المشترى لأنه لو بطل فيه بطل مقصودا لأجل حق الدعوة للبائع وأنه لا يجوز وهنا تثبت الحرية فى الذى لم يبع ثم تتعدى إلى الآخر وكم من شىء يثبت ضمنا ولم يثبت مقصودا عينى (قوله حتى لو اشتراها) أى البائع وقوله حبلى وجاءت بهما لأكثر من سنتين عينى (قوله لم يبطل) قال الأكمل ونوقض بما إذا اشترى رجل أحد توأمين واشترى أبوه الآخر فادعى أحدهما الذى فى يده بأنه ابنه يثبت نسبهما منه ويعتقان ولم تقتصر الدعوى : وأجيب : بأن ذلك لموجب آخر وهو إن كان الأب فالابن قد ملك أخاه وإن كان هو الابن فالأب قد ملك حافده فيعتق ، ولو ولدت توأمين فباع أحدهما ثم ادعى أبو البائع الولدين وكذباه أى ابنه البائع والمشترى صارت أم ولده بالقيمة وثبت نسبهما وعتق الذى فى يد البائع ولا يعتق المبيع لما فيه من إبطال ملكه الظاهر ، بخلاف النسب لأنه لاضرر فيه. والفرق بينه وبين البائع إذا كان هو المدعى أن النسب ثبت فى دعوى البائع بعلوق فى ملكه وهنا حجة الأب أن شبهة «أنت ومالك لأبيك» تظهر فى مال ابنه البائع فقط وتمامه فى نسخة السائحانى عن المقدسى (قوله لأنها دعوة تحرير) لعدم العلوق فى ملكه (قوله فتقتصر) بخلاف المسألة الأولى وهو ما إذا كان العلوق فى ملكه حيث يعتقان جميعا لما ذكر أنها دعوة استيلاد فتستند ومن ضرورته عتقهما بطريق أنهما حرا الأصل ، فتبين أنه باع حرا عينى (قوله أبدا) أى وإن جحد العبد (قوله خلافا لهما) هما قالا إذا جحد زيد بنوته فهو ابن للمقر وإذا صدقه زيد أو لم يدر تصديقه ولا تكذيبه لم تصح دعوة المقر عندهم درر (قوله بعد ثبوته) وهنا ثبت من جهة المقر للمقر له (قوله حتى لو صدقه) أى صدق المقر له المقر وفى التفريع خفاء ؛ وعبارة الدرر وله أى لأبى حنيفة أن النسب لايحتمل النقض بعد ثبوته ، والإقرار بمثله لايرتد بالرد إذا تعلق به حق المقر له ولو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه وأيضا تعلق به حق الولد ، فلا يرتد برد المقر له فظهر أنه مفرع على تعلق حق المقر له به (قوله لا ينتفى بالنفى) وهذا إذا صدقه الابن أما بمضى تصديق(١) فلا يثبت النسب إذا لم يصدقه الابن ثم صدقه ثبتت البنوة لأن إقرار الأب لم يبطل بعدم تصديق الابن فصولين ، قال جامعه : أظن أن هذه القولة مشطوب عليها فلتعلم (قوله فى عبارة العمادى) عبارته هذا الولد ليس منى ثم قال : هو منى صح إذ بإقراره بأنه منه ثبت نسبه فلا يصح نفيه ففيها سهو كما قال منلا خسرو لأنه ليس فى العبارة سبق الإقرار على النفى اهـ كذا فى الهامش (قوله كما زعمه) تمثيل للمنفى وقوله كما أفاده تمثيل للنفى

---

(١) قوله (أما بمضى تصديق الخ) هكذا فى النسخة المجموع منها ولا تخلو العبارة من تأمل ولعل فيها تحريفا ، والأصل : أما بدون تصديق فلا يثبت النسب وإذا لم يصدقه الخ ولتراجع عبارة الفصولين اهـ مصححه .

إذ التناقض في النسب عفو ولو ادعى بنوة العم لم يصح ما لم يذكر اسم الجد ولو برهن أنه أقر أنى ابنه تقبل لثبوت النسب بإقراره ولاتسمع إلا على خصم هو وارث أو دائن أو مديون أو موصى له ولو أحضر رجلا ليدعى عليه حقا لأبيه وهو مقر به أولا فله إثبات نسبه بالبينة عند القاضي بحضرة ذلك الرجل ولو ادعى إرثا عن أبيه فلو أقر به أمر بالدفع إليه ولايكون قضاء على الأب حتى لو جاء حيا يأخذه من الدافع والدافع على الابن ولو أنكر قيل للابن برهن على موت أبيك وأنك وارثه ولايمين والصحيح تحليفه على العلم بأنه ابن فلان وأنه مات ثم يكلف الابن بالبينة بذلك وتمامه في جامع الفصولين من الفصل السابع والعشرين (ولو كان) الصبي (مع مسلم وكافر فقال المسلم هو عبدى وقال الكافر هو ابنى فهو حر ابن الكافر) لنيله الحرية حالا والإسلام مآلا لكن جزم ابن الكمال بأنه يكون مسلما لأن حكمه حكم دار الإسلام ، وعزاه للتحفة فليحفظ (قال زوج امرأة لصبي معهما هو ابنى من غيرها

قال في الهامش: وهو عدم السهو ونصه والذي يظهر لى أن اللفظة الثالثة وهي قوله: هو منى صح ليس له فائدة في ثبوت صحة النسب لأنه بعد الاقرار به أولا لاينتفى بالنفى فلايحتاج إلى الاقرار به بعده فليتأمل (قوله إذ التناقض الخ) ذكر في الدرر في فصل الاستشراء فوائد جمة فراجعها (قوله اسم الجد) بخلاف الإخوة فإنها تصح بلاذكر الجد كما في الدرر.

واعلم أن دعوى الإخوة ونحوها مما لو أقر به المدعى عليه لا يلزمه لا تسمع ما لم يدع قبله مالا ، قال في الولوالجية : ولو ادعى أنه أخوه لأبويه فجحد : فإن القاضي يسأله ألك قبله ميراث تدعيه أو نفقة أو حق من الحقوق التي لا يقدر على أخذها إلا بإثبات النسب ، فإن كان كذلك يقبل القاضي بينته على إثبات النسب ، وإلا فلا خصومة بينهما لأنه إذا لم يدع ما لا لم يدع حقا لأن الإخوة المجاورة بين الأخوين في الصلب أو الرحم ، ولو ادعى أنه أبوه وأنكر فأثبته يقبل ، وكذا عكسه وإن لم يدع قبله حقا لأنه لو أقر به صح فينتصب خصما ، وهذا لأنه يدعى حقا فإن الإبن يدعى حق الانتساب إليه والأب يدعى وجوب الإنتساب إلى نفسه شرعا وقال عليه الصلاة والسلام ومن انتسب إلى غير أبيه أو انتمى إلى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين ، اهـ ملخصا وتمامه فيها وفى البزازية (قوله أنى ابنه) مكرر مع ما قدمه قريبا (قوله ولا تسمع) أي بينة الإرث كما في الفصولين (قوله أو دائن) انظر ماصورته ولعل صورته أن يدعى دينا على الميت وينصب له القاضي من يثبت في وجهه دينه ، فحينئذ يصير خصما لمدعى الإرث ومثل ذلك يقال في الموصى له تأمل (قوله أو موصى له) أو الوصى بزازية كذا في الهامش (قوله فلو أقر) أي المدعى عليه وقوله به أي بالبنوة وبالموروث (قوله ولو أنكر) أي المدعى عليه (قوله تحليفه) أي المنكر (قوله على العلم) أي على نفى العلم بأن يقول والله لا أعلم أنه ابن فلان الخ (قوله بأنه ابن فلان) الظاهر أن تحليفه على أنه ليس بابن فلان إنما هو إذا أثبت المدعى الموت وإلا فلا فائدة في تحليفه إلا على عدم العلم بالموت تأمل (قوله بذلك) أي بالمال الذي أنكره أيضا (قوله السابع والعشرين) صوابه الفصل الثامن والعشرين كذا في الهامش (قوله وقال الكافر هو ابنى) قال في شرح الملتقى وهذا إذا ادعياه معا فلو سبق دعوى المسلم كان عبدا له ولو ادعيا البنوة كان ابنا للمسلم إذ القضاء بنسبه من المسلم قضاء بإسلامه (قوله والإسلام مآلا) لظهور دلائل التوحيد لكل عاقل وفى العكس يثبت الإسلام تبعا ولايحصل له الحرية مع العجز عن تحصيلها درر (قوله لكن جزم الخ) فيه أنه لا عبرة للدار مع وجود أحد الأبوين ح ؟

قلت : يخالفه ما ذكروا في اللقيط لو ادعاه ذمى يثبت نسبه منه ، وهو مسلم تبعا للدار وقدمناه في كتابه عن الولوالجية (قوله بأنه يكون مسلما) أي وابنا للكافر (قوله معهما) أي في يدهما احترز به عما لو كان في يد أحدهما : قال في التتارخانية : وإن كان الولد في يد الزوج أو يد المرأة فالقول للزوج فيهما ، وقيد بإسناد كل منهما الولد إلى غير صاحبه لما فيها أيضا عن المنتقى صبي في يد رجل وامرأة قالت المرأة : هذا ابنى من هذا الرجل

وقالت هو ابنى من غيره فهو ابنهما) إن ادعيا معا وإلا ففيه تفصيل ابن كمال وهذا (لو غير معبر وإلا) بأن كان معبرا (فهو لمن صدقه) لأن قيام أيديهما وفراشهما يفيد أنه منهما (ولو) ولدت أمة اشتراها فاستحقت غرم الأب قيمة الولد يوم الخصومة لأنه يوم المنع (وهو حر) لأنه مغرور والمغرور من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين أو نكاح فتلد منه ثم تستحق فلذا قال (وكذا) الحكم (لو ملكها بسبب آخر) أى سبب كان عينى (كما لو تزوجها على أنها حرة فولدت له ثم استحقت) غرم قيمة ولده (فإن مات الولد قبل الخصومة فلا شىء على أبيه) لعدم المنع كما مر (وإرثه له) لأنه حر الأصل فى حقه فيرثه (فإن قتله أبوه أو غيره) وقبض الأب من ديته قدر قيمته (غرم الأب قيمته) للمستحق كما لو كان حيا ولو لم يقبض شيئا لا شىء عليه وإن قبض أقل لزمه بقدره عينى (ورجع بها) أى بالقيمة فى الصورتين (ك) ما يرجع بـ (ثمنها) ولو هالكة (على بائعها) وكذا لو استولدها المشترى الثانى لكن إنما يرجع المشترى الأول على البائع الأول بالثمن فقط كما فى المواهب وغيرها (لا بعقرها) الذى أخذه منه المستحق للزومه باستيفاء منافعها كما مر فى بابى المرابحة والاستحقاق مع مسائل التناقض وغالبها مر فى متفرقات القضاء ويجىء فى الإقرار :

[فروع] : التناقض فى موضع الخفاء عفو :

لاتسمع الدعوى على غريم ميت

وقال : ابنى من غيرها يكون ابن الرجل ولا يكون للمرأة فإن جاءت بامرأة شهدت على ولادتها إياه كان ابنها منه وكالت زوجته بهذه الشهادة ، وإن كان فى يده وادعاه وادعت امرأته أنه ابنها منه ، وشهدت المرأة على الولادة لا يكون ابنها منه بل ابنه : لأنه فى يده واحترز عما فيها أيضا صبى فى يد رجل لا يدعيه أقامت امرأة أنه ابنها ولدته ، ولم تسم أباه وأقام رجل أنه ولد فى فراشه ولم يسم أمه يجعل ابنه من هذه المرأة ، ولا يعتبر الترجيح باليد كما لو ادعاه رجلان وهو فى يد أحدهما فإنه يقضى لذى اليد (قوله لأن) تعليل للمسألة الأولى فكان الأولى تقديمه على قوله وإلا (قوله ولو ولدت أمة) أى من المشترى وادعى الولد حوى (قوله يوم الخصومة) أى لا يوم القضاء كما فى الشرنبلالية وإليه يشير قوله : لأنه يوم المنع وتمامه فى الشرنبلالية (قوله أى سبب كان) كبدل أجرة دار وكهبة وصدقة ووصية إلا أن المغرور لا يرجع بما ضمن فى الثلاث كما فى أبى السعود (قوله غرم قيمة ولده) أى ولا يرجع بذلك على المخبر كما مر فى آخر باب المرابحة (قوله فيرثه) ولا يغرم شيئا لأن الإرث ليس بعوض عن الولد فلا يقوم مقامه فلا تجعل سلامة الإرث كسلامته (قوله بالقيمة) يعنى فى صورة قتل غير الأب ، أما إذا قتله الأب كيف يرجع بما غرم وهو ضمان إتلافه ، وقد صرح الزيلعى بذلك أى بالرجوع فيما إذا قتله غيره وبعدمه بقتله اه شرنبلالية وعلى هذا فقول الشارح فى الصورتين معناه فى صورة قبض الأب من دينه قدر قيمته وصورة قبضه أقل منها أو المراد صورتا الشراء والزواج كما نقل عن المقدسى . قال السائحانى : قوله فى الصورتين أى الشراء والزواج ولا يرجع على الواهب والمتصدق والموصى بشىء من قيمة الأولاد مقدسى اه (قوله وكذا الخ) أى فإنه يرجع على المشترى الأول بالثمن وقيمة الولد (قوله منافعها) أى بالوطء (قوله عفو) فى الأشباه يعذر الوارث والوصى والمتولى للجهل اه لعله لجهله بما فعله المورث والموصى والمولى ، وفى دعوى الأنقروى فى التناقض المديون بعد قضاء الدين والمختلعة بعد أداء بدل الخلع ، لو برهنت على طلاق الزوج قبل الخلع وبرهن على إبراء الدين يقبل : لكن نقل أنه إذا استمهل فى قضاء الدين ثم ادعى الإبراء لا يسمع سائحانى (قوله لا تسمع الدعوى) أى ممن له دين على الميت (قوله على غريم ميت) الظاهر أن المراد منه مديون الميت

إلا إذا وهب جميع ماله لأجنبي ، وسلمه له فإنها تسمع عليه لكونه زائدا .

لا يجوز للمدعى عليه الإنكار مع علمه بالحق إلا في دعوى العيب ليبرهن فيتمكن من الرد وفي الوصي إذا علم بالدين .

لا تحليف مع البرهان إلا في ثلاث : دعوى دين على ميت واستحقاق مبيع ودعوى آبق .

الإقرار لا يجامع البينــة إلا في أربع : وكالة ووصاية وإثبات دين على ميت واستحقاق عين من مشتر ودعوى الآبق .

لا تحليف على حق مجهول إلا في ست : إذا اتهم القاضي وصي يتيم ومتولي وقف وفي رهن مجهول ودعوى سرقة وغصب وخيانة مودع .

لا يحلف المدعي إذا حلف المدعى عليه إلا في مسألة في دعوى البحر قال : وهي غريبة يجب حفظها أشباه .

حموي (قوله إلا إذا وهب) استثناء منقطع لأنه ليس غريما إلا إذا كان الموهوب عينا مغصوبة ونحوها كان خصما لمدعيها حموي ملخصا (قوله لكونه زائدا) عبارة الأشباه ذايد (قوله لا يجوز للمدعى عليه الإنكار الخ) قال بعض الفضلاء يلحق بهذا مدعي الاستحقاق للمبيع ، فإنه ينكر الحق حتى يثبت ليتمكن من الرجوع على بائعه ولو أقر لا يقدر وأيضا ادعاء الوكالة أو الوصاية وثبوته لا يكون إلا على وجه الخصم الجاحد كما ذكره قاضيخان فإن أنكر المدعى عليه ليكون ثبوت الوكالة والوصاية شرعا صحيحا يجوز فيلحق هذا أيضا بهما ويلحق بالوصي أحد الورثة إذا ادعى عليه الدين ، فإنه لو أقر بالحق يلزم الكل من حصته ، وإذا أنكر فأقيمت البينة عليه يلزم من حصته وحصتهم حموي (قوله دعوى دين على ميت) أجمعوا على أن من ادعى دينا على الميت يحلف بلا طلب وصي ووارث بالله ما استوفيت دينك منه ، ولا من أحد أداه عنه وما قبضه قابض ولا أبرأته ولا شيئا منه وما أحلت به ولا شيء منه على أحد ولا عندك ، ولا بشيء منه رهن خلاصة فلو حكم القاضي بالدفع قبل الاستحلاف لم ينفذ حكمه وتمامه في أوائل دعوى الحامدية ، ومرت في أول كتاب الدعوى تحت قول الماتن : ويسأل القاضي المدعى بعد صحتها الخ ومرت في كتاب القضاء (قوله ودعوى آبق) لعل صورتها فيما إذا ادعى على رجل أن هذا العبد عبدي أبق مني وأقام بينة على أنه عبده فيحلف أيضا لاحتمال أنه باعه تأمل ثم رأيت في شرح هذا الشرح نقل عن الفتح هكذا : وعبارته : قال في الفتح يحلف مدعي الآبق مع البينة بالله أنه أبق على ملكك إلى الآن لم يخرج ببيع ولا هبة ولا غيرها اهـ (قوله الإقرار لا يجامع البينة) لأنها لا تقام إلا على منكر ذكر هذا الأصل في الأشباه في كتاب الإقرار عن الخانية : واستثنى منه أربع مسائل : وهي ما سوى دعوى الآبق وكذا ذكرها قبله في كتاب القضاء والشهادات ، ولم يذكر الخامسة ، بل زاد غيرها وعبارته لا تسمع البينة على مقر إلا في وارث مقر بدين على الميت فتقام البينة للتعدي : وفي مدعى عليه أقر بالوصاية فبرهن الوصي وفي مدعى عليه أقر بالوكالة فيثبتها الوكيل دفعا للضرر ، وفي الاستحقاق تقبل البينة به مع إقرار المستحق عليه ليتمكن من الرجوع على بائعه ، وفيما لو خوصم الأب بحق عن الصبي فأقر لا يخرج عن الخصومة ، ولكن تقام البينة عليه مع إقراره بخلاف الوصي ، وأمين القاضي إذا أقر خرج عن الخصومة وفيما لو أقر الوارث للموصى له ، فإنها تسمع البينة عليه مع إقراره وفيما لو آجر دابة بعينها من رجل ثم من آخر فأقام الأول البينة فإن كان الآجر حاضرا تقبل عليه البينة وإن كان يقر بما يدعي اهـ ملخصا فهي سبع (قوله إلا في أربع) هي سبع كما في الحموي والمذكور هنا خمسة (قوله من مشتر) فتقبل البينة به مع إقرار المستحق عليه ليتمكن من الرجوع على بائعه كذا ذكره في الأشباه لكن مع إقراره كيف يكون له الرجوع تأمل (قوله وفي رهن مجهول) كثوب مثلا (قوله في دعوى البحر)

قلت : وهي ما لو قال المغصوب منه كانت قيمة ثوبي مائة وقال الغاصب لم أدر ولكنها لا تبلغ مائة صدق بيمينه وألزم ببيانه فلو لم يبين يحلف على الزيادة ثم يحلف المغصوب منه أيضا أن قيمته مائة ولو ظهر نخير الغاصب بين أخذه أو قيمته فليحفظ والله تعالى أعلم.

كتاب الإقرار

مناسبته أن المدعى عليه إما منكر أو مقر وهو أقرب لغلبة الصدق (هو) لغة الإثبات يقال قر الشيء إذا ثبت وشرعا (إخبار بحق عليه) للغير (من وجه إنشاء من وجه) قيد بعليه لأنه لو كان لنفسه يكون دعوى لا إقرارا.

ثم فرع على كل من الشبهين فقال (فا) لوجه (الأول) وهو الإخبار (صح إقراره بمال مملوك للغير) ومتى أقر بملك الغير (يلزمه تسليمه) إلى المقر له (إذا ملكه)

قبيل قوله ولا ترد يمين على مدع (قوله وهي ما لو قال الخ) ستأتي هذه المسألة في كتاب الغصب وكتب المحشي هناك على قوله فلو لم يبين فقال : الظاهر أن في النسخة خللا لأنه إذا لم يبين فما تلك الزيادة التي يحلف عليها أي على نفيها ، وفي ظني أن أصل النسخة فإن بين يعني أنه لو بين حلف على نفي الزيادة التي هي أكثر مما بينه ، وأقل مما يدعيه المالك هذا وينبغي أن يقارب في البيان حتى لو بين قيمة فرس بدرهم لا يقبل منه كما تقدم نظيره اه . وكتب على قوله هناك ولو حلف المالك أيضا على الزيادة أخذها لم يظهر وجهه فليراجع اه (قوله يحلف على الزيادة) أي التي يدعيها المالك (قوله أو قيمته) عطف على الضمير المجرور أي أخذ قيمته .

كتاب الإقرار

(قوله وهو أقرب) أي المقر (قوله إخبار بحق عليه) لعله ينتقض بالإقرار بأنه لا حق له على فلان بالإبراء وإسقاط الدين ونحوه كإسقاط حق الشفعة سعدية وقد يقال فيه إخبار بحق عليه وهو عدم وجوب المطالبة تأمل (قوله إنشاء من وجه) هو الصحيح وقيل : إنشاء وينبني عليه ما سيأتي ، لكن المذكور في غاية البيان عن الأستروشنية .

قال الحلواني : اختلف المشايخ في أن الإقرار سبب للملك أم لا قال ابن الفضل : لا واستدل بمسألتين : إحداهما : المريض الذي عليه دين إذا أقر بجميع ماله لأجنبي يصح بلا إجازة الوارث ، ولو كان تمليكا لا ينفذ إلا بقدر الثلث عند عدم الإجازة : والثانية : أن العبد المأذون إذا أقر لرجل بعين في يده يصح ولو كان تمليكا يكون تبرعا منه فلا يصح وذكر الجرجاني أنه تمليك واستدل بمسائل منها إن أقر في المرض لوارثه بدين لم يصح اه ملخصا فظهر أن ما ذكره المصنف وصاحب البحر جمع بين الطريقتين وكان وجهه ثبوت ما استدل به الفريقان تأمل (قوله لأنه لو كان لنفسه) أي على الغير ولو للغير على الغير فهو شهادة (قوله لا إقرارا) ولا ينتقض بإقرار الوكيل والولي ونحوهما لنيابتهم مناب المنوبات شرنا شرح ملتقى (قوله صح إقراره بمال الخ) ويجبر الغاصب على البيان لأنه أقر بقيمة مجهولة وإذا لم يبين يحلف على ما يدعي المالك من الزيادة ، فإن حلف ولم يثبت ما ادعاه المالك يحلف أن قيمته مائة ، ويأخذ من الغاصب مائة ، فإذا أخذ ثم ظهر الثوب خير الغاصب بين أخذه أورده ، وأخذ القيمة .

برهة من الزمان لنفاذه على نفسه ، ولوكان إنشاء لما صح لعدم وجود الملك وفى الأشباه أقر بحرية عبد ثم شراه عتق عليه ولا يرجع بالثمن أو بوقفية دار ثم شراها أو ورثها صارت وقفا مؤاخذة له بزعمه (ولا يصح إقراره بطلاق وعتاق مكرها) ولوكان إنشاء لصح لعدم التخلف (وصح إقرار المأذون بعين فى يده والمسلم بخمر وبنصف داره مشاعا والمرأة بالزوجية من غير شهود) ولوكان إنشاء لما صح (ولا تسمع دعواه عليه) بأنه أقر له (بشىء) معين (بناء على الإقرار) له بذلك به يفتى لأنه إخبار يحتمل الكذب حتى لو أقر كاذبا لم يحل له لأن الإقرار ليس سببا للملك : نعم لو سلمه برضاه كان ابتداء هبة وهو الأوجه بزازية (إلا أن يقول) فى دعواه (هو ملكى) وأقر لى به أو يقول لى عليه كذا وهكذا أقر به فتسمع إجماعا لأنه لم يجعل الإقرار سببا للوجوب : ثم لو أنكر الإقرار هل يحلف ؟ الفتوى أنه لا يحلف على الإقرار ، بل على المال وأما دعوى الإقرار فى الدفع فتسمع عند العامة (و) لوجه (الثانى) وهو الإنشاء (لورد) المقر له (إقراره

وحكى عن الحاكم أبى محمد العبنى : أنه كان يقول ما ذكر من تحليف المغصوب منه وأخذ المائة بقيمتها من الغاصب هذا بالإنكار يصح ، وكان يقول الصحيح فى الجواب أن يجبر الغاصب على البيان ، فإن أبى يقول له القاضى أكان قيمته مائة فإن قال لا يقول : أكان خمسين فإن قال لا يقول له خمسة وعشرين إلى أن ينتهى إلى ما لا تنقص عنه قيمته عرفا وعادة فيلزمه ذلك من متفرقات إقرار التتارخانية (قوله برهة) أى قليلا (قوله ولا يرجع) لاقتصار إقراره عليه فلا يتعدى إلى غيره (قوله مكرها) لقيام دليل الكذب وهو الإكراه والإقرار إخبار يحتمل الصدق والكذب ، فيجوز تخلف مدلوله الوضعى عنه منح (قوله لعدم التخلف) أى لعدم صحة تخلف المدلول الوضعى للإنشاء عنه كذا فى الهامش أى فإن الإنشاء لا يتخلف مدلوله عنه (قوله والمسلم بخمر) حتى يؤمر بالتسليم إليه ولوكان تمليكا مبتدأ لما صح وفى الدرر ، وفيه إشارة إلى أن الخمر قائمة لا مستهلكة إذ لا يجب بدلها للمسلم نص عليه فى المحيط كما فى الشرنبلالية (قوله وبنصف داره) أى القابلة للقسمة (قوله بناء على الإقرار) يعنى إذا ادعى عليه شيئا لأنه أقر له به لا تسمع دعواه ، لأن الإقرار إخبار لا سبب للزوم المقر به على المقر : وقد علل وجوب المدعى به على المقر بالاقرار ، وكأنه قال أطالبه بما لا سبب لوجوبه عليه أو لزومه بإقراره وهذا كلام باطل منح وبه ظهر أن الدعوى بالشىء المعين ، بناء على الإقرار كما هو صريح المتن لا بالإقرار بناء على الإقرار فقوله بأنه أقر له لا محل له تأمل (قوله لم يحل له) أى للمقر له كذا فى الهامش (قوله ثم لو أنكر الخ) وفى دعوى الدين لو قال المدعى عليه : إن المدعى أقر باستيفائه وبرهن عليه ، فقد قيل إنه لا تسمع ، لأنه دعوى الإقرار فى طرق الاستحقاق إذ الدين يقضى بمثله فى الحاصل هذا دعوى الدين لنفسه فكان دعوى الإقرار فى طرق الاستحقاق فلا تسمع ط ذ جامع الفصولين وفتاوى قدورى كذا فى الهامش والطاء للمحيط ، والذال للذخيرة ومثل ما هو المسطور فى جامع الفصولين فى البزازية وزاد فيها وقيل يسمع لأنه فى الحاصل يدفع أداء الدين عن نفسه ، فكان فى طرف ذكره فى المحيط .

وذكر شيخ الإسلام برهن المطلوب على إقرار المدعى ، بأنه لا حق له فى المدعى أو بأنه ليس بملك له أو ما كانت ملكا له تندفع الدعوى إن لم يقربه لإنسان معروف وكذا لو ادعاه بالإرث ، فبرهن المطلوب على إقرار المورث كما ذكرنا وتمامه فيها كذا فى الهامش (قوله وأما دعوى الإقرار) أى بأن المدعى ملك المدعى عليه وأما دعوى الإقرار بالاستيفاء فقيل لا تسمع قال فى الهامش : واختلفوا أنه هل يصح دعوى الإقرار فى طرق الدفع ، حتى لو أقام المدعى عليه بينة أن المدعى أقر أن هذه العين ملك المدعى عليه هل تقبل قال بعضهم : لا تقبل

ثم قبل لا يصح) ولو كان إخبارا لصح . وأما بعد القبول فلا يرتد بالرد ولو أعاد المقر إقراره فصدقه لزمه لأنه إقرار آخر ثم لو أنكر إقراره الثانى لا يحلف ولا تقبل عليه بينة قال البديع : والأشبه قبولها واعتمده ابن الشحنة وأقره الشرنبلالى (والملك الثابت به) بالإقرار (لايظهر فى حق الزوائد المستهلكة فلا يملكها المقرله) ولو إخبارا لملكها (أقر حر مكلف) يقظان طائعا (أو عبد) أو صبى أو معتوه (مأذون) لهم إن أقروا بتجارة كإقرار محجور بحد وقود وإلا فبعد عتقه ونائم ومغمى عليه كمجنون وسيجىء السكران ومر المكره (بحق معلوم أو مجهول) صح لأن جهالة المقر به لا تضر إلا إذا بين سببا تضره الجهالة كبيع وإجارة ؛

وأما جهالة المقر فتضر كقوله لك على أحدنا ألف درهم لجهالة المقضى عليه إلا إذا جمع

وعامتهم ههنا على أنها تقبل درر (قوله ثم قبل لا يصح) محله فيما إذا كان الحق فيه لواحد مثل الهبة والصدقة ، أما إذا كان لهما مثل الشراء والنكاح فلا وهو إطلاق فى محل التقييد ، ويجب أن يقيد أيضا بما إذا لم يكن المقر مصرا على إقراره لما سيأتى من أنه لا شىء له إلا أن يعود إلى تصديقه وهو مصر حموى . وبخط السائحانى عن الخلاصة لو قال لآخر : كنت بعتك العبد بألف فقال الآخر لم أشتره منك فسكت البائع ، حتى قال المشترى فى المجلس أو بعده بلى اشتريته منك بألف ، فهو الجائز وكذا النكاح وكل شىء يكون لهما جميعا فيه حق ، وكل شىء يكون فيه الحق لواحد مثل الهبة والصدقة لا ينفعه إقراره بعد ذلك (قوله فلا يرتد) لأنه صار ملكه ونفى المالك ملكه عن نفسه عند عدم المنازع لا يصح : نعم لو تصادقا على عدم الحق صح لما مر فى البيع الفاسد أنه طلب ربح مال ادعاه على آخر فصدقه على ذلك فأوفاه ثم ظهر عدمه بتصادقهما فانظر كيف التصادق اللاحق نقض السابق ، مع أن ربحه طيب حلال سائحانى (قوله قال البديع) هو شيخ صاحب القنية (قوله الزوائد المستهلكة) يفيد بظاهره أنه يظهر فى حق الزوائد الغير المستهلكة وهو مخالف لما فى الخانية قال رجل فى يده جارية وولدها أقر أن الجارية لفلان لا يدخل فيه الولد ، ولو أقام بينة على جارية أنها له يستحق أولادها وكذا لو قال : هذا العبد ابن أمتك وهذا الجدي من شاتك لا يكون إقرارا بالعبد وكذا بالجدى فليحرر حموى س وقيد بالمستهلكة فى الاستروشنية ونقله عنها فى غاية البيان (قوله فلا يملكها) شرى أمة فولدت عنده باستيلاده ، ثم استحقت ببينة يتبعها ولدها ، ولو أقر بها لرجل لا والفرق أنه بالبينة يستحقها من الأصل ولذا قلنا إن الباعة يتراجعون فيما بينهم ، بخلاف الإقرار حيث لا يتراجعون ف ثم الحكم بأمة حكم بولدها وكذا الحيوان إذ الحكم حجة كاملة ، بخلاف الإقرار فإنه لم يتناول الولد لأنه حجة ناقصة وهذا لو الولد بيد المدعى عليه فلو فى ملك آخر هل يدخل فى الحكم اختلف المشايخ نور العين فى آخر السابق ففيه مخالفة المفهوم كلام المصنف (قوله أقر حر مكلف) اعلم أن شرطه التكليف والطوع مطلقا والحرية للتنفيذ للحال لا مطلقا : فصح إقرار العبد للحال فيما لا تهمة فيه كالحدود والقصاص ، ويؤخر ما فيه تهمة إلى ما بعد العتق ، والمأذون بما كان من التجارة للحال وتأخر بما ليس منها إلى العتق كإقراره بجناية ومهر موطوءة بلا إذن والصبى المأذون كالعبد فيما كان من التجارة لا فيما ليس منها كالكفالة وإقرار السكران بطريق محظور صحيح إلا فى حد الزنا وشرب الخمر مما يقبل الرجوع وإن بطريق مباح لا منح وانظر العزمية (قوله إن أقروا بتجارة) جوابه قول المصنف الآتى صح أى صح للحال زاد الشمنى أو ما كان من ضرورات التجارة كالدين والوديعة والعارية والمضاربة والغصب دون ما ليس منها كالمهر والجناية والكفالة لدخول ما كان من باب التجارة تحت الإذن دون غيره اه فتال (قوله وقود) أى مما لا تهمة فيه فيصح للحال (قوله وإلا) أى بأن كان مما فيه تهمة (قوله تضره الجهالة) لأن من أقر أنه باع من فلان شيئا أو اشترى من فلان كذا بشىء أو آجر فلانا شيئا لايصح إقراره ولا يجبر المقر على تسليم شىء درر

بين نفسه وعبده فيصح وكذا تضر جهالة المقر له إن فحشت كلواحد من الناس علي كذا وإلا لا كلأحد هذين على كذا فيصح ولا يجبر على البيان لجهالة المدعي بحر ونقله في الدرر لكن باختصار مخل كما بينه عزمي زاده (ولزمه بيان ماجهل) كشيء وحق (بذى قيمة) كفلس وجوزة لا بما لا قيمة له كحبة حنطة وجلد ميتة وصبي حر لأنه رجوع فلا يصح (والقول للمقر مع حلفه) لأنه المنكر (إن ادعى المقر له أكثر منه) ولا بينة (ولا يصدق في أقل من درهم في على مال ومن النصاب) أي نصاب الزكاة في الأصح اختيار وقيل إن المقر فقيرا فنصاب السرقة ومصح

كذا في الهامش (قوله بين نفسه وعبده) قال المقدسي هذا في حكم المعلوم لأن ما على عبده يرجع إليه في المعنى لكن إنما يظهر هذا فيما يلزمه في الحال أما ما يلزمه بعد الحرية فهو كالأجنبي فيه فإذا جمعه مع نفسه كان كقوله لك علي أو على زيد فهو مجهول لا يصح ذكره الحموي على الأشباه فتال (قوله علي كذا) بتشديد الياء (قوله ولا يجبر على البيان) زاد الزيلعي ويؤمر بالتذكر لأن المقر قد نسي صاحب الحق ، وزاد في غاية البيان أنه يحلف لكل واحد منهما إذا ادعى وفي التاترخانية ، ولم يذكر أنه يستحلف لكل واحد منهما يمينا على حدة بعضهم قالوا نعم: ويبدأ القاضي بيمين أيهما شاء أو يقرع : وإذا حلف لكل لا يخلو من ثلاثة أوجه إن حلف لأحدهما فقط يقضي بالعبد للآخر فقط ، وإن نكل لهما يقضي به وبقيمة الوالد بينهما نصفين ، سواء نكل لهما جملة بأن حلفه القاضي لهما يمينا واحدة أو على التعاقب بأن حلفه لكل على حدة ، وإن حلف فقد برئ عن دعوة كل فإن أرادا أن يصطلحا وأخذ العبد منه لهما ذلك في قول أبي يوسف الأول ، وهو قول محمد كما قبل الحلف ثم رجع أبو يوسف وقال : لا يجوز اصطلاحهما بعد الحلف قالوا ولا رواية عن أبي حنيفة اهـ .

[فرع] لم يذكر الإقرار العام وذكره في المنح وصح الإقرار بالعام كما في يدي من قليل أو كثير أو عبد أو متاع أو جميع ما يعرف بي أو جميع ما ينسب إلى لفلان ، وإذا اختلفا في عين أنها كانت موجودة وقت الإقرار أولا فالقول قول المقر إلا أن يقيم المقر له البينة أنها كانت موجودة في يده وقته :

واعلم أن القبول ليس من شرط صحة الإقرار لكنه يرتد برد المقر له صرح به في الخلاصة ، وكثير من الكتب المعتبرة واستشكل المصنف بناء على هذا قول العمادي وقاضيخان الإقرار للغائب يتوقف على التصديق ثم أجاب عنه . وبحث في الجواب الرملي .

ثم أجاب عن الإشكال بما حاصله : أن اللزوم غير الصحة ولا مانع من توقف العمل مع صحته كبيع الفضولي فالمتوقف لزومه لا صحته فالإقرار للغائب لا يلزمه حتى صح إقراره لغيره كما لا يلزم من جانب المقر له حتى صح رده وأما الإقرار للحاضر فيلزم من جانب المقر حتى لا يصح إقراره لغيره به قبل رده ولا يلزم من جانب المقر له فيصح رده وأما الصحة فلا شبهة فيها في الجانبين بدون القبول (قوله عزمي زاده) وحاصله : أن ما ذكره صاحب الدرر من الجبر إنما هو فيما إذا جهل المقر به لا المقر له لقول الكافي لأنه إقرار للمجهول وهو لا يفيد وفائدة الجبر على البيان إنما تكون لصاحب الحق وهو مجهول (قوله كشيء وحق) ولو قال أردت حق الإسلام لا يصح إن قاله مفصولا وإن موصولا يصح تاترخانية وكفاية (قوله في علي مال) بتشديد الياء (قوله ومن النصاب) معطوف على قوله من درهم وكذا المعطوفات بعده (قوله وقيل إن المقر الخ) قال الزيلعي والأصح أن قوله يبنى على حال المقر في الفقر والغنى ، فإن القليل عند الفقير عظيم وأضعاف ذلك عند الغني ليس بعظيم وهو في الشرح متعارض فإن المائتين في الزكاة عظيم ، وفي السرقة والمهر العشرة عظيمة فيرجع إلى حاله ذكره في النهاية وحواشي الهداية معزيا إلى المبسوط شرنبلالية وذكر في الهامش عن الزيلعي . وينبغي على قياس ما روى

(فى مال عظيم) لو بينه (من الذهب والفضة ومن خمس وعشرين من الإبل) لأنها أدنى نصاب يؤخذ من جنسه (ومن قدر النصاب قيمة فى غير مال الزكاة من ثلاثة نصب فى أموال عظام) ولو فسره بغير مال الزكاة اعتبر قيمتها كما مر (وفى دراهم ثلاثة و) فى (دراهم) أو دنانير أو ثياب (كثيرة عشرة) لأنها نهاية اسم الجمع (وكذا درهما درهم) على المعتمد ولو خفضه لزمه مائة وفى دريهم أو درهم عظيم درهم والمعتبر الوزن المعتاد إلا بحجة زيلعى (وكذا كذا) درهما (أحد عشر وكذا وكذا أحد وعشرون) لأن نظيره بالواو أحد وعشرون (ولو ثلث بلا واو فأحد عشر) إذ لا نظير له فحمل على التكرار (ومعها فمائة وأحد وعشرون وإن ربع) مع الواو (زيد ألف) ولو خمس زيد عشرة آلاف ولو سدس زيد مائة ألف ولو سبع زيد ألف ألف وهكذا يعتبر نظيره أبدا . (ولو) قال له (على أو) له (قبلى) فهو (إقرار بدين) لأن على للإيجاب وقبلى للضمان غالبا (وصدق إن وصل به هو وديعة) لأنه يحتمله مجازا (وإن فصل لا) يصدق لتقرره بالسكوت

عن أبى حنيفة أن يعتبر فيه حال المقر شرنبلالية اه (قوله فى مال عظيم) برفع مال وعظيم (قوله لو بينه) بأن قال مال عظيم من الذهب أو قال من الفضة (قوله ومن خمس وعشرين) أى ولا يصدق فى أقل من خمس وعشرين اوقال مال عظيم من الإبل (قوله ومن قدر النصاب قيمة) بنصب قيمة (قوله ومن ثلاثة نصب) من أى جنس سماه تحقيقا لأدنى الجمع حتى لو قال من الدراهم كان ستمائة درهم ، وكذا فى كل جنس يريده حتى لو قال من الإبل يجب عليه من الإبل خمس وسبعون كفاية (قوله اعتبر قيمتها) ويعتبر الأدنى فى ذلك للتيقن به زيلعى أى أدنى النصب من حيث القيمة أبو السعود (قوله اسم الجمع) يعنى يقال عشرة دراهم ثم يقال أحد عشر فيكون هو الأكثر من حيث اللفظ كما فى الهداية س (قوله وكذا) أى لو قال له على كذا درهما يجب درهم (قوله على المعتمد) لأن ما فى المتون مقدم على الفتاوى شرنبلالية ، وفى التتمة والذخيرة درهمان لأن كذا كناية عن العدد وأقله اثنان إذ الواحد لا يعد ، حتى يكون معه شىء وفى شرح المختار قيل : يلزمه عشرون وهو القياس ، لأن أقل عدد غير مركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون منح (قوله وكذا كذا درهما) أى بالنصب وبالخفض ثلثمائة وفى كذا كذا درهما وكذا كذا دينارا عليه من كل أحد عشر ، وفى كذا كذا دينارا ودرهما أحد عشر منهما جميعا ، ويقسم ستة من الدراهم وخمسة من الدنانير احتياطا ، ولا يعكس لأن الدراهم أقل مالية والقياس خمسة ونصف من كل لكن ليس فى لفظه ما يدل على الكسر غاية البيان ملخصا (قوله ولو ثلث) بأن قال كذا كذا كذا درهما (قوله إذ لا نظير له) وما قيل نظيره مائة ألف ألف فسهو ظاهر ، لأن الكلام فى نصب الدرهم وتمييز هذا العدد مجرور ، ولينظر هل إذا جره يلزمه ذلك وظاهر كلامهم لا (قوله ولو خمس زيد الخ) فيه أنه يضم الألف إلى عشرة الآلاف (قوله عشرة آلاف) هذا حكاه العينى بلفظ ينبغى لكنه غلط ظاهر ، لأن العشرة آلاف تتركب مع الألف بلا واو فيقال أحد عشر ألفا فتهدر الواو التى تعتبر معه ما أمكن ، وهنا ممكن فيقال أحد وعشرون ألفا ومائة وأحد وعشرون درهما نعم قوله : ولو سدس الخ مستقيم سائحانى أى بأن يقال مائة ألف وأحد وعشرون ألفا وأحدوعشرون درهما وكذا لو سبع زيدقبله ألف وماذكره أحسن من قول بعضهم (قوله زيد عشرة آلاف) فيه أنه يضم الألف إلى العشرة آلاف ، فيقال : أحد عشر والقياس لزوم مائة ألف وعشرة آلاف الخ اه لأن أحد وعشرون ألفا أقل من مائة ألف ، وقد أمكن اعتبار الأقل فلا يجب الأكثر ويلزم أيضا اختلال المسائل التى بعده كلها فيقال لوخمس زيد مائة ألف ولو سدس زيد ألف ألف وهكذا بخلافه على ما مر فتدبر (قوله زيد مائة ألف) فيقال مائة ألف وأحد وعشرون ألفا ومائة وأحد وعشرون (قوله أو قبلى) فى بعض النسخ وقبلى

(عندى أو معى أو فى بيتى أو) فى (كيسى أو) فى (صندوق) إقرارا بالـ (أمانة) عملا بالعرف (بجميع مالى أو ما أملكه له) أو له من مالى أو من دراهمى كذا فهو (هبة لا إقرار) ولو عبر بفى مالى أو بفى دراهمى كان إقرارا بالشركة (فلا بد) لصحة الهبة (من التسليم) بخلاف الإقرار، والأصل أنه متى أضاف المقر به إلى ملكه كان هبة ولا يرد ما فى بيتى لأنها إضافة نسبة لا ملك ، ولا الأرض التى حدودها كذا لطفلى فلان فإنه هبة وإن لم يقبضه ، لأنه فى يده إلا أن يكون مما يحتمل القسمة ، فيشترط قبضه

(قوله عندى أو معى) كأنه فى عرفهم كذلك أما العرف اليوم فى عندى ومعى للدين لكن ذكروا علة أخرى تفيد عدم اعتبار عرفنا . قال السائحانى نقلا عن المقدسى ، لأن هذه المواضع محل العين لا الدين إذ محله الذمة والعين يحتمل أن تكون مضمونة وأمانة والأمانة أدنى ، فحمل عليها والعرف يشهد له أيضا فإن قيل : لو قال على مائة وديعة دين أو دين وديعة لا تثبت الأمانة مع أنها أقلهما أجيب : بأن أحد اللفظين إذا كان للأمانة والآخر للدين ، فإذا اجتمعا فى الإقرار يترجح الدين اه أى بخلاف اللفظ الواحد المحتمل لمعنيين (قوله بالشركة) قال المقدسى ثم إن كان متميزا فوديعة وإلا فشركة سائحانى، فكان عليه أن يقول أو بالوديعة (قوله بخلاف الإقرار) فإنه لو كان إقرارا لا يحتاج إلى التسليم (قوله متى أضاف) ينبغى تقييده بما إذا لم يأت بلفظ فى كما يعلم مما قبله (قوله المقر به) بضم الميم وفتح القاف وتشديد الراء (قوله كان هبة) لأن قضية الإضافة تنافى حمله على الإقرار الذى هو إخبار لا إنشاء ، فيجعل إنشاء فيكون هبة فيشترط فيه ما يشترط فى الهبة منح إذا قال : اشهدوا أنى قد أوصيت لفلان بألف ، وأوصيت أن لفلان فى مالى ألفا فالأولى وصية ، والأخرى إقرار ؛ وفى الأصل : إذا قال فى وصيته سدس دارى لفلان فهو وصية ولو قال : لفلان سدس فى دارى فإقرار ، لأنه فى الأول جعل له سدس دار جميعها مضاف إلى نفسه وإنما يكون ذلك بقصد التمليك ، وفى الثانى : جعل دار نفسه ظرفا للسدس الذى كان لفلان وإنما تكون داره ظرفا لذلك السدس إذا كان السدس مملوكا لفلان قبل ذلك فيكون إقرارا . أما لو كان إنشاء لا يكون ظرفا لأن الدار كلها له ، فلا يكون البعض ظرفا للبعض ، وعلى هذا إذا قال له ألف درهم من مالى فهو وصية استحسانا إذا كان فى ذكر الوصية وإن قال : فى مالى فهو إقرار اه : من النهاية أول كتاب الوصية فقول المصنف فهو هبة أى إن لم يكن فى ذكر الوصية ، وفى هذا الأصل خلاف كما ذكره فى المنح وسيأتى فى متفرقات الهبة عن البزازية وغيرها الدين الذى لى على فلان لفلان إنه إقرار واستشكله الشارح هناك وأوضحناه ثمة فراجعه (قوله ولا يرد) أى على منطوق الأصل المذكور وقوله ولا الأرض : أى لا يرد على مفهومه وهو أنه إذا لم يضفه كان إقرارا وقوله للإضافة تقديرا علة لقوله ولا الأرض (قوله ما فى بيتى) وكذا ما فى منزلى ويدخل فيه الدواب التى يبعثها بالنهار وتأوى إليه بالليل وكذا العبيد كذلك كما فى التاترخانية أى فإنه إقرار (قوله لأنها إضافة) أى فإنه أضاف الظرف لا المظروف المقر به (قوله ولا الأرض) لا ورود لها على ما تقدم إذ الإضافة فيها إلى ملكه : نعم نقلها فى المنح عن الخانية على أنها تمليك : ثم نقل عن المنتقى نظيرتها على أنها إقرار ، وكذا نقل عن القنية ما يفيد ذلك حيث قال : إقرار الأب لولده الصغير بعين من ماله تمليك إن أضافه إلى نفسه فى الإقرار ، وإن أطلق فإقرار كما فى سدس دارى وسدس هذه الدار ، ثم نقل عنها ما يخالفه :

ثم قال قلت : بعض هذه الفروع يقتضى التسوية بين الإضافة وعدمها فيفيد أن فى المسألة خلافا ومسألة الابن الصغير يصح فيها الهبة بدون القبض : لأن كونه فى يده قبض فلا فرق بين الإقرار والتمليك بخلاف الأجنبى ولو كان فى مسألة الصغير شىء مما يحتمل القسمة ظهر الفرق بين الإقرار والتمليك فى حقه أيضا لافتقاره إلى القبض مفرزا اه :

مفرزا للإضافة تقديرا بدليل قول المصنف : أقر لآخر بعين ولم يضفه لكن من المعلوم لكثير من الناس أنه ملكه فهل يكون إقرارا أو تمليكا ينبغي الثاني فيراعى فيه شرائط التمليك فراجعه :

(قال لي عليك ألف فقال أتزنه أو أتنقده أو أجلني به أو قضيتكه إياه أو أبرأتني منه أو تصدقت به علي أو وهبته لي أو أحلتك به على زيد) ونحو ذلك (فهو إقرار له بها)

ثم قال : وهنا مسألة كثيرة الوقوع وهي ما إذا أقر لآخر الخ ماذكره الشارح مختصرا :

وحاصله : أنه اختلف النقل في قوله الأرض التي حدودها كذا لطفلي هل هو إقرار أو هبة ، وأفاد أنه لا فرق بينهما إلا إذا كان فيها شيء مما يحتمل القسمة ، فتظهر ثمرة الاختلاف في وجوب القبض وعدمه ، وكان مراد الشارح الإشارة إلى أن ما ذكره المصنف آخرا يفيد التوفيق بأن يحمل قول من قال : إنها تمليك على ما إذا كانت معلومة بين الناس أنها ملكه ، فتكون فيها الإضافة تقديرا وقول من قال : إنها إقرار على ما إذا لم تكن كذلك فقوله ولا الأرض أي ولا ترد مسألة الأرض التي الخ على الأصل السابق فإنها هبة أي لو كانت معلومة أنها ملكه للإضافة تقديرا لكن لا يحتاج إلى التسليم كما اقتضاه الأصل لأنها في يده وحينئذ يظهر دفع الورود تأمل (قوله مفرزا للإضافة) في بعض النسخ يوجد هنا بين قوله مفرزا وقوله : للإضافة بياض وفي بعضها لفظ اه ، وقدمنا قريبا أن قوله للإضافة علة لقوله ولا الأرض (قوله فهل يكون إقرارا) أقول المفهوم من كلامهم أنه إذا أضاف المقر به أو الموهوب إلى نفسه كان هبة وإلا يحتمل الإقرار والهبة ، فيعمل بالقرائن لكن يشكل على الأول ما عن نجم الأئمة البخاري أنه إقرار في الحالتين وربما يوفق بين كلامهم ، بأن الملك إذا كان ظاهرا للملك ، فهو تمليك وإلا فهو إقرار إن وجدت قرينة وتمليك إن وجدت قرينة تدل عليه فتأمل : فإنا نجد في الحوادث ما يقتضيه رملي ، وقال السائحاني : أنت خبير بأن أقوال المذهب كثيرة والمشهور هو ما مر من قول الشارح والأصل الخ : وفي المنح عن السعدي : أن إقرار الأب لولده الصغير بعين ماله تمليك إن أضاف ذلك إلى نفسه فانظر لقوله بعين ماله ولقوله لولده الصغير فهو يشير إلى عدم اعتبار مايعهد بل العبرة للفظ اه :

قلت : ويؤيده ما مر من قوله ما في بيتي وما في الخانية جميع ما يعرف بي أو جميع ما ينسب إلي لفلان قال الإسكاف إقرار اه فإن ما في بيته وما يعرف به وينسب إليه يكون معلوما لكثير من الناس ، أنه ملكه فإن اليد والتصرف دليل الملك ، وقد صرحوا بأنه إقرار وأفتى به في الحامدية وبه تأيد بحث السائحاني ، ولعله إنما عبر في مسألة الأرض بالهبة لعدم الفرق فيها بين الهبة والإقرار إذا كان ذلك لطفله ولذا ذكرها في المتقى في جانب غير الطفل مضافة للمقر حيث قال : إذا قال أرضي هذه وذكر حدودها لفلان أو قال الأرض التي حدودها كذا لولدي فلان وهو صغير كان جائزا ويكون تمليكا فتأمل والله أعلم (قوله فهو إقرار له بها) وكذا لا أقضيكها أو والله لا أقضيكها ولا أعطيكها فإقرار : وفي الخانية لا أعطيكها لا يكون إقرارا ولو قال أحل غرماءك علي أو بعضهم أو من شئت أو من شئت منهم فإقرار بها مقدسي وفيه قال أعطني الألف التي لي عليك فقال اصبر أو سوف تأخذها لا وقوله اتزن(١) إن شاء الله إقرار وفي البزازية قوله عند دعوى المال ما قبضت منك بغير حق ، لا يكون إقرارا ولو قال بأي سبب دفعته إلي قالوا يكون إقرارا وفيه نظر اه قدمه إلى الحاكم قبل حلول الأجل وطالبه به ، فله أن يحلف ماله علي اليوم شيء وهذا الحلف لا يكون إقرارا وقال الفقيه لا يلتفت إلى قول من

---

(١) قوله (وقوله اتزن الخ) لعل صوابه اتزنها كما هي عبارة البزازية وحينئذ فلا إشكال اه .

لرجوع الضمير إليها فى كل ذلك عزمى زاده ، فكان جوابا وهذا إذا لم يكن على سبيل الاستهزاء ، فإن كان وشهد الشهود بذلك لم يلزمه شيء : أما لو ادعى الاستهزاء لم يصدق (وبلا ضمير) مثل اتزن الخ وكذا نتحاسب أوما استقرضت من أحد سواك أو غيرك أو قبلك أو بعدك (لا) يكون إقرارا لعدم انصرافه إلى المذكور فكان كلاما مبتدأ ، والأصل أن كل ما يصلح جوابا لا ابتداء يجعل جوابا وما يصلح للابتداء لا للبناء أو يصلح لها يجعل ابتداء لئلا يلزمه المال بالشك اختيار وهذا إذا كان الجواب مستقلا فلو غير مستقل كقوله : نعم كان إقرارا مطلقا حتى لو قال أعطنى ثوب عبدى هذا ، أو افتح لى باب دارى هذه أو جصص لى دارى هذه أو أسرج دابتى هذه أو أعطى سرجها أو لجامها فقال نعم كان إقرارا منه بالعبد والدار والدابة كافى (قال أليس لى عليك ألف فقال بلى فهو إقرار له بها وإن قال نعم لا) وقيل نعم لأن الإقرار يحمل على العرف لا على دقائق العربية كذا فى الجوهرة والفرق أن بلى جواب الاستفهام المنفى بالإثبات ونعم جوابه بالنفى (والإيماء بالرأس) من الناطق (ليس بإقرار بمال وعتق وطلاق وبيع ونكاح وإجارة وهبة بخلاف إفتاء ونسب وإسلام وكفر) وأمان كافر وإشارة محرم لصيد والشيخ برأسه فى رواية الحديث والطلاق فى أنت طالق هكذا وأشار بثلاث إشارة الأشباه ويزاد اليمين كحلفه لا يستخدم فلانا أو لا يظهر سره أو لا يدل عليه وأشار حنث عمادية فتحرر بطلان إشارة الناطق إلا فى تسع فليحفظ (وإن أقر بدين مؤجل وادعى المقر له حلوله) لزمه الدين (حالا) وعند الشافعى رضى الله عنه مؤجلا بيمينه (كإقراره بعبد فى يده أنه لرجل وأنه استأجره منه) فلا يصدق فى تأجيل وإجارة لأنه دعوى بلا حجة (و) حينئذ (يستحلف المقر له فيهما بخلاف ما لو أقر بالدراهم السود فكذبه فى صفتها) حيث (يلزمه ما أقر به فقط) لأن السود نوع والأجل عارض لثبوته بالشرط والقول للمقر فى النوع ٧ وللمنكر فى العوارض (كإقرار الكفيل بدين مؤجل) فإن القول له فى الأجل لثبوته فى كفالة المؤجل بلا شرط (وشراؤه) أمة

جعله إقرارا سائحانى وفى العينى عن الكافى زيادة ، ونقله الفتال وذكر فى المنح جملة منها فراجعها (قوله لرجوع الضمير إليها) فكأنه قال أتزن الألف التى لك على (قوله على سبيل الاستهزاء) أى بالقرائن (قوله إلى المذكور) أى انصرافا متعينا وإلا فهو محتمل (قوله والأصل أن كل ما يصلح الخ) كالألفاظ المارة وعبارة الكافى بعد هذا كما فى المنح فإن ذكر الضمير صلح جوابا لا ابتداء وإن لم يذكره لا يصلح جوابا أو يصلح جوابا وابتداء فلا يكون إقرارا بالشك (قوله جوابا) ومنه ما إذا تقاضاه بمائة درهم فقال قضيتكها أو أبرأتنى (قوله لا للبناء) أى على كلام سابق بأن يكون جوابا عنه (قوله وهذا) أى التفصيل بين ذكر الضمير وعدمه كما يستفاد مما نقلناه قبل (قوله مطلقا) أى ذكر الضمير كقوله نعم هو على أو لم يذكره كما مثل (قوله لا يستخدم فلانا) أى فأشار إلى خدمته كذا فى الهامش ويأتى فى الشرح (قوله إلا فى تسع) ينبغى أن يزاد تعديل الشاهد من العالم بالإشارة فإنها تكفى كما قدمناه فى الشهادات فتال ؟

[فرع ذكره فى الهامش] ادعى بعض الورثة بعد الاقتسام دينا على الميت يقبل ، ولا يكون الاقتسام إبراء عن الدين لأن حقه غير متعلق بالغير ، فلم يكن الرضا بالقسمة إقرارا بعدم التعلق ، بخلاف ما إذا ادعى بعد القسمة عينا من أعيان التركة حيث لا تسمع ، لأن حقه متعلق بعين التركة صورة ومعنى فانتظمت القسمة بانقطاع حقه عن التركة صورة ومعنى ؟ لأن القسمة تستدعى عدم اختصاصه به بزازية اه (قوله بلا شرط) فالأجل فيها نوع فكانت الكفالة المؤجلة أحد نوعى الكفالة ، فيصدق لأن إقراره بأحد النوعين لا يجعل إقرارا بالنوع الآخر غاية البيان وقد مرت المسألة فى الكفالة عند قوله لك مائة درهم إلى شهر (قوله وشراؤه أمة

(متنقبة إقرار بالملك للبائع كثوب في جراب وكذا الاستيام والاستيداع) وقبول الوديعة بحر (والإعارة والاستيهاب والاستئجار ولو من وكيل) فكل ذلك إقرار بملك ذى اليد فيمنع دعواه لنفسه ولغيره بوكالة أو وصاية للتناقض بخلاف إبرائه عن جميع الدعاوى ثم الدعوى بهما لعدم التناقض ذكره فى الدرر قبيل الإقرار وصححه فى الجامع خلافا

متنقبة الخ) وفى البزازية علل لذلك بقوله والضابط أن الشيء إن كان مما يعرف وقت المساومة كالجارية القائمة المتنقبة بين يديه لا يقبل إلا إذا صدقه المدعى عليه فى عدم معرفته إياها فيقبل وإن كان مما لا يعرف كثوب في منديل أو جارية قاعدة على رأسها غطاء لا يرى منها شيء يقبل ولهذا اختلفت أقاويل العلماء اه ويظهر لى أن الثوب فى الجراب كهو فى المنديل سائحانى (قوله كثوب) أى كشراء ثوب فى جراب (قوله وكذا الاستيام) انظر جامع الفصولين ، ونور العين فى الفصل العاشر وحاشية الفتال .

[فرع ذكره فى الهامش] رجل قال لآخر : لى عليك ألف درهم فقال له المدعى عليه : إن حلفت أنها مالك على دفعتها إليك ، فحلف المدعى ، ودفع المدعى عليه الدراهم قالوا : إن أدى الدراهم بحكم الشرط الذى شرط فهو باطل وللدافع أن يسترد منه لأن الشرط باطل خانية (قوله والإعارة) الأولى أن يقال الاستعارة كما فى جامع الفصولين فى العاشر كذا فى الهامش .

[فرع] فى الهامش : شراه فشهد رجل على ذلك وختم ، فهو ليس بتسليم يريد به أنه إذا شهد بالشراء أى كتب الشهادة فى صك الشهادة ، وختم على صك الشهادة ثم ادعاه صح دعواه ، ولم تكن كتابة الشهادة إقرارا بأنه للبائع وهذا لأن الإنسان يبيع مال غيره كمال نفسه والشهادة بالبيع لا تدل على صحته جامع الفصولين فى الرابع عشر (قوله ذكره فى الدرر) الضمير راجع إلى المذكور متنا من قوله وكذا الخ سوى الإجارة ، وإلى المذكور شرحا فجميع ذلك مذكور فيها والضمير فى قوله وصححه فى الجامع الخ راجع إلى ما فى المتن فقط يدل عليه قول المصنف فى المنح ، وممن صرح بكونه إقرارا منلا خسرو . وفى النظم الوهبانى لعبد البر خلافه .

ثم قال : والحاصل أن رواية الجامع أن الاستيام والاستئجار والاستعارة ونحوها إقرار بالملك للمساوم منه ، والمستأجر منه ورواية الزيادات أنه لا يكون ذلك إقرارا بالملكية وهو الصحيح ، كذا فى العمادية وحكى فيها اتفاق الروايات على أنه لا ملك للمساوم ، ونحوه فيه وعلى هذا الخلاف ينبغى صحة دعواه ملكا لما ساوم فيه لنفسه(١) أو لغيره اه ، وإنما جزمنا هنا بكونه إقرارا أخذا برواية الجامع الصغير والله تعالى أعلم اه . قال السائحانى : ويظهر لى أنه إن أبدى عذرا يفتى بما فى الزيادات من أن الاستيام ونحوه ، لا يكون إقرارا : وفى العمادية وهو الصحيح وفى السراجية أنه الأصح ، قال الأنقروى والأكثر على تصحيح ما فى الزيادات وأنه ظاهر الرواية (قوله وصححه فى الجامع) أى جامع الفصولين وهذه رواية الجامع للإمام محمد والضمير فى صححه لكونه إقرارا بالملك لذى اليد قال فى الشرنبلالية ، كون هذه الأشياء إقرارا بعدم الملك للمباشر متفق عليه وأما كونها إقرارا بالملك لذى اليد ففيه روايتان ، على رواية الجامع يفيد الملك لذى اليد وعلى رواية الزيادات لا ، وهو الصحيح كذا فى الصغرى : وفى جامع الفصولين صحح رواية إفادته الملك فاختلف التصحيح للروايتين ، ويبتنى على عدم إفادته ملك المدعى عليه جواز دعوى المقر بها لغيره اه ونقل السائحانى عن الأنقروى أن الأكثر على تصحيح ما فى الزيادات ، وأنه ظاهر الرواية اه .

قلت : فيفتى به لترجحه لكونه ظاهر الرواية وإن اختلف التصحيح .

---

(١) (قوله لنفسه الخ) الصواب إسقاطها إذ لا وجه لصحة الدعوى لنفسه بعد اتفاق الروايات على أنه لا ملك للمساوم ونحوه اه

لتصحيح الوهبانية ووفق شارحها الشرنبلالى بأنه إن قال : بعنى هذا كان إقرارا وإن قال : أتبيع لى هذا لايؤيده مسألة كتابته وختمه على صك البيع فإنه ليس بإقرار بعدم ملكه (و) له على (مائة ودرهم كلها دراهم) وكذا المكيل والموزون استحسانا (وفى مائة وثوب ومائة وثوبان يفسر المائة) لأنها مبهمة (وفى مائة وثلاثة أثواب كلها ثياب) خلافا للشافعى رضى الله عنه :

قلنا : الأثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف التفسير إليهما لاستوائهما فى الحاجة إليه (والإقرار بدابة فى اصطبل تلزمه) الدابة (فقط) والأصل أن ما يصلح ظرفا إن أمكن نقله لزماه وإلا لزم المظروف فقط خلافا لمحمد ، وإن لم يصلح لزم الأول فقط كقوله درهم فى درهم .

قلت : ومفاده أنه لو قال دابة فى خيمة

[تتمة] الاشتراء(١) من غير المدعى عليه فى كونه إقرارا بأنه لاملك للمدعى كالاشتراء من المدعى عليه حتى لو برهن يكون دفعاً ، قال فى جامع الفصولين بعد نقله عن الصغرى أقول : ينبغى أن يكون الاستيداع وكذا الاستيعاب ونحوه كالاستشراء ه

[مهمة] قال فى البزازية : ومما يجب حفظه هنا أن المساومة إقرار بالملك للبائع أو بعدم كوله ملكا ضمنا لا قصدا ، وليس كالإقرار صريحا بأنه ملك البائع والتفاوت يظهر فيما إذا وصل إلى يده يؤمر بالرد إلى البائع فى فصل الإقرار الصريح ، ولا يؤمر فى فصل المساومة ، وبيانه اشترى متاعا من إنسان وقبضه ، ثم إن أبا المشترى استحقه بالبرهان من المشترى وأخذه ثم مات الأب ، وورثه الابن المشترى لايؤمر برده إلى البائع ، ويرجع بالثمن على البائع ويكون المتاع فى يد المشترى هذا بالإرث ولو أقر عند البيع بأنه ملك البائع ثم استحقه أبوه من يده ثم مات الأب وورثه الابن المشترى لا يرجع على البائع ، لأنه فى يده بناء على زعمه بحكم الشراء ا تقرر أن القضاء للمستحق لا يوجب فسخ البيع قبل الرجوع بالثمن اه ذكره فى الفصل الأول من كتاب الدعوى ، وفيه فروع جمة كلهامهمة فراجعه (قوله لتصحيح الوهبانية) أى فى مسألة الاستيام (قوله لا) بل يكون استفهاما وطلب إشهاد على إقراره بارادة بيع ملك القائل فيلزمه بعد ذلك شرنبلالية (قوله فإنه ليس بإقرار) أى فما هنا أولى أو مساو . قال فى الهامش : وإن رأى المولى عبده يبيع عينا من أعيان المولى ، فسكت لم يكن إذنا وكذا المرتهن إذا رأى الراهن يبيع الرهن ، فسكت لم يبطل الرهن ؛ وروى الطحاوى عن أصحابنا المرتهن إذا سكت كان رضا بالبيع ، ويبطل الرهن خانية من كتاب المأذون (قوله والموزون) كقوله مائة وقفيز كذا أو رطل كذا ولو قال له نصف درهم ودينار وثوب ، فعليه نصف كل منها وكذا نصف هذا العبد وهذه الجارية ، لأن الكلام كله وقع بغير عينه أو بعينه ، فينصرف النصف إلى الكل بخلاف ما لو كان بعضه غير معين كنصف هذا الدينار ودرهم يجب الدرهم كله ؛ قال الزيلعى : وعلى تقدير خفض الدرهم مشكل :

وأقول : لا إشكال على لغة الجوار على أن الغالب على الطلبة عدم التزام الأعراب سائحانى أى فضلا عن العوام ، ولكن الأحوط الاستفسار ، فإن الأصل براءة الذمة فلعله قصدالجر تأمل (قوله كلها ثياب) لأنه ذكر عددين مبهمين وأردفهما بالتفسير فصرف إليهما لعدم العاطف منح (قوله بحرف العطف) بأن يقول مائة وأثواب ثلاثة كما فى مائة وثوب (قوله إن أمكن نقله) كتمر فى قوصرة (قوله خلافا لمحمد) فعنده لزماه جميعا لأن غصب غير المنقول مقصور عنده زيلعى (قوله فى خيمة) فيه أن الخيمة لا تسمى ظرفا(٢) حقيقة والمعتبر كونه ظرفا

---

(١) (قوله الاشتراء الخ) لعل صوابه الاستشراء وكذا مابعده بقرينة عبارة جامع الفصولين اه .

(٢) (قوله فيه أن الخيمة لاتسمى ظرفا الخ) غير مسلم نعم هى لاتسمى ظرفا عرفا وكذا الاصطبل لايسمى ظرفا فى العرف وإن كان يسمى ظرفا حقيقة والمعتبر إنما هو التسمية الحقيقية كما قال فافهم اه .

لزماه ولو قال ثوب فى درهم لزمه الثوب ولم أره فيحرر (وبخاتم) تلزمه (حلقته وفصه) جميعا (وبسيف جفنه وحمائله ونصله وبحجلة) بحاء فجيم بيت مزين بستور وسرر (العيدان والكسوة وبتمرفىقوصرة أو بطعام فىجوالق أو) فى (سفينة أو ثوب فى منديل أو) فى(ثوب يلزمه الظرف كالمظروف) لما قدمناه (ومن قوصرة) مثلا (لا) تلزمه القوصرة ونحوها (كثوب فى عشرة وطعام فى بيت) فيلزمه المظروف فقط لما مر إذ العشرة لاتكون ظرفا لواحد عادة (وبخمسة فى خمسة وعنى) معنى على أو (الضرب خمسة) لما مر وألزمه زفر بخمسة وعشرين(وعشرة إن عنى مع) كما مر فى الطلاق

حقيقة كما فى المنح (قوله لزماه) لأن الإقرار بالغصب إخبار عن نقله ، ونقل المظروف حال كوله مظروفا لا يتصور إلا بنقل الظرف ، فصار إقرارا بغصبهما ضرورة ، ورجع فى البيان إليه لأنه لم يعين هكذا قرر فى غاية البيان وغيرها هنا وفيما بعده وظاهره قصره على الإقرار بالغصب ، ويؤيده ما فىالخانية له على ثوب أو عبد صح ، ويقضى بقيمة وسط عند أبى يوسف وقال محمد : القول له فى القيمة اهـ وفى البحر والأشباه لايلزمه شىء اهـ ولعله قول الإمام : فهذا يدل على أن ما هنا قاصر على الغصب ، وإلا لزمه القيمة أو لم يلزمه شىء ، ثم رأيته فى الشرنبلالية عن الجوهرة حيث قال : إن أضاف ما أقر به إلى فعل بأن قال غصبت منه تمرا فى قوصرة لزمه التمر والقوصرة والإبل ذكره ابتداء وقال على تمر فى قوصرة فعليه التمر دون القوصرة لأن الإقرار قول والقول بتمييزه البعض(١) دون البعض كما لو قال بعت له زعفرانا فى سلة اهـ ولله الحمد . ولعل المراد بقوله فعليه التمر قيمته تأمل (قوله لزمه الثوب) هو ظاهر ويدل عليه ما يأتى متنا وهو ثوب فى منديل أو فى ثوب فإن ماهنا أولى وفى غاية البيان ولو قال : غصبتك كذا فى كذا والثانى لا يكون وعاء(٢) للأول لزماه ، وفيها ولو قال على درهم فى قفيز حنطة لزمه الدرهم فقط ، وإن صلح القفيز ظرفا بيانه ما قاله خواهر زاده أنه أقر بدرهم فى الذمة ، وما فيها لا يتصور أن يكون مظروفا فى شىء آخر اهـ ويظهر لى أن هذا فى الإقرار ابتداء ، أما فى الغصب فيلزمه الظرف أيضا كما فى غصبته درهما فى كيس ، بناء على ما قدمناه ويفيده التعليل وعلى هذا التفصيل درهم فى ثوب تأمل (قوله جفنه) بفتح الجيم أى غمده (قوله وحمائله) أى علائقه : قال الأصمعى : لا واحد لها من لفظها وإنما واحدها محمل عينى (قوله فىقوصرة) بالتشديد وقد تخفف مختار (قوله وطعام فى بيت) الأصل فى جنس هذه المسائل أن الظرف إن أمكن أن يجعل ظرفا حقيقة ينظر . فإن أمكن نقله لزماه وإن لم يمكن نقله لزمه المظروف خاصة عندهما لأن الغصب الموجب للضمان لا يتحقق فى غير المنقول ولو ادعى أنه لم ينقل المظروف لا يصدق ، لأنه أقر بغصب تام إذ هو مطلق ، فيحمل على الكمال : وعند محمد لزماه جميعا لأن غصب المنقول(٣) منصور عنده ، وإن لم يمكن أن يجعل ظرفا حقيقة لم يلزمه إلا الأول كقولهم : درهم فى درهم لم يلزمه الثانى لأنه لا يصلح أن يكون ظرفا منح كذا فى هامش (قوله لا تكون ظرفا) خلافا لمحمد لأنه يجوز أن يلف الثوب النفيس فى عشرة أثواب منح ، كذا فى الهامش (قوله خمسة) لأن أثر الضرب فى تكثير الأجزاء لا فى تكثير المال درر كذا فى الهامش . وفى الولوالجية إن عنى بعشرة فى عشرة الضرب فقط أو الضرب بمعنى تكثير الأجزاء فعشرة وإن نوى بالضرب تكثير العين لزمه مائة سائحانى (قوله وعشرة إن عنى مع) وفى البيانية على درهم

---

(١) قوله (والقول بتمييزه البعض الخ) هكذا فى النسخة المجموع منها وانظر ما معناه تأمل اهـ مصححه .

(٢) (قوله والثانى لايكون وعاء) لعل الأولى ما لايكون تأمل اهـ .

(٣) (قوله لأن غصب المنقول الخ) لعل صوابه زيادة غير تأمل اهـ .

(ومن درهم إلى عشرة أو ما بين درهم إلى عشر تسعة) لدخول الغاية الأولى ضرورة إذ لا وجود لما فوق الواحد بدونه بخلاف الثانية وما بين الحائطين فلذا قال (و) فى له (كر حنطة إلى كر شعير لزماه) جميعا (إلا قفيزا) لأنه الغاية الثانية (ولو قال له على عشرة دراهم إلى عشرة دنانير يلزمه الدراهم وتسعة دنانير) عند أبى حنيفة رضى الله عنه لما مر نهاية (وفى) له (من دارى مابين هذا الحائط إلى هذا الحائط له مابينهما) فقط لما مر (وصح الإقرار بالحمل المحتمل وجوده وقته) أى وقت الإقرار بأن تلد لدون نصف حول لو مزوجة أو لدون حولين لو معتدة لثبوت نسبه (ولو) الحمل (غير آدمى) ويقدر بأدنى مدة يتصور ذلك عند أهل الخبرة زيلعى .

لكن فى الجوهرة أقل مدة حمل الشاة أربعة أشهر وأقلها لبقية الدواب ستة أشهر (و) صح (له إن بين) المقر (سببا صالحا) يتصور للمحل (كالإرث والوصية) كقوله مات أبوه فورثه أو أوصى له به فلان يجوز وإلا

مع درهم أو معه درهم لزماه وكذا قبله أو بعده ، وكذا درهم فدرهم أو ودرهم بخلاف درهم على درهم أو قال درهم درهم لأن الثانى تأكيد وله على درهم فى قفيز بر لزمه درهم ، وبطل القفيز كعكسه وكذا له فرق زيت فى عشرة مخاتيم حنطة ودرهم ثم درهمان لزمه ثلاثة ودرهم بدرهم واحد لأنه للبداية اه ملخصا .

وفى الحاوى القدسى : له على مائة ونيف لزمه مائة والقول له فى النيف ، وفى قريب من ألف عليه أكثر من خمسمائة والقول له فى الزيادة وفى الهامش لو قال أردت خمسمائة مع خمسمائة(١) لزمه عشرة لأن اللفظ يحتمله قال تعالى — فادخلى فى عبادى — قيل مع عبادى فإذا احتمله اللفظ ، ولو مجازا ولواه صح لا سيما إذا كان فيه تشديد على نفسه كما عرف فى موضعه درر اه (قوله تسعة عند أبى حنيفة) وقالا يلزمه عشرة وقال زفر ثمانية وهو القياس ، لأنه جعل الدرهم الأول والآخر حدا والحد لا يدخل فى المحدود ، ولهما أن الغاية يجب أن تكون موجودة إذ المعدوم لا يجوز أن يكون حدا للموجود ووجوده يوجبه فتدخل الغايتان ، وله أن الغاية لا تدخل ، لأن الحد يغاير المحدود لكن هنا لا بد من إدخال الأولى ، لأن الدرهم الثانى والثالث لا يتحقق بدون الأولى فدخلت الآية الأولى ضرورة ولا ضرورة فى الثانية درر كذا فى الهامش (قوله بخلاف الثانية) أى الغاية الثانية (قوله إلا قفيزا) من شعير وعندهما كران منح كذا فى الهامش (قوله لما مر) أى من أن الغاية الثانية لا تدخل لعدم الضرورة .

واعلم أن المراد بالغاية الثانية المتمم للمذكور ، فالغاية فى إلى عشرة وفى إلى ألف الفرد الأخير ، وهكذا على ما يظهر لى . قال المقدسى : ذكر الاتقانى عن الحسن أنه لو قال من درهم إلى دينار لم يلزمه الدينار . وفى الأشباه على من شاة إلى بقرة لا يلزمه شىء سواء كان بعينه أولا ورأيت معزيا لشرحها . قال أبو يوسف : إذا كان بغير عينه فهما عليه ولو قال ما بين درهم إلى درهم فعليه درهم عند أبى حنيفة ودرهمان عند أبى يوسف سائحانى (قوله لما مر) من أن الغاية الثانية لا تدخل ، وأن الأولى تدخل للضرورة أى ولا ضرورة هنا تأمل وعلل له فى البرهان كما فى الشرنبلالية بقيامهما بأنفسهما (قوله وصح الإقرار بالحمل) سواء كان حمل أمة أو غيرها بأن يقول حمل أمتى أو حمل شاتى لفلان ، وإن لم يبين له سببا لأن لتصحيحه وجها ، وهو الوصية من غيره كأن أوصى رجل بحمل شاة مثلا لآخر ومات فأقر ابنه بذلك فحمل عليه (قوله المحتمل) أى والمتيقن بالأولى ولعل الأولى أن يقول المتيقن وجوده شرعا (قوله لثبوت نسبه) فيكون حكما بوجوده (قوله لكن فى الجوهرة) الاستدراك على ما تضمنه الكلام السابق من الرجوع إلى أهل الخبرة إذ لا يلزم فيما ذكر (قوله وصح له) أى للحمل

---

(١) (قوله أردت خمسمائة مع خمسمائة الخ) لعل صوابه خمسة مع خمسة ليناسب قوله لزمه عشرة تأمل اه .

فلا كما يأتى (فإن ولدته حيا لأقل من نصف حول) مذ أقر (فله ما أقر وإن ولدت حيين فلهما) نصفين ولو أحدهما ذكرا والآخر أنثى فكذلك فى الوصية بخلاف الميراث (وإن ولدت ميتا ف) يرد (لورثة) ذلك (الموصى والمورث) لعدم أهلية الجنين (وإن فسره ب) ما لا يتصور كهبة أو (بيع أو إقراض أو أبهم الإقرار) ولم يبين سببا (لغا) وحمل محمد المبهم على السبب الصالح ، وبه قالت الثلاثة (و) أما (الإقرار للرضيع) فإنه (صحيح وإن بين) المقر (سببا غير صالح منه حقيقة كالإقراض) أو ثمن مبيع لأن هذا المقر محل لثبوت الدين للصغير فى الجملة أشباه ؛

(أقر بشيء على أنه بالخيار) ثلاثة أيام (لزمه بلا خيار) لأن الإقرار إخبار ، فلا يقبل الخيار (وإن) وصلية (صدقه المقر له) فى الخيار لم يعتبر تصديقه (إلا إذا أقر بعقد) بيع (وقع بالخيار له) فيصح باعتبار العقد إذا صدقه أو برهن فلذا قال (إلا أن يكذبه المقر له) فلا يصح لأنه منكر والقول له (كإقراره بدين بسبب كفالة على أنه بالخيار فى مدة ولو) المدة (طويلة) أو قصيرة فإنه يصح إذا صدقه لأن الكفالة عقد أيضا بخلاف ما مر لأنها أفعال لا تقبل الخيار زيلعى (الأمر بكتابة الإقرار إقرار حكما)(١) فإنه كما يكون باللسان يكون بالبنان فلو قال للصكاك : اكتب خط إقرارى بألف على أو اكتب بيع دارى أو طلاق امرأتى(٢) صح كتب أم لم يكتب وحل للصكاك أن يشهد إلا فى حد وقود خانية وقد منا فى الشهادات عدم اعتبار مشابهة الخطين

المحتمل وجوده وقت الإقرار ، بأن جاءت به لدون نصف حول أو لسنتين وأبوه ميت إذ لو جاءت به لسنتين وأبوه حى ووطء الأم له حلال فالإقرار بالحمل(٣) لأنه محال بالعلوق إلى أقرب الأوقات فلا يثبت الوجود وقت الإقرار لا حقيقة ولا حكما بيانية وكفاية (قوله بخلاف الميراث) فإنه فيه للذكر مثل حظ الأنثيين (قوله فإنه صحيح) لأن الإقرار لا يتوقف على القبول ، ويثبت الملك للمقر له من غير تصديق لكن بطلانه يتوقف على الإبطال كما فى الأنقروى سائحانى والفرق بينه وبين الحمل سيذكره الشارح (قوله فى الجملة) أى بأن يعقد مع وليه بخلاف الحمل فإنه لا يلى عليه أحد (قوله لم يعتبر) ينبغى أن يقول ، فإنه لم يعتبر لأن أن وصلية فلا جواب لها ح (قوله أو قصيرة) الأولى حذفها كما لايخفى ح (قوله لأنها أفعال) لأن الشيء المقر به قرض أو غصب أو وديعة أو عارية (قوله بكتابة الإقرار) بخلاف أمره بكتابة الإجارة ، وأشهد ولم يحز عنه لا تنعقد أشباه (قوله يكون بالبنان) بالباء الموحدة والنون ومقتضى كلامه أن مسألة المتن من قبيل الإقرار بالبنان ، والظاهر أنها من قبيل الإقرار باللسان بدليل قوله كتب أم لم يكتب ، وبدليل ما فى المنح عن الخانية حيث قال : وقد يكون الإقرار بالبنان كما يكون باللسان رجل كتب على نفسه ذكر حق بحضرة قوم أو أملى على إنسان ليكتب ، ثم قال اشهدوا على بهذا لفلان كان إقرارا اهـ فإن ظاهر التركيب أن المسألة الأولى مثال للاقرار بالبنان والثانية للإقرار باللسان فتأمل ح .

[فرع] ادعى المدبون أن الدائن كتب على قرطاس بخطه أن الدين الذى لى على فلان بن فلان أبرأته عنه صح

---

(١) (قول المصنف إقرار حكما) إنما لم يكن إقرارا حقيقة لأن الأمر إنشاء والإقرار إخبار ، فلا يكونان متحدين حقيقة بل المراد أن الأمر بكتابة الإقرار إذا حصل حصل الإقرار اهـ ح عن الدرر اهـ ط .

(٢) (قول الشارح أو طلاق امرأتى الخ) وجدت بهامش من خط بعض المشايخ مانصه اختلفوا فيما لو أمر الزوج بكتابة الصك بطلاق امرأته فقيل هو إقرار به فيقع ، وقيل هو توكيل فلا يقع ، حتى يكتب وبه يفتى فى زماننا وهو الصحيح وقيل : لايقع وإن كتب إلا إذا نوى الطلاق كذا فى القنية اهـ .

(٣) (قوله فالإقرار بالحمل الخ) هكذا فى النسخة المجموع منها وليتأمل اهـ مصححه .

وسقط الدين ، لأن الكتابة المرسومة المعنونة كالنطق به ، وإن لم يكن كذلك لايصح الإبراء ولا دعوى الابراء ، ولا فرق بين أن تكون الكتابة بطلب الدائن أو لابطلبه بزازية من آخر الرابع عشر من الدعوى ، وفى أحكام الكتابة من الأشباه إذا كتب ولم يقل شيئا لا تحل الشهادة قال القاضى النسفى : إن كتب مصدرا يعنى كتب فى صدره أن فلان بن فلان له على كذا أو أما بعد فلفلان على كذا يحل للشاهد أن يشهد وإن لم يقل اشهد على به ، والعامة على خلافه لأن الكتابة قد تكون للتجربة ، ولو كتب وقرأه عندالشهود وإن لم يشهدهم(١) ولو كتب عندهم وقال اشهدوا على بما فيه إن علموا بما فيه كان إقرارا وإلا فلاوذكر القاضى ادعى على آخر مالاوأخرج خطا وقال : إنه خط المدعى عليه بهذا المال فأنكر كونه خطه ، فاستكتب وكان بين الخطين مشابهة ظاهرة تدل على أنهما خط كاتب واحد ، لايحكم عليه بالمال فى الصحيح ، لأنه لايزيد على أن يقول هذا خطى ، وأناحررته لكن ليس على هذا المال وثمة لا يجب كذا هنا إلا فى دفتر السمسار والبياع والصراف اه وقدمنا شيئا من الكلام عليها فى باب كتاب القاضى وفى أثناء كتاب الشهادات ومثله فى البزازية :

وقال السائحانى وفى المقدسى عن الظهيرية لو قال : وجدت فى كتابى أن له على ألفا أو وجدت فى ذكرى أو فى حسابى أو بخطى أو قال كتبت بيدى أن له على كذا كله باطل ، وجماعة من أئمة بلخ قالوا فى دفتر البياع إن ما وجد فيه بخط البياع فهو لازم عليه ، لأنه لا يكتب إلاما على الناس له وما للناس عليه صيانة عن النسيان ، والبناء على العادة الظاهرة واجب اه :

فقد استفدنا من هذا أن قول أئمتنا لايعمل بالخط يجرى على عمومه واستثناء دفتر السمسار والبياع لايظهر بل الأولى أن يعزى إلى جماعة من أئمة بلخ ، وأن يقيد بكونه فيما عليه ، ومن هنا يعلم أن رد الطرسوسى العمل به مؤيد بالمذهب فليس إلى غيره لذهب : وانظر ما قدمناه فى باب كتاب القاضى إلى القاضى (قوله أحد الورثة) وإن صدقوا جميعا لكن على التفاوت كرجل مات عن ثلاثة بنين وثلاثة آلاف فاقتسموها وأخذ كل واحد ألفا ، فادعى رجل على أبيهم ثلاثة آلاف فصدقه الأكبر فى الكل والأوسط فى الألفين والأصغر فى الألف أخذ من الأكبر ألفا(٢) ومن الأوسط خمسة أسداس الألف ، ومن الأصغر ثلث ألف عند أبى يوسف وقال محمد فى الأصغر والأكبر كذلك والأوسط يأخذ الألف ووجه كل فى الكافى :

[تنبيه] لو قال المدعى عليه عند القاضى كل ما يوجد فى تذكرة المدعى بخطه فقد التزمته ليس بإقرار ،

---

(١) (قوله ولو كتب وقرأ عند الشهود وإن لم يشهدهم) هكذا فى النسخة المجموع منها بدون ذكر جواب لو وليحرر اه مصححه .

(٢) (قوله أخذ من الأكبر ألفا الخ) وجه ماقاله أبو يوسف أن الكل اتفقوا على الألف فيؤخذ من يد كل واحد منهم ثلثه وحينئذ يكون قد وصل إليه كل ماأقر به الأصغر ثم اتفق الأوسط والأكبر على ألف آخر فيؤخذ من كل واحد منهما نصفه فيبقى فى يد الأوسط سدس الألف فهو له إذ قد وصل إليه كل ماأقر به ذلك الأوسط وبقى فى يد الأكبر سدس الألف فيأخذه الدائن لأنه مقر أن الدين مستغرق للتركة ولا إرث له . ووجه قول محمد أن الأصغر يزعم أن المدعى يدعى ثلاثة آلاف ألفا بحق وألفين بغير حق فإذا أخذ من الأكبر ألفا فقد أخذ ثلث الألف بحق والثلثين بدونه والأوسط يزعم أن الدعوى حق فى ألفين وكذب فى ألف فيكون قد أخذ من الأكبر ثلثى الألف بحق وثلثه بدونه فعلى زعم الأصغر يكون قد بقى من دعوى المدعى الحق ثلثا ألف وعلى زعم الأوسط ألف وثلث فقد اتفقا على ثلثى ألف الذى هو زعم الأصغر فيؤخذ من كل واحد نصف مااتفقا عليه وهو ثلث الألف فيبقى للدائن من إقرار الأوسط ثلثا ألف وذلك فى يده فيدفعه إليه فلم يبق فى يده شىء اه من كافى النسفى ببعض تغيير .

أقر بالدين) المدعى به على مورثه وجحده الباقون (يلزمه) الدين (كله) يعنى إن وفى ماورثه به برهان وشرح مجمع (وقيل حصته) واختاره أبو الليث دفعا للضرر ، ولو شهد هذا المقر مع آخر أن الدين كان على الميت قبلت وبهذا علم أنه لا يحل الدين فى نصيبه

لأنه قيده بشرط لايلائمه فإنه ثبت عن أصحابنا رحمهم الله أن من قال : كل ما أقر به على فلان فأنا مقر به فلا يكون إقرارا لأنه يشبه وعدا كذا فى المحيط شرنبلالية :

فى رجل كان يستدين من زيد ويدفع له ثم تحاسبا على مبلغ دين لزيد بذمة الرجل ، وأقر الرجل بأن ذلك آخر كل قبض وحساب ، ثم بعد أيام يريد نقض ذلك وإعادة الحساب فهل ليس له ذلك الجواب ؟ نعم لقول الدرر لا عذر لمن أقر سائحانى :

وفيها فى شريكى تجارة حسب لهما جماعة الدفاتر فتراضيا وانفصل المجلس وقد ظنا صواب الجماعة فى الحساب ، ثم تبين الخطأ فى الحساب لدى جماعة أخرى ، فهل يرجع للصواب ؟ الجواب : نعم لقول الأشباه لاعبرة بالظن البين خطؤه :

فى شريكى عنان تحاسبا ثم افترقا بلا إبراء أو بقيا على الشركة ثم تذكر أحدهما أنه كان أوصل لشريكه أشياء من الشركة غير ما تحاسبا عليه فأنكر الآخر ولا بينة ، فطلب المدعى يمينه على ذلك فهل له ذلك لأن اليمين على من أنكر الجواب نعم اهـ (قوله أقر بالدين) سيأتى فى الوصايا قبيل باب العتق فى المرض (قوله وقيل حصته) عبر عنه بقيل لأن الأول ظاهر الرواية كما فى فتاوى المصنف ، وسيجيء أيضا وهذا بخلاف الوصية لما فى جامع الفصولين : أحد الورثة لو أقر بالوصية يؤخذ منه ما يخصه وفاقا ، وفى مجموعة منلاعلى عن العمادية فى الفصل التاسع والثلاثين أحد الورثة إذا أقر بالوصية يؤخذ منه ما يخصه بالاتفاق ، وإذا مات وترك ثلاثة بنين وثلاثة آلاف درهم ، فأخذ كل ابن ألفا فادعى رجل أن الميت أوصى له بثلث ماله وصدقه أحد الابنين(١) فالقياس أن يؤخذ منه ثلاثة أخماس ما فى يده ، وهو قول زفر : وفى الاستحسان يؤخذ منه ثلث ما فى يده ، وهو قول علمائنا رحمهم الله. لنا أن المقر أقر بألف شائع فى الكل ثلث ذلك فى يده وثلثاه فى يد شريكيه ، فما كان إقرارا فيما فى يده يقبل ، وماكان إقرارا فى يد غيره لا يقبل فوجب أن يسلم إليه أى إلى الموصى له ثلث ما فى يده اهـ (قوله ولو شهد هذا المقر مع آخر) وفى جامع الفصولين ح : ينبغى للقاضى أن يسأل المدعى عليه هل مات مورثك فإن قال : نعم يسأله عن دعوى المال ، فلو أقر وكذبه بقية الورثة ولم يقض بإقراره حتى شهد هذا المقر وأجنبى معه يقبل ويقضى على الجميع وشهادته بعد الحكم عليه بإقراره لا تقبل ، ولو لم يقم البينة أقر الوارث أو نكل ففى ظاهر الرواية يؤخذ كل الدين من حصة المقر لأنه مقر بأن الدين مقدم على إرثه وقال ث : هو القياس ولكن المختار عندى أن يلزمه ما يخصه ، وهو قول الشعبى والحسن البصرى ومالك وسفيان وابن أبى ليلى وغيرهم ممن تابعهم . وهذا القول أعدل وأبعد من الضرر به ، ولو برهن لا يؤخذ منه إلا ما يخصه وفاقا انتهى : بقى ما لو برهنا على أحد الورثة بدينه بعد قسمة التركة : فهل للدائن أخذه كله من حصة الحاضر قال المصنف فى فتاواه : واختلفوا فيه ، فقال بعضهم ؟ نعم : فإذا حضر الغائب يرجع عليه : وقال بعضهم لا يأخذ منه إلا ما يخصه اهـ ملخصا :

وفى جامع الفصولين أيضا : وكذا لو برهن الطالب على هذا المقر تسمع البينة عليه كما فى وكيل قبض العين

---

(١) قوله (أحد الابنين) هكذا بالأصل المجموع منه ولعله أحد البنين وليحرر اهـ مصححه .

بمجرد إقراره بل بقضاء القاضى عليه بإقراره فلتحفظ هذه الزيادة درر :
(أشهد على ألف فى مجلس وأشهد رجلين آخرين فى مجلس آخر) بلا بيان السبب (لزم) المالان (ألفان) كما اختلف السبب بخلاف ما لو اتحد السبب أو الشهود أو أشهد على صك واحد أو أقر عند الشهود ثم عند القاضى أو بعكسه ابن ملك والأصل أن المعرف أو المنكر إذا أعيد معرفا كان الثانى عين الأول أومنكرا فغيره ولو نسى الشهود أفى موطن أو موطنين فهما مالان ما لم يعلم اتحاده وقيل واحد وتمامه فى الخانية :
(أقر

لو أقر من عنده العين أنه وكيل بقبضها لايكفى إقراره ، ويكلف الوكيل إقامة البينة على إثبات الوكالة حتى يكون له قبض ذلك فكذا هنا اه (قوله بمجرد إقراره) ولو كان الدين يحل فى نصيبه بمجرد الإقرار ما قبلت شهادته لما فيه من دفع المغرم عنه باقانى ودرر كذا فى الهامش (قوله أشهد على ألف الخ) نقل المصنف فى المنح عن الخانية روايتين عن الإمام ليس ما فى المتن واحدة منهما إحداهما أن يلزمه المالان إن أشهد فى المجلس الثانى عين الشاهدين الأولين ، وإن أشهد غيرهما كان المال واحدا وأخراهما أنه إن أشهد على كل إقرار شاهدين يلزمه المالان جميعا سواء أشهد على إقراره الثانى الأولين أو غيرهما اه فلزوم المالين إن أشهد فى مجلس آخر آخرين ليس واحدا مما ذكر ونقل فى الدرر عن الإمام الأولى وأبدل الثانية بما ذكره المصنف متابعة له واعترضه فى العزمية بما ذكرنا وأنه ابتداع قول ثالث غير مسند إلى أحد ولا مسطور فى الكتب (قوله فى مجلس آخر) بخلاف ما لو أشهد أولا واحدا وثانيا آخر فى موطن أو موطنين فالمال واحد اتفاقا وكذا لو أشهد على الأول واحدا وعلى الثانى أكثر فى مجلس آخر فالمال واحد عندهما وكذا عنده على الظاهر منح (قوله لزم ألفان) واعلم أن تكرار الإقرار لا يخلو إما أن يكون مقيدا بسبب أو مطلقا. والأول على وجهين : إما بسبب متحد ، فيلزم مال واحد ، وإن اختلف المجلس أو بسبب مختلف فالمالان مطلقا ، وإن كان مطلقا فإما بصك أولا والأول على وجهين : إما بصك واحد فالمال واحد مطلقا ، أو بصكين فالمالان مطلقا ، وأما الثانى فإن كان الإقرار فى موطن واحد يلزم مالان عنده وواحد عندهما ، وإن كان فى موطنين ، فإن أشهد على الثانى شهود الأول فمال واحد عنده إلا أن يقول المطلوب هما مالان وإن أشهد غيرهما فالمالان وفى موضع آخر عنه على عكس ذلك ، وهو إن اتحد المشهود فالمالان عنده ، وإلا فواحد عندهما. وأما عنده فاختلف المشايخ منهم من قال القياس على قوله مالان وفى الاستحسان مال واحد وإليه ذهب السرخسى ومنهم من قال على قول الكرخى مالان وعلى قول الطحاوى واحد وإليه ذهب شيخ الإسلام اه ملخصا من التاترخانية وكل ذلك مفهوم من الشرح ، وبه ظهر أن ما فى المتن رواية منقولة وأن اعتراض العزمية على الدرر مردود حيث جعله قولا مبتدعا غير مسطور فى الكتب مستندا إلى أنه فى الخانية حكى فى المسألة روايتين الأولى لزوم مالين إن اتحد الشهود ، وإلا فالثانية لزوم مالين إن أشهد على كل إقرار شاهدين اتحدا أولا وقد أوضح المسألة فى الولوالجية فراجعها (قوله كما لو اختلف السبب) ولو فى مجلس واحد فى البزازية جعل الصفة كالسبب حيث قال : إن أقر بألف بيض ثم بألف سود فالمالان ولو ادعى المقر له اختلاف السبب ، وزعم المقر اتحاده أو الصك أو الوصف فالقول للمقر ولو اتحد السبب والمال الثانى أكثر يجب المالان ، وعندهما يلزم الأكثر سائحانى (قوله اتحد السبب) بأن قال له على ألف ثمن هذا العبد ثم أقر بعده كذلك فى المجلس أو فى غيره منح (قوله أو الشهود) هذا ماذهب إليه السرخسى كما علمته مما مر (قوله ثم عند القاضى) وكذا لو كان كل عند القاضى فى مجلس ط (قوله والأصل أن المعرف) كالإقرار بسبب متحد (قوله أو المنكر) كالسببين وكالمطلق عن السبب (قوله ولو نسى الشهود) فى صورة تعدد الإشهاد (قوله وتمامه فى الخانية) ونقلها فى المنح (قوله أقر) أى بدين أو غيره كما

ثم ادعى) المقر (أنه كاذب في الإقرار يحلف المقر له أن المقر لم يكن كاذبا في إقراره) عند الثاني وبه يفتى درر (وكذا) الحكم يجرى (لو ادعى وارث المقر) فيحلف (وإن كانت الدعوى على ورثة المقر له فاليمين عليهم) بالعلم أنا لا نعلم أنه كان كاذبا صدر الشريعة :

في آخر الكنز (قوله ثم ادعى) ذكر المسألة في الكنز في شتى الفرائض (قوله وبه يفتى) وهو المختار بزازية وظاهره أن المقر إذا ادعى الإقرار كاذبا يحلف المقر له ، أو وارثه على المفتى به من قول أبي يوسف مطلقا ، سواء كان مضطرا إلى الكذب في الإقرار أولا . قال شيخنا : وليس كذلك لما سيأتي في مسائل شتى قبيل كتاب الصلح عند قول المصنف أقر بمال في صك وأشهد عليه به ثم ادعى أن بعض هذا المال المقر به قرض وبعضه ربا الخ حيث نقل الشارح عن شرح الوهبانية للشرنبلالي ما يدل على أنه إنما يفتى بقول أبي يوسف : من أنه يحلف له أن المقر ما أقر كاذبا في صورة يوجد فيها اضطرار المقر إلى الكذب في الإقرار كالصورة التي تقدمت ونحوها ، كذا في حاشية مسكين للشيخ محمد أبي السعود المصري ، وفيه أنه لا يتعين الحمل على هذا لأن العبارة هناك في هذا ونحوه فقوله ونحوه يحتمل أن يكون المراد به كل ما كان من قبيل الرجوع بعد الإقرار مطلقا ، ويدل عليه ما بعده من قوله وبه جزم المصنف فراجعه (قوله فيحلف) أي المقر له وقال بعضهم : إنه لا يحلف بزازية والأصح التحليف حامدية عن صدر الشريعة . وفي جامع الفصولين : أقر فمات فقال ورثته إنه أقر كاذبا فلم يجز إقراره والمقر له عالم به ليس لهم تحليفه إذ وقت الإقرار لم يتعلق حقهم بمال المقر فصح الإقرار وحيث تعلق حقهم(١) صار حقا للمقر له ص :

أقر ومات فقال ورثته إنه أقر تلجئة حلف المقر له بالله لقد أقر لك إقرارا صحيحا ط .

وارث ادعى أن مورثه أقر تلجئة قال بعضهم : له تحليف المقر له ولو ادعى أنه أقر كاذبا لا يقبل قال في نور العين يقول الحقير : كان ينبغي أن يتحد حكم المسألتين ظاهرا إذ الإقرار كاذبا موجود في التلجئة أيضا ، ولعل وجه الفرق هو أن التلجئة أن يظهر أحد شخصين أو كلاهما في العلن خلاف ما تواضعا عليه في السر ففي دعوى التلجئة يدعي الوارث على المقر له فعلا له وهو تواضعه مع المقر في السر ، فلذا يحلف بخلاف دعوى الإقرار كاذبا كما لا يخفى على من أوتي فهما صافيا اهـ من أواخر الفصل الخامس عشر .

ثم اعلم أن دعوى الاقرار كاذبا إنما تسمع إذا لم يكن(٢) إبراء عاما فلو كان لا تسمع لكن للعلامة ابن نجيم رسالة : في امرأة أقرت في صحتها لبنتها فلانة بمبلغ معين ثم وقع بينهما تبارؤ عام ثم ماتت فادعى الوصي أنها كاذبة ، فأفتى بسماع دعواه وتحليف البنت ، وعدم صحة الحكم قبل التحليف لأنه حكم بخلاف المفتى به وأن الابراء هنا لا يمنع ، لأن الوصي يدعي عدم لزوم شيء بخلاف ما إذا دفع المقر المال المقر به إلى المقر له فإنه ليس له تحليف المقر له لأنه يدعي استرجاع المال والبراءة مانعة من ذلك أما في الأولى فإنه لم يدع استرجاع شيء وإنما يدفع عن نفسه فافترقا ، والله أعلم :

---

(١) (قوله وحيث تعلق حقهم الخ) في العبارة تحريف وأصلها وحيث تعلق حقهم لم يتعلق بما صار حقا للمقر له أي وقت تعلق حقهم لم يكن للمقر له حق فيما تعلق به حقهم لما أن حقه تعلق بشيء قبل موت مورثهم لا ينزل استحقاقهم عليه اهـ .

(٢) (قوله إذا لم يكن الخ) أي الإقرار إبراء عاما ، قال شيخنا لعل هذا لو قال لا حق لي عليك ثم ادعى الكذب في هذه المقالة لا تسمع دعواه وهو غير ظاهر الوجه اهـ .

باب الاستثناء وما فى معناه

فى كونه مغيراً كالشرط ونحوه

(هو) عندنا (تـكلم بالباقى بعد الثنيا باعتبار الحاصل من مجموع التركيب ونفى وإثبات باعتبار الأجزاء) فالقائل له على عشرة إلا ثلاثة له عبارتان مطولة وهى ما ذكرناه ومختصرة وهى أن يقول ابتداء له على سبعة وهذا معنى قولهم تـكلم بالباقى بعد الثنيا أى بعد الاستثناء (وشرط فيه الاتصال) بالمستثنى منه (إلا لضرورة كنفس أو سعال أو أخذ فم) به يفتى (والنداء بينهما لايضر) لأنه للتنبيه والتأكيد (كقوله لك على ألف درهم يافلان إلا ع ة بخلاف لك على ألف فاشهدوا إلا كذا ونحوه) مما يعد فاصلا لأن الإشهاد يكون بعد تمام الإقرار فلم يصح الاستثناء (فمن استثنى بعض ما أقر به صح) استثناؤه ولو الأكثر عند الأكثر (ولزمه الباقى) ولو مما لايقسم كهذا العبد لفلان إلا ثلثه أو ثلثيه صح على المذهب (و) الاستثناء (المستغرق باطل ولو فيما يقبل الرجوع كوصية) لأن استثناء الكل ليس برجوع بل هو استثناء فاسد هو الصحيح جوهرة وهذا (إن كان) الاستثناء (ب) عين (لفظ الصدر أو مساويه) كما يأتى (وإن بغيرهما كعبيدى أحرار إلا هؤلاء أو إلا سالما وغانما وراشدا) ومثله نسائى طوالق إلا هؤلاء أو إلا زينب وعمرة وهند (وهم الكل صح) الاستثناء وكذا ثلث مالى لزيد إلا ألفا والثلث ألف صح فلا يستحق شيئا إذ الشرط إيهام البقاء لاحقيقته حتى لو طلقها ستا إلا أربعا صح ووقع ثنتان (كما صح استثناء الكيلى والوزنى والمعدود الذى لا تتفاوت آحاده كالفلوس والجوز من الدراهم والدنانير ويكون المستثنى القيمة) استحسانا لثبوتها فى الذمة فكانت كالثمنين (وإن استغرقت) القيمة (جميع ما أقر به) لاستغراقه بغير المساوى (بخلاف) له على (دينار إلا مائة درهم لاستغراقه بالمساوى) فيبطل لأنه استثنى الكل بحر :

باب الاستثناء وما فى معناه

(قوله تـكلم بالباقى) أى معنى لاصورة درر (قوله بعد الثنيا) بضم فسكون وفى آخره ألف مقصورة اسم من الاستثناء سائحانى (قوله لأنه للتنبيه) أى تنبيه المخاطب ، وتأكيد الخطاب ، لأن المنادى هو المخاطب ومفاده لو كان المنادى غير المقر له يضر ونقل عن الجوهرة ولم أره فيها لـكن قال فى غاية البيان ولو قال لفلان على ألف درهم يا فلان إلا عشرة كان جائزا لأنه أخرجه مخرج الإخبار لشخص خاص ، وهذا صيغته فلا يعد فاصلا اهـ تأمل وفى الولوالجية لأن النداء لتنبيه المخاطب وهو محتاج إليه لتأكيد الخطاب والإقرار فصار من الإقرار اهـ (قوله ولو الأكثر) أى أكثر من النصف كذا فى الهامش (قوله لفظ الصدر) كعبيدى أحرار إلا عبيدى (قوله مساويه) كقوله إلا مماليكى (قوله وإن بغيرهما) بأن يكون أخص منه فى المفهوم لـكن فى الوجوب يساويه (قوله إيهام البقاء) أى بحسب صورة اللفظ لأن الاستثناء تصرف لفظى ، فلا يضر إهمال المعنى (قوله ووقع ثنتان) وإن كانت الست لا صحة لها من حيث الحكم لأن الطلاق لا يزيد على الثلاث ومع هذا لا يجعل كأنه قال أنت طالق ثلاثا إلا أربعا فكان اعتبار اللفظ أولى عناية (قوله كما صح) فصله عما قبله لأنه بيان للاستثناء من خلاف الجنس ، فإن مقدرا من مقدر صح عندهما استحسانا ، وتطرح قيمة المستثنى مما أقر به وفى القياس لا يصح وهو قول محمد وزفر وإن غير مقدر من مقدر لا يصح عندنا قياسا واستحسانا خلافا للشافعى فى نحو مائة درهم إلا ثوبا غاية البيان ، لـكن حيث لم يصح هذا الاستثناء يجبر على البيان ، ولا يمتنع به صحة الإقرار لما تقرر أن جهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار ولـكن جهالة المستثنى تمنع صحة الاستثناء ذكره فى الشرنبلالية عن قاضى زاده (قوله لثبوتها) أى هذه المذكورات (قوله فـكانت كالثمنين) لأنها بأوصافها أثمان حتى لو عينت تعلق العقد

لكن فى الجوهرة وغيرها على مائة درهم إلا عشرة دنانير وقيمتها مائة أو أكثر لايلزمه شيء فيحرر (وإذا استثنى عددين بينهما حرف الشك كان الأقل مخرجا نحو له على ألف درهم إلا مائة) درهم (أو خمسين) درهما فيلزمه تسعمائة وخمسون على الأصح بحر (وإذا كان المستثنى مجهولا ثبت الأكثر نحو له على مائة درهم إلا شيئا أو) إلا (قليلا أو) إلا (بعضا لزمه أحد وخمسون) لوقوع الشك فى المخرج فيحكم بخروج الأقل (ولو وصل إقراره بإن شاء الله تعالى) أو فلان أو علقه بشرط على خطر لابكائن كإن مت فإنه ينجز(١)

بعينها ولو وصفت ولم تتعين صار حكمها كحكم الدينار كفاية (قوله لكن فى الجوهرة) ومثله فى الينابيع ، ونقله قاضى زاده على الذخيرة كما فى الشرنبلالية وفيها قال الشيخ على عشر دراهم إلا دينارا وقيمته أكثر أو الاكثر كذلك إن مشينا على أن استثناء الكل بغير لفظه صحيح ينبغى أن يبطل الاقرار لكن ذكر فى البزازية ما يدل على خلافه قال على دينار إلا مائة درهم بطل الاستثناء لأنه أكثر من الصدر ما فى هذا الكيس من الدراهم لفلان إلا ألفا ينظر إن فيه أكثر من ألف ، فالزيادة للمقر له والألف للمقر وإن ألف أو أقل فكلها للمقر له لعدم صحة الاستثناء :

قلت : ووجهه ظاهر بالتأمل اه :

قلت : فكان ينبغى للمصنف أن يمشى على ما فى الجوهرة حيث قال فيما قبله وإن استغرقت تأمل (قوله فيحرر) الظاهر أن فى المسألة روايتين مبنيتين على أن الدراهم والدنانير جنس واحد أو جنسان ح (قوله مخرجا) بالبناء للمفعول (قوله فيلزمه تسعمائة الخ) لأنه ذكر كلمة الشك فى الاستثناء فيثبت أقلهما وهذه رواية أبى سليمان وفى رواية أبى حفص يلزمه تسعمائة قالوا : والأول أصح كما ى ، وصحح قاضيخان فى شرح الزيادات الثانى ، وهو الموافق لقواعد المذهب كما فى الرمز حموى وكتب السائحانى على الأول هذا ظاهر على مذهب الشافعى من أنه خروج بعد دخول ، وأما على مذهبنا من أن التركيب مفاده مفرد ، فكأنه قال له تسعمائة أو تسعمائة وخمسون فنوجب التسعمائة ، لأنها أقل حتى إنهم قالوا ثمرة الخلاف تظهر فى مثل هذا التركيب ، فعندنا يلزمه الأقل لأنه لما كان تكلما بالباقى بعد الثنيا شككنا فى المتكلم به والأصل فراغ الذمم وعند الشافعى لما دخل الألف صار الشك فى المخرج فيخرج الأقل زيلعى وصححه قاضيخان اه وتعبيرهم بقولهم قالوا والأول أصح يفيد التبرى تأمل (قوله فى المخرج) بالبناء للمفعول (قوله بخروج الأقل) وهو ما دون النصف ، لأن استثناء الشيء استثناء الأقل عرفا فأوجبنا النصف وزيادة درهم لأن أدنى ما تتحقق به القلة النقص عن النصف بدرهم (قوله أو فلان) ولو شاء لا تلزمه ولوالجية (قوله على خطر) كإن حلفت فلك ما ادعيت به ، فلو حلف لا يلزمه ولو دفع بناء على أنه يلزمه فله استرداده كما فى البحر فى فصل صلح الورثة ، وقيد فى البحر التعليق على خطر بأن لم يتضمن دعوى الأجل قال : وإن تضمن كإذا جاء رأس الشهر فلك على كذا لزمه للحال ، ويستحلف المقر له فى الأجل اه، تأمل وفى البحر أيضا : ومن التعليق المبطل له ألف إلا أن يبدو لى غير ذلك أو أرى غيره أو فيما أعلم وكذا اشهدوا أن له على كذا فيما أعلم (قوله فإنه ينجز) أى فى تعليقه بكائن لأنه ليس تعليقا حقيقة بل مراده به أن

---

(١) (قول الشارح ينجز) تبع فيه المصنف وهو تبع صاحب البحر . قال الحموى نقلا عن الشارح : ولو قال : اشهدوا أن له على ألفا إن مت فهو عليه مات أو عاش وليس هذا تعليقا لأن موته كائن لامحالة، ومراده أن يشهدهم لتبرأ ذمته ويشهدوا بعد موته إن جحد الورثة فرجعه إلى تأكيد الإقرار اه ومنه يعلم أن قوله فى البحر وإن بشرط كائن فينجز كعلى ألف درهم إن مت لزمه قبل الموت منظور فيه . ولقائل أن يقول إن قوله إن مت فى عبارة الشارح يحتمل رجوعه إلى الإقرار لا إلى الشهادة ويجاب بأن تصرف العاقل ـ

(بطل إقراره) بقي لوادعى المشيئة هل يصدق؟ لم أره وقدمنا في الطلاق أن المعتمد لا فليكن الإقرار كذلك لتعلق حق العبد قاله المصنف (وصح استثناء البيت من الدار لا استثناء البناء) منها لدخوله تبعا فكان وصفا واستثناء الوصف لايجوز (وإن قال بناؤها لي وعرصتها لك فكما قال) لأن العرصة هي البقعة لا البناء حتى لو قال : وأرضها لك كان له البناء أيضا لدخوله تبعا إلا إذا قال بناؤها لزيد والأرض لعمرو فكما قال (و) استثناء (فص الخاتم ونخلة البستان وطوق الجارية

يشهدهم لتبرأ ذمته بعد موته إن جحد الورثة فهو عليه مات أو عاش ليكي قدم في متفرقات البيع أنه يكون وصية (قوله بطل إقراره) على قول أبي يوسف أن التعليق بالمشيئة إبطال . وقال محمد : تعليق بشرط لا يوقف عليه والثمرة تظهر فيما إذا قدم المشيئة فقال إن شاء الله أنت طالق عند أبي يوسف لايقع لأنه إبطال . وقال محمد يقع لأنه تعليق فإذا قدم الشرط ، ولم يذكر الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط كفاية ولو جرى على لسانه إن شاء الله من غير قصد وكان قصده إيقاع الطلاق لا يقع لأن الاستثناء موجود حقيقة والكلام معه لايكون إيقاعا عيني (قوله لو ادعى المشيئة) أي ادعى أنه قال إن شاء الله تعالى ح (قوله قاله المصنف) قال الرملي في حواشيه : أقول : الفقه يقتضي أنه إذا ثبت إقراره بالبينة لا يصدق إلا ببينة ، أما إذا قال ابتداء أقررت له بكذا مستثنيا في إقراري يقبل قوله بلا بينة كأنه قال له عندي كذا إن شاء الله تعالى بخلاف الأول لأنه يريد إبطاله بعد تقرره تأمل اه (قوله لدخوله تبعا) ولهذا لو استحق البناء في البيع قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن بمقابله بل يتخير المشتري بخلاف البيت تسقط حصته من الثمن (قوله وإن قال بناؤها الخ) قال في الذخيرة: واعلم أن هذه خمس مسائل وتخريجها على أصلين . الأول : أن الدعوى قبل الإقرار لا تمنع صحة الإقرار بعده والدعوى بعد الاقرار في بعض ما دخل تحت الإقرار لا تصح : والثاني : أن إقرار الإنسان حجة على نفسه لا غيره إذا عرفت هذا فنقول إذا قال بناؤها لي وأرضها لفلان إنما كان لفلان لأنه أولا ادعى البناء وثانيا أقر به لفلان تبعا للأرض ، والاقرار بعد الدعوى صحيح ، وإذا قال أرضها لي وبناؤها لفلان فكما قال ، لأنه أولا ادعى البناء لنفسه تبعا ، وثانيا أقر به لفلان والإقرار بعد الدعوى صحيح ويؤمر المقر له بنقل البناء من أرضه أو إذا قال أرضها لفلان وبناؤها لي فهما لفلان ، لأنه أولا أقر له بالبناء تبعا وثانيا ادعاه لنفسه والدعوى بعد الاقرار في بعض ما تناوله الإقرار لا تصح ، وإذا قال أرضها لفلان وبناؤها لفلان آخر فهما للمقر له الأول ، لأنه أولا أقر بالبناء له تبعا للأرض، وبقوله وبناؤها لفلان آخر يصير مقرا على الأول والإقرار على الغير لا يصح ، وإذا قال بناؤها لفلان وأرضها لفلان آخر فكما قال لأنه أولا أقر بالبناء للأول وثانيا صار مقرا على الأول بالبناء للثاني فلا يصح كفاية ملخصا (قوله فكما قال) وكذا لو قال بياض هذه الأرض لفلان وبناؤها لي (قوله هي البقعة) فقصر الحكم عليها بمنع دخول الوصف تبعا (قوله فص الخاتم) انظر ما في الحامدية عن الذخيرة (قوله ونخلة البستان) إلا أن يستثنيها بأصولها لأن أصولها دخلت في الاقرار قصدا لا تبعا: وفي الخانية بعد ذكر الفص والنخلة وحلية السيف قال : لايصح الاستثناء وإن كان موصولا إلا أن يقيم المدعى البينة على ما ادعاه لكن في الذخيرة لو أقر بأرض أودار لرجل دخل البناء والأشجار حتى لو أقام المقر بينة بعد ذلك على أن البناء والأشجار له لم تقبل بينته اه : إلا أن يحمل على كونه مفصولا لاموصولا كما أشار لذلك في الخانية سائحاني (قوله وطوق الجارية)

= يصان من العبث وذلك أي صونه بحمله شرطا للشهادة، فلو قال المقر : أردت تعليق الإقرار ورضي بالغاء كلامه قلنا تعلق حق المقر له يمنع ذلك كما في الرمز اه مختصرا .

قلت : بقي لو كان الكلام من أول الأمر بصورة صاحب البحر أي بدون ذكر الشهادة والظاهر لزوم حالا كما قال لتعلق حق المقر له ولا يحمل وصية وقد استفيد هذا من قوله فلو قال المقر أردت الخ اه ط .

كالبناء) فيما مر (وإن قال) مكلف (له على ألف من ثمن عبد ما قبضته) الجملة صفة عبد وقوله (موصولا) بإقراره حال منها ذكره فى الحاوى فليحفظ (وعينه) أى عين العبد وهو فى يد المقر له (فإن سلمه إلى المقر لزمه الألف وإلا لا) عملا بالصفة (وإن لم يعين) العبد (لزمه) الألف (مطلقا) وصل أم فصل وقوله ما قبضته لغو لأنه رجوع (كقوله من ثمن خمر أو خنزير أو مال قمار أو حر أو ميتة أو دم) فيلزمه مطلقا (وإن وصل) لأنه رجوع (إلا إذا صدقه أو أقام بينة) فلا يلزمه (ولو قال له على ألف درهم حرام أو ربا فهى لازمة مطلقا) وصل أم فصل لاحتمال حله عند غيره (ولو قال زورا أو باطلا لزمه إن كذبه المقر له وإلا) بأن صدقه (لا) يلزمه (والإقرار بالبيع تلجئة) هى أن يلجئك أن تأتى أمرا باطنه على خلاف ظاهره فإنه (على هذا التفصيل) إن كذبه لزم البيع وإلا لا (ولو قال له على ألف درهم زيوف) ولم يذكر السبب (فهى كما قال على الأصح) بحر (ولو قال له على ألف) من ثمن متاع أو قرض وهى زيوف مثلا لم يصدق مطلقا لأنه رجوع ولو قال (من غصب أو وديعة إلا أنها زيوف أو نبهرجة صدق مطلقا) وصل أم فصل (وإن قال ستوقة أو رصاص فإن وصل صدق وإن فصل لا) لأنها دراهم مجازا (وصدق) بيمينه (فى غصبته) أو أودعنى (ثوبا إذا جاء بمعيب) ولا بينة (و) صدق (فى له على ألف) ولو من ثمن متاع مثلا (إلا أنه ينقص كذا) أى الدراهم وزن خمسة لا وزن سبعة (متصلا وإن فصل) بلا ضرورة (لا) يصدق لصحة استثناء القدر لا الوصف كالزيافة (ولو قال) لآخر (أخذت منك ألفا وديعة فهلكت فى يدى بلا تعد وقال الآخر بل) أخذتها منى (غصبا ضمن) المقر لإقراره بالأخذ وهو سبب الضمان (وفى) قوله أنت (أعطيتنيه وديعة وقال الآخر) بل (غصبته منى (لا) يضمن بل القول له لإنكاره الضمان (وفى هذا كان وديعة) أو قرضا لى (عندك فأخذته) منك

استشكل بأنهم نصوا أنه لا يدخل معها تبعا إلا المعتاد للمهنة لا غيره كالطوق إلا أن يحمل على أنه لا قيمة له كثيرة .

أقول : ذاك فى البيع لأنها وما عليها للبائع أما هنا لما أقر بها ظهر أنها للمقر له والظاهر منه أن ما عليها لمالكها فيتبعها ولو جليلا تأمل (قوله فيما مر) أى من أنه لا يصح (قوله له على ألف) قيد به لأنه لو قال ابتداء : اشتريت منه مبيعا إلا أنى لم أقبضه قبل قوله كما قبل قول البائع بعته هذا ولم أقبض الثمن والمبيع فى يد البائع لأنه منكر قبض المبيع أو الثمن والقول للمنكر ، بخلاف ما هنا لأن قوله ما قبضته بعد قوله له على كذا رجوع فلا يصح أفاده الرملى (قوله حال منها) أى من الجملة (قوله فإن سلمه) لعلهم أرادوا بالتسليم هنا الإحضار أو يخص هذا من قولهم يلزم المشترى تسليم الثمن أولا لأنه ليس ببيع صريح مقدسى أبو السعود ملخصا (قوله إن كذبه) فى كونه زورا أو باطلا (قوله إن كذبه لزم البيع وإلا لا) وفى البدائع كما لا يجوز بيع التلجئة لا يجوز الإقرار بالتلجئة بأن يقول لآخر إنى أقر لك فى العلانية بمال وتواضعا على فساد الاقرار لا يصح إقراره حتى لا يملكه المقر له استحسانا (قوله صدق مطلقا) لأن الغاصب يغصب ما يصادف والمودع يودع ما عنده فلا يقتضى السلامة ومما يكثر وقوعه ما فى التاترخانية أعرتنى هذه الدابة فقال لا ولكنك غصبتها فإن لم يكن المستعير ركبها فلا ضمان ، وإلا ضمن وكذا دفعتها إلى عارية أو أعطيتنيها عارية وقال أبو حنيفة : إن قال أخذتها منك عارية وجحد الآخر ضمن وإذا قال : أخذت هذا الثوب منك عارية فقال أخذته منى بيعا فالقول للمقر ما لم يلبسه لأنه منكر فإن لبس ضمن أعرتنى هذا فقال : لا بل آجرتك لم يضمن إن هلك بخلاف قوله غصبته لكن يضمن إن كان استعماله (قوله أى الدراهم) مثله فى الشرنبلالية لكن فى العينى قوله : إلا أنه ينقص كذا أى مائة درهم وهذا ظاهر لقال

(فقال) المقر له (بل هو لى أخذه المقر له) لو قائما وإلا فقيمته لإقراره باليد له ثم بالأخذ منه وهو سبب الضمان (وصدق من قال آجرت) فلانا (فرسى) هذه (أو ثوبى هذا فركبه أو لبسه) أو أعرته ثوبى أو أسكنته بيتى (ورده أو خاط) فلان (ثوبى هذا بكذا فقبضته) منه وقال فلان : بل ذلك لى (فالقول للمقر) استحسانا لأن اليد فى الإجارة ضرورية بخلاف الوديعة (هذا الألف وديعة فلان لا بل وديعة فلان فالألف للأول وعلى المقر) ألف (مثله للثانى بخلاف هى لفلان لا بل لفلان) بلا ذكر إيداع (حيث لا يجب عليه للثانى شىء) لأنه لم يقر بإيداعه وهذا (إن كانت معينة وإن كانت غير معينة لزمه أيضا كقوله غصبت فلانا مائة درهم ومائة دينار وكر حنطة لا بل فلانا لزمه لكل واحد منهما كله وإن كانت بعينها فهى للأول وعليه للثانى مثلها ولو كان المقر له واحدا يلزمه أكثرهما قدرا وأفضلهما وصفا) نحو له ألف درهم لا بل ألفان أو ألف درهم جياد لا بل زيوف أو عكسه (ولو قال الدين الذى لى على فلان) لفلان (أو الوديعة عند فلان هى لفلان فهو إقرار له وحق القبض للمقر و) لكن (لو سلم إلى المقر له برئ) خلاصة لكنه مخالف لما مر أنه إن أضاف لنفسه كان هبة فيلزم التسليم ولذا قال فى الحاوى القدسى : ولو لم يسلطه على القبض فإن قال : واسمى فى كتاب الدين عارية صح وإن لم يقله لم يصح قال المصنف

(قوله وإلا فقيمته) فيه أن فرض المسألة فى المشار إليه إلا أن يقال كان موجودا حين الإشارة ثم استهلكه المقر تأمل فتال (قوله هذا الألف وديعة فلان الخ) وسيأتى قبيل الصلح ما لو قال : أوصى أبى بثلث ماله لفلان بل لفلان (قوله لأنه لم يقر بإيداعه) أى فلم يكن مقرا بسبب الضمان بخلاف الأولى ، فإنه حيث أقر بأنه وديعة لفلان آخر يكون ضامنا حيث أقر بها للأول لصحة إقراره بها للأول ، فكانت ملك الأول ولا يمكنه تسليمها للثانى بخلاف ما إذا باع الوديعة ولم يسلمها للمشترى لا يكون ضامنا بمجرد البيع ؛ حيث يمكنه دفعها أربها هذا ما ظهر فتأمل .

[فرع] أقر بمالين واستثنى كله على ألف درهم ومائة دينار إلا درهما ، فإن كان المقر له فى المالين واحدا يصرف إلى المال الثانى ، وإن لم يكن من جنسه قياسا وإلى الأول استحسانا لو من جنسه ، وإن كان المقر له رجلين يصرف إلى الثانى مطلقا مثل لفلان على ألف درهم ولفلان آخر على مائة دينار إلا درهما هذا كله قولهما وعلى قول محمد إن كان لرجل يصرف إلى جنسه وإن لرجلين لا يصح الاستثناء أصلا تتارخانية عن المحيط (قوله أكثرهما قدرا) أى لو جنسا واحدا فلو جنسين كألف درهم لا بل ألف دينار لزمه الألفان ط ملخصا (قوله ولو قال الدين الخ) عبارة الحاوى القدسى قال : الدين الذى لى على فلان لفلان ولم يسلطه على القبض اه : بلا ذكر لفظة لو تحرير كذا فى الهامش (قوله لما مر) أوائل كتاب الاقرار (قوله فيلزم التسليم) أى فلا تصح هبته من غير من عليه الدين إلا إذا سلطه على قبضه (قوله ولو لم يسلطه الخ) لو هنا شرطية لا وصلية (قوله واسمى الخ) حاصله إن سلطه على قبضه أو لم يسلطه ، ولكن قال اسمى فيه عارية يصح كما فى فتاوى المصنف وعلى الأول يكون هبة ، وعلى الثانى إقرارا وتكون إضافته إلى نفسه إضافة نسبة لا ملك كما ذكره الشارح فيما مر وإنما اشترط قوله واسمى عارية ، ليكون قرينة على إرادة إضافة النسبة وعليه يحمل كلام المتن ، ويكون إطلاقا فى محل التقييد فلا إشكال حينئذ فى جعله إقرارا ولا يخالف الأصل المار للقرينة الظاهرة ، وفى شرح الوهبانية امرأة قالت الصداق الذى لى على زوجى ملك فلان بن فلان لا حق لى فيه وصدقها المقر له ، ثم أبرأت زوجها قيل يبرأ وقيل لا والبراءة أظهر لما أشار إليه المرغينانى من عدم صحة الاقرار فيكون الابراء ملاقيا لمحله اه فإن هنا الإضافة للملك ظاهرة ، لأن صداقها لا يكون لغيرها فكان إقرارها له هبة بلا تسليط على القبض ، وأعاد

وهو المذكور فى عامة المعتبرات خلافا للخلاصة فتأمل عند الفتوى :

باب إقرار المريض

يعنى مرض الموت وحده مر فى طلاق المريض وسيجىء فى الوصايا (إقراره بدين لأجنبى نافذ من كل ماله) بأثر عمر ولو بعين فكذلك إلا إذا علم تملكه لها فى مرضه فيتقيد بالثلث ذكر المصنف

الشارح المسألة فى متفرقات الهبة واستشكلها وقد علمت زوال الإشكال بعون الملك المتعال فاغتنمه (قوله وهو المذكور) أى قوله وإن لم يقله لم يصح :

باب إقرار المريض

(قوله وحده) مبتدأ وقوله مر الخ خبر فى الهندية المريض مرض الموت من لا يخرج لحوائجه خارج البيت وهو الأصح اه وفى الإسماعيلية من به بعض مرض يشتكى منه وفى كثير من الأوقات يخرج إلى السوق ويقضى مصالحه لا يكون مريضا مرض الموت وتعتبر تبرعاته من كل ماله وإذا باع لوارثه أو وهبه لا يتوقف على إجازة باقى الورثة (قوله نافذ) لكن يحلف الغريم كما مر قبيل باب التحكيم ومثله فى قضاء الأشباه. قال فى الأصل إذا أقر الرجل فى مرضه بدين لغير وارث فإنه يجوز ، وإن أحاط ذلك بماله ، وإن أقر لوارث فهو باطل إلا أن يصدقه الورثة اه . وهكذا فى عامة الكتب المعتبرة من مختصرات الجامع الكبير وغيرها . لكن فى الفصول العمادية أن إقرار المريض للوارث لا يجوز حكاية ولا ابتداء ، وإقراره للأجنبى يجوز حكاية من جميع المال وابتداء من ثلث المال اه :

قلت : وهو مخالف لما أطلقه المشايخ فيحتاج إلى التوفيق وينبغى أن يوفق بينهما بأن يقال المراد بالابتداء ما يكون صورته صورة إقرار ، وهو فى الحقيقة ابتداء تمليك بأن يعلم بوجه من الوجوه أن ذلك الذى أقر به ملك له ، وإنما قصد إخراجه فى صورة الإقرار حتى لا يكون فى ذلك منع ظاهر على المقر كما يقع أن الإنسان يريد أن يتصدق على فقير فيقرضه بين الناس ، وإذا خلا به وهبه منه أو لئلا يحسد على ذلك من الورثة فيحصل منهم إيذاء فى الجملة بوجه ما وأما الحكاية فهى على حقيقة الإقرار ، وبهذا الفرق أجاب بعض علماء عهدنا المحققين وهو العلامة على المقدسى كما فى حاشية الفصولين للرملى :

أقول : ومما يشهد لصحة ما ذكرنا من الفرق ما صرح به صاحب القنية : أقر الصحيح بعبد فى يد أبيه لفلان ثم مات الأب والابن مريض ، فإنه يعتبر خروج العبد من ثلث المال لأن إقراره متردد بين أن يموت الابن أولا فيبطل ، وبين أن يموت الأب أولا فيصح فصار كالإقرار المبتدإ فى المرض قال أستاذنا : فهذا كالتنصيص على أن المريض إذا أقر بعين فى يده للأجنبى فإنما يصح إقراره من جميع المال إذا لم يكن تمليكه إياه فى حال مرضه معلوما حتى أمكن جعل تمليكه إظهارا فأما إذا علم تملكه فى حال مرضه فإقراره به لا يصح إلا من ثلث المال قال رحمه الله: وإنه حسن من حيث المعنى اه :

قلت : وإنما قيد حسنه بكونه من حيث المعنى ، لأنه من حيث الرواية مخالف لما أطلقوه فى مختصرات الجامع الكبير فكان إقرار المريض لغير وارثه صحيحا مطلقا وإن أحاط بماله ، والله سبحانه أعلم معين المفتى ونقله شيخ مشايخنا منلا على ثم قال بعد كلام طويل : فالذى تحرر لنا من المتون والشروح أن إقرار المريض لأجنبى صحيح ، وإن أحاط بجميع ماله وشمل الدين والعين والمتون لا تمشى غالبا إلا على ظاهر الرواية و فى البحر من باب قضاء

فى معينه فليحفظ (وأخر الإرث عنه ودين الصحة) مطلقا (وما لزمه فى مرضه بسبب معروف) ببينة أو بمعاينة قاض (قدم على ما أقر به فى مرض موته ولو) المقر به (وديعة) وعند الشافعى الكل سواء (والسبب المعروف) ما ليس بتبرع (كنكاح مشاهد) إن بمهر المثل أما الزيادة فباطلة وإن جاز النكاح عناية (وبيع مشاهد وإتلاف كذلك) أى مشاهد (و) المريض (ليس له أن يقضى دين بعض الغرماء دون بعض ولو) كان ذلك (إعطاء مهر وإيفاء أجرة) فلا يسلم لها (إلا) فى مسألتين (إذا قضى ما استقرض فى مرضه أو نقد ثمن ما اشترى فيه) لو بمثل القيمة كما فى البرهان (وقد علم ذلك) أى ثبت كل منهما (بالبرهان) لا بإقراره للتهمة (بخلاف) إعطاء المهر ونحوه و (ما إذا لم يؤد حتى مات فإن البائع أسوة للغرماء) فى الثمن (إذا لم تكن العين) المبيعة (فى يده) أى يد البائع فإن كانت كان أولى (وإذا أقر) المريض (بدين ثم) أقر (بدين تحاصا وصل أو فصل) للاستواء ولو أقر بدين ثم بوديعة تحاصا وبعكسه الوديعة أولى (وإبراؤه مديونه وهو مديونه غير جائز)

الفوائد متى اختلف الترجيح رجح إطلاق المتون اه . وقد علمت أن التفصيل مخالف لما أطلقه وأن حسنه من حيث المعنى لا الرواية اه وقد علمت أن ما نقله الشارح عن المصنف لم يرتضه المصنف إلا إذا علم تملكه لها أى بقاء ملكه لها فى زمن مرضه (قوله فى معينه) وهو معين المفتى للمصنف (قوله ودين الصحة) مبتدأ خبره جملة قدم (قوله فباطلة) أى إن لم تجزها الورثة لكونها وصية لزوجته الوارثة (قوله والمريض) بخلاف الصحيح كما فى حبس العناية (قوله ليس له) أى للمريض ومفاده أن تخصيص الصحيح صحيح كما فى حجر النهاية شرح الملتقى (قوله بعض الغرماء) ولو غرماء صحة (قوله إعطاء مهر) بهمز إعطاء ونصبه وإضافته إلى مهر (قوله فلا يسلم لها) بفتح الياء واللام وإسكان السين المهملة أى بل يشاركهما غرماء الصحة ، لأن ما حصل له من النكاح وسكنى الدار لا يصلح لتعلق حقهم فكان تخصيصهما إبطالا لحق الغرماء بخلاف مابعده من المسألتين لأنه حصل فى يده مثل ما نقد وحق الغرماء تعلق بمعنى التركة لا بالصورة فإذا حصل له مثله لا يعد تفويتا كفاية (قوله أى ثبت كل منهما) أى من القرض والشراء (قوله وإذا أقر الخ) ولو الوارث عليه دين فأقر بقبضه لم يجز سواء وجب الدين فى صحته أولا على المريض دين أولا قطنط أقرت بقبض مهرها ، فلو ماتت وهى زوجته أو معتدته لم يجز إقرارها وإلا بأن طلقها قبل دخوله جاز جغ فصولين قع عت مريض قال فى مرض موته : ليس لى فى الدنيا شىء ثم مات فلبعض الورثة أن يحلفوا زوجته وبنته على أنهما لايعلمان شيئا من تركة المتوفى بطريقة أسنع وكذا لو قال ليس لى فى الدنيا شىء سوى هذا حاوى الزاهدى ، فرمز قع للقاضى عبد الجبار وعت لعلا تاجرى وأسنع للأسرار لنجم الدين . إبراء الزوجة زوجها فى مرض موتها الذى ماتت فيه موقوف على إجازة بقية الورثة فتاوى الشلبى حامدية كذا فى الهامش (قوله الوديعة أولى) لأنه حين أقر بها علم أنها ليست من تركته ثم إقراره بالدين لا يكون شاغلا لما لم يكن من جملة تركته بزازية (قوله وإبراؤه مديونه وهو مديون) قيد به احترازا عن غير المديون فإن إبراءه الأجنبى نافذ من الثلث كما فى الجوهرة سائحانى :

[فائدة] أقر فى مرضه بشىء فقال كنت فعلته فى الصحة كان بمنزلة الإقرار فى المرض من غير إسناد إلى زمن الصحة أشباه ، وفى البزازية عن المنتقى أقر فيه أنه باع عبده من فلان وقبض الثمن فى صحته وصدقه المشترى فيه صدق فى البيع لا فى قبض الثمن إلا من الثلث اه ونقله فى نور العين عن الخلاصة ، ونقل قبله عن الخانية : أقر أنه أبرأ فلانا فى صحته من دينه لم يجز إذ لايملك إنشاءه للحال ، فكذا الحكاية بخلاف إقراره بقبض إذ يملك إنشاءه فيملك الإقرار به ثم قال فلعل فى المسألة روايتين أو أحدهما سهو ، والظاهر أن ما فى الخانية أصح وقال

أى لايجوز (إن كان أجنبيا وإن) كان (وارثا فلا) يجوز (مطلقا) سواء كان المريض مديونا أولا للتهمة وحيلة صحته أن يقول لا حق لى عليه كما أفاده بقوله (وقوله لم يكن لى على هذا المطلوب شيء) يشمل الوارث وغيره (صحيح قضاء لا ديانة) فترتفع به مطالبة الدنيا لامطالبة الآخرة حاوى إلا المهر فلا يصح على الصحيح بزازية أى لظهور أنه عليه غالبا بخلاف إقرار البنت فى مرضها بأن الشيء الفلانى ملك أبى أو أمى لاحق لى فيه أو أنه كان عندى عارية فإنه يصح ولا تسمع دعوى زوجها فيه كما بسطه فى الأشباه قائلا فاغتنم هذا التحرير فإنه من مفردات كتابى

أيضا قوله إذ لايملك إنشاءه للحال مخالف لما فيها أيضا أنه يجوز إبراء الأجنبى إلا أن يخص عدم القدرة على الإنشاء بكون فلان وارثا أو بكون الوارث كفيلا لفلان الأجنبى ففى إطلاقه نظر اه .

قلت : أو يكون المقر مديونا كما أفاده المصنف (قوله أجنبيا) إلا أن يكون الوارث كفيلا عنه فلا يجوز إذ يبرأ الكفيل ببراءة الأصيل جامع الفصولين ، ولو أقر الأجنبى باستيفائه دينه منه صدق كما بسطه فى الولوالجية (قوله فلا يجوز) سواء كان من دين له عليه أصالة أو كفالة وكذا إقراره بقبضه واحتياله به على غيره فصولين وفى الهامش أقر مريض مرض الموت أنه لايستحق عند زوجته هند حقا وأبرأ ذمتها من كل حق شرعى ومات عنها وورثه غيرها وله تحت يدها أعيان وله بذمتها دين والورثة لم يجيزوا الإقرار لا يكون الإقرار صحيحا حامدية (قوله يشمل الوارث) صرح به فى جامع الفصولين حيث قال : مريض له على وارثه دين فأبرأه لم يجز ، ولو قال لم يكن لى عليك شيء ، ثم مات جاز إقراره قضاء لا ديانة اه . وينبغى لو ادعى الوارث الآخر أو المقر كاذب فى إقراره أن يحلف المقر له بأنه لم يكن كاذبا بناء على قول أبى يوسف المفتى به كما مر قبيل باب الاستثناء وفى البزازية : ادعى عليه ديونا ومالا وديعة ، فصالح الطالب على يسير سرا وأقر الطالب فى العلانية أنه لم يكن له على المدعى عليه شيء ، وكان ذلك فى مرض المدعى ، ثم مات فبرهن الوارث أنه كان لمورثى عليه أموال كثيرة وإنما قصد حرماننا لا تسمع ، وإن كان المدعى عليه وارث المدعى وجرى ما ذكرنا فبرهن بقية الورثة على أن أبانا قصد حرماننا بهذا الإقرار تسمع اه : وينبغى أن يكون فى مسألتنا كذلك لكن فرق فى الأشباه بكونه متهما فى هذا الإقرار لتقدم الدعوى عليه والصلح معه على يسير والكلام عند عدم قرينة على التهمة اه .

قلت : وكثيرا ما يقصد المقر حرمان بقية الورثة فى زماننا وتدل عليه قرائن الأحوال القريبة من الصريح ، فعلى هذا تسمع دعواهم بأنه كان كاذبا وتقبل بينتهم على قيام الحق على المقر له ولهذا قال السائحانى : ما فى المتن إقرار وإبراء وكلاهما لا يصح للوارث كما فى المتون والشروح فلا يعول عليه لئلا يصير حيلة لإسقاط الإرث الجبرى اه والله أعلم (قوله صحيح قضاء) ومر فى الفروع قبيل باب الدعوى (قوله كما بسطه فى الأشباه) أقول : قد خالفه علماء عصره وأفتوا بعدم الصحة منهم ابن عبد العال والمقدسى ، وأخو المصنف والحانوتى والرملى وكتب الحموى فى الرد على ما قاله نقلا عمن تقدم كتابة حسنة فلتراجع .

أقول : وحاصل ما ذكره الرملى : أن قوله لم يكن عليه شيء مطابق لما هو الأصل من خلو ذمته عن دينه ، فليس إقرارا بل كاعترافه بعين فى يد زيد بأنها لزيد فانتفت التهمة ، ومثله ليس له على والده شيء من تركة أمه وليس لى على زوجى مهر على المرجوح ، بخلاف ما هنا فإن إقرارها بما فى يدها إقرار بملكها للوارث بلا شك لأن أقصى ما يستدل به على الملك اليد ، فكيف يصح وكيف تنتفى التهمة والنقول مصرحة بأن الإقرار بالعين التى فى يد المقر كالإقرار بالدين ، وإذا لم يصح فى المهر على الصحيح ، مع أن الأصل براءة الذمة فكيف يصح

(وإن أقر المريض لوارثه) بمفرده أو مع أجنبي بعين أو دين (بطل) خلافا للشافعي رضي الله تعالى عنه: ولنا حديث « لاوصية لوارث ولا إقرار له بدين » (إلا أن يصدقه) بقية (الورثة) فلو لم يكن وارث آخر أو أوصى لزوجته أو هي له صحت الوصية وأما غيرهما فيرث الكل فرضا وردا فلا يحتاج لوصية شرنبلالية وفي شرحه للوهبانية أقر بوقف ولا وارث له فلو على جهة عامة صح بتصديق السلطان أو نائبه وكذا لو وقف خلافا لما زعمه الطرسوسي فليحفظ (ولو) كان ذلك إقرارا (بقبض دينه أو غصبه أو رهنه) ونحو ذلك (عليه) أي على وارثه أو عبد وارثه أو مكاتبه لا يصح

فيما فيه الملك مشاهد باليد : نعم لو كانت الأمتعة بيد الأب فلا كلام في الصحة وفي حاشية الباري الصواب أن ذلك إقرار للوارث بالعين بصيغة النفي ، وما استند له المصنف في الدين لا العين وهو وصف في الذمة وإنما يصير مالا بقبضه (قوله أو مع أجنبي) قال في نور العين أقر لوارثه ولأجنبي بدين مشترك بطل إقراره عندهما تصادقا في الشركة أو تكاذبا وقال محمد للأجنبي بحصته لو أنكر الأجنبي الشركة وبالعكس لم يذكره محمد ويجوز أن يقال إنه على الاختلاف والصحيح أنه لم يجز على قول محمد كما هو قولهما (قوله إلا أن يصدقه) أي بعد موته ولا عبرة لإجازتهم قبله كما في خزانة المفتين وإن أشار صاحب الهداية لضده ، وأجاب به ابنه نظام الدين وحافده عماد الدين ذكره القهستاني شرح الملتقى وفي التعمية إذا صدق الورثة إقرار المريض لوارثه في حياته لا يحتاج لتصديقهم بعد وفاته وعزاه لحاشية مسكين . قال : فلم تجعل الإجازة كالتصديق ، ولعله لأنهم أقروا اهـ ، وقدم الشارح في باب الفضولي وكذا وقف بيعه لوارثه على إجازتهم اهـ في الخلاصة نفس البيع من الوارث لا يصح إلا بإجازة الورثة يعني في مرض الموت وهو الصحيح ، وعندهما يجوز لكن إن كان فيه غبن أو محاباة يخير المشتري بين الرد أو تكميل القيمة سائحاني (قوله أو أوصى) في بعض النسخ وأوصى بدون ألف (قوله لزوجته) يعني ولم يكن له وارث آخر وكذا في عكسه كما في الشرنبلالية قاله شيخ والدي مدني (قوله صحت) ومثله في حاشية الرملي على الأشباه فراجعها (قوله وأما غيرهما) أي غير الزوجين وفي الهامش أقر رجل في مرضه بأرض في يده أنها وقف إن أقر بوقف من قبل نفسه كان من الثلث ، كما لو أقر المريض بعتق عبده أو أقر أنه تصدق به على فلان وهي المسألة الأولى قال وإن أقر بوقف من جهة غيره وإن صدقه ذلك الغير أو ورثته جاز في الكل وإن أقر بوقف ولم يبين أنه منه أو من غيره فهو من الثلث ابن الشحنة كذا في الهامش (قوله صح الخ) هذا مشكل فليراجع (قوله لما زعمه الطرسوسي) أي من أنه يكون من الثلث مع تصديق السلطان اهـ ح كذا في الهامش (قوله ولو كان ذلك) أي الإقرار ولو وصلية (قوله بقبض دينه) قال في الخانية لا يصح إقرار مريض مات فيه بقبض دينه من وارثه ، ولا من كفيل وارثه إلى آخر ما يأتي في القرب من ذلك عن نور العين ، وقيد بدين الوارث احترازا عن إقراره باستيفاء دين الأجنبي .

والأصل فيه أن الدين لو كان وجب له على أجنبي في صحته جاز إقراره باستيفائه ولو عليه دين معروف سواء وجب ما أقر بقبضه بدلا عما هو مال كثمن أولا كبدل صلح دم العمد والمهر ونحوه ولو دينا وجب في مرضه وعليه دين معروف أو دين وجب بمعاينة الشهود ، فلو ما أقر بقبضه بدلا عما هو مال لم يجز إقراره أي في حق غرماء الصحة كما نقله السائحاني عن البدائع ، ولو بدلا عما ليس بمال جاز إقراره بقبضه ولو عليه دين معروف جامع الفصولين وفيه لو باع في مرضه شيئا بأكثر من قيمته فأقر بقبضه لم يصدق وقيل للمشتري أد ثمنه مرة أخرى أو انقض البيع عند أبي يوسف وعند محمد يؤدي قدر قيمته أو نقض البيع (قوله أو غصبه) أي بقبض ماغصبه منه (قوله ونحو ذلك) كأن يقر أنه قبض المبيع فاسدا منه أو أنه رجع فيما وهبه له مريضا حموي ط :

لوقوعه لمولاه ولو فعله ثم برئ ثم مات جاز كل ذلك لعدم مرض الموت اختيار ولو مات المقر له ثم المريض ووورثة المقر له من ورثة المريض جاز إقراره كإقراره للأجنبي بحر وسيجيء عن الصيرفية (بخلاف إقراره) له أى لوارثه (بوديعة مستهلكة) فإنه جائز :

وصورته أن يقول : كانت عندى وديعة لهذا الوارث فاستهلكتها جوهرة .

والحاصل : أن الإقرار للوارث موقوف إلا فى ثلاث مذكورة فى الأشباه منها إقراره بالأمانات كلها

[فرع] أقر بدين لوارثه أو لغيره ثم برئ فهو كدين صحته ولو أوصى لوارثه ثم برئ بطلت وصيته جامع الفصولين :

[تتمة] فى التتارخانية عن واقعات الناطفى أشهدت المرأة شهودا على نفسها لابنها أو لأخيها تريد بذلك إضرار الزوج أو أشهد الرجل شهودا على نفسه بمال لبعض الأولاد يريد به إضرار باقى الأولاد ، والشهود يعلمون ذلك وسعهم أن لا يؤدوا الشهادة إلى آخر ما ذكره العلامة البيرى . وينبغى على قياس ذلك أن يقال إن كان للقاضى علم بذلك لا يسعه الحكم كذا فى حاشية أبى السعود على الأشباه والنظائر (قوله ولو فعله) أى الإقرار بهذه الأشياء للوارث (قوله من ورثة المريض) كما إذا أقر لابن ابنه ثم مات ابن الابن عن أبيه (قوله وسيجيء) أى قريبا (قوله بوديعة) الأصوب باستهلاك الوديعة أى المعروفة بالبينة (قوله مستهلكة) أى وهى معروفة (قوله وصورته) قد أوضح المسألة فى الولوالجية ولم يبين بهذه الصورة أن الوديعة معروفة كما صرح به فى الأشباه وفى جامع الفصولين راقما صورتها أودع أباه ألف درهم فى مرض الأب أو صحته عند الشهود فلما حضره الموت أقر بإهلاكه صدق إذ لو سكت ومات ولا يدرى ما صنع كان فى ماله فإذا أقر بإتلافه فأولى اهـ :

والحاصل أن مدار الإقرار هنا على استهلاك الوديعة المعروفة لا عليها (قوله والحاصل) فيه مخالفة للأشباه ونصها وأما مجرد الإقرار للوارث فهو موقوف على الاجازة سواء كان بعين أو دين أو قبض منه أو أبرأه لا فى ثلاث لو أقر بإتلاف وديعته المعروفة أو أقر بقبض ما كان عنده وديعة أو بقبض ما قبضه الوارث بالوكالة من مديونه كذا فى تلخيص الجامع وينبغى أن يلحق بالثانية إقراره بالأمانات كلها ولو مال الشركة أو العارية والمعنى فى الكل أنه ليس فيه إيثار البعض فاغتنم هذا التحرير فإنه من مفردات هذا الكتاب اهـ ط (قوله إقراره بالأمانات) أى بقبض الأمانات التى عند وارثه لا بأن هذه العين لوارثه ، فإنه لا يصح كما صرح به الشارح قريبا وصرح به فى الأشباه وهذا مراد صاحب الأشباه بقوله : وينبغى أن يلحق بالثانية إقراره بالأمانات كلها فتنبه لهذا فإنا رأينا من يخطئ فيه ويقول : إن إقراره لوارثه بها جائز مطلقا مع أن النقول مصرحة بأن إقراره له بالعين كالدين كما قدمناه عن الرملى ومن هذا يظهر لك ما فى بقية كلام الشارح ، وهو متابع فيه للأشباه مخالفا للمنقول وخالفه فيه العلماء الفحول كما قدمناه :

وفى الفتاوى الإسماعيلية : سئل فيمن أقر فى مرضه أن لا حق له فى الأسباب والأمتعة المعلومة مع بنته المعلومة ، وأنها تستحق ذلك دونه من وجه شرعى ، فهل إذا كانت الأعيان المرقومة فى يده وملكه فيها ظاهر ومات فى ذلك المرض ، فالإقرار بها لوارثه باطل : الجواب : نعم على ما اعتمده المحققون ولو مصدرا بالنفى خلافا للأشباه وقد أنكروا عليه اهـ : ونقله السائحانى فى مجموعته ورد على الأشباه والشارح فى هامش نسخته وفى الحامدية سئل فى مريض مرض الموت ، أقر فيه أنه لا يستحق عند زوجته هند حقا وأبرأ ذمتها عن كل حق شرعى ومات عنها وعن ورثة غيرها وله تحت يدها أعيان وله بذمتها دين والورثة لم يجيزوا الإقرار فهل يكون غير

ومنها النفي كلا حق لى قبل أبى أو أمى وهذه الحيلة فى إبراء المريض وارثه ومنه هذا الشىء الفلانى ملك أبى أو أمى كان عندى عارية ، وهذا حيث لا قرينة وتمامه فيها فليحفظ فإنه مهم :

(أقر فيه) أى فى مرض موته (لوارثه يؤمر فى الحال بتسليمه إلى الوارث ، فإذا مات يرده) بزازية وفى القنية تصرفات المريض نافذة وإنما تنقض بعد الموت (والعبرة لكونه وارثا وقت الموت لا وقت الإقرار) فلو أقر لأخيه مثلا ثم ولد له صح الإقرار لعدم إرثه (إلا إذا صار وارثا) وقت الموت (بسبب جديد كالتزويج وعقد الموالاة) فيجوز كما ذكره بقوله (فلو أقر لها) أى لأجنبية (ثم تزوجها صح بخلاف إقراره لأخيه المحجوب) بكفر أو ابن (إذا زال حجبه) بإسلامه أو بموت الابن فلا يصح لأن إرثه بسبب قديم لا جديد (وبخلاف الهبة لها فى مرضه (والوصية لها) ثم تزوجها فلا تصح لأن الوصية تمليك بعد الموت وهى حينئذ وارثة (أقر فيه أنه كان له على ابنته الميتة عشرة دراهم قد استوفيتها وله) أى للمقر (ابن ينكر ذلك صح إقراره) لأن الميت ليس بوارث (كما لو أقر لامرأته فى مرض موته بدين ثم ماتت قبله وترك) منها(1) (وارثا) صح الاقرار (وقيل لا)

صحيح الجواب : يكون الإقرار غير صحيح والحالة هذه والله تعالى أعلم اهـ (قوله ومنها النفي) فيه أنه ليس بإقرار للوارث كما صوبه فى الأشباه (قوله كلا حق لى) هذا صحيح فى الدين لا فى العين كما مر (قوله أو أمى) ومنها إقراره بإتلاف وديعته المعروفة كما فى المتن كذا فى الهامش (قوله ومنه هذا الشىء) هذا غير صحيح كما علمته مما مر قال فى البحر فى متفرقات القضاء : ليس لى على فلان شىء ثم ادعى عليه مالا وأراد تحليفه لم يحلف ، وعند أبى يوسف يحلف للعادة وسيأتى فى مسائل شتى آخر الكتاب : أن الفتوى على قول أبى يوسف اختاره أئمة خوارزم لكن اختلفوا فيما إذا ادعاه وارث المقر على قولين ولم يرجح فى البزازية منهما شيئا وقال الصدر الشهيد الرأى فى التحليف إلى القاضى ، وفسره فى فتح القدير بأنه يجتهد بخصوص الوقائع فإن غلب على ظنه أنه لم يقبض حين أقر يحلف الخصم ، وإن لم يغلب على ظنه ذلك لا يحلفه وهذا إنما هو فى المتفرس فى الأخصام اهـ . قلت : وهذا مؤيد لما بحثنا والحمد لله :

[تتمة] قال فى التتارخانية عن الخلاصة رجل قال : استوفيت جميع مالى على الناس من الدين لا يصح إقراره وكذا لو قال أبرأت جميع غرمائى لا يصح إلا أن يقول قبيلة فلان وهم يحصون فحينئذ يصح إقراره وإبراؤه (قوله بسبب قديم) أى قائم وقت الإقرار ولو أقر لوارثه وقت إقراره ووقت موته وخرج من أن يكون وارثا فيما بين ذلك بطل إقراره عند أبى يوسف لا عند محمد نور العين عن قاضيخان . وفى جامع الفصولين : أقر لابنه وهو قن ثم عتق فمات الأب جاز لأنه للمولى لا للقن بخلاف الوصية لابنه وهو قن ثم عتق فإنها تبطل لأنها حينئذ للابن اهـ : وبيانه فى المنح وانظر ما كتبناه فى الوصايا (قوله ليس بوارث) يفيد أنها لو كانت حية وارثة لم يصح . قال فى الخانية : لا يصح إقرار مريض مات فيه بقبض دين من وارثه ولا من كفيل وارثه ولو كفل فى صحته وكذا لو أقر بقبضه من أجنبى تبرع عن وارثه وكل رجلا ببيع شىء معين فباعه من وارث موكله ، وأقر بقبض الثمن من وارثه ، أو أقر أن وكيله قبض الثمن ودفعه إليه لا يصدق ، وإن كان المريض هو الوكيل وموكله صحيح فأقر الوكيل أنه قبض الثمن من المشترى ، وجحد الموكل صدق الوكيل ، ولو كان المشترى وارث الوكيل والموكل والوكيل مريضان فأقر الوكيل بقبض الثمن لا يصدق إذ مرضه يكفى لبطلان إقراره لوارثه بالقبض

---

(1) (قول الشارح وترك منها الخ) قال ط : الظاهر أن قول المؤلف منها اتفاقى ويحمل كلام المصنف على أنه ترك وارثا منكرا ما القرينة اهـ .

قاله بديع الدين صيرفية ولو أقر فيه لوارثه ولأجنبي بدين لم يصح خلافا لمحمد عمادية (وإن أقر لأجنبي) مجهول نسبه (ثم أقر ببنوته) وصدقه وهو من أهل التصديق (ثبت نسبه) مستندا لوقت العلوق (و) إذا ثبت (بطل إقراره) لما مر ولو لم يثبت بأن كذبه أو عرف نسبه صح الإقرار لعدم ثبوت النسب شرنبلالية معزيا للينابيع (ولو أقر لمن طلقها ثلاثا) يعني بائنا (فيه) أي في مرض موته (فلها الأقل من الإرث والدين) ويدفع لها ذلك بحكم الإقرار لا بحكم الإرث حتى لاتصير شريكة في أعيان التركة شرنبلالية (وهذا إذا) كانت في العدة و (طلقها بسؤالها) فإذا مضت العدة جاز لعدم التهمة عزمية (وإن طلقها بلا سؤالها فلها الميراث بالغا ما بلغ ولا يصح الاقرار لها) لأنها وارثة إذ هو فار وأهمله أكثر المشايخ لظهوره من كتاب الطلاق (وإن أقر لغلام مجهول) النسب في مولده أو في بلد هو فيها وهما في السن بحيث (يولد مثله لمثله إنه ابنه وصدقه الغلام) لو مميزا وإلا لم يحتج لتصديقه كما مر وحينئذ (ثبت نسبه) ولو المقر (مريضا و) إذا ثبت (شارك) الغلام (الورثة) فإن انتفت هذه الشروط يؤاخذ المقر من حيث استحقاق المال كما لو أقر بأخوة غيره كما مر

فرضهما أولى: مريض عليه دين محيط فأقر بقبض وديعة أو عارية أو مضاربة كانت له عند وارثه صح إقراره لأن الوارث لو ادعى رد الأمانة إلى مورثه المريض وكذبه المورث يقبل قول الوارث اهـ من نور العين قبيل كتاب الوصية (قوله خلافا لمحمد).

[فرع] باع فيه من أجنبي عبدا وباعه الأجنبي من وارثه أو وهبه منه صح إن كان بعد القبض لأن الوارث ملك العبد من الأجنبي لا من مورثه بزازية (قوله عمادية) قدمنا عبارتها عن نور العين (قوله لمن طلقها) أي في مرضه:

[فرع] إقراره لها أي للزوجة بمهرها إلى قدر مثله صحيح لعدم التهمة فيه، وإن بعد الدخول قال الإمام ظهير الدين وقيل جرت العادة بمنع نفسها قبل قبض مقدار من المهر فلا يحكم بذلك القدر إذا لم تعترف بالقبض: والصحيح أنه يصدق إلى تمام مهر مثلها وإن كان الظاهر أنها استوفت شيئا بزازية: وفيها أقر فيه لامرأته التي ماتت عن ولد بقدر مهر مثلها وله ورثة أخرى لم يصدقوه في ذلك قال القاضي الإمام لايصح إقراره، ولايناقض هذا ما تقدم لأن الغالب هنا بعد موتها استيفاء ورثتها أو وصيها المهر بخلاف الأول اهـ.

[فرع] في التتارخانية عن السراجية: ولوقال مشترك أوشركة في هذه الدار فهذا إقرار بالنصف وفي العتابية ومطلق الشركة بالنصف عند أبي يوسف وعند محمد ما يفسره المقر، ولو قال في الثلثين موصولا صدق وكذا قوله بيني وبينه أولي وله اهـ (قوله وإن أقر لغلام) كان الأولى تقديم هذه المسألة على قوله وإن أقر لأجنبي ثم أقر ببنوته لأن الشروط الثلاثة هنا معتبرة هناك أيضا كذا في حاشية مسكين عن الحموي (قوله أو في بلد) حكاية قول آخر قال في الحواشي اليعقوبية: مجهول النسب من لا يعلم له أب في بلده على ما ذكر في شرح تلخيص الجامع لأكمل الدين، والظاهر أن المراد به بلد هو فيه كما ذكر في القنية لا مسقط رأسه كما ذكره البعض لأن المغربي إذا انتقل إلى المشرق فوقع عليه حادثة يلزم أنه يفتش عن نسبه في المغرب وفيه من الحرج ما لا يخفى فليحفظ هذا اهـ (قوله وحينئذ) ينبغي حذفها فإن بذكرها صار الشرط بلا جواب ح (قوله هذه الشروط) أي أحدها ح (قوله من حيث استحقاق المال) إن كان المراد بالمال هو المقر به كما هو ظاهر قوله كما مر أعني بأن أقر لأجنبي ثم أقر ببنوته ولم تثبت بسبب انتفاء شرط فمع أنه تكرار لامحل له هنا، وإن كان المراد به الإرث كما هو ظاهر قوله كما لو أقر بأخوة غيره، فيكون المعنى: إن أقر لغلام أنه ابنه ولم يثبت نسبه بسبب انتفاء

عن الينابيع كذا فى الشرنبلالية فيحرر عند الفتوى (و) الرجل(١) (صح إقراره) أى المريض (بالولد والوالدين) قال فى البرهان وإن عليا قال المقدسى : وفيه نظر لقول الزيلعى ولو أقر بالجد وابن الابن لايصح لأن فيه حمل النسب على الغير (بالشروط) الثلاثة (المتقدمة) فى الابن (و) صح (بالزوجة بشرط خلوها عن زوج وعدته وخلوه) أى المقر (عن أختها) مثلا (وأربع سواها و) صح (بالولى) من جهة العتاقة (إن لم يكن ولاؤه ثابتا من جهة غيره) أى غير المقر (و) المرأة صح (إقرارها بالوالدين والزوج والمولى) الأصل أن إقرار الإنسان على نفسه حجة لاعلى غيره .

قلت : وما ذكره من صحة الإقرار بالأم كالأب هو المشهور الذى عليه الجمهور وقد ذكر الإمام العتابى فى فرائضه أن الإقرار بالأم لا يصح ، وكذا فى ضوء السراج لأن النسب للآباء لا للأمهات وفيه حمل الزوجية على الغير فلا يصح اه ولكن الحق صحته بجامع الأصالة فكانت كالأب فليحفظ (و) كذا صح (بالولد إن شهدت) امرأة ولو (قابلة) بتعيين الولد أما النسب فبالفراش شمنى . ولو معتدة جحدت ولادتها فبحجة تامة كما مر فى باب ثبوت النسب (أو صدقها الزوج إن كان) لها زوج (أو كانت معتدة) منه (و) صح (مطلقا

شرط من هذه الشروط شارك الورثة فلا يظهر وجهه إذ تقدم أن إقراره له بالمال صحيح ، ولا يصح الإقرار لوارث كما مر مع أن المؤاخذة حينئذ ليست للمقر ، بل للورثة حيث شاركهم فى الإرث ومع هذا فإن كان الحكم كذلك فلا بد له من نقل صريح حتى يقبل ، وقد راجعت عدة كتب فلم أجده ولعله لهذه أمر الشارح بالتحرير فتأمل (قوله عن الينابيع) الذى قدمه الشرنبلالى عن الينابيع عند قوله : أقر لأجنبى ثم ببنوته لصه ولو كذبه أو كان معروف النسب من غيره لزمه ما أقر به ولايثبت النسب اه ثم كتب هنا ما نقله الشارح عنه (قوله فيحرر) لم يظهر لى المخالفة الموجبة للتحرير تأمل ح (قوله والرجل صح إقراره) فى بعض النسخ إسقاط الرجل ولفظة وصح إقراره (قوله أى المريض) الأولى تركه ح (قوله وإن عليا) بتحريك ثلاثة حروفه أى الوالدان وفيه نظر وجهه ظاهر فهو كإقراره ببنت ابن قال فى جامع الفصولين أقر ببنت فلها النصف والباقى للعصبة إذ إقراره ببنت جائز لابنت الابن اه : وما ذاك إلا لأن فيه تحميل النسب على الابن فتدبر ط (قوله لايصح) وسيأتى متنا التصريح به (قوله وكذا صح) أى إقرارها (قوله ولو قابلة) أفاد بمقابلته بعده بقوله أو صدقها الزوج أن هذا حيث جحد الزوج وادعته منه وأفاد أنها ذات زوج بخلاف المعتدة كما صرح به الشارح ، أما إذا لم تكن ذات زوج ولا معتدة أو كان لها زوج وادعت أن الولد من غيره فلا حاجة إلى أمر زائد على إقرارها صرح بذلك كله ابن الكمال وسيأتى (قوله بتعيين الولد) كما علمت مما قدمناه أن الكلام فيما إذا أنكر الولادة وشهادة القابلة بتعيين الولد فيما إذا تصادقا على الولادة وأنكر التعيين : وعبارة غاية البيان عن شرح الأقطع فتثبت الولادة بشهادتهما ويلتحق النسب بالفراش اه : والظاهر أن ما أفاده الشارح حكمه كذلك (قوله وصح مطلقا) أفاد أن ما ذكره من الشروط إنما هو لصحة الإقرار بالنسب لئلا يكون تحميلا على الزوج ، فلو فقد شرط صح إقرارها عليها فيرثها الولد وترثه إن صدقها ، ولم يكن لها وارث غيرهما فصار كالاقرار بالأخ ويفهم هذا مما قدمنا وفى غاية البيان ولا يجوز إقرار المرأة بالولد ، وإن صدقها يعنى الولد ولكنهما يتوارثان إن لم يكن لها وارث معروف لأنه اعتبر إقرارها فى حقها ، ولا يقضى بالنسب لأنه لا يثبت بدون الحجة وهى ما إذا شهدت القابلة

---

(١) (قول الشارح والرجل الخ) قال ط : زاد لفظة الرجل ليفيد أن الإقرار بالمذكورات ليس قاصرا على المريض فقوله بعد أى المريض تفسير مضر ولا حاجة إليه بعد تقدم المرجع اه .

إن لم تكن كذلك) أى مزوجة ولا معتدة (أو كانت) مزوجة (وادعت أنه من غيره) فصار كما لو ادعاه منها لم يصدق فى حقها إلا بتصديقها :

قلت : بقى لو لم يعرف لها زوج غيره لم أره فيحرر (ولا بد من تصديق هؤلاء إلا فى الولد إذا كان لا يعبر عن نفسه) لما مر أنه حينئذ كالمتاع (ولو كان المقر له عبد الغير اشترط تصديق مولاه) لأن الحق له (وصح التصديق) من المقر له (بعد موت المقر) لبقاء النسب والعدة بعد الموت (إلا تصديق الزوج بموتها) مقوة لانقطاع النكاح بموتها ولهذا ليس له غسلها بخلاف عكسه (ولو أقر) رجل (بنسب) فيه تحميل (على غيره) لم يقل من غير ولاد كما فى الدرر لفساده بالجد وابن الابن كما قال (كالأخ والعم والجد وابن الابن لا يصح) الإقرار (فى حق غيره) إلا ببرهان ومنه إقرار اثنين كما مر فى باب ثبوت النسب فليحفظ وكذا لو صدقه المقر عليه أو الورثة وهم من أهل التصديق (ويصح فى حق نفسه حتى يلزمه) أى المقر (الأحكام من النفقة والحضانة والإرث إذا تصادقا عليه) أى على ذلك الإقرار لأن إقرارهما حجة عليهما (فإن لم يكن له) أى لهذا المقر (وارث غيره مطلقا) لا قريبا كذوى الأرحام ولا بعيدا كمولى الموالاة عينى وغيره (ورثه وإلا لا) لأن نسبه لم يثبت فلا يزاحم الوارث المعروف والمراد غير الزوجين لأن وجودهما غير مانع قاله ابن الكمال ، ثم للمقر أن يرجع عن إقراره ؛ لأنه وصية من وجه زيلعى أى وإن صدقه المقر له كما فى البدائع لكن نقل المصنف عن شروح السراجية أن بالتصديق يثبت النسب فلا ينفع الرجوع فليحرر

على ذلك وصدقها الولد فيثبت وما إذا صدقها زوجها فيثبت بتصادقهما لأنه لا يتعدى إلى غيرهما اهـ (قوله من غيره) أى فصح إقرارها فى حقها فقط (قوله قلت) أقول : غاية ما يلزم على عدم معرفة زوج آخر كونه من الزنا مع أنه ليس بلازم وبفرض تحقق كونه من الزنا يلزمها أيضا لأن ولد الزنا واللعان يرث بجهة الأم فقط ، فلا وجه للتوقف فى ذلك كذا فى حاشية مسكين لأبى السعود المصري (قوله وصح التصديق الخ) أى ولو بعد جحود المقر لقول البزازى أقر أنه تزوج فلانة فى صحة أو مرض ثم جحد وصدقته المرأة فى حياته أو بعد موته جاز سائحانى (قوله بموتها) كذا فى نسخة وهى الصواب موافقا لما فى شرحه على الملتقى (قوله فى باب ثبوت النسب) حيث قال أو تصديق بعض الورثة فيثبت فى حق المقرين ، وإنما يثبت النسب فى حق غيرهم حتى الناس كافة إن تم نصاب الشهادة بهم أى بالمقرين وإلا يتم نصابها لا يشارك المكذبين اهـ (قوله أو الورثة) يغنى عنه قوله ومنه إقرار اثنين ط لكن كلامنا هنا فى تصديق المقر وهناك فى نفس الإقرار وإن كانا فى المعنى سواء ، لكن بينهما فرق وهو أن التصديق بعد العلم بإقرار الأول كقوله نعم أو صدق ، والإقرار لا يلزم منه العلم تأمل (قوله كذوى الأرحام) فسر القريب فى العناية بذوى الفروض والعصبات والبعيد بذوى الأرحام والأول أوجه لأن مولى الموالاة إرثه بعد ذوى الأرحام شرنبلالية (قوله ورثه) :

[تتمة] إرث المقر له حيث لا وارث له غيره يكون مقتصرا عليه ولا ينتقل إلى فرع المقر له ولا إلى أصله لأنه بمنزلة الوصية شيخنا عن جامع الفصولين كذا فى حاشية مسكين (قوله المعروف) قريبا أو بعيدا فهو أحق بالإرث من المقر له حتى لو أقر بأخ وله عمة أو خالة فالإرث للعمة أو للخالة لأن نسبه لم يثبت فلا يزاحم الوارث المعروف درر كذا فى الهامش (قوله والمراد غير الزوجين) أى بالوارث الذى يمنع المقر له من الإرث (قوله وإن صدقه المقر له) صوابه المقر عليه كما عبر به فيما مر ويدل عليه كلام المنح حيث قال وقوله : أى الزيلعى للمقر أنه يرجع عنه ، محله ما إذا لم يصدق المقر له على إقراره أو لم يقر بمثل إقراره الخ وعزاه لبعض شروح السراجية فقوله : أو لم يقر لا شك أن الضمير فيه للمقر عليه لا المقر له ، فعلم أن المقر له صوابه المقر عليه كما عبر به صاحب

عند الفتوى (ومن مات أبوه فأقر بأخ شاركه فى الإرث) فيستحق نصف نصيب المقر (ولم يثبت نسبه) لما تقرر أن إقراره مقبول فى حق نفسه فقط :

قلت : بقى لو أقر الأخ بابن هل يصح؟ قال الشافعية لا لأن ما أدى وجوده إلى نفيه انتفى من أصله ولم أره لأئمتنا صريحا وظاهر كلامهم نعم فليراجع (وإن ترك) شخص (ابنين وله على آخر مائة فأقر أحدهما بقبض أبيه خمسين منها فلا شىء للمقر)

المنح فى كتاب الفرائض ويدل عليه قوله الآتى إن بالتصديق يثبت النسب ولا يكون ذلك إلا من المقر عليه :

قال فى روح الشروح على السراجية : واعلم : أنه إن شهد مع المقر رجل آخر أو صدقه المقر عليه أو الورثة وهم من أهل الإقرار فلا يشترط الإصرار على الإقرار إلى الموت ولا ينفع الرجوع لثبوت النسب ح اه .

وفى شرح فرائض الملتقى للطرابلسى : وصح رجوعه لأنه وصية معنى ولا شىء للمقر له من تركته قال فى شرح السراجية المسمى بالمنهاج : وهذا إذا لم يصدق المقر عليه إقراره قبل رجوعه أو لم يقر بمثل إقراره أما إذا صدق إقراره قبل رجوعه أو أقر بمثل إقراره فلا ينفع المقر رجوعه عن إقراره لأن نسب المقر له قد ثبت من المقر عليه اه فهذا كلام شراح السراجية فالصواب التعبير بعليه كما عبر به فى المنح فى كتاب الفرائض ، وإن كانت عبارتها هنا كعبارة الشارح وكذا عبارة الشارح فى الفرائض غير محررة فتنبه (قوله عند الفتوى) أقول : تحريره أنه لو صدقه المقر له فله الرجوع ، لأنه لم يثبت النسب وهو ما فى البدائع ، ولو صدقه المقر عليه لا يصح رجوعه لأنه بعد ثبوته وهو ما فى شروح السراجية فنشأ الاشتباه تحريف الصلة فالموضوع مختلف ولا يخفى أن هذا كله فى غير الإقرار بنحو الولد (قوله نصف نصيب المقر) ولو معه وارث آخر شرح الملتقى وبيانه فى الزيلعى (قوله فى حق نفسه) فصار كالمشترى إذا أقر أن البائع كان أعتق العبد المبيع يقبل إقراره فى العتق، ولم يقبل فى الرجوع بالثمن بيالية ، وفى الزيلعى : فإذا قبل إقراره فى حق نفسه يستحق المقر له نصف نصيب المقر مطلقا عندنا ، وعند مالك وابن أبى ليلى يجعل إقراره شائعا فى التركة فيعطى المقر من نصيبه ما يخصه من ذلك ، حتى لو كان لشخص مات أبوه أخ معروف فأقر بأخ آخر فكذبه أخوه المعروف فيه أعطى المقر نصف ما فى يده ، وعندهما يعنى عند مالك وابن أبى ليلى ثلث ما فى يده ، لأن المقر قد أقر له بثلث شائع فى النصفين فنفذ إقراره فى حصته ، وبطل ما كان فى حصة أخيه ، فيكون له ثلث ما فى يده وهو سدس جميع المال والسدس الآخر فى نصيب أخيه بطل إقراره فيه لما ذكرنا ونحن نقول : إن فى زعم المقر أنه يساويه فى الاستحقاق والمنكر ظالم بإنكاره فيجعل ما فى يد المنكر كالهالك فيكون الباقى بينهما بالتسوية ، ولو أقر بأخت تأخذ ثلث ما فى يده وعندهما خمسه ولو أقر ابن وبنت بأخ وكذبهما ابن وبنت يقسم نصيب المقرين أخماسا وعندهما أرباعا والتخريج ظاهر ، ولو أقر بامرأة أنها زوجة أبيه أخذت ثمن ما فى يده ولو أقر بجدة هى أم الميت أخذت سدس ما فى يده فيعامل فيما فى يده كما يعامل لو ثبت ما أقر به اه وتمامه فيه (قوله بابن) أى من أخيه الميت (قوله انتفى) هذه مسألة الدور الحكمى التى عدها الشافعية من موانع الإرث لأنه يلزم من التوريث عدمه ، بيانه أنه إذا أقر أخ حائز بابن للميت لا يثبت نسبه ولا يرث ، لأنه لو ورث لحجب الأخ فلا يكون الأخ وارثا حائزا فلا يقبل إقراره بالابن ، فلا يثبت نسبه فلا يرث لأن إثبات الإرث يؤدى إلى نفيه وما أدى إثباته إلى نفيه انتفى من أصله وهذا هو الصحيح من مذهبهم لكن يجب على المقر باطنا أن يدفع للابن التركة إذا كان صادقا فى إقراره (قوله وظاهر كلامهم نعم) يعنى ظاهر كلامهم صحة إقرار هذا الأخ بالابن ويثبت نسبه فى حق نفسه فقط فيرث الابن دونه لما قالوا إن الإقرار بنسب

لأن إقراره ينصرف إلى نصيبه (وللآخر خمسون) بعد حلفه أنه لا يعلم أن أباه قبض شطر المائة قاله الأكمل .
قلت : وكذا الحكم لو أقر أن أباه قبض كل الدين لكنه هنا يحلف لحق الغريم زيلعي .

فصل فى مسائل شتى

(أقرت الحرة المكلفة بدين) لآخر (فكذبها زوجها صح) إقرارها (فى حقه أيضا) عند أبى حنيفة (فتحبس) المقرة (وتلازم) وإن تضرر الزوج وهذه إحدى المسائل الست الخارجة من قاعدة الإقرار حجة قاصرة على المقر ولا يتعدى إلى غيره وهى فى الأشباه ، وينبغى أن يخرج أيضا من كان فى إجارة غيره فأقر لآخر بدين فإن له حبسه وإن تضرر المستأجر وهى واقعة الفتوى ولم نرها صريحة (وعندهما لا) تصدق فى حق الزوج فلا تحبس ولا تلازم درر .

قلت : وينبغى أن يعول على قولهما إفتاء وقضاء لأن الغالب أن الأب يعلمها الإقرار له أو لبعض أقاربها ليتوصل بذلك إلى منعها بالحبس عنده عن زوجها كما وقفت عليه مرارا حين ابتليت بالقضاء كذا ذكره المصنف .

على غيره يصح فى حق نفسه ، حتى تلزمه الأحكام من النفقة والحضانة لا فى حق غيره وقد رأيت المسألة منقولة ولله تعالى الحمد والمنة فى فتاوى العلامة قاسم بن قطلوبغا الحنفى ونصه قال محمد فى الإملاء ولو كانت للرجل عمة أو مولى نعمة فأقرت العمة أو مولى النعمة بأخ للميت من أبيه أو أمه أو بعم أو بابن عم أخذ المقر له الميراث كله لأن الوارث المعروف أقر بأنه مقدم عليه فى استحقاق ماله وإقراره حجة على نفسه اه هذا كلامه ثم قال فلما لم يكن فى هذا دور عندنا لم يذكر فى الموانع وذكر فى بابه اه (قوله إلى نصيبه) فيجعل كأنه استوفى نصيبه ولأن الاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون لأن الديون تقضى بأمثالها ثم تلتقيح قصاصا فقد أقر بدين على الميت فيلزم المقر كما مر قبل باب الاستثناء ولا يجرى فى هذه المسألة الخلاف السابق كما لا يخفى على الحاذق (قوله بعد حلفه) أى حلف المنكر أى لأجل الأخ لا لأجل الغريم ، لأنه لا ضرر على الغريم فلا ينافى ما يأتى ولو نكل شاركه المقر (قوله لكنه) الاستدراك يقتضى أن لا يحلف فى الأولى ، وبه صرح الزيلعى وهو مخالف لما قدمه عن الأكمل ومر جوابه (قوله يحلف) أى المنكر بالله لم يعلم أنه قبض الدين فإن نكل برئت ذمة المدين، وإن حلف دفع إليه نصيبه بخلاف المسألة الأولى حيث لا يحلف لحق الغريم ، لأن حقه كله حصل له من جهة المقر فلا حاجة إلى تحليفه وهنا لم يحصل إلا النصف فيحلفه زيلعى .

فصل فى مسائل شتى

(قوله وهى فى الأشباه) وعبارتها الإقرار حجة قاصرة على المقر ولا يتعدى إلى غيره فلو أقر المؤجر أن الدار لغيره لا تنفسخ الإجارة إلا فى مسائل : لو أقرت الزوجة بدين فللدائن حبسها وإن تضرر الزوج ، ولو أقر المؤجر بدين لا وفاء له إلا من ثمن العين فله بيعها لقضائه وإن تضرر المستأجر ، ولو أقرت مجهولة النسب بأنها بنت أبى زوجها وصدقها الأب إنفسخ النكاح بينهما بخلاف ما إذا أقرت بالردة ولو طلقها ثنتين بعد الإقرار بالرق لم يملك الرجعة ، وإذا ادعى ولد أمته المبيعة وله أخ ثبت نسبه وتعدى إلى حرمان الأخ من الميراث لكونه للابن ، وكذا المكاتب إذا ادعى نسب ولد حرة فى حياة أخيه صحت وميراثه لولده دون أخيه كما فى الجامع اه (قوله وينبغي) البحث لصاحب المنح (قوله إفتاء وقضاء) بنصبهما (قوله لأن الغالب) فيه نظر

(مجهولة النسب أقرت بالرق لإنسان) وصدقها المقر له (ولها زوج وأولاد منه) أى الزوج (وكذبها) زوجها (صح فى حقها خاصة) فولد علق بعد الإقرار رقيق خلافا لمحمد (لا) فى (حقه) يرد عليه انتقاض طلاقها كما حققه فى الشرنبلالية (وحق الأولاد) وفرّع على حقه بقوله (فلا يبطل النكاح) وعلى حق الأولاد بقوله (وأولاد حصلت قبل الإقرار وما فى بطنها وقته أحرار) لحصولهم قبل إقرارها بالرق .

(مجهول النسب حرر عبده ثم أقر بالرق لإنسان وصدقه) المقر له (صح) إقراره (فى حقه) فقط (دون إبطال العتق ، فان مات العتيق يرثه وارثه إن كان) له وارث يستغرق التركة (وإلا فيرث) الكل أو الباقى كافى وشرنبلالية (المقر له فإن مات المقر ثم العتيق فإرثه لعصبة المقر) ولو جنى هذا العتيق سعى فى جنايته لأنه لا عاقلة له ولو جنى عليه يجب أرش العبد وهو كالمملوك فى الشهادة لأن حريته بالظاهر وهو يصلح للدفع لا لاستحقاق .

(قال) رجل لآخر (لى عليك ألف فقال) فى جوابه (الصدق أو الحق أو اليقين أو نكر) كقوله حقا ونحوه (أو كرر لفظ الحق أو الصدق) كقوله الحق الحق أو حقا حقا

إذ العلة خاصة والمدعى عام لأنه لا يظهر فيما إذا كان الإقرار لأجنبى . وقوله ليتوصل الخ لا يظهر أيضا إذ الحبس عند القاضى لا عند الأب فإذا المعول عليه قول الإمام وأيضا لم يستند فى هذا التصحيح لأحد من أئمة الترجيح ط لكن قوله إذ الحبس عند القاضى مخالف لما مر فى بابه أن الخيار فيه للمدعى (قوله مجهولة النسب أقرت) ليس على إطلاقه لما فى الأشباه مجهول النسب إذا أقر بالرق لإنسان وصدقه المقر له صح وصار عبده إذا كان قبل تأكد الحرية بالقضاء أما بعد قضاء القاضى عليه بحد كامل أو بالقصاص فى الأطراف لا يصح إقراره بالرق بعد ذلك اه سائحانى (قوله فولد) التفريع غير ظاهر ومحله فيما بعد ، والظاهر أن يقال فتكون رقيقة له كما أفاده فى العزمية (قوله كما حققه فى الشرنبلالية) حيث قال لأنه نقل فى المحيط عن المبسوط أن طلاقها ثنتان وعدتها حيضتان بالإجماع لأنها صارت أمة وهذا حكم يخصها ثم نقل عن الزيادات : ولو طلقها الزوج تطليقتين وهو لا يعلم بإقرارها ملك عليها الرجعة ، ولو علم لا يملك وذكر فى الجامع لا يملك علم أو لم يعلم قبل ما ذكر قياس : وما ذكره فى الجامع استحسان وفى الكافى : آلى وأقرت قبل شهرين فهما عدته ، وإن أقرت بعد مضى شهرين فأربعة . والأصل أنه متى أمكنه تدارك ما خاف فوته بإقرار الغير ولم يتدارك بطل حقه لأن فوات حقه مضاف إلى تقصيره فإن لم يمكن التدارك لا يصح الإقرار فى حقه فإذا أقرت بعد شهر أمكن الزوج التدارك ، وبعد شهرين لا يمكنه وكذا الطلاق والعدة حتى لو طلقها ثنتين ثم أقرت يملك الثالثة ، ولو أقرت قبل الطلاق تبين بثنتين ولو مضت من عدتها حيضتان ثم أقرت يملك الرجعة ولو مضت حيضة ثم أقرت تبين بحيضتين اه .

قلت : وعلى ما فى الكافى لا إشكال لقوله إن فوات حقه مضاف إلى تقصيره تأمل (قوله حرر عبده) ماض مبنى للفاعل وعبده مفعول (قوله فيرث الكل) إن لم يكن له وارث أصلا (قوله أو الباقى) إن كان له وارث لا يستغرق (قوله وشرنبلالية) عبارة الشرنبلالية عن المحيط ، وإن كان للميت بنت كان النصف لها والنصف للمقر له اه وإن جنى هذا العتيق سعى فى جنايته ، لأنه لا عاقلة له ، وإن جنى عليه يجب عليه أرش العبد وهو كالمملوك فى الشهادة ، لأن حريته فى الظاهر وهو يصلح للدفع لا للاستحقاق اه (قوله أرش العبد) وعليه فقد صار الإقرار حجة متعدية فى حق المجنى عليه فينبغى زيادة هذه المسألة على الست(١) المتقدمة آنفا

---

(١) (قوله على الست الخ) فيه أنه لم يذكر السادسة وإنما ذكرها ط حيث قال السادسة باع المبيع ثم أقر أن البيع كان تلجئة وصدقه المشترى فله الرد على بائعه بالعيب اه مصححه

(ونحوه أو قرن بها البر) كقوله البر حق أو الحق بر الخ (فإقرار ولو قال الحق حق أو الصدق صدق أو اليقين يقين لا) يكون إقرارا لأنه كلام تام بخلاف ما مر ، لأنه لا يصلح للابتداء فجعل جوابا فكأنه قال ادعيت الحق الخ ه (قال لأمته يا سارقة يا زانية يا مجنونة يا آبقة أو قال هذه السارقة فعلت كذا وباعها فوجد بها واحد منها) أى من هذه العيوب (لا ترد به) لأنه نداء أو شتيمة لا إخبار (بخلاف هذه سارقة أو هذه آبقة أو هذه زانية أو هذه مجنونة) حيث ترد بإحداها لأنه إخبار وهو لتحقيق الوصف (وبخلاف يا طالق أو هذه المطلقة فعلت كذا) حيث تطلق امرأته لتمكنه من إثباته شرعا فجعل إيجابا ليكون صادقا بخلاف الأول درر (إقرار السكران بطريق محظور) أى ممنوع محرم (صحيح) فى كل حق فلو أقر بقود أقيم عليه الحد فى سكره وفى السرقة يضمن المسروق كما بسطه سعدى أفندى فى باب حد الشرب (إلا فى) ما يقبل الرجوع كالردة و (حد الزنا وشرب الخمر وإن) سكر (بطريق مباح) كشربه مكرها (لا) يعتبر بل هو كالإغماء إلا فى سقوط القضاء وتمامه فى أحكامات الأشباه (المقر له إذا كذب المقر بطل إقراره) لما تقرر أنه يرتد بالرد (إلا فى) ست على ما هنا تبعا للأشباه (الإقرار بالحرية والنسب وولاء العتاقة والوقف) فى الإسعاف لو وقف على رجل فقبله ثم رده لم يرتد وإن رده قبل القبول ارتد (والطلاق والرق) فكلها لا ترتد ويزيد الميراث بزازية والنكاح كما فى متفرقات

(قوله ونحوه) بأن كرر اليقين أيضا معرفا أو منكرا (قوله كقوله البر حق الخ) هذا مما يصلح للإخبار ولا يتعين جوابا . والذى فى الدرر البر الحق وهو فى بعض النسخ كذلك وهو ظاهر فإنه يحمل على الإبدال ط (قوله لأنه نداء) أى فيما عدا الأخيرة والنداء إعلام المنادى وإحضاره لا تحقيق الوصف (قوله حيث ترد) أى لو اشتراها من لم يعلم بهذا الإخبار ثم علم ط (قوله بخلاف الأول) فإن السيد لا يتمكن من إثبات هذه الأوصاف فيها ط (قوله بطريق) متعلق بالسكران (قوله عليه الحد) لعله سبق قلم ، والصواب القصاص فليراجع (قوله كما بسطه سعدى) وعبارته هناك وقال صاحب النهاية : ذكر الإمام التمرتاشي ولا يحد السكران بإقراره على نفسه بالزنا والسرقة ، لأنه إذا صحا ورجع بطل إقراره ، ولكن يضمن المسروق بخلاف حد القذف والقصاص ، حيث يقام عليه فى حال سكره ، لأنه لا فائدة فى التأخير ، لأنه لا يملك الرجوع لأنهما من حقوق العباد فأشبه الإقرار بالمال والطلاق والعتاق اه ولا يخفى عليك أن قوله لأنه لا فائدة فى التأخير محل بحث : وفى معراج الدراية بخلاف حد القذف ، فإنه يحبس حتى يصحو ثم يحد للقذف ثم يحبس حتى يخف منه الضرب ثم يحد للسكر ذكره فى المبسوط وفى معراج الدراية قيد بالإقرار ، لأنه لو زنى وسرق فى حاله يحد بعد الصحو بخلاف الإقرار وكذا فى الذخيرة اه (قوله سقوط القضاء) أى قضاء صلاة أزيد من يوم وليلة بخلاف الإغماء (قوله على ما هنا) أى على ما فى المتن وإلا فسيأتى زيادة عليها (قوله بالحرية) فإذا أقر أن العبد الذى فى يده حر ثبتت حريته وإن كذبه العبد ط (قوله فى الإسعاف) ونصه ومن قبل ما وقف عليه ليس له الرد بعده ومن رده أول مرة ليس له القبول بعده اه وتمام التفاريع فيه . ولا يخفى أن الكلام فى الإقرار بالوقف لا فى الوقف ، وفى الإسعاف أيضا : ولو أقر لرجلين بأرض فى يده أنها وقف عليهما ، وعلى أولادهما ونسلهما أبدا ثم من بعدهم على المساكين فصدقه أحدهما وكذبه الآخر ولا أولاد لهما يكون نصفها وقفا على المصدق منهما والنصف الآخر للمساكين ، ولو رجع المنكر إلى التصديق رجعت الغلة إليه وهذا بخلاف ما لو أقر لرجل بأرض فكذبه المقر له ثم صدقه فإنها لا تصير له ما لم يقر له بها ثانيا والفرق أن الأرض المقر بوقفيتها لا تصير ملكا لأحد بتكذيب المقر له فإذا رجع ترجع إليه والأرض المقر بكونها ملكا ترجع إلى ملك المقر بالتكذيب اه (قوله لو وقف) فيه أن الكلام فى الإقرار

قضاء البحر وتمامه ثمة واستثنى ثمة مسألتين من الإبراء : وهما إبراء الكفيل لايرتد وإبراء المديون بعد قوله أو أبرئنى فأبرأه لايرتد فالمستثنى عشرة فلتحفظ وفى وكالة الوهبانية ومنى صدقه فيها ثم رده لا يرتد بالرد وهل يشترط لصحة الرد مجلس الإبراء خلاف؟ والضابط أن ما فيه تمليك مال من وجه يقبل الرد، وإلا فلا كإبطال شفعة وطلاق وعتاق لايقبل الرد وهذا ضابط جيد فليحفظ (صالح أحد الورثة وأبرأه إبراء عاما) أو قال لم يبق لى حق من تركة أبى عند الوصى أو قبضت الجميع ونحو ذلك (ثم ظهر ف) يد وصيه من (التركة شىء لم يكن وقت الصلح) وتحققه (تسمع دعوى حصته منه على الأصح) صلح البزازية ولا تناقض لحمل قوله لم يبق لى حق أى مما قبضته على أن الإبراء

بالوقف لا فى الوقف، وأيضا الكلام فيما لايرتد ولو قبل القبول على أن عبارة الإسعاف على ما فى الأشباه والمنح أن المقر له إذا رده ثم صدقه صح ح (قوله قضاء البحر) وعبارته قيد بالإقرار بالمال احترازا عن الإقرار بالرق والطلاق والعتاق والنسب والولاء فإنها لا ترد بالرد: أما الثلاثة الأول فى البزازية قال لآخر: أنا عبدك فرد المقر له ثم عاد إلى تصديقه فهو عبده، ولا يبطل الإقرار بالرق بالرد كما لا يبطل بجحود المولى بخلاف الإقرار بالعين والدين حيث يبطل بالرد، والطلاق والعتاق لا يبطلان بالرد، لأنهما إسقاط يتم بالمسقط وحده وأما الإقرار بالنسب وولاء العتاقة ففى شرح المجمع من الولاء وأما الإقرار بالنكاح فلم أره الآن اه وتمامه هناك (قوله واستثنى ثمة) لا حاجة إلى ذكرهما هنا فإنهما ليستا مما نحن فيه ح أى لأن الكلام فى الإقرار وما ذكر فى الإبراء (قوله مسألتين) حيث قال: ثم اعلم أن الإبراء يرتد بالرد إلا فيما إذا قال المديون أبرئنى فأبرأه فإنه لايرتد كما فى البزازية وكذا إبراء الكفيل لا يرتد بالرد فالمستثنى مسألتان كما أن قولهم إن الإبراء لايتوقف على القبول يخرج عنه الإبراء عن بدل الصرف والسلم فإنه يتوقف على القبول ليبطلاه كما قدمناه فى باب السلم (قوله فيها) أى فى الوكالة (قوله أو قال) عطف على صالح لأنها مسألة أخرى فى أوائل الثلث الثالث من فتاوى الحانوتى كلام طويل فى البراءة العامة فراجعه: وفى الخانية: وصى الميت إذا دفع ماكان فى يده من تركة الميت إلى ولد الميت وأشهد الولد على نفسه أنه قبض التركة ولم يبق من تركة والده قليل ولا كثير إلا قد استوفاه ثم ادعى فى يد الوصى شيئا وقال من تركة والدى وأقام على ذلك بينة، وكذا لو أقر الوارث أنه قبض جميع ما على الناس من تركة والده ثم ادعى على رجل دينا لوالده تسمع دعواه:

قلت: ووجه سماعها أن إقرار الولد لم يتضمن إبراء شخص معين وكذا إقرار الوارث بقبضه جميع ما على الناس ليس فيه إبراء ولو تنزلنا للبراءة فهى غير صحيحة فى الأعيان شرح وهبانية للشرنبلالى، وفيه نظر لأن عدم صحتها معناه أن لاتصير ملكا للمدعى عليه وإلا فالدعوى لاتسمع كما يأتى فى الصلح (قوله صلح البزازية) وعبارة البزازية قال تاج الإسلام(١) واحد صالح الورثة وأبرأ إبراء عاما ثم ظهر فى التركة شىء لم يكن وقت الصلح لا رواية فى جواز الدعوى: ولقائل أن يقول تجوز دعوى حصته فيه وهو الأصح. ولقائل أن يقول لا اه وللشرنبلالى رسالة سماها: تنقيح الأحكام فى الإقرار والإبراء الخاص والعام.

---

(١) (قوله قال تاج الإسلام الخ) قال شيخنا: عبارة البزازية أحد الورثة صالح وأبرأ الخ وحينئذ فتكون مساوية لعبارة الخانية المارة، ويكون الحكم صماع الدعوى حيث لم يكن فى العبارة تعيين المبرإ، وحيث أن المصنف نقل عبارة البزازية هذه فحكم بأن ذكر الضمير بعد أبرأ فيه تحريف، إذ ليس هذا الضمير موجودا فى البزازية. نعم يبقى قول الشارح لم يبق لى حق من تركة أبى عند الوصى مشكلا اه.

. . . .

أجاب فيها بأن البراءة العامة بين الوارثين مانعة من دعوى شيء سابق عليها عينا أو دينا بميراث أو غيره ، وحقق ذلك بأن البراءة إما عامة كلاحق أو لادعوى أو لاخصومة لي قبل فلان ، أو هو برىء من حقي أو لادعوى لي عليه أو لاتعلق لي عليه أو لاأستحق عليه شيئا أو أبرأته من حقي أو مما لي قبله ، وإما خاصة بدين خاص كابرأته من دين كذا أو عام كابرأته مما لي عليه ، فيبرأ عن كل دين دون العين ، وأما خاصة بعين فتصح لنفي الضمان لا الدعوى فيدعي بها على المخاطب وغيره ، وإن كان عن دعواها فهو صحيح . ثم إن الإبراء لشخص مجهول لايصح وإن لمعلوم صح ولو بمجهول فقوله : قبضت تركة مورثي كلها أو كل من لي عليه شيء أو دين فهو برىء ليس إبراء عاما ولا خاصا بل هو إقرار مجرد لايمنع من الدعوى لما في المحيط قال : لادين لي على أحد ثم ادعى على رجل دينا صح لاحتمال وجوبه بعد الإقرار ، وفيه أيضا وقوله هو برىء مما لي عنده إخبار عن ثبوت البراءة لا إنشاء وفي الخلاصة لاحق لي قبله فيدخل فيه كل عين ودين وكفالة وإجارة وجناية وحد اه وفي الأصل فلا يدعي إرثا ولا كفالة نفس أو مال ولا دينا أو مضاربة أو شركة أو وديعة أو ميراثا أو دارا أو عبدا أو شيئا إلا شيئا حادثا بعد البراءة اه فما في شرح المنظومة (١) عن المحيط أبرأ أحد الورثة الباقي ثم ادعى التركة وأنكر ولا تسمع دعواه وإن أقروا بالتركة أمروا بالرد عليه اه ظاهر فيما إذا لم تكن البراءة عامة لما علمته ، ولما سنذكر أنه لو أبرأه عاما ثم أقر بعده بالمال المبرأ به لايعود بعد سقوطه . وفي العمادية قال ذو اليد : ليس هذا لي وليس ملكي أو لاحق لي فيه ، أو نحو ذلك ولا منازع له حينئذ ، ثم ادعاه أحد فقال ذو اليد هو لي فالقول له لأن الإقرار لمجهول باطل والتناقض إنما يمنع إذا تضمن إبطال حق على أحد اه ومثله في الفيض وخزانة المفتين فبهذا علمت الفرق بين أبرأتك أو لاحق لي قبلك وبين قبضت تركة مورثي أو كل من لي عليه دين ، فهو برىء ولم يخاطب معينا ، وعلمت بطلان فتوى بعض أهل زماننا بأن إبراء الوارث وارثا آخر إبراء عاما لايمنع من دعوى شيء من التركة ، وأما عبارة البزازية أي التي قدمناها فأصلها معزو إلى المحيط وفيه نظر ظاهر ، ومع ذلك لم يقيد الإبراء بكونه لمعين أولا وقد علمت اختلاف الحكم في ذلك ثم إن كان المراد به اجتماع الصلح المذكور في المتون والشروح في مسألة التخارج مع البراءة العامة لمعين فلا يصح أن يقال فيه لارواية فيه كيف وقد قال قاضيخان : اتفقت الروايات على أنه لاتسمع الدعوى بعده إلا في حادث وإن كان المراد به الصلح والإبراء بنحو قوله : قبضت تركة مورثي ولم يبق لي فيها حق إلا استوفيته ، فلا يصح قوله لارواية فيه أيضا لما قدمناه من النصوص على صحة دعواه بعده ، واتفقت الروايات على صحة دعوى ذي اليد المقر بأن لاملك له في هذا العين عند عدم المنازع . والذي يتراءى أن المراد من تلك العبارة الإبراء لغير معين مع ما فيه ، ولو سلمنا أن المراد به المعين وقطعنا النظر عن اتفاق الروايات على منعه من الدعوى بعده ، فهو مباين لما في المحيط عن المبسوط . والأصل والجامع الكبير ومشهور الفتاوى المعتمدة كالخانية والخلاصة ، فيقدم ما فيها ولا يعدل عنها إليه ؛ وأما ما في الأشباه والبحر عن القنية افترق الزوجان ، وأبرأ كل صاحبه عن جميع الدعاوى وللزوج أعيان قائمة لاتبرأ المرأة منها وله الدعوى ، لأن الإبراء إنما ينصرف إلى

---

(١) (قوله فما في شرح المنظومة الخ) قال شيخنا : لاحاجة إلى هذا الحمل بل الحكم كذلك ولو كانت البراءة عامة ، إذ غاية ما في البراءة العامة منع الدعوى في الأعيان لكن لاتصير العين بها ملكا للمبرإ فلو أقر بها يؤمر بالدفع بخلاف الدين فإنه يملك بالبراءة فلا يؤمر بالدفع لو أقر ومنع المبرأ من الدعوى لاينافي أمر المقر بالدفع ؛ ألا ترى أن من منع من سماع الدعوى لطول المدة لو أقر خصمه بالمدعى فإنه يؤمر بالدفع اه .

عن الأعيان باطل وحينئذ فالوجه عدم صحة البراءة كما أفاده ابن الشحنة واعتمده الشرنبلالي وسنحققه في الصلح :

(أقر) رجل بمال في صك وأشهد عليه به (ثم ادعى أن بعض هذا المال) المقر به (قرض وبعضه ربا عليه فإن أقام على ذلك بينة تقبل) وإن كان متناقضا لأنا نعلم أنه مضطر إلى هـذا الإقرار شرح وهبانية .

قلت : وحرر شارحها الشرنبلالي إنه لا يفتى بهذا الفرع لأنه لا عذر لمن أقر غايته أن يقال بأنه يحلف المقر له على قول أبي يوسف المختار للفتوى في هذه ونحوها اه .

قلت : وبه جزم المصنف فيمن أقر فتدبر :

(أقر بعد الدخول) من هنا إلى كتاب الصلح ثابت في نسخ المتن ساقط من نسخ الشرح (إنه طلقها قبل الدخول لزمه مهر) بالدخول (ونصف) بالإقرار :

(أقر المشروط له الريع) أو بعضه (إنه) أي ريع الوقف (يستحقه فلان دونه صح) وسقط حقه ولو كتاب

الديون لا الأعيان اه فمحمول على حصوله بصيغة خاصة كقوله : أبرأتها عن جميع الدعاوى مما لي عليها فيختص بالديون فقط لكونه مقيدا بمالي عليها ويؤيده التعليل ، ولو بقي على ظاهره فلا يعدل عن كلام المبسوط والمحيط وكافي الحاكم المصرح بعموم البراءة لكل من أبرأ إبراء عاماً إلى ما في القنية اه :

هذا حاصل ماذكره الشرنبلالي في رسالته وهي قريب من كراسين وقد أكثر فيها من النقول فمن أراد الزيادة فليرجع إليها وبه علم أنه ماكان ينبغي للمصنف أن يذكر ما في البزازية متنا وأما ماسيجيء آخر الصلح فليس فيه إبراء عام فتدبر وانظر شرح الملتقى في الصلح (قوله عن الأعيان) سيأتي الكلام على ذلك في الصلح (قوله في الصلح) أي في آخره (قوله أقر رجل) تقدمت المسألة متنا في متفرقات القضاء (قوله شرح وهبانية) وبه أفتى في الحامدية والخيرية من الدعوى (قوله لا عذر لمن أقر) فيه أن اضطراره(١) إلى هذا الإقرار عذر (قوله غايته) حاصله : أنه لا فائدة لدعواه أن بعض المقر به ربا إلا تحليف المقر له بناء على أن الثاني إذا ادعى أنه أقر كاذبا يحلف المقر له ، وهذه المسألة من أفرادها فلذا قال في هذه ونحوها ولقد أبعد من حمل قول أبي يوسف على الضرورة فقط كما في هذه المسألة كما مر قبيل الاستثناء (قوله أن يقال الخ) ولأنه لا يتأتى على قول الإمام لأنه يقول بلزوم المال ولا يقبل تفسيره وصل أو فصل وعندهما إن وصل قبل وإلا فلا ولفظة ثم تفيد الفصل فلا يقبل اتفاقا شرنبلالية (قوله وبه جزم) أي بقول أبي يوسف (قوله فيمن أقر) وفي نسخة فيما مر وعليها فإنه مر قبيل الإستثناء (قوله من نسخ الشرح) أي المنح (قوله أنه يستحقه) يعمل بالمصادقة على الاستحقاق ، وإن خالفت كتاب الوقف لكن في حق المقر خاصة الخ مامر في الوقف (قوله وسقط حقه) الظاهر أن المراد سقوطه ظاهرا فإذا لم يكن مطابقا للواقع لا يحل للمقر له أخذه ثم إن هذا السقوط مادام حيا ، فإذا مات عاد على ماشرط الواقف ، قال السائحاني في مجموعته وفي الخصاف : قال المقر له بالغلة عشر سنوات من اليوم لزيد ، فإن مضت رجعت للمقر له فإن مات المقر له والمقر قبل مضيها ترجع الغلة على شرط الواقف ، فكأنه صرح ببطلان المصادقة بمضي المدة أو موت المقر :

وفي الخصاف أيضا رجل وقف على زيد وولده ثم للمساكين فأقر زيد به ، وبأنه على بكر ثم مات زيد بطل إقراره لبكر وفي الحامدية إذا تصادق جماعة الوقف ثم مات أحدهم عن ولد فهل تبطل مصادقة الميت في حقه ؟

---

(١) (قوله فيه أن الخ) فيه أن المراد بنفي العذر نفي قبوله أي لا عذر مقبول ولو كان موجودا تأمل اه .

الوقف بخلافه (ولو جعله لغيره أو أسقطه) لا لأحد (لم يصح) وكذا المشروط (له النظر على هذا) كما مر في الوقف وذكره في الأشباه ثمة وهنا وفي الساقط لا يعود فراجعه (القصص المرفوعة إلى القاضي لا يؤاخذ رافعها بما كان فيها من إقرار وتناقض) لما قدمنا في القضاء إنه لا يؤاخذ بما فيها (إلا إذا) أقر بلفظه صريحا (قال له على ألف في علمي أو فيما أعلم أو أحسب أو أظن لا شيء عليه) خلافا للثاني في الأول(١) قلنا هي للشك عرفا نعم لو قال قد علمت لزمه اتفاقا (قال غصبنا ألفا) من فلان (ثم قال كنا عشرة أنفس) مثلا (وادعى الغاصب) كذا في نسخ المتن وقد علمت سقوط ذلك من نسخ الشرح وصوابه وادعى الطالب كما عبر به في المجمع وقال شراحه أي المغصوب منه (إنه هو وحده) غصبها (لزمه الألف كلها) وألزمه زفر بعشرها قلنا هذا الضمير يستعمل في الواحد والظاهر أنه يخبر بفعله دون غيره فيكون قوله كنا عشرة رجوعا فلا يصح نعم لو قال غصبناه كلنا صح اتفاقا لأنه لا يستعمل في الواحد :

(قال) رجل (أوصى أبي بثلث ماله لزيد بل لعمرو بل لبكر فالثلث للأول وليس لغيره شيء) وقال زفر لكل ثلثه وليس للابن شيء قلنا نفاذ الوصية في الثلث وقد أقر به للأول فاستحقه فلم يصح رجوعه بعد ذلك للثاني بها بخلاف الدين لنفاذه من الكل الكل من المجمع :

[فروع] أقر بشيء ثم ادعى الخطأ لم يقبل إلا إذا أقر بالطلاق بناء على إفتاء المفتي ، ثم تبين عدم الوقوع لم تقع يعني ديانة قنية .

الجواب : نعم ويظهر لي من هذا أن من منع عن استحقاقه بمضي المدة الطويلة إذا مات فولده يأخذ ماشرطه الواقف له لأن الترك لايزيد على صريح المصادقة ، ولأن الولد لم يتملكه من أبيه وإنما يتملكه من الواقف اه (قوله ولو جعله الخ) وفي إقرار الإسماعيلية فيمن أقرت بأن فلانا يستحق ربع مايخصها من وقف كذا في مدة معلومة بمقتضى أنها قبضت منه مبلغاً معلوما فأجاب : بأنه باطل لأنه بيع الاستحقاق المعدوم وقت الإقرار بالمبلغ المعين ، وإطلاق قولهم لو أقر المشروط له الريع أنه يستحقه فلان دونه يصح ولو جعله لغيره لم يصح يقضي ببطلانه ، فإن الإقرار بعوض معاوضة اه ملخصا .

وفي الخصاف : فإن كان الواقف جعل أرضه موقوفة على زيد ثم من بعده على المساكين فأقر زيد بهذا الإقرار يعني بقوله جعلها وقفا علي وعلى هذا الرجل يشاركه الرجل في الغلة أبدا ما كان حيا فإن مات زيد كانت للمساكين ، ولم يصدق زيد عليهم ، وإن مات المقر له وزيد في الحياة فالنصف الذي أقر به زيد للمساكين والنصف لزيد فإذا مات صارت الغلة كلها للمساكين وكذا لو أقر أنها على هذا الرجل وحده فالغلة كلها للرجل مادم زيد المقر حيا فإذا مات فللمساكين ولا يصدق عليهم وإنما يصدق على إبطال حق نفسه مادام حيا اه ملخصا ويظهر من هذا أن المصادقة على الاستحقاق تبطل بموت المقر للزوم الضرر على من بعده ، ولا تبطل بموت المقر له عملا بإقرار المقر على نفسه بقي مالو أقر جماعة مستحقون كثلاثة أخوة مثلا موقوف عليهم سوية ، فتصادقوا على أن زيدا منهم يستحق النصف ، فإذا مات زيد تبقى المصادقة وإن مات المقران تبطل وإن مات أحدهما تبطل في حصته فقط والذي يكثر وقوعه في زماننا المصادقة في النظر والذي يقتضيه النظر بطلانها بموت كل منهما ويرجع التوجيه إلى القاضي هذا ماظهر لنا فتأمل (قوله كذا في نسخ المتن) أي بعضها وفي بعض نسخ المتن المغصوب منه (قوله من الكل) وقد تقدم قبل إقرار المريض (قوله بناء على إفتاء المفتي) وفي البزازية ظن وقوع الثلاث بافتاء من

---

(١) (قول الشارح في الأول) أي الشق الأول وهو قوله في علمي أو فيما أعلم وهو أحسن في تفسيره بفي علمي فقط إذ لافرق بينه وبين فيما أعلم اه .

إقرار المكره باطل إلا إذا أقر السارق مكرها فأفتى بعضهم بصحته ظهيرية .
الإقرار بشيء محال وبالدين بعدالإبراء منه باطل ولو بمهر بعد هبتها له على الأشبه . نعم لو ادعى دينا بسبب حادث بعد الإبراء العام وإنه أقر به يلزمه ذكره المصنف فى فتاويه .
قلت : ومفاده أنه لو أقر ببقاء الدين أيضا فحكمه كالأول وهى واقعة الفتوى فتأمل .
الفعل فى المرض أحط من فعل الصحة إلا فى مسألة إسناد الناظر لغيره بلا شرط فإنه صحيح فى المرض لا فى الصحة تتمة وتمامه فى الأشباه وفى الوهبانية :

ليس بأهل ، فأمر الكاتب بصك الطلاق فكتب ، ثم أفتاه عالم بعدم الوقوع له أن يعود إليها فى الديانة لكن القاضى لايصدقه لقيام الصك سائحانى.(قوله بشيء محال) كما لو أقر له بأرش يده التى قطعها خمسمائة درهم ويداه صحيحتان لم يلزمه شيء كما فى حيل التاترخانية ، وعلى هذا أفتيت ببطلان إقرار إنسان بقدر من السهام لوارث ، وهو أزيد من الفريضة الشرعية لكونه محالا شرعا ، ولابد من كونه محالا من كل وجه وإلا فلو أقر أن لهذا الصغير على ألف درهم قرض أقرضنيه أو من ثمن مبيع باعنيه صح الإقرار كما مر أشباه ملخصا (قوله وبالدين) قيد به لأن إقراره بالعين بعد الإبراء العام صحيح مع أنه يبرأ من الأعيان فى الإبراء العام كما ضرح به فى الأشباه ؛ وتحقيق الفرق فى رسالة الشرنبلالى فى الإبراء العام (قوله بعد هبتها له على الأشبه) قال فى البزازية وفى المحيط : وهبت المهر منه ثم قال اشهدوا أن لها على مهرا كذا فالمختار عند الفقيه ، أن إقراره جائز وعليه المذكور إذا قبلت لأن الزيادة لاتصح بلا قبولها والأشبه أن لايصح . ولا تجعل زيادة بغير قصد الزيادة عن الحموى برهن أنه أبرأنى عن هذه الدعوى ثم ادعى المدعى ثانياً أنه أقر لى بالمال بعد إبرائى فلو قال المدعى عليه أبرأنى ، وقبلت الإبراء وقال صدقته فيه لايصح الدفع يعنى دعوى الإقرار ، ولو لم يقله يصح الدفع لاحتمال الرد والإبراء يرتد بالرد فيبقى المال عليه بخلاف قبوله إذ لايرتد بالرد بعده جامع الفصولين ، لكن كلامنا فى الإبراء عن الدين ؛ وهذا فى الإبراء عن الدعوى . وفى الرابع والعشرين من التاترخانية : ولو قال أبرأتك مما لى عليك فقال لك على ألف قد صدقت فهو برىء استحسانا لاحق لى فى هذه الدار فقال كان لك سدس ، فاشتريتها منك فقال لم أبعه فله السدس ولو قال خرجت عن كل حق لى فى هذه الدار أو برئت منه إليك أو أقررت لك ، فقال الآخر اشتريتها منك فقال لم أقبض الثمن فله الثمن اه وفيها عن العتابية ولو قال : لاحق لى قبل برى من كل عيب ودين وعلى هذا لو قال فلان برىء مما لى قبله دخل المضمون والأمانة ، ولو قال هو برىء مما لى عليه دخل المضمون دون الأمانة ولو قال هو برىء مما لى عنده فهو برىء من كل شيء أصله أمانة ، ولا يبرأ عن المضمون ولو ادعى الطالب حقا بعد ذلك وأقام بينة ، فإن كان أرخ بعد البراءة تسمع دعواه وتقبل بينته ، وإن لم يؤرخ فالقياس أن تسمع وحمل على حق وجب بعدها وفى الاستحسان لاتقبل بينته (قوله ذكره المصنف في فتاويه) ونصه سئل عن رجلين صدر بينهما إبراء عام ، ثم إن رجلا منهما بعد الإبراء العام أقر أن فى ذمته مبلغا معينا للآخر فهل يلزمه ذلك أم لا ؟ أجاب : إذا أقر بالدين بعد الإبراء منه لم يلزمه كما فى الفوائد الزينية نقلا عن التاترخانية نعم إذا ادعى عليه دينا بسبب حادث بعد الإبراء العام وأنه أقر به يلزمه اه وانظر مافى إقرار تعارض البينات لغانم البغدادى (قوله قلت ومفاده) أى مفاد تقييد اللزوم بدعواه بسبب حادث وقوله لو أقر ببقاء الدين أى بأن قال : ماأبرأنى منه باق فى ذمتى والفرق بين هذا وبين قوله السابق وبالدين بعد الإبراء منه أنه قال هناك بعد الإبراء لفلان على كذا تأمل (قوله ببقاء الدين) أى بعد الإبراء العام (قوله كالأول) أى الإقرار بالدين بعد الإبراء منه (قوله تتمة) اسم كتاب

أقر بمهر المثل فى ضعف موته فبينة الإيهاب من قبل تهدر
وإسناد بيع فيه للصحة اقبلن وفى القبض من ثلث التراث يقدر
وليس بلا تشهد مقرا نعده ولو قال لا تخبر فخلف يسطر
ومن قال ملكى ذا الذى كان منشأ ومن قال هذا ملك ذا فهو مظهر
ومن قال لا دعوى لى اليوم عند ذا فما يدعى من بعد منها فمنكر

كتاب الصلح

مناسبته أن إنكار المقر سبب للخصومة المستدعية للصلح (هو) لغة اسم من المصالحة وشرعا (عقد يرفع النزاع) ويقطع الخصومة (وركنه الإيجاب) مطلقا (والقبول) فيما يتعين أما فيما لا يتعين كالدراهم فيتم بلا قبول عناية وسيجىء (وشرطه العقل) لا البلوغ والحرية (فصح من صبى مأذون إن عرى) صلحه (عن ضرر بين و) صح (من عبد مأذون ومكاتب) لو فيه نفع (و) شرطه أيضا (كون المصالح عليه معلوما إن كان يحتاج

(قوله أقر بمهر المثل) قيد به إذا لو كان الإقرار بأزيد منه لم يصح (قوله الإيهاب) أى لو أقامت الورثة البينة ومثله الإبراء كما حققه ابن الشحنة (قوله من قبل تهدر) أى فى حالة الصحة أن المرأة وهبت مهرها من زوجها فى حياته لا تقبل، ولا ينافى هذا ماقدمه الشارح من بطلان الإقرار بعد الهبة لاحتمال أنه أبانها ثم تزوجها على المهر المذكور فى هذه المسألة كذا قيل وفيه أن الاحتمال موجود ثمة (قوله وإسناد) قال فى المنتقى لو أقر فى المرض الذى مات فيه أنه باع هذا العبد من فلان فى صحته، وقبض الثمن وادعى ذلك المشترى، فإنه يصدق فى البيع ولا يصدق فى قبض الثمن إلا بقدر الثلث هذه مسألة النظم إلا أنه أغفل فيه قيد تصديق المشترى ابن الشحنة مدنى وقدمنا قبل نحو خمسة أوراق عن نور العين كلاما فراجعه (قوله فيه) أى فى ضعف الموت (قوله من ثلث التراث) أى الميراث (قوله تشهد) باسكان الدال المهملة (قوله نعده) بفتح النون وبالعين ورفع الدال المشددة (قوله فخلف) برفع الخاء وإسكان اللام قال المقدسى ذكر محمد أن قوله لا تخبر فلانا أن له على ألفا إقرار وزعم السرخسى أن فيه روايتين سائحانى (قوله منشأ) أى كان هبة (قوله مظهر) بضم الميم أى مقر.

كتاب الصلح

(قوله مطلقا) فيما يتعين وفيما لا يتعين (قوله بلا قبول) لأنه إسقاط وسيجىء قريبا (قوله وشرطه الخ) وشرطه أيضا قبض بدله إن كان دينا بدين وإلا لا كما سيأتى فى مسائل شتى آخر الكتاب فراجعه، وأوضحه فى الدرر هنا (قوله فصح من صبى الخ) وكذا عنه بأن صالح أبوه عن داره وقد ادعاها مدع وأقام البرهان (قوله لو فيه نفع) لو قال لو لم يكن فيه ضرر بين لكان أولى، ليشمل ما إذا لم يكن فيه نفع، ولا ضرر أو كان فيه ضرر غير بين ط (قوله معلوما) قال فى جامع الفصولين عازيا للمبسوط: الصلح على خمسة أوجه: صلح على دراهم أو دنانير أو فلوس فيحتاج إلى ذكر القدر. الثانى: على بر أو كيلى أو وزنى مما لا حمل له ولا مؤنة، فيحتاج إلى ذكر قدر وصفة إذ يكون جيدا أو وسطا أو رديئا فلابد من بيانه. الثالث: على كيلى أو وزنى مما له حمل ومؤنة فيحتاج إلى ذكر قدر وصفة ومكان تسليمه عند أبى حنيفة كما فى السلم. الرابع: صلح على ثوب، فيحتاج إلى ذكر ذرع وصفة وأجل إذ الثوب لا يكون دينا إلا فى السلم وهو عرف مؤجلا. الخامس: صلح على حيوان ولا يجوز

إلى قبضه) كون (المصالح عنه حقا يجوز الاعتياض عنه ولو) كان (غير مال كالقصاص والتعزير معلوما كان) المصالح عنه (أو مجهولا لا) يصح (لو) المصالح عنه (مما لا يجوز الاعتياض عنه) وبينه بقوله (كحق شفعة وحد قذف وكفالة بنفس) ويبطل به الأول والثالث وكذا الثاني لو قبل الرفع للحاكم لاحد زنا وشرب مطلقا (وطلب الصلح كاف عن القبول من المدعى عليه إن كان المدعى به مما لا يتعين بالتعيين) كالدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك، لأنه إسقاط للبعض وهو يتم بالمسقط (وإن كان مما يتعين بالتعيين فلا بد من قبول المدعى عليه) لأنه كالبيع بحر (وحكمه وقوع البراءة عن الدعوى ووقوع الملك في مصالح عليه) وعنه لو مقرا أو هو صحيح مع إقرار أو سكوت أو إنكار فالأول حكمه (كبيع إن وقع عن مال بمال)

إلا بعينه إذ الصلح من التجارة والحيوان لا يصالح دينا فيها اهـ (قوله إلى قبضه) بخلاف مالا يحتاج إلى قبضه مثل أن يدعى حقا في دار رجل وادعى المدعى عليه حقا في أرض بيد المدعى فاصطلحا على ترك الدعوى جاز (قوله والتعزير) أي إذا كان حقا للعبد(١) كما لا يخفى ح (قوله أو مجهولا) أي بشرط أن يكون مما لا يحتاج إلى التسليم كترك الدعوى مثلا، بخلاف مالو كان عن تسليم المدعى: وفي جامع الفصولين: ادعى عليه مالا معلوما، فصالحه على ألف درهم، وقبض بدل الصلح وذكر في آخر الصك، وأبرأ المدعي عن جميع دعاواه وخصوماته إبراء صحيحا عاما فقيل: لم يصح الصلح لأنه لم يذكر قدر المدعى فيه، ولابد من بيانه ليعلم أن هذا الصلح وقع معاوضة أو إسقاطا أو وقع صرفا شرط فيه التقابض في المجلس أولا وقد ذكر قبض بدل الصلح ولم يتعرض لمجلس الصلح فمع هذا الاحتمال لا يمكن القول بصحة الصلح وأما الإبراء فقد حصل على سبيل العموم فلا تسمع دعوى المدعى بعين للإبراء العام لا للصلح اهـ وتقدم التصريح به في الاستحقاق وانظر ما كتبناه عن الفتح أواخر خيار العيب (قوله كحق شفعة) إذ هو عبارة عن ولاية الطلب وتسليم الشفعة لا قيمة له، فلا يجوز أخذ المال في مقابلته (قوله والثالث) هو إحدى الروايتين وبها يفتى كما في الشرنبلالية عن الصغرى أما بطلان الأول فرواية واحدة كما فيها أيضا عن الصغرى (قوله للحاكم) ظاهره أنه يبطل بالصلح أصلا، وهو الذي في الشرنبلالية عن قاضيخان، فإنه قال بطل الصلح وسقط الحد إن كان قبل أن يرفع إلى القاضي، وإن كان بعده لا يبطل الحد وقد سبق أنه إنما سقط بالعفو، لعدم الطلب حتى لو عاد وطلب حد. إلا أن يحمل ما في الخانية على أنه لم يطالب بعد (قوله مطلقا) قبل الرفع وبعده (قوله وطلب الصلح) فاعل طلب مستتر فيه والصلح مفعوله ولا حاجة إليه لأنه تكرار مع ما في المتن (قوله على ذلك) وفي بعض النسخ هذه (قوله بالمقسط) هذا يفيد أنه لا يشترط الطلب كما لا يشترط القبول ط (قوله وحكمه وقوع الخ) قال في البحر: وحكمه في جانب المصالح عليه وقوع الملك فيه للمدعى، سواء كان المدعى عليه مقرا أو منكرا وفي المصالح عنه وقوع الملك فيه للمدعى عليه إن كان مما لا يحتمل التمليك كالمال، وكان المدعى عليه مقرا به وإن كان مما لا يحتمل التمليك كالقصاص فالحكم وقوع البراءة كما إذا كان منكرا مطلقا (قوله ووقوع الملك) أي للمدعي أو المدعى عليه (قوله عليه) أي مطلقا ولو منكرا (قوله كبيع) أي فتجرى فيه أحكام البيع، فينظر إن وقع على خلاف جنس المدعى فهو بيع وشراء كما ذكر هنا وإن وقع على جنسه فإن كان بأقل من المدعى، فهو حط وإبراء وإن كان مثله فهو قبض واستيفاء، وإن كان بأكثر منه فهو فضل وربا اهـ من الزيلعي رملي قال في البحر: اعتبر بيعا إن كان على خلاف الجنس إلا في مسئلتين وتمامه فيه

---

(١) (قوله إذا كان حقا للعبد) أما إذا كان حقا لله تعالى كقبلة في أجنبية فالظاهر عدم صحة الصلح عنه وحرره اهـ ط.

وحينئذ (فتجرى فيه) أحكام البيع كـ (الشفعة والرد بعيب وخيار رؤية وشرط ويفسده جهالة البدل المصالح عليه لاجهالة) المصالح عنه لأنه يسقط وتشترط القدرة على تسليم البدل (وما استحق من المدعى) أى المصالح عنه (رد المدعى حصته من العوض) أى البدل إن كلا فكلا أو بعضا فبعضا (وما استحق من البدل يرجع) المدعى (بحصته من المدعى) كما ذكرنا لأنه معاوضة وهذا حكمها (و) حكمه (كإجارة) إن وقع (الصلح) عن مال (بمنفعة) كخدمة عبد وسكنى دار (فشرط التوكيل فيه) إن احتيج إليه وإلا لا كصبغ ثوب (ويبطل بموت أحدهما وبهلاك المحل فى المدة) وكذا لو وقع عن منفعة بمال أو بمنفعة عن جنس آخر ابن كمال لأنه حكم الإجارة (والأخيران) أى الصلح بسكوت أو إنكار (معاوضة فى حق المدعى وفداء يمين وقطع نزاع فى حق الآخر) وحينئذ (فلا شفعة فى صلح عن دار مع أحدهما) أى مع سكوت أو إنكار لكن للشفيع أن يقوم مقام المدعى فيدلى بحجته ، فإن كان للمدعى بينة أقامها الشفيع عليه وأخذ الدار بالشفعة لأن بإقامة الحجة تبين أن الصلح كان فى معنى البيع ، وكذا لو لم يكن له بينة فحلف المدعى عليه فنكل شرنبلالية (وتجب فى صلح)

(قوله فتجرى فيه) أى فى هذا الصلح منح فشمل المصالح عنه والمصالح عليه ،حتى لو صالح عن دار بدار وجبت فيها الشفعة ط (قوله وتشترط) فى موضع التعليل لقوله ويفسده جهالة البدل (قوله من المدعى) بالبناء للمفعول (قوله إن كلا الخ) أشار إلى أن من بيانية أو تبعيضية وكل مراد تأمل (قوله كما ذكرنا)أى أن كلا فكلا أو بعضا فبعضا ح (قوله لأنه معاوضة) مقتضى المعاوضة أنه إذا استحق الثمن فإن مثليا رجع بمثله أو قيميا فبقيمته ولا يفسد العقد .

[فرع] قال فى البزازية ، وفى نظم الفقه : أخذ سارقا من دار غيره ، فأراد رفعه إلى صاحب المال ، فدفع له السارق مالا على أن يكف عنه يبطل ، ويرد البدل إلى السارق لأن الحق ليس له ،ولو كان الصلح مع صاحب السرقة برئ من الخصومة بأخذ المال وحد السرقة لايثبت من غير خصومة ويصح الصلح اهـ وفيها أيضا اتهم بسرقة وحبس فصالح ، ثم زعم أن الصلح ،كان خوفا على نفسه إن فى حبس الوالى تصح الدعوى ،لأن الغالب أنه حبس ظلما وإن فى حبس القاضى لاتصح ، لأن الغالب أنه يحبس بحق اهـ (قوله إن احتيج إليه) كسكنى دار (قوله بموت أحدهما) أى إن عقدها لنفسه بحر (قوله وبهلاك المحل) أى قبل الاستيفاء وتمامه فى البحر (قوله لو وقع) كان ينبغى ذكره قبل قوله فشرط التوقيت فيه (قوله عن منفعة) يعنى أنه يصح الصلح ، فلو ادعى مجرى فى دار أو مسيلا على سطح أو شربا فى نهر ، فأقر أو أنكر ثم صالحه على شىء معلوم جاز كما فى القهستانى علائى شرح ملتقى كذا فى الهامش (قوله عن جنس آخر) كخدمة عبد عن سكنى دار (قوله فى حق المدعى) فبطل الصلح على دراهم بعد دعوى دراهم إذا تفرقا قبل القبض بحر (قوله عن دار) يعنى إذا ادعى رجل على آخر داره فسكت الآخر وأنكر فصالح عنها بدفع شىء لم تجب الشفعة لأنه يزعم أنه يستبقى الدار المملوكة على نفسه بهذا الصلح ويدفع خصومة المدعى عن نفسه ، لا أنه يشتريها وزعم المدعى لايلزمه منح ادعيا أرضا فى يد رجل بالإرث من أبيهما ،فجحد ذو اليد فصالحه أحدهما على مائة لم يشاركه الآخر ، لأن الصلح معاوضة فى زعم المدعى فداء يمين فى زعم المدعى عليه فلم يكن معاوضة من كل وجه فلا يثبت للشريك حق الشركة بالشك وفى رواية عن أبى(١) يشاركه خانية ملخصا (قوله وتجب) أى تجب الشفعة فى دار وقع الصلح عليها بأن تكون بدلا

---

(١) قوله (عن أبى) قد سقط من أصل نسخة المؤلف لفظ مايضاف إليه أبى فتركت محله بياضا ليوضع فيه ما يوجد فى الخانية بعد مراجعتها اهـ من هامش الأصل .

وقع (عليها بأحدهما) أو بإقرار ، لأن المدعى يأخذها عن المال فيؤاخذ بزعمه (وما استحق من المدعى رد المدعى حصته من العوض ورجع بالخصومة فيه) فيخاصم المستحق لخلو العوض عن الغرض (وما استحق من البدل رجع إلى الدعوى في كله أو بعضه) هذا إذا لم يقع الصلح بلفظ البيع فإن وقع به رجع بالمدعى نفسه لا بالدعوى ؛ لأن إقدامه على المبايعة إقرار بالملكية عيني وغيره (وهلاك البدل) كلا أو بعضا (قبل التسليم له) أي للمدعى (كاستحقاقه) كذلك (في الفصلين) أي مع إقرار أو سكوت وإنكار وهذا لو البدل مما يتعين والا لم يبطل بل يرجع بمثله عيني (صالح عن) كذا نسخ المتن والشرح وصوابه على (بعض ما يدعيه) أي عين يدعيها لجوازه في الدين كما سيجيء فلو ادعى عليه دارا فصالحه على بيت معلوم منها فلو من غيرها صح قهستاني (لم يصح) لأن ما قبضه من عين حقه وإبراء عن الباقي والإبراء عن الأعيان باطل قهستاني وحيلة صحته ماذكره بقوله (إلا بزيادة شيء) آخر كثوب ودرهم (في البدل) فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقي (أو) يلحق به (الإبراء عن دعوى الباقي)

(قوله بأحدهما) أي الإنكار والسكوت (قوله لخلو) علة لقوله رد المدعى حصته (قوله رجع) أي المدعى (قوله إلى الدعوى) إلا إذا كان مما لا يتعين بالتعيين وهو من جنس المدعى به ، فحينئذ يرجع بمثل ما استحق ولايبطل الصلح كما إذا ادعى ألفا فصالحه على مائة وقبضها فإنه يرجع عليه بمائة عند استحقاقها ، سواء كان الصلح بعد الإقرار أو قبله كما لو وجدها ستوقة أو نبهرجة بخلاف ما إذا كان من غير الجنس كالدنانير هنا إذا استحقت بعد الافتراق ، فإن الصلح يبطل وإن كان قبله رجع بمثلها ولا يبطل الصلح كالفلوس بحر (قوله رجع إلى الدعوى) إلا إذا كان المصالح عنه مما لا يقبل النقض فإنه يرجع بقيمة المصالح عليه كالقصاص والعتق والنكاح والخلع كما في الأشباه عن الجامع الكبير ، وتمام الكلام عليه في حاشية الحموى (قوله في كله) إن استحق كل العوض (قوله أو بعضه) إن استحق بعضه (قوله لأن إقدامه) أي المدعى عليه (قوله بالملكية) أي للمدعى بخلاف الصلح لأنه لم يوجد منه مايدل على أنه أقر بالملك له إذ الصلح قد يقع لدفع الخصومة (قوله كاستحقاقه) فيرجع بالمدعى أو بالدعوى در منتقى كذا في الهامش (قوله كذلك) أي كلا أو بعضا (قوله بعض ما يدعيه) أي وهو قائم ويأتي حكم ما إذا كان هالكا عند قول المتن والصلح عن المغصوب الهالك وقال القهستاني : لأن المدعى بهذا الصلح استوفى بعض حقه وأبرأ عن الباقي والإبراء عن الأعيان باطل اهـ مدني (قوله أو يلحق) منصوب بأن مثل أو يرسل (قوله عن دعوى الباقي) قيد بالإبراء عن دعواه ، لأن الإبراء عن عينه غير صحيح ، كذا في المبسوط ابن ملك بأن يقول : برئت عنها أو عن خصومتي فيها أو عن دعوى هذه الدار ، فلا تسمع دعواه ولا بينته ، وأما لو قال أبرأتك عنها أو عن خصومتي فيها فإنه باطل، وله أن يخاصم كما لو قال لمن بيده عبد برئت منه ، فإنه يبرأ ولو قال أبرأتك لا لأنه إنما أبرأه عن ضمانه كما في الأشباه من أحكام الدين .

قلت : ففرقوا بين أبرأتك ، وبرئت أو أنا بريء لإضافة البراءة لنفسه فتعم ، بخلاف أبرأتك لأنه خطاب الواحد ، فله مخاصمة غيره كما في حاشيتها معزيا للولوالجية شرح الملتقى ؛ وفي البحر : الإبراء إن كان على وجه الإنشاء ، فإن كان عن العين بطل من حيث الدعوى ، فله الدعوى بها على المخاطب وغيره ، ويصح من حيث نفي الضمان، فإن كان عن دعواها فإن أضاف الابراء إلى المخاطب كأبرأتك عن هذه الدار أو عن خصومتي فيها أوعن دعواي فيها لا تسمع دعواه على المخاطب فقط ، وإن أضافه إلى نفسه كقوله : برئت عنها أو أنا بريء فلا تسمع مطلقا هذا لو على طريق الخصوص : أي عين مخصوصة فلو على العموم ، فله الدعوى على المخاطب وغيره كما

لكن ظاهر الرواية الصحة مطلقا شرنبلالية ، ومشى عليه فى الاختيار وعزاه فى العزمية للبزازية وفى الجلالية لشيخ الإسلام وجعل ما فى المتن رواية ابن سماعة وقولهم الإبراء عن الأعيان باطل معناه : بطل الإبراء عن دعوى الأعيان ولم يصر ملكا للمدعى عليه ولذا لو ظفر بتلك الأعيان حل له أخذها لكن لا تسمع دعواه فى الحكم وأما الصلح على بعض الدين فيصح ويبرأ عن دعوى الباقى أى قضاء لا ديانة فلذا لو ظفر به أخذه قهستانى وتمامه فى أحكام الدين من الأشباه وقد حققته فى شرح الملتقى :

لو تبارأ الزوجان عن جميع الدعاوى ، وله أعيان قائمة له الدعوى بها ، لأنه ينصرف إلى الديون لا الأعيان ، وأما إذا كان على وجه الإخبار كقوله : هو برىء مما لى قبله فهو صحيح متناول للدين والعين ، فلا تسمع الدعوى وكذا لا ملك لى فى هذه العين ذكره فى المبسوط والمحيط . فعلم أن قوله : لا أستحق قبله حقا مطلقا ولا دعوى يمنع الدعوى بالعين والدين لما فى المبسوط لا حق لى قبله يشمل كل عين ودين فلو ادعى حقا لم يسمع ما لم يشهدوا أنه بعد البراءة اه ما فى البحر ملخصا وقوله بعد البراءة يفيد أن قوله لا حق لى إبراء عام لا إقرار (قوله مطلقا) أى سواء وجد أحد الأمرين أو لم يوجد فلا يسمع دعوى الباقى ح (قوله وقولهم) جواب سؤال وارد على كلام المتن لا على ظاهر الرواية إذ لا تعرض للابراء فيها وما تضمنه الصلح إسقاط للباقى لا إبراء فافهم (قوله عن دعوى الخ) كذا عبارة القهستانى ويجب إسقاط لفظ دعوى بقرينة الاستدراك الآتى. ونقل الحموى عن حواشى صدر الشريعة للحفيد معنى قولنا البراءة عن الأعيان لا تصح : أن العين لا تصير ملكا للمدعى عليه لا أن يبقى المدعى على دعواه الخ أبو السعود وهذا أوضح مما هنا قال السائحانى : والأحسن أن يقال ، الإبراء عن الأعيان باطل ديانة لا قضاء قال فى الهامش وعبارته فى شرح الملتقى معناه : أن العين لا تصير ملكا للمدعى عليه ، لا أنه يبقى على دعواه ، بل تسقط فى الحكم كالصلح عن بعض الدين ، فإنه إنما يبرأ عن باقيه فى الحكم لا فى الديانة فلو ظفر به أخذه ذكره القهستانى والبرجندى وغيرهما . وأما الإبراء عن دعوى الأعيان فصحيح اه ما فى الهامش وهو مخالف لما نقلناه عن شرح الملتقى آنفا وفى الخلاصة : أبرأتك عن هذه الدار أو عن خصومتى فيها أو عن دعواى فيها فهذا كله باطل حتى لو ادعى بعده تسمع ، ولو أقام بينة تقبل اه تأمل (قوله وأما الصلح) مقابل قوله أى عن يدعيها (قوله بعض الدين) قال المقدسى عن المحيط : له ألف فأنكره المطلوب فصالحه على ثلثمائة من الألف صح ، ويبرأ عن الباقى قضاء لا ديانة ، ولو قضاه الألف فأنكر الطالب فصالحه بمائة صح، ولا يحل له أخذها ديانة فيؤخذ من هنا . ومن أن الربا لا يصح الإبراء عنه ما بقيت عينه عدم صحة براءة علماء قضاة زماننا مما يأخذونه ، ويطلبون الابراء فيبرءونهم بل ما أخذوه من الربا أعرق بجامع عدم الحل فى كل :

واعلم أن عدم براءته فى الصلح استثنى منه فى الخانية ما لو زاد وأبرأتك عن البقية سائحانى ، ويظهر من هذا أن ما تضمنه الصلح من الإسقاط ليس إبراء من كل وجه وإلا لم يحتج لقوله أبرأتك عن البقية (قوله أى قضاء) وحينئذ فلا فرق بين الدين والعين على ظاهر الرواية تأمل (قوله من الأشباه) قال فيها عن الخانية : الابراء عن العين المغصوبة إبراء عن ضمانها ، وتصير أمانة فى يد الغاصب ولو كانت العين مستهلكة صح الإبراء وبرىء من قيمتها اه :

فقولهم : الإبراء عن الأعيان باطل معناه : أنها لا تكون ملكا له بالإبراء ، وإلا فالإبراء عنها لسقوط ضمانها صحيح أو يحمل على الأمانة اه ملخصا: أى أن البطلان عن الأعيان محله إذا كانت الأعيان أمانة ، لأنها إذا كانت أمانة لا تلحقه عهدتها ، فلا وجه للإبراء عنها تأمل :

(وصح) الصلح (عن دعوى المال مطلقا) ولو بإقرار أو بمنفعة (و) عن دعوى (المنفعة) ولو بمنفعة من جلس آخر (و) عن دعوى (الرق وكان عتقا على مال) ويثبت الولاء لو بإقرار وإلا لا إلا ببينة درر. قلت : ولا يعود بالبينة رقيقا وكذا فى كل موضع أقام بينة بعد الصلح لا يستحق المدعى ، لأنه بأخذ البدل باختياره زل بائعا فليحفظ (و) عن دعوى الزوج (النكاح) على غير مزوجة (وكان خلعا) ولا يطيب لو مبطلا ويحل لها التزوج لعدم الدخول ولو ادعته المرأة فصالحها لم يصح وقاية ونقاية ودرر وملتقى ، وصححه فى المجتبى والاختيار وصحح الصحة فى درر البحار (وإن قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز صلحه عن نفسه) لأنه ليس من تجارته فلم يلزم المولى لكن يسقط به القود ويؤاخذ بالبدل بعدعتقه

وحاصله : أن الإبراء المتعلق بالأعيان إما أن يكون عن دعواها وهو صحيح بلا خلاف مطلقا ، وإن تعلق بنفسها فإن كانت مغصوبة هالكة صح أيضا كالدين ، وإن كانت قائمة فمعنى البراءة عنها البراءة عن ضمانها لو هلكت وتصير بعد البراءة من عينها كالأمانة لا تضمن إلا بالتعدى عليها ، وإن كانت العين أمانة فالبراءة لاتصح ديانة بمعنى أنه إذا ظفر بها ما لكها أخذها وتصح قضاء فلا يسمع القاضى دعواه بعد البراءة هذا ملخص ما استفيد من هذا المقام ط وهو كلام حسن يرشدك إلى أن قول الشارح معناه محمول على الأمانة بقى لو ادعى عليه عينا فى يده فأنكر ، ثم أبرأه المدعى عنها فهو بمنزلة دعوى الغصب لأنه بالإنكار صار غاصبا وهل تسمع الدعوى بعده لو قائمة الظاهر نعم (قوله ولو بإقرار) أى صح الصلح عن دعوى المال ، ولو كان الصلح بإقرار المدعى عليه وسواء كان الصلح عنه بمال أو بمنفعة وقوله هنا عنه أى عن المال (قوله أو بمنفعة) أى ولو بمنفعة (قوله وعن دعوى المنفعة) صورة دعوى المنافع : أن يدعى على الورثة أن الميت أوصى بخدمة هذا العبد ، وأنكر الورثة لأن الرواية محفوظة على أنه لو ادعى استئجار عين والمالك ينكر ثم صالح لم يجز اه وفى الأشباه الصلح جائز عن دعوى المنافع إلا دعوى إجارة كما فى المستصفى اه رملى وهو مخالف لما فى البحر تأمل (قوله عن جنس آخر) كالصلح عن السكنى على خدمة العبد ، بخلاف الصلح عن السكنى على سكنى ، فلا يجوز كما فى العينى والزيلعى : قال السيد الحموى : لكن فى الولوالجية ما يخالفه حيث قال : وإذا ادعى سكنى دار مصالحة عن سكنى دار أخرى مدة معلومة جاز وإجارة السكنى بالسكنى لا تجوز قال : وإنما كان كذلك لأنهما ينعقدان تمليكا بتمليك اه أبو السعود ذكره ابن ملك شرح النقاية مخالفا لما ذكره فى شرحه على المجمع . قال فى اليعقوبية : والموافق للكتب ما فى شرح المجمع (قوله على مال) أى فى حق المدعى وفى حق الآخر دفعا للخصومة بحر (قوله لو بإقرار) أى من العبد (قوله لا يستحق المدعى) بالبناء للمفعول وسيأتى آخر الباب استثناء مسألة (قوله لأنه بأخذ البدل) بإضافة أخذ إلى البدل (قوله على غير مزوجة) لأنه لو كانت ذات زوج لم يصح الصلح وليس عليها العدة ولا تجديد النكاح مع زوجها كما فى العمادية قهستانى (قوله وكان خلعا) ظاهره أنه ينقص عدد الطلاق فيملك عليها طلقتين لو تزوجها بعد ، أما إذا كان عن إقرار فظاهر وأما إذا كان عن إنكار أو سكوت فمعاملة له بزعمه فتدبر ط (قوله لو مبطلا) هذا عام فى جميع أنواع الصلح كفاية (قوله لم يصح) وأطال صاحب غاية البيان فى ترجيحه حموى (قوله فى درر البحار) وأقره فى شرحه غرر الأفكار وعليه اقتصر فى البحر فكان فيه اختلاف التصحيح ، وعبارة المجمع أو ادعت منع نكاحه فصالحها جاز وقيل لم يجز (قوله عمدا) قيد به لأنه لو كان القتل خطأ فالظاهر الجواز(١) لأنه يسلك به مسلك الأموال ط (قوله فلم يلزم المولى) قال المقدسى فإن

(١) (قوله فالظاهر الجواز) قال شيخنا الظاهر عدم الجواز لأن ماذكره الشارح من التعليل فى جانب العمد يجرى هنا أيضا فيكون مثله اه .

(وإن قتل عبد له) أى للمأذون (رجلا عمدا وصالحه) المأذون (عنه جاز) لأنه من تجارته والمكاتب كالحر (والصلح عن المغصوب الهالك على أكثر من قيمته قبل القضاء بالقيمة جائز) كصلحه بعرض. (فلا تقبل بينة الغاصب بعده) أى الصلح على (أن قيمته أقل مما صالح عليه) ولا رجوع للغاصب على المغصوب منه بشيء (لو تصادقا بعده أنها أقل) بحر :

(ولو أعتق موسر عبدا مشتركا فصالح) الموسر (الشريك على أكثر من نصف قيمته لا يجوز) لأنه مقدر شرعا فبطل الفضل اتفاقا (كالصلح فى) المسألة (الأولى) على أكثر من قيمة المغصوب (بعد القضاء بالقيمة) فإنه لا يجوز لأن تقدير القاضى كالشارع (وكذا لو صالح بعرض صح وإن كانت القيمة أكثر من قيمة مغصوب تلف) لعدم الربا (و) صح (فى) الجناية (العمد) مطلقا ولو فى نفس مع إقرار (بأكثر من الدية والأرش) أو بأقل لعدم الربا وفى الخطأ كذلك لاتصح الزيادة لأن الدية فى الخطأ مقدرة حتى لو صالح بغير مقاديرها صح

أجازه صح سائحانى (قوله عبد) فاعل قتل (قوله المغصوب) أى القيمى لأنه لو كان مثليا فهلك ، فالمصالح عليه إن كان من جنس المغصوب لا تجوز الزيادة اتفاقا ، وإن كان من خلاف جنسه جاز اتفاقا ، وقيد بالهلاك إذ لو كان قبله يجوز اتفاقا ابن ملك ، وسيذكره محترز قوله قبل القضاء وقيد بقوله على أكثر من قيمته ، لأنه محل الخلاف .

وفى جامع الفصولين : غصب كر بر أو ألف درهم فصالح على نصفه فلو كان المغصوب هالكا جاز الصلح ولو قائما لكن غيبه أو أخفاه وهو مقر أو منكر جاز قضاء لا ديانة ولو حاضرا يراه لكن غاصبه منكر جاز كذلك ، فلو وجد المالك بينة على بقية ماله قضى له به والصلح على بعض حقه فى كيلى أو وزنى حال قيامه باطل ولو أقر بغصبه وهو ظاهر ويقدر مالكه على قبضه فصالحه على نصفه على أن أبرأه مما بقى جاز قياسا لا استحسانا ولو صالحه فى ذلك على ثوب ودفعه جاز فى الوجوه كلها إذ يكون مشتريا للثوب بالمغصوب ، ولو كان المغصوب قنا أو عرضا فصالح غاصبه مالكه على نصفه ، وهو مغيبه عن مالكه وغاصبه مقر أو منكر لم يجز إذ صلحه على نصفه إقرار بقيامه ، بخلاف كيلى أو وزنى إذ يتصور هلاك بعضه دون بعضه عادة بخلاف ثوب وقن اه (قوله من قيمته) ولو بغبن فاحش قال فى غاية البيان بخلاف الغبن اليسير ، فإنه لما دخل تحت تقويم المقومين لم يعد ذلك فضلا فلم يكن ربا أى عندهما (قوله بالقيمة جائز) لأن الزيادة لاتظهر عند اختلاف الجنس ، فلا يكون ربا وهذا جائز عند الإمام خلافا لهما ، لأن حق المالك فى الهالك لم ينقطع ، ولم يتحول إلى القيمة فكان صلحا عن المغصوب لا عن قيمته (قوله بعرض) أى سواء كانت قيمته كقيمة الهالك أو أقل أو أكثر ، وإنما ذكرها الشارح هنا مع أنها ستأتى متنا إشارة إلى أن محلها هنا ح (قوله موسر) قيد به ، لأنه لو كان معسرا يسعى العبد فى نصفه كما فى مسكين (قوله وصح فى الجناية العمد) شمل ما إذا تعدد القاتل أو انفرد حتى لو كانوا جماعة فصالح أحدهم على أكثر من قدر الدية جاز وله قتل البقية والصالح معهم ، لأن حق القصاص ثابت على كل واحد منهم على سبيل الانفراد تأمل رملى (قوله لعدم الربا) لأن الواجب فيه القصاص وهو ليس بمال (قوله كذلك) أى ولو فى نفس مع إقرار ح (قوله الزيادة) أفاد صحة النقص (قوله حتى لو صالح) أفاد أن الكلام فيما إذا صالح على أحد مقادير الدية وصح مائة بعير(١) أو مائتا شاة أو مائتا حلة أو ألف دينار أو عشرة آلاف درهم كما فى العزمية

---

(١) (قوله على أحد مقادير الدية وصح مائة بعير) لعل الصواب وهى مائة بعير وكذا قوله أو مائتا شاة لعل صوابه ألف شاة كما هو معلوم تأمل اه .

كيفما كان بشرط المجلس لئلا يكون دينا بدين وتعيين القاضى أحدها يصير غيره كجنس آخر ولو صالح على خمر فسد فتلزم الدية فى الخطأ ويسقط القود لعدم ما يرجع إليه اختيار (وكل) زيد عمرا (بالصلح عن دم عمد أو على بعض دين يدعيه) على آخر من مكيل وموزون (لزم بدله الموكل لأنه إسقاط فكان الوكيل سفيرا إلا أن يضمنه الوكيل) فيؤاخذ بضمانه (كما لو وقع الصلح) من الوكيل (عن مال بمال عن إقرار) فيلزم الوكيل لأنه حينئذ كبيع (أما إذا كان عن إنكار لا) يلزم الوكيل مطلقا بحر ودرر (صالح عنه) فضولى (بلا أمر صح إن ضمن المال أو أضاف) الصلح (إلى ماله أو قال على هذا أو كذا وسلم) المال صح وصار متبرعا فى الكل إلا إذا ضمن بأمره عزمى زاده (وإلا) يسلم فى الصورة الرابعة

عن الكافى (قوله بشرط المجلس) أى بشرط القبض فى المجلس ، وهذا مقيد بما إذا كان الصلح بمكيل أو موزون كما قيده فى العناية ح (قوله أحدها) كالإبل مثلا (قوله يصير) بضم الياء وفتح الصاد وكسر الياء المتددة فعل مضارع (قوله كجنس آخر) فلو قضى القاضى بمائة بعير فصالح القاتل عنها على أكثر من مائتى بقرة ، وهى عنده ودفعها جاز وتمامه فى الجوهرة (قوله ويسقط القود) أى فى العمد يعنى يصير الصلح الفاسد فيما يوجب القود عفوا عنه وكذا على خنزير أو حر كما فى الهندية سائحانى ؛ وهذا بخلاف ما إذا فسد بالجهالة .

قال فى المنح : ثم إذا فسدت التسمية فى الصلح كما لو صالح على دابة أو ثوب غير معين تجب الدية لأن الولى لم يرض بسقوط حقه مجانا بخلاف ما إذا لم يسم شيئا أو سمى الخمر ونحوه حيث لايجب شىء لما ذكرنا آنفا من أن القصاص إنما يتقوم بالتقوم ولم يوجد (قوله مايرجع إليه) إذ لادية فيه بخلاف الخطأ فإنه إذا بطل الصلح يرجع إلى الدية المتقدمة قريبا (قوله أو على) نسخ المتن أو عن (قوله يدعيه على آخر) العبارة مقلوبة والصواب يدعيه عليه آخر يدل عليه قوله لزم بدله الموكل (قوله فيؤاخذ) أى ويرجع على الموكل به وكذا الصلح بالخلع وكذا يرجع فى الصورة التالية لهذه كما فى المقدسى سائحانى (قوله فيلزم الوكيل) أى ثم يرجع به على الموكل ز قوله لأنه حينئذ كبيع) والحقوق فيه ترجع إلى المباشر فكذا ماكان بمنزلته (قوله مطلقا) سواء كان عن مال بمال أولا ح (قوله صالح عنه فضولى الخ) هذا فيما إذا أضاف العقد إلى المصالح عنه لما فى آخر تصرفات الفضولى من جامع الفصولين ف الفضولى إذا أضاف العقد إلى نفسه يلزمه البدل ، وإن لم يضمنه ولم يضفه إلى مال نفسه ولا إلى ذمة نفسه وكذا الصلح عن الغير اه (قوله وسلم) أى فى الأخيرة (قوله صح) مكرر بما فى المتن .

وفى الدرر أما الأول فلأن الحاصل للمدعى عليه البراءة وفى حقها الأجنبى ، والمدعى عليه سواء ويجوز أن يكون الفضولى أصيلا إذا ضمن كالفضولى بالخلع إذا ضمن البدل وأما الثانى فلأنه إذا أضافه إلى نفسه ، فقد التزم تسليمه فصح الصلح وأما الثالث فلأنه إذا عينه للتسليم ، فقد اشترط له سلامة العوض ، فصار العقد تاما بقبوله وأما الرابع فلأن دلالة التسليم على رضا المدعى فوق دلالة الضمان والإضافة لنفسه على رضاه اه باختصار (قوله فى الكل) فلو استحق العوض فى الوجوه التى تقدمت أو وجده زيوفا أو ستوقة لم يرجع على المصالح ، لأنه متبرع التزم تسليم شىء معين ولم يلتزم الإيفاء عن غيره فلا يلزمه شىء آخر ولكن يرجع بالدعوى ، لأنه لم يرض بترك حقه مجانا إلا فى صورة الضمان فإنه يرجع على المصالح ، لأنه صار دينا فى ذمته ولهذا لو امتنع من التسليم يجبر عليه زيلعى (قوله بأمره) فيرجع على المصالح عنه إن كان الصلح بأمره بزازية فتقييد الضمان اتفاقى وفيها الأمر بالصلح والخلع أمر بالضمان لعدم توقف صحتهما على الأمر فيصرف الأمر إلى إثبات حق الرجوع بخلاف الأمر بقضاء الدين(١) اه (قوله عزمى) لم أجده فيه فليراجع (قوله وإلا يسلم) كان ينبغى أن يقول : وإلا يوجد شىء مما ذكر

---

(١) (قوله بخلاف الأمر بقضاء الدين) قال شيخنا : انظر ما الفرق مع أن الدين أيضا لاتتوقف صحة قضائه على الأمر ، فكان ينبغى أن يصرف الأمر به إلى إثبات حق الرجوع فليتأمل اه .

(فهو موقوف فإن أجازه المدعى عليه جاز ولزمه) البدل (وإلا بطل والخلع فى جميع ما ذكرنا من الأحكام) الخمسة (كالصالح ادعى وقفية دار ولا بينة له فصالحه المنكر لقطع الخصومة جاز وطاب له) البدل (لو صادقا فى دعواه وقيل) قائله صاحب الأجناس (لا) يطيب لأنه بيع معنى وبيع الوقف لايصح (كل صلح بعد صلح فالثانى باطل وكذا) النكاح بعد النكاح والحوالة بعد الحوالة و (الصلح بعد الشراء) والأصل أن كل عقد أعيد فالثانى باطل إلا فى ثلاث مذكورة فى بيوع الأشباه الكفالة والشراء والإجارة فلتراجع (أقام) المدعى عليه (بينة بعد الصلح عن إنكار أن المدعى قال قبله) قبل الصلح (ليس لى قبل فلان حق فالصلح ماض) على الصحة .

(ولو قال) المدعى (بعده ماكان لى قبله) قبل المدعى عليه (حق بطل) الصلح بحر قال المصنف وهو مقيد

من الصور الأربعة كما يعلم مما نقلناه عن الدرر (قوله وإلا فهو موقوف) هذه صورة خامسة مترددة بين الجواز والبطلان ووجه الحصر كما فى الدرر أن الفضولى إما أن يضمن المال أولا ، فإن لم يضمن فأما أن يضيف إلى ماله أولا فإن لم يضفه فإما أن يشير إلى نقد أو عرض أولا ، فإن لم يشر فإما أن يسلم العوض أولا فالصلح جائز فى الوجوه كلها إلا الأخير وهو ما إذا لم يضمن البدل ، ولم يضفه إلى ماله ولم يشر إليه ولم يسلم إلى المدعى حيث لايحكم بجوازه بل يكون موقوفا على الاجازة إذ لم يسلم للمدعى عوض اه وجعل الصور الزيلعى أربعا والحق المشار بالمضاف (قوله الخمسة) التى خامستها قوله وإلا بطل أو التى خامستها قوله وإلا فهو موقوف بعد(١) قوله أو على هذا ويؤيده قول الشارح سابقا فى الصورة الرابعة (قوله فى دعواه) فيه أنه إذا كان صادقا فى دعواه كيف يطيب له وفى زعمه أنها وقف وبدل الوقف حرام تملكه من غير مسوغ فأخذه مجرد رشوة ليكف دعواه ، فكان كما إذا لم يكن صادقا وقد يقال إنه إنما أخذه ليكف دعواه لاليبطل وقفيته ، وعسى أن يوجد مدع آخر ط :

قلت : أطلق فى أول وقف الحامدية الجواب بأنه لايصح قال : لأن المصالح يأخذ بدل الصلح عوضا عن حقه على زعمه فيصير كالمعاوضة ، وهذا لايكون فى الوقف لأن الموقوف عليه لايملك الوقف ، فلا يجوز له بيعه فههنا إن كان الوقف ثابتا فالاستبدال به لايجوز وإلا فهذا يأخذ بدل الصلح لاعن حق ثابت فلا يصح ذلك على حال كذا فى جواهر الفتاوى اه ثم نقل الحامدى ماهنا ثم قال فتأمل اه وانظر ماكتبناه فى باب البيع الفاسد عن النهر عند قوله بخلاف بيع قن ضم إلى مدبر (قوله كل صلح بعد صلح) المراد الصلح الذى هو إسقاط أما لو اصطلحا على عوض ثم على عوض آخر فالثانى هو الجائز وانفسخ الأول كالبيع نور العين عن الخلاصة (قوله فالثانى باطل) قاله القاضى الإمام (قوله وكذا النكاح الخ) وتمامه فى جامع الفصولين فى الفصل العاشر كذا فى الهامش (قوله بعد النكاح) وفيه خلاف فقيل تجب التسمية الثانية وقيل كل منهما (قوله والحوالة الخ) بأن كان له على آخر ألف فأحال عليه بها شخصا ثم أحال عليه بها شخصا آخر شيخنا (قوله بعد الشراء) أى بعد ما اشترى المصالح عنه (قوله إلا فى ثلاث) قلت : زاد فى الفصولين الشراء بعد الصلح (قوله الكفالة) أى لزيادة التوثق أشباه (قوله والشراء) أطلقه فى جامع الفصولين وقيده فى القنية بأن يكون الثانى أكثر ثمنا من الأول أو أقل أو بجنس آخر ، وإلا فلا يصح أشباه (قوله والإجارة الخ) أى من المستأجر الأول فهى فسخ الأولى أشباه (قوله ليس لى قبل) بكسر ففتح (قوله ماكان لى قبله) بكسر ففتح أيضا (قوله قال المصنف) نصه وفى العمادية ادعى فأنكر فصالحه ثم ظهر بعده أن لاشئ عليه بطل الصلح اه .

---

(١) (قوله بعد الخ) بتشديد الدال لاظرفا أى بجعل الإشارة صورة مستقلة غير داخلة فى الإضافة وأما لو جعلت هى والإضافة صورة واحدة يحتاج فى إتمامها خمسة إلى جعل وإلا بطل صورة خامسة اه .

لإطلاق العمادية ثم نقل عن دعوى البزازية أنه لو ادعى الملك بجهة أخرى لم يبطل فيحرر (والصلح عن الدعوى الفاسدة يصح وعن الباطلة لا) والفاسدة ما يمكن تصحيحها بحر وحرر فى الأشباه أن الصلح عن إنكار بعد دعوى فاسدة فاسدا لا فى دعوى بمجهول فجائز فليحفظ (وقيل اشتراط صحة الدعوى لصحة الصلح غير صحيح مطلقا) فيصح الصلح مع بطلان الدعوى كما اعتمده صدر الشريعة آخر الباب وأقره ابن الكمال وغيره فى باب الاستحقاق كما مر فراجعه (وصح الصلح عن دعوى حق الشرب

أقول : يجب أن يقيد قوله ثم ظهر بغير الإقرار قبل الصلح لما تقدم من مسألة المختصر ، وبه صرح مولانا صاحب البحر ح ، ولا يخفى أن علة مضى الصلح على الصحة فى مسألة المتن المتقدمة عدم قبول الشهادة(١) لما فيه من التناقض ، فلا يظهر حينئذ أن لاشىء عليه فلم تشملها عبارة العمادية فافهم (قوله عن دعوى البزازية) ونصها وفى المنتقى ادعى ثوبا وصالح ، ثم برهن المدعى عليه على إقرار المدعى أنه لاحق له فيه إن على إقراره قبل الصلح فالصلح صحيح وإن بعد الصلح يبطل الصلح ، وإن علم الحاكم إقراره بعدم حقه ولو قبل الصلح يبطل الصلح وعلمه بالإقرار السابق كإقراره بعد الصلح هذا إذا اتحد الإقرار بالملك بأن قال لاحق لى بجهة الميراث ثم قال : إنه ميراث لى عن أبى فأما غيره إذا ادعى ملكا لابجهة الإرث بعد الإقرار بعدم الحق بطريق الإرث بأن قال حقى بالشراء أو بالهبة لايبطل اه (قوله فيحرر) مانقله عن البزازية لايحتاج إلى تحرير ، لأنه تقييد مفيد ولعله أراد تحرير ماقاله المصنف من تقييد ما فى العمادية فإنه غير ظاهر كما علمت والله أعلم (قوله والفاسدة) مثال الدعوى التى لايمكن تصحيحها لو ادعى أمة فقالت : أنا حرة الأصل فصالحها عنه ، فهو جائز وإن أقامت بينة على أنها حرة الأصل بطل الصلح ، إذ لايمكن تصحيح هذه الدعوى بعد ظهور حرية الأصل : ومثال الدعوى التى يمكن تصحيحها : لو أقامت بينة أنها كانت أمة فلان أعتقها عام أول وهو يملكها بعد ماادعى شخص أنها أمته لايبطل الصلح لأنه يمكن تصحيح دعوى المدعى وقت الصلح بأن يقول إن فلانا الذى أعتقك كان غصبك منى حتى لو أقام بينة على هذه الدعوى تسمع دعوى مدنى وقوله هنا وهو يملكها جملة حالية (قوله وحرر الخ) هذا التحرير غير محرر ورده الرملى وغيره بما فى البزازية والذى استقر عليه فتوى أئمة خوارزم أن الصلح عن دعوى فاسدة لايمكن تصحيحها لايصح والتى يمكن تصحيحها كما إذا ترك ذكر أحد الحدود يصح اه وهذا ماذكره المصنف ، وقد علمت أنه الذى اعتمده صدر الشريعة وغيره فكان عليه المعول (قوله وقيل الخ) الأخصر أن يقال وقيل يصح مطلقا (قوله آخر الباب) فيه نظر فإن عبارته هكذا ومن المسائل المهمة أنه هل يشترط لصحة الصلح صحة الدعوى أم لا فبعض الناس يقولون يشترط لكن هذا غير صحيح ، لأنه إذا ادعى حقا مجهولا فى دار فصولح على شىء يصح الصلح على مامر فى باب الحقوق والاستحقاق ، ولا شك أن دعوى الحق المجهول دعوى غير صحيحة وفى الذخيرة مسائل تؤيد ماقلنا : أى فالمتبادر أنه أراد الفاسدة بدليل التمثيل لأنه يمكن تصحيحها بتعين الحق المجهول وقت الصلح وفى حاشية الرملى على المنح بعد نقله عبارته :

أقول : هذا لايوجب كون الدعوى الباطلة كالفاسدة إذ لاوجه لصحة الصلح عنها كالصلح عن دعوى حد أو ربا وحلوان الكاهن ، وأجرة النائحة والمغنية الخ وكذا ذكر الرملى فى حاشيته على الفصولين نقلا عن المصنف بعد ذكره عبارة صدر الشريعة قال مانصه فقد أفاد أن القول باشتراط صحة الدعوى لصحة الصلح ضعيف اه

---

(١) (قوله عدم قبول الشهادة الخ) وحيث لم تقبل الشهادة لايقال ظهر أن لاحق وحينئذ فلا تكون هذه الصورة من موضوع كلام العمادية لأن موضوعه فيما إذا ظهر أن لاحق فتكون عبارة العمادية هى عين الشق الثانى فى كلام المصنف فكيف يكون مخالفا لها اه

وحق الشفعة وحق وضع الجذوع على الأصح) الأصل أنه متى توجهت اليمين نحو الشخص فى أى حق كان فافتدى اليمين بدراهم جاز حتى فى دعوى التعزير مجتبى بخلاف دعوى حد ونسب درر (الصلح إن كان بمعنى المعاوضة) بأن كان دينار بعين (ينتقض بنقضهما) أى بفسخ المتصالحين (وإن كان لا بمعناها) أى المعاوضة بل استيفاء البعض وإسقاط البعض (فلا) تصح إقالته ولا نقضه لأن الساقط لا يعود قنية وصيرفية فليحفظ .

(ولو صالح عن دعوى دار على سكنى بيت منها أبدا أو صالح على دراهم إلى الحصاد أو صالح مع المودع بغير دعوى الهلاك لم يصح الصلح) فى الصور الثلاث سراجية قيد بعدم دعوى الهلاك لأنه لو ادعاه وصالحه قبل اليمين صح به يفتى خانية (ويصح) الصلح (بعد حلف المدعى عليه دفعا للنزاع)

(قوله وحق الشفعة) أى دعوى حقها لدفع اليمين بخلاف الصلح عن حقها الثابت كما مر (قوله دينا بعين) وفى بعض النسخ بدين (قوله وصيرفية) الأولى الاقتصار على العزو إلى القنية ، لأنه فى الصيرفية نقل الخلاف فى الصحة وعدمها مطلقا وأما فى القنية فقد حكى القولين ثم وفق بينهما بما هنا فقال الصواب أن الصلح إن كان الخ (قوله على سكنى بيت) قيد بالسكنى لأنه لو صالحه على بيت منها كان وجه عدم الصحة كونه جزءا من المدعى بناء على خلاف ظاهر الرواية الذى مشى عليه فى المتن سابقا وقيد بقوله أبداً ومثله حتى يموت كما فى الخانية لأنه لو بين المدة يصح لأنه صالح على منفعة فهو فى حكم الإجارة فلابد من التوقيت كما مر وقد اشتبه الأمر على بعض المحشين (قوله إلى الحصاد) لأنه بيع معنى فتضر جهالة الأجل (قوله بغير دعوى) أى الدعوى من المودع (قوله ويصح الصلح) أى لو ادعى مالا فأنكر وحلف ثم ادعاه عند قاض آخر فأنكر فصولح صح ولا ارتباط لهذه بمسألة الوديعة قال المودع ضاعت الوديعة أورددتها وأنكر ربها الرد أو الهلاك صدق المودع بيمينه ، ولا شىء عليه فلو صالح ربها بعد ذلك على شىء فهو على أربعة وجوه . أحدها : أن يدعى ربها الايداع وجحده المودع ، ثم صالحه على شىء معلوم جاز اتفاقا . الثانى : أن يدعى الوديعة وطالبه بالرد فأقر المودع بالوديعة وسكت ولم يقل شيئا ورب المال يدعى عليه الاستهلاك ثم صالحه على شىء معلوم جاز أيضا وفاقا : الثالث : أن يدعى عليه الاستهلاك ، وهو يدعى الرد أو الهلاك، ثم صالحه على معلوم جاز عند محمد وأبى يوسف آخرا ولم يجز عند أبى حنيفة وأبى يوسف أولا وبه يفتى ، وأجمعوا على أنه لو صالح بعد ما حلف أنه رد الوديعة أو هلكت لا يجوز الصلح إنما الخلاف فيما لو صالح قبل اليمين : الرابع : أن يدعى المودع الرد أو الهلاك ورب المال سكت ولم يقل شيئا فعند أبى يوسف لا يجوز الصلح ، وعند محمد يجوز قال المودع بعد الصلح : كنت قلت قبل الصلح أنها هلكت أو رددتها فلم يصح الصلح على قول أبى حنيفة وقال رب المال ماقلت ، فالقول للمنكر ولا يبطل الصلح خانية ، هذا مارأيته فى الخانية بنوع اختصار ورأيته فى غيرها معزوا إليها كذلك، ونقلها فى المنح لكن سقط من عبارته شىء اختل به المعنى ، فإنه قال فى الوجه الثالث جاز الصلح فى قول محمد وأبى يوسف الأول ، وعليه الفتوى ، والذى رأيته فى الخانية أن الفتوى على عدم الجواز وبقى خامسة ذكرها المقدسى : وهى ادعى ربها الاستهلاك ، فسكت فصالحه جاز لكن هذا هو الثانى فى الخانية :

ثم اعلم أن كلام الماتن والشارح غير محرر لأن قوله بغير دعوى الهلاك شامل للجحود والسكوت ودعوى الرد وهو الوجه الأول والثانى وأحد شقى الثالث والرابع ، وقد علمت أنه فى الأول ، والثانى جائز اتفاقا ولا يجوز فى أحد شقى الثالث والرابع على الراجح :

والصواب أن يقول بعد دعوى الرد أو الهلاك بإسقاط غير والتعبير ببعد وزيادة الرد فيدخل فيه الوجه الثالث بناء على المفتى به والوجه الرابع بناء على قول أبى يوسف ، وهو المعتمد لتقديم صاحب الخانية إياه كما هو عادته

بإقامة البينة ولو برهن المدعى بعده على أصل الدعوى لم تقبل إلا فى الوصى عن مال اليتيم على إنكار إذا صالح على بعضه ثم وجد البينة فإنها تقبل ولو بلغ الصبى ، فأقامها تقبل ولو طلب يمينه لايحلف أشباه (وقيل لا) جزم بالأول فى الأشباه ، وبالثانى فى السراجية وحكاهما فى القنية مقدما للأول (طلب الصلح والإبراء عن الدعوى لا يكون إقرارا) بالدعوى عند المتقدمين وخالفهم المتأخرون والأول أصح بزازية (بخلاف طلب الصلح) عن المال (والإبراء عن المال) فإنه إقرار أشباه (صالح عن عيب) أو دين (وظهر عدمه) أو زال العيب (بطل الصلح) ويرد ما أخذه أشباه ودرر .

فصل فى دعوى الدين

(الصلح الواقع على بعض جنس ماله عليه) من دين أو غصب (أخذ لبعض حقه وحط لباقيه لا معاوضة للربا) وحينئذ (فصح الصلح بلا اشتراط قبض بدله عن ألف حال على مائة حالة أو على ألف مؤجل وعن ألف جياد على مائة زيوف ولا يصح عن دراهم على دنانير مؤجلة) لعدم الجنس فكان صرفا فلم يجز نسيئة

وقوله لأنه لو ادعاه أى الهلاك شامل لما إذا ادعى المالك الاستهلاك ؛ وهو أحد شقى الوجه الثالث أو سكت وهو أحد شقى الرابع وعلمت ترجيح عدم الجواز فيهما فقوله : صح به يفتى فى غير محله وقوله : وصالحه قبل اليمين هذا وارد على إطلاق المتن أيضا ورأيت عبارة الأشباه نحو مااستصوبته ونصها الصلح عقد يرفع النزاع ، ولا يصح مع المودع بعد دعوى الهلاك إذ لانزاع ، ثم رأيت عبارة متن المجمع مثل ماقلته ونصها وأجاز صلح الأجير الخاص والمودع بعد دعوى الهلاك أو الرد ولله الحمد (قوله بإقامة) متعلق بالنزاع (قوله بعده) أى الصلح (قوله فإنها تقبل) أفاد أنها لو موجودة عندالصلح وفيه غبن لايصح الصلح وبه صرح فى البزازية سائحانى (قوله ولو طلب) أى الصبى بعد بلوغه (قوله وقيل لا) وجه بأن اليمين بدل المدعى فإذا حلفه فقد استوفى البدل حموى عن القنية (قوله فى السراجية) وكذا جزم به فى البحر قال الحموى : وما مشى عليه فى الأشباه رواية محمد عن أبى حنيفة وما مشى عليه فى البحر قولهما وهو الصحيح كما فى معين المفتى اهـ (قوله للأول) صوابه للثانى على مانقله الحموى (قوله والإبراء) الواو هنا وفيما بعده بمعنى أو حموى (قوله عن عيب) أى عيب كان لاخصوص البياض قال وتمامه فى المنح .

فصل فى دعوى الدين

(قوله فى دعوى الدين) الأولى فى الصلح عن دعوى الدين قال فى المنح لما ذكر حكم الصلح عن عموم الدعاوى ذكر فى هذا الباب حكم الخاص ، وهو دعوى الدين لأن الخصوص أبداً يكون بعد العموم اهـ (قوله على بعض الخ) قيد بالبعض فأفاد أنه لايجوز على الأكثر ، وأنه يشترط معرفة قدره لكن قال فى غاية البيان عن شرح الكافى : ولو كان لرجل على رجل دراهم لايعرفان وزنها ، فصالحه منها على ثوب أو غيره فهو جائز ، لأن جهالة المصالح عنه لاتمنع من صحة الصلح . وإن صالحه على دراهم فهو فاسد فى القياس ، لأنه يحتمل أن بدل الصلح أكثر منه ولكنى أستحسن أن أجيزه ، لأن الظاهر أنه كان أقل مما عليه ، لأن مبنى الصلح على الحط والإغماض ، فكان تقديرهما بدل الصلح بشىء دلالة ظاهرة على أنهما عرفاه أقل مما عليه وإن كان قدر ماعليه بنفسه اهـ (قوله من دين) أى بالبيع أو الإجارة أو القرض قهستانى (قوله وحط لباقيه) فلو قال المدعى للمدعى عليه المنكر : صالحتك

(أو عن ألف مؤجل على نصفه حالاً) إلا في صلح المولى مكاتبه فيجوز زيلعي.(أو عن ألف سود على نصفه بيضا) والأصل أن الإحسان إن وجد من الدائن فإسقاط وإن منهما فمعاوضة (قال) لغريمه (أدّ إلىّ خمسمائة غدا من ألف لى عليك على أنك برىء من) النصف (الباقى فقبل) وأدى فيه (برىء وإن لم يؤدّ) ذلك فى الغد عاد دينه) كما كان لفوات التقييد بالشرط ووجوهها خمسة أحدها هذا (و) الثانى (إن لم يؤقت) بالغد (لم يعد) لأنه إبراء مطلق (و) الثالث (كذا لو صالحه من دينه على نصفه يدفعه إليه غدا وهو برىء مما فضل على أنه إن لم يدفعه غدا فالكل عليه كان الأمر) كالوجه الأول (كما قال) لأنه صرح بالتقييد والرابع (فإن أبرأه عن نصفه على أن يعطيه ما بقى غدا فهو برىء أدى الباقى) فى (الغد أولا) لبداءته بالإبراء لا بالأداء (و) الخامس (لو علق بصريح الشرط كإن أديت إلى) كذا (أو إذا أو متى لايصح) الإبراء لما تقرر أن تعليقه بالشرط صريحا باطل لأنه تمليك من وجه (وإن قال) المديون (لآخر سرا لا أقر لك بمالك حتى تؤخره عنى أو تحط) عنى (ففعل) الدائن التأخير أو الحط (صح) لأنه ليس بمكره عليه :

(ولو أعلن ما قاله سرا أخذ منه الكل للحال) ولو ادعى ألفا وجحد فقال أقرر لى بها على أن أحط منها مائة جاز ، بخلاف على أن أعطيك مائة لأنها رشوة ، ولو قال إن أقررت لى حططت لك منها مائة فأقر صح الإقرار لا الحط مجتبى (الدين المشترك) بسبب متحد كثمن مبيع بيع

على مائة من ألف عليك كان أخذ المائة إبراء عن تسعمائة وهذا قضاء لاديانة إلا إذا زاد أبرأتك قهستانى وقدمنا مثله معزوا للخانية (قوله حالا) لأنه اعتياض عن الأجل وهو حرام (قوله فيجوز) لأن معنى الإرفاق فيما بينهما أظهر من معنى المعاوضة فلا يكون هذا مقابلة الأجل ببعض المال ولكنه إرفاق من المولى بحط بعض المال ومساهلة من المكاتب فيما بقى قبل حلول الأجل ليتوصل إلى شرف الحرية (قوله فمعاوضة) أى ويجرى فيه حكمها فإن تحقق الربا أو شبهته فسدت ، وإلا صحت ط قال ط : بأن صالح على شىء هو أدون من حقه قدراً أو وصفاً أو وقتا وإن منهما : أى من الدائن والمدين بأن دخل فى الصلح مالا يستحقه الدائن من وصف كالبيض بدل السود أو ماهو فى معنى الوصف كتعجيل المؤجل أو عن جنس بخلاف جنسه اهـ (قوله لم يعد) أى الدين مطلقا أدى أو لم يؤد (قوله مابقى غدا) لو قال : أبرأتك عن الخمسة على أن تدفع الخمسة حالة إن كانت العشرة حالة صح الإبراء لأن أداء الخمسة يجب عليه حالا فلا يكون هذا تعليق الإبراء بشرط تعجيل الخمسة ولو مؤجلة بطل الإبراء إذا لم يعطه الخمسة جامع الفصولين كذا فى الهامش (قوله بصريح الشرط) قال القهستانى وفيه إشعار بأنه لو قدم الجزاء صح فى الظهيرية لو قال : حططت عنك النصف إن نقدت إلى نصفها فإنه حط عندهم وإن لم ينقده سائحانى (قوله كإن أديت) الخطاب للغريم ومثله الكفيل كما صرح به الإسبيجابى فى شرح الكافى قاضيخان فى شرح الجامع قال فى غاية البيان وفيه نوع إشكال لأن إبراء الكفيل إسقاط محض ولهذا لايرتد برده فينبغى أن يصح تعليقه بالشرط إلا أنه كإبراء الأصيل من حيث إنه لايحلف به كما يحلف بالطلاق فيصح تعليقه بشرط متعارف لاغير المتعارف ، ولذا قلنا إذا كفل بمال عن رجل وكفل بنفسه أيضا على أنه إن وافى بنفسه غدا فهو برىء عن الكفالة بالمال فوافى بنفسه برىء عن المال لأنه تعليق بشرط متعارف فصح اهـ (قوله بمكره عليه) لأنه لو شاء لم يفعل إلا أن يجد البينة أو يحلف الآخر فينكل عن اليمين إتقانى (قوله أخذ منه) يفيد أن قول المدعى عليه لاأقر لك بمالك الخ إقرار ، ولذا قال فى غاية البيان قالوا فى شروح الجامع الصغير : وهذا إنما يكون فى السر أما إذا قال ذلك علانية يؤخذ بإقراره اهـ (قوله الدين المشترك) قيد بالدين لأنه لو كان الصلح عن عين مشتركة يختص المصالح ببدل الصلح ، وليس لشريكه أن يشاركه فيه ، لكونه معاوضة من كل وجه ، لأن المصالح عنه مال حقيقة بخلاف الدين زيلعى فليحفظ ، فإنه كثير الوقوع . وفى الخانية : رجلان ادعيا أرضا أو دارا فى يد رجل

صفقة واحدة أو دين موروث أو قيمة مستهلك مشترك (إذا قبض أحدهما شيئا منه شاركه الآخر فيه) إن شاء أو اتبع الغريم كما يأتى وحيلئذ (فلو صالح أحدهما عن نصيبه على ثوب) أى خلاف جنس الدين (أخذ الشريك الآخر لصفه إلا أن يضمن) له (ربع) أصل (الدين) فلا حق له فى الثوب (ولو لم يصالح بل اشترى بنصفه شيئا ضمنه) شريكه (الربع) لقبضه النصف بالمقاصة (أو اتبع غريمه) فى جميع ما مر لبقاء حقه فى ذمته .

(وإذا أبرأ أحد الشريكين الغريم عن نصيبه لايرجع) لأنه إتلاف لا قبض (وكذا) الحكم (إن) كان للمديون على أحدهما دين قبل وجوب دينهما عليه حتى (وقعت المقاصة بدينه السابق) لأنه قاض لا قابض (ولو أبرأ) الشريك المديون (عن البعض قسم الباقى على سهامه) ومثلة المقاصة ولو أجل نصيبه صح عند الثانى والغصب والاستئجار بنصيبه قبض لا التزوج والصلح عن جناية عمد وحيلة اختصاصه بما قبض أن يهبه الغريم

وقالا : هى لنا ورثناها من أبينا فجحد الذى هى فى يده فصالحه أحدهما عن حصته على مائة درهم فأراد الابن الآخر أن يشاركه فى المائة لم يكن له أن يشاركه لأن الصلح معاوضة فى زعم المدعى فداء عن اليمين فى زعم المدعى عليه فلم يكن معاوضة من كل وجه فلا يثبت للشريك حق الشركة بالشك ، وعن أبى يوسف فى رواية لشريكه أن يشاركه فى المائة اه (قوله صفقة واحدة) بأن كان لكل واحد منهما عين على حدة أو كان لهما عين واحدة مشتركة بينهما وباعا الكل صفقة واحدة من غير تفصيل ثمن نصيب كل واحد منهما زيلعى . واحترز بالصفقة الواحدة عن الصفقتين حتى لو كان عبد بين رجلين باع أحدهما نصيبه من رجل بخمسمائة درهم ، وباع الآخر نصيبه من ذلك الرجل بخمسمائة درهم وكتبا عليه صكا واحدا بألف وقبض أحدهمامنه شيئا لم يكن للآخر أن يشاركه لأنه لاشركة لهما فى الدين لأن كل دين وجب بسبب على حدة عزمية وتمامه فى المنح (قوله موروث) أو كان موصى به لهما أو بدل فرضهما أبو السعود عن شيخه (قوله أو اتبع الغريم) فلو اختار اتباعه ثم توى نصيبه بأن مات الغريم مفلسا رجع على القابض بنصف ماقبض ولو من غيره بحر وراجع الزيلعى (قوله أى خلاف الخ) لأنه لو صالح على جنسه يشاركه فيه أو يرجع على المدين وليس للقابض فيه خيار لأنه بمنزلة قبض بعض الدين زيلعى (قوله نصفه) أى لصف الدين من غريمه أو أخذ لصف الثوب منح (قوله إلا أن يضمن) أى الشريك المصالح (قوله ربع أصل الدين) أفاد أن المصالح مخير إذا اختار شريكه اتباعه فإن شاء دفع له حصته من المصالح عليه ، وإن شاء ضمن له ربع الدين ولا فرق بين كون الصلح عن إقرار أو غيره (قوله مامر) أى فى مسألة القبض أو الصلح والشراء (قوله قبل وجوب الخ) أما لو كان حادثا حتى التقيا قصاصا فهو كالقبض بحر (قوله عليه) أى على المديون (قوله المديون) بالنصب مفعول أبرأ (قوله قسم الباقى الخ) حتى لو كان لهما على المديون عشرون درهما فأبرأه أحد الشريكين عن لصف لصيبه كان له المطالبة بالخمسة وللساكت المطالبة بالعشرة كذا فى الهامش (قوله على سهامه) أى الباقية لا لأصلها سائحانى (قوله ومثله المقاصة) بأن كان للمديون على الشريك خمسة مثلا قبل هذا الدين فإن القسمة على مابقى بعد المقاصصة (قوله والغصب) أى إذا غصب أحدهما من المديون شيئا ثم أتلفه شاركه الآخر لأنه يملكه من وقت الغصب عند أداء الضمان ، وكذا لو استأجر أحدهما منه دارا بحصته سنة وسكنها وكذا خدمة العبد وزراعة الأرض ، وكذا لو استأجره بأجر مطلق وروى ابن سماعة عن محمد لو استأجر بحصته لم يشاركه الآخر وجعله كالنكاح وتمامه فى شرح الهداية (قوله لا التزوج) أى تزوج المديونة على نصيبه فإنه إتلاف فى ظاهر الرواية بخلاف ماإذا تزوجها على دراهم لأنها صارت قصاصا وهو كالاستيفاء إتقانى (قوله جناية عمد) أى أوجنى أحدهما عليه جناية عمد فيما دون النفس أرشها مثل دين الجانى ، فصالحه على نصيبه وكذا لو فيها قصاص اتقانى

قدر دينه ثم يبرئه أو يبيعه به كفا من تمر مثلا ثم يبرئه ملتقط وغيره ومرت فى الشركة (صالح أحد ربى السلم عن نصيبه على ما دفع من رأس المال فإن أجازه الشريك) الآخر (نفذ عليهما وإن رده رد) لأن فيه قسمة الدين قبل قبضه وأنه باطل نعم لو كانا شريكى مفاوضة جاز مطلقا بحر(١) .

فصل فى التخارج

(أخرجت الورثة أحدهم عن) التركة وهى (عرض أو) هى (عقار بمال) أعطاه له (أو) أخرجوه (عن) تركة هى (ذهب بفضة) دفعوها له (أو) على العكس أو عن نقدين بهما (صح) فى الكل صرفا للجنس بخلاف جنسه (قل) ما أعطوه (أو كثر) لكن بشرط التقابض فيما هو صرف (وفى) إخراجه عن (نقدين) وغيرها بأحد النقدين لا يصح (إلا أن يكون ما أعطى له أكثر من حصته من ذلك الجنس) تحرزا عن الربا ولا بد من حضور النقدين عند الصلح وعلمه بقدر نصيبه شرنبلالية وجلالية ولو بعرض جاز مطلقا لعدم الربا وكذا لو أنكروا إرثه لأنه حينئذ ليس ببدل بل لقطع المنازعة (وبطل الصلح إن أخرج أحد الورثة وفى التركة

(قوله يبرئه) أى الشريك الغريم (قوله عن نصيبه) أى من المسلم فيه (قوله من رأس المال) بأن أراد أن يأخذ رأس ماله ويفسخ عقد الشركة إتقانى فالصلح مجاز عن الفسخ عزمية (قوله عليهما) والمقبوض بينهما وكذا ما بقى من المسلم فيه درر البحار (قوله رد) وبقى السلم كما كان :

فصل فى التخارج

(قوله أخرجت الخ) أوصى لرجل بثلث ماله ومات الموصى فصالح الوارث الموصى له من الثلث بالسدس جاز الصلح . وذكر الإمام المعروف بخواهر زاده أن حق الموصى له وحق الوارث قبل القسمة غير متأكد يحتمل السقوط بالإسقاط اه :

فقد علم أن حق الغانم قبل القسمة وحق حبس الرهن وحق المسيل المجرد وحق الموصى له بالسكنى وحق الموصى له بالثلث قبل القسمة وحق الوارث قبل القسمة يسقط بالإسقاط وتمامه فى الأشباه فيما يقبل الإسقاط وما لا كذا فى الهامش (قوله صرفا للجنس) علة للأخير (قوله لكن بشرط) قال فى البحر : ولا يشترط فى صلح أحد الورثة المتقدم أن تكون أعيان التركة معلومة ، لكن إن وقع الصلح عن أحد النقدين بالآخر يعتبر التقابض فى المجلس غير أن الذى فى يده بقية التركة إن كان جاحدا يكتفى بذلك القبض ، لأنه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح ، وإن كان مقرا غير مانع يشترط تجديد القبض اهـ (قوله أكثر من حصته) فإن لم يعلم قدر نصيبه من ذلك الجنس ، فالصحيح أن الشك إن كان فى وجود ذلك فى التركة جاز الصلح ، وإن علم وجود ذلك فى التركة لكن لا يدرى أن بدل الصلح من حصتها أقل أو أكثر أو مثله فسد بحر عن الخانية (قوله وكذا لو أنكروا إرثه) أى فإنه يجوز مطلقا قال فى الشرنبلالية : وقال الحاكم الشهيد إنما يبطل على أقل من نصيبه فى مال الربا حالة التصادق ، وأما فى حالة التناكر بأن أنكروا وراثته ، فيجوز : وجه ذلك : أن فى حالة التكاذب ما يأخذه لا يكون بدلا فى حق الآخذ ، ولا فى حق الدافع هكذا ذكر المرغينانى ، ولا بد من التقابض فيما يقابل الذهب والفضة منه لكونه صرفا ولو كان بدل الصلح عرضا فى الصور كلها جاز مطلقا ، وإن قل ولم يقبض فى المجلس اهـ

---

(١) (قول الشارح جاز مطلقا بحر) الذى فى البحر جاز ولو فى الجميع أو جميع المسلم فيه يعنى أن الجواز لا يخص نصيبه بل إذا فسخ فى الجميع جاز قال وأما إذا كانت عنانا توقف أيضا إن لم يكن من تجارتهما اهـ ط .

ديون بشرط أن تكون الديون لبقيتهم) لأن تمليك الدين من غير من عليه الدين باطل ثم ذكر لصحته حيلا فقال (وصح لو شرطوا إبراء الغرماء منه) أى من حصته لأنه تمليك الدين ممن عليه فيسقط قدر نصيبه عن الغرماء (أو قضوا نصيب المصالح منه) أى الدين (تبرعا) منهم (وأحالهم بحصته أو أقرضوه قدر حصته منه وصالحوه عن غيرهم) بما يصلح بدلا (وأحالهم بالقرض على الغرماء) وقبلوا الحوالة وهذه أحسن الحيل ابن كمال والأوجه أن يبيعوه كفا من تمر أو نحوه بقدر الدين ثم يحيلهم على الغرماء ابن ملك (وفى صحة صلح عن تركة مجهولة) أعيانها ولا دين فيها (على مكيل أو موزون) متعلق بصلح (اختلاف) والصحيح الصحة زيلعى لعدم اعتبار شبهة الشبهة وقال ابن الكمال إن فى التركة جنس بدل الصلح لم يجز وإلا جاز وإن لم يدر فعلى الاختلاف (ولو) التركة (مجهولة وهى غير مكيل أو موزون فى يد البقية) من الورثة (صح فى الأصح) لأنها لا تفضى إلى المنازعة لقيامها فى يدهم حتى لو كانت فى يد المصالح أو بعضها لم يجز ما لم يعلم جميع ما فى يده للحاجة إلى التسليم ابن ملك (وبطل الصلح والقسمة مع إحاطة الدين بالتركة) إلا أن يضمن الوارث الدين بلا رجوع أو يضمن أجنبى بشرط براءة الميت أو يوفى من مال آخر (ولا) ينبغى أن (يصالح) ولا يقسم (قبل القضاء) بالدين (فى غير دين محيط ولو فعل) الصلح والقسمة (صح) لأن التركة لا تخلو عن قليل دين فلو وقف الكل تضرر الورثة فيوقف قدر الدين استحسانا وقاية لئلا يحتاجوا إلى نقض القسمة بحر .

(قوله ديون) أى على الناس بقرينة ما يأتى وكذا لو كان الدين على الميت قال فى البزازية وذكر شمس الإسلام أن التخارج لا يصح إذا كان على الميت دين أى يطلبه رب الدين ، لأن حكم الشرع أن يكون الدين على جميع الورثة اه (قوله بشرط) متعلق باخرج (قوله لأن تمليك الدين) وهو هنا حصة المصالح (قوله من عليه الدين) وهم الورثة هنا (قوله باطل) ثم يتعدى البطلان إلى الكل ، لأن الصفقة واحدة سواء بين حصة الدين أو لم يبين عند أبى حنيفة . وينبغى أن يجوز عندهما فى غير الدين إذا بين حصته ابن ملك (قوله إبراء الغرماء) أى إبراء المصالح الغرماء (قوله وأحالهم) لا محل لهذه الجملة هنا وهى موجودة فى شرح الوقاية لابن ملك وفى بعض النسخ وأحالهم (قوله عن غيره) أى عما سوى الدين (قوله أحسن الحيل) لأن فى الأولى ضررا للورثة ، حيث لا يمكنهم الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح ، وكذا فى الثانية لأن النقد خير من النسيئة إتقانى (قوله والأوجه) لأن فى الأخيرة لا يخلو عن ضرر التقديم فى وصول مال ابن ملك (قوله شبهة الشبهة) لأنه يحتمل أن لا يكون فى التركة من جنسه ويحتمل أن يكون ، وإذا كان فيها يحتمل أن يكون الذى وقع عليه الصلح أكثر ، وإن احتمل أن يكون مثله أو دونه وهو احتمال الاحتمال ، فنزل إلى شبهة الشبهة وهى غير معتبرة (قوله يدر) بالبناء للمفعول (قوله أو موزون) أى ولا دين فيها ووقع الصلح على مكيل وموزون إتقانى (قوله فى الأصح) وقيل لا يجوز لأنه بيع المجهول لأن المصالح باع نصيبه من التركة وهو مجهول بما أخذ من المكيل والموزون إتقانى :

[خاتمة] التهايؤ أى تناوب الشريكين فى دابتين غلة أو ركوبا مختص جوازه بالصلح عند أبى حنيفة لا الجبر ، وجائز فى دابة غلة أو ركوبا بالصلح فاسد فى غلتى عبدين عنده لو جبرا درر البحار وفى شرحه غرر الأفكار .

ثم اعلم أن التهايؤ جبرا فى غلة عبد أو دابة لا يجوز اتفاقا للتفاوت وفى خدمه عبد أو عبدين جاز اتفاقا لعدم التفاوت ظاهرا ولقلته ، وفى غلة دار أو دارين أو سكنى دار أو دارين جاز اتفاقا لإمكان المعادلة لأن التغير لا يميل إلى العقار ظاهرا وأن التهايؤ صلحا جائز فى جميع الصور كما جوز أبو حنيفة أيضا قسمة الرقيق صلحا اه (قوله أو يوفى) بالبناء للمفعول بضم ففتح فتشديد (قوله لئلا الخ) قال العلامة المقدسى فلو هلك المعزول لابد من نقض

(ولو أخرجوا واحدا) من الورثة (فحصته تقسم بين الباقي على السواء إن كان ما أعطوه من ما لهم غير الميراث وإن كان) المعطى (مما ورثوه فعلى قدر ميراثهم) يقسم بينهم وقيده الخصاف بكونه عن إنكار فلو عن إقرار فعلى السواء وصالح أحدهم عن بعض الأعيان صحيح ولو لم يذكر في صك التخارج أن في التركة دينا أم لا فالصك صحيح وكذا لو لم يذكره في الفتوى فيفتى بالصحة ويحمل على وجود شرائطها مجمع الفتاوى (والموصى له) بمبلغ من التركة (كوارث فيما قدمناه) من مسألة التخارج .

(صالحوا) أي الورثة (أحدهم) وخرج من بينهم (ثم ظهر للميت دين أو عين لم يعلموها هل يكون ذلك داخلا في الصلح) المذكور (قولان أشهرهما لا)

القسمة ط (قوله على السواء) أفاد أن أحد الورثة إذا صالح البعض دون الباقي يصح وتكون حصته له فقط كذا لو صالح الموصى له كما في الأنقروى سائحاني .

[مسألة] في رجل مات عن زوجة وبنت وثلاثة أبناء عم عصبة وخلف تركة اقتسموها بينهم ، ثم ادعت الورثة على الزوجة بأن الدار التي في يدها ملك مورثهم المتوفى ، فأنكرت دعواهم ، فدفعت لهم قدرا من الدراهم صلحا عن إنكار فهل يوزع بدل الصلح عليهم على قدر مواريثهم ، أو على قدر رءوسهم الجواب قال في البحر وحكمه في جانب المصالح عليه وقوع الملك فيه للمدعى ، سواء كان المدعى عليه مقرا أو منكرا ، وفي المصالح عنه وقوع الملك فيه للمدعى عليه اهـ ومثله في المنح وفي مجموع النوازل : سئل عن الصلح على الإنكار بعد دعوى فاسدة هل يصح قال : لأن تصحيح الصلح عن الإنكار من جانب المدعى أن يجعل ما أخذ عين حقه أو عوضا عنه لا بد أن يكون ثابتا في حقه ليمكن تصحيح الصلح من الذخيرة فمقتضى قوله وقوع الملك فيه للمدعى ، وقوله : أن يجعل عين حقه أو عوضا عنه أن يكون على قدر مواريثهم مجموعة منلا على (قوله من ما لهم) أي وقد استووا فيه ولا يظهر عند التفاوت ط (قوله فعلى قدر ميراثهم) وسيأتي آخر كتاب الفرائض بيان قسمة التركة بينهم حينئذ .

[تتمة] ادعى مالا أو غيره فاشترى رجل ذلك من المدعى يجوز الشراء ويقوم مقام المدعى في الدعوى فإن استحق شيئا من ذلك كان له وإلا فلا فإن جحد المطلوب ولا بينة فله أن يرجع على المدعى بحر وتأمل في وجهه ففي البزازية من أول كتاب الهبة وبيع الدين لا يجوز ولو باعه من المديون أو وهبه جاز (قوله صالحوا الخ) أقول قال في البزازية في الفصل السادس من الصلح ولو ظهر في التركة عين بعد التخارج لا رواية في أنه هل يدخل تحت الصلح أم لا ولقائل أن يقول يدخل ولقائل أن يقول لا اهـ ثم قال بعد نحو ورقتين: قال تاج الإسلام وبخط صدر الإسلام وجدته : صالح أحد الورثة وأبرأ إبراء عاما ، ثم ظهر في التركة شيء لم يكن وقت الصلح لا رواية في جواز الدعوى ، ولقائل أن يقول بجواز دعوى حصته منه وهو الأصح ولقائل أن يقول: لا وفي المحيط لو أبرأ أحد الورثة الباقي ، ثم ادعى التركة وأنكر وإلا تسمع دعواه وإن أقروا بالتركة أمروا بالرد عليه اهـ كلام البزازية ثم قال بعد أسطر : صالحت أي الزوجة عن الثمن ثم ظهر دين أو عين لم يكن معلوما للورثة ، قيل لا يكون داخلا في الصلح ويقسم بين الورثة لأنهم إذا لم يعلموا كان صلحهم عن المعلوم الظاهر عندهم لا عن المجهول ، فيكون كالمستثنى من الصلح فلا يبطل الصلح ، وقيل يكون داخلا في الصلح لأنه وقع عن التركة والتركة اسم للكل ، إذا ظهر دين فسد الصلح ويجعل كأنه كان ظاهرا عند الصلح اهـ .

والحاصل : من مجموع كلامه المذكور أنه لو ظهر بعد الصلح في التركة عين هل تدخل في الصلح ، فلا تسمع

بل بين الكل والقولان حكاهما فى الخانية مقدما لعدم الدخول وقد ذكر فى أول فتاواه أنه يقدم ما هو الأشهر فكان هو المعتمد كذا فى البحر.
قلت : وفى البزازية أنه الأصح ولا يبطل الصلح وفى الوهبانية :

وفى مال طفل بالشهود فلم يجز ... وما يدعى خصم ولا يتنور
وصح على الإبراء من كل غائب ... ولو زال عيب عنه صالح يهدر
ومن قال إن تحلف فتبرأ فلم يجز ... ولو مدع كالأجنبى يصور

كتاب المضاربة

(هى) لغة مفاعلة من الضرب فى الأرض وهو السير فيها وشرعا (عقد شركة فى الربح بمال من جانب) رب المال (وعمل من جانب) المضارب.

الدعوى بها أو لا تدخل فتسمع الدعوى ؟ قولان : وكذا لو صدر بعد الصلح إبراء عام ، ثم ظهر للمصالح عين هل تسمع دعواه فيه قولان أيضا والأصح السماع بناء على القول بعدم دخولها تحت الصلح ، فيكون هذا تصحيحا للقول بعدم الدخول وهذا إذا اعترف بقية الورثة بأن العين من التركة ، وإلا فلا تسمع دعواه بعد الإبراء كما أفاده ما نقله عن المحيط وإنما قيد بالعين ، لأنه لو ظهر بعد الصلح فى التركة دين فعلى القول بعدم دخوله فى الصلح يصح الصلح ويقسم الدين بين الكل ، وأما على القول بالدخول فالصلح فاسد كما لو كان الدين ظاهرا وقت الصلح ، إلا أن يكون مخرجا من الصلح بأن وقع التصريح بالصلح عن غير الدين من أعيان التركة ، وهذا أيضا ذكره فى البزازية حيث قال : ثم ماظهر بعد التخارج على قول من قال إنه لا يدخل تحت الصلح لا خفاء ، ومن قال يدخل تحته فكذلك إن كان عينا لايوجب فساده وإن دينا إن مخرجا من الصلح لايفسد وإلا يفسد اهـ (قوله بل بين الكل) أى بل يكون الذى ظهر بين الكل (قوله قلت الخ) قلت : وفى الثامن والعشرين من الفصولين أنه الأشبه أى لو ظهر عين لا دين (قوله ولا يبطل الصلح) أى لو ظهر فى التركة عين أما لو ظهر فيها دين فقد قال فى البزازية : إن كان مخرجا من الصلح لا يفسد وإلا يفسد اهـ . أى إن كان الصلح وقع على غير الدين لايفسد وإن وقع على جميع التركة فسد كما لو كان الدين ظاهرا وقت الصلح (قوله وفى مال طفل) أى إذا كان لطفل مال بشهود لم يجز الصلح فيه وما يدعى أى ولا يجوز فيما يدعى خصم من المال على الطفل ، ولا يتنور بينة له بما ادعاه ومفهومه أنه يجوز الصلح حيث لابينة للطفل وحيث كانت للخصم بينة ابن الشحنة كذا فى الهامش (قوله وصح على الإبراء الخ) فلو صالح من العيب ثم زال العيب بأن كان بياضا فى عين عبد فانجلى بطل الصلح ، ويرد ما أخذ لأن المعوض عنه هو صفة السلامة وقد عادت ، فيعود العوض فيبطل الصلح ابن الشحنة شرح الوهبانية كذا فى الهامش (قوله ومن قال الخ) أى إن اصطلحا على أن يحلف المدعى عليه ، وإن حلف برىء فحلف المدعى عليه ما له قبله قليل ولا كثير : فالصلح باطل ويكون المدعى على دعواه إن أقام البينة قبلت وإن لم يكن له بينة وأراد أن يستحلفه عند القاضى كان له ذلك وإن اصطلحا على أن يحلف المدعى على دعواه على أنه إن حلف ، فالمدعى عليه يكون ضامنا لما يدعيه فهذا الصلح باطل ابن الشحنة كذا فى الهامش (قوله ولو مدع) لو وصلية كذا فى الهامش .

كتاب المضاربة

(قوله من جانب المضارب) قيد به لأنه لو اشترط رب المال أن يعمل مع المضارب فسدت كما سيصرح به المصنف فى باب المضارب يضارب ، وكذا تفسد لو أخذ المال من المضارب بلا أمره وباع واشترى به إلا إذا

(وركنها الإيجاب والقبول وحكمها) أنواع لأنها (إيداع ابتداء) ومن حيل الضمان أن يقرضه المال إلا درهما ثم يعقد شركة عنان بالدرهم وبما أقرضه على أن يعملا والربح بينهما ثم يعمل المستقرض فقط فإن هلك فالقرض عليه (وتوكيل مع العمل) لتصرفه بأمره (وشركة إن ربح وغصب(١) إن خالف وإن أجاز) رب المال (بعده) لصيرورته غاصبا بالمخالفة (وإجارة فاسدة إن فسدت فلا ربح) للمضارب (حينئذ بل له أجر) مثل (عمله مطلقا) ربح أولا (بلا زيادة على المشروط) خلافا لمحمد والثلاثة

صار المال عروضا فلا تفسد لو أخذه من المضارب كما سيأتي في فصل المتفرقات (قوله إيداع ابتداء) قال الخير الرملي : سيأتي أن المضارب يملك الإيداع في المطلقة مع ما تقرر أن المودع لا يودع ، فالمراد في حكم عدم الضمان بالهلاك وفي أحكام مخصوصة لا في كل حكم فتأمل (قوله ومن حيل الخ) ولو أراد رب المال أن يضمن المضارب بالهلاك يقرض المال منه ، ثم يأخذه منه مضاربة ثم يبضع المضارب كما في الواقعات قهستاني . وذكر هذه الحيلة الزيلعي أيضا وذكر قبلها ما ذكره الشارح ، وفيه نظر لأنها تكون شركة عنان شرط فيها العمل على الأكثر مالا وهو لا يجوز بخلاف العكس ، فإنه يجوز كما ذكره في الظهيرية في كتاب الشركة عن الأصل للإمام محمد تأمل ، وكذا في شركة البزازية حيث قال : وإن لأحدهما ألف وللآخر ألفان واشتركا واشترطا العمل على صاحب الألف والربح أنصافا جاز وكذا لو شرطا الربح والوضيعة على قدر المال والعمل من أحدهما بعينه جاز ولو شرطا العمل على صاحب الألفين والربح نصفين لم يجز الشرط والربح بينهما أثلاثا لأن ذا الألف شرط لنفسه بعض ربح مال الآخر بغير عمل ولا مال والربح إنما يستحق بالمال أو بالعمل أو بالضمان اه ملخصا لكن في مسألة الشارح شرط العمل على كل منهما لا على صاحب الأكثر فقط .

والحاصل : أن المفهوم من كلامهم أن الأصل في الربح أن يكون على قدر المال إلا إذا كان لأحدهما عمل فيصح أن يكون ربحا بمقابلة عمله ، وكذا لو كان العمل منهما يصح التفاوت أيضا تأمل (قوله وتوكيل مع العمل) فيرجع بما لحقه من العهدة على رب المال درر (قوله بالمخالفة) فالربح للمضارب لكنه غير طيب عند الطرفين در منتقى (قوله مطلقا) هو ظاهر الرواية قهستاني (قوله ربح أولا) وعن أبي يوسف إذا لم يربح لا أجر له وهو الصحيح لئلا تربو الفاسدة على الصحيحة سائحاني ومثله في حاشية ط عن العيني (قوله على المشروط) قال في الملتقى : ولا يزاد على ما شرط له كذا في الهامش أي فيما إذا ربح وإلا فلا تتحقق الزيادة فلم يكن الفساد بسبب تسمية دراهم معينة للعامل تأمل (قوله خلافا لمحمد) فيه إشعار بأن الخلاف فيما إذا ربح وأما إذا لم يربح فأجر المثل بالغا ما بلغ لأنه لا يمكن تقدير بنصف الربح المعدوم كما في الفصولين لكن في الواقعات ما قاله أبو يوسف مخصوص بما إذا ربح وما قاله محمد إن له أجر المثل بالغا ما بلغ فيما هو أعم قهستاني (قوله والثلاثة) فعنده له أجر مثل عمله بالغا ما بلغ إذا ربح در منتقى كذا في الهامش .

[سئل] فيما إذا دفع زيد لعمرو بضاعة على سبيل المضاربة وقال لعمرو : بعها ومهما ربحت يكون بيننا مثالثة فباعها وخسر فيها فالمضاربة غير صحيحة ولعمرو ، أجر مثله بلا زيادة على المشروط حامدية .

---

(١) (قول المصنف وغصب الخ) استشكل قاضي زاده عند الغصب والإجارة من أحكامها لأن معنى الإجارة إنما يظهر إذا فسدت المضاربة ومعنى الغصب إنما يتحقق إذا خالف المضارب وكلا الأمرين ناقض لعقد المضاربة مناف لصحتها فكيف يصح أن يجعلا من أحكامها وحكم الشيء ما يثبت به والذي يثبت بمنافيه لا يثبت به قطعا فإن قلت : قد صلحا أن يكون حكما للفاسدة . قلنا : الأركان والشروط المذكورة هنا للصحيحة فكذا الأحكام على أن الغصب لا يصلح حكما للفاسدة لأن حكمها أن يكون للعامل أجر عمله ولا أجر للغاصب اه ط مختصرا .

(إلا فى وصى أخذ مال يتيم مضاربة فاسدة) كشرطه لنفسه عشرة دراهم (فلاشىء له) فى مال اليتيم (إذا عمل) أشباه فهو استثناء من أجر عمله (و) الفاسدة (لا ضمان فيها) أيضا (كصحيحة) لأنه أمين (ودفع المال إلى آخر مع شرط الربح) كله (للمالك بضاعة) فيكون وكيلا متبرعا (ومع شرطه للعامل قرض(١)) لقلة ضرره.

(وشرطها) أمور سبعة (كون رأس المال من الأثمان) كما مر فى الشركة وهو معلوم للعاقدين (وكفت فيه الإشارة) والقول فى قدره وصفته للمضارب بيمينه والبينة للمالك؛

وأما المضاربة بدين فإن على المضارب لم يجز وإن على ثالث جاز

رجل دفع لآخر أمتعة وقال: بعها واشترها وما ربحت فبيننا نصفين فخسر فلا خسران على العامل، وإذا طالبه صاحب الأمتعة بذلك فتصالحا على أن يعطيه العامل إياه لا يلزمه ولو كفله إنسان ببدل الصلح لا يصح، ولو عمل هذا العامل فى هذا المال، فهو بينهما على الشرط لأن ابتداء هذا ليس بمضاربة بل هو توكيل ببيع الأمتعة ثم إذا صار الثمن من النقود، فهو دفع مضاربة بعد ذلك فلم يضمن أولا لأنه أمين بحق الوكالة ثم صار مضاربا فاستحق المشروط جواهر الفتاوى (قوله وصى الخ) ظاهره أن للوصى أن يضارب فى مال اليتيم بجزء من الربح وكلام الزيلعى فيه أظهر، وأفاد الزيلعى أيضا أن للوصى دفع المال إلى من يعمل فيه مضاربة بطريق النيابة عن اليتيم كأبيه أبو السعود (قوله إذا عمل) لأن حاصل هذا أن الوصى يؤجر نفسه لليتيم وأنه لا يجوز (قوله لقلة ضرره) أى ضرر القرض بالنسبة إلى الهبة فجعل قرضا ولم يجعل هبة ذكره الزيلعى (قوله من الأثمان) أى الدراهم والدنانير فلو من العروض فباعها فصارت نقودا انقلبت مضاربة واستحق المشروط كما فى الجواهر (قوله وهو معلوم للعاقدين) ولو متاعا لما فى التتارخانية، وإذا دفع ألف درهم إلى رجل وقال: نصفها معك مضاربة بالنصف صح وهذه المسألة نص على أن قرض المشاع جائز، ولا يوجد لهذا رواية إلا ههنا وإذا جاز هذا العقد كان لكل نصف حكم نفسه، وإن قال على أن نصفها قرض، وعلى أن تعمل بالنصف الآخر مضاربة على أن الربح كله لى جاز ويكره، لأنه قرض جر منفعة وإن قال: على أن نصفها قرض عليك ونصفها مضاربة بالنصف، فهو جائز ولم يذكر الكراهية هنا فمن المشايخ من قال سكوت محمد عنها هنا دليل على أنها تنزيهية وفى الخانية قال: على أن تعمل بالنصف الآخر على أن الربح لى جاز ولا يكره فإن ربح كان بينهما على السواء والوضيعة عليهما لأن النصف ملكه بالقرض، والآخر بضاعة فى يده وفى التجريد يكره ذلك وفى المحيط ولو قال على أن نصفها مضاربة بالنصف، ونصفها هبة لك وقبضها غير مقسومة فالهبة فاسدة والمضاربة جائزة، فإن هلك المال قبل العمل أو بعده ضمن النصف حصة الهبة فقط وهذه المسألة نص على أن المقبوض بحكم الهبة الفاسدة مضمون على الموهوب له اهـ ملخصا وتمامه فيه فليحفظ فإنه مهم وهذه الأخيرة ستأتى قبيل كتاب الإيداع قريبا (قوله وكفت فيه) أى فى الإعلام منح (قوله لم يجز) وما اشتراه له والدين فى ذمته بحر (قوله وإن على ثالث) بأن قال اقبض مالى على فلان، ثم اعمل به مضاربة ولو عمل قبل أن يقبض الكل ضمن، ولو قال: فاعمل به لا يضمن وكذا بالواو لأن ثم للترتيب، فلا يكون مأذونا بالعمل إلا بعد قبض الكل بخلاف الفاء والواو،

---

(١) (قول المصنف للعامل قرض) قال فى التبيين: وإنما صار المضارب مستقرضا باشتراط كل الربح له لأنه لا يستحق الربح كله إلا إذا صار رأس المال ملكا له لأن الربح فرع المال كالثمر والشجر والولد والحيوان فإذا شرط أن يكون جميع الربح له فقد ملكه جميع رأس المال مقتضى وقضيته أن لا يرد رأس المال لأن التمليك لا يقتضى الرد كالهبة لكن لفظ المضاربة يقتضى رد رأس المال فجعلناه قرضا لاشتماله على المعنيين عملا بهما ولأن القرض أدنى التبرعين لأنه يقطع الحق عن العين دون البدل والهبة تقطعه عنهما فكان أولى لكونه أقل ضررا اهـ ط.

وكره ولو قال: اشتر لى عبدا لسيئة ثم بعه وضارب بثمنه ففعل جاز كقوله لغاصب أو مستودع أو مستبضع اعمل بما فى يدك مضاربة بالنصف جاز مجتبى (وكون رأس المال عينا لا دينا) كما بسطه فى الدرر (وكونه مسلما إلى المضارب) ليمكنه التصرف (بخلاف الشركة) لأن العمل فيها من الجانبين (وكون الربح بينهما شائعا) فلو عين قدرا فسدت (وكون نصيب كل منهما معلوما) عند العقد؛

ومن شروطها: كون نصيب المضارب من الربح حتى لو شرط له من رأس المال أو منه ومن الربح فسدت وفى الجلالية كل شرط يوجب جهالة فى الربح أو يقطع الشركة فيه يفسدها وإلا بطل الشرط وصح العقد اعتبارا بالوكالة (ولو ادعى المضارب فسادها فالقول لرب المال وبعكسه فللمضارب) الأصل أن القول لمدعى الصحة فى العقود إلا إذا قال رب المال شرطت لك ثلث الربح إلا عشرة وقال المضارب الثلث فالقول لرب المال ولو فيه فسادها لأنه ينكر زيادة يدعيها المضارب خانية وما فى الأشباه فيه اشتباه فافهم؛

(ويملك المضارب فى المطلقة) التى لم تقيد بمكان أو زمان أو نوع (البيع) ولو فاسدا

ولو قال اقبض دينى لتعمل به مضاربة لا يصير مأذونا ما لم يقبض الكل بحر قال فى الهامش: قال فى الدرر: فلو قال اعمل بالدين الذى فى ذمتك مضاربة بالنصف لم يجز، بخلاف ما لو كان له دين على ثالث فقال اقبض مالى على فلان واعمل به مضاربة حتى لا يبقى لرب المال فيه يد اه (قوله وكره) لأنه اشترط لنفسه منفعة قبل العقد منح (قوله اشتر لى عبدا) هذا يفهم أنه لو دفع عرضا وقال له بعه واعمل بثمنه مضاربة أنه يجوز بالأولى وقد أوضحه الشارح، وهذه حيلة لجواز المضاربة فى العروض، وحيلة أخرى ذكرها الخصاف أن يبيع المتاع من رجل يثق به ويقبض المال فيدفعه إلى المضارب مضاربة، ثم يشترى هذا المضارب هذا المتاع من الرجل الذى ابتاعه من صاحبه ط (قوله عينا) أى معينا وليس المراد بالعين العرض ط (قوله لا دينا) مكرر مع ما تقدم (قوله مسلما) فلو شرط رب المال أن يعمل مع المضارب لا تجوز المضاربة، سواء كان المالك عاقدا أولا كالأب والوصى إذا دفع مال الصغير مضاربة وشرط عمل شريكه مع المضارب لاتصح المضاربة، وفى السغناقى: وشرط عمل الصغير لا يجوز، وكذا أحد المتفاوضين وشريكى العنان إذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه فسد العقد تاترخانية وسيأتى فى الباب الآتى متنا بعض هذا (قوله كل شرط الخ) قال الأكمل شرط العمل على رب المال يفسدها، وليس بواحد مما ذكر والجواب أن الكلام فى شروط فاسدة بعد كون العقد مضاربة، وما أورد لم يكن العقد فيه عقد مضاربة فإن قلت: فما معنى قوله يفسدها إذ النفى(١) يقتضى الثبوت قلت: سلب الشىء عن المعدوم صحيح كزيد المعدوم ليس ببصير، وسيأتى فى المتن أنه مفسد قال الشارح لأنه يمنع التخلية فيمنع الصحة فالأولى الجواب بالمنع فيقال لا نسلم أنه غير مفسد سائحانى (قوله فى الربح) كما إذا شرط له نصف الربح أو ثلثه بأو الترديدية س (قوله فيه) كما لو شرط لأحدهما دراهم مسماة س (قوله بطل الشرط) كشرط الخسران على المضارب س (قوله وما فى الأشباه) من قوله القول قول مدعى الصحة إلا إذا قال رب المال شرطت لك الثلث وزيادة عشرة وقال المضارب الثلث فالقول للمضارب كما فى الذخيرة اه (قوله فيه اشتباه) أى اشتبه عليه مسألة بأخرى وهى المذكورة هنا لأن التى ذكرها داخلة تحت الأصل المذكور لأن من له القول فيها مدع للصحة فلا يصح استثناؤها بخلاف التى هنا (قوله أو نوع) أى أو شخص كما سيذكره (قوله ولو فاسدا) يعنى

---

(١) (قوله النفى الخ) المراد نفى الصحة الذى هو معنى لفظ فسد، وليس المراد به حرف النفى كما قد يتوهم فيستصوب بقاء لاف المحشى فإن عبارة الأكمل ليس فيها حرف نفى أصلا قبل يفسد وحينئذ فلا معنى لقول المحشى وسيأتى الخ وكذا قوله فالأولى الجواب بالمنع اه

(بنقد ونسيئة متعارفة والشراء والتوكيل بهما والسفر برا وبحرا) ولو دفع له المال فى بلد على الظاهر (والإبضاع) أى دفع المال بضاعة (ولو لرب المال ولا تفسد به) المضاربة كما يجىء (و) يملك (الإيداع والرهن والارتهان والاجارة والاستئجار فلو استأجر أرضا بيضاء ليزرعها أو يغرسها جاز) ظهيرية (والاحتيال) أى قبول الحوالة (بالثمن مطلقا) على الأيسر والأعسر لأن كل ذلك من صنيع التجار (لا) يملك (المضاربة) والشركة والخلط بمال نفسه (إلا بإذن

لا يكون به مخالفا فلا يكون المال خارجا عن كونه فى يده أمانة ، وإن كانت مباشرته العقد الفاسد غير جائزة وخرج الباطل كما فى الأشباه (قوله بنقد ونسيئة) ولو اختلفا فيهما فالقول للمضارب فى المضاربة ، وللموكل فى الوكالة كما مر متنا فى الوكالة (قوله والشراء) الإطلاق مشعر بجواز تجارته مع كل أحد لكن فى النظم أنه لا يتجر مع امرأته وولده الكبير العاقل ووالديه عنده خلافا لهما ولا يشترى من عبده المأذون وقيل من مكاتبه بالإتفاق قهستانى .

[فروع مهمة] له أن يرهن ويرتهن لها ولو أخذ نخلا أو شجرا معاملة على أن ينفق فى تلقيحها وتأبيرها من المال لم يجز عليها وإن قال له : اعمل برأيك فإن رهن شيئا من المضاربة ضمنه(١) ولو أخر الثمن جاز على رب المال ولا يضمن بخلاف الوكيل الخاص ، ولو حط بعض الثمن إن العيب طعن فيه المشترى وما حط حصته أو أكثر يسيرا جاز وإن كان لا يتغابن الناس فى الزيادة يصح ، ويضمن ذلك من ماله لرب المال وكان رأس المال ما بقى على المشترى ويحرم عليه وطء الجارية ولو بإذن رب المال ولو زوجها بتزويج رب المال جاز إن لم يكن فى المال ربح وخرجت الجارية عن المضاربة ، وإن كان فيه ربح لا يجوز وليس له أن يعمل بما فيه ضرر ولا ما لا يعمله التجار وليس لأحد المضاربين أن يبيع أو يشترى بغير إذن صاحبه ، ولو اشترى بما لا يتغابن الناس فى مثله يكون مخالفا وإن قيل له اعمل برأيك ولو باع بهذه الصفة جاز خلافا لهما كالوكيل بالبيع المطلق ، وإذا اشترى بأكثر من المال كانت الزيادة له ولا يضمن بهذا الخلط الحكمى ، ولو كان المال دراهم فاشترى بغير الأثمان كان لنفسه وبالدنانير للمضاربة لأنهما جنس هنا الكل من البحر (قوله ولا تفسد) لأن حق التصرف للمضارب (قوله والاستئجار) أى استئجار العمال للأعمال والمنازل لحفظ الأموال والسفن والدواب (قوله والخلط بمال نفسه) أى أو غيره كما فى البحر إلا أن تكون معاملة التجار فى تلك البلاد أن المضاربين يخلطون ، ولا ينهونهم فإن غلب التعارف بينهم فى مثله وجب أن لا يضمن كما فى التاترخانية :

وفيها قبله والأصل أن التصرفات فى المضاربة ثلاثة أقسام : قسم هو من باب المضاربة ، وتوابعها فيملكه من غير أن يقول له اعمل ما بدالك كالتوكيل بالبيع والشراء والرهن والارتهان والاستئجار والإيداع والإبضاع والمسافرة ، وقسم : لا يملك بمطلق العقد بل إذا قيل اعمل برأيك كدفع المال إلى غيره مضاربة أو شركة أو خلط مالها بماله أو بمال غيره ، وقسم : لا يملك بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برأيك إلا أن ينص عليه وهو ما ليس بمضاربة ولا يحتمل أن يلحق بها كالاستدانة عليها اه ملخصا (قوله بمال نفسه) وكذا بمال غيره كما فى البحر : وهذا إذا لم يغلب التعارف بين التجار فى مثله كما فى التاترخانية وفيها من الثامن عشر دفع إلى رجل ألفا بالنصف ثم ألفا أخرى كذلك فخلط المضارب المالين فهو على ثلاثة أوجه : إما أن يقول المالك فى كل من المضاربتين : اعمل

---

(١) (قوله ضمنه) أى إذا رهنه فيما عليه خاصة وليس المراد أنه يضمنه إذا رهنه فيما على المضاربة لئلا ينافى صدر العبارة ولأنه من صنيع التجار اه شيخنا فهو مؤيد لقولهم للمضارب أن يرهن اه .

أو اعمل برأيك) إذ الشىء لا يتضمن مثله (و) لا (الإقراض والاستدانة وإن قيل له ذلك) أى اعمل برأيك لأنهما ليسا من صنيع التجار فلم يدخلا فى التعميم (ما لم ينص) المالك (عليهما) فيملكهما وإن استدان كانت شركة وجوه وحينئذ (فلو اشترى بمال المضاربة ثوبا وقصر بالماء أو حمل) متاع المضاربة (بماله و) قد (قيل له ذلك فهو متطوع) لأنه لا يملك الاستدانة بهذه المقالة وإنما قال بالماء لأنه لو قصر بالنشا فحكمه كصبغ (وإن صبغه أحمر فشريك بما زاد) الصبغ ودخل فى اعمل برأيك كالخلط (و) كان (له حصة) قيمة (صبغه إن بيع وحصة الثوب) أبيض (فى مالها) ولو لم يقل اعمل برأيك لم يكن شريكا بل غاصبا وإنما قال أحمر لما مر أن السواد نقص عند الإمام فلا يدخل فى اعمل برأيك بحر (ولا) يملك أيضا (تجاوز بلد أو سلعة أو وقت أو شخص عينه

برأيك أو لم يقل فيهما أو قال فى إحداهما فقط وعلى كل فإما أن يكون قبل الربح فى المالين أو بعده فيهما ، أو فى أحدهما ففى الوجه الأول : لا يضمن مطلقا : وفى الثانى : إن خلط قبل الربح فيهما فلا ضمان أيضا ، وإن بعده فيهما ضمن المالين وحصة رب المال من الربح قبل الخلط وإن بعد الربح فى أحدهما فقط ضمن الذى لا ربح فيه ، وفى الثالث : إما أن يكون قوله اعمل برأيك فى الأولى أو يكون فى الثانية وكل على أربعة أوجه إما أن يخلطهما قبل الربح فيهما ، أو بعده فى الأولى فقط أو بعده فى الثانية فقط أو بعده فيهما قبل الربح فيهما أو بعده فى الثانية فإن قال فى الأولى : لا يضمن الأول ولا الثانى فيما لو خلط قبل الربح فيهما اهـ (قوله إذ الشىء) علة لكونه لا يملك المضاربة ويلزم منها نفى الأخيرين لأن الشركة والخلط أعلى من المضاربة لأنهما شركة فى أصل المال (قوله لا يتضمن مثله) لا يرد على هذا المستعير والمكاتب فإن له الإعارة والكتابة لأن الكلام فى التصرف نيابة وهما يتصرفان بحكم المالكية لا النيابة إذ المستعير ملك المنفعة والمكاتب صار حرا يدا والمضارب يعمل بطريق النيابة فلا بد من التنصيص عليه أو التفويض المطلق إليه كما فى الكفاية (قوله ولا الإقراض) ولا أن يأخذ سفتجة بحر : أى لأنه استدانة وكذلك لا يعطى سفتجة لأنه قرض ط عن الشلبى (قوله والاستدانة) كما إذا اشترى سلعة بثمن دين وليس عنده من مال المضاربة شىء من جنس ذلك الثمن ، فلو كان عنده من جنسه كان شراء على المضاربة ولم يكن من الاستدانة فى شىء كما فى شرح الطحاوى قهستانى : والظاهر أن ما عنده إذا لم يوف فما زاد عليه استدانة وقدمنا عن البحر إذا اشترى بأكثر من المال كانت الزيادة له ، ولا يضمن بهذا الخلط الحكمى .

وفى البدائع كما لا تجوز الاستدانة على مال المضاربة لا تجوز على إصلاحه ، فلو اشترى بجميع ما لها ثيابا ثم استأجر على حملها أو قصرها أو فتلها كان متطوعا عاقدا لنفسه ط عن الشلبى وهذا ما ذكره المصنف بقوله فلو شرى بمال المضاربة ثوبا الخ فأشار بالتفريع إلى الحكمى (قوله وإن استدان) أى بالإذن وما اشترى بينهما نصفان وكذا الدين عليهما ولا يتغير موجب المضاربة فربح ما لها على ما شرط قهستانى وقال السائحانى : أقول : شركة الوجوه هى أن يتفقا على الشراء لسيئة والمشترى عليهما أثلاثا أو أنصافا قال والربح يتبع هذا الشرط ولو جعلاه مخالفا ولم يوجد ما ذكر فيظهر لى أن يكون المشترى بالدين للآمر لو المشترى معينا أو مجهولا جهالة نوع وسمى ثمنه أو جهالة جنس وقد قيل له اشتر ما تختاره وإلا فللمشترى كما تقدم فى الوكالة لكن ظاهر المتون أنه لرب المال وربحه على حسب الشرط ويغتفر فى الضمنى ما لا يغتفر فى الصريح اهـ (قوله بماله) متعلق بكل من قصر وحمل (قوله ذلك) أى اعمل برأيك (قوله بهذه المقالة) وهى اعمل برأيك :

قلت : والمراد بالاستدانة نحو ما قدمناه عن القهستانى فهذا يملكه إذا نص أما لو استدان نقودا ، فالظاهر

المالك) لأن المضاربة تقبل التقييد المفيد ولو بعد العقد ما لم يصر المال عرضا لأنه حينئذ لا يملك عزله فلا يملك تخصيصه كما سيجيء قيدنا بالمفيد لأن غير المفيد لا يعتبر أصلا كنهيه عن بيع الحال وأما المفيد في الجملة كسوق من مصر فإن صرح بالنهي صح وإلا لا (فإن فعل ضمن) بالمخالفة (وكان ذلك الشراء له) ولو لم يتصرف فيه حتى عاد للوفاق عادت المضاربة وكذا لو عاد في البعض اعتبارا للجزء بالكل (ولا) يملك (تزويج قن من مالها ولا شراء من يعتق على رب المال بقرابة أو يمين بخلاف الوكيل بالشراء) فإنه يملك ذلك (عند عدم القرينة المقيدة للوكالة كاشتر لي عبدا أبيعه أو أستخدمه أو جارية أطؤها (ولا من يعتق عليه) أي المضارب (إن كان في المال ربح) هو هنا أن تكون قيمة هذا العبد أكثر من كل رأس المال كما بسطه العيني فليحفظ (فإن فعل) شراء من يعتق على واحد منهما (وقع الشراء لنفسه) وإن لم يكن ربح كما ذكرنا (صح) للمضاربة (فإن ظهر الربح (بزيادة قيمته بعد الشراء عتق حظه ولم يضمن نصيب المالك) لعتقه لا بصنعه (وسعى) العبد (المعتق في قيمة نصيب رب المال ولو اشترى الشريك من يعتق على شريكه أو الأب أو الوصي من يعتق على الصغير نفذ على العاقد) إذ لا نظر فيه للصغير (والمأذون إذا اشترى من يعتق على المولى صح وعتق عليه إن لم يكن

أنه لا يصح لأنه توكيل بالاستقراض ، وهو باطل كما مر في الوكالة وفي الخانية من فصل شركة العنان ، ولا يملك الاستدانة على صاحبه ويرجع المقرض عليه لا على صاحبه ، لأن التوكيل بالاستدانة توكيل بالاستقراض ، وهو باطل لأنه توكيل بالتكدي إلا أن يقول الوكيل للمقرض إن فلانا يستقرض منك كذا فحينئذ يكون على الموكل لا الوكيل اه أي لأنه رسالة لا وكالة والظاهر أن المضاربة كذلك كما قلنا (قوله ولو بعد العقد) بأن كان رأس المال بحاله .

[فرع] قال في الهامش لو نهى رب المال المضارب بعد أن صار المال عرضا عن المبيع بالنسيئة قبل أن تباع ويصير المال ناضا لا يصح نهيه ، وأما قبل العمل أو بعد العمل وصار المال ناضا يصح نهيه ، لأنه يملك عزله في هذه الحالة دون الحالة الأولى منح اه (قوله عن بيع الحال) يعني ثم باعه بالحال بسعر ما يباع بالمؤجل كما في العيني سائحاني (قوله بالنهي) مثل لا تبع في سوق كذا (قوله الشراء له) وله ربحه وعليه خسرانه ولكن يتصدق بالربح عندهما وعند أبي يوسف يطيب له أصله المودع إذا تصرف فيها وربح إتقاني (قوله ولولم يتصرف) أشار إلى أن أصل الضمان واجب بنفس المخالفة ، لكنه غير قار إلا بالشراء فإنه على عرضية الزوال بالوفاق. وفي رواية الجامع أنه لا يضمن إلا إذا اشترى والأول هو الصحيح كما في الهداية قهستاني :

قلت : والظاهر أن ثمرته فيما لو هلك بعد الإخراج قبل الشراء يضمن على الأول لا على الثاني (قوله حتى عاد الخ) يظهر في مخالفته في المكان تأمل (قوله وكذا لو الخ) قال الاتقاني فإن اشترى ببعضه في غير الكوفة ثم بما بقي في الكوفة ، فهو مخالف في الأول وما اشتراه بالكوفة فهو على المضاربة ، لأن دليل الخلاف وجد في بعضه دون بعضه (قوله عاد في البعض) أي تعود المضاربة لكن في ذلك البعض خاصة قال الإتقاني ما تقدم (قوله أو يمين) بأن قال إن ملكته فهو حر فإنه يملك ذلك والفرق أن الوكالة بالشراء مطلقة وفي المضاربة مقيدة بما يظهر الربح فيه بالبيع فإذا اشترى ما لا يقدر على بيعه خالف (قوله كما بسطه العيني) عبارته إذا كان رأس المال ألفا وصار عشرة آلاف درهم ، ثم اشترى المضارب من يعتق عليه وقيمته ألف أو أقل لا يعتق عليه وكذا لو كان له ثلاثة أولاد أو أكثر وقيمة كل واحد ألف أو أقل فاشتراهم لا يعتق منهم شيء لأن كل واحد مشغول برأس المال ولا يملك المضارب منهم شيئا حتى تزيد قيمة كل عين على رأس المال على حدة من غير ضمه إلى آخر عيني كذا في الهامش (قوله ربح) أي في الصورة الثانية (قوله للصغير) علة قاصرة والعلة في الشريك هي

مستغرقا بالدين وإلا لا) خلافا لها زيلعي (مضارب معه ألف بالنصف اشترى به أمة فولدت) ولدا (مساويا له) أى للألف (فادعاه موسرا فصارت قيمته) أى الولد(وحده) كما ذكرنا (ألفا ولصفه) أى خمسمائة نفذت دعوته لوجود الملك بظهور الربح المذكور فعتق (سعى لرب المال فى الألف وربعه) إن شاء المالك (أو أعتقه) إنشاء (ولرب المال بعد قبضه ألفه) من الولد (تضمين المدعى) ولومعسرا لأنه ضمان تملك (نصف قيمتها) أى الأمة لظهور نفوذ دعوته فيها ويحمل على أنه تزوجها ثم اشتراها حبلى منه ولو صارت قيمتها ألفا ولصفه صارت أم ولد وضمن للمالك ألفا وربعه لو موسرا فلو معسراً فلا سعاية عليها لأن أم الولد لا تسعى وتمامه فى البحر والله أعلم :

باب المضارب يضارب

لما قدم المفردة شرع فى المركبة فقال (ضارب المضارب) آخر (بلا إذن) المالك (لم يضمن بالدفع ما لم يعمل الثانى ربح) الثانى (أولا) على الظاهر لأن الدفع إيداع وهو يملكه فإذا عمل تبين أنه مضاربة فيضمن إلا إذا كانت الثانية فاسدة فلاضمان وإن ربح بل للثانى أجر مثله على المضارب الأول وللأول الربح المشروط (فإن

المذكورة فى المضارب من قصد الاسترباح ط (قوله بالنصف) متعلق بمضارب كذا فى الهامش (قوله أمة) فوطئها ملتقى كذا فى الهامش (قوله موسرا) لأنه ضمان عتق وليس بقيد لازم بل ليفهم أنه لا يضمن لو معسرا بالأولى كما نبه عليه مسكين (قوله كما ذكرنا) أى فى قوله مساويا له فالكاف بمعنى مثل خبر صار وألفا بدل منه أو ألفا هو الخبر والجار والمجرور قبله حال منه (قوله سعى) الأولى وسعى عطفا على نفذت (قوله المدعى) وهو المضارب (قوله تملك) بخلاف ضمان الولد لأنه ضمان عتق وهو يعتمد التعدى ولم يوجد (قوله لظهور) أى لوقوع دعوته صحيحة ظاهرا (قوله حبلى منه) تنازع فيه كل من تزوجها واشتراها أى حملا لأمره على الصلاح ، لكن لا تنفذ هذه الدعوى لعدم الملك ، وهو شرط فيها إذ كل واحد من الجارية وولدها مشغول برأس المال ، فلا يظهر الربح فيه لما عرف أن مال المضاربة إذا صار أجناسا مختلفة كل واحد منها لا يزيد على رأس المال لا يظهر الربح عنده ، لأن بعضها ليس بأولى به من البعض فحينئذ لم يكن للمضارب نصيب فى الأمة ولا فى الولد ، وإنما الثابت له مجرد حق التصرف فلا تنفذ دعوته ، فإذا زادت قيمته وصارت ألفا وخمسمائة ظهر الربح وملك المضارب منه نصف الزيادة فنفذت دعوته السابقة لوجود شرطها وهو الملك فصار ابنه وعتق بقدر نصيبه منه وهو ربعه ولم يضمن حصة رب المال من الولد ، لأن العتق ثبت بالملك والنسب، فصارت العلة ذات وجهين والملك آخرهما وجودا ، فيضاف العتق إليه ولا صنع له فى الملك ، فلا ضمان لعدم التعدى فإذا اختار الاستسعاء استسعاه فى ألف رأس ماله وفى ربعه نصيبه من الربح فإذا قبض الألف صار مستوفيا لرأس ماله وظهر أن الأم كلها ربح بينهما نصفين ونفذ فيها دعوة المضارب وصارت كلها أم ولد له لأن الاستيلاد إذا صادف محلا يحتمل النقل لا يتجزأ إجماعا ويجب نصف قيمتها لرب المال فإن قيل : لم لم يجعل المقبوض من الولد من الربح قلنا : لأنه من جنس رأس ماله وهو مقدم على الربح فكان أولى بجعله منه زيلعى ملخصا (قوله وضمن للمالك) لأنها لما زادت قيمتها ظهر فيها الربح وملك المضارب بعض الربح فنفذت دعوته فيها فيجب عليه لرب المال رأس ماله ونصيبه من الربح فإذا وصل إليه ألف استوفى رأس ماله وصار الولد كله ربحا فيملك المضارب منه نصفه فيعتق عليه ومالم يصل إليه الألف فالولد رقيق على حاله على نحو ماذكرنا فى الأم :

باب المضارب يضارب

(قوله على الظاهر) أى ظاهر الرواية عن الإمام وهو قولهما منح (قوله فاسدة) قال فى البحر : وإن كانت

ضاع) المال (من يده) أى يد الثانى (قبل العمل) الموجب للضمان (فلا ضمان) على أحد (وكذا) لا ضمان (لو غصب المال من الثانى و) إنما (الضمان على الغاصب فقط واو استهلكه الثانى أو وهبه فالضمان عليه خاصة فإن عمل) حتى ضمنه (خير رب المال إن شاء ضمن) المضارب (الأول رأس ماله وإن شاء ضمن الثانى) وإن اختار أخذ الربح ولا يضمن ليس له ذلك بحر (فإن أذن) المالك (بالدفع ودفع بالثلث وقد قيل) للأول (ما رزق الله فبيننا نصفان فللمالك النصف) عملا بشرطه (وللأول السدس الباقى وللثانى الثلث) المشروط (ولو قيل ما رزقك الله بكاف الخطاب) والمسألة بحالها (فللثانى ثلثه والباقى بين الأول والمالك نصفان) باعتبار الخطاب فيكون لكل ثلث (ومثله ماربحت من شىء أو ما كان لك فيه من ربح) ونحو ذلك وكذا لو شرط للثانى أكثر من الثلث أو أقل فالباقى بين المالك والأول (ولو قال له ما ربحت بيننا نصفان ودفع بالنصف فللثانى النصف واستويا فيما بقى) لأنه لم يربح سواه (ولو قيل ما رزق الله فلى نصفه أوما كان من فضل الله فبيننا نصفان فدفع بالنصف فللمالك النصف وللثانى كذا ولا شىء للأول) لجعله ماله للثانى (ولو شرط) الأول (للثانى ثلثيه والمسألة بحالها (ضمن الأول للثانى سدسا) بالتسمية لأنه التزم سلامة الثلثين (وإن شرط) المضارب (للمالك ثلثه و) شرط (لعبد المالك ثلثه) وقوله (على أن يعمل معه) عادى وليس بقيد (و) شرط (لنفسه ثلثه صح)

إحداهما فاسدة أو كلاهما فلا ضمان على واحد منهما وللعامل أجر المثل على المضارب الأول ويرجع به الأول على رب المال والوضيعة على رب المال والربح بين الأول ورب المال على الشرط بعد أن أخذ الثانى أجرته إذا كانت المضاربة الأولى صحيحة وإلا فللأول أجر مثله اه (قوله خاصة)والأشهر الخيار فيضمن أيهما شاء كما فى الاختيار سائحانى (قوله خير رب المال) فإن ضمن الأول صحت المضاربة بينه وبين الثانى وكان الربح على ماشرطا وإن ضمن الثانى رجع بما ضمن على الأول وصحت بينهما وكان الربح بينهما وطاب للثانى ماربح دون الأول بحر وفيه: ولو دفع الثانى مضاربة إلى ثالث وربح الثالث أو وضع فإن قال الأول للثانى : اعمل فيه برأيك فلرب المال أن يضمن أى الثلاثة شاء ويرجع الثالث على الثانى والثانى على الأول والأول لايرجع على أحد إذا ضمنه رب المال وإلا لاضمان على الأول وضمن الثانى والثالث كذا فى المحيط (قوله ضمن الثانى)فيه إشعار بأنه إذا ضمن يرجع على الأول ويطيب الربح له دون الأول، لأنه ملك مستند قهستانى سائحانى (قوله ليس له الخ) لأن المال بالعمل صار غصبا ، وليس للمالك إلا تضمين البدل عند ذهاب العين المغصوبة ، وليس له أن يأخذ الربح من الغاصب كذا ظهر لى ط (قوله فإن أذن) مفهوم قوله بلا إذن (قوله عملا بشرطه) لأنه شرط نصف جميع الربح له (قوله الباقى) الأولى إسقاطه حلبى والباقى هو الفاضل عما اشترطه للثانى ،لأن ما أوجبه الأول ينصرف إلى نصيبه خاصة إذ ليس له أن يوجب شيئا لغيره من نصيب المالك وحيث أوجب للثانى الثلث من نصيبه وهو النصف يبقى له السدس قال فى البحر وطاب الربح للجميع لأن عمل الثانى عمل عن المضارب كالأجير المشترك إذا استأجر آخر بأقل مما استؤجر (قوله لعبد المالك) قيد بعبد رب المال لأن عبد المضارب لوشرط له شىء من الربح، ولم يشترط عمله لايجوز ويكون ماشرط له لرب المال إذا كان على العبد دين ، وإلا يصح سواء شرط عمله أولا ويكون للمضارب بحر وقيد بكون العاقد المولى لأنه لو عقد المأذون فسيأتى وشمل قوله لعبد مالو شرط للمكاتب بعض الربح ، فإنه يصح وكذا لو كان مكاتب المضارب ، لكن بشرط أن يشترط عمله فيهما وكان المشروط للمكاتب له لا لمولاه وإن لم يشترط عمله لايجوز ،وعلى هذا غيره من الأجانب فتصح المضاربة ، وتكون لرب المال ويبطل الشرط بحر :وسيأتى الكلام فيه والمرأة والولد كالأجانب هنا كذا فى النهاية بحر وقيد باشتراط عمل العبد احترازا

وصار كأنه اشترط للمولى ثلثى الربح كذا فى عامة الكتب وفى نسخ المتن والشرح هنا خلط فاجتنبه (ولو عقدها المأذون مع أجنبى وشرط المأذون عمل مولاه لم يصح إن لم يكن) المأذون (عليه دين) لأنه كاشتراط العمل على المالك (والإصح) لأنه حينئذ لا يملك كسبه (واشترط عمل رب المال مع المضارب مفسد) للعقد لأنه يمنع التخلية فيمنع الصحة (وكذا اشتراط عمل المضارب مع مضاربه قوله أو عمل رب المال مع) المضارب (الثانى) بخلاف مكاتب شرط عمل مولاه كما لو ضارب مولاه (ولو شرط بعض الربح للمساكين أو للحج أو فى الرقاب) أو لامرأة المضارب أو مكاتبه صح العقد و (لم يصح) الشرط (ويكون) المشروط (لرب المال ولو شرط البعض لمن شاء المضارب فإن شاء لنفسه أو لرب المال صح) الشرط (وإلا) بأن شاءه لأجنبى (لا) يصح ومتى شرط البعض لأجنبى إن شرط عليه عمله صح وإلا لا :

قلت : لكن فى القهستانى أنه يصح مطلقا والمشروط للأجنبى إن شرط عمله وإلا فللمالك أيضا وعزاه للذخيرة خلافا للبرجندى وغيره فتنبه ولو شرط البعض لقضاء دين المضارب أو دين المالك جاز ويكون للمشروط له قضاء دينه ولا يلزم بدفعه لغرمائه بحر .

(وتبطل) المضاربة (بموت أحدهما) لكونها وكالة وكذا بقتله وحجر يطرأ على أحدهما وبجنون أحدهما مطبقا قهستانى . وفى البزازية : مات المضارب والمال عروض باعها وصيه ولو مات رب المال والمال نقد تبطل

عن عمل رب المال مع المضارب فإنه مفسد كما سيأتى (قوله للمولى) لكن المولى لا يأخذ ثلث العبد مطلقا لما فى التبيين ، ثم إن لم يكن على العبد دين فهو للمولى سواء شرط فيها عمل العبد أولا ، وإن كان عليه دين فهو كغرمائه إن شرط عمله ، لأنه صار مضاربا فى مال مولاه فيكون كسبه له فيأخذه غرماؤه وإن لم يشترط عمله فهو أجنبى عن العقد ، فكان كالمسكوت عنه فيكون للمولى ، لأنه نماء ملكه إذ لا يشترط بيان نصيبه بل نصيب المضارب لكونه كالأجير اه ملخصا (قوله وفى نسخ المتن الخ) أما المتن فقد رأيت فى نسخة منه ولو شرط للثانى ثلثيه ولعبد المالك ثلثه على أن يعمل معه ولنفسه ثلثه صح اه وهو فاسد كما ترى وأما الشرح فنصه وقوله على أن يعمل معه عادى ، وليس بقيد بل يصح الشرط ويكون لسيده ، وإن لم يشترط عمله لا يجوز ح كذا فى الهامش (قوله واشتراط) هذه المسئلة كالتعليل لما قبلها فكان الأولى تقديمها وتفريع الأولى عليها (قوله بخلاف مكاتب) أى إذا دفع مال مضاربة لآخر (قوله مولاه) أى فإنه لا يفسد مطلقا فإن عجز قبل العمل ولا دين عليه فسدت بحر (قوله أو فى الرقاب) أى فكها وفساد الشرط فى الثلاث لعدم اشتراط العمل كما سيظهر (قوله ولم يصح الشرط) وما فى السراجية من الجواز محمول على جواز العقد لا الشرط منح فلا يحتاج إلى ما قيل إن المسألة خلافية لكن عدم صحة الشرط فى هذين إذا لم يشترط عملهما كما سيشير إليه بقوله ومتى شرط لأجنبى الخ ، ومر عن النهاية أن المرأة والولد كالأجنبى هنا وفى التبيين ، ولو شرط بعض الربح لمكاتب رب المال أو المضارب إن شرط عمله جاز وكان المشروط له لأنه صار مضاربا وإلا فلا لأن هذا ليس بمضاربة وإنما المشروط هبة موعودة فلا يلزم ، وعلى هذا غيره من الأجانب إن شرط له بعض الربح وشرط عمله عليه صح وإلا فلا اه (قوله لا يصح) لأنه لم يشترط عمله (قوله صح) أى الاشتراط كالعقد (قوله لكن فى القهستانى) لا محل للاستدراك لأن قوله يصح مطلقا : أى عقد المضاربة صحيح سواء شرط عمل الأجنبى أولا غير أنه إن شرط عمله فالمشروط له ، وإلا فلرب المال لأنه بمنزلة المسكوت عنه ، ولو كان المراد أن الاشتراط صحيح مطلقا نافى قوله وإلا أى وإن لم يشترط عمله فللمالك (قوله ويكون) أى البعض (قوله قضاء) نائب فاعل المشروط (قوله بحر) عبارته ولا يجبر على دفعه

فى حق التصرف ولو عرضا تبطل فى حق المسافرة لا التصرف فله بيعه بعرض ونقد (و) بالحكم (بلحوق المالك مرتدا فإن عاد بعد لحوقه مسلما فالمضاربة على حالها) حكم بلحاقها أم لا عناية (بخلاف الوكيل) لأنه لاحق له بخلاف المضارب (ولو ارتد المضارب فهى على حالها فإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه بطلت) وما تصرف نافذ وعهدته على المالك عند الإمام بحر (ولو ارتد المالك فقط) أى ولم يلحق (فتصرفه) أى المضارب (موقوف) وردة المرأة غير مؤثرة (وينعزل بعزله) لأنه وكيل (إن علم به) بخبر رجلين مطلقا أو فضولى عدل أو رسول مميز (وإلا) يعلم (لا) ينعزل (فإن علم) بالعزل ولو حكما كموت المالك ولو حكما (والمال عروض) هو هنا ماكان خلاف جنس رأس المال فالدراهم والدنانير هنا جنسان (باعها) ولو نسيئة وإن نهاه عنها (ثم لا يتصرف فى ثمنها) ولا فى نقد من جنس رأس ماله ويبدل خلافه به استحسانا لوجوب رد جنسه وليظهر الربح

لغرمائه اه كذا فى الهامش (قوله المسافرة) أى إلى غير بلد رب المال ط عن البزازية (قوله فإن عاد الخ) ينبغى أن يكون هذا إذا لم يحكم بلحاقه أما إذا حكم بلحاقه، فلا تعود المضاربة، لأنها بطلت كما هو ظاهر عبارة الاتقانى فى غاية البيان، لكن فى العناية أن المضاربة تعود سواء حكم بلحاقه أم لا فتأمل رملى (قوله بخلاف الوكيل) أى لوارتد موكله ولحق ثم عاد فلا تبقى الوكالة على حالها والفرق أن محل التصرف خرج عن ملك الموكل، ولم يتعلق به حق الوكيل فلذا قال لأنه الخ س (قوله بخلاف المضارب) فإن له حقا فإذا عاد المالك فهى على حالها (قوله ولو ارتد) محترز قوله وبلحوق (قوله فقط) على هذا لافرق بين المالك والمضارب، فلو قال: وبلحوق أحدهما ثم قال: ولو ارتد أحدهما فقط الخ لكان أخصر وأظهر تأمل لكن الفرق أنه إذا ارتد المضارب فتصرفه نافذ (قوله غير مؤثرة) سواء كانت هى صاحبة المال أو المضاربة إلا أن تموت أو تلحق بدار الحرب فيحكم بلحاقها، لأن ردتها لاتؤثر فى أملاكها فكذا فى تصرفاتها منح (قوله ولو حكما) أى واو العزل حكما فلا ينعزل فى الحكمى إلا بالعلم بخلاف الوكيل، حيث ينعزل فى الحكمى، وإن لم يعلم كذا قالوا فإن قلت ما الفرق بينهما؟ قلت: قد ذكروا أن الفرق بينهما أنه لاحق له بخلاف المضارب منح (قوله ولو حكما) أى كارتداده مع الحكم بلحاقه س (قوله فالدراهم) التفريع غير ظاهر فالأولى الواو كما فى البحر والمنح (قوله جنسان) فإن كان رأس المال دراهم وعزله ومعه دنانير له بيعها بالدراهم استحسانا منح وانظر مامر فى البيع الفاسد عند قول المصنف والدراهم والدنانير جنس (قوله باعها) أى له بيعها ولا يمنعه العزل من ذلك إتقانى (قوله عنها) أى عن النسيئة كما لا يصح نهيه عن المسافرة فى الروايات المشهورة وكما لا يملك عزله لا يملك تخصيص الإذن، لأنه عزل من وجه بحر عن النهاية وسيأتى (قوله ويبدل) لاحاجة إليه لفهمه مما قبله حيث بين المراد من العروض هنا قريبا، وأن الدراهم والدنانير جنسان (قوله خلافه به) أى له أن يبدل خلاف رأس المال من النقد برأس المال قال فى البحر: وإن كان رأس المال دراهم وعزله ومعه دنانير يبيعها بالدراهم استحسانا مدنى (قوله لوجوب الخ) أى إن امتنع المالك من خلاف الجنس كما يفيده ماقدمنا عن الاتقانى:

[فرع] قال فى القنية من المضاربة أعطاه دنانير مضاربة ثم أراد القسمة له أن يستوفى دنانير، وله أن يأخذ من المال بقيمتها، وتعتبر قيمتها يوم القسمة لا يوم الدفع اه وفى شرح الطحاوى: من المضاربة، ويضمن لرب المال مثل ماله وقت الخلاف يجرى فى بحث القول فى ثمن المثل، وهذه فائدة طالما توقفت فيها، فإن رب المال يدفع دنانير مثلا بعدد مخصوص، ثم تغلو قيمتها ويريد أخذها عددا لا بالقيمة تأمل. والذى يظهر من هذا أنه

(ولا يملك المالك فسخها فى هذه الحالة) بل ولا تخصيص الإذن لأنه عزل من وجه نهاية (بخلاف أحد الشريكين إذا فسخ الشركة ومالها أمتعة) صح (افترقا وفى المال ديون وربح يجبر المضارب على اقتضاء الديون) إذ حينئذ يعمل بالأجرة (وإلا) ربح (لا) جبر لأنه حينئذ متبرع (و) يؤمر بأن (يوكل المالك عليه) لأنه غير العاقد (و) حينئذ فـ (الوكيل بالبيع والمستبضع كالمضارب) يؤمران بالتوكيل (والسمسار يجبر على التقاضى) وكذا الدلال لأنهما يعملان بالأجرة :

[فرع] استؤجر على أن يبيع ويشترى لم يجز لعدم قدرته عليه والحيلة أن يستأجره مدة للخدمة ، ويستعمله فى البيع زيلعى (وما هلك من مال المضاربة يصرف إلى الربح) لأنه تبع (فإن زاد الهالك على الربح لم يضمن) ولو فاسدة من عمله لأنه أمين (وإن قسم الربح وبقيت المضاربة ثم هلك المال أو بعضه ترادا الربح ليأخذ المالك رأس المال وما فضل بينهما وإن نقص لم يضمن) لما مر :

ثم ذكر مفهوم قوله وبقيت المضاربة فقال (وإن قسم الربح وفسخت المضاربة) والمال فى يد المضارب (ثم عقداها فهلك المال لم يترادا وبقيت المضاربة) لأنه عقد جديد (وهى الحيلة النافعة للمضارب) :

فصل فى المتفرقات

(المضاربة لاتفسد بدفع كل المال أو بعضه) تقييد الهداية بالبعض اتفاقى عناية (إلى المالك بضاعة لامضاربة)

لو علم عدد المدفوع ونوعه فله أخذه ، ولو أراد أن يأخذ قيمته من نوع آخر يأخذه بالقيمة الواقعة يوم الخلاف أى يوم النزاع والخصام وكذا إذا لم يعلم نوع المدفوع كما يقع كثيرا فى زماننا حيث يدفع أنواعا ثم تجهل فيضطر إلى أخذ قيمتها لجهالتها فيأخذ بالقيمة يوم الخصام والله أعلم تأمل (قوله فى هذه الحالة) أى حالة كون المال عروضا لأن للمضارب حقا فى الربح بحر (قوله صح) أى الفسخ (قوله على اقتضاء الديون) أى طلبها من أربابها (قوله إذ حينئذ) عبارة البحر لأنه كالأجير والربح كالأجرة وطلب الدين من تمام تكملة العمل فيجبر عليه (قوله بالأجرة) ظاهره ولو كان الربح قليلا قال فى شرح الملتقى، ومفاده أن نفقة الطلب على المضارب، وهذا لو الدين فى المصر وإلا فنى مال المضاربة قال فى الهندية ، وإن طال سفر المضارب ومقامه حتى أتت النفقة فى جميع الدين، فإن فضل على الدين حسب له النفقة مقدار الدين ، وما زاد على ذلك يكون على المضارب كذا فى المحيط ط (قوله والسمسار) هو المتوسط بين البائع والمشترى بأجر من غير أن يستأجر (قوله زيلعى) وتمام كلامه وإنما جازت هذه الحيلة لأن العقد يتناول المنفعة : وهى معلومة ببيان قدر المدة ، وهو قادر على تسليم نفسه فى المدة ، ولو عمل من غير شرط وأعطاه شيئا لابأس به لأنه عمل معه حسنة فجازاه خيرا وبذلك جرت العادة وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن (قوله ولو فاسدة) أى سواء كانت المضاربة صحيحة أو فاسدة ، وسواء كان الهلاك من عمله أولا ح (قوله من عمله) يعنى المسلط عليه عند التجار ، وأما التعدى فيظهر أنه يضمن سائحانى (قوله فهو بينهما) أى بعد دفع النفقة (قوله لما مر) أى من أنه أمين فلا يضمن(قوله فى يد المضارب) مثله فى العزمية عن صدر الشريعة ، وهو نص على المتوهم وإلا فبالأولى إذا دفعه لرب المال بعد الفسخ ثم استرده وعقد أخرى(قوله النافعة للمضارب) أى لو خاف أن يسترد منه رب المال الربح بعد القسمة بسبب هلاك مابقى من رأس المال وعلم مما مر آنفا أنه لايتوقف صحة الحيلة على أن يسلم المضارب رأس المال إلى رب المال وتقييد الزيلعى به اتفاقى كما نبه عليه أبو السعود :

فصل فى المتفرقات

(قوله لامضاربة) أى فإنها تفسد وقد تبع الزيلعى ومفهومه أنه لو دفعه مضاربة تفسد الأولى مع أن الذى

لما مر (وإن أخذه) أى المالك المال (بغير أمر المضارب وباع واشترى بطلت إن كان رأس المال نقدا) لأنه عامل لنفسه (وإن صار عرضا لا) لأن النقد الصريح حينئذ لا يعمل فهذا أولى عناية ثم إن باع بعرض بقيت وإن بنقد بطلت لما مر (وإذا سافر) ولو يوما (فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه) بفتح الراء ما يركب ولو بكراء (وكل ما يحتاجه عادة) أى فى عادة التجار بالمعروف (فى مالها) لو صحيحة لا فاسدة لأنه أجير فلا نفقة له كمستبضع ووكيل وشريك كاف وفى الأخير خلاف (وإن عمل فى المصر) سواء ولد فيه أو اتخذه دارا (فنفقته فى ماله) كدوائه على الظاهر أما إذا نوى الإقامة بمصر ولم يتخذه دارا فله النفقة ابن ملك ما لم يأخذ مالا لأنه لم يحتبس بمالها ولو سافر بماله ومالها

يفسد الثانية لا الأولى كما فى الهداية قال فى البحر : وتقييده بالبضاعة اتفاقى لأنه لو دفع المال إلى رب المال مضاربة لا تبطل الأولى ، بل الثانية ، لأن المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال هنا فلو جوّزناه يؤدى إلى قلب الموضوع ، وإذا لم يصح بقى عمل رب المال بأمر المضارب ، فلا تبطل الأولى كذا فى الهداية وبه علم أنها بضاعة وإن سميت مضاربة لأن المراد بالبضاعة هنا الاستعانة لأن الابضاع الحقيقى لا يتأتى هنا ، وهو أن يكون المال للمبضع والعمل من الآخر ولا ربح للعامل وفهم من مسألة الكتاب جواز الابضاع مع الأجنبى بالأولى اه (قوله لما مر) أى من أن الشىء لا يتضمن مثله (قوله وإن أخذه) محترز قوله بدفع (قوله وإن صار عرضا) أى فى يد المضارب (قوله ثم إن باع) أى ما صار عرضا (قوله لما مر) أى من أنه عامل لنفسه قال فى الهامش : فلو باع أى رب المال العروض بنقد ثم اشترى عروضا كان للمضارب حصته من ربح العروض الأولى لا الثانية ، لأنه لما باع العروض وصار المال نقدا فى يده كان ذلك نقضا للمضاربة فشراؤه به بعد ذلك يكون لنفسه فلو باع العروض لعروض مثلها أو بمكيل أو موزون وربح كان بينهما(١) على ما شرطا بحر ومنح عن المبسوط (قوله ولو يوما) لأن العلة فى وجوب النفقة حبس نفسه لأجلها فعلم أنه ليس المراد بالسفر الشرعى بل المراد أن لا يمكنه المبيت فى منزله ، فإن أمكن أنه يعود إليه فى ليلة فهو كالمصر لا نفقة له بحر (قوله ولو بكراء) بفتح الراء ومدها وكسر الهمزة بعدها (قوله لأنه أجير) أى فى الفاسدة (قوله خلاف) فإنه صرح فى النهاية بوجوبها فى مال الشركة منح ، وجعله فى شرح المجمع رواية عن محمد . وفى الحامدية فى كتاب الشركة عن الرملى على المنح أقول : ذكر فى التاترخانية عن الخانية قال محمد هذا استحسانا اه أى وجوب نفقته فى مال الشركة وحيث علمت أنه الإستحسان فالعمل عليه لما علمت أن العمل على الإستحسان إلا فى مسائل ليست هذه منها خير الدين على المنح اه (قوله ما لم يأخذ مالا) يعنى لو نوى الإقامة بمصر ، ولم يتخذه دارا فله النفقة إلا إذا كان قد أخذ مال المضاربة فى ذلك المصر ، فلا نفقة له مادام فيه ولا يخفى ما فيه من الإيجاز الملحق بالألغاز .

قال فى البحر : فلو أخذ مالا بالكوفة وهو من أهل البصرة ، وكان قدم الكوفة مسافرا ، فلا نفقة له فى المال مادام فى الكوفة فإذا خرج منها مسافرا فله النفقة ، حتى يأتى البصرة ، لأن خروجه لأجل المال ، ولا ينفق من المال مادام بالبصرة لأن البصرة وطن أصلى له فكانت إقامته فيه لأجل الوطن لا لأجل المال ، فإذا خرج من البصرة له أن ينفق من المال إلى أن يأتى الكوفة ، لأن خروجه من البصرة لأجل المال ، وله أن ينفق أيضا ما أقام بالكوفة حتى يعود إلى البصرة لأن وطنه بالكوفة كان وطن إقامة ، وأنه يبطل بالسفر فإذا عاد إليها وليس له بها وطن كانت إقامته فيها لأجل المال كذا فى البدائع والمحيط والفتاوى الظهيرية اه : ويظهر منه(٢) أنه لو كان له وطن

---

(١) (قوله كان بينهما الخ) لأن رب المال لا يتمكن من نقض المضاربة مادام المال عروضا اه .

(٢) (قوله ويظهر منه الخ) نقل ط عن مكى عن المبسوط مانصه وإن تزوج امرأة واتخذها وطنا زالت نفقته من مال المضاربة لأن مقامه بها بعد ما تزوج كان لأجل أهله بمنزلة وطنه الأصل اه .

أو خلط بإذن أو بمالين لرجلين أنفق بالحصة ، وإذا قدم رد ما بقي مجمع ، ويضمن الزائد على المعروف ، ولو أنفق من ماله ليرجع فى مالها له ذلك ولو هلك لم يرجع على المالك (ويأخذ المالك قدر ما أنفقه المضارب من رأس المال إن كان ثمة ربح فإن استوفاه أو فضل شىء) من الربح (اقتسماه) على الشرط لأن ما أنفقه يجعل كالهالك والهالك يصرف إلى الربح كما مر (وإن لم يظهر ربح فلا شىء عليه) أى المضارب (وإن باع المتاع مرابحة حسب ما أنفق على المتاع من الحملان وأجرة السمسار والقصار والصباغ ونحوه) مما اعتيد ضمه (ويقول البائع (قام على بكذا وكذا يضم إلى رأس المال ما يوجب زيادة فيه حقيقة أو حكما أو اعتاده التجار) كأجرة السمسار هذا هو الأصل نهاية (لا) يضم ما أنفقه (على نفسه) لعدم الزيادة والعادة (مضارب بالنصف شرى بألفها بزا) أى ثيابا (وباعه بألفين وشرى بهما عبدا فضاعا فى يده) قبل نقدهما لبائع العبد (غرم المضارب) نصف الربح (ربعهما و) غرم (المالك الباقى و) يصير (ربع العبد) ملكا (للمضارب) خارجا عن المضاربة لكونه مضمونا عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما تناف (وباقيه لها ورأس المال) جميع ما دفع المالك وهو (ألفان وخمسمائة و) لكن (رابح) المضارب فى بيع العبد (على ألفين) فقط لأنه شراه مبهما (ولو بيع) العبد (بضعفهما) بأربعة آلاف (فحصتها ثلاثة آلاف) لأن ربعه المضارب (والربح منها

بالكوفة أيضا ليس له الإنفاق إلا فى الطريق ورأيت التصريح به فى التاترخانية من الخامس عشر (قوله أو خلط الخ) أو بعرف شائع كما قدمنا أنه لا يضمن به تأمل (قوله بإذن) أى وتصير شركة ملك فلا تنافى المضاربة ونظيره ماقدمناه لو دفع إليه ألفا نصفها قرض ونصفها مضاربة صح ، ولكل نصف حكم نفسه اه مع أن المال مشترك شركة ملك فلم يضمن المضاربة(١) وبه ظهر أنه لا ينافى ماقدمه الشارح عن الكافى من أنه ليس للشريك نفقة فافهم (قوله أو بمالين) أى وإن كان أحدهما بضاعة فنفقته فى مال المضاربة إلا أن يتفرغ للعمل فى البضاعة فمن مال نفسه دون البضاعة إلا إن أذن له المستبضع بالنفقة منها ، لأنه متبرع تاترخانية فى الخامس عشر عن المحيط ، وفيها عن العتابية ، ولو رجع المضارب من سفره بعد موت رب المال فله أن ينفق من المال على نفسه وعلى الرقيق وكذا بعد النهى ولو كتب إليه ينهاه وقد صار المال نقدا لم ينفق فى رجوعه اه (قوله ولو هلك) أى مالها (قوله ويأخذ) أى من الربح (قوله من رأس) متعلق بأنفق وحاصل المسألة أنه لو دفع له ألفا مثلا فأنفق المضارب من رأس المال مائة وربح مائة يأخذ المالك المائة الربح بدل المائة التى أنفقها المضارب ليستوفى المالك جميع رأس ماله فلو كان الربح فى هذه الصورة مائتين يأخذ مائة بدل النفقة ويقتسمان المائة الثانية (قوله من الحملان) قال فى مجمع البحرين : والحملان بالضم : الحمل مصدر حمله والحملان أيضا أجر ما يحمل اه وهو المراد ط (قوله حقيقة) كالصبغ (قوله أو حكما) كالقصارة (قوله والعادة) قد سبق فى المرابحة أن العبرة فى الضم لعادة التجار فإذا جرت بضم ذلك يضم ط (قوله أى ثيابا) قال فى البحر : وقال محمد فى السير البز عند أهل الكوفة ثياب الكتان أو القطن لا ثياب الصوف أو الخز كذا فى المغرب اه (قوله نصف الربح) لأنه ظهر فيها ربح ألف لما صار المال نقدا ، فإذا اشترى بالألفين عبدا صار مشتركا ربعه للمضارب والباقى لرب المال فيكون مضمونا عليهما بالحصص (قوله الباقى) ولكن الألفان يجبان جميعا للبائع على المضارب ، ثم يرجع المضارب على رب المال بألف وخمسمائة لأن المضارب هو المباشر للعقد وأحكام العقد ترجع إليه إتقانى (قوله لكونه) علة لقوله خارجا (قوله وبينهما) أى بين الضمان المفهوم من مضمون وبين الأمانة (قوله لها) لأن ضمان رب المال لا ينافى المضاربة س (قوله ولو بيع) أى والمسألة بحالها (قوله فحصتها) أى المضاربة (قوله لأن ربعه) أى ربع العبد ملك للمضارب كما تقدم

---

(١) (قوله فلم يضمن المضاربة) لعل الصواب فلم تبطل المضاربة تأمل اه .

نصف الألف بينهما) لأن رأس المال ألفان وخمسمائة (ولو شرى من رب المال بألف عبدا شراه) رب المال (بنصفه رابح بنصفه) وكذا عكسه لأنه وكيله ومنه علم جواز شراء المالك من المضارب وعكسه (ولو شرى بألفها عبدا قيمته ألفان فقتل العبد رجلا خطأ فثلاثة أرباع الفداء على المالك وربعه على المضارب) على قدر ملكهما (والعبد يخدم المالك ثلاثة أيام والمضارب يوما) لخروجه عن المضاربة بالفداء للتنافى كما مر ولو اختار المالك الدفع والمضارب الفداء فله ذلك لتوهم الربح حينئذ :

(اشترى بألفها عبدا وهلك الثمن قبل النقد) للبائع لم يضمن لأنه أمين بل (دفع المالك) للمضارب (ألفا أخرى ثم وثم) أى كلما هلك دفع أخرى إلى غير نهاية (ورأس المال جميع ما دفع)

وفى الهامش قوله ربعه وهو الألف اه (قوله بينهما) أى والألف يختص بها المضارب كما مر (قوله عبدا) أى قيمته ألف فالثمن والقيمة سواء وإنما قلنا ذلك لأنه لو كان فيهما فضل بأن اشترى رب المال عبدا بألف قيمته ألفان ، ثم باعه من المضارب بألفين بعد ماربح المضارب ألفا ، فإنه يرابح على ألف وخمسمائة ، وكذا لو الفضل فى قيمة المبيع دون الثمن بأن كان العبد يساوى ألفا وخمسمائة فاشتراه رب المال بألف وباعه من المضارب بألف فإنه يرابح على ألف ومائتين وخمسين ، وكذا عكسه بأن شرى عبداً قيمته ألف بألف فباعه منه بألف(١) فالمسألة رباعية قسمان لايرابح فيهما إلا على ماشترى رب المال وقسمان يرابح فيهما عليه وعلى حصة المضارب ، وهذا إذا كان البائع رب المال فلو كان المضارب فهو على أربعة أقسام أيضا كما يأتى وتمامه فى البحر عن المحيط (قوله شراه) صفة عبدا (قوله رابح) جواب لو (قوله وكذا عكسه) وهو مالو كان البائع المضارب والمسألة بحالها بأن شرى رب المال بألف عبدا شراه المضارب بنصفه ورأس المال ألف فإنه يرابح بنصفه ، وهذا إذا كانت قيمته كالثمن لافضل فيهما . ومثله لو الفضل فى القيمة فقط ، أما لو كان فيهما فضل أو فى الثمن فقط فإنه يرابح على ماشترى به المضارب وحصة المضارب وبه علم أن المسألة رباعية أيضا وتمامه فى البحر (قوله ولو شرى)أى من معه ألف بالنصف كما قيد به فى الكنز (قوله بالفداء) لأنه لما صار المال عينا واحدا ظهر الربح وهو ألف بينهما وألف لرب المال ، فإذا فدياه خرج عن المضاربة لأن نصيب المضارب صار مضمونا عليه ، ونصيب رب المال صار له بقضاء القاضى بالفداء عليهما ، وإذا خرج عنها بالدفع أو بالفداء غرما على قدر(٢) ملكهما بحر والفرق بين هذا وبين مامر حيث لايخرج هناك ماخص رب المال عن المضاربة ، وهنا يخرج أن الواجب هناك ضمان التجارة وهو لاينافى المضاربة وهنا ضمان الجناية ، وهو ليس من التجارة فى شىء فلا يبقى على المضاربة كفاية (قوله كمامر) أى قريبا من أن ضمان المضارب ينافى المضاربة س (قوله ولو اختار المالك الدفع الخ) قال فى البحر : قيد بقوله قيمته ألفان ، لأنه لو كانت قيمته ألفا فتدبير الجناية إلى رب المال ، لأن الرقبة على ملكه لاملك للمضارب فيها فإن اختار رب المال الدفع والمضارب الفداء مع ذلك فله ذلك لأنه يستبقى بالفداء مال المضاربة وله ذلك لأن الربح يتوهم كذا فى الإيضاح اه ونحوه فى غاية البيان .

ولا يخفى أن الربح فى مسألة المتن محقق بخلاف هذه ، فقد علل لغير مذكور على أن الظاهر أنه فى مسألة المتن لاينفرد أحدهما بالخيار لكون العبد مشتركا يدل له مافى غاية البيان ، ويكون الخيار لهما جميعا إن شاءا فديا وإن شاءا دفعا فتأمل (قوله مادفع) فلا يظهر الربح إلا بعد استيفاء المالك الكل لكن المضارب لايرابح إلا على

---

(١) (قوله فباعه منه بألف الخ) لعل الصواب بألفين تأمل اه .

(٢) (قوله أو بالفداء غرما على قدر الخ) لعل الصواب يخدمهما على قدر الخ تأمل اه .

بخلاف الوكيل لأن يده ثانيا يد استيفاء لا أمانة :

(معه ألفان فقال) للمالك (دفعت إلى ألفا وربحت ألفا وقال المالك دفعت ألفين فالقول للمضارب) لأن القول فى مقدار المقبوض للقابض أمينا أو ضمينا كما لو أنكره أصلا (ولو كان الاختلاف) مع ذلك (فى مقدار الربح فالقول لرب المال فى مقدار الربح فقط) لأنه يستفاد من جهته (وأيهما أقام بينة تقبل وإن أقاماها فالبينة بينة رب المال فى دعواه الزيادة فى رأس المال و) بينة (المضارب فى دعواه الزيادة فى الربح) قيد الاختلاف بكونه فى المقدار لأنه لو كان فى الصفة فالقول لرب المال فلذا قال (معه ألف فقال هو مضاربة بالنصف وقد ربح ألفا وقال المالك هو بضاعة فالقول للمالك) لأنه منكر (وكذا لو قال) المضارب (هى قرض وقال رب المال هى بضاعة أو وديعة أو مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب) لأنه يدعى عليه التمليك والمالك ينكر (و) أما (لو ادعى المالك القرض. والمضارب المضاربة فالقول للمضارب) لأنه ينكر الضمان وأيهما أقام البينة قبلت (وإن أقاما بينة فبينة رب المال أولى) لأنها أكثر إثباتا وأما الاختلاف فى النوع فإن ادعى المضارب العموم أو الإطلاق وادعى المالك الخصوص فالقول للمضارب لتمسكه بالأصل

ألف كما مر (قوله بخلاف الوكيل) أى إذا كان الثمن مدفوعا إليه قبل الشراء، ثم هلك فإنه لايرجع إلا مرة (قوله لأن يده ثانيا الخ) الضمير فيه للوكيل بيانه أن المال فى يد المضارب أمانة ، ولا يمكن حمله على الاستيفاء لأنه لايكون إلا بقبض مضمون ، فكل ماقبض يكون أمانة وقبض الوكيل ثانيا استيفاء ، لأنه وجب له على الموكل مثل ماوجب عليه للبائع ، فإذا صار مستوفيا له صار مضمونا عليه فيهلك عليه ، بخلاف ماإذا لم يكن مدفوعا إليه إلا بعد الشراء حيث لايرجع أصلا لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء ، فجعل مستوفيا بالقبض بعده إذ المدفوع إليه قبله أمانة ، وهو قائم على الأمانة بعده فلم يصر مستوفيا فإذا هلك يرجع مرة فقط لما قلنا (قوله مع ذلك) أى مع الاختلاف فى رأس المال (قوله الربح) صورته : قال رب المال رأس المال ألفان وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب : رأس المال ألف وشرطت لى النصف (قوله فقط) لافى رأس المال بل القول فيه للمضارب كما علمت (قوله فالبينة الخ) لأن بينة رب المال فى زيادة رأس المال أكثر إثباتا وبينة المضارب فى زيادة الربح أكثر إثباتا كما فى الزيلعى ويؤخذ من هذا ومن الاختلاف فى الصفة أن رب المال لو ادعى المضاربة وادعى من فى يده المال أنها عنان وله فى المال كذا وأقاما البينة فبينة ذى اليد أولى لأنها أثبتت حصة من المال وأثبتت الصفة سائحانى (قوله فالقول للمالك) لأن المضارب يدعى عليه تقوم عمله أو شرطا من جهته أو يدعى الشركة وهو ينكر منح (قوله المضارب) الأولى ذو اليد (قوله هى قرض) ليكون كل الربح له (قوله فالقول للمضارب) مثله فى الخانية وغاية البيان والزيلعى والبحر ونقله ابن الشحنة عن النهاية وشرح التجريد : وحكى ابن وهبان فى نظمه قولين وفى مجموعة منلا على عن مجموعة الأنقروى عن محيط السرخسى لو قال رب المال : هو قرض والقابض مضاربة فإن بعد ماتصرف فالقول لرب المال والبينة بينته أيضا، والمضارب ضامن وإن قبله فالقول قوله ولاضمان عليه أى القابض ، لأنهما تصادقا على أن القبض كان بإذن رب المال ولم يثبت القرض لإنكار القابض اهـ ونقل فيها عن الذخيرة من الرابع عشر مثله ، ومثله فى كتاب القول لمن عن غانم البغدادى عن الوجيز ، وبمثله أفتى على أفندى مفتى الممالك العثمانية ، وكذا قال فى فتاوى ابن نجيم القول لرب المال ويمكن أن يقال إن ما فى الخانية والتنوير فيما إذا كان قبل التصرف حملا للمطلق على المقيد لاتحاد الحادثة والحكم وبالله التوفيق من مجموعة منلا على ملخصا (قوله بالأصل) لأن الأصل فى المضاربة العموم إذ المقصود منها الاسترباح والعموم والإطلاق يناسباله ، وهذا إذا تنازعا بعد تصرف المضارب فلو قبله فالقول للمالك كما إذا ادعى المالك بعد التصرف العموم والمضارب

ولو ادعى كل نوعا فالقول للمالك والبينة للمضارب فيقيمها على صحة تصرفه ويلزمه نفي الضمان ولو وقت البينتان قضى بالمتأخرة وإلا فبينة المالك .

[فروع.] دفع الوصي مال الصغير إلى نفسه مضاربة جاز وقيده الطرسوسي بأن لا يجعل الوصي لنفسه من الربح أكثر مما يجعل لأمثاله وتمامه في شرح الوهبانية :

وفيها : مات المضارب ولم يوجد مال المضاربة فيما خلف عاد دينا في تركته وفي الاختيار دفع المضارب شيئا للعاشر ليكف عنه ضمن لأنه ليس من أمور التجارة لكن صرح في مجمع الفتاوى بعدم الضمان في زماننا قال : وكذا الوصي لأنهما يقصدان الإصلاح وسيجيء آخر الوديعة وفيه : لو شرى بمالها متاعا فقال : أنا أمسكه حتى أجد ربحا كثيرا وأراد المالك بيعه فإن في المال ربح أجبر على بيعه لعمله بأجر كما مر إلا أن يقول للمالك أعطيك رأس المال وحصتك من الربح فيجبر المالك على قبول ذلك وفي البزازية : دفع إليه ألفا نصفها هبة ونصفها مضاربة فهلكت يضمن حصة الهبة اهـ :

قلت : والمفتى به أنه لا ضمان مطلقا لا في المضاربة لأنها أمانة ولا في الهبة لأنها فاسدة وهي تملك بالقبض على المعتمد المفتى به كما سيجيء فلا ضمان فيها وبه يضعف قول الوهبانية :

وأودعه عشرا على أن خمسة ... له هبة فاستهلك الخمس يخسر

الخصوص فالقول للمالك در منتقى (قوله كل نوعا) بأن قال أحدهما في بر وقال الآخر في بر (قوله فالقول للمالك) لأنهما اتفقا على الخصوص فكان القول قول من يستفاد من جهته الإذن س (قوله فيقيمها) أي البينة (قوله على صحة الخ) يعني أن البينة تكون حينئذ على صحة تصرفه لا على نفي الضمان حتى تكون على النفي فلا تقبل (قوله ولو وقت) في بعض النسخ ولو وقتت (قوله البينتان) فاعل وقت والمسألة بحالها بأن قال رب المال : أديته إليك مضاربة أن تعمل في بز في رمضان وقال المضارب : دفعت إلي لأعمل في طعام في شوال ، وأقاما البينة (قوله قضى بالمتأخرة) لأن آخر الشرطين ينسخ أولهما (قوله وإلا) أي إن لم يوقتا أو وقتت إحداهما دون الأخرى (قوله إلى نفسه) الضمير راجع إلى الوصي (قوله وقيده الطرسوسي) أي بحثا منه ورده ابن وهبان بأنه تقييد لإطلاقهم برأيه مع قيام الدليل على الإطلاق ، واستظهر ابن الشحنة ماقاله الطرسوسي نظرا للصغير .

أقول : لكن في جامع الفصولين عن الملتقط ليس للوصي في هذا الزمان أخذ مال اليتيم مضاربة فهذا يفيد المنع مطلقا (قوله في تركته) لأنه صار بالتجهيل مستهلكا وسيأتي تمامه في الوديعة إن شاء الله تعالى وأفتى به في الحامدية قائلا وبه أفتى قارئ الهداية (قوله وفيه لو شرى الخ) الكلام هنا في موضعين الأول حق إمساك المضارب المتاع من غير رضا رب المال ، والثاني إجبار المضارب على البيع حيث لاحق له في الإمساك ، أما الأول فلاحق له فيه سواء كان في المال ربح أولا إلا أن يعطي لرب المال رأس المال فقط إن لم يربح أو مع حصته من الربح فحينئذ له حق الإمساك ، وأما الثاني وهو إجباره على البيع فهو أنه إن كان في المال ربح أجبر على البيع إلا أن يدفع للمالك رأس ماله من حصته من الربح ، وإن لم يكن في المال ربح لايجبر ولكن له أن يدفع للمالك رأس ماله أو يدفع له المتاع برأس ماله هذا حاصل مافهمته من عبارة المنح عن الذخيرة وهي عبارة معقدة ، وقد راجعت عبارة الذخيرة فوجدتها كما في المنح ، وبقي ما إذا أراد المالك أن يمسك المتاع والمضارب يريد بيعه وهو حادثة الفتوى ، ويعلم جوابها مما مر قبيل الفصل من أنه لو عزله وعلم به والمال عروض باعها وإن نهاه المالك ولا يملك المالك فسخها ولا تخصيص الإذن لأنه عزل من وجه (قوله حصة الهبة) لأن هبة المشاع الذي يقبل القسمة غير صحيحة فيكون في ضمانه (قوله وهي الخ) ونقلها القتال عن الهندية (قوله تملك بالقبض) أقول لاتنافي بين الملك بالقبض والضمان سأتحاني .

كتاب الإيداع

لا خفاء فى اشتراكه مع ما قبله فى الحكم وهو الأمانة

(هو) لغة : من الودع أى الترك وشرعا (تسليط الغير على حفظ ماله صريحا أو دلالة) كأن انفتق زق رجل فأخذه رجل بغيبة مالكه ثم تركه ضمن لأنه بهذا الأخذ التزم حفظه دلالة بحر (والوديعة ما تترك عند الأمين) وهى أخص من الأمانة كما حققه المصنف وغيره .

(وركنها : الإيجاب صريحا) كأودعتك (أو كناية) كقوله لرجل أعطنى ألف درهم أو أعطنى هذا الثوب مثلا فقال : أعطيتك كان وديعة بحر لأن الإعطاء يحتمل الهبة لكن الوديعة أدنى وهو متيقن فصار كناية (أو فعلا) كما لو وضع ثوبه بين يدى رجل ولم يقل

أقول : نص عليه فى جامع الفصولين حيث قال رامزا لفتاوى الفضلى الهبة الفاسدة تفيد الملك بالقبض وبه يفتى ، ثم إذا هلكت أفتيت بالرجوع للواهب هبة فاسدة لذى رحم محرم منه إذ الفاسدة مضمونة فإذا كانت مضمونة بالقيمة بعد الهلاك كانت مستحقة الرد قبل الهلاك اه فتنبه .

[فروع] سئل فيما إذا مات المضارب ، وعليه دين وكان مال المضاربة معروفا ، فهل يكون رب المال أحق برأس ماله وحصته من الربح الجواب : نعم كما صرح به فى الخانية والذخيرة البرهانية حامدية ، وفيها عن قارئ الهداية من باب القضاء فى فتاواه إذا ادعى أحد الشريكين خيانة فى قدر معلوم ، وأنكر حلف عليه فإن حلف برئ وإن نكل ثبت ما ادعاه ، وإن لم يعين مقدارا ، فكذا الحكم لكن إذا نكل عن اليمين لزمه أن يعين مقدار ما خان فيه والقول قوله فى مقداره مع يمينه ، لأن نكوله كإقرار بشيء مجهول والبيان فى مقداره إلى المقر مع يمينه إلا أن يقيم خصمه بينة على أكثر اه .

كتاب الإيداع

(قوله بغيبة الخ) قيد به لأن المالك لو كان حاضرا لم يضمن كما حققه المصنف أنظر اليعقوبية قال فى المنح : إن الأمانة علم لما هو غير مضمون ، فيشمل جميع الصور التى لا ضمان فيها كالعارية والمستأجرة والموصى بخدمته فى يد الموصى له بها والوديعة ما وضع للأمانة بالإيجاب والقبول فكانا متغايرين : واختاره صاحب النهاية وفى البحر وحكمهما مختلف فى بعض الصور ، لأنه فى الوديعة يبرأ عن الضمان إذا عاد إلى الوفاق ، وفى الأمانة لا يبرأ عن الضمان بعد الخلاف .

[نكتة] ذكرها فى الهامش روى : أن زليخا لما ابتليت بالفقر وابيضت عيناها من الحزن على يوسف عليه السلام جلست على قارعة الطريق فى زى الفقراء فمر بها يوسف عليه السلام فقامت تنادى أيها الملك اسمع كلامى فوقف يوسف عليه السلام فقالت : الأمانة أقامت المملوك مقام الملوك والخيانة : أقامت الملوك مقام المملوك فسأل عنها فقيل إنها زليخا فتزوجها رحمة عليها اه زيلعى (قوله أو كناية) المراد بها ما قابل الصريح مثل كنايات الطلاق لا البيانية (قوله لأن الخ) التعليل فى البحر أيضا (قوله ولم يقل الخ) فلو قال : لا أقبل الوديعة لا يضمن إذ القبول عرفا لا يثبت عند الرد صريحا .

قال صاحب جامع الفصولين أقول : دل هذا على أن البقار لا يصير مودعا فى بقرة من بعثها إليه فقال البقار للرسول : اذهب بها إلى ربها فإنى لا أقبلها فذهب بها ، فينبغى أن لا يضمن البقار وقد مر خلافه يقول الحقير

شيئا فهو إيداع ؛
(والقبول من المودع صريحا) كقبلت (أو دلالة) كما لو سكت عند وضعه فإنه قبول دلالة كوضع ثيابه في حمام بمرأى من الثيابي وكقوله لرب الخان أين أربطها فقال هناك كان إيداعا خانية هذا في حق وجوب الحفظ وأما في حق الأمانة فتتم بالإيجاب وحده حتى لو قال للغاصب أودعتك المغصوب برئ عن الضمان وإن لم يقبل اختيار (وشرطها كون المال قابلا لإثبات اليد عليه) فلو أودع الآبق أو الطير في الهواء لم يضمن (وكون المودع مكلفا شرط لوجوب الحفظ عليه) فلو أودع صبيا فاستهلكها لم يضمن ولو عبدا محجورا ضمن بعد عتقه (وهي

قوله : ينبغي لاينبغي إذ الرسول لما أتى بها إليه خرج عن حكم الرسالة ، وصار أجنبيا فلما قال البقار ردها على مالكها صار كأنه ردها إلى أجنبي أو ردها مع أجنبي فلذا يضمن بخلاف مسألة الثوب نور العين وتمامه فيه :

وفيه أيضا عن الذخيرة : ولو قال لم أقبل حتى لم يصر مودعا وترك الثوب ربه ، وذهب فرفعه من لم يقبل وأدخله بيته ينبغي أن يضمن لأنه لما لم يثبت الإيداع صار غاصبا برفعه يقول الحقير فيه إشكال وهو أن الغصب إزالة يد المالك ولم توجد ورفعه الثوب لقصد النفع لاالضرر بل ترك المالك ثوبه إيداع ثان ورفع من لم يقبل قبول ضمنا ، فالظاهر أنه لايضمن والله تعالى أعلم اه (قوله شيئا) فلو قال لا أقبل لايكون مودعا لأن الدلالة لم توجد بحر وفيه عن الخلاصة لو وضع كتابه عند قوم ، فذهبوا وتركوه ضمنوا إذا ضاع ، وإن قاموا واحدا بعد واحد ضمن الأخير لأنه تعين للحفظ فتعين للضمان اه فكل من الإيجاب والقبول فيه غير صريح كمسألة الخاني الآتية قريبا .

[فرع] في جامع الفصولين : لو أدخل دابته دار غيره وأخرجها رب الدار لم يضمن ، لأنها تضر بالدار ولو وجد دابة في مربطه فأخرجها ضمن سائحاني .(قوله كما لو سكت) أي فإنه قبول ، وبعد أن ذكر هذا في الهندية قال وضع شيئا في بيته بغير أمره فلم يعلم حتى ضاع لايضمن لعدم التزام الحفظ. وضع عند آخر شيئا وقال احفظ فضاع لايضمن لعدم التزام الحفظ اه ويمكن التوفيق بالقرينة الدالة على الرضا وعدمه سائحاني (قوله من الثيابي)ولا يكون الحمامي مودعا مادام الثيابي حاضرا فإن كان غائبا فالحمامي مودع بحر. وفيه عن إجارات الخلاصة لبس ثوبا فظن الثيابي أنه ثوبه ، فإذا هو ثوب الغير ضمن هو الأصح أي لأنه بترك السؤال والتفحص يكون مفرطا ، فلا ينافي مايأتي من أن اشتراط الضمان على الأمين باطل أفاده أبو السعود (قوله وهذا) أي اشتراط القبول أيضا .(قوله وإن لم يقبل) قد مر أن القبول صريح ودلالة فلعله هنا بمعنى الرد أما لو سكت فهو قبول دلالة تأمل (قوله لإثبات اليد) قال بعض الفضلاء فيه تسامح إذ المراد إثبات اليد بالفعل ، ولا يكفي قبول الإثبات كما أشار إليه في الدرر بقوله وحفظ شئ بدون إثبات اليد عليه محال تأمل فتال وأجاب عنه أبو السعود. (قوله فلو أودع صبيا) قال الرملي في حاشية المنح :ويستثنى من إيداع الصبي ماإذا أودع صبي محجور مثله : وهي ملك غيرهما فللمالك تضمين الدافع والآخذ كذا في الفوائد الزينية مدني وانظر حاشية الفتال(قوله ضمن بعد عتقه)أي لو بالغا وإلا فلا ضمان .

[فرع] قال في الهامش لو احتاج إلى نقل العيال أولم يكن له عيال فسافر بها لم يضمن ، وهذا لو عين المكان فلولم عين بأن قال احفظ هذا ، ولم يقل في مكان كذا ، فسافر به فلو كان الطريق مخوفا ضمن بالإجماع ، وإلا لاعندنا كالأب أو الوصي لو سافر بمال الصبي وهذا إذا لم يكن حمل ومؤنة جامع الفصولين ، فلو كان لها حمل ومؤنة وقد أمر بالحفظ مطلقا ، فلو كان لابد له من السفر ، وقد عجز عن حفظه في المصر الذي أودعه فيه لم

أمانة) هذا حكمها مع وجوب الحفظ والأداء عند الطلب واستحباب قبولها (فلا تضمن بالهلاك) إلا إذا كانت الوديعة بأجر أشباه معزيا للزيلعى (مطلقا) سواء أمكن التحرز أم لا هلك معها شيء أم لا لحديث الدارقطني : « ليس على المستودع غير المغل ضمان » .

(واشتراط الضمان على الأمين) كالحمامى والخانى (باطل به يفتى) خلاصة وصدر الشريعة (وللمودع حفظها بنفسه وعياله) كما له (وهم من يسكن معه حقيقة أو حكما لا من يمونه) فلو دفعها لولده المميز أو زوجته ولا يسكن معهما ولا ينفق عليهما لم يضمن خلاصة وكذا لو دفعتها لزوجها ، لأن العبرة للمساكنة لا للنفقة وقيل يعتبران معا عيني .

(وشرط كونه) أى من فى عياله (أمينا) فلو علم خيانته ضمن خلاصة (و) جاز (لمن فى عياله الدفع لمن فى عياله ولو نهاه عن الدفع إلى بعض من فى عياله فدفع إن وجد بدا منه) بأن كان له عيال غيره ابن ملك (ضمن وإلا لا وإن حفظها بغيرهم ضمن) وعن محمد إن حفظها بمن يحفظ ماله كوكيله ومأذونه وشريكه مفاوضة وعنانا جاز وعليه الفتوى ابن ملك واعتمده ابن الكمال وغيره وأقره المصنف (إلا إذا خاف الحرق أو الغرق) وكان غالبا محيطا فلو غير محيط ضمن (فسلمها إلى جاره أو) إلى (فلك آخر) إلا إذا أمكنه دفعها لمن فى عياله

يضمن بالإجماع فلو له بد من السفر فكذلك عند أبى حنيفة رحمه الله قريبا أو بعيدا ، وعن أبى يوسف رحمه الله ضمن لو بعيدا لا لو قريبا ، وعن محمد ضمن فى الحالين جامع الفصولين . المودع بأجر ليس له أن يسافر بها لتعيين مكان العقد للحفظ جامع الفصولين (قوله عند الطلب) إلا فى مسائل ستأتى (قوله بأجر) سيأتى أن الأجير المشترك لا يضمن ، وإن شرط عليه الضمان وأيضا قول المتن هنا واشتراط الخ يرد عليه ، وهذا مع الشرط فكيف مع عدمه . وفى البزازية : دفع إلى صاحب الحمام ، واستأجره وشرط عليه الضمان إذا تلف قد ذكرنا أنه لا أثر له فيما عليه الفتوى سائحانى . وانظر حاشية الفتال ، وقد يفرق بأنه هنا مستأجر على الحفظ قصدا بخلاف الأجير المشترك فإنه مستأجر على العمل تأمل (قوله للزيلعى) ومثله فى النهاية والكفاية وكثير من الكتب رملى على المنح (قوله غير المغل) أى الخائن كذا فى الهامش (قوله كالحمامى) أى معلم الحمام ، وأما من جرى العرف بأنه يأخذ فى مقابلة حفظه أجرة يضمن ، لأنه وديع بأجرة لكن الفتوى على عدمه سائحانى (قوله فلو دفعها) تفريع على قوله أو حكما (قوله لولده المميز) بشرط أن يكون قادرا على الحفظ بحر عن الخلاصة (قوله ضمن) أى بدفعها له وكذا لو تركه فى بيته الذى فيه ودائع الناس وذهب فضاعت ضمن بحر عن الخلاصة (قوله فى عياله) الضمير فى عياله الأخير يصح أن يرجع للعيال الأول وبه صرح الشرنبلالى ، ويصح أن يرجع إلى المودع وبه صرح المقدسى ، وفيه لا يشترط فى الأبوين كونهما فى عياله وبه يفتى ، ولو أودع غير عياله ، وأجاز المالك خرج من البين ، ولو وضع فى حرز غيره بلا استئجار يضمن ولو آجر بيتا من داره ، ودفعها أى الوديعة إلى المستأجر إن كان لكل منهما غلق على حدة يضمن ، وإن لم يكن وكل منهما يدخل على صاحبه من غير حشمة لم يضمن ، وفى سكوتهم عن الدفع لعيال المودع إشارة إلى أنه لا يملكه ونقل شيخنا اختلافا وترجيح الضمان سائحانى وأراد بشيخنا أبا السعود .

[فرع] لو قال ادفعها لمن شئت يوصلها إلى فدفعها إلى أمين فضاعت قيل يضمن وقيل لا يضمن تاترخانية سائحانى .

[فرع] حضرتها الوفاة فدفعت الوديعة إلى جارتها فهلكت عند الجارة قال البلخى إن لم يكن بحضرتها عند الوفاة أحد ممن يكون فى عيله لا يضمن كما لو وقع الحريق فى دار المودع له دفعها لأجنبى خانية (قوله وعليه الفتوى) ونقله فى البحر عن النهاية وقال قبله وظاهر المتون أن كون الغير فى عياله شرط واختاره فى الخلاصة (قوله وكان غالبا محيطا) وفى التاترخانية عن التتمة : وسئل حميد الوبرى عن مودع وقع الحريق ببيته ، ولم ينقل

أو ألقاها فوقعت فى البحر ابتداء أو بالتدحرج ضمن زيلعى (فإن ادعاه) أى الدفع لجاره أو فلك آخر (صدق إن علم وقوعه) أى الحرق (ببينته) أى بهدار المودع (وإلا) يعلم وقوع الحرق فى داره (لا) يصدق إلا ببينة فحصل بين كلامى الخلاصة والهداية التوفيق وبالله التوفيق.

(ولو منعه الوديعة ظلما بعد طلبه) لرد وديعته فلو لحملها إليه لم يضمن ابن ملك بنفسه ولو حكما كوكيله بخلاف رسوله ولو بعلامة منه على الظاهر (قادرا على تسليمها ضمن وإلا) بأن كان عاجزا أو خاف على نفسه أو ماله بأن كان مدفونا معها ابن ملك (لا) يضمن كطلب الظالم (فلو كان الوديعة سيفا أراد صاحبه أن يأخذه ليضرب به رجلا فله المنع من الدفع) إلى أن يعلم أنه ترك الرأى الأول وأنه ينتفع به على وجه مباح جواهر (كما لو أودعت) المرأة (كتابا فيه إقرار منها للزوج بمال أو بقبض مهرها منه) فله منعه منها لئلا يذهب حق الزوج خانية.

الوديعة إلى مكان آخر إن مع تمكنه منه فتركها حتى احترقت ضمن اه ومثله مالو تركها حتى أكلها العث كما يأتى فى النظم. ذكر محمد فى حريق وقع فى دار المودع فدفعها إلى أجنبى لم يضمن، فلو خرج من ذلك ولم يستردها ضمن، وتمامه فى نور العين. وفى جواهر الفتاوى: وإذا دفع الوديعة لآخر لعذر، فلم يسترد عقب زواله، فهلكت عند الثانى لايضمن لأن المودع يضمن بالدفع ولما لم يضمن به للعذر لايضمن بالترك يدل عليه لو سلمها إلى عياله وتركها عندهم لايضمن للإذن، وكذا الدفع هنا مأذون فيه اه ملخصا (قوله أو ألقاها) أى فى السفينة (قوله كلامى الخلاصة الخ) نص الخلاصة إذا علم أنه وقع الحريق فى بيته قبل قوله وإلا فلا، وعبارة الهداية أنه لايصدق إلا ببينة قال فى المنح: ويمكن حمل كلام الهداية على ماإذا لم يعلم بوقوع الحريق فى بيته، وبه يحصل التوفيق ومن ثم عولنا عليه فى المختصر ح (قوله كوكيله) فى الخلاصة المالك إذا طلب الوديعة فقال المودع: لايمكننى أن أحضرها الساعة فتركها وذهب إن تركها عن رضا فهلكت لايضمن، لأنه لما ذهب فقد أنشأ الوديعة وإن كان عن غير رضا يضمن، ولو كان الذى طلب الوديعة وكيل المالك يضمن، لأنه ليس له إنشاء الوديعة بخلاف المالك اه وهذا صريح فى أنه يضمن بعدم الدفع إلى وكيل المالك كما لايخفى.

وفى الفصول العمادية معزيا إلى الظهيرية: ورسول المودع إذا طلب الوديعة فقال لاأدفع إلا للذى جاء بها ولم يدفع إلى الرسول حتى هلكت ضمن، وذكر فى فتاوى القاضى ظهير الدين هذه المسألة، وأجاب نجم الدين: أنه يضمن وفيه نظر بدليل أن المودع إذا صدق من ادعى أنه وكيل بقبض الوديعة، فإنه قال فى الوكالة: لايؤمر بدفع الوديعة إليه، ولكن لقائل أن يفرق بين الوكيل والرسول لأن الرسول ينطق على لسان المرسل وإلا كذلك الوكيل: ألا ترى أنه لو عزل الوكيل قبل علم الوكيل بالعزل لا يصح، ولو رجع عن الرسالة قبل علم الرسول صح كذا فى فتاواه اه منح.

قال محشيه الرملى فى حاشية البحر: ظاهر مافى الفصول أنه لايضمن فى مسألة الوكيل فهو مخالف للخلاصة ويتراءى لى التوفيق بحمل مافى الخلاصة على ماإذا قصد الوكيل إنشاء الوديعة عند المودع بعد منعه ليدفع له فى وقت آخر وما فى الفصول والتجنيس على ما إذا منع ليؤدى إلى المودع بنفسه، ولذا قال فى جوابه: لاأدفع إلا للذى جاء بها وتمامه فيها (قوله كطلب الظالم) الظاهر أن المراد بالظالم هنا المالك لأن الكلام فى طلبه هو فما بعده مفرع عليه أعنى قوله فلو كانت الخ يدل عليه قول المصنف فى المنح لما فيه من الإعانة على الظلم.

[فرع ذكره فى الهامش]: مرضت الدابة الوديعة فأمر المودع إنسانا فعالجها ضمن المالك أيهما شاء فلو

(ومنه) أى من المنع ظلما (موته) أى موت المودع (مجهلا فإنه يضمن) فتصير دينا فى تركته إلا إذا علم أن وارثه يعلمها فلا ضمان ، ولو قال الوارث : أنا علمتها وأنكر الطالب إن فسرها وقال هى كذا وأنا علمتها وهلكت صدق وهذا ما لو كانت عنده سواء إلا فى مسألة وهى أن الوارث إذا دل السارق على الوديعة لايضمن والمودع إذا دل ضمن خلاصة إلا إذا منعه من الأخذ حال الأخذ (كما فى سائر الأمانات) فإنها تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل كشريك ومفاوض (إلا فى) عشر على ما فى الأشباه :

ضمن المودع لايرجع على المعالج ، ولو ضمن المعالج يرجع على المودع علم أنها للغير أولا إلا أن قال المودع ليست لى أو لم آمره بذلك فحينئذ لايرجع كذا فى جامع الفصولين (قوله المودع) بالفتح (قوله مجهلا) أما بتجهيل المالك فلا ضمان والقول للمودع بيمينه بلا شبهة قال الحانوتى : وهل من ذلك الزائد فى الرهن على قدر الدين اه ؟

أقول : الظاهر أنه منه لقولهم مايضمن به الوديعة يضمن به الرهن ، فإذا مات مجهلا يضمن مازاد وقد أفتيت به رملى ملخصا (قوله فإنه يضمن) قال فى مجمع الفتاوى المودع أوالمضارب أوالمستعير أو المستبضع ، وكل من كان المال بيده أمانة إذا مات قبل البيان ، ولم تعرف الأمانة بعينها فإنه يكون دينا عليه فى تركته ، لأنه صار مستهلكا للوديعة بالتجهيل ، ومعنى موته مجهلا أن لايبين حال الأمانة كما فى الأشباه . وقد سئل الشيخ عمر بن نجيم عما لو قال المريض عندى ورقة فى الحانوت لفلان ضمنها دراهم لا أعرف قدرها فمات ولم توجد فأجاب : بأنه من التجهيل لقوله فى البدائع هو أن يموت قبل البيان ولم تعرف الأمانة بعينها اه قال بعض الفضلاء وفيه تأمل فتأمل ملخصا (قوله إلا إذا علم) أى المجهل وإذا قال الوارث ردها فى حياته أو تلفت فى حياته لم يصدق بلا بينة ولو برهن أن المودع قال فى حياته رددتها يقبل سائحانى (قوله عنده) أى عند المودع بالفتح وادعى المالك هلاكها والمقصود أن الوارث كالمودع بالفتح فيقبل قوله فى الهلاك إذا فسرها فهو مثله إلا أنه خالفه فى مسألة قال ربها مات المودع مجهلا وقال ورثته كانت قائمة يوم موته ومعروفة ثم هلكت بعد موته صدق ربها هو الصحيح(١) إذ الوديعة صارت دينا فى التركة فى الظاهر فلا يصدق الورثة ، ولو قال ورثته : ردها فى حياته أو تلفت فى حياته لايصدقون بلا بينة لموته مجهلا ، فتقرر الضمان فى التركة ولو برهنوا أن المودع قال فى حياته رددتها تقبل إذ الثابت ببينة كالثابت بعيان جامع الفصولين عن الذخيرة (قوله إلا إذا الخ) استثناء من قوله والمودع إذا دل ضمن قال ط عن الخلاصة المودع إنما يضمن إذا دل السارق على الوديعة إذا لم يمنعه من الأخذ حال الأخذ فإن منعه لم يضمن (قوله منعه) أى المودع السارق فأخذها فصولين (قوله سائر الأمانات) ومنها الرهن إذا مات المرتهن مجهلا يضمن قيمة الرهن فى تركته كما فى الأنقروى أى يضمن الزائد كما قدمناه عن الرملى ، وكذا الوكيل إذا مات مجهلا ماقبضه كما يؤخذ مما هنا وبه أفتى الحامدى بعد الخيرى ، وفى إجارة البزازية المستأجر يضمن بالموت مجهلا سائحانى (قوله بالموت) ويكون أسوة للغرماء بيرى على الأشباه (قوله ومفاوض) وكمرتهن أنقروى كذا فى الهامش (قوله على مافى الأشباه) وعبارتها الوصى إذا مات مجهلا فلا ضمان عليه كما فى جامع الفصولين ، والأب إذا مات مجهلا مال ابنه ، والوارث إذا مات مجهلا ماأودع عند مورثه ، وإذا مات مجهلا لما ألقته الريح فى بيته أو لما وضعه مالكه فى بيته بغير علمه ، وإذا مات الصبى مجهلا لما أودع عنده محجورا اه ملخصا فهى سبعة(٢) وذكر

---

(١) (قوله صدق ربها هو الصحيح) أى إذا لم تفسر الورثة الوديعة أما إذا فسروا فيصدقون ولا ضمان عليهم اه .

(٢) (قوله فهى سبعة) فيه أن الذى ذكره ستة فقط فليحرر ذلك بمراجعة الأشباه اه مصححه .

منها (ناظر أودع غلات الوقف ثم مات مجهلا) فلا يضمن قيد بالغلة لأن الناظر لو مات مجهلا لمال البدل ضمنه أشباه أى لثمن الأرض المستبدلة :

قلت : فلعين الوقف بالأولى كالدراهم الموقوفة على القول بجوازه قاله المصنف وأقره ابنه فى الزواهر وقيد موته بحثا بالفجأة فلو بمرض ونحوه ضمن لتمكنه من بيانها فكان مانعا لها ظلما فيضمن ورد ما بحثه فى أنفع الوسائل فتنبه .

(و) منها (قاض مات مجهلا لأموال اليتامى) زاد فى الأشباه عند من أودعها ولا بد منه لأنه لو وضعها فى بيته ومات مجهلا ضمن لأنه مودع ، بخلاف ما لو أودع غيره لأن للقاضى ولاية إيداع مال اليتيم على المعتمد كما فى تنوير البصائر فليحفظ .

المصنف ثلاثة فهى عشرة (قوله أودع) عبارة الدرر قبض وهى أولى تأمل (قوله غلات الوقف) أقول : هكذا وقع مطلقا فى الولوالجية والبزازية وقيده قاضيان بمتولى المسجد إذا أخذ غلات المسجد ومات من غير بيان اهـ :

أقول : أما إذا كانت الغلة مستحقة لقوم بالشرط فيضمن مطلقا ، بدليل اتفاق كلمتهم فيما إذا كانت الدار وقفا على أخوين غاب أحدهما وقبض الآخر غلتها تسع سنين ، ثم مات الحاضر وترك وصيا ثم حضر الغائب وطالب الوصى بنصيبه من الغلة قال الفقيه أبو جعفر : إذا كان الحاضر الذى قبض الغلة هو القيم إلا أن الأخوين(١) آجرا جميعا فكذلك ، وإن آجر الحاضر كانت الغلة كلها له فى الحكم ولا يطيب له اهـ كلامه .

أقول : ويلحق بغلة المسجد ما إذا شرط ترك شىء فى يد الناظر للعمارة والله تعالى أعلم بيرى على الأشباه قال الحقير وهذا مستفاد من قولهم غلات الوقف وما قبض فى يد الوكيل ليس غلة الوقف ، بل هو مال المستحقين بالشرط قال فى الأشباه من القول فى الملك ، وغلة الوقف يملكها الموقوف عليه وإن لم يقبل اهـ ملخصا من مجموعة منلا على آخر كتاب الوقف لنقل ذلك حيث سئل عن وكيل المتولى إذا مات مجهلا هل يضمن .

قلت : وقد ذكر فى البحر فى باب دعوى الرجلين أن دعوى الغلة من قبيل دعوى الملك فراجعه ، وأشرنا إليه ثم فراجعه ، وبه علم أن إطلاق المصنف والشارح فى محل التقييد ويفيده عبارة أنفع الوسائل الآتية فتنبه (قوله المصنف) أى فى المنح (قوله ابنه) الشيخ صالح (قوله بالفجأة) لعدم تمكنه من البيان فلم يكن حابسا ظلما :

قلت : هذا مسلم لو مات فجأة عقب القبض تأمل (قوله فى أنفع الوسائل) من أنه إن حصل طلب المستحقين وأخر حتى مات مجهلا ضمن ، وإن لم يطلبوا فإن محمودا معروفا بالأمانة لا يضمن ، وإلا ولم يعطهم بلا مانع شرعى ضمن .

وحاصل الرد أنه خالف لما عليه أهل المذهب من الضمان(٢) مطلقا محمودا أولا وأفتى فى الإسماعيلية بضمان الناظر إذا مات بعد ما طلب المستحق استحقاقه فمنعه منه ظلما ووجهه ظاهر لأن الأمانة تضمن بالمنع (قوله ومنها قاض) لو قال القاضى فى حياته ضاع مال اليتيم عندى أو قال أنفقتها على اليتيم لا ضمان عليه ولو مات قبل أن يقول شيئا كان ضامنا خانية فى الوقف كذا فى الهامش (قوله ضمن) لعل وجه الضمان كونها لا تتخلى الورثة

---

(١) (قوله هو القيم إلا أن الأخوين الخ) فيه سقط وأصله على هذا الوقف كان للغائب أن يرجع فى تركة الميت وأما إذا لم يكن الحاضر هو القيم إلا أن الخ اهـ .

(٢) (قوله من الضمان الخ) مبنى على كلام البيرى أى إطلاق ضمان غير المسجد وقد علمت خلافه اهـ

(و) منها (سلطان أودع بعض الغنيمة عند غاز ثم مات مجهلا) وليس منها مسألة أحد المتفاوضين على المعتمد لما نقله المصنف هنا وفى الشركة عن وقف الخانية أن الصواب أنه يضمن نصيب شريكه بموته مجهلا وخلافه غلط .

قلت : وأقره محشوها فبقى المستثنى تسعة فليحفظ وزاد الشرنبلالى فى شرحه للوهبانية على العشرة تسعة : الجد ووصيه ووصى القاضى وستة من المحجورين ، لأن الحجر يشمل سبعة فإنه لصغر ورق وجنون وغفلة ودين وسفه وعته والمعتوه كصبى وإن بلغ ثم مات لايضمن إلا أن يشهدوا أنها كانت فى يده بعد بلوغه لزوال المانع وهو الصبا فإن كان الصبى والمعتوه مأذونا لهما ثم ماتا قبل البلوغ والإفاقة ضمنا كذا فى شرح الجامع الوجيز قال فبلغ تسعة عشر ونظم عاطفا على بيتى الوهبانية بيتين وهى :

وكل أمين مات والعين يحصر ... وما وجدت عينا فدينا تصير
سوى متولى الوقف ثم مفاوض ... ومودع مال الغنم وهو المؤمر
وصاحب دار ألقت الريح مثل ما ... لو القاه ملاك بها ليس يشعر
كذا والد جد وقاض وصيهم ... جميعا ومحجور فوارث يسطر

(وكذا لو خلطها المودع) بجنسها أو بغيره (بماله) أومال آخر ابن كمال (بغير إذن) المالك

فالغرم بالغنم ، ويظهر من هذا أن الوصى إذا وضع مال اليتيم فى بيته ومات مجهلا يضمن لأن ولايته قد تكون مستمدة من القاضى أو الأب فضمانه بالأولى وفى الخيرية وفى الوصى قول بالضمان سائحانى (قوله وأقره) أى الصواب (قوله محشوها) أى الأشباه (قوله تسعة) بإخراج أحد المفاوضين (قوله ووصيه الخ) داخل فى قول الأشباه الوصى إلا أن يقال حمله على وصى الأب لبيان التفصيل قصدا للإيضاح تأمل (قوله وستة من المحجورين) وهم ما عدا الصغير وإنما أسقطه لأنه مذكور فى الأشباه ، ومراده الزيادة على ما فى الأشباه فافهم (قوله يشمل سبعة) لينظر الخارج من السبعة حتى صارت ستة (قوله فإنه لصغر)) مسألة الصغير من العشرة التى فى الأشباه إلا أن يقال عدها هنا باعتبار قوله وإن بلغ ، ثم مات لا يضمن تأمل ، ثم ظهر لى أن مراده مجرد عد المحجورين سبعة وأن مراده بستة منهم ما عد الصغير ، لأنه مذكور فى الأشباه، ولذا قال وستة من المحجورين (قوله ودين) بفتح الدال وسكون الياء (قوله كصبى) لعله قصد بهذا التشبيه الإشارة إلى ما يأتى عن الوجيز تأمل : قال فى تلخيص الجامع أودع صبيا محجورا يعقل ابن اثنى عشرة سنة ومات قبل بلوغه مجهلا لا يجب الضمان من (قوله وإن بلغ) أى الصبى (قوله يحصر) أى يحفظ مفعوله العين قبله (قوله تصير) بالبناء للمجهول (قوله مفاوض) خلاف المعتمد كما قدمه (قوله ومودع) بكسر الدال والمؤمر بتشديد الميم الثانية (قوله لو ألقاه) بفتح الواو ووصلها باللام (قوله بها) أى بالدار (قوله يشعر) تبع فيه صاحب الأشباه حيث قال بغير علمه ، واعترضه الحموى بأن الصواب بغير أمره كما فى شرح الجامع إذ يستحيل تجهيل مالا يعلمه اه ، فكان عليه أن يقول فى النظم ليس يأمر (قوله كذا ولد) برفعه وتنوينه كجد (قوله وقاض) بحذف يائه وتنوينه (قوله وصيهم) برفعه (قوله ومحجور) إن كان المراد من المحجور ستة كما قدمه يكن الموجود فى النظم سبعة عشر تأمل (قوله فوارث) إذا مات مجهلا لما أخبره المورّث به من الوديعة (قوله وكذا لو خلطها) ولو خلط المتولى ماله بمال الوقف لم يضمن وفى الخلاصة ضمن وطريق خروجه من الضمان الصرف فى حاجة المسجد أو الدفع إلى الحاكم منتقى القاضى : لو خلط مال صبى بماله لم يضمن وكذا سمسار خلط مال رجل بمال آخر ، ولو بماله

(بحيث لا تتميز) إلا بكلفة كحنطة بشعير ودراهم جياد بزيوف مجتبى (ضمنها) لاستهلاكه بالخلط لكن لا يباح تناولها قبل أداء الضمان وصح الإبراء ولو خلطه برديء ضمنه لأنه عيبه وبعكسه شريك لعدمه مجتبى (وإن بإذنه اشتركا) شركة أملاك (كما لو اختلطت بغير صنعه) كأن انشق الكيس لعدم التعدى ولو خلطها غير المودع ضمن الخالط ولو صغيرا ولا يضمن أبوه خلاصة (ولو أنفق بعضها فرد مثله فخلطه بالباقى) خلطا لا يتميز معه (ضمن) الكل لخلط ماله بها فلو تأتى التميز أو أنفق ، ولم يرد أو أودع وديعتين فأنفق إحداهما ضمن ما أنفق فقط مجتبى وهذا إذا لم يضره التبعيض (وإذا تعدى عليها فلبس ثوبها أو ركب دابتها أو أخذ بعضها ثم) رد عينه إلى يده حتى (زال التعدى زال) ما يؤدى إلى (الضمان) إذا لم يكن من نيته العود إليه أشباه

ضمن ، وينبغى أن يكون المتولى كذلك ، ولا يضمن الوصى بموته مجهلا ولو خلط بماله ضمن يقول الحقير ، وقدمر نقلا عن المنتقى أيضا أن الوصى او خلط ماله بمال اليتيم لم يضمن . وفى الوجيز أيضا قال أبو يوسف: إذا خلط الوصى مال اليتيم بماله فضاع لا يضمن نور العين أو آخر السادس والعشرين بخط السائحانى عن الخيرية وفى الوصى قول بالضمان اه : قلت : فأفاد أن المرجح عدمه .

والحاصل : أن من لا يضمن بالخلط بماله المتولى والقاضى والسمسار بمال رجل آخر والوصى ، وينبغى أن الأب كذلك يؤيده ما فى جامع الفصولين لا يصير الأب غاصبا بأخذ مال ولده وله أخذه بلا شىء لو محتاجا وإلا فلو أخذه لحفظه ، فلا يضمن إلا إذا أتلفه بلا حاجة اه بل هو أولى من الوصى تأمل والمراد بقوله ولده الولد الصغير كما قيده فى الفصول العمادية (قوله لا تتميز) فلو كان يمكن الوصول إليه على وجه التيسير كخلط الجوز باللوز والدراهم السود بالبيض فإنه لا ينقطع حق المالك إجماعا . واستفيد منه أن المراد بعدم التميز عدمه على وجه التيسير لا عدم إمكانه مطلقا بحر (قوله لاستهلاكه) وإذا ضمنها ملكها ولا تباح له قبل أداء الضمان ولا سبيل للمالك عليها عند أبى حنيفة ولو أبرأه سقط حقه من العين والدين بحر (قوله خلطه) أى الجيد (قوله شريك) نقل نحوه المصنف عن المجتبى ولعل ذلك(١) فى غير الوديعة أو قول مقابل لما سبق من أن الخلط فى الوديعة يوجب الضمان مطلقا إذا كان لا يتميز ط (قوله لعدمه) أى التعيب المفهوم من عيبه (قوله بغير صنعه) فإن هلك من مالها جميعا ويقسم الباقى بينهما على قدر ما كان لكل واحد منهما كالمال المشترك بحر (قوله غير المودع) سواء كان أجنبيا أو من فى عياله بحر عن الخلاصة (قوله فرد مثله) ابن سماعة عن محمد فى رجل أودع رجلا ألف درهم فاشترى بها ودفعها ثم استردها بهبة أو شراء وردها إلى موضعها فضاعت لم يضمن : وروى عن محمد أو قضاها غريمه بأمر صاحب الوديعة فوجدها زيوفا فردها على المودع فهلكت ضمن(٢) تاترخانية (قوله الكل) البعض بالإنفاق والبعض بالخلط س بحر (قوله التميز) أى كخلط الدراهم السود بالبيض أو الدراهم بالدنانير ، فإنه لا يقطع حق المالك بالإجماع مسكين س (قوله ولم يرد) بتشديد الدال (قوله أو أودع) بضم الهمزة (قوله وهذا) مرتبط بقوله أو أنفق ولم يرد كما فى البحر قال ط ولم أر فيما إذا فعل ذلك فيما يضره التبعيض هل يضمن الجميع أو ما أخذ ونقصان ما بقى فيحرر (قوله التبعيض) كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون (قوله أشباه)

---

(١) (قوله ولعل ذلك الخ) قال شيخنا : هو قولهما فى الوديعة وغيرها ، قالا إن الخلط موجب للشركة مالم يوجب عيبا فى الأمانة اه .

(٢) (قوله ضمن الخ) قال شيخنا وجهه أنه لما قضاها غريمه بأمر صاحبها صار مستقرضا لها وخرجت من ملك صاحبها وانتقل الحق إلى الذمة وردها لا يعود الحق فيها اه .

من شروط النية (بخلاف المستعير والمستأجر) فلو أزالاه لم يبرءا لعملهما لأنفسهما بخلاف مودع ووكيل ببيع أو حفظ أو إجارة أو استئجار ومضارب ومستبضع وشريك عنان أو مفاوضة ومستعير لرهن أشباه .

والحاصل : أن الأمين إذا تعدى ثم أزاله لا يزول الضمان إلا في هذه العشرة لأن يده كيد المالك ولو كذبه في عوده للوفاق فالقول له وقيل للمودع عمادية (و) بخلاف (إقراره بعد جحوده) أي جحود الإيداع حتى لو ادعى هبة أو بيعا لم يضمن خلاصة وقيد بقوله (بعد طلب) ربها (ردها) فلو سأله عن حالها فجحدها فهلكت لم يضمن بحر :

وقيد بقوله (ونقلها من مكانها وقت الإنكار) أي حال جحوده لأنه لو لم ينقلها وقته فهلكت لم يضمن

عبارتها أن المودع إذا تعدى ثم زال التعدي ومن نيته أن يعود إليه لا يزول التعدي اهـ كذا في الهامش (قوله من شروط النية) وذكره هنا في البحر عن الظهيرية قال : حتى لو نزع ثوب الوديعة ليلا ومن عزمه أن يلبسه نهارا ثم سرق ليلا لا يبرأ عن الضمان (قوله والمستأجر) مستأجر الدابة أو المستعير لو نوى أن لا يردها ثم ندم لو كان سائرا عند النية ضمن لو هلكت بعد النية ، أما لو كان واقفا إذا ترك نية الخلاف عاد أمينا جامع الفصولين (قوله فلو أزالاه) أي التعدي (قوله بخلاف مودع الخ) ولو مأمورا بحفظ شهر فمضى شهر ثم استعملها ، ثم ترك الاستعمال وعاد إلى الحفظ ضمن إذا عاد والأمر بالحفظ قد زال جامع الفصولين (قوله ووكيل) بأن استعمل ما وكل ببيعه ثم ترك وضاع لا يضمن (قوله أو إجارة) بأن وكله ليؤجر أو يستأجر له دابة فركبها ثم ترك (قوله أو مفاوضة) أما شريك الملك فإنه إذا تعدى ثم أزال التعدي لا يزول الضمان كما هو ظاهر لما تقرر أنه أجنبي في حصة شريكه ، فلو أعار دابة الشركة فتعدى ثم أزال التعدي لا يزول الضمان ، ولو كانت في نوبته على وجه الحفظ فتعدى ثم أزاله يزول الضمان ، وهي واقعة الفتوى سئلت عنها فأجبت بما ذكرت وإن لم أرها في كلامهم للعلم بها مما ذكر إذ هو مودع في هذه الحالة وأما استعمالها بلا إذن الشريك فهي مسألة مقررة مشهورة عندهم بالضمان ويصير غاصبا رملي على المنح (قوله ومستعير لرهن) أي إذا استعار عبدا ليرهنه أو دابة فاستخدم العبد وركب الدابة قبل أن يرهنها ثم رهنها بمال مثل القيمة ثم قضى المال ولم يقبضها حتى هلكت عند المرتهن لا ضمان على الراهن لأنه قد برئ عن الضمان حين رهنها منح ، وهذه المسألة مستثناة من قوله بخلاف المستعير كما في البحر (قوله ثم أزال) أي التعدي (قوله في عوده للوفاق الخ) عبارة نور العين(١) عن مجمع الفتاوى وكل أمين خالف ثم عاد إلى الوفاق عاد أمينا كما كان إلا المستعير والمستأجر فإنهما بقيا ضامنين اهـ وهي أولى تدبر (قوله له) أي للمالك (قوله للمودع) بفتح الدال لأنه ينفي الضمان عنه (قوله هبة الخ) أي أنه وهبها منه أو باعها له (قوله بعد طلب) متعلق بجحوده (قوله ربها) أفاد في الخانية : أن طلب امرأة الغائب وجيران اليتيم من الوصي لينفق عليه من ماله كذلك سائحاني ومثله في التاترخانية (قوله وقت الإنكار) ظاهره أنه متعلق بنقلها وهو مستبعد الوقوع وعبارة الخلاصة : وفي غصب الأجناس إنما يضمن إذا نقلها عن موضعها الذي كانت فيه حال الجحود ، وإن لم ينقلها وهلكت لا يضمن اهـ وهو ظاهر وعليه فهو متعلق بقوله مكانها : وفي المنتقى : لو كانت العارية مما يحول يضمن بالإنكار وإن لم يحولها وذكر شيخنا عن الشرنبلالية أنه لو جحدها ضمن ولو لم تحول يؤيده قول البدائع

---

(١) (قوله عبارة نور العين الخ) محل هذه العبارة عند قول الشارح والحاصل أن الأمين الخ وقوله وهي أولى لأن قول الشارح ثم أزال التعدي فيه شيء لأنه بعد مضي الزمن الذي تحقق فيه يستحيل إزالته وأما قول صاحب مجمع الفتاوى ثم عاد إلى الوفاق لاشيء فيه فكان أولى اهـ .

خلاصة وقيد بقوله (وكانت) الوديعة (منقولا) لأن العقار لا يضمن بالجحود عندهما خلافا لمحمد فى الأصح غصب الزيلعى وقيد بقوله (ولم يكن هناك من يخاف منه عليها) فلو كان لم يضمن لأنه من باب الحفظ وقيد بقوله (ولم يحضرها بعد جحودها) لأنه لو جحدها ثم أحضرها فقال له ربها دعها وديعة فإن أمكنه أخذها لم يضمن لأنه إيداع جديد وإلا ضمنها ، لأنه لم يتم الرد اختيار وقيد بقوله (لمالكها) لأنه لو جحدها لغيره لم يضمن ؛ لأنه من الحفظ فإذا تمت هذه الشروط لم يبرأ بإقراره إلا بعقد جديد ولم يوجد (ولو جحدها ثم ادعى ردها بعد ذلك وبرهن عليه قبل) وبرئ كما لو برهن أنه ردها قبل الجحود وقال غلطت فى الجحود أو نسيت أو ظننت أنى دفعتها) قبل برهانه ولو ادعى هلاكها قبل جحوده حلف المالك ما يعلم ذلك فإن حلف ضمنه وإن نكل برئ وكذا العارية منهاج ويضمن قيمتها يوم الجحود إن علم وإلا فيوم الإيداع عمادية بخلاف مضارب جحد ثم اشترى لم يضمن خانية (و) للمودع (له السفر بها) ولو لها حمل ودرر (عند عدم نهى المالك و) عدم (الخوف عليها) بالإخراج فلو نهاه وأخاف فإن له بد من السفر ضمن وإلا فإن سافر بنفسه ضمن وبأهله لا اختيار (ولو أودعا شيئا) مثليا أو قيميا

أن العقد ينفسخ بطلب المالك فقد عزل نفسه عن الحفظ ، فبقى مال الغير فى يده بغير إذنه فيكون مضمونا فإذا هلك تقرر الضمان سائحانى .

وفى التتارخانية عن الخانية ذكر الناطفى إذا جحد المودع الوديعة بحضرة صاحبها يكون ذلك فسخا للوديعة حتى لو نقلها المودع من المكان الذى كانت فيه حالة الجحود يضمن ، وإن لم ينقلها من ذلك المكان بعد الجحود فهلكت لا يضمن اه فتأمل (قوله خلاصة) لم يقتصر فى الخلاصة على هذا بل نقله عن غصب الأجناس ، ثم قال بعده وفى المنتقى : إذا كانت الوديعة والعارية مما يحول يضمن بالجحود وإن لم يحولها اه وذكر الرملى الظاهر أنه أى مافى الأجناس قول لم يظهر لأصحاب المتون صحته ، فلم ينظروا إليه فراجع المطولات يظهر لك ذلك (قوله لمالكها) أو وكيله كما فى التاترخانية (قوله ولو جحدها الخ) ولو قال : ليس له علىّ شىء ثم ادّعى الرد أو الهلاك يصدق ، ولو قال لم يستودعنى ، ثم ادّعى الرد أو الهلاك لايصدق بحر ، وكأن وجه الأول أن علىّ للدين فلم يكن منكرا للوديعة تأمل .

وفى جامع الفصولين : طلبها ربها فقال اطلبها غدا فقال فى الغد : تلفت قبل قولى اطلبها غدا ضمن لتناقضه . لا بعده طلبها فقال : أعطيكها ثم قال : لم أعطكها ولكن تلفت ضمن ولم يصدق للتناقض ، ثم قال وكل فعل يغرم به المودع يغرم به المرتهن (قوله كما لو برهن الخ) هكذا نقله فى الخانية والخلاصة : ونقل فى البحر عن الخلاصة أنه لا يصدق لكن فى عبارته سقط ، ويدل عليه أن الكلام فى البينة لا فى مجرد الدعوى ، حتى يقال لا يصدق ، وقد راجعت الخلاصة ، وكتبت السقط على هامش البحر فتنبه (قوله أنى دفعتها) بفتح همزة أنى وكسر نونها مشددة أى عند الإيداع (قوله إن علم) الأصوب علمت أى القسمة ونقل فى المنح قبله عن الخلاصة ضمان القيمة يوم الإيداع بدون تفصيل لكنه متابع فى النقل عن الخلاصة لصاحب البحر ، وفيما نقله سقط . فإن ما رأيته فى الخلاصة موافق لما فى العمادية فتنبه (قوله فيوم) بنصبه مضافا للإيداع (قوله جحد) أى قال لرب المال لم تدفع إلىّ شيئا (قوله اشترى) يعنى بعد ما أقر ورجع عن الجحود بأن قال بلى قد دفعت إلىّ بخلاف ما لو أقر جحد الشراء ، فيضمن والمبتاع له منح عن الخانية (قوله فإن له) بتسكين النون (قوله وبأهله لا) وأجمعوا على أنه لو سافر بها فى البحر يضمن قاله الإسبيجابى كذا فى العينى مدنى (قوله مثليا أو قيميا) وخلافهما

(لم) يجز أن (يدفع المودع إلى أحدهما حظه فى غيبة صاحبه) ولو دفع هل يضمن فى الدرر نعم وفى البحر الاستحسان لا فكان هو المختار (فإن أودع رجل عند رجلين ما يقسم اقتسماه وحفظ كل نصفه) كمرتهنين ومستبضعين ووصيين وعدلى رهن ووكيلى شراء (ولو دفعه) أحدهما (إلى صاحبه ضمن) الدافع (بخلاف مالا يقسم) لجواز حفظ أحدهما بإذن الآخر (ولو قال لا تدفع إلى عيالك أو احفظ فى هذا البيت فدفعها إلى مالا بد منه أو حفظها فى بيت آخر من الدار فإن كانت بيوت الدار مستوية فى الحفظ) أو أحرز (لم يضمن وإلا ضمن) لأن التقييد مفيد (ولا يضمن مودع المودع) فيضمن الأول فقط إن هلكت بعد مفارقته وإن قبلها لا ضمان ولو قال المالك : هلكت عند الثانى وقال : بل ردها وهلكت عندى لم يصدق :

فى الأول قياس على الدين المشترك بحر (قوله لم يجز) قدره بناء على ما سيأتى من أنه لو دفع لم يضمن ، فلم يبق المراد بنفى الدفع إلا عدم الجواز ، وسيأتى ما فيه . وفى البحر : وأشار بقوله لم يدفع إلى أنه لا يجوز له ذلك حتى لا يأمره القاضى بدفع نصيبه إليه فى قول أبى حنيفة ، وأما أنه لو دفع لا يكون قسمة اتفاقا حتى إذا هلك الباقى(١) رجع صاحبه على الآخذ بحصته وإلى أن لأحدهما أن يأخذ حصته منها إذا ظفر بها (قوله المودع) بفتح الدال (قوله إلى أحدهما) أى أحد المودعين بكسر الدال (قوله فى غيبة صاحبه) عند أبى حنيفة رحمه الله وهو مروى عن على رضى الله عنه وقالا له ذلك ، لأنه طلب نصيبه كما لو حضرا وبه قالت الثلاثة وإن كانت الوديعة من غير ذوات الأمثال ليس له ذلك إجماعا قاله العينى . وفى الدرر قيل الخلاف فى المثليات والقيميات معا والصحيح أنه فى المثليات فقط اهـ .

فتبين أن ما فى المتن والشرح غير الصحيح المجمع عليه شيخنا القاضى عبدالمنعم مدنى . قال الفقير محمدالبيطار : وأظن أن هذه القولة رجع عنها المؤلف لأنه شطب عليها شطبا لا يظهر جدا ، ورأيتنى أنى لا أكتبها لكن وقع فى قلبى شىء فأحببت كتابتها والتنبيه عليها فأعلمه بالمراجعة وفى الهامش وفى الدرر المنتقى لو دفع المودع إلى الحاضر نصفها . ثم هلك ما بقى وحضر الغائب قال أبو يوسف رحمة الله عليه : إن كان الدفع بقضاء فلا ضمان على أحد وإن كان بغير قضاء ، فإن الذى حضر يتبع الدافع بنصف ما دفع ويرجع به الدافع على القابض وإن شاء أخذ من القابض نصف ما قبض كذا فى الذخيرة فتاوى الهندية من الباب الثانى فى الوديعة فأفاد أن المودع لو دفع الكل لأحدهما بلا قضاء وضمنه الآخر حصته من ذلك ، فله الرجوع بما ضمنه على القابض اهـ (قوله هو المختار) قال المقدسى : مخالف لما عليه الأئمة الأعيان بل غالب المتون عليه متفقون ، وقال الشيخ قاسم اختار النسفى قول الإمام والمحبوبى وصدر الشريعة أبو السعود عن الحموى (قوله ضمن الدافع) أى النصف فقط كما فى الإصلاح ، وقوله الدافع أى لا القابض ، لأنه مودع المودع بحر (قوله لا بد منه) أشار إلى أنه لا بد أن تكون الوديعة مما يحفظ فى يد من منعه ، حتى لو كانت فرسا منعه من دفعها إلى امرأته أو عقد جوهر منعه من دفعه إلى غلامه فدفع ضمن بحر (قوله وإلا ضمن) كما إذا كان ظهر البيت المنهى عنه إلى السكة بحر (قوله فقط) أى فى إيداع قصدى . قال فى جامع الفصولين : دخل الحمام ووضع دراهم الوديعة مع ثيابه بين يدى الثيابى قال ح ضمن لإيداع المودع وقال صط : لا يضمن لأن الإيداع ضمنى وإنما يضمن بإيداع قصدى اهـ : ولو أودع بلا إذن ثم أجاز المالك خرج الأول من البين بحر عن الخلاصة (قوله لم يصدق) لأنه أقر بوجوب الضمان عليه ثم ادعى

---

(١) (قوله حتى إذا هلك الباقى الخ) وأما لو هلك ما فى يد الآخذ ليس له أن يشارك الغائب فيما بقى غاية البيان اهـ ط .

وفى الغصب منه يصدق لأنه أمين سراجية . وفى المجتبى القصار إذا غلط فدفع ثوب رجل لغيره فقطعه فكلاهما ضامن وعن محمد أصاب الوديعة شيء فأمر مودع رجلا ليعالجها فعطبت من ذلك فلربها تضمين من شاء لكن إن ضمن المعالج رجع عن الأول إن لم يعلم أنها لغيره وإلا لم يرجع اه (بخلاف مودع الغاصب) فيضمن أيا شاء وإذا ضمن المودع رجع على الغاصب وإن علم على الظاهر درر خلافا لما نقله القهستاني والباقاني والبرجندي وغيرهم فتنبه . (معه ألف ادعى رجلان كل منهما أنه له أودعه إياه فنكل عن الحلف لهما فهو لهما وعليه ألف آخر بينهما) ولو حلف لأحدهما

البراءة فلا يصدق إلا ببينة جامع الفصولين (قوله وفى الغصب الخ) أى إذا غصبت من الوديع فادعى الوديع الرد يصدق إذ لم يفعل الوديع ما يوجب الضمان ، فهو على ما كان أمين عند الرد وقبله بعده ، بخلاف دفعه للأجنبي لأنه موجب للضمان سائحانى .

[فرع] دفع إلى رجل ألف درهم وقال ادفعها إلى فلان بالرى فمات الدافع فدفع المودع المال إلى رجل ليدفعه إلى فلان بالرى فأخذ فى الطريق لا يضمن المودع لأنه وصى الميت(١) فلو كان الدافع حيا ضمن المودع ، لأنه وكيل إلا أن يكون الآخر فى عياله فلا يضمن حينئذ خانية برهن عليه أنه دفع إليه عشرة فقال دفعته إلىّ لأدفعه إلى فلان فدفعت يصح الدفع بزازية من الدعوى (قوله على الأول) فى جامع الفصولين : ولو ضمن المعالج رجع على المودع علم أنها للغير أولا إلا أن قال المودع ليست لى ولم أومر بذلك فحينئذ لا يرجع اه تأمل .

[فرع] ولو قال وضعتها بين يدىّ وقمت ونسيتها فضاعت يضمن ، ولو قال وضعتها بين يدى فى دارى والمسألة بحالها إن مما لا يحفظ فى عرصة الدار كصرة النقدين يضمن ، ولو كان مما تعد عرصتها حصنا له لا يضمن بزازية وخلاصة وفصولين وذخيرة وخانية ، وظاهره أنه يجب حفظ كل شيء فى حرز مثله تأمل لكن تقدم فى السرقة : أن ظاهر المذهب كل ما كان حرزا لنوع ، فهو حرز لكل الأنواع ، فيقطع بسرقة لؤلؤة من إصطبل تأمل : وقد يفرق بين الحرز فى السرقة والحرز فى الوديعة ، وذلك أن المعتبر فى قطع السارق بتلك الحرز وذلك لا يتفاوت باعتبار المحرزات ، والمعتبر فى ضمان المودع التقصير فى الحفظ ألا ترى أنه لو وضعها فى داره الحصينة وخرج وكانت زوجته غير أمينة يضمن ، ولو أحد سرقها يقطع لأن الدار حرز ، وإنما ضمن للتقصير فى الحفظ ولو وضعها فى الدار وخرج والباب مفتوح ولم يكن فى الدار أحد أو فى الحمام أو المسجد أو الطريق أو نحو ذلك وغاب يضمن مع أنه لا يقطع سارقها ، ونظائر هذا كثيرة فإذا اعتبرنا هنا الحرز المعتبر فى السرقة لزم أن لا يضمن فى هذه المسائل ونحوها فيلزم مخالفة ما أطبقوا عليه فى هذا الباب ، فظهر يقينا صحة ما قلنا من الفرق والله أعلم وبه ظهر جواب حادثة : وهى أن مودعا وضع بقجة شال غالية الثمن فى إصطبل الخيل فسرقت والجواب أنه يضمن وإن قطع سارقها والله تعالى أعلم (قوله بخلاف مودع الغاصب) والفرق بينهما على قول أبى حنيفة أن مودع الغاصب غاصب لعدم إذن المالك ابتداء وبقاء (قوله درر) وجزم به فى البحر (قوله فنكل عن الحلف) صور هذه المسألة ستة أقر لهما نكل لهما حلف لهما أقر لأحدهما ونكل للآخر أو حلف لكل لأحدهما وحلف للآخر سائحانى (قوله ولو حلف الخ) أشار إلى أن المودع يحلف إذا أنكر الإيداع كما إذا ادعى

---

(١) (قوله لأنه وصى الميت) قال شيخنا : صريحه أن الوكيل يصير وصيا بموت الموكل وإن لم يقل الموكل فى حياتى وبعد وفاتى وهو مخالف لما تقدم فى الوكالة من أنه لا يصير وصيا إلا بالمقالة المذكورة فليحرر هذا الفرع اه .

ونكل للآخر فالألف لمن نكل له (دفع إلى رجل ألفا وقال ادفعها اليوم إلى فلان فلم يدفعها حتى ضاعت لم يضمن) إذ لايلزمه ذلك (كما لوقال احمل إلى الوديعة فقال افعل ولم يفعل حتى مضى اليوم) وهلكت لم يضمن لأن الواجب عليه التخلية عمادية .

(قال) رب الوديعة (للمودع ادفع الوديعة إلى فلان فقال دفعت وكذبه) فى الدفع (فلان) وضاعت الوديعة (صدق المودع مع يمينه) لأنه أمين سراجية .

(قال) المودع ابتداء (لا أدرى كيف ذهبت لا يضمن على الأصح كما لو قال ذهبت ولا أدرى كيف ذهبت) فإن القول قوله بخلاف قوله لا أدرى أضاعت أم لم تضع أو لا أدرى وضعتها أو دفنتها فى دارى أو موضع آخر فإنه يضمن ولو لم يبين مكان الدفن لكنه قال سرقت من المكان المدفون فيه لا يضمن وتمامه فى العمادية .

الرد أو الهلاك ، أما لنفى التهمة أو لإنكاره الضمان وإلى أنه لو حلف لا شيء عليه لهما وإلى أن للقاضى أن يبدأ بأيهما شاء والأولى القرعة ، وإلى أنه لو نكل للأول يحلف للثانى ، ولا يقضى بالنكول بخلاف ماإذا أقر لأحدهما لأن الإقرار حجة بنفسه وتمامه فى البحر (قوله ونكل للآخر) فى التحليف للثانى يقول بالله ما هذه العين له ، ولا قيمتها لأنه لما أقر بها للأول ثبت له الحق فيها ، فلا يفيد إقراره فيها للثانى ، فلو اقتصر على الأول لكان صادقا بحر .

له على رجل دين فأرسل الدائن إلى مديونه رجلا ليقبضه فقال المديون دفعته إلى الرسول وقال دفعته إلى الدائن وأنكر الدائن فالقول قول الرسول(١) مع يمينه . والذى فى نور العين فالقول للمرسل بيمينه تأمل : قال الدائن ابعث الدين مع فلان فضاع من يد الرسول ضاع من المديون بزازية (قوله وضاعت) يعنى غابت ولم تظهر ولا حاجة إليه شيخنا (قوله على الأصح) مقتضاه أن الأجير المشترك لا يضمن : لكن أفتى الخير الرملى بالضمان وعزاه فى حاشية الفصولين إلى البزازية معللا بأنه تضييع فى زماننا تأمل (قوله بخلاف الخ) هذا مخالف لما فى جامع الفصولين ونور العين وغيرهما من أنه لا يضمن ، وهكذا رأيته فى نسخة المنح ، لكن لفظة لا ملحقة بين الأسطر وكأنها ساقطة من النسخ فنقلها الشارح هكذا فتنبه .

[فرع] فى الهامش وفى النوازل : مر بمال اليتيم على ظالم وخاف إن لم يهد إليه هدية أن يأخذه كله لا يضمن وكذا المضارب ، والمشايخ أخذوا بهذا القول أنقروى : وفى فتاوى النسفى : أنفق الوصى على باب القاضى يضمن الأعطى على وجه الرشوة لا على وجه الإجارة إذا لم يزد على أجر المثل أنقروى اه (قوله فإنه يضمن) قاضيخان قال : وضعتها فى دارى فنسيت المكان لا يضمن ، ولو قال وضعتها فى مكان حصين فنسيت الموضع ضمن ، لأنه جهل الأمانة كما لو مات مجهلا صح . وقيل لا يضمن كقوله ذهبت ولا أدرى كيف ذهبت ، ولو قال دفنت فى دارى أو فى موضع آخر ضمن ، ولو لم يبين مكان الدفن ولكنه قال سرقت من مكان دفنت فيه لم يضمن ، ولو دفنها فى الأرض يبرأ لو جعل هنالك علامة وإلا فلا وفى المفازة ضمن مطلقا ، ولو دفنها فى الكرم يبرأ لو حصينا بأن كان له باب مغلق ، ولو وضعها بلا دفن برئ لو موضعا لا يدخل فيه أحد بلا إذن . توجهت اللصوص نحوه فى مفازة فدفنها حذرا فلما رجع لم يظفر بمحل دفنه لو أمكنه أن يجعل فيه علامة ، ولم يفعل ضمن وكذا

---

(١) (قوله فالقول قول الرسول) أى فى حق براءة نفسه لافى براءة ذمة المديون إذ لو قبلنا قوله حتى فى براءة ذمة المديون لزم إيجاب دين على الدائن بمجرد قول الرسول لما أن الديون تقضى بأمثالها وقوله فالقول للمرسل أى فى بقاء دينه على الدائن ومثل هذا كثير فى الفروع اه .

[فروع] هدد المودع أو الوصى على دفع بعض المال إن خاف تلف نفسه أو عضوه فدفع لم يضمن ، وإن خاف الحبس أو القيد ضمن ، وإن خشى أخذ ماله كله فهو عذر كما لو كان الجابر هو الآخذ بنفسه فلا ضمان عمادية ،
خيف على الوديعة الفساد رفع الأمر للحاكم ليبيعه ولو لم يرفع حتى فسد فلا ضمان ، ولو أنفق عليها بلا أمر قاض فهو متبرع .
قرأ من مصحف الوديعة أو الرهن فهلك حالة القراءة لاضمان لأن له ولاية هذا التصرف صيرفية قال وكذا لو وضع السراج على المنارة وفيها أودع صكا وعرف أداء بعض الحق ومات الطالب وأنكر الوارث الأداء حبس المودع الصك أبدا . وفى الأشباه لا يبرأ مديون الميت بدفع الدين إلى الوارث وعلى الميت دين .
ليس للسيد أخذ وديعة العبد :
العامل لغيره أمانة لا أجر له إلا الوصى(١) والناظر إذا عملا :
قلت : فعلم منه أن لا أجر للناظر فى المسقف إذا أحيل عليه المستحقون فليحفظوا في الوهبانية :

ودافع ألف مقرضا ومقارضا ... وربح القراض الشرط جاز ويحذر
وأن يدعى ذو المال قرضا وخصمه ... قراضا فرب المال قد قيل أحذر
وفى العكس بعد الربح فالقول قوله ... كذلك فى الإبضاع ما يتغير
وإن قال قد ضاعت من البيت وحدها ... يصح ويستحلف فقد يتصور
أو تارك فى قوم لأمر صحيفة ... فراحوا وراحت يضمن المتأخر

لو أمكنه العود قريبا بعد زوال الخوف فلم يعد ثم جاء ولم يجدها لا او دفنها بإذن ربها فظاهر(٢) وضعها فى زمان القنية فى بيت خراب ضمن لو وضعها على الأرض لا لو دفنها نور العين (قوله ماله كله) أما لو خاف أخذ ماله ويبقى قدر الكفاية يضمن فصولين (قوله ولو أنفق الخ) ولو لم ينفق عليها المودع بالفتح حتى هلكت يضمن ، لكن نفقتها على المودع بالكسر منلا على حاوى الزاهدى (قوله على المنارة) فيما لو كانت المنارة وديعة (قوله أبدا) أى ما لم يقر الوارث بالأداء (قوله إلى الوارث) ظاهره سواء كان الدين مستغرقا لما دفعه أولا ، وسواء كان الدين مستغرقا أولا ، والظاهر أن يقيد عدم البراءة بما إذا كان الدين مستغرقا لما دفعه والوارث غيره مؤتمن كما قيده بهما في المودع إذا دفع الوديعة للوارث حموى (قوله وديعة العبد) تاجرا كان أو محجورا عليه دين أولا وهذا إن لم يعلم أن الوديعة كسب العبد ، فلو علم فله أخذها وكذا لو علم أنها للمولى تاترخانية (قوله قلت) القول لصاحب الأشباه قاله فى الهامش (قوله مقرضا) أى لصفه (قوله ومقارضا) أى مضاربا نصفه كذا فى الهامش (قوله وربح) مضبوط بالقلم(٣) بفتح الراء (قوله قراضا) أى مضاربة كذا فى الهامش (قوله فالقول قوله) أى قول رب المال. قال في الهامش: وإذا أقاما البينة فالبينة بينة العامل وإن هلك المال فى يد المضارب بعد ما اختلفا فالعامل ضامن جميع ما فى يده لرب المال عمل أو لم يعمل شرح وهبانية لابن الشحنة (قوله يضمن المتأخر) مفهومه

---

(١) (قول الشارح إلا الوصى الخ) أى وصى القاضى وقد نصبه بأجر وأما وصى الميت فلا يستحق الأجر كما فى الأشباه من الجمع والفرق فى الكلام على أجر المثل وقد علل الولوالجى عدم صحة الأجر له ولو جعله المعوف له لينفذ له وصاياه بأنه بقبول الوصية صار العمل واجبا عليه والاستئجار على هذا لايجوز اه ط .
(٢) (قوله فظاهر) هكذا فى النسخة المجموع منها ولعل صوابه فضاعت تأمل اه مصححه .
(٣) (قوله مضبوط بالقلم الخ) فيه توقف فليتأمل اه .

وتارك نشر الصوف صيفا فعث له　　يضمن وقرض الفار بالعكس يؤثر
إذا لم يسد الثقب من بعد عامه　　ولم يعلم الملاك ما هى تقرر

قلت : بقى لو سده مرة ففتحه الفار وأفسده لم يذكر وينبغى تفصيله كما مر فتدبر :

كتاب العارية

أخرها عن الوديعة لأن فيها تمليكا وإن اشتركا فى الأمانة ومحاسنها النيابة عن الله تعالى فى إجابة المضطر لأنها لا تكون إلا لمحتاج كالقرض فلذا كانت الصدقة بعشرة والقرض بثمانية عشر (هى) لغة مشددة وتخفف إعارة

أنهم إذا قاموا جملة ضمنوا وبه صرح قاضيخان ، ويظهر لى أن كل ما لا يقسم كذلك سائحانى قال فى الهامش : ولو ترك واحد لقوم وديعة وقام الكل دفعة وتركوها ولم يأخذها واحد منهم ضمنها الكل ابن الشحنة (قوله فعث) بالمثلثة (قوله ولم يعلم الخ) الواو بمعنى أو وبضم ياء يعلم كذا فى الهامش (قوله وينبغى) البحث للطرسوسى حيث قال : وينبغى أن يكون فيها التفصيل ، لأن الأمر دائر بين الإعلام للمودع أو السد بدونه ، وهو موجود وارتضاه ابن الشحنة وأقره الشرنبلالى :

[فروع] ربطها فى طرف كمه أو عمامته أو شدها فى منديل ، ووضعه فى كمه أو ألقاها فى جيبه ، ولم تقع فيه وهو يظن أنها وقعت فيه لا يضمن :

خرج وترك الباب مفتوحا ضمن لو لم يكن فى الدار أحد ولم يكن فى مكان يسمع حس الداخل :

جعلها فى الكرم فلو له حائط بحيث لا يرى المارة ما فى الكرم لا يضمن إذا أغلق الباب وإلا ضمن :

سوقى قام إلى الصلاة وفيه ودائع (١) لم يضمن إذ جيرانه يحفظونه وليس بإيداع المودع لكنه مودع لم يضيع وذكر الشارح (٢) ما يدل على الضمان فليتأمل عند الفتوى جامع الفصولين : وفى البزازية : والحاصل أن العبرة للعرف اه :

غاب رب الوديعة ولا يدرى أهو حى أم ميت يمسكها حتى يعلم موته ولا يتصدق بها بخلاف اللقطة وإن أنفق عليها بلا أمر القاضى فهو متطوع ، ويسأله القاضى البينة على كونها وديعة عنده ، وعلى كون المالك غائبا فإن رهن ، فلو مما يؤجر وينفق عليها من غلتها أمره به أو لا يأمره بالإنفاق يوما أو يومين أو ثلاثة رجاء أن يحضر المالك لا أكثر ، بل يأمره بالبيع وإمساك الثمن ، وإن أمره بالبيع ابتداء فلصاحبها الرجوع عليه به إذا حضر لكن فى الدابة يرجع بقدر القيمة لا بالزيادة . وفى العبد بالزيادة على القيمة بالغة ما بلغت ، ولو اجتمع من ألبانها شىء كثير أو كانت أرضا فأثمرت وخاف فساده فباعه لأمر القاضى فلو فى المصر أو فى موضع يتوصل إلى القاضى قبل أن يفسد ذلك ضمن تاترخانية من العاشر فى المتفرقات :

[تتمة] : فى ضمان المودع بالكسر فى قاضيخان مودع جعل فى ثياب الوديعة ثوبا لنفسه فدفعها إلى ربها ونسى ثوبه فيها فضاع عنده ضمنه ، لأنه أخذ ثوب الغير بلا إذنه والجهل فيه لا يكون عذرا قال فى نور العين ينبغى أن تقيد المسألة بما لو كان غير عالم ثم علم بذلك وضاع عنده وإلا فلا سبب للضمان أصلا ، فالظاهر أن قوله والجهل فيه لا يكون عذرا ليس على إطلاقه والله أعلم اه ملخصا :

كتاب العارية

(قوله مشددة) كأنها منسوبة إلى العار لأن طلبها عار وعيب صحاح ورده فى النهاية بأنه صلى الله عليه وسلم

---

(١) (قوله وفيه ودائع) هكذا فى الأصل ، ولعله عنده ودائع وفى حانوته مثلا وليحرر اه مصححه .

(٢) (قوله وذكر الشارح الخ) صوابه وذكر صش وهو رمز الصدر الشهيد تأمل اه .

الشيء قاموس : وشرعا (تمليك المنافع مجانا) أفاد بالتمليك لزوم الإيجاب والقبول ولو فعلا وحكمها كونها أمانة ، وشرطها : قابلية المستعار للانتفاع وخلوها عن شرط العوض ، لأنها تصير إجارة وصرح فى العمادية بجواز إعارة المشاع وإيداعه وبيعه يعنى ، لأن جهالة العين لاتفضى للجهالة لعدم لزومها وقالوا علف الدابة على المستعير وكذا نفقة العبد أما كسوته فعلى المعير وهذا إذا طلب الاستعارة فلو قال المولى خذه واستخدمه من غير أن يستعيره فنفقته على المولى أيضا لأنه وديعة :

(وتصح بأعرتك) لأنه صريح (وأطعمتك أرضى) أى غلتها لأنه صريح مجازا من إطلاق اسم المحل على الحال (ومنحتك) بمعنى أعطيتك (ثوبى أو جاريتى هذه وحملتك على دابتى هذه إذا لم يرد به) بمنحتك وحملتك (الهبة) لأنه صريح فيفيد العارية بلانية

باشر الاستعارة فلو كان العار فى طلبها لما باشرها وقوله على ماف المغرب(١) من أنها اسم من الإعارة وأخذها من العار العيب خطأ اهـ وفى المبسوط من التعاور ، وهو التناوب كما فى البحر وتخفف قال الجوهرى : منسوبة إلى العار ورده الراغب بأن العار يائى والعارية واوى ، وفى المبسوط إنها من العرية تمليك الثمار بلا عوض ورده المطرزى لأنه يقال استعاره منه فأعاره واستعاره الشيء على حذف من الصواب أن المنسوب إليه العارة اسم من الإعارة ويجوز أن تكون من التعاور التناوب قهستانى ملخصا (قوله تمليك) فيه رد على الكرخى القائل : بأنها إباحة وليست بتمليك ، ويشهد له انعقادها بلفظ التمليك ، وجواز أن يعير مالا يختلف بالمستعمل ، والمباح له لايبيح لغيره وانعقادها بلفظ الإباحة لأنه استعير للتمليك بحر (قوله واو فعلا) أى كالتعاطى فى القهستانى وهذا مبالغة على القبول ، وأما الإيجاب فلا يصح به ، وعليه يتفرع ماسيأتى قريبا من قول المولى خذه واستخدمه . والظاهر أن هذا هو المراد بما نقل عن الهندية ، وركنها الإيجاب من المعير ، وأما القبول من المستعير ، فليس بشرط عند أصحابنا الثلاثة اهـ أى القبول صريحا غير شرط بخلاف الإيجاب ، ولهذا قال فى التاترخانية إن الإعارة لاتثبت بالسكوت اهـ وإلا لزم أن لايكون أخذها قبولا (قوله بجواز إعارة المشاع) إعارة الجزء الشائع تصح كيفما كان فى التى تحتمل القسمة أو لاتحتملها من شريك أو أجنبى وكذا إعارة الشيء من اثنين أجمل أو فصل بالتنصيف أو بالإثلاث قنية (قوله وبيعه) وكذا إقراضه كما مر ، وكذا إيجاره من الشريك لا الأجنبى وكذا وقفه عند أبى يوسف خلافا لمحمد فيما يحتمل القسمة وإلا فجائز وتمامه فى أوائل هبة البحر فراجعه (قوله لأن جهالة الخ) أفاد أن الجهالة لاتفسدها قال فى البحر : والمراد بالجهالة جهالة المنافع المملكة لاجهالة العين المستعارة بدليل ماف الخلاصة لو استعار من آخر حمارا فقال ذلك الرجل : لى حماران فى الاصطبل فخذ أحدهما واذهب فأخذ أحدهما وذهب به يضمن إذا هلك ، ولو قال خذ أحدهما أيهما شئت لايضمن (قوله للجهالة) وفى بعض النسخ للمنازعة (قوله لأنه وديعة) أى أباح له بها الانتفاع (قوله لأنه صريح) أى حقيقة قال قاضى زاده الصريح عند علماء الأصول ماانكشف المراد منه فى نفسه فيتناول الحقيقة غير المهجورة والمجاز المتعارف اهـ ؛ فالأول أعرتك والثانى أطعمتك أرضى ط (قوله لأنه صريح) هذا ظاهر فى منحتك ، أما حملتك فقال الزيلعى إنه مستعمل

---

(١) (قوله وقوله على ماف المغرب الخ) لم يظهر لى مرجع الضمير على أن العبارة كلها لاتخلو عن نظر فالأوضح عبارة المصباح ونصه بعد أن قال : وتعاوروا الشيء واعتوروه تداولوه والعارية من ذلك والأصل فعلية بفتح العين . قال الأزهرى نسبة إلى العارة وهى اسم من الإعارة يقال أعرته الشيء إعارة وعارة مثل أطعته إطاعة وطاعة وأجبته إجابة وجابة ؛ وقال الليث : سميت عارية لأنها عار على طالبها ، وقال الجوهرى مثله وبعضهم يقول مأخوذ من عار الفرس إذا ذهب من صاحبه لخروجها من يد صاحبها وهما غلط لأن العارية من الواو لأن العرب يقولون هم يتعاورون العوارى ويتعورونها بالواو إذا عار بعضهم بعضا والعار وعار الفرس من الياء ، فالصحيح ماقال الأزهرى وقد تخفف العارية فى الشعر والجمع العوارى بالتخفيف وبالتشديد على الأصل انتهت عبارته اهـ مصححه ،

والهبة بها أى مجازا (وأخدمتك عبدى) وآجرتك دارى شهرا مجانا (ودارى) مبتدأ (لك) خبر (سكنى) تمييز أى بطريق السكنى (و) دارى لك (عمرى) مفعول مطلق أى أعمرتها لك عمرى (سكنى) تمييزه يعنى جعلت سكناها لك مدة عمرك (و) لعدم لزومها (يرجع المعير متى شاء) ولوموقتة أو فيه ضرر فتبطل وتبقى العين بأجر المثل كمن استعار أمة لترضع ولده وصار لايأخذ إلا ثديها فله أجر المثل إلى الفطام وتمامه فى الأشباه وفيها معزيا للقنية تلزم العارية فيما إذا استعار جدار غيره لوضع جذوعه فوضعها ثم باع المعير الجدار ليس للمشترى رفعها وقيل نعم إلا إذا شرطه وقت البيع :

قلت : وبالقيل جزم فى الخلاصة والبزازية وغيرهما واعتمده محشيها فى تنوير البصائر ولم يتعقبه ابن المصنف فكأنه ارتضاه فليحفظ (ولا تضمن

فيهما يقال حمل فلان فلانا على دابته يراد به الهبة تارة والعارية أخرى ، فإذا نوى أحدهما صحت نيته وإن لم تكن له نية حمل على الأدنى كى لايلزمه الأعلى بالشك اه وهذا يدل على أنه من المشترك بينهما لكن إنما أريد به العارية عند التجرد عن النية لئلا يلزمه الأعلى بالشك ط وانظر ماكتبناه على البحر عن الكفاية ففيه الكفاية (قوله بها) أى بالنية (قوله شهرا) فلو لم يقل شهرا لايكون إعارة بحر عن الخانية أى بل إجارة فاسدة ، وقد قيل بخلافه تاترخانية ، وينبغى هذا لأنه إذا لم يصرح بالمدة ، ولا بالعوض فأولى أن يكون إعارة من جعله إعارة مع التصريح بالمدة دون العوض شيخنا . ونقل الرملى فى حاشية البحر عن إجارة البزازية لاتنعقد الإعارة بالإجارة ، حتى لو قال آجرتك منافعها سنة بلا عوض تكون إجارة فاسدة لاعارية اه قال فتأمله مع هذا (قوله مجانا) أى بلا عوض (قوله مدة عمرك) هذا وجه آخر ذكره القهستانى وهو كون عمرى ظرفا (قوله ولو مؤقتة) ولكن يكره قبل تمام الوقت ، لأن فيه خلف الوعد ابن كمال .

أقول : من هنا تعلم أن خلف الوعد مكروه لاحرام وفى الذخيرة يكره تنزيها لأنه خاف الوعد ويستحب الوفاء بالعهد سائحانى (قوله فتبطل) أى بالرجوع (قوله فله أجر المثل) أى للمعير والأولى فعليه أى على المستعير (قوله للقنية) لم أجده فى القنية فى هذا المحل (قوله وقت البيع) أى إلا إذا شرط البائع وقت البيع بقاء الجذوع والوارث فى هذا بمنزلة المشترى إلا أن للوارث أن يأمره برفع البناء على كل حال كما فى المنذية . ومنه يعلم أن من أذن لأحد ورثته ببناء محل فى داره ثم مات فلباقى الورثة مطالبته برفعه إن لم تقع القسمة أو لم يخرج فى قسمه .

وفى جامع الفصولين : استعار دارا فبنى فيها بلا أمر المالك أو قال له ابن لنفسك ثم باع الدار بحقوقها يؤمر البانى بهدم بنائه ، وإذا فرط فى الرد بعد الطلب مع التمكن منه ضمن سائحانى . قال فى الهامش : وسيأتى مسألة من بنى فى دار زوجته فى شتى الوصايا وفيه زيادة مسألة السرداب على الجذوع فقال رجل : وضع جذوعه على حائط جاره بإذن الجار أو حفر سردابا فى داره بإذن الجار ثم باع الجار داره وأراد المشترى أن يرفع جذوعه وسردابه كان للمشترى ذلك إلا إذا كان البائع شرط فى البيع بقاء الجذوع والسرداب تحت الدار ، فحينئذ لايكون للمشترى أن يطالبه برفع ذلك وتمامه فى الخانية فى فصل مايتضرر به الجار اه (قوله وبالقيل الخ) وأفتى به فى الخيرية كذا فى الهامش (قوله فى الخلاصة) وكذا فى الخانية كما قدمنا عبارته قبيل دعوى النسب (قوله ولا تضمن) هذا إذا لم يتبين أنها مستحقة للغير فإن ظهر استحقاقها ضمنها ، ولا رجوع له على المعير لأنه متبرع ، والمستحق أن يضمن المعير ، وإذا ضمنه لارجوع له على المستعير ، بخلاف المودع إذا ضمنها للمستحق ، حيث يرجع على

بالهلاك من غير تعد) وشرط الضمان باطل كشرط عدمه فى الرهن خلافا للجوهرة (ولا تؤجر ولا ترهن) لأن الشيء لايتضمن ما فوقه (كالوديعة) فإنها لاتؤجر ولا ترهن بل ولاتودع ولا تعار بخلاف العارية على المختار ، وأما المستأجر فيؤاجر ويودع ويعار ولا يرهن ، وأما الرهن فكالوديعة .

وفى الوهبانية نظم تسع مسائل لا يملك فيها تمليكا لغيره بدون إذن سواء قبض أولا فقال :

ومالك أمر لا يملكه بدو ... ن أمر وكيل مستعير ومؤجر

ركوبا ولبسا فيهما ومضارب ... ومرتهن أيضا وقاض يؤمر

ومستودع مستبضع ومزارع ... إذا لم يكن من عنده البذر يبذر

قلت والعاشرة: وما للمساق أن يساق غيره ... وإن أذن المولى له ليس ينكر

(فإن آجر) المستعير (أو رهن فهلكت ضمنه المعير) للتعدى (ولا رجوع له) للمستعير (على أحد) لأنه بالضمان ظهر أنه آجر ملك نفسه ويتصدق بالأجرة خلافا للثانى (أو) ضمن (المستأجر) سكت عن المرتهن ه

المودع لأنه عامل له بحر (قوله بالهلاك) هذا إذا كانت مطلقة فلو مقيدة كأن يعيره يوما فلو لم يردها بعد مضيه ضمن إذا هلكت كما فى شرح المجمع وهو المختار كما فى العمادية اهـ قال فى الشرنبلالية : سواء استعملها بعد الوقت أولا وذكر صاحب المحيط وشيخ الإسلام: إنما يضمن إذا انتفع بعد مضى الوقت لأنه حينئذ يصير غاصبا أبو السعود (قوله للجوهرة) حيث جزم فيها بصيرورتها مضمونة بشرط الضمان ، ولم يقل فى رواية مع أن فيها روايتين كما يؤخذ من عبارة الزيلعى س (قوله على المختار) فإنها تعار أشباه قال محشيها : إذا كان مما لايختلف بالاستعمال كالسكنى والحمل والزراعة وإن شرط أن ينتفع هو بنفسه ، لأن التقييد بما لايختلف غير مفيد كما فى شروح المجمع س وفى البحر وله يعنى المستعير أن يودع على المفتى به ، وهو المختار وصحح بعضهم عدمه ويتفرع عليه مالو أرسلها على يد أجنبى فهلكت ضمن على الثانى لا الأول وسيأتى قريبا اهـ (قوله وأما المستأجر) فى وديعة البحر عن الخلاصة والوديعة لاتودع ولا تعار ولا تؤجر ولا ترهن ، والمستأجر يؤاجر ويعار ويودع ولم يذكر حكم الرهن ، وينبغى الخ وفى قول الخلاصة : وينبغى الخ كلام كتبناه فى هامش البحر (قوله ويودع) لكن الأجير المشترك يضمن بإيداع ما تحت يده لقول الفصولين ولو أودع الدلال ضمن سائحانى (قوله لايملكه) بتشديد اللام وابتداء البيت الثانى من نون دون (قوله ومؤجر) بفتح الجيم (قوله فيهما) أى الإعارة والإجارة وهذا لو قيد بلبسه وركوبه ، وإلا فقد مر ويأتى أنه يعير مايختلف لو لم يقيد بلابس وراكب سائحانى : الوكيل لايوكل والمستعير للبس أو ركوب ليس له أن يعير لمن يختلف استعماله والمستأجر ليس له أن يؤجر لغيره مركوبا كان أو ملبوسا إلا بإذن (قوله ومستودع) بفتح الدال (قوله ضمنه المعير) بتشديد ميم ضمنه مبنيا للفاعل والمعير فاعل والضمير فى ضمنه راجع للمستعير (قوله على أحد) عبارة مسكين على المستأجر وهكذا أقره القهستانى ، وقال : فلا فائدة فى النكرة العامة قال أبو السعود: وتعقبه شيخنا بأن سلب الفائدة ممنوع لجواز كون قيمة الرهن عشرين وكان رهنا بعشرة فلا يرجع بالزائد على المرتهن (قوله المستأجر) مفعول ضمن هكذا مضبوط بالقلم (قوله عن المرتهن) قال فى الشرنبلالية وسكت عما لو ضمن المرتهن ، فينظر حكمه قال شيخنا حكم المرتهن فى هذه الصورة حكم الغاصب كما ذكره نوح أفندى ، لأنه قبض مال الغير بلا إذنه ورضاه فيكون للمعير تضمينه وبأداء الضمان يكون الرهن هالكا على ملك مرتهنه ، ولا رجوع له على الراهن المستعير بما ضمن لما علمت من كونه غاصبا ويرجع بدينه اهـ وتقييده بقوله : ولا رجوع له على الراهن المستعير للاحتراز عما لو كان الراهن مرتهنا فإنه يرجع على

وفى شرح الوهبانية : الخامسة لا يملك المرتهن أن يرهن فيضمن وللمالك الخيار ويرجع الثانى على الأول (ورجع) المستأجر (على المستعير إذا لم يعلم بأنه عارية فى يده) دفعا لضرر الغرر (وله أن يعير ما اختلف استعماله أولا إن لم يعين) المعير (منتفعا و) يعير (ما لا يختلف إن عين) وإن اختلف لا للتفاوت وعزاه فى زواهر الجواهر للاختيار (ومثله) أى كالمعار (المؤجر) وهذا عند عدم النهى فلو قال لاتدفع لغيرك فدفع فهلك ضمن مطلقا خلاصة (فمن استعار دابة أو استأجرها مطلقا) بلا تقييد (يحمل) ما شاء (ويعير له) للحمل (ويركب) عملا بالإطلاق (وأيا فعل) أولا (تعين) مرادا (وضمن بغيره) إن عطبت حتى لوألبس أو أركب غيره لم يركب بنفسه بعده هو الصحيح كافى (وإن أطلق) المعير أو المؤجر (الانتفاع فى الوقت والنوع انتفع ما شاء أى وقت شاء) لما مر (وإن قيده) بوقت أو نوع أو بهما (ضمن بالخلاف إلى شر فقط) لا إلى مثل أو خير (وكذا تقييد

الأول أبو السعود وهذا ماذكره الشارح بقوله : وفى شرح الوهبانية الخ فليس بيانا لما سكت عنه المصنف كما يوهمه كلامه بل بيان لفائدة أخرى تأمل (قوله وفى شرح الخ) ظاهره أنه بيان لما سكت عنه المصنف مع أنه ليس من قبيله ، لأن الكلام فى المستعير إذا آجر أو رهن (قوله أن يرهن) أى بدون إذن الراهن شرح وهبانية كذا فى الهامش (قوله ويرجع الثانى) أى إن ضمن وإن ضمن الأول لايرجع على أحد ابن الشحنة كذا فى الهامش (قوله إن لم يعين) أى بأن نص على الإطلاق كما سنذكره قريبا كما لو استعار دابة للركوب أو ثوبا للبس له أن يعيرهما ، ويكون ذلك تعيينا للراكب واللابس ، فإن ركب هو بعد ذلك قال الإمام على البزدوى يكون ضامنا وقال السرخسى وخواهر زاده : لايضمن كذا فى فتاوى قاضيخان وصحح الأول فى الكافى بحر وسياق (قوله وإن اختلف) أى إن عين منتفعا واختلف استعماله لايعير للتفاوت ،قالوا الركوب واللبس مما اختلف استعماله والحمل على الدابة ، والاستخدام ، والسكنى مما لايختلف استعماله أبو الطيب مدنى (قوله المؤجر) بالفتح أى إذا آجر شيئا فإن لم يعين من ينتفع به فللمستأجر أن يعيره سواء اختلف استعماله أولا وإن عين يعير مالا يختلف استعماله لا مااختلف منح (قوله أو استأجرها) فله الحمل فى أى وقت وأى نوع شاء باقانى كذا فى الهامش (قوله مطلقا) أقول الظاهر أنه أراد بالإطلاق عدم التقييد بمنتفع معين ، لأنه سيذكر الإطلاق فى الوقت والنوع وإلا لزم التكرار تأمل (قوله بلا تقييد) قال فى التبيين : ينبغى أن يحمل هذا الإطلاق الذى ذكره هنا فيما يختلف باختلاف المستعمل كاللبس والركوب والزراعة على مااذا قال على أن أركب عليها من أشاء كما حمل الإطلاق الذى ذكره فى الإجارة على هذا اه وأقره فى الشرنبلالية فما أوهمه قول المؤلف بلا تقييد بالنظر لما يختلف لايتم ط :

قلت : فعلى هذا يحمل قول المصنف سابقا إن لم يعين بالنسبة للمختلف على مااذا نص على الإطلاق لا على مايشمل السكوت ، لكن فى الهداية لو استعار دابة ولم يسم شيئا له أن يحمل ويعير غيره للحمل ويركب غيره الخ فراجعها (قوله يحمل ماشاء) أى من أى نوع كان لا الحمل فوق طاقتها كما لو سلك طريقا لا يسلكه الناس فى حاجة إلى ذلك المكان ضمن إذ مطلق الإذن ينصرف إلى المتعارف ، وليس من المتعارف الحمل فوق طاقتها ، والتنظير فى ذلك والتعليل فى جامع الفصولين ، وسيأتى فى الإجارة مثله فى المتن كذا فى الهامش (قوله ويركب) بفتح أوله وضمه سائحانى (قوله أولا) بفتح الهمزة وتشديد الواو (قوله بغيره) أى فيما يختلف بالمستعمل كما يفيده السياق واللحاق سائحانى ، وقدمنا عن الزيلعى أنه ينبغى تقييد عدم الضمان فيما يختلف بما إذا أطلق الانتفاع فافهم (قوله انتفع) فلو لم يسم موضعا ليس له إخراجها من الفصولين (قوله أو بهما) فتتقيد من حيث الوقت كيفما كان وكذا من حيث الانتفاع فيما يختلف باختلاف المستعمل ، وفيما لايختلف لاتتقيد لعدم الفائدة كما مر ، ولم يذكر

الإجارة بنوع أو قدر) مثل العارية (عارية الثمنين والمكيل والموزون والمعدود والمتقارب) عندالإطلاق (قرض) ضرورة استهلاك عينها (فيضمن) المستعير (بهلا كها قبل الانتفاع) لأنه قرض حتى لو استعارها ليعير الميزان أو يزين الدكان كان عارية ولو أعار قصعة ثريد فقرض ولو بينهما مباسطة فإباحة وتصح عارية السهم ولا يضمن لأن الرمى يجرى مجرى الهلاك صيرفية (ولو أعار أرضا للبناء والغرس صح) للعلم بالمنفعة (وله أن يرجع متى شاء) لما تقرر أنها غير لازمة (ويكلفه قلعهما إلا إذا كان فيه مضرة بالأرض فيتركان بالقيمة مقلوعين) لئلا تتلف أرضه (وإن وقت) العارية (فرجع قبله) كلفه قلعهما (وضمن) المعير للمستعير (ما نقص) البناء والغرس (بالقلع)

التقييد بالمكان لكن أشار إليه الشارح فى الآخر : وذكره المصنف قبل قوله ولا تؤجر فقال : استعار دابة ليركبها فى حاجة إلى ناحية سماها فأخرجها إلى النهر ليسقيها فى غير تلك الناحية ضمن إذا هلكت ، وكذا إذا استعار ثورا ليكرب أرضه فكرب أرضا أخرى يضمن ، وكذا إذا قرنه بثور أعلى منه لم تجر العادة به : وفى البدائع : اختلفا فى الأيام أو المكان أو مايحمل فالقول للمعير بيمينه سائحانى . استعارها شهرا فهو على المصر وكذا فى إعارة خادم وإجارته وموصى له بخدمته فصولين (قوله قرض) أى إقراض لأن العارية بمعنى الإعارة كما مر وهى التمليك وتمامه فى العزمية (قوله حتى الخ) تفريع على مفهوم قوله عند الاطلاق (قوله ليعير) بتشديد الياء الثانية الأصل عاير والجوهرى نهى أن يقال عير يعقوبية (قوله أو يزين) بتشديد الياء الثانية (قوله كان عارية) لأنه عين الانتفاع وإنما تكون قرضا عند الإطلاق كما تقدم (قوله فقرض) فعليه مثلها أو قيمتها منح (قوله وتصح عارية السهم) أى ليغزو دار الحرب لأنه يمكن الانتفاع به فى الحال وإنه يحتمل عوده إليه برمى الكفرة بعد ذلك منح عن الصيرفية ، ونقل عنها قبل هذا أنه إن استعار سهما ليغزو دار الحرب لايصح ، وإن استعار ليرمى الهدف صح فإنه فى الأول لايمكن الانتفاع بعين السهم إلا بالاستهلاك وكل عارية كذلك تكون قرضا لا عارية اه (قوله ولا يضمن) عبارة الصيرفية كما فى المنح قال هو يصح عارية السلاح ، وذكر فى السهم أنه يضمن كالقرض ؛ لأن الرمى يجرى مجرى الهلاك وهذه النسخة التى نقلت منها نسخة مصححة عليها خطوط بعض العلماء ، وكان فى الأصل مكتوبا لايضمن فحك منها لفظة لا ويدل عليه تنظيره بقوله : كالقرض ولكن كان الظاهر على هذا أن يقال فى التعليل لأن الرمى يجرى مجرى الاستهلاك ، فتعبيره بالهلاك يقتضى عدم الضمان فتأمل وراجع (قوله للعلم) تأمل فى هذا التعليل استعار رقعة يرقع بها قيصه أو خشبة يدخلها فى بنائه أو آجرة ، فهو ضامن لأنه قرض إلا إذا قال لأردها عليك فهى عارية تاترخانية (قوله مقلوعين) أو يأخذ المستعير غراسه وبناءه بلا تضمين المعير هداية ، وذكر الحاكم أن له أن يضمن المعير قيمتها قائمين فى الحال ، ويكونان له وأن يرفعهما إلا إذا كان الرفع مضرا بالأرض ، فحينئذ يكون الخيار للمعير كما فى الهداية وفيه رمز إلى أن لاضمان فى العارية المطلقة : وعنه أن عليه القيمة وإلى أن لاضمان فى الموقتة بعد انقضاء الوقت ، فيقلع المعير البناء والغرس إلا أن يضر القلع ؛ فحينئذ يضمن قيمتهما مقلوعين لاقائمين كما فى المحيط قهستانى كذا فى الهامش (قوله مانقص البناء) هذا مشى عليه فى الكنز والهداية : وذكر فى البحر عن المحيط ضمان القيمة قائما إلا أن يقلعه المستعير ولاضرر ، فإن ضر فضمان القيمة مقلوعا ، وعبارة المجمع وألزمناه الضمان فقيل مانقصهما القلع ، وقيل قيمتهما ، ويملكهما وقيل إن ضر يخير المالك يعنى المعير يخير بين ضمان مانقص وضمان القيمة ، ومثله فى درر البحار والمواهب والملتقى وكلهم قدموا الأول وبعضهم جزم به وعبر عن غيره بقيل فلذا اختاره المصنف وهى رواية القدورى والثانى رواية الحاكم

بأن يقوم قائما إلى المدة المضروبة وتعتبر القيمة يوم الاسترداد بحر (وإذا استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه قبل أن يحصد الزرع وقتها أولا) فتترك بأجر المثل مراعاة للحقين فلو قال المعير : أعطيك البذر وكلفتك إن كان لم يثبت لم يجز ، لأن بيع الزرع قبل نباته باطل وبعد نباته فيه كلام أشار إلى الجواز فى المغنى نهاية (ومؤنة الرد على المستعير فلو كانت مؤقتة فأمسكها بعده فهلكت ضمنها) لأن مؤنة الرد عليه نهاية (إلا إذا استعارها ليرهنها) فتكون كالإجارة رهن الخانية (وكذا الموصى له بالخدمة مؤنة الرد عليه وكذا المؤجر والغاصب والمرتهن) مؤنة الرد عليهم لحصول المنفعة لهم هذا لو الإخراج بإذن رب المال وإلا فؤنة رد مستأجر ومستعار على الذى أخرجه إجارة البزازية بخلاف شركة ومضاربة وهبة قضى بالرجوع مجتبى (وإن رد المستعير الدابة مع عبده أو أجيره مشاهرة) لا مياومة (أو مع عبد ربها مطلقا) يقوم عليها أولا فى الصح (أو أجيره) أى مشاهرة كما مر فهلكت

الشهيد كما فى غرر الأفكار (قوله قائما) فلو قيمته قائما فى الحال أربعة وفى المآل عشرة ضمن ستة شرح الملتقى (قوله المضروبة) فيضمن مانقص عنها (قوله القيمة) أى ابتداؤها (قوله وقتها) بتشديد القاف (قوله فتترك الخ) نص فى البرهان على أن الترك بأجر استحسان ثم قال عن المبسوط : ولم يبين فى الكتاب أن الأرض تترك فى يد المستعير إلى وقت إدراك الزرع بأجر أو بغير أجر قالوا وينبغى أن تترك بأجر المثل كما لو انتهت مدة الإجارة والزرع بقل بعد اه شرنبلالية (قوله أعطيك البذر) بضم الهمزة والبذر مفعوله (قوله وكلفتك) بضم الكاف وتسكين اللام وفتح الباقى (قوله الجواز) وهو المختار كما فى الغياثية ط (قوله على المستعير) .

[فروع] علف الدابة على المستعير مطلقة أو مقيدة ونفقة العبد كذلك والكسوة على المستعير(١) بزازية وقدمه الشارح أول الترجمة وآخر النفقة . جاء رجل إلى مستعير ، وقال : إنى استعرت دابة عندك من ربها فلان فأمرنى بقبضها فصدقه ودفعها ثم أنكر المعير أمره بذلك ضمن المستعير ، ولا يرجع على القابض إذا صدقه فلو كذبه أو لم يصدقه أو شرط عليه الضمان فإنه يرجع :

قال : وكل تصرف هو سبب الضمان لو ادعى المستعير أنه فعله بإذن المعير فكذبه ضمن المستعير مالم يبرهن فصولين :

استعار قدرا لغسل الثياب ولم يسلمه حتى سرق ليلا ضمن بزازية تأمل (قوله لأن) مستدرك بفاء التفريع (قوله إلا إذا استعارها الخ) فمؤنة الرد على المعير والفرق ما أشار إليه لأن هذه إعارة فيها منفعة لصاحبها فإنها تصير مضمونة فى يد المرتهن ، وللمعير أن يرجع على المستعير بقيمته ، فكانت بمنزلة الإجارة خانية فقد حصل الفرق بين العارية للرهن وغيرها من وجهين الأول : هذا والثانى ما مر فى الباب قبله عند قوله بخلاف المستعير والمستأجر أنه لو خالف ثم عاد إلى الوفاق برىء عن الضمان أفاده فى البحر (قوله هذا الخ) الأولى ذكره قبل الغاصب ، لأنه راجع إلى كون مؤنة الرد على المؤجر يعنى إنما تكون عليه إذا أخرجه المستأجر بإذنه وإلا فعلى المستأجر ، فيكون كالمستعير : وفى البحر عن الخلاصة الأجير المشترك كالخياط ونحوه مؤنة الرد عليه لا على رب الثوب (قوله لو الإخراج) أى إلى بلد آخر مثلا والظاهر أن المراد بالإذن الإذن صريحا وإلا فالإذن دلالة موجود تأمل (قوله بخلاف شركة الخ) فإن أجرة ردها على صاحب المال والواهب كما فى المنح (قوله مع عبده) أى مع من فى عيال المستعير قهستانى قال فى الهامش ردها مع من فى عياله برىء جامع الفصولين (قوله لامياومة) لأنه ليس فى عياله قهستانى (قوله أو مع عبد الخ) أى مع من فى عيال المعير قهستانى (قوله يقوم عليها)

---

(١) (قوله والكسوة على المستعير الخ) لعل صوابه : المعير فإنه الذى قدمه الشارح تأمل اه .

قبل قبضها (برئ) لأنه أتى بالتسليم المتعارف (بخلاف نفيس) كجوهرة (وبخلاف الرد مع الأجنبي) أى (بأن كانت العارية مؤقته فقضت مدتها ثم بعثها مع الأجنبي) لتعديه بالإمساك بعد المدة (وإلا فالمستعير يملك الإيداع) فيما يملك الإعارة (من الأجنبي) به يفتي زيلعي فتعين حمل كلامهم على هذا وبخلاف رد وديعة ومغصوب إلى دار المالك فإنه ليس بتسليم (وإذا استعار أرضا) بيضاء (للزراعة يكتب المستعير) أنك (أطعمتني أرضك لأزرعها) فيخصص لئلا يعم البناء ونحوه (العبد المأذون يملك الإعارة

أى يتعاهدها كالسائس (قوله مع الأجنبي) قال فى الهامش المستأجر لورد الدابة مع أجنبي ضمن جامع الفصولين (قوله وإلا فالمستعير الخ) إشارة إلى فائدة اشتراط التوقيت قال الزيلعي : وهذا أى قوله بخلاف الأجنبي يشهد لمن قال من المشايخ إن المستعير ليس له أن يودع ، وعلى المختار تكون هذه المسألة محمولة على ما إذا كانت العارية موقتة فقضت مدتها ثم بعثها مع الأجنبي ، لأنه بإمساكها بعد يضمن لتعديه فكذا إذا تركها فى يد الأجنبي اه وفى البرهان : وكذا يعنى يبرأ لو ردها مع أجنبي على المختار بناء على ماقال مشايخ العراق من أن المستعير يملك الإيداع وعليه الفتوى ، لأنه لما ملك الإعارة مع أن فيها إيداعا وتمليك المنافع فلأن يملك الإيداع ، وليس فيه تمليك المنافع أولى ، وأولوا قوله وإن ردها مع أجنبي ضمن إذا هلكت بأنها موضوعة فيما إذا كانت العارية موقتة وقد انتهت باستيفاء مدتها ، وحينئذ يصير المستعير مودعا والمودع لا يملك الإيداع بالاتفاق اه شرنبلالية ؛

قلت : ومثله فى شروح الهداية ولكن تقدم متنا أنه يضمن فى المؤقتة ، وفى جامع الفصولين لو كانت العارية موقتة فأمسكها بعد الوقت مع إمكان الرد ضمن ، وإن لم يستعملها بعد الوقت هو المختار سواء توقتت نصا أو دلالة حتى إن من استعار قدوما ليكسر حطبا فكسره فأمسك ضمن ولو لم يوقت اه فعلى هذا فضمانه ليس بالإرسال مع الأجنبي إلا أن يحمل على ما إذا لم يمكنه الرد تأمل ، ومع هذا يبعد هذا التأويل التقييد ولا بالعبد والأجير فإنه على هذا لا فرق بينهما وبين الأجنبي ، حيث لا يضمن بالرد قبل المدة مع أى من كان ويضمن بعدها كذلك فهذا أدل دليل على قول من قال ليس له أن يودع وصححه فى النهاية كما نقله عنه فى التاترخانية (قوله فيما يملك) وهو ما لا يختلف وظاهره أنه يملك الإيداع فيما يختلف وليس كذلك . وعبارة الزيلعي ، وهذا لأن الوديعة أدنى حالا من العارية ، فإذا كان يملك الإعارة فيما لا يختلف ، فأولى أن يملك الإيداع على ما بينا ولا يختص بشيء دون شيء لأن الكل لا يختلف فى حق الإيداع ، وإنما يختلف فى حق الانتفاع اه اللهم إلا أن يقال ما عبارة عن الوقت : أى فى وقت يملك الإعارة ، وهو قبل مضى المدة إذا كانت موقتة ، وهو بعيد كما لا يخفى تأمل .

[فرع] فى الهامش إذا اختلف المعير والمستعير فى الانتفاع بالعارية فادعى المعير الانتفاع بقول(1) مخصوص فى زمن مخصوص ، وادعى المستعير الإطلاق القول قول المعير فى التقييد ، لأن القول له فى أصل الإعارة فكذا فى صفتها قارئ الهداية فى القول لمن (قوله على هـــذا) وهو كون العارية موقتة وقد مضت مدتها ثم بعثها مع الأجنبي لكن لا يخفى أن الضمان حينئذ بسبب مضى المدة لا من كونه بعثها مع الأجنبي ، إذ لا فرق حينئذ بينه وبين غيره (قوله وبخلاف) معطوف على قول المتن بخلاف وكان الأولى ذكره هناك تأمل (قوله فإنه ليس الخ) كذا فى الهداية ومسألة الغير خلافية ففي الخلاصة قال مشايخنا : يجب أن يبرأ قال فى الجامع الصغير الإمام قاضيخان السارق والغاصب لا يبرآن بالرد إلى منزل ربها أو مربطه أو أجيره أو عبده ما لم يردها إلى مالكها (قوله لأزرعها) اللام للتعليل (قوله فيخصص) أى فلا يقول أعرتني (قوله يملك الإعارة) وكذا الصبي المأذون وفى البزازية

---

(1) (قوله الانتفاع بقول الخ) لعل صوابه بنوع تأمل اه .

والمحجور إذا استعار واستهلكه يضمن بعد العتق، ولو أعار) عبد محجور عبدا محجورا (مثله فاستهلكها ضمن) الثانى (للحال ولو استعار ذهبا فقلده صبيا فسرق) الذهب (منه) أى من الصبى (فإن كان الصبى يضبط) حفظ (ما عليه) من اللباس (لم يضمن وإلا ضمن) لأنه إعارة والمستعير يملكها (وضعها) أى العارية (بين يديه فنام فضاعت لم يضمن لو نام جالسا) لأنه لايعد مضيعا لها (وضمن لو نام مضطجعا) لتركه الحفظ (ليس للأب إعارة مال طفله) لعدم البدل وكذا القاضى والوصى (طاب) شخص (من رجل ثورا عارية فقال أعطيك غدا فلما كان الغد ذهب الطالب وأخذه بغير إذنه واستعمله فمات) الثور (لا ضمان عليه) خانية عن إبراهيم ابن يوسف لكن فى المجتبى وغيره أنه يضمن:

(جهز ابنته بما يجهز به مثلها ثم قال كنت أعرتها الأمتعة إن العرف مستمرا) بين الناس (أن الأب يدفع ذلك) الجهاز (ملكا لا إعارة لا يقبل قوله) إنه إعارة لأن الظاهر يكذبه (وإن لم يكن) العرف (كذلك) أو تارة وتارة (فالقول له) به يفتى كما لو كان أكثر مما يجهز به مثلها فإن القول له اتفاقا (والأم) وولى الصغيرة (كالأب) فيما ذكره وفيما يدعيه الأجنبى بعد الموت لا يقبل إلا ببينة شرح وهبانية وتقدم فى باب المهر وفى الأشباه (كل أمين ادعى إيصال الأمانة إلى مستحقها قبل قوله) بيمينه (كالمودع إذا ادعى الرد والوكيل والناظر إذا ادعى الصرف إلى الموقوف عليهم) يعنى من الأولاد والفقراء وأمثالها وأما إذا ادعى الصرف إلى

استعار من صبى مثله كالقدوم ونحوه إن مأذونا، وهو ماله لاضمان وإن لغير الدافع المأذون يضمن الأول لاالثانى لأنه إذا كان مأذونا صح منه الدفع، وكان التالف حاصلا بتسليطه وإن الدافع محجورا يضمن هو بالدفع والثانى بالأخذ لأنه غاصب الغاصب اه (قوله واستهلكه الخ) لأن المعير سلطه على إتلافه وشرط عليه الضمان فصح تسليطه وبطل الشرط فى حق المولى درر كذا فى الهامش (قوله عبد محجور عبدا محجوراً) فعبد محجور فاعل أعار وصفة فاعله كما أن عبدا مفعوله وموصوف محجورا كذا ضبط بالقلم (قوله ضمن الثانى) لأنه أخذه بغير إذن فكان غاصبا (قوله للحال) لأن المحجور يضمن بإتلافه حالا درر كذا فى الهامش (قوله لأنه) علة لقوله لم يضمن (قوله يملكها) أى الإعارة (قوله وضعها) أى المستعير (قوله يديه) أى يد المستعير (قوله مضطجعا) هذا فى الحضر قال فى جامع الفصولين: المستعير إذا وضع العارية بين يديه ونام مضطجعا ضمن فى حضر لافى سفر، ولو نام فقطع رجل مقود الدابة فى يده لم يضمن فى حضر وسفر، ولو أخذ المقود من يده ضمن لو نام مضطجعا فى الحضر وإلا فلا اه وفى البزازية: نام المستعير فى المفازة ومقودها فى يده فقطع السارق المقود لايضمن وإن جذب المقود من يده ولم يشعر به يضمن قال الصدر: هذا إذا نام مضطجعا وإن جالسا لايضمن فى الوجهين وهذا لايناقض مامر أن لوم المضطجع فى السفر ليس بترك للحفظ، لأن ذاك فى نفس النوم وهذا فى أمر زائد على النوم اه وفيها استعار منه مرا للسقى واضطجع ونام، وجعل المر تحت رأسه لايضمن لأنه حافظ؛ ألا يرى أن السارق من تحت رأس النائم يقطع، وإن كان فى الصحراء وهذا فى غير السفر، وإن فى السفر لايضمن نام قاعدا أو مضطجعا والمستعار تحت رأسه أو بين يديه أو بحواليه يعد حافظا اه (قوله أنه يضمن) وبه جزم فى البزازية قال: لأنه أخذ بلا إذنه وقال ولو استعار من آخر ثوره غدا فقال نعم، فجاء المستعير غدا فأخذه فهلك لايضمن لأنه استعاره منه غدا وقال نعم فانعقدت الإعارة وفى المسألة الأولى وعد الإعارة لاغير (قوله جهز ابنته الخ) وفى الولوالجية إذا جهز الأب ابنته ثم بقية الورثة يطلبون القسمة منها، فإن كان الأب اشترى لها فى صغرها أو بعد ما كبرت وسلم إليها وذلك فى صحته فلا سبيل للورثة عليه ويكون للبنت خاصة اه منح كذا فى الهامش (قوله فإن القول له) ظاهره أن القول له حينئذ فى الجميع لافى الزائد على جهاز المثل وليحرر (قوله وأمثالهما) كالعلماء

وظائف المرتزقة فلا يقبل قوله فى حق أرباب الوظائف لكن لا يضمن ما أنكروه له بل يدفعه ثانيا من مال الوقف كما بسطه فى حاشية أخى زاده :

قلت : وقد مر فى الوقف عن المولى أبى السعود واستحسنه المصنف وأقره ابنه فليحفظ (وسواء كان فى حياة مستحقها أو بعد موته إلا فى الوكيل بقبض الدين إذا ادعى بعد موت الموكل أنه قبضه ودفعه له فى حياته لم يقبل قوله إلا ببينة بخلاف الوكيل بقبض العين) كوديعة قال قبضتها فى حياته وهلكت وأنكرت الورثة أو قال دفعتها إليه فإنه يصدق ، لأنه ينفى الضمان عن نفسه ، بخلاف الوكيل بقبض الدين ، لأنه يوجب الضمان على الميت وهو ضمان مثل المقبوض فلا يصدق وكالة الولوالجية :

والأشراف قال بعض الفضلاء : ينبغى أن يقيد بأن لايكون الناظر معروفا بالخيانة كأكثر نظار زماننا بل يجب أن لايفتوا بهذه المسألة حموى ط (قوله المرتزقة) مثل الإمام والمؤذن والبواب لأنه له شبها(١) بالأجرة بخلاف الأولاد ونحوهم لأنه صلة محضة (قوله أخى زاده) أى على صدر الشريعة (قوله مستحقها) أى الأمانات (قوله إلا فى الوكيل) أفاد الحصر قبول القول من وكيل البيع ويؤيده مافى وكالة الأشباه إذا قال بعد موت الموكل بعته من فلان بألف درهم وقبضتها وهلكت وكذبته الورثة فى البيع فإنه لايصدق إذا كان المبيع قائما بعينه بخلاف ماإذا كان هالكا سائحانى (قوله بعد موت الموكل) بخلافه فى حياته :

[فروع] شحى لو ذهب إلى مكان غير المسمى ضمن ولو أقصر منه ، وكذا لو أمسكها فى بيته ولم يذهب إلى المسمى ضمن قاضيخان ، لأنه أعارها للذهاب لا للإمساك فى البيت يقول الحقير يرد على المسألتين إشكال وهو أن المخالفة فيهما إلى خير لا إلى شر ، فكان الظاهر أن لا يضمن فيهما ولعل فى المسألة الثانية روايتين إذ قد ذكر فى يد لو استأجر قدوما لكسر الحطب فوضعه فى بيته فتلف بلا تقصير قيل ضمن وقيل لا شحى والمكث المعتاد عفو نور العين : إذا مات المعير أو المستعير تبطل الإعارة خانية .

استعار من آخر شيئا فدفعه ولده الصغير المحجور عليه إلى غيره بطريق العارية فضاع يضمن الصبى الدافع وكذا المدفوع إليه تاترخانية عن المحيط :

رجل استعار كتابا فضاع فجاء صاحبه وطالبه فلم يخبره بالضياع ووعده بالرد ثم أخبره بالضياع قال فى بعض المواضع إن لم يكن آيسا من رجوعه فلا ضمان عليه ، وإن كان آيسا ضمن لكن هذا خلاف ظاهر الرواية قال فى الكتاب يضمن لأنه متناقض ولوالجية :

وفيها استعار ذهبا فقلده صبيا فسرق إن كان الصبى يضبط حفظ ما عليه لا يضمن وإلا ضمن :

وفيها دخل بيته بإذنه فأخذ إناء لينظر إليه فوقع لا يضمن ولو أخذه بلا إذنه بخلاف ما لو دخل سوقا يباع فيه الإناء يضمن اهـ : جاء رجل إلى مستعير وقال : إنى استعرت دابة عندك من ربها فلان فأمرنى بقبضها فصدقه ودفعها ثم أنكر المعير أمره ضمن المستعير ولا يرجع على القابض ، فلو كذبه أو لم يصدقه أو شرط عليه الضمان فإنه يرجع قال ، وكل تصرف هو سبب للضمان لو ادعى المستعير أنه فعله بإذن المعير وكذبه المعير ضمن المستعير مالم يبرهن فصولين :

وفيه استعاره وبعث قنه ليأتى به فركبه قنه فهلك به ضمن القن ويباع فيه حالا بخلاف قن محجور أتلف وديعة قبلها بلا إذن مولاه اهـ (قوله فى حياته) أى الموكل (قوله مثل المقبوض) لأن الديون تقضى بأمثالها

---

(١) (قوله لأن له شبها بالأجرة) شبهه المولى أبو السعود بما إذا استأجر شخصا للبناء فى الجامع بأجرة معلومة ثم ادعى تسليم الأجرة إليه فإنه لايقبل قوله اهـ .

قلت : وظاهره أنه لا يصدق لا فى حق نفسه ولا فى حق الموكل وقد أفتى بعضهم أنه يصدق فى حق نفسه لا فى حق الموكل وحمل عليه كلام الولوالجية فيتأمل عند الفتوى .

[فروع] أوصى بالعارية ليس للورثة الرجوع .

العارية كالإجارة تنفسخ بموت أحدهما .

مات وعليه دين وعنده وديعة بغير عينها فالتركة بينهم بالحصص .

استأجر بعيرا إلى مكة فعلى الذهاب وفى العارية على الذهاب والمجىء لأن ردها عليه .

استعار دابة للذهاب فأمسكها فى بيته فهلكت ضمن لأنه أعارها للذهاب لا للإمساك .

استقرض ثوبا فأغار عليه الأتراك لم يضمن لأنه عارية عرفا .

استعار أرضا ليبنى ويسكن وإذا خرج فالبناء للمالك فللمالك أجر مثلها مقدار السكنى والبناء للمستعير لأن الإعارة تمليك بلا عوض فكانت إجارة معنى وفسدت بجهالة المدة وكذا لو شرط الخراج على المستعير لجهالة البدل والحيلة أن يؤجره الأرض سنين معلومة ببدل معلوم ثم يأمره بأداء الخراج منه .

استعار كتابا فوجد به خطأ أصلحه إن علم رضا صاحبه :

قلت : ولا يأثم بتركه إلا فى القرآن لأن إصلاحه واجب بخط مناسب . وفى الوهبانية :

وسفر رأى إصلاحه مستعيره ... يجوز إذا مولاه لا يتأثر

وفى معاياتها : وأى معير ليس يملك أخذ ما ... أعار وفى غير الرهان التصور

وهل واهب لابن يجوز رجوعه ... وهل مودع ماضيع المال يخسر

(قوله لا فى حق نفسه) أى فيضمن (قوله ولا فى حق الموكل) أى فى إيجاب الضمان عليه بمثل المقبوض (قوله بعضهم) هو من معاصرى صاحب المنح كما ذكره فيها وذكر الرملى فى حاشيتها أنه هو الذى لا محيد عنه ، وليس فى كلام أئمتنا ما يشهد لغيره تأمل اه :

قلت : وللشرنبلالى رسالة فى هذه المسألة فراجعها كما أشرنا إليه فى كتاب الوكالة وكتبت منها شيئا فى هامش البحر هناك (قوله بينهم) أى بين أصحاب الدين ورب الوديعة (قوله لأنه عارية) أى فلا يضمن إلا بالتعدى ولم يوجد (قوله بلا عوض) أى أو هنا جعل له عوض وفى البزازية دفع داره على أن يسكنها ويرمها ولا أجر فهى عارية ، لأن المرمة من باب النفقة وهى على المستعير . وفى كتاب العارية بخلافه سائحانى (قوله بجهالة المدة) عبارة البحر عن المحيط لجهالة المدة والأجرة لأن البناء مجهول فوجب أجر المثل اه فأفاد أن الحكم كذلك لو بين المدة لبقاء جهالة الأجرة وهو ظاهر (قوله لو شرط الخ) أى تكون إجارة فاسدة لأنه عليه ولما شرطه على المستعير ، فقد جعله بدلا عن المنافع فقد أتى بمعنى الإجارة والعبرة فى العقود للمعانى (قوله لجهالة البدل) أما لو كان خراج المقاسمة فلأن بعض الخارج يزيد وينقص وأما إذا كان خراجا موظفا فلأنه وإن كان مقدرا إلا أن الأرض إذا لم تحتمله ينقص عنه منح ملخصا (قوله منه) أى من ذلك البدل (قوله وأى معير الخ) أرض آجرها المالك للزراعة ثم أعارها من المستأجر وزرعها المستعير ، فلا يملك استرجاعها لما فيه من الضرر ، وتنفسخ الإجارة حين الإعارة ابن الشحنة كذا فى الهامش (قوله يجوز رجوعه) والجواب أن هذا الابن مملوك الغير والمملوك لا يملك شيئا فيقع لغيره وهو سيده فيصح الرجوع كذا فى الهامش (قوله وهل مودع) المودع لو دفع

كتاب الهبة

وجه المناسبة ظاهر (هي) لغة : التفضل على الغير ولو غير مال . وشرعا (تمليك العين مجانا) أي بلا عوض لا أن عدم العوض شرط فيه ، وأما تمليك الدين من غير من عليه الدين فإن أمره بقبضه صحت لرجوعها إلى هبة العين (وسببها إرادة الخير للواهب) دنيوى كعوض ومحبة وحسن ثناء وأخروى . قال الإمام أبو منصور يجب على المؤمن أن يعلم ولده الجود والإحسان كما يجب عليه أن يعلمه التوحيد والإيمان إذ حب الدنيا رأس كل خطيئة نهاية مندوبة وقبولها سنة قال صلى الله عليه وسلم « تهادوا تحابوا » :

(وشرائط صحتها في الواهب العقل والبلوغ والملك) فلا تصح هبة صغير ورقيق ولو مكاتبا :

الوديعة إلى الوارث بلا أمر القاضي ضمن إن كانت مستغرقة بالدين ولم يكن مؤتمنا وإلا فلا إذا دفع لبعضهم فوائد زينية كذا في الهامش :

كتاب الهبة

(قوله وجه المناسبة ظاهر) لأن ما قبلها تمليك المنفعة بلا عوض وهي تمليك العين كذلك (قوله مجانا) زاد ابن الكمال للحال لإخراج الوصية (قوله بلا عوض) أي بلا شرط عوض فهو على حذف مضاف ، لكن هذا يظهر لو قال بلا عوض كما في الكنز ، لأن معنى مجانا عدم العوض لا عدم اشتراطه على أنه اعترضه الحموى كما في أبي السعود بأن قوله بلا عوض نص في اشتراط عدم العوض والهبة بشرط العوض نقيضه فكيف يجتمعان اه أي فلايتم المراد بما ارتكبه ، وهو شمول التعريف للهبة بشرط العوض ، لأنه يلزم خروجها عن التعريف حينئذ كما نبه عليه في العزمية أيضا .

قلت : والتحقيق أنه إن جعلت الباء للملابسة متعلقة بمحذوف حالا من تمليك لزم ما ذكر أما لو جعل المحذوف خبرا بعد خبر أي هي كائنة بلاشرط عوض على معنى أن العوض فيها غير شرط بخلاف البيع والإجارة فلايرد ما ذكر فتدبر (قوله شرط فيه) وإلا لما شمل الهبة بشرط العوض ح (قوله وأما تمليك الدين الخ) جواب عن سؤال مقدر وهو أن تقييده بالعين مخرج لتمليك الدين من غير من عليه مع أنه هبة فيخرج عن التعريف ، فأجاب : بأنه يكون عينا مآلا فالمراد بالعين في التعريف ما كان عينا حالا أو مآلا قال بعض الفضلاء ولهذا لايلزم إلا إذا قبض وله الرجوع قبله فله منعه ، حيث كان بحكم النيابة عن القبض وعليه تبتنى مسألة موت الواهب قبل قبض الموهوب له في هذه فتأمل . بقي هل الإذن يتوقف على المجلس ؟ الظاهر نعم فليراجع ولا ترد هبة الدين ممن عليه فإنه مجاز عن الإبراء والفرد المجازي لا ينقض والله سبحانه أعلم اه (قوله صحت) أي ويكون وكيلا عنه فيه قال في البحر عن المحيط : ولو وهب دينا له على رجل وأمره أن يقبضه فقبضه جازت الهبة استحسانا فيصير قابضا للواهب بحكم النيابة ثم يصير قابضا لنفسه بحكم الهبة وإن لم يأذن بالقبض لم يجز اه .

وفي أبي السعود عن الحموى ، ومنه يعلم أن تصيير معلومه المتجمد للغير بعد فراغه له غير صحيح ما لم يأذنه بالقبض وهي واقعة الفتوى وقال في الأشباه صحت ، ويكون وكيلا قابضا للموكل ثم لنفسه ومقتضاه عزله عن التسليط قبل القبض اه (قوله قال الإمام) بيان للأخروى ح (قوله يعلم) بكسر اللام مشددة (قوله تهادوا تحابوا) بفتح تاء تهادوا وهائه وداله وإسكان واوه وتحابوا بفتح تائه وحائه وضم بائه مشددة (قوله ولو مكاتبا)

(و) شرائط صحتها (فى الموهوب أن يكون مقبوضا غير مشاع مميزا غير مشغول) كما سيتضح :
(وركنها) هو (الإيجاب والقبول) كما سيجيء :
(وحكمها ثبوت الملك للموهوب له غير لازم) فله الرجوع والفسخ (وعدم صحة(١) خيار الشرط فيها) فلو شرطه صحت إن اختارها قبل تفرقهما وكذا لو أبرأه صح الإبراء وبطل الشرط خلاصة :
(و) حكمها (أنها لا تبطل بالشروط الفاسدة) فهبة عبد على أن يعتقه تصح ويبطل الشرط (وتصح بإيجاب كوهبت ونحلت وأطعمتك هذا الطعام ولو) ذلك (على وجه المزاح) بخلاف أطعمتك أرضى فإنه عارية لرقبتها وإطعام لغلتها بحر (أو الإضافة إلى ما) أى إلى جزء (يعبر به عن الكل كوهبت لك فرجها وجعلته لك)

فغيره كالمدبر وأم الولد والمبعض بالأولى (قوله صحتها) أى بقائها على الصحة كما سيأتى (قوله مقبوضا) رجل أضل لؤلؤة فوهبها لآخر وسلطه على طلبها وقبضها متى وجدها . قال أبو يوسف : هذه هبة فاسدة لأنها على خطر والهبة لا تصح مع الخطر وقال زفر تجوز خانية (قوله مشاع) أى فيما يقسم كما يأتى وهذا فى الهبة ، وأما إذا تصدق بالكل على اثنين فإنه يجوز على الأصح بحر : أى بخلاف ما إذا تصدق بالبعض على واحد فإنه لا يصح كما يأتى آخر المتفرقات لكن سيأتى أيضا أنه لا شيوع فى الأولى وقد ذكر فى البحر هنا أحكام المشاع وعقد لها فى جامع الفصولين ترجمة فراجعه :

[فائدة] من أراد أن يهب نصف دار مشاعا يبيع منه نصف الدار بثمن معلوم ثم يبريه عن الثمن بزازية (قوله هو الإيجاب) وفى خزانة الفتاوى إذا دفع لابنه مالا فتصرف فيه الابن يكون للأب إلا إذا دلت دلالة التمليك بيرى :

قلت : فقد أفاد أن التلفظ بالإيجاب والقبول لا يشترط ، بل تكفى القرائن الدالة على التمليك كمن دفع لفقير شيئا وقبضه ولم يتلفظ واحد منهما بشيء وكذا يقع فى الهداية ونحوها فاحفظه ، ومثله ما يدفعه لزوجته أو غيرها قال : وهبت منك هذه العين فقبضها الموهوب له بحضرة الواهب ولم يقل قبلت صح لأن القبض فى باب الهبة جار مجرى الركن فصار كالقبول والواجبة . وفى شرح المجمع لابن ملك عن المحيط لو كان أمره بالقبض حين وهب لا يتقيد بالمجلس ويجوز قبضه بعده (قوله والقبول) فيه خلاف ففى القهستانى وتصح الهبة بكوهبت وفيه دلالة على أن القبول ليس بركن كما أشار إليه فى الخلاصة وغيرها : وذكر الكرمانى أن الإيجاب فى الهبة عقد تام : وفى المبسوط : أن القبض كالقبول فى البيع ، ولذا لو وهب الدين من الغريم لم يفتقر إلى القبول كما فى الكرمانى لكن فى الكافى والتحفة أنه ركن ، وذكر فى الكرمانى : أنها تفتقر إلى الإيجاب لأن ملك الإنسان لا ينقل إلى الغير بدون تمليكه ، وإلى القبول لأنه إلزام الملك على الغير ، وإنما يحنث إذا حلف أن لا يهب فوهب ولم يقبل ، لأن الغرض عدم إظهار الجود وقد وجد الإظهار ، ولعل الحق الأول فإن فى التأويلات التصريح بأنه غير لازم ولذا قال أصحابنا : لو وضع ماله فى طريق ليكون ملكا للرافع جاز اه وسيأتى تمامه قريبا (قوله فلو شرطه) بأن وهبه على أن الموهوب له بالخيار ثلاثة أيام (قوله وكذا لو الخ) أى لا يصح خيار الشرط أى لو أبرأه على أنه بالخيار ثلاثة أيام يصح الإبراء ، ويبطل الخيار منح وهذا مخالف لما مر فى باب خيار الشرط (قوله المزاح)

---

(١) (قول المصنف وعدم صحة الخ) مقتضى هذا التعبير أن الهبة تصح ويبطل الشرط وليس كذلك وإلا لما احتيج إلى تقييد اختياره بالمجلس فكان الصواب أن يقول : وعدم صحتها بخيار الشرط وإسقاط أداة التشبيه فى مسألة الإبراء لأن الإبراء يصح ويبطل الشرط اه ط بتصرف إلا أن مسألة الإبراء فيها قولان هل يصح الإبراء دون الشرط أو يبطل الإبراء فلعل الشارح جرى على الثانى اه

لأن اللام للتمليك بخلاف جعلته باسمك فإنه ليس بهبة وكذا هى لك حلال إلا أن يكون قبله كلام يفيد الهبة خلاصة (وأعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة) ناويا بالحمل الهبة كما مر (وكسوتك هذا الثوب ودارى لك هبة) أو عمرى (تسكنها) لأن قوله تسكنها مشورة لا تفسير لأن الفعل لا يصلح تفسيرا للاسم فقد أشار عليه فى ملكه بأن يسكنه فإن شاء قبل مشورته وإن شاء لم يقبل (لا) لو قال (هبة سكنى أو سكنى هبة) بل تكون عارية أخذا بالمتيقن ؛

وحاصله : أن اللفظ إن أنبأ عن تملك الرقبة فهبة أو المنافع فعارية أو احتمل اعتبر النية نوازل وفى البحر اغرسه باسم ابنى الأقرب الصحة

رده المقدسى(١) على صاحب البحر وأجبنا عنه فى هامشه (قوله بخلاف جعلته باسمك) قال فى البحر: قيد بقوله لك لأنه لو قال جعلته باسمك لايكون هبة ولهذا قال فى الخلاصة لو غرس لابنه كرما إن قال جعلته لابنى يكون هبة وإن قال باسم ابنى لايكون هبة ولو قال أغرس باسم ابنى فالأمر متردد وهو إلى الصحة أقرب اهـ : وفى المنح عن الخالية بعد هذا قال جعلته لابنى فلان يكون هبة لأن الجعل عبارة عن التمليك وإن قال أغرس باسم ابنى لايكون هبة وإن قال : جعلته باسم ابنى يكون هبة لأن الناس يريدون به التمليك والهبة اهـ : وفيه مخالفة لما فى الخلاصة كما لايخفى اهـ : قال الرملى : أقول : ما فى الخالية أقرب لعرف الناس تأمل اهـ ؛ وهنا تكملة لهذه لكنى أظن أنها مضروب عليها لفهمها مما مر وهى وظاهره أنه أقره على المخالفة وفيه أن ما فى الخالية فيه لفظ الجعل وهو مراد به التمليك بخلاف ما فى الخلاصة اهـ تأمل نعم عرف الناس التمليك مطلقا تأمل (قوله ليس بهبة) بقى ما لو قال ملكتك هذا الثوب مثلا فإن قامت قرينة على الهبة صحت وإلا فلا لأن التمليك أعم منها لصدقه على البيع والوصية والإجارة وغيرها وانظر ما كتبناه فى آخر هبة الحامدية وفى الكازرونى أنها هبة ؛

[فروع] : فى الهامش رجل قال لرجل : قد متعتك بهذا الثوب أو هذه الدراهم فقبضها فهى هبة وكذا لو قال لامرأة قد تزوجها على مهر مسمى قد متعتك بهذه الثياب أو بهذه الدراهم فهى هبة كذا فى محيط السرخسى فتاوى هندية ؛

أعطى لزوجته دنانير لتتخذ بها ثيابا وتلبسها عنده فدفعتها معاملة فهى لها قنية ؛

اتخذ لولده الصغير ثوبا يملكه وكذا الكبير بالتسليم بزازية ؛

لو دفع إلى رجل ثوبا وقال ألبس لنفسك ففعل يكون هبة ولو دفع دراهم وقال أنفقها عليك يكون قرضا باقانى ؛

اتخذ لولده ثيابا ليس له أن يدفعها إلى غيره إلا إذا بين وقت الاتخاذ أنها عارية وكذا لو اتخذ لتلميذه ثيابا فأبق التلميذ فأراد أن يدفعها إلى غيره بزازية كذا فى الهامش (قوله مشورة) بضم الشين أى فقد أشار فى ملكه بأن يسكنه فإن شاء قبل مشورته وإن شاء لم يقبل كقوله هذا الطعام لك تأكله أو هذا الثوب لك تلبسه بحر (قوله لو قال هبة سكنى) منصوب على الحال أو التمييز بحر (قوله أو سكنى هبة) بالنصب (قوله باسم ابنى) قدمنا الكلام فيه تقريبا ؛

---

(١) (قوله رده المقدسى) ونص عبارته : الذى فى الخلاصة أنه طلب الهبة مزاحا لاجدا فوهبه جدا وسلم صحت الهبة لأن الواهب غير مازح وقد قبل الموهوب له قبولا صحيحا اهـ وما نقله المصنف عن الخلاصة مستدلا به على ما فى متنه لايفيده فإنه نحو ما فى الخلاصة ، وعبارتها لو قال هب لى هذا الشيء على وجه المزاح فقالت وهبت إليك وسلم جاز اهـ وكذا ما فى القهستانى لايفيده ونصه ويدخل فيه ما يكون على وجه المزاح فلو قال وهبت لى كذا فقال وهبت وقال الآخر قبلت وسلم إليه جاز اهـ كذا فى ط .

(و) تصح (بقبول) أي في حق الموهوب له أما في حق الواهب فتصح بالإيجاب وحده ، لأنه متبرع حتى لو حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل برّ وبعكسه حنث بخلاف البيع (و) تصح (بقبض بلا إذن في المجلس) فإنه هنا كالقبول فاختص بالمجلس (وبعده به) أي بعد المجلس بالإذن وفي المحيط لو كان أمره بالقبض حين وهبه لا يتقيد بالمجلس ويجوز القبض بعده (والتمكن من القبض كالقبض فلو وهب لرجل ثيابا في صندوق مقفل ودفع إليه الصندوق لم يكن قبضا) لعدم تمكنه من القبض (وإن مفتوحا كان قبضا لتمكنه منه) فإنه كالتخلية في البيع اختيار وفي الدرر والمختار صحته بالتخلية في صحيح الهبة لا فاسدها وفي النتف ثلاثة عشر عقدا لا تصح بلا قبض (ولو نهاه) عن القبض (لم يصح) قبضه (مطلقا) ولو في المجلس لأن الصريح أقوى من الدلالة (وتم) الهبة (بالقبض) الكامل (ولو الموهوب شاغلا لملك الواهب لا مشغولا به) والأصل أن الموهوب إن مشغولا بملك الواهب منع تمامها ،

أقول : قوله جعلته باسمك غير صحيح كما مر فكيف يكون ما هو أدنى رتبة منه أقرب إلى الصحة سائحاني ؛

قلت : قد يفرق بأن ما مر ليس خطابا لابنه بل لأجنبي ، وما هنا مبنى على العرف تأمل (قوله وتصح بقبول) أي ولو فعلا ومنه وهبت جاريتي هذه لأحدكما فليأخذها من شاء فأخذها رجل منهما تكون له وكان أخذه قبولا وما في المحيط من أنها تدل على أنه لا يشترط في الهبة القبول مشكل بحر ؛

قلت : يظهر لي أنه أراد بالقبول قولا وعليه يحمل كلام غيره أيضا وبه ظهر التوفيق بين القولين باشتراط القبول وعدمه والله الموفق وقدمنا نظيره في العارية وانظر ما كتبناه على البحر: نعم القبول شرط لو كان الموهوب في يده كما يأتي (قوله بخلاف البيع) فإنه إن لم يقبل لم يحنث (قوله صحته) أي القبض بالتخلية قال في التاترخانية وهذا الخلاف في الهبة الصحيحة ، فأما الهبة الفاسدة فالتخلية ليست بقبض اتفاقا والأصح أن الإقرار بالهبة لا يكون إقرارا بالقبض خانية (قوله وفي النتف ثلاثة عشر) أحدها الهبة والثاني الصدقة والثالث الرهن والرابع الوقف في قول محمد بن الحسن والأوزاعي وابن شبرمة وابن أبي ليلى والحسن بن صالح : والخامس : العمرى ، والسادس : النحلة ، والسابع : الجنين ، والثامن : الصلح ، والتاسع : رأس المال في السلم ، والعاشر : البدل في السلم إذا وجد بعضه زيوفا فإن لم يقبض بدلها قبل الافتراق بطل حصتها من السلم ، والحادي عشر : الصرف ، والثاني عشر : إذا باع الكيلي بالكيلي والجنس مختلف مثل الحنطة بالشعير جاز فيه التفاضل لا النسيئة ، والثالث عشر : إذا باع الوزني بالوزني مختلفا مثل الحديد بالصفر أو الصفر بالنحاس أو النحاس بالرصاص جاز فيها التفاضل لا النسيئة منح الغفار كذا في الهامش (قوله بالقبض) فيشترط القبض قبل الموت ولو كانت في مرض الموت للأجنبي كما سبق في كتاب الوقف كذا في الهامش (قوله بالقبض الكامل) وكل الموهوب له رجلين بقبض الدار فقبضاها جاز خانية (قوله منع تمامها) إذ القبض شرط فصولين وكلام الزيلعي يعطي أن هبة المشغول فاسدة والذي في العمادية أنها غير تامة قال الحموي في حاشية الأشباه : فيحتمل أن في المسألة روايتين كما وقع الاختلاف في هبة المشاع المحتمل للقسمة ، هل هي فاسدة أو غير تامة ؟ والأصح كما في البناية أنها غير تامة ، فكذلك هنا كذا بخط شيخنا ومنه يعلم ما وقعت الإشارة إليه في الدر المختار ، فأشار إلى أحد القولين بما ذكره أولا من عدم التمام ، وإلى الثاني بما ذكره آخرا من عدم الصحة فتدبر أبو السعود ؛

واعلم أن الضابط في هذا المقام أن الموهوب إذا اتصل بملك الواهب اتصال خلقة وأمكن فصله لا تجوز هبته ما لم يوجد الانفصال والتسليم كما إذا وهب الزرع أو الثمر بدون الأرض والشجر أو بالعكس، وإن اتصل اتصال

وإن شاغلا لا فلو وهب جرابا فيه طعام الواهب أو دارا فيها متاعه أو دابة عليها سرجه وسلمها كذلك لا تصح وبعكسه تصح فى الطعام والمتاع والسرج فقط لأن كلا منها شاغل الملك لواهب لامشغول به لأن شغله بغير ملك واهبه لا يمنع وتمامها كرهن وصدقة لأن القبض شرط تمامها وتمامه فى العمادية وفى الأشباه هبة المشغول لاتجوز إلا إذا وهب الأب لطفله :

قلت : وكذا الدار المعارة والتى وهبتها لزوجها على المذهب لأن المرأة ومتاعها فى يد الزوج فصح التسليم وقد غيرت بيت الوهبانية فقلت :

مجاورة فإن كان الموهوب مشغولا بحق الواهب لم يجز ، كما إذا وهب السرج على الدابة ، لأن استعمال السرج إنما يكون للدابة فكانت للواهب عليه يد مستعملة ، فتوجب نقصانا فى القبض ، وإن لم يكن مشغولا جاز كما إذا وهب دابة مسرجة دون سرجها لأن الدابة تستعمل بدونه، ولو وهب الحمل عليها دونها جاز ، لأن الحمل غير مستعمل بالدابة ولو وهب دارا دون ما فيها من متاعه لم يجز وإن وهب مافيها وسلمه دونها جاز كذا فى المحيط شرح مجمع (قوله وإن شاغلا) تجوز هبة الشاغل لا المشغول فصولين :

أقول : هذا ليس على إطلاقه فإن الزرع والشجر فى الأرض شاغل لامشغول ومع ذلك لاتجوز هبته لانصاله بها تأمل خير الدين على الفصولين (قوله فلو وهب الخ) وإن وهب دارا فيها متاع وسلمها كذلك ثم وهب المتاع منه أيضا جازت الهبة فيهما(١) لأنه حين هبة الدار لم يكن للواهب فيها شىء وحين هبة المتاع فى الأولى زال المانع عن قبض الدار لكن لم يوجد بعد ذلك فعل فى الدار ليتم قبضه فيها فلا ينقلب القبض الأول صحيحا فى حقها بحر عن المحيط (قوله وسلمها كذلك الخ) قال صاحب الفصولين : فيه نظر إذ الدابة شاغلة للسرج واللجام لا مشغولة يقول الحقير صل : أى الأصل عكس فى هذا ، والظاهر أن هذا هو الصواب يؤيده ما فى قاضيخان وهب أمة عليها حلى وثياب وسلمها جاز ، ويكون الحلى وما فوق ما يستر عورتها من الثياب للواهب لمكان العرف ، ولو وهب الحلى والثياب دونها لايجوز حتى ينزعهما ويدفعهما إلى الموهوب له ، لأنهما ما دام عليها يكون تبعا لها ومشغولا بالأصل فلا تجوز هبته نور العين (قوله لأن شغله) تعليل لقوله لا مشغول به أى بملك الواهب حيث قيده بملك الواهب فافهم :

أقول : الذى فى البحر والمنح وغيرهما تصوير المشغول بملك الغير بما إذا ظهر المتاع مستحقا أو كان غصبه الواهب أو الموهوب له وانظر ما كتبناه على البحر عن جامع الفصولين (قوله بغير ملك واهبه) وفى بعض النسخ بملك غير واهبه اه (قوله كرهن وصدقة) أى كما أن شغل الرهن والصدقة بملك غير الراهن وغير المتصدق لايمنع تمامها كما المحيط وغيره مدنى قال فى المنح وكل جواب عرفته فى هبة الدار والجوالق بما فيها من المتاع فهو الجواب فى الرهن والصدقة لأن القبض شرط تمامهما كالهبة (قوله إلا إذا وهب) كأن وهبه دارا(٢) والأب ساكنها أوله فيها متاع لأنها مشغولة بمتاع القابض وهو مخالف لما فى الخانية فقد جزم أولا بأنه لا تجوز ثم قال وعن أبى حنيفة فى المجرد تجوز ويصير قابضا لابنه تأمل (قوله وكذا الدار) مستدرك بأن الشغل هنا بغير ملك الواهب والمراد شغله بملكه (قوله المعارة) أى لو وهب طفله دارا يسكن فيها قوم بغير أجر جاز ويصير قابضا لابنه لا او كان

---

(١) (قوله جازت الهبة فيهما) فيه سقط ، وأصله : جازت الهبة فى المتاع خاصة وإن بدأ فوهب له المتاع وقبض الدار والمتاع ثم وهب الدار جازت الهبة فيهما اه .

(٢) (قوله كأن وهبه دارا الخ) الذى نقله أبو السعود فى حواشى الأشباه من الولوالجية والبزازية أن ماعليه الفتوى هو الجواز وأنه قول أبى يوسف اه .

ومن وهبت للزوج دارا لها بها متاع وهم فيها تصح المحرر

وفى الجوهرة وحيلة هبة المشغول أن يودع الشاغل أولا عند الموهوب له ثم يسامه الدار مثلا فتصح لشغلها بمتاع فى يده (فى) متعلق بتم (محوز) مفرغ (مقسوم ومشاع لا) يبقى منتفعا به بعد أن (يقسم) كبيت وحمام صغيرين لأنها (لا) تتم بالقبض (فيما يقسم واو) وهبه (لشريكه) أو لأجنبى لعدم تصور القبض الكامل كما فى عامة الكتب فكان هو المذهب وفى الصيرفية عن العتابى وقيل يجوز لشريكه وهو المختار (فإن قسمه وسلمه صح) لزوال المانع (ولو سلمه شائعا لا يملكه فلا ينفذ تصرفه فيه) فيضمنه وينفذ تصرف الواهب درر. لكن فيها عن الفصولين الهبة الفاسدة تفيد الملك

بأجر كذا نقل عن الخانية (قوله تصح المحرر) وكان أصله . وهم فيها فقولان ىر بر . بضم الميم(١) من هم لأجل الوزن (قوله مفرغ) تفسير لمحوز واحترز به عن هبة التمر على النخل ونحوه لما سيأتى درر (قوله بعد أن يقسم) ويشترط فى صحة هبة المشاع الذى لا يحتملها لا يكون قدرا معلوما حتى لو وهب نصيبه من عبد ولم يعلمه به لم يجز ، لأنها جهالة توجب المنازعة بحر وانظر ما كتبناه عليه (قوله وحمام) فيه أن الحمام مما لا يقسم مطلقا ح كذا فى الهامش (قوله فى عامة الكتب) وصرح به الزيلعى وصاحب البحر منح (قوله هو المذهب) راجع لمسألة الشريك كما فى المنح (قوله وهو المختار) قال الرملى : وجد بخط المؤلف يعنى صاحب المنح بإزاء هذا ما صورته ولا يخفى عليك أنه اختلاف المشهور (قوله فإن قسمه) أى الواهب بنفسه أو نائبه أو أمر الموهوب له بأن يقسم مع شريكه كل ذلك تتم به الهبة كما هو ظاهر لمن عنده أدنى فقه تأمل رملى والتخلية : فى الهبة الصحيحة قبض لا فى الفاسدة جامع الفصولين (قوله ولو سلمه شائعا الخ) قال فى الفتاوى الخيرية : ولا تفيد الملك فى ظاهر الرواية قال الزيلعى: ولو سلمه شائعا لا يملكه حتى لا ينفذ تصرفه فيه فيكون مضمونا عليه وينفذ فيه تصرف الواهب ذكره الطحاوى وقاضيخان وروى عن ابن رستم مثله وذكر عصام أنها تفيد الملك وبه أخذ بعض المشايخ اه ومع إفادتها للملك عند هذا البعض أجمع الكل على أن للواهب استردادها من الموهوب له ، ولو كان ذا رحم محرم من الواهب قال فى جامع الفصولين رامزا لفتاوى الفضلى ثم إذا هلكت أفتيت بالرجوع للواهب هبة فاسدة لذى رحم محرم منه إذ الفاسدة مضمونة على ما مر فإذا كانت مضمونة بالقيمة بعد الهلاك كانت مستحقة الرد قبل الهلاك اه وكما يكون للواهب الرجوع فيها يكون لوارثه بعد موته لكونها مستحقة الرد ، ويضمن بعد الهلاك كالبيع الفاسد إذا مات أحد المتبايعين فلوارثه نقضه ، لأنه مستحق الرد ومضمون بالهلاك : ثم من المقرر أن القضاء يتخصص ، فإذا ولى السلطان قاضيا ليقضى بمذهب أبى حنيفة لا ينفذ قضاؤه بمذهب غيره ، لأنه معزول عنه بتخصيصه فالتحق فيه بالرعية نص على ذلك علماؤنا رحمهم الله تعالى اه ما فى الخيرية وأفتى به فى الحامدية أيضا والتاجية وبه جزم فى الجوهرة والبحر :

ونقل عن المبتغى بالغين المعجمة : أنه لو باعه الموهوب له لا يصح، وفى نور العين عن الوجيز الهبة الفاسدة مضمونة بالقبض ، ولا يثبت الملك فيها إلا عند أداء العوض نص عليه محمد فى المبسوط ، وهو قول أبى يوسف إذ الهبة تنقلب عقد معاوضة اه وذكر قبله هبة المشاع فيما يقسم لا تفيد الملك عند أبى حنيفة ، وفى القهستانى لا تفيد الملك وهو المختار كما فى المضمرات ، وهذا مروى عن أبى حنيفة وهو الصحيح اه :

فحيث علمت أنه ظاهر الرواية وأنه نص عليه محمد ورووه عن أبى حنيفة ظهر أنه الذى عليه العمل وإن صرح بأن المفتى به خلافه ، ولا سيما أنه يكون ملكا خبيثا كما يأتى ويكون مضمونا كما علمته فلم يجد نفعا

---

(١) (قوله بضم الميم الخ) لا حاجة إليه كما لا يخفى اه مصححه.

بالقبض وبه يفتى ومثله فى البزازية على خلاف ما صححه فى العمادية لـكن افظ الفتوى آكد من لفظ الصحيح كما بسطه المصنف مع بقية أحكام المشاع وهل للقريب الرجوع فى الهبة الفاسدة قال فى الدرر نعم وتعقبه فى الشرنبلالية : بأنه غير ظاهر على القول المفتى به من إفادتها الملك بالقبض فليحفظ (والمانع) من تمام القبض (شيوع مقارن) للعقد (لا طارئ) كأن يرجع فى بعضها شائعا فإنه لا يفسد اتفاقا (والاستحقاق) شيوع (مقارن) لا طارئ فيفسد الكل حتى لو وهب أرضا وزرعا وسلمهما فاستحق الزرع بطلت فى الأرض ، لاستحقاق البعض الشائع فيما يحتمل القسمة والاستحقاق إذا ظهر بالبينة كان مستندا إلى ماقبل الهبة فيكون مقارنا لها لا طارئا كما زعمه صدر الشريعة وإن تبعه ابن الكمال فتنبه (ولا تصح هبة لبن فى ضرع وصوف على غنم ونخل فى أرض وتمر فى نخل) لأنه كمشاع (ولو فصله وسلمه جاز) لزوال المانع وهل يكفى فصل الموهوب له

للموهوب له فاغتنمه ، وإنما أكثرت النقل فى مثل هذه لـكثرة وقوعها وعدم تنبيه أكثر الناس للزوم الضمان على قول المخالف ورجاء لدعوة نافعة فى الغيب (قوله بالقبض) لـكن ملـكا خبيثا وبه يفتى قهستانى أى وهو مضمون كما علمته آنفا فتنبه وفى حاشية المنح ومع إفادتها للملك يحكم بنقضها للفساد كالبيع الفاسد ينقض له تأمل (قوله فى البزازية) عبارتها وهل يثبت الملك بالقبض قال الناطفى عند الإمام : لا يفيد الملك وفى بعض الفتاوى يثبت فيها فاسدا وبه يفتى ، ولص فى الأصل أنه لو وهب لصف داره من آخر وسلمها إليه فباعها الموهوب له لم يجز دل أنه لا يملك حيث أبطل البيع بعد القبض ، ولص فى الفتاوى أنه هو المختار ورأيت بخط بعض الأفاضل على هامش المنح بعد نقله ذلك وأنت تراه عزا رواية إفادة الملك بالقبض والإفتاء بها إلى بعض الفتاوى فلا تعارض رواية الأصل ولذا اختارها قاضيخان ، وقوله لفظ الفتوى الخ قد يقال بمنع عمومه لا سيما مثل هذه الصيغة فى مثل سياق البزازى ، فإذا تأملته تقضى برجحان ما دل عليه الأصل اهـ (قوله وتعقبه) قد علمت ما فيه مما قدمناه عن الخيرية فتنبه (قوله للعقد لا طارئ) أقول : منه ما لو وهب دارا فى مرضه وليس له سواها ثم مات ولم يجز الورثة الهبة بقيت الهبة فى ثلثها وتبطل فى الثلثين كما صرح به فى الخانية (قوله البعض الشائع) أى حكما لأن الزرع مع الأرض بحكم الاتصال كشىء واحد فإذا استحق أحدهما صار كأنه استحق البعض الشائع فيما يحتمل القسمة ، فتبطل الهبة فى الباقى كذا فى الكافى درر قال فى الخانية والزرع لا يشبه المتاع (قوله بالبينة) لينظر فيما لو ظهر بإقرار الموهوب له أما بإقرار الواهب فالظاهر أنه لغو ، لأنه أقر بملك الغير (قوله لأنه كمشاع) قال فى شرح الدرر هذه نظائر المشاع لا أمثلتها(١) فلا شيوع فى شىء منها لـكنها فى حكم المشاع ، حتى إذا فصلت وسلمت صح ، وقوله لأنه بمنزلة المشاع :

أقول : لا يذهب عليك أنه لايلزم أن يأخذ حكمه فى كل شىء ، وإلا لزم أن لا تجوز هبة النخل من صاحب الأرض ،كذا عكسه ، والظاهر خلافه ، والفرق بينهما أنه ما من جزء من المشاع وإن دق إلا وللشريك فيه ملك فلا تصح هبته ، ولو من الشريك لأن القبض الـكامل فيه لا يتصور ، وأما نحو النخل فى الأرض والتمر فى النخل والزرع فى الأرض ، لو كان كل واحد منها لشخص فوهب صاحب النخل نخله كله لصاحب الأرض أو عكسه فإن الهبة تصح لأن ملك كل منهما متميز عن الآخر ، فيصح قبضه بتمامه ولم أر من صرح به لـكن يؤخذ الحكم من كلامهم ولـكن إذا وجد النقل فلا يسعنا إلا التسليم .

---

(١) (قوله لاأمثلتها) لعل الأولى لاأمثلته وقوله لأنه بمنزلة المشاع لعل ذلك فى نسخته وإلا فعبارة الشارح التى بأيدينا لأنه كشاع وعبارة شرح الدرر لكنها فى حكم المشاع والمآل واحد اهـ مصححه .

بإذن الواهب ؟ ظاهر الدرر : نعم (بخلاف دقيق فى برّ ودهن فى سمسم وسمن فى لبن) حيث لا يصح أصلا لأنه معدوم فلا يملك إلا بعقد جديد (وملك) بالقبول (بلا قبض جديد لو الموهوب فى يد الموهوب له) ولو بغصب أو أمانة لأنه حينئذ عامل لنفسه والأصل أن القبضين إذا تجالسا ناب أحدهما عن الآخر ، وإذا تغايرا ناب الأعلى عن الأدنى لا عكسه (وهبة من له ولاية على الطفل فى الجملة) وهو كل من يعوله فدخل الأخ والعم عند عدم الأب لو فى عيالهم (تتم بالعقد) لو الموهوب معلوما وكان فى يده أو يد مودعه ، لأن قبض الولى ينوب

[فرع] له عليه عشرة فقضاها فوجد القابض دانقا زائدا فوهبه للدائن أو للبائع أن الدراهم صحاحا يضرها التبعيض يصح لأنه مشاع لايحتمل القسمة وكذا هبة بعض الدراهم والدنانير إن ضرها التبعيض تصح وإلا لا بزازية (قوله ظاهر الدرر نعم) أقول ضرح به فى الخانية فقال : ولو وهب زرعا بدون الأرض أو تمرا بدون النخل وأمره بالحصاد والجذاذ ففعل الموهوب له ذلك جاز لأن قبضه بالإذن يصح فى المجلس وبعده وفى الحامدية عن جامع الفتاوى ولو وهب زرعا في أرض أو ثمرا فى شجر أو حلية سيف أو بناء دار أو دينارا على رجل أو قفيزا من صبرة وأمره بالحصاد والجذاذ والنزع والنقض والقبض والكيل ففعل صح استحسانا الخ (قوله أصلا) أى وإن سلمها مفرزة (قوله لأنه معدوم) أى حكما وكذا لو وهب الحمل وسلم بعد الولادة لايجوز ، لأن فى وجوده احتمالا فصار كالمعدوم منح (قوله جديد) وهذا لأن الحنطة استحالت وصارت دقيقا وكذا غيرها وبعد الاستحالة هو عين آخر على ماعرف فى الغصب بخلاف المشاع ، لأنه محل للملك لا أنه لايمكن تسليمه فإذا زال المانع جاز منح (قوله بالقبول) إنما اشترط القبول نصا لأنه إذا لم يوجد كذلك يقع الملك فيها بغير رضاه ، لأنه لاحاجة إلى القبض ولا يجوز ذلك لما فيه من توهم الضرر ، بخلاف ما إذا لم يكن فى يده وأمره بقبضه فإنه يصح إذا قبض ولا يشترط القبول لأنه إذا قدم على القبض كان ذلك قبولا ورضا منه بوقوع الملك له فيملكه ط ملخصا . وهذا معنى قوله بعد لأنه حينئذ عامل لنفسه أى حين قبل صريحا (قوله بلا قبض) أى بأن يرجع إلى الموضع الذى فيه العين ويمضى وقت يتمكن فيه من قبضها قهستانى (قوله ولو بغصب) انظر الزيلعى (قوله عن الآخر) كما إذا كان عنده وديعة فأعارها صاحبها له فإن كلا منهما قبض أمانة فناب أحدهما عن الآخر (قوله عن الأدنى) فناب قبض المغصوب والمبيع فاسدا عن قبض المبيع الصحيح ، ولا ينوب قبض الأمانة عنه منح (قوله لاعكسه) فقبض الوديعة مع قبض الهبة يتجانسان لأنهما قبض أمانة ومع قبض الشراء يتغايران لأنه قبض ضمان فلا ينوب الأول عنه كما فى المحيط ، ومثله فى شرح الطحاوى ، لكنه ليس على إطلاقه فإنه إذا كان مضمونا بغيره كالمبيع المضمون بالثمن والمرهون المضمون بالدين لاينوب قبضه عن القبض الواجب كما فى المستصفى ، ومثله فى الزاهدى ، فلو باع من المودع احتاج إلى قبض جديد وتمامه فى العمادى قهستانى (قوله على الطفل) فلو بالغا يشترط قبضه ولو فى عياله تتارخانية (قوله فى الجملة) أى ولو لم يكن له تصرف فى ماله (قوله بالعقد) أى الإيجاب فقط كما يشير إليه الشارح كذا فى الهامش وهذا إذا أعلمه أو أشهد عليه والإشهاد للتحرز عن الجحود بعد موته والإعلام لازم لأنه بمنزلة القبض بزازية ، قال فى التاترخانية : فلو أرسل العبد فى حاجة أو كان آبقا فى دار الإسلام فوهبه من ابنه صحت فلو لم يرجع العبد حتى مات الأب لايصير ميراثا عن الأب اه (قوله لو الموهوب الخ) لعله احتراز عن نحو وهبته شيئا من مالى تأمل (قوله معلوما) قال محمد رحمه الله كل شىء وهبه لابنه الصغير ، وأشهد عليه وذلك الشىء معلوم فى نفسه فهو جائز ، والقصد أن يعلم ماوهبه له والإشهاد ليس بشرط لازم لأن الهبة تتم بالإعلام تاترخانية (قوله أو يد مودعه) أى أو يد مستعيره لا كونه فى يد غاصبه أو مرتهنه

عنه والأصل أن كل عقد يتولاه الواحد يكتفى فيه بالإيجاب (وإن وهب له أجنبى يتم بقبض وليه) وهو أحد أربعة : الأب ، ثم وصيه ، ثم الجد ، ثم وصيه ، وإن لم يكن فى حجرهم وعند عدمهم تتم بقبض من يعوله كعمه (وأمه وأجنبى) ولو ملتقطا (لوفى حجرهما) وإلا لا لفوات الولاية (وبقبضه لو مميزا) يعقل التحصيل (ولو مع وجود أبيه) مجتبى لأنه فى النافع المحض كالبالغ ، حتى لو وهب له أعمى لانفع له وتلحقه مؤنته لم يصح قبوله أشباه :

قلت : لكن فى البرجندى اختلف فيما لو قبض من يعوله والأب حاضر فقيل : لا يجوز والصحيح هو الجواز اهـ : وظاهر القهستانى ترجيحه ، وعزاه لفخر الإسلام وغيره على خلاف ما اعتمده المصنف فى شرحه، وعزاه للخلاصة لكن متنه يحتمله بوصل ولو بأمه والأجنبى أيضا فتأمل (وصح رده

أو المشترى منه بشراء فاسد بزازية : قال السائحانى : إنه إذا انقضت الإجارة أو ارتد الغصب تم الهبة كما تتم فى نظائره (قوله يتولاه) كبيعه ماله من طفله تاترخانية (قوله ثم وصيه) ثم الوالى ثم القاضى ووصى القاضى كما سيأتى فى المأذون ؛ ومن قبيل الوكالة فى الخصومة والوصى كالأب والأم كذلك لو الصبى فى عيالهما إن وهبت له أو وهب له تملك الأم القبض ، وهذا إذا لم يكن للصبى أب ولا جد ولا وصيهما ، وذكر الصدر أن عدم الأب لقبض الأم ليس بشرط ، وذكر فى الرجل إذا زوّج ابنته الصغيرة من رجل فزوجها يملك قبض الهبة لها ؛ ولا يجوز قبض الزوج قبل الزفاف وبعد البلوغ : وفى التجريد : قبض الزوج يجوز إذا لم يكن الأب حيا ، فلو أن الأب ووصيه والجد ووصيه غائب غيبة منقطعة جاز قبض الذى يتولاه ، ولا يجوز قبض غير هؤلاء الأربعة مع وجود واحد منهم سواء كان الصغير فى عياله أولا وسواء كان ذا رحم محرم أو أجنبياً وإن لم يكن واحد من هؤلاء الأربعة جاز قبض من كان الصبى فى حجره ، ولم يجز قبض من لم يكن فى عياله بزازية قال فى البحر : والمراد بالوجود الحضور اهـ :

وفى غاية البيان : ولا تملك الأم وكل من يعول الصغير مع حضور الأب وقال بعض مشايخنا : يجوز إذا كان فى عيالهم كالزوج وعنه احترز فى المتن بقوله فى الصحيح اهـ ويملك الزوج القبض لها مع حضور الأب ، بخلاف الأم وكل من يعولها غير الزوج، فإنهم لايملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة فى الصحيح لأن تصرف هؤلاء للضرورة لابتفويض الأب ، ومع حضور الأب لاضرورة جوهرة . وإذا غاب أحدهم غيبة منقطعة جاز قبض الذى يتلوه فى الولاية ، لأن التأخير إلى قدوم الغائب تفويت للمنفعة للصغير فتنقل الولاية إلى من يتلوه كما فى الإنكاح ولا يجوز قبض غير هؤلاء مع وجود أحدهم ، ولو فى عيال القابض أو رحما محرما منه كالأخ والعم والأم بدائع ملخصا ولو قبض له من هو فى عياله مع حضور الأب قيل : لا يجوز ، وقيل : يجوز وبه يفتى مشتمل الأحكام والصحيح الجواز كما لو قبض الزوج والأب حاضر خانية والفتوى على أنه يجوز استروشنى : فقد علمت أن الهداية والجوهرة على تصحيح عدم جواز قبض من يعوله مع عدم غيبة الأب، وبه جزم صاحب البدائع وقاضيخان وغيره من أصحاب الفتاوى صححوا خلافه ، وكن على ذكر مما قالوا لايعدل عن تصحيح قاضيخان ، فإنه فقيه النفس ولا سيما وفيه هنا نفع للصغير فتأمل عند الفتوى ، وإنما أكثرت من النقول لأنها واقعة الفتوى وبعض هذه النقول نقلتها من خط منلا على التركمانى واعتمدت فى عزوها عليه فإنه ثقة ثبت رحمه الله تعالى (قوله عدمهم) ولو بالغيبة المنقطعة (قوله يعقل التحصيل) تفسير التمييز (قوله لكن) استدراك على قوله وعند عدمهم ح (قوله بوصل ولو بأمه) يعنى جاز وصل قول المتن ولو مع وجود أبيه بقوله بأمه وأجنبى ح كذا فى الهامش (قوله ولو بأمه) متعلق بوصل (قوله وصح رده) أى رد الصبى وانظر حكم

لها كقبوله) سراجية وفيها حسنات الصبي له ولأبويه أجر التعليم ونحوه ويباح لوالديه أن يأكلا من مأكول وهب له ، وقيل لا انتهى ، فأفاد أن غير المأكول لا يباح لهما إلا لحاجة وضعوا هدايا الختان بين يدى الصبي فما يصلح له كثياب الصبيان فالهدية له وإلا فإن المهدى من أقرباء الأب أو معارفه فللأب أو من معارف الأم فللأم قال هذا لصبي أولا ولو قال : أهديت للأب أو للأم فالقول له وكذا زفاف البنت خلاصة وفيها : اتخذ لولده أو لتلميذه ثيابا ثم أراد دفعها لغيره ليس له ذلك مالم يبين وقت الاتخاذ أنها عارية ، وفى المبتغى ثياب البدن يملكها بلبسها بخلاف نحو ملحفة ووسادة : وفى الخانية لابأس بتفضيل بعض الأولاد فى المحبة لأنها عمل القلب وكذا فى العطايا إن لم يقصد به الإضرار وإن قصده فسوى بينهم يعطى البنت كالابن عند الثانى وعليه الفتوى ولو وهب فى صحته كل المال للولد جاز وأثم وفيها : لايجوز أن يهب شيئا من مال طفله ولو بعوض لأنها تبرع ابتداء وفيها ويبيع القاضى ماوهب للصغير حتى لايرجع الواهب فى هبته (ولو قبض زوج الصغيرة) أما البالغة فالقبض لها (بعد الزفاف

رد الولى والظاهر أنه لا يصح حتى لو قبل الصبي بعد رد وليه يصح ط (قوله لها) أى للهبة (قوله وهب له) قال فى التاترخانية روى عن محمد نصا أنه يباح : وفى الذخيرة وأكثر مشايخ بخارى على أنه لا يباح ، وفى فتاوى سمرقند إذا أهدى الفواكه للصغير يحل للأبوين الأكل منها إذا أريد بذلك الأبوان لكن الإهداء للصغير استصغارا للهدية اه :

قلت : وبه يحصل التوفيق ويظهر ذلك بالقرائن وعليه فلا فرق بين المأكول وغيره بل غيره أظهر فتأمل (قوله فأفاد) أصله لصاحب البحر وتبعه فى المنح (قوله إلا لحاجة) قال فى التاترخانية وإذا احتاج الأب إلى مال ولده فإن كانا فى المصر واحتاج لفقره أكل بغير شيء وإن كانا فى المفازة واحتاج إليه لانعدام الطعام معه فله الأكل بالقيمة اه (قوله فالقول له) لأنه هو المملك (قوله وكذا زفاف البنت) أى على هذا التفصيل بأن كان من أقرباء الزوج أو المرأة أو قال المهدى : أهديت للزوج أو المرأة كما فى التاترخانية. وفى الفتاوى الخيرية سئل فيما يرسله الشخص إلى غيره فى الأعراس ونحوها هل يكون حكمه حكم القرض فيلزمه الوفاء به أم لا ؟ أجاب : إن كان العرف بأنهم يدفعونه على وجه البدل يلزم الوفاء به مثليا فبمثله ، وإن قيميا فبقيمته وإن كان العرف خلاف ذلك بأن كانوا يدفعونه على وجه الهبة ولا ينظرون فى ذلك إلى إعطاء البدل فحكمه حكم الهبة فى سائر أحكامه فلا رجوع فيه بعد الهلاك أو الاستهلاك ، والأصل فيه أن المعروف عرفا كالمشروط شرطا اه :

قلت : والعرف فى بلادنا مشترك نعم فى بعض القرى يعدونه فرضا حتى إنهم فى كل وليمة يحضرون الخطيب يكتب لهم ما يهدى فإذا جعل المهدى وليمة يراجع المهدى الدفتر فيهدى الأول إلى الثانى مثل ما أهدى إليه (قوله لولده) أى الصغير وأما الكبير فلا بد من التسليم كما فى جامع الفتاوى وأما التلميذ فلو كبيرا فكذلك ، ويملك الرجوع عن هبته لو أجنبيا مع الكراهة ويمكن حمل قوله ليس له الرجوع عليه سائحانى (قوله أو لتلميذه) مسألة التلميذ مفروضة بعد دفع الثياب إليه قال فى الخانية : اتخذ شيئا لتلميذه فأبق التلميذ بعد مادفع إليه إن بين وقت الاتخاذ أنه إعارة يمكنه الدفع إليه(١) فافهم (قوله وإن قصده) بسكون الصاد ورفع الدال وعبارة المنح وإن قصد به الإضرار وهكذا رأيته فى الخانية (قوله وعليه الفتوى) أى على قول أبى يوسف : من أن التنصيف بين الذكر والأنثى أفضل من التثليث الذى هو قول محمد رملى (قوله ولو بعوض) وأجازها محمد بعوض مساو

---

(١) قوله (يمكنه الدفع إليه) لعل صوابه إلى غيره وليحرر اه مصححه .

ما وهب لها صح) قبضه ولو بحضرة الأب فى الصحيح لنيابته عنه فصح قبض الأب كقبضها مميزة (وقبله) أى الزفاف (لا) يصح لعدم الولاية (وهب اثنان دارا لواحد صح) لعدم الشيوع (وبقلبه) لكبيرين (لا) عنده للشيوع فيما يحتمل القسمة أما مالا يحتمله كالبيت فيصح اتفاقا قيدنا بكبيرين لأنه لو وهب لكبير وصغير فى عيال الكبير أولا بنية صغير وكبير لم يجز

كما يذكر آخر الباب الآتى وعبارة المجمع ، وأجازها محمد بشرط عوض مساو اه . وسيأتى قبيل المتفرقات سئل أبو مطيع عن رجل قال لآخر: ادخل كرمى وخذ من العنب كم يأخذ؟ قال : يأخذ عنقودا واحدا وفى العتابية هو المختار وقال أبو الليث : مقدار ما يشبع إنسان تاترخانية ، وفيها عن التتمة سئل عمر النسفى عمن أمر أولاده أن يقتسموا أرضه التى فى ناحية كذا بينهم ، وأراد به التمليك فاقتسموها ، وتراضوا على ذلك هل يثبت لهم الملك أم يحتاج إلى أن يقول لهم الأب ملكتكم هذه الأراضى، أو يقول : لكل واحدمنهم ملكتك هذا النصيب المفرز؟ فقال لا. وسئل عنها الحسن فقال : لا يثبت لهم الملك إلا بالقسمة ، وفى تجنيس الناصرى ، ولو وهب دارا لابنه الصغير ثم اشترى بها أخرى فالثانية لابنه الصغير خلافا لزفر ، ولو دفع إلى ابنه مالا فتصرف فيه الابن يكون للابن إذا دلت دلالة على التمليك اه :

وسئل الفقيه عن امرأة وهبت مهرها الذى لها على الزوج لابن صغير له وقبل الأب قال أنا فى هذه المسألة واقف فيحتمل الجواز كمن كان له عبد عند رجل وديعة فأبق العبد ووهبه مولاه من ابن المودع فإنه يجوز. وسئل مرة أخرى عن هذه المسألة فقال لا يجوز وقال الفقيه أبو الليث وبه نأخذ وفى العتابية وهو المختار تاترخانية (قوله دارا) المراد بها ما يقسم (قوله وبقلبه) وهو هبة واحد من اثنين قال فى الهامش دفع لرجل ثوبين وقال أيهما شئت فلك ، والآخر لابنك فلان إن يكن قبل أن يتفرقا جاز وإلا لا :

له على آخر ألف نقد وألف غلة فقال وهبت منك أحد المالين جاز والبيان إليه وإلى ورثته بعد موته بزازية (قوله لكبيرين) أى غير فقيرين وإلا كانت صدقة فتصح كما يأتى (قوله يحتمل القسمة) انظر القهستانى (قوله بكبيرين) هذه عبارة البحر وقد تبعه المصنف وظاهرها أنهما لو كانا صغيرين فى عياله جاز عندهما وفى البزازية ما يدل عليه فراجعه. وأقول :كان الأولى عدم هذا القيد لأنه لا فرق بين الكبيرين والصغيرين والكبير والصغير عند أبى حنيفة ويقول أطلق ذلك ، فأفاد أنه لا فرق بين أن يكونا كبيرين أو صغيرين أو أحدهما كبيرا والآخر صغيرا ، وفى الأولين خلافهما رملى (قوله فى عيال الكبير) صوابه فى عيال الواهب كما يدل عليه كلام البحر وغيره (قوله أو لابنيه الخ) عبارة الخانية وهب داره لابنين له أحدهما صغير فى عياله كانت الهبة فاسدة عند الكل بخلاف ما لو وهب من كبيرين وسلم إليهما جملة ، فإن الهبة جائزة لأنه لم يوجد الشيوع وقت العقد ، ولا وقت القبض وأما إذا كان أحدهما صغيرا فكما وهب يصير قابضا حصة الصغير فيتمكن الشيوع وقت القبض اه فليتأمل ثم ظهر أن هذا التفصيل مبنى على قولهما ، أما عنده فلا فرق بين الكبيرين وغيرهما فى الفساد (قوله لم يجز) والحيلة أن يسلم الدار إلى الكبير ويهبها منهما بزازية ، وأفاد أنها للصغيرين تصح لعدم المرجح لسبق قبض أحدهما ، وحيث اتحد وليهما فلا شيوع فى قبضه . ويؤيده قول الخانية دارى هذه لولدى الأصاغر يكون باطلا لأنها هبة ، فإذا لم يبين الأولاد كان باطلا اه فأفاد أنه لو بين صح ، ورأيت فى الأنقروى عن البزازية أن الحيلة فى صحة الهبة لصغير مع كبير أن يسلم الدار للكبير ويهبها منهما ، ولا يرد ما مر عن الخزانة ولو تصدق بدار على ولدين له صغيرين لم يجز ، لأنه مخالف لما فى المتون والشروح سائحانى : أى من أن الهبة لمن

اتفاقا وقيدنا بالهبة لجواز الرهن والإجارة من اثنين اتفاقا (وإذا تصدق بعشرة) دراهم (أو وهبها لفقيرين صح) لأن الهبة للفقير صدقة والصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد فلا شيوع (لا لغنيين) لأن الصدقة على الغنى هبة فلا تصح للشيوع أى لا تملك حتى لو قسمها وسلمها صح .

[فروع] وهب لرجلين درهما إن صحيحا صح وإن مغشوشا لا لأنه مما يقسم لكونه فى حكم العروض .

معه درهمان فقال لرجل : وهبت لك أحدهما أو نصفهما إن استويا لم يجز ، وإن اختلفا جاز لأنه مشاع لا يقسم ولذا لو وهب ثلثهما جاز مطلقا .

تجوز هبة حائط بين داره ودار جاره لجار وهبة البيت من الدار فهذا يدل على كون سقف الواهب على الحائط واختلاط البيت بحيطان الدار لايمنع صحة الهبة مجتبى .

باب الرجوع فى الهبة

(صح الرجوع فيها بعد القبض) أما قبله فلم تتم الهبة (مع انتفاع مانعه) الآتى (وإن كره) الرجوع (تحريما) وقيل تنزيها نهاية (ولو مع إسقاط حقه من الرجوع) فلا يسقط بإسقاطه خانية . وفى الجواهر لا يصح الإبراء عن الرجوع ولو صالحه من حق الرجوع على شىء صح وكان عوضا عن الهبة لكن سيجىء

له ولاية تتم بالعقد (قوله اتفاقا) لتفرق القبض (قوله صدقة) انظر ما نكتبه بعد الباب عند قول المتن والصدقة كالهبة ، وفى المضمرات ولو قال : وهبت منكما هذه الدار والموهوب لهما فقيران صحت الهبة بالإجماع تاترخانية لكن قال بعده ، وفى الأصل هبة الدار من رجلين لا تجوز وكذا الصدقة ، فيحتمل أن قوله وكذا الصدقة أى على غنيين ، والأظهر أن فى المسألة روايتين اه . قال فى البحر : وصحح فى الهداية ما ذكره فى الفرق (قوله لا لغنيين) هذا قوله وقالا يجوز وفى الأصل أن الهبة لا تجوز ، وكذا الصدقة عنده ففى الصدقة عنه روايتان خانية (قوله لا تملك) تقدم أن المفتى به أن الفاسدة تملك بالقبض ، فهو مبنى على ماقدمنا ترجيحه تأمل (قوله لو قسمها الخ) قاله فى البحر (قوله إن استويا) أى وزنا وجودة خانية (قوله جاز) مخالف لما فى الخانية فإنه ذكر التفصيل فيما إذا قال نصفهما ثم قال وإن قال أحدهما لك هبة لم يجز كانا سواء أو مختلفين (قوله ثلثهما جاز) هذا يفيد أن المراد بقوله سابقا أو نصفهما واحد منهما لا نصف كل ، وإلا فلا فرق بينه وبين الثلث فى الشياع ، بخلاف حمله على أن المراد أحدهما فإنه مجهول فلا يصح (قوله مطلقا) استويا أو اختلفا منح (قوله تجوز هبة حائط الخ) وفى الذخيرة هبة البناء دون الأرض جائزة وفى الفتاوى عن محمد فيمن وهب لرجل غلة وهى قائمة لا يكون قابضا لها حتى يقطعها ويسلمها إليه وفى الشراء إذا خلى بينه وبينها صار قابضا لها متفرقات التاترخانية وقدمنا نحوه عن حاشية الفصولين للرملى .

باب الرجوع فى الهبة

فى الهامش ولو قال الواهب : أسقطت حقى فى الرجوع لايبطل حقه فيه بزازية (قوله لكن سيجىء) أى عن المجتبى والضمير فى اشتراطه للعوض . قال الرملى : وقد يقال ما فى الجواهر لم يدخل فى كلام المجتبى إذ ما فى الجواهر صلح عن حق الرجوع نصا وقد صح الصلح فلزم سقوطه ضمنا بخلاف ما لو أسقطه قصدا فكم من شىء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا ، وليس بحق مجرد حتى يقال بمنع الاعتياض عنه كما هو ظاهر وما فى المجتبى

اشتراطه فى العقد (ويمنع الرجوع فيها) حروف (دمع خزقه) يعنى الموانع السبعة الآتية (فالدال الزيادة) فى نفس العين الموجبة لزيادة القيمة (المتصلة) وإن زالت قبل الرجوع كأن شب ثم شاخ لكن فى الخانية مايخالفه واعتمده القهستانى فليتنبه له ، لأن الساقط لا يعود (كبناء وغرس) إن عدا زيادة فى كل الأرض وإلا رجع ولو عدا فى قطعة منها امتنع فيها فقط زيلعى (وسمن) وجمال وخياطة وصبغ وقصر ثوب وكبر صغير وسماع أصم وإبصار أعمى وإسلام عبد ومداواته وعفو جناية وتعليم قرآن أو كتابة أو قراءة ونقط مصحف بإعرابه ، وحمل تمر من بغداد إلى بلخ مثلا ونحوها .

وفى البزازية : والحبل إن زاد خيرا منع الرجوع

مسألة أخرى فتأمله (قوله اشتراطه) أى العوض لكن سيجىء البحث فى هذا الاشتراط (قوله ويمنع الرجوع الخ) هو كقول بعضهم :

ويمنع الرجوع فى فصل الهبه   يا صاحبى حروف دمع خزقه

قال الرملى : قد نظم ذلك والدى العلامة شيخ الإسلام محيى الدين فقال :

منع الرجوع من المواهب سبعة   فزيادة موصولة موت عوض

وخروجها عن ملك موهوب له   زوجية قرب هلاك قد عرض

(قوله يعنى الموانع) لا يقال بقى من الموانع الفقر لما سيأتى أنه لارجوع فى الهبة للفقير لأنها صدقة شرنبلالية (قوله فالدال الزيادة) قيد بها لأن النقصان كالحبل وقطع الثوب بفعل الموهوب له أولا غير مانع بحر وفى الحبل كلام يأتى (قوله فى نفس العين) خرج الزيادة من حيث السعر فله الرجوع بحر (قوله القيمة) خرج الزيادة فى العين فقط كطول الغلام وفداء الموهوب له لو جنى الموهوب خطأ بحر وتمامه فيه (قوله كأن شب ثم شاخ) فيه أنه من قبيل زوال المانع كما قاله الإسبيجابى ولهذا سموها موانع وعبارة القهستانى مانع الزيادة إذا ارتفع كما إذا بنى ثم هدم عاد حق الرجوع كما فى المحيط وغيره ، ومن الظن أنه ينافيه ما فى النهاية أنه حين زاد لايعود حق الرجوع بعده لأنه قال ذلك فيما إذا زاد وانتقص جميعا كما صرح به نفسه اهـ .

قلت : فى التاترخانية ولو كانت الزيادة بناء فإنه يعود حق الرجوع والمانع من الرجوع الزيادة فى العين كذا ذكر شمس الأئمة السرخسى (قوله لأن الساقط) تعليل لما يفهم من قوله فليتنبه له فإنه بمنزلة قوله وفيه نظر (قوله وإلا رجع) أى إن لم يعدا زيادة رجع قال فى الخانية : وهب دارا فبنى الموهوب له فى بيت الضيافة التى تسمى بالفارسية كاسناه تنورا للخبز كان للواهب أن يرجع لأن مثل هذا يعد نقصانا لا زيادة اهـ (قوله ولو عدا الخ) مفهوم قوله فى كل الأرض وقوله : فى قطعة منها بأن كانت عظيمة (قوله ومداواته) أى لو كان مريضا من قبل فلو مرض عنده فداواه لا يمنع الرجوع بحر (قوله وحمل تمر) قال الزيلعى ولو نقله من مكان إلى مكان حتى ازدادت قيمته ، واحتاج فيه إلى مؤنة النقل ، ذكر فى المنتقى أن عندهما ينقطع الرجوع ، وعند أبى يوسف لا ، لأن الزيادة لم تحصل فى العين ، فصار كزيادة السعر : ولهما أن الرجوع يتضمن إبطال حق الموهوب له فى الكراء ومؤنة النقل بخلاف نفقة العبد ، لأنها ببدل وهو المنفعة والمؤنة بلا بدل اهـ :

قلت : ورأيت فى شرح السير الكبير للسرخسى أنه لو كانت الهبة فى دار الحرب ، فأخرجها الموهوب له إلى موضع يقدر فيه على حملها لم يكن للواهب الرجوع لأنه حدث فيها زيادة بصنع الموهوب له فإنها كانت مشرفة على الهلاك فى مضيعة ، وقد أحياها بالإخراج من ذلك الموضع اهـ لكنه ذكر ذلك فى صورة ما إذا ألقى شيئا وقال حين ألقاها من أخذه فهو له ذكره فى التاسع والتسعين اهـ (قوله وفى البزازية) أقول ما فى البزازية جزم به

وإن نقص لا ولو اختلفا فى الزيادة ففى المتولدة ككبر ، القول للواهب وفى نحو بناء وخياطة وصبغ للموهوب له خالية وحاوى ومثله فى المحيط لكنه استثنى ما لو كان لا يبنى فى مثل تلك المدة (لا) تمنع الزيادة (المنفصلة كولد وأرش وعقر) وثمرة فيرجع فى الأصل لا الزيادة لكن لا يرجع بالأم حتى يستغنى الولد عنها كذا نقله القهستانى لكن نقل البرجندى وغيره أنه قول أبى يوسف فليتنبه له :

ولو حبلت ولم تلد هل للواهب الرجوع ؟ قال فى السراج : لا وقال الزيلعى : نعم .

وفى الجوهرة مريض مديون بمستغرق وهب أمة فمات وقد وطئت يردها مع عقرها هو المختار

فى الخلاصة (قوله وإن نقص لا) قال فى الهداية والجوارى فى هذا تختلف فمنهن من إذا حبلت اصفر لونها ودق ساقها ، فيكون ذلك نقصا فيها لا يمنع للواهب من الرجوع اه وينبغى حمل هذا على ما إذا كان الحبل من غير الموهوب له فلو منه لا رجوع ، لأنها ثبت لها بالحمل منه وصف لا يمكن زواله وهو أنها تأهلت لكونها أم ولده كما إذا ولدت منه بالفعل كما ذكره بعض المتأخرين تفقها وقد ذكروا أن الموهوب له إذا دبر العبد الموهوب انقطع الرجوع ط (قوله كولد) بنكاح أو سفاح بزازية (قوله قول أبى يوسف) أقول وظاهر الخانية اعتماد خلافه حيث قال : ولو ولدت الهبة ولدا كان للواهب أن يرجع فى الأم فى الحال وقال أبو يوسف : لا يرجع حتى يستغنى الولد عنها ثم يرجع فى الأم دون الولد اه وكتبنا فى أول العتق عند قوله : والولد تبع الأم الخ مسألة الحبل فراجعها (قوله ولو حبلت) تقدم قريبا أن الحبل إن زاد خيرا منع وإن نقص لا فليكن التوفيق سائحانى (قوله ولم تلد) مفهومه أنها لو ولدت ثبت الرجوع كما لو زال البناء تأمل (قوله وقال الزيلعى الخ) والتوفيق مامر عن البزازية وعن الهندية (قوله نعم) لأنه نقصان وقدم فى باب خيار العيب عن النهر أن الحبل عيب فى بنات آدم لا فى البهائم اه (قوله مريض مديون الخ) :

[فروع] وهب فى مرضه ولم يسلم حتى مات بطلت الهبة ، لأنه وإن كان وصية حتى اعتبر فيه الثلث فهو هبة حقيقة فيحتاج إلى القبض .

وهب المريض عبدا لا مال له غيره ، ثم مات وقد باعه الموهوب له لا ينقض البيع ، ويضمن ثلثيه وإن أعتقه الموهوب له والواهب مديون ولا مال له غيره قبل موته جاز وبعد موت الواهب لا لأن الاعتاق فى المرض وصية : وهى لا تعمل حال قيام الدين ، وإن أعتقه الواهب قبل موته ومات لا سعاية على العبد لجواز الاعتاق ولعدم الملك يوم الموت بزازية ورأيت فى مجموعة منلا على الصغيرة بخطه عن جواهر الفتاوى كان أبو حنيفة حاجا فوقعت مسألة الدور بالكوفة ، فتكلم كل فريق بنوع فذكروا له ذلك حين استقبلوه فقال من غير فكر ولا روية أسقطوا السهم الدائر تصح المسألة مثاله مريض وهب عبدا له من مريض ، وسلمه إليه ثم وهبه من الواهب الأول وسلمه إليه ، ثم ماتا جميعا ولا مال لهما غيره ، فإنه وقع فيه الدور ، حتى رجع إليه شىء منه زاد فى ماله وإذا زاد فى ماله زاد فى ثلثه وإذا زاد فى ثلثه زاد فيما يرجع إليه وإذا زاد فيما يرجع إليه زاد فى ثلثه ثم لا يزال كذلك فاحتيج إلى تصحيح الحساب ، وطريقه أن تطلب حسابا له ثلث وأقله تسعة ثم تقول : صحت الهبة فى ثلاثة منها ويرجع من الثلاثة سهم إلى الواهب الأول فهذا السهم هو سهم الدور فأسقطه من الأصل بقى ثمانية ومنها تصح وهذا معنى قول أبى حنيفة أسقطوا السهم الدائر ، وتصح الهبة فى ثلاثة من ثمانية والهبة الثانية فى سهم فيحصل للواهب الأول ستة ضعف ماصححناه فى هبته ، وصححنا الهبة الثانية فى ثلث ماأعطينا فثبت أن تصحيحه بإسقاط سهم الدور وقيل دع الدور يدور فى الهواء اه ملخصا وفيه حكاية عن محمد فلتراجع (قوله وقد وطئت) أى من الموهوب له

(والميم موت أحد العاقدين) بعد التسليم فلو قبله بطل ولو اختلفا والعين في يد الوارث فالقول للوارث وقد نظم المصنف مايسقط بالموت فقال :

كفارة دية خراج ورابع ضمان لعتق هكذا نفقات
كذاهبة حكم الجميع سقوطها بموت لما أن الجميع صلات

(والعين العوض) بشرط أن يذكر لفظا يعلم الواهب أنه عوض كل هبته (فإن قال خذه عوض هبتك أو بدلها) أو في مقابلتها ونحو ذلك (فقبضه الواهب سقط الرجوع) ولو لم يذكر أنه عوض رجع كل بهبته (و) لذا (يشترط فيه شرائط الهبة) كقبض وإفراز وعدم شيوع ولو العوض مجانسا أو يسيرا ، وفي بعض نسخ المتن

أو غيره ط (قوله والميم الخ) لينظر مالو حكم بلحاقه مرتدا أما إذا مات الموهوب له فلأن الملك قد انتقل إلى الورثة . وأما إذا مات الواهب ، فلأن النص لم يوجب حق الرجوع إلا للواهب ، والوارث ليس بواهب درر :

قلت : مفاد التعليل أنه لو حكم بلحاقه مرتدا ، فالحكم كذلك وليراجع صريح النقل والله أعلم (قوله بطل) يعني عقد الهبة ، والأولى بطلت أي لإنتقال الملك للوارث قبل تمام الهبة سائحاني (قوله ولو اختلفا) أي الشخصان لابقيد الواهب والموهوب له وإن كان التركيب يوهمه بأن قال وارث الواهب ماقبضته في حياته ، وإنما قبضته بعد وفاته وقال الموهوب له بل قبضته في حياته والعبد في يد الوارث ط (قوله فالقول للوارث) لأن القبض قد علم الساعة والميراث قد تقدم القبض بحر (قوله كفارة) سقوطها إذا لم يوص بها وكذا الخراج (قوله دية) بسكون الهاء وخراج بإسكان الجيم(١) ولوقال هكذا لكان موزونا . خراج ديات ثم كفارة كذا . (قوله ضمان) أي إذا أعتق نصيبه موسرا فضمنه شريكه (قوله نفقات) أي غير المستدانة بأمر القاضي (قوله صلات) بكسر الصاد (قوله والعين العوض) وهب لرجل عبدا بشرط أن يعوضه ثوبا إن تقابضا جاز وإلا لا خانية (قوله سقط الرجوع) أي رجوع الواهب والمعوض كما في الأنقروي وإليه يشير مفهوم الشارح سائحاني : قال في الهامش : المرأة إذا أرادت أن يتزوجها الذي طلقها ، فقال المطلق : لاأزوجك حتى تهبيني مالك علي فوهبت مهرها الذي عليه على أن يتزوجها ثم أبى أن يتزوجها قالوا مهرها الذي عليه على حاله تزوجها أو لم يتزوجها لأنها جعلت المال على نفسها عوضا عن النكاح ، وفي النكاح العوض لايكون على المرأة خانية وأفتى في الخيرية بذلك اه (قوله رجع كل) برفع كل منونا عوضا عن المضاف إليه ، لأن التمليك المطلق يحتمل الإبتداء ، ويحتمل المجازاة فلا يبطل حق الرجوع بالشك مستصفى (قوله بهبته) ههنا كلام وهو أن الأصل المعروف كالملفوظ ، كما صرح به في الكافي وفي العرف يقصد التعويض ، ولا يذكر خذ بدل هبتك ونحوه استحياء ، فينبغي أن لا يرجع ، وإن لم يذكر البدلية وفي الخانية بعث إلى امرأته هدايا ، وعوضته المرأة وزفت إليه ، ثم فارقها فادعى الزوج أن مابعثه عارية وأراد أن يسترد وأرادت المرأة أن تسترد العوض فالقول للزوج في متاعه ، لأنه أنكر التمليك وللمرأة أن تسترد مابعثته إذ تزعم أنه عوض للهبة ، فإذا لم يكن ذلك هبة لم يكن هذا عوضا فلكل منهما استرداد متاعه وقال أبو بكر الإسكاف : إن صرحت حين بعثت أنه عوض فكذلك ، وإن لم تصرح به ولكن نوت أن يكون عوضا كان ذلك هبة منها وبطلت نيتها ولايخفى أنه على هذا ينبغي أن يكون في مسألتنا اختلاف يعقوبية (قوله أو يسيرا)

---

(١) قوله (وخراج بإسكان الجيم) فيه نظر والمناسب عبارة ط ونصها قال ح : هو من الطويل من الضرب الثالث منه والجزء الأول فيه للثلم والجزء الثاني مقبوض مع تسكين هاء ديه اه .

بدل الهبة العقد وهو تحريف (ولا يجوز للأب أن يعوّض عما وهب للصغير من ماله) ولو وهب العبد التاجر ثم عوض فلكل منهما الرجوع بحر (ولا يصح تعويض مسلم من نصرانى عن هبته خمرا أوخنزيرا) إذ لا يصح تمليكا من المسلم بحر (ويشترط أن لا يكون العوض بعض الموهوب، فلو عوضه البعض عن الباقى) لا يصح (فله الرجوع فى الباقى) ولو الموهوب شيئين فعوضه أحدهما عن الآخر إن كانا فى عقدين صح وإلا لا لأن اختلاف العقد كاختلاف العين والدراهم تتعين فى هبة ورجوع مجتبى (ودقيق الحنطة يصلح عوضا عنها) لحدوثه بالطحن وكذا لو صبغ بعض الثياب أولت بعض السويق ثم عوضه صح خانية (ولو عوضه ولد إحدى جاريتين موهوبتين وجد) ذلك الولد (بعد الهبة امتنع الرجوع وصح) العوض (من أجنبى ويسقط حق الواهب فى الرجوع إذا قبضه) كبدل الخلع (ولو) التعويض بغير إذن (الموهوب له) ولا رجوع ولو بأمره إلا إذا قال عوض عنى على أنى ضامن لعدم وجوب التعويض بخلاف قضاء الدين (و) الأصل أن (كل ما يطالب به الإنسان بالحبس والملازمة يكون الأمر بأدائه مثبتا للرجوع من غير اشتراط الضمان ومالا فلا) إلا إذا شرط الضمان ظهيرية وحينئذ (فلو أمر المديون رجلا بقضاء دينه رجع عليه) وإن لم يضمن لوجوبه عليه لكن يخرج عن الأصل ما لو قال أنفق على بناء دارى أو قال الأسير اشترنى فإنه يرجع فيهما بلا شرط رجوع كفالة خانية مع أنه لا يطالب بهما لا بحبس ولا بملازمة فتأمل (وإن استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض وعكسه لا ما لم يرد ما بقى) لأنه

أى أقل من الموهوب ، لأن العوض ليس ببدل حقيقة وإلا لما جاز بالأقل للربا (قوله أن يعوض) وإن عوض فللواهب الرجوع لبطلان التعويض بزازية (قوله من ماله) أى من مال الصغير ولو من مال الأب صح لما سيأتى من صحة التعويض من الأجنبى سائحانى (قوله وهب العبد) فوهب مبنى للمفعول أى وهب له شخص شيئا (قوله ثم عوض) أى عوض العبد عن هبته (قوله الرجوع) لعدم ملك التاجر المأذون الهبة فلم يصح العوض (قوله بحر) لأن العبد المأذون لا يملك أن يهب أولا ولا آخرا فى التعويض سائحانى، ويحتمل أن وهب مبنى للفاعل وعوض مبنى للمفعول (قوله من نصرانى) من بمعنى اللام (قوله خمرا) مفعول تعويض (قوله فى هبة) يعنى إذا وهبه دراهم تعينت فلو أبدلها بغيرها كان إعراضا منه عنها فلو أتى بغيرها ودفعه له فهو هبة مبتدأة، وإذا قبضها الموهوب له وأبدلها بجنسها أو بغير جنسها لا رجوع عليه ومثل الدراهم الدنانير ط (قوله ورجوع) أى ليس له أن يرجع إلا إذا كانت دراهم الهبة قائمة بعينها فلو أنفقها كان إهلاكا يمنع الرجوع ط (قوله بالطحن) أى فلا يقال إنه عين الموهوب أو بعضه (قوله ثم عوضه) أى البعض أى جعله عوضا عن الهبة لحصول الزيادة فكأنه شىء آخر (قوله امتنع الرجوع) لأنه ليس له الرجوع فى الولد فصح العوض (قوله ولا رجوع) أى للمعوض على الموهوب له ولو كان شريكه سواء كان بإذنه أولا ، لأن التعويض ليس بواجب عليه فصار كما لو أمره أن يتبرع لإنسان إلا إذا قال على أنى ضامن بخلاف المديون إذا أمر رجلا بأن يقضى دينه حيث يرجع عليه ، وإن لم يضمن ، لأن الدين واجب عليه منح (قوله لعدم) علة لقوله ولا رجوع (قوله والأصل الخ) تقدم قبل كفالة الرجلين أصلان آخران (قوله لكن) استدراك على قوله وإلا فلا (قوله رجع بنصف العوض) قال فى الجوهرة: وهذا أى الرجوع فيما إذا لم يحتمل القسمة ، وإن فيما يحتملها إذا استحق بعض الهبة بطل فى الباقى ويرجع بالعوض اهـ أى لأن الموهوب له تبين أنه لم يملك ذلك البعض المستحق ، فبطل العقد من الأصل لأنه هبة مشاع فيما يحتمل القسمة (قوله وعكسه لا) أى إن استحق نصف العوض لا يرجع بنصف الهبة ، لأن النصف الباقى مقابل لكل الهبة فإن الباقى يصلح للعوض ابتداء ، فكان إبقاء إلا أنه يتخير لأنه ما أسقط حقه فى الرجوع إلا ليسلم له كل

يصلح عوضا ابتداء فكذا بقاء لكنه يخير ليسلم العوض ومراده العوض الغير المشروط أما المشروط فمبادلة كما سيجيء فيوزع البدل على المبدل نهاية (كما لو استحق كل العوض حيث يرجع فى كلها إن كانت قائمة لا إن كانت هالكة) كما لو استحق العوض وقد ازدادت الهبة لم يرجع خلاصة (وإن استحق جميع الهبة كان له أن يرجع فى جميع العوض إن كان قائما وبمثله إن) العوض (هالكا وهو مثلى وبقيمته إن قيميا) غاية (ولو عوض النصف رجع بما لم يعوض) ولا يضر الشيوع لأنه طارئ :

[تنبيه] نقل فى المجتبى أنه يشترط فى العوض أن يكون مشروطا فى عقد الهبة أما إذا عوضه بعده فلا ولم أر من صرح به غيره وفروع المذهب مطلقة كما مر فتدبر (والخاء خروج الهبة عن ملك الموهوب له) ولو بهبة إلا إذا رجع الثانى فللأول الرجوع سواء كان بقضاء أو رضا لما سيجيء أن الرجوع فسخ حتى لو عادت بسبب جديد بأن تصدق بها الثالث على الثانى أو باعها منه لم يرجع الأول ولو باع نصفه رجع فى الباقى لعدم المانع وقيد الخروج بقوله (بالكلية) بأن يكون خروجا عن ملكه من كل وجه ثم فرع عليه بقوله (فلو ضحى الموهوب له بالشاة الموهوبة أو لنذر التصدق بها وصارت لحما لايمنع الرجوع) ومثله المتعة والقران والنذر مجتبى: وفى المنهاج وإن وهب له ثوبا فجعله صدقة لله تعالى فله الرجوع خلافا للثانى (كما لو ذبحها من غير تضحية) فله الرجوع اتفاقا :

[فرع] عبد عليه دين أو جناية خطأ فوهبه مولاه لغريمه أو لولى الجناية سقط الدين والجناية ثم لو رجع

العوض ولم يسلم له فله أن يرده (قوله ليسلم) الأولى لأنه لم يسلم له العوض (قوله الغير المشروط) أى فى العقد (قوله ولو عوض النصف الخ) عوضه فى بعض هبته بأن كانت ألفا عوضه درهما منه ، فهو فسخ فى حق الدرهم ويرجع فى الباقى وكذا البيت فى حق الدار بزازية (قوله ولا يضر الشيوع) أى الحاصل بالرجوع فى النصف (قوله ولم أر من صرح الخ) قائله صاحب المنح أقول : صرح به فى غاية البيان ونصه قال أصحابنا : إن العوض الذى يسقط به الرجوع ماشرط فى العقد فأما إذا عوضه بعد العقد لم يسقط الرجوع ، لأنه غير مستحق على الموهوب له وإنما تبرع به ليسقط عن نفسه الرجوع ، فيكون هبة مبتدأ وليس كذلك إذا شرط فى العقد ، لأنه يوجب أن يصير حكم العقد حكم البيع ، ويتعلق به الشفعة ويرد بالعيب ، فدل أنه قد صار عوضا عنها وقالوا أيضا : يجب أن يعتبر فى العوض الشرائط المعتبرة فى الهبة من القبض ، وعدم الإشاعة لأنه هبة كذا فى شرح الأقطع ، وقال فى التحفة فأما العوض المتأخر عن العقد ، فهو لإسقاط الرجوع ، ولا يصير فى معنى المعاوضة لا لابتداء ولا انتهاء وإنما يكون الثانى عوضا عن الأول بالإضافة إليه نصا كهذا عوض عن هبتك ، فإن هذا عوض إذا وجد القبض ويكون هبة يصح ويبطل فيما تصح وتبطل به الهبة ، وأما إذا لم يضف إلى الأول يكون هبة مبتدأة ويثبت حق الرجوع فى الهبتين جميعا اهـ مع بعض اختصار ومفاده : أنهما قولان أو روايتان الأول لزوم اشتراطه فى العقد ، والثانى لابل لزوم الإضافة إلى الأول ، وهذا الخلاف فى سقوط الرجوع ، وأما كونه بيعا انتهاء فلا نزاع فى لزوم اشتراطه فى العقد تأمل (قوله وفروع المذهب الخ) قلت : الظاهر أن الاشتراط بالنظر لما سبق من توزيع البدل على المبدل لامطلقا وحينئذ فما فى المجتبى لايخالف إطلاق فروع المذهب فتأمل أبو السعود المصرى (قوله كما مر) من دقيق الحنطة وولد إحدى جاريتين (قوله سواء كان) أى رجوع الثانى (قوله فسخ) فإذا عاد إلى الواهب الثانى ملكه عاد بما كان متعلقا به (قوله لم يرجع الأول) لأن حق الرجوع لم يكن ثابتا فى هذا الملك درر عن المحيط (قوله لايمنع الرجوع) وجازت الأضحية كما فى المنح عن المجتبى (قوله فجعله) أى الموهوب له (قوله عبد عليه دين الخ) صبى له على مملوك وصية دين ، فوهب الوصى عبده للصبى ، ثم أراد الوصى الرجوع فى ظاهر الرواية

صح استحسانا ولا يعود الدين والجناية عند محمد ورواية عن الإمام كما لا يعود النكاح لو وهبها لزوجها ثم رجع (خانية (والزاى الزوجية وقت الهبة فلو وهب لامرأة ثم نكحها رجع ولو وهب لامرأته لا) كعكسه ؛

[فرع] لا تصح هبة المولى لأم ولده ولو فى مرضه ولا تنقلب وصية إذ لا يد للمحجور ، أما لو أوصى لها بعد موته تصح لعتقها بموته فيسلم لها كافى (والقاف القرابة ، فلو وهب لذى رحم محرم منه) نسبا (ولو ذميا أو مستأمنا لا يرجع) شمنى (ولو وهب لمحرم بلا رحم كأخيه رضاعا) ولو ابن عمه (ولمحرم بالمصاهرة كأمهات النساء والربائب وأخيه وهو عبد لأجنبى أو لعبد أخيه رجع ولو كانا) أى العبد ومولاه (ذا رحم محرم من الواهب فلا رجوع فيها اتفاقا على الأصح) لأن الهبة لأيهما وقعت تمنع الرجوع بحر ؛

[فرع] وهب لأخيه وأجنبى ما لا يقسم فقبضاه له الرجوع فى حظ الأجنبى لعدم المانع درر (والهاء هلاك العين الموهوبة ولو ادعاه) أى الهلاك (صدق بلا حلف) لأنه ينكر الرد (فإن قال الواهب هى هذه) العين (حلف) المنكر (أنها ليست هذه) خلاصة (كما يحلف) الواهب (أن الموهوب له ليس بأخيه إذا ادعى) الأخ (ذلك) لأنه يدعى مسبب النسب لا النسب خانية (ولا يصح الرجوع إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم)

له ذلك وعن محمد المنع بزازية (قوله استحسانا) قال فى الخانية : وفى القياس لا يصح رجوعه فى الهبة وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة والمعلى عن أبى يوسف وهشام عن محمد وعلى قول أبى يوسف إذا رجع فى الهبة ويعود الدين والجناية وأبو يوسف استفحش قول محمد ، وقال أرأيت لو كان على العبد دين لصغير فوهبه مولاه منه فقبل الوصى وقبض فسقط الدين . فإن رجع بعد ذلك لو قلنا لا يعود الدين كان قبول الوصى الهبة تصرفا مضرا على الصغير ولا يملك ذلك وأما مسألة النكاح ففيها روايتان عن أبى يوسف فى رواية إذا رجع الواهب يعود النكاح اهـ (قوله كعكسه) أى لو وهبت لرجل ثم نكحها رجعت ولو ازوجها (قوله لذى رحم محرم) خرج من كان ذا رحم ، وليس بمحرم ومن كان محرما وليس بذى رحم درر : فالأولى كابن العم ، فإذا كان أخاه من الرضاع أيضا فهو خارج أيضا واحترز عنه بقوله نسبا فإنه ليس بذى رحم محرم من النسب كما فى الشرنبلالية والثانى كالأخ رضاعا (قوله منه نسبا) الضمير فى منه للرحم فخرج الرحم غير المحرم كابن العم والمحرم غير الرحم كالأخ رضاعا والرحم المحرم الذى محرميته لا من الرحم كابن عم هو أخ رضاعا وعلى هذا لا حاجة إلى قوله نسبا . نعم يحتاج إليه لو جعل الضمير للواهب ليخرج به الأخير تدبر (قوله ولو ابن عمه) أى ولو كان أخوه رضاعا ابن عمه وهذا خارج بقوله منه أو بقوله نسبا لأن محرميته ليست من النسب بل من الرضاع . ولا يخفى أن وصله بما قبله غير ظاهر لأن قوله المحرم بلا رحم لا يشمله ، لكونه رحما ويمكن أن يقال قوله بلا رحم الباء فيه للسببية أى لمحرم بسبب غير الرحم كالباء فى قوله بعده بالمصاهرة (قوله ولمحرم) عطف على لمحرم فلا يمنع الرجوع باقانى (قوله والربائب الخ) وأزواج البنين والبنات خانية (قوله رجع) لأن الملك لم يقع فيها للقريب من كل وجه بدليل أن العبد أحق بما وهب له إذا احتاج إليه وهذا عنده وقالا : يرجع فى الأولى دون الثانية كما فى البحر (قوله ذا رحم محرم) صورته أن يكون لرجل أختان لكل واحدة منهما ولد وأحد الولدين مملوك الآخر ، أو يكون له أخ من أبيه وأخ من أمه وأحدهما مملوك للآخر (قوله هلاك العين) وكذا إذا استهلكت كما هو ظاهر صرح به أصحاب الفتاوى رملى قلت وفى البزازية ولو استهلك البعض له أن يرجع بالباقى (قوله مسبب النسب) بضم الميم وفتح السين وتشديد الباء وهو المال أى ادعى بسبب النسب مالا لازما وكان المقصود إثباته دون النسب منح (قوله ولا يصح الخ) قال قاضيخان وهب ثوبا لرجل ثم اختلسه منه . فاستهلكه ضمن الواهب قيمة الثوب للموهوب له لأن الرجوع فى الهبة لا يكون إلا بقضاء أو رضا سائحانى (قوله أو بحكم الحاكم الخ) الواهب إذا رجع فى هبته فى مرض الموهوب

للاختلاف فيه فيضمن بمنعه بعد القضاء لا قبله (وإذا رجع بأحدهما) بقضاء أو رضا (كان فسخا) لعقد الهبة (من الأصل وإعادة لملكه) القديم لا هبة للواهب (ف) لهذا (لا يشترط فيه قبض الواهب وصح) الرجوع (فى الشائع) ولو كان هبة لما صح فيه (وللواهب رده على بائعه مطلقا) بقضاء أو رضا (بخلاف الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء) لأن حق المشترى فى وصف السلامة لا فى الفسخ فافترقا ثم مرادهم بالفسخ من الأصل أن لا يترتب على العقد أثر فى المستقبل لابطلان أثره أصلا وإلا لعاد المنفصل إلى ملك الواهب برجوعه فصولين (اتفقا) الواهب والموهوب له (على) الرجوع فى (موضع لايصح) رجوعه من المواضع السبعة السابقة (كالهبة لقرابته جاز) هذا الإنفاق منهما جوهرة : وفى المجتبى لا تجوز الإقالة فى الهبة والصدقة فى المحارم إلا بالقبض لأنها هبة ثم قال : وكل شيء يفسخه الحاكم إذا اختصما إليه فهذا حكمه ولو وهب الدين لطفل المديون لم يجز لأنه غيرمقبوض وفى الدرر قضى ببطلان الرجوع لمانع ثم زال المانع عاد الرجوع (تلفت) العين (الموهوبة واستحقها مستحق وضمن) المستحق (الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن) لأنها عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة (والإعارة كالهبة) هنا لأن قبض المستعير كان لنفسه ولا غرور لعدم العقد وتمامه فى العمادية (وإذا وقعت الهبة بشرط العوض المعين فهى هبة ابتداء فيشترط التقابض فى العوضين ويبطل) العوض (بالشيوع) فيما يقسم

له بغير قضاء يعتبر ذلك من جميع مال الموهوب له أو من الثلث فيه روايتان ذكر ابن سماعة فى القياس يعتبر من جميع ماله خانية (قوله بمنعه) أى وقد طلبه لأنه تعدى فلو أعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا إذا هلك بعد القضاء لأنه أول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه بحر (قوله وإعادة) بنصبه معطوف على فسخا (قوله لاهبة) أى كما قاله زفر رحمه الله (قوله فى الشائع) بأن رجع لبعض ماوهب (قوله على بائعه) أى بحكم خيار العيب يعنى ولم يعلم بالعيب قبل الهبة أبو السعود (قوله مطلقا) حال من رجوع الواهب (قوله وصف السلامة) ولهذا لو زال العيب امتنع الرد (قوله لعاد المنفصل) أى الزوائد المنفصلة المتولدة من الموهوب كذا فى الهامش (قوله لايصح رجوعه) صفة للموضع كذا فى الهامش (قوله لأنها هبة) أى الإقالة هبة أى مستقلة وعبارة البزازية استقال المتصدق عليه بالصدقة فأقاله لم يجز ، حتى يقبض لأنه هبة مستقلة وكذا إذا كانت الهبة لذى رحم محرم ، وكل شيء لايفسخه الحاكم إذا اختصما إليه فهذا حكمه وتمامه فيها فراجعها فى نسخة صحيحة (قوله وكل شيء يفسخه) قيل الظاهر أنه سقط منه لفظة لا والأصل لايفسخه كما هو الواقع فى الخانية اه وبه يظهر المعنى ويكون المراد منه تعميم المحارم وغيرهم مما لارجوع فى هبتهم (قوله ولو وهب الخ) سيجيء فى الورقة الثانية أن المعتمد الصحة سائحانى (قوله عاد الرجوع) مبنى على ماقدمه عن الخانية واعتمده القهستانى لكن فى كلامه هناك إشارة إلى اعتماد خلافه :

قلت : ولا يخفى ما فى إطلاق الدرر فإن المانع قد يكون خروج الهبة من ملكه ثم تعود بسبب جديد وقد يكون للزوجية ، ثم تزول وفى ذلك لا يعود الرجوع كما صرحوا به ، نعم صرحوا به فيما إذا بنى فى الدار ثم هدم البناء وفيما إذا وهبها لآخر ثم رجع ، ولعل المراد زوال المانع العارض فالزوجية وإن زالت لكنها مانع من الأصل والعود بسبب جديد بمنزلة تجدد ملك حادث من جهة غير الواهب ، فصارت بمنزلة عين أخرى غير الموهوبة بخلاف ما إذا عادت إليه بما هو فسخ هذا ما ظهر لى فتدبره (قوله وضمن) بتشديد الميم والمستحق فاعله والموهوب مفعوله (قوله التقابض) أى فى المجلس وبعده بالإذن سائحانى (قوله فى العوضين) فإن لم يوجد التقابض فلكل واحد منهما أن يرجع وكذا لو قبض أحدهما فقط ، فلكل الرجوع القابض وغيره سواء غاية

(بيع انتهاء فترد بالعيب وخيار الرؤية وتؤخذ بالشفعة) هذا إذا قال وهبتك على أن تعوضنى كذا أما لو قال وهبتك بكذا فهو بيع ابتداء وانتهاء وقيد العوض بكونه معينا ، لأنه لو كان مجهولا بطل اشتراطه فيكون هبة ابتداء وانتهاء :

[فرع] وهب الواقف أرضها شرط استبداله بلا شرط عوض لم يجز وإن شرط كان كبيع ذكره الناصحى : وفى المجمع وأجاز محمد هبة مال طفله بشرط عوض مساو ومنعاه :

قلت : فيحتاج على قولهما إلى الفرق بين الوقف ومال الصغير انتهى والله أعلم :

فصل فى مسائل متفرقة

(وهب أمة إلا حملها وعلى أن يردها عليه أو يعتقها أو يستولدها أو) وهب (دارا على أن يرد عليه شيئا منها) ولو معينا كثلث الدار أو ربعها (أو على أن يعوض فى الهبة والصدقة شيئا عنها صحت) الهبة (وبطل الاستثناء) فى الصورة الأولى (و) بطل (الشرط) فى الصور الباقية لأنه بعض أو مجهول والهبة لا تبطل بالشروط ولا تنس ما مر من اشتراط معلومية العوض :

البيان (قوله بيع انتهاء) أى إذا اتصل القبض بالعوضين غاية البيان إلا أنه لا تخالف لو اختلفا فى قدر العوض لما فى المقدسى عن الذخيرة اتفاقا على أن الهبة بعوض : واختلفا فى قدره ولم يقبض والهبة قائمة خير الواهب بين تصديق الموهوب له والرجوع فى الهبة أو بقيمتها لو هالكة ولو اختلفا فى أصل العوض فالقول للموهوب له فى إنكاره ، وللواهب الرجوع لو قائما ولو مستهلكا فلا شىء له ولو أراد الرجوع فقال أنا أخوك أو عوضتك أو إنما تصدقت بها فالقول للواهب استحسانا اهـ ملخصا (قوله بلا شرط) متعلق بوهب (قوله إلى الفرق) قال شيخ والدى : وقد يفرق بينهما بأن الواقف لما شرط الاستبدال وهو يحصل بكل عقد يفيد المعاوضة كان هذا العقد داخلا فى شرطه بخلاف هبة الأب مال ابنه الصغير كذا قاله الرملى فى حاشيته على المنح مدنى .

فصل فى مسائل متفرقة

(قوله إلا حملها) اعلم أن استثناء الحمل ينقسم ثلاثة أقسام فى قسم يجوز التصرف ويبطل الاستثناء كالهبة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد ، وفى قسم لا يجوز أصل التصرف كالبيع والإجارة والرهن ، لأن هذه العقود تبطل بالشروط وكذا باستثناء الحمل ، وفى قسم يجوز التصرف والاستثناء جميعا كالوصية لأن أفراد الحمل بالوصية جائز فكذا استثناؤه بعقوبية (قوله شيئا عنها) أى شيئا مجهولا ح (قوله لأنه بعض) وقد مر متنا أنه يشترط أن لا يكون العوض بعض الموهوب (قوله أو مجهول) الأول : راجع إلى صورة هبة الدار ، والثانى : إلى قوله أو على أن يعوض ، ولا يشمل الثلاث التى بعد الأولى ، فالأولى تعليل الهداية بأن هذه الشروط تخالف مقتضى العقد ، فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها إلا أن يقال قوله والهبة لا تبطل بالشروط من تتمة التعليل (قوله ولا تنس الخ) نبه عليه إشارة إلى دفع ما قاله الزيلعى تبعا للنهاية من أن قوله أو على أن يعوض الخ : فيه إشكال ، لأنه إن أراد به الهبة بشرط العوض فهى والشرط جائزان فلا يستقيم قوله بطل الشرط ، وإن أراد به أن يعوضه عنها شيئا من العين الموهوبة فهو تكرار محض لأنه ذكره بقوله على أن يرد عليه شيئا منها وحاصل الدفع أن المراد الأول وإنما بطل الشرط لجهالة العوض كذا أفاده فى البحر : ثم رأيت صدر الشريعة

(أعتق حمل أمة ثم وهبها صح ولو دبره ثم وهبها لم يصح) لبقاء الحمل على ملكه فكان مشغولا به بخلاف الأول (كما لا يصح) تعليق الإبراء عن الدين بشرط محض كقوله لمديونه : إذ جاء غد أو إن مت بفتح التاء فأنت برئ من الدين أو إن مت من مرضك هذا أو إن مت من مرضى هذا فأنت فى حل من مهرى فهو باطل لأنه مخاطرة وتعليق (إلا بشرط كائن) ليكون تنجيزا كقوله لمديونه إن كان لى عليك دين أبرأتك عنه صح وكذا إن مت بضم التاء فأنت برئ منه أو فى حل جاز وكان وصية خالية (جاز العمرى) للمعمر له ولورثته بعده لبطلان الشرط (لا) تجوز (الرقبى) لأنها تعليق بالخطر وإذا لم تصح تكون عارية شمنى لحديث أحمد وغيره « من أعمر عمرى فهى لمعمره فى حياته وموته لا ترقبوا فمن أرقب شيئا فهو سبيل الميراث » :

(بعث إلى امرأته متاعا) هدايا إليها (وبعثت له أيضا) هدايا عوضا للهبة صرحت بالعوض أولا (ثم افترقا بعد الزفاف وادعى) الزوج (أنه عارية) لا هبة وحلف (فأراد الاسترداد وأرادت) هى (الاسترداد) أيضا

صرح به فقال : مرادهم ما إذا كان العوض مجهولا وإنما يصح العوض إذا كان معلوما (قوله بشرط محض الخ) :

[فروع] وهبت مهرها لزوجها على أن يجعل أمر كل امرأة يتزوجها عليها بيدها ، ولم يقبل الزوج قيل لا يبرأ والمختار أن الهبة تصح بلا قبول المديون وإن قبل إن جعل أمرها بيدها فالإبراء ماض ، وإن لم يجعل فكذلك عند البعض والمختار أنه يعود وكذا لو أبرأته على أن لا يضربها ، ولا يحجرها أو يهب لها كذا ، فإن لم يكن هذا شرطا فى الهبة لا يعود المهر :

منعها من المسير إلى أبويها حتى تهب مهرها ، فالهبة باطلة لأنها كالمكرهة . وذكر شمس الإسلام تخويفها بضرب حتى تهب مهرها فإكراه إن كان قادرا على الضرب وذكر بكر سقوط المهر :

لا يقبل التعليق بالشرط ألا ترى أنها لو قالت لزوجها : إن فعلت كذا فأنت برىء من المهر لا يصح :

قال لمديونه : إن لم أقبض مالى عليك حتى تموت ، فأنت فى حل فهو باطل لأنه تعليق والبراءة لا تحتمله بزازية (قوله لأنه مخاطرة) لاحتمال موت الدائن قبل الغد أو قبل موت المديون ونحو ذلك لأن المعنى إذا مت قبلى وإن جاء الغد والدين عليك فيحتمل أن يموت الدائن قبل الغد أو قبل موت المديون ، فكان مخاطرة كذا قرره شيخنا :

وأقول : الظاهر أن المراد أنه مخاطرة فى مثل إن مت من مرضك هذا وتعليق فى مثل إن جاء الغد والإبراء لا يحتملهما ، وأن المراد بالشرط الكائن الموجود حالة الإبراء وأما قوله : إن مت بضم التاء فإنما صح وإن كان تعليقا لأنه وصية : وهى تحتمل التعليق فافهم وتقدمت المسألة في متفرقات البيوع فيما يبطل بالشرط ، ولا يصح تعليقه به (قوله جاز العمرى) بالضم من الإعمار كما فى الصحاح قال فى الهامش : العمرى هى أن يجعل داره له عمره فإذا مات ترد عليه اه (قوله لا تجوز الرقبى) هى أن تقول إن مت قبلك فهى لك لحديث أحمد وأبى داود والنسائى مرفوعا « من أعمر عمرى الخ » كذا فى الهامش فى كافى الحاكم الشهيد باب الرقبى .

رجل حضرته الوفاة فقال : دارى هذه حبيس ، لم تكن حبيسا وهى ميراث وكذا إن قال دارى هذه حبيس على عقبى من بعدى والرقبى هو الحبيس وليس بشىء :

رجل قال لرجلين : عبدى هذا لأطولكما حياة أو قال عبدى هذا حبيس على أطولكما حياة فهذا باطل وهو الرقبى وكذا لو قال لرجل : دارى لك حبيس وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف : أما أنا فأرى أنه إذا قال لك حبيس ، فهي له إذا قبضها وقوله حبيس باطل وكذلك إذا قال هي لك رقبي اه وفيه أيضا فإذا

(يسترد كل) منهما (ما أعطى) إذ لا هبة فلا عوض ولو استهلك أحدهما مابعثه الآخر ضمنه ، لأن من استهلك العارية ضمنها خانية (هبة الدين ممن عليه الدين وإبراؤه عنه يتم من غير قبول) إذ لم يوجب انفساخ عقد صرف أو سلم لكن يرتد بالرد في المجلس وغيره لما فيه من معنى الإسقاط وقيل يتقيد بالمجلس كذا في العناية لكن في الصيرفية لو لم يقبل ولم يرد حتى افترقا ثم بعد أيام رد لا يرتد في الصحيح لكن في المجتبى الأصح أن الهبة تمليك والإبراء إسقاط (تمليك الدين ممن ليس عليه الدين باطل إلا) في ثلاث : حوالة ، وصية ، و (إذا سلطه) أي سلط المملك غير المديون (على قبضه) أي الدين (فيصح) حينئذ ومنه ما لو وهبت من ابنها ما على أبيه فالمعتمد الصحة للتسليط ويتفرع على هذا الأصل لو قضى دين غيره على أن يكون له لم يجز ولو كان وكيلا بالبيع

قال : داري هذه لك عمري تسكنها وسلمها إليه ، فهي هبة وهي بمنزلة قوله طعامي هذا لك تأكله وهذا الثوب لك تلبسه وإن قال : وهبت لك هذا العبد حياتك وحياته فقبضه فهي هبة جائزة وقوله حياتك باطل وكذا لوقال أعمرتك داري هذه حياتك أو قال : أعطيتكها حياتك فإذا مت فهي لي وإذا مت أنا فهي لوارثي وكذا لوقال : هو هبة لك ولعقبك من بعدك وإن قال : أسكنتك داري هذه حياتك ولعقبك من بعدك فهي عارية وإن قال : هي لك ولعقبك من بعدك فهي هبة له وذكر العقب لغو اه (قوله فلا عوض) لأنها إنما قصدت التعويض عن هبة فلما ادعى العارية ورجع لم يوجد التعويض فلها الرجوع (قوله من غير قبول) لما فيه من معنى الإسقاط ح (قوله عقد صرف أو سلم) لأنه لايتوقف على القبول في السلم والصرف لكونه موجبا للفسخ فيهما لا لكونه هبة منح (قوله لكن يرتد الخ) استدراك على قوله يتم من غير قبول بمعنى أنه وإن تم من غير قبول لما فيه من معنى الإسقاط لكنه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك ح :

قال في الأشباه : الإبراء يرتد بالرد إلا في مسائل الأولى : إذا أبرأ المحتال المحال عليه فرده لا يرتد ، وكذا إذا قال المديون أبرئني فأبرأه ، وكذا إذا أبرأ الطالب الكفيل ، وقيل يرتد الرابعة : إذا قبله ثم رده لم يرتد اه (قوله الإسقاط) تعليل للتعميم يعني وإنما صح الرد في غير المجلس لما فيه من معنى الإسقاط إذ التمليك المحض يتقيد رده بالمجلس ، وليس تعليلا لقوله يرتد بالرد لما علمت أن علته مافيه من معنى التمليك فتنبه ح (قوله لكن في الصيرفية) استدراك على تضعيف صاحب العناية القول الثاني (قوله لكن في المجتبى) استدراك على جعلهم كلا من الهبة والإبراء إسقاطا من وجه تمليكا من وجه ، وأنت خبير بأن هذا الاستدراك مخالف للمشهور ح (قوله تمليك) أي فيحتاج إلى القبول قال في الهامش ، فمن قال بالتمليك يحتاج إلى الجواب منح (قوله إسقاط) ومن قال للاسقاط لا يحتاج إليه منح كذا في الهامش (قوله على قبضه) أي وقبضه قال في جامع الفصولين : هبة الدين ممن ليس عليه لم تجز إلا إذا وهبه وأذن له بقبضه جاز صك لم يجز إلا إذا سلطه على قبضه فيصير كأنه وهبه حين قبضه ولا يصح إلا بقبضه اه فتنبه لذلك رملي قال السائحاني : وحينئذ يصير وكيلا في القبض عن الآمر ، ثم أصيلا في القبض لنفسه : ومقتضاه صحة عزله عن التسليط قبل القبض ، وإذا قبض بدل الدراهم دنانير صح ، لأنه صار الحق للموهوب له فملك الاستبدال وإذا نوى في ذلك التصدق بالزكاة أجزأه كما في الأشباه اه (قوله ما على أبيه) أي وأمرته بالقبض بزازية مدني (قوله للتسليط) أي إذا سلطته على القبض كما يشير إليه قوله ومنه ، وفي الخالية : وهبت المهر لابنها الصغير الذي من هذا الزوج الصحيح ، أنه لاتصح الهبة إلا إذا سلطت ولدها على القبض فيجوز ويصير ملكا للولد إذا قبض اه فقول الشارح للتسليط أي التسليط صريحا لا حكما كما فهمه السائحاني وغيره ، لكن لينظر فيما إذا كان الابن لا يعقل فإن القبض يكون لأبيه ، فهل يشترط أن يفرز الأب قدر المهر ويقبضه لابنه أو يكفي قبوله كما في هبة الدين ممن عليه (قوله بالبيع) فلو دفع للموكل عن دين المشتري

فصولين (و) ليس منه ما (إذا أقر الدائن أن الدين لفلان وأن اسمه) فى كتاب الدين (عارية) حيث (صح) إقراره لكونه إخبارا لا تمليكا فللمقر له قبضه بزازية وتمامه فى الأشباه من أحكام الدين وكذا لوقال الدين الذى لى على فلان لفلان بزازية وغيرها .

قلت : وهو مشكل لأنه مع الإضافة إلى نفسه يكون تمليكا وتمليك الدين ممن ليس عليه باطل فتأمله . وفى الأشباه فى قاعدة تصرف الإمام معزيا لصلح البزازية اصطلحا أن يكتب اسم أحدهما فى الديوان فالعطاء لمن كتب اسمه الخ (والصدقة كالهبة) بجامع التبرع وحينئذ (لاتصح غير مقبوضة ولا فى مشاع يقسم ولا رجوع فيها) ولو على غنى لأن المقصود فيها الثواب لا العوض ولو اختلفا فقال الواهب هبة والآخر صدقة فالقول للواهب خانية .

[فروع] كتب قصة إلى السلطان يسأله تمليك أرض محدودة فأمر السلطان بالتوقيع فكتب كاتبه جعلتها ملكا له هل يحتاج إلى القبول فى المجلس ؟ القياس : نعم لكن لما تعذر الوصول إليه أقيم السؤال بالقصة مقام حضوره .

أعطت زوجها مالا بسؤاله ليتوسع فظفر به بعض غرمائه إن كانت وهبته أو أقرضته ليس لها أن تسترد من الغريم وإن أعطته ليتصرف فيه على ملكها فلها ذلك لا له .

دفع لابنه مالا ليتصرف فيه ففعل وكثر ذلك فمات الأب إن أعطاه هبة فالكل له وإلا فميراث وتمامه فى جواهر الفتاوى .

بعث إليه بهدية فى إناء هل يباح أكلها فيه إن كان ثريدا ونحوه مما لو حوله إلى إناء آخر ذهبت لذته يباح وإلا فإن كان بينهما انبساط يباح أيضا وإلا فلا .

على أن يكون ما على المشترى للوكيل لايجوز (قوله وليس منه) أى من تمليك الدين ممن ليس عليه (قوله فتأمله) يمكن الجواب بأن المراد الدين الذى لى على فلان بحسب الظاهر هو لفلان فى نفس الأمر ، فلا إشكال فتدبر ح .

أقول : ويمكن أن يكون مبنيا على الخلاف فإنه قال فى القنية راقما لعلى السعدى إقرار الأب لولده الصغير بعين من ماله تمليك إن أضافه إلى نفسه فى الإقرار ، وإن أطلق فإقرار كما فى سدس دارى وسدس هذه الدار ، ثم رقم لنجم الأئمة البخارى إقرار فى الحالتين لا تمليك اه قال فى إقرار المنح فيفيد أن فى المسألة خلافا ولكن الأصل المذكور هو المشهور وعليه فروع فى الخانية وغيرها ، وقد يجاب بأن الإضافة فى قوله الدين الذى لى إضافة نسبة لا ملك كما أجاب به الشارح فى الإقرار عن قولهم جميع ما فى بيتى لفلان فإنه إقرار وكذا قالوا من ألفاظ الإقرار جميع ما يعرف بى أو جميع ما ينسب إلىّ والله تعالى أعلم . وقد مرت المسألة قبيل إقرار المريض وأجبنا عنه بأحسن مما هنا فراجعه (قوله غير مقبوضة) فإن قلت قدم أن الصدقة لفقيرين جائزة فيما يحتمل القسمة بقوله وصح تصدق عشرة لفقيرين . قلت: المراد هنا من المشاع أن يهب بعضه لواحد فقط فحينئذ هو مشاع يحتمل القسمة بخلاف الفقيرين فإنه لا شيوع كما تقدم بحر (قوله ولو على غنى) اختاره فى الهداية مقتصرا عليه لأنه قد يقصد بالصدقة على الغنى الثواب لكثرة عياله بحر ، وهذا مخالف لما مر قبيل باب الرجوع من أن الصدقة على الغنى هبة ولعلهما قولان تأمل (قوله فأمر السلطان) هذا إنما يتم فى أرض موات أوملك السلطان أما إذا أقطعه من غير ذلك فللإمام أن يخرجه متى شاء كما سلف ذلك فى العشر والخراج ط (قوله أو أقرضته) وسيأتى ما لو تصرف فى مالها وادعى أنه بإذنها (قوله وإلا فميراث) بأن دفع إليه ليعمل للأب .

دعا قوما إلى طعام وفرقهم على أخونة ليس لأهل خوان مناولة أهل خوان آخر ولا إعطاء سائل وخادم وهرة لغير رب المنزل ولا كلب ، ولو لرب المنزل إلا أن يناوله الخبز المحترق للإذن عادة وتمامه فى الجوهرة . وفى الأشباه لا جبر على الصلات إلا فى أربع شفعة ونفقة زوجة وعين موصى بها ومال وقف ، وقد حررت أبيات الوهبانية على وقف ما فى شرحها للشرنبلالى فقلت :

واهب دين ليس يرجع مطلقا ... وإبراء ذى نصف يصح المحرر
على حجها أو تركه ظلمه لها ... إذا وهبت مهرا ولم يوف يخسر
معلق تطليق بإبراء مهرها ... وإنكاح أخرى لو يرد فيظفر

[فروع] دفع دراهم إلى رجل وقال : أنفقها ففعل فهو قرض ولو دفع إليه ثوبا ، وقال ألبسه نفسك ، فهو هبة والفرق مع أنه تمليك فيهما أن التمليك قد يكون بعوض ، وهو أدنى من تمليك المنفعة ، وقد أمكن فى الأول لأن قرض الدراهم يجوز ، بخلاف الثانية ولوالجية وفيها قال أحد الشريكين للآخر : وهبتك حصتى من الربح والمال قائم لا تصح ، لأنها هبة مشاع فيما يحتمل القسمة ولو كان استهلكه الشريك صحت ء

رجل اشترى حليا ودفعه إلى امرأته واستعملته ، ثم ماتت ثم اختلف الزوج وورثتها أنها هبة أوعارية فالقول قول الزوج مع اليمين أنه دفع ذلك إليها عارية ، لأنه منكر للهبة منح وانظر ما كتبناه أول كتاب الهبة عن خزانة الفتاوى قال الرملى : وهذا صريح فى رد كلام أكثر العوام أن تمتع المرأة يوجب التمليك ولا شك فى فساده اه وسبقه إلى هذا صاحب البحر كما ذكرناه عنه فى باب التحالف ، وكتبنا هناك عن البدائع : أن المرأة إن أقرت أن هذا المتاع اشتراه لى سقط قولها لأنها أقرت بالملك لزوجها ثم ادعت الانتقال إليها فلا يثبت إلا بالبينة اه وظاهره شمول ثياب البدن ولعله فى غير الكسوة الواجبة ، وهو الزائد عليها تأمل وراجع ويدل عليه ما مر أول الهبة من قوله اتخذ لولده ثيابا الخ فحيث لا رجوع له هناك ما لم يصرح بالعارية فهنا أولى (قوله خوان) بكسر الخاء وأخونة قبلها بكسر التاء منونة (قوله على الصلات) بكسر الصاد (قوله مطلقا) أى سواء قبل المديون أولا وقيل لابد من القبول ، ويظهر لك منه مافى كلام البحر حيث قال : أول باب الرجوع وأطلق الهبة فانصرفت إلى الأعيان ، فلا رجوع فى هبة الدين للمديون بعد القبول ، بخلافه قبله لكونها إسقاطا اه وكأنه اشتبه عليه الرد بالرجوع تأمل (قوله وإبراء ذى نصف الخ) قال قاضيخان ، وإذا كان دين بين شريكين فوهب أحدهما نصيبه من المديون جاز ، وإن وهب نصف الدين مطلقا ينفذ فى الربع كما لو وهب نصف العبد المشترك اه كذا فى الهامش (قوله على حجها الخ) اشتمل البيت على مسألتين : الأولى امرأة تركت مهرها للزوج على أن يحج بها ، فلم يحج بها قال محمد بن مقاتل إنها تعود بمهرها ، لأن الرضا بالهبة كان بشرط العوض ، فإذا انعدم العوض انعدم الرضا والهبة لا تصح بدون الرضا : والثانية : إذا قالت لزوجها ، وهبت مهرى منك على أن لا تظلمنى فقبل صحت الهبة فلو ظلمها بعد ذلك فالهبة ماضية وقال بعضهم مهرها باق إن ظلمها كذا فى الهامش (قوله معلق تطليق الخ) البيت للشرنبلالى نظم فيه مسألة سئل عنها وهى قال لها متى نكحت عليك أخرى ، وأبرأتنى من مهرك فأنت طالق ، فهل إذا ادعى أنه أوفاها المهر فلم يبق ما تبرئه عنه ، وأنكرت يقبل فى عدم الحنث ، وإن لم يقبل بالنظر بسقوط حقها كما يقبل قوله : لو اختلفا فى وجود الشرط ؟ فأجاب : أن رد الإبراء لم يحنث ، لأنه لو كان كما ادعت فرده أبطله وإن كان كما ادعى فالرد معتبر لبطلان الإبراء المقتضى للحنث ، وإنما اعتبر الرد مع دعوى الدفع لما يأتى أنه إذا قبض دينه ثم أبرأ غريمه وقبل صح الإبراء ويرجع عليه بما قبض اه ملخصا ومفهومه : أنه

وإن قبض الإنسان مال مبيعه فأبرأ يؤخذ منه كالدين أظهر
ومن دون أرض فى البناء صحيحة وعندى فيـه وقفة فيحرر

قلت : وجه توقفى تصريحهم فى كتاب الرهن بأن رهن البناء دون الأرض وعكسه لا يصح لأنه كالشائع فتأمله وأشرت بأظهر لما فى العمادية عن خواهر زاده أنه لايرجع واختاره بعض المشايخ فيظفر أى بنكاح ضرتها لأنه برده للابراء أبطله فلا حنث فليحفظ اهـ :

لو لم يقبل لم يصح الإبراء قال : وإنما سطرته دفعا لما يتوهم من الحنث بمجرد الإبراء ، وانظر ما ذكره الشارح فى آخر باب التعليق وقال فى الهامش : أى إذا علق طلاق امرأته على نكاح أخرى مع الإبراء عن المهر فتزوج فادعت امرأته الإبراء فادعى دفع المهر فالقول له فى عدم الحنث لكن قال فى الأشباه وعلى أن الإبراء بعد القضاء صحيح لو علق طلاقها بإبرائها عن المهر ثم دفعه لها لا يبطل التعليق فإذا أبرأته براءة إسقاط وقع اهـ كذا فى الهامش (قوله وإن قبض الإنسان) باع متاعا وقبض الثمن من المشترى ، ثم أبرأ البائع المشترى من الثمن بعد القبض يصح إبراؤه ويرجع المشترى على البائع بما كان دفعه إليه من الثمن كذا فى الهامش (قوله صحيحة) أى هى صحيحة كذا فى الهامش (قوله أى بنكاح) عبارة الشرنبلالى أى بقهر المرأة لبقائها فى نكاحه مع الضرة وهو الأنسب حيث كان المعلق طلاقها لاطلاق الضرة .

[فائدة] قال الزاهدى فى كتابه المسمى : بحاوى مسائل المنية للقاضى عبد الجبار انتهب وسادة كرسى العروس وباعها يحل إن كانت وضعت للنهب اهـ :

أقول : وعليه يقاس شمع الأعراس والموالد رملى على المنح والله سبحانه أعلم .

قال الفقير إلى البارى سبحانه المرتجى كرمه وإحسانه وامتنانه محمد علاء الدين ابن المؤلف هذا آخر ما وجدته على نسخة شيخنا المؤلف المرحوم الوالد السيد محمد أفندى عابدين عليه رحمة أرحم الراحمين وأحسن له الفوائد ، ولكن يحتاج بعضه إلى مراجعة أصله المنقول عنه فإنه لم يظهر لى وليس عندى أصله لأرجع إليه والله المسئول وعليه التكلان ونسأله سبحانه التوفيق لأقوم طريق وهو حسبى ونعم الوكيل وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم ، وذلك فى خامس وعشرى صفر الخير نهار الأربعاء قبيل الظهر سنة ألف ومائتين وستين أحسن الله ختامها آمين :

تمّ الجزء الخامس ويليه الجزء السادس ،
وأوله : كتاب الإجارة

فهرست الجزء الخامس

من حاشية رد المحتار على الدر المختار

للعلامة السيد محمد أمين المعروف بابن عابدين

حاشية رد المحتار

لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين

على

الدر المختار شرح تنوير الأبصار

في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان

المجلد السادس

دار الفكر
للطباعة والنشر والتوزيع
بيروت

حاشية

رد المحتار

لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين

على

الدر المختار شرح تنوير الأبصار

في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان

ويليه: تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف

وقد وضع الشرح والمتن بأعلا الصحائف

وبأسفل الصحائف تقارير لبعض العلماء

الجزء السادس

الطبعة الثانية

١٣٨٦ هـ = ١٩٦٦ م

دار الفكر

١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م

« مَنْ يُرِدِ اللهُ بِهِ خيرًا يُفقِّهْهُ في الدِّينِ »

« حديث شريف »

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الإجارة

قدم الهبة لكونها تمليك عين وهذه تمليك منفعة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله ، والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وأصحابه ومن والاه آمين :

كتاب الإجارة

أقول : الإجارة بكسر الهمزة هو المشهور وحكى الرافعي ضمها . وقال صاحب المحكم : هي بالضم اسم للمأخوذ ، مشتقة من الأجر وهو عوض العمل . ونقل عن ثعلب الفتح فهي مثلثة الهمزة . وفي تكملة البحر للعلامة عبد القادر الطوري : لو قال الإيجار لكان أولى ، لأن الذي يعرف هو الإيجار الذي هو بيع المنافع لا الإجارة التي هي الأجرة . قال قاضي زاده : ولم يسمع في اللغة أن الإجارة مصدر ، ويقال أجره : إذا أعطاه أجرته ، وهي ما يستحق على عمل الخير . وفي الأساس : آجرني داره واستأجرتها وهو مؤجر ولا تقل مؤاجر فإنه خطأ وقبيح . قال : وليس آجر هذا فاعل بل هو أفعل اهـ .

قلت : لكن نقل الرملي في حاشية البحر : قال الواحدي عن المبرد : يقال أجرت داري ومملوكي غير ممدود وممدودا والأول أكثر إجارا وإجارة ، وعليه فلا اعتراض تدبر (قوله لكونها تمليك عين) أي والأعيان

(هى) لغة اسم للأجرة وهو ما يستحق على عمل الخير ولذا يدعى به ، يقال أعظم الله أجرك : وشرعا (تمليك نفع) مقصود من العين (بعوض) حتى لو استأجر ثيابا أو أوانى ليتجمل بها أو دابة ليجنبها بين يديه أو دارا لايسكنها أو عبدا أو دراهم أو غير ذلك لايستعمله بل ليظن الناس أنه له فالإجارة فاسدة فى الكل، ولا أجر له لأنها منفعة غير مقصودة من العين بزازية وسيجىء (وكل ما صلح ثمنا) أى بدلا فى البيع (صلح أجرة) لأنها ثمن المنفعة ولا ينعكس كليا ، فلا يقال ما لايجوز ثمنا لايجوز أجرة لجواز إجارة المنفعة بالمنفعة إذا اختلفا كما سيجىء : (وتنعقد بأعرتك هذه الدار شهرا بكذا) لأن العارية بعوض إجارة

مقدمة على المنافع ولأنها بلا عوض وهذه به والعدم مقدم ، ثم للإجارة مناسبة خاصة لفصل الصدقة من حيث إنهما يقعان لازمين فلذا عقبها بها أفاده الطورى (قوله اسم للأجرة) قال الزيلعى . وفى اللغة الإجارة فعالة اسم للأجرة ، وهى ما يعطى من كراء الأجير ، وقد أجره : إذا أعطاه أجرته اه : وفى العينى فعالة أو إعالة بحذف فاء الفعل اه وقدمنا أنها تكون مصدرا (قوله وهو ما يستحق) ذكر الضمير لعوده على الأجر المفهوم من ذكر مقابله وهى الأجرة ، والأوضح الإظهار فلا خلل فى كلامه فافهم (قوله تمليك) جنس يشمل بيع العين والمنفعة وهو وإن كان جنسا كما يكون مدخلا يكون مخرجا ، فدخل به العارية لأنها تمليك المنافع والنكاح لأنه تمليك البضع وليس بمنفعة ، وبقوله نفع(١) تمليك العين ، وقوله بعوض تمام التعريف طورى :

قال فى المنح : وهو أولى بالقبول ، من قولهم تمليك نفع معلوم بعوض كذلك ، لأنه إن كان تعريفا للإجارة الصحيحة لم يكن مانعا لتناوله الفاسدة بالشرط الفاسد وبالشيوع الأصلى ، وإن كان تعريفا للأعم لم يكن تقييد النفع والعوض بالمعلوم صحيحا ، وما اختير فى هذا المختصر تبعا للدرر تعريفا للأعم اه وفيه نظر ، لأن التى عرّفها أئمة المذهب الإجارة الشرعية وهى الصحيحة والفاسدة ضدها فلا يشملها التعريف : قال فى المبسوط : لابد من إعلام ما يرد عليه عقد الإجارة على وجه ينقطع به المنازعة ببيان المدة والمسافة والعمل ، ولابد من إعلام البدل اه وإلا كان العقد عبثا كما فى البدائع ، على أنه لا تمليك بعوض غير معلوم فعاد إلى كلامهم ، وتمامه فى الشرنبلالية (قوله مقصودة من العين) أى فى الشرع ونظر العقلاء ، بخلاف ما سيذكره فإنه وإن كان مقصودا للمستأجر لكنه لانفع فيه وليس من المقاصد الشرعية ، وشمل ما يقصد ولو لغيره لما سيأتى عن البحر من جواز استئجار الأرض مقيلا ومراحا ، فإن مقصوده الاستئجار للزراعة مثلا ، ويذكر ذلك حيلة للزومها إذا لم يمكن زرعها تأمل (قوله أو أوانى) منصوب بفتحة ظاهرة على الياء ، وفى بعض النسخ بحذفها ، وكأنه من تحريف النساخ (قوله أنه له) أى الدار أو العبد وما بعده ، وأفرد الضمير لعطف المذكورات بأو ، وهذه المسائل ستأتى متنا فى الباب الآتى (قوله ولا أجر له) أى ولو استعملها فيما ذكره ، وقولهم إن الأجرة تجب فى الفاسدة بالانتفاع محله فيما إذا كان النفع مقصودا ط ، وقيد فى الخلاصة عدم الأجر فى جنس هذه المسائل بقوله إلا إذا كان الذى يستأجر قد يكون يستأجر لينتفع به اه وسيأتى تمام الكلام فيه (قوله وسيجىء) أى فى باب ما يجوز من الإجارة (قوله أى بدلا فى البيع) فدخل فيه الأعيان فإنها تصلح بدلا فى المقايضة فتصلح أجرة (قوله لأنها ثمن المنفعة) أى وهى تابعة للعين ، وما صلح بدلا عن الأصل صلح بدلا عن التبع (قوله ولا ينعكس كليا) قيد به ليفهم أن المراد به العكس اللغوى لا المنطقى ، وهو عكس الموجبة الكلية بالموجبة الجزئية ، إذ يصح بعض ما صلح أجرة صلح ثمنا (قوله كما سيجىء) أى فى آخر باب الإجارة الفاسدة (قوله وتنعقد بأعرتك الخ) وبلفظ الصلح كما ذكره

---

(١) (قوله وبقوله نفع الخ) لايظهر عطفه على قوله فدخل به على مالا يخفى ، ولعل الصواب فدخل به سائر التمليكات ، وخرج بقوله نفع النكاح لأنه الخ وتمليك العين ، وبقوله عوض العارية لأنها تمليك النفع إلا أنها بدون عوض اه .

بخلاف العكس (أو وهبتك) أوآجرتك (منافعها) شهرا بكذا ؛ أفاد أن ركنها الإيجاب والقبول : وشرطها كون الأجرة والمنفعة معلومتين لأن جهالتهما تفضى إلى المنازعة : وحكمها وقوع الملك فى البدلين ساعة فساعة ، وهل تنعقد بالتعاطى ؟

الحلوانى . والأظهر أنها تنعقد بلفظ البيع إذا وجد التوقيت وإليه رجع الكرخى كما فى البحر ، لكن فى الشرنبلالية جزم فى البرهان بعدم الانعقاد فقال : لاتنعقد ببعت منفعتها لأن بيع المعدوم باطل ، فلا يصح تمليكا بلفظ البيع والشراء اه ونقل مثله عن الخانية (قوله بخلاف العكس) يعنى أن الإجارة بلا عوض(١) لا تنعقد إعارة . قال فى البزازية : لو قال آجرتك منافعها سنة بلا عوض تكون إجارة فاسدة لا عارية اه :

وفى المنح عن الخانية : لو قال آجرتك هذه الدار بغير عوض كانت إجارة فاسدة ولا تكون عارية ، كما لو قال : بعتك هذه العين بغير عوض كان باطلا أو فاسدا لاهبة ، ويخالفه ما فى عارية البحر عن الخانية : آجرتك هذه الدار شهرا بلا عوض كانت إعارة ، ولو لم يقل شهرا لا تكون إعارة اه . قال فى التاترخانية بل إجارة فاسدة ، وقد قيل بخلافه اه وانظر ما قدمناه فى العارية (قوله منافعها شهرا بكذا) تنازع فى هذه المعمولات الثلاث الفعلان قبلها ، وما فى المتن ذكره فى البحر ، لكن ذكر بعده لو أضاف العقد إلى المنافع لا يجوز ، بأن قال آجرتك منافع هذه الدار شهرا بكذا وإنما يصح بإضافته إلى العين اه وبينهما تناف ، لكن قال الرملى : ذكر فى البزازية وكثير من الكتب قولين فى المسألة اه . وفى الشرنبلالية عن البرهان : لا تنعقد بأجرت منفعتها لأنها معدومة ، وإنما تجوز بإيراد العقد على العين ولم يوجد . وقيل تنعقد به لأنه أتى بالمقصود من إضافة الإجارة إلى العين اه وظاهره ترجيح خلاف ما مشى عليه المصنف والشارح ، ولذا اقتصر عليه الزيلعى (قوله أفاد أن ركنها الإيجاب والقبول) أى بقوله هى تمليك أو بقوله وتنعقد تأمل ، ثم الكلام فيهما وفى صفتهما كالكلام فيهما فى البيع بدائع : وفى تكملة الطورى عن التاترخانية ، وتنعقد أيضا بغير لفظ ، كما لو استأجر دارا سنة فلما انقضت المدة قال ربها للمستأجر فرّغها لى اليوم وإلا فعليك كل شهر بألف فجعل بقدر ما ينقل متاعه بأجرة المثل ، فإن سكن شهرا فهى بما قال اه (قوله وشرطها الخ) هذا على أنواع : بعضها شرط الانعقاد ، وبعضها شرط النفاذ ، وبعضها شرط الصحة ، وبعضها شرط اللزوم ، وتفصيلها مستوفى فى البدائع ولخصه ط عن الهندية (قوله كون الأجرة والمنفعة معلومتين) أما الأول فكقوله بكذا دراهم أو دنانير وينصرف إلى غالب نقد البلد ، فلو الغلبة مختلفة فسدت الإجارة ما لم يبين نقدا منها فلو كانت كيليا أو وزنيا أو عدديا متقاربا فالشرط بيان القدر والصفة ، وكذا مكان الإيفاء لو له حمل ومؤنة عنده ، وإلا فلا يحتاج إليه كبيان الأجل ، ولو كانت ثيابا أو عروضا فالشرط بيان الأجل والقدر والصفة لو غير مشارا إليها ، ولو كانت حيوانا فلا يجوز إلا أن يكون معينا بحر ملخصا : وأما الثانى فيأتى فى المتن قريبا (قوله ساعة فساعة) لأن المنفعة عرض لاتبقى زمانين ، فإذا كان حدوثه كذلك فيملك بدله كذلك قصدا للتعادل ، لكن ليس له المطالبة بالبدل إلا بمضى منفعة مقصودة كاليوم فى الدار والأرض والمرحلة فى الدابة كما سيأتى (قوله وهل تنعقد بالتعاطى) قال فى الوهبانية :

• وقد جوّزوها فى القدور تعاطيا • قال الشرنبلالى : المسألة من الظهيرية : استأجر من آخر قدورا بغير

---

(١) (قوله يعنى أن الإجارة بلا عوض الخ) قال شيخنا : والفرق أن الإعارة من التعاور وهو التناوب ، والتناوب قد يكون بأجر ، وقد يكون بدونه ؛ فإذا ذكر البدل فى الإعارة يكون المراد أحد مايتناوله اللفظ ، بخلاف الإجارة فإنها اسم للانتفاع بعوض فإذا ذكر فيها نفى العوض لايستطيع صرفه للإعارة ، لما علمت من أن الإجارة خاصة بانتفاع فيه عوض ؛ وبين أول الكلام وآخره تناف فإن لفظ الإجارة يقتضى عوضا ، وقد صرح بنفيه فتعين أن يكون إجارة فاسدة اه .

ظاهر الخلاصة نعم إن علمت المدة : وفى البزازية إن قصرت نعم وإلا لا (ويعلم النفع ببيان المدة كالسكنى والزراعة مدة كذا) أىّ مدة كانت وإن طالت ولو مضافة كآجرتـكها غدا ، وللمؤجر بيعها اليوم، وتبطل الإجارة به يفتى خانية (ولم تزد فى الأوقاف على ثلاث سنين) فى الضياع وعلى سنة

أعيانها لايجوز للتفاوت بينها صغرا وكبرا ، فلو قبلها المستأجر على الكراء الأول جاز وتكون هذه إجارة مبتدأة بالتعاطى ، وتخصيصه فى النظم بالقدور اتباع للنقل وإلا فهو مطرد فى غيرها ،

ففى البزازية غير الإجارة الطويلة ينعقد بالتعاطى لاالطويلة ، لأن الأجرة غير معلومة لأنها تكون فى سنة دانقا أو أقل أو أكثر اه . وفى التاترخانية عن التتمة : سألت أبا يوسف رحمه الله تعالى عن الرجل يدخل السفينة أو يحتجم أو يفتصد أو يدخل الحمام أو يشرب الماء من السقاء ثم يدفع الأجرة وثمن الماء . قال : يجوز استحسانا ولا يحتاج إلى العقد قبل ذلك اه .

قلت : ومنه ما قدمناه عنها من انعقادها بغير لفظ ، وسيأتى فى المتفرقات عن الأشباه السكوت فى الإجارة رضا وقبول . وفى حاوى الزاهدى رامزا استأجر من القيم دارا وسكن فيها ثم بقى ساكنا فى السنة الثانية بغير عقد وأخذ القيم شيئا من الأجرة فإنه ينعقد به فى كل السنة لا فى حصة ما أخذ فقط اه ومثله فى القنية فى باب انقضاء الإجارة بعد انقضاء مدتها ووجوب الأجر بغير عقد حامدية (قوله ظاهر الخلاصة نعم) عبارتها كعبارة البزازية المذكورة آنفا (قوله إن علمت المدة) صوابه الأجرة . قال فى المنح بعد نقل ما فى الخلاصة : ومفاده أن الأجرة إذا كانت معلومة فى الإجارة الطويلة تنعقد بالتعاطى ، لأنه جعل العلة فى عدم انعقادها كون الأجرة فيها غير معلومة ، والله تعالى أعلم اه (قوله وفى البزازية) يوهم أنه غير ما فى الخلاصة مع أن عبارتهما واحدة ، ثم إن الإجارة الطويلة على ما سيأتى بيانها الأجرة فيها معلومة لكنها فيما عدا السنة الأخيرة تكون بشىء يسير فتأمل (قوله ببيان المدة) لأنها إذا كانت معلومة كان قدر المنفعة معلوما (قوله وإن طالت) أى ولو كانت لا يعيشان إلى مثلها عادة ، واختاره الخصاف ، ومنعه بعضهم بحر . وظاهر إطلاق المتون ترجيح الأول (قوله وللمؤجر بيعها اليوم) أى قبل مجىء وقتها بناء على أن المضافة تنعقد ولكنها غير لازمة ، وهو أحد تصحيحين ، وأيد عدم اللزوم بأن عليه الفتوى كما سيأتى فى المتفرقات . وفى البزازية : فإن جاء غد والمؤجر عاد إلى ملكه بسبب مستقبل لا تعود الإجارة ، وإن رد بعيب بقضاء أو رجع فى الهبة عادت إن قبل مجىء الغد (قوله فى الأوقاف) وكذا أرض اليتيم كما فى الجوهرة ، وأفتى به صاحب البحر والمصنف ، وأكثر كلامهم على أنه المختار المفتى به لوجود العلة فيهما وهى صونهما عن دعوى الملكية بطول المدة ، بل هذا أولى(١) رملى وسيأتى عن الخانية أيضا .

وفى فتاوى الكازرونى عن شيخه حنيف الدين المرشدى : وأما أراضى بيت المال فإطلاقهم يقتضى جوازها مطلقا . وأيضا اتساعهم فى جواز تصرف الإمام فيها بيعا وإقطاعا يفيده اه ملخصا ، لكن فى حاشية الرملى أنها مثل عقار اليتيم . قال فى الحامدية والوجه ما قاله اه . وفى الخيرية من الدعوى : أراضى بيت المال جرت على رقبتها أحكام الوقوف المؤبدة اه (قوله على ثلاث سنين) محله ما إذا آجره غير الواقف وإلا فله ذلك . وفى القنية آجر الواقف عشر سنين ثم مات بعد خمس وانتقل إلى مصرف آخر انتقضت الإجارة ويرجع بما بقى فى تركة الميت ط عن سرى الدين .

---

(١) (قوله بل هذا أولى) لعل وجهه أن الوقف غالبا يكون مشهورا ، فلو ادعى المستأجر الملكية يمكن أن تقام عليه الشهرة حجة وأيضا مال اليتيم ليس له إلا خصم واحد ، بخلاف الوقف فإنه تصح دعوى كل أحد أنه وقف لأنه حق الله ولو ما لا اه

فى غيرها كما مر فى بابه . والحيلة أن يعقد عقودا متفرقة كل عقد سنة بكذا ، فيلزم العقد الأول لأنه ناجز ، لا الباقى لأنه مضاف ، وللمتولى فسخه خانية . وفيها لو شرط الواقف مدة يتبع إلا إذا كانت إجارتها أكثر نفعا فيؤجرها القاضى لا المتولى لأن ولايته عامة .

قلت : وقدمنا فى الوقف أن الفتوى على إبطال الإجارة الطويلة ولو بعقود ، وسيجىء متنا فليراجع وليحفظ (فلو آجرها المتولى أكثر لم تصح) الإجارة وتفسخ فى كل المدة لأن العقد إذا فسد فى بعضه فسد فى كله فتاوى قارىء الهداية .

قلت : وفيه كلام سيذكره الشارح آخر باب الفسخ (قوله فى غيرها) كالدار والحانوت (قوله كما مر فى بابه) أى فى كتاب الوقف متنا. قال الشارح هناك إلا إذا كانت المصلحة بخلاف ذلك وهذا مما يختلف زمنا وموضعا اهـ وما مشى عليه المصنف هنا من الإطلاق تبعا للمتون . قال فى الهداية هو المختار ، وما حمله عليه الشارح موافقا لما قدمه فى الوقف هو ما أفتى به الصدر الشهيد . قال فى المحيط : وهو المختار للفتوى كما فى البحر (قوله والحيلة) أى إذا احتاج القيم أن يؤجر الوقف إجارة طويلة (قوله متفرقة) عبارة الخانية مترادفة. قال : ويكتب فى الصك استأجر فلان بن فلان أرض كذا أو دار كذا ثلاثين سنة بثلاثين عقدا كل عقد سنة بكذا من غير أن يكون بعضها شرطا فى بعض اهـ ولينظر هل يشترط أن يعقد على كل سنة بعقد مستقل أو يكفى قوله استأجرت ثلاثين سنة بثلاثين عقدا فينوب عن تكرار العقود ؟ والظاهر الأول لقوله والحيلة أن يعقد عقودا مترادفة تأمل (قوله كل عقد سنة) أقول : قيد بالسنة ليصح فى الضياع وغيرها لا لأنه لازم مطلقا ، لأنه لو جعله فى الضياع كل عقد ثلاث سنين صح ، بخلاف الأربع فأكثر فيها والزائد على السنة فى غيرها فإن الحيلة حينئذ لا تجدى نفعا (قوله لا الباقى الخ) مبنى على المفتى به من عدم لزوم المضافة كما قدمه ويأتى (قوله يتبع) أى شرطه لأن اتباع شرطه لازم (قوله إلا إذا كانت الخ) بأن كان الناس لا يرغبون فى استئجارها سنة وإيجارها أكثر من سنة أدر على الوقف وأنفع للفقراء إسعاف (قوله فيؤجرها القاضى) قال فى الإسعاف : ولو استثنى فى كتاب وقفه فقال لا تؤجر أكثر من سنة إلا إذا كان أنفع للفقراء فحينئذ يجوز إيجارها إذا رأى ذلك خيرا من غير رفع إلى القاضى الإذن له منه فيه (قوله لأن ولايته عامة) لأن له ولاية النظر للفقراء والغائبين والموتى إسعاف ، والظاهر أنه لو أذن فى ذلك للمتولى صح فافهم (قوله قلت الخ) فالحيلة حينئذ أن يحكم بها حنبلى كما يفعل فى زماننا (قوله وسيجىء متنا) لم أره ، نعم سيجىء شرحا بعد صفحة (قوله وتفسخ فى كل المدة) أى لا فى الزائدة فقط (قوله لأن العقد الخ) هذا ما استظهره فى الخانية .

قال فى المنح : وفى فتاوى قاضيخان : الوصى إذا آجر أرض اليتيم أو استأجر لليتيم أرضا بمال اليتيم إجارة طويلة رسمية(١) ثلاث سنين لا يجوز ذلك ، وكذلك أبو الصغير ومتولى الوقف ، لأن الرسم فيها أن يجعل شىء يسير من مال الإجارة بمقابلة السنين الأولى ومعظم المال بمقابلة السنة الأخيرة ، فإن كانت الإجارة لأرض اليتيم أو الوقف لا تصح فى السنين الأولى لأنها بأقل من أجر المثل ، فإن استأجر أرضا لليتيم أو للوقف ففى السنة الأخيرة يكون الاستئجار بأكثر من أجر المثل فلا يصح ، وإذا فسدت فى البعض فى الوجهين هل يصح فيما كان خيرا لليتيم والوقف على قول من يجعل الإجارة الطويلة عقداً واحدا لا يصح . وعلى قول من يجعلها عقودا يصح فيما

---

(١) (قوله رسمية الخ) قال شيخنا : عبارة المنح وقاضيخان رسمت بصيغة الفعل . قال : وحينئذ تكون العبارة ظاهرة فى أنها عقود كثيرة رسم كل عقد بثلاث سنين اهـ .

ورجحه المصنف على ما فى أنفع الوسائل : وأفاد فساد ما يقع كثيرا من أخذ كرم الوقف أو اليتيم مساقاة ، فيستأجر أرضه الخالية من الأشجار بمبلغ كثير ، ويساقى على أشجارها بسهم من ألف سهم ، فالحظ ظاهر فى الإجارة لا فى المساقاة فمفاده فساد المساقاة بالأولى لأن كلا منهما عقد على حدة :

كان خيرا لليتيم ولا يصح فيما كان شرا له ، والظاهر هو الفساد فى الكل اهـ وقوله ثلاث سنين الظاهر أن المراد عقود كل عقد ثلاث سنين يدل عليه أول كلامه وآخره فتأمل (قوله ورجحه المصنف على مافى أنفع الوسائل) أى من أنه يفسخ الزائد على الثلاث فى الضياع وعلى السنة فى غيرها سواء كانت عقدا واحدا زائدا على ماذكر أو عقودا متفرقة ، حتى لو عقد فى الضياع على أربع سنين مثلا بعقد أو أكثر يصح فى ثلاث ويفسخ فى الباقى، وهل يحتاج ذلك الفسخ إلى طلب الناظر أم ينفسخ بدخول المدة الزائدة ؟ الظاهر الأول، وتمامه فى أنفع الوسائل .

قلت : لكن فى شرح البيرى عن خزانة الأكمل : استأجر حجرة موقوفة ثلاثين سنة بقفيز حنطة فهى باطلة إلا فى السنة الأولى اهـ ومثله فى تلخيص الكبرى معزيا إلى أبى جعفر اهـ ومقتضاه البطلان بلا طلب (قوله وأفاد) أى المصنف حيث قال بعد عبارة الخانية : قلت يستفاد من هذا فساد مايقع الخ (قوله فيستأجر أرضه الخالية) أى بياضها بدون الأشجار ، وإنما لايصح استئجار الأشجار أيضا لما مر أنها تمليك منفعة ، فلو وقعت على استهلاك العين قصدا فهى باطلة . قال الرملى : وسيأتى فى إجارة الظئر أن عقد الإجارة على استهلاك الأعيان مقصودا كمن استأجر بقرة ليشرب لبنها لايصح ، وكذا لو استأجر بستانا ليأكل ثمره : قال : وبه علم حكم إجارات الأراضى والقرى التى فى يد المزارعين لا كل خراج المقاسمة منها ، ولا شك فى بطلانها والحال هذه ، وقد أفتيت بذلك مرارا اهـ (قوله بمبلغ كثير) أى بمقدار مايساوى أجرة الأرض وثمن الثمار (قوله ويساقى على أشجارها) يعنى قبل عقد الإجارة وإلا كانت إجارة الأرض مشغولة فلا تصح كما سيأتى .

وفى مسائل الشيوع من البزازية : استأجر أرضا فيها أشجار أو أخذها زراعة وفيها أشجار، إن كان فى وسطها لايجوز إلا إذا كان فى الوسط شجرتان صغيرتان مضى عليهما حول أو حولان لا كبيرتان ، لأن ورقهما وظلهما يأخذ الأرض والصغار لاعروق لها ، وإن كان فى جانب من الأرض كالمسناة والجداول يجوز لعدم الإخلال اهـ (قوله بسهم) أى بإعطاء سهم واحد لليتيم أو الوقف والباقى للعامل (قوله فمفاده) أى مفاد ماتقدم من قوله فتفسخ (١) فى كل المدة الخ : وقدمنا أن المصنف استفاده من كلام الخانية ، وهو بمعنى مااستفاده منه الشارح (٢) فافهم (قوله بالأولى) وجه الأولوية أنه إذا فسد العقد فى كل المدة مع اشتماله على ماهو خير لليتيم وشر له ففساد عقد مستقل هو شر محض لليتيم أولى بالفساد :

ثم اعلم أنه حيث فسدت المساقاة بقيت الأرض مشغولة فيلزم فساد الإجارة أيضا كما قدمناه وإن كان الحظ والمصلحة فيها ظاهرين ، فتنبه لهذه الدقيقة . وفى فتاوى الحانوتى : التنصيص فى الإجارة على بياض الأرض لايفيد الصحة حيث تقدم عقد الإجارة على عقد المساقاة ، أما إذا تقدم عقد المساقاة بشروطه كانت الإجارة صحيحة كما صرح به فى البزازية ، وإذا فسدت صارت الأجرة غير مستحقة لجهة الوقف والمستحق إنما هو الثمرة فقط ، وحيث فسدت المساقاة لكونها بجزء يسير لجهة الوقف كان للعامل أجر مثل عمله وهذا بالنسبة إلى الوقف :

---

(١) (قوله من قوله فتفسخ الخ) الذى تقدم وتفسخ بالواو كما هو فى الشارح اهـ مصححه .

(٢) (قوله مااستفاده منه الشارح) هو قوله فلو آجر المتولى أكثر لم تصح وتفسخ الإجارة . ووجه الإفادة أنه حيث قلنا بعدم صحة الإجارة الطويلة لعدم تمحضها للخيرية بل هى بالنسبة لآخر المدة نفع للوقف أو اليتيم ، وبالنسبة لأولها ضرر ، وعليهما فالأولى أن نقول بفساد ماهو ضرر محض وعقد واحد وذلك عقد المساقاة ويتبعه عقد الإجارة على ماذكره المحشى اهـ .

قلت : وقيدوا سراية الفساد فى باب البيع الفاسد بالفاسد القوى المجمع عليه فيسرى كجمع بين حر وعبد ، بخلاف الضعيف فيقتصر على محله ولا يتعداه كجمع بين عبد ومدبر فتدبر ، وجعلوه أيضا من الفساد الطارئ فتنبه :

ومن حوادث الروم : وصى زيد باع ضيعة من تركته لدين على أنها ملكه ثم ظهر أن بعضها وقف مسجد هل يصح البيع فى الباقى ؟ أجاب فريق بنعم وفريق بلا ، وألف بعضهم رسالة ملخصها ترجيح الأول فتأمل .

وفى جواهر الفتاوى : آجر ضيعة وقفا ثلاث سنين وكتب فى الصك أنه أجر ثلاثين عقدا كل عقد عقيب الآخر لا تصح الإجارة وهو الصحيح وعليه الفتوى صيانة للأوقاف : ثم قال : ولو قضى قاض بصحتها تجوز ويرتفع الخلاف اه :

قلت : وسيجىء أن المتولى والوصى لو آجر بدون أجرة يلزم المستأجر تمام أجر المثل وأنه يعمل بالأنفع للوقف . وفى صلح الخانية متى فسد العقد فى البعض بمفسد مقارن يفسد فى الكل .

(و) يعلم النفع أيضا ببيان (العمل كالصياغة والصبغ والخياطة)

وأما مساقاة المالك فلا ينظر فيها إلى المصلحة كما لو أجر بدون أجر المثل اه ملخصا . وفيه تصريح بما استفاده المصنف وبما نبهنا عليه فليحفظ (قوله قلت الخ) هو تأييد لما فى أنفع الوسائل ح (قوله فتدبر) أشار إلى أن مقتضى هذا أن تفسد فى القدر الزائد فقط لأنه قد جمع بين جائز وفاسد فى عقد واحد ، والفساد غير قوى لعدم الاتفاق عليه فلا يسرى لأن المتقدمين لم يقدروها بمدة (قوله وجعلوه أيضا من الفساد الطارئ) هذه تقوية أخرى : أى فلا يسرى وفى كونه طارئا تأمل ط :

قلت : لعل وجه طريانه كونها تنعقد ساعة فساعة (قوله فتنبه) لعله أشار به إلى ماقلنا (قوله ومن حوادث الروم الخ) تقوية أخرى ، فإن البيع أقوى من الإجارة ، وقد صدر فى الملك والوقف بعقد واحد وصح فى الملك ط (قوله لدين) أى على زيد الميت (قوله على أنها ملكه) أى بناء على أنها كلها كانت ملك زيد الميت (قوله ملخصها ترجيح الأول) قدمنا عن النهر فى باب البيع الفاسد عند قوله بخلاف بيع قن ضم إلى مدبر مايؤيده (قوله فتأمل) أشار به إلى أن الإجارة تصح فيما عدا الزائد كذلك بل أولى لما مر (قوله وفى جواهر الفتاوى الخ) يحتمل أن يكون تأييدا رابعا بقوله ولو قضى قاض بصحتها يجوز ، فإنه يفيد أنه مثل الجمع بين العبد والمدبر لا الحر والعبد فيكون تأييدا للتأييد الأول . والظاهر أنه شروع فى تأييد مااختاره المصنف حيث أطلق عدم الصحة فشملت العقود كلها مع أن العقد الأول ناجز ، وظاهر كلام عدم صحته أيضا . ووجهه كما فى الولوالجية أن هذا العقد عقد واحد صورة وإن كان عقودا من حيث المعنى بعضها ينعقد فى الحال وبعضها مضاف إلى الزمان المستقبل اه (قوله ثلاث سنين) صوابه ثلاثين سنة كما هو فى المنح وغيرها ، ووجدته كذلك فى بعض النسخ مصلحا (قوله صيانة للأوقاف) أى من أن يدعى المستأجر ملكيتها لطول المدة وإلا فالوجه يقتضى صحة العقد الأول لأنه ناجز وما بعده مضاف ، وفى لزومه تصحيحان كما قدمناه ، ولكن اعتبر عقدا واحدا كما مر لأجل ذلك ولهذا قدرها المتأخرون بالسنة أو الثلاث مخالفين لمذهب المتقدمين (قوله ولو قضى قاض الخ) أى مستوفيا شرائط القضاء ولكن هذا فى غير القاضى الحنفى ، أما قضاة زماننا الحنفية المأمورون بالحكم بمعتمد المذهب فلا تصح (قوله قلت وسيجىء) أى فى أواخر هذا الباب هذا تأييد أيضا لما رجحه المصنف . ووجهه أنه حيث اختلفت الآراء فى سراية الفساد وعدمها يرجح ماهو الأنفع للوقف وهو السريان لئلا يقدم مرة أخرى على هـذا العقد (قوله وفى صلح الخانية) ذكره

بما يرفع الجهالة ، فيشترط فى استئجار الدابة للركوب بيان الوقت أو الموضع ، فلو خلا عنهما فهى فاسدة بزازية :

(و) يعلم أيضا (بالإشارة كنقل هذا الطعام إلى كذا . و) اعلم أن (الأجر لايلزم بالعقد فلا يجب تسليمه) به (بل بتعجيله أو شرطه فى الإجارة) المنجزة ، أما المضافة فلا تملك فيها الأجرة بشرط التعجيل إجماعا : وقيل تجعل عقودا فى كل الأحكام فيفى برواية تملكها بشرط التعجيل للحاجة شرح وهبانية للشرنبلالى (أو الاستيفاء)

المصنف فى المنح تأييدا لما رجحه ، ولكن مافى الخانية ذكره فى صلح الزوجة عن نصيبها على أن يكون نصيبها من الدين للورثة وفى شمول ذلك لمسألتنا تأمل ، إذ قد مر أنهم جعلوها من الفساد الطارئ وما فى الخانية فى الفساد المقارن ، نعم مانقلناه سابقا عن الخالية من قوله والظاهر هو الفساد فى الكل يفيد ترجيحه ، وحيث علمت مامر عن جواهر الفتاوى أنها لاتصح الإجارة الطويلة إذا كانت عقودا مع أن العقد الأول ناجز ، فما ظنك فيما إذا كانت بعقد واحد لفظا ومعنى ؛ فالظاهر أعتماد مارجحه المصنف من كلام قارئ الهداية ، فإن له سندا قويا وهو مافى الخانية وجواهر الفتاوى ، هذا ماظهر للفهم القاصر ، والله تعالى أعلم (قوله بما يرفع الجهالة) فلا بد أن يعين الثوب الذى يصبغ ولون الصبغ أحمر أو نحوه وقدر الصبغ إذا كان يختلف . وفى المحيط : لواستأجره لقصر عشرة أثواب ولم يرها فالإجارة فاسدة لأنه يختلف بغلظه ورقته ذكره فى البحر (قوله بيان الوقت أو الموضع) قال فى البزازية : استأجر دابة ليشيع عليها أو يستقبل الحاج لايصح بلا ذكر وقت أو موضع . وفيها : استأجرها من الكوفة إلى الحيرة يبلغ عليها إلى منزله وبركبها من منزله وكذا فى حمل المتاع . وفيها : استأجر أجيرا ليعمل له يوما فمن طلوع الشمس بحكم العادة (قوله فهى فاسدة) أى فلايجب أجر المثل إلابحقيقة الانتفاع (قوله بالإشارة الخ) لأنه إذا علم المنقول والمكان المنقول إليه صارت المنفعة معلومة ، وهذا النوع قريب من النوع الأول زيلعى . وحاصله أن الإشارة أغنت عن بيان المقدار فقط (قوله لايلزم بالعقد) أى لايملك به كما عبر فى الكنز ، لأن العقد وقع على المنفعة وهى تحدث شيئا فشيئا وشأن البدل أن يكون مقابلا للمبدل ، وحيث لايمكن استيفاؤها حالا لايلزم بدلها حالا إلا إذا شرطه ولو حكما بأن عجله لأنه صار ملتزما له بنفسه حينئذ وأبطل المساواة التى اقتضاها العقد فصح (قوله بل بتعجيله) فى العتابية : إذا عجل الأجرة لايملك الاسترداد ، ولو كانت عينا فأعارها أو أودعها رب الدار فهو كالتعجيل . وفى المحيط : لو باعه بالأجرة عينا وقبض جاز لتضمنه تعجيل الأجرة طورى (قوله أو شرطه) فله المطالبة بها وحبس المستأجر عليها وحبس العين المؤجرة عنه ، وله حق الفسخ إن لم يعجل له المستأجر كذا فى المحيط ، لكن ليس له بيعها قبل قبضها بحر ، وانظر كيف جاز هذا الشرط مع أنه مخالف لمقتضى العقد وفيه نفع أحدهما ط :

قلت : هو فى الحقيقة إسقاط لما استحقه من المساواة التى اقتضاها العقد فهو كإسقاط المشترى حقه فى وصف السلامة فى المبيع وإسقاط البائع تعجيل الثمن بتأخيره عن المشترى مع أن العقد اقتضى السلامة وقبض الثمن قبل قبض المبيع تأمل (قوله أما المضافة الخ) أى فيكون الشرط باطلا ولا يلزمه للحال شىء ، لأن امتناع وجوب الأجرة فيها بالتصريح بالإضافة إلى المستقبل والمضاف إلى وقت لا يكون موجودا قبله فلا يتغير عن هذا المعنى بالشرط ، بخلاف المنجزة لأن العقد اقتضى المساواة وليس بمضاف صريحا فيبطل ما اقتضاه بالتصريح بخلافه زيلعى ملخصا (قوله وقيل تجعل عقودا الخ) هذا الكلام فى المضافة الطويلة وهى ما قدمه الشارح عن جواهر الفتاوى . ولها صورة أخرى ، وهى أن يؤجرها ثلاثين سنة عقودا متوالية غير ثلاثة أيام من آخر كل سنة ويجعل

للمنفعة (أو تمكنه منه) إلا فى ثلاث مذكورة فى الأشباه . ثم فرّع على هذا بقوله (فيجب الأجر لدار قبضت ولم تسكن) لوجود تمكنه من الانتفاع ، وهذا (إذا كانت الإجارة صحيحة ، أما فى الفاسدة فلا) يجب الأجر (إلا بحقيقة الانتفاع) كما بسط فى العمادية ، وظاهر ما فى الإسعاف إخراج الوقف فتجب أجرته فى الفاسد بالتمكن كذا فى الأشباه :

معظم الأجرة للسنة الأخيرة والباقى لما قبلها ، أما استثناء الأيام فيكون كل منهما قادرا على الفسخ ، وأما جعل الأجرة القليلة لما عدا الأخيرة فلئلا يفسخ المؤجر الإجارة فى تلك الأيام ، فلو أمنا الفسخ لا تلزم تلك القيود ، وهذا بناء على أن المضافة لازمة ، فإذا احتاج الناظر إلى تعجيل الأجرة يعقد كذلك ، ولكن أورد أنه إن اعتبرت عقدا واحدا يلزم ثبوت الخيار فى عقد واحد أكثر من ثلاثة أيام ، وإن عقودا فلا تملك بالتعجيل ولا باشتراطه لأنها مضافة فيفوت الغرض : وأجيب إنما اختاره الصدر الشهيد من أنها تجعل عقدا واحدا فى حق ملك الأجرة بالتعجيل أو اشتراطه وعقودا فى حق سائر الأحكام ؛ وبأنا لم نجعل تلك الأيام مدة خيار بل خارجة عن العقد ، وبهذا تعلم أن كلام الشارح غير محرر (قوله أو تمكنه منه) فى الهداية : وإذا قبض المستأجر الدار فعليه الأجرة وإن لم يسكن ؛

قال فى النهاية : وهذه مقيدة بقيود : أحدها التمكن ، فإن منعه المالك أو الأجنبى أو سلم الدار مشغولة بمتاعه لا تجب الأجرة . الثانى أن تكون صحيحة ، فلو فاسدة فلابد من حقيقة الانتفاع : الثالث أن التمكن يجب أن يكون فى محل العقد ، حتى لو استأجرها للكوفة فأسلمها فى بغداد بعد المدة فلا أجر . الرابع أن يكون متمكنا فى المدة ، فلو استأجرها إلى الكوفة فى هذا اليوم وذهب بعد مضى اليوم بالدابة ولم يركب لم يجب الأجر لأنه إنما تمكن بعد مضى المدة طورى ، وبه علم أن الأولى ذكر القيود فيستغنى عن قوله إلا فى ثلاث كما سيظهر لك (قوله إلا فى ثلاث) الأولى إذا كانت الإجارة فاسدة . الثانية إذا استأجر دابة للركوب خارج المصر فحبسها عنده ولم يركبها . الثالثة استأجر ثوبا كل يوم بدانق فأمسكه سنين من غير لبس لم يجب أجر ما بعد المدة التى لو لبسه فيها لتخرق ، وفى هذا الاستثناء نظر ، لأن الكلام فى الصحيحة كما هو صريح المتن على أن الفاسدة سيذكرها ، ولأن الثانية والثالثة يستغنى عنهما بذكر القيود السابقة للمسألة ، فإن الثانية خارجة بالقيد الثالث لعدم التمكن فى المكان المضاف إليه العقد ، بخلاف ما لو استأجرها للركوب فى المصر لتمكنه منه إتقانى ، والثالثة لم يوجد فيها التمكن فى المدة التى سقط أجرها فهى خارجة بالرابع (قوله ثم فرّع على هذا) أى الأخير وهو التمكن من الانتفاع ط (قوله لدار قبضت) أى خالية من الموانع (قوله إلا بحقيقة الانتفاع) أى إذا وجد التسليم إلى المستأجر من جهة الآجر ، أما إذا لم يوجد من جهته فلا أجر وإن استوفى المنفعة إتقانى :

واعلم أن الأجر الواجب فى الفاسدة مختلف ، تارة يكون المسمى ، وتارة يكون أجر المثل بالغا ما بلغ ، وتارة لا يتجاوز المسمى ، وسيأتى بيانه فى بابها (قوله وظاهر ما فى الإسعاف) حيث قال : ولو استأجر أرضا أو دارا وقفا إجارة فاسدة فزرعها أو سكنها يلزمه أجرة مثلها وإلا لا على قول المتقدمين . قال فى المنح : فأخذ مولانا صاحب البحر من مفهومه ما ذكره فإنه يفيد لزوم الأجر على قول المتأخرين وهذا ظاهر :

إذا علمت ذلك ظهر لك أن منلا خسرو أطلق فى محل التقييد اهـ . ولا يخفى عليك أنه وارد على متنه أيضا : وتعقبه العلامة البيرى فقال : لم نر فى المسألة للمتأخرين كلاما . والذى رأيناه فى وقف الناصحى : وإن كانت الإجارة فاسدة فقبضها المستأجر فلم يزرع الأرض أو لم يسكن الدار فلا شىء عليه ثم قال : فيؤخذ من هذا أن المستأجر

قلت : وهل مال اليتيم والمعد للاستغلال والمستأجر فى البيع وفاء على ما أفتى به علماء الروم كذلك ؟ محل تردد فليراجع ، وبقوله (ويسقط الأجر بالغصب) أى بالحيلولة بين المستأجر والعين لأن حقيقة الغصب لاتجرى فى العقار ، وهل تنفسخ بالغصب ؟ قال فى الهداية نعم خلافا لقاضيخان ، ولو غصب فى بعض المدة فبحسابه (إلا إذا أمكن إخراج الغاصب) من الدار مثلا (بشفاعة أو حماية) أشباه (ولو أنكر ذلك) أى الغصب (المؤجر) وادعاه المستأجر (ولا بينة له بحكم الحال) كمسألة الطاحونة ،

للوقف فاسدا لايعد غاصبا ولا يجب عليه الأجر إن لم ينتفع به ، ثم نقل عن الأجناس التصريح بأنها لاتجب إلا بحقيقة الاستيفاء : قال : ولا تزاد على ما رضى به المؤجر اهـ .

أقول : عدم الوقوف على التصريح بذلك فى كلام المتأخرين لاينافيه أبو السعود فى حواشى الأشباه : أى الاحتمال أن مافى وقف الناصحى والأجناس على مذهب المتقدمين فلا ينافى مفهوم الإسعاف ، والله تعالى أعلم (قوله والمستأجر فى البيع وفاء) بفتح الجيم ، يعنى إذا استأجر من المشترى ما باعه منه وفاء بعد قبض المبيع صح كما مر قبيل الكفالة .

قال الشارح هناك : قلت وعليه فلو مضت المدة وبقى فى يده ، فأفتى علماء الروم بلزوم أجر المثل . واعترضه شيخ مشايخنا السائحانى بأن الأملاك الحقيقية لم تجب الأجرة بالتمكن فى فاسد إجارتها فكيف هذا اهـ . وقال ط : وفيه أنه لا إجارة أصلا بعد انقضاء المدة فتدبر اهـ .

أقول : ولا سيما على المعتمد من أنه فى حكم الرهن فإنه لا يلزمه الأجر ولو استوفى المنفعة فى المدة ولو بعد القبض كما فى النهاية : وأفتى به فى الخيرية والحامدية من كتاب الرهن ، خلافا لما قدمه الشارح عن الجلبى قبيل الكفالة . وقال فى البزازية : من جعله فاسدا قال لاتصح الإجارة ولا يجب شىء ، وكذا من جعله رهنا ، ومن جوزه جوز الإجارة من البائع وغيره وأوجب الأجر اهـ (قوله محل تردد) أقول : لا تردد فى مال اليتيم لأن منافعه تضمن بالغصب وهذا من قبيله سائحانى ، وينافيه ما قدمناه آنفا عن البيرى من أن المستأجر للوقف فاسدا لايعد غاصبا الخ (قوله بالغصب) لأن تسليم المحل إنما أقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع ، فإذا فات التمكن فات التسليم منح . قال الرملى : فلو لم تفت المنفعة بالغصب كغصب الأرض المقررة للغرس والبناء مع الغرس والبناء لاتسقط لوجوده معه وهى كثيرة الوقوع فتأمل (قوله لاتجرى فى العقار) أى خلافا لمحمد (قوله وهل تنفسخ بالغصب الخ) ثمرة الخلاف تظهر فيما إذا زال الغصب قبل انقضاء المدة فعلى القول بعدم الفسخ يستوفى ما بقى من المدة وعليه الأجر بحسابه أبو السعود وكلام المصنف مفرع عليه (قوله ولو غصب فى بعض المدة فبحسابه) وكذا لو سلمه الدار إلا بيتا أو سكن معه فيها كما فى البحر . وفى الشرنبلالية عن البرهان : ويسقط الأجر بغرق الأرض قبل زرعها ، وإن اصطلمه آفة سماوية لزمه الأجر تاما فى رواية عن محمد لأنه قد زرعها ، والفتوى على أنه يلزمه أجر ما مضى فقط إن لم يتمكن من زرع مثله فى الضرر اهـ وسيذكره الشارح قبيل فسخ الإجارة ويذكر أنه اعتمده فى الولوالجية وأنه فى الخانية جزم بالأول (قوله بشفاعة) أى باستعطاف خاطر الغاصب أو حماية أى دفع ذى شوكة ، فإن أمكن ذلك لا تسقط وإن لم يخرجه لأنه مقصر ، وأما لو لم يمكن إخراجه إلا بإنفاق مال فلا يلزمه كما فى القنية وغيرها ذكره أبو السعود فى حاشية الأشباه (قوله بحكم الحال) فإن كان فيها غير المستأجر فالقول للمستأجر ولا أجر عليه بحر (قوله كمسألة الطاحونة) يعنى لو وقع الاختلاف بينهما بعد انقضاء المدة فى أصل انقطاع الماء عنها .

ولايقبل قول الساكن لأنه فرد ذخيرة ، وبقوله (ولايعتق قريب المؤجر لوكان أجرة) لأنه لم يملكه بالعقد ، والمراد من تمكنه من الاستيفاء تسليم المحل إلى المستأجر بحيث لا مانع من الانتفاع (فلو سلمه) العين المؤجرة (بعد مضى بعض المدة) المؤجرة (فليس لأحدهما الامتناع) من التسليم والتسلم فى باقى المدة (إذا لم يكن فى مدة الإجارة وقت يرغب فيها لأجله ، فإن كان فيها) أى فى العين المؤجرة (وقت كذلك) كبيوت مكة ومنى وحوانيتهما زمن الموسم فإنه لايرغب فيها بعد الموسم ، فلو لم يسلم فى الوقت الذى يرغب لأجله (خير فى قبض الباقى) كما فى البيع كذا فى البحر ، ولو سلمه المفتاح فلم يقدر على الفتح لضياعه ، وإن أمكنه الفتح بلا كلفة وجب الأجر وإلا لا أشباه .

وفى الخامس والعشرين فى الاختلاف من التتارخانية : الاختلاف هنا على وجهين : إما فى مقدار المدة بأن قال المؤجر انقطع الماء خمسة أيام والمستأجر عشرة ، وإما فى أصل الانقطاع بأن قال المستأجر انقطع عشرة أيام وأنكره المؤجر ، ففى أول القول للمستأجر مع يمينه ، وفى الثانى يحكم الحال ، إن كان الماء جاريا وقت الخصومة فالقول للمؤجر مع يمينه ، وإن منقطعا وقتها فللمستأجر اه ملخصا : ولا يخفى أن هذا حيث لا بينة كما ذكره المصنف، ولذا قال فى الذخيرة : ولو أقام المستأجر البينة أن الماء كان منقطعا فيما مضى يقضى بها وإن كان جاريا للحال اه وسيذكر المصنف المسألة آخر باب ضمان الأجير (قوله ولايقبل قول الساكن الخ) أى فى مسألة الغصب يعنى لو آجره الدار وفيها شخص ساكن وخلى بينه وبينها فقال بعد المدة منعنى الساكن ولابينة له والساكن مقر أو جاحد لايلتفت إلى قول الساكن لأنه شاهد على الغير أو مقر وشهادة الفرد والإقرار على الغير لا يقبل ، فبقى الاختلاف بينهما ، فينظر إن كان المستأجر هو الساكن حال المنازعة فالقول للمؤجر ، وإن كان الساكن غيره فللمستأجر ذخيرة (قوله وبقوله) عطف على بقوله السابق فيفيد أنه مفرع على التمكن أيضا مع أنه من فروع قوله ولا يلزم بالعقد فكان عليه إبقاء المتن على حاله وجعلها مسألة مستقلة (قوله لأنه لم يملكه بالعقد) فإن قيل يشكل عليه صحة الإبراء عن الأجرة والكفالة والرهن بها :

قلت : لا إذ ذلك بناء على وجود السبب فصار كالعفو عن القصاص بعد الجرح إتقانى (قوله والمراد من تمكنه الخ) أشار إلى أن ما فى المتن تفريع على مقدر (قوله إلى المستأجر) يشمل الوكيل بالاستئجار ، لكن لو سكنها الوكيل بنفسه قال الثانى لا أجر . وقال محمد على الموكل ، لأن قبض الوكيل كقبضه فوقع القبض أولا للموكل وصار الوكيل بالسكنى غاصبا فلا يجب عليه الأجر وفيه نظر ، لأن الغصب من المستأجر يسقط الأجر بزازية (قوله فلو سلمه) أى أراد تسليمه فافهم (قوله المؤجرة) من باب الحذف والإيصال ح أى المؤجر فيها بخلاف المؤجر الأول كما هو ظاهر (قوله كما فى البيع) أى إذا اشترى نحو بيوت مكة قبل زمن الموسم فلم يقع التسليم إلا بعد فوته فإن المشترى يخير لفوات الرغبة ط ولم يعزه لأحد فليراجع . وقال ح : يعنى إذا استحق بعض المبيع فإن المشترى يتخير لتفرق الصفقة اه : قال شيخ مشايخنا الرحمتى : وهذا يقتضى أن يكون للمستأجر الخيار مطلقا سواء كان وقتا يرغب فيه أولا لتفرق الصفقة : ولأنه حيث منعه من التسلم فى أول المدة ربما يكون مضطرا إلى العين المؤجرة فيستأجر غيرها ، فإذا ألزمها بعد مضى بعض المدة ربما يتضرر بذلك فليتأمل اه : والأظهر ما قاله أبو الطيب : أى إذا لم يوجد فى البيع الصفة التى اشتراها للرغبة فيها كالخياطة والكتابة خير المشترى (قوله لضياعه) علة لعدم القدرة . وعبارة الذخيرة : وفى الجامع الأصغر : آجر من آخر حانوتا ودفع إليه المفتاح ولم يقدر على فتحه وضل المفتاح أياما ثم وجده ، فإن كان يمكن فتحه به فعليه أجر ما مضى وإلا فلا . وفى البزازية :

قلت : وكذا لو عجز المستأجر عن الفتح بهذا المفتاح لم يكن تسليما ؛ لأن التخلية لم تصح صيرفية ولو اختلفا يحكم الحال ، ولو برهنا فبينة المؤجر ذخيرة وكذا البيع : وقيل إن قال له اقبض المفتاح وافتح الباب فهو تسليم وإلا لا كما بسطه المصنف (وللمؤجر طلب الأجر للدار والأرض) كل يوم (وللدابة كل مرحلة) إذا أطلقه ، ولو بين تعين وللخياطة (ونحوها) من الصنائع (إذا فرغ وسلمه) فهلكه قبل تسليمه يسقط الأجر ،

إن قدر على الفتح بلا مؤنة لزم الأجر وإلا فلا ، وليس له أن يحتج ويقول هلا كسرت الغلق ودخلت (قوله ولو اختلفا) أي فى العجز وعدمه يحكم الحال :

قال فى الذخيرة : ولو اختلفا ولا بينة لهما ينظر إلى المفتاح الذى دفع إليه للحال ، إن لاءم هذا الغلق وأمكن فتحه به فالقول للمؤجر وإلا فللمستأجر (قوله ولو برهنا ؛ [illegible] ؤجر) أى وإن كان المفتاح لا يلائم لأنه لا عبرة لتحكيم الحال متى جاءت البينة بخلافه كمسألة الطاحونة ، [illegible] إذا كان المؤجر يدعى أنه كان يلائم الغلق ولكن غيره والمستأجر يقول لا بل لم يكن ملائما من الأصل ذخيرة (قوله وكذا البيع) أى إذا اشترى دارا وقبض مفتاحها ولم يذهب إليها ، فإن كان المفتاح بحالة يتهيأ له أن يفتحه من غير كلفة يكون قابضا وإلا فلا منح. وقد ظهر مما تقرر أن تسليم المفتاح مع التخلية بين المستأجر والدار وإمكان الفتح به بلا كلفة تسليم للدار فيجب الأجر بمضى المدة وإن لم يسكن ، وقيده فى القنية بأن يكون فى المصر حيث قال : وتسليم المفتاح فى السواد ليس بتسليم للدار وإن حصر فى المصر والمفتاح فى يده ، وأقره فى البحر والمنح ، لكنه بخلاف ما أفتى به قارئ الهداية وأقره محشو الأشباه كما سيأتى قبيل مسائل شتى (قوله للدار والأرض الخ) المراد كل ما تقع الإجارة فيه على المنفعة أو على قطع المسافة أو على العمل (قوله ولو بين تعين) أى لو بين وقت الاستحقاق فى العقد تعين ، ولذا قال فى العزمية هذا إذا لم تكن الأجرة معجلة أو مؤجلة أو منجمة وهذا قولهم جميعا على ما قرر فى الخلاصة اه فالمراد فيما ذكره المصنف ما إذا سكت عن البيان (قوله إذا فرغ وسلمه) اعلم أن أبا حنيفة كان أولا يقول لا يجب شىء من الأجرة ما لم يستوف جميع المنفعة والعمل لأنه المعقود عليه فلا يتوزع الأجر على الأجزاء كالثمن فى المبيع ثم رجع فقال: إن وقعت الإجارة على المدة كما فى إجارة الدار والأرض أو قطع المسافة كما فى الدابة وجب بحصة ما استوفى لو له أجرة معلومة بلا مشقة ففى الدار لكل يوم وفى المسافة لكل مرحلة . والقياس أن يجب فى كل ساعة بحسابه تحقيقا للمساواة لكن فيه حرج ، وإن وقعت على العمل كالخياطة والقصارة فلا يجب الأجر ما لم يفرغ منه فيستحق الكل لأن العمل فى البعض غير منتفع به ، وكذا إذا عمل فى بيت المستأجر ولم يفرغ لا يستحق شيئا من الأجرة على ما ذكره صاحب الهداية والتجريد :

وذكر فى المبسوط والفوائد الظهيرية والذخيرة ومبسوط شيخ الإسلام وشرح الجامع لفخر الإسلام وقاضيخان والتمرتاشى أنه إذا خاط البعض فى بيت المستأجر يجب الأجر بحسابه ، حتى إذا سرق الثوب بعد ما خاط بعضه استحق ذلك فهذا يدل على أنه يستحق الأجر ببعض العمل فى كل ما مر لكن بشرط التسليم إلى المستأجر ، ففى سكنى الدار وقطع المسافة صار مسلما بمجرد تسليم الدار وقطع المسافة فى الخياطة بالتسلم حقيقة أو حكما كأن خاطه فى منزل المستأجر لأن منزله فى يده زيلعى ملخصا :

وحاصله أنهم اتفقوا على قول أبى حنيفة أنه لايجب الأجر على البعض بلا تسليم أصلا ، وأما مع التسليم فيجب الأجر على البعض فى سكنى الدار وقطع المسافة ،

واختلفوا على قوله فى الاستئجار على العمل كالخياطة فالأكثرون على أنه يجب أيضا بالتسليم، واحكما ،

وكذا كل من لعمله أثر ، ومالا أثر له كجمال له الأجر كما فرغ وإن لم يسلم بحر (وإن) وصلية (عمل فى بيت المستأجر نعم لو سرق) بعد ما خاط بعضه أو انهدم ما بناه فله الأجر بحسابه على المذهب بحر وابن كمال (ثوب خاطه الخياط بأجر ففتقه رجل قبل أن يقبضه رب الثوب فلا أجر له) بل له تضمين الفاتق (ولا يجبر على الإعادة ، وإن كان الخياط هو الفاتق فعليه الإعادة) كأنه لم يعمل ، بخلاف فتق الأجنبى ، وهل للخياط أجر التفصيل بلا خياطة ؟ الأصح لا أشباه لكن حاشيتها معزيا للمضمرات ، المفتى به نعم : وقال المصنف : ينبغى أن يحكم العرف اه :

ثم رأيت فى التاترخانية معزيا للكبرى أن الفتوى على الأول فتأمل (و) للخباز طلب الأجر (للخبز فى بيت المستأجر بعد إخراجه من التنور) لأن تمامه بذلك وبإخراج بعضه بحسابه جوهرة (فإن احترق بعده) أى بعد

وخالفهم صاحبا الهداية والتجريد فقالا : لا يجب : قال الزيلعى : وهو الأقرب إلى المروى عن أبى حنيفة من الفرق بينهما فى القول المرجوع إليه ، وعلى ما ذكروه لا فرق بين الكل اه وبه ظهر أن تقييد المصنف بالفراغ والتسليم مبنى على ما فى الهداية ، والتسليم يشمل الحقيقى والحكمى وهو ما عبر عنه بقوله وإن عمل فى بيت المستأجر ، فلو قال ولو حكما لكان أخصر وأظهر ، ولا معنى لقول من قال لا معنى له فافهم (قوله وكذا كل من لعمله أثر) أى فى أنه لو هلك فى يده لا أجر له وسيذكر الشارح بعد ورقة المراد بالأثر (قوله نعم لو سرق الخ) هذا مبنى على قول الأكثرين من وجوب الأجر على بعض العمل بالتسليم ولو حكما ، وأراد به الاستدراك على المصنف بما ذكره فى البحر ، حيث قال : وتبعه العلامة الطورى وتلميذه المصنف فى شرحه مسألة البناء منصوص عليها فى الأصل أنه يجب الأجر بالبعض لكونه مسلما إلى المستأجر ، ونقله الكرخى عن أصحابنا ، وجزم به فى غاية البيان رادا على الهداية فكان هو المذهب ، ولذا اختاره المصنف : أى صاحب الكنز فى المستصفى وإن كانت عبارته هنا مطلقة اه : فلكلام الشارح وجه وجيه كما علمت وإن كان فيه خفاء فافهم ، لكن فى كون ما فى الهداية خلاف المذهب تأمل يظهر مما مر عن الزيلعى ، فلو جعله خلاف الأصح لكان أنسب تأمل (قوله بعد ماخاط بعضه) يعنى فى بيت المستأجر ، فلو فى بيت الأجير لا أجر له اتفاقا لعدم التسليم أصلا (قوله أو انهدم ما بناه) أى قبل الفراغ منه (قوله قبل أن يقبضه رب الثوب) قد علمت أن العمل فى بيت المستأجر تسليم (قوله فلا أجر له) لأن الخياطة مما له أثر فلا أجر قبل التسليم كما فى المبيع (قوله بل له) أى للخياط لأنه بدل ما أتلفه عليه حتى سقطت أجرته بحر (قوله تضمين الفاتق) أى قيمة خياطته لا المسمى ، لأنه إنما لزم بالعقد ولا عقد بينه وبين الفاتق رحتى (قوله ولا يجبر الخ) لأنه التزم العمل ووفى به رحتى (قوله كأنه لم يعمل) فلم يوف ما التزمه من العمل فيجبر عليه ، لأن عقد الإجارة لازم رحتى (قوله بخلاف فتق الأجنبى) لا حاجة إليه ط (قوله الأصح لا) كذا صححه فى الخلاصة والبزازية ، وفرضوا المسألة بما إذا دفع إليه الثوب فقطعه ومات من غير خياطة وعللوها بأن الأجر فى العادة للخياطة لا للقطع :

قلت : فلو بقى حيا لا تظهر الثمرة لأنه يجبر على الخياطة ، لكن لو تفاسخا العقد بعد القطع فالظاهر أن حكمه كالموت تأمل ، ويظهر من التعليل أنه لو دفعه للتفصيل فقط يلزم أجره وهو ظاهر لأن العقد ورد عليه فقط (قوله لكن فى حاشيتها) أى للشيخ شرف الدين الغزى حيث قال . قلت : وفى فتاوى قاضيخان والظهيرية قطع الخياط الثوب ومات قبل الخياطة له أجر القطع هو الصحيح . وفى جامع المضمرات والمشكلات عن الكبرى وعليه الفتوى . وينبغى اعتماده لتأيده بأن الفتوى عليه اه (قوله أن الفتوى على الأول) صوابه على الثانى لما سمعت آنفا من عبارة الكبرى ، وهو الذى رأيته فى التاترخانية (قوله جوهرة) ومثله فى غاية البيان

إخراجه بغير فعله (فله الأجر) لتسليمه بالوضع فى بيته (ولا غرم) لعدم التعدى. وقالا يغرم مثل دقيقه ولا أجر وإن شاء ضمن الخبز وأعطاه الأجر (ولو) احترق (قبله لا أجر له ويغرم) اتفاقا لتقصيره درر وبحر (وإن لم يكن الخبز فيه) أى فى بيت المستأجر سواء كان فى بيت الخباز أولا (فاحترق) أو سرق (فلا أجر) له لعدم التسليم حقيقة (ولا ضمان) لو سرق لأنه فى يده أمانة خلافا لهما ، وهى مسألة الأجير المشترك جوهرة (وإن) احترق الخبز أو سقط من يده (قبل الإخراج فعليه الضمان) ثم المالك بالخيار ، فإن ضمنه قيمته مخبوزا فله الأجر (وإن ضمنه قيمته دقيقا فلا أجر) له للهلاك قبل التسليم ولا يضمن الحطب والملح (وللطبخ بعد الغرف) إلا إذا كان لأهل بيته جوهرة ،

معللا بأن العمل فى ذلك القدر صار مسلما إلى صاحب الدقيق اهـ . وظاهره أنه لا يجرى فيه الخلاف المار فى الخياط ولعل العلة وجود الانتفاع هنا تأمل (قوله وقالا يضمن الخ(١)) هكذا ذكر الخلاف فى الهداية ، وعليه فلا فرق بين ما إذا كان فى بيت المستأجر أولا كما سيأتى فيكون أيضا من مسألة الأجير المشترك الآتية فى ضمان الأجير . وحاصلها أن المتاع فى يده أمانة عند الإمام ومضمون عندهما ، لكن ذكر فى غاية البيان أن ما ذكر من الخلاف إنما ذكره القدورى برواية ابن سماعة عن محمد ، وأنه لم يذكر محمد فى الجامع الصغير ولا شراحه خلافا بل قالوا لا ضمان مطلقا : فعن هذا قالوا ما فى الجامع يجرى على عمومه . أما عند أبى حنيفة فلأنه لم يهلك بصنعه ، وأما عندهما فلأنه هلاك بعد التسليم اهـ . وعلى ما ذكره الإتقانى فى غاية البيان مشى فى البحر والمنح ، ولما اقتصر بعضهم على مراجعتهما قال ما ذكره الشارح سبق قلم مع أن من تبع الهداية لم يضل فافهم (قوله لتقصيره) أى بعدم القلع من التنور ، فإن ضمنه قيمته مخبوزا أعطاه الأجر ، وإن دقيقا فلا بحر (قوله لعدم التسليم حقيقة) يعنى أنه حيث لم يكن فى بيت المستأجر لم يوجد التسليم الحكمى فلا بد من التسليم الحقيقى ولم يوجد أيضا فلذا لم يجب الأجر (قوله لو سرق) المناسب زيادة أو احترق ط ، وكأنه تركه لأن المراد بعد الإخراج والحرق بعده نادر ، فمن قال تركه لأنه يضمن فيه اتفاقا فقد وهم (قوله وإن احترق الخبز أو سقط من يده الخ) تقدم أن الحكم كذلك لو كان فى بيت المستأجر ، فلو أن المصنف حذف قوله السابق وقبله لا أجر ويغرم وجعل ما هنا راجعا للمسألتين لكان أولى كما أفاده ط (قوله فله الأجر) لأن المستأجر وصل إليه العمل معنى لوصول قيمته ط (قوله ولا يضمن الحطب والملح) لأنه صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه ، وحينما وجب عليه الضمان كان رمادا زيلعى (قوله إلا إذا كان لأهل بيته) أفاد أن ما ذكره المصنف فى الولائم وأنواعها أحد عشر نظمها بعضهم فى قوله :

إن الولائم عشرة مع واحد — من عدها قد عز فى أقرانه
فالخرس عند نفاسها وعقيقة — للطفل والإعذار عند ختانه
ولحفظ قرآن وآداب لقد — قالوا الحذاق لحذقه وبيانه
ثم الملاك لعقده ووليمة — فى عرسه فاحرص على إعلانه
وكذاك مأدبة بلا سبب يرى — ووكيرة لبنائه لمكانه
ونقيعة لقدومه ووضيمة — لمصيبة وتكون من جيرانه
ولأول الشهر الأصم عتيرة — بذبيحة جاءت لرفعة شانه

---

(١) (قوله وقالا يضمن) كذا بخطه ، والذى فى نسخ الشارح وقالا يغرم ، وهو المناسب لقول المصنف ولا غرم ، وإن كان المآل واحدا اهـ مصححه .

والأصل فى ذلك العرف (فإن أفسده) أى الطعام (الطباخ أو أحرقه أو لم ينضجه فهو ضامن) للطعام، ولو دخل بنار ليخبز أوليطبخ بها فوقعت منه شرارة فاحترق البيت لم يضمن للإذن، ولا يضمن صاحب الدار لو احترق شىء من السكان لعدم التعدى جوهرة (و) ضرب ا (للبن بعد الإقامة) وقالا بعد تشريجه: أى جعل بعضه على بعض، وبقولهما يفتى ابن كمال معزيا للعيون، وهذا إذا ضربه فى بيت المستأجر، فلو فى غير بيته فلا حتى يعده منصوبا عنده ومشرجا عندهما زيلعى.

[فروع] الملبن على اللبان، والتراب على المستأجر، وإدخال الحمل المنزل على الحمال لا صبه فى الجوالق أو صعوده للغرفة إلا بشرط، وإيكاف دابة للحمل على المكارى، وكذا الحبال والجوالق والحبر على الكاتب واشتراط الورق عليه يفسدها ظهيرية.

(ومن) كان (لعمله أثر فى العين كالصباغ والقصار حبسها لأجل الأجر) وهل المراد بالأثر عين مملوكة للعامل كالنشاء والغراء أم مجرد ما يعاين ويرى؟ قولان أصحهما الثانى، فغاسل الثوب وكاسر الفستق والحطب

ط ملخصا (قوله لأهل بيته) أى بيت المستأجر ح (قوله والأصل فى ذلك العرف) فمطلق العقد يتناول المعتاد إذا لم يوجد شرط بخلافه إتقانى (قوله فهو ضامن) ومقتضى ماسبق فى الخبز أنه يخير بين أن يضمنه قبل الطبخ ولا أجر له أو بعده وله الأجر ط (قوله للإذن) لأنه لايصل إلى العمل إلا بذلك وهو مأذون له فيه بحر (قوله ولضرب اللبن) هو بفتح اللام وكسر الباء والكسر مع السكون لغة، وتفسد بلا تعيين الملبن مالم يغلب واحد عرفا أو لم يكن غيره قهستانى ملخصا (قوله بعد الإقامة) لأنها لتسوية الأطراف فكانت من العمل كشف والإقامة النصب بعد الجفاف، فلو ضربه فأصابه مطر فأفسده قبل أن يقيم فلا أجر له وإن عمل فى داره قهستانى (قوله وقالا بعد تشريجه) بالشين والجيم المعجمتين، وقولهما استحسان زيلعى ولعله سبب كونه المفتى به، لكن ذكر الإتقانى أن دليلهما ضعيف تأمل. قال فى البحر: وفائدة الإختلاف فيما إذا تلف اللبن قبل التشريج، فعنده تلف من مال المستأجر، وعندهما من مال الأجير، أما إذا تلف قبل الإقامة فلا أجر إجماعا (قوله أى جعل بعضه على بعض) أى بعد الجفاف (قوله حتى يعده منصوبا) عبارة المستصفى حتى يسلمه منصوبا عنده ومشرجا عندهما كذا فى الإيضاح والمبسوط اه فلم يشترط العد وهو الأولى لأنه لو سلمه بغير عد كان له الأجر كما لايخفى بحر: وذكر الإتقانى عن شرح الطحاوى مثل مافى المستصفى، وفسر التسليم بالتخلية بين المستأجر وبين اللبن (قوله واشتراط الورق عليه يفسدها) أما اشتراط الحبر فلا حوى (قوله حبسها) فعل ماض أو مصدر مبتدأ ثان وخبره محذوف: أى له والجملة خبر من.

بقى هنا إشكال، وهو أنه إنما يستحق المطالبة بعد التسليم كما مر فإذا حبس فلا تسليم فلا مطالبة: ويمكن دفعه بأن قوله فيما مر له الطلب إذا فرغ وسلم مفهومه معطل بالمنطوق هنا سائحانى، لكن يرد عليه أنه حينئذ لافائدة لذكر التسليم، وقد قالوا لايجب الأجر إلا بالتسليم، فلو هلك فى يده قبله سقط لأنه لم يسلم المعقود عليه وهو أثر العمل، بخلاف مالا أثر له فإن الأجر يجب كما فرغ، ولا يمكن حمله على الحبس بعد التسليم بمعنى أن له الاسترداد لقوله الآتى: فإن حبس فضاع فلا أجر مع أن بالتسليم وجب الأجر على أنه بعد التسليم الحكمى كعمله فى بيت المستأجر ليس له الحبس كما سيذكره فكيف بعد الحقيقى، والظاهر أن فائدته عدم الضمان فقط، إذ لو لم يكن له الحبس لضمن بالضياع بعده فليتأمل (قوله أصحهما الثانى) وكذا صححه فى غرر الأفكار وغاية البيان تبعا لقاضيخان، قال فى البحر: وصحح النسفى فى مستصفاه معزيا إلى الذخيرة الأول فاختلف التصحيح، وينبغى

والطحان والخياط والخفاف وحالق رأس العبد لهم حبس العين بالأجر على الأصح مجتبى ، وهذا (إذا كان حالا أما إذا كان) الأجر (مؤجلا فلا) يملك حبسها كعمله فى بيت المستأجر بتسليمه حكما وتضمن بالتعدى ولو فى بيت المستأجر غاية (فإن حبس فضاع فلا أجر ولا ضمان) لعدم التعدى .

(ومن لا أثر لعمله كالحمال على ظهر) أو دابة (والملاح) وغاسل الثوب أى لتطهيره لا لتحسينه مجتبى فليحفظ (لا يحبس) العين للأجر (فإن حبس ضمن ضمان الغصب) وسيجىء فى بابه (وصاحبها بالخيار إن شاء ضمنه قيمتها) أى بدلها شرعا (محمولة وله الأجر ، وإن شاء غير محمولة ولا أجر) جوهرة (وإذا شرط عمله بنفسه) بأن يقول له اعمل بنفسك أو بيدك (لا يستعمل غيره إلا الظئر فلها استعمال غيرها) بشرط وغيره خلاصة (وإن أطلق كان له) أى للأجير أن يستأجر غيره ، أفاد بالاستئجار أنه لو دفع لأجنبى ضمن الأول

ترجيحه ، وقد جزم به فى الهداية بقوله وغسل الثوب نظير الحمل اهـ (قوله والخياط والخفاف) هذا ظاهر على القول بأن الخيط على رب الثوب فى عرف صاحب الظهيرية ، وأما على عرف من قبله وهو عرفنا الآن من أنه على الخياط فلا يظهر لأن الخيط كالصبغ سائحانى (قوله بالأجر) الباء للسببية أو للتعليل (قوله لتسليمه حكما) لكون البيت فى يده وهو كالتسليم الحقيقى فلا يملك الحبس بعده (قوله فإن حبس) أى فيما إذا كان الأجر حالا (قوله لعدم التعدى) فبقى أمانة كما كان ، وهذا علة لعدم الضمان ، وعلة عدم الأجر هلاك المعقود عليه قبل التسليم (قوله ومن لا أثر لعمله) إلا راد الآبق ابن كمال (قوله كالحمال) ضبطه بالحاء أولى من الجيم ليشمل الحمل على الظهر كما ذكره الإتقانى وأشار إليه الشارح (قوله والملاح) بالفتح والتشديد صاحب السفينة (قوله لا لتحسينه) وإلا كان ممن لعمله أثر لأن البياض كان مستترا وقد أظهره فكأنه أحدثه فله الحبس على الخلاف السابق (قوله وسيجىء فى بابه) وذلك أنه لو مثليا وجب مثله ، وإن انقطع فقيمته يوم القضاء أو الغصب أو الانقطاع على خلاف يأتى ، ولو قيميا فقيمته يوم غصبه إجماعا (قوله أى بدلها) تعميم ليشمل المثليات ح (قوله بأن يقول له اعمل بنفسك أو بيدك) هذا ظاهر إطلاق المتون وعليه الشروح ، فما فى البحر والمنح عن الخلاصة من زيادة قوله ولا تعمل بيد غيرك فالظاهر أنه لزيادة التأكيد لا قيد احترازى ليكون بدونه من الإطلاق تأمل (قوله لا يستعمل غيره) ولو غلامه أو أجيره قهستانى ، لأن المعقود عليه العمل من محل معين فلا يقوم غيره مقامه كما إذا كان المعقود عليه المنفعة ، بأن استأجر رجلا شهرا للخدمة لا يقوم غيره مقامه لأنه استيفاء للمنفعة بلا عقد زيلعى : قال فى العناية : وفيه تأمل ، لأنه إن خالفه إلى خير بأن استعمل من هو أصنع منه أو سلم دابة أقوى من ذلك ينبغى أن يجوز اهـ : وأجاب السائحانى بأن ما يختلف بالمستعمل فإن التقييد فيه مفيد وما ذكر من هذا القبيل اهـ : وفى الخانية : لو دفع إلى غلامه أو تلميذه لا يجب الأجر اهـ : وظاهر هذا مع التعليل المار أنه ليس المراد بعدم الاستعمال حرمة الدفع مع صحة الإجارة واستحقاق المسمى أو مع فسادها واستحقاق أجر المثل وأنه ليس للثانى على رب المتاع شىء لعدم العقد بينهما أصلا وهل له على الدافع أجر المثل ؟ محل تردد فليراجع (قوله بشرط وغيره) لكن سيذكر الشارح فى الإجارة الفاسدة عن الشرنبلالية أنها لو دفعته إلى خادمتها أو استأجرت من أرضعته لها الأجر إلا إذا شرط إرضاعها على الأصح ، وكأن وجه ما هنا أن الإنسان عرضة للعوارض فربما يتعذر عليها إرضاع الصبى فيتضرر فكان الشرط لغوا تأمل (قوله وإن أطلق) بأن لم يقيده بيده وقال خط هذا الثوب لى أو اصبغه بدرهم مثلا لأنه بالإطلاق رضى بوجود عمل غيره قهستانى ، ومنه ما سيذكره المصنف (قوله أفاد بالاستئجار) أى بقوله يستأجر غيره (قوله لأجنبى) أى غير أجيره ح (قوله ضمن الأول) أى إذا سرق بلا خلاف قهستانى

لا الثانى ، وبه صرح فى الخلاصة ، وقيد بشرط العمل ، لأنه لو شرطه اليوم أو غدا فلم يفعل وطالبه مرارا ففرط حتى سرق لايضمن: وأجاب شمس الأئمة بالضمان ، كذا فى الخلاصة (وقوله على أن تعمل إطلاق) لاتقييد مستصفى ، فله أن يستأجر غيره .

(استأجره ليأتى بعياله فمات بعضهم فجاء بمن بقى فله أجره بحسابه) لأنه أوفى بعض المعقود عليه ، وقيد بقوله (لو كانوا) أى عياله (معلومين) أى للعاقدين ليكون الأجر مقابلا بجملتهم (وإلا) يكونوا معلومين (فكله) أى له كل الأجر . ونقل ابن الكمال : إن كانت المؤنة تقل بنقصان عددهم فبحسابه وإلا فكله .

(قوله لا الثانى) هذا عنده : وعندهما له تضمين أيهما شاء خلاصة (قوله وقيد بشرط العمل) الظاهر أن يقال واقتصر على شرط العمل تأمل (قوله ففرط) أى تماهل ولم يعمل فى تلك المدة ولم يقصر فى حفظه (قوله لايضمن) كأنه لأن اليوم مثلا يذكر للاستعجال ط (قوله وأجاب شمس الأئمة) ظاهر هذا الصنيع أن المعتمد الأول لانفراد شمس الأئمة بهذا الجواب ط .

قلت : فى جامع الفصولين : واستفتيت أئمة بخارى عن قصار شرط عليه أن يفرغ اليوم من العمل فلم يفرغ وتلف فى الغد : أجابوا يضمن ، ونقل مثله عن الذخيرة . ثم نقل عن فتاوى الدينارى : ولو اختلفا ينبغى أن يصدق القصار لأنه ينكر الشرط والضمان والآخر يدعيه ، ثم لو شرط وقصره بعد أيام ينبغى أن لايجب الأجر إذ لم يبق عقد الإجارة بدليل وجوب ضمانه لو هلك وصار كما لو جحد الثوب ثم جاء به مقصورا بعد جحوده اهـ (قوله إطلاق) أى حكمه حكم الإطلاق ح (قوله فمات بعضهم الخ) فلو ماتوا جميعا لاأجر أصلا لأن المعقود عليه المجىء بهم ولم يوجد رملى (قوله فله أجره بحسابه) أى أجر المجىء ، وأما أجر الذهاب فبكماله مقدسى عن الكفاية سائحانى .

قلت : وقال فى المعراج بعد نقله عبارة الهداية : وهى استأجره ليذهب إلى البصرة فيأتى بعياله الخ هذا اختيار الهندوانى : وعن الفضلى : استؤجر فى المصر ليحمل الحنطة من القرية فذهب فلم يجد الحنطة فعاد ، إن كان قال استأجرتك حتى تحمل من القرية لايجب شىء لأن فى الأول العقد على شيئين : الذهاب إلى القرية ، والحمل منها ؛ وفى الثانى شرط الحمل ولم يوجد فلا يجب شىء ، كذا فى الذخيرة وجامع التمرتاشى اهـ . ومثله فى التبيين عن النهاية ، وظاهر المتون اختيار قول الهندوانى ، ولينظر ماالفرق بين القولين على عبارة الهداية ، فإن فيها الإستئجار على شيئين ، نعم هو على عبارة المصنف كالكنز ظاهر ؛ ولعل التصريح بالذهاب غير قيد فيظهر الفرق ، ويؤيده مافى التتارخانية : استأجره ليحمل له كذا من المطمورة فذهب فلم يجد المطمورة استحق نصف الأجر اهـ : وعليه فلو مات كل العيال وجب أجر الذهاب وهو مخالف(١) لما قدمناه عن الرملى فتأمل (قوله أى للعاقدين) أو ذكر عددهم للأجير شرنبلالية (قوله أى له كل الأجر) فى القهستانى : فإن جهلوا فسدت ولزم أجر المثل اهـ : وإن حمل الكل هنا على كل أجر المثل زال التنافى ط (قوله إن كانت المؤنة تقل الخ) تقييد لقول المصنف : فله أجره بحسابه ، وهو منقول عن الإمام الهندوانى (قوله وإلا فكله) كما لو كان الفائت صغيرا أو كان ذلك فى استئجار السفينة لأنه لايظهر التفاوت فيها بنقصان عدد ولو من الكبار ، وهذا إذا كان الاستئجار على أن يحملهم ، فلو على مصاحبتهم والحمل على المرسل أو كان المحل قريبا وهم مشاة أو بعيدا ولهم قدرة على المشى يلزمه الكل ، لأن مصاحبة جماعة لاتنقص بنقص فرد أو فردين إلا أن يكونوا أرقاء فحفظ البعض

---

(١) (قوله وهو مخالف الخ) يمكن دفع هذه المخالفة بحمل المنفى فى عبارة الرملى على ماعدا أجر الذهاب اهـ .

(استأجر رجلا لإيصال قط) أى كتاب (أو زاد إلى زيد ، إن رده) أى المكتوب أو الزاد (لموته) أى زيد (أو غيبته لا شيء له) لأنه لقضه بعوده كالخياط إذا خاط ثم فتق . وفى الخانية : استأجره ليذهب لموضع كذا ويدعو فلانا بأجر مسمى فذهب للموضع فلم يجد فلانا وجب الأجر (فإذا دفع القط إلى ورثته) فى صورة الموت (أو من يسلم إليه إذا حضر) فى صورة غيبته (وجب الأجر بالذهاب) وهو نصف الأجر المسمى كذا فى الدرر والغرر ، وتبعه المصنف ، ولكن تعقبه المحشون وعولوا على لزوم كل الأجر ، لكن فى القهستانى عن النهاية أنه إن شرط المجيء بالجواب فنصفه وإلا فكله فليكن التوفيق (وإن وجده ولم يوصله إليه لم يجب له شيء) لانتفاء المعقود عليه وهو الإيصال واختلف فيما لو مزقه :

(متولى أرض الوقف آجرها

منهم أخف من حفظ الكل حموى بحثا ط (قوله لإيصال قط) بالكسر والتشديد ، والمراد لإيصال شيء مما ليس له مؤنة ، وقوله أو زاد أى مماله مؤنة (قوله لاشيء له) أى من أجرة الذهاب والمجيء للزاد بلا خلاف وللكتاب عندهما ، وأما عند محمد فأجرة الذهاب واجبة سواء شرط المجيء بالجواب أم لا كما فى النهاية وغيرها ، فمن الظن أنه لابد من التقييد بالمجيء بالجواب حتى يتأتى خلاف محمد (١) وإن لم يقيد به ينبغى أن يكون له تمام الأجرة عند محمد قهستانى :

أقول : نعم ، ولكن التقييد به كما وقع فى الجامع الصغير والهداية والكنز لازم بالنظر للمسألة الآتية عن الدرر كما سيظهر ، ومبنى الخلاف بين محمد وشيخيه أن الأجر مقابل عنده بقطع المسافة لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب ، بخلاف حمل الطعام فإنه مقابل فيه بالحمل لما فيه من المؤنة دون قطع المسافة ، وعندهما مقابل بالنقل فيهما لأنه وسيلة إلى المقصود وهو وضع الطعام هناك وعلم ما فى الكتاب ، فإذا رده فقد نقض المعقود عليه (قوله ويدعو فلانا) صورها قاضى خان فى تبليغ الرسالة وفرق بينها وبين مسألة إيصال الكتاب بأن الرسالة قد تكون سرا لا يرضى المرسل بأن يطلع عليها غيره ، أما الكتاب فمختوم ، فلو تركه مختوما لا يطلع عليه غيره اهـ . وجزم الحلوانى بأن الكتاب والرسالة سواء فى الحكم وجعل الشارح دعاءه كالرسالة ط :

قلت : أى لأنه من أفرادها تأمل : وقد ذكر الشراح أنه لو وجده ولم يبلغه الرسالة ورجع له الأجر بالإجماع أيضا : ووجهه كما فى الزيلعى عن المحيط أن الأجر بقطع المسافة لأنه فى وسعه وأما الإسماع فليس فى وسعه فلا يقابله الأجر فليتأمل (قوله وجب الأجر بالذهاب) أى إجماعا كما ذكره الإتقانى وغيره (قوله وهو نصف الأجر المسمى) اعترضه فى العزمية بأنه غلط فاحش ، فإن كون أجر الذهاب وأجر الإتيان سواء على سبيل المناصفة مما لا يكاد يتفق ، ولم نجد هذه العبارة فى كلام غيره (قوله ولكن تعقبه المحشون الخ) كالوانى والشرنبلالى : قال فى الشرنبلالية : فيه نظر ، بل له الأجر كاملا ، إذ المعقود عليه الإيصال لا غير وقد وجد ، فما وجه التنصيف ؟ على أن المتن صادق بوجوب تمام الأجر ، والمسألة فرضها صاحب المواهب فى الاستئجار للإيصال ورد الجواب معا اهـ (قوله عن النهاية) وصرح به فى غيرها (قوله فليكن التوفيق) لكن هذا لا يدفع الاعتراض على صاحب الدرر حيث لم يقيد برد الجواب أولا وقيد بنصف الأجر ثانيا (قوله واختلف فيما لو مزقه) قال فى الخانية : له الأجر فى قولهم إذ لم ينقض عمله . وقيل إذا مزقه ينبغى أن لا يجب الأجر ، لأنه إذا تركه ثمة يتطلع

---

(١) (قوله حتى يتأتى خلاف محمد) أى الخلاف على هذا الوجه فلا ينافى وجود الخلاف أيضا إذا قيد أو أطلق إلا أنه لا على هذا الوجه اهـ .

بغير أجر المثل يلزم مستأجرها) أى مستأجر أرض الوقف لا المتولى كما غلط فيه بعضهم (تمام أجر المثل) على المفتى به كما فى البحر عن التلخيص وغيره ، وكذا حكم وصى وأب كما فى مجمع الفتاوى (يفتى بالضمان فى غصب عقار الوقف وغصب منافعه ، وكذا يفتى بكل ما هو أنفع للوقف) فيما اختلف فيه العلماء حتى نقضوا الإجارة عند الزيادة الفاحشة نظرا للوقف وصيانة لحق الله تعالى حاوى القدسى :

(مات الآجر وعليه ديون) حتى فسخ العقد بعد تعجيل البدل (فالمستأجر) لو العين فى يده ولو بعقد فاسد أشباه (أحق بالمستأجر من غرمائه) حتى يستوفى الأجرة المعجلة (إلا أنه لا يسقط الدين بهلاكه) أى بهلاك هذا المستأجر لأنه ليس برهن من كل وجه (بخلاف الرهن) فإنه مضمون بأقل من قيمته ومن الدين كما سيجىء فى بابه مجمع الفتاوى :

[فروع] الزيادة فى الأجرة من المستأجر تصح فى المدة

به وارث المكتوب إليه فيحصل الغرض بخلاف التمزيق اه ومقتضى النظر أنه إن مزقه بعد إيصاله فله أجر الذهاب وإن كان قبله فلا أجر له فيحرر ط :

قلت : وقول الخانية له الأجر أى أجر الذهاب كما تفيده عبارة القهستانى وهو ظاهر ، وهذا إن شرط المجىء بالجواب ، ولينظر فيما لو مزقه المكتوب إليه أو لم يدفع له الجواب وكان شرط المجىء بالجواب هل له نصف الأجر أم كله ؟ لأن إخباره بما صنع جواب معنى فليحرر (قوله بغير أجر المثل) الأولى بدون أجر المثل لأن الغير صادق بالأكثر وإن كان المقام يعين المراد ط (قوله كما غلط فيه بعضهم) قال فى البحر : وقد وقعت عبارة فى الخلاصة أوهمت أن الناظر يضمن تمام أجر المثل فقال متولى الوقف آجر بدون أجر المثل يلزمه تمام أجر المثل اه وقد رده الشيخ قاسم فى فتاواه بأن الضمير يرجع إلى المستأجر ، يدل عليه ما ذكره فى تلخيص الفتاوى الكبرى : يلزم مستأجرها إتمام أجر المثل عند بعض علمائنا ، وعليه الفتوى اه . وفى الذخيرة : لو يسلمها المستأجر كان عليه أجر المثل بالغا ما بلغ على ما اختاره المتأخرون من المشايخ اه ملخصا (قوله وكذا حكم وصى وأب) أى إذا آجرا عقار الصغير بدون أجر المثل وتسلمه المستأجر فإنه يلزمه تمام الأجر ط (قوله فى غصب عقار الوقف) قال فى الولوالجية : الفتوى فى غصب العقار والموقوف بالضمان نظرا للوقف ، متى قضى عليه بالقيمة تؤخذ منه فيشترى بها ضيعة أخرى تكون على سبيل الوقف الأول ، ذكره فى شرح تنوير الأذهان ط (قوله وغصب منافعه) قال فى جامع الفصولين : شرى داراً ثم ظهر أنها وقف أو للصغير فعليه أجر المثل صيانة لمالهما اه : ومقابل المفتى به ما صححه فى العمدة أنه لا تضمن منافعه وتبعه فى القنية ط ملخصا (قوله عند الزيادة الفاحشة) أى زيادة أجر المثل من غير تعنت كما يأتى قريبا ط (قوله وصيانة لحق الله تعالى) لأن الوقف حبس العين والتصدق بمنفعته لوجهه تعالى (قوله حتى فسخ العقد) أى بسبب الموت . وفى بعض النسخ متى بدل حتى ، ولو قال فانفسخ لكان أولى (قوله لو العين فى يده) أى لو العين المؤجرة مقبوضة فى يد المستأجر : قال فى جامع الفصولين : استأجر بيتا إجارة فاسدة وعجل الأجرة ولم يقبض البيت حتى مات المؤجر أو انقضت المدة فأراد حبس البيت لأجر عجله ليس له ذلك فى الجائزة ففى الفاسدة أولى ، ولو مقبوضا صحيحا أو فاسدا فله الحبس بأجر عجله ، وهو أحق بثمنه لو مات المؤجر اه : يعنى إذا مات المؤجر وعليه ديون لغير المستأجر فبيعت الدار فالمستأجر أحق بالثمن من سائر الغرماء إن كان الثمن قدر الأجرة المعجلة ، وإن زاد فالزائد للغرماء أبو السعود على الأشباه (قوله بأقل من قيمته ومن الدين) تركيب فاسد ، وصوابه بالأقل من قيمته ومن الدين فتكون من بيانية لا تفضيلية ح أي لاقتضائه أن المضمون شيء هو أقل منهما وهو غيرهما مع أنه واحد منهما وهو الأقل تأمل (قوله تصح) أى

وبعدها : وأما الزيادة على المستأجر ، فإن فى الملك ولو ليتيم لم تقبل كما لو رخصت ، وإن فى الوقف فإن الإجارة فاسدة آجرها الناظر بلا عرض على الأول لكن الأصل صحتها بأجر المثل ، ولو ادعى رجل أنها بغبن فاحش ، فإن أخبر القاضى ذو خبرة أنها كذلك فسخها وتقبل الزيادة وإن شهدوا وقت العقد أنها بأجر المثل ، وإلا فإن

إن كانت من خلاف جنس ما استأجره (١) فلو من جنسه فلا بخلاف الزيادة من جانب المؤجر فتجوز مطلقا ط عن الهندية ملخصا (قوله وبعدها) صوابه لابعدها كما هو فى الأشباه والمنح ، لأن محل العقد قد فات والمراد بعد مضى كلها : أما إذا مضى بعضها ، فقال فى خزانة الأكمل : لو استأجر داراً شهرين أو دابة ليركبها فرسخين فلما سكن فيها شهرا أوسافر فرسخا زاد فى الأجرة فالقياس أن تعتبر الزيادة لما بقى : ومحمد استحسن وجعلها موزعة لما مضى ولما بقى أبو السعود عن البيرى (قوله ولو ليتيم) عبارة الأشباه : وهو شامل لمال اليتيم بعمومه : قال الحموى : سوّى فى الإسعاف بين الوقف وأرض اليتيم حيث قال : ولو أجر مشرف حر الوقف أو وصى اليتيم منزلا بدون أجر المثل : قال ابن الفضل ينبغى أن يكون المستأجر غاصبا ، وذكر الخصاف : لا يكون غاصبا ويلزمه أجر المثل ، وصرح فى الجوهرة بأن أرض اليتيم كالوقف اه :

أقول : وكذا ذكره الشارح قبل أسطر لكنه غير ما نحن فيه كما لا يخفى على النبيه فافهم ، فإن ما استشهد به فيما لوآجر بدون أجر المثل وكلامنا فى الزيادة عليه بعد العقد ، والفرق مثل الصبح (قوله لم تقبل) قال فى الأشباه مطلقا اه أى قبل المدة وبعدها (قوله كما لو رخصت) أى الأجرة بعد العقد فلا يفسخ لأن المستأجر رضى بذلك (قوله فإن الإجارة فاسدة الخ) سيأتى آخر السوادة ، لو آجرها بما لا يتغابن الناس فيه تكون فاسدة فيؤجرها صحيحة من الأول أو من غيره بأجر المثل الخ ، وهو صريح فى أنه لو كان الفساد بسبب الغبن الفاحش لا يلزم عرضها على الأول ، وفى العمادية خلافه ، لكن ذكر فى حاشية الأشباه أن الذى فى عامة الكتب هو الأول (قوله لكن الأصل صحتها بأجر المثل) كذا فى الأشباه : وفى بعض النسخ لكن الأصح الخ ، ومعنى الاستدراك أن الكلام فى الزيادة على المستأجر فى الوقف ، وأن قوله فإن الإجارة فاسدة الخ كلام مجمل لاحتمال أن المراد فسادها بسبب كون الأجرة عند العقد بدون أجر المثل ، فإذا ادعى فسادها بذلك آجرها الناظر بلا عرض على الأول لأنه لاحق له ، فاستدرك عليه بأن المقام يحتاج إلى التفصيل ، وهو أن الأصل صحتها بأجر المثل فمجرد دعوى الزيادة لا يقبل ، بل إن أخبر القاضى واحد بذلك يقبل إلى آخر ما قرره الشارح : وقد اضطربت آراء محشى الأشباه وغيرهم فى تقرير هذه العبارة ، وهذا ما ظهر لى فليتأمل : ثم رأيت فى أنفع الوسائل : قرر كلامه كذلك ، وعليه فكان المناسب أن يأتى بالفاء التفريعية بدل الواو فى قوله ولو ادعى (قوله بغبن فاحش) هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين فى التفسير المختار ، وتمامه فى رسالة العلامة قنلى زاده (قوله فإن أخبر الخ) يعنى أن القاضى لا يقبل قول ذلك المدعى لأنه متهم بإرادة استئجارها لو أجنبيا أو باستخلاصها وإيجارها لغير الأول لو هو العاقد ، ومع أن الأصل فى العقود الصحة (قوله ذو خبرة) أفاد أن الواحد يكفى ، وهذا عندهما خلافا لمحمد أشباه (قوله وإن شهدوا الخ) وصل بما قبله وسيأتى عن الحانوتى آخر السوادة ما يخالفه ، إلا أن يراد الشهادة بدون اتصال القضاء ممن يرى ذلك ويأتى تمام بيانه هناك (قوله وإلا) أى وإن لم يخبر ذو خبرة أنها وقعت بغبن فاحش ففيه تفصيل ، وهذا فى المعنى مقابل لقوله فإن الإجارة فاسدة لأنها حينئذ صحيحة ، فقد استوفى الكلام على القسمين

---

(١) (قوله من خلاف جنس ما استأجره) أى كما لو زاده منفعة عبد بعد استأجر دارا ، أما لو زاده منفعة دار والمسألة بحالها لا يصح لأنه يكون إجارة السكنى بالسكنى اه ،

كانت إضرارا وتعنتا لم تقبل ، وإن كانت الزيادة أجر المثل فالمختار قبولها فيفسخها المتولى ، فإن امتنع فالقاضى

(قوله إضرارا وتعنتا) فسر ذلك ابن نجيم فى فتاواه بالزيادة التى لايقبلها إلا واحد أو اثنان اهـ . وفى الينابيع : زاد بعض الناس فى أجرتها لم يلتفت إليه لعله متعنت اهـ ط (قوله وإن كانت الزيادة أجر المثل) عبارة الأشباه لزيادة باللام وهى كذلك فى بعض النسخ ، والمراد أن تزيد الأجرة فى نفسها لغلو سعرها عند الكل . أما إذا زادت أجرة المثل لكثرة رغبة الناس فى استئجاره فلا كما فى شرح المجمع للعينى حموى ، ومثله فى شرح ابن ملك .

أقول : وهو غير معقول ، إذ لو كانت الأجرة حنطة مثلا وزادت قيمتها أثناء المدة كما مثل به ابن ملك فما وجه نقض الإجارة بل المراد أن تزيد أجرة المثل بزيادة الرغبات كما وقع فى عبارات مشايخ المذهب : وفى حاشية الأشباه لأبى السعود عن العلامة البيرى ماحاصله أنه لا تعتبر زيادة السعر فى نفس الأجرة فإنه لافائدة ولا مصلحة فى النقض للوقف ولا للمستحقين كما أفاده العلامة الطرابلسى فى فتاواه ورد به ما فى شرح المجمع ، وجعله من المواضع المنتقدة عليه اهـ .

مطلب فى بيان المراد بالزيادة على أجر المثل

بقى شىء يجب التنبيه عليه ، وهو ما المراد بزيادة أجر المثل فنقول : وقعت الزيادة فى أغلب كلامهم مطلقة فقالوا إذا زادت بزيادة الرغبات . ووقع فى عبارة الحاوى القدسى أنها تنقض عند الزيادة الفاحشة. قال فى وقف البحر: وتقييده بالفاحشة يدل على عدم نقضها باليسير ، ولعل المراد بالفاحشة ما لايتغابن الناس فيها كما فى طرف النقصان فإنه جائز عن أجر المثل إن كان يسيرا والواحد فى العشرة يتغابن الناس فيه كما ذكروه فى كتاب الوكالة ، وهذا قيد حسن يجب حفظه ، فإذا كانت أجرة دار عشرة مثلا وزاد أجر مثلها واحدا فإنها لاتنقض كما لو آجرها المتولى بتسعة فلأنها لا تنقض بخلاف الدرهمين فى الطرفين اهـ .

أقول : لكن صرح فى الحاوى الحصيرى كما نقله عنه البيرى وغيره أن الزيادة الفاحشة مقدارها نصف الذى أجر به أولا اهـ ونقله العلامة قنلى زاده . ثم قال : ولم نره لغيره .

والحق أن ما لا يتغابن فيه فهو زيادة فاحشة نصفا كانت أو ربعا . وقال فى موضع آخر : وهل هما روايتان أو مراد العامة أيضا ما ذكره الحصيرى ؟ لم يحرره أحد قبلنا .

أقول : وكلامه الثانى أقبل ، فإن الحكم عليه بالبطلان لا بد له من برهان على أن الأصل عدم تعدد الرواية فيحمل كلام العامة عليه(1) ما لم يوجد نقل بخلافه صريحا فيضطر إلى جعلهما روايتين ، وقد أقر العلامة البيرى وغيره ما ذكره الإمام الحصيرى وتبعه فى الحامدية فاحفظ هذه الفائدة السنية (قوله فيفسخها المتولى الخ) قال العلامة قنلى زاده : وهل المراد أنه يفسخها القاضى أو المتولى ويحكم به القاضى ، لم يحرره المتقدمون وإنما تعرض له صاحب أنفع الوسائل وجزم بالثانى ، وإنما يفسخ القاضى إذا امتنع الناظر عنه اهـ .

أقول : والقول بالفسخ هو إحدى الروايتين ، وسيأتى أنه المفتى به . ثم اعلم أن الشارح قد أطلق الفسخ هنا مع أنه قد فصل بعده .

---

(1) (قوله فيحمل كلام العامة عليه) لاخفاء فى بعد هذا الحمل ، فالصواب إثبات الخلاف ، ومقتضى قولهم يفتى بما هو الأنفع للوقف أن لايعمل بقول الحصيرى فيه تأمل .

ثم يؤجرها ممن زاد، فإن كانت دارا أو حانوتا أو أرضا فارغة عرضها على المستأجر ، فإن قبلها فهو أحق ولزمه الزيادة من وقت قبولها فقط ، وإن أنكر زيادة أجر المثل وادعى أنها إضرار فلا بد من البرهان عليه ، وإن لم يقبلها آجرها المتولى ، وإن كانت مزروعة لم تصح إجارتها لغير صاحب الزرع لكن تضم عليه الزيادة من وقتها، وإن كان بنى أو غرس ، فإن كان استأجرها مشاهرة فإنها تؤجر لغيره إذا فرغ الشهر إن لم يقبلها لانعقادها عند رأس كل شهر ، والبناء يتملكه الناظر بقيمته مستحق القلع للوقف أو يصبر حتى يتخلص بناؤه وإن كانت المدة باقية لم تؤجر لغيره وإنما تضم عليه الزيادة

وحاصل التفصيل أن ما وقعت عليه الإجارة لايخلو ، إما أن يكون أرضا فارغة وقت الزيادة عن ملك المستأجر كالدار والحانوت والأرض السليخة ، أو مشغولة به كما لو زرعها أو بنى فيها أو غرس. ففى الوجه الأول يفسخها المتولى ويؤجرها لغيره إن لم يقبل الزيادة العارضة بعد ثبوتها . وفى الثانى إن كان زرعها فى المدة لا تؤجر لغيره وإن فرغت المدة ما لم يستحصد الزرع بل تضم عليه الزيادة من وقتها إلى أن يستحصد لأن شغلها بملكه مانع من صحة إيجارها لغيره كما يأتى ، وإن كان بنى فيها أوغرس، فإن فرغت المدة كما لو استأجرها مشاهرة وفرغ الشهر فسخها وآجرها لغيره إن لم يقبل الزيادة ، وإن كانت المدة باقية لم تؤجر لغيره ما قلنا من أن شغلها بملكه مانع بل تضم عليه الزيادة كما مر فى المزروعة ، لكن هنا تبقى إلى انتهاء العقد فقط إذ لانهاية معلومة للبناء والغرس بخلاف الزرع هذا خلاصة ما ذكره الشارح تبعا للأشباه ، وهو مأخوذ من أنفع الوسائل عن البدائع وغيرها صريحا ودلالة . ثم لا يخفى أن ضم الزيادة عليه إنما هو حيث رضى به وإلا يؤمر بالقلع إن لم يضر بالوقف وتؤجر لغيره صيانة للوقف ، وهذا كله إذا زادت أجرة الأرض فى نفسها لا بسبب بنائه مثلا وإلا فلا تضم عليه الزيادة أصلا لأن الزيادة حصلت من ملكه كما هو ظاهر (قوله ثم يؤجرها ممن زاد) الأولى حذفه ليتأتى التفصيل المذكور بعده كما فعل صاحب البحر فى الوقف وإن عبر فى الأشباه كما هنا (قوله عرضها على المستأجر) ولا يعرض فى الفاسدة ، وقيل يعرض فيها أيضا ط (قوله فقط) أى لامن أول المدة أشباه ، بل الواجب من أولها إلى وقت الفسخ الأجر المسمى (قوله عليه) أى على المنكر لتثبت الزيادة ، لأن القول قوله والبينة على المدعى ، والأصل بقاء ما كان على ما كان حموى : والظاهر أن هذا على قول محمد، لما مر أن الواحد يكفى عندهما تأمل (قوله لم تصح إجارتها لغير صاحب الزرع) أى إن كان مزروعا بحق ؛ فلو لم يكن بحق كالغاصب والمستأجر إجارة فاسدة لايمنع صحة الإجارة كما فى الظهيرية والسراجية لكونه لايمنع التسليم بحر ، وسيذكره الشارح ويأتى متنا بعد ورقة (قوله من وقتها) أى وقت الزيادة ، ووجب لما مضى قبلها من المسمى بحسابه كما فى البحر (قوله فإن كان استأجرها مشاهرة) فى هذا التعبير مسامحة لأن هذا مقابل قوله الآتى وإن كانت المدة باقية الخ ، فكان المناسب أن يقول : فإن كانت المدة قد فرغت فإنها تؤجر لغيره إن لم يقبلها : أى الزيادة ، لكن لما كان الشهر مدة قليلة صار كأن المدة قد فرغت ، فإنه إذا استأجرها مشاهرة كل شهر بكذا صح فى واحد وفسد فى الباقى على ما يأتى بيانه فى الباب الآتى (قوله والبناء يتملكه الناظر بقيمته) أى جبرا على المستأجر إن ضر قلعه بالأرض كما يأتى بيانه قريبا (قوله مستحق القلع) سيأتى بيانه فى الباب الآتى (قوله للوقف) متعلق بقوله يتملكه (قوله أو يصبر الخ) يعنى إذا رضى الناظر بذلك إن كان القلع يضر ، لأن الخيار للناظر حينئذ بين تملكه جبرا على المستأجر وبين أن يتركه إلى أن يتخلص بناء المستأجر من الأرض ، كلما سقط شىء دفعه إليه بناء على ما يأتى عن الشروح ،

كالزيادة وبها زرع : وأما إذا زاد أجر المثل فى نفسه من غير أن يزيد أحد فللمتولى فسخها وعليه الفتوى ، ومالم تفسخ كان على المستأجر المسمى أشباه معزيا للصغرى :

قلت : وظاهر قوله البناء يتملكه الناظر الخ أنه يتملكه لجهة الوقف قهرا على صاحبه ، وهذا لو الأرض تنقص بالقلع وإلا شرط رضاه كما فى عامة الشروح منها البحر والمنح ، وإن صح فيعول عليها لأنها الموضوعة لنقل المذهب بخلاف نقول الفتاوى :

نعم لو لم يضر فالخيار للمستأجر كما يأتى بيانه (قوله وأما إذا زاد الخ) يغنى عنه قوله سابقا وإن كانت الزيادة أجر المثل الخ ط ، وقد صحح هذا القول بلفظ الفتوى ولفظ المختار كما هنا ولفظ الأصح كما فى كتاب الوقف ، فكان المعتمد وإن مشى على خلافه فى الإسعاف والتتارخانية والخانية قائلين إن أجر المثل يعتبر وقت العقد فلا تعتبر الزيادة بعده ، ولكن قد علمت مما قدمناه عن الحصيرى ما المراد بالزيادة (قوله قلت الخ) أصل البحث للمصنف فى المنح ذكره أول الباب تحت قوله فلو آجرها المتولى أكثر لم تصح (قوله أنه يتملكه) أى إن أراد الناظر وإلا فيترك إلى أن يتخلص فيأخذه مالكه (قوله كما فى عامة الشروح) أى شروح الهداية والكنز وغيرهما ذكروا ذلك فى الباب الآتى عند قوله إلا أن يغرم له المؤجر قيمته مقلوعا وهو مفهوم عبارات المتون أيضا ، ويتناول بإطلاقه الملك والوقف كما نبه عليه المصنف (قوله بخلاف نقول الفتاوى) منها المحيط والتجنيس والخانية والعمادية ، فإنهم قالوا إن كان يضر لا يرفعه المستأجر بل إما أن يرضى بأن يتملكه الناظر للوقف وإلا يصبر إلى أن يتخلص ملكه لأن تملكه بغير رضاه لا يجوز ، ومنها ما ذكره الشارح عن فتاوى مؤيد زاده :

وحاصله أنهم جعلوا الخيار للمستأجر ولو كان القلع يضر ، وأصحاب الشروح جعلوا الخيار للناظر إن ضر وإلا فللمستأجر ، ثم هذا إذا كان البناء بغير إذن المتولى ، فلو بإذنه فهو للوقف ويرجع البانى على المتولى بما أنفق كما فى فتاوى أبى الليث . والظاهر أنه أراد إذنه بالبناء لأجل الوقف ، فلو لنفسه وأشهد عليه فلا يكون للوقف كما أفاده العلامة قنلى زاده .

أقول : وسيأتى فى الباب الآتى أن للمستأجر استبقاء البناء والغرس بعد مضى المدة بأجر المثل جبرا إن لم يضر بالوقف ، وهذا مخالف لما تقدم عن الشروح ، ولما تقدم عن الفتاوى أيضا ، ولما يأتى عن المتون كما سننبه عليه إن شاء الله تعالى :

[تنبيه مهم] إذا أذن القاضى أو الناظر عند من لا يرى الاحتياج إلى إذن القاضى للمستأجر بالبناء ليكون دينا على الوقف حيث لا فاضل من ريعه وهو ما يسمونه فى ديارنا بالمرصد فالبناء يكون للوقف فإذا أراد الناظر إخراجه يدفع له ما صرفه فى البناء ، ثم لا يخفى أنه يزيد أجر المثل بسبب البناء ، فالظاهر أنه يلزمه إتمام أجر المثل . والفرق بين هذا وما تقدم عن الأشباه أن البناء هنا للوقف فلم يزد بسبب ملكه . ثم رأيت فى الفتاوى الخيرية التصريح فى ضمن سؤال طويل بلزوم أجر المثل بالغا مابلغ قبل العمارة وبعدها والرجوع بما صرفه فراجعه . والواقع فى زماننا أنه يستأجر بدون أجر المثل بكثير ويدفع بعض الأجرة ويقتطع بعضها من العمارة :

وقد يقال : لجوازه وجه ، وذلك أنه لو أراد آخر أن يستأجره ويدفع للأول ماصرفه على العمارة لا يستأجره إلا بتلك الأجرة القليلة ، نعم لو استغنى الوقف ودفع الناظر ماللأول فإن كل أحد يستأجره بأجر مثله الآن ، فما لم يدفع الناظر ذلك تبقى أجرة المثل تلك الأجرة القليلة فلا فرق حينئذ بين العمارة المملوكة للمستأجر وبين هذه :

وفى فتاوى مؤيد زاده معزيا للفصولين : حانوت وقف بنى فيه ساكنه بلا إذن موليه ، إن لم يضر رفعه رفعه وإن ضر فهو المضيع ماله فليتربص إلى أن يتخلص ماله من تحت البناء ثم يأخذه ، ولا يكون بناؤه مانعا من صحة الإجارة لغيره إذ لا يد له على ذلك البناء حيث لايملك رفعه ولو اصطلحوا أن يجعلوا ذلك للوقف بثمن لا يجاوز أقل القيمتين منزوعا ومبنيا(١) فيه صح ، ولو لحق الآجر دين رفع الأمر إلى القاضى ليفسخ العقد ، وليس للآجر

مطلب فى المرصد والقيمة ومشد المسكة

ورأيت فى وقف الحامدية عن فتاوى الحانوتى : شرط جواز إجارة الوقف بدون أجر المثل إذا نابه نائبة أو كان دين الخ فهذا مؤيد لما قلنا ، إذ لا شك أن المرصد دين على الوقف تقل أجرته بسببه فتأمل : وفى شرح الملتقى عن الأشباه : ولا يؤجر الوقف إلا بأجر المثل إلا بنقصان يسير أو إذا لم يرغب فيه إلا بالأقل اه تأمل ، ومثل هذا يقال فى الكدك ، وهو ما يبنيه المستأجر فى حانوت الوقف ولا يحسبه على الوقف فيقوم المستأجر بجميع لوازمه من عمارة وترميم وإغلاق ونحو ذلك ويبيعونه بثمن كثير ، فباعتبار ما يدفعه المستأجر من هذا الثمن الكثير وما يصرفه فى المستقبل على أرض الوقف تكون أجرة المثل تلك الأجرة القليلة التى يدفعونها وقد تكون أصل عمارة الوقف من صاحب الكدك يأخذها منه الواقف ويعمر بها ويجعلها للمستأجر ويؤجره بأجرة قليلة وهو المسمى بالخلو ، ومثله يقال فى القيمة ومشد المسكة فى البساتين ونحوها ، وهى عبارة عن القمامة والكراب ومايزرعه مما تبقى أصوله ونحو ذلك وحق الغرس والزرع فإنها تباع بثمن كثير فبسببها تزيد أجرة الأرض زيادة كثيرة ، وهذه أمور حادثة تعارفوا عليها .

وفى فتاوى العلامة المحقق عبد الرحمن أفندى العمادى مفتى دمشق جوابا لسؤال عن الخلو المتعارف بما حاصله أن الحكم العام قد يثبت بالعرف الخاص عند بعض العلماء كالنسفى وغيره ، ومنه الأحكار التى جرت بها العادة فى هذه الديار ، وذلك بأن تمسح الأرض وتعرف بكسرها ويفرض على قدر من الأذرع مبلغ معين من الدراهم ويبقى الذى يبنى فيها يؤدى ذلك القدر كل سنة من غير إجارة كما ذكره فى أنفع الوسائل ، فإذا كان بحيث لو رفعت عمارته لا تستأجر بأكثر تترك فى يده بأجر المثل ، ولكن لا ينبغى أن يفتى باعتبار العرف مطلقا خوفا من أن ينفتح باب القياس عليه فى كثير من المنكرات والبدع ، نعم يفتى به فيما دعت إليه الحاجة وجرت به فى المدة المديدة العادة وتعارفه الأعيان بلا نكير كالخلو المتعارف فى الحوانيت ، وهو أن يجعل الواقف أو المتولى أو المالك على الحانوت قدرا معينا يؤخذ من الساكن ويعطيه به تمسكا شرعيا فلا يملك صاحب الحانوت بعد ذلك إخراج الساكن الذى ثبت له الخلو ولا إجارتها لغيره ، ما لم يدفع له المبلغ المرقوم فيفتى بجواز ذلك قياسا على بيع الوفاء الذى تعارفه المتأخرون احتيالا عن الربا ، حتى قال فى مجموع النوازل : اتفق مشايخنا فى هذا الزمان على صحته بيعا لاضطرار الناس إلى ذلك : ومن القواعد الكلية : إذا ضاق الأمر اتسع حكمه ، فيندرج تحتها أمثال ذلك مما دعت إليه الضرورة ، والله أعلم اه ملخصا (قوله رفعه) أى جبرا (قوله من تحت البناء) الأولى حذف تحت ط (قوله حيث لايملك رفعه) حيثية تعليل ط (قوله ولو اصطلحوا الخ) هذا إما بيان للأفضل فلا ينافى الجبر عند عدم الاصطلاح أو هو رواية ضعيفة رملى على البحر ملخصا : وعلى الأول يوافق مامر عن الشروح ، وعلى الثانى يوافق ما أطبق عليه أرباب الفتاوى (قوله ولو لحق الآجر دين الخ) محله باب فسخ الإجارة وسيأتى بيانه هناك

(١) (قول الشارح منزوعا ومبنيا) الظاهر أن المراد بكونه منزوعا استحقاقه النزع ، وقوله مبنيا أى مع أنه لايمكن مالكه من الانتفاع به بل ينتظر حتى يتخلص شيئا فشيئا اه .

أن يفسخ بنفسه وعليه الفتوى . وتجوز بمثل الأجرة أو بأكثر أو بأقل بما يتغابن فيه الناس لا بما لا يتغابن وتكون فاسدة ، فيؤجره إجارة صحيحة إما من الأول أو من غيره بأجر المثل أو بزيادة بقدر ما يرضى به المستأجر اه :

وفى فتاوى الحنوتى : بينة الإثبات مقدمة وهى التى شهدت بأن الأجرة أولا أجرة المثل وقد اتصل بها القضاء فلا تنقض : قال : وبه أجاب بقية المذاهب فليحفظ .

باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها

أى فى الإجارة

(تصح إجارة حانوت) أى دكان

(قوله وتجوز بمثل الأجرة الخ) أى تجوز الإجارة بأجرة المثل أو بالأكثر منها مطلقا ما لم تكن بمال وقف أو يتيم كما علم مما مر فى الإجارة الطويلة عن الخانية (قوله بما يتغابن فيه الناس) قيد للأقل فافهم ، ثم هذا كله مكرر إذ قد علم مما مر (قوله وفى فتاوى الحانوتى الخ) ونصه : سئل ما قولكم فيما لو حكم حاكم بصحة إجارة وقف وأن الأجرة أجرة المثل بعد أن أقيمت البينة بذلك ثم أقيمت بينة بأنها دون أجر المثل فيعمل ببينة بطلانها أم لا ؟ فأجاب : أجاب الشيخ نور الدين الطرابلسى قاضى القضاة الحنفى بما صورته : الحمد لله العلى الأعلى بينة الإثبات مقدمة وهى التى شهدت بأن الأجرة أجرة المثل وقد اتصل بها القضاء فلا تنقض : وأجاب الشيخ ناصر الدين اللقانى المالكى وقاضى القضاة أحمد بن النجار الحنبلى بجوابى كذلك ، فأجبت : نعم الأجوبة المذكورة صحيحة اه .

قلت : وهذا حيث لم تكن الشهادة الأولى يكذبها الظاهر وإلا فلا تقبل وتنقض كما فى الحامدية (قوله وقد اتصل بها القضاء) أى واستكمل شروطه : وفى فتاوى ابن نجيم ولا يمنع قبولها : أى الزيادة حكم الحنبلى بالصحة لأنه غير صحيح اه : قال فى الحامدية وفيه نظر ، لأن حكم الحاكم يرفع الخلاف تأمل اه .

أقول : مراده أن حكمه بصحة الإجارة ابتداء وأنها بأجر المثل لا يمنع فسخها للزيادة العارضة بكثرة الرغبات بناء على القول المفتى به ، لأن ذلك غير محكوم به ؛ فمنع حكم الحنبلى الأول لذلك غير صحيح ، نعم لو حكم بإلغاء الزيادة العارضة بحادثة بخصوصها مستجمعا شرائطه منع من قبولها ، وقد صرح بذلك الحنوتى فى فتاواه أيضا حيث ذكر أنه لا يمنع الحاكم الحنفى من قبول الزيادة حكم الحنبلى بصحة الإجارة ولو وقعت بعد دعوى شرعية ، لأن الفسخ بقبول الزيادة حادثة أخرى لم يقع الحكم بها اه وذكر مثله فى موضع آخر ، وصرح به أيضا العلامة قنلى زاده ، وذكر أنه لا يكفى قوله ثبت عندى أن هذا من أجر المثل ، ولا قوله ألغيت الزيادة العارضة لأن ذلك فتاوى لا أحكام نافذة مالم تكن على وجه خصم جاحد اه : ومثله ما لو حكم بصحة الإجارة شافعى مثلا لا يمنع الحنفى فسخها بالموت مالم يحكم الشافعى بخصوص ذلك بعد الموت كما صرح به ابن الغرس فتنبه ، والله تعالى أعلم .

باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها

(قوله وما يكون خلافا) أى والفعل الذى يكون خلاف الجائز فيها (قوله حانوت) على وزن فاعول وتاؤه

(ودار بلا بيان مايعمل فيها) لصرفه للمتعارف (و) بلا بيان (من يسكنها) فله أن يسكنها غيره بإجارة وغيرها كما سيجيء (وله أن يعمل فيهما) أى الحانوت والدار (كل ما أراد) فيتد ويربط دوابه ويكسر حطبه ويستنجى بجداره ويتخذ بالوعة إن لم تضر ويطحن برحى اليد وإن به ضر به يفتى قنية (غير أنه لايسكن) بالبناء للفاعل أو المفعول (حدادا أو قصارا أو طحانا من غير رضا المالك أو اشتراطه) ذلك (فى) عقد (الإجارة) لأنه يوهن البناء فيتوقف على الرضا:

(وإن اختلفا فى الاشتراط فالقول للمؤجر) كما لو أنكر أصل العقد (وإن أقاما البينة فالبينة بينة المستأجر) لإثباتها الزيادة خلاصة:

وفيها استأجر للقصارة فله الحدادة إن اتحد ضررهما، ولو فعل ما ليس له لزمه الأجر، وإن انهدم به البناء ضمنه ولا أجر لأنهما لا يجتمعان:

(وله السكنى بنفسه وإسكان غيره بإجارة وغيرها) وكذا كل مالا يختلف بالمستعمل

مبدلة عن هاء وقيل فعاوت كلكوت. وهو كما فى القاموس: دكان الخمار والخمار نفسه يذكر ويؤنث والنسبة إليه حانى وحانوتى. وفسر الدكان به أيضا، فقال كرمان: الحانوت جمعه دكاكين معرب، وعليه فهما مترادفان والمراد به هنا ماأعد ليباع فيه مطلقا (قوله بلا بيان مايعمل فيها) أى فى هذه الأماكن وهى الحانوت والدار فأطلق الجمع على مافوق الواحد تأمل (قوله لصرفه للمتعارف) وهو السكنى وأنه لايتفاوت منح (قوله فله أن يسكنها غيره) أى ولو شرط أن يسكنها وحده منفردا سرى الدين وهذا فى الدور والحوانيت ط ومثله عبد الخدمة فله أن يؤجره لغيره، بخلاف الدابة والثوب، وكذا كل مايختلف باختلاف المستعمل كما فى المنح (قوله فيتد) مضارع من باب المثال أى يدق الوتد ح (قوله ويربط دوابه) أى فى موضع أعد لربطها لأن ربطها فى موضع السكنى إفساد كما فى غاية البيان: قال السائحانى: وينتفع ببئرها ولو فسدت لم يجبر على إصلاحها ويبنى التنور فيها فلو احترق به شىء لم يضمن: قلت: إلا إذا فعله فى محل لايليق به كقرب خشب مقدسى اه‍ (قوله ويكسر حطبه) ينبغى تقييده أخذا مما قبله وممابعده بأن يكون بمحل لايحصل به إضرار بالأرض وماتحتها من مجرى الماء. ثم رأيت الزيلعى قال: وعلى هذا له تكسير الحطب المعتاد للطبخ ونحوه لأنه لايوهن البناء، وإن زاد على العادة بحيث يوهن البناء فلا إلا برضا المالك، وعلى هذا ينبغى أن يكون الدق على هذا التفصيل اه‍ (قوله ويطحن برحى اليد وإن ضر به يفتى قنية) لم أر هذه المسئلة فى القنية، بل رأيت ماقبلها. وأما هذه فقد ذكرها فى البحر معزوة للخلاصة، وتبعه المصنف فى المنح وتبعهما الشارح وفيه سقط، فإن الذى وجدته فى الخلاصة هكذا: لا يمنع من رحى اليد إن كان لا يضر، وإن كان يضر يمنع وعليه الفتوى، ومثله فى الشرنبلالية عن الذخيرة (قوله بالبناء للفاعل أو المفعول) سهو منه، وإنما هو بفتح الياء من الثلاثى المجرد أو بضمها من الرباعى وحدادا حال على الأول ومفعول به على الثانى ح: ووجه كونه سهوا أنه بالبناء للفاعل على الوجهين (قوله لأنه يوهن الخ) قال الزيلعى: فحاصله أن كل مايوهن البناء أو فيه ضرر ليس له أن يعمل فيها إلا بإذن صاحبها، وكل مالا ضرر فيه جاز له بمطلق العقد واستحقه به (قوله فيتوقف على الرضا) أى رضا المالك أو الاشتراط: وفى أبى السعود عن الحموى: يفهم منه أنه لو كان وقفا ورضى المتولى بسكناه لايكون كذلك (قوله كما لو أنكر أصل العقد) فإن القول له: أى فكذا إذا أنكر نوعا منه ط (قوله ولو فعل ماليس له) أى وقد انقضت المدة، أما لو مضى بعضها هل يسقط أجر (١) أو يجب؟ يحرر ط عن المقدسى (قوله ولا أجر) أى فيما ضمنه نهاية، وأما الساحة

---

(١) (قوله هل يسقط أجره) قد استظهر شيخنا لزوم الأجر اعتبارا للبعض بالكل اه‍

يبطل التقييد لأنه غير مفيد ، بخلاف ما يختلف به كما سيجىء ، ولو آجر بأكثر تصدق بالفضل إلا فى مسألتين : إذا آجرها بخلاف الجنس أو أصلح فيها شيئا ، ولو آجرها من المؤجر لاتصح وتنفسخ الإجارة فى الأصح بحر معزيا للجوهرة ، وسيجىء تصحيح خلافه فتنبه :

(و) تصح إجارة (أرض للزراعة مع بيان مايزرع فيها ، أو قال على أن أزرع فيها ما أشاء) كى لا تقع المنازعة وإلا فهى فاسدة للجهالة ، وتنقلب صحيحة بزرعها ويجب المسمى . وللمستأجر الشرب والطريق ، ويزرع زرعين ربيعا وخريفا ولو لم يمكنه الزراعة للحال لاحتياجها لسقى أو كرى إن أمكنه الزراعة فى مدة العقد جاز وإلا لا ، وتمامه فى القنية :

(آجرها وهى مشغولة بزرع غيره ،

فينبغى الأجر فيها كذا فى الذخيرة سائحانى (قوله يبطل) بضم الياء من أبطل ، ويجوز الفتح ولكن كان حقه أن يجعله مستأنفا ويقول ويبطل فيه (قوله بخلاف مايختلف به) كالركوب واللبس (قوله كما سيجىء) أى بعد نحو ورقة (قوله بخلاف الجنس) أى جنس ما استأجر به وكذا إذا آجر مع مااستأجر شيئا من ماله يجوز أن تعقد عليه الإجارة فإنه تطيب له الزيادة كما فى الخلاصة (قوله أو أصلح فيها شيئا) بأن جصصها أو فعل فيها مسناة وكذا كل عمل قائم لأن الزيادة بمقابلة مازاد من عنده حملا لأمره على الصلاح كما فى المبسوط والكنس ليس بإصلاح وإن كرى النهر قال الخصاف تطيب وقال أبو على النسفى أصحابنا مترددون وبرفع التراب لاتطيب وإن تيسرت الزراعة ولو استأجر بيتين صفقة واحدة وزاد فى أحدهما يؤجرهما بأكثر ولو صفقتين فلا(١) خلاصة ملخصا (قوله لاتصح) أى قبل القبض أو بعده كما فى الجوهرة ولو تخلل ثالث على الراجح ، وهى رواية عن محمد وعليها الفتوى بزازية (قوله وتنفسخ الإجارة فى الأصح) أى الإجارة الأولى ، وأما الثانية فبالاتفاق (قوله وسيجىء) أى فى المتفرقات ، وسيذكر الشارح التوفيق هناك ويأتى الكلام عليه إن شاء الله تعالى (قوله للجهالة) المفضية إلى المنازعة فى عقد المعاوضة ، فإن من الزرع ماينفع الأرض ومنه مايضرها (قوله وتنقلب صحيحة بزرعها) أى استحسانا لأن المعقود عليه صار معلوما بالاستعمال وصار كأن الجهالة لم تكن زيلعى مختصرا . قال العلامة المقدسى : ينبغى تقييده بما إذا علم المؤجر بما زرع فرضى به ، وبما إذا علم من لبس الثوب وإلا فالنزاع ممكن ط مختصرا (قوله وللمستأجر الشرب والطريق) أى وإن لم يشترطهما ، بخلاف البيع لأن الإجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع إلا بهما فيدخلان تبعا : وأما البيع فالمقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع فى الحال حتى جاز بيع الجحش والأرض السبخة دون إجارتهما منح (قوله ويزرع زرعين) قال فى القنية : لو استأجرها سنة لزرع ماشاء له أن يزرع زرعين ربيعيا وخريفيا اه : فأنت ترى أن هـذه مفروضة فى استئجار مدة يمكن فيها زرعان وقد أطلق فى عقد الإجارة ط (قوله وتمامه فى القنية) حيث قال : كما لو استأجرها فى الشتاء تسعة أشهر ولا يمكن زراعتها فى الشتاء جاز لما أمكن فى المدة : أما لو لم يمكن الانتفاع بها أصلا بأن كانت سبخة فالإجارة فاسدة . وفى مسألة الاستئجار فى الشتاء يكون الأجر مقابلا بكل المدة لا بما ينتفع به فحسب ، وقيل بما ينتفع به اه :

قلت : وسيذكر الشارح فى باب الفسخ عن الجوهرة : لو جاء من الماء مايزرع بعضها ، إن شاء فسخ الإجارة كلها أو ترك ودفع بحساب ماروى منها (قوله بزرع غيره) أى غير المستأجر ، فلو كان الزرع له لايمنع صحتها والغير يشمل المؤجر والأجنبى ، فلو كان للمؤجر : أى رب الأرض فالحيلة أن يبيع الزرع منه بثمن معلوم ويتقابضا

---

(١) (قوله ولو صفقتين فلا) قال شيخنا لأنه إذا استأجرها صفقتين يكونان شيئين حقيقة وحكما فتكون الزيادة موزعة عليهما بخلاف مالوكانا بعقد واحد فإنهما فى الحكم كعين واحدة زاد فيها فيكون له إجارتها بأكثر مما استأجر ولا توزيع اه .

إن كان الزرع بحق لاتجوز) الإجارة ، لـكن لو حصده وسلمها انقلبت جائزة (مالم يستحصد الزرع) فيجوز ويؤمر بالحصاد والتسليم ، به يفتى بزازية (إلا أن يؤاجرها مضافة) إلى المستقبل فتصح مطلقا (وإن) كان الزرع (بغير حق صحت) لإمكان التسليم بجبره على قلعه أدرك أولا ، فتاوى قارئ الهداية .

وفى الوهبانية : تصح إجارة الدار المشغولة يعنى ويؤمر بالتفريغ ، وابتداء المدة من حين تسليمها وفى الأشباه : استأجر مشغولا وفارغا صح فى الفارغ فقط ، وسيجىء فى المتفرقات .

(و) تصح إجارة أرض (للبناء والغرس) وسائر الانتفاعات كطبخ آجر وخزف ومقيلا ومراحا حتى تلزم الأجرة بالتسليم أمكن زراعتها أم لا بحر (فإن مضت المدة قلعهما وسلمها فارغة) لعدم نهايتهما (إلا أن يغرم له المؤجر قيمته) أى البناء والغرس (مقلوعا) بأن تقوم الأرض بهما وبدونهما فيضمن مابينهما اختيار (ويتملكه) بالنصب عطفا على يغرم لأن فيه نظرا لها .

ثم يؤجره الأرض كما فى الخلاصة عن الأصل ، وكذا لو ساقاه عليه قبل الإجارة لابعدها كما قدمناه (قوله إن كان الزرع بحق) كأن كان بإجارة ولو فاسدة كإجارة الوقف بدون أجر المثل على مارجحه الخصاف من أن المستأجر بدون أجر المثل لايكون غاصباً وعليه أجر المثل : وفى فتاوى قارئ الهداية أن المستأجر إجارة فاسدة إذا زرع يبقى وكذا المساقاة اه ط وسيأتى أنه يلحق بالمستأجر المستعير فيترك إلى إدراكه بأجر المثل (قوله مالم يستحصد) أى يدرك ويصلح للحصاد (قوله به يفتى بزازية) ومثله فى الخانية (قوله إلى المستقبل) أى إلى وقت يحصد الزرع فيه وتصير الأرض فارغة عنه (قوله مطلقا) أى سواء كان الزرع بحق أولا ، وسواء استحصد أولا (قوله بجبره) أى بسبب جبر الزارع (قوله وسيجىء فى المتفرقات) أى متفرقات كتاب الإجارة ، وسيجىء أيضا حمل مافى الأشباه على مالو استأجر عينا بعضها فارغ وبعضها مشغول يعنى وفى تفريغ المشغول ضرر فلا ينافى مافى الوهبانية (قوله ومقيلا ومراحا) عطف على قوله للبناء ، مثل قوله تعالى — لتركبوها وزينة — والمقيل : مكان القيلولة : والمراح : بالضم مأوى الماشية ، والمراد بهما هنا المصدر الميمى ليصح جعلهما مفعولا لأجله ، ثم هذا ذكره صاحب البحر بحثا وتبعه الطورى وأفتى به الشهاب الشلبى والحانوتى ، ويراد به إلزام الأجرة بالتمكن من الأرض شملها الماء وأمكن زراعتها أولا . قال : ولا شك فى صحته لأنه لم يستأجرها للزراعة بخصوصها حتى يكون عدم ريها فسخا لها ، وأطال فى وقف الأشباه فى الاستدلال على ذلك . ونقل الحموى أنه توقف فى صحتها بعضهم ، وأطال أيضا فراجعهما (قوله أمكن زراعتها أم لا) هذا فيما لم يستأجرها للزرع ، فلو له لابد من إمكانه كما مر ويأتى فتنبه (قوله قلعهما) أى إلا أن يكون فى الغرس ثمرة فيبقى بأجر المثل إلى الإدراك ط (قوله وسلمها فارغة) وعليه تسوية الأرض لأنه هو المخرب لها ط عن الحموى (قوله لعدم نهايتهما) أى البناء والغرس ، إذ ليس لهما مدة معلومة بخلاف الزرع كما يأتى (قوله مقلوعا) أى مستحق القلع فإنه أقل من قيمة المقلوع كما فى الغصب قهستانى . وفى الشرنبلالية : أى مأمورا مالـكهما بقلعهما ، وإنما فسرناه بكذا لأن قيمة المقلوع أزيد من قيمة المأمور بقلعه لـكون المؤنة مصروفة للقلع كذا فى الـكفاية اه (قوله بأن تقوم الأرض بهما) أى مستحق القلع كما علمته . وبه اندفع اعتراض العينى فى الغصب بأن هذا ليس بضمان لقيمته مقلوعا بل هو ضمان لقيمته قائما ، وإنما يكون ضمانا لقيمته مقلوعا أن لو قوم البناء والغرس مقلوعا موضوعا على الأرض اه وكأنه فهم أنه تقوم الأرض بهما مستحق البقاء ، وليس المراد هذا ولا الثانى الذى ذكره بل مامر فتدبر (قوله لأن فيه نظرا لهما) حيث أوجبنا للمؤجر تسلم الأرض بعد انقضاء مدة الإجارة وللمستأجر قيمتهما مستحقى القلع ، لأن أصل

قال فى البحر : وهذا الاستثناء من لزوم القلع على المستأجر ، فأفاد أنه لا يلزمه القلع لو رضى المؤجر بدفع القيمة لـكن إن كانت تنقص بتملـكها جبرا على المستأجر وإلا فبرضاه (أو يرضى) المؤجر عطفا على يغرم (بتركه) أى البناء والغرس (فيكون البناء والغرس لهذا والأرض لهذا) وهذا الترك إن بأجر فإجارة وإلا فإعارة ، فلهما أن يؤاجراهما لثالث ويقتسما الأجر على قيمة الأرض بلا بناء وعلى قيمة البناء بلا أرض ، فيأخذ كل حصته مجتبى .

وفى وقف القنية : بنى فى الدار المسبلة بلا إذن القيم ونزع البناء يضر بالوقف يجبر القيم على دفع قيمته للبانى الخ .

(ولو استأجر أرض وقف وغرس فيها) وبنى (ثم مضت مدة الإجارة فللمستأجر استبقاؤها بأجر المثل إذا لم يكن فى ذلك ضرر) بالوقف (ولو أبى الموقوف عليهم إلا القلع ليس لهم ذلك) كذا فى القنية . قال فى البحر ، وبهذا تعلم مسألة الأرض

وضعهما بحق (قوله قال فى البحر الخ) لايخفى أن مفاد الـكلام حينئذ أن للمؤجر أن يتملـكه جبرا على المستأجر سواء نقصت الأرض بالقلع أم لا مع أنه ليس له ذلك إلا إذا كانت تنقص به ، فلهذا قال الزيلعى وغيره من شراح الهداية : هـذا إذا كانت تنقص بالقلع دفعا للضرر عن المؤجر ولا ضرر على المستأجر ، لأن الـكلام فى مستحق القلع والقيمة تقوم مقامه ، فإن لم تنقص به لايتملـكه إلا برضا المستأجر لاستوائهما فى ثبوت الملك وعدم ترجح أحدهما على الآخر اه ملخصا .

فعلم أن قول البحر بعد بيان مرجع الاستثناء لاحاجة إلى هذا الحمل كما فعل الزيلعى وغيره غير ظاهر مع أنه اضطر ثانيا إليه فذكر هذا التفصيل كما فعل شارحنا بقوله لـكن الخ فتنبه ، وهذا مامرت الإشارة إليه قبل هذا الباب من أن مافى الفتاوى مخالف لما فى الشروح بل ولما فى المتون ، وقدمنا عن المصنف هناك أنه يشمل الملك والوقف (قوله إن بأجر) بأن يعقد لبقائهما عقد إجارة بشروطها ط (قوله فلهما) مرتبط بقوله وإلا فإعارة ط : أى لأنه لو كان الترك بأجر لم يبق لرب الأرض مدخل (قوله المسبلة) قال الرملى : تقدم فى كتاب الوقف أن السبيل هو الوقف على العامة (قوله إلى آخره) تمام عبارة القنية : ويجوز للمستأجر غرس الأشجار والـكروم فى الموقوفة إذا لم يضر بالأرض بدون صريح إذن من المتولى دون حفر الحياض ، وإنما يحل للمتولى الإذن فيما يزيد به الوقف خيرا ، وهذا إذا لم يكن له قرار العمارة فيها . أما إذا كان فيجوز الحفر والغرس والحائط من ترابها لوجود الإذن فى مثلها دلالة اه بحر (قوله ولو استأجر أرض وقف) قيد بالوقف ، لما فى الخيرية عن حاوى الزاهدى عن الأسرار من قوله : بخلاف ما إذا استأجر أرضا ملـكا ليس للمستأجر أن يستبقيها كذلك إن أبى المالك إلا القلع بل يكلفه على ذلك إلا إذا كانت قيمة الغراس أكثر من قيمة الأرض فيضمن المستأجر قيمة الأرض للمالك فيكون الإغراس والأرض للغارس ، وفى العكس يضمن المالك قيمة الإغراس فتكون الأرض والأشجار له ، وكذا الحكم فى العارية اه (قوله وبنى) الواو بمعنى أو ط (قوله كذا فى القنية) الإشارة لجميع ماذكره المصنف ، وأفتى به فى الخيرية قائلا وأنت على علم أن الشرع يأبى الضرر خصوصا والناس على هذا ، وفى القلع ضرر عليهم وفى الحديث الشريف عن النبى المختار « لاضرر ولا ضرار » اه وأفتى به فى الحامدية ، لـكنه فى الخيرية أفتى فى موضع آخر بخلافه وقال : يقلع وتسلم الأرض لناظر الوقف كما صرحت به المتون قاطبة اه .

أقول : وحيث كان مخالفا للمتون فـكيف يسوغ الإفتاء به مع أنه من كلام القنية ، ولا يعمل بما فيها إذا خالف غيره كما صرح به ابن وهبان وغيره ، وما فى المتون قد أقره الشراح وأصحاب الفتاوى ، وإنما اختلفوا فى تملك المؤجر البناء والغرس جبرا على المستأجر كما مر ، وحيث قدم مافى الشروح على مااتفق عليه أصحاب الفتاوى

المحتكرة ، وهى منقولة أيضا فى أوقاف الخصاف :

فى تلك المسألة ، فما اتفق عليه الكل أولى بالتقديم ، فليت المصنف لم يذكره فى متنه : وما أجاب به أبو السعود فى حاشية مسكين بأن مافى القنية مفروض فيما إذا اشترط الاستبقاء ، وما مر فى المتن من اشتراط رضا المؤجر فيما إذا لم يشترط الاستبقاء لاينفى المخالفة ، لأن مافى المتون مطلق ، ومفاهيمها حجة مع أنه قد يقال هذا الشرط مفسد لما فيه من نفع المستأجر إن لم يؤد إلى استيلائه على الوقف، وتصرفه فيه تصرف الملك كما هو مشاهد فى زماننا وبصير يستأجره بما قل وهان ويدعى أن الزيادة عليه ظلم وبهتان ، ومنشأ ذلك من النظار أعمى الله أنظارهم طمعا فى الرشوة التى يسمونها بالخدمة ، على أن مافى القنية لو قوى بما ذكره الخصاف كما يأتى وفرض أن ذلك صار صالحا لمعارضة المتون والشروح والفتاوى لايفتى به ، لما مر أنه يفتى بكل ماهو أنفع للوقف مما اختلف العلماء فيه وبنوا عليه تصحيح القول بفسخ الإجارة لزيادة أجر المثل فى المدة كما مر ، وكل ذلك صار الأمر فيه بالعكس فى زماننا ، حتى إن القضاة حيث لم يجدوا حيلة فى المذهب على الوقف توسلوا إليها بمذهب الغير فآل الأمر إلى الاستيلاء على الأوقاف واندراس المساجد والمدارس والعلماء وافتقار المستحقين وذرارى الواقفين : وإذا تكلم أحد بين الناس بذلك يعدون كلامه منكرا من القول ، وهذه بلية قديمة ، فقد ذكر العلامة قنلى زاده ماملخصه : أن مسألة البناء والغرس على أرض الوقف كثيرة الوقوع فى البلدان خصوصا فى دمشق ، فإن بساتينها كثيرة وأكثرها أوقاف غرسها المستأجرون وجعلوها أملاكا ، وأكثر إجاراتها بأقل من أجر المثل إما ابتداء وإما بزيادة الرغبات وكذلك حوانيت البلدان ، فإذا طلب المتولى أو القاضى رفع إجاراتها إلى أجر المثل يتظلم المستأجرون ويزعمون أنه ظلم وهم ظالمون كما قال الشاعر :

تشكو المحب ويشكو وهى ظالمة   كالقوس تصمى الرمايا وهى مرنان(١)

وبعض الصدور والأكابر يعاونونهم ويزعمون أن هذا يحرك فتنة على الناس، وأن الصواب إبقاء الأمور على ماهى عليه ، وأن شر الأمور محدثاتها ، ولا يعلمون أن الشر فى إغضاء العين عن الشرع ، وأن إحياء السنة عند فساد الأمة من أفضل الجهاد، وأجزل القرب؟ فيجب على كل قاض عادل عالم وعلى كل قيم أمين غير ظالم أن ينظر فى الأوقاف ، فإن كان بحيث إذا رفع البناء والغرس تستأجر بأكثر أن يفسخ الإجارة ويرفع بناءه وغرسه أو يقبلها بهذه الأجرة ، وقلما يضر الرفع بالأرض ، فإن الغالب أن فيه نفعا وغبطة للوقف إلى آخر ماقال رحمه الله تعالى ، وهذا علم فى ورق ، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم :

مطلب فى الأرض المحتكرة ومعنى الاستحكار

(قوله المحتكرة) قال فى الخيرية : الاستحكار عقد إجارة يقصد بها استبقاء الأرض مقررة للبناء والغرس أو لأحدهما (قوله وهى منقولة الخ) الضمير لمسألة القنية والمقصود تقويتها فيكون مخصصا لكلام المتون : ووجهه إمكان رعاية الجانبين من غير ضرر وعدم الفائدة فى القلع ، إذ لو قلعت لاتؤجر بأكثر منه ، وعليه فلو مات المستأجر فلورثته الاستبقاء ، ولو حصل ضرر مابأن كان هو أو وارثه مفلسا أو سيء المعاملة أو متغلبا يخشى على الوقف منه أو غير ذلك من أنواع الضرر لايجبر الموقوف عليهم تأمل رملى ملخصا و وقد أفتى بخلافه فى فتاواه قبيل باب ضمان الأجير فى خصوص الأرض المحتكرة فقال : للقيم أن يطالب برفع البناء وتسليم الأرض فارغة

(١) (قوله المرنة اسم صوت القوس) والمرنان مثله صحاح اه منه .

(١) (قوله اسم صوت القوس) الذى فى الصحاح : والمرنة القوس الخ اه .

(والرطبة) لعدم نهايتها (كالشجر) فتقلع بعد مضى المدة ، ثم المراد بالرطبة ما يبقى أصله فى الأرض أبدا ، وإنما يقطف ورقه ويباع أو زهره . وأما إذا كان له نهاية معلومة كما فى الفجل والجزر والباذنجان فينبغى أن يكون كالزرع يترك بأجر المثل إلى نهايته كذا حرره المصنف فى حواشى الكنز ، وقواه بما فى معاملة الخانية فليحفظ .

قلت : بقى له نهاية معلومة لكنها بعيدة طويلة كالقصب فيكون كالشجر كما فى فتاوى ابن الجلبى فليحفظ (والزرع يترك بأجر المثل إلى إدراكه) رعاية للجانبين ، لأن له نهاية كما مر (بخلاف موت أحدهما قبل إدراكه فإنه يترك بالمسمى) على حاله (إلى الحصاد) وإن انفسخت الإجارة ، لأن إبقاءه على ما كان أولى ما دامت المدة باقية أما بعدها فبأجر المثل (ويلحق بالمستأجر المستعير) فيترك إلى إدراكه بأجر المثل (وأما الغاصب فيؤمر بالقلع

كما هو مستفاد من إطلاقاتهم اهـ ولا يخفى أن الضرر الآن متحقق : وقد صرح فى الإسعاف : لو تبين أن المستأجر يخاف منه على رقبة الوقف يفسخ القاضى الإجارة ويخرجه من يده اهـ فكيف تؤجر منه بعد مضى مدتها (قوله والرطبة كالشجر) هذه من مسائل المتون فصل المصنف بينها وبين ماقبلها بعبارة القنية ، فقوله كالشجر : أى فى الحكم المار من لزوم القلع إلا أن يغرم المؤجر قيمتها الخ : وبه ظهر أن قول الشارح فتقلع الخ تفريع صحيح وليس تفريعا على ما فى القنية فافهم (قوله أو زهره) الأولى التعبير بالثمر ليعم الزهر وغيره ط (قوله كما فى الفجل) بضم الفاء : وفيه أن الفجل والجزر ليسا من الرطبة بل يقلعان مرة واحدة ثم لا يعودان ط (قوله وقواه بما فى معاملة الخانية) المعاملة : المساقاة : ذكر فى الهندية : لو دفع أرضا ليزرع فيها الرطاب أو دفع أرضا فيها أصول رطبة باقية ولم يسم المدة ، فإن كان شيئا ليس لابتداء نباته ولا لانتهاء جذه وقت معلوم فالمعاملة فاسدة ، فإن كان وقت جذه معلوما يجوز ويقع على الجذة الأولى كما فى الشجرة المثمرة ط (قوله قلت بقى الخ) الباذنجان من هذا القبيل فى بعض البلاد ، وكذا البيقيا ساتحانى (قوله والزرع يترك) أى بالقضاء أو الرضا كما سيأتى (قوله رعاية للجانبين) أى جانب المؤجر بإيجاب أجر المثل له ، وجانب المستأجر بإبقاء زرعه إلى انتهائه (قوله بخلاف الموت(1)) والفرق كما سيشير إليه الشارح أنه بإنتهاء مدة الإجارة لم يبق حكم ما تراضيا من المدة ، ألا ترى أنه بإنقضاء المدة ارتفعت هى فاحتيج إلى تسمية جديدة ولا كذلك قبل انقضائها ، لأنه بقى بعض المدة التى سمياها فلم يرفع حكمها فاستغنى عن تسمية جديدة إتقانى (قوله وإن انفسخت الإجارة) يخالفه ما فى الباب الخامس من جواهر الفتاوى : لو استأجرا من رجل أيضا ثم مات أحد المستأجرين لا تنفسخ بموته إذا كان الزرع فى الأرض ، ويترك فى ورثته بالمسمى لا بأجر المثل حتى يدرك الزرع وهو الصحيح ، بخلاف ما إذا انقضت المدة الخ ، ومثله ما سيذكره الشارح فى باب فسخ الإجارة عن المنية أنه يبقى العقد بالمسمى حتى يدرك فتأمل . ثم رأيت فى البدائع أن وجوب المسمى استحسان ، والقياس أن يجب أجر المثل لأن العقد انفسخ حقيقة ، وإنما أبقيناه حكما فأشبه شبهة العقد فوجب أجر المثل كما لو استوفاها بعد انقضاء المدة اهـ فقوله لا تنفسخ وقوله يبقى العقد : أى حكما لا حقيقة .

[تنبيه] لو تفاسخا عقد الإجارة والزرع بقل قيل لا يترك وقيل يترك ذخيرة ، واقتصر فى البزازية على الأول لأن المستأجر رضى به (قوله فيترك إلى إدراكه بأجر المثل) أى سواء وقتها أولا ، وفى الكلام إشعار بأنه استعارها للزرع ، وقدم فى العارية أنه لو استعارها للبناء والغرس صح ، وله الرجوع متى شاء ويكلفه قلعهما إلا إذا كان فيه مضرة بالأرض فيتركان بالقيمة مقلوعين ، وإن وقت العارية فرجع قبله ضمن للمستعير ما نقص

---

(1) (قوله بخلاف الموت) هكذا بخطه ، والذى فى نسخ الشارح (بخلاف موت أحدهما) بحر ، وليحرر اهـ مصححه .

مطلقا) لظلمه ، ثم المراد بقولهم يترك الزرع بأجر : أى بقضاء أو بعقدهما حتى لا يجب الأجر إلا بأحدهما كما فى القنية فليحفظ بحر :

(و) تصح (إجارة الدابة للركوب والحمل والثوب للبس لا) تصح إجارة الدابة (ليجنبها) أى ليجعلها جنيبة بين يديه (ولا يركبها ولا) تصح إجارتها أيضا (لـ) أجل أن (يربطها على باب داره ليراها الناس) فيقولوا له فرس (أو) لأجل أن (يزين بيته) أو حانوته (بالثوب) لما قدمنا أن هذه منفعة غير مقصودة من العين ، وإذا فسدت فلا أجر ؛ وكذا لو استأجر بيتا ليصلى فيه أو ظبيا ليشمه

بالقلع ، وقدمنا الكلام عليه (قوله مطلقا) أى وإن لم يدرك ط (قوله حتى لا يجب الخ) هذا فى غير ما استثناه المتأخرون من الوقف والمعد للاستغلال ومال اليتيم ، فإنها إذا مضت المدة وبقى الزرع بعدها حتى أدرك يقضى بأجر المثل لما زاد على المدة مطلقا شرنبلالية (قوله للركوب والحمل) لكن لو استأجرها للحمل له الركوب بخلاف العكس ، فلو حمل عليها لا أجر عليه لأن الركوب يسمى حملا ، يقال حمل معه غيره لا العكس بحر عن الخلاصة مختصرا : وفيه عن العمادية : استأجرها ليحمل حنطة من موضع إلى منزله يوما إلى الليل فحمل وكلما رجع كان يركبها . قال الرازى : يضمن لو عطبت . وقال أبو الليث فى الاستحسان : لا ، لجريان العادة به والإذن دلالة اه .

فالحاصل أنهم اتفقوا على أنها لو للحمل له الركوب ، لكن الرازى قيده بأن لا يجمع بينهما والفقيه عممه اه (قوله والثوب للبس) ويكفى فى استئجاره التمكن منه وإن لم يلبس وهو كالسكنى ، وفى الدابة لا يكفى(١) التمكن لما فى العمادية : استأجر دابة ليركبها إلى مكان معلوم فأمسكها فى منزله فى المصر لا يجب الأجر ويضمن لو هلك اه بحر ملخصا ومر تمامه (قوله ليجنبها) يقال جنب الدابة جنبا بالتحريك : قادها إلى جنبه ، ومنه قولهم خيل مجنبة شدد للكثرة . والجنيبة : الدابة تقاد ، وكل طائع منقاد جنيب . والأجنب : الذى لا ينقاد صحاح ملخصا (قوله جنيبة بين يديه) أى مقادة كما علم مما مر ، وكأن التقييد بالظرف للعادة ، وإلا فظاهر الصحاح الإطلاق (قوله ولا يركبها) لم يصرح بمفهومه ، وهو يفيد أنه لو استأجرها لهما يصح نظرا للركوب وغيره تبع له ويحرر ط :

أقول : ذكر فى الخلاصة والتاترخانية بعد سرد نظائر هذه المسألة أن الإجارة فاسدة ، ولا أجر له إلا إذا كان الذى يستأجر قد يكون يستأجر لينتفع به اه . وظاهره أنه إذا كان كذلك فعليه الأجر وإن لم يذكر الركوب ونحوه ، فإذا استأجرها لهما لزمه بالأولى ، هذا بالنظر إلى لزوم الأجر ، وأما الصحة فراجعة إلى بيان المنفعة (قوله ليصلى فيه) وقع فى عبارة الخانية : استأجر بيتا من مسلم ليصلى فيه ، واحترز به ابن وهبان عن الكافر؛ قال ابن الشحنة : ينبغى كون مفهومه مهجورا لأن العلة جهل المدة ، فلو علمت تصح ، وكذا لو جعلت كون المنفعة غير مقصودة فتأمله اه ملخصا :

أقول : وفى التاترخانية : استأجر الذمى من الذمى بيتا يصلى فيه لا يجوز ، ولو استأجر من المسلم بيعة ليصلى فيها لا يجوز أيضا ، وفى السواد جاز ، ولو استأجر مسلم من مسلم بيتا يجعله مسجدا يصلى فيه لا يجوز فى قول علمائنا لأن الاستئجار على ما هو طاعة لا يجوز ، وكذلك الذى يستأجر رجلا ليصلى بهم لا يجوز اه ملخصا ،

---

(١) (قوله وفى الدابة لا يكفى الخ) قال شيخنا : قد تقدم أن التمكن فى مكان العقد شرط ، حتى لو تمكن لا فى محله لا يجب الأجر ومثلوا له بهذه المسألة ، فالحق أن عدم لزوم الأجر فى هذه لعدم التمكن فى مكان العقد ، ألا ترى أنه لو أخرجها من المصر ولم يركبها قالوا عليه الأجر ، وكذا لو استأجرها ليذهب بها إلى مكان كذا من المصر وأمسكها يكون عليه الأجر للتمكن فى محل العقد اه .

أو كتابا ولو شعرا ليقرأه أو مصحفا شرح وهبانية (وإن لم يقيدها براكب ولابس أركب وألبس من شاء) وتعين أول راكب ولابس ، وإن لم يبين من يركبها فسدت للجهالة وتنقلب صحيحة بركوبها (وإن قيد براكب أو لابس فخالف ضمن إذا عطبت ولا أجر عليه وإن سلم) بخلاف حانوت أقعد فيه حدادا مثلا حيث يجب الأجر إذا سلم لأنه لما سلم علم أنه لم يخالف ، وأنه مما لا يوهن الدار كما فى الغاية لأنه مع الضمان ممتنع (ومثله) فى الحكم (كل ما يختلف بالمستعمل) كالفسطاط (وفيما لا يختلف فيه بطل تقييده به كما لو شرط سكنى واحد له أن يسكن غيره)

ففيه التصريح بأن المسلم غير قيد وأن العلة غير ماذكره ، ومفاده عدم الجواز وإن بيّن المدة (قوله أو كتابا الخ) لأن القراءة إن كانت طاعة كالقرآن أو معصية كالغناء فالإجارة عليها لا تجوز ، وإن كانت مباحة كالأدب والشعر فهذا مباح له قبل الإجارة فلا تجوز ، ولو انعقدت تنعقد على الحمل وتقليب الأوراق ، والإجارة عليه لا تنعقد ولو نص عليه لأنه لا فائدة فيه للمستأجر ولوالجية (قوله وإن لم يقيدها) صادق بالإطلاق كقوله للركوب أو اللبس مثلا ولم يزد عليه ، وبالتعميم كقوله على أن أركب أو ألبس من شئت ، هذا هو المراد هنا ؛ كما أن المراد الأول بقول الشارح بعده ولو لم يبين ، ولكن فى التعبيرين خفاء فافهم : والفرق أنه فى الإطلاق صار الركوب مثلا من شخصين كالجنسين فيكون المعقود عليه مجهولا ، وفى التعميم رضى المالك بالقدر الذى يحصل فى ضمن الركوب فصار المعقود عليه معلوما أفاده فى البحر (قوله فسدت) ومثله الحمل لما فى البزازية : استأجر ولم يذكر ما يحمل فسدت : وفى الخالية ليطحن بها كل يوم بدرهم وبين ما يطحن من الشعير أو نحوه ذكر فى الكتاب أنه يجوز وإن لم يبين مقداره : وقال خواهر زاده : لابد من بيان مقدار ما يطحن كل يوم وعليه الفتوى (قوله وتنقلب صحيحة بركوبها) سواء ركبها أو أركبها ، ويجب المسمى استحسانا لزوال الجهالة بجعل التعيين انتهاء كالتعيين ابتداء ، ولا ضمان بالهلاك لعدم المخالفة زيلعى ملخصا (قوله ضمن) لأنه صار متعديا لأن الركوب واللبس مما يتفاوت فيه الناس ، فرب خفيف جاهل أضر على الدابة من ثقيل عالم (قوله وإن سلم) لأنه يكون غاصبا ومنافع الغصب غير مضمونة إلا فيما استثنى ط (قوله وأنه مما لا يوهن) أى بالفعل وإن كان مما من شأنه أن يوهن فافهم (قوله لأنه مع الضمان ممتنع) تعليل لقوله ولا أجر عليه لكنه خاص بحالة العطب ، فإن سلم فقد مر تعليله (قوله ومثله فى الحكم) أى فى كونه يضمن إذا عطبت مع المخالفة والتقييد بحر (قوله كالفسطاط) قال فى الدرر : حتى لو استأجره فدفعه إلى غيره إجارة أو إعارة فنصبه وسكن فيه ضمن عند أبى يوسف لتفاوت الناس فى نصبه واختيار مكانه وضرب أوتاده ، وعند محمد لا يضمن لأنه للسكنى فصار كالدار اهـ : وقوله ضمن عند أبى يوسف وقال أبو السعود : أى إن كان قيد بأن يستعمله بنفسه حموى ، وكذا عند أبى حنيفة على ما نقله شيخنا عن المفتاح اهـ :

وفى التاترخانية : استأجر قبة لنصبها فى بيته شهرا بخمسة دراهم جاز وإن لم يسم مكان النصب ، ولو نصبها فى الشمس أو المطر وكان فيه ضرر عليها ضمن ولا أجر ، وإن سلمت عليه الأجر استحسانا ، وإن نصبها فى دار أخرى فى ذلك المصر لا يضمن ، وإن أخرجها إلى السواد لا أجر سلمت أو هلكت ، ولو استأجر فسطاطا يخرج به إلى مكة أن يستظل بنفسه وبغيره لعدم التفاوت ، ولو انقطع أطنابه وانكسر عموده فلم يستطع نصبه لا أجر ، وإن اختلفا فى مقدار الانتفاع فالقول للمستأجر وإن فى أصله حكم الحال كمسألة الطاحون وتمامه فيها (قوله له أن يسكن غيره) أى غير ذلك الواحد : وفى شرح الزيلعى أول الباب : وله أى للمستأجر أن يسكن غيره معه أو منفردا لأن كثرة السكان لا تضربها بل تزيد فى عمارتها ، لأن خراب المسكن بترك السكنى اهـ : وقدمنا أن له ذلك وإن شرط أن يسكن وحده منفردا ، فما قيل إن سكنى الواحد ليس كسكنى الجماعة بحث معارض للمنقول وإن

لما مر أن التقييد غير مفيد (وإن سمى نوعا أو قدرا ككر بر له حمل مثله وأخف لا أضر كالملح) والأصل أن من استحق منفعة مقدرة بالعقد فاستوفاها أو مثلها أو دونها جاز ، ولو أكثر لم يجز ، ومنه تحميل وزن البر قطنا لا شعيرا فى الأصح .

(ولو أردف من يستمسك بنفسه وعطبت الدابة يضمن النصف) ولا اعتبار للثقل لأن الآدمى غير موزون ، وهذا (إن كانت) الدابة (تطيق حمل الاثنين وإلا فالكل) بكل حال (كما لو حمله) الراكب (على عاتقه) فإنه يضمن الكل (وإن كانت تطيق حملهما) لكونه فى مكان واحد (وإن كان) الرديف

كان ظاهرا لكن قد يقال معنى كلامهم أن له أن يسكن غيره فى بقية بيوت الدار لأنه إذا سكن فى بيت منها وترك الباقى خاليا يلزم الضرر لعدم تفقده من وكف المطر ونحوه بما يخر بها تأمل (قوله لما مر) أى أول الباب (قوله ككر بر) الكر قدر ، والبر نوع . والكر : ستون قفيزا . وثمانية مكاكيك . والمكوك : صاع ونصف ، فيكون اثنى عشر وسقا مصباح ، وهذا عند أهل بغداد والكوفة ط عن الحموى (قوله له حمل مثله) أى فى الضرر بشرط التساوى فى الوزن ، وما فى الدرر من قوله وإن تساويا فى الوزن : قال الشرنبلالى : الواو فيه زائدة (قوله مقدرة) أى معينة قدرا فدخل فيه زراعة الأرض إذا عين نوعا للزراعة له أن يزرع مثله أخف لا أضر كما فى البحر (قوله أو مثلها) كما لو حمل كر بر لغيره بدل كر بر . قال فى البحر : وغلط من مثل بالشعير للمثل لأنه يلزم عليه أنه لو استأجرها لحمل كر شعير له أن يحمل كر حنطة ، وليس كذلك لأنه فوقه (قوله أو دونها) ككر شعير بدل كر بر لأنه أخف وزنا (قوله ومنه) أى مما لم يخرج (قوله لا شعيرا فى الأصح) أى لو عين قدرا من الحنطة فحمل مثل وزنه شعيرا جاز ، فلا يضمن لو عطبت استحسانا وهو الأصح ، لأن ضرر الشعير فى حق الدابة عند استوائهما وزنا أخف من ضرر الحنطة لأنه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما تأخذه الحنطة فيكون أخف عليها بالإنبساط ، بخلاف ما إذا حمل مثل وزن الحنطة قطنا لأنه يأخذ من ظهرها أكثر من الحنطة وفيه حرارة فكان أضر عليها من الحنطة ، فصار كما إذا حمل عليها تبنا أو حطبا ، وكذا لو حمل مثل وزنها حديدا أو ملحا لأنه يجتمع فى مكان واحد من ظهرها فيضرها ، فحاصله متى كان ضرر أحدهما فوق ضرر الآخر من وجه لا يجوز وإن كان أخف ضررا من وجه آخر ، كذا أفاده الزيلعى . أقول : ولم يذكر مايضمن فى هذه الأوجه .

وحاصل ما فى البدائع أن الخلاف الموجب للضمان إما فى الجنس أو فى القدر أو الصفة . فالأول كما إذا استأجرها لحمل كر شعير فحمل كر حنطة يضمن كل القيمة لأنها جنس آخر وأثقل فصار غاصبا ولا أجر لأنهما لا يجتمعان . والثانى كما إذا استأجرها ليحمل عشرة أقفزة حنطة فحمل أحد عشر ، فإن سلمت لزم المسمى وإلا ضمن جزءا من أحد عشر جزءا من قيمتها . والثالث كما إذا استأجرها ليحمل مائة رطل قطن فحمل مثل وزنه أو أقل حديدا يضمن قيمتها لأن الضرر ليس للثقل فلم يكن مأذونا ، ولا أجر لما قلنا وسيأتى تمامه (قوله ولو أردف) الرديف : من تحمله خلفك على ظهر الدابة ، واحترز به عما لو أقعده فى السرج ويأتى الكلام فيه (قوله يضمن النصف) أى سواء كان أخف أو أثقل إتقانى ، لأن ركوب أحدهما مأذون فيه دون الآخر وعليه الأجرة لأنه استوفى المعقود عليه وزيادة ، غير أن الزيادة استوفيت من غير عقد فلا يجب لها الأجر بدائع (قوله ولا اعتبار للثقل) أى فلا يضمن بقدر ما زاد وزنا ، فصار كحائط بين شريكين أثلاثا أشهد على أحدهما فوقعت منه آجرة على رجل فعلى المشهد عليه نصف الدية وإن كان نصيبه من الحائط أقل من النصف ، لأن التلف ما حصل بالثقل بل بالجرح والجراحة اليسيرة كالكثيرة فى الضمان ، كمن جرح إنسانا جراحة وجرحه آخر جراحتين فمات ضمنا لصفين بدائع (قوله بكل حال) أى وإن كان لا يستمسك ط (قوله لكونه فى مكان واحد)

(صغيرا لايستمسك يضمن بقدر ثقله) كحمله شيئا آخر ولو من ملك صاحبها كولد الناقة لعدم الإذن ، وليس المراد أن الرجل يوزن بل أن يسأل أهل الخبرة كم يزيد ، ولو ركب على موضع الحمل ضمن الكل لما مر ؛ وكذا لو لبس ثيابا كثيرة ، ولو مايلبسه الناس ضمن بقدر ما زاد مجتبى .

(وإذا هلكت بعد بلوغ المقصد وجب جميع الأجر) لركوبه بنفسه (مع التضمين) أى لنصف القيمة لركوب غيره ؛ ثم إن ضمن الراكب لايرجع ، وإن ضمن الرديف رجع لو مستأجرا من المستأجر وإلا لا ، قيد بكونها عطبت لأنها لو سلمت لزم المسمى فقط وبكونه أردفه ، لأنه لو أقعده فى السرج صار غاصبا فلا أجر عليه بحر عن الغاية ، لكن فى السراج عن المشكل مايخالفه ، فليتأمل عند الفتوى . وكيف فى الأشباه وغيرها أن الأجر والضمان لايجتمعان .

فيكون أشق على الدابة زيلعى (قوله صغيرا لايستمسك) محترز قوله من يستمسك ، وانظر هل الكبير الذى لا يستمسك كالصغير (قوله بقدر ثقله) ذكره الزيلعى والإتقانى ، وهو مخالف للتعليل السابق تأمل ، والعلة أنه لعدم استمساكه اعتبر كالحمل إتقانى ، وعليه فالكبير العاجز مثله فليراجع (قوله كحمله شيئا آخر) أى فإنه يضمن بقدر الزيادة إذا لم يركب على موضع الحمل (قوله وليس المراد الخ) جواب عما يقال قدر الزيادة المحمولة لا تعرف إلا بعد وزنها ووزن الرجل ، فيخالف ما مر من أن الآدمى غير موزون (قوله لما مر) أى من كونهما فى مكان واحد (قوله وكذا لو لبس ثيابا كثيرة) أى يضمن الكل لو لبس أكثر مما كان عليه وقت الاستئجار وكان مما لا يلبسه الناس عادة كذا يفهم من المجتبى (قوله لركوبه بنفسه) أشار به مع ما بعده إلى ما قاله فى البحر .

لايقال : كيف اجتمع الأجر والضمان ؛ لأنا لقول : إن الضمان لركوب غيره والأجر لركوبه بنفسه وسيأتى إيضاحه (قوله لركوب غيره) أى لو ممن يستمسك وإلا فقد تقدم التصريح بأنه يضمن بقدر ثقله لا النصف فافهم (قوله ثم إن ضمن الراكب) أراد بالراكب المستأجر (قوله لا يرجع) أى على الرديف لأنه ملكها بالضمان فصار الرديف راكبا دابته بإذنه فلارجوع عليه سواء كان الرديف مستأجرا منه أومستعيرا رحمتى (قوله رجع) أى على الراكب لأنه غره فى ضمن عقد المعاوضة ، بخلاف ما لو كان مستعيرا فلا رجوع له ، لأنه لم يضمن له السلامة حيث لم يكن بينهما عقد رحمتى (قوله وإلا لا) أى وإلا يكن الرديف مستأجرا من المردف بل كان مستعيرا (قوله لأنها لو سلمت) أى فى جميع الصور ط (قوله عن الغاية) أى غاية البيان . ونصها : هذا إذا أردفه حتى صار الأجنبى كالتابع له ، فأما إذا أقعده فى السرج صار غاصبا ولم يجب عليه شىء من الأجر لأنه رفع يده عن الدابة وأوقعها فى يد متعدية فصار ضامنا والأجر لا يجامع الضمان اهـ وعزاه إلى شرح الكافى للإسبيجابى (قوله لكن فى السراج الخ) فإنه قال قوله تأردف رجلا معه خرج مخرج العادة ، لأن العادة أن المستأجر يكون أصلا ولايكون رديفا ، إذا المستأجر لوجعل نفسه رديفا وغيره أصلا فحكمه كذلك اهـ أى فيجب عليه أيضا النصف لو تطيق مع لزوم الأجر كما مر عن البدائع ، ولولا تطيق فالكل ، وحيث جعله فى الغاية مقابلا للأول وصرح بأنه لم يجب عليه شىء من الأجر فهو صريح فى المخالفة خلافا لمن وهم (قوله فليتأمل عند الفتوى) إشارة إلى إشكاله ، فلا ينبغى الإقدام على الإفتاء به قبل ظهور وجهه (قوله كيف وفى الأشباه الخ) استبعاد لما فى السراج وبيان لوجه التوقف عند الفتوى فإنه مخالف للقاعدة المذكورة (قوله لا يجتمعان) أى وهنا لما صار غاصبا وضمن ملكه مستندا فإذا ألزمناه الأجر بارتدافه لزم اجتماعهما لوجوب الأجر فيما ملكه . والفرق بينه وبين ما لو أردف غيره أنه هنا لما أخرجها من يده صار غاصبا ، كما لو استأجرها ليركب بنفسه فأركب غيره

(وإذا استأجرها ليحمل عليها مقدارا فحمل عليها أكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل) وهذا إذا حملها المستأجر (فإن حملها صاحبها) بيده (وحده فلا ضمان على المستأجر) لأنه هو المباشر عمادية (وإن حملا) الحمل (معا) ووضعاه عليها (وجب النصف على المستأجر) بفعله وهدر فعل ربها مجتبى :

(ولو) كان البر مثلا في جولقين فـ (حمل كل واحد) منهما (جولقا) أي وعاء كعدل مثلا (وحده) ووضعاه عليها معا أو متعاقبا (لا ضمان على المستأجر) ويجعل حمل المستأجر ما كان مستحقا بالعقد غاية ، ومفاده أنه لا ضمان على المستأجر سواء تقدم أو تأخر وهو الوجه ، ومن ثم عوّلنا عليه على خلاف ما في الخلاصة ، كذا في شرح المصنف :

قلت : وما في الخلاصة هو ما يوجد في بعض نسخ المتن من قوله (وكذا لا ضمان لو حمل المستأجر أولا ثم رب الدابة ، وإن حملها ربها أولا ثم المستأجر ضمن نصف القيمة) انتهى فتنبه (وهذا) أي ما مر من الحكم (إذا كانت الدابة) المستأجرة (تطيق مثله ، أما إذا كانت لا تطيق فجميع القيمة لازم) على المستأجر زيلعي

يجب كل القيمة كما مر ، فإذا ارتدف خلفه صار تابعا ولا يمكن وجوب الأجر بارتدافه لما قلنا . أما لو ركب في السرج فقد أتى بما هو مأذون فيه ، فإذا أردف غيره فقد خالف فيما شغله بغيره ، ولا يملك شيئا بالضمان فيما شغله بركوب نفسه وجميع المسمى بمقابلة ذلك ، وإنما يضمن ما شغله بركوب الغير ولا أجر بمقابلة ذلك ليسقط عنه ، وإذا راجعت النهاية اتضح لك ما قررناه فافهم (قوله أكثر منه) أشار إلى أنه من جنس المسمى كما يأتي مع ذكر محترزه (قوله ضمن ما زاد الثقل) أشار إلى أن الضمان في مقابلة الزائد والأجر في مقابلة الحمل المسمى فلم يجتمعا كما مر لنظيره ، أفاده في البحر ، وسيشير إليه بعد أيضا (قوله عمادية) وعبارتها كما في البحر : استكرى إبلا على أن يحمل كل بعير مائة رطل فحمل مائة وخمسين إلى ذلك المحل ثم أتى الجمال بإبله وأخبره المستكرى أنه ليس كل حمل إلا مائة رطل فحمل الجمال إلى ذلك الموضع وقد عطب بعض الإبل لا ضمان على المستكرى ؛ لأن صاحب الجمل هو الذي حمل فيقال له كان ينبغي لك أن تزن أوّلا اهـ (قوله وجب النصف) أي وجب عليه من قيمة الدابة ما يقابل النصف من الزيادة ، ثم ما في المتن نقله في المنح عن المحيط ونقل بعده عن الخلاصة أنه يضمن ربع القيمة ، ومثله في التاترخانية عن الذخيرة والشرنبلالية عن تتمة الفتاوى :

فالصواب أن المراد الربع إذا كانت الزيادة مساوية للمشروط ، لما في البزازية : استأجره ليحمل عشرة مخاتيم فجعل عشرين وحملا معا ضمن ربع القيمة ، لأن النصف مأذون والنصف لا فيتنصف هذا النصف (قوله في جولقين) الجوالق بكسر الجيم واللام وبضم الجيم وفتح اللام وكسرها : وعاء معروف جمعه جوالق كصحائف وجواليق وجوالقات قاموس ، فحقه أن يرسم بعد الواو ألف في مثناه ومفرده أيضا ، وهو خلاف ما رأيته في النسخ (قوله أو متعاقبا) لم يذكره في المنح ، ولم أره في عبارة غاية البيان (قوله ومفاده الخ) إنما يكون مفاده ذلك لو عبر في الغاية بقوله أو متعاقبا ، وإنما عبر بقوله ووضعاه على الدابة جميعا وعزاه إلى تتمة الفتاوى ، وهكذا عبر في التاترخانية عن الذخيرة ، وهكذا عبر في الخلاصة ، وزاد بعده : وكذا لو حمل المستأجر أولا الخ فما في الغاية لا يخالف ما في الخلاصة بل زاد في الخلاصة مسألة أخرى لم تفهم من كلام الغاية وهي ما ذكره الماتن من التفصيل ، ولو فرض أن قوله أو متعاقبا موجود في عبارة الغاية فهو مفهوم ، وما في الخلاصة منطوق صريح فكيف يعدل عنه ، وقد قالوا إن صاحب الخلاصة من أجل من يعتمد عليه فيجب المصير إلى ما قاله اتباعا للنقل ، والله تعالى أعلم (قوله فتنبه) أقول : تنبيه لما قدمته لك فهو أظهر (قوله أي ما مر من الحكم) وهو ضمان

(ويجب عليه كل الأجر) للحمل ، والضمان للزيادة غاية ، وأفاد بالزيادة أنها من جلس المسمى ، فلو من غيره ضمن الكل ، كالوحمل المسمى وحده ثم حمل عليها الزيادة وحدها بحر : قال : ولم يتعرضوا للأجر إذا سلمت لظهور وجوب المسمى فقط وإن حمله المستأجر ، لأن منافع الغصب لا تضمن عندنا ، ومنه علم حكم المكارى فى طريق مكة ؛
(وضمن بضربها وكبحها) بلجامها لتقييد الإذن بالسلامة ، حتى لو هلك الصغير بضرب الأب أو الوصى للتأديب ضمن لوقوعه بزجر وتعريك : وقالا : لا يضمنان بالمتعارف : وفى الغاية عن التتمة : الأصح رجوع الإمام لقولهما (لا) يضمن (بسوقها) اتفاقا : وظاهر الهداية أن للمستأجر الضرب للإذن العرفى ؛

ما زاد الثقل فى المسألة الأولى ط (قوله الأجر للحمل الخ) جواب عن اجتماعهما كما قدمناه آنفا (قوله وأفاد الخ) لأن الزيادة من جنس المزيد عليه ط (قوله ثم حمل عليها الزيادة وحدها) قيده فى التاترخانية بما لو حملها على مكان المسمى ، فلو فى مكان آخر ضمن قدر الزيادة ومثله فى جامع الفصولين . وفيه أيضا : بخلاف مالو استأجر ثورا ليطحن به عشرة مخاتيم فطحن أحد عشر أو ليكرب به جريبا فكرب جريبا ونصفا . فهلك ضمن كل القيمة إذ الطحن يكون شيئا فشيئا فلما طحن عشرة انتهى العقد ، فهو فى الزيادة مخالف من كل وجه فضمن كلها ، والحمل يكون دفعة وبعضه مأذون فيه فلا يضمن بقدره اهـ (قوله قال ولم يتعرضوا الخ) أقول : صرح به فى البدائع كما قدمناه (قوله ومنه علم الخ) أى علم أنه إن زاد شيئا وسلمت أنه يجب المسمى فقط وإن كان لا يحل له الزيادة إلا برضا المكارى ، ولهذا قالوا : ينبغى أن يرى المكارى جميع ما يحمله بحر ، ولهذا روى عن بعضهم أنه دفع إليه صديق له كتابا ليوصله فقال حتى أستأذن من الجمال اهـ ، وهذا لو عين قدرا ، وسيذكر المصنف فى المتفرقات أنه يصح استئجار جمل ليحمل عليه محملا وراكبين إلى مكة ، وله الحمل المعتاد ورؤيته أحب ؛

[فرع] فى المنح عن الخانية : ليس لرب الدابة وضع متاعه مع حمل المستأجر ، فإن وضع وبلغت المقصد لا ينقص شىء من الأجر ، بخلاف شغل المالك بعض الدار فإنه ينقص بحسابه اهـ ملخصا (قوله وكبحها) بالباء الموحدة والحاء المهملة . فى المغرب : كبح الدابة باللجام : إذا ردها ، وهو أن يجذبها إلى نفسه لتقف ولا تجرى كذا فى المنح ح (قوله لتقييد الإذن بالسلامة) لأن السوق يتحقق بدون الضرب وإنما تضرب للمبالغة (قوله ضمن) أى الدية وعليه الكفارة ، بخلاف ضرب القاضى الحد والتعزير ، لأن الضمان لا يجب بالواجب ط عن الحموى (قوله لوقوعه) أى إنما يضمن لأن التأديب يمكن وقوعه بزجر وتعريك بدون ضرب ح : والتعريك : فرك الأذن (قوله وقالا لا يضمنان بالمتعارف) أى الأب والوصى لا يضمنان بالضرب المتعارف لأنه لإصلاح الصغير فكان كضرب المعلم بل أولى ، لأنه يستفيد ولاية الضرب منهما ، والخلاف جار فى ضرب الدابة وكبحها أيضا لاستفادته بمطلق العقد ، وهذا بخلاف ضرب العبد المستأجر للخدمة حيث يضمن بالإجماع . والفرق لهما أنه يؤمر وينهى لفهمه فلا ضرورة إلى ضربه ، وأطلق فى ضرب الدابة وكبحها ، وهو محمول على ما إذا كان بغير إذن صاحبها ، فلو بإذنه وأصاب الموضع المعتاد لا يضمن بالإجماع كما فى التاترخانية (قوله وفى الغاية عن التتمة الخ) ظاهره أن رجوعه فى مسألة الصغير دون الدابة ، وينبغى أن يكون كذلك ، لأن مسألة الدابة جرى عليها أصحاب المتون ، فلو ثبت رجوع الإمام فيها لما مشوا على خلافه ، لأن ما رجع عنه المجتهد لم يكن مذهبا له ، على أن المصنف مشى فى كتاب الجنايات على قول الإمام فى مسألة الصغير ، وعبر عن رجوعه بقيل وسيأتى بيانه هناك إن شاء الله تعالى (قوله لا بسوقها) أى المعتاد لما فى التاترخانية : إذا عنف فى السير ضمن إجماعا (قوله وظاهر الهداية الخ) كذا قاله فى البحر ، ولعله أخذه من تعليله الضمان عند الإمام بتقييد الإذن بالسلامة ، فيفيد

وأما ضربه دابة لنفسه فقال في القنية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى : لايضربها أصلا ، ويخاصم فيما زاد على التأديب (و) ضمن (بنزع السرج و) وضع (الإيكاف) سواء وكف بمثله أولا (وبالإسراج بما لا يسرج) هذا الحمار (بمثله جميع قيمته) ولو بمثله أو أسرجها

أن الضرب مأذون فيه بشرط السلامة : وفي معراج الدراية : وقد صح « أن النبي صلى الله عليه وسلم نخس بعير جابر وضربه » وكان أبو بكر ينخس بعيره بمحجنه ، ثم قال : وفعل النبي صلى الله عليه وسلم يدل على إباحته ، ولاينفي الضمان لأنه مقيد بشرط السلامة اه . فالحاصل إباحة الضرب المعتاد للتأديب للمالك وغيره ولو غير مستأجر تأمل (قوله وأما ضربه دابة نفسه الخ) قال في القنية : وعند أبي حنيفة لايضربها أصلا وإن كانت ملكه ، وكذا حكم كل ما يستعمل من الحيوانات . ثم قال : لا يخاصم ضارب الحيوان فيما يحتاج إليه للتأديب ويخاصم فيما زاد عليه ، كذا في البحر .

أقول : الظاهر أن المراد بقول الإمام لا يضربها أصلا . أي لا ينبغي له ذلك ولو للتأديب وإن كان ضرب التأديب المعتاد مباحا ، فلا ينافي ما قدمناه ، ويدل عليه قوله لا يخاصم فيما يحتاج إليه للتأديب : ونقل ط عن شرح الكنز للحموي قالوا : يخاصم ضارب الحيوان بلا وجه لأنه إنكار حال مباشرة المنكر ، ويملكه كل أحد ، ولا يخاصم الضارب بوجه إلا إذا ضرب الوجه فإنه يمنع ولو بوجه . وهذا معنى قول محمد في المبسوط : يطالب ضارب الحيوان لا بوجهه إلا بوجهه (قوله وبنزع السرج والإيكاف) أفاد الحموي والشلبي أن مجرد نزع السرج موجب للضمان . وفي الجوهرة : استأجرها ليركبها بسرج لم يركبها عريانا ، ولا يحمل متاعا ، ولا يستلقي ، ولا يتكي على ظهرها ، بل يركب على العرف والعادة ط ملخصا . بقي لو استأجره عريانا فأسرجه ففي كافي الحاكم يضمن . وقال الإسبيجابي في شرحه : هذا لو حمارا لايسرج مثله عادة ، فلو كان يسرج لايضمن وقال القدوري : فصل أصحابنا وقالوا إن ليركبه خارج المصر لايضمن ، وكذا لو فيه وهو من ذوي الهيئات وإلا ضمن ، وهل يضمن كل القيمة أو بقدر ما زاد ؟ صحح قاضيخان في شرح الجامع الأول .

قلت : وينبغي كون الأصح الثاني لأنه كالحمل الزائد على الركوب غاية البيان ملخصا .

أقول : وفيه نظر ، لما مر أنه لو ركب موضع الحمل ضمن الكل ، وقد نقله الإتقاني نفسه فتدبر . وفي البحر أن ما في الكافي هو المذهب لأنه ظاهر الرواية كما لا يخفى اه (قوله ووضع الإيكاف) لا معنى لتقدير هذا المضاف ، فإن معنى الإيكاف وضع الإكاف ح . أي فقد اشتبه عليه الإيكاف مصدرا بالإكاف الذي هو اسم لما يوضع على ظهر الدابة ، ويمكن الجواب بأن الإضافة بيانية ، والداعي لتقديره المضاف إفادته أنه معطوف على نزع لا على السرج تأمل (قوله سواء وكف بمثله أولا) لأن الجنس مختلف ، لأن الإكاف للحمل والسرج للركوب ، وكذا ينبسط أحدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسطه الآخر فصار نظير اختلاف الحنطة والحديد زيلعي (قوله وبالإسراج) معطوف على الإيكاف ، والأولى حذف الباء الجارة وعطفه بأو كما في الكنز لئلا يوهم العطف على نزع : قال ابن الكمال : أي إن نزع السرج وأسرجه بسرج آخر ، فإن كان هذا السرج مما لايسرج هذا الحمار بمثله يضمن (قوله جميع قيمته) أي عند الإمام في رواية الجامع الصغير وقدر ما زاد في رواية الأصل وهو قولهما ، هذا إذا كان الحمار يوكف بمثله ، وإن كان لايوكف أصلا أو لايوكف بمثله ضمن كل القيمة عندهم كذا في الحقائق ابن كمال ، ونقل الشرنبلالي أن الفتوى على قولهما .

قال الزيلعي : وتكلموا على معنى قولهما أنه يضمن بحسابه ، وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة ، فمنهم من قال إنه مقدر بالمساحة ، حتى إذا كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والإكاف قدر أربعة أشبار

مكان الإيكاف لا يضمن إلا إذا زاد وزنا فيضمن بحسابه ابن كمال : (كما) يضمن (لو استأجرها بغير لجام فألجمها بلجام لا يلجم مثله) وكذا لو أبدله لأن الحمار لا يختلف باللجام وغيره غاية (أو سلك طريقا غير ما عينه المالك تفاوتا) بعدا أو وعرا أو خوفا بحيث لايسلكه الناس ابن كمال (أو حمله فى البحر إذا قيد بالبر مطلقا) سلكه الناس أولا لخطر البحر ، فلو لم يقيد بالبر لا ضمان (وإن بلغ) المنزل (فله الأجر) لحصول المقصود .

(وضمن بزرع رطبة وأمر بالبر) ما نقص من الأرض ، لأن الرطبة أضر من البر (ولا أجر) لأنه غاصب إلا فيما استثنى كما سيجىء ، قيد بزرع الأضر لأنه بالأقل ضررا لايضمن ويجب الأجر (و) ضمن (بخياطة قباء) و (أمر بقميص قيمة ثوبه ، وله) أى لصاحب الثوب (أخذ القباء ودفع أجر مثله) لا يجاوز المسمى كما هو حكم الإجارة الفاسدة (وكذا إذا خاطه سراويل) وقد أمر بالقباء ، فإن الحكم كذلك

فيضمن بحسابه ، وقيل يعتبر بالوزن (قوله مكان الإيكاف) أى بدله (قوله وكذا لو أبدله) تشبيه بحكم مفهوم المتن بقرينة التعليل ، والشارح تبع البحر والمنح : والذى فى غاية البيان هكذا : وقال الكرخى : إن لم يكن عليه لجام فألجمه فلا ضمان عليه إذا كان مثله يلجم بذلك اللجام ، وكذلك إن أبدله وذلك لأن الحمار لا يختلف باللجام وغيره ولايتلف به فلم يضمن بإلجامه اهـ (قوله غير ما عينه المالك) أى مالك الطعام كما فى الهداية وكذا مالك الدابة كما فى الغاية ، فلو لم يعين لا ضمان بحر (قوله بحيث لا يسلكه الناس) وأما إذا كان بحيث يسلك فظاهر الكتاب أنه إن كان بينهما تفاوت ضمن وإلا فلا بحر ، ونقله الزيلعى عن الكافى والهداية معللا بأنه عند عدم التفاوت لايصح التعيين لعدم الفائدة (قوله أو حمله فى البحر) أى حمل المتاع (قوله وإن بلغ المنزل) السماع فى بلغ بالتشديد : أى وإن بلغ الجمال المتاع إلى ذلك الموضع المشروط ، ويجوز التخفيف على إسناد الفعل إلى المتاع : أى إن بلغ المتاع إلى ذلك الموضع إتقانى (قوله فله الأجر) أى المسمى (قوله لحصول المقصود) لأن جنس الطريق واحد ، فلا يظهر حكم الخلاف إلا بظهور أثر التفاوت وهو الهلاك ، فإذا سلم بقى التفاوت صورة لامعنى فوجب المسمى إتقانى (قوله بزرع رطبة) كالقثاء والبطيخ والباذنجان وماجرى مجراه ط عن السمرقندى (قوله وأمر بالبر) الواو للحال (قوله لأن الرطبة أضر من البر) لانتشار عروقها وكثرة الحاجة إلى سقيها فكان خلافا إلى شر مع اختلاف الجنس فيجب عليه جميع النقصان ، بخلاف ما لو أردف غيره أو زاد على المحمول المسمى حيث يضمن بحسابه لتلفها بمأذون فيه وغيره ؛ فيضمن بقدر ما تعدى لاتحاد الجنس زيلعى ملخصا (قوله ولا أجر) أقول : ينبغى أن يرجع لجميع المسائل التى قيد فيها ، والتقييد مفيد إذا خالف طورى (قوله لأنه غاصب) أى لما خالف صار غاصبا واستوفى المنفعة بالغصب ، ولا تجب الأجرة به زيلعى (قوله إلا فيما استثنى) قال فى المنح قلت : ما ذكر هنا مع عدم وجوب الأجر ووجوب مانقص من الأرض مذهب المتقدمين من المشايخ . وأما مذهب المتأخرين فيجب أجر المثل على الغاصب لأرض الوقف واليتيم والمعد للاستغلال كالخان ونحوه (قوله وبخياطة قباء) القميص إذا قد من قبل كان قباء طاق فإذا خيط جانباه كان قميصا ، وهو المراد بالقرطق زيلعى ملخصا . وذكر الإتقانى أن السماع فى القرطق فى الهداية بفتح الطاء ، وفى مقدمة الأدب سماعا عن الثقات بالضم ، ولها وجه (قوله وله أخذ القباء) أى فى ظاهر الرواية لأنه يشبه القميص من وجه ؛ فإن الأتراك يستعملونه استعمال القميص : وروى الحسن أنه ليس له أخذه بل يترك الثوب ويضمنه قيمته (قوله ودفع أجر مثله) لأنه غير عليه العمل فيخير عليه الأجر ، كما لواشترط على الحائك رقيقا فجاء صفيقا أو بالعكس إتقانى ، وسيأتى آخر الباب الآتى ما إذا اختلفا فى المأمور به (قوله فإن الحكم كذلك) وهو التخيير لاتحاد أصل

(فى الأصح) فتقييد الدرر بالقباء اتفاق (و) ضمن (بصبغه أصفر وقد أمر بأحمر قيمة ثوب أبيض ، وإن شاء) المالك (أخذه وأعطاه مازاد الصبغ فيه ولا أجر له ، ولو صبغ رديئا إن لم يكن الصبغ فاحشا لايضمن) الصباغ (وإن) كان (فاحشا) عند أهل فنه (يضمن) قيمة ثوب أبيض خلاصة .

[فروع] قال للخياط : اقطع طوله وعرضه وكمه كذا فجاء ناقصا ، إن قدر أصبع ونحوه عفو ، وإن كثر ضمنه .

قال : إن كفانى قميصا فاقطعه بدرهم وخطه فقطعه ثم قال لايكفيك ضمنه ، ولو قال أيكفينى قميصا ؟ فقال نعم فقال اقطعه فقطعه ثم قال لا يكفيك لا يضمن .

نزل الجمال فى مفازة ولم يرتحل حتى فسد المال بسرقة أو مطر ضمن لو السرقة والمطر غالبا خلاصة .

وفى الأشباه : استعان برجل فى السوق ليبيع متاعه فطلب منه أجرا فالعبرة لعادتهم ، وكذا لو أدخل رجلا فى حانوته ليعمل له .

وفى الدرر : دفع غلامه أو ابنه لحائك مدة كذا ليعلمه النسج وشرط عليه كل شهر كذا جاز ، ولو لم يشترط فبعد التعليم طلب كل من المعلم والمولى أجرا من الآخر اعتبر عرف البلدة فى ذلك العمل .

وفيها استأجر دابة إلى موضع فجاوزبها إلى آخر ثم عاد إلى الأول فعطبت ضمن مطلقا فى الأصح كما فى العارية وهو قولهما وإليه رجع الإمام كما فى مجمع الفتاوى .

وفيه : خوّف المكارى فرجع وأعاد الحمل لمحله الأول لا أجر له .

المنفعة من الستر ودفع الحر والبرد ، ولوجود الموافقة فى نفس الخياطة زيلعى (قوله فى الأصح) وقيل يضمن بلا خيار للتفاوت فى المنفعة والهيئة (قوله فتقييد الدرر) أى بقوله ويخياطة قباء ، ومثله فى عامة المتون اتباعا للفظ محمد فى الجامع الصغير ، لكن زاد بعده فى الهداية والملتقى قوله وكذا إذا خاطه سراويل ، فأفاد أن القيد اتفاقى (قوله قيمة ثوب أبيض) أى إن كان دفعه مالكه كذلك (قوله لا يضمن) أى وله الأجر المسمى فيما يظهر ط .

قلت : يدل عليه ظاهر قوله الآتى إن قدر أصبع ونحوها عفو ، لكن فى البزازية عن المحيط : أمره بزعفران ويشبع الصبغ ولم يشبع ضمنه قيمة ثوبه أو أخذه وأعطاه أجر المثل لايزاد على المسمى تأمل (قوله عند أهل فنه) أى صنعته (قوله كذا) راجع للثلاثة قبله (قوله عفو) أى وله الأجر كما فى البزازية لقلة التفاوت ، ولعسر الاحتراز عنه ، والأولى فهو عفو (قوله ضمنه) لأنه مما يخل بالمقصود فيعد إتلافا ط (قوله لايضمن) لأنه قطعه بإذنه ، وفى الأول أذن بقطعه بشرط الكفاية ، وكذا لو قال الخياط نعم فقال المالك فاقطعه أو اقطعه إذن ضمن إذ علق الإذن بشرط فصولين . وفيه : دفع إليه ثوبا ليخيطه فخاطه قميصا فاسداً وعلم به ربه ولبسه ليس له أن يضمنه إذ لبسه رضا ، وعلم منه مسائل كثيرة اه (قوله فالعبرة لعادتهم) أى لعادة أهل السوق ، فإن كانوا يعملون بأجر يجب أجر المثل وإلا فلا (قوله اعتبر عرف البلدة الخ) فإن كان العرف يشهد للأستاذ يحكم بأجر مثل تعليم ذلك العمل ، وإن شهد للمولى فأجر مثل الغلام على الأستاذ درر (قوله مطلقا فى الأصح) أى استأجرها ذاهبا فقط أو ذاهبا وجائيا ، وقيل هذا إذا استأجرها ذاهبا فقط لانتهاء العقد بالوصول (قوله كما فى العارية) بخلاف المودع لأنه مأمور بالحفظ قصدا فيبقى الأمر بعد العود للوفاق ، وفى الإجارة والإعارة مأمور به تبعا للاستعمال ، فإذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا هداية (قوله لاأجر له) لنقضه العمل ، وظاهره أنه لاأجر له بقدر ماسار أيضا يدل عليه مامر عند قوله استأجره لإيصال قط أو زاد فراجعه .

وينبغى أن يجبر على الإعادة :

وفيه : دفع إبريسما إلى صباغ ليصبغه بكذا ثم قال لا تصبغه ورده علىّ فلم يرده ثم هلك لاضمان :

وفيه : سئل ظهير الدين عمن استأجر رجلا ليعمر له فى الضيعة فلما خرج ازل المطر فامتنع بسببه هل له الأجر؟ قال لا :

استأجر دابة ليحملها كذا فرضت فحملها دونه هل للمستكرى الرجوع بحصته ؟ قال لا ، لأنه رضى بذلك :

استأجر رحى فمنعه الجيران عن الطحن لتوهين البناء وحكم القاضى بمنعه هل تسقط حصته مدة المنع ؟ قال لا ما لم يمنع حسا من الطحن :

استأجر حماما سنة فغرق مدة هل يجب كل الأجر ؟ قال إنما يجب بقدر ما كان منتفعا به . وفى الوهبانية :

ويسقط فى وقت العمارة مثل ما　　لو انهدم بعض الدار فالهدم يحزر

وخالف فى قدر العمارة آمر　　يقدم فيهـــا قوله لا المعمر

مطلب خوفوه من اللصوص ولم يرجع

بقى لو خوّفوه ولم يرجع هل يضمن قال فى البزازية : استأجرها إلى موضع وأخبر بلصوص فى الطريق فسلكه مع ذلك ولم يلتفت فأخذوها إن سلكه الناس مع سماع ذلك الخبر لا يضمن وإلا ضمن اهـ (قوله وينبغى أن يجبر على الإعادة) لبقاء العقد يدل عليه ماتقدم من أن الخياط لو فتق الثوب يجبر على الإعادة ، ولو فتقه غيره لا ، ومثله مافى الطورى عن المحيط : رد السفينة إنسان لاأجر للملاح ، وليس عليه أن يعيدها ، وإن ردها الملاح لزمه الرد (قوله لاضمان) لأنه لايتمكن من فسخ الإجارة وحده بلا رضا صاحبه إلا بعذر فبقى حكم العقد بعد النهى ، ومن حكمه كون العين أمانة عند الأجير فلا يضمن بلا تقصير ، وتمامه فى جامع الفصولين (قوله قال لا) سيأتى أن أجير الواحد يستحق الأجر وإن لم يعمل ، لكن فى البزازية يستحق الأجر بلا عمل ، لكن لو لم يعمل لعذر كمطر وغيره لايلزم الأجر سائحانى (قوله فحملها دونه) فلو عجزت عن المضى فتركها وضاعت أفتى القاضى بعدم الضمان بزازية (قوله مالم يمنع حسا من الطحن) المراد والله تعالى أعلم أن يحال بينه وبين الدوارة فلا يقدر عليها ط (قوله فغرق مدة) أى وصار بحيث لاينتفع به انتفاع مثله بزازية (قوله ويسقط) أى يسقط جميع الأجر عن المستأجر مدة العمارة إن انهدم جميع الدار ح (قوله مثل ما) بالنصب صفة مصدر محذوف : أى سقوطا مماثلا لسقوطه : أى الأجر لو انهدم بعض الدار (قوله فالهدم يحزر) بتقديم الزاى على الراء : أى يعلم قدر أجر المنهدم بالحزر والتخمين ويسقط ، ومثله فى البزازية ، لكن قال ابن الشحنة : ظاهر الرواية أنه لايسقط من الأجر شىء بانهدام بيت منها أو حائط ، بخلاف ما إذا شغل المؤجر بيتا منها لأنه بفعله فيسقط بحسابه اهـ ملخصا ونقل نحوه السائحانى عن المقدسى . وذكر فى البزازية : وإذا سقط حائط من الدار ، فإن كان لايضر بالسكنى ليس له أن يفسخ ، وإن ضر له الفسخ ، وإذا لم يفسخ يلزمه المسمى (قوله وخالف) فعل ماض وآمر فاعله والمفعول محذوف : أى خالف المستأجر : وصورتها : أمره رب الدار بالبناء ليحسبه من الأجر فاتفقا على البناء واختلفا فى مقدار النفقة فالقول لرب الدار بيمينه لأنه ينكر الزيادة . قالوا : هذا إذا أشكل الحال بأن اختلف فيه أهل تلك الصناعة ، أما إذا اجتمعوا على قول أحدهما وقالوا يذهب من النفقة فى مثل هذا البناء مايقوله أحدهما فالقول قوله ولا يلتفت إلى قولهما ذخيرة ملخصا ، ومثله فى التاترخانية والبزازية ، وأفتى به الرملى . والحيلة فى تصديقه أن يعجل من الأجرة قدرا ويقبضه المؤجر ثم يأمره بإنفاقه فيكون القول له لأنه أمين كما نظمه فى المحبية (قوله فى قدر العمارة)

قلت : ومفاده رجوع المستأجر بما ثبت على المؤجر بمجرد الأمر ، يعنى إلا فى تنور وبالوعة فلابد من شرط الرجوع عليه ، ولو خربت الدار سقط كل الأجر ، ولا تنفسخ به ما لم يفسخها المستأجر بحضرة المؤجر هو الأصح ، وإذا بنيت لا خيار له ، وفى سكنى عرصتها لا يجب الأجر قاله ابن الشحنة .

قلت : وفى لفيه نظر ، ولعله أريد المسمى ، أما أجرة المثل أو حصة العرصة فلا مانع من لزومها فتأمله ، وسيجىء فى فسخها ما يفيده فتنبه ، والله تعالى أعلم .

استأجر حماما وشرط حط أجرة شهرين للعطلة ، فإن شرط حطه قدر العطلة صح بزازية :

أى قدر نفقتها (قوله قلت) البحث للشرنبلالى ح (قوله ومفاده) أى مفاد إطلاق النظم الآمر عن التقييد بالرجوع فافهم (قوله بمجرد الأمر) أى وإن لم يقل على أن ترجع بذلك علىّ وهو الصحيح خانية ، ونقله ابن الشحنة عن القنية (قوله إلا فى تنور وبالوعة الخ) لأن المقصود منهما نفع المستأجر (قوله ولو خربت الدار الخ) تكرار مع صدر البيت الأول مع مابيناه ح (قوله بحضرة المؤجر) تبع فيه الشرنبلالى : وقد قال فى شرحه على الملتقى ناقلا عبارة الصغرى مع توضيح أنه بانهدام جدار أو بيت من دار يفسخ بحضرته إجماعا وبانهدام كلها له الفسخ بغيبته ، ولا تنفسخ مالم يفسخ هو الصحيح لصلاحيتها لنصب الفسطاط ، لكن تسقط الأجرة فسخ أو لم يفسخ لعدم تمكنه مما قصده .

قلت : وهى صريحة فى الفرق بين إنهدام كلها وبعضها فيرجع إلى المخل وغير المخل ، ولا خيار فى غير المخل أصلا على مامر فتدبر اه ماخصا : وقد رد الشارح بذلك على القهستانى حيث أطلق عدم اشتراط حضرته وهنا أطلق اشتراطها ، ففيما نقله(١) رد على إطلاقه هنا أيضا ، وقد صرح بالتفصيل أيضا فى الخانية وغيرها : وفى القنية : انهدم بعضها والمؤجر غائب أو متمرض لايحضر مجلس القاضى ينصب عنه القاضى وكيلا فيفسخه ، وسيأتى فى باب الفسخ تمام الكلام عليه ، وعلى اشتراط القضاء أو الرضا (قوله وإذا بنيت لاخيار له) لزوال سببه قبل الفسخ ، والظاهر أنه فيما لو بناها كما كانت وإلا فله الفسخ ، ولبحرر (قوله قاله ابن الشحنة) ووقع مثله فى الهندية عن محيط السرخسى ط (قوله قلت) البحث للشرنبلالى ح(٢) (قوله أما أجرة المثل) أى مثل العرصة ، وقوله أو حصة العرصة : أى من الأجر المسمى ط (قوله مايفيده) هو قوله : وفى التبيين او انقطع ماء الرحا والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الأجرة بحصته لبقاء المعقود عليه فإذا استوفاه لزمه حصته اه ح .

قلت : سنذكر فى باب الفسخ مايفيد تقييده بما إذا كان منفعة السكنى مثلا معقودا عليها مع منفعة الطحن ، وبه يشعر قول التبيين لبقاء المعقود عليه ، وحينئذ فلا يتم الاستشهاد تأمل : وظاهر ماقدمناه عن شرح الملتقى من قوله لعدم تمكنه مما قصده يفيده أيضا ويفيد عدم لزوم أجر أصلا ، ولعل فى المسألة خلافا ، والله تعالى أعلم (قوله للعطلة) بالضم : اسم من تعطل بقى بلا عمل قاموس ويعنى أنها تفسد ؛ وكان الأولى أن يصرح به كما

---

(١) (قوله ففيما نقله الخ) قال شيخنا : لايخفى عليك أن مانقله فى شرح الملتقى مذيل بالصحيح وما هنا بالأصح ، فلعل فى المسألة قولين مشى فى الملتقى على صحيحهما وهنا على أصحهما خصوصا وقد تبع فيما هنا فقيه النفس الإمام الشرنبلالى فلا ينبغى الإقدام على توهيمهما بلا ثبت ، بل الذى ينبغى التوفيق ، وحيث أمكن يكون أمكن اه .

(٢) (قوله البحث للشرنبلالى) قال شيخنا : هو مخالف للمنقول فلا يعمل به ، وقول المحشى ولعل فى المسألة خلافا لاوجه له بعد رد الاستشهاد بعبارة التبيين ، وإنما كان يصح الترجى لو كانت عبارة التبيين مفيدة لبحث الشرنبلالى ، فينبغى التعويل على ماقاله ابن الشحنة حيث كان منقولا فى محيط السرخسى حتى يوجد غيره اه .

أجرة السجن والسجان فى زماننا يجب أن تكون على رب الدين خزانة الفتاوى .
انقضت مدة الإجارة ورب الدار غائب فسكن المستأجر بعد ذلك سنة لا يلزمه الكراء لهذه السنة ، لأنه لم يسكنها على وجه الإجارة ، وكذلك لو انقضت المدة والمستأجر غائب والدار فى يد امرأته ؛ لأن المرأة لم تسكنها بأجرة .

آجر داره كل شهر بكذا فلكل الفسخ عند تمام الشهر ، فلو غاب المستأجر قبل تمام الشهر وترك زوجته ومتاعه فيها لم يكن للآجر الفسخ مع المرأة لأنها ليست بخصم ، والحيلة إجارتها لآخر قبل تمام الشهر ، فإذا تم تنفسخ الأولى فتنفذ الثانية فتخرج منها المرأة وتسلم للثانى خانية اﻫ .

باب الإجارة الفاسدة

(الفاسد) من العقود (ماكان مشروعا بأصله دون وصفه ، والباطل ما ليس مشروعا أصلا) لا بأصله ولا بوصفه (وحكم الأول) وهو الفاسد (وجوب أجر المثل

فى البزازية لكنه يعلم من مقابله ، ووجه الفساد أن مقتضى العقد أن لا تلزم الأجرة مدة العطلة قلت أو كثرت كما فى الذخيرة ، فتقييد حط الشهرين مما لم يقتضه العقد ، بخلاف اشتراط حط قدرها ؛ وهذا نظير ما لو شرى زيتا فى زق واشترط حط أرطال لأجل الزق فسد ، بخلاف حط مقدار الزق (قوله أجرة السجن) الظاهر أنه مفروض فيما لو كان مملوكا لأحد ؛ فلو مبنيا من بيت المال أو مسبلا فلا أجر تأمل (قوله فى زماننا) لعل وجهه عدم انتظام بيت المال ، فلو منتظما فالسجن وأجرة السجان منه تأمل (قوله على رب الدين) لأنه محبوس لأجله ولم يفرقوا بين كون المدين مماطلا أولا ط .
قلت : وذكر الشارح فى كتاب السرقة أجرة المحضر للخصوم فى بيت المال ، وقيل على المتمرد : وفى قضاء الخانية : هو الصحيح ، لكن فى قضاء البزازية : وقيل على المدعى وهو الأصح اﻫ (قوله لا يلزمه الكراء لهذه السنة الخ) سيأتى أواخر باب الفسخ عن الخانية : استأجر دارا أو حماما شهرا فسكن شهرين يلزمه أجر الشهر الثانى إن معدا للاستغلال وإلا لا به يفتى ويأتى تمامه (قوله آجر داره الخ) سيذكر المصنف هذه المسألة متنا فى الباب الآتى (قوله فلكل الفسخ الخ) لأن الشهر الأول صحيح وما بعده فاسد ، أو لأن الأول منجز وما بعده مضاف وفى لزومه خلاف كما مر ويأتى ، ثم إن الفسخ إنما يكون بمحضر من صاحبه وإلا لا يصح خلافا لأبى يوسف ، وقيل اتفاقا كما فى ط عن الهندية (قوله لأنها ليست بخصم) ولاشتراط حضوره كما مر (قوله فتنفذ الثانية) أى يظهر أثر عقدها وإلا فالعقد الأول صحيح ط ، والله أعلم .

باب الإجارة الفاسدة

تأخير الإجارة الفاسدة عن صحيحها لا يحتاج إلى معذرة لوقوعها فى محالها منح (قوله من العقود) احتراز عن العبادات ، إذ لا فرق بين فاسدها وباطلها (قوله دون وصفه) وهو ما عرض عليه من الجهالة أو اشتراط شرط لا يقتضيه العقد حتى لو خلا عنه كان صحيحا ط (قوله والباطل) كأن استأجر بميتة أو دم أو استأجر طيبا ليشمه أو شاة لتتبعها غنمه أو فحلا لينزو أو رجلا لينحت له صنما ط (قوله ولا بوصفه) لأنه حيث بطل الأصل تبعه الوصف (قوله وجوب أجر المثل) أى أجر شخص مماثل له فى ذلك العمل ، والاعتبار فيه لزمان الاستئجار ومكانه من جنس الدراهم والدنانير لا من جنس المسمى لو كان غيرهما ، ولو اختلف أجر المثل بين الناس فالوسط والأجر يطيب وإن كان السبب حراما كما فى المنية قهستانى ، ونقل فى المنح أن شمس الأئمة الحلوانى قال تطيب الأجرة فى الأجرة الفاسدة إذا كان أجر المثل ، وذكر فى المسألة قولين وأحدهما أصح فراجع نسخة صحيحة .

بالاستعمال) لو المسمى معلوما ابن كمال (بخلاف الثانى) وهو الباطل فإنه لا أجر فيه بالاستعمال حقائق (ولا تملك المنافع بالإجارة الفاسدة بالقبض ، بخلاف البيع الفاسد) فإن المبيع يملك فيه بالقبض ، بخلاف فاسد الإجارة ، حتى لو قبضها المستأجر ليس له أن يؤجرها ، ولو آجرها وجب أجر المثل ولا يكون غاصبا ، وللأول نقض الثانية بحر معزيا للخلاصة . وفى الأشباه : المستأجر فاسد لو آجر صحيحا جاز وسيجىء (تفسد الإجارة بالشروط المخالفة لمقتضى العقد فكل ما أفسد البيع) مما مر (يفسدها) كجهالة مأجور أو أجرة

وفى غرر الأفكار عن المحيط : ما أخذته الزانية إن كان بعقد الإجارة فحلال عند أبى حنيفة لأن أجر المثل فى الإجارة الفاسدة طيب وإن كان الكسب حراما وحرام عندهما وإن كان بغير عقد فحرام اتفاقا لأنها أخذته بغير حق اه (قوله بالاستعمال) أى بحقيقة استيفاء المنفعة فلا يجب بالتمكن منها كما مر ويأتى إلا فى الوقف على ماهو ظاهر عبارة الإسعاف كما مر أول كتاب الإجارة (قوله لو المسمى معلوما) هذا إنما يصح لو زاد المصنف لايتجاوز به المسمى كما فعل ابن الكمال تبعا للهداية والكنز ، فكان على الشارح أن يقول إذا لم يكن مسمى أو لم يكن معلوما لأن وجوب أجر المثل بالغا ما بلغ على ما أطلقه المصنف إنما يجب فى هذين الصورتين(١) أما لو علمت التسمية فلا يزاد على المسمى كما يأتى (قوله فإنه لاأجر فيه بالاستعمال) ظاهره ولو معدا للإستغلال ، لأنه إنما يجب الأجر فيه إذا لم يستعمله بتأويل عقد أو ملك كما سلف وهنا استعمله بتأويل عقد باطل ويحرر ط . وفيه أن الباطل لاحكم له أصلا فوجوده كالعدم كما فى البدائع تأمل ، وينبغى وجوبه فى الوقف ومال اليتيم لأن ماذكر من اشتراط عدم الاستعمال بتأويل إنما هو فى المعد للاستغلال كما يأتى فى الغصب . وفى البزازية : حيث قال والسكنى بتأويل ملك أو عقد فى الوقف لايمنع لزوم أجر المثل ؛ وقيل دار اليتيم كالوقف . ثم ذكر : لو سكن فى حوانيت مستغلة وادعى الملك لايلزم الأجر ، وإن برهن المالك عليه ثم قال المستأجر إذا سكن بعد فسخ الإجارة بتأويل ، إن له حق الحبس حتى يستوفى الأجر الذى أعطاه عليه الأجرة إذا كانت معدة للاستغلال فى المختار ، وكذا فى الوقف على المختار اه فتأمل . وقد صرحوا أنه لو اشترى داراً وسكنها ثم ظهر أنها وقف أو ليتيم لزم أجر المثل صيانة لمالهما كما مر فى الوقف ، وهو المعتمد ويأتى فى الغصب (قوله بخلاف فاسد الإجارة) لأن قبض المنفعة غير متصور إلا أنا أقمنا قبض العين مقام قبض المنفعة وذلك إنما يتأتى فى العقد الصحيح ضرورة إتمامه (قوله حتى لو قبضها الخ) تفريع على عدم الملك فى الفاسدة (قوله وجب أجر المثل) أى على المستأجر الأول لأنه يعدّ به مستعملا ، ولا يكون بفعل ماليس له فعله غاصبا حتى لاتجب عليه الأجرة . وأما المستأجر الثانى إذا سمى بينهما أجر هل يجب المسمى نظرا للتسمية وهو الظاهر أو أجر المثل لترتبها على فاسد يحرر ط (قوله وللأول) أى للمؤجر الأول نقض الثانية أى ويأخذ الدار ، لأنه لو باع بيعاً فاسدا ثم المشترى آجره فله أن ينقض الإجارة فكذا هذا بخلاف البيع ، لأن الإجارة تفسخ بالأعذار والبيع لا ، كذا فى المضمرات منح (قوله جاز) وفى النصاب هو الصحيح : وفى السراجية : وبه أفتى ظهير الدين المرغينانى تاترخانية ، ونقل ابن المصنف عن البزازية والعمادية والخلاصة مثله . قال الرملى : ومن طالع فى كتبهم علم أن فى المسألة اختلاف تصحيح وإفتاء اه :

أقول : لكن المعظم على الجواز كما ترى ، ولذا عبر المصنف عن مقابله بقيل فيما سيأتى : وقال فى البزازية يجوز فى الصحيح . وقيل لا استدلالا بما لو دفع إليه دارا ليسكنها ويرمها ولا أجر وآجر المستأجر من غيره وانهدمت من سكنى الثانى ضمن اتفاقا لأنه صار غاصبا . وأجابوا بأن العقد فيه إعارة لا إجارة لأنه ذكر المرمة على سبيل المشورة لا الشرط اه (قوله وسيجىء) أى متنا آخر المتفرقات (قوله فكل) تفريع على ما مر أى الإجارة لو ع

---

(١) (قوله فى هذين الصورتين) هكذا بخطه ، والأولى هاتين كما لايخفى اه مصححه .

أو مدة أو عمل ، وكشرط طعام عبد وعلف دابة ومرمة الدار أو مغارمها وعشر أو خراج أو مؤنة رد أشباه (و) تفسد أيضا (بالشيوع) بأن يؤجر نصيبا من داره أونصيبه من دار مشتركة من غير شريكه أو من أحد شريكيه أنفع الوسائل وعمادية من الفصل الثلاثين : واحترز بالأصلى عن الطارئ فلا يفسد على الظاهر ، كأن آجر الكل ثم فسخ فى البعض أو آجرا لواحد فمات أحدهما أو بالعكس وهو الحيلة فى إجارة المشاع ، كما لوقضى بجوازه (إلا إذا آجر) كل نصيبه أو بعضه (من شريكه)

من البيع إذ هى بيع المنافع (قوله أو مدة) إلا فيما استثنى : قال فى البزازية : إجارة السمسار والمنادى والحمامى والصكاك ومالا يقدر فيه الوقت ولا العمل تجوز لما كان للناس به حاجة ويطيب الأجر المأخوذ او قدر أجر المثل وذكر أصلا يستخرج منه كثير من المسائل فراجعه فى نوع المتفرقات والأجرة على المعاصى (قوله وكشرط طعام عبد وعلف دابة) فى الظهيرية : استأجر عبدا أو دابة على أن يكون علفها على المستأجر ، ذكر فى الكتاب أنه لايجوز : وقال الفقيه أبو الليث : فى الدابة نأخذ بقول المتقدمين ، أما فى زماننا فالعبد يأكل من مال المستأجر عادة اه . قال الحموى : أى فيصح اشتراطه . واعترضه ط بقوله فرق بين الأكل من مال المستأجر بلا شرط ومنه بشرط اه :

أقول : المعروف كالمشروط ،وبه يشعر كلام الفقيه كما لايخفى على النبيه ، ثم ظاهر كلام الفقيه أنه لو تعورف فى الدابة ذلك يجوز تأمل : والحيلة أن يزيد فى الأجرة قدر العلف ثم يوكله ربها بصرفه إليها ، ولو خاف أن لايصدقه فيه فالحيلة أن يعجله إلى المالك ثم يدفعه إليه المالك ويأمره بالإنفاق فيصير أمينا بزازية ملخصا (قوله ومرمة الدار أو مغارمها) قال فى البحر : وفى الخلاصة معزيا إلى الأصل : لو استأجر داراً على أن يعمرها ويعطى نوائبها تفسد لأنه شرط مخالف لمقتضى العقد اه : فعلم بهذا أن مايقع فى زماننا من إجارة أرض الوقف بأجرة معلومة على أن المغارم وكلفة الكاشف على المستأجر أو على أن الجرف على المستأجر فاسد كما لايخفى اه :

أقول : وهو الواقع فى زماننا ، ولكن تارة يكتب فى الحجة بصريح الشرط فيقول الكاتب : على أن ماينوب المأجور من النوائب ونحوها كالدك وكرى الأنهار على المستأجر ،وتارة يقول وتوافقا على أن ماينوب الخ : والظاهر أن الكل مفسد لأنه معروف بينهم وإن لم يذكر ، والمعروف كالمشروط تأمل (قوله أو خراج) قيل هذا خراج المقاسمة لأنه مجهول ، أما خراج الوظيفة فجائز ، لكن الفتوى على أنه لايجوز مطلقا ح عن المنح ، وجعل الفساد فى حواشى الأشباه على قول الإمام لأن الخراج على المؤجر عنده ط . ووجه المفتى به أن خراج الوظيفة قد ينقص إذا لم تطق الأرض ذلك فيلزم الجهالة أيضا (قوله بالشيوع) أى فيما يحتمل القسمة أولا عنده وعليه الفتوى خانية (قوله بأن يؤجر نصيبا من داره) أى ويجب أجر المثل هو الصحيح . وقيل لاينعقد حتى لايجب الأجر أصلا جامع الفصولين (قوله أو نصيبه من دار مشتركة) فيه روايتان ، والأظهر أنه لايجوز نور العين عن الخانية (قوله على الظاهر) أى ظاهر الرواية عند أبى حنيفة ، ويفسدها فى رواية جامع الفصولين (قوله أو آجر الواحد الخ) أى تفسد فى حصة الميت وتبقى فى حصة الحى فى الصورتين كما فى جامع الفصولين : وفيه : ولو كله له فآجره من اثنين ، فإن أجمل وقال آجرت الدار منكما جاز وفاقا ، ولو فصل بقوله نصفه منك ونصفه منك أو نحوه كثلث أو ربع يجب أن يكون عند أبى حنيفة على خلاف مر فيما إذا كان بينهما وآجر أحدهما النصف من أجنبى اه ومر أن عدم الجواز الأظهر : وعن هـذا أفتى فى الحامدية : فى رجلين استأجرا معا سوية من زيد طاحونة بأن لفظ سوية بمنزلة التفصيل فتفسد (قوله وهو الحيلة الخ) الضمير راجع للطارئ : أى فى بعض صوره وهى الصورة الأولى أو للفسخ المفهوم من فسخ ، ومثله مالو حكم بها حاكم قال ط عن الهندية :

فيجوز ، وجوزاه بكل حال ، وعليه الفتوى زيلعي وبحر معزيا للمغنى ، لكن رده العلامة قاسم في تصحيحه بأن مافى المغنى شاذ مجهول القائل فلا يعول عليه .

قلت : وفى البدائع : لو آجر مشاعا يحتمل القسمة فقسمه وسلم جاز لزوال المانع ، ولو أبطلها الحاكم ثم قسم وسلم لم يجز ، ويفتى بجوازه لو البناء لرجل والعرصة لآخر فصولين من الفصل الحادى والعشرين يعنى الوسط منه (و) تفسد (بجهالة المسمى) كله أو بعضه كتسمية ثوب أو دابة أو مائة درهم على أن يرمها المستأجر لصيرورة المرمة من الأجرة فيصير الأجر مجهولا (و) تفسد (بعدم التسمية) أصلا أو بتسمية خمر أو خنزير (فإن فسدت بالأخيرين) بجهالة المسمى وعدم التسمية (وجب أجر المثل) يعنى الوسط منه ولا ينقص عن المسمى لا بالتمكين بل (باستيفاء المنفعة) حقيقة كما مر (بالغا ما بلغ) لعدم ما يرجع إليه ولا ينقص عن المسمى (وإلا) تفسد بهما بل بالشروط أو الشيوع مع العلم بالمسمى

والمحكم كالقاضى إن تعذرت المرافعة (قوله فيجوز) أى فى أظهر الروايتين خانية (قوله وجوزاه بكل حال) أى سواء كان من شريكه أولا فيما يحتمل القسمة أولا ح لكن بشرط بيان نصيبه ، وإن لم يبين لا يجوز فى الصحيح زيلعى (قوله فلا يعوّل عليه) بل المعوّل عليه مافى الخانية أن الفتوى على قول الإمام ، وبه جزم أصحاب المتون والشروح فكان هو المذهب ، أفاده المصنف وعليه العمل اليوم (قوله وفى البدائع الخ) تخريج على قول الإمام ط (قوله وسلم جاز) ظاهره ولو بعد المجلس ويدل عليه مابعد فإنه اعتبر الحكم ط (قوله لم يجز) ينبغى أن تجوز إجارة بالتعاطى إذ لامانع منه بعد فسخ الأولى رحمتى .

مطلب فى إجارة البناء

(قوله ويفتى بجوازه الخ) قال فى الدر المنتقى : وذكر القهستانى أن الفتوى على جواز إجارة البناء وحده ، وقيل لا لأنه كالمشاع :

قلت : لكن نص محمد أن من استأجر أرضا فبنى فيها بناء ثم آجرها من صاحبها استوجب من الأجر حصة البناء ، فلولا جواز إجارة البناء لما استحق الأجر وقاسه على الفسطاط ، وبه أفتى مشايخنا ، ولو كان البناء ملكا والعرصة وقفا وآجر المتولى بإذن مالك البناء فالأجر يتقسم على البناء والعرصة ، وجاز إجارة بنائه لمالك الأرض اتفاقا ، وكذا لغيره على المفتى به ، وتمامه فى العمادية وأقره الباقانى اه وسيأتى تمامه آخر المتفرقات (قوله يعنى الوسط منه) أى من الفصل المذكور : والأوضح أن يقول أعنى والواقع أنه قريب من النصف الثانى منه ط (قوله كتسمية ثوب أو دابة) مثال لمجهول الكل وما بعده مثال مجهول البعض ويلزم منه جهالة الكل ، فصح قوله بعد فيصير الأجر مجهولا (قوله لصيرورة المرمة) أى نفقتها (قوله وبعدم التسمية) كآجرتك دارى شهرا أو سنة ولم يقل بكذا منح (قوله أو بتسمية خمر أو خنزير) يفيد أن هذه إجارة فاسدة لا باطلة ط أى فيخالف مامر (قوله يعنى الوسط منه) أى عند اختلاف الناس فيه ط (قوله لا بالتمكين) أى تمكين المالك له من الانتفاع . وفى بعض النسخ بالتمكن : أى تمكن المستأجر منه (قوله كما مر) أى متنا فى قوله أول هذا الباب بالاستعمال ، وفى قوله أول كتاب الإجارة . أما فى الفاسدة فلا يجب إلا بحقيقة الانتفاع ، وقدمنا تقييده بما إذا وجد التسليم إليه من جهة الإجارة ، وتقدم هناك استثناء الوقف وما بحثه الشارح فراجعه (قوله بالغا ما بلغ) أى إذا لم يبينه المؤجر بعد ، أما إذا بينه فليس له أزيد منه . قال فى الولوالجية : وإن تكارى دابة إلى بغداد ، إن بلغه إياها فله رضاه فبلغه فقال رضاى عشرون درهما فله أجر مثلها إلا أن يكون أكثر من عشرين فلا يزاد عليها لأن الأجر مجهول ، ولا يزاد على عشرين لأنه أبرأه عن الزيادة سائحانى (قوله ولا ينقص عن المسمى) هكذا يوجد فى موضعين : الأول

(لم يزد) أجر المثل (على المسمى) لرضاهما به (وينقص عنه) لفساد التسمية. واستثنى الزيلعى ما لو استأجر دارا على أن لا يسكنها فسدت، ويجب إن سكنها أجر المثل بالغا مابلغ، وحمله فى البحر على ما إذا جهل المسمى لكن أرجعه قاضيخان فى شرح الجامع إلى جهالة المسمى

بعد قوله يعنى الوسط منه، والثانى بعد قوله لعدم مايرجع إليه، وأفاد المحشى أنه لاحاجة إلى هذه الزيادة بل لامعنى لها فى الموضعين: أى لأن المفروض جهالة المسمى قيل إلا أن يريد بالمسمى ماجهل بعضه كإجارتها بعشرة على أن يرمها اهـ.

أقول: لايصح(١) ذلك فإنه ذكر فى الخانية أنه يجب فى جهالته بعضا أو كلا أجر المثل بالغاما بلغ ثم قال: فأما إذا فسد بحكم شرط فاسد ونحوه فلا يزاد على المسمى اهـ وكيف يصح ذلك مع قوله لعدم مايرجع إليه (قوله لم يزد على المسمى) فلو كان أجر المثل اثنى عشر والمسمى عشرة فهى له (قوله وينقص عنه) بأن كان المسمى خمسة عشر فله اثنا عشر (قوله لفساد التسمية) أى بفساد العقد لأنه إذا فسد الشىء فسد مافى ضمنه (قوله واستثنى الزيلعى الخ) أى من كونه لايزاد على المسمى إذا فسدت بالشرط، وقد تبع الشارح فيه صاحب البحر، وليس فى كلام الزيلعى استثناء بل ظاهر كلامه أنه من فروع جهالة المسمى فراجعه (قوله فسدت) لأن فيه نفعا لرب الدار لايقتضيه العقد، لأنه إذا لم يسكن فيها لاتمتلىء البالوعة والمتوضاة، وإن لم يكن فى الدار بالوعة أو بئر وضوء لاتفسد بالشرط لعدم ماقلنا بزازية وغيرها (قوله وحمله فى البحر الخ) حيث قال: وفيه يعنى فى استثناء الزيلعى نظر، لأن الأجرة إن لم تكن مسماة فهى المسألة المتقدمة، وإن كانت مسماة ينبغى أن لايجاوز به المسمى كغيرها من الشروط، وقد ذكرها فى الخلاصة ولم يتعرض للأجرة اهـ. وظاهر كلامه اختيار الشق الأول بدليل ماذكره عن الخلاصة: ووجه كونه من جهالة المسمى مع عدم التسمية أن الشرط المذكور فيه نفع للمالك وقد جعله بدلا وهو مجهول فيجب أجر المثل بالغا مابلغ تأمل (قوله لكن أرجعه الخ) اعترض بأنه عين مافى البحر فلا وجه للاستدراك.

قلت: قد يجاب أنه حمله على الشق الثانى، وهو ماإذا كانت الأجرة مسماة. ووجه إرجاعه إلى جهالة المسمى حينئذ أنه جعل الأجرة ذلك المسمى وعدم السكنى فصار نظير ماتقدم فيما لو استأجر بمائة درهم على أن يرمها المستأجر، وعلل الشارح المسألة بقوله لصيرورة المرمة من الأجر فيصير الأجر مجهولا.

وحاصله أنه بجهالة البعض يحصل جهالة الكل فلهذا قال أرجعه إلى جهالة المسمى، بخلاف مافى البحر فإنه محمول على جهالة الكل ابتداء، هذا ماظهر لى، والله تعالى أعلم.

ثم رأيت فى غاية البيان مايدل على ماقلته، ولله تعالى الحمد، فإنه قال: إذا فسدت الإجارة لفوات شرط مرغوب من جهة الأجير كما لو آجر داره كل شهر بعشرة على أن يعمرها ويؤدى نوائبها فسدت، فإن لم يفعل يجب أجر المثل بالغا مابلغ ولا ينقص عن المسمى، وكذا لو قال آجرتك هذه الدار شهرا بعشرة على أن لاتسكنها فسدت، فإن سكن يجب أجر المثل بالغا مابلغ ولا ينقص عن المسمى، وهذا أيضا يرجع إلى جهالة المسمى فى الحقيقة كذا قال فخر الدين قاضيخان اهـ: فقد فرض المسألة فيما لو كان مسمى وشبهها بمسألة المرمة، وقال: وهذا أيضا

---

(١) (قوله أقول لايصح الخ) قال شيخنا: لايصح ذلك منه، فإن عبارة الخانية ليس فيها مايفيد مدعاه، بل فيها التنصيص على الزيادة ليس إلا، ويؤيده قوله فى المسألة الثانية المقابلة فلا يزاد على المسمى، ولا يلزم من تجاوز المسمى النقصان منه، وقد ذكر العلامة المحشى نفسه المسألة بعينها عن غاية البيان فيما كتب على قول الشارح، لكن رجعه حيث قال: فإن لم يفعل يجب أجر المثل بالغاً مابلغ ولاينقص عن المسمى، فأنت ترى قولهم بالغاً مابلغ لايفيد النقصان من المسمى فكلام العلامة ح موافق للمنقول فليجب توجيه الشارح به اهـ.

فافهم ، وعلى كل فلا استثناء فتنبه .

قلت : وينبغى استثناء الوقف لأن الواجب فيه أجر المثل بالغا ما بلغ فتأمل (فإن آجر داره) تفريع على جهالة المسمى (بعبد مجهول فسكن مدة ولم يدفعه فعليه للمدة أجر المثل بالغا مابلغ ، وتفسخ فى الباقى) من المدة: (آجر حانوتا كل شهر بكذا صح فى واحد فقط) وفسد فى الباقى لجهالتها ، والأصل أنه متى دخل كل فيما لا يعرف منتهاه تعين أدناه ، وإذا مضى الشهر فلكل فسخها بشرط حضور الآخر لانتهاء العقد الصحيح (وفى كل شهر سكن فى أوله) هو الليلة الأولى ويومها عرفا وبه يفتى (صح العقد فيه) أيضا ، وليس للمؤجر إخراجه

يرجع إلى جهالة المسمى : أى كما يرجع الأول وهذا عين ماحملت عليه كلامه قبل أن أراه ، والحمد لله (قوله فافهم) لعله إشارة إلى الفرق الذى ذكرناه ، ولكن هذا الشارح الفاضل أدق من هذا كما يعرفه من مارس كلامه وعلم مرامه . (قوله قلت الخ) هو منقول فى جامع الفصولين سائحانى .

أقول : بل تقدم متنا حيث قال : متولى أرض الوقف آجرها بغير أجر المثل يلزم مستأجرها تمام أجر المثل . وقال الشارح هناك عن مجمع الفتاوى : وكذا حكم وصى وأب اهـ . ومما استثنى ما لو استأجر دارا بعبد معين فسكن شهرا ولم يدفع العبد حتى أعتقه صح وكان عليه للشهر الماضى أجر المثل بالغا مابلغ وتنقض الإجارة فيما بقى لفسادها بإعتاقه ، وفيها تفصيل ينظر فى خزانة الأكمل . وفى البزازية : استأجرها على عين مسماة وسكن الدار وهلكت العين قبل التسليم أو استهلكها المستأجر يجب أجر المثل بالغا ما بلغ ، بخلاف سائر الإجارات فإنه لايزاد فيه على المسمى اهـ فهذا المسمى فيه معلوم معين ووجب الأجر بالغا ما بلغ (قوله ولم يدفعه) أما لو عجله وقبله المؤجر منه لايزاد به عليه لرضاه وهل تنقلب صحيحة يراجع رحمتى .

وفى الشرنبلالية وجوب أجر المثل غير متوقف على عدم دفعه إذ هو الواجب للفساد فلا مفهوم له بل هو بيان للواقع ، بخلاف ما إذا عينه الخ (قوله حانوتا) مثال ، لأنه لو استأجر ثورا ليطحن عليه كل يوم بدرهم فالحكم كذلك طورى (قوله وفسد فى الباقى) مقيد بثلاثة أمور تعلم مما بعده بألا يسكن فيما بعد الشهر الأول ، وأن لا يعجل أجرته ، وأن لا يسمى جملة الشهور ، فإن وجد واحد منها صح فيه : وفى البزازية : فلو أبرأه عن أجرة الأبد لا يصح إلا عن شهر واحد (قوله لجهالتها) أى الشهور (قوله متى دخل كل) أى لفظ كل (قوله فيما لايعرف منتهاه) كالأشهر والأيام ، وهذا يفيد أن قوله كل شهر مثال ، فمثله كل سنة أو يوم أو أسبوع كما أفاده الرملى (قوله تعين أدناه) أى تعين للصحة ، إذ مابعد الأول داخل تحت العقد ولهذا اشترط حضورهما عند الفسخ فهو فاسد لكن ينقلب صحيحا بالسكنى هكذا يستفاد من كلامه . ثم رأيت الطورى قال : وظاهر قوله صح فى شهر واحد الفساد فى الباقى . قال فى المحيط : وهذا قول بعضهم . والصحيح أن الإجارة كل شهر جائزة وإطلاق محمد يدل عليه ، فيجوز العقد فى الشهر الأول والثانى والثالث ، وإنما يثبت خيار الفسخ فى أول الثانى لأنها مضافة إلى المستقبل ولكل منهما فسخ المضافة اهـ وهو مخالف لقول المصنف كالهداية والتبيين وفسد فى الباقى ، إلا أن يقال المراد بالفساد عدم اللزوم ، وأطلق عليه ذلك لأنه قابل للإفساد تأمل (قوله بشرط حضور الآخر) والحيلة إذا غاب أن يؤجر من آخر فإذا انقضى الشهر صح للآخر فى الثانى وانفسخ الأول كما فى جامع الفصولين أى لأنه يغتفر فى الضمنى ما لا يغتفر فى الصريح سائحانى ، وقدم الشارح ذلك قبيل هذا الباب (قوله وبه يفتى) وهو ظاهر الرواية . وذكر بعض المشايخ أنه ساعة من أوله ، وعليه مشى القدورى وصاحب الكنز وهو القياس وفيه حرج كذا فى الهداية والزيلعى .

حتى ينقضي إلا بعذر ، كما لو عجل أجرة شهرين فأكثر لكونه كالمسمى زيلعي (إلا أن يسمى الكل) أي جملة شهور معلومة فيصح لزوال المانع (وإذا آجرها سنة بكذا صح وإن لم يسمّ أجر كل شهر) وتقسم سوية (وأول المدة ما سمى) إن سمى (وإلا فوقت العقد) هو أولها (فإن كان) العقد (حين يهل) بضم ففتح : أي يبصر الهلال ، والمراد اليوم الأول من الشهر شمنى (اعتبر الأهلة وإلا فالأيام) كل شهر ثلاثون . وقالا يتم الأول بالأيام والباقي بالأهلة (استأجر عبدا بأجر معلوم وبطعامه لم يجز) لجهالة بعض الأجر كما مر.

(وجاز إجارة الحمام)

قال الرملي: وفي البزازية الأصح أن وقت الفسخ اليوم الأول مع ليلته واليوم الثاني والثالث ، لأن خيار الفسخ في أول الشهر وأول الشهر هذا وعليه الفتوى اه وهذا خلاف القولين المذكورين ، وقد صرح بأن الفتوى عليه فتأمل فيه وفي قول الشارح وبه يفتى .

وقد تقرر أنه إذا تعارضت الشروح والفتاوى فالاعتبار لما في الشروح اه مع أن ما في الشروح ظاهر الرواية كما علمت (قوله حتى ينقضي) أي ذلك الشهر الذي سكن في أوله على الأقوال الثلاثة (قوله إلا بعذر) أي من أعذار الفسخ الآتية (قوله كما لو عجل) تنظير في الصحة لما في المتن : قال الزيلعي : فلا يكون لواحد منهما الفسخ في قدر المعجل أجرته لأنه بالتقديم زالت الجهالة في ذلك القدر فيكون كالمسمى في العقد (قوله إلا أن يسمى الكل) استثناء من قوله وفسد في الباقي : أي كل ما قصد العقد عليه ، وهذا كما إذا قال آجرتها ستة أشهر كل شهر بكذا (قوله لزوال المانع) أي الذي كان في صورة عدم تسمية الكل (قوله وتقسم سوية) أي على الشهور ، وفائدته تظهر في الفسخ أثناء المدة . وفي التاترخانية : ولو قال آجرتك سنة بألف كل شهر بمائة فقبل فهو إجارة بألف ومائتين كل شهر بمائة والأخير يكون فسخا للأول . قال الفقيه : وهذا إذا كان قصدا ، فلو غلطا فالأجر هو الأول (قوله إن سمى) بأن يقول من شهر رجب من هذه السنة درر أي ما لم يكن خيار شرط ، فإن كان فمن وقت سقوطه سرى الدين عن الكافي ط (قوله والمراد اليوم الأول) أي لا وقت إبصار الهلال حقيقة (قوله اعتبر الأهلة) حتى لو نقص الشهر يوما كان عليه كمال الأجرة بدائع (قوله وإلا فالأيام) أي وإن كان في أثناء الشهر فيعتبر الأيام لأن الشهر الأول يكمل بالأيام من الثاني فيصير أول الثاني بالأيام فيكمل بالثالث وهكذا بدائع (قوله وقالا يتم الأول بالأيام) وفي الذخيرة : إن عقد الإجارة على كل شهر بدرهم وإن وجدت في وسطه يعتبر كل شهر بالأيام بلا خلاف لأنهما إنما يعتبران الأهلة إذا علم آخر المدة ليمكن تكميله منه اه ، وعن أبي يوسف رواية كأبي حنيفة : قال ابن الكمال : وعند محمد وهو رواية أخرى عن أبي يوسف : يعتبر الأول بالأيام ويكمل من الأخير ويعتبر الباقي بالأهلة ، فإن آجر في عاشر ذي الحجة سنة فذو الحجة إن تم على ثلاثين يوما ، فالسنة تتم عند محمد على عاشر ذي الحجة ، وإن تم على تسعة وعشرين فالسنة تتم على الحادي عشر من ذي الحجة .

فإن قلت : هلا يلزم أن يتكرر عيد الأضحى في سنة واحدة ؟ قلت نعم ، لكن في السنة التي قدرت بها مدة الإجارة لا في السنة المعروفة ، فالمحذور غير لازم واللازم غير محذور اه (قوله كما مر) أي قبل ورقة ومر الكلام فيه (قوله وجاز إجارة الحمام) قدمنا أن الإجارة اسم للأجرة : أي جاز أخذ الحمامي أجرة الحمام ، وفي أبي السعود عن الحموي الحمام مؤنث في الأغلب وجمعه حمامات على القياس : وفي ذكرى أول من وضعه نبي الله سليمان عليه السلام .

« لأنه عليه الصلاة والسلام دخل حمام الجحفة » وللعرف : وقال عليه الصلاة والسلام « مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » .

قلت : والمعروف وقفه على ابن مسعود كما ذكره ابن حجر (و) جاز (بناؤه للرجال والنساء) هو الصحيح للحاجة ، بل حاجتهن أكثر لكثرة أسباب اغتسالهن ، وكراهة عثمان محمول على ما فيه كشف عورة زيلعى :

وفى إحكامات الأشباه : ويكره لها دخول الحمام فى قول ، وقيل إلا لمريضة أو نفساء ، والمعتمد أن لا كراهة مطلقا .

قلت : وفى زماننا لا شك فى الكراهة لتحقق كشف العورة وقد مر فى النفقة (والحجام) « لأنه عليه الصلاة والسلام احتجم وأعطى الحجام أجرته » وحديث النهى عن كسبه منسوخ

مطلب فى حديث دخوله عليه الصلاة والسلام الحمام ، وحديث « ما رآه المؤمنون حسنا »

(قوله لأنه عليه الصلاة والسلام دخل حمام الجحفة) قال منلا على القارى : ذكر الدميرى والنووى أنه ضعيف جدا ، فقول شيخنا ابن حجر المكى فى شرح الشمائل إنه موضوع باتفاق الحفاظ وإن وقع فى كلام الدميرى وغيره ليس فى محله اه ملخصا (قوله وللعرف) لأن الناس فى سائر الأمصار يدفعون أجرة الحمام وإن لم يعلم مقدار ما يستعمل من الماء ولا مقدار القعود ، فدل إجماعهم على جواز ذلك وإن كان القياس يأباه لوروده على إتلاف العين مع الجهالة إتقانى (قوله كما ذكره ابن حجر) وكذا رواه أحمد فى كتاب السنة من حديث أبى وائل عن ابن مسعود قال « إن الله نظر فى قلوب العباد فاختار محمدا صلى الله عليه وسلم فبعثه برسالته ثم نظر فى قلوب العباد فاختار له أصحابا فجعلهم أنصار دينه ووزراء نبيه ، فما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ، وما رآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح » وهو موقوف حسن وكذا أخرجه البزار والطيالسى والطبرانى فى ترجمة ابن مسعود من الحلية اه من المقاصد الحسنة ط (قوله هو الصحيح) ومن العلماء من كرهه لما روى عن عمارة بن عقبة أنه قال : قدمت على عثمان بن عفان فسألنى عن مالى فأخبرته أن لى غلمانا وحماما له غلة فكره لى غلة الحجامين وغلة الحمام وقال إنه بيت الشياطين ، وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم شر بيت ، فإنه تكشف فيه العورات وتصب الغسالات والنجاسات . ومنهم من فصل بين حمام الرجال وحمام النساء زيلعى (قوله لكثرة أسباب اغتسالهن) أى من الحيض والنفاس والجنابة ، واستعمال الماء البارد قد يضر وقد لا يتمكن من الاستيعاب به وإزالة الوسخ زيلعى (قوله وقيل إلا لمريضة أو نفساء) روى فى السنن مسندا إلى عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إنها ستفتح لكم أرض العجم وستجدون فيها بيوتا يقال لها الحمامات فلا يدخلها الرجال إلا بالإزار وامنعوها النساء إلا مريضة أو نفساء » إتقانى (قوله قلت الخ) قاله ابن الهمام .

أقول : ولا يختص ذلك بحمام النساء ، فإن فى ديارنا كشف العورة الخفيفة أو الغليظة متحقق من فسقة العوام الرجال فالذى ينبغى التفصيل ، وهو إن كان الداخل يغض بصره بحيث لا يرى عورة أحد ولا يكشف عورته لأحد فلا كراهة مطلقا ، وإلا فالكراهة فى دخول الفريقين حيث كانت العلة ما ذكر فتدبر (قوله لأنه عليه الصلاة والسلام احتجم الخ) روى البخارى مسندا إلى ابن عباس قال « احتجم النبى صلى الله تعالى عليه وسلم وأعطى الحجام أجره » ولو علم كراهية لم يعطه وفى رواية السنن ولو علمه خبيثا لم يعطه إتقانى (قوله وحديث النهى) وهو ما ذكره صاحب السنن بإسناده إلى رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم قال « كسب الحجام خبيث ، وثمن الكلب خبيث ، ومهر البغى خبيث » إتقانى (قوله منسوخ) أى بما روى

(والظئر) بكسر فهمز : المرضعة (بأجر معين) لتعامل الناس ، بخلاف بقية الحيوانات لعدم التعارف (و) كذا (بطعامها وكسوتها) ولها الوسط ، وهذا عند الإمام لجريان العادة بالتوسعة على الظئر شفقة على الولد (وللزوج أن يطأها) خلافا لمالك (لا في بيت المستأجر) لأنه ملكه فلا يدخله (إلا بإذنه ، و) الزوج (له في نكاح ظاهر) أي معلوم بغير الإقرار (فسخها مطلقا) شأنه إجارتها أولا في الأصح (ولو غير ظاهر) بأن علم بإقرارهما (لا) يفسخها ، لأن قولها لا يقبل في حق المستأجر (وللمستأجر فسخها بحبلها ومرضها وفجورها) فجورا بينا ونحو ذلك من الأعذار

، أنه عليه الصلاة والسلام قال له رجل إن لي عيالا وغلاما حجاما أفأطعم عيالي من كسبه ؟ قال نعم » زيلعي . وأجاب الإتقاني بحمل حديث الخبث على الكراهة طبعا من طريق المروءة لما فيه من الخسة والدناءة . قال : على أنا نقول راويه رافع ليس كابن عباس في الضبط والإتقان والفقه فيعمل بحديث ابن عباس دونه اهـ: وفي الجوهرة: وإن شرط الحجام شيئا على الحجامة كره (قوله والظئر) بالجر عطفا على الحمام (قوله بكسر فهمز) أي همزة ساكنة ويجوز تخفيفها حموي (قوله المرضعة) خبر لمبتدإ محذوف . وفي القاموس : الظئر العاطفة على ولد غيرها المرضعة له في الناس وغيرهم للذكر والأنثى وجمعه أظؤر وأظآر وظؤور وظئورة وظؤار وظؤرة (قوله لتعامل الناس) علة للجواز وهذا استحسان لأنها ترد على استهلاك العين وهو اللبن : ويشترط التوقيت إجماعا حموي عن المنصورية : والإطلاق مشير إلى أنه يجوز للمسلمة أن تؤجر نفسها لإرضاع ولد الكافر وبه صرح في الخانية : بخلاف ما إذا أجرت نفسها لخدمة الكافر فإنه لا يجوز . قال في الأشباه : استأجر نصراني مسلما للخدمة لم يجز ، ولغيرها جاز إن وقت أبو السعود (قوله بخلاف بقية الحيوانات) أي بخلاف استئجارها للإرضاع: وفي التاترخانية : استأجر بقرة ليشرب اللبن أو كرما أو شجرا ليأكل ثمره أرضا ليرعى غنمه القصيل أو شاة ليجز صوفها فهو فاسد كله وعليه قيمة الثمرة والصوف والقصيل لأنه ملك الآجر وقد استوفاه بعقد فاسد ، بخلاف ما إذا استأجر أرضه ليرعى الكلأ (قوله وكذا بطعامها وكسوتها) أشار إلى أنها مسألة مستقلة وأنهما عليها إن لم يشترطا على المستأجر بالعقد (قوله لجريان العادة الخ) جواب عن قولهما لا تجوز لأن الأجرة مجهولة. ووجهه أن العادة لما جرت بالتوسعة على الظئر شفقة على الولد لم تكن الجهالة مفضية إلى النزاع ، والجهالة ليست بمانعة لذاتها بل لكونها مفضية إلى النزاع (قوله وللزوج أن يطأها) أي وإن رضي بالإجارة فليس للمستأجر منعه مخافة الحبل ، لأنه ضرر موهوم والمنع من الوطء ضرر متحقق وليس للظئر أن تمنعه نفسها إتقاني (قوله شأنه إجارتها أولا) أي سواء كانت الإجارة تشين الزوج : أي تعيبه بأن كان وجيها بين الناس أولا ، لما أن له أن يمنعها من الخروج وأن يمنع الصبي الدخول عليها ولأن الإرضاع والسهر بالليل يضعفها ويذهب جمالها فكان له المنع كما يمنعها من الصيام تطوعا زيلعي (قوله وللمستأجر فسخها الخ) لأن لبن الحبلى والمريضة يضر بالصغير وهي يضرها أيضا الرضاع ، فكان لها ولهم الخيار ولها أيضا الفسخ بأذية أهله لها وكذا إذا لم تجر لها عادة بإرضاع ولد غيرها وكذا إذا عيروها به لأنها تتضرر به على ما قيل : تجوع الحرة ولا تأكل بثدييها زيلعي ، وهذا إذا أمكن معالجته بالغذاء أو بأخذ لبن الغير وإلا فليس لها الفسخ وعليه الفتوى كما بسطه في التاترخانية (قوله وفجورها) أي زناها لأنها تشتغل به عن حفظ الصبي (قوله ونحو ذلك) كما إذا أرادوا سفرا وأبت الخروج معهم أو كانت بذية اللسان أو سارقة أو يقيأ لبنها أولا يأخذ ثديها ، وكذا كل ما يضر بالصبي لا محالة نحو الخروج من منزله زمانا كثيرا وما أشبهه فلهم أن يمنعوها عنه لا ما لا يضر ، وأما ما كان فيه وهم الضرر فليس لهم منعها عنه ، وليس عليها أن ترضعه

(لابكفرها) لأنه لايضر بالصبى ، ولو مات الصبى أو الظئر انقضت الإجارة ولو مات أبوه لا ، وعليها غسل الصبى وثيابه وإصلاح طعامه ودهنه بفتح الدال : أى طليه بالدهن للعرف وهو معتبر فيما لانص فيه ، ولايلزمها ثمن شىء من ذلك ، وما ذكره محمد من أن الدهن والريحان عليها فعادة أهل الكوفة (وهو) أى ثمنه وأجرة عملها (على أبيه) إن لم يكن للصغير مال وإلا ففى ماله لأنه كالنفقة (فإن أرضعته بلبن شاة أو غذته بطعام ومضت المدة لا أجر لها) لأن الصحيح أن المعقود عليه هو الإرضاع والتربية لا اللبن والتغذية عناية (بخلاف ما لو دفعته إلى خادمها حتى أرضعته) أو استأجرت من أرضعته حيث تستحق الأجرة إلا إذا شرط إرضاعها على الأصح شرنبلالية عن الذخيرة ، ولو آجرت نفسها لذلك لقوم آخرين ولم يعلم الأولون فأرضعتهما وفرغت أثمت ،

فى منزل الأب مالم يكن عرف بين الناس أو يشترطوا ذلك عليها تاترخانية وغيرها (قوله لابكفرها) لأن كفرها في اعتقادها زيلعى : قال ط : ويخالفه فى الخانية إذا ظهرت الظئر كافرة أو مجنونة أو زانية أو حمقى فلهم فسخ الإجارة (قوله ولو مات أبوه لا) أى لا تنتقض لأن الإجارة واقعة للصبى لا للأب سواء كان له مال أو لا ، ولهذا لو كان للصبى مال تجب الأجرة من ماله إذ هى كالنفقة زيلعى (قوله وثيابه) بالجر عطف على الصبى وأطلق فى غسل الثياب .

وفى الكفاية : الصحيح أن غسل ثياب الصبى من البول ونحوه عليها ومن الوسخ والدرن لايكون عليها حموى ، ومثله فى شرح المجمع (قوله وإصلاح طعامه) يريد به أن تصنع له الطعام ولا تأكل شيئا يفسد لبنها ويضرّ به تاترخالية عن المضمرات (قوله فعادة أهل الكوفة) وقد قالوا فى توابع العقود التى لا ذكر لها فيها : إنها تحمل على عادة كل بلد كالسلك على الخياط ، والدقيق الذى يصلح الحائك به الثوب على رب الثوب ، وإدخال الحنطة المنزل على المكارى ، بخلاف الصعود بها إلى الغرفة أو السطح ، والإكاف على رب الدابة ، والحبال والجوالق على ما تعارفوه بدائع ملخصا (قوله على أبيه) قال فى التاترخانية وفى الظهيرية : ولو لم يكن له مال حين استأجرها الأب ثم أصاب الصغير مالا ، قال سئل والدى عنها ، فقال : قيل(١) أجر ما مضى على الأب ومابقى فى مال الصغير اهـ. وفيها إرضاع اليتيم على من تجب عليه نفقته ، فإن كان لا وارث له ففى بيت المال (قوله فإن أرضعته بلبن شاة) أى بأن أقرت به أو شهدت بينة به ، وإن جحدت فالقول لها مع يمينها استحسانا ، ولو شهدوا أنها ما أرضعت بلبن نفسها لم يقبل لقيامها على النفى مقصودا بخلاف الأول لدخوله فى ضمن الإثبات وإن أقام فالبينة بينة الظئر كما فى الذخيرة شرنبلالية (قوله لأن الصحيح الخ) أى فلم تأت بالعمل الواجب عليها وهو الإرضاع وهذا إيجار وليس بإرضاع .

وفى المحيط : استأجر شاة لترضع جديا أو صبيا لايجوز لأن للبن البهائم قيمة فوقعت الإجارة عليه وهو مجهول فلا يجوز ، وليس للبن المرأة قيمة فلا تقع الإجارة عليه وإنما تقع على فعل الإرضاع والتربية والحضانة زيلعى (قوله هو الإرضاع) وهو ما يقع بلبن الآدمية وما وراءه يكون إطعاما إتقانى (قوله لا اللبن) أى مطلقا ط (قوله حيث تستحق الأجرة) أى استحسانا ، لأن الإنسان تارة يعمل بنفسه وتارة بغيره ولأنها لما عملت بأمر الأولى صار كأنها عملت بنفسها بدائع (قوله عن الذخيرة) ونصها : اختلف المشايخ فيه ، والصحيح أنها لاتستحق اهـ ومثله فى التاترخالية (قوله لذلك) أى للإرضاع (قوله ولم يعلم الأولون) أى حتى يفسخوا هذه الإجارة تاترخالية ، ومفاده أن لهم فسخ الثانية (قوله أثمت) لأنه استحق عليها كمال الرضاع ، فلما أرضعت صبيين

---

(١) (قوله فقال قيل الخ) قال شيخنا : هذا أحد أقوال ثلاثة ، وقيل الكل على الأب ، وقيل الكل على الصغير لأن النفقة له، وإيجاب الأجر على الأب إنما هو لضرورة فقر الصغير فإذا صار ذا مال يكون عليه وهو المعول عليه اهـ .

ولها الأجر كاملا على الفريقين لشبهها بالأجير الخاص والمشترك، وتمامه فى العناية.

(لا تصح الإجارة لعسب التيس) وهو نزوه على الإناث (و) لا (لأجل المعاصى مثل الغناء والنوح والملاهى) ولو أخذ بلا شرط يباح (و) لا لأجل الطاعات مثل (الأذان والحج والإمامة وتعليم القرآن والفقه) ويفتى اليوم بصحتها لتعليم القرآن والفقه والإمامة والأذان .

فقد أضرت بأحدهما لنقصان اللبن (قوله ولها الأجر كاملا على الفريقين) ويطيب لها، ولا ينقص من الأجر الأول إن أرضعت ولدهم فى المدة المشروطة ويطرح من الأجر بقدر ما تخلفت تاترخانية (قوله لشبهها بالأجير الخاص والمشترك) جواب إشكال، وهو أن أجير الواحد ليس له أن يؤجر نفسه من آخر، فإن آجر لا يستحق تمام الأجر على المستأجر الأول ويأثم . قال فى الذخيرة: وهذا لا يشكل إذا قال أبو الصغير استأجرتك لترضعى ولدى هذا سنة بكذا لأنها فى هذه الصورة أجيرة مشتركة لأنه أوقع العقد أولا على العمل وإنما يشكل إذا قال استأجرتك سنة لترضعى الخ لأنه أوقع العقد على المدة أولا وسيأتى بيانه والوجه أن الأجير الواحد فى الرضاع يشبه المشترك من حيث أنه يمكنه إيفاء العمل بتمامه إلى كل واحد منهما كالخياط، وإن كان أجير واحد فتأثم لشبهها بأجير الواحد ولها الأجر كاملا لشبهها بالمشترك اهـ ملخصا (قوله لا تصح الإجارة لعسب التيس) لأنه عمل لا يقدر عليه وهو الإحبال ؛

مطلب فى الاستئجار على المعاصى

(قوله مثل الغناء) بالكسر والمد الصوت، وأما المقصور فهو اليسار صحاح (قوله والنوح) البكاء على الميت وتعديد محاسنه (قوله والملاهى) كالمزامير والطبل، وإذا كان الطبل لغير اللهو فلا بأس به كطبل الغزاة والعرس لما فى الأجناس : ولا بأس أن يكون ليلة العرس دف يضرب به ليعلن به النكاح . وفى الولوالجية : وإن كان للغزو أو القافلة يجوز إتقانى ملخصا (قوله يباح) كذا فى المحيط .

وفى المنتقى : امرأة نائحة أو صاحبة طبل أو زمر اكتسبت مالا ردته على أربابه إن علموا وإلا تتصدق به، وإن من غير شرط فهو لها : قال الإمام الأستاذ لا يطيب، والمعروف كالمشروط اهـ .

قلت : وهذا مما يتعين الأخذ به فى زماننا لعلمهم أنهم لا يذهبون إلا بأجر البتة ط .

مطلب فى الاستئجار على الطاعات

(قوله ولا لأجل الطاعات) الأصل أن كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستئجار عليها عندنا لقوله عليه الصلاة والسلام « اقرءوا القرآن ولا تأكلوا به » وفى آخر ما عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى عمرو بن العاص « وإن اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الأذان أجرا » ولأن القربة متى حصلت وقعت على العامل ولهذا تتعين أهليته، فلا يجوز له أخذ الأجرة من غيره كما فى الصوم والصلاة هداية :

مطلب تحرير مهمّ فى عدم جواز الاستئجار على التلاوة والتهليل ونحوه مما لا ضرورة إليه

(قوله ويفتى اليوم بصحتها لتعليم القرآن الخ) قال فى الهداية : وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم لظهور التوانى فى الأمور الدينية، ففى الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى اهـ ، وقد اقتصر على استثناء تعليم القرآن أيضا فى متن الكنز ومتن مواهب الرحمن وكثير من الكتب، وزاد فى مختصر الوقاية ومتن الإصلاح تعليم الفقه، وزاد فى متن المجمع الإمامة، ومثله فى متن الملتقى ودرر البحار : وزاد بعضهم الأذان والإقامة والوعظ، وذكر المصنف معظمها، ولكن الذى فى أكثر الكتب

(ويجبر المستأجر على دفع ماقبل) فيجب المسمى بعقد وأجر المثل إذا لم تذكر مدة شرح وهبانية من الشركة (ويحبس به) به يفتى (ويجبر على) دفع (الحلوة المرسومة) هي ما يهدى للمعلم على رءوس بعض سور القرآن ، سميت بها لأن العادة إهداء الحلاوى .
(ولو دفع غزلا لآخر لينسجه له بنصفه) أي بنصف الغزل (أو استأجر بغلا ليحمل طعامه ببعضه أو ثورا ليطحن بره

الاقتصار على ما في الهداية ، فهذا مجموع ما أفتى به المتأخرون من مشايخنا وهم البلخيون على خلاف في بعضه مخالفين ما ذهب إليه الإمام وصاحباه ، وقد اتفقت كلمتهم جميعا في الشروح والفتاوى على التعليل بالضرورة وهي خشية ضياع القرآن كما في الهداية ، وقد نقلت لك ما في مشاهير متون المذهب الموضوعة للفتوى فلا حاجة إلى نقل ما في الشروح والفتاوى ، وقد اتفقت كلمتهم جميعا على التصريح بأصل المذهب من عدم الجواز ، ثم استثنوا بعده ما علمته ، فهذا دليل قاطع وبرهان ساطع على أن المفتى به ليس هو جواز الاستئجار على كل طاعة بل على ما ذكروه فقط مما فيه ضرورة ظاهرة تبيح الخروج عن أصل المذهب من طرو المنع ، فإن مفاهيم الكتب حجة ولو مفهوم لقب على ما صرح به الأصوليون بل هو منطوق ، فإن الاستثناء من أدوات العموم كما صرحوا به أيضا . وأجمعوا على أن الحج عن الغير بطريق النيابة لا الاستئجار ، ولهذا لو فضل مع النائب شيء من النفقة يجب عليه رده للأصيل أو ورثته ، ولو كان أجرة لما وجب رده ، فظهر لك بهذا عدم صحة ما في الجوهرة من قوله واختلفوا في الاستئجار على قراءة القرآن مدة معلومة : قال بعضهم : لا يجوز ، وقال بعضهم : يجوز وهو المختار اهـ والصواب أن يقال على تعليم القرآن ، فإن الخلاف فيه كما علمت لا في القراءة المجردة فإنه لا ضرورة فيها ، فإن كان ما في الجوهرة سبق قلم فلا كلام ، وإن كان عن عمد فهو مخالف لكلامهم قاطبة فلا يقبل .

وقد أطنب في رده صاحب تبيين المحارم مستندا إلى النقول الصريحة ، فمن جملة كلامه قال تاج الشريعة في شرح الهداية : إن القرآن بالأجرة لا يستحق الثواب لا للميت ولا للقارئ . وقال العيني في شرح الهداية : ويمنع القارئ للدنيا ، والآخذ والمعطي آثمان .

فالحاصل أن ما شاع في زماننا من قراءة الأجزاء بالأجرة لا يجوز لأن فيه الأمر بالقراءة وإعطاء الثواب للآمر والقراءة لأجل المال ؛ فإذا لم يكن للقارئ ثواب لعدم النية الصحيحة فأين يصل الثواب إلى المستأجر ولولا الأجرة ما قرأ أحد لأحد في هذا الزمان بل جعلوا القرآن العظيم مكسبا ووسيلة إلى جمع الدنيا — إنا لله وإنا إليه راجعون — اهـ : وقد اغتر بما في الجوهرة صاحب البحر في كتاب الوقف وتبعه الشارح في كتاب الوصايا حيث يشعر كلامها بجواز الاستئجار على كل الطاعات ومنها القراءة . وقد رده الشيخ خير الدين الرملي في حاشية البحر في كتاب الوقف حيث قال : أقول المفتى به جواز الأخذ استحسانا على تعليم القرآن لا على القراءة المجردة كما صرح به في التاترخانية حيث قال : لا معنى لهذه الوصية ولصلة القارئ بقراءته لأن هذا بمنزلة الأجرة والإجارة في ذلك باطلة وهي بدعة ولم يفعلها أحد من الخلفاء ، وقد ذكرنا مسألة تعليم القرآن على استحسان اهـ يعني للضرورة ولا ضرورة في الاستئجار على القراءة على القبر وفي الزيلعي وكثير من الكتب : لو لم يفتح لهم باب التعليم بالأجر لذهب القرآن فأفتوا بجوازه ورأوه حسنا فتنبه اهـ كلام الرملي .

وما في التاترخانية فيه رد على من قال لو أوصى لقارئ يقرأ على قبره بكذا ينبغي أن يجوز على وجه الصلة دون الأجر ، وممن صرح ببطلان هذه الوصية صاحب الولوالجية والمحيط والبزازية ، وفيه رد أيضا على صاحب

بيعض دقيقه) فسدت فى الكل لأنه استأجره بجزء من عمله، والأصل فى ذلك نهيه صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وقدمناه فى بيع الوفاء: والحيلة أن يفرز الأجر أولا أو يسمى قفيزا بلا تعيين ثم يعطيه قفيزا منه فيجوز ولو استأجره ليحمل له

البحر حيث علل البطلان بأنه مبنى على القول بكراهة القرآن على القبر وليس كذلك، بل لما فيه من شبه الاستئجار على القراءة كما علمت، وصرح به فى الاختيار وغيره، ولذا قال فى الولوالجية ما نصه: ولو زار قبر صديق أو قريب له وقرأ عنده شيئا من القرآن فهو حسن، أما الوصية بذلك فلا معنى لها ولا معنى أيضا لصلة القارئ، لأن ذلك يشبه استئجاره على قراءة القرآن وذلك باطل ولم يفعل ذلك أحد من الخلفاء اه إذ لو كانت العلة ما قاله لم يصح قوله هنا فهو حسن، وممن أفتى ببطلان هذه الوصية الخير الرملى كما هو مبسوط فى وصايا فتاواه فراجعها.

ونقل العلامة الخلوتى فى حاشية المنتهى الحنبلى عن شيخ الإسلام تقى الدين ما نصه: ولا يصح الاستئجار على القراءة وإهدائها إلى الميت، لأنه لم ينقل عن أحد من الأئمة الإذن فى ذلك: وقد قال العلماء: إن القارئ إذا قرأ لأجل المال فلا ثواب له فأى شىء يهديه إلى الميت، وإنما يصل إلى الميت العمل الصالح، والاستئجار على مجرد التلاوة لم يقل به أحد من الأئمة، وإنما تنازعوا فى الاستئجار على التعليم اه بحروفه، وممن صرح بذلك أيضا الإمام البركوى قدس سره فى آخر الطريقة المحمدية فقال: الفصل الثالث فى أمور مبتدعة باطلة أكب الناس عليها على ظن أنها قرب مقصودة إلى أن قال: ومنها الوصية من الميت باتخاذ الطعام والضيافة يوم موته أو بعده وبإعطاء دراهم لمن يتلو القرآن لروحه أو يسبح أو يهلل له وكلها بدع منكرات باطلة، والمأخوذ منها حرام للآخذ، وهو عاص بالتلاوة والذكر لأجل الدنيا اه ملخصا: وذكر أن له فيها أربع رسائل.

فإذا علمت ذلك ظهر لك حقيقة ما قلناه وأن خلافه خارج عن المذهب وعما أفتى به البلخيون وما أطبق عليه أئمتنا متونا وشروحا وفتاوى، ولا ينكر ذلك إلا غمر مكابر أو جاهل لا يفهم كلام الأكابر، وما استدل به بعض المحشين على الجواز بحديث البخارى فى اللديغ فهو خطأ لأن المتقدمين المانعين الاستئجار مطلقا جوزوا الرقية بالأجرة ولو بالقرآن كما ذكره الطحاوى لأنها ليست عبادة محضة بل من التداوى: وما نقل عن بعض الهوامش وعزى إلى الحاوى الزاهدى من أنه لا يجوز الاستئجار على الختم بأقل من خمسة وأربعين درهما فخارج عما اتفق عليه أهل المذهب قاطبة: وحينئذ فقد ظهر لك بطلان ما أكب عليه أهل العصر من الوصية بالختمات والتهاليل مع قطع النظر عما يحصل فيها من المنكرات التى لا ينكرها إلا من طمست بصيرته، وقد جمعت فيها رسالة سميتها [شفاء العليل وبل الغليل فى حكم الوصية بالختمات والتهاليل] وأتيت فيها بالعجب العجاب لذوى الألباب، وما ذكرته هنا بالنسبة إليها كقطرة من بحر أو شذرة من عقد نحر، وأطلعت عليها محشى هذا الكتاب فقيه عصره ووحيد دهره السيد أحمد الطحطاوى مفتى مصر سابقا فكتب عليها وأثنى الثناء الجميل، فالله يجزيه الخير الجزيل، وكتب عليها غيره من فقهاء العصر (قوله فسدت فى الكل) ويجب أجر المثل لا يجاوز به المسمى زيلعى (قوله بجزء من عمله) أى ببعض ما يخرج من عمله، والقدرة على التسليم شرط وهو لا يقدر بنفسه زيلعى (قوله عن قفيز الطحان) وهو المسألة الثالثة التى ذكرها المصنف كما ذكره الزيلعى (قوله والحيلة أن يفرز الأجر أولا) أى ويسلمه إلى الأجير، فلو خلطه بعد وطحن الكل ثم أفرز الأجرة ورد الباقى جاز، ولا يكون فى معنى قفيز الطحان إذ لم يستأجره أن يطحن بجزء منه أو بقفيز منه كما فى المنح عن جواهر الفتاوى. قال الرملى: وبه علم بالأولى جواز ما يفعل فى ديارنا من أخذ الأجرة من الحنطة والدراهم معا ولا شك فى جوازه اه (قوله بلا تعيين)

لصف هذا الطعام بنصفه الآخر لا أجر له أصلا لصيرورته شريكا، وما استشكله الزيلعي أجاب عنه المصنف: قال وصرحوا بأن دلالة النص لا عموم لها فلا يخصص عنها شيء بالعرف كما زعمه مشايخ بلخ (أو) استأجر (خبازا ليخبز له كذا) كقفيز دقيق (اليوم بدرهم) فسدت عند الإمام لجمعه بين العمل والوقت ولا ترجيح لأحدهما

أى من غير أن يشترط أنه من المحمول أو من المطحون فيجب فى ذمة المستأجر زيلعى (قوله نصف هذا الطعام) قيد بالنصف لأنه لو استأجره ليحمل الكل بنصفه لا يكون شريكا فيجب أجر المثل وهى مسألة المتن (قوله لا أجر له أصلا) أى لا المسمى ولا أجر المثل عناية (قوله لصيرورته شريكا) قال الزيلعى: لأن الأجير ملك النصف فى الحال بالتعجيل فصار الطعام مشتركا بينهما فلا يستحق الأجر لأنه لا يعمل شيئا لشريكه إلا ويقع بعضه لنفسه هكذا قالوا.

وفيه إشكالان: أحدهما أن الإجارة فاسدة والأجرة لا تملك بالصحيحة منها بالعقد عندنا سواء كان عينا أو دينا على ما بيناه من قبل، فكيف ملكه هنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل. والثانى أنه قال ملكه فى الحال، وقوله لا يستحق الأجر ينافى الملك لأنه لا يملكه إذا ملكه إلا بطريق الأجرة، فإذا لم يستحق شيئا فكيف يملكه وبأى سبب يملكه اهـ (قوله أجاب عنه المصنف) قلت: وأجاب فى الحواشى السعدية بقوله لعل مرادهم: أى بقولهم لا يستحق الأجر نفى الملك لأن وجوده يؤدى إلى عدمه وما هو كذلك يبطل، فقولهم ملك الأجر فى الحال كلام على سبيل الفرض والتقدير، والظاهر أن وضع المسألة فيما إذا سلم إلى الأجير كل الطعام فيكون تقدير الكلام لو وجب الأجر فى الصورة المفروضة لملك الأجير الأجرة فى الحال بالتعجيل، والثانى باطل إذ يكون حينئذ مشتركا فيفضى إلى عدم وجوب الأجرة، وكل ما أفضى وجوده إلى انتفاء لزومه فهو باطل اهـ.

وحاصل جواب المصنف عن الأول أن الأجرة هنا معجلة كما صرح به الزيلعى فى صدر تقريره، وهى تملك بالتعجيل كما تملك باشتراطه. وعن الثانى أنه لما ملكه بالتعجيل وعمل تبين بعد العمل عدم استحقاقه لشيء من الأجرة، كما لو عجلها عند العقد فاستحقها مستحق تبين كونه ليس بمالك لها اهـ. وفيه نظر، فإن هذا العقد لا يخلو إما أن يكون باطلا أو فاسدا أو صحيحا، أما الباطل فلا أجر فيه أصلا كما مر أول الباب فكيف يملك بالتعجيل، وأما الفاسد فلا يجب الأجر فيه إلا بحقيقة الانتفاع كما مر مرارا فلا يملك بالتعجيل أيضا قبل العمل وبعد العمل يجب أجر المثل. وفرض المسألة هنا أنه لا أجر أصلا. وأما الصحيح فيملك الأجر فيه بالتعجيل مع الإفراز وهنا حصل فى ضمن التسليم، إذ لو أفرزه وسلمه إلى الأجير ثم خلطه وحمل الكل معا جاز كما قدمناه آنفا عن جواهر الفتاوى إلا أن يقال(١) العقد صحيحا ثم طرأ عليه الفساد عند العمل قبل الإفراز، وحينئذ فقول الزيلعى: إن هذه الإجارة فاسدة، أى مآلا، أما فى الحال فهى صحيحة فليتأمل.

مطلب يخص القياس والأثر بالعرف العام دون الخاص

(قوله كما زعمه مشايخ بلخ) قال فى التبيين: ومشايخ بلخ والنسفى يجيزون حمل الطعام ببعض المحمول

---

(١) (قوله إلا أن يقال الخ) صريح فى أن بطلان الملك إنما جاء من عدم الإفراز وهو يقتضى اشتراط الإفراز، قال شيخنا: ولا قائل به فى عقود المعاوضة. وقد رأيت فى تكملة الفتح معزيا لشرح الجامع للإمام السرخسى ما هو قريب من جواب المصنف، أى وجواب المصنف فيه التصريح بالملك بدون اشتراط للإفراز، وأن الفساد لم يجئ من عدم الإفراز بل من جهة أخرى، ولا يخفى أن كلام السرخسى حجة فيكون جوابه نصاً فى المسألة فليمكن التعويل عليه اهـ.

فيفضى للمنازعة ، حتى لو قال فى اليوم أو على أن تفرغ منه اليوم جازت إجماعا (أو أرضا بشرط أن يثنيها) أى يحرثها (أو يكرى أنهارها) العظام

ونسج الثوب ببعض المنسوج لتعامل أهل بلادهم بذلك ، ومن لم يجوّزه قاسه على قفيز الطحان .

والقياس يترك بالتعارف. ولئن قلنا إنه ليس بطريق القياس بل النص يتناوله دلالة فالنص يخص بالتعارف ألا ترى أن الاستصناع ترك القياس فيه ، وخص من القواعد الشرعية بالتعامل ، ومشايخنا رحمهم الله لم يجوزوا هذا التخصيص ، لأن ذلك تعامل أهل بلدة واحدة وبه لا يخص الأثر ، بخلاف الاستصناع فإن التعامل به جرى فى كل البلاد ، وبمثله يترك القياس ويخص الأثر اهـ. وفى العناية : فإن قيل لا نتركه بل يخص عن الدلالة بعض ما فى معنى قفيز الطحان بالعرف كما فعل بعض مشايخ بلخ فى الثياب لجريان عرفهم بذلك. قلت : الدلالة لاعموم لها حتى تخص اهـ ط (قوله فيفضى للمنازعة) فيقول المؤجر المعقود عليه العمل والوقت ذكر للتعجيل ويقول المستأجر بل هو الوقت والعمل للبيان . وقال الصاحبان : هى صحيحة ، ويقع العقد على العمل ، وذكر الوقت للتعجيل تصحيحا للعقد عند تعذر الجمع بينهما فترتفع الجهالة . وظاهر كلام الزيلعى ترجيح قولهما وهذا إذا أخر الأجرة ، أما إذا وسطها فالمعقود عليه المتقدم لتمام العقد بذكر الأجر ثم المتأخر إن كان وقتا فللتعجيل، وإن كان عملا فلبيان العمل فى ذلك الوقت فلا يفسد كما نقله ابن الكمال عن الخانية ومثله فى القهستانى عن الكرمانى: وزاد عن المنية وإذا قدمها فسد أيضا .

ثم اعلم أن هذا الخلاف أيضا فيما إذا كان العمل مبين المقدار معلوما حتى يصلح لكونه معقودا عليه فيزاحم الوقت فيفسد ولذا قال ليخبز له كذا قفيز دقيق ، فلو لم يبين صح لأنه لجهالته كأنه لم يذكر إلا الوقت ، كما إذا استأجر رجلا يوما ليبنى له بالآجر والجص جاز بلا خلاف ، فلو بين العمل على وجه يجوّز إيراد العقد عليه بأن بين قدر البناء لايجوز عند الإمام كما ذكره فى الأصل ، وحينئذ فلا يشكل ما سيأتى فى بحث الأجير الخاص لو استأجره شهرا لرعى الغنم بكذا صح مع أن فيه الجمع بين المدة والعمل لأنه لم يبين قدر الغنم المرعى كما نبه عليه العلامة الطورى فاحفظه (قوله جازت إجماعا) أما فى الأول وهو رواية عن الإمام كما ذكره الزيلعى فلأن كلمة فى للظرف لالتقدير المدة فلا تقتضى الاستغراق فكان المعقود عليه العمل وهو معلوم، بخلاف ما إذا حذفت فإنه يقتضى الاستغراق ، وقد مر نظيره فى الطلاق فى قوله أنت طالق غدا أو فى الغد : وأما فى الثانى فلأن اليوم لم يذكر مقصودا كالعمل حتى يضاف العقد إليهما بل ذكر لإثبات صفة فى العمل والصفة تابعة للموصوف غير مقصودة بالعقد كما فى التبيين (قوله بشرط أن يثنيها) فى القاموس ثناه تثنية جعله اثنين اهـ وهو على حذف مضاف أى يثنى حرثها .

وفى المنح إن كان المراد أن يردها مكروبة فلا شك فى فساده ، وإلا فإن كانت الأرض لا تخرج الريع إلا بالكراب مرتين لا يفسد وإن مما تخرج بدونه ، فإن كان أثره يبقى بعد انتهاء العقد يفسد لأن فيه منفعة لرب الأرض وإلا فلا اهـ ملخصا ه وذكر فى التاترخانية عن شيخ الإسلام ما حاصله أن الفساد فيما إذا شرط ردها مكروبة بكراب يكون فى مدة الإجارة ، أما إذا قال على أن تكربها بعد مضى المدة أو أطلق صح وانصرف إلى الكراب بعده : قال : وفى الصغرى واستفدنا هذا التفصيل من جهته وبه يفتى اهـ .

قلت : ووجهه أن الكراب يكون حينئذ من الأجرة تأمل (قوله أى يحرثها) فالحرث هو الكرب وهو إثارة الأرض للزراعة كالكراب قاموس (قوله أو يكرى) من باب رمى أى يحفر (قوله العظام) لأن أثره يبقى

(أو يسرقنها) لبقاء أثر هذه الأفعال لرب الأرض، فلو لم تبق لم تفسد (أو) بشرط (أن يزرعها بزراعة أرض أخرى) لما يجيء أن الجنس بانفراده يحرم النساء ، وقوله (فسدت) جواب الشرط وهو قوله ولو دفع الخ (وصحت لو استأجرها على أن يكربها ويزرعها أو يسقيها ويزرعها) لأنه شرط يقتضيه العقد

(ولو) استأجره (لحمل طعام) مشترك (بينهما فلا أجر له) لأنه لايعمل شيئا لشريكه إلا ويقع بعضه لنفسه فلا يستحق الأجر (كراهن استأجر الرهن من المرتهن) فإنه لا أجر له لنفعه بملكه. وفى جواهر الفتاوى: ولو استأجر حماما فدخل المؤجر مع بعض أصدقائه الحمام لا أجر عليه لأنه يسترد بعض المعقود عليه وهو منفعة الحمام فى المدة ، ولا يسقط شيء من الأجرة لأنه ليس بمعلوم .

(استأجر أرضا ولم يذكر أنه يزرعها

إلى القابل عادة ، بخلاف الجداول أى الصغار فلا تفسد بشرط كربها هو الصحيح ابن كمال (قوله أو يسرقنها) أى يضع فيها السرقين وهو الزبل لتهييج الزرع ط (قوله فلو لم تبق) بأن كانت المدة طويلة لم تفسد لأنه لنفع المستأجر فقط (قوله أو بشرط أن يزرعها الخ) أى استأجر أرضا ليزرعها وتكون الأجرة أن يزرع المؤجر أرضا أخرى هي للمستأجر لا يجوز عندنا منح فهو إجارة المنفعة بالمنفعة المتحدة ، وسيأتى الكلام فيها (قوله لما يجيء) أى قريبا ح (قوله أن الجلس بانفراده يحرم النساء) والزراعة المطلقة من جنس الزراعة المطلقة :

فإن قلت : العين قائمة مقام المنفعة على ما هو مقرر فلم يوجد النساء : قلنا : العين إنما تقام مقام المنفعة على خلاف القياس للضرورة وذلك فيما إذا وقعت المنفعة معقودا عليها وهى فى مسألتنا مالم يصحبه الباء فما صحبه لاتقام العين فيه مقام المنفعة فبقى على الأصل فكان لسيئة ح (قوله لأنه شرط يقتضيه العقد) لأن نفعه للمستأجر فقط (قوله فلا أجر له) أى لا المسمى ولا أجر المثل زيلعى ، لأن الأجر يجب فى الفاسدة إذا كان له نظير من الإجارة الجائزة وهذه لا نظير لها إتقانى ، وظاهر كلام قاضيخان فى الجامع أن العقد باطل لأنه قال لاينعقد العقد تأمل (قوله لأنه لايعمل الخ) فإن قيل : عدم استحقاقه للأجر على فعل نفسه لايستلزم عدمه بالنسبة إلى ما وقع لغيره : فالجواب أنه عامل لنفسه فقط لأنه الأصل وعمله لغيره مبنى على أمر مخالف للقياس فاعتبر الأول ، ولأنه ما من جزء يحمله إلا وهو شريك فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه لأنه يمنع تسليم العمل إلى غيره فلا أجر عناية وتبيين ملخصا .

وفى غاية البيان : طعام بين اثنين ولأحدهما سفينة فاستأجر الآخر نصفها بعشرة دراهم جاز ، وكذا لو أراد أن يطحنا الطعام فاستأجر نصف الرحى الذى لشريكه أو استأجر أنصاف جواليقه هذه ليحمل هذا الطعام إلى مكة جاز ، ولو استأجر عبد صاحبه أو دابة عبد صاحبه أو دابته ليحمله أو استأجر العبد لحفظ الطعام لا يجوز سواء استأجر العبد أو الدابة كله أو نصفه ولا أجر له ، والأصل أن كل ما لا يستحق الأجر إلا بإيقاع عمل فى العين المشتركة لايجوز ، وكل ما يستحق بدونه يجوز فإنه تجب الأجرة بوضع العين فى الدار والسفينة والرحى لا بإيقاع عمل اه ملخصا أى فإن للعبد والدابة عملا فى العين المشتركة وهو الحمل أو الحفظ ، أما السفينة مثلا فلا عمل لها أصلا (قوله لنفعه بملكه) الذى ينبغى أن يقول لانتفاعه بملكه ح ، وإنما كان كذلك لأن المرتهن غير مالك للمنافع فلا يملك تمليكها وإنما هى للراهن ولكنه ممنوع من الانتفاع لتعلق حق المرتهن فإذا آجره فقد أبطل حقه (قوله لأنه يسترد الخ) بيانه أنه قد باعه منفعة الحمام مدة معلومة وقد استوفى المؤجر بعضها فانفسخ بقدره ثم الأجرة تثبت فى ذمة المستأجر بالعقد ، والقدر الذى فسخت فيه غير معلوم ولا يمكن إسقاط شيء بحسابه للجهالة فبقى جميع

أو أى شيء يزرعها) فسدت إلا أن يعمم ، بخلاف الدار لوقوعه على السكنى كما مر ، وإذا فسدت (فزرعها فمضى الأجل) عاد صحيحا (فله المسمى) استحسانا ، وكذا لو لم يمض الأجل لارتفاع الجهالة بالزراعة قبل تمام العقد :

قلت : فلو حذف قوله فمضى الأجل كقاضيخان فى شارح الجامع لكان أولى (وإن استأجر حمارا إلى بغداد ولم يسم حمله فحمله المعتاد فهلك) الحمار (لم يضمن) لفساد الإجارة ، فالعين أمانة كما فى الصحيحة (فإن بلغ فله المسمى) لما مر فى الزراعة (فإن تنازعا قبل الزرع) فى مسألة الزراعة (أو الحمل) فى مسألتنا (فسخت الإجارة دفعا للفساد) لقيامه بعد .

(استأجر دابة ثم جحد الإجارة فى بعض الطريق وجب عليه أجر ما ركب قبل الإنكار ، ولا يجب لما بعده) عند أبى يوسف لأنه بالجحود صار غاصبا والأجر والضمان لا يجتمعان ، وعند محمد يجب المسمى درر وكأنه

الأجرة على المستأجر رحمتى (قوله أو أى شيء يزرعها) أى أو ذكر أنه يزرعها ولم يذكر أى شيء يزرع (قوله كما مر) أى أول باب ما يجوز من الإجارة ، وهذه المسألة فى الحقيقة تصريح بمفهوم قوله هناك وأرض للزراعة الخ (قوله عاد صحيحا) كذا فى الملتقى والغرر والإصلاح والمنح: واعترضه فى الشرنبلالية بأن صحة العقد لا تتوقف على مضى الأجل بعد الزراعة بل إذا زرع ارتفعت الجهالة اهـ .

أقول : إنما ذكره ليفرع عليه قوله فله المسمى ، فإنه لو بقى فاسدا وجب أجر المثل (قوله وكذا لو لم يمض الأجل) أى يعود صحيحا ، وهو إشارة إلى ماقدمناه عن الشرنبلالى ، ومنشأ الاعتراض زيادة قوله عاد صحيحا ، وإنما ذكره ثم اعترضه لأن المصنف ذكره فى تقرير شرح متنه فكان مرادا له: وقد يدفع الاعتراض بأن عوده صحيحا بعد الزرع ومضى الأجل صحيح أى بعد مجموع هذين الشيئين فليس فيه مايقتضى توقف عوده صحيحا على مضى الأجل فتأمل (قوله قبل تمام العقد) أى قبل تمام مدته ، وقول العناية قبل تمام العقد بنقض الحاكم مما لا تقبله الفطرة السليمة فإنه ينفسخ من الأصل بنقض الحاكم فكيف يتم به وتمام الشيء من آثار بقائه طورى (قوله كقاضيخان) وعبارته : فإن زرعها فله ماسمى من الأجر لأنه عاد جائزا وهذا استحسان ، لأن الإجارة تنعقد ساعة فساعة على حساب حدوث المنفعة ، والفساد كان لأجل الجهالة فإذا ارتفعت كان الارتفاع فى هذه الساعة كالارتفاع فى وقت العقد فيعود جائزا (قوله فحمله المعتاد) خرج غير المعتاد فيضمن إن هلك كما فى الإتقانى (قوله لفساد الإجارة الخ) كذا فى الدرر والمنح ، والأولى قول الهداية لأن العين أمانة وإن كانت الإجارة فاسدة (قوله لما مر فى الزراعة) أى من ارتفاع الجهالة قبل تمام العقد ، وظاهره أنها تنقلب صحيحة بمجرد حمل المعتاد قبل بلوغه إلى بغداد وبه صرح الإتقانى ، وتقدم فى كلام الشارح فى باب مايجوز من الإجارة حيث قال : ولو لم يبين من يركبها فسدت للجهالة وتنقلب صحيحة بركوبها اهـ وهو مخالف لما تقدم عن الهداية آنفا تأمل (قوله فسخت) أى أبطلها القاضى لأن العقد الفاسد يجب نقضه وإبطاله ذخيرة (قوله دفعا للفساد) الأولى رفعا بالراء ، كان دفعا بالدال لأن الفساد قائم يحتاج إلى الرفع لا غير قائم حتى يحتاج إلى الدفع فافهم إتقانى (قوله لقيامه بعد) أى فى الحال ط (قوله والأجر والضمان لا يجتمعان) أى أجر مابعد الجحود مع ضمان الدابة لو هلكت بعد الجحود ح .

قلت: وأما أجر ماقبل الجحود فيجب وإن هلكت بعده ولا يلزم اجتماعهما لاختلاف الجهة كما مر نظيره تأمل (قوله وعند محمد يجب المسمى) أى إن سلمت الدابة . قال المقدسى فى شرح الكنز : وأوجب محمد الأجر لأنه سلم من الاستعمال فسقط الضمان ، كذا فى التبيين وشروح المجمع : وأنت خبير بأن المسألة السابقة ونظائرها تؤيد ماقال ح .

لا قول للإمام . وفى الأشباه : قصر الثوب المجحود ، فإن قبله فله الأجر وإلا لا وكذا الصباغ والنساج .
(إجارة المنفعة بالمنفعة تجوز إذا اختلفا) جنساً كاستئجار سكنى دار بزراعة أرض (وإذا اتحدا لا) تجوز كإجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب ونحو ذلك ، لما تقرر أن الجنس بانفراده يحرم النساء فيجب أجر المثل باستيفاء النفع كما مر لفساد العقد .
(استأجره ليصيد له أو يحتطب له ، فإن) وقت لذلك (وقتاً جاز) ذلك (وإلا لا) فلو لم يوقت وعين الحطب فسد (إلا إذا عين الحطب وهو) أى الحطب (ملكه فيجوز) مجتبى ، وبه يفتى صيرفية .
[فروع] استأجر امرأته لتخبز له خبزاً للأكل لم يجز ، وللبيع جاز صيرفية .

قلت : وفيه نظر فإنه فى المسألة السابقة غير غاصب لإقراره بالإجارة وانقلابها صحيحة بارتفاع الجهالة كما مر .

مطلب يجب الأجر فى استعمال المعد للاستغلال ولو غير عقار

نعم ينبغى وجوب الأجر لو مدة للاستغلال فإنه لا يختص بالعقار كما وهم ، وقد أفتى فى الحامدية بوجوب الأجر على مستعمل دابة المكارى مستنداً للنقل كما سنذكره فى الغصب ، ومثله فى المرادية فتنبه (قوله وفى الأشباه الخ) كلام مجمل ، وبيانه ما فى الولوالجية : رجل دفع ثوباً إلى قصار ليقصره فجحده ثم جاء به مقصوراً وأقر بذلك ، إن قصره قبل الجحود له الأجر لأن العمل وقع لصاحب الثوب ، وإن بعده لا لوقوع العمل للعامل لأنه غاصب بالجحود ولو كان صباغاً ، والمسألة بحالها إن صبغه قبل الجحود له الأجر ، وإن بعده إن شاء رب الثوب أخذه وأعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيه ، وإن شاء تركه وضمنه قيمته أبيض ، ولو دفع غزلاً إلى نساج والمسألة بحالها ، إن نسجه قبل الجحود له الأجر ، وإن بعده لا أجر له والثوب للنساج وعليه قيمة الغزل ، كما إذا كان حنطة فطحنها (قوله إجارة المنفعة الخ) هذه أعم من قوله السابق أو أن يزرعها بزراعة أرض أخرى (قوله كإجارة السكنى بالسكنى) أى سكنى دار بأخرى ، فلو بحانوت يصح للاختلاف منفعة ، وقيل لا يصح : ومعاوضة البقر بالبقر فى الأكداس لا تجوز لاتحاد الجنس ، والبقر بالحمير يجوز لاختلاف الجنس جامع الفصولين : والكدس : بالضم الحب المحصود المجموع قاموس . وفى شرح قاضيخان : وخدمة العبد والأمة جنس واحد ، فإن خدم أحد هذين دون الآخر فى رواية يجب أجر المثل ، وفى رواية لا يجب شىء اهـ : وفى التاترخانية : إذا قوبلت المنفعة بجنسها واستوفى الآخر عليه أجر المثل فى ظاهر الرواية وعليه الفتوى (قوله لما تقرر الخ) تقدم الكلام فيه ، وعلل بعلة أخرى وهى أن عنده من ذلك الجنس ملكاً والإجارة جوزت على خلاف الجنس للحاجة (قوله لفساد العقد) الأولى أن يقول بحكم عقد فاسد ويكون الجار متعلقاً باستيفاء ط (قوله جاز) لأنه أجير وحد وشرطه بيان الوقت (قوله وإلا لا) أى والحطب للعامل ط (قوله فسد) قال فى الهندية : ولو قال هذا الحطب فالإجارة فاسدة والحطب للمستأجر وعليه أجر مثله اهـ ط (قوله وبه يفتى صيرفية) قال فيها : إن ذكر اليوم فالعاقد للآمر وإلا فللمأمور ، وهذه رواية الحاوى وبه يفتى . قال فى المنح : وهذا يوافق ما قدمناه عن المجتبى ومن ثم عولنا عليه فى المختصر (قوله لم يجز) لأن هذا العمل من الواجب عليها ديانة ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قسم الأعمال بين فاطمة وعلى ، فجعل عمل الداخل على فاطمة وعمل الخارج على على ، وأفاد المصنف آخر الباب أن استئجار المرأة للطبخ والخبز وسائر أعمال البيت لا تنعقد ونقله عن المضمرات ط .

قلت : كأنه لأنه واجب عليها ديانة ، ثم راجعت باب النفقة فرأيته عال به وزاد ولو شريفة لأنه عليه الصلاة والسلام قسم الأعمال الخ ، وهذا يدل على ما قدمناه من أن المفتى به عند المتأخرين فى الاستئجار على الطاعات

أجرت دارها لزوجها فسكناها فلا أجر أشباه وخانية .
قلت : لكن فى حاشيتها تنوير البصائر عن المضمرات معزيا للكبرى قال قاضيخان : هنا الفتوى على الصحة لتبعيتها له فى السكنى فليحفظ .
وجاز إجارة الماشطة لتزين العروس إن ذكر العمل والمدة بزازية . وجاز إجارة القناة والنهر مع الماء به يفتى لعموم البلوى مضمرات اه .

مالصوا عليه لا كل طاعة (قوله فلا أجر) لأن منفعة السكنى تعود إليها ، ولأن الزوج يخرج من الدار فى بعض الأوقات وعسى أن يكون عامة نهاره فى السوق وتكون الدار فى يد المرأة خانية (قوله قال قاضى خان) ذكره فى شرحه على الجامع الصغير، وفى الزيادات له: وما تقدم ذكره فى فتاواه أفاده المصنف فى المنح، وحيث ذكره فى شرحه كان هو المعتمد ولهذا قال الشيخ شرف الدين قوله لاأجر : أقول : هذا قول والمفتى به وجوبه الخ (قوله لتبعيتها له فى السكنى) فلا تمنع من التخلية والتسليم (قوله والمدة) عبر فى الذخيرة وغيرها بأو فالواو هنا بمعناها .

مطلب فى استئجار الماء مع القناة واستئجار الآجام والحياض للسمك

(قوله والنهر) هو مجرى الماء (قوله مع الماء) أى تبعا : قال فى كتاب الشرب من البزازية : لم تصح إجارة الشرب لوقوع الإجارة على استهلاك العين مقصودا إلا إذا آجر أو باع مع الأرض فحينئذ يجوز تبعا ، ولو باع أرضا مع شرب أرض أخرى عن ابن سلام أنه يجوز ،ولو آجر أرضا مع شرب أرض أخرى لايجوز وتمامه فيه (١).

مطلب الإجارة إذا وقعت على العين لا تصح والحيلة فيه

وذكر هنا الإجارة إذا وقعت على العين لاتصح ، فلا تجوز على استئجار الآجام والحياض لصيد السمك أو رفع القصب وقطع الحطب أو لسقى أرضها أو لغنمه منها ، وكذا إجارة المرعى : والحيلة فى الكل أن يستأجر موضعا معلوما لعطن الماشية ويبيع الماء والمرعى ، وإنما يحتاج إلى إباحة ماء البئر والعين إذا أتى الشرب على كل الماء وإلا فلا حاجة إلى الإذن إذا لم يضر بحريم البئر أوالنهر : استأجر نهرا يابسا أو أرضا أو سطحا مدة معلومة ولم يقل شيئا صح وله أن يجرى فيه الماء اه .

مطلب فى أجرة الدلال

[تتمة] قال فى التاترخانية : وفى الدلال والسمسار يجب أجر المثل ، وماتوا ضعوا عليه أن فى كل عشرة دنانير كذا فذاك حرام عليهم . وفى الحاوى : سئل محمد بن سلمة عن أجرة السمسار ، فقال : أرجو أنه لابأس به وإن كان فى الأصل فاسدا لكثرة التعامل وكثير من هذا غير جائز ،فجوزوه لحاجة الناس إليه كدخول الحمام : وعنه قال : رأيت ابن شجاع يقاطع نساجا ينسج له ثيابا فى كل سنة .

مطلب أسكن المقرض فى داره يجب أجر المثل

وفى الخانية : رجل استقرض دراهم وأسكن المقرض فى داره ، قالوا : يجب أجر المثل على المقرض، لأن المستقرض إنما أسكنه فى داره عوضا عن منفعة القرض لامجانا وكذا لو أخذ المقرض من المستقرض حمارا ليستعمله

---

(١) (قوله وتمامه فيه الخ) قال شيخنا : والفرق بين البيع والإجارة أن الإجارة هى بيع المنافع فتكون واردة على استهلاك العين فيه ، بخلاف البيع فإن المقصود منه تملك الأعيان والشرب عين يصح إيراد العقد عليه اه .

باب ضمان الأجير

(الأجراء على ضربين : مشترك وخاص ، فالأول من يعمل لا لواحد) كالخياط ونحوه (أو يعمل له عملا غير موقت) كأن استأجره للخياطة فى بيته غير مقيدة بمدة كان أجيرا مشتركا وإن لم يعمل لغيره (أو موقتا بلا تخصيص) كأن استأجره ليرعى غنمه شهرا بدرهم كان مشتركا ، إلا أن يقول ولا ترعى غنم غيرى وسيتضح.
وفى جواهر الفتاوى : استأجر حائكا لينسج ثوبا ثم آجر الحائك نفسه من آخر للنسج صح كلا العقدين لأن المعقود عليه العمل لا المنفعة (ولا يستحق المشترك الأجر حتى يعمل كالقصار ونحوه) كفتال وحمال ودلال وملاح ، وله خيار الرؤية فى كل عمل يختلف باختلاف المحل

إلى أن يرد عليه الدراهم اه وهذه كثيرة الوقوع ، والله تعالى أعلم .

باب ضمان الأجير

لما فرغ من ذكر أنواع الإجارة صحيحها وفاسدها شرع فى بيان الضمان لأنه من جملة العوارض التى تترتب على عقد الإجارة فيحتاج إلى بيانها كذا فى غاية البيان ؛ ولا يخفى أن معنى ضمان الأجير إثباتا ونفيا ، ولو لم يكن معناه ذلك بل إثبات الضمان فقط لزم أن لايصح عنوان الباب على قول الإمام أصلا لأنه لاضمان عنده على أحد من الأجير المشترك والخاص طورى .

مبحث الأجير المشترك

(قوله فالأول الخ) قال فى العناية : والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دورى اه يعنى لو قدم الخاص لتوجه السؤال عن سبب تقديمه على المشترك أيضا ، لأن لتقديم كل منهما على الآخر وجها ؛ أما المشترك فلأنه بمنزلة العام بالنسبة إلى الخاص مع كثرة مباحثه ، وأما الخاص فلأنه بمنزلة المفرد من المركب ، لكن تقديم المشترك هنا أولى لأن الباب باب ضمان الأجير وذلك فى المشترك فتأمل ، فإن بما ذكر لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك كما لايخفى وكان لابد منه سعدية (قوله من يعمل لا لواحد) قال الزيلعى : معناه من لايجب عليه أن يختص بواحد عمل لغيره أولم يعمل ، ولا يشترط أن يكون عاملا لغير واحد ، بل إذا عمل لواحد أيضا فهو مشترك إذا كان بحيث لايمتنع ولا يتعذر عليه أن يعمل لغيره (قوله ونحوه) أتى به وإن أغنت عنه الكاف لئلا يتوهم أنها استقصائية فافهم. قال الطورى : وفى العناية المشترك الحمال والملاح والحائك والخياط والنداف والصباغ والقصار والراعى والحجام والبزاغ والبناء والحفار اه (قوله وسيتضح) أى فى بحث الأجير الخاص ، لكنه هناك أحال تحقيقه على الدرر وسنذكره إن شاء الله تعالى (قوله وفى جواهر الفتاوى الخ) أراد به التنبيه على حكم الأجير المشترك والمعقود عليه ، قال الزيلعى : وحكمهما أى المشترك والخاص أن المشترك له أن يتقبل العمل من أشخاص لأن المعقود عليه فى حقه هو العمل أو أثره فكان له أن يتقبل من العامة لأن منافعه لم تصر مستحقة لواحد ، فمن هذا الوجه سمى مشتركا والخاص لايمكنه أن يعمل لغيره لأن منافعه فى المدة صارت مستحقة للمستأجر والأجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الأجر مستحقا وإن نقض العمل اه . قال أبو السعود : يعنى وإن نقض عمل الأجير رجل ، بخلاف مالو كان النقض منه فإنه يضمن كما سيأتى (قوله حتى يعمل)لأن الإجارة عقد معاوضة فتقتضى المساواة بينهما ، فما لم يسلم المعقود عليه للمستأجر لايسلم له العوض والمعقود عليه هو العمل أو أثره على ما بينا فلابد من العمل زيلعى والمراد لايستحق الأجر مع قطع النظر عن أمور خارجية ؛ كما إذا عجل له الأجر أوشرط

مجتبى (ولا يضمن ما هلك فى يده وإن شرط عليه الضمان) لأن شرط الضمان فى الأمانة باطل كالمودع (وبه يفتى) كما فى عامة المعتبرات، وبه جزم أصحاب المتون فكان هو المذهب خلافا للأشباه.

تعجيله كما فى السعدية، وقدمناه أوائل كتاب الإجارة، وتقدم هناك أنه لو طلب الأجر إذا فرغ وسلمه فهلك قبل تسليمه يسقط الأجر، وكذا كل من لعمله أثر، وما لا أثر له كحمال له الأجر كما فرغ وإن لم يسلم (قوله مجتبى) عبارته: شارط قصارا على أن يقصر له ثوبا مرويا بدرهم ورضى به فلما رأى الثوب القصار قال لا أرضى فله ذلك وكذا الخياط، والأصل فيه أن كل عمل يختلف باختلاف المحل يثبت فيه خيار الرؤية عند رؤية المحل ومالا فلا، كمن استأجر ليكيل له هذه الحنطة أو يحجم عبده فلما رأى محل العمل امتنع ليس له ذلك ثم قال: والأصل أن الاستئجار على عمل فى محل هو عنده جائز وما ليس عنده فلا كبيع ما ليس عنده(١) اهـ منح، ومثله فى البزازية قبيل الخامس (قوله ولا يضمن الخ) اعلم أن الهلاك إما بفعل الأجير أولا، والأول إما بالتعدى أولا: والثانى إما أن يمكن الاحتراز عنه أولا، ففى الأول بقسميه يضمن اتفاقا، وفى ثانى الثانى لا يضمن اتفاقا وفى أوله لا يضمن عند الإمام مطلقا ويضمن عندهما مطلقا: وأفتى المتأخرون بالصلح على نصف القيمة مطلقا، وقيل إن مصلحا لا يضمن وإن غير مصلح ضمن، وإن مستورا فالصلح اهـ ح والمراد بالإطلاق فى الموضعين المصلح وغيره.

مطلب يفتى بالقياس على قوله

وفى البدائع: لا يضمن عنده ماهلك بغير صنعه قبل العمل أو بعده لأنه أمانة فى يده وهو القياس. وقالا يضمن إلا من حرق غالب أو لصوص مكابرين وهو استحسان اهـ: قال فى الخيرية: فهذه أربعة أقوال كلها مصححة مفتى بها، وما أحسن التفصيل الأخير والأول قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى: وقال بعضهم: قول أبى حنيفة قول عطاء وطاوس وهما من كبار التابعين، وقولهما قول عمر وعلى وبه يفتى احتشاما لعمر وعلى وصيانة لأموال الناس، والله أعلم اهـ: وفى التبيين: وبقولهما يفتى لتغير أحوال الناس، وبه يحصل صيانة أموالهم اهـ: لأنه إذا علم أنه لا يضمن ربما يدعى أنه سرق أوضاع من يده: وفى الخانية والمحيط والتتمة: الفتوى على قوله، فقد اختلف الإفتاء، وقد سمعت ما فى الخيرية: وقال ابن ملك فى شرح المجمع: وفى المحيط: الخلاف فيما إذا كانت الإجارة صحيحة فلو فاسدة لا يضمن اتفاقا، لأن العين حينئذ تكون أمانة لكون المعقود عليه وهو المنفعة مضمونة بأجر المثل اهـ.

قلت: ومحل الخلاف أيضا فيما إذا كان الهالك محدثا فيه العمل كما فى الجوهرة للحدادى أو لا يستغنى عنه ما يحدث فيه العمل: لما فى البدائع: روى هشام عن محمد فيمن دفع إلى رجل مصحفا يعمل فيه ودفع الغلاف معه أو سكينا ليصقله ودفع الجفن معه، قال محمد: يضمن المصحف والغلاف والسيف والجفن لأن المصحف والسيف لا يستغنيان عن الغلاف والجفن، فإن أعطاه مصحفا يعمل له غلافا أو سكينا يعمل له نصابا فضاع المصحف أو السكين لم يضمنه لأنه لم يستأجره على أن يعمل فيهما بل فى غيرهما اهـ (قوله وبه جزم أصحاب المتون) كالوقاية والملتقى والغرر والإصلاح، فكلهم صرحوا بعدم الضمان وإن شرطه: وأما القدورى والهداية والكنز والمجمع فأطلقوا عدم الضمان فيفهم ذلك من كلامهم (قوله خلافا للأشباه) أى من أنه إن شرط ضمانه ضمن

---

(١) (قوله عنده) أى عند المستأجر اهـ منه.

وأفتى المتأخرون بالصلح على لصف القيمة ، وقيل إن الأجير مصلحا لا يضمن ، وإن بخلافه يضمن ، وإن مستور الحال يؤمر بالصلح عمادية ؛

قلت : وهل يجبر عليه ؟ حرر فى تنوير البصائر نعم كمن تمت مدته فى وسط البحر أو البرية تبقى الإجارة بالجبر (و) يضمن (ماهلك بعمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وغرق السفينة) من مده جاوز المعتاد أم لا بخلاف الحجام

إجماعا ح : وهو منقول عن الخلاصة ، وعزاه ابن ملك للجامع (قوله وأفتى المتأخرون بالصلح) أى عملا بالقولين ومعناه عمل فى كل نصف بقول حيث حط النصف وأوجب النصف بزازية : قال فى شرح الملتقى . قال الزاهدى : على هذا أدركت مشايخنا بخوارزم وأقره القهستانى اه : وفى جامع الفصولين منهم شمس الأئمة الأوزجندى وأئمة فرغانة (قوله وقيل إن الأجير مصلحا الخ) عزاه فى جامع الفصولين إلى فوائد صاحب المحيط (قوله وهل يجبر عليه) أى على الصلح (قوله حرر فى تنوير البصائر نعم) حيث قال : فإن قلت كيف يصح الصلح جبرا . قلت : الإجارة عقد يجرى فيها الجبر بقاء ألا ترى أن من استأجر دابة أو سفينة مدة معلومة وانقضت مدتها فى وسط البرية أو فى لجة البحر فإنها تبقى الإجارة بالجبر ولا يجرى الجبر فى ابتدائها ، وهذه الحالة حالة البقاء فيجرى فيها الجبر اه ه

قلت : هذا السؤال والجواب مذكوران فى البزازية بالحرف مع زيادة فى الجواب ، ذكرهما صاحب البزازية بعد قوله وبعضهم أفتوا بالصلح ، ثم قال بعدهما : ولا يرد ماقاله فى العون ربما لايقبلان : أى الأجير والمستأجر الصلح فاخترت قول الإمام ، لما قلنا إن الصلح مجاز عن الحط : ثم قال فى البزازية : وأئمة سمرقند أفتوا بجواز الصلح بلا جبر اه . فعلم أنهما قولان فى الجبر وعدمه بدليل قوله حط النصف وأوجب النصف فإن الإيجاب جبرى والصلح فيه مجاز عن الحط كما علمت ، وهذا قول الأوزجندى وأئمة خوارزم وفرغانة كما مر ، والثانى قول أئمة سمرقند ، فما فى المنح مما يفيد أن الإمام ظهير الدين رجع عن القول بالجبر لايدل على أن القول به مهجور ، إلا أن ينقل الرجوع عن كل من قال به فافهم (قوله تبقى الإجارة بالجبر) بيان لوجه الشبه الذى تضمنه الكاف ط ، وبحث فيه بعضهم بأنه قياس مع الفارق لتحقق الضرورة فى المقيس عليه (قوله ويضمن ماهلك بعمله) أى من غير قصد فى قول علمائنا الثلاثة ، ولا يستحق الأجرة لأنه ماأوفى بالمنفعة بل بالمضرة بدائع ، وعمل أجيره مضاف إليه فيضمنه وإن لم يضمن الأجير لأنه أجير وحد له مالم يتعد كما سيذكره آخر الباب (قوله من دقه) أى بنفسه أو بأجيره ، فلو استعان برب الثوب فتخرق ولم يعلم أنه من أى دق فعلى قول الإمام ينبغى عدم الضمان للشك ، وعن الثانى يضمن نصف النقصان كما لو تمسك به لاستيفاء الأجر فجذبه صاحبه فتخرق حموى عن الظهيرية ملخصا . قال فى التبيين : ثم صاحب الثوب إن شاء ضمنه غير معمول ولم يعطه الأجر ، وإن شاء ضمنه معمولا وأعطاه الأجر ط ملخصا (قوله وزلق الحمال) الظاهر أنه بالحاء المهملة والمراد الحمال على ظهره مثلا ، أما بالجيم فعلى تقدير مضاف أى جمل الجمال . قال فى شرحه على الملتقى : أى إذا لم يكن من زحمة الناس ، فلو منها لم يضمن خلافا لهما كما فى شرح المجمع . قال : وكذا يضمن لو ساق المكارى دابته فعثرت فسقطت الحمولة اه وكذا يضمن بانقطاع الحبل الذى يشد به المكارى كما فى الكنز والملتقى ، ولو كان الحبل لصاحب المتاع فالقطع لايضمن كذا فى التاترخانية : وفى البدائع : وكذا يضمن الراعى المشترك إذا ساق الدواب على السرعة فازدحمت على القنطرة أو الشط فدفع بعضها بعضا فسقطت فى الماء أو عطبت الدابة بسوقه أو ضربه ولو معتادا (قوله وغرق السفينة من مده) قيد بالمد لأنها لو غرقت من ريح أو موج أو شىء وقع عليها أو صدم جبل فهلك مافيها لايضمن فى قول الإمام رحمه الله . قلت : ويجب على المستأجر أجر ماسارت السفينة قبل الغرق بحسابه وفروع المذهب تشهد لذلك اه

ونحوه كما يأتى عمادية . والفرق فى الدرر وغيره على خلاف ما بحثه صدر الشريعة فتأمل ، لكن قوى القهستانى قول صدر الشريعة فتنبه . وفى المنية هذا إذا لم يكن رب المتاع أو وكيله فى السفينة فإن كان لايضمن إذا لم يتجاوز المعتاد لأن محل العمل غير مسلم إليه . وفيها حمل رب المتاع متاعه على الدابة وركبها فساقها المكارى

سرى الدين عن المجتبى وهذا إنما يظهر إذا كان المستأجر معه وإلا فلم يوجد تسليم وقد سبق أنه لاأجر للمشترك إلا به فتأمل ط (قوله ونحوه) كالبزاغ والفصاد (قوله والفرق فى الدرر وغيرها) حاصله أن بقوة الثوب ورقته يعلم مايتحمله من الدق بالإجتهاد فأمكن تقييده بالسلامة منه ، بخلاف الفصد ونحوه فإنه ينبنى على قوة الطبع وضعفه ولا يعرف ذلك بنفسه ولا مايتحمل من الجرح فلا يمكن تقييده بالسلامة فسقط اعتباره اهـ ح (قوله على خلاف مابحثه صدر الشريعة) حيث قال ينبغى أن يكون المراد بقوله ماتلف بعمله عملا جاوز فيه القدر المعتاد على مايأتى فى الحجام اهـ ح (قوله لكن قوى القهستانى) حيث قال بل يضمن بعمله ماهلك من حيوان وغيره عملا غير مأذون فيه كالدق المخرق للثوب كما فى المحيط وغيره فهو غير معتاد بالضرورة ولذا فسر المصنف أى صدر الشريعة العمل به ، فمن الباطل ماظن أنه بطل تفسير المصنف بما فى الكافى أن قوة الثوب ورقته مثلا تعرف بالاجتهاد فأمكن التقييد بالمصلح اهـ ح :

أقول : ومقتضى كلامه أن كل عمل متلف يكون غير معتاد فلا يصح تقييد صدر الشريعة ماتلف بعمله بقوله عملا غير معتاد ويبقى مخالفا لما فى الكافى المفيد أن العمل المتلف قد يكون معتادا :

هذا والذى يظهر لى أنه لامنافاة بين كلامهم وأن الكل يقولون إن المتلف للثوب غير معتاد ولكن لما كان نحو الحجام ضمانه مقيد بغير المعتاد دون المعتاد أرادوا التنبيه على أن نحو القصار غير مقيد بهذا القيد ليفيدوا الفرق بينهما ، ولكن الخروج عن المعتاد فى نحو الثوب لايظهر لنا إلا بالإتلاف ، فحيث كان متلفا علم أنه غير معتاد فيضمن لتقصيره فإن الماهر فى صنعته يدرك المتلف ، بخلاف نحو الحجام فإن لعمله محلا مخصوصا فإذا لم يتجاوزه لايضمن فإنه لايمكن إدراكه بمهارته فأنيط الضمان على مجاوزته المحل المخصوص ، فظهر بهذا أن كل متلف فى عمل نحو القصار خارج عن المعتاد يدل عليه مافى البدائع ، وهو أنه يمكنه التحرز بالاجتهاد بالنظر فى آلة الدق ومحله وإرسال المدقة على المحل على قدر مايحتمله مع الحذاقة فى العمل ، وعند مراعاة هذه الشرائط لايحصل الفساد فلما حصل دل أنه مقصر وهو فى حقوق العباد ليس بعذر اهـ . فعلم أنه لافرق بين الكلامين وإن كان فى التعبير مسامحة فافهم (قوله فتنبه) لعله يشير إلى ماقلنا ، والله أعلم (قوله هذا إذا لم يكن الخ) الإشارة إلى الضمان المذكور فى المتن ضمنا :

مطلب ضمان الأجير المشترك مقيد بثلاثة شرائط

وحاصل مافى الطورى عن المحيط أن ضمان المشترك ماتلف مقيد بثلاثة شرائط : أن يكون فى قدرته رفع ذلك فلو غرقت بموج أو ريح أو صدمة جبل لايضمن وأن يكون محل العمل مسلما إليه بالتخلية ، فلو رب المتاع أو وكيله فى السفينة لايضمن ، وأن يكون المضمون مما يجوز أن يضمن بالعقد فلا يضمن الآدمى كما يأتى (قوله إذا لم يتجاوز المعتاد) ولم يتعمد الفساد شرنبلالية عن الخانية وكان بأمر يمكن التحرز عنه أفاده المكى ط (قوله وركبها الخ) وكذا إذا كان هو والمكارى راكبين على الدابة أو سائقين وقائدين لأن المتاع فى أيديهما فلم ينفرد الأجير باليد :

وروى بشر عن أبى يوسف : إذا سرق من رأس الحمال ورب المتاع يمشى معه لاضمان لأنه لم يخل بينه وبين

فعثرت وفسد المتاع لا يضمن إجماعا وقدمنا .

قلت في الأشباه معزيا للزيلعي : إن الوديعة بأجر مضمونة فليحفظ (ولا يضمن به بني آدم مطلقا ممن غرق في السفينة أو سقط عن الدابة وإن كان بسوقه أوقوده) لأن الآدمي لا يضمن بالعقد بل بالجناية ولا جناية لإذنه فيه (وإن انكسر دن في الطريق) إن شاء المالك (ضمن الحمال قيمته في مكان حمله ولا أجر أو في موضع الكسر وأجره بحسابه) وهذا لو انكسر بصنعه وإلا بأن زاحمه الناس فانكسر فلا ضمان خلافا لهما :

(ولا ضمان على حجام وبزاغ) أي بيطار (وفصاد لم يجاوز الموضع المعتاد ، فإن جاوز) المعتاد (ضمن الزيادة كلها إذا لم يهلك) المجني عليه (وإن هلك ضمن نصف دية النفس) لتلفها بمأذون فيه وغير مأذون فيه فينتصف ، ثم فرع عليه بقوله :

المتاع ، وقالوا: إذا كان المتاع في سفينتين وصاحبه في إحداهما وهما مقرونتان أولا إلا أن سيرهما وحبسهما جميعا لايضمن الملاح ، وكذا القطار إذا كان عليه حمولة وربها على بعير أن المتاع في يد صاحبه لأنه الحافظ له بدائع ، وفيه كلام يأتي قريبا (قوله وقدمنا) أي في كتاب الوديعة أراد به التنبيه على أن المودع بأجر يخالف الأجير المشترك وإن شرط عليه الضمان ، وكان الأولى ذكره عند قول المصنف ولا يضمن الخ كما فعل الزيلعي : وذكر الفرق بأن المعقود عليه في الأجير المشترك هو العمل والحفظ واجب تبعا بخلاف المودع بأجر فإنه واجب عليه مقصوداً ببدل :

أقول : وذكر المصنف في الوديعة أن اشتراط الضمان على الأمين باطل به يفتى اه : وفي البزازية : دفع إلى صاحب الحمام واستأجره وشرط عليه الضمان إذا تلف لاأثر له فيما عليه الفتوى لأن الحمامي عند اشتراط الأجر للحفظ والثيابي كالأجير المشترك اه (قوله مطلقا) أي صغيراً أو كبيراً على الصحيح كما في التبيين ، وقيل عدم الضمان إذا كان كبيرا يستمسك على الدابة ويركب وحده وإلا فهو كالمتاع ط عن المكي (قوله بل بالجناية) ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لاتتحمله العاقلة ابن كمال (قوله لإذنه فيه) أي من المستأجر أصيلا أو وليا لعبد أو صغير (قوله وإن انكسر دن الخ) في البزازية عن المنتقى : حمل متاعا وصاحبه معه فعثر وسقط المتاع ضمن لأن عثاره جناية يده : استأجر حمولة بعينها ورب المتاع معه فساق المكاري فعثرت الدابة ضمن عندنا لأنه أجير مشترك أفسده بيده اه ولينظر الفرق بينه وبين ماقدمناه عن البدائع ولعله اختلاف رواية أو محمول على ماإذا ساقها بعنف تأمل : ثم رأيت صاحب الذخيرة فرق بين ماإذا كان صاحب المتاع راكبا عليها فعثرت من سوق الأجير لايضمن وبين ماإذا كان يسير خلفها مع الأجير فيضمن وتمامه فيها (قوله في الطريق) قيد به لما في البدائع ، وإن حمله إلى بيت صاحبه ثم أنزله الحمال من رأسه وصاحب الزق فوقع من أيديهما ضمن ، وهو قول محمد الأول ثم رجع وقال لايضمن (قوله بصنعه) يشمل مالو زلقت رجله في الطريق أو غيره فسقط وفسد حمله بدائع (قوله فلا ضمان) لأن المتاع أمانة عنده (قوله خلافا لهما) فيضمن قيمته في موضع الكسر بلا خيار كما في التبيين ، وفي البدائع : ولو زحمه الناس حتى فسد لم يضمن بالإجماع لأنه لايمكنه حفظ نفسه عن ذلك فكان بمعنى الحرق الغالب ولو كان الحمال هو الذي زاحم الناس ضمن عند علمائنا الثلاثة اه فتأمل (قوله أي بيطار) فهو خاص بالبهائم (قوله لم يجاوز الموضع المعتاد) أي وكان بالإذن .

قال في الكافي : عبارة المختصر ناطقة بعدم التجاوز وساكتة عن الإذن ، وعبارة الجامع الصغير ناطقة بالإذن

(فلو قطع الختان الحشفة وبرئ المقطوع تجب عليه دية كاملة) لأنه لما برئ كان عليه ضمان الحشفة وهي عضو كامل كاللسان (وإن مات فالواجب عليه نصفها) لحصول تلف النفس بفعلين أحدهما مأذون فيه وهو قطع الجلدة والآخر غير مأذون فيه وهو قطع الحشفة فيضمن النصف ولو شرط على الحجام ونحوه العمل على وجه لايسرى لايصح لأنه ليس فى وسعه إلا إذا فعل غير المعتاد فيضمن عمادية . وفيها سئل صاحب المحيط عن فصاد قال له غلام أو عبد أفصدنى ففصد فصدا معتادا فمات بسببه . قال : تجب دية الحر وقيمة العبد على عاقلة الفصاد لأنه خطأ. وسئل عن من فصد نائما وتركه حتى مات من السيلان قال يجب القصاص (والثانى) وهو الأجير (الخاص) ويسمى أجير وحد (وهو من يعمل لواحد عملا مؤقتا بالتخصيص ويستحق الأجر بتسليم نفسه فى المدة وإن لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة أو) شهرا (لرعى الغنم) المسمى بأجر مسمى بخلاف مالو آجر المدة بأن استأجره للرعى شهرا حيث يكون مشتركا إلا إذا شرط أن لايخدم غيره ولا يرعى لغيره فيكون خاصا

ساكتة عن التجاوز فصار مانطق به هذا بيانا لما سكت عنه الآخر ، ويستفاد بمجموع الروايتين اشتراط عدم التجاوز والإذن لعدم الضمان ، حتى إذا عدم أحدهما أو كلاهما يجب الضمان انتهى طورى وعليه مايأتى عن العمادية (قوله فلو قطع الختان الحشفة) أى كلها : قال فى الشرنبلالية : وبقطع بعضها يجب حكومة عدل كما ذكره الإتقانى (قوله دية كاملة) قال الزيلعى : هذا من أعجب المسائل حيث وجب الأكثر بالبرء والأقل بالهلاك (قوله تجب دية الحر) أى لو كان الغلام حرا وقيمة العبد لو كان عبدا ، قال ح لأن فعله غير مأذون فيه حيث لم يعتبر إذنهما للحجر عليهما فى الأقوال (قوله لأنه خطأ) أى من القتل خطأ إذ لم يتعمد قتله والدليل عليه عدم مجاوزة الفعل المعتاد ط (قوله قال يجب القصاص) لأنه قتله بمحدد ط أى وهو قاصد لقتله فكان عمدا (قوله ويسمى أجير وحد) بالإضافة خلاف المشترك من الوحد بمعنى الوحيد ، ومعناه أجير المستأجر الواحد ، وفى معناه الأجير الخاص ؛ ولو حرك الحاء يصح لأنه يقال رجل وحد بفتحتين : أى منفرد مغرب ، وظاهره أنه لافرق بينهما ، وسنذكر مايفيد أن بينهما عموما مطلقا (قوله وهو من يعمل) صوابه إسقاط العاطف لأنه خبر المبتدإ ح .

مبحث الأجير الخاص

(قوله لواحد) أى لمعين واحدا أو أكثر . قال القهستانى : لو استأجر رجلان أو ثلاثة رجلا لرعى غنم لهما أو لهم خاصة كان أجيرا خاصا كما فى المحيط وغيره اه فخرج من له أن يعمل لغير من استأجره أولا (قوله عملا مؤقتا) خرج من يعمل لواحد من غير توقيت كالخياط إذا عمل لواحد ولم يذكر مدة ح (قوله بالتخصيص) خرج نحو الراعى إذا عمل لواحد عملا مؤقتا من غير أن يشرط عليه عدم العمل لغيره . قال ط : وفيه أنه إذا استؤجر شهرا لرعى الغنم كان خاصا وإن لم يذكر التخصيص ، فلعل المراد بالتخصيص أن لايذكر عموما سواء ذكر التخصيص أو أهمله ، فإن الخاص يصير مشتركا بذكر التعميم كما يأتى فى عبارة الدرر (قوله وإن لم يعمل) أى إذا تمكن من العمل ، فلو سلم نفسه ولم يتمكن منه لعذر كمطر ونحوه لاأجر له كما فى المعراج عن الذخيرة (قوله للخدمة) أى لخدمة المستأجر وزوجته وأولاده ووظيفته الخدمة المعتادة من السحر إلى أن تنام الناس بعد العشاء الأخيرة وأكله على المؤجر ، فلو شرط على المستأجر كعلف الدابة فسد العقد كذا فى كثير من الكتب ، لكن قال الفقيه : فى زماننا العبد يأكل من مال المستأجر حموى عن الظهيرية والخانية ، وتقدم مافيه ط : أى أول الباب السابق (قوله أو لرعى الغنم المسمى) كذا قيده فى الدرر والتبيين : وقد ذكر المصنف فى الباب السابق : لو استأجر

وتحقيقه فى الدرر ، وليس للخاص أن يعمل لغيره ، ولو عمل نقص من أجرته بقدر ماعمل فتاوى النوازل (وإن هلك فى المدة نصف الغنم أو أكثر) من نصفه (فله الأجرة كاملة) مادام يرعى منها شيئا ، لما مر أن المعقود عليه تسليم نفسه جوهرة ، وظاهر التعليل بقاء الأجرة لو هلك كلها وبه صرح فى العمادية (ولا يضمن ماهلك فى يده أو بعمله) كتخريق الثوب من دقه

خبازا ليخبز له كذا اليوم بدرهم فسد عند الإمام لجمعه بين العمل والوقت فيخالف ماهنا ، ولذا قال الشرنبلالى إذا وقع العقد على هذا الترتيب كان فاسدا كما قدمناه ، وصحته أن يلى ذكر المدة الأجر اه .

قلت : وقدمنا هناك مايقتضى وجوب حذف قوله المسمى فراجعه (قوله وتحقيقه فى الدرر) ونصه : اعلم أن الأجير للخدمة أو لرعى الغنم إنما يكون أجيرا خاصا إذا شرط عليه أن لايخدم غيره أو لا يرعى لغيره أو ذكر المدة أولا ، نحو أن يستأجر راعيا شهراً ليرعى له غنما مسماة بأجر معلوم فإنه أجير خاص بأول الكلام .

أقول : سره أنه أوقع الكلام على المدة فى أوله فتكون منافعه للمستأجر فى تلك المدة فيمتنع أن تكون لغيره فيها أيضا ، وقوله بعد ذلك لترعى الغنم يحتمل أن يكون لإيقاع العقد على العمل فيصير أجيراً مشتركا لأنه من يقع عقده على العمل ، وأن يكون لبيان نوع العمل الواجب على الأجير الخاص فى المدة ، فإن الإجارة على المدة لاتصح فى الأجير الخاص مالم يبين نوع العمل ؛ بأن يقول استأجرتك شهرا للخدمة أو للحصاد فلا يتغير حكم الأول بالاحتمال فيبقى أجير وحد مالم ينص على خلافه بأن يقول على أن ترعى غنم غيرى مع غنمى وهذا ظاهر أو أخر المدة بأن استأجره ليرعى غنما مسماة له بأجر معلوم شهرا فحينئذ يكون أجيرا مشتركا بأول الكلام لإيقاع العقد على العمل فى أوله ، وقوله شهرا فى آخر الكلام يحتمل أن يكون لإيقاع العقد على المدة فيصير أجير وحد ، ويحتمل أن يكون لتقدير العمل الذى وقع العقد عليه فلا يتغير أول كلامه بالاحتمال مالم يكن بخلافه اه .

مطلب ليس للأجير الخاص أن يصلى النافلة

(قوله وليس للخاص أن يعمل لغيره) بل ولا أن يصلى النافلة . قال فى التتارخانية : وفى فتاوى الفضلى وإذا استأجر رجلا يوما يعمل كذا فعليه أن يعمل ذلك العمل إلى تمام المدة ولا يشتغل بشىء آخر سوى المكتوبة وفى فتاوى سمرقند : وقد قال بعض مشايخنا له أن يؤدى السنة أيضا . واتفقوا أنه لايؤدى نفلا وعليه الفتوى . وفى غريب الرواية قال أبو على الدقاق : لايمنع في المصر من إتيان الجمعة ، ويسقط من الأجر بقدر اشتغاله إن كان بعيدا ، وإن قريبا لم يحط شىء فإن كان بعيدا واشتغل قدر ربع النهار يحط عنه ربع الأجرة (قوله ولو عمل نقص من أجرته الخ) قال فى التاترخانية : نجار استؤجر إلى الليل فعمل لآخر دواة بدرهم وهو يعلم فهو آثم ، وإن لم يعلم فلا شىء عليه وينقص من أجر النجار بقدر ماعمل فى الدواة . (قوله وظاهر التعليل الخ) أى فقول الجوهرة مادام يرعى منها شيئا لامفهوم له . ورأيت بخط بعض الفضلاء أن مراد الجوهرة تحقيق تسليم نفسه بذلك لاشرط استحقاق الأجر كما فهم المصنف والمتون والتعليل يفيده اه وهو حسن (قوله وبه صرح فى العمادية) وهو الموافق لتصريح المتون بأنه يستحق الأجر بتسليم نفسه فى المدة وإن لم يعمل .

[فرع] أراد رب الغنم أن يزيد فيها ما يطيق الراعى له ذلك لو خاصا لأنه فى حق الرعى بمنزلة العبد ، وله أن يكلف عبده من الرعى ما يطيق تاترخانية (قوله ولا يضمن ما هلك فى يده) أى بغير صنعه بالإجماع ، وقوله أو بعمله : أي المأذون فيه ، فإن أمره بعمل فعمل غيره ضمن ما تولد منه تاترخانية : وفيها : وإذا ساق الراعى

إلا إذا تعمد الفساد فيضمن كالمودع :

ثم فرع على هذا الأصل بقوله (فلا ضمان على ظئر فى صبى ضاع فى يدها أو سرق ماعليه) من الحلى لكونها أجير وحد ، وكذا لاضمان على حارس السوق وحافظ الخان

الغنم فنطح أو وطئ بعضها بعضا من سوقه ، فإن كان الراعى مشتركا ضمن على كل حال ، وكذا لو كانت لقوم شتى وهو أجير أحدهم : وإن كان خاصا فإن كانت الأغنام لواحد لا ضمان وإن لاثنين أو ثلاثة ضمن : وصورة الأجير الخاص فى حق الإثنين أو الثلاثة أن يستأجر رجلان أو ثلاثة راعيا شهرا ليرعى غنما لهما أو لهم اهـ : وقال فى الذخيرة : فقد فرق فى الأجير الخاص بين أن يكون لواحد أو لغير واحد يحفظ هذا جدا اهـ :

قلت : ومفاده أن بين الخاص والوحد عموما مطلقا كما قدمناه . وفى جامع الفصولين : ولا يضمن لو هلك شىء فى سقى أو رعى ولو ذبحها الراعى أو الأجنبى ضمن لو رجى حياتها أو أشكل أمرها ، ولو تيقن موتها لا للإذن دلالة هو الصحيح ، ولا يذبح الحمار ولا البغل إذ لا يصلح لحمهما ولا الفرس عنده لكراهته تحريما ، ولو قال ذبحتها لمرضها لم يصدق إن كذبه لإقراره بسبب الضمان ويصدق فى الهلاك وإن شرط أن يأتيه بسمة ماهلك اهـ ملخصا : أى يصدق بيمينه كما فى الجوهرة (قوله كالمودع) أى إذا تعمد الفساد فإنه يضمن ط (قوله لكونها أجير وحد) قال أبو السعود : الحاصل أن المسائل فى الظئر تعارضت ، فمنها ما يدل على أنها فى معنى أجير الوحد كقولهم بعدم الضمان فى هذه ، ومنها ما يدل على أنها فى معنى المشترك كقولهم إنها تستحق الأجر على الفريقين إذا أجرت نفسها لهما : قال الإتقانى : والصحيح أنه إن دفع الولد إليها لترضعه فهى أجير مشترك وإن حملها إلى منزله فهى أجير وحد اهـ ملخصا ط :

مطلب فى الحارس والخاناتى

(قوله وكذا لا ضمان على حارس السوق وحافظ الخان(١)) قال فى جامع الفصولين ، استؤجر رجل لحفظ خان أو حوانيت فضاع منها شىء : قيل ضمن عند أبى يوسف ومحمد لو ضاع من خارج الحجرة لأنه أجير مشترك وقيل لا فى الصحيح ، وبه يفتى لأنه أجير خاص ، ألا ترى أنه لو أراد أن يشغل نفسه فى صنع آخر لم يكن له ذلك ، ولو ضاع من داخلها بأن نقب اللص فلا يضمن الحارس فى الأصح إذ الأموال المحفوظة فى البيوت فى يد مالكها وحارس السوق على هذا الخلاف اهـ وكذا فى ٢٤ من الذخيرة : قال فى الحامدية : ويظهر من هذا أنه إذا كسر قفل الدكان وأخذ المتاع يضمن الحارس اهـ :

قلت : إنما يظهر هذا على القول بأنه أجير مشترك ، أما على القول بأنه خاص فلا لما سمعت من المفتى به ولم يشكل ما مر آنفا عن التاترخانية والذخيرة فى الراعى لو كان خاصا لأكثر من واحد يضمن فليتأمل ، اللهم إلا أن يقال إذا(٢) كسر القفل يكون بنومه أو غيبته فهو مفرط فيضمن : وفى الخلاصة : ولو استأجره واحد من أهل السوق فكأنهم استأجروه ولكن هذا إن كان ذلك الواحد رئيسهم ويحل له الأجرة . وفى المحيط : ولو كرهوا

---

(١)
وما على الحارس شىء لو نقب ... فى السوق حانوت على ماقد كتب
وليس يضمن الذى منها سرق ... إذ بالأجير الخاص ذاك يلتحق

اهـ من المنظومة المحبية .

(٢) (قوله اللهم إلا أن يقال إذا الخ) جواب عن معارضة مافى الحامدية لما عليه الفتوى من عدم ضمان الخاص . ومحصل الجواب أن قولهم الأجير الخاص لايضمن مقيد بما إذا لم يظهر تفريطه . وعبارة الحامدية محمولة على ما إذا ظهر تفريطه اهـ .

(وصح ترديد الأجر بالترديد في العمل) كإن خطته فارسيا بدرهم أو روميا بدرهمين (وزمانه في الأول) كذا بخط المصنف ملحقا ولم يشرحه وسيتضح : قال شيخنا الرملي : ومعناه يجوز في اليوم الأول دون الثاني كإن خطته اليوم فبدرهم أو غدا فبنصفه (ومكانه) كإن سكنت هذه الدار فبدرهم أو هذه فبدرهمين (والعامل) كإن سكنت عطارا فبدرهم أو حدادا فبدرهمين (والمسافة) كإن ذهبت للكوفة فبدرهم أو للبصرة فبدرهمين (والحمل) كإن حملت شعيرا فبدرهم أو برا فبدرهمين وكذا لو خيره بين ثلاثة أشياء ولو بين أربعة لم يجز كما في البيع ويجب أجر ماوجد إلا في تخيير الزمان فيجب بخياطته في الأول ماسمي وفي الغد أجر المثل لايزاد على درهم ولو خاطه بعد غد لايزاد على نصف درهم وفيه خلافهما (بنى المستأجر تنورا أو دكانا) عبارة الدرر أو كانونا (في الدار المستأجرة فاحترق بعض بيوت الجيران أو الدار لاضمان عليه مطلقا) سواء بنى بإذن رب الدار أولا (إلا أن يجاوز مايصنعه الناس) في وضعه وإيقاد نار لايوقد مثلها في التنور والكانون .

(استأجر حمارا فضل عن الطريق ، إن علم أنه لايجده بعد الطلب لايضمن ، كذا راع ند من قطيعه شاة فخاف على الباقي) الهلاك (إن تبعها) لأنه إنما ترك الحفظ بعذر

ولم يرضوا فمكراهتهم باطلة (قوله وصح ترديد الأجر) قيد اتفاقي إذ لا فرق بين ترديده ولفيه لما في المحيط : إن خطته اليوم فلك درهم : وإن غدا فلا أجر لك : قال محمد : إن خاطه في الأول فله درهم وإن في الثاني فأجر المثل لا يزاد على درهم في قولهم جميعا طوري (قوله في الأول) متعلق بقوله وصح (قوله ملحقا) قال الرملي : ليس في متنه وكتبه في الشرح بالأحمر ملحقا على هامشه (قوله ولم يشرحه) نعم لم يشرحه عقبه بل شرحه بعد قوله والحمل وأطال فيه . ونقل عبارته المحشي ، وكأن الشارح لم ينظر تمام كلامه (قوله وسيتضح) أي حكمه بعد أسطر ، وبه يستغني عن قوله قال شيخنا الخ كما قاله ح (قوله وكذا لو خيره بين ثلاثة) أي من هذه المسائل كلها ط (قوله كما في البيع) قيد للثلاثة والأربعة والجامع دفع الحاجة ، وانظر ما في العزمية (قوله إلا في تخيير الزمان الخ) تقدم مثاله لأن العقد المضاف إلى الغد لم يثبت في اليوم فلم يجتمع في اليوم تسميتان فلم يكن الأجر مجهولا في اليوم والمضاف إلى اليوم يبقى إلى الغد فيجتمع في الغد تسميتان درهم ونصف درهم فيكون الأجر مجهولا وهي تمنع جواز العقد درر ، وهذا مذهب الإمام . وعندهما الشرطان جائزان . وعند زفر فاسدان وتمامه في المنح (قوله لايزاد على درهم) أي ولا ينقص عن نصف وهذا يدل على أنه قد يزاد على نصف درهم : وروى عن أبي حنيفة أنه لا يزاد على نصف درهم لأنه المسمى صريحا ، فعنه روايتان . وجه ظاهر الرواية أنه اجتمع في الغد تسميتان فتعتبر الأولى لمنع الزيادة عليها والثانية لمنع النقصان عملا بهما ، وهذا أولى من الترجيح بالمصرح كفاية ملخصا ، وصحح الزيلعي الرواية الثانية ، ومثله في الإيضاح وذكر أنها رواية الأصل (قوله وفيه خلافهما) قال الزيلعي : ولو خاطه بعد غد فالصحيح أنه لايجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة لأنه لم يرض بتأخيره إلى الغد بأكثر من نصف درهم ، فأولى أن لا يرضى إلى ما بعد الغد ، والصحيح على قولهما أنه ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه (قوله أو كانونا) هو المناسب لذكر الاحتراق أفاده ح (قوله لا ضمان عليه) لأن هذا انتفاع بظاهر الدار على وجه لا يغير هيئة الباقي إلى النقصان ، بخلاف الحفر لأنه تصرف في الرقبة ، وبخلاف البناء لأنه يوجب تغير الباقي إلى النقصان جامع الفصولين (قوله إن علم أنه لايجده) الظاهر أن المراد به غلبة الظن ، وظاهر هذا الصنيع أنه يصدق في دعواه أنه لا يجده ط .

قلت : وفي البزازية : دفع إلى المشترك ثورا للرعي فقال لا أدري أين ذهب الثور فهو إقرار بالتضييع في زماننا (قوله بعد الطلب) أي في حوالي مكان ضل فيه ، ولو ذهب وهو يراه ولم يمنعه ضمن يريد به لو غاب

فلايضمن كدفع الوديعة حال الغرق. وقالا إن كان الراعى مشتركا ضمن ، ولو خلط الغنم إن أمكنه التميز لايضمن . والقول له فى تعيين الدواب أنها لفلان ، إن لم يمكنه ضمن قيمتها يوم الخلط والقول له فى قدر القيمة عمادية ؛ وليس للراعى أن ينزى على شىء منها بلا إذن ربها ، فإن فعل فعطبت ضمن وإن نزى بلا فعله فلا ضمان جوهرة .

(ولا يسافر بعبد استأجره للخدمة) لمشقته (إلا بشرط) لأن الشرط أملك عليك أم لك ، وكذا لو عرف بالسفر لأن المعروف كالمشروط (بخلاف العبد الموصى بخدمته فإن له أن يسافر به مطلقا) لأن مؤنته عليه (ولو سافر) المستأجر (به فهلك ضمن) قيمته لأنه غاصب (ولا أجر عليه وإن سلم) لأن الأجر والضمان لايجتمعان . وعند الشافعى له أجر المثل .

(ولا يسترد مستأجر من عبد) أو صبى (محجور) أجرا دفعه إليه (ل) أجل (عمله) لعودها بعد الفراغ صحيحة

عن بصره لتقصيره فى حفظه لعدم المنع ، وعلى هذا لو جاء به إلى الخباز واشتغل بشراء الخبز فضاع لو غاب عن بصره ضمن وإلا فلا خلاصة . وفى الخالية : إذا غيبها عن نظره لا يكون حافظا لها وإن ربطها بشىء (قوله فلايضمن) أى إجماعا لو خاصا ، ولو مشتركا فكذلك عنده منح (قوله ضمن) لأنه ترك الحفظ بعذر يمكن الاحتراز عنه . قال فى الذخيرة : ورأيت فى بعض النسخ لا ضمان عليه فيما لدت إذا لم يجد من يبعثه لردها أو يبعثه ليخبر صاحبها بذلك ، وكذا لو تفرقت فرقا ولم يقدر على اتباع الكل لأنه ترك الحفظ لعذر ، وعندهما يضمن اهـ : قال فى البزازية لأنه تعذر طمعا فى الأجر الوافر بتقبل الكثير (قوله يوم الخلط) لأنه يوم الاستهلاك (قوله ولايسافر بعبد) أى بل يخدمه فى المصر وقراه فيما دون السفر ط عن البزازية (قوله لمشقته) أى لمشقة السفر ولأن مؤنة الرد على المولى ويلحقه ضرر بذلك فلا يملكه إلا بإذنه زيلعى (قوله إلا بشرط) أو يرضى به بعده ط (قوله لأن الشرط أملك) أى أشد ملكا وأدخل فى الاتباع فهو أفعل تفضيل من المبنى للفاعل أو المفعول : أى أشد مالكية أو مملوكية بالنظر لمن اشترطه أو لمن اشترط عليه ط (قوله عليك) متعلق بمحذوف حال من الضمير فى أملك ط (قوله أم لك) فيه الجناس التام اللفظى كقوله :

إذا ملك لم يكن ذا هبه   فدعه فدولته ذاهبه

(قوله وكذا لو عرف بالسفر) أى وكان متهيئا له كما فى التبيين (قوله بخلاف العبد الموصى بخدمته) مثله المصالح على خدمته ط عن سرى الدين (قوله مطلقا) أى سواء شرط السفر به أم لا منح (قوله لأن الأجر والضمان لا يجتمعان) أى فى حالة واحدة ، فلو أوجبنا الأجر عند السلامة وأوجبنا الضمان عند الهلاك فى سفره لاجتمعا فى حالة واحدة وهى حالة السفر ط (قوله من عبد أو صبى) أى آجر نفسه بلا إذن مولى أو ولى (قوله أجرا) مفعول يسترد ، والمراد به أجر المثل فى الصورتين كما فى التبيين عن النهاية (قوله لعودها بعد الفراغ صحيحة) لأنه محجور عن التصرف الضار لا النافع ولذا جاز قبوله الهدية بلا إذن ، وجواز الإجارة بعد ما سلم من العمل تمحض نفعا لحصول الأجر بلا ضرر فصح قبضه الأجرة لأنه العاقد فلا يملك المستأجر الاسترداد زيلعى ملخصا : قال ط وهذا التعليل يقتضى لزوم المسمى اهـ : وإذا هلك المحجور من العمل : إن كان صبيا فعلى عاقلة المستأجر ديته وعليه الأجر فيما عمل قبل الهلاك ، وإن كان عبدا فعليه قيمته ولا أجر عليه فيما عمل له لأنه إذا ضمن قيمته صار مالكا له من وقت الاستعمال فيصير مستوفيا منفعة عبد نفسه كفاية ملخصا .

قال الزيلعى : فإن أعتقه المولى فى نصف المدة نفذت الإجارة ولا خيار للعبد ، فأجر ما مضى للمولى وما يستقبل للعبد ، وإن آجره المولى ثم أعتقه فى نصف المدة فللعبد الخيار فإن فسخ الإجارة فأجر ما مضى للمولى

استحسانا (ولا يضمن غاصب عبد ما أكل) الغاصب (من أجره) الذى آجر العبد نفسه به لعدم تقومه عند أبى حنيفة (كما) لايضمن اتفاقا (لو آجره الغاصب) لأن الأجر له لا لمالكه (وجاز للعبد قبضها) لو آجر نفسه لالو آجره المولى إلا بوكالة لأنه العاقد عناية (فاو وجدها مولاه) قائمة (فى يده أخذها) لبقاء ملكه كمسروق بعد القطع ؛

(استأجر عبدا شهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة صح) على الترتيب المذكور ، حتى لو عمل فى الأول فقط فله أربعة وبعكسه خمسة (اختلفا) الآجر والمستأجر (فى إباق العبد أو مرضه أو جرى ماء الرحى حكم الحال فيكون القول قول من يشهد له) الحال (مع يمينه كما) يحكم الحال ؛

(لو باع شجرا فيه ثمر واختلفا فى بيعه) أى الثمر (معها) أى الشجر (فالقول قول من فى يده الثمر) الأصل أن القول لمن يشهد له الظاهر ؛ وفى الخلاصة : انقطع ماء الرحى سقط من الأجر بحسابه ولو عاد عادت ، ولو اختلفا فى قدر الانقطاع

وإن أجاز فأجر ما يستقبل للعبد والقبض للمولى لأنه هو العاقد اه (قوله استحسانا) والقياس له أن يأخذه لأن عقد المحجور عليه لا يجوز فيبقى على ملك المستأجر لأنه بالاستعمال صار غاصبا له زيلعى (قوله ولايضمن غاصب عبد الخ) أى إذا غصب رجل عبدا فآجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الأجرة من يد العبد فأكلها لا ضمان عليه زيلعى (قوله لعدم تقوّمه) لأنه غير محرز ، لأن الإحراز إنما يثبت بيد حافظة كيد المالك أو نائبه ويد المالك لم تثبت عليه ويد العبد ليست يد المولى لأن العبد فى يد الغاصب حتى كان مضمونا عليه ، ولا يحرز نفسه عن الغاصب فكيف يكون محرزا ما فى يده كفاية (قوله عند أبى حنيفة) وقالا عليه ضمانه لأنه أتلف مال الغير بغير إذنه من غير تأويل (قوله وجاز للعبد قبضها) أى الأجرة الحاصلة من إيجاره نفسه اتفاقا لأنه نفع محض مأذون فيه كقبول الهدية : وفائدته تظهر فى حق خروج المستأجر عن عهدة الأجرة بالأداء إليه درر : قال الطورى : وهذه مكررة مع قوله ولايسترد مستأجر الخ لأنه أفاد صحة القبض ومنع الأخذ فتأمل (قوله لأنه العاقد) أى لأن المولى كذا تفيده عبارة العناية فليس علة لقوله وجاز للعبد قبضها لو آجر نفسه وإن كان صالحا لها ، وانظر ما لو آجره الغاصب هل يملك العبد القبض ومفاد التعليل أنه لا يجوز قبضه ط (قوله أخذها) لأنه وجد عين ماله ابن كمال (قوله كمسروق بعد القطع) فإنه لم يبق متقوّما ، حتى لا يضمن بالإتلاف ويبقى الملك فيه حتى يأخذه المالك زيلعى (قوله صح على الترتيب) لأنه إن لم ينصرف الشهر المذكور أولا إلى مايلى العقد لكان الداخل فى العقد شهرا منكرا من شهور عمره وهذا فاسد فلابد من صرفه إلى ما يلى العقد تحريا لجوازه ، وكذلك الإقدام على الإجارة دليل تنجز الحاجة إلى تملك منفعة العبد فوجب صرف الشهر المذكور أولا إلى ما يليه قضاء للحاجة الناجزة كفاية :

مبحث اختلاف المؤجر والمستأجر

(قوله فى إباق العبد أو مرضه) كأن قال المستأجر فى آخر الشهر أبق أو مرض فى المدة وأنكر المولى ذلك أو أنكر إسناده إلى أول المدة فقال أصابه قبل أن يأتينى بساعة زيلعى (قوله فيكون القول قول من يشهد له الحال) لأن وجوده فى الحال يدل على وجوده فى الماضى فيصلح الظاهر مرجحا وإن لم يصلح حجة ، لكن إن كان يشهد للمؤجر ففيه إشكال من حيث إنه يستحق الأجرة بالظاهر وهو لا يصلح للاستحقاق ، وجوابه أنه يستحقه بالسبب السابق وهو العقد وإنما الظاهر يشهد على بقائه إلى ذلك الوقت زيلعى ملخصا (قوله فالقول قول من فى يده الثمر) هذا إنما يظهر إذا كان الثمر باقيا ، فأما إذا كان هالكا أو مستهلكا فلم يتكلم عليه ، والظاهر أنه

فالقول للمستأجر ولو فى نفسه حكم الحال (والقول قول رب الثوب) بيمينه (فى القميص والقباء والحمرة والصفرة وكذا فى الأجر وعدمه) وقال أبو يوسف : إن كان الصانع معاملا له فله الأجر وإلا فلا (وقيل) أى وقال محمد (إن كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالأجر وقيام حاله بها) أى بهذه الصنعة (كان بيمين القول قوله) بشهادة الظاهر (وإلا فلا ، وبه يفتى) زيلعى وهذا بعد العمل ، أما قبله فيتحالفان اختيار :

[فروع] فعل الأجير فى كل الصنائع يضاف لأستاذه فما أتلفه يضمنه أستاذه اختيار ، يعنى مالم يتعد فيضمنه هو عمادية : وفى الأشباه : ادعى نازل الخان وداخل الحمام

ينظر ليد من هلك عنده أو استهلك ويحرر ط (قوله فالقول للمستأجر) لإنكاره ضمان الزائد (قوله ولو فى نفسه) أى نفس الانقطاع ، وهو من تتمة ما فى الخلاصة ويغنى عنه مافى المتن (قوله والقول قول رب الثوب الخ) بأن قال أمرتك أن تعمله قباء وقال الخياط قميصا أو أن تصبغه أحمر وقال الصباغ أصفر أو أن تعمله لى بغير أجر وقال بل بأجر فالقول لرب الثوب ؛ لأن الإذن يستفاد من جهته فكان أعلم بكيفيته ولأنه ينكر تقوّم عمله ووجوب الأجر عليه زيلعى ملخصا (قوله بيمينه) فإذا حلف فى الصورة الأولى، إن شاء ضمنه قيمة الثوب غير معمول ولا أجر له ، وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله لا يتجاوز به المسمى لأنه امتثل أمره فى أصل ما أمر به وهو القطع والخياطة ، لكن خالفه فى الصفة فيختار أيهما شاء ، وفى الثانية إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض وإن شاء أخذ ثوبه وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى أيضا درر (قوله معاملا له) قال فى العناية بأن تكررت تلك المعاملة بينهما بأجر . وفي التبيين بأن كان يدفع إليه شيئا للعمل ويقاطعه عليه (قوله بشهادة الظاهر) لأنه لما فتح الدكان لأجله جرى ذلك مجرى التنصيص عليه اعتبارا لظاهر المعتاد زيلعى (قوله فيتحالفان) ويبدأ بيمين المستأجر لأن كلا يدعى عقدا والآجر ينكره فأحدهما يدعى هبة العمل والآخر بيعه اختيار :

[تتمة] قال فى الخانية : استأجر شيئا فلم يتصرف به حتى اختلفا فقال المستأجر الأجر خمسة دراهم وقال المؤجر عشرة يتحالفان وأى نكل لزمه ويبدأ بيمين المستأجر ، فإذا تحالفا فسخ القاضى العقد وأى برهن يقبل، وإن برهنا يقضى ببينة المؤجر لأنه يثبت حق نفسه ، وكذا لو اختلفا فى مدة أو مسافة إلا أنه يبدأ فيهما بيمين المؤجر وأى برهن يقبل، ولو برهنا يقضى ببينة المستأجر ، ولو قال المستأجر آجرتنى شهرين بعشرة وقال الآخر بل شهرا واحدا بعشرة فأيهما برهن يقبل؛ ولو برهنا فبينة المستأجر ، ولو اختلفا فى أجر ومدة جميعا أو فى أجر ومسافة جميعا يتحالفان فتفسخ الإجارة وأى برهن يقبل ، ولو برهنا يقضى بهما جميعا فيقضى بزيادة الأجر ببينة المؤجر وبزيادة المدة أو المسافة ببينة المستأجر وأى بدأ بالدعوى يحلف صاحبه أولا ، ولو اختلفا فى هذه الوجوه بعد مضى مدة الإجارة عند المستأجر أو بعد ما وصل المقصد فالقول للمستأجر بيمينه ولا يتحالفان إجماعا ولو اختلفا فى الأجر بعد مضى بعض المدة أو بعد ماسار بعض الطريق يتحالفان فتفسخ فيما بقى والقول للمستأجر فى حصة الماضى اه (قوله يضمنه أستاذه) لأنه عمل بإذنه ولا يضمن هو لأنه أجير وحد لأستاذه يستحق الأجر بتسليم نفسه فى المدة كما قدمناه (قوله ادعى نازل الخان الخ) قال فى التاترخانية : بناء على أن الخان غالبا يكون معدا للكراء فسكناه رضا بالأجر وبعض المشايخ : قالوا : الفتوى على لزوم الأجر إلا إذا عرف بخلافه بأن صرح أنه نزل بطريق الغصب أو كان معروفا بالظلم مشهورا بالنزول فى مساكن الناس لا بطريق الإجارة اه .

أقول : والظاهر أن هذا مبنى على قول المتقدمين بأن منافع الغصب غير مضمونة مطلقا ، أما على ما أفتى به المتأخرون من ضمان المعد للاستغلال ومال الوقف واليتيم فالأجر لازم ادعى الغصب أو لا عرف به أولا ، تأمل

وساكن المعد للاستغلال الغصب لم يصدق والأجر واجب .

قلت : وكذا مال اليتيم على المفتى به فتنبه :

وفيها الأجرة للأرض كالخراج على المعتمد ، فإذا استأجرها للزراعة فاستلم الزرع آفة وجب منه لما قبل الاصطلام وسقط مابعده .

قلت : وهو ماعتمده فى الولوالجية ، لكن جزم فى الخانية برواية عدم سقوط شىء حيث قال : أصاب الزرع آفة فهلك أو غرق ولم ينبت لزم الأجر لأنه قد زرع ، ولو غرقت قبل أن يزرع فلا أجر عليه اه.

باب فسخ الإجارة

تفسخ بالقضاء أو الرضا (بخيار شرط

(قوله وساكن المعد للاستغلال) عطف عام على خاص (قوله والأجر واجب) أى أجر المثل ط (قوله كالخراج) أى الموظف لإخراج المقاسمة وهو ظاهر ح (قوله على المعتمد) مخالف لما فى حواشى الأشباه عن الولوالجية من أن ما وجب من الأجرة قبل الاصطلام لا يسقط وما وجب بعده يسقط ولا يؤخذ بالخراج ، لأن سبب وجوبه ملك أرض نامية حولا كاملا حقيقة أو اعتبارا والاعتماد على هذه الرواية (قوله وسقط ما بعده) لكن هذا إذا بقى بعد هلاك الزرع مدة لا يتمكن من إعادة الزراعة ، فإن تمكن من إعادة مثل الأول أو دونه فى الضرر يجب الأجر : قال فى البزازية عن المحيط وعليه الفتوى ، ومثله فى الذخيرة والخانية والخلاصة والتاترخانية ، والظاهر أن التقييد بإعادة مثل الأول أو دونه مفروض فيما إذا استأجرها على أن يزرع نوعا خاصا ، أما لو قال على أن أزرع فيها ما أشاء فلا يتقيد فإن التعميم صحيح كما مر تأمل (قوله وهو ما اعتمده فى الولوالجية) قدمنا آنفا حاصل عبارته عن حواشى الأشباه (قوله لكن جزم فى الخانية الخ) ما ذكره فى الخانية ذكره فى الولوالجية أيضا واعتمد خلافه كما سمعت ، على أنه فى الخانية ذكر التفصيل المار ، وقال وهو المختار للفتوى فكيف يكون جازما بخلافه وقد علمت التصريح بأن عليه الفتوى عن عدة كتب (قوله لزم الأجر) أى بتمامه ، والله تعالى أعلم .

باب فسخ الإجارة

تأخير هذا الباب ظاهر المناسبة لأن الفسخ بعد الوجود معراج (قوله تفسخ) إنما قال تفسخ لأنه اختار قول عامة المشايخ وهو عدم انفساخ العقد بالعذر وهو الصحيح نص عليه فى الذخيرة ، وإنما لم ينفسخ لا لإمكان الانتفاع بوجه آخر لأنه غير لازم ، بل لأن المنافع فاتت على وجه يتصور عودها ذكره فى الهداية ابن كمال :

وفى الفتاوى الصغرى والتتمة : إذا سقط حائط أو انهدم بيت من الدار للمستأجر الفسخ ولا يملكه بغيبة المالك بالإجماع ، وإن انهدمت الدار كلها فله الفسخ من غير حضرته ، لكن لا تنفسخ ما لم يفسخ لأن الانتفاع بالعرصة ممكن .

وفى إجارات شمس الأئمة : إذا انهدمت كلها فالصحيح أنه لا تنفسخ لكن سقط الأجر فسخ أولا إتفاقى ، وقدمناه قبيل الإجارات الفاسدة (قوله بالقضاء أو الرضا) ظاهره أنه شرط(١) فى خيار الشرط والرؤية والعيب والعذر لأنه ربطه بالكل ، وفيه كلام سيأتى قريبا (قوله بخيار شرط الخ) أى قبل انقضاء الأيام الثلاثة ،

---

(١) (قوله ظاهره أنه شرط) هذا إنما يظهر على ما فى بعض النسخ من حذف الواو الداخلة على بخيار ، أما على مابأيدينا ما ثبتت فيها الواو فلا كما لايخفى اه ،

ورؤية)كالبيع خلافا للشافعي (و) بخيار (عيب) حاصل قبل العقد أو بعده بعد القبض أو قبله (يفوت النفع به) صفة عيب (كخراب الدار وانقطاع ماء الرحى و) انقطاع (ماء الأرض) وكذا لو كانت تسقى بماء السماء فانقطع المطر فلا أجر خانية أى وإن لم تنفسخ على الأصح

فلو استأجر دكانا شهرا على أنه بالخيار ثلاثة أيام يفسخ فيها ، فلو فسخ فى الثالث(١) منها لم يجب أجر اليومين لأن ابتداء المدة من وقت سقوط الخيار وفيه إشعار(٢) بأنه لايشترط حضور صاحبه ولاعلمه خلافا للطرفين والأول أصح ، وقيل للمفتى الخيار فى ذلك كما فى المضمرات قهستانى ، وهذا خلاف ما أشعر به كلام الشارح (قوله ورؤية) فلو استأجر قطعات من الأرض صفقة واحدة ثم رأى بعضها فله فسخ الإجارة فى الكل ، وفيه إشعار بأنه لا يشترط فى هذا الفسخ القضاء ولا الرضا ، وينبغى أن يكون فيه خلاف خيار الشرط قهستانى ، وتقدم أول باب ضمان الأجير أن للأجير المشترك خيار الرؤية فى كل عمل يختلف باختلاف المحل .

والحاصل أنه لا يشترط القضاء أو الرضا فى خيار الشرط والرؤية . وأما فى خيار العيب ففى نحو انهدام الدار كلها يفسخ بغيبة صاحبه بخلاف انهدام الجدار ونحوه كما مر . وأما فى غيره من الأعذار فسيأتى أن الأصح أن العذر إن كان ظاهرا ينفرد وإن مشتبها لاينفرد . ثم إن خيار الشرط يثبت للعاقدين ، أما خيار الرؤية فلا يكون للمؤجر كما في البيع . قال الحموى ولم أره ، وهكذا بحثه غيره وهو ظاهر استدلالهم هنا بالحديث « من اشترى شيئا ولم يره فله الخيار » وقولهم إنها بيع المنفعة وبه أفتى منلا على التركمانى (قوله حاصل قبل العقد) أى ولم يره قبله ، فإن رآه فلا خيار لرضاه به كما فى الاختيار ، ولو استوفى المنفعة فيما له الخيار بحدوثه يلزمه الأجر كاملا كما سيذكره الشارح .

وفى الخلاصة : خيار العيب فى الإجارة يفارق البيع فى أنه ينفرد بالرد بالعيب قبل القبض لا بعده ، وفى الإجارة ينفرد المستأجر بالرد قبل القبض وبعده(٣) اهـ ولا تنس ما مر (قوله يفوت النفع به) والأصل فيه أن العيب إذا حدث بالعين المستأجرة ، فإن أثر فى المنافع يثبت الخيار للمستأجر كالعبد إذا مرض والدار إذا انهدم بعضها لأن كل جزء من المنفعة كالمعقود عليه ، فحدوث عيب قبل القبض يوجب الخيار ، وإن لم يؤثر فى المنافع فلا كالعبد المستأجر للخدمة إذا ذهبت إحدى عينيه أو سقط شعره ، وكالدار إذا سقط منها حائط لاينتفع به فى سكناها لأن العقد ورد على المنفعة دون العين وهذا النقص حصل بالعين دون المنفعة والنقص بغير المعقود عليه لا يثبت الخيار إتقانى . وفى الذخيرة : إذا قلع الآجر شجرة من أشجار الضياع المستأجرة فللمستأجر حق الفسخ إن كانت الشجرة مقصودة (قوله وانقطاع ماء الرحى) فلو لم يفسخ حتى عاد الماء لزمت ويرفع عنه من الأجر بحسابه ، قيل حساب أيام الانقطاع ، وقيل بقدر حصة ما انقطع من الماء ، والأول أصح لأن ظاهر

---

(١) (قوله فلو فسخ الخ) إنما يكون له ذلك إذا لم ينتفع ، أما إذا انتفع بها فيسقط خياره ويكون أول المدة من حين الانتفاع لاما بعد الثالث اهـ .

(٢) (قوله وفيه إشعار) أى فى كلام الوقاية ، فإن هذه العبارة قالها القهستانى فى شرح كلام الوقاية ، وليس مرجع الضمير المجرور بل هو الكلام السابق يعنى قوله يفسخ فيها فلو فسخ الخ فإنه من كلام القهستانى فى شارح مصنفه اهـ .

(٣) (قوله وبعده) أى لأن المبيع فيها إنما هو المنافع وهى معدومة لايتصور قبضها إلا بالاستيفاء ، بخلاف العين المبيعة وهو ظاهر اهـ . وفيه أنه حيث لايتصور قبضها إلا باستيفائها كيف يتصور ردها بعد الاستيفاء .

ويمكن أن يقال : إن المراد بالقبض فى قولهم له الرد بعد القبض قبض العين تسامحا ، فإنه لما كان قبض المبيع فى الإجارة لايمكن إلا بقبض العين المؤجرة صار كأن قبضها قبض له اهـ .

كما مر . وفى الجوهرة لو جاء من الماء ما يزرع بعضها فالمستأجر بالخيار إن شاء فسخ الإجارة كلها أو ترك ودفع بحساب ماروى منها .

وفى الولوالجية : لو استأجرها بغير شربها فانقطع ماء الزرع على وجه لا يرجى فله الخيار ، وإن انقطع قليلا قليلا ويرجى منه السقى فالأجر واجب .

وفى لسان الحكام استأجر حماما فى قرية ففزعوا ورحلوا سقط الأجر عنه ، وإن نفر بعض الناس لا يسقط الأجر (أو يخل) عطف على يفوت (به) أى بالنفع بحيث ينتفع به فى الجملة (كمرض العبد

الرواية يشهد له فإنه قال فى الأصل : الماء إذا انقطع الشهر كله ولم يفسخها المستأجر حتى مضى الشهر فلا أجر عليه فى ذلك ، ولو كانت منفعة السكنى معقودا عليها مع منفعة الطحن وجب بقدر ما يخص منفعة السكنى كذا فى التاترخانية ، ومفاده أنه لا يجب أجر بيت الرحى صالحا لغير الطحن كالسكنى ما لم تكن معقودا عليها . ونقل بعده عن القدورى : إن كان البيت ينتفع به لغير الطحن فعليه من الأجر بحصته اه ونحوه ما يأتى عن التبيين تأمل والانقطاع غير قيد ، لما فى التاترخانية أيضا : وإذا انتقص الماء ، فإن فاحشا فله حق الفسخ وإلا فلا . قال القدورى : إذا صار يطحن أقل من النصف فهو فاحش . وفى واقعات الناطفى لو يطحن على النصف له الفسخ وهذه تخالف رواية القدورى، ولو لم يرده حتى طحن كان رضا منه وليس له الرد بعده اه (قوله كما مر) أى صريحا قبيل الإجارة الفاسدة حيث قال : ولو خربت الدار سقط كل الأجر ولا تنفسخ به ما لم يفسخها المستأجر هو الأصح اه ودلالة من قول المصنف تفسخ فإنه يفيد عدم الانفساخ ، وقدمنا التصريح به عن التاترخانية والإتقانى (قوله ودفع بحساب ما روى منها) نظيره ما قدمه الشارح عن الوهبانية قبيل الإجارة الفاسدة لو انهدم بيت من الدار يسقط من الأجر بحسابه ، لكن قدمنا هناك عن ابن الشحنة وغيره أنه خلاف ظاهر الرواية فتأمل (قوله وفى الولوالجية الخ) ذكره فى الفصل الثالث من كتاب المزارعة . وفيها : وإن استأجرها بشربها سقط عنه الأجر(١) لفوات التمكن من الانتفاع . ثم قال : ولو لم ينقطع الماء لكن سال عليها حتى لا تتهيأ له الزراعة فلا أجر عليه لأنه عجز عن الانتفاع به وصار كما إذا غصبه غاصب اه (قوله بغير شربها) أقول : تقدم فى باب ما يجوز من الإجارة وما لا يجوز أن للمستأجر الشرب والطريق ، وقدمنا هناك الفرق بينها وبين البيع فلعل ما هنا محمول على التصريح بعدم الشرب تأمل ، وتقدم هناك فروع متعلقة بعدم التمكن من الزراعة فراجعها (قوله استأجر حماما الخ) فى التاترخانية : سئل شمس الأئمة الحلوانى عمن استأجر حماما فى قرية فنفر الناس ووقع الجلاء ومضت مدة الإجارة هل يجب الأجر ؟ قال : إن لم يستطع الرفق بالحمام فلا . وأجاب ركن الإسلام السغدى بلا مطلقا ولو بقى بعض الناس وذهب البعض يجب الأجر اه . والظاهر أن المراد بالرفق به الارتفاق أى الانتفاع بنحو السكنى . وفرض المسألة فيما إذا مضت المدة ، فلو لم تمض فالظاهر أن له خيار الفسخ لأنه مخل بالمنفعة كمسألة الجوهرة تأمل ، وتقدم قبيل الإجارة الفاسدة أن الحمام لو غرق يجب بقدر ما كان منتفعا (قوله ففزعوا ورحلوا) عبارة لسان الحكام فوقع الجلاء ونفر الناس (قوله فى الجملة) أى دون الانتفاع المعتاد (قوله كمرض العبد) فى البزازية : استأجر عبدا للخدمة فمرض العبد ، إن كان يعمل دون العمل الأول له خيار الرد ، فإن لم يرد

---

(١) (قوله سقط عنه الأجر) أى بانقطاع الشرب كما صرح به ط فيما نقله عن الهندية . قال شيخنا : وحينئذ لا فرق يظهر بين نفى الشرب وعدمه ، إلا أن يقال الفرق أنه فيما إذا نفى الشرب يكون المناط عدم إمكان سقيها بوجه ما وأما إذا لم ينف فالمناط عدم إمكان السقى من شربها خاصة اه .

ودبر الدابة) أى قرحتها وبسقوط حائط دار :

وفى التبيين : لو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الأجر بحصته لبقاء بعض المعقود عليه ، فإذا استوفاه لزمته حصته (فإن لم يخل العيب به أو أزاله المؤجر) أو انتفع بالمخل (سقط خياره)لزوال السبب؛ (وعمارة الدار) المستأجرة (وتطيينها وإصلاح الميزاب وماكان من البناء على رب الدار) وكذا كل ما يخل بالسكنى (فإن أبى صاحبها) أن يفعل(كان للمستأجر أن يخرج منها إلا أن يكون) المستأجر (استأجرها وهى كذلك وقد رآها) لرضاه بالعيب :

(وإصلاح بئر الماء

وتمت المدة عليه الأجر ، وإن كان لا يقدر على العمل أصلا لا يجب الأجر وعلى قياس مسألة الرحى يجب أن يقال إذا عمل أقل من نصف عمله له الرد اه :

وفى الولوالجية : وكذا لو أبق فهو عذر أوكان سارقا لأنها توجب نقصانا فى الخدمة اه وقيد بمرض العبد ، إذ لو مرض الحر المستأجر ، وإن كان يعمل بأجرائه فليس بعذر ، وإن بنفسه فعذر كما فى البزازية (قوله ودبر الدابة) بالفتح : جرح ظهر الدابة أو خفها قاله ابن الأثير ط (قوله وبسقوط حائط دار) أى إن كان يضر بالسكنى وإلا فليس له أن يفسخ كما قدمناه عن البزازية (قوله وفى التبيين الخ) مثله فى الهداية (قوله والبيت) أى بيت الرحى (قوله لغير الطحن) كالسكنى مثلا (قوله بحصته) أى بحصة ما ينتفع به من غير الطحن (قوله لبقاء بعض المعقود عليه) يشعر بأن منفعة غير الطحن معقود عليها ، فلو لم تكن معقودا عليها فلا أجر ، وقدمنا عن التتارخانية أنه الأصح وأن ظاهر الرواية يشهد لهذا ، لكن قوله فإذا استوفاه الخ(١) يفيد أنه لو لم يستوفه بالفعل لا يجب ، ولو كان معقودا عليه اوجب وإن لم يستوف فتأمل، ويدل على الأول ما ذكره الزيلعى وغيره فى الاستدلال على القول بعدم انفساخ الإجارة بانهدام الدار ما لم يفسخها لأن أصل الموضع مسكن بعد انهدام البناء ويتأتى فيه السكنى بنصب الفسطاط فبقى العقد ، لكن لا أجر على المستأجر لعدم التمكن من الانتفاع على الوجه الذى قصده بالاستئجار اه وتقدم الكلام قبيل الإجارة الفاسدة فيما لو سكن فى الساحة (قوله فإن لم يخل العيب به) أى بالنفع كما قدمناه عن عور العبد وسقوط شعره وسقوط حائط الدار الذى لا يخل (قوله أو أزاله المؤجر) أى أزال العيب كما لو بنى المنهدم ، ومثله ما لو زال بنفسه كما لو برئ العبد المريض :

وفى التاترخانية وغيرها . قال محمد رحمه الله فى السفينة المستأجرة : إذا نقضت وصارت ألواحا ثم ركبت وأعيدت سفينة لم يجبر على تسليمها إلى المستأجر اه أى لأنها بالنقض لم تبق سفينة ففات المحل كموت العبد بخلاف انهدام الدار تأمل (قوله أو انتفع بالمخل) بالخاء المعجمة والبناء للفاعل : أى بالشىء المستأجر المشتمل على العيب المخل أو بالبناء للمفعول : قال الزيلعى : لأنه قد رضى بالعيب فيلزمه جميع البدل كما فى البيع (قوله لزوال السبب) علة لقوله أو أزاله المؤجر ، لأن العقد يتجدد ساعة فساعة فلم يوجد العيب فيما يأتى بعده فسقط الخيار زيلعى (قوله وتطيينها) أى تطيين سطحها كما عبر به فى الولوالجية لأن عدمه مخل بالسكنى بخلاف تطيين جدرانها تأمل :

مطلب إصلاح بئر الماء والبالوعة والمخرج على المالك وإخراج التراب والرماد على المستأجر

(قوله وإصلاح بئر الماء الخ) هـذه المسألة مثل ماقبلها من كل وجه فلا معنى لفصلها بكلام على حدة ح

---

(١) (قوله لكن قوله فإذا استوفاه الخ) يمكن حمل الاستيفاء فى كلام الشارح على الأعم من الحقيقى والحكمى وهو التمكن وحينئذ يندفع التنافى اه .

والبالوعة والمخرج على صاحب الدار) لكن (بلا جبر عليه) لأنه لايجبر على إصلاح ملكه (فإن فعله المستأجر فهو متبرع) وله أن يخرج إن أبى ربها خانية : أى إلا إذا رآها كما ر ه وفى الجوهرة : وله أن ينفرد بالفسخ بلا قضاء ولو استأجر دارين فسقطت أو تعيبت إحداهما فله تركهما لو عقد عليهما صفقة واحدة .

قلت : وفى حاشية الأشباه معزيا للنهاية ، إن العذر ظاهرا ينفرد ، وإن مشتبها لاينفرد وهو الأصح (وبعذر) عطف على بخيار شرط (لزوم ضرر لم يستحق بالعقد إن بقى) العقد

وتفريغ البئر إذا امتلأت على المالك بلا جبر أيضا . قال فى الواوالجية لأن المعقود عليه منفعة السكنى وشغل باطن الأرض لايمنع الانتفاع بظاهرها من حيث السكنى ، ولهذا لو سكنه مشغولا لزمه كل الأجر ، وإنما للمستأجر ولاية الفسخ لأنه تعيب المعقود عليه (قوله والبالوعة والمخرج)عطف على الماء لقول البزازية وإصلاح بئر البالوعة والماء الخ وكذا تفريغهما ، ولو امتلأ من المستأجر على المالك كما فى المنح ، وأفتى به فى الحامدية ، وكذا فى الخيرية ونقله عن عدة كتب . وقال فى الولوالجية : وأما البالوعة وأشباهها فليس على المستأجر تفريغها استحسانا : والقياس أن يجب لأن الشغل حصل من جهته : وجه الإستحسان أن المشغول بهذه الأشياء باطن الأرض فلا يمنع التسليم بعد انقضاء العقد ، ولو شرطه رب الدار على المستأجر حين آجره فى الإستحسان لايجوز ويفسد العقد لأنه لايقتضيه ولأحدهما فيه منفعة اه . وفى البزازية : ولو امتلأ مسيل الحمام فعلى المستأجر تفريغه ظاهراً كان أو باطنا اه . وفيها وتسييل ماء الحمام وتفريغه على المستأجر وإن شرط نقل الرماد والسرقين رب الحمام على المستأجر لايفسد العقد ، وإن شرط على رب الحمام فسد اه فتأمل ، ولعله مفرع على القياس أو مبنى على العرف ففى البزازية : وفى استئجار الطاحونة فى كرى نهرها يعتبر العرف ، وفيها خرج المستأجر من البيت وفيه تراب أو رماد على المستأجر إخراجه بخلاف البالوعة ، وإن اختلفا فى التراب الطاهر فالقول للمستأجر أنه استأجرها وهو فيه (قوله لأنه لايجبر على إصلاح ملكه) قال الحموى يفهم من هذا التعليل أن الدار لو كانت وقفا يجبر الناظر على ذلك اه ط (قوله فهو متبرع) أى ولا يحسب له من الأجرة : بقى هل له قلعه فيه تفصيل . قال فى جامع الفصولين : بنى بلا أمر ثم انفسخت الإجارة أو انقضت مدتها ، فلو كان البناء من لبن اتخذ من تراب الدار فللمستأجر رفع البناء ويغرم قيمة التراب لمالكه ، وإن كان من طين لاينقض إذ لو نقض يعود ترابا اه .

وحاصله أنه إن عمر بما لو نقض يبقى مالا مله نقضه وإلا فلا ويتفرع عليه فروع كثيرة سائحانى (قوله فله تركهما) عبارة البزازية : فله ترك الأخرى لتفرق الصفقة (قوله وفى حاشية الأشباه الخ) قال أبو السعود فى حاشيتها : ثم الفسخ إنما يكون بالقضاء على رواية الزيادات ، حتى لو باع المؤجر دكانه قبل القضاء لايجوز ، وعلى رواية الأصل يكون بدونه فيجوز بيعه ، والأولى أصح لأن الفسخ مختلف فيه فيتوقف على القضاء كالرجوع فى الهبة . قال الولوالجى : وهذا فى الدين خاصة أما فى أعذار أخر ينفرد من له العذر بالفسخ بلا قضاء هو الصحيح من الرواية ومن المشايخ من وفق بينهما بأن العذر إن كان ظاهراً لم يحتج إلى القضاء وإلا كالدين الثابت بإقراره يحتاج إليه ليصير العذر بالقضاء ظاهراً . وقال قاضيخان والمحبوبى : القول بالتوفيق هو الأصح ، وقواه الشيخ شرف الدين بأن فيه إعمال الروايتين مع مناسبة فى التوزيع فينبغى اعتماده . وفى تصحيح العلامة قاسم : مايصححه قاضيخان مقدم على مايصححه غيره لأنه فقيه النفس ، وبه ظهر أن قول الشارح أول الباب تفسخ بالقضاء أو الرضا ليس على مايلبغى مع إيهامه اشتراط ذلك فى خيار الشرط والرؤية أيضا ، وقد علمت مافيه مما قدمناه عن القهستانى هناك فتنبه (قوله إن العذر ظاهراً) كمسألة سكون الضرس واختلاع المرأة (قوله وبعذر الخ) فلا تفسخ بدونه

(كما فى سكون ضرس استؤجر لقلعه وموت عرس أو اختلاعها استؤجر) طباخ (لطبخ وليمتها و) بعذر (لزوم دين) سواء كان ثابتا (بعيان) من الناس (أو بيان) أى بينة (أو إقرار و) الحال أنه (لا مال له غيره) .

إلا إذا وقعت على استهلاك عين كالإستكتاب فلصاحب الورق فسخها بلا عذر ، وأصله فى المزارعة لرب البذر الفسخ دون العامل أشباه .

وفى حاشيتها لأبى السعود عن البيرى : والحاصل أن كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه فى نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ .

مطلب فى رجم الدار من الجن هل هو عذر فى الفسخ

قال البيرى : يؤخذ منه أن الرجم الذى يقع كثيراً فى البيوت ويقال إنه من الجان عذر فى فسخ الإجارة لما يحصل من الضرر الخ ماذكره اهـ .

أقول : يظهر هذا لو كان الرجم لذات الدار أما لو كان لشخص مخصوص فلا ، وقد أخبرنى بعض الرفقاء أن أهل زوجه سحروا أمه ، فكلما دخلت داره يحصل الرجم وإذا خرجت ينقطع ، والله تعالى أعلم تأمل .

مطلب فسق المستأجر ليس عذرا فى الفسخ

[فرع كثير الوقوع] قال فى لسان الحكام : لو أظهر المستأجر فى الدار الشر كشرب الخمر وأكل الربا والزنا واللواطة يؤمر بالمعروف وليس للمؤجر ولا لجيرانه أن يخرجوه فذلك لا يصير عذرا فى الفسخ ولا خلاف فيه للأئمة الأربعة . وفى الجواهر : إن رأى السلطان أن يخرجه فعل اهـ . وقدمنا عن الإسعاف : لو تبين أن المستأجر يخاف منه على رقبة الوقف يفسخها القاضى ويخرجه من يده فليحفظ (قوله كما فى سكون ضرس الخ) التقييد بسكون الضرس وموت العرس أو اختلاعها يفهم منه أنه بدونه لا يكون له الفسخ . قال الحموى : وفى المبسوط إذا استأجره ليقطع يده للأكلة أو لهدم بناء له ثم بدا له فى ذلك كان عذرا إذ فى إبقاء العقد إتلاف شىء من بدنه أو ماله ، وهذا صريح فى أنه لو لم يسكن الوجع يكون له الفسخ اهـ .

أقول : وفى جامع الفصولين كل فعل هو سبب لنقص المال أو تلفه فهو عذر لفسخه كما لو استأجره ليخيط له ثوبه أو ليقصر أو ليقطع أو يبنى بناء أو يزرع أرضه ثم ندم له فسخه اهـ . زاد فى غاية البيان عن الكرخى : أو ليفصد أو ليحجم أو يقلع ضرساً له ثم يبدو له أن لا يفعل فله فى ذلك كله الفسخ لأن فيه استهلاك مال أو غرما أو ضرراً اهـ . ثم رأيت الشرنبلالى بحث كما قلناه وقال : ثم رأيته فى البدائع إلا مسألة الخلع لكنه يفيد ذلك اهـ .

أقول : وذكر شراح الجامع أنه يقال للشافعى رحمه الله : ماتقول فيمن استؤجر لقلع سن أو اتخاذ وليمة ثم زال الوجع وماتت العرس فحينئذ يضطر إلى الرجوع عن قوله الخ فظهر أن القيد ذكر لزيادة الإلزام فلا مفهوم له فتنبه (قوله وبعذر لزوم دين) أطلقه فشمل القليل والكثير كما فى شرح البيرى عن جوامع الفقه . وإذا فسخت يبدأ من الثمن بدين المستأجر وما فضل للغرماء ، حتى لو لم يكن فى الثمن فضل لا تنفسخ كما فى الزيادات . وفى البزازية والدرهم دين فادح تفسخ به بخلاف الأقل . وفى الولوالجية : أراد نقض الإجارة وبيع الدار لنفقته ونفقة أهله لكونه معسرا له ذلك . وفى شرح الزيادات للسرخسى : قبل يفسخها القاضى ثم يبيع والمختار أنها تنفسخ ضمن القضاء بنفاذ البيع أبو السعود على الأشباه . وحكى فى الخلاصة قولين فى فسخها للنفقة : الأول عن أبى الليث ، والثانى عدم الفسخ عن ظهير الدين (قوله بعيان أو بيان الخ) الظاهر أن أحدهما مغن عن الآخر وأن المراد بالإقرار

أى غير المستأجر لأنه يحبس به فيتضرر إلا إذا كانت الأجرة المعجلة تستغرق قيمتها أشباه (و) بعذر (إفلاس مستأجر دكان ليتجر و) بعذر (إفلاس خياط يعمل بماله) لابإبرته .

(استأجر عبدا ليخيط فترك عمله و) بعذر (بداء مكترى دابة من سفر) ولو فى نصف الطريق فله نصف الأجر إن استويا صعوبة وسهولة وإلا فبقدره شرح وهبانية وخانية (بخلاف بداء المكارى) فإنه ليس بعذر إذ يمكنه إرسال أجيره . وفى الملتقى : ولو مرض فهو عذر فى رواية الكرخى دون رواية الأصل ،

قلت : وبالأولى يفتى ، ثم قال : ولو استأجر دكانا لعمل الخياطة فتركه لعمل آخر فعذر ، وكذا لواستأجر

الإقرار السابق على الإجارة وإلا يلزم أن يكون حجة متعدية منلا مسكين د وفى كلام الشارح إشارة إلى دفع الأول لأن المراد بالعيان مشاهدة الناس وبالبيان إقامة البينة ، وينافى الثانى قولهم فى الاستدلال للإمام جوابا عن قول الصاحبين إن هذا الإقرار يضر المستأجر فلم يجز فى حقه ، وللإمام أن الإقرار يلاقى ذمة المقر ولا حق لأحد فيه فيصح ثم يتعدى اه تأمل . ثم رأيت فى غاية البيان عن شرح الطحاوى صرح بكون الإقرار بالدين بعد عقد الإجارة فتأيد ماقلناه .

[فرع] أقر بداره لرجل بعد ما آجرها صح فى حق نفسه لا فى حق المستأجر فإذا مضت المدة يقضى للمقر له ولوالجية (قوله أى غير المستأجر) بالبناء للمفعول تفسيرا للضمير فى غيره أوللفاعل تفسيرا للضمير فى له،ولكل مرجح فتبصر (قوله لأنه يحبس به) باعتبار أنه قد لايصدق على عدم مال آخر ابن كمال (قوله تستغرق قيمتها) أى قيمة العين المستأجرة : أى بأن لا يكون فى قيمتها فضل على دين المستأجر من الأجرة المعجلة وبه صرح فى الزيادات ، فقول الحانوتى : هذا قيد حسن فى فسخها وهو غريب لم أقف عليه غير مسلم أفاده أبوالسعود (قوله وبعذر إفلاس مستأجر دكان) وكذا إذاكسد سوقها حتى لايمكنه التجارة هندية . وفى المنية : لايكون الكساد عذرا اه . ويمكن حمله على نوع كساد سائحانى. أما لو أراد التحول إلى حانوت آخر هو أوسع أو أرخص ويعمل ذلك العمل لم يكن عذرا ، وإن ليعمل عملا آخر ففى الصغرى عذر ، وفى فتاوى الأصل إن تهيأ له الثانى على ذلك الدكان فلا، وإلا فنعم تاترخانية ، فالإفلاس غير قيد وسيأتى(قوله لا بإبرته) لأن رأس ماله حينئذ إبرة ومقراض فيعمل بالأجر فلايتحقق فى حقه العذر إلا بأن تظهر خيانته عند الناس فيمنعونه عن تسليم الثياب تاترخانية (قوله استأجر عبدا الخ) صفة ثانية لخياط (قوله وبعذر بداء مكترى دابة) البداء بالمد وفتحتين مصدر بدا له: أى ظهر له رأى غير الأول منعه عنه منح ، فالظاهر أن من فى قوله من سفر بمعنى عن أو للبدلية تأمل د. وفى الخلاصة : واو اشترى المستأجر إبلا فهذا عذر اه بخلاف ما لو اشترى منزلا فأراد التحول إليه ، والفرق مكان إكراء الدار لا الدابة ، لأن الركوب يختلف باختلاف المستعمل ، بخلاف السكنى بزازية (قوله وسهولة) الواو بمعنى أو ط (قوله بخلاف بداء المكارى) أى بلاسبب ظاهر يصلح عذرا كما إذا وجد من يستأجر بأكثر وسيذكر الشارح ما لو مات المكارى فى الطريق (قوله قلت وبالأولى يفتى) نقله فى شرحه عن القهستانى ، وقال إنه المختار عند المصنف : أى لأنه قدمه كما هو عادته (قوله ثم قال) أى فى الملتقى (قوله فعذر) كذا أطلقه فى البزازية ، ثم نقل عن المحيط ما قدمنا آنفا من التفصيل ، وسينقله عن الولوالجية .

مطلب ترك العمل أصلا عذر

بقى شىء : وهو أن قولهم فتركه لعمل آخر مع هذا التفصيل يفيد أنه لو ترك العمل أصلا كان عذرا ، ويدل عليه مافى الخانية : استأجر أرضا ليزرعها ثم بدا له ترك الزراعة أصلا كان عذرا اه وقد علمت أن الإفلاس فى مسألة الدكان غير قيد وهكذا حرره الرملى فى حاشيته ، واستشهد له بما فى جواهرالفتاوى استأجر حماما سنة وصار بحال

عقارا ثم أراد السفر اه . وفى القهستانى : سفر مستأجر دار للسكنى عذر دون سفر مؤجرها ، ولو اختلفا فالقول للمستأجر فيحلف بأنه عزم على السفر . وفى الولوالجية : تحوّله عن صنعته إلى غيرها عذر وإن لم يفلس حيث لم يمكنه أن يتعاطاها فيه . وفى الأشباه : لا يلزم المكارى الذهاب معها ولا إرسال غلام وإنما يجب الأجر بتخليتها (و) بخلاف (ترك خياطة مستأجر) عبد ليخيط (ليعمل) متعلق بترك (فى الصرف) لإمكان الجمع (و) بخلاف (بيع ما آجره) فإنه أيضا ليس بعذر بدون لحوق دين كما مر ويوقف بيعه إلى انقضاء مدتها هو المختار ، لكن لو قضى بجوازه نفذ وتمامه فى شرح الوهبانية : وفيه معزيا للخانية : لو باع الآجر المستأجر فأراد المستأجر أن يفسخ بيعه لا يملكه هو الصحيح ، ولو باع الراهن الرهن للمرتهن فسخه .

(وتنفسخ) بلاحاجة إلى الفسخ (بموت أحد عاقدين) عندنا

لايتحصل من الغلة قدر الأجرة وأراد أن يردّ الحمام إن لم يعمل الحمامى فله أن يرده : أى حيلته أن يترك العمل الخ فراجعه ويظهر لى أنه يحلف كمسألة السفر الآتية تأمل .

مطلب إرادة السفر أو النقلة من المصر عذر فى الفسخ

(قوله ثم أراد السفر) وكذا الانتقال من المصر عذر فى نقض إجارة العقار لأنه لا يمكنه الانتفاع إلا بحبس نفسه وهو ضرر جامع الفتاوى وغيره ، ومثله في القنية . ثم قال رامزا طب ، وهذا يدل على أن القروى إذا استأجر دارا فى الشتاء وأراد الخروج فى الصيف إلى قريته أو المصرى أراد الخروج إلى الرستاق صيفا فله نقض الإجارة ولا يشترط أن يكون بين المصرين مسيرة سفر اه . وفى البزازية : استأجر أرضا فى قرية وهو ساكن فى أخرى ، إن بينهما مسيرة سفر فعذر وإلا فلا اه تأمل (قوله ولو اختلفا) بأن قال المستأجر أريد السفر وقال المؤجر إنه يتعلل (قوله فيحلف الخ) هذا أحد أقوال ، وإليه مال الكرخى والقدورى ، وقيل يسأل رفقته ، وقيل يحكم زيه وثيابه ، وقيل القول لمنكر السفر . وفى الخلاصة : ولو خرج إلى السفر بعد الفسخ ثم رجع وقال بدا لى فى ذلك وقال خصمه إنه كاذب يحلف بالله إنك صادق فى خروجك بعد الفسخ (قوله وفى الأشباه الخ) ذكره فى الولوالجية عن خواهر زاده ، ثم قال : وذكر محمد فى الكتاب أنه يؤمر أن يرسل غلاما يتبع الدابة لأن الواجب على الآجر التخلية بين الدابة والمستأجر وقد وجد فيجب الأجر اه وهو تعليل للأول كما لايخفى ، وظاهره ترجيحه ولذا اقتصر عليه فى الأشباه تأمل (قوله وبخلاف ترك خياطة الخ) تركيب ركيك المعنى مع تتابع الإضافة ولو قال وبخلاف خياط استأجر عبدا للخياطة فتركها ليعمل فى الصرف لكان أوضح ط (قوله ليخيط) متعلق بمستأجر (قوله لإمكان الجمع) إذ يمكنه أن يقعدالغلام للخياطة فى ناحية ويعمل فى الصرف فى ناحية منح (قوله وبخلاف بيع ما آجره) أى بدون إذن المستأجر .

قال فى البزازية : فلو أذن حتى انفسخت الإجارة ثم المشترى رد المبيع بطريق ليس بفسخ لا تعود الإجارة بلا إشكال ، وإن بطريق هو فسخ تعود ، وبه يفتى اه : وقيد بالبيع لما فى التاترخانية عن المحيط ، اشترى شيئا وآجره من غيره ثم اطلع على عيب فله رده بالعيب وتفسخ الإجارة (قوله نفذ) لأن عند الإمام الثانى يجوز البيع بزازية

قلت : هذا فى غير قضاة زماننا فتدبر (قوله للمرتهن فسخه) قال الشرنبلالى فى شرح الوهبانية : والمختار أنه موقوف فيفتى بأن بيع المستأجر والمرهون صحيح لكنه غير نافذ ولا يملكان فسخه فى الصحيح وعليه الفتوى وإذا علم المشترى بكونه مرهونا أو مستأجرا عندهما يملك النقض ، وعند أبى يوسف لايملك مع علمه وبه أخذ المشايخ اه رحتى (قوله بلا حاجة إلى الفسخ) بخلاف ما مر ولذا عبر هناك بقوله تفسخ وهنا بقوله تنفسخ

لايجنونه مطبقا (عقدها لنفسه) إلا لضرورة كونه فى طريق مكة ولا حاكم فى الطريق فتبقى إلى مكة، فيرفع الأمر إلى القاضى ليفعل الأصلح فيؤجرها له لو أمينا أو يبيعها بالقيمة ويدفع له أجرة الإياب إن برهن على دفعها وتقبل البينة هنا بلا خصم لأنه يريد الأخذ من ثمن ما فى يده أشباه :

وفى الخانية : استأجر دارا أو حماما أو أرضا شهرا فسكن شهرين هل يلزمه أجر الثانى : إن معدا للاستغلال نعم ، وإلا لا ، وبه يفتى :

قلت : فكذا الوقف ومال اليتيم ، وكذا لو تقاضاه المالك وطالبه بالأجر فسكت يلزمه الأجر بسكناه بعده ولو سكن المستأجر بعد موت المؤجر هل يلزمه أجر ذلك ؟ قيل نعم لمضيه على الإجارة وقيل هو كالمسألة الأولى،

(قوله لا يجنوله مطبقا) قال فى الدر المنتقى : ولا بردته إلا أن يلحق بدارهم ويقضى به ، فإن عاد مسلما فى المدة عادت الإجارة كما فى الباقانى عن الظهيرية (قوله إلا لضرورة) قال فى الدر المنتقى ، وقد تقرر استثناء الضروريات ، فهى الظن أنه ينتقض بموت المزارع أو المكارى فى طريق مكة فإنه لا ينفسخ حتى يبلغ مأمنا ، لأن الإجارة كما تنتقض بالأعذار تبقى بالأعذار فليحفظ ، لعم يشكل بموت المعقود عليه كدابة معينة فإنه ينفسخ اهـ :

قلت : وتبطل بعجز المكاتب بعد ما استأجر شيئا كما فى البدائع ، وبملك المستأجر العين بميراث أو هبة أو نحو ذلك كما فى التاترخانية (قوله كونه) أى موت المؤجر فلو مات المستأجر لزمه الأجر بحساب ما سار ولواجية (قوله فى طريق مكة ولا حاكم) قال فى الولوالجية : قالوا هذا إذا كان فى موضع يخاف أن ينقطع به وليس ثمة قاض ولاسلطان يرفع الأمر إليه فكان المؤثر فى بقاء عقد الإجارة كلا المعنيين اهـ : وذكر فى التاترخانية أن المستأجر إذا أنفق عليها فى الطريق أو استأجر من يقوم عليها لايرجع على ورثة المكارى (قوله فيؤجرها) أى ممن هى فى يده للإياب (قوله بلا خصم) أو ينصب القاضى وصيا عنه كما فى الولوالجية (قوله لأنه يريد الخ) وإنما يشترط الخصم لقبول البينة إذا أراد المدعى أن يأخذ منه شيئا من يده ولوالجية (قوله إن معدا للاستغلال نعم) قال الشارح فى كتاب الغصب : بأن بناه لذلك أو اشتراه لذلك قيل أو أجره ثلاث سنين على الولاء ويموت رب الدار وبيعه يبطل الإعداد ، ولو بنى لنفسه ثم أراد أن يعده ، فإن قال بلسانه ويخبر الناس صار ذكره المصنف اهـ ، وقدمنا أنه غير مختص بالعقار وسيأتى فى الغصب إن شاء الله تعالى (قوله وإلا لا) لكن لو دفع أجرة ماسكن لايستردها منه هكذا ذكره فى التاترخانية ولم يقيده بالمعد للاستغلال (قوله قلت فكذا الوقف الخ) هذه الملحقات مصرح بها فى شرح الوهبانية ح (قوله وطالبه بالأجر) عطف تفسير على تقاضاه : أى طلب منه أجر الشهر الثانى ح (قوله قيل نعم) فى التاترخانية عن جامع الفتاوى : عليه الفتوى لأنه مضى على الإجارة وما غصب خصوصا فى مواضع أعدت للعقد (قوله وقيل هو كالمسألة الأولى) أى مسألة ما إذا سكن شهرين ح ، وهذا القول رجحه فى البزازية حيث قال : سكن المستأجر بعد موت المؤجر ، قيل يجب الأجر بكل حال لأنه ماض على الإجارة والمختار للفتوى جواب الكتاب وهو عدم الأجر قبل طلبه ، أما إذا سكن بعد طلب الأجر يلزم ، ولا فرق بين المعد للاستغلال وغيره ، وإنما الفرق فى ابتداء الطلب : وفى المحيط : والصحيح لزوم الأجر إن معدا بكل حال اهـ :

والحاصل أن المرجح فى سكناه بعد الموت كما فى سكناه قبله ، فإن معدا للاستغلال أو تقاضاه هو أو الوارث يلزم وإلا لا ، ومثله لو تقاضاه ولى اليتيم ، ولا يتأتى هنا الوقف لأنه لايكون ميراثا ولا تفسد إجارته بموت المؤجر

وينبغى أن لا يظهر الانفساخ هنا مالم يطالب الوارث بالتفريغ أو بالتزام أجر آخر ولو معدا للاستغلال لأنه فصل مجتهد فيه ، وهل يلزم المسمى أو أجر المثل ؟ ظاهر القنية الثانى ، وتمامه فى شرح الوهبانية :

وفى المنية : مات أحدهما والزرع بقل بقى العقد بالمسمى حتى يدرك ، وبعد المدة بأجر المثل . وفى جامع الفصولين : لو رضى الوارث وهو كبير ببقاء الإجارة ورضى به المستأجر جاز اه أى فيجعل الرضا بالبقاء إنشاء عقد : أى لجوازها بالتعاطى فتأمله . وفى حاشية الأشباه : المستأجر والمرتهن والمشترى أحق بالعين من سائر الغرماء لو العقد صحيحا ، ولو فاسدا فأسوة الغرماء فليحفظ :

(فإن عقدها لغيره لا تنفسخ كوكيل) أى بالإجارة . وأما الوكيل بالاستئجار إذا مات تبطل الإجارة ، لأن التوكيل بالاستئجار توكيل بشراء المنافع فصار كالتوكيل بشراء الأعيان فيصير مستأجرا لنفسه ثم يصير مؤجرا للموكل ، فهو معنى قولنا إن الموكل بالاستئجار بمنزلة المالك ، كذا نقله المصنف عن الذخيرة :

قلت : ومثله فى شرح المجمع والبزازية والعمادية ، ثم قال المصنف قلت : هذا يستقيم على ماذكره الكرخى

وظاهره أن الإعداد لا يبطل بالموت فيخالف ماقدمناه عن الشارح فتأمل (قوله وينبغى الخ) مذكور فى الخانية ونقله فى المنح مصدراً بقوله وقال مولانا الخ ، والمراد به قاضيخان لا صاحب البحر شيخ المصنف فافهم ، ثم إن قوله لايظهر الانفساخ أى لايظهر حكمه ، ومقتضاه أنه يجب الأجر المسمى فى العقد السابق كما سيذكره عن المنية فى مسألة الزرع (قوله مالم يطالب الوارث الخ) أى فيظهر حكم الانفساخ ، لأن مطالبته بالتفريغ دليل عدم رضاه بالمضى على العقد السابق وبإنشاء عقد لاحق ، ومطالبته بالتزام أجر آخر دليل رضاه بإنشاء عقد لاحق ونقض حكم العقد السابق ، فيظهر حينئذ حكم الانفساخ وهو عدم وجوب المسمى فى العقد السابق (قوله ولو معدا للاستغلال) لايخفى أن قاعدة لو الوصلية أن يكون نقيض مابعدها أولى بالحكم نحو أكرمك ولو أهنتنى وهنا كذلك فإنه إذا ظهر الانفساخ فى المعد بالمطالبة المذكورة مع أن الإعداد دليل بقاء الإجارة فغير المعد أولى فافهم (قوله لأنه فصل) علة لقوله لايظهر الخ (قوله وهل يلزم الخ) هذا راجع إلى ماقبل قوله : وينبغى الذى بحثه فى الخانية أما ذلك البحث فقد علمت أنه لو سكن قبل المطالبة يجب المسمى فى العقد السابق . وأما بعدها ، فإن طالبه بالتفريغ وسكن بعده فينبغى وجوب أجر المثل لو معدًّا للاستغلال دون المسمى فى العقد السابق لظهور انفساخه ، وإن طالبه بأجر آخر وسكن بعده ينبغى لزوم ذلك الأجر الذى طالبه به كما سيظهر فى المتفرقات عن الأشباه (قوله وفى المنية الخ) حاصله التفرقة فيما إذا لم يدرك الزرع بين موت أحدهما فى أثناء المدة وبين انقضائها ، فنى الأول يترك إلى الحصاد بالمسمى ، وفى الثانى بأجر المثل ، وقد تقدمت المسألة متنا فى باب ما يجوز من الإجارة ، وحررنا هناك أن العقد انفسخ بالموت حقيقة واعتبر باقيا حكما للضرورة فلذا وجب المسمى ، فقوله هنا بقى العقد أى حكمًا لا حقيقة فتنبه (قوله أى لجوازها بالتعاطى) لأن ظاهره أنه لم يصدر لفظ من كل منهما ، ولذا قال فى البدائع ويكون بمنزلة عقد مبتدأ اه . أما لو قال اتركها فى يدى بالأجر السابق فقال رضيت أو نعم فهو إيجاب وقبول صريحان لا يحتاج التنبيه عليه :

وفى التاترخانية عن الملتقط : استأجر أجيرا للحفظ كل شهر بكذا ثم مات فقال وصيه للأجير اعمل على ما كنت تعمل فإنا لا نحبس عنك الأجر ثم باع الوصى الضيعة فقال المشترى للأجير كذلك ، فمقدار ما عمل فى حياة الأول يجب المسمى فى تركته وفيما عمل للوصى والمشترى أجر المثل . قال الفقيه : إذا لم يعلما مقدار المشروط من الميت ، فإن علماه فالمسمى أيضا ، وسيأتى قريبا فى المتفرقات عن الأشباه السكوت فى الإجارة رضا وقبول الخ (قوله وفى حاشية الأشباه الخ) مخالف لما قدمه قبيل باب ما يجوز من الإجارة من أن المستأجر أحق

من أن الملك يثبت للوكيل ثم ينتقل إلى الموكل. وأما على ما قاله أبو طاهر من أنه يثبت للموكل ابتداء، وبه جزم فى الكنز ، وهو الأصح كما فى البحر لا يستقيم ، والله تعالى أعلم اه .

قلت : وتعقبه شيخنا بأنه غير مستقيم على ما ذكره الكرخى أيضا لاتفاقهم على عدم عتق قريب الوكيل لأن ملكه غير مستقر والموجب للعتق والفساد الملك المستقر .

ثم قال: والحاصل أن الأصح أن الإجارة لاتنفسخ بموت المستأجر والنقل به مستفيض اه، والله أعلم (ووصى) وأب وجد وقاض (ومتولى الوقف) لبقاء المستحق له والمستحق عليه ، حتى لو مات المعقود له بطلت درر ، إلا إذا كان متولى وقف خاص به وجميع غلاته له كما فى وقف الأشباه معزيا للوهبانية : قال : وإطلاق المتون بخلافه .

قلت : وبإطلاق المتون أفتى قارئ الهداية ، فكان هو المذهب المعتمد كما قاله المصنف فى حاشيته على الأشباه ، ولذا قال فى الأشباه بعد أربع أوراق : لا تنفسخ الإجارة بموت مؤجر الوقف إلا فى مسألتين أما إذا آجرها الواقف ثم ارتد ثم مات لبطلان الوقف بردته ، وفيما إذا آجر أرضه ثم وقفها على معين ثم مات

لو العين فى يده ولو بعقد فاسد وسيذكره أيضا فى المتفرقات وقدمنا بيانه عن جامع الفصولين .

وفى الحموى عن العمادية والبزازية : بين فاسد هذه العقود وصحيحها فرق فى مسألة واحدة ، وهى ما إذا وقعت الإجارة أو البيع بدين كان للمستأجر أو المشترى على الآجر أو البائع ثم فسخا العقد وكان فاسدا لايكون للمشترى ولا للمستأجر حق الحبس لاستيفاء الدين ولا يكون أولى بها من سائر الغرماء ، بخلاف ما إذا كان العقد صحيحا والرهن الفاسد كالصحيح فى الحياة والممات فالمرتهن أحق به لكن إذا لحق الدين الرهن الفاسد، أما لو سبق الدين ثم تفاسخا بعد قبضه فليس أحق به وليس له الحبس اه ملخصا، فالظاهر أن المراد بما نقله عن حاشية الأشباه من الفرق بين الصحيح والفاسد هذه المسألة فلا يخالف ما مر فتدبر (قوله لاتفاقهم على عدم عتق قريب الوكيل) أى لو اشتراه ، وتمام عبارة شيخه الرملى : وعدم فساد نكاحها لو اشتراها (قوله والفساد) أى فساد النكاح فيما إذا اشترى بالوكالة امرأته من سيدها (قوله بموت المستأجر) أى الوكيل المستأجر ح (قوله والنقل به مستفيض) قال السائحانى : فى البدائع أن الإجارة لا تبطل بموت الوكيل سواء كان من طرف المؤجر أو المستأجر اه .

قلت : ومثله فى القهستانى عن قاضيخان . وفى التاترخانية : كل من وقع له عقد الإجارة إذا مات تنفسخ الإجارة بموته ، ومن لم يقع العقد له لاينفسخ بموته وإن كان عاقدا يريد الوكيل والوصى ، وكذا المتولى فى الوقف اه (قوله لبقاء المستحق له) عبارة الدرر والمنح : لبقاء المستحق عليه والمستحق اه : والمراد بالأول المستأجر لأنه استحق عليه الأجرة ، وبالثانى أهل الوقف ونحوهم تأمل (قوله قلت وإطلاق المتون بخلافه) ذكر هذه العبارة صاحب الأشباه . وفى بعض النسخ قال بدل قلت وضميره لصاحب الأشباه . قال العلامة عبد البر : والذى فى غالب كتب المذهب يقتضى عدم بطلان الإجارة فى الوقف بموت المؤجر سواء الواقف وغيره من القيم والوصى والقاضى ، وذلك مقتضى تعليلاتهم أن المستحق إذا كان ناظرا لا تبطل بموته وإن كان مستحقا لجميع الريع إذ لا ملك له فى الرقبة وإنما حقه فى الغلة ، وذكره الشرنبلالى ط (قوله أفتى قارئ الهداية) حيث قال لاتنفسخ بموت الناظر المؤجر وإن كان هو المستحق بانفراده (قوله إلا فى مسألتين) الاستثناء منقطع ، أما فى الأولى فلأنه بطل بالردة كما صرح به فى التعليل وصارت ميراثا بالموت فتأمل ، وأما فى الثانية فلما قال ابن الشحنة إن أصل المسألة فى وقف أوجر وهذا مؤجر ملك لا وقف (قوله على معين) الذى فى معاياة الوهبانية وشرحها على غير

تنفسخ. وفى وقف فتاوى ابن نجيم سئل إذا آجر الناظر ثم مات فأجاب لاتنفسخ الإجارة فى الوقف بموت المؤجر والمستأجر كذا رأيته في عدة نسخ لـكنه مخالف لما فى إجارة فتاوى قارئ الهداية فتنبه . وفيها أيضا لا تنفسخ بموت المتولى ولو الغلة له بمفرده فتنبه : وفى الفيض الواقف لو آجر الواقف بنفسه ثم مات ، فى الاستحسان لا تبطل لأنه آجر لغيره اه : ومثله فى البزازية . وفى السراجية : وحكم عزل القاضى والمتولى كالموت فلا تنفسخ (و) تنفسخ أيضا (بموت أحد مستأجرين أو مؤجرين فى حصته) أى حصة الميت لو عقدها لنفسه (فقط) وبقيت فى حصة الحى .

[فرع] فى وقف الأشباه : تخلية البعيد باطلة ، فلو استأجر قرية وهو بالمصر لم يصح تخليتها على الأصح ، فينبغى للمتولى أن يذهب إلى القرية مع المستأجر أو غيره ، فيخلى بينه وبينها أو يرسل وكيله أو رسوله إحياء لمال الوقف فليحفظ .

قلت : لـكن نقل محشيها ابن المصنف فى زواهر الجواهر عن بيوع فتاوى قارئ الهداية أنه متى مضى مدة يتمكن من الذهاب إليها والدخول فيها كان قابضا وإلا فلا فتنبه اه .

معين (قوله تنفسخ) لأن ابتداء العقد كان لنفسه ح (قوله لـكنه مخالف الخ) أقول : بل هو مخالف لسائر المتون ويمكن أن يجاب عن ابن نجيم بأن يكون المراد بالمؤجر والمستأجر فى كلامه الناظر وأنه قصد الجواب عن مسألتين : الأولى إذا آجر الناظر أرض الوقف ، والثانية إذا استأجر الناظر أرضا من شخص من مال الوقف يستغلها للوقف ح (قوله وفيها أيضا) هذا أيضا مما يرد على ما نقله صاحب الأشباه فيما إذا كان المؤجر متولى وقف خاص وجميع غلته له ، فالأولى ذكر ذلك قبل قوله وفى فتاوى ابن نجيم ، وأشار بقوله فتنبه إلى الرد المذكور ط (قوله وبقيت فى حصة الحى) ولا يضره الشيوع لأنه طارئ كما تقدم فى محله (قوله أو غيره) كوكيله وليس موجودا في عبارة الأشباه (قوله إحياء لمال الوقف) لأنه بدون التسليم لا تلزم الأجرة ، لـكن لا يخفى أن التسليم ليس شرطا لصحة العقد ، وقد تقدم أنه إذا كانت الإجارة صحيحة وتمكن من الانتفاع يجب الأجر ، أما فى الفاسدة فلا يجب إلا بحقيقة الانتفاع ، وتقدم أيضا أن ظاهر الإسعاف إخراج الوقف فتجب أجرته فى الفاسدة بالتمكن ، فينبغى حمل كلامه هنا على ما إذا لم يتمكن منه فتأمل (قوله عن بيوع فتاوى قارئ الهداية) ونصها : سئل عن شخص اشترى من آخر دارا ببلدة وهما ببلدة أخرى وبين البلدتين مسافة يومين ولم يقبضها ، بل خلى البائع بين المشترى والمبيع التخلية الشرعية ليتسلم ، فهل يصح ذلك وتكون التخلية كالتسليم . أجاب : إذا لم تكن الدار بحضرتهما وقال البائع سلمتها لك وقال المشترى تسلمت لا يكون ذلك قبضا ما لم تكن الدار قريبة منهما بحيث يقدر المشترى على الدخول فيها والإغلاق فحينئذ يصير قابضا ، وفى مسألتنا ما لم تمض مدة يتمكن من الذهاب إليها والدخول فيها لم يكن قابضا اه .

مطلب فى تخلية البعيد

وفى حاشية الحموى قال بعض الفضلاء : ما ذكره المصنف من أن تخلية البعيد باطلة مخالف لما فى المحيط كما هو فى شرح الـكنز وفى ابن الهمام قبيل باب خيار الشرط ، وقد أطنبنا فيه اه (قوله والدخول فيها) أقول : فائدة ذكره حصول التمكن من الانتفاع ، إذ لو لم يتمكن من الدخول فيها لوجود غاصب ونحوه لا يجب الأجر كما مر ، وليس المراد أن الدخول نفسه شرط فافهم ، والله تعالى أعلم .

مسائل شتى

(أحرق حصائد) أى بقايا أصول قصب محصود (فى أرض مستأجرة أو مستعارة) ومثله أرض بيت المال المعدة لحط القوافل والأحمال ومرعى الدواب وطرح الحصائد :

قلت : وحاصله أنه إن لم يكن له حق الانتفاع فى الأرض يضمن ما أحرقته فى مكانه بنفس الوضع لا مانقلته الريح على ما عليه الفتوى قاله شيخنا (فاحترق شىء من أرض غيره لم يضمن) لأنه تسبب لا مباشرة (إن لم تضطرب الرياح) فلو كانت مضطربة ضمن لأنه يعلم أنها لا تستقر فى أرضه فيكون مباشرا (وكذا كل موضع كان للواضع حق الوضع فيه) أى فى ذلك الموضع (لا يضمن

مسائل شتى

(قوله أى بقايا الخ) تفسير مراد : قال فى المنح : حصائد جمع حصيد وحصيدة ، وهما الزرع المحصود ، والمراد بها ههنا ما يبقى من أصول القصب المحصود فى الأرض اه أى لجريان العادة بإحراقه (قوله مستأجرة أو مستعارة) قال منلا مسكين فى شرحه : وإنما وضع المسألة فيهما دون أرض ملكه لما لم يضمن هنا فعدم الضمان بالإحراق فى أرضه بالأولى اه . ومقتضى هذه العبارة مع عبارة المتن أنه لو كانت فى أرض الغير بلا إذنه أنه يضمن ما أحرقته فى مكان تعدت إليه ، وهو خلاف ما فى جامع الفصولين وكثير من الكتب ، فقد قال فى جامع الفصولين : أوقد نارا فى أرض بلا إذن المالك ضمن ما أحرقته فى مكان أوقدت فيه لا ما أحرقته فى مكان آخر تعدت إليه ، وفرق بين الماء والنار ، فإنه لو أسال الماء إلى ملكه فسال إلى أرض غيره وأتلف شيئا ثمة ضمن ، بخلاف النار إذ طبع النار الخمود ، والتعدى يكون بفعل الريح ونحوه فلم يضف إلى فعل الموقد فلم يضمن ومن طبع الماء السيلان فالإتلاف يضاف إلى فعله اه فتدبر رملى .

أقول : لكن هذا حيث زالت عن ذلك الموضع بمزيل ، فلو زالت لا بمزيل يضمن كما حققه فى الخانية وسيذكره الشارح قريبا (قوله ومثله الخ) قاله شيخه الرملى أيضا (قوله وحاصله) ليس حاصلا لما نحن فيه فكان عليه تأخيره سائحانى (قوله بنفس) متعلق بأحرقته (قوله لا ما نقلته الريح) أى التى هبت بعد وضعه كما يعلم مما سيأتى ح (قوله على ما عليه الفتوى) أى من التفصيل المذكور ، فقد قال فى الخانية : إنه أظهر ، وعليه الفتوى ومقابله ما قاله الحلوانى إذا وضع جمرة فى الطريق أو مر بنار فى ملكه أنه لا يضمن وأطلق الجواب فيه (قوله لأنه تسبب) وشرط الضمان فيه التعدى ولم يوجد ، فصار كمن حفر بئرا فى ملك نفسه فتلف به إنسان ، بخلاف ما إذا رمى سهما فى ملكه فأصاب إنسانا حيث يضمن لأنه مباشر فلا يشترط فيه التعدى زيلعى (قوله إن لم تضطرب الرياح) أى بأن كانت ساكنة وقت الوضع ح ، وقيده فى جامع الفصولين عن الذخيرة بما لو أوقد نارا يوقد مثلها ونقل عن غيرها لا يضمن مطلقا :

ثم نقل عن فتاوى أبى الليث : أحرق شوكا أو تبنا فى أرضه فذهبت الريح بشرارات إلى أرض جاره وأحرقت زرعه ، إن كان يبعد من أرض الجار على وجه لا يصل إليه الشرر عادة لم يضمن لأنه حصل بفعل النار وإنه هدر ، ولو بقرب من أرضه على وجه يصل إليه الشرر غالبا يضمن إذ له الإيقاد فى ملك نفسه بشرط السلامة اه ومثله فى غاية البيان وقال : هذا كما إذا سقى أرض نفسه فتعدى إلى أرض جاره (قوله ضمن) أى استحسانا طورى عن الخانية (قوله لأنه يعلم الخ) يظهر منه أنه لو كانت الريح تتحرك خفيفا بحيث لا يتعدى الضرر ثم

على كل حال إذا تلف بذلك الموضوع شيء) سواء تلف به وهو فى مكانه أو بعد ما زال عنه (بخلاف ما إذا لم يكن للواضع فيه حق الوضع) حيث يضمن الواضع إذا تلف به شيء وهو فى مكانه، وكذا بعد ما زال، لا بمزيل كوضع جرة فى الطريق ثم آخر أخرى فتدحرجتا فانكسرتا ضمن كل جرة صاحبه ، وإن زال بمزيل كريح وسيل لا يضمن الواضع، هذا هو الأصل فى هذه المسائل كما حققه فى الخانية .

ثم فرع عليه بقوله (فلو وضع جمرة فى الطريق فاحترق بذلك شيء ضمن) لتعديه بالوضع (وكذا) يضمن (فى كل موضع ليس له فيه حق المرور إلا إذا هبت به) أى بالموضع (الريح فلا ضمان) لنسخها فعله ، وكذا لو دحرج السيل الحجر (وبه يفتى) خانية ، ولو أخرج الحداد الحديد من الكير فى دكانه ثم ضربه بمطرقة فخرج الشرار إلى الطريق وأحرق شيئا ضمن ، ولو لم يضربه وأخرجه الريح لا زيلعى .

(سقى أرضه سقيا لا تحتمله فتعدى) الماء (إلى أرض جاره) فأفسدها (ضمن) لأنه مباشر لا متسبب .

(أقعد خياط أو صباغ فى حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف) سواء اتحد العمل أو اختلف كخياط مع قصار (صح) استحسانا

زادت لم يضمن فليجرر (قوله على كل حال) فسره الشارح بعد بقوله سواء تلف الخ (قوله ثم آخر) أى ثم وضع آخر فالمعطوف محذوف وهو وضع ، وقال ح هو عطف على فاعل الوضع المحذوف : أى كوضع شخص جرة فى الطريق ثم وضع آخر أخرى اهـ فليتأمل ط (قوله فتدحرجتا) فلو تدحرجت إحداهما على الأخرى وانكسرت المتدحرجة ضمن صاحب الواقفة وكذا دابتان أوقفا ، ولو عطبت الواقفة لا ضمان لانتساخ الفعل الأول سائحانى عن قاضيخان (قوله وكذا يضمن فى كل موضع الخ) هذا لم يذكره صاحب الخانية بل اعتبر حق الوضع وعدمه : وقد يثبت حق المرور ولا يثبت حق الوضع كما فى الطريق ، وإنما الذى اعتبر حق المرور وعدمه صاحب الخلاصة ، وذكر أن عليه الفتوى . قال فى المنح : وفصل فى الخلاصة فيما لو سقط منه جمرة فى موضع ليس له فيه حق المرور بين أن يقع منه فيضمن وبين إن ذهبت بها الريح فلا يضمن . قال : وهذا أظهر ، وعليه الفتوى وغالب الكتب على ما ذكره قاضى خان ط (قوله من الكير) هو بالكسر : زق ينفخ فيه الحداد ، وأما المبنى من الطين فكور والجمع أكيار وكيرة كعنبة وكيران قاموس فالمناسب الكور لأنه هو الذى يخرج منه ط ، لكن ورد فى الحديث « المدينة كالكير تنفى خبثها » فلعله مشترك تأمل ، وعبر الإتقانى بالكور (قوله وأحرق شيئا ضمن) وإن فقأ عين رجل فديته على عاقلته إتقانى (قوله لا تحتمله) يعنى لا تحتمل بقاءه بأن كانت صعودا وأرض جاره هبوطا يعلم أنه لو سقى أرضه نفذ إلى جاره ضمن ، ولو كان يستقر فى أرضه ثم يتعدى إلى أرض جاره ، فلو تقدم إليه بالأحكام ولم يفعل ضمن ويكون هذا كإشهاد على حائط ، ولو لم يتقدم لم يضمن كما فى جامع الفصولين شرنبلالية .

أقول : زاد فى نور العين عن الخانية بعد قوله ضمن ما نصه : ويؤمر بوضع المسناة حتى يصير مانعا ويمنع عن السقى قبل وضع المسناة . وفى الفصل الأول : لا يمنع عن السقى يعنى بالفصل الأول صورة عدم التقدم اهـ . وبهذه الزيادة حصل الجواب عن اعتراض ط بأنه يلزم أن لا يتصور انتفاع رب الصاعدة اهـ فافهم : وفى شرب الخلاصة المذكور فى عامة الكتب أنه إذا سقى غير معتاد ضمن وإن معتادا لا يضمن (قوله صح) لأن شركة الصنائع يتقبل كل منهما العمل على أن ما يتقبله يكون أصلا فيه بنفسه ووكيلا عن شريكه فيكون الربح بينهما وهنا كذلك ، فإن ما يلقيه عليه صاحب الحانوت من العمل يعمله الصانع أصالة عن نفسه ووكالة عن صاحب الحانوت فيكون الأجر بينهما كذلك رحمتى (قوله استحسانا) والقياس أن لا يصح وبه أخذ الطحاوى ، لأنه

لأنه شركة الصنائع ، فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل (كاستئجار جمل ليحمل عليه محملا وراكبين إلى مكة وله المحمل المعتاد ورؤيته أحب) وكذا إذا لم ير الطراحة واللحاف . وفى الولوالجية : ولو تكارى إلى مكة إبلا مسماة بغير أعيانها جاز ويحمل المعقود عليه حملا فى ذمة المكارى والإبل آلة وجهالتها لاتفسد .

قلت : فما يفعله الحجاج من الإجارة للحمل أو الركوب إلى مكة بلا تعيين الإبل صحيح ، والله تعالى أعلم .

(استأجر جملا لحمل مقدار من الزاد فأكل منه رد عوضه) من زاد ونحوه (قال لغاصب داره فرغها وإلا فأجرتها كل شهر بكذا فلم يفرغ وجب) على الغاصب (المسمى) لأن سكوته رضا (إلا إذا أنكر الغاصب ملكه وإن أثبته ببينة) لأنه إذا أنكره لم يكن راضيا بالإجارة (أو أقر) عطف على أنكر (به) أى بملكه (ولكن لم يرض بالأجرة) لأنه صرح بعدم الرضا ، فى الأشباه السكوت فى الإجارة رضا وقبول ،

استئجار بنصف ما يخرج من عمله وهو مجهول كقفيز الطحان (قوله لأنه شركة الصنائع) فيه تعريض بصاحب الهداية حيث جعلها شركة وجوه :

ورده الزيلعى بأن شركة الوجوه أن يشتركا على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا وليس فى هذا بيع ولاشراء :

وأجاب فى العزمية بأنه لم يرد بها المصطلح عليها بل ماوقع فيها تقبل العمل بالوجاهة يرشدك إليه قوله هذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل اه وفيه بعد (قوله كاستئجار جمل) التشبيه فى كون صحة كل على خلاف القياس (قوله محملا) بفتح الميم الأول وكسر الثانى أو بالعكس : الهودج الكبير الحجاجى إتقانى عن المغرب (قوله وله المحمل المعتاد) أى فى كل بلدة . قال فى الجوهرة : ولابد من تعيين الراكبين أو يقول على أن أركب من أشاء : أما إذا قال استأجرت على الركوب فالإجارة فاسدة ، وعلى المكرى تسليم الحزام والقتب والسرج والبرة التى فى أنف البعير واللجام للفرس والبردعة للحمار ، فإن تلف شىء فى يد المكترى لم يضمنه كالدابة ، وعلى المكرى إشالة المحمل وحطه وسوق الدابة وقودها وأن ينزل الراكبين للطهارة وصلاة الفرض ، ولا يجب للأكل وصلاة النفل لأنه يمكنهم فعلها على الظهر ، وعليه أن يبرك الجمل للمرأة والمريض والشيخ الضعيف (قوله ورؤيته أحب) نفيا للجهالة وخروجا من خلاف الإمام أحمد (قوله وفى الولوالجية) عبارتها : وإذا تكارى من الكوفة إلى مكة إبلا مسماة بغير أعيانها فالإجارة جائزة ، وينبغى أن لا تجوز لأن المعقود عليه حينئذ مجهول ، كما لو استأجر عبدا لا بعينه لا يجوز .

قال خواهر زاده فى شرح الكافى : ليس صورة المسألة أن يكارى إبلا مسماة بغير أعيانها ، لكن صورتها أن المكارى يقبل الحمولة ، كأن قال المستكرى احملنى إلى مكة على الإبل بكذا فقال المكارى قبلت فيكون المعقود عليه حملا فى ذمة المكارى وإنه معلوم والإبل آلة المكارى ليتأدى ما وجب فى ذمته ، وجهالة الآلة لا توجب إفساد الإجارة . قال الصدر الشهيد : عندى يجوز كما ذكر فى الكتاب اه ومراده بالكتاب الأصل للإمام محمد وهو المذكور أولا ، فقد نقله فى التاترخانية عنه . وفى البزازية : ويفتى بالجواز للعرف ، فإن لم يصر معتادا لا يجوز اه ، فقول الشارح ويحمل المعقود عليه الخ هو تفسير خواهر زاده وقد علمت أن المفتى به خلافه إن تعورف (قوله ونحوه) قال الإتقانى : وكذا غير الزاد من المكيل والموزون إذا انتقص له أن يزيد عوض ذلك (قوله إلا إذا أنكره الخ) أى لم يجب المسمى ، وهل يجب أجر المثل؟ وسيأتى فى الغصب أنه يجب فى الوقف ومال اليتيم والمعد للاستغلال . ولك أن تقول إذا أنكر الملك (١) فى المعد للاستغلال لا يكون غاصبا ظاهرا سائحانى أى

---

(١) (قوله ولك أن تقول إذا أنكر الملك) أى صاحب الرقبة : أى وادعى ملك نفسه بدليل قول المحشى لما سيأتى الخ فإنه إنما أناط السقوط بتأويل الملك ، فلو أنكر الملك وسكت ولم يدع ملكا لنفسه يجب الأجر اه .

فلو قال للساكن اسكن بكذا وإلا فانتقل أو قال الراعى لا أرضى بالمسمى ، بل بكذا فسكت لزم ماسمى : بقى لو سكت ثم لما طالبه قال لم أسمع كلامك هل يصدق إن به صمم ؟ نعم وإلا لا عملا بالظاهر.

(للمستأجر أن يؤجر المؤجر) بعد قبضه قيل وقبله (من غير مؤجره ، وأما من مؤجره فلا) يجوز وإن تخلل ثالث به يفتى للزوم تمليك المالك ، وهل تبطل الأولى بالإجارة للمالك ؟ الصحيح لا وهبانية .

قلت : وصححه قاضيخان وغيره . وفى المضمرات : وعليه الفتوى ، وقدمنا عن البحر معزيا للجوهرة الأصح نعم ، وأقره المصنف ثمة ، ونقل هنا عن الخلاصة ما يفيد أنه إن قبضه منه بعد ما استأجره بطاب

فلا يلزمه أجرة لما سيأتى أنه لو سكن المعد للاستغلال بتأويل ملك لايلزمه أجر (قوله فلو قال الخ) فى التاترخانية اكترى دارا سنة بألف فلما انقضت قال إن فرغتها اليوم وإلا فهى عليك كل شهر بألف والمستأجر مقر له بالدار فإنا نجعل فى قدر ما ينقل متاعه بأجر المثل وبعد ذلك بما قال المالك (قوله بقى لو سكت الخ) هذه حادثة بيت المقدس سنة ٩٩٦ أجاب عنها المصنف بما ذكر كما قاله قبيل باب ضمان الأجير ، ثم قال : وقد صرحوا بالحكم هكذا فى كثير من المسائل .

مطلب فى إجارة المستأجر للمؤجر ولغيره

(قوله للمستأجر أن يؤجر المؤجر الخ) أى ما استأجره بمثل الأجرة الأولى أو بأنقص ، فلو بأكثر تصدق بالفضل إلا فى مسألتين كما مر أول باب مايجوز من الإجارة (قوله قيل وقبله) أى فالخلاف فى الإجارة كالخلاف فى البيع ، فعندهما يجوز ، وعند محمد لا يجوز ، وقيل لا خلاف فى الإجارة ، وهذا فى غير المنقول ، فلو منقولا لم يجز قبل القبض كذا فى التاترخانية (قوله من غير مؤجره) سواء كان مؤجره مالكا أو مستأجرا من المالك كما يفيده التعليل الآتى ، لأن المستأجر من المالك مالك للمنفعة . ووقع فى المنح عن الخلاصة أن المستأجر الثانى إذا آجر من المستأجر الأول يصح ، وقد راجعت الخلاصة فلم أجد هذه الزيادة ، وهكذا رأيت فى هامش المنح بخط بعض الفضلاء أنه راجع عدة نسخ من الخلاصة فلم يجد ذلك فتنبه (قوله وإن تخلل ثالث) أى بأن استأجر من المستأجر شخص فآجر للمؤجر الأول (قوله به يفتى) وهو الصحيح وبه قال عامة المشايخ ابن الشحنة (قوله للزوم تمليك المالك) لأن المستأجر فى حق المنفعة قائم مقام المؤجر فيلزم تمليك المالك منح : وفى التاترخانية : استأجر الوكيل بالإيجار من المستأجر لا يجوز لأنه صار آجرا ومستأجرا . وقال القاضى بديع الدين : كنت أفتى به ثم رجعت وأفتى بالجواز .

أقول : يظهر من هذا حكم متولى الوقف لو استأجر الوقف ممن آجره له ، وقد توجه فيه بعض الفضلاء وقال لم أره تأمل (قوله الصحيح لا) بل فى التاترخانية عن شمس الأئمة أن القول بالانفساخ غلط لأن الثانى فاسد والأول صحيح أى والفاسد لا يرفع الصحيح (قوله وقدمنا) أى فى باب ما يجوز من الإجارة (قوله عن الخلاصة) ونصها : وتأويل ما ذكر فى النوازل أن الآجر قبض المستأجر من المستأجر بعد ما استأجر ، لأنه لو قبض منه بدون الإجارة سقط الأجر عن المستأجر فهذا أولى : قال فى المحيط : وإن لم يقبض منه فعلى المستأجر الأول الأجر اهـ .

أقول : فيه نظر ، فإن الكلام فى انفساخ الأولى وعدمه وسقوط الأجر لايستلزم الانفساخ كما لا يخفى ، ويدل عليه ما فى التاترخانية عن العتابية إن قبضها رب الدار سقط الأجر عن المستأجر ما دامت فى يديه وللمستأجر أن يطالبه بالتسليم اهـ فقد صرح بسقوط الأجر وبأن له المطالبة بتسليم العين المستأجرة ، ولو انفسخت لم يكن له ذلك

وإلا فليكن التوفيق فتأمل؛ وهل تسقط الأجرة ما دام فى يد المؤجر ؟ خلاف مبسوط فى شرح الوهبانية (وكله باستئجار عقار ففعل) الوكيل (وقبض ولم يسلمها) أى لم يسلم الوكيل العين المؤجرة (إليه) أى إلى الموكل (حتى مضت المدة) فالأجر على الوكيل لأنه أصيل فى الحقوق و (رجع الوكيل بالأجرة على الآمر) لنيابته عنه فى القبض فصار قابضا حكما (وكذا) الحكم (إن شرط) الوكيل (تعجيل الأجر وقبض) الدار (ومضت المدة ولم يطلب الآمر) الدار منه فإنه يرجع أيضا لصيرورة الآمر قابضا بقبضه ما لم يظهر المنع (وإن طلب) الآمر الدار (وأبى) الوكيل (ليعجل) الأجر (لا) يرجع لأنه لما حبس الدار بحق لم تبق يده يد نيابة فلم يصر الموكل قابضا حكما فلايلزمه الأجر (يستحق القاضى الأجر على كتب الوثائق) والمحاضر والسجلات (قدر ما يجوز لغيره كالمفتى) فإنه يستحق أجر المثل على كتابة الفتوى ، لأن الواجب عليه الجواب باللسان دون الكتابة بالبنان ، ومع هذا الكف أولى احترازا عن القيل والقال وصيانة لماء الوجه عن الابتذال بزازية ، وتمامه فى قضاء الوهبانية ، وفى الصيرفية : حكم وطلب أجرة ليكتب شهادته جاز ، وكذا المفتى لو فى البلدة غيره ؛

(قوله فتأمل) قد علمت أن هذا التوفيق غير ظاهر فتعين ما قاله ح : الذى يظهر ما فى الوهبانية نظرا للعلة ولتصحيح قاضيخان والمضمرات (قوله وهل تسقط الأجرة الخ) أقول : الذى فى شرح الوهبانية عن أبى بكر البلخى أنه لا يسقط الأجر عن المستأجر . ونقل فى البزازية عن أبى الليث موافقة البلخى . وذكر فى المنتقى بالنون الصحيح أن الإجارة والإعارة لا يكونان فسخا ، لكن لا يجب الأجر على المستأجر ما دام فى يد الآجر اه ملخصا : وأنت خبير أن ما قدمه من التوفيق محله هنا على ما قررناه سابقا ، بأن يقال إن قبضه من المستأجر سقط الأجر وإلا فلا فتدبر ، وقد أفادت عبارة المنتقى أن الإعارة حكمها كالإجارة فى الصحيح :

[فرع] فى فتاوى ابن نجيم : إذا تقايل المؤجر الأول والمستأجر منه فالتقايل صحيح وتنفسخ الأولى والثانية اه (قوله ورجع الوكيل بالأجر على الآمر) سواء منعها من الآمر أولا درر . ونقل فى البزازية الرجوع عن أبى يوسف . ثم قال : الصحيح أنه لا يرجع على الآمر استحسانا لأنه بالحبس صار غاصبا والغصب من غير المالك متصور اه ومثله فى الخلاصة وغيرها عن جد صاحب المحيط :

[فرع] وهب الآجر الأجر من الوكيل أو أبرأه صح ، وللوكيل أن يرجع على الآمر خلاصة .

مطلب فى أجرة صك القاضى والمفتى

(قوله يستحق القاضى الأجر الخ) قيل على المدعى إذ به إحياء حقه فنفعه له ، وقيل على المدعى عليه إذ هو يأخذ السجل ، وقيل على من استأجر الكاتب ، وإن لم يأمره أحد وأمره القاضى فعلى من يأخذ السجل ، وعلى هذا أجرة الصكاك على من يأخذ الصك فى عرفنا ، وقيل يعتبر العرف جامع الفصولين و وفى المنح عن الزاهدى : هذا إذا لم يكن له فى بيت المال شىء اه تأمل (قوله قدر ما يجوز لغيره) قال فى جامع الفصولين : للقاضى أن يأخذ ما يجوز لغيره ، وما قيل فى كل ألف خمسة دراهم لا نقول به ولا يليق ذلك بالفقه ، وأى مشقة للكاتب فى كثرة الثمن ؟ وإنما أجر مثله بقدر مشقته أو بقدر عمله فى صنعته أيضا كحكاك وثقاب يستأجر بأجر كثير فى مشقة قليلة اه . قال بعض الفضلاء : أفهم ذلك جواز أخذ الأجرة الزائدة وإن كان العمل مشقته قليلة ونظرهم لمنفعة المكتوب له اه ؛

قلت : ولا يخرج ذلك عن أجرة مثله ، فإن من تفرغ لهذا العمل كثقاب اللآلى مثلا لا يأخذ الأجر على قدر مشقته فإنه لا يقوم بمؤنته ، ولو ألزمناه ذلك لزم ضياع هذه الصنعة فكان ذلك أجر مثله (قوله ليكتب شهادته)

وقيل مطلقا لأن كتابته ليست بواجبة عليه . وفيها : استأجره ليكتب له تعويذا لأجل السحر جاز إن بين قدر الكاغد والخط وكذا المكتوب :

(المستأجر لا يكون خصما لمدعى الإيجار والرهن والشراء) لأن الدعوى لا تكون إلا على مالك العين (بخلاف المشترى) والموهوب له لملكهما العين ، وهل يشترط حضور الآجر مع المشترى(١) قولان :

(وتصح الإجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة والكفالة والإيصاء والوصية والقضاء والإمارة) والطلاق (والعتاق والوقف) حال كون كل واحد مما ذكر (مضافا) إلى الزمان المستقبل كأجرتك أو فاسختك رأس الشهر صح بالإجماع (لا) يصح مضافا للاستقبال كل ما كان تمليكا للحال مثل (البيع وإجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال وإبراء الدين) وقد مر فى متفرقات البيوع :

(زاد أجر المثل فى نفسه من غير أن يزيد أحد فللمتولى فسخها ومالم يفسخ كان على المستأجر المسمى) به يفتى (فسخ العقد بعد تعجيل البدل فللمعجل حبس المبدل حتى يستوفى ماله من المبدل) وصحيحا كان العقد أو فاسدا لو العين فى يد المستأجر فليحفظ :

(استأجر مشغولا وفارغا صح فى الفارغ فقط) لا المشغول كما مر ، لكن حرر محشى الأشباه أن الراجح صحة إجارة المشغول ، ويؤمر بالتفريغ والتسليم

لعل المراد بها خطه الذى يكتب على الوثيقة وإلا فالكلام فى القاضى لا الشاهد ط (قوله وقيل مطلقا) أى ولو لم يكن فى البلدة غيره ، وهو ظاهر ما مر فى المتن ، ووجهه ظاهر للتعليل المذكور (قوله لأجل السحر) أى لأجل إبطاله وإلا فالسحر لنفسه معصية بل كفر لايصح الاستئجار عليه (قوله إن بين قدر الكاغد) ليظهر مقدار ما يسعه من السطور عرضا والتفاوت فى الزيادة لبعض الكلمات مغتفر ، وقوله والخط الظاهر أن المراد به عدد الأسطر ط (قوله وكذا المكتوب) أى إذا استأجر رجلا ليكتب كتابا إلى حبيبه فإنه يجوز إذا بين قدر الخط والكاغد منح (قوله بخلاف المشترى) فإنه يكون خصما للكل منح (قوله وهل يشترط الخ) قال فى المنح : ما فى الصغرى من أن المشترى لايكون خصما للمستأجر يعنى بانفراده بل لابد من حضور الآخر يخالفه مافى البزازية عن فتاوى القاضى : آجر ثم باع وسلم تسمع دعوى المستأجر عن المشترى وإن كان الآجر غائبا ، لكن نقل بعده ما يوافق ما فى الصغرى فليتأمل عند الفتوى اه ملخصا (قوله والمعاملة) أى المساقاة (قوله كل ما كان تمليكا للحال) أى أمكن تنجيزه للحال فلا حاجة لإضافتها . بخلاف الفصل الأول لأن الإجارة وما شاكلها لا يمكن تمليكها للحال وكذا الوصية ، وأما الإمارة والقضاء فمن باب الولاية ، والكفالة من باب الالتزام زيلعى (قوله وإبراء الدين) احتراز عن الإبراء عن الكفالة فيصح مضافا عند بعضهم ط عن الحموى (قوله به يفتى) أى بأن للمتولى فسخها فكان عليه أن يذكره عقبه كما فعل فى السوادة قبيل باب ما يجوز من الإجارة (قوله أو فاسدا الخ) هذا موافق لما ذكره قبيل ما يجوز من الإجارة من أنه مقدم على الغرماء ، ومخالف لظاهر ما قدمه قبيل قوله فإن عقدها لغيره وقدمنا تأويله (قوله استأجر مشغولا وفارغا الخ) تقدمت أول باب ما يجوز (قوله لكن حرر محشى الأشباه الخ) حيث قال : ينبغى حمل ما ذكره المصنف على ما ذكره قاضيخان ، وهو لو استأجر ضياعا بعضها فارغ وبعضها مشغول. قال ابن الفضل تجوز فى الفارغ المشغول اه لأنه إذا استأجر بيتا مشغولا يجوز ويؤمر بالتفريغ والتسليم ، وعليه الفتوى كما فى الخانية فتعين حمل كلامه على الضياع فقط اه .

---

(١) (قول الشارح مع المشترى) لعل الصواب مع المستأجر ، يعنى لو ادعى شخص على المشترى إجارة هل يصير خصما وحده أو لابد من حضور مؤجره اه .

مالم يكن فيه ضرر فله الفسخ فتنبه .
(استأجر شاة لإرضاع ولده أو جديه لم يجز) لعدم العرف (المستأجر فاسدا إذا آجر صحيحا جازت) لو بعد قبضه فى الأصح منية (وقيل لا) وتقدم الكل ، والكل فى الأشباه .
[فروع] اعلم أن المقاطعة إذا وقعت بشروط الإجارة فهى صحيحة لأن العبرة للمعانى وقدمناه فى الجهاد ،
صح استئجار قلم ببيان الأجر والمدة .
استأجر شيئا لينتفع به خارج المصر فانتفع به فى المصر ، فإن كان ثوبا لزم الأجر ، وإن كان دابة لا : ساقها ولم يركبها لزم الأجر إلا لعذر بها .
أخطأ الكاتب فى البعض ، إن الخطأ فى كل ورقة خير إن شاء أخذه وأعطى أجر مثله أو تركه عليه وأخذ منه القيمة ، وإن فى البعض أعطاه بحسابه من المسمى .
الصيرفى بأجر ، إذا ظهرت الزيافة فى الكل

وفى حاشية البيرى عن جوامع الفقه : كانت الدار مشغولة بمتاع الآجر بالأرض مزروعة ، قيل لا تصح الإجارة ، والصحيح الصحة ، لكن لايجب الأجر مالم تسلم فارغة أو يبيع ذلك منه ، ولو فرّغ الدار وسلمها لزمت الأجرة (قوله مالم يكن فيه ضرر) كما إذا كان الزرع لم يستحصد (قوله فله الفسخ) تفريع على المنفى وهو يكن (قوله لعدم العرف) ولأنها وقعت على إتلاف العين ، وقد مر فى إجارة الظئر فى باب الإجارة الفاسدة (قوله المستأجر فاسدا الخ) تقدمت أول باب الإجارة الفاسدة (قوله وتقدم الكل) أى كل هذه المسائل ، وقد بينت لك مواضعها (قوله بشروط الإجارة) أما ما يفعلونه فى هذه الأزمان حيث يضمنها من له ولايتها لرجل بمال معلوم ليكون له خراج مقاسمتها ونحوه فهو باطل ، إذ لايصح إجارة لوقوعه على إتلاف الأعيان قصدا ولا بيعا لأنه معدوم كما بينه فى الخيرية .

مطلب فى إجارة المقطع وانفساخها بموت المقطع وإخراجه له

(قوله فهى صحيحة) سئل العلامة قاسم : هل للجندى أن يؤجر ما أقطعه الإمام من أراضى بيت المال ؟ فأجاب نعم له ذلك ولا أثر لجواز إخراج الإمام له فى أثناء المدة كما لا أثر لجواز موت المؤجر فى أثناء مدة الإجارة وإذا مات أو أخرجه الإمام تنفسخ الإجارة اه ملخصا .

أقول : وقدمنا البحث فى مدة إجارته عند قوله أول كتاب الإجارة ولم تزد فى الأوقاف على ثلاث سنين ، وهل تنفسخ لو فرغ المؤجر لغيره وقرر السلطان المفروغ له فإنه يتضمن إخراج الأول أم لا كالبيع ؟ لم أره فليراجع وهى حادثة الفتوى . ثم رأيت شيخ مشايخنا السائحانى فى كتابه الفتاوى النعمية ذكر الانفساخ بالفراغ والموت أخذا من قولهم : من عقد الإجارة لغيره لاتنفسخ بموته كوكيل لأنهم آجروا لغيرهم أو استأجروا لغيرهم قال : وهنا آجر لنفسه وربما يتضرر من سيصير له لولم تفسخ اه تأمل (قوله صح استئجار قلم الخ)فى التاترخانية: استأجر قلما ليكتب به ، إن بين لذلك وقتا صحت وإلا فلا . وفى النوازل : إذا بين الوقت والكتابة صحت (قوله لزم الأجر) قال الفقيه : لأنه خلاف إلى خير وفى الدابة إلى شر ، ولأنه يحتاج فى الدابة إلى ذكر المكان وفى الثوب إلى ذكر الوقت بزازية فتأمل (قوله إلا لعذر بها) أى بحيث لا يقدر على الركوب كما فى غاية البيان (قوله وأعطى أجر مثله) ولا يجاوز به المسمى ولوالجية (قوله وأخذ منه القيمة) أى قيمة الكاغد والحبر (قوله أعطاه بحسابه من المسمى) هذا فيما أصاب به ويعطيه لما أخطأ أجر مثله ، لأنه وافق فى البعض وخالف فى البعض

استرد الأجرة ، وفى البعض بحسابه .

إن دلنى على كذا فله كذا فدله فله أجر مثله إن مشى لأجله .

● من دلنى على كذا فله كذا فهو باطل ولا أجر لمن دله إلا إذا عين الموضع .

استأجره لحفر حوض عشرة فى عشرة وبين العمق فحفر خمسة فى خمسة كان له ربع الأجر الكل من الأشباه .

وفيها : جاز استئجار طريق للمرور إن بين المدة :

ذكره فى الولوالجية (قوله استرد الأجرة الخ) لأنه إنما أعطاه الأجر ليميز الزيوف من الجياد .

مطلب أنكر الدافع وقال ليس هذا من دراهمى فالقول للقابض

فى الذخيرة : ولو أنكر الدافع وقال ليس هذا من دراهمى فالقول قول القابض ، لأنه لو أنكر القبض أصلا كان القول قوله .

مطلب ضل له شىء فقال من دلنى عليه فله كذا

(قوله إن دلنى الخ) عبارة الأشباه إن دللتنى : وفى البزازية والولوالجية : رجل ضل له شىء فقال من دلنى على كذا فله كذا فهو على وجهين : إن قال ذلك على سبيل العموم بأن قال من دلنى فالإجارة باطلة لأن الدلالة والإشارة ليست بعمل يستحق به الأجر ، وإن قال على سبيل الخصوص بأن قال لرجل بعينه إن دللتنى على كذا فلك كذا إن مشى له فدله فله أجر المثل للمشى لأجله لأن ذلك عمل يستحق بعقد الإجارة إلا أنه غير مقدر بقدر فيجب أجر المثل ، وإن دله بغير مشى فهو والأول سواء . قال فى السير الكبير : قال أمير السرية : من دلنا على موضع كذا فله كذا يصح ويتعين الأجر بالدلالة فيجب الأجر اه (قوله إلا إذا عين الموضع) قال فى الأشباه بعد كلام السير الكبير : وظاهره وجوب المسمى ، والظاهر وجوب أجر المثل إذ لا عقد إجارة هنا ؛ وهذا مخصص لمسألة الدلالة على العموم لكونه بين الموضع اه يعنى أنه فى الدلالة على العموم تبطل إلا إذا عين الموضع فهى مخصصة أخذا من كلام السير ، لأن قول الأمير على موضع كذا فيه تعيينه ، بخلاف من ضل له شىء فقال من دلنى على كذا : أى على تلك الضالة فلا تصح لعدم تعيين الموضع إلا إذا عرفه باسمه ولم يعرفه بعينه فقال من دلنى على دابتى فى موضع كذا فهو كمسألة الأمير ، وهذا معنى قول الشارح إلا إذا عين الموضع ، وقول الأشباه والظاهر وجوب أجر المثل الخ ، وحاصله البحث فى كلام السير ، فإنه حيث كان عاما لم يوجد قابل يقبل العقد فانتفى العقد .

أقول : حيث انتفى العقد أصلا كان الظاهر أن يقال لا يجب شىء أصلا كما فى مسألة الضالة . والجواب عما قاله ماذكره الشيخ شرف الدين من أنه يتعين هذا الشخص والعقد بحضوره وقبوله خطاب الأمير بما ذكر ، فيجب المسمى لتحقق العقد بين شخصين معينين لفعل معلوم . وأما إذا لم يكن الفعل معلوما كمسألة الضالة فلا يجب شىء ، بخلاف ما إذا كان الشخص معينا لوقوع العقد حينئذ على المشى لكنه غير مقدر فوجب أجر المثل فقد ظهر الفرق بين المسائل الثلاث ، وقد خفى على بعض محشى الأشباه فوقع فى الاشتباه ، نعم يمكن أن يقال لم لم يتعين الشخص بحضوره وقبوله خطاب صاحب الضالة كمسألة الأمير فينعقد العقد على المشى وإن لم يتعين الموضع كما لو خاطب معينا فليتأمل (قوله عشرة فى عشر) بالنصب تمييز : أى مقدرا عشرة طولا فى عشرة عرضا (قوله وبين العمق) أى والموضع . قال فى التاترخانية : لابد أن يبين الموضع وطول البئر وعمقه ودوره اه وتمام تفاريعه فيها من الفصل ٢٥ (قوله كان له ربع الأجر) لأن العشرة فى العشرة مائة والخمسة فى الخمسة خمسة وعشرون

قلت : وفى حاشيتها هذا قولها وهو المختار شرح مجمع :
وفى الاختيار : من دلنا على كذا جاز لأن الأجر يتعين بدلالته . وفى الغاية : دارى لك إجارة هبة صحت غير لازمة فلكل فسخها ولو بعد القبض فليحفظ . وفى لزوم الإجارة المضافة تصحيحان أريد عدم لزومها بأن عليه الفتوى : وفى المجتبى لا تجوز إجارة البناء . وعن محمد تجوز لو منتفعا به كجدار وسقف وبه يفتى ، ومنه إجارة بناء مكة وكره إجارة أرضها وفى الوهبانية :

وفى الكلاب والبازى قولان والبنا كأم القرى أو أرضها ليس تؤجر
ولو دفع الدلال ثوبا لتاجر يقلبه لو راح ليس يخسر

فكان ربع العمل أشباه (قوله هذا قولهما وهو المختار) لأن عند الصاحبين تصح إجارة المشاع ، لكنه خلاف المعتمد كما مر فى الإجارة الفاسدة . وفى البدائع استأجر طريقا من دار ليمر فيه وقتا معلوما لم يجز فى قياس قوله لأن البقعة غير متميزة فكان إجارة المشاع ، وعندهما يجوز (قوله من دلنا الخ) هذه مسألة السير الكبير ، وقد علمت أنه يجب فيها المسمى لتعين الموضع والقابل للعقد بالحضور وإن كان لفظ من عاما ، وقوله لأن الأجر يتعين أى يلزم ويجب (قوله إجارة هبة الخ) قال فى الولوالجية : ولو قال دارى لك هبة إجارة كل شهر بدرهم أو إجارة هبة فهى إجارة ، أما الأول فلأنه ذكر فى آخر كلامه مايغير أوله وأوله يحتمل التغيير بذكر العوض ، وأما الثانى فلأن المذكور أولا معاوضة فلا تحتمل التغيير إلى التبرع ، ولذا لو قال آجرتك بغير شىء لاتكون إعارة وتنعقد الإجارة بلفظ العارية اهـ ملخصا (قوله غير لازمة الخ) قال الإتقانى : ولم يذكر فى المبسوط أنها لازمة أولا وحكى عن أبى بكر بن حامد قال : دخلت على الخصاف واستفدنا منه فوائد إحداها هذه وهو أنها لاتلزم فلكل الرجوع قبل القبض وبعده ، لكن إذا سكن يجب الأجر لأنه أمكن العمل باللفظين فيعمل بهما بقدر الإمكان كالهبة بشرط العوض اهـ ملخصا ، وظاهره أنه يجب الأجر المسمى . وفى البيرى عن الذخيرة التصريح بوجوب أجر المثل (قوله وفى لزوم الإجارة المضافة تصحيحان) عبر باللزوم لأنه لاكلام فى الصحة فلا ينافى ماقدمه الشارح قريبا من صحتها بالإجماع فافهم (قوله بأن عليه الفتوى) لما فى الخانية : لو كانت مضافة إلى الغد ثم باع من غيره قال فى المنتقى فيه روايتان ، والفتوى على أنه يجوز البيع وتبطل الإجارة المضافة وهو اختيار الحلوانى اهـ : وقدمنا بقية الكلام أول الكتاب ، ثم الظاهر أن عدم اللزوم من الجانبين لامن جانب المؤجر فقط فلكل فسخها كما هو مقتضى إطلاقهم تأمل (قوله وبه يفتى) تقدم نحوه فى أول الإجارة الفاسدة وتكلمنا هناك عليه ، وقال فى القنية : وفى ظاهر الرواية لايجوز لأنه لاينتفع بالبناء وحده (قوله وكره إجارة أرضها) هكذا قال فى الهداية : وفى خزانة الأكمل لو آجر أرض مكة لايجوز فإن رقبة الأرض غير مملوكة قال : ومفهومه يدل على جواز إيجار البناء شرح ابن الشحنة (قوله وفى الوهبانية) فيه أن البيت الخامس والشطر الثانى من البيت الرابع من نظم ابن الشحنة وليس أيضا من نظم الشرنبلالى كما قيل (قوله وفى الكلاب) أى كلب الصيد أو الحراسة (قوله والبازى) بالتشديد (قوله قولان) يعنى روايتان حكاهما قاضيخان : الأولى لايجب الأجر ، والثانية إن بين وقتا معلوما يجب وإلا فلا . ولا يجوز فى السنور لأخذ الفار مطلقا ، لأن المستأجر يرسل الكلاب والبازى فيذهب بإرساله فيصيد وصيد السنور بفعله . وفى استئجار القرد لكنس البيت خلاف ، وتمامه فى الشرح (قوله كأم القرى) هى مكة المشرفة أى فى إيجار بنائها قولان قال الناظم : وإنما نصصت عليه مخافة أن يتوهم أنه لايجوز كما لايجوز بيع الأرض (قوله أو أرضها) مبتدأ والجملة بعده خبر ، وأو بمعنى الواو الاستئنافية تأمل (قوله لو راح الخ) أى لو ذهب التاجر

ومن قال قصدى أن أسافر فافسخن فحلفه أو فاسأل رفاقا ليذكروا
ويفسخ من ترك التجارة ما اكترى ولو كان فى بعض الطريق ومؤجر
له فسخها لو مات منها معين وأطلق يعقوب وبالضعف يذكر
وإيجار ذى ضعف من الكل جائز ولو أن أجر المثل من ذاك أكثر
ومن مات مديونا وأجر عقاره توفاه للمستأجر الحبس أجدر

كتاب المكاتب

مناسبته للإجارة أن فى كل منهما الرقبة لشخص والمنفعة لغيره :

(الكتابة لغة من الكتب) وهو جمع الحروف سمى به لأن فيه ضم حرية اليد إلى حرية الرقبة : وشرعا

بالثوب ولم يظفر به الدلال لايضمن لأنه مأذون له فى هذا الدفع عادة . قال قاضيخان : وعندى إذا فارقه ضمن كما لو أودعه عند أجنبى أو تركه عند من يريد الشراء ، والنظم لا إشعار له باختيار قاضيخان شرح (قوله ومن قال الخ) تقدم عليها الكلام فى باب الفسخ (قوله فافسخن) أمر من الفسخ مؤكد بالنون وفى بعض النسخ فامتحن من الامتحان إشارة إلى القول بتحكيم الزى والهيئة والأولى أولى لقوله فحلفه فافهم (قوله من ترك التجارة) أى من أجل تركها ، وتقدم الكلام عليها (قوله مااكترى) مفعول يفسخ (قوله ولو كان) أى المستأجر ، يعنى لو سار بعض الطريق فبدا له أن لايذهب له ذلك على ما مر بيانه (قوله ومؤجر) مبتدأ وجملة له فسخها خبر ، والمعنى لو استأجر دواب بعينها وتسلمها فماتت انفسخت ، لا لو بغير عينها فعلى الآجر أن يأتى بغيرها ، وعن الثانى ثبوت الفسخ مطلقا (قوله وبالضعف يذكر) أى ضعف المؤجر أى وللمؤجر فسخها إذا مرض : قال ابن الشحنة وهو خلاف ظاهر الرواية وإليه أشار بقوله يذكر لكن قدم الشارح أن به يفتى تأمل (قوله ذى ضعف) أى مريض مرض الموت (قوله من الكل جائز) أى نافذ من كل ماله . قال فى العمادية : تبرع المريض بالمنافع يعتبر من جميع المال لأنها لاتبقى بعد الموت حتى يتعلق بها حق الورثة والغرماء . اهـ ملخصا (قوله من ذلك) أى من الأجر الذى أجر به المريض (قوله وأجر عقاره) مبتدأ والواو للحال والخبر قوله توفاه أى تعجله لمدة مستقبلة (قوله أجدر) أى المستأجر أولى به من الغرماء ، إلا أنه لو هلك عنده لايسقط دينه بخلاف الرهن ، والله تعالى أعلم :

كتاب المكاتب

المكاتب اسم مفعول من كاتب مكاتبة والمولى مكاتب بالكسر ، وكان الأنسب أن يقول كتاب الكتابة لأن علم الفقه يبحث فيه عن فعل المكلف وهو الكتابة لا المكاتب ، لكن فى القهستانى هو مصدر ميمى بمعنى الكتابة والعدول عنها للتباعد عن نوع تكرار (قوله مناسبته للإجارة الخ) فيه إشارة للجواب عما يقال كان الأولى ذكره عقب العتاق لأن مآلهما الولاء كما فعل الحاكم الشهيد والجواب أن العتق إخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة للسيد والمنفعة للعبد وهو أنسب للإجارة ، لأن نسبة الذاتيات أولى من العرضيات كما حققه فى العناية ، وقدمت الإجارة لشبهها بالبيع فى التمليك والشرائط وجريانها فى غير المولى وعبده ، وقيل لأن المنافع فيها يثبت لها حكم المال ضرورة بخلاف الكتابة ، والكل مناسبات تقريبية لاتحتمل التدقيقات المنطقية (قوله وهو جمع الحروف)الأولى وهو الجمع مطلقا ومنه الكتابة لأنها جمع الحروف (قوله سمى به الخ) قال فى المستصفى : الكتب الجمع لغة ، ويستعمل فى الإلزام ، فالمولى يلزم العبد البدل ، والعبد يلزم المولى

(تحرير المملوك يدا) أى من جهة اليد (حالا ورقبة مآلا) يعنى عند أداء البدل ، حتى لو أداه حالا عتق حالا (وركنها الإيجاب والقبول) بلفظ الكتابة أو ما يؤدي معناه (وشرطها كون البدل) المذكور فيها (معلوما) قدره وجنسه ، وكون الرق فى المحل قائما لا كونه منجما أو مؤجلا لصحتها بالحال ، وحكما فى جانب العبد انتفاء الحجر فى الحال ، وثبوت الحرية فى حق اليد لا الرقبة

العتق عند أداء البدل : قال المطرزى : قولهم إنه ضم حرية اليد إلى حرية الرقبة ضعيف ، والصحيح أن كلا منهما كتب على نفسه أمرا : هذا الوفاء وهذا الأداء ؛ وسمى كتابة لأنه يخلو عن العوضين فى الحال ولا يكون الموجود عند العقد إلا الكتابة وسائر العقود لاتخلو عن الأعواض غالبا اهـ .

أقول : قوله غالبا قيد لهما فتدبر ، ولعل وجه الضعف ماقاله السائحانى : إن حرية اليد لم تكن فى العقد وإن حرية الرقبة بعد انتهائه (قوله تحرير المملوك) أى كلا أو بعضا كما سيذكره ، وأطلقه فشمل القن والمدبر وأم الولد (قوله يدا) أى تصرفا فى البيع والشراء ونحوهما جوهرة (قوله أى من جهه اليد) أشار إلى أنه منصوب على التمييز .

وفى شرح مسكين أنه بدل بعض : واعترض بأنه لابد له من رابط وبأن اليد هنا بمعنى التصرف لا الجارحة فكان الظاهر أن يقول بدل اشتمال والرابط محذوف ، ومثله يقال فى رقبة (قوله حالا) أى عقب التلفظ بالعقد حتى يكون العبد أحق بمنافعه ط عن الحموى (قوله ورقبة مآلا) أخرج العتق المنجز والمعلق ، ثم هذا تعريف بالحكم ، ولو أراد التعريف بالحقيقة لقال هى عقد يرد على تحرير اليد طورى (قوله يعنى عند أداء البدل) أفاد أن تأخير الأداء غير شرط (قوله حتى لو أداه حالا عتق حالا) تفريع على التفسير ، ولا تظن أن العتق معلق على الأداء بل إنما عتق عند الأداء ، لأن موجب الكتابة العتق عند الأداء ، وكان القياس أن يثبت العتق عند العقد لأن حكمه يثبت عقبه ، لكن يتضرر المولى بخروج عبده عن ملكه بعوض في ذمة المفلس .

والفرق بين التعليق والكتابه فى مسائل : منها أنه فى التعليق يجوز بيعه ونهيه عن التصرف ويملك أخذ كسبه بلا إذنه كما فى التبيين : وفى غاية البيان : ولو مات قبل الأداء لايؤدى عنه مما ترك ، وكذا لو مات المولى يورث عنه العبد مع أكسابه ، ولو ولدت ثم أدت لم يعتق ولدها ، ولو حط عنه البعض فأدى الباقى أو أبرأه عن الكل لم يعتق ، بخلاف الكتابة وبخلاف العتق على مال كأنت حر على ألف فقبل العبد فإنه يعتق من ساعته والبدل فى ذمته اهـ ملخصا (قوله وركنها الخ) الحاجة إليه فيمن يثبت حكم العقد فيه مقصودا لاتبعا كالولد ونحوه مما يأتى بدائع ملخصا (قوله أوما يؤدى معناه) كما يأتى قريبا متنا (قوله وشرطها الخ) هذا الشرط راجع إلى البدل ومثله كونه مالا ، وأن لايكون البدل ملك المولى وهى شروط انعقاد ، وكونه متقوما وهو شرط صحة .

وأما مايرجع إلى المولى : فالعقل والبلوغ والملك أو الولاية فلا تنفذ من فضولى بل من وكيل وكذا أب ووصى استحسانا للولاية ، وهذه شروط انعقاد . والرضا وهو شرط صحة احترازا عن الإكراه والهزل لاالحرية والإسلام لكن مكاتبة المرتد موقوفة عنده نافذه عندهما . وأما مايرجع إلى المكاتب فمنها العقل وهو شرط انعقاد : وأما مايرجع إلى نفس الركن فمنه خلو العقد عن شرط فاسد فى صلبه مخالف لمقتضاه ، فإن لم يخالف جاز الشرط أو لم يدخل فى صلبه بطل وصح العقد بدائع ملخصا ، لكن اشتراط كون البدل مالا خلاف ماسيأتى من صحتها على الخدمة إلا أن يراد المال وما فى معناه تأمل (قوله معلوما الخ) فى الخانية : كل مايصلح مهرا فى النكاح يصلح بدلا فى الكتابة (قوله منجما أو مؤجلا) الفرق بينهما أن المؤجل ماجعل لجميعه أجل واحد ، والمنجم كما سيأتى مافرق على آجال متعددة لكل بعض منه أجل ط (قوله لصحتها بالحال) خلافا للشافعي رحمه الله (قوله لا الرقبة)

إلا بالأداء . وفى جانب المولى ثبوت ولاية مطالبة البدل فى الحال إن كانت حالة والملك فى البدل إذا قبضه وعود ملكه إذا عجز :

(كاتب قنه ولو) القن (صغيرا يعقل بمال حال) أى نقد كله (أو مؤجل) كله (أو منجم) أى مقسط على أشهر معلومة أو قال جعلت عليك ألفا تؤديه نجوما أولها كذا وآخرها كذا ، فإن أديته فأنت حر ، وإن عجزت فقن وقبل العبد ذلك صح وصار مكاتبا لإطلاق قوله تعالى - فكاتبوهم - والأمر للندب على الصحيح ، والمراد بالخيرية أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق ، فلو يضر فالأفضل تركه ، ولو فعل صح .

ولو كاتب نصف عبده جاز ونصفه الآخر مأذون له فى التجارة ، ولو أراد منعه ليس له ذلك كيلا يبطل على العبد حق العتق ، وتمامه فى التتارخانية : وإذا صحت الكتابة خرج من يده دون ملكه حتى يؤدى كل البدل لحديث أبى داود « المكاتب عبد ما بقى عليه درهم » :

ولهذا يقال : المكاتب طار عن ذل العبودية ولم ينزل فى ساحة الحرية ، فصار كالنعامة إن استطير تباعر وإن استحمل تطاير زيلعى (قوله إلا بالأداء) فإن أدى يعتق وإن لم يقل له المولى إذا أديته إلى فأنت حر خلافا للشافعى زيلعى (قوله وعوده لملكه الخ) هذا من الأحكام المتعلقة بالعبد ، وأما بالنظر إلى المولى فاسترداده إلى ملكه إذا عجز ، وبه عبر فى الدرر ط (قوله يعقل) أى يعقل البيع والشراء لأن الكتابة إذن له بالتجارة وهو صحيح عندنا ، فلو كان لا يعقل أو مجنونا فأدى عنه رجل فقبل المولى لا يعتق واسترد ما أدى ، ولو قبل عنه رجل الكتابة ورضى به المولى لم يجز أيضا ، وهل تتوقف على إجازة العبد بعد البلوغ ؟ الصحيح لا تتوقف إذ لا مجيز له وقت التصرف والصغير ليس من أهل الإجازة ، بخلاف الكبير الغائب لو قبل عنه فضولى توقف على إجازة العبد ، فلو أدى القابل عن الصغير إلى المولى عتق استحسانا ، وكذا إذا كان كبيرا غائبا ولا يسترد المؤدى ، فإن أدى البعض استرده إلا إذا بلغ العبد فأجاز قبل أن يسترد ، فليس للقابل الاسترداد وإن عجز العبد عن أداء الباقى ، لأن المكاتبة لا تنفسخ بالرد إلى الرق بل تنتهى فكان العقد قائما فيما أدى بدائع ملخصا (قوله بمال) ليس قيدا احترازيا عن الخدمة لما سيأتى شرنبلالية (قوله حال) كقوله على ألف درهم فإنه يمكنه أن يحصله بالاستقراض أو الاستيهاب عقب العقد إتقانى : قال فى الهداية : وفى الحال كما امتنع من الأداء يرد فى الرق . قال الإتقانى : ولكن لا يرد إلا بالتراضى أو بقضاء القاضى ، وإن قال أخرنى وله مال حاضر أو غائب يرجى قدومه أخر يومين أو ثلاثة (قوله أو موجل) هو أفضل كما فى السراج شرنبلالية (قوله فإن أديته فأنت حر) لابد منه لأن ما قبله يحتمل الكتابة والعتق على مال ، ولا تتعين جهة الكتابة إلا بهذا القيد . وأما قوله : وإن عجزت لا حاجة إليه ، وإنما ذكره حثا للعبد على الأداء عند النجوم كذا فى النهاية والكفاية والتبيين ، وما زعمه الوانى وغيره من لزوم الثانى أيضا رده فى العزمية بحصول المراد بالأول ، وما قدمناه عن الزيلعى من أنه يعتق وإن لم يقل إذا أديته فأنت حر فذاك فى الكتابة الصريحة كما نبه عليه الإتقانى (قوله لإطلاق قوله تعالى فكاتبوهم) فإنه يتناول جميع ما ذكر الحال والمؤجل والصغير والكبير : وقال الشافعى رحمه الله : لا تجوز كتابة الصغير ولا الحالة زيلعى (قوله والأمر للندب) أى للوجوب بإجماع الفقهاء هداية ، وخص الفقهاء لأنه عند الظاهرية للوجوب إذا طلبها العبد وعلم المولى فيه خيرا كفاية (قوله على الصحيح) احتراز عن قول بعض مشايخنا إنه للإباحة كقوله تعالى - فاصطادوا - وهو ضعيف لأن فيه إلغاء الشرط وهو الخيرية لأن الإباحة ثابتة بدونه وفى الندب إعمال له (قوله والمراد بالخيرية الخ) وقيل الوفاء وأداء الأمانة والصلاح ، وقيل المال زيلعى (قوله جاز) فإن أدى الكتابة عتق نصفه

ثم فرّع عليه بقوله (وغرم المولى العقر إن وطىء مكاتبته) لحرمته عليه (أو جنى عليها) فإنه يغرم أرشها (أو جنى على ولدها أو أتلف) المولى (مالها) لأنه بعقد الكتابة صار كل منهما كالأجنبي ، نعم لاحدّ ولا قود على المولى للشبهة شمنى (ولو أعتقه عتق مجانا) لإسقاط حقه (و) فسد (إن) كاتبه (على خمر وخنزير) لعدم ماليته فى حق المسلم ، فلو كانا ذميين جاز (أوعلى قيمته) أى قيمة نفس العبد لجهالة القدر (أو على عين) معينة (لغيره) لعجزه عن تسليم ملك الغير (أو على مائة دينار ليرد سيده عليه

وسمى فى بقية قيمته كما سيذكره آخر الباب الآتى (قوله ثم فرع عليه) أى على قوله خرج من يده لا على قوله دون ملكه كما لايخفى وفيه إشارة إلى أنه كان ينبغى أن يأتى بالفاء بدل الواو كما فعل فى المجمع وبهذا اعترض الطورى على الكنز حيث أتى بالواو فافهم (قوله وغرم الخ) قال صاحب التسهيل : ولو شرط وطأها فى العقد لايضمن العقر اه . وفى غاية البيان فى أوائل باب مايجوز للمكاتب أن يفعله مايخالفه فراجعه سعدية :

أقول : الذى رأيته فى غاية البيان فساد الكتابة بهذا الشرط فتأمل ، لكن فى الطورى عن المحيط : فإن وطئت ثم أدت غرم عقرها لأن العقد الفاسد ملحق بالصحيح (قوله لحرمته عليه) أقول : الحرمة لا تستلزم العقر كما لايخفى ، فالمناسب مافى الهداية من قوله لأنها صارت أخص بأجزائها . ثم العقر كما فى الشرنبلالية عن الجوهرة فى الحرائر مهر المثل ، وفى الإماء عشر القيمة لو بكرا ، ونصف العشر لو ثيبا . ولو وطىء مرارا لايلزمه إلا عقر واحد ، وما تأخذه من العقر تستعين به على الكتابة لأنه بدل منفعة مملوكة كما فى البدائع . قال فى الشرنبلالية وقد قال فى البدائع قبل هذا : ثم مال العبد مايحصل بعد العقد بتجارة أو بقبول الهبة والصدقة لأن ذلك ينسب إلى العبد ، ولا يدخل فيه الأرش والعقر وإن حصلا بعد العقد ويكون للمولى لأنه لاينسب إلى العبد اه فليتأمل ، وكذا قال الحدادى : وأما أرش الجراحة والعقر فذلك لايدخل وهو للمولى اه فلينظر فيه مع إلزام المولى العقر بوطئها والأرش بالجناية عليها اه . ووفق بينهما أبو السعود فى حاشية مسكين بحمل هذا على ما إذا كاتبه عن نفسه فقط ، وما تقدم على ما إذا كاتبه عن نفسه وعن المال الذى فى يده اه :

قلت : يؤيده ما فى الشرنبلالية عن السراج : الكتابة إما عن النفس خاصة أو عنها وعن المال الذى فى يد العبد وكلاهما جائز ، ولو كان ما فى يده أكثر من بدلها فليس للمولى إلا بدل الكتابة اه لكن يعكر عليه ما فى الهندية عن المضمرات حيث ذكر مسألة الكتابة عن النفس والمال . ثم قال : وماله هو حصل له من تجارته أو وهب له أو تصدق عليه : وأما أرش الجناية والعقر فللمولى اه وهكذا ذكر فى البدائع ، وعليه فلم يظهر بين الكتابتين فرق فليتأمل (قوله أو أتلف المولى مالها) أى فإنه يغرم مثله أو قيمته أو أرشه لو عبدا مثلا (قوله للشبهة) أى شبهة ملك الرقبة (قوله مجانا) أى لو كان المولى صحيحا ، فلو مريضا اعتبر من الثلث قهستانى (قوله وفسد إن كاتبه) لا معنى لتقدير فسد كما لا يخفى ح أى للاستغناء عنه بقول المصنف بعد فهو فاسد ، وسيأتى فى باب موت المكاتب أن فى الفاسدة للمولى الفسخ بلا رضاه ، بخلاف الجائزة وأن المكاتب يستقل بالفسخ مطلقا (قوله فلو كانا ذميين جاز) أفاد أنه لو كان أحدهما مسلما لايجوز للعلة المذكورة (قوله أو على قيمته) كان ينبغى ذكره قبل الخمر والخنزير لئلا يوهم عود الضمير على الخنزير وإن صح عوده على الخمر (قوله لجهالة القدر) أى باختلاف التقويم ، لكن يعتق بأداء القيمة وتثبت بتصادقهما ، وإلا فإن اتفق اثنان على شىء فهو القيمة وإلا فيعتق بأداء الأقصى قهستانى (قوله معينة) أى تتعين بالتعيين كالثوب والعبد ونحوهما من المكيل والموزون غير النقدين ، حتى لو كاتب على دراهم أو دنانير بعينها وهى لغيره يجوز منح (قوله لغيره) فلو كاتبه على عين فى يده

وصيفا) غير معين لجهالة القدر (فهو) أى عقد الكتابة (فاسد) فى الكل لما ذكرنا (فإن أدى) المكاتب (الخمر عتق) بالأداء (وكذا الخنزير) لماليتهما فى الجملة (وسعى فى قيمته) بالغة ما بلغت ، يعنى قبل أن يترافعا للقاضى ابن كمال (و) اعلم أنه متى سمى مالا وفسدت الكتابة بوجه من الوجوه (لم ينقص من المسمى بل يزاد عليه ، ولو) كاتبه (على ميتة ونحوها) كالدم (بطل) العقد لعدم ماليتهما أصلا عند أحد ، فلا يعتق بالأداء إلا إذا علقه بالشرط صريحا فيعتق للشرط لا للعقد ؛

(وصح) العقد (على حيوان بين جنسه فقط) أى لا نوعه وصفته (ويؤدى الوسط أو قيمته)

العبد من جملة كسبه فيه روايتان . وفى الإتقانى عن شرح الكافى : والصحيح أنه يجوز ، وإذا أدى يعتق (قوله وصيفا) هو الغلام وجمعه وصفاء والجارية وصيفة وجمعها وصائف مغرب (قوله غير معين) هذا عندهما خلافا لأبى يوسف ، فلو معينا جازت بالاتفاق كما فى غاية البيان (قوله لما ذكرنا) أى من العلل الأربع ح (قوله فإن أدى الخمر عتق) لم يبين حكم العتق فى باقى الصور الفاسدة ، وقدمنا أنه يعتق بأداء قيمته إذا كاتبه عليها لأنها معلومة من وجه ، وتصير معلومة من كل وجه عند الأداء . وإذا كاتبه على عين لغيره ، ففى العناية لم ينعقد العقد فى ظاهر الرواية إلا إذا قال إن أديت إلىّ فأنت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط اهـ ، فهذا يفيد أنه باطل لا فاسد . وأما مسألة الوصيف فظاهر كلام الزيلعى أنه باطل شرنبلالية ملخصا ، فالمراد بالفاسد هنا ما يعم الباطل كما فى العزمية (قوله بالأداء) أى أداء عين الخمر والخنزير ، سواء قال إن أديت فأنت حر أولا لأنهما مال فى الجملة بخلاف الميتة والدم فلم ينعقد العقد أصلا ، فاعتبر فيهما معنى الشرط لا غير وذلك بالتعليق صريحا ، وتمامه فى المنح (قوله وسعى فى قيمته) أى قيمة لنفسه (قوله يعنى قبل أن يترافعا) تقييد لقوله فإن أدى لا لقوله عتق لانفهامه من قوله بالأداء . قال فى الكفاية وفى المبسوط : فإن أداه قبل أن يترافعا إلى القاضى وقد قال له أنت حر إذا أديته أو لم يقل فإنه يعتق اهـ فافهم (قوله واعلم الخ) قال الزاهدى فى شرحه : فإن قلت : قوله ولم ينقص من المسمى ويزاد عليه لا يتصور فى الكتابة بالقيمة ، ولا بالخمر والخنزير لأنه لا يجب المسمى فلا يتصور النقصان والزيادة عليه ؛

قلت : قد تأملت فى الجواب عنه زمانا وفتشت الشروح وباحثت الأصحاب فلم يغننى ذلك منه شيئا حتى ظفرت بما ظفر الإمام ركن الأئمة الضباغى فى شرحه فقال : وهذا إذا سمى مالا وفسدت الكتابة بوجه من الوجوه لا ينقص من المسمى ويزاد عليه .

والحاصل أن هذه الصورة مستأنفة غير متصلة بالأول وهذا كمن كاتب عبده على ألف رطل من خمر ، فإذا أدى ذلك عتق عليه سواء قال إذا أديت إلىّ ألفا فأنت حر أو لم يقل ، وتجب عليه الزيادة إن كانت القيمة أكثر وإن كانت قيمته أقل من الألف لا يسترد الفضل عندنا اهـ فقد رمز الشارح إلى هذا (قوله لم ينقص الخ) لأن المولى لم يرض أن يعتقه بأقل مما سمى فلا ينقص منه إن نقصت قيمته عنه والعبد يرضى بالزيادة حتى ينال شرف الحرية فيزاد عليه إذا زادت قيمته زيلعى (قوله إلا إذا علقه بالشرط صريحا فيعتق) ولا شىء عليه لعدم المالية كذا فى الاختيار . ثم قال : ولو علق عتقه بأداء ثوب أو دابة أو حيوان لا يعتق للجهالة الفاحشة اهـ ؛ ويخالفه قول الزيلعى : يعتق بأداء ثوب لأنه تعليق صريح فصار من باب الأيمان وهى تنعقد مع الجهالة فينصرف إلى ما يطلق عليه اسم الثوب اهـ شرنبلالية (قوله بين جنسه فقط الخ) كذا قال فى العناية ، إذا كاتبه على حيوان وبين جنسه كالعبد والفرس ولم يبين النوع أنه تركى أو هندى ولا الوصف أنه جيد أو ردىء جازت ، وينصرف

ويجبر على قبولها (و) صح أيضا (من كافر كاتب قنا كافرا مثله على خمر) لماليته عندهم (معلومة) أى مقدرة ليعلم البدل (وأى) من المولى والعبد (أسلم فله قيمة الخمر وعتق بقبضها) لتعليق عتقه بأداء الخمر لكن مع ذلك يسعى فى قيمته كما مر (و) صح أيضا (على خدمته شهرا له) أى للمولى (أو لغيره أو حفر بئر أو بناء دار إذا بين قدر المعمول والآجر بما يرفع النزاع) لحصول الركن والشرط .

(لا تفسد الكتابة بشرط) لشبهها بالنكاح ابتداء لأنها مبادلة بغير مال وهو التصرف (إلا أن يكون الشرط فى صلب العقد) فتفسد لشبهها بالبيع انتهاء لأنه فى البدل هذا هو الأصل .

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله وما لا يجوز

(للمكاتب البيع والشراء ولو بمحاباة)

إلى الوسط لأن الجهالة يسيرة ، ومثلها يتحمل فى الكتابة لأن مبناها على المساهلة فيعتبر جهالة البدل بجهالة الأجل ، حتى لو كاتبه إلى الحصاد صحت اهـ ولكن فى الاختيار : الكتابة على الحيوان والثوب كالنكاح إن بين النوع صح ، وإن أطلق لا يصح اهـ ومثله فى البدائع : ثم قال : وإن على عبد أو جارية صح لأنها جهالة الوصف فقد سمى النوع جنسا والوصف نوعا فلا مخالفة فى الحكم (قوله ويجبر على قبولها) كما يجبر على قبول العين لأن كل واحد أصل ، فالعين أصل تسمية والقيمة أصل أيضا لأن الوسط لا يعلم إلا بها فاستويا زيلعى (قوله فله قيمة الخمر) لتعذر تسليم عينها بالإسلام (قوله وعتق بقبضها) يحتمل رجوع الضمير إلى القيمة وعليه مشى المصنف وهو مما لا خلاف فيه ، ويحتمل رجوعه إلى الخمر وهو ما قرره الشارح وعليه مشى فى الهداية والدرر وغيرهما وفيه روايتان كما فى العناية (قوله كما مر) فى مسألة كتابة المسلم على خمر أو خنزير (قوله على خدمته شهرا) هذا استحسان لأنها تصير معلومة بالعادة ، وبحال المولى أنه فى أى شىء يستخدمه ، وبحال العبد أنه لأى شىء يصلح كما لو عينها نصا ، ولم يذكر الوقت فسدت لأن البدل مجهول بدائع (قوله والآجر) بالمد والتشديد اللبن : المحرق شرنبلالية (قوله بما يرفع النزاع) بأن سمى له طول البئر وعمقها ومكانها ويريه آجر الدار وجصها وما يبنى بها بدائع (قوله لحصول الركن والشرط) أى الإيجاب والقبول ومعلومية البدل (قوله لا تفسد الكتابة بشرط) أى شرط فاسد وهو المخالف لمقتضى العقد ، كما إذا كاتبه على أن لا يخرج من المصر أو أن لا يتجر ونحوه مما لا يدخل فى صلب الكتابة إتقانى (قوله لأنها الخ) بيان لوجه الشبه ، وقوله وهو التصرف : أى غير المال هو التصرف : أى فك الحجر إذ البدل مقابل به (قوله لشبهها بالبيع انتهاء) كذا فى الدرر ، وفيه كلام يعلم من الشرنبلالية (قوله لأنه فى البدل) أى لأن الشرط فى صلب العقد واقع فى البدل كالكتابة على بدل مجهول أو حرام ، أو على ألف على أن يطأها ما دامت مكاتبة أو تخدمه ولم يبين وقتا أو وهى حامل من غيره ، واستثنى ما فى بطنها إتقانى ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله

(قوله للمكاتب البيع والشراء) كذا الإجارة والإعارة والإيداع والإقرار بالدين واستيفائه وقبول الحوالة بدين عليه ، لا إن لم يكن عليه ، وأن يشارك عنانا لا مفاوضة لاستلزامها الكفالة ، وله الشفعة فيما اشتراه المولى ، وللمولى الشفعة فيما اشتراه المكاتب ، وأن يتوكل بالشراء وإن أوجب عليه ضمان الثمن للبائع ، وأن يأذن لعبده ، وأن يحط شيئا بعد البيع بعيب ادعى عليه أو يزيد فى الثمن ، وأن يرد بالعيب ولو اشترى من مولاه إلا أنه لا يجوز

يسيرة (والسفر وإن شرط) المولى (عدمه وتزويج أمته وكتابة عبده والولاء له إن أدى) الثانى (بعد عتقه وإلا) بأن أداه قبله أو أديا معا (فلسيده لا التزوج بغير إذن مولاه و) لا (الهبة ولو بعوض، و) لا (التصدق إلا بيسير منهما و) لا (التكفل مطلقا) ولو بإذن بنفس لأنه تبرع (و) لا (الإقراض وإعتاق عبده ولو بمال، وبيع نفسه منه

له أن يرابح فيما اشتراه من مولاه إلا أن يبين، وكذلك المولى فيما اشتراه منه، ولا أن يبيع من مولاه درهما بدرهمين لأنه صار أحق بمكاسبه فصار كالأجنبى فى المعاوضة المطلقة كذا فى البدائع ملخصا.

ولا يرد ما مر أن له أن يكاتبه عن نفسه وماله الذى فى يده ولو أكثر من البدل لورود العقد ثمة وهو قن، وإن أوصى بوصية ومات قبل الأداء لا تجوز وإن ترك وفاء، وإن مات بعد الأداء، فإن قال إذا عتقت فثلث مالى وصية صحت إجماعا، وإن أوصى بعين من ماله لا تجوز إجماعا لأنه ما أضافها إلى حالة الحرية فتعلقت بملكه فى وقت لا يملك التبرع إلا إذا أجازها بعد العتق، وإن أوصى بثلث ماله فعنده لا تجوز إلا أن يجيزها بعد العتق: وعندهما تجوز بدائع ملخصا (قوله يسيرة) تقييد لإطلاق المتن تبعا للشرنبلالية عن الخانية مع أنه هو قول الإمام:

قال فى البدائع: وله أن يبيع بقليل الثمن وكثيره وبأى جنس كان، وبالنقد والنسيئة فى قول أبى حنيفة: وعندهما لا يملك البيع إلا بما يتغابن الناس فى مثله، وبالدراهم والدنانير، وبالنقد لا بالنسيئة كالوكيل بالبيع المطلق اه (قوله وإن شرط المولى عدمه) أى عدم السفر لأن البيع والشراء ربما لا يتفق فى الحضر ولا يبطل العقد لأن الشرط ليس فى صلبه: أى لم يدخل فى أحد البدلين كما مر (قوله وتزويج أمته) وكذا مكاتبته لأنه من باب الاكتساب، بخلاف عبده بدائع، ولا يزوجها من عبده: وعن أبى يوسف أنه يجوز قهستانى (قوله وكتابة عبده) إلا ولده ووالديه لأنهم يعتقون بعتقه فلا يجوز أن يسبق عتقهم عتقه ولأنهم دخلوا فى كتابته فلا يكاتبون ثانيا بدائع (قوله بعد عتقه) أى عتق الأول لأنه صار أهلا للولاء (قوله فلسيده) ولا يرجع الولاء إلى الأول بعد عتقه لأنه متى ثبت لا يحتمل الانتقال بحال بدائع (قوله لا التزوج) فإن عتق قبل إجازته نفذ على المكاتب كما مر فى النكاح، قيل وكذا التسرى وسيجىء در منتقى (قوله ولا الهبة الخ) قال فى البدائع: وإذا وهب هبة أو تصدق ثم عتق ردت حيث كانت لأنه عقد لا مجيز له حال وقوعه فلا يتوقف، وظاهره المنع منهما ولو بإذن المولى: قال أبو السعود: وهو مصرح به، ووجهه أن المولى لا ملك له فى كسبه (قوله إلا بيسير منهما) قيد فى الشرنبلالية التصدق باليسير من المأكول مستندا للبدائع:

أقول: ونصها ولا يملك التصدق إلا بشىء يسير حتى لا يجوز له أن يعطى فقيرا درهما ولا أن يكسيه ثوبا، وكذا لا يجوز أن يهدى إلا شيئا قليلا من المأكول، وله أن يدعو إلى الطعام اه. وفى القهستانى عن الكرمانى: اليسير هو ما دون الدرهم لأنه يتوسع فيه الناس اه فتأمل (قوله ولا التكفل) أى عن غير سيده فيجوز عنه، لأن بدل الكتابة واجب عليه فلم يكن متبرعا والأداء إليه وإلى غيره سواء بدائع (قوله ولو بإذن بنفس) تفسير للإطلاق: أى سواء كانت بإذن المولى أو المكفول أولا بنفس أو مال، فقوله بنفس داخل تحت المبالغة أى ولو بنفس، وفى البدائع: فإن أدى فعتق لزمته الكفالة لوقوعها صحيحة فى حقه لأنه أهل بخلاف الصبى (قوله لأنه تبرع) فإنها التزام تسليم النفس أو المال بغير عوض والمولى لا يملك كسبه فلا يصح إذنه بالتبرع (قوله ولا الإقراض) لأنه تبرع بابتدائه بدائع، وينبغى جوازه باليسير كالهبة قهستانى بل هو أولى برجندى (قوله ولو بمال) كأنت حر على ألف فإذا قبل عتق، وكذا تعليقه بأدائه كإن أديت إلى ألفا فأنت حر، وكذا قوله وبيع نفسه

وتزويج عبده) لنقصه بالمهر والنفقة (وأب ووصى وقاض وأمينه فى رقيق صغير) تحت حجرهم (كمكاتب) فيما ذكر (بخلاف مضارب ومأذون وشريك) ولو مفاوضة على الأشبه لاختصاص تصرفهم بالتجارة.

(ولو اشترى أباه أو ابنه تكاتب عليه) تبعا له، والمراد قرابة الولاد لا غير (ولو) اشترى (محرما) غير الولاد (كالأخ والعم لا) يكاتب عليه خلافا لهما؛

(ولو اشترى أم ولده مع ولده منها) وكذا لو شراها ثم شراه جوهرة (لم يجز بيعها) لتبعيتها لولدها (و) لكن (لا تدخل فى كتابته) ثم فرع عليه بقوله (فلا تعتق بعتقه ولا ينفسخ نكاحه) لأنه لم يملكها (فجاز له أن يطأها بملك النكاح فكذا المكاتبة إذا اشترت بعلها غير أن لها بيعه مطلقا لأن الحرية لم تثبت من جهتها (ولو ملكها بدونه) أى بدون الولد (جاز له بيعها خلافا لهما

أى نفس العبد منه لأن فيها إسقاط الملك وإثبات الدين على المفلس (قوله وتزويج عبده) ولو من أمته كما مر (قوله فى رقيق صغير) تركيب إضافى لا توصيفى (قوله فيما ذكر) من التصرفات ثبوتا ونفيا، فيملكان كتابة قنه وإنكاح أمته لا إعتاق عبده ولو بمال الخ، وإذا أقر بقبض بدل الكتابة، فإن كانت ظاهرة بمحضر من الشهود صدقا وعتق وإن لم تكن معروفة لم يجز الإقرار بالعتق لأنه فى الأول إقرار باستيفاء الدين فيصح، وفى الثانى بالعتق فلا يصح بدائع (قوله ولو مفاوضة) كذا فى الكافى حيث جعله كالمأذون، وجعله فى النهاية كالمكاتب (قوله على الأشبه) قال الزيلعى: وجعله كالمأذون أشبه بالفقه (قوله لاختصاص تصرفهم بالتجارة) فإن الأصل أن من كان تصرفه عاما فى التجارة وغيرها يملك تزويج الأمة والكتابة كالأب ونحوه، ومتى كان تصرفه خاصا بالتجارة لا يملكه (قوله تبعا له) لأن المشترى لو كان مكاتبا أصالة لبقيت بعد عجز المكاتب الأصلى (قوله والمراد قرابة الولاد) وأقواهم دخولا الولد المولود فى الكتابة، ثم الولد المشترى، ثم الأبوان، وعن هذا يتفاوتون فى الأحكام كما سيأتى بيانه إن شاء الله تعالى فى باب موت المكاتب (قوله خلافا لهما) حيث قالا يكاتب عليه، لأن وجوب الصلة يشمل القرابة المحرمية للنكاح ولهذا يعتق على الحر كل ذى رحم محرم منه، وله أن للمكاتب كسبا لا ملكا ولذا تحل له الصدقة وإن أصاب مالا، ولا يملك الهبة، ولا يفسد نكاح امرأته إذا اشتراها غير أن الكسب يكفى للصلة فى الولاد، حتى أن القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفى لغيرها، حتى لا تجب نفقة الأخ إلا على الموسر، وتمامه فى الهداية وشروحها. وثمرة الخلاف أنه لو ملكه له بيعه عنده خلافا لهما كما فى الدرر، وأنه إذا مات لا يقوم مقامه فلا يسعى على نجومه عنده كما يظهر من الشرنبلالية (قوله أم ولده) يعنى المستولدة بالنكاح عزمية (قوله وكذا لو شراها ثم شراه) قال ابن الملك: والأصح أنه إذا اشتراه أولا ثم اشتراها حرم بيعها؛ لأن الولد يكاتب عليه أولا وبواسطته تكاتبت أمه. وإذا اشتراها أولا لا يحرم بيعها لانتفاء المقتضى وهو تكاتب الولد، ثم إذا اشترى الولد حرم بيعها عند شراء الولد لوجود المقتضى اه، فالمدار على اجتماعهما فى ملكه أعم من أن يكون قد اشتراهما معا أو متعاقبا، فالتقييد بالمعية خلاف الأصح (قوله لتبعيتها لولدها) لقوله صلى الله عليه وسلم «أعتقها ولدها» (قوله لأنه لم يملكها) أى حقيقة فهى كسبه لا ملكه كما مر، وهذا علة للمفرع والمفرع عليه (قوله فجاز) تفريع على قوله ولا ينفسخ نكاحه (قوله فكذا المكاتبة الخ) أى فله أن يطأها بالنكاح لأنها لم تملك رقبته حقيقة هندية عن البناية العينى (قوله مطلقا) أى سواء كان معه ولده منها أولا رحمتى (قوله لأن الحرية لم تثبت من جهتها) يعنى الحرية المنتظرة، والمعنى أنها إذا اشترت بعلها مع ابنها منه تبعها ابنها فى الكتابة ولا يتبعه أبوه فى تلك الكتابة المؤدية إلى الحرية لأن التبعية للولد خاصة بجهتها فهى التى تتبع ولدها كما يتبعها هو فى الرقبة

(وإن ولد له من أمته ولد) فادعاه (تكاتب عليه) تبعا له (و) كان (كسبه له) لأنه كسب كسبه .

(زوّج) المكاتب (أمته من عبده فكاتبهما فولدت دخل فى كتابتها وكسبه) وقيمته لو قتل (لها) لأن تبعيتها أرجح .

(مكاتب أو مأذون نكح أمة زعمت أنها حرة بإذن مولاه) متعلق بنكح (فولدت منه ثم استحقت فالولد رقيق) فليس له أخذه بالقيمة خلافا لمحمد لأنه ولد المغرور ، وخصا المغرور بالحر بإجماع الصحابة ،

والحرية والتدبير ، فشراء الولد يمنع بيع أصله لو كانت الحرية المنتظرة من جهة الأم بأن كان ذلك الأصل أما كما فى المسألة السابقة ، فلو كان أبا لا يمتنع بيعه هذا ما ظهر لى : وعبارة الزيلعى : لأن الجزئية بالجيم والزاى . والمعنى أن البعضية التى تمنع بيع الأصل معتبرة من جهتها كما قدمناه ولم توجد هنا ، ولم أر من أوضح هذه العبارة بعد المراجعة الكثيرة فتأمل (قوله وإن ولد له من أمته ولد) اعترض بأن المكاتب لا يملك وطء أمته ؛ وأجيب بأن النسب لا يتوقف على الحل كما فى وطء أمة ابنه أو أمة مشتركة فيثبت لشبهة ملك اليد كما فى شروح الهداية . قال فى الجوهرة : أو نقول : صورته أن يتزوج أمة قبل الكتابة فإذا كوتب اشتراها فتلد له ولدا اه وعلى هذا فلا يحتاج إلى قول الشارح فادعاه لبقاء النكاح بعد الشراء كما مر (قوله لأنه كسب كسبه) وهو الولد : قال الزيلعى : فإنه فى حكم مملوكه (قوله زوّج المكاتب) كذا فى غير ما كتاب :

واستشكله فى الشرنبلالية بما تقدم من أن المكاتب لا يزوج عبده وليس تزويجه عبده يكون موقوفا كتزويجه إذ لا مجيز له حال صدوره فصار كهبته الكثير وتزوجه هو له مجيز وهو للولى الحر . ثم أجاب : بأنه لا يمنع ثبوت النسب لأنه يثبت للشبهة كالنكاح الفاسد كما مر اه : وأرجع ابن ملك الضمير للمولى وهو المتبادر من التبيين والهداية وشروحها ، وظاهره أنه المولى الحر وعليه فلا إشكال أصلا .

ونقل أبو السعود : عن الشلبى وغيره أنه ينبغى أن يقرأ المكاتب بكسر التاء وأنه لو ذكر المولى لكان أولى اه . قلت : ويحتاج إلى ادعاء مجاز الأول (قوله فولدت) أشار إلى أنهما لو قبلا الكتابة عن أنفسهما وعن ولد لهما صغير فقتل الولد تكون قيمته بينهما ، ولا تكون الأم أحق به لأن دخوله فى الكتابة هنا بالقبول عنه لا بمجرد التبعية والقبول وجد منهما فيتبعهما زيلعى (قوله لأن تبعيتها أرجح) من إضافة المصدر إلى مفعوله ، وذلك لأنه انفصل من الأب وليس له قيمة وانفصل من الأم متقوما فكان تبعيتها أرجح ، ولأنه يتبعها فى الرق والحرية فلذا كانت أخص بكسبه إتقانى (قوله خلافا لمحمد) حيث قال هو حر بالقيمة يعطيها للمستحق فى الحال إن كان التزوج بإذن المولى وإلا فبعد العتق ثم يرجع هو بما ضمن من قيمة الولد على الأمة المستحقة بعد العتق إن كانت هى الغارة ، وكذا إذا غره عبد مأذون أو غير مأذون له فى التجارة أو مكاتب رجع عليه بعد العتق لأنه ليس من باب التجارة فلا ينفذ فى حق مولى الغار ، وإن غره حر رجع عليه فى الحال ، وكذا حكم المهر فإن المستحق يرجع عليه فى الحال إذا كان التزويج بإذن مولاه وإلا فبعد الحرية ، وليس له هو أن يرجع على أحد بالمهر على ما عرف فى موضعه ، وحكم الغرور يثبت بالتزويج دون الإخبار بأنها حرة زيلعى (قوله لأنه ولد المغرور) دليل قول محمد فهو علة لمحذوف : أى فإنه قال هو حر بالقيمة لأنه ولد المغرور دفعا للضرر عنه كالحر (قوله وخصا المغرور الخ) قال الزيلعى : ولهما أنه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا إذ الولد يتبع الأم فى الرق والحرية ، وتركنا هذا فى الحر بإجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم ، والعبد ليس فى معنى الحر لأن حق المولى وهو المستحق فى الحر مجبور بقيمة واجبة فى الحال ، وفى العبد بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتق فتعذر الإلحاق لعدم المساواة هكذا ذكروا هنا اه .

واستشكله الزيلعي :

(ولو اشترى المكاتب أمة شراء ينظر فاسدا فوطئها ثم ردها للفساد) لشرائها (أو) شراها (صحيحا فاستحقت وجب عليه العقر في حالة الكتابة) قبل عتقه لدخوله في كتابته ، لأن الإذن بالشراء إذن بالوطء (ولو)

وحاصله أن المغرور خاص بالحر ، ولا يمكن قياس الرقيق عليه لأنه لامساواة بينهما فإنه لايطالب بالقيمة حالا كالحر فيلزم ضرر المستحق (قوله واستشكله الزيلعي) حيث قال : وهذا مشكل جدا ، فإن دين العبد إذا لزمه بسبب أذن فيه المولى يظهر في حق المولى ويطالب به للحال ؛ والموضوع هنا مفروض فيما إذا كان بإذن المولى وإنما يستقيم هذا إذا كان التزوج بغير إذن المولى لأنه لا يظهر الدين فيه في حق المولى فلايلزمه المهر ولاقيمة الولد في الحال ، وتشهد المسألة التي تلي هذه المسألة بهذا المعنى ا . وهو في الحقيقة استشكال لقوله في الاستدلال بتأخر المطالبة إلى ما بعد العتق مع إذن المولى بالنكاح لا لتخصيصهما المغرور بالحر كما يوهمه كلام الشارح ؛ وأجاب بعضهم بأن إذن المولى هنا ليس سببا لحرية الولد أو رقيته وإنما سببها حرية الأم أو شرط كون الولد حرا في الزوج الحر فلم يظهر في حقه فلم يطالب به في الحال ، ونقل ط عن الرازي نحوه ، وعن الوافي أن الإذن بالشيء إنما يكون إذنا بما يتعلق به إذا كان من لوازمه والوطء ليس كذلك اه فتأمل ، وأجاب الطوري بأن المكاتب والمأذون أعطيناهما حكم الأحرار ولم يتضمن ما أذن فيه المولى النكاح وتوقف صحته على الإذن للحل لا ليضمن ذلك المولى ، بخلاف مسألة البيع الآتية لأن الإذن فيها تناول الفاسد فافترقا اه . ولا يخفى ضعف الكل فتأمل .

هذا ، والمصرح به في المعراج والكفاية أنه على قول محمد لو نكح بإذن المولى لزم قيمة الولد والمهر في الحال وإلا فبعد العتق ، وقد مر أيضا ؛ فاستشكال الزيلعي على ما ذكر في الاستدلال موافق للمنقول عن محمد ، فتأخر المطالبة المذكور في الاستدلال خاص بما إذا كان بلا إذن كما قيده به في الكفاية ، وبه يندفع الإشكال ، نعم يرد عليه أنه ليس فرض المسألة ولذا حذفه بعض الشراح واستغنى بالكلام الأول (قوله فوطئها) أي بغير إذن المولى هداية ، أما بإذنه فبالأولى معراج (قوله لشرائها) الأولى حذفه كما في عبارة الدرر (قوله أو شراها صحيحا) اعترضه في الشرنبلالية بأن الاستحقاق يمنع صحة الشراء اه فالأولى الاقتصار على عبارة المتن وإن أجيب عنه بأنه وصفه بالصحة باعتبار الظاهر (قوله لدخوله في كتابته) أي لدخول العقر . قال في الهداية : لأن التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا العقر من توابعها ، أو لدخول الشراء ولو فاسدا لأن الكتابة تنتظمه بنوعيه كالتوكيل كما في الهداية أيضا ، أو لدخول المذكور من الشراء مطلقا والعقر وهو أولى ليشمل الصورتين (قوله لأن الإذن بالشراء إذن بالوطء) أخذه من الدرر حيث قال فيها : قال صدر الشريعة : ولقائل أن يقول إن العقر يثبت بالوطء لا بالشراء والإذن بالشراء ليس إذنا بالوطء والوطء ليس من التجارة في شيء فلا يكون ثابتا في حق المولى ؛

أقول : جوابه أنا سلمنا أن العقر ثبت بالوطء لا بالشراء ابتداء لكن الوطء مستند إلى الشراء إذ لولاه لكان الوطء حراما بلا شبهة فلا يثبت به العقر ويجب الحد فيكون الإذن بالشراء إذنا بالوطء والوطء نفسه وإن لم يكن من التجارة لكن الشراء منها فيكون ثابتا في حق المولى اه ؛

قال في الشرنبلالية : قوله فيكون الإذن بالشراء إذنا بالوطء غير مسلم فكان ينبغي تركه ، والاقتصار على ما ذكره قبله وبعده يوضحه ما في العناية : الكتابة أوجبت الشراء والشراء أوجب سقوط الحد وسقوط

وطئها (بنكاح) بلا إذنه (أخذ به) بالعقر (منذ عتق) أى بعد عتقه لعدم دخوله فيها كما مر (والمأذون كالمكاتب فيهما) فى الفصلين :

(وإذا ولدت مكاتبة من سيدها) فلها الخيار إن شاءت (مضت على كتابتها) وتأخذ العقر منه (أو) إن شاءت (عجزت) نفسها (وهى أم ولده) ويثبت نسبه بلا تصديقها لأنها ملكه رقبة :

(ولو كاتب شخص أم ولده أو مدبره صح وعتقت أم الولد) مجانا بموته بالاستيلاد (وسعى المدبر فى ثلثى قيمته إن شاء أو سعى فى كل البدل بموت سيده فقيرا) لم يترك غيره (ولو دبر مكاتبه صح فإن عجز بقى مدبرا وإلا سعى فى ثلثى قيمته) إن شاء (أو فى ثلثى البدل بموته) أى المولى (معسرا) لم يترك غيره (وإن كان) مات (موسرا بحيث يخرج) المدبر (من الثلث عتق) بالتدبير (وسقط عنه بدل الكتابة ، كما لو أعتق المولى مكاتبه)

الحد أوجب العقر فالكتابة أوجبت العقر ولا كذلك النكاح : أى فى المسألة الآتية (قوله بلا إذنه) متعلق بنكاح قال ط : أما بالإذن فيظهر فى حق المولى ويطالب المكاتب به حالا شلبى اه (قوله أى بعد عتقه) هذا إذا كانت المرأة ثيبا ، فلو بكرا فافتضها يؤاخذ به فى الحال إتقانى عن شرح الطحاوى (قوله لعدم دخوله) أى النكاح بلا إذن ح : أى لأنه ليس من الاكتساب (قوله كما مر) أى أول الباب من أن المكاتب ليس له التزوج بلا إذن (قوله فى الفصلين) بدل من قوله فيهما : أى فصل الشراء بقسميه وفصل النكاح والعلة واحدة ، فإن الإذن رفع الحجر كالكتابة فيملك التجارة والنكاح ليس منها بخلاف الشراء (قوله فلها الخيار) لأنه تلقاها جهتا حرية عاجلة ببدل وآجلة بغير بدل فتتخير بينهما عينى (قوله إن شاءت مضت على كتابتها) فإن مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها البدل زيلعى (قوله وتأخذ العقر منه) وتستعين به فى أداء بدل الكتابة إذا كان العلوق فى حال الكتابة لأن المولى كالأجنبى فى منافعها ومكاسبها والعقر بدل بضعها إتقانى ، ويعلم كون العلوق فى حال الكتابة بإقراره أو بأن تلد لأكثر من ستة أشهر مذ كاتبها فإن جاءت به لأقل فلا عقر عليه (قوله عجزت نفسها) أى أقرت بالعجز عن أداء البدل (قوله ويثبت نسبه بلا تصديقها) وإن ولدت آخر لم يثبت من غير دعوى حرمة وطئها عليه ، وولد أم الولد إنما يثبت نسبه بلا دعوى إذا كان وطؤها حلالا ، وما فى الدرر من جواز استيلاد المكاتبة فالمراد به الصحة لا الحل كما نبه عليه الشرنبلالى (قوله لأنها ملكه رقبة) بخلاف ما إذا ادعى ولد جارية المكاتبة حيث لا يثبت النسب منه إلا بتصديق المكاتبة لأنه لا ملك له حقيقة فى ملك المكاتبة وإنما له حق الملك منح (قوله بموته بالاستيلاد) الباء الأولى للمصاحبة والثانية للسببية أى عتقت بموته بلا شىء وسقط عنها البدل ، لأنها عتقت بسبب أمومية الولد لبقاء حكم الاستيلاد بعد الكتابة لعدم التنافى بينهما وتسلم لها الأولاد والأكساب لأنها عتقت وهى مكاتبة ، كما إذا أعتقها المولى حال حياته زيلعى (قوله وسعى المدبر فى ثلثى قيمته الخ) لأنه سلم له بالتدبير السابق على الكتابة الثلث فيكون البدل بمقابلة الثلثين ، لأنه لما كان الإعتاق عند الإمام متجزئا بقى ما وراء الثلث عبدا وبقيت الكتابة فيه ، فتوجه لعتقه جهتان : كتابة مؤجلة وسعاية معجلة فيخير ، لجواز أن يكون أكثر البدلين أيسر باعتبار الأجل وأقلهما أعسر أداء لكونه حالا ، فكان فيه فائدة وإن كان جنس المال متحدا . وعند أبى يوسف يسعى فى الأقل منهما . وعند محمد فى الأقل من ثلثى قيمته وثلثى البدل ، وتمامه فى التبيين (قوله لم يترك غيره) فلو موسرا بحيث يخرج من الثلث عتق بالتدبير در منتقى (قوله ولو دبر مكاتبه) هذه عكس ما قبلها لأن التدبير هنا بعد الكتابة (قوله صح) أى التدبير لأنه يملك تنجيز العتق فيه فيملك التعليق فيه بشرط الموت زيلعى (قوله وإلا) أى وإلا يعجز فإن أدى بدلها قبل موت السيد عتق وإلا سعى الخ (قوله فى ثلثى قيمته الخ) هذا عنده : وقالا : يسعى فى الأقل منهما ، فالخلاف فى الخيار مبنى على تجزى

فإنه يعتق مجانا لقيام ملكه :

(كاتبه على ألف مؤجل ثم صالحه على نصفه حالا صح) استحسانا :

(مريض كاتب عبده على ألفين إلى سنة فمات) المريض (و) الحال أن (قيمة المكاتب ألف) درهم (ولم تجز الورثة التأجيل) ولم يترك غيره (أدى) المكاتب (ثلثى البدل) وعند محمد ثلثى القيمة حالا والباقى إلى أجله (أورد رقيقا) لقيام البدل مقام الرقبة فتنفذ فى ثلثه (وإن كاتبه على ألف إلى سنة و) الحال أن (قيمته ألفان ولم يجيزوا أدى ثلثى القيمة حالا) وسقط الباقى (أو رد رقيقا) اتفاقا لوقوع المحاباة فى القدر والتأخير فتنفذ بالثلث :

(حر قال لمولى عبد كاتب عبدك فلانا) الغائب (على ألف درهم على أنى إن أديت إليك ألفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا الشرط وقبل) المولى (ثم أدى) الحر (ألفا

الإعتاق وعدمه ، أما المقدار فتفق عليه لأن بدل الكتابة مقابل بكل الرقبة إذ لم يستحق شيئا من الحرية قبل ذلك فإذا عتق بعض الرقبة مجانا بعد ذلك سقط حصته من البدل ، بخلاف ما إذا تقدم التدبير لأنه سلم له بالتدبير الثلث فيكون البدل مقابلا بما لم يسلم له وهو الثلثان زيلعى ، وقولهما أظهر كما فى المواهب أبوالسعود عن الحموى (قوله فإنه يعتق مجانا) وسقط عنه بدل الكتابة لأنه التزمه لتحصيل العتق وقد حصل بدونه ، وكذا المولى كان يستحقه مقابلا بالتحرير وقد فات ذلك بالإعتاق مجانا زيلعى :

هذا : وقال فى غاية البيان : وقول صاحب الهداية مع سلامة الأكساب له يفهم منه أن الأكساب تسلم للمكاتب بعد الإعتاق ، وفيه نظر لأن الرواية لم توجد فى كتب محمد ومن بعده من المتقدمين كالطحاوى والكرخى وأبى الليث وغيرهم ، فينبغى أن يكون الأكساب للمولى بعد ما أعتقه كما بعد عجز المكاتب ، ثم أطال فى الاستدلال ، ولم أر من تعرض لهذا من الشراح كالمعراج والعناية والكفاية ، والله تعالى أعلم (قوله صح استحسانا) والقياس أن لا يصح لأنه اعتياض عن الأجل بالمال ؛ ووجه الاستحسان أن الأجل فى حق المكاتب مال من وجه لأنه لا يقدر على الأداء إلا به ، وبدل الكتابة ليس مالا من وجه حتى لاتصح الكفالة به فاعتدلا ابن كمال (قوله على ألفين) قال فى الحقائق : التقدير ليس بلازم بل المراد أن بدل الكتابة أكثر من قيمته ابن كمال ، ولو استويا بأن كان البدل ألفا وجب تعجيل ثلثى الألف اتفاقا كما فى حاشية أبى السعود عن المفتاح (قوله التأجيل) قيد به لأن المريض لم يتصرف فى حق الورثة إلا فى حق التأجيل فكان لهم أن يردوه ، إذ تأجيل المال أخر حق الورثة وفيه ضرر عليهم فلايصح بدون إجازتهم ، كذا فى المبسوط معراج (قوله ولم يترك غيره) أما إذا ترك مالا غيره يخرج هذا البدل من ثلثه صح التأجيل فيه ، لأن الوصية تصح بعينه فلأن تصح بتأجيله أولى ، كذا ظهر لى وحرره ط (قوله ثلثى القيمة) وهى الألف (قوله والباقى إلى أجله) أى الباقى من الألفين على القوابين ح (قوله لقيام البدل الخ) تعليل لقوله أدى ثلثى البدل ح (قوله على ألف) أى على نصف قيمته (قوله اتفاقا) والفرق لمحمد بين هذه وبين الأولى أن الزيادة على القيمة كانت حق المريض فى الأولى حتى كان يملك إسقاطها بالكلية بأن يبيعه بقيمته فتأخيرها أولى لأنه أهون من الإسقاط ، وهنا وقعت الكتابة على أقل من قيمته فلا يملك إسقاط ما زاد على ثلث قيمته ولا تأجيله لأن حق الورثة تعلق بجميعه بخلاف الأولى زيلعى (قوله الغائب) قيد به لأنه فرض المسألة فى كلام المصنف كما يشهد به السباق واللحاق وإلا فالحاضر مثله (قوله وقبل المولى) صوابه الحر أو الرجل كما عبر به الزيلعى ومنلا مسكين : قال محشيه أبو السعود نقلا عن الحموى : وهذا صريح فى أن الأمر لا يكون إيجابا فى باب الكتابة كالبيع فليحرر (قوله ثم أدى الحر ألفا) يفهم منه بعد قوله وقبل الرجل أنه لو لم يقبل وأدى ألفا لايعتق خلافا لما يظهر من الدرر حيث أطلق فى أنه يعتق بالأداء ولم يقيده بقبول الرجل ، ولهذا قيده فى العزمية بقوله عتقه بالأداء مقيد بما إذا قبل الرجل ثم أدى ألفا كما ذكره الزيلعى اه

عتق) العبد بحكم الشرط ، وكذا لولم يقل إن أديت فأدى يعتق استحسانا لنفوذ تصرف الفضولى فى كل ماليس بضرر ، ولايرجع الحر على العبد لأنه متبرع (وإذا بلغ العبد) هذا الأمر (فقبل صار مكاتبا) إنما يحتاج لقبوله لأجل لزوم البدل عليه.

(قال عبد حاضر لسيده كاتبنى على نفسى وعن فلان الغائب فكاتبهما فقبل العبد الحاضر صح) العقد استحسانا فى الحاضر أصالة والغائب تبعا (وأيهما أدى بدل الكتابة عتقا جميعا) بلا رجوع (ويجبر المولى على القبول) للبدل من أحدهما (ولا يطالب) العبد (الغائب بشىء) لعدم التزامه (وقبوله) للكتابة (لغو) لا يعتبر (كرده إياها) ولو حرره سقط عن الحاضر حصته ،

أبو السعود (قوله عتق العبد) ويقع العتق عن المأمور ، وكذا لو قال كاتب عبدك عنى بألف ، بخلاف أعتق عبدك عنى بألف فإنه يقع عن الآمر ، والفرق بينهما مبسوط فى المعراج (قوله يعتق استحسانا) أى لا قياسا ، بخلاف الأولى فهى قياس واستحسان : ووجه القياس هنا أن العقد موقوف والموقوف لاحكم له ولم يوجد التعليق (قوله لنفوذ تصرف الفضولى الخ) قال فى الكفاية : وهذا لأن المولى ينفرد بإيجاب العتق والحاجة إلى قبول المكاتب لأجل البدل ، فإذا تبرع الفضولى بأدائه عنه تنفذ الكتابة فى حق هذا الحكم وتتوقف فى حق لزوم الألف على العبد (قوله ولا يرجع الحر على العبد) وقيل يرجع على المولى ويسترد ما أداه إن أداه بضمان لأن ضمانه كان باطلا لأنه ضمن غير الواجب زيلعى (قوله لأنه متبرع) يعنى وقد حصل مقصوده وهو عتق العبد ، ولا بد من هذه الزيادة لأنه إذا أدى بعض البدل يرجع بما أداه على المولى لعدم حصول مقصوده وهو العتق ، سواء أدى بضمان أو بغير ضمان شرنبلالية .

أقول : كون هذه الزيادة لابد منها محل نظر لأن الكلام فى الرجوع على العبد تأمل (قوله صار مكاتبا) لأن الكتابة كانت موقوفة على إجازته وقبوله فصار إجازته انتهاء كقبوله ابتداء ولو قال العبد لا أقبله فأدى عنه الرجل الذى كاتب عنه لا تجوز لأن العقد ارتد برده ، ولو ضمن الرجل لم يلزمه شىء لأن الكفالة ببدل الكتابة لا تجوز زيلعى (قوله إنما يحتاج لقبوله الخ) أى توقف الكتابة فى حق لزوم البدل عليه متوقف على قبوله كما قدمناه (قوله على نفسى) كذا عبارة التبيين ، والأولى «عن» بدل «على» كما فى الهداية وغيرها (قوله صح العقد استحسانا) وفى القياس يصح عن نفسه لولايته عليها ، ويتوقف فى حق الغائب لعدم الولاية عليه هداية (قوله فى الحاضر أصالة الخ) قال الزيلعى : وجه الاستحسان أن المولى خاطب الحاضر قصدا وجعل الغائب تبعا له والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالأمة إذا كوتبت دخل فى كتابتها ولدها المولود فى الكتابة والمشترى فيها والمضموم إليها فى العقد تبعا لها حتى يعتقوا بأدائها وليس عليهم شىء من البدل ، ولأن هذا تعليق العتق بأداء الحاضر والمولى ينفرد به فى حق الغائب فيجوز من غير توقف ولا قبول من الغائب اه .

قلت : وفى التعليل الثانى نظر لأنه يحصل العتق بأداء الغائب ، وكذا بإبراء الحاضر كما يأتى تأمل (قوله بلا رجوع) أى من كل على صاحبه لأن الحاضر قضى دينا عليه والغائب متبرع به غير مضطر إليه هداية (قوله من أحدهما) أما الحاضر فلأن البدل عليه ، وأما الغائب فلأنه ينال به شرف الحرية وإن لم يكن البدل عليه ، وصار كمعير الرهن إذا أدى الدين هداية (قوله لا يعتبر) أى فى كونه مطالبا : قال فى الدرر : فلا يؤخذ بشىء لنفاذ العقد على الحاضر اه أى بلا توقف ولا قبول من الغائب كما مر .

قلت : وبه ظهر الفرق بين هذه وبين المسألة السابقة حيث قدم أنه إذا بلغ العبد فقبل صار مكاتبا ، يعنى نفذت الكتابة فى حق لزوم البدل عليه كما قدمناه فتدبر ، وقد توقف فيه الوانى وأقره نوح أفندى كما ذكره أبو السعود (قوله ولو حرره) أى أعتق الغائب (قوله سقط عن الحاضر حصته) أى من البدل ، لأن الغائب

ولو حرر الحاضر أو مات أدى الغائب حصته حالا وإلا رد قنا ، ولو أبرأ الحاضر أو وهبه له عتقا جميعا :

(وإن كاتب الأمة على نفسها وعن ابنين صغيرين لها) وقبلت (صح) استحسانا ، لما مر (وأى أدى) ممن ذكر (لم يرجع) على الآخر لأنه متبرع ، ويجبر المولى على القبول إلى آخر ما مر :

[فرع] كاتب نصف عبده فأدى الكتابة عتق نصفه وسعى فى بقية قيمته . وقالا : العبد كله مكاتب على ذلك المال ، وبه نأخذ حاوى القدسي .

باب كتابة العبد المشترك

(عبد الشريكين أذن أحدهما لصاحبه) فى (أن يكاتب

دخل فى العقد مقصودا فكان البدل منقسما وإن لم يكن مطالبا به ، بخلاف الولد المولود فى الكتابة حيث لا يسقط عن الأم شيء من البدل بعتقه ، لأنه لم يدخل مقصودا ولم يكن يوم العقد موجودا وإنما دخل بعد ذلك تبعا لها زيلعى (قوله أدى الغائب حصته حالا وإلا ردّ قنا) لأنه دخل مقصودا بخلاف المولود فى الكتابة حيث يبقى على نجوم والده إذا مات كذا فى الدرر .

فإن قلت : هذا ينافى ماتقدم من أنه داخل فى العقد تبعا : قلت : هو أصيل باعتبار إضافة العقد إليه تبع باعتبار عدم مشافهته به ، بخلاف المولود فى الكتابة فإنه تبع من كل وجه لعدم وجوده وقت العقد ، كذا يؤخذ من العناية ح :

قلت : ويؤخذ مما قدمناه عن الزيلعى أيضا (قوله ولو أبرأ الحاضر أو وهبه له عتقا) أى وهبه البدل وقيد بالحاضر لأنه لو أبرأ الغائب أو وهبه لا يصح لعدم وجوبه عليه كما فى التبيين (قوله وإن كاتب الأمة الخ) والحكم فى العبد كذلك ، وكذا فى الكبيرين . وفائدة التقييد بالأمة والصغيرين مبسوطة فى المعراج (قوله صح استحسانا) وذهب بعض المشايخ إلى أنه هنا قياس واستحسان لأن الولد تابع لها ، بخلاف الأجنبى فإنه استحسان لا قياس . قال فى العناية : وأرى أنه الحق شرنبلالية (قوله لما مر) أى من التبعية فهى أصل وأولادها تبع بل هى أولى من الأجنبى كما فى الهداية ، وليس بطريق الولاية إذ لا ولاية للحرة على ولدها فكيف الأمة إتقانى (قوله ممن ذكر) أى من الأم أو الابنين إذا كبرا إتقانى (قوله إلى آخر ما مر) قال الزيلعى : وقبول الأولاد الكتابة وردهم لا يعتبر ولو أعتق المولى الأم بقى عليهم من بدل الكتابة بحصتهم يؤدونها فى الحال ، بخلاف الولد المولود فى الكتابة والمشترى حيث يعتق بعتقها ويطالب المولى الأم بالبدل دونهم ، ولو أعتقهم سقط عنها حصتهم وعليها الباقى على نجومها ، ولو اكتسبوا شيئا ليس للمولى أن يأخذه ولا له أن يبيعهم ، ولو أبرأهم عن الدين أو وهبهم لا يصح ولها يصح فتعتق ويعتقون معها لما ذكرنا فى كتابة الحاضر مع الغائب (قوله فرع) تقدم أول الكتاب مع زيادة فى كل من الموضعين على الآخر ح (قوله وسعى فى بقية قيمته) وما اكتسب قبل الأداء نصفه له ونصفه للمولى ، لأن نصفه مكاتب ونصفه رقيق عند أبى حنيفة لتجزى الكتابة عنده بدائع :

وفى الهندية : فإن اشترى المولى منه جاز فى النصف ، وإن اشترى هو من المولى جاز فى الكل استحسانا ، كما لو اشترى من غيره :

مطلب القياس مقدم هنا

وفى القياس لا يجوز إلا فى النصف ، وبالقياس نأخذ كذا فى المبسوط اهـ .

باب كتابة العبد المشترك

أخره لأن الأصل عدم الاشتراك إتقانى . وقال غيره لأن الاثنين بعد الواحد . (قوله لصاحبه) أى شريكه الآخر

حظه بألف ويقبض بدل الكتابة فكاتب الشريك المأذون له نفذ فى حظه فقط) عند الإمام لتجزى الكتابة عنده وليس لشريكه ، فسخه لإذنه (وإذا أقبض بعضه) بعض الألف (فعجز فالمقبوض) كله (للقابض) لأنه له بالقبض فيكون متبرعا ، ولو قبض الألف عتق حظ القابض :

(أمة بين شريكين كاتباها فوطئها أحدهما فولدت فادعاه) الواطئ (ثم وطئها) الشريك (الآخر فولدت فادعاه) الواطئ الثانى صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا خلافا لهما (فإن عجزت) بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن ، وحينئذ (فهى) فى الحقيقة (أم ولد للأول) لزوال المانع من الانتقال ووطؤه سابق (وضمن) الأول (لشريكه نصف قيمتها

(قوله حظه) أى حظ المأذون كفاية (قوله ويقبض) قال الزيلعى : فائدة الإذن بالكتابة أن لا يكون له حق الفسخ كما إذا لم يأذن : وفائدة إذنه بالقبض أن ينقطع حقه فيما قبض اه وسيشير الشارح إلى ذلك (قوله عند الإمام) وعندهما غير متجزئة ، فالإذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل ، فهو أصيل فى البعض وكيل فى البعض والمقبوض مشترك بينهما ، ويبقى كذلك بعد العجز كما فى الهداية (قوله لإذنه) أما إذا كاتبه بغير إذن شريكه صار نصيبه مكاتبا ، وعندهما كله لما مر ، وللساكت الفسخ اتفاقا قبل الأداء دفعا للضرر عنه ، بخلاف ما لو باع حظه إذ لا ضرر ، وبخلاف العتق وتعليقه بشرط إذ لا يقبل الفسخ ، ولو أدى البدل عتق نصيبه خاصة عنده لما مر ، وللساكت أن يأخذ من الذى كاتبه نصف ما أخذ من البدل ، وتمامه فى التبيين (قوله بعض الألف) بدل من قوله بعضه (قوله لإذنه له بالقبض) قال الزيلعى : لأن إذنه بالقبض إذن للعبد بالأداء إليه منه فيكون متبرعا بنصيبه على المكاتب فيصير المكاتب أخص به ، فإذا قضى به دينه اختص به القابض وسلم له كله اه (قوله فيكون متبرعا) أى على العبد المكاتب كما سمعته من عبارة الزيلعى : وفى الإصلاح والدرر على القابض . وادعى فى العزمية أنه غير صواب :

قلت : ولا منافاة لما فى الكفاية حيث قال : فيصير الآذن متبرعا بنصيب نفسه من الكسب على العبد ثم على الشريك ، فإذا تم تبرعه بقبض الشريك لم يرجع الخ (قوله عتق حظ القابض) ولا يضمن لشريكه لأنه برضاه ، ولكن يسعى العبد فى نصيب الساكت عزمية عن الكافى (قوله خلافا لهما) حيث لا تصح دعوة الأخير عندهما :

واعلم أنهم ذكروا فى جميع الكتب خلافهما بعد تمام المسألة : أى بعد قوله وهو ابنه والشارح قدمه ، فيوهم أن لا اختلاف إلا فى ثبوت النسب من الثانى وليس كذلك ، قال العينى وغيره : وهذا كله عند أبى حنيفة . وعندهما هى أم ولد الأول ، وهى مكاتبة كلها ، وعليه نصف قيمتها لشريكه عند أبى يوسف . وعند محمد الأقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقى من بدل الكتابة ، ولا يثبت نسب الولد الأخير من الآخر ، ولا يكون الولد بالقيمة ويغرم العقر لها ، وهذا الخلاف مبنى على الاختلاف فى تجزى استيلاد المكاتبة فعنده يتجزى لا عندهما ، واستيلاد القنة لا يتجزى بالإجماع ، واستيلاد المدبرة يتجزى بالإجماع (قوله بعد ذلك) أى بعد الوطأين والدعوتين (قوله لزوال المانع) وهو الكتابة من الانتقال : أى من انتقال الاستيلاد تماما إليه مع قيام المقتضى فيعمل المقتضى عمله من وقت وجوده كالبيع بشرط الخيار للبائع إذا أسقط الخيار يثبت الملك به من وقت وجوده زيلعى (قوله ووطؤه سابق) جواب عما عساه يقال إن كلا له ملك فيها وقد وطئ كل وادعى فما المرجح لاختصاص الأول بكونها أم ولد له ؟ ط (قوله وضمن لشريكه نصف قيمتها) يعنى حال كونها مكاتبة لأنه تملك نصيبه لما استكمل

ونصف عقرها وضمن شريكه عقرها) كاملا لوطئه أم ولد الغير حقيقة (وقيمة الولد) أيضا (وهو ابنه) لأنه بمنزلة المغرور (وأيٌّ) من الشريكين (دفع العقر إلى المكاتبة صح) أى قبل العجز لاختصاصها بمنافعها فإذا عجزت ترده للمولى (وإن دبر الثانى ولم يطأها) والمسألة بحالها (فعجزت بطل التدبير وضمن الأول لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها والولد للأول) وهى أم ولده (وإن كاتباها فحررها أحدهما موسرا فعجزت ضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ورجع الضامن به عليها) لما تقرر أن الساكت إذا ضمن المعتق يرجع عنده لا عندهما اه :

[فرع] عبد لرجلين دبره أحدهما ثم حرره الآخر غنيا أو عكسا أعتق المدبر إن شاء أو استسعى فى الصورتين أو ضمن شريكه فى الأولى فقط ، والله أعلم :

الاستيلاد درر . وفى الشرنبلالية عن الفتح : وقيمة المكاتب نصف قيمته قنا لأنه حر يدا وبقيت الرقبة (قوله ونصف عقرها) لوطئه أمة مشتركة فوجب العقر كله عليه ، ثم لما عجزت سقط عنه نصيبه وبقى نصيب صاحبه إتقانى (قوله لوطئه أم ولد الغير حقيقة) بناء على ما مر من أنها لما عجزت استكمل الاستيلاد للأول لزوال المانع (قوله لأنه بمنزلة المغرور) لأنه وطئها على ظن أنها على حكم ملكه وظهر بالعجز وبطلان الكتابة أنه لا ملك له فيها وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة زيلعى : وادعى بعض الشراح أن ضمان الثانى القيمة قولهما ، لأن ولد أم الولد كأمه فى عدم التقوم عند أبى حنيفة : قال الحموى : وهو ممنوع ، فقد أطبق الشراح على أنه قول أبى حنيفة ، غاية ما فيه أنه يشكل على قوله وقد أجيب عنه بأن عنه روايتين فى تقومها اه . والأحسن ما أجاب به فى المبسوط كما نقله بعضهم ، من أن عدم تقوم ولد أم الولد عنده بعد ثبوت أمية الولد ولم تثبت فى الولد لأنه حر الأصل فلهذا كان مضمونا بالقيمة (قوله ترده للمولى) أى ترد العقر لأنه ظهر اختصاصه بها زيلعى (قوله والمسألة بحالها) أى وقد كاتباها ووطئ الأول فولدت فادعاه (قوله بطل التدبير) لأنه لم يصادف الملك . أما عندهما فظاهر لأن المستولد تملكها قبل العجز . وأما عنده فلأنه بالعجز تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين أنه صادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك ، بخلاف النسب لأنه يعتمد الغرور على ما مر هداية (قوله نصف قيمتها) لأنه تملك نصفها بالاستيلاد على ما بينا ، وقوله نصف عقرها : أى لوطئه جارية مشتركة زيلعى (قوله والولد للأول) لأن دعواه قد صحت على ما مر وهذا كله بالإجماع زيلعى . واعترض قوله والولد الأول بأنه يوهم كون الثانى وطئ وادعى والمفروض خلافه ، فلو أبدله بقوله وتم الاستيلاد للأول لكان أولى (قوله فعجزت) قيد به لأنه يظهر به أثر الإعتاق ويصير تعديا فيغرم ، أما قبله فلا يضمن شيئا عند أبى حنيفة لأنها مكاتبة فى نصيب شريكه كما كانت لتجزى الإعتاق عنده فلم يتلف نصيب صاحبه ، لأن معتق النصف يسعى بمنزلة المكاتب وهنا ذلك النصف مكاتب قبل الإعتاق فلم يظهر الإعتاق فيه . وعلى قولهما يغرم فى الحال لعدم تجزى الإعتاق ، وتمامه فى غاية البيان (قوله فرع) هو من مسائل المتون (قوله أو ضمن شريكه فى الأولى فقط) أى ضمنه قيمته مدبرا وهى ثلثا قيمته قنا لأنه أتلفه وهو مدبر ، بخلاف ما إذا تأخر التدبير حيث لا يضمنه لأنه بمباشرة التدبير يصير مبرئا للمعتق عن الضمان لمعنى ، وهو أن نصيبه كان قنا عند إعتاق المعتق فكان تضمينه إياه متعلقا بشرط تملك العين بالضمان وقد فوت ذلك التدبير كذا فى العناية ح ، والله تعالى أعلم .

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

(مكاتب عجز عن أداء) نجم (إن كان له مال سيصل إليه لم يعجزه الحاكم إلى ثلاثة أيام) لأنها مدة ضربت لإبلاء الأعذار (وإلا عجزه) الحاكم فى الحال (وفسخها بطلب مولاه أو فسخ مولاه برضاه، ولو) كانت الكتابة (فاسدة) فالمولى (له الفسخ بغير رضاه ويملك المكاتب فسخها مطلقا فى الجائزة والفاسدة) وإن لم يرض المولى (وعاد رقه) بفسخها (وما فى يده لمولاه، و) المكاتب (إذا مات وله مال) يفى بالبدل (لم تفسخ وتؤدى كتابته من ماله وحكم بعتقه فى آخر) جزء من أجزاء (حياته، كما يحكم بعتق أولاده) المولودين فى كتابته لا قبلها (والباقى من ماله ميراث لورثته، ولو) لم يترك مالا و (ترك ولدا) ولد (فى كتابته ولا وفاء بقيت كتابته

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

تأخيره ظاهر التناسب إذ الموت والعجز بعد العقد (قوله عن أداء نجم) النجم: هو الطالع، ثم سمى به الوقت المضروب، ثم سمى به مايؤدى فيه من الوظيفة، واشتقوا منه قولهم: نجم الدية: أى أداءها نجوما صحاح ومغرب ملخصا، فاستعماله بمعنى مايؤدى مجاز بمرتبتين (قوله سيصل إليه) كدين يقتضيه أو مال يقدم هداية (قوله الحاكم) شمل المحكم لأن حكمه يصح فيما سوى الحدود والقصاص إذا كان له أهلية القضاء إتقانى (قوله لإبلاء الأعذار) أى لاختبار أصحابها، قال فى الهداية: كإمهال الخصم للدفع والمديون للقضاء (قوله وإلا عجزه الخ) أى إن لم يرج له مال وهذا عندهما، وهو الصحيح قهستانى عن المضمرات: وقال أبو يوسف: لايعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول على رضى الله عنه: إذا توالى عليه نجمان رد فى الرق وحملاه على الندب: أى يندب أن لايرده قبلهما لتعارض الآثار (قوله وفسخها) أى وجوبا، وذكر الفسخ بعد التعجيز لأن التعجيز غير كاف ط عن الحموى (قوله فالمولى له الفسخ) بل يجب عليه رفعا للإثم بالرجوع عن سببه ط (قوله وعاد رقه) أى حكم رقه، والأولى قول الهداية والكنز أحكام الرق لأن رقه لم يزل أفاده القهستانى (قوله وما فى يده لمولاه) ولو صدقة وهو غنى فى الصحيح كما سيأتى (قوله وله مال لم تفسخ) لأنه عقد معاوضة، وفيه إشعار بأنه إذا لم يترك وفاء تنفسخ، حتى لو تبرع أحد بالبدل لايقبل منه وهذا قول أبى بكر الإسكاف. وذهب الفقيه أبو الليث إلى أنه لاينفسخ بدون الحاكم كما فى الصغرى قهستانى (قوله وتؤدى كتابته من ماله) فلو عليه ديون للمولى وللأجنبى ففى البدائع يبدأ بدين الأجنبى ثم ينظر، فإن كان فى التركة وفاء بدين المولى وبالكتابة بدئ بدين المولى وإلا فبالكتابة، ويستوفى المولى الدين إذا ظهر له مال. أما لو بدئ به صار عاجزا، ولا يجب للمولى على عبده القن دين (قوله كما يحكم بعتق أولاده الخ) هذا يقتضى أنه لايحكم بعتق أصوله وفروعه الذين اشتراهم فى كتابته مع أنه يحكم بعتقهم، فالصواب أن يقال كما يحكم بعتق من دخل فى كتابته ح. وفى الغرر: وحكم بعتق بنيه، سواء ولدوا فى كتابته أو شراهم حال كتابته أو كوتب هو وابنه صغيرا أو كبيرا بمرة أى بكتابة واحدة، فإن كلا منهم يتبعه فى الكتابة وبعتقه عتقوا اهـ ط (قوله المولودين فى كتابته) أى من أمته بالتسرى وإن حرم لعدم منافاتها ثبوت النسب كما قدمناه عن الشرنبلالية، وسنذكر صورتين عن البدائع غير هذه (قوله لورثته) أى لأولاده الأحرار، بأن ولدوا من امرأة حرة، وكذا المولودون فى الكتابة والذين اشتراهم فيها ووالداه يعتقهم بعتقه، وكذا ولده المكاتب معه بمرة لا المكاتب على حدة لأنه يموت حرا وولده مكاتب والمكاتب لايرث بدائع، فإن لم يكن له وارث من القرابة فلسيده بالولاء (قوله ولو لم يترك مالا) لاحاجة إلى هذا التقدير مع قول المتن ولا وفاء له ح (قوله ولد فى كتابته) بأن تزوج أمة بإذن مولاه فولدت منه ثم اشتراها المكاتب وولدها أو المكاتبة ولدت من

وسعى) الابن فى كتابة أبيه (على نجومه) المقسطة (فإذا أدى حكم بعتق أبيه قبل موته وبعتقه تبعا ولو ترك ولدا اشتراه) فى كتابته (أدى البدل حالا أورد إلى حاله رقيقا) وسويا بينهما وأما الأبوان فيردان للرق كما مات وقالا : إن أديا حالا عتقا وإلا لا .

(اشترى) المكاتب (ابنه فمات عن وفاء ورثه ابنه) لموته حرا عن ابن حر كما مر (وكذا) يرثه (لو كان

غير مولاها بدائع (قوله وسعى) ظاهره أنه لابد أن يكون قادرا على السعى وليس كذلك .

قال فى الكافى : لو كانت أمته على أنه بالخيار ثلاثة أيام فولدت فى مدة الخيار وماتت وبقى الولد يبقى خياره وعقد الكتابة عند الإمام والثانى ، وله أن يجيزه : وإذا أجاز يسعى الولد على نجوم الأم ، وإن أدى عتقت الأم فى آخر جزء من أجزاء حياتها وهذا استحسان ، وعند الثالث تبطل الكتابة ، ولا تصح إجازة المولى وهو القياس(١) اه طورى وظاهره أنه ينتظر قدرته على السعى ، وتوقف فيه الشرنبلالى ، ونقل عنه أنه أجاب فى هامش حاشيته بأن القاضى ينصب له شخصا وصيا فيجمع له مالا وتنفك رقبته ، ومثل الصغير المقعد والزمن والمجنون اه والله تعالى أعلم (قوله على نجومه) فلا يرد إلى الرق إلا إذا أخل بنجم أو نجمين على الاختلاف بدائع (قوله حكم بعتق أبيه قبل موته وبعتقه) كذا جعل العتق مستندا صاحب الهداية والكنز وغيرهما . قال فى الشرنبلالية : ويخالفه ما فى الظهيرية من أنه لا يستند بل يقتصر على وقت الأداء (قوله أدى البدل حالا أورد الخ) هذا قول الإمام ، لأن الأجل يثبت بالشرط فى العقد فيثبت فى حق من دخل تحت الكتابة والمشترى لم يدخل لأنه لم يضف إليه العقد ولم يسر حكمه إليه لكونه منفصلا وقت الكتابة .

وأورد عليه أنه قد مر فى فصل تصرفات المكاتب أنه إذا اشترى أباه أو ابنه دخل فى كتابته : وأيضا لو لم يسر حكمه إليه لما عتق عنده بأداء البدل حالا . وأجيب بأن المراد بدخول المشترى ليس لسراية حكم العقد الجارى بين المكاتب والمولى إليه ، بل يجعل المكاتب مكاتبا لولده باشترائه إياه تحقيقا للصلة ، وبأن عتق الولد المشترى عنده بالأداء حالا ليس لأجل السراية أيضا بل بصيرورة المكاتب كأنه مات عن وفاء كما أفصح عنه فى الكافى طورى ملخصا (قوله وسويا بينهما) فيسعى على نجوم أبيه عندهما ، وكذا كل ذى رحم محرم منه اشتراهم إتفاقى (قوله فيردان للرق) هذا على رواية الأصل : وفى إملاء رواية أبى سليمان جعله كالولد المشترى فى الكتابة ، فعن أبى حنيفة روايتان كما فى التتارخانية ، ونقل فى غاية البيان الثانية عن شرح الكافى للبزدوى ، وعليها اقتصر فى البدائع ، ثم هذا إذا لم يكن للمكاتب أحد من أولاده : قال فى الجوهرة : فإن ترك مع المولود فى الكتابة أبويه وولدا آخر مشترى فى الكتابة فهم موقوفون على أداء بدل الكتابة من المولود فى الكتابة ، وليس للمولى بيعهم ولا أن يستسعيهم ، فإذا أدى المولود فيها بدلها عتق وعتقوا جميعا ، وإن عجز ورد فى الرق رد هؤلاء معه إلا أن يقولوا نحن نؤدى المال الساعة فيقبل ذلك منهم قبل قضاء القاضى بعجز المولود فى الكتابة (قوله كما مات) أى بمجرد موته ، ولا يقبل منهما بدل حال ولا مؤجل عند الإمام ح (قوله وقالا إن أديا حالا عتقا وإلا لا) المصرح به فى شرح المجمع والشرنبلالية أن الأصول كالفروع عندهما فى السعى على النجوم ، فلينظر من أين أخذ الشارح هذا الكلام ح :

أقول : الذى أوقعه فى ذلك الشرنبلالى ، فإنه ذكر فى فصل تصرفات المكاتب أن الوالدين يردان للرق كما

---

(١) (قوله وهو القياس) أى لأن شرط بقاء العقد الموقوف بقاء العاقدين ، فلو مات أحدهما يبطل العقد فكان مقتضى القياس هنا كذلك لموت أحد العاقدين وهو الأم اه .

هو) أى المكاتب (وابنه) الكبير (مكاتبين كتابة واحدة) لصيرورتهما كشخص واحد ضرورة اتحاد العقد (فإن ترك) المكاتب (ولدا من حرة) أى معتقة (وترك دينا يفي ببدلها فجنى الولد فقضى به) بما جنى (على عاقلة أمه) ضرورة أن الأب لم يعتق بعد (لم يكن ذلك) القضاء (تعجيزا لأبيه) لعدم المنافاة ولا رجوع ،

مات وعزاه للتبيين والعناية . ثم قال : ويخالفه ما فى البدائع : إذا مات المكاتب من غير مال يقال للولد المشترى وللوالدين إما أن تؤدوا الكتابة حالا وإلا رددناكم فى الرق ، بخلاف الولد المولود فى الكتابة اه ، لكن تنتفى المخالفة بحمل ما فى البدائع على قول الصاحبين : ويحمل غيره على قول الإمام كما صرح به فى مختصر الظهيرية ، وسنذكره اه كلام الشرنبلالى ، ثم نقل فى هذا الباب عن مختصر الظهيرية أن الوالدين ليسا كالولد فيباعان كسائر أكسابه ، وهذا عند أبى حنيفة . وعندهما إذا ترك ولدا مشترى أو أبا أو أما يسعى على نجوم المكاتب كالمولود في الكتابة اه . فحمله ما فى البدائع من أن الوالدين كالمشترى فى الكتابة على قول الصاحبين هو عين ماقاله الشارح وهو غير صحيح ، بل ما فى البدائع هو رواية الإملاء عن أبى حنيفة كما قدمناه عن التاترخانية ، وما استند إليه فى الحمل المذكور من كلام مختصر الظهيرية لايفيده بوجه من الوجوه ، فإنه مصرح بأن الأبوين عندهما كالمولود فى الكتابة لا كالمشترى .

والحاصل أن الوالدين والولد المشترى فى الكتابة وكذا كل ذى رحم محرم اشترى فيها يسعون على نجوم المكاتب عند الصاحبين كالمولود فيها بلا فرق بين الجميع . وأما عند الإمام فلكل حكم يخصه بينه المصنف والشارح سوى المحارم لعدم دخولهم عنده فى كتابته كما مر فى محله ، وهذا على رواية الأصل : وعلى رواية الإملاء الوالدان كالولد المشترى عنده ، وهى ما مشى عليه فى البدائع ، فاغتنم هذا التحرير بعون الملك القدير (قوله وابنه الكبير) التقييد بالكبير خطأ مخالف لصريح الغرر حيث قال ؛ أو كوتب هو وابنه صغيرا أو كبيرا بمرة ح .

أقول : وعلله ابن الكمال بقوله : فإن الصغير يتبعه وهو مع الكبير جعلا كشخص واحد اه فلما كان الصغير تابعا له قيد بالكبير لتظهر الفائدة تأمل (قوله كتابة واحدة) فلو كل على حدة فلا يرث لأنه يموت والولد مكاتب كما قدمناه عن البدائع (قوله أى معتقة) فسر الحرة بذلك ، أخذا من قوله : ولو قضى به : أى بالولاء لقوم أمه فإن حرة الأصل لا ولاء لأحد على ولدها كما سيذكره الشارح قبيل فصل ولاء الموالاة (قوله ضرورة أن الأب الخ) علة للقضاء على عاقلة الأم ح (قوله لم يعتق بعد) لأنه وإن ترك مالا وهو الدين لا يحكم بعتقه إلا عند الأداء (قوله لعدم المنافاة) أى لعدم منافاة القضاء على عاقلة الأم للكتابة ، بل قال فى الهداية : إن هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لأن من قضيتها إلحاق الولد بموالى الأم وإيجاب العقل عليهم ، لكن على وجه يحتمل أن يعتق فينجر الولاء إلى موالى الأب والقضاء بما يقرر حكمه لايكون تعجيزا (قوله ولارجوع) فيه طى والتقدير كما فى غاية البيان : فإن خرج الدين وأديت الكتابة رجع ولاء الولد إلى موالى الأب ولا رجوع لموالى الأم بما عقلوا عنه بعد وفاته اه لكن يخالفه قول الطورى : وكانوا مضطرين فيما عقلوا فلهم الرجوع على موالى الأب اه . نعم ذكر فى النهاية والمعراج تفصيلا يدفع المخالفة ، وهو أنهم لا يرجعون بما عقلوا من جناية الولد فى حياة المكاتب على موالى الأب ، لأنه إنما حكم بعتقه فى آخر جزء من أجزاء حياته فلا يستند عتقه إلى أول عقد الكتابة ، أما لو عقلوا عن جنايته بعد موت الأب قبل أداء البدل رجعوا لأن عتق الأب استند إلى حال حياته فتبين أن ولاءه كان لموالى الأب من ذلك الوقت وموالى الأم كانوا مجبورين على الأداء اه ومثله فى حاشية

قيد بالدين لأن فى العين لا يتأتى القضاء بالإلحاق بالأم لإمكان الوفاء فى الحال .

(ولو قضى به) بالولاء (لقوم أمه بعد خصومتهم مع قوم الأب فى ولائه فهو) أى القضاء بما ذكر (تعجيز) لأنه فى فصل مجتهد فيه (وطاب لسيده وإن لم يكن مصرفا) للصدقة (ما أدى إليه من الصدقات فعجز) لتبدل الملك ، وأصله حديث بريرة « هى لك صدقة ولنا هدية » (كما فى وارث) شخص (فقير مات عن صدقة أخذها وارثه الغنى ، و) كما فى (ابن سبيل أخذها ثم وصل إلى ماله وهى فى يده) أى الزكاة ، وكفقير استغنى وهى فى يده فإنها تطيب له ، بخلاف فقير أباح لغنى أو هاشمى عين زكاة أخذها لا يحل لأن الملك لم يتبدل .

أبى السعود عن تكملة فتح القدير للعلامة الديرى ، وبه ظهر أن قول الشارح ولا رجوع فى غير محله لأن فرض المسألة فى كلام المصنف كالكنز فيما إذا جنى الولد بعد موت المكاتب ولهذا اقتصر الطورى على قوله فلهم الرجوع (قوله قيد بالدين الخ) قال الزيلعى : هذا كله فيما إذا مات المكاتب عن وفاء فأديت الكتابة أو عن ولد فأداها ، فأما إذا مات لاعن وفاء ولا عن ولد فاختلفوا فى بقاء الكتابة : قال الإسكاف : تنفسخ ، حتى لو تطوع إنسان بأداء البدل لايقبل منه ؛ وقال أبو الليث : لا تنفسخ ما لم يقض بعجزه اه ، ومقتضاه أن الدين ليس بقيد وأن أداء الولد : أى المولود فى الكتابة أو المشترى فيها كخروج الدين (قوله لأن فى العين) يعنى الموفى بالبدل لتعليله بإمكان الوفاء فى الحال شرنبلالية ؛ قال ط والمراد بالعين مايعم النقود الموجودة فى التركة اه (قوله لإمكان الوفاء فى الحال) إن قلت : إنه قد يمكن الوفاء من الدين فى الحال بأن يكون المديون حاضرا ساعة موت المكاتب فيطالب بما عليه فيدفع حالا قلت : المراد الإمكان القريب وهذا إمكان بعيد ط (قوله ولو قضى به الخ) يعنى اختصموا بعد موت الولد فى إرثه بالولاء قبل أداء البدل فقضى القاضى بالولاء لقوم الأم يكون قضاء بعجز المكاتب وموته عبدا ، لأن من ضرورة كون الولاء لقوم الأم موت المكاتب عبدا لأنه لو مات حرا لانجر الولاء من قوم الأم كفاية (قوله لأنه فى فصل مجتهد فيه) علة لما تضمنه قوله فهو تعجيز من نفاذ القضاء : قال فى الهداية فهو قضاء بالعجز لأن هذا اختلاف فى الولاء مقصودا وذلك يبتنى على بقاء الكتابة وانتقاضها ، فإنها إذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالى الأم ، وإذا بقيت واتصل بها الأداء مات حرا وانتقل الولاء إلى موالى الأب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ مايلاقيه اه ؛

وحاصله أن ثبوت التعجيز للقضاء بالولاء لموالى الأم فالتعجيز ثابت ضمنا ، وإنما نفذ هذا القضاء لأن المكاتب عند بعض الصحابة يموت عبدا وإن ترك وفاء ، فكان قضاء فى فصل مجتهد فيه وهو نافذ إجماعا فتجب رعايته وإن لزم منه بطلان الكتابة لأنها مختلف فيها فصيانته أولى (قوله ما أدى) أى المكاتب إليه : أى إلى المولى (قوله فعجز) وكذا لو عجز قبل الأداء إلى المولى ، وهذا عند محمد ظاهر لأنه بالعجز يتبدل الملك ، وكذا عند أبى يوسف وإن كان بالعجز تقرر ملك المولى عنده ؛ لأنه لاخبث فى نفس الصدقة وإنما الخبث فى فعل الأخذ لكونه إذلالا به ، ولا يجوز ذلك للغنى من غير حاجة ولا للهاشمى لزيادة حرمته والأخذ لم يوجد من المولى هداية (قوله لتبدل الملك) فإن العبد يتملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق (قوله وأصله حديث بريرة) يوهم أنها أهدت إليه صلى الله عليه وسلم بعد ماعجزت مع أنها أهدت إليه وهى مكاتبة كما فى العناية ح (قوله هى لك) الذى فى الهداية وشروحها لها بضمير الغائبة (قوله فإنها تطيب له) لما مر أن الخبث فى فعل الأخذ (قوله لأن الملك لم يتبدل) لأن المباح له يتناوله على ملك المبيح ؛ ونظيره المشترى شراء فاسدا إذا أباح لغيره لايطيب له ،

(فإن جنى عبد وكاتبه سيده جاهلا بجنايته أو) جنى (مكاتب فلم يقض به) بما جنى (فعجز) فإن شاء المولى (دفع) العبد (أو فدى) لزوال المانع بالعجز (وإن قضى به عليه) حال كوله (مكاتبا فعجز بيع فيه) لانتقال الحق من رقبته إلى قيمته بالقضاء ، قيد بالعجز لأن جنايات المكاتب عليه فى كسبه ويلزمه الأقل من قيمته ومن الأرش ، وإن تكررت قبل القضاء فعليه قيمة واحدة ولو بعده فقيم ولو أقر بجناية خطأ لزمته فى كسبه بعد الحكم بها ولو لم يحكم عليه حتى عجز بطلت (وإن مات السيد لم تنفسخ الكتابة كالتدبير وأمومية الولد) وكأجل الدين إذا مات الطالب (ويؤدى المال إلى ورثته على نجومه) كأجل الدين بخلاف المطلوب لخراب ذمته هذا إذا

ولو ملكه يطيب هداية (قوله جاهلا بجنايته) إذ لو كان عالما بها عند الكتابة يصير مختارا للفداء كما فى الهداية (قوله بما جنى) أى بموجبه معراج (قوله فعجز) أى فى الصورتين (قوله دفع العبد) أى لولى الجناية (قوله لزوال المانع) أى من الدفع وهو الكتابة ، فصار قنا قبل انتقال الحق عن الرقبة فعاد الحكم الأصلى ، وهو إما الدفع أو الفداء (قوله بيع فيه لإنتقال الحق من رقبته إلى قيمته) يشير إلى أن الواجب هو القيمة لا الأقل منها ومن الأرش ، وهو مخالف لما ذكرنا من رواية الكرخى والمبسوط ، وعلى هذا يكون تأويل كلامه إذا كانت القيمة أقل من أرش الجناية كذا فى العناية ح (قوله ويلزمه الأقل الخ) فلو الأرش أقل وجب لأن المجنى عليه لا يستحق أكثر منه ، ولو القيمة أقل وجبت لأن حكم الجناية تعلق برقبته (قوله قبل القضاء) أى بموجب الجناية الأولى (قوله فعليه قيمة واحدة) يعنى إذا كانت أقل من الأرش وإلا فالواجب الأقل منها ومن الأرش كما صرح به فى شرح المجمع والشرنبلالية :

بقى هنا ثلاثة أمور : الأول أن المراد بالأرش فى هذه المسألة جملة أروش الجنايات التى جناها فيصير المعنى يجب الأقل من قيمة واحدة ومن جملة الأرش . الثانى أن ذلك الأقل يقسم بين أرباب الجنايات بالحصص . الثالث أن مابقى من الأروش يطالب به بعد العتق ، وكل من هذه الثلاثة يحتاج إلى التنقير عليه فى كتب المذهب ح :

أقول : عبارة شرح درر البحار تفيد الأولين حيث قال فيؤمر بالسعاية للأولياء فى أقل من قيمته وأرش الجنايات لتعذر دفع نفسه للكتابة (قوله ولو بعده فقيم) حتى لو جنى جنايتين مثلا وجب عليه الأقل من قيمته ومن أرش الأولى ، ويجب عليه الأقل من قيمته ومن أرش الثانية ح (قوله بطلت) أى فى الحال فى حق المولى قال فى شرح درر البحار : لو عجز بعد إقراره بقتل خطأ قبل القضاء بقيمته يطالب بعد عتقه اتفاقا اه وأما مافى الشرنبلالية عن شرح المجمع من أنه لو أقر به فقضى عليه ، ثم عجز يطالب به بعد العتق عنده وقالا مطلقا أى فى الحال وبعده اه فليس مما نحن فيه لأن كلام الشارح فى العجز قبل الحكم فافهم (قوله ويؤدى المال إلى ورثته) لأنهم قاموا مقامه قال فى الجوهرة : ولو دفع إلى وصى الميت عتق ، سواء كان على الميت دين أو لا لأن الوصى قائم مقام الميت ، فصار كما لو دفعه إليه وإن دفعه إلى الوارث إن كان على الميت دين لم يعتق ، لأنه دفعه إلى من لا يستحق القبض منه ، فصار كالدفع إلى أجنبى ، وإن لم يكن عليه دين لم يعتق أيضا حتى يؤدى إلى كل واحد من الورثة حصته ويدفع إلى الوصى حصة الصغار ، لأنه إذا لم يدفع على هذا الوجه لم يدفع إلى المستحق اه :

وظاهر إطلاقه أنه إذا لم يدفع للوصى ، ودفع للوارث وكان عليه دين لا يعتق وإن لم يكن الدين مستغرقا وبه صرح الزيلعى قال أبو السعود : وفيه نظر فى غاية البيان إذا كان الدين محيطا بماله يمنع انتقاله إلى الوارث فيفيد أن غير المحيط لا يمنع فحينئذ يعتق بقبض الوارث فتدبر اه (قوله لخراب ذمته) أي يبطل الأجل ، لأن ذمته قد

كاتبه وهو صحيح ولو فى مرضه لايصح تأجيله إلا من الثلث (وإن حرروه) أى كل الورثة (فى مجلس واحد عتق مجانا) استحسانا ويجعل إبراء اقتضاء (فإن حرره بعضهم) فى مجلس والآخر فى آخر (لم ينفذ عتقه) على الصحيح لأنه لم يملكه ولو عجز بعد موت المولى عاد رقه.

(مكاتب تحته أمة طلقها ثنتين فلكها لايحل له أن يطأها حتى تنكح زوجا غيره) وكذا الحر كما تقرر فى محله.

(كاتبا عبدا كتابة واحدة) أى بعقد واحد (وعجز المكاتب لايعجزه القاضى حتى يجتمعا) لأنهما كواحد بخلاف الورثة لأن القاضى يعجزه بطلب أحدهم مجتبى وفيه كاتب عبديه بمرة فعجز أحدهما فرده المولى فى الرق أو القاضى ولم يعلم بكتابة الآخر لم يصح فإن غاب هذا المردود وجاء الآخر ثم عجز فليس للآخر رده فى الرق.

[فروع] اختلف المولى والمكاتب فى قدر البدل فالقول للمكاتب عندنا ولا يحبس المكاتب فى دين مولاه

خربت وانتقل الدين إلى التركة وهى عين زيلعى (قوله إلا من الثلث) أى فيؤدى ثلثى البدل حالا والباقى على نجومه شرنبلالية والمسألة مرت فى باب مايجوز للمكاتب مع مافيها من التفصيل والخلاف (قوله عتق مجانا) أى عتق وسقط عنه مال الكتابة ومعناه يعتق من جهة الميت حتى إن الولاء يكون للذكور من عصبته دون الإناث جوهرة (قوله استحسانا) وفى القياس لايعتق لأنهم لم يرثوا رقبته وإنما ورثوا دينا فيها جوهرة (قوله ويجعل إبراء اقتضاء) هذا وجه الاستحسان قال فى الجوهرة: وجه الإستحسان أن عتقهم تتميم للكتابة، فصار كالأداء أو الإبراء ولأنهم بعتقهم إياه مبرئون له من المال وبراءته توجب عتقه كما لو استوفوا منه ولا يشبه هذا ما إذا أعتقه أحدهم لأن إبراءه له إنما يصادف حصته لاغير ولو برئ من حصته بالأداء لم يعتق. كذا هذا (قوله على الصحيح) وقيل يعتق إذا أعتقه الباقون مالم يرجع الأول زيلعى، وبالثانى جزم القهستانى ولينظر وجه الأول وما نقله المحشى عن العناية إنما يظهر فيما لو أعتقه البعض فقط وكذا ماقدمناه عن الجوهرة تأمل (قوله فلكها) يعنى بعد عتقه شرنبلالية وقوله: أن يطأها أى بملك اليمين لأن المملوكة لاينكحها مولاها وليس للمكاتب التسرى بها.

قال ح وهذه المسألة ليست من كتاب المكاتب فى شىء، فإن كل رجل حرا كان أو قنا أو مدبرا أو مكاتبا أو ابن أم ولد أو مستسعى إذا طلق امرأته الأمة ثنتين غلظت حرمتها فلا يحل له إيراد عقد النكاح عليها ولا وطؤها بملك اليمين حتى تنكح زوجا غيره وإلى هذا أشار الشارح بقوله كما تقرر فى محله اهـ (قوله كاتبا عبدا كتابة واحدة الخ) قيد بالعبد الواحد احترازا عن عبدين لرجلين كاتبا هما كتابة واحدة ثم عجز أحدهما كان لمولاه أن يفسخ الكتابة وإن كان مولى الآخر غائبا هندية عن المحيط ط (قوله لأنهما) أى السيدين كسيد واحد وهو لايقبل التجزى ط (قوله يعجزه بطلب أحدهم) أى بعد طلب العبد لأن أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقين ط (قوله بمرة) أى بعقد واحد ط (قوله ولم يعلم) أى القاضى والظاهر أنه ليس بقيد احترازى وأن فائدة ذكره جواز الإقدام على الرد (قوله لم يصح) لأن كتابتهما واحدة وليس أحدهما نائبا عن الآخر كما فى المسألة التى قبلها رحمتى (قوله فليس للآخر) كذا فى المنح والذى رأيته فى نسختى المجتبى فليس للقاضى وفى الهندية والتاترخانية عن المحيط فإن غاب هذا الذى رد فى الرق بسبب عجزه وجاء الآخر واستسعاه المولى فى نجم أو نجمين فأراد أن يرده أو القاضى فليس له ذلك (قوله فى قدر البدل) وكذا فى جنسه كأن قال المولى: كاتبتك على ألفين أو على الدنانير، وقال العبد: بل على ألف أو على الدراهم بدائع وإن اختلفا فى الأجل أو فى مقداره فالقول للمولى: ولو فى مضيه فللعبد ولو فى مقدار ما انجم عليه فى كل شهر فللمولى هندية (قوله فالقول للمكاتب عندنا) سواء أدى شيئا من البدل أولا وهو قول أبى حنيفة آخرا لأنه متى وقع الاختلاف فى قدر المستحق أو جنسه، فالقول للمستحق عليه وكان يقول

فى الكتابة وفيما سوى دين الكتابة قولان سراجية .

قلت : وفى عتاق الوهبانية :

وفى غير جنس الحق يحبس سيدا مكاتبه والعبد فيها مخير
ولاء لأولاد لزوجين حررا لمولى أبيهم ليس للأم معبر
توفى وما وفى فإما لميت من الولد بع والحى تسعى وتحضر

أى وإن لم يكن معها ولد بيعت ، وإن كان استسعيت على نجومه صغيرا كان ولدها أو كبيرا وعندهما تسعى مطلقا والله أعلم .

كتاب الولاء

(هو) لغة : النصرة والمحبة مشتق من الولى وهو القرب ، وشرعا : (عبارة عن التناصر بولاء العتاقة أو بولاء الموالاة) زيلعى (ومن آثاره الإرث والعقل) وولاية النكاح وبهذا علم أن الولاء ليس نفس الميراث

يتحالفان ويترادان كالبيع بدائع (قوله فى الكتابة) أى فى بدلها وفى للسببية كما فى دخلت النار امرأة فى هرة حبستها وإنما لايحبس به لأنه دين قاصر حتى لاتجوز الكفالة به بدائع (قوله وفيما سوى دين الكتابة) كدين استهلاك أو دين أخذه من سيده حال إذله ثم كاتبه أو قرض ط (قوله وفى غير جنس الحق الخ) فيه ثلاث مسائل .

الأولى : لو كان المولى استولى على مال لمكاتبه من غير جنس بدل الكتابة له مطالبته به ويحبسه الحاكم عليه الثانية : من مفهوم ذلك لو كان من جنسه قاصصه به : الثالثة : أن العبد مخير فى الكتابة له فسخها بلا رضا المولى (قوله ولاء) مبتدأ وقوله لأولاد متعلق بمحذوف نعت ولاء وقوله لزوجين نعت أولاد وقوله : حررا بالبناء للمجهول : أى أعتقا نعت زوجين وقوله لمولى أبيهم : متعلق بمحذوف خبر المبتدأ وقوله : ليس للأم أى لمولاها خبر مقدم ومعبر مصدر ميمى من العبور بمعنى الدخول مبتدأ مؤخر والجملة استئنافية مؤكدة لما قبلها . والمعنى ولاء أولاد الزوجين المعتقين لموالى الأب دون موالى الأم ، لأن الأب هو الأصل ولو تزوجت عبدا أو مكاتبا فالولاء لمواليها فإذا أعتق الأب جر الولاء إلى مواليه وتمامه فى شرح ابن الشحنة (قوله توفى وما وفى) الضميران للمكاتب ، وأما مفعول بع ولميت نعت لأما ومن الولد بضم الواو وسكون اللام بيان لميت ، والحى مبتدأ على حذف مضاف تقديره وأم الحى ، وتسعى خبره وتحضر من أحضر أى تحضر البدل والمعنى أن المكاتب إذا توفى لاعن وفاء وله أم ولد قد ولد فى كتابة أبيه أو اشتراه معها حتى دخل فى كتابته فإن لم يكن معها الولد بأن مات بيعت إلى آخر ماقال الشارح والله تعالى أعلم .

كتاب الولاء

أورده عقب المكاتب لأنه من آثار زوال ملك الرقبة ، ولم يذكره عقب العتق ليكون واقعا عقب سائر أنواعه (قوله مشتق من الولى) بفتح الواو وسكون اللام مصدر وليه يليه بالكسر فيهما ، وهو شاذ كذا فى جامع اللغة ح (قوله وبهذا علم الخ) فيه تعريض بصدر الشريعة حيث فسره بالميراث وتعريض بالمصنف أيضا تبعا لصاحب الحقائق ، ولذا عدل عن تفسيرهما بقوله : بل قرابة حكمية تبعا للكنز وغيره فإن الولاء يتحقق بدون الإرث والتناصر كما إذا أعتق كافر مسلما قال فى المبسوط : لايرثه لكونه مخالفا له فى الملة ولا يعقل عنه لأنه باعتبار

بل قرابة حكمية تصلح سببا للإرث (وسببه العتق على ملكه) لا الإعتاق لأن بالاستيلاد وإرث القريب يحصل العتق بلا إعتاق وأما حديث «الولاء لمن أعتق» فجرى على الغالب (من عتق) أى حصل له عتق (بإعتاق) ولو من وصية (أو بفرع له) كـكتابة وتدبير واستيلاد (أو بملك قريب) فولاؤه لسيده (ولو امرأة أو ذميا أو ميتا حتى تنفذ وصاياه وتقضى ديونه) منه (ولو شرط عدمه) لمخالفته للشرع فيبطل (ومن أعتق أمته و) الحال (أن زوجها قن) الغير (فولدت) لأقل من نصف حول مذ عتقت (لا ينتقل ولاء الحمل) الموجود عند العتق (عن موالى الأم أبدا وكذا لو ولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر والآخر لأكثر منه وبينهما أقل من نصف حول)

النصرة ولا نصرة بين المسلم والكافر قاله ابن الكمال وسيشير إليه الشارح ، وأيضا فإن ماذكره المصنف مفض إلى الدور لأخذه الولاء فى تعريفه (قوله بل قرابة حكمية) أى حاصلة من العتق أو الموالاة كفز (قوله تصلح سببا للإرث) أتى بلفظ تصلح للاشارة إلى أنه لايكون سببا للإرث دائما كما علمته آنفا ، ولأنه إنما يكون عند عدم العصبة النسبية (قوله لا الإعتاق) خلافا للجمهور مستدلين بحديث «الولاء لمن أعتق» فإن ترتيب الحكم على المشتق دليل على أن المشتق منه علة الحكم والجواب :أن الأصل فى الاشتقاق هو مصدر الثلاثى وهو العتق (قوله لأن بالإستيلاد) اسم أن ضمير الشأن محذوفا والمراد به أن تكون الجارية أم ولده فإنها العتق عليه بموته لا بإعتاقه ط (قوله وإرث القريب) كما لو مات أبوه وهو مالك لأخيه لأمه (قوله فجرى على الغالب) أو أن القصر إضافى حوى عن المقدسى ، فيكون المعنى الولاء لمن أعتق لا لمن شرطه لنفسه من بائع ونحوه كواهب وموص أبو السعود (قوله ولو من وصية) كما لو أوصى بأن يعتق عبده بعد موته أو يشترى عبدا من ماله بعد موته ثم يعتق ح أى لانتقال فعل الوصى إليه زيلعى (قوله أو بفرع له) أى للاعتاق (قوله ولو امرأة) أى ولو كان السيد امرأة وأتى بذلك للتنبيه على مخالفته للعصبة النسبية فإنه ليس فيها أنثى (قوله أو ذميا) وإن كان لايرث العتيق المسلم (قوله أو ميتا) أشار به إلى ماذكره ابن الكمال حيث قال لايقال كيف يكون الولاء بالتدبير والإستيلاد للسيد والمدبر وأم الولد إنما يعتقان بعد موت السيد لما عرفت : أن الولاء ليس نفس الميراث بل قرابة حكمية تصلح سببا له وثبوتها بالتدبير ، والاستيلاد لايتوقف على العتق بموت المدبر والمتولد صرح بذلك فى المبسوط حيث قال : لأن المدبر والمكاتب والمستولد استحق ولاءهم لما باشر السبب ،ولو سلم أنه ميراث فمعنى كونه للمولى أنه يستوفى منه ديونه ، وتنفذ وصاياه ولو كان لورثته لما كان كذلك وبما قررنا تبين أن ما ارتكبوه فى دفع ماذكر من فرض ارتداد المولى منشؤه قلة التدبر بل عدم التدرب اه (قوله حتى تنفذ وصاياه الخ) بأن مات بعده قبل قبض ميراثه منه (قوله لمخالفته للشرع) وهو ماروى أن عائشة رضى الله تعالى عنها أرادت أن تشترى بريرة لتعتقها فقال أهلها على أن ولاءها لنا فقال رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم «لايمنعك ذلك فإن الولاء لمن أعتق» إتقانى (قوله الموجود عند العتق) أشار به إلى علة عدم الانتقال ، وإلا فهو معلوم من قوله فولدت لأقل من نصف حول ، لكن يوجد فى بعض النسخ بعد قوله أبدا مانصه : لأن الحمل كان موجودا وقت الإعتاق فإعتاقه وقع قصدا فلا ينتقل ولاؤه عن معتقه صدر الشريعة اه قال الطورى :وأورد أن هذا مخالف لقولهم فى كتاب الإعتاق وإن أعتق حاملا عتق حملها تبعا لها اه.

قلت : قد يجاب بأنه من حيث لم يرد عليه الإعتاق بخصوصه ، وإنما ورد على الأم كان تبعا ومن حيث إنه جزء منها ، وإعتاقها إعتاق لجميع أجزائها كان مقصودا تأمل والأحسن أن يقال : لما لم يشترط فى عتقه ولادته لأقل المدة ذكروا التبعية لعدم تحقق الجزئية دائما ولما كان نظرهم هنا إلى عدم انتقال الولاء والشرط فيه ولادته للأقل ذكروا القصدية لتحقق الجزئية فتدبر (قوله أبدا) أى ولو عتق أبوه حتى لو جنى الولد حكم بجنايته على

ضرورة كونهما توأمين (فإذا ولدته بعد عتقها لأكثر من نصف حول فولاؤه لموالى الأم) أيضا لتعذر تبعيته للأب لرقه (فإن عتق) القن وهو الأب قبل موت الولد لابعده (جر ولاء ابنه إلى مواليه) لزوال المانع هذا إذا لم تكن معتدة فلو معتدة فولدت لأكثر من نصف حول من العتق ولدون حولين من الفراق لاينتقل لموالى الأب . (عجمى له مولى موالاة) أولم يكن له ذلك وقيد بالعجمى لأن ولاء الموالاة لايكون فى العرب لقوة أنسابهم.

موالى الأم ط عن الحموى (قوله ضرورة كونهما توأمين) أى حملت بهما جملة لعدم تخلل مدة الحمل بينهما ، فإذا تناول الأول الإعتاق تناول الآخر أيضا زيلعى (قوله لأكثر من نصف حول) الأولى أن يقول : لنصف حول فأكثر كما فى البدائع ، وأما التعبير بأكثر من الأقل فهو مساو لتعبير الشارح فافهم (قوله لتعذر تبعيته للأب) يعنى أنه وإن انتفى تحقق الجزئية هنا لاحتمال علوقه بعد العتق لكن لا يمكن تبعيته للأب لأنه لم يعتق بعد فيثبت من موالى الأم على وجه التبعية لأنه عتق تبعا لا مقصودا (قوله قبل موت الولد لابعده) قال فى إيضاح الإصلاح : يعنى إن أعتق الأب قبل موت الولد لأنه إن مات قبل عتقه لا ينتقل ولاؤه من موالى الأم اه وهو يقتضى أنه لو كان لهذا الولد الميت ولد لاينتقل ولاؤه إلى موالى الأب فليراجع ح :

أقول فى الذخيرة : الجد لايجر ولاء حافده فى ظاهر الرواية سواء كان الأب حيا أو ميتا ، وروى الحسن أنه يجر :

وصورته : عبد تزوج بمعتقة قوم وحدث له منها ولد ولهذا العبد أب حى وأعتق الأب بعد ذلك وبقى العبد على حاله ثم مات العبد وهو أبو هذا الولد ، ثم مات الولد ولم يترك وارثا يجر ميراثه كان لموالى الأم اه (قوله لزوال المانع) وهو رق الأب ولأنه لم يرد العتق على الحمل قصدا بل عتق تبعا لأمه كما قدمناه والمنافى لنقل الولاء عتقه قصدا (قوله هذا) أى جر الولاء والتفصيل بين الولادة لأقل من نصف حول أو لأكثر (قوله إذا لم تكن معتدة) أى وقت عتقها (قوله من الفراق) أى بموت أو طلاق ح (قوله لاينتقل لموالى الأب) لتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الموت وهو ظاهر ، وإلى ما بعد الطلاق البائن لحرمة الوطء ، وكذا بعد الرجعى لأنه يصير مراجعا بالشك لأنه إذا جاءت به لأقل من سنتين احتمل أن يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة إلى إثبات الرجعة لثبوت النسب ، واحتمل أن يكون فيحتاج إلى إثباتها ليثبت النسب ، وإذا تعذر إضافته إلى ما بعد ذلك أسند إلى حاجة النكاح فكان الولد موجودا عند الإعتاق فعتق مقصودا فلا ينتقل ولاؤه وتبين من هذا أنها إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر كان الحكم كذلك بطريق الأولى للتيقن بوجود الولد عند الموت أو الطلاق ، وأما إذا جاءت به لأكثر من سنتين فالحكم فيه يختلف بالطلاق البائن والرجعى ففى البائن مثل ما كان وأما الرجعى فولاء الولد لموالى الأب لتيقننا بمراجعته عناية (قوله عجمى الخ) العجم جمع العجمى وهو خلاف العربى وإن كان فصيحا كذا فى المغرب :

وفى الفوائد الظهيرية هذه المسألة على وجوه : إن زوجت نفسها من عربى فولاء الأولاد لقوم الأب فى قولهم وإن من عجمى له آباء فى الإسلام فلقوم الأب عند أبى يوسف ، وعلى قولهما اختلفت المشايخ حكى عن أبى بكر الأعمش وأبى بكر الصفار أنه لقوم الأب وقال غيرهما : لقوم الأم وإن من حربى أسلم ووالى أحدا أو لم يوال فهى مسألة الكتاب وإن من عبد أو مكاتب فلموالى الأم إجماعا إلا إذا أعتق العبد فيجر الولاء كفاية (قوله أو لم يكن له ذلك) إنما فرضه المتن فيمن له مولى موالاة لفهم مقابله بالأولى فلو قال : فولاء ولدها لمواليها ، وإن كان له مولى الموالاة كما فى الكنز لكان أولى ح (قوله لايكون فى العرب) أى لايكون العربى مولى أسفل ح

(نكح معتقه) ولو لعربى (فولدت منه فولاء ولدها لمولاها) لقوة ولاء العتاقة حتى اعتبر فيه الكفاءة لا فى العجم وولاء الموالاة (والمعتق مقدم على الرد و) مقدم (على ذوى الأرحام مؤخر عن العصبة النسبية) لأنه عصبة سببية (فإن مات المولى ثم المعتق ولا وارث له) نسبى (فميراثه لأقرب عصبة المولى) الذكور وسنحققه فى بابه (وليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن) كما فى الحديث المذكور فى الدرر وغيرها لكن قال العينى وغيره: إنه حديث منكر لا أصل له وسيجىء الجواب عنه فى الفرائض.

ثم فرع على الأصل المذكور بقوله (فلو مات المعتق ولم يترك إلا ابنة معتقه فلا شىء لها) أى لابنة المعتق (ويوضع ماله فى بيت المال) هذا ظاهر الرواية وذكر الزيلعى معزيا للنهاية: أن بنت المعتق

(قوله ولو لعربى) صوابه ولو لعجمى لأنه إذا كان الولاء للمولى العجمى كان للعربى بالأولى ح (قوله لمولاها) هذا عندهما وعند أبى يوسف لمولى الأب ترجيحا لجانب الأب (قوله حتى اعتبر فيه الكفاءة) مر بيانه فى بابها ويأتى قريبا وأيضا فإنه مقدم على ذوى الأرحام ولا يقبل الفسخ بعد الوقوع والموالاة بعكس ذلك كله (قوله لا فى العجم وولاء الموالاة) أى لا تعتبر الكفاءة فيهما من حيث النسب والحرية ، فإن الحرية والنسب فى حق العجم ضعيفان لأن حريتهم تحتمل الإبطال بالاسترقاق ، بخلاف العرب ولأنهم ضيعوا أنسابهم فإن تفاخرهم قبل الإسلام بعمارة الدنيا وبعده به وإليه أشار سيدنا سلمان الفارسى رضى الله تعالى عنه بقوله : سلمان أبوه الإسلام فإذا ثبت الضعف فى جانب الأب كان هو والعبد سواء (قوله والمعتق مقدم على الرد) من هنا إلى بيت المال من مسائل الفرائض فينبغى حذفها ح (قوله مؤخر عن العصبة النسبية) أى بأقسامها الثلاث بالنفس وبالغير ومع الغير واحترز بالنسبية عن النوع الآخر من السببية وهو مولى الموالاة فإن المعتق مقدم عليه وعصبة المعتق مثله (قوله لأنه عصبة سببية) أى والنسب أقوى (قوله ثم المعتق) بفتح التاء (قوله ولا وارث له نسبى) يعم صاحب الفرض والعصبى (قوله لأقرب عصبة المولى) أخرج عصبة عصبته فلو أعتقت عبدا ثم ماتت عن زوج وابن منه وأخ لغير أم ثم مات العبد فالولاء لابنها فقط ، فإن كان مات الابن وترك خاله وأباه فهو للخال لأنه عصبتها دون الأب ، لأنه عصبة ابنها وتمامه فى البدائع والذخيرة (قوله الذكور نعت للعصبة) أى لا للنساء إذ ليس هنا عصبة بغيره أو مع غيره للحديث المذكور (قوله وسنحققه فى بابه) أى فى باب الميراث ولم يزد على ما هنا سوى التعليل بالحديث (قوله وليس للنساء الخ) استئناف فى موقع الاستثناء لأن قوله : لأقرب عصبة المولى يشمل بعض النساء ولذا فرع عليه بعده بقوله : فلو مات الخ وبهذا علمت أن تقييد الشارح أولا بالذكور غير لازم (قوله المذكور فى الدرر وغيرها) وهو قوله صلى الله عليه وسلم « ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن أو دبرن أو دبر من دبرن أو جر ولاء معتقهن أو معتق معتقهن » اهـ وقوله : جر عطف على دبر أو أعتق وولاء مفعوله ومعتقهن فاعله قهستانى فإذا دبرت عبدا فماتت ثم مات العبد فولاؤه لها حتى يكون للذكور من عصبتها وكذا لو ماتت فعتق المدبر بموتها فدبر عبدا ثم مات فولاؤه لعصبتها .

[تتمة] قال أبو السعود عن تكملة النتح للديرى : عبر بما الموضوعة لما لا يعقل لأن الرقيق بمنزلة الميت الملحق بالجماد نظيره قوله تعالى ـ أو ما ملكت أيمانهم ـ وبعد عتقه عبر بمن فى أو أعتق من أعتقن لأنه صار بالعتق حيا حكما (قوله لكن قال العينى وغيره الخ) وقال والوارد عن على وابن مسعود وابن ثابت أنهم كانوا لا يورثون النساء من الولاء إلا ما كاتبن أو أعتقن (قوله وسيجىء الجواب عنه فى الفرائض) لصه هناك وهو وإن كان فيه شذوذ لكنه تأكد بكلام كبار الصحابة فصار بمنزلة المشهور كما بسطه السيد وأقره المصنف ح وسنذكر هناك تمام الكلام عليه إن شاء الله تعالى (قوله وذكر الزيلعى الخ) ومثله فى الذخيرة قال : وهكذا كان يفتى الإمام

ترث فى زماننا لفساد بيت المال وكذا ما فضل عن فرض أحد الزوجين يرد عليه وكذا المال يكون للابن أو البنت رضاعا كذا فى فرائض الأشباه وأقره المصنف وغيره (وإذا ملك الذمى عبدا) ولو مسلما (وأعتقه فولاؤه له) لأن الولاء كالنسب فيتوارثون به عند عدم الحاجب كالمسلمين فلو مسلما لا يرثه ولا يعقل عنه وبهذا اتضح فساد القول بأن الولاء هو الميراث حق الاتضاح (ولو أعتق حربى فى دار الحرب عبدا حربيا لا يعتق) بمجرد إعتاقه (إلا أن يخلى سبيله فإذا خلاه عتق حينئذ ولا ولاء له) حتى لو خرجا إلينا مسلمين لا يرثه خلافا للثانى (وكان له أن يوالى من شاء لأنه لا ولاء لأحد) عليه (ولو دخل مسلم فى دار الحرب فاشترى عبدا ثمة وأعتقه بالقول عتق بلا تخلية

أبو بكر البرزنجرى والقاضى الإمام صدر الإسلام ، لأنها أقرب إلى الميت من بيت المال ، فكان الصرف إليها أولى إذ لو كانت ذكرا تستحق المال (قوله ترث فى زماننا) عبارة الزيلعى يدفع المال إليها لا بطريق الإرث ، بل لأنها أقرب الناس إلى الميت ح (قوله وكذا ما فضل الخ) عزاه فى الذخيرة إلى فرائض الإمام عبد الواحد الشهيد (قوله للابن أو البنت رضاعا) عزاه فى الذخيرة إلى محمد رحمه الله (قوله وأقره المصنف وغيره) قال فى شرح الملتقى قلت : ولكن بلغنى أنهم لا يفتون بذلك فتنبه وفيه من كتاب الفرائض .

قلت : ولم أر فى زماننا من أفتى بهذا ولا من قضى به وعلى القول به فينبغى جوازه ديانة فليحرر وليتدبر اه (قوله ولو مسلما) أتى به لأن الكلام فى ثبوت الولاء وأما الميراث فلا يثبت ما دام المعتق كافرا وسينبه عليه فافهم (قوله فلو مسلما لا يرثه) لانعدام شرط الإرث وهو اتحاد الملة حتى لو أسلم الذمى قبل موت المعتق ، ثم مات المعتق يرث به وكذا لو كان للذمى عصبة من المسلمين كعم مسلم يرثه لأنه يجعل الذمى كالميت ، فإن لم يكن له عصبة مسلم يرد إلى بيت المال ولو كان عبد مسلم بين مسلم وذمى فنصف ولائه للمسلم والنصف الآخر لأقرب عصبة الذمى من المسلمين إن كان وإلا رد لبيت المال بدائع (قوله ولا يعقل عنه) فإن كان المعتق من نصارى تغلب فالعقل على قبيلته كما فى التاترخانية ، ويؤخذ منه أنه إذا لم يكن للمعتق الذمى قبيلة فعقل العبد المسلم على نفسه فإنه صرح فى المسألة السابقة وهى ما إذا لم يكن له عصبة مسلم فالإرث لبيت المال(١) والعقل على العبد نفسه (قوله وبهذا اتضح الخ) لأن الولاء وجد بلا ميراث ح (قوله ولو أعتق حربى) التقييد بالحربى مفيد بالنظر إلى قوله لا يعتق إلا أن يخلى سبيله لأنه فى المسلم يعتق بمجرد القول كما سيذكره وأما بالنظر إلى قوله ولا ولاء له فإنه والمسلم سواء ، وسنذكر قريبا الكلام فيه - لم يتم عبدا حربيا فلو مسلما أو ذميا عتق بالإجماع وولاؤه له بدائع (قوله فإذا خلاه عتق) أى صح عتقه لكنه العتق فى حق زوال الرق وإن صح فى حق إزالة الملك ، لأن كون الحربى فى داره سبب لرقه طورى عن المحيط (قوله ولا ولاء له) هذا قول أبى حنيفة ومحمد ، لأنه لم يعتق عندهما بكلام الإعتاق بل بالتخلية والعتق الثابت بها لا يوجب الولاء بدائع لما علمت أنها لا تزيل الرق وإن أزالت الملك (قوله خلافا للثانى) فعنده ولاؤه له لأن إعتاقه بالقول صح وكذا إن دبره فى دار الحرب فهو على هذا الاختلاف ، ولا خلاف أن استيلاده جائز لأن مبناه على ثبوت النسب وهو يثبت فى دار الحرب بدائع (قوله عتق بلا تخلية) أى وكان ولاؤه له كما يفيده التعليل المار فإنه عتق بالقول لا بالتخلية ، لكن فى الشرنبلالية عن البدائع أنه لا يعتق بالقول بل بالتخلية عنده ، وعند أبى يوسف يصير مولاه اه وهو خلاف ما ذكره الشارح . ولم أجده فى نسختى البدائع ، نعم : رأيت فى الهندية معزيا إلى البدائع لو أعتق مسلم عبدا له مسلما أو ذميا فى دار الحرب فولاؤه له لأن إعتاقه جائز بالإجماع ، وإن

---

(١) (قوله فالإرث لبيت المال الخ) هكذا بخطه ولعل الأولى أن يقول : بأن الإرث الخ ليكون صلة أصرح تأمل اه مصححه .

لو كان العبد مسلما فأعتقه مسلم أو حربي) فى دار الإسلام (فولاؤه له) أى لمعتقه .
[فروع] ادعيا ولاء ميت وبرهن كل أنه أعتقه يقضى بالميراث والولاء لهما .
المولى يستحق الولاء أولا حتى تنفذ منه وصاياه وتقضى منه ديونه :
الكفاءة تعتبر فى ولاء العتاقة فمعتقة التاجر كفء لمعتق العطار دون الدباغ. الأم إذا كانت حرة الأصل بمعنى عدم الرق فى أصلها فلا ولاء على ولدها

أعتق عبدا له حربيا فى دار الحرب لايصير مولاه عنده وعند الثانى يصير اه وليس فيه أنه لايعتق بالقول ، لأن قوله لايصير مولاه لايستلزم عدم العتق ، بل صرح فى التاترخانية بأنه يعتق حيث قال : إذا دخل المسلم دار الحرب فاشترى حربيا وأعتقه عتق إلا أن الولاء لايثبت منه فى قولهما . وقال أبو يوسف: يثبت استحسانا وذكر نحوه الطورى عن المحيط : ثم رأيت فى كتاب الإعتاق من البحر ما نصه : المسلم إذا دخل دار الحرب فاشترى عبدا حربيا فأعتقه ثمة فالقياس أنه لايعتق بدون التخلية ، وفى الاستحسان يعتق بدونها ولا ولاء له عندهما قياسا وله الولاء عنـد أبى يوسف استحسانا اه ، وبه يحصل التوفيق فتدبر (قوله ولوكان العبد مسلما الخ) لم يستوف الأقسام .

وحاصل ما فى التاترخانية لايخلو أن يكون المعتق مسلما أو ذميا فيثبت الولاء له وإن كان العبد ذميا أما لو حربيا ففيه الخلاف المار ، ولو كان المعتق حربيا فإن فى دار الإسلام عتق وثبت له الولاء سواء كان العبد مسلما أو ذميا أو حربيا وإن فى دار الحرب والعبد مسلم أو ذمى فكذلك ولو حربيا لايعتق بلا تخلية وإذا عتق فلا ولاء (قوله فى دار الإسلام) مثله ما إذا كان فى دار الحرب والمولى مسلم كما قدمناه عن الهندية :

[فرع مهم] شرى حربى مستأمن عبدا فأعتقه ثم رجع إلى داره فسبى فاشتراه عبده المعتق فأعتقه كان كل منهما مولى للآخر وكذلك ذمى أو امرأة مرتدة لحقا بدار الحرب فسبيا بدائع (قوله يقضى بالميراث والولاء لهما) أى ولو كان المال فى يد أحدهما إذ المقصود من هذه الدعوى الولاء وهما سيان ، ولم يرجح ذو اليد لأن سبب الولاء ، وهو العتق لايتأكد بالقبض بخلاف الشراء كما فى مختصر الظهيرية ، وهذا إذا لم يوقتا ولم يسبق القضاء بإحدى البينتين لما قال فى البدائع : لو وقتا فالسابق أولى لأنه أثبت العتق فى وقت لاينازعه فيه أحد ، ولو كان هذا فى ولاء الموالاة كان ذو الوقت الأخير أولى ، لأن ولاء الموالاة يحتمل النقض والفسخ ، فكان عقد الثانى نقضا للأول إلا أن يشهد شهود صاحب الوقت الأول أنه كان عقل عنه لأنه حينئذ لايحتمل النقض فأشبه ولاء العتاقة وتمامه فى الشرنبلالية (قوله المولى) أى المعتق ولو بكتابة أو تدبير أو استيلاد ط (قوله يستحق الولاء أولا) أى إذا مات أما لو كان حيا فلا شبهة فيه ، وهذا مكرر مع قوله فيما سبق أو ميتا الخ (قوله فى ولاء العتاقة) بخلاف ولاء الموالاة كما مر (قوله فمعتقة التاجر الخ) الأنسب أن يقول : فمعتق التاجر كفء لمعتقة العطار ، ولايكون كفأ لها معتق الدباغ لأن الكفاءة تعتبر لها لا له فليتأمل ط (قوله بمعنى عدم الرق فى أصلها) أى ولا فيها أيضا وإنما فسره بذلك لأن حر الأصل يطلق أيضا على من لم يجر عليه لنفسه رق ، سواء جرى على أصله رق أولا وليس بمراد هنا كما حققه فى الدرر ح (قوله فلا ولاء على ولدها) أى وإن كان الأب معتقا لما ذكرنا أن الولد يتبع الأم فى الرق والحرية ولا ولاء لأحد على أمه ، فلا ولاء على ولدها بدائع ووافقه فى شرح التكملة ومختصر المحيط ومختصر المسعودى كما ذكره فى الدرر قال فى مكسب الأنهر : هذا فرع مهم فاحفظه فإنه مزلة الأقدام اهـ وفى العزمية : اعلم أن سادتنا العلماء الذين أفتوا بقسطنطينية المحمية بالأمر السلطانى والنصب الخاقانى من حين

والأب إذا كان كذلك فلو عربيا لا ولاء عليه مطلقا ، ولو عجميا لا ولاء عليه لقوم الأب ويرثه معتق الأم وعصبته خلافا لأبي يوسف ، والله أعلم .

فصل فى ولاء الموالاة

(أسلم رجل) مكلف (على يد آخر ووالاه أو) والى (غيره) الشرط كونه عجميا لامسلما على مامر وسيجيء (على أن يرثه) إذا مات (ويعقل عنه) إذا جنى (صح) هذا العقد (وعقله عليه

الفتح إلى عامنا هذا وهو السادس والثلاثون بعد الألف افترقوا فرقتين ، فذهبت فرقة منهم إلى هذا القول المنقول من البدائع كصاحب الدرر والمولى ابن كمال باشا والمولى قاضي زاده والمولى بستان زاده والمولى زكريا والمولى سعد الدين بن حسن خان والمولى صنع الله ، وذهبت فرقة منهم أخرى إلى عدم اشتراط ذلك منهم المولى سعد جلبي والمولى على الجمالى والمولى الشهير بجوى زاده الكبير وابنه: وقد أفتى المولى أبو السعود أولا على هذا وصرح برجوعه فى فتوى منه فأفتى بعده على موافقة ما فى البدائع ، واستقر رأيه على ذلك إلى أن قضى نحبه جعل الله سعيهم مشكورا وعملهم مبرورا . ورأيت فى شرح الوجيز ما نصه من أمه حرة أصلية وأبوه رقيق لا ولاء عليه مادام الأب رقيقا ، فإن أعتق فهل يثبت الولاء عليه لموالى الأب يحكى فيه قولان اه ونحوه فى المعراج (قوله والأب إذا كان كذلك) أى حر الأصل (قوله فلو عربيا) التقييد به اتفاقى ، لأنه لو كان الأب مولى عربى لاولاء لأحد على ولده لأن حكمه حكم العربى لقول النبى صلى الله تعالى عليه وسلم « إن مولى القوم منهم » كذا فى البدائع شرنبلالية ومثله فى الهندية (قوله مطلقا) أى لا لقوم الأب ولا لقوم الأم لأن الولاء لجهة الأب ولارق فى جهته ح وفسر الإطلاق فى العزمية بقوله أى سواء كانت أمه معتقة أولا (قوله خلافا لأبى يوسف) أى فإنه يقول الولد يتبع الأب فى الولاء كما فى العربى ، لأن النسب للآباء وإن ضعف. ولهما أنه للنصرة ولا نصرة له من جهة الأب ، لأن من سوى العرب لايتناصرون بالقبائل بدائع .

والحاصل : أن الصور خمسة أربعة وفاقية والخامسة خلافية: الأولى : حران أصليان بمعنى عدم دخول رق فيهما ولافى أصولها فلاولاء على أولادهما الثانية . معتقان أو فى أصلهما معتق فالولاء لقوم الأب . الثالثة : الأب معتق أو فى أصله معتق والأم حرة الأصل بذلك المعنى عربية أولى فلا ولاء لقوم الأب. الرابعة : الأم معتقة والأب حر الأصل بذلك المعنى فإن عربيا فلا ولاء لقوم الأم وإلا وهى الخامسة : الخلافية فعندهما لقوم الأم وعند الثانى لا لاوء عليه وتمام تحقيق المسألة فى الدرر والله تعالى أعلم .

فصل فى ولاء الموالاة

أخره لأنه قابل للتحول والانتقال ولأنه مختلف فيه ، فعند مالك والشافعى لا اعتبار له أصلا بخلاف العتاقة والأدلة فى المطولات (قوله رجل مكلف) أى عاقل بالغ فليس للصبى العاقل أن يوالى غيره ولو بإذن وليه على ما يأتى بيانه والتقييد بالرجل اتفاقى لصحته من المرأة كما يأتى (قوله أو والى غيره) أى غير من أسلم على يده وعند عطاء هو مولى للذى أسلم على يده بدائع (قوله الشرط كونه عجميا لا مسلما) تعقب على قوله أسلم قال فى التاترخانية : وقد صرح شيخ الإسلام فى مبسوطه بأنه ذكر على سبيل العادة (قوله على مامر وسيجيء) مرتبط بقوله : عجميا فإنه ذكر قبل هذا الفصل أن الموالاة لاتكون فى العرب ، وسيجيء أيضا فى قوله أن لايكون عربيا ، ويصرح بعده بأن الإسلام ليس بشرط (قوله علي أن يرثه) بأن يقول أنت مولاى ترثني إذا مت

وإرثه له) وكذا لو شرط الإرث من الجانبين (ولو والى صبى عاقل بإذن أبيه أو وصيه صح) لعدم المانع (كما لو والى العبد بإذن سيده آخر) فإنه يصح ويكون وكيلا عن سيده بعقد الموالاة (وأخر) إرثه (عن) إرث (ذى الرحم) لضعفه (وله النقل عنه بمحضره إلى غيره إن لم يعقل عنه أو عن ولده، فإن عقل عنه أو عن ولده لاينتقل) لتأكيده (ولا يوالى معتق أحدا) للزوم ولاء العتاقة .

وتعقل عنى إذا جنيت فيقول : قبلت أو يقول واليتك فيقول : قبلت بعد أن ذكر الإرث ، والعقل فى العقد بدائع وظاهره أن ذكره شرط وسيصرح به (قوله وإرثه له) قال فى المبسوط ولو مات الأعلى ثم الأسفل فإنما يرثه الذكور من أولاد الأعلى دون الإناث على نحو ما بينا فى ولاء العتاقة طورى (قوله وكذا لو شرط الإرث من الجانبين) أى بعد استيفاء الشروط الآتية فى كل منهما فيرث كل صاحبه الذى مات قبله وقد ذكر فى عامة الكتب من غير خلاف ونقل المقدسى عن ابن الضياء أنه عند أبى حنيفة يصير الثانى مولى الأول ، ويبطل ولاء الأول وقالا كل مولى صاحبه وتمامه فى الشرنبلالية . ونقل الخلاف أيضا فى غاية البيان عن التحفة (قوله ولو والى صبى عاقل) قيد به لأنه إذا لم يعقل لم يعتبر تصرفه أصلا درر وعبارة الزيلعى ولو عقد مع الصغير أو مع العبد اهـ فالأولى أن يقول : صبيا عاقلا أو عبدا بالنصب ليفهم أن الصبى أو العبد مولى أعلى لما فى البدائع . وأما البلوغ فهو شرط الانعقاد فى جانب الإيجاب ، حتى لو أسلم الصبى على يدى رجل ووالاه لم يجز ، وإن أذن أبوه الكافر إذ لاولاية للأب الكافر على الابن المسلم ، ولهذا لا تجوز سائر عقوده بإذنه كالبيع ونحوه فأما فى جانب القبول فهو شرط النفاذ حتى لو والى بالغ فقبل صبيا توقف على إجازة أبيه أو وصيه ، وكذا لو والى رجل عبدا توقف على إجازة المولى إلا أن الولاء من المولى وفى الصبى منه لأنه أهل للملك والمكاتب كالعبد اهـ ملخصا (قوله لضعفه) لأن الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث شرعا فلا يملكان إبطاله درر (قوله وله النقل عنه بمحضره) أى بعلمه بدائع والضمير فى له للمولى الأسفل ، وقوله إلى غيره متعلق بالنقل ، والضمير فيه للأعلى ، وتقييده بالحضرة مخالف لما فى الهداية ، حيث اعتبرها قيدا للتبرى عن الولاء دون الانتقال فى ضمن عقد آخر مع غيره ، وقال فى الكفاية : للمولى الأسفل أن يفسخ الولاء بغير محضر من الآخر فى ضمن عقد الموالاة مع غيره ، ولكن ليس للأعلى والأسفل أن يفسخ الولاء بغير محضر من صاحبه قصدا اهـ .

ومثله فى البدائع والتبيين والمجتبى وغرر الأفكار والدرر والملتقى والجوهرة وغيرها وكذا فى غاية البيان عن كافى الحاكم ، لأن عقده مع غيره فسخ حكمى فلا يشترط فيه العلم ، وقد يثبت الشىء ضرورة وإن كان لايثبت قصدا كما لو وكل ببيع عبد وعزله والوكيل غائب لم يصح ، ولو باع العبد أو أعتقه انعزل علم أو لا بدائع وعبارة الكنز مساوية لعبارة المصنف ، وقيد ابن الكمال فى الإصلاح بالحضرة فى الموضعين ، فهذا إن لم يكن قولا آخر يحتاج إلى إصلاح ، ولم أر من لبه على ذلك . نعم : ذكر فى الشرنبلالية نحو ما فى الإصلاح عن تاج الشريعة فليتأمل (قوله أو عن ولده) يشير إلى أنه يدخل فى العقد أولاده الصغار ، وكذا من يولد له بعده كما فى التبيين ، بخلاف الكبار حتى لو والى ابنه الكبير رجلا آخر فولاؤه له ولو كبر بعض الصغار ، فإن كان المولى عقل عنه أو عن أبيه أو عن واحد منهم لم يكن له أن يتحول بدائع (قوله لاينتقل) وكذا ولده كما علمت (قوله لتأكيده) بالياء وفى بعض النسخ لتأكده لأنه صار كالعوض فى الهبة (قوله للزوم ولاء العتاقة) لأن سببه وهو العتق لايحتمل النقض بعد ثبوته ، فلاينفسخ ولاينعقد معه ، لأنه لايفيد زيلعى وفى التاترخانية : ذمى أعتق عبدا ثم لحق بدار الحرب فاسترق ليس لمعتقه أن يوالى آخر لأن له مولى عتاقة ، فإن أعتق مولاه فإنه يرثه إن مات وإن جنى بعد

(امرأة والت ثم ولدت) مجهول النسب (يتبعها المولود فيما عقدت) وكذا لو أقرت بعقد الموالاة أو أنشأته والولد معها لأنه نفع محض فى حق صغير لم يدر له أب (و) عقد الموالاة (شرطه أن يكون حرا مجهول النسب) بأن لايلسب إلى غيره أما نسبة غيره إليه فغير مانع عناية (و) الثانى : (أن لايكون عربيا و) الثالث : (أن لايكون له ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة مع أحد وقد عقل عنه) والرابع : أن لايكون عقل عنه بيت المال والخامس : أن يشترط العقل والإرث وأما الإسلام فليس بشرط فتجوز موالاة المسلم الذمى وعكسه والذمى الذمى وإن أسلم الأسفل

ذلك عقل عن نفسه ، ولايعقل عنه مولاه فى عامة الروايات وفي بعضها : قال يرثه ويعقل عنه اه فأفاد المنع من الموالاة ولو مع قيام المانع فى مولى العتاقة (قوله مجهول النسب) هو الذى لايدرى له أب فى مسقط رأسه ط (قوله لأنه نفع محض) لأنه يعقله إذا جنى فصار كقبول الهبة وما ذكر قول الإمام وعندهما لايتبعها (قوله وعقد الموالاة) على حذف مضاف أى وعاقد عقد الموالاة ح والمراد بالعاقد الموجب لا القابل (قوله أن يكون حرا) لاينافى ما مر من صحة موالاة العبد بإذن سيده كما وهم لأن ذاك فى القابل وكلامنا فى الموجب (قوله مجهول النسب) أقول : صرحوا بأن للابن أن يعقد الموالاة أو يتحول بولائه إلى غير مولى الأب إذا لم يعقل المولى عنه فهذا الشرط لايوافقه سعدية ونقل نحوه ح عن المقدسى .

أقول : ويؤيده قوله فى غرر الأفكار ولو علم نسبه وهو المختار وفى شرح المجمع كونه مجهول النسب ليس بشرط عند البعض وهو المختار (قوله وأن لايكون عربيا) يعنى ولا مولى عربى كما فى البدائع ويغنى عن هذا كونه مجهول النسب لأن العرب أنسابهم معلومة شرنبلالية وسعدية (قوله وأن لايكون له ولاء عتاقة) أى وإن قام بالمولى مانع كما قدمناه (قوله ولا ولاء موالاة الخ) لو قال ولاعقل عنه غير الذى والاه كما فى البدائع لدخل فيه الرابع فإذا عقل عنه بيت المال صار ولاؤه لجماعة المسلمين ، فلا يملك تحويله إلى واحد منهم بعينه بدائع (قوله والخامس) بقى سادس وسابع وثامن : قال الزيلعى : وأن يكون حرا عاقلا بالغا اه فإنها شروط فى العاقد الموجب ، وقد علمت مما مر وهذا الخامس صرح باشتراطه كثيرون منهم صاحب الهداية ، واعترضه فى غاية البيان بعبارات لم يصرح فيها به ورده قاضى زاده وغيره بأنه لايدل على عدم الاشتراط (قوله وأما الإسلام فليس بشرط الخ) استشكله فى الدرر بأن الإرث لازم للولاء ، واختلاف الدينين مانع من الإرث ثم قال : اللهم إلا أن يقال معناه أن سبب الإرث يثبت فى ذلك الوقت ، ولكن لايظهر ماداما على حالهما ، فإذا زال المانع يعود الممنوع كما أن كفر العصبة أو صاحب الفرض مانع من الإرث ، فإذا زال قبل الموت يعود الممنوع اه ، ورده الشرنبلالى بما نقله الشارح عن البدائع وفيه نظر ظاهر ، لأنه إن أراد أن العقد صحيح فهو مما لا نزاع فيه ، لأن الاستشكال فى وجه الحكم لا فى نقله ، وإن أراد أن تنزيله منزلة الوصية يفيد استحقاق الموالى المال بعد موت من والاه لا عن وارث وإن اختلف الدين كما فهمه بعضهم فيحتاج إلى نقل صريح ، كيف وقد عدوا الموالاة من أسباب الميراث وسموه وارثا مستحقا جميع المال على أنه نقل الطورى عن المحيط ذمى والى مسلما فمات لم يرثه لأن الإرث باعتبار التناصر والتناصر فى غير العرب إنما هو بالدين اه. واستشكله وأجاب بما ذكره فى الدرر وحيث ثبت النقل بصحة العقد ، وبعدم الإرث مع قيام المانع وجب المصير إليه والله تعالى أعلم (قوله فتجوز موالاة المسلم الذمى) وإن أسلم على يد حربى ووالاه هل يصح لم يذكره فى الكتاب ، وفيه خلاف قيل يصح ، لأنه يجوز أن يكون للحربى ولاء العتاقة على المسلم ، فكذا ولاء الموالاة كما فى الذمى ، وقيل : لايصح لأن فيه تناصر الحربى وموالاته وقد نهينا عنه بخلاف الذمى درر عن المحيط (قوله والذمى الذمى وإن أسلم الأسفل) عبارة

لأن الموالاة كالوصية كما بسط فى البدائع ، وفى الوهبانية :

ومعتق عبد عن أبيه ولاؤه له وأبوه بالمشيئة يؤجر

يعنى أعتق عبده عن أبيه الميت ، فالولاء له والأجر للأب إن شاء الله تعالى من غير أن ينقص من أجر الابن شىء وكذا الصدقات والدعوات لأبويه وكل مؤمن يكون الأجر لهم من غير أن ينقص من أجر الابن شىء مضمرات .

كتاب الإكراه

(هو لغة حمل الإنسان على) شىء يكرهه وشرعا (فعل يوجد من المكره فيحدث فى المحل معنى يصير به مدفوعا إلى الفعل الذى طلب منه) وهو نوعان تام وهو الملجئ بتلف نفس

البدائع : وكذا الذمى إذ والى ذميا ثم أسلم الأسفل . واعترض بأنه لا وجه للتقييد بإسلام الأسفل ، ولاحاجة إليه مع قوله فتجوز موالاة المسلم الذمى وعكسه :

أقول : لعل فائدته التنبيه على أنه لافرق بين كون اختلاف الدين حاصلا وقت العقد أو بعده ، وعبارة الشارح فى هذا التأويل أظهر من عبارة البدائع فتأمل (قوله كالوصية) أى فى صحتها من المسلم والذمى للمسلم أو الذمى ، لكن بينهما فرق من جهة أن الموصى له يستحقها بعد موت الموصى مع اختلاف الدين بخلاف المولى كما علمت (قوله ولاؤه) مبتدأ ثان وله خبره والجملة خبر الأول وهو معتق ط (قوله فالولاء له) لأنه هو المعتق ط (قوله والأجر له(١) إن شاء الله) أى بالمشيئة لأنه ثابت بخبر الواحد وهو لايفيد القطع قاله عبد البر ط :

مطلب يصل ثواب أعمال الأحياء للأموات

(قوله من غير أن ينقص من أجر الابن) المناسب زيادة والفاعل : قال العلامة عبد البر : والمسألة مبنية على وصول ثواب أعمال الأحياء للأموات ، وقد ألف فيها قاضى القضاة السروجى وغيره ، وآخر من صنف فيها شيخنا قاضى القضاة سعدالدين الديرى كتابا سماه [الكواكب النيرات] محط هذه التأليفات أن الصحيح من مذهب جمهور العلماء الوصول ط والله تعالى أعلم .

كتاب الإكراه

قيل فى مناسبته إن الولاء من آثار العتق والعتق لايؤثر فيه الإكراه فناسب ذكره عقبه أو لأنه نادر كالموالاة (قوله وشرعا فعل) أى لابحق لأن الإكراه بحق لايعدم الاختيار شرعا كالعنين إذا أكرهه القاضى بالفرقة بعد مضى المدة ألا ترى أن المديون إذا أكرهه القاضى على بيع ماله نفذ بيعه ، والذمى إذا أسلم عبده فأجبر على بيعه نفذ بيعه بخلاف ما إذا أكرهه على البيع بغير حق منح عن مجمع الفتاوى ، والفعل يتناول الحكمى كما إذا أمر بقتل رجل ولم يهدده بشىء إلا أن المأمور يعلم بدلالة الحال أنه لولم يقتله لقتله أو قطعه الآمر فإنه إكراه قهستانى وسيجىء ويشمل الوعيد بالقول ، ولذا قال فى الدرر أعم من اللفظ وعمل سائر الجوارح (قوله فى المحل) أى المكره بفتح الراء ح (قوله يصير) أى المحل وضمير به للمعنى الذى هو الخوف ح (قوله مدفوعا إلى الفعل) أى بحيث يفوت رضاه به وإن لم يبلغ حد الجبر بحيث يفسد الاختيار فيشمل القسمين كما يظهر قريبا (قوله وهو نوعان)

---

(١) قوله (والأجر له) هكذا بخطه والذى فى نسخ الشارح التى بيدى والأجر للأب وهو أوضح اه مصححه .

أو عضو أو ضرب مبرح وإلا فناقص وهو غير الملجىء .

(وشرطه) أربعة أمور : (قدرة المكره على إيقاع ما هدد به سلطانا أو لصا) أو نحوه (و) الثانى (خوف المكره) بالفتح (إيقاعه) أى إيقاع ما هدد به (فى الحال) بغلبة ظنه ليصير ملجأ (و) الثالث : (كون الشىء المكره به متلفا نفسا أو عضوا أو موجبا غما يعدم الرضا) وهذا أدنى مراتبه وهو يختلف باختلاف الأشخاص فإن الأشراف يغمون بكلام خشن والأراذل ربما لا يغمون إلا بالضرب المبرح ابن كمال (و) الرابع : (كون المكره ممتنعا عما أكره عليه قبله) إما (لحقه) كبيع ماله (أو لحق) شخص (آخر) كإتلاف مال الغير (أو لحق الشرع) كشرب الخمر والزنا (فلو أكره بقتل أو ضرب شديد) متلف لابسوط أو سوطين

أى الإكراه وكل منهما معدم للرضا لكن الملجىء ، وهو الكامل يوجب الإلجاء ، ويفسد الاختيار فنفى الرضا أعم من إفساد الاختيار والرضا بإزاء الكراهة والاختيار بإزاء الجبر فنى الإكراه بحبس أو ضرب لاشك فى وجود الكراهة وعدم الرضا وإن تحقق الاختيار الصحيح إذ فساده إنما هو بالتخويف بإتلاف النفس ، أو العضو وحكمه إذا حصل بملجىء أن ينتقل الفعل إلى الحامل فيما يصلح أن يكون المكره آلة للحامل ، كأنه فعله بنفسه كإتلاف النفس والمال ، وما لايصلح أن يكون آلة له اقتصر على المكره كأنه فعله باختياره مثل الأقوال والأكل لأن الإنسان لايتكلم بلسان غيره ، ولايأكل بفم غيره فلايضاف إلى غير المتكلم والآكل ، إلا إذا كان فيه إتلاف فيضاف إليه من حيث الإتلاف لصلاحية المكره آلة للحامل فيه فإذا أكرهه على العتق يقع كأنه أوقعه باختياره حتى يكون الولاء له ويضاف إلى الحامل من حيث الإتلاف فيرجع عليه بقيمته وتمامه فى التبيين (قوله أو عضو) كذا بعض العضو كأنملة شرنبلالية (قوله أو ضرب مبرح) أى موقع فى برح قال فى القاموس : البرح الشدة والشر اه : وعبر فى الشرنبلالية عن البرهان بقوله أو ضرب يخاف منه على نفسه أو عضو من أعضائه (قوله وإلا فناقص) كالتخويف بالحبس والقيد والضرب اليسير إتقانى (قوله سلطانا أو لصا) هذا عندهما ، وعند أبى حنيفة لايتحقق إلا من السلطان ، لأن القدرة لا تكون بلا منعة والمنعة للسلطان قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ، لأن فى زمانه لم يكن لغير السلطان من القوة ما يتحقق به الإكراه ، فأجاب بناء على ما شاهد وفى زمانهما ظهر الفساد ، وصار الأمر إلى كل متغلب ، فيتحقق الإكراه من الكل والفتوى على قولهما كذا فى الخلاصة درر واللص السارق ، وفسره القهستانى بالظالم المتغلب غير السلطان قال : وإنما ذكره بلفظ اللص تبركا بعبارة محمد ولذا سعى به بعض حساده إلى الخليفة! وقال سماك فى كتابه لصا وتمامه فيه (قوله أو نحوه) لايحتاج إليه بناء على ماذكرناه عن القهستانى (قوله فى الحال) كذا فى الشرنبلالية عن البرهان والظاهر أنه اتفاقى إذ لو توعده بمتلف بعد مدة ، وغلب على ظنه إيقاعه به صار ملجأ تأمل : لكن سيذكر الشارح آخرا أنه إنما يسعه ما دام حاضرا عنده المكره وإلا لم يحل تأمل (قوله ليصير ملجأ) هذه الشروط لمطلق الإكراه لالملجىء فقط ، فالمناسب قول الدرر ليصير محمولا على مادعى إليه من الفعل : وقدمنا أن المراد بالحمل مايفوت به الرضا فيشمل النوعين (قوله متلفا نفسا) أى حقيقية أو حكمية كتلف كل المال فإنه شقيق الروح كما فى الزاهدى قهستانى وتقييده بكل المال مخالف لما سيشير إليه الشارح آخرا عن القنية كما سنبينه إن شاء الله تعالى (قوله يعدم الرضا) أى مع بقاء الاختيار الصحيح ، وإلا فالإكراه بمتلف يعدم الرضا أيضا ولكنه يفسد الاختيار كما قدمناه (قوله إما لحقه) أى إما أن يكون امتناعه عما أكره عليه لكونه خالص حقه كإكراهه على إتلاف ماله ولو بعوض كبيعه ويأتى الإكراه فى ذلك بغير الملجىء بخلاف القسمين بعده كما يأتى (قوله متلف) فيه أن التصرفات الآتية

إلا على المذاكير والعين بزازية (أو حبس) أو قيد مديدين بخلاف حبس يوم أو قيده أو ضرب غير شديد إلا لذى جاه درر (حتى باع أو اشترى أو أقر أو آجر فسخ) ماعقد ولا يبطل حق الفسخ بموت أحدهما ولا بموت المشترى ، ولا بالزيادة المنفصلة وتضمن بالتعدى وسيجىء أنه يسترد وإن تداولته الأيدى (أو أمضى) لأن الإكراه الملجىء وغير الملجىء يعدمان الرضا والرضا شرط لصحة هذه العقود وكذا لصحة الإقرار فلذا صار له حق الفسخ والإمضاء ثم إن تلك العقود نافذة عندنا (و) حينئذ (يملكه المشترى إن قبض فيصح إعتاقه)

من البيع ونحوه يتحقق فيها الإكراه ولو بغير ملجىء كما مر ويجىء ، لتفويته الرضا والمتلف من الملجىء ، ولايتوقف فوات الرضا عليه ولذا قال فيما يجىء بخلاف حبس يوم الخ لأنه لايعدم الرضا (قوله لا على المذاكير والعين) لأنه يخشى منه التلف (قوله أو حبس) أى حبس نفسه قال الزيلعى : والإكراه بحبس الوالدين أو الأولاد لايعد إكراها لأنه ليس بملجىء ولايعدم الرضا بخلاف حبس نفسه اه لكن فى الشرنبلالية عن المبسوط : أنه قياس وفى الاستحسان حبس الأب إكراه وذكر الطورى أن المعتمد أنه لافرق بين حبس الوالدين والولد فى وجه الاستحسان زاد القهستانى أو غيرهم : من ذوى رحم محرم وعزاه للمبسوط (قوله بخلاف حبس يوم أو قيده) فيه إشارة إلى أن الحبس المديد ما زاد على يوم وكذا يستفاد من العينى والزيلعى ط . وفى الخانية : أما الضرب بسوط واحد أو حبس يوم أو قيد يوم لايكون إكراها فى الإقرار بألف اه ، وظاهر أنه يكون إكراها فى المال القليل (قوله إلا لذى جاه) لأن ضرره أشد من ضرر الضرب الشديد ، فيفوت به الرضا زيلعى . وفى مختارات النوازل أو الذى ضعف (قوله فسخ ما عقد) لايشمل الإقرار فهو مجاز أو اكتفاء كما نبه عليه القهستانى .

مطلب بيع المكره فاسد وزوائده مضمونة بالتعدى

(قوله ولا يبطل إلى قوله أو أمضى) مأخوذ من حاشية شيخه على المنح وقال بعد قوله : ويضمن بالتعدى تأمل : فيشير إلى أنه ذكره تفقها وهو تفقه حسن ، لأنهم صرحوا بأن بيع المكره فاسد إلا فى أربع صور تأتى متنا وقال فى جامع الفصولين زوائد المبيع فاسدا لو منفصلة متولدة تضمن بالتعدى لابدونه ، ولو هلك المبيع فللبائع أخذ الزوائد وقيمة المبيع ولو منفصلة غير متولدة له أخذ المبيع مع هذه الزوائد ، ولا تطيب له ولو هلكت فى يد المشترى لم يضمن ، ولو أهلكها ضمن عندهما لاعنده ، ولو هلك المبيع لا الزوائد فهى للمشترى ، بخلاف المتولدة ويضمن قيمة المبيع فقط اه (قوله بموت أحدهما) أى المكره والمكره فيقوم ورثة كل مقامه كورثة المشترى (قوله ولا بالزيادة المنفصلة) سواء كانت متولدة كالثمرة أولا كالأرش ، وكذا المتصلة المتولدة كالسمن وأما غير المتولدة كصبغ وخياطة ولت سويق فتمنع الاسترداد إلا برضا المشترى كذا ذكروا فى البيع الفاسد . وفى البحر : متى فعل المشترى فى المبيع يعنى فاسدا فعلا ينقطع به حق المالك فى الغصب ينقطع به حق المالك فى الاسترداد كما إذا كان حنطة فطحنها (قوله وسيجىء) أى قريبا (قوله يعدمان الرضا) قال ابن الكمال فى هامش شرحه ، أخطأ صدر الشريعة فى تخصيصه إعدام الرضا بغير الملجىء اه (قوله فلذا صار له حق الفسخ والإمضاء) أى لفقد شرط الصحة وهو الرضا فيتخير ، فإن اعتبار هذا الشرط ليس لحق الغير ، بل لحقه ولهذا خالف سائر البيوع الفاسدة فإن الفسخ فيها واجب عند فقد شرط الصحة ، لأن الفساد فيها لحق الشرع . وقد صرحوا بأن بيع المكره يشبه الموقوف ويشبه الفاسد فافهم (قوله ثم إن تلك العقود نافذة عندنا) أى عند أئمتنا الثلاثة وليست بموقوفة (قوله وحينئذ) أى حين إذ قلنا إنها نافذة غير موقوفة تفيد الملك بالقبض : أى يثبت بالبيع أو بالشراء مكرها الملك للمشترى لكونه فاسدا كسائر البياعات الفاسدة ، وقال زفر : لايثبت به الملك لأنه بيع موقوف

وكذا كل تصرف لايمكن نقضه (ولزمه قيمته) وقت الإعتاق ولو معسرا زاهدى لإتلافه بعقد فاسد (فإن قبض ثمنه أو سلم) المبيع (طوعا) قيد للمذكورين (نفذ) يعنى لزم لما مر أن عقود المكره نافذة عندنا والمعلق على الرضا والإجازة لزومه لانفاذه إذ اللزوم أمر وراء النفاذ كما حققه ابن الكمال :

قلت : والضابط أن ما لايصح مع الهزل ينعقد فاسدا فله إبطاله وما يصح فيضمن الحامل كما سيجىء (وإن قبض) الثمن (مكرها لا) يلزم (ورده) ولم يضمن إن هلك الثمن لأنه أمانة درر (إن بقى) فى يده لفساد العقد

وليس بفاسد كما لو باع بشرط الخيار وسلمه زيلعى :

قال ابن الكمال : فمن قال إن الإبراء يمنع النفاذ فقد ضل عن سبيل السداد وكتب فى هامش هذا من المواضع التى أخطأ فيها صدر الشريعة وكأنه غافل عن أن النافذ يقابل الموقوف فما لايكون نافذا يكون موقوفا فينطبق ماذكره على قول زفر اهـ وسنذكر جوابه قريبا (قوله وكذا كل تصرف لايمكن نقضه) كالتدبير والاستيلاد والطلاق ، فلا يصح بيعه وهبته وتصدقه ونحوها مما يمكن نقضه قهستانى (قوله فإن قبض الخ) تفريع على مافهم من التخيير السابق ، وهو أن تمام البيع بانقلابه صحيحا موقوف على إجازته بناء على أن الفساد كان لحقه لالحق الشرع ، فكأنه يقول لما توقف انقلابه صحيحا على رضا البائع وإجازته فبقبضه الثمن أو تسليمه المبيع طوعا ينقلب صحيحا بدلالتها على الرضا والإجازة ابن كمال (قوله أو سلم المبيع) قيد بالمبيع للاحتراز عن الهبة ، فإذا أكره عليها ، ولم يذكر الدفع فوهب ودفع يكون باطلا لأن مقصود المكره الاستحقاق لامجرد اللفظ ، وذلك فى الهبة بالدفع وفى البيع بالعقد فدخل الدفع فى الإكراه على الهبة دون البيع هداية . وقيده فى البزازية بحضور المكره فقال : الإكراه على الهبة إكراه على التسليم إذا كان المكره وقت التسليم حاضرا وإلا لاقياسا واستحسانا اهـ وأراد بقوله : باطلا الفاسد لأنه يملك فاسدا بالقبض إتقانى (قوله نفذ) لوجود الرضا (قوله لما مر) تعليل لتفسير النفاذ باللزوم ، ومقتضاه أن النفاذ واللزوم متغايران فيراد بالنفوذ الانعقاد وباللزوم الصحة فبيع المكره نافذ أى منعقد لصدوره من أهله فى محله والمنعقد منه صحيح : ومنه فاسد ، وهذا العقد فاسد ، لأن من شروط الصحة الرضا ، وهو هنا مفقود فإذا وجد صح ولزم ، وهذا موافق لما مر أن النافذ مقابل للموقوف ، فإن الموقوف كما فى بيوع البحر مالا حكم له ظاهرا يعنى لايفيد حكمه قبل وجود ماتوقف عليه ، وهذا يفيد حكمه وهو الملك قبل الرضا لكن بشرط القبض كما فى سائر البيوع الفاسدة وهذا منها عندنا كما صرحوا به قاطبة خلافا لزفر :

فظهر بهذا التقرير : أن اللزوم أمر وراء النفاذ كما حققه ابن الكمال حيث نقل عن شرح الطحاوى أنه إذا تداولته الأيدى ، فله فسخ العقود كلها وأيا أجازه جازت كلها لأنها كانت نافذة إلا أنه كان له الفسخ لعدم الرضا اهـ فهذا صريح فى أن النفاذ كان موجودا قبل الرضا ، وأن الموقوف على الرضا أمر آخر ، وهو لزومها وصحتها فتعين أن يفسر قوله نفذ بلزم وبالجملة فالرضا شرط اللزوم لاالنفاذ ، ولكن هذا مخالف لما فى كتب الأصول كالتوضيح والتلويح والتقرير وشرح التحرير وشروح المنار حيث قالوا إن بيع المكره ينعقد فاسدا لعدم الرضا الذى هو شرط النفاذ ، فلو أجازه بعد زوال الإكراه صريحا أو دلالة بقبض الثمن أو تسليم المبيع طوعا صح لتمام الرضا والفساد كان لحقه وقد زال اهـ وهذا موافق لما قاله المصنف ، ولقول صدر الشريعة إن الإكراه يمنع النفاذ فالمراد فى كلامهم بالنفاذ اللزوم فهما بمعنى واحد وهو الصحة : وبه يحصل التوفيق بينه وبين مافى شرح الطحاوى وظهر به أن تعبير المصنف بقوله : نفذ كالوقاية والدرر لااعتراض عليه ، ولا لوم لموافقته لكلام القوم ، والدفع تشنيع ابن الكمال المار على صدر الشريعة بالكلمات الفظيعة والله تعالى الموفق لارب سواه (قوله أن مالا يصح مع الهزل) كالبيع والشراء (قوله وما يصح) أى مع الهزل وهو مايستوى فيه الجد والهزل كالطلاق

(لكنه يخالف البيع الفاسد فى أربع صور يجوز بالإجازة) القولية والفعلية (و) الثانى : إنه (ينقض تصرف المشترى منه) وإن تداولته الأيدى (و) الثالث : (تعتبر القيمة وقت الإعتاق دون وقت القبض و) الرابع : (الثمن والمثمن أمانة فى يد المكره) لأخذه بإذن المشترى فلا ضمان بلا تعد بخلافها فى الفاسد بزازية (أمر السلطان إكراه وإن لم يتوعده وأمر غيره لا إلا أن يعلم المأمور بدلالة الحال أنه لو لم يمتثل أمره يقتله أو يقطع يده أو يضربه ضربا يخاف على نفسه أو تلف عضوه) منية المفتى وبه يفتى .

وفى البزازية : الزوج سلطان زوجته فيتحقق منه الإكراه (أكره المحرم على قتل صيد فأبى حتى قتل كان مأجورا) عندالله تعالى أشباه (ولو أكره البائع) على البيع (لا المشترى وهلك المبيع فى يده

والعقاق (قوله يجوز بالإجازة) أى ينقلب صحيحا بها ، بخلاف غيره من البيوع الفاسدة كبيع درهم بدرهمين مثلا لا يجوز ، وإن أجازاه لأن الفساد فيه لحق الشرع (قوله والفعلية) كقبض الثمن وتسليم المبيع طوعا (قوله المشترى منه) أى من البائع المكره (قوله وإن تداولته الأيدى) لأن الاسترداد فيه لحقه لا لحق الشرع (قوله وقت الإعتاق دون وقت القبض) مخالف لما فى البزازية حيث قال : إن احتمل النقض نقضه وإلا يحتمل يضمن المكره قيمته يوم التسليم إلى المشترى وإن شاء ضمن المشترى يوم قبضه أو يوم أحدث فيه تصرفا لا يحتمل النقض ، لأنه أتلف به حق الاسترداد بخلاف المشترى شراء فاسدا حيث لا يضمنه يوم الأحداث بل يوم قبضه اه ومثله فى غاية البيان فكان عليه أن يقول له تضمين القيمة يوم الإعتاق أو القبض (قوله الثمن) أى فيما إذا كان المكره هو البائع وقوله والمثمن أى فيما إذا كان هو المشترى (قوله أمانة فى يد المكره) وهو البائع فى الأول والمشترى فى الثانى (قوله لأخذه بإذن المشترى) أى أو البائع ح (قوله بخلافها) أى الصور الأربع ح .

[تنبيه] أكرها على بيع العبد وشرائه وعلى التقابض فهلك الثمن والعبد ضمنهما المكره لهما ، فإن أراد أحدهما تضمين صاحبه سئل كل عما قبض ، فإن قال كل قبضت على البيع الذى أكرهنا عليه ، ليكون لى فالبيع جائز ولا ضمان على المكره ، وإن قال قبضته مكرها لأرده على صاحبه ؛ وآخذ منه ما أعطيت ، وحلف كل لصاحبه على ذلك لم يضمن أحدهما الآخر ، وإن نكل أحدهما ، فإن كان المشترى ضمن البائع أيا شاء فإن ضمن المكره قيمته رجع بها على المشترى ، وإن ضمنها المشترى لم يرجع على المكره بها ولا على البائع بالثمن ، وإن كان الناكل البائع فإن شاء المشترى ضمن المكره الثمن ، ورجع به على البائع وإن شاء ضمنه البائع ولم يرجع به على المكره اه ملخصا من الهندية عن المبسوط (قوله يقتله الخ) هذا فى الإكراه الملجىء كما مر (قوله أو تلف عضوه) التلف يخاف منه لا يخاف عليه فالأصوب حذف تلف أو الإتيان به على صيغة المضارع (قوله وبه يفتى) أى بأنه يتحقق الإكراه بما ذكر من غير السلطان (قوله الزوج سلطان زوجته) يعنى إن قدر على الإيقاع كما سيأتى ح قال فى البزازية : وسوق اللفظ يدل على أنه على الوفاق وعند الثانى لو بنحو السيف فإكراه ، وعند محمد إن خلا بها فى موضع لا تمتنع منه فكالسلطان اهـ.

قلت : وظاهر قولهم سلطان زوجته أن يتحقق بمجرد الأمر حيث خافت منه الضرر ويدل عليه ماسيذكره الشارح عن شرح المنظومة تأمل (قوله أكره المحرم) الأولى ذكرها بعد مع مسائل الإكراه على المعصية (قوله كان مأجورا) لأنه من حقوقه تعالى ثابت بنص القرآن كما يأتى فى كلام الشارح : فإن قتل الصيد فلا شىء عليه قياسا ، ولا على الآمر وفى الاستحسان على القاتل الكفارة ، وإن كانا محرمين فعلى كل كفارة ، ولو توعده بالحبس وهما محرمان ففى القياس تلزم الكفارة القاتل فقط : وفى الاستحسان على كل الجزاء ولو حلالين فى الحرم فإن توعده بالقتل فالكفارة على الآمر وإن بالحبس فعلى القاتل خاصة هندية عن المبسوط (قوله لا المشترى)

ضمن قيمته للبائع) بقبضه بعقد فاسد (و) البائع المكره (له أن يضمن أياشاء) من المكره بالكسر والمشترى (فإن ضمن المكره رجع على المشترى بقيمته وإن ضمن المشترى نفذ) يعنى جاز لما مر (كل شراء بعده ولا ينفذ ماقبله) لو ضمن المشترى الثانى مثلا لصيرورته ملكه فيجوز ما بعده لا ما قبله فيرجع المشترى الضامن بالثمن على بائعه بخلاف ما إذا أجاز المالك أحد البياعات حيث يجوز الجميع ويأخذ الثمن من المشترى الأول لزوال المانع بالإجازة (فإن أكره على أكل ميتة أو دم أو لحم خنزير أو شرب خمر بإكراه) غير ملجىء (بحبس أو ضرب أو قيد لم يحل) إذ لاضرورة فى إكراه غير ملجىء . نعم لايحد للشرب للشبهة (و) إن أكره بملجىء (بقتل أو قطع) عضو أو ضرب مبرح ابن كمال

فلو كان مكرها أيضا فقد مر فى قوله الثمن والمثمن أمانة وفى الخانية ولو كان المشترى مكرها دون البائع فهلك عنده بلا تعد يهلك أمانة اهـ وفى القهستانى عن الظهيرية أكره البائع فقط لم يصح إعتاقه قبل القبض وفى عكسه نفذ إعتاق كل قبله وإن أعتقا معا قبله فإعتاق البائع أولى (قوله ضمن قيمته) لو قال ضمن بدله كان أولى لأنه يشمل المثلى والقيمى طورى (قوله بقبضه بعقد فاسد) أى بسبب قبضه مختارا على سبيل التملك بعقدفاسد (قوله لهأن يضمن أيا شاء) لأن المكره كالغاصب والمشترى كغاصب الغاصب وإن ضمن المشترى لايرجع على المكره زيلعى (قوله رجع على المشترى بقيمته) لأنه بأداء الضمان ملكه فقام مقام المالك المكره فيكون مالكا من وقت وجوب السبب بالاستناد زيلعى (قوله يعنى جاز) المراد هنا بالجواز الصحة لا الحل كما لا يخفى فافهم (قوله لما مر) من أنه لانفذ قبل الإجازة والموقوف عليها اللزوم بمعنى الصحة بناء على ما فى شرح الطحاوى وقد مر الكلام فيه (قوله كل شراء بعده) أى لو تعدد الشراء وكذا نفذ شراء المشترى من المكره وهذه مسألة ذكرها الزيلعى مستقلة موضوعها لو تداولته الأيدى وما قبلها موضوعها فى مشتر واحد جمعهما المصنف فى كلام واحد اختصارا (قوله لو ضمن المشترى الثانى مثلا) أفاد بقوله مثلا أن له أن يضمن أيا شاء من المشترين فأيهم ضمنه ملكه كما فى التبيين (قوله أحدالبياعات) ولوالعقد الأخير أبوالسعود (قوله لزوال المانع بالإجازة) قال الزيلعى: لأن البيع كان موجودا والمانع من النفوذ حقه وقد زال المانع بالإجازة فجاز الكل ، وأما إذا ضمنه فإنه لم يسقط حقه ، لأن أخذ القيمة كاسترداد العين فتبطل البياعات التى قبله ؛ ولايكون أخذ الثمن استردادا للبيع بل إجازة فافترقا (قوله فإن أكره على أكل ميتة الخ) الإكراه على المعاصى أنواع : نوع يرخص له فعله ، ويثاب على تركه كإجراء كلمة الكفر ، وشتم النبى صلى الله عليه وسلم وترك الصلاة ، وكل ما ثبت بالكتاب ، وقسم : يحرم فعله ويأثم بإتيانه كقتل مسلم أو قطع عضوه أو ضربه ضربا متلفا أو شتمه أو أذيته والزنا ، وقسم يباح فعله ويأثم بتركه : كالخمر وما ذكر معه طورى عن المبسوط وزاد فى الخانية رابعا : وهو ما يكون الفعل وعدمه سواء كالإكراه على إتلاف مال الغيرلكنه مخالف لما سيأتى كما سننبه عليه (قوله أو شرب خمر) عبارة ابن الكمال أو شرب دم أو خمر وكتب فى هامشه الدم من المشروب قال فى المبسوط : ذكر عن مسروق قال : من اضطر إلى ميتة أو لحم خنزير أو دم ولم يأكل ولم يشرب فمات دخل النار (قوله بحبس) قال بعض المشايخ : إن محمدا أجاب هكذا بناء على ما كان من الحبس فى زمانه ، فأما الحبس الذى أحدثوه اليوم فى زماننا فإنه يبيح التناول كما فى غاية البيان شرنبلالية (قوله أو ضرب) إلا على المذاكير والعين كما مر فإنه يخاف منه التلف (قوله أو ضرب مبرح) قدره بعضهم بأدنى الحد وهو أربعون سوطا ورد بأنه لاوجه للتقدير بالرأى والناس مختلفة فمنهم من يموت بأدنى منه ، فلا طريق سوي الرجوع إلى رأى المبتلي كما فى التبيين .

(حل) الفعل بل فرض (فإن صبر فقتل أثم) إلا إذا أراد مغايظة الكفار فلا بأس به وكذا لو لم يعلم الإباحة بالإكراه لا يأثم لخفائه فيعذر بالجهل ، كالجهل بالخطاب فى أول الإسلام أو فى دار الحرب (كما فى المخمصة) كما قدمناه فى الحج (و) إن أكره (على الكفر) بالله تعالى أو سب النبي صلى الله عليه وسلم مجمع ، وقد ورى (بقطع أو قتل رخص له إن يظهر ما أمر به) على لسانه ويورى (وقلبه مطمئن بالإيمان) ثم إن ورى لايكفر وبانت امرأته قضاء لا ديانة وإن خطر بباله التورية ولم يور كفر وبانت ديانة وقضاء نوازل وجلالية

قال فى البزازية : ويحكى عن جلاد مصر أنه يقتل الإنسان بضربة واحدة بسوطه الذى علق عليه الكعب (قوله حل الفعل) لأن هذه الأشياء مستثناة عن الحرمة فى حال الضرورة والاستثناء عن الحرمة حل ابن كمال (قوله أثم) لأن هلاك النفس أو العضو بالامتناع عن المباح حرام زيلعى.(قوله إلا إذا أراد مغايظة الكفار) لم يعز الشارح هذا لأحد وقد راجعت كتبا كثيرة من كتب الفروع والأصول فلم أجده والله تعالى أعلم ثم رأيته بعد حين ولله تعالى الحمد فى كتاب مختارات النوازل لصاحب الهداية (قوله فى أول الإسلام) أى فى عهد النبي صلى الله تعالى عليه وسلم إتقانى: يعنى قبل انتشار الأحكام ، وليس المراد أول إسلام المخاطب لما قالوا تجب الأحكام بالعلم بالوجوب أو الكون فى دارنا ، وعليه فمن أسلم فى دارنا يجب عليه قضاء ما ترك من نحو صوم وصلاة قبل تعلمه ، وإن كان جهله عذرا فى رفع الإثم فافهم (قوله أو فى دار الحرب) أى فى حق من أسلم من أهلها فيها (قوله كما فى المخمصة) أى المجاعة الشديدة فإنه إن صبر أثم وهذا يشير إلى أن قوله تعالى — إلا ما اضطررتم إليه — يشمل الإكراه الملجىء لأنه من الضرورة وإن خص بالمخمصة فالإكراه ثابت بدلالة النص كما بيناه فى حاشيتنا على شرح المنار للشارح (قوله مجمع وقدورى) أى ذكر مسألة السب فى المجمع ومختصر القدورى فافهم (قوله بقطع أو قتل) أى بما يخشى منه التلف (قوله ويورى) التورية أن يظهر خلاف ما أضمر فى قلبه إتقانى : قال فى العناية فجاز أن يراد بها هنا اطمئنان القلب وأن يراد الإتيان بلفظ يحتمل معنيين اه وفيه أنه قد يكره على السجود للصنم أو الصليب ولا لفظ فالظاهر أنها إضمار خلاف ما أظهر من قول أو فعل ؛ لأنها بمعنى الإخفاء فهى من عمل القلب تأمل (قوله ثم إن ورى لايكفر) كما إذا أكره على السجود للصليب أو سب محمد صلى الله تعالى عليه وسلم ففعل وقال نويت به الصلاة لله تعالى ومحمدا آخر غير النبي (قوله وبانت امرأته قضاء لا ديانة) لأنه أقر أنه طائع بإتيان ما لم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرنا هداية (قوله وإن خطر بباله التورية الخ) أى إن خطر بباله الصلاة لله تعالى وسب غير النبي ولم يور كفر ، لأنه أمكنه دفع ما أكره عليه عن نفسه ووجد مخرجا عما ابتلى به ، ثم لما ترك ما خطر على باله ، وشتم محمدا النبي صلى الله عليه وسلم كان كافرا ، وإن وافق المكره فيما أكرهه ، لأنه وافقه بعد ما وجد مخرجا عما ابتلى ، فكان غير مضطر قال فى المبسوط : وهذه المسألة تدل على أن السجود لغير الله تعالى على وجه التعظيم كفر كفاية : وبقى قسم ثالث قال فى الكفاية : وإن لم يخطر بباله شىء وصلى للصليب أو سب محمدا صلى الله عليه وسلم وقلبه مطمئن بالإيمان لم تبن منكوحته لاقضاء ولاديانة لأنه فعل مكرها لأنه تعين ما أكره عليه ولم يمكنه دفعه عن نفسه إذا لم يخطر بباله غيره اه ؛

وظهر من هذا أن التورية إنما تلزم عند خطورها فإذا خطرت لزمته وبقى مؤمنا ديانة ، وظهر أن التورية ليست الاطمئنان لفقدها فى الثالث ، مع وجوده فيه خلافا لما قدمناه عن العناية ؛

واعلم أن هذا الثالث هو المراد بقول المصنف الآتى ولاردته فلا تبين زوجته كما صرح به الزيلعي فلا ينافى ما هنا كما خفى على الشارح كما يأتى (قوله نوازل وجلالية) الأقرب عزوه إلى الهداية فإنها من المشاهير المتداولة

(ويؤجر لو صبر) لتركه الإجراء المحرم ومثله سائر حقوقه تعالى كإفساد صوم وصلاة وقتل صيد حرم أو فى إحرام وكل ما ثبتت فرضيته بالكتاب اختيار (ولم يرخص) الإجراء (بغيرهما) بغير القطع والقتل يعنى بغير الملجىء ابن كمال إذ التكلم بكلمة الكفر لايحل أبدا (ورخص له إتلاف مال مسلم) أو ذمى اختيار (بقتل أو قطع) ويؤجر لو صبر ابن ملك (وضمن رب المال المكره) بالكسر لأن المكره بالفتح كالآلة (لا) يرخص (قتله)

(قوله ويؤجر لو صبر) أى يؤجر أجر الشهداء لما روى « أن خبيبا وعمارا ابتليا بذلك فصبر خبيب حتى قتل فسماه النبى صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء ، وأظهر عمار وكان قلبه مطمئنا بالإيمان فقال النبى صلى الله تعالى عليه وسلم « فإن عادوا فعد » أى إن عاد الكفار إلى الإكراه فعد أنت إلى مثل ما أتيت به أولا من إجراء كلمة الكفر على اللسان ، وقلبك مطمئن بالإيمان ابن كمال وقصتهما شهيرة (قوله لتركه الإجراء المحرم) أتى بلفظ المحرم ليفيد الفرق بينه وبين ما قبله ، فإن ذاك زالت حرمته فلذا يأثم لو صبر . فإن قيل : كما استثنى حالة الضرورة فى الميتة استثنى حالة الإكراه هنا ؟ قلنا : ثمة استثنى من الحرمة فكان إباحة فلم يكن رخصة وهنا من الغضب ، فينتفى الغضب فى المستثنى ، ولا يلزم من انتفائه انتفاء الحرمة فكان رخصة وذكر فى الكشاف من كفر بالله شرط مبتدأ وجوابه محذوف ، لأن جواب من شرح دال عليه كأنه قيل من كفر بالله فعليهم غضب إلا من أكره فليس عليه غضب ، ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله كفاية (قوله كإفساد صوم) أى من مقيم صحيح بالغ فلو مسافرا أو مريضا يخاف على نفسه ، فلم يأكل ولم يشرب ، وعلم أن ذلك يسعه يكون آثما كما فى غاية البيان (قوله وصلاة) عبارة غاية البيان وكذلك المكره على ترك الصلاة المكتوبة فى الوقت إذا صبر حتى قتل وهو يعلم أن ذلك يسعه كان مأجورا اهـ وهذا ظاهر أما إفسادها فقد ذكروا جواز قطعها لدرهم ، ولو لغيره تأمل وقد يجاب بأن الكلام فى الأجر على الصبر لأخذه بالعزيمة وإن جاز الأخذ بالرخصة (قوله وقتل صيد حرم) بإضافة صيد إلى حرم وقوله : أو فى إحرام عطف على حرم ، وقدمنا عن الهندية الكلام عليه (قوله وكل ما ثبتت فرضيته بالكتاب) زاد الاتقانى ولم يرد نص بإباحته حالة الضرورة ، وفيه أنه ورد النص بإباحة ترك الصوم لأقل من الضرورة ، وهو السفر فينبغى أن يأثم لو صبر إلا أن يقال الكلام فى الإفساد بعد الشروع والوارد إباحته الإفطار قبله تأمل وفى غاية البيان اضطر إلى الميتة ، وهو محرم وقدر على صيد لايقتله ويأكل الميتة (قوله يعنى بغير الملجىء) أشار بهذه العناية إلى أن القتل والقطع ليسا قيدا ، بل ما كان ملجئا فهو فى حكمهما كالضرب على العين والذكر . وحبس هذا الزمان كما قاله بعض أهل بلخ والتهديد بأخذ كل المال كما بحثه القهستانى ط وقدمنا أنه نقله عن الزاهدى لا أنه بحث منه (قوله إذ التكلم بكلمة الكفر لايحل أبدا) هذا إنما يصلح علة لقوله سابقا لترك الإجراء المحرم فالأولى ذكر ذلك بلصقه ط (قوله ويؤجر لو صبر) لأخذه بالعزيمة لأن أخذ مال الغير من المظالم وحرمة الظلم لا تنكشف ، ولا تباح بحال كالكفر إتقانى ، وفيه إشارة إلى أن ترك الإتلاف أفضل ولذا قالوا : إن تناول مال الغير أشد حرمة من شرب الخمر كما فى القهستانى عن الكرمانى وقدمنا عن الخانية أن الفعل والترك سواء وفى الخانية اضطر حال المخمصة وأراد أخذ مال الغير فمنعه صاحبه ، ولم يأخذ حتى مات يأثم اهـ ونقل الإتقانى أنهم فرقوا بينها وبين الإكراه وأن الفقيه أبا إسحق الحافظ كان يقول : لافرق بين المسألتين بتأويل ما فى المخمصة على ما إذا كان صاحبه يعطيه بالقيمة ، فلم يأخذ حتى مات يأثم وكذا فى الإكراه لو كان رب المال يعطيه بالقيمة يأثم (قوله كالآلة) وذلك لأن فعل المكره آلة (١) للمكره ينقل إلى

---

(١) قوله (لأن فعل المكره آلة الخ) الذى فى خطه لأن فعل المكره فيما يصلح آلة الخ وهو الملائم لقوله بعد بخلاف مالا يصلح آلة الخ إلا أن لفظ فيما يصلح أشبه بمضروب عليه فليراجع اهـ مصححه .

أو سبه أو قطع عضوه وما لايستباح بحال اختيار (ويقاد فى) القتل (العمد المكره) بالكسر لو مكلفا على ما فى المبسوط خلافا لما فى النهاية (فقط) لأن القاتل كالآلة وأوجبه الشافعى عليهما ونفاه أبو يوسف عنهما للشبهة

المكره والإتلاف من هذا القبيل بأن يأخذه ويلقيه على مال الغير فيتلفه ، فصار كأن المكره باشره بنفسه فلزمه الضمان بخلاف مالايصلح آلة كالأكل والوطء، والتكلم ،ولذا لو أكره على الإعتاق ضمن المكره لأن المكره فى حق الإتلاف يصلح آلة لكن الولاء للمكره لأنه لايصلح آلة فى حق التكلم إتقانى . وفى الشرنبلالية عن السراج : حتى لو حمله مجوسى على ذبح شاة الغير لايحل أكلها اه وسيأتى خلافه (قوله أو سبه) مخالف لما فى القهستانى عن المضمرات من أنه بالملجىء يرخص شتم المسلم وأنه لو أكره على الافتراء على مسلم يرجى أن يسعه كما فى الظهيرية اه وقال فى التاترخانية : ألا ترى أنه لو أكره بمتلف أن يفترى على الله تعالى كان فى سعة فهنا أولى إلا أنه علق الإباحة بالرجاء ، وفى الافتراء على الله لم يعلق ، لأنها هناك ثابتة بالنص، وهنا ثبت دلالة قال محمد عقيب هذه المسألة ألا ترى أنه لو أكره بوعيد تلف على شتم محمد صلى الله عليه وسلم كان فى سعة إن شاء الله تعالى، وطريقة ما قلنا ولو صبر حتى قتل كان مأجورا وكان أفضل اه (قوله أو قطع عضوه) أى ولو أذن له المقطوع غير مكره فإن قطع فهو آثم ولا ضمان على القاطع ولا على المكره ، ولو أكره على القتل فأذن له فقتله أثم والدية فى مال الآمر تاترخانية ، لكن فى الخانية قال له السلطان اقطع يد فلان ، وإلا لأقتلنك وسعه أن يقطع وعلى الآمر القصاص عندهما ولا رواية عن أبى يوسف اه ثم رأيت الطورى وفق بأنه إن أكره على القطع بأغلظ منه وسعه وإن بقطع أو بدونه فلا تأمل . وأتى بضمير الغيبة العائد على غيره لما فى الهندية أكره بالقتل على قطع يد لنفسه وسعه ذلك وعلى المكره القود ولو على قتل لنفسه فقتل فلا شىء على المكره اه وفى المجمع أكره على قطع يده أى يد الغير ففعل ، ثم قطع رجله طوعا فمات يوجب أبو يوسف الدية فى مالهما وأوجبا القصاص عليهما (قوله ويقاد فى العمد المكره فقط) يعنى أنه لايباح الإقدام على القتل بالملجىء ، ولو قتل أثم ويقتص الحامل(١) ويحرم الميراث لو بالغا ويقتص المكره من الحامل(٢) ويرثهما شرنبلالية (قوله خلافا لما فى النهاية) من قوله سواء كان الآمر بالغا أولا عاقلا أو معتوها فالقود على الآمر وعزاه للمبسوط ورده فى العناية تبعا لشيخه السكاكى صاحب المعراج نقلا عن شيخه علاء الدين عبد العزيز بأن عبارة المبسوط سواء كان المكره الخ ، وهو بفتح الراء فتوهم أنه بالكسر فعبر بالآمر ، وهو سهو يؤيده ما قال أبو اليسر فى مبسوطه ، ولو كان المكره الآمر صبيا أو مجنونا لم يجب القصاص على أحد ، لأن القاتل فى الحقيقة هذا الصبى أو المجنون وهو ليس بأهل لوجوب العقوبة عليه .

أقول : ولم يذكر الشراح حكم الدية فى هذه الصورة وفى الخانية تجب على عاقلة المكره أى بالكسر فى ثلاث سنين (قوله لأن القاتل كالآلة) أى فيما يصلح آلة وهو الإتلاف . بخلاف الإثم لأنه بالجناية على دينه ، ولايقدر أحد أن يجنى على دين غيره ، وكذا لو أكره مسلم مجوسيا على ذبح شاة ، فإنه ينقل الفعل إلى المسلم الآمر فى حق الإتلاف ، فيجب عليه الضمان ، ولاينقل فى حق الحل فى الذبح فى الدين، وبالعكس يحل زيلعى ، ومثله فى المعراج فما فى الشرنبلالية من عكسه الحكم سهو فى النقل (قوله ونفاه أبو يوسف عنهما) . لكن أوجب الدية على الآمر فى ثلاث سنين خانية (قوله للشبهة) أى شبهة العدم فإن أحدهما قاتل حقيقة لاحكما والآخر بالعكس

---

(١) قوله (ويقتص الحامل) هكذا بخطه ولعله سقط من قلمه كلمة من والأصل من الحامل تأمل اه مصححه .

(٢) قوله (ويقتص المكره من الحامل) صورته : أكره رجل أخاه على قتل ابن الأخ فقتل المكره ابنه فيقتص من الحامل ويرث المكره ابنه والحامل وإذا كان قتلهما من جهته تأمل اه منه .

(ولو أكره على الزنا لايرخص له) لأن فيه قتل النفس بضياعها لكنه لايحد استحسانا ، بل يغرم المهر ولوطائعة لأنهما لايسقطان جميعا شرح وهبانية (وفى جانب المرأة يرخص) لها الزنا (بالإكراه الملجىء) لأن نسب الولد لاينقطع فلم يكن فى معنى القتل من جانبها بخلاف الرجل (لابغيره لكنه يسقط الحد فى زناها لازناه) لأنه لما لم يكن الملجىء رخصة له لم يكن غير الملجىء شبهة اه .

[فرع] ظاهر تعليلهم أن حكم اللواطة كحكم المرأة لعدم الولد فترخص بالملجىء إلا أن يفرق بكونها أشد حرمة من الزنا لأنها لم تبح بطريق ما ولكون قبحها عقليا ولذا لاتكون فى الجنة على الصحيح قاله المصنف.(وصح نكاحه وطلاقه وعتقه) لو بالقول.لابالفعل كشراء قريبه ابن كمال (ورجع بقيمة العبد- ونصف المسمى إن لم يطأ

وقال زفر : يقاد الفاعل لأنه المباشر (قوله ولو أكره) أى بملجىء ويدل عليه ما يجىء (قوله بضياعها) لأن ولد الزنا هالك حكما لعدم من يربيه ، فلا يستباح بضرورة ما كالقتل درر (قوله بل يغرم المهر) ولايرجع على المكره بشىء ، لأن منفعة الوطء حصلت للزانى كما لو أكره على أكل طعام نفسه جائعا تاترخانية (قوله لأنهما) أى المهر والحد لايسقطان جميعا فى دار الإسلام (.قوله لاينقطع) أى عن الأم (قوله لكنه يسقط الحد فى زناها) أى بغير الملجىء ، لأنه لما كان الملجىء رخصة لها كان غيره شبهة لها (قوله لأنه لما لم يكن الملجىء رخصة له الخ) تعليل لقوله لا زناه ، وإذا لم يرخص له يأثم فى الإقدام عليه وأما المرأة هل تأثم ذكر شيخ الإسلام إن أكرهت على أن تمكن من نفسها ، فمكنت تأثم وإن لم تمكن وزنى بها فلا وهذا لو بملجىء وإلا فعليه الحد بلا خلاف لاعليها ولكنها تأثم هندية (قوله ظاهر تعليلهم) أى بأنه لايرخص للرجل ، لأن فيه قتل النفس ويرخص للمرأة لعدم قطع النسب منها (قوله أن حكم اللواطة) أى من الفاعل والمفعول واو برجل ط (قوله فترخص بالملجىء) فى باب الإكراه من النتف لو أكره على الزنا واللواطة لايسعه وإن قتل اه فمنع اللواطة مع أنها لاتؤدى إلى هلاك الولد ولا تفسد الفراش اه مدنى الدين وظاهر إطلاق النتف يعم الفاعل والمفعول ط وقد ذكر فى المنح أيضا عبارة النتف (قوله لأنها لم تبح بطريق ما) بخلاف الوطء فى القبل فإنه يستباح بعقد وبملك فافهم (قوله ولكون قبحها عقليا) لأن فيها إذلالا للمفعول ويأبى العقل ذلك ، وقد انضم قبحها العقلى إلى قبحها طبعا ، فإنه محل نجاسة وفرث وإخراج لامحل حرث وإدخال وطهارة وإلى قبحها شرعا ط (قوله وصح نكاحه) فلو أكره عليه بالزيادة بطلت الزيادة وأوجبها الطحاوى ، وقال : يرجع بها على المكره بزازية (قوله أو بالقول لابالفعل الخ) تبع ابن الكمال فى ذكره ذلك هنا ، وصوابه ذكره بعد قوله ورجع بقيمة العبد ، لأن الفرق بينهما فى الرجوع وعدمه لافى صحة العتق وعبارة الأشباه سالمة من هذا الاشتباه حيث قال : أكره على الإعتاق فله تضمين المكره إلا إذا أكره على شراء من يعتق عليه باليمين أو بالقرابة اه .

وفى البزازية أكره على شراء ذى رحمه أو من حلف بعتقه وقيمته ألف على أن يشترى بعشرة آلاف ، فاشترى عتق ولزمه ألف لا عشرة ، لأن الواجب فيه القيمة لا الثمن ، ولايرجع بشىء على المكره لأنه دخل فى ملكه قبل ما خرج اه (قوله ورجع بقيمة العبد) يعنى فى صورة الإكراه على الإعتاق لأنه صلح له آلة فيه من حيث الإتلاف فانضاف إليه ابن كمال والولاء للمأمور لما مر عن الإتقانى ، ويرجع بالقيمة عليه ولو معسرا لأنه ضمان إتلاف ، ولايرجع المكره على العبد بما ضمن لوجوبه عليه بفعله ، ولاسعاية على العبد وتمامه فى الزيلعى (قوله ونصف المسمى إن لم يطأ) لأن ماعليه كان على شرف السقوط بوقوع الفرقة من جهتها بمعصية كالارتداد وتقبيل ابن الزوج ، وقد تأكد ذلك بالطلاق ، فكان تقريرا للمال من هذا الوجه فيضاف تقريره إلى المكره والتقرير

ونذره ويمينه وظهاره ورجعته وإيلاؤه وفيؤه فيه) أى فى الإيلاء بقول أو فعل (وإسلامه) ولو ذميا كما هو إطلاق كثير من المشايخ وما فى الخانية من التفصيل فقياس والاستحسان صحته مطلقا فليحفظ (بلا قتل لو رجع) للشبهة ، كما مر فى باب المرتد (وتوكيله بطلاق وعتاق)

كالإيجاب ، فكان متلفا له فيرجع عليه ، وقيد بالمسمى ، لأنه إن لم يكن مسمى فيه ورجع عليه بما لزمه من المتعة ابن كمال وقيد بقوله إن لم يطأ لأنه إن وطئ لا يرجع ، لأن المهر تقرر هنا بالدخول لا بالطلاق زيلعى ، والمراد بالوطء ما يعم الخلوة وفيه إشارة إلى أن الحامل أجنبى ، فلو كان زوجة لم يكن لها شيء عليه وهذا إذا أكرهت بالملجئ وأما بغيره فعليه نصف المهر كما فى الظهيرية قهستانى (قوله والنذر) أى بكل طاعة كالصوم والصدقة والعتق وغيرها ، لأنه مما لا يحتمل الفسخ فلا يتأتى فيه أثر الإكراه قهستانى لأنه من اللاتى هزلهن جد ولا يرجع على المكره بما لزمه لأنه لامطالب له فى الدنيا فلايطالب هو به فيها زيلعى (قوله ويمينه وظهاره) أى اليمين على الطاعة أو المعصية ، وذلك لأن اليمين والظهار لايعمل فيهما الإكراه ، لأنهما لايحتملان الفسخ ، فيستوى فيهما الجد والهزل زيلعى (قوله ورجعته) لأنها استدامة النكاح ، فكانت ملحقة به زيلعى (قوله وإيلاؤه وفيؤه فيه) لأن الإيلاء يمين فى الحال ، وطلاق فى المآل والفىء فيه كالرجعة فى الاستدامة ولو بانت بمضى أربعة أشهر ، ولم يكن دخل بها لزمه نصف المهر ، ولايرجع على المكره لتمكنه من الفىء فى المدة وكذا الخلع لأنه طلاق أو يمين من جانب الزوج ، وكل ذلك لايؤثر فيه الإكراه ثم إن كانت المرأة غير مكرهة لزمها البدل زيلعى. وفى البزازية أكرهت على أن قبلت من الزوج تطليقة بألف وقعت رجعية ولاشىء عليها (قوله بقول أو فعل) كذا قال أيضا فى شرحه على الملتقى ، والذى فى عامة الكتب كشروح الهداية وشروح الكنز والدرر والمنح تخصيصه القول ولعل وجهه كون الكلام فيما لايؤثر فيه الإكراه من الأقوال فليس التقييد احترازيا لأن الفعل أقوى من القول فإذا لم يحتمل القول الفسخ فالفعل أولى وهكذا يقال فى الرجعة تشمل القول والفعل لكن الكلام فى الأقوال تأمل (قوله وما فى الخانية من التفصيل) من أنه لو حربيا يصح ولو ذميا فلا ومثله فى مجمع الفتاوى عن المبسوط ، وجعل المستأمن كالذمى ، وبين فى المنح وجه الفرق بأن إلزام الحربى بالإسلام ليس بإكراه لأنه بحق بخلاف الذمى فإنه لا يجبر عليه (قوله والاستحسان صحته مطلقا) قال الرملى : وقد علم أن العمل على جواب الاستحسان إلا فى مسائل ليست هذه منها فيكون المعول عليه اهـ والفرق بينه وبين الكفر أن الإسلام يعلو ولايعلى عليه وهذا فى الحكم وفيما بينه وبين الله تعالى لايصير مسلما سائحانى (قوله وتوكيله بطلاق وعتاق الخ) مقتضاه أنه لو أكره على التوكيل بالنكاح يصح وينعقد ، ولكن لم أره منقولا كذا فى حاشية أبى السعود على الأشباه ، عن حاشية الشيخ صالح ، ويخالفه ما فى حاشية المنح للرملى حيث قال . أقول : لم يتعرض كغيره للنكاح ، ولم أر من صرح به ، والظاهر أن سكوتهم عنه لظهور أنه لا استحسان فيه بل هو على القياس اهـ :

أقول : علة الاستحسان تشمل جميع أنواع الوكالة ، فإنهم قالوا القياس أن لاتصح الوكالة لأنها تبطل بالهزل فكذا مع الإكراه كالبيع وأمثاله ، ووجه الاستحسان أن الإكراه لا يمنع انعقاد البيع ، ولكن يوجب فساده فكذا التوكيل ينعقد مع الإكراه والشروط الفاسدة لاتؤثر فى الوكالة لكونها من الإسقاطات ، فإذا لم يبطل نفذ تصرف الوكيل اهـ : ثم رأيت الرملى نفسه ذكر فى حاشيته على البحر فى باب الطلاق الصريح أن الظاهر أنه كالطلاق والعتاق لتصريحهم بأن الثلاث تصح مع الإكراه ، ثم ذكر ما قدمناه ثم قال : فانظر إلى علة الاستحسان

وما فى الأشباه من خلافه فقياس والاستحسان وقوعه والأصل عندنا أن كل مايصح مع الهزل يصح مع الإكراه لأن مايصح مع الهزل لا يحتمل الفسخ وكل مالا يحتمل الفسخ لايؤثر فيه الإكراه وعدها أبو الليث فى خزانة الفقه ثمانية عشر وعديناها فى باب الطلاق نظما عشرين (لا) يصح مع الإكراه (إبراؤه مديونه أو) إبراؤه (كفيله) بنفس أومال لأن البراءة لاتصح مع الهزل وكذا لوأكره الشفيع أن يسكت عن طلب الشفعة فسكت لا تبطل شفعته (و) لا (ردته) بلسانه وقلبه مطمئن بالإيمان (فلا تبين زوجته) لأنه لايكفر به

فى الطلاق تجدها فى النكاح فيكون حكمهما واحدا تأمل(١)اه .

ثم اعلم أن المكره يرجع على المكره استحسانا ولاضمان على الوكيل ، ولو أكره بملجىء على توكيل هذا ببيع عبده بألف ، وعلى الدفع إليه فباع الوكيل وأخذ الثمن فهلك العبد عند المشترى ، وهو والوكيل طائعان ضمن أى الثلاثة شاء ، فإن ضمن المشترى لايرجع بالقيمة على أحد بل بالثمن على الوكيل ، وإن ضمن الوكيل رجع على المشترى بالقيمة ، وهو عليه بالثمن ، فيتقاصان ويترادان الفضل ، وإن ضمن المكره رجع على المشترى أو على الوكيل ولو الإكراه بغير ملجىء لم يضمن المكره شيئا وإنما للمولى تضمين الوكيل القيمة ويتقاص مع المشترى بالثمن أو تضمين المشترى ، ثم لارجوع للمشترى على أحد اه ملخصا من الهندية عن المحيط (قوله وما فى الأشباه من خلافه) وهوعدم الوقوع بطلاق الوكيل وإعتاقه (قوله يصح مع الإكراه) أى فيما عدا مسألة الوكالة لما علمت من خروجها عن القياس (قوله لايؤثر فيه الإكراه) أى من حيث منع الصحة ، لأن الإكراه يفوت الرضا وفواته يؤثر فى عدم اللزوم وعدمه يمكن المكره من الفسخ ، فالإكراه يمكن المكره من الفسخ بعد التحقق فما لا يحتمل الفسخ لايعمل فيه الإكراه منح (قوله وعديناها) صوابه عددناها لأنه من العد لا من التعدية (قوله نظما) هو لصاحب النهر وعبارته هناك نظم فى النهر ما يصح مع الإكراه فقال :

طلاق وإيلاء ظهار ورجعة   نكاح مع استيلاد عفو عن العمد
رضاع وأيمان وفىء ونذره   قبول لإيداع كذا الصلح عن عمد
طلاق على جعل يمين به أتت   كذا العتق والإسلام تدبير للعبد
وإيجاب إحسان وعتق فهذه   تصح مع الإكراه عشرين فى العد

أقول : والتحقيق أنها خمسة عشر للتداخل ، ولأن قبول الإيداع ليس منها كما فى النهر والمذكور منها فى عامة الكتب عشرة نظمها ابن الهمام بقوله :

يصح مع الإكراه عتق ورجعة   نكاح وإيلاء طلاق مفارق
وفىء ظهار واليمين ونذره   وعفو لقتل شاب منه مفارق

وزدت عليه الخمسة الباقية بقولى :

رضاع وتدبير قبول لصلحه   كذلك إيلاد والاسلام فارق

(قوله أو إبراؤه كفيله) وكذا قبول الكفالة على ماأفتى به الحامدى وغيره ، وكذا قبول الحوالة على مافى حوالة البحر صائحانى (قوله لأن البراءة تصح مع الهزل) لأنها إقرار بفراغ الذمة فيؤثر فيها الإكراه (قوله لاتبطل شفعته) فإذا زال الإكراه فإن طلب عند ذلك وإلا بطلت ، وكذا لو أكره على تسليمها بعد طلبها لاتبطل هندية وغيرها (قوله ولا ردته الخ) ذكره ليفرع عليه قوله فلا تبين زوجته وإلا فقد مر مايغنى عنه (قوله لأنه لايكفر به)

---

(١) أقول : لكن تأمل هذا مع مايأتى من الهندية فإن الظاهر أن توكيله ببيع العبد لم يصح مع الإكراه ولذا كان له تضمين أى الثلاثة شاء ، ويبعد أن يقال لايصح بيع المكره ويصح توكيله بالبيع ، فعلم أن الاستحسان لايجرى فى جميع أنواع الوكالة ، فهذا يؤيد مابحثه الرملى أولا لكن قد يقال إن الاستحسان إنما هو فى الوكالة على نحو الطلاق والعتاق مما ليس من المعاوضات المالية والحاصل أن المحل محتاج إلى زيادة تحرير وهذا غاية ماوصل إليه فهمنا القاصر ، والله تعالى أعلم اه منه .

والقول له استحسانا .

قلت : وقدمنا على النوازل خلافه فلعله قياس فتأمل :

(أكره القاضى رجلا ليقر بسرقة أو بقتل رجل بعمد أو) ليقر (بقطع يد رجل بعمد فأقر بذلك فقطعت يده أو قتل) على ما ذكر (إن كان المقر موصوفا بالصلاح اقتص من القاضى وأن متهما بالسرقة معروفا بها وبالقتل لا) يقتص من القاضى استحسانا للشبهة خانية .

(قيل له إما أن تشرب هذا الشراب أو تبيع كرمك فهو إكراه إن كان شرابا لا يحل) كالخمر (وإلا فلا) قنية قال : وكذا الزنا وسائر المحرمات .

(صادره السلطان ولم يعين بيع ماله فباعه صح) لعدم تعينه والحيلة أن يقول من أين أعطى ولا مال لى فإذا

ذكر الضمير ، لأن المراد التلفظ اللسانى قال في الهداية : لأن الردة تتعلق بالاعتقاد ، ألا ترى لو كان قلبه مطمئنا بالإيمان لا يكفر ، وفى اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك (قوله والقول له) أى لو ادعت تبدل اعتقاده وأنكر هو فالقول له (قوله استحسانا) والقياس أن يكون القول قولها حتى يفرق بينهما لأن كلمة الكفر سبب لحصول الفرقة ، فيستوى فيه الطائع والمكره كلفظة الطلاق . ووجه الاستحسان أن هذه اللفظة غير موضوعة للفرقة ، وإنما تقع الفرقة باعتبار تغير الاعتقاد والإكراه دليل على عدم تغيره ، فلا تقع الفرقة ولهذا لا يحكم عليه بالكفر زيلعى (قوله وقدمنا عن النوازل الخ) الذى قدمه عن النوازل أنه إن ورى بانت قضاء فقط وإلا مع خطورها بباله بانت ديانة أيضا . وقدمنا أنه بقى قسم ثالث : وهو ما إذا لم يخطر بباله شىء أصلا وأتى بما أكره به مطمئنا ، فلا بينونة ولا كفر أصلا وصرح الزيلعى بأن هذا هو المراد بالمذكور فى المتن كما قدمناه فلا منافاة أصلا (قوله أكره القاضى) قيد به لأنه الذى يقيم الحدود فى العادة وإلا فكل متغلب كذلك ولا فرق بين كونه بملجىء أو غيره لما فى التاترخانية عن التجريد : أكره بضرب أو حبس حتى يقر بحد أو قصاص فهو باطل ، فإن خلاه ثم أخذه فأقر به إقرارا مستقبلا أخذ به (قوله على ماذكر) أى بناء على إقراره مكرها (قوله وإن متهما الخ) أى ولا بينة عليه هندية (قوله لا يقتص من القاضى استحسانا) ولكنه يضمن جميع ذلك فى ماله ، كما فى الهندية عن المحيط (قوله للشبهة) أى شبهة أنه فعل ما أقر به مع دلالة الحال عليه (قوله قيل له الخ) أى أكره بملجىء على فعل أحد هذين الفعلين (قوله فهو إكراه) أى فيخير بين الفسخ والإمضاء بعد زوال الإكراه ، لأن حرمة الشرب قطعية فلم يكن راضيا بالبيع تأمل . وهل يسعه الشرب ، وترك البيع ؟ الظاهر : نعم لأن الشرب يباح عند الضرورة تأمل : وفى الخالية : أكره بالقتل على الطلاق أو العتاق ، فلم يفعل حتى قتل لا يأثم ، لأنه لو صبر على القتل ولم يتلف مال نفسه يكون شهيدا فلأن لا يأثم إذا امتنع عن إبطال ملك النكاح على المرأة كان أولى اه (قوله وكذا الزنا وسائر المحرمات) أى لو أكرهه على البيع أو الزنا ونحوه فباع يكون مكرها ، وهذا فى الترديد بين محرم وغيره ، ولم يذكر لو ردد له بين محرمين أو غير محرمين . وفى الخانية : أكره بملجىء على كفر أو قتل مسلم لم يقد استحسانا ، وتجب الدية في ماله فى ثلاث سنين إن لم يعلم أنه يرخص له إجراء الكفر مطمئنا ، وإن علم قيل يقتل وقيل لا ، ولو على قتل أو زنا لا يفعل واحدا منهما لأن كلا لا يباح بالضرورة ، فإن زنى لا يحد استحسانا وعليه المهر ، وإن قتل يقتل الآمر لأنه لا يخرج عن كونه مكرها ولو على قتل أو إتلاف مال الغير له أن لا يتلف ولو المال أقل من الدية لأنه مرخص لا مباح . فإن قتل يقتل به إذ لا يرخص ، وإن أتلف ضمن الآمر ولو على طلاق قبل الدخول أو عتق غرم الآمر الأقل من قيمة العبد ومن نصف المهر وإن كان دخل لا يلزم الآمر شىء اه ملخصا (قوله صادره السلطان) أى طالبه بأخذ ماله قال فى القاموس : صادره على كذا طالبه به (قوله لعدم تعينه) أى البيع إذ يمكنه أداء ما طلبه منه بالاستقراض ونحوه (قوله والحيلة) أى ليكون بيعه فاسدا ولا بد فيه

قال الظالم بع كذا فقد صار مكرها فيه بزازية .

(خوفها الزوج بالضرب حتى وهبته مهرها لم تصح) الهبة (إن قدر الزوج على الضرب) وإن هددها بطلاق أو تزوج عليها أوتسر فليس بإكراه خانية وفى مجمع الفتاوى منع امرأته المريضة عن المسير إلى أبويها إلا أن تهبه مهرها فوهبته بعض المهر فالهبة باطلة ، لأنها كالمكره .

قلت : ويؤخذ منه جواب حادثة الفتوى : وهى زوج بنته البكر من رجل فلما أرادت الزفاف منعها الأب إلا أن يشهد عليها أنها استوفت منه ميراث أمها فأقرت ثم أذن لها بالزفاف فلايصح إقرارها لكونها فى معنى المكرهة وبه أفتى أبو السعود مفتى الروم قاله المصنف فى شرح منظومته تحفة الأقران فى بحث الهبة : (المكره بأخذ المال لايضمن) ما أخذه (إذا نوى) الآخذ وقت الأخذ (أنه يرد على صاحبه وإلا يضمن وإذ اختلفا) أى المالك والمكره (فى النية فالقول للمكره مع يمينه) ولايضمن مجتبى . وفيه المكره على الأخذ والدفع إنما يبرءه ما دام حاضرا عنده المكره ، وإلا لم يحل لزوال القدرة والإلجاء بالبعد منه وبهذا تبين أنه لاعذر لأعوان الظلمة فى الأخذ عند غيبة الأمير أو رسوله فليحفظ .

[فروع] أكره على أكل طعام نفسه إن جائعا لارجوع

أيضا من أن يكرهه على التسليم وقبض الثمن وإلا نفذ البيع كما مر متنا (قوله فقد صار مكرها فيه) أى فى البيع لما مر أن أمر السلطان إكراه وإن لم يتوعده فافهم (قوله بالضرب) قيده فى الخانية بالمتلف والظاهر أنه اتفاقى (قوله فليس بإكراه) لأن كل فعل من هذه الأفعال جائز شرعا والأفعال الشرعية لاتوصف بالإكراه ط .

قلت : نعم ولكن يدخل عليها غما يفسد صبرها ، ويظهر عذرها وقد مر أن البيع ونحوه يفسد بما يوجب غما بعدم هذه الرضا ، ويدل عليه مايذكره بعده ، فإن منع المريضة عن أبويها ومنع البكر عن الزفاف لا يغمها أكثر من الأفعال ولكن لامدخل للعقل مع النقل : هذا وقدمنا أن ظاهر قولهم الزوج سلطان زوجته أنه يكفى فيه مجرد الأمر حيث كانت تخشى منه الأذى والله تعالى أعلم (قوله وبه أفتى أبو السعود) وكذلك الرملى وغيره ونظمه فى فتاواه بقوله :

ومانع زوجته عن أهلها   لتهب المهر يكون مكرها
كذاك منع والد لبنته   خروجها لبعلها من بيته

ثم قال : وأنت تعلم أن البيع والشراء والإجارة كالإقرار والهبة وأن كل من يقدر على المنع من الأولياء ، كالأب للعلة الشاملة فليس قيدا ، وكذلك البكارة ليست قيدا كما هو مشاهد فى ديارنا من أخذ مهورهن كرها عليهن حتى من ابن ابن العم وإن بعد وإن منعت أضربها أو قتلها اه (قوله المكره بأخذ المال) الأولى التعبير بعلى ط (قوله لايضمن) بل الضمان على الآمر (قوله فالقول للمكره مع يمينه) لإنكاره الضمان ومثله لو أكره على قبول الوديعة أو الهبة وقال : قبضتها لأردها إلى مالكها كما فى الخانية (قوله مادام حاضرا عنده المكره) قال فى الهندية عن المبسوط : فإن كان أرسله ليفعل فخاف أن يقتله إن ظفر به إن لم يفعل لم يحل ، إلا أن يكون رسول الآمر معه على أن يرده عليه إن لم يفعل ، ولو لم يفعل حتى قتل كان فى سعة إن شاء الله تعالى ، ولو هدده بالحبس أو القيد لم يسعه الإقدام اه (قوله لزوال القدرة والإلجاء بالبعد) لكن يخاف عوده وبه لايتحقق الإكراه بزازية (قوله إن جائعا لارجوع) فإن قلت : يشكل بما لوكان الطعام للغير حيث يضمن الآمر مع أن النفع للمأمور، قلت: هناك أكل طعام الآمر ، لأن الإكراه على الأكل إكراه على القبض ، لعدم إمكانه بدونه فكأنه قبضه وقال له كل وهنا لايمكن جعل الآمر غاصبا قبل الأكل ، لأنه لايمكن وهو فى يده أو فمه فصار آكلا طعام

وإن شبعانا رجع بقيمته على المكره لحصول منفعة الأكل له فى الأول لا الثانى :

قال أهل الحرب لنبى أخذوه : إن قلت لست بنبى تركناك وإلا قتلناك لايسعه قول ذلك وإن قيل لغير نبى إن قلت هذا ليس بنبى تركنا نبيك وإن قلت نبى قتلناه وسعه لامتناع الكذب على الأنبياء :

قال حربى لرجل إن دفعت جاريتك لأزنى بها دفعت لك ألف أسير لم يحل :

أقر بعتق عبده مكرها لم يعتق فى الأصح وهل الإكراه بأخذ المال معتبر شرعا ظاهر القنية نعم وفى الوهبانية :

إن يقل المديون إلى مرافع لتبرئ فالإكراه معنى مصور

وصح قوله إلى مرافع الخ قد غيرت بيت الوهبانية إلى قولى :

وإن يقل المديون إن لم تهبه لى أرافعك فالإكراه معنى مصور

فى الاستحسان إسلام مكره ولا قتل إن يرتد بعد ويجبر اهـ منه

كتاب الحجر

(هو) لغة : المنع

نفسه إلا أنه إن كان شبعانا فقد أكره على إتلاف ماله فيضمن الآمر بزازية ملخصا (قوله وإن شبعانا) صرفه لأن مؤنثه قابل للتاء كما فى القاموس فافهم (قوله لامتناع الكذب على الأنبياء) تعليل لقوله لايسعه ، أى لأن قول النبى حجة على الخلق فلا يباح الكذب بخلاف غيره فلذلك يسعه خانية (قوله لم يحل) أى دفع الجارية ، لأن هذا ليس إكراها حتى يرخص لها الزنا ، ولم يكره على الدفع : وأما الأسارى فالله تعالى قادر على تخليصهم وتصبيرهم على بليتهم ط (قوله لم يعتق) لأن الإقرار يفسده الإكراه كما مر ، وكذا لو أكره ليقر بطلاق أو نذر أو حد أو قطع أو نسب لايلزمه شئ خانية (قوله ظاهر القنيـة نعم) وعبارتها ف ع متغلب قال لرجل : إما أن تبيعنى هذه الدار أو أدفعها إلى خصمك فباعها منه ، فهو بيع مكره إن غلب على ظنه تحقيق ما أوعده ، قال رضى الله تعالى عنه : فهذه إشارة إلى أن الإكراه بأخذ المال إكراه شرعا وفى بط ألفاظ متعارضة الدلالة ولم أجد فيه رواية إلا هذا القدر اهـ وظاهره عدم اشتراط كونه كل المال وقدمنا عن القهستانى مايخالفه . وفى الهندية عن المبسوط قال الفقيه أبو الليث : إن هدد السلطان وصى يتيم بملجئ ليدفع ماله إليه ففعل لم يضمن ، ولو بأخذ مال نفسه إن علم أنه يأخذ بعض ماله ويترك مايكفيه لايسعه ، فإن فعل ضمن مثله وإن خشى أخذ جميع ماله فهو معذور وإن أخذه السلطان بنفسه لاضمان على الوصى فى الوجوه كلها (.قوله إلى مرافع) أى مرافعك للحاكم أى وكان ظالما يؤذى بمجرد الشكاية كما فى القنية (قوله لتبرئ) ظاهره أنه علة للمرافعة ولا يصح ، لأن المعنى إنلم تبرئنى أرافعك فالعلة عدم الإبراء ، ويمكن جعله علة لقوله وإن يقل لكن كان الظاهر أن يقال ليبرئ بضمير الغائب تأمل (قوله وصح) إلى آخر البيت مكرر مع قوله المار وإسلامه سوى قوله ويجبر أى على الإسلام بالحبس والله سبحانه وتعالى أعلم :

كتاب الحجر

أورده بعد الإكراه ، لأن فى كل سلب ولاية المختار عن الجرى على موجب الاختيار والإكراه أقوى ، لأن فيه السلب ممن له اختيار صحيح وولاية كاملة فكان بالتقديم أحرى (قوله هو لغة المنع) يقال حجر عليه حجرا من باب قتل منعه من التصرف ، فهو محجور عليه والفقهاء يحذفون الصلة تخفيفا ومنه سمى الحطيم حجرا بالكسر ،

مطلقا وشرعا : (منع من نفاذ تصرف قولى) لافعلى لأن الفعل بعد وقوعه لايمكن رده فلا يتصور الحجر عنه : قلت : يشكل عليه الرقيق لمنع نفاذ فعله فى الحال بل بعد العتق كما صرح به فى البدائع

لأنه منع من الكعبة وكذا العقل لمنعه من القبائح (قوله مطلقا) ولو عن الفعل أو عما هو مطلوب ط (قوله وشرعا منع من نفاذ تصرف قولى) أى من لزومه فإن عقد المحجور ينعقد موقوفا ، والنافذ أعم من اللازم قهستانى : وقدمنا مافيه فى الإكراه :

والحاصل أن المنع من ثبوت حكم التصرف فلا يفيد الملك بالقبض ، وفيه أنه لايشمل سوى العقود الدائرة بين النفع والضر ، مع أن القول قد يلغو أصلا كطلاق الصبى ، وقد يصح كطلاق العبد فالمناسب فى تعريفه مافى الإيضاح بقوله : وفى اصطلاح الفقهاء عبارة عن منع مخصوص بشخص مخصوص عن تصرف مخصوص أو عن نفاذه : وتفصيله أنه منع للرقيق عن نفاذ تصرفه الفعلى الضار وإقراره بالمال فى الحال ، وللصغير والمجنون عن أصل التصرف القولى إن كان ضررا محضا وعن وصف نفاذه إن كان دائرا بين الضرر والنفع اهـ وكتب فى هامشه الحجر على مراتب أقوى ، وهو المنع عن أصل التصرف ، ومتوسط وهو المنع عن وصفه وهو النفاذ وضعيف وهو المنع عن وصف وصفه وهو كون النفاذ حالا اهـ وقد أدخل فى التعريف المنع عن الفعل كما ترى ، ودخل فيه نحو الزنا والقتل فى حق الصبى والمجنون ، فإنه محجور عليهما بالنسبة لحكمه ، وهو الحد والقصاص كما فى الجوهرة ، ويظهر لى أن هذا هو التحقيق ، فإنه إن جعل الحجر هو المنع من ثبوت حكم التصرف ، فما وجه تقييده بالقولى ونفى الفعلى ، مع أن لكل حكما ؟ وبهذا يندفع ما استشكله الشارح من أصله . وأما ماعلل به من قوله لأن الفعل بعد وقوعه ، لايمكن رده نقول الكلام فى منع حكمه لامنع ذاته ، ومثله القول لايمكن رده بذاته بعد وقوعه بل رد حكمه :

فإن قلت : قيد بالقولى لأن الأفعال لايحجر عنها كلها فإن مايوجب الضمان منها يؤاخذ بها . قلت : وكذلك القول بعضه غير محجور عنه كالذى تمحض نفعا كقبول الهبة والهدية والصدقة إلا أن يفرق بالقلة والكثرة فليتأمل (قوله لمنع نفاذ فعله فى الحال) كاستهلاكه للأموال فإنه صدق عليه منع النفاذ فى الحال ، مع أنه فعل لاقول ، ونفاذه فى المآل لاينافى وجود المنع فى الحال ، وإلا لزم أن لايصح قولنا محجور عن الإقرار مثلا فى حق المولى فافهم وهذا من المنع عن وصف الوصف كما قدمناه (قوله بل بعد العتق الخ) أى بل ينفذ بعده ، لأن توقفه كان لحق المولى وقد زال .

ثم اعلم أن الذى يتوقف هو إقراره بالمال كما يأتى وكذا مطالبته بالمهر لو تزوج بلا إذن مولاه ودخل بها كما ذكره الزيلعى فى باب نكاح الرقيق وكأنه لما كان برضاها صارت راضية بتأخير المهر : وأما ماذكره عن البدائع تبعا لابن الكمال ، من أنه لو أتلف مال الغير لايؤاخذ به فى الحال ، فهو المتبادر من التبيين والدرر ، ويخالفه مانقله المصنف عن ابن ملك من أنه مؤاخذ فى الحال بما استهلكه . وسيأتى مثله فى المأذون عن العمادية قال الرملى : ومثله فى النهاية والجوهرة والبزازية والخلاصة والولوالجية ثم قال : والحاصل أن النقل مستفيض فى هذه المسألة بالضمان فى الحال فيباع أو يفديه المولى اهـ ملخصا . ومثله فى الحامدية عن السراج ثم قال : وفى التاترخانية من الكفالة : فإن كان له كسب يوفى ذلك من كسبه وإلا تباع رقبته بدين الاستهلاك إلا أن يقضيه المولى اهـ وفى القنية من باب أمر الغير بالجناية رامزا لبكر خواهر زاده : عبد محجور جنى على مال فباعه المولى بعد علمه بالجناية ، فهو فى رقبة العبد يباع فيها على من اشتراه بخلاف الجناية على النفس . وفى التاترخانية من التاسع من الجنايات فرق بين الجناية على الآدمى وبين الجناية على المال ، ففى الأول خير المولى بين الدفع والفداء وفى الثانى خير بين الدفع

اللهم إلا أن يقال الأصل فيه ذلك لكنه أخر لعتقه لقيام المانع فتأمل .

(وسببه صغر وجنون) يعم القوى والضعيف كما فى المعتوه وحكمه كمميز كما سيجىء فى المأذون (ورق فلايصح طلاق صبى ومجنون مغلوب) أى لايفيق بحال وأما الذى يجن ويفيق فحكمه كمميز نهاية (و) لا (إعتاقهما

والبيع اهـ (قوله اللهم إلا أن يقال) أى فى الجواب عن الإشكال وهذه الصيغة تؤتى فى صدر جواب فيه ضعف كأنه يطلب من الله تعالى صحته (قوله الأصل فيه ذلك) أى الأصل فى فعله النفاذ فى الحال لما يأتى أن الرق ليس بسبب للحجر فى الحقيقة (قوله لكنه) أى النفاذ أخر لعتقه أى لوقت عتقه أو إليه لقيام المانع وهو حق المولى (قوله وسببه صغر وجنون) اعلم أن الله تبارك وتعالى جعل بعض البشر ذوى النهى ، وجعل منهم أعلام الدين وأئمة الهدى ومصابيح الدجا ، وابتلى بعضهم بما شاء من أسباب الردى كالجنون الموجب لعدم العقل والصغر والعته الموجبان(١) لنقصانه ، فجعل تصرفهما غير نافذ بالحجر عليهما ، ولولا ذلك لكان معاملتهما ضررا عليهما بأن يستجر من يعاملهما مالهما باحتياله الكامل ، وجعل من ينظر فى مالهما خاصا كالأب وعاما كالقاضى ، وأوجب عليه النظر لهما ، وجعل الصبا والجنون سببا للحجر عليهما كل ذلك رحمة منه ولطفا والرق ليس بسبب للحجر فى الحقيقة لأنه مكلف محتاج كامل الرأى كالحر غير أنه وما فى يده ملك المولى ، فلا يجوز له أن يتصرف لأجل حق المولى والإنسان إذا منع عن التصرف فى ملك الغير لايكون محجورا عليه كالحر ، لايقال إنه محجور عليه ، مع أنه ممنوع عن التصرف فى ملك الغير ، ولهذا يؤخذ العبد بإقراره بعد العتق ، لزوال المانع وهو حق المولى ولعدم نفوذه فى الحال وتأخره إلى مابعد الحرية جعله من المحجور عليهم زيلعى (قوله يعم القوى والضعيف) أشار إلى أن سبب الحجر هو مطلق الجنون كما فى الإيضاح ، وأراد بالقوى المطبق وبالضعيف غيره ، أو أراد بالقوى القسمين وبالضعيف العته فقوله : كما فى المعتوه الكاف فيه للتنظير على الأول ، وللتمثيل على الثانى تأمل . واختلفوا فى تفسير المعتوه وأحسن ماقيل فيه هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير إلا أنه لايضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون درر (قوله وحكمه كمميز) أى حكم المعتوه كالصبى العاقل فى تصرفاته وفى رفع التكليف عنه زيلعى (قوله فلا يصح طلاق صبى) أى ولو مميزا (قوله ومجنون مغلوب الخ) قد يذكر هذا القيد ويراد به الغلبة على العقل ، فيحترز به عن المعتوه كما وقع فى الهداية ، حيث قال : ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال ، وقد يراد به من صار مغلوبا للجنون ، بحيث لايفيق أى لايزول عنه مابه من الجنون قويا كان أو ضعيفا ، فيدخل فيه المعتوه ويحترز به عمن يجن ويفيق فإنه يجوز تصرفه على مايأتى فمن احترز به عن المعتوه فقد وهم لظنه أن المراد فى الكلامين واحد مع أن طلاق المعتوه أيضا لايصح كذا أفاده ابن الكمال وتبعه الشارح (قوله وأما الذى يجن ويفيق فحكمه كمميز) ومثله فى المنح والدرر وغاية البيان وكذا فى المعراج حيث فسر المغلوب بالذى لايعقل أصلا ثم قال : واحترز به عن المجنون الذى يعقل البيع ويقصده فإن تصرفه كتصرف الصبى العاقل على مايجىء فيتوقف إلى إجازة الولى اهـ وهذا هو المعتوه كما قدمناه وبه صرح فى الكفاية ، وجعله الزيلعى فى حال إفاقته كالعاقل والمتبادر منه أنه كالعاقل البالغ ، وبه اعترض الشرنبلالى على الدرر ، فلا تتوقف تصرفاته ووفق بينهما الرحمتى والسائحانى بحمل ماهنا على ماإذا لم يكن تام العقل فى حال إفاقته . وما ذكره الزيلعى على ماإذا كان تام العقل ووفق الشلبى فى حاشية الزيلعى بحمل ماهنا على ما إذا لم يكن لإفاقته وقت معلوم ، وما فى شرح الزيلعى على ماإذا كان لها وقت معلوم : أى لأنه فى الأول لايتحقق صحوه . أقول والذى يحل عقدة الإشكال ماقدمناه عن

---

(١) (قوله الموجبان) هكذا بخطه ولعل الظاهر الموجبين كما لايخفى اهـ مصححه .

وإقرارهما) نظرا لهما (وصح طلاق عبد وإقراره فى حق نفسه فقط) لاسيده (فلو أقر بمال أخر إلى عتقه) لو لغير مولاه ولو له هدر (وبحد وقود أقيم فى الحال) لبقائه على أصل الحرية فى حقهما (ومن عقد) عقدا يدور بين نفع وضر كما سيجىء فى المأذون (منهم)

ابن الكمال فإنه إن أريد بالمغلوب من غلب على عقله : أى الذى لايعقل أصلا فيراد بالذى يجن ويفيق ناقص العقل وهو المعتوه كما صرح به صاحب الكفاية وغيره حيث قال : والمجنون الذى يجن ويفيق، وهو المعتوه الذى يصلح وكيلا عن غيره ، وهو قد يعقل البيع ، ويقصده وإن كان لايرجح المصلحة على المفسدة اهـ ومعنى إفاقته على هذا أنه يعقل بعض الأشياء دون بعض والمعتوه فى تصرفاته كمميز كما مر فلهذا جعله شراح الهداية مثله وإن أريد به من لايفيق من جنونه الكامل أو الناقص، فيحترز به عمن يفيق أحيانا أى يزول عنه مابه بالكلية، وهذا كالعاقل البالغ فى تلك الحالة ، وهو محمل كلام الزيلعى ، ومنشأ الاشتباه عدم التفرقة بين الكلامين فاغتنم هذا التحقيق وبالله التوفيق . وبه ظهر أنه كان ينبغى للشارح أن يقول : فحكمه كعاقل أى فى حال إفاقته كما قاله الزيلعى ليظهر للتقييد بالمغلوب فائدة فإنه حيث كان غير المغلوب كمميز لايصح طلاقه ولا إعتاقه كالمغلوب ، وأما مانقله عن النهاية فهو موافق لعبارة الهداية حيث لم يخصص فيها بعض التصرفات بالذكر .

والحاصل أنه يتعين أن يحترز بالمغلوب فى عبارة الهداية عن المعتوه وفى عبارة المصنف عن الذى زال مابه بالكلية فتدبر (قوله وإقرارهما) أى المغلوب والصبى والمراد الصبى المحجور ، فلو مأذونا يصح إقراره كالمعتوه والعبد المأذون كما يأتى آخر كتاب المأذون (قوله نظرا لهما) علة لقوله لايصح (قوله وصح طلاق عبد)لأنه أهل ويعرف وجه المصلحة فيه ، وليس فيه إبطال ملك المولى ، ولا تفويت منافعه درر (قوله فى حق نفسه فقط) قيل الواجب إسقاطه ليكون التفصيل الآتى بيانا لإجمال صحة الإقرار اهـ تأمل (قوله لاسيده) أى لافى حق سيده رعاية لجانبه لأن نفاذه لايعرى عن تعلق الدين برقبته أو كسبه وكلاهما إتلاف ماله درر (قوله فلو أقر) أى العبد المحجور لأن الكلام فيه ، وقد علم من عدم صحة إقرار الحر الصغير عدم صحة إقرار العبد الصغير بالأولى (قوله أخر إلى عتقه)لوجود الأهلية حينئذ وارتفاع المانع (قوله هدر) أى لايلزمه شىء بعد عتقه لما تقرر أن المولى لايستوجب على عبده مالا درر (قوله وبحد وقود) أى بما يوجبهما والواو بمعنى أو ولهذا أفرد الضمير فى قوله أقيم (قوله أقيم فى الحال) وحضرة المولى ليست بشرط ، وهذا إذا أقر وأما إذا أقيم عليه البينة فحضرة المولى شرط عندنا وقال أبو يوسف : ليست بشرط جوهرة ، وفيها قتل رجلا عمدا ووجب القصاص فأعتقه المولى لايلزمه شىء ، ولو كان للقتيل وليان فعفا أحدهما بطل حقه وانقلب نصيب الآخر مالا وله أن يستسعى العبد فى نصف قيمته ، ولا يجب على المولى شىء لأنه انقلب مالا بعد الحرية، ويجب نصف القيمة لأن أصل الجناية كان فى حال الرق : ولو أقر بقتل خطأ لم يلزم المولى شىء وكان فى ذمة العبد يؤخذ به بعد الحرية كذا فى الخجندى . وفى الكرخى إقراره بجناية الخطأ وهو مأذون أو محجور باطل فإن أعتق لم يتبع بشىء من الجناية اهـ وسيأتى تمامه فى كتاب الجنايات إن شاء الله تعالى (قوله فى حقهما) أى الحد والقود لأنهما من خواص الآدمية وهو ليس بمملوك من حيث إنه آدمى وإن كان مملوكا من حيث إنه مال ، ولهذا لايصح إقرار المولى عليه بهما وإذا بقى على أصل الحرية فيهما ينفذ إقراره لأنه أقر بما هو حقه وبطلان حق المولى ضمنى كفاية (قوله يدور بين نفع وضر) أما النفع المحض فيصح كقبوله الهبة والصدقة وكذا إذا آجر نفسه ومضى على ذلك العمل وجبت الأجرة استحسانا ويصح قبول بدل الخلع من العبد المحجور بغير إذن المولى ، لأنه نفع محض ، وتصح عبارة الصبى فى مال غيره وطلاقه وعتاقه إذا كان وكيلا جوهرة

من هؤلاء المحجورين (وهو يعقله) يعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب (أجاز وليه أورد) وإن لم يعقله فباطل نهاية (وإن أتلفوا) أى هؤلاء المحجورين سواء عقلوا أولا درر (شيئا) مقوّما من مال أو نفس (ضمنوا) إذ لاحجر فى الفعلى لكن ضمان العبد بعد العتق على١٠ مر : وفى الأشباه : الصبى المحجور مؤاخذ بأفعاله فيضمن ما أتلفه من المال للحال وإذا قتل فالدية على عاقلته إلا في مسائل : لو أتلف ما اقترضه وما أودع عنده بلا إذن وليه وما أعير له وما بيع منه بلا إذن ويستثنى من إيداعه ما إذا أودع صبى محجور مثله وهى ملك غيرهما

(قوله من هؤلاء المحجورين) المراد الصبى والرقيق فأطلق لفظ الجمع على الاثنين كقوله تعالى — فإن كان له أخوة — والمراد أخوان وقيل المراد العبد والصبى والمجنون الذى يفيق جوهرة (قوله يعرف أن البيع سالب الخ) سيأتى فى المأذون قبيل آخر وزاد فى الجوهرة : ويعلم أنه لايجتمع الثمن والمثمن فى ملك واحد قال فى شاهان : ومن علامة كونه غير عاقل إذا أعطى الحلوانى فلوسا فأخذ الحلوى وبقى يقول أعطنى فلوسى وإن ذهب ولم يسترد الفلوس فهو عاقل اه (قوله أجاز وليه) أى إن لم يكن فيه غبن فاحش ، فإن كان لايصح وإن أجازه الولى بخلاف اليسير جوهرة وسيأتى بيان الولى آخر المأذون وأنه يصح إذن القاضى وإن أبى الأب (قوله أى هؤلاء المحجورين) صوابه المحجورين (قوله ضمنوا) فلو أن ابن يوم انقلب على قارورة إنسان مثلا فكسرها يجب الضمان عليه فى الحال ، وكذا العبد والمجنون إذا أتلفا شيئا لزمهما ضمانه فى الحال كذا فى النهاية ويوافقه مافى الكافى عزمية (قوله لكن ضمان العبد بعد العتق) يعنى فى إتلافه المال أما فى النفس فيقتص منه فى الحال إن جنى على النفس بما يوجب القصاص ويدفع أو يفدى إن جنى عليها بما لايوجب القصاص أو جنى على الطرف عمدا أو خطأ ح (قوله على مامر) أى عن البدائع وعلمت أنه مخالف لما فى النهاية وغيرها ووفق بينهما ط والسائحانى بحمل مافى البدائع على ما إذا ظهر بإقراره لما فى الغاية إذا كان الغصب ظاهرا يضمن فى الحال فيباع فيه ، ولو ظهر بإقراره لايجب إلا بالعتق كذا قال الفقيه (قوله مؤاخذ بأفعاله) هذا من باب خطاب الوضع ، وهو لايتوقف على التكليف لأن الخطاب نوعان خطاب وضع وخطاب تكليف كما فى جمع الجوامع (قوله وإذا قتل) أى الصبى المحجور وليس التقييد بالحجر فى هذه احترازيا حتى لو كان مأذونا له فى التجارة فالحكم كذلك أبو السعود على الأشباه (قوله إلا فى مسائل) استثناء من قوله فيضمن أى فلا يضمن فى هذه ، لأنه مسلط من المالك كما أفاده فى الأشباه . لكن فى أبى السعود عن القنية أنها ضمان عقد عندهما ، والصبى ليس من أهل إلزام الضمان ، وعند أبى يوسف ضمان فعل وهو من أهل التزام الفعل اه. وفى التاترخانية : أودع صبيا أو عبداً مالا فاستهلكه لم يضمن عند محمد وقال أبو يوسف : يضمن العبد بعد العتق والصبى بعد زوال الحجر اه فتأمل وسنذكر له تتمة آخر كتاب المأذون (قوله لو أتلف مااقترضه) أطلق الجواب فى نسخ أبى حفص ، وفى نسخ أبى سليمان أنه قولهما وفى قول أبى يوسف : هو ضامن وهو الصحيح بيرى عن الذخيرة والظاهر أنه تصحيح لنقل الخلاف لالقول أبى يوسف تأمل قال أبو السعود عن شرح تنوير الأذهان : ولو أتلف مال غيره بلا سبق إيداع أو إقراض ضمن بالإجماع (قوله وما أودع عنده) احترز به عما إذا أتلف ماأودع عند أبيه ، فإنه يضمنه وأطلق عدم الضمان فى الوديعة وهو مقيد بما سوى العبد والأمة ، أما إذا كانت عبدا أو أمة واستهلكه يضمن إجماعا بيرى عن البدائع قال الحموى : وفى أحكام الصغار للأسروشنى مايخالفه حيث قال : صبى محجور أودع عبدا فقتله فعلى عاقلته القيمة ولو طعاما فأكله لايضمن اه .

قلت : وقد يوفق بأن الضمان إجماعاً على العاقلة تأمل (قوله بلا إذن وليه) يغنى عنه مابعده فلو أذن وليه فى أخذ الوديعة يضمن اتفاقا كما فى المصنى أبو السعود (قوله ويستثنى من إيداعه الخ) يستثنى أيضا ما إذا كانت عبدا بناء على مافى البدائع (قوله مثله) أى صبيا محجورا وهو بالنصب مفعول أول لأودع والثانى محذوف .

فللمالك تضمين الدافع والآخذ (ولا يحجر حر مكلف بسفه) هو تبذير المال وتضييعه على خلاف مقتضى الشرع أو العقل درر ولو في الخير كأن يصرفه في بناء المساجد ونحو ذلك فيحجر عليه عندهما وتمامه في فوائد شتى في الأشباه (وفسق ودين) وغفلة (بل) يمنع (مفت ماجن) يعلم الحيل الباطلة كتعليم الردة لتبين من زوجها أو لتسقط عنها الزكاة (وطبيب جاهل ومكار مفلس

أى وديعة (قوله فللمالك تضمين الدافع أو الآخذ) قال فى جامع الفصولين وهى من مشكلات إيداع الصبى ، وأجاب فى الأشباه بأنه لم يوجد فيها التسليط من مالكها بخلاف مامر وأورد عليه بأنه وجد التسليط بنفس الدفع إلى الأول كما في الحموى .

قلت : مدفوع إذ لو دفعه المالك إلى الأول لم يكن له تضمينه كما مر فى المستثنيات (قوله ولا يحجر حر الخ) فى بعض النسخ على حر .

واعلم أن الحجر عند أبى حنيفة على الحر العاقل البالغ لايجوز بسبب السفه والدين والفسق والغفلة وعندهما يجوز بغير الفسق ، وعند الشافعى يجوز بالكل كفاية ، وأما الحجر على المفتى الماجن وأخويه فليس بحجر اصطلاحى كما يأتى وظاهر الدرر أن عندهما أيضا يحجر عليه بالفسق ، وهو مخالف لعامة الكتب كما نبه عليه فى العزمية وكلام المصنف والشارح هنا مجمل فتأمل (قوله هو تبذير المال الخ) فارتكاب غيره من المعاصى كشرب الخمر والزنا لم يكن من السفه المصطلح فى شىء قهستانى ، والمراد أنه كان رشيدا ثم سفه لما يأتى متنا أنه لو بلغ غير رشيد لم يسلم إليه ماله الخ (قوله على خلاف مقتضى الشرع أو العقل) كالتبذير والإسراف فى النفقة وأن يتصرف تصرفات لالغرض أو لغرض لايعده العقلاء من أهل الديانة غرضا كدفع المال إلى المغنين واللعابين وشراء الحمامة الطيارة بثمن غال والغبن فى التجارات من غير محمدة : وأصل المسامحات فى التصرفات والبر والإحسان مشروع إلا أن الإسراف حرام كالإسراف فى الطعام والشراب قال تعالى — إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا — كفاية (قوله فيحجر عليه عندهما) مستدرك مع ما يأتى مع عدم صحة التفريع أيضا ح (قوله وتمامه الخ) هو ماذكرناه آنفا عن الكفاية (قوله وفسق) أى من غير تبذير مال فإن الفاسق أهل للولاية على نفسه وأولاده عند جميع أصحابنا وإن لم يكن حافظا لماله قهستانى (قوله ودين) وإن زاد على ماله وطلب الغرماء من القاضى الحجر عليه قهستانى (قوله وغفلة) أى لايحجر على العاقل بسبب غفلة وهو ليس بمفسد ولا يقصده لكنه لايهتدى إلى التصرفات الرابحة فيغبن فى البياعات لسلامة قلبه زيلعى (قوله بل يمنع) أشار به إلى أنه ليس المراد به حقيقة الحجر ، وهو المنع الشرعى الذى يمنع نفوذ التصرف ، لأن المفتى لو أفتى بعد الحجر وأصاب جاز ، وكذا الطبيب لو باع الأدوية نفذ فدل أن المراد المنع الحسى كما فى الدرر عن البدائع (قوله ماجن) قال فى الجمهرة مجن الشىء يمجن مجونا إذا صلب وغلظ وقولهم رجل ماجن كأنه مأخوذ من غلظ الوجه وقلة الحياء وليس بعربى محض ابن كمال (قوله كتعليم الردة الخ) وكالذى يفتى عن جهل شرنبلالية عن الخانية (قوله وطبيب جاهل) بأن يسقيهم دواء مهلكا وإذا قوى عليهم لايقدر على إزالة ضرره زيلعى (قوله ومكار مفلس) بأن يكرى إبلا وليس له إبل ولا مال ليشتريها به ، وإذا جاء أوان الخروج يخفى نفسه جوهرة فمنع هؤلاء المفسدين للأديان والأبدان والأموال دفع إضرار بالخاص والعام ، فهو من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر كما فى القهستانى وغيره قيل وألحق بهذه الثلاثة ثلاثة أخرى : المحتكر ، وأرباب الطعام إذا تعدوا فى البيع بالقيمة ، وما لو أسلم عبداً لذمى وامتنع من بيعه باعه القاضى اه .

وعندهما يحجر على الحر بالسفه و) الغفلة و (به) أى بقولهما (يفتى) صيانة لماله وعلى قولهما المفتى به (فيكون فى أحكامه كصغير) ثم هذا الخلاف فى تصرفات تحتمل الفسخ ويبطلها الهزل وأما ما لا يحتمله ولا يبطله الهزل فلا يحجر عليه بالإجماع فلذا قال (إلا فى نكاح وطلاق وعتاق واستيلاد وتدبير

قلت : وباب الأمر بالمعروف أوسع من هذا تأمل نعم ينبغى ذكر المريض فإنه ممنوع عن التصرف فيما فوق الثلث .

[تنبيه] يعلم من هذا عدم جواز ماعليه أهل بعض الصنائع والحرف من منعهم من أراد الاشتغال فى حرفتهم وهو متقن لها أو أراد تعلمها فلا يحل التحجير كما أفتى به فى الحامدية (قوله وعندهما يحجر على الحر) أى العاقل البالغ. قال فى الجوهرة : ثم اختلفا فيما بينهما قال أبو يوسف : لا يحجر عليه إلا بحجر الحاكم ، ولا ينفك حتى يطلقه: وقال محمد : فساده فى ماله يحجره وإصلاحه فيه يطلقه والثمرة فيما باعه قبل حجر القاضى يجوز عند الأول لا الثانى (قوله بالسفه والغفلة) أى والدين كما يأتى وعبر بعضهم عن الغفلة بالفساد ليس المراد به الفسق فافهم قال فى الدر المنتقى : ويشترط لصحة الحجر عندهما القضاء بالإفلاس ، ثم الحجر بناء عليه ، ولا يشترط ذلك فى الحجر بالسفه مع كونه يعم جميع الأموال ؛ وأما الحجر بالدين فيخص المال الموجود ، حتى ينفذ تصرفه فى مال حدث بعده بالكسب كما يعلم من القهستانى والبرجندى فليحفظ اهـ .

وفى التاترخانية : الحجر بالدين يفارق الحجر بالسفه من وجوه ثلاثة : أحدها ، أن حجر السفيه لمعنى فيه وهو سوء اختياره لا لحق الغرماء بخلافه بسبب الدين فيفتقر للقضاء الثانى : أن المحجور بالسفه إذا أعتق عبدا ووجبت عليه السعاية وأدى لا يرجع بما سعى على المولى بعد زوال الحجر بخلاف المحجور بالإفلاس ؛ الثالث : أن المحجور بالدين لو أقر حالة الحجر ينفذ إقراره بعد زوال الحجر وكذا حالة الحجر فيما سيحدث له من المال حالة الحجر والمحجور بالسفه لا يجوز إقراره لا حال الحجر ولا بعده ولا فى المال القائم ولا الحادث اهـ ملخصا .

قلت : وزاد مامر من توقف الحجر بالدين على القضاء أى على قول أبى يوسف لكونه لحق الغرماء ، بخلاف الحجر بالسفه لأنه لحقه فلا يتوقف كما أشير إليه فيما مر وظاهر كلامهم ترجيحه على قول محمد (قوله به) أى بقولهما يفتى به صرح قاضيخان فى كتاب الحيطان ، وهو صريح فيكون أقوى من الالتزام كذا قال الشيخ قاسم فى تصحيحه : ومراده أن ماوقع فى المتون من القول بعدم الحجر على الحر مصحح بالالتزام وما وقع فى قاضيخان من التصريح بأن الفتوى على قولهما تصريح بالتصحيح فيكون هو المعتمد ، وجعل عليه الفتوى مولانا فى فوائده منح ، وفى حاشية الشيخ صالح ، وقد صرح فى كثير من المعتبرات بأن الفتوى على قولهما وفى القهستانى عن التوضيح أنه المختار اهـ وأفتى به البلخى وأبو القاسم كما ذكره فى المنح عن الخانية قبيل قوله الآتى والقاضى يحبس الحر المديون (قوله كصغير) أى يعقل ومثله البالغ المعتوه كما فى حواشى الأشباه (قوله إلا فى نكاح وطلاق) فإن سمى جاز منه مقدار مهر المثل وبطل الفضل، وإن طلقها قبل الدخول وجب نصف المسمى ؛ لأن التسمية صحيحة فى مقدار مهر المثل ، وكذا لو تزوج أربع نسوة أو تزوج كل يوم واحدة فطلقها لأن التزوج من حوائجه الأصلية زيلعى (قوله وعتاق) وعلى العبد أن يسعى فى قيمته عند محمد وهو الصحيح طورى (قوله واستيلاد) بأن ولدت جاريته فادعاه ثبت نسبه وصارت أم ولده وتعتق من جميع ماله بموته ولا تسعى هى ولا ولدها فى شىء لأن ثبوت نسب الولد شاهد لها ، ولو لم يكن معها ولد فقال هذه أم ولدى لم تبع وسعت بموته فى كل قيمتها بمنزلة المريض زيلعى وهى ثلث قيمتها قنا جوهرة (قوله وتدبير) ويسعى بموت المولى فهو رشيد فى قيمته

ووجوب زكاة) وفطرة (وحج وعبادات وزوال ولاية أبيه أو جده وفى صحة إقراره بالعقوبات وفى الإنفاق وفى صحة وصاياه بالقرب من الثلث فهو) أى فى هذه (كبالغ) وفى كفارة كعبد أشباه .

والحاصل أن كل ما يستوى فيه الهزل والجد ينفذ من المحجور ومالا فلا إلا بإذن القاضى خانية (فإن بلغ) الصبى (غير رشيد لم يسلم إليه ماله

مدبرا وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا وقيل نصفها وعليه الفتوى جوهرة لكن سيأتى صحة وصاياه بالقرب من الثلث والتدبير منها. وفى الطورى عن المحيط قال مشايخنا: هذا أى سعيه إذا كان أهل الصلاح يعدون هذه الوصية إسرافاً فإن كانوا لايعدونها إسرافاً بل معهودا حسنا لايسعى فى قيمته إذا كان يخرج من الثلث (قوله ووجوب زكاة) ويدفعها القاضى إليه ليفرقها لأنها عبادة لابد فيها من نيته ولكن يبعث معه أمينا كى لايصرفها فى غير وجهها هداية (قوله وفطرة) فيه أنها تجب على الصغير حتى لو لم يخرجها وليه وجب الأداء بعد البلوغ كما مر فى بابها فليست مما خالف فيها الصغير إلا أن يقال المخاطب بها وليه تأمل (قوله وحج) لأنه واجب بإيجاب الله تعالى من غير صنعه ولا يمنع من عمرة واحدة فيها استحسانا ولا من القران لأنه لايمنع من إفراد السفر لكل واحدة منهما ، فلا يمنع من الجمع بينهما للخلاف فى وجوبها ، ويسلم النفقة إلى ثقة لئلا يتلفها ، فإن جامع قبل الوقوف يدفع القاضى نفقة الرجوع ، ولا تلزمه الكفارة إلا بعد زوال الحجر ؛ وإن أفسد العمرة يقضيها بعد زواله أيضا وتمامه فى الجوهرة ولو أحرم بحجة تطوع دفع إليه من النفقة مقدار مالو كان فى منزله ، ويقال له إن شئت فاخرج ماشيا إلا أن يكون القاضى وسع فى النفقة فقال أنا أكرى بذلك الفضل وأنفق على نفسى فلا يمنع من ذلك طورى (قوله وعبادات) أى بدنية لامالية ولا مركبة منهما أيضا . ففى شرح المفتاح لابن السبكى : كل موضع يدعى فيه أنه من عطف العام على الخاص يراد بالعام ماعدا ذلك الخاص ؛ فيكون من عطف المباين قال : وهذا هو التحقيق حموى وبه صرح فى السعدية أبو السعود .

قلت : فيكون من العام المخصوص أو المراد به الخصوص وهل الأول حقيقة فى الباقى أو مجاز كالثانى ؟ خلاف بينته فى حاشية شرح المنار أول بحث العام هذا وفى استثناء الحج والعبادات نظر فإنها تصح من الصغير أيضا إلا أن يقال المراد صحتها على سبيل الوجوب تأمل (قوله وزوال ولاية أبيه أو جده) يعنى عدم ولايتهما عليه بخلاف الصغير حموى أى فإن ولايتهما عليه ثابتة (قوله وفى صحة إقراره بالعقوبات) كما لو أقر على نفسه بوجوب القصاص فى نفس أو فيما دونها حموى (قوله وفى الإنفاق) أى على نفسه وولده وزوجته ومن تجب عليه نفقته من ذوى أرحامه من ماله شرح تنوير الأذهان وفى بعض النسخ وفى الإيقاف من أوقف ، لكن فى الأشباه إن وقفه باطل واختلفوا فيما لو كان بإذن القاضى فصححه البلخى وأبطله أبو القاسم اهـ (قوله وفى صحة وصاياه بالقرب من الثلث) يعنى إذا كان له وارث والقياس أن لاتجوز وصيته كتبرعاته . وجه الاستحسان أن الحجر عليه لمعنى النظر له كى لايتلف ماله ويبقى كلا على غيره ، وذلك فى حياته لأنها ينفذ من الثلث بعد وفاته حال استغنائه وذلك إذا وافق وصايا أهل الخير والصلاح كالوصية بالحج أو للمساكين أو بناء المساجد والأوقاف والقناطر والجسور ؛ وأما إذا أوصى بغير القرب لاتنفذ عندنا طورى (قوله كبالغ) أى غير محجور وإلا فهو بالغ خ (قوله وفى كفارة كعبد) فلو حلف وحنث أو نذر نذراً من هدى أو صدقة أو ظاهر من امرأته لايلزمه المال ويكفر يمينه وغيرها بالصوم زيلعى (قوله والحاصل الخ) مستغنى عنه بقوله ثم هذا الخلاف الخ لكن أعاده لقوله إلا بإذن القاضى وإنما حصره به لما مر من زوال ولاية أبيه وجده (قوله لم يسلم إليه ماله الخ) هذا بالإجماع كما فى الكفاية ، وإنما الخلاف فى تسليمه له بعد خمس وعشرين سنة كما يأتى فلو بلغ مفسدا وحجر عليه أولا فسلمه إليه فضاع ضمنه

حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة فصح تصرفه قبله) أى قبل المقدار المذكور من المدة (وبعده يسلم إليه) وجوبا يعنى لو منعه منه بعد طلبه ضمن وقبل طلبه لاضمان كما يفيده كلام المجتبى وغيره قاله شيخنا (وإن لم يكن رشيدا)وقالا لايدفع حتى يؤنس رشده ولايجوز تصرفه فيه (والرشد) المذكور فى قوله تعالى – فإن آنستم منهم رشدا – (هو كونه مصلحا فى ماله فقط) ولو فاسقا قاله ابن عباس (والقاضى يحبس الحر المديون ليبيع ماله لدينه وقضى دراهم دينه من دراهمه) يعنى بلا أمره ، وكذا لو كان دنانير (وباع دنانيره بدراهم دينه وبالعكس استحسانا) لاتحادهما فى الثمنية (لا) يبيع القاضى (عرضه ولا عقاره) للدين

الوصى ، ولو دفعه إليه وهو صبى مصلح وأذن له فى التجارة فضاع فى يده لم يضمن كما فى المنح عن الخانية ؛ وفى حاشية أبى السعود معزوا للولوالجية : وكما يضمن بالدفع إليه وهو مفسد فكذا قبل ظهور رشده بعد الإدراك اه .

وسئل العلامة الشلبى : عمن بلغت وعليها وصى هل يثبت رشدها بمجرد البلوغ أم لابد من البينة؟ فأجاب : بأنه لايثبت إلا بحجة شرعية ومثله فى الخيرية : وفى شرح البيرى عن البدائع لابأس للولى أن يدفع إليه شيئا من ماله ويأذن له بالتجارة للاختبار فإن آنس منه رشدا دفع إليه الباقى (قوله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة) أى مالم يؤنس رشده قبلها (قوله فصح تصرفه قبله) الأولى التعبير بالواو كما فى الكنز لكن لما كان قوله لم يسلم إليه بمعنى المنع لأن العاقل البالغ لا يحجر عليه عند الإمام وإنما هذا منع للتأديب لا حجر صح التفريع فافهم (قوله ضمن) أى إذا هلك فى يده لتعديه فى المنع ، وأما إذا بلغ فمنعه قبل أن ينكشف حاله ويعلم رشده وصلاحيته بالاختبار فهلك لايضمن قال شهاب الدين الحلبى فى فتاواه : والواجب على الوصى أن لايدفع إليه المال إلا بعد الاختبار فإذا منعه لذلك كان منعا لواجب فلا يكون متعديا وفى الخانية مايشهد له رملى (قوله قاله شيخنا) يعنى الرملى فى حاشية المنح (قوله وإن لم يكن رشيدا) لأنه قد بلغ سنا يتصور أن يصير جدا ولأن منع المال عنه للتأديب فإذا بلغ هذا السن فقد انقطع رجاء التأدب زيلعى ملخصا (قوله وقالا لايدفع) أى وإن صار شيخا وبه قالت الأئمة الثلاثة معراج (قوله ولا يجوز تصرفه فيه) أى مالم يجزه القاضى على مامر ، وهذه ثمرة الخلاف ، وتظهر أيضا فى الضمان عندهما لو دفع إليه بعد مابلغ هذه المدة مفسدا إلا عنده (قوله فإن آنستم) أى عرفتم أو أبصرتم ذكره البكرى فى تفسيره ط (قوله هو كونه مصلحا فى ماله) هو معنى مافى البيرى عن التتف الرشيد عندنا أن ينفق فيما يحل ويمسك عما يحرم ولا ينفقه فى البطالة والمعصية ولا يعمل فيه بالتبذير والإسراف (قوله فقط) أى لافى دينه أيضا خلافا للشافعى رحمه الله (قوله ولو فاسقا) تأكيد لقوله فقط وأطلقه فشمل الفسق الأصلى والطارئ كما فى الهداية وهذا مالم يكن مفسدا لماله (قوله ليبيع ماله) أطلق المال فشمل المرهون والمؤجر والمعار ؛ وكل ماهو ملك له رملى ، ولا يكون ذلك إكراها لأنه بحق كما مر فى محله إذ هو ظالم بالمنع (قوله يعنى بلا أمره) لأن للدائن أن يأخذ بيده إذا ظفر بجنس حقه بغير رضا المدين فكان للقاضى أن يعينه زيلعى (قوله وكذا لو كان) أى كل من ماله ودينه وفى نسخ : كانا بضمير التثنية (قوله استحسانا) والقياس أن لايجوز لأن هذا الطريق غير متعين لقضاء الدين فصار كالعروض (قوله لاتحادهما فى الثمنية) بيان لوجه الاستحسان ، ولهذا يضم أحدهما إلى الآخر فى الزكاة مع أنهما مختلفان فى الصورة حقيقة وهو ظاهر ، وحكما لأنه لايجرى بينهما ربا الفضل ؛ فبالنظر للاتحاد يثبت للقاضى ولاية التصرف وبالنظر للاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الأخذ عملا بالشبهين ، بخلاف العروض ، لأن الأغراض تتعلق بصورها وأعيانها .

(خلافا لهما وبه) أى بقولهما ببيعهما للدين (يفتى) اختيار وصححه فى تصحيح القدورى ويبيع كل ما لايحتاجه فى الحال ولو أقر بمال يلزمه بعد الديون مالم يكن ثابتا ببينة أو علم قاض فيزاحم الغرماء كمال استهلكه إذ لاحجر فى الفعل كما مر .

أقول : ورأيت فى الحظر والإباحة من المجتبى رامزا مالصه : وجد دنانير مديونه وله عليه دراهم له أن يأخذه لاتحادهما جنسا فى الثمنية اه ومثله فى شرح تلخيص الجامع الكبير للفارسى فى باب اليمين فى المساومة .

[تنبيه] قال الحموى فى شرح الكنز نقلا عن العلامة المقدسى عن جده الأشقر عن شرح القدورى للأخصب : إن عدم جواز الأخذ من خلاف الجنس كان فى زمانهم لمطاوعتهم فى الحقوق والفتوى اليوم على جواز الأخذ عند القدرة من أى مال كان لاسيما فى ديارنا لمداومتهم العقوق قال الشاعر :

عفــاء على هــذا الزمان فإنه زمان عقــوق لا زمان حقوق

وكل رفيق فيــه غير مرافق وكل صديق فيه غير صدوق ط

(قوله خلافا لهما وبه يفتى) الأولى أن يقول وقالا : يبيع وبه يفتى كما لايخفى ح (قوله أى بقولهما ببيعهما) أى العرض والعقار ، وأشار بهذا التفسير إلى أن ماعداه لاخلاف فيه (قوله اختيار) ومثله فى الملتقى (قوله ويبيع كل ما لايحتاجه فى الحال) قال فى التبيين : ثم عندهما يبدأ القاضى ببيع النقود ، ثم العروض ، ثم العقار . وقال بعضهم : يبدأ ببيع مايخشى عليه التوى من عروضه ، ثم بما لايخشى عليه ، ثم بالعقار .

فالحاصل : أنه يبيع ما كان أنظر له ويترك عليه دست من ثيابه يعنى بدلة وقيل : دستان لأنه إذا غسل ثيابه لابد له من ملبس وقالوا : إذا كان يكتفى بدونها تباع ، ويقضى الدين ببعض ثمنها ، ويشترى بما بقى ثوبا يلبسه وكذا يفعل فى المسكن وعن هذا قالوا يبيع ما لايحتاج إليه فى الحال كاللبد فى الصيف والنطع فى الشتاء ، وينفق عليه وعلى زوجته وأطفاله وأرحامه من ماله اه ملخصا قال الرحمتى : ومفاده أنه لايكلف إلى أن يسكن بالأجرة كما قالوا فى وجوب الحج تأمل اه .

وفى حاشية المدنى أقول : وكذا لو كان عنده عقارات وقف سلطانى زائدة على سكناه أو صدقات فى الدفاتر السلطانية لايؤمر ببيعها كما أفتى به غير واحد من العلماء اه أى لايؤمر بالفراغ عنها إذ لايجوز بيعها تأمل .

مطلب تصرفات المحجور بالدين كالمريض

(قوله يلزمه بعد الديون) أى يقضيه بعد قضاء الديون التى حجر لأجلها ونحوها مما ذكره بعد وهــذا مالم يكن استفاد مالا بعد الحجر ، وإلا فيقضى ما أقر به منه كما فى المواهب والهداية ، وقدمناه عن التاترخانية وشرح الملتقى وفى التاترخانية ثم إذا صح الحجر بالدين صار المحجور كمريض عليه ديون الصحة ، فكل تصرف أدى إلى إبطال حق الغرماء ، فالحجر يؤثر فيه كالهبة والصدقة . وأما البيع فإن بمثل القيمة جاز وإن بغبن فلا ويتخير المشترى بين إزالة الغبن وبين الفسخ كبيع المريض ، فإن باع من الغريم وقاصصه بالثمن جاز لو الغريم واحدا وإلا صح البيع من أحدهم لو بمثل القيمة دون المقاصصة ، وكذا لو قضى دين البعض دون البعض كالمريض اه ملخصا (قوله ببينة) بأن شهدوا على الاستقراض أو الشراء بمثل القيمة تاترخانية (قوله أو علم قاض) المعتمد عدم جواز القضاء بعلمه ط (قوله كمال استهلكه) فإن مالكه يزاحم الغرماء ، وكذا لو تزوج امرأة بمهر مثلها ابن ملك والمراد باستهلاكه المال أنه ثبت بغير إقراره مما مر ، فلو به ففى التاترخانية أنه يسئل عن إقراره بعد ماصار مصلحا أن ماأقر به كان حقا أولا فإن قال نعم يؤاخذ به وإلا فلا ، ويجب أن يكون الجواب فى الصبى المحجور كذلك اه

(أفلس ومعه عرض شراه فقبضه بالإذن) من بائعه ولم يؤد ثمنه (فبائعه أسوة الغرماء) فى ثمنه (فإن أفلس قبل قبضه أو بعده) لكن (بغير إذن بائعه كان له استرداده) وحبسه (بالثمن) وقال الشافعى : للبائع الفسخ ؛ (حجر القاضى عليه ثم رفع إلى) قاض (آخر فأطلقه) وأجاز ما صنع المحجور كذا فى الخانية وهو ساقط من الدرر والمنح (جاز إطلاقه) وماصنع المحجور فى ماله من بيع أو شراء قبل إطلاق الثانى أو بعده كان جائزا لأن حجر الأول مجتهد فيه فيتوقف على إمضاء قاض آخر .

[فروع] يصح الحجر على الغائب لكن لاينحجر ما لم يعلم خانية ، ولا يرتفع الحجر بالرشد بل بإطلاق القاضى ، ولو ادعى الرشد وادعى خصمه بقاءه على السفه وبرهنا ينبغى تقديم بينة بقاء السفه أشباه ،

(قوله أفلس الخ) أى صار إلى حال ليس له فلوس وبعضهم قال : صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم مصباح والمراد حكم الحاكم بتفليسه .

واعلم أنه إنما يستوى مع الغرماء إذا كان الثمن حالا فلو مؤجلا لم يشاركهم ولكن يشاركهم بعد الحلول فيما قبضوه بالحصص كذا فى المقدسى سائحانى (قوله كان له استرداده) أى فيما لو أفلس بعد قبضه بغير إذن وقوله وحبسه بالثمن فيما لو أفلس قبله ففيه لف ونشر على عكس الترتيب تأمل (قوله كذا فى الخانية الخ) استدراك على المتن تبعا للشرنبلالية ، حيث نقل مافى الخانية ثم قال : فقد شرط مع الاطلاق إجازة صنعه اهـ ؛

أقول : الذى يظهر أن الإجازة شرط لجواز صنعه لا لجواز الإطلاق والمذكور فى المتن جواز الإطلاق فلا استدراك بل هو إفادة حكم آخر تأمل (قوله لأن حجر الأول مجتهد فيه) علله فى الهداية أولا بأن الحجر منه فتوى وليس بقضاء ، لأنه لم يوجد المقضى له والمقضى عليه ، ثم قال : ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلابد من الإمضاء قال الزيلعى : يعنى حتى يلزم ، لأن الاختلاف إذا وقع فى نفس القضاء لايلزم ، ولا يصير مجمعا عليه ، وإنما يصير مجمعا عليه أن لو كان الاختلاف موجودا قبل القضاء فيتأكد أحد القولين بالقضاء ، فلا ينقض بعد ذلك ، وأما إذا كان الاختلاف فى نفس القضاء ، فبالقضاء يحصل الاختلاف ، فلابد من قضاء آخر ليصير مجمعا عليه لقضائه بعد وجود الاختلاف هذا معناه ، ولكن فيه إشكال هنا لأن الاختلاف فيه موجود قبل القضاء فإن محمدا يرى حجره بنفس السفه ، ولا تنفذ تصرفاته أصلا فيصير القضاء به على هذا التقدير قضاء بقول محمد فيتأكد قوله بالقضاء ، بخلاف القضاء على الغائب فإن الاختلاف فيه فى نفس القضاء هل يجوز أم لا؟ فعندنا لاينفذ وعند الشافعى يجوز فيحصل الاختلاف بالقضاء فلا يرتفع حتى يحكم بجواز هذا القضاء اهـ (قوله مالم يعلم) أى بالحجر قال فى البزازية : فلو أخبره عدل وصدقه انحجر ، وإن لم يصدقه فكذلك ثم قال ولا فرق بين الإذن والحجر فى أنه يصير مأذونا إذا ترجح الصدق فى خبره عند العبد أو صدقه ، ذكره الفقيه أبو بكر البلخى ، وعليه الفتوى والاعتماد خلافا لمن يفرق بينهما اهـ . ثم إن هذا مبنى على قول أبى يوسف لما مر أن السفيه ينحجر عند محمد بلا قضاء (قوله ولا يرتفع الحجر بالرشد الخ) هذا أيضا قول أبى يوسف ، خلافا لمحمد كما قدمناه عن الجوهرة مع بيان ثمرة الخلاف (قوله ولو ادعى الرشد) يعنى بعد ماحجر عليه القاضى ادعى أنه صار رشيدا ليبطل حجره (قوله أشباه) استدل فيها على ذلك بما فى المحيط عند ذكره دليل أبى يوسف على أن السفيه لاينحجر إلا بحجر القاضى من أن الظاهر زوال السفه ، لأن عقله يمنعه . قال فى الأشباه : وكل بينة شهد لها الظاهر لم تقبل اهـ ؛

أقول : الظاهر أن ظهور زوال السفه فيما إذا كان قبل الحكم يدل عليه سياق كلام المحيط ، أما بعد الحكم كما هو موضوع المسألة فى الأشباه فقد تأكد وثبت فالأصل بقاؤه ، ويدل عليه أن الحجر بعد ثبوته لايرتفع عند

وفى الوهبانية :

ومن يدعى إقراره قبل يحجر ... فمن يدّعيه وقته فهو أجدر
ولو باع والقاضى أجاز وقال لا ... تؤدّى فما أدّاه من بعد يخسر

فصــــل

(بلوغ الغلام بالاحتلام والإحبال والإنزال) والأصل هو الإنزال (والجارية بالاحتلام والحيض والحبل) ولم يذكر الإنزال صريحا لأنه قلما يعلم منها (فإن لم يوجد فيهما) شيء (فحتى يتم لكل منهما خمس عشرة سنة به يفتى) لقصر أعمار أهل زماننا

أبى يوسف إلا بالقضاء ، فلو كان الأصل زواله لما احتاج إليه : ولذا قال المقدسى فى حاشية الأشباه : لم يوجد بعد الحجر من القاضى مايقتضى خلافه فالظاهر بقاؤه اهـ وهكذا نقل الحموى عن الشيخ صالح فينبغى تقديم بينة الزوال وذكر نحوه العلامة البيرى ثم قال : ورأيت فى ذخيرة الناظر الجزم به ، ونقله أبو السعود ، وأقره وبالجملة لم نر أحدا تابع صاحب الأشباه سوى الشارح والله أعلم (قوله وفى الوهبانية الخ) الشطر الثانى من البيت الأول مغير وأصله : • فمن يدعى التأخير ليس يؤخر • ويحجر فى محل جر مضاف إلى قبل : ومعنى البيت الأول : أنه لو قال بعد صلاحه أقررت وأنا محجور بأنى استهلكت لك كذا وقال رب المال بل حال صلاحك فالقول للمقر لأنه أضافه إلى حالة معهودة تنافى صحة الاقرار ، فيكون فى الحقيقة منكراً لا مقرا وكذا لو قال : أقررت لى به حال فسادك لكنه حق وقال المقر لم يكن ذلك حقا فالقول له ومعنى الثانى لو باع المحجور وأجاز القاضى بيعه لكن نهى المشترى عن دفع الثمن إليه فدفعه وهلك يضمن الثمن للقاضى لأنه لما نهاه صار حق القبض للقاضى والمحجور كالأجنبى فلو لم ينهه جاز لأن فى إجازته البيع إجازة لدفع الثمن كالوكيل بالبيع وكيل بالقبض والله سبحانه وتعالى أعلم .

فصل بلوغ الغلام بالاحتلام الخ

بتنوين فصل وبلوغ مبتدأ وما بعده خبر ومعطوف عليه والجارية مجرور عطفا على الغلام أو مرفوع على تقدير مضاف محذوف ، وإنابته منابه . والبلوغ لغة : الوصول ، واصطلاحا انتهاء حد الصغر ولما كان الصغر أحد أسباب الحجر وكان له نهاية ذكر هذا الفصل لبيانها والغلام كما قال عياض يطلق على الصبى من حين يولد إلى أن يبلغ وعلى الرجل باعتبار ما كان (قوله بالاحتلام) قال فى المعدن : الاحتلام جعل اسما لما يراه النائم من الجماع ، فيحدث معه إنزال المنى غالبا فغلب لفظ الاحتلام فى هذا دون غيره من أنواع المنام لكثرة الاستعمال اهـ ط (قوله والإنزال) بأى سبب كان (قوله والأصل هو الإنزال) فإن الاحتلام لا يعتبر إلا معه والإحبال لا يتأتى إلا به (قوله والجارية) هى أنثى الغلام (قوله صريحا) قيد به لأنه مذكور ضمنا فى الاحتلام والحبل (قوله فإن لم يوجد فيهما) أى فى الغلام والجارية شيء مما ذكر الخ مفاده : أنه لا اعتبار لنبات العانة خلافا للشافعى ، ورواية عن أبى يوسف ، ولا اللحية ، وأما نهود الثدى فذكر الحموى أنه لا يحكم به فى ظاهر الرواية ، وكذا ثقل الصوت كما فى شرح النظم الهاملى أبو السعود وكذا شعر الساق والإبط والشارب (قوله به يفتى) هذا عندهما وهو رواية عن الإمام وبه قالت الأئمة الثلاثة ، وعند الإمام حتى يتم له ثمانى عشرة سنة ولها سبع عشر سنة (قوله لقصر أعمار أهل زماننا) ولأن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما عرض على النبى صلى الله عليه وسلم يوم أحد

(وأدنى مدته له اثنتا عشرة سنة ولها تسع سنين) هو المختار كما فى أحكام الصغار (فإن راهقا) بأن بلغا هذا السن (فقالا بلغنا صدقا إن لم يكذبهما الظاهر) كذا قيده فى العمادية وغيرها فبعد ثنتى عشرة سنة يشترط شرط آخر لصحة إقراره بالبلوغ وهو أن يكون بحال يحتلم مثله وإلا لا يقبل قوله شرح وهبانية (وهما) حينئذ (كبالغ حكما) فلا يقبل جحوده البلوغ بعد إقراره مع احتمال حاله فلا تنقض قسمته ولا بيعه وفى الشرنبلالية : يقبل قول المراهقين قد بلغنا مع تفسير كل بماذا بلغ بلا يمين : وفى الخزانة أقر بالبلوغ فقبل اثنتى عشرة سنة لا تصح البينة وبعده تصح اه .

كتاب المأذون

(الإذن) لغة : الإعلام وشرعا (فك الحجر) أى فى التجارة لأن الحجر لا ينفك

وسنه أربعة عشر فرده ، ثم يوم الخندق وسنه خمسة عشر فقبله ولأنها العادة الغالبة على أهل زماننا وغيرها احتياط فلا خلاف فى الحقيقة والعادة إحدى الحجج الشرعية فيما لا نص فيه نص عليه الشمنى وغيره در منتقى (قوله وأدنى مدته) أى مدة البلوغ والضمير فى له للغلام وفى لها للجارية (قوله كما فى أحكام الصغار) هو اسم كتاب للأستروشنى (قوله فإن راهقا) يقال رهقه أى دنا منه رهقا ، ومنه إذا صلى أحدكم إلى سترة فليرهقها ، وصبى مراهق مدان للحلم ، مغرب (قوله إن لم يكذبهما الظاهر) هو معنى قوله الآتى ، وهو أن يكون بحال يحتلم مثله :

وفى المنح عن الخانية : صبى أقر أنه بالغ وقاسم وصى الميت قال ابن الفضل إن كان مراهقا ويحتلم يقبل قوله وتجوز قسمته وإن كان مراهقا ويعلم أن مثله لا يحتلم لا تجوز قسمته ولا يقبل قوله ، لأنه يكذب ظاهرا وتبين بهذا أن بعد اثنتى عشرة سنة إذا كان بحال لا يحتلم مثله إذا أقر بالبلوغ لا يقبل اه (قوله فبعد ثنتى عشرة سنة) ادعى صاحب جامع الفصولين أن الصواب إبدال بعد بقبل زعما منه أنه شرط لغير المراهق ورده فى نور العين ونسبه إلى الوهم وقلة الفهم (قوله وفى الشرنبلالية) وعبارتها يعنى وقد فسرا ما به علما بلوغهما وليس عليهما يمين اه قال أبو السعود : والظاهر أن هذا هو المراد بما نقله الحموى عن شرح درر البحار من أنه يشترط لقبول قولهما أن يبينا كيفية المراهقة حين السؤال عنه اه :

قلت : وفى جامع الفصولين عن فتاوى النسفى عن القاضى محمود السمرقندى أن مراهقا أقر فى مجلسه ببلوغه فقال بماذا بلغت ؟ قال : باحتلام قال : فماذا رأيت بعد ما انتبهت ؟ قال : الماء قال : أى ماء ؟ فإن الماء مختلف قال : المنى قال : ما المنى ؟ قال : ماء الرجل الذى يكون منه الولد قال على ما ذا احتلمت على ابن أو بنت أو أتان قال على ابن فقال القاضى لابد من الاستقصاء فقد يلقن الإقرار بالبلوغ كذبا قال شيخ الإسلام : هذا من باب الاحتياط وإنما يقبل قوله مع التفسير وكذا جارية أقرت بحيض اه والظاهر(١) أن المراد بقوله وإنما يقبل مع التفسير أى تفسير ما بلغ به من احتلام أو إحبال فقط بلا هذا الاستقصاء (قوله لا تصح البينة) صوابه البتة من البت وهو القطع كما جاء فى جامع الفصولين وقد وجد كذلك فى بعض النسخ أو يقول لا يصح الإقرار .

كتاب المأذون

أى الإذن فهو مصدر كمصور وإن كان الظاهر أنه صفة لكنه يحتاج لحذف المضاف والصلة فى الكرمانى يقال مأذون له أو لها وترك الصلة ليس من كلام العرب ، وأقره القهستانى در منتقى .

وتقدير المضاف إذن المأذون لأن البحث عن الأفعال لا عن الذوات وفى المصباح أن الفقهاء يحذفون الصلة لفهم المعنى ، وأورده بعد الحجر لأن الإذن يقتضى سبق الحجر (قوله الإذن لغة الإعلام) تبع الزيلعى والنهاية

---

(١) قوله (والظاهر الخ) رأيت فى الحامدية عن جواهر الفتاوى وإنما يقبل قوله بغير هذا التفسير الخ اه منه .

عن العبد المأذون في غير باب التجارة ابن كمال (وإسقاط الحق) المسقط هو المولى لو المأذون رقيقا وبالولى لو صبيا وعند زفر والشافعي هو توكيل وإنابة (ثم يتصرف) العبد (لنفسه بأهليته فلا يتوقت) بوقت ولا يتخصص بنوع تفريع على كونه إسقاطا (ولا يرجع بالعهدة على سيده) لفكه الحجر (فلو أذن لعبده) تفريع على فك الحجر (يوما) أو شهرا (صار مأذونا مطلقا حتى يحجر عليه) لأن الإسقاطات لاتتوقت (ولم يتخصص بنوع فإذا أذن في نوع عم إذنه في الأنواع كلها) لأنه فك الحجر لا توكيل .

قال الطورى : قال شيخ الإسلام في مبسوطه : الإذن هو الإطلاق لغة لأنه ضد الحجر وهو المنع فكان إطلاقا عن شيء إلى شيء اه .

وفي النهاية : الإذن في الشيء رفع المانع لمن هو محجور عنه وإعلام بإطلاقه فيما حجر عليه من أذن له في الشيء إذنا وأبعد الإمام الزيلعي حيث قال إنه الإعلام ، ومنه الأذان وهو الإعلام ، لأن الإذن من أذن في كذا إذا أباحه والأذان من أذن بكذا إذا أعلم اه وفي أبي السعود : قال قاضي زاده في التكملة : لم أر قط في كتب اللغة مجيء الإذن بمعنى الإعلام (قوله عن العبد المأذون) الأولى إسقاط لفظة العبد ، فإن الحكم في الصبي والمعتوه كذلك ح (قوله في غير باب التجارة) كالتزوج والتسرى والإقراض والهبة ونحوها مماسيأتي (قوله وإسقاط الحق) كالتفسير لقوله فك الحجر . ولا يخفى عليك أن الصبي والمعتوه ليس فيه إسقاط حق سعدية لكن قال ابن الكمال يعني حق المنع لا حق المولى ، لأنه مع اختصاصه بإذن العبد غير صحيح ، لأن حق المولى لايسقط بالإذن ولذلك يأخذ من كسبه جبرا على ما سيأتي اه (قوله هو توكيل وإنابة) سيأتي ثمرة الخلاف (قوله ثم يتصرف) عطف على المعنى فكأنه قال : إذا أذن المولى ينفك العبد من الحجر ، ثم يتصرف الخ ابن كمال (قوله العبد) إنما خص البيان به لخفاء الحال فيه ، وإلا فالحكم مشترك ابن كمال (قوله لنفسه) أي لا لسيده بطريق الوكالة قهستاني ، ولا يلزم أن يكون مالكا له لأنه بجملته مملوك للمولى ، فإذا تعذر ملكه لما تصرف فيه يخلفه المولى في الملك شرنبلالية (قوله بأهليته) لأن العبد أهل للتصرف بعد الرق ، لأن ركن التصرف كلام معتبر شرعا لصدوره عن تمييز ، ومحل التصرف ذمة صالحة لالتزام الحقوق وهما لايفوتان بالرق ، لأنهما من كرامات البشر وهو بالرق لا يخرج عن كونه بشرا إلا أنه حجر عليه عن التصرف لحق المولى ، كي لايبطل حقه بتعلق الدين برقبته لضعف ذمته بالرق ، حتى لا يجب المال في ذمته إلا وهو شاغل لرقبته ، فإذا أذن المولى فقد أسقط حقه فكان العبد متصرفا بأهليته الأصلية زيلعي (قوله ولايتخصص بنوع) أي ولا بمكان قهستاني وفي التاترخانية هذا إذا صادف الإذن عبدا محجورا أما إذا صادف عبدا مأذونا يتخصص . فلو أذن له في التجارة ثم دفع إليه مالا وقال : اشتر لي به الطعام فاشترى العبد الرقيق يصير مشتريا لنفسه نص عليه محمد رحمه الله (قوله تفريع على كونه إسقاطا) فإن الإسقاطات لا تقبل التقييد ، كما يأتي كالطلاق والعتاق ، ولايقال لوكان إسقاطا لما ملك نهيه لأنا نقول ليس بإسقاط في حق ما لم يوجد ، فيكون النهي امتناعا عن الإسقاط فيما لم يوجد زيلعي (قوله ولايرجع بالعهدة) أي بحق التصرف كطلب الثمن وغيره ، والعهدة فعلة بمعنى مفعول من عهده لقيه قهستاني (قوله لفكه الحجر) ظاهره أن قوله : ولايرجع تفريع على قوله فك الحجر ، وجعله القهستاني تفريعا على كون تصرفه لنفسه (قوله تفريع على فك الحجر) فيه نظر والظاهر أنه تفريع على التفريع ، وهو قوله فلايتوقف كما يدل عليه التعليل تأمل (قوله لأن الاسقاطات لا تتوقت) لأنها تتلاشى عند وقوعها (قوله فإذا أذن في نوع الخ) سواء سكت عن غيره أو نهى بطريق الصريح نحو : أن يأذن في شراء البز وقال لا تشتر غيره اه تاترخانية عن المضمرات (قوله لأنه فك الحجر لا توكيل) أعاده وإن مر للتنبيه على ثمرة الخلاف بيننا وبين زفر والشافعي فافهم

ثم اعلم أن الإذن بالتصرف النوعى إذن بالتجارة وبالشخصى استخدام (ويثبت) الإذن (دلالة فعبد رآه سيده يبيع ملك أجنبى) فلو ملك مولاه لم يجز حتى يأذن بالنطق بزازية ودرر عن الخانية

(قوله ثم اعلم الخ) قال فى المنح التخصيص قد لا يكون مفيدا إذا كان المراد به الاستخدام لأنه لو جعل ذلك إذنا لانسد باب الاستخدام لافضائه إلى أن من أمر عبده بشراء بقل بفلسين كان مأذونا يصح إقراره بديون تستغرق رقبته ويؤخذ بها فى الحال، فلا يتجرأ أحد على استخدام عبده فيما اشتد له حاجته، لأن غالب استعمال العبيد فى شراء الأشياء الحقيرة، فلابد من حد فاصل بين الاستخدام والإذن بالتجارة وهو أنه إن أذن بتصرف مكرر صريحا مثل أن يقول: اشتر لى ثوبا وبعه أو قال: بع هذا الثوب واشتر بثمنه أو دلالة كأد إلى الغلة كل شهر أو أد إلى ألفا وأنت حر، فإنه طلب منه المال، وهو لا يحصل إلا بالتكسب وهو دلالة التكرار ولو قال: اقعد صباغا أو قصارا، لأنه أذن بشراء ما لابد منه دلالة، وهو نوع من الأنواع يتكرر بتكرر العمل المذكور كان ذلك إذنا، وإن أذن بتصرف غير مكرر كطعام أهله وكسوتهم لا يكون إذنا كما قررناه. وبهذا التفصيل صرح فى البزازية.

فإن قلت: ينتقض هذا الأصل بما إذا غصب العبد متاعا، وأمره مولاه ببيعه فإنه إذن فى التجارة وليس الأمر بعقد مكرر: قلت: أجيب عنه بأنه أمر بالعقد المكرر دلالة، وذلك لأن تخصيصه ببيع المغصوب باطل لعدم ولايته عليه؛ والإذن قد صدر منه صريحا فإذا بطل التقييد ظهر الإطلاق اه وكلام الهداية يشير إلى أن الفاصل هو التصرف النوعى والشخصى والإذن بالأول إذن دون الثانى فتأمل، كذا فى العناية وكلام الوقاية يفيده اه (قوله ويثبت الإذن دلالة الخ) فى الحقائق إنما يجعل سكوت المولى إذنا إذا لم يسبق منه مايوجب نفى الإذن حالة السكوت كقوله: إذا رأيتم عبدى يتجر فسكت، فلا إذن له بالتجارة، ثم رآه يتجر فسكت لا يصير مأذونا اتفاقا (قوله فعبد رآه سيده الخ) عبد مبتدأ خبره مأذون، وساغ الابتداء به لوقوعه موصوفا وأفاد الزيلعى أنه إذا رأى أجنبيا يبيع ماله وسكت، فإن سكوته لا يكون إذنا له وكذا لو أتلف مال غيره وصاحبه ينظر وهو ساكت حتى كان له أن يطالبه بالضمان اه.

قال بعض الفضلاء: ولينظر هذا مع قول الفصول العمادية فى الثالث والثلاثين ولو شق زق غيره فسال ما فيه وهو ساكت فإنه يكون رضا: اللهم إلا أن يحمل ما هنا على الإتلاف الغير الممكن تداركه فليتأمل اه (قوله بزازية) عبارتها وإن رآه يشترى ويبيع فسكت فأذن إلا أن ينهاه ولكنه فيما باع من مال مولاه لا يجوز حتى يأذن له بالنطق اه (قوله ودرر عن الخانية) فى عبارة الخانية اضطراب، فإنه قال أول الباب: رأى المولى عبده يبيع عينا من أعيان المالك، فسكت لم يكن إذنا، وقال بعد أسطر ولو رآه فى حانوته فسكت حتى باع متاعا كثيرا كان إذنا ولا ينفذ على المولى بيع العبد ذلك المتاع، ثم قال: ولو أن رجلا دفع إلى عبد رجل متاعا ليبيعه فباع فرآه المولى ولم ينهه كان إذنا له فى التجارة، ويجوز ذلك البيع على صاحب المتاع اه حموى.

أقول: لا اضطراب فى كلامه، فإن معنى كلامه الأول لم يكن إذنا فى ذلك البيع المسكوت عنه، فلا ينفذ بيعه عليه وإن صار مأذونا فى التجارة بعده كما فسره كلامه الثانى والثالث، وإنما نفذ البيع فى متاع الأجنبى لإذنه أى الأجنبى فيه وهذا معنى ما فى البزازية، ويدل على ما قلنا ما فى شرح البيرى عن البدائع: رأى عبده يبيع ويشترى فسكت صار مأذونا عندنا إلا فى البيع الذى صادفه السكوت بخلاف الشراء اه:

ثم رأيت العلامة الطورى وفق كذلك مستدلا بعبارة البدائع وغيرها، واعترض على الزيلعى حيث قال:

لكن سوى بينهما الزيلعى وغيره وجزم بالتسوية ابن الكمال وصاحب الملتقى ورجحه فى الشرنبلالية بأن ما فى المتون والشروح أولى بما فى كتب الفتاوى فليحفظ (ويشترى) ما أراد (وسكت) السيد (مأذون) خبر المبتدإ إلا إذا كان المولى قاضيا أشباه ولكن (لا) يكون مأذونا (فى) بيع (ذلك الشىء) أو شرائه فلا ينفذ على المولى بيع ذلك المتاع، لأنه يلزم

ولا فرق فى ذلك بين أن يبيع عينا مملوكا للمولى أو لغيره بإذنه ، أو بغير إذنه بيعا صحيحا أو فاسدا هكذا ذكر صاحب الهداية : وذكر قاضيخان : إذا رأى عبدا يبيع عينا من أعيان المالك فسكت لم يكن إذنا اهـ فاعترضه بأن ظاهر كلامه أنه فهم المخالفة بين كلام الهداية والخانية ، ثم قال : وكيف يجوز حمل كلام الخانية على خلاف ما ذكره محمد فى الأصل اهـ فقول الشارح فيما نقله عن البزازية : ولم يجز حتى يأذن بالنطق معناه لم يجز ذلك البيع بخصوصه على المولى ، وإن صار العبد به مأذونا ، وليس معناه لم يكن إذنا له كما فهمه المحشى والشارح وغيرهما والحاصل أنه لا فرق فى كونه مأذونا بين كل المبيع ملكا للمولى أو لغيره وإنما الفرق فى جواز ذلك البيع الذى صادفه السكوت ، فإن كان لأجنبى جاز وإن للمولى فلا إلا بالنطق فاغتنم هذا التحرير فى هذا المقام فإنه من مزال أقدام الأفهام (قوله لكن سوى بينهما الزيلعى وغيره) أى كصاحب الهداية كما سمعت عبارته والاستدراك مبنى على ما فهمه كغيره من مخالفة ما فى البزازية والخانية لما فى الهداية وقد علمت أنه لا مخالفة فى أنه يصير مأذونا بعد السكوت مطلقا : وإنما أفاد فى الخانية شيئا لم يذكره فى الهداية وهو أنه لا يجوز ذلك البيع بخصوصه لو ملكا للمولى وإلا جاز (قوله ورجحه فى الشرنبلالية) أى رجح ماذكره الزيلعى وابن الكمال وغيرهما من التسوية بين مال المولى وغيره : ونقل بعده عن جامع الفصولين ما قدمناه من أن أثر الإذن يظهر فى المستقبل ، لا فى ذلك الشىء وغاب عنه أنه مراد قاضيخان وغيره وعلى ما مر ، فلا مخالفة بين ما فى المتون والشروح وبين ما فى الفتاوى ، والله تعالى الموفق (قوله ويشترى ما أراد) الواو بمعنى أو بقرينة قول الشارح بعد أو شرائه ولعل المراد بالتعميم أن المراد بالشراء ما يعم أنواع المشترى ولو محرما ولذلك قال القهستانى : ويشترى ولو كان خمرا ط (قوله إلا إذا كان المولى قاضيا) قال الحموى فى شرح الكنز : وقال المقدسى فى الرمز : ظهر لى فى توجيهه أن القاضى ممن لا يباشر الأعمال بنفسه ، فلا يدل مع تكرار الأعمال من عبده على إذنه لقوة احتمال التوكيل اهـ فأفاد هذا التعليل أن القاضى ذكر للتمثيل فالمراد به كل من لا يباشر الأعمال بنفسه .

وقال فى حاشية الأشباه أقول : لم يذكر صاحب الظهيرية هذه المسألة على سبيل الاستثناء وذكرها قاضيخان لا على طريق الاستثناء فقال القاضى : إذا رأى عبده يبيع ويشترى فسكت لم يكن إذنا اهـ وقد قدمنا أن إطلاق صاحب الهداية يفهم منه أنه لا فرق بين أن يكون المولى قاضيا أولا ، وأن ما فى المتون والشروح مقدم على ما فى الفتاوى اهـ وأقره أبو السعود فى حاشية الأشباه .

وأقول : لا يبعد أن يكون مراد قاضيخان أنه لا يصير مأذونا فى ذلك التصرف الذى صادفه السكوت ، كما أن ذلك هو المراد من كلامه المار كما علمت فيكون مأذونا بعده وعليه فلا استثناء وما ذكره المقدسى يصلح وجها لتخصيصه على القاضى ، مع أنه داخل فى عموم كلامه السابق ، يعنى أن حكم عبد القاضى كغيره وإن قوى احتمال كونه وكيلا عنه ، فلا ينافى إطلاق المتون والشروح ، ولذا لم يذكره فى الخانية والظهيرية على طريق الاستثناء كما فعل فى الأشباه : ثم رأيت الطورى قال بعد ذكر المسألة وفهم بعض أهل العصر أن سكوت القاضى لا يكون إذنا بخلاف سكوت المولى كما فهم الإمام الزيلعى اهـ وظاهره أن هذا الفهم مخالف لكلامهم كفهم الزيلعى المار وهذا مؤيد لما قلناه فتدبر (قوله لا فى ذلك الشىء) فيه أن الكلام مفروض فيما إذا باع ملك

أن يصير مأذونا قبل أن يصير مأذونا وهو باطل .

قلت : لكن قيده القهستانى معزيا للذخيرة بالبيع دون الشراء من مال مولا . أى فيصح فيه أيضا وعليه فيفتقر إلى الفرق والله تعالى الموفق .

(و) يثبت (صريحا فلو أذن مطلقا) بلاقيد (صح كل تجارة منه إجماعا) أما لو قيد فعندنا يعم خلافا للشافعى (فيبيع ويشترى ولو بغبن فاحش) خلافا لهما

الأجنبى ، وحينئذ لايتصور أن يكون سكوت السيد إذنا فى بيع ذلك الشىء ، حتى يصح نفيه وإلى هذا أشار الشارح بقوله : فلا ينفذ على المولى بيع ذلك المتاع ، لكنه شرح لايطابق المشروح ، فكان عليه أن يبرزه فى قالب الاعتراض ح .

وحاصله : أن عدم كونه مأذونا فى بيع ذلك الشىء إنما هو فيما لو باع ملك المولى أما لو باع ملك الأجنبى بإذنه نفذ عليه كما قدمناه ونفاذه لابسكوت المولى بل بأمر صاحب المتاع وهل العهدة على العبد ، أو على صاحب المتاع ؟ اختلف المشايخ فيه ذخيرة وتاترخانية لكن ظاهر كلام السراج يفيد عدم الفرق ، فإنه قال ولو رأى عبده يبيع ويشترى فسكت ولم ينهه صار مأذونا ، ولايجوز هذا التصرف الذى شاهده المولى إلا أن يجيزه بالقول ، سواء كان ما باعه للمولى أو لغيره ويصير مأذونا فيما يتصرف بعدهذا اه إلا أن يرجع التعميم إلى قوله صار مأذونا أو يحمل على ما إذا لم يكن بإذن الأجنبى وهو الأقرب فلاينافى ما قدمناه عن البزازية والخانية وغيرهما فتأمل (قوله قبل أن يصير مأذونا) لأنه لايثبت الإذن إلا إذا باع أو اشترى بحضرته لا قبله فبالضرورة يكون ذلك البيع غير مأذون فيه فلا ينفذ (قوله وهو باطل) لأنه يلزم عليه تقدم الشىء على نفسه (قوله معزيا للذخيرة) نص عبارة الذخيرة هكذا وإذا رأى عبده يشترى بماله يعنى بمال المولى فلم ينهه فهذا من المولى إذن له فى التجارة وما اشتراه فهو لازم وللمولى أن يسترد ماله ثم إذا استرد المولى ماله دراهم أو دنانير لاينتقض البيع وإن كان ماله عرضا أو مكيلا أو موزونا ينتقض البيع اه (قوله من مال مولاه) الأولى أن يقول بماله بالباء بدل من كما لايخفى (قوله فيفتقر إلى الفرق) الأولى حذف الفاء ط ولعل الفرق ماذكروه في باب الفضولى من أن الشراء أسرع نفاذا فتأمل ح .

قلت : وفى شرح درر البحار فى صورة الشراء ينفذ على المولى لدخول المبيع فى ملكه وفى صورة البيع لاينفذ عليه لزوال المبيع من ملكه اه ونقل مثله الحموى عن البدائع وشرح المجمع ، وأورد عليه أن فى كل إدخالا وإخراجا .

أقول : إن كان الثمن دراهم أو دنانير لايشكل لأنها لاتتعين بالتعيين ، بل تجب فى الذمة ولذا لو استرد المولى لاينتقض البيع كما قدمناه ، وإن كان غيرهما فيشكل ؛ لأنه بيع مقايضة والثمن فيها مبيع من وجه فيصدق عليه أنه باع ملك المولى ، وقد مر غير مرة أنه لاينفذ عليه ، وأنه إنما يصير مأذونا بعده وجوابه : أن اللازم ما اشتراه العبد وأما ما دفعه من مال المولى فلم ينفذ على المولى ، ولذا كان له أن يسترد فإذا أجاز ما صنع العبد ولم يسترده نفذ عليه ذلك وصار مأذونا فيه وفيما بعده لأن الإجازة اللاحقة كالسابقة هذا ماظهر لى (قوله بلاقيد) بيان للاطلاق بأن قال له أذنت لك فى التجارة ولم يقيده بشراء شىء بعينه ، ولابنوع من التجارة زيلعى (قوله صح كل تجارة منه) لأن اللفظ يتناول جميع أنواع التجارات زيلعى (قوله أما لو قيد) أى بنوع من التجارة أو بوقت أو بمعاملة شخص زيلعى ، أو بمكان كما مر وأما لو أمره بشراء شىء بعينه كالطعام والكسوة لايكون مأذونا له لأنه استخدام كما مر بيانه (قوله خلافا للشافعى) أى ولزفر بناء على أنه توكيل عندهما وعندنا إسقاط ط كما مر (قوله ولو بغبن فاحش) أطلقه فشمل ما إذا نهاه عن البيع بالغبن الفاحش أو أطلق له كما فى البزازية منح (قوله خلافا لهما) وعلى

(ويوكل بهما ويرهن ويرتهن ويعير الثوب والدابة) لأنه من عادة التجار (ويصالح عن قصاص وجب على عبده ويبيع من مولاه بمثل القيمة و) أما (بأقل)منها ف (لا و)يبيع (مولاهمنه بمثل القيمة أو أقل وللمولى حبس المبيع لقبض ثمنه) من العبد (ويبطل الثمن) خلافا لما صححه شارح المجمع معزيا للمحيط (لو سلم) المبيع (قبل قبضه) لأنه لا يجب له على عبده دين فخرج مجانا حتى لو كان الثمن عرضا لم يبطل لتعينه بالعقد ، وهذا كله لو المأذون مديونا وإلا لم يجز بينهما بيع نهاية (ولو باع المولى منه بأكثر حط الزائد أو فسخ العقد) أي يؤمر السيد بأن يفعل واحدا منهما

هذا الخلاف ببيع الصبي والمعتوه المأذون لهما زيلعي (قوله ويوكل بهما) أي بالبيع والشراء زادفي شرح الملتقى ، ويسلم ويقبل السلم وفي التبيين وله المضاربة أخذا ودفعا (قوله لأنه من عادة التجار) يصلح علة للجميع حتى للغبن الفاحش ، فإنه من صنيعهم استجلابا للقلوب ويبيع بغبن فاحش في صفقة ، ويربح في أخرى كما في التبيين ، وفيه لو مرض العبد المأذون له وحابى فيه يعتبر من جميع المال إذا لم يكن عليه دين ، وإن كان فمن جميع ما بقي بعد الدين ، لأن الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد والمولى رضي بسقوط حقه بالإذن ، بخلاف الغرماء وإن كان الدين محيطا يقال للمشتري أد جميع المحاباة وإلا فرد المبيع كما في الحر وهذا لو المولى صحيحا ، وإلا فلا تصح محاباة العبد إلا من ثلث مال المولى ، لأن المولى باستدامة الإذن بعد ما مرض أقامه مقام نفسه فصار تصرفه كتصرفه والفاحش من المحاباة وغير الفاحش فيه سواء فلا ينفذ الكل إلا من الثلث اه ملخصا (قوله ويصالح الخ) لأنه كأنه اشتراه ببدل الصلح وله الشراء ط (قوله فلا) لأن فيه تهمة ، فلا يجوز هذا لأن حق الغرماء تعلق بالمالية فليس له أن يبطل حقهم بخلاف ما إذا حابى الأجنبي عند أبي حنيفة ، لأنه لا تهمة فيه وقالا يجوز ولو بغبن فاحش ، ولكن يخير المولى بين أن يزيل الغبن أو ينقض البيع بخلاف ما إذا باع من الأجنبي به حيث لا يجوز أصلا عندهما لأن المحاباة على أصلهما لا تجوز إلا بإذن المولى ، وهو آذن فيما يشتريه بنفسه غير أن إزالة المحاباة لحق الغرماء .

واختلفوا في قوله قيل يفسد البيع والأصح أن قوله كقولهما فصار تصرفه مع مولاه كتصرف المريض المديون مع الأجنبي ، والغبن الفاحش واليسير سواء عنده كقولهما زيلعي ملخصا (قوله ويبطل الثمن) وإذا بطل الثمن صار كأنه باع بغير ثمن فلا يجوز البيع ومراده ببطلان الثمن بطلان تسليمه والمطالبة به وللمولى استرجاع المبيع جوهرة ، لكن في التبيين بعد ما ذكر أنه لا يطالب العبد بشيء ، لأنه بتسليم المبيع سقط حقه في الحبس وإن عندهما تعلق حقه بعينه. فكان أحق به من الغرماء إلى أن قال : هذا جواب ظاهر الرواية ، وعن أبي يوسف أن للمولى أن يسترد المبيع إن كان قائما ويحبسه حتى يستوفي الثمن اه : وكذا قال في النهاية بطلان الثمن جواب ظاهر الرواية ، وعن أبي يوسف هذا : إذا استهلك العبد المبيع فلو قائما فللمولى أن يسترده الخ (قوله خلافا لما صححه شارح المجمع الخ) حيث قال وقيل : لا يبطل الثمن وإن سلم المبيع أولا لأنه يجوز أن يعقد البيع ويتأخر وجوب الثمن دينا كما تأخر في المبيع بالخيار إلى وقت سقوطه . قال صاحب المحيط : هذا القول هو الصحيح اه كلام شارح المجمع .

ورأيته بهامشه ما نصه : فيه نظر ، لأن صاحب المحيط إنما حكم بصحة القول بجواز البيع من العبد لا بعدم سقوط الثمن عنه على تقدير بيع مولاه منه كما فهمه الشارح ح (قوله حتى لو كان) تفريع على قوله دين ، وبيان لمفهومه ، لأن العرض لما تعين بالعقد ملكه بعينه ويجوز أن يكون عين ملكه في يد عبده وهو أحق به من الغرماء نهاية (قوله وهذا كله) أي بيع العبد من مولاه وعكسه بالقيمة أولا (قوله وإلا لم يجز بينهما بيع) لعدم

لحق الغرماء (فيما كان من التجارة وتقبل الشهادة عليه) أى على العبد المأذون بحق ما (وإن لم يحضر مولاه) ولو محجورا لاتقبل يعنى لاتقبل على مولاه بل عليه فيؤاخذ به بعد العتق ولو حضرا معا فإن الدعوى باستهلاك مال أو غصبه قضى على المولى وإن باستهلاك وديعة أو بضاعة على المحجور تسمع على العبد(١) : وقيل على المولى ولو شهدوا على إقرار العبد بحق لم يقض على المولى مطلقا وتمامه فى العمادية (ويأخذ الأرض إجارة ومساقاة ومزارعة ويشترى بذرا يزرعه) ويؤاجر ويزارع (ويشارك عنانا لامفاوضة

الفائدة ، لأن الكل مال المولى ولاحق فيه لغيره زيلعى (قوله فيما كان من التجارة) لم أر من ذكره غير المصنف وقال ط : لم أر مفهوم التقييد به ، ولعله يحترز به عن المبيع إذا كان للأكل أو للبس فإنه لافسخ فيه وحرره اه (قوله بحق ما) كبيع وإجارة وشراء أو شهدوا عليه بغصب أو استهلاك وديعة أو على إقراره بذلك عمادية : أى ويؤاخذ بما أقر به من ذلك فى الحال كما فى البزازية (قوله يعنى لاتقبل على مولاه) حتى لا يخاطب المولى ببيع العبد عمادية (قوله ولو حضرا) أى المولى والمحجور (قوله قضى على المولى) فيخاطب ببيعه لأن العبد مؤاخذ بأفعاله (قوله على المحجور) مستدرك ، لأن كلامه فيه (قوله تسمع على العبد) أى فيؤاخذ بعد عتقه (قوله وقيل على المولى) قائله أبو يوسف والأول قولهما كما فى العمادية وفى البزازية : فإن لم يقر لكن أقيمت عليه البينة فحضرة المولى شرط إلا عند الثانى (قوله ولو شهدوا على إقرار العبد) أى المحجور ، فالأولى أن يأتى بالمضمر مكان المظهر أما إقرار المأذون فقد علمت أنها تقبل على المولى وسيأتى له تتمة (قوله لم يقض على المولى) أى بل يؤخر إلى عتقه ، وقد ذكر أول كتاب الحجر لو أقر العبد بمال أخر إلى عتقه لو لغير مولاه ، ولو له هدر وبحد وقود أقيم فى الحال .

وفى البزازية : والمحجور يؤاخذ بأفعاله لا بأقواله إلا فيما يرجع إلى نفسه كالقصاص والحدود : وحضرة المولى لا تشترط ، ولو أتلف ما لا يؤاخذ به فى الحال ، أما الإقرار بجناية توجب الدفع أوالفداء لايصح محجورا أو مأذونا ، وإقرار المحجور بالدين والغصب وعين مال لايصح وفى المأذون يصح ويؤاخذ به فى الحال ولو أقر المأذون بمهر امرأته أو صدقة(٢) يؤخذ به بعد الحرية اه (قوله مطلقا) سواء كان المولى حاضرا أو غائبا عمادية (قوله ومزارعة) فى البزازية يأخذها مزارعة ويدفعها مطلقا كان البذر منه أولا اه : وهى فى المعنى إيجار أو استئجار كما يأتى فى بابها فكانت من التجارة (قوله ويؤاجر ويزارع) يعنى له أن يدفع الأرض إجارة ومزارعة (قوله ويشارك عنانا) قال فى النهاية شركة العنان إنما تصح منه إذا اشترك مطلقا عن ذكر الشراء بالنقد والنسيئة أما لو اشترك العبدان المأذونان شركة عنان على أن يشتريا بالنقد والنسيئة بينهما لم يجز من ذلك النسيئة ، وجاز النقد ، لأن فى النسيئة معنى الكفالة عن صاحبه ، ولو أذن لهما المولیان فى الشركة على الشراء بالنقد والنسيئة ولادين عليهما فهو جائز كما لو أذن لكل واحد منهما مولاه بالكفالة أوالتوكيل بالشراء بالنسيئة كذا فى المبسوط والذخيرة غير أنه ذكر فى الذخيرة : وإذا أذن له المولى بشركة المفاوضة ، فلا تجوز المفاوضة لأن إذن المولى بالكفالة لايجوز فى التجارات كذا فى الشرنبلالية .

أقول : يمكن حمل كلام الذخيرة آخرا على ما إذا كان المأذون مديونا ح (قوله لا مفاوضة) لعدم ملكه

---

(١) (قول الشارح تسمع على العبد) لأنه ضمان فعل وهو أهل لضمان الأفعال وقال أبو يوسف : هو ضمان عقد وليس له أهلية لها اه .

(٢) (قوله أو صدقة الخ) لعل الصواب ، أودية كما هو مفهوم من أول العبارة تأمل اه .

ويستأجر ويؤجر ولو لنفسه ويقر بوديعة وغصب ودين ولو عليه دين (لغير زوج وولد ووالد) وسيد فإن إقراره لهم بالدين باطل عنده خلافا لهما درر ولو بعين صح إن لم يكن مديونا وهبالية (ويهدى طعاما يسيرا)

الكفالة ففاوضته تنقلب عنانا بزازية (قوله ويستأجر ويؤجر) أى يستأجر أجـراء. ويؤجر غلمانه ويستأجر البيوت والحوانيت ، ويؤجرها لما فيها من تحصيل المال ذكره الزيلعى (قوله ولو لنفسه) أتى به لأن فيه خلاف الشافعى رحمه الله (قوله ويقر بوديعة الخ) لأن الإقرار من توابع التجارة لأنه لو لم يصح إقراره لم يعامله أحد زيلعى وفيه إشعار بأن المأذون بالتجارة مأذون بأخذ الوديعة كما فى المحيط وغيره ، لكن فى وديعة الحقائق خلافه قهستانى ، وأطلقه فشمل ما إذا أقر للمولى أو لغيره ، وما إذا كان عليه دين أولا وما إذا كان فى صحته أو مرضه أوصحة مولاه أو مرضه ويأتى بيان ذلك وفى التاترخانية وإذا أقر بعد الحجر بدين أوبعين لرجل جاز بقدر مافى يده فقط اه وفى البزازية يجوز إلا فيما أخذه المولى منه (قوله ولو عليه دين) أى إذا كان الإقرار فى صحته فلو فى المرض قدم غرماء الصحة كما فى حق الحر .

فحاصله أن ما يكون من باب التجارة من ديونه ويصح إقراره به صدقه المولى أولا وما لايكون من باب التجارة لايصدق فيه إلا بتصديقه لأنه فيه كالمحجور زيلعى والأول يؤاخذ به فى الحال ، والثانى بعد العتق كما فى الهندية : ومثال الثانى: إقراره بمهر امرأته أو بجناية كما مر(١) عن البزازية . وفى الطورى عن المبسوط : لو أقر بدين فى مرض مولاه فعلى أقسام :

الأول : لادين عليه وعلى المولى دين الصحة جعل كأن المولى أقر فى مرضه ويبدأ بدين الصحة .

الثانى : على العبد دين ولادين على المولى فى صحته فإقرار العبد به صحيح، لأنه إنما يحجر فى مرض سيده لو على السيد دين صحة محيط بماله ورقبة العبد وما فى يده .

الثالث : على كل دين صحة فلا يخلو إما أن تكون رقبة العبد ، وما فى يده لايفضل عن دينه أو يفضل عنه لا عن دين المولى ، أو يفضل عنهما . ففى الأول : لايصح إقراره ، لأنه شاغل لرقبته ومافى يده . وفى الثانى : يكون الفاضل لغرماء صحة المولى . وفى الثالث : يصح إقراره فى ذلك الفاضل، ولولا دين على أحدهما فأقر المولى فى مرضه بألف ثم العبد بألف تحاصا فى ثمن العبد ولو أقر العبد أولا ثم المولى بدئ بدين العبد اه ملخصا (قوله لغير زوج الخ) أى لمن لاتقبل شهادة العبد له لوكان حرا كما فى الخانية (قوله وولد ووالد) قال فى المبسوط: إذا أقر المأذون لابنه وهو حر أولأبيه أولزوجته وهى حرة أومكاتب ابنه أولعبد ابنه وعليه دين أولا فإقراره لهؤلاء باطل فى قول الإمام وفى قولهما جائز ويشاركون الغرماء فى كسبه ط (قوله وسيد الخ) قال فى الهندية وإن كان على المأذون دين فأقر بشىء فى يده أنه وديعة لمولاه أو لابن مولاه أو لأبيه أو لعبد تاجر عليه دين أولا أو لمكاتب مولاه أو لأم ولده فإقراره لمولاه ومكاتبه وعبده وأم ولده باطل ، فأما إقراره لابن مولاه أو لأبيه فجائز ولو لم يكن عليه دين كان إقراره جائزا فى ذلك كله اه ط (قوله ولو بعين صح الخ) فى المبسوط إذا أقر المأذون بعين فى يده لمولاه أو لعبد مولاه إن لم يكن عليه دين جاز وإلا فلا ، ولو أقر بدين لمولاه لايجوز مطلقا لأنه لايستحق على عبده دينا طورى ، وظاهر التعليل اختصاص التفرقة بين الدين والعين بالمولى دون زوج المقر وولده ووالده وهو خلاف ما يفهم من كلام الشارح ولم أر من صرح به فليراجع وعبارة الوهبانية :

---

(١) (قوله كما مر الخ) أى فيما كتبه على قول الشارح : ولو شهدوا بإقرار العبد لم يقض على المولى وهو يؤيد أن الصواب فى العبارة السابقة من البزازية إبدال صدقة بدية تأمل اه .

بما لايعد سرفا ومفاده أنه لايهدى من غير المأكول أصلا ابن كمال وجزم به ابن الشحنة والمحجور لايهدى شيئا وعن الثانى : إذا دفع للمحجور قوت يومه فدعا بعض رفقائه للأكل معه فلابأس بخلاف مالو دفع إليه قوت شهر ، ولا بأس للمرأة أن تتصدق من بيت سيدها أو زوجها باليسير كرغيف ونحوه ملتقى ، ولو علم منه عدم الرضا لم يجز (ويضيف من يطعمه) ويتخذ الضيافة اليسيرة بقدر ماله (ويحط من الثمن بعيب قدر مايحط التجار) ويحابى ويؤجل بحابى (ولا يتزوج) إلا بإذن (ولايتسرى) وإن أذن له المولى(ولايزوج رقيقه) وقال أبويوسف: يزوج الأمة

وإقراره بالعين لا الدين جائز لمولاه إلا حيثما الدين يظهر

ولو أقر لمولاه أو عبده بدين ولادين عليه ثم لحقه دين بطل إقراره ، ولو بعين فلا حتى يكون المولى أحق بها من الغرماء ولوالجية ، وفيها أقر لابن نفسه أو أبيه أو مكاتب لابنه لم يجز شىء مما أقر به عليه دين أولا عند الإمام اهـ فقوله : لم يجز شىء يشمل الدين والعين فيؤيد ماقلناه تأمل : ثم رأيت فى حاشية أبى السعود التعليل لقول الإمام بأن إقراره لهم إقرار صورة وشهادة معنى : وشهادته لهم غير جائزة لو كان حرا فكذا إقراره ثم نقل عن شيخه أنه اعترض على صاحب الدرر فى تقييده بطلان الإقرار لهم بالدين بأن الزيلعى أطلقه اهـ ويؤيده التعليل بأنه شهادة معنى فلافرق بين الدين والعين إلا فى المولى ولله الحمد (قوله بما لايعد سرفا) حذف الشارح جملة فيهامتعلق الباء وأصل العبارة كما فى المنح عن البزازية ولهذا يملك إهداء مأكول وإن زاد على درهم بما لايعد سرفا فإن الباء متعلقة بزاد ح (قوله وجزم به ابن الشحنة) حيث قال بعد كلام وقدعلمت تقييدهم مايملكه من الهدية بالمأكولات فيحتاج إلى التنبيه عليه فى النظم لأنه أطلق اهـ :

قلت : ومثله فى التبيين وصرح به فى التاتارخانية عن المحيط فقال : ولايملك الإهداء بما سوى المأكولات من الدراهم والدنانير اهـ وفيها عن الأصل ولو وهب هبة وكانت شيئا سوى الطعام ، وقد بلغت قيمته درهما فصاعدا لايجوز وإن أجاز المولى هبته إن لم يكن عليه دين تعمل إجازته وإلا فلا وكذا لايتصدق إلابدرهم فمادونه (قوله بخلاف ما لودفع إليه قوت شهر) لأنهم لو أكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى هداية (قوله كرغيف ونحوه) لأن ذلك غير ممنوع عنه فى العادة هداية بقى لو كان فى بيته من فى مقام المرأة كحاجبه وغلامه نقل ابن الشحنة عن ابن وهبان أنه لم يره فى كلامهم ، وأنه ينبغى أن يجوز قياسا عليها ثم نقل عنه أنه لو كانت الزوجة ممنوعة من التصرف فى بيته تأكل معه بالفرض ولا يمكنها من طعامه والتصرف فى شىء من ماله ينبغى أن لايجوز لها الصدقة واعترضه بأنه جرى العرف بالتصدق بذلك مطلقا تأمل (قوله بقدر ماله) أى مافى يده من مال التجارة ، قال ابن الشحنة عن التتمة حتى روى عن ابن سلمة إذا كان عشرة آلاف درهم فاتخذ ضيافة بعشرة دراهم تكون يسيرة وإن كان عشرة دراهم فبدانق كثيرة فينظر فى العرف فى قدر مال التجارة ، ثم قال : وأطلق فى الملتقى عن أبى يوسف أنه لابأس للرجل أن يجيب دعوة العبد المحجور عليه اهـ :

قلت : والمأذون بالأولى تأمل (قوله بعيب) فلا يحط بدونه إذ هو تبرع محض منح (قوله ويحابى) أى ابتداء لأنه قد يحتاج إليه التاجر قدمنا عن الزيلعى شيئا من الكلام على المحاباة (قوله بحتى) ومثله فى التبيين (قوله ولايتزوج) لأنه ليس من باب التجارة ، ولأن فيه ضررا على المولى بوجوب المهر والنفقة فى رقبته زيلعى (قوله ولايتسرى) لأنه مبنى على ملك الرقبة والعبد لايملك وإن ملك (قوله وقال أبو يوسف يزوج الأمة) لما فيه من تحصيل المهر وسقوط النفقة فأشبه إجارتها ، ولهذا جاز للمكاتب ووصى الأب والأب: ولهما أن الإذن تناول التجارة والتزويج ليس منها ، بخلاف المكاتب لأنه يملك الاكتساب وذلك لا يختص بالتجارة ، وكذا الأب

(ولايكاتبه) إلا أن يجيزه المولى ولادين عليه وولاية القبض للمولى (ولايعتق بمال) إلا أن يجيزه المولى إلى آخر مامر (ولا بغيره ولا يقرض ولا يهب ولو بعوض ولايكفل مطلقا) بنفس أو مال (ولايصالح عن قصاص وجب عليه ولايعفو عن القصاص) ويصالح عن قصاص وجب على عبده خزانة الفقه (وكل دين وجب عليه بتجارة أو بما هو فى معناها) أمثلة الأول (كبيع وشراء وإجارة واستئجار و) أمثلة الثانى (غرم وديعة وغصب وأمانة جحدها) عبارة الدرر وغيرها جحدها بلا ميم فتنبه (وعقر وجب بوطء مشرية

والجد والوصى ؛ ولأن تصرفهم مقيد بالأنظر للصغير وتزويج الأمة من الأنظر وعلى هذا الصرف الصبى والمعتوه المأذون لهما والمضارب والشريك عنانا ومفاوضة وجعل صاحب الهداية الأب والوصى على هذا الخلاف وهو سهو زيلعى (قوله ولايكاتبه) لأنها توجب حرية اليد حالا والرقبة مآلا والإذن لايوجب شيئا من ذلك والشيء لايتضمن ما هو فوقه زيلعى (قوله إلا أن يجيزه المولى) لأن الامتناع لحقه ، فإذا أجازه زال المانع فينفذ (قوله ولا دين عليه) جملة حالية أى دينا مستغرقا . قال الزيلعى : وذكر فى النهاية لو عليه دين قليل أوكثير فكتابته باطلة وإن أجازها المولى ، وهذا مشكل ، فإن مالم يستغرق رقبته وما فى يده لايمنع الدخول فى ملك المولى إجماعا ، حتى جاز للمولى عتق ما فى يده ؛ وإنما الخلاف فى المستغرق فيمنع عنده لاعندهما اه .

قلت : وأجيب بإمكان حمله على قول الإمام أولا بأن غير المستغرق يمنع الدخول أيضا وما ذكر قوله آخرا (قوله وولاية القبض للمولى) لأن العبد نائب عن المولى كالوكيل فكان قبض البدل لمن نفذ العقد من جهته ، لأن الوكيل فيه سفير ومعبر ، فلا تتعلق به حقوق العقد كالنكاح بخلاف المبادلة المالية ؛ ولو أدى المكاتب البدل إلى المولى قبل الإجازة ثم أجاز المولى لا يعتق وسلم المقبوض إلى المولى لأنه كسب عبده زيلعى (قوله ولايعتق) لأنه فوق الكتابة فكان أولى بالامتناع زيلعى (قوله إلى آخر ما مر) أى من قوله ولادين عليه وولاية القبض للمولى ، ولو اقتصر على هذا الاستثناء هنا وقال : إلا أن يجيزهما المولى الخ كما فعل فى شرحه على الملتقى لكان أخصر ، قال الزيلعى : وإن كان عليه دين مستغرق لاينفذ عند أبى حنيفة خلافا لهما بناء على أنه يملك مافى يده أم لا اهـ (قوله ولابغيره) أى بغير مال وهو أولى بالمنع من الأول كما لا يخفى منح (قوله ولايقرض) لأنه تبرع ابتداء وهو لايملكه منح (قوله ولا يهب) قدمنا عن التاترخانية عن الأصل أنه يهب ويتصدق بما دون الدرهم وجرى عليه فى الشرنبلالية (قوله ولو بعوض) لأنه تبرع ابتداء أو ابتداء وانتهاء زيلعى يعنى لو بلا عوض ولا يبرئ لأنه كالهبة درر (قوله ولايكفل) لأنها ضرر محض درر (قوله ولايصالح الخ) لأنه تصرف فى رقبته ولم يدخل تحت الإذن وعفوه تبرع ط (قوله ويصالح عن قصاص الخ) مستدرك مع ما تقدم ح أى تقدم متنا (قوله وأمثلة الثانى) المناسب ذكره قبل قوله وإجارة واستئجار لأنهما بمعنى التجارة كغرم الوديعة وما بعده نص عليه فى الكفاية (قوله وأمانة) كمضاربة وبضاعة وعارية (قوله فتنبه) لعله يشير إلى أن عبارة المصنف أحسن ، لأن غرم الغصب يكون بلا جحود لأنه متعد به ، بخلاف الوديعة والأمانة فإنه إذا جحدهما ضمنهما كما إذا استهلكهما لكن كان الأحسن تقديم الغصب على الوديعة ؛

فإن قلت : قدمت عن البزازية أن إقرار المأذون بالدين والغصب وعين مال يصح ويؤاخذ به فى الحال بخلاف المحجور عليه فلم قيد بالجحود . قلت : ليصير دينا فيدخل تحت قوله وكل دين لأن الكلام فيما يتعلق برقبته ، ولايكون كذلك إلا بالجحود وإن كان مؤاخذا بإقراره بالعين كما قدمه .

فإن قلت : الغصب عين : قلت : نعم قبل التعدى عليه وكلامه فى غرمه ولا يكون إلا بعده فيكون دينا (قوله وعقر الخ) لاستناده إلى الشراء فإنه لولا الشراء لوجب عليه الحد لاالعقر ، سواء وجب بإقراره أو البينة كفاية

بعد الاستحقاق) كل ذلك (يتعلق برقبته) كدين الاستهلاك والمهر ونفقة الزوجة (يباع فيه) ولهم استسعاؤه أيضا زيلعي ومفاده أن زوجته لو اختارت استسعاءه لنفقة كل يوم أن يكون لها ذلك أيضا بحر من النفقة (بحضرة مولاه) أو نائبه لاحتمال أن يفديه بخلاف بيع الكسب ، فإنه لا يحتاج لحضور المولى ، لأن العبد خصم فيه (ويقسم ثمنه بالحصص و) يتعلق (بكسب حصل قبل الدين أو بعده) ويتعلق (بما وهب له وإن لم يحضر) مولاه هذا قيد للكسب والاتهاب لكن يشترط حضور العبد لأنه الخصم فى كسبه ، ثم إنما يبدأ بالكسب وعند عدمه يستوفى من الرقبة :

أى فيكون فى حكم الشراء واحترز به عما وجب عليه بالتزويج فليس بمعنى التجارة قهستانى (قوله بعد الاستحقاق) متعلق بوجب لا بوطء ط (قوله يتعلق برقبته) لأنه دين ظهر وجوبه فى حق المولى درر واستثنى فى الأشباه عن إجارة منية المفتى ما إذا كان أجيرا فى البيع والشراء : أى فإن الضمان يتعلق بالآذن ، وهو المستأجر وما قاله المقدسى من أنه لا يحتاج إلى الاستثناء إذ ليس بمأذون بل كوكيل المستأجر بحث فى معرض النقل بيرى (قوله كدين الاستهلاك) أى كدين ترتب بذمته بسبب استهلاكه لشىء آخر ط (قوله يباع فيه) ولا يجوز بيعه إلا برضا الغرماء أو بأمر القاضى ، لأن الغرماء حق الاستسعاء ليصل إليهم كمال حقهم ، ويبطل ذلك ببيع المولى فاحتيج إلى رضاهم ولوالجية وفيها : ولو باعه القاضى لمن حضروا يحبس حصة من غاب من ثمنه قال الزيلعى : ولا يعجل القاضى ببيعه بل يتلوم ، لاحتمال أن يكون له مال يقدم عليه أو دين يقتضيه ، فإذا مضت مدة التلوم ولم يظهر له وجه باعه اه وفيه فى موضع آخر ثم المولى ببيع عبده المأذون له المديون بعد العلم بالدين لم يجعل مختارا للفداء بالقيمة وببيع العبد الجانى بعد العلم بالجناية جعل مختارا للفداء بالأرش ، لأن الدين هنا على العبد بحيث لا يبرأ بالعتق ، ولا يجب على المولى شىء ولو اختار المولى الفداء صريحا بأن قال : أنا أقضى دينه كان عدة منه تبرعا ، فلا يلزمه بخلاف الجناية فإن موجبها على المولى خاصة (قوله لاحتمال الخ) علة لاشتراط الحضرة ، وأفاد أن بيعه غير حتم بل يخير مولاه بين البيع أو الفداء أى أداء جميع الديون ، ولم يرد به أداء قيمته نبه عليه فى الكفاية (قوله لأن العبد خصم فيه) أى فى كسبه دون رقبته فإذا ادعى رقبته إنسان كان المولى هو الخصم دون العبد ، وإذا ادعى كسبه فالعبد خصم فيه دون المولى كما فى التبيين (قوله ويقسم ثمنه بالحصص) سواء ثبت الدين بإقرار العبد ، أو بالبينة جوهرة قال الرحمتى : وهذا كله إذا كان الدين حالا ، ولو بعضه مؤجلا يعطى أرباب الحال حصتهم ويمسك حصة صاحب الأجل إلى حلوله :

قال فى الرمز قلت : مر فى المفلس عن الينابيع أنه يعطى الكل لصاحب الحال ، فإذا حل المؤجل قيل له شاركه وهذا إذا كان كل الدين ظاهرا ولو بعضه لم يظهر ولكن ظهر سببه كما لو حفر بئرا فى طريق وعليه دين يباع ، ويدفع للغريم قدر دينه من الثمن ، وإن كان الدين مثل الثمن دفعه كله ، فإذا وقع فى البئر دابة رجع صاحبها على الغريم بحضرته(١) يضرب كل بماله اه حموى على الكنز (قوله قبل الدين) أى وبعد الإذن بخلاف ما قبله كما سيذكره (قوله هذا)أى قوله وإن لم يحضر وقوله قيد الأولى أن يقول تعميم فى الكسب والاتهاب ط لكن على جعله شرطا محذوف الجواب يصح لأن الشروط قيود تأمل (قوله لأنه الخصم فى كسبه) مستغنى عنه بما تقدم قبله قريبا ط (قوله ثم إنما يبدأ بالكسب) لأنه أهون على المولى مع إيفاء حق الغرماء زيلعي (قوله وعند عدمه)

---

(١) (قوله بحضرته) لعله : بحصته اه منه.

قلت : وأما الكسب الحاصل قبل الإذن فحق للمولى فله أخذه مطلقا. قال شيخنا : ومفاده أنه لو اكتسب المحجور شيئا وأودعه عند آخر وهلك فى يد المودع للمولى تضمينه ، لأنه كمودع الغاصب فتأمله (لا) يتعلق الدين (بما أخذه مولاه منه قبل الدين وطولب) المأذون (بما بقى) من الدين زائدا عن كسبه وثمنه (بعد عتقه) ولا يباع ثانيا (ولمولاه أخذ غلة مثله

أى أصلا أو عدم إيفائه ط (قوله مطلقا) يعنى سواء وجده فى يد العبد أو فى يد الغريم ولو استهلكه الغريم للمولى أن يضمنه رملى (قوله ومفاده)أى مفاد كون المولى أحق بكسب عبده الحاصل قبل الإذن (قوله وأودعه) الضمير المستتر عائد على المحجور فيفيد أن إيداعه قبل الإذن بالتجارة ، والظاهر أن إيداعه بعد الإذن كذلك لأنه إيداع مال الغير بدون إذنه (قوله للمولى تضمينه الخ) أقول : مابحثه صرح به فى الأشباه من كتاب الأمانات حيث قال وفى البزازية الرقيق إذا اكتسبه واشترى شيئا من كسبه ، وأودعه وهلكت عند المودع فإنه يضمنه لكونه مال المولى مع أن للعبد يداً معتبرة ،حتى لو أودع شيئا وغاب فليس للمولى أخذه اهـ، وقوله : فليس للمولى أخذه أى سواء كان العبد مأذونا أو محجورا مديونا أولا يدرى لكن هذا إذا لم يعلم أنه ماله أو كسب عبده فإن علم فله حق الأخذ بلا حضور العبد حموى عن البزازية (قوله لأنه كمودع الغاصب) عبارة الرملى لأنه ماله أى مال السيد أودعه عنده بلا إذنه فصار كمودع الغاصب قال ط يفاد من هذا التعليل أن للمودع أن يرجع على العبد بما غرمه بعد عتقه فتأمل (قوله قبل الدين) قيد به لما فى الطورى عن المحيط لو كان عليه دين بوم أخذ قليلا كان أو كثيرا لم يسلم المولى ما أخذه ويظهر ذلك فيما إذا لحقه دين آخر يرد المولى جميع ما كان أخذه لأنا لو جعلنا بعضه مشغولا بقدر الدين وجب على المولى رد قدر المشغول على الغريم فإذا أخذه كان للغريم الثانى أن يشاركه فيه ، إن كان دينهما سواء ، وكان للغريم الأول أن يرجع بما أخذه منه على السيد ، وإذا أخذ منه ثانيا كان للغريم الآخر أن يشاركه ثم وثم إلى أن يأخذ منه جميع ماأخذه من كسبه اهـ .

وفى القهستانى : يتعلق ذلك الدين بما أخذه بعد الدين ، فيسترد منه كما إذا كان على المأذون خمسمائة وكسبه ألف فأخذه السيد ثم لحقه دين خمسمائة أخرى ، فإنه يسترد الألف من السيد اهـ وعزاه للكرمانى: وفى الذخيرة : فإن لم يلحقه دين آخر فالمولى لايغرم إلا خمسمائة . وفى النهاية رد ماأخذ لو قائما بعينه وضمانه لو مستهلكا اهـ وهذا بخلاف الضريبة فإنه يرد مازاد على غلة مثله كما يأتى قريبا فافهم (قوله وطولب المأذون بما بقى) لتقرر الدين فى ذمته وعدم وفاء الرقبة درر وصرح بالمأذون ، لئلا يتوهم عود الضمير على المولى (قوله ولا يباع ثانيا) لأن المشترى يمتنع حينئذ عن شرائه ، فيؤدى إلى امتناع البيع بالكلية فيتضرر الغرماء درر ، وكذا لو اشتراه سيده بعد ذلك لأنه ملك جديد وتبدل الملك كتبدل العين حكما فصار كأنه عبد آخر زيلعى ، وإنما يباع فى نفقة الزوجة مراراً لأنها وجبت شيئا فشيئا كما مر فى النكاح قهستانى (قوله ولمولاه أخذ غلة مثله) فلو أخذ أكثر رد الفضل على الغرماء لتقدم حقهم ، ولا ضرورة فيه درر قال فى العناية : ومعناه له أن يأخذ الضريبة التى ضربها عليه فى كل شهر بعد مالزمه الديون كما كان يأخذ قبل ذلك وما زاد على ذلك من ربحه يكون للغرماء اهـ .

وفى البحر عن الفتح قبيل كتاب العتق : يجوز وضع الضريبة على العبد ، ولا يجبر عليها بل إن اتفقا على ذلك اهـ .

وفى القهستانى : للسيد أن يأخذ منه غلة قبل وضع الضريبة وقبل لحوق الدين ، وأن يأخذ أكثر من غلة مثله قبل الدين ولا يأخذ الأكثر بعده ، وأن يضع الضريبة بعد الدين كما فى الكرمانى اهـ .

بوجود دينه وما زاد للغرماء) يعني لو كان المولى يأخذ من العبد كل شهر عشرة دراهم مثلا قبل لحوق الدين كان له أن يأخذها بعد لحوقه استحسانا لأنه لو منع منها يحجر عليه فينسد باب الاكتساب (وينحجر بحجره إن علم هو) نفسه لدفع الضرر عنه (وأكثر أهل سوقه إن كان) الإذن (شائعا ، أما إذا لم يعلم به) أى بالإذن (إلا العبد) وحده (كفى فى حجره علمه) به (فقط) ولا يشترط مع ذلك علم أكثر أهل سوقه لانتفاء الضرر :

وفى البزازية : باع عبده المأذون إن لم يكن عليه دين صار محجورا عليه علم أهل سوقه ببيعه أم لا لصحة البيع وإن عليه دين لا مالم يقبضه المشترى لفساد البيع وهل للغرماء فسخه إن ديونهم حالة ؟ نعم إلا إذا كان بالثمن وفاء أو أبرءوا العبد أو أدى المولى وتمامه فى السراجية (وبموت سيده

وفى قوله : وأن يضع الضريبة بعد الدين مخالفة لما قدمناه عنه ، وعن غيره من أنه يسترد منه بعد الدين ولتقييد الشارح كغيره بقوله قبل لحوق الدين إلا أن يوفق بأن له وضعها بعد الدين غير المستغرق لما فى يده أى بقدر مايفضل بعد الدين أو أقل دون الأكثر ويحتمل أن يعطف قوله وأن يضع على مدخول النفى فى قوله ولا يأخذ فتأمل (قوله بوجود دينه) الظاهر أن الباء بمعنى مع رحمتى :

قلت : وبها عبر ابن الكمال (قوله استحسانا) والقياس أن يرد جميع ماأخذ ، لأن حق الغرماء فى كسبه مقدم على حق المولى نهاية (قوله فينسد باب الاكتساب) فصار مايأخذه كالتحصيل للكسب، وأما أخذ الأكثر فلا يعد من التحصيل فلا يحصل مقصود الغرماء نهاية (قوله لدفع الضرر عنه) قال فى الهداية : لأنه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضى به ح (قوله وأكثر أهل سوقه) هذا استحسان، لأن إعلام الكل متعذر أو متعسر ، فلو حجر عليه بحضرة الأقل لم يصر محجورا عليه حتى لو بايعه من علم منهم ومن لم يعلم جاز البيع ، لأنه لما صار مأذونا له فى حق من لم يعلم صار مأذونا فى حق من علم أيضا ، لأن الحجر لايقبل التخصيص ولا يتجزأ كالإذن قال فى النهاية : ثبت بهذا عدم صحة الحجر الخاص ، وإن من شرط صحة الحجر التعميم (قوله إن كان الإذن شائعا) وكذا بشرط كون الحجر قصدا : قال فى النهاية : ثم اعلم أن اشتراط إظهار الحجر فيما بين أهل سوقه فيما إذا ثبت الحجر قصدا كعزل الوكيل فلو ضمنا لغيره فلا كما إذا باع عبده المأذون غير المديون اه وسيشير إليه قريبا (قوله أما إذا لم يعلم الخ) محترز قوله شائعا (قوله كفى فى حجره علمه به فقط) فلو لم يعلم فاشترى وباع كان مأذونا والحجر باطل لأن حكم الحجر لايلزمه إلا بعلمه إتقانى (قوله باع عبده المأذون الخ) وكذا لو وهبه من رجل وقبضه فلو رجع فى الهبة لايعود الإذن، وكذا إذا رده المشترى بالعيب بالقضاء وإن عاد إليه قديم ملكه نهاية (قوله لصحة البيع) وهو حجر ثبت حكما للبيع لا مقصودا ، لأن البيع لم يوضع للحجر ويجوز أن يثبت الشيء حكما لغيره. وإن لم يثبت قصدا كعزل الوكيل الغائب نهاية (قوله وإن عليه دين) أى وباعه بلا إذن الغرماء، وقوله لا أى لايصير محجورا (قوله لفساد البيع) علة لقوله لا وقد وقع فى كلام الإمام محمد أن البيع باطل، فقيل : أراد أنه سيبطل لأنه موقوف على إجازة الغرماء ، وقيل أراد به أنه فاسد إلا أن الفساد فيه دون سائر العقود الفاسدة لأنه خال عن الشروط الفاسدة والمالك غير مكره عليه إنما عدم الرضا من صاحب الحق لا غير فأظهرنا زيادته على سائر العقود الفاسدة فى إفادته قبل القبض ملكا موقوفا تاترخانية ملخصا . وعليه لينظر ما فائدة قول الشارح مالم يقبضه المشترى فإن الملك حاصل قبله تأمل (قوله إن ديونهم حالة نعم) أى لهم فسخه ولو مؤجلة فلا ، فإن حل الأجل ضمن المولى لهم قيمته ، وكذا لو وهب العبد قبل حلول الدين لرجل وقبضه أو آجره جاز ، فإن حل الأجل ضمن لهم القيمة وليس لهم رد الهبة وكان لهم نقض الإجارة وأما الرهن فكالبيع تاترخانية وأما العتق فسيأتى متنا (قوله وفاء) أى بديون المأذون (قوله وبموت سيده)

وبجنونه مطبقا ولحوقه) وكذا بجنون المأذون ولحوقه أيضا (بدار الحرب مرتدا وإن لم يعلم أحد به) لأنه موت حكما (و) ينحجر حكما (بإباقه) وإن لم يعلم أحد كجنونه (ولو عاد منه) أو أفاق من جنونه (لم يعد الإذن) فى الصحيح زيلعى وقهستانى (وباستيلادها) بأن ولدت منه فادعاه كان حجرا دلالة مالم يصرح بخلافه (لا) تنحجر (بالتدبير وضمن بهما قيمتهما) فقط (للغرماء لو عليهما دين) محيط .

(إقراره) مبتدأ (بعد حجره إن ما معه أمانة أو غصب أو دين عليه) لآخر (صحيح) خبر (فيقبضه منه) وقال لايصح .

(أحاط دينه بماله ورقبته لم يملك سيده ما معه فلم يعتق عبد من كسبه بتحرير مولاه)

وكذا الصبى يحجر بموت الأب والوصى . وأما المأذون من قبل القاضى فلا ينعزل بموته لأنه حكم كما فى شرح المجمع در منتقى (قوله وجنونه مطبقا) سنة فصاعدا أو يفوض للقاضى وبه يفتى فإن مست الحاجة إلى التوقيت يفتى بسنة كما فى تتمة الواقعات در منتقى (قوله ولحوقه) قال فى شرح المجمع أقول : قد تسامح فيه لأن اللحاق بدون القضاء لايكون كالموت عندنا (قوله وكذا بجنون المأذون ولحوقه أيضا) فلو قال وموت أحدهما ولو حكما أو جنونه مطبقا لكان أتم وأخصر عزمية (قوله وإن لم يعلم أحد به) أى بهذا الحجر أو بالموت ، وما ذكر بعده قال الزيلعى : فصار محجورا عليه فى ضمن بطلان الأهلية فلايشترط فيه علمه ، ولاعلم أهل سوقه لأن الحجر حكمى ، فلايشترط فيه العلم كالعزال الوكيل بهذه الأشياء اه (قوله لأنه موت حكما) حتى يعتق مدبروه وأمهات أولاده ، ويقسم ماله بين ورثته وهذا علة لقوله ولحوقه ، فكان ينبغى تقديمه على قوله وإن لم يعلم أحد به (قوله وينحجر حكما) كان ينبغى ذكره عندقوله وبموت سيده لأن كل ذلك حجر حكمى كماعلمت (قوله بإباقه) لأن المولى لم يرض بتصرف عبده المتمرد الخارج عن طاعته عادة فكان حجرا عليه دلالة زيلعى وسيذكر آخرا عن الأشباه تصحيح خلافه ويأتى مافيه (قوله وإن لم يعلم أحد) أى من أهل سوقه (قوله كان حجرا دلالة) هذا استحسان ، لأن العادة جرت بتحصين أمهات الأولاد وأنه لايرضى بخروجها واختلاطها بالرجال فى المعاملة ودليل الحجر كصريحه زيلعى (قوله مالم يصرح بخلافه) لأن الصريح يفوق الدلالة زيلعى (قوله لابالتدبير) لأن العادة لم تجر بتحصين المدبرة فلم يوجد دليل الحجر منح ه وكذا المدبر بالأولى (قوله وضمن بهما قيمتهما) أى ضمن المولى بالاستيلاد والتدبير قيمتهما ، لأنه أتلف بهما محلا تعلق به حق الغرماء لأنه بفعله امتنع بيعهما زيلعى .

وظاهر كلام المصنف أن يضمن القيمة مطلقا مع أنه يتوقف على اختيار الغرماء ، فلو زاد إن شاءوا لكان أولى لما فى المحيط ، وإن شاءوا استسعوا العبد فى دينهم ، وإن ضمنوا المولى لاسبيل لهم على العبد حتى يعتق : وفيه عليه دين لثلاثة لكل ألف اختار اثنان ضمان المولى فضمناه ثلثى قيمته واختار الثالث استسعاء العبد فى جميع دينه جاز ، ولايشارك أحدهما الآخر فيما قبض ، بخلاف ما إذا كان الغريم واحدا فإذا اختار أحدهما بطل حقه فى الآخر طورى (قوله فقط) أى لاما زاد على القيمة من الدين بل يطالبان به بعد العتق (قوله أن ما معه) قيد بالمعية إذ إقراره فى حق رقبته بعد الحجر لايصح ، حتى لاتباع رقبته بالدين إجماعا كما فى التبيين (قوله صحيح) أى بشروط تؤخذ من الزيلعى وغيره : وهى أن لايكون إقراره بعد أخذ المولى مافى يده أو بعد ما باعه من غيره : وأن لايكون عليه دين مستغرق لما فى يده وقت الحجر وأن لايكون مافى يده اكتسبه بعد الحجر (قوله وقالا لايصح) يعنى حالا وهو القياس شرنبلالية (قوله فلم يعتق عبد الخ) أى فى حق الغرماء فلهم أن يبيعوه ويستوفوا ديونهم ، وأما فى حق المولى فهو حر بالإجماع حتى إن الغرماء لو أبرءوا العبد من الدين أو باعوه من المولى أو قضى

وقالا يملكه فيعتق وعليه قيمته موسرا ولو معسرا فلهم أن يضمنوا العبد المعتق ثم يرجع على المولى ابن كمال (ولو اشترى ذا رحم محرم من المولى لم يعتق) ولو ملكه لعتق (ولو أتلف المولى مافى يده من الرقيق ضمن) ولو ملكه لم يضمن خلافا لهما بناء على ثبوت الملك وعدمه (وإن لم يحط) دينه بماله ورقبته (صح تحريره) إجماعا (و) صح (إعتاقه) حال كون (المأذون مديونا) ولو بمحيط (وضمن المولى للغرماء الأقل من دينه وقيمته) وإن شاءوا اتبعوا العبد بكل ديونهم وباتباع أحدهما لايبرأ الآخر فهما كـكفيل مع مكفول عنه (وطولب بما بقى) من دينهم إذا لم تف به قيمته (بعد عتقه) لتقرره فى ذمته وصح تدبيره ولاينحجر ويخير الغرماء كعتقه إلا أن من اختار أحد الشيئين ليس له الرجوع شرح تكملة :

وفى الهداية : ولو كان المأذون مدبرا أو أم ولد لم يضمن قيمتهما لأن حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما لأنهما لايباعان بالدين، ولو أعتقه المولى بإذن الغرماء فلهم تضمين مولاه زيلعى (و) المأذون (إن باعه سيده)

المولى دينه فإنه حر تاترخانية عن الينابيع (قوله وقالا يملكه) لأنه وجد سبب الملك فى كسبه وهو ملك رقبته ولهذا يملك إعتاقه ووطء المأذونة: وله أن ملك المولى إنما يثبت خلافه عن العبد عند فراغه عن حاجته والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه هداية (قوله ولو اشترى الخ) معطوف على لم يعتق فهو مفرع على قول الإمام (قوله ولو ملكه لم يضمن) ظاهره أن عند القائل بالملك لايضمن وليس كذلك بل الضمان متفق عليه لكن يضمن قيمته للحال عندهما ، لأنه ملكه وإنما ضمنه لتعلق حق الغير به وعنده فى ثلاث سنين لأنه ضمان جناية لعدم ملكه كما فى التبيين (قوله خلافا لهما) راجع إلى مسألة ذى الرحم أيضا اهـ ح (قوله صح تحريره) أى تحرير المولى العبد الذى اكتسبه المأذون (قوله إجماعا) أى عندهما وعنده فى قوله الأخير وفى قوله الأول لايملك ، فلايصح إعتاقه زيلعى (قوله حال كون المأذون) الأنسب أن يقول أى المأذون حال كونه ح (قوله ولو بمحيط) هذا بالإجماع لقيام ملكه فيه ، وإنما الخلاف فى أكسابه بعد الاستغراق بالدين وقد بيناه زيلعى (قوله وضمن المولى الخ) سواء علم المولى بالدين أولا بمنزلة إتلاف مال الغير لما تعلق به حقهم زيلعى (قوله الأقل من دينه وقيمته) لأن حقهم تعلق بماليته فيضمنها ، كما إذا أعتق الراهن المرهون زيلعى (قوله وإن شاءوا اتبعوا العبد) لأن الدين مستقر فى ذمته زيلعى: قال فى المحيط : وما قبضه أحدهم من العبد لايشاركه فيه الباقون، بخلاف ماقبضه أحدهم من القيمة التى على المولى ، لأنها وجبت لهم على المولى بسبب واحد وهو العتق والدين بقى وجب لجماعة بسبب واحد كان مشتركا بينهم اهـ طورى (قوله لايبرأ الآخر) لأنه وجب على كل واحد منهما دين على حدة ، بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب ، لأن الضمان واجب على أحدهما زيلعى (قوله بعد عتقه) مستدرك لأن الفرض أنه قد أعتق (قوله وصح تدبيره الخ) إنما أعاد صدر المسألة مع تصريح المصنف به آنفا ليرتب عليه عجزها ط (قوله ويخير الغرماء) إن شاءوا ضمنوا المولى قيمة العبد وإن شاءوا استسعوا العبد فى ديونهم ، فإن ضمنوا المولى القيمة فلا سبيل لهم على العبد حتى يعتق وبقى العبد مأذونا على حاله ، وإن استسعوا العبد أخذوا من السعاية ديونهم بكمالها وبقى العبد مأذونا على حاله هندية ، وبه ظهر معنى الاستثناء ط أى فى قوله : إلا أن الخ بخلاف العتق كما مر فإنه باتباع أحدهما لايبرأ الآخر (قوله أحد الشيئين) وهما تضمين المولى واستسعاء العبد (قوله ولو أعتقه المولى الخ) هذا مرتبط بقوله وصح إعتاقه لابمسألة المدبر: قال الزيلعى: ولو أعتقه المولى بإذن الغرماء فلهم أن يضمنوا مولاه القيمة ، وليس هذا كإعتاق الراهن عبد الرهن بإذن المرتهن وهو معسر ،

بأقل من الديون (وغيبه المشترى) قيد به لأن الغرماء إذا قدروا على العبد كان لهم فسخ البيع كما مر (ضمن الغرماء البائع قيمته) لتعديه (فإن رد) العبد (عليه بعيب قبل القبض) مطلقا أو بخيار رؤية أو شرط (أو بعده بقضاء رجع) السيد (بقيمته على الغرماء وعاد حقهم فى العبد) لزوال المانع (وإن رد بعد القبض لا بقضاء فلا سبيل لهم على العبد للمولى ولا للعبد على القيمة) لأن الرد بالتراضي إقالة وهى بيع فى حق غيرهما (وإن فضل من دينهم شىء رجعوا به على العبد بعد الحرية) كما مر (أو ضمنوا مشتريه)

لأنه قد خرج(١) عن الرهن بإذنه والعبد المأذون له لا يبرأ من الدين بإذن الغريم اه أى فى عتقه أما المدبر فلا ضمان بإعتاقه مطلقا لما ذكره المؤلف من التعليل فتدبر ط. وعبارة الطورى وقوله : وضمن شمل ما إذا أعتق بإذن الغرماء الخ (قوله بأقل من الديون) أى وكان بلا إذن الغرماء والدين حال ، وأما إذا كان بخلاف هذه الأشياء الثلاثة ، فلا ضمان على المولى نهاية . وزاد المقدسى عن شرح الجامع لأبى الليث وكان البيع بأقل من القيمة ، أما لو باعه بقيمته أو أكثر وقبض وهو فى يده فلا فائدة فى التضمين ولكن يدفع الثمن إليهم اه نقله السائحانى (قوله وغيبه) بالغين المعجمة در منتقى (قوله كان لهم فسخ البيع) أى قبل قضاء القاضى لهم بالقيمة فلو بعده ففيه تفصيل يأتى عن الزيلعى (قوله كما مر) أى قبل نحو صفحة عن السراجية (قوله ضمن الغرماء البائع قيمته) أى سواء كانت قدر الثمن أو دونه أو أزيد هذا إذا كانت قدر الدين أو دونه ، فلو كانت أزيد يضمن بقدر الدين فقط رحمتى (قوله لتعديه) أى ببيعه وتسليمه إلى المشترى منح (قوله فإن رد العبد) يعنى إذا اختاروا أخذ القيمة من المولى ثم ظهر العبد واطلع المشترى على عيب ورده به الخ (قوله قبل القبض الخ) نظر فيه الشرنبلالى بأن الصورة فيما إذا غيبه المشترى ، وليس إلا بعد القبض قال : ولعله إنما ذكر ذلك لقوله مطلقا ليقابله بقوله أو بعده بقضاء (قوله مطلقا) أى بقضاء أو رضا ح (قوله أو بخيار رؤية أو شرط) أى مطلقا قبل القبض أو بعده بقضاء أو رضا فكان عليه تأخير قيد الإطلاق إلى هنا ح ، وإنما لم يحتج للقضاء لأن العيب يمنع تمام الصفقة فيكون الرد فسخا وخيار الشرط يمنع ابتداء الحكم فكأن البيع لم يكن لعدم شرطه وهو الرضا ، وخيار الرؤية يمنع تمام الحكم فالرد بهما لا يكون إلا فسخا رحمتى (قوله أو بعده بقضاء) راجع لما فى المتن أى أو رد بعيب بعد القبض بقضاء لأنه بالقضاء يصير فسخا رحمتى (قوله لزوال المانع) أى من تعلق حقهم بالعبد وهو البيع والتسليم الذى هو سبب الضمان : قال الزيلعى : فصار كالغاصب إذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له أن يرد المغصوب على المالك ويرجع عليه بالقيمة التى دفعها إليه (قوله فلا سبيل لهم على العبد) أى فى استسعائه (قوله ولا للمولى على القيمة) أى فى استردادها من الغرماء (قوله وهى بيع فى حق غيرهما) أى غير المتبايعين كما تقدم فى الإقالة أنها فسخ فى حق المتبايعين بيع جديد فى حق ثالث . والغرماء ثالث فى حقهم كأنه اشتراه من مشتريه وبيعه الأول على حاله رحمتى ، فلذا قال : فلا سبيل لهم على العبد ولا للمولى على القيمة فليس المراد بالغير العبد فافهم (قوله أو ضمنوا مشتريه) أى ضمنوه القيمة لأنه متعد بالشراء والقبض والتغييب زيلعى . قال ح : وأنت خبير أن

---

(١) (قوله لأنه قد خرج الخ) قال شيخنا هذا تعليل لغير مذكور وتقديره ولهم استسعاء العبد الذى أذنوا بعتقه، وليس للمرتهن استسعاء عبد الرهن الذى أذن الراهن بعتقه وهو معسر لأنه الخ .

وحاصل الفرق : أن إذن الغرماء بإعتاق العبد ليس إبراء للعبد ولهم استسعاؤه وأما إذن المرتهن فإخراج للعبد من الرهن ، وإسقاط لماله فيه من حق الحبس فلا يكون له استسعاؤه ولو كان المولى معسرا ، فلا يقال إنه يستسعى العبد حال إعسار المولى لأنه المنتفع بهذا الإعتاق ولا يمكن الرجوع على المولى لإعساره لما علمت من إسقاطه حقه بالإذن وبهذا تعلم أنه كان الأحسن إبدال قوله فلهم أن يضمنوا المولى بقوله فلهم استسعاء العبد اه .

عطف على البائع أى إن شاءوا ضمنوا المشترى ويرجع المشترى بالثمن على البائع (أو أجازوا البيع وأخذوا الثمن) لاقيمة العبد (وإن باعه) السيد (معلما بدينه) يعنى مقرا به لامنكرا كما سيجىء

الثمن وإن كان أقل من الدين فى مسألتنا كما ذكره الشارح ؛ لكن القيمة قد تكون أكثر من الدين : فينبغى تقييد ضمان القيمة بما إذا كانت مثل الدين أو أقل ؛ أما لو كانت أكثر فينبغى أن لا يضمن إلا مقدار الدين كما لايخفى وحينئذ ينظر فى كيفية الرجوع على البائع اه قال ط : إن كان الثمن قدر ماضمن من القيمة رجع به وإن كان المضمون أكثر فلا وجه لرجوع المشترى على البائع بالزيادة فليتأمل اه (قوله عطف على البائع) إنما يصح لو كان قوله ضمنوا ليس من عبارة المتن وهو خلاف ما رأيناه فى النسخ وعليه فهو عطف على قوله ضمن من عطف الجمل (قوله ويرجع المشترى بالثمن على البائع) لأن أخذ القيمة منه كأخذ العين زيلعى ، وقوله : بالثمن أشار به إلى أنه لايرجع بما ضمن ، بل بما أداه للبائع من الثمن وما بقى من القيمة لا مطالبة له على البائع به وظاهر أن هذا فيما إذا كانت القيمة أكثر من الثمن اه شرنبلالية (قوله أو أجازوا البيع الخ) قال الزيلعى . حاصله : أن الغرماء يخيرون بين ثلاثة أشياء إجازة البيع ، وتضمين أيهما شاءوا ثم إن ضمنوا المشترى رجع المشترى بالثمن على البائع ، وإن ضمنوا البائع سلم المبيع للمشترى وتم البيع لزوال المانع ، وأيهما اختاروا تضمينه برئ الآخر حتى لايرجعون عليه وإن تويت القيمة عند الذى اختاروه ، ولو ظهر العبد بعد ما اختاروا تضمين أحدهما ليس لهم عليه سبيل إن كان القاضى قضى لهم بالقيمة ببينة أو بإباء يمين لأن حقهم تحول إلى القيمة بالقضاء ، وإن قضى بالقيمة بقول الخصم مع يمينه ، وقد ادعى الغرماء أكثر منهم فهم بالخيار إن شاءوا رضوا بالقيمة ، وإن شاءوا ردوها وأخذوا العبد فبيع لهم ، لأنه لم يصل إليهم كمال حقهم بزعمهم وهو نظير المغصوب فى ذلك كذا ذكره فى النهاية ، وعزاه إلى المبسوط .

قال الراجى عفو ربه : الحكم المذكور فى المغصوب مشروط بأن تظهر العين وقيمتها أكثر مما ضمن ، ولم يشترط هنا ذلك وإنما شرط أن يدعى الغرماء أكثر مما ضمن وأن كمال حقهم لم يصل إليهم بزعمهم ، وبينهما تفاوت كثير لأن الدعوى قد تكون غير مطابقة ، فيجوز أن تكون قيمته مثل ماضمن أو أقل ، فلا يثبت لهم الخيار فيه وإنما يثبت لهم الخيار إذا ظهر وقيمته أكثر مما ضمن فلا يكون المذكور هنا مخلصا اه :

ويجاب بما ذكره الشلبى عن خط قارئ الهداية بأن لهم أن يردوا ما أخذوا وإن كانت قيمته مثل ما ضمن أو أقل لأن لهم فيه فائدة وهو حق استسعائه بجميع دينه أبو السعود وبمثله أجاب الطورى (قوله معلما بدينه) اسم فاعل من الإعلام حال من ضمير السيد : وعبارة الهداية والكنز وأعلمه بالدين : قال فى الكفاية أى أعلم البائع المشترى بأن هذا العبد مديون ، وفائدته سقوط خيار المشترى فى الرد بعيب الدين حتى يقع البيع لازما فيما بين البائع والمشترى ، وإن لم يكن لازما فى حق الغرماء إذا لم يكن فى ثمنه وفاء بديونهم اه ومثله فى التبيين وغيره وسيشير إليه الشارح (قوله يعنى مقرا به لامنكرا كما سيجىء) قد علمت أن قوله معلما حال من السيد البائع فهو وصف له والذى سيجىء اعتبار إقرار المشترى لا البائع ، وأصل هذا الكلام لابن الكمال حيث ذكر أن فائدة قوله معلما تظهر فى المسألة الآتية وهى قوله : وإن غاب البائع فالمشترى ليس بخصم لهم لو منكرا دينه قال فإنه دل بمفهومه على أنه يخاصم مقرا فلابد من فرض العلم حتى يتيسر تصوير الإنكار مرة والإقرار أخرى اه لكنه لم يفسر الإعلام بالإقرار كما فعل الشارح ، بل جعله مبنى تصوير الإنكار الآتى صريحا والإقرار المفهوم ضمنا ولذا قال ح : إن قوله مقرا به لايصلح تفسيرا للمتن ولا تقييدا له وقد غلط فى عبارة ابن الكمال ولم يفهمها اه .

لتحقق المخاصمة ويسقط خيار المشترى لاالغرماء (فللغرماء رد البيع) إن لم يصل ثمنه إليهم لأن قبضهم الثمن دليل الرضا للبيع إلا إذا كان فيه محاباة فإما أن ترفع أو ينقض البيع ابن كمال وقال المصنف : هذا إذا كان الدين حالا وكان البيع بلا طلب الغرماء والثمن لايفى بدينهم وإلا فالبيع نافذ

ويمكن أن يكون قوله يعنى مقرا تفسيرا لمفعول باع الأول : أى باع مشتريا مقرا أو حالا من المشترى المفهوم من المقام ولو قال لمقر لكان أظهر وفيما ذكره ابن الكمال من الفائدة نظر لأن المسألة رباعية غاب العبد، وقدمر غاب البائع أو غاب المشترى وسيأتى ، حضر الكل : وهى التى الكلام فيها ولذا قال ط : هذا مفروض فيما إذا كان العبد حاضرا ليباين قوله سابقا ، وإن باعه سيده وغيبه المشترى فلو قال المصنف : وإن كان العبد حاضرا فلهم الفسخ بحضرتهما لكان أخصر وأوضح اه وفى هذه إن كان المشترى مقرا بالدين فالأمر ظاهر ، وإن كان منكرا فعلى الغرماء إثباته لعدم المانع لوجود الخصم فيها ، وإنما الكلام فى غيبة البائع ، فإن كان المشترى مقرا لهم رد البيع لأنه خصم وإلا فلا ، فقوله معالما فى مسألة حضرة الكل لايظهر له فائدة فى هذه المسألة أصلا وإنما فائدته ما مر عن الكفاية وغيرها فتدبر هذا ما ظهر لى (قوله لتحقق المخاصمة) تحقق فعل مضارع حذف منه إحدى التاءين والمخاصمة فاعل يعنى أن فائدة إقرار المشترى بالدين فيما إذا غاب البائع صحة كونه خصما للغرماء فى رد البيع (قوله فللغرماء رد البيع) لأن حقهم تعلق به وهو حق الاستسعاء أو الاستيفاء من رقبته ، وفى كل منهما فائدة فالأول تام مؤخر ، والثانى ناقص معجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فكان لهم رده زيلعى (قوله إن لم يصل ثمنه إليهم) قال فى الهداية قالوا تأويل المسألة إذا لم يصل إليهم الثمن ، فإن وصل ولا محاباة فى البيع ليس لهم أن يردوه لوصول حقهم قال الزيلعى : وفيه نظر لأنه يشير إلى أنهم لايكون لهم خيار الفسخ عند وصول الثمن إليهم ، إذا لم يكن فى البيع محاباة وإن لم يف الثمن بحقهم ، وإن كان فى البيع محاباة ثبت لهم خيار الفسخ ، وإن وفى الثمن بحقهم وليس كذلك بل لهم خيار الفسخ إذا لم يف الثمن بحقهم ، وإن لم يكن فيه محاباة لأجل الاستسعاء وقد ذكره بنفسه قبيله ولاخيار لهم إن وفى الثمن بحقهم وإن كان فيه محاباة لوصول حقهم إليه(١) ولو قال وتأويل المسألة فيما إذا باعه بثمن لايفى بدينهم استقام وزال الإشكال لأن الثمن إذا لم يف بدينهم لهم نقض البيع كيفما كان وإذا وفى ليس لهم لقضه كيفما كان وإذا لم يوجد شىء مما ذكرنا من تأجيل الدين وطلبهم البيع ، ووفاء الثمن بالدين فالبيع موقوف حتى يجوز بإجازة الغرماء وهى مسألة الكتاب اه ونحوه فى شروح الهداية (قوله لأن قبضهم الخ) تعليل لمفهوم قوله إن لم يصل ثمنه إليهم والتقدير : فإن وصل ليس لهم الرد لأن الخ والأولى أن يقول بالبيع ط .

ثم إن هذا جواب عن صاحب الهداية وأصله لصاحب النهاية حيث قال : اللهم إلا أن يريد بقوله : فإن وصل ولا محاباة فى البيع رضاهم بأخذ الثمن وهو رضا بالبيع ثم قال : ولكن احتمال إحضار الثمن والتخلية بينهم وبين الثمن بلفظ الوصول باق فكان المعول عليه قول الإمام قاضيخان تأويله إذا باع بثمن لايفى بديونهم اه :

وحاصله : أن الوصول يحتمل معنى الإحضار والتخلية كما يحتمل معنى القبض فلا يدل على الرضا . أقول : لكن قول صاحب الهداية قبله إن لهم الخيار إذا لم يف الثمن بحقهم قرينة ظاهرة ، على أنه أراد بالوصول القبض كى لايتناقض كلامه وإعمال الكلام أولى من إهماله سيما من مثل هذا الإمام ، ولذا جزم به ابن الكمال وجعل ما سواه من حشاوى الأوهام (قوله إلا إذا كان فيه محاباة) إذ لهم حينئذ أن يقولوا إنما قبضنا الثمن لاعتقادنا أنه تمام القيمة ابن كمال أى فلا يدل على الرضا ما لم يف الثمن بحقهم (قوله وقال المصنف) أى تبعا للزيلعى وغيره (قوله هذا) أى ثبوت رد البيع للغرماء (قوله وإلا فالبيع نافذ) أى بأن كان الدين مؤجلا ، لأنه باع ملكه قادرا

(١) قوله (لوصول حقهم إليه) هكذا بخطه ولعل الصواب : لوصول حقهم إليهم تأمل اه مصححه .

لزوال المانع (وإن غاب المانع) وقد قبضه المشترى (فالمشترى ليس بخصم لهم) او منكرا دينه خلافا للثانى ولو مقرا فخصم كما مر (ولوبقلبه) بأن غاب المشترى والبائع حاضر (فالحكم كذلك) أى لاخصومة (إجماعا) يعنى حتى يحضر المشترى لكن لهم تضمين البائع قيمته أو إجازة البيع وأخذ الثمن :

(عبد قدم مصرا وقال أنا عبد فلان مأذون فى التجارة فباع واشترى) فهو مأذون وحينئذ (لزمه كل شىء من التجارة وكذا) الحكم (لو اشترى) العبد (وباع ساكتا عن إذنه وحجره) كان مأذونا استحسانا لضرورة التعامل وأمر المسلم محمول على الصلاح فيحمل عليه ضرورة شرح الجامع ومفاده تقييد المسألة بالمسلم ابن كمال (و) لكن (لايباع لدينه) إذا لم يف كسبه (إلا إذا أقر مولاه به) أى بالإذن أو أثبته الغريم بالبينة

على تسليمه قبل تعلق حق الغير أو كان البيع بإذنهم ، لأنه بمنزلة بيعهم لأنفسهم ، ومحله إذا باعه من غير محاباة ، وإلا فالظاهر ثبوت الرد لهم لما تقدم ط :

قلت : الظاهر كون المولى وكيلا عنهم فيجرى فيه ما مر فى كتاب الوكالة تأمل. قال أبو السعود : وكذا ينفذ إذا كان بإذن القاضى كما قدمناه اه أو كان الثمن يفى بدينهم لأن حقهم قد وصل إليهم (قوله لزوال المانع) وهو حق الغرماء (قوله ليس بخصم لهم) لأن الدعوى تتضمن فسخ العقد ، فيكون الفسخ قضاء على الغائب زيلعى (قوله منكرا دينه) أى لو كان المشترى منكرا دين العبد (قوله خلافا للثانى) حيث قال : هو خصم ويقضى للغرماء بديونهم لأنه يدعى الملك لنفسه فى العين فيكون خصما لمن ينازعه فيها زيلعى (قوله ولو مقرا فخصم) لأن إقراره حجة عليه فيفسخ بيعه إذا لم يف الثمن بديونهم زيلعى (قوله لاخصومة إجماعا) لأن الملك واليد للمشترى ولايمكن إبطالها وهو غائب فما لم يبطل ملكه لا تكون الرقبة محلا لحقهم زيلعى (قوله لكن لهم تضمين البائع قيمته) لأنه صار مفوتا حقهم بالبيع والتسليم ، فإذا ضمنوه القيمة جاز البيع فيه وكان الثمن للبائع زيلعى (قوله أو إجازة البيع) وتكون بمنزلة الإذن السابق ، ولم يذكر تضمين المشترى إذا كان مقرا بديونهم : والظاهر أن لهم ذلك ويحرر وهى الخيارات التى جرت فى المسألة السابقة ط (قوله فهو مأذون) أى يصدق فى حق كسبه حتى تقضى به ديونه استحسانا ولو غير عدل لأن فى ذلك ضرورة وبلوى ، لأن إقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن زيلعى (قوله ساكتا) حال من العبد أى لم يخبر بشىء (قوله ومفاده) أى مفاد قوله وأمر المسلم وكذا قول الزيلعى لأن الظاهر أنه مأذون له لأن عقله ودينه يمنعانه عن ارتكاب المحرم لكن قال ح فى النفس منه شىء اه :

قلت : لأنه خبر فى المعاملة وقد قالوا الخبر ثلاثة : خبر فى الديانة تشترط له العدالة دون العدد ، وخبر فى الشهادة ، فالعدالة والعدد ، وخبر فى المعاملة فلا يشترط واحد لئلا يضيق الأمر ، ولأنه فى الهداية علله بأنه إن أخبر بالإذن فالإخبار دليل عليه وإلا فتصرفه جائز ، لأن الظاهر أن المحجور يجرى على موجب حجره ، والعمل بالظاهر هو الأصل فى المعاملات كى لايضيق الأمر على الناس اه فقد اقتصر على العمل بالظاهر والضرورة ، فيشمل الكل ولا ينافيه ذكر العقل والدين ولأنه بالنظر لبعض الأشخاص تأمل (قوله بالمسلم) أى بالعبد المسلم (قوله ولكن لايباع الخ) لأنه لايقبل قوله فى الرقبة لأنها خالص حق المولى ، بخلاف الكسب لأنه حق العبد هداية (قوله أو أثبته الغريم بالبينة) أى بحضرة المولى وإلا فلا تقبل لأن العبد ليس بخصم فى رقبته ، وإن أقر العبد بالدين فباع القاضى أكسابه وقضى دين الغرماء ثم جاء المولى ، وأنكر الإذن فإن برهن الغرماء على الإذن وإلا ردوا للمولى ماأخذوا من ثمن كسبه ، ولا ينقض بيع القاضى ، لأنه له ولاية بيع مال الغائب ويؤخر حقهم إلى العتق لأن المحجور لايؤاخذ بأقواله للحال إتقانى عن مبسوط شيخ الإسلام .

(وتصرف الصبي والمعتوه) الذي يعقل البيع والشراء (إن كان نافعا) محضا (كالإسلام والاتهاب صح بلا إذن وإن ضارا كالطلاق والعتاق) والصدقة والقرض (لا وإن أذن به وليهما وما تردد) من العقود (بين نفع وضرر كالبيع والشراء توقف على الإذن) حتى لو بلغ فأجازه نفذ (فإن أذن لهما الولي فهما في شراء وبيع كعبد مأذون) في كل أحكامه .

(والشرط) لصحة الإذن (أن يعقلا البيع سالبا للملك) عن البائع (والشراء جالبا له) زاد الزيلعي : وأن يقصد الربح ويعرف الغبن اليسير من الفاحش

مبحث في تصرف الصبي ومن له الولاية عليه وترتيبها

(قوله وتصرف الصبي والمعتوه الخ) ذكر هذه المسألة في هذا الكتاب نظرا إلى إذن ولي الصبي ، وكونه مأذونا بإذنه وبين حكمه وذكرها في كتاب الحجر حيث قال : ومن عقد منهم وهو يعقله أجاز وليه أو رده نظرا إلى كونه محجورا وبين حكمه بعقوبية (قوله الذي يعقل البيع والشراء) صفة لكل من الصبي والمعتوه ط عن الحموي (قوله محضا) أي من كل الوجوه (قوله والاتهاب) أي قبول الهبة وقبضها وكذا الصدقة قهستاني (قوله وإن ضارا) أي من كل وجه أي ضررا دنيويا ، وإن كان فيه نفع أخروي كالصدقة والقرض (قوله كالطلاق والعتاق) ولو على مال فإنهما وضعا لإزالة الملك وهي ضرر محض ، ولا يضر سقوط النفقة بالأول وحصول الثواب بالثاني ، وغير ذلك بما لم يوضعا له إذ الاعتبار للوضع وكذا الهبة والصدقة وغيرهما قهستاني (قوله لا وإن أذن به وليهما) لاشتراط الأهلية الكاملة ، وكذا لو أجازه بعد بلوغه إلا إذا كانت بلفظ يصلح لابتداء العقد كأوقعت الطلاق أو العتاق ، وكذا لا تصح من غيره كأبيه ووصيه والقاضي للضرر .

قلت : ومواضع الضرورة مستثناة عن قواعد الشرع كما لو كان مجبوبا أو ارتد أو أسلمت امرأته وأبى الإسلام أو كاتب وليه حظه من عبد مشترك ، واستوفى بدلها فقد صار الصبي مطلقا في قول كما صار معتقا وتمامه في القهستاني والبرجندي در منتقى (قوله كالبيع) أي ولو بضعف القيمة لأن العبرة بأصل وضعه دون ما عرض له باتفاق الحال وهو بأصله متردد بخلاف الهبة له وتحقيقه في المنح (قوله في كل أحكامه) فيصير مأذونا بالسكوت ويصح إقراره بما في يده من كسبه ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد جوهرة ولا يتقيد بنوع من التجارة ويجوز بيعه بالغبن الفاحش عنده خلافا لهما إلى غير ذلك من الأحكام التي في العبد زيلعي ثم استثنى آخر الباب فقال : إلا أن الولي لا يمنع من التصرف في مالهما وإن كان عليهما دين ، ولا يقبل إقراره عليهما وإن لم يكن عليهما دين بخلاف المولى . والفرق أن إقرار الولي عليهما شهادة ، لأنه إقرار على غيره فلا يقبل ودينهما غير متعلق بمالهما ، وإنما هو في الذمة لأنهما حران فكان للولي أن يتصرف بعد الدين كما كان له قبله اهـ .

أقول : وهذا في الحقيقة فرق بين المولى والولي لا بين العبد والصبي ، فلا حاجة لاستثنائه لأن الكلام في تصرفات الصبي أشار إليه في المعراج (قوله أن يعقلا البيع الخ) أي أن يعرفا مضمون البيع لا مجرد العبارة بعقوبية وغيرها قال في الولوالجية : فإنه ما من صبي لقن البيع والشراء إلا ويتلقنهما (قوله سالبا للملك) أي ملك المبيع وجالبا للثمن وبالعكس في الشراء (قوله زاد الزيلعي) أي تبعا لغيره من شراح الهداية وغيرهم (قوله وأن يقصد الربح) كان ينبغي له أن يأتي بألف التثنية في يقصد ويعرف ليناسب المتن ح لكن حكى الشارح عبارة الزيلعي وإفراد الضمير هنا باعتبار المذكور والخطب سهل (قوله ويعرف الغبن الخ) بحث شيخنا في هذا الشرط بأن الفرق بين اليسير والفاحش مختص بحذاق التجار فينبغي أن لا يعتبر ح .

وهو ظاهر (ووليه أبوه ثم وصيه) بعد موته ثم وصى وصيه كما فى القهستانى عن العمادية (ثم) بعدهم (جده) الصحيح وإن علا (ثم وصيه) ثم وصى وصيه قهستانى زادالقهستانى والزيلعى ثم الوالى بالطريق الأولى (ثم القاضى أو وصيه) أيهما تصرف يصح فلذا لم يقل ثم (دون الأم أو وصيها) هذا فى المال

قلت : وأصله للعلامة يعقوب باشا محشى صدر الشريعة ذكره أوائل كتاب الوكالة ، لكنه بحث مصادم للمنقول في المذهب ، فالشأن فى تأويله ولعل مرادهم فيما تكون قيمته معروفة مشهورة وإلا فغيره قد يغبن فيه أعقل الناس ، أو المراد أن يعرف أن الخمسة فيما قيمته عشرة مثلا غبن فاحش وأن الواحد فيها يسير ، فإن من لم يدرك الفرق بينهماغير عاقل كصبى دفع لهرجل كعبا وأخذ به ثوبه فإنه إذا فرح بهولم يعرف أنه مغبونلايصح تصرفه أصلا : والظاهر أن هذا هو المراد . وأجاب فى وكالة السعدية بأنه قد يقام التمكن من الشىء مقام ذلك الشىء ، فالتمكن من المعرفة بالعقل وذلك موجود فى الصبى الذى كلامنا فيه فليتأمل اه .

وحاصله أن ماذكر كناية عن أن يكون عاقلا وليس المراد حقيقة هذه المعرفة فهو من إطلاق اللازم وإرادة الملزوم ، والله تعالى أعلم (قوله وهو ظاهر) كأنه ظاهر بالنسبة إليه أو الجملة حالية . والمعنى أن يعرف الغبن المذكور حال كونه ظاهرا لكل ذى عقل فيكون بمعنى ما أجبنا به (قوله ووليه أبوه) أى الصبى : وفى الهندية : والمعتوه الذى يعقل البيع يأذن له الأب الوصى والجد دون الأخ والعم : وحكمه حكم الصبى ثم ذكر بطلان إذن ابنه له : ويمكن رجوع الضمير فى المتن إلى الصبى والمعتوه باعتبار المذكور ثم هذا إذا بلغ معتوها أما إذا بلغ عاقلا ثم عته لاتعود الولاية إلى الأب قياسا بل إلى القاضى أو السلطان : وفى الاستحسان : تعود إليه قيل الأول قول أبى يوسف والثانى قول محمد ، وقيل الأول قول زفر ، والثانى قول علمائنا الثلاثة كما فى التاترخانية (قوله ثم وصى وصيه) قال الرملى فى حاشية البحر أى وإن بعد كما فى جامع الفصولين (قوله الصحيح) احتراز عن الجد الفاسد كأبى الأم (قوله ثم الوالى) المراد بالوالى من إليه تقليد القضاة بدليل قول الهداية بخلاف صاحب الشرط لأنه ليس إليه تقليد القضاة ح وأخر فى العناية الوالى عن وصى القاضى قال فى اليعقوبية وفيه كلام (قوله بالطريق الأولى) أى ثبوت الولاية للوالى أولى ، لأن القاضى يستمدها منه (قوله ثم القاضى أو وصيه) إنما سمى وصيا مع أن الإيصاء هو الاستخلاف بعد الموت ، لأنه هنا يصير خليفة للأب كأن الأب جعله وصيا فإن فعل القاضى يصير كفعل الأب أبو السعود عن الشمنى : واستشكل فى اليعقوبية تأخير القاضى بما سيأتى من أن القاضى لو أذن للصغير وأبى أبوه يصير مأذونا قال فإنه يستلزم تقدمه على الأب فى الإذن كما لايخفى اه :

أقول : وسنذكر جوابه (قوله أيهما تصرف صح الخ) أى أن كلا منهما فى مرتبة واحدة كما قاله فى الدر المنتقى قال القهستانى : وإنما عدل عن كلمة الترتيب إلى التسوية إشعارا بصحة ولاية كل من الوالى والقاضى ووصيه بعد موت وصى وصى الجد اه .

وحاصله : أنه لاولاية للجد مع وصى الأب ولا للوالى والقاضى مع الجد أو وصيه وبعد الجد أووصيه لاترتيب (قوله دون الأم أو وصيها) قال الزيلعى : وأما ماعدا الأصول من العصبة كالعم والأخ أو غيرهم كالأم ووصيها وصاحب الشرطة لايصح إذنهم له لأنهم ليس لهم أن يتصرفوا فى ماله تجارة فكذا لايملكون الإذن له فيها والأولون يملكون التصرف فى ماله فكذا يملكون الإذن له فى التجارة اه (قوله هذا فى المال) ليس على إطلاقه : فى وكالة البحر عن خزانة المفتين : وليس لوصى الأم ولاية التصرف فى تركة الأم مع حضرة الأب أو وصيه أو وصى وصيه أو الجد ، وإن لم يكن واحد ممن ذكرنا فله الحفظ وبيع المنقول لاالعقار والشراء للتجارة ، وما استفاده

بخلاف النكاح كما مر فى بابه :

(رأى القاضى الصبى أو المعتوه أو عبدهما) أو عبد نفسه كما مر (يبيع ويشترى فسكت لايكون) سكوته (إذنا فى التجارة و) القاضى (له أن يأذن لليتيم والمعتوه إذا لم يكن له ولى ولعبدهما إذا كان لكل واحد منهما) من الصبى والمعتوه (ولى وامتنع) الولى من (الإذن عند طلب ذلك منه) أى من القاضى زيلعى :

قلت : وفى البرجندى عن الخزانة لو أبى أبوه أو وصيه صح إذن القاضى له زاد شارح الوهبانية ولاينحجر بعد ذلك أصلا لأنه حكم إلا بحجر قاض آخر فتدبر .

[فروع] لو أقر الإنسان

الصغير من غير مال الأم مطلقا وتمامه فيها اه لكن بيع المنقول من الحفظ قال فى السابع والعشرين من جامع الفصولين : ولو لم يكن أحد منهم ، فلوصى الأم الحفظ وبيع المنقول من الحفظ ، وليس له بيع عقاره ولا ولاية الشراء على التجارة إلا شراء مالابد منه من نفقة وكسوة وما ملكه اليتيم من مال غير تركة أمه فليس لوصى أمه التصرف فيه منقولا أو غيره وتمامه فيه فراجعه (قوله بخلاف النكاح) فإنه لامدخل للأوصياء فيه بل هو للأولياء وللأم ولايته أيضا عند عدم العصبة :

[تتمة] للصبى أو المعتوه المأذون أن يأذن لعبده أيضا لأن الإذن فى التجارة تجارة وليس لابن المعتوه أن يأذن لأبيه المعتوه ، ولا أن يتصرف فى ماله وكذا إذا كان الأب مجنونا وتمامه فى التبيين (قوله أو عبد نفسه) أى عبد القاضى لنفسه بناء على مافهمه صاحب الأشباه وقدمنا مافيه (قوله كما مر) أى أوائل كتاب المأذون (قوله لايكون إذنا) لأنه لاحق له فى مال الغير حتى يكون الإذن إسقاطا لحقه ذكره الزيلعى أو الكتاب ، وهو يفيد كونه إذنا لعبده فيتأيد ماقدمناه (قوله إذا كان لكل واحد منهما) صوابه أو كان بأو بدل إذا عطفا على لم يكن كما عبر به الزيلعى عند قول الكنز : ويثبت بالسكوت ، وقوله : ولعبدهما عطف على اليتيم والمعتوه . وانظر مانكتة تأخيره ، وقوله عند طلب متعلق بقوله يأذن .

والحاصل : أن القاضى يصح إذنه لهما عند عدم الولى ، فإن كان فلا إلا إذا امتنع الولى وهذا ماياتى عن البرجندى والنظم وعلله فى معراج الدراية بأن الأب صار عاضلا له ، فتنتقل الولاية إلى القاضى بسبب عضله كالولى فى باب النكاح اه وبه ظهر أنه لايلزم منه تأخر ولاية الأب عن القاضى : ولذا قال فى التاترخانية فإنه جائز وإن كانت ولاية القاضى مؤخرة عن ولاية الأب والوصى ، وبه اندفع ماقدمناه عن اليعقوبية فتدبر (قوله قلت وفى البرجندى الخ) ومثله فى الخلاصة ، ولعله أعاده مع أنه مافى المتن ، لأنه ليس فيه تقييد الإذن بوقت الطلب ، فيفيد أنه قيد اتفاقى ومثله ماياتى عن النظم ، وكذا قول الهندية عن المحيط فرأى القاضى أن يأذن له وأبى أبوه تأمل (قوله لايتحجر(١) بعد ذلك أصلا) أى وإن مات القاضى أو عزل بخلاف موت الأب أو الوصى للعلة التى ذكرها وبه صرح فى التتارخانية (قوله إلا بحجر قاض آخر) فلا يتحجر بحجر الأب تاترخانية (قوله لو أقر الإنسان) أى أقر الصبى والمعتوه المأذونان كما فى النهاية والهندية ، والمراد بالإنسان غير الأب الآذن لما فى التاترخانية : الصبى المأذون من جهة الأب إذا أقر لأبيه بمال فى يده أو بدين لم يصح إقراره اه ومفهومه أنه لو كان مأذونا من جهة القاضى يصح إقراره لأبيه يدل عليه مافى الولوالجية : لو باع صبى مأذون له من أبيه وعليه دين بمايتغابن فيه جاز فإن أقر بقبض الثمن لم يصدق

---

(١) (قوله لايتحجر) وكذلك قوله (فلا يتحجر بحجر الأب) هكذا بخطه والذى فى نسخ الشارح (ولا ينحجر) ولعله الصواب فليتأمل اه مصححه .

بما معهما من كسب أو إرث صح على الظاهر كمأذون درر :

المأذون لا يكون مأذونا قبل العلم به إلا فى مسألة ما إذا قال بايعوا عبدى فإنى أذنت له فبايعوه وهو لا يعلم صار مأذونا ، بخلاف قوله بايعوا ابنى الصغير لايصح الإذن للآبق والمغصوب المجحود ولا بينة ، ولا يصير محجورا بهما على الصحيح أشباه وفى الوهبانية :

ولو أذن القاضى لطفل وقد أبى   أبوه يصح الإذن منه فيتجر

إلا ببينة لأنه إقرار للأب وقد استفاد الإذن منه كما لو ادعى الأب الإيفاء اه (قوله بما معهما) يتناول العين والدين نهاية (قوله صح على الظاهر) يعنى إن أقرا أن ماورثاه من أبيهما لفلان صح فى ظاهر الرواية وعن أبى حنيفة أنه لايصح فيما ورثه لأن صحة إقراره في كسبه لحاجته إلى ذلك فى التجارات ولا حاجة فى الموروث ، وجه الظاهر أنه بانضمام رأى الولى التحق بالبالغ وكل من المالين ملكه فصح إقراره فيهما درر وكون الميراث من الأب غير قيد كما فى النهاية (قوله كمأذون) هذا ليس فى الدرر على أن المأذون لاإرث له سائحانى (قوله إلا فى مسألة الخ) حاصله أن اشتراط العلم إذا كان الإذن قصديا فلو ضمنيا كهذه جاز بدونه ونقل البيرى عن الولوالجية أنه لايصير مأذونا قال فصار فيه روايتان (قوله فبايعوه وهو لايعلم صار مأذونا) فكان له أن يبايع غيرهم ، ولو لم يبايعوه بل بايعه قوم آخرون لاتصح مبايعتهم ولا يصير مأذونا لأن الإذن ثبت فى ضمن مبايعة الذين أمرهم فلا يثبت الإذن قبلها تاترخانية ، وبه يظهر كون الإذن فيها ضمنيا وإن قال فإنى أذنت له فتدبر (قوله بخلاف قوله بايعوا ابنى الصغير) لم يظهر لى وجه الفرق فلينظر حموى ء

قلت : وعلى الرواية الثانية لافرق وفى شرح تنوير الأذهان عن الزيادات لو قال بع عبدك من ابنى الصغير بألف فباعه بها إن علم الابن أمر الأب جاز وإلا فلا ، وفى بعض الروايات : جاز مطلقا ، وحمل بعض المشايخ الأول على القياس ، والثانى على الاستحسان وبعضهم قال على الروايتين :

والحاصل : أن الإذن بالتصرف لو ثبت مقصودا يشترط له علم المأذون ولو ثبت ضمنا لغيره ، فقيل فيه قياس واستحسان ، وقيل روايتان : ومن المشايخ من قال لافرق بينهما وهو الظاهر اه ملخصا . قال أبو السعود : وهو صريح فى رد المخالفة التى ذكرها المصنف بقوله بخلاف ما إذا قال بايعوا ابنى الصغير اه وأقره شيخنا هبة الله البعلى فى شرحه على الأشباه (قوله لايصح الإذن الآبق) عللوا عدم انحجار العبد بالإباق على قول زفر بأنه لاينافى ابتداء الإذن ، وعليه مشى فى فن القواعد من الأشباه فقال : الإذن له صحيح ، لكن قال الزيلعى لنا أن نمنعه لأن الإباق يمنع الابتداء على ماذكره شيخ الإسلام ، وذكر فى شرح المجمع أنه محمول على اختلاف الرواية ، وذكر فى العناية إن علم به كان مأذونا (قوله المجحود ولا بينة) أى تشهد بالغصب وفى الخانية أذن للآبق لايصح وإن علم الآبق ، وإن أذن له فى التجارة مع من كان العبد فى يده صح وإن أذن للمغصوب أن الغاصب مقرا أو عليه بينة صح ، وإلا فلا لأنه لو باعه فى هذا الوجه جاز بيعه فجاز إذنه (قوله على الصحيح) فى الخانية العبد المأذون ينحجر بالإباق لا المدبر المأذون والصحيح أن العبد المأذون لاينحجر بالغصب ، وكذا بالأسر قبل الإحراز بل بعده ، فإن وصل إلى مولاه بعد ذلك لايعود مأذونا ، وكذا إن عاد من الإباق فى الأصح اه ملخصا قال فى شرح تنوير الأذهان : فكلام المصنف ليس على إطلاقه اه أى بالنسبة إلى الإباق فكلامه محمول على المدبر المأذون لا العبد المأذون أى القن وبه تندفع المنافاة بين ماهنا وبين مامر فى المتن فافهم (قوله ولو أذن القاضى)

وضمن يعقوب الصغير وديعة وتحليفه يفتى به حيث ينكر
ولو رهن المحجور أو باع أوشرى وجوّزه المولى فما يتغير

لتوقف تصرف المحجور على الإجازة فلو لم يجز بل أذن له فى التجارة فأجازها العبد جاز استحسانا ولو لم يأذن له فأعتقه فأجازها لم تصح إجازته قال : وكذا الصبي المميز :

قلت : ولايخفى أن ماهو تبرع ابتداء ضار فلايصح بإذن ولى الصغير كالقرض انتهى ، والله أعلم.

كتاب الغصب

(هو) لغة : أخذ الشيء مالا أو غيره كالحر على وجه التغلب : وشرعا (إزالة يد محقة)

مستغنى عنه بما مر متنا وشرحا(قوله يعقوب) هو اسم يوسف العلم(قوله الصغير) أى المحجور وفى القنية استودع صبيا ألفا فاستهلكها لم يضمن عندهما وقال أبو يوسف : يضمن فى ماله ولو ركب الدابة الوديعة فعطبت على الخلاف ، وإن استودعها عبدا محجورا فاستهلكها ضمنها بعد العتق عندهما ، وقال أبو يوسف : يباع فيها ولو كانت عبدا فقتله الصبي أو العبد فهو كقيلهما ماليس بوديعة عندهما ، والفرق أن المولى لايملك روح العبد ، ولا التسليط عليه بخلاف المتاع والدابة ولو أقرض صبيا وعبدا محجورين لاضمان فى الحال ولا المآل بلا خلاف ، وقيل القرض على الخلاف شرنبلالى (قوله وتحليفه الخ) أى المأذون أى لو ادعى على المأذون شيئا فأنكره اختلفوا فى تحليفه ذكر فى كتاب الإقرار يحلف وعليه الفتوى خالية فلو قال : ه وحلف مأذونا إذا هو ينكر ه لكان أشبه شرنبلالى (قوله ولو رهن المحجور) المراد به هنا العبد وإن كان الصبي العاقل مثله فافهم (قوله فما يتغير) أى بل يبقى ماصنعه على حاله لصحته باجازة مولاه (قوله قال) يعنى ابن وهبان المفهوم من قوله وفى الوهبانية (قوله وكذا) أى كالعبد المحجور فيما ذكر (قوله قلت الخ) البحث للشرنبلالى على أن هذا وارد على القرض ، ولم يذكر فى النظم وإنما ذكره الشرنبلالى فهو اعتراض على غير مذكور ح أقول هو داخل فى عموم التصرف المذكور فى التعليل فافهم ، والله تعالى أعلم :

كتاب الغصب

وجه المناسبة كما قال الإتقانى : أن المأذون يتصرف فى الشيء بالإذن الشرعي والغاصب بلا إذن شرعي ، ولما كان الأول مشروعا قدمه وسيأتى أن الغصب نوعان مافيه إثم ومالا إثم فيه وأن الضمان يتعلق بهما (قوله هو لغة أخذ الشيء) وقد يسمى المغصوب غصبا تسمية بالمصدر(قوله إزالة يد محقة)أى بفعل فى العين كما ذكره ابن الكمال ليخرج الجلوس على البساط ،فإن الإزالة موجودة فيه لكن لابفعل فى العين ح وفى كون الإزالة موجودة هنا نظر كما ستعرفه فتدبر : ولا يضمن ماصار مع المغصوب بغير صنعه كما إذا غصب دابة فتبعتها أخرى أو ولدها لايضمن التابع لعدم الصنع ، وكذا لو حبس المالك عن مواشيه حتى ضاعت لايضمن لما ذكرنا ولعدم إثبات اليد المبطلة زيلعى فإن قيل وجد الضمان فى مواضع ولم تتحقق العلة المذكورة كغاصب الغاصب فإنه يضمن وإن لم يزل يد المالك بل أزال يد الغاصب والملتقط إذا لم يشهد مع القدرة على الإشهاد مع أنه لم يزل يدا وتضمن الأموال بالإتلاف تسببا كحفر البئر فى غير الملك ، وليس ثمة إزالة يد أحد ولا إثباتها ؟ فالجواب : أن الضمان فى هذه المسائل لامن حيث تحقق الغصب بل من حيث وجود التعدى كما فى العناية: وقال الديرى فى التكملة : وقد يدخل فى حكم الغصب ماليس بغصب إن ساواه فى حكمه كجحود الوديعة لأنه لم يوجد الأخذ ولا النقل اه ،

واو حكما كجحوده لما أخذه قبل أن يحوله (بإثبات يد مبطلة) واعتبر الشافعى إثبات اليد فقط والثمرة فى الزوائد فثمرة بستان مغصوب لاتضمن عندنا خلافا له درر (فى مال) فلايتحقق فى ميتة وحر (متقوم)

إذا علمت هذا ظهر سقوط ما أورده الشلبى معزيا للخانية وجرى عليه بعضهم من أنه إذا قتل إنسانا فى مفازة وترك ماله ولم يأخذه فإنه يكون غصبا مع عدم أخذ شىء وما إذا غصب عجلا فاستهلكه حتى ييس لبن أمه يضمن قيمة العجل ونقصان الأم وإن لم يفعل فى الأم شيئا لما علمت من أن وجوب الضمان لاباعتبار تحقق الغصب بل من حيث وجود التعدى ، وإن لم يتحقق الغصب أبو السعود ،

أقول : التزام هذا يوجب ضمان العقار والزوائد لوجود التعدى فليتأمل وزاد بعضهم بعد قوله إزالة يد محقة أو قصرها عن ملكه كما إذا استخدم عبدا ليس فى يد مالكه .

قلت : يرد عليه أنه يشمل العقار مع أن المراد إخراجه فتأمل (قوله ولو حكما) مبالغة على قوله إزالة يد فإن يد المودع يد صاحب الوديعة قبل الجحود وبعده أزيلت يد صاحبها حكما ، ولو أخره بعد قوله بإثبات يد مبطلة لكان أولى فإن ذلك إثبات يد مبطلة حكما فيكون راجعا إليهما ط . وعلى مامر لاحاجة إلى هذا التعميم فإنه تعد لاغصب ، لكن فى جامع الفصولين فى ضمان المودع عن فتاوى رشيد الدين لو جحدها إنما يضمن إذا نقلها من مكان كانت فيه حال الجحود وإلا فلا، فلو قلنا بوجوب الضمان فى الوجهين فله وجه اه وعلى الأول الإزالة حقيقية تأمل . نعم نقل فى الخلاصة عن المنتقى الضمان مطلقا (قوله بإثبات يد مبطلة) الباء بمعنى مع كما أشار إليه مسكين والنسبة بين إزالة اليد وإثباتها بالعموم والخصوص الوجهى ، فيجتمعان فى أخذ شىء من يد مالكه بلا رضاه وينفرد الأول فى تبعيد المالك ، والثانى فى زوائد المغصوب أفاده أبو السعود: وفى القهستانى : الأصل إزالة اليد المحقة لا إثبات المبطلة ولهذا لو كان فى يد إنسان درة فضرب على يده فوقعت فى البحر يضمن ، وإن فقد إثبات اليد ولو تلف ثمن بستان مغصوب لم يضمن ، وإن وجد الإثبات لعدم إزالة اليد اه وهذا منطبق على قول محمد كما يأتى فإنه صريح فى أن الغصب هو الإزالة فقط ، وهو خلاف كلام غيره من أنه لابد من الإزالة والإثبات معا لكن قال بعده : وذكر الزاهدى أنه على ضربين ماهو موجب للضمان فيشترط له إزالة اليد وما هو موجب للرد فيشترط له إثبات اليد اه أى كغصب العقار فإنه موجب للرد دون الضمان عندهما قال أبو السعود وبه يحصل التوفيق فى كلامهم اه تأمل (قوله واعتبر الشافعى إثبات اليد فقط) واعتبر محمد إزالة اليد المحقة فى غصب المنقول وفى غيره يقيم الاستيلاء مقام الإزالة كما حققه فى النهاية ولذا ضمن العقار وإن لم تتحقق فيه الإزالة (قوله والثمرة الخ) أى ثمرة الخلاف تظهر فى زوائد المغصوب (قوله لاتضمن عندنا) أى بالهلاك متصلة أو منفصلة لعدم إزالة اليد مالم يمنعها الطلب فتضمن بالإجماع غاية البيان .

قلت : وسيأتى فى الفصل متنا أنها تضمن بالتعدى أيضا وشرحا لو طلب المتصلة لايضمن (قوله فلا يتحقق فى ميتة وحر) وكذا فى كف من تراب وقطرة ماء ومنفعة ، فلو منع صاحب الماشية من نفعها فهلكت لم يضمن قهستانى عن النهاية. قال الرحمتى : والمراد بالميتة أى حتف أنفها من غير السمك والجراد أما المنخنقة وما فى حكمها فهى من الثانى وهو غير المتقوم وأما السمك والجراد فهو مال يتحقق فيه الغصب اه (قوله متقوم) هو بكسر الواو حيث ورد لأنه اسم فاعل ، ولا يصح الفتح على أن يكون اسم مفعول ، فإنه مأخوذ من تقوم وهو قاصر واسم المفعول لايبنى لامن متعد رحمتى عن شرح المنهاج للدميرى وفسره القهستانى بمباح الانتفاع شرعا قال : وهو احتراز عن الخمر والخنزير والمعازف عندهما اه وكأنه لم يفسره بما له قيمة لئلا يتكرر مع قوله مال لكن يخرج

فلايتحقق فى خمر مسلم (محترم) فلا يتحقق فى مال حربى (قابل للنقل) فلا يتحقق فى العقار خلافا لمحمد (بغير إذن مالكه) احترز به عن الوديعة .

واعلم أن الموقوف مضمون بالإتلاف مع أنه ليس بمملوك أصلا صرح به فى البدائع فلو قال بلا إذن من له الإذن كما فعل ابن الكمال لكان أولى (لابخفية) احترز به عن السرقة وفيه لابن الكمال كلام (فاستخدام العبد وتحميل الدابة غصب) لإزالة يد المالك (لاجلوسه على بساط) لعدم إزالتها فلايضمن مالم يهلك بفعله ، وكذا لو دخل دار إنسان وأخذ متاعا وجحد فهو ضامن ، وإن لم يحوله ولم يجحد لم يضمن مالم يهلك بفعله أو يخرجه من الدار خالية (وحكمه الإثم لمن علم أنه مال الغير ورد العين قائمة والغرم هالكة

عن خمر الذمى مع أن الغصب يجرى فى مال الكافر لامحالة كما فى العزمية وإليه أشار الشارح تبعا لابن الكمال وصدر الشريعة بقوله خمر مسلم ، فالأولى تفسيره بماله قيمة شرعا وهو أخص من قوله مال فيكون فصلا فلا يتكرر (قوله فلا يتحقق فى خمر مسلم) قال فى المجتبى : غصب من مسلم خمرا فعليه ضمان الرد وإن لم يكن عليه ضمان القيمة اه فقوله لايتحقق أى غصب الضمان لاغصب الرد فتأمل ط (قوله فى مال حربى) كذا فى النهاية والتبيين لكن مع زيادة كونه فى دار الحرب شرنبلالية (قوله قابل للنقل) مستدرك مع إزالة اليد بفعل فى العين لكن المصنف لما لم يذكر القيد فى الأول احتاج إلى هذا القيد ح .

قال ط قلت : قد يوجد الفعل فى غير القابل كما إذا هدم الدار وكرب الأرض اه ، يعنى أن العين يشمل غير القابل فتعبير المصنف أحسن تأمل (قوله فلايتحقق فى العقار) خلافا لمحمد لعدم إزالة اليد كما يأتى بيانه قال القهستانى والصحيح الأول فى غير الوقف ، والثانى فى الوقف كما فى العمادى اه وسيذكره الشارح (قوله بغير إذن مالكه) لاحاجة إليه مع قوله بإثبات اليد المبطلة ح (قوله عن الوديعة) أى ونحوها كالعارية لصدق التعريف عليهما سوى قوله بإثبات يد مبطلة وقوله بغير إذن مالكه (قوله لكان أولى) أى وإن أمكن أن يراد بالمالك ولو للمنفعة كما قال بعضهم أو للتصرف ، وكالوقف الموصى بمنفعته ومافى يد وكيل أو أمين (قوله وفيه لابن الكمال كلام) حاصله : أن السرقة داخلة باعتبار أصلها فى الغصب إلا أن فيها خصوصية أدخلتها فى الحدود ، فلا ينافى دخولها باعتبار أصلها فى الغصب كالشراء من الفضولى ، فإنه غصب مع أنه مذكور فى بابه من البيوع باعتبار مافيه من خصوصية بها صار من مسائل البيوع اه وأجاب السائحانى بأنه أراد بقوله : لابخفية مايقطع به فإنه لو هلك لايضمن مع أن المغصوب شأنه أن يضمن بعد الهلاك اه وهو حسن (قوله فاستخدام العبد) أى ولو مشتركا كما فى القهستانى وهذا لو استعمله لنفسه فلو لغيره أى فى عمل غيره لاضمان كما يأتى آخر الغصب : وسنذكر عن البزازية هناك أن هذا أيضا إذا خدمه عقب الاستخدام وإلا لاضمان (قوله وتحميل الدابة) أى ولو مشتركة وكذا ركوبها ، فيضمن نصيب صاحبها ، ولو ركب فنزل وتركها فى مكانها لم يضمن ، لأن الغصب لم يتحقق بدون النقل كما فى المحيط ؛ وينبغى أن يكون الاستخدام كذلك قهستانى ؛ لكن إذا تلفت بنفس الحمل والركوب يضمن ؛ وإن لم يحولها لوجود الإتلاف بفعله كما يأتى ، وكذا يضمن ببيع حصته من الدابة المشتركة وتسليمها للمشترى بغير إذن شريكه كما فى فتاوى قارئ الهداية أبو السعود وقدمه الشارح آخر الشركة عن المجتبة (قوله لإزالة يد المالك) أى وإثبات اليد المبطلة فيهما منح (قوله لعدم إزالتها) أى يد المالك لأن البسط فعل المالك فتبقى يد المالك مابقى أثر فعله ، لعدم مايزيلها بالنقل والتحويل تبيين وغيره ؛ ومثله لو ركب الدابة ولم يزل عن مكانه معراج ، فقول ح صوابه لإزالتها لابفعل فى العين اه فيه كلام وهو مبنى على ماقدمه عن ابن الكمال (قوله وكذا لو دخل الخ) التشبيه فى الضمان المقدر بعد قوله مالم يهلك بفعله فإن تقديره فيضمن (قوله وإن لم يحوله) أى يحول مااستعمله من العبد والدابة ؛

ولغير من علم الأخيران) فلا إثم لأنه خطأ وهو مرفوع بالحديث (المغصوب منه مخير بين تضمين الغاصب وغاصب الغاصب إلا إذا كان فى الوقف المغصوب بأن غصبه وقيمته أكثر وكان الثانى أملأ من الأول فإن الضمان على الثانى) كذا فى وقف الخانية

وهو إشارة إلى ماقدمناه وقوله : ولم يجحد أى فى مسألة أخذ المتاع وهو محترز قوله وجحد ، ومثله الدابة لما فى البزازية قعد فى ظهرها ولم يحولها لايضمن مالم يجحدها وقوله مالم يهلك بفعله أو يخرجه من الدار أى فى مسألة المتاع أيضا فانظر ماأحسن هذه العبارة القليلة وما تضمنته من الفوائد الجليلة (قوله ولغير من علم الأخيران) أى وحكمه لغير من علم أنه مال الغير الرد أو الغرم فقط دون الإثم (قوله بالحديث) وهو قوله عليه الصلاة والسلام « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان » معناه رفع مأثم الخطأ إتفاقى (قوله المغصوب منه مخير الخ) وكذا له تضمين كل بعضا كما سيأتى متنا ويستثنى أيضا مافى جامع الفصولين هشم إبريق فضة لأحد ثم هشمه الآخر برىء الأول من الضمان(١) وضمن الثانى مثلها ، وكذا لوصب ماء على بر ثم صب عليه الآخر ماء وزاد فى نقصانه برىء الأول وضمن الثانى قيمته يوم صب الثانى إذ لايمكن للمالك رد البر والإبريق إلى الحالة التى فعل الأول ليضمنه المثل أو القيمة اه تأمله هذا وكالمغصب منه ماإذا رهنه الغاصب أو آجره أو أعاره فهلك كما فى شرح الطحاوى : وقال فى حاوى القدسى : الغاصب إذا أودع المغصوب عند إنسان فهلك فلصاحبه أن يضمن أيهما شاء فإن ضمن المودع رجع به على الغاصب وإن ضمن الغاصب لم يرجع بشىء ، وإن غصب من الغاصب فهلك فى يد الثانى إن ضمن الثانى لم يرجع على الأول ، وإن ضمن الأول رجع على الثانى بيرى وسيأتى قبيل الفصل مسائل أخر (قوله المغصوب) نعت للوقف (قوله بأن غصبه) أى الغاصب الثانى (قوله وقيمته أكثر) جملة حالية قيد لقوله غصبه (قوله كذا فى وقف الخانية) أى فى آخر إجارة الأوقاف منها . ونصها : رجل غصب أرضا موقوفة قيمتها ألف ثم غصب من الغاصب رجل آخر بعد ماازدادت قيمة الأرض وصارت تساوى ألفى درهم ، فإن المتولى يتبع الغاصب الثانى إن كان مليا على قول من يرى جعل العقار مضمونة بالغصب ، لأن تضمين الثانى أنفع للفقير ، وإن كان الأول أملأ من الثانى يتبع الأول ، لأن تضمين الأول يكون أنفع للوقف وإذا اتبع القيم أحدهما برئ الآخر عن الضمان كالمالك إذا اختار تضمين الغاصب الأول أو الثانى برىء الآخر اه وهكذا نقلها البيرى ، ونقلها أيضا فى شرح تنوير الأذهان ؛ لكن قال وإن كان الأول أملأ من الثانى يتبع القيم أحدهما وبإتباع أحدهما يبرأ الآخر عن الضمان الخ قال أبو السعود في حاشية الأشباه : فالنقل عن الخانية قد اختلف ، وعبارة المصنف يستفاد من مفهومها موافقة ماذكره البيرى اه ،

أقول : الذى وجدته فى الخانية هو ماقدمته بحروفه والمستفاد من كلام المصنف هو الثانى ، وقد يقال : لامخالفة ولا اختلاف فى النقل فإن قول الخانية وإن كان الأول أملأ يتبع الأول ليس على سبيل اللزوم ، بل له أن يتبع الثانى بدليل مابعده فهو قال يتبع أحدهما أتى بحاصل كلام الخانية ، ويقربه أنه عبر بقوله أملأ فيفيد أن الثانى ملىء أيضا لأن أملأ أفعل تفضيل ، فلذا كان القيم بالخيار ، وهذا هو المفهوم من قول المصنف مخير إلا إذا كان الخ فإن مفهومه أنه إذا لم يكن الثانى أملأ أى بأن كان الأول أملأ يبقى على خياره فقول ح فى كلام المصنف اختصار مخل

---

(١) (قوله برىء الأول من الضمان) أى ضمان القيمة أما ضمان النقصان الذى حصل بهشمه فعليه ولا يبرأ منه لأن الثانى إنما يضمنه على الحالة التى هشم فيها وهو حينئذ كان ناقصا بهشم الأول وكذا يقال فى مسألة البر اه ،

وفى غصبها غصب عجلا فاستهلكه وييبس لبن أمه ضمن قيمة العجل ونقصان الأم وفى كراهيتها من هدم حائط غيره ضمن لنقصانه ولم يؤمر بعمارته إلا فى حائط المسجد .

وفى القنية : تصرف فى ملك غيره ثم ادعى أنه كان بإذنه فالقول للمالك إلا إذا تصرف فى مال امرأته

مدفوع(١) فافهم (قوله وفى غصبها) أى غصب الخانية ونقله فى النهاية عنها وعن الذخيرة قائلا إن هذا الفرع مخالف للأصل الذى ذكروه حيث أوجب نقصان الأم ، وإن لم يفعل الغاصب فى الأم فعلا يزيل يد المالك اهـ وقدمنا الكلام عليه أول الكتاب (قوله من هدم حائط غيره ضمن لنقصانه) فى شرح النقاية للعلامة قاسم إن شاء ضمنه قيمة الحائط والنقض للضامن ، وإن شاء أخذ النقض وضمنه النقصان وليس له أن يجبره على البناء كما كان ، لأن الحائط ليس من ذوات الأمثال وطريق تضمين النقصان أن تقوم الدار مع حيطانها وتقوم بدون هذه الحائط فيضمن فضل ما بينهما اهـ ، ومنه يظهر ما فى كلام المصنف حموى : وقيل : إن كان الحائط جديدا أمر بإعادته وإلا لا .

وفى البزازية : هدم جدار غيره من التراب وأعاده مثل ما كان برىء ، وإن كان من الخشب فأعاده كما كان فكذلك ، وإن بناه من خشب آخر لا يبرأ لأنه متفاوت ، حتى لو علم أن الثانى أجود يبرأ اهـ وفيها لو فيه تصاوير مصبوغة يضمن قيمة الجدار والصبغ لا التصاوير ، لأنها حرام اهـ يعنى إذا كانت لذى روح وإلا فيضمن قيمتها أيضا أبو السعود وهذا فى غير الوقف بيرى ، وأما الوقف فيأتى قريبا (قوله إلا فى حائط المسجد) لم يذكره قاضيخان على سبيل الاستثناء كما ذكره المصنف ، ولم يظهر لى الفرق بين حائط المسجد وحائط غيره ، والعلة بأنه ليس من ذوات الأمثال جارية فى حائط المسجد حموى : وفى شرح البيرى ، أما الوقف فقد قال فى الذخيرة : وإذا غصب الدار الموقوفة فهدم بناء الدار وقطع الأشجار للقيم أن يضمنه قيمة الأشجار والنخيل والبناء إذا لم يقدر الغاصب على ردها ويضمن قيمة البناء مبنيا وقيمة النخيل نابتا فى الأرض ، لأن الغصب ورد هكذا اهـ .

مطلب فيما لو هدم حائط

أقول : ومقتضاه أنه إذا أمكنه رد البناء كما كان وجب ولم يفصل فيه(٢) بين المسجد وغيره من الوقف ولهذا قال البيرى فيما سبق وهذا فى غير الوقف . وفى إجارات فتاوى قارئ الهداية فيمن استأجر دارا وقفا فهدمها وجعلها طاحونا أو فرنا أجاب بأنه ينظر القاضى ، إن كان ما غيرها إليه أنفع وأكثر ريعا أخذ منه الأجرة وأبقى ما عمره للوقف وهو متبرع ، وإلا ألزم بهدمه وإعادته إلى الصفة الأولى بعد تعزيره بما يليق بحاله اهـ . فظهر أن لا فرق بين المسجد وغيره من الوقف ، بخلاف الملك ويحتاج إلى وجه الفرق كما مر ، ولعله قولهم يفتى بما هو أنفع للوقف ، ولا شك أن تعميره كما كان أنفع من الضمان تأمل . ثم رأيت فى حاشية الرملى على الفصولين عن الحاوى : ولو ألقى نجاسة فى بئر خاصة يضمن النقصان دون النزح وفى بئر العامة يؤمر بنزحها كما مر فى هدم حائط المسجد لأن للهادم نصيبا فى العامة ويتعذر تمييز لنصيب غيره عن نصيبه فى إيجاب الضمان بخلاف الخاصة اهـ (قوله وفى القنية الخ)

---

(١) (قوله مدفوع) قد يقال هو باق فإن مفهوم عبارة المصنف لو كان التالف ليس أملا تكون المسائل على أصل الخيار وتحت هذا المفهوم ثلاث صور : منها ما إذا كان التالف مليئا لا أملا لمقتضاه ثبوت الخيار مع أن المذكور فى الخانية اتباعه لا الخيار . نعم قد اندفع اعتراض ح بالنسبة لعجز عبارة الخانية اهـ .

(٢) (قوله ولم يفصل فيه الخ) انظر كيف يتأتى التفصيل المذكور مع كون موضوع المسألة معينا وهو الدار اهـ .

فاتت وادعى أنه كان بإذنها وأنكر الوارث فالقول للزوج (ويجب رد عين المغصوب) ما لم يتغير تغيرا فاحشا مجتبى (فى مكان غصبه) لتفاوت القيم باختلاف الأماكن (ويبرأ بردها ولو بغير علم المالك) فى البزازية غصب دراهم إنسان من كيسه ثم ردها فيه بلا علمه برئ وكذا لو سلمه إليه بجهة أخرى كهبة أو إيداع أو شراء وكذا

ونصها : رجل كان يتصرف فى غلات امرأته ويدفع ذهبها بالمرابحة ثم ماتت فادعى ورثتها أنك كنت تتصرف فى مالها بغير إذنها فعليك الضمان فقال الزوج : بل بإذنها فالقول قول الزوج ، لأن الظاهر شاهد له أى والظاهر يكفى للدفع حموى .

قلت : وسيأتى فى شتى الوصايا فيما لو عمر دار زوجته أنه لو اختلفا فى الإذن وعدمه فالقول لمنكره تأمل :

مطلب فى رد المغصوب وفيما لو أبى المالك قبوله

(قوله ويجب رد عين المغصوب) لقوله عليه الصلاة والسلام « على اليد ما أخذت حتى ترد » ولقوله عليه الصلاة والسلام « لا يحل لأحدكم أن يأخذ مال أخيه لاعبا ولا جادا ، وإن أخذه فليرده عليه » زيلعى ، وظاهره أن رد العين هو الواجب الأصلى ، وهو الصحيح كما سيذكره الشارح وسنوضحه (قوله ما لم يتغير تغيرا فاحشا) سيأتى تفسيره بأنه ما فوت بعض العين وبعض نفعه وإنه حينئذ يتسلم الغاصب العين ويدفع قيمتها ، أو يدفعها ويضمن نقصانها والخيار فى ذلك للمالك رحتى (قوله لتفاوت القيم الخ) فلو غصب دراهم أو دنانير فطالبه المالك فى بلدة أخرى عليه تسليمها ، وليس للمالك طلب القيمة وإن اختلف السعر ، ولو غصب عينا فلو القيمة فى هذا المكان مثلها فى مكان الغصب أو أكثر فللمالك أخذ المغصوب لا القيمة ، ولو القيمة أقل أخذ القيمة على سعر مكان الغصب أو انتظر حتى يأخذه فى بلده ، ولو وجده فى بلد الغصب والتقص السعر يأخذ العين لا القيمة يوم الغصب ، وإن كان هلك وهو مثلى وسعر المكانين واحد يبرأ برد المثل ، ولو سعر هذا المكان الذى التقيا فيه أقل أخذ المالك القيمة فى مكان الغصب وقت الغصب أو انتظر ، ولو القيمة فى هذا المكان أكثر أعطاه الغاصب مثله فى مكان الخصومة أو قيمته حيث غصب مالم يرض المالك بالتأخير ، ولو القيمة فى المكانين سواء للمالك أن يطالبه بالمثل منح عن الخانية ملخصا (قوله ويبرأ بردها) أى رد العين المغصوبة إلى المغصوب منه أى العاقل لما فى البزازية غصب من صبى ورده إليه إن كان من أهل الحفظ يصح الرد وإلا لا اهـ .

وشمل الرد حكما لما فى جامع الفصولين : وضع المغصوب بين يدى مالكه برئ ، وإن لم يوجد حقيقة القبض وكذا المودع ، بخلاف ما لو أتلف غصبا أو وديعة فجاء بالقيمة لا يبرأ ما لم يوجد حقيقة القبض ، وفيه أتى بقيمة المتلف فلم يقبلها المالك قال أبو نصر : يرفع الأمر إلى القاضى حتى يأمره بالقبول فيبرأ ، وفيه جاء بما غصبه فلم يقبله مالكه فحمله الغاصب إلى بيته برئ ولم يضمن ، ولو وضعه بين يديه فلم يقبله فحمله إلى بيته ضمن ، وهو الأصح لأنه يتم الرد فى الثانية بوضعه ، وإن لم يقبله فإذا حمله بعده إلى بيته غصب ثانيا أما إذا لم يضعه بين يديه لم يتم الرد اهـ والمراد بوضعه وضعه بحيث تناله يده كما فى البزازية ، وفيها أما إذا كان فى يده ولم يضعه عند المالك فقال للمالك : أخذه فلم يقبله صار أمانة فى يده (قوله غصب دراهم إنسان من كيسه) أى أخذ جميع ما فيه(١) لما فى الثالث من البزازية أيضا ، ولو فى كيسه ألف أخذ رجل نصفها ثم رد النصف إلى الكيس بعد أيام يضمن النصف المأخوذ المردود لا غير وقيل يبرأ بردها إلى الكيس اهـ تأمل : وفيها ركب دابة غيره وتركها مكانها يضمن على قول الثانى ، والصحيح أنه لا يضمن عند الإمام حتى يحولها من موضعها وإذا

---

(١) (قوله أى أخذ جميع ما فيه) قال شيخنا : الذى يظهر أن الخلاف فى مثل هذا الرد لا فى خصوص المعض لأنه لا فرق بين كل وبعض ويقربه ماسيأتى فى رد الدابة المغصوبة إلى إصطبل مالكها هل يكفى أو لا لأنه من التسليم فى الله تأمل اهـ .

لو أطعمه فأكله خلافا للشافعي زيلعي (أو) يجب رد (مثله إن هلك وهو مثلي وإن انقطع المثل) بأن لايوجد في السوق الذي يباع فيه وإن كان يوجد في البيوت ابن كمال (فقيمته يوم الخصومة) أي وقت القضاء وعند أبي يوسف يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع ورجحا قهستاني (وتجب القيمة في القيمي يوم غصبه) إجماعا (والمثلي المخلوط بخلاف جنسه) كبر مخلوط بشعير وشيرج مخلوط بزيت ونحو ذلك كدهن نجس (قيمي) فتجب قيمته يوم غصبه وكذا كل موزون يختلف بالصنعة كقمقم وقدر درر وديس ذكره في الجواهر زاد المصنف: ورب وقطر لأن كلا منها يتفاوت بالصنعة ولا يصح السلم فيها ولا تثبت دينا في الذمة.

لبس ثوب غيره ثم نزعه ووضعه في مكانه فهو على الخلاف وهذا في لبسه على العادة، فإن كان قميصا فوضعه على عاتقه ثم أعاده إلى مكانه لايضمن اتفاقا لأنه حفظ لا استعمال اهـ (قوله خلافا للشافعي) أي في مسألة الأكل قال في جامع الفصولين: وأجمعوا أنه لو كان برا فطحنه وخبزه وأطعمه مالكه أو تمرا فنبذه وسقاه إياه أو كرباسا فقطعه وخاطه وأكساه إياه لم يبرأ إذ ملكه زال بما فعل (قوله وهو مثلي) سنذكر بيان المثلي في آخر سوادة الشارح الآتية (قوله ابن كمال) ومثله في التبيين عن النهاية معزيا إلى البلخي (قوله يوم الخصومة) أي المعتبرة وهي ما تكون عند القاضي ولذا قال: أي وقت القضاء (قوله ورجحا) أي قول أبي يوسف وقول محمد وكان الأولى أن يقول أيضا أي كما رجح قول الإمام ضمنا لمشي المتون عليه وصريحا. قال القهستاني: وهو الأصح كما في الخزانة وهو الصحيح كما في التحفة، وعند أبي يوسف يوم الغصب، وهو أعدل الأقوال كما قال المصنف وهو المختار على ما قال صاحب النهاية، وعند محمد يوم الانقطاع وعليه الفتوى كما في ذخيرة الفتاوى، وبه أفتى كثير من المشايخ (قوله يوم غصبه إجماعا) هذا في الهلاك كما هو فرض المسألة. قال القهستاني: أما إذا استهلكت فكذلك عنده وعندهما يوم الاستهلاك اهـ. وفي جامع الفصولين: غصب شاة فسمنت، ثم ذبحها ضمن قيمتها يوم غصب لا يوم ذبحه عنده وعندهما يوم ذبحه، ولو تلف بلا إهلاكه ضمن قيمتها يوم غصب اهـ (قوله وشيرج الخ) أفاد أنه لا فرق بين ما تعسر تمييزه أو تعذر (قوله كدهن نجس) فإنه قيمي ولعله أراد المتنجس كما عبر به فيما يأتي قريبا لأنه المتقوم، قال الشارح في باب البيع الفاسد: ونجيز بيع الدهن المتنجس والانتفاع به في غير الأكل بخلاف الودك اهـ، أي لأنه جزء الميتة: نعم قدم في باب الأنجاس جواز الاستصباح بالودك في غير مسجد لكن لا يلزم منه تقومه، نعم قدمنا قبيل الشهادات عند قوله صب دهنا لإنسان وقال كانت نجسة عن الشيخ شرف الدين أنه يضمن القيمة لا المثل: بقي مالو كان طاهرا فنجسه ففي حاشية الأشباه عن البزازية نظر إلى دهن غيره وهو مائع حين أراد الشراء فوقع من أنفه دم وتنجس، إن بإذنه لايضمن، وإلا فإن الدهن مأكولا ضمن مثل ذلك القدر والوزن وإن غير مأكول يضمن النقصان تأمل (قوله كقمقم وقدر) وكذا القلب بالضم وهو السوار المفتول من طاقين، لكن قال في الخلاصة: إذا غصب قلب فضة إن شاء المالك أخذه مكسورا وإن شاء تركه وأخذ قيمته من الذهب، وإن كان القلب من الذهب يضمن من الدراهم قال في العناية: إذ لو أوجبنا مثل القيمة من جنسه أدى إلى الربا أو مثل وزنه أبطلنا حق المالك في الجودة والصنعة اهـ ملخصا (قوله ورب وقطر) في القاموس: الرب بالضم سلافة خثارة كل ثمرة بعد اعتصارها والقطر ما قطر الواحدة قطرة وبالكسر النحاس الذائب وبالضم الناحية اهـ وهو في عرف مصر والشام السكر المذاب على النار (قوله يتفاوت بالصنعة) قال في حاوي الزاهدي: أتلف دبسه فعليه قيمته، لأن كل ما كان من صنيع العباد لايمكنهم مراعاة المماثلة لتفاوتهم في الحذاقة، ولو جعل الدابس أجرة في الإجارات لايجوز ثم رمز أنه يجوز استقراضه وقال فعليه هو مثلي

قلت : وفى الذخيرة والجبن قيمى فى الضمان مثلى فى غيره كالسلم وفى المجتبى : السويق قيمى لتفاوته بالقلى وقيل مثلى وفى الأشباه الفحم واللحم ولو نيئا والآجر قيمى وفى حاشيتها لابن المصنف هنا وفيما يجلب التيسير معزيا للفصولين وغيره وكذا الصابون والسرقين أو الورق والإبرة والعصفر والصرم والجلد والدهن المتنجس وكذا الجفنة وكل مكيل وموزون مشرف على الهلاك مضمون بقيمته فى ذلك الوقت كسفينة موقورة أخذت فى الغرق وألقى الملاح ما فيها من مكيل وموزون يضمن قيمتها ساعته كما فى المجتبى، وفى الصيرفية : صب ماء فى حنطة فأفسدها وزاد فى كيلها ضمن قيمتها قبل صبه الماء لامثلها هذا إذا لم ينقلها

(قوله والجبن قيمى) لأنه يتفاوت تفاوتا فاحشا جامع الفصولين وهو بالضم وبضمتين وكعتل قاموس (قوله ولو نيئا) هذا هو الصحيح والمطبوخ بالإجماع فصولين (قوله والآجر) بالمد وفيه روايتان عن الإمام هندية (قوله وفيما يجلب التيسير) عطف على هنا ح :

مطلب الصابون مثلى أو قيمي

(قوله وكذا الصابون) نقل فى الإسماعيلية من السلم عن الصيرفية قولين قال ولم نر ترجيحا لأحدهما إلا أن فى كلام الصيرفية مايؤذن بترجيح صحة السلم فيه ، ثم قال فتلخص من كلامهم أنه يتسامح فى السلم مالا يتسامح فى ضمان العدوان اهـ . وأفتى فى الإسماعيلية من الغصب فى موضع بأنه قيمى ، وفى آخر بأنه مثلى :

وأقول : المشاهد الآن تفاوته فى الصنعة والرطوبة والجفاف وجودة الزيت المطبوخ منه وغير ذلك ، ولذا قال فى الفصولين حتى لو كانا سواء بأن اتخذا أعنى الصابونين من دهن واحد يضمن مثله اهـ فعلى هذا ينبغى أن يقال إن أمكنت المماثلة كأن أتلف مقدارا معلوما وعنده من طبخته المسماة فى عرفنا فسخة يضمن مثله منها وإلا فقيمته (قوله والورق) أى ورق الأشجار أما الكاغد فمثلى كما فى الهندية ط :

قلت : وكذا فى الفصولين ، ومقتضى ما قدمناه عن الحاوى أنه قيمى والمشاهد تفاوته تأمل (قوله والعصفر) كذا قال فى الفصولين وذكر قبله عن كتاب آخر أنه مثلى لأنه يباع وزنا ومايباع وزنا يكون مثليا (قوله والصرم) بالفتح الجلد معرب وبالكسر الضرب والجماعة أفاده صاحب القاموس ولعله أراد الإهاب قبل دبغه وبالجلد ماديغ ط (قوله والدهن المتنجس) مكرر بما مر على ما قدمناه (قوله وكذا الجفنة) يعنى مادون نصف صاع كما عبر به القهستانى ، وفى جامع الفصولين الخبز قيمى فى ظاهر الروايات والماء قيمى عندهما ، وعند محمد أنه مكيل والصحيح أن النحاس والصفر مثليان وثمار النخل كلها جنس واحد لايجوز فيها التفاضل للحديث ، وأما بقية الثمار فكل نوع من الشجر جنس يخالف ثمرة النوع الآخر والخل والعصير والدقيق والنخالة والجص والنورة والقطن والصوف وغزله والتبن بجميع أنواعه مثلى اهـ وفى الحاوى فى كون الغزل مثليا روايتان ، ومن أراد الزيادة فعليه بالفتاوى الحامدية (قوله وكل مكيل) مبتدأ خبره مضمون (قوله كسفينة موقورة) المقصود من التمثيل المكيل والموزون المطروحان ط والوقر بالكسر الحمل الثقيل أو أعم ويقال دابة موقرة كما فى القاموس تأمل (قوله يضمن قيمتهما ساعته) أى ساعة الإلقاء أى قيمته مشرفا على الهلاك ، فإن له قيمة وإن قلت لاحتمال النجاة ، وأفاد أن المثلى يخرج عن المثلية لمعنى خارج ، ثم هذا إذا ألقى بلا إذن واتفاق وإلا ففيه تفصيل سنذكره إن شاء الله تعالى آخر كتاب القسمة (قوله وفى الصيرفية الخ) مثله فى التاترخانية عن القدورى قال وكذا لو صب ماء فى دهن أو زيت (قوله هذا إذا لم ينقلها) أى قبل الصب والإشارة إلى ضمان القيمة و قال فى التاترخانية :

فلو نقلها لمكان ضمن المثل لأنه غصبه وهو مثلى ، بخلاف مالو صب الماء فى الموضع الذى فيه الحنطة بغير نقل اه والآجر قيمي وسيجىء أن الخمر فى حق المسلم قيمى حكما .

والحاصل كما فى الدرر وغيرها : أن كل ما يوجد له مثل فى الأسواق بلا تفاوت يعتد به فهو مثلى وما ليس كذلك فقيمى فليحفظ (فإن ادعى هلاكه) مرتبطة بوجوب رد العين لأنه الموجب الأصلى ورد المثلى والقيمة مخلص على الراجح (حبس حتى يعلم) الحاكم (أنه لو بقى لظهر) أى لأظهره (ثم قضى) الحاكم (عليه بالبدل من مثل وقيمة (ولو ادعى الغاصب الهلاك عند صاحبه بعد الرد وعكسه المالك) أى ادعى الهلاك عند الغاصب (وأقاما البرهان فبرهان الغاصب) أنه رده وهلك عند المالك (أولى) خلافا للثانى ملتقى ، ولو اختلفا فى القيمة

لأنه لم يكن فيه غصب متقدم (قوله فلو نقلها لمكان الخ) الظاهر أن المراد مجرد تحويلها عن مكانها (قوله بخلاف ما لو صب الخ) لأن الغصب حصل بالإتلاف وليس سابقا عليه كما مر ، وهو حين الإتلاف لم يبق مثليا فيضمن قيمته سابقا عليه تأمل (قوله وسيجىء الخ) أى فى وسط الفصل الآتى (قوله والحاصل الخ) قال فى المنح عن الوقاية : ويجب المثل فى المثلى كالمكيل والموزون والعددى المتقارب .

قال صدر الشريعة : اعلم أنه جعل هذه الأقسام الثلاثة مثليا مع أن كثيرا من الموزونات ليس بمثلى بل من ذوات القيم كالقمقمة والقدر ونحوهما :

فأقول : ليس المراد بالوزنى مثلا ما يوزن عند البيع بل ما يكون مقابلته بالثمن مبنيا على الكيل أو الوزن أو العدد ولا يختلف بالصنعة ، فإنه إذا قيل هذا الشىء بدرهم إنما يقال إذا لم يكن فيه تفاوت ، وحينئذ يكون مثليا ، وإنما قلنا لايختلف بالصنعة حتى لو اختلف كالقمقمة والقدر لايكون مثليا ، ثم مالايختلف بالصنعة إما غير مصنوع ، وإما مصنوع لا يختلف كالدراهم والدنانير والفلوس وكل ذلك مثلى : وإذا عرفت هذا عرفت حكم المذروعات وكلما يقال يباع من هذا الثوب ذراع بكذا فهذا إنما يقال فيما لايكون فيه تفاوت : وقد فصل الفقها المثليات وذوات القيم ولا احتياج إلى ذلك ، فما يوجد له المثل فى الأسواق بلا تفاوت يعتد به فهو مثلى وما ليس كذلك فمن ذوات القيم وما ذكر من الكيلى وأخواته فمبنى على هذا اه (قوله بلا تفاوت يعتد به) الظاهر أنه مالا يختلف بسببه الثمن تأمل (قوله مرتبطة الخ) أى هذه العبارة وارتباطها من جهة التفريع على مامر من وجوب رد العين فى المثلى والقيمى (قوله لأنه الموجب الأصلى) لأنه أعدل وأكمل فى رد الصورة والمعنى ، ولذا يطالب به قبل الهلاك ، ولو أتى بالقيمة أو المثل لايعتد به ولذا يبرأ برد العين بلا علم المالك بأن سلمه بجهة أخرى بهبة أو إطعام أو شراء أو إيداع ، وقيل هو المثل أو القيمة ورد العين مخلص ولذا صح إبراؤه عن الضمان مع قيام العين ، فلايضمن بالهلاك ، وتصح الكفالة بالمغصوب ولايصح الإبراء عن العين ولا الكفالة بها وتمام تحقيقه فى التبيين : وأفاد القهستانى ضعف الأول وأن الجمهور ذهبوا إلى الثانى وعزاه إلى رهن الهداية والكافى (قوله ورد المثلى) الأصوب المثل . بلا ياء (قوله حبس حتى يعلم) يعنى القاضى لايعجل بالقضاء ، وليس لمدة التلوم مقدار بل ذلك موكول إلى رأى القاضى وهذا التلوم إذا لم يرض المغصوب منه بالقضاء بالقيمة له ، وأما إذا رضى بذلك أو تلوم القاضى فإن اتفقا على قيمتها على شىء أو أقام المغصوب منه البينة على ما يدعى من قيمتها قضى بذلك شرنبلالية (قوله وقيمة) الواو بمعنى أو (قوله وعكسه) فعل ماض أو مصدر بالنصب عطفا على الهلاك والمراد عكس قوله عند صاحبه ، وأما عكس قوله بعد الرد فهو صحيح ولكن لايكون له مفهوم إلا إن كان الهلاك بهلاك البعض أو بالنقصان أى هلاك الوصف فتدبر (قوله أولى) أى عند محمد لأنه يثبت الرد وهو عارض والبينة لمن يدعى العوارض زيلعى (قوله خلافا للثانى) فعنده بينة المالك أولى لأنها تثبت وجوب الضمان والآخر

وبرهنا فالبينة للمالك وسيجيء ولو فى نفس المغصوب فالقول للغاصب (والغصب) إنما يتحقق (فيما ينقل فلو أخذ عقارا وهلك فى يده) بآفة سماوية كغلبة سيل (لم يضمن) خلافا لمحمد وبقوله قالت الثلاثة وبه يفتى فى الوقف ذكره العينى : وذكر ظهير الدين فى فتاويه الفتوى فى غصب العقار والدور الموقوفة بالضمان ، وأن الفتوى فى غصب منافع الوقف بالضمان .

وفى فوائد صاحب المحيط : اشترى دارا وسكنها ثم ظهر أنها وقف أو كانت للصغير لزمه أجر المثل صيانة لمال الوقف والصغير وفى إجارة الفيض إنما لايتحقق الغصب عندهما فى العقار فى حكم الضمان أما فيما وراء ذلك فيتحقق ؛ ألا ترى أنه يتحقق فى الرد فكذا فى استحقاق الأجرة اه فليحفظ

ينكر والبينة للإثبات زيلعى : وظاهره اعتماد قول محمد وهو خلاف ما قدمه فى القضاء ط (قوله وسيجيء) أى أول الفصل وسيجيء أيضا أن القول للغاصب بيمينه إن لم يبرهن المالك، وما لوقال : لا أعرف قيمته لكن علمت أنها أقل مما يقوله المالك، ويأتى بيان ذلك (قوله ولو فى نفس المغصوب) بأن قال الغاصب لثوب هذا هو الذى غصبته وقال المالك بل هو هذا (قوله فالقول للغاصب) لأن القول للقابض فى تعيين ما قبض أمينا كان أو ضمينا (قوله لم يضمن) أى عندهما لما قدمناه من عدم إمكان إزالة اليد المحقة عنه (قوله خلافا لمحمد) فإنه كما قدمناه عن النهاية ، وإن كان الغصب عنده بإزالة اليد المحقة لكنه فى غير المنقول يقيم الاستيلاء مقام الإزالة (قوله وبه يفتى فى الوقف) أى بأن هلك لابفعل الغاصب كسكناه مثلا بل بآفة سماوية ، فالمراد ضمان ذاته لامنافعه بقرينة ما يأتى عن ظهير الدين ، ولأن الكلام فيه لا فى المنافع : وسيأتى فى الفصل متنا أن منافع الغصب غير مضمونة إلا أن يكون وقفا أو مال يتيم أو معدا للاستغلال فصرح بضمان منافع الثلاثة ، وهنا صرح بضمان ذات الوقف وهل مثله مال اليتيم والمستغل؟ لم أره صريحا فليراجع ثم رأيت فى حاشية الأشباه قال الكمال الفتوى على ضمان العقار فى ثلاثة أشياء الخ (قوله الموقوفة) نعت للعقار والدور جميعا ح .

مطلب شرى دارا وسكنها فظهرت لوقف أو يتيم وجب الأجر وهو المعتمد

(قوله لزمه أجر المثل) خلافا لما صححه فى العمدة ، ومشى عليه فى القنية وإن أفتى به فى الاسماعيلية فإنه ضعيف كما فى وقف البحر . وفى القنية من موضع آخر : ادعى القيم منزلا وقفا فى يد رجل فجحد ، فأقام البينة عليه وحكم بالوقفية لايجب عليه أجر مامضى ، وأما إذا أقر أوكان متعنتا فى الإنكار وجبت الأجرة اه وفى الاختيار : باع المتولى منزل الوقف فسكنه المشترى فعلى المشترى أجر المثل اه :

قال الحموى : وهو مبنى على تصحيح المحيط ، وهو الذى ينبغى اعتماده وقال الشيخ شرف الدين ، وهو المختار كما فى التجنيس والمزيد :

قلت : وهو ما اعتمده فى وقف البحر ومشى عليه الشارح هناك فى موضعين وهنا وأفتى به فى الخيرية وغيرها فليحفظ (قوله فى الرد) أى فى وجوب رده على مالكه ، فلو لم يتحقق الغصب عندهما أيضا فيما عدا الضمان لما تحقق وجوب الرد (قوله فكذا فى استحقاق الأجرة) استشكله محشو هذا الكتاب بأن منافع الغصب إذا استوفاها الغاصب لا تضمن إلا فى الثلاثة المستثناة كما سيذكره فى الفصل .

وأقول : كأنهم ظنوا وجوب الأجر عليه بسكناه وليس كذلك بل المراد أنه لوأجره الغاصب فالأجر المسمى يستحقه العاقد ، وإن كان لايطيب له بل يتصدق به أو يرده على المالك كما سنذكره قريبا ، وكيف يصح حمله على ما ظنوا مع مناقضته لصدر العبارة فإن وجوب الأجر عليه ضمان ، ووجه تحقق الغصب فيه أنه لو لم يتحقق

(قيل) قائله الاستروشنى وعماد الدين فى فصوليهما (والأصح أنه) أى العقار (يضمن بالبيع والتسليم و) كذا (بالجحود فى) العقار (الوديعة وبالرجوع عن الشهادة) بعد القضاء وفى الأشباه العقار لايضمن إلا فى مسائل وعد هذه الثلاثة (وإذا نقص) العقار (بسكناه وزراعته ضمن النقصان) بالإجماع فيعطى ما زاد البذر وصححه فى المجتبى وعن الثانى مثل بذره وفى الصيرفية هو المختار ولو ثبت له قلعه

لكان المستحق للأجرة المالك لا الغاصب فافهم (قوله قيل الخ) هذه عبارة متن الدرر وتعبيره بقيل ربما يشعر بالضعف ، وليس فى كلام الفصول ، ثم قوله الأصح الخ يفيد الاختلاف فيه ، وقول جامع الفصولين : يضمن بالبيع والتسليم بالاتفاق والعقار يضمن بالإنكار عند أبى حنيفة رحمه الله حتى لو أودع رجلا وجحد الوديعة هل يضمن فيه روايتان أيضا عنه ، والأصح أنه يضمن بالبيع والتسليم بالجحود أيضا اه يفيد أوله أنه لاخلاف فيه وآخره أن فيه خلافا شرنبلالية .

أقول : تعبيره بقيل مناسب لأن المتون والفتوى على قول الإمام من أن الغصب لايتحقق فى العقار ، وذكر هذه المسائل كالاستثناء من قوله لم يضمن ، وقول جامع الفصولين والأصح الخ أى على قول الإمام وأبى يوسف ، فيكون موافقا لقول محمد فلا ينافى قوله قبله بالاتفاق : أى بين أئمتنا الثلاث فتدبر . نعم صحح فى الهداية أن مسألة البيع والتسليم على الخلاف فى الغصب : قال الاتقانى احترازا عن قول بعضهم إنها بالاتفاق ، وفى التبيين ومسألة الوديعة على الخلاف فى الأصح، ولئن سلم أى أنها على الاتفاق فالضمان فيها بترك الحفظ الملتزم بالجحود والشهود إنما يضمنون العقار بالرجوع ، لأنه ضمان إتلاف لا ضمان غصب اه . وظاهره تسليم أن مسألة الشهود على الوفاق تأمل (قوله بالبيع والتسليم) يعنى إذا باعه الغاصب وسلمه لأنه استهلاك خانية (قوله فى العقار الوديعة) الذى فى أغلب النسخ والوديعة بالعطف ولا محل له ، لأن المراد جحود العقار إذا كان وديعة (قوله وبالرجوع عن الشهادة) بأن شهدا على رجل بالدار ثم رجعا بعد القضاء ضمنا درر (قوله وعد هذه الثلاثة) الضمان فيها من حيث كونه إتلافا لا من حيث كونه غصبا كما أفاده تعليلهم ط وزاد فى الدر المنتقى الوقف ومال اليتيم والمعد للاستغلال قال فهى ستة اه تأمل (قوله ضمن النقصان بالإجماع) لأنه إتلاف وقد يضمن بالإتلاف مالا يضمن بالغصب أصله الحر إتقانى .

واختلفوا فى تفسير النقصان قال نصير بن يحيى : إنه ينظر بكم تستأجر هذه الأرض قبل الاستعمال وبعده ، فيضمن ما تفاوت بينهما من النقصان ، وقال محمد بن سلمة : يعتبر ذلك بالشراء يعنى أنه ينظر بكم تباع قبل الاستعمال وبكم تباع بعده فنقصانها ما تفاوت من ذلك فيضمنه وهو الأقيس . قال الحلوانى : وهو الأقرب إلى الصواب وبه يفتى كما فى الكبرى لأن العبرة لقيمة العين لا المنفعة ثم يأخذ الغاصب رأس ماله وهو البذر وماغرم من النقصان ، وما أنفق على الزرع ويتصدق بالفضل عند الإمام ومحمد فلو غصب أرضا فزرعها كرين فأخرجت ثمانية ، ولحقه من المؤنة قدر كر ونقصها قدر كر فإنه يأخذ أربعة أكرار ويتصدق بالباقى ، وقال أبو يوسف : لايتصدق بشىء وبيانه فى التبيين قال فى الدر المنتقى: وأفاد أنه لايصرفه لحاجته إلا إذا كان فقيرا كالغنى لوتصرف تصدق بمثله ولو أدى لمالكه حل له التناول لزوال الخبث ولايصير حلالا بتكرار العقود وتداول الألسنة ذكره القهستانى (قوله فيعطى ما زاد البذر) التفريع غير ظاهر . قال فى المنح عن المجتبى : زرع أرض غيره ونبت ، فللمالك أن يأمره بقلعه فإن أبى يقلعه بنفسه ، وقبل النبات ترك الأرض حتى تنبت ، فيأمره بقلعه أو أعطاه ما زاد البذر ، فتقوم مبذورة ببذر غيره له حق القلع ، وتقوم غير مبذورة فيعطي فضل ما بينهما وعن أبى يوسف أنه

وتمامه فى المجتبى (كما) يضمن اتفاقا (فى النقلى) ما نقص بفعله كما فى قطع الأشجار ، ولو قطعها رجل آخر أو هدم البناء ضمن هو لا الغاصب (كما لو غصب عبدا وآجره فنقص فى هذه الإجارة) بالاستعمال وهذا ساقط من نسخ الشرح لدخوله تحت قوله (وإن استغله) فنقصه الاستغلال أو آجر المستعار ونقص ضمن النقصان

يعطيه مثل بذره والأول أصح اه (قوله وتمامه فى المجتبى) حيث قال بعد ما مر ولو زرعها أحد الشريكين بغير إذن صاحبه فدفع إليه صاحبه نصف البذر ، ليكون الزرع بينهما قبل النبات لم يجز وبعده يجوز وإن أراد قلع الزرع من نصيبه يقاسمه الأرض فيقلعه من نصيبه ويضمن الزارع نقصان الأرض بالقلع . قال أستاذنا الصواب نقصان الزرع(١) كما ذكره القدورى فى شرحه اه قال الشيخ خير الدين: الظاهر أن الصواب الأول كما هو المروى لنقصها بقلع الزرع منها قبل إدراكه لضعفها عن الغلة الكاملة فى عامها ذلك كما هو مشاهد وأما الثانى فليس له وجه (قوله بفعله) عبارة الهداية بفعله أو بفعل غيره قال الإتقانى: لأنه مضمون عليه بمجرد الغصب، فلم يتفاوت هلاكه بفعله أو بغير فعله ، ولذا وجب عليه قيمته يوم الغصب اه وقوله : أو بغير فعله أعم من قول الهداية أو بفعل غيره لشموله نحو العور والشلل والصمم فإنه يضمن به أيضا كما صرح به فى مسكين (قوله ضمن هو لا الغاصب) كذا فى جامع الفصولين ، وهو مناسب لتقييده أولا بفعله لكن علمت ما فيه وقال السائحانى : الذى فى المقدسى إن كان النقص بفعل الغير خير المالك بين تضمين الغاصب ، ويرجع على الجانى أو يضمن الجانى ، ولا يرجع على أحد اه ونقله عن الهندية : وفى الجوهرة فإن كان بفعل غيره رجع عليه بما ضمن، لأنه مقرر عليه ضمانا كان يمكنه أن يتخلص منه برد العين اه .

أقول : ويمكن الجواب بأنه لما كان مدار الضمان على الجانى قال ضمن هو لا الغاصب فلا ينافى ما مر فتدبر .

[تنبيه] النقصان أنواع أربعة : بتراجع السعر ، وبفوات أجزاء العين ، وبفوات وصف مرغوب فيه كالسمع والبصر واليد والأذن فى العبد والصياغة فى الذهب واليبس فى الحنطة وبفوات معنى مرغوب فيه .

فالأول : لا يوجب الضمان فى جميع الأحوال إذا رد العين فى مكان الغصب .

والثانى : يوجب الضمان فى جميع الأحوال .

والثالث: يوجب الضمان فى غير مال الربا نحو أن يغصب حنطة فعفنت عنده أو إناء فضة فهشم فى يده فصاحبه بالخيار إن شاء أخذ ذلك نفسه ولا شىء له غيره ، وإن شاء تركه وضمنه مثله تفاديا عن الربا .

والرابع : هو فوات المعنى المرغوب فيه فى العين كالعبد المحترف إذا نسى الحرفة فى يد الغاصب ، أو كان شابا فشاخ فى يده يوجب الضمان أيضا هذا إذا كان النقصان قليلا أما إذا كان كثيرا فيخير المالك بين أخذه وتركه مع أخذ جميع قيمته وستعرف الحد الفاصل بينهما من مسألة الخرق اليسير والفاحش مسكين (قوله فى هذه الإجارة) الذى فى المنح فى مدة الإجارة وهى أحسن (قوله من نسخ الشرح) أى من المتن الممزوج فيه (قوله لدخوله الخ) إنما يظهر دخوله على ما فى نسخ المنح من قوله وإن استغله ضمن ما نقص وتصدق بالغلة والشارح ذكر ضمان النقصان شرحا لا متنا على ما وجدناه من النسخ (قوله ضمن النقصان) أى من حيث فوات الجزء لا من حيث

---

(١) (قوله الصواب نقصان الزرع) أى النقصان الحاصل فى الأرض بسبب الزرع وليس معناه النقصان الحاصل فى الزرع بسبب قلعه كما فهم الرملى فصوب وكيف يحمل كلام هذا الأستاذ على هذا مع أن فرض المسألة أن فاعل ضمن الزراع ولا يخفى أن الزرع ملك له فيكون ضامنا لنفسه ولا يتصور صدور هذا من عقل فضلا عن ذى الوجه خصوصا وقد نقله عن شرح القدورى وبحملنا كلام الأستاذ على ذلك الوجه يتحد مع عبارة الرملى بل هى أفود مما قاله الخير فتأمل اه .

و (تصدق بـ) ما بقى من (الغلة) والأجرة خلافا لأبى يوسف كذا فى الملتقى لكن نقل المصنف عن البزازية أن الغنى يتصدق بكل الغلة فى الصحيح (كما لو تصرف فى المغصوب والوديعة) بأن باعه (وربح) فيه (إذا كان) ذلك (متعينا بالإشارة أو بالشراء بدراهم الوديعة أو الغصب ونقدها) يعنى يتصدق بربح حصل فيهما إذا كانا مما يتعين بالإشارة وإن كانا مما لا يتعين فعلى أربعة أوجه فإن أشار إليها ونقدها فكذلك يتصدق (وإن أشار إليها ونقد غيرها أو) أشار (إلى غيرها) ونقدها (أو أطلق) ولم يشر (ونقدها لا) يتصدق فى الصور الثلاث عند الكرخى قيل (وبه يفتى) والمختار أنه لا يحل

السعر ومراده غير الربوى إذ فيه لا يمكن ذلك مع استرداد الأصل لأنه يؤدى إلى الربا جوهرة (قوله وتصدق الخ) أصله أن الغلة للغاصب عندنا لأن المنافع لا تتقوم إلا بالعقد والعاقد هو الغاصب فهو الذى جعل منافع العبد مالا بعقده ، فكان هو أولى ببدلها ، ويؤمر أن يتصدق بها لاستفادتها ببدل خبيث وهو التصرف فى مال الغير درر (قوله بما بقى) أخرج به عبارة المتن كالكنز عن ظاهرها لما قال الزيلعى كان ينبغى أن يتصدق بما زاد على ما ضمن عندهما لا بالغلة كلها اهـ وهو وإن كان ذكره بحثا لكن جزم به فى متن الملتقى ، فالظاهر أنه منقول والملتقى من المتون المعتبرة. هذا وقال الزيلعى : ولو هلك فى يده بعد ما استغله له أن يستعين بالغلة فى أداء الضمان ، لأن الخبث كان لأجل المالك فلا يظهر فى حقه ، بخلاف ما لو باعه الغاصب فهلك وضمن المالك المشترى قيمته فرجع على الغاصب بالثمن لا يستعين بها فى أداء الثمن ، لأن المشترى ليس بمالك إلا إذا كان الغاصب فقيرا اهـ ملخصا فتلخص أنه لا فرق بين النقصان والهلاك فى أنه يستعين ويتصدق بما بقى (قوله لكن نقل المصنف الخ) استدراك على إطلاق قوله : وتصدق بما بقى أى فإنه مقيد بالفقير لما فى البزازية الغاصب إذا أجر المغصوب فالأجر له ، فإن تلف المغصوب من هذا العمل أو تلف لا منه وضمنه الغاصب له الاستعانة بالأجر فى أداء الضمان وتصدق بالباقى إذا كان فقيرا فإذا كان غنيا ليس له أن يستعين بالغلة فى أداء الضمان فى الصحيح اهـ وهذه مساوية لعبارة الزيلعى وكلامنا فى النقصان وهذه فى الهلاك ، والظاهر عدم الفرق فيصح الاستدراك فافهم (قوله والوديعة) أى بغير إذن المالك (قوله إذا كان متعينا بالإشارة) وذلك كالعروض فلا يحل له الربح أى ولو بعد ضمان القيمة قال الزيلعى : فإن كان مما يتعين لا يحل له التناول منه قبل ضمان القيمة وبعده يحل إلا فيما زاد على قدر القيمة ، وهو الربح فإنه لا يطيب له ويتصدق به وفى القهستانى ، وله أن يؤديه إلى المالك ، ويحل له التناول لزوال الخبث (قوله أو بالشراء) لا محل للعطف هنا ولذا قال ط الأخصر الأوضح أن يقول : أو غير متعين ونقده (قوله يعنى يتصدق بربح) تفسير للتشبيه فى قوله كما لو تصرف وبيان لما بعده بعبارة أوضح (قوله فعلى أربعة أوجه) زاد فى التاترخانية عن المحيط خامسا ، وهو ما إذا دفعها إلى البائع ثم اشترى وحكمه كالأول (قوله فكذلك يتصدق) لأن الإشارة إليه لا تفيد التعيين ، فيستوى وجودها وعدمها إلا إذا تأكد بالنقد منها زيلعى (قوله أو أطلق) بأن قال اشتريت بألف درهم ونقد من دراهم الغصب أو الوديعة عزمية ، وفى التاترخانية عن الذخيرة أنه إذا أطلق ولم يشر فإن نوى النقد منها فلا يخلو إن حقق نيته فنقد منها ، فالأصح أنه لا يطيب ، وإن لم يحقق نيته يطيب ، لأن مجرد العزم لا أثر له ، وإن لم ينو ثم نقد منها طاب قال الحلوانى : إنما يطيب إذا نوى أن لا ينقد منها ثم بداله فنقد أما إذا نوى النقد منها مع علمه أنه ينقد لا يطيب اهـ ملخصا .

وفى البزازية وقول الكرخى عليه الفتوى ولا تعتبر النية فى الفتوى ثم حمل ما مر على حكم الديانة (قوله قيل وبه يفتى) قاله فى الذخيرة وغيرها ، كما فى القهستانى ، ومشى عليه فى الغرر ومختصر الوقاية والإصلاح ، ونقله فى اليعقوبية عن المحيط ، ومع هذا لم يرتضه الشارح فأتى بقيل لما فى الهداية : قال مشايخنا لا يطيب قبل أن يضمن

مطلقا كذا فى الملتقى ونو بعد الضمان هو الصحيح كما فى فتاوى النوازل واختار بعضهم الفتوى على قول الكرخى فى زماننا لكثرة الحرام وهذا كله على قولهما: وعند أبى يوسف لايتصدق بشىء منه كما لو اختلف الجنس ذكره الزيلعى فليحفظ (فإن غصب وغير) المغصوب (فزال اسمه وأعظم منافعه) أى أكثر مقاصده احترازا عن دراهم فسبكها بلاضرب فإنه وإن زال اسمه

وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لإطلاق الجواب فى الجامعين والمضاربة : أى كتاب المضاربة من المبسوط وانى على الدرر .

قال الزيلعى : ووجهه أن بالنقد منه استفاد سلامة المشرى ، وبالإشارة استفاد جواز العقد ، لتعلق العقد به فى حق القدر والوصف ، فيثبت فيه شبهة الحرمة للملكه بسبب خبيث (قوله مطلقا) أى فى الأوجه الأربعة (قوله واختار بعضهم الخ) هذا من كلام الزيلعى المعزو آخر العبارة وأتى به ، وإن علم مما مر لإشعار هذا التعبير بعدم اعتماده نفيه تأييد لتعبيره بقيل مخالفا لما جزم به المصنف ، ولكن لا يخفى أنهما قولان مصححان (قوله كما لو اختلف الجنس) قال الزيلعى: وهذا الاختلاف بينهم فيما إذا صار بالتقلب من جنس ماضمن بأن ضمن دراهم مثلا وصار فى يده من بدل المضمون دراهم : ولوطعام أو عروض لا يجب عليه التصدق بالإجماع لأن الربح إنما يتبين عند اتحاد الجنس ، ومالم يصر بالتقلب من جنس ما ضمن لايظهر الربح اه ثم هل الدراهم والدنانير هنا جنس واحد نظرا للثمنية أو جنسان يراجع رحمتى :

أقول : رأيت فى الطورى عن المحيط ولو اشترى بالدراهم المغصوبة طعاما حل التناول ، ولو اشترى بها دنانير لم يجز له أن يتصرف فيها ، فوجب عليه ردها لأن البيع فى الطعام لا ينتقض باستحقاق الدراهم لأنه يجب عليه رد مثلها لا عينها اه فأفاد أنهما جنس واحد حيث أوجب ردها مع أن المغصوب دراهم ، وهذه مما يزاد على قول العمادية الدنانير تجرى مجرى الدراهم فى سبعة كما مر فى باب البيع الفاسد : وفى الطورى أيضا : ولواشترى بالثوب المغصوب جارية يحرم عليه وطؤها حتى يدفع قيمة الثوب إلى صاحبه ، ولواشتراها بالدراهم يحل وطؤها لفساده باستحقاق الثوب لتعلق البيع بعينه دون الدراهم ، ولو تزوج بالثوب امرأة له وطؤها ، لأن النكاح لاينتقض باستحقاق المهر اه ،

وفى الملتقى وشرحه : ولو اشترى بألف الغصب أو الوديعة جارية تعدل ألفين ، فوهبها أو طعاما فأكله ، أو تزوج بأحدهما امرأة او سرية أو ثوبا حل الانتفاع ، ولا يتصدق بشىء اتفاقا لأن الحرمة عند اتحاد الجنس اه ونحوه فى القهستانى ونقل ط عن الحموى عن صدر الإسلام : أن الصحيح لايحل له الأكل ولا الوطء لأن فى السبب نوع خبث اه فليتأمل (قوله وغير المغصوب) أى بالتصرف فيه احترازا عن صبى غصبه ، فصار ملتحيا عنده فإنه يأخذه بلا ضمان قهستانى :

ومثله فى التاترخانية ، وفيها ولو غصب جارية ناهدة الثديين فانكسر ثديها عنده أو عبدا محترفا فنسى ذلك عنده ضمن النقصان اه ومثله ما سيذكره آخرا عن الوهبانية تأمل ، وفى الدرر : صار العنب زبيبا بنفسه أو الرطب تمرا أخذه المالك أو تركه وضمنه (قوله فزال اسمه) احتراز عن كاغد فكتب عليه أو قطن ، فغزله أو لبن فصيره مخيضا أو عصير فخلله ، فإنه لا ينقطع به حق المالك ، وقيل ينقطع قهستانى عن المحيط ، وهما إذا غصب شاة فذبحها فإن ملك مالكها لم يزل بالذبح المجرد حيث يقال شاة مذبوحة درر (قوله فسبكها) عطف على محذوف أى غصبها فسبكها (قوله بلا ضرب) كذا قيد به فى المعراج ، فلو صاغ الدراهم بعد سبكها دراهم

لـكن يبقى أعظم منافعه ولذا لاينقطع حق المالك عنه كما فى المحيط وغيره فلم يكن زوال الاسم مغنيا عن أعظم منافعه كماظنه منلا خسرو وغيره (أو اختلط) المغصوب (بملك الغاصب بحيث يمتنع امتيازه) كاختلاط برّه ببرّه (أو يمكن بحرج) كبره بشعيره (ضمنه وملـكه بلا حل انتفاع قبل أداء ضمانه) أى رضا مالـكه بأداء أو إبراء أو تضمين قاض والقياس حله وهو رواية ، فلو غصب طعاما فمضغه حتى صار مستهلـكا يبتلعه حلالا فى رواية

لاينقطع بالأولى وسواء كانت مثل الدراهم الأولى أم لا وحرره اه ط (قوله لـكن يبقى أعظم منافعه) من جعلها ثمنا والتزين بها ط (قوله مغنيا عن أعظم منافعه) أى عن هذا اللفظ (قوله وغيره) هو صاحب العناية ، فإن هذا القيدجعله فى الكفاية احترازا عن حنطة غصبها وطحنها ، قال : فإن المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة ونحوها تزول بالطحن ، قال فى العناية : وتبعه فى الدرر والظاهر أنه تأكيد ، لأن قوله زال اسمه يتناوله فإنها إذا طحنت صارت دقيقا لاحنطة اه وما ذكره الشارح من بيان المحترز والإيراد مأخوذ من القهستانى (قوله بملك الغاصب) وكذا بمغصوب آخر لما فى التاترخانية عن الينابيع : غصب من كل واحد منهما ألفا فخلطهما لم يسعه أن يشترى بهما شيئا مأكولا فيأكله ولا يحل له أكل ما اشترى حتى يؤدى عوضه اه .

وفيها عن المنتقى معه سويق ومع آخر سمن فاصطدما فانصب السمن فى سويقه يضمن مثل السمن ، لأنه استهلـكه دون الآخر ، لأن هذا زيادة فى السويق وفيها عن الخانية اختلطت نورته بدقيق آخر بلا صنع أحد يباع المختلط ، ويضرب كل واحد منهما بقيمته إذ ليس أحدهما أولى بإيجاب النقصان عليه (قوله كبرّه بشعيره) أى بر الغاصب بشعير الغصب أو بالعكس (قوله ضمنه وملـكه) أما الضمان فللتعدى ، وأما الملك فى التغير وزوال الاسم ، فلأنه أحدث صنعة متقومة وفى الاختلاط لئلا يجتمع البدلان فى ملك المغصوب منه .

[تتمة] كل موضع ينقطع حق المالك فيه فالمغصوب منه أحق بذلك الشىء من سائر الغرماء حتى يستوفى حقه فإن ضاع ذلك ضاع من مال الغاصب اه أبو السعود عن الحموى عن التاترخانية ، وزاد فى البزازية وليس بمنزلة الرهن (قوله بلاحل انتفاع الخ) وفي المنتقى كل ما غاب صاحبه ، ويخاف عليه الفساد فلا بأس بأن ينتفع به بعد ما يشهد على نفسه بضمانه ، ولا يخرجه ذلك من إثم الغصب . وفى جامع الجوامع : اشترى الزوج طعاما أوكسوة من مال خبيث جاز للمرأة أكله ولبسها والإثم على الزوج تاترخانية (قوله أى رضا مالـكه الخ) أشار إلى أن المراد بالأداء رضا المالك وهو أعم (قوله أو تضمين قاض) فإن الرضا من المالك موجود فيه أيضا لأنه لايقضى إلا بطلبه كما أشير إليه فى الهداية عزمية. هذا وما أفاده كلامه من أن الملك فى المغصوب ثابت قبل أداء الضمان ، وإنما المتوقف على أداء الضمان الحل هو ما فى عامة المتون ، فما فى النوازل من أنه بعد الملك لا يحل له الانتفاع لاستفادته بوجه خبيث كالمملوك بالبيع الفاسد عند القبض إلا إذا جعله صاحبه فى حل اه مخالف لعامة المتون نبه عليه فى المنح . وفى القهستانى وقال بعض المتأخرين : إن سبب الملك الغصب عند أداء الضمان كما فى المبسوط ، فلو أبى المالك أخذ القيمة ، وأراد أخذ المغير لم يكن له ذلك كما فى النهاية (قوله وهو رواية) جعلها فى الخلاصة وغيرها قول الإمام والاستحسان قولهما . وفى البزازية وكان الإمام نجم الدين النسفى ينـكر أن يكون هذا قول الإمام ، ويقول : أجمع المحققون من أصحابنا أنه لا يملـكه إلا بأحد الأمور الثلاثة وقالوا جميعا الفتوى على قولهما اه .

قلت : ماقاله المحققون مخالف لعامة المتون كما مر فتدبر ثم رأيت بعضهم نقل أن العلامة قاسم(١) تعقبه

---

(١) (قوله أن العلامة قاسم) هكذا بخطه ولعله على لغة ربيعة وإلا فالظاهر رسمه قاسماً بألف كما لايخفى اه مصححه .

وحراما على المعتمد حسما لمادة الفساد (كذبح شاة) بالتنوين بدل الإضافة : أى شاة غيره ذكره ابن سلطان (وطبخها أو شيها وطحن بر وزرعه وجعل حديد سيفا وصفر آنية والبناء على ساحة) بالجيم خشبة عظيمة تنبت بالهند (وقيمته أى البناء (أكثر منها) أى من قيمة الساحة يملكها البانى بالقيمة وكذا لو غصب أرضا فبنى عليها أو غرس أو ابتلعت دجاجة لؤلؤة أو أدخل البقر رأسه فى قدر أو أودع فصيلا فكبر فى بيت المودع ولم يمكن إخراجه إلا بهدم الجدار أو سقط ديناره فى محبرة غيره ولم يمكن إخراجه إلا بكسرها ونحو ذلك يضمن صاحب الأكثر قيمة الأقل والأصل أن الضرر الأشد يزال بالأخف، كما فى هذه القاعدة من الأشباه :

ثم قال : ولو ابتلع لؤلؤة فمات لايشق بطنه لأن حرمة الآدمى أعظم من حرمة المال وقيمتها فى تركته وجوّزه الشافعى قياسا على الشق لإخراج الولد :

قلت : وقدمنا فى الجنائز عن الفتح أنه يشق أيضا فلا خلاف : وفى تنوير البصائر أنه الأصح فليحفظ :

(قوله كذبح شاة) تمثيل لقوله فإن غصب وغير، أو تنظير لقوله ضمنه وملكه أى كما يضمنه فى ذبح شاة الخ (قوله بالتنوين بدل الإضافة) فيه أنهم قسموا تنوين العوض إلى ما يكون عوضا عن جملة أو عن حرف أو عن كلمة كقوله تعالى — فضلنا بعضهم على بعض — وكل فى فلك — وأيا ماتدعوا — والإضافة أمر معنوى، فالأنسب إبدالها بالمضاف إليه، على أن بعض المحققين أنكر القسم الثالث، وقال إنه من تنوين التمكين يزول مع الإضافة ويثبت مع عدمها (قوله وطبخها أو شيها) إنما ذكره لأن بمجرد الذبح لايتغير الاسم بل ولو مع التأريب أى التقطيع، لأنه لايفوت ماهو المقصود بالذبح بل يحققه سائحانى (قوله والبناء على ساحة) فى الهداية قال الكرخى والفقيه أبو جعفر : إنما لاينقض إذا بنى فى حوالى الساحة لأنه غير متعد فى البناء، أما إذا بنى على نفس الساحة ينقض، لأنه متعد، وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الأصح (قوله بالجيم) أما الساحة بالحاء فتأتى (قوله خشبة عظيمة الخ) أى صلبة قوية تستعمل فى أبواب الدور وبنائها وأساسها إتقانى (قوله وقيمته أى البناء أكثر منها) جملة حالية قال فى المنح : وأما إذا كان قيمة الساحة أكثر من قيمة البناء، فلم ينقطع حق المالك عنها، كما فى النهاية عن الذخيرة وبه قيد الزيلعى كلام الكنز اهـ وفيها عن المجتبى، فله أخذها وكذا فى الساحة أى بالحاء (قوله وكذا لو غصب أرضا الخ) هذه مسئلة الساحة بالحاء وستأتى متنا : أى فلو قيمة البناء أكثر يضمن الغاصب قيمة الأرض ولا يؤمر بالقلع وهذا قول الكرخى قال فى النهاية وهو أوفق لمسائل الباب : أى مسألة الدجاجة الآتية ونحوها، لكن فى العمادية ونحن نفتى بجواب الكتاب اتباعا لمشايخنا فإنهم كانوا لايتركونه أى من أنه يؤمر بالقلع والرد إلى المالك مطلقا وفى الحامدية عن الأنقروى : أنه لا يفتى بقول الكرخى، صرح به المولى أبو السعود المفتى قال : وبالأمر بالقلع أفتى شيخ الإسلام على أفندى مفتى الروم أخذا من فتاوى أبى السعود والقهستانى ونعم هذا الجواب، فإن فيه سد باب الظلم، ويمكن أن يفرق بين هذه وبين مسألة اللؤلؤة ونحوها بأنه فى تلك أمر اضطرارى صدر بدون قصد معتبر، وأما الغصب فهو فعل اختيارى مقصود اهـ ملخصا :

وقد ظهر لك أن الشارح جرى هنا على قول الكرخى، وكذا فيما سيأتى حيث قيد قول المتن، يؤمر بالقلع بما إذا كانت قيمة الأرض أكثر فما اقتضاه التشبيه فى قوله : وكذا لو غصب أرضا من أنه لايؤمر بالقلع صحيح، لأن الكلام فيما إذا كانت قيمة البناء أكثر ولم يتعرض لكلام غير الكرخى، وإن كان المفتى به كما علمت فافهم (قوله يضمن صاحب الأكثر قيمة الأقل) فإن كانت قيمتهما على السواء يباع عليهما، ويقتسمان الثمن تاترخانية (قوله فمات) فلو بقى حيا يضمن قيمتها، ولا ينتظر إلى أن تخرج منه تاترخانية (قوله وفى تنوير البصائر أنه الأصح) وفى البزازية وعن محمد : لا يشق بطنه لو درة، وعليه الفتوى لأن الدرة تفسد فيه فلا يفيد الشق

بقى لو كانتْ قيمة الساحة والبناء سواء فإن اصطلحا على شيء جاز ، وإن تنازعا يباع البناء عليهما ، ويقسم الثمن بينهما على قدر مالهما شرنبلالية عن البزازية . بقى لو أراد الغاصب نقض البناء ورد الساحة هل له ذلك إن قضى عليه بالقيمة لا يحل وقبله قولان لتضييع المال بلا فائدة وتمامه فى المجتبى (وإن ضرب الحجرين درهما ودينارا أو إناء لم يملكه وهو لمالكه مجانا) خلافا لهما (فإن ذبح شاة غيره) ونحوها مما يؤكل (طرحها المالك عليه وأخذ قيمتها أو أخذها وضمنه لقصانها وكذا) الحكم (لو قطع يدها) أو قطع طرف دابة غير مأكولة كذا فى الملتقى قيل : ولفظ غير : غير سديد هنا :

قلت : قوله غير سديد غير سديد لثبوت الخيار فى غير المأكولة أيضا لكن إذا اختار ربها أخذها لا يضمنه شيئا وعليه الفتوى كما نقله المصنف عن العمادية فليحفظ بخلاف طرف العبد فإن فيه الأرش (أو خرق ثوبا)

والدنانير لاتفسد : وفى البيرى عن تلخيص الكبرى : لو بلغ عشرة دراهم ومات يشق وأفاد البيرى عدم الخلاف فى الدراهم والدنانير لعدم فسادها ، وقد علم اختلاف التصحيح فى الدرة ولفظ الفتوى أقوى تأمل (قوله يباع البناء عليهما) هكذا العبارة فى البزازية والشرنبلالية ، وظاهر أن المراد يباع مع الساحة بقرينة مابعده (قوله إن قضى عليه بالقيمة لايحل) وإذا نقص لم يستطع رد الساحة شرنبلالية عن الذخيرة (قوله لتضييع المال) عبارة القهستانى قيل : يحل وقيل لايحل لتضييع المال (قوله وهو لمالكه مجانا) فلا يضمن للغاصب شيئا لأجل الصياغة ، لأنه لم يوجد إلا مجرد العمل إلا إذا جعله من أوصاف ملكه ، بحيث يكون فى نزعه ضرر كما لو جعله عروة مزادة أو صفائح فى سقف ونحو ذلك ، فقد انقطع لصاحبه اليد عنه وقت غصبه تاترخانية (قوله أو أخذها وضمنه نقصانها) لأنه إتلاف من وجه لفوات بعض المنافع كالحمل والدر والنسل ، وبقاء بعضها وهو اللحم درر (قوله وكذا الحكم لو قطع يدها) لأنه إتلاف من وجه أيضا وهذا فى مثل البقر ونحوه ظاهر ، وكذا فى الشاة لأنها تضعف عن الذهاب إلى المرعى فيقل درها ويضعف نسلها تأمل (قوله أو قطع طرف دابة غير مأكولة) لوجود الاستهلاك من كل وجه هداية ؛ وقيد باليد والطرف ، لأن فى عين الحمار أو البغل أو الفرس ربع القيمة ، وكذا فى عين البقرة والجزور وفى عين الشاة ما نقصها ، وسيجيء ذلك فى كتاب الديات إن شاء الله تعالى إتقانى (قوله غير سديد هنا) لأن قوله أو أخذها وضمنه نقصانها خاص بالمأكولة وعلى إسقاط لفظة غير يكون من التعميم بعد التخصيص (قوله قلت الخ) جواب عن الملتقى .

وحاصله : أن مراده بإلحاق غير المأكولة بالمأكولة فى الحكم من حيث وجود التخيير فيهما بين طرحها على الغاصب ، وبين إمساكها وإن كان بينهما فرق من حيث إنه إذا أمسك المأكولة له أن يضمن الغاصب النقصان ، بخلاف غير المأكولة لما علمت من وجود الاستهلاك من كل وجه ، وقد نبه الشارح على هذا الفرق بقوله : لكن إذا اختار الخ فافهم .

أقول : وقد يجاب بأن المراد الرجوع بالنقصان أيضا كالمأكولة كما هو قضية التشبيه ، ولكن يقيد بما إذا كان لما بقى قيمة ، لعدم وجود الاستهلاك من كل وجه والقرينة على هذا التقييد لفظ النقصان ، فإنه إذا لم يكن لما بقى قيمة لم يقل له نقصان ، بل هلاك ودليل ذلك ما فى النهاية وغيرها عن المنتقى بالنون : قطع يد حمار أو رجله وكان لما بقى قيمة ، فللمالك أن يمسكه ويأخذ النقصان وكذا لو ذبحه ، وكان لجلده ثمن لا إن قتله لأن الذبح بمنزلة الدباغ اهـ ملخصا هذا وفى النهاية عن المبسوط ما يفيد أن المراد هنا بغير المأكولة ما يشمل الفرس (قوله بخلاف طرف العبد) مرتبط بقوله لكن إذا اختار ربها أخذها لا يضمنه شيئا (قوله فإن فيه الأرش) أى له أخذه مع الأرش لأنه ينتفع به أقطع ، ولا كذلك الدابة الغير المأكولة منح (قوله خرق ثوبا الخ) معطوف على ماقبله :

خرقا فاحشا (و) هو ما (فوت بعض العين وبعض نفعه لا كله) فلو كله ضمن كلها (وفى خرق يسير) نقصه و(لم يفوت شيئا) من النفع (ضمنه النقصان مع أخذ عينه ليس غير) لقيام العين من كل وجه مالم يجدد فيه صنعة أو يكون ربويا كما بسطه الزيلعى :

قلت : ومنه يعلم جواب حادثة وهى غصبت حياصة فضة مموهة بالذهب فزال تمويهها بغير مالكها بين تضمينها مموهة أو أخذها بلا شيء ، لأنه تابع مستهلك ، ولو كان مكان الغصب شراء بوزنها فضة فلا رد لتعيبها ولا رجوع بالنقصان للزوم الربا فاغتنمه فقل من صرح به قاله شيخنا :

(ومن بنى أو غرس فى أرض غيره بغير إذنه أمر بالقلع والرد) لو قيمة الساحة أكثر كما مر (وللمالك أن يضمن له قيمة بناء أوشجر أمر بقلعه) أى مستحق القلع فتقوم بدونهما ومع أحدهما مستحق القلع فيضمن الفضل

أى للمالك أيضا أن يطرحه عليه ويضمنه القيمة أو يمسكه ويضمنه النقصان (قوله وهو مافوت الخ) اقتصر عليه لأنه هو الصحيح فى الفرق بين الفاحش واليسير من أقوال أربعة مذكورة فى الشرنبلالية وغيرها (قوله لا كله) أى كل النفع (قوله ضمن كلها) أى كل العين (قوله نقصه) أى نقص العين وذكر الضمير باعتبار الثوب ، ويصح إرجاعه للنفع وقوله بعده ولم يفوت شيئا من النفع أى لم يفوته بتمامه قال فى الهداية واليسير مالا يفوت به شيء من المنفعة ، وإنما يدخل فيه النقصان ، لأن محمدا جعل فى الأصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والفائت به بعض المنافع اه :

والحاصل كما فى النهاية وغيرها : أنه ما تفوت به الجودة بسبب نقصان فى المالية (قوله مالم يجدد فيه صنعة) بأن خاطه قميصا فإنه ينقطع به حق المالك عنه عندنا زيلعى (قوله أو يكون ربويا) فيخير المالك بين أن يمسك العين ، ولا يرجع على الغاصب بشيء وبين أن يسلمها ، ويضمنه مثلها أو قيمتها لأن تضمين النقصان متعذر ، لأنه يؤدى إلى الربا زيلعى ، وقوله : أو قيمتها أى فى نحو مصوغ تأمل (قوله ومنه يعلم) أى من قوله أو يكون ربويا (قوله حياصة) الأصل حواصة وهى سير يشد به حزام السرج قاموس (قوله بين تضمينها مموهة) أى تضمين القيمة من غير الجنس على الظاهر ط (قوله لأنه تابع) عبارة شيخه الرملى لأن الذهب بالتمويه صار مستهلكا تبعا للفضة فتعتبر جميعها فضة غير أنها انتقصت بذهابه (قوله شراء) بالمد والتنوين أى بأن اشترتها بفضة مساوية لها وزنا وزال التمويه عندها يعنى ووجدت بها عيبا قديما (قوله فلا رد) أى بالعيب القديم لتعيبها بزوال التمويه عندها وهو مانع من الرد (قوله ولا رجوع بالنقصان) أى نقصان العيب القديم (قوله للزوم الربا) لأنه يبقى أحد البدلين زائدا على الآخر بلا عوض يقابله وهذه مما يزاد على المسائل التى تمنع الرجوع بالنقصان المذكورة فى باب خيار العيب ولهذا قال فاغتنمه الخ (قوله قاله شيخنا) يعنى الخير الرملى فى حواشى المنح (قوله ومن بنى) أى بغير تراب تلك الأرض وإلا فالبناء لرب الأرض ، لأنه لو أمر بنقضه يصير ترابا كما كان در منتقى (قوله بغير إذنه) فلو بإذنه فالبناء لرب الدار ، ويرجع عليه بما أنفق جامع الفصولين من أحكام العمارة فى ملك الغير وسيذكر الشارح فى شتى الوصايا مسألة من بنى فى دار زوجته مفصلة (قوله او قيمة الساحة أكثر) بالحاء المهملة ولو قيمتها أقل، فللغاصب أن يضمن له قيمتها ، ويأخذها درر عن النهاية : وهذا على قول الكرخى وقدمنا الكلام عليه آنفا (قوله أى مستحق القلع الخ) وهى أقل من قيمته مقلوعا مقدار أجرة القلع ، فإن كانت قيمة الأرض مائة وقيمة الشجر المقلوع عشرة ، وأجرة القلع درهم بقيت تسعة دراهم ، فالأرض مع هذا الشجر

(إن نقصت الأرض به) أى بالقلع ولو زرعها يعتبر العرف فإن اقتسموا الغلة أنصافا أو أرباعا اعتبر وإلا فالخارج للزارع وعليه أجر مثل الأرض وأما فى الوقف فتجب الحصة أو الأجر

تقوم بمائة وتسعة دراهم فيضمن المالك التسعة منح (قوله إن نقصت الأرض به) أى نقصانا فاحشا بحيث يفسدها أما لو نقصها قليلا فيأخذ أرضه ، ويقلع الأشجار ويضمن النقصان سائحانى عن المقدسى :

مطلب زرع فى أرض الغير يعتبر عرف القرية

(قوله ولو زرعها يعتبر العرف الخ) قال فى الذخيرة قالوا إن كانت الأرض معدة للزراعة ، بأن كانت الأرض فى قرية اعتاد أهلها زراعة أرض الغير ، وكان صاحبها ممن لا يزرع بنفسه ، ويدفع أرضه مزارعة ؛ فذلك على المزارعة ، ولصاحب الأرض أن يطالب المزارع بحصة الدهقان على ما هو متعارف أهل القرية النصف أو الربع ، أو ما أشبه ذلك . وهكذا ذكر فى فتاوى النسفى ، وهو نظير الدار المعدة للإجارة إذا سكنها إنسان ، فإنه يحمل على الإجارة وكذا ههنا ، وعلى هذا أدركت مشايخ زمانى ، والذى تقرر عندى وعرضته على من أثق به أن الأرض وإن كانت معدة للزراعة ، تكون هذه مزارعة فاسدة إذ ليس فيها بيان المدة ، فيجب أن يكون الخارج كله للمزارعة ، وعلى المزارع أجر مثل الأرض اهـ :

أقول : لكن سيذكر الشارح فى كتاب المزارعة : أن المفتى به صحتها بلا بيان المدة ، وتقع على أول زرع واحد فالظاهر أن ما عليه المشايخ مبنى على هذا ، وفى مزارعة البزازية بعد نقله ما مر عن الذخيرة قال القاضى : وعندى أنها إن معدة لها وحصة العامل معلومة عند أهل تلك الناحية جاز استحسانا وإن فقد أحدهما لا يجوز وينظر إلى العادة إذا لم يقر بأنه زرعها لنفسه قبل الزراعة أو بعدها أو كان ممن لا يأخذها مزارعة ويأنف من ذلك فحينئذ تكون غصبا ، والخارج له وعليه نقصان الأرض ، وكذا لو زرعها بتأويل بأن استأجر أرضا لغير المؤجر بلا إذن ربها ، ولم يجزها ربها وزرعها المستأجر لا تكون مزارعة ، لأنه زرعها بتأويل الإجارة اهـ (قوله وإلا فالخارج للزارع الخ) أى إن لم يكن عرف فى دفعها مزارعة ، ولا فى قسم حصة معلومة يكون الزارع غاصبا فيكون الخارج له وقوله : وعليه أجر مثل الأرض مشكل ، ولا تفيده النقول المارة ، لأنها حينئذ ليست مما أعد للاستغلال ، حتى يجب عليه الأجر ، بل الواجب عليه نقصانها : اللهم إلا أن يحمل على أنها مال يتيم ، وهو بعيد جدا ؛ أو أعدها صاحبها للإجارة ، فتكون مما أعد للاستغلال ، وأما الوقف فيأتى قريبا ، وليس فى جامع الفصولين ما يفيد ما ذكره أصلا فإن الذى فيه من الفصل الحادى والثلاثين نحو ما قدمناه عن الذخيرة والبزازية (قوله وأما فى الوقف الخ) عبارة الفصولين إلا فى الوقف ، فيجب فيه الحصة أو الأجر بأى جهة زرعها أو سكنها أعدت للزراعة أولا ، وعلى هذا استقر فتوى عامة المتأخرين اهـ :

ورأيت فى هامشه عن مفتى دمشق العلامة عبد الرحمن أفندى العمادى أن قوله تجب الحصة أى فى زرع الأرض وقوله : أو الأجر أى فى سكنى الدار فقوله : زرعها أى الأرض أو سكنها أى الدار ففيه لف ونشر مرتب اهـ ودخل فى قوله بأى جهة زرعها ما لو زرعها على وجه الغصب صريحا أو دلالة أو على وجه المزارعة أو تأويل عقد ، فإن ذلك مذكور فى عبارة الفصولين قبل قوله إلا فى الوقف ، وذكر فى الإسعاف أنه لو زرع أرض الوقف يلزم أجر مثلها عند المتأخرين اهـ :

أقول : والظاهر حمله على ما إذا لم يكن عرف أو كان الأجر أنفع للوقف تأمل ويمكن تفسير قول الفصولين فتجب الحصة : أى إن كان عرف ، وقوله أو الأجر أى إن لم يكن عرف أو كان الأجر أنفع تأمل :

بكل حال فصولين .

(غصب ثوبا فصبغه) لا عبرة للألوان بل لحقيقة الزيادة والنقصان (أو سويقا فلته بسمن فالمالك مخير

مطلب مهم

والحاصل أنها إن كانت الأرض ملكا ، فإن أعدها ربها للزراعة اعتبر العرف فى الحصة ، وإلا فإن أعدها للإيجار ، فالخارج للزارع ، وعليه أجر المثل وإلا فعليه النقصان إن انتقصت وإن كانت وقفا فإن ثمة عرف وكان أنفع اعتبر ، وإلا فأجر المثل لقولهم يفتى بما هو أنفع للوقف فاغتنم هذا التحرير المفرد المأخوذ من كلامهم المبدد .

بقى هنا شىء يخفى على كثيرين وهو : مالو كانت الأرض سلطانية أو وقفا بيد زارعها الذين لم مشد مسكتها كغالب الأراضى الدمشقية إذا زرعها غير من له المشد بغير إذنه ودفع ما عليها من الحصة للمتكلم عليها ، هل لصاحب المشد أن يطالبه بحصة من الخارج ، أو بأجرة زرعها دراهم أم لا ؟ أجاب فى الخيرية بقوله : لا وإن قلنا لا نرفع يده عنها مادام مزارعا يعطى ما هو المعتاد فيها على وجهه المطلوب اه فعلم بهذا أن الحصة لا يستحقها صاحب المشد ، بل صاحب الإقطاع أو المتولى فتنبه .

وفى الحامدية سئل فى أرض وقف سليخة جارية فى مشد مسكة رجل زرعها زيد بلا إذن من المتولى ، ولا من ذى المشد ولم تكن فى إجارته أجاب : للناظر مطالبة زيد بأجرة مثلها والله أعلم فليحفظ ذلك فإنه مهم (قوله بكل حال) علمت معناه مما قدمناه (قوله فصبغه) فلو الصبغ بلا فعل أحد كإلقاء الريح ، فلا خيار لرب الثوب بل يدفع قيمة الصبغ لصاحبه ، لأنه لاجناية من صاحب الصبغ حتى يضمن الثوب زيلعى (قوله لاعبرة للألوان الخ) بيان لنكتة عدم تعرض المصنف للون الصبغ ، وأن ماروى عن الإمام أن السواد نقصان وعندهما زيادة كالحمرة والصفرة راجع إلى اختلاف عصر وزمان فمن الثياب مايزداد بالسواد ومنها ما ينتقص كما فى التبيين وغيره (قوله بل لحقيقة الزيادة والنقصان) فلو كان ثوبا ينقصه الصبغ بأن كانت قيمته ثلاثين درهما مثلا ، فتراجعت الصبغ إلى عشرين فعن محمد ينظر إلى ثوب يزيد فيه ذلك الصبغ ، فإن كانت الزيادة خمسة يأخذ رب الثوب ثوبه وخمسة دراهم ، لأن صاحب الثوب وجب له على الغاصب ضمان نقصان قيمة ثوبه عشرة دراهم ، ووجب عليه للغاصب قيمة صبغه خمسة الخمسة بالخمسة قصاص ، ويرجع عليه بما بقى من النقصان وهو خمسة رواه هشام عن محمد .

واستشكله الزيلعى(١) بما حاصله : أن المالك لم يصل إليه كل حقه ولم ينتفع بالصبغ ، بل ضره فكيف يغرم والإتلاف موجب لكل القيمة فكيف صار مسقطا ، وأجاب الطورى بما لايشفى فراجعه (قوله فالمالك مخير) لأنه صاحب أصل والآخر صاحب وصف يقال : ثوب مصبوغ وسويق ملتوت فخير لتعذر التمييز

---

(١) (قوله واستشكله الزيلعى الخ) حيث قال وهو مشكل من حيث إن المغصوب منه لم يصل إليه المغصوب كله بل بعضه وكان من حقه أن يطالب هو إلى تمام حقه فكيف يتوجه عليه الطلب ، وهو لم ينتفع بالصبغ شيئا ولم يحصل له به إلا تلف ماله ، وكيف يسقط من الغاصب بعض قيمة المغصوب بالإتلاف والإتلاف مقرر لوجوب جميع القيمة وكيف صار مسقطا له هنا انتهى.

قال الطورى : لك أن تقول لاإشكال لأن الشارع ناظر إلى حق كل منهما فلو ألزمناه بالعشرة ضاع مال الغاصب ، وهو الصبغ مجانا وذلك ظلم والمظلوم لايظلم فأوجبناها على رب الثوب فوصل إلى المغصوب منه كل حقه ماعليه . وما بقى له وكون الإتلاف مقررا لاتنافى كونه مسقطا لأن الإتلاف بالنظر إلى النقصان والإسقاط بالنظر إلى عين الصبغ فتأمل انتهى اه منه .

إن شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض ومثل السويق) عبر فى المبسوط بالقيمة لتغيره بالقلى فلم يبق مثليا ، وسماه هنا مثلا لقيام القيمة مقامه كذا فى الاختيار ، وقدمنا قولين عن المجتبى (وإن شاء أخذ المصبوغ أو الملتوت وغرم ما زاد الصبغ و) غرم (السمن) لأنه مثلى وقت اتصاله بملكه والصبغ لم يبق مثليا قبل اتصاله بملكه لامتزاجه بمـاء مجتبى .

(رد غاصب الغاصب المغصوب على الغاصب الأول يبرأ عن ضمانه كما لو هلك المغصوب فى يد غاصب الغاصب فأدى القيمة إلى الغاصب) فإنه يبرأ أيضا لقيام القيمة مقام العين (إذا كان قبضه القيمة معروفا) بقضاء أو بينة أو تصديق المالك لا بإقرار الغصب إلا فى حق نفسه وغاصبه عمادية .

(غصب شيئا ثم غصبه آخر منه فأراد المالك أن يأخذ بعض الضمان من الأول وبعضه من الثانى له ذلك) سراجية والمالك بالخيار فى تضمين أيهما شاء

(قوله وسماه) أى القيمة بمعنى البدل ح وهو جواب عن المتن حيث يفهم منه خلاف مافى المبسوط وقوله : وقدمنا قولين : أى أوائل الغصب جواب آخر فما فى المتن مبنى على القول الآخر ، وهو ظاهر المتون وفى الدر المنتقى أنه مثلى ، وقيل قيمى لتغيره بالقلى لـكن تفاوته قليل ، فلم يخرج عن كونه مثليا كما فى شرح المجمع اهـ وصحح الإتقانى أنه قيمى (قوله وغرم ما زاد الصبغ) برفع الصبغ فاعل زاد أى غرم من النقود بقدر الزيادة الحاصلة فى الثوب بسبب الصبغ (قوله وغرم السمن) أشار إلى أن السمن منصوب عطفا على ما والمراد غرم مثل السمن ، وبين فائدة إدراجه لفظة غرم المالعة من عطفه على الصبغ المرفوع بقوله : لأنه مثلى أى فالواجب فيه ضمانه أى ضمان مثله لا قيمته ؛ وفى الدر المنتقى وقيل بالرفع والصواب النصب ذكره الزاهدى اهـ (قوله قبل اتصاله) لم يقل وقت اتصاله كما قاله فى سابقه لأن خروج الصبغ عن المثلية بامتزاجه بالماء كان قبل اتصاله بالثوب ، بخلاف السمن ، فإنه لم يخرج عنها إلا وقت اتصاله بالسويق فافهم ، وهذا وجه الفرق بين ضمان مثل السمن وبدل الصبغ .

مطلب فى أبحاث غاصب الغاصب

(قوله إذا كان قبضه القيمة معروفا) الظاهر أن الحكم فى رد عين المغصوب كذلك ، فلو أقر الغاصب بقبضه منه ، وأنكره المالك لايصدق فى حق المالك ، لأنه بقبضه دخل فى ضمانه وبدعوى الرد يدفع الضمان عنه ، فلا يصدق فى حق نفسه فتأمل وراجع المنقول رملى على الفصولين ونقله ط عن الحموى عن العمادى والله أعلم (قوله أو بينة) أى أقامها غاصب الغاصب (قوله لا بإقرار الغاصب) أى الأول فلا يصدق فى حق المالك ، فهو بالخيار فى تضمين أيهما شاء بيرى (قوله إلا فى حق نفسه وغاصبه) أى فيما إذا اختار المالك تضمين الثانى يرجع على الأول بما أقر بقبضه ، وكذا فيما إذا اختار تضمين الأول ، وأراد الأول الرجوع على الثانى ليس له ذلك مؤاخذة له بإقراره ، فإنه لولا إقراره لرجع كما يأتى (قوله بعض الضمان) أطلقه فشمل النصف أو الثلث أو الربع كما فى الهندية (قوله له ذلك سراجية) اختلف النقل عن السراجية ، فبعضهم نقل ليس له ، وبعضهم نقل كما هنا ، وهو المذكور فى الفصولين عن فوائد صدر الإسلام وفى الهندية عن الذخيرة (قوله والمالك بالخيار) إلا فى مسألة تقدمت متنا أول الغصب :

وفى الهندية إن ضمن الأول يرجع الأول على الثانى بما ضمن ، وإن ضمن الثانى لايرجع على الأول اهـ :
وفى البزازية : وهب الغاصب المغصوب أو تصدق أو أعار هلك فى أيديهم وضمنوا للمالك لايرجعون بما

وإذا اختار تضمين أحدهما لم يملك تركه وتضمين الآخر وقيل يملك عمادية ؛
(الإجازة لا تلحق الإتلاف فلو أتلف مال غيره تعديا فقال المالك أجزت أو رضيت لم يبرأ من الضمان) أشباه معزيا للبزازية لكن نقل المصنف عن العمادية أن الإجازة تلحق الأفعال هو الصحيح قال وعليه فتلحق الإتلاف ، لأنه من جملة الأفعال فليحفظ ؛
(كسر) الغاصب (الخشب) كسرا (فاحشا لايملكه ولو كسره الموهوب له لم ينقطع حق الرجوع) أشباه وفيها آجرها الغاصب ورد أجرتها إلى المالك تطيب له لأن أخذ الأجرة إجازة ؛

ضمنوا للمالك على الغاصب ، لأنهم كانوا عاملين فى القبض لأنفسهم ؛ بخلاف المرتهن ، والمستأجر والمودع فإنهم يرجعون بما ضمنوا على الغاصب ، لأنهم عملوا له والمشترى إذا ضمن قيمته يرجع بالثمن على الغاصب البائع لأن رد القيمة كرد العين اه (قوله وإذا اختار تضمين أحدهما) أى ولم يقبض منه القيمة ، ولم يقض عليه بها كما يأتى (قوله لم يملك تركه) أى وإن توى المال عليه كما فى الفصولين : أى بأن وجده معدما أو مات مفلسا ، وشمل تضمين أحدهما البعض ، فليس له بعد أن ضمن أحدهما البعض أن يضمن ذلك البعض للآخر ، بخلاف الباقى ؛
قال فى البزازية : تضمين الكل تمليك من الضامن ، فلا يملك التمليك من الآخر وتضمين البعض تمليك ذلك البعض فيملك تمليك الباقى بعد ذلك من الآخر (قوله وقيل يملك) جزم فى الفصولين بالأول ثم رمز وقال فيه روايتان : وفى الهندية عن المحيط : لو اختار تضمين أحدهما ليس له تضمين الآخر عندهما وقال أبو يوسف : له ذلك مالم يقبض الضمان منه اه : وظاهره أن بعد القبض لايملك تضمين الثانى بلا خلاف ولذا عبر بالاختيار وكالقبض بالتراضى القضاء بالقيمة كما فى الهندية أيضا ؛
[فرع] أخذه من الغاصب ليرده إلى المالك فلم يجده فهو غاصب الغاصب يخرج عن العهدة برده إلى الغاصب الأول هندية .

مطلب فى لحوق الإجازة للإتلاف والأفعال

(قوله الإجازة لاتلحق الإتلاف) يستثنى منه ماذكره الحموى : لو جاء رب اللقطة ، وأجاز تصدق الملتقط بها لأنه كالإذن ابتداء ، والإذن حصل من الشارع ، لامن المالك ، ولذا لاتتوقف على قيامها فى يد الفقير ، بخلاف إجازة بيع الفضولى (قوله معزيا للبزازية) أى من كتاب الدعوى . وفى البيرى عنها اتخذ أحد الورثة ضيافة من التركة حال غيبة الآخرين ، ثم قدموا وأجازوا ثم أرادوا تضمينه لهم ذلك لأن الإتلاف لايتوقف حتى تلحقه الإجازة (قوله عن العمادية) ذكره فى الفصولين فى آخر الفصل ٢٤ فى بحث ماينفذ من التصرفات السابقة بإجازة لاحقة فراجعه (قوله تلحق الأفعال) قال فى جامع الفصولين : بعث دينه بيد رجل إلى الدائن ، فجاء إليه الرجل وأخبره به فرضى وقال اشتر لى به شيئا ثم هلك قيل : يهلك من مال المديون ، وقيل : من مال الدائن وهو الصحيح إذ الرضا بقبضه فى الإنتهاء كالإذن إبتداء وهذا التعليل إشارة إلى أن الصحيح أن الإجازة تلحق الأفعال وهو الصحيح اه (قوله قال) أى المصنف وقال ابنه الشيخ صالح إلا أن يقال المراد بالأفعال غير الاتلاف عملا بنقول المشايخ كلهم مع إمكان الحمل اه قال الحموى : يعنى أن الأفعال منها مايكون إعداما ، ومنها مايكون إيجادا فيحمل قول المشايخ على الفعل الذى لايكون إعداما اه أبو السعود على الأشباه ؛
أقول : ذكر فى البزازية ، أفسد الخياط الثوب فأخذه صاحبه ولبسه عالما بالفساد ، ليس له التضمين اه قال فى التاترخانية : ويعلم من هذه المسألة كثير من المسائل اه فتأمل (قوله لايملكه) قال فى التاترخانية ولم يتعرض لما إذا زادت قيمته بالكسر ، وينبغى أن لايملكه أيضا اه (قوله تطيب له) ولا فرق بين أن تكون الأجرة قدر

[فروع] استعار منشارا فانقطع فى النشر فوصله بلا إذن مالكه انقطع حقه وعلى المستعير قيمته منكسرا شرح وهبانية :

ركب دار غيره لإطفاء حريق وقع فى البلد فانهدم شيء بركوبه لم يضمن لأن ضرر الحريق عام فكان لكل دفعه جوهرة :

لايجوز دخول بيت إنسان إلا بإذنه إلا فى الغزو وفيما إذا سقط ثوبه فى بيت غيره وخاف لو أعلمه أخذه :

حفر قبرا فدفن فيه آخر ميتا فهو على ثلاثة أوجه إن الأرض للحافر فله نبشه وله تسويته وإن مباحة فله قيمة حفره وإن وقفا فكذلك

أجرة المثل أم لا أبو السعود على الأشباه (قوله فوصله) أى عند الحداد (قوله انقطع حقه)لأنه أحدث به صنعة (قوله وعلى المستعير قيمته منكسرا) لأنه الكسر حال استعماله فلم يكن مضمونا عليه (قوله شرح وهبانية) ذكره عند قول النظم :

ولو رفأ المخروق فى الثوب خارق يغرم أرش النقص فيه فيقدر

يقال : رفيت الثوب ورفوته وبعض العرب يهمزه رفأت إذا أصلحته أى يقوم صحيحا ويقوم مرفوا فيضمن فضل مابينهما شرنبلالى(قوله فانهدم شئ بركوبه) قيد بالإنهدام إذ لو هدم دار غيره بغير أمره وبغير أمر السلطان حتى ينقطع عن داره ضمن ولم يأثم بمنزلة جائع فى مفازة ومع صاحبه طعام له أخذه كرها ، ثم يضمنه ، ولا إثم عليه تاترخانية : وظاهره أنه بأمر السلطان لايضمن قال الشيخ خير الدين ووجهه أن له ولاية عامة يصح أمره لرفع الضرر العام اه :

أقول : والظاهر أنه يضمن ماهدمه مشرفا على الهلاك نظير ماقدمه الشارح من مسألة السفينة الموقرة تأمل (قوله لايجوز دخول بيت إنسان إلا بإذنه) قيد بالبيت لما فى التاترخانية -أراد أن يمر بأرض إنسان أو ينزل بها إن كان لها حائط أو حائل ليس له ذلك لأنه دليل عدم الرضا وإلا فلا بأس به ، وفى الكبرى المعتبر فى ذلك عادات الناس اه :

مطلب فيما يجوز فيه دخول دار غيره بلا إذن منه

(قوله إلا فى الغزو) أى إذا كان ذلك البيت مشرفا على العدو فللغزاة دخوله ليقاتلوا العدو منه أو نحو ذلك تأمل (قوله وخاف لو أعلمه أخذه) وينبغى أن يعلم الصلحاء أنه إنما يدخل لذلك ، ولو لم يخف أخذه لايجوز من غير ضرورة ذخيرة . وفيها مسائل أخر منها : نهب منه ثوبا ودخل الناهب داره لابأس بدخولها ليأخذ حقه لأن مواضع الضرورة مستثناة ،ومنها : له مجرى فى دار رجل أراد إصلاحه ولا يمكن أن يمر فى بطنه يقال لرب الدار إما أن تدعه يصلحه وإما أن تصلحه ، ومنها أجر دارا وسلمها له دخولها لينظر حالها فيرمها وإن لم يرض المستأجر عندهما وعنده إن رضى (قوله فله نبشه) أى نبشه لإخراج الميت(قوله وله تسويته)أى بالأرض والزراعة فوقه أشباه (قوله وإن وقفا فكذلك) أى فله قيمة حفره وهذا ذكره فى الأشباه بحثا فقال : وينبغى أن يكون الوقف من قبيل المباح ، فيضمن قيمة الحفر ويحمل سكوته عن الضمان فى صورة الوقف عليه اه أى على الضمان فى المباح ، وفى حاشية أبى السعود عن حاشية المقدسى ، وهذا لو وقفت للدفن فلو على مسجد للزرع والغلة

ولا يكره لو الأرض متسعة لأن الحافر لايدرى بأى أرض يموت .

لايجوز التصرف فى مال غيره بلا إذنه ولا ولايته إلا فى مسائل مذكورة فى الأشباه .

غصب حمارة فتبعها جحشها فأكله الذئب ضمنه كما فى معاياة الوهبانية :

فكالمملوكة تأمل اهـ (قوله ولا يكره لو الأرض متسعة) أى لايكره الدفن[1] نظيره من بسط المصلى فى المسجد أو نزل فى الرباط فجاء آخر فلو فى المكان سعة لايزاحم الأول وإلا فله ولوالجية وأفاد كراهة الدفن لو لم تكن الأرض متسعة فلا يصح التعبير بقولنا ولو متسعة كما لايخفى فافهم .

مطلب فيما يجوز من التصرف بمال الغير بدون إذن صريح

(قوله إلا فى مسائل مذكورة فى الأشباه) الأولى : يجوز للولد والوالد الشراء من مال المريض مايحتاج إليه المريض بلا إذنه ، ولا يجوز فى المتاع وكذا أحد الرفقة فى السفر ، لأنه بمنزلة أهله فى السفر ، الثانية : أنفق المودع على أبوى المودع بلا إذنه ، وكان فى مكان لايمكن استطلاع رأى القاضى لم يضمن استحسانا ، وإطلاق الكنز الضمان محمول على الإمكان ، الثالثة : إذا مات بعض الرفقة فى السفر فباعوا فراشه وعدته وجهزوه بثمنه وردّوا البقية إلى الورثة أو أغمى عليه فأنفقوا عليه من ماله لم يضمنوا استحسانا .

وحكى عن محمد أنه مات بعض تلامذته فباع محمد كتبه لتجهيزه فقيل إنه لم يوص فتلا قوله تعالى — والله يعلم المفسد من المصلح — فما كان على قياس هذا لايضمن ديانة أما فى الحكم فيضمن ، وكذا المأذون فى التجارة لو مات مولاه فأنفق فى الطريق لم يضمن ، وكذا لو أنفق بعض أهل المحلة على مسجد لامتولى له من غلته لحصير ونحوه ، أو أنفق الورثة الكبار على الصغار ولا وصىّ لهم ، أو قضى الوصى دينا علمه على الميت بلا معرفة القاضى فلا ضمان فى الكل ديانة اهـ من الأشباه وحواشيها : وفى التاترخانية : وضع القدر على الكانون وتحتها الحطب فجاء آخر وأوقد النار فطبخ لايضمن استحسانا ، ومن هذا الجنس خمس مسائل إحداها : هذه الثانية : طحن حنطة غيره ضمن ، ولو أن المالك جعل الحنطة فى الزورق وربط الحمار وجاء آخر فساقه لايضمن ، الثالثة : رفع جرة غيره فانكسرت ضمن ولو رفعها صاحبها وأمالها إلى نفسه فجاء آخر وأعانه فانكسرت لا ، الرابعة : حمل على دابة غيره فهلكت ضمن ولو حملها المالك شيئا فسقط فحملها آخر فهلكت لا ، الخامسة : ذبح أضحية غيره فى غير أيامها لايجوز ويضمن ولو فى أيامها يجوز ولا يضمن ، ومن جنسها أحضر فعلة لهدم دار فجاء آخر وهدمها لايضمن استحسانا ، ذبح شاة القصاب إن بعد ماشد القصاب رجلها لايضمن وإلا ضمن ، والأصل فى جنس هذه المسائل كل عمل لايتفاوت فيه الناس تثبت الاستعانة من كل أحد دلالة وإلا فلا فلو علقها بعد الذبح للسلخ فسلخها آخر بلا إذنه ضمن اهـ ملخصا .

وفى القنية : أخذ أحد الشريكين حمار صاحبه الخاص ، وطحن به فمات لم يضمن للإذن دلالة قال عرف بجوابه هذا أنه لايضمن فيما يوجد الإذن دلالة ، وإن لم يوجد صريحا كما لو فعل بحمار ولده أو بالعكس ، أو أحد الزوجين أو أرسل جارية زوجته فى حاجته فأبقت اهـ (قوله ضمنه) مخالف لما فى المعراج والبزازية وغيرهما من

---

(١) (قوله لايكره الدفن الخ) قال شيخنا : مقتضى قياس هذه المسألة على مسألة بسط المصلى أن ينعكس ماقاله الشارح فيكون الحكم الحل بدون كراهة حال عدم الاتساع والكراهة حال السعة اهـ .

ويمكن أن يقال نائب فاعل يكره الحفر لا الدفن ، وقوله لأن الحافر الخ تعليل للمفهوم .

وحاصل المعنى على هذا : أنه لايكره الحفر حال اتساع الأرض ويكره حال عدمه لأنه لايدرى بأى أرض يموت فيكون مضيقا مع عدم الجزم بالدفن فى حفيرته اهـ .

وغاصب شيء كيف يضمن غيره وليس له فعل بما يغير
وغاصب نهر هل له منه شربه وهل ثم نهر طاهر لا مطهر

فصل

(غيب) بمعجمة (ماغصب وضمن قيمته) لمالكه (ملكه) عندنا ملكا (مستندا إلى وقت الغصب) فتسلم له الأكساب

أنه إن لم يسقه معها لا يضمنه ، وقدمناه أول الغصب عن الزيلعي : لكن نقل عن الشرنبلالي عن قاضيخان : أنه ينبغي أن يضمنه أيضا لأنه لا يساق إلا بسوقها كما قالوا إذا غصب عجلا فيبس ابن أمه ضمنه مع نقصان الأم اهـ .

أقول : إن كانت المسألة من تخريجات المشايخ فما اختاره قاضيخان وجيه ، ولذا مشى عليه ابن وهبان وإن كانت منقولة عن المجتهد فاتباعه أوجه فليراجع (قوله بما يغير) الظاهر أن المراد به المضمون وهو الجحش هنا فإنه لما هلك تغير عن حاله وقد ضمنه مع أنه لم يباشر فيه فعلا تأمل (قوله هل له منه شربه) الجواب : نعم إن حول النهر عن موضعه كره الشرب والتوضؤ منه لظهور أثر الغصب بالتحويل، وإلا لا لثبوت حق كل أحد فيهما ابن الشحنة (قوله وهل ثم نهر طاهر لا مطهر) الجواب أنه الفرس السريع ، فإنه يسمى نهرا وبحرا لقول بعضهم في قوله تعالى - وهذه الأنهار تجري من تحتي - أي الخيل ولقوله صلى الله عليه وسلم في فرس أبي طلحة : « إنا وجدناه لبحرا » ابن الشحنة والله تعالى أعلم .

فصل

لما ذكر مقدمات الغصب وكيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان ذكر في هذا الفصل مسائل متفرقة تتصل بمسائل الغصب كما هو دأب المصنفين نهاية (قوله غيب) الأولى أن يقول : غاب ليشمل ما إذا كان عبدا فأبق فإنه إذا ضمن قيمته ملكه ، أفاده الطوري وقال يعلم حكم التغييب بالأولى (قوله وضمن قيمته لمالكه) أي إن شاء المالك التضمين، وإلا فله أن يصبر إلى أن يوجد كما في العناية ح (قوله ملكه عندنا الخ) أي خلافا للشافعي لما مر ، أن الغصب محظور فلا يكون سببا للملك كما في المدبر(١) ولنا أنه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك إلى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدبر لأنه غير قابل للنقل ابن كمال (قوله فتسلم له الأكساب لا الأولاد) تفريع على قوله مستندا لأن الملك الثابت بالاستناد ناقص يثبت من وجه دون وجه فلم يظهر أثره في الزيادة المنفصلة كذا في العناية وغاية البيان ، والفرق أن الولد بعد الانفصال غير تبع ، بخلاف الكسب فإنه بدل المنفعة ، فيكون تبعا محضا. أقول: وظاهره أن المراد بالأكساب مطلق الزيادة المتصلة كالحسن والسمن ، وبالولد مطلق الزيادة المنفصلة كالدر والثمر ، فلا تسلم له إذا ملك المغصوب بالضمان يدل عليه ما مر وقول الزيلعي بخلاف الزيادة المتصلة والكسب ، لأنه تبع ولا كذلك المنفصلة بخلاف البيع الموقوف ، أو الذي فيه الخيار حيث

---

(١) (قوله كما في المدبر) اعلم أن مشايخنا قالوا إن الغاصب يملك العين المغصوبة بأداء الضمان فرارا من اجتماع البدل والمبدل في ملك واحد فأورد عليهم من طرف الشافعي رضي الله عنه مسألة المدبر فإنه قد اجتمع فيها البدلان في ملك واحد فهلا سووا بين المدبر وغيره وبهذه التسوية يندفع عنهم إشكال آخر وهو أن الغصب قبيح والملك نعمة فكيف يجعل القبيح سببا للنعمة . وأجيب عن الثاني بأنه لم يجعل الغصب سببا للملك بل الغصب موجب لرد المغصوب ورد البدل كرد العين فبرد البدل يملك المغصوب ضرورة عدم صحة اجتماع البدلين في ملك ، وعن الأول باجتماع البدلين في مسألة المدبر ضرورة أن المدبر لا يقبل الانتقال بخلاف غيره فلا تصح التسوية اهـ .

لا الأولاد ملتقى (والقول له) بيمينه لو اختلفا (فى قيمته إن لم يبرهن المالك على الزيادة) فإن برهن أو برهنا فللمالك ولا تقبل بينة الغاصب لقيامها على نفى الزيادة هو الصحيح زيلعى :

ونقل المصنف عن البحر والجواهر لو قال الغاصب أو المودع المعتدى لا أعرف قيمته لكن علمت أنها أقل مما يقوله فالقول للغاصب بيمينه ويجبر على البيان ، فإن لم يبين حلف على الزيادة فإن نكل لزمته ، ولو حلف المالك أيضا على الزيادة أخذها

يملك به الزيادة المنفصلة أيضا لأنه سبب موضوع للملك فيستند من كل وجه اه تأمل (قوله والقول له بيمينه) أى للغاصب لإنكاره الزيادة التى يدعيها المالك بأن يقول ماقيمته إلا عشرة مثلا منية المفتى (قوله فللمالك) لأنها مثبتة للزيادة قال فى النهاية : ولا يشترط فى دعوى المالك ذكر أوصاف المغصوب ، بخلاف سائر الدعاوى وينبغى أن تحفظ هذه المسألة اه شرنبلالية (قوله ولا تقبل بينة الغاصب الخ) قال فى المنح فإن عجز المالك عن إقامة البينة وطلب يمين الغاصب وللغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل، بل يحلف على دعواه ، لأن بينته تنفى الزيادة والبينة على النفى لاتقبل ، وقال بعض مشايخنا : ينبغى أن تقبل لإسقاط اليمين كالمودع إذا ادعى ردّ الوديعة فإن القول قوله ، ولو أقام بينة على ذلك قبلت وكان أبو على النسفى يقول هذه المسألة عدت مشكلة ، ومن المشايخ من فرق بينها وبين مسألة الوديعة ، وهو الصحيح كذا فى العناية والنهاية والتبيين اه (قوله ونقل المصنف الخ) نقل المصنف ذلك فى منحه عن البحر وجواهر الفتاوى عند قوله أول الغصب ، ولو ادعى الغاصب الهلاك الخ ثم أعاد النقل عن جواهر الفتاوى هنا وقد نقل الشارح المسألة قبيل كتاب الإقرار ، وعزاها لدعوى البحر ونقلها فى البحر قبيل قول الكنز ، ولا ترد يمين على مدع وعزاها إلى المحيط عن الإمام محمد ، ونقل عن المحيط أنه قال وهذه من خواص هذا الكتاب وغرائب مسائله ، فيجب حفظها وقد لفق الشارح هذه العبارة من عبارة البحر المنقولة عن المحيط ، ومن عبارة الجواهر على أحسن وجه فإنه فى عبارة البحر بين حكم ما إذا حلف الغاصب وسكت عما إذا نكل : وفى عبارة الجواهر بعكس ذلك وجميع ماذكره الشارح منقول لم ينفرد بشىء منه سوى حسن التعبير فجزاه الله خيرا (قوله لو قال الغاصب الخ) أى بعد مابين المالك مقدارا بأن قال قيمته مائة مثلا (قوله فالقول للغاصب) اقتصر عليه لأن المودع بتعديه صار غاصبا ح (قوله ويجبر على البيان) لأنه أقر بقيمة مجهولة بحر عن المحيط أى يأمره القاضى بذلك لاحتمال كذبه بقوله لا أعرف قيمته (قوله فإن لم يبين الخ) عبارة البحر فإذا لم يبين يحلف على مايدعى المغصوب منه فى الزيادة ، فإن حلف يحلف المغصوب منه أيضا أن قيمته مائة ويأخذ من الغاصب مائة اه فالمراد بالزيادة ماتضمنتها دعوى المالك التى نفاها الغاصب بقوله : علمت أن قيمته أقل مما يقوله ، والمراد أنه يحلف على نفيها بأن يقول ليست قيمته مائة كما ادعاه المالك ، وقيد بقوله لم يبين عما إذا بين وقال قيمته خمسون مثلا فإن القول له وهى مسألة المتن السابقة فلا يصح أن يكون أصل النسخة فإن بين لاختلاف حكم المسألتين فافهم (قوله ولو حلف المالك أيضا) أفاد بلفظ أيضا أن المراد حلف بعد ماحلف الغاصب قال ح لم يظهر وجهه فليراجع اه أى وجه تحليف المالك أيضا :

وأقول وبالله التوفيق : لعل وجهه أن الغاصب لما لم يبين لم يمكن أن يكون القول له بيمينه ، بخلاف مسألة المتن فلم ترتفع دعوى المالك لأنها ترتفع لو بين شيئا يصدق فيه باليمين وفائدة تحليفه ، وإن كان لا يرفع دعوى المالك التوصل إلى ثبوتها بنكوله ، فإذا حلف لم تثبت دعوى المالك ، لعدم النكول ولم ترتفع لعدم البيان فبقيت بحالها فاحتاجت إلى التنوير باليمين ، وإن كانت من المدعى لعدم إفادة يمين المدعى عليه ، ونظير ذلك مسائل منها لو اختلفت

ثم إن ظهر المغصوب ، فللغاصب أخذه ودفع قيمته أورده وأخذ القيمة وهي من خواص كتابنا فلتحفظ (فإن ظهر) المغصوب (وهي) أي قيمته (أكثر مما ضمن) أو مثله أو دونه على الأصح عناية فالأولى ترك قوله وهي أكثر (وقد ضمن بقوله أخذه المالك ورد عوضه أو أمضى) الضمان ، ولا خيار للغاصب ولو قيمته أقل للزومه بإقراره ذكره الوانى لعم متى ملكه بالضمان فله خيار عيب ورؤية مجتبى (ولو ضمن بقول المالك أو برهانه أو لنكول الغاصب فهو له ولاخيار للمالك) لرضاه حيث ادعى هذا المقدار فقط (وإن باع) الغاصب (المغصوب

المتبايعان في قدر الثمن ، أو المبيع تحالفا مع أن أحدهما مدع ،والآخر منكر وهي من مسائل المتون هذا ماظهر لي وجهد المقل دموعه هذا وذكر البيرى في دعوى الأشباه عن التاترخانية أن الحاكم أبا محمد طعن على محمد رحمه الله تعالى بأن اليمين لم تشرع عندنا للمدعي وقال الجواب الصحيح عندى أن يقول القاضي للغاصب بعد ما امتنع عن البيان : أكانت قيمته مائة أكانت خمسين أكانت ثلاثين إلى أن ينتهى إلى أقل مالاينقص منه قيمته في العرف والعادة ، فإذا انتهى إلى ذلك لزمه وجعل القول له في الزيادة مع يمينه كالجواب فيما إذا أقر بحق مجهول في عين في يده لغيره يسمى له القاضي السهام حتى ينتهى إلى أقل مالا يقصدونه بالتمليك عرفا وعادة ويلزمه به اه ملخصا (قوله ثم إن ظهر الخ) لاحاجة إليه مع مايذكره المصنف بعد، لأن الغاصب ضمن بقول المالك على ماذكره فلاخيار للمالك ط :

قلت : قصد الشارح ذكر عبارة البحر بتمامها مع أن المصنف لم يصرح ،بخيار الغاصب بل نفى خيار المالك ولا تلازم بينهما على أن في ثبوت الخيار للغاصب في مسألة المتن كلاما سنذكره فافهم (قوله ودفع قيمته) أي إن لم يكن دفعها (قوله وأخذ القيمة) أي إن كان دفعها (قوله وهي من خواص كتابنا) قد ذكرنا سابقا أن ذلك من كلام صاحب المحيط من جملة المنقول قبله ووجه الخصوصية تضمنها ورود اليمين على المدعي ، فإنه لم يشتهر في الكتب فافهم (قوله على الأصح) راجع لقوله أو مثله أو دونه ، وهو ظاهر الرواية ، لأنه لم يتم رضاه حيث لم يعط مايدعيه والخيار لفوات الرضا خلافا لقول الكرخي إنه لاخيار له هداية (قوله فالأولى ترك قوله وهي أكثر) أو يفعل كما فعل القدورى وصاحب الكنز والملتقى حيث قدموا ذكر المسألة الثانية على الأولى ، وجعل بعض الشراح ذلك قيدا للسابقة فقط ، ولكن الأولى كما قال الشارح تبعا للقهستاني فإنه ليس قيدا فيهما (قوله وقد ضمن بقوله) أي الغاصب مع يمينه (قوله أخذه المالك) وللغاصب حبسه حتى يأخذ مادفعه زيلعي (قوله ولاخيار للغاصب الخ) فيه رد على مابحثه في اليعقوبية بأنه على التعليل بعدم رضا المالك ينبغي ثبوت الخيار للغاصب لو قيمته أقل لعدم رضاه أيضا ولذا قال ولو قيمته أقل فافهم (قوله للزومه بإقراره) أقول : ولأنه ظالم بغصبه وتغييبه ، ولأن تمام ملكه كان متوقفا على رضا المغصوب منه.وقد وجد تأمل (قوله أو لنكول الغاصب) أي عن الحلف بأن القيمة ليست كما يدعي المالك شرنبلالية (قوله فهو له ولا خيار للمالك) وكذا لاخيار للغاصب لرضاه حيث أقدم على الغصب رحمتي وذكر ط أن له الخيار أخذا من قوله في الأولى ، ولا خيار للغاصب بطريق الإشارة اه :

وأقول : قد راجعت كثيرا فلم أظفر بصريح النقل في ذلك ، والذى يقتضيه النظر ما قاله الرحمتي ، فإن الغاصب ظالم بالغصب وبالتغييب عن المالك فإصراره على ذلك دليل الرضا وحيث كان ظالما لايراعي جانبه يدل عليه اقتصارهم على بيان الخيار في المسألتين من جانب المالك فقط لكونه مظلوما ولذا قال الإتقاني في تعليل خيار المالك في الأولى، لأنه كالمكره على نقل حقه من العين إلى بدل لم يرض به والمكره يثبت له الخيار في الفسخ اه .

فضمنه المالك لفذ بيعه وإن حرر) أى الغاصب لأن تحرير المشترى من الغاصب نافذ فى الأصح عناية (ثم ضمنه لا) لأن الملك الناقص يكفى لنفاذ البيع لا العتق (وزوائد المغصوب) مطلقا متصلة كسمن وحسن أو منفصلة كدر وثمر (أمانة لاتضمن إلا بالتعدى أو المنع بعد طلب المالك) لأنها أمانة ولو طلب المتصلة لايضمن (وما نقصته الجارية بالولادة مضمون ويجبر بولدها)

وقول المصنف كغيره فهو له ظاهر فى عدم الخيار له لأن ملكه كان موقوفا على رضا المالك وقد وجد ، ولا سيما فيما إذا نكل فإن النكول إقرار . وأما ثبوت الخيار له فى المسألة السابقة عن البحر والجواهر فلا يدل على ثبوته هنا ، لاختلاف موضوعهما ولأنه ظهر صدقه فى يمينه الذى حلفه ولم يرض بقول المالك ولم يقم عليه برهان ولم ينكل عن اليمين بخلاف هذه المسألة فى جميع ما ذكر وبالجملة فإثبات الخيار له حكم شرعى يحتاج للنقل فليراجع (قوله فضمنه المالك) قيد بتضمين المالك احترازا عما لو باعه الغاصب فباعه المالك من الغاصب أو وهبه له أو مات المالك والغاصب وارثه فإن بيع الغاصب يبطل ، لأنه طرأ ملك بات على موقوف على أداء الضمان فأبطله أبو السعود عن شيخه (قوله لفذ بيعه) هذا إن ضمنه قيمته يوم الغصب قال فى جامع الفصولين قبيل الخامس والعشرين غصب شيئا وباعه فإن ضمنه المالك قيمته يوم الغصب جاز بيعه لا لو ضمنه قيمته يوم البيع اه (قوله لأن تحرير) تعليل للتفسير المفهوم من أى ح (قوله نافذ فى الأصح) أى لو أعتق المشترى من الغاصب ثم ضمن المالك الغاصب نفذ إعتاقه فى الأصح عند الشيخين ، وكذا ينفذ بإجازة المالك البيع لأنه عتق ترتب على سبب ملك تام بنفسه بدليل أن المبيع يملك عند الإجازة بزوائده المتصلة والمنفصلة ولو لم يكن تاما بنفسه لما كان كذلك وتمامه فى التبيين (قوله لأن الملك الناقص الخ) نقصانه بثبوته مستندا كما مر ولم يرتض ابن الكمال هذا التعليل قال لأنه منقوض بإعتاق المشترى من الغاصب، وعلل بأن الغصب غير موضوع لإفادة الملك اه فتأمل (قوله وزوائد المغصوب الخ) ليس منها الأكساب الحاصلة باستغلال الغاصب فإنها غير مضمونة وإن استهلكها لأنها عوض عن منافع المغصوب ومنافعه غير مضمونة عندنا كما يأتى فكذا بدلها كفاية (قوله أمانة لا تضمن إلا بالتعدى) أى خلافا للشافعى وهذه ثمرة الخلاف بيننا وبينه فى حقيقة الغصب كما نبه عليه الشارح أول الغصب فلو قتله الغاصب ضمنه مع الزيادة ابن ملك، ولو هلكت الجارية بعد الزيادة ضمن قيمتها وقت الغصب ولا يضمن الزيادة ، وكذا لو زادت قيمتها نهاية (قوله لأنها أمانة) مكرر مع ما فى المتن (قوله ولو طلب المتصلة لايضمن) لأن دفعها غير ممكن فلا يكون مانعا اه ح بقى ما لو طلبها مع الأصل بأن قال سلمنى الجارية أو الدابة بعد الحسن أو السمن فنعه ينبغى أن يضمنه كالأصل وليحرر رحمتى .

أقول : ذكر فى المجمع أن الزيادة المتصلة لا تضمن بالبيع والتسليم : قال شارحه أى عند أبى حنيفة : أما المنفصلة فمضمونة اتفاقا لأنه بالتسليم إلى المشترى صار متعديا اه وفى الاختيار : وإن طلب المتصلة لايضمن بالبيع للغير ، لأن الطلب غير صحيح لعدم إمكان رد الزوائد بدون الأصل اه فحيث لم تضمن بالتسليم إلى المشترى لا تضمن بالمنع أيضا وقدمنا أول الغصب عن جامع الفصولين غصب شاة فسمنت فذبحها ضمن قيمتها يوم غصب لا يوم ذبحه عند أبى حنيفة كما لو تلفت بلا إهلاكه تأمل (قوله وما نقصته الجارية) أى انتقصت لأن نقص يجىء لازما ومتعديا وههنا لازم ابن ملك وأما الضمير المتصل به ، فلا يدل على التعدى لأنه ضمير المصدر فإنه عائد إلى ما الواقعة على النقصان (قوله مضمون) أى إذا حبلت عند الغاصب ، أو زنت بعبد الغاصب أما إذا كان الحبل من الزوج أو المولى لاضمان جوهرة . وفى الطورى عن المحيط : غصبها حاملا أو مريضة فماتت فى يده من

بقيمته أو بغرته إن وفى به وإلا فيسقط بحسابه ، ولو ماتت وبالولد وفاء كفى هو الصحيح اختيار (زنى بأمة مغصوبة) أى غصبها (فردها حاملا فماتت بالولادة ضمن قيمتها) يوم علقت (بخلاف الحرة) لأنها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد ولو ردها محمومة فماتت لا يضمن وكذا لو زنت عنده فردها فجلدت فماتت به ملتقى ، ولو زنى بها واستولدها ثبت النسب والولد رقيق (و) بخلاف

ذلك ضمنها وبها ذلك العيب (قوله بقيمته) أى إن نزل حيا وهو بدل من قوله بولدها ، والمراد إذا ردها وولدها يجبر نقصان الولادة به نظرا إلى قيمته (قوله أو بغرته) أى لو ضرب الغاصب أو غيره بطنها فألقته ميتا وهى نصف عشر قيمته حيا لو ذكرا وعشر قيمته لو أنثى قال فى الاختيار ، لأنها قائمة مقامه لوجوبها بدلا عنه (قوله إن وفى به) أى بالنقصان ، وكذا إن زاد كما فى غاية البيان (قوله وإلا الخ) أى إن لم يف به يجبر بقدره وضمن الباقى (قوله ولو ماتت الخ) فى هذه المسألة ثلاث روايات عن الإمام يبرأ برد الولد يجبر بالولد قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الأم ، وفى ظاهر الرواية عليه رد قيمتها يوم الغصب كاملة كما فى النهاية عن المبسوط شرنبلالية (قوله زنى بأمة) أى الغاصب أو غيره ط عن الحموى ، وقيد به إذ لو حبلت من الزوج أو المولى فلا ضمان وإن ماتت إتقانى (قوله أى غصبها) فائدة هذا التفسير دفع ما ربما يتوهم من شمول قوله مغصوبة ما إذا زنى بأمة غصبها غيره ، فإن الضمان على الغاصب لا الزانى فافهم (قوله فماتت بالولادة) أى بسببها لا على فورها. قال قاضيخان وماتت فى الولادة أو فى النفاس ، فإن على قول أبى حنيفة إن كان ظهر الحبل عند المولى لأقل من ستة أشهر من وقت رد الغاصب ضمن قيمتها يوم الغصب اهـ .

وقال فى المواهب : عليه قيمتها يوم العلوق عند أبى حنيفة وقالا عليه نقص الحبل على الأصح اهـ شرنبلالية (قوله ضمن قيمتها) أى وإن بقى ولدها ولا يجبر بالولد كما فى الهندية لأنه غصبها ، وما انعقد فيها سبب التلف وردت ، وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذى أخذ فلم يصح الرد فلا يبرأ عن الضمان كما إذا جنت عنده فردها فقتلت بتلك الجناية أو دفعت بها فيرجع عليه المالك بكل القيمة كأنه لم يردها (قوله يوم علقت) كذا فى الهداية والمجمع وغيرهما وبحث فيه فى اليعقوبية أنه ينبغى أن يكون يوم الغصب فراجعها ويوافقه ما قدمناه آنفا عن قاضيخان (قوله بخلاف الحرة) أى إذا زنى بها رجل مكرهة أولا إتقانى فما فى الدرر فيه نظر عزمية وفيه نظر فتدبر (قوله بعد فساد الرد) أى بسبب الحبل زاد الزيلعى والمصنف ، ولا يجب ردها أصلا :

قال الرملى : سيأتى فى الجنايات أن من خدع امرأة رجل يحبس حتى يردها أو يموت فلعل ما هنا قياس وما هناك استحسان قطعا للفساد تأمل (قوله ولو ردها محمومة الخ) أى الأمة والفرق بين هاتين المسألتين ومسألة المتن أن الهلاك لضعف الطبيعة عن دفع آثار الحمى المتوالية وذلك لا يحصل بالحمى الأولى عند الغاصب فإنه ليس بموجب لما بعده والزنا يوجب جلدا مؤلما لا متلفا ، فلا يضاف إلى الزنا بخلاف الهلاك بحبل الزنا فإنه بالسبب الأول (قوله لا يضمن) أى لا يضمن كل القيمة بل نقصان الحمى كما فى الدر المنتقى (قوله وكذا) أى لا يضمن القيمة بل نقصان عيب الزنا زيلعى (قوله ولو زنى بها) أى بأمة غصبها واستولدها أى حبلت منه درر (قوله ثبت النسب) أى إن ضمنها وادعاه كما فى الدرر ح (قوله والولد رقيق) لأن التضمين ممن له حق التضمين أورث شبهة والنسب يثبت بالشبهة بخلاف الحرية درر عن الكافى ونقل فى العزمية(١) أن صاحب الدرر أساء التحرير فى هذه المسألة ولا تتضح إلا بمراجعة الكافى .

---

(١) (قوله ونقل فى العزمية الخ) قد تقدم أن الملك بالضمان يكون مستندا فلا تسلم الأولاد للغاصب وحيث لم تسلم الأولاد للغاصب تبقى على ملك صاحب الأم فتكون رقيقة فقد أجاد صاحب الدرر لله دره وما فى التتارخانية لا ينافيه على أنه غير ظاهر الوجه لأن ثبوت النسب أقل ما يستند عليه الشبهة ولم توجد حيث أخذ الأمة صاحبها ولذلك قال العلامة المحشى تأمل فى وجهه اهـ .

(منافع الغصب استوفاها أو عطلها) فإنها لاتضمن عندنا ويوجد فى بعض المتون ومنافع الغصب غير مضمونة إلى آخره لكن لايلائمه ما يأتى من عطف خمر المسلم إلى آخره مع أنه أخصر فتدبر (إلا) فى ثلاث فيجب أجر المثل على اختيار المتأخرين (أن يكون) المغصوب (وقفا) للسكنى أو للاستغلال (أو مال يتيم) إلا فى مسألة سكنت أمه مع زوجها فى داره بلا أجر ليس لها ذلك ولا أجر عليهما كذا فى الأشباه معزيا لوصايا القنية ؛

قلت : ويستثنى أيضا سكنى شريك اليتيم فقد نقل المصنف وغيره عن القنية أنه لا شىء عليه وكذا الأجنبى بلا عقد وقيل : دار اليتيم كالوقف انتهى :

قلت : ويمكن حمل كلا الفرعين على قول المتقدمين بعدم أجرته ،

قلت : وذكر فى التاترخانية المسألة حيث قال : وليس للغاصب أن يستخدم أو يملك من غيره ، حتى يختار المولى فإن اختار أخذ القيمة استأنف الاستبراء وإن اختار أخذها بطل ما فعل من التصرف إلا إذا استولدها يثبت النسب استحسانا والولد رقيق اه فقد فرض ما مر فيما إذا اختار المالك أخذها لا أخذ القيمة فتأمل فى وجهه :

مطلب فى ضمان منافع الغصب

(قوله منافع الغصب) أى المغصوب (قوله استوفاها أو عطلها) صورة الأول أن يستعمل العبد شهرا مثلا ثم يرده على سيده والثانى أن يمسكه ولا يستعمله ثم يرده كما فى الدرر (قوله عندنا) أى خلافا للشافعى رحمه الله (قوله لكن لايلائمه الخ) أقول بل يلائمه بعطفه عليه بالرفع فيفيد أنه غير مضمون ط أى بتقدير حذف الخبر والأصل وخمر المسلم غير مضمون بدليل ما قبله كقولك هند غير قائمة وعمرو على أن عدم الملاءمة فيما ذكره أشد ، لأنه معطوف على قوله بخلاف الحرة ومخالطة الحرة للأمة فى الحكم ظاهر وبينهما مناسبة ، بخلاف منافع الغصب إذ لا مناسبة بينهما إلا بتكلف تأمل (قوله مع أنه) أى ماشرح عليه (قوله أن يكون وقفا) وكما تضمن منافعه تضمن ذاته كما قدمه عن العينى وغيره عند الكلام على غصب العقار وفى الولوالجية ومتى قضى عليه بالقيمة تؤخذ منه فيشترى بها ضيعة أخرى تكون على سبيل الوقف الأول اه (قوله للسكنى أو للاستغلال) أقول : أو لغيرهما كالمسجد فقد أفتى العلامة المقدسى فى مسجد تعدى عليه رجل ، وجعله بيت قهوة بلزوم أجرة مثله مدة شغله كما فى الخيرية والحامدية (قوله أو مال يتيم) أقول : وكذا اليتيم نفسه لما فى البزازية يتيم لا أب له ولا أم استعمله أقرباؤه مدة فى أعمال شتى بلا إذن الحاكم وبلا إجارة له طلب أجر المثل بعد البلوغ إن كان ما يعطونه من الكسوة والكفاية لايساوى أجر المثل اه وبه أفتى فى الخيرية والحامدية :

وفى إجارات القنية : غصب صبيا حرا وأجره وعمل فالأجر للعاقد ، ثم رمز الأجر للصبى ، ثم رمز وهو الصواب ، لأنه ذكر فى المنتقى أجر عبده سنة ، ثم أقام العبد بينة أن مولاه أعتقه قبل الإجارة فله الأجر الخ (قوله سكنت أمه) أى أم اليتيم (قوله فى داره) أى اليتيم (قوله بلا أجر) أى بلا التزام أجر بعقد إجارة من وليه تأمل (قوله ليس لها ذلك) أى يحرم عليهما (قوله قلت ويستثنى أيضا) قائله الشيخ شرف الدين (قوله سكنى شريك اليتيم) أى بأن كانت بينه وبين بالغ فسكنها البالغ مدة (قوله وكذا الأجنبى بلا عقد) أى وكذا إذا سكنها أجنبى عنه غير أمه وغير شريكه (قوله وقيل دار اليتيم كالوقف) أى فى ضمان منافعهما وهو قول المتأخرين . وهو المعتمد كما يأتى فى كلام الشارح (قوله قلت ويمكن حمل كلا الفرعين) أى فرع أم اليتيم ، وفرع سكنى شريكه . وصرح بذلك الحموى ، ويحمل الأول صرح صاحب المنح (قوله بعدم أجرته) أى بعدم

وأما على القول المعتمد أنها كالوقف ، فتجب الأجرة على الشريك والزوج لكون سكنى المرأة واجبة عليه ، وهو غاصب لدار اليتيم فتلزمه الأجرة .وبه أفتى ابن نجيم فى الصيرفية من التفصيل لو اليتيم يقدر على المنع فلا أجر وإلا فعليها غير ظاهر ، وعليه فهو عليه لاعليها كما أفاده فى تنوير البصائر :ثم نقل عن الخالية أن مسألة الدار كمسألة الأرض وأن الحاضر إذا سكن فيما إذا كان لايضرها فللغائب أن يسكن قدر شريكه قالوا وعليه الفتوى (أو معدا) أى أعداه صاحبه (للاستغلال) بأن بناه لذلك أو اشتراه لذلك قيل أو آجره ثلاث سنين على الولاء وفى الأشباه:

لزومها (قوله وأما على القول المعتمد الخ) أى وحينئذ فلا استثناء ولذا قال العلامة البيرى : والعجب من المؤلف كيف عدل عما عليه الفتوى بلا موجب فاحذره (قوله فتلزمه الأجرة) لأن الأجرة تجب على الغاصب دون من يتبعه ونقل البيرى عن المحيط إن لم يكن لها زوج لها السكنى بحكم الحاجة ، وإن كان فلا كما إذا كان لها مال (قوله وما فى الصيرفية الخ) عبارتها سكنت مع زوجها ببيت ابنها الصغير قال إن كان بحال لايقدر على المنع بأن كان ابن سبع سنين أو ست ، فعليها أجر المثل ، لأنها غير محتاجة ، حيث كان لها زوج ، وإن كان بحال يقدر على المنع فلا أجر عليها اه :

وفيها مخالفة لما فى البيرى عن المحيط حيث فرض المسألة فيما إذا سكنت بغير أمر الزوج وقدر مدة قدرة الإبن على المنع ، بأن كان ابن عشر فأكثر ، فإن ظاهره أنها سكنت وحدها ، وأنه لو كان ابن ثمان أو تسع يلزمها الأجر تأمل (قوله وإلا فعليها) فى بعض النسخ بضمير التثنية وهو غير موافق لعبارة الصيرفية المارة (قوله غير ظاهر) خبر المبتدأ ووجهه أنه وإن قدر على المنع فلا عبرة بتبرعه وهو صبى (قوله وعليه) أى على القول المعتمد من أنها كالوقف كذا فى تنوير البصائر ، لا على مافى الصيرفية كما قيل فافهم (قوله فهو عليه) أى فالأجر واجب على الزوج لا عليها :

أقول : وعلى ماقدمناه من ظاهر عبارة المحيط فهو عليها لا عليه (قوله ثم نقل عن الخالية الخ) نقل أولا عن العمادية عن محمد إن علم الحاضر أن الزرع ينفعها لما زرع كلها ، فإذا حضر الغائب له أن ينتفع بكل الأرض مثل تلك المدة لثبوت رضا الغائب بمثل ذلك دلالة ، وإن علم أنه ينقصها ليس للحاضر ذلك ، فإن الرضا غير ثابت : ثم نقل عن القنية أن الحاضر لايلزمه فى الملك المشترك أجر وليس للغائب استعماله بقدر تلك المدة ، لأن المهايأة بعد الخصومة قال : وبينهما تدافع ، إلا أن يفرق بين الأرض والدار ، وهو بعيد أو أنهما روايتان ، ثم نقل عن الخالية أن مسألة الدار كمسألة الأرض ، وأن للغائب أن يسكن مثل ما سكن شريكه وأن المشايخ استحسنوا ذلك وهكذا روى عن محمد وعليه الفتوى اه ملخصا . ونقل البيرى عبارة الخانية أيضا مفصلة وأقرها وكذلك المحشى أبو السعود (قوله قالوا وعليه الفتوى) لفظة قالوا يؤتى بها غالبا للتضعيف ، ولم أرها فى هذه المسألة فى كلام غيره ، ولعله زادها إشعارا باختيار خلافه ، وهو ما ذكره آخر كتاب الشركة عن المنظومة المحبية ، وبه أفتى ابن نجيم ، وهو الذى عليه العمل اليوم هذا وكان ينبغى للشارح أن يذكر هذه المسألة بعد قوله إلا إذا سكن بتأويل ملك كما فعل البيرى وغيره (قوله قيل أو آجره الخ) نقل المصنف فى المنح أنه يصير معدا بذلك ، ثم نقل أنها بسنة أو سنتين أو أكثر لاتصير معدة :

أقول : وفى أوائل إجارات القنية عن الأصل استأجر أرضا فزرعها سنين ، فعليه أجر السنة الأولى ونقصان الأرض فيما بعدها ، ويتصدق بالفضل عند أبى حنيفة ومحمد قال القاضى الصدر : هذا إذا لم تكن الأرض معروفة بالإجارة ، بأن كانت لاتؤجر كل سنة فلو عرفت بها يجب أجر السنين المستقبلة ، بلا خلاف ، فعرف بهذا أن عند أبى حنيفة ومحمد لاتصير الأرض معدة للإجارة بالإجارة سنة أو سنتين ونحوه فى المحيط اه :

لا تصير الدار معدة له بإجارتها بل ببنائها أو شرائها له ولا بإعداد البائع بالنسبة للمشترى ويشترط علم المستعمل بكونه معدا حتى يجب الأجر وأن لايكون المستعمل مشهورا بالغصب :

قلت : ولو اختلفا فى العلم وعدمه فالقول له بيمينه لأنه منكر والآخر مدع قاله شيخنا وبموت رب الدار وبيعه يبطل الأعداد ولو بنى لنفسه ، ثم أراد أن يعده فإن قال بلسانه ويخبر الناس صار ذكره المصنف (إلا) فى المعد للاستغلال فلا ضمان فيه (إذا سكن بتأويل ملك) كبيت سكنه أحد الشركاء فى الملك ، ولو ليتيم على ما مر عن القنية فتنبه ، أما فى الوقف إذا سكنه أحدهما بالغلبة بلا إذن لزم الأجر (أو عقد) كبيت الرهن إذا سكنه المرتهن ثم بان للغير معدا للإجارة

أقول : وظاهره اعتماد أنها تصير معدة بأكثر من الثلاث ففى إطلاق الأشباه الآتى نظر فتدبر (قوله لاتصير الدار الخ) قيد بها لأن الأرض تصير معدة للزراعة ، بأن كانت فى قرية اعتاد أهلها زراعة أرض الغير ، وكان صاحبها ممن لا يزرع بنفسه فلصاحبها مطالبة الزارع بالمتعارف كما فى البيرى عن الذخيرة وقدمنا الكلام عليه مستوفى (قوله بالنسبة للمشترى) أى مالم يشترها المشترى لذلك (قوله وأن لايكون المستعمل مشهورا بالغصب) كذا قيده فى الذخيرة حيث قال : قالوا فى المعدة للاستغلال يجب الأجر إذا سكن على وجه الإجارة عرف ذلك منه بطريق الدلالة وذكر فى مزارعتها أن السكنى فيها تحمل على الإجارة إلا إذا سكن بتأويل ملك اه تأمل :

أقول : وذكر الشارح قبيل فسخ الإجارة مانصه : وفى الأشباه ادعى نازل الخان ، وداخل الحمام وساكن المعد للاستغلال الغصب لم يصدق والأجر واجب .

قلت : فكذا مال اليتيم على المفتى به فتنبه اه فتأمل :

أقول : وهذا كله إذا لم يطالبه بالأجر وإلا فيجب ولو لم يكن معدا للاستغلال لما فى إجارات القنية قالوا جميعا المغصوب منه إذا أشهد على الغاصب أنه إن رددت إلى دارى وإلا أخذت منك كل شهر ألف درهم فالإشهاد صحيح ، فلو أقام فيها الغاصب بعده يلزمه الأجر المسمى اه (قوله قاله شيخنا) أى فى حاشية المنح ولم يعزه لأحد :

أقول : وينبغى تقييده بما إذا لم يكن إعداده ظاهرا مشهورا كالخان والحمام وبه يحصل التوفيق بين هذا وبين ماقدمناه آنفا أنه لو ادعى الغصب لم يصدق تأمل (قوله صار) فى بعض النسخ جاز :

[تنبيه] قدمنا فى كتاب الإجارات أن المعد للاستغلال غير خاص بالعقار فقد أفتى فى الحامدية بلزوم الأجر على مستعمل دابة المكارى بلا إذن ولا إجارة ونقل عن مناهى الأنقروى عن حاشية القنية عن ركن الأئمة استعمل ثور إنسان أو عجلته يجب عليه أجر المثل ، إذا كان أعده للإجارة بأن قال بلسانه أعددته لها اه فليحفظ فهو محل اشتباه (قوله إلا فى المعد للاستغلال الخ) أفاد أن الاستثناء من قوله أو معدا فقط ، وأن الوقف ومال اليتيم يجب فيه الأجر على كل حال والداعى إلى هذا التقييد ، مع أنه خلاف المتبادر من عبارة المتن ماقدمه من القول المعتمد ولذا قدم الشارح عند الكلام فى غصب العقار أنه لو شرى دارا وسكنها فظهرت وقفا أو الصغير لزمه الأجر صيانة لهما وقدمنا أنه المختار مع أنه سكنها بتأويل ملك أو عقد فاحفظه فقد يخفى على كثير (قوله كبيت) وكذا الحانوت كما فى العمادية (قوله فتنبه) أى ولا تغفل عن كونه مبنيا على قول المتقدمين ح (قوله إذا سكنه أحدهما) أى أحد الموقوف عليهما ، أو أحد الشريكين بأن كان البعض ملكا له والبعض وقفا على الآخر (قوله بالغلبة) قيد به لما قدمه أول كتاب الوقف أنه لو سكن بعضهم ولم يجد الآخر موضعا يكفيه ، فليس له أجرة ولا له أن يقول أنا استعمله بقدر ما استعملته ، لأن المهايأة إنما تكون بعد الخصومة الخ (قوله ثم بان للغير)

فلا شيء عليه . بقي لو آجر الغاصب أحدها فعلى المستأجر المسمى لا أجر المثل ولا يلزم الغاصب الأجر بل يرد ماقبضه للمالك أشباه وقنية وفي الشرنبلالية وينظر مالو عطل المنفعة هل يضمن الأجرة كما لو سكن (و) بخلاف (خمر المسلم وخنزيره) بأن أسلم وهما في يده (إذا أتلفهما) مسلم أو ذمى فلا ضمان (وضمن) المتلف المسلم قيمتهما لأن الخمر

أي ظهر أن البيت لغير الراهن حال كونه معدا للإجارة ح (قوله فلا شيء عليه) لأنه لم يسكنها ملتزما للأجر كما لو رهنها المالك فسكنها المرتهن قنية :

أقول : بل الأجر على الراهن لأنه غاصب فتأمله بيرى (قوله بقي لو آجر الغاصب أحدها) أي أحد مامنافعه مضمونة من مال وقف أو يتيم أو معد للاستغلال أشباه (قوله فعلى المستأجر المسمى) أي للغاصب لأنه العاقد (قوله ولا يلزم الغاصب الأجر) أي أجر المثل كما هو في عبارة الأشباه (قوله بل يرد ماقبضه للمالك) حاصله : أنه لايلزمه إلا الذي آجر به وإن كان دون أجر المثل حموى (قوله وقنية) عبارتها ولو غصب دارا معدة للاستغلال أو موقوفة أو ليتيم وآجرها وسكنها المستأجر يلزمه المسمى لا أجر المثل قيل له وهل يلزم الغاصب الأجر لمن له الدار ؟ فكتب لا ولكن يرد ماقبض على المالك وهو الأولى : ثم سئل : يلزم المسمى للمالك أم للعاقد ؟ فقال : للعاقد ، ولا يطيب له بل يرده على المالك وعن أبي يوسف يتصدق به اه :

قال العلامة البيرى : الصواب أن هذا مفرع على قول المتقدمين ، وأما على ما عليه المتأخرون فعلى الغاصب أجر المثل اه أي إن كان ماقبضه من المستأجر أجر المثل أو دونه فلو أكثر برد الزائد أيضا لعدم طيبه له كما حرره الحموى وأقره أبو السعود (قوله وفي الشرنبلالية الخ) عبارتها إلا إذا سكن بتأويل ملك أو عقد ، وينظر ما لو عطل الخ : أقول إن كان الضمير في عطل للساكن ، فلا معنى له لأنه مستوف لامعطل ، وإن كان لمن له تأويل ملك فلا وجه للتوقف ، لأنه إذا سكن واستوفى المنفعة لايلزمه أجر فكيف يلزمه إذا عطلها ، وإن كان للغاصب أي لو عطل غاصب منفعة أحد هذه الثلاثة ولم يستوفها فهو معلوم من عبارة المصنف وصاحب الدرر ، لأن استثناء هذه الثلاثة من قوله سابقا استوفاها أو عطلها يفيد أنها مضمونة بالاستيفاء أو التعطيل تأمل .

وسئل في الحامدية عن حانوت وقف عطله زيد مدة فأفتى بلزوم أجر المثل مستدلا بعبارة المصنف ، وأما عود الضمير للمستأجر من الغاصب فلا مساغ له فإنه لم يتعرض في الشرنبلالية للمستأجر فافهم (قوله بأن أسلم وهما في يده) وكذا لو حصلهما وهو مسلم ، فإن الحكم لا يختلف فيما يظهر ، وإنما ذكر ذلك تحسينا للظن بالمسلم ط :

وفي جواهر الفتاوى : مسلم غصب من مسلم خمرا هل يجب على الغاصب أداء الخمر إليه حتى لو لم يرده يؤاخذ به يوم القيامة إذا علم قطعا أنه يستردها ليخللها يقضى بردها إليه ، وإن علم أنه يستردها ليشربها يؤمر الغاصب بالإراقة كمن في يده سيف لرجل فجاء مالكه ليأخذه منه إن علم أنه يأخذه ليقتل به مسلما يمسكه إلى أن يعلم أنه ترك هذا الرأى اه منح (قوله فلا ضمان) نتيجة قوله وبخلاف الخ ووجهه عدم تقومها في حق المسلم لأنه باعتبار دين المغصوب منه قال في الشرنبلالية : وكذا لا يضمن الزق بشقه لإراقة الخمر على قول أبي يوسف وعليه الفتوى كما في البرهان اه وهذا حكم الدنيا بقي حكم الآخرة فإن كان المغصوب منه خلا لا تخذا العصير للخل فعلى الغاصب إثم الغصب ، وإن اتخذها للشرب ، فلا حق له عليه في الآخرة كما في المنح عن جواهر الفتاوى (قوله المسلم) أما الذمى فيضمن مثل الخمر وقيمة الخنزير ابن ملك (قوله قيمتهما) أي الخمر والخنزير وفي بعض النسخ قيمتها بلا ضمير تثنية أي قيمة الخمر والأولى هي الموافقة لقول المصنف كالكنز والقدورى لو كانا لذمى بالتثنية ، والثانية موافقة لتعليل الشارح ولما في غاية البيان عن شرح الكافي إذا أتلف المسلم الخنزير على ذمى

فى حقنا قيمى حكما (لو كانا للذمى) والمتلف غير الإمام أومأموره يرى ذلك عقوبة فلايضمن ولا الزق خلافا لمحمد مجتبى ولاضمان فى ميتة ودم أصلا (بخلاف مالو اشتراها) أى الخمر (منه) أى الذمى (وشربها فلا ضمان ولا ثمن) لأنه فعله بتسليط بائعه ، بخلاف غصبها مجتبى ، وفيه أتلف ذمى خمر ذمى ثم أسلما أو أحدهما لا شىء عليه إلا فى رواية عليه قيمة الخمر (غصب خمر مسلم فخللها بما لا قيمة له) كحنطة وملح يسير لا قيمة له أو تشميس (أو) غصب (جلدميتة فدبغه به) بما لاقيمة له كتراب وشمس (أخذهما المالك مجانا و) لكن (لو أتلفهما ضمن) لا لو تلفا : وفى شرح الوهبانية يضمن قيمته مدبوغا واعتمده فى المنتقى (ولو خللها بذى قيمة كالملح) الكثير (والخل ملكه ولا شىء عليه) لمالكه خلافا لهما (ولو دبغ به) بذى قيمة

فلا ضمان عليه عنده خلافا لهما وتمامه فيه (قوله قيمى حكما) أى وإن كانت من ذوات الأمثال ، لأن المسلم ممنوع عن تمليكها وتملكها لما فيه من إعزازها زيلعى (قوله لو كانا لذمى) أطلقه فشمل ما إذا أظهر بيعهما قال فى المنح عن المجتبى : ذمى أظهر بيع الخمر والخنزير فى دار الإسلام يمنع منه ، فإن أراقه رجل أو قتل خنزيره ضمن إلا أن يكون إماما يرى ذلك فلا يضمن الزق ولا الخنزير ولا الخمر لأنه مختلف فيه اه ونقل ط عن البرهان تقييد الإطلاق بما إذا لم يظهرها تأمل وسيأتى تمام الكلام عليه (قوله يرى ذلك عقوبة) حال من الإمام أى يرى جواز العقوبة به بأن كان مجتهدا أو مقلدا لمجتهد يراه كما يفيده التعليل السابق تأمل (قوله ولا ضمان فى ميتة ودم أصلا) أى مطلقا ولو للذمى كما سيصرح به إذ لايدين تمولها أحد من أهل الأديان هداية وهذا فى الميتة حتف أنفها ، لأن ذبيحة المجوسى ومخنوقته وموقوذته يجوز بيعها عند أبى يوسف خلافا لمحمد ، فينبغى أن يجب الضمان إتقانى وجزم به فى الكفاية (قوله وشربها) المراد مطلق الإتلاف كما فى المنح عن القنية (قوله لأنه فعله الخ) بيان لوجه المخالفة بين الغصب والشراء :

قال فى المنح : لكن فيه أنه مخالف للقاعدة المشهورة : وهى أن المتضمن يبطل ببطلان المتضمن وهنا لما بطل البيع فى الخمر وجب أن يبطل مافى ضمنه من التسليط إلا أن يدعى خروجه عن القاعدة ببيان وجه أو أنها أكثرية اه قال الرملى : لقائل أن يمنع كونه منها إذ التسليط حصل بالفعل قصدا لاضمنا فتأمل اه (قوله ثم أسلما أو أحدهما) أى قبل القضاء بمثل الخمر أو بعده منح (قوله إلا فى رواية) أى عن الإمام وهى قول محمد (قوله عليه قيمة الخمر) أى على المتلف إذا أسلم وحده وكذا إذا أسلما وسبق إسلامه قال الزيلعى : ولو أسلم الطالب بعد ما قضى له بمثلها فلا شىء له على المطلوب ، لأن الخمر فى حقه ليست بمتقومة فكان بإسلامه مبرئا له عما كان فى ذمته من الخمر وكذا لو أسلما لأن فى إسلامهما إسلام الطالب :

ولو أسلم المطلوب وحده أو أسلم المطلوب ثم أسلم الطالب بعده قال أبو يوسف لا يجب عليه شىء ، وهو رواية عن أبى حنيفة وقال محمد : يجب قيمة الخمر وهو رواية عن أبى حنيفة اه فافهم ، وقيد بالخمر لما فى التاترخانية أنه فى الخنزير يبقى الضمان بإسلامهما أو إسلام أحدهما ، لأن موجبه الأصلى القيمة والإسلام لاينافيها اه (قوله أخذهما المالك مجانا) لأن ذلك تطهير له بمنزلة الغسل فيبقى على ملكه إذ لا تثبت المالية به (قوله ولكن لو أتلفهما ضمن) لما كان هنا المغصوب خمر المسلم وقد مر أن خمر المسلم لايضمن بالإتلاف كان مظنة لتوهم عدم الضمان هنا أيضا فالاستدراك فى محله فافهم (قوله ضمن) أى مثل الخل وقيمة الجلد ح (قوله يضمن قيمته مدبوغا) أى فى صورة الإتلاف ط (قوله واعتمده فى الملتقى) حيث قال : فلو أتلفه الغاصب ضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ (قوله ملكه) لأن الملح والخل مال متقوم والخمر غير متقوم فيرجح جانب الغاصب فيكون له بلا شىء (قوله لمالكه) أى المالك الأول (قوله خلافا لهما) فعندهما يأخذ المالك إن شاء ويرد

كقرظ وعفص (الجلد أخذه المالك ورد مازاد الدبغ) وللغاصب حبسه حتى يأخذ حقه (ولو أتلفه لايضمن) كما لو تلف ولا ضمان بإتلاف الميتة ولو لذمى ولابإتلاف متروك التسمية عمداولو لمن يبيحه ملتقى لأن ولاية المحاجة ثابتة (وضمن بكسر معزف) بكسر الميم آلة اللهو ولولكافر ابن كمال (قيمته) خشبا منحوتا

قدر وزن الملح من الخل ، فلو أتلفها الغاصب لا يضمن خلافا لهما ماتقى (قوله كقرظ) بفتحتين وبالظاء المشالة ورق السلم شرنبلالية وما فى المنح بخط المصنف كقرض بالضاد تصحيف كما نبه عليه الرملى (قوله الجلد) مفعول دبغ (قوله أخذه المالك) وقول صدر الشريعة : وإذا دبغ بذى قيمة يصير ملكا للغاصب سهو من قلم الناسخ الأول كما بسطه الباقانى در منتقى . قيل : والفرق بين الخل والجلد فى أن المالك يأخذ الجلد لا الخل أن الجلد باق لكن أزال عنه النجاسات والخمر غير باقية ، بل صارت حقيقة أخرى ولابن الكمال فيه كلام (قوله ورد مازاد الدبغ) بأن يقوم مدبوغا وذكيا غير مدبوغ ويرد فضل ما بينهما ملتقى قال فى شرحه وليس له أن يدفع الجلد للغاصب ويضمنه قيمته غير مدبوغ لعدم تقومه قبل الدبغ (قوله وللغاصب حبسه الخ) فإن هلك فى يده سقط عن المالك قيمة الزيادة ابن كمال (قوله ولو أتلفه لايضمن) أى لو أتلفه عند أبى حنيفة وقالا يضمن قيمته طاهرا لأن تقوّم الجلد حصل بفعله وحقه قائم فيه ، والجلد تبع لفعله فى حق التقوم ، لأنه لم يكن متقوما قبل الدباغة ، والأصل وهو الصنعة غير مضمون عليه بالإتلاف ، فكذا تبعه بخلاف المدبوغ بما لا قيمة له ؛ لأنه ليس للغاصب فيه شيء متقوم ، وبخلاف مالو استهلكه غير الغاصب ، لأن الأصل مضمون عليه فكذا التبع ابن ملك ؛

وفى النهاية : لو جعله الغاصب بعد دباغته فروا فإن جلد ذكى فعليه قيمته يوم الغصب اتفاقا وإن جلد ميتة فلا شيء عليه لأنه تبدل اسمه ومعناه بفعله وتمامه فى التبيين (قوله ولا ضمان الخ) مكرر مع ما مر لكن أعاده ليربطه بما بعده إظهارا للفرق بينهما كما أشار إليه فى الهداية من أنا لما أمرنا بترك أهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا ترك أهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالأولى ، والفرق أن ولاية المحاجة ثابتة لقيام الدليل على الحرمة فلم يعتبر اعتقاد الضمان فافهم (قوله ولو لمن يبيحه) أى ولو كان مملوكا لمبيحه كشافعى (قوله لأن ولاية المحاجة ثابتة) أى بنص — ولا تأكلوا — قال فى العناية لقائل أن يقول : لا نسلم ذلك لأن الدليل الدال على ترك المحاجة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الأولى على ما قررتم والجواب : أن الدليل هو قوله عليه الصلاة والسلام « اتركوهم ومايدينون » وكان ذلك بعقد الذمة وهومنتف فى حق المجتهدين اهـ ؛

وفى الحواشى السعدية : والأولى أن استحلال متروك التسمية مخالف لنص الكتاب والخصم مؤمن به فيثبت ولاية المحاجة (قوله آلة اللهو) كبربط ومزمار ودف وطبل وطنبور منح والذى قاله ابن الكمال أن العزف بلا ميم هو آلة اللهو وأما المعزف بالميم فهو نوع من الطنابير يتخذه أهل اليمن وكتب على الهامش أن صدر الشريعة أخطأ حيث لم يفرق بين المعزف والعزف وهو كفلس جمعه معازف على غير قياس وعزف كضرب سائحانى ومثله فى القهستانى (قوله ولو لكافر) الأولى : ولو لمسلم لهفيد الكافر بالأولى لما قيل إنه بالاتفاق كما يأتى ، ولأن خمر المسلم غير مضمون بخلاف خمر الكافر كما مر ، فإذا ضمن معزف المسلم مع عدم ضمان خمرة علم ضمان معزف الكافر بالأولى فتدبر ؛ وعبارة ابن الكمال وإنما لم يقل لمسلم كما قال صاحب الهداية لعدم الفرق بين كونه(١) له

---

(١) (قوله لعدم الفرق بين كونه الخ) ظاهر هذا أنه يضمن لها صالحا لغير اللهو وبه جزم القهستانى كما يأتى فى المحشى ، وحينئذ يكون قول الشارح : ولو لكافر مناسباً لأنه ربما يتوهم فى معزف الكافر بالغاً مابلغ ضمانه ، وحينئذ يكون حكم معزف المسلم معروفا بالأولى اهـ .

(صالحا لغير اللهو و) ضمن القيمة لا المثل (بإراقة سكر ومنصف) سيجيء بيانه فى الأشربة (وصح بيعها) كلها وقالا لايضمن ولا يصح بيعها ، وعليه الفتوى ملتقى ودرر وزيلعى وغيرها ، وأقره المصنف :

وأما طبل الغزاة زاد فى حظر الخلاصة والصيادين والدف الذى يباح ضربه فى العرس فمضمون اتفاقا (كالأمة المغنية ونحوها) ككبش نطوح وحمامة طيارة وديك مقاتل وعبد خصى حيث تجب قيمتها غير صالحة لهذا الأمر :

(ولو غصب أم ولد فهلكت لايضمن بخلاف) موت (المدبر) لتقوّم المدبر دون أم الولد وقالا يضمنها لتقومها (حل قيد عبد غيره أو ربط دابته أو فتح باب إصطبلها أو قفص طائره فذهبت) هذه المذكورات

وكونه لكافر (قوله صالحا لغير اللهو) ففى الدف قيمته دفا يوضع فيه القطن وفى البربط قصعة ثريد إتقانى (قوله سيجيء بيانه) بينه فى الهداية هنا فقال السكر أى بفتحتين اسم للنيء من ماء الرطب إذا اشتد والمنصف ماذهب نصفه بالطبخ (قوله وصح بيعها كلها) لأنها أموال متقومة لصلاحيتها للانتفاع بها لغير اللهو ، فلم تناف الضمان كالأمة المغنية ، بخلاف الخمر فإنها حرام لعينها : وأما السكر ونحوه فحرمته عرفت بالاجتهاد وبإخبار الآحاد فقصرت عن حرمة الخمر ، فجوزنا البيع ، وقلنا يضمن بالقيمة لا بالمثل ، لأن المسلم يمنع عن ذلك ، ولكن لو أخذ المثل جاز لعدم سقوط التقوم إتقانى ملخصا وبه يندفع توقف المحشى (قوله وقال الخ) هذا الاختلاف فى الضمان دون إباحة إتلاف المعازف ، وفيما يصلح لعمل آخر وإلا لم يضمن شيئا اتفاقا ، وفيما إذا فعل بلا إذن الإمام ، وإلا لم يضمن اتفاقا ، وفى غير عود المغنى وخابية الخمار ، وإلا لم يضمن اتفاقا لأنه لو لم يكسرها عاد لفعله القبيح ، وفيما إذا كان لمسلم فلو لذمى ضمن اتفاقا قيمته بالغا مابلغ ، وكذا لو كسر صليبه ، لأنه مال متقوم فى حقه :

قلت : لكن جزم القهستانى وابن الكمال أن الذمى كالمسلم فليحرر در منتقى :

أقول : وجزم به فى الاختيار أيضا ولعله اقتصر فى الهداية على ذكر المسلم لكونه محل الخلاف وبه يتحرر المقام فتدبر (قوله والدف الذى يباح الخ) احتراز عن المصنج ففى النهاية عن أبى الليث ينبغى أن يكون مكروها (قوله غير صالحة لهذا الأمر) أى ويضمن قيمة العبد غير خصى ط (قوله فهلكت) عبر به ليفيد أنه لوحصل ذلك بفعله ثبت موجبه من غير خلاف وحرره ط :

أقول : فى التاترخانية عن شرح الطحاوى : ولو جنى على كل منهما يجب أرش الجناية على الجانى بالإجماع (قوله لتقوم المدبر) أى بثلثى قيمة القن وقيل بنصفها أفاده العينى ولا يملكه بأداء الضمان لأنه لا يقبل النقل من ملك إلى ملك أبو السعود (قوله لتقومها) أى أم الولد وقيمتها ثلث قيمة القن حموى وفى بعض النسخ بضمير التثنية (قوله حل قيد عبد غيره) الخلاف فى العبد المجنون ، فلو عاقلا لايضمن اتفاقا شرنبلالية عن البزازية (قوله فذهبت هذه المذكورات) عدم الضمان قولهما خلافا لمحمد فى الدابة والطير ، وظاهر القهستانى والبرجندى: أن الخلاف فى الكل ، وأن المودع لو فعل ما ذكر ضمن بالاتفاق لالتزامه الحفظ در منتقى وفى الشرنبلالية قال فى النظم : لو زاد على مافعل بأن فتح القفص وقال للطير كش كش أو باب إصطبل فقال للبقر هش هش ، أو للحمار هر هر يضمن اتفاقا وأجمعوا أنه لو شق الزق والدهن سائل أو قطع الحبل حتى سقط القنديل يضمن اه ط :

(أو سعى إلى سلطان بمن يؤذيه و) الحال أنه (لايدفع بلا رفع) إلى السلطان (أو) سعى (بمن يباشر الفسق ولا يمتنع بنهيه أو قال لسلطان قد يغرم وقد لايغرم) فقال (إنه وجد كنزا فغرمه) السلطان (شيئا لايضمن) في هذه المذكورات (ولو غرم) السلطان (البتة) بمثل هذه السعاية (ضمن وكذا) يضمن (لو سعى بغير حق عند محمد زجرا له) أي للساعي (وبه يفتى) وعزر ولو الساعي عبدا طولب بعد عتقه (ولو مات الساعي فللمسعى به أن يأخذ قدر الخسران من تركته) هو الصحيح جواهر الفتاوى :

ونقل المصنف : أنه لو مات المشكو عليه بسقوطه من سطح لخوفه غرم الشاكي ديته لا لو مات بالضرب لندوره وقد مر في باب السرقة :

(أمر) شخص (عبد غيره بالإباق أو قال) له (اقتل نفسك ففعل) ذلك (وجب عليه قيمته) ولو قال له أتلف مال مولاك فأتلف يضمن الآمر ، والفرق إن بأمره بالإباق والقتل صار غاصبا ، لأنه استعمله في ذلك الفعل ، وبأمره بالإتلاف لايصير غاصبا للمال ، بل للعبد وهو قائم لم يتلف ، وإنما التلف بفعل العبد :

مطلب في ضمان الساعي

(قوله أو سعى إلى سلطان) الظاهر أن هذه المسألة والتي بعدها لا ضمان فيهما اتفاقا لإزالة الضرر اه ط (قوله قد يغرم وقد لايغرم) بتشديد الراء على البناء للفاعل من مزيد الثلاثي قال في المنح : والفتوى اليوم بوجوب الضمان على الساعي مطلقا (قوله فقال) الأولى إسقاطه (قوله إنه وجد كنزا) زاد في جامع الفصولين فظهر كذبه ضمن إلا إن كان عدلا ، أو قد يغرم وقد لا يغرم ورمز أيضا السعاية الموجبة للضمان أن يتكلم بكذب يكون سببا لأخذ المال منه ، أو لايكون قصده إقامة الحسبة كما لو قال إنه وجد مالا وقد وجد المال فهذا يوجب الضمان إذ الظاهر أن السلطان يأخذ منه المال بهذا السبب اه (قوله وبه يفتى) أي دفعا للفساد وزجرا له وإن كان غير مباشر ، فإن السعي سبب محض لإهلاك المال والسلطان يغرمه اختيارا لا طبعا هذا وفي الإسماعيلية مايفيد أنه ورد نهي سلطاني عن سماع القضاة هذه الدعوى ، فإنه أفتى بأنه لايقضى عليه بالضمان إلا بأمر سلطاني (قوله وعزر) قال في الخيرية : وقد جوز السيد أبو شجاع قتله فإنه ممن يسعى في الأرض بالفساد ويثاب قاتلهم ، وكان يفتي بكفرهم ومختار المشايخ أنه لايفتى بكفرهم ، وجواز القتل لايدل على الكفر كما في القطاع والأعونة من المحاربين الله ورسوله قاله في البزازية اه (قوله ونقل المصنف) أي عن العمادية ، فيما لو ادعى عليه سرقة فحبس ، فسقط من السطح لما أراد أن ينفلت خوفا من التعذيب فمات ثم ظهرت السرقة على يد غيره ، ثم نقل المصنف عن القنية شكى عند الوالي بغير حق وأتى بقائد فضرب المشكو فكسر سنه أو يده يضمن الشاكي أرشه كالمال وقيل إن من حبس بسعاية فهرب وتسور جدار السجن فأصاب بدنه تلف يضمن الساعي ، فكيف هنا فقيل أنفتي بالضمان في مسألة المرب قال لا الخ تأمل (قوله غرم الشاكي) أي لو بغير حق كما يفهم مما مر من عدم غرامة الأموال فليكن مثلها غرامة النفس سائحاني :

قلت : ويؤخذ أيضا من قول العمادية ثم ظهرت السرقة على يد غيره كما مر تأمل (قوله والفرق الخ) استشكله في جامع الفصولين بما في فوائد صاحب المحيط أمر قن غيره بإتلاف مال رجل يغرم مولاه ثم يرجع على آمره إذ الآمر صار مستعملا للقن فصار غاصبا قال : ويمكن الجواب بأنه لاضمان على القن ، ولا على مولاه في إتلاف مال مولاه فلا رجوع على الآمر ، بخلاف إتلاف مال غيره أو في المسألة روايتان لكنه يفيد أن الآمر يضمن ، وإن لم يكن سلطانا ولا مولى ويأتي خلافه قال ويمكن الجواب بأن المراد ثمة هو الضمان الابتدائي الذي بطريق الإكراه ألا ترى أن المباشر لايضمن ثمة بخلاف مانحن فيه فافترقا :

واعلم أن الآمر لا ضمان عليه بالأمر إلا فى ستة إذا كان الآمر سلطانا أو أبا أو سيدا أو المأمور صبيا أو عبدا أمره بإتلاف مال غير سيده وإذا أمره بحفر باب فى حائط الغير غرم الحافر ورجع على الآمر أشباه :

مطلب الآمر لا ضمان عليه إلا فى ستة

(قوله واعلم أن الآمر لاضمان عليه) فلو خرق ثوبا بأمر غيره ضمن المخرق لا الآمر جامع الفصولين : قال الرملى فى خاشيته عليه : أقول وجه عدم صحة الأمر أنه لا ولاية له أصلا عليه فلو كان له عليه ولاية كدابة مشتركة بين اثنين استعارها أجنبي من أحدهما فأمر رجلا بتسليمها للمستعير فدفعها له فلا شبهة فى ضمان الآمر الشريك ، لأن تسليم مأموره كتسليمه هو وإن شاء ضمن المأمور لتعديه بدفع مال الغير بغير إذنه تأمل اهـ (قوله إلا فى ستة) هذا على مافى بعض نسخ الأشباه وفى بعضها خمسة بإسقاط أو أبا (قوله إذا كان الآمر سلطانا) لأن أمره إكراه كما مر فى بابه (قوله أو أبا) صورته : أمر الأب ابنه البالغ ليوقد نارا فى أرضه ففعل ، وتعدت النار إلى أرض جاره فأتلفت شيئا يضمن الأب لأن الأمر صح ، فانتقل الفعل إليه كما لو باشره الأب ، بخلاف ما لو استأجر نجارا ليسقط جداره على قارعة الطريق ففعل وتلف به إنسان فإن الضمان على النجار لعدم صحة الأمر كذا فى شرح تنوير الأذهان وظاهر هذا التصوير أنه ليس المراد كل أمر من الأب للبالغ ، حتى لو أمره بإتلاف مال أو قتل نفس يكون ضمانه على الابن لفساد الأمر ط :

أقول : ووجهه أنه فى الأول استخدام فصح الأمر لوجوب خدمة الأب ، بخلاف غيره فإنه عدوان محض تأمل ، وينبغى تقييده بما لو أوقد النار فى يوم ريح أو نارا لايوقد مثلها ، أو كانت أرض الجار قريبة ، بحيث يصل إليها شرار النار غالبا وإلا فلا ضمان على المالك لو فعل ذلك كما فى جامع الفصولين فكذا بفعل ابنه بأمره (قوله أو سيدا) أى والمأمور قنه (قوله أو المأمور صبيا) كما إذا أمر صبيا بإتلاف مال الغير فأتلفه ضمن الصبى ، ويرجع به على الآمر أشباه ، وفى الخانية : حر بالغ أمر صبيا بقتل رجل فالدية على عاقلة الصبى ، ثم يرجعون على عاقلة الآمر ، فلو الآمر صبيا أيضا فلا رجوع ولو عبدا مأذونا لايضمن الآمر اهـ ملخصا :

وفى جامع الفصولين قال لصبى : اصعد هذه الشجرة فانفض لى ثمرها فصعد فسقط تجب ديته على عاقلة آمره وكذا لو أمره بحمل شىء أو كسر حطب بلا إذن وليه ، ولو لم يقل اصعد لى بل قال اصعدها وانفض انفسك أو نحوه فسقط ومات فالمختار هو الضمان وقيل لا ضمان اهـ (قوله أو عبدا أمره بإتلاف مال غير سيده) أو بالإباق أو بقتل نفسه كما مر ، فلو أمره بإتلاف مال سيده لايضمن كما مر أيضا قال الحموى: إذ لوضمن لرجع على سيد العبد بما ضمنه لسيده ولا فائدة فيه اهـ (قوله وإذا أمره) الضمير المنصوب يعود إلى المأمور لابقيد كوله صبيا أو عبدا (قوله ورجع على الآمر) أفاد فى التاترخانية أن الرجوع فيما إذا قال له احفر لى بزيادة لفظة لى أو قال فى حائطى أو كان ساكنا فى تلك الدار أو استأجره على ذلك لأن ذلك كله من علامات الملك وإلا فلا يرجع لأن الأمر لم يصح بزعم المأمور اهـ وعليه فلو قال : احفر لى فى حائط الغير أو علم أنه للغير لايرجع فإطلاق الشارح فى محل التقييد فتنبه .

[تتمة] فى الهندية عن الذخيرة : أمر غيره أن يذبح له هذه الشاة ، وكانت لجاره ضمن الذابح علم أولا لكن إن علم لايكون له حق الرجوع وإلا رجع اهـ وفى البزازية : أمر أجيره برش الماء فى فناء دكانه فرش فما تولد منه فضمانه على الآمر ، وإن بغير أمره فالضمان على الراش اهـ

قلت : فصارت المستثنيات ثمانية ويزاد تاسعة : وهى ما قدمناه قريبا عن الرملي والتاسع يأتي المصنف

(استعمل عبد الغير لنفسه) بأن أرسله فى حاجته (وإن لم يعلم أنه عبد أو قال له ذلك العبد) الذى استعمله (إنى حر ضمن قيمته إن هلك) العبد عمادية وفيها جاء رجل إلى آخر فقال إنى حر فاستعملنى فى عمل فاستعمله فهلك ثم ظهر أنه عبد ضمنه علم أو لم يعلم هذا إذا استعمله فى عمل نفسه (ولو استعمله لغيره) أى فى عمل غيره (لا) ضمان عليه لأنه لايصير به غاصبا كقوله لعبد: ارق هذه الشجرة وانثر المشمش لتأكله أنت فسقط لم يضمن الآمر ولو قال : لنأكله أنت وأنا ضمن قيمته كله لأنه استعمله كله فى نفعه ؛

(غلام جاء إلى فصاد فقال أفصدنى ففصده فصدا معتادا) فغيره بالأولى (فمات من ذلك ضمن قيمة العبد عاقلة الفصاد وكذلك) الحكم فى (الصبى تجب ديته على عاقلة الفصاد) عمادية ؛

[فرع] غصب عبدا ومعه مال المولى صار غاصبا للمال أيضا ، بل قالوا : يضمن ثيابه تبعا لضمان عينه بخلاف الحر عمادية وفى الوهبانية :

ولو نسى الحرفات يضمن نقصها ... ولو نسى القرآن أو شاخ يذكر
ولو علم الدلال قيمة سلعة ... فقوم للسلطان أنقص يخسر

(قوله استعمل عبد الغير) ومثله الصبى كما مر فلوغصب حرا صغيرا ضمن إلا إن مات حتف أنفه فلو غرق أو قتله قاتل ضمن اه جامع الفصولين (قوله لنفسه) زاد فى البزازية قيدا آخر ونصه : استخدام عبد الغير إذا اتصل به الخدمة غصب لقبضه بلا إذنه ، حتى إذا هلك من ذلك العمل يضمن ، وإن لم تتصل به الخدمة لايضمن علم أنه عبد الغير أولا اه (قوله وفيها الخ) مكرر مع المتن ح إلا أن يقال قصد بنقلها توضيح المتن (قوله أى فى عمل غيره) أى ولو كان ذلك الغير نفس العبد وحده كما يدل عليه ما بعده (قوله لم يضمن الآمر) لعله مبنى على خلاف المختار الذى قدمناه عن جامع الفصولين ، إلا أن يدعى الفرق بين الصبى والعبد فليتأمل (قوله لأنه استعمله كله فى نفعه) هذا ما علل به قاضيخان حين أفتى بالضمان ، ووجهه أن نفع الآمر لا يحصل إلا باستعمال العبد كله لعدم تجزيه وإن قصد العبد نفع نفسه أيضا ، ولأنه لم يصعد إلا بأمره يوضحه ما فى العمادية أيضا : غلام حمل كوز ماء لبيت مولاه بإذنه فدفع إليه رجل كوزه ليحمل ماء له من الحوض فهلك فى الطريق قال صاحب المحيط : مرة يضمن نصف القيمة ثم قال فى المرة الثانية : كلها لأنه نسخ فعله فعل المولى اه فحيث ضمن الكل مع أن العبد فى خدمة المولى يضمن فى مسألتنا بالأولى (قوله فغيره بالأولى) كذا قاله فى المنح ، وظاهره أن العاقلة تضمنه أيضا وقد علل ضمان العاقلة فى المعتاد فى جامع الفصولين بأنه خطأ ، وهل غير المعتاد خطأ أيضا محل نظر فليحرر . وقدم الشارح المسألة فى باب ضمان الأجير وذكر أنه لو فصد نائما وتركه حتى مات من السيلان يجب القصاص (قوله ضمن قيمة العبد عاقلة الفصاد) لأن إذنه لايعتبر وظاهره ولو مأذونا ، لأن ذلك ليس من التجارة ومثله الصبى ط (قوله صار غاصبا للمال أيضا) فلو أبق ضمن غاصبه المال وقيمته فصولين (قوله بل قالوا الخ) وجه الترقى أن الثياب تابعة له بخلاف المال (قوله بخلاف الحر) لأن ثيابه تحت يده فصولين وفى البزازية ضرب رجلا وسقط حتى مات قال محمد يضمن ماله وثيابه التى عليه اه أى لفساد اليد تأمل (قوله ولو نسى الحرفات) جمع حرفة أى فى يد الغاصب (قوله أو شاخ) أى صار شيخا أو عجوزا لفوات وصف مقصود يزيد فى المالية (قوله يذكر) أى ضمان النقصان (قوله ولو علم الدلال الخ) قال الشرنبلالى عن القنية : الدلال إذا علم القيمة ونقص منها المباع للخزانة السلطانية أو للأمير بما لايتغابن فيه يضمن النقص ، وخرّج على هذا تقويم شهود القيمة والقسمة وشيخ الصحافين ونحوهم لأموال الأيتام والأوقاف الخراب للأمراء والنواب والحاكم كما هو المعتاد ويظهر فيه الغبن الفاحش ، وقد يعلم القاضى حالهم سيما فى الاستبدالات من جهتى المسوغ

ومتلف إحدى فردتين يسلم الـ بقية والمجموع منه يحضر

قلت : وعن أبي يوسف لايضمن إلا الخف التى أتلفها وفى البزازية هو المختار وأقره الشرنبلالى وذكر مايفيد أن السلطان ليس بقيد وإنه ينبغى القول بتضمين القاضى أيضا سيا فى استبدال وقف ومال يتيم فليحفظ والله أعلم.

كتاب الشفعة

مناسبته تملك مال الغير بغير رضاه (هى) لغة : الضم وشرعا (تمليك البقعة جبرا على المشترى

والقيمة وحينئذ ينبغى القول بتضمين القاضى أيضا اه (قوله ومتلف إحدى فردتين) المراد أحد شيئين لاينتفع صاحبهما الانتفاع المقصود إلا بهما معا كمصراعى باب وزوجى خف أو مكعب (قوله يسلم البقية) أل من البقية تتمة الشطر الأول : أى يدفع للغاصب الفردة البقية أى الباقية إن شاء ويضمنه قيمة المجموع وقال بعضهم يمسك الباقية ويضمنه الثنتين (قوله وأقره الشرنبلالى) أى فى شرحه على النظم (قوله وذكر ما يفيد أن السلطان الخ) أى الواقع فى النظم وقدمنا عبارته آنفا :

[خاتمة] غصب السلطان نصيب أحدهم من شرب أودار وقال لا أغصب إلا نصيبه فهو بينهم جميعا فصولين لكن فى التاترخانية المختار أن غصب المشاع يتحقق. تشبث رجل بالثوب فجذبه صاحبه فانخرق ضمن الرجل نصف الثوب . قام فانشق ثوبه من جلوس رجل عليه ضمن الرجل نصف الشق ، وعلى هذا المكعب دخلت دابة زرعه فأخرجها ولم يسقها بعد ذلك لم يضمن هو المختار ، وإن ساقها بعد ما أخرجها يضمن سواء ساقها إلى مكان يأمن فيه منها على زرعه أو أكثر منه ، وعليه الفتوى :

ماتت دابة لرجل فى دار آخر إن لجلدها قيمة يخرجها المالك والأقرب الدار قال مشايخنا رحمهم الله تعالى : الغاصب إذا ندم ولم يظفر بالمالك يمسك المغصوب إلى أن ينقطع رجاؤه فيتصدق به إن شاء بشرط أن يضمن إن لم يجز صدقته ، والأحسن أن يرجع ذلك إلى الإمام لأن له تدبيرا ورأيا فى مال الغيب الكل من التاترخانية والله تعالى أعلم وله الحمد على ما علم :

كتاب الشفعة

(قوله مناسبته الخ) أى مناسبته للغصب ولم يذكر وجه تقديمه عليها مع أنها مشروعة بخلافه ، وهو كثرة وقوعه وأنه قد يدخل فى العقار والمنقول ، بخلافها لما قال فى السعدية إن بيان وجه تأخيره عن المأذون يغنى عنه (قوله هى لغة الضم) قال الزيلعى : مأخوذة من الشفع ، وهو الضم ضد الوتر ومنه شفاعة النبى صلى الله عليه وسلم للمذنبين لأنه يضمهم بها إلى الفائزين يقال : شفع الرجل شفعا إذا كان فردا فصار ثانيا ، والشفيع يضم المأخوذ إلى ملكه فلذلك سمى شفعة اه :

وفى القهستانى : هى لغة فعلة بالضم بمعنى المفعول اسم للملك المشفوع بملك اه وأفاد فى المغرب استعمالها فى المعنيين وأنه لم يسمع من الشفعة فعل ، وأما قولهم : الدار التى يشفع بها فمن استعمال الفقهاء (قوله وشرعا تمليك البقعة) الأولى ما وقع فى الكنز وغيره تملك ، لأنه من أوصاف الشفيع ، وهو مالك لا مملك بل الأولى مافى غاية البيان أنها عبارة عن حق التملك ، إذ لولا هذا المضاف كما قال قاضى زاده فى تكملة الفتح لزم أن لايكون لقوله وتستقر بالإشهاد صحة ، لأن التملك لايوجد بدون القضاء أو الرضا ، وأيضا فإن حكمها جواز الطلب وحكم الشىء يعقبه أويقارنه ، فلوحصل التملك قبل الطلب لزم تحصيل الحاصل ، والمراد البقعة أو بعضها ليشمل ما إذا اشتراها أحد شفعائها كما سيأتى (قوله جبرا على المشترى) ليس للاحتراز عما لو رضى بذلك ، بل لأن الغالب عدم رضاه

بما قام عليه) بمثله لو مثليا وإلا فبقيمته(وسببها اتصال ملك الشفيع بالمشترى) بشركة أو جوار: (وشرطها: أن يكون المحل عقارا) سفلا كان أو علوا وإن لم يكن طريقه فى السفلى ، لأنه التحق بالعقار بماله من حق القرار درر .

قلت : وأما ما جزم به ابن الكمال فى أول باب ماهى فيه من أن البناء إذا بيع مع حق القرار يلتحق بالعقار فرده شيخنا الرملى وأفتى بعدمها

كما أشار إليه القهستانى أبو السعود ، وأفاد ابن الكمال أن المراد به عدم اعتبار الاختيار ، لا أنه يعتبر عدم الاختيار واحترز بقوله : على مشتريه عما ملكه بلا عوض كما بالهبة والإرث والصدقة أو بعوض غير عين كالمهر والإجارة والخلع والصلح عن دم عمد ، ودخل فيه ماوهب بعوض فإنه اشتراء انتهاء قهستانى: وبه ظهر أنه ليس الأولى تركه بل زيادة الهائم ، لأنه قد يكون جبرا عليه إذا أقر بالبيع ، وأنكر المشترى . وفى الفتاوى الصغرى الشفعة تعتمد زوال الملك عن البائع لا على ثبوته للمشترى ولذا تثبت إذا باع بشرط الخيار للمشترى اه فافهم (قوله بما قام عليه) يعنى حقيقة أو حكما كما سيأتى فى الخمر وغيره طورى : والمراد ما لزم المشترى من المؤن بالشراء وبه يعلم ما فى كلام العينى كصاحب الدرر من القصور حيث قال بما أى بالثمن الذى قام عليه ، فلو أبقى المتن على عمومه لكان أولى أبو السعود (قوله وسببها الخ) قال الطورى : وسببها دفع الضرر الذى ينشأ من سوء المجاورة على الدوام من حيث إيقاد النار وإعلاء الجدار وإثارة الغبار اه .

والظاهر أنه سبب المشروعية ، وما ذكره المصنف سبب الأخذ تأمل لايقال ما ذكر ضرر موهوم ، والأخذ من المشترى ضرر محقق به لأنا نقول هو غالب فيرفع قبل وقوعه وإلا فربما لا يمكن رفعه وما أحسن ما قيل :

كم معشر سلموا لم يؤذهم سبع ... وما نرى أحدا لم يؤذه بشر

(قوله بالمشترى) بفتح الراء (قوله بشركة أو جوار) متعلق باتصال وشمل الشركة فى البقعة والشركة فى الحقوق كما يأتى، وشمل قليل الشركة وكثيرها كالجوار نبه عليه الإتقانى ط (قوله وشرطها الخ) المراد بالعقار هنا غير المنقول ، فدخل الكرم والرحا والبئر والعلو وإن لم يكن طريقه فى السفل ، وخرج البناء والأشجار فلا شفعة فيهما إلا بتبعية العقار وإن بيع بحق القرار در منتقى ، ويشترط كونه مملوكا كما علم مما قدمه ويأتى فخرج الوقف ، وكذا الأراضى السلطانية لا العشرية والخراجية ، إذ لاينافى ذلك الملك كما سنذكره قبيل الباب الآتى ، وكون العقد معاوضة، وزوال ملك البائع عن المبيع فلا شفعة فى بيع بخيار ، وزوال حق البائع فلا شفعة فى شراء فاسد ، وملك الشفيع لما يشفع به وقت الشراء ، وعدم الرضا من الشفيع بالبيع ولو دلالة كما يعلم ذلك كله مما يأتى (قوله وإن لم يكن طريقه فى السفل) أى طريق العلو المبيع :

قال فى الذخيرة : فإن كان طريقه فى السفل فالشفعة بسبب الشركة فى الطريق، وإن فى السكة العظمى فبسبب الجوار ، وإن لم يأخذ صاحب العلو السفل بها حتى انهدم العلو فعلى قول أبى يوسف بطلت لأن الجوار بالاتصال وقد زال ، كما لو باع التى يشفع بها قبل الأخذ ، وعلى قول محمد تجب لأنها ليست بسبب البناء بل بالقرار وحق القرار باق، وإن كانت ثلاثة أبيات بعضها فوق بعض وباب كل إلى السكة فبيع الأوسط تثبت الأعلى والأسفل وإن بيع الأسفل أو الأعلى فالأوسط أولى اه ملخصا (قوله بما له من حق القرار) لأن حق التعلى يبقى على الدوام وهو غير منقول فتستحق به الشفعة كالعقار زيلعى ، وظاهره ترجيح قول محمد المار (قوله إذا بيع مع حق القرار) كالبناء فى الأرض السلطانية أو أرض الوقف المحتكرة (قوله فرده شيخنا الخ) اقتصر فى الرد على

تبعا للبزازية وغيرها فليحفظ ..

(وركنها أخذ الشفيع من أحد المتعاقدين) عند وجود سببها وشرطها ؛

(وحكمها جواز الطلب عند تحقق السبب)

الاستناد إلى النقل ، وكان ينبغي إبداء الفرق بينه وبين مسألة العلو للإيضاح ، ولعله أن البناء فيما ذكر ليس له حق البقاء على الدوام بل هو على شرف الزوال ، لما قالوا : إن الأرض المحتكرة إذا امتنع المحتكر من دفع أجرة المثل يؤمر برفع بنائه وتؤجر لغيره ، وكذا يقال فى السلطانية إذا امتنع من دفع ما عينه السلطان ، بخلاف حق التعلى فإنه يبقى على الدوام كما مر. وبه اندفع ما ذكره ح من أن تعليلهم إلحاق العلو بالعقار بأن له حق القرار يؤيد ابن الكمال اه فتأمل (قوله تبعا للبزازية وغيرها) ففى البزازية : ولا شفعة فى الكردار : أى البناء ويسمى بخوارزم حق القرار لأنه نقلى كالأراضى السلطانية التى حازها السلطان لبيت المال ويدفعها مزارعة إلى الناس بالنصف فصار لهم فيها كردار كالبناء والأشجار والكبس بالتراب فبيعها باطل ، وبيع الكردار إذا كان معلوما يجوز لكن لا شفعة فيه اه ملخصا ، ونحوه فى النهاية والذخيرة ؛

وفى التاترخانية عن السراجية : رجل له دار فى أرض الوقف فلا شفعة له ، ولو باع هو عمارته فلا شفعة بجاره اه ؛

مطلب فى الكلام على الشفعة فى البناء نحو الأرض المحتكرة

هذا وقد انتصر أبو السعود فى حاشية مسكين لابن الكمال وجزم بخطأ من أفتى بأنه لا شفعة فى البناء فى الأرض المحتكرة كالطورى إذ لا سند له فى فتواه ؛ ثم استدل بما فى شرح المجمع الملكى لو بيع النخل وحده أو البناء وحده فلا شفعة لأنهما لا قرار لهما بدون العرصة ؛ قال : فتعليله كالصريح فى ثبوت الشفعة فى البناء فى المحتكرة لما له من حق القرار اه ؛ واستدل قبل هذا أيضا بما هو دليل عليه لا له كما تعرفه . وأما ما فى شرح المجمع فلا دليل فيه أيضا لأن التعليل المذكور لبيان الفرق بين بيع البناء أو النخل وحده وبين بيعه مع محله القائم فيه فإنه تثبت فيه الشفعة لوجود حق القرار على الدوام ، بخلاف بيع البناء أو الشجر وحده ولو فى الأرض المحتكرة كما علمته مما قررناه سابقا . ويمكن أن يكون مراد ابن الكمال بحق القرار المحل القائم فيه فلا يكون فيه مخالفة لغيره ، وقوله إذ لا سند له فى فتواه عجيب بعد ما قدمناه من النقول ، ومما يدل عليه قطعا ما فى الجامع الصغير أن بيع أرض مكة لا يجوز وإنما يجوز بيع البناء فلا تجب الشفعة. وروى الحسن عن أبى حنيفة أنها تجب وهو قولهما وعليه الفتوى لأنه باع المملوك اه ؛

قال فى شرح الوهبانية : ولا يخفى أن مفاد هذا الكلام أن الشفعة فيها إنما تثبت بناء على القول بأن أرضها مملوكة لا أن مجرد البناء فيها يوجب الشفعة فيكون حكمه مخالفا لحكم غيره من الأبنية كما توهمه عبارة ابن وهبان اه أى فإن عبارته توهم أن ثبوت الشفعة فيها لمجرد البناء فتجب ، ولو قيل إن أرضها غير مملوكة فيخالف حكم غيره من الأبنية وليس كذلك ، بل ثبوتها خاص بالقول بملكية أرضها ليكون البناء تابعا الأرض فلا يكون من بيع المنقول ؛

والعجب من أبى السعود حيث استدل بهذا الكلام وجعله صريحا فيما ادعاه مع أنه صريح بخلافه كما لا يخفى ، فإنه على القول بأن أرضها غير مملوكة فالبناء فيها له حق القرار على الدوام ومع هذا لا شفعة فيه فكيف البناء فى الأرض المحتكرة ، لا يقال : يلزم من هذا عدم ثبوتها فى العلو لأنا نقول : البناء من المنقول بخلاف العلو

ولو بعد سنين (وصفتها أن الأخذبها بمنزلة شراء مبتدإ) فيثبت بها مايثبت بالشراء كالرد بخيار رؤية وعيب (تجب) له لا عليه (بعد البيع) ولو فاسدا انقطع فيه حق المالك كما يأتى، أو بخيار للمشترى (وتستقر بالإشهاد) فى مجلسه أى طلب المواثبة فلا تبطل بعده (وعملك بالأخذ بالتراضى أو بقضاء القاضى) عطف على الأخذ لثبوت ملك الشفيع بمجرد الحكم قبل الأخذ كما حرره منلا خسرو (بقدر رؤوس الشفعاء لا الملك) خلافا للشافعى (للخليط) متعلق بتجب (فى نفس المبيع ؛ ثم) إن لم يكن أو علم

كما مر ، وأشار إليه الزيلعى فيما يأتى ، فاغتنم هذه الفوائد الفرائد (قوله ولو بعد سنين) مرتبط بقوله جواز الطلب : أى إذا لم يعلم بها ط (قوله لا عليه) أى لا يجب عليه الطلب بها ، فالمراد بالوجوب الثبوت كما قال الإتقانى (قوله بعد البيع) لم يقل بالبيع لأنه شرط ابن كمال (قوله ولو فاسدا انقطع فيه حق المالك) بالهبة أو البناء أو الغرس (قوله كما يأتى) أول الباب الثانى (قوله أو بخيار للمشترى) متعلق بمحذوف منصوب على الحالية عطفا على قوله ولو فاسدا المقرون بالواو الحالية لا على مدخول لو لفساد المعنى ، لأنه لو كان الخيار للبائع أولهما فلا شفعة اتفاقا ، لأن المبيع لم يخرج عن ملك بائعه ، بخلاف ما إذا كان للمشترى ، وسيأتى تمام الكلام على ذلك فى الباب الثانى .

وفى القهستانى عن قاضيخان : لا شفعة فى بيع الوفاء لأن حق المالك لاينقطع رأسا (قوله وتستقر بالإشهاد) أى بالطلب الثانى وهو طلب التقرير . والمعنى أنه إذا أشهد عليها لا تبطل بعد ذلك بالسكوت إلا أن يسقطها بلسانه أو يعجز عن إيفاء الثمن فيبطل القاضى شفعته ، ولابد من طلب المواثبة لأنها حق ضعيف يبطل بالإعراض فلابد من الطلب والإشهاد جوهرة (قوله فى مجلسه أى طلب المواثبة) هو أن يطلب كما سمع وهذا هو الطلب الأول من الثلاثة الآتية ، وفيه مخالفة لما قدمناه عن الجوهرة ولقوله فلا تبطل بعده لأن تأخير طلب التقرير مبطل لها أيضا كما يأتى ، وهو متابع لابن الكمال حيث قال أراد بالإشهاد طلب المواثبة ، لأن حق الشفعة قبله متزلزل بحيث لو أخر تبطل ، وإذا لم يؤخر استقر أى لا تبطل بعد ذلك اهـ .

ويمكن أن يجاب عن عبارة الشارح بأن يقال : المراد بالإشهاد هو الطلب الثانى إذا كان فى مجلس طلب المواثبة لما سيأتى أنه حينئذ يقوم مقام الطلبين ، لكن يبعده الضمير فى مجلسه ، فإنه لو رجع إلى طلب المواثبة لزم عوده على غير مذكور ، والظاهر أنه راجع إلى الإشهاد ، وقد فسره بقوله أى طلب المواثبة ، فينافى حمله على الطلب الثانى . والعبارة الصحيحة أن يقال : ولو فى مجلس طلب المواثبة بزيادة لو وإسقاط الضمير وأداة التفسير ، ويكون المراد بالإشهاد الطلب الثانى كما قلنا فتدبر (قوله فلا تبطل بعده) أى بتأخير الطلب الثالث ، وهو طلب التملك إما مطلقا أو إلى شهر كما يأتى (قوله ويملك) بالياء المثناة التحتية . قال فى الدرر : أى العقار وما فى حكمه اهـ ونحوه فى المنح . والذى رأيناه فى النسخ تملك بالتاء الفوقية ، وعليه فالضمير يعود إلى البقعة المذكورة أولا (قوله بالأخذ الخ) لأن ملك المشترى تم فلا ينتقل عنه إلا بأحدهما كالرجوع فى الهبة ، فلو مات أو باع المستحق بها أو بيعت دار بجنبها قبل الأخذ أو الحكم بطلت ، ولو أكل المشترى ثمرا حدثت بعد قبضه لم يضمنه ، وتمامه فى الجوهرة (قوله عطف على الأخذ) فلو قدمه عليه كما فى الغرر لسلم من الإيهام ط (قوله كما حرره منلاخسرو) أى تبعا لغيره من الشراح (قوله بقدر رؤوس الشفعاء) لاستوائهم فى استحقاق الكل لوجود علته فيجب الاستواء فى الحكم ، وشمل ما لو كان المشترى أحدهم وطلب معهم فيحسب واحدا منهم ويقسم المبيع بينهم كما فى الوهبانية وشروحها ، وسيأتى فى الباب الثانى (قوله إن لم يكن) أى لم يوجد خليط فى نفس المبيع مستحق .

(له فى حق المبيع) وهو الذى قاسم وبقيت له شركة فى حق العقار (كالشرب والطريق خاصين) ثم فسر ذلك بقوله (كشرب نهر) صغير (لاتجرى فيه السفن وطريق لاينفذ) فلو عامين لاشفعة بهما :

بيانه شرب نهر مشترك بين قوم تسقى أراضيهم منه بيعت أرض منها فلكل أهل للشرب الشفعة ، فلو النهر

بأن لم يوجد أصلا ، أوكان غائبا ، أوكان حاضرا وسقطت شفعته بمسقط غير التسليم (قوله له) متعلق بتجب ولم يعده الشارح لظهوره بعد ما نبه عليه فيما قبله ، وقوله فى حق المبيع متعلق بالضمير المجرور لعودة على الخليط وهو جائز عند بعضهم كقول الشاعر : ... وما هو عنها بالحديث المترجم • أى وما الحديث عنها ، والأولى إظهاره وإضمار ما بعده بأن يقول ثم للخليط فى حقه، ولذا قال ابن الكمال : من قال ثم له فى حق المبيع أضمر فيما حقه الإظهار وأظهر فيما يكفى فيه الإضمار (قوله وهو الذى قاسم الخ) كذا فى العينى : قال المرحوم الشيخ شاهين : فيه نظر لأن الخليط فى حق المبيع أعم من قاسم أولا بأن كان خليطا فى حق المبيع من غير قسمة ويمكن أن يجاب بأنه غير احترازى ، فالمتن على إطلاقه اه :

وأقول : بل هو احترازى لأنه قبل القسمة يستحقها من حيث كونه شريكا فى نفس المبيع لا فى حقه ، إذ الشريك فى المبيع مقدم على الخليط فى حقه أبوالسعود (قوله كالشرب والطريق الخ) الشرب بكسر الشين : النصيب من الماء ، وعطف القهستانى الطريق بثم وقال : فلو بيع عقار بلا شرب وطريق وقت البيع ، فلاشفعة فيه من جهة حقوقه ولو شاركه أحد فى الشرب وآخر فى الطريق فصاحب الشرب أولى : قال فى الدر المنتقى : ونقل البرجندى أن الطريق أقوى من المسيل فراجعه اه (قوله لا تجرى فيه السفن) قيل أراد به أصغر السفن ، وعامة المشايخ على أن الشركاء على النهر إن كانوا يحصون فصغير وإلا فكبير : ثم اختلفوا ، فقيل مالا يحصى خمسمائة ، وقيل أربعون، وقيل الأصح تفويضه إلى رأى كل مجتهد فى زمانه اه كفاية ملخصا . قال العينى : وهو الأشبه . وفى الدر المنتقى عن المحيط : وهو الأصح ، وفيه عن النتف : فلو باع حصته بشربها فالشفعة للخليط ثم لأهل الجدول ثم لأهل الساقية ثم لأهل النهر العظيم اه :

أقول : أصل مياه دمشق من بردى ، ويتشعب منه أنهار كقنوات بانياس وتورا ، ويتشعب منها لشرب البيوت طوالع ، وكل طالع قد يتشعب منه طوالع وهكذا ، ومقتضى مافى النتف أن يعتبر أخص طالع ثم مافوقه وهكذا إلى أن ينتهى إلى النهر العظيم وهو بردى الذى يسقى دمشق وقراها ، ومسافة ذلك أكثر من ثمان ساعات فلكية وعليه فلو بيعت أرض شربها من أصل بردى ولا شركة فيها لنفسها فلجميع أهل تلك المسافة حق أخذها بالشفعة وفيه توسيع للدائرة جدا ، فلا جرم كان الأصح الأشبه تفويضه لرأى المجتهد فى كل زمان . والظاهر أن المراد بالمجتهد الحاكم ذو الرأى المصيب للعلم بانقطاع المجتهد المصطلح عليه، نعم على مانذكره قريبا عن الهداية لايلزم المحذور ، والله تعالى أعلم (قوله وطريق لاينفذ) فكل أهلها شفعاء ولو مقابلا ، والمراد بعدم النفاذ أن يكون بحيث يمنع أهله من أن يستطرقه غيرهم كما فى الدر المنتقى ، فلو فيه مسجد فنافذ حكما إذا كان مسجد خطة لامحدثا وتمامه فى البزازية ، فإن كانت سكة غير نافذة يتشعب منها أخرى غير نافذة مستطيلة لاشفعة لأهل الأولى فى دار من هذه بخلاف عكسه ، ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق فلا شفعة لأهل النهر الصغير فى أرض متصلة بالأصغر كما فى الهداية وشروحها ، وخرج بالمستطيلة المستديرة ومر بيان ذلك وتوجيهه فى متفرقات القضاء (قوله شرب نهر) أى صغير (قوله فلكل أهل الشرب) أى من ذلك النهر الخاص ومثله

عاما والمسألة بحالها فالشفعة للجار الملاصق فقط (ثم لجار ملاصق) ولو ذميا أو مأذونا أو مكاتبا (بابه فى سكة أخرى) وظهر داره لظهرها ، فلو بابه فى تلك السكة فهو خليط كما مر (وواضع جذع على حائط وشريك فى خشبة عليه جار) ولو فى نفس الجدار فشريك ملتقى :

قلت : لكن قال المصنف : ولو كان بعض الجيران شريكا فى الجدار لايتقدم على غيره من الجيران لأن الشركة فى البناء لمجرد دون الأرض لايستحق بها الشفعة . وفى شرح المجمع : وكذا للجار المقابل فى السكة الغير النافذة الشفعة بخلاف النافذة :

(أسقط بعضهم حقه) من الشفعة (بعد القضاء) فلو قبله فلمن بقى أخذ الكل

الطريق الخاص ، فكل أهله شفعاء ولو مقابلا كما قدمناه ، فالذى فى أوله كالذى فى آخره إتقانى (قوله ثم لجار ملاصق) ولو متعددا ، والملاصق من جانب واحد ولو بشبر كالملاصق من ثلاثة جوانب فهما سواء إتقانى : وفى القهستانى : الملاصق المتصل بالمبيع ولو حكما كما إذا بيع بيت من دار فإن الملاصق له ولأقصى الدار فى الشفعة سواء اهـ (قوله بابه فى سكة أخرى) لانافذة أولا در منتقى (قوله وظهر داره لظهرها) أى لظهر الدار المشفوعة وعبارة الهداية وغيرها على ظهرها ، وهذا القيد غير لازم ، وما ذكره الإتقانى وغيره أنه للاحتراز عن المحاذى معناه ولو بينهما طريق نافذ، لما فى الجوهرة : ثم الجار هو الملاصق الذى إلى ظهر المشفوعة وبابه من سكة أخرى دون المحاذى وبينهما طريق نافذ فلا شفعة له وإن قربت الأبواب ، لأن الطريق الفارقة تزيل الضرر اهـ أبو السعود ملخصا أقول : إذ لو كان محاذيا والطريق غير نافذ فهو خليط لاجار كما مر ويأتى (قوله فلو بابه فى تلك السكة) أى وهى غير نافذة كما سبق ط (قوله كما مر) من قوله وطريق لاينفذ :

[تنبيه] بينهما منزل فى دار لقوم باع أحدهما نصيبه منه فشريكه فيه أحق ، ثم الشركاء فى الدار لأنهم أقرب ثم فى السكة ثم للجار الملاصق نهاية وغيرها . قال أبو السعود: لأنها لدفع الضرر الدائم ، فكلما كان أخص اتصالا كان أخص بالضرر فكان أحق بها إلا إذا سلم اهـ.

واعلم أن كل موضع سلم الشريك الشفعة فإنما تثبت للجار إن طلبها حين سمع البيع وإن لم يكن له حق الأخذ فى الحال : أما إذا لم يطلب حتى سلم الشريك فلا شفعة له شرح المجمع ، ومثله فى النهاية وغيرها (قوله وواضع جذع على حائط) أى حائط لاملك له فيه وإلا فهو المسألة الآتية (قوله ولو فى نفس الجدار فشريك) أى ولو كان شريكا فى نفس الجدار فهو شريك فى المبيع : أى فى بعضه (قوله قلت لكن الخ) وفق الشارح فى الدر المنتقى بحمل مافى الملتقى على ما إذا كان البناء والمكان الذى عليه البناء مشتركا اهـ ح .

أقول : وهو المصرح به فى الكفاية عن المغنى حيث قال : الجار المؤخر عن الشريك فى الطريق أن لايكون شريكا فى أرض الحائط المشترك ، أما إذا كان شريكا فيقدم الخ (قوله لايستحق بها الشفعة) أى شفعة الشريك لامطلقا لأنه جار ملاصق ، أو المعنى لايستحق الشفعة وحده دون بقية الجيران تأمل (قوله وكذا للجار المقابل الخ) دفع به مايتوهم من قوله وظهر داره لظهرها أنه قيد ط . وفيه أنه لاملاصقة هنا . وأيضا فإن مامر فيما إذا كان بابه فى سكة أخرى وفيما نحن فيه السكة واحدة فيما يظهر ، ولذا وجهه أبو السعود بأن استحقاقها فيه للشركة فى حق المبيع فلا تعتبر الملاصقة فالظاهر أنه تعميم لقوله وطريق لاينفذ أفاد به أنه يشمل المقابل وبهذه الإفادة لايقال إنه مكرر فافهم ، نعم كان ينبغى ذكره هناك (قوله بخلاف النافذة) قدمنا وجهه عن الجوهرة (قوله أسقط بعضهم حقه الخ) قد مر أن الشفيع يثبت له الملك بمجرد الحكم قبل الأخذ ، وسيذكر المصنف آخر الباب الآتى أنه ليس له تركها بعد القضاء ، فإن حمل الإسقاط هنا على أنه تمليك للبائع أو المشترى فلم لايكون لمن بقى أخذها به فليتأمل

لزوال المزاحمة (ليس لمن بقى أخذ نصيب التارك) لأنه بالقضاء قطع حق كل واحدمنهم فى نصيب الآخر زيلعى (ولو كان بعضهم غائبا يقضى بالشفعة بين الحاضرين فى الجميع) لاحتمال عدم طلبه فلا يؤخر بالشك (وكذا لو كان الشريك غائبا فطلب الحاضر يقضى له بالشفعة) كلها (ثم إذا حضر وطلب قضى له بها) فلو مثل الأول قضى له بنصفه ، ولو فوقه فبكله ، ولو دونه منعه خلاصة .

(أسقط) الشفيع قبل (الشفعة الشراء لم يصح) لفقد شرطه وهو البيع :

(أراد الشفيع أخذ البعض وترك الباقى لم يملك ذلك جبرا على المشترى) لضرر تفريق الصفقة (ولو جعل بعض الشفعاء نصيبه لبعض لم يصح وسقط حقه به) لإعراضه ويقسم بين البقية ، بل لو طلب أحد الشريكين النصف بناء أنه يستحقه فقط بطلت شفعته إذ شرط صحتها أن يطلب الكل كما بسطه الزيلعى فليحفظ :

(وصح بيع دور مكة فتجب الشفعة فيها) وعليه الفتوى أشباه .

قلت : ومفاده صحة إجارتها بالأولى ، وقد قدمناه فليحفظ ، لكنه يكره وسنحققه فى الحظر وفيها

ثم رأيت ط نقل عن العلامة المكى أن عدم أخذ الباقين نصيب التارك لعدم صحة الترك لتقرر ملكه بالقضاء لا لإنقطاع حقهم به مع صحة الترك منه اه وبه يزول الإشكال (قوله لزوال المزاحمة) أى مزاحمة المشارك لهم فى الاستحقاق وزوالها بتركه قبل تقرر ملكه وفى النهاية إذا سلم أحدهما لم يكن للآخر إلا أن يأخذها كلها أو يدعها لأن مزاحمة من سلم قد زالت فكأنه لم يكن (قوله فى الجميع) أى جميع المبيع (قوله وكذا لو كان الشريك غائبا الخ) يغنى عنه ماقبله تأمل (قوله ثم إذا حضر وطلب) أى الغائب فى الصورتين (قوله قضى له بها) قال فى الهداية : وإن قضى لحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضى له بالنصف ، ولو حضر ثالث فبثلث ماف يد كل واحد تحقيقا للتسوية (قوله فلو مثل الأول) أى لو كان الذى حضر مثل الأول كشريكين أو جارين (قوله ولو فوقه) كأن يكون الأول جارا والثانى شريكا فيقضى له بالكل ويبطل شفعة الأول (قوله ولو دونه) كعكس ماقلنا (قوله لفقد شرطه وهو البيع) أى وإن وجد السبب وهو اتصال ملك الشفيع بالمشرى لأنه لايكون سببا إلا عند وجود الشرط كما فى الطلاق المعلق منح ملخصا (قوله لم يملك ذلك) فيه إشارة إلى أن شفعته لم تبطل بذلك وفى المجمع ولا يجعل يعنى أبو يوسف قوله أخذ نصفها تسليما ، وخالفه محمد : قال شارحه : وفى المحيط الأصح قول محمد اه . ومثله فى غرر الأفكار وشرحه . وفى الخانية قال للمشترى : سلم لى نصفها فأبى المشترى لاتبطل شفعته فى الصحيح لأن طلب تسليم النصف لايكون تسليما اه يعنى إسقاطا للباقى (قوله ولو جعل الخ) أى قبل القضاء أما بعده فلا يسقط حقه كما يعلم مما مر (قوله بناء أنه) أى على أنه (قوله إذ شرط صحتها أن يطلب الكل) لأنه يستحق الكل والقسمة للمزاحمة ، وكذا لو كانا حاضرين فطلب كل منهما النصف بطلت ، ولو طلب أحدهما الكل والآخر النصف بطل حق من طلب النصف ، وللآخر أن يأخذ الكل أو يترك وليس له أن يأخذ النصف زيلعى :

أقول : والظاهر أن المراد بالطلب هنا طلب المواثبة والإشهاد ، وما قدمناه آنفا عن المجمع محمول على ما إذا طلب أخذ النصف بعدهما فلا منافاة فتأمل ، وسيأتى بعيد الحيل مايؤيده فتأمل (قوله فتجب الشفعة فيها) أفاد أن وجوبها فرع عن جواز بيع أرضها على قولهما المفتى به ، وإلا فمجرد البناء لايوجب الشفعة ، وقدمنا بيانه (قوله وسنحققه فى الحظر) نقل فيه عن إجارة الوهبانية والتاترخانية : قال أبو حنيفة : أكره إجارة بيوت مكة أيام الموسم ، وكان يفتى لهم أن ينزلوا عليهم فى بيوتهم ، لقوله تعالى — سواء العاكف فيه والباد — ورخص فيها فى غير الموسم :

(ويصح الطلب من وكيل الشراء إن لم يسلم إلى موكله ، وإن سلم لا) وبطلت هو المختار (ولا شفعة فى الوقف) ولا له لوازل (ولا بجواره) شرح مجمع وخانية خلافا للخلاصة والبزازية ، ولعل لاساقطة :

قال المصنف: قلت وحمل شيخنا الرملى الأول على الأخذ به، والثانى على أخذه بنفسه إذا بيع . فنى الفيض: حق الشفعة ينبنى على صحة البيع اه ، فمفاده أن مالا يملك من الوقف بحال لاشفعة فيه ، ومايملك بحال ففيه الشفعة وأما إذا بيع بجواره أو كان بعض المبيع ملكا وبعضه وقفا وبيع الملك فلا شفعة للوقف ، والله أعلم :

قلت : وبه يظهر الفرق والتوفيق :أى الفرق بين أيام الموسم وغيرها والتوفيق بين من عبر بكراهة الإجارة وبين من نفاها ط (قوله ويصح الطلب الخ) قال فى الولوالجية : الوكيل بشراء الدار إذا اشترى وقبض فطلب الشفيع الشفعة منه إن لم يسلم الوكيل الدار إلى الموكل صح ، وإن سلم لايصح الطلب وتبطل شفعته هو المختار اه ومثله فى التتارخانية والقنية ،ولعل وجه البطلان أن الوكيل بعد التسليم لم يبق خصما وإنما الخصم هو الموكل فصار مؤخرا للطلب بطلبه من غير خصم مع القدرة على الطلب من الخصم تأمل (قوله ولا شفعة فى الوقف) أى إذا بيع : قال فى التجريد : مالا يجوز بيعه من العقار كالأوقاف لاشفعة فى شىء من ذلك عند من يرى جواز بيع الوقف ، ثم قال : لاشفعة فى الوقف ولا بجواره اه نقله الرملى (قوله ولاله) يغنى عنه قول المصنف بعده ولا بجواره، ولعله ذكره لأنه أعم من الجوار لشموله ماإذا كان خليطا مع الملك المبيع كما صور بهالشارح فيما يأتى فليس تكرارا محضا فافهم (قوله شرح مجمع) عبارته مافى المتن(قوله وخانية) عبارتها كما فى المنح: ولا شفعة فى الوقف لاللقيم ولا للموقوف عليه (قوله خلافا للخلاصة والبزازية) حيث قالا : وكذا تثبت الشفعة بجوار دار الوقف اه :

أقول : وفى نسختى البزازية لاتثبت ، نعم رأيت فى نسختى الخلاصة كما قال (قوله ولعل لاساقطة) يؤيده أنه ذكر فى كل من الخلاصة والبزازية قبله بأقل من سطر مالا يجوز بيعه من العقار لاشفعة فيه الخ فالتشبيه(١) يقتضيه فافهم (قوله وحمل شيخنا الرملى) أى فى حاشية المنح :

وحاصله أن الوقف منه مالا يملك بحال فلا شفعة فيه لعدم صحة بيعه ، ولاله : أى لاالقيمه ولا للموقوف عليه لعدم المالك : ومنه ماقد يملك ، كما إذا كان غير محكوم به فلا شفعة له لعدم المالك بل فيه الشفعة إذا بيع لجواز البيع : فيحمل الأول وهو مافى النوازل وشرح المجمع من عدم الشفعة فيه أوله على ما إذا كان لا يملك بحال : ومافى الخلاصة والبزازية من ثبوتها بجواره على ماإذا كان قد يملك ، والمراد من ثبوتها بجواره ثبوتها فيه إذا بيع نفسه بسبب جواره : وأما التوفيق بين مافى الخانية من أنه لاشفعة فيه وبين مافى البزازية والخلاصة من ثبوتها بجواره ، فهو بحمل الأول على الأخذ به : أى أخذ دار بيعت فى جواره ، والثانى على أخذه نفسه إذا كان مما قد يملك ، هكذا يفهم من كلام شيخه فى الحاشية ،وبه ظهر أنه اقتصر على التوفيق الثانى فقط ، إذ مافى النوازل وشرح المجمع لايمكن حمله على الأخذ به فقط كما لايخفى، فاغتنم هذا التحرير (قولَه الأول) هو مافى الخانية فقط لما علمته ، فكان ينبغى له عبارتها (قوله والثانى) هو مافى الخلاصة والبزازية (قوله وأما إذا بيع بجواره) الباء زائدة والجوار بمعنى المجاور نائب فاعل ، أو الباء بمعنى فى الظرفية متعلقة بمحذوف صفة لموصوف محذوف: أى بيع عقار كائن فى جواره تأمل ، وقد تبع شيخه فى هذا التعبير (قوله أو كان بعض المبيع ملكا الخ) حاصله أنه لاشفعة له لابجوار ولا بشركة فهو صريح بالقسمين كما أشار إليه الشارح بنقل عبارة النوازل ، ولهذا عليه (قوله فلا شفعة للوقف) إذ لامالك له :

---

(١) (قوله فالتشبيه) أى الواقع فى عبارة الخلاصة والبزازية المنقولة آنفا فى القولة التى قبل هذه اه منه .

باب طلب الشفعة

(ويطلبها الشفيع فى مجلس علمه) من مشتر أو رسوله أو عدل أو عدد (بالبيع) وإن امتد المجلس كالمخيرة هو الأصح درر وعليه المتون ، خلافا لما فى جواهر الفتاوى أنه على الفور وعليه الفتوى

مطلب مهم
كون الأرض عشرية أو خراجية لاينافى الملكية
فتجب فيها الشفعة ما لم تكن سلطانية

[تتمة] قدمنا أنه لاشفعة فى الأراضى السلطانية ، وذكر فى الخيرية أن كون الأرض عشرية أو خراجية لاينافى الملك ، ففى كثير من الكتب : أرض الخراج أو العشر مملوكة يجوز بيعها وإيقافها وتورث ، فتثبت فيها الشفعة بخلاف السلطانية التى تدفع مزارعة لاتباع فلا شفعة فيها ، فلو ادعى واضع اليد أن الأرض ملكه وأنه يؤدى خراجها فالقول له على من نازعه فى الملكية البرهان إن صحت دعواه عليه وإنما ذكرته لكثرة وقوعه فى بلادنا اه ملخصا ، وقدمنا أيضا أنه لاشفعة فى البناء فى الأرض المحتكرة ولالها كالوقف :

مطلب باع دارا بعضها محتكر هل تثبت للجار الشفعة

وسئلت من نائب قاضى دمشق عما إذا بيعت دار فيها قطعة محتكرة فهل للدار الشفعة ؟ فأجبته : بأنى لم أر ها صريحا ولكن الظاهر أن له أخذ الدار سوى تلك القطعة وما عليها من البناء بشرط أن لايكون جواره للدار المبيعة بملاصقته لملك القطعة ، أخذا من قولهم : باع أرضين صفقة ورجل شفيع لواحدة له أخذها فقط ، ومما سيأتى فى الحيل : لو باع عقارا إلا ذرعا فى جانب الشفيع فلا شفعة لعدم الاتصال تأمل ، والله تعالى أعلم :

باب طلب الشفعة

(قوله من مشتر) متعلق بعلمه ح (قوله أو عدل أو عدد) أى لو كان المخبر فضوليا ، والمراد بالعدد عدد الشهادة رجلان أو رجل وامرأتان ، وأفاد عدم اشتراط العدالة فى العدد وكذا فى المشترى لأنه خصم ، ولاتشترط العدالة فى الخصوم ، ومثله رسوله كما فى التاترخانية : وفيها إن كان الفضولى واحدا غير عدل فإن صدقه ثبت الشراء ، وإن كذبه لا وإن ظهر صدق الخبر عند أبى حنيفة اه . قال فى الدرر : وقالا يكفى واحد حرا كان أو عبدا صبيا أو امرأة إذا كان الخبر صدقا (قوله بالبيع) متعلق بعلمه (قوله وإن امتد المجلس) مالم يشتغل بما يدل على الإعراض درر البحار (قوله كالمخيرة) أى كخيار المخيرة وهى التى قال لها زوجها أمرك بيدك (قوله هو الأصح) واختاره الكرخى (قوله وعليه المتون) أى ظاهرها ذلك لأنهم عبروا بالمجلس (قوله خلافا لما فى جواهر الفتاوى الخ) أشار إلى عدم اختياره لمخالفته لظاهر المتون ، لكن هذا القول مناسب لتسميته طلب المواثبة ولظاهر الحديث الآتى ، وظاهر الهداية اختياره ونسبه إلى عامة المشايخ قال فى الشرنبلالية وهو ظاهر الرواية ، حتى لو سكت هنية بغير عذر ولم يطلب أو تكلم بكلام لغو بطلت شفعته كما فى الخانية والزيلعى وشرح المجمع اه ، وقوله وعليه الفتوى من كلام الجوهرى وهذا ترجيح صريح مع كونه ظاهر الرواية فيقدم على ترجيح المتون بمشيهم على خلافه لأنه ضمنى :

[فروع] أخبر بكتاب والشفعة فى أوله أو وسطه وقرأه إلى آخره بطلت هداية : سمع وقت الخطبة فطلب بعد الصلاة إن بحيث يسمع الخطبة لاتبطل وإلا ففيه اختلاف المشايخ ، ولو أخبر فى التطوع فجعله أربعا أوستا

(بلفظ يفهم طلبها كطلبت الشفعة ونحوه) كأنا طالبها أو أطلبها (وهو) يسمى (طلب المواثبة) أي المبادرة، والإشهاد فيه ليس بلازم بل لمخافة الجحود (ثم) يشهد (على البائع لو) العقار (في يده أو على المشترى وإن) لم يكن ذا يد لأنه مالك أو عند العقار (فيقول اشترى فلان هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا عليه، وهو طلب إشهاد) ويسمى طلب التقرير (وهذا) الطلب لابد منه،

فالمختار أنها تبطل لا إن أتم ما بعد الظهر أربعا في الصحيح، ولو ستا تبطل ولا تبطل إن أتم القبلية أربعا، وسلامه على غير المشترى يبطلها ولو عليه لا كما لو سبح أو حمدل أو حوقل أو شمت عاطسا تاترخانية: أي على رواية اعتبار المجلس كفاية وشرنبلالية.

مطلب لو سكت لا تبطل ما لم يعلم المشترى والثمن

وفي الخانية: أخبر بها فسكت، قالوا لا تبطل مالم يعلم المشترى والثمن، كالبكر إذا استؤمرت ثم علمت أن الأب زوجها من فلان صح ردها اه.

أقول: وبه أفتى المصنف التمرتاشي في فتاواه فليحفظ (قوله بلفظ يفهم طلبها) متعلق بقوله يطلبها، والمراد أي لفظ كان، حتى حكى ابن الفضل: لو قال القروى شفعة شفعه كفى تاترخانية (قوله طلب المواثبة) سمي به تبركا بلفظه صلى الله عليه وسلم «الشفعة لمن واثبها» أي طلبها على وجه السرعة إتقاني (قوله أي المبادرة) مفاعلة من الوثوب على الإستعارة، لأن من يثب: هو من يسرع في طي الأرض بمشيه إتقاني (قوله والإشهاد فيه ليس بلازم) كذا في الهداية وغيرها، لأن طلب المواثبة ليس لإثبات الحق بل ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة نهاية ومعراج (قوله بل لمخافة الجحود) أي جحود المشترى الطلب: كما قالوا: إذا وهب الأب لطفله وأشهد على ذلك، وما ذكروا الإشهاد لكونه شرطا لصحة الهبة بل لإثباتها عند إنكار الأب معراج. قال السائحاني: وظاهره أنه لا يصدق بيمينه مع أنه يصدق إذا قال طلبت حين علمت، نعم لو قال علمت أمس وطلبت كلف إقامة البينة كما في الدرر اه.

هذا وظاهر كلام الدرر أن الإشهاد فيه لا يلزم فيما إذا كان في مكان خال من الشهود لأنه صرح بأن مما يبطلها ترك الإشهاد عليه مع القدرة لأنه دليل الإعراض لكن قال الشرنبلالي: إنه سهو، لأن الشرط الطلب فقط دون الإشهاد عليه اه ويأتي تمام الكلام فيه في الباب الآتي. وفي القهستاني: يجب الطلب وإن لم يكن عنده أحد لئلا تسقط الشفعة ديانة وليتمكن من الحلف عند الحاجة كما في النهاية، ولا يشترط الإشهاد فيصح بدونه أو صدقه المشترى كما في الاختيار وغيره اه، فهذا دليل على أنه غير شرط مطلقا وكذا يدل عليه تصديقه بيمينه فيما مر فتدبر (قوله ثم يشهد الخ) أتى بثم إشارة إلى أن مدة هذا الطلب ليست على فور المجلس في الأكثر بل مقدرة بمدة التمكن من الإشهاد كما في النهاية وغيرها قهستاني (قوله لو العقار في يده) وإلا فلا يصح الإشهاد على ماذكره القدوري وعصام والناطفي، واختاره الصدر الشهيد وذكر شيخ الإسلام وغيره أنه يصح استحسانا كما في المحيط قهستاني (قوله وإن لم يكن ذا يد الخ) رد على المصنف في المنح لمخالفته لما في الجوهرة والدرر والنهاية والخانية وغيرها (قوله أو عند العقار) لتعلق الحق به اختيار (قوله وهو طلب إشهاد) أقول: ظاهر عباراتهم لزوم الإشهاد فيه لكن رأيت في الخانية: إنما سمي الثاني طلب الإشهاد لا لأن الإشهاد شرط بل لتمكنه إثبات الطلب عند جحود

حتى لو تمكن ولو بكتاب أو رسول ولم يشهد بطلت شفعته (وإن لم يتمكن) منه (لا) تبطل ولو أشهد فى طلب المواثبة عند أحد هؤلاء كفاه وقام مقام الطلبين ثم بعد هذين الطلبين يطلب عند قاض فيقول اشترى (فلان دار كذا وأنا شفيعها بدار كذا لى) لو قال بسبب كذا كما فى الملتقى لشمل الشريك فى نفس المبيع (فره يسلم) الدار (إلى) هذا لو قبضها المشترى وطلب الخصومة لا يتوقف عليه (وهو) يسمى (طلب تمليك وخصومة وبتأخيره مطلقا) بعذر وبغيره شهرا أو أكثر (لا تبطل الشفعة) حتى يسقطها بلسانه (به يفتى) وهو ظاهر المذهب، وقيل يفتى بقول محمد إن أخره شهرا بلا عذر بطلت كذا فى الملتقى، يعنى دفعا للضرر: قلنا: دفعه برفعه للقاضى ليأمره بالأخذ أو الترك.

الخصم اه تأمل (قوله حتى لو تمكن الخ) أشار إلى أن مدته مقدرة بالتمكن منه كما مر، فلو افتتح التطوع بعد طلب المواثبة قبل طلب الإشهاد بطلت خانية.

مطلب طلب عند القاضى قبل طلب الإشهاد بطلت

وأفتى فى الخيرية بسقوطها إذا طلب عند القاضى قبل طلب الإشهاد فليحفظ. وفى الخانية: إن كان المتبايعان والشفيع والدار فى مصر والدار فى يد البائع فإلى أيهم ذهب الشفيع وطلب صح، ولا يعتبر فيه الأقرب والأبعد لأن المصر مع تباعد الأطراف كمكان واحد إلا أن يجاوز على الأقرب ولم يطلب فتبطل، وإن كان الشفيع وحده فى مصر آخر فإلى أيهم ذهب صح، وإن أحد المتبايعين فى مصر الشفيع فطلب من الأبعد بطلت اه ملخصا (قوله لى) أى مملوكة لى حال من دار (قوله لشمل الشريك فى نفس المبيع) لأن قوله بدار كذا يفيد أنها غير الدار المشفوعة فيكون جارا أو شريكا فى الحقوق فقط، بخلاف قوله بسبب كذا فإنه يشمل الثلاثة فافهم (قوله هذا) أى قول الشفيع للقاضى مره أى مر المشترى مفروض فيما لو قبضها المشترى يعنى أو وكيله (قوله وطلب الخصومة لا يتوقف عليه) أى على قبض المشترى، إذ لو كانت فى يد البائع يصح الطلب أيضا ويأمره بتسليمها للشفيع، وإنما يتوقف على حضرة المشترى وحده مطلقا أو مع البائع لو قبل التسلم كما يذكره قريبا.

وحاصل كلامه أن كون الأمر متوجها للمشترى ليس بقيد، لأن قبضه غير شرط لصحة الطلب فافهم (قوله به يفتى) كذا فى الهداية والكافى درر، قال فى العزمية: وقد رأيت فتوى المولى أبى السعود على هذا القول (قوله وقيل يفتى بقول محمد) قائله شيخ الإسلام وقاضيخان فى فتاواه وشرحه على الجامع، ومشى عليه فى الوقاية والنقاية والذخيرة والمغنى.

وفى الشرنبلالية عن البرهان أنه أصح ما يفتى به. قال: يعنى أنه أصح من تصحيح الهداية والكافى، وتمامه فيها، وعزاه القهستانى إلى المشاهير كالمحيط والخلاصة والمضمرات وغيرها. ثم قال: فقد أشكل ما فى الهداية والكافى (قوله بلا عذر) فلو بعذر كمرض وسفر أو عدم قاض يرى الشفعة بالجوار فى بلده لا تسقط اتفاقا شرح مجمع (قوله يعنى دفعا للضرر) بيان لوجه الفتوى بقول محمد: قال فى شرح المجمع: وفى جامع الخانى: الفتوى اليوم على قول محمد لتغير أحوال الناس فى قصد الإضرار اه، وبه ظهر أن إفتاءهم بخلاف ظاهر الرواية لتغير الزمان فلا يرجح ظاهر الرواية عليه وإن كان مصححا أيضا كما مر فى الغصب فى مسألة صبغ الثوب بالسواد وله نظائر كثيرة، بل قد أفتوا بما خالف رواية أئمتنا الثلاثة كالمسائل المفتى فيها بقول زفر وكمسألة الاستئجار على التعليم ونحوه فافهم (قوله قلنا الخ) أى فى الجواب عن ذلك، وظاهر كلام الشارح أنه يميل إلى ظاهر الرواية كالمصنف، وهو خلاف ظاهر كلامه فى شرحه على الملتقى: والجواب عنه أنه ليس كل أحد يقدر على المرافعة، وقد لا يخطر بباله أن دفع الضرر بذلك خصوصا بعد ما إذا بنى أو غرس فإن الضرر أشد، وقد

(وإذا طلب) الشفيع (سأل القاضى الخصم عن مالكية الشفيع لما يشفع به ، فإن أقر بها) أى بملكية ما يشفع به (أو نكل عن الحلف على العلم أو برهن الشفيع) أنها ملكه (سأله عن الشراء) هل اشتريت أم لا (فإن أقر به أو نكل عن اليمين على الحاصل) فى شفعة الخليط (أو على السبب) فى شفعة الجوار لخلاف الشافعى كما مر فى كتاب الدعوى (أو برهن الشفيع قضى له بها) هذا إذا لم ينكر المشترى طلب الشفيع الشفعة ، فإن أنكر فالقول له بيمينه ابن كمال (وإن لم يحضر الثمن وقت الدعوى وإذا قضى لزمه إحضاره ، وللمشترى حبس الدار ليقبض ثمنه ، فلو قيل للشفيع) أى بعد القضاء ، وأما قبله فتبطل عند محمد لعدم التأكد ذكره الزيلعى

شاهدت غير مرة من جاء يطلبها بعد عدة سنين قصدا للإضرار وطمعا فى غلاء السعر ، فلاجرم كان سد هذا الباب أسلم ، والله أعلم (قوله وإذا طلب الشفيع الخ) ذكر سؤال القاضى الخصم عقب طلب الشفيع ، وليس كذلك بل القاضى يسأل أولا الشفيع عن موضع الدار وحدودها لدعواه فيها حقا فلابد من العلم بها ثم هل قبض المشترى الدار إذ لو لم يقبض لم تصح دعواه عليه ما لم يحضر البائع ، ثم عن سبب شفعته وحدود ما يشفع به فلعل دعواه بسبب غير صالح أو هو محجوب بغيره ، ثم متى علم وكيف صنع ، فلعله طال الزمان أو أعرض ، ثم عن طلب التقرير كيف كان وعند من أشهد : وهل كان أقرب أم لا ؟ فإذا بين ولم يخل بشرط تم دعواه وأقبل على الخصم فسأله زيلعى ملخصا (قوله الخصم) وهو المشترى زيلعى ، أى لأن المصنف فرضه كذلك (قوله عن مالكية الشفيع) لأنه بمجرد كونها فى يده لايستحق الشفعة ابن ملك (قوله أو نكل) قدمه هنا وفيما يأتى على قوله أو برهن مع أن المناسب تأخيره عنه ، لأن النكول بعد العجز عن البرهان رعاية للاختصار ، إذ لو أخره احتاج على إبراز الفاعل فافهم (قوله على العلم) بأن يقول بالله ما أعلم أنه مالك لما يشفع به لأنها يمين على فعل الغير ، وهذا قول الثانى ، وعند الثالث على البتات والفتوى على الأول كما فى القهستانى . قال ابن ملك : وهذا إذا قال المشترى ما أعلم ، ولو قال أعلم أنه غير مملوك يحلف على البتات (قوله أو برهن الخ) بأن يقولا إنها ملك هذا الشفيع قبل أن يشترى هذا المشترى هذا العقار وهى له إلى الساعة ولم نعلم أنها خرجت عن ملكه ، فلو قالا إنها لهذا الجار لايكفى كما فى المحيط ، وعن أبى يوسف لاحاجة إلى البرهان قهستانى (قوله سأله عن الشراء) ليثبت كوله خصما عنده ابن ملك (قوله على الحاصل فى شفعة الخليط) لأن ثبوت الشفعة فيه متفق عليه ، فيقول بالله ما استحق الشفيع فى هذا العقار الشفعة من الوجه الذى ذكره قهستانى ، لأن فى الاستحلاف على السبب إضرارا للمدعى عليه لجواز أن يكون قد فسخ العقد ابن ملك (قوله أو على السبب الخ) بأن يقول بالله ما اشتريت هذه الدار ، لأنه لو حلف فيه على الحاصل يصدق فى يمينه فى اعتقاده فيفوت النظر فى حق المدعى (قوله هذا إذا لم ينكر المشترى الخ) ظاهره أنه إذا أنكر طلبه الشفعة وقد كان أنكر الشراء فأقام عليه البرهان به أو عجز عنه فطلب يمينه فنكل أن يكون القول قوله ، ولايعد متناقضا وبحرر ط (قوله فالقول له بيمينه) أى المشترى ، فإن أنكر طلب المواثبة حلف على العلم أو طلب التقرير فعلى البتات لإحاطة العلم به كما فى الكبرى قهستانى ، لكن قدمنا عنه عن النهاية أن طلب المواثبة واجب لئلا تسقط شفعته وليتمكن من الحلف عند الحاجة ، ومفاده أن القول للشفيع بيمينه فى طلب المواثبة إلا أن يحمل ماهنا على ما إذا قال علمت أمس وطلبت أما إذا قال طلبت حين علمت فالقول له بيمينه كما قدمناه عن الدرر فتدبر (قوله وإن لم يحضر الثمن) إن وصلية : أى لم يحضره إلى مجلس القاضى ، لأن الثمن لايجب قبل القضاء . قال فى الهداية : وهذا ظاهر رواية الأصل . وعن محمد لايقضى حتى يحضره وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة ، لأن الشفيع عساه يكون مفلسا (قوله فلو قيل للشفيع الخ) أى

(أدى الثمن فأخر لم تبطل) شفعته (والخصم) للشفيع المشترى مطلقا ، و (البائع قبل التسليم) الأول بملكه والثانى بيده ابن كمال (و) لـكن (لا تسمع البينة عليه حتى يحضر المشترى) لأنه المالك (ويفسخ بحضوره) ولو سلم للمشترى لايلزم حضور البائع لزوال الملك واليد عنه ابن كمال (ويقضى) القاضى (بالشفعة والعهدة) لضمان الثمن عند الاستحقاق (على البائع قبل تسليم المبيع إلى المشترى ، و) العهدة (على المشترى لو بعده) لما مر (للشفيع خيار الرؤية والعيب وإن شرط المشترى البراءة منه)

قبل له ذلك بعد القضاء بها فأخر : أى قال ليس عندى الثمن أو أحضره غدا أو ما أشبه ذلك لا تبطل شفعته بالإجماع ، وإن قال ذلك قبل القضاء تبطل عند محمد نص عليه الزيلعى رملى (قوله والخصم للشفيع المشترى مطلقا الخ) المراد بالإطلاق قبل التسليم أو بعده وبالتسليم تسليم المبيع للمشترى وبالأول المشترى وبالثانى البائع والباء فى بملكه وبيده للسببية أى أن الأول خصم بسبب ملكه والثانى بسبب كون العقار المبيع بيده ، وفى ذكر الإطلاق هنا نظر يظهر من سوق كلام ابن الـكمال ، فإنه قال : والخصم للشفيع البائع والمشترى إن لم يسلم أحدهما بيده والآخر بملكه فلا تسمع البينة على البائع حتى يحضر المشترى ، وإن سلم إلى المشترى لايشترط حضور البائع لزوال الملك واليد عنه اهـ ملخصا .

وحاصله أن الخصم قبل التسليم هو البائع والمشترى وبعده المشترى وحده ، فقول الشارح الخصم المشترى إن أراد وحده لايصح قوله مطلقا ، وإن أراد مع البائع لايناسب قوله قبل التسليم ، فكان عليه أن لايذكر الإطلاق، وأما كون الخصم بعد التسليم هو المشترى وحده فسينبه عليه بعده فتدبر (قوله ولـكن لا تسمع) الاستدراك فى محله بالنظر إلى مجرد المتن ، وأما بالنظر إلى عبارة الشارح حيث زاد أولا المشترى ، فهو مستدرك والمقام مقام التفريع كما قدمناه فى عبارة ابن الـكمال تأمل (قوله لأنه المالك) قال الزيلعى : لأن الشفيع مقصوده أن يستحق الملك واليد فيقضى القاضى بهما لأن لأحدهما يدا وللآخر ملـكا اهـ أى فلذا كان لابد من حضورهما كما فى الهداية ، وفى قوله ويفسخ بحضوره إشارة إلى علة أخرى لحضور المشترى وهى أن يصير مقضيا عليه بالفسخ كما نبه عليه فى الهداية ، لأن القضاء على الغائب لايجوز ملـكا أو فسخا كفاية (قوله ويفسخ بحضوره) أى حضور المشترى . وصورة الفسخ أن يقول : فسخت شراء المشترى ولايقول فسخت البيع لئلا يبطل حق الشفعة لأنها بناء على البيع فتتحول الصفقة إلى الشفيع ويصير كأنه المشترى، أفاده صاحب الجوهرة فلم ينفسخ أصله وإنما انفسخت إضافته إلى المشترى ط وهذا فى الحكم على البائع قبل التسليم ، أما بعده فالحكم على المشترى لأن البائع صار أجنبيا كما مر ويكون الأخذ منه شراء من المشترى كما يأتى قريبا تأمل (قوله لزوال الملك واليد عنه) فصار أجنبيا هداية .

[فرع] اشترى دارا بألف وباعها لآخر بألفين ثم حضر الشفيع وأراد أخذها بالبيع الأول. قال أبو يوسف : يأخذها من ذى اليد بألف ويقال اطلب بائعك بألف أخرى. وعندهما يشترط حضرة المشترى الأول ، وإن طلب البيع الثانى لايشترط حضرة الأول اتفاقا تاترخانية (قوله والعهدة) بالجر مع جواز الرفع قهستانى، فقوله على البائع متعلق بيقضى وعلى الرفع خبر (قوله لضمان الثمن الخ) أى ضمان الثمن الذى تقلده الشفيع إذا استحق المبيع (قوله وعلى المشترى لو بعده) فى التاترخانية عن الثانى إذا كان المشترى نقد الثمن ولم يقبض الدار حتى قضى للشفيع بالشفعة فنقد الشفيع الثمن للمشترى فالعهدة عليه وإن للبائع فالعهدة عليه اهـ طورى (قوله لما مر) من قوله لزوال الملك واليد عنه (قوله للشفيع خيار الرؤية والعيب) لأن الأخذ بالشفعة شراء من المشتري إن كان الأخذ بعد القبض،

دون خيار الشرط والأجل اختيار.

وفي الأشباه : الشفعة بيع في كل الأحكام إلا في ضمان الغرور للجبر (وإن اختلف الشفيع والمشتري في الثمن) والدار مقبوضة والثمن منقود (صدق المشتري) بيمينه لأنه منكر ولا يتحالفان (وإن برهنا فالشفيع أحق) لأن بينته ملزمة.

(ادعى المشتري ثمنا و) ادعى (بائعه أقل منه بلا قبضه فالقول له) أي للبائع (ومع قبضه للمشتري) ولو عكسا فبعد قبضه القول للمشتري وقبله يتحالفان ، وأي لكل اعتبر قول صاحبه ، وإن حلفا فسخ البيع

وإن كان قبله فشراء من البائع لتحول الصفقة إليه ، فيثبت له الخيار إن فيه كما إذا اشتراه منهما اختيارهما ، ولا يسقط خياره برؤية المشتري ولا بشرط البراءة منه ، لأن المشتري ليس بنائب عن الشفيع فلا يعمل شرطه ورؤيته في حقه زيلعي (قوله دون خيار الشرط والأجل) أي لعدم الشرط كما في القهستاني والأجل عطف على خيار الشرط لا على الشرط اهـ ح ، والمراد الأجل في الثمن (قوله إلا في ضمان الغرور) فلو استحق المبيع بعد ما بنى الشفيع لا يرجع بنقصان قيمة البناء على البائع أو المشتري ، لأنه لم يصر مغرورا لتملكه جبرا والمسألة ستأتي في هذا الباب متنا ، وقول المنح كالأشباه . فلا رجوع للمشتري على الشفيع قاصر ومقلوب فتنبه (قوله في الثمن) أي في جنسه كقول أحدهما هو دنانير والآخر دراهم ، أو قدره كقول المشتري بمائتين والشفيع بمائة أو صفته كاشتريته بثمن معجل وقال الشفيع بل مؤجل درر البحار (قوله والدار مقبوضة والثمن منقود) أي مقبوضة للمشتري والثمن منقود منه للبائع ، وقد راجعت كثيرا فلم أجد من ذكر هذين القيدين سوى بعض شراح الكنز لا أدري اسمه ، ثم رأيته أيضا في هامش نسخة عتيقة من نسخ الكنز معزيا للكافي.

وفي تكملة الطوري ما نصه : وأطلق المؤلف فشمل ما إذا وقع الاختلاف قبل قبض الدار ونقد الثمن أو بعدهما قبل التسليم إلى الشفيع أو بعده ، لكن في التاترخانية : اشترى دارا وقبضها ونقد الثمن ثم اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول للمشتري انتهى ما في التكملة ، وزاد في الذخيرة على ما في التاترخانية ، فالقول للمشتري مع يمينه ، ولا يتحالفان لأن الشفيع مع المشتري بمنزلة البائع مع المشتري إلا أن البائع والمشتري يتحالفان الخ فتأمل . وقال ط . وقد يقال : إن الثمن إن كان غير منقود يرجع إلى البائع فيؤخذ بقوله إن كان أقل مما يدعيه المشتري ويكون حطا كما في المسألة الآتية ، وعلى هذا فالمدار على كون الثمن منقودا فقط اهـ (قوله لأنه منكر) فإن الشفيع يدعي استحقاق الدار عند نقد الأقل وهو ينكره هداية (قوله ولا يتحالفان) لأن المشتري لا يدعي على الشفيع شيئا لأن الشفيع مخير بين الأخذ والترك فلم يتحقق كونه مدعى عليه لأنه الذي إذا ترك الدعوى لا يترك فلم يكن في معنى النص ، وهو إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا لأنه فيما إذا وجد الإنكار والدعوى من الجانبين إتقاني (قوله لأن بينته ملزمة) أي للمشتري ، بخلاف بينة المشتري لأن الشفيع مخير والبينات للإلزام فالأخذ ببينته أولى إتقاني . قال القهستاني : وفيه إشعار بأنه لو اختلف البائع والمشتري أو هما والشفيع فبينة البائع أحق لأنها تثبت الزيادة (قوله بلا قبضه) أي قبض البائع كل الثمن سواء قبض المشتري العقار أولا قهستاني (قوله فالقول له) أي بلا يمين قهستاني فيأخذها الشفيع بما قال البائع ، لأنه إن كان كما قال فظاهر وإلا فهو حط والحط يظهر في حق الشفيع (قوله ومع قبضه للمشتري) فيأخذ الشفيع بما قال المشتري إن شاء ، ولا يلتفت إلى قول البائع لأنه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين وصار كالأجنبي ، فبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع ، وقد بيناه هداية أي بأن القول فيه للمشتري.

ويأخذ الشفيع بما قال البائع ملتقى .

(وحط البعض يظهر فى حق الشفيع) فيأخذ بالباقى ، وكذا هبة البعض إلا إذا كانت بعد القبض أشباه (وحط الكل والزيادة لا) فيأخذه بكل المسمى ،

واعلم أن هذا إذا كان القبض ظاهرا بأن أثبته(١) المشترى بالبينة أو اليمين كما فى الدرر: بقى ما إذا كان القبض غير ظاهر : أى غير معلوم للشفيع ، فإما أن يقر البائع بالقبض أولا ، فإن كان الثانى ولم يذكره فى الكتاب فالظاهر أن حكمه حكم ما إذا كان غير مقبوض ، وإن كان الأول والمشترى يدعى الأكثر والدار فى يده ، فإما أن يقر أولا بمقدار الثمن ثم بالقبض أو بالعكس ، فإن كان الأول كما لو قال بعت الدار منه بألف وقبضته أخذها الشفيع بألف ، لأنه إذا بدأ بالإقرار بالبيع بمقدار تعلقت الشفعة به ثم بقوله قبضت يريد إسقاط حق الشفيع المتعلق بإقراره من الثمن ، لأنه إذا تحقق ذلك يبقى أجنبيا من العقد ، إذ لا ملك له فيجب الأخذ بما يدعيه المشترى لما مر آنفا أن الثمن إذا كان مقبوضا أخذ بما قال المشترى وليس له إسقاط حق الشفيع فيرد عليه قوله قبضت وإن كان الثانى ، كما لو قال قبضت الثمن وهو ألف لم يلتفت إلى قوله ويأخذها بما قال المشترى لأنه بإقراره بالقبض صار أجنبيا وسقط اعتبار قوله فى مقدار الثمن عناية (قوله بما قال البائع) لأن فسخ البيع لايوجب بطلان حق الشفيع ، وهل يحلف البائع؟ ينبغى أن لايحلف لأنه حلف مرة إتقانى عن الإسبيجابى (قوله وحط البعض) أى حط البائع بعض الثمن عن المشترى ، فلو حط وكيل البائع : أى بالبيع لايلتحق بأصل العقد فلايظهر فى حق الشفيع أشباه أى وإن صح حطه وبرئ المشترى ، لأن الوكيل يضمن ما حطه فكأنه هبة مبتدأة كما أوضحه الحموى (قوله فيأخذ بالباقى) أو يرجع على المشترى بالزيادة إن كان أوفاه الثمن كما فى العزمية (قوله إلا إذا كانت بعد القبض) أى قبض الثمن ، لأنه صار عينا بالتسليم فلا يسترد الشفيع شيئا ، أما قبله فيسترد لأنها هبة دين فى الذمة شرح تنوير الأذهان . قال الحموى : بقى أن يقال يفهم من التقييد بهبة البعض أن هبة الكل لا تظهر فى حق الشفيع مطلقا فهل يأخذ بالمسمى أو بالقيمة؟ لم أر نقلا صريحا .

وفى الظهيرية : شرى دارا بألف ثم تصدق بها على المشترى يأخذها الشفيع بالقيمة إلا أن يكون بعد قبض الألف اه : فعلى قياسه يقال إن وهب كل الثمن قبل القبض يأخذ الشفيع بالقيمة وإلا فبالثمن اه ملخصا .

أقول : ورأيت فى التاترخانية عن المحيط ماملخصه : الحط والهبة والإبراء إذا كانت قبل القبض ، فلو كانت فى بعض الثمن تظهر فى حق الشفيع ولو فى كله فلا ، وإذا كانت بعد القبض فالحط والهبة على هذا التفصيل ، وأما الإبراء عن الكل أو البعض فلايصح اه وعليه جرى القهستانى فتأمل (قوله وحط الكل والزيادة لا) أى لايظهر إن فى حق الشفيع ، أما حط الكل فلأنه لايلتحق بأصل العقد وإلا بقى العقد بلا ثمن وهو فاسد لاباطل

---

(١) (قوله بأن أثبته الخ) أى أثبت القبض بالبينة أو اليمين ، وهذا صريح فى اعتبار يمين المشترى فى القبض مع أنه مدع وهو بمعزل عن قواعد المذهب . وعبارة الدرر : وإن كان البائع قبض الثمن أخذها الشفيع بما قال المشترى إذا أثبت ذلك بالبينة أو بيمينه اه وقوله ذلك : أى قال يعنى لقدر الذى ادعاه ، وحينئذ صح قوله أو بيمينه فلا غبار عليها .

إذا علمت ذلك ظهر أن ماقاله المحشى باطل حيث كان مستنده على زعمه كلام الدرر وقد علمته تأمل منصفا، لكن نقل بعض الأفاضل أن العلامة الشرنبلالى أرجع اسم الإشارة فى عبارة الدرر إلى القبض المفهوم من قبض ، وعليه فيكون المراد يمين البائع أى نكوله المرتب على طلب اليمين منه .

وحاصل المعنى عليه وإن كان البائع قبض الثمن أخذها الشفيع بما قال المشترى إذا أثبت المشترى القبض بالبينة أو نكول البائع ، وحينئذ يصح ماقاله العلامة المحشى . ورأيت بهامش نسخة شيخنا مانصه : ورأيت بخط العلامة الشيخ عبدالحى الشرنبلالى العاثر على الضمير فى يمينه فى عبارة الدرر بالرجوع إلى الشفيع اه ولا أظن صحة المعنى عليه اه .

ولو حط النصف ثم النصف يأخذ بالنصف الأخير ، ولو علم أنه اشتراه بألف فسلم ثم حط البائع مائة فله الشفعة ، كما لو باعه بألف فسلم ثم زاد البائع له جارية أو متاعا قنية ؛

(وفى الشراء بمثلى) ولو حكما كالخمر فى حق المسلم ابن كمال (يأخذ بمثله ، وفى) الشراء بـ (القيمى بالقيمة) أى وقت الشراء (ففى بيع عقار بعقار يأخذ) الشفيع (كلا) من العقارين (بقيمة الآخر ، و) فى الشراء (بثمن مؤجل يأخذ بحال أو طلب) الشفعة (فى الحال وأخذ بعد الأجل) ولا يتعجل ما على المشترى لو أخذ بحال (ولو سكت عنه) فلم يطلب فى الحال (وصبر حتى يطلب عند) حلول (الأجل بطلت شفعته) خلافا

خلافا لما فى الدرر ، ولا شفعة فى الفاسد كما يأتى ، لكنه : أى حط الكل يظهر فى حق المشترى قهستانى . وأما الزيادة فلأنها وإن التحقت ففيها إبطال حق الشفيع لاستحقاقه الأخذ بالمسمى قبلها ، والمراد الزيادة فى الثمن . أما فى المبيع فتظهر كما يذكره الشارح قريبا عن القنيـــة لأنها من قبيل الحط (قوله ولو حط النصف الخ) النصف ليس بقيد . قال فى الجوهرة : هذا أى عدم الالتحاق إذا حط الكل بكلمة واحدة ، أما إذا كان بكلمات يأخذ بالأخيرة اهـ ط .

قلت : ووجهه أنه كلما حط شيئا يلتحق بالعقد ويصير الثمن ما بقى ، فإذا حط جميع ما بقى يكون حطا لكل الثمن وهو ما بقى فيأخذه به (قوله ولو علم الخ) أشار إلى أنه لا فرق بين ما إذا كان الحط قبل الأخذ بالشفعة أو بعده كما فى التبيين (قوله كما لو باعه بألف الخ) أى له الشفعة أيضا لما قدمنا آنفا ، وهل يأخذ الزيادة أيضا ؛ توقف فيه بعضهم ، ثم رأيت فى النهاية قال : يأخذ الدار بحصتها من الثمن اهـ . ولا يخالفه ما فى شرح المجمع : الملكى باع عقارا مع العبيد والدواب تثبت فى الكل تبعا للعقار اهـ لأن المراد به الأرض والحراثون وآلة الحراثة فتتحقق التبعية لوجود ما هو المقصود من الأرض ولذا صح فيها الوقف تبعا كما مر فى موضعه ، بخلاف الجارية أو المتاع مع الدار ، هذا ما ظهر لى فتأمل (قوله ولو حكما كالخمر الخ) لو ذكره بعد قوله وفى القيمى لسلم مما اعترضه ح بأنه يقتضى أن الخمر مثلى حكما فى حق المسلم وأنه يأخذ بمثل الخمر ، وليس كذلك بل بقيمتها لأنها مثلى حقيقة قيمى حكما فى حقه ؛ وعبارة ابن الكمال لاغبار عليها حيث قال : وبالمثل فى الشراء بثمن مثلى حقيقة وحكما لأن من المثلى ما التحق بغير المثلى كالخمر فى حق المسلم اهـ ملخصا فقوله حقيقة وحكما للإخراج لا للإدخال (قوله بالقيمة) أى وقت الشراء لا وقت الأخذ بالشفعة كما فى الذخيرة قهستانى (قوله يأخذ الشفيع) أى شفيع كل من العقارين (قوله مؤجل) أى بأجل معلوم وإلا يفسد البيع ، ولا شفعة فى البيع الفاسد معراج ، وسيأتى من الشارح التنبيه على ذلك آخر هذا الباب (قوله يأخذ بحال) أى يأخذ فى الحال بتخفيف اللام بثمن حال بتشديدها ، لأن الأجل ثبت بالشرط ولا شرط بين الشفيع والبائع ، ثم إن أخذ بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشترى ، لما مر أن البيع انفسخ فى حق المشترى ، وإن أخذ من المشترى رجع البائع على المشترى بثمن مؤجل كما كان ، لأن الشرط الذى جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفيع هداية (قوله أو طلب) عطف على يأخذ : أى أنه مخير بين الأخذ فى الحال بحال وبين الطلب فى الحال والأخذ بعد الأجل (قوله ولا يتعجل الخ) كذا فى الملتقى ، والمراد لو أخذ الشفيع بثمن حال من المشترى لا من البائع كما قدمناه آنفا (قوله ولو سكت عنه الخ) فائدة قوله أو طلب فى الحال (قوله بطلت شفعته) لأن حقه قد ثبت ، ولذا كان له أن يأخذ بثمن حال ، ولولا أن حقه ثابت لما كان له الأخذ فى الحال ، والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطلها زيلعى ودرر : وفيه نظر لأن هذا طلب تملك ، ولا تبطل الشفعة بتأخيره إلى حلول الأجل لا عند الإمام لأنه لم يقدر له مدة ولا عند محمد

لأبي يوسف (و) يأخذ (بمثل الخمر وقيمة الخنزير إن كان) البائع والمشترى و (الشفيع ذميا) لابد أن يكون البائع أيضا ذميا ، وإلا يفسد البيع فلا تثبت الشفعة ابن كمال معزيا للمبسوط (و) يأخذ (بقيمتها) لما مر (لو) كان الشفيع (مسلما) لمنعه عن تملكها وتمليكها ، ثم قيمة الخنزير هنا قائمة مقام الدار لا مقام الخنزير ولذا لا يحرم تملكها بخلاف المرور على العاشر ه

(وطريق معرفة قيمة الخمر والخنزير بالرجوع إلى ذمى أسلم أو فاسق تاب) ولو اختلفا فيه فالقول للمشترى عناية (و) يأخذ الشفيع (بالثمن وقيمة البناء والغرس) مستحقى القلع كما مر فى الغصب :

قلت : وأما لو دهنها بألوان كثيرة أو طلاها بجص كثير خير الشفيع بين تركها أو أخذها وإعطاء ما زاد الصبغ فيها لتعذر نقضه ولا قيمة لنقضه ، بخلاف البناء حاوى الزاهدى

لتقديره بشهر شرنبلالية ، وما قيل فى الجواب المراد طلب المواثبة يأباه قوله لأن حقه قد ثبت فإنه يقتضى أن المراد طلب التملك أبو السعود :

أقول : النظر معلول ، والجواب مقبول لأن ثبوت الشفعة للشفيع بعد البيع واستقرارها بعد الطلبين كما مر متنا ، فإذا صدر البيع وثبت حقه فيها ثم علم به ولم يطالب طلب مواثبة بطلت لأنه سكت بعد ثبوت حقه ، ومنشأ ما مر اشتباه الثبوت بالاستقرار فتدبر (قوله بمثل الخمر وقيمة الخنزير) فلو بيعت بميتة فلا شفعة إلا إن كانوا يتمولونها إتقانى (قوله والشفيع ذميا) ومثله المستأمن لا المرتد قتل أو مات أو لحق خلافا لهما ، ولا تثبت لورثته أما لو شرى فقتل لم تبطل شفعة الشفيع لتعلقها بالخروج عن الملك ، ولو شرى مسلم فى دار الحرب دارا شفيعها مسلم لا شفعة له وإن أسلم أهلها ، لأن أحكامنا لا تجرى فيها إتقانى (قوله لابد أن يكون الخ) بيان لفائدة زيادة البائع والمشترى (قوله لما مر) أى فى كتاب الغصب حيث قال : إن الخمر فى حقنا قيمى حكما ، أو فى قوله آنفا ولو حكما كالخمر فى حق المسلم بناء على ما قدمنا من أن حقه أن يذكره بعد قوله وفى القيمى (قوله لو كان الشفيع مسلما) فلو مسلما وكافرا فالنصف للمسلم بنصف قيمة الخمر وللكافر بمثل نصفه إتقانى : وفيه أسلم قبل الأخذ لم تبطل وصار كالمسلم الأصلى ، وإن أسلم أحد المتبايعين والخمر غير مقبوضة انتقض البيع قبضت الدار أولا ولم تبطل الشفعة لأن انفساخ البيع لا يبطلها (قوله ثم قيمة الخنزير الخ) جواب سؤال مقدر وهو أنه مر فى باب العاشر أنه يعشر الخمر : أى يأخذ من قيمته لا الخنزير لأنه قيمى ، وقيمة القيمى كعينه ، وتقرير الجواب ظاهر ، وقدم الشارح جوابا غيره فى باب العاشر عن سعدى ، وهو أنه لو لم يأخذ الشفيع بقيمة الخنزير يبطل حقه أصلا فيتضرر ومواضع الضرورة مستثناة (قوله بخلاف المرور على العاشر) فإنه يعشر الخمر لا الخنزير فافهم فغيره سبق قلم (قوله بالرجوع) الباء للتصوير (قوله إلى ذمى أسلم الخ) وفى البحر من باب العاشر عن الكافى : يعرف بالرجوع(١) إلى أهل الذمة (قوله ولو اختلفا فيه) أى اختلف الشفيع والمشترى فيما ذكر من القيمة ط (قوله فالقول للمشترى) قال فى العناية : كما لو اختلفا فى مقدار الثمن (قوله كما مر فى الغصب) من أن قيمتهما مستحقى القلع أقل من قيمتهما مقلوعين بقدر أجرة القلع ط (قوله قلت وأما لو دهنها الخ) بيان للفرق بين البناء والدهن ، وكان ينبغى تأخيره عن قوله أو كلف المشترى قلعهما ، فإن المخالفة بينهما من هذه الجهة تأمل (قوله أو طلاها بجص كثير) ليس من عبارة الزاهدى بل ذكره الرملى بعدها بقوله أقول وعلى هذا لو طلاها الخ (قوله لتعذر نقضه) علة لمحذوف تقديره : ولا يكلف المشترى النقض لتعذر نقضه أى على وجه

---

(١) (قوله يعرف بالرجوع الخ) قال مولانا : أى إذا كان قولهم يوافق قول المسلم ، أما إذا كان عليه فلا لما فيه من إلزام المسلم بقول الذميين وهو لا يصح اه .

وسيجىء : (لو بنى المشترى أو غرس أو كلف) الشفيع (المشترى قلعهما) إلا إذا كان فى القلع نقصان الأرض فإن الشفيع له أن يأخذها مع قيمة البناء والغرس مقلوعة غير ثابتة قهستانى ، وعن الثانى إن شاء أخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس أو ترك ، وبه قال الشافعى ومالك :

قلنا : بنى فيما لغيره فيه حق أقوى ولذا تقدم عليه فينقضه (كما ينقض) الشفيع (جميع تصرفاته) أى المشترى (حتى الوقف والمسجد والمقبرة) والهبة زيلعى وزاهدى . وأما الزرع فلا يقلع استحسانا لأن له نهاية معلومة ويبقى بالأجر (ورجع الشفيع بالثمن فقط ، إن) أخذ بالشفعة ثم (بنى أو غرس ثم استحقت) ولا يرجع بقيمة البناء والغرس على أحد لأنه ليس بمغرور ، بخلاف المشترى (و) يأخذ (بكل الثمن إن خربت أو جف الشجر) بلا فعل أحد والأصل أن الثمن يقابل الأصل لا الوصف (و) هذا إذا (لم يبق شىء من نقض أو خشب) فلو بقى وأخذه المشترى لانفصاله من الأرض حيث لم يكن تبعا للأرض تسقط حصته من الثمن ، فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم العقد وعلى قيمة النقض يوم الأخذ زيلعى :

قلت : فلو لم يأخذه المشترى كأن هلك بعد انفصاله لم يسقط شىء من الثمن لعدم حبسه إذ هو من التوابع

يكون له قيمة (قوله وسيجىء) أى ما ذكره بقوله وأما لو دهنها آخر كتاب الشفعة فى الفروع (قوله أو كلف) عطف على يأخذ (قوله إلا إذا كان إلى قوله وعن الثانى) موجود فى بعض النسخ. قال ط : هو استثناء من محذوف تقديره ولا يجبر المشترى على البيع اه :

قلت : يؤيده قول الإتقانى ويأمره القاضى بالقلع إلا إذا كان الخ (قوله أن يأخذها) أى الأرض جبرا على المشترى (قوله مع قيمة البناء والغرس) الأوضح قول النهاية مع البناء والأغراس بقيمتها (قوله مقلوعة) أى مستحقة القلع ، ويدل عليه قوله غير ثابتة ط (قوله وعن الثانى الخ) أى فى مسألة المتن ، فلا يكلف المشترى القلع لأنه ليس بمعتد فى البناء والغرس لثبوت ملكه فيه بالشراء فلا يعامل بأحكام العدوان الذى هو القلع ط (قوله وقيمة البناء والغرس) أى قائمين على الأرض غير مقلوعين نهاية عن شرح الطحاوى (قوله ولذا) أى لكون حق الغير وهو الشفيع أقوى (قوله ويبقى بالأجر) أى رعاية لجانب المشترى والشفيع كما أوضحه الزيلعى :

هذا وعبارة الإتقانى عن شرح الطحاوى لا يجبر المشترى على قلعه بالإجماع ، بل ينظر إلى وقت الإدراك ثم يقضى للشفيع اه ومقتضاه عدم الأجر إذ لم تخرج الأرض عن ملك المشترى لعدم القضاء تأمل. وقال السائحانى : الذى فى المقدسى ثم الأرض تترك بغير أجر ، وعن أبى يوسف بأجر اه :

قلت : ومثله فى التاترخانية (قوله ولا يرجع بقيمة البناء والغرس) يعنى بنقصان قيمتهما ، وعن أبى يوسف أنه يرجع (قوله على أحد) أى سواء تسلمها من البائع أو من المشترى ط (قوله لأنه ليس بمغرور) لأنه أخذها بالشفعة جبرا كما مر (قوله بخلاف المشترى) إذا استحق ما اشتراه بعد البناء لأن البائع غره بالعقد فيرجع عليه بما خسر (قوله ويأخذ بكل الثمن الخ) أى إذا اشترى رجل دارا فخربت أو بستانا فجف الشجر فللشفيع الأخذ بكل الثمن لأنهما تابعان للأرض منح (قوله بلا فعل أحد) يأتى محترزه متنا (قوله لا الوصف) أى مالم يقصد إتلافه فيقابل بحصته من الثمن كما يأتى رحمتى ، والأولى أن يقول لا التبع لأن البناء والشجر ليسا وصفا للدار والبستان لعم الجفاف وصف :

قال فى التبيين : لأنهما تابعان للأرض حتى يدخلان فى البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شىء من الثمن ولهذا يبيعهما مرابحة فى هذه الصورة من غير بيان اه ط (قوله من نقض أو خشب) لف ونشر مرتب ط (قوله حيث لم يكن تبعا للأرض) علة لقوله تسقط حصته من الثمن ط فهو عين مال قائم بقى محتبسا عند المشترى زيلعى

والتوابع لايقابلها شيء من الثمن وبالأخذ بالشفعة تحولت الصفقة إلى الشفيع ، فقد هلك ما دخل تبعا قبل القبض ولايسقط بمثله شيء من الثمن قاله شيخنا (بخلاف ما إذا تلف بعض الأرض) بغرق حيث يسقط من الثمن بحصته لأن الفائت بعض الأصل زيلعى (و) يأخذ (بحصة العرصة) من الثمن (إن نقض المشترى البناء) لأنه قصد الإتلاف . وفى الأول الآفة سماوية ، ويقسم الثمن على قيمة الأرض والبناء يوم العقد ، بخلاف انهدامه كما مر لتقوّمه بالجلس (ونقض الأجنبى كنقضه) أى المشترى (والنقض) بالكسر المنقوض (له) أى للمشترى وليس للشفيع أخذه لزوال التبعية بانفصاله (و) يأخذ (بثمرها) استحسانا لاتصاله (إن ابتاع أرضا ونخلا وثمرا أو أثمر) بعد الشراء (فى يده وإن جذه المشترى) فليس للشفيع أخذه لما مر (أو هلك بآفة سماوية

(قوله فقد هلك مادخل تبعا) أى لما كان من التوابع وتحولت الصفقة إلى الشفيع فقد هلك التبع بعد دخول الأصل فى ملك الشفيع قبل القبض فافهم.

فإن قلت : تقدم عن الزيلعى أن الأخذ بالشفعة شراء من المشترى إن كان الأخذ بعد القبض وإلا فمن البائع لتحول الصفقة إليه ، ومقتضاه عدم السقوط فيما أخذه المشترى أيضا لأنه قبل شراء الشفيع وقبضه فلم يدخل تبعا.

قلت : تقدم أيضا أن الشفعة تملك البقعة بما قام على المشترى ، فلو لم تسقط حصته من الثمن لم يكن كذلك تأمل ، وكذا يقال فيما يأتى (قوله لأن الفائت بعض الأصل) فى بعض النسخ لأن الغائب والكل صحيح ، لأن المراد بالفائت الهالك ، وبالغائب : أى فى الماء الهالك أيضا ، ولكن الأول الذى فى الزيلعى . ثم هذا بيان وجه المخالفة بينه وبين المسألة السابقة (قوله إن نقض المشترى البناء) فلو لم ينقضه ولكن باعه من غيره بلا أرض فللشفيع نقض البيع ، وكذا النبات والنخل طورى عن التاترخانية (قوله لأنه قصد الإتلاف) أى والتبع إذا صار مقصودا به يسقط ما يقابله من الثمن ط (قوله ويقسم الثمن الخ) فتقوم الأرض وعليها البناء وتقوم بغيره ، فبقدر التفاوت يسقط من الثمن ط .

قلت : فلو اختلفا فى قيمة البناء فالقول للمشترى والبينة للشفيع عنده، وعندهما للمشترى أيضا ولو فى قيمة الأرض يوم وقع الشراء نظرا إلى قيمته اليوم ، لأن الظاهر أنه كان كذلك، فمن شهد له كان القول له إتقانى (قوله بخلاف انهدامه الخ) أى بخلاف ما إذا انهدم بنفسه وأخذ النقض حيث يعتبر قيمته يوم الأخذ كما مر لأنه صار مانعا بحبسه فيقوم عليه بالحبس فى يومه تأمل وافهم (قوله والنقض بالكسر) قال المكى : قلت وقد حصل فى نقض البناء وهو منقوض لغتان ضم النون وكسرها فالأزهرى وصاحب المحكم اقتصر على الضم ، والجوهرى وابن فارس على الكسر وهو القياس كالذبح والرعى والنكث بمعنى المذبوح والمرعى والمنكوث ط (قوله بثمرها) الباء بمعنى مع ط (قوله لاتصاله) هذا وجه الاستحسان ، وفى القياس لايكون له أخذ الثمرة لعدم التبعية كالمتاع الموضوع فيها منح : وبيان وجه الاستحسان أنه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء فى الدار هداية (قوله وثمرا) بأن شرطه فى البيع لأن الثمر لايدخل فى البيع إلا بالشرط لأنه ليس بتبع زيلعى (قوله بعد الشراء فى يده) متعلقان بأثمر ، وقيد بقوله فى يده لأنه إذا أثمر فى يد البائع قبل القبض ثم قبضه المشترى له حصة من الثمن ، كما إذا كان موجودا وقت الشراء كفاية (قوله وإن جذه) بالذال المعجمة المشددة . قال الزيلعى فى باب البيع الفاسد : الجذاذ بالذال عام فى قطع الثمار ، وبالمهملة خاص بالنخل اهـ ط عن الحموى ، وضبطه مسكين هنا بالمهملة . قال أبو السعود لأنه أنسب بالمقام ، وقوله المشترى ليس بقيد بل مثله البائع والأجنبى كما فى غاية البيان (قوله فليس للشفيع أخذه) أى فى الفصلين هداية : أى إذا اشتراه بالثمر أو أثمر فى يده وكان عليه أن يقول وليس بالواو ويذكره بعد جواب الشرط الآتى (قوله لما مر) أى آنفا من قوله لزوال التبعية بانفصاله ، ولا يخفى أن الثمر فى الأولى وإن دخل بالشرط

وقداشتراها بثمرها سقط حصته من الثمن فى الأول) أى شرائها بثمرها (وبكل الثمن فى الثانى) لحدوثه بعض القبض.
(قضى بالشفعة للشفيع ليس له تركها) شرح وهبانية لتحويل الصفقة إليه ، بخلاف ما قبل القضاء ؛
(الطلب فى بيع فاسد وقت انقطاع حق البائع اتفاقا وفى هبة بعوض) مشروط ولا شيوع فيهما (وقت التقابض) وفى بيع فضولى أو بخيار بائع وقت البيع عند الثانى ووقت الإجازة عند الثالث ، وبخيار مشتر وقت البيع اتفاقا مجتبى.
(من لم ير الشفعة بالجوار) كالشافعى مثلا .
(طلبها عند حاكم يراه يقول له هل تعتقد وجوبها ؟ إن قال نعم) أعتقد ذلك (حكم بها له وإلا) يقله (لا) يحكم منية وبزازية ؛
[فروع] أخر الشفيع إيجاب الطلب لكون القاضى لايراها فهو معذور ، وكذا لو طلب من القاضى إحضاره

كما مر ووقع الشراء عليه قصدا ، لكن دخوله فى الشفعة بالتبعية للعقار باعتبار الاتصال كما قدمناه ، وبالإنفصال تزول التبعية للعقار فتسقط الشفعة فافهم (قوله وقد اشتراها بثمرها) مزيدة على الدرر ولا معنى لها ح أى لمنافاته للتفصيل الآتى (قوله سقط حصته من الثمن فى الأول) لأنه دخل فى البيع قصدا فيقابله شىء من الثمن هداية (قوله لحدوثه بعد القبض) فلا يكون مبيعا إلا تبعا فلا يقابله شىء من الثمن هداية (قوله لتحويل الصفقة إليه) أى ولا يجوز له إبطالها منفردا من غير مقتض شرعا ط (قوله بخلاف ماقبل القضاء) قدم المصنف أنها تملك بالأخذ بالتراضى وبقضاء القاضى ، فالقضاء هنا غير قيد تأمل (قوله وقت انقطاع حق البائع) كأن تصرف فيها المشترى ببناء ونحوه كما يأتى (قوله وفى هبة بعوض مشروط) أى فى العقد : وصورته أن يقول : وهبت هذا لك على أن تعوضنى كذا ، وأجمعوا أنه لو قال وهبت هذا لك بكذا أنه بيع إتقانى . وفى الخانية : فلو كانت بغير شرط العوض ثم عوضه بعدها فلا شفعة (قوله ولا شيوع فيهما) أى فى الهبة والعوض بأن كان العوض عقارا أيضا قال ط : أما إذا كانت فى شائع ، فإن كانت مما يقسم فهى فاسدة وإلا فهى صحيحة وتجرى فيها الشفعة وهذا قياس ماتقدم فى الهبة اهـ ،
وفى غاية البيان : قال أصحابنا : إذا وهب لصف دار بعوض فلا شفعة فيه ، لأن هبة المشاع فيما يقسم لاتجوز اهـ (قوله وقت التقابض) أى من الجانبين ، فلو قبض أحد العوضين فلا شفعة إتقانى ، ولو سلمها قبل قبض الآخر فهو باطل كما سيذكره الشارح عن المبسوط ، ومثله فى الجوهرة عن المستصفى .
قال فى النهاية : ولابد من القبض عندنا خلافا لزفر فلا شفعة مالم يتقابضا . وعلى قوله تجب قبل التقابض بناء على أن الهبة بشرط العوض عنده بيع إبتداء وانتهاء وعندنا بر إبتداء وبمنزلة البيع إذا اتصل به القبض من الجانبين كذا فى المبسوط اهـ.
وفى القهستانى عن المحيط : يعتبر الطلب عند التقابض فى ظاهر الرواية ، فقول السائحانى عن المقدسى : وفى رواية وقت العقد وهو الصحيح مشكل ، فإنه مبنى على قول زفر ، ولم أر من صححه من شراح الهداية وغيرها فتأمل (قوله ووقت الإجازة عند الثالث) هذا هو الصحيح كما سيذكره الشارح أول الباب الآتى وفيه كلام ستعرفه (قوله يقول له الخ) قال فى البزازية : ولم يذكر فى الكتب أن من لايرى الشفعة بالجوار إذا طلبها عند حاكم يراها قيل لايقضى له لأنه يزعم بطلان دعواه ، وقيل يقضى لأن الحاكم يراها ، وقيل يقول له الخ قال الحلوانى : وهذا أحسن الأقاويل اهـ (قوله وإلا يقله) عبارة البزازية(١) وإن قال لا فلا تأمل (قوله إيجاب الطلب) أى إثباته

---

(١) المقصود من نقل عبارة البزازية أنه لايفهم منها مالو سكت الشفيع ولم يقل نعم أولا بخلاف تعبير المصنف اهـ منه .

فامتنع بخلاف سبت اليهودى كما يأتى :
شرى أرضا بمائة فرفع ترابها وباعه بمائة ثم أخذها الشفيع بالشفعة أخذها بخمسين لأن ثمنها يقسم على قيمة الأرض يوم الشراء قبل رفع التراب وعلى قيمة التراب الذى باعه وهما سواء، ولو كبسها كما كانت: فالجواب لايتفاوت ويقال للمشترى ارفع ما كبست فيها فهو ملكك حاوى الزاهدى : وفيه شرى دارا إلى الحصاد فليس للشفيع أن يعجل الثمن ويأخذها بالشفعة لأنه ملكها ببيع فاسد اه .
قلت : وسيجىء أنه لاشفعة فيما بيع فاسدا ولو بعد القبض لاحتمال الفسخ، نعم إذا سقط الفسخ ببناء ونحوه وجبت.
وفى المبسوط : الهبة بشرط العوض إنما تثبت الملك للموهوب له إذا قبض الكل، فلو وهب دارا على عوض ألف درهم فقبض أحد العوضين دون الآخر ثم سلم الشفيع الشفعة فهو باطل حتى إذا قبض العوض الآخر كان له أن يأخذ الدار بالشفعة :

باب ما تثبت هى فيه أو لا تثبت

(لا تثبت قصدا إلا فى عقار ملك بعوض) خرج الهبة (هو مال) خرج المهر (وإن لم) يكن (يقسم) خلافا للشافعى (كرحى) أى بيت الرحى مع الرحى نهاية (وحمام وبئر) ونهر (وبيت صغير) لايمكن قسمه (لافى عرض)

عند القاضى فإن الطلب عنده وهو الثالث متضمن إثبات طلب المواثبة وطلب التقرير فلفظ إيجاب فى محله فافهم، وهذا مبنى على قول محمد المفتى به من أنه لو أخرها شهرا بلا عذر بطلت كما مر (قوله فامتنع) أى القاضى أو من وجبت عليه الشفعة أفاده أبو السعود ط (قوله بخلاف سبت اليهودى) فإن القاضى يحضره وإن كان يوم السبت ، هذا إن كانت الشفعة واجبة عليه ، وإن كانت واجبة له فالمعنى يطلب من القاضى وإن كان يوم السبت ، وهذا يظهر إذا كان يوم السبت آخر الشهر إذ تأخير الطلب قبل الشهر لايبطلها اتفاقا إلا أن يكون المراد طلب المواثبة أو التقرير تأمل ، ومثل السبت الأحد للنصرانى كما أفاده الحموى (قوله كما يأتى) أى فى الفروع آخر كتاب الشفعة (قوله أخذها بخمسين) عزاها فى الخانية إلى ابن الفضل ، ثم قال بعده : وقال القاضى السعدى : لايطرح عن الشفيع نصف الثمن وإنما يطرح عنه حصة النقصان ، وظاهر تقديم الخانية الأول اعتماده كما هو عادته (قوله لأن ثمنها الخ) ظاهر التعليل أن قيمتهما سواء وقت العقد ، فلو اختلفت لايتعين أخذها بخمسين بل يقسم الثمن بحسبها تأمل (قوله إذا قبض الكل) مبنى للمجهول أى كل من البدلين أو للمعلوم : أى كل من المتبادلين (قوله فهو) أى التسليم (قوله كان له أن يأخذ الدار بالشفعة) لأنه وقت انعقاد المعاوضة ولذا عبر المصنف بالتقابض الدال على حصول القبض من الإثنين فى قوله وفى هبة بعوض وقت التقابض ط والله تعالى أعلم :

باب ماتثبت هى فيه أولا

(قوله لاتثبت قصدا الخ) قيد به لأنها تثبت فى غير العقار تبعا له كالبناء والغرس والثمرة على مامر وكذا فى آلة الحراثة تبعا للأرض كما قدمناه عن شرح المجمع (قوله ملك) بالتشديد أو التخفيف صفة عقار ، وسيأتى محترزه وهو مابيع بخيار للبائع ونحوه (قوله خرج الهبة) أى التى لم يشترط فيها العوض ، وهذه المحترزات أتى بها المصنف بعد فالأولى حذفها ط (قوله وإن لم يكن يقسم) أدرج لفظ يكن ليفيد أن المراد ليس مما اتصف بكونه يقسم : أى يقبل القسمة ، وليس المراد نفى القسمة أعم من كونه قابلا لها أولا تأمل (قوله خلافا للشافعى) لأن من أصله أن الأخذ بالشفعة لدفع ضرر مؤنة القسمة وذا لايتحقق فيما لايحتملها . وعندنا لدفع ضرر التأذى بسوء المجاورة على الدوام كفاية (قوله وحمام) فيأخذه الشفيع بقدره لأنه من البناء دون القصاع لأنها غير متصلة بالبناء

بالسكون ما ليس بعقار فيكون ما بعده من عطف الخاص على العام (وفلك) خلافا لمالك (وبناء ونخل) إذا (بيعا قصدا) ولو مع حق القرار خلافا لما فهمه ابن الكمال لمخالفته المنقول كما أفاده شيخنا الرملي (ولا) فى (إرث وصدقة وهبة لابعوض) مشروط (ودار قسمت) أو جعلت أجرة أو بدل خلع أو عتق أو صلح عن دم عمد أو مهر (وإن قوبل ببعضها) أى الدار (مال) لأن معنى البيع تابع فيه ، وأوجباها فى حصة المال (أو) دار (بيعت بخيار البائع ولم يسقط خياره ، فإن سقط وجبت إن طلب عند سقوط الخيار) فى الصحيح ، وقيل عند

نهاية . وفى الطورى عن المحيط : ويدخل فى الرحى الحجر الأسفل دون الأعلى ، لأنه مبنى بالأرض (قوله بالسكون) أى سكون الراء .

وفى المغرب : العرض بفتحتين ويجمع على عروض حطام الدنيا (قوله ماليس بعقار) تفسير مراد هنا قال فى الصحاح : والعرض بسكون الراء المتاع ، وكل شىء فهو عرض سوى الدراهم والدنانير . وقال أبو عبيدة : العروض الأمتعة التى لايدخلها كيل ولا وزن ، ولا تكون حيوانا ولا عقارا (قوله إذ بيعا قصدا) أى بيعا قصديا فتثبت الشفعة فيهما بتبعية العقار ، فلو اشترى نخلة بأرضها ففيها الشفعة تبعا للأرض ، بخلاف ما إذا اشترى ليقلعها حيث لاشفعة فيها لأنها نقلية كما فى البناء والزرع كما فى المحيط قهستانى (قوله ولو مع حق القرار) قدمنا الكلام فيه بما لامزيد عليه (قوله ولا فى إرث) أى موروث درر لأن الوارث يملك على حكم ملك الميت ولهذا يرد على بائعه بالعيب فكأن ملك الميت لم يزل إتقانى ، فهو أيضا محترز قوله ملك تأمل (قوله وصدقة وهبة الخ) لأنها ليست بمعاوضة مال بمال فصارت كالإرث منح (قوله لابعوض مشروط)قدمنا فائدته (قوله ودار قسمت) أى بين الشركاء لأن القسمة فيها معنى الإفراز ولهذا يجرى فيها الجبر والشفعة لم تجر إلا فى المبادلة المطلقة منح (قوله أو جعلت أجرة الخ) لأنها ثبتت ، بخلاف القياس بالآثار فى معاوضة مال بمال مطلق فيقتصر عليها منح (قوله أو صلح عن دم عمد) قيد به لما فى المبسوط : لو كان عن جناية خطأ تجب الشفعة ، فلو عن جنايتين عمد وخطأ لاشفعة عنده . وعندهما تجب فيما يخص الخطأ اهـ طورى ، وإن ادعى حقا على إنسان فصالحه على دار للشفيع أخذها سواء كان عن إقرار أو إنكار أو سكوت لزعم المدعى أنها عوض حقه فيؤاخذ بزعمه ، ولو ادعى عليه داراً فصالحه على دراهم ، فإن عن إقرار تجب لزعمه ملكها بعوض لا إن كان عن إنكار لزعمه أنها لم تزل عن ملكه أو سكوت لزعمه أن المعطى لافتداء يمينه كما فى درر البحار (قوله أو مهر) صوابه أو مهرا بالنصب كما فى الغرر عطفا على أجرة ، إذ لو جعلت بدل مهر المثل أو المسمى عند العقد أو بعده تثبت فيه الشفعة لأنه مبادلة مال بمال لأنه بدل عما فى ذمته من المهر كما فى التبيين وغيره (قوله وإن قوبل ببعضها مال) بأن تزوج امرأة على دار على أن ترد عليه ألف درهم فلا شفعة فى شىء منها منح (قوله لأن معنى البيع تابع فيه) أى فى هذا العقد ، لأنه وإن اشتمل على نكاح وبيع لكن المقصود منه النكاح بدليل أنه ينعقد بلفظ النكاح ، ولا شفعة فى الأصل فكذا التبع (قوله بيعت بخيار البائع) وكذا بخيارهما لأن المبيع لم يخرج عن ملكه بخلاف خيار المشترى وهذا فى التى فيها الخيار ، فلو بيعت دار بجنبها والخيار لأحدهما فله الشفعة ، فلو للبائع سقط لإرادته الاستبقاء وكذا المشترى وتصير إجازة بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها فلا يبطل خياره بأخذ ما بيع بجنبها لأن خيار الرؤية لايبطل بصريح الإبطال فكيف بدلالته ؟ ثم إذا حضر شفيع الأولى له أخذها دون الثانية لانعدام ملكه فى الأولى حين بيعت الثانية عناية ملخصا (قوله فى الصحيح) كذا فى الهداية معللا بأن البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك ، ومثله فى الجوهرة والدرر والمنح ، وأقره شراح الهداية . وقال فى العناية ومعراج الدراية : وقوله فى الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ إنه يشترط الطلب عند وجود البيع لأنه هو السبب اهـ .

البيع وصحح (أو بيعت) الدار بيعا (فاسدا ولم يسقط فسخه فإن سقط) حتى فسخه كأن بنى المشترى فيها (تثبت) الشفعة كما مر (أورد بخيار رؤية أو شرط أوعيب بقضاء) متعلق بالأخير فقط خلافا لما زعمه المصنف تبعاً للدرر (بعد ما سلمت) أى إذا بيع وسلمت الشفعة ثم ردالمبيع بخيار رؤية أو شرط كيفما كان أو بعيب بقضاء فلاشفعة لأنه فسخ لابيع (بخلاف الرد) بعيب بعد القبض (بلا قضاء أو بإقالة) فإن له الشفعة، لأن الرد بعيب بلاقضاء

أقول: لكن فى الظهيرية قال: يشترط الطلب والإشهاد عند البيع، حتى لو لم يطلب ولم يشهد عند البيع ثم جاز البيع بالإجازة أو عند مضى مدة الخيار فلا شفعة له فى ظاهر الرواية: وقال بعض العلماء: إنما يشترط عند جواز البيع، وهو رواية عن أبى يوسف، ونظيره الدار إذا بيعت ولها جار وشريك فالشفعة للشريك لا للجار، ولكن مع هذا يشترط الطلب من الجار عند البيع، بخلاف بيع الفضولى فإن الطلب عند إجازة المالك: والفرق أن البيع بالخيار عقد تام ألا ترى أنه يعمل من غير إجازة أحد ولا كذلك عقد الفضولى اهـ فليتأمل: وفى القهستانى: يطلب بعد سقوط الخيار، وقيل عند البيع، والأول أصح كما فى الكافى والثانى الصحيح كما فى الهداية اهـ:

والظاهر أن العبارة مقلوبة لأن المصحح فى الهداية هو الأول، فقد ظهر تصحيح كل من القولين، ولكن إن ثبت أن الثانى ظاهر الرواية لايعدل عنه (قوله أو بيعت الدار بيعا فاسدا) أى لا شفعة فيها أيضا، أما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع، وأما بعده فلاحتمال الفسخ، وفى إثبات الشفعة تقرير للفساد فلا يجوز جوهرة: وفى الكلام تلويح إلى أنه وقع فاسدا ابتداء لأن الفساد إذا كان بعد انعقاده صحيحا فحق الشفعة على حاله، فإن النصرانى لو اشترى من نصرانى دارا بخمر فلم يتقابضا حتى أسلما أو أسلم أحدهما أو قبض الدار ولم يقبض الخمر فإنه يفسد البيع وحق الشفعة باق لفساده بعد وقوعه صحيحا عناية (قوله كأن بنى المشترى فيها) أو أخرجها عن ملكه بالبيع أو غيره، فإن باعها فللشفيع أخذها بالبيع الثانى بالثمن أو بالبيع الأول بقيمتها لأنها الواجبة فيه، وتمامه فى التبيين (قوله كما مر) أى قبيل الباب (قوله خلافا لما زعمه المصنف الخ) حيث علقه برد: قال فى الشرنبلالية: وهو خطأ فى الرد بخيار رؤية أو شرط، على أن القضاء فى الرد بعيب ليس شرطا لإبطال الأخذ بالشفعة مطلقا بل فيما بعد القبض لأنه قبل القبض فسخ من الأصل كما فى الكافى وغيره، وفيما بعد القبض يكون إقالة لعدم القضاء به، وهى بيع جديد فى حق ثالث وهو الشفيع فله الشفعة.

قال فى الذخيرة: إذا سلم الشفيع الشفعة ثم إن المشترى رد الدار على البائع، إن كان الرد بسبب هو فسخ من كل وجه نحو الرد بخيار الرؤية أو الشرط وبالعيب قبل القبض بقضاء أو بغير قضاء وبعد القبض بقضاء لايتجدد للشفيع حق الشفعة، فإن كان الرد بسبب هو بيع جديد فى حق ثالث نحو الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء والرد بحكم الإقالة تتجدد للشفيع الشفعة اهـ (قوله بعد ما سلمت) فلو قبله تبقى شفعته مع كل فسخ وبدون فسخ شرنبلالية (قوله لأنه فسخ) علة للثلاث (قوله بعد القبض) هذا التقييد لصاحب الهداية موافق لما قدمناه آنفا عن الذخيرة:

قال الزيلعى: إنما يستقيم على قول محمد لأن بيع العقار عنده قبل القبض لا يجوز كما فى المنقول فلايمكن حمله على البيع، وأما عندهما فيجوز بيعه قبل القبض فما المانع من حمله على البيع، أى بالنظر إلى الشفيع، وتمامه فيه: قال أبو السعود: وتعقبه الشلبى نقلا عن خط قارئ الهداية بأن الرد بالعيب قبل القبض فسخ فى حق الكل، حتى كان له أن يرده على بائعه وإن كان بغير قضاء وصار بمنزلة خيار الشرط والرؤية فبطل بحثه اهـ.

والإقالة بمنزلة بيع مبتدأ .

(وتثبت) الشفعة (للعبد المأذون المستغرق بالدين) إحاطة الدين برقبته وكسبه ليس بشرط ابن كمال (فى مبيع سيده ، و) تثبت (لسيده فى مبيعه) بناء على أن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء ، وشراء أحدهما من الآخر يجوز (و) تثبت (لمن شرى) أصالة أو وكالة (أو اشترى له) بالوكالة ، وفائدته أنه لو كان المشترى أو الموكل بالشراء شريكا وللدار شريك آخر فلهما الشفعة ، ولو هو شريكا وللدار جار فلا شفعة للجار مع وجوده .

(لا) شفعة (لمن باع) أصالة أو وكالة (أو بيع له) أى وكل بالبيع (أوضمن الدرك) والأصل أن الشفعة تبطل بإظهار الرغبة عنها لا فيها .

(قوله والإقالة) بالنصب عطفا على الرد والظرف بعده خبر إن ، وكون الإقالة بمنزلة بيع مبتدإ إذا كانت بلفظ الإقالة فلو بلفظ مفاسخة أو متاركة أو تراد لم تجعل بيعا اتفاقا كما مر فى بابها سائحانى (قوله المستغرق) بصيغة اسم الفاعل : أى الذى استغرق نفسه وماله بالدين وبصيغة اسم المفعول : أى الذى استغرقه الدين ط (قوله ليس بشرط) بل الشرط كونه مديونا إذا كان البائع مولى العبد المأذون والعبد شفيعه أو بالعكس : أما إذا كان غير المولى فلا يشترط وجود الدين أصلا كما أفاده فى النهاية (قوله وشراء أحدهما من الآخر يجوز) أى إن كان العبد مديونا كما قدمناه وإلا فهو باطل ، فلا شفعة للمولى لأن البيع وقع له لا للغرماء (قوله أصالة أو وكالة) لكن الوكيل يطلب الشفعة من الموكل ، بخلاف الأصيل فإنه لايحتاج إلى الطلب كما فى الخانية وكذا تثبت للأب أو شرى لطفله على ما يأتى بيانه فى الفروع (قوله وفائدته أنه لو كان المشترى) أى أصالة أو وكالة .

وبيان ذلك : باع أحد شريكين فى دار حصته منها للآخر فاشترى لنفسه أو لغيره بالوكالة أو باع أحدهما حصته لوكيل الشريك الآخر فجاء ثالث وطلب الشفعة ، فإن كان شريكا قسمت بينه وبين المشترى فى الأول ، أو بينه وبين الموكل فى الثانى ، وإن كان جارا فلا شفعة له مع وجود المشترى أو موكله لأنه شريك ما لم يسلم .

وفى القنية : اشترى الجار دارا ولها جار آخر فطلب الشفعة وكذا المشترى فهى بينهما نصفين لأنهما شفيعان ؛ قال ابن الشحنة : فقوله وكذا المشترى : أى إذا طلب ولم يسلم للشفيع الآخر ، وعلى هذا لو جاء ثالث قسمت أثلاثا أو رابع فأرباعا ، ثم نقل عن الظهيرية : لو سلم الجار المشترى كلها للجار الآخر كان نصفها له بالشفعة والنصف بالشراء اهـ : قال الشرنبلالى : وفيه تأمل .

أقول : الظاهر أنه شراء بالتعاطى لأنه تملك النصف بالشفعة جبرا على المشترى فإذا سلم له النصف الثانى برضاه فقبله الآخر كان شراء تأمل .

هذا ، وفى كلام ابن الشحنة إشارة إلى أن قول القنية فطلب الشفعة المراد به أنه لم يسلم الكل للآخر لاحقيقة الطلب ، فلا ينافى ما قدمناه عن الخانية أن الأصيل لايحتاج إلى الطلب تأمل (قوله لا شفعة لمن باع أصالة) كأن باع عقارا له مجاورا لعقار له آخر وللعقار المبيع جار طلب الشفعة لايشاركه البائع فيها (قوله أو وكالة) كأن باع عقارا بالوكالة مجاورا لعقاره (قوله أى وكل بالبيع) تفسير لقوله أو بيع له ، كأن وكل غيره ببيع عقار بجنب عقار الموكل (قوله أو ضمن الدرك) بفتحتين أو السكون : أى الثمن عند الاستحقاق ، فلا شفعة لضامنه فى عقار البائع لأنه كالبائع قهستانى لأن ضمان الدرك تقرير للبيع كما فى الدرر (قوله والأصل الخ) ولأن أخذه بالشفعة يكون سببا فى نقض ماتم من جهته وهو الملك واليد للمشترى ، وسعى الإنسان فى نقض ماتم من جهته مردود درر . أى بخلاف الوكيل بالشراء أو المشترى نفسه لأنه محقق لما تم من جهته ، والله تعالى أعلم .

باب ما يبطلها

(يبطلها ترك طلب المواثبة) تركه بأن لايطلب فى مجلس أخبر فيه بالبيع ابن كمال ، وتقدم ترجيحه (أو) ترك طلب (الإشهاد) عند عقار أو ذى يد لا الإشهاد عند طلب المواثبة لأنه غير لازم (مع القدرة) كما مر (و) يبطلها (تسليمها بعد البيع) علم بالسقوط أولا (فقط) لاقبله كما مر (ولو) تسليمها (من أب ووصى) خلافا لمحمد

باب مايبطلها

(قوله يبطلها ترك طلب المواثبة) أى ولو جاهلا بثبوت الطلب له ، لما فى الخانية : رجلان ورثا أجمة وأحدهما لم يعلم بالميراث فبيعت أجمة بجنبها فلم يطلب الشفعة فلما علم أن له فيها نصيبا طلب الشفعة فى المبيعة قالوا تبطل شفعته والجهل ليس بعذر اه (قوله وتقدم ترجيحه) أى على القول بأنه على فور العلم وعلمت مافيه فى باب الطلب (قوله أو ذى يد) الأولى أن يقول أو أحد العاقدين ، لما تقدم أنه يصح الإشهاد على المشترى وإن لم يكن العقار فى يده ، وكذا على البائع وإن لم تكن الدار فى يده استحسانا كما ذكره شيخ الإسلام ط (قوله لاالإشهاد) عطف على طلب لاعلى الإشهاد كما لايخفى ح (قوله لأنه غير لازم) كذا قال فى الهداية ، بل فائدته مخافة الجحود فيصح الطلب بدونه لو صدقه المشترى كما قدمناه ، وهذا رد على صاحب الدرر حيث قال يبطلها ترك الإشهاد على طلب المواثبة قادرا اغترارا بظاهر قول الهداية هنا إذا ترك الشفيع الإشهاد حين علم وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته اه فحمله على ما إذا علم وكان عنده من يشهده فسكت ولم يشهد بدليل قوله وهو يقدر ، وحمل قول الهداية أولا أنه غير لازم على ما إذا علم فى مكان خال . ورده الشرنبلالى بأن الشرط الطلب فقط دون الإشهاد عليه ، وبما قاله الأكمل وغيره أن المراد بالإشهاد فى قول الهداية إذ ترك الإشهاد نفس طلب المواثبة بدليل قوله لإعراضه عن الطلب وبأنه صرح قبل هـذا بأن المراد بقول القدورى أشهد فى مجلسه هو طلب المواثبة ، فلا تنافى بين كلامى الهداية اه ملخصا .

وقد يقال : المراد إذا ترك الإشهاد على أحد العاقدين أو عند الدار حين علم فتركه وهو يقدر بطلت ، لكن فيه أنها لاتبطل بدليل أنه لو صدقه المشترى صح كما علمته فافهم (قوله مع القدرة كما مر) حيث قال وهذا الطلب لابد منه ، حتى لو تمكن ولو بكتاب أو رسول ولم يشهد بطلت شفعته وإن لم يتمكن منه لاتبطل اه أى بأن سد أحد فمه أو كان فى الصلاة منح ، ولا تنس ماقدمناه عن الخانية من أن الإشهاد غير شرط فيه أيضا (قوله ويبطلها تسليمها) قال فى التاترخانية إذا قال سلمت شفعة هذه الدار صح وإن لم يعين أحدا ، وكذا لو قال للبائع سلمت لك شفعتها ولو بعد قبض المشترى استحسانا لأن معناه لأجلك ، وكذا لو قال للوكيل ولو بعد الدفع إلى الموكل استحسانا ، ولو قال لأجنبى ، فإن مسبوقا بكلام كقوله سلم لهذا المشترى فقال الشفيع سلمها لك صح ، ولو ابتداء كلام فلا ، وإذا سلم الجار مع قيام الشريك صح ، فإن سلم الشريك بعده ليس للجار الأخذ اه ملخصا . وفى المجمع ولا يجعل أى أبو يوسف قول الشفيع آخذ لنصفها تسليما وخالفه محمد ، والأول أصح ابن ملك عن المحيط (قوله علم بالسقوط أولا) قال فى المنح لأنه لايعذر بالجهل بالأحكام فى دار الإسلام اه ؛ والأوضح أن يذكره فيما إذا سكت لأنه هو الذى يتوهم كون الجهل فيه عذرا ، أما عند التسليم منه فلا وجه له ط :

قلت : فالمناسب مافى التاترخانية علم بوجوب الشفعة أولا وعلم من سقط إليه هذا الحق أولا (قوله لاقبله ، كما مر) لم أره فيما مر صريحا (قوله خلافا لمحمد) حيث أبطل التسليم وجعل للصغير أخذها بعد البلوغ

فيما بيع بقيمته أو أقل ملتقى :

(الوكيل بطلبها إذا سلم) الشفعة (أو أقر على الموكل بتسليمه) الشفعة (صح) لو كان التسليم أو الإقرار (عند القاضى) وإلا لم يصح ، لـكنه يخرج من الخصومة وسكوت من يملك التسليم تسليم (و) يبطلها (صلحه منها على عوض) أى غير المشفوع لما يأتى (وعليه رده) لأنه رشوة (و) يبطلها (بيع شفعته لمال) ولا يلزم المال وكذا الـكفالة بالنفس بخلاف القود ، ولو صالح على أخذ نصف الدار ببعض الثمن صح ، ولو صالح على أخذ بيت بحصته من الثمن لا لجهالة الثمن عند الأخذ ، ولا تسقط شفعته .

(و) يبطلها (موت الشفيع قبل الأخذ بعد الطلب أو قبله) ولا تورث خلافا للشافعى ، ولو مات بعد القضاء لم تبطل (لا) يبطلها (موت المشترى) لبقاء المستحق (و) يبطلها (بيع ما يشفع به قبل القضاء بالشفعة

وعلى هذا الخلاف إذا بلغهما شراء دار بجوار دار الصبى فلم يطلبا ابن ملك (قوله فيما بيع بقيمته أو أقل) فلو بأكثر مما لا يتغابن الناس فى مثله جاز التسليم اتفاقا والأصح أنه لا يجوز اتفاقا لأنه لا يملك الأخذ فلا يملك التسليم ابن ملك ، ومقتضاه أنه لو سلم فيما بيع بأكثر ثم بلغ الصبى له الطلب (قوله وإلا لم يصح) هذا قولهما وقول أبى يوسف الأول . وقال آخرا : يصح مطلقا كما فى التاترخانية . وفيها عن الولوالجية تسليم الشفعة من الوكيل صحيح وإن لم تكن الدار فى يده عندهما ، وعليه الفتوى خلافا لمحمد (قوله وسكوت من يملك التسليم تسليم) ومنه الأب والوصى كما قدمنا آنفا ، ولا تنس ماقدمناه عن الخانية وفتاوى المصنف أن الشفيع إذا سمع بالبيع فسكت لاتبطل شفعته مالم يعلم المشترى والثمن كالبكر إذا استؤمرت (قوله ويبطلها صلحه منها على عوض الخ) لأنها ليست بحق متقرر فى المحل بل مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ، ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشروط فبالفاسد أولى فيبطل الشرط ويصح الإسقاط هداية . وفى عدم جواز التعليق كلام سنذكره فى الفروع إن شاء الله تعالى (قوله لما يأتى) أى بعد سطر ونصف ، وكان ينبغى ذكره هنا قبل مسألة البيع (قوله ويبطلها بيع شفعته بمال) قال فى الهداية لما بينا : وقال فى النهاية بعد عزوه بطلانها إلى المبسوط أيضا : وفى الذخيرة : وإذا وهبها أو باعها لإنسان لا يكون تسليما لأن البيع لم يصادف محله والأول أصح اه ملخصا :

أقول : وفى الخانية الشفيع إذا باع الشفعة أو وهبها لإنسان بعد ماوجبت له لاتبطل لأنها لاتحتمل التمليك فلم يصادف محله اه . وظاهره حمل البطلان على ما إذا كان البيع قبل الوجوب لما فيه من ترك الطلب إلا أن يكون مبنيا على مقابل الأصح ، وتأمل هـذا مع ماذكره فى المنح عن الخانية والمجتبى (قوله وكذا الـكفالة) يعنى إذا صالح الـكفيل بالنفس المكفول له على مال تسقط الـكفالة ولا يجب المال فى رواية وهى الأصح ، وفى أخرى لاتبطل ولا يجب المال ، وتمامه فى الـكفاية وغاية البيان (قوله بخلاف القود) لأنه حق متقرر فى المحل ، فإن نفس القاتل كانت مباحة فى حق من له القصاص وبالصلح يحدث له العصمة فى دمه فيجوز العوض بمقابلته معراج (قوله ولا تسقط شفعته) لأنه لم يوجد منه الإعراض عن الأخذ بالشفعة بخلاف مسألة المتن السابقة .

فالحاصل كما فى النهاية أن صلح الشفيع مع المشترى على ثلاثة أوجه : فى وجه يصح ، وفى وجه لا يصح ولا تبطل الشفعة ، وفى وجه تبطل ولا يجب المال (قوله ويبطلها موت الشفيع الخ) لأنها مجرد حق التملك وهو لا يبقى بعد موت صاحب الحق فكيف يورث درر (قوله ولو مات بعد القضاء لاتبطل) لما تقدم متنا أنها تملك بالأخذ بالتراضى وبقضاء القاضى (قوله لاموت المشترى) وكذا البائع خانية : ولا تباع فى دين المشترى ووصيته ولو باعها القاضى أو الوصى أو أوصى المشترى فيها بوصية فللشفيع أن يبطله ويأخذ الدار لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه فى حياته هداية (قوله ويبطلها بيع مايشفع به) أى كله لما فى الخانية : الشفيع بالجوار إذا باع الدار التى

مطلقا) علم ببيعها أم لا ، وكذا لو جعل مايشفع به مسجدا أومقبرة أو وقفا مسجلا درر (ولو باع بشرط الخيار) لنفسه (لا) تبطل لبقاء السبب :

(و) يبطلها (شراء الشفيع من المشترى) ظن دونه أو مثله أخذها بالشفعة بالعقد الأول أو الثانى ، بخلاف ما لو اشتراها ابتداء حيث لاشفعة لمن دونه (وكذا) يبطلها (إن استأجرها أو ساومها) بيعا أو إجارة ملتقى (أو طلب منه أن يوليه) عقد الشراء (أو ضمن الدرك) مستدرك لما مر آنفا ، فتبطل فى الكل لدليل الإعراض زيلعى :

(قيل للشفيع إنها بيعت بألف فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل أو ببر أو شعير أو عددى متقارب) (قيمته ألف أو أكثر فله الشفعة ، ولو بان أنها بيعت بدنانير) أو بعروض (قيمتها ألف فلا شفعة) والفرق بينهما أن هذا قيمى وذاك مثلى فربما يسهل عليه وإن كثر (ولو علم أن المشترى زيد فسلم ثم بان أنه بكر فله الشفعة ،

يستحق بها الشفعة إلا شقصا منها لاتبطل شفعته ، لأن مابقى يكفى للشفعة ابتداء فيكفى لبقائها اه (قوله علم ببيعها) أى بيع المشفوعة وقت بيعه مايشفع به (قوله وكذا) عطف على يبطلها : أى وتبطل بهذه الأشياء قبل القضاء بالشفعة لأنها بمنزلة الزائل عن ملكه كما فى الدرر (قوله أو وقفا مسجلا) ينبغى على القول بلزوم الوقف بمجرد القول أن تسقط به وإن لم يسجل شرنبلالية (قوله ولو باع الخ) أى الشفيع مايشفع به ، وأفاد أن المراد بقوله بيع مايشفع به البيع البات (قوله لبقاء السبب) هو اتصال ملكه بالمشفوعة لأن خيارالبائع يمنع خروج المبيع عن ملكه . وعبارة الهداية : لأنه يمنع الزوال فبقى الاتصال اه فافهم (قوله ويبطلها شراء الشفيع من المشترى) لأنه بالإقدام على الشراء من المشترى أعرض عن الطلب وبه تبطل الشفعة منح (قوله فلمن دونه) كما إذاكان شريكا وللمبيع جار (قوله بالعقدالأول أو الثانى) انظر ما كتبناه عن التاترخانية عندقول المصنف ويفسخ بحضوره (قوله بخلاف مالو اشتراها ابتداء) أى قبل أن يثبت له فيها حق الأخذ ، لأنه لم يتضمن إعراضا لإقباله على التملك وهو معنى الأخذ بالشفعة ، وإنما اشتراها لعدم التمكن من أخذها بطريق آخر زيلعى (قوله حيث لاشفعة لمن دونه) بل تكون له ولمن هو مثله كما أوضحناه قبيل هذا الباب (قوله إن استأجرها أو ساومها الخ) أى بعد علمه بالبيع معراج ، وقيد بضمير المشفوعة ، لما فى التاترخانية : اشترى داراً فساوم الشفيع داره وقد أشهد على طلبه فهوعلى شفعته (قوله أو طلب منه) أى طلب الشفيع من المشترى (قوله أن يوليه) أى يبيعه تولية وهى البيع بمثل الثمن الأول ح ، ومثل التولية المرابحة ط ، وكذا لو طلبها مزارعة أو مساقاة بعد علمه بالبيع إتقانى (قوله مستدرك بما مر آنفا) لم يمر فى هذا الباب المعقود للبطلان ، وقد مر قبيله ط (قوله قيمته ألف أو أكثر) وكذا لو أقل بالأولى كما فى العناية (قوله فله الشفعة) لأن التسليم كان لاستكثار الثمن فى الأول أو لعدم قدرته على الدراهم فى الثانى فلا يلزم منه التسليم منه (قوله قيمتها ألف) أى أو أكثر بالأولى ، بخلاف الأقل (قوله والفرق بينهما) أى بين العرض وبين البر والشعير ، والعددى المتقارب أن العرض قيمى والواجب فيه القيمة وهى دراهم أو دنانير فلا يظهر فيه التيسير ، وذاك مثلى يؤخذ بمثله فربما يسهل عليه لعدم قدرته على الدراهم : وأما الفرق فى مسألة الدنانير فلأنهما كما فى العناية جنس واحد فى المقصود وهو الثمنية عندنا ومبادلة أحدهما بالآخر متيسرة عادة : وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس :

[تنبيه] أخبر أن الثمن عروض كالثياب والعبيد فبان أنه مكيل أو موزون أو أخبر أنه مكيل أو موزون فبان أنه جنس آخر منه فهو على شفعته ، وإن بان أنه جنس آخر من عروض أو فضة أو ذهب كقيمة مابلغه فلا شفعة

ولو علم أن المشترى هو مع غيره كان له أخذ نصيب غيره) لعدم التسليم فى حقه (ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم بلغه شراء الكل ، فله الشفعة فى الكل وفى عكسه) بأن أخبر بشراء الكل فسلم ثم ظهر شراء النصف (لاشفعة له على الظاهر) لأن التسليم فى الكل تسليم فى كل أبعاضه بخلاف عكسه.

ثم شرع فى الحيل فقال (وإن باع) رجل (عقارا إلا ذراعا) مثلا (فى جانب) حد (الشفيع فلاشفعة) لعدم الاتصال والقول بأن نصب ذراعا سهو سهو (وكذا) لاشفعة (لو وهب هذا القدر للمشترى) وقبضه (وإن ابتاع سهما منه بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار فى السهم الأول فقط) والباقى للمشترى لأنه شريك.

لعدم الفائدة زيلعى (قوله ولو علم أن المشترى هو مع غيره). الأنسب ولو بان كما لايخفى ح (قوله لاشفعة له) قال فى الذخيرة: هذا محمول على ماإذا كان ثمن النصف مثل ثمن الكل بأن أخبر بشراء الكل بألف فسلم فظهر أنه اشترى النصف بالألف، فلو ظهر بخمسمائة فهو على شفعته جوهرة، وعبر عنه الزيلعى بقيل (قوله على الظاهر) أى ظاهر الرواية: قال فى العناية: احترازا عما روى عن أبى يوسف على عكس هذا لأنه قد يتمكن من تحصيل ثمن النصف دون الجميع، وقد تكون حاجته إلى النصف لتتم به مرافق ملكه (قوله إلا ذراعا مثلا) أى مقدار عرض ذراع أو شبر أو أصبع وطوله تمام مايلاصق دار الشفيع درر (قوله لعدم الاتصال) استشكل السائحانى هذه الحيلة بما نقله الشرنبلالى عن عيون المسائل: دار كبيرة ذات مقاصير باع منها مقصورة فلجار الدار الشفعة لأن المبيع من جملة الدار وجار الدار جار المبيع وإن لم يكن متصلا به اهـ. أقول: المشكل مافى العيون لاما هنا تأمل (قوله والقول) مبتدأ وسهو الثانى خبره، وهذا رد على صاحب الدرر حيث قال: وكذا لاتثبت فيما بيع إلا ذراع، ومافى الوقاية من قوله إلا ذراعا بالنصب كأنه سهو اهـ. وأجاب عنه فى العزمية بأنه مستثنى من مالا من ضمير بيع، فالنصب على التبعية باعتبار محل المجرور والتبعية لضمير بيع تقتضى الرفع لأنه كلام تام غير موجب اهـ ملخصا.

أقول: أما النصب فى عبارة المصنف فواجب بلا شبهة لأنه استثناء من كلام تام موجب. وأما فى عبارة الوقاية والدرر فكذلك، والاستثناء من ضمير بيع لا من الموصول وهو من كلام تام موجب أيضا لأن النفى غير متوجه إليه، يوضحه لو أهانك جماعة إلا زيدا منهم فقلت لا أكرم من أهانونى إلا زيدا على أن زيدا مستثنى من الواو ولا من الموصول وجب فيه النصب لأنه مستثنى من الواو قبل دخول النفى، لأن المعنى من أهانونى إلا زيدا لا أكرمهم وصار زيد كالمسكوت عنه فى حصول الإكرام له وعدمه، ولو جعلته مستثنى من الموصول بأن كان من المهينين أيضا جاز فيه النصب والرفع لأنه من كلام تام غير موجب وصار محكوما عليه بالإكرام قطعا. وعبارة الدرر من قبيل الأول، لأن المعنى ما بيع إلا ذراعا لا شفعة فيه، ولو كان الذراع مستثنى من الموصول لكان المعنى أن الشفعة تثبت فيه ولا يخفى فساده، فاغتنم هذا التحرير فى هذا المقام فقد زل فيه كثير من الأفهام (قوله لو وهب هذا القدر) أى الذراع مثلا، والظاهر أن المراد وهبه بعد بيع ما عدا هذا القدر بقرينة قوله للمشترى: ومثله ما لو باعه له لأنه صار شريكا فى الحقوق فلاشفعة للجار، وعلى هذا فليست هذه حيلة ثانية بل من تتمة الأولى ويحتمل أن الهبة قبل البيع، فقوله للمشترى من مجاز الأول، فيشترط فى الهبة أن لا تكون بعوض مشروط عليه فهى حيلة ثالثة تأمل (قوله فالشفعة للجار فى السهم الأول فقط) قال فى المستصفى: تأويل هذه المسألة إذا بلغه بيع سهم منها فرده، أما إذا بلغه البيعان فله الشفعة، والتعليل بقوله لأن الشفيع جار فيها إلا أن المشترى فى الثانى شريك فيقدم عليه يقتضي الإطلاق، وعلى هذا عبارة عامة الكتب كفاية (قوله لأنه شريك)

وحيلة كله أن يشترى الذراع أوالسهم بكل الثمن إلا درهما ثم الباقى بالباقى، وليس له تحليفه بالله ما أردت به إبطال شفعتى ، وله تحليفه بالله إن البيع الأول ما كان تلجئة مؤيد زاده معزيا للوجيز (وإن ابتاعه بثمن) كثير (ثم دفع ثوبا عنه فالشفعة بالثمن لا بالثوب) فلا يرغب فيه ، وهذه حيلة تعم الشريك والجار لكنها تضر بالبائع ، إذ يلزمه كل الثمن إذا استحق المنزل ، فالأولى بيع دراهم الثمن بدينار ليبطل الصرف إذا استحق :

وحيلة أخرى أحسن وأسهل وهى المتعارفة فى الأمصار ذكرها بقوله (وكذا لو اشترى بدراهم معلومة)

أى نظرا إلى ما قبل الأخذ منه . قال فى العناية : لأنه حين اشترى الباقى كان شريكا بشراء الجزء الأول ، واستحقاق الشفيع الجزء الأول لا يبطل شفعة المشترى فى الجزء الثانى قبل الخصومة لكونه فى ملكه بعد فيتقدم على الجار اه .

قلت : ونظيره ما ذكره الإتقانى إذا اشترى دارا لصيق داره ثم باع داره الأولى ثم حضر جار آخر للثانية يقضى له بالنصف (قوله وحيلة كله) أى حيلة منع الشفعة فى كل العقار أى لأنه وإن ثبت له الشفعة فى السهم الأول ، لكنه إذا رآه بيع بمعظم الثمن تقل رغبته فيمتنع عن أخذه ، ولا يخفى أن الأولى حيلة كله أيضا لأن مشترى الذراع صار شريكا فى الحقوق فيقدم على الجار كما قدمناه فكلامه بالنظر إلى الثانية فقط (قوله أن يشترى الذراع أو السهم) أى يشترى جزءا معينا كذراع مثلا من أى جهة كانت أو جزءا شائعا كتسع أو عشر :

أقول : وأما ما وقع فى كلامهم من حمل الذراع على المذكور فى الحيلة الأولى ففيه نظر لاستقلاله فيها بمنع الشفيع عن الكل بلا توقف على كثرة الثمن فافهم :

واعلم أن هذه الحيلة لتقليل رغبة الشفيع كما قدمناه ، والأولى لإبطال شفعته ، وأن هذه الحيلة مضرة للمشترى لو كانت الدار لصغير لعدم جواز بيع الباقى بالباقى لما فيه من الغبن الفاحش فيلزم المشترى السهم بالثمن الكثير ، ولا يجوز شراؤه للباقى كما فى غاية البيان :

[فائدة] إذا خاف أحدهما أن لا يوفى صاحبه يشترط الخيار لنفسه ثلاثة أيام ، فإذا لم يوف له فى المدة فسخ فيها وإن خافا شرط كل منهما الخيار لنفسه ثم يجيزان معا ، وإن خاف كل منهما إذ أجاز أن لا يجيز صاحبه يوكل كل منهما وكيلا ويشترط عليه أن يجيز بشرط أن يجيز صاحبه زيلعى بزيادة (قوله وليس له تحليفه الخ) سيأتى آخر الباب تحقيق ذلك بما لا مزيد عليه إن شاء الله تعالى (قوله ما كان تلجئة) بيع التلجئة : هو أن يظهرا عقدا وهما لا يريدانه يلجئ إليه خوف عدوه وهو ليس ببيع فى الحقيقة ، بل كالهزل كما تقدم قبيل كتاب الكفالة ح (قوله وإن ابتاعه) أى ابتاع العقار كما يظهر من كلام الشرح ، ولا مانع من إرجاع الضمير إلى السهم تأمل (قوله بثمن كثير) كأضعاف قيمته (قوله ثم دفع ثوبا عنه) أى دفع عن ذلك الثمن الكثير أى بدله ثوبا قيمته كقيمة المبيع (قوله لا بالثوب) لأن الثوب عوض عما فى ذمة المشترى فيكون البائع مشتريا للثوب بعقد آخر غير العقد الأول زيلعى (قوله فلا يرغب) أى الشفيع فى ذلك المبيع لكثرة الثمن ، وأشار إلى أن هذه الحيلة لا تبطل شفعته إذ لو رضى بدفع ذلك الثمن له الأخذ ، بخلاف الحيلة الأولى كما قدمناه (قوله وهذه حيلة تعم الشريك والجار) أى بخلاف ما قبلها فإنهما لا يحتال بهما فى حق الشريك ، أما الأولى فظاهر ، وأما الثانية فلأن للشريك أخذه لنصف الباقى بنصف الباقى من الثمن القليل (قوله لكنها تضر بالبائع) الأولى قد تضر (قوله إذ يلزمه كل الثمن الخ) لوجوبه عليه بالبيع الثانى ثم براءته ، كأن حصلت بطريق المقاصة بثمن العقار ، فإذا استحق بطلت المقاصة زيلعى (قوله بدينار) الأولى بدنانير بقدر قيمة العقار كما عبر الزيلعى (قوله ليبطل الصرف إذا استحق) لأنه يكون صرفا بما فى ذمته من الدراهم ، فإذا استحق العقار تبين أن لا دين على المشترى فيبطل الصرف للافتراق قبل

بوزن أو إشارة (مع قبضة فلوس أشير إليها وجهل قدرها وضيع الفاوس بعد القبض) فى المجلس لأن جهالة الثمن تمنع الشفعة درر :

قلت : ونحوه فى المضمرات ، وينبغى أن الشفيع لو قال أنا أعلم قيمة الفلوس وهى كذا أن يأخذ بالدراهم وقيمتها ، كما لو اشترى دارا بعرض أو عقار للشفيع أخذها بقيمته كما مر قاله المصنف ، ثم نقل عن مقطعات الظهيرية ما يوافقه :

قلت : ووافقه فى تنوير البصائر ، وأقره شيخنا ، لكن تعقبه ابنه فى زواهر الجواهر بأنه مخالف الأول ، وما فى المتون والشروح مقدم على ما فى الفتاوى كما مر مرارا اه :

القبض فيجب رد الدنانير لا غير زيلعى (قوله مع قبضة فلوس الخ) القبضة بالفتح وضمه أكثر : ما قبضت عليه من شىء قاموس ، ومثلها الخاتم المعلوم العين المجهول المقدار كما فى المنح (قوله أشير إليها) قيد به ليصح الحاقها بالثمن ، وبقوله وجهل قدرها لتسقط الشفعة ، وبقوله وضيع الخ لئلا يمكن للشفيع معرفتها ، ولذا زاد فى المجلس أخذا من قول المنح عن المضمرات ثم يستهلكه من ساعته فافهم (قوله عن مقطعات الظهيرية) أى من كتاب الشفعة ، وعادته التعبير عن المتفرقات بالمقطعات ، ولم يذكر فى المنح لفظ مقطعات بل ذكره الرملى ، ونص ما فيها : اشترى عقارا بدراهم جزافا واتفق المتبايعان على أنهما لا يعلمان مقدار الدراهم وقد هلك فى يد البائع بعد التقابض فالشفيع كيف يفعل ؟ قال القاضى الإمام عمر بن أبى بكر : يأخذ الدار بالشفعة ثم يعطى الثمن على زعمه إلا إذا أثبت المشترى زيادة عليه اه .

أقول : وهذا مشكل ، إذ كيف يحل له الأخذ جبرا على المشترى بمجرد زعمه مع أن الشفيع إنما له الأخذ بما قام على المشترى من الثمن ، اللهم إلا أن يكون عالما بقدره بقرينة قوله إلا إذا أثبت المشترى زيادة عليه فإنه يدل على أن الثمن علم قبل هلاكه فتأمل (قوله وأقره شيخنا) أى الخير الرملى فى حاشية المنح وفى فتاواه الخيرية (قوله لكن تعقبه ابنه) ابن المصنف (قوله بأنه مخالف للأول) أى ما فى المتن :

أقول : لا مخالفة ، بل غايته أنه تخصيص لإطلاق الأول لأنه ليس فيه أن هذه الحيلة باطلة بل أن صحتها مبنية على ما إذا وافقهما الشفيع على عدم معرفة الفلوس ، فإن كان يعلمها وادعى ذلك فقد بطلت الحيلة لعدم الجهالة المانعة من حكم الحاكم ، ويدل على هذا التخصيص نفس كلام المضمرات حيث علل السقوط بها بأن الشفيع يأخذ المبيع بمثل الثمن أو قيمته ، وهنا يعجز القاضى عن القضاء بهما جميعا بسبب الجهالة :

وقال الرملى : ظاهر ما فى الظهيرية أن الشفيع لا يحلف على ما زعم ، لأن المتبايعين لم يدعيا قدرا معينا أنكره الشفيع بل اتفقا على أنهما لا يعلمان قدر الثمن ، فلا يقال إنه منكر فلا يحلف : وبهذا علم أن هذه الحيلة إنما تتم لو وافقهما الشفيع على عدم المعرفة ، ويشير إليه قولهم لتعذر الحكم فتأمل اه وهو عين ما قلناه (قوله وما فى المتون) كالغرر والشروح كالمضمرات فإنه شرح على القدورى ، وقوله مقدم خبر ما وذلك لأن مسائل المتون هى المنقولة عن أئمتنا الثلاثة أو بعضهم وكذلك الشروح ، بخلاف ما فى الفتاوى فإنه مبنى على وقائع تحدث لم يسألون عنها وهم من أهل التخريج فيجيب كل منهم بحسب ما يظهر له تخريجا على قواعد المذهب إن لم يجد نصا ولذا ترى فى كثير منها اختلافا ، ومعلوم أن المنقول عن الأئمة الثلاثة ليس كالمنقول عمن بعدهم من المشايخ ولا يخفى عليك أن مسألتنا هذه ليست كذلك فإنها لم تذكر فى المتون التى شأنها كذلك كمختصر القدورى والهداية والكنز والوقاية والنقاية والمجمع والملتقى والمواهب والإصلاح : وقد قال فى المنح : ولم أقف على هذه الحيلة فى غير الكتاب المذكور يعنى الدرر والغرر ثم رأيتها فى المضمرات اه : وذكرها فى المضمرات لا يدل على أنها

وقدمنا أنه لاشفعة فيا بيع فاسدا ولو بعد القبض لاحتمال الفسخ نعم إذا سقط الفسخ بالبناء ونحوه وجبت والله أعلم ؛

(تكره الحيلة لإسقاط الشفعة بعد ثبوتها وفاقا) كقوله للشفيع اشتره منى ذكره البزازى : وأما الحيلة لدفع ثبوتها ابتداء ، فعند أبى يوسف لا تكره ، وعند محمد تكره ، ويفتى بقول أبى يوسف فى الشفعة قيده فى السراجية بما إذا كان الجار غير محتاج إليه ، واستحسنه محشى الأشباه (وبضده) وهو الكراهة (فى الزكاة) والحج وآية السجدة جوهرة (ولاحيلة) موجودة فى كلامهم (لإسقاط الحيلة) بزازية ، قال : وطلبناها كثيرا فلم نجدها ،

(إذا اشترى جماعة عقارا والبائع واحد يتعدد الأخذ بالشفعة بتعددهم فللشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقى وبعكسه) وهو ما إذا تعدد البائع واتحد المشترى (لا) يتعدد الأخذ ، بل يأخذ الكل أو يترك

منقولة عن أئمة المذهب حتى تترجح على ما فى الفتاوى ، كيف وكثير من الشروح كالنهاية وغيرها ينقلون عن أصحاب الفتاوى فيحتمل أنه نقلها عنهم أيضا فتأمل منصفا (قوله وقدمنا الخ) هذه ذكرها الرملى عن حاوى الزاهدى من جملة الحيل ؛

أقول : ولا شبهة فى أنه لايحل فعلها وأنها مضرة لفاعلها فى دينه بمباشرة العقد الفاسد وفى دنياه إذا طلب الشفيع بعد ما سقط الفسخ ببناء ونحوه (قوله ذكره البزازى) أقول : ما اقتصر عليه البزازى لايصلح مسقطا ، إذ لو سكت الشفيع أو قال لا أشترى لاتسقط شفعته : وعبارة النهاية : وذلك أن يقول المشترى للشفيع أنا أبيعها منك بما أخذت فلا فائدة لك فى الأخذ فيقول الشفيع نعم أو يقول اشتريت فتبطل شفعته اه ؛

أقول : ومنها أن يشترى منه الشفعة أو يصالحه عليها بمال فإنها تبطل ويسترد المال كما تقدم (قوله ويفتى بقول أبى يوسف فى الشفعة) بل نقل فى النهاية أن منهم من قال إنه لاخلاف فيها . وفى البزازية : وإن قبل الثبوت لابأس به عدلا كان يعنى الشفيع أو فاسقا فى المختار لأنه ليس بإبطال (قوله واستحسنه محشى الأشباه) هو العلامة شرف الدين الغزى فى تنوير البصائر ، حيث قال وينبغى اعتماد هذا القول لحسنه اه ط (قوله فى الزكاة والحج وآية السجدة) كأن يبيع السائمة بغيرها قبل الحول أو يهب لابنه المال قبله أو قبل أشهر الحج أو يقرأ سورة السجدة ويدع آيتها ؛

قال ط : قلت : أو يقرأها سرا بحيث لايسمع نفسه على المشهور اه أى من أن المعتبر إسماع نفسه لا مجرد تصحيح الحروف (قوله لإسقاط الحيلة) أى فى الشفعة ، أما فى غيرها فقد وجد كما بينه البيرى (قوله قال) أى فى البزازية ؛

أقول : أصل هذا الكلام لصاحب الظهيرية عن والده ، وذكر الرحتى أن ما تقدم من أن له أن يحلفه أن البيع الأول ماكان تلجئة ، وكذا قوله أنا أعلم قيمة الفلوس يصلح حيلة لإسقاط الحيلة ؛

مطلب لاشفعة للمقر له بدار(١)

[تتمة] رأيت بخط شيخ مشايخنا منلا على عن جواهر الفتاوى ما حاصله : أقر بسهم من الدار ثم باع منه البقية لا شفعة للجار ، ذكره الخصاف وأنكره الخوارزمى ، والمذهب ما قاله ، فالرواية منصوصة فيمن أقر بدار لآخر وسلمها ، ثم بيعت دار بجنبها لا شفعة للمقر له فى قول أبى حنيفة ومحمد خلافا لأبى يوسف اه أى لأن الإقرار حجة قاصرة ، ومقتضاه أن لا شفعة للمقر أيضا مؤاخذة له بإقراره تأمل (قوله والبائع واحد)

---

(١) وفى المنتقى عن أبى يوسف : رجل فى يده دار فقال الشفيع بعد بيع الدار التى فيها الشفعة دارى هذه لفلان وله بعتها منه منذ سنة وقال هذا فى وقت يقدر على أخذ الشفعة لو طلبها لنفسه ، قال : لاشفعة له ولا للمقر له تاترخانية اه منه .

لأن فيه تفريق الصفقة على المشترى، بخلاف الأول لقيام الشفيع مقام أحدهم فلم تتفرق الصفقة بلا فرق بين كونه قبل القبض أو بعده سمى لكل بعض ثمنا أو سمى للكل جملة ، لأن العبرة لاتحاد الصفقة لا لاتحاد الثمن :

واعلم أنه لو طلب الحصة فهو على شفعته ، ولو اشترى دارين أو قريتين بمصرين صفقة أخذهما شفيعها معا أو تركهما لا أحدهما ولو إحداهما بالمشرق والأخرى بالمغرب شرح مجمع ويأتى (والمعتبر فى هذا) أى العدد والاتحاد (العاقد) لتعلق حقوق العقد به (دون المالك) فلو وكل واحد جماعة فللشفيع أخذ نصيب بعضهم :

(اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسم) المشترى (البائع أخذ الشفيع نصيب المشترى الذى حصل له بالقسمة) وإن وقع فى غير جانبه على الأصح (وليس له) أى للشفيع (نقضها مطلقا) سواء قسم بحكم

أقول: فلو تعدد كل من البائع والمشترى لم أره، والظاهر أنه كذلك لا كالعكس كما يفيده التعليل الآتى وليراجع (قوله لأن فيه تفريق الصفقة على المشترى) أى فيتضرر بعيب الشركة . وفى الكفاية عن الذخيرة : لو اشترى نصيب كل بصفقة فللشفيع أخذ نصيب أحدهم لأن المشترى رضى بهذا العيب حيث اشترى نصيب كل بصفقة اهـ ثم بين ما تتفرق به الصفقة وما تتحد فراجعه (قوله لقيام الشفيع الخ) ولأن الجار متعدد فله أن يرضى بأحدهم دون غيره ، أما إذا رضى بجوار المشترى فى نصيب واحد فقد رضى أيضا فى نصيب آخر لعدم تجزى جوار الواحد درر البحار (قوله بلا فرق الخ) هو الصحيح إلا أن قبل القبض لا يمكنه أخذ نصيب أحدهم إذا نقد ما عليه ما لم ينقد الآخر حصته كى لا يؤدى إلى تفريق اليد على البائع بمنزلة أحد المشترين هداية أى إذا نقد ما عليه من الثمن لا يقبض نصيبه من الدار حتى يؤدى المشترون ما عليه من الثمن وكذا الشفيع (قوله قبل القبض أو بعده) أى قبض المشترى الدار معراج (قوله فهو على شفعته) أى فى الباقى ، وقيل بطلت قهستانى : وفى التاترخانية : وإذا كان المشترى واحدا والبائع اثنين وطلب الشفيع نصيب أحدهما مع أنه ليس له أن يأخذه هل يكون على شفعته ؟ ذكر فى الأصل نعم : قال بعضهم: هذا محمول على ما إذا كان بعد طلب المواثبة وطلب الإشهار فى الكل فلو طلب فى النصف أولا بطلت . وقال بعضهم على إطلاقه اهـ :

قلت : يؤيد الأول ما قدمه الشارح قبيل باب الطلب عن الزيلعى من أن شرط صحتها أن يطلب الكل ، وبه يتأيد ما ذكرناه هناك من التوفيق بينه وبين قول المجمع ولا يجعل قوله آخذ نصفها تسليما فتدبر (قوله لا أحدهما) وقال زفر : له شفعة أحدهما ، قيل والفتوى على قوله ، وقيد بمصرين لما فى الحقائق لو كانا فى مصر واحد ، فقوله كقولنا : وفى الصفى والإيضاح أنه قيد اتفاقى وبصفقة إذ لو بيعتا بصفقتين له أخذ أيهما شاء اتفاقا وبكونه شفيعا لهما ، إذ لو كان شفيعا لأحدهما يأخذ التى هو شفيعها اتفاقا ، لأن الصفقة وإن اتحدت فقد اشتملت على ما فيه الشفعة ، وعلى ما ليست فيه حكم بها فيما تثبت فيه أداء لحق العبد كذا فى درر البحار وشرح المجمع (قوله ويأتى) أى عن النظم الوهبانى (قوله فلو وكل واحد جماعة) أى بالشراء فاشتروا له عقارا واحدا بصفقة واحدة أو متعددة زيلعى ، وتمام التفريع ولو وكل جماعة واحدا به ليس للشفيع أخذ نصيب بعضهم (قوله فللشفيع الخ) هذا إذا وكل كلا فى نصيب ، وأما إذا وكل كلا فى شراء الجميع فلا شفعة إلا فى الجميع فليتأمل ط :

أقول : هذا مقبول للنفس لو لم يخالفه ما نقلناه آنفا عن الزيلعى فتأمل (قوله وإن وقع فى غير جانبه) وعن أبى حنيفة أنه يأخذه إذا وقع فى جانب الدار التى يشفع بها لأنه لا يبقى جارا فيما يقع فى الجانب الآخر هداية

أو رضا على الأصح لأنها من تمام القبض، حتى لو قاسم الشريك كان للشفيع النقض كما ذكره بقوله (بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من دار مشتركة وقاسم المشترى الشريك الذى لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه) كنقضه بيعه وهبته (كما لو اشترى اثنان دارا وهما شفيعان ثم جاء شفيع ثالث بعد ما اقتسما بقضاء أو غيره فله) أى للشفيع (أن ينقض القسمة) ضرورة صيرورة النصف ثلثا شرح وهبانية.

(اختلف الجار والمشترى فى ملكية الدار التى يسكن فيها) الشفيع الذى هو الجار (فالقول للمشترى) لأنه ينكر استحقاق الشفعة (وللجار تحليفه) أى تحليف المشترى (على العلم عند أبى يوسف وبه يفتى، كما لو أنكر المشترى طلب المواثبة) فإنه يحلف على العلم (وإن أنكر) المشترى (طلب الإشهاد عند لقائه حلف) المشترى (على البتات) لأنه يحيط به علما دون الأول حاوى الزاهدى، ولو برهنا فبينة الشفيع أحق: وقال أبو يوسف: بينة المشترى.

[فروع] باع ما فى إجارة الغير وهو شفيعها، فإن أجاز البيع أخذها بالشفعة وإلا بطلت الإجارة، وإن ردها شرى لطفله والأب شفيع له

(قوله أو رضا على الأصح) وعن أبى حنيفة: لو بغير قضاء له النقض إتقانى (قوله لأنها من تمام القبض) لما عرف أن قبض المشاع فيما يحتمل القسمة قبض ناقص كفاية (قوله حتى لو قاسم) أى المشترى وهو تفريع على التعليل بكون القسمة من تمام القبض أفاده ط (قوله حيث يكون للشفيع نقضه) لأن هذه القسمة لم تجر بين العاقدين فلا يمكن جعلها قبضا بحكم العقد فجعلت مبادلة، وللشفيع أن ينقض المبادلة كفاية (قوله كما لو اشترى الخ) تشبيه فى النقض ط (قوله وللجار تحليفه على العلم) لأنه تحليف على فعل غيره منح فيقول لا أعلم أنه مالك لما يشفع به (قوله فإنه يحلف على العلم) موافق لما فى التاترخانية عن فتاوى أبى الليث، وهو محمول على ما إذا قال الشفيع علمت أمس وطلبت فإنه يكلف إقامة البينة، فإن لم يقمها حلف المشترى، أما لو قال طلبت حين علمت أى ولم يسنده لما مضى فالقول له بيمينه كما فى الدرر والخانية والبزازية فيحصل التوفيق، أفاده الرملى وقدمناه (قوله عند لقائه) قيد به لأنه لو أنكر طلب الإشهاد عند لقاء البائع أو عند الدار حلف على العلم لعدم إحاطة العلم اهـ ح (قوله فبينة الشفيع أحق) لأنها تثبت الأخذ والبينات للإثبات ط (قوله وهو) أى الغير الذى هو المستأجر (قوله أخذها بالشفعة) لوجود سببها وبطلان الإجارة (قوله وإلا بطلت الإجارة وإن ردها) عبارة الأشباه بأن ردها(١) وعزا المسألة إلى الولوالجية: قال الحموى: وفيه نظر لأن عدم إجازة البيع لا يوجب بطلان الإجارة، والذى فى الولوالجية: ولو لم يجز البيع ولكن طلب الشفعة أبطلت الإجارة لأنه لا صحة للطلب إلا بعد بطلان الإجارة اهـ. فالصواب أن طلبها يعنى الشفعة اهـ ملخصا: وما فى الولوالجية مذكور فى الخانية والقنية والهندية عن المحيط. قال ط: وأفاد هذا أن له الأخذ بالشفعة لنفاذ البيع بين المتعاقدين، وحينئذ فلا فرق بين أن يجيز ويطلب أو يطلب الشفعة فقط، والعبارة لا تخلو عن ركاكة اهـ أى لإيهامها أن لا شفعة له إن طلب فقط مع أن له الشفعة كما صرح به فى الخانية:

أقول: المسألة مسوقة فى الولوالجية وغيرها لبيان الفرق بينها وبين ما إذا باع دارا على أن يكفل الشفيع الثمن فكفل لا شفعة له. والفرق أنه لما كانت الكفالة شرطا فى البيع صار جوازه مضافا إليها وصار الشفيع بمنزلة البائع، أما هنا البيع جائز من غير إجازة المستأجر إلى آخر ما ذكروه.

---

(١) (قوله عبارة الأشباه بأن ردها) عبارة الأشباه إن ردها بدون باء.

الشفعة والوصى كالأب :

قلت : لكن فى شرح المجمع ما يخالفه فتنبه :

لو كانت دار الشفيع ملاصقة لبعض المبيع كان له الشفعة فيما لاصقه فقط ولو فيه تفريق الصفقة :

الإبراء العام من الشفيع يبطلها قضاء مطلقا لا ديانة إن لم يعلم بها :

وحاصله أن للمستأجر الشفعة سواء أجاز البيع صريحا أو ضمنا بخلاف الكفيل ، فلا ركاكة فى كلامهم بعد الوقوف على مرامهم فافهم (قوله الشفعة) فيقول اشتريت وأخذت بالشفعة فتصير الدار له ولا يحتاج إلى القضاء خانية ، وقيده فى النهاية والمعراج بما إذا لم يكن فيه للصبى ضرر ظاهر كما فى شرائه مال ابنه لنفسه (قوله والوصى كالأب) أى على قول من يقول للوصى شراء مال اليتيم لنفسه ، وعلى قول من يقول لا يملك ذلك فله الشفعة أيضا ، لكن يقول اشتريت وطلبت الشفعة ثم يرفع الأمر إلى القاضى لينصب قيما عن الصغير فيأخذ الوصى منه بالشفعة ويسلم الثمن إليه ثم هو يسلم الثمن إلى الوصى ولوالجية وخانية وقنية (قوله لكن فى شرح المجمع ما يخالفه) حيث قال : وقيد بالأب لأن الوصى لا يملك أخذها لنفسه اتفاقا ، لأن ذلك بمنزلة الشراء ولا يجوز للوصى أن يشترى مال اليتيم لنفسه بمثل القيمة اهـ ومثله فى درر البحار والخانية أيضا فى موضع آخر لكن بلا ذكر الاتفاق.

ويمكن التوفيق بأنه ليس له ذلك بلا رفع إلى القاضى ونصب قيم ، لكن فى خزانة الأكمل أن الوصى يطلب ويشهد ويؤخر الخصومة لبلوغ الصغير ، وهو ما يأتى عن المنظومة الوهبانية ، وبه وفق الطرسوسى فحمل ما مر آنفا على نفى طلب التملك للحال كما نقله الشرنبلالى .

أقول : وينبغى أن يكون لزوم التأخير المذكور إذا لم يرفع الأمر إلى القاضى ، وبه يوفق بين ما فى الخزانة وما قدمناه عن الولوالجية وغيرها .

هذا : وقد ذكر فى النهاية والمعراج وتبعهما الزيلعى تفصيلا آخر ، وهو أن الوصى له الأخذ إذا كان فيه للصغير نفع ظاهر بأن كان فى الشراء غبن يسير وإلا بأن وقع الشراء للصغير بمثل القيمة فلا بالاتفاق، كما فى شرائه مال صغير لنفسه اهـ ملخصا . ومثله فى الذخيرة والتاترخانية ، وعليه يحمل ما قدمناه من النقول السابقة أيضا .

والذى تحرر من هذا كله أن للوصى الشفعة إن كان ثمة نفع ظاهر للصغير بشرط أن يرفع الأمر إلى القاضى وإلا يؤخر الخصومة إلى البلوغ وإن لم يكن فيه نفع ظاهر فلا ، فاغتنم هذا التوفيق المفرد بين كلامهم المبدد (قوله لبعض المبيع) كذا فى الأشباه ، ومعناه إذا كان المبيع متعددا كدارين له جوار بإحداهما كما ذكره الحموى وغيره ،وقدمنا عن الإتقانى : لو كان أحد الجارين ملاصقا للمبيع من جانب والآخر من ثلاث فهما سواء فتنبه :

وفى البزازية : قرية خاصة باعها بدورها وناحية منها تلى أرض إنسان فللشفيع أخذ الناحية التى تليه اهـ أى لأنها فى حكم المتعدد تأمل (قوله الإبراء العام من الشفيع) كما إذا قال له البائع أو المشترى أبرئنا من كل خصومة لك قبلنا ولوالجية (قوله مطلقا) أى سواء علم أنه وجبت له قبلهما شفعة أولا (قوله لا ديانة إن لم يعلم بها) قال فى زواهر الجواهر : هذا على قول محمد ، أما على قول أبى يوسف فيبرأ قضاء وديانة فى البراءة من المجهول وعليه الفتوى كما فى شرح المنظومة والخلاصة اهـ ح .

أقول : علل فى الولوالجية عدم البراءة ديانة بقوله لأنه لو علم بذلك الحق لم يبرئهما قال : ونظيره لو قال الآخر اجعلنى فى حل لا يبرأ ديانة إذا كان بحال لو علم ذلك الحق لم يبرئه اهـ فتأمل. هذا واستشكل المسألة الحموى

إذا صبغ المشترى البناء فجاء الشفيع خير ، إن شاء أعطاه ما زاد الصبغ أو ترك .

أخر الجار طلبه لكون القاضى لايراها فهو معذور :

يهودى سمع بالبيع يوم السبت فلم يطلب لم يكن عذرا :

قلت : يؤخذ منه أن اليهودى إذا طلب خصمه من القاضى إحضاره يوم سبته فإنه يكلفه الحضور ولايكون سبته عذرا ، وهى واقعة الفتوى قاله المصنف :

قلت : وهى فى واقعات الحسامى :

ادعى الشفيع على المشترى أنه احتال لإبطالها يحلف : وفى الوهبانية خلافه :

قلت : وسنذكره لأن ابن المصنف فى حاشيته للأشباه أيده بما لامزيد عليه فليحفظ :

بما فى الظهيرية : لو قال إن لم أجئ بالثمن إلى ثلاثة أيام فأنا برىء من الشفعة فلم يجئ . قال عامة المشايخ : لاتبطل شفعته وهو الصحيح ، لأنها متى ثبتت بطلب المواثبة وتقررت بالإشهاد لا تبطل ما لم يسلم بلسانه اه وهو صريح فى أنها لا تبطل بالإبراء الخاص فبالعام أولى اه . واعترض بأنه لا معنى لهذا الاستشكال ، لأن غاية ما استفيد من الظهيرية أن الشفعة لايبطلها الإبراء العام فى الصحيح اه :

أقول : وفيه غفلة عن كون هذا المستفاد هو منشأ الإيراد . وقد يجاب عن الإشكال بأن مافى الظهيرية بعد استقرار الشفعة بالطلبين ، والظاهر أن مسألتنا فيما قبل ذلك فتأمل (قوله إذا صبغ المشترى الخ) مستدرك هو وما بعده بما تقدم فى باب الطلب أفاده ط (قوله أخر الجار طلبه الخ) قدمنا أنه مبنى على قول محمد المفتى به (قوله يهودى سمع الخ) الظاهر أنه قيد اتفاقى فليس الأحد عذرا للنصرانى ، ولكنة تخصيص اليهودى بالذكر أنهم نهوا عن الأعمال يوم السبت ولم تنه النصارى عنها يوم الأحد لكنه نسخ فى شرعنا حموى (قوله لم يكن عذرا) وكذا لو كان الشفيع فى عسكر الخوارج أو أهل البغى فخاف على نفسه أن يدخل فى عسكر العدل فلم يطلبها بطلت لأنه غير معذور خانية (قوله قاله المصنف) أى قبيل باب ماتثبت هى فيه أولا ح (قوله وسنذكره) أى كلام الوهبانية قريبا ح (قوله لأن ابن المصنف) الظاهر أنه علة للإعادة المفهومة من قوله وسنذكره فإنها تقتضى العناية والتأكيد ط (قوله أيده) حيث قال : أقول : ما ذهب إليه ابن وهبان أولى من جهة الفقه ، لأنه قال : كل موضع لو أقر به لايلزمه شىء لو أنكره لايحلف ، وهنا لو أقر بالحيلة لعدم ثبوتها ابتداء لايلزمه شىء فلا يحلف ، والحيلة لعدم ثبوتها(١) ابتداء لا تكره عند أبى يوسف : وعلى قوله الفتوى كما فى الدرر والغرر . وقال قاضى خان بعد ذكر جملة من الحيل المبطلة للشفعة : فى هذه الصور ولو أراد الشفيع أن يحلف المشترى أو البائع بالله تعالى ما فعل هذا فرارا عن الشفعة لم يكن له ذلك لأنه يدعى شيئا لو أقر به لايلزمه اه :

أقول : والعبد الضعيف إلى ماذهب إليه ابن وهبان وأفاده العلامة فقيه النفس فخر الدين قاضى خان أميل :

أقول : وفى الولوالجية : ثم ذكر فى بعض كتب الشفعة عقب هذه الحيل وقال يستحلف المشترى بالله تعالى ما فعلت هذا فرارا من الشفعة ، ولا معنى لهذا لأنه يدعى عليه معنى لو أقر به لايلزمه شىء فكيف يستحلف اه كلام ابن المصنف فى الزواهر ح :

أقول وبالله التوفيق : ذكر فى الولوالجية أيضا أول الفصل الثالث تصدق بالحائط الذى يلى جاره على رجل بما تحته وقبضه ثم باع منه ما بقى فليس للجار شفعة ، فإن طلب يمين المشترى بالله تعالى مافعل الأول ضررا

---

(١) (قول الحاشية لعدم ثبوتها) أى الشفعة وهو متعلق بالحيلة اه منه .

تعليق إبطالها بالشرط جائز :

له دعوى فى رقبة الدار وشفعة فيها يقول هذه الدار دارى وأنا أدعيها ، فإن وصلت إلى وإلا فأنا على شفعتى فيها :

استولى الشفيع عليها بلا قضاء ، إن اعتمد على قول عالم لايكون ظالما

ولافرارا من الشفعة على وجه التلجئة له ذلك لأنه يدعى عليه معنى لوأقر به لزمه وهو خصم ، فإن حلف فلاشفعة وإلا ثبتت لأنه ثبت كونه جارا ملازقا اه . وقال الإمام قاضى خان بعد عبارته السابقة : لكن إن أراد تحليف المشترى أن البيع الأول ماكان تلجئة له ذلك لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به يلزمه ، قال : وما ذكر فى الأصل أن الشفيع إذا أراد تحليفه أنه لم يرد به إبطال الشفعة كان له ذلك معناه إذا ادعى أن البيع كان تلجئة اه ومثله فى التجنيس والمزيد لصاحب الهداية ، وقدمه الشارح عن مؤيد زاده معزوا للوجيز ؛ وبه ظهر عدم المنافاة بين ماذكره الشارح هنا تبعا للأشباه وبين مايأتى عن الوهبانية ، وقدمنا أن بيع التلجئة هوأن يظهرا عقدا لايريد أنه الخ فيكون البيع باطلا ؛

هذا ، ولا يخفى أن المفهوم مما نقلناه أن المتعاقدين إن قصدا حقيقة البيع فرارا من الشفعة كان بيعا جائزا ، وإلا بل أظهراه للشفيع لم يكن جائزا لأنه تلجئة ولذا يجاب الشفيع إلى التحليف لو ادعى الثانى دون الأول ، وليس فى كلامهم أن كل ما يحتال به لإبطال الشفعة يكون تلجئة وإلا بطل قولهم إنه ليس له أن يحلفه أنه ما فعل هذا فرارا من الشفعة الخ ، فمن استشكل ذلك وقال : لم أر من تعرض لذكره ثم أجاب بما لا يجدى فقد خفى عليه المرام ، فاغتنم هذا التحقيق فى هذا المقام (قوله تعليق إبطالها بالشرط جائز) قال فى الجامع الصغير : لو قال الشفيع سلمت لك الشفعة إن كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره فليس بتسليم لأن تسليم الشفعة إسقاط محض كالطلاق والعتاق فصح تعليقه بالشرط ولا ينزل إلا بعد وجوده اه . قال فى العناية : وهذا يناقض قول المصنف يعنى صاحب الهداية فيما تقدم ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشروط فبالفاسد أولى اه ؛

قال الطورى : وقد يجاب بالفرق بين شرط وشرط ، فما سبق فى الذى يدل على الإعراض عن الشفعة والرضا بالمجاورة وما هنا فيما لايدل على ذلك اه .

أقول : وأورد فى الظهيرية على ما فى الجامع ما ذكره السرخسى فى مبسوطه أن القصاص لايصح تعليق إسقاطه بالشرط ولا يحتمل الإضافة إلى الوقت وإن كان إسقاطا محضا ولهذا لا يرتد برد من عليه القصاص ، ولو أكره على إسقاط الشفعة لا تبطل . قال : وبهذا يتبين أن تسليمها ليس بإسقاط محض وإلا لصح مع الإكراه كعامة الإسقاطات اه وبنى على ذلك الخير الرملى أن الشفيع لو قال قبل البيع إن اشتريت فقد سلمتها أنه لايصح ، وقدمنا ذلك قبيل باب الصرف فراجعه (قوله يقول هذه الدار دارى الخ) لأنه إذا ادعى رقبتها تبطل شفعته ، وإذا ادعى الشفعة تبطل دعواه فى الرقبة لأنه يصير متناقضا ، فإذا قال ذلك لايتحقق السكوت عن طلب الشفعة لأن الجملة كلام واحد ، وأفاد أبو السعود أن هذا مبنى على اشتراط الطلب فورا ، وأما على الصحيح(١) من أن له الطلب فى مجلس علمه فيمكن أن يدعى رقبتها وهو فى المجلس ثم يطالب الشفعة فيه إن منع (قوله إن اعتمد على قول عالم) بحث فيه فى الزواهر بأن قولهم لايثبت الملك للشفيع إلا بعد الأخذ بالتراضى أو بعد قضاء القاضى يقتضى أن استيلاءه حرام ، ولاينفعه قول العالم اه ح ؛

---

(١) (قوله وأما على الصحيح الخ) قال مولانا : هذا مقيد بما إذا لم يحصل فى المجلس مايدل على الإعراض ، وحينئذ فلا مخلص إلا ماقاله الشارح فإنه بدعوى الرقبة يكون معرضاً اه .

وإلا كان ظالما. أشياء على عدد الرؤوس: العقل والشفعة وأجرة القسام والطريق إذا اختلفوا فيه، الكل فى الأشباه:
لا شفعه لمرتد عناية:
صبي شفيع لاولى له لا تبطل شفعته ، وإن لصب القاضي قيما يطلبها جاز جواهر:
شرى كرما وله شفيع غائب فأثمرت الأشجار فأكلها المشترى ثم أتى الشفيع وأخذه ، إن الأشجار وقت القبض مثمرة سقط بقدره وإلا لا ، لأنه لا حصة له من الثمن حينئذ مؤيد زاده معزيا لواقعات الحسامى ،
وفى الوهبانية:

أقول : عبارة الولوالجية : إن كان من أهل الاستنباط وقد علم أن بعض الناس قال ذلك لايصير فاسقا لأنه لايصير ظالما الخ ، فالبحث غير متوجه فتدبر (قوله وإلا كان ظالما) يؤخذ منه أنه يعزر اهـ ، أبو السعود عن الزواهر (قوله أشياء على عدد الرؤوس) أى تقسم على عدد الرؤوس لا على قدر الأنصباء (قوله العقل) أى الدية أو القيمة ، فإذا وجد حر أو عبد قتيلا فى مكان مملوك قسمت القيمة أو الدية على عدد الملاك دون قدر الملك ، وتمام بيانه فى حاشية الأشباه للحموى ، قال : وعلى كون العقل بمعنى الدية استحسن الدماميني قول ابن لبانة :

أعيـــذ سناه والعذار وريقه بما قد أتى فى النور والنمل والنحل
وأصبو إلى السحر الذى فى جفونه وإن كنت أدرى أنه جالب قتلى
وأرضى بأن أمضى قتيلا كما مضى بلا قود مجنون ليلى ولا عقل

(قوله وأجرة القسام) قيد بالقسام لما يذكره الشارح قريبا فى القسمة أن أجرة الكيال والوزان بقدر الأنصباء إجماعا ، وكذا سائر المؤن الخ (قوله والطريق إذا اختلفوا فيه) لم يرد به هنا طريقا عاما لأنه غير مملوك لأحد ، بل ما يكون فى سكة غير نافذة حموى :
[تتمة] تقدم فى متفرقات القضاء أن ساحة الدار إذا اختلفوا فيها تقسم على عدد الرؤوس ، فلو بيت من دار كذى بيوت منها ، وسيذكر الشارح آخر القسمة أن الغرامات لو لحفظ الأنفس فكذلك ، وكذا ما اتفقوا على إلقائه من السفن لو خافوا الغرق ، ويأتى بيان ذلك إن شاء الله تعالى فالمجموع سبعة نظمها الفاضل الحموى بقوله :

إن القسائم بالرؤوس يكون فى سبع لمن حلى حقد نظام
فى ساحة مع شفعة ونوائب إن من هواه أجرة القسام
وكذاك ما يرمى من السفن التى يخشى بها غرق وطرق كرام
وكذاك عاقلة وقد تم الذى حررته لأفاضـــل الأعلام

قال : وبقى مافى فتاوى الحانوتى ، وهو أن الضيافة التى جرت بها العادة فى الأوقاف تقسم على عدد الرؤوس لا قدر الوظائف ، ومنها ما أفتى به شيخنا يعنى الشرنبلالى تبعا لمشايخه ، وهو الحلوان الذى جرت به العادة فى الأوقاف يقسم على عدد الرؤوس لا على قدر الوظائف ، ولا يختص به الناظر . ومنها ما ذكره القهستانى بحثا لو قتل صيد الحرم حلالان فعلى كل نصف قيمته ، وينبغى أن يقسم على عدد الرؤوس إذا قتله جماعة اهـ (قوله لا ولى له) أى من أب أو جد أو وصى أحدهما ، وأشار إلى أن الخصم عن الصبى فى الشفعة له أو عليه من ذكر وعند عدمهم القاضى أو قيمه كما فى الشرنبلالية ، وتقدم أول هذا الباب الكلام فى تسليمهم شفعته والسكوت عنها (قوله لاتبطل شفعته) فله أن يطلبها إذا بلغ ط (قوله إن الأشجار وقت القبض مثمرة) سواء كانت مثمرة

ويأخذ فيما يشترى لصغيره أب ووصى للبلوغ يؤخر
وليس له تفريق دارين بيعتا ولو غير جار والتفرق أجدر
وما ضر إسقاط التحيل مسقطا وتحليفه فى النكر لاشك أنكر

كتاب القسمة

مناسبته أن أحد الشريكين إذا أراد الافتراق باع فتجب الشفعة أو قسم .

(هى) لغة اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء . وشرعا (جمع نصيب شائع له فى مكان معين : وسببها طلب الشركاء أو بعضهم الانتفاع بملكه على وجه الخصوص) فلو لم يوجد طلبهم لا تصح القسمة (وركنها هو الفعل الذى يحصل به الإفراز والتمييز بين الأنصباء)

عند العقد أو أثمرت بعد العقد قبل القبض كما أفاده المصنف سابقا ط (قوله ويأخذ الخ) فى البيت مسألتان قدمنا قريبا الكلام عليهما مستوفى ، وقوله أب تنازع فيه يأخذ ويشترى ، وقوله ووصى مبتدأ والواو فيه للاستئناف وجملة يؤخر خبره وللبلوغ متعلق به (قوله وليس له) أى للشفيع ، وقوله بيعتا : أى صفقة واحدة وهو شفيعهما فيأخذهما جميعا أو يتركهما لتفريق الصفقة كما تقدم ، وقوله ولو غير جار : أى لهما جميعا بل لأحدهما ، ولو فيه وصلية ، وقوله والتفرق أجدر مبتدأ وخبر ترجيح للقول بأن له أخذ ما يجاوره فقط ، وهو قولهما وقول الإمام آخرا ، وعليه الفتوى :

وفى نسخ الوهبانية : فالتفرق بالفاء بدل الواو ، فلو شرطية (قوله وما ضر الخ) أى لابأس بإسقاط الشفعة بالحيلة والمصدر مضاف إلى فاعله والمفعول محذوف : أى الشفعة وفاعل ضر المصدر ومفعوله قوله مسقطا لامحذوف فافهم (قوله وتحليفه الخ) أى تحليف الشفيع أحد العاقدين فى وقت إنكاره التحيل أنكر : أى منكر شرعا لأنه يدعى عليه معنى لو أقر به لايلزمه ، وهو محمول على ما إذا لم يدع أن البيع كان تلجئة وإلا فله التحليف ، فلا منافاة بينه وبين ما مر كما نبهنا عليه سابقا ، والله تعالى أعلم : ونسأل الله تعالى ولى كل نعمة ، أن يقسم لنا من شفاعة رسوله نبى الرحمة ، صلى الله عليه وسلم أوفر القسمة ، إنه جواد كريم ، رؤوف رحيم .

كتاب القسمة

هى مشروعة بالكتاب . قال تعالى : – ونبئهم أن الماء قسمة بينهم – أى لكل شرب محتضر : وقال : – لها شرب ولكم شرب يوم معلوم – وقال – وإذا حضر القسمة أولوا القربى – وبالسنة فإنه عليه الصلاة والسلام باشرها فى الغنائم والمواريث وقال « أعط كل ذى حق حقه » وكان يقسم بين نسائه وهذا مشهور ، وأجمعت الأمة على مشروعيتها معراج (قوله مناسبته الخ) الأولى أن تكون المناسبة أن الشفيع يملك مال المشترى جبرا عليه ، وفى القسمة يملك نصيب الشريك جبرا عليه إذ هى مشتملة على معنى المبادلة مطلقا فى القيمى والمثلى ، وإنما قدم الشفعة لأنها تملك كل وهذا تملك البعض فكانت أقوى رحمتى (قوله اسم للاقتسام) كما فى المغرب وغيره أو التقسيم كما فى القاموس ، لكن الأنسب بما يأتى من لفظ القاسم أن تكون مصدر قسم الشىء بالفتح : أى جزأه كما فى المقدمة وغيرها قهستانى (قوله كالقدوة) مثلثة الأول وكعدة ماتسننت به واقتديت به قاموس ، فقوله للاقتداء المناسب فيه من الاقتداء لئلا يوهم أنه اسم مصدر له تأمل (قوله فى مكان) متعلق بجمع (قوله على وجه الخصوص) لأن كل واحد من الشريكين قبل القسمة منتفع بنصيب صاحبه فالطالب للقسمة يسأل القاضى أن يخصه بالانتفاع بنصيبه

كيل وذرع (وشرطها عدم فوت المنفعة بالقسمة) ولذا لايقسم نحو حائط وحمام (وحكمها تعيين(١) نصيب كل) من الشركاء (على حدة وتشتمل) مطلقا (على) معنى (الإفراز) وهو أخذ عين حقه (و) على معنى (المبادلة) وهو أخذ عوض حقه (و) الإفراز (هو للغالب فى المثلى) وما فى حكمه وهو العددى المتقارب، فإن معنى الإفراز غالب فيه أيضا ابن كمال عن الكافى (والمبادلة) غالبة (فى غيره) أى غير المثلى وهو القيمى :

إذا تقرر هذا الأصل (فيأخذ الشريك حصته بغيبة صاحبه فى الأول) أى المثلى لعدم التفاوت (لا الثانى) أى القيمى لتفاوته .

فى الخانية : مكيل أو موزون بين حاضر وغائب أو بالغ وصغير فأخذ الحاضر أو البالغ نصيبه نفذت القسمة إن سلم حظ الآخرين وإلا لا كصبرة بين دهقان وزراع أمره الدهقان بقسمتها، إن ذهب بما أفرزه للدهقان أولا فهلاك الباقى عليهما ، وإن بحظ نفسه أولا فالهلاك على الدهقان خاصة كذا قاله بعض المشايخ انتهى ملخصا

ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضى إجابته إلى ذلك نهاية (قوله ككيل وذرع) وكذا الوزن والعد نهاية : وفيه بحث لأنهم اختلفوا فى أن أجرة القسمة على الرؤوس أو الأنصباء ، واتفقوا على أن أجرة الكيل ونحوه على الأنصباء شرنبلالية عن المقدسى : أى ومقتضى كونه ركنا أن يكون على الخلاف أيضا . قال أبو السعود : ويجاب بما سيأتى من أن الكيل والوزن إن كان للقسمة قيل هو محل الخلاف اه فليتأمل (قوله وشرطها الخ) أى شرط لزومها بطلب أحد الشركاء شرنبلالية (قوله المنفعة) أى المعهودة ، وهى ماكانت قبل القسمة ، إذ الحمام بعدها ينتفع به لنحو ربط الدواب ، وسيذكره الشارح عن المجتبى (قوله ولذا لايقسم نحو حائط) يعنى عند عدم الرضا من الجميع ، أما إذا رضي الجميع صحت كما سيأتى متنا اهـ ح (قوله وحكمها) وهو الأثر المترتب عليها منح (قوله مطلقا) أى سواء كانت فى المثليات أو القيميات منح (قوله والإفراز هو الغالب فى المثلى) لأن مايأخذه أحدهما نصفه ملكه حقيقة ونصفه الآخر بدل النصف الذى بيد الآخر ، فباعتبار الأول إفراز وباعتبار الثانى مبادلة ، إلا أن المثلى إذا أخذ بعضه بدل بعض كان المأخوذ عين المأخوذ عنه حكما لوجود المماثلة ، بخلاف القيمى (قوله وما فى حكمه) أى حكم المثلى :

أقول : نقل فى جامع الفصولين عن شرح الطحاوى كل كيلى ووزنى غير مصوغ وعددى متقارب كفلوس وبيض وجوز ونحوها مثليات والحيوانات والذرعيات والعددى المتفاوت كرمان وسفرجل ، والوزنى الذى فى تبعيضه ضرر وهو المصوغ قيميات اه . ثم نقل عن الجامع العددى المتقارب كله مثلى كيلا وعدا ووزنا : وعند زفر قيمى ، وما تتفاوت آحاده فى القيمة فعددى متفاوت ليس بمثلى الخ فتأمل (قوله فى الخانية الخ) أراد به بيان فائدة هى أنه إذا قسم ذو اليد حصته بغيبة صاحبه كما قال فى المتن لاتنفذ القسمة مالم تسلم حصة الآخر (قوله إن سلم حظ الآخرين) أى الغائب والصغير ، ومفهومه أن سلامة ما أخذه لاتشترط كما سيظهر (قوله وإلا لا) أى وإن لم يسلم بأن هلك قبل وصوله إليهما لاتنفذ القسمة بل تنتقض ويكون الهالك على الكل ويشاركه الآخران فيما أخذ لما فى هذه القسمة من معنى المبادلة (قوله بين دهقان) هو من له عقار كثير كما فى المغرب ، والمراد به هنا رب الأرض (قوله أمره الدهقان بقسمتها) أى فقسمها والدهقان غائب منح (قوله فهلاك الباقى عليهما) أى إذا رجع فوجد ماأفرز لنفسه قد هلك فهو عليهما ويشارك الدهقان فيما سلمه إليه ، وقوله وإن بحظ نفسه : أى وإن ذهب بنصيب نفسه إلى بيته أولا فلما رجع وجد ما أفرزه للدهقان قد هلك فهو على الدهقان خاصة كما

---

(١) (قول المصنف وحكمها تعيين) هكذا فى النسخ ، ولا يخفى أن التعيين هو الفعل وقد تقدم أنه ركن . قال مولانا : ورأيت بنسخة من المنح تعين بدل تعيين ، وعليه فالأمر ظاهر اه .

(وإن أجبر عليها) أى على قسمة غير المثلى (فى متحد الجنس) منه (فقط) سوى رقيق غير المغنم (عند طلب الخصم) فيجبر لما فيها من معنى الإفراز ، على أن المبادلة قد يجرى فيها الجبر عند تعلق حق الغير كما فى الشفعة وبيع ملك المديون لوفاء دينه ؛

(وينصب قاسم يرزق من بيت المال ليقسم بلا) أخذ (أجر) منهم (وهو أحب) وما فى بعض النسخ

فى المنح عن الخالية ، ولعل وجهه أنه فى الأولى لما ذهب بحصة الدهقان أولا قصد القبض للدهقان أولا والقبض لنفسه فيما بقى بعد رجوعه فلما رجع ورأى الباقى قدهلك كان الهلاك قبل القبض منهما فيكون عليهما كهلاك البعض قبل القسمة أصلا ، بخلاف ما إذا حمل نصيب نفسه إلى بيته أولا فإنه بمجرد التحميل والذهاب صار قابضا فقد هلك الباقى بعد قبض نصيبه يقينا فيكون هلاكه على صاحبه ، لكن لايخفى مخالفته لقوله فى المسألة الأولى نفذت القسمة إن سلم حظ الآخرين وإلا لا ، فإنه هنا لما سلم حظ الغائب وهو الدهقان انتقضت القسمة فجعل الهلاك عليهما ، ولما سلم حظ الحاضر وهو الزراع دون الغائب نفذت ، وكون القسمة هنا مأمورا بها من الغائب بخلافها فى المسألة الأولى لايظهر به الفرق ، ولئن سلم فالمراد عدم الفرق كما يقتضيه التشبيه فى قوله كصبرة فليتأمل ؛

هذا ، وقد نقل فى البزازية بعد ماتقدم عن واقعات سمرقند مانصه : إذا تلف حصة الدهقان قبل قبضه نقضها ويرجع على الأكار بنصف المقبوض ، وإن تلف حصة الأكار لاتنقض لأن تلفه بعد قبضه والغلة كلها فى يده والأصل أن هلاك حصة الذى المكيل فى يده قبل قبض الآخر نصيبه لايوجب انتقاض القسمة ، وبهلاك حصة من لم يكن المكيل فى يده قبل قبض حصته يوجب انتقاضها اهـ . وهذا التقرير والأصل واضح وموافق للمسألة الأولى ، وقد أطال صاحب الذخيرة فى تقريره وعزاه إلى شيخ الإسلام وقال عليه يخرج جنس هذه المسائل .

ثم قال: وقال الحاكم عبدالرحمن وساق ماذكره الشارح هنا عن الخانية ، ولعل قول الخانية كذا قاله بعض المشايخ أراد به الحاكم المذكور ، وأشار بلفظ كذا إلى عدم اختياره ، والله تعالى أعلم (قوله وإن أجبر عليها الخ) إن وصلية ، والمراد بذلك بيان عدم المنافاة بين كون المبادلة غالبة فى القيمى وبين كونه يجبر على القسمة فى متحد الجنس منه ، وذكر وجهه الشارح بقوله لما فيها الخ .

[فائدة] القسمة ثلاثة أنواع : قسمة لايجبر الآبى عليها كقسمة الأجناس المختلفة . وقسمة يجبر فى المثليات ؛ وقسمة يجبر فى غير المثليات كالثياب من نوع واحد والبقر والغنم . والخيارات ثلاثة : شرط ، وعيب ، ورؤية ، ففى قسمة الأجناس المختلفة تثبت الثلاثة ، وفى المثليات يثبت خيار العيب فقط ، وفى غيرها كالثياب من نوع واحد يثبت خيار العيب ، وكذا خيار الرؤية والشرط على الصحيح المفتى به ، وتمامه فى الشرنبلالية (قوله فى متحد الجنس منه) أى من غير المثلى ، وقوله فقط قيد لمتحد الجنس ، ويدخل متحد الجنس المثلى بالأولى كما أفاده ط : وظن الشرنبلالى أنه قيد لغير المثلى فقال فيه تأمل لأنه يوهم أنه فى متحد الجنس المثلى لايجبر الآبى عليها وهو خلاف النص اهـ (قوله سوى رقيق غير المغنم) لأن رقيق المغنم يقسم بالاتفاق ، ورقيق غير المغنم لايقسم بطلب أحدهم ولو كان إماء خلصا أو عبيداً خلصا عند أبى حنيفة . والفرق له بين الرقيق وغيره من متحد الجنس فحش تفاوت المعانى الباطنة كالذهن والكياسة ، وبين الغانمين وغيرهم تعلق حق الغانمين بالمالية دون العين ، حتى كان للإمام بيع الغنائم وقسم ثمنها زيلعى (قوله على أن المبادلة الخ) ترق فى الجواب : أى وإن نظرنا إلى مافيها من معنى المبادلة فلا منافاة أيضا لأن المبادلة الخ ، وهذه مبادلة تعلق فيها حق الغير لأن الطالب للقسمة يريد الاختصاص بملكه ومنع غيره عن الانتفاع به فيجرى الجبر فيها أيضا (قوله وينصب قاسم) أى ندب للقاضى أو للإمام لصبه ملتقى وشرحه (قوله يرزق من بيت المال) أى المعد لمال الخراج وغيره مما أخذ من الكفار

واجب غلط (وإن نصب بأجر) المثل (صح) لأنها ليست بقضاء حقيقة فجاز له أخذ الأجرة عليها وإن لم يجز على القضاء ذكره أخى زاده (وهو على عدد الرؤوس) مطلقا لا الأنصباء خلافا لهما ، قيد بالقاسم لأن أجرة الكيال والوزان بقدر الأنصباء إجماعا ، وكذا سائر المؤن كأجرة الراعى والحمل والحفظ وغيرها شرح مجمع ، زاد فى الملتقى : إن لم يكن للقسمة ، وإن كان لها فعلى الخلاف لكن ذكره فى الهداية بلفظ قيل ، وتمامه فيما علقته عليه .

(و) القاسم (يجب كونه عدلا

كالجزية وصدقة بنى تغلب فلا يرزق من بيوت الأموال الثلاثة الباقية كبيت مال الزكاة وغيره إلا بطريق القرض قهستانى (قوله غلط) لمناقضته لما بعده إن عاد ضمير هو إلى قوله بلا أجر ، وإن عاد إلى النصب فلمخالفته لقول الملتقى وغيره ندب تأمل (قوله لأنها ليست بقضاء حقيقة الخ) قال فى العناية : ويجوز للقاضى أن يقسم بنفسه بأجر ، لكن الأولى أن لا يأخذ لأن القسمة ليست بقضاء على الحقيقة حتى لا يفترض على القاضى مباشرتها ، وإنما الذى يفترض عليه جبر الآبى على القسمة إلا أن لها شبها بالقضاء من حيث إنها تستفاد بولاية القضاء ، فإن الأجنبى لا يقدر على الجبر ، فمن حيث إنها ليست بقضاء جاز أخذ الأجر عليها ، ومن حيث إنها تشبه القضاء يستحب عدم الأخذ اهـ ومثله فى النهاية والكفاية والمعراج والتبيين : وفى الدرر مايخالفه ، فإنه ذكر أن الأصح أن القسمة من جنس عمل القضاة . ثم قال : فإن باشرها القاضى بنفسه ، فعلى رواية كونها من جنس عمل القضاة لا يجوز له الأخذ وعلى رواية عدم كونها منه جاز اهـ ومقتضاه ترجيح عدم الجواز ، ونقله فى الدر المنتقى عن الخلاصة والوهبانية قال : وأقره القهستانى وغيره اهـ . قلت : لكن المتون على الأول تأمل :

هذا ، وظاهر كلامهم أنه لافرق بين كون القاسم القاضى أو منصوبه فلذا قال الشارح فجاز له : أى للقاضى كما فى المنح مع أن الكلام فى منصوبه تأمل (قوله مطلقا) أى سواء تساووا فى الأنصباء أم لا ، وسواء طلبوا جميعا أو أحدهم : قال فى الهداية : وعنه أنه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع (قوله خلافا لهما) حيث قالا الأجر على قدر الأنصباء لأنه مؤنة الملك وله أن الأجر مقابل بالتمييز وهو قد يصعب فى القليل وقد ينعكس فتعذر اعتباره فاعتبر أصل التمييز ابن كمال (قوله قيد بالقاسم) أى فى قوله وينصب قاسم أو هو على تقدير مضاف : أى بأجر القاسم الذى عاد عليه الضمير فى قوله وهو على عدد الرؤوس وهذا أنسب بما بعده تأمل (قوله وغيرها) كأجرة بناء الحائط المشترك أو تطيين السطح أو كرى النهر أو إصلاح القناة لأنها مقابلة بنقل التراب أو الماء والطين وذلك يتفاوت بالقلة والكثرة ، أما التمييز فيقع لهما بعمل واحد معراج (قوله زاد فى الملتقى) أى بعد قوله إجماعا (قوله إن لم يكن) أى الكيل أو الوزن للقسمة بل كان للتقدير ، قال الشارح بأن اشتريا مكيلا أو موزونا وأمرا إنسانا بكيله ليعلما قدره ، فالأجر بقدر السهام اهـ (قوله لكن ذكره فى الهداية) أى ذكر هذا التفصيل بلفظ قيل فأشعر بضعفه ، بل صرح بعده بنفيه حيث قال ولا يفصل : قال الإتقانى : يعنى لاتفصيل فى أجرة الكيل والوزن بل هى بقدر الأنصباء اهـ . وفى المعراج عن المبسوط والأصح الإطلاق (قوله وتمامه الخ) أى تمام هذا الكلام ، وهو بيان الفرق لأبى حنيفة بينه وبين القسام بأن الأجر هنا على الأنصباء وإن كان الكيل للقسمة للتفاوت فى العمل ، لأن عمله لصاحب الكثير أكثر فكان أصعب والأجر بقدر العمل بخلاف القسام (قوله يجب كونه عدلا الخ) لأن القسمة من جنس عمل القضاة هداية ، وأفاد القهستانى أن هذا التعليل مشعر بأن ماذكر غير واجب لعدم وجوبه فى القضاء ، فالمراد بالوجوب العرفى الذى مرجعه إلى الأولوية كما أشار إليه فى الاختيار وخزانة المفتين اهـ :

أمينا عالما بها ، ولايتعين واحد لها) لئلا يتحكم بالزيادة (ولا يشترك القسام) خوف تواطئهم (وصحت برضا الشركاء إلا إذا كان فيهم صغير) أو مجنون (لانائب عنه) أو غائب لا وكيل عنه لعدم لزومها حينئذ إلا بإجازة القاضى أو الغائب أو الصبى إذا بلغ أو وليه ، هذا لو ورثة ، ولو شركاء بطلت منية المفتى وغيرها ؛

(وقسم نقلى يدعون إرثه بينهم) أو ملكه مطلقا (أو شراءه) صدر الشريعة فلا فرق فى النقلى بين شراء وارث وملك مطلق :

قلت : ومن النقلى البناء والأشجار حيث لم تتبدل المنفعة بالقسمة وإن تبدلت فلا جبر قاله شيخنا ؛

(وعقار يدعون شراءه) أوملكه مطلقا (فإن ادعوا أنه ميراث عن زيد لا) يقسم (حتى يبرهنوا على موته

أقول : تقدم فى القضا. أن الفاسق أهل له لكنه لايقلد وجوبا ويأثم مقلده ، فعلم أنه لايجب فى صحة القضاء العدالة بل يجب على الإمام أن يولى عدلا ، وكذا يقال هنا يجب أن ينصب قاسما عدلا ، ولا يجب فى صحة نصبه العدالة والوجوب الأول على حقيقته والثانى بمعنى الاشتراط فتدبر (قوله أمينا) ذكر الأمانة بعد العدالة وإن كانت من لوازمها لجواز أن يكون غير ظاهر الأمانة كفاية : واعترضه فى اليعقوبية بأن ظهور العدالة يستلزم ظهورها كما لايخفى اه . وأجيب بأن المذكور العدالة لاظهورها (قوله ولا يتعين الخ) الأولى قول الملتقى كالهداية ، ولا يجبر الناس على قاسم واحد ولا يترك القسام ليشتركوا (قوله بالزيادة) أى على أجر المثل (قوله القسام) بالضم والتشديد جمع قاسم (قوله خوف تواطئهم) أى على مغالاة الأجر وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم إليه خيفة الفوت فيرخص الأجر هداية (قوله وصحت الخ) مامر فى القسمة بالجبر ، وهذا فى القسمة بالتراضى (قوله إلا إذا كان) استثناء منقطع كما يفيده قوله بعد لعدم لزومها استثناء من محذوف أى ولزمت اه ط ، وأراد بالصحة اللزوم (قوله إلا بإجازة القاضى) الظاهر رجوعه للمستثنيات الثلاث (قوله أو الغائب أو الصبى إذا بلغ) ولو مات الغائب أو الصبى فأجازت ورثته نفذت عندهما خلافا لمحمد منية المفتى ، والأول استحسان والثانى قياس ، وكما تثبت الإجازة صريحا بالقول تثبت دلالة بالفعل كالبيع كما فى التاترخانية ، وفى المنح عن الجواهر : طفل وبالغ اقتسما شيئا ثم بلغ الطفل وتصرف فى نصيبه وباع البعض يكون إجازة (قوله هذا) أى لزومها بإجازة القاضى ونحوه لو كانوا شركاء فى الميراث فلو شركاء فى غيره تبطل ، ومقتضاه أنها لاتنفذ بالإجازة فليتأمل : وعبارة المنية هكذا : اقتسم الورثة لابأمر القاضى وفيهم صغير أو غائب لاتنفذ إلا بإجازة الغائب أو ولى الصغير أو يجيز إذا بلغ اقتسم الشركاء فيما بينهم وفيهم صغير أو غائب لاتصح القسمة ، فإن أمرهم القاضى بذلك صح اه :

أقول : سيذكر المصنف تبعا لسائر المتون أن القاضى لايقسم لو كانوا مشترين وغاب أحدهم فكيف تصح قسمة الشركاء بأمر القاضى ؟ اللهم إلا أن يراد به الشركاء فى الميراث ، لكن يبقى قول الشارح : ولو شركاء بطلت محتاجا إلى نقل : ونقل الزاهدى فى قنيته : قسمت بين الشركاء وفيهم شريك غائب فلما وقف عليها قال لاأرضى لغبن فيها ثم أذن لحراثه فى زراعة نصيبه لايكون رضا بعد مارد اه فليحرر ، ولا تنس ماقدمه من أن للشريك أخذ حصته من المثلى بغيبة صاحبه ، وما نقله عن الخانية فإنه مخصص لما هنا (قوله أو ملكه مطلقا) أى من غير بيان سبب ط (قوله أو شراءه) الأولى أن يقول أو بسبب ليعم نحو الهبة ط (قوله فلا فرق الخ) أى من حيث إنه يقسم بمجرد الإقرار اتفاقا ، وإنما اقتصر المصنف على الإرث ، لأن العقار الموروث يفتقر إلى البرهان ولأنه هو الذى فيه الخلاف ، فما سكت عنه يفهم حكمه مما ذكره بالطريق الأولى كما نبه عليه فى المنح (قوله ومن النقلى البناء والأشجار) يعنى فتقسم ، وقوله حيث لم تتبدل الخ متعلق بهذا المقدر : وعبارة شيخه فى حاشية المنح

وعدد ورثته) وقالا يقسم باعترافهم كما فى الصور الأخر (ولا إن برهنا أن العقار معهما حتى يبرهنا أنه لهما) اتفاقا فى الأصح لأنه يحتمل أنه معهما بإجارة أو إعارة فتكون قسمة حفظ والعقار محفوظ بنفسه :

(ولو برهنا على الموت وعدد الورثة وهو) أى العقار : قلت : قال شيخنا وكذا المنقول بالأولى (معهما وفيهم صغير أو غائب قسم بينهم

فى هذا المحل : أقول دخل فى النقلى البناء والأشجار لأنها من قسم المنقولات كما صرح به فى البحر فى كتاب الدعوى ؛ فتجرى فيه قسمة الجبر حيث لم تتبدل المنفعة بالقسمة وإن تبدلت بها لاتجوز كالبئر والحائط والحمام ونحوها تأمل اهـ :

أقول : وبعد التقييد بالحيثية المذكورة لاينافيه مافى المبسوط (١) حيث قال : بناء بين رجلين فى أرض رجل قد بنياه بإذنه ثم أرادا قسمته وصاحب الأرض غائب فلهما ذلك بالتراضى ، وإن امتنع أحدهما لم يجبر عليه اهـ ونظمه ابن وهبان تأمل (قوله وقالا يقسم) أى العقار المدعى إرثه باعترافهم كما يقسم فى الصور الأخر ، وهى النقلى مطلقا والعقار المدعى شراؤه أو ملكيته المطلقة . لما أنه فى أيديهم ، وهو دليل الملك ولا منازع لهم : وله أن التركة قبل القسمة مبقاة على ملك الميت بدليل ثبوت حقه فى الزوائد كأولاد ملكه وأرباحه حتى تقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه ، وبالقسمة ينقطع حقه عنها فكانت قضاء عليه بإقرارهم ،وهو حجة قاصرة فلابد من البينة بخلاف المنقول لأنه يخشى عليه التلف والعقار محصن ، وبخلاف العقار المشترى لأنه زال عن ملك البائع قبل القسمة فلم تكن القسمة على الغير ، وبخلاف المدعى ملكيته المطلقة لأنهم لم يقروا بالملكية لغيرهم ، هذا حاصل مافى الدرر وشرح المجمع (قوله ولا إن برهنا) عطف على قوله لايقسم . قال العينى تبعا للزيلعى : وهذه المسألة بعينها هى المسألة السابقة وهى قوله أو ملكه مطلقا ، لأن المراد فيها أن يدعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل إليهم ولم يشترط فيها إقامة البينة على أنه ملكهم وهو رواية القدورى وشرط ههنا وهو رواية الجامع الصغير ، فإن كان قصد الشيخ تعيين الروايتين فليس فيه مايدل على ذلك وإلا فتقع المسألة مكررة اهـ : وأجاب المقدسى بحمل مافى الجامع على ما إذا ذكرا أنه بأيديهما فقط وبرهنا عليه فلا يكون من اختلاف الروايتين لاختلاف الموضوع فلا تكرار اهـ :

أقول : وهو الظاهر من قول الهداية : وفى الجامع الصغير أرض ادعاها رجلان وأقاما البينة أنها فى أيديهما لم تقسم حتى يبرهنا أنها لهما لاحتمال أن تكون لغيرهما : أى بوديعة أو بإجارة أو إعارة كما قال الشارح ، وهكذا قرره فى العزمية فافهم (قوله اتفاقا فى الأصح) قال فى الهداية بعد مانقلناه آنفا ثم قيل هو قول أبى حنيفة خاصة وقيل قول الكل وهو الأصح ، لأن قسمة الحفظ فى العقار غير محتاج إليها وقسمة الملك تفتقر إلى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز (قوله فتكون قسمة حفظ الخ) وهى ماتكون بحق اليد لأجل الحفظ والصيانة كقسمة المودعين الوديعة بينهما للحفظ ، وقسمة الملك ماتكون بحق الملك لتكميل المنفعة كما فى غاية البيان (قوله ولو برهنا) أى برهن بالغان حاضران فيكون الصغير أو الغائب ثالثهما فصار الورثة متعددين فلذا أتى بضمير الجمع فى قوله فيهم وبينهم ، وأتى به مثنى فى قوله معهما أى مع اللذين برهنا مخالفا لما فى الهداية لما سيذكره أنه لو كان مع الصغير أو الغائب شىء منه لايقسم وإن أجيب عن الهداية بأنه مبنى على أن أقل الجمع اثنان (قوله بالأولى) إذ لايشترط فيه البرهان على الموت وعدد الورثة عنده كما مر (قوله وفيهم صغير) أى حاضر كما يأتى (قوله قسم بينهم) أفاد

---

(١) (قوله لاينافيه مافى المبسوط الخ) هذا إنما يتم لو كان المراد قسمته بعد نقضه وليس فى العبارة مايفيده ، أما لو أراد القسمة والبناء قائم لايحصل تبدل فى المنفعة فلا تزول المنافاة تأمل اهـ .

ونصب قابض لهما) نظرا للغائب والصغير ، ولابد من البينة على أصل الميراث عنده أيضا خلافا لهما كما مر (فإن برهن) وارث (واحد) لايقسم ، إذ لابد من حضور اثنين ، ولو أحدهما صغيرا أو موصى له (أو كانوا) أى الشركاء (مشترين) أى شركاء بغير الإرث (وغاب أحدهم) لأن فى الشراء لايصلح الحاضر خصما عن الغائب بخلاف الإرث

أن القاضى فعل ذلك : قال فى المحيط : فلو قسم بغير قضاء لم تجز إلا أن يحضر أو يبلغ فيجيز طورى ، وهذا ماقدمه الشارح (قوله ونصب قابض لهما) وهو وصى عن الطفل ووكيل عن الغائب درر (قوله ولابد من البينة على أصل الميراث) كذا فى الدرر ، ولعل المراد به جهة الإرث كالأبوة ونحوها . والذى فى الهداية والتبيين : ولابد من إقامة البينة هنا أيضا عنده وليس فيهما ذكر أصل الميراث ولم يذكر فى المسألة الأولى ، فالمراد أن قوله ولو برهنا على الموت وعدد الورثة لابد منه عنده أيضا كما فى المسألة السابقة بل أولى لأن الورثة هناك كلهم كبار حضور واشترط البرهان وهنا فيه قضاء على الغائب أو الصغير كما أفاده فى النهاية (قوله خلافا لهما) فعندهما يقسم بينهما بإقرارهما (قوله لايقسم الخ) أى وإن أقام البينة لأن الواحد لايصلح مخاصما ومخاصما ، وكذا مقاسما ومقاسما هداية والأول عند الإمام لقوله بالبينة ، والثانى عندهما لقولهما بعدمها : وعن أبى يوسف أن القاضى ينصب عن الغائب خصما ، ويسمع البينة عليه ويقسم أفاده فى الكفاية (قوله ولو أحدهما صغيرا) فينصب القاضى عنه وصيا كما مر .

واعلم أن هنا مسألة لابد من معرفتها ، هى أنه إنما ينصب القاضى وصيا عن الصغير إذا كان حاضرا فلو غائبا فلا لأن الخصم لاينصب عن الغائب إلا لضرورة ، ومتى كان المدعى عليه صبيا ووقع العجز عن جوابه لم يقع(١) عن إحضاره ، فلا ينصب خصما عنه فى حق غير الحضرة فلم تصح الدعوى لأنها من غير مدعى عليه حاضر ولا كذلك إذا حضر ، لأنه إنما عجز عن الجواب فينصب من يجيب عنه بخلاف الدعوى على الميت ، لأن إحضاره وجوابه لايتصور فينصب عنه واحدا فى الأمرين(٢) جميعا كفاية ، ونحوه فى النهاية والمعراج وغيرهما . قال فى البزازية وهذا يدل(٣) على أن من ادعى على صغير بحضرة وصيه عند غيبة الصغير أنه لايصح ، وقد مر خلافه فى الدعوى اهـ ومثله فى المنية .

قلت : وفى أوائل دعوى البحر : والصحيح أنه لاتشترط حضرة الأطفال الرضع عند الدعوى اهـ فتأمل : ويرد على مافى الكفاية وغيرها أنه منقوض بالغائب البالغ كما فى الشرنبلالية عن المقدسى ، لكن ذكر أبو السعود أنه أجيب عنه بأن اشتراط حضوره للنصب خاص بما إذا كان الوارث الحاضر واحدا لأنه لتصحيح الدعوى ، أما إذا كانا اثنين فالنصب للقبض ، إذ صحة الدعوى والقسمة موجودة قبله بجعل أحدهما خصما (قوله أو موصى له) لأنه يصير شريكا بمنزلة الوارث فكأنه حضر وارثان معراج (قوله مشترين) بياء واحدة لابياءين كما فى بعض النسخ لأنه مثل مفتين وقاضين كما هو ظاهر (قوله أى شركاء الخ) أفاد به أن المراد مطلق الشركة فى الملك بغير الإرث ، وهو مأخوذ من حاشية شيخه الرملى (قوله بخلاف الإرث) قال فى الدرر : فإن ملك الوارث ملك

---

(١) (قوله لم يقع الخ) لأنه يمكن القاضى أن يأمر بإحضاره ، إذ ليس المراد من الغيبة السفر اهـ منه .

(٢) (قوله فى الأمرين) أى فى حق غيبته وحق عجزه عن الجواب اهـ منه .

(٣) (قوله وهذا يدل الخ) انظر ماوجه الدلالة المذكورة مع ظهور الفرق بين المسألتين ، فإن الكلام الآن فى تجاذب النصب بالخصومة والوصى ثابت النيابة من قبل تأمل اهـ .

(أو كان) في صورة الإرث العقار أو بعضه (مع الوارث الطفل أو الغائب أو) كان (شيء منه لا) يقسم للزوم القضاء على الطفل أو الغائب بلا خصم حاضر عنهما (وقسم) المال المشترك (بطلب أحدهم إن انتفع كل) بحصته (بعد القسمة وبطلب ذي الكثير إن لم ينتفع الآخر لقلة حصته) وفي الخانية : يقسم بطلب كل وعليه الفتوى ، لكن المتون على الأول فعليها للعول (وإن تضرر الكل لم يقسم إلا برضاهم) لئلا يعود على موضوعه بالنقض.

في المجتبى : حانوت لهما يعملان فيه طلب أحدهما القسمة إن أمكن لكل أن يعمل فيه بعد القسمة ما كان يعمل فيه قبلها قسم وإلا لا .

خلافة ، حتى يرد بالعيب على بائع المورث ويرد عليه ويصير مغرورا بشراء المورث ، حتى لو وطئ أمة اشتراها مورثه فولدت فاستحقت رجع الوارث على البائع بثمنها وقيمة الولد للغرور من جهته ، فانتصب أحدهم خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه ، فصارت القسمة قضاء بحضرة المتقاسمين : وأما الملك الثابت بالشراء فملك جديد بسبب باشره في نصيبه ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب ، فتكون البينة في حق الغائب قائمة بلا خصم فلا تقبل اهـ .

[تتمة] الشركة إذا كان أصلها الميراث فجرى فيها الشراء بأن باع واحد منهم نصيبه أو كانت أصلها الشراء فجرى فيها الميراث بأن مات واحد منهم ، ففي الوجه الأول يقسم القاضي إذا حضر البعض لا في الثاني لأنه في الأول قام المشتري مقام البائع في الشركة الأولى وكانت أصلها وراثة ، وفي الثاني قام الوارث مقام المورث في الشركة الأولى وكان أصلها الشراء ، فينظر في هذا الباب إلى الأول ولوالجية وغيرها (قوله في صورة الإرث) وهي قوله ولو برهنا الخ ، وهذه محترز قوله هناك وهو أي العقار معهما (قوله أو بعضه) مكرر مع قول المتن أو شيء منه ح (قوله مع الوارث الطفل أو الغائب) أو يد مودع الغائب أو يد أم الصغير والصغير غائب فلا يقسم وإن كان الحاضر أمينا بزازية وغيرها (قوله للزوم القضاء) أي لئلا يلزم القضاء عليهما بإخراج شيء مما في أيديهما بلا خصم حاضر منهما أي من جهتهما : والذي في الهداية وغيرها عنهما . هذا وذكر القهستاني أنه لا يقسم إلا أن ينصب عنه خصما ويقيم البينة فإنه يقسم على ما روي عن الثاني التهي وأقره في العزمية .

قلت : لكن في الهداية والتبيين ولا فرق في هذا بين إقامة البينة : أي على الإرث وعدمها هو الصحيح كما أطلق في الكتاب : أي في قوله لا يقسم ، وهو احتراز عن رواية المبسوط أنه يقسم إذا قامت البينة كفاية فتأمل (قوله وقسم المال المشترك) أي الذي تجرى فيه القسمة جبرا بأن كان من جنس واحد كما مر ويأتي (قوله وبطلب ذي الكثير) أي إن انتفع بحصته وأطلقه لعلمه من المقام ، ومفهومه أنه لا يقسم بطلب ذي القليل الذي لا ينتفع إذا أبى المنتفع . ووجهه كما في الهداية أن الأول منتفع فاعتبر طلبه والثاني متعنت فلم يعتبر اهـ ولذا لا يقسم القاضي بينهم إن تضرر الكل وإن طلبوا كما في النهاية ، وحينئذ فيأمر القاضي بالمهايأة كما سيذكره الشارح (قوله وفي الخانية) وقيل بعكس ما تقدم (قوله فعليها المعول) وصرح في الهداية وشروحها بأنه الأصح ، زاد في الدرر وعليه الفتوى (قوله لم يقسم إلا برضاهم) ظاهره كعبارة سائر المتون أن للقاضي مباشرتها . وقال الزيلعي : لكن القاضي لا يباشر ذلك وإن طلبوا منه لأنه لا يشتغل بما لا فائدة فيه ولا يمنعهم منه ، لأن القاضي لا يمنع من أقدم على إتلاف ماله في الحكم اهـ وعزاه ابن الكمال للمبسوط ، وذكر الطوري أن فيه روايتين (قوله لئلا يعود على موضوعه بالنقض) يعني أن موضوع القسمة الانتفاع بملكه على وجه الخصوص وهو مفقود هنا حلبي (قوله في المجتبى الخ) أراد به بيان المراد بالانتفاع المذكور في المتن ، وإلا فنحو الحمام قد ينتفع به بعد القسمة لربط الدواب

(وقسم عروض اتحد جنسها لا الجنسان) بعضهما فى بعض لوقوعهما معاوضة لا تمييزا فتعتمد التراضى دون جبر القاضى (و) لا (الرقيق) وحده لفحش التفاوت فى الآدمى : وقالا : يقسم لو ذكورا فقط وإناثا فقط كما تقسم الإبل والغنم ورقيق المغنم (و) لا (الجواهر) لفحش تفاوتها (والحمام) والبئر والرحى والكتب وكل ما فى قسمه ضرر (إلا برضاهم) لما مر ، ولو أراد أحدهما البيع وأبى الآخر لم يجبر على بيع نصيبه خلافا لمالك . وفى الجواهر لاتقسم الكتب بين الورثة ولكن ينتفع كل بالمهايأة ، ولا تقسم بالأوراق ولو برضاهم ؛ وكذا لو كان كتابا ذا مجلدات كثيرة ، ولو تراضيا أن تقوّم الكتب ويأخذ كل بعضها بالقيمة لو كان بالتراضى جاز وإلا لا خانية . دار أو حانوت بين اثنين لايمكن قسمتها تشاجرا فيه فقال أحدهما لا أكرى ولا أنتفع ، وقال الآخر أريد

ونحوه كما قدمناه (قوله وقسم عروض اتحد جنسها) لأن القسمة تميز الحقوق وذلك ممكن فى الصنف الواحد كالإبل أو البقر أو الغنم أو الثياب أو الدواب أو الحنطة أو الشعير يقسم كل صنف من ذلك على حدة جوهرة (قوله بعضهما فى بعض) أى بإدخال بعض فى بعض ، بأن أعطى أحدهما بعيرا والآخر شاتين مثلا جاعلا بعض هذا فى مقابلة ذاك درر (قوله فتعتمد التراضى الخ) لأن ولاية الإجبار للقاضى تثبت بمعنى التمييز لا المعاوضة درر (قوله ولا الرقيق) لأن التفاوت فى الآدمى فاحش فلا يمكن ضبط المساواة ، لأن المعانى المقصودة منه : العقل والفطنة والصبر على الخدمة والاحتمال والوقار والصدق والشجاعة والوفاق وذلك لايمكن الوقوف عليه فصاروا كالأجناس المختلفة ، وقد يكون الواحد منهم خيرا من ألف من جنسه قال الشاعر :

ولم أر أمثال الرجال تفاوتا ... إلى الفضل حتى عد ألف بواحد

بخلاف سائر الحيوانات لأن تفاوتها يقل عند اتحاد الجنس ، ألا ترى أن الذكر والأنثى من بنى آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد جوهرة (قوله وحده) اعلم أنه إذا كان مع الرقيق دواب أو عروض أو شىء آخر قسم القاضى الكل فى قولهم وإلا فإن ذكورا(1) أو إناثا فكذلك عنده ، وإن ذكورا وإناثا فلا إلا برضاهم .

والحاصل أن عند أبى حنيفة لايجوز الجبر على قسمة الرقيق إلا أن يكون معه شىء آخر هو محل لقسمة الجمع كالغنم والثياب فيقسم الكل قسمة جمع . وكان أبو بكر الرازى يقول : تأويل هذه المسألة أنه يقسم برضا الشركاء فأما مع كراهة بعضهم فالقاضى لايقسم ؛ والأظهر أن قسمة الجبر تجرى عند أبى حنيفة باعتبار أن الجنس الآخر الذى مع الرقيق يجعل أصلا فى القسمة ، والقسمة جبرا تثبت فيه فتثبت فى الرقيق أيضا تبعا . وقد يثبت حكم العقد فى الشىء تبعا وإن كان لايجوز إثباته مقصودا كالشرب والطريق فى البيع والمنقولات فى الوقف ، كذا فى شروح الهداية والكنز والدرر ، فما مشى عليه فى المنح خلاف الأظهر (قوله كما تقسم الإبل) أى ونحوها كالبقر والغنم (قوله ورقيق المغنم) قدمنا عن الزيلعى وجه الفرق بينه وبين رقيق غيره (قوله والحمام والبئر والرحى) ينبغى تقييده بما إذا كان صغيرا لايمكن لكل من الشريكين الانتفاع به كما كان ، فلو كبيرا بأن كان الحمام ذا خزانتين والرحى ذات حجرين يقسم ؛ وقد أفتى فى الحامدية بقسمة معصرة زيت لاثنين مناصفة وهى مشتملة على عودين ومطحنين وبئرين للزيت قابلة للقسمة بلا ضرر ، مستدلا بما فى خزانة الفتاوى : لايقسم الحمام والحائط والبيت الصغير إذا كان بحال لو قسم لايبقى لكل موضع يعمل فيه (قوله وكل ما فى قسمه ضرر) فلا يقسم ثوب واحد لاشتمال القسمة على الضرر إذ لاتتحقق إلا بالقطع هداية ، لأن فيه إتلاف جزء عناية ، ولا يقسم الطريق لو فيه ضرر بزازية (قوله لما مر) من قوله لئلا يعود على موضوعه بالنقض وهو حلة لعدم القسمة (قوله ولا تقسم بالأوراق ولو برضاهم) الظاهر أن المراد لايباشر القاضى قسمتها لما مر أن القاضى لايباشر ذلك ولا يمنعهم منه ، وتأمل عبارة المنح .

---

(1) (قوله وإلا فإن ذكورا الخ) أى وإن لم يكن مع الرقيق شىء آخر هو محل القسمة فكذلك ، فإن ذكورا أو إناثا فكذلك ؛ أى كالمختلط مع غيره ، ولا يخفى أن هذا ليس مذهب الإمام فلعل الصواب عندهما بدل عنده تأمل اهـ .

ذلك أمر القاضي بالمهايأة ، ثم يقال لمن لايريد الانتفاع إن شئت فانتفع ، وإن شئت فأغلق الباب : (دور مشتركة أو دار وضيعة أو دار وحانوت قسم كل وحدها) منفردة مطلقا ولو متلازقة أو فى محلتين أو مصرين مسكين (إذا كانت كلها فى مصر واحد أولا) وقالا : إن الكل فى مصر واحد فالرأى فيه للقاضى ، وإن فى مصرين فقولهما كقوله (ويصوّر القاسم مايقسمه على قرطاس) ليرفعه للقاضى (ويعدله على سهام القسمة ويذرعه ، ويقوم البناء ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه ، ويلقب الأنصباء بالأول والثانى والثالث) وهلم جرا (ويكتب أساميهم ويقرع) لتطييب القلوب ،

مطلب لكل من الشركاء السكنى فى بعض الدار بقدر حصته

(قوله أمر القاضى بالمهايأة) أقول : ذكر فى العمادية فى الفصل ٣٤ لكل واحد من الشركاء أن يسكن فى بعض الدار بقدر حصته اه ، وبمثله أفتى فى الحامدية : وانظر إذا طلب أحدهما ذلك والآخر المهايأة أيهما يقدم ؟ وهى تقع كثيرا : يقول لى خشبة أسكن تحتها فليحرر ، وسيأتى بيان المهايأة وأحكامها آخر الباب وأن الأصح أن القاضى يجبر عليها بطلب أحدهما ومنه يظهر الجواب تأمل (قوله دور مشتركة) مثلها الأقرحة كما فى الهداية وهى جمع قراح : قطعة من الأرض على حيالها لاشجر فيها ولا بناء : واحترز بالدور عن البيوت والمنازل جمع منزل أصغر من الدار وأكبر من البيت ، لأنه دويرة صغيرة فيها بيتان أو ثلاثة والبيت مسقف واحد له دهليز (قوله منفردة) أى يقسم كل من الدور أو الدار والضيعة : وهى عرصة غير مبنية أو الدار والحانوت : وهو الدكان قسمة فرد ، فتقسم العرصة بالذراع والبناء بالقيمة قهستانى لاقسمة جمع ، بأن يجمع حصة بعضهم فى الدار مثلا وحصة الآخر فى غيرها لأنها أجناس مختلفة أو فى حكمها كما يعلم من الهداية ، ولذا قال القهستانى : لو اكتفى بما سبق من قوله ولا الجنسان لكان أخصر (قوله مطلقا) يفسره مابعده ولم يذكر المنازل والبيوت المحترز عنها : قال مسكين : والبيوت تقسم قسمة واحدة متباينة أو متلازقة ، والمنازل كالبيوت لو متلازقة وكالدور لو متباينة : وقالا فى الفصول كلها ينظر القاضى إلى أعدل الوجوه فيمضى القسمة على ذلك اه : قال الرملى : ويستثنى منه ماإذا كانا فى مصرين فقولهما كقوله اه .

أقول : ولعل هذا فى زمانهم وإلا فالمنازل والبيوت ولو من دار واحدة تتفاوت تفاوتا فاحشا فى زماننا ، يدل عليه قولهم هنا لأن البيوت لاتتفاوت فى معنى السكنى ولهذا تؤجر أجرة واحدة فى كل محلة ، وكذا ماذكروه فى خيار الرؤية ، وإفتاؤهم هناك بقول زفر من أنه لابد من رؤية داخل البيوت لتفاوتها تأمل (قوله أو مصرين) مكرور مع قول المتن أولا اه ح (قوله إذا كانت كلها فى مصر واحد أولا) لو قال ولو فى مصر لكان أخصر وأظهر اه ح (قوله فقولهما كقوله) الأولى أن يقول فكقوله (قوله ويصوّر القاسم الخ) أى ينبغى إذا شرع فى القسمة أن يصور مايقسمه بأن يكتب فى كاغد أن فلانا نصيبه كذا وفلانا كذا ليمكنه حفظه إن أراد رفعه للقاضى ليتولى الإقراع بينهم بنفسه ويعدله أى يسويه : ويروى يعزله : أى يقطعه بالقسمة عن غيره ليعرف قدره عناية (قوله ويذرعه) شامل للبناء ، لما قال الزيلعى : ويذرعه ويقوّم البناء لأن قدر المساحة يعرف بالذرع والمالية بالتقويم ، ولابد من معرفتهما ليمكن التسوية فى المالية ، ولابد من تقويم الأرض وذرع البناء اه شرنبلالية (قوله ويفرز الخ) بيان للأفضل ، فإن لم يفعل أو لم يمكن جاز هداية وغيرها ، والظاهر أن معناها إذا شرط القاسم ذلك فلا ينافى مايأتى من أنه إذا لم يشترط فيها صرف إن أمكن وإلا انفسخت القسمة فافهم (قوله لتطييب القلوب) أشار إلى أن القرعة غير واجبة حتى إن القاضى لو عين لكل واحد نصيبا من غير إقراع جاز لأنه فى معنى القضاء فملك الإلزام هداية :

فمن خرج اسمه أولا فله السهم الأول ، ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني إلى أن ينتهي إلى الأخير و) اعلم أن (الدراهم لاتدخل في القسمة) لعقار أومنقول (إلا برضاهم) فلو كان أرض وبناء قسم بالقيمة عند الثاني وعند الثالث يرد من العرصة بمقابلة البناء ، فإن بقي فضل ولا تمكن التسوية رد الفضل دراهم للضرورة ، واستحسنه في الاختيار (قسم ولأحدهم مسيل ماء أو طريق في ملك الآخر و) الحال أنه (لم يشترط في القسمة صرف عنه إن أمكن وإلا فسخت القسمة) إجماعا واستؤنفت ، ولو اختلفوا فقال بعضهم أبقيناه مشتركا كما كان إن أمكن إفراز كل فعل كما بسطه الزيلعي .

(اختلفوا في مقدار عرض الطريق جعل) عرضها (قدر عرض باب الدار) وأما في الأرض فبقدر ممر الثور

مطلب في الرجوع عن القرعة

[تنبيه] إذا قسم القاضي أو نائبه بالقرعة فليس لبعضهم الإباء بعد خروج بعض السهام كما لايلتفت إلى إبائه قبل خروج القرعة ،ولو القسمة بالتراضي له الرجوع إلا إذا خرج جميع السهام إلا واحدا لتعين نصيب ذلك الواحد وإن لم يخرج ،ولا رجوع بعد تمام القسمة نهاية (قوله فمن خرج اسمه أولا الخ) بيانه : أرض بين جماعة لأحدهم سدسها ولآخر نصفها ولآخر ثلثها يجعلها أسداسا اعتبارا بالأقل ثم يلقب السهام بالأول والثاني إلى السادس ويكتب أسامي الشركاء ويضعها في كمه ، فمن خرج اسمه أولا أعطى السهم الأول ، فإن كان صاحب السدس فله الأول ، وإن صاحب الثلث فله الأول والذي يليه ،وإن صاحب النصف فله الأول واللذان يليانه كما في العناية (قوله واعلم أن الدراهم) قيد الدراهم في الدرر بالتي ليست من التركة ، وذكر في الشرنبلالية أنه غير احترازي فلا تدخل في القسمة ولو من التركة .

أقول : وما في الدرر ذكره ابن الكمال والقهستاني وشراح الهداية كالمعراج والنهاية والكفاية : وعلل المسألة الزيلعي بأنه لا شركة فيها ، ويفوت به التعديل أيضا في القسمة ، لأن بعضهم يصل إلى عين المال المشترك في الحال ودراهم الآخر في الذمة فيخشى عليها التوى ، ولأن الجنسين المشتركين لايقسمان فما ظنك عند عدم الاشتراك اه . فقد يقال : التعليل الأخير يفيد ما ذكره الشرنبلالي تأمل (قوله أومنقول) صرح به القهستاني (قوله إلا برضاهم) فلو كان بعض العقار ملكا وبعضه وقفا ، فإن كان المعطي هو الواقف جاز ويصير كأنه أخذ الوقف واشترى بعض ما ليس بوقف من شريكه ، وإن بالعكس فلا لأنه يلزم منه نقض بعض الوقف ، وحصة الوقف وقف وما اشتراه ملك له ولايصير وقفا كذا في الإسعاف من فصل المشاع (قوله ولا تمكن التسوية) بأن لم تف العرصة بقيمة البناء زيلعي (قوله واستحسنه في الاختيار) وقال في الهداية : إنه يوافق رواية الأصول (قوله لم يشترط) أما لو اشترط تركهما على حالها فلا تفسخ ، ويكون له ذلك على ماكان قبل القسمة جوهرة (قوله واستؤنفت) أي على وجه يتمكن كل منهما من أن يجعل لنفسه طريقا ومسيلا لقطع الشركة .

بقي ما إذا لم يمكن ذلك أصلا وإن استؤنفت فكيف الحكم ، والظاهر أنها تستأنف أيضا لشرط فيها فليراجع (قوله أبقيناه) المناسب لما في الزيلعي لبقيه . ونصه : ولو اختلفوا في إدخال الطريق في القسمة بأن قال بعضهم : لايقسم الطريق بل يبقى مشتركا كما كان قبل القسمة نظر فيه الحاكم ، فإن كان يستقيم أن يفتح كل في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق لجماعتهم تكميلا للمنفعة وتحقيقا للإفراز من كل وجه ، وإن كان لايستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم لتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق اه (قوله إن أمكن إفراز كل) من إضافة المصدر إلى فاعله والمفعول محذوف : أي إفراز كل منهم طريقا على حدة (قوله اختلفوا في مقدار عرض الطريق) أي في سعته

زيلعي (بطوله) أي ارتفاعه حتى يخرج كل واحد منهم جناحا في نصيبه ، إن فوق الباب لا فيما دونه لأن قدر طول الباب من الهواء مشترك والبناء على الهواء المشترك لا يجوز إلا برضا الشركاء جلالية :

(ولو شرطوا أن يكون الطريق في قسمة الدار على التفاوت جاز وإن) وصلية (كان سهامهم في الدار متساوية و) ذلك لأن (القسمة على التفاوت بالتراضي في غير الأموال الربوية جائزة) فجاز قسمة التين بالأكرار لأنه ليس بوزني ، لا العنب بالشريجة على الصحيح بل بالقبان أو الميزان لأنه وزني ٥

(سفل له) أي فوقه (علو) مشتركان (وسفل مجرد) مشترك والعلو لآخر (وعلو مجرد) مشترك والسفل لآخر (قوّم كل واحد) من ذلك (على حدة ، وقسم بالقيمة) عند محمد وبه يفتى .

(أنكر بعض الشركاء بعد القسمة استيفاء نصيبه وشهد القاسمان بالاستيفاء) لحقه (تقبل) وإن قسما بأجر في الأصح ابن ملك (ولو شهد قاسم واحد لا) لأنه فرد :

(ولو ادعى أحدهم أن من نصيبه شيئا) وقع (في يد صاحبه غلطا وقد) كان (أقر بالاستيفاء) أو لم يقرّ به ذكره البرجندي (لم يصدق إلا ببرهان) أو إقرار الخصم أو نكوله ،

وضيقه وطوله ، فقال بعضهم : يجعل سعته أكبر من عرض الباب الأعظم وطوله من الأعلى إلى السماء ، وقال بعضهم غير ذلك عناية ، وبه ظهر أن الاختلاف في تقدير الطريق المشترك لا في طريق كل نصيب فافهم (قوله أي ارتفاعه) أفاد أن المراد هو الطول من حيث الأعلى لا من حيث المشي وهو ضد العرض ، لأنه إنما يكون إلى حيث ينتهون بها إلى الطريق الأعظم ، أفاده في الكفاية وغيرها من شروح الهداية ، وأفادوا أنه يقسم بينهم مافوق طول الباب من الأعلى ويبقى قدر طول الباب من الهواء مشتركا بينهم (قوله إن فوق الباب) أي له ذلك إن كان فيما فوق طول الباب لأنه مقسوم بينهم كما علمت ، فصار بانيا على خالص حقه لا فيما دونه لبقائه مشتركا ، وبما قررناه اندفع ما بحثه الحموي (قوله مشترك) لأن اختلاف الشركاء في تقدير طريق واحد مشترك بينهم كما أفاده ما قدمناه عن العناية لا في طريق لكل نصيب بانفراده حتى يرد أنه حق المقاسم فافهم (قوله جاز) لأن رقبة الطريق ملك لهم وهي محل للمعاوضة ولواجية (قوله بالأكرار) جمع كر : كيل معروف . وفي الولوالجية : تجوز بالأحمال لأن التفاوت فيها قليل (قوله بالشريجة) قال في القاموس في فصل الشين المعجمة من باب الجيم : الشريجة شيء من سعف يحمل فيه البطيخ ونحوه (قوله سفل) بضم السين وكسرها (قوله وعلو مجرد مشترك أي بين الشريكين في السفل الأول كما في شرح المجمع ، وتظهر ثمرته على قولهما تدبر (قوله وقسم بالقيمة) لأن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئر ماء أو سردابا أو إصطبلا أو غير ذلك فلا يتحقق التعديل إلا بالقيمة هداية (قوله عند محمد) وعندهما يقسم بالذراع ثم اختلفا ، فقال الإمام : ذراع من سفل بذراعين من علو ، وقال الثاني ذراع بذراع ، وبيانه في الهداية وشروحها ، ثم الاختلاف في الساحة ; وأما البناء فيقسم بالقيمة اتفاقا كما في الجوهرة والإيضاح (قوله تقبل) لأنهما شهدا بالاستيفاء وهو فعل غيرهما لا بالقسمة. وفي الجوهرة: هذا قولهما ، وقاسم القاضي وغيره سواء (قوله وإن قسما بأجر في الأصح) مثله في الجوهرة معزو للمستصفى : وذكر قبله أن عند محمد لا تقبل في الوجهين لأنهما يشهدان على فعل أنفسهما لأن فعلهما التمييز : وأما إذا قسما بالأجر فلأن لهما منفعة إذا صحت القسمة الخ (قوله أو لم يقرّ به) أقول : هذا يفهم بالأولى من جهة أنه يصدق بالبرهان فإنه لم يتناقض أصلا ، فإذا صدق به مع الإقرار فمع عدمه بالأولى ، وإنما احتيج للبرهان هنا أيضا لما في الخانية من أن الظاهر وقوع القسمة على وجه المعادلة فلا تنقض إلا ببينة ، وإن لا بينة فبالنكول (قوله أو نكوله) فلو كانوا جماعة ونكل واحد جمع نصيبه مع نصيب المدعي وقسم بينهما على قدر أنصبائهما كما في الهداية

فلو قالا إلا بحجة لعمت ولا تناقض لأنه اعتمد على فعل الأمين ثم ظهر غلطه (وإن قال قبضته فأخذ شريكي بعضه وأنكر) شريكه ذلك (حلف) لأنه منكر (وإن قال قبل إقراره بالاستيفاء أصابني من ذلك كذا إلى كذا ولم يسلمه إليّ) وكذبه شريكه (تحالفا وتفسخ القسمة) كالاختلاف في قدر المبيع :

(ولو اقتسما دارا وأصاب كلا طائفة فادعى أحدهما بيتا في يد الآخر أنه من نصيبه وأنكر الآخر فعليه البينة) لأنه مدّع (وإن أقاماها فالعبرة لبينة المدعي) لأنه خارج ، وإن كان قبل الإشهاد على القبض تحالفا وفسخت وكذا لو اختلفا في الحدود

(قوله فلو قال الخ) قال في القاموس : البرهان الحجة ، فلا فرق حينئذ ، إذ كل منهما يعم البينة وإقرار الخصم أو نكوله رحمتي (قوله ولا تناقض الخ) جواب عن قول صاحب الهداية : ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلا لتناقضه ، وإليه أشار من بعد اهـ أي أشار القدوري إليه بقوله بعده ، وإن قال قبل إقراره بالاستيفاء أصابني من كذا إلى كذا الخ فإنه يفيد أنه لو أقر فلا تحالف ، وماذاك إلا لعدم صحة الدعوى بسبب التناقض ، وأقره الشراح على هذا البحث :

واستدلوا له بما يأتي متنا وشرحا عن الخانية ، وبما في المبسوط : اقتسما الدار وأشهدا على القسمة والقبض والوفاء ثم ادّعى أحدهما بيتا في يد صاحبه لم يصدّق إلا أن يقرّ به صاحبه لأنه متناقض ، ووفق ابن الكمال بحمل الحجة على الإقرار ، وزاد القهستاني أو يراد بالغلط الغصب اهـ .

وقال صدر الشريعة : وجه رواية المتن أنه اعتمد على فعل القاسم في إقراره ، ثم لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط في فعله فلا يؤاخذ بذلك الإقرار عند ظهور الحق اهـ ومثله في الدرر ، وهو الذي ذكره الشارح ، وأخذ منه في الحامدية توفيقا حسنا بحمل ما في المتن على ما إذا باشر القسمة غيره ، وما في الخانية والمبسوط على ما إذا باشر القسمة بنفسه بدليل قول المبسوط : اقتسما فإن ظاهره أنه بأنفسهما تأمل ، وظاهر كلام صدر الشريعة أنهما روايتان فلا حاجة إلى التوفيق ، بل الأهم الترجيح ، فنقول : عامة المتون على ما مشى عليه المصنف ، وهي الموضوعة لنقل المذهب ، ولما عليه الفتوى . وعبارة متن المواهب : تقبل بينته ، وقيل لا . وفي الاختيار : وقيل لاتقبل دعواه للتناقض ، فأفادا عدم اعتماد الثانية . وفي البزازية : وإن أقر وبرهن لاتصح الدعوى إلا على الرواية التي اختارها المتأخرون أن دعوى الهزل في الإقرار تصح ويحلف المقر له على أنه ما كان كاذبا في إقراره اهـ .

قلت : وقدم الشارح في كتاب الإقرار قبيل باب الاستثناء أنه بها يفتى لكن تبقى المنافاة بين هذا وبين مفهوم ما يأتي متنا كما أشار إليه في الهداية ، وما ذكره صدر الشريعة لا يدفع المنافاة ، لأن هذا الإقرار إن كان مانعا من صحة الدعوى لا تسمع البينة لابتناء سماعها على صحة الدعوى وإن لم يكن مانعا ينبغي أن يتحالفا كما في الحواشي السعدية . وقد يجاب بأن قولهم هنا وقد أقر بالاستيفاء صريح ، وقولهم الآتي قبل إقراره بالاستيفاء مفهوم ، والمصرح به أن الصريح مقدم على المفهوم فليتأمل (قوله لأنه منكر) أي والآخر يدعي عليه الغصب (قوله وإن قال قبل إقراره بالاستيفاء) المراد أنه لم يحصل منه إقرار أصلا ط عن الشرنبلالية (قوله أصابني من ذلك كذا إلى كذا) الأولى حذف لفظ ذلك كما عبر في الغرر (قوله تحالفا وتفسخ القسمة) لأن الاختلاف في مقدار ما حصل له بها هداية (قوله ولو اقتسما دارا الخ) هذه عين قوله فيما مر ولو ادعى الخ إلا أنها أعيدت لبناء مسائل أخر عليها كفاية (قوله لأنه خارج) فترجح بينته على بينة ذي اليد كما مر في محله (قوله وإن كان قبل الإشهاد) مفهوم قوله وأصاب كلا طائفة ، فإن المراد وأشهدوا على ذلك اهـ ح (قوله وكذا لو اختلفا في الحدود) بأن قال أحدهما هذا الحد لي قد دخل في نصيبه وقال الآخر كذلك وأقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي

(وإن استحق بعض معين من نصيبه لا تفسخ القسمة اتفاقا) على الصحيح (وفى استحقاق بعض شائع فى الكل تفسخ) اتفاقا (وفى) استحقاق (بعض شائع من نصيبه لاتفسخ) جبرا خلافا للثانى (بل) المستحق منه (يرجع بحصة ذلك (فى نصيب شريكه) إن شاء أو نقض القسمة دفعا لضرر التشقيص .

قلت : قد بقى ههنا احتمال آخر ، وهو أن يستحق بعض من نصيب كل واحد ، فإن كان شائعا فسخت ، وإن كان معينا ، فإن تساويا فظاهر وإلا فالعبرة لذلك الزائد كما مر فلذا لم يفردوها بالذكر.

(ظهر دين فى التركة المقسومة تفسخ) القسمة (إلا إذا قضوه) أى الدين (أو أبرأ الغرماء

فى يد صاحبه لما مر ، وإن قامت لأحدهما بينة قضى له ، وإن لم تقم لواحد تحالفا كما فى البيع هداية وكفاية (قوله وإن استحق بعض معين الخ) قيد بالبعض لأنه لو استحق جميع ما فى يده يرجع بنصف ما فى يد شريكه كما فى شرح المجمع (قوله على الصحيح) الأولى أن يقول على الصواب كما يظهر من كلام شراح الهداية (قوله تفسخ اتفاقا) لأنه لو بقيت لتضرر المستحق بتفرق نصيبه فى النصيبين ، بخلاف النصيب الواحد إذ لا ضرر أفاده فى الهداية (قوله لا تفسخ جبرا) أى على المستحق منه لأن له الخيار (قوله خلافا للثانى) فعنده تفسخ لأجل المستحق ، لأنه ظهر أنه شريك ثالث والقسمة بلا رضاه باطلة ، وأشار إلى أن قول محمد كقول الإمام وهو الأصح كما فى الهداية (قوله بل المستحق منه يرجع الخ) يوهم أنه فى الأولى ليس كذلك ، فلو قال كابن الكمال وإن استحق بعض حصة أحدهما ،شاع أولا لم تفسخ ورجع بقسطه فى حصة شريكه أو نقضها وتفسخ فى بعض مشاع فى الكل لكان أخصر وأظهر (قوله أو نقض القسمة) هذا إذا لم يكن باع شيئا مما فى يده قبل الاستحقاق وإلا فله الرجوع فقط كما أفاده فى الهداية (قوله قلت الخ) هذه العبارة لابن الكمال ملخصة من كلام صدر الشريعة المذكور فى المنح (قوله فإن كان شائعا) كالنصف مما فى يد كل مشاعا أو نصف أحدهما وربع الآخر فهذا صادق على التساوى والتفاوت ، بخلاف الشيوع فى الكل فى المسألة السابقة فإنه على التساوى فقط ، كما لو اقتسما دارا مثالثة فاستحق نصفها مشاعا فله نصف ما فى يد كل ، لكن الحكم فى كل الشيوعين واحد وهو الفسخ لما قدمناه فافهم (قوله فإن تساويا فظاهر) أى أنه لا فسخ ولا رجوع كما لو استحق من نصيب كل خمسة أذرع (قوله وإلا) أى إن لم يتساويا كأربعة من أحدهما وستة من الثانى، فلا فسخ أيضا لعدم الضرر على المستحق كما قدمناه ويرجع الثانى على الأول بذراع لأنه زاد عليه به (قوله فلذا الخ) تفريع على قوله كما مر : أى لما شابهت هذه المسائل ما مر فى الأحكام لم يفردوها بالذكر لفهمها من العلل السابقة ، أما الفسخ فى الشائع وعدمه فى المعين فللضرر على المستحق وعدمه كما علمته ، وأما الرجوع على الشريك عند عدم التساوى فإنه يعلم من قوله يرجع فى نصيب شريكه أى ليصل كل إلى حقه بلا زيادة لأحدهما على الآخر ، ومقتضاه أن له نقض القسمة أيضا دفعا لضرر التشقيص ، وأما عدم الرجوع عند التساوى فظاهر لأنه لم يزد أحدهما على الآخر بشىء . فافهم .

[تتمة] إذا جرت القسمة فى دارين أو أرضين وأخذ كل واحدة ثم استحقت إحداهما بعد مابنى فيها صاحبها يرجع على صاحبه بنصف قيمة البناء ، قيل هذا قول الإمام لأن عنده قسمة الجبر لا تجرى فى الدارين فكانت فى معنى البيع ، والأصح أنه قول الكل خانية ، ولو فى دار لم يرجع تاترخانية (قوله ظهر دين الخ) ومثله لو ظهر موصى له بألف مرسلة فتفسخ إلا إذا قضوه لتعلق حق الدائن والموصى له مرسلا بالمالية ، بخلاف ما إذا

ذمم الورثة أو يبقى منها) أى من التركة (مابقى به) لزوال المانع (ولو ظهر غبن فاحش) لايدخل تحت التقويم (فى القسمة) فإن كانت بقضاء (بطلت) اتفاقا لأن تصرف القاضى مقيد بالعدل ولم يوجد (ولو وقعت بالتراضى) تبطل أيضا (فى الأصح) لأن شرط جوازها المعادلة ولم توجد فوجب نقضها خلافا لتصحيح الخلاصة .

قلت : فلو قال كالكنز تفسخ لكان أولى (وتسمع دعواه ذلك) أى ما ذكر من الغبن الفاحش (إن لم يقر بالاستيفاء ، وإن أقر به لا) تسمع دعوى الغلط والغبن للتناقض ، إلا إذا ادعى الغصب فتسمع دعواه ، وتمامه فى الخانية .

(ادعى أحد المتقاسمين) للتركة (دينا فى التركة صح) دعواه لأنه لا تناقض لتعلق الدين بالمعنى والقسمة للصورة (ولو ادعى عينا) بأى سبب كان (لا) تسمع للتناقض ، إذ الإقدام على القسمة اعتراف بالشركة ؛ وفى الخانية : اقتسموا دارا أوأرضا ثم ادعى أحدهم فىقسم الآخر بناء أو نخلا زعمأنه بناه أو غرسه لم تقبل بينته ؛

ظهر وارث آخر أو موصى له بالثلث أو الربع فقال الورثة نقضى حقه ولا تفسخ القسمة لتعلق حقهما بعين التركة فلا ينتقل إلى مال آخر إلا برضاهما كما فى النهاية ، لكن هذا إذا كانت القسمة بغير قاض ، فلو به فظهر وارث وقد عزل القاضى نصيبه لا تنقض ، وكذا لو ظهر الموصى له فى الأصح كما فى التاترخانية (قوله ذمم الورثة) كذا فى الدرر : قال ط : فيه أن الدين تعلق بعين التركة بعد تعلقه بذمة الميت اه ؛

[تتمة] أجاز الغريم قسمة الورثة قبل قضاء الدين له لقضها وكذا إذا ضمن بعض الورثة دين الميت برضا الغريم إلا أن يكون بشرط براءة الميت لأنها تصير حوالة فينتقل الدين عليه وتخلو التركة عنه وهى الحيلة لقسمة تركة فيها دين كما بسطه فى البزازية وغيرها (قوله ولو ظهر غبن فاحش فى القسمة) أى فى التقويم للقسمة ، بأن قوّم بألف فظهر أنه يساوى خمسمائة ، قيد بالفاحش لأنه لو يسيرا يدخل تحت تقويم المقوّمين لاتسمع دعواه ، ولا تقبل بينته كما فى المنح (قوله خلافا لتصحيح الخلاصة) من أنه لا تسمع دعواه . قال المصنف فى المنح : والصحيح المعتمد ماقدمناه عن الكافى وقاضيخان ، وبه جزم أصحاب المتون وصححه أصحاب الشروح ، وبه أفتيت مرارا (قوله قلت الخ) مأخوذ من حاشية الرملى حيث قال وقوله بطلت . قال في الكنز: ولوظهر غبن فاحش فى القسمة تفسخ ، وفى متن الغرر تبطل فتبعه بقوله هنا بطلت فيفهم ظاهره أنها تحتاج إلى الفسخ مع أن الأمر بخلافه ، فكان ينبغى له موافقته دون متن الغرر اه ؛

أقول : وفيه نظر يدل عليه قول الخانية تسمع دعواه فىالغبن وله أن يبطل القسمة كما لوكانت بقضاء القاضى وهو الصحيح ، فقتضاه أنها تحتاج إلى الفسخ وأن معنى تبطل وبطلت له إبطالها ، وبه يشعر قول الكنز تفسخ حيث لم يقل تنفسخ، والظاهر أن لفظة لا ساقطة من قلم الرملى قبلقوله تحتاج تأمل (قوله لاتسمع دعوى الغلط) تقدم الكلام عليه مستوفى وأنه مخالف للمتون (قوله وتمامه فى الخانية) ذكر عبارتها فىالمنح (قوله صح دعواه) فتنقض القسمة إلا بالقضاء أو الإبراء كما مر ، ولوكان باع أحدهم حصته بطل البيع كالقسمة كما فى الخانية(قوله لتعلق الدين بالمعنى) وهو مالية التركة ولذاكان لهم أن يقضوا الغريم ويستقلوا بها كما مر (قوله بأى سبب كان) أى بشراء أو هبة أو غير ذلك : ونقل البائحانى عن المقدسى: اقتسما التركة ثم ادعى أحدهما أن أباه كان جعل هذا المعين له ، إنكان قال فى صغرى يقبل ، وإن مطلقا لا اه لأن التناقض فى موضع الخفاء عفو كما مر فى محله (قوله إذ الإقدام على القسمة) قيد به لأنها إذاكانت جبرا على المدعى تسمع دعواه ولايكون تناقضا رملى (قوله لم تقبل بينته) لدخول البناء والنخل تبعا ، فلو اقتسموا شجرا أو بناء فادعى أحدهم الأرض كلها أو بعضها جاز لعدم التبعية لجواز كونه مشتركا دون الأرض ؛

(وقعت شجرة في نصيب أحدهما أغصانها متدلية فى نصيب الآخر ليس له أن يجبره على قطعها ، به يفتى) لأنه استحق الشجرة بأغصانها اختيار :

(بنى أحدهما) أى أحد الشريكين (بغير إذن الآخر) فى عقار مشترك بينهما (فطلب شريكه رفع بنائه قسم) العقار (فإن وقع) البناء (فى نصيب البانى فيها) ونعمت (وإلا هدم) البناء ، وحكم الغرس كذلك بزازية :

(القسمة تقبل النقض ، فلو اقتسموا وأخذوا حصتهم ثم تراضوا على الاشتراك بينهم صح) وعادت الشركة فى عقار أو غيره ، لأن قسمة التراضى مبادلة ويصح فسخها ومبادلتها بالتراضى بزازية :

(المقبوض بالقسمة الفاسدة) كقسمة على شرط هبة أو صدقة أو بيع من المقسوم أو غيره (يثبت الملك ويفيد جواز) (التصرف فيه) لقابضه ويضمنه بالقيمة (كالمقبوض بالشراء الفاسد) فإنه يفيد الملك كما مر فى بابه (وقيل لا) يثبته جزم بالقيل فى الأشباه ، وبالأول فى البزازية والقنية :

فى الخلاصة وغيرها : لو ادعى شجرا فقال المدعى عليه ساومنى ثمره أو اشتر منى لايكون دفعا لجواز كون الشجر له والثمرة لغيره وهى واقعة الفتوى ، وأفتيت بسماعها لما ذكر رملى ملخصا (قوله ليس له أن يجبره على قطعها) أى الأغصان . قال فى الخانية : كما لو وقع فى قسم أحدهما حائط عليه جذوع للآخر فإنه لايؤمر برفعه (قوله لأنه استحق الشجرة بأغصانها) أى على هذه الحالة ط (قوله بغير إذن الآخر) وكذا لو بإذنه لنفسه لأنه مستعير حصة الآخر ، وللمعير الرجوع متى شاء : أما لو بإذنه للشركة يرجع بحصته عليه بلا شبهة رملى على الأشباه (قوله وإلا هدم البناء) أو أرضاه بدفع قيمته ط عن الهندية .

أقول : وفى فتاوى قارئ الهداية : وإن وقع البناء فى نصيب الشريك قلع وضمن مانقصت الأرض بذلك اهـ وقد تقدم فى كتاب الغصب متنا أن من بنى أو غرس فى أرض غيره أمر بالقلع وللمالك أن يضمن له قيمة بناء أو غرس أمر بقلعه إن نقصت الأرض به ، والظاهر جريان التفصيل هنا كذلك تأمل (قوله فى عقار أو غيره) لم أر هذا التعميم لغيره وإن كان ظاهر المتن ، لأن المصنف عزاه للبزازية . وعبارتها : قسموا الأراضى وأخذوا حصتهم الخ فهو خاص بالعقار كما يظهر قريبا (قوله لأن قسمة التراضى) كذا فى غالب النسخ ، وفى بعضها الأراضى وهو الذى فى المتن ، وهكذا رأيته فى البزازية وغيرها : وعلل فى الذخيرة بأن القسمة فى غير المكيل والموزون فى معنى البيع فكان نقضها بمنزلة الإقالة اهـ .

أقول : والظاهر منه أن القسمة فى المثلى لا تنتقض بمجرد التراضى لأنها ليست بعقد مبادلة لأن الراجح فيها جانب الإفراز كما مر ، نعم إذا خلطوا ما قسموه من المثلى برضاهم تجددت شركة أخرى ، وبه ظهر ما ذكرناه آنفا تأمل (قوله ومبادلتها) عبارة البزازية وإقالتها (قوله جزم بالقيل فى الأشباه) لكن اعترضه البيرى بأنه مبنى على ما ظنه من أن الباطل والفاسد فى القسمة سواء والمنقول خلافه : ونقل الحموى عن المصنف أنه لم يطلع على ماذكره فى الأشباه ، وذكر هو أيضا أنه لم يقف عليه وأنه يحتمل أن " لا وقعت سهوا " ، ثم قال : وعلى كل فالفتوى والعمل على أنها تملك بالقبض لأنه هو المنقول فى كتب المذهب ، وغيره لم يطلع عليه إلا فى عبارة الأشباه مع ما فيها من الاحتمال فلا يصح أن يعول عليها اهـ :

أقول : والعجب من المصنف حيث ذكره فى متنه بعد قوله لم أطلع عليه وكان فى سعة من عدم ذكره ولاسيما المتون مبنية على الاختصار وموضوعة لما عليه الفتوى :

[تتمة] اقتسموا أرضا موقوفة بتراضيهم ثم أراد أحدهم بعد سنين إبطال القسمة له ذلك لأن قسمتها [illegible]

(ولو تهايآ فى سكنى دار) واحدة يسكن هذا بعضا وذا بعضا أو هذا شهرا وذا شهرا (أو دارين) يسكن كل دارا (أو فى خدمة عبد) يخدم هذا يوما وذا يوما (أو عبدين) يخدم هذا هذا والآخر الآخر (أو فى غلة دار أو دارين) كذلك (صح) التهايؤ فى الوجوه الستة استحسانا اتفاقا . والأصح أن القاضى يهايئ بينهما جبرا بطلب أحدهما ، ولا تبطل بموت أحدهما ولا بموتهما ، ولو طلب أحدهما القسمة فيما يقسم بطلت ، ولو اتفقا

الموقوف عليهم لا تجوز عند الجميع حاوى الزاهدى . وفيه : أرض قسمت فلم يرض أحدهم بنصيبه ثم زرعه لم يعتبر لأن القسمة ترتد بالرد (قوله ولو تهايآ) الهيئة الحالة الظاهرة للمتهيئ للشىء والتهايؤ تفاعل منها ، وهو أن يتواضعوا على أمر فيتراضوا به والمهايأة بإبدال الهمزة ألفا لغة ، وهى فى لسان الشرع قسمة المنافع ، وإنما جائزة فى الأعيان المشتركة التى يملك الانتفاع بها على بقاء عينها ، وتمامه فى شرح الهداية (قوله يسكن هذا بعضا الخ) أشار إلى أن التهايؤ قد يكون فى الزمان وقد يكون من حيث المكان ، والأول متعين فى العبد الواحد ونحوه كالبيت الصغير ، ولو اختلفا فى التهايؤ من حيث الزمان والمكان فى محل يحتملها يأمر القاضى بأن يتفقا لأنه فى المكان أعدل لانتفاع كل فى زمان واحد وفى الزمان أكمل لانتفاع كل بالكل ، فلما اختلفت الجهة فلابد من الاتفاق ، فإن اختاراه من حيث الزمان يقرع فى البداية نفيا للتهمة هداية ، وقيد بالزمان لأن التسوية فى المكان تمكن فى الحال بأن يسكن هذا بعضا والآخر بعضا ، أما الزمان فلا تمكن إلا بمضى مدة أحدهما كفاية .

أقول : لكن قد يقع الاختلاف فى تعيين المكان فينبغى أن يقرع تأمل . قال الرملى : ولو تشاحا فى تعيين المدة مثلا بأن قال أحدهما سنة بسنة والآخر شهر بشهر لم أره ، والظاهر تفويضه للقاضى : ولا يقال يأمرهما بالاتفاق كالاختلاف من حيث الزمان والمكان لأن مع كل وجها فيها ، بخلافه هنا وإن قيل يقدم الأقل حيث لا ضرر بالآخر لأنه أسرع وصولا إلى الحق فله وجه تأمل اه .

[تنبيه] فى الهداية لكل واحد أن يستغل ما أصابه بالمهايأة وإن لم يشرط ذلك لحدوث المنافع على ملكه اهـ قال السائحانى : أفاد فى التاترخانية أن تهايؤ المستأجرين صحيح غير لازم ، وإن شرطا على المؤجر أن لأحدهما مقدم الدار وللآخر مؤخرها فسد العقد ، ولو لم تسع سكناهما وأحدهما ساكن وطلب الآخر التهايؤ زمانا يجاب كما فى حيطان الخانية اه (قوله كذلك) أى يأخذ هذا شهرا والآخر شهرا أو يأخذ هذا غلة هذه والآخر غلة الأخرى (قوله ولا تبطل بموت أحدهما الخ) لأنها لو بطلت لاستأنفها الحاكم ولا فائدة فى الاستئناف زيلعى ، وإذا تهايآ فى مملوكين استخداما فمات أحدهما أو أبق انتقضت ، ولو استخدمه الشهر كله إلا ثلاثة أيام نقص من الشهر الآخر ثلاثة أيام ، ولو زاد ثلاثة لا يزيد الآخر ، ولو أبق الشهر كله واستخدم الآخر فيه فلا أجر ولا ضمان ، ولو عطب أحد الخادمين أو انهدم المنزل من السكنى أو احترق من نار أوقدها فلا ضمان تاترخانية (قوله بطلت) عبارة الهداية يقسم وتبطل المهيأة ، وقد أفاد أنه لو طلب أحدهما المهايأة والآخر القسمة يجاب الثانى كما فى الهداية . وفى التاترخانية : أجر كل منهما الدار التى فى يده فأراد أحدهما نقض المهايأة وقسمة رقبة الدار له ذلك إذا مضت مدة الإجارة وذكر قبله لكل نقض المهايأة ولو بلا عذر فى ظاهر المذهب : قال الحلوانى : هذا إذا قال أريد بيع نصيبى أو قسمته ، أما لو أراد عود المنافع مشتركة فلا . وقال شيخ الإسلام : ما فى ظاهر الرواية من أن له نقضها ولو بلا عذر إذا حصلت بتراضيهما ، فلو بالقضاء فلا ما لم يصطلحا لأنه فى الأول يحتاج إلى ما هو أعدل وهو القسمة بالقضاء (قوله ولو اتفقا الخ) وكذا لو سكتا فطعام كل على مخدومه استحسانا ، وفى القياس عليهما

على أن نفقة كل عبد على من يخدمه جاز استحسانا بخلاف الكسوة ، وما زاد فى نوبة أحدهما فى الدار الواحدة مشترك لا فى الدارين ، وتجوز فى عبد ودار على السكنى والخدمة وكذا فى كل مختلفى المنفعة ملتقى ، وتمامه فيما علقته عليه .

(ولو) تهايآ (فى غلة عبد أو فى غلة عبدين أو) تهايآ (فى غلة بغل أو بغلين أو) فى (ركوب بغل أو بغلين أو) فى (ثمرة شجرة أو) فى (لبن شاة لا) يصح فى المسائل الثمان : وحيلة الثمار ونحوها أن يشترى حظ شريكه ثم يبيع كلها بعد مضى نوبته أو ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضا لنصيب صاحبه ؛

وقوله بخلاف الكسوة فيه تفصيل ، إن لم يبينا مقدارا معلوما لا يجوز ، وإن بينا يجوز استحسابا ؛ أما الطعام فجائز اشتراطه على من يخدم ، وإن لم يبين مقداره استحسانا أفاده ط عن الهندية (قوله وما زاد الخ) أى من الغلة وهو مرتبط بقول المصنف أو فى غلة دار أو دارين (قوله مشترك) لتحقيق التعديل ، بخلاف ما إذا كان التهايؤ على المنافع فاستغل أحدهما فى نوبته زيادة لأن التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا يضره زيادة الاستغلال هداية :

أقول : ظهر من هذا أن زيادة الغلة فى نوبة أحدهما لا تنافى صحة المهايأة والجبر عليها ، ويتأمل هذا مع ما فى فتاوى قارئ الهداية أن السفينة لا يجبر على التهايؤ فيها حملا ولا استغلالا من حيث الزمان بأن يستغلها هذا شهرا والآخر شهرا بل يؤجرانها والأجرة لهما اهـ وعلله بعضهم بأنه قد تكون غلة شهر أزيد من غلة آخر فلا يوجد التساوى اهـ ولعل المراد لا يجبر على وجه يختص كل منهما بالزائد من الغلة وإلا فهو مشكل فليتأمل (قوله لا فى الدارين) لأن فيهما معنى التميز والإفراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء ، وفى الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا وجعل كل منهما فى نوبته كالوكيل عن صاحبه هداية (قوله على السكنى والخدمة) بأن يسكن أحدهما الدار سنة ويستخدم الآخر العبد سنة ، وعلى الغلة باطلة عنده خلافا لهما ذخيرة : قال فى الدر المنتقى : الجواز فى المتحد ، ففى المختلف أولى (قوله وكذا فى كل مختلفى المنفعة) قال فى الدر المنتقى : كسكنى الدور وزرع الأرضين وكحمام ودار كما فى الاختيار (قوله وتمامه الخ) هو ما ذكرناه (قوله لا يصح فى المسائل الثمان) لكن الثانية والرابعة والخامسة والسادسة عند الإمام والباقى بالاتفاق كما أوضحه فى المنح .

قال فى الدرر : أما فى عبد أو بغل واحد فلأن النصيبين يتعاقبان فى الاستيفاء ، فالظاهر التغير فى الحيوان فتفوت المعادلة ، بخلاف الدار الواحدة لأن الظاهر عدم التغير فى العقار ، وأما فى عبدين أو بغلين فلأن التهايؤ فى الخدمة جوز للضرورة لامتناع قسمتها ولا ضرورة فى الغلة لأنها تقسم ، وأما فى ركوب بغل أو بغلين فلتفاوته بالراكبين فلا تتحقق التسوية فلا يجبر القاضى عليه ، وأما فى ثمرة شجرة أو لبن شاة ونحوه فلأن التهايؤ مخصص بالمنافع لامتناع قسمتها بعد وجودها بخلاف الأعيان اهـ ملخصا ، ولو لهما جاريتان فتهايآ على أن ترضع إحداهما ولد أحدهما والأخرى ولد الآخر جاز ، لأن لبن الآدمى لا قيمة له فجرى مجرى المنافع منح (قوله ونحوها) أى من الأعيان التى لا تجرى فيها المهايأة :

أقول : ومنها عدة الحمام كالمزبلة والحمير والمناشف ونحوها ، فتنبه له فإنه مما يغفل عنه (قوله أن يشترى حظ شريكه) أى من الشجرة والشاة كما فى الكفاية لا من الثمرة فافهم (قوله ثم يبيع كلها) أى حصته وما اشتراه من شريكه فافهم (قوله أو ينتفع باللبن) هذا مقابل لقوله أن يشترى لكنه ناظر إلى الشاة : أى إما أن يشترى حظه من الشاة ، وإما أن يستقرض لبنها فلا يصح عطفه بالواو فافهم (قوله بمقدار معلوم) بأن يزن ما يحلبه كل

إذ قرض المشاع جائز .

[فروع] الغرامات إن كانت لحفظ الأملاك فالقسمة على قدر الملك ، وإن لحفظ الأنفس فعلى عدد الرؤوس ولا يدخل صبيان ونساء ، فلو غرّم السلطان قرية تقسم على هذا ، ولو خيف الغرق فاتفقوا على إلقاء أمتعة فالغرم بعدد الرؤوس لأنها لحفظ الأنفس.

المشترك إذا انهدم فأبى أحدهما العمارة ، إن احتمل القسمة لا جبر وقسم

يوم حتى تفرغ المدة ثم يستوفى صاحبه مقدارها في نوبته . وفى الخانية : تواضعا فى بقرة على أن تكون عند كل منهما خمسة عشر يوما يحلب لبنها كان باطلا ، ولا يحل فضل اللبن لأحدهما وإن جعله صاحبه فى حل لأنه هبة المشاع فيما يقسم إلا أن يكون استهلكه فيكون إبراء عن الضمان فيجوز (قوله إذ قرض المشاع جائز) ومنه مافى هبة النهاية : إذا دفع إليه ألفا وقال خمسمائة قرضا وخمسمائة شركة جاز . واعترض فى السعدية بأن قرض المشاع وإن جاز لكن تأجيله لا يجوز . قلت : فيه نظر لأنه غير لازم لا غير جائز كما مر فى بابه فتدبر.

[تتمة] لم يذكر فى الكتاب المهايأة على لبس الثوبين. قال بعض مشايخنا. لا يجوز عند الإمام خلافا لهما للتفاوت الناس فى اللبس تفاوتا فاحشا طورى عن المحيط (قوله إن كانت) هذا أحد أقوال ثلاثة حكاها فى الولوالجية وغيرها ، ثانيها على الأملاك مطلقا ، ثالثها عكسه : بقى الكلام فى معرفة ماهى لحفظ الأملاك وماهى لحفظ الرؤوس فى زماننا وهو عسير ، فإن الظلمة يأخذون المال من أهل قرية أو محلة أو حرفة مرتبا فى أوقات معلومة وغير مرتب بسبب وبلا سبب : ورأيت فى آخر قسمة الحامدية ما ملخصه موضحا : ولم أر أحدا تعرّض للتفصيل غير المرحوم والدى على أفندى العمادى ، وهو أن القاعدة أنه إذا قطع النظر عن إضافة الأملاك إلى أهل القرية صار أهلها كالتركمان والعربان فلا يوزع عليهم إلا مايطلبه السلطان من نحو التركمان كالعوارض وجريمة مايتهمون به من سرقة أو قتل أو عدم مدافعة ذلك ، وكالقيام بالضيف إلا نحو العلف لأنهم لايزرعون ، وما يأخذه الوالى من المشاهرة وماعداه مما يطلب بسبب الأملاك كالتبن والشعير والحطب والذخيرة فعلى الملاك بحسب أملاكهم اه فتأمل (قوله ولا يدخل صبيان ونساء) الظاهر أنه خاص فيما لحفظ الأنفس يرشد إليه التعليل : قال فى الولواجية : فإن لتحصين الأملاك فعلى قدرها لأنها لتحصين الملك فصارت كمؤنة حفر النهر ، وإن لتحصين الأبدان فعلى قدر الرؤوس التى يتعرض لهم لأنها مؤنة الرأس ، ولا شىء على النساء والصبيان لأنه لايتعرض لهم اه فتدبر (قوله ولو خيف الغرق الخ) نقله فى الأشباه عن فتاوى قارىء الهداية (قوله فاتفقوا الخ) يفهم منه أنهم إذا لم يتفقوا على الإلقاء لا يكون كذلك بل على الملقى وحده وبه صرح الزاهدى فى حاويه . قال رامزا : أشرفت السفينة على الغرق فألقى بعضهم حنطة غيره فى البحر حتى خفت يضمن قيمتها فى تلك الحال اه رملى على الأشباه ، وقوله فى تلك الحال متعلق بقيمتها أى يضمن قيمتها مشرفة على الغرق كما ذكره الشارح فى كتاب الغصب : ثم قال رملى : ويفهم منه أن لا شىء على الغائب الذى له مال فيها ولم يأذن بالإلقاء ، فلو أذن بأن قال : إذا تحققت هذه الحالة فألقوا اعتبر إذنه اهـ (قوله بعدد الرؤوس) يجب تقييده بما إذا قصد حفظ الأنفس خاصة كما يفهم من تعليله ، أما إذا قصد حفظ الأمتعة فقط ، كما إذا لم يخش على الأنفس وخشى على الأمتعة بأن كان الموضع لاتغرق فيه الأنفس وتتلف فيه الأمتعة فهى على قدر الأموال ، وإذا خشى على الأنفس والأموال فألقوا بعد الاتفاق لحفظهما فعلى قدرهما ، فمن كان غائبا وأذن بالإلقاء إذا وقع ذلك اعتبر ماله لا نفسه ، ومن كان حاضرا بماله اعتبر ماله ونفسه ، ومن كان بنفسه فقط اعتبر نفسه فقط ، ولم أر هذا التحرير لغيرى ولكن أخذته من التعليل فتأمل رملى على الأشباه ، وأقره الحموى وغيره (قوله المشترك إذا انهدم الخ) استثنى الشيخ شرف الدين منه مسألة ، وهى جدار بين

وإلا بنى ثم آجره ليرجع بما أنفق لو بأمر القاضى ، وإلا فبقيمة البناء وقت البناء له التصرف فى ملكه وإن تضرر جاره فى ظاهر الرواية الكل فى الأشباه ، وفى المجتبى وبه يفتى ، وفى السراجية : الفتوى على المنع : قال المصنف فقد اختلف الإفتاء ، وينبغى أن يعول على ظاهر الرواية اه :

قلت : ومر فى متفرقات القضاء وفى الوهبانية وشرحها :

يتهمين خيف سقوطه وفى تركه ضرر عليهما ولهما وصيان فأبى أحدهما العمارة يجبر على البناء مع صاحبه ، وليس كإباء أحد المالكين لرضاه بدخول الضرر عليه فلا يجبر وهنا الضرر على الصغير كما فى الخانية ويجب أن يكون الوقف كذلك اه أبو السعود ملخصا (قوله وإلا بنى الخ) فى حاشية الشيخ صالح على الأشباه : أطلق المصنف فى عدم الجبر فيما لا يحتمل القسمة فشمل ما إذا انهدم كله وصار صحراء أو بقى منه شىء .

وفى الخلاصة : طاحونة أو حمام مشترك انهدم وأبى الشريك العمارة يجبر ، هذا إذا بقى منه شىء ، أما إذا انهدم الكل وصار صحراء لايجبر ، وإن كان الشريك معسرا يقال له أنفق ويكون دينا على الشريك الخ : وفى الخلاصة أيضا : ولو أبى أحدهما أن يسقى الحرث يجبر . وفى أدب القضاء من الفتاوى : لايجبر ولكن يقال اسقه وأنفق ثم ارجع بنصف ما أنفقت اه أبو السعود :

أقول : استفيد مما فى الخلاصة أن عدم الجبر لو معسرا تأمل ، ولا يخفى أن نحو الحمام مما لايقسم إذا انهدم كله وصار صحراء صار مما يقسم كما صرحوا به فلا يرد على إطلاق المصنف ، لأن الكلام فيما لا يحتمل القسمة فافهم . هذا ، وظاهر كلام الخلاصة الثانى أن الجبر بنحو الضرب والحبس ، وقد فسره فى موضع آخر بأمر القاضى بأن ينفق ويرجع بنصفه ، ومثله فى البزازية تأمل ، وما ذكره الشارح سيأتى قريبا عن الوهبانية .

[تتمة] زرع بينهما فى أرضهما طلبا قسمته دون الأرض ، فلو بقلا واتفقا على القلع جازت ، وإن شرطا البقاء أو أحدهما فلا ولو مدركا ، فإن شرطا الحصاد جازت اتفاقا أو الترك فلا عندهما وجازت عند محمد ، وكذلك الطلع على النخيل على التفصيل ، ولو طلبا من القاضى لايقسمه بشرط الترك ، وأما بشرط القلع فعلى الروايتين(١) ولو طلب أحدهما منه لايقسم مطلقا تاترخانية (قوله له التصرف فى ملكه الخ) إن أريد بالملك ما يعم ملك المنفعة شمل الموقوف للسكنى أو الاستغلال أفاده الحموى (قوله قال المصنف الخ) ونقله ابن الشحنة عن أئمتنا الثلاثة وعن زفر وابن زياد ، وقال : وهو الذى أميل إليه وأعتمده ، وأفتى به تبعا لوالدى اه وجعله فى العمادية للقياس وقال : لكن ترك القياس فى المواضع التى يتعدى ضرر تصرفه إلى غيره ضررا بينا ، وبه أخذ كثير من مشايخنا وعليه الفتوى اه وهذا قول ثالث : قال العلامة البيرى : والذى استقر عليه رأى المتأخرين أن الإنسان يتصرف فى ملكه وإن أضر بغيره ما لم يكن ضررا بينا ، وهو ما يكون سببا للهدم أو ما يوهن البناء أو يخرج عن الانتفاع بالكلية ، وهو مايمنع من الحوائج الأصلية كسد الضوء بالكلية والفتوى عليه اه :

وفى حاشية الشيخ صالح : والمنع هو الاستحسان ، وهو الذى أميل إليه إذا كان الضرر بينا اه وبه أفتى أبو السعود مفتى الروم ، وهو الذى عليه العمل فى زماننا ، ومشى عليه الشرنبلالى ، وكذا المصنف فى متفرقات القضاء ، وارتضاه الشارح هناك : ثم قال : وبقى مالو أشكل هل يضر أم لا ، وقد حرر محشى الأشباه المنع قياسا على مسألة السفل والعلو أنه لايتد إذا ضر ، وكذا إن أشكل على المختار الخ (قوله وفى الوهبانية وشرحها) الثلاثة الأول من الوهبانية والأربعة الباقية من نظم شارحها ابن الشحنة ، لكنه ذكر الأخير بعد أبيات فافهم

---

(١) (قوله فعلى الروايتين) أى فى جواز مباشرة القاضى لمثل هذه القسمة من كل قسمة اشتملت على الضرر ، فعلى إحدى الروايتين يجوز وعلى الأخرى لا اه .

ولو زرع الإنسان أرزا بداره ... فليس لجاو منعه لو يضرر
وحيط له أهل فحمل واحد ... ولا حمل فيه قبل ليس يغير
وما لشريك أن يعلى حيطه ... وقيل العلى جائز فيعمر
وممنوع قسم عند منع مشارك ... من الرم قاض مؤجر فيعمر
وينفق فى المختار راض بإذنه ... ويمنع نفعا من أبى قبل يخسر
وخذ منفقا بالإذن منه كحاكم ... وخذ قيمة إلا وهذا المحرر

(قوله ولو زرع الإنسان أرزا الخ) الأرز كقفل وقد تضم راؤه وتشدد الزاى وبعضهم يفتح الهمزة وبعضهم يحذفها ، وهذا مبنى على ظاهر الرواية ، والفتوى على التفصيل شرنبلالى (قوله وحيط) جعله ابن الشحنة مجرورا بواو رب ، والأولى رفعه مبتدأ وجملة له أهل أى أصحاب صفة له ، وقوله فحمل واحد ، أى وضع عليه جذوعه معطوف على متعلق الجار ، وقوله ولا حمل فيه قبل جملة حالية وفى بمعنى على ، أى لم يكن عليه جذوع قبل ذلك ، وجملة ليس يغير خبر المبتدإ : أى ليس للشريك الآخر رفع ما حمله أحدهم . قال ابن الشحنة : وهذا لو الحائط يحتمل ذلك كما فى البزازية ويقال الآخر ضع أنت مثل ذلك إن شئت ، وهذا بخلاف ما إذا كان لهما عليه خشب فأراد أحدهما أن يزيد على خشب صاحبه أو يتخذ عليه سترا أو يفتح كوة أو بابا فللآخر منعه لأن القياس المنع من التصرف فى المشترك ، إلا أنا تركنا القياس فى الأولى للضرورة إذ ربما لا يأذن له شريكه فيتعطل عليه منفعة الحائط اه بمعناه (قوله وما لشريك الخ) صورة ذلك حائط بين رجلين قدر قامة أراد أحدهما أن يزيد فى طوله وأبى الآخر فله منعه ذخيرة وغيرها وإلى ترجيحه لكونه رواية عن محمد(١) أشار بتقديمه ، وتعبيره عن الثانى بقيل أفاده ابن الشحنة ثم نقل تقييد المنع بما إذا كان شيئا خارجا عن العادة ، ووفق به بين القولين ، واعتمده ونظمه فى بيت غير به نظم الوهبانية ، وكأن الشارح لم يعول عليه لظهور الوجه الأول ، لأنه تصرف فى المشترك بلا ضرورة فيبقى على الأصل من المنع ، ولذا اقتصر عليه فى الخانية فى باب الحيطان وقال ليس له الزيادة بلا إذن أضر الشريك أولا . وفى الخيرية : ومثله فى كثير من الكتب والفقه ، فيه أنه يصير مستعملا لملك الغير بلا إذنه فيمنع ، وهذا مما لا شبهة فيه اه فتنبه (قوله وممنوع قسم) أى ما لا تمكن قسمته كالحمام ، وقوله من الرم متعلق بمنع : أى عند امتناع الشريك من الترميم ، وقوله قاض مؤجر مبتدأ وخبر والجملة خبر المبتدإ وهو ممنوع ، يعنى أن القاضى يؤجره ويعمره بالأجرة ، وهذا أحد قولين حكاهما فى الخانية (قوله وينفق فى المختار الخ) هذا هو القول الثانى د قال فى الخانية : والفتوى عليه . قال ابن الشحنة : والمراد بالراضى الراضى بالرم والعمارة ، يظهر ذلك من مقابلته بالآبى ، وضمير إذنه للقاضى ، وقبل يخسر : أى قبل أن يخسر للبانى ما يخصه مما صرفه اه .

وحاصله : أنه ينفق الراضى بالترميم بإذن القاضى ويمنع الآبى من الانتفاع قبل أداء ما يخصه . وقال ابن الشحنة : ومفهوم التقييد بالرم أنه لو انهدم جميعه حتى صار صحراء لا يجرى ما ذكر من الاختلاف كما صرح به فى البزازية اه أى لأنه يصير حينئذ مما يقسم كما قدمناه (قوله وخذ منفقا) بفتح الفاء اسم مفعول ، وهذا زاده ابن الشحنة تفصيلا لبيت من الوهبانية وهو هذا :

وذو العلو لم يلزم لصاحب سفله ... بناه علا من هذه منه يصدر

(١) (قوله لكونه رواية عن محمد) علة لقوله أشار : أى إنما أشار إلى ترجيحه ، ولم يكتف بذكر مقابله بقيل لكونه رواية عن محمد رحمه الله فكان مظنة الضعف اه .

كتاب المزارعة

مناسبتها ظاهرة (هي) لغة مفاعلة من الزرع . وشرعا (عقد على الزرع ببعض الخارج) وأركانها أربعة : أرض ، وبذر ، وعمل ، وبقر

قال الشرنبلالي : عدى اللزوم إلى مفعولين بالهمزة في بناه وهو المفعول الأول وباللام في الثاني وهو لصاحب ويقال هد البناء : إذا هدمه ، والمسألة من الذخيرة إذا انهدم السفل بغير صنع لايجبر صاحبه على البناء ، ويقال للذي العلو : إن شئت فابن السفل من مالك لتصل لنفعك فإذا بناه بإذن القاضي أو أمر شريكه يرجع بما أنفق وإلا فبقيمة البناء وقت البناء ، وهذا هو الصحيح المختار للفتوى ، فيمنع صاحب السفل من الانتفاع حتى يأخذ ذلك منه جبرا ؛ وأما إذا هدمه بصنعه فإنه يؤاخذ بالبناء لتفويته حقا استحق وليصل صاحب العلو لنفعه ونظم الشارح التفصيل ؛ والتصحيح في بيت فقال : وخذ منفقا الخ اه ونقل الشارح ابن الشحنة هذا التفصيل في الجدار أيضا فالضمير في منه لصاحب العلو أو الشريك في الجدار ، وقوله كحاكم على تقدير مضاف : أي كإذن حاكم ، وقوله إلا بكسر همزة إن الشرطية : أي إن لا إذن ممن ذكر فافهم ، وهذه المسألة هي التي قدمها الشارح عن الأشباه ، وظاهر كلامه هناك عدم اختصاص الحكم بالسفل والجدار ، والله تعالى أعلم .

كتاب المزارعة

وتسمى المخابرة والمحاقلة ، ويسميها أهل العراق القراح ، وبيانه في المنح (قوله مناسبتها ظاهرة) وهي قسمة الخارج (قوله هي لغة مفاعلة من الزرع) ذكر في البدائع أن المفاعلة على بابها ، لأن الزرع هو الإنبات لغة وشرعا ، والمتصور من العبد التسبب في حصول النبات ، وقد وجد من أحدهما بالعمل ومن الآخر بالتمكين منه بإعطاء الآلات إلا أنه اختص العامل بهذا الاسم في العرف كاسم الدابة لذوات الأربع اه ؛ أو يقال : إن المفاعلة قد تستعمل فيما لايوجد إلا من واحد كالمداواة والمعالجة ؛ قال الحموي : ولا حاجة إلى هذا كله ، فإن الفقهاء نقلوا هذا اللفظ وجعلوه علما على هذا العقد اه أبو السعود ملخصا ؛

أقول : وفيه نظر ، فإن الكلام في المعنى اللغوي لا الاصطلاحي تأمل (قوله من الزرع) هو طرح الزراعة بالضم : وهو البذر ، وموضعه المزرعة مثلثة الراء كما في القاموس إلا أنه مجاز حقيقته الإنبات ، ولذا قال صلى الله عليه وسلم « لايقولن أحدكم زرعت بل حرثت » أي طرحت البذر كما في الكشاف وغيره قهستاني (قوله عقد على الزرع) يصح أنه يراد بالزرع المصدر واسم المفعول ، لما في البزازية : زرع أرض غيره بغير إذنه ثم قال لرب الأرض ادفع إلى بذري فأكون أكارا ، إن البذر صار مستهلكا في الأرض لايجوز ، وإن قائما يجوز ؛ معناه أن الحنطة المبذورة قائمة في الأرض ويصير الزارع مملكا الحنطة المزروعة بمثلها وذا جائز ، لكن تفسد المزارعة لعدم الشرائط ، وإذا لم ينبت الزرع فدفعه إلى غيره مزارعة ليتعاهده صح لا إن تناهى اه سائحاني (قوله ببعض الخارج) لاينتقض بما إذا كان الخارج كله لرب الأرض أو العامل فإنه ليس مزارعة ، إذ الأول استعانة من العامل والثاني إعارة من المالك كما في الذخيرة قهستاني (قوله وأركانها الخ) وحكمها في الحال ملك المنفعة وفي المآل الشركة في الخارج ، وصفتها أنها لازمة من قبل من لا بذر له فلا يفسخ بلا عذر ، وغير لازمة ممن عليه البذر قبل إلقاء البذر في الأرض فله الفسخ بلا عذر حذرا عن إتلاف بذره ، بخلاف المساقاة فإنها لازمة من

(ولا تصح عند الإمام) لأنها كقفيز الطحان (وعندهما تصح ، وبه يفتى) للحاجة ، وقياسا على المضاربة . (بشروط) ثمانية (صلاحية الأرض للزرع وأهلية العاقدين ،وذكر المدة) أى مدة متعارفة ، فتفسد بما لا يتمكن فيها منها وبما لايعيش إليها أحدهما غالبا ، وقيل فى بلادنا تصح بلا بيان مدة ، ويقع على أول زرع واحد وعليه الفتوى مجتبى وبزازية ، وأقره المصنف (و) ذكر (رب البذر) وقيل يحكم العرف

الجانبين لعدم لزوم الإتلاف فيها بزازية موضحا (قوله ولا تصح عند الإمام) إلا إذا كان البذر(١) والآلات لصاحب الأرض والعامل فيكون الصاحب مستأجرا للعامل والعامل للأرض بأجرة ومدة معلومتين ويكون له بعض الخارج بالتراضى ، وهذا حيلة زوال الخبث عنده ، وإنما لم يصح بدونها لاختلاف فيه من الصحابة والتابعين لتعارض الأخبار عن سيد المرسلين صلوات الله عليه وعليهم إلى يوم الدين كما فى المبسوط : وقضى أبو حنيفة بفسادها بلا حد ولم ينه عنها أشد النهى كما فى الحقائق ، ويدل عليه أنه فرّع عليها مسائل كثيرة ، حتى قال محمد : أنا فارس فيها لأنه فرّع عليها وراجل فى الوقف لأنه لم يفرع عليه كما فى النظم قهستانى :

وفى الهداية : وإذا فسدت عنده فإن سقى الأرض وكربها ولم يخرج شىء فله أجر مثله لو البذر من رب الأرض ، ولو منه فعليه أجر مثل الأرض والخارج فى الوجهين لرب البذر (قوله لأنها كقفيز الطحان) لأنها استئجار ببعض ما يخرج(٢) من عمله فتكون بمعناه ، وقد نهى عنه صلى الله عليه وسلم ، وهو أن يستأجر رجلا ليطحن له كذا منا من الحنطة بقفيز من دقيقها ، وتمام الأدلة من الجانبين مبسوط فى الهداية وشروحها :

وفى الشرنبلالية عن الخلاصة أن الإمام فرّع هذه المسائل فى المزارعة على قول من جوّزها لعلمه أن الناس لا يأخذون بقوله (قوله صلاحية الأرض للزرع) فلو سبخة أو نزّة لا تجوز ، ولو لم تصلح وقت العقد بعارض على شرف الزوال كانقطاع الماء وزمن الشتاء ونحوه تجوز اه ط ملخصا (قوله وأهلية العاقدين) بكونهما حرين بالغين أو عبدا وصبيا مأذونين أو ذميين ، لأنه لا يصح عقد بدون الأهلية كما فى الهداية فلا تختص به فتركه أولى قهستانى (قوله مجتبى وبزازية) عبارة البزازية : وعن محمد جوازها بلا بيان المدة وتقع على أول زرع يخرج واحد ، وبه أخذ الفقيه وعليه الفتوى ، وإنما شرط محمد بيان المدة فى الكوفة ونحوها لأن وقتها متفاوت عندهم وابتداؤها وانتهاؤها مجهول عندهم اه لكن قال فى الخانية بعد ذلك : والفتوى على جواب الكتاب أى من أنه شرط : قال فى الشرنبلالية : فقد تعارض ماعليه الفتوى اه (قوله وذكر رب البذر) ولو دلالة بأن قال : دفعتها إليك لتزرعها لى أو أجرتك إياها أو استأجرتك لتعمل فيها ، فإن فيه(٣) بيان أن البذر من قبل رب الأرض ، ولو قال : لتزرعها بنفسك ففيه بيان أن البذر من العامل ، وإن لم يكن شىء من ذلك قال أبو بكر البلخى يحكم

---

(١) (قوله إلا إذا كان البذر الخ) بحث فيه شيخنا بأنه يكون العامل مستأجرا بعض الأرض وهو مشاع ، فتكون الإجارة فاسدة لا تصح مباشرتها ، وأيضا العامل يكون عاملا فى المشترك ولا أجر العمل فيه . ثم قال : والذى ذكروه فى تطهيب الأنصباء أن يكون البذر والآلات لصاحب الأرض ، وحينئذ يكون مستأجرا للعامل بشىء فى الذمة يعوضه بدله شيئا من الخارج اه لكن هذا ليس من الباب فى شىء بل هو إجارة محضة .

(٢) (قوله ببعض مايخرج الخ) قال مولانا : هذا لا يظهر إلا إذا كان البذر لصاحب الأرض فإنه حينئذ يكون مستأجرا العامل ببعض أثر عمله ، أما إذا كان البذر لصاحب العمل فلا يظهر التشبيه بقفيز الطحان ، لأن صاحب البذر يكون مستأجرا للأرض ببعض الخارج منها ولا عمل فى هذه الحالة من قبل من يأخذ الأجر ، فالفساد فى هذه الصورة لشىء غير المشابهة اه .

(٣) (قوله فيه الخ) قال مولانا : وعبارة الحموى بعد ماذكر الصور الثلاث المذكورة هنا : فإن قوله دفعتها لك لتزرعها لى ، وقوله استأجرتك لتعمل فيها متضمن بيان أن البذر على رب الأرض ، وسكت على الثانية لظهور أنه على المستأجر ، أى العامل اه بالمعنى وهى أحسن من عبارة القهستانى تأمل اه .

(و) ذكر (جنسه) لا قدره لعلمه بأعلام الأرض ، وشرطه فى الاختيار (و) ذكر (قسط العامل (الآخر) ولو بينا حظ رب البذر وسكتا عن حظ العامل جاز استحسانا (و) بشرط (التخلية بين الأرض) ولو مع البذر (والعامل و) بشرط (الشركة فى الخارج) .

ثم فرع على الأخير بقوله (فتبطل إن شرط لأحدهما قفزان مسماة أو ما يخرج من موضع معين ، أو رفع) رب البذر (بذره أو رفع الخراج الموظف وتنصيف الباقى)

العرف فى ذلك إن اتحد وإلا فسدت ، لأن البذر إذا كان من رب الأرض فهو مستأجر للعامل ، أو من العامل فهو مستأجر للأرض . وعند اختلاف الحكم لابد من البيان كما فى الواقعات قهستانى (قوله وذكر جنسه) لأن الأجر بعض الخارج وإعلام جنس الأجر شرط ، ولأن بعضها أضر بالأرض ، فإذا لم يبين ، فإن البذر من رب الأرض جاز لأنها لا تتأكد عليه قبل إلقائه وعند الإلقاء يصير الأجر معلوما ، وإن من العامل لا يجوز إلا إذا عمم بأن قال تزرع ما بدا لك وإلا فسدت ، فإن زرعها تنقلب جائزة خانية وظهيرية . وفى منية المفتى : قال إن زرعتها حنطة فبكذا أو شعيرا فبكذا جاز ، ولو قال على أن تزرع بعضها حنطة وبعضها شعيرا لا (قوله لا قدره الخ) كذا قاله فى الخانية ، ومفاد التعليل أن معرفة الأرض شرط ، لكن فى الخانية أيضا : وينبغى أن يكون العامل يعرف الأرض ، لأنه إذا لم يعلم والأراضى متفاوتة لايصير العمل معلوما اه تأمل .

وقد يقال : إن القدر ليس بشرط إن علمت الأرض وإلا فهو شرط ، وبه يحصل التوفيق بين ما فى الخانية وما فى الاختيار تأمل (قوله وذكر قسط العامل الآخر) المراد منه من لابذر منه : وكان الأوضح ذكر العامل بعد لفظ الآخر لئلا يوهم تعدد العامل .

وفى الخانية : الشرط الرابع بيان نصيب من لابذر منه ، لأن ما يأخذه إما أجر لعمله أو لأرضه فيشترط إعلام الأجر ، وإن بينا نصيب العامل وسكتا عن نصيب رب البذر جاز العقد ، لأن رب البذر يستحق الخارج بحكم أنه نماء ملكه لابطريق الأجر ، وبالعكس لايجوز قياسا لأن مايأخذه أجر فيشترط إعلامه . وفى الاستحسان : يجوز العقد ، لأنه لما بين نصيب رب البذر كان ذلك بيان أن الباقى للأجير اه .

وحاصله أنه يشترط بيان نصيب من لابذر منه صريحا أو ضمنا تأمل (قوله وبشرط التخلية الخ) وهى أن يقول صاحب الأرض للعامل سلمت إليك الأرض ، فكل ما يمنع التخلية كاشتراط عمل صاحب الأرض مع العامل يمنع الجواز ، ومن التخلية أن تكون الأرض فارغة عند العقد ، فإن كان فيها زرع قد نبت يجوز العقد ويكون معاملة لا مزارعة ، وإن كان قد أدرك لا يجوز العقد لأن الزرع بعد الإدراك لا يحتاج إلى العمل فيتعذر تجويزها معاملة أيضا خانية (قوله ولو مع البذر) يعنى ولو كان البذر من رب الأرض ، وإنما قال كذلك ، لأنه لو كان من العامل تشترط التخلية بالأولى لأنه يكون مستأجرا للأرض لأن الأصل أن من كان البذر منه فهو المستأجر كما سنذكره فقد صرح بالمتوهم وذلك أنه إذا كان البذر من رب الأرض يكون مستأجرا للعامل فربما يتوهم أنه لاتشترط التخلية بينه وبين الأرض لكونها غير مستأجرة فافهم (قوله وبشرط الشركة فى الخارج) أى بعد حصوله لأنه ينعقد شركة فى الانتهاء ، فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد هداية . وفى الشرنبلالية أن هذا الشرط مستدرك للاستغناء عنه باشتراط ذكر قسط العامل (قوله فتبطل) أى تفسد كما يفيده ما قلناه آنفا عن الهداية (قوله أو رفع) بالرفع فى الموضعين عطفا على قفزان المرفوع على النيابة عن الفاعل لشرط المذكور فافهم (قوله وتنصيف الباقى) بالرفع معمول لشرط أيضا . قال ح : وهو راجع للمسائل الأربع اه ، وإنما

بعد رفعه (بخلاف) شرط رفع (خراج المقاسمة) كثلث أو ربع (أو) شرط رفع (العشر) للأرض أو لأحدهما لأنه مشاع فلا يؤدى إلى قطع الشركة (أو) شرط (التبن لأحدهما والحب للآخر) أى تبطل لقطع الشركة فيما هو المقصود (أو) شرط (تنصيف الحب والتبن لغير رب البذر) لأنه خلاف مقتضى العقد (أو) شرط (تنصيف التبن والحب لأحدهما) لقطع الشركة فى المقصود (وإن شرط تنصيف الحب والتبن لصاحب البذر) كما هو مقتضى العقد (أو لم يتعرض للتبن صحت) وحينئذ التبن لرب البذر وقيل بينهما تبعا للحب كذا قاله المصنف تبعا للصدر وغيره لكن اعتمد صاحب الملتقى الثانى حيث قدمه فقال: والتبن بينهما، وقيل لرب البذر.

قلت: وفى شرح الوهبانية عن القنية: المزارع بالربع لا يستحق من التبن شيئا، وبالثلث يستحق النصف

فسدت فيها لأنها قد تؤدى إلى قطع الشركة فى الخارج فإنه يحتمل أن لا تخرج الأرض إلا ذلك المشروط (قوله بعد رفعه) أى رفع ذلك المشروط والظروف متعلق بالباقى فافهم (قوله للأرض أو لأحدهما) اللام فيهما للتعليل اهـ ح أى العشر للأرض، بأن كانت عشرية أو لأحدهما بأن شرطا رفع العشر من الخارج لأحدهما والباقى بينهما فإنه يجوز.

قال القهستانى: وهذا حيلة لرب الأرض إذا أراد أن يرفع بذره. وقال السائحانى: فلو لم يشترط رفع عشر الأرض، قال الشارح فى الزكاة: إن كان البذر من رب الأرض فعليه، ولو من العامل فعليهما: أقول: هو تفصيل حسن اهـ (قوله أو شرط التبن الخ) هذه المسألة تشتمل على ثمان صور ستة منها فاسدة وثنتان صحيحتان كما فى الخانية، وأسقط هنا واحدة وهى ما إذا شرطا تنصيف التبن وسكتا عن الحب، وهى غير جائزة وذكر سبعة، لأن قوله هنا لأحدهما وقوله بعده والحب لأحدهما تحتهما أربع صور، لأن المراد بالأحد فيهما إما رب البذر أو العامل (قوله والتبن لغير رب البذر) برفع التبن عطفا على تنصيف، وكذا قوله والحب لأحدهما (قوله لأنه خلاف مقتضى العقد) ولأنه يؤدى إلى قطع الشركة، إذ ربما يصيب الزرع آفة فلا يخرج إلا التبن معراج (قوله كما هو مقتضى العقد) لأنه لو سكتا عنه كان له فع الشرط أولى، لأنه شرط موجب العقد وبه لا تتغير صفة العقد معراج (قوله تبعا للصدر) أى صدر الشريعة وغيره كصاحب الهداية، فإنه قال: ثم التبن يكون لصاحب البذر لأنه نماء بذره وفى حقه لا يحتاج إلى الشرط: وقال مشايخ بلخ: التبن بينهما أيضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان، ولأنه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الأصل اهـ: وفى شرح الوهبانية للشرنبلالى: ويكون التبن لرب البذر وهو ظاهر الرواية اهـ: قال فى الكفاية: والجواب عما قاله مشايخ بلخ أن الأصل فيها عدم الجواز لأنها تثبت مع المنافى، فبقدر ما وجد المجوّز يعمل به وما لم يوجد فلا اهـ (قوله المزارع بالربع الخ) هذا محمول على ما إذا كان شرط أو عرف فى الصورتين بدليل ما مر عن مشايخ بلخ، وإلا فالذى يقتضيه الفقه المشاركة على حسب نصيب كل منهما كذا حققه السيد المرشدى اهـ ح ملخصا.

أقول: وقد صرح فى القنية بالتعليل بقوله لمكان التعارف، ثم قال أيضا: قال أستاذنا: والمختار فى زماننا أنه لا شىء للمزارع بالربع من التبن لمكان العرف وظاهر الرواية اهـ: وذكر ابن الشحنة أن كلام القنية فيما إذا كان العمل خاصة من المزارع اهـ.

أقول: والحاصل أن مبنى كل من المسألتين على اعتبار العرف كما هو مذهب البلخيين، لكن انضم إلى الأولى مع العرف موافقتها لظاهر الرواية من كون التبن لرب البذر فصارت وفاقية وبقيت الثانية مبنية على مذهبهم فقط، هذا هو التحرير لهذا المحل بعون الله تعالى: وأما كون مقتضى الفقه المشاركة حيث لا عرف ولا شرط

(وكذا) صحت (لو كان الأرض والبذر لزيد والبقر والعمل للآخر) أو الأرض له والباقي للآخر (أو العمل له والباقي للآخر) فهذه الثلاثة جائزة (وبطلت) في أربعة أوجه (لو كان الأرض والبقر لزيد، أو البقر والبذر له والآخران للآخر) أو البقر أو البذر له (والباقي للآخر) فهي بالتقسيم العقلي سبعة أوجه، لأنه إذا كان من أحدهما أحدها والثلاثة من الآخر فهي أربعة، وإذا كان من أحدهما اثنان واثنان من الآخر فهي ثلاثة، ومتى دخل ثالث فأكثر بحصة فسدت، وإذا صحت فالخارج على الشرط ولا شيء للعامل إن لم يخرج شيء

ففيه نظر بل مقتضى الفقه ظاهر الرواية بل هي الفقه فافهم (قوله وكذا صحت الخ) هذه الجمل من جملة شروطها زيلعي (قوله فهذه الثلاثة جائزة) لأن من جوّزها إنما جوزها على أنها إجارة. ففي الأولى يكون رب البذر والأرض مستأجرا للفاعل وبقره تبعا له لاتحاد المنفعة لأن البقر آلة له؛ كمن استأجر خياطا ليخيط له بإبرته: وفي الثانية يكون رب البذر مستأجرا للأرض بأجر معلوم من الخارج فتجوز كاستئجارها بدراهم في الذمة، وفي الثالثة يكون مستأجرا للعامل وحده: والأصل فيها أن صاحب البذر هو المستأجر وتخرج المسائل على هذا كما رأيت زيلعي ملخصا، وقد نظمت هذه الثلاثة في بيت واحد فقلت:

أرض وبذر كذا أرض كذا عمل … من واحد ذي ثلاث كلها قبلت

(قوله وبطلت في أربعة أوجه الخ) أما الأول فلأن رب البذر استأجر الأرض واشتراط البقر على صاحبها مفسد للإجارة، إذ لا يمكن جعل البقر تبعا للأرض لاختلاف المنفعة، لأن الأرض للإنبات والبقر للشق؛ وأما الثاني فلأن الأرض لا يمكن جعلها تبعا لعمله كذلك. وأما الثالث فقالوا هو فاسد وينبغي أن يجوز قياسا على العامل وحده أو الأرض وحدها: والجواب أن القياس أن لا تجوز المزارعة لما فيها من الاستئجار ببعض الخارج، وإنما ترك بالأثر وهو ورد في استئجار العامل أو الأرض فيقتصر عليه. وأما الرابع فلما ذكرنا في الثاني زيلعي ملخصا: وفي اليعقوبية: ما صدر فعله من القوة الحيوانية جنس، وما صدر عن غيرها جنس آخر اهـ:

وفي الكفاية: واعلم أن مسائل المزارعة في الجواز والفساد مبنية على أصل وهو أنها تنعقد إجارة وتتم شركة، وإنما تنعقد إجارة على منفعة الأرض أو العامل، ولا تجوز على منفعة غيرهما من بقر وبذر اهـ وقد جمعت هذه الأربعة في بيت أيضا فقلت:

والبذر مع بقر أولا كذا بقر … لاغير أو مع أرض أربع بطلت

(قوله فهي بالتقسيم العقلي سبعة أوجه) الحصر صحيح بناء على أن بعض الأربعة من واحد والباقي من آخر، أما لو كان بعضها من واحد والباقي منهما فهي أكثر من سبعة كما لا يخفى:

بقي الكلام في حكم ما عدا هذه السبعة، وقد ذكر له البزازي ضابطا فقال: كل ما لا يجوز إذا كان من واحد لا يجوز إذا كان من اثنين، وفرع عليه ما لو أخذ رجلان أرض رجل على أن يكون البذر من أحدهما والبقر والعمل من آخر لا يصح اهـ أي لأن الأرض هنا منهما، ولو كانت من أحدهما لا يصح. ونقل هذا الضابط الرملي وقال: وبه تستخرج الأحكام، مثلا إذا كان البذر مشتركا والباقي من واحد لا يجوز لأنه لو كان من واحد لا يجوز فكذا إذا كان منهما ومثله إذا كان الكل مشتركا، لكن في هاتين الصورتين يكون الخارج بينهما على قدر بذرهما ولا أجرة للعامل لعمله في المشترك، فافهم واستخرج بقية الأحكام بفهمك اهـ ويأتي في عبارة المتن ما هو من هذا النوع؛ أقول: وقد ذكر القهستاني ما يخالف هذا الضابط فراجعه متأملا (قوله فهي ثلاثة) لأن الأرض إما أن يكون معها البذر أو البقر أو العمل والباقيان من الآخر اهـ ط (قوله ومتى دخل ثالث فأكثر بحصة فسدت) قال في الخانية:

فى الصحيحة (ويجبر من أبى على المضى إلا رب البذر فلا يجبر قبل إلقائه) وبعده يجبر درر .

(ومتى فسدت فالخارج لرب البذر) لأنه نماء ملكه (و) يكون للآخر أجر مثل عمله أوأرضه ولا يزاد على الشرط) وبالغا ما بلغ عند محمد (وإن لم يخرج شىء) فى الفاسدة (فإن كان البذر من قبل العامل فعليه أجر مثل الأرض والبقر ، وإن كان من قبل رب الأرض فعليه أجر مثل العامل) حاوى .

(ولو امتنع رب الأرض من المضىّ فيها وقد كرب العامل) فى الأرض (فلا شىء له) لكرابه (حكما) أى فى القضاء إذ لا قيمة للمنافع (ويسترضى ديانة) فيفتى بأن يوفيه أجر مثله ؛

لو اشترك ثلاثة أو أربعة ومن البعض البقر وحده أو البذر وحده فسدت ، وكذا لو من أحدهم البذر فقط أو البقر فقط لأن رب البذر مستأجر للأرض فلا بد من التخلية بينه وبينها وهى فى يد العامل لا فى يده اهـ ، وعدّ فى جامع الفصولين من الفاسدة مالو كان البذر لواحد والأرض لثان والبقر لثالث والعمل لرابع أو البذر والأرض لواحد والبقر لثان والعمل لثالث ، لأن استئجار البقر ببعض الخارج لم يرد به أثر ، فإذا فسدت فى حصة البقر تفسد فى الباقى . وعندهما فساد البعض لا يشيع فى الكل ، وتمامه فى الفصل الثلاثين .

وفى البزازية : دفع إليه أرضا ليزرعها ببذره وبقره ويعمل هذا الأجنبى على أن الخارج بينهم أثلاثا لم يجز بينهما وبين الأجنبى ، ويجوز بينهما وثلث الخارج لرب الأرض والثلثان للعامل وعلى العامل أجر مثل عمل الأجنبى ولو كان البذر من رب الأرض جاز بين الكل اهـ وبه يظهر ما فى كلام الشارح من الإجمال (قوله فى الصحيحة) يأتى محترزه قريبا ولكن يغنى عنه قوله وإذا صحت ، وإنما لم يكن له شىء لأنه يستحقه شركة ولا شركة فى غير الخارج ، بخلاف ما إذا فسدت لأن أجر المثل فى الذمة ولا تفوت الذمة بعدم الخارج هداية (قوله إلا رب البذر الخ) لأنه لا يمكنه المضى إلا بإتلاف ماله وهو إلقاء البذر فى الأرض ، ولا يدرى هل يخرج أم لا ؟ فصار نظير ما إذا استأجره لهدم داره ثم امتنع منح ؛

قال الرملى : أما إذا لم يأب لكن وجد عاملا أرخص منه أو أراد العمل بنفسه يجبر لعدم العلة يدل عليه التشبيه ، إذ لو لم يمتنع عن الهدم لكن وجد أرخص منه أو أراد هدمها بنفسه ليس له ذلك ، وعلى هذا للعامل تحليفه عند الحاكم على الامتناع لأنه يجوز أن يريد غير ما أظهره ، وقد ذكر فى الجوهرة فى الإجارة فى مسألة يد المستأجر عن السفر ما يفيد هذه الأحكام وهى كثيرة الوقوع تأمل اهـ (قوله ومتى فسدت الخ) فإن أراد أن يطيب الخارج لهما يميزا نصيبهما ثم يصالح كل صاحبه بهذا القدر عما وجب عليه ، فإن لم يفعل ، فإن كان رب البذر صاحب الأرض لا يتصدق بشىء وإلا تصدق بالزائد عما غرمه من نفقة وأجر ، ولا يعتبر أجرة نفسه لعدم العقد على منافعه لأنه صاحب الأصل الذى هو البذر كما فى المقدسى سائحانى (قوله ويكون للآخر) أى للعامل لو كان البذر من رب الأرض أو لرب الأرض لو كان البذر من العامل كما فى الهداية ، فقوله أجر مثل عمله أو أرضه لف ونشر على ذلك ، ولو جمع بين الأرض والبقر حتى فسدت فعلى العامل أجر مثل الأرض والبقر هو الصحيح هداية ، وقيل أجر مثل الأرض مكروبة نهاية (قوله وبالغا ما بلغ عند محمد) عطف على قوله ولا يزاد الخ ، والانتصاب بالغا على الحال من أجر وما اسم موصول أو نكرة موصوفة فى محل نصب مفعول بالغا وجملة بلغ صلة أو صفة (قوله ولو امتنع رب الأرض) أى والبذر من قبله كما فى الهداية وإلا فيجبر على المضى كما تقدم (قوله إذ لا قيمة للمنافع) فيه إيجاز : وعبارة شراح الهداية : لأن المأتى به مجرد المنفعة وهى لا تتقوّم إلا بالعقد والعقد مقوّم بجزء من الخارج وقد فات (قوله ويسترضى ديانة) أى يلزمه استرضاؤه فيما بينه وبين الله تعالى ، وهذا حكاه فى الهداية بقيل لكن جزم به فى الملتقى والتبيين وغيرهما (قوله فيفتى) أى يفتيه المفتى بذلك وإن كان القاضى لا يحكم عليه به

لغروره (وتفسخ المزارعة بدين محوج إلى بيعها إذا لم ينبت الزرع) لكن يجب أن يسترضى المزارع ديانة إذا عمل (كما مر ، أما إذا نبت ولم يستحصد لم تبع الأرض لتعلق حق المزارع) حتى لو أجاز جاز (فإن مضت المدة قبل إدراك الزرع فعلى العامل أجر مثل نصيبه من الأرض إلى إدراكه) أى الزرع كما فى الإجارة ، بخلاف ما لو مات أحدهما قبل إدراك الزرع حيث يكون الكل على العامل أو وارثه لبقاء العقد استحسانا كما سيجىء .

(قوله لغروره) أى لأنه صار مغرورا فى عمله من جهة رب الأرض بالعقد ط ثم تعيينه الاسترضاء بأجر المثل موافق لما فى التبيين ، لكن فى القهستانى أنه لم تثبت رواية فى مقدار مابه الاسترضاء اهـ تأمل (قوله وتفسخ) أى ويجوز فسخ المزارعة ولو بلا قضاء ورضا كما فى رواية الأصل وإليه ذهب بعضهم ويشترط فيه أحدهما فى رواية وبه أخذ بعضهم كما فى الذخيرة قهستانى : بقى ما لو كان البذر منه .

وفى المقدسى : ويضمن له بذره عند أبى يوسف ، وقال محمد : تقوّم الأرض مبذورة وغير مبذورة ، فيضمن ما زاد البذر ، وقيل لاتباع لأن الإلقاء ليس باستهلاك حتى ملكه الوصى ونحوه سائحانى (قوله بدين محوج إلى بيعها) فيه إشارة إلى أنه لامال له سواها ، وإنما لم يذكر ما يوجب الفسخ من جانب المزارع كرضه وخيانته اكتفاء بما سيأتى فى المساقاة ، ومنه عزيمة سفره والدخول فى حرفة أخرى كما فى النظم ، وإلى أنه لو باع بعد الزرع بلا عذر توقف على إجازة المزارع ، فإن لم يجزه لم تفسخ حتى يستحصد أو تمضى المدة على ما قال الفضلى كما فى قاضيخان قهستانى (قوله لكن يجب أن يسترضى الخ) كذا قاله ابن الكمال ، ولم أره لغيره : وعبارة الملتقى : ولا شىء للعامل إن كرب الأرض أو حفر النهر ، وكذا فى الهداية والتبيين والدرر وغيرها مع أنهم ذكروا فى المسألة السابقة أنه يسترضى إلا أن يحمل نفيهم هنا على القضاء كما حمل عليه الشارح : عبارة الملتقى فى شرحه تأمل .

ثم رأيت فى النهاية قال : إن قوله ولاشىء للعامل إنما يصح لو البذر منه ، فلو من رب الأرض فللعامل أجر مثل عمله ، لأنه فى الأول يكون العامل مستأجرا للأرض فيكون العقد واردا على منفعة الأرض فيبقى عمل العامل من غير عقد ولا شبهة عقد فلا يتقوم على رب الأرض ، وفى الثانى يكون رب الأرض مستأجرا للعامل فكان العقد واردا على منافع الأجير فتقوّم على رب الأرض ويرجع عليه بأجر مثل عمله كذا فى الذخيرة عن مزارعة شيخ الإسلام اهـ فتأمله ممعنا (قوله فإن مضت الخ) الأولى الإتيان بالواو بدل الفاء كما فى الملتقى وغيره لئلا يوهم التفريع على مسألة الفسخ .

واعلم أن من تتمة أحكام هذه المسألة كون نفقة الزرع عليهما بقدر الحصص إلى أن يدرك ، وسيذكره المصنف بعد ، فكان عليه أن يؤخر قوله فإن مضت الخ على المسائل التى فصل بها بينه وبين تمام أحكامه ، ليتم نظام كلامه وليتضح فهم مرامه .

وعبارة الدرر والغرر : مضت المدة قبل إدراكه فعلى المزارع أجر مثل نصيبه من الأرض حتى يدرك الزرع لأنه استوفى منفعة بعض الأرض لتربية حصته فيها إلى وقت الإدراك ، ونفقة الزرع كأجر السقى والمحافظة والحصاد والرفاع والدوس والتذرية عليهما بقدر حقوقهما حتى يدرك : وفى موت أحدهما قبل إدراك الزرع يترك فى مكانه إلى إدراكه ، ولا شىء على المزارع لأنا أبقينا عقد الإجارة ههنا استحسانا لبقاء مدة الإجارة فأمكن استمرار العامل أو وارثه على ما كان عليه من العمل ، أما فى الأول فلا يمكن الإبقاء لانقضاء المدة اهـ (قوله أجر مثل نصيبه) أى أجر مثل ما فيه نصيبه من الأرض ابن كمال (قوله كما فى الإجارة) أى إذا استأجر أرضا فمضت المدة قبل الإدراك يبقى الزرع فيها إلى إدراكه بأجر المثل كما مر فى بابه (قوله حيث يكون الكل)

(دفع) رجل (أرضه إلى آخر على أن يزرعها بنفسه وبقره والبذر بينهما انصفان والخارج بينهما كذلك فعملا على هذا فالمزارعة فاسدة ويكون الخارج بينهما نصفين ، وليس للعامل على رب الأرض أجر) لشركته فيه (و) العامل (يجب عليه أجر نصف الأرض لصاحبها) لفساد العقد (وكذا لو كان البذر ثلثاه من أحدهما وثلثه من الآخر والرابع بينهما) أو (على قدر بذرهما) نصفين فهو فاسد أيضا لاشتراطه الإعارة فى المزارعة عمادية :

(و) اعلم أن (نفقة الزرع) مطلقا بعد مضى مدة المزارعة (عليهما بقدر الحصص) وأما قبل مضيها فكل عمل قبل انتهاء الزرع كنفقة بذر ومؤنة حفظ وكرى نهر على العامل ولو بلا شرط ، فإذا تناهى بقى مالا مشتركا بينهما فتجب عليهما مؤنته كحصاد ودياس ، كذا حرره المصنف ، وحمل عليه أصل صدر الشريعة فليحفظ .

(فإن شرطاه على العامل فسدت) كما لو شرطاه على رب الأرض (بخلاف ما لومات رب الأرض والزرع

أى من أجر السقى والمحافظة إلى آخر ما قدمناه . وعبارة الهداية : حيث يكون العمل (قوله على أن يزرعها) أى الآخر ، وكذا الضميران بعده (قوله فالمزارعة فاسدة) لما سيذكره من اشتراط الإعارة (قوله ويكون الخارج بينهما نصفين) تبعا للبذر (قوله أجر نصف الأرض لصاحبها) فلو كانت الأرض لبيت المال يدفع لبيت المال ما هو له ثم يقسم الباقى بينهما نصفين ، وهذه واقعة الحال ، رملى على جامع الفصولين (قوله لفساد العقد) أى وقد استوفى بهذا العقد الفاسد منافع نصف الأرض فيجب أجره (قوله والربع) الفتح وسكون الباء المثناة التحتية الفضل ، والمراد به الخارج (قوله لاشتراطه الإعارة فى المزارعة) أى إعارة بعض الأرض للعامل فافهم .

قال فى الخانية : لأن صاحب الأرض يصير قائلا للعامل ازرع أرضى ببذرى على أن يكون الخارج كله لى وازرعها ببذرك على أن يكون الخارج كله لك فتفسد ، لأنها مزارعة بجميع الخارج بشرط إعارة نصف الأرض من العامل ، وكذا لو شرطاه أثلاثا اهـ والمراد بالخارج الأول الخارج من بذر رب الأرض ، وبالثانى الخارج من بذر العامل . ثم قال فى الخانية : وإذا فسدت فالخارج بينهما على قدر بذرهما وسلم لرب الأرض ما أخذ لأنه نماء ملكه فى أرضه ويطيب للعامل قدر بذره ويرفع قدر أجر نصف الأرض وما أنفق أيضا ، ويتصدق بالفضل لحصوله من أرض الغير بعقد فاسد ، ولو كانت الأرض لأحدهما والبذر منهما وشرطا العمل عليهما على أن الخارج نصفان جاز لأن كلا عامل فى نصف الأرض ببذره فكانت إعارة لا بشرط العمل بخلاف الأول اهـ أى فلم تكن مزارعة حتى يقال شرط فيها إعارة كما أفاده فى الفصولين ، وتمام هذه المسائل فى الخانية فراجعها (قوله مطلقا) أى سواء احتيج إليها قبل انتهاء الزرع أو بعده ح (قوله بعد مضى مدة المزارعة) الذى أحوجه إلى هذا التقييد فصل المصنف بينه وبين قوله فإن مضت المدة ، ولو وصله به كغيره لم يحتج إلى ذلك (قوله عليهما) لأنها كانت على العامل لبقاء العقد لأنه مستأجر فى المدة ، فإذا مضت المدة انتهى العقد فتجب عليهما مؤنته على قدر ملكيهما لأنه مشترك بينهما منح (قوله كنفقة بذر) أى بذره فى الأرض وحمله إلى موضع إلقائه ط (قوله كحصاد) بفتح الحاء وكسرها ، وكذا الرفاع : وهو جمع الزرع إلى موضع الدياس : أى الدراس ، وهذا الموضع يسمى الجرن والبيدر سائحانى (قوله وحمل عليه أصل صدر الشريعة) حيث قال : وبهذا ينكشف لك أن قول صدر الشريعة . فالحاصل أن كل عمل قبل الإدراك فهو على العامل محمول على ما إذا كان قبل مضى مدة المزارعة ليتصور بقاء العقد واستحقاق العمل على العامل ، إذ لو مضت فلا عقد ولا استحقاق (قوله فإن شرطاه) الضمير راجع إلى نفقة الزرع لا مطلقا بل النفقة المحتاج إليها بعد الانتهاء ، ففى الكلام شبه الاستخدام اهـ ح (قوله فسدت) هذا ظاهر الرواية كما فى الخانية ، ويأتى تصحيح خلافه (قوله بخلاف) متعلق بقوله ونفقة الزرع عليهما بالحصص ح

بقل فإن العمل فيه جميعا على العامل أو وارثه) لبقاء مدة العقد والعقد يوجب على العامل عملا يحتاج إليه إلى انتهاء الزرع كما مر . ولو مات قبل البذر بطلت ولا شيء لكرابه كما مر ، وكذا لو فسخت بدين محوج مجتبى :
(وصح اشتراط العمل) كحصاد ودياس ونسف على العامل (عند الثانى للتعامل وهو الأصح) وعليه الفتوى ملتقى (الغلة فى المزارعة مطلقا) ولو فاسدة (أمانة فى يد المزارع) : ثم فرّع عليه بقوله (فلا ضمان عليه لو هلكت الغلة فى يده بلا صنعه فلا تصح الكفالة بها ؛ نعم لو كفله بحصته

(قوله أو وارثه) فيما لو كان الميت العامل وسيأتى فى الفروع عن الملتقى ، أو كان الميت كل منهما تأمل (قوله لبقاء مدة العقد) أى فيكون العقد باقيا استحسانا فلا أجر عليه للأرض ، لكن ينتقض العقد فيما بقى من السنين كما فى الخانية وغيرها لعدم الضرورة :

قال فى التاتارخانية : وهذا إذا قال المزارع لا أقلع الزرع ، فإن قال أقلع لايبقى عقد الإجارة ، وحيث اختار القلع فلورثة رب الأرض خيارات ثلاثة : إن شاءوا قلعوا والزرع بينهم ، أو أنفقوا عليه بأمر القاضى ليرجعوا على المزارع بجميع النفقة مقدرا بالحصة(١) أو غرموا حصة المزارع والزرع لهم ، هذا إذا مات رب الأرض بعد الزراعة ، فلو قبلها بعد عمل المزارع فى الأرض انتقضت ولا شيء له ، ولو بعدها قبل النبات ففى الانتقاض اختلاف المشايخ ، وإن مات المزارع والزرع بقل ، فإن أراد ورثته القلع لا يجبرون على العمل ولرب الأرض الخيارات الثلاثة اه ملخصا .

وفى الذخيرة : وفرق بين موت الدافع والزرع بقل وبين انتهاء المدة كذلك أن ورثة الدافع فى الثانى يرجعون بنصف القيمة مقدرا بالحصة ، لأن بعد انتهاء المدة النفقة عليهما نصفان ، ، وفى الموت على العامل فقط لبقاء العقد : وفرق من وجه آخر هو أن ورثة الدافع لو غرموا حصة العامل من الزرع يغرمونه نابتا غير مقلوع لأن له حق القرار والترك لقيام المزارعة ، وفى انقضاء المدة يغرمونه مقلوعا اه بالمعنى ، وسيأتى إن شاء الله تعالى فى المساقاة مزيد بيان (قوله كما مر) من قوله وأما قبل مضيها الخ (قوله ولا شيء لكرابه) بخلاف مامر من أنه لو امتنع رب الأرض من المضى فيها وقد كرب العامل يسترضى ديانة . قال الزيلعى : لأنه كان مغرورا من جهته بالامتناع باختياره ولم يوجد ذلك هنا لأن الموت يأتى بدون اختيار اه (قوله كما مر) لم أر مايفيده فى كلامه للسابق (قوله وكذا لو فسخت بدين محوج) أى ليس للعامل أن يطالبه بشيء زيلعى ، وظاهره أنه لايؤمر باسترضائه ديانة وهو خلاف ماقدمه المصنف وقدمنا الكلام فيه (قوله وصح اشتراط العمل) أى المحتاج إليه بعد الإنتهاء ، وهذا مقابل ظاهر الرواية الذى قدمه (قوله ونسف) هو تخليص الحب من تبنه ويسمى بالتذرية سائحانى (قوله للتعامل) فصار كالاستصناع ذر منتقى : قال فى الخانية : لكن إن لم يشترط يكون عليهما ، كما لو اشترى حطبا فى المصر لايجب على البائع أن يحمله إلى منزل المشترى ، وإذا شرط عليه لزمه للعرف ، ولو شرط الجذاذ على العامل فى المعاملة فسد عند الكل لعدم العرف . وعن نصر بن يحيى ومحمد بن سلمة أن هذا كله على العامل شرط عليه أم لا للعرف : قال السرخسى : وهو الصحيح فى ديارنا أيضا ، وإن شرطا شيئا من ذلك على رب الأرض فسد العقد عند الكل لعدم العرف اه (قوله ولو فاسدة) بيان للاطلاق (قوله فلا تصح الكفالة بها) أى بحصة رب الأرض منها فلا يضمن الكفيل ماهلك عند العامل بلا صنعه سواء كان البذر من رب الأرض أو من العامل لأن حصته أمانة عند المزارع ، وتفسد المزارعة إن كانت الكفالة شرطا فيها كالمعاملة خانية (قوله نعم لو كفله)

---

(١) (قوله مقدرا بالحصة) معناه أن رجوع الورثة على المزارع بجميع النفقة مقيد بقدر حصة المزارع ، أى إذا بلغت النفقة قدر قيمة حصته أو أقل أخذت كلها منه ، وإن زادت على قيمة حصته يؤخذ قدر الحصة فقط دون الزائد اه .

إن استهلكها صحت المزارعة والكفالة إن لم تكن على وجه الشرط وإلا فسدت المزارعة خانية (ومثله) فى الحكم (المعاملة) أى المساقاة ، فإن حصة الدهقان فى يد العامل أمانة .

(وإذا قصر المزارع فى سقى الأرض حتى هلك الزرع) بهذا السبب (لم يضمن) المزارع (فى) المزارعة (الفاسدة ، ويضمن فى الصحيحة) لوجوب العمل عليه فيها كما مر ؛ وهى فى يده أمانة فيضمن بالتقصير :

فى السراجية : أكار ترك السقى عمدا حتى يبس ضمن وقت ما ترك السقى قيمته نابتا فى الأرض ، وإن لم يكن للزرع قيمة قومت الأرض مزروعة وغير مزروعة فيضمن فضل ما بينهما .

[فروع] أخر الأكار السقى ، إن تأخيرا معتادا لا يضمن وإلا ضمن :

شرط عليه الحصاد فتغافل حتى هلك ضمن إلا أن يؤخر تأخيرا معتادا ؛

ترك حفظ الزرع حتى أكله الدواب ضمن ، وإن لم يرد الجراد حتى أكله كله ، إن أمكن طرده ضمن وإلا لا بزازية .

زرع أرض رجل بلا أمره طالبه بحصة الأرض ، فإن كان العرف جرى فى تلك القرية بالنصف أو بالثلث ونحوه وجب ذلك .

حرث بين رجلين أبى أحدهما أن يسقيه أجبر ، فلو فسد قبل رفعه للحاكم لا ضمان عليه ، وإن رفع إلى القاضى وأمره بذلك ثم امتنع ضمن جواهر الفتاوى .

أى كفل له رجل عن صاحبه بحصته ط (قوله إن استهلكها) شرط لكفل لا لصحت (قوله صحت المزارعة والكفالة) لأن الكفالة أضيفت إلى سبب وجوب الضمان وهو الاستهلاك خانية (قوله وإلا) بأن كانت على وجه الشرط فسدت المزارعة ، لأن دين الاستهلاك لا يجب بعقد المزارعة فتفسد المزارعة ، كمن كفل للبائع عن المشترى بما يجب على المشترى لا بعقد البيع خانية ، وتخصيص الفساد بالمزارعة يفهم صحة الكفالة لعدم المنافاة فيما يظهر لى فليراجع ، ثم رأيته صريحا فى التاترخانية عن المحيط (قوله بهذا السبب) هو التقصير (قوله كما مر) فى قوله وأما قبل مضيها الخ (قوله وهى) أى حصة الآخر بقرينة المقام ، إذ ليس كل الزرع فى يده أمانة لأن بعضه له فافهم (قوله فى السراجية الخ) المقصود من نقله بيان المضمون (قوله فيضمن فضل ما بينهما) أى نصف الفضل كما فى الخانية (قوله لا يضمن) لأنه ليس بتقصير (قوله وإلا ضمن) أى لو المزارعة صحيحة كما مر (قوله شرط عليه الحصاد الخ) هذا بناء على الأصح من صحة اشتراطه عليه (قوله ترك حفظ الزرع الخ) هذا إذا لم يدرك الزرع ، فأما إذا أدرك فلا ضمان على المزارع بترك الحفظ هندية عن الذخيرة ، وسيأتى أنه على العامل للعرف ط (قوله حتى أكله كله) التقييد بالكل اتفاقى فيما يظهر ط (قوله زرع أرض رجل الخ) قدمنا الكلام عليه فى كتاب الغصب مستوفى فراجعه (قوله حرث) أى زرع قاموس ، وقوله بين رجلين : أى مشترك بينهما لا بالمزارعة ، لأن المزارع يضمن إذا قصر بلا مرافعة كما قدمه ، وما ذكره هنا ذكره فى جامع الفصولين ، وكذا فى التاترخانية عن أبى يوسف (قوله أبى أحدهما) أى امتنع عن السقى لما طلب الآخر منه أن يسقيه معه (قوله أجبر) أى أجبره الحاكم ، وهذا أحد قولين قدمناهما فى آخر القسمة عن الخلاصة . ثانيهما أنه لا يجبر ويقال للطالب اسقه وأنفق ثم ارجع بنصف ما أنفقت ، ونقل الثانى فى التاترخانية عن جامع الفتاوى مقتصرا عليه (قوله وإن رفع إلى القاضى الخ) وجه الضمان أنه بأمر القاضى تحقق الوجوب عليه كالإشهاد على صاحب الحائط المائل ، فإذا امتنع بعده وفسد الزرع صار متعديا فيضمن حصة شريكه ؛ لأن الزرع مشاع بينهما لا يمكن شريكه أن يسقى حصته منه ، ولا يلزمه سقى الجميع وحده ، ولا يمكنه قسمته جبرا ولا بالتراضى ما لم يتفقا على القلع كما قدمناه

شرط البذر على المزارع ثم زرعها رب الأرض ، إن على وجه الإعانة فزارعة وإلا فنقض لها .
دفع الأرض المستأجرة من الآجر مزارعة جاز ، إن البذر من المستأجر ومعاملة لم يجز .
استأجر أرضا ثم استأجر صاحبها ليعمل فيها جاز ، الكل من منح المصنف :
قلت : وفيه فى آخر باب جناية البهيمة معزيا للخلاصة : بستانى ضيع أمر البستان وغفل حتى دخل الماء وتلفت الكروم والحيطان ، قال : يضمن الكروم لا الحيطان ، ولو فيه حصرم ضمن الحصرم لا العنب لنهايته فصار حفظه عليهما .
قلت : قال ق : ويضمن العنب فى عرفنا اه :
أنفق بلا إذن الآخر ولا أمر قاض فهو متبرع كرمة دار مشتركة :
مات العامل فقال وارثه أنا أعمل إلى أن يستحصد فله ذلك وإن أبى رب الأرض ملتقى . وفى الوهبانية :
ويأخذ أرضا لليتيم وصيه مزارعة إن كان ما هو يبذر

فى القسمة ، هذا ماظهر لى فافهم (قوله شرط البذر الخ) ذكر فى جامع الفصولين مسائل من هذا النوع : ثم قال : فالحاصل أنه لو كان البذر لرب الأرض أو المزارع وزرعه أحدهما بلا إذن الآخر ولبت الزرع أو لم ينبت حتى قام عليه الآخر بلا إذنه حتى أدرك ، ففى كل الصور يكون الخارج بينهما إلا فى صورة واحدة وهى أن يكون البذر لرب الأرض وزرعها ربها بلا إذن المزارع ولبت ثم قام عليه المزارع فالخارج كله لرب الأرض اه (قوله من الآجر) بالجيم : أى المؤجر متعلق بدفع (قوله جاز أن البذر من المستأجر) إذ لو كان من المؤجر مع أن الأرض له والعمل منه لم يبق من الآخر شىء فينتفى مفهوم المزارعة اه ح :
أقول : وهذا التفصيل خلاف المعتمد ، فقد ذكره فى البزازية عن أبى يوسف : ثم قال : وقال محمد : لو البذر من المستأجر أو المؤجر يجوز : ثم رجع وقال لا ، وهو المأخوذ به لأنه أجير بنصف مايخرج من أرضه إلا أن يكون استأجر الرجل بدراهم اه : وذكر فى المنح أيضا أنه الأصح (قوله ومعاملة) أى مساقاة معطوف على مزارعة (قوله لم يجز) قال ح : لما قدمنا (قوله ليعمل فيها) أى عمل كان غير المعاملة ، فإن حكمها عدم الجواز كما ذكره بقوله : ومعاملة لم يجز ط (قوله بستانى) أى معامل لا أجير بقرينة ما يأتى ح (قوله وتلفت الكروم) أى الأشجار (قوله يضمن الكروم) إذ يجب عليه حفظها لا الحيطان جامع الفصولين (قوله لا العنب الخ) قال فى جامع الفصولين : ولكن يجب لنقصان الكرم إذ حفظه يلزمه فيقوم الكرم مع العنب(١) وبدونه فيرجع بفضل مابينهما وهذا جواب الكتاب . أما على قول المشايخ يضمن مثل العنب حصة رب الكرم (قوله أنفق بلا إذن الآخر) فيه إشعار بأن الآخر حى : قال فى منية المفتى : مات العامل فأنفق رب الكرم بغير أمر القاضى لم يكن متبرعا ورجع فى الثمر بقدر ماأنفق ، وكذا فى المزارعة ، ولو غاب العامل والمسألة بحالها لم يرجع اه (قوله كرمة دار مشتركة) تقدم الكلام عليه آخر القسمة (قوله فله ذلك) لبقاء العقد حكما نظراً للوارث ، وقدمنا أنه إن اختار القلع له ذلك ولرب الأرض خيارات ثلاثة (قوله إن كان ماهو يبذر) ما نافية وضمير هو لليتيم : وحاصله أنه إن كان البذر من جهة الوصى يجوز ، وإن من جهة اليتيم لاوعليه الفتوى ، لأنه فى الأول يصير مستأجرا أرض اليتيم ببعض الخارج ، وفى الثانى يصير مؤجرا لنفسه من اليتيم والأول جائز لا الثانى ولوالجية : قال ابن وهبان : وينبغى أن تكون الغبطة فيما يشترط لليتيم على ماهو المعروف فى سائر التصرفات التى لليتيم ، وعلى

---

(١) (قوله الكرم مع العنب) أى مع شجر العنب ، فحينئذ يكون المراد بالكرم الأرض لا الشجر ، ويكون المراد بالعنب نفس الثمر بقرينة مايأتى من قوله أما على قول المشايخ الخ اه .

• لو قال بذر الأرض مني مزارع   له القول بعد الحصد والخصم ينكر

كتاب المساقاة

لا تخفى مناسبتها (هي) المعاملة بلغة أهل المدينة ؛ فهي لغة وشرعا معاقدة (دفع الشجر) والكروم ، وهل المراد بالشجر ما يعم غير المثمر كالحور والصفصاف ؟ لم أره

هذا ينبغي أن يجوز للوصي المعاملة في أشجار اليتيم ، وتمامه في شرح ابن الشحنة (قوله مزارع) فاعل قال والحصد مصدر حصد .

والمسألة من قاضيخان : زرع أرض غيره فلما حصد الزرع قال صاحبها كنت أجيري زرعتها ببذري وقال المزارع كنت أكاراً وزرعت ببذري فالقول للمزارع ، لأنهما اتفقا على أن البذر كان في يده اه وتمامه في الشرح .

[خاتمة بفرع مهم] يقع كثيرا ذكره في التاترخانية وغيرها : مات رجل وترك أولاداً صغارا وكبارا وامرأة والكبار منها أو من امرأة غيرها فحرث الكبار وزرعوا في أرض مشتركة أو في أرض الغير كما هو المعتاد والأولاد كلهم في عيال المرأة تتعاهدهم وهم يزرعون ويجمعون الغلات في بيت واحد وينفقون من ذلك جملة صارت هذه واقعة الفتوى : واتفقت الأجوبة أنهم إن زرعوا من بذر مشترك بينهم بإذن الباقين لو كباراً أو إذن الوصي لو صغارا فالغلة مشتركة ، وإن من بذر أنفسهم أو بذر مشترك بلا إذن فالغلة للزارعين اه ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

كتاب المساقاة

(قوله لاتخفى مناسبتها) وهي الاشتراك في الخارج ثم مع كثرة القائلين بجوازها وورود الأحاديث في معاملة النبي صلى الله عليه وسلم أهل خيبر ، قدمت المزارعة عليها لشدة الحاجة إلى معرفة أحكامها وكثرة فروعها ومسائلها كما أفاده في النهاية (قوله هي المعاملة الخ) وآثر المساقاة لأنها أوفق بحسب الاشتقاق قهستاني : أي لما فيها من السقي غالبا ، وقدمنا الكلام على المفاعلة (قوله فهي لغة وشرعا معاقدة) أفاد اتحاد المعنى فيهما تبعا لما في النهاية والعناية أخذا مما في الصحاح : أنها استعمال رجل في نخيل أو كروم أو غيرهما لإصلاحها على سهم معلوم من غلتها ، وفسرها الزيلعي وغيره لغة بأنها مفاعلة من السقي ، وشرعا بالمعاقدة .

أقول : والظاهر المغايرة لاعتبار شروط لها في الشرع لم تعتبر في اللغة ، والشروط قيود ، والأخص غير الأعم مفهوما فتدبر (قوله معاقدة دفع الشجر) أي كل نبات بالفعل أو بالقوة يبقى في الأرض سنة أو أكثر بقرينة الآتي فيشمل أصول الرطبة والفوة وبصل الزعفران وذلك بأن يقول دفعت إليك هذه النخلة مثلا مساقاة بكذا ويقول المساقي قبلت ، ففيه إشعار بأن ركنها الإيجاب والقبول كما أشير إليه في الكرماني وغيره قهستاني : قال الرملي : وقيد بالشجر لأنه لو دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة لايجوز كما في المجتبى وغيره ، وكذا النخل .

وفي التاترخانية : أعطاه بذر الفليق ليقوم عليه ويعلفه بالأوراق على أن الحاصل بينهما فهو لرب البذر وللرجل عليه قيمة الأوراق وأجر مثله ، وكذا لو دفع بقرة بالعلف ليكون الحادث نصفين اه (قوله وهل المراد الخ) الجواب نعم كما يفيده كلام القهستاني المار ، ولا ينافيه تصريح التعريف بالثمر لأن المراد به مايتولد منه ، فيتناول الرطبة وغيرها كما صرح به القهستاني أيضا ، أو هو مبني على الغالب تأمل (قوله لم أره) أقول في البزازية مانصه

(إلى من يصلحه بجزء) معلوم من ثمره وهي كالمزارعة حكما وخلافا (و) كذا (شروطا) تمكن هنا ليخرج بيان البذر ونحوه (إلا فى أربعة أشياء) فلا تشترط هنا : (إذا امتنع أحدهما يجبر عليه) إذ لاضرر (بخلاف المزارعة) كما مر (وإذا انقضت المدة تترك بلا أجر) ويعمل بلا أجر وفى المزارعة بأجر (وإذا استحق النخيل يرجع العامل بأجر مثله ، وفى المزارعة بقيمة الزرع و) الرابع (بيان المدة

يجوز دفع شجر الحور معاملة لاحتياجه إلى السقي والحفظ ، حتى لو لم يحتج لايجوز اهـ وفيها آخر الباب : معاملة الغيضة لأجل السعف والحطب جائزة كمعاملة أشجار الخلاف اهـ . والخلاف بالكسر والتخفيف على وزن(١) ضد الوفاق : نوع من الصفصاف وليس به كما فى القاموس (قوله إلى من يصلحه) بتنظيف السواقى والسقي والتلقيح والحراسة وغيرها قهستاني (قوله حكما) وهو الصحة على المفتى به ، وخلافا : أى بين الإمام وصاحبيه (قوله تمكن) صفة لقوله شروطا ، وقوله ليخرج الخ تعليل للتقييد به فإنه لايشترط بيان البذر هنا : أى بيان جنسه ، وكذا بيان ربه وصلاحية الأرض للزراعة ، فهذه الثلاثة لاتمكن هنا فلا تشترط ، وكذا بيان المدة : وبقى من شروط المزارعة الثمانية الممكنة هنا أهلية العاقدين ، وذكر حصة العامل ، والتخلية بينه وبين الأشجار ، والشركة فى الخارج ويدخل فى الأخير كون الجزء المشروط له مشاعا فافهم :

وفى التاترخانية : ومن شروط المعاملة أن يقع العقد على ماهو فى حد النمو بحيث يزيد فى نفسه بعمل العامل اهـ . وأما صفتها فقدمنا أنها لازمة من الجانبين بخلاف المزارعة (قوله فلا تشترط هنا الخ) تبع فيه المصنف حيث قال إلا فى أربعة أشياء استثناء من قوله وشروطا اهـ : والأولى أن يجعل مستثنى من قوله وهي كالمزارعة فإن المستثنيات ليست كلها شروطا فى المزارعة فتدبر ط (قوله بخلاف المزارعة) فإن رب البذر إذا امتنع قبل الإلقاء لايجبر عليه للضرر (قوله تترك بلا أجر) أى للعامل القيام عليها إلى انتهاء الثمرة لكن بلا أجل عليه ، لأن الشجر لايجوز استئجاره (قوله وفى المزارعة بأجر) أى فى الترك والعمل ، لأن الأرض يجوز استئجارها والعمل عليهما بحسب ملكهما فى الزرع لأن رب الأرض لما استوجب الأجر على العامل لايستوجب عليه العمل فى نصيبه بعد انتهاء المدة ، وهنا العمل على العامل فى الكل لأنه لايستوجب رب النخل عليه أجرا كما قبل انقضاء المدة فيكون العمل كله على العامل كما كان قبل الانقضاء كفاية (قوله وإذا استحق النخيل يرجع الخ) مقيد بما إذا كان فيه ثمر وإلا فلا أجر له :

قال فى الولوالجية : وإذا لم تخرج النخيل شيئا حتى استحقت لاشيء للعامل ، لأن فى المزارعة لو استحقت الأرض بعد العمل قبل الزراعة لاشيء للمزارع فكذا هنا ، ولو أخرجت رجع العامل بأجر مثله على الدافع ، لأن الأجرة صارت عينا انتهاء وهو كالتعيين فى الابتداء ، ومتى كانت عينا واستحقت رجع بقيمة المنافع ، وكذا لو دفع إليه زرعا بقلا مزارعة فقام عليه حتى عقد ثم استحقت يخير بين أخذ نصف المقلوع أو رده ورجع على الدافع بأجر مثله ، وكذا لو دفع إليه الأرض مزارعة والبذر من الدافع فزرعها ونبت ثم استحقت قبل أن يستحصد فاختار المزارع رد المقلوع يرجع بأجر مثل عمله : وقال الهندواني بقيمة حصته نابتا (قوله وفى المزارعة بقيمة الزرع) كذا أطلقه الزيلعي ، وقد علمت التفصيل :

وفى التاترخانية : دفع أرضه مزارعة والبذر من العامل ثم استحقت أخذها المستحق بدون الزرع ، وله أن يأمره بالقلع ولو الزرع بقلا ومؤنة القلع على الدافع والمزارع نصفين ، والمزارع بالخيار إن شاء رضى بنصف

---

(١) هكذا هو بالأصل ، ولعله على وزن كتاب اهـ مصححه .

ليس بشرط) هنا استحسانا للعلم بوقته عادة (و) حينئذ (يقع على أول ثمر يخرج) فى أول السنة ، وفى الرطبة على إدراك بذرها إن الرغبة فيه وحده ، فإن لم يخرج فى تلك السنة ثمر فسدت :

(ولو ذكر مدة لا تخرج الثمرة فيها فسدت ،ولو تبلغ) الثمرة فيها (أولا) تبلغ (صح) لعدم التيقن بفوات المقصود (فلو خرج فى الوقت المسمى فعلى الشرط) لصحة العقد (وإلا) فسدت (فللعامل أجر المثل) ليدوم عمله إلى إدراك الثمر :

المقلوع ولا يرجع على الدافع بشئ أو رد المقلوع عليه وضمنه قيمة حصته ثابتا له حق القرار ، ولو البذر من الدافع خير المزارع إن شاء رضى بنصف المقلوع أو رده عليه ورجع بأجر مثل عمله عند البلخى ، وبقيمته عند أبى جعفر اه ومثله فى الذخيرة وتأمله مع ما قدمناه عن الولوالجية (قوله ليس بشرط هنا) أى فى المساقاة إن علمت المدة كما يفيده التعليل لا مطلقا بدليل ما يأتى (قوله للعلم بوقته عادة) لأن الثمرة لإدراكها وقت معلوم قلما يتفاوت بخلاف الزرع ، لأنه إن قدم فى إبقاء البذر يتقدم حصاده وإن أخر يتأخر لأنه قد يزرع خريفا وصيفا وربيعا إتقانى ، فإذا كان لابتداء الزرع وقت معلوم عرفا جاز أيضا ، وتقدم أن عليه الفتوى فلا فرق (قوله وحينئذ) أى حين إذ لم يشترط بيان المدة ولم يبيناها : قال القهستانى : وأول المدة وقت العمل فى الثمر المعلوم ، وآخرها وقت إدراكه المعلوم اه .

[فرع] تجوز إضافة المزارعة والمعاملة إلى وقت فى المستقبل بزازية (قوله فى أول السنة) عبارة ابن ملك : فى تلك السنة لأنه متيقن وما بعده مشكوك اه وهى أولى ط (قوله وفى الرطبة) بالفتح بوزن كلبة : القضب مادام رطبا والجمع رطاب بوزن كلاب ، وقيل جميع البقول ط عن الحموى ويأتى مافيه (قوله على إدراك بذرها) يعنى إذا دفعها مساقاة لايشترط بيان المدة فيمتد إلى إدراك بذرها لأنه كإدراك الثمر فى الشجر ابن كمال ، وهذا إذا انتهى جذاذها كما قيد به فى العناية ، وسيذكره المصنف ، وإلا كان المقصود الرطبة ويقع على أول جزة كما يأتى (قوله إن الرغبة فيه وحده) كذا قيد به فى العناية أيضا قال لأنه يصير فى معنى الثمر للشجر وإدراكه له وقت معلوم وهو يحصل بعمل العامل فصح اشتراط المناصفة فيه والرطبة لصاحبها ، ولو ذكر هذا القيد عند كلام المصنف الآتى لكان أخصر وأظهر (قوله فإن لم يخرج الخ) مرتبط بالمتن ، وقد نقله المصنف عن الخانية وهذا إذا لم يسم مدة ، وإذا سمى مدة فسيأتى بيانه ط (قوله ولو تبلغ الخ) أى ولو ذكر مدة تبلغ فيها أو لاتبلغ أى يحتمل بلوغها فيها وعدمه (قوله لعدم التيقن الخ) بل هو متوهم فى كل مزارعة ومساقاة بأن يصطلم الزرع أو الثمر آفة سماوية درر (قوله فعلى الشرط) هذا إذا كان الخارج يرغب فيه ، وإن لم يرغب فى مثله فى المعاملة لايجوز شرنبلالية عن البزازية ، لأن مالا يرغب فيه وجوده وعدمه سواء خلاصة :

قلت : وأفتى فى الحامدية بأنه لو برز البعض دون البعض فى المدة فله أخذ مابرز بعمله فيها دون البارز بعدها (قوله وإلا فسدت) أى وإلا يخرج فى الوقت المسمى بل تأخر فللعامل أجر المثل لفساد العقد لأنه تبين الخطأ فى المدة المسماة فصار كما إذا علم ذلك فى الابتداء ، بخلاف ما إذا لم يخرج أصلا لأن الذهاب بآفة فلا يتبين فساد المدة فبقى العقد صحيحا ، ولا شىء لكل واحد منهما على صاحبه هداية (قوله ليدوم عمله الخ) عبارة صدر الشريعة : ليعمل إلى إدراك الثمر :

واعترضها المصنف تبعا لليعقوبية وغيرها بأن مفادها أن الأجرة بمقابلة العمل اللاحق إلى النضج وليس كذلك لأنه لما تبين فساد العقد بعدم الخروج لزم أجر العمل السابق . وأجابوا بأنه يمكن أن يقال معنى قوله ليعمل ليدوم عمله والإدراك بمعنى الخروج لأنه مالم يخرج لايستحق الأجر أصلا لجواز أن لا يخرج أصلا لآفة سماوية اه .

(ولو دفع غراسا فى أرض لم تبلغ الثمرة على أن يصلحها فاخرج كان بينهما تفسد) هذه المساقاة (إن لم يذكرا أعواما معلومة) فإن ذكرا ذلك صح (وكذا لو دفع أصول رطبة فى أرض مساقاة ولم يسم المدة ، بخلاف الرطبة فإنه يجوز) وإن لم يسم المدة (ويقع على أول جز يكون ، ولو دفع رطبة انتهى جذاذها على أن يقوم عليها حتى يخرج بذرها ويكون بينهما نصفين جاز بلا بيان مدة والرطبة لصاحبها ، ولو شرطا الشركة فيها) أى فى الرطبة (فسدت) لشرطهما الشركة فيما لاينمو بعمله .

(وتصح فى الكرم والشجر والرطاب) المراد منها جميع البقول (وأصول الباذنجان والنخل) وخصها الشافعى بالكرم والنخل (لو فيه) أى الشجر المذكور (ثمرة غير مدركة) بمعنى تزيد العمل (وإن مدركة) قد انتهت (لا) تصح (كالمزارعة) لعدم الحاجة :

وأجاب ابن الكمال بأن المعنى أجر مثل العامل المستأجر ليعمل إلى إدراك الثمر لا أجر مثل العامل المستأجر إلى زمان ظهور فساد العقد فإن أجر المثل يتفاوت بقلة المدة وكثرتها فافهم فإنه دقيق اه تأمل (قوله لم تبلغ الثمرة) أى لم تبلغ الغراس الثمرة كذا فى شروح الهداية فالثمرة بالنصب مفعول تبلغ وفاعله ضمير الغراس : والمعنى أنها لم تبلغ زمنا تصلح فيه للإثمار لا أنها لم تثمر بالفعل ، لأنها لو كانت صالحة للإثمار لكنها وقت الدفع لم تكن مثمرة يصح بلا بيان المدة ويقع على أول ثمرة تخرج كما مر ، ولهذا عبر هناك بالشجر وهنا عبر بالغراس فتفطن لهذه الدقيقة (قوله تفسد) لأن الغراس يتفاوت بقوة الأرض وضعفها تفاوتا فاحشا فلا يمكن صرفه إلى أول ثمرة تخرج منه زيلعى (قوله وكذا لو دفع أصول رطبة الخ) أى تفسد ، وقوله بخلاف الرطبة الخ يوهم أن الفرق بينهما من حيث أن المدفوع فى الأولى أصول الرطبة ، وفى الثانية الرطبة لفسها وليس كذلك ، بل الفرق أنه إذا لم يعلم أول جزة منها متى تكون تفسد ، وإن علم تجوز :

قال فى غاية البيان : ولو دفع أصول رطبة يقوم عليها حتى تذهب أصولها وينقطع نبتها وما خرج نصفان فهو فاسد ، وكذلك النخل والشجر لأنه ليس لذلك وقت معلوم فكانت المدة مجهولة : أما إذا دفع النخيل أو أصول الرطبة معاملة ولم يقل حتى تذهب أصولها الخ يجوز ، وإن لم يبين المدة إذا كان للرطبة جزة معلومة فيقع على أول جزة ، وفى النخيل على أول ثمرة تخرج . وإذا لم يكن للرطبة جزة معلومة ، فلا يجوز بلا بيان المدة (قوله على أول جز) بفتح الجيم وتشديد الزاى : أى مجزوز بمعنى مقطوع (قوله جاز) أى إن كان البذر مما يرغب فيه كما مر .

مطلب فى المساقاة على الحور والصفصاف

[تنبيه] قدمنا صحة المعاملة فى نحو الحور والصفصاف مما لا ثمرة له ، والظاهر أن حكمه كالرطبة فيصح وإن لم يسم المدة ويقع على أول جزة ، وكذا إذا دفع له أصوله وسمى مدة تأمل (قوله المراد منها جميع البقول) كذا قاله ابن الكمال والضمير للرطاب . وفى الجوهرة : الرطاب جمع رطبة كالقصعة والقصاع والبقول غير الرطاب ، فالبقول مثل الكراث والسلق ونحو ذلك ، والرطاب كالقثاء والبطيخ والرمان والعنب والسفرجل والباذنجان وأشباه ذلك اه تأمل (قوله لو فيه الخ) ليس المراد بالتقييد الاحتراز عن شجر لا ثمرة له لما علمت ، بل عما فيه ثمرة مدركة بقرينة ما بعده (قوله يعنى تزيد بالعمل) أقول : أراد بالعمل مايشمل الحفظ ، لما فى الولوالجية وغيرها : دفع كرما معاملة لايحتاج لما سوى الحفظ ، إن بحال لو لم يحفظ يذهب ثمره قبل الإدراك جاز ويكون الحفظ زيادة فى الثمار ، وإن بحال لايحتاج للحفظ لايجوز ولا نصيب للعامل من ذلك اه (قوله وإن مدركة الخ)

(دفع أرضا بيضاء مدة معلومة ليغرس وتكون الأرض والشجر بينهما لاتصح) لاشتراط الشركة

قال الكرخي في مختصره : دفع إليه نخلا فيه طلع معاملة بالنصف جاز ، وكذا لو دفعه وقد صار بسرا أخضر أو أحمر إلا أنه لم يتناه عظمه ، فإن دفعه وقد انتهى عظمه ولا يزيد قليلا ولا كثيرا إلا أنه لم يرطب فسد ، فإن أقام عليه وحفظه حتى صار تمرا فهو لصاحب النخل وللعامل أجر مثله ، وكذلك العنب وجميع الفاكهة في الأشجار ، وكذلك الزرع مالم يبلغ الاستحصاد ، وإذا استحصد لم يجز دفعه لمن يقوم عليه ببعضه ، والجواب فيه كالأول إتقاني (قوله بيضاء) أي لانبات فيها (قوله مدة معلومة) وبدونها بالأولى (قوله وتكون الأرض والشجر بينهما) قيد به إذ لو شرط أن يكون هذا الشجر بينهما فقط صح .

مطلب يشترط في المناصبة بيان المدة

قال في الخالية : دفع إليه أرضا مدة معلومة على أن يغرس فيها غراسا على أن ما تحصل من الأغراس والثمار يكون بينهما جاز اه ومثله في كثير من الكتب ، وتصريحهم بضرب المدة صريح في فسادها بعدمه ووجهه أنه ليس لإدراكها مدة معلومة ، كما قالوا فيما لو دفع غراسا لم تبلغ الثمرة على أن يصلحها فصيرية من الوقف والمساقاة ، ومثله في الحامدية والمرادية وهكذا حققه الرملي في الحاشية ، وهذه تسمى مناصبة ويفعلونها في زماننا بلا بيان مدة ، وقد علمت فسادها . قال الرملي : وإذا فسدت لعدم المدة ينبغي أن يكون الثمر والغرس لرب الأرض وللآخر قيمة الغرس وأجرة المثل ، كما لو فسدت باشتراط بعض الأرض لتساويهما في العلة وهي واقعة الفتوى اه .

أقول : وفي الذخيرة : وإذا انقضت المدة يخير رب الأرض ، إن شاء غرم نصف قيمة الشجرة ويملكها ، وإن شاء قلعها اه : وبيان ذلك فيها في الفصل الخامس فراجعها .

هذا ، وفي التاترخانية والذخيرة : دفع إلى ابن له أرضا ليغرس فيها أغراسا على أن الخارج بينهما نصفان ولم يؤقت له وقتا فغرس فيها ثم مات الدافع عنه وعن ورثة سواه فأراد الورثة أن يكلفوه قلع الأشجار كلها ليقسموا الأرض ، فإن كانت الأرض تحتمل القسمة قسمت ، وما وقع في نصيب غيره كلف قلعه وتسوية الأرض ما لم يصطلحوا ، وإن لم تحتمل يؤمر الغارس بقلع الكل ما لم يصطلحوا اه ، فهذا كالصريح في أن المناصبة تفسد بلا بيان المدة كما فهمه الرملي من تقييدهم بالمدة ، إذ لو صحت لكان الغراس مناصفة كما شرطا ، لكنه يفيد أنه حيث فسدت فالغراس للغارس لا للدافع وهو خلاف ما بحثه الرملي فليتأمل .

ويمكن ادعاء الفرق بين هذا وبين ما إذا فسدت باشتراط نصف الأرض ، ويظهر ذلك مما عللوا به الفساد فإنهم عللوا له بثلاثة أوجه : منها كما في النهاية أنه جعل نصف الأرض عوضا عن جميع الغراس ونصف الخارج عوضا لعمله فصار العامل مشتريا نصف الأرض بالغراس المجهول فيفسد العقد ، فإذا زرعه في الأرض بأمر صاحبها فكأن صاحبها فعل ذلك بنفسه فيصير قابضا ومستهلكا بالعلوق فيجب عليه قيمته وأجر المثل اه ، ولا يتأتى ذلك في مسألتنا بل هو في معنى استئجار الأرض بنصف الخارج : وإذا فسد العقد لعدم المدة يبقى الغراس للغارس ، ونظيره ما مر في المزارعة أنها إذا فسدت فالخارج لرب البذر ، ولا يخفى أن الغرس كالبذر ، وينبغي لزوم أجر مثل الأرض كما في المزارعة ، هذا ما ظهر لي ، والله تعالى أعلم (قوله لاشتراط الشركة الخ) هذا ثاني الأوجه التي عللوا بها الفساد ، وعليه اقتصر في الهداية ، وقال إنه أصحها : قال في العناية : لأنه نظير من استأجر صباغا ليصبغ ثوبه بصبغ نفسه على أن يكون نصف المصبوغ للصباغ فإن الغراس آلة تجعل الأرض

فيما هو موجود قبل الشركة فكان كقفيز الطحان فتفسد (والثمر والغرس لرب الأرض) تبعا لأرضه (وللآخر قيمة غرسه) يوم الغرس (وأجر) مثل (عمله) وحيلة الجواز أن يبيع نصف الغراس بنصف الأرض ويستأجر رب الأرض العامل ثلاث سنين مثلا بشيء قليل ليعمل فى نصيبه صدر الشريعة .

(ذهبت الريح بنواة رجل وألقتها فى كرم آخر فنبتت منها شجرة فهى لصاحب الكرم) إذ لاقيمة للنواة (وكذا لو وقعت خوخة فى أرض غيره فنبتت) لأن الخوخة لا تنبت إلا بعد ذهاب لحمها .

(وتبطل) أى المساقاة (كالمزارعة بموت أحدهما ومضىّ مدتها والثمر نىء) هذا قيد لصورتى الموت ومضىّ المدة (فإن مات العامل تقوم ورثته عليه) إن شاءوا حتى يدرك الثمر (وإن كره الدافع) أى رب الأرض ، وإن أرادوا القلع لم يجبروا على العمل (وإن مات الدافع يقوم العامل كما كان وإن كره ورثة الدافع) دفعا للضرر

بها بستانا كالصبغ للثوب ، فإذا فسدت الإجارة بقيت الآلة متصلة بملك صاحب الأرض وهى متقومة فيلزمه قيمتها كما يجب على صاحب الثوب قيمة ما زاد الصبغ فى ثوبه وأجر عمله اه (قوله فيما هو موجود قبل الشركة) وهو الأرض (قوله فكان كقفيز الطحان) إذ هو استئجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان هداية :

هذا : وأما وجه صحة المناصبة فقال فى الذخيرة لأنهما شرطا الشركة فى جميع ما يخرج بعمل العامل وهذا جائز فى المزارعة فكذا فى المعاملة اه . ومقتضى هذا أن كونها فى معنى قفيز الطحان لايضر إذ هو جار فى معظم مسائل المزارعة والمعاملة ، ولهذا قال الإمام بفسادهما ، وترك صاحباه القياس استدلالا « بأنه عليه الصلاة والسلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع » وهـذا يفيد ترجيح الوجه الذى قدمناه عن النهاية فليتأمل (قوله يوم الغرس) كذا أفاده الرملى ، وقال : لأن الضمان فى مثله من وقت الاستهلاك فتعتبر قيمته من وقته لا من وقت صيرورته شجرا مثمرا ولا من وقت المخاصمة ، فاعلم ذلك فإن المحل قد يشتبه اه (قوله وحيلة الجواز الخ) هذه الحيلة وإن أفادت صحة الاشتراك فى الأرض والغراس لكنها تضر صاحب الأرض لأن استئجار الشريك على العمل فى المشترك لايصح ولا يستحق أجرا إن عمل ، فقد يمتنع عن العمل ويأخذ نصف الأرض بالثمن اليسير ، اللهم إلا أن يحمل على أنهما أفرزا الغراس وغرس كل نصفه فى جانب فتصح الإجارة أيضا فتأمل (قوله إلا بعد ذهاب لحمها) أى وبعد ذهابه لا قيمة للنواة فكانت كالمسألة الأولى ط .

قال فى المنح عن الخانية : بخلاف الصيد إذا فرخت فى أرض إنسان أو باضت لأن الصيد ليس من جنس الأرض ولا متصل بها (قوله فإن مات العامل الخ) أشار إلى أن العقد وإن بطل لكنه يبقى حكما أى استحسانا كما فى شرحه على الملتقى وغيره دفعا للضرر ، فاندفع ما فى الشرنبلالية من دعوى التنافى تأمل (قوله وإن أرادوا القلع) التعبير به يناسب المزارعة لا المساقاة اه ح .

قلت : والأحسن القطع لأنه أشمل تأمل (قوله لم يجبروا على العمل) أى بل يخير الآخر بين أن يقسم البسر على الشرط ، وبين أن يعطيهم قيمة نصيبهم من البسر ، وبين أن ينفق على البسر حتى يبلغ فيرجع بذلك فى حصتهم من الثمر كما فى الهداية ح (قوله يقوم العامل الخ) ولو التزم الضرر تتخير ورثة الآخر كما مر ، ونظيره فى المزارعة كما فى الهداية أيضا .

واستشكل الزيلعى الرجوع على العامل أو ورثته فى حصته من الثمر فقط ، وكان ينبغى الرجوع بجميع النفقة لأن العامل إنما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه ، ولهذا إذا اختار المضى أو لم يمت صاحبه كان العمل كله عليه ، فلو كان الرجوع بحصته فقط يؤدى إلى أن العمل يجب عليهما حتى تستحق المؤنة بحصته فقط وهذا خلف

(وإن ماتا فالخيار في ذلك لورثة العامل) كما مر (وإن لم يمت أحدهما بل انقضت مدتها) أى المساقاة (فالخيار للعامل) إن شاء عمل على ماكان (وتفسخ بالعذر كالمزارعة) كما فى الإجارات (ومنه كون العامل عاجزا عن العمل ، وكونه سارقا يخاف على ثمره وسعفه منه) دفعا للضرر .

[فروع] ما قبل الإدراك كسقى وتلقيح وحفظ فعلى العامل ، وما بعده كجذاذ وحفظ فعليهما ، ولو شرط على العامل فسدت اتفاقا ملتقى . والأصل أن ماكان من عمل قبل الإدراك كسقى فعلى العامل وبعده كحصاد

لأنه يؤدى إلى استحقاق العامل بلا عمل فى بعض المدة وكذا هذا الإشكال وارد فى المزارعة أيضا اه . وأجاب فى السعدية بأن المعنى أن الرجوع فى حصة العامل بجميع النفقة لابحصته كما فهمه هذا الفاضل اه . وهذا الجواب موافق لما قدمناه فى المزارعة على التاترخانية ، من أنه يرجع بجميع النفقة مقدرا بالحصة ، ولقول الهداية هناك يرجع بما ينفقه فى حصته ولم يقل بنصفه ولابحصته ، ومعنى كوله مقدرا بالحصة أنه يرجع بما أنفق فى حصة العامل إن كان قدرها أو دونها لا بالزائد عليها كما نقل عن المقدسى . قال الحموى : نعم يرد هذا : أى إشكال الزيلعى على ما فى الكافى والغاية والمبسوط من أنه يرجع بنصف ما أنفقه .

هذا ، واعلم أن الرجوع بجميع النفقة هو الموافق لما قرره فى المزارعة ، وتقدم متنا من أنه لو مات رب الأرض والزرع بقل فالعمل على العامل لبقاء العقد ، ولو انقضت المدة فعليهما بالحصص وعن هذا صرح فى الذخيرة بأن ورثة رب الأرض إذا أنفقوا بأمر القاضى رجعوا بجميع النفقة مقدرا بالحصة ، وفى انتهاء المدة يرجع رب الأرض على المزارع بالنصف مقدرا بالحصة : والفرق بقاء العقد فى الأول ، وكون العمل على العامل فقط ، بخلاف الثانى ، وتمامه مر فى المزارعة ، وهذا كله وإن كان فى المزارعة لكن المساقاة مثلها كما قدمناه آنفا عن الهداية ويأتى ، ولم يفرقوا هنا بينهما الامن وجه واحد يأتى قريبا . ثم اعلم أن ظاهر التقييد بأمر القاضى أنه لارجوع بدونه فتنبه (قوله وإن ماتا الخ) قال فى الهداية : فإن أبى ورثة العامل أن يقوّموا عليه كان الخيار فى ذلك لورثة رب الأرض على ما وصفنا (قوله بل انقضت مدتها) أى والثمر نىء ، فهذا والأول سواء هداية (قوله إن شاء عمل) أى كالمزارعة لكن هنا لايجب على العامل أجر حصته إلى أن يدرك لأن الشجر لا يجوز استئجاره ، بخلاف المزارعة حيث يجب عليه أجر مثل الأرض ، وكذا العمل كله على العامل وفى المزارعة عليهما زيلعى ، وإن أبى عن العمل خير الآخر بين خيارات ثلاثة كما بينا إتقانى :

[فرع] قام العامل على الكرم أياما ثم ترك فلما أدرك الثمر جاء يطلب الحصة إن ترك فى وقت صار للثمرة قيمة له الطلب ، وإن قبله فلا بزازية (قوله وتفسخ بالعذر) وهل يحتاج إلى قضاء القاضى؟ فيه روايتان ذكرناهما فى المزارعة إتقانى ، وهل سفر العامل عذر فيه روايتان . قال فى البزازية : والصحيح أنه يوفق بينهما ، فهو عذر إذا شرط عليه عمل نفسه ، وغير عذر إذا أطلق ، وكذا التفصيل فى مرض العامل اه (قوله وسعفه) بالتحريك جمع سعفة : غصن النخل صحاح ، ونقله ابن الكمال عن المغرب ، وكتب فى الهامش أن ما فى زكاة العناية من أنه ورق الجريد الذى يتخذ منه المراوح ليس بذاك اه ، لكن ذكر القهستانى أنه يطلق عليهما (قوله منه) أى من العامل متعلق بقوله يخاف (قوله ولو شرط على العامل فسدت اتفاقا) عبارة الهداية : ولو شرط الجذاذ على العامل فسدت اتفاقا لأنه لا عرف فيه اه ، وقدم الشارح آخر المزارعة عن الخلاصة أنه يضمن العنب بترك الحفظ للعرف فتنبه (قوله والأصل الخ) لم يفد شيئا زائدا على ما قبله ، فإن ما قبله أصل لذكره على وجه العموم تأمل .

عليهما كما بعد القسمة فليحفظ :

دفع كرمة معاملة بالنصف ثم زاد أحدهما على النصف ، إن زاد رب الكرم لم يجز لأنه هبة مشاع يقسم ، وإن زاد العامل جاز لأنه إسقاط ،

دفع الشجر لشريكه مساقاة لم يجز فلا أجر له

وذكر فى التاترخانية عن الينابيع أن اشتراط ما لا تبقى منفعته بعد المدة على المساقى كالتلقيح والتأبير والسقى جائز ، وما تبقى منفعته بعدها كإلقاء السرقين ونصب العرائش وغرس الأشجار ونحو ذلك مفسد (قوله كما بعد القسمة) أى كالعمل الذى بعد قسمة الخارج : قال فى العناية : كالحمل إلى البيت والطحن وأشباههما وهما ليسا من أعمالها فيكونان عليهما ، لكن فيما هو قبل القسمة على الاشتراك، وفيما هو بعدها على كل واحد منهما فى نصيبه خاصة لتميز ملك كل واحد منهما عن ملك الآخر (قوله ثم زاد أحدهما الخ) ذكر فى الهندية أصلا حسنا فقال : الأصل ما مر مرارا أن كل موضع احتمل إنشاء العقد احتمل الزيادة وإلا فلا ، والحط جائز فى الموضعين ، فإذا دفع نخلا بالنصف معاملة فخرج الثمر ، فإن لم يتناه عظمه جازت الزيادة منهما أيهما كان، ولو تناهى عظم البسر جازت الزيادة من العامل لرب الأرض، ولا تجوز الزيادة من رب الأرض للعامل شيئا اه ، فإن حمل ماذكر هنا على ما إذا تناهى العظم حصل التوفيق، أما قبل التناهى فهو بمنزلة إنشاء العقد ، وإنشاؤه حينئذ من الطرفين جائز كما يشير إليه أصل الهندية فتدبر اه ط .

قلت : وذكر نحو هذا الأصل فى التاترخانية، وذكر أن المزارعة والمعاملة سواء (قوله دفع الشجر لشريكه مساقاة لم يجز) أى إذا شرط له أكثر من قدر نصيبه : قال فى التاترخانية : وإذا فسدت فالخارج بينهما نصفان على قدر نصيبهما فى النخيل، ولو اشترطا أن يكون الخارج بينهما نصفين جاز اه وفساد مساقاة الشريك مذكور فى المنح وغيرها ، وبه أفتى فى الخيرية والحامدية ، فما يفعل فى زماننا فاسد فتنبه ، وقيد بالمساقاة لأن المزارعة بين الشريكين فى أرض وبذر منهما تصح فى أصح الروايتين : والفرق كما فى الذخيرة أن معنى الإجارة فى المعاملة راجح على معنى الشركة ، وفى المزارعة بالعكس .

[فرع] لو ساق أحد الشريكين على نصيبه أجنبيا بلا إذن الآخر هل يصح؟ فعند الشافعية نعم: قال الرملى: والظاهر أن مذهبنا كذلك لأن المساقاة إجارة وهى تجوز فى المشاع عندهما ، والمعول عليه فى المساقاة والمزارعة مذهبهما ، فتجوز المساقاة فى المشاع ، ولم أر من صرح به : ثم رأيت المؤلف أجاب بأنها تصح عندهما كما تفقهت ولله تعالى الحمد والمنة اه .

أقول : فيه بحث ، لأن معنى الإجارة وإن كان راجحا فى المساقاة كما قدمناه آنفا ، لكن الإجارة فيها من جانب العامل لا الشجر ، لأن استئجار الشجر لا يجوز كما مر ، فالعامل فى الحقيقة أجير لرب الشجر بجزء من الخارج ، ولا شيوع فى العامل بل الشيوع فى الأجرة فلم يوجد هنا إجارة المشاع التى فيها الخلاف فتدبر .

على أنه ذكر فى التاترخانية فى الفصل الخامس مانصه : إذا دفع النخيل معاملة إلى رجلين يجوز عند أبى يوسف ولا يجوز عند أبى حنيفة وزفر، ولو دفع نصف النخيل معاملة لا يجوز اه ، فإن كان المراد أن النخيل كله للدافع كما هو المتبادر فعدم الجواز فيه يدل على عدم الجواز فى المشترك بالأولى ، بل يفيد عدم الجواز ولو بإذن الشريك كما لايخفى على المتأمل ، وإن كان المراد أن النخيل مشترك ودفع أحدهما لأجنبى فالأمر أظهر ، فتعين ما قلناه وثبت أن مساقاة الشريك لأجنبي ولو بإذن الشريك الآخر لا تصح كمساقاة أحد الشريكين للآخر ، هذا ماظهر

لأنه شريك فيقع العمل لنفسه . وفى الوهبانية :

وما للمساقى أن يساقى غيره وإن أذن المولى له ليس ينكر

وفى معاياتها: وأى شياه دون ذبح يحلها وأى المساق والمزارع يكفر

كتاب الذبائح

مناسبتها للمزارعة كونهما إتلافا فى الحال للانتفاع بالنبات واللحم فى المآل . الذبيحة اسم ما يذبح كالذبح بالكسر ، وأما بالفتح فقطع الأوداج .

لفهمى القاصر ، والله أعلم (قوله لأنه شريك الخ) هذا يوضح لك ما أوردناه على الحيلة التى نقلها عن صدر الشريعة (قوله فيقع العمل لنفسه) أى أصالة ولغيره تبعا ط (قوله وما للمساقى الخ) فلو ساقى بلا إذن فالخارج للمالك كما أفتى به فى الحامدية .

قال فى الذخيرة : دفع إليه معاملة ولم يقل له اعمل برأيك فدفع إلى آخر فالخارج لمالك النخيل وللعامل أجر مثله على العامل الأول بالغا ما بلغ ، ولا أجر للأول لأنه لايملك الدفع ، إذ هو إيجاب الشركة فى مال الغير ، وعمل الثانى غير مضاف إليه لأن العقد الأول لم يتناوله ، ولو هلك الثمر فى يد العامل الثانى بلا عمله وهو على رؤوس النخيل لايضمن ، وإن من عمل الأجير فى أمر يخالف فيه أمر الأول يضمن لصاحب النخيل العامل الثانى لا الأول ، وإن هلك من عمله فى أمر لم يخالف أمر الأول فارب النخيل أن يضمن أيا شاء ، وللأخير إن ضمنه الرجوع على الأول اه ومثله فى التاترخانية والبزازية ، وبه أفتى العلامة قاسم ، ونقله عن عدة كتب ؛ فتنبه للذلك فإنه خفى على كثيرين .

بقى أنه لم يبين حكم المزارع ، وذكر فى الذخيرة وغيرها أنه على وجهين : الأول أن يكون البذر من رب الأرض ، فليس للمزارع دفعها مزارعة إلا بإذن ولو دلالة لأن فيه اشتراك غيره فى مال رب الأرض بلارضاه. والثانى أن يكون من المزارع فله الدفع ولو بلا إذن لأنه يشرك غيره فى ماله ، وتفاصيل المسألة طويلة فلتراجع (قوله وأى شياه الخ) هى الشاة التى ندت خارج المصر ولا يقدر على أخذها يكفى فيها الجرح فى أى مكان مع التسمية كالصيد ، والمراد بالكفر الستر ، سمى الزارع كافرا لأنه يستر الحب ، فكل مزارع ومساق إذا بذر يكفر أى يستر شرنبلالى ، وفى كون المساقى يستر نظر ، فتدبر والله تعالى أعلم .

كتاب الذبائح

(قوله مناسبتها للمزارعة الخ) كذا فى شروح الهداية. قال فى الحواشى السعدية : كان ينبغى أن تبين المناسبة بين الذبائح والمساقاة لذكرها بعد المساقاة ، ويقول فى كل منهما إصلاح ما لاينتفع به بالأكل فى الحال للانتفاع فى المآل اه :

أقول : قد يجاب بأنه لما كانت المساقاة متحدة مع المزارعة شروطا وحكما وخلافا كما مر ، وذكرا فى كثير من الكتب فى ترجمة واحدة ، ونقل القهستانى عن النتف أن المساقاة من المزارعة تسامحوا فى ذلك (قوله إتلافا فى الحال) لأن فيهما إلقاء البذر فى الأرض واستهلاكه فيها وإزهاق روح الحيوان وتخريب بنيته ، لكن هذا الإتلاف فى الحقيقة إصلاح فلا ينافى ما مر فتدبر (قوله الذبيحة اسم ما يذبح) فالإطلاق باعتبار ما يئول (قوله كالذبح بالكسر) فهما بمعنى واحد ، ومنه قوله تعالى — وفديناه بذبح عظيم — (قوله وأما بالفتح) فى بعض النسخ : وأما الفتح ، والمراد المفتوح (قوله فقطع الأوداج) فيه تغليب كما يأتى ،

(حرم حيوان من شأنه الذبح) خرج السمك والجراد فيحلان بلا ذكاة ، ودخل المتردية والنطيحة وكل (مالم يذك) ذكاء شرعيا اختياريا كان أواضطراريا (وذكاة الضرورة جرح) وطعن وإنهار دم (فى أى موضع وقع من البدن ، و) ذكاة (الاختيار ذبح بين الحلق واللبة) بالفتح : المنحر من الصدر (وعروقه الحلقوم) كله وسطه أو أعلاه أو أسفله : وهو مجرى النفس .

(قوله من شأنه الذبح) أى شرعا لأن السمك والجراد يمكن ذبحهما ط أى إن كان لها أوداج ، وإلا فلا يمكن فيهما أصلا تأمل (قوله ودخل)أى فيما يحرم المتردية والنطيحة ، وكذا المريضة والتى بقر الذئب بطنها على مايأتى بيانه (قوله وكل مالم يذك) هذا الدخول اقتضى خروج المتن عن كونه قيدا فى التعريف اهـ ح (قوله ذكاء شرعيا) المعروف الذكاة بالهاء فليراجع اهـ ح .

أقول : فى القاموس التذكية الذبح كالذكاء والذكاة (قوله وذكاة الضرورة) أي في صيد غير مستأنس ونحوه مما يأتى متنا وشرحا (قوله وطعن وإنهار دم) كذا فى المنح ، فالأول عطف خاص على عام والثانى مسبب عنهما : قال ط : ولو اقتصر على الجرح كما اقتصر غيره لكان أولى (قوله بين الحلق واللبة) الحلق فى الأصل الحلقوم كما فى القاموس : أى من العقدة إلى مبدإ الصدر ، وكلام التحفة والكافى وغيرهما يدل على أن الحلق يستعمل فى العنق بعلاقة الجزئية ، فالمعنى بين مبدإ الحلق : أى أصل العنق كما فى القهستانى ، فكلام المصنف محتمل للروايتين الآتيتين (قوله بالفتح) أى والتشديد (قوله وعروقه) أى الحلق لا الذبح قهستانى (قوله الحلقوم) هو الحلق زيد فيه الواو والميم كما فى المقاييس قهستانى (قوله وسطه أو أعلاه أو أسفله) العبارة للإمام محمد فى الجامع الصغير لكنها بالواو ، وأتى الشارح بأو إشارة إلى أن الواو فيها بمعنى أو ، إذ ليس الشرط وقوع الذبح فى الأعلى والأوسط والأسفل بل فى واحد منها فافهم، قال فى الهداية وفى الجامع الصغير : لا بأس بالذبح فى الحلق كله وسطه وأعلاه وأسفله ، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « الذكاة ما بين اللبة واللحيين » ولأنه مجمع العروق فيحصل بالفعل فيه إنهار الدم على أبلغ الوجوه فكان حكم لكل سواء اهـ. وعبارة المبسوط : الذبح مابين اللبة واللحيين كالحديث .

قال فى النهاية : وبينهما اختلاف من حيث الظاهر لأن رواية المبسوط تقتضى الحل فيما إذا وقع الذبح قبل العقدة لأنه بين اللبة واللحيين ، ورواية الجامع تقتضى عدمه لأنه إذا وقع قبلها لم يكن الحلق محل الذبح فكانت رواية الجامع مقيدة لإطلاق رواية المبسوط : وقد صرح فى الذخيرة بأن الذبح إذا وقع أعلى من الحلقوم لا يحل لأن المذبح هو الحلقوم لكن رواية الإمام الرستغفنى(١) تخالف هذه ، حيث قال : هذا قول العوام وليس بمعتبر ، فتحل سواء بقيت العقدة مما يلى الرأس أو الصدر ، لأن المعتبر عندنا قطع أكثر الأوداج وقد وجد ، وكان شيخى يفتى بهذه الرواية ويقول : الرستغفنى إمام معتمد فى القول والعمل ، ولو أخذنا يوم القيامة للعمل بروايته نأخذه كما أخذنا اهـ ما فى النهاية ملخصا ؛ وذكر فى العناية أن الحديث دليل ظاهر لهذه الرواية ورواية المبسوط تساعدها ، وما فى الذخيرة مخالف لظاهر الحديث اهـ .

أقول : بل رواية الجامع تساعد رواية الرستغفنى أيضا ، ولا تخالف رواية المبسوط بناء على ما مر عن القهستانى من إطلاق الحلق على العنق ، وقد شنع الإتقانى فى غاية البيان على من خالف تلك الرواية غاية التشنيع ،

---

(١) (الرستغفنى) هو على بن سعيد أبو الحسن ، من رستغفن بضم الراء وسكون السين المهملتين وضم التاء ثالث الحروف وسكون الغين المعجمة وبالنون بعد الفاء : إحدى قرى سمرقند ، كذا فى طبقات عبد القادر اهـ مؤلفه .

على الصحيح (والمرىء) هو مجرى الطعام والشراب (والودجان) مجرى الدم (وحل) المذبوح (بقطع أى ثلاث منها) إذ للأكثر حكم الكل وهل يكفى قطع أكثر كل منها ؟ خلاف وصحح البزازى قطع كل حلقوم ومرىء وأكثر ودج وسيجىء أنه يكفى من الحياة قدر ما يبقى فى المذبوح (و) حل الذبح (بكل ما أفرى الأوداج) أراد بالأوداج كل الأربعة تغليبا (وأنهر الدم) أى أساله

وقال : ألا ترى قول محمد فى الجامع أو أعلاه فإذا ذبح فى الأعلى لابد أن تبقى العقدة تحت ولم يلتفت إلى العقدة فى كلام الله تعالى ولا كلام رسوله صلى الله عليه وسلم ، بل الذكاة بين اللبة واللحيين بالحديث ، وقد حصلت لا سيا على قول الإمام من الاكتفاء بثلاث من الأربع أيا كانت .

ويجوز ترك الحلقوم أصلا فبالأولى إذا قطع من أعلاه وبقيت العقدة أسفل اهـ ، ومثله فى المنح عن البزازية وبه جزم صاحب الدرر والملتقى والعينى وغيرهم ، لكن جزم فى النقاية والمواهب والإصلاح بأنه لابد أن تكون العقدة مما يلى الرأس وإليه مال الزيلعى وقال : ماقاله الرستغفنى مشكل ، فإنه لم يوجد فيه قطع الحلقوم ولا المرىء وأصحابنا وإن اشترطوا قطع الأكثر فلابد من قطع أحدهما عند الكل ، وإذا لم يبق شىء من العقدة مما يلى الرأس لم يحصل قطع واحد منهما فلا يؤكل بالإجماع الخ . ورده محشيه الشلبى والحموى . وقال المقدسى : قوله لم يحصل قطع واحد منهما ممنوع بل خلاف الواقع ، لأن المراد بقطعهما فصلهما عن الرأس أو عن الاتصال باللبة اهـ . وقال الرملى : لايلزم منه عدم قطع المرىء إذ يمكن أن يقطع الحرقد كزبرج وهو أصل اللسان وينزل على المرىء فيقطعه فيحصل قطع الثلاثة اهـ .

أقول : والتحرير للمقام أن يقال : إن كان بالذبح فوق العقدة حصل قطع ثلاثة من العروق . فالحق ماقاله شراح الهداية تبعا للرستغفنى ، وإلا فالحق خلافه ، إذ لم يوجد شرط الحل باتفاق أهل المذهب ، ويظهر ذلك بالمشاهدة أو سؤال أهل الخبرة ، فاغتنم هذا المقال ودع عنك الجدال (قوله على الصحيح) لأنه المذكور فى أكثر كتب اللغة والطب .

وفى الهداية أنه مجرى العلف والماء ، والمرىء مجرى النفس . قال صدر الشريعة : وهو سهو ، لكن نقل مثله ابن الكمال عن الكشاف فى تفسير سورة الأحزاب والقهستانى عن المبسوطين . وقال فى الطلبة : الحلقوم مجرى الطعام ، والمرىء مجرى الشراب . وفى العينى أنه مجراهما (قوله والمرىء) بالهمز قال فى القاموس كأمير (قوله والودجان) تثنية ودج بفتحتين : عرقان عظيمان فى جانبى قدام العنق بينهما الحلقوم والمرىء قهستانى (قوله إذ للأكثر حكم الكل) ولقوله عليه الصلاة والسلام « أفر الأوداج بما شئت » وهو اسم جمع وأقله الثلاث . قال فى العناية : والفرى القطع للإصلاح ، والإفراء للإفساد فكسر الهمزة أنسب (قوله وهل يكفى قطع أكثر كل منها) أى من الأربعة ، وهذا قول محمد والأول قول الإمام . وعند أبى يوسف يشترط قطع الأولين وأحد الودجين ، وكان قوله قول الإمام . وعن أبى يوسف رواية ثالثة ، وهى اشتراط قطع الحلقوم مع آخرين ذكره الإتقانى وغيره (قوله وصحح البزازى الخ) عبارته : أصح الأجوبة فى الأكثر عنه : إذا قطع الحلقوم والمرىء والأكثر من كل ودجين يؤكل ومالا فلا اهـ . ويظهر من كلام غيره أن الضمير فى عنه راجع للإمام محمد فتأمل (قوله وسيجىء) أى قبيل قوله ذبح شاة . وفى المنح عن الجوهرة والينابيع : إذا مرضت الشاة ولم يبق فيها من الحياة إلا مقدار مايعيش المذبوح ، فعندهما لا تحل بالذكاة ، والمختار أن كل شىء ذبح وهو حى أكل ، وعليه الفتوى لقوله تعالى — إلا ماذكيتم — من غير تفصيل (قوله بكل) متعلق بقطع (قوله أراد بالأوداج الخ)

(ولو بنار أو (بليطة) أى قشر قصب (أو مروة) هى حجر أبيض كالسكين يذبح بها (إلا سنا وظفرا قائمين، ولو كانا منزوعين حل) عندنا (مع الكراهة) لما فيه من الضرر بالحيوان كذبحه بشفرة كليلة.

(وندب إحداد شفرته قبل الإضجاع، وكره بعده كالجر برجلها إلى المذبح وذبحها من قفاها) إن بقيت حية حتى تقطع العروق وإلا لم تحل لموتها بلا ذكاة (والنخع) بفتح فسكون: بلوغ السكين النخاع، وهو عرق أبيض فى جوف عظم الرقبة.

(و) كره كل تعذيب بلا فائدة مثل (قطع الرأس والسلخ قبل أن تبرد) أى تسكن عن الاضطراب وهو تفسير باللازم كما لا يخفى (و) كره (ترك التوجه إلى القبلة) لمخالفته السنة.

(وشرط كون الذابح مسلما حلالا خارج الحرم إن كان صيدا)

يشير إلى أنه ليس المراد خصوص الودجين والجمع لما فوق الواحد، بل المراد الأربعة تغليبا أى بكل آلة تقطعها، ولا يخفى أن وصف الآلة بذلك لا يفيد اشتراط قطع الأربعة للحل حتى ينافى مامر فافهم (قوله ولو بنار) قال فى الدر المنتقى: وهل تحل بالنار على المذبح؟ قولان، الأشبه لا كما فى القهستانى عن الزاهدى.

قلت: لكن صرحوا فى الجنايات بأن النار عمد وبها تحل الذبيحة، لكن فى المنح عن الكفاية إن سال بها الدم تحل وإن تجمد لا اه فليحفظ وليكن التوفيق اه (قوله أو بليطة) بكسر اللام وسكون الياء آخر الحروف: هى قشر القصب اللازق والجمع ليط اه ط عن الحموى (قوله أو مروة) صححها بعض شراح الوقاية بكسر الميم ولم نجده فى المعتبرات من اللغات، وقد أوردها صاحب الدستور فى الميم المفتوحة كذا قاله أخى زاده منح (قوله مع الكراهة) أى كراهة الذبح بها، وأما أكل الذبيح بها لا بأس به كما فى العناية والاختيار شرنبلالية (قوله بشفرة) بفتح الشين ح عن جامع اللغة. وفى القاموس أنها السكين العظيم، وما عرض من الحديد وحد وجمعه شفار (قوله وندب الخ) للأمر به فى الحديث، ولأنها تعرف مايراد بها كما جاء فى الخبر «أبهمت البهائم إلا عن أربعة: خالقها، ورازقها، وحتفها، وسفادها» شرنبلالية عن المبسوط (قوله إن بقيت حية الخ) قال الفقيه أبو بكر الأعمش: وهذا إنما يستقيم أن لو كانت تعيش قبل قطع العروق بأكثر مما يعيش المذبوح حتى تحل بقطع العروق ليكون الموت مضافا إليه، وإلا فلا تحل لأنه يحصل الموت مضافا إلى الفعل السابق إتقانى، لكن رأيت بهامشه، قال الحاكم الشهيد: هذا التفصيل يصح فيما إذا قطعه بدفعتين، فلو بدفعة فلا حاجة إليه كما قلنا فى الديات: لو شجه موضحتين بضربة ففيه أرش وبضربتين أرشان اه.

أقول: وهو الذى يظهر لمن تدبر ولذا لم يذكر جمهور الشراح هذا التفصيل (قوله والنخع) بالنون والخاء المعجمة والعين المهملة (قوله بلوغ السكين النخاع) المناسب إبلاغ السكين اه ح. وقيل النخع: أن يمد رأسه حتى يظهر مذبحه، وقيل أن يكسر عنقه قبل أن يسكن عن الاضطراب، فإن الكل مكروه لما فيه من تعذيب حيوان بلا فائدة هداية. وذكر الزمخشرى أن الأخير هو البخع بالباء دون النون، وصوبه المطرزى وغيره إلا أن الكواشى رده بأن البخاع بالباء لم يوجد فى اللغة. وقال ابن الأثير: طالما بحثت عنه فى كتب اللغة والطب والتشريح فلم أجده فجرد منع الفاضل التفتازانى لذلك ليس بشىء قهستانى: والنخاع بالنون قال فى العناية: بالفتح والكسر والضم لغة (قوله وكره الخ) هذا هو الأصل الجامع فى إفادة معنى الكراهة عناية (قوله أى تسكن عن الاضطراب) كذا فسره فى الهداية (قوله وهو تفسير باللازم) لأنه يلزم من برودتها سكوتها بلا عكس (قوله لمخالفته السنة) أى المؤكدة لأنه توارثه الناس فيكره تركه بلا عذر إتقانى (قوله إن كان صيدا) قيد لقوله

فصيد الحرم لاتحله الذكاة فى الحرم مطلقا (أو كتابيا ذميا أو حربيا) إلا إذا سمع منه عند الذبح ذكر المسيح (فتحل ذبيحتهما ، ولو) الذابح (مجنونا أو امرأة أو صبيا يعقل التسمية والذبح) ويقدر

حلالا ، وقوله خارج الحرم ، واحترز به عن ذبح الشاة ونحوها فتحل من محرم وغيره ولو فى الحرم (قوله فصيد الحرم لا تحله الذكاة فى الحرم مطلقا) أى سواء كان المذكى حلالا أو محرما كما أن المحرم لايحل الصيد بذكاته فى الحل أو الحرم ، وتقييده بقوله فى الحرم يفيد أن الحلال لو أخرجه إلى الحرم وذبحه فيه يحل : قال ط : والظاهر خلافه اه .

أقول : يؤيده إطلاق الإتقانى حيث قال : وكذا صيد الحرم لاتحل ذبيحته أصلا لا للمحرم ولا للحلال ، ويؤيده أيضا قول الهداية : لأن الذكاة فعل مشروع ، وهذا الصنيع محرم فلم يكن ذكاة (قوله ذميا أو حربيا) وكذا حربيا أو تغلبيا ، لأن الشرط قيام الملة هداية ، وكذا الصابئة لأنهم يقرون بعيسى عليه السلام قهستانى :

وفى البدائع : كتابهم الزبور ولعلهم فرق ، وقدم الشارح فى الجزية أن السامرة تدخل فى اليهود لأنهم يدينون بشريعة موسى عليه السلام ، ويدخل فى النصارى الإفرنج والأرمن سائحانى : وفى الحامدية : وهل يشترط فى اليهودى أن يكون إسرائيليا وفى النصرانى أن لايعتقد أن المسيح إله ؟ مقتضى إطلاق الهداية وغيرها عدمه ، وبه أفتى الجد فى الإسرائيلى ، وشرط فى المستصفى لحل مناكحتهم عدم اعتقاد النصرانى ذلك . وفى المبسوط : ويجب أن لا يأكلوا ذبائح أهل الكتاب إن اعتقدوا أن المسيح إله وأن عزيرا إله ، ولا يتزوجوا بنسائهم ، لكن فى مبسوط شمس الأئمة : وتحل ذبيحة النصارى مطلقا سواء قال ثالث ثلاثة أو لا ، ومقتضى الدلائل الجواز كما ذكره التمرتاشى فى فتاواه ، والأولى أن لايأكل ذبيحتهم ولا يتزوج منهم إلا للضرورة كما حققه الكمال ابن الهمام اه .

وفى المعراج أن اشتراط ماذكر فى النصارى مخالف لعامة الروايات (قوله إلا إذا سمع منه عند الذبح ذكر المسيح) فلو سمع منه ذكر الله تعالى لكنه عنى به المسيح قالوا يؤكل إلا إذا نص فقال باسم الله الذى هو ثالث ثلاثة هندية ، وأفاد أنه يؤكل إذا جاء به مذبوحا عناية ، كما إذا ذبح بالحضور وذكر اسم الله تعالى وحده (قوله ولو الذابح مجنونا) كذا فى الهداية والمراد به المعتوه كما فى العناية عن النهاية لأن المجنون لاقصد له ولانية ، لأن التسمية شرط بالنص وهى بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا ، يعنى قوله إذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط اه ، ولذا قال فى الجوهرة : لا تؤكل ذبيحة الصبى الذى لا يعقل والمجنون والسكران الذى لايعقل اه شرنبلالية ، لكن فى التبيين : ولو سمى ولم تحضره النية صح اه فيفيد أنه لا حاجة إلى التأويل كذا قيل ، وفيه نظر لقول الزيلعى بعده لأن ظاهر حاله يدل على أنه قصد التسمية على الذبيحة اه فإن المجنون المستغرق لا قصد له فتدبر (قوله يعقل التسمية الخ) زاد فى الهداية : ويضبط ، وهما قيد لكل المعطوفات السابقة واللاحقة ، إذ الاشتراك أصل فى القيود ، كما تقرر قهستانى ، فالضمير فيه للذابح المذكور فى قوله وشرط كون الذابح لا للصبى كما وهم .

واختلف فى معناه ، ففى العناية قيل يعنى يعقل لفظ التسمية ، وقيل يعقل أن حل الذبيحة بالتسمية ويقدر على الذبح ويضبط : أى يعلم شرائط الذبح من فرى الأوداج والحلقوم اه :

ونقل أبو السعود عن مناهى الشرنبلالية أن الأول الذى ينبغى العمل به لأن التسمية شرط فيشترط حصوله لاتحصيله ، فلا يتوقف الحل على علم الصبى أن الذبيحة إنما تحلها التسمية اه وهكذا ظهر لى قبل أن أراه مسطورا ،

(أو أقلف أو أخرس لا) تحل (ذبيحة) غير كتابي من (وثني ومجوسي ومرتد) وجني وجبري لو أبوه سنيا ،

ويؤيده مافي الحقائق والبزازية : لو ترك التسمية ذاكرا لها غير عالم بشرطيتها فهو في معنى الناسي اه (قوله أو أقلف) هو الذي لم يختن وكذا الأغلف : وذكره احترازا عما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه كان يكره ذبيحته إتقاني (قوله أو أخرس) مسلما أو كتابيا ، لأن عجزه عن التسمية لا يمنع صحة ذكاته كصلاته إتقاني (قوله لا تحل ذبيحة غير كتابي) وكذا الدروز كما صرح به الحصني من الشافعية ، حتى قال : لا تحل القريشة المعمولة من ذبائحهم وقواعدنا توافقه ، إذ ليس لهم كتاب منزل ولا يؤمنون بنبي مرسل . والكتابي من يؤمن بنبي ويقر بكتاب رملي .

أقول : وفي بلاد الدروز كثير من النصارى ، فإذا جيء بالقريشة أو الجبن من بلادهم لا يحكم بعدم الحل مالم يعلم أنها معمولة بأنفحة ذبيحة درزي ، وإلا فقد تعمل بغير أنفحة ، وقد يذبح الذبيحة نصراني تأمل ، وسيأتي عن المصنف آخر كتاب الصيد أن العلم بكون الذابح أهلا للذكاة ليس بشرط ، ويأتي بيانه هناك إن شاء الله تعالى (قوله وجني) لما في الملتقط « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذبائح الجن » اه أشباه ، والظاهر أن ذلك محله مالم يتصور بصورة الآدمي ويذبح وإلا فتحل نظرا إلى ظاهر الصورة ويحرر اه ط (قوله وجبري إلخ) الظاهر أن صاحب الأشباه أخذه من القنية ، ونص عبارتها بعد أن رقم لبعض المشايخ : وعن أبي علي أنه تحل ذبيحة المجبرة إن كان آباؤهم مجبرة فإنهم كأهل الذمة ، وإن كان آباؤهم من أهل العدل لم تحل لأنهم بمنزلة المرتدين اه ومراده بأبي علي الجبائي رئيس أهل الاعتزال ، وبالمجبرة أهل السنة والجماعة فإنهم يسمون أهل السنة بذلك كما يفصح عنه كلام البيهقي الجشمي منهم في تفسيره ، والمراد بأهل العدل أنفسهم كما علم ذلك في علم الكلام، فقد غير صاحب الأشباه المجبرة بالجبرية اه منح :

أقول : وأيضا غير أهل العدل بالسني ، فإن المعتزلة لم يتسموا بأهل السنة بل بأهل العدل لقولهم بوجوب الصلاح والأصلح على الله تعالى ، وأنه تعالى لايخلق الشر لزعمهم الفاسد أن خلاف ذلك ظلم ، تعالى الله عما لايليق به علوا كبيرا ، لكن تغييره المجبرة بالجبرية لاضرورة فيه ، لما في تعريفات السيد الشريف : الجبر إسناد فعل العبد إلى الله تعالى . والجبرية اثنتان : متوسطة تثبت للعبد كسبا في الفعل كالأشعرية ، وخالصة لاتثبته كالجهمية اه : فالجبرية يطلق عليهما لكن الجبرية الخالصة يقولون إن العبد بمنزلة الجمادات ، وأن الله تعالى لا يعلم الشيء قبل وقوعه ، وأن علمه حادث لا في محل ، وأنه سبحانه لا يتصف بما يوصف به غيره كالعلم والقدرة ، وأن الجنة والنار يفنيان . ووافقوا المعتزلة في نفي الرؤية وخلق الكلام كما في المواقف :

والحاصل أنه إن أريد بالجبري من هو من أهل السنة والجماعة وأن ذبيحته لا تحل لو أبوه من أهل العدل كما في القنية ، فهذا الفرع مخرج على عقائد المعتزلة الفاسدة ، وعلى تكفيرهم أهل السنة والجماعة لقولهم بإثبات صفات قديمة له تعالى ، فإن المعتزلة قالوا : إن النصارى كفرت بإثبات قديمين فكيف بإثبات قدماء كثيرة ؟ ورد ذلك موضح في علم الكلام وإن كان المراد به الجهمية ، وأن ذبيحة الجهمي لا تحل لو أبوه سنيا لأنه مرتد فهو مبني على القول بتكفير أهل الأهواء : والراجح عند أكثر الفقهاء والمتكلمين خلافه ، وأنهم فساق عصاة ضلال ويصلى خلفهم وعليهم ويحكم بتوارثهم مع المسلمين منا : قال المحقق ابن الهمام في شرح الهداية : لم يقع في كلام أهل المذاهب تكفير كثير منهم ولكن ليس من كلام الفقهاء الذين هم المجتهدون بل من غيرهم ، ولا عبرة بغير الفقهاء ، والمنقول عن المجتهدين عدم تكفيرهم اه .

ولو أبوه جبريا حلت أشباه ، لأنه صار كمرتد قنية ، بخلاف يهودى أو مجوسى تنصر لأنه يقر على ما انتقل إليه عندنا فيعتبر ذلك عند الذبح ، حتى لو تمجس يهودى لاتحل ذكاته ، والمتولد بين مشرك وكتابى ككتابى لأنه أخف (وتارك تسمية عمدا) خلافا للشافعى (فإن تركها ناسيا حل) خلافا لمالك :

(وإن ذكر مع اسمه) تعالى (غيره ، فإن وصل) بلا عطف

فإذا علمت ذلك ظهر لك أن هذا الفرع إن كان مبنيا على عقائد المعتزلة فهو باطل بلا شبهة وإن كان مبنيا على عقائدنا ، وصاحب الأشباه قاسه على تفريع المعتزلة فإنهم فرضوه فينا وهو فرضه فى أمثالهم بقرينة قوله لو سنيا فهو مبنى على خلاف الراجح ، وماكان ينبغى ذكره ولا التعويل عليه ، وكيف ينبغى القول بعدم حل ذبيحته مع قولنا بحل ذبيحة اليهود والنصارى القائلين بالتثليث ، وانتقاله عن مذهب أبيه السنى إلى مذهب الجبرية لم يخرجه عن دين الإسلام لأنه مصدق بنبى مرسل وبكتاب منزل ولم ينتقل إلا بدليل من الكتاب العزيز وإن كان مخطئا فيه ، فكيف يكون أدنى حالا من النصرانى المثلث بلا شبهة دليل أصلا بل هو مخالف فى ذلك لرسوله وكتابه لقوله تعالى — وما أرسلنا قبلك من رسول إلا نوحى إليه أنه لا إله إلا أنا — وما أمروا إلا ليعبدوا الله مخلصين له الدين — وغير ذلك ، والحمد الله على التوفيق (قوله لأنه صار كمرتد) علة لعدم الحل (قوله بخلاف يهودى الخ) مرتبط بقوله ومرتد ، وقوله لأنه يقر الخ هو الفرق بينهما ، فإن المسلم إذا انتقل إلى أى دين كان لايقر عليه (قوله فيعتبر ذلك) أى ما انتقل إليه دون ما كان عليه ، وهذه قاعدة كلية (قوله لأنه أخف) لما مر فى النكاح أن الولد يتبع أخف الأبوين ضررا : ولا شبهة أن من يؤمن بكتاب وإن نسخ أخف من مشرك يعبد الأوثان ، إذ لاشبهة له يلتجئ إليها فى الحاجة ، بخلاف الأول فإنه كان له دين حق قبل نسخه (قوله وتارك تسمية عمدا) بالجر عطفا على وثنى : أى ولا تحل ذبيحة من تعمد ترك التسمية مسلما أو كتابيا لنص القرآن ولانعقاد الإجماع ممن قبل الشافعى على ذلك ، وإنما الخلاف كان فى الناسى ولذا قالوا لايسمع فيه الاجتهاد ، ولو قضى القاضى بجواز بيعه لاينفذ ، وقوله صلى الله عليه وسلم « المسلم يذبح على اسم الله سمى أو لم يسم » محمول على حالة النسيان دفعا للتعارض بينه وبين قوله عليه الصلاة والسلام حين سأله عدى بن حاتم رضى الله تعالى عنه عما إذا وجد مع كلبه كلبا آخر « لاتأكل ، إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك » علل الحرمة بترك التسمية ، وتمام المباحث فى الهداية وشروحها ، وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال البازى والكلب وعند الرمى هداية (قوله خلافا للشافعى) يوجد بعده فى بعض النسخ : وهو مخالف للإجماع قبله كما بسطه الزيلعى (قوله فإن تركها ناسيا حل) قدمنا عن الحقائق والبزازية أن فى معنى الناسى من تركها جهلا بشرطيتها : واستشكل بما فى البزازية وغيرها : لو سمى وذبح بها واحدة ثم ذبح أخرى وظن أن الواحدة تكفى لها لا تحل :

أقول : يمكن أن يفرق بين غير العالم بالشرطية أصلا وبين العالم بها بالجملة ، فيعذر الأول دون الثانى لوجود علمه بأصل الشرطية ، على أن الشرط فى التسمية الفور كما يأتى وبذبح الأولى انقطع الفور فى الثانية مع علمه بالشرطية تأمل ، لكن ذكر فى البدائع أنه لم يجعل ظنه الإجزاء عن الثانية عذرا كالنسيان لأنه من باب الجهل بحكم الشرع وذلك ليس بعذر ، بخلاف النسيان كمن ظن أن الأكل لا يفطر الصائم فليتأمل (قوله خلافا لمالك) كذا فى أكثر كتبنا إلا أن المذكور فى مشاهير كتب مذهبه أنه يسمى عند الإرسال وعند الذبح ، فإن تركها عامدا لا يؤكل على المشهور ، وناسيا يؤكل غرر الأفكار (قوله بلا عطف) أفاد أن المراد بالوصل هنا ترك

(كره كقوله بسم الله اللهم تقبل من فلان) أو منى ، ومنه : بسم الله محمد رسول الله بالرفع لعدم العطف ويكون مبتدئا ، لكن يكره للوصل صورة ، ولو بالجر أو النصب حرم درر ، قيل هذا إذا عرف النحو . والأوجه أن لايعتبر الإعراب ، بل يحرم مطلقا بالعطف لعدم العرف زيلعى كما أفاده بقوله (وإن عطف حرمت نحو باسم الله واسم فلان أو فلان) لأنه أهلّ به لغير الله ، قال عليه الصلاة والسلام « موطنان لاأذكر فيهما : عند العطاس ، وعند الذبح » (فإن فصل صورة ومعنى كالدعاء قبل الإضجاع و) الدعاء (قبل التسمية أو بعد الذبح

العاطف بقرينة قوله وإن عطف على خلاف اصطلاح البيانيين فى الوصل والفصل (قوله كقوله بسم الله اللهم تقبل من فلان) أقول : فلو عطف هنا ينبغى أن لايضر لما فى غاية البيان : لو قال بسم الله صلى الله على محمد يحل ، والأولى أن لايفعل، ولو قال مع الواو يحل أكله (قوله ومنه) أى من الوصل بلا عطف (قوله ولو بالجر أو النصب حرم) نقله فى غاية البيان عن الفتاوى والروضة لأنه يكون بدلا مما قبله على اللفظ أو المحل (قوله قيل هذا) أى التحريم فيما لو وصل مع الجر أو النصب . قال فى النهاية : فيما لو وصل بلا عطف ، إن بالرفع يحل وبالخفض لا ، كذا فى النوازل . وقال بعضهم : هذا إذا كان يعرف النحو ؛ وقال بعضهم : على قياس ما روى عن محمد أنه لايرى الخطأ فى النحو معتبرا فى الصلاة ونحوها : لاتحرم الذبيحة ، كذا فى الذخيرة .

وذكر الإمام التمرتاشى أن وصله بلا واو يحل فى الأوجه كلها لأنه غير مذكور على سبيل العطف فيكون مبتدئا ، لكن يكره لوجود الوصل صورة ، وإن مع الواو ، فإن خفضه لايحل لأنه يصير ذابحا بهما ، وإن رفعه يحل لأنه كلام مبتدأ ، وإن نصبه اختلفوا فيه اهـ ومثله فى الكفاية والمعراج ، وجزم فى البدائع بما قاله التمرتاشى (قوله والأوجه الخ) عبارة الزيلعى هكذا : والأوجه أن لايعتبر الإعراب بل يحرم مطلقا بالعطف لأن كلام الناس لايجرى عليه اهـ. قال الشيخ الشلبى فى حاشيته : هكذا هو فى جميع ماوقفت عليه من النسخ وهو غير ظاهر ، لأن الكلام فيما إذا لم يكن هناك عطف ، والظاهر أن يقال بل لايحرم مطلقا بدون العطف اهـ أبوالسعود ، وأيده ط بما مر آنفا عن النهاية ، وقدمنا أنه جزم به فى البدائع (قوله كما أفاده بقوله وإن عطف الخ) فإن ظاهره الحرمة مع العطف فى حالة الجر وغيرها حيث أطلق ولم يقل كقول الهداية ومحمد رسول الله بكسر الدال ، وكون هذا مفاد كلام الزيلعى يقتضى أنه حمل كلامه على ظاهره ، ويؤيده أن ابن ملك قال فى صورة العطف : قيل ولو رفع يحل ، لكن الأوجه إلى آخر ماقدمناه عن الزيلعى ولم يعزه لأحد ، نعم عبارة الزيلعى مفروضة فى صورة عدم العطف على ما هو ظاهر فيترجح ادعاء ما مر عن الشلبى ، والله تعالى أعلم (قوله وإن عطف حرمت) هو الصحيح : وقال ابن سلمة لاتصير ميتة لأنها لو صارت ميتة يصير الرجل كافرا خالية .

قلت : تمنع الملازمة بأن الكفر أمر باطنى والحكم به صعب فيفرق ، كذا فى شرح المقدسى شرنبلالية (قوله أو فلان) فى بعض النسخ أو وفلان بالواو بعد أو وهى أظهر ، والمراد أنه لافرق فى العطف بين تكرار اسم مضاف إلى فلان وعدمه (قوله لأنه أهل به لغير الله) كذا فى الهداية ، لأن الإهلال لله تعالى لايكون إلا بذكر اسمه مجردا لاشريك له (قوله لاأذكر فيهما) يؤخذ من المقام أن هذا النهى للتحريم فإنه بذكره على الذبيحة تحرم وتصير ميتة على ماتقدم من التفصيل ، وهل الحكم كذلك عند العطاس أو يكون ذكره صلى الله عليه وسلم عنده خلاف الأولى ، يحرر اهـ ط (قوله فإن فصل) أى بين التسمية وغيرها ، وقوله صورة ومعنى الذى يظهر لى أن الواو فيه بمعنى أو مانعة الخلو ، فقوله قبل الإضجاع مثال للفصل صورة ومعنى ، وكذا قوله أو بعد الذبح ، وقوله وقبل التسمية مثال للفصل معنى ، فقط فإنه إذا أضجعها ثم دعا وأعقب الدعاء بالتسمية والذبح لم يحصل الفصل صورة أى حسا بل معنى : أى تقديرا لأن الواجب تجريد التسمية ، وقد حصل ، بخلاف ماإذا دعا بعد التسمية

لابأس به) لعدم القران أصلا .

(والشرط فى التسمية هو الذكر الخالص عن شوب الدعاء) وغيره (فلا يحل بقوله اللهم اغفر لى) لأنه دعاء وسؤال (بخلاف الحمد لله ، أو سبحان الله مريدا به التسمية) فإنه يحل .

(ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل فى الأصح) لعدم قصد التسمية (بخلاف الخطبة) حيث يجزئه .

قلت : ينبغى حمله على ما إذا نوى وإلا لا ليوفق بينه وبين ما مر فى الجمعة فتأمل .

(والمستحب أن يقول بسم الله الله أكبر بلا واو ، وكره بها) لأنه يقطع فور التسمية كما عزاه الزيلعى للحلوانى وقال قبله : والمتداول المنقول عن النبى صلى الله عليه وسلم بالواو .

قبل الذبح نحو بسم الله اللهم تقبل منى أو اغفر لى فإنه يكره لأنه لم يجرد التسمية كما نقله فى الشرنبلالية عن الذخيرة وغيرها تأمل (قوله لابأس به) أى لايكره ، لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال بعد الذبح « اللهم تقبل هذا عن أمة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولى بالبلاغ » وكان عليه الصلاة والسلام إذا أراد أن يذبح قال « اللهم هذا منك ولك، إن صلاتى ونسكى ومحياى ومماتى لله رب العالمين لاشريك له وبذلك أمرت وأنا من المسلمين بسم الله والله أكبر ثم ذبح » وهكذا روى عن على كرم الله وجهه زيلعى وغيره (قوله والشرط فى التسمية هو الذكر الخالص) بأى اسم كان مقرونا بصفة كالله أكبر أو أجل أو أعظم أولا كالله أو الرحمن وبالتهليل والتسبيح جهل التسمية أولا بالعربية أولا ولو قادرا عليها ، ويشترط كونها من الذابح لامن غيره هندية ، وباقى شروطها يعلم مما يأتى ، وينبغى أن يزاد فى الشروط أن لايقصد معها تعظيم مخلوق، لما سيأتى أنه لو ذبح لقدوم أمير ونحوه يحرم ولو سمى تأمل (قوله عن شوب) أى خلط (قوله مريدا به التسمية) قيد به لما فى غاية البيان : لو لم يرد به التسمية لايؤكل ، قال شيخ الإسلام فى شرحه : لأن هذه الألفاظ ليست بصريح فى باب التسمية إنما الصريح بسم الله فتكون كناية والكناية إنما تقوم مقام الصريح بالنية كما فى كنايات الطلاق (قوله لعدم قصد التسمية) يريد به أنه قصد به التحميد للعطاس ، إذ لو أراده للذبيحة حلت ، وكذا لو لم تكن له نية شرنبلالية .

أقول : وفى الأخير نظر لما علمت آنفا أنه كناية ، بخلاف قوله بسم الله فإنه يصح ولو لم تحضره نية كما يأتى لأنه صريح فتنبه (قوله قلت ينبغى حمله على ما إذا نوى) أى نوى به التحميد للخطبة ، وفيه أنه حينئذ لافرق بينهما لما علمت أنه فى الذبح لابد من النية له أيضا .

وفى الخانية مانصه : ولو عطس فقال الحمد لله يريد التحميد على العطاس فذبح لايحل ، بخلاف الخطيب إذا عطس على المنبر فقال الحمد لله فإنه تجوز به الجمعة فى إحدى الروايتين عن أبى حنيفة، لأن المأمور به فى الجمعة ذكر الله تعالى مطلقا ، وههنا الشرط ذكر اسم الله تعالى على الذبح اه ومثله فى النهاية والمعراج، فقوله فى إحدى الروايتين يظهر منه التوفيق بحمل مامر فى الجمعة على الرواية الأخرى وهى الأصح : وعبارة المصنف هناك : فلو حمد الله تعالى لعطاسه لم ينب عنها على المذهب اه فافهم (قوله والمستحب أن يقول بسم الله) بإظهار الهاء ، فإن لم يظهرها إن قصد ذكر الله يحل ، وإن لم يقصد وقصد ترك الهاء لايحل إتقانى عن الخلاصة (قوله لأنه يقطع فور التسمية) قال الإتقانى : وفيه نظر اه . ووجهه يظهر مما يأتى قريبا فيما يقطع الفور ، والظاهر أن المراد كمال الفورية وإلا لزم أن تكون الذبيحة ميتة ، وأن يكون الفصل حراما لامكروها لكن فيه أنه لو اقتصر على قوله الله أكبر قاصدا به التسمية يكفى تأمل (قوله وقال قبله الخ) ونصه : وما تداولته الألسن عند الذبح وهو بسم الله

(ولو سمى ولم تحضره النية صح ، بخلاف مالو قصد بها التبرك فى ابتداء الفعل) أو نوى بها أمراً آخر فإنه لايصح فلا تحل (كما لو قال الله أكبر وأراد به متابعة المؤذن فإنه لا يصير شارعا فى الصلاة) بزازية وفيها (وتشترط) التسمية من الذابح (حال الذبح) أو الرمى لصيد أو الإرسال أو حال وضع الحديد لحمار الوحش إذا لم يقعد عن طلبه كما سيجىء ؛

(والمعتبر الذبح عقب التسمية قبل تبدل المجلس) حتى لو أضجع شاتين إحداهما فوق الأخرى فذبحهما ذبحة واحدة بتسمية واحدة حلا ، بخلاف ما لو ذبحهما على التعاقب لأن الفعل يتعدد فتتعدد التسمية ذكره الزيلعى فى الصيد ، ولو سمى الذابح ثم اشتغل بأكل أو شرب ثم ذبح ، إن طال وقطع الفور حرم وإلا لا ، وحد الطول ما يستكثره الناظر ، وإذا حد الشفرة ينقطع الفور بزازية:

والله أكبر منقول عن النبى صلى الله عليه وسلم ، وعن على وابن عباس مثله قاله ابن عباس فى تفسير قوله تعالى — فاذكروا اسم الله عليها صواف — اه ونقل فى الذخيرة عن البقال أنه المستحب . وفى الجوهرة : وإن قال بسم الله الرحمن الرحيم فهو حسن (قوله ولو سمى) أى قال بسم الله كما عبر فى الخانية ، لما مر أن الكناية لابد فيها من النية (قوله صح) عند العامة وهو الصحيح خانية (قوله كما لو قال الخ) مرتبط بقوله بخلاف الخ (قوله من الذابح) أراد بالذابح محال الحيوان ليشمل الرامى والمرسل وواضع الحديد اه ح . واحترز به عما لو سمى له غيره فلا تحل كما قدمناه وشمل ما إذا كان الذابح اثنين ، فلو سمى أحدهما وترك الثانى عمدا حرم أكله كما فى التاترخانية ، وسيذكره لغزا مع جوابه نظما فى آخر الأضحية (قوله حال الذبح الخ) قال فى الهداية : ثم التسمية فى ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح ، وهى على المذبوح وفى الصيد تشترط عند الإرسال والرمى ، وهى على الآلة حتى إذا أضجع شاة وسمى وذبح غيرها بتلك التسمية لايجوز ، ولو رمى إلى صيد وسمى وأصاب غيره حل ، وكذا فى الإرسال ، ولو أضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح بأخرى أكل ، وإن سمى على سهم ثم رمى بغيره صيدا لايؤكل اه (قوله إذا لم يقعد عن طلبه) قيد فى المسائل الثلاث اه ح .

فإن قلت : ذكروا أنه إذا وضع منجلا ليصيد به حمار الوحش ثم وجد الحمار ميتا لايحل . قلت: قال البزازى والتوفيق أنه محمول على ما إذا قعد عن طلبه وإلا فلا فائدة للتسمية عند الوضع اه منح .

أقول : يخالفه ماذكره الزيلعى فى مسائل شتى قبيل الفرائض من أنه لايؤكل ولو وجده ميتا من ساعته لأن الشرط أن يجرحه إنسان أو يذبحه وبدون ذلك هو كالنطيحة أو المتردية وبه جزم الشارح هناك إلا أن يقال إن كلام الزيلعى مخالف لكلام الكنز وغيره حيث قال : فجاء فى اليوم الثانى فوجده مجروحا ميتا لم يؤكل ، فهذا يؤيد توفيق البزازى وإن قال الزيلعى إن تقييده باليوم الثانى وقع اتفاقا ، ولعل مراد الزيلعى لايحل إذا قدر على الذكاة الاختيارية وإلا فجرح الإنسان مباشرة ليس شرطا فى الذكاة الاضطرارية فليتأمل (قوله كما سيجىء) أى فى مسائل شتى آخر الكتاب وعلمت مخالفته لما هنا (قوله قبل تبدل المجلس) أى حقيقة أو حكما كالفاصل الطويل كما يأتى فافهم : قال الزيلعى : حتى إذا سمى واشتغل بعمل آخر من كلام قليل أو شرب ماء أو أكل لقمة أو تحديد شفرة ثم ذبح يحل ، وإن كان كثيرا لايحل لأن إيقاع الذبح متصلا بالتسمية بحيث لايتخلل بينهما شىء لايمكن إلا بحرج عظيم فأقيم المجلس مقام الاتصال ، والعمل القليل لايقطعه والكثير يقطعه اه (قوله لأن الفعل يتعدد) فيتبدل به المجلس حكما (قوله وإذا حد الشفرة ينقطع الفور) مخالف لما قدمناه آنفا عن الزيلعى : ويمكن أن يقيد بما إذا كثر يدل عليه سياق كلام الزيلعى ، وقوله فى الجوهرة أو شحذ السكين قليلا أجزأه ، لكن قال فى التاترخانية :

(وحب) بالحاء لا نحر الإبل فى سفل العنق (وكره ذبحها ، والحكم فى غنم وبقر عكسه) فندب ذبحها (وكره نحرها لترك السنة) ومنعه مالك (ولابد من ذبح صيد مستأنس) لأن ذكاة الاضطرار إنما يصار إليها عند العجز عن ذكاة الاختيار (وكفى جرح نعم) كبقر وغنم (توحش) فيجرح كصيد (أو تعذر ذبحه) كأن تردى فى بئر أو ندّ أو صال ، حتى لو قتله المصول عليه مريدا ذكاته حل .

وفى النهاية : بقرة تعسرت ولادتها فأدخل ربها يده وذبح الولد حل ، وإن جرحه فى غير محل الذبح ، إن لم يقدر على ذبحه حل وإن قدر لا .

قلت : ونقل المصنف أن من التعذر ما لو أدرك صيده حيا أو أشرف ثوره على الهلاك وضاق الوقت على الذبح أو لم يجد آلة الذبح فجرحه حل فى رواية .

وفى أضاحى الزعفرانى إذا حدد الشفرة تنقطع التسمية من غير فصل بين ما إذا قل أو كثر اه فليتأمل . وفى القاموس شحذ السكين كمنع أحدها كأشحذها . وفيه أيضا : حد السكين وأحدها وحددها مسحها بحجر أو مبرد (قوله وحب) مبنى للمجهول بناء على أن حب متعد وهى لغة اه ح ، وعبر به تبعا لقول الهداية : والمستحب : وقد قال فى الكنز : وسن ، ولعله مراد صاحب الهداية لا المستحب الاصطلاحى ، يؤيده قوله : أما الاستحباب فلموافقة السنة المتوارثة اه فلا مخالفة شرنبلالية .

قلت : ويؤيده أيضا تصريحه بكراهة تركه (قوله نحر الإبل) النحر : قطع العروق فى أسفل العنق عند الصدر ، والذبح : قطعها فى أعلاه تحت اللحيين زيلعى .

واعلم أن النعام والإوز كالإبل ينحر ، والضابط كل ماله عنق طويل أبو السعود عن شرح الكنز للإبيارى . وفى المضمرات : السنة أن ينحر البعير قائما ، وتذبح الشاة أو البقرة مضجعة قهستانى (قوله وكره الخ) ينبغى أن تكون كراهة تنزيه أبو السعود عن الديرى (قوله ومنعه مالك) المشهور من مذهبه أنه إن كان للضرورة فلا بأس بأكله وإلا كره أكله أبو السعود عن الديرى (قوله وكفى جرح نعم الخ) النعم بفتحتين وقد يسكن قهستانى : قال فى الهداية : أطلق فيما توحش من النعم . وعن محمد أن الشاة إذا ندت فى الصحراء فذكاتها العقر ، وإن ندت فى المصر لا تحل بالعقر لأنها لا تدفع عن نفسها فيمكن أخذها فى المصر فلا عجز ، والمصر وغيره سواء فى البقر والبعير لأنهما يدفعان عن أنفسهما فلا يقدر على أخذهما وإن ندا فى المصر اه . وبهذا التفصيل جزم فى الجوهرة والدرر ، وهو مقتضى التعليل فى ذكاة الاضطرار (قوله توحش) أى صار وحشيا ومنفرا ولم يمكن ذبحه قهستانى (قوله فيجرح كصيد) فإن أصاب قرنه أو ظلفه ، إن أدمى حل وإلا فلا إتقانى (قوله أو تعذر ذبحه) أعم مما قبله وفى الشرنبلالية عن منية المفتى : بعير أو ثور ند فى المصر ، إن علم صاحبه أنه لا يقدر على أخذه إلا أن يجتمع جماعة كثيرة فله أن يرميه اه فلم يشترط التعذر بل التعسر اه (قوله كأن تردى فى بئر) أى سقط وعلم موته بالجرح أو أشكل ، لأن الظاهر أن الموت منه ، وإن علم أنه لم يمت من الجرح لم يؤكل ، وكذا الدجاجة إذا تعلقت على شجرة وخيف فوتها فذكاتها الجرح زيلعى (قوله أو ند) أى نفر (قوله مريدا ذكاته) أى بأن سمى عند جرحه ، أما إذا لم يردها ولم يسم بل أراد ضربه لدفعه عن نفسه فلا شبهة فى عدم حله فافهم (قوله حل) أى إذا كان لا يقدر على أخذه وضمن قيمته إتقانى (قوله وفى النهاية الخ) هذا يفيد أن قولهم إنما تعتبر حياة الولد بعد خروج أكثره مخصوص بالآدمى لأنه لو لم يعتبر الولد فى بطن أمه حيا لم تعتبر ذكاته وليحرر اه رحمتى (قوله وذبح الولد) أى بعد العلم بحياته تأمل (قوله حل فى رواية) الأولى أن يقول فى قول لأنه نقله المصنف عن القنية معزوا إلى بعض

وفى منظومة النسفى قوله :

إن الجنين مفرد بحكمه لم يتذك بذكاة أمه

فحذف المصنف إن وقالا إن تم خلقه أكل لقوله عليه الصلاة والسلام « ذكاة الجنين ذكاة أمه » وحمله الإمام على التشبيه أى كذكاة أمه ، بدليل أنه روى بالنصب ، وليس فى ذبح الأم إضاعة الولد لعدم التيقن بموته ؛ (ولا يحل ذو ناب يصيد بنابه) فخرج نحو البعير (أو مخلب يصيد بمخلبه) أى ظفره فخرج نحو الحمامة (من سبع) بيان لذى ناب : والسبع : كل مختطف منتهب جارح قاتل عادة (أو طير) بيان لذى مخلب (ولا الحشرات) هى صغار دواب الأرض واحدها حشرة (والحمر الأهلية) بخلاف الوحشية فإنها ولبنها حلال (والبغل) الذى أمه حمارة ، فلو أمه بقرة أكل اتفاقا ولو فرسا فكأمه

المشايخ . وقال البعض الآخر : لايحل أكله إلا إذا قطع العروق أفاده ط (قوله وفى منظومة النسفى) خبر مقدم ولفظة قوله مبتدأ مؤخر : أى قول النسفى وما بعده مقول القول ، وقوله فحذف المصنف إن أى وأتى بدلها بالواو ؛ وقال فى المنح : ففيه بعض تغيير ، وهذا يفيد أن قوله والجنين الخ من المتن كما هو الموجود فى المنح ، وهو خلاف ما رأيته فى عدة نسخ من هذا الشرح فإنه مكتوب بالأسود .

ومعنى البيت أن الجنين وهو الولد فى البطن إن ذكى على حدة حل وإلا لا ، ولا يتبع أمه فى تذكيتها لو خرج ميتا فالشطر الثانى مفسر للأول (قوله بدليل أنه روى بالنصب) وعليه فلا إشكال أنه تشبيه ، وإن كان مرفوعا فكذلك لأنه أقوى فى التشبيه من الأول كما عرف فى علم البيان ، قيل ومما يدل على ذلك تقديم ذكاة الجنين كما فى قوله :

وعيناك عيناها وجيدك جيدها سوى أن عظم الساق منك دقيق عناية

(قوله وليس فى ذبح الأم الخ) جواب عما يقال إنه لو لم يحل بذبح أمه لما حل ذبحها حاملا لإتلاف الحيوان وتقرير الجواب ظاهر ، لكن فى الكفاية إن تقاربت الولادة يكره ذبحها ، وهذا الفرع لقول الإمام : وإذا خرج حيا ولم يكن من الوقت مقدار ما يقدر على ذبحه فمات يؤكل ، وهو تفريع على قولهما اه (قوله ولا يحل ذو ناب الخ) كان الأنسب ذكر هذه المسائل فى كتاب الصيد لأنها منه إلا الفرس والبغل والحمار إتقانى ، والدليل عليه « أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل كل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير » رواه مسلم وأبو داود وجماعة . والسر فيه أن طبيعة هذه الأشياء مذمومة شرعا فيخشى أن يتولد من لحمها شىء من طباعها فيحرم إكراما لبنى آدم ، كما أنه يحل ما أحل إكراما له ط عن الحموى . وفى الكفاية : والمؤثر فى الحرمة الإيذاء وهو طورا يكون بالناب وتارة يكون بالمخلب أو الخبث ، وهو قد يكون خلقة كما فى الحشرات والهوام ، وقد يكون بعارض كما فى الجلالة (قوله أو مخلب) مفعل من الخلب : وهو مزق الجلد زيلعى ، وهو ظفر كل سبع من الماشى والطائر كما فى القاموس قهستانى (قوله من سبع) بفتحتين وسكون الباء وضمها : هو حيوان منتهب من الأرض مختطف من الهواء جارح قاتل عادة فيكون شاملا لسباع البهائم والطير فلا حاجة إلى قوله أو طير ، ولعله ذكره لموافقة الحديث قهستانى (قوله واحدها حشرة) بالتحريك فيهما : كالفأرة والوزغة وسام أبرص والقنفذ والحية والضفدع والزنبور والبرغوث والقمل والذباب والبعوض والقراد ، وما قيل إن الحشرات هوام الأرض كاليربوع وغيره ، ففيه أن العامة ماتقتل من ذوات السم كالعقارب قهستانى (قوله والحمر الأهلية) ولو توحشت تاترخانية (قوله بخلاف الوحشية) وإن صارت أهلية ووضع عليها الإكاف قهستانى (قوله الذى أمه حمارة) الحمارة بالهاء الأتان قاموس . وقال فى باب النون : الأتان الحمارة قافهم (قوله فكأمه) فيكون على الخلاف الآتى فى الخيل

(والخيل) وعندهما، والشافعي تحل: وقيل إن أبا حنيفة رجع عن حرمته قبل موته بثلاثة أيام وعليه الفتوى عمادية ولا بأس بلبنها على الأوجه (والضبع والثعلب) لأن لها نابا، وعند الثلاثة يحل (والسلحفاة) برية وبحرية (والغراب الأبقع) الذي يأكل الجيف لأنه ملحق بالخبائث قاله المصنف. ثم قال: والخبيث ما تستخبثه الطباع السليمة

لأن المعتبر في الحل والحرمة الأم فيما تولد من مأكول وغير مأكول ط، ويأتي تمام الكلام فيه آخر الباب (قوله والخيل) كذا قال ابن كمال باشا عطفا على قوله لا يحل ذو ناب، ومثله في الاختيار؛ وعبارة القدوري والهداية: ويكره أكل لحم الفرس عند أبي حنيفة اهـ. والمكروه تحريما يطلق عليه عدم الحل شرنبلالية، فأفاد أن التحريم ليس لنجاسة لحمها ولهذا أجاب في غاية البيان عما هو ظاهر الرواية من طهارة سؤر الفرس بأن حرمة الأكل للاحترام من حيث إنه يقع به إرهاب العدو لا للنجاسة فلا يوجب نجاسة السؤر كما في الآدمي اهـ (قوله وعليه الفتوى) فهو مكروه كراهة تنزيه، وهو ظاهر الرواية كما في كفاية البيهقي وهو الصحيح على ما ذكره فخر الإسلام وغيره قهستاني: ثم نقل تصحيح كراهة التحريم عن الخلاصة والهداية والمحيط والمغني وقاضيخان والعمادي وغيرهم وعليه المتون، وأفاد أبو السعود أنه على الأول لا خلاف بين الإمام وصاحبيه لأنهما وإن قالا بالحل لكن مع كراهة التنزيه كما صرح به في الشرنبلالية عن البرهان. قال ط: والخلاف في خيل البر، أما خيل البحر فلا تؤكل اتفاقا (قوله ولا بأس بلبنها على الأوجه) نقل في غاية البيان عن قاضيخان أن عامة المشايخ قالوا: إنه مكروه كراهة تحريم عنده إلا أنه لا يحد به وإن زال عقله كالبنج: وفي الهداية: وأما لبنه فقد قيل لا بأس به لأنه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد، وسماه في كتاب الحدود مباحا فقال: السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك.

قال المصنف في منحه: قلت هذا هو الذي يظهر وجهه كما لا يخفى. وفي البزازية أنه اختاره الوانجاني، فقول الشارح على الأوجه مأخوذ من كلام المصنف، وهذا كله بناء على القول بكراهة الأكل تحريما تأمل (قوله والضبع) بضم الباء وسكونها قهستاني اسم للأنثى ويقال للذكر ضبعان بكسر فسكون. ومن عجيب أمره أنه يحيض ويكون ذكرا سنة وأنثى أخرى أبو السعود عن الإبياري (قوله لأن لهما نابا) أي يصيدان به فيدخلان تحت الحديث المار كما في الهداية، وما روى مما يدل على إباحتهما فمحمول على ما قبل التحريم، فإن الأصل متى تعارض نصان غلب المحرم على المبيح كما يذكره الشارح في الضب (قوله والسلحفاة) بضم السين وفتح اللام وبمهملة ساكنة رملي عن شرح الروض، وضبطها غيره بكسر السين وهو كذلك في القاموس (قوله والغراب الأبقع) أي الذي فيه بياض وسواد قهستاني:

قال في العناية: وأما الغراب الأبقع والأسود فهو أنواع ثلاثة: نوع يلتقط الحب ولا يأكل الجيف وليس بمكروه. ونوع لا يأكل إلا الجيف وهو الذي سماه المصنف الأبقع وإنه مكروه. ونوع يخلط يأكل الحب مرة والجيف أخرى ولم يذكره في الكتاب، وهو غير مكروه عنده مكروه عند أبي يوسف اهـ والأخير هو العقعق كما في المنح وسيأتي (قوله والخبيث الخ) قال في معراج الدراية: أجمع العلماء على أن المستخبثات حرام بالنص وهو قوله تعالى ـ ويحرم عليهم الخبائث ـ وما استطابه العرب حلال لقوله تعالى ـ ويحل لهم الطيبات ـ وما استخبثه العرب فهو حرام بالنص، والذين يعتبر استطابتهم أهل الحجاز من أهل الأمصار، لأن الكتاب نزل عليهم وخوطبوا به، ولم يعتبر أهل البوادي لأنهم للضرورة والمجاعة يأكلون ما يجدون، وما وجد في أمصار المسلمين مما لا يعرفه أهل الحجاز رد إلى أقرب ما يشبهه في الحجاز، فإن كان مما يشبه شيئا منها فهو مباح لدخوله

(والغداف) بوزن غراب : النسر جمعه غدفان قاموس (والفيل) والضب ، وما روى من أكله محمول على الابتداء (واليربوع وابن عرس والرخمة والبغاث) هو طائر دنىء الهمة يشبه الرخمة وكلها من سباع البهائم ؛ وقيل الخفاش لأنه ذو ناب :

(ولا) يحل (حيوان مائى إلا السمك) الذى مات بآفة ولو متولدا فى ماء نجس

تحت قوله تعالى – قل لا أجد – الآية ، ولقوله عليه الصلاة والسلام « ماسكت الله عنه فهو مما عفا الله عنه » اهـ (قوله قاموس) نص عبارته : الغداف كغراب غراب القيظ ، والنسر الكثير الريش جمعه غدفان اهـ. وقال مسكين : إنه العقعق ، ولما كان الأصح فى العقعق أنه لا بأس بأكله اقتصر الشارح على المعنى الثانى فافهم ، نعم اقتصر الإتقانى على الأول فقال : وكذا الغداف لا يؤكل ، وهو غراب القيظ الكبير من الغربان وافى الجناحين اهـ وهذا يفيد أن العقعق غيره كما يعلم مما سنذكره تأمل . والقيظ : الحر ، سمى به لأنه يجىء فى زمن الحر (قوله على الابتداء) أى ابتداء الإسلام قبل نزول قوله تعالى – ويحرم عليهم الخبائث – للأصل المار (قوله واليربوع) بوزن يفعول : دويبة نحو الفأرة لكن ذنبه وأذناه أطول منها ورجلاه أطول من يده عكس الزرافة والجمع يرابيع ، والعامة تقول جربوع بالجيم أبو السعود (قوله وابن عرس) دويبة أشتر أصلم أصك جمعه بنات عرس هكذا يجمع الذكر والأنثى قاموس (قوله والرخمة) بفتحتين : طائر أبقع يشبه النسر خلقة ، ويسمى آكل العظم غرر الأفكار (قوله والبغاث) بالغين المعجمة وتثليث الباء رملى (قوله وكلها من سباع البهائم) ثم أراد بها مايشمل الطير . وفى القاموس : البهيمة كل ذات أربع قوائم ولو فى الماء وكل حى لا يميز (قوله وقيل الخفاش) أى كذلك لا يحل فهو مبتدأ حذف خبره والقائل قاضيخان . قال الإتقانى : وفيه نظر ، لأن كل ذى ناب ليس بمنهى عنه إذا كان لا يصطاد بنابه اهـ ؛ وفى القاموس : الخفاش كرمان الوطواط سمى لصغر عينيه وضعف بصره :

[تتمة] قال فى غرر الأفكار : عندنا يؤكل الخطاف والبوم ، ويكره الصرد والهدهد ، وفى الخفاش اختلاف . وأما الدبسى والصلصل والعقعق واللقاق واللحام فلا يستحب أكلها وإن كانت فى الأصل حلالا لتعارف الناس بإصابة آفة لآكلها فينبغى أن يتحرز عنه . وحرم الشافعى الخطاف والببغاء والطاوس والهدهد اهـ ولا يؤكل السنور الأهلى والوحشى والسمور والسنجاب والفنك والداق كما فى القهستانى ، وكل ما لادم له فهو مكروه أكله إلا الجراد كالزنبور والذباب إتقانى . ولا بأس بدود الزنبور قبل أن ينفخ فيه الروح لأن مالاروح له لا يسمى ميتة خانية وغيرها : قال ط : ويؤخذ منه أن أكل الجبن أو الخل أو الثمار كالنبق بدوده لا يجوز إن نفخ فيه الروح اهـ (قوله ولو متولدا فى ماء نجس) فلا بأس بأكلها للحال لحله بالنص وكونه يتغذى بالنجاسة لا يمنع حله ، وأشار بهذا إلى الإبل والبقر الجلالة والدجاجة ، وهى من المسائل التى توقف فيها الإمام فقال لا أدرى متى يطيب أكلها .

وفى التجنيس : إذا كان علفها نجاسة تحبس الدجاجة ثلاثة أيام ، والشاة أربعة ، والإبل والبقر عشرة ، وهو المختار على الظاهر . وقال السرخسى : الأصح عدم التقدير وتحبس حتى تزول الرائحة المنتنة . وفى الملتقى : المكروه الجلالة التى إذا قربت وجد منها رائحة فلا تؤكل ولا يشرب لبنها ولا يعمل عليها ، ويكره بيعها وهبتها وتلك حالها . وذكر البقالى أن عرقها نجس . وفى مختصر المحيط : ولا تكره الدجاجة المخلاة وإن أكلت النجاسة اهـ يعنى إذا لم تنتن بها لما تقدم لأنها تخلط ولا يتغير لحمها وحبسها أياما تنزيه شرنبلالى على الوهبانية ، وبه يحصل

ولو طافية مجروحة وهبانية (غير الطافى) على وجه الماء الذى مات حتف أنفه وهو مابطنه من فوق ، فلو ظهره من فوق فليس بطاف فيؤكل كما يؤكل ماف بطن الطافى ، وما مات بحر" الماء أو برده وبربطه فيه أو إلقاء شىء فوته بآفة وهبالية (و) إلا (الجريث) سمك أسود (والمارماهى) سمك فى صورة الحية ، وأفردهما بالذكر للخفاء وخلاف محمد :

(وحل الجراد) وإن مات حتف أنفه ، بخلاف السمك (وأنواع السمك بلا ذكاة) لحديث « أحلت لنا ميتتان : السمك والجراد ، ودمان : الكبد والطحال » بكسر الطاء (و) حل (غراب الزرع) الذى يأكل

الجواب عن قوله فى حاشية الدرر ، وينظر الفرق بين السمكة وبين الجلالة اه بأن تحمل السمكة على ما إذا لم تنتن ويراد بالجلالة المنتنة تأمل (قوله ولو طافية مجروحة وهبانية) لم يوجد ذلك فى الوهبانية ولا فى شرحها ، وإنما قال العلامة عبد البر : الأصل فى إباحة السمك أن مامات بآفة يؤكل ، وما مات بغير آفة لا يؤكل ط ، نعم صرح بالمسألة فى الأشباه فكان المناسب العزو إليها (قوله غير الطافى) اسم فاعل كالسامى . فى القاموس : طفا فوق الماء طفوا وطفوا علا (قوله حتف أنفه) الحتف : الموت ، ومات حتف أنفه وحتف فيه قليل وحتف أنفيه من غير قتل(١) ولا ضرب ، وخص الأنف لأنه أراد أن روحه تخرج من أنفه بتتابع نفسه ، أو لأنهم كانوا يتخيلون أن المريض تخرج روحه من أنفه والجريح من جراحته قاموس (قوله كما يؤكل ماف بطن الطافى) لموته بضيق المكان ، وهذا إذاكانت المظروفة صحيحة كما يأتى متنا .

وفى الكفاية : وعن محمد فى سمكة توجد فى بطن الكلب أنه لا بأس به يريد إذا لم تتغير اه . قال ط : ولو وجدت جرادة فى بطن سمكة أو فى بطن جرادة حلت مكى عن البحر الزاخر اه (قوله وما مات بحر الماء أو برده) وهو قول عامة المشايخ ، وهو أظهر وأرفق تجنيس ، وبه يفتى شرنبلالية عن منية المفتى (قوله وربطه فيه) أى فى الماء لأنه مات بآفة إتقانى ، وكذا إذا مات فى شبكة لا يقدر على التخلص منها كفاية (قوله أو إلقاء شىء) وكان يعلم أنها تموت منه . قال فى المنح : أو أكلت شيئا ألقاه فى الماء لتأكله فماتت منه وذلك معلوم ط (قوله فوته بآفة) أى جميع ماذكر وهو الأصل فى الحل كما مر ، ومنه كما فى الكفاية مالو جمعه فى حظيرة لايستطيع الخروج منها وهو يقدر على أخذه بغير صيد فمات فيها ، لأن ضيق المكان سبب لموته ، فلولا يؤخذ بغير صيد فلا ، وما لو انجمد الماء فبقى بين الجمد . وفى غرر الأفكار : لو وجده ميتا ورأسه خارج الماء يؤكل ، ولو رأسه فى الماء وفى الخارج قدر النصف أو الأقل لا يؤكل وإلا يؤكل (قوله وإلا الجريث) بكسر المعجمة وتشديد المهملة قال فى القاموس كسكيت (قوله سمك أسود) كذا قاله العينى : وقال الوانى : نوع من السمك مدور كالترس أبو السعود (قوله للخفاء) أى الخفاء كونهما من جنس السمك ابن كمال (قوله وخلاف محمد) نقله عنه فى المغرب ، قال فى الدرر وهو ضعيف (قوله لحديث أحلت لنا ميتتان الخ) وهو مشهور مؤيد بالإجماع فيجوز تخصيص الكتاب به وهو قوله تعالى — حرمت عليكم الميتة والدم — على أن حل السمك ثبت بمطلق قوله تعالى — وتأكلون منه لحما طريا — كفاية ، وماعدا أنواع السمك من نحو إنسان الماء وخنزيره خبيث فبقى داخلا تحت التحريم ، وحديث «هو الطهور ماؤه والحل ميتته» المراد منه السمك كآية — أحل لكم صيد البحر — لأن السمك مراد بالإجماع وبه تنتفى المعارضة بين الأدلة ، فإثبات الحل فيما سواه يحتاج إلى دليل ، وتحريم الطافى بحديث أبى داود « وما مات فيه وطفا فلا تأكلوه » إتقانى ملخصا (قوله وحل غراب الزرع) وهو غراب أسود صغير

---

(١) (قوله من غير قتل الخ) الذى فى القاموس : أى على فراشه من غير قتل ولا ضرب ولا غرق ولا حرق وخص الخ اه .

الحب (والأرلب والعقعق) هو غراب يجمع بين أكل جيف وحب ، والأصح حله (معها) أى مع الذكاة :

(وذبح ما لا يؤكل يطهر لحمه وشحمه وجلده) تقدم فى الطهارة ترجيح خلافه (إلا الآدمى والخنزير) كما مر :

(ذبح شاة) مريضة (فتحركت أو خرج الدم حلت وإلا لا إن لم تدر حياته) عند الذبح ، وإن علم حياته (حلت) مطلقا (وإن لم تتحرك ولم يخرج الدم) وهذا يتأتى فى منخنقة ومتردية ونطيحة ، والتى فقر الذئب بطنها فذكاة هذه الأشياء تحلل ، وإن كانت حياتها خفيفة وعليه الفتوى ، لقوله تعالى - إلا ما ذكيتم - من غير فصل وسيجىء فى الصيد :

يقال له الزاغ ، وقد يكون محمر المنقار والرجلين رملى . قال القهستانى : وأريد به غراب لم يأكل إلا الحب سواء كان أبقع أو أسود أو زاغا ، وتمامه فى الذخيرة اهـ (قوله والعقعق) وزان جعفر : طائر نحو الحمامة طويل الذنب فيه بياض وسواد ، وهو نوع من الغربان يتشاءم به ويعقعق بسوط يشبه العين والقاف ط عن المكى (قوله والأصح حله) الأولى أن يقول على الأصح ، وهو قول الإمام . وقال أبو يوسف: يكره ط (قوله معها) متعلق بقوله وحل الذى قدره الشارح ، قال ط والأولى بها (قوله وذبح مالا يؤكل) يعنى ذكاته لما فى الدرر وبالصيد يطهر لحم غير نجس العين لأنه ذكاة حكما (قوله يطهر لحمه وشحمه وجلده)حتى لو وقع فى الماء القليل لايفسده ، وهل يجوز الانتفاع به فى غير الأكل ؟ قيل لايجوز اعتبارا بالأكل ، وقيل لايجوز كالزيت إذا خالطه ودك الميتة والزيت غالب لايؤكل وينتفع به فى غير الأكل هداية (قوله تقدم فى الطهارة ترجيح خلافه) وهو أن اللحم لايطهر بالذكاة والجلد يطهر بها اهـ ح :

أقول : وهما قولان مصححان ، وبعدم التفصيل جزم فى الهداية والكنز هنا ، نعم التفصيل أصح مايفتى به :

هذا ، وفى الجوهرة : واختلفوا فى الموجب لطهارة ما لايؤكل لحمه هل هو مجرد الذبح أو الذبح مع التسمية؟ والظاهر الثانى وإلا يلزم تطهير ماذبحه المجوس اهـ لكن ذكر صاحب البحر فى كتاب الطهارة أن ذبح المجوسى وتارك التسمية عمدا يوجب الطهارة على الأصح ، وأيده بأنه فى النهاية حكى خلافه بقيل (قوله إلا الآدمى) هذا استثناء من لازم المتن فإنه يؤخذ منه جواز الاستعمال ، فالآدمى وإن طهر لايجوز استعماله كرامة له ، والخنزير لايستعمل وهو باق على نجاسته لأن كل أجزائه نجسة ط (قوله كما مر) أى فى الطهارة (قوله فتحركت) أى بغير نحو مد رجل وفتح عين مما لايدل على الحياة كما يأتى (قوله أو خرج الدم) أى كما يخرج من الحى :

قال فى البزازية : وفى شرح الطحاوى : خروج الدم لايدل على الحياة إلا إذا كان يخرج كما يخرج من الحى عند الإمام ، وهو ظاهر الرواية (قوله حلت) لوجود علامة الحياة (قوله حياته) الأولى حياتها كما عبر فى المنح لكن ذكر الضمير باعتبار المذبوح (قوله حلت مطلقا) يفسره مابعده . قال فى المنح : لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان فلا يحكم بزوال الحياة بالشك (قوله وهذا يتأتى فى منخنقة الخ) أى ومريضة كما يأتى فى كتاب الصيد (قوله والتى فقر الذئب بطنها) الفقر : الحفر ، وثقب الخرز للنظم : وفى بعض النسخ بقر بالباء الموحدة : أى شق (قوله وإن كانت حياتها خفيفة) فى بعض النسخ خفية والأولى أولى ، وذلك بأن يبقى فيها من الحياة بقدر مايبقى فى المذبوح بعد الذبح كما فى البزازية ، وفيها : شاة قطع الذئب أوداجها وهى حية لاتذكى لفوات محل الذبح ، ولو انتزع رأسها وهى حية تحل بالذبح بين اللبة واللحيين (قوله وعليه الفتوى)خلافا لهما (قوله من غير فصل)

(ذبح شاة لم تدر حياتها وقت الذبح) ولم تتحرك ولم يخرج الدم (إن فتحت فاها لا تؤكل ، وإن ضمته أكلت ، وإن فتحت عينها لا تؤكل وإن ضمتها أكلت ، وإن مدت رجلها لا تؤكل ، وإن قبضتها أكلت ، وإن نام شعرها لا تؤكل ، وإن قام أكلت) لأن الحيوان يسترخى بالموت ؛ ففتح فم وعين ومد رجل ونوم شعر علامة الموت لأنها استرخاء ومقابلها حركات تختص بالحي فدل على حياته ، وهذا كله إذا لم تعلم الحياة (وإن علمت حياتها) وإن قلت (وقت الذبح أكلت مطلقا) بكل حال زيلعى :

(سمكة فى سمكة ، فإن كانت المظروفة صحيحة حلتا) يعنى المظروفة ، والظرف لموت المبلوعة بسبب حادث (وإلا) تكن صحيحة (حل الظرف لا المظروف) كما لو خرجت من دبرها لاستحالتها عذرة جوهرة ، وقد غير المصنف عبارة متنه إلى ما سمعته ، ولو وجد فيها درة ملكها حلالا ولو خاتما أو دينارا مضروبا لا وهو لقطة :

(ذبح لقدوم الأمير) ونحوه كواحد من العظماء (يحرم) لأنه أهلّ به لغير الله (ولو) وصلية (ذكر اسم الله تعالى ولو) ذبح (للضيف لا) يحرم لأنه سنة الخليل وإكرام الضيف إكرام الله تعالى : والفارق أنه إن قدمها ليأكل منها كان الذبح لله والمنفعة للضيف أو للوليمة أو للربح ، وإن لم يقدّمها ليأكل منها بل يدفعها لغيره كان

أى تفصيل بين حياة خفيفة وكاملة (قوله ذبح شاة الخ) بيان لعلامات أخر (قوله ولم تتحرك الخ) أى بعد الذبح بحركة اضطرابية كحركة المذبوح وإلا فضم العين وقبض الرجل حركة (قوله وهذا كله الخ) أعاده للدخول على المتن (قوله بكل حال) سواء وجدت تلك العلامات أولا (قوله لاستحالتها عذرة) فلو فرض خروجها غير مستحيلة حلت أيضا ، لأن مناط الحرمة استحالتها لا خروجها من الدبر ، ولذا يحل شعير وجد فى سرقين دابة إذا كان صلبا تأمل رحمتى :

قلت : وفى معراج الدراية : لو وجدت سمكة فى حوصلة الطائر تؤكل : وعند الشافعى لا تؤكل لأنه كالرجيع ورجيع الطائر عنده نجس ، وقلنا إنما يعتبر رجيعا إذا تغير : وفى السماك الصغار التى تقلى من غير أن يشق جوفه ، فقال أصحابه لا يحل أكله لأن رجيعه نجس ، وعند سائر الأئمة يحل اهـ (قوله وقد غير المصنف عبارة متنه) الذى ذكره المصنف فى منحه أنه غير عبارة الفوائد ، وهى : فإن كانت صحيحة حلا وإلا فلا . قال المصنف : ولا يخفى قصورها عن إفادة المطلوب ، ومن ثم غيرتها فى المختصر إلى ما سمعته اهـ لكن ذكر المحشى أنه رأى فى نسخة متن : فإن كانت المظروفة صحيحة حلت وإلا لا (قوله ملكها حلالا) أى إن كانت فى الصدف ، وإن باع الصياد السمكة ملك المشترى اللؤلؤة ، وإن لم تكن فى الصدف فهى للصياد وتكون لقطة لأن الظاهر وصولها إليها من يد الناس ولوالجية ملخصا (قوله وهو لقطة) فله أن يصرفه إلى نفسه إن كان محتاجا بعد التعريف لا إن كان غنيا منح ، وقول الأشباه : وكذا إن كان غنيا سبق قلم كما لا يخفى (قوله لا يحرم الخ) قال البزازى : ومن ظن أنه لا يحل لأنه ذبح لإكرام ابن آدم فيكون أهلّ به لغير الله تعالى ، فقد خالف القرآن والحديث والعقل فإنه لا ريب أن القصاب يذبح للربح ، ولو علم أنه نجس لا يذبح فيلزم هذا الجاهل أن لا يأكل ماذبحه القصاب وما ذبح للولائم والأعراس والعقيقة (قوله والفارق) أى بين ما أهل به لغير الله بسبب تعظيم المخلوق وبين غيره ، وعلى هذا فالذبح عند وضع الجدار أو عروض مرض أو شفاء منه لا شك فى حله لأن القصد منه التصدق حموى ، ومثله النذر بقربان معلقا بسلامته من بحر مثلا فيلزمه التصدق به على الفقراء فقط كما فى فتاوى الشلبى (قوله وإن لم يقدمها ليأكل منها) هذا مناط الفرق لا بمجرد دفعها لغيره : أى غير من ذبحت لأجله أو غير الذابح فإن الذابح قد يتركها أو يأخذها كلها أو بعضها فافهم :

لتعظيم غير الله فتحرم ، وهل يكفر ؟ قولان بزازية وشرح وهبانية :
قلت : وفى صيد المنية أنه يكره ولايكفر لأنا لا نسيء الظن بالمسلم أنه يتقرب إلى الآدمى بهذا النحر ، ونحوه فى شرح الوهبانية عن الذخيرة ، ونظمه فقال :

وفاعله جمهورهم قال كافر   وفضلى وإسمعيلى ليس يكفر

(العضو) يعنى الجزء (المنفصل من الحى) حقيقة وحكما لأنه مطلق فينصرف للكامل كما حققه فى تنوير البصائر :
قلت : لكن ظاهر المتن التعميم بدليل الاستثناء فتأمله (كميتته) كالأذن المقطوعة والسن الساقطة إلا فى حق صاحبه فطاهر وإن كثر أشباه من الطهارة ، وهو المختار كما فى تنوير البصائر (إلا من مذبوح قبل موته فيحل أكله لو من) الحيوان (المأكول) لأن ما بقى من الحياة غير معتبر أصلا بزازية .
قلت : لكن يكره كما مر ، وحررنا فى الطهارة قول الوهبانية :

واعلم أن المدار على القصد عند ابتداء الذبح فلا يلزم أنه لو قدم للضيف غيرها أن لاتحل لأنه حين الذبح لم يقصد تعظيمه بل إكرامه بالأكل منها وإن قدم إليه غيرها ، ويظهر ذلك أيضا فيما لو ضافه أمير فذبح عند قدومه ، فإن قصد التعظيم لاتحل وإن أضافه بها وإن قصد الإكرام تحل وإن أطعمه غيرها تأمل (قوله وهل يكفر) أى فيما بينه وبين الله تعالى ، إذ لايفتى بكفر مسلم أمكن حمل كلامه أو فعله على محمل حسن أو كان فى كفره خلاف (قوله أنه يتقرب إلى الآدمى) أى على وجه العبادة لأنه المكفر وهذا بعيد من حال المسلم ، فالظاهر أنه قصد الدنيا أو القبول عنده باظهار المحبة بذبح فداء عنه ، لكن لما كان فى ذلك تعظيم له لم تكن التسمية مجردة لله تعالى حكما كما لو قال بسم الله واسم فلان حرمت ، ولا ملازمة بين الحرمة والكفر كما قدمناه عن المقدسى فافهم (قوله وفضلى وإسمعيلى) أى قالا ليس بكفر ، والمراد بهما الإمام الفضلى وغير اسمه للضرورة والإمام إسمعيل الزاهد (قوله المنفصل من الحى) أى غير السمك والجراد ، والمراد المنفصل عن اللحم ، فلو كان متعلقا بجلده لايختلف الحكم بخلاف المتعلق باللحم حيث يؤكل كما فى شرح البيرى عن شرح الطحاوى ، وأطلق الحى فشمل الصيد : وذكر الشارح فى كتاب الصيد عن الملتقى أنه لو رمى إلى صيد فقطع عضوا منه ولم يبنه ، فإن احتمل التئامه أكل العضو أيضا وإلا لا (قوله حقيقة وحكما) متعلق بالحى ، وهو احتراز عن الحى بعد الذبح ، فإن المنفصل منه ليس بميتة وإن كان فيه حياة لكونها حياة حكمية اهـ ح . واحترز به فى صيد الهداية عن المبان من الحى صورة لاحكما بأن يبقى فى المبان منه حياة كحياة المذبوح فيؤكل الكل .

وفى العناية : ولا يؤكل العضو إن أمكن حياته بعد الإبانة ولا يؤكل ، وبه يعلم أنه لو أبان الرأس أكلا لأنه ليس منفصلا من حى حقيقة وحكما بل حقيقة فقط لأنه عند الانفصال ميت حكما ، وسيأتى تمامه فى الصيد إن شاء الله تعالى (قوله لكن ظاهر المتن التعميم) يعنى تعميم الحى فى الحى حقيقة وحكما ، وفى الحى حكما فقط : فيفيد أن المنفصل من المذبوح ميتة لكنه يخرج بالاستثناء الآتى فلا مخالفة فى الحكم بين الوجهين. غايته أن الاستثناء منقطع على الأول متصل على الثانى اهـ ح (قوله والسن الساقطة) تقدم فى الطهارة أن المذهب طهارة السن اهـ ح (قوله وإن كثر) أى زاد على وزن الدرهم ، فلو صلى به وهو معه تصح صلاته بخلاف المتصل من غيره ، والمراد بالمنفصل فى جميع مامر ماتحله الحياة كما لايخفى (قوله كما مر) أى فى قوله وقطع الرأس والسلخ قبل أن تبرد اهـ ح (قوله وحررنا فى الطهارة) أى قبيل التيمم ، والذى حرره هناك أنه لاعبرة لغلبة الشبه لتصريحهم بحل ذئب ولدته

وقد حللا لحم البغال وأمها ... من الخيل قطعا والكراهة تذكر
وإن ينز كلب فوق عنز فجاءها ... نتاج له رأس ككلب فينظر
فإن أكلت لحما فكلب جميعها ... وإن أكلت تبنا فذا الرأس يبتر
ويؤكل باقيها وإن أكلت لذا ... وذا فاضربنها والصياح يخبر
وإن أشكلت فاذبح فإن كرشها بدا ... فعنز وإلا فهو كلب فيطمر
وفي معاياتها: وأي شياه دون ذبح يحلها ... ومن ذا الذي ضحى ولادم ينهر

كتاب الأضحية

من ذكر الخاص بعد العام (هي) لغة اسم لما يذبح أيام الأضحى ،

شاة اعتبارا للأم اهـ ح (قوله وأمها من الخيل) جملة حالية ، فلو أمها أتان لاتؤكل اتفاقا (قوله والكراهة تذكر) أي عندهما ، وهو أحد قولين حكاهما في الذخيرة . وفهم الطرسوسي أن الكراهة تنزيهية ، ونازعه الناظم بأن محمدا نص على أن كل مكروه حرام . وعندهما إلى الحل أقرب . ورجح ابن الشحنة الأول بمسألة الشاة إذا نزا عليها ذئب فإنه يحل بلاكراهة . قال : لكن في البزازية قال والبغل لايؤكل ولم يفصل ، وما سيأتي من التعويل على الشبه يقتضي الحرمة لأن البغل أشبه بالحمار من الفرس اهـ .

أقول : الظاهر الأول ، لما مر أن كراهة الفرس عندهما تنزيهية فكذا والدها وأنه لاعبرة بالشبه تأمل (قوله وإن ينز الخ) يقال نزا الفحل إذا وثب على الأنثى فواقعها والنتاج بالكسر اسم يشمل وضع البهائم من الغنم وغيرها شارح (قوله فإن أكلت الخ) تفصيل لقوله فينظر . وتبنا بتقديم التاء الفوقية ويجوز أن يكون نبتا بتأخيرها وتقديم النون . والبتر القطع : أي يقطع الرأس ويرمى ويأكل الباقي (قوله والصياح يخبر) أي فإن نبح لايؤكل ، وإن ثغا يرمى رأسه ويؤكل الباقي (قوله وإن أشكلت) بأن نبح كالكلب وثغا كالعنز (قوله فعنز) أي فيؤكل ماسوى رأسه (قوله وإلا) بأن خرج له أمعاء بلا كرش . والطمر : الدفن في الأرض . هذا وظاهر كلامه أن اعتبار هذه الأمور على هذا الترتيب فبعد وضوح علامة الأكل لايعتبر الصياح مطلقا ، وبعد وضوح علامة الصياح لايعتبر مافي الجوف مطلقا ، وعليه فإذا أكل لحما وثغا أو ظهر له كرش لايؤكل ، وإذا أكل تبنا ونبح أو ظهر له أمعاء يؤكل تأمل (قوله وأي شياه الخ) هي التي ندت خارج المصر تحل بالجرح ، وقد مر قبيل الذبائح (قوله ومن ذا الذي ضحى الخ) جوابه : رجل أقام في بيته إلى وقت الضحى فقد ضحى بلا دم .

[تتمة] ما يحرم أكله من أجزاء الحيوان المأكول سبعة : الدم المسفوح والذكر والأنثيان والقبل والغدة والمثانة والمرارة بدائع ، وسيأتي تمامه إن شاء الله تعالى آخر الكتاب ، والله تعالى أعلم .

كتاب الأضحية

أفعولة أصله أضحوية اجتمعت الواو والياء وسبقت إحداهما بالسكون فقلبت الواو ياء وأدغمت الياء في الياء وكسرت الحاء لثبات الياء وتجمع على أضاحي بتشديد الياء عناية . ونقل في الشرنبلالية أن فيها ثماني لغات أضحية بضم الهمزة وكسرها مع تشديد الياء وتخفيفها وضحية بلا همزة بفتح الضاد وكسرها وأضحاة بفتح الهمزة وكسرها (قوله من ذكر الخاص بعد العام) فيه بيان المناسبة مع وجه التعقيب كما قال في العناية . أوردها عقب الذبائح لأن التضحية ذبح خاص والخاص بعد العام اهـ : بيانه أن العام جزء من الخاص ، فالحيوان مثلا جزء من ماهية

من تسمية الشيء باسم وقته . وشرعا (ذبح حيوان مخصوص بنية القربة فى وقت مخصوص . وشرائطها : الإسلام والإقامة واليسار الذى يتعلق به) وجوب (صدقة الفطر) كما مر (لا الذكورة فتجب على الأنثى) خالية (وسببها الوقت) وهو أيام النحر

الإنسان لأنه حيوان ناطق والجزء مقدم طبعا فقدم وضعا (قوله من تسمية الشيء باسم وقته) يعنى باسم مأخوذ من اسم وقت ذبحه فافهم :

وفى المغرب : يقال ضحى ، إذا ذبح الأضحية وقت الضحى هذا أصله ، ثم كسر حتى قيل ضحى فى أى وقت كان من أيام التشريق ولو آخر النهار اه : وقيل منسوبة إلى أضحى (قوله وشرعا ذبح حيوان) كذا فى العناية ، والذى فى الدرر أنها اسم لحيوان مخصوص ، وكذا قال ابن الكمال : هى ما يذبح ، وكتب فى هامشه أن من قال ذبح حيوان فكأنه لم يفرق بين الأضحية والتضحية اه وقد خطر لى قبل رؤيته (قوله مخصوص) أى نوعا وسناط (قوله بنية القربة) أى المعهودة وهى التضحية . قال فى البدائع : فلا تجزئ التضحية بدونها لأن الذبح قد يكون للحم وقد يكون للقربة ، والفعل لا يقع قربة بدون النية ، وللقربة جهات من المتعة والقران والإحصار وغيره فلا تتعين الأضحية إلا بنيتها ، ولا يشترط أن يقول بلسانه ما نوى بقلبه كما فى الصلاة اه . وفى البزازية : لو ذبح المشتراة لها بلا نية الأضحية جازت اكتفاء بالنية عند الشراء اه :

أقول : فيه مخالفة لما ذكره فى البدائع أيضا أن من الشروط مقارنة النية للتضحية كما فى الصلاة لأنها هى المعتبرة ، فلا يسقط اعتبار القران إلا للضرورة كما فى الصوم لتعذر قرانها بوقت الشروع اه وبالأول جزم فى القاعدة الأولى من الأشباه تأمل (قوله وشرائطها) أى شرائط وجوبها ، ولم يذكر الحرية صريحا لعلمها من قوله واليسار ، ولا العقل والبلوغ لما فيهما من الخلاف كما يأتى ، والمعتبر وجود هذه الشرائط آخر الوقت وإن لم تكن فى أوله كما سيأتى (قوله والإقامة) فالمسافر لا تجب عليه وإن تطوع بها أجزأته عنها وهذا إذا سافر قبل الشراء ، فإن المشترى شاة لها ثم سافر ففى المنتقى أنه يبيعها ولا يضحى بها أى لا يجب عليه ذلك ، وكذا روى عن محمد . ومن المشايخ من فصل فقال : إن كان موسرا لا يجب عليه وإلا ينبغى أن يجب عليه ولا تسقط بسفره ، وإن سافر بعد دخول الوقت قالوا ينبغى أن يكون الجواب كذلك اه ط عن الهندية ومثله فى البدائع (قوله واليسار الخ) بأن ملك مائتى درهم أو عرضا يساويها غير مسكنه وثياب اللبس أو متاع يحتاجه إلى أن يذبح الأضحية ولو له عقار يستغله فقيل تلزم لو قيمته نصابا ، وقيل لو يدخل منه قوت سنة تلزم ، وقيل قوت شهر ، فمتى فضل نصاب تلزمه . ولو العقار وقفا ، فإن وجب له فى أيامها نصاب تلزم ، وصاحب الثياب الأربعة لو ساوى الرابع نصابا غنى وثلاثة فلا ، لأن أحدها للبذلة والآخر للمهنة والثالث للجمع والوفد والأعياد ، والمرأة موسرة بالمعجل لو الزوج مليا وبالمؤجل لا ، وبدار تسكنها مع الزوج إن قدر على الإسكان : له مال كثير غائب فى يد مضاربه أو شريكه ومعه من الحجرين أو متاع البيت ما يضحى به تلزم ، وتمام الفروع فى البزازية وغيرها (قوله وسببها الوقت) سبب الحكم ما ترتب عليه الحكم مما لا يدرك العقل تأثيره ولا يكون بصنع المكلف كالوقت للصلاة . والفرق بينه وبين العلة والشرط مذكور فى حاشيتنا [نسمات الأسحار على شرح المنار] للشارح : وذكر فى النهاية أن سبب وجوب الأضحية ووصف القدرة فيها بأنها ممكنة أو ميسرة لم يذكر لا فى أصول الفقه ولا فى فروعه ، ثم حقق أن السبب هو الوقت لأن السبب إنما يعرف بنسبة الحكم إليه وتعلقه به إذ الأصل فى إضافة الشيء إلى الشيء أن يكون سببا وكذا إذا لازمه فتكرر بتكرره ، وقد تكرر وجوب الأضحية بتكرر

وقيل الرأس وقدمه فى التاترخانية :
(وركنها) ذبح (ما يجوز ذبحه) من النعم لا غير ، فيكره ذبح دجاجة وديك لأنه تشبه بالمجوس بزازية
(وحكمها الخروج عن عهدة الواجب) فى الدنيا (والوصول إلى الثواب) بفضل الله تعالى (فى العقبى) مع صحة النية إذ لاثواب بدونها (فتجب) التضحية : أى إراقة الدم من النعم عملا لا اعتقادا

الوقت وهو ظاهر ووجدت الإضافة فإنه يقال يوم الأضحى كما يقال يوم الجمعة أو العيد وإن كان الأصل إضافة الحكم إلى سببه كصلاة الظهر ، لكن قد يعكس كيوم الجمعة . والدليل على سببية الوقت امتناع التقديم عليه كامتناع تقديم الصلاة ، وإنما لم تجب على الفقد لفقد الشرط وهو الغنى وإن وجد السبب اهـ وتبعه فى العناية والمعراج (قوله وقيل الرأس) فيه نظر يعلم مما مر ؛ على أنه إنما يعرف السبب بنسبة الحكم إليه فى كلام الشارح كما أوضحناه فى حاشية المنار قبيل بحث السنة فتدبر (قوله وركنها ذبح الخ) لأن ركن الشيء ما يقوم به ذلك الشيء والأضحية إنما تقوم بهذا الفعل فكان ركنا نهاية (قوله فيكره ذبح دجاجة وديك الخ) أى بنية الأضحية والكراهة تحريمية كما يدل عليه التعليل ط ، وهذا فيمن لا أضحية عليه وإلا فالأمر أظهر (قوله بفضل الله تعالى) هذا مذهب أهل الحق إذ لا يجب عليه تعالى شيء (قوله مع صحة النية) أى بخلوصها بقصد القربة (قوله إذ لا ثواب بدونها) أى بدون النية لأن ثواب الأعمال بالنيات أو بدون صحتها ، إذ لو خالطها رياء مثلا فلا ثواب أيضا وإن سقط الواجب ، لأن الثواب مفرع على القبول وبعد جواز الفعل لا يلزم حصول القبول فى المختار كما فى شرح المنار :

قال فى الولوالجية : رجل توضأ وصلى الظهر جازت صلاته والقبول لايدرى هو المختار لأن الله تعالى قال – إنما يتقبل الله من المتقين – وشرائط التقوى عظيمة اهـ وتمامه فى [نسمات الأسحار] (قوله فتجب التضحية) إسناد الوجوب إلى الفعل أولى من إسناده إلى العين كالأضحية كما فعله القدورى ط . والوجوب هو قول أبى حنيفة ومحمد وزفر والحسن وإحدى الروايتين عن أبى يوسف : وعنه أنها سنة وهو قول الشافعى هداية ، والأدلة فى المطولات (قوله أى إراقة الدم) قال فى الجوهرة : والدليل على أنها الإراقة لو تصدق بين الحيوان لم يجز ، والتصدق بلحمها بعد الذبح مستحب وليس بواجب اهـ (قوله عملا لا اعتقادا) اعلم أن الفرض ما ثبت بدليل قطعى لا شبهة فيه كالإيمان والأركان الأربعة ، وحكمه اللزوم علما : أى حصول العلم القطعى بثبوته وتصديقا بالقلب : أى لزوم اعتقاد حقيته وعملا بالبدن حتى يكفر جاحده ويفسق تاركه بلا عذر : والواجب ما ثبت بدليل فيه شبهة كصدقة الفطر والأضحية ، وحكمه اللزوم عملا كالفرض لا علما على اليقين للشبهة ، حتى لا يكفر جاحده ويفسق تاركه بلا تأويل كما هو مبسوط فى كتب الأصول .

ثم إن الواجب على مراتب كما قال القدورى بعضها آكد من بعض : فوجوب سجدة التلاوة آكد من وجوب صدقة الفطر ، ووجوبها آكد من وجوب الأضحية اهـ وذلك باعتبار تفاوت الأدلة فى القوة . وقد ذكر فى التلويح أن استعمال الفرض فيما ثبت بظنى ، والواجب فيما ثبت بقطعى شائع مستفيض كقولهم الوتر فرض ونحو ذلك ويسمى فرضا عمليا ، وكقولهم الزكاة واجبة ونحوه ، فلفظ الواجب يقع على ما هو فرض علما وعملا كصلاة الفجر ، وعلى ظنى هو فى قوة الفرض فى العمل كالوتر حتى يمنع تذكره صحة الفجر كتذكر العشاء ، وعلى ظنى هو دون الفرض فى العمل وفوق السنة كتعيين الفاتحة حتى لا تفسد الصلاة بتركها بل تجب سجدة السهو اهـ وتمام تحقيق ذلك بما لم يوجد مجموعة فى كتاب مذكور فى حاشيتنا على المنار بتوفيق الملك الوهاب :

بقدرة ممكنة هى مايجب بمجرد التمكن من الفعل ؛ فلا يشترط بقاؤها لبقاء الوجوب لأنها شرط محض ، لا ميسرة هى مايجب بعد التمكن بصفة اليسر فغيرته من العسر إلى اليسر ، فيشترط بقاؤها لأنها شرط فى معنى العلة كما مر فى الفطرة بدلول وجوب تصدقه

إذا علمت ذلك ظهر لك أن كلا من الفرض والواجب اشتركا فى لزوم العمل وإن تفاوتت مراتب اللزوم كما تفاوتت مراتب الوجوب :

واختلفا فى لزوم الاعتقاد على سبيل الفرضية ولهذا يسمى الواجب فرضا عملا فقط ، وقد علمت أن كلا منهما يطلق على الآخر . فقول الشارح عملا لا اعتقادا احتراز عن الفرض القطعى ولهذا قال فى المنح أى فلا يكفر جاحده ، فأفاد أن المراد به الواجب الظنى كالوتر ونحوه ، لا القطعى الذى هو فرض علما وعملا فإن منكره كافر كما مر ، بخلاف منكر الواجب الظنى : أى منكر وجوبه فإنه لايكفر للشبهة فيه . أما إذا أنكر أصل مشروعيته المجمع عليها بين الأمة فإنه يكفر ، فقد صرح المصنف فى باب الوتر والنوافل أن من أنكر سنة الفجر يخشى عليه الكفر . ثم رأيته فى القنية فى باب مايكفر به نقل عن الحلوانى : لو أنكر أصل الوتر وأصل الأضحية كفر ، ثم نقل عن الزندوستى أنه لو أنكر الفرضية لايكفر ، ثم قال : ولا تنافى بينهما لأن الأصل مجمع عليه والفرضية والوجوب مختلف فيهما اهـ فافهم (قوله بقدرة) متعلق بتجب (قوله ممكنة) بصيغة اسم الفاعل من التمكين ط (قوله هى ما يجب) الأوضح أن يقول والواجب بهذه القدرة ما يجب الخ ط :

بيان ذلك أن القدرة التى يتمكن بها العبد من أداء ما لزمه نوعان : مطلق ، وهو أدنى ما يتمكن به العبد من أداء ما لزمه ، وهو شرط فى وجوب أداء كل مأمور به : وكامل وهو القدرة الميسرة للأداء بعد التمكن ، ودوامها شرط لدوام الواجب الشاقّ على النفس كأكثر الواجبات المالية ، حتى بطلت الزكاة والعشر والخراج بهلاك المال بعد التمكن من الأداء ، لأن القدرة الميسرة وهى وصف النماء قد فاتت بالهلاك فيفوت دوام الوجوب لفوات شرطه ، بخلاف الأولى فليس بقاؤها شرطا لبقاء الواجب ، حتى لايسقط الحج وصدقة الفطر بهلاك المال لوجوبهما بقدرة ممكنة وهى القدرة على الزاد والراحلة وملك النصاب ، ولا يقع اليسر فيهما إلا بخدم ومراكب وأعوان فى الأول وملك أموال كثيرة فى الثانى وليس بشرط بالإجماع (قوله بمجرد التمكن من الفعل) أى بالتمكن من الفعل المجرد عن اشتراط دوام القدرة ط (قوله لأنها شرط محض) أى ليس فيه معنى العلة ، والشرط يكفى مطلق وجوده لتحقق وجوده لتحقق المشروط اهـ ط (قوله هى ما يجب الخ) الأوضح أن يقول والواجب بها ما يجب الخ ط (قوله بصفة اليسر) الباء للمصاحبة ط (قوله فغيرته من العسر) وهو الوجوب بمجرد التمكن إلى اليسر وهو الوجوب بصفة اليسر بعد التمكن ، وهذا منه بيان لوجه التسمية بميسرة والتغيير تقديرى ، إذ ليس المراد أنه كان واجبا بالعسرة بقدرة ممكنة ثم تغير إلى اليسر ، بل المراد أنه لو وجب بالممكنة كباقى الواجبات بها لكان جائزا فلما توقف عليها صار كأنه تغير (قوله لأنها شرط فى معنى العلة) لأن العلة هى المؤثرة ، ولما أثر هذا الشرط بتغيير الواجب إلى صفة اليسر كان فى معنى العلة والعلة مما لا يمكن بقاء الحكم بدونها إذ لا يسر بدون قدرة ميسرة ، والواجب الذى لم يشرع إلا بصفة اليسر لايبقى بدونها (قوله بدليل) علة لكونها بقدرة ممكنة لاميسرة اهـ ح :

قال فى العناية : وهى واجبة بالقدرة الممكنة ، بدليل أن الموسر إذا اشترى شاة للأضحية فى أول يوم النحر ولم يضحّ حتى مضت أيام النحر ثم افتقر كان عليه أن يتصدق بعينها ولا تسقط عنه الأضحية ، فلو كانت بالقدرة الميسرة كان دوامها شرطا كما فى الزكاة والعشر والخراج حيث تسقط بهلاك المال اهـ :

بعينها أو بقيمتها لو مضت أيامها (على حر مسلم مقيم) بمصر أو قرية أو بادية عيني ، فلا تجب على حاج مسافر ؛ فأما أهل مكة فتلزمهم وإن حجوا ، وقيل لا تلزم المحرم سراج (موسر) يسار الفطرة (عن نفسه لا عن طفله) على الظاهر ، بخلاف الفطرة (شاة) بالرفع بدل من ضمير تجب أو فاعله (أو سبع بدنة) هي الإبل والبقر ؛ سميت به لضخامتها ، ولو لأحدهم أقل من سبع

واعترض بأنه إذا افتقر بعد مضى أيام النحر كانت القدرة الميسرة حاصلة فيها فلذا لم تسقط بعد . واعترضه فى الحواشى السعدية أيضا بأن قول الهداية وتفوت بمضى الوقت يدل على أن الوجوب ليس بالقدرة الممكنة وإلا لم تسقط وكان عليه أن يضحى وإن لم يشتر شاة فى يوم النحر ، وبأنها تسقط بهلاك المال قبل مضى أيام النحر كالزكاة تسقط بهلاك النصاب ، بخلاف صدقة الفطر فإنها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر وهذا كالصريح فى أن المعتبر فيها هو القدرة الميسرة اه .

أقول : قد يجاب بأن الأضحية لها وقت مقدر كالصلاة والصوم والعبرة للوجوب فى آخره كما يأتى ، فمن كان غنيا آخره تلزمه ، ومن كان فقيرا آخره لا تلزمه ولو كان فى أوله بخلاف ذلك ، فمن اشتراها غنيا ثم افتقر بعد أيامها كان فى آخر الوقت متمكنا بالقدرة الممكنة حتى لزمه القضاء لا بالقدرة الميسرة وإلا لاشترط دوامها بأن تسقط عنه إذا افتقر ، والواقع خلافه ؛ ومعنى قول الهداية وتفوت بمضى الوقت فوات أدائها بدليل أن عليه التصدق بقيمتها أو بعينها كما يأتى فى بيانه ، وسقوطها بهلاك المال قبل مضى أيامها لا يفيد أن القدرة ميسرة لأن العبرة لآخر الوقت ولم توجد القدرة فيه أصلا ، بخلاف الزكاة وصدقة الفطر إذ ليس لها وقت يفوت الأداء بفوته فإن الزكاة فى كل وقت زكاة وكذا صدقة الفطر ، بخلاف الأضحية فإن الواقع بعد وقتها خلف عنها ، فحيث سقطت الزكاة بالهلاك فى وقت وجوب الأداء ولم تسقط صدقة الفطر علم أن الأولى وجبت بقدرة ميسرة والثانية بقدرة ممكنة ، وهلاك المال فى الأضحية لا يمكن حمله على واحد من هذين إلا إذا كان بعد وجوب الأداء وذلك فى آخر أيام النحر ، لأن وقتها مقدر كما علمت ؛ فحيث هلك المال بعد أيامها وألزمناه بالتصدق بعينها أو بقيمتها علمنا أنها لم تسقط به كصدقة الفطر وكان وجوبها بقدرة ممكنة . وأما إذا هلك قبل مضى أيامها كان الهلاك قبل وجوب الأداء فلا يمكن حمله على واحد منهما ، فتدبر هذا التحقيق فهو بالقبول حقيق ، والله ولى التوفيق (قوله بعينها) أى لو نذرها أو كان فقيرا شراها لها ، وقوله أو بقيمتها أى لو كان غنيا ولم ينذرها كما يأتى فتأمل (قوله فتلزمهم وإن حجوا) اقتصر عليه فى البدائع وذلك لأنهم مقيمون (قوله وقيل لا تلزم المحرم) وإن كان من أهل مكة جوهرة عن الخجندى ، وحمله فى الشرنبلالية على المسافر وفيه نظر ظاهر (قوله لا عن طفله) أى من مال الأب ط (قوله على الظاهر) قال فى الخانية : فى ظاهر الرواية أنه يستحب ولا يجب ، بخلاف صدقة الفطر ؛ وروى الحسن عن أبى حنيفة يجب أن يضحى عن ولده وولد ولده الذى لا أب له ، والفتوى على ظاهر الرواية اه ولو ضحى عن أولاده الكبار وزوجته لا يجوز إلا بإذنهم : وعن الثانى أنه يجوز استحسانا بلا إذنهم بزازية .

قال فى الذخيرة : ولعله ذهب إلى أن العادة إذا جرت من الأب فى كل سنة صار كالإذن منهم ، فإن كان على هذا الوجه فما استحسنه أبو يوسف مستحسن (قوله شاة) أى ذبحها لما مر أن الواجب هو الإراقة (قوله بدل من ضمير تجب أو فاعله) كذا فى المنح وهذا بالنظر إلى مجرد المتن ، وإلا فالشارح ذكر فاعل تجب فيما مر وهو التضحية تبعا للمنح أيضا ، فبالنظر إلى الشرح تكون شاة بدلا من التضحية أو خبرا لمبتدإ محذوف مع تقدير مضاف : أى الواجب ذبح شاة فافهم (قوله لضخامتها) أى عظم بدنها (قوله ولو لأحدهم) أى أحد السبعة

لم يجز عن أحد ، وتجزى عما دون سبعة بالأولى (فجر) نصب على الظرفية (يوم النحر إلى آخر أيامه) وهى ثلاثة أفضلها أولها :

(ويضحى عن ولده الصغير من ماله) صححه فى الهداية (وقيل لا) صححه فى الكافى . قال : وليس للأب أن يفعله من مال طفله ، ورجحه ابن الشحنة :

قلت : وهو المعتمد لما فى متن مواهب الرحمن من أنه أصح مايفتى به : وعلله فى البرهان بأنه إن كان المقصود الإتلاف فالأب لا يملكه فى مال ولده كالعتق أو التصدق باللحم فمال الصبى لا يحتمل صدقة التطوع ، وعزاه للمبسوط فليحفظ .

المعلومين من قوله أو سبع بدنة ، لأن المراد أنها تجزى عن سبعة بنية القربة من كل منهم ولو اختلفت جهات القربة كما يأتى (قوله لم يجز عن أحد) من الجواز أو من الإجزاء والثانى ألسب بما بعده (قوله وتجزى عما دون سبعة) الأولى عمن لأن ما لما لايعقل ، وأطلقه فشمل ما إذا اتفقت الأنصباء قدرا أولا لكن بعد أن لا ينقص عن السبع ، ولو اشترك سبعة فى خمس بقرات أو أكثر صح لأن لكل منهم فى بقرة سبعها لاثمانية فى سبع بقرات أو أكثر ، لأن كل بقرة على ثمانية أسهم فلكل منهم أقل من السبع ولا رواية فى هذه الفصول ولو اشترك سبعة فى سبع شياه لا يجزيهم قياسا لأن كل شاة بينهم على سبعة أسهم . وفى الاستحسان يجزيهم وكذا اثنان فى شاتين ، وعليه فينبغى أن يكون فى الأول قياس واستحسان ، والمذكور فيه جواب القياس بدائع (قوله نصب على الظرفية) أى لقوله تجب ، وهذا بيان لأول وقتها مطلقا للمصرى والقروى كما يأتى بيانه فافهم (قوله إلى آخر أيامه) دخل فيها الليل وإن كره كما يأتى ، وأفاد أن الوجوب موسع فى جملة الوقت غير عين :

والأصل أن ما وجب كذلك يتعين الجزء الذى أدى فيه للوجوب أو آخر الوقت كما فى الصلاة وهو الصحيح وعليه يتخرج ما إذا صار أهلا للوجوب فى آخره، بأن أسلم أو أعتق أو أيسر أو أقام تلزمه، لا إن ارتد أو أعسر أو سافر فى آخره ، ولو أعسر بعد خروج الوقت صار قيمة شاة صالحة للأضحية دينا فى ذمته ، ولو مات الموسر فى أيامها سقطت ، وفى الحقيقة لم تجب ، ولو ضحى الفقير ثم أيسر فى آخره عليه الإعادة فى الصحيح لأنه تبين أن الأولى تطوع بدائع ملخصا ، لكن فى البزازية وغيرها أن المتأخرين قالوا لا تلزمه الإعادة وبه نأخذ (قوله وهى ثلاثة) وكذا أيام التشريق ثلاثة ، والكل يمضى بأربعة أولها نحر لا غير وآخرها تشريق لاغير والمتوسطان نحر وتشريق هداية : وفيه إشعار بأن التضحية تجوز فى الليلتين الأخيرتين لا الأولى ، إذ الليل فى كل وقت تابع لنهار مستقبل إلا فى أيام الأضحية فإنه تابع لنهار ماض كما فى المضمرات وغيره : وفيه إشكال لأن ليلة الرابع لم تكن وقتا لها بلا خلاف ، إلا أن يقال المراد فيما بين أيام الأضحية قهستانى (قوله أفضلها أولها) ثم الثانى ثم الثالث كما فى القهستانى عن السراجية (قوله ويضحى عن ولده الصغير من ماله) أى مال الصغير ومثله المجنون :

قال فى البدائع : وأما البلوغ والعقل فليسا من شرائط الوجوب فى قولهما : وعند محمد من الشرائط حتى لاتجب التضحية فى مالهما لو موسرين ، ولايضمن الأب أو الوصى عندهما وعند محمد يضمن : والذى يجن ويفيق يعتبر حاله ، فإن كان مجنونا فى أيام النحر فعلى الاختلاف وإن مفيقا تجب بلا خلاف اه :

قلت : لكن فى الخانية ، وأما الذى يجن ويفيق فهو كالصحيح اه إلا أن يحمل على أنه يجن ويفيق فى أيام النحر فتأمل (قوله صححه فى الهداية) حيث قال : والأصح أن يضحى من ماله ، فقول ابن الشحنة إنه فى الهداية لم يصحح شيئا بل مقتضى صنيعه ترجيح عدم الوجوب فيه نظر ، ولعله ساقط من نسخته (قوله قلت وهو المعتمد)

ثم فرع على القول الأول بقوله (وأكل منه الطفل) وادخر له قدر حاجته (ومابقى يبدل بماينتفع) الصغير (بعينه) كثوب وخف لابما يستهلك كخبز ونحوه ابن كمال وكذا الجد والوصى :

(وصح اشتراك ستة فى بدنة شريت لأضحية) أى إن نوى وقت الشراء الاشتراك صح استحسانا وإلا لا (استحسانا وذا) أى الاشتراك (قبل الشراء أحب ، ويقسم اللحم وزنا

واختاره فى الملتقى حيث قدمه ، وعبر عن الأول بقيل، ورجحه الطرسوسى بأن القواعد تشهد له ولأنها عبادة ، وليس القول بوجوبها أولى من القول بوجوب الزكاة فى ماله (قوله بما ينتفع بعينه) ظاهره أنه لايجوز بيعه بدراهم ثم يشترى بها ما ذكر ط ، ويفيده ما نذكره عن البدائع (قوله وكذا الجد والوصى) أى كالأب فى جميع ما ذكر (قوله وصح اشتراك ستة) كذا فيما رأيناه من النسخ من الافتعال بالتاء وهو كذلك فى عدة كتب ، ومقتضاه أنه متعد مضاف إلى مفعوله والفاعل محذوف وهو الشارى ، ولذا قال فى الدرر : أى جعلهم شركاء له (قوله فى بدنة شريت لأضحية) أى ليضحى بها عن نفسه هداية وغيرها ، وهذا محمول على الغنى لأنها لم تتعين لوجوب الضحية بها ومع ذلك يكره لما فيه من خلف الوعد ، وقد قالوا إنه ينبغى له أن يتصدق بالثمن وإن لم يذكره محمد نصا ، فأما الفقير فلا يجوز له أن يشرك فيها لأنه أوجبها على نفسه بالشراء للأضحية فتعينت للوجوب بدائع وغاية البيان لكن فى الخانية سوّى بين الغنى والفقير ثم حكى التفصيل عن بعضهم تأمل (قوله أى إن نوى وقت الشراء الاشتراك صح استحسانا وإلا لا) كذا فى بعض النسخ ، والواجب إسقاطه كما فى بعض النسخ ، لأن موضوع المسألة الاستحسانية أن يشتريها ليضحى بها عن نفسه كما فى الهداية والخانية وغيرهما ، ولذا قال المصنف بعد قوله استحسانا وذا قبل الشراء أحب :

وفى الهداية : والأحسن أن يفعل ذلك قبل الشراء ليكون أبعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع فى القربة اهـ :

وفى الخانية : ولو لم ينو عند الشراء ثم أشركهم فقد كرّهه أبوحنيفة :

أقول : وقدمنا فى باب الهدى عن فتح القدير معزوّا إلى الأصل والمبسوط : إذا اشترى بدنة لمتعة مثلا ثم أشرك فيها ستة بعد ما أوجبها لنفسه خاصة لايسعه ، لأنه لما أوجبها صار الكل واجبا بعضها بإيجاب الشرع وبعضها بإيجابه ، فإن فعل فعليه أن يتصدق بالثمن ، وإن نوى أن يشرك فيها ستة أجزأته لأنه ما أوجب الكل على نفسه بالشراء ، فإن لم يكن له نية عند الشراء ولكن لم يوجبها حتى شرك الستة جاز . والأفضل أن يكون ابتداء الشراء منهم أو من أحدهم بأمر الباقين حتى تثبت الشركة فى الابتداء اهـ ولعله محمول على الفقير أو على أنه أوجبها بالنذر ، أو يفرق بين الهدى والأضحية تأمل (قوله ويقسم اللحم) انظر هل هذه القسمة متعينة أولا ، حتى لو اشترى لنفسه ولزوجته وأولاده الكبار بدنة ولم يقسموها تجزيهم أولا . والظاهر أنها لا تشترط لأن المقصود منها الإراقة وقد حصلت : وفى فتاوى الخلاصة والفيض: تعليق القسمة على إرادتهم ، وهو يؤيد ماسبق غير أنه إذا كان فيهم فقير والباقى أغنياء يتعين عليه أخذ نصيبه ليتصدق به اهـ ط :

وحاصله أن المراد بيان شرط القسمة إن فعلت لأنها شرط ، لكن فى استثنائه الفقير نظر إذ لايتعين عليه التصدق كما يأتى ، نعم الناذر يتعين عليه فافهم (قوله لا جزافا) لأن القسمة فيها معنى المبادلة ، ولوحلل بعضهم بعضا قال فى البدائع : أما عدم جواز القسمة مجازفة فلأن فيها معنى التمليك واللحم من أموال الربا فلا يجوز تمليكه مجازفة . وأما عدم جواز التحليل فلأن الربا لايحتمل الحل بالتحليل ، ولأنه فى معنى الهبة وهبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تصح اهـ وبه ظهر أن عدم الجواز بمعنى أنه لايصح ولا يحل لفساد المبادلة خلافا لما بحثه فى الشرنبلالية

لاجزافا إلا إذا ضم معه من الأكارع أو الجلد) صرفا للجنس لخلاف جنسه :

(وأول وقتها بعد الصلاة إن ذبح فى مصر) أى بعد أسبق صلاة عيد ، ولو قبل الخطبة لكن بعدها أحب وبعد مضى وقتها لو لم يصلوا لعذر ، ويجوز فى الغد وبعده قبل الصلاة لأن الصلاة فى الغد تقع قضاء لا أداء زيلعى وغيره (وبعد طلوع فجر يوم النحر إن ذبح فى غيره) وآخره قبيل غروب يوم الثالث. وجوزه الشافعى فى الرابع ، والمعتبر مكان الأضحية لا مكان من عليه ، فحيلة مصرى أراد التعجيل أن يخرجها

من أنه فيه بمعنى لايصح ولاحرمة فيه (قوله إلا إذا ضم معه الخ) بأن يكون مع أحدهما بعض اللحم مع الأكارع ومع الآخر البعض مع الجلد عناية (قوله وأول وقتها بعد الصلاة الخ) فيه تسامح إذ التضحية لا يختلف وقتها بالمصرى وغيره بل شرطها ، فأول وقتها فى حق المصرى والقروى طلوع الفجر إلا أنه شرط للمصرى تقديم الصلاة عليها فعدم الجواز لفقد الشرط لا لعدم الوقت كما فى المبسوط وأشير إليه فى الهداية وغيرها قهستانى ، وكذا ذكر ابن الكمال فى منهوات شرحه أن هذا من المواضع التى أخطأ فيها تاج الشريعة ولم يتنبه له صدر الشريعة (قوله بعد أسبق صلاة عيد) ولو ضحى بعد ما صلى أهل المسجد ولم يصل أهل الجبانة أجزأه استحسانا لأنها صلاة معتبرة ، حتى لو اكتفوا بها أجزأتهم ، وكذا عكسه هداية ولو ضحى بعد ما قعد قدر التشهد فى ظاهر الرواية لايجوز . وقال بعضهم يجوز ويكون مسيئا وهو رواية عن أبى يوسف خانية (قوله ولو قبل الخطبة) قال فى المنح وعن الحسن : لو ضحى قبل الفراغ من الخطبة فقد أساء (قوله وبعد مضى وقتها) أى وقت الصلاة ، وهو معطوف على قوله بعد الصلاة ، ووقت الصلاة من الارتفاع إلى الزوال (قوله لعذر) أى غير الفتنة المذكورة بعد اه ط :

أقول : ولم يذكر الزيلعى لفظ العذر مع أنه مخالف لما سيذكره الشارح عن الينابيع . وفى البدائع : وإن أخر الإمام صلاة العيد فلا ذبح حتى ينتصف النهار ، فإن اشتغل الإمام فلم يصل أو ترك عمدا حتى زالت فقد حل الذبح بغير صلاة فى الأيام كلها لأنه بالزوال فات وقت الصلاة ، وإنما يخرج الإمام فى اليوم الثانى والثالث على وجه القضاء والترتيب شرط فى الأداء لا فى القضاء كذا ذكر القدورى اه ، وذكر نحوه الزيلعى عن المحيط ، ونقل قبله عنه أيضا أنه لا تجزيهم فى اليوم الثانى قبل الزوال إلا إذا كانوا لا يرجون أن يصلى الإمام بهم .

[تنبيه] قال فى مبسوط السرخسى : ليس على أهل منى يوم النحر صلاة العيد لأنهم فى وقتها مشغولون بأداء المناسك ، وتجوز لهم التضحية بعد انشقاق الفجر كما يجوز لأهل القرى اه :

ومن الظاهر أن أهل منى هم من بها من الحجاج وأهل مكة شرنبلالية أى أهل مكة الحرمين ، ثم إن هذا صريح فى خلاف ما ذكره البيرى حيث قال : إن منى لاتجوز فيها الأضحية إلا بعد الزوال لأنها موضع تجوز فيه صلاة العيد إلا أنها سقطت عن الحاج ولم نر فى ذلك نقلا مع كثرة المراجعة ، ولا صلاة العيد بمكة يوم النحر لأنا ومن أدركناه من المشايخ لم يصلها بمكة ، والله أعلم ما السبب فى ذلك اه (قوله إن ذبح فى غيره) أى غير المصر شامل لأهل البوادى ، وقد قال قاضيخان : فأما أهل السواد والقرى والرباطات عندنا يجوز لهم التضحية بعد طلوع الفجر ، وأما أهل البوادى لايضحون إلا بعد صلاة أقرب الأئمة إليهم اه وعزاه القهستانى إلى النظم وغيره وذكر فى الشرنبلالية أنه مخالف لما فى التبيين ولإطلاق شيخ الإسلام (قوله والمعتبر مكان الأضحية الخ) فلو كانت فى السواد والمضحى فى المصر جازت قبل الصلاة ، وفى العكس لم تجز قهستانى (قوله أن يخرجها) أى يأمر

لخارج المصر ، فيضحى بها إذا طلع الفجر مجتبى :

(والمعتبر آخر وقتها للفقير وضده والولادة والموت ، فلو كان غنيا فى أول الأيام فقيرا فى آخرها لا تجب عليه ، وإن ولد فى اليوم الآخر تجب عليه ، وإن مات فيه لا) تجب عليه

(تبين أن الإمام صلى بغير طهارة تعاد الصلاة دون الأضحية) لأن من العلماء من قال : لايعيد الصلاة إلا الإمام وحده فكان للاجتهاد فيه مساغا زيلعى :

وفى المجتبى : إنما تعاد قبل التفرق لابعده : وفى البزازية : بلدة فيها فتنة فلم يصلوا وضحوا بعد طلوع الفجر جاز فى المختار ، لكن فى الينابيع : ولو تعمد الترك فسن أول وقتها لايجوز الذبح حتى تزول الشمس اه. وقيل لاتجوز قبل الزوال فى اليوم الأول وتجوز فى بقية الأيام :

قلت : وقدمنا أنه مختار الزيلعى وغيره ، وبه جزم فى المواهب فتنبه :

(كما لو شهدوا أنه يوم العيد عند الإمام فصلوا ثم ضحوا ثم بان أنه يوم عرفة أجزأتهم الصلاة والتضحية)

بإخراجها (قوله لخارج المصر) أى إلى ما يباح فيه القصر قهستانى وزيلعى (قوله مجتبى) لا حاجة إلى العزو إليه بعد وجود المسألة فى الهداية والتبيين وغيرهما من المعتبرات (قوله والولادة) أى على القول بوجوبها فى مال الصغير أو الأب وهو خلاف المعتمد كما مر (قوله تعاد الصلاة دون التضحية الخ) قال فى البدائع : فإن علم ذلك قبل تفرق الناس يعيد بهم الصلاة باتفاق الروايات ، وهل يجوز ما ضحى قبل الإعادة ذكر فى بعض الروايات أنه يجوز لأنه ذبح بعد صلاة يجيزها بعض الفقهاء وهو الشافعى ، لأن فساد صلاة الإمام لا يوجب فساد صلاة المقتدى عنده فكانت تلك الصلاة معتبرة عنده ، فعلى هذا يعيد الإمام وحده ولا يعيد القوم وذلك استحسان اه ونحوه فى البزازية (قوله فكان للاجتهاد فيه مساغا) كذا فى المنح وبعض نسخ التبيين أيضا وصوابه مساغ بالرفع (قوله وفى المجتبى الخ) هذا تقييد لإطلاق المتن ، وهو وجيه لما فى الإعادة بعد التفرق من المشقة اه ح (قوله لابعده) أقول فى البزازية : ولو نادى بالناس ليعيدوها ، فمن ذبح قبل أن يعلم بذلك جازت ، ومن علم به لم يجز ذبحه إذا ذبح قبل الزوال وبعده يجوز اه لكن مقتضى ما قدمناه عن البدائع عدم الإعادة مطلقا ، ويدل عليه أنه فى البدائع ذكر ما فى البزازية رواية أخرى تأمل (قوله فلم يصلوا) لعدم وال يصليها بهم إتقانى وزيلعى (قوله جاز فى المختار) لأن البلدة صارت فى هذا الحكم كالسواد إتقانى .

وفى التاترخانية : وعليه الفتوى ، وقد ذكر المسألة الزيلعى أيضا ،ولا يعارض ماتقدم نقله عنه كما ظنه ح لأن الإمام هناك موجود فلم تصر فى حكم السواد فافهم (قوله لكن فى الينابيع الخ) ساقط من بعض النسخ وهو الأولى: إذ لا يخالف ما قبله لأنه ترك لعذر وهذا لغيره (قوله ولوتعمد الترك) مبنى للمجهول أو للمعلوم وفاعله الإمام (قوله فسن) يقال سن فلانا طعنه بالسنان ، والمراد به هنا الذبح (قوله وقيل الخ) الظاهر أنه فهم أنه معارض لما نقله عن البزازية كما فهمه المحشى والمعارضة مندفعة بما قدمناه (قوله قلت الخ) ليس فى عبارة الزيلعى ما يفيده لأنه حكى القولين عن المحيط كما قدمناه ولم يرجح (قوله أجزأتهم الصلاة والتضحية) كذا فى البدائع أيضا : وفيها : ولو شهدوا بعد نصف النهار أنه العاشر جاز لهم أن يضحوا ويخرج الإمام من الغد فيصلى بهم العيد ، وإن علم فى صدر النهار أنه يوم النحر فشغل الإمام عن الخروج أو غفل فلم يخرج ولم يأمر أحدا يصلى بهم فلا ينبغى لأحد أن يضحى حتى يصلى بهم الإمام إلى أن تزول الشمس ، فإذا زالت قبل أن يخرج الإمام ضحى الناس ، وإن ضحى أحد قبل ذلك لم يجز ، ولو ضحى بعد الزوال من يوم عرفة ثم ظهر أنه يوم النحر جازت عندنا لأنه

لأنه لايمكن التحرز عن مثل هذا الخطأ فيحكم بالجواز صيانة لجميع المسلمين زيلعى (وكره) تنزيها (الذبح ليلا) لاحتمال الغلط :

(ولو تركت التضحية ومضت أيامها تصدّق بها حية ناذر) فاعل تصدق (لمعينة) ولو فقيرا ، ولو ذبحها

فى وقته اه (قوله صيانة لجميع المسلمين) الذى رأيته فى الزيلعى لجمع بدون ياء : أى صلاتهم بالجماعة تأمل (قوله تنزيها) بحث من المصنف حيث قال : قلت : الظاهر أن هذه الكراهة للتنزيه ومرجعها إلى خلاف الأولى إذ احتمال الغلط لايصلح دليلا على كراهة التحريم اه :

أقول : وهو مصرح به فى ذبائح البدائع (قوله ليلا) أى فى الليلتين المتوسطتين لا الأولى ولا الرابعة ، إذ لا تصح فيهما الأضحية أصلا كما هو الظاهر ونبه عليه فى النهاية ومع هذا خفى على البعض (قوله ولو تركت التضحية الخ) شروع فى بيان قضاء الأضحية إذا فاتت عن وقتها فإنها مضمونة بالقضاء فى الجملة كما فى البدائع (قوله ومضت أيامها الخ) قيد به لما فى النهاية : إذا وجبت بإيجابه صريحا أو بالشراء لها ، فإن تصدّق بعينها فى أيامها فعليه مثلها مكانها ، لأن الواجب عليه الإراقة وإنما ينتقل إلى الصدقة إذا وقع اليأس عن التضحية بمضى أيامها ، وإن لم يشتر مثلها حتى مضت أيامها تصدق بقيمتها ، لأن الإراقة إنما عرفت قربة فى زمان مخصوص ولا تجزيه الصدقة الأولى عما يلزمه بعد لأنها قبل سبب الوجوب اه (قوله تصدق بها حية) لوقوع اليأس عن التقرب بالإراقة ، وإن تصدق بقيمتها أجزأه أيضا لأن الواجب هنا التصدق بعينها وهذا مثله فيما هو المقصود اه ذخيرة (قوله ناذر لمعينة) قال فى البدائع : أما الذى يجب على الغنى والفقير فالمنذور به ، بأن قال لله علىّ أن أضحى شاة أو بدنة أو هذه الشاة أو البدنة ، أو قال جعلت هذه الشاة أضحية لأنها قربة من جنسها إيجاب وهو هدى المتعة والقران والإحصار فتلزم بالنذر كسائر القرب والوجوب بالنذر يستوى فيه الغنى والفقير اه وقد استفيد منه أن الجعل المذكور نذر وأن النذر بالواجب صحيح :

واستشكل بأن من شروط صحة النذر أن لايكون واجبا قبله . وأجاب أبو السعود بأن الواجب التضحية مطلقا وصحة النذر بالنسبة المعينة اه وفيه نظر لما علمت من صحة النذر بغير معينة أيضا :

واعلم أنه قال فى البدائع : ولو نذر أن يضحى شاة وذلك فى أيام النحر وهو موسر فعليه أن يضحى بشاتين عندنا شاة بالنذر وشاة بإيجاب الشرع ابتداء إلا إذا عنى به الإخبار عن الواجب عليه فلا يلزمه إلا واحدة ، ولو قبل أيام النحر لزمه شاتان بلا خلاف لأن الصيغة لا تحتمل الإخبار عن الواجب إذ لا وجوب قبل الوقت ، وكذا لو كان معسرا ثم أيسر فى أيام النحر لزمه شاتان اه . ومقتضى هذا أن الموسر إذا نذر فى أيام النحر وقصد الإخبار لم يكن ذلك منه نذرا حقيقة وإن لزوم الشاة عليه بإيجاب الشرع : أما إذا أطلق ولم يقصد الإخبار أو كان قبل أيام النحر أو كان معسرا فأيسر فيها ، فإنه وإن لزمته شاة أخرى بالنذر لكنها لم تكن واجبة قبل بل الواجبة غيرها فهو نذر حقيقة . وعلى كل فلم يوجد نذر حقيقى بواجب قبله فاتضح الحال وطاح الإشكال وسيأتى فى آخر الأضحية زيادة تحقيق لهذا البحث ، ومقتضى ذلك أيضا أنه حيث قصد الإخبار له الأكل منها لأنها لم تلزم بالنذر :

[فرع] قال لله علىّ أن أضحى شاة فضحى ببدنة أو ببقرة جاز تتارخانية (قوله ولو فقيرا) الأنسب أن يقال ولو غنيا ، لأن الفقير لايتوهم عدم صحة نذره بالمعينة لعدم وجوبها عليه قبله بخلاف الغنى ، ولأن الفقير إذا شراها له يلزمه التصدق بعينها بلا نذر ، بخلاف الغنى . وقاعدة لو الوصلية أن نقيض ما بعدها أولى بالحكم تأمل

تصدق بلحمها ، ولو نقصها تصدق بقيمة النقصان أيضا ولا يأكل الناذر منها ؛ فإن أكل تصدق بقيمة ما أكل (وفقير) عطف عليه (شراها لها) لوجوبها عليه بذلك حتى يمتنع عليه بيعها (و) تصدق (بقيمتها غنى شراها أولا) لتعلقها بذمته بشرائها أولا ، فالمراد بالقيمة قيمة شاة تجزى فيها :

(وصح الجذع) ذو ستة أشهر (من الضأن)

(قوله ولو نقصها) أى الذبح بأن كانت قيمتها بعد الذبح أقل منها قبله تاترخانية (قوله بقيمة النقصان) المناسب إسقاط قيمة ، أو يقول بقدر النقصان لأن الفرض أن النقصان من القيمة لا من ذات الشاة تأمل (قوله ولا يأكل الناذر منها) أى للذرا على حقيقته كما علمت :

وأقول : الناذر ليس بقيد لأن الكلام فيما إذا مضى وقتها ووجب عليه التصدق بها حية أو بقيمتها ، ولذا لو ذبحها ونقصها يضمن النقصان وهذا يشمل الفقير إذا شراها لها ، يدل عليه ما فى غاية البيان إذا أوجب شاة بعينها أو اشتراها ليضحى بها فمضت أيام النحر قبل أن يذبحها تصدق بها حية ، ولا يأكل من لحمها لأنه انتقل الواجب من إراقة الدم إلى التصدق ، وإن لم يوجب ولم يشتر وهو موسر وقد مضت أيامها تصدق بقيمة شاة تجزى للأضحية اهـ ففيه دلالة واضحة على ما قلنا : ثم رأيته فى الكفاية قال بعد قوله أو فقير شراها لها وإن ذبح لا يأكل منها، وسيأتى له مزيد بيان إن شاء الله تعالى (قوله عطف عليه) أى على فاعل تصدق (قوله شراها لها) فلو كانت فى ملكه فنوى أن يضحى بها أو اشتراها ولم ينو الأضحية وقت الشراء ثم نوى بعد ذلك لا يجب ، لأن النية لم تقارن الشراء فلا تعتبر بدائع (قوله لوجوبها عليه بذلك) أى بالشراء وهذا ظاهر الرواية لأن شراءه لها يجرى مجرى الإيجاب وهو النذر بالتضحية عرفا كما فى البدائع :

ووقع فى التاترخانية التعبير بقوله شراها لها أيام النحر ، وظاهره أنه لو شراها لها قبلها لا تجب ولم أره صريحا فليراجع (قوله وتصدق بقيمتها غنى شراها أولا) كذا فى الهداية وغيرها كالدرر : وتعقبه الشيخ شاهين بأن وجوب التصدق بالقيمة مقيد بما إذا لم يشتر ، أما إذا اشترى فهو مخير بين التصدق بالقيمة أو التصدق بها حية كما فى الزيلعى أبو السعود :

وأقول : ذكر فى البدائع أن الصحيح أن الشاة المشتراة للأضحية إذا لم يضح بها حتى مضى الوقت يتصدق الموسر بعينها حية كالفقير بلا خلاف بين أصحابنا ، فإن محمدا قال وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقولنا اهـ وتمامه فيه ، وهو الموافق لما قدمناه آنفا عن غاية البيان ، وعلى كل فالظاهر أنه لا يحل له الأكل منها إذا ذبحها كما لا يجوز له حبس شىء من قيمتها تأمل (قوله فالمراد بالقيمة الخ) بيان لما أجمله المصنف ، لأن قوله تصدق بقيمتها ظاهر فيما إذا اشتراها لأن قيمتها تعلم ، أما إذا لم يشترها فما معنى أنه يتصدق بقيمتها فإنها غير معينة ؛ فبين أن المراد إذا لم يشترها قيمة شاة تجزىء فى الأضحية كما فى الخلاصة وغيرها . قال القهستانى ، أو قيمة شاة وسط كما فى الزاهدى والنظم وغيرهما (قوله وصح الجذع) بفتحتين قهستانى (قوله ذو ستة أشهر) كذا فى الهداية ، وفسره فى شرح الملتقى شرعا بما أتى عليه أكثر الحول عند الأكثر . قال القهستانى : وفسر الأكثر فى المحيط بما دخل فى الشهر الثامن : وفى الخزانة بما أتى عليه ستة أشهر وشىء : وذكر الزعفرانى أنه ابن سبعة ، وعنه ثمانية أو تسعة ، وما دونه حمل اهـ :

قلت : واقتصر فى الخانية على ما فى الخزانة ، وقيد بقوله شرعا لأنه فى اللغة ما تمت له سنة نهاية (قوله من الضأن) هو ماله ألية منح ، قيد به لأنه لا يجوز الجذع من المعز وغيره بلا خلاف كما فى المبسوط قهستانى :

إن كان بحيث لو خلط بالثنايا لا يمكن التمييز من بعد :

(و) صح (الثنى) فصاعدا من الثلاثة والثنى (هو ابن خمس من الإبل ، وحولين من البقر والجاموس ، وحول من الشاة) والمعز والمتولد بين الأهلى ، والوحشى يتبع الأم قاله المصنف :

[فروع] الشاة أفضل من سبع البقرة إذا استويا فى القيمة واللحم ، والكبش أفضل من النعجة إذا استويا فيهما ، والأنثى من المعز أفضل من التيس إذا استويا قيمة ، والأنثى من الإبل والبقر أفضل حاوى :

وفى الوهبانية أن الأنثى أفضل من الذكر إذا استويا قيمة ، والله أعلم :

ولدت الأضحية ولدا قبل الذبح يذبح الولد معها :

والجذع : من البقر ابن سنة ، ومن الإبل ابن أربع بدائع (قوله إن كان الخ) فلو صغير الجثة لا يجوز إلا أن يتم له سنة ويطعن فى الثانية إتقانى (قوله من الثلاثة) أى الآتية ، وهى الإبل والبقر بنوعيه والشاة بنوعيه (قوله والثنى هو ابن خمس الخ) ذكر سن الثنى والجذع فى المنح منظوما فى أربع أبيات لبعضهم ، وقد نظمتها فى بيتين فقلت :

ذو الحول من غنم والخمس من إبل ... واثنين من بقر ذا بالثنى دعى

والحول من بقر والنصف من غنم ... وأربع من بعير سم بالجذع

وفى البدائع : تقدير هذه الأسنان بما ذكر لمنع النقصان لا الزيادة ، فلو ضحى بسن أقل لا يجوز ، وبأكبر يجوز وهو أفضل : ولا تجوز بحمل وجدى وعجول وفصيل لأن الشرع إنما ورد بالأسنان المذكورة (قوله والجاموس) نوع من البقر ، وكذا المعز نوع من الغنم بدليل ضمها فى الزكاة بدائع (قوله قاله المصنف) تبعا للهداية وغيرها . قال فى البدائع : فلو نزا ثور وحشى على بقرة أهلية فولدت ولدا يضحى به دون العكس لأنه ينفصل عن الأم وهو حيوان متقوم تتعلق به الأحكام ، ومن الأب ماء مهين ولذا يتبع الأم فى الرق والحرية (قوله فروع إلى قوله ينابيع) يوجد فى بعض النسخ (قوله أفضل من سبع البقرة الخ) وكذا من تمام البقرة : قال فى التتارخانية ، وفى العتابية : وكان الأستاذ يقول بأن الشاة العظيمة السمينة تساوى البقرة قيمة ولحما أفضل من البقرة لأن جميع الشاة تقع فرضا بلا خلاف :

واختلفوا فى البقرة . قال بعض العلماء : يقع سبعها فرضا والباقى تطوع اه (قوله إذا استويا الخ) فإن كان سبع البقرة أكثر لحما فهو أفضل ، والأصل فى هذا إذا استويا فى اللحم والقيمة فأطيبهما لحما أفضل ، وإذا اختلفا فيهما فالفاضل أولى تتارخانية (قوله أفضل من النعجة) هى الأنثى من الضأن قاموس (قوله إذا استويا فيهما) فإن كانت النعجة أكثر قيمة أو لحما فهى أفضل ذخيرة ط (قوله والأنثى من المعز أفضل) مخالف لما فى الخانية وغيرها . وقال ط : مشى ابن وهبان على أن الذكر فى الضأن والمعز أفضل لكنه مقيد بما إذا كان موجوءا : أى مرضوض الأنثيين : أى مدقوقهما : قال العلامة عبد البر : ومفهومه أنه إذا لم يكن موجوءا لا يكون أفضل (قوله وفى الوهبانية الخ) تقييد للإطلاق بالاستواء : أى أن الأنثى من الإبل والبقر أفضل إذا استويا . قال فى التتارخانية لأن لحمها أطيب اه وهو الموافق للأصل المار (قوله قبل الذبح) فإن خرج من بطنها حيا فالعامة أنه يفعل به مايفعل بالأم ، فإن لم يذبحه حتى مضت أيام النحر يتصدق به حيا ، فإن ضاع أو ذبحه وأكله يتصدق بقيمته ، فإن بقى عنده وذبحه للعام القابل أضحية لايجوز ، وعليه أخرى لعامه الذى ضحى ويتصدق به مذبوحا مع قيمة مانقص بالذبح ، والفتوى على هذا خانية (قوله يذبح الولد معها) إلا أنه لا يأكل منه بل يتصدق به

وعند بعضهم يتصدق به بلا ذبح :

ضلت أو سرقت فاشترى أخرى ثم وجدها فالأفضل ذبحهما ، وإن ذبح الأولى جاز ، وكذا الثانية لو قيمتها كالأولى أو أكثر ، وإن أقل ضمن الزائد ويتصدق به بلا فرق بين غني وفقير : وقال بعضهم : إن وجبت عن يسار فكذا الجواب ، وإن عن إعسار ذبحهما يتابيع :

(ويضحى بالجماء والخصى والثولاء) أى المجنونة (إذا لم يمنعها من السوم والرعى ، وإن منعها لا) تجوز التضحية بها (والجرباء السمينة) فلو مهزولة لم يجز ، لأن الجرب فى اللحم نقص (لا بالعمياء والعوراء والعجفاء) المهزولة التى لا مخ فى عظامها (والعرجاء التى لا تمشى إلى المنسك) أى المذبح ، والمريضة البين مرضها (ومقطوع أكثر الأذن أو الذنب أو العين) أى التى ذهب أكثر نور عينها فأطلق القطع على الذهاب

فإن أكل منه تصدق بقيمة ما أكل . والمستحب أن يتصدق به خانية ، قيل ولعل وجهه عدم بلوغ الولد سن الإجزاء فكانت القربة فى اللحم بذاته لا فى إراقة دمه اهـ تأمل :

قال فى البدائع : وقال فى الأصل : وإن باعه تصدق بثمنه لأن الأم تعينت للأضحية والولد يحدث على صفات الأم الشرعية : ومن المشايخ من قال هذا فى الأضحية الموجبة بالنذر أو ما فى معناه كشراء الفقير وإلا فلا ، لأنه يجوز التضحية بغيرها فكذا ولدها (قوله وعند بعضهم يتصدق به بلا ذبح) قدمنا عن الخانية أنه المستحب ، وظاهره ولو فى أيام النحر ، وانظر ما فى الشرنبلالية عن البدائع (قوله ثم وجدها) أى الضالة أو المسروقة يعنى وصلت إلى يده وهذا إذا وجد فى أيام النحر (قوله وقال بعضهم الخ) اقتصر عليه فى البدائع : وقال السائحانى : وبه جزم الشمنى كما سيذكره الشارح وهو الموافق للقواعد اهـ . وفى البدائع : ولو لم يذبح الثانية حتى مضت أيام النحر ثم وجد الأولى عليه أن يتصدق بأفضلهما ولا يذبح (قوله ويضحى بالجماء) هى التى لا قرن لها خلقة وكذا العظماء التى ذهب بعض قرنها بالكسر أو غيره ، فإن بلغ الكسر إلى المخ لم يجز قهستانى . وفى البدائع إن بلغ الكسر المشاش لا يجزى والمشاش رؤوس العظام مثل الركبتين والمرفقين اهـ (قوله والثولاء) بالمثلثة . فى القاموس الثول بالتحريك استرخاء فى أعضاء الشاة خاصة ، أو كالجنون يصيبها فلا تتبع الغنم وتستدير فى مرتعها (قوله والرعى) عطف تفسير ط (قوله فلو مهزولة الخ) قال فى الخانية : وتجوز بالثولاء والجرباء السمينتين ، فلو مهزولتين لا تنقى لا يجوز إذا ذهب مخ عظمها ، فإن كانت مهزولة فيها بعض الشحم جاز يروى ذلك عن محمد اهـ قوله لا تنقى مأخوذ من النقى بكسر النون وإسكان القاف : هو المخ : أى لا مخ لها ، وهذا يكون من شدة الهزال فتنبه :

قال القهستانى : واعلم أن الكل لا يخلو عن عيب ، والمستحب أن يكون سليما عن العيوب الظاهرة ، فما جوّز ههنا جوز مع الكراهة كما فى المضمرات (قوله المهزولة الخ) تفسير مراد ، لأن العجف محركا : ذهاب السمن كما فى القاموس ، فلا يضر أصل الهزال كما علم مما قدمناه ، ولذا قيدت فى حديث الموطإ « والعجفاء التى لا تنقى » (قوله والعرجاء) أى التى لا يمكنها المشى برجلها العرجاء إنما تمشى بثلاث قوائم ، حتى لو كانت تضع الرابعة على الأرض وتستعين بها جاز عناية (قوله إلى المنسك) بكسر السين والقياس الفتح (قوله ومقطوع أكثر الأذن الخ) فى البدائع : لو ذهب بعض الأذن أو الألية أو الذنب أو العين . ذكر فى الجامع الصغير إن كان كثيرا يمنع ، وإن يسيرا لا يمنع :

واختلف أصحابنا فى الفاصل بين القليل والكثير ؟ فعن أبى حنيفة أربع روايات . روى محمد عنه فى الأصل والجامع الصغير أن المانع ذهاب أكثر من الثلث ، وعنه أنه الثلث ، وعنه أنه الربع ، وعنه أن يكون الذاهب أقل

مجازا ، وإنما يعرف بتقريب العلف (أو) أكثر (الألية) لأن للأكثر حكم الكل بقاء وذهابا فيكفي بقاء الأكثر ، وعليه الفتوى مجتبى (ولا بالهتماء) التي لا أسنان لها ، ويكفي بقاء الأكثر ، وقيل ما تعتلف به (والسكاء) التي لا أذن لها خلقة فلو لها أذن صغيرة خلقة أجزأت زيلعي (والجذاء) مقطوعة رؤوس ضرعها أو يابستها ، ولا الجدعاء : مقطوعة الأنف ، ولا المصرمة أطباؤها : وهي التي عولجت حتى انقطع لبنها ،

من الباقي أو مثله اهـ بالمعنى والأولى هي ظاهر الرواية ، وصححها في الخانية حيث قال : والصحيح أنه الثلث ، وما دونه قليل ، وما زاد عليه كثير وعليه الفتوى اهـ ومشى عليها في مختصر الوقاية والإصلاح : والرابعة هي قولهما قال في الهداية . وقالا : إذا بقي الأكثر من النصف أجزأه ، وهو اختيار الفقيه أبي الليث . وقال أبو يوسف : أخبرت بقولي أبا حنيفة فقال قولي هو قولك ، قيل هو رجوع منه إلى قول أبي يوسف ، وقيل معناه قولي قريب من قولك . وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما اهـ . وفي البزازية : وظاهر مذهبهما أن النصف كثير اهـ . وفي غاية البيان : ووجه الرواية الرابعة وهي قولهما وإليها رجع الإمام أن الكثير من كل شيء أكثره ، وفي النصف تعارض الجانبان اهـ أي فقال بعدم الجواز احتياطا بدائع ، وبه ظهر أن ما في المتن كالهداية والكنز والملتقى هو الرابعة ، وعليها الفتوى كما يذكره الشارح عن المجتبى ، وكأنهم اختاروها لأن المتبادر من قول الإمام السابق هو الرجوع عما هو ظاهر الرواية عنه إلى قولهما والله تعالى أعلم .

وفي البزازية : وهل نجمع الخروق في أذني الأضحية ؟ اختلفوا فيه . قلت : وقدم الشارح في باب المسح على الخفين أنه ينبغي الجمع احتياطا (قوله مجازا) من إطلاق السبب أو الملزوم وإرادة المسبب أو اللازم (قوله وإنما يعرف الخ) قال في الهداية : ومعرفة المقدار في غير العين متيسرة . وفي العين قالوا : تشد المعيبة بعد أن لا تعتلف الشاة يوما أو يومين ثم يقرب العلف إليها قليلا قليلا فإذا رأته من موضع أعلم عليه ثم تشد الصحيحة وقرب إليها العلف كذلك فإذا رأته من مكان أعلم عليه ثم ينظر إلى تفاوت ما بينهما ، فإن كان ثلثا فالذاهب هو الثلث وإن نصفا فالنصف اهـ (قوله الألية) بفتح الهمزة كسجدة وجمعه كما في القاموس أليات وألايا (قوله وقيل ما تعتلف به) هو وما قبله روايتان حكاهما في الهداية عن الثاني ، وجزم في الخانية بالثانية ، وقال قبله : والتي لا أسنان لها وهي تعتلف أو لا تعتلف لا تجوز (قوله التي لا أذن لها خلقة) قال في البدائع : ولا تجوز مقطوعة إحدى الأذنين بكمالها والتي لها أذن واحدة خلقة اهـ (قوله فلو لها أذن صغيرة خلقة أجزأت) وهذه تسمى صمعاء بمهملتين كما في القاموس (قوله والجذاء الخ) هي بالجيم : التي يبس ضرعها ، وبالحاء : المقطوعة الضرع عيني وهي في عدة نسخ بالذال المعجمة ولم يذكر في القاموس شيئا من المعنيين ، نعم ذكر الجذ بالجيم القطع المستأصل وبالحاء خفة الذنب : وذكر الجداء بالجيم والدال المهملة الصغيرة الثدي ، والمقطوعة الأذن ، والذاهبة اللبن ، ومثله في نهاية ابن الأثير . والذاهبة اللبن يأتي حكمها وفي الظهيرية : ولا بأس بالجداء ، وهي الصغيرة الأطباء جمع طبي : وهو الضرع (قوله ولا الجدعاء) بالجيم والدال والعين المهملتين ، وفي بعض النسخ بالذال المعجمة وهي تحريف وفي بعضها بالمعجمة والميم بعدها ولا يناسب تفسير الشارح وإن كان المعنى صحيحا لأن الأجذم مقطوع اليد أو الذاهب الأنامل قاموس ، وصرح في الدرر بأن مقطوعة اليد أو الرجل لا تجوز (قوله ولا المصرمة أطباؤها) مصرمة كمعظمة ، من الصرم : وهو القطع ، والأطباء بالطاء المهملة جمع طبي بالكسر والضم : حلمات الضرع التي من خف وظلف وحافر وسبع قاموس ، وما رأيناه في عدة نسخ بالظاء المعجمة تحريف (قوله وهي الخ) فسرها الزيلعي بالتي لا تستطيع أن ترضع فصيلها ، وهو تفسير بلازم المعنى ، لما في القاموس : هي ناقة يقطع

ولا التى لا ألية لها خلقة مجتبى ، ولا بالخنثى لأن لحمها لاينضج شرح وهبانية ، وتمامه فيه (و) لا (الجلالة) التى تأكل العذرة ولا تأكل غيرها :

(ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع) كما مر (فعليه إقامة غيرها مقامها إن) كان (غنيا ، وإن) كان (فقيرا أجزأه ذلك) وكذا لوكانت معيبة وقت الشراء لعدم وجوبها عليه بخلاف الغنى ، ولايضر تعيبها من اضطرابها عند الذبح ، وكذا لو ماتت فعلى الغنى غيرها لا الفقير ،

أطباؤها ليبس الإحليل فلا يخرج اللبن ليكون أقوى لها ، وقد يكون من انقطاع اللبن بأن يصيب ضرعها شىء فيكون فينقطع لبنها اه . وفى الخلاصة : مقطوعة رؤوس ضروعها لاتجوز ، فإن ذهب من واحدة أقل من النصف فعلى ماذكرنا من الخلاف فى العين والأذن . وفى الشاة والمعز إذا لم يكن لهما إحدى حلمتيهما خلقة أو ذهبت بآفة وبقيت واحدة لم يجز ، وفى الإبل والبقر إن ذهبت واحدة يجوز أو اثنتان لا اه وذكر فيها جواز التى لا ينزل لها لبن من غير علة . وفى التاترخانية والشطور لاتجزى ، وهى من الشاة ماقطع اللبن عن إحدى ضرعيها ، ومن الإبل والبقر ماقطع من ضرعيها لأن لكل واحد منهما أربع أضرع (قوله ولا التى لا ألية لها خلقة) الشاة إذا لم يكن لها أذن ولا ذنب خلقة . قال محمد : لايكون هذا ولو كان لايجوز ، وذكر فى الأصل عن أبى حنيفة أنه يجوز خانية ثم قال : وإن كان لها ألية صغيرة مثل الذنب خلقة جاز أما على قول أبى حنيفة فظاهر لأن عنده لو لم يكن لها أذن أصلا ولا ألية جاز ، وأما على قول محمد صغيرة الأذنين جائزة ، وإن لم يكن لها ألية ولا أذن خلقة لايجوز (قوله لأن لحمها لاينضج) من باب سمع ؛ وبهذا التعليل اندفع ماأورده ابن وهبان من أنها لاتخلو إما أن تكون ذكرا أو أنثى ، وعلى كل تجوز (قوله ولا الجلالة الخ) أى قبل الحبس . قال فى الخانية : فإن كانت إبلا تمسك أربعين يوما حتى يطيب لحمها والبقر عشرين وللغنم عشرة (قوله ولا تأكل غيرها) أفاد أنها إذا كانت تخلط تجزى ط .

[تتمة] تجوز التضحية بالمجبوب العاجز عن الجماع ، والتى بها سعال ، والعاجزة عن الولادة لكبر سنها ، والتى لها كى ، والتى لالسان لها فى الغنم خلاصة : أى لاالبقر لأنه يأخذ العلف باللسان والشاة بالسن كما فى القهستانى عن المنية ، وقيل إن انقطع من اللسان أكثر من الثلث لايجوز .

أقول : وهو الذى يظهر قياسا على الأذن والذنب بل أولى لأنه يقصد بالأكل ، وقد يخل قطعه بالعلف تأمل وفى البدائع : وتجزى الشرقاء مشقوقة الأذن طولا والخرقاء : مثقوبة الأذن ، والمقابلة ماقطع من مقدم أذنها شىء وترك معلقا ، والمدابرة : مافعل ذلك بمؤخر الأذن من الشاة ، والنهى الوارد محمول على الندب ، وفى الخرقاء على الكثير على الاختلاف فى حد الكثير على مابينا اه بدائع ، وتجوز الحولاء : مافى عينها حول ، والمجزوزة التى جز صوفها خانية ، وقدمنا أن ماجوز هنا جوز مع الكراهة لأنه خلاف المستحب (قوله كما مر) أى كالموانع التى مرت ط (قوله وإن فقيرا أجزأه ذلك) لأنها إنما تعينت بالشراء فى حقه ، حتى لو أوجب أضحية على نفسه بغير عينها فاشترى صحيحة ثم تعيبت عنده فضحى بها لايسقط عنه الواجب لوجوب الكاملة عليه كالموسر زيلعى (قوله وكذا لو كانت معيبة وقت الشراء) أى وبقى العيب ، فإن زال أجزأت الغنى أيضا ، قال فى الخانية : ولو كانت مهزولة عند الشراء فسمنت بعده جاز (قوله ولا يضر تعيبها من اضطرابها الخ) وكذا لو تعيبت فى هذه الحالة وانفلتت ثم أخذت من فورها ، وكذا بعد فورها عند محمد خلافا لأبى يوسف لأنه حصل بمقدمات الذبح زيلعى (قوله فعلى الغنى غيرها لاالفقير) أى ولو كانت الميتة منذورة بعينها لما فى البدائع أن المنذورة لو هلكت أو ضاعت تسقط التضحية بسبب النذر ، غير أنه إن كان موسرا تلزمه أخرى بإيجاب الشرع ابتداء لابالنذر ،

ولو ضلت أو سرقت فشرى أخرى فظهرت فعلى الغني إحداهما وعلى الفقير كلاهما شمني :

(وإن مات أحد السبعة) المشتركين في البدنة (وقال الورثة اذبحوا عنه وعنكم صح) عن الكل استحسانا لقصد القربة من الكل ، ولو ذبحوها بلا إذن الورثة لم يجزهم لأن بعضها لم يقع قربة (وإن كان شريك الستة نصرانيا أو مريدا اللحم لم يجز عن واحد) منهم لأن الإراقة لا تتجزأ هداية لما مر :

ولو معسرا لاشيء عليه أصلا اهـ (قوله ولو ضلت أو سرقت الخ) مستدرك بما قدمه في الفروع على ماف أغلب النسخ (قوله فظهرت) أي في أيام النحر زيلعي ، وقدمنا مفهومه عن البدائع (قوله فعلى الغني إحداهما) أي على التفصيل المار ، من أنه لو ضحى بالأولى أجزأه ولا يلزمه شيء ولو قيمتها أقل ، وإن ضحى بالثانية وقيمتها أقل تصدق بالزائد . قال في البدائع إلا إذا ضحى بالأولى أيضا فتسقط الصدقة لأنه أدى الأصل في وقته فيسقط الخلف (قوله شمني) ومثله في التبيين ، وتمامه فيه (قوله وقال الورثة) أي الكبار منهم نهاية (قوله لقصد القربة من الكل) هذا وجه الاستحسان : قال في البدائع لأن الموت لايمنع التقرب عن الميت بدليل أنه يجوز أن يتصدق عنه ويحج عنه ، وقد صح « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أحدهما عن نفسه والآخر عمن لم يذبح من أمته » وإن كان منهم من قدمات قبل أن يذبح اهـ لأن له صلى الله عليه وسلم ولاية عليهم إتقاني . قال في النهاية : وعلى هذا إذا كان أحدهم أم ولد ضحى عنها مولاها أو صغيرا ضحى عنه أبوه (قوله لأن بعضها لم يقع قربة) فكذا الكل لعدم التجزي كما يأتي :

[فرع] من ضحى عن الميت يصنع كما يصنع في أضحية نفسه من التصدق والأكل والأجر للميت والملك للذابح : قال الصدر : والمختار أنه إن بأمر الميت لايأكل منها وإلا يأكل بزازية ، وسيذكره في النظم (قوله وإن كان شريك الستة نصرانيا الخ) وكذا إذا كان عبدا أو مدبرا يريد الأضحية لأن نيته باطلة لأنه ليس من أهل هذه القربة فكان نصيبه لحما فمنع الجواز أصلا بدائع :

[تنبيه] قد علم أن الشرط قصد القربة من الكل ، وشمل مالو كان أحدهم مريدا للأضحية عن عامه وأصحابه عن الماضي تجوز الأضحية عنه ونية أصحابه باطلة وصاروا متطوعين ، وعليهم التصدق بلحمها وعلى الواحد أيضا لأن نصيبه شائع كما في الخانية ، وظاهره عدم جواز الأكل منها تأمل ، وشمل مالو كانت القربة واجبة على الكل أو البعض اتفقت جهاتها أولا : كأضحية وإحصار وجزاء صيد وحلق ومتعة وقران خلافا لزفر ، لأن المقصود من الكل القربة ، وكذا لو أراد بعضهم العقيقة عن ولد قد ولد له من قبل لأن ذلك جهة التقرب بالشكر على نعمة الولد ذكره محمد ولم يذكر الوليمة . وينبغي أن تجوز لأنها تقام شكرا لله تعالى على نعمة النكاح ووردت بها السنة ، فإذا قصد بها الشكر أو إقامة السنة فقد أراد القربة : وروى عن أبي حنيفة أنه كره الاشتراك عند اختلاف الجهة ، وأنه قال لو كان من نوع واحد كان أحب إلي ، وهكذا قال أبو يوسف بدائع :

واستشكل في الشرنبلالية الجواز مع العقيقة بما قالوا من أن وجوب الأضحية نسخ كل دم كان قبلها من العقيقة والرجبية والعتيرة ، وبأن محمدا قال في العقيقة من شاء فعل ومن شاء لم يفعل : وقال في الجامع : ولا يعق والأول يشير إلى الإباحة والثاني إلى الكراهة الخ :

أقول : فيه نظر ، لأن المراد لايعق على سبيل السنية بدليل كلامه الأول ، وقد ذكر في غرر الأفكار أن العقيقة مباحة على ماف جامع المحبوبي أو تطوع على ماف شرح الطحاوي اهـ ومامر يؤيد أنها تطوع : على أنه وإن قلنا إنها مباحة لكن بقصد الشكر تصير قربة ، فإن النية تصير العادات عبادات والمباحات طاعات (قوله لأن الإراقة لاتتجزأ إلى قوله ينابيع) وجد على هامش نسخة الشارح بخطه وسقط من بعض النسخ (قوله لما مر) أي

[فروع] ولو أن ثلاثة نفر اشترى كل واحد منهم شاة للأضحية أحدهم بعشرة والآخر بعشرين والآخر بثلاثين وقيمة كل واحدة مثل ثمنها فاختلطت حتى لايعرف كل واحد شاته بعينها واصطلحوا على أن يأخذ كل واحد منهم شاة يضحي أجزأتهم ، ويتصدق صاحب الثلاثين بعشرين وصاحب العشرين بعشرة ولا يتصدق صاحب العشرة بشيء ، وإن أذن كل واحد منهم أن يذبحها عنه أجزأته ولا شيء عليه ، كما لو ضحى أضحية غيره بغير أمره ينابيع :

(ويأكل من لحم الأضحية

من أن بعضها لم يقع قربة (قوله فروع) جمعها نظرا إلى صورتى المسألة وماقاسها عليه تأمل (قوله اشترى كل واحد منهم شاة) وأوجب كل منهم شاته تاترخانية ، وبه يظهر وجه لزوم التصدق الآتى (قوله وقيمة كل واحدة مثل ثمنها) فلو أزيد أو أنقص تصدق باعتباره فيما يظهر ط (قوله حتى لايعرف كل شاته) بأن كانوا فى ظلمة مثلا ، وإلا فعدم التمييز والحالة ماذكر بعيد كما قاله ط (قوله ويتصدق صاحب الثلاثين بعشرين الخ) لاحتمال أنه ذبح مااشتريت بعشرة وكذا صاحب العشرين ، فيتصدق بعشرة ليبرأ كل منهما يقينا عما أوجبه ، وأما صاحب العشرة فأياذبح برىء يقينا (قوله أجزأته) لأنه يصير كل من ذبح منهم شاة غيره وكيلا عن صاحبها (قوله كما لو ضحى أضحية غيره بغير أمره) ذكر المسألة فى التاترخانية عن الينابيع بدون هذه الزيادة ، ولا يظهر التشبيه إلا بإسقاط لفظة غير تأمل (قوله ويأكل من لحم الأضحية الخ) هذا فى الأضحية الواجبة والسنة سواء إذا لم تكن واجبة بالنذر ، وإن وجبت به فلا يأكل منها شيئا ولا يطعم غنيا سواء كان الناذر غنيا أو فقيرا لأن سبيلها التصدق وليس للمتصدق ذلك ، ولو أكل فعليه قيمة ماأكل زيلعى ، وأراد بالأضحية السنة أضحية الفقير فإنه صرح بأنها تقع منه سنة قبيل قول الكنز ، ويضحى بالجماء لكنه خلاف مافى النهاية من أنها لاتقع منه واجبة ولا سنة بل تطوعا محضا ، وكذا صرح فى البدائع أنها تكون تطوعا وهى أضحية المسافر والفقير الذى لم يوجد منه النذر بها ولا الشراء للأضحية لإنعدام سبب الوجوب وشرطه ، فالظاهر أنه أراد بالسنة التطوع تأمل . ثم ظاهر كلامه أن الواجبة على الفقير بالشراء له الأكل منها . وذكر أبو السعود أن شراءه لها بمنزلة النذر فعليه التصدق بها اه :

أقول : التعليل بأنها بمنزلة النذر مصرح به فى كلامهم ، ومفاده ماذكر :

وفى التاترخانية : سئل القاضى بديع الدين عن الفقير إذا اشترى شاة لها هل يحل له الأكل ؟ قال نعم . وقال القاضى برهان الدين لايحل اه فتأمل :

ثم اعلم أن هذا كله فيما إذا ذبحها فى أيام النحر بدليل ماقدمناه عن الخانية أنه إذا أوجب شاة بعينها أو اشتراها ليضحى بها فمضت أيام النحر تصدق بها حية ولا يأكل منها لانتقال الواجب من الإراقة إلى التصدق وإن لم يوجب ولم يشتر وهو موسر تصدق بالقيمة اه وقدمنا أن مفاد كلامهم أن الغنى له الأكل من المنذورة إذا قصد بنذره الإخبار عن الواجب عليه ، فالمراد بالنذر فى كلام الزيلعى هنا النذر ابتداء :

والحاصل أن التى لايؤكل منها هى المنذورة ابتداء والتى وجب التصدق بعينها بعد أيام النحر والتى ضحى بها عن الميت بأمره على المختار كما قدمناه عن البزازية :

والواجبة على الفقير بالشراء على أحد القولين المارين والذى ولدته الأضحية كما قدمناه عن الخانية والمشتركة بين سبعة نوى بعضهم بحصته القضاء عن الماضى كما قدمناه آنفا عن الخانية أيضا ، فهذه كلها سبيلها التصدق

ويؤكل غنيا ويدخر ، وندب أن لاينقص التصدق عن الثلث) :

وندب تركه لذى عيال توسعة عليهم (وأن يذبح بيده إن علم ذلك وإلا) يعلمه (شهدها) بنفسه ويأمر غيره بالذبح كي لا يجعلها ميتة :

(وكره ذبح الكتابى) وأما المجوسى فيحرم لأنه ليس من أهله درر (ويتصدق بجلدها أو يعمل منه نحو غربال وجراب) وقربة وسفرة ودلو (أو يبدله بما ينتفع به باقيا) كما مر (لا بمستهلك كخل ولحم ونحوه) كدراهم (فإن بيع اللحم أو الجلد به) أى بمستهلك (أو بدراهم تصدق بثمنه) ومفاده صحة البيع مع الكراهة ، وعن الثانى باطل لأنه كالوقف مجتبى :

(ولا يعطى أجر الجزار منها) لأنه كبيع ،

على الفقير فاغتنم هذا التحرير ، ويأتى فى كلام الشارح أيضا بعض مسائل من هذا القبيل (قوله ويؤكل غنيا ويدخر) لقوله عليه الصلاة والسلام بعد النهى عن الإدخار « كلوا وأطعموا وادخروا » الحديث رواه الشيخان وأحمد (قوله وندب الخ) قال فى البدائع : والأفضل أن يتصدق بالثلث ويتخذ الثلث ضيافة لأقربائه وأصدقائه ويدخر الثلث ، ويستحب أن يأكل منها ، ولو حبس الكل لنفسه جاز لأن القربة فى الإزاقة والتصدق باللحم تطوع (قوله وندب تركه) أى ترك التصدق المفهوم من السياق (قوله لذى عيال) غير موسع الحال بدائع (قوله شهدها بنفسه) لما روى الكرخى بإسناده إلى عمران بن الحصين قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « قومى يا فاطمة فاشهدى أضحيتك فإنه يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب عملته وقولى — إن صلاتى ونسكى ومحياى ومماتى لله رب العالمين لا شريك له — » إتقانى (قوله كى لا يجعلها ميتة) علة لعدم ذبحها بيده المفهوم من قوله شهدها ويأمر غيره (قوله وكره ذبح الكتابى) أى بالأمر لأنها قربة ، ولاينبغى أن يستعان بالكافر فى أمور الدين ، ولو ذبح جاز لأنه من أهل الذبح بخلاف المجوسى إتقانى وقهستانى وغيرهما ، وظاهر كلام الزيلعى وغيره عدم الكراهة لو كان بأمره ، وبه صرح مسكين مستدلا عليه بقول الكافى :

ولو أمر المسلم كتابيا بأن يذبح أضحيته جاز ، وكره بدون أمره ، لكن نقل أبو السعود عن الحموى أن بعضهم ذكر أن عبارة الكافى على خلاف ما نقل عنه ، وفى الجوهرة : فإذا ذبحها للمسلم بأمره أجزأه ويكره (قوله وأما المجوسى فيحرم) لأنه ليس من أهله درر كذا فى بعض النسخ (قوله ويتصدق بجلدها) وكذا بجلالها وقلائدها فإنه يستحب إذا أوجب بقرة أن يجللها ويقلدها ، وإذا ذبحها تصدق بذلك كما فى التاترخانية (قوله بما ينتفع به باقيا) لقيامه مقام المبدل فكأن الجلد قائم معنى بخلاف المستهلك (قوله كما مر) أى فى أضحية الصغير وفى بعض النسخ : بما مر أى من قوله نحو غربال الخ (قوله فإن بيع اللحم أو الجلد به الخ) أفاد أنه ليس له بيعهما بمستهلك وأن له بيع الجلد بما تبقى عينه ، وسكت عن بيع اللحم به للخلاف فيه :

ففى الخلاصة وغيرها : لو أراد بيع اللحم ليتصدق بثمنه ليس له ذلك ، وليس له فيه إلا أن يطعم أو يأكل اه والصحيح كما فى الهداية وشروحها أنهما سواء فى جواز بيعهما بما ينتفع بعينه دون ما يستهلك ، وأيده فى الكفاية بما روى ابن سماعة عن محمد : لو اشترى باللحم ثوبا فلا بأس بلبسه اه :

[فروع] فى القنية : اشترى بلحمها مأكولا فأكله لم يجب عليه التصدق بقيمته استحسانا ، وإذا دفع اللحم إلى فقير بنية الزكاة لا يحسب عنها فى ظاهر الرواية ، لكن إذا دفع لغنى ثم دفع إليه بنيتها يحسب قهستانى (قوله تصدق بثمنه) أى وبالدراهم فيما لو أبدله بها (قوله ومفاده صحة البيع) هو قول أبى حنيفة ومحمد بدائع لقيام الملك والقدرة على التسليم هداية (قوله مع الكراهة) للحديث الآتى (قوله لأنه كبيع) لأن كلا منهما معاوضة ،

واستفيدت من قوله عليه الصلاة والسلام « من باع جلد أضحيته فلا أضحية له » هداية :

(وكره جز صوفها قبل الذبح) لينتفع به ، فإن جزه تصدق به ، ولا يركبها ولا يحمل عليها شيئا ولا يؤجرها فإن فعل تصدق بالأجرة حاوى الفتاوى لأنه التزم إقامة القربة بجميع أجزائها (بخلاف ما بعده) لحصول المقصود مجتبى (ويكره الانتفاع بلبنها قبله) كما في الصوف ، ومنهم من أجازهما للغنى لوجوبهما في الذمة فلا تتعين زيلعى :

(ولو غلط اثنان وذبح كل شاة صاحبه) يعنى عن نفسه على ما دل عليه قوله غلط أو لم يغلطا فيكون كل واحد وكيلا عن الآخر دلالة هداية قاله ابن الكمال ، وظاهر كلام صدر الشريعة وغيره وقوعه عن صاحبه

لأنه إنما يعطى الجزار بمقابلة جزره والبيع مكروه فكذا ما في معناه كفاية (قوله واستفيدت الخ) كذا في بعض النسخ والضمير للكراهة ، لكن صاحب الهداية ذكر ذلك الحديث في البيع ، ثم قال بعد قوله ولا يعطى أجر الجزار منها لقوله عليه الصلاة والسلام لعلى رضى الله عنه « تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط أجر الجزار منها شيئا » والنهى عنه نهى عن البيع أيضا لأنه في معنى البيع اه : ولا يخفى أن في كل من الحديثين دلالة على المطلوب من الموضعين (قوله فإن جزه تصدق به إلى قوله حاوى الفتاوى) يوجد في بعض النسخ : وقوله فإن فعل تصدق بالأجرة : أى فيما لو آجرها ، وأما إذا ركبها أو حمل عليها تصدق بما نقصته كما في الخلاصة :

وفي الدر المنتقى عن الظهيرية : وعمل الجلد جرابا وأجره لم يجز وعليه التصدق بالأجرة (قوله لأنه التزم إقامة القربة بجميع أجزائها) فيه أن القربة تتأدى بالإراقة فهى تقوم بها لا بغيرها فكيف يكره منح ، ويأتى دفعه قريبا (قوله ويكره الانتفاع بلبنها) فإن كانت التضحية قريبة ينضح ضرعها بالماء البارد وإلا حلبه وتصدق به كما في الكفاية (قوله لوجوبها في الذمة فلا تتعين) والجواب أن المشتراة للأضحية متعينة للقربة إلى أن يقام غيرها مقامها فلا يحل له الانتفاع بها ما دامت متعينة ولهذا لا يحل له لحمها إذا ذبحها قبل وقتها بدائع ، ويأتى قريبا أنه يكره أن يبدل بها غيرها فيفيد التعين أيضا ، وبه اندفع ما مر عن المنح فتدبر (قوله ولو غلط اثنان الخ) قال الإتقانى : قوله غلط شرط ، لما في نوادر ابن سماعة عن محمد : لو تعمد فذبح أضحية رجل عن نفسه لم يجز عن صاحبها وفي الغلط جاز عن صاحبها ولا يشبه العمد الغلط ، ولو ضمنه قيمتها في العمد جازت عن الذابح :

وفي الإملاء قال محمد : لو ذبحها متعمدا عن صاحبه يوم النحر ولم يأمره جاز أيضا استحسانا لأنها هيئت للذبح اه (قوله وذبح كل شاة صاحبه) يعنى شاة الأضحية ، وكان الأولى التعبير به كما في الكنز والهداية ليفيد أنها لو لم تكن للأضحية تكون مضمونة عليه شرنبلالية (قوله يعنى عن نفسه) صرح به في البدائع وغيرها ، فلو نواها ، عن صاحبه مع ظنه أنها أضحية لنفسه هل تقع عن المالك أيضا ؟ الظاهر نعم ، ولم أره فليراجع (قوله على ما دل عليه قوله غلط) لأنه يفيد أنه ظن كونها شاته فلا يذبحها إلا عن نفسه عادة (قوله أو لم يغلطا) من هنا إلى قوله عن صاحبه يوجد في بعض النسخ ولفظة أو لم يغلطا سبق قلم إذ لا وجود لها في كلام غيره ، وقوله فيكون كل واحد وكيلا عن الآخر دلالة هداية كان ينبغى ذكره عقب قوله صح استحسانا :

وعبارة الهداية : وجه الاستحسان أنها تعينت للذبح لتعينها للأضحية ، حتى وجب عليه أن يضحى بها في أيام النحر أى لو كان المضحى فقيرا نهاية . ويكره أن يبدل بها غيرها أى إذا كان غنيا نهاية ، فصار المالك مستعينا بكل من يكون أهلا للذبح آذنا له دلالة اه ، فقوله هداية نقل لحاصل المعنى ، وقوله قاله ابن الكمال فيه أنه لم ينقله ابن الكمال عن الهداية ، ولعل ضمير قاله زائد ومقول القول ما بعده وهو قوله وظاهر كلام

(صح) استحسانا (بلا غرم) ويتحالان ولو أكلا ولم يعرفا ثم عرفا هداية ، وإن تشاحا ضمن كل لصاحبه قيمة لحمه وتصدق بها :

قلت : وفى أوائل القاعدة الأولى من الأشباه : لو شراها بنية الأضحية فذبحها غيره بلا إذنه ، فإن أخذها مذبوحة ولم يضمنه أجزأته ، وإن ضمنه لا تجزئه ، وهذا إذا ذبحها عن نفسه. أما إذا ذبحها عن مالكها فلا ضمان

صدر الشريعة وغيره وقوعه عن صاحبه ، لكنه يوهم أن ابن الكمال ذكره فى شرحه مع أنه ذكره فى منهواته على الهامش :

ثم إن ما ذكر أنه ظاهر كلام صدر الشريعة هو المصرح به فى كتب المذاهب : وقال ط : أهل المذهب إلا زفر أجمعوا على أنها تقع عن المالك للإذن دلالة (قوله صح استحسانا بلا غرم) أى صح عن صاحبه ، فتقع كل أضحية عن مالكها كما علمت فيأخذ كل منهما مسلوخته وقدمنا وجه الاستحسان : وأما القياس وهو قول زفر فهو أنه يضمن له قيمتها لأنه ذبح شاة غيره بغير إذنه (قوله ويتحالان) أى إن كانا قد أكلا ثم علما فليحلل كل منهما صاحبه هداية (قوله وإن تشاحا) أى عن التحليل (قوله وتصدق بها) لأنها بدل عن اللحم فصار كما لو باعه ، لأن التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له ، ومن أتلف لحم أضحية غيره فالحكم فيه ما ذكرنا هداية :

أقول : ومقتضى قوله لأنها بدل عن اللحم الخ أن التضمين لقيمة اللحم لا لقيمتها حية ولذا وقعت عن المالك:

بقى شىء وهو أن قول المصنف السابق بلا غرم وكذا قول الهداية ولا ضمان عليهما وقولهم لأنه صار ذابحا لإذن دلالة يفيد أنه لو أراد كل تضمين صاحبه قيمتها لم يكن له ذلك : وفى البدائع ما يخالفه حيث قال: لو تشاحا وأدى كل منهما الضمان عن لفسه تقع الأضحية له وجازت عنه لأنه ملكها بالضمان اهـ فعلى هذا لكل منهما الخيار بين تضمين صاحبه وتكون ذبيحة كل أضحية عن نفسه وبين عدم التضمين فتكون ذبيحة كل أضحية عن صاحبه ، ويحمل قولهم بلا غرم على ما إذا رضى كل بفعل الآخر تأمل (قوله قلت الخ) لما كانت المسألة السابقة فيما إذا غلط الذابح وذبح عن لفسه أراد أن يبين ما إذا تعمد ذبح أضحية بلا أمره صريحا فذبح عن نفسه أو عن المالك وقدمناه ملخصا عن الإتقانى (قوله أجزأته) أى أجزأت الشارى عن التضحية لأنه قد نواها فلا يضره ذبحها غيره على ما بيننا زيلعى (قوله وإن ضمنه الخ) أى ضمنه الشارى قيمتها لا تجزى الشارى وتجوز عن الذابح لأنه ظهر أن الإراقة حصلت على ملكه زيلعى (قوله وهذا) أى وقوعها عن المالك إن لم يضمن الذابح وعدم وقوعها عنه بل عن الذابح إن ضمنه (قوله أما إذا ذبحها الخ) قال فى الشرنبلالية عن منية المفتى : وإذا ذبح أضحية الغير ناويا مالكها بغير أمره جاز ولا ضمان عليه اهـ وهذا استحسان لوجود الإذن دلالة كما فى البدائع : قال فى التاترخانية : أطلق المسألة فى الأصل وقيدها فى الأجناس بما إذا أضجعها صاحبها للأضحية : وفى الغيائية : والأول هو المختار اهـ أى للاكتفاء بالنية عند الشراء فتعينت لها كما قدمناه قبل صفحة واستفيد منه أنه لو كانت غير معينة لا تجزى وضمن .

قال فى الخانية : اشترى خمس شياه فى أيام الأضحية وأراد أن يضحى بواحدة منها إلا أنه لم يعينها فذبح رجل واحدة منها يوم الأضحى بنية صاحبها بلا أمره ضمن اهـ :

والذى تحرر فى هذا المحل أنه لو غلط فذبح أضحية غيره عن نفسه فالمالك بالخيار إن ضمنه وقعت عن الذابح وإلا فعن المالك على ما قدمناه عن البدائع ، وكذا لو تعمد وذبحها عن نفسه ، وعليه فلا فرق بينهما وتأمله مع

عليه اه فراجعه (كما) يصح (لو ضحى بشاة الغصب) إن ضمنه قيمتها حية ؛ كما إذا باعها وكذا لو أتلفها ضمن لصاحبها قيمتها هداية لظهور أنه ملكها بالضمان من وقت الغصب (لا الوديعة وإن ضمنها) لأن سبب ضمانه هنا بالذبح والملك يثبت بعد تمام السبب وهو الذبح فيقع في غير ملكه .

قلت : ويظهر أن العارية كالوديعة والمرهونة كالمغصوبة لكونها مضمونة بالدين ، وكذا المشتركة فليراجع :

[فروع] لون أضحيته عليه الصلاة والسلام سوداء :

ما قدمنا عن الإتقاني أن العمد لايشبه الغلط . وأما لو ذبحها عن المالك وقعت عن المالك ، وهل له الخيار أيضا ؟ لم أره ، والظاهر نعم والله تعالى أعلم (قوله كما يصح) أي عن الذابح (قوله إن ضمنه قيمتها حية لظهور الخ) كذا في النسخ الصحيحة ، وفي بعض النسخ زيادة يجب إسقاطها إذ لا معنى لها هنا سوى قوله كما إذا باعها أي فإنه يصح البيع إذا ضمنه المالك لوقوع الملك مستندا ، وأفاد أن الملك له أخذها مذبوحة: قال في البدائع : غصب شاة فضحى بها عن نفسه لا تجزئه لعدم الملك ولا عن صاحبها لعدم الإذن ، ثم إن أخذها صاحبها مذبوحة وضمنه النقصان فكذلك لا تجوز عنهما وعلى كل أن يضحي بأخرى ، وإن ضمنه قيمتها حية تجزئ عن الذابح لأنه ملكها بالضمان من وقت الغصب بطريق الاستناد فصار ذابحا شاة هي ملكه فتجزيه ولكنه يأثم لأن ابتداء فعله وقع محظورا فيلزمه التوبة والاستغفار اه :

أقول : ولا يخالف هذا ما مر عن الأشباه والزيلعي من أنه إن ضمنه وقعت عن الذابح وإلا فعن المالك لأن ذاك فيما إذا أعدها صاحبها للأضحية فيكون الذابح مأذونا دلالة كما مر تقريره وهنا في غيره ؛ ولذا عبروا هنا بشاة الغصب ولم يعبروا بأضحية الغير فافهم (قوله لظهور الخ) علة لتقييد الصحة بالضمان . وفي القهستاني : وقيل إنما يجوز إذا أدى الضمان في أيام النحر : وعن أبي يوسف وزفر أنه لايصح (قوله فيقع في غير ملكه) بخلاف الغصب لظهور الملك فيه مستندا كما مر ، ولصدر الشريعة هنا بحث مذكور مع جوابه في المنح (قوله قلت ويظهر الخ) قال في الشرنبلالية : المراد بالوديعة كل شاة كانت أمانة كما في الفيض عن الزندويستي اه ح وفي البدائع : وكل جواب عرفته في الوديعة فهو الجواب في العارية والإجارة بأن استعار ناقة أو ثورا أو بعيرا أو استأجره فضحى به أنه لا يجزيه عن الأضحية سواء أخذها المالك ، أو ضمنه القيمة لأنها أمانة في يده وإنما يضمنها بالذبح فصار كالوديعة اه . وزاد في الخلاصة والبزازية والقهستاني عن النظم : المستبضع والمرتهن والوكيل بشراء الشاة والوكيل بحفظ ماله إذا ضحى بشاة موكله والزوج أو الزوجة إذا ضحى بشاة صاحبه بلا إذنه (قوله والمرهونة كالمغصوبة) مخالف لما في الظهيرية من أنها كالوديعة ، وكذا لما قدمناه عن الخلاصة وغيرها ، لكن في التاترخانية عن الصيرفية : إذا ضحى المرتهن بالشاة المرهونة لايجوز . وقال القاضي جمال الدين: يجوز ولو ضحى بها الراهن يجوز اه خانية .

وفي البدائع : ولو كان مرهونا ينبغي أن يجوز لأنه يصير ملكا له من وقت القبض كما في الغصب بل أولى ، ومن المشايخ من فصل فقال : إن كان قدر الدين يجوز ، وإن أكثر ينبغي أن لا يجوز لأن بعضه مضمون وبعضه أمانة ، ففي قدر الأمانة إنما يضمنه بالذبح فيكون بمنزلة الوديعة اه (قوله وكذا المشتركة) يعني أنها أمانة لظهور أن نصيب شريكه أمانة في يده اه ح أي فلا تجزي كالوديعة ، ولا يخفى أن المراد شاة واحدة مشتركة ، بخلاف شاتين بين رجلين ضحيا بهما فإنه يجوز كما يذكره قريبا (قوله لون أضحيته عليه الصلاة والسلام سوداء) فيه حمل العين على العرض اه ح . وأجاب ط بأنه أنثه نظرا للمضاف إليه ؛

نذر عشر أضحيات لزمه ثنتان لمجيء الأثر بها خانية ، والأصح وجوب الكل لإيجابه ما لله من جنسه إيجاب شرح وهبانية :

قلت : ومفاده لزوم النذر بما ضمن جنسه واجب اعتقادي أو اصطلاحي قاله المصنف فليحفظ :

أقول : وما ذكره من أنها سوداء مبنى على ما فهمه ابن الشحنة من كلام ابن وهبان فى شرحه أوقعه فيه التحريف ، والصواب أنها بيضاء كما نبه عليه الشرنبلالى ، وسنذكر كلامه عند النظم ، ويؤيده مافى الهداية : قد صح « أن النبى صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أملحين موجوءين » اهـ والوجاء على وزن فعال : نوع من الخصاء كما قدمناه :

واختلف فى الأملح ، ففى أبى السعود عن فتح البارى لابن حجر : هو الذى بياضه أكثر من سواده ويقال هو الأغبر وهو قول الأصمعى وزاد الخطابى : هو الذى فى خلال صوفه طبقات سود ، ويقال الأبيض الخالص قاله ابن الأعرابى ، وبه تمسك الشافعية في تفضيل الأبيض فى الأضحية ، وقيل الذى يعلوه حمرة وقيل الذى ينظر فى سواد ويأكل فى ســواد ويمشى فى سواد ويبرك فى سواد : أى إن مواضع هذه منه سواد وما عداه أبيض اهـ :

أقول : وفى البدائع : أفضل الشاء أن يكون كبشا أملح أقرن موجوءا والأقرن : العظيم القرن : والأملح : الأبيض اهـ وظاهره أن المراد الأبيض الخالص فيوافق قول الشافعية ، وفسره فى العناية والكفاية بالأبيض الذى فيه شعرات سود وهو كذلك فى القاموس ، ويمكن حمل ما فى البدائع عليه (قوله لزمه ثنتان) عبارة الخانية قالوا: لزمه ثنتان (قوله بمجيء الأمر بهما) الذى فى الخانية وغيرها الأثر بالثاء المثلثة ، وهو كذلك في بعض النسخ والمراد به ما روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أملحين » قال الشرنبلالى فى شرحه : قد يقال لما بين عليه الصلاة والسلام أن أحدهما عنه وعن آله والآخر عن أمته لم يقض بثنتين على شخص بالسابقة (قوله والأصح وجوب الكل) كذا صححه فى الظهيرية :

ونقل فى التاترخانية عن الصدر الشهيد أنه الظاهر وسيأتى فى النظم ، فيلزمه أن يضحى بالعشر فى أيام النحر وبعدها يتصدق بها حية لو كانت معينة كما يؤخذ مما مر متنا :

قال الشرنبلالى فى شرحه : وأقول فى صحة إلزامه بثنتين أو بعشر تأمل : والذى يظهر لى أنه مثل إلزامه على نفسه الظهر عشرا فلا يلزمه غير ما أوجبه تعالى ، لأن للنذر ذات الواجب وتعدده ليس صحيحا نعم للنذر مثله كقوله للمرت ذبح عشر شياه وقت كذا يصح ويلغو ذكر الوقت ، وتقدم في الحج: لوقال لله تعالى علىّ حجة الإسلام مرتين لايلزمه شيء غير المشروع مع أن الحج نفلا مشروع ولكن لايسمى حجة الإسلام ، وكذلك الأضحية لم تشرع لازمة إلا واحدة فنذر تعددها إلزام غير المشروع وجوبا فلا يلزم فليتأمل اهـ :

أقول وبالله تعالى التوفيق إن كتب المذهب طافحة بصحة النذر بالأضحية من الغنى والفقير ، وقدمنا أن الغنى إذا قصد بالنذر الإخبار عن الواجب عليه وكان فى أيام النحر لزمه واحدة وإلا فثنتان :

ثم لا يخفى أن الأضحية اسم لشاة مثلا تذبح فى أيام النحر واجبة كانت أوتطوعا ، فإذا نذر أضحية لم تنصرف إلى الواجبة عليه ما لم ينو بالنذر الإخبار ، كما إذا قال لله علىّ حجة ، وعليه حجة الإسلام ، قال الزيلعى : يلزمه أخرى إلا إذا عنى به الواجب عليه اهـ ، فإذا نذر عشر أضحيات لم يحتمل الإخبار عن الواجب أصلا كما قدمناه عن البدائع من أن الغنى لو نذر قبل أيام النحر أن يضحي شاة لزمه شاتان إحداهما بالنذر والأخرى بالغنى لعدم

غنم بين رجلين ضحيا بها جاز ؛ بخلاف العتق لصحة قسمة الغنم لا الرقيق .
ضحى بثنتين فالأضحية كلاهما ، وقيل الزائد لحم ؛ والأفضل الأكثر قيمة ، فإن استويا فالأكثر لحما ، فإن استويا فأطيبهما ، ولو ضحى بالكل فالكل فرض كأركان الصلاة ، فإن الفرض منها ما ينطلق الاسم عليه ، فإذا طوّلها يقع الكل فرضا مجتبى :
شرى أضحية وأمر رجلا بذبحها فقال تركت التسمية عمدا لزمه قيمتها ليشترى الآمر بها أخرى ويضحى ، ويتصدق ولا يأكل

احتمال الصيغة الإخبار عن الواجب إذ لاوجوب قبل الوقت، وكذا لو نذر وهو فقير ثم استغنى وهنا كذلك لعدم وجوب العشر فتلزمه العشر لأنها عبادة من جنسها واجب ، بخلاف ما لو قال : لله علىّ حجة الإسلام مرتين لأن حجة الإسلام اسم للفعل المخصوص على سبيل الفرضية فإذا قال مرة أو مرتين لايلزمه لأن المرة لا زمة قبل النذر والثانية لا يمكن جعلها حجة الإسلام التي هي فرض العمر ، ومثله نذر رمضان مرة أو مرتين ، فالفرق بين الأضحية التي تطلق على الواجب والتطوع كالصوم والصلاة والحج وبين حجة الإسلام كصوم رمضان وصلاة الظهر أظهر من الشمس ، وحيث علمت أن الأضحية اسم لما يذبح في وقت مخصوص لم يكن فيها إلغاء الوقت ، فإذا نذرها يلزم فعلها فيه وإلا لم يكن آتيا بالمنذور لأنها بعدها لا تسمى أضحية ولذا يتصدق بها حية إذا خرج وقتها كما قدمناه ، بخلاف ما إذا نذر ذبح شاة في وقت كذا يلغو ذكر الوقت لأنه وصف زائد على مسمى الشاة ولذا ألغى علماؤنا تعيين الزمان والمكان ، بخلاف الأضحية فإن الوقت قد جعل جزءا من مفهومها فلزم اعتباره ، ونظير ذلك ما لو نذر هدى شاة فإنهم قالوا إنما يخرجه عن العهدة ذبحها في الحرم والتصدق بها هناك مع أنهم قالوا لو نذر التصدق بدرهم على فقراء مكة له التصدق على غيرهم ، وما ذاك إلا لكون الهدى اسما لما يهدى إلى مكة ويتصدق به فيها ، فقد جعل المكان جزءا من مفهومه كالزمان في الأضحية فإذا تصدق به في غير مكة لم يأت بما نذره ، بخلاف ما لو نذر التصدق بالدرهم فيها فإن المكان لم يجعل جزءا من مفهوم الدرهم فإن الدرهم درهم سواء تصدق به في مكة أو غيرها بخلاف الهدى ، فقد ظهر وجه تصحيح العشر ووجه لزوم ذبحها في أيام النحر فاغتنم هذه الفائدة الجليلة ، التي هي من نتائج فكرتي العليلة ؛ فإني لم أرها في كتاب ، والحمد لله الملك الوهاب
(قوله غنم) الذي في المنح وغيرها شاتان (قوله بخلاف العتق الخ) أي لو كان عبدان بين رجلين عليهما كفارتان فأعتقاهما عن كفارتيهما لا يجوز ، لأن الأنصباء تجتمع في الشاتين لا الرقيق بدليل جريان الجبر في قسمة الغنم دون الرقيق بدائع (قوله فالأضحية كلاهما) قال في الخلاصة : واو ضحى بأكثر من واحدة فالواحدة فريضة والزيادة تطوع عند عامة العلماء : وقال بعضهم لحم ، والمختار أنه يجوز كلاهما اهـ :
وفي التاترخانية عن المحيط أنه الأصح (قوله وقيل الزائد لحم) أي ولا يصير أضحية تطوعا خانية (قوله والأفضل الخ) أي الأكثر ثوابا ، وقدمنا الكلام عليه (قوله ولو ضحى بالكل الخ) الظاهر أن المراد لو ضحى ببدنة يكون الواجب كلها لا سبعها بدليل قوله في الخانية : ولو أن رجلا موسرا ضحى ببدنة عن نفسه خاصة كان الكل أضحية واجبة عند عامة العلماء وعليه الفتوى اهـ مع أنه ذكر قبله بأسطر لو ضحى الغنى بشاتين فالزيادة تطوع عند عامة العلماء ، فلا ينافى قوله كان الكل أضحية واجبة ، ولا يحصل تكرار بين المسألتين فافهم ، ولعل وجه الفرق أن التضحية بشاتين تحصل بفعلين منفصلين وإراقة دمين فيقع الواجب إحداهما فقط والزائدة تطوع بخلاف البدنة فإنها بفعل واحد وإراقة واحدة فيقع كلها واجبا ، هذا ما ظهر لى (قوله فالكل فرض) أي عملي ح (قوله ولا يأكل) ظاهره ولو كان غنيا مع تصريحهم بأنها واجبة في ذمته غير متعينة عليه ، حتى جاز

لو أيام النحر باقية وإلا تصدق بقيمتها على الفقراء خانية . وفيها أراد التضحية فوضع يده مع يد القصاب فى الذبح وأعانه على الذبح سمى كل وجوبا ، فلو تركها أحدهما أو ظن أن تسمية أحدهما تكفى حرمت ، وهى تصلح لغزا فيقال : أى شاة لا تحل بالتسمية مرة بل لابد أن يسمى عليها مرتين ؟ وقد نظمه شيخنا الخير الرملى فقال :

أى ذبح لا بد للحل فيه أن يثنى بذكر ذى التنزيه
فأجب عنه بالقريض فانا لا نراه نثرا ولا نرتضيه

فقلت فى الجواب :

خذ جوابا نظما كما تبتغيه من فقيه مرويه عن فقيه
هى شاة فى ذبحها اشترك اثنا ن فتكرار الذكر شرط كما ترويه
ذاك ذبح قصابه وضع اليد مع الصاحب الذى يرتجيـه
فعلى كل واحد منهما أن يذكر الله جل عن تشبيه

وفى الوهبانية وشرحها قال :

ولو ذبحا شاة معا ثم واحد أخل ببسم الله فالشاة تهجر

له أن يبدلها بغيرها مع الكراهة ط (قوله لو أيام النحر باقية) مرتبط بقوله ليشترى وما بعده (قوله وإلا) بأن مضت أيام النحر لا يشترى بالقيمة غيرها لأن الإراقة عهدت قربة فى أيام النحر كما قدمناه (قوله خانية) وكذا فى الذخيرة والخلاصة وغيرهما ، ونظمها ابن وهبان وابن الشحنة ، ولم أر من ذكر وجه عدم الأكل منها ؛ ولا يقال إن أخذ قيمتها كبيعها لأنه ليس بدل أضحية إذ هى ميتة ، على أنه كان يلزمه التصدق بالدراهم كما لو باع لحم أضحيته كما مر ، فالظاهر أنها منذورة فليتأمل (قوله فلو تركها) أى التسمية المفهومة من سمى (قوله وقد نظمه شيخنا الخ) قد نظمه أيضا المصنف فى منحه سؤالا وجوابا لكنه ارتكب فيه ضرورات لا ترتكب مع ما فيه من اختلال النظم فى بعض الأبيات (قوله أن يثنى) مبنى للمجهول والجار والمجرور نائب الفاعل (قوله بالقريض) أى الشعر (قوله فقلت فى الجواب الخ) الشطر الأول والبيت الثانى بتمامه من نظم صاحب المنح ، والباقى من نظم الخير الرملى ، فإنه قال بعد نظمه السؤال السابق وقلت فى الجواب :

خذ جوابا لا نقد يوجد فيه من فقيه مرويه عن فقيه
ذاك ذبح قصابه وضع اليـــد مع الصاحب الذى يرتجيه

(قوله فعلى كل واحد الخ) وبه ظهر أن الشارح ليس له من الجواب سوى التلفيق من كلام المصنف وكلام شيخه إن لم يكن من المواردة (قوله هى شاة الخ) يوجد فى بعض النسخ بعد هذا البيت بيت آخر وهوذاك ذبح إلى آخر البيت المار عن الرملى ، ولو اقتصر عليه لكان أنسب ، لأن قوله هى شاة الخ غير موزون ، ولئلا يستدرك قوله فعلى كل واحد الخ لأنه لم يفد شيئا زائداً على ما أفاده (قوله هى شاة الخ) بل لو اقتصر الشارح فى الجواب على البيت الأول والثانى وأبدل قوله شرط كما ترويه الذى اختل به النظم بقوله شرط نعيه أو شرط فيه لا استقام الوزن وأغناه عما بعده ، وكأنه قصد ذكر الجواب مرتين ، لأن البيت الأول مع الثانى جواب والبيت الثالث الذى فى بعض النسخ مع الرابع جواب أيضا (قوله وفى الوهبانية وشرحها) ليس فى هذه الأبيات من نظم ابن وهبان بلا تغيير ســوى البيت الثانى والأخير ، وما عداهما تصرف فيه ابن الشحنة وأصلحه

وإن يشترى منها ثلاثا ثلاثة ... وأشكل فالتوكيل بالذبح يذكر
وكيل شراء الشاة للعنز إن شرى ... يصح خلاف العكس والقود يخسر
ولو قال سوداء فغير صح لا ... إذا كان فى قرناء عينا يغير
بثنتين ممن ينذر العشر ألزموا ... وتصحيح إيجاب الجميع محرر
وعن ميت بالأمر ألزم تصدقا ... وإلا فكل منها وهذا المحبز
ومن مال طفل فالصحيح سقوطها ... وعن أبه فى حقه وهو أظهر
وواهب شاة راجع بعد ذبحها ... فيجزئ من ضحى عليها ويؤجر

(قوله وإن يشترى) بإثبات حرف العلة للضرورة (قوله منها) أى من الشاة أو الأضاحى (قوله وأشكل) بأن اختلطت ولم يتميز ما لكل (قوله فالتوكيل الخ) قال ابن الفضل: ينبغى أن يوكل كل واحد أصحابه بالذبح؛ حتى لو ذبح شاة لنفسه جاز، ولو ذبح عن غيره بأمره جاز أيضا اه شارح (قوله يذكر) الذى فى الوهبانية يحسر بالحاء المهملة، ويجوز فيه الفتح والضم، من حسر عن ذراعيه إذا كشف اه شارح (قوله للعنز) اللام للتقوية وهى الداخلة على معمول تقدم على عامله وهو هنا شرى، مثل - إن كنتم للرؤيا تعبرون - (قوله يصح) لأن الشاة اسم جنس يتناول الضأن والمعز شارح عن الظهيرية (قوله خلاف العكس) أى ولو وكله بشراء عنز فاشترى شاة من الضأن لايلزم الآمر شارح عن الخانية (قوله والقود يخسر) أى لو استأجر الوكيل بشراء الأضحية من يقودها بدرهم لم يلزم الآمر ظهيرية اه ط (قوله ولو قال سوداء) بالمد والتنوين للضرورة. والضمير فى كان للقول، وقرناء بالمد وعينا بالقصر. والأقرن: العظيم القرن. والأعين: ما عظم سواد عينيه فى سعة. قال فى الشرنبلالى: والبيت من الظهيرية:

وكله بشراء بقرة سوداء للأضحية فاشترى بيضاء أو حمراء أو بلقاء وهى التى اجتمع فيها السواد والبياض لزم الآمر وإن وكله بشراء كبش أقرن أعين للأضحية فاشترى أجم ليس أعين لايلزم الآمر؛ لأن هذا مما يرغب للأضحية فخالف أمره. قال الناظم: ينبغى أنه إذا أمره بشراء بيضاء فاشترى سوداء أن لايقع للآمر:

قلت: وهذا هو الصواب وقد أسقط الكاتب لا النافية من نسخة المصنف وتبعه الشارح ابن الشحنة يرشد إليه قول الناظم لأن لون أضحية رسول الله صلى الله عليه وسلم كان أبيض ولأنه أحسن الألوان فينبغى أن يكون أفضل، ولما روى عن مولاة ورقة بنت سعد أنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «دم عفراء أزكى عند الله من دم سوداء» وقال أبو هريرة رضى الله عنه: دم بيضاء أزكى عند الله من دم سوداء اه فالدليل يخالف مدعاه بإسقاط لا النافية لأن البياض أزكى من غيره، والعفراء أزكى من السوداء فكيف يلزم بالآمر مع المخالفة اه ملخصا (قوله بثنتين) متعلق بالزموا، وقدمنا الكلام عليه فى الفروع (قوله وعن ميت) أى لو ضحى عن ميت وارثه بأمره ألزمه بالتصدق بها وعدم الأكل منها، وإن تبرع بها عنه له الأكل لأنه يقع على ملك الذابح والثواب للميت، ولهذا لو كان على الذابح واحدة سقطت عنه أضحيته كما فى الأجناس. قال الشرنبلالى: لكن فى سقوط الأضحية عنه تأمل اه:

أقول: صرح فى فتح القدير فى الحج عن الغير بلا أمر أنه يقع عن الفاعل فيسقط به الفرض عنه وللآخر الثواب فراجعه (قوله وهذا المخير) أى المختار كما قدمناه عن البزازية سابقا (قوله ومن مال طفل الخ) حاصله أن الصحيح عدم وجوبها فى مال الطفل، ولا يجب على الأب فى حق طفله أن يضحى عنه من مال نفسه فى ظاهر الرواية كما مر مبسوطا، وقوله وعن أبه بلا ياء على لغة النقص (قوله وواهب شاة الخ) أى لو وهبه شاة فضحى

كتاب الحظر والإباحة

مناسبته ظاهرة : والحظر لغة : المنع والحبس. وشرعا : ما منع من استعماله شرعا ، والمحظور ضد المباح ، والمباح ما أجيز المكلفين فعله وتركه بلا استحقاق ثواب وعقاب ، نعم يحاسب عليه حسابا يسيرا اختيار : (كل مكروه)

بها ثم رجع الواهب صح الرجوع فى ظاهر الرواية وأجزأت الذابح شارح :

[خاتمة] يستحب لمن ولد له ولد أن يسميه يوم أسبوعه ويحلق رأسه ويتصدق عند الأئمة الثلاثة بزنة شعره فضة أو ذهبا ثم يعق عند الحلق عقيقة إباحة على ما فى الجامع المحبوبى ، أو تطوعا على ما فى شرح الطحاوى ، وهى شاة تصلح للأضحية تذبح للذكر والأنثى سواء فرق لحمها نيئا أوطبخه بحموضة أو بدونها مع كسر عظمها أولا واتخاذ دعوة أولا ، وبه قال مالك . وسنها الشافعى وأحمد سنة مؤكدة شاتان عن الغلام وشاة عن الجارية غرر الأفكار ملخصا ، والله تعالى أعلم :

كتاب الحظر والإباحة

كذا ترجمه فى الخانية والتحفة ، وترجم فى الجامع الصغير والهداية بالكراهية ، وفى المبسوط والذخيرة بالاستحسان ، فإن مسائل هذا الكتاب من أجناس مختلفة فلقب بذلك لما يوجد فى عامة مسائله من الكراهية والحظر والإباحة والاستحسان كما فى النهاية ، وترجم بعضهم بكتاب الزهد والورع لأن فيه كثيرا من المسائل أطلقها الشرع ، والزهد والورع تركها ، وفى أبى السعود عن طلبة الطلبة : الاستحسان استخراج المسائل الحسان وهو أشبه ما قبل فيه ، أما القياس والاستحسان المذكوران فى جواب مسائل الفقه فبيانها فى الأصول (قوله مناسبته ظاهرة) فى بعض النسخ مناسبتها والأولى أولى ، وهى كما فى شروح الهداية كون عامة مسائل كل منه ومن الأضحية لم تخل من أصل وفرع ترد فيه الكراهة ، وعلى ترجمة المصنف يقال يرد فيه الحظر أو الإباحة ،ولما ذكرت المناسبة بين الأضحية وما قبلها كانت الأضحية واقعة فى محلها ، فلا يرد أن هذه المناسبة لا تفيد وجه ذكر هذا الكتاب عقب الأضحية ، ولا يرد أن هذا الكتاب له مناسبة بكل كتاب فافهم (قوله والحظر لغة المنع والحبس) قال الله تعالى ـ وما كان عطاء ربك محظوراً ـ أى ما كان رزق ربك محبوساً عن البر والفاجر جوهرة ، والإباحة الإطلاق زيلعى (قوله وشرعا الخ) أشار إلى أن المراد هنا بالمصدر اسم المفعول ، فلا يرد أن ما ذكره تعريف للمحظور والمباح لا للحظر والإباحة تأمل (قوله والمحظور ضد المباح) أل فى المحظور للعهد أى المحظور الشرعى الذى ذكرنا أنه ما منع من استعماله شرعا ضد للمباح ، ولا ينافى ذلك أن للمباح ضدا آخر وهو الواجب ، إذ ليس مراده بذلك تعريفه بما ذكر لأنه قدم تعريفه كما علمت . وبه اندفع ما يقال إنه تعريف بالأعم لأنه كما يصدق على المكروه والحرام يصدق على الواجب : وليس تعريفه الخاص ما ثبت حظره بدليل قطعى بل ما ذكره الشارح من أنه ما منع من استعماله شرعاً ليشمل ما ثبت بظنى فافهم (قوله والمباح ما أجيز للمكلفين فعله وتركه) كذا فى المنح . والذى فى الجوهرة : ما خير المكلف بين فعله وتركه (قوله بلا استحقاق) استحقه : استوجبه قاموس : ويطلق على جزاء العبد من ثواب أو عقاب أنه يستحقه بفضل الله وعدله (قوله نعم يحاسب عليه حسابا يسيرا) لايقال إن ذلك عذاب ، بدليل ما ورد « من نوقش الحساب عذب » لأن المناقشة الاستقصاء فى الحساب كما فى القاموس (قوله كل مكروه) يقال : كرهت الشيء أكرهه كراهة

أى كراهة تحريم (حرام) أى كالحرام فى العقوبة بالنار (عند محمد) وأما المكروه كراهة تنزيه فإلى الحل أقرب اتفاقا (وعندهما) وهو الصحيح المختار، ومثله البدعة والشبهة (إلى الحرام أقرب) فالمكروه تحريما (نسبته إلى الحرام كنسبة الواجب إلى الفرض) فيثبت بما يثبت به الواجب يعنى بظنى الثبوت، ويأثم بارتكابه كما يأثم بترك الواجب، ومثله السنة المؤكدة.

وفى الزيلعى فى بحث حرمة الخيل: القريب من الحرام ما تعلق به محذور دون استحقاق العقوبة بالنار، بل العتاب كترك السنة المؤكدة، فإنه لايتعلق به عقوبة النار، ولكن يتعلق به الحرمان عن شفاعة النبى المختار صلى الله عليه وسلم، لحديث «من ترك سنتى لم ينل شفاعتى» فترك السنة المؤكدة قريب من الحرام، وليس بحرام اهـ.

وكراهية فهو كريه ومكروه صحاح. والكراهة: عدم الرضا. وعند المعتزلة: عدم الإرادة، فتفسير المطرزى لها فى المغرب بعدم الإرادة ميل إلى مذهبه كما أفاد أبو السعود (قوله أى كراهة تحريم) وهى المرادة عند الإطلاق كما فى الشرع، وقيده بما إذا كان فى باب الحظر والإباحة اهـ بيرى (قوله حرام) أى يريد به أنه حرام. قال فى الهداية إلا أنه لما لم يجد فيه نصاً قاطعاً لم يطلق عليه لفظ الحرام اهـ فإذا وجد نصاً يقطع القول بالتحريم أو التحليل، وإلا قال فى الحل لا بأس وفى الحرمة أكره إتقانى (قوله أى كالحرام الخ) كذا قال القهستانى، ومقتضاه أنه ليس حرام حقيقة عنده بل هو شبيه به من جهة أصل العقوبة فى النار وإن كان عذابه دون العذاب على الحرام القطعى، وهو خلاف مااقتضاه ذكر الاختلاف بينه وبين الشيخين وتصحيح قولهما، نعم هو موافق لما حققه المحقق ابن الهمام فى تحرير الأصول من أن قول محمد إنه حرام فيه نوع من التجوز للاشتراك فى استحقاق العقاب، وقولهما على سبيل الحقيقة للقطع بأن محمدا لا يكفر جاحد الواجب والمكروه كما يكفر جاحد الفرض والحرام فلا اختلاف بينه وبينهما فى المعنى كما يظن اهـ وأيده شارحه ابن أمير حاج بما ذكره محمد فى المبسوط أن أبا يوسف قال لأبى حنيفة: إذا قلت فى شىء أكرهه فما رأيك فيه؟ قال التحريم، ويأتى فيه أيضاً ما فى لفظ محمد للقطع أيضاً بأن أبا حنيفة لا يكفر جاحد المكروه اهـ وعلى هذا فالاختلاف فى مجرد صحة الإطلاق، ويأتى تمام الكلام عليه قريباً (قوله فإلى الحل أقرب) بمعنى أنه لا يعاقب فاعله أصلا، لكن يثاب تاركه أدنى ثواب تلويح، وظاهره أنه ليس من الحلال، ولا يلزم من عدم الحل الحرمة ولا كراهة التحريم، لأن المكروه تنزيها كما فى المنح مرجعه إلى ترك الأولى. والفاصل بين الكراهتين كما فى القهستانى والمنح عن الجواهر: إن كان الأصل فيه الحرمة، فإن سقطت لعموم البلوى فتنزيه كسؤر الهرة، وإلا فتحريم كلحم الحمار، وإن كان حكم الأصل الإباحة وعرض ما أخرجه عنها، فإن غلب على الظن وجود المحرم فتحريم كسؤر البقرة الجلالة وإلا فتنزيه كسؤر سباع الطير (قوله مثله البدعة والشبهة) الذى يفيده كلام القهستانى أن البدعة مرادفة للمكروه عند محمد والشبهة مرادفة للمكروه عندهما (قوله نسبته) أى من حيث الثبوت، وقوله فيثبت الخ بيان لها لكن فى اقتصاره على ظنى الثبوت قصور فى العبارة؛

بيان ذلك أن الأدلة السمعية أربعة، الأول قطعى الثبوت والدلالة كنصوص القرآن المفسرة أو المحكمة والسنة المتواترة التى مفهومها قطعى الثانى قطعى الثبوت ظنى الدلالة كالآيات المؤولة الثالث عكسه كأخبار الآحاد التى مفهومها قطعى الرابع ظنيهما كأخبار الآحاد التى مفهومها ظنى، فبالأول يثبت الافتراض والتحريم، وبالثانى والثالث الإيجاب وكراهة التحريم، وبالرابع تثبت السنية والاستحباب (قوله وفى الزيلعى الخ) بيان للمراد من

(الأكل) للغذاء والشرب للعطش ولو من حرام أو ميتة أو مال غيره وإن ضمنه (فرض) يثاب عليه بحكم الحديث ، ولكن (مقدار ما يدفع) الإنسان (الهلاك عن نفسه) ومأجور عليه (و) هو مقدار ما (يتمكن

الإثم فى قوله ويأثم بارتكابه الخ ؛ وما فى الزيلعى موافق لما فى التلويح حيث قال : معنى القرب إلى الحرمة أنه يتعلق به محذور دون استحقاق العقوبة بالنار ؛ وترك السنة المؤكدة قريب من الحرم يستحق حرمان الشفاعة اهـ :

ومقتضاه أن ترك السنة المؤكدة مكروه تحريما لجعله قريبا من الحرام ؛ والمراد بها سنن الهدى كالجماعة والأذان والإقامة فإن تاركها مضلل ملوم كما فى التحرير والمراد الترك على وجه الإصرار بلا عذر ولذا يقاتل المجمعون على تركها لأنها من أعلام الدين ، فالإصرار على تركها استخفاف بالدين فيقاتلون على ذلك ذكره فى المبسوط ، ومن هنا قيل لايكون قتالهم عليها دليلا على وجوبها أو تمامه فى شرح التحرير تأمل ، ثم إن ما ذكر هنا من استحقاقه محذورا دون العقوبة بالنار مخالف لما قدمه الشارح آنفا وجزم به ابن الهمام فى التحرير من أنه يستحق العقوبة بالنار ، إلا أن يقال ما مر خاص بقول محمد بناء على أن المكروه عنده من الحرام ، وما هنا على قولهما بأنه إلى الحرام أقرب ، وهذا يفيد أن الخلاف ليس لفظياً وهو خلاف ما قدمناه عن التحرير ولذا نقل أبو السعود عن المقدسى أن حاصل الخلاف أن محمدا جعله حراما لعدم قاطع بالحل ، وجعلاه حلالا لأنه الأصل فى الأشياء ولعدم القاطع بالحرمة اهـ ولا تنافى الكراهة الحل لما فى القهستانى عن خلع النهاية، كل مباح حلال بلا عكس كالبيع عند النداء فإنه حلال غير مباح لأنه مكروه اهـ :

وفى التلويح : ماكان تركه أولى فمع المنع عن الفعل بدليل قطعى حرام ، وبظنى مكروه تحريماً ، وبدون منع مكروه تنزيها ، وهذا على رأى محمد ه وعلى رأيهما ما تركه أولى ، فمع المنع حرام ، وبدونه مكروه تنزيها لو إلى الحل أقرب ؛ وتحريما لو إلى الحرام أقرب اهـ . فأفاد أنه ممنوع عن فعله عنده لا عندهما ، وبه يظهر مساواته للسنة المؤكدة على رأيهما فى اتحاد الجزاء بحرمان الشفاعة؛ والمراد والله تعالى أعلم الشفاعة برفع الدرجات أو بعدم دخول النار لا الخروج منها ، أو حرمان مؤقت ، أو أنه يستحق ذلك ، فلاينافى وقوعها : وبه اندفع ما أورد أنه ليس فوق مرتكب الكبيرة فى الجرم ، وقد قال عليه الصلاة والسلام « شفاعتى لأهل الكبائر من أمتى » كما ذكره حسن جلبى فى حواشى التلويح ؛ وتمامه فى حواشينا على المنار (قوله الأكل للغذاء الخ) وكذا ستر العورة وما يدفع الحر والبرد شرنبلالية (قوله ولو من حرام) فلو خاف الهلاك عطشا وعنده خمر له شربه قدر ما يدفع العطش إن علم أنه يدفعه بزازية ويقدم الخمر على البول تاترخانية ؛ وسيأتى تمام الكلام فيه (قوله أو ميتة) عطف خاص على عام (قوله وإن ضمنه) لأن الإباحة للاضطرار لا تنافى الضمان :

وفى البزازية : خاف الموت جوعاً ومع رفيقه طعام أخذ بالقيمة منه قدر ما يسد جوعته ، وكذا يأخذ قدر مايدفع العطش ، فإن امتنع قاتله بلا سلاح ؛ فإن خاف الرفيق الموت جوعاً أو عطشاً ترك له البعض ؛ وإن قال له آخر اقطع يدى وكلها لايحل ، لأن لحم الإنسان لايباح فى الاضطرار لكرامته (قوله يثاب عليه الخ) قال فى الشرنبلالية عن الاختيار : قال صلى الله عليه وسلم « إن الله ليؤجر فى كل شىء حتى اللقمة يرفعها العبد إلى فيه » فإن ترك الأكل والشرب حتى هلك فقد عصى ؛ لأن فيه إلقاء النفس إلى التهلكة وإنه منهى عنه فى محكم التنزيل اهـ بخلاف من امتنع عن التداوى حتى مات إذ لا يتيقن بأنه يشفيه كما فى الملتقى وشرحه

به من الصلاة قائما و) من (صومه) مفاده جواز تقليل الأكل بحيث يضعف عن الفرض ، لكنه لم يجز كما في الملتقى وغيره ؛

قلت : وفي المبتغى بالغين : الفرض بقدر ما يندفع به الهلاك ويمكن معه الصلاة قائما اهـ فتنبه .(ومباح إلى الشبع لتزيد قوته ، وحرام) عبر في الخانية بيكره (وهو ما فوقه) أي الشبع وهو أكل طعام غلب على ظنه أنه أفسد معدته ، وكذا في الشرب قهستاني (إلا أن يقصد قوة صوم الغد أو لئلا يستحي ضيفه) أو نحو ذلك ؛ ولا تجوز الرياضة بتقليل الأكل حتى يضعف عن أداء العبادة ، ولا بأس بأنواع الفواكه وتركه أفضل . واتخاذ الأطعمة سرف ، وكذا وضع الخبز فوق الحاجة ؛

(قوله مفاده الخ) أي مفاد قوله ومأجور عليه ؛ فإن ظاهره أنه مندوب وبه صرح في متن الملتقى فيفيد جواز الترك (قوله كما في الملتقى) هو ما يذكره قريبا حيث قال : ولا تجوز الرياضة بتقليل الأكل حتى يضعف عن أداء العبادة (قوله قلت الخ) تأييد لقوله لم يجز (قوله فتنبه) إشارة إلى المؤاخذة على المصنف وعلى ما ذكره في الملتقى أولا (قوله ومباح) أي لا أجر ولا وزر فيه ؛ فيحاسب عليه حسابا يسيرا لو من حل ، لما جاء : « أنه يحاسب على كل شيء إلا ثلاثا : خرقة تستر عورتك ، وكسرة تسد جوعتك ، وحجر يقيك من الحر والقر » وجاء « حسب ابن آدم لقيمات يقمن صلبه ولا يلام على كفاف » در منتقى (قوله إلى الشبع) بكسر الشين وفتح الباء وسكونها : ما يغذيه ويقوي بدنه قهستاني (قوله وحرام) لأنه إضاعة للمال وإمراض للنفس : وجاء « ما ملأ ابن آدم وعاء شرا من البطن ، فإن كان ولابد فثلث للطعام وثلث للماء وثلث للنفس ، وأطول الناس عذابا أكثرهم شبعا » در منتقى ؛

[تتمة] قال في تبيين المحارم : وزاد بعضهم مرتبتين أخريين مندوب ، وهو ما يعينه على تحصيل النوافل وتعليم العلم وتعلمه . ومكروه : وهو ما زاد على الشبع قليلا ولم يتضرر به ورتبة العابد التخيير بين الأكل المندوب والمباح وينوي به أن يتقوى به على العبادة فيكون مطيعا ، ولا يقصد به التلذذ والتنعم فإن الله تعالى ذم الكافرين بأكلهم للتمتع والتنعم : وقال - والذين كفروا يتمتعون ويأكلون كما تأكل الأنعام والنار مثوى لهم - وقال عليه الصلاة والسلام « المسلم يأكل في معى واحد والكافر في سبعة أمعاء » رواه الشيخان وغيرهما ، وتخصيص السبعة للمبالغة والتكثير ، قيل هو مثل ضربه عليه الصلاة والسلام للمؤمن وزهده في الدنيا وللكافر وحرصه عليها ، فالمؤمن يأكل بلغة وقوتا والكافر يأكل شهوة وحرصا طلبا للذة ، فهذا يشبعه القليل وذاك لايشبعه الكثير اهـ (قوله عبر في الخانية بيكره) لعل الأوجه الأول لأنه إسراف ، وقد قال تعالى - ولا تسرفوا - وهو قطعي الثبوت والدلالة تأمل (قوله وهو أكل طعام الخ) عزاه القهستاني إلى أشربة الكرماني وغيره ؛ قال ط : وأفاد بذلك أنه ليس المراد بالشبع الذي تحرم عليه الزيادة مايعد شبعا شرعا كما إذا أكل ثلث بطنه (قوله إلا أن يقصد الخ) الظاهر أن الاستثناء منقطع بناء على ماذكره من التأويل ، فإنه إذا غلب على ظنه إفساد معدته كيف يسوغ له ذلك مع أنه لو خاف المرض يحل له الإفطار ، إلا أن يقال المراد إفساد لايحصل به زيادة إضرار تأمل ، وما ذكر استثناء من بعض المتأخرين كما أفاده في التاترخانية (قوله أو لئلا يستحي ضيفه) أي الحاضر معه الآتي بعد ماأكل قدر حاجته قهستاني (قوله أو نحو ذلك) كما إذا أكل أكثر من حاجته ليتقايأه قال الحسن لابأس به قال : رأيت أنس بن مالك رضي الله عنه يأكل ألوانا من الطعام ويكثر ثم يتقايأ وينفعه ذلك هندية (قوله عن أداء العبادة) أي المفروضة قائما فلو على وجه لايضعفه فيباح در منتقى (قوله وتركه أفضل) كي لاتنقص درجته ، ويدخل تحت قوله تعالى - أذهبتم طيباتكم في حياتكم الدنيا - والتصدق بالفضل أفضل تكثيرا للحسنات در منتقى (قوله واتخاذ الأطعمة سرف)

وسنة الأكل البسملة أوله والحمد له آخره ، وغسل اليدين قبله وبعده ، ويبدأ بالشباب قبله وبالشيوخ بعده ملتقى (وكره لحم الأتان) أى الحمارة الأهلية خلافا لمالك (ولبنها و) لبن (الجلالة) التى تأكل العذرة (و) لبن (الرمكة) أى الفرس وبول الإبل ، وأجازه أبو يوسف للتداوى (و) كره (لحمهما) أى لحم الجلالة والرمكة ، وتحبس الجلالة حتى يذهب نتن لحمها . وقدر بثلاثة أيام لدجاجة وأربعة لشاة ، وعشرة لإبل وبقر على الأظهر . ولو أكلت النجاسة وغيرها بحيث لم ينتن لحمها

إلا إذا قصد قوة الطاعة أو دعوة الأضياف قوما بعد قوم قهستانى (قوله وسنة الأكل الخ) فإن نسى البسملة فليقل بسم الله على أوله وآخره اختيار ، وإذا قلت بسم الله فارفع صوتك حتى تلقن من معك ، ولا يرفع بالحمد إلا أن يكونوا فرغوا من الأكل تاترخانية ، وإنما يسمى إذا كان الطعام حلالا ويحمد فى آخره كيفما كان قنية ط (قوله وغسل اليدين قبله) لنفى الفقر ولا يمسح يده بالمنديل ليبقى أثر الغسل وبعده لنفى اللمم ويمسحها ليزول أثر الطعام ، وجاء أنه بركة الطعام ، ولا بأس به بدقيق ، وهل غسل فمه للأكل سنة كغسل يده ، الجواب لا لكن يكره للجنب قبله ، بخلاف الحائض در منتقى ، ومثله فى التاترخانية (قوله ويبدأ) أى فى الغسل كما فى التاترخانية (قوله بالشباب قبله) لأنهم أكثر أكلا والشيوخ أقل در منتقى (قوله وبالشيوخ بعده) لحديث « ليس منا من لم يوقر كبيرنا » وهذا من التوقير ط :

[تتمة] يكره وضع المملحة والقصعة على الخبز ومسح اليد أو السكين به ولا يعلقه بالخوان ، ولا بأس بالأكل متكئا أو مكشوف الرأس فى المختار ، ومن الإسراف أن يأكل وسط الخبز ويدع حواشيه أو يأكل ماانتفخ منه إلا أن يكون غيره يأكل ماتركه فلا بأس به كمالو اختار رغيفا دون رغيف . ومن إكرام الخبز أن لاينتظر الإدام إذا حضر ، وأن لايترك لقمة سقطت من يده فإنه إسراف بل ينبغى أن يبتدئ بها ، ومن السنة أن لايأكل من وسط القصعة فإن البركة تنزل فى وسطها ، وأن يأكل من موضع واحد لأنه طعام واحد ، بخلاف طبق فيه ألوان الثمار فإنه يأكل من حيث شاء لأنه ألوان ، بكل ذلك ورد الآثار ، ويبسط رجله اليسرى وينصب اليمنى ، ولا يأكل الطعام حارا ولا يشمه . وعن الثانى أنه لايكره النفخ فى الطعام إلا بماله صوت نحو أف وهو محمل النهى . ويكره السكوت حالة الأكل لأنه تشبه بالمجوس ويتكلم بالمعروف . وقال عليه الصلاة والسلام « من أكل من قصعة ثم لحسها تقول له القصعة أعتقك الله من النار كما أعتقتنى من الشيطان » وفى رواية أحمد « استغفرت له القصعة » ومن السنة البداءة بالملح والختم به بل فيه شفاء من سبعين داء ، ولعق القصعة وكذا الأصابع قبل مسحها بالمنديل وتمامه فى الدر المنتقى والبزازية وغيرهما (قوله الأهلية) بخلاف الوحشية فإنها ولبنها حلالان (قوله خلافا لمالك) وللخلاف لم يقل حرم منح أى فإنه دليل تعارض الأدلة (قوله ولبنها) لتولده من اللحم فصار مثله منح (قوله التى تأكل العذرة) أى فقط حتى أنتن لحمها قال فى شرح الوهبانية : وفى المنتقى : الجلالة المكروهة التى إذا قربت وجدت منها رائحة فلا تؤكل ولا يشرب لبنها . ولا يعمل عليها وتلك حالها ويكره بيعها وهبتها وتلك حالها . وذكر البقالى أن عرقها نجس اه وقدمناه فى الذبائح (قوله ولبن الرمكة) قدم فى الذبائح عن المصنف أنه لابأس به على الأوجه لأنه ليس فى شربه تقليل آلة الجهاد ، وقدمنا هناك أن المعتمد أن الإمام رجع إلى قول صاحبيه بأن أكل لحمها مكروه تنزيها (قوله وأجازه أبو يوسف للتداوى) فى الهندية وقالا : لابأس بأبوال الإبل ولحم الفرس للتداوى كذا فى الجامع الصغير اه ط .

قلت : وفى الخانية أدخل مرارة فى أصبعه للتداوى روى عن أبى حنيفة كراهته ، وعن أبى يوسف عدمها ، وهو على الاختلاف فى شرب بول مايؤكل لحمه ، وبقول أبى يوسف أخذ أبو الليث اه (قوله على الأظهر) قال

حلت كما حل أكل جدى غذى بلبن خنزير لأن لحمه لا يتغير ، وما غذى به يصير مستهلكا لايبقى له أثر .

(ولو سقى ما يؤكل لحمه خمرا فذبح من ساعته حل أكله ويكره) زيلعى وصيد شرح وهبانية .

(و) كره (الأكل والشرب والادهان والتطيب من إناء ذهب وفضة للرجل والمرأة) لإطلاق الحديث (وكذا) يكره (الأكل بملعقة الفضة والذهب والاكتحال بميلهما) وما أشبه ذلك من الاستعمال كمكحلة ومرآة وقلم ودواة ونحوها ؛ يعنى إذا استعملت ابتداء فيما صنعت له بحسب متعارف الناس وإلا فلاكراهة حتى لو نقل الطعام من إناء الذهب إلى موضع آخر أو صب الماء أو الدهن فى كفه لا على رأسه ابتداء ثم استعمله لا بأس به مجتبى وغيره ، وهو ما حرره فى الدرر فليحفظ

فى شرح الوهبانية عن التجنيس : وهو المختار على الظاهر ، لأن الظاهر أن طهارتهم تحصل بهذه المدة . وفى البزازية أن ذلك شرط فى التى لاتأكل إلا الجيف ؛ ولكنه جعل التقدير فى الإبل بشهر ، وفى البقر بعشرين ، وفى الشاة بعشرة : وقال : قال السرخسى : الأصح عدم التقدير ، وتحبس حتى تزول الرائحة المنتنة اه (قوله حلت) وعن هذا قالوا : لابأس بأكل الدجاج لأنه يخلط ولا يتغير لحمه : وروى « أنه عليه الصلاة والسلام كان يأكل الدجاج » وما روى أن الدجاجة تحبس ثلاثة أيام ثم تذبح فذلك على سبيل التنزه زيلعى (قوله لأن لحمه لايتغير الخ) كذا فى الذخيرة ، وهو موافق لما مر من أن المعتبر النتن ، لكن ذكر فى الخانية أن الحسن قال : لابأس بأكله ، وأن ابن المبارك قال : معناه إذا اعتلف أياما بعد ذلك كالجلالة : وفى شرح الوهبانية عن القنية راقما أنه يحل إذا ذبح بعد أيام وإلا لا :

[فرع] فى أبى السعود : الزروع المسقية بالنجاسات لاتحرم ولا تكره عند أكثر الفقهاء (قوله حل أكله ويكره) ظاهره أن الكراهة تحريمية ، وعليه ينظر ماالفرق بينه وبين الجلالة التى تأكل النجاسة وغيرها والجدى (قوله للرجل والمرأة) قال فى الخانية : والنساء فيما سوى الحلى من الأكل والشرب والإدهان من الذهب والفضة والعقود بمنزلة الرجال ، ولا بأس لهن بلبس الديباج والحرير والذهب والفضة واللؤلؤ اه (قوله لإطلاق الحديث) هو ماروى عن حذيفة أنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لاتلبسوا الحرير ولاالديباج ولا تشربوا فى آنية الذهب والفضة ، ولا تأكلوا فى صحافها ، فإنها لهم فى الدنيا ولكم فى الآخرة » رواه البخارى ومسلم وأحمد ، وأحاديث أخر ساقها الزيلعى ؛ ثم قال : فإذا ثبت ذلك فى الشرب والأكل فكذا فى التطيب وغيره لأنه مثله فى الاستعمال (قوله وما أشبه ذلك الخ) ومنه الخوان من الذهب والفضة والوضوء من طست أو إبريق منهما ، والإستجمار بمجمرة منهما ، والجلوس على كرسى منهما ، والرجل والمرأة فى ذلك سواء تاترخانية (قوله ومرآة) قال أبو حنيفة : لابأس بحلقة المرآة من الفضة إذا كانت المرآة حديدا . وقال أبو يوسف لاخير فيه تاترخانية (قوله يعنى الخ) هذه العناية من صاحب الدرر ويأتى الكلام فيها . وأما عبارة المجتبى وغيره فمن قوله لو نقل الطعام الخ (قوله مجتبى وغيره) كالنهاية والكفاية ، فقد نقلا عن شرح الجامع الصغير لصاحب الذخيرة مانصه : قيل صورة الادهان أن يأخذ آنية الذهب والفضة ويصب الدهن على الرأس ، أما إذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن ثم صبه على الرأس من اليد فلا يكره اه . زاد فى التاترخانية وكذا أخذ الطعام من القصعة ووضعه على خبز وما أشبه ذلك ثم أكل لابأس به اه :

قال فى الدرر : واعترض عليه بأنه يقتضى أن لايكره إذا أخذ الطعام من آنية الذهب والفضة بملعقة ثم أكله منها ، وكذا لو أخذه بيده وأكله منها ينبغى أن لايكره ، ثم قيل : ولكن ينبغى أن لايفتى بهذه الرواية لئلا ينفتح باب استعمالها اه (قوله وهو ماحرره فى الدرر) حيث أجاب عن الاعتراض على مافى النهاية والكفاية بما أشار

واستثنى القهستانى وغيره استعمال البيضة والجوشن والساعدان منهما فى الحرب للضرورة وهذا فيما يرجع للبدن وأما لغيره تجملا بأوان متخذة من ذهب أوفضة وسرير كذلك وفرش عليه من ديباج ونحوه فلا بأس به بل فعله السلف خلاصة حتى أباح أبو حنيفة توسد الديباج والنوم عليه

إليه الشارح من أن المحرم هو الإستعمال فيما صنعت له فى متعارف الناس وأقره عليه فى العزمية ، وظاهر كلام الوانى ولوح أفندى وغيرهما عدم تسليمه ، وكذا قال الرملى : إن نقل الطعام منها إلى موضع آخر استعمال لها إبتداء وأخذ الدهن باليد ثم صبه على الرأس استعمال متعارف اه .

وأقول وبالله التوفيق : إن ماذكره فى الدرر من إناطة الحرمة بالإستعمال فيما صنعت له عرفا فيه نظر فإنه يقتضى أنه لو شرب أو اغتسل بآنية الدهن أو الطعام أنه لايحرم مع أن ذلك استعمال بلا شبهة داخل تحت إطلاق المتون ، والأدلة الواردة فى ذلك والذى يظهر لى فى تقرير ماقدمناه عن النهاية وغيرها على وجه لايرد عليه شىء مما مر أن يقال : إن وضع الدهن أو الطعام مثلا فى ذلك الإناء المحرم لايجوز لأنه استعمال له قطعا ثم بعد وضعه إذا ترك فيه بلا انتفاع لزم إضاعة المال فلابد من تناوله منه ضرورة ، فإذا قصد المتناول نقله من ذلك الإناء إلى محل آخر لاعلى وجه الإستعمال ، بل ليستعمله من ذلك المحل الآخر كما إذا نقل الدهن إلى كفه ثم دهن به رأسه أو نقل الطعام إلى الخبز أو إلى إناء آخر واستعمله منه لايسمى مستعملا آنية الفضة أو الذهب لاشرعا ولا عرفا ، بخلاف ما إذا تناول منه ابتداء على قصد الادهان أو الأكل ، فإنه استعمال سواء تناوله بيده أو بملعقة ونحوها فإنه كأخذ الكحل بالميل ، وسواء استعمله فيما صنع له عرفا أولا . وليس المراد بأخذ الدهن صبه فى الكف ، لأنه استعمال متعارف بل المراد تناوله باليد من فم المدهن ، ليكون تناولا على قصد النقل ، دون الإستعمال كما يفيده مامر عن النهاية ، فلا ينافى مافى التاترخانية عن العتابية حيث قال : ويكره أن يدهن رأسه بمدهن فضة وكذا إن صبه على راحته ثم مسح رأسه أو لحيته اه ومنه يظهر حكم الادهان من قمقم ماء الورد فإنه تارة يرش منه على الوجه ابتداء ، وتارة بواسطة الصب فى الكف ، فكلاهما استعمال عرفا وشرعا خلافا لما زعمه بعض الناس فى زماننا من أنه لو صب فى الكف لايكون استعمالا اغترارا بظاهر كلام الشارح فقد أسمعناك التصريح عن التاترخانية ، بخلافه هذا ماظهر لفهمى القاصر والله تعالى أعلم وأفاد ط حرمة استعمال ظروف فناجين القهوة والساعات من الذهب والفضة وهو ظاهر وسنذكره عنه بعد (قوله واستثنى القهستانى الخ) قال فى الذخيرة : قالوا هذا قولهما لأن استعمال الحرير فى الحرب مكروه عنده فكذا الذهب ، ثم إنهما فرقا بين الجوشن والبيضة من الذهب ، وبين حلية السيف منه بأن السهم يزلق على الذهب ، وأما الحلية لاتنفع شيئا وإنما هى للزينة فتكره اه (قوله البيضة) هى طاسة الدرع التى تلبس على الرأس قال فى المغرب : البيضة بيضة النعامة ، وكل طائر استعيرت لبيضة الحديد لما بينهما من الشبه الشكلى اه وتسمى المغفر قال فى المغرب : المغفر مايلبس تحت البيضة والبيضة أيضا اه (قوله والجوشن) هو الدرع قاموس (قوله والساعدان منهما) أى من الذهب والفضة والأحسن والساعدين بالجر ، وذكره فى التاترخانية ولم يذكره القهستانى ، ولعله لأنه داخل فى الجوشن ، لأن الظاهر أن المراد به مايضعه المقاتل على ساعديه منه (قوله وهذا فيما يرجع للبدن) يعنى أن تحريم الذهب والفضة فيما يرجع استعماله إلى البدن : أى فيما يستعمل به لبسا أو أكلا أو كتابة ، ويحتمل أن المراد فيما يرجع نفعه إلى البدن ، لكن لايشمل استعمال القلم والدواة ، والأحسن مافى القهستانى حيث قال : وفى الإستعمال إشعار بأنه لابأس باتخاذ الأوانى منهما للتجمل (قوله تجملا) أى من غير استعمال أصلا (قوله بل فعله السلف) هذا لم يذكره فى الخلاصة بل فى التاترخانية عن المحيط (قوله حتى أباح الخ) لما كان كلامه الآن فى الاتخاذ بدون استعمال وذكر اتخاذ الديباج أراد أن يدفع ماقد يتوهم أنه لايحل

كما يأتى ويكره الأكل فى نحاس أوصفر والأفضل الخزف قال صلى الله عليه وسلم «من اتخذ أوانى بيته خزفا زارته الملائكة» اختيار .

(لا) يكره ما ذكر (من) إناء (رصاص وزجاج وبلور وعقيق) خلافا للشافعى (وحل الشرب من إناء مفضض) أى مزوق بالفضة (والركوب على سرج مفضض والجلوس على كرسى مفضض) ولكن بشرط أن (يتقى) أى يجتنب (موضع الفضة) بفم قيل ويد وجلوس سرج ونحوه

توسده والنوم عليه (قوله كما يأتى) أى فى فصل اللبس (قوله ويكره الأكل فى نحاس أو صفر) عزاه فى الدر المنتقى إلى المفيد والشرعة والصفر مثل قفل وكسر الصاد لغة النحاس ، وقيل أجوده مصباح وفى شرح الشرعة هو شىء مركب من المعدنيات كالنحاس والأسرب وغير ذلك اه . ثم قيد النحاس بالغير المطلى بالرصاص وهكذا قال بعض من كتب على هذا الكتاب : أى قبل طليه بالقزدير والشب لأنه يدخل الصدأ فى الطعام فيورث ضررا عظيما وأما بعده فلا اه .

أقول : والذى رأيته فى الاختيار واتخاذها من الخزف أفضل إذ لا سرف فيه ولا مخيلة : وفى الحديث « من اتخذ أوانى بيته خزفا زارته الملائكة » ويجوز اتخاذها من نحاس أو رصاص اه وفى الجوهرة : وأما الآنية من غير الفضة والذهب فلا بأس بالأكل والشرب فيها ، والانتفاع بها كالحديد والصفر والنحاس والرصاص والخشب والطين اه فتنبه والخزف بالزاى محركة الجر وكل ماعمل من طين وشوى بالنار حتى يكون فخارا قاموس (قوله ماذكر) أى من الأكل والشرب والادهان والتطيب (قوله رصاص) بالفتح كسحاب ولا يكسر وزجاج مثلث الزاى وبلور كتنور وسنور وسبطر جوهر معروف والعقيق كأمير خرز أحمر قاموس (قوله مفضض) وفى حكمه المذهب قهستانى (قوله أى مزوق بفضة) كذا فى المنح وفسره الشمنى بالمرصع بها ط ويقال لكل منقش ومزين مزوق قاموس (قوله بفم) فيضع فمه على الخشب وإن كان يضع يده على الفضة حال التناول ط (قوله قيل ويد) كذا عبر فى الهداية والجوهرة والاختيار والتبيين وغيرها فأفاد ضعف مافى الدرر كما نبه عليه فى الشرنبلالية (قوله وجلوس سرج) عطف على المجرور فى قوله بفم لا على يد كما قد يتوهم قال فى غرر الأفكار : بأن يجتنب فى المصحف ونحوه موضع الأخذ وفى السرج ونحوه موضع الجلوس وفى الركاب موضع الرجل وفى الإناء موضع الفم وقيل وموضع الأخذ أيضا اه ونحوه فى إيضاح الإصلاح ، ويأتى قريبا أنه يجتنب فى النصل والقبضة واللجام موضع اليد :

فالحاصل : أن المراد الاتقاء بالعضو الذى يقصد الاستعمال به ، ففى الشرب لما كان المقصود الاستعمال بالفم اعتبر الاتقاء به دون اليد ولذا لو حمل الركاب بيده من موضع الفضة لا يحرم ، فليس المدار على الفم إذ لا معنى لقولنا متقيا فى السرج والكرسى موضع الفم فافهم . ولا يخفى أن الكلام فى المفضض وإلا فالذى كله فضة يحرم استعماله بأى وجه كان كما قدمناه ولو بلا مس بالجسد ، ولذا حرم إيقاد العود فى مجمرة الفضة كما صرح به فى الخلاصة ، ومثله بالأولى ظرف فنجان القهوة والساعة وقدرة التنباك التى يوضع فيها الماء وإن كان لا يمسها بيده ولا بفمه ، لأنه استعمال فيما صنعت له بخلاف القصب الذى يلف على طرف قصبة التتن فإنه تزويق فهو من المفضض فيعتبر اتقاؤه باليد والفم ولا يشبه ذلك ما يكون كله فضة كما هو صريح كلامهم وهو ظاهر وقال ط : وقد تجرأ جماعة على الشرع فقالوا بإباحة استعمال نحو الظرف زاعمين أنه اتقاه بفمه ومس اليد لا بأس به ، وهذا جهل عظيم ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم ، فإن الخوان وإناء الطعام لا يمسهما بيده وقد حرما ومن الجرأة قول أبى السعود عن شيخه :

وكذا الإناء المضبب بذهب أوفضة والكرسى المضبب بهما وحلية مرآة ومصحف بهما (كما لو جله) أى الفضيض (فى نصل سيف وسكين أو فى قبضتهما أو لجام أو ركاب ولم يضع يده موضع الذهب والفضة) وكذا كتابة الثوب بذهب أو فضة، وفى المجتبى : لابأس بالسكين المفضض والمحابر والركاب وعن الثانى يكره الكل والخلاف فى المفضض أما المطلى فلا بأس به بالإجماع بلا فرق بين لجام وركاب وغيرهما لأن الطلاء مستهلك لا يخلص فلا عبرة للونه عينى وغيره (ويقبل قول كافر) ولو مجوسيا (قال اشتريت اللحم من كتابى فيحل أو قال) اشتريته (من مجوسى فيحرم) ولا يرده بقول الواحد

واعلم أنه ينبغى على ما هو الراجح من عدم اشتراط اتقاء موضع الأخذ حل شرب القهوة من الفنجان فى تبس الفضة اه فإن المقام مختلف فليتدبر حق التدبر اه.

أقول : وكذا رده السائحانى بقوله فرق كبير بين الإناء الفضة المستعمل لدفع حرارة الفنجان وبين الفضة المرصعة للتزويق اه والمراد بالتبس ظرف الفنجان ولم أره فيما عندى من كتب اللغة ثم قال ط : وانظر ما لو كان الإناء لايوضع على الفم بأن لايستعمل إلا باليد كالمحبرة المضببة ، هل يتقى وضع اليد عليها ، وحرره ومقتضى ماذكروه فى السيف من اشتراط اتقاء محل اليد من الذهب والفضة أن لا يضع يده على ضبة القصبة فى المحبرة ونحوها اه.

أقول : هو نظير ماقدمناه فى قصبة التتن (قوله وكذا الإناء المضبب) أى الحكم فيه كالحكم فى المفضض يقال باب مضبب أى مشدود بالضباب وهى الحديدة العريضة التى يضبب بها وضبب أسنانه بالفضة إذا شدها بها مغرب (قوله وحلية مرآة) الذى فى المنح والهداية وغيرهما حلقة بالقاف قال فى الكفاية والمراد بها التى تكون حوالى المرآة لا ماتأخذ المرآة بيدها فإنه مكروه اتفاقا اه (قوله ولم يضع يده) لايشمل الركاب فالأولى أن يزيد ورجله (قوله وكذا كتابة الثوب الخ) سيأتى أن المنسوج بذهب يحل إن كان مقدار أربع أصابع تأمل (قوله وعن الثانى) ظاهره أن عنه رواية أخرى وبه صرح فى البزازية ، وذكر أن الكراهة قول محمد وهو عكس ما رأيته فى عدة مواضع وعبارة المنح كالهداية وغيرها . وقال أبو يوسف : يكره ذلك وقول محمد يروى مع أبى حنيفة ويروى مع أبى يوسف (قوله يكره الكل) أى كل ما مر من المفضض والمضبب فى جميع المسائل المارة لأن الأخبار مطلقة ولأن من استعمل إناء كان مستعملا لكل جزء منه ، ولأبى حنيفة ماروى عن أنس رضى الله تعالى عنه «أن قدح النبى صلى الله تعالى عليه وسلم انكسر ، فاتخذ مكان الشعب سلسلة من فضة» رواه البخارى ولأحمد عن عاصم الأحول قال : رأيت عند أنس رضى الله عنه قدح النبى صلى الله تعالى عليه وسلم فيه ضبة فضة وتمامه فى التبيين والشعب كالمنع الصدع قاموس (قوله والخلاف فى المفضض) أراد به ما فيه قطعة فضة فيشمل المضبب والأظهر عبارة العينى وغيره وهى وهذا الاختلاف فيما يخلص وأما التمويه الذى لا يخلص فلا بأس به بالإجماع لأنه مستهلك فلا عبرة ببقائه لونا اه (قوله أو قال اشتريته من مجوسى فيحرم) ظاهره أن الحرمة تثبت بمجرد ذلك ، وإن لم يقل ذبيحة مجوسى وعبارة الجامع الصغير ، وإن كان غير ذلك لم يسعه أن يأكل منه قال فى الهداية معناه إذا قال كان ذبيحة غير الكتابى والمسلم اه تأمل : وفى التاترخانية قبيل الأضحية عن جامع الجوامع لأبى يوسف من اشترى لحما فعلم أنه مجوسى وأراد الرد فقال ذبحه مسلم يكره أكله اه ومفاده أن مجرد كون البائع مجوسيا يثبت الحرمة ، فإنه بعد إخباره بالحل بقوله ذبحه مسلم كره أكله فكيف بدونه تأمل (قوله ولا يرده بقول الواحد) قال فى الخانية : مسلم شرى لحما وقبضه فأخبره مسلم ثقة أنه ذبيحة مجوسى ، لاينبغى له أن يأكل ولا يطعم غيره ، لأنه أخبره بحرمة العين ، وهى حق الله تعالى فتثبت بخبر الواحد وليس من ضرورتها

وأصله أن خبر الكافر مقبول بالإجماع فى المعاملات لافى الديانات وعليه يحمل قول الكنز ويقبل قول الكافر فى الحل والحرمة يعنى الحاصلين فى ضمن المعاملات لا مطلق الحل والحرمة كما توهمه الزيلعى (و) يقبل قول (المملوك) ولو أنثى (والصبى فى الهدية) سواء أخبر بإهداء المولى غيره أو نفسه (والإذن) سواء كان بالتجارة أو بدخول الدار مثلا وقيده فى السراج بما إذا غلب على رأيه صدقهم فلو شرى صغير نحو صابون وأشنان لا بأس ببيعه ولو نحو زبيب وحلاوى لا ينبغى بيعه لأن الظاهر كذبه وتمامه فيه (و) يقبل قول الفاسق والكافر والعبد فى (المعاملات) لكثرة وقوعها (كما إذا أخبر أنه وكيل فلان فى بيع كذا فيجوز الشراء منه) إن غلب على الرأى صدقه كما مر وسيجىء آخر الحظر:

بطلان الملك فتثبت مع بقائه وحينئذ لا يمكنه الرد على بائعه ، ولا أن يحبس الثمن عنه إذ لم يبطل البيع اه ملخصا (قوله وأصله الخ) أى أصل ماذكر من ثبوت الحل والحرمة ، وهو يشير به إلى سؤال ، وجوابه مذكورين فى النهاية وغيرها .

حاصل السؤال : أن هذه المسألة مناقضة لقوله الآتى : وشرط العدالة فى الديانات ؛ فإن من الديانات الحل والحرمة كما إذا أخبر بأن هذا حلال أو حرام ، وقد شرط فيها العدل والمراد به المسلم المرضى ، وهنا قوله شريته من كتابى الخ معناه أنه حلال أو حرام ، وقد قبل فيه خبر الكافر ، ولو مجوسيا ، والجواب أن قوله شريته من المعاملات ، وثبوت الحل والحرمة فيه ضمنى فلما قبل قوله فى الشراء ثبت مافى ضمنه ، بخلاف ما يأتى وكم من شىء يثبت ضمنا لا قصدا كوقف المنقول وبيع الشرب وبه يتضح الجواب عن الكنز (قوله وعليه) أى على هذا الأصل وقد سبقه إلى هذا الجواب العينى ، وصاحب الدرر وتبعهما المصنف ، ويدل عليه تقرير صاحب الكنز فى كتابه الكافى (قوله لا مطلق الحل والحرمة) أى الشامل للقصدى كهذا حلال أو حرام (قوله سواء أخبر بإهداء المولى غيره أو نفسه) الأولى التعبير بالولى مشددا بدون ميم الضمير فى غيره أو نفسه للخبر المفهوم من أخبر قال فى المنح بأن قال عبد أو جارية أو صبى هذه هدية أهداها إليك سيدى أو أبى وفى الجامع الصغير إذا قالت جارية لرجل بعثنى مولاى إليك هدية وسعه أن يأخذها إذ لا فرق بين ما إذا أخبرت بإهداء المولى غيرها أو نفسها ، وإنما يقبل قول هؤلاء فيها لأن الهدايا تبعث عادة على أيدى هؤلاء اه (قوله أو بدخول الدار مثلا) قال فى المنح : وأما الإذن بدخول الدار إذا أذن ذلك لعبده أو ابنه الصغير ، فالقياس كذلك إلا أنه جرت العادة بين الناس أنهم لا يمنعون عن ذلك فيجوز لأجل ذلك اه فتأمل (قوله وقيده فى السراج الخ) ثم قال كما فى المنح : وإن لم يغلب على رأيه ذلك لم يسعه قبوله منهم ، لأن الأمر مشتبه عليه اه قال الإتقانى : لأن الأصل أنه محجور عليه والإذن طارئ ، فلا يجوز إثباته بالشك وإنما قبلنا قول العبد إذا كان ثقة لأنه من أخبار المعاملات ، وهو أضعف من أخبار الديانات فإذا قبل فى أخبار الدين ففى المعاملات أولى اه (قوله ولو نحو زبيب وحلوى) أى مما يأكله الصبيان عادة خانية (قوله لأن الظاهر كذبه) وقد عثر على فلوس أمه فأخذها ليشترى بها حاجة لنفسه منح عن المبسوط ، وهذا لا يظهر فى كل الصبيان لجريان عادة أغنياء الناس بالتوسعة على صبيانهم ، وإعطائهم مايشترون به شهوة أنفسهم وكذلك غالب الفقراء اه ط :

أقول : قد علمت أن المدار على غلبة الظن فلهنظر المبتلى فى القرائن (قوله لكثرة وقوعها) فاشتراط العدالة فيها يؤدى إلى الحرج وقلما يجد الإنسان المستجمع لشرائط العدالة ليعامله أو يستخدمه أو يبعثه إلى وكالاته :

(وشرط العدالة فى الديانات) هى التى بين العبد والرب (كالخبر عن نجاسة الماء فيتيمم) ولا يتوضأ (إن أخبر بها مسلم عدل) منزجر عما يعتقد حرمته (ولو عبدا) أو أمة (ويتحرى فى) خبر (الفاسق) بنجاسة الماء (و) خبر (المستور ثم يعمل بغالب ظنه ، ولو أراق الماء فتيمم فيما إذا غلب على رأيه صدقه وتوضأ وتيمم فيما إذا غلب) على رأيه (كذبه كان أحوط) وفى الجوهرة : وتيممه بعد الوضوء أحوط :

قلت : وأما الكافر إذا غلب صدقه على كذبه فإراقته أحب قهستانى وخلاصة وخانية :

قلت : لكن لو تيمم قبل إراقته لم يجز تيممه بخلاف خبر الفاسق لصلاحيته ملزما فى الجملة بخلاف الكافر

ثم اعلم أن المعاملات على ما فى كتب الأصول ثلاثة أنواع . الأول : مالا إلزام فيه كالوكالات والمضاربات والإذن بالتجارة . والثانى : مافيه إلزام محض كالحقوق التى تجرى فيها الخصومات . والثالث : ما فيه إلزام من وجه دون وجه كعزل الوكيل وحجر المأذون ، فإن فيه إلزام العهدة على الوكيل وفساد العقد بعد الحجر وفيه عدم إلزام ، لأن الموكل أو المولى يتصرف فى خالص حقه فصار كالإذن. ففى الأول يعتبر التمييز فقط . وفى الثانى شروط الشهادة وفى الثالث إما العدد وإما العدالة عنده خلافا لهما فيتعين أن يراد هنا النوع الأول كما نبه عليه فى العزمية (قوله فى الديانات) أى المحضة درر احتراز عما إذا تضمنت زوال ملك كما إذا أخبر عدل أن الزوجين ارتضعا من امرأة واحدة لاتثبت الحرمة ، لأنه يتضمن زوال ملك المتعة فيشترط العدد والعدالة جميعا إتقانى وهذا بخلاف الإخبار ، بأن ما اشتراه ذبيحة مجوسى ، لأن ثبوت الحرمة لايتضمن زوال الملك كما قدمناه فثبت لجواز اجتماعها مع الملك (قوله هى) أى الديانات (قوله إن أخبر بها مسلم عدل) لأن الفاسق متهم والكافر لايلتزم الحكم فليس له أن يلزم المسلم هداية (قوله منزجر الخ) بيان للعدل (قوله عبدا أو أمة) تعميم له وفى الخلاصة محدودا فى قذف أولا (قوله ويتحرى فى خبر الفاسق) أما مع العدالة فإنه يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالإراقة كما فى الهداية (قوله وخبر المستور) هذا ظاهر الرواية وهو الأصح وعنه أنه كالعدل نهاية (قوله ثم يعمل بغالب ظنه) فإن غلب على ظنه صدقه تيمم ولم يتوضأ به أو كذبه توضأ به ولم يلتفت إلى قوله هذا هو جواب الحكم . أما فى السعة والاحتياط ، فالأفضل أن يتيمم بعد الوضوء تاترخانية (قوله وتوضأ) عطف على أراق (قوله أحوط) لأن التحرى مجرد ظن يحتمل الخطأ كما فى الهداية (قوله وفى الجوهرة الخ) كلام الجوهرة فيما إذا غلب على رأيه كذبه فلم يزد على ما فى المتن شيئا فافهم (قوله وأما الكافر) ومثله الصبى والمعتوه كما فى التاترخانية (قوله فإراقته أحب) فهو كالفاسق والمستور من هذا الوجه قال فى الخانية : ولو توضأ به وصلى جازت صلاته (قوله قلت لكن الخ) هذا توفيق منه بين العبارات فإن مقتضى ماقدمه عدم الفرق بينه وبين الفاسق كما قلنا ، لكن وقع فى التاترخانية فإن أخبره ذمى أو صبى وغلب على ظنه صدقه لايجب عليه التيمم ، بل يستحب فإن تيمم لايجزيه مالم يرق الماء أولا بخلاف مالو أخبره مستور فتيمم قبل الإراقة ، فإنه يجزيه ورأيت بخط الشارح فى هامش التاترخانية عند قوله بل يستحب الظاهر أنه إنما يتيمم بعد الوضوء ، حتى يفقد الماء بدليل مابعده فتأمل وحينئذ ، فقد ساوى الفاسق من هذه الجهة وإن خالفه من الجهة التى ذكرها تأمل وراجع فإن عبارة الخانية والخلاصة ندب الإراقة من غير تفصيل إلا أن يحمل على هذا فليحرر اهـ ما رأيته بخطه : وأنت تراه قد جزم فى شرحه بما كان مترددا فيه ثم رأيت فى الذخيرة التصريح فى الفرق بين الذمى والفاسق من وجهين أحدهما : هذا والثانى : أنه فى الفاسق يجب التحرى وفى الذمى يستحب (قوله بخلاف خبر الفاسق) أى إذا غلب على رأيه صدقه فى النجاسة فإنه يتيمم ولا يتوضأ به (قوله لصلاحيته الخ) قال فى الخانية لأن الفاسق من أهل الشهادة

ولو أخبر عدل بطهارته وعدل بنجاسته حكم بطهارته بخلاف الذبيحة وتعتبر الغلبة فى أوان طاهرة ونجسة وذكية وميتة، فإن الأغلب طاهرا تحرى وبالعكس والسواء لا إلا لعطش وفى الثياب يتحرى مطلقا (دعى إلى وليمة

على المسلم وأما الكافر فلا اه أى فإن الفاسق إذا قبل القاضى شهادته على المسلم نفذ قضاؤه وإن أثم (قوله ولو أخبر عدل بطهارته الخ) أقول : ذكر شراح الهداية عن كفاية المنتهى لصاحب الهداية : رجل دخل على قوم يأكلون ويشربون فدعوه إليهم فقال له مسلم عدل : اللحم ذبيحة مجوسى والشراب خالطه خمر فقالوا لا بل هو حلال ؛ ينظر فى حالهم فإن عدولا أخذ بقولهم وإن متهمين لايتناول شيئا، ولو فيهم ثقتان أخذ بقولهما أو واحد عمل بأكبر رأيه فإن لا أرى واستوى الحالان عنده فلا بأس أن يأكل ويشرب ويتوضأ ، فإن أخبره بأحد الأمرين مملوكان ثقتان أخذ بقولهما لاستواء الحر والعبد فى الخبر الدينى ، وترجح المثنى ولو أخبره بأحدهما عبد ثقة وبالآخر حر تحرى للمعارضة ، وإن أخبره بأحدهما حران ثقتان وبالآخر مملوكان ثقتان أخذ بقول الحرين ، لأن قولهما حجة فى الديانة والحكم جميعا فترجحا وإن أخبره بأحدهما ثلاثة عبيد ثقات وبالآخر مملوكان ثقتان أخذ بقول العبيد ، وكذا إذا أخبر بأحدهما رجل وامرأتان وبالآخر رجلان أخذ بالأول .

فالحاصل فى جنس هذه المسائل : أن خبر العبد والحر فى الأمر الدينى على السواء بعد الاستواء فى العدالة فيرجح أولا بالعدد ثم بكونه حجة فى الأحكام بالجملة ثم بالتحرى اه ومثله فى الذخيرة وغيرها فقد اعتبروا التحرى بعد تحقق المعارضة بالتساوى بين الخبرين بلا فرق بين الذبيحة والماء فتأمل (قوله وتعتبر الغلبة الخ) أقول : حاصل ماذكره فى الذخيرة البرهانية أنه فى الأوانى إن غلب الطاهر تحرى فى حالتى الاضطرار والاختيار للشرب والوضوء، وإلا بأن غلب النجس أو تساويا ففى الاختيار : لا يتحرى أصلا وفى الاضطرار : يتحرى للشرب لا للوضوء وفى الذكية والميتة يتحرى فى الاضطرار مطلقا ، وفى الاختيار وإن غلبت الميتة أو تساويا لايتحرى ، وكذا فى الثياب يتحرى فى الاضطرار مطلقا وفى الاختيار إن غلب الطاهر تحرى وإلا لا اه .

وحاصله : أنه إن غلب الطاهر تحرى فى الحالتين فى الكل اعتبارا للغالب ، وإلا ففى حالة الاختيار لايتحرى فى الكل وفى الاضطرار يتحرى فى الكل إلا فى الأوانى للوضوء إذ له خلف وهو التيمم ، بخلاف ستر العورة والأكل والشرب إذ لاخلف له : وسيأتى مثله فى مسائل شتى آخر الكتاب ، وبه يظهر مافى كلامه من الإيجاز البالغ حد الإلغاز ، فلو قال فإن الأغلب طاهرا تحرى مطلقا وإلا فلا إلا حالة الضرورة لغير وضوء لكان أخصر وأظهر فتدبر نعم كلامه هنا موافق لما قدمه قبيل كتاب الصلاة تبعا لنوز الإيضاح (قوله دعى إلى وليمة) هى طعام العرس وقيل الوليمة اسم لكل طعام : وفى الهندية عن التمرتاشى : اختلف فى إجابة الدعوى قال بعضهم : واجبة لايسع تركها وقال العامة : هى سنة ، والأفضل أن يجيب إذا كانت وليمة وإلا فهو مخير والإجابة أفضل ، لأن فيها إدخال السرور فى قلب المؤمن وإذا أجاب فعل ما عليه أكل أولا ، والأفضل أن يأكل لو غير صائم وفى البناية إجابة الدعوة سنة وليمة أو غيرها ، وأما دعوة يقصد بها التطاول أو إنشاء الحمد أو ما أشبهه فلا ينبغى إجابتها لاسيما أهل العلم فقد قيل ماوضع أحد يده فى قصعة غيره إلا ذل له اه ط ملخصا . وفى الاختيار : وليمة العرس سنة قديمة إن لم يجبها أثم لقوله صلى الله عليه وسلم « من لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله ، فإن كان صائما أجاب ودعا ، وإن لم يكن صائما أكل ودعا ، وإن لم يأكل ولم يجب أثم وجفا ، لأنه استهزاء بالمضيف وقال عليه الصلاة والسلام « لو دعيت إلى كراع لأجبت » اه .

ومقتضاه أنها سنة مؤكدة ، بخلاف غيرها وصرح شراح الهداية بأنها قريبة من الواجب ، وفى التاترخانية

وثمة لعب أو غناء قعد وأكل) لو المنكر فى المنزل ، فلو على المائدة لاينبغى أن يقعد بل يخرج معرضا لقوله تعالى : — فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين — (فإن قدر على المنع فعل وإلا) يقدر (صبر إن لم يكن ممن يقتدى به فإن كان) مقتدى (ولم يقدر على المنع خرج ولم يقعد) لأن فيه شين الدين والمحكى عن الإمام كان قبل أن يصير مقتدى به (وإن علم أولا) باللعب (لايحضر أصلا) سواء كان ممن يقتدى به أولا لأن حق الدعوة إنما يلزمه بعد الحضور لا قبله ابن كمال :

وفى السراج ودلت المسألة أن الملاهى كلها حرام ويدخل عليهم بلا إذنهم لإنكار المنكر قال ابن مسعود

عن الينابيع : لو دعى إلى دعوة فالواجب الإجابة إن لم يكن هناك معصية ولا بدعة والامتناع أسلم فى زماننا إلا إذا علم يقينا أن لابدعة ولا معصية اه والظاهر حمله على غير الوليمة لما مر ويأتى تأمل (قوله وثمة لعب) بكسر العين وسكونها والغناء بالكسر ممدودا السماع ومقصورا اليسار (قوله لا ينبغى أن يقعد) أى يجب عليه قال فى الاختيار لأن استماع اللهو حرام والإجابة سنة والامتناع عن الحرام أولى اه وكذا إذا كان على المائدة قوم يغتابون لايقعد فالغيبة أشد من اللهو واللعب تاترخانية (قوله ولو على المائدة الخ) كان الواجب عليه أن يذكره قبل قول المصنف الآتى : وإن علم كما فعل صاحب الهداية ، فإن قول المصنف فإن قدر الخ فيما لو كان المنكر فى المنزل لاعلى المائدة ففى كلامه إيهام لايخفى (قوله بعد الذكرى) أى تذكر النهى ط (قوله فعل) أى فعل المنع وجوبا إزالة للمنكر (قوله صبر) أى مع الإنكار بقلبه قال عليه الصلاة والسلام « من رأى منكم منكرا فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان » اه أى أضعف أحواله فى ذاته : أى إنما يكون ذلك إذا اشتد ضعف الإيمان ، فلا يجد الناهى أعوانا على إزالة المنكر اه ط وهذا لأن إجابة الدعوة سنة فلا يتركها لما اقترن به من البدعة من غيره كصلاة الجنازة واجبة الإقامة وإن حضرتها نياحة هداية ، وقاسها على الواجب لأنها قريبة منه لورود الوعيد بتركها كفاية (قوله والمحكى عن الإمام) أى من قوله ابتليت بهذا مرة فصبرت هداية (قوله وإن علم أولا) أفاد أن مامر فيما إذا لم يعلم قبل حضوره (قوله لايحضر أصلا) إلا إذا علم أنهم يتركون ذلك احتراما له فعليه أن يذهب إتقانى (قوله ابن كمال) لم أره فيه نعم ذكره فى الهداية قال ط وفيه نظر والأوضح مافى التبيين حيث قال : لأنه لايلزمه إجابة الدعوة إذا كان هناك منكر اه :

قلت : لكنه لايفيد وجه الفرق بين ما قبل الحضور وما بعده ، وساق بعد هذا فى التبيين ما رواه ابن ماجة أن عليا رضى الله عنه قال : صنعت طعاما فدعوت رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء فرأى فى البيت تصاوير فرجع اه :

قلت : مفاد الحديث أنه يرجع ولو بعد الحضور وأنه لاتلزم الإجابة مع المنكر أصلا تأمل (قوله ودلت المسألة الخ) لأن محمدا أطلق اسم اللعب والغناء فاللعب وهو اللهو حرام بالنص قال عليه الصلاة والسلام « لهو المؤمن باطل إلا فى ثلاث : تأديبه فرسه » وفى رواية « ملاعبته بفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع أهله » كفاية وكذا قول الإمام ابتليت دليل على أنه حرام إتقانى ، وفيه كلام لابن الكمال فيه كلام فراجعه مقاه الا (قوله ويدخل عليهم الخ) لأنهم أسقطوا حرمتهم بفعلهم المنكر فجاز هتكها كما للشهود أن ينظروا إلى عورة الزانى حيث هتك حرمة نفسه وتمامه فى المنح (قوله قال ابن مسعود الخ) رواه فى السنن مرفوعا إلى النبى صلى الله تعالى عليه وسلم بلفظ : « إن الغناء ينبت النفاق فى القلب » كما فى غاية البيان وقيل إن تغنى ليستفيد نظم القوافى ويصير فصيح اللسان لابأس به ، وقيل : إن تغنى وحده لنفسه لدفع الوحشة لا بأس به وبه أخذ السرخسى وذكر شيخ الإسلام

صوت اللهو والغناء ينبت النفاق فى القلب كما ينبت الماء النبات »

قلت : وفى البزازية استماع صوت الملاهى كضرب قصب ونحوه حرام لقوله عليه الصلاة والسلام « استماع الملاهى معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها كفر » أى بالنعمة فصرف الجوارح إلى غير ما خلق لأجله كفر بالنعمة لا شكر فالواجب كل الواجب أن يجتنب كى لا يسمع لما روى « أنه عليه الصلاة والسلام أدخل أصبعه فى أذنه عند سماعه » وأشعار العرب لو فيها ذكر الفسق

أن كل ذلك مكروه عند علمائنا » واحتج بقوله تعالى ـ ومن الناس من يشترى لهو الحديث ـ الآية جاء فى التفسير : أن المراد الغناء وحمل ماوقع من بعض الصحابة على إنشاد الشعر المباح الذى فيه الحكم والمواعظ ، فإن لفظ الغناء كما يطلق على المعروف يطلق على غيره كما فى الحديث « من لم يتغن بالقرآن فليس منا » وتمامه فى النهاية وغيرها :

[تنبيه] عرف القهستانى الغناء بأنه ترديد الصوت بالألحان فى الشعر مع انضمام التصفيق المناسب لها قال فإن فقد قيد من هذه الثلاثة لم يتحقق الغناء اه قال فى الدر المنتقى : وقد تعقب بأن تعريفه هكذا لم يعرف فى كتبنا فتدبر اه :

أقول : وفى شهادات فتح القدير بعد كلام عرفنا من هذا أن التغنى المحرم ما كان فى اللفظ مالا يحل كصفة الذكور والمرأة المعينة الحية ووصف الخمر المهيج إليها والحانات والهجاء لمسلم أو ذمى إذا أراد المتكلم هجاءه لا إذا أراد إنشاده للاستشهاد به أو ليعلم فصاحته وبلاغته ، وكان فيه وصف امرأة ليست كذلك أو الزهريات المتضمنة وصف الرياحين والأزهار والمياه فلا وجه لمنعه على هذا : نعم إذا قيل ذلك على الملاهى امتنع وإن كان مواعظ وحكما للآلات نفسها لا لذلك التغنى اه ملخصا وتمامه فيه فراجعه ، وفى الملتقى وعن النبى صلى الله تعالى عليه وسلم أنه كره رفع الصوت عند قراءة القرآن والجنازة والزحف والتذكير ، فما ظنك به عند الغناء الذى يسمونه وجدا ومحبة فإنه مكروه لا أصل له فى الدين. قال الشارح : زاد فى الجوهرة : وما يفعله متصوفة زماننا حرام لايجوز القصد والجلوس إليه ومن قبلهم لم يفعل كذلك ، وما نقل أنه عليه الصلاة والسلام سمع الشعر لم يدل على إباحة الغناء : ويجوز حمله على الشعر المباح المشتمل على الحكمة والوعظ ، وحديث تواجده عليه الصلاة والسلام لم يصح ، وكان النصراباذى يسمع فعوتب فقال : إنه خير من الغيبة فقيل له هيهات بل زلة السماع شر من كذا وكذا سنة يغتاب الناس ، وقال السرى : شرط الواجد فى غيبته أن يبلغ إلى حد لو ضرب وجهه بالسيف لايشعر فيه بوجع اه .

قلت : وفى التاترخانية عن العيون إن كان السماع سماع القرآن والموعظة يجوز ، وإن كان سماع غناء فهو حرام بإجماع العلماء ومن أباحه من الصوفية ، فلمن تخلى عن اللهو ، وتحلى بالتقوى ، واحتاج إلى ذلك احتياج المريض إلى الدواء، وله شرائط ستة : أن لايكون فيهم أمرد، وأن تكون جماعتهم من جنسهم ، وأن تكون نية القول الإخلاص لا أخذ الأجر والطعام ، وأن لايجتمعوا لأجل طعام أو فتوح ، وأن لايقوموا إلا مغلوبين وأن لايظهروا وجدا إلا صادقين .

والحاصل : أنه لارخصة فى السماع فى زماننا لأن الجنيد رحمه الله تعالى تاب عن السماع فى زمانه اه وانظر مافى الفتاوى الخيرية (قوله ينبت النفاق) أى العملى (قوله كضرب قصب) الذى رأيته فى البزازية قضيب بالضاد المعجمة والمثناة بعدها (قوله فسق) أى خروج عن الطاعة ولايخفى أن فى الجلوس عليها استماعا لها والاستماع معصية فهما معصيتان (قوله فصرف الجوارح الخ) ساقه تعليلا لبيان صحة إطلاق الكفر على كفران النعمة ط (قوله فالواجب) تفريع على قوله استماع الملاهى معصية ط (قوله أدخل أصبعه فى أذنه) الذى رأيته فى البزازية

تكره اه أو لتغليظ الذنب كما فى الاختيار أو للاستحلال كما فى النهاية :

[فائدة] ومن ذلك ضرب النوبة للتفاخر ، فلو للتنبيه فلا بأس به كما إذا ضرب فى ثلاثة أوقات لتذكير ثلاث نفخات الصور لمناسبة بينهما فبعد العصر الإشارة إلى نفخة الفزع ، وبعد العشاء إلى نفخة الموت وبعد نصف الليل إلى نفخة البعث وتمامه فيما علقته على الملتقى والله أعلم .

والمنح بالتثنية (قوله تكره) أى تكره قراءتها فكيف التغنى بها : قال فى التاترخانية : قراءة الإشعار إن لم يكن فيها ذكر الفسق والغلام ونحوه لاتكره . وفى الظهيرية : قيل معنى الكراهة فى الشعر أن يشغل الإنسان عن الذكر والقراءة وإلا فلا بأس به اه .

وقال فى تبيين المحارم : واعلم أن ماكان حراما من الشعر مافيه فحش أو هجو مسلم أو كذب على الله تعالى أو رسوله صلى الله عليه وسلم أو على الصحابة أو تزكية النفس أو الكذب أو التفاخر المذموم ، أو القدح فى الأنساب ، وكذا مافيه وصف أمرد أو امرأة بعينها إذا كانا حيين ، فإنه لايجوز وصف امرأة معينة حية ولا وصف أمرد معين حى حسن الوجه بين يدى الرجال ولا فى نفسه ، وأما وصف الميتة أو غير المعينة فلا بأس به وكذا الحكم فى الأمرد ولا وصف الخمر المهيج إليها والديريات والحانات والهجاء ولو لذمى كذا فى ابن الهمام والزيلعى ؛ وأما وصف الخدود والأصداغ وحسن القد والقامة وسائر أوصاف النساء والمرد قال بعضهم : فيه نظر ، وقال فى المعارف : لايليق بأهل الديانات ، وينبغى أن لايجوز إنشاده عند من غلب عليه الهوى والشهوة لأنه يهيجه على إجالة فكره فيمن لايحل ، وما كان سببا لمحظور فهو محظور اه :

أقول : وقدمنا أن إنشاده للاستشهاد لايضر ومثله فيما يظهر إنشاده أو عمله لتشبيهات بليغة واستعارات بديعة (قوله أو لتغليظ الذنب) عطف على قوله أى بالنعمة يعنى إنما أطلق عليه لفظ الكفر تغليظا اه ح (قوله ومن ذلك) أى من الملاهى ط (قوله ثلاث نفخات الصور) هى طريقة لبعضهم ، والمشهور أنهما نفختان نفخة الصعق ونفخة البعث ط (قوله لمناسبة بينهما) أى بين النفخات والضرب فى الثلاثة الأوقات (قوله فبعد العصر الخ) بيان للمناسبة فإن الناس بعد العصر يفزعون من أسواقهم إلى منازلهم ، وبعد العشاء وقت نومهم وهو الموت الأصغر ، وبعد نصف الليل يخرجون من بيوتهم التى هى كقبورهم إلى أعمالهم ؛

أقول : وهذا يفيد أن آلة اللهو ليست محرمة لعينها ، بل لقصد اللهو منها إما من سامعها أو من المشتغل بها وبه تشعر الإضافة ألا ترى أن ضرب تلك الآلة بعينها حل تارة وحرم أخرى باختلاف النية بسماعها والأمور بمقاصدها وفيه دليل لساداتنا الصوفية الذين يقصدون أمورا هم أعلم بها ، فلا يبادر المعترض بالإنكار كى لايحرم بركتهم ، فإنهم السادة الأخيار أمدنا الله تعالى بإمداداتهم ، وأعاد علينا من صالح دعواتهم وبركاتهم (قوله وتمامه فيما علقته على الملتقى) حيث قال بعد عزوه مامر إلى الملاعب للإمام البزدوى وينبغى أن يكون بوق الحمام يجوز كضرب النوبة : وعن الحسن لابأس بالدف فى العرس ليشتهر : وفى السراجية هذا إذا لم يكن له جلاجل ولم يضرب على هيئة التطرب اه :

أقول : وينبغى أن يكون طبل المسحر فى رمضان لإيقاظ النائمين للسحور كبوق الحمام تأمل :

فصل فى اللبس

(يحرم لبس الحرير ولو بحائل) بينه وبين بدله (على المذهب) الصحيح وعن الإمام إنما يحرم إذا مس الجلد . قال فى القنية : وهى رخصة عظيمة فى موضع عمت به البلوى (أو فى الحرب) فإنه يحرم أيضا عنده. وقالا يحل فى الحرب (على الرجل لا المرأة إلا قدر أربع أصابع) كأعلام الثوب (مضمومة) وقيل منشورة وقيل

فصل فى اللبس

اعلم أن الكسوة منها فرض وهو مايستر العورة ويدفع الحر والبرد والأولى كونه من القطن أو الكتان أو الصوف على وفاق السنة بأن يكون ذيله لنصف ساقه وكمه لرؤوس أصابعه وفمه قدر شبر كما فى النتف بين النفيس والخسيس إذ خير الأمور أوساطها ، وللنهى عن الشهرتين وهو ماكان فى نهاية النفاسة أو الخساسة ، ومستحب : وهو الزائد لأخذ الزينة وإظهار نعمة الله تعالى قال عليه الصلاة والسلام « إن الله يحب أن يرى أثر نعمته على عبده » ومباح وهو الثوب الجميل للتزين فى الأعياد والجمع ومجامع الناس لا فى جميع الأوقات لأنه صلف وخيلاء ، وربما يغيظ المحتاجين فالتحرز عنه أولى ومكروه وهو اللبس للتكبر ، ويستحب الأبيض وكذا الأسود لأنه شعار بنى العباس ودخل عليه الصلاة والسلام مكة وعلى رأسه عمامة سوداء ولبس الأخضر سنة كما فى الشرعة اهـ من الملتقى وشرحه . وفى الهندية عن السراجية : لبس الثياب الجميلة مباح إذا لم يتكبر وتفسيره أن يكون معها كما كان قبلها اهـ ومن اللباس المعتاد : لبس الفرو ولا بأس به من السباع كلها وغير ذلك من الميتة المدبوغة والمذكاة ودباغها ذكاتها محيط ، ولا بأس بجلود النمر والسباع كلها إذا دبغت أن يجعل منها مصلى أو منبر السرج ملتقط : ويكره للرجال السراويل التى تقع على ظهر القدمين عتابية ، ولا بأس بنعل مخصوف بمسامير الحديد وفى الذخيرة مافيه نجاسة تمنع جواز الصلاة هل يجوز لبسه ذكر فى كراهية أبى يوسف فى حديث سعيد بن جبير أنه كان يلبس قلنسوة الثعالب ، ولا يصلى بها أن هذا إزالة منه . قلت : هذا إشارة إلى أنه لايجوز لبسه بلا ضرورة تاترخانية لكن قدم الشارح فى شروط الصلاة أن له لبس ثوب نجس فى غير صلاة وعزاه فى البحر إلى المبسوط (قوله يحرم لبس الحرير الخ) أى إلا لضرورة كما يأتى : قال فى المغرب الحرير الابريسم المطبوخ وسمى الثوب المتخذ منه حريرا (قوله قال فى القنية الخ) نقله عن أستاذه بديع وأنه قال لكن طلبت هذا عن أبى حنيفة فى كثير من الكتب فلم أجد سوى ماعن برهان صاحب المحيط قال فى الخيرية . فالحاصل أنه مخالف لما فى المتون الموضوعة لنقل المذهب فلا يجوز العمل والفتوى به (قوله وقالا يحل فى الحرب) أى لو صفيقا يحصل به اتقاء العدو كما يأتى والخلاف فيما لحمته حرير وسداه ، أما مالحمته فقط حرير أو سداه حرير فقط يباح لبسه حالة الحرب بالإجماع كما فى التاترخانية ويأتى (قوله إلا قدر أربع أصابع الخ) لما صح عن ابن عباس رضى الله عنهما إنما نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن الثوب المصمت من الحرير فأما العلم وسدى الثوب ، والمصمت الخالص ، ولخبر مسلم نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن لبس الحرير إلا موضع أصبع أو أصبعين أو ثلاث أو أربع وهل المراد قدر الأربع أصابع طولا وعرضا بأن لايزيد طول العلم وعرضه على ذلك أو المراد عرضها فقط ، وإن زاد طوله على طولها المتبادر من كلامهم الثانى ، ويفيده أيضا ماسيأتى فى كلام الشارح عن الحاوى الزاهدى وعلم الثوب رقمه وهو الطراز كما فى القاموس والمراد به ماكان من خالص الحرير نسجا أو خياطة ، وظاهر كلامهم أنه لافرق بينه وبين المطرف ، وهو ماجعل طرفه مسجفا بالحرير فى أنه يقيد بأربع أصابع ، خلافا للشافعية حيث قيدوا المطرز بالأربع أصابع ، وبنوا المطرف

بين بين وظاهر المذهب عدم جمع المتفرق ولو فى عمامة كما بسط فى القنية وفيها عمامة طرزها قدر أربع أصابع من إبريسم من أصابع عمر رضى الله عنه وذلك قيس شبرنا يرخص فيه (وكذا المنسوج بذهب يحل إذا كان هذا المقدار) أربع أصابع (وإلا لا) يحل للرجل زيلعى :

وفى المجتبى : العلم فى العمامة فى موضعين أو أكثر يجمع ، وقيل لا وفيه وعن أبى حنيفة رحمه الله تعالى عمامة عليها علم من قصب فضة قدر ثلاث أصابع لا بأس ومن ذهب يكره وقيل لا يكره وفيه تكره الجبة المكفوفة بالحرير :

على العادة الغالبة فى كل ناحية ، وإن جاوز أربع أصابع فالمراد بالعلم عندنا مايشملهما ، فيدخل فيه السجاف وما يخيط على أطراف الأكمام وما يجعل فى طوق الجبة وهو المسمى قبة وكذا العروة والزر كما سيأتى ، ومثله فيما يظهر طرة الطربوش : أى القلنسوة مالم تزد على عرض أربع أصابع وكذا بيت تكة السراويل ، وما على أكتاف العباءة وعلى ظهرها وإزار الحمام المسمى بالشطرنجى ، وما فى أطراف الشاش سواء كان تطريزا بالإبرة أو نسجا وما يركب فى أطراف العمامة المسمى صجقا فجميع ذلك لابأس به إذا كان عرض أربع أصابع ، وإن زاد على طولها بناء على مامر ، ومثله لو رقع الثوب بقطعة ديباج ، بخلاف مالو جعلها حشوا :

قال فى الهندية : ولو جعل القز حشوا للقباء فلا بأس به لأنه تبع ، ولو جعلت ظهارته أو بطانته فهو مكروه لأن كليهما مقصود كذا فى محيط السرخسى : وفى شرح القدورى عن أبى يوسف : أكره بطائن القلانس من إبريسم اهـ وعليه فلو كانت قبة الجبة أكثر من عرض أربع أصابع كما هو العادة فى زماننا فخيط فوقها قطعة كرباس يجوز لبسها لأن الحرير صار حشوا تأمل (قوله وظاهر المذهب عدم جمع المتفرق) أى إلا إذا كان خط منه قزا وخط منه غيره بحيث يرى كله قزا فلا يجوز كما سيذكره عن الحاوى ، ومقتضاه حل الثوب المنقوش بالحرير تطريزا ونسجا إذا لم تبلغ كل واحدة من نقوشه أربع أصابع ، وإن زادت بالجمع مالم ير كله حريرا تأمل : قال ط : وهل حكم المتفرق من الذهب والفضة كذلك يحرر (قوله وفيها) أى القنية وقد رمز فيها بعد هذا النجم الأئمة المعتبر أربع أصابع كما هى على هيئتها لا أصابع السلف ثم رمز للكرمانى منشورة ثم رمزا للكرابيسى التحرز عن مقدار المنشورة أولى (قوله وإلا لايحل للرجل زيلعى) عبارة الزيلعى مطلقة عن التقييد بالرجل ، واعترض بأن هذا ليس من الحلى ، فالظاهر أن حكم النساء فيه كالرجال . أقول : فيه نظر لأن الحلى كما فى القاموس مايتزين به ، ولا شك أن الثوب المنسوج بالذهب حلى . وقدمنا عن الخانية أن النساء فيما سوى الحلى من الأكل والشرب والادهان من الذهب والفضة والعقود بمنزلة الرجال ، ولا بأس لهن بلبس الديباج والحرير والذهب والفضة واللؤلؤ اهـ .

وفى الهداية : ويكره أن يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير اهـ وسيأتى وفى القنية لابأس بالعلم المنسوج بالذهب للنساء فأما للرجال فقدر أربع أصابع وما فوقه يكره (قوله وفى المجتبى الخ) قد علمت أن القول الثانى ظاهر المذهب وهذا مكرر مع مامر من قوله ولو فى عمامة (قوله وفيه) أى فى المجتبى وكذا الضمائر بعده (قوله ومن ذهب يكره) قال فى القنية كأنه اعتبره بالخاتم اهـ وفيها وكذا فى القلنسوة فى ظاهر المذهب يجوز قدر أربع أصابع وفى رواية عن محمد لايجوز كما لو كانت من حرير اهـ :

قلت : ويأتى الكلام فى علم الثوب من الذهب (قوله تكره الجبة المكفوفة بالحرير) هذا غير ماعليه العامة فإنه نقل فى الهندية عن الذخيرة : أن لبس المكفوف بالحرير مطلق عند عامة الفقهاء . وفى التبيين عن أسماء أنها

قلت : وبهذا ثبت كراهة ما اعتاده أهل زماننا من القمصن البصرية وفيه المرخص العلم فى عرض الثوب :
قلت : ومفاده أن القليل فى طوله يكره اه قال المصنف : وبه جزم منلا خسرو وصدر الشريعة لكن إطلاق الهداية وغيرها يخالفه :

وفى السراج عن السير الكبير : العلم حلال مطلقا صغيرا كان أو كبيرا قال المصنف : وهو مخالف لما مر من التقييد بأربع أصابع وفيه رخصة عظيمة لمن ابتلى به فى زماننا اه ٥

قلت : قال شيخنا وأظن أنه الراية وما يعقد على الرمح فإنه حلال ولو كبيرا لأنه ليس بلبس وبه يحصل التوفيق (ولابأس بكلة الديباج) هو ماسداه ولحمته إبريسم شرح وهبانية (للرجال) الكلة بالكسر البشخانة والناموسية لأنه ليس يلبس ونظمه شارح الوهبانية فقال :

وفى كلة الديباج فالنوم جائز ... وفى قنية والمنتقى ذا مسطر

(وتكره التكة منه) أى من الديباج هو الصحيح وقيل لابأس بها

أخرجت جبة طيالسة عليها لبنة شبر من ديباج كسرواني وفرجاها مكفوفان به فقالت هذه جبة رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يلبسها ، وكانت عند عائشة رضى الله تعالى عنها فلما قبضت عائشة قبضتها إلى فنحن نغسلها للمريض فيشفى بها رواه أحمد ومسلم ولم يذكر لفظة الشبر اه ط . وفى الهداية وعنه عليه الصلاة والسلام أنه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير اه وفى القاموس : كف الثوب كفا خاط حاشيته وهو الخياطة الثانية بعد الشل وفيه لبنة القميص نبيقته (قوله قلت) القائل صاحب المجتبى ، وقد علمت حكم المبنى عليه هذا القول (قوله البصرية) الذى رأيته فى المجتبى المضربة من التضريب (قوله قلت ومفاده) قائله صاحب المجتبى أيضا (قوله وبه جزم) أى بالتقييد بالعرض ، وكذا جزم به ابن الكمال والقهستانى ونقله فى التاترخانية عن جامع الجوامع (قوله لكن إطلاق الهداية وغيرها يخالفه) أى يخالف التقييد بالعرض ، وقد يقال يحمل المطلق على المقيد كما صرحوا به فى كتب الأصول من أنه يحمل عليه عند اتحاد الحكم والحادثة على أن المتون كثيرا ماتطلق المسائل عن بعض قيودها تأمل ولكن إطلاق المتون موافق لإطلاق الأدلة ، وهو أرفق بأهل هذا الزمان لئلا يقعوا فى الفسق والعصيان (قوله وهو مخالف الخ) نعم هذا مخالف للمتون صريحا فتقدم عليه (قوله قلت الخ) هذا بعيد جدا ففى التاترخانية ، وأما لبس ماعلمه حرير أو مكفوف فطلق عند عامة الفقهاء خلافا لبعض الناس وعن هشام عن أبى حنيفة لايرى بأسا بالعلم فى الثوب قدر أربع أصابع ، وذكر شمس الأئمة السرخسى أنه لابأس بالعلم فى الثوب لأنه تبع ولم يقدر اه . فكلامهم فى العلم فى الثوب الملبوس لا العلم الذى هو الراية ؛ وإلا لم يبق معنى لقولهم فى الثوب ، ولا للتعليل بالتبعية :

هذا : وفى التاترخانية مانصه : بقى الكلام فى حق النساء قال عامة العلماء : يحل لهن لبس الحرير الخالص وبعضهم قالوا : لايحل ، وأما لبس ماعلمه حرير إلى آخر ماقدمناه والمتبادر من هذه العبارة أن ماذكر من إطلاق العلم إنما هو فى حق النساء فإن ثبت هذا فلا إشكال والتوفيق به أحسن وإلا فهما روايتان (قوله هو ماسداه الخ) السدى بالفتح مامد من الثوب واللحمة بالضم ماتدخل بين السدى والابريسم بفتح السين وضمها الحرير (قوله الكلة بالكسر البشخانة والناموسية) كذا قاله ابن الشحنة وفى القاموس : الكلة بالكسر الستر الرقيق وغشاء رقيق يتوق به من البعوض (قوله وتكره التكة) بالكسر رباط السراويل جمعها تكك قاموس (قوله هو الصحيح) ذكره فى القنية عن شرح الإرشاد :

(وكذا) تكره (القلنسوة وإن كانت تحت العمامة والكيس الذى يعلق) قنية :

(واختلف فى عصب الجراحة به) أى بالحرير كذا فى المجتبى وفيه أن له أن يزين بيته بالديباج ويتجمل

وفى التاترخانية ولا تكره تكة الحرير ، لأنها لاتلبس وحدها وفى شرح الجامع الصغير لبعض المشايخ لابأس بتكة الحرير للرجال عند أبى حنيفة ، وذكر الصدر الشهيد أنه يكره عندهما اه تأمل (قوله وكذا تكره القلنسوة) ذكر منلا مسكين عند قول المصنف فى مسائل شتى آخر الكتاب ، ولا بأس بلبس القلانس لفظ الجمع يشمل قلنسوة الحرير والذهب والفضة والكرباس والسواد والحمرة اه والظاهر أن المعتمد ماهنا لذكره فى محله صريحا لاأخذا من العموم ط وفى الفتاوى الهندية : يكره أن يلبس الذكور قلنسوة من الحرير أو الذهب أو الفضة أو الكرباس الذى خيط عليه إبريسم كثير أو شىء من الذهب أو الفضة أكثر من قدر أربع أصابع اه وبه يعلم حكم العرقية المسماة بالطاقية ، فإذا كانت منقشة بالحرير وكان أحد نقوشها أكثر من أربع أصابع لاتحل وإن كانت أقل تحل ، وإن زاد مجموع نقوشها على أربع أصابع بناء على مامر من أن ظاهر المذهب عدم جمع المتفرق (قوله والكيس الذى يعلق) أى يعلقه الرجل معه لاالذى يوضع ولا الذى يعلقه فى البيت ، واحترز به عن الذى لايعلق والظاهر فى وجهه أن التعليق يشبه اللبس ، فحرم لذلك لما علم أن الشبهة فى باب المحرمات ملحقة باليقين رملى . والظاهر أن المراد بالكيس المعلق نحو كيس التمائم المسماة بالحمائل ، فإنه يعلق بالعنق بخلاف كيس الدراهم إذا كان يضعه فى جيبه مثلا بدون تعليق . وفى الدر المنتقى : ولا تكره الصلاة على سجادة من الإبريسم ، لأن الحرام هو اللبس أما الإنتفاع بسائر الوجوه ، فليس بحرام كما فى صلاة الجواهر وأقره القهستانى وغيره :

قلت : ومنه يعلم حكم ماكثر السؤال عنه من بند السبحة فليحفظ اه فقوله هو اللبس أى ولو حكما لما فى القنية استعمال اللحاف من الإبريسم لايجوز ، لأنه نوع لبس بقى الكلام فى بند الساعة الذى تربط به ، ويعلقه الرجل بزر ثوبه والظاهر أنه كبند السبحة الذى تربط به تأمل ، ومثله بند المفاتيح وبنود الميزان وليقة الدواة وكذا الكتابة فى ورق الحرير وكيس المصحف والدراهم ، وما يغطى به الأوانى وما تلف فيه الثياب وهو المسمى بقجة ونحو ذلك مما فيه انتفاع بدون لبس أو مايشبه اللبس . وفى القنية دلال يلقى ثوب الديباج على منكبيه للبيع يجوز إذا لم يدخل يديه فى الكمين وقال عين الأئمة الكرابيسى فيه كلام بين المشايخ اه ووجه الأول : أن إلقاء الثوب على الكتفين إنما قصد به الحمل دون الإستعمال فلم يشبه اللبس المقصود للانتفاع تأمل : ونقل فى القنية : أنه تكره اللفافة الإبريسمية والظاهر أن المراد بها ماشىء يلف على الجسد أو بعضها لامايلف بها الثياب تأمل (قوله واختلف الخ) فى الهندية وعلى الخلاف لبس التكة من الحرير قيل : يكره بالإتفاق وكذا عصابة المفتصد وإن كانت أقل من أربع أصابع ، لأنه أصل بنفسه كذا فى التمرتاشى اه ط (قوله أن يزين بيته الخ) ذكر الفقيه أبو جعفر فى شرح السير لابأس بأن يستر حيطان البيوت باللبود المنقشة وإذا كان قصد فاعله الزينة فهو مكروه : وفى الغيائية إرخاء الستر على الباب مكروه نص عليه محمد فى السير الكبير ، لأنه زينة وتكبر :

والحاصل : أن كل ماكان على وجه التكبر يكره وإن فعل لحاجة وضرورة لاوهو المختار اه هندية وظاهره أنه لو كان لمجرد الزينة بلا تكبر ولا تفاخر يكره لكن نقل بعده عن الظهيرية مايخالفه تأمل :

[تنبيه] يؤخذ من ذلك أن مايفعل أيام الزينة من فرش الحرير ووضع أوانى الذهب والفضة بلا استعمال جائز إذا لم يقصد به التفاخر بل مجرد امتثال أمر السلطان ، بخلاف إيقاد الشموع والقناديل فى النهار فإنه لايجوز ، لأنه إضاعة مال إلا إذا خاف من معاقبة الحاكم وحيث كانت مشتملة على منكرات لايجوز التفرج عليها ، وقدمر فى كتاب

بأوانى ذهب وفضة بلا تفاخر وفى القنية : يحسن للفقهاء لف عمامة طويلة ولبس ثياب واسعة وفيها لا بأس بشد خمار أسود على عينيه من إبريسم لعذر :

قلت : ومنه الرمد وفى شرح الوهبانية عن المنتقى : لا بأس بعروة القميص وزره من الحرير ، لأنه تبع وفى التتارخانية عن السير الكبير : لابأس بأزرار الديباج والذهب وفيها عن مختصر الطحاوى لا يكره علم الثوب من الفضة ويكره من الذهب قالوا وهذا مشكل فقد رخص الشرع فى الكفاف والكفاف قد يكون من الذهب اه (ويحل توسده وافتراشه) والنوم عليه وقالا : والشافعى ومالك حرام وهو الصحيح كما فى المواهب .

قلت : فليحفظ هذا لكنه خلاف المشهور وأماجعله دثارا أو إزاراً فإنه يكره بالإجماع سراج. وأما الجلوس

الشهادات مما ترد به الشهادة الخروج لفرجة قدوم أمير أى لما تشتمل عليه من المنكرات ومن اختلاط النساء بالرجال فهذا أولى فتنبه (قوله لف عمامة طويلة) لعلهم تعارفوها كذلك فإن كان عرف بلاد أخر أنها تعظم بغير الطول يفعل لإظهار مقام العلم ، ولأجل أن يعرفوا فيسئلوا عن أمور الدين ط (قوله وفيها) أى فى القنية ونصها يضره النظر الدائم إلى الثلج وهو يمشى فيه لابأس بأن يشد على عينيه خمارا أسود من الإبريسم قلت ففى العين الرمدة أولى اه .

وفى التاترخانية : أما للحاجة فلا بأس بلبسه لما روى عن عبد الرحمن بن عوف والزبير رضى الله تعالى عنهما أنه كان بهما جرب كثير فاستأذنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فى لبس الحرير فأذن لهما اه :

أقول : لكن صرح الزيلعى قبيل الفصل الآتى أنه عليه الصلاة والسلام رخص ذلك خصوصية لهما تأمل (قوله فقد رخص الشرع فى الكفاف الخ) الكفاف موضع الكف من القميص وذلك فى مواصل البدن والدخاريص أو حاشية الذيل مغرب قال ط : وفيه أن الوارد عن الشارع صلى الله عليه وسلم أنه لبس الجبة المكفوفة بحرير ، فليس فيه ذكر فضة ولا ذهب فليتأمل وليحرر اه .

أقول : الظاهر أن وجه الاستشكال أن كلا من العلم والكفاف فى الثوب إنما حل لكونه قليلا وتابعاً غير مقصود كما صرحوا به ، وقد استوى كل من الذهب والفضة والحرير فى الحرمة فترخيص العلم والكفاف من الحرير ترخيص لهما من غيره أيضاً بدلالة المساواة ، ويؤيد عدم الفرق ما مر من إباحة الثوب المنسوج من ذهب أربعة أصابع وكذا كتابة الثوب بذهب أو فضة والإناء ونحوه المضبب بهما فتأمل والإشكال الوارد هنا وارد أيضاً على ما قدمه عن المجتبى فى علم العمامة (قوله ويحل توسده) الوسادة المخدة منح وتسمى مرفقة إنما حل لما روى : أن النبى صلى الله عليه وسلم جلس على مرفقة حرير وكان على بساط ابن عباس رضى الله تعالى عنهما مرفقة حرير وروى أن أنسا رضى الله تعالى عنه حضر وليمة فجلس على وسادة حرير ، ولأن الجلوس على الحرير استخفاف وليس بتعظيم فجرى مجرى الجلوس على بساط فيه تصاوير منح عن السراج (قوله وقال الخ) قيل أبو يوسف مع أبى حنيفة وقيل مع محمد (قوله كما فى المواهب) ومثله فى متن درر البحار قال القهستانى ، وبه أخذ أكثر المشايخ كما فى الكرمانى اه ونقل مثله ابن الكمال (قوله لكنه خلاف مشهور) قال فى الشرنبلالية : قلت : هذا الصحيح خلاف ما عليه المتون والمعتبرة المشهورة والشروح (قوله وأما جعله دثارا) الدثار بالكسر ما فوق الشعار من الثياب والشعار ككتاب ما تحت الدثار من اللباس وهو ما يلى شعر الجسد ويفتح جمعه أشعرة قاموس ؛ فالدثار مالا يلاقى الجسد والشعار بخلافه ، وشمل الدثار مالو كان بين ثوبين ، وإن لم يكن ظاهرا إلا إذا كان حشوا كما قدمناه عن الهندية (قوله فإنه يكره بالإجماع) وأما ما نقله صاحب المحيط من أنه إنما يحرم ما مس الجلد كما

على الفضة فحرام بالإجماع شرح مجمع (و) يحل (لبس ما سداه إبريسم ولحمته غيره) كـكتان وقطن وخز لأن الثوب إنما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى.

قلت : وفى الشرنبلالية عن المواهب يكره ما سداه ظاهر كالعتابى وقيل لا يكره ونحوه فى الاختيار :

قلت : ولا يخفى أن المرجح اعتبارا للحمة كما يعلم من العزمية بل فى المجتبى أن أكثر المشايخ أفتوا بخلافه وفى شرح المجمع الخز صوف غنم البحر اه :

لقدم ، فلعله لم يعتبره لضعفه أفاده ط (قوله فحرام بالإجماع) لأنه استعمال تام إذ الذهب والفضة لا يلبسان زيلعى :

أقول : ولعله عبر هنا بالحرمة وفيما قبله بالكراهة لشبهة الخلاف ؛ فإن ما نقله صاحب المحيط عن الإمام قد نقل عن ابن عباس أيضاً رضى تعالى عنهما تأمل :

[تتمة] يجرى الاختلاف المار بين الإمام وصاحبيه فى ستر الحرير وتعليقه على الأبواب كما فى الهداية ، وكذا لايكره وضع ملاءة الحرير على مهد الصبى ، وقدمنا كراهة استعمال اللحاف من الابريسم ، لأنه نوع لبس بخلاف الصلاة على السجادة منه ، لأن الحرام هو اللبس دون الانتفاع :

أقول : ومفاده جواز اتخاذ خرقة الوضوء منه بلا تكبر إذ ليس بلبس لا حقيقة ولا حكما بخلاف اللحاف والتكة وعصابة المفتصد تأمل لكن نقل الحموى عن شرح الهاملية للحدادى أنه تكره الصلاة على الثوب الحرير للرجال اه :

قلت : والأول أوجه إذ لا فرق يظهر بين الافتراش للجلوس أو النوم أو للصلاة تدبر ويؤخذ من مسئلة اللحاف والكيس المعلق ونحو ذلك أن مايمد على الركب عند الأكل فيتقى الثوب ما يسقط من الطعام والدسم ويسمى بشكيرا يكره إذا كان من حرير لأنه نوع لبس وما اشتهر على ألسنة العامة أنه يقصد به الاهانة فذلك فيماليس فيه نوع لبس كالتوسد والجلوس ، فإن الإهانة فى التكة وعصابة الفصادة أبلغ ومع هذا تكره فكذا ما ذكر تأمل (قوله ولحمته غيره) سواء كان مغلوبا أو غالبا أومساويا للحرير وقيل لايلبس إلا إذا غلبت اللحمة على الحرير والصحيح الأول كما فى المحيط وأقره القهستانى وغيره در منتقى (قوله وخز) بفتح الخاء المعجمة وتشديد الزاى ويأتى معناه (قوله فكانت هى المعتبرة دون السدى) لما عرف أن العبرة فى الحكم لآخر وصفى العلة كفاية (قوله كالعتابى) هو مثل القطنى والأطلس فى زماننا (قوله ونحوه فى الاختيار) حيث قال : وما كان سداه ظاهراً كالعتابى قيل يكره ، لأن لابسه فى منظر العين لابس حرير وفيه خيلاء وقيل لا يكره اعتباره باللحمة اه ط (قوله قلت ولا يخفى الخ) اعلم أن المتون مطلقة فى حل لبس ماسداه إبريسم ولحمته غيره كعبارة المصنف : وهى كذلك فى الجامع الصغير للإمام محمد رحمه الله وقد علل المشايخ المسئلة بتعليلين الأول ما قدمه الشارح ، وهو المذكور فى الهداية والثانى ما نقل عن الإمام أبو منصور الما تريدى رحمه الله تعالى ، وهو أن اللحمة تكون على ظاهر الثوب ترى وتشاهد فالتعليل الأول ناظر إلى اعتبار اللحمة مطلقاً لأنها كآخر وصفى العلة كما مر ، والثانى ناظر إلى ظهورها فعلى التعليل الأول يجوز لبس العتابى ونحوه وعلى الثانى يكره كما ذكره شراح الهداية وفى تقرير الزيلعى هنا خفاء ، وظاهر إطلاق المتون اعتبار التعليل الأول ولذا قال فى الهداية بعده والاعتبار للحمة على ما بينا (قوله بل فى المجتبى الخ) ونصه إنما يجوز ماكان سداه إبريسما ولحمته قطن إذا كان مخلوطاً لايتبين فيه الابريسم ، أما إذا صار على وجهه كالعتابى فى زماننا والششترى والقتبى فإنه يكره للتشبه بزى الجبابرة قلت : ولكن

قلت : وهذا كان فى زمانهم وأما الآن فمن الحرير وحينئذ فيحرم برجندى وتتارخانية فليحفظ (و) حل (عكسه فى الحرب فقط) لوصفيقا يحصل به اتقاء العدو فلو رقيقا حرم بالإجماع لعدم الفائدة سراج وأما خالصه فيكره فيها عنده خلافا لهما ملتقى ؛

قلت : ولم أر مالو خلطت اللحمة بإبريسم وغيره والظاهر اعتبار الغالب وفى حاوى الزاهدى : يكره ماكان ظاهره قز أو خط منه خز وخط منه قز وظاهر المذهب عدم جمع المتفرق إلا إذا كان خط منه قز وخط منه غيره بحيث يرى كله قزا فأما إذا كان كل واحد مستبينا كالطراز فى العمامة فظاهر المذهب أنه لايجمع اه وأقره شيخنا ه

أكثر المشايخ أفتوا على خلافه اه (قوله قلت وهذا) أى كون الخز صوف غنم البحر قال فى التاترخانية : والخزاسم لدابة يكون على جلد هاخز وأنه ليس من جملة الحرير ثم قال بعده قال الإمام ناصر الدين الخز فى زمانهم من أوبار الحيوان المائى (قوله وحل عكسه فى الحرب فقط) حاصل المسئلة على ثلاثة أوجه قال فى التاترخانية ما لحمته غير حرير وسداه حرير يباح لبسه فى حالة الحرب أى وغيرها وما لحمته حرير وسداه غير حرير يباح لبسه فى حالة الحرب بالإجماع ، وأما مالحمته وسداه حرير ففى لبسه حالة الحرب خلاف بين أصحابنا وعلمائنا اه وظاهر التقييد بحالة الحرب أن المراد وقت الاشتغال بها لكن فى القهستانى وعن محمد لا بأس للجندى إذا تأهب للحرب بلبس الحرير ، وإن لم يحضره العدو ولكن لا يصلى فيه إلا أن يخاف العدو اه (قوله لوصفيقا) ضد الرقيق (قوله فلو رقيقا الخ) اعلم أن لبس الحرير لايجوز بلا ضرورة مطلقا فما كان سداه غير حرير ولحمته حرير يباح لبسه فى الحرب للضرورة وهى شيآن التهيب بصورته وهو بريقه ولمعانه والثانى ضعف معرة السلاح أى مضرته إتقانى فإذ كان رقيقا لم تتم الضرورة فحرام إجماعا بين الإمام وصاحبيه (قوله فيكره فيها) أى فى الحرب عنده لأن الضرورة تندفع بالأدنى ، وهو المخلوط وهو ما لحمته حرير فقط ، لأن البريق واللمعان بظاهره واللحمة على الظاهر ، ويدفع معرة السلاح أيضا والمخلوط وإن كان حريرا فى الحكم ففيه شبهة الغزل فكان دون الحرير الخالص والضرورة اندفعت بالأدنى فلا يصار إلى الأعلى وما رواه الشعبى إن صح يحمل على المخلوط إتقانى (قوله خلافا لهما) قال فى التاترخانية إنما لا يكره عندهما لبس الحرير فى الحرب إذا كان صفيقا يدفع معرة السلاح ، فلو رقيقا لا يصلح للذلك كره بالإجماع اه :

أقول : والحاصل أنه عند الإمام لا يباح الحرير الخالص فى الحرب مطلقا ، بل يباح ما لحمته فقط حرير لوصفيقا وأما عندهما فيباح كل منهما فى الحرب لوصفيقا ولو رقيقا فلا خلاف فى الكراهة فافهم وتأمل فيما فى الشرنبلالية (قوله قلت ولم أر الخ) مأخوذ من حاشية شيخه الرملى وتمام عبارته ثم رأيت فى الحاوى الزاهدى بعلامة جمع التفاريق ، وماكان من الثياب الغالب عليه غير القز كالخز ونحوه لا بأس به فقد وافق بحثنا المنقول ولله الحمد اه ثم نقل عبارة الحاوى التى ذكرها الشارح ولم يزد بعدها شيئا ، فلذا قال الشارح وأقره شيخنا وأجاب الشارح أيضا فى شرحه على الملتقى بقوله : ثم رأيته فى الأشباه فى قاعدة إذا اجتمع الحلال والحرام ألحقه بمسئلة الأوانى وحينئذ فيحل لو حريرا للحمة مساويا وزنا أو أقل لا أزيد اه وبين الجوابين فرق فإن مافى الأشباه مصرح بحل المساواة ، وما ذكره الرملى وتبعه الشارح ساكت عنه ، وقد أجاب البيرى بعبارة الزاهدى المارة أيضا :

وأقول : تحتمل عبارة الزاهدى أن تكون مبنية على القول الضعيف من اعتبار غلبة اللحمة على الحرير كما قدمناه فلا تصلح للجواب تأمل (قوله ماكان ظاهره قز) اسم كان ضمير الشأن والجملة من المبتدإ والخبر خبرها والقز الابريسم كما فى القاموس أو نوع منه كما فى الصحاح (قوله أوخط منه خز الخ) أقول : ليس المراد

قلت : وقد علمت أن العبرة للحمة لا للظاهر على الظاهر فافهم (وكره لبس المعصفر والمزعفر الأحمر والأصفر للرجال) مفاده أنه لا يكره للنساء (ولا بأس بسائر الألوان) وفي المجتبى والقهستانى وشرح النقاية لأبى المكارم : لابأس بلبس الثوب الأحمر اه ومفاده أن الكراهة تنزيهية لكن صرح فى التحفة بالحرمة فأفاد أنها تحريمية وهى المحمل عند الإطلاق قاله المصنف ؛

قلت : وللشرنبلالى فيه رسالة نقل فيها ثمانية أقوال منها : أنه مستحب (ولايتحلى) الرجل (بذهب وفضة)

بالخط ما يكون فى السدى طولا ، لأن السدى لايعتبر ولوكان كله قزا بل المراد بالخط ما يكون فى اللحمة عرضا ، فإذاكان المراد ذلك ظهر منه جواب آخر عن المسئلة السابقة بأن يقال إذا خلطت اللحمة بابريسم وغيره بحيث يرى كله إبريسما كره وإن كان كل واحد مستبينا كالطراز لم يكره ، لأن ظاهر المذهب عدم الجمع فيما لم يبلغ أربع أصابع ، ويظهر لى أن هذا الجواب أحسن من الجواب السابق فتأمل فيه (قوله قلت وقد علمت الخ) استدراك على ما فى الحاوى وعلى شيخه حيث أقره ، فإن قوله يكره ماكان ظاهره قز مفرع على اعتبار الظاهر وكراهة نحو العتابى والمرجح خلافه كما مر ولا يرد هذا على ما استظهرناه آنفا فى الجواب ، لأن عدم اعتبار الظاهر إنما هو فى السدى وكلا منا السابق فى اللحمة (قوله على الظاهر) أى الراجح وليس المراد ظاهر الرواية كما هو اصطلاحه فى إطلاق هذا اللفظ تأمل (قوله لا بأس بلبس الثوب الأحمر) وقد روى ذلك عن الإمام كما فى الملتقط اه ط (قوله ومفاده أن الكراهة تنزيهية) لأن كلمة لا بأس تستعمل غالبا فيما تركه أولى منح (قوله فى التحفة) أى تحفة الملوك منح (قوله فأفاد أنها تحريم الخ) هذا مسلم لو لم يعارضه تصريح غيره بخلافه ففى جامع الفتاوى قال أبو حنيفة والشافعى ومالك : يجوز لبس المعصفر وقال جماعة من العلماء : مكروه بكراهة التنزيه ، وفى منتخب الفتاوى قال صاحب الروضة يجوز للرجال والنساء لبس الثوب الأحمر والأخضر بلاكراهة ، وفى الحاوى الزاهدى يكره للرجال لبس المعصفر والمزعفر والمورس والمحمر أى الأحمر حريراكان أو غيره إذا كان فى صبغه دم وإلافلا . ونقله عن عدة كتب ، وفى مجمع الفتاوى لبس الأحمر مكروه وعند البعض لايكره ، وقيل يكره إذا صبغ بالأحمر القانى لأنه خلط بالنجس وفى الواقعات مثله ولوصبغ بالشجر البقم لايكره ولو صبغ بقشر الجوز عسليا لايكره لبسه إجماعا اه فهذه النقول مع ما ذكره عن المجتبى والقهستانى وشرح أبى المكارم تعارض القول بكراهة التحريم إن لم يدع التوفيق بحمل التحريم على المصبوغ بالنجس أو نحو ذلك (قوله وللشرنبلالى فيه رسالة) سماها تحفة الأكمل والهمام المصدر لبيان جواز لبس الأحمر وقد ذكر فيها كثيرا من النقول منها ما قدمناه وقال لم نجد نصا قطعيا لإثبات الحرمة ووجدنا النهى عن لبسه لعلة قامت بالفاعل من تشبه بالنساء أو بالأعاجم أو التكبر وبانتفاء العلة تزول الكراهة بإخلاص النية لإظهار نعمة الله تعالى وعروض الكراهة للصبغ بالنجس تزول بغسله ، ووجدنا نص الإمام الأعظم على الجواز ودليلا قطعيا على الاباحة ، وهو إطلاق الأمر بأخذ الزينة ووجدنا فى الصحيحين موجبه ، وبه تنتفى الحرمة والكراهة بل يثبت الاستحباب اقتداء بالنبى صلى الله عليه وسلم اه ومن أراد الزيادة على ذلك فعليه بها ؛

أقول : ولكن جل الكتب على الكراهة كالسراج والمحيط والاختيار والمنتقى والذخيرة وغيرها وبه أفتى العلامة قاسم وفى الحاوى الزاهدى ولا يكره فى الرأس إجماعا (قوله ثمانية أقوال) نقلها عن القسطلانى (قوله منها أنه مستحب) هذا ذكره الشرنبلالى بحثا كما قدمناه وليس من الثمانية (قوله ولا يتحلى) أى لايتزين درر

مطلقا (إلا بخاتم ومنطقة وحلية سيف منها) أى الفضة إذا لم يرد به التزين .
وفى المجتبى : لا يحل استعمال منطقة وسطها من ديباج وقيل يحل إذا لم يبلغ عرضها أربع أصابع وفيها بعد سبع ورق ولا يكره فى المنطقة حلقة حديد أو نحاس وعظم وسيجىء حكم لبس اللؤلؤ (ولا يتختم) إلا بالفضة لحصول الاستغناء بها فيحرم (بغيرها كحجر) وصحح السرخسى

(قوله مطلقا) سواء كان فى حرب أو غيره ط وأما جواز الجوشن والبيضة فى الحرب فقدمنا أنه قولهما (قوله ومنطقة) بكسر الميم وفتح الطاء قهستانى وهى اسم لما يسميه الناس بالحياصة مصباح ، والحياصة : سير يشد به حزام السرج قاموس وفيه منطقه كمكنسة ماينتطق به ، وانتطق الرجل شد وسطه بمنطقة كتنطق اه وهذا أنسب هنا ، لأن الحياصة للدابة والكلام فى تحلية الرجل نفسه تأمل ، ثم رأيت فى بعض الشروح أن المنطقة بالفارسية الكمر وعلى عرف الناس الحياصة اه (قوله وحلية سيف) وحمائله من جملة حليته شرنبلالية والشرط أن لايضع يده على موضع الفضة كما قدمه (قوله منها) أى الفضة لا من الذهب درر وقال فى غرر الأفكار : حال كون كل من الخاتم والمنطقة والحلية منها أى الفضة لورود آثار اقتضت الرخصة منها فى هذه الأشياء خاصة اه (قوله إذا لم يرد به التزين) الظاهر أن الضمير فى به راجع إلى الخاتم فقط لأن تحلية السيف والمنطقة لأجل الزينة ، لا لشىء آخر بخلاف الخاتم ويدل عليه ما فى الكفاية ، حيث قال : قوله إلا بالخاتم هذا إذا لم يرد به التزين وذكر الإمام المحبوبى ، وإن تختم بالفضة قالوا إن قصد به التجبر يكره ، وإن قصد به التختم ونحوه لا يكره اه لكن سيأتى أن ترك التختم لمن لا يحتاج إلى الختم أفضل ، وظاهره أنه لا يكره للزينة بلا تجبر ويأتى تمامه تأمل (قوله وقيل يحل الخ) لم يعبر فى المجتبى بلفظة قيل بل رمز للأول إلى كتاب ثم رمز لهذا إلى كتاب آخر ومقتضى الأول عدم التقدير بشىء وهو ظاهر المتون فى الفضة . وفى الحاوى القدسى : إلا الخاتم قدر درهم والمنطقة وحلية السيف من الفضة اه وهكذا عامة عباراتهم مطلقة ، لكن فى القنية لا بأس باستعمال منطقة حلقتاها فضة لا بأس إذا كان قليلا وإلا فلا اه وفى الظهيرية وعن أبى يوسف : لا بأس بأن يجعل فى أطراف سيور اللجام ، والمنطقة الفضة ويكره أن يجعل جميعه أو عامته الفضة اه فتأمل ولم أر من قدر حلية السيف بشىء (قوله وسيجىء) أى آخرا قبيل الفروع (قوله ولا يتختم إلا بالفضة) هذه عبارة الإمام محمد فى الجامع الصغير أى بخلاف المنطقة فلا يكره فيها حلقة حديد ونحاس كما قدمه ، وهل حلية السيف كذلك يراجع قال الزيلعى : وقد وردت آثار فى جواز التختم بالفضة وكان للنبى صلى الله تعالى عليه وسلم خاتم فضة وكان فى يده الكريمة ، حتى توفى صلى الله تعالى عليه وسلم ، ثم فى يد أبى بكر رضى الله تعالى عنه إلى أن توفى ، ثم فى يد عمر رضى الله تعالى عنه إلى أن توفى ، ثم فى يد عثمان رضى الله تعالى عنه إلى أن وقع من يده فى البئر فأنفق مالا عظيما فى طلبه فلم يجده ، ووقع الخلاف فيما بينهم والتشويش من ذلك الوقت إلى أن استشهد رضى الله تعالى عنه (قوله فيحرم بغيرها الخ) لماروى الطحاوى بإسناده إلى عمران بن حصين وأبى هريرة قال : « نهى رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم عن خاتم الذهب » وروى صاحب السنن بإسناده إلى عبد الله بن بريرة عن أبيه : أن رجلا جاء إلى النبى صلى الله تعالى عليه وسلم وعليه خاتم من شبه فقال له : « مالى أجد منك ريح الأصنام فطرحه ، ثم جاء وعليه خاتم من حديد فقال : مالى أجد عليك حلية أهل النار فطرحه فقال : يارسول الله من أى شىء أتخذه ؟ قال : اتخذه من ورق ولا تتمه مثقالا » فعلم أن التختم بالذهب والحديد والصفر حرام فألحق اليشب بذلك لأنه قد يتخذ منه الأصنام ، فأشبه الشبه الذى هو منصوص معلوم بالنص إتقانى والشبه محركا النحاس الأصفر قاموس وفى الجوهرة والتختم

جواز اليشب والعقيق وعمم منلا خسرو (وذهب وحديد وصفر) ورصاص وزجاج وغيرها لما مر فإذا ثبت كراهة لبسها للتختم ثبت كراهة بيعها وصيغها لما فيه من الإعانة على مالا يجوز وكل ما أدى إلى مالا يجوز لايجوز وتمامه فى شرح الوهبانية (والعبرة بالحلقة) من الفضة (لا بالفص) فيجوز من حجر وعقيق وياقوت وغيرها وحل مسمار الذهب فى حجر الفص

بالحديد والصفر والنحاس والرصاص مكروه للرجال والنساء (قوله جواز اليشب) بالباء أو الفاء أو الميم وفتح أوله وسكون ثانيه وتحريكه خطأ كما فى المغرب ، قال القهستانى: وقيل إنه ليس بحجر فلا بأس به وهو الأصح كما فى الخلاصة اهـ (قوله والعقيق) قال فى غرر الأفكار والأصح أنه لا بأس به ، لأنه عليه الصلاة والسلام تختم بعقيق وقال: «تختموا بالعقيق فإنه مبارك» ولأنه ليس بحجر إذ ليس له ثقل الحجر ، وبعضهم أطلق التختم بيشب وبلور وزجاج (قوله وعمم منلا خسرو) أى عمم جواز التختم بسائر الأحجار حيث قال بعد كلام فالحاصل: أن التختم بالفضة حلال للرجال بالحديث وبالذهب والحديد والصفر حرام عليهم بالحديث وبالحجر حلال على اختيار شمس الأئمة وقاضيخان أخذا من قول الرسول وفعله صلى الله عليه وسلم لأن حل العقيق لما ثبت بهما ثبت حل سائر الأحجار ، لعدم الفرق بين حجر وحجر وحرام على اختيار صاحب الهداية والكافى أخذا من عبارة الجامع الصغير المحتملة: لأن يكون القصر فيها بالإضافة إلى الذهب ، ولا يخفى ما بين المأخذين من التفاوت اهـ.

أقول: لا يخفى أن النص معلول كما قدمناه ، فالإلحاق بما ورد به النص فى العلة التى فيه أخذ من النص أيضا والنص على الجواز بالعقيق يحتمل عدم الثبوت عند المجتهد أو ترجيح غيره عليه ، على أن العقيق أو اليشب ليسا من الحجر كما مر ، فقياس غيرهما عليهما يحتاج إلى دليل ، واتباع المجتهد اتباع للنص ، لأنه تابع للنص غير مشرع قطعا وتأويل عبارة المجتهد العارف بمحاورات الكلام عدول عن الانتظام ، كيف ولو كان القصر فيها بالإضافة إلى الذهب لزم منها إباحة نحو الصفر والحديد مع أن مراد المجتهد عدمها (قوله لما مر) أى من قوله ولا يتختم إلا بالفضة الذى هو لفظ محرر المذهب الامام محمد رحمه الله تعالى فافهم (قوله فإذا ثبت الخ) نقله ابن الشحنة عن ابن وهبان ، ثم قال: والظاهر أنه لم يقف على التصريح بكراهة بيعها ، وقد وقفت عليه فى القنية قال ويكره بيع خاتم الحديد والصفر ونحوه بيع طين الأكل أما بيع الصورة فلم أقف عليها والوجه فيها ظاهر (قوله وصيغها) صوابه وصوغها اهـ ح ورأيت فى بعض النسخ وصنعها بالنون بين الصاد والعين المهملتين ، والذى فى شرح الوهبانية صيغتها ، وفى القاموس: صاغ الله فلانا صيغة حسنة خلقه والشىء هيأه على مثال مستقيم فانصاغ وهو صواغ وصائغ وصياغ والصياغة بالكسر حرفته اهـ وظاهر قوله وصياغ أنه جاء يائى العين تأمل (قوله لما فيه من الإعانة الخ) قال ابن الشحنة إلا أن المنع فى البيع أخف منه فى اللبس إذ يمكن الانتفاع بها فى غير ذلك ويمكن سبكها وتغيير هيئتها (قوله وكل ما أدى الخ) يتأمل فيه مع قول أئمتنا بجواز بيع العصير من خمار شرنبلالى ، ويمكن الفرق بما يأتى من أن المعصية لم تقم بعين العصير بل بعد تغيره.

[فرع] لا بأس بأن يتخذ خاتم حديد قد لوى عليه فضة وألبس بفضة حتى لا يرى تاترخانية (قوله وحل مسمار الذهب الخ) يريد به المسمار ليحفظ به الفص تاترخانية لأنه تابع كالعلم فى الثوب فلا يعد لابسا له هداية ، وفى شرحها للعينى فصار كالمستهلك أو كالأسنان المتخذة من الذهب على حوالى خاتم الفضة فإن الناس يجوزونه من غير نكير ويلبسون تلك الخواتم قال ط: ولم أر من ذكر جواز الدائرة العليا من الذهب بل ذكرهم حل المسمار فيه يقتضى حرمة غيره اهـ.

أقول: مقتضى التعليل المار جوازها ويمكن دخولها فى الفضة أيضا تأمل (قوله فى حجر الفص) أى ثقبه

ويجعله لبطن كفه فى يده اليسرى وقيل اليمنى إلا أنه من شعار الروافض فيجب التحرز عنه قهستانى وغيره : قلت : ولعله كان وبان فتبصر وينقشه اسمه أواسم الله تعالى لا تمثال إنسان أوطير ولا محمد رسول الله ولا يزيده على مثقال (وترك التختم لغير السلطان والقاضى) وذى حاجة إليه كمتول (أفضل ولا يشد سنه)

هداية ومقتضاه أنه بتقديم الجيم على الحاء وهى رواية وفى أخرى بالعكس قال فى المغرب وهى الصواب لأن الجحر جحر الضب أو الحية أو اليربوع وهو غير لائق هنا (قوله ويجعله) أى الفص لبطن كفه بخلاف النسوان لأنه تزين فى حقهن هداية (قوله فى يده اليسرى) وينبغى أن يكون فى خنصرها دون سائر أصابعه ودون اليمنى ذخيرة (قوله فيجب التحرز عنه) عبارة القهستانى عن المحيط : جاز أن يجعله فى اليمنى إلا أنه شعار الروافض اه ونحوه فى الذخيرة تأمل (قوله ولعله كان وبان) أى كان ذلك من شعارهم فى الزمن السابق ، ثم انفصل وانقطع فى هذه الأزمان ؟ فلا ينهى عنه كيفما كان . وفى غاية البيان قد سوى الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير بين اليمين واليسار ، وهو الحق لأنه قد اختلفت الروايات عن رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم فى ذلك وقول بعضهم إنه فى اليمين من علامات أهل البغى ليس بشىء ، لأن النقل الصحيح عن رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم ينفى ذلك اه وتمامه فيه (قوله أو اسم الله تعالى) فلو نقش اسمه تعالى أو اسم نبيه صلى الله عليه وسلم استحب أن يجعل الفص فى كمه إذا دخل الخلاء ، وأن يجعله فى يمينه إذا استنجى قهستانى (قوله لا تمثال إنسان) التمثال بالفتح التمثيل وبالكسر الصورة قاموس (قوله أو طير) لحرمة تصوير ذى الروح لكنه سبق فى مكروهات الصلاة أن نقش غير المستبين الذى لايبصر من بعد لايضر ، وقد نقش فى خاتم دانيال لبوة بين يديها صغير ترضعه ، وكان فى خاتم بعض السلف ذبابتان فليراجع ط :

أقول : الذى سبق إنما هو فى عدم كراهة الصلاة بها لا فى نقشها والكلام هنا فى فعل النقش ، وفى التاترخانية قال الفقيه لو كان على خاتم فضة تماثيل لايكره ، وليس كتماثيل فى الثياب فى البيوت لأنه صغير وروى عن أبى هريرة أنه كان على خاتمه ذبابتان اه تأمل (قوله ولا محمد رسول الله) فى محل نصب عطفا على تمثال وذلك لأنه نقش خاتمه صلى الله عليه وسلم وكان ثلاثة أسطر كل كلمة سطر . وقد نهى عليه الصلاة والسلام أن ينقش أحد عليه كما رواه فى الشمائل : أى على هيئته أو مثل نقشه ، ونقش خاتم أبى بكر ، نعم القادر الله ، وعمر كفى بالموت واعظا وعثمان : لتصبرن أو لتندمن ، وعلى : الملك لله وأبى حنيفة : قل الخير وإلا فاسكت وأبى يوسف : من عمل برأيه فقد ندم ومحمد : من صبر ظفر اه قهستانى عن البستان (قوله ولا يزيده على مثقال) وقيل لايبلغ به المثقال ذخيرة :

أقول : ويؤيده نص الحديث السابق من قوله عليه الصلاة والسلام « ولا تتممه مثقالا » (قوله وترك التختم الخ) أشار إلى أن التختم سنة لمن يحتاج إليه كما فى الاختيار قال القهستانى : وفى الكرمانى نهى الحلوانى بعض تلامذته عنه ، وقال : إذا صرت قاضيا فتختم وفى البستان عن بعض التابعين لايتختم إلا ثلاثة : أمير ، أو كاتب ، أو أحمق وظاهره أنه يكره لغير ذى الحاجة لكن قول المصنف أفضل كالهداية وغيرها يفيد الجواز ، وعبر فى الدرر بأولى وفى الإصلاح بأحب ، فالنهى للتنزيه وفى التاترخانية عن البستان : كره بعض الناس اتخاذ الخاتم إلا لذى سلطان وأجازه عامة أهل العلم ، وعن يونس بن أبى إسحق قال : رأيت قيس بن أبى حازم وعبد الرحمن بن الأسود والشعبى وغيرهم يتختمون فى يسارهم وليس لهم سلطان ولأن السلطان يلبس للزينة والحاجة إلى الختم وغيره فى حاجة الزينة والختم سواء فجاز لغيره وبه نأخذ اه فهو اختيار للجواز كما هو قول العامة ، ولا ينافى أن تركه أولى لغير ذى حاجة فافهم : ومقتضاه أنه لايكره لقصد الزينة والختم وأما لقصد الزينة فقط فقد مر فتدبر (قوله وذى حاجة إليه كمتول)

المتحرك (بذهب بل بفضة) وجوزهما محمد (ويتخذ أنفا منه) لأن الفضة تنتنه (وكره إلباس الصبي ذهبا أو حريرا)

قال فى المنح وظاهر كلامهم أنه لاخصوصية لهما أى للسلطان والقاضى ؛ بل الحكم فى كل ذى حاجة كذلك ، فلو قبل وتركه لغير ذى حاجة إليه أفضل ، ليدخل فيه المباشر ومتولى الأوقاف وغيرهما ممن يحتاج إلى الختم لضبط المال كان أعم فائدة كما لايخفى اه :

أقول : قول الاختيار : التختم سنة لمن يحتاج إليه كالسلطان والقاضى ومن فى معناهما صريح فى ذلك ، ومثله فى الخانية وانظر هل يدخل فى الحاجة ختمه لنحو إجازة أو شهادة ، أو إرسال كتاب ولو نادرا فلا يكون ترك التختم فى حقه أولى يحرر :

[تتمة] إنما يجوز التختم بالفضة لو على هيئة خاتم الرجال أما لو له فصان أو أكثر حرم قهستانى وذكر العلامة عبد البر بن الشحنة أن والده أنشده قوله :

تختم كيف شئت ولا تبالى … بخنصرك اليمين أو الشمال
سوى حجر وصفر أو حديد … أو الذهب الحرام على الرجال
وإن أحببت باسمك فانقشنه … وباسم الله ربك ذى الجلال

(قوله المتحرك) قيد به لما قال الكرخى إذا سقطت ثنية رجل فإن أبا حنيفة يكره أن يعيدها ، ويشدها بفضة أو ذهب ويقول هى كسن ميتة ولكن يأخذ سن شاة ذكية يشد مكانها وخالفه أبو يوسف فقال لابأس به ولا يشبه سنه سن ميتة استحسن ذلك وبينهما فرق عندى وإن لم يحضرنى اه إتقانى : زاد فى التاترخانية قال بشر قال أبو يوسف : سألت أبا حنيفة عن ذلك فى مجلس آخر فلم ير بإعادتها بأسا (قوله وجوزهما محمد) أى جوز الذهب والفضة أى جوز الشد بهما وأما أبو يوسف فقيل معه وقيل مع الإمام (قوله لأن الفضة تنتنه) الأولى تنتن بلا ضمير وأشار إلى الفرق للإمام بين شد السن ، واتخاذ الأنف فجوز الأنف من الذهب لضرورة نتن الفضة لأن المحرم لايباح إلا لضرورة وقد اندفعت فى السن بالفضة فلا حاجة إلى الأعلى وهو الذهب : قال الإتقانى : ولقائل أن يقول مساعدة لمحمد لانسلم أنها فى السن ترتفع بالفضة لأنها تنتن أيضا وأصل ذلك ماروى الطحاوى بإسناده إلى عرفجة بن سعد أنه أصيب أنفه يوم الكلاب فى الجاهلية فاتخذ أنفا من ورق فأنتن عليه ، فأمره النبى صلى الله عليه وسلم أن يتخذ أنفا من ذهب ، ففعل ، والكلاب بالضم والتخفيف : اسم واد كانت فيه وقعة عظيمة للعرب هذا وظاهر كلامه جواز الأنف منهما اتفاقا ، وبه صرح الإمام البزدوى وذكر الإمام الإسبيجابى أنه على الاختلاف أيضا : وفى التاترخانية وعلى هذا الاختلاف إذا جدع أنفه أو أذنه أو سقط سنه ، فأراد أن يتخذ سنا آخر فعند الإمام يتخذ ذلك من الفضة فقط ، وعند محمد من الذهب أيضا اه ، وأنكر الإتقانى ثبوت الاختلاف فى الأنف بأنه لم يذكر فى كتب محمد والكرخى والطحاوى ، وبأنه يلزم عليه مخالفة الإمام للنص ونازعه المقدسى بأن الإسبيجابى حجة فى النقل ، وبأن الحديث قابل للتأويل ، واحتمال أن ذلك خصوصية لعرفجة كما خص عليه الصلاة والسلام الزبير وعبد الرحمن بلبس الحرير لحكة فى جسدهما ، كما فى التبيين أقول : يمكن التوفيق بأن ماذكره الإسبيجابى رواية شاذة عن الإمام فلذا لم تذكر فى كتب محمد والكرخى والطحاوى والله تعالى أعلم (قوله وكره الخ) لأن النص حرم الذهب والحرير على ذكور الأمة بلا قيد البلوغ ، والحرية والإثم على من ألبسهم لأنا أمرنا بحفظهم ذكره التمرتاشى . وفى البحر الزاخر : ويكره للإنسان أن يخضب يديه ورجليه ، وكذا الصبى إلا لحاجة بناية ، ولا بأس به للنساء اه مزيد اه ط :

فان ماحرم لبسه وشربه حرم إلباسه وإشرابه (لا) يكره (خرقة لوضوء) بالفتح بقية بلله (أو مخاط) أو عرق لو لحاجة ولو للتكبر تكره (و) لا (الرتيمة) هي خيط يربط بأصبع أو خاتم لتذكر الشيء والحاصل أن كل مافعل تجبرا كره وما فعل لحاجة لا، عناية :

[فرع] في المجتبى : التميمة المكروهة ماكان بغير العربية .

أقول : ظاهره أنه كما يكره للرجل فعل ذلك بالصبي يكره للمرأة أيضا وإن حل لها فعله لنفسها (قوله لا يكره خرقة الخ) هذا هو ماصححه المتأخرون لتعامل المسلمين ، وذكر في غاية البيان عن أبي عيسى الترمذي أنه لم يصح في هذا الباب شيء أي من كراهة أو غيرها ؛ وقد رخص قوم من الصحابة ومن بعدهم التمندل بعد الوضوء ، وتمامه فيه . ثم هذا في خارج الصلاة لما في البزازية ، وتكره الصلاة مع الخرقة التي يمسح بها العرق ، ويؤخذ بها المخاط لا لأنها نجسة ، بل لأن المصلي معظم والصلاة عليها لا تعظيم فيها (قوله بقية بلله) الوضوء بالضم الفعل وبالفتح ماؤه قاموس فما ذكره تفسير مراد وهو على تقدير مضافين ، بل ثلاثة أي لمسح بقية بلل وضوئه : والظاهر أنه لا حاجة إلى لفظ بقية ومثله قوله تعالى — فقبضت قبضة من أثر الرسول — أي من أثر حافر فرس الرسول (قوله لو لحاجة) الأولى لأنه لحاجة تأمل (قوله ولو للتكبر تكره) والخرقة المقومة دليل الكبر بزازية وبه علم أنه لا يصح أن يراد بالخرقة مايشمل الحرير وبه صرح بعضهم :

[تتمة] كره بعض الفقهاء وضع الستور والعمائم والثياب على قبور الصالحين والأولياء قال في فتاوى الحجة وتكره الستور على القبور اهـ . ولكن نحن نقول الآن إذا قصد به التعظيم في عيون العامة حتى لا يحتقروا صاحب القبر ، ولجلب الخشوع والأدب للغافلين الزائرين ، فهو جائز لأن الأعمال بالنيات ، وإن كان بدعة فهو كقولهم بعد طواف الوداع يرجع القهقرى ، حتى يخرج من المسجد إجلالا للبيت حتى قال في منهاج السالكين إنه ليس فيه سنة مروية ، ولا أثر محكي وقد فعله أصحابنا اهـ كذا في كشف النور عن أصحاب القبور للأستاذ عبد الغني النابلسي قدس سره (قوله ولا الرتيمة) جمعها رتائم وتسمى رتمة بالفتحات الثلاث وجمعها رتم بالفتحات أيضا يقال : أرتمت الرجل إرتاما إذا عقدت في أصبعه خيطا يستذكر به حاجته إتقاني عن أبي عبيدة قال الشاعر :

إذا لم تكن حاجاتنا في نفوسكم ... فليس بمغن عنك عقد الرتائم

قال في الهداية : وقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بعض أصحابه بذلك اهـ . وفي المنح إنما ذكر هذا لأن من عادة بعض الناس شد الخيوط على بعض الأعضاء ، وكذا السلاسل وغيرها ، وذلك مكروه لأنه محض عبث فقال إن الرتم ليس من هذا القبيل كذا في شرح الوقاية اهـ قال ط : علم منه كراهة الدملج الذي يضعه بعض الرجال في العضد (قوله التميمة المكروهة) أقول : الذي رأيته في المجتبى التميمة المكروهة ماكان بغير القرآن ، وقيل : هي الخرزة التي تعلقها الجاهلية اهـ فلتراجع لنسخة أخرى : وفي المغرب وبعضهم يتوهم أن المعاذات هي التمائم وليس كذلك إنما التميمة الخرزة ، ولا بأس بالمعاذات إذا كتب فيها القرآن ، أو أسماء الله تعالى ، ويقال رقاه الراقي رقيا ورقية إذا عوذه ونفث في عوذته قالوا : وإنما تكره العوذة إذا كانت بغير لسان العرب ، ولا يدرى ما هو ولعله يدخله سحر أو كفر أو غير ذلك ، وأما ماكان من القرآن أو شيء من الدعوات فلا بأس به اهـ قال الزيلعي : ثم الرتيمة قد تشتبه بالتميمة على بعض الناس : وهي خيط كان يربط في العنق أو في اليد في الجاهلية لدفع المضرة عن أنفسهم على زعمهم ، وهو منهي عنه وذكر في حدود الإيمان أنه كفر اهـ . وفي الشلبي عن ابن الأثير : التمائم جمع تميمة وهي خرزات كانت العرب تعلقها على أولادهم يتقون بها العين في زعمهم ، فأبطلها الاسلام ،

فصل في النظر والمس

(وينظر الرجل من الرجل) ومن غلام بلغ حد الشهوة مجتبى

والحديث الآخر « من علق تميمة فلا أتم الله له » لأنهم يعتقدون أنها تمام الدواء والشفاء ، بل جعلوها شركاء لأنهم أردوا بها دفع المقادير المكتوبة عليهم وطلبوا دفع الأذى من غير الله تعالى الذى هو دافعه اهـ ط وفي المجتبى : اختلف في الاستشفاء بالقرآن بأن يقرأ على المريض أو الملدوغ الفاتحة ، أو يكتب في ورق ويعلق عليه أو في طست ويغسل ويسقى . وعن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يعوذ نفسه قال رضي الله عنه : وعلى الجواز عمل الناس اليوم ، وبه وردت الآثار ولا بأس بأن يشد الجنب والحائض التعاويذ على العضد إذا كانت ملفوفة اهـ قال ط : وانظر هل كتابة القرآن في نحو التمائم حروفا مقطعة تجوز أم لا لأنه غير ما وردت به كتابة القرآن وحرره اهـ وفي الخانية : بساط أو مصلى كتب عليه في النسج الملك لله يكره استعماله وبسطه ، والقعود عليه، ولو قطع الحرف من الحرف أو خيط على بعض الحروف : حتى لم تبق الكلمة متصلة لا تزول الكراهة لأن للحروف المفردة حرمة وكذا لو كان عليها الملك أو الألف وحدها أو اللام اهـ وفيها : مرأة أرادت أن تضع تعويذا ليحبها زوجها ذكر في الجامع الصغير : أن ذلك حرام لا يحل ، ويأتي بيان ذلك قبيل إحياء الموات ، وفيها يكره كتابة الرقاع في أيام النيروز وإلزاقها بالأبواب ، لأن فيه إهانة اسم الله تعالى واسم نبيه عليه الصلاة والسلام . وفيها لا بأس بوضع الجماجم في الزرع والمبطخة لدفع ضرر العين ، لأن العين حق تصيب المـال ، والآدمي والحيوان ويظهر أثره في ذلك عرف بالآثار فإذا نظر الناظر إلى الزرع يقع نظره أولا على الجماجم ، لارتفاعها فنظره بعد ذلك إلى الحرث لا يضره روى « أن امرأة جاءت إلى النبي صلى الله تعالى عليه وسلم وقالت نحن من أهل الحرث وإنا نخاف عليه العين فأمر النبي صلى الله عليه وسلم أن يجعل فيه الجماجم » اهـ .

[تتمة] في شرح البخاري للإمام العيني من باب : العين حق : روى أبو داود من حديث عائشة أنها قالت : كان يؤمر العائن فيتوضأ ثم يغتسل منه المعين قال عياض : قال بعض العلماء : ينبغي إذا عرف واحد بالإصابة بالعين أن يجتنب ويحترز منه ، وينبغي للإمام منعه من مداخلة الناس ، ويلزمه بيته وإن كان فقيرا رزقه مايكفيه فضرره أكثر من ضرر آكل الثوم والبصل ، ومن ضرر المجذوم الذى منعه عمر رضي الله عنه وفي النسائي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إذا رأى أحدكم من نفسه أو ماله أو أخيه شيئا يعجبه فليدع بالبركة فإن العين حق » والدعاء بالبركة أن يقول : تبارك الله أحسن الخالقين اللهم بارك فيه ويؤمر العائن بالاغتسال ويجبر إن أبى اهـ ملخصا وتمامه فيه والله سبحانه وتعالى أعلم .

فصل في النظر والمس

(قوله والمس) زاده لكلام المصنف عليه وعدم الذكر في الترجمة لا يعد عيبا وإن كان الذكر أولى ليعلم محله فليراجع عند الحاجة ط (قوله وينظر الرجل من الرجل الخ) ذكر في العناية وغيرها أن مسائل النظر أربع : نظر الرجل إلى المرأة ونظرها إليه ، ونظر الرجل إلى الرجل ، ونظر المرأة إلى المرأة والأولى على أربعة أقسام : نظره إلى الأجنبية الحرة ، ونظره إلى من تحل له من الزوجة والأمة ونظره إلى ذوات محارمه ونظره إلى أمة الغير فافهم اهـ (قوله بلغ حد الشهوة) أي بأن صار مراهقا فالمراد حد الشهوة الكائنة منه ط .

أقول : وقدم الشارح في شروط الصلاة ما نصه وفي السراج لا عورة للصغير جدا ثم ما دام لم يشته فقبل

ولوأمرد صبيح الوجه وقد مر فى الصلاة والأولى تنكير الرجل لئلا يتوهم أن الأول عين الثانى ؛ وكذا الكلام فيما بعد قهستانى :

قلت : وقرينة المقام تكفى فتدبر ، ثم نقل عن الزاهدى أنه لو نظر لعورة غيره بإذنه لم يأثم :

قلت : وفيه نظر ظاهر بل لفظ الزاهدى نظر لعورة غيره وهى غير بادية لم يأثم انتهى فليحفظ (سوى مابين

ودبر ثم تتغلظ إلى عشر سنين ثم كبالغ ، وفى الأشباه يدخل على النساء إلى خمس عشرة سنة اه فتأمل (قوله ولو أمرد صبيح الوجه) قال فى الهندية والغلام إذا بلغ مبلغ الرجال ولم يكن صبيحا فحكمه حكم الرجال وإن كان صبيحا فحكمه حكم النساء ، وهو عورة من قرنه إلى قدمه لا يحل النظر إليه عن شهوة ، وما الخلوة والنظر إليه لا عن شهوة فلا بأس به ولذا لم يؤمر بالنقاب كذا فى الملتقط ، ولم يذكر الشهوة الموجبة للتحريم ، هل هى ميل القلب أو الانتشار ويحرر ط :

أقول : ذكر الشارح فى فصل المحرمات من النكاح أن حد الشهوة فى المس والنظر الموجبة لحرمة المصاهرة تحرك آلته أو زيادته به يفتى وفى امرأة ونحو شيخ تحرك قلبه أو زيادته اه ونقله القهستانى عن أصحابنا ثم قال : وقال عامة العلماء : أن يميل بالقلب ويشتهى أن يعانقها وقيل أن يقصد مواقعتها ، ولا يبالى من الحرام كما فى النظم وفى حق النساء الاشتهاء بالقلب لا غير اه وقال القهستانى : فى هذا الفصل وشرط لحل النظر إليها وإليه الأمن بطريق اليقين من شهوة أى ميل النفس إلى القرب منها أو منه أو المس لها أو له مع النظر ، بحيث يدرك التفرقة بين الوجه الجميل والمتاع الجزيل ، فالميل إلى التقبيل فوق الشهوة المحرمة ولذا قال السلف: اللوطيون أصناف : صنف ينظرون ، وصنف يصافحون ، وصنف يعملون ، وفيه إشارة إلى أنه لو علم منه الشهوة أو ظن أو شك حرم النظر كما فى المحيط وغيره اه

أقول : حاصله أن مجرد النظر واستحسانه لذلك الوجه الجميل ، وتفضيله على الوجه القبيح كاستحسان المتاع الجزيل لابأس به ، فإنه لا يخلو عنه الطبع الإنسانى ، بل يوجد فى الصغار ، فالصغير المميز يألف صاحب الصورة الحسنة أكثر من صاحب الصورة القبيحة ويرغب فيه ، ويحبه أكثر بل قد يوجد ذلك فى البهائم ، فقد أخبرنى من رأى جملا يميل إلى امرأة حسناء ويضع رأسه عليها ، كلما رآها دون غيرها من الناس ، فليس هذا نظر شهوة ، وإنما الشهوة ميله بعد هذا ميل لذة إلى القرب منه أو المس له زائدا على ميله إلى المتاع الجزيل ، أو الملتحى لأن ميله إليه مجرد استحسان ليس معه لذة وتحرك قلب إليه كما فى ميله إلى ابنه أو أخيه الصبيح ، وفوق ذلك الميل إلى التقبيل أو المعانقة أو المباشرة أو المضاجعة ، ولو بلا تحرك آلة وأما اشتراطه فى حرمة المصاهرة ، فلعله للاحتياط والله تعالى أعلم : ولا يخفى أن الأحوط عدم النظر مطلقا قال فى التاترخانية : وكان محمد بن الحسن صبيحا ، وكان أبو حنيفة يجلسه فى درسه خلف ظهره . أو خلف سارية مخافة خيانة العين مع كمال تقواه اه وراجع ماكتبناه فى شروط الصلاة (قوله لئلايتوهم أن الأول عين الثانى) لأن الثانى معرفة كالأول وهذه القاعدة ليست كلية قال تعالى — وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقا لما بين يديه من الكتاب — ويمكن أن يقال : أن أل فى الأول والثانى جنسية والمعرف بها فى حكم النكرة ط (قوله وكذا الكلام فيما بعد) وهو قوله ونظر المرأة من المرأة (قوله قلت الخ) يشير إلى أن ما ذكروه من أن المعرفة أو النكرة إذا أعيدت معرفة ، فهى عين الأول ، أو نكرة فغيره إنما هو عند الإطلاق ، وخلو المقام عن القرائن كما صرح به فى التلويح (قوله وهى غير بادية) أى ظاهرة وفى الذخيرة وغيرها وإن كان على المرأة ثياب فلا بأس بأن يتأمل جسدها وهذا إذا لم تكن

سرته إلى ماتحت ركبته) فالركبة عورة لا السرة (ومن عرسه وأمته الحلال) له وطؤها فخرج المجوسية والمكاتبة والمشتركة ومنكوحة الغير والمحرمة برضاع أو مصاهرة فحكمها كالأجنبية مجتبى . ويشكل بالمفضاة فإنه لا يحل له وطؤها وينظر إليها قهستاني :

قلت : وقد يجاب بأنه أغلبي (إلى فرجها) بشهوة وغيرها والأولى تركه

ثيابها ملتزقة بها بحيث تصف ما تحتها ، ولم يكن رقيقا بحيث يصف ما تحته ، فإن كانت بخلاف ذلك فينبغي له أن يغض بصره اهـ . وفى التبيين قالوا : ولا بأس بالتأمل فى جسدها وعليها ثياب ما لم يكن ثوب يبين حجمها ، فلا ينظر إليه حينئذ لقوله عليه الصلاة والسلام « من تأمل خلف امرأة ورأى ثيابها حتى تبين له حجم عظامها لم يرح رائحة الجنة » ولأنه متى لم يصف ثيابها ماتحتها من جسدها يكون ناظرا إلى ثيابها وقامتها دون أعضائها فصار كما إذا نظر إلى خيمة هي فيها ومتى كان يصف يكون ناظرا إلى أعضائها اهـ .

أقول : مفاده أن رؤية الثوب بحيث يصف حجم العضو ممنوعة ولو كثيفا لا ترى البشرة منه ، قال فى المغرب : يقال مسست الحبلى ، فوجدت حجم الصبي فى بطنها وأحجم الثدى على نحر الجارية إذا نهز ، وحقيقته صار له حجم أى نتو وارتفاع ومنه قوله حتى يتبين حجم عظامها اهـ وعلى هذا لا يحل النظر إلى عورة غيره فوق ثوب ملتزق بها يصف حجمها فيحمل ما مر على ما إذا لم يصف حجمها فليتأمل (قوله فالركبة عورة) لرواية الدارقطني ما تحت السرة إلى الركبة عورة والركبة كما فى الهداية هي ملتقى عظمى الساق والفخذ ، وفى البرجندى : ما تحت السرة هو ما تحت الخط الذي يمر بالسرة ، ويدور على محيط بدنه بحيث يكون بعده عن موقعه فى جميع جوانبه على السواء اهـ وفى الهداية : السرة ليست بعورة خلافا لأبى عصمة والشافعي والركبة عورة خلافا للشافعي ، والفخذ عورة خلافا لأصحاب الظواهر ، وما دون السرة إلى منبت الشعر عورة خلافا لابن الفضل معتمدا فيه العادة لأنه لا معتبر بالعادة مع النص بخلافها وحكم العورة فى الركبة أخف منه فى الفخذ وفى الفخذ أخف منه فى السوأة حتى أن كاشف الركبة ينكر عليه برفق ، وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السوأة يؤدب عليه إن لج اهـ ملخصا (قوله ومن عرسه وأمته) فينظر الرجل منهما وبالعكس إلى جميع البدن من الفرق إلى القدم ولو عن شهوة ، لأن النظر دون الوطء الحلال قهستانى (قوله الحلال) جعله فى المنح قيدا للأمة كما فى الهداية ، والأولى جعله قيدا للعرس أيضا لما فى القهستانى لا ينظر إلى فرج المظاهر منها على ما قاله أبو حنيفة وأبو يوسف ، وينظر إلى الشعر والظهر والصدر منها كما فى قاضيخان اهـ وأما الحائض فإنه يحرم عليه قربان ما تحت الإزار قال الشارح فى باب الحيض : وأما حل النظر ومباشرتها له ففيه تردد (قوله له وطؤها) الجار والمجرور متعلق بالحلال ووطؤها فاعل أى التى يحل له وطؤها (قوله أو مصاهرة) بأن كانت موطوأته أو بنتها ط (قوله فحكمها كالأجنبية) أى كالأمة الأجنبية بدليل ما فى العناية ، حيث قال قيد بقوله من أمته التى تحل له ، لأن حكم أمته المجوسية ، والتى هى أخته من الرضاع حكم أمة الغير فى النظر إليها لأن إباحة النظر إلى جميع البدن مبنية على حل الوطء فينتفى بانتفائه اهـ (قوله ويشكل) أى تقييد الأمة التى يحل له وطؤها بما لو كانت مفضاة وهى التى اختلط مسلكاها (قوله فإنه لا يحل له وطؤها) إلا أن يعلم أنه يمكنه أن يأتيها فى القبل من غير الوقوع فى الدبر ، فإن شك فليس له أن يطأها كما فى المنديه (قوله والأولى تركه) قال فى الهداية : الأولى أن لا ينظر كل واحد منهما إلى عورة صاحبه لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا أتى أحدكم أهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير » (١) ولأن ذلك يورث

---

(١) العير-بالعين المهملة : هو الحمار .

لأنه يورث النسيان (ومن محرمه) هي من لا يحل له نكاحها أبدا بنسب أو سبب ولو بزنا (إلى الرأس والوجه والصدر والساق والعضد إن أمن شهوته) وشهوتها أيضا ذكره في الهداية فمن قصره على الأول فقد قصر ابن كمال (وإلا لا لا إلى الظهر والبطن) خلافا للشافعي (والفخذ) وأصله قوله تعالى - ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن - الآية وتلك المذكورات مواضع الزينة بخلاف الظهر ونحوه (وحكم أمة غيره) ولو مدبرة أو أم ولد (كذلك) فينظر إليها كمحرمه (وما حل نظره) مما مر من ذكر أو أنثى (حل لمسه) إذا أمن الشهوة على نفسه وعليها « لأنه عليه الصلاة والسلام كان يقبل رأس فاطمة » وقال عليه الصلاة والسلام : « من قبل رجل أمه فكأنما قبل عتبة الجنة » وإن لم يأمن ذلك أوشك ، فلا يحل له النظر والمس كشف الحقائق لابن سلطان والمجتبى (إلا من أجنبية) فلا يحل مس وجهها وكفها وإن أمن الشهوة ؛ لأنه أغلظ ولذا تثبت به حرمة المصاهرة وهذا في الشابة ،

النسيان لو ورد الأثر ، وكان ابن عمر رضي الله تعالى عنهما يقول : الأولى أن ينظر ليكون أبلغ في تحصيل معنى اللذة اهـ لكن في شرحها للعيني أن هذا لم يثبت عن ابن عمر لا بسند صحيح ولا بسند ضعيف ، وعن أبي يوسف سألت أبا حنيفة عن الرجل يمس فرج امرأته ، وهي تمس فرجه ليتحرك عليها هل ترى بذلك بأسا قال : لا وأرجو أن يعظم الأجر ذخيرة (قوله لأنه يورث النسيان) ويضعف البصر اهـ ط .

[تنبيه] قدمنا أن الرجل ينظر من أمته الحلال ، وهي منه إلى جميع البدن قال منلا مسكين : وأما حكم نظر السيدة إلى جميع بدن أمتها والأمة إلى سيدتها فغير معلوم اهـ وذكر محشيه أبو السعود أنه مستفاد من قول المصنف والمرأة للمرأة .

أقول : الظاهر أنه كذلك إذ لو كانت المرأة كالرجل في ذلك لنصوا عليه ولأنهم أناطوا حل النظر إلى غير مواضع الزينة بحل الوطء كما مر وفي العناية والنهاية قبيل الاستبراء ما نصه والنساء كلهن في حل نظر بعضهن إلى بعضهن سواء (قوله أو سبب) كالرضاع والمصاهرة (قوله ولو بزنا) أي ولو كان عدم حل نكاحها له بسبب زناه بأصولها أو فروعها قال الزيلعي : وقيل : إنها كالأجنبية والأول أصح اعتبارا للحقيقة ، لأنها محرمة عليه على التأبيد (قوله فمن قصره على الأول) أي قصر التقييد على الأمن من جانب الرجل ، وهو تعريض بتاج الشريعة والمصنف أيضا (قوله لا إلى الظهر والبطن الخ) أي مع ما يتبعهما من نحو الجنبين والفرجين والأليتين والركبتين قهستاني (قوله وتلك المذكورات مواضع الزينة) أشار إلى أنه ليس المراد في الآية نفس الزينة ، لأن النظر إليها مباح مطلقا ، بل المراد مواضعها فالرأس موضع التاج ، والوجه موضع الكحل ، والعنق والصدر موضع القلادة والأذن موضع القرط ، والعضد موضع الدملوج ، والساعد موضع السوار والكف موضع الخاتم والخضاب ، والساق موضع الخلخال ، والقدم موضع الخضاب زيلعي والشعر موضع العقص إتقاني والدملوج كعصفور والدملج مقصور منه مصباح وهو من حلي العضد والعقص سير يجمع به الشعر وقيل خيوط سود تصل بها المرأة شعرها مغرب (قوله ولو مدبرة أو أم ولد) وكذا المكاتبة ومعتقة البعض عنده قهستاني (قوله فينظر إليها كمحرمه) لأنها تخرج لحوائج مولاها وتخدم أضيافه وهي في ثياب مهنتها ، فصار حالها خارج البيت في حق الأجانب كحال المرأة داخله في حق محارم الأقارب ، وكان عمر رضي الله عنه إذا رأى جارية متقنعة علاها بالدرة وقال : ألقي عنك الخمار يادفار أتتشبهين بالحرائر هداية ودفار بالدال المهملة كقطام مبني على الكسر من الدفر وهو النتن (قوله أوشك) معناه استواء الأمرين تاترخانية (قوله إلا من أجنبية) أي غير الأمة وفي التاترخانية عن جامع الجوامع لا بأس أن تمس الأمة الرجل وأن تدهنه وتغمزه ما لم تشتهه إلا ما بين السرة والركبة اهـ (قوله فلا يحل مس وجهها) أي وإن جاز النظر إليه على ما يأتي (قوله ولذا تثبت به حرمة المصاهرة) تعليل لكونه أغلظ مع

أما العجوز التى لاتشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها إذا أمن ، ومتى جاز المس جاز سفره بها ويخلو إذا أمن عليه وعليها وإلا لا وفى الأشباه : الخلوة بالأجنبية حرام إلا لملازمة مديونة هربت ودخلت خربة أو كانت عجوزا شوهاء أو بحائل ، والخلوة بالمحرم مباحة

النظر والمراد إذاكان عن شهوة ويشمل المحارم والإماء حتى لومس عمته أو أمته بشهوة حرمت عليه بنتها (قوله أما العجوز الخ) وفى رواية يشترط أن يكون الرجل أيضا غير مشتهى اه قهستانى عن الكرمانى ، قال فى الذخيرة : وإن كانت عجوزا لا تشتهى ، فلا بأس بمصافحتها أو مس يدها ، وكذلك إذاكان شيخا يأمن على نفسه وعليها فلا بأس أن يصافحها وإن كان لايأمن على نفسه أو عليها فليجتنب ، ثم إن محمدا أباح المس للرجل إذا كانت المرأة عجوزا ولم يشترط كون الرجل بحال لا يجامع مثله ، وفيما إذاكان الماس هى المرأة فإن كانا كبيرين لا يجامع مثله ، ولا يجامع مثلها فلا بأس بالمصافحة فليتأمل عند الفتوى اه (قوله جاز سفره بها) ولا يكون إلا فى المحارم وأمة الغير ولم يذكر محمد الخلوة والمسافرة بإماء الغير ، وقد اختلف المشايخ فى الحل وعدمه ، وهما قولان مصححان ط . أقول : لكن هذا فى زمانهم لما سيذكره الشارح عن ابن كمال أنه لا تسافر الأمة بلا محرم فى زماننا لغلبة أهل الفساد وبه يفتى فتأمل (قوله الخلوة بالأجنبية) أى الحرة لما علمت من الخلاف فى الأمة ، وقوله : حرام قال فى القنية مكروهة كراهة تحريم وعن أبى يوسف ليس بتحريم اه (قوله أوكانت عجوزا شوهاء) قال فى القنية : وأجمعوا أن العجوز لا تسافر بغير محرم ، فلاتخلو برجل شابا أو شيخا ، ولها أن تصافح الشيوخ فى الشفاء عن الكرمينى العجوز الشوهاء والشيخ الذى لا يجامع مثله بمنزلة المحارم اه ، والمتبادر أنهما بمنزلة المحارم بالنسبة إلى غيرهما من الأجانب ويحتمل أن يكون المراد أنه معها كالمحارم ويؤيد احتمال الوجهين ما قدمناه آنفا عن الذخيرة وعلى الثانى ففى إطلاق الشارح نظر فتدبر (قوله أو بحائل) قال فى القنية : سكن رجل فى بيت من دار وامرأة فى بيت آخر منها ولكل واحد غلق على حدة ، لكن باب الدار واحد لا يكره مالم يجمعهما بيت اه ورمز له ثلاثة رموز ، ثم رمز إلى كتاب آخر هى خلوة فلا تحل ثم رمز ولو طلقها بائنا ، وليس إلا بيت واحد يجعل بينهما سترة لأنه لولا السترة تقع الخلوة بينه وبين الأجنبية ، وليس معهما محرم فهذا يدل على صحة ماقالوه اه لأن البيتين من دار كالسترة بل أولى وما ذكره من الاكتفاء بالسترة مشروط بما إذا لم يكن الزوج فاسقا إذ لو كان فاسقا يحال بينهما بامرأة ثقة تقدر على الحيلولة بينهما كما ذكره فى فصل الإحداد ، وقد بحث صاحب البحر هناك بمثل ما قاله فى القنية فقال : يمكن أن يقال فى الأجنبية كذلك وإن لم تكن معتدته إلا أن يوجد نقل بخلافه ، وذكر فى الفتح أن كذلك حكم السترة إذا مات زوجها ، وكان من ورثته من ليس بمحرم لها :

أقول : وقول القنية وليس معهما محرم يفيد أنه لو كان فلا خلوة والذى تحصل من هذا أن الخلوة المحرمة تنتفى بالحائل ، وبوجود محرم أو امرأة ثقة قادرة وهل تنتفى أيضا بوجود رجل آخر أجنبى لم أره لكن فى إمامة البحر عن الإسبيجابى يكره أن يؤم النساء فى بيت وليس معهن رجل ولا محرم ، مثل زوجته وأمته وأخته فإن كانت واحدة منهن ، فلا يكره وكذا إذا أمهن فى المسجد لايكره اه وإطلاق المحرم على من ذكر تغليب بحر : والظاهر أن علة الكراهة الخلوة ، ومفاده أنها تنتفى بوجود رجل آخر ، لكنه يفيد أيضا أنها لاتنتفى بوجود امرأة أخرى فيخالف مامر من الاكتفاء بامرأة ثقة ثم رأيت فى منية المفتى مانصه : الخلوة بالأجنبية مكروهة وإن كانت معها أخرى كراهة تحريم اه ويظهر لى أن مرادهم بالمرأة الثقة أن تكون عجوزا لايجامع مثلها مع كونها

إلا الأخت رضاعا ، والصهرة الشابة وفى الشرنبلالية معزيا للجوهرة : ولا يكلم الأجنبية إلا عجوزا عطست أو سلمت فيشمتها لا يرد السلام عليها وإلا لا انتهى ، وبه بان أن لفظة لا فى نقل القهستانى ، ويكلمها بما لا يحتاج إليه زائدة فتنبه (وله مس ذلك) أى ما حل نظره (إذا أراد الشراء وإن خاف شهوته) للضرورة وقيل لا فى زماننا وبه جزم فى الاختيار (وأمة بلغت حد الشهوة لا تعرض) على البيع (فى إزار واحد) يستر ما بين السرة والركبة لأن ظهرها وبطنها عورة (و) ينظر (من الأجنبية) ولو كافرة مجتبى (إلى وجهها وكفيها فقط) للضرورة قيل والقدم والذراع إذا أجرت نفسها للخبز تاترخانية

قادرة على الدفع عنها وعن المطلقة فليتأمل (قوله إلا الأخت رضاعا) قال فى القنية : وفى استحسان القاضى الصدر الشهيد ، وينبغى للأخ من الرضاع أن لا يخلو بأخته من الرضاع ، لأن الغالب هناك الوقوع فى الجماع اهـ ، وأفاد العلامة البيرى أن ينبغى معناه الوجوب هنا (قوله والصهرة الشابة) قال فى القنية : ماتت عن زوج وأم فلهما أن يسكنا فى دار واحدة إذا لم يخافا الفتنة وإن كانت الصهرة شابة ، فللجيران أن يمنعوها منه إذا خافوا عليهما الفتنة اهـ وأصهار الرجل كل ذى رحم محرم من زوجته على اختيار محمد والمسألة مفروضة هنا فى أمها والعلة تفيد أن الحكم كذلك فى بنتها ونحوها كما لا يخفى (قوله وإلا لا) أى وإلا تكن عجوزا بل شابة لا يشمتها ، ولا يرد السلام بلسانه قال فى الخانية : وكذا الرجل مع المرأة إذا التقيا يسلم الرجل أولا ، وإذا سلمت المرأة الأجنبية على رجل إن كانت عجوزا رد الرجل عليها السلام بلسانه بصوت تسمع ، وإن كانت شابة رد عليها فى نفسه ، وكذا الرجل إذا سلم على امرأة أجنبية فالجواب فيه على العكس اهـ وفى الذخيرة : وإذا عطس فشمتته المرأة فإن عجوزا رد عليها وإلا رد فى نفسه اهـ وكذا لو عطست هى كما فى الخلاصة (قوله فى نقل القهستانى) أى عن بيع المبسوط (قوله زائدة) يبعده قوله فى القنية رامزا ويجوز الكلام المباح مع امرأة أجنبية اهـ وفى المجتبى رامزا ، وفى الحديث دليل على أنه لا بأس بأن يتكلم مع النساء بما لا يحتاج إليه ، وليس هذا من الخوض فيما لا يعنيه إنما ذلك فى كلام فيه إثم اهـ فالظاهر أنه قول آخر أو محمول على العجوز تأمل ، وتقدم فى شروط الصلاة أن صوت المرأة عورة على الراجح ومر الكلام فيه فراجعه (قوله للضرورة) وهى معرفة لين بشرتها وذلك غرض صحيح فحل اللمس إتقانى (قوله فى زماننا) لعل وجه التقييد به أنه لغلبة الشر فى زماننا ربما يؤدى المس إلى ما فوقه ، بخلافه فى زمن السلف قال فى الاختيار : وإنما حرم المس لإفضائه إلى الاستمتاع وهو الوطء (قوله وبه جزم فى الاختيار) وكذا فى الخانية والمبتغى وعزاه فى الهداية وغيرها لمشايخه در منتقى ، ونقل الإتقانى عن شرح الجامع الصغير لفخر الإسلام ، عن محمد أنه كره للشاب المس ، لأن بالنظر كفاية ، ولم ير أبو حنيفة بذلك بأسا لضرورة العلم ببشرتها (قوله وأمة بلغت حد الشهوة) بأن تصلح للجماع ، ولا اعتبار للسن من سبع أو تسع كما صححه الزيلعى وغيره فى باب الإمامة ثم إن ما مشى عليه المصنف تبعا للدرر هو رواية عن محمد ، وهو خلاف ما مشى عليه فى الكنز والملتقى ومختصر القدورى وغيرها قال فى الهداية : وإذا حاضت الأمة لم تعرض فى إزار واحد ، ومعناه بلغت وعن محمد إذا كانت تشتهى ، ويجامع مثلها فهى كالبالغة لا تعرض فى إزار واحد لوجود الاشتهاء اهـ تأمل (قوله وكفيها) تقدم فى شروط الصلاة أن ظهر الكف عورة على المذهب اهـ ولم أر من تعرض له هنا (قوله قيل والقدم) تقدم أيضا فى شروط الصلاة أن القدمين ليسا عورة على المعتمد اهـ وفيه اختلاف الرواية ، والتصحيح ، وصحح فى الاختيار أنه عورة خارج الصلاة لا فيها ورجح فى شرح المنية كونه عورة مطلقا بأحاديث كما فى البحر (قوله إذا أجرت نفسها للخبز) أى ونحوه من الطبخ وغسل الثياب قال الإتقانى ، وعن أبى يوسف أنه يباح النظر إلى

(وعبدها كالأجنبي معها) فينظر لوجهها وكفيها فقط : نعم يدخل عليها بلا إذنها إجماعا ، ولا يسافر بها إجماعا خلاصة وعند الشافعي ومالك ينظر كمحرمه (فإن خاف الشهوة) أوشك (امتنع نظره إلى وجهها) فحل النظر مقيد بعدم الشهوة وإلا فحرام وهذا في زمانهم ، وأما في زماننا فمنع من الشابة قهستاني وغيره (إلا) النظر لا المس (لحاجة) كقاض وشاهد يحكم (ويشهد عليها) لف ونشر مرتب لا لتتحمل الشهادة في الأصح (وكذا مريد نكاحها) ولو عن شهوة بنية السنة لا قضاء الشهوة (وشرائها ومداواتها ينظر) الطبيب (إلى موضع مرضها بقدر الضرورة) إذ الضرورات تتقدر بقدرها وكذا نظر قابلة وختان

ساعدها ومرفقها للحاجة إلى إبدائهما إذا أجرت نفسها للطبخ والخبز اهـ والمتبادر من هذه العبارة : أن جواز النظر ليس خاصا بوقت الاشتغال بهذه الأشياء بالإجارة بخلاف العبارة الأولى، وعبارة الزيلعي أوفى بالمراد وهي وعن أبي يوسف أنه يباح النظر إلى ذراعها أيضا لأنه يبدو منها عادة اهـ فافهم (قوله وعبدها كالأجنبي معها) لأن خوف الفتنة منه كالأجنبي بل أكثر لكثرة الاجتماع والنصوص المحرمة مطلقة، والمراد من قوله تعالى ـ أو ما ملكت أيمانهن ـ الإماء دون العبيد قاله الحسن وابن جبير اهـ اختيار وتمامه في المطولات (قوله خلاصة) عزو للمسألتين وذكرهما في الخانية أيضا (قوله فإن خاف الشهوة) قدمنا حدها أول الفصل (قوله مقيد بعدم الشهوة) قال في التاترخانية، وفي شرح الكرخي النظر إلى وجه الأجنبية الحرة ليس بحرام، ولكنه يكره لغير حاجة اهـ وظاهره الكراهة ولو بلا شهوة (قوله وإلا فحرام) أي إن كان عن شهوة حرم (قوله وأما في زماننا فمنع من الشابة) لا لأنه عورة بل لخوف الفتنة كما قدمه في شروط الصلاة (قوله لا المس) تصريح بالمفهوم (قوله في الأصح) لأنه يوجد من لا يشتهي ، فلا ضرورة بخلاف حالة الأداء هداية والمفهوم منه أن الخلاف عند خوف الشهوة لا مطلقا فتنبه (قوله ولو عن شهوة) راجع للجميع وصرح به للتوضيح ، وإلا فكلام المصنف في النظر بشهوة بمقتضى الاستثناء (قوله بنية السنة) الأولى جعله قيدا للجميع أيضا على التجوز لئلا يلزم عليه إهمال القيد في الأولين لما قال الزيلعي وغيره : ويجب على الشاهد والقاضي أن يقصد الشهادة والحكم لا قضاء الشهوة تحرزا عن القبيح ، ولو أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس أن ينظر إليها، وإن خاف أن يشتهيها لقوله عليه الصلاة والسلام للمغيرة بن شعبة حين خطب امرأة وانظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما، رواه الترمذي والنسائي وغيرهما ولأن المقصود إقامة السنة لا قضاء الشهوة اهـ والأدوم والإيدام الإصلاح والتوفيق إتقاني :

[تنبيه] تقدم الخلاف في جواز المس بشهوة للشراء ، وظاهر قول الشارح لا المس أنه لا يجوز للنكاح ، وبه صرح الزيلعي حيث قال : ولا يجوز له أن يمس وجهها ولا كفيها وإن أمن الشهوة لوجود الحرمة وانعدام الضرورة والبلوى اهـ ومثله في غاية البيان عن شرح الأقطع معللا بأن المس أغلظ فمنع بلا حاجة ، وفي درر البحار وشرحه لا يحل المس للقاضي والشاهد والخاطب ، وإن أمنوا الشهوة لعدم الحاجة ، وعبارة الملتقى موهمة ولذا قال الشارح وأما المس مع الشهوة للنكاح ، فلم أر من أجازه بل جعلوه كالحاكم لا يمس، وإن أمن فليحفظ وليحرر كلام المصنف اهـ بقي لو كان للمرأة ابن أمرد وبلغ للخاطب استواؤهما في الحسن ، فظاهر تخصيص النظر إليها أنه لا يحل للخاطب النظر إلى ابنها إذا خاف الشهوة ومثله بنتها ، وتقييد الاستثناء بما كان لحاجة أنه لو اكتفى بالنظر إليها بمرة حرم الزائد لأنه أبيح لضرورة فيتقيد بها ، وظاهر ما في غرر الأفكار جواز النظر إلى الكفين أيضا ، ويظهر من كلامهم أنه إذا لم يمكنه النظر يجوز إرسال نحو امرأة تصف له حلاها بالطريق الأولى ، ولو غير الوجه والكفين وهل يحل لها أن تنظر للخاطب مع خوف الشهوة لم أره والظاهر : نعم للاشتراك في العلة المذكورة في الحديث السابق ، بل هي أولى منه في ذلك لأنه يمكنه مفارقة من لا يرضاها بخلافها (قوله وختان) كذا جزم به في الهداية

وينبغي أن يعلم امرأة تداويها لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف :

(وتنظر المرأة المسلمة من المرأة كالرجل من الرجل) وقيل كالرجل لمحرمه والأول أصح سراج (وكذا) تنظر المرأة (من الرجل) كنظر الرجل للرجل (إن أمنت شهوتها) فلو لم تأمن أو خافت أو شكت حرم استحسانا كالرجل هو الصحيح في الفصلين تاترخانية معزيا للمضمرات (والذمية كالرجل الأجنبي في الأصح فلا تنظر إلى بدن المسلمة) مجتبى (وكل عضو لا يجوز النظر إليه قبل الانفصال لايجوز بعده) ولو بعد الموت كشعر عانة وشعر رأسها وعظم ذراع حرة ميتة وساقها

والخانية وغيرهما وقيل : إن الاختتان ليس بضرورة ، لأنه يمكن أن يتزوج امرأة أو يشترى أمة تختنه إن لم يمكنه أن يختن نفسه كما سيأتى : وذكر فى الهداية الخافضة أيضا لأن الختان سنة للرجال من جملة الفطرة لايمكن تركها وهى مكرمة فى حق النساء أيضا كما فى الكفاية ، وكذا يجوز أن ينظر إلى موضع الاحتقان لأنه مداواة ويجوز الاحتقان للمرض ، وكذا للهزال الفاحش على ماروى عن أبى يوسف لأنه أمارة المرض هداية ، لأن آخره يكون الدق والسل ، فلو احتقن لالضرورة بل لمنفعة ظاهرة بأن يتقوى على الجماع لايحل عندنا كما فى الذخيرة (قوله وينبغى الخ) كذا أطلقه فى الهداية والخانية ؛ وقال فى الجوهرة : إذا كان المرض فى سائر بدنها غير الفرج يجوز النظر إليه عند الدواء ، لأنه موضع ضرورة ، وإن كان فى موضع الفرج ، فينبغى أن يعلم امرأة تداويها فإن لم توجد وخافوا عليها أن تهلك أو يصيبها وجع لاتحتمله يستروا منها كل شىء إلا موضع العلة ثم يداويها الرجل ويغض بصره ما استطاع إلا عن موضع الجرح اه فتأمل والظاهر أن ينبغى هنا للوجوب (قوله سراج) ومثله فى الهداية (قوله وكذا تنظر المرأة الخ) وفى كتاب الخنثى من الأصل أن نظر المرأة من الرجل الأجنبى بمنزلة نظر الرجل إلى محارمه ، لأن النظر إلى خلاف الجنس أغلظ هداية والمتون على الأول فعليه المعول (قوله حرم استحسانا الخ) أقول : الذى فى التاترخانية عن المضمرات فأما إذا علمت أنه يقع فى قلبها شهوة أو شكت ومعنى الشك استواء الظنين فأحب إلى أن تغض بصرها هكذا ذكر محمد فى الأصل ، فقد ذكر الاستحباب فى نظر المرأة إلى الرجل الأجنبى وفى عكسه قال : فليجتنب وهو دليل الحرمة وهو الصحيح فى الفصلين جميعا اه ملخصا ومثله فى الذخيرة ونقله ط عن الهندية وفى نسخة التاترخانية التى عليها خط الشارح الاستحسان بالسين والنون بعد الحاء بدل الاستحباب بالباءين ، والظاهر أنها تحريف كما يدل عليه سياق الكلام فيوافق مافى الذخيرة والهندية ، فقول الشارح حرم استحسانا أوقعه فيه التحريف تأمل ، ثم على مقابل الصحيح وجه الفرق كما فى الهداية أن الشهوة عليهن غالبة ، وهو كالمحقق اعتبارا ، فإذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة فى الجانبين ، ولا كذلك إذا اشتهت المرأة لأن الشهوة غير موجودة فى جانبه حقيقة واعتبارا فكانت من جانب واحد والمتحقق من الجانبين فى الافضاء إلى الحرم أقوى من المتحقق فى جانب واحد اه (قوله والذمية) محترز قوله المسلمة (قوله فلا تنظر الخ) قال فى غاية البيان : وقوله تعالى ــ أو نسائهن ــ أى الحرائر المسلمات ، لأنه ليس للمؤمنة أن تتجرد بين يدى مشركة أو كتابية اه ونقله فى العناية وغيرها عن ابن عباس ، فهو تفسير مأثور وفى شرح الأستاذ عبد الغنى النابلسى على هدية ابن العماد عن شرح والده الشيخ إسمعيل على الدرر والغرر : لايحل للمسلمة أن تنكشف بين يدى يهودية أو نصرانية أو مشركة إلا أن تكون أمة لها كما فى السراج ، ونصاب الاحتساب ولا تنبغى للمرأة الصالحة أن تنظر إليها المرأة الفاجرة لأنها تصفها عند الرجال ، فلا تضع جلبابها ولا خمارها كما فى السراج اه (قوله وشعر رأسها) الأولى تأخيره عما بعده ليكون نصا فى عود الضمير إلى الحرة (قوله وعظم ذراع حرة ميتة) احترز بالذراع عن

وقلامة ظفر رجلها دون يدها مجتبى وفيه النظر إلى ملاءة الأجنبية بشهوة حرام وفى اختيار ووصل الشعر بشعر الآدمى

عظم الكف والوجه مما يحل النظر إليه فى الحياة ، وقيد بالحرة لأن ذراع الأمة يحل بالنظر إليه فى حياتها بخلاف نحو عظم ظهرها :

[تنبيهات : الأول] ذكر بعض الشافعية أنه لو أبين شعر الأمة ثم عتقت لم يحرم النظر إليه ، لأن العتق لايتعدى إلى المنفصل اه ولم أره لأئمتنا وكذا لم أر مالوكان المنفصل من حرمة أجنبية ، ثم تزوجها ومقتضى ما ذكر من التعليل حرمة النظر إليه ، وقد يقال إذا حل له جميع ما اتصل بها فحل المنفصل بالأولى ، وإن كان منفصلا قبل زمن الحل والله تعالى أعلم :

الثانى : لم أر ما لو نظر إلى الأجنبية من المرآة أو الماء وقد صرحوا فى حرمة المصاهرة بأنها لا تثبت برؤية فرج من مرآة أو ماء ، لأن المرئى مثاله لا عينه ، بخلاف ما لو نظر من زجاج أو ماء هى فيه لأن البصر ينفذ فى الزجاج والماء ، فيرى ما فيه ومفاد هذا أنه لا يحرم نظر الأجنبية من المرآة أو الماء ، إلا أن يفرق بأن حرمة المصاهرة بالنظر ونحوه شدد فى شروطها ، لأن الأصل فيها الحل ، بخلاف النظر لأنه إنما منع منه خشية الفتنة والشهوة ، وذلك موجود هنا ورأيت فى فتاوى ابن حجر من الشافعية ذكر فيه خلافا بينهم ورجح الحرمة بنحو ما قلناه والله أعلم :

الثالث : ذكر بعض الشافعية أنه كما يحرم النظر لما لا يحل يحرم التفكر فيه لقوله تعالى ـ ولا تتمنوا ما فضل الله به بعضكم على بعض ـ فمنع من التمنى كما منع من النظر ، وذكر العلامة ابن حجر فى التحفة أنه ليس منه ما لو وطىء حليلته متفكرا فى محاسن أجنبية حتى خيل إليه أنه يطؤها ، ونقل عن جماعة منهم الجلال السيوطى والتقى السبكى أنه يحل لحديث « إن الله تجاوز لأمتى ما حدثت به أنفسها » ولا يلزم من تخيله ذلك عزمه على الزنا بها ، حتى يأثم إذا صمم على ذلك لو ظفر بها ، وإنما اللازم فرض موطوءته تلك الحسناء ، وقيل ينبغى كراهة ذلك ورد بأن الكراهة لابد لها من دليل! وقال ابن الحاج المالكى : إنه يحرم لأنه نوع من الزنا كما قال علماؤنا فيمن أخذ كوزا يشرب منه ، فتصور بين عينيه أنه خمر فشربه أن ذلك الماء يصير حراما عليه اه ورد بأنه فى غاية البعد ولا دليل عليه اه ملخصا ولم أر من تعرض للمسألة عندنا وإنما قال فى الدرر : إذا شرب الماء وغيره من المباحات بلهو وطرب على هيئة الفسقة حرم اه والأقرب لقواعد مذهبنا عدم الحل ، لأن تصور تلك الأجنبية بين يديه يطؤها فيه تصوير مباشرة المعصية على هيئتها ، فهو نظير مسألة الشرب ثم رأيت صاحب تبيين المحارم من علمائنا نقل عبارة ابن الحاج المالكى ، وأقرها وفى آخرها حديث عنه صلى الله عليه وسلم « إذا شرب العبد الماء على شبه المسكر كان ذلك عليه حراما » اه .

فإن قلت : لو تفكر الصائم فى أجنبية حتى أنزل لم يفطر فإنه يفيد إباحته ؟ قلت : لا نسلم ذلك فإنه لو نظر إلى فرج أجنبية حتى أنزل لا يفطر أيضا مع أنه حرام اتفاقا (قوله وقلامة ظفر رجلها) أى الحرة لا بقيد كونها مهنة وهذا بناء على كون القدمين عورة كما مر (قوله النظر إلى ملاءة الأجنبية بشهوة حرام) قدمنا عن الذخيرة وغيرها لو كان على المرأة ثياب لابأس بأن يتأمل جسدها ، ما لم تكن ملتزقة بها تصف ما تحتها لأنه يكون ناظرا إلى ثيابها وقامتها ، فهو كنظره إلى خيمة هى فيها ولو كانت تصف يكون ناظرا إلى أعضائها ، ويؤخذ مما هنا تقييده بما إذا كان بغير شهوة فلو بها منع مطلقا والعلة والله أعلم خوف الفتنة ، فإن نظره بشهوة إلى ملاءتها أو ثيابها وتأمله فى طول قوامها ونحوه قد يدعوه إلى الكلام معها ثم إلى غيره ، ويحتمل أن تكون العلة كون ذلك استمتاعا

حرام سواء كان شعرها أو شعر غيرها لقوله صلى الله عليه وسلم «لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة والواشرة والمستوشرة والنامصة والمتنمصة» النامصة التي تنتف الشعر من الوجه والمتنمصة التي يفعل بها ذلك (والخصي والمجبوب والمخنث في النظر إلى الأجنبية كالفحل) وقيل لا بأس بمجبوب جف ماؤه لكن في الكبرى أن من جوّزه فمن قلة التجربة والديانة :

(وجاز عزله عن أمته بغير إذنها وعن عرسه به) أي بإذن حرة أو مولى أمة

بما لا يحل بلا ضرورة ، ولينظر هل يحرم النظر بشهوة إلى الصورة المنقوشة محل تردد ولم أره فليراجع (قوله سواء كان شعرها أو شعر غيرها) لما فيه من التزوير كما يظهر مما يأتي وفي شعر غيرها انتفاع بجزء الآدمي أيضا : لكن في التاترخانية ، وإذا وصلت المرأة شعر غيرها بشعرها فهو مكروه ، وإنما الرخصة في غير شعر بني آدم تتخذه المرأة لتزيد في قرونها ، وهو مروي عن أبي يوسف ، وفي الخانية ولا بأس للمرأة أن تجعل في قرونها وذوائبها شيئا من الوبر (قوله لعن الله الواصلة الخ) الواصلة : التي تصل الشعر بشعر الغير والتي يوصل شعرها بشعر آخر زوراً والمستوصلة : التي يوصل لها ذلك بطلبها والواشمة : التي تشم في الوجه والذراع ، وهو أن تغرز الجلد بإبرة ثم يحشى بكحل أو نيل فيزرق والمستوشمة : التي يفعل بها ذلك بطلبها والواشرة : التي تفلج أسنانها أي تحددها وترقق أطرافها تفعله العجوز تتشبه بالشواب والمستوشرة : التي يفعل بها بأمرها اهـ اختيار ، ومثله في نهاية ابن الأثير وزاد أنه روى عن عائشة رضي الله تعالى عنها أنها قالت : ليست الواصلة بالتي تعنون :

ولا بأس أن تعرى المرأة عن الشعر ، فتصل قرناً من قرونها بصوف أسود وإنما الواصلة التي تكون بغيا في شبيبتها فإذا أسنت وصلتها بالقيادة والواشرة كأنه من وشرت الخشبة بالميشار غير مهموز اهـ (قوله والنامصة الخ) ذكره في الاختيار أيضا وفي المغرب : النمص : نتف الشعر ومنه المنماص المنقاش اهـ ولعله محمول على ما إذا فعلته لتتزين للأجانب ، وإلا فلو كان في وجهها شعر ينفر زوجها عنها بسببه ، ففي تحريم إزالته بعد ، لأن الزينة للنساء مطلوبة للتحسين ، إلا أن يحمل على ما لا ضرورة إليه لما في نتفه بالمنماص من الإيذاء . وفي تبيين المحارم إزالة الشعر من الوجه حرام إلا إذا نبت للمرأة لحية أو شوارب فلا تحرم إزالته بل تستحب اهـ ، وفي التاترخانية عن المضمرات : ولا بأس بأخذ الحاجبين وشعر وجهه ما لم يشبه المخنث اهـ ومثله في المجتبى تأمل (قوله والخصي) فعيل من خصاه نزع خصيتيه والمجبوب من قطع ذكره وخصيتاه ، والمخنث المتزيي بزي النساء والمتشبه بهن في محلية الوطء ، وتليين الكلام عن اختيار قهستاني : أي الذي يمكن غيره من نفسه احترازاً عن المخنث الذي في أعضائه لين وتكسر بأصل الخلقة ولا يشتهي النساء فإنه رخص بعض مشايخنا في ترك مثله مع النساء استدلالا بقوله تعالى ـ أو التابعين غير أولي الإربة من الرجال ـ قيل هو المخنث الذي لا يشتهي النساء ، وقيل هو المجبوب الذي جف ماؤه وقيل المراد به الأبله الذي لا يدري ما يصنع بالنساء ، وإنما همه بطنه إذا كان شيخا كبيرا ماتت شهوته والأصح أن نقول إن قوله تعالى ـ أو التابعين ـ من المتشابهات وقوله تعالى ـ قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ـ محكم فنأخذ به عناية (قوله كالفحل) لأن الخصي قد يجامع ، وقيل هو أشد جماعا لأنه لا ينزل دفقا بل قطرة فقطرة ، ويثبت نسب ولده منه والمجبوب يسحق وينزل والمخنث فحل فاسق قهستاني مزيداً (قوله وجاز عزله) هو أن يجامع ، فإذا جاء وقت الإنزال نزع فأنزل خارج الفرج (قوله أي بإذن حرة أو مولى أمة) ظاهر المتن أن الإذن للأمة المنكوحة لأن العرس يشملها لكن حاول الشارح لما في غاية البيان أن الإذن لمولاها في قولهم جميعا بلا خلاف في ظاهر الرواية كذا في الجامع الصغير ، وعنهما أنه لها اهـ ، ثم هذا

وقيل يجوز بدونه لفساد الزمان ذكره ابن سلطان .

باب الاستبراء وغيره

(من) ملك استمتاع (أمة) بنوع من أنواع الملك كشراء وإرث سبي ودفع جناية وفسخ بيع بعد القبض ونحوها وقيدت بالاستمتاع ليخرج شراء الزوجة كما سيجيء

في البالغة ، أما الصغيرة فله العزل عنها بلا إذن كما مر في نكاح الرقيق (قوله وقيل يجوز الخ) قال في المنية : ظاهر جواب الكتاب أنه لا يسعه ، وذكر هنا يسعه كذا في الكبرى وله منع امرأته من العزل كذا في الوجيز للكردري اهـ ط .

وفي الذخيرة اقتصر على ما ذكره الشارح ، وهو الذي مشى عليه في نكاح الرقيق تبعا للخانية وغيرها ، وقدمنا هناك عن النهر بحثا أن لها سد فم رحمها كما تفعله النساء مخالفا لما بحثه في البحر من أنه يحرم بغير إذن الزوج ، لكن يخالف ما في الكبرى إلا أن يحمل على عدم خوف الفساد تأمل . وفي الذخيرة : لو أرادت إلقاء الماء بعد وصوله إلى الرحم قالوا إن مضت مدة ينفخ فيه الروح لا يباح لها وقبله اختلف المشايخ فيه والنفخ مقدر بمائة وعشرين يوما بالحديث اهـ قال في الخانية : ولا أقول به لضمان المحرم بيض الصيد لأنه أصل الصيد، فلا أقل من أن يلحقها إثم وهذا لو بلا عذر اهـ ويأتي تمامه قبيل إحياء الموات والله تعالى أعلم .

باب الاستبراء وغيره

يقال استبرأ الجارية أي طلب براءة رحمها من الحمل وهو واجب لو أنكره كفر عند بعضهم للإجماع على وجوبه كما أنكره المعروفين من الصحابة وعامة العلماء أنه لا يكفر لثبوته بخبر الواحد كما في النظم ، وسببه : حدوث الملك وعلته : إرادة الوطء وشرطه : حقيقة الشغل كما في الحامل أو توهمه كما في الحائل وحكمه : تعرف براءة الرحم وحكمته : صيانة المياه المحترمة ، لكنها لا تصلح موجبة للحكم لتأخرها عنه بخلاف السبب لسبقه فأدير الحكم عليه وإن علم عدم الوطء في بعض الصور الآتية اهـ در منتقى والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام في سبايا أوطاس « ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة » أخرجه أبو داود والحاكم وقال حسن صحيح وهو عام ، إذ لا تخلو السبايا من البكر ونحوها فلم يختص بالحكمة لعدم اطرادها والحبالى جمع حبلى والحيالى جمع حائل من لاحمل لها وقوله « حتى يستبرأن » بالهمز لا غير وتركها خطأ كما في المغرب ، ثم الاستبراء منه ما هو مستحب كما سنذكره (قوله وغيره) من التقبيل والمعانقة والمصافحة (قوله من ملك استمتاع أمة) أي الانتفاع بها وطأ وغيره أي ملكا حادثا احترازا عن عود الآبقة ونحوه مما يأتي ، والمراد ملك اليمين فلو تزوج أمة وكان المولى يطؤها ، ففي الذخيرة ليس على الزوج أن يستبرئها عند الإمام ، وقال أبو يوسف : يستبرئها استحسانا كي لا يؤدي إلى اجتماع رجلين على امرأة في طهر واحد ، ولأبي حنيفة أن عقد النكاح متى صح تضمن العلم ببراءة الرحم شرعا وهو المقصود من الاستبراء اهـ :

بقي الكلام في مولاها قال في الذخيرة : إذا أراد بيعها وكان يطؤها يستحب أن يستبرئها ثم يبيعها ، وإذا أراد أن يزوجها ، وكان يطؤها بعضهم قالوا يستحب أن يستبرئها والصحيح أنه هنا يجب وإليه مال السرخسي ، والفرق أنه في البيع يجب على المشتري ، فيحصل المقصود فلا معنى لإيجابه على البائع ، وفي المنتقى عن أبي حنيفة أكره أن يبيع من كان يطؤها حتى يستبرئها اهـ (قوله ونحوها) كهبة ورجوع عنها وصدقة ووصية ، وبدل خلع

(ولو بكرا أو مشرية من عبد أو امرأة) ولو عبده كمكاتبه ومأذونه لو مستغرقا بالدين وإلا لا استبراء (أو) من (محرمها) غير رحمها كي لا تعتق عليه (أو من مال صبي) ولوطفله (حرم عليه وطؤها و) كذا (دواعيه) في الأصح لاحتمال وقوعها في غير ملكه بظهورها حبلى (حتى يستبرئها بحيضة فيمن تحيض وبشهر في ذات أشهر) وهي صغيرة وآيسة ومنقطعة حيض ولو حاضت فيه بطل الاستبراء بالأيام ولو ارتفع حيضها بأن صارت ممتدة الطهر وهي ممن تحيض استبرأها بشهرين وخمسة أيام عند محمد وبه يفتى والمستحاضة يدعها من أول الشهر عشرة أيام برجندى وغيره فليحفظ (ويوضع الحمل في الحامل ولا يعتد بحيضة ملكها فيها ولا التي) بعد الملك (قبل قبضها

أو صلح أو كتابة أو عتق أو إجارة (قوله ولو بكرا الخ) لما مر من إدارة الحكم على السبب، وهو حدوث الملك لسبقه قال القهستاني، وعن أبي يوسف إذا تيقن بفراغ رحمها من ماء البائع لم يستبرئ (قوله لو مستغرقا بالدين) أي استغرق الدين رقبته وما في يده وهذا عند أبي حنيفة لأن المولى حينئذ لا يملك مكاسبه، وعندهما يملك إتقاني والأول استحسان والثاني قياس خانية (قوله وإلا) أي وإن لم يكن مستغرقا أو لا دين عليه أصلا لا استبراء، وهذا إذا حاضت عند العبد، وأما لو باعها لمولاه قبل حيضها كان على المولى استبراؤها، وإن لم يكن المأذون مديونا كما في الشرنبلالية عن الخانية وأشار إليه في متن الدرر (قوله أو من محرمها غير رحمها) أي محرم الأمة كما لو كانت أم البائع أو أخته أو بنته رضاعا أو زوجة أصله أو فرعه أو وطئ أمها أو بنتها (قوله كي لا تعتق عليه) أي على البائع المحرم لو كان رحما فهو تعليل لتقييده بقوله غير رحمها (قوله وكذا دواعيه) كالقبلة والمعانقة والنظر إلى فرجها بشهوة أو غيرها، وعن محمد لا تحرم الدواعي في المسبية قهستاني (قوله في الأصح) قيد للدواعي ولذا فصله بكذا احترازا عن قول بعضهم لا تحرم الدواعي لأن حرمة الوطء لئلا تختلط المياه ويشتبه النسب (قوله لاحتمال وقوعها الخ) أي الدواعي تعليل للأصح وبيانه أنه يحتمل أن تظهر حبلى فيدعي البائع الولد فيظهر وقوعها في غير ملكه، لكن هذا لا يظهر في المسبية كما قال ط (قوله حتى يستبرئها) فلو وطئها قبله أثم ولا استبراء بعد ذلك عليه كما في السراجية والمبتغى شرنبلالية (قوله ومنقطعة حيض) كذا في المنح والدرر واعترضه في الشرنبلالية بأنه إن أراد به الآيسة، فهو عين ما قبله، وإن أراد ممتدة الطهر ناقضه ما بعده من قوله ولو ارتفع حيضها الخ.

وفي الدر المنتقى: اعلم أن منقطعة الحيض هي التي بلغت بالسن، ولم تحض قط، وهذه حكمها كصغيرة اتفاقا وأما مرتفعة الحيض، فهي من حاضت ولو مرة ثم ارتفع حيضها وامتد طهرها، ولذا تسمى ممتدة الطهر وفيها الخلاف، وقد خفي هذا على الشرنبلالي محشي الدرر فتبصر (قوله عند محمد) هذا ما رجع إليه وكان أولا يقول بأربعة أشهر وعشر وظاهر الرواية أنها تترك إلى أن يتبين أنها ليست بحامل: واختلف المشايخ في مدة التبيين على أقوال أحوطها: سنتان وأرفقها هذا، لأنها مدة صلحت لتعرف براءة الرحم للأمة في النكاح ففي ملك اليمين وهو دونه أولى (قوله وبه يفتى) نقله في الشرنبلالية عن الكافي (قوله والمستحاضة يدعها الخ) هذا إنما يظهر فيمن علمت عادتها أول الشهر وحينئذ لا يتعين كون مدة الحيض عشرا، ويظهر أيضا فيمن نزل عليها الدم أول البلوغ ثم استمر بها الدم فإن حيضها عشرة وطهرها عشرون، ويظهر حمل كلامه عليها ولا يظهر في المحيرة فليحرر وعبارة القهستاني عن المحيط، فلو اشترى مستحاضة لا يعلم حيضها يدعها من أول الشهر عشرة أيام فقيد بعدم العلم ط وفي الذخيرة مثل ما في القهستاني (قوله في الحامل) ولو من زنا قهستاني (قوله قبل قبضها) أي من البائع أو وكيله ولو وضعت المشتراة في يد عدل، حتى ينقد الثمن فحاضت عنده لم تحتسب منه كما في الخزانة

ولا بولادة حصلت كذلك) أى بعد ملكها قبل قبضها (كما لا يعتد بالحاصل من ذلك) أى من حيضة ونحوها بعد البيع (قبل إجازة بيع فضولى وإن كانت فى يد المشترى ولا) يعتد أيضا (بالحاصل بعد القبض فى الشراء الفاسد قبل أن يشتريها) شراء (صحيحا) لانتفاء الملك (ويجب بشراء نصيب شريكه) من أمة مشتركة بينهما لتمام ملكه الآن (ويجتزى بحيضة حاضتها وهى مجوسية أو مكاتبة بأن) اشترى أمة مجوسية أو مسلمة و(كاتبها بعد الشراء) قبل الاستبراء فحاضت (ثم أسلمت المجوسية أو عجزت المكاتبة لوجودها بعد الملك) ولا يجب عند عود الآبقة أى فى دار الإسلام خانية (ورد المغصوبة) أى إذا لم يصبها الغاصب خانية (والمستأجرة وفك المرهونة) لعدم استحداث الملك ولو أقال البيع قبل القبض لا استبراء على البائع كما لو باعها بخيار وقبضت ثم أبطله بخياره لعدم خروجها عن ملكه وكذا لو باع مدبرته أو أم ولده وقبضت إن لم يطأها المشترى وكذا لو طلقها الزوج قبل الدخول

قهستانى (قوله ولا بولادة الخ) فتستبرأ بعد النفاس خلافا لأبى يوسف قهستانى (قوله ونحوها) كفى شهر وولادة ط (قوله قبل إجازة بيع فضولى) شمل ما لو كانت مشتركة فباعها أحدهما بلا إذن الآخر كما فى الولوالجية (قوله لانتفاء الملك) أى الكامل المستند إلى عقد صحيح ، وإلا فالشراء الفاسد يفيد الملك بالقبض كما علم فى محله اهـ خ ومثله فى السعدية ، ولذا يجب الاستبراء على البائع فى الرد بعد القبض بفساد أو عيب كما فى البزازية وقيد الرد فى الولوالجية بالقضاء (قوله ويجتزى بحيضة) أى ونحوها (قوله حاضتها) أى بعد القبض هداية (قوله أو مكاتبة) سيأتى قريبا فى الحيل أنه إذا كاتبها المشترى يسقط الاستبراء فما معنى الاجتزاء هنا ، ثم رأيت ط استشكله كذلك وسنذكر التوفيق بعون الله تعالى (قوله لوجودها) أى الحيضة بعد الملك وهو علة للاجتزاء أى لوجودها بعد وجود سبب الاستبراء ، وحرمة الوطء لا تمنع من الاجتزاء بها عن الاستبراء كمن اشترى جارية محرمة فحاضت فى حال إحرامها إتقانى (قوله أى فى دار الإسلام) أى ولم يحرزها أهل الحرب إلى دارهم فإن أحرزوها ملكوها فإذا عادت إلى صاحبها بوجه من الوجوه فعليه الاستبراء فى قولهم جميعا ، ولو أبقت فى دار الحرب، ثم عادت لا يجب فى قول الإمام لأنهم لم يملكوها ، وعندهما يجب لأنهم ملكوها أفاده الإتقانى وغيره (قوله أى إذا لم يصبها الغاصب) فى بعض النسخ : إذا لم يبعها ، وهى الصواب موافقا لما فى الشرنبلالية وفيها فإن باعها وسلم للمشترى ثم استردها المغصوب منه بقضاء أو رضا ، فإن كان المشترى علم بالغصب لا يجب الاستبراء على المالك وطئها المشترى من الغاصب ، أو لم يطأ ، وإن لم يعلم المشترى وقت الشراء أنها غصب إن لم يطأ لا يجب الاستبراء وإن وطئها فالقياس لا يجب وفى الاستحسان يجب كذا فى قاضيخان اهـ وبه علم أنه إذا وطئها الغاصب لا استبراء كما إذا وطئها المشترى منه العالم به لأنه زنا (قوله قبل القبض) أى قبض المشترى فلو بعده يلزم الاستبراء ولو تقايلا فى المجلس وعن أبى يوسف إذا تقايلا قبل الافتراق لا يجب ظهيرية (قوله كما لو باعها بخيار) أى خيار شرط للبائع كما أشار إليه بقوله ثم أبطله بخياره فإن كان للمشترى وفسخ قبل القبض فكذلك إجماعا ، وإن فسخ بعده فكذلك عنده ، وقالا على البائع الاستبراء ، لأن خيار المشترى لا يمنع وقوع الملك له عندهما وعنده يمنع ، وأما إن رد المشترى بخيار عيب أو رؤية وجب على البائع الاستبراء لعدم منع ذلك وقوع الملك للمشترى أفاده الإتقانى (قوله وقبضت) وكذا بدون القبض بالأولى (قوله وكذا الخ) أى لا استبراء على البائع بعد الاسترداد لعدم صحة البيع ولو بعد القبض (قوله إن لم يطأها المشترى) فإن وطئها يستبرئها زيلعى ونهاية .

قال ط : وفيه أن بيع المدبرة وأم الولد باطل لا يملك المبيع فيه بالقبض فوطء المشترى حينئذ زنا لا استبراء

إن كان زوجها بعد الأستبراء وإن قبله فالمختار وجوبه زيلعي .

قلت : وفى الجلالية شرى معتدة الغير وقبضها ثم مضت عدتها لم يستبرئها لعدم حل وطئها للبائع وقت وجود السبب :

(ولا بأس بحيلة إسقاط الاستبراء إذا علم أن البائع لم يقربها فى طهرها ذلك وإلا لا) يفعلها به يفتى (وهى إذا لم تكن تحته حرة) أو أربع إماء (أن ينكحها) ويقبضها (ثم يشتريها) فتحل له للحال لأنه بالنكاح لا يجب

له فليحرر اه فينبغى أن يكون كوطء المشترى من الغاصب كما مر ، ولعل الفرق شبهة الخلاف ، فإن بيع المدبرة يجوز عند الشافعى وفى بيع أم الولد رواية عن أحمد فلما جاز البيع عند بعض الأئمة لم يكن وطء المشترى زنا فلذا وجب الاستبراء على البائع إذا استردها بخلاف مسألة الغصب هذا ماظهر لى (قوله إن كان زوجها بعد الاستبراء) أى بأن كان مالكها فاستبرأها ثم زوجها (قوله وإن قبله) وإن كان زوجها قبل الاستبراء بعد القبض فطلقها الزوج قبل الدخول ، فالمختار وجوب الاستبراء على المالك بقى ما لو حاضت بعد التزوج هل يجتزأ بها الظاهر ، نعم كما لو شراها فكاتبها فحاضت فعجزت كما مر فتدبر (قوله للبائع) صوابه للمشترى لوجوب الاستبراء فى المشتراة من محرمها أفاده أبو السعود . وفى الذخيرة : اشترى أمة وقبضها وعليها عدة طلاق أو وفاة يوما أو أكثر أو أقل ، فليس عليه استبراء بعد العدة ، لأنه لم يجب حالة القبض كما لو كانت مشغولة بالنكاح لأنه لا يستفيد ملك الوطء اه فقوله : لا يستفيد أى المشترى ، وظاهره أنه لا يجب استبراؤها ولو مضت عدتها بعد الشراء بلحظة ، ويشكل بالمجوسية فإنه لا يحل له وطؤها عند البيع أو القبض مع أنه يجب استبراؤها إذا أسلمت قبل أن تحيض عند المشترى ، وقد يفرق بأنه بشراء المجوسية استفاد ملك الوطء ، لكنه حرم لمانع كالحائض والمحرمة بخلاف معتدة الغير ، لأنه لم يستفده أصلا كما هو المتبادر مما مر ، وكذا لو ولدت ثبت نسبه من زوجها لا من المشترى تأمل (قوله ولا بأس الخ) اعلم أن أبا يوسف قال : لا بأس بها مطلقا لأنه يمتنع من التزام حكمها خوفا من أن لا يتمكن من الوفاء به لو لزمه ، وكرهه محمد مطلقا لأنه فرار من الأحكام الشرعية ، وليس هذا من أخلاق المؤمنين والمأخوذ به قول أبى يوسف إن علم أن البائع لم يقربها وقول محمد إذا قربها لقوله عليه الصلاة والسلام « لا يحل لرجلين يؤمنان بالله واليوم الآخر أن يجتمعا على امرأة واحدة فى طهر واحد » فإذا لم يقربها البائع فى هذا الطهر لم يتحقق هذا النهى . قال أبو السعود : فإذا لم يعلم شيئا فالظاهر الإفتاء بقول محمد لتوهم الشغل ورأيت فى حاشية العلامة نوح أفندى ما يفيده اه (قوله فى طهرها ذلك) فلو وطئ فى الحيض لم تكره الحيلة قهستانى (قوله أو أربع إماء) أى بعقد النكاح فلو قال المصنف كابن الكمال إن لم يكن تحته من يمنع نكاحها لكان أولى (قوله أن ينكحها) بفتح الياء وكسر الكاف ، أو فتحها مضارع نكح المجرد : أى يتزوجها بخلاف ينكحها الآتى فإنه بضم الياء وكسر الكاف من المزيد (قوله ويقبضها) اشتراط القبض قبل الشراء قول الحلوانى وبه استدرك الزيلعى على صاحب الهداية وقال ابن الكمال : ذكر هذا القيد فى الخانية ، ولا بد منه كى لا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح اه وما فى الهداية قول السرخسى ، وهو ظاهر الملتقى والمواهب والوقاية :

قال القهستانى : وبما ذكرنا أى من قوله لأنه بالنكاح ثبت له الفراش الدال شرعا على فراغ الرحم ولم يحدث بالبيع إلا ملك الرقبة ظهر أن المختار عند المصنف قول السرخسى الذى هو الإمام فلا عليه بترك قول الحلوانى

ثم إذا اشترى زوجته لايجب أيضا ونقل فى الدرر عن ظهير الدين اشتراط وطئه قبل الشراء وذكر وجهه (وإن تحته حرة) فالحيلة (أن ينكحها البائع) أى يزوجها ممن يثق به كما سيجىء (قبل الشراء أو) أن ينكحها (المشترى قبل قبضه لما فلو بعده لم يسقط (من موثوق به) ليس تحته حرة (أو يزوجها بشرط أن يكون أمرها بيدها) أو بيده يطلقها متى شاء إن خاف أن لايطلقها (ثم يشترى) الأمة (ويقبض أو يقبض فيطلق الزوج) قبل الدخول بعد قبض المشترى فيسقط الاستبراء وقيل المسألة التى أخذ أبو يوسف عليها مائة ألف درهم أن زبيدة حلفت الرشيد أن لايشترى عليها جارية ولا يستوهبها فقال يشترى نصفها ويوهب له نصفها ملتقط (أو يكاتبها) المشترى (بعد الشراء) والقبض

ملام اه (قوله ثم إذا اشترى زوجته لايجب أيضا) أى لايجب الاستبراء لما مر ، ويبطل النكاح ويسقط عنه جميع المهر إتقانى (قوله ونقل فى الدرر) حيث قال وفى الفتاوى الصغرى قال ظهير الدين : رأيت فى كتاب الاستبراء لبعض المشايخ أنه إنما يحل للمشترى وطؤها فى هذه الصورة لوتزوجها ووطئها ، ثم اشتراها لأنه حينئذ يملكها ، وهى فى عدته أما إذا اشتراها قبل أن يطأها فكما اشتراها بطل النكاح ، ولا نكاح حال ثبوت الملك فيجب الاستبراء لتحقق سببه ، وهو استحداث حل الوطء بملك اليمين وقال : هذا لم يذكر فى الكتاب وهذا دقيق حسن إلى هنا لفظ الفتاوى الصغرى اه كلام الدرر ، وفيه أن المناط استحداث الملك واليد ولم يوجد الثانى هنا تأمل اه ح أى لأنه لم يحدث بالبيع إلا ملك الرقبة وحل الوطء الثابت قبله دل على فراغ الرحم شرعا كما قدمناه عن القهستانى :

ولذا والله أعلم : قال فى الذخيرة بعد نقله كلام ظهير الدين لكن عندى فيه شبهة اه قال ط نقلا عن الحموى قال العلامة المقدسى : تلخص أن الأقوال ثلاثة : قول باشتراط تقدم القبض والدخول ، وقول باشتراط القبض فقط وقول : بالإطلاق والاكتفاء بالعقد وهذا أوسع والثانى أعدل بخلاف الأول فليتأمل اه (قوله ممن يثق به) أى يثق به أن يطلقها متى أراد (قوله كما سيجىء) أى بعد سطر وهو مستغنى به عما ذكره هنا (قوله فلو بعده لم يسقط) أى على المختار كما قدمه عن الزيلعى ، لأنها عند القبض بحكم الشراء كانت حلالا له فوجب الاستبراء لوجود سببه (قوله أو يزوجها) أى البائع قبل الشراء أو المشترى قبل قبضه اه ح (قوله ثم يشترى ويقبض) راجع لما إذا زوجها البائع ، وقوله : أو يقبض راجع لما إذا زوجها المشترى فهو معطوف على يشترى اه ح (قوله فيطلق الزوج الخ) ويلزمه لمولى الجارية نصف المهر وله أن يبرئه من ذلك إتقانى (قوله بعد قبض المشترى) أما لو طلقها قبله فعليه الاستبراء كما فى الأصل ، وفى كتاب الحيل لا استبراء عليه اعتباراً بوقت الشراء فإنها مشغولة بحق الغير وعلى رواية الأصل اعتبر وقت القبض وهو الصحيح ذخيرة (قوله فيسقط الاستبراء) لأن عند وجود السبب ، وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض إذا لم يكن فرجها حلالا له لايجب الاستبراء وإن حل بعد ذلك ، لأن المعتبر أوان وجود السبب كما إذا كانت معتدة الغير هداية ، واستشكله المقدسى بالمجوسية .

أقول : المراد بالحل استفادة ملك الوطء بالشراء وبه يندفع الإشكال كما قررناه سابقا تأمل (قوله وقيل الخ) هذا من رموز الشارح الخفية رحمه الله تعالى فإنه لا مدخل لهذه القصة فى حيل الاستبراء ، لكن أشار به إلى ماله مدخل وهو مقابل هذا القول .

وما حكاه ابن الشحنة بما حاصله : أن الرشيد أحضر أبا يوسف ليلا وعنده عيسى بن جعفر فقال : طلبت من هذا جاريته فأخبر أنه حلف أن لايبيعها ولا يهبها فقال أبو يوسف : بعه النصف وهبه النصف ففعل فأراد الرشيد سقوط الاستبراء فقال : أعتقها وأزوجكها ففعل ، وأمر له بمائة ألف درهم وعشرين دست ثياب (قوله يشترى نصفها الخ) فصدق أنه لم يشتر جارية أى كاملة ولم توهب له كذلك ، وهذا يفيد أن السين والتاء فى يستوهب

كما يفيده إطلاقهم وعليه فيطلب الفرق بين الكتابة والنكاح بعد القبض ، وقد نقله المصنف عن شيخه بحثا كما سنذكره لكن فى الشرنبلالية عن المواهب التصريح بتقييد الكتابة بكونها قبل القبض فليحرر .

قلت : ثم وقفت على البرهان شرح مواهب الرحمن فلم أر القيد المذكور فتدبر (ثم ينفسخ برضاها فيجوز له الوطء بلا استبراء) لزوال ملكه بالكتابة ثم يجدده بالتعجيز لكن لم يحدث ملك حقيقة فلم يوجب سبب الاستبراء وهذه أسهل الحيل تاترخانية (له أمتان) لايجتمعان نكاحا (أختان) أم لا (قبلهما) فلو قبل أو وطىء إحداهما

زائد تان ، وإلا لو كانتا للطلب، وهب له أمة كاملة من غير طلب لم يحنث فليتأمل ، ويجب الاستبراء لاستحداث الملك واليد اه ط (قوله كما يفيده إطلاقهم) أقول إنما يستفاد ذلك من الإطلاق لو لم يعارضه ما هو أقوى منه وهو ما صرح به فى الهداية من أنه يجتزأ بحيضة حاضتها بعد القبض ، وهى مجوسية أو مكاتبة بأن كاتبها بعد الشراء ثم أسلمت المجوسية وعجزت المكاتبة لوجودها بعدالسبب ، وهواستحداث الملك واليد اه فهو صريح فى وجوب الاستبراء إذا كاتبها بعد القبض ، ووجهه ظاهر فيحمل ما هنا على ما قبل القبض موافقة لمقتضى القواعد وتوفيقا بين الكلامين (قوله والنكاح) الأولى الإنكاح اه ح (قوله كما سنذكره) فى قوله لزوال ملكه بالكتابة الخ ، وعبارة المصنف عن شيخه ، ولعل وجهه أنه بالكتابة خرجت عن يد السيد حيث صارت حرة يدا وصارت أحق بأكسابها فصار كأن الملك قد زال بالكتابة . ثم تجدد بالتعجيز ولكن لم يحدث فيه ملك الرقبة حقيقة ، فلم يوجد السبب الموجب للاستبراء ويرشحه قول النهاية إن الأمة إذا لم تخرج عن ملك المولى ولكنها خرجت من يده ثم عادت إليه لا يجب الاستبراء اه ملخصا .

أقول : لو صح هذا الفرق بطل كلام الهداية السابق الذى أقره الشراح، وكيف وقد وجد السبب الموجب للاستبراء ، وهو استحداث الملك ، وباليد بعد القبض وبالكتابة زالت اليد فقط الموجبة لحل الوطء ، وبقى ملك الرقبة فهو مثل ما إذا زوجها بعد القبض ، وليس فى كلام النهاية ما يفيد ذلك ، بل قد يدعى أنه دليل على خلاف مدعاه ، لأنه يدل على أن زوال اليد غير معتبر أصلا ولذا قال فى النهاية بعد كلامه السابق ، ومن نظائر ذلك ما إذا كاتب أمته ، ثم عجزت أو باعها على أنه بالخيار ، ثم أبطل البيع لايلزمه الاستبراء فقد فرض كلامه فى أمة ثابتة فى ملكه ويده إذا كاتبها أو باعها ، ثم ردت إلى يده لايلزمه الاستبراء فانظر بعين الإنصاف هل يفيد محل النزاع ، وهو أنه إذا اشتراها وقبضها فكاتبها سقط عنه الاستبراء كيف ، ولو أفاد ذلك لأفاد أن البيع بالخيار كالكتابة ولم يقل به أحد فيما أعلم (قوله لكن فى الشرنبلالية الخ) حيث قال وهى أن يكاتبها المشترى ثم يقبضها فيفسخ برضاها كذا فى المواهب وغيرها ، وهى أسهل الحيل خصوصا إذا كانت على مال كثير أو منجم بقريب فتعجز نفسها اه (قوله قلت الخ) قد يقال إن الشرنبلالى قال كذا فى المواهب وغيرها فعبارته مجموعة من جملة كتب فإن كان صاحب المواهب لم يصرح بالقيد يمكن أن غيره صرح به اه ط .

أقول : بل لو لم يصرح به أحد فالمعنى عليه كما علمت (قوله لزوال ملكه) أى تقديرا لأن الزائل حقيقة هو اليد (قوله لايجتمعان نكاحا) أشار به إلى أن المراد ذلك فذكر الأختين تمثيل لا تقييد لكن صار فى ارتفاع أختان بالألف ركاكة تأمل قال ط : وظاهره يشمل الأم وبنتها وعليه نص القهستانى مع أنه إذا قبلهما بشهوة وجبت حرمة المصاهرة فيحرمان عليه جميعا .

[فرع] لو تزوج أمة ولم يطأها فشرى أختها ليس له أن يستمتع بالمشتراة لأن الفراش ثبت بالنكاح فلو وطئها صار جامعا فى الفراشية إتقانى (قوله قبلهما) لم يذكر المصنف الوطء لأن كتاب النكاح أغنانا عنه قهستانى

يحل له وطؤها وتقبيلها دون الأخرى (بشهوة) الشهوة فى القبلة لاتعتبر بل فى المس والنظر ابن كمال (حرمتا عليه وكذلك) يحرم عليه (الدواعى كالنظر والتقبيل حتى يحرم فرج إحداهما) عليه ولو بغير فعله كاستيلاء كفار عليها ابن كمال (بملك) ولو لبعضها بأى سبب كان (أو نكاح) صحيح لافاسد إلا بالدخول(أو عتق) ولو لبعضها أو كتابة لأنها تحرم فرجها ، بخلاف تدبير ورهن وإجارة ؛

قلت : والمستحب أن لا يمسها حتى تمضى حيضة على المحرمة كما بسطته في شرح الملتقى ؛

(وكره) تحريماً قهستاني (تقبيل الرجل) فم الرجل أو يده أو شيئا منه وكذا تقبيل المرأة المرأة عند لقاء أو وداع قنية وهذا لو عن شهوة ، وأما على وجه البر فجائز عند الكل خانية ، وفى الاختيار عن بعضهم لابأس به إذا قصد البر وأمن الشهوة كتقبيل وجه فقيه ونحوه (و) كذا (معانقته فى إزار واحد) وقال أبو يوسف لابأس

(قوله يحل له وطؤها الخ) لأنه يصير جامعا بوطء الأخرى لابوطء الموطوأة هداية (قوله الشهوة فى القبلة لاتعتبر) مخالف لما فى الكنز والهداية وقال فى النهاية قيد بقوله : بشهوة لأن تقبيلهما إذا لم تكن عن شهوة صار كأنه لم يقبلهما أصلا اه ومثله فى العناية لكن فى فصل المحرمات من فتح القدير إذا أقر بالتقبيل ، وأنكر الشهوة اختلف فيه قيل لا يصدق ولا يقبل إلا أن يظهر خلافه وقيل يقبل وقيل بالتفصيل بين كونه على الرأس والجبهة فيصدق أو على الفم فلا والأرجح هذا اه واستظهر إلحاق الخدين بالفم ؛

قلت : فقد حصل التوفيق والله الموفق (قوله حتى يحرم) بفتح حرف المضارعة من المجرد لا من التحريم وفرج بالرفع فاعل ليشمل ما بغير فعله (قوله بملك) أراد به ملك اليمين وقوله بأى سبب كان تعميم له قال الاتقانى كالشراء والوصية والميراث والخلع والكتابة والهبة والصدقة تأمل (قوله إلا بالدخول) لأنه تجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح فى التحريم هداية .

[تنبيه] لو ارتفع المحرم فالظاهر عود الحرمة ثم رأيت فى النهاية عن المبسوط لو زوج إحداهما له وطء الباقية فإن طلقها الزوج وانقضت عدتها لم يطأ واحدة منهما حتى يزوج إحداهما أو يبيع ، لأن حق الزوج سقط عنها بالطلاق ولم يبق أثره بعد انقضاء العدة فعاد الحكم الذى كان قبل التزويج اه (قوله كما بسطته فى شرح الملتقى) نصه لكن المستحب أن لا يمسها حتى تمضى حيضة على المحرمة بالإخراج عن الملك ؛

قلت : وهذا أحد أنواع الاستبراء المستحب ومنها : إذا رأى امرأته أو أمته تزنى ، ولم تحبل فلو حبلت لم يطأ حتى تضع الحمل ، ومنها : إذا زنى بأخت امرأته أو بعمتها أو بخالتها أو بنت أخيها أو أختها بلا شبهة فإن الأفضل أن لا يطأ امرأته حتى تستبرأ المزنية فلو زنى بها بشبهة وجب عليه العدة فلا يطأ امرأته ، حتى تنقضى عدة المزنية ، ومنها : إذا رأى امرأة تزنى ثم تزوجها فإن الأفضل أن يستبرىء ، وهذا عندهما وأما عند محمد فلا يطأ إلا بعد الاستبراء وكذا الجواب فيمن تزوج أمة الغير أو مدبرته أو أم ولده قبل العتق وكذا لمولاها كما فى القهستانى عن النظم فليلحظ اه (قوله وأما على وجه البر فجائز عند الكل) قال الإمام العينى بعد كلام فعلم إباحة تقبيل اليد والرجل والرأس والكشح كما علم من الأحاديث المتقدمة إباحتها على الجبهة ، وبين العينين وعلى الشفتين على وجه المبرة والإكرام اه ويأتى قريبا تمام الكلام على التقبيل والقيام (قوله وكذا معانقته) قال فى الهداية ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل أويده أو شيئا منه أو يعانقه وذكر الطحاوى أن هذا قول أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روى « أنه عليه الصلاة والسلام عانق جعفرا حين قدم من الحبشة وقبله بين عينيه » ولهما ما روى « أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المكامعة ؟ » وهى المعانقة ، وعن المكاعمة ، وهى التقبيل ،

بالتقبيل والمعانقة فى إزار واحد (ولو كان عليه قميص أو جبة جاز) بلا كراهة بالإجماع وصححه فى الهداية وعليه المتون وفى الحقائق لو القبلة على وجه المبرة دون الشهوة جاز بالإجماع (كالمصافحة) أى كما تجوز المصافحة لأنها سنة قديمة متواترة لقوله عليه الصلاة والسلام «من صافح أخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه» وإطلاق المصنف تبعا للدرر والكنز والوقاية والنقاية والمجمع والملتقى وغيرها يفيد جوازها مطلقا ولو بعد العصر وقولهم إنه بدعة أى مباحة حسنة كما أفاده النووى فى أذكاره وغيره فى غيره وعليه يحمل مانقله عنه شارح المجمع من أنها بعد الفجر والعصر ليس بشىء توفيقا فتأمله . وفى القنية : السنة فى المصافحة بكلتا يديه وتمامه فيما علقته على الملتقى :

وما رواه محمول على ما قبل التحريم ، قالوا الخلاف فى المعانقة فى إزار واحد أما إذا كان عليه قميص أو جبة لابأس به بالإجماع وهو الصحيح اه وفى العناية : ووفق الشيخ أبو منصور بين الأحاديث فقال : المكروه من المعانقة ماكان على وجه الشهوة ، وعبر عنه المصنف بقوله : فى إزار واحد فإنه سبب يفضى إليها فأما على وجه البر والكرامة إذا كان عليه قميص واحد فلا بأس به اه وبه ظهر أن قوله لو عن شهوة فى قول المصنف فى إزار واحد أى ساتر لما بين السرة والركبة مع كشف الباقى ، وأن ماقبله عن أبى يوسف موافق لما فى الهداية فافهم (قوله ولو كان عليه) أى على كل واحد منهما كما فى شرح المجمع (قوله وفى الحقائق الخ) يغنى عنه ما قدمناه قريبا عن الخانية ط (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام الخ) كذا فى الهداية وفى شرحها للعينى قال النبى صلى الله عليه وسلم «إن المؤمن إذا لقى المؤمن فسلم عليه وأخذ بيده فصافحه تناثرت خطاياهما كما يتناثر ورق الشجر» رواه الطبرانى والبيهقى (قوله كما أفاده النووى فى أذكاره) حيث قال اعلم أن المصافحة مستحبة عند كل لقاء ، وأما ما اعتاده الناس من المصافحة بعد صلاة الصبح والعصر ، فلا أصل له فى الشرع على هذا الوجه ولكن لابأس به فإن أصل المصافحة سنة وكونهم حافظوا عليها فى بعض الأحوال ، وفرطوا فى كثير من الأحوال أو أكثرها لا يخرج ذلك البعض عن كونه من المصافحة التى ورد الشرع بأصلها اه قال الشيخ أبو الحسن البكرى : وتقييده بما بعد الصبح والعصر على عادة كانت فى زمنه ، وإلا فعقب الصلوات كلها كذلك كذا فى رسالة الشرنبلالى فى المصافحة ، ونقل مثله عن الشمس الحانوتى ، وأنه أفتى به مستدلا بعموم النصوص الواردة فى مشروعيتها وهو الموافق لما ذكره الشارح من إطلاق المتون ، لكن قد يقال إن المواظبة عليها بعد الصلوات خاصة قد يؤدى الجهلة إلى اعتقاد سنيتها فى خصوص هذه المواضع وأن لها خصوصية زائدة على غيرها مع أن ظاهر كلامهم أنه لم يفعلها أحد من السلف فى هذه المواضع ، وكذا قالوا بسنية قراءة السور الثلاثة فى الوتر مع الترك أحيانا لئلا يعتقد وجوبها ونقل فى تبيين المحارم عن الملتقط أنه تكره المصافحة بعد أداء الصلاة بكل حال ، لأن الصحابة رضى الله تعالى عنهم ما صافحوا بعد أداء الصلاة ، ولأنها من سنن الروافض اه ثم نقل عن ابن حجر عن الشافعية أنها بدعة مكروهة لا أصل لها فى الشرع ، وأنه ينبه فاعلها أولا ويعذر ثانيا ثم قال : وقال ابن الحاج من المالكية فى المدخل إنها من البدع ، وموضع المصافحة فى الشرع ، إنما هو عند لقاء المسلم لأخيه لا فى أدبار الصلوات فحيث وضعها الشرع يضعها فينهى عن ذلك ويزجر فاعله لما أتى به من خلاف السنة اه ثم أطال فى ذلك فراجعه (قوله وغيره فى غيره) الضمير الأول للنووى والثانى لكتاب الأذكار (قوله وعليه يحمل ما نقله عنه) أى عن النووى فى شرحه على صحيح مسلم كما صرح به ابن ملك فى شرح المجمع فافهم :

أقول : وهذا الحمل بعيد جدا والظاهر أنه مبنى على اختلاف رأى الإمام النووى فى كتابيه ، وأنه فى شرح مسلم نظر إلى ما يلزم عليه من المحظور ، وإلى أن ذلك بخصوصه غير مأثور ولا سيما بعد ما قدمناه عن الملتقط من أنها من سنن الروافض والله أعلم (قوله وتمامه الخ) ونصه وهى إلصاق صفحة الكف بالكف وإقبال الوجه

(ولا يجوز للرجل مضاجعة الرجل وإن كان كل واحد منهما فى جانب من الفراش) قال عليه الصلاة والسلام « لايفضى الرجل إلى الرجل فى ثوب واحد ولا تفضى المرأة إلى المرأة فى الثوب الواحد » وإذا بلغ الصبى أو الصبية عشر سنين يجب التفريق بينهما بين أخيه وأخته وأمه وأبيه فى المضجع لقوله عليه الصلاة والسلام « وفرقوا بينهم فى المضاجع وهم أبناء عشر » وفى النتف إذا بلغوا ستا كذا فى المجتبى ، وفيه الغلام إذا بلغ حد الشهوة كالفحل والكافرة كالمسلمة عن أبى حنيفة لصاحب الحمام أن ينظر إلى العورة وحجته الختان وقيل فى ختان الكبير إذا أمكنه أن يختن نفسه فعل، وإلا لم يفعل إلا أن لايمكنه النكاح أو شراء الجارية

بالوجه فأخذ الأصابع ليس بمصافحة خلافا للروافض ، والسنة أن تكون بكلتا يديه ، وبغير حائل من ثوب أو غيره وعند اللقاء بعد السلام وأن يأخذ الإبهام ، فإن فيه عرقا ينبت المحبة كذا جاء فى الحديث ذكره القهستانى وغيره اهـ (قوله مضاجعة الرجل) أى فى ثوب واحد لاحاجز بينهما ، وهو المفهوم من الحديث الآتى ، وبه فسر الاتقانى المكامعة على خلاف ما مر عن الهداية ، وهل المراد أن يلتفا فى ثوب واحد أو يكون أحدهما فى ثوب دون الآخر والظاهر الأول ، يؤيده ما نقله عن مجمع البحار أى متجردين ، وإن كان بينهما حائل ، فيكره تنزيها اهـ تأمل (قوله بين أخيه وأخته وأمه وأبيه) فى بعض النسخ وبين بالواو وهكذا رأيته فى المجتبى قال فى الشرعة ويفرق بين الصبيان فى المضاجع إذا بلغوا عشر سنين، ويحول بين ذكور الصبيان والنسوان وبين الصبيان والرجال فإن ذلك داعية إلى الفتنة ولو بعد حين اهـ وفى البزازية إذا بلغ الصبى عشرا لاينام مع أمه وأخته وامرأة إلا بامرأته أو جاريته اهـ فالمراد التفريق بينهما عند النوم خوفا من الوقوع فى المحذور ، فإن الولد إذا بلغ عشرا عقل الجماع ، ولا ديانة له ترده فربما وقع على أخته أو أمه ، فإن النوم وقت راحة مهيج للشهوة وترتفع فيه الثياب عن العورة من الفريقين ، فيؤدى إلى المحظور وإلى المضاجعة المحرمة خصوصا فى أبناء هذا الزمان فإنهم يعرفون الفسق أكثر من الكبار ، وأما قوله وأمه وأبيه فالظاهر أن المراد تفريقه عن أمه وأبيه بأن لايتركاه ينام معهما فى فراشهما ، لأنه ربما يطلع على ما يقع بينهما بخلاف ما إذا كان نائما وحده أو مع أبيه وحده أو البنت مع أمها وحدها، وكذا لا يترك الصبى ينام مع رجل أو امرأة أجنبيين خوفا من الفتنة ، ولا سيا إذا كان صبيحا فإنه وإن لم يحصل فى تلك النومة شيء فيتعلق به قلب الرجل أو المرأة فتحصل الفتنة بعد حين فلله در هذا الشرع الطاهر فقد حسم مادة الفساد ومن لم يحط فى الأمور يقع فى المحذور وفى المثل لا تسلم الجره فى كل مره (قوله كذا فى المجتبى) الإشارة إلى ما فى المتن وما بعده إلى هنا (قوله كالفحل) أى كالبالغ كما فى التاترخانية أى فى النظر إلى العورة والمضاجعة (قوله والكافرة كالمسلمة) يحتمل أن يكون المراد أن نظر الكافرة إلى المسلمة كنظر المسلمة إلى المسلمة ، وهو خلاف الأصح الذى قدمه المصنف بقوله والذمية كالرجل الأجنبى فى الأصح الخ، ويحتمل أن يكون المراد أن الرجل ينظر من الكافرة ، كما ينظر إلى المسلمة ومقابله ما فى التاترخانية روى أنه لا بأس بالنظر إلى شعر الكافرة (قوله عن أبى حنيفة الخ) هذا غير المعتمد لما فى شرح الوهبانية ، وينبغى أن يتولى طلى عورته بيده ، دون الخادم هو الصحيح لأن مالا يجوز النظر إليه لايجوز مسه إلا فوق الثياب وعن ابن مقاتل لا بأس أن يطلى عورة غيره بالنورة كالختان ويغض بصره اهـ :

قلت : وفى التاترخانية قال الفقيه أبو الليث هذا فى حالة الضرورة لا غير (قوله وقيل الخ) مقابل لقوله وحجته الختان فإنه مطلق يشمل ختان الكبير والصغير ، وكذا أطلقه فى النهاية كما قدمناه وأقره الشراح ، والظاهر ترجيحه ولذا عبر هنا عن التفصيل بقيل (قوله إلا أن لايمكنه النكاح) كذا رأيته فى المجتبى والصواب إسقاط

والظاهر فى الكبير أنه يختن ويكفى قطع الأكثر :

(ولا بأس بتقبيل يد) الرجل (العالم) والمتورع على سبيل التبرك درر ونقل المصنف عن الجامع أنه لا بأس بتقبيل يد الحاكم والمتدين (السلطان العادل) وقيل سنة مجتبى (وتقبيل رأسه) أى العالم (أجود) كما فى البزازية (ولا رخصة فيه) أى فى تقبيل اليد (لغيرهما) أى لغير عالم وعادل هو المختار مجتبى وفى المحيط إن لتعظيم إسلامه وإكرامه جاز وإن لنيل الدنيا كره ،

(طلب من عالم أو زاهد أن) يدفع إليه قدمه و (يمكنه من قدمه ليقبله أجابه وقيل لا) يرخص فيه كما يكره تقبيل المرأة فم أخرى أو خدها عند اللقاء أو الوداع كما فى القنية ،مقدما للقبيل قال (و) كذا ما يفعله الجهال من (تقبيل يد نفسه إذا لقى غيره) فهو (مكروه) فلا رخصة فيه وأما تقبيل يد صاحبه عند اللقاء فمكروه بالإجماع (وكذا) ما يفعلونه من (تقبيل الأرض بين يدى العلماء) والعظماء فحرام والفاعل والراضى به آثمان لأنه يشبه عبادة الوثن وهل يكفران على وجه العبادة والتعظيم كفر وإن على وجه التحية لا و ار آثما مرتكبا للكبيرة ،

لا بعد أن كما وجدته فى بعض النسخ موافقا لما فى التاترخانية وغيرها ، والمراد أن لا يمكنه أن يتزوج امرأة تختنه أو يشترى أمة كذلك (قوله والظاهر فى الكبير أنه يختن) الظاهر أن يختن مبنى للمجهول أى يختنه غيره فيوافق إطلاق الهداية تأمل (قوله ويكفى قطع الأكثر) قال فى التاترخانية غلام ختن فلم تقطع الجلدة كلها فإن قطع أكثر من النصف يكون ختانا وإلا فلا (قوله ونقل المصنف الخ) لاحاجة إليه لأنه داخل فى قول المصنف بعد والسلطان إذ هو من له سلطنة وولاية ط (قوله وقيل سنة) أى تقبيل يد العالم والسلطان العادل قال الشرنبلالى وعلمت أن مفاد الأحاديث سنيته أو ندبه كما أشار إليه العينى (قوله أى العالم) ظاهره أن الأجود فى السلطان اليد حفظا لأبهة الإمارة وليحرر ط (قوله أجود) لعل معناه أكثر ثوابا ط (قوله هو المختار) قدم على الخالية والحقائق أن التقبيل على سبيل البر بلا شهوة جائز بالإجماع (قوله يدفع إليه قدمه) يغنى عنه ما فى المتن (قوله أجابه) لما أخرجه الحاكم : أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : يارسول الله أرنى شيئا أزداد به يقينا فقال واذهب إلى تلك الشجرة فادعها فذهب إليها فقال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم يدعوك فجاءت حتى سلمت على النبى صلى الله عليه وسلم فقال لها : ارجعى فرجعت قال : ثم أذن له فقبل رأسه ورجليه وقال لو كنت آمرا أحدا أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها : وقال صحيح الإسناد اه من رسالة الشرنبلالى (قوله كما يكره الخ) الأولى حذفه فإنه نقله سابقا عن القنية ط وهذا لو عن شهوة كما مر (قوله مقدما للقبيل) أى الواقع فى عبارة المصنف فإنه رمز له إلى كتاب ثم رمز بعده للأول (قوله قال)الظاهر أن الضمير لصاحب القنية ولم أره فيها نعم ذكر الثانية والثالثة فى المجتبى (قوله فهو مكروه) أى تحريما ويدل عليه قوله بعد فلا رخصة فيه ط (قوله فمكروه بالإجماع) أى إذا لم يكن صاحبه عالما ولا عادلا ، ولا قصد تعظيم إسلامه ولا إكرامه ، وسيأتى أن قبلة يد المؤمن تحية توفيقا بين كلامهم ، ولا يقال حالة اللقاء مستثناة لأنا نقول حيث ندب فيها الشارع صلى الله تعالى عليه وسلم إلى المصافحة علم أنها تزيد عن غيرها فى التعظيم ، فكيف لا تساويها سائحانى (قوله إن على وجه العبادة أو التعظيم كفر الخ) تلفيق لقولين قال الزيلعى : وذكر الصدر الشهيد أنه لا يكفر بهذا السجود ، لأنه يريد به التحية وقال شمس الأئمة السرخسى : إن كان لغير الله تعالى على وجه التعظيم كفر اه قال القهستانى: وفى الظهيرية يكفر بالسجدة مطلقا وفى الزاهدى الإيماء فى السلام إلى قريب الركوع كالسجود وفى المحيط أنه يكره الانحناء للسلطان وغيره اه وظاهر كلامهم إطلاق السجود على هذا التقبيل :

[تتمة] اختلفوا فى سجود الملائكة قيل : كان لله تعالى والتوجه إلى آدم للتشريف ، كاستقبال الكعبة ،

وفى الملتقط التواضع لغير الله حرام . وفى الوهبانية : يجوز بل يندب القيام تعظيما للقادم كما يجوز القيام، ولو للقارئ بين يدى العالم وسيجىء نظما .

[فائدة] قيل التقبيل على خمسة أوجه : قبلة المودة للولد على الخد ، وقبلة الرحمة لوالديه على الرأس ، وقبلة الشفقة لأخيه على الجبهة وقبلة الشهوة لمرأته وأمته على الفم وقبلة التحية للمؤمنين على اليد وزاد بعضهم ، قبلة الديانة للحجر الأسود جوهرة .

قلت : وتقدم فى الحج تقبيل عتبة الكعبة ، وفى القنية فى باب ما يتعلق بالمقابر تقبيل المصحف قيل بدعة لكن روى عن عمر رضى الله عنه أنه كان يأخذ المصحف كل غداة ويقبله ويقول : عهد ربى ومنشور ربى عز وجل وكان عثمان رضى الله عنه يقبل المصحف ويمسحه على وجهه ، وأما تقبيل الخبز فحرر الشافعية أنه بدعة مباحة وقيل حسنة وقالوا يكره دوسه لابوسه ذكره ابن قاسم فى حاشيته على شرح المنهاج لابن حجر فى بحث الوليمة وقواعدنا لاتأباه وجاء لا تقطعوا الخبز بالسكين وأكرموه فإن الله أكرمه :

وقيل : بل لآدم على وجه التحية والإكرام ثم نسخ بقوله عليه الصلاة والسلام « لو أمرت أحدا أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها » تاترخانية قال فى تبيين المحارم ، والصحيح الثانى ولم يكن عبادة له بل تحية وإكراما ، ولذا امتنع عنه إبليس وكان جائزا فيما مضى كما فى قصة يوسف قال أبو منصور الماتريدى : وفيه دليل على نسخ الكتاب بالسنة (قوله التواضع لغير الله حرام) أى إذلال النفس لنيل الدنيا ، وإلا فخفض الجناح لمن دونه مأمور به سيد الأنام عليه الصلاة والسلام يدل عليه ما رواه البيهقى عن ابن مسعود رضى الله عنه « من خضع لغنى ووضع له نفسه إعظاما له وطمعا فيما قبله ذهب ثلثا مروءته وشطر دينه » (قوله يجوز بل يندب القيام تعظيما للقادم الخ) أى إن كان ممن يستحق التعظيم قال فى القنية : قيام الجالس فى المسجد لمن دخل عليه تعظيما ، وقيام قارىء القرآن لمن يجىء تعظيما لا يكره إذا كان ممن يستحق التعظيم ، وفى مشكل الآثار القيام لغيره ليس بمكروه لعينه إنما المكروه محبة القيام لمن يقام له ، فإن قام لمن لا يقام له لا يكره .

قال ابن وهبان أقول : وفى عصرنا ينبغى أن يستحب ذلك أى القيام لما يورث تركه من الحقد والبغضاء والعداوة لاسيما إذا كان فى مكان اعتيد فيه القيام ، وما ورد من التوعد عليه فى حق من يحب القيام بين يديه كما يفعله الترك والأعاجم اهـ .

قلت : يؤيده ما فى العناية وغيرها عن الشيخ الحكيم أبى القاسم كان إذا دخل عليه غنى يقوم له ويعظمه ، ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم فقيل له فى ذلك ، فقال الغنى يتوقع منى التعظيم ، فلو تركته لتضرر والفقراء والطلبة إنما يطمعون فى جواب السلام والكلام معهم فى العلم ، وتمام ذلك فى رسالة الشرنبلالى (قوله تقبيل عتبة الكعبة) هى من قبلة الديانة ط وفى الدر المنتقى : واختلف فى تقبيل الركن اليمانى فقيل سنة وقيل بدعة (قوله ومنشور ربى) قال فى القاموس : المنشور : الرجل المنتشر الأمر وما كان غير مختوم من كتب السلطان والمراد كتاب ربى ففيه تجريد عن بعض المعنى ط (قوله وقواعدنا لاتأباه) قال فى الدر المنتقى : وحينئذ فيزاد على السنة سنة أيضا بدعة مباحة أو حسنة ، وسنة لعالم وعادل مكروه لغيرهما على المختار وحرام للأرض تحية وكفر لها تعظيما كما مر اهـ تأمل (قوله وجاء الخ) قال شيخ مشايخنا الشيخ إسماعيل الجراحى فى الأحاديث المشتهرة « لا تقطعوا الخبز واللحم بالسكين كما تقطع الأعاجم ولكن انهشوه نهشا » قال الصغانى موضوع اهـ وفى المجتبى لا يكره قطع الخبز واللحم بالسكين اهـ والله تعالى أعلم .

فصل فى البيع

(كره بيع العذرة) رجيع الآدمى (خالصة لا) يكره بل يصح بيع (السرقين) أى الزبل خلافا للشافعى (وصح) بيعها (مخلوطة بتراب أو رماد غلب عليها) فى الصحيح (كما صح الانتفاع بمخلوطها) أى العذرة بل بها خالصة على ماصححه الزيلعى وغيره خلافا لتصحيح الهداية فقد اختلف التصحيح وفى الملتقى أن الانتفاع كالبيع أى فى الحكم فافهم.

(وجاز أخذ دين على كافر من ثمن خمر) لصحة بيعه (بخلاف) دين على (المسلم) لبطلانه إلا إذا وكل ذميا ببيعه فيجوز عنده خلافا لهما وعلى هذا لومات مسلم وترك ثمن خمر باعه مسلم لا يحل لورثته كما بسطه الزيلعى وفى الأشباه الحرمة تنتقل

فصل فى البيع

(قوله كره بيع العذرة) بفتح العين وكسر الذال قهستانى والكراهة لا تقتضى البطلان لكن يأخذ من مقابلته بقوله وصح مخلوطه أن بيع الخالصة باطل، وبه صرح القهستانى، وفى الهداية إشارة إليه ونقله فى الدر المنتقى عن البرجندى عن الخزانة، وقال وكذا بيع كل ما انفصل عن الآدمى كشعر وظفر لأنه جزء الآدمى، ولذى وجب دفنه كما فى التمرتاشى وغيره (قوله بل يصح بيع السرقين) بالكسر معرب سركين بالفتح ويقال سرجين بالجيم (قوله أى الزبل) وفى الشرنبلالية هو رجيع ما سوى الإنسان (قوله غالب عليها) كذا قيده فى موضع من المحيط والكافى والظهيرية، وأطلقه فى الهداية والاختيار والمحيط فأما أن يحمل المطلق على المقيد أويحمل على الروايتين، أو على الرخصة والاستحسان، لكن فى زيادات العتابى أن المطلق يجرى على إطلاقه إلا إذا قام دليل التقييد نصا أو دلالة فاحفظه فإنه للفقيه ضرورى قهستانى (قوله فى الصحيح) قيد لقوله وصح بيعها مخلوطة، وعبارة متن الإصلاح، وصح فى الصحيح مخلوطة وعبارة شرحه قال فى الهداية: وهو المروى عن محمد وهو الصحيح اهـ فافهم (قوله وفى الملتقى الخ) الظاهر أنه أشار بنقله إلى أن تصحيح الانتفاع بالخالصة تصحيح لجواز بيعها أيضا وقوله فافهم تنبيه على ذلك (قوله من ثمن خمر) بأن باع الكافر خمرا وأخذ ثمنها وقضى به الدين (قوله لصحة بيعه) أى بيع الكافر الخمر، لأنها مال متقوم فى حقه فملك الثمن فيحل الأخذ منه بخلاف المسلم لعدم تقومها فى حقه فبقى الثمن على ملك المشترى (قوله باعه مسلم) عدل عن قول الزيلعى باعه هو ليشمل ما إذا كان البائع هو المسلم الميت أو مسلم غيره بالوكالة عنه (قوله كما بسطه الزيلعى) حيث قال لأنه كالمغصوب وقال فى النهاية: قال بعض مشايخنا: كسب المغنية كالمغصوب لم يحل أخذه، وعلى هذا قالوا لومات الرجل وكسبه من بيع الباذق أو الظلم أو أخذ الرشوة يتورع الورثة، ولا يأخذون منه شيئا وهو أولى بهم ويردونها على أربابها إن عرفوهم، وإلا تصدقوا بها لأن سبيل الكسب الخبيث التصدق إذا تعذر الرد على صاحبه اهـ لكن فى الهندية عن المنتقى عن محمد فى كسب النائحة، وصاحب طبل أو مزمار، لو أخذ بلا شرط، ودفعه المالك برضاه فهو حلال ومثله فى المواهب وفى التاترخانية وما جمع السائل من المال فهو خبيث (قوله وفى الأشباه الخ) قال الشيخ عبد الوهاب الشعرانى فى كتاب المنن: وما نقل عن بعض الحنفية من أن الحرام لايتعدى إلى ذمتين سألت عنه الشهاب ابن الشلبى فقال: هو محمول على ما إذا لم يعلم بذلك، أما من رأى المكاس يأخذ من أحد شيئا من المكس، ثم يعطيه آخر ثم يأخذه من ذلك الآخر فهو حرام اهـ.

مع العلم إلا للوارث إلا إذا علم ربه :
قلت : ومر فى البيع الفاسد لكن فى المجتبى مات وكسبه حرام فالميراث حلال ثم رمز وقال لا نأخذ بهذه الرواية وهو حرام مطلقا على الورثة فتنبه (و) جاز (تحلية المصحف) لما فيه من تعظيمه كما فى نقش المسجد (وتعشيره ونقطه) أى إظهار إعرابه وبه يحصل الرفق جدا خصوصا للعجم فيستحسن وعلى هذا لابأس بكتابة أسامى السور وعد الآى وعلامات الوقف ونحوها فهى بدعة حسنة درر وقنية وفيها لابأس بكواغد أخبار ونحوها فى مصحف وتفسير وفقه وتكره فى كتب نجوم وأدب ويكره تصغير مصحف وكتابته بقلم دقيق يعنى تنزيها ولا يجوز لف شىء فى كاغد فقه ونحوه وفى كتب الطب يجوز

وفى الذخيرة : سئل أبو جعفر عمن اكتسب ماله من أمر السلطان والغرامات المحرمة ، وغير ذلك هل يحل لمن عرف ذلك أن يأكل من طعامه ؟ قال : أحب إلى فى دينه أن لا يأكل ويسعه حكما إن لم يكن غصبا أو رشوة اهـ وفى الخانية : امرأة زوجها فى أرض الجور إذا أكلت من طعامه ، ولم يكن عينه غصبا أو اشترى طعاما أو كسوة من مال أصله ليس بطيب فهى فى سعة من ذلك والإثم على الزوج اهـ حموى (قوله مع العلم) أما بدونه ففى التاترخانية اشترى جارية أو ثوبا ، وهو لغير البائع فوطىء أو لبس ، ثم علم روى عن محمد أن الجماع واللبس حرام إلا أنه وضع عنه الإثم ، وقال أبو يوسف ، الوطء حلال مأجور عليه ، وعلى الخلاف لو تزوج ووطئها فبان أنها منكوحة الغير (قوله إلا إذا علم ربه) أى رب المال فيجب على الوارث رده على صاحبه (قوله وهو حرام مطلقا على الورثة) أى سواء علموا أربابه أولا فإن علموا أربابه ردوه عليهم ، وإلا تصدقوا به كما قدمناه آنفا عن الزيلعى :

أقول : ولا يشكل ذلك بما قدمناه آنفا عن الذخيرة والخانية لأن الطعام أو الكسوة ليس عين المال الحرام فإنه إذا اشترى به شيئا يحل أكله على تفصيل تقدم فى كتاب الغصب بخلاف ما تركه ميراثا فإنه عين المال الحرام وإن ملكه بالقبض والخلط عند الإمام فإنه لا يحل له التصرف فيه قبل أداء ضمانه ، وكذا لوارثه ثم الظاهر أن حرمته على الورثة فى الديانة لا الحكم فلا يجوز لوصى القاصر التصدق به ويضمنه القاصر إذا بلغ تأمل (قوله فتنبه) أشار به إلى ضعف ما فى الأشباه ط (قوله وجاز تحلية المصحف) أى بالذهب والفضة خلافا لأبى يوسف كما قدمناه (قوله كما فى نقش المسجد) أى ما خلا محرابه أى بالجص وماء الذهب لا من مال الوقف وضمن متوليه لو فعل إلا إذا فعل الواقف مثله كما مر قبيل الوتر والنوافل وكره بعضهم نقش حائط القبلة ، ويجوز حفر بئر فى مسجد لولا ضرر فيه أصلا وفيه نفع من كل وجه ولا يضمن فيه الحافر لما حفر وعليه الفتوى كما أفاده ط عن الهندية (قوله وتعشيره) هو جعل العواشر فى المصحف وهو كتابة العلامة عند منتهى عشر آيات عناية (قوله أى إظهار إعرابه) تفسير للنقط قال فى القاموس : نقط الحرف أعجمه ومعلوم أن الإعجام لايظهر به الإعراب إنما يظهر بالشكل فكأنهم أرادوا ما يعمه أفاده ط (قوله وبه يحصل الرفق الخ) أشار إلى أن ما روى عن ابن مسعود جودوا القرآن كان فى زمنهم وكم من شىء يختلف باختلاف الزمان والمكان كما بسطه الزيلعى وغيره (قوله وعلى هذا) أى على اعتبار حصول الرفق (قوله ونحوها) كالسجدة ورموز التجويد (قوله لابأس بكواغد أخبار) أى بجعلها غلافا لمصحف ونحوه والظاهر أن المراد بالأخبار التواريخ دون الأحاديث (قوله ويكره تصغير مصحف) أى تصغير حجمه وينبغى أن يكتبه بأحسن خط وأبينه على أحسن ورق وأبيضه بأفخم قلم وأبرق مداد ويفرج السطور ويفخم الحروف ويضخم المصحف اهـ قنية (قوله ونحوه) الذى فى المنح ونحوه فى الهندية ، ولا يجوز

(و) جاز (دخول الذمى مسجدا) مطلقا وكرهه مالك مطلقا وكرهه محمد والشافعي وأحمد فى المسجد الحرام : قلنا : النهى تكوينى لا تكليفى وقد جوزوا عبور عابر السبيل جنبا وحينئذ فمعنى لا يقربوا لا يحجوا ولا يعتمروا عراة بعد حج عامهم هـذا عام تسع حين أمر الصديق ونادى على بهذه السورة قال : ألا لا يحج بعد عامنا هذا مشرك ولا يطوف عريان رواه الشيخان وغيرهما فليحفظ قلت : ولا تنس مامر فى فصل الجزية

لف شيء فى كاغد فيه مكتوب من الفقه ، وفى الكلام الأولى أن لا يفعل وفى كتاب الطب يجوز ، ولو كان فيه اسم الله تعالى أو اسم النبي عليه الصلاة والسلام يجوز محوه ليلف فيه شيء ومحو بعض الكتابة بالريق ، وقد ورد النهى عن محو اسم الله تعالى بالبصاق ، ولم يبين محو كتابة القرآن بالريق هل هو كاسم الله تعالى أو كغيره ط (قوله وجاز دخول الذمى مسجدا) ولو جنبا كما فى الأشباه ، وفى الهندية عن التتمة يكره للمسلم الدخول فى البيعة والكنيسة ، وإنما يكره من حيث إنه مجمع الشياطين لا من حيث إنه ليس له حق الدخول اهـ وانظر هل المستأمن ورسول أهل الحرب مثله ومقتضى استدلالهم على الجواز بإنزال رسول الله صلى الله عليه وسلم وفد ثقيف فى المسجد جوازه ويحرر ط (قوله مطلقا) أى المسجد الحرام وغيره (قوله قلنا) أى فى الجواب عما استدل به المانعون ، وهو قوله تعالى — فلا يقربوا المسجد الحرام — وما ذكره مأخوذ من الحواشي السعدية (قوله تكوينى) نسبة إلى التكوين الذى هو صفة قديمة ترجع إليها صفات الأفعال عند الماتريدية ، فمعنى لا يقربوا : لا يخلق الله فيهم القربان ، ومثال الأمر التكوينى : ائتيا طوعا أو كرها : ومثال الأمر التكليفى ويقال التدوينى أيضا : أقيموا الصلاة : والفرق أن الامتثال لا يتخلف عن الأول عقلا بخلاف الثانى اهـ ح وحاصله أنه خبر منفى فى صورة النهى تأمل (قوله لا تكليفى) بناء على أن الكفار ليسوا مخاطبين بالفروع (قوله وقد جوزوا الخ) هذا إنما يحسن لو ذكر دليل الشافعي الذى من جملته ، ولأن الكافر لا يخلو عن الجنابة فوجب تنزيه المسجد عنه وحاصل كلامه : أن هذا الدليل لا يتم لأنه قد جوز الخ ط (قوله فمعنى لا يقربوا الخ) تفريع على قوله تكوينى وهو ظاهر ، فإنه لم ينقل أنهم بعد ذلك اليوم حجوا واعتمروا عراة كما كانوا يفعلون فى الجاهلية فافهم :

قال فى الهداية ولنا ماروى أنه عليه الصلاة والسلام أنزل وفد ثقيف فى مسجده وهم كفار ، ولأن الخبث فى اعتقادهم فلا يؤدى إلى تلويث المسجد والآية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء أو طائفين عراة كما كانت عادتهم فى الجاهلية اهـ أى فليس الممنوع نفس الدخول يدل عليه ما فى صحيح البخارى بإسناده إلى أحمد بن عبد الرحمن بن عوف أن أبا هريرة أخبره أن أبا بكر الصديق رضى الله تعالى عنهما بعثه فى الحجة التى أمره فيها النبى صلى الله عليه وسلم قبل حجة الوداع فى رهط يؤذن فى الناس : ألا لا يحجن بعد العام مشرك ولا يطوفن بالبيت عريان ، إتقانى (قوله عام تسع) بالجر بدل من عامهم ط (قوله ونادى على بهذه السورة) كذا فى كثير من النسخ التى رأيتها وفى نسخة ونادى على بعيره بسورة براءة ، وهى التى كتب عليها ط وقال إن المنادى على البعير بأربعين آية من أول سـورة براءة هو على كرم الله وجهه ، وقد أرسله عليه الصلاة والسلام عقب الصديق ، فلحقه والحكمة فى ذلك ليكون الآمر من أهل بيته عليه الصلاة والسلام اهـ (قوله ولا تنس مامر فى فصل الجزية) حيث قال : وأما دخوله المسجد الحرام فذكر فى السير الكبير المنع : وفى الجامع الصغير عدمه والسير الكبير آخر تصنيف الإمام محمد رحمه الله تعالى ، والظاهر أنه أورد فيه ما استقر عليه الحال اهـ :

أقول : غايته أن يكون مافى السير الكبير هو قول محمد الذى استقر عليه رأيه ولذا ذكره الشارح آنفا مع الشافعي وأحمد ، وما ذكره أصحاب المتون هنا مبنى على قول الإمام ، لأن شأن المتون ذلك غالبا تأمل هذا . وذكر الشارح فى الجزية أيضا أنهم يمنعون من استيطان مكة والمدينة لأنهما من أرض العرب قال عليه الصلاة والسلام

(و) جاز (عيادته) بالإجماع وفى عيادة المجوسى قولان (و) جاز (عيادة فاسق) على الأصح لأنه مسلم والعيادة من حقوق المسلمين (و) جاز (خصاء البهائم) حتى الهرة، وأما خصاء الآدمى فحرام قيل والفرس وقيدوه بالمنفعة وإلا فحرام (وإنزاء الحمير على الخيل) كعكسه قهستانى (والحقنة)

« لايجتمع فى أرض العرب دينان »، ولو دخل لتجارة جاز ولا يطيل اه (قوله وجاز عيادته) أى عيادة مسلم ذميا نصرانيا أو يهوديا، لأنه نوع بر فى حقهم ومانهينا عن ذلك، وصح أن النبى صلى الله عليه وسلم عاد يهوديا مرض بجواره هداية (قوله وفى عيادة المجوسى قولان) قال فى العناية فيه اختلاف المشايخ فنهم من قال به، لأنهم أهل الذمة وهو المروى عن محمد، ومنهم من قال هم أبعد عن الإسلام من اليهود والنصارى، ألا ترى أنه لاتباح ذبيحة المجوس ونكاحهم اه.

قلت: وظاهر المتن كالملتقى وغيره اختيار الأول لإرجاعه الضمير فى عيادته إلى الذمى ولم يقل عيادة اليهودى والنصرانى، كما قال القدورى وفى النوادر جار يهودى أو مجوسى مات ابن له أو قريب ينبغى أن يعزيه، ويقول أخلف الله عليك خيرا منه، وأصلحك وكان معناه أصلحك الله بالإسلام يعنى رزقك الإسلام ورزقك ولدا مسلما كفاية (قوله وجاز عيادة فاسق) وهذا غير حكم المخالطة ذكر صاحب الملتقط يكره للمشهور المقتدى به الاختلاط برجل من أهل الباطل والشر إلا بقدر الضرورة، لأنه يعظم أمره بين الناس، ولو كان رجل لايعرف يداريه ليدفع الظلم عن نفسه من غير إثم فلا بأس به اه:

[تنبيه] من العيادة المكروهة إذا علم أنك تثقل على المريض: فلا تعده فقد قيل مجالسة الثقيل حمى الروح، ولا تهول على المريض، ولا تحرك رأسك ولا تقل ماعلمت أنك على هذه الحالة الشديدة، بل هون عليه المرض وطيب قلبه، وقل له أراك فى خير بتأويل واذكر له ما يزيد رجاءه فى رحمة الله تعالى مشوبا بشىء من التخويف ولا تضع يدك على رأسه فربما يؤذيه إلا إذا طلبه وقل له إذا دخلت عليه، كيف تجدك هكذا جاء عن السلف ولا تقل له أوص فإنه من أعمال الجهال اه مجتبى ط:

[فائدة] يتشاءم الناس فى زماننا من العيادة فى يوم الأربعاء، فينبغى تركها إذا كان يحصل للمريض بذلك ضرر ورأيت فى تاريخ المحبى فى ترجمة الشيخ فتح الله البيلونى أنه قال:

السبت والإثنين والأربعا ... تجنب المرضى بها أن تزار
فى طيبة يعرف هذا فلا ... تغفل فإن العرف عالى المنار

قال المحبى قلت: هذا عرف مشهور لكن ورد فى السنة مما يرد السبت منه فقد ورد أنه عليه الصلاة والسلام كان يفقد(١) أهل قباء يوم الجمعة، فيسأل عن المفقود فيقال له إنه مريض، فيذهب يوم السبت لزيارته تأمل (قوله وجاز خصاء البهائم) عبر فى الهداية بالإخصاء، والصواب ما هنا كما فى النهاية وهو نزع الخصية، ويقال: خصى ومخصى (قوله قيل والفرس) ذكر شمس الأئمة الحلوانى أنه لا بأس به عند أصحابنا، وذكر شيخ الإسلام أنه حرام ط (قوله وقيدوه) أى جواز خصاء البهائم بالمنفعة وهى إرادة سمنها أو منعها عن العض بخلاف بنى آدم فإنه يراد به المعاصى فيحرم أفاده الإتقانى عن الطحاوى.

[تنبيه] لابأس بكى البهائم للعلامة وثقب أذن الطفل من البنات لأنهم كانوا يفعلونه فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير إنكار، ولابأس بكى الصبيان لداء إتقانى والهرة المؤذية لا تضرب، ولا تعرك أذنها بل تذبح

---

(١) قوله (كان يفقد) يحتمل أنه من الفقد ويحتمل أنه بمعنى يتفقد أى يسأل عنهم

للتداوى ولو للرجل بطاهر لابنجس وكذا كل تداولا يجوز إلا بطاهر وجوزه فى النهاية بمحرم إذا أخبره طبيب مسلم أن فيه شفاء ولم يجد مباحاً يقوم مقامه :

قلت : وفى البزازية ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام « إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم » نفى الحرمة عندالعلم بالشفاء دل عليه جوازشربه لإزالة العطش اه وقد قدمناه (و) جاز إساغة اللقمة بالخمر وجواز (رزق القاضى) من بيت المال لو بيت المال حلالا جمع بحق وإلا لم يحل وعبر بالرزق ليفيدتقديره بقدرمايكفيه وأهله فى كل زمان ولوغنيا فى الأصح وهذا لو بلا شرط ولو به كالأجرة فحرام ، لأن القضاء طاعة ،

بسكين حاد ، ولو ماتت حامل وأكبر رأيهم إن الولد حى شق بطنها من الجانب الأيسر ، وبالعكس قطع الولد إرباً إرباً تاترخانية (قوله للتداوى) أى من مرض أو هزال مؤد إليه لا لنفع ظاهر كالتقوى على الجماع كما قدمناه ولا للسمن كما فى العناية (قوله ولو للرجل) الأولى ولو للمرأة (قوله وجوزه فى النهاية الخ) ونصه وفى التهذيب : يجوز للعليل شرب البول والدم والميتة للتداوى إذا أخبره طبيب مسلم أن شفاءه فيه ، ولم يجد من المباح مايقوم مقامه ، وإن قال الطبيب يتعجل شفاؤك به فيه وجهان وهل يجوز شرب القليل من الخمر للتداوى : فيه وجهان كذا ذكره الإمام التمرتاشى اه قال فى الدر المنتقى بعد نقله ما فى النهاية : وأقره فى المنح وغيرها وقدمناه فى الطهارة والرضاع أن المذهب خلافه اه (قوله وفى البزازية الخ) ذكره فى النهاية عن الذخيرة أيضا (قوله نفى الحرمة عند العلم بالشفاء) أى حيث لم يقم غيره مقامه كما مر :

وحاصل المعنى حينئذ : أن الله تعالى أذن لكم بالتداوى ، وجعل لكل داء دواء ، فإذا كان فى ذلك الدواء شىء محرم وعلمتم به الشفاء ، فقد زالت حرمة استعماله لأنه تعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم (قوله دل عليه الخ) أقول : فيه نظر لأن إساغة اللقمة بالخمر وشربه لإزالة العطش إحياء لنفسه متحقق النفع ، ولذا يأثم بتركه كما يأثم بترك الأكل مع القدرة عليه حتى يموت بخلاف التداوى ولو بغير محرم فإنه لوتركه حتى مات لايأثم كمانصوا عليه لأنه مظنون كما قدمناه تأمل (قوله وقد قدمناه) أى أول الحظر والإباحة حيث قال الأكل للغذاء والشرب للعطش ولو من حرام أو ميتة أو مال غير وإن ضمنه فرض اه :

[تتمة] لابأس بشرب ما يذهب بالعقل فيقطع الأكلة ونحوه كذا فى التاترخانية ، وسيأتى تمامه آخر كتاب الأشربة (قوله وجاز رزق القاضى) الرزق بالكسر ماينتفع به وبالفتح المصدر قاموس (قوله وإلا لم يحل) قال فى النهاية وأما إذا كان حراما جمع بباطل لم يحل أخذه لأن سبيل الحرام والغصب رده على أهله وليس ذلك بمال عامة المسلمين اه :

أقول : ظاهر العلة أن أهله معلومون فحرمة الأخذ منه ظاهرة ، فإن لم يعلموا فهو كاللقطة يوضع فى بيت المال ، ويصرف فى مصارف اللقطة فقد صرحوا فى الهدية والرشوة للقضاة ونحوهم أنها ترد على أربابها إن علموا وإلا أو كانوا بعيدا حتى تعذر الرد ففى بيت المال فيكون حكمه حكم اللقطة كما تقدم فى كتاب القضاء تأمل (قوله فى كل زمان) متعلق بتقدير أو بيكفيه أى بقدر بقدر كفايته فى كل زمان ، لأن المؤنة تختلف باختلاف الزمان (قوله ولو غنيا فى الأصح) عبارة الهداية ثم القاضى إذا كان فقيرا ، فالأفضل بل الواجب الأخذ لأنه لايمكنه إقامة فرض القضاء إلا به إذ الاشتغال بالكسب يقعده عن إقامته ، وإن كان غنيا فالأفضل الامتناع على ما قيل رفقا ببيت المال ، وقيل الأخذ ، وهو الأصح صيانة للقضاء عن الهوان ، ولنظرا لمن تولى بعده من المحتاجين ، لأنه إذا انقطع زمانا تعذر إعادته اه (قوله وهذا لو بلا شرط الخ) بأن تقلد القضاء ابتداء من غير شرط ،

فلم تجز كسائر الطاعات .

قلت : وهل يجرى فيه كلام المتأخرين يحرر (و) جاز (سفر الأمة وأم الولد) والمكاتبة والمبعضة (بلامحرم) هذا فى زمانهم أما فى زماننا فلا لغلبة أهل الفساد وبه يفتى ابن كمال (و) جاز (شراء ما لابد للصغير منه وبيعه) أى بيع ما لابد للصغير منه (لأخ وعم وأم وملتقط هو فى حجرهم) أى فى كنفهم وإلا لا (و) جاز (إجارته لأمه فقط) لو فى حجرها وكذا الملتقط على الأصح كذا عزاه المصنف لشرح المجمع ولم أره فيه ويأتى متنا ما ينافيه فتنبه وكذا لعمه عند الثانى خلافا للثالث ولو أجر الصغير نفسه لم يجز إلا إذا فرغ العمل لتمحضه نفعا فيجب المسمى وصح إجارة أب وجد وقاض ولو بدون أجر المثل فى الصحيح

ثم رزقه الوالى كفايته ، أما إن قال ابتداء إنما أقبل القضاء إن رزقنى الوالى كذا بمقابلة قضائى ، وإلا فلا أقبل فهو باطل لأنه استئجار على الطاعة اهـ كفاية (قوله فلم تجز) أى الأجرة عليه أى لم يجز أخذها (قوله يحرر) أقول قدمنا تحريره فى كتاب الإجارات بما لا مزيد عليه ، وبينا أن كلام المتأخرين ليس عاما فى كل طاعة بل فيما فيه ضرورة كتعليم القرآن والفقه والإمامة والأذان (قوله وجاز سفر الأمة) لأن الأجانب فى حق الإماء فيما يرجع إلى النظر والمس بمنزلة المحارم هداية (قوله وأم الولد الخ) عطف خاص على عام قال الزيلعى : وأم الولد أمة لقيام الرق فيها وكذا المكاتبة ، لأنها مملوكة الرقبة وكذا معتقة البعض عند أبى حنيفة لأنها كالمكاتبة عنده اهـ .

وفيه إشارة إلى أن الحرة لا تسافر ثلاثة أيام بلا محرم . واختلف فيما دون الثلاث وقيل : إنها تسافر مع الصالحين والصبى والمعتوه غير محرمين كما فى المحيط قهستانى (قوله وجاز شراء ما لابد للصغير منه) كالنفقة والكسوة واستئجار الظئر منح (قوله فى حجرهم) بفتح الحاء وكسرها منح (قوله لشرح المجمع) أى لابن ملك (قوله ولم أره فيه) بل الذى فيه بعد قول المجمع ، ويسلمه فى صناعة ولا يؤجره فى الأصح ما نصه قيد به احترازاً عن رواية القدورى من أن إجارته جائزة كإجارة الأم الصغير ، لأن فيها صوناً عن الفساد بكونه مشغولا بعمل وجه الرواية الأولى أن الملتقط لا يملك إتلاف منافعه ، فلا يؤجره كالعم بخلاف الأم ، لأنها تملك إتلاف منافعه مجانا فتملكه بعوض اهـ ومثله فى شرحه على الوقاية نعم ذكر الزيلعى أن رواية القدورى أقرب .

أقول : قد علمت أن الأصح خلافها كما صرح به فى المجمع والوقاية والهداية وغيرها من كتاب اللقيط ووقع فى الهداية هنا اضطراب (قوله وكذا لعمه) أى لعم الصغير وهذا بناء على ما فى بعض نسخ المنح ونصه وإن كان الصغير فى يد العم فآجره صح لأنه من الحفظ وهذا عند أبى يوسف وعند محمد لا يصح اهـ ، وفى نسخة مصححة كشط الضمير من قوله فآجره وأبدله بقوله فأجرته أمه ، وهذا هو الموافق لما فى التبيين والشرنبلالية ، لكن رأيت فى النهاية عن جامع التمرتاشى ما نصه : والأم لو آجرته يجوز إذا كان فى حجرها وكذا ذو الرحم المحرم منه اهـ فراجعه .

وفى ٢٧ من جامع الفصولين : لو لم يكن له أب ولا جد ولا وصى فآجره ذو رحم محرم هو فى حجره صح ولو فى حجر ذى رحم محرم فآجره آخر أقرب كما لو له أم وعمة وهو فى حجر عمته فآجرته أمه صح عند أبى يوسف لا عند محمد ولو آجره قبض أجرته اهـ (قوله لم يجز) أى لم يلزم كفاية لأنه مشوب بالضرر زيلعى (قوله وصح إجارة أب وجد) وكذا تصح إجارة وصيهما بخلاف وصى القاضى حموى ، وهو خلاف ظاهر عبارة الدرر فراجعها لعم عدها الشارح فى كتاب الوصايا من المسائل الثمانية التى خالف فيها وصى الأب وصى

كما يعلم من الدرر فتبصر (و) جاز (بيع عصير) عنب (ممن) يعلم أنه (يتخذه خمرا) لأن المعصية لاتقوم بعينه بل بعد تغيره وقيل يكره لإعانته على المعصية ونقل المصنف عن السراج والمشكلات أن قوله ممن أى من كافر أما بيعه من المسلم فيكره ومثله فى الجوهرة والباقانى وغيرهما زاد القهستانى معزيا للخانية أنه يكره بالاتفاق (بخلاف بيع أمرد ممن يلوط به وبيع سلاح من أهل الفتنة) لأن المعصية تقوم بعينه ثم الكراهة فى مسألة الأمرد مصرح بها فى بيوع الخانية وغيرها واعتمده المصنف على خلاف ما فى الزيلعى والعينى وإن أقره المصنف فى باب البغاة :

قلت : وقدمنا ثمة معزيا للنهر أن ماقامت المعصية بعينه يكره بيعه تحريما وإلا فتنزيها فليحفظ توفيقا (و) جاز تعمير كنيسة و (حمل خمر ذمى) بنفسه أو دابته (بأجر)

(قوله كما يعلم من الدرر) أى صريحا وعبارتها وفى فوائد صاحب المحيط إذا آجر الأب أو الجد أو القاضى الصغير فى عمل من الأعمال قيل إنما يجوز إذا كانت الإجارة بأجر المثل ، حتى إذا آجره أحدهم بأقل منه لم يجز والصحيح أنه تجوز الإجارة ولو بالأقل اه ومثله فى المنح قال فى الشرنبلالية : ولو حمل الأقل على الغبن اليسير دون الفاحش انتفت المخالفة (قوله وجاز) أى عنده لا عندهما بيع عصير عنب أى معصوره المستخرج منه فلا يكره بيع العنب والكرم منه بلا خلاف ، كما فى المحيط لكن فى بيع الخزانة أن بيع العنب على الخلاف قهستانى (قوله ممن يعلم) فيه إشارة إلى أنه لو لم يعلم لم يكره بلا خلاف قهستانى (قوله لاتقوم بعينه الخ) يؤخذ منه أن المراد بما لاتقوم المعصية بعينه ما يحدث له بعد البيع وصف آخر يكون فيه قيام المعصية وأن ماتقوم المعصية بعينه ما توجد فيه على وصفه الموجود حالة البيع كالأمرد والسلاح ويأتى تمام الكلام عليه (قوله أما بيعه من المسلم فيكره) لأنه إعانة على المعصية قهستانى عن الجواهر :

أقول : وهو خلاف إطلاق المتون وتعليل الشروح بما مر وقال ط : وفيه أنه لايظهر إلا على قول من قال إن الكفار غير مخاطبين بفروع الشريعة والأصح خطابهم وعليه فيكون إعانة على المعصية ، فلا فرق بين المسلم والكافر فى بيع العصير منهما فتدبر اه ولايرد هذا على الإطلاق والتعليل المار (قوله على خلاف ما فى الزيلعى والعينى) ومثله فى النهاية والكفاية عن إجارات الإمام السرخسى (قوله معزيا للنهر) قال فيه من باب البغاة وعلم من هذا أنه لا يكره بيع ما لم تقم المعصية به كبيع الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والعصير والخشب ممن يتخذ منه المعازف ، وأما فى بيوع الخانية من أنه يكره بيع الأمرد من فاسق يعلم أنه يعصى به مشكل :

والذى جزم به الزيلعى فى الحظر والإباحة أنه لايكره بيع جارية ممن يأتيها فى دبرها أو بيع غلام من لوطى ، وهو الموافق لما مر وعندى أن ما فى الخانية محمول على كراهة التنزيه ، وهو الذى تطمئن إليه النفوس إذ لايشكل أنه وإن لم يكن معينا أنه متسبب فى الإعانة ولم أر من تعرض لهذا اه وفى حاشية الشلبى على المحيط اشترى المسلم الفاسق عبدا أمرد وكان ممن يعتاد إتيان الأمرد يجبر على بيعه (قوله فليحفظ توفيقا) بأن يحمل ما فى الخانية من إثبات الكراهة على التنزيه ، وما فى الزيلعى وغيره من نفيها على التحريم ، فلا مخالفة وأقول هذا التوفيق غير ظاهر لأنه قدم أن الأمرد مما تقوم المعصية بعينه وعلى مقتضى ما ذكره هنا يتعين أن تكون الكراهة فيه للتحريم فلا يصح حمل كلام الزيلعى وغيره على التنزيه ، وإنما مبنى كلام الزيلعى وغيره على أن الأمرد ليس مما تقوم المعصية بعينه كما يظهر من عبارته قريبا عند قوله وجاز إجارة بيت (قوله وجاز تعمير كنيسة) قال فى الخانية : ولو آجر نفسه ليعمل فى الكنيسة ويعمرها لابأس به لأنه لا معصية فى عين العمل (قوله وحمل خمر ذمى)

لاعصرها لقيام المعصية بعينه (و) جاز (إجارة بيت بسواد الكوفة) أى قراها (لابغيرها على الأصح) وأما الأمصار وقرى غير الكوفة فلا يمكنون لظهور شعار الإسلام فيها وخص سواد الكوفة ، لأن غالب أهلها أهل الذمة (ليتخذ بيت نار أو كنيسة أو بيعة أو يباع فيه الخمر) وقالا لاينبغى ذلك لأنه إعانة على المعصية وبه قالت الثلاثة زيلعى (و) جاز (بيع بناء بيوت مكة

قال الزيلعى : وهذا عنده وقالا هو مكروه «لأنه عليه الصلاة والسلام لعن فى الخمر عشرة وعد منها حاملها» وله أن الإجارة على الحمل وهو ليس بمعصية ، ولا سبب لها وإنما تحصل المعصية بفعل فاعل مختار ، وليس الشرب من ضرورات الحمل ، لأن حملها قد يكون للإراقة أو للتخليل ، فصار كما إذا استأجره لعصر العنب أو قطعه والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية اه زاد فى النهاية وهذا قياس وقولهما استحسان ، ثم قال الزيلعى : وعلى هذا الخلاف لو آجره دابة لينقل عليها الخمر أو آجره نفسه ليرعى له الخنازير يطيب له الأجر عنده وعندهما يكره :

وفى المحيط لايكره بيع الزنانير من النصرانى والقلنسوة من المجوسى ، لأن ذلك إذلال لهما وبيع المكعب المفضض للرجل إن ليلبسه يكره ، لأنه إعانة على لبس الحرام وإن كان إسكافا أمره إنسان أن يتخذ له خفا على زى المجوس أو الفسقة أو خياطا أمره أن يتخذ له ثوبا على زى الفساق يكره له أن يفعل لأنه سبب التشبه بالمجوس والفسقة اه (قوله لاعصرها لقيام المعصية بعينه) فيه منافاة ظاهرة لقوله سابقا لأن المعصية لاتقوم بعينه ط وهو مناف أيضا لما قدمناه عن الزيلعى من جواز استئجاره لعصر العنب أو قطعه ، ولعل المراد هنا عصر العنب على قصد الخمرية فإن عين هذا الفعل معصية بهذا القصد ، ولذا أعاد الضمير على الخمر مع أن العصر للعنب حقيقة فلا ينافى مامر من جواز بيع العصير واستئجاره على عصر العنب هذا ماظهر لى فتأمل (قوله وجاز إجارة بيت الخ) هذا عنده أيضا لأن الإجارة على منفعة البيت ، ولهذا يجب الأجر بمجرد التسليم ، ولا معصية فيه وإنما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فينقطع نسبته عنه ، فصار كبيع الجارية ممن لايستبرئها أو يأتيها من دبر وبيع الغلام من لوطى والدليل عليه أنه لو آجره للسكنى جاز وهو لابد له من عبادته فيه اه زيلعى وعينى ومثله فى النهاية والكفاية ، قال فى المنح : وهو صريح فى جواز بيع الغلام من اللوطى ، والمنقول فى كثير من الفتاوى أنه يكره وهو الذى عولنا عليه فى المختصر اه :

أقول : هو صريح أيضا فى أنه ليس مما تقوم المعصية بعينه ، ولهذا كان مافى الفتاوى مشكلا كما مر عن النهر إذ لافرق بين الغلام وبين البيت والعصير ، فكان ينبغى للمصنف التعويل على ماذكره الشراح فإنه مقدم على مافى الفتاوى . نعم على هـــذا التعليل الذى ذكره الزيلعى يشكل الفرق بين ماتقوم المعصية بعينه وبين مالا تقوم بعينه ، فإن المعصية فى السلاح والمكعب المفضض ونحوه إنما هى بفعل الشارى فليتأمل فى وجه الفرق فإنه لم يظهر لى ولم أر من نبه عليه : نعم يظهر الفرق على ماقدمه الشارح تبعا لغيره من التعليل ، لجواز بيع العصير بأنه لاتقوم المعصية بعينه ، بل بعد تغيره فهو كبيع الحديد من أهل الفتنة ، لأنه وإن كان يعمل منه السلاح لكن بعد تغيره أيضا إلى صفة أخرى ، وعليه يظهر كون الأمرد مما تقوم المعصية بعينه كما قدمناه فليتأمل (قوله وأما الأمصار) الألسب فى التعبير كالأمصار الخ ط (قوله فلا يمكنون) أى من اتخاذ البيع والكنائس وإظهار بيع الخمور ونحو ذلك (قوله أو كنيسة أو بيعة) الأول معبد اليهود والثانى معبد النصارى ذكره فى الصحاح ومن ظن عكس هذا فقدسها اه ابن كمال لكن تطلق الكنيسة على الثانى أيضا كما يعلم من القاموس والمغرب والبيعة بالكسر جمعه بيع كعنب (قوله وجاز بيع بناء بيوت مكة) أى اتفاقا لأنه ملك لمن بناه كمن بنى فى أرض الوقف له بيعه إتفاقا

وأرضها) بلا كراهة وبه قال الشافعي وبه يفتى عيني وقد مر في الشفعة وفي البرهان في باب العشر ولا يكره بيع أرضها كبنائها وبه يعمل وفي مختارات النوازل لصاحب الهداية لا بأس ببيع بنائها وإجارتها لكن في الزيلعي وغيره يكره إجارتها وفي آخر الفصل الخامس من التتارخانية وإجارة الوهبانية قالا قال أبو حنيفة أكره إجارة بيوت مكة في أيام الموسم وكان يفتي لهم أن ينزلوا عليهم في دورهم لقوله تعالى — سواء العاكف فيه والباد — ورخص فيها في غير أيام الموسم اه فليحفظ :

قلت : وبهذا يظهر الفرق والتوفيق وهكذا كان ينادي عمر بن الخطاب رضي الله عنه أيام الموسم ويقول يا أهل مكة لاتتخذوا لبيوتكم أبواباً لينزل البادي حيث شاء ثم يتلو الآية فليحفظ (و) جاز (قيد العبد) تحرزاً عن التمرد والإباق وهو سنة المسلمين في الفساق (وقبول هديته تاجراً وإجابة دعوته واستعارة دابته) استحسانا (وكره كسوته) أي قبول هدية العبد (ثوباً وإهداؤه النقدين) لعدم الضرورة (واستخدام الخصي) ظاهره الإطلاق وقيل بل دخوله على الحرم

(قوله وأرضها) جزم به في الكنز وهو قولهما وإحدى الروايتين عن الإمام ، لأنها مملوكة لأهلها لظهور آثار الملك فيها وهو الاختصاص بها شرعا وتمامه في المنح وغيرها (قوله وقد مر في الشفعة) ومر أيضا أن الفتوى على وجوب الشفعة في دور مكة وهو دليل على ملكية أرضها كما مر بيانه (قوله لكن الخ) استدراك على قوله وإجارتها (قوله قالا) أي صاحبا الكتابين (قوله قال أبو حنيفة الخ) أقول : في غاية البيان مايدل على أنه قولهما أيضا حين نقل عن تقريب الإمام الكرخي مانصه ، وروى هشام عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه كره إجارة بيوت مكة في الموسم ، ورخص في غيره وكذا قال أبو يوسف وقال هشام : أخبرني محمد عن أبي حنيفة أنه كان يكره كراء بيوت مكة في الموسم ويقول لهم : أن ينزلوا عليهم في دورهم إذا كان فيها فضل وإن لم يكن فلا وهو قول محمد اه فأفاد أن الكراهة في الإجارة وفاقية وكذا قال في الدر المنتقى صرحوا بكراهتها من غير ذكر خلاف اه (قوله وبه يظهر الفرق) أي بحمل الكراهة على أيام الموسم يظهر الفرق بين جواز البيع دون الإجارة ، وهو جواب عما في الشرنبلالية ، حيث نقل كراهة إجارة أرضها عن الزيلعي والكافي والهداية ثم قال : فلينظر الفرق بين جواز البيع ، وبين عدم جواز الإجارة اه .

وحاصله : أن كراهة الإجارة لحاجة أهل الموسم (قوله والتوفيق) بين مافي النوازل ومافي الزيلعي وغيره بحمل الكراهة على أيام الموسم وعدمها على غيرها (قوله وهكذا) أي كما كان الإمام يفتي ط (قوله واستعارة دابته) فلا يضمن المستعير لو عطبت تحته (قوله استحسانا) لأن النبي عليه الصلاة والسلام قبل هدية سلمان حين كان عبدا وقبل هدية بريرة وكانت مكاتبة ، وأجاب رهط من الصحابة دعوة مولى أبي أسيد وكان عبدا ، ولأن في هذه الأشياء ضرورة ولا يجد العاجز بدا منها هداية (قوله أي قبول هدية العبد) أشار إلى أن كسوته من إضافة المصدر إلى فاعله (قوله واستخدام الخصي) لأن فيه تحريض الناس على الخصاء وفي غاية البيان عن الطحاوي ويكره كسب الخصيان وملكهم واستخدامهم اه قال الحموي : لم يظهر لي وجه كراهة كسبه .

أقول : لعل المراد كراهة كسبه على مولاه بأن يجعل عليه ضريبة أو مطلقا لأن كسبه عادة في استخدامه ودخوله على الحرم تأمل . ثم رأيت الثاني في التجنيس والمزيد ونصه لأن كسبه يحصل بالمخالطة مع النسوان اه ولله الحمد (قوله وقيل بل دخوله) الأولى بل في دخوله وعلى القيل اقتصر القهستاني ، ونقله عن الكرماني والحديث والعلة يفيدان الإطلاق فكان هو المعتمد ط وهو ظاهر المتون (قوله على الحرم) جمع حرمة بمعنى المرأة مثل غرفة وغرف كما في المصباح حموي ، فيكون بضم الحاء وفتح الراء وفي بعض النسخ على الحريم ،

لو سنه خمسة عشر .

(و) كره (إقراض) أى إعطاء (بقال) كخباز وغيره (دراهم) أو برا لخوف هلكه لو بقى بيده يشترط (ليأخذ) متفرقا (منه) بذلك (ما شاء) ولو لم يشترط حالة العقد لكن يعلم أنه يدفع لذلك شرنبلالية ، لأنه قرض جر نفعا وهو بقاء ماله فلو أودعه لم يكره لأنه لو هلك لايضمن وكذا لو شرط ذلك قبل الإقراض ثم أقرضه يكره اتفاقا قهستانى وشرنبلالية .

(و) كره تحريما (اللعب بالنرد و) كذا (الشطرنج) بكسر أوله ويهمل ولايفتح إلا نادراً وأباحه الشافعى وأبو يوسف فى رواية ونظمها شارح الوهبانية فقال :

ولا بأس بالشطرنج وهى رواية عن الحبر قاضى الشرق والغرب تؤثر

وهذا إذا لم يقامر ولم يداوم ولم يخل بواجب وإلا فحرام بالإجماع .

وفى القاموس والحريم كأمير ماحرم فلم يمس وثوب المحرم وما كان المحرمون يلقونه من الثياب ، فلا يلبسونه ومن الدار ما أضيف إليها من حقوقها ومرافقها وهقك ماتحميه وتقاتل عنه كالحرم جمعه أحرام وحرم بضمتين وحرملك بضم الحاء لسالك وما تحمى وهى المحارم الواحدة كمكرمة وتفتح راؤه اهـ فالحرم بالفتح والحريم بمعنى ما يحمى مناسب هنا أيضا (قوله لو سنه خمسة عشر) قيد بالسن لما قيل إن الخصى لايحتلم (قوله بقال) قال فى القاموس البقال بياع الأطعمة كلمة عامية والصحيح البدال اهـ (قوله يشترط) جملة حالية أى يشترط الأخذ وقيد به لما فى غاية البيان إنما يكره إذا كانت المنفعة مشروطة فى العقد وإلا فلا لأن المستقرض يكون متبرعا بها فصار كالرجحان الذى دفعه صلى الله عليه وسلم اهـ (قوله ولو لم يشترط حالة العقد الخ) كذا فى بعض النسخ وسقط من بعضها قال ط والأولى أن يقول : أو لم يشترط ليفيد اتحاد الحكم فى الصورتين ، ويكون عطفا على قوله : يشترط قال فى الشرنبلالية ، وجعل المسألة فى التجنيس والمزيد على ثلاثة أوجه : إما أن يشترط عليه فى القرض ، أن يأخذها تبرعا أو شراء ، أو لم يشترط ولكن يعلم أنه يدفع لهذا وقال قبل ذلك ففى الوجه الأول والثانى : لايجوز ، لأنه قرض جر منفعة وفى الوجه الثالث : جاز لأنه ليس بشرط المنفعة ، فإذا أخذ يقول فى كل وقت يأخذ هو على ماقاطعتك عليه اهـ :

أقول : الوجه الثالث يلزم منه الثانى فكان ينبغى أن يكره أيضا إلا أن يحمل الثالث على ما إذا أعرضا وقت القرض عن الشرط المذكور بينهما قبله (قوله وهو بقاء ماله) وكفايته للحاجات ولو كان فى يده لخرج من ساعته . ولم يبق منح (قوله قهستانى وشرنبلالية) عبارة القهستانى : فلو تقرر بينهما قبل الإقراض أن يعطيه كذا درهما ليأخذ منه متفرقا ثم أقرضه لم يكره بلا خلاف كما فى المحيط اهـ وهذا هو الوجه الثالث مما فى الشرنبلالية وقد علمت مافيه إن لم يحمل على ماقلناه وبه علم أن قول الشرح : يكره اتفاقا صوابه لم يكره كما يوجد فى بعض النسخ (قوله بالنرد) هو اسم معرب ويقال له النردشير بفتح الدال وكسر الشين والشير اسم ملك وضع له النرد كما فى المهمات ، وفى زين العرب قيل : إن الشير معناه الحلو ، وفيه نظر قالوا هو من موضوعات سابور بن أردشير ثانى ملوك الساسانية وهو حرام مسقط للعدالة بالإجماع قهستانى (قوله والشطرنج) معرب شدرنج ، وإنما كره لأن من اشتغل به ذهب عناؤه الدنيوى ، وجاءه العناء الأخروى فهو حرام وكبيرة عندنا ، وفى إباحته إعانة الشيطان على الإسلام والمسلمين كما فى الكافى قهستانى (قوله فى رواية الخ) قال الشرنبلالى فى شرحه وأنت خبير بأن المذهب منع اللعب به كغيره (قوله قاضى الشرق والغرب) هو الإمام الثانى أبو يوسف لأن ولايته عمت المشارق والمغارب ، لأنه كان قاضى الخليفة هرون الرشيد شرنبلالية (قوله وهذا الخ) وكذا إذا لم يكثر الحلف

(و) كره (كل لهو) لقوله عليه الصلاة والسلام « كل لهو المسلم حرام إلا ثلاثة ملاعبته أهله وتأديبه لفرسه ومناضلته بقوسه » (و) كره (جعل الغل) طوق له راية (فى عنق العبد) يعلم بإباقه وفى زماننا لا بأس به لغلبة الإباق خصوصا فى السودان وهو المختار كما فى شرح المجمع للعيني (بخلاف القيد) فإنه حلال كما مر (و) كره (قوله فى دعائه بمقعد العز من عرشك)

عليه وبدون هذه المعانى لا تسقط عدالته للاختلاف فى حرمته عبدالبر عن أدب القاضى .

[فرع] اللعب بالأربعة عشر حرام وهو قطعة من خشب يحفر فيها ثلاثة أسطر ويجعل فى تلك الحفر حصى صغار يلعب بها اه منح :

قلت : الظاهر أنها المسماة الآن بالمنقلة لكنها تحفر سطرين كل سطر سبع حفر (قوله وكره كل لهو) أى كل لعب وعبث فالثلاثة بمعنى واحد كما فى شرح التأويلات والإطلاق شامل لنفس الفعل ، واستماعه كالرقص والسخرية والتصفيق وضرب الأوتار من الطنبور والبربط والرباب والقانون والمزمار والصنج والبوق ، فإنها كلها مكروهة لأنها زى الكفار ، واستماع ضرب الدف والمزمار وغير ذلك حرام وإن سمع بغتة يكون معذورا ويجب أن يجتهد أن لايسمع قهستانى (قوله ومناضلته بقوسه) قال فى مختصر النقاية يقال : انتضل القوم وتناضلوا أى رموا للسبق وناضله إذا راماه اه وفى الجواهر قد جاء الأثر فى رخصة المسارعة ، لتحصيل القدرة على المقاتلة دون التلهى فإنه مكروه اه والظاهر أنه يقال مثل ذلك فى تأديب الفرس والمناضلة بالقوس ط (قوله وكره جعل الغل) بضم الغين المعجمة (قوله طوق له راية) الراية بالراء المهملة والدال غلط من الكاتب غل يجعل فى عنق العبد من الحديد علامة على أنه أبق إتقانى وفى القهستانى هو طوق مسمر بمسمار عظيم يمنعه من تحريك رأسه اه فتنبه له (قوله يعلم) بضم أوله وكسر ثالثه من الاعلام وضميره للغل وهو وجه تسميته بالراية (قوله بمعقد العز) بكسر القاف شلبى قال فى المغرب : معقد العز موضع عقده اه وإنما كره لأنه يوهم تعلق عزه بالعرش والعرش حادث ، وما يتعلق به يكون حادثا ضرورة والله تعالى متعال عن تعلق عزه بالحادث سبحانه ، بل عزه قديم لأنه صفته ، وجميع صفاته قديمة قائمة بذاته لم يزل موصوفا بها فى الأزل ، ولا يزال فى الأبد ولم يزد شيئا من الكمال لم يكن فى الأزل بحدوث العرش وغيره زيلعى .

وحاصله : أنه يوهم تعلق عزه تعالى بالعرش تعلقا خاصا ، وهو أن يكون العرش مبدأ ومنشأ لعزه تعالى كما توهمه كلمة من فإن جميع معانيها ترجع إلى معنى ابتداء الغاية ، وذلك المعنى غير متصور فى صفة من صفاته تعالى فإن مؤداه أن صفة العز ناشئة من العرش الحادث ، فتكون حادثة فافهم وبه اندفع ما أورد أن حدوث تعلق الصفة بالحادث لايوجب حدوثها ، لعدم توقفها عليه كتعلق القدرة ونحوها بالمحدثات كما بسطه الطورى ووجه الاندفاع أن مجرد إيهام المعنى المحال كاف فى المنع عن التلفظ بهذا الكلام ، وإن احتمل معنى صحيحا ولذا علل المشايخ بقولهم لأنه يوهم الخ ونظيره ماقالوا فى أنا مؤمن إن شاء الله ، فإنهم كرهوا ذلك ، وإن قصد التبرك دون التعليق لما فيه من الإيهام كما قرره العلامة التفتازانى فى شرح العقائد وابن الهمام فى المسايرة ، وعلى هذا يمنع عن هذا اللفظ ، وإن أريد بالعز عز العرش الذى هو صفة له ، لأن المتبادر أن المراد عز الله تعالى فيشكل قول الزيلعى ، ولو جعل العز صفة للعرش كان جائزا لأن العرش موصوف فى القرآن بالمجد والكرم ، فكذا بالعز ولا يشك أحد أنه موضع الهيبة وإظهار كمال القدرة وإن كان الله تعالى مستغنيا عنه اه لكن أقره فى الدرر والمنح وكذا المقدسي وقال : وعليه تكون من بيانية أى بمعقد العز الذى هو عرشك ، وهذا وجه وجيه لما اختاره

ولو بتقديم العين وعن أبي يوسف لا بأس به وبه أخذ أبو الليث الأثر والأحوط الامتناع لكونه خبر واحد فيما يخالف القطعي إذ المتشابه إنما يثبت بالقطعي هداية وفى التاترخانية معزيا للمنتقى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة لا ينبغي لأحد أن يدعو الله إلا به والدعاء المأذون فيه المأمور به ما استفيد من قوله تعالى — ولله الأسماء الحسنى فادعوه بها — قال وكذا لا يصلى أحد على أحد

الفقيه اه فليتأمل (قوله ولو بتقديم العين) ظاهره أن الذى فى المتن بتقديم القاف ، وهو الذى فى أغلب نسخ الشرح وفى بعضها بتقديم العين ، وهو الذى شرح عليه فى المنح ، وهو الأولى لموافقته للمتون ، ولأنه موضع الخلاف ولذا قال فى الهداية ولا ريب فى امتناع الثانى لأنه من العقود (قوله الأثر) وما روى أنه كان من دعائه صلى الله عليه وسلم « اللهم إنى أسألك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الأعظم وجدك الأعلى وكلماتك التامة » زيلعى (قوله والأحوط الامتناع) وعزاه فى النهاية إلى شرح الجامع الصغير لقاضيخان والتمرتاشي والمحبوبي وفى الفصل الثالث عشر من آخر الحلية شرح المنية للمحقق ابن أمير حاج قال بعد ما تكلم على هذا الأثر : وسنده وأنه عده ابن الجوزى فى الموضوعات ، قد عرفت أن هذا الأثر ليس بثابت فالحق أن مثله لا ينبغي أن يطلق إلا بنص قطعي أو بإجماع قوى ، وكلاهما منتف فالوجه المنع ، وتحمل الكراهة المذكورة على كراهة التحريم وتمامه فيه (قوله فيما يخالف القطعي) وهو تنزيه الحق تعالى عن مثله ط (قوله إذ المتشابه) الأولى أن يقول والمتشابه أى الذى هو كهذا الدعاء ط أى مما كان ظاهره محالا على الله تعالى (قوله هداية) أقول: العبارة المذكورة لصاحب المنح ، وأما عبارة الهداية فنصها ، ولكنا نقول هذا خبر واحد فكان الاحتياط فى الامتناع اه :

[تنبيه] لينظر فى أنه يقال مثل ذلك فى نحو ما يؤثر من الصلوات مثل : اللهم صل على محمد عدد علمك وحلمك ، ومنتهى رحمتك ، وعدد كلماتك ، وعدد كمال الله ونحو ذلك فإنه يوهم تعدد الصفة الواحدة أو انتهاء متعلقات نحو العلم ولا سيما مثل عدد ما أحاط به علمك ، ووسعه سمعك وعدد كلماتك إذ لا منتهى لعلمه ولا لرحمته ولا لكلماته تعالى ولفظة عدد ونحوها توهم خلاف ذلك ، ورأيت فى شرح العلامة الفاسي على دلائل الخيرات البحث فى ذلك فقال : وقد اختلف العلماء فى جواز إطلاق الموهم عند من لا يتوهم به أو كان سهل التأويل والمحمل أو تخصص بطرق الاستعمال فى معنى صحيح ، وقد اختار جماعة من العلماء كيفيات فى الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم وقالوا إنها أفضل الكيفيات منهم الشيخ عفيف الدين اليافعي والشرف البارزى والبهاء ابن القطان ونقله عنه تلميذه المقدسى اه :

أقول : ومقتضى كلام أئمتنا المنع من ذلك إلا فيما ورد عن النبى صلى الله عليه وسلم على ما اختاره الفقيه فتأمل والله أعلم (قوله إلا به) أى بذاته وصفاته وأسمائه (قوله ولله الأسماء الحسنى فادعوه بها) قال الحافظ أبو بكر بن العربى عن بعضهم إن لله تعالى ألف اسم قال ابن العربى وهذا قليل فيها وفى الحديث الصحيح : « إن لله تعالى تسعة وتسعين اسما مائة إلا واحدا من أحصاها دخل الجنة » قال النووى فى شرح مسلم : واتفق العلماء على أنه ليس فيه حصر فيها ، وإنما المراد الإخبار عن دخول الجنة بإحصائها :

واختلفوا فى المراد بإحصائها فقال البخارى وغيره من المحققين معناه : حفظها وهذا هو الأظهر لأنه جاء مفسرا فى الرواية الأخرى من حفظها وقيل عدها فى الدعاء ، وقيل أحسن المراعاة لها والمحافظة على ما تقتضيه بمعانيها وقيل غير ذلك والصحيح الأول اه ملخصا (قوله وكذا لا يصلى أحد على أحد) أى استقلالا أما تبعا كقوله : اللهم صل على محمد وعلى آله وأصحابه جائز خالية ، والمراد غير الملائكة ، أما هم فيجوز عليهم استقلالا

إلا على النبى صلى الله عليه وسلم :

(و) كره قوله (بحق رسلك وأنبيائك وأوليائك) أو بحق البيت لأنه لاحق للخلق على الخالق تعالى ولو قال لآخر بحق الله أو بالله أن تفعل كذا لايلزمه ذلك وإن كان الأولى فعله درر :

وفى المختارات قال ابن المبارك: سأل لوجه الله أو لحق الله يعجبنى أن لايعطيه شيئا لأنه عظم ماحقر الله وفيها قرأ القرآن ولم يعمل بموجبه يثاب على قراءته كمن يصلى ويعصى :

قال فى الغرائب : والسلام يجزى عن الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم ط وفى خطبة شرح البيرى : فمن صلى على غيرهم أثم ويكره وهو الصحيح . وفى المستصفى وحديث « صلى الله على آل أبى أوفى » الصلاة حقه ، فله أن يصلى على غيره ابتداء أما الغير فلا اه وسيأتى تمام الكلام على ذلك آخر الكتاب (قوله إلا على النبى) أل للجنس والمناسب زيادة الملائكة ط (قوله وكره قوله بحق رسلك الخ) هذا لم يخالف فيه أبو يوسف بخلاف مسألة المتن السابقة كما أفاده الاتقانى . وفى التاترخانية وجاء فى الآثار مادل على الجواز (قوله لأنه لاحق للخلق على الخالق) قد يقال إنه لاحق لهم وجوبا على الله تعالى ، لكن الله سبحانه وتعالى جعل لهم حقا من فضله أو يراد بالحق الحرمة والعظمة ، فيكون من باب الوسيلة وقد قال تعالى : - وابتغوا إليه الوسيلة - :وقد عد من آداب الدعاء التوسل على ما فى الحصن ، وجاء فى رواية : «اللهم إنى أسألك بحق السائلين عليك ، وبحق ممشاى إليك ، فإنى لم أخرج أشرا ولا بطرا » الحديث اه ط عن شرح النقاية لمنلا على القارى ويحتمل أن يراد بحقهم علينا من وجوب الإيمان بهم وتعظيمهم ، وفى اليعقوبية يحتمل أن يكون الحق مصدرا لا صفة مشبهة فالمعنى بحقية رسلك فلا منع فليتأمل اه أى المعنى بكونهم حقا لا بكونهم مستحقين :

أقول : لكن هذه كلها احتمالات مخالفة لظاهر المتبادر من هذا اللفظ ومجرد إيهام اللفظ مالا يجوز كاف فى المنع كما قدمناه فلا يعارض خبر الآحاد فلذا والله أعلم أطلق أئمتنا المنع على أن إرادة هذه المعانى مع هذا الإيهام فيها الإقسام بغير الله تعالى ، وهو مانع آخر تأمل نعم ذكر العلامة المناوى فى حديث « اللهم إنى أسألك وأتوجه إليك بنبيك نبى الرحمة » عن العز بن عبد السلام أنه ينبغى كونه مقصورا على النبى صلى الله عليه وسلم ، وأن لايقسم على الله بغيره وأن يكون من خصائصه قال وقال السبكى : يحسن التوسل بالنبى إلى ربه ولم ينكره أحد من السلف ولا الخلف إلا ابن تيمية فابتدع مالم يقله عالم قبله اه ونازع العلامة ابن أمير حاج فى دعوى الخصوصية ، وأطال الكلام على ذلك فى الفصل الثالث عشر آخر شرحه على المنية فراجعه (قوله سأل) أى طلب من شخص شيئا من الدنيا الحقيرة (قوله يعجبنى أن لايعطيه شيئا) محمول على ما إذا لم يعلم ضرورته ط :

أقول : وليتأمل المنع مع ماذكره شيخ مشايخنا الجراحى مما عند الطبرانى بسند رجاله رجال الصحيح عن أبى موسى رضى الله عنه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « ملعون من سأل بوجه الله وملعون من سئل بوجه الله ثم منع سائله مالم يسأل هجرا » يعنى قبيحا ولأبى داود والنسائى وصححه ابن حبان وقال الحاكم على شرط الشيخين عن ابن عمر رضى الله عنهما رفعه « ومن يسأل بوجه الله (١) فأعطوه » وللطبرانى « ملعون من سأل بوجه الله وملعون من يسئل بوجه الله فيمنع سائله » اه إلا أن يحمل على السؤال من غير الدنيا أو على ما إذا علم عدم حاجته وأن سؤاله للتكثير تأمل (قوله يثاب على قراءته) وإن كان يأثم بترك العمل فالثواب من جهة والإثم من أخرى ط

---

(١) قوله (من يسأل الله بوجه الخ) هكذا بالأصل المقابل على خط المؤلف ولعل الصواب : من يسأل بوجه الله الخ كما يدل عليه سابق الكلام ولاحقه اه مصححه .

[فرع] هل يكره رفع الصوت بالذكر والدعاء ؟ قيل نعم وتمامه قبيل جنايات البزازية .
(و) كره (احتكار قوت البشر) كتبن وعنب ولوز (والبهائم) كتبن وقت (فى بلد يضر بأهله) لحديث « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون » فإن لم يضر لم يكره

(قوله قيل نعم) يشعر بضعفه مع أنه مشى عليه فى المختار والملتقى فقال : وعن النبى صلى الله عليه وسلم أنه كره رفع الصوت عند قراءة القرآن والجنازة والزحف والتذكير فما ظنك عند الغناء الذى يسمونه وجدا ومحبة فإنه مكروه لا أصل له فى الدين اه (قوله وتمامه قبيل جنايات البزازية) أقول : اضطرب كلام البزازية فنقل أولا عن فتاوى القاضى أنه حرام لما صح عن ابن مسعود أنه أخرج جماعة من المسجد يهللون ويصلون عن النبى صلى الله عليه وسلم جهرا وقال لهم « ما أراكم إلا مبتدعين » ثم قال البزازى وما روى فى الصحيح أنه عليه الصلاة والسلام قال لرافعى أصواتهم بالتكبير « اربعوا على أنفسكم إنكم لن تدعوا أصم ولا غائبا إنكم تدعون سميعا بصيرا قريبا إنه معكم » الحديث يحتمل أنه لم يكن للرفع مصلحة فقد روى أنه كان فى غزاة ولعل رفع الصوت يجر بلاء والحرب خدعة ولهذا نهى عن الجرس فى المغازى ، وأما رفع الصوت بالذكر فجائز كما فى الأذان والخطبة والجمعة والحج اه وقد حرر المسألة فى الخيرية وحمل مافى فتاوى القاضى على الجهر المضر وقال : إن هناك أحاديث اقتضت طلب الجهر ، وأحاديث طلب الإسرار والجمع بينهما بأن ذلك يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال ، فالإسرار أفضل حيث خيف الرياء أو تأذى المصلين أو النيام والجهر أفضل حيث خلا مما ذكر ، لأنه أكثر عملا ولتعدى فائدته إلى السامعين ، ويوقظ قلب الذاكر فيجمع همه إلى الفكر ، ويصرف سمعه إليه ، ويطرد النوم ويزيد النشاط اه ملخصا .

زاد فى التاترخانية : وأما رفع الصوت عند الجنائز فيحتمل أن المراد منه النوح أو الدعاء للميت بعدما افتتح الناس الصلاة أو الإفراط فى مدحه كعادة الجاهلية بما هو شبيه المحال ، وأما أصل الثناء عليه فغير مكروه اه وقد شبه الإمام الغزالى ذكر الإنسان وحده وذكر الجماعة بأذان المنفرد ، وأذان الجماعة قال : فكما أن أصوات المؤذنين جماعة تقطع جرم الهواء أكثر من صوت المؤذن الواحد كذلك ذكر الجماعة على قلب واحد أكثر تأثيرا فى رفع الحجب الكثيفة من ذكر شخص واحد (قوله وكره احتكار قوت البشر) الاحتكار لغة : احتباس الشىء انتظارا لغلائه والاسم الحكرة بالضم والسكون كما فى القاموس ، وشرعا : اشتراء طعام ونحوه وحبسه إلى الغلاء أربعين يوما لقوله عليه الصلاة والسلام « من احتكر على المسلمين أربعين يوما ضربه الله بالجذام والإفلاس » وفى رواية « فقد برئ من الله وبرئ الله منه » قال فى الكفاية : أى خذله والخذلان ترك النصرة عند الحاجة اه وفى أخرى « فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا » الصرف : النفل ، والعدل : الفرض شرنبلالية عن الكافى وغيره وقيل شهرا وقيل أكثر وهذا التقدير للمعاقبة فى الدنيا بنحو البيع والتعزير لا للإثم لحصوله وإن قلت المدة وتفاوته بين تربصه لعزته أو للقحط والعياذ بالله تعالى درمنتقى مزيدا والتقييد بقوت البشر قول أبى حنيفة ومحمد وعليه الفتوى كذا فى الكافى ، وعن أبى يوسف كل ما أضر بالعامة حبسه ، فهو احتكار وعن محمد الاحتكار فى الثياب ابن كمال (قوله كتين وعنب ولوز) أى مما يقوم به بدنهم من الرزق ولو دخنا لا عسلا وسمنا درمنتقى (قوله وقت) بالقاف والتاء المثناة من فوق الفصفصة بكسر الفاءين وهى الرطبة من علف الدواب اه ح وفى المغرب : القت اليابس من الاسفست اه ومثله فى القاموس وقال فى الفصفصة بالكسر هو لبات فارسيته إسفست تأمل (قوله فى بلد) أو ما فى حكمه كالرستاق والقرية قهستانى (قوله يضر بأهله) بأن كان البلد صغيرا هداية (قوله والمحتكر ملعون) أى مبعد عن درجة الأبرار ، ولا يراد المعنى الثانى للعن وهو

ومثله تلقي الجلب (و) يجب أن (يأمره القاضى ببيع مافضل عن قوته وقوت أهله فإن لم يبع) بل خالف أمر القاضى (عزره) بما يراه رادعا له (وباع) القاضى (عليه) طعامه (وفاقا) على الصحيح وفى السراج لو خاف الإمام على أهل بلد الهلاك أخذ الطعام من المحتكرين وفرق عليهم فإذا وجدوا سعة ردوا مثله وهذا ليس بحجر بل للضرورة ومن اضطر لمال غيره وخاف الهلاك تناوله بلا رضاه ونقله الزيلعى عن الاختيار وأقره (ولا يكون محتكراً بحبس غلة أرضه) بلا خلاف (ومجلوبه من بلد آخر) خلافا للثانى وعند محمد إن كان يجلب منه عادة كره وهو المختار (ولا يسعر حاكم) لقوله عليه الصلاة والسلام « لا تسعروا فإن الله هو المسعر القابض الباسط

الإبعاد من رحمة الله تعالى ، لأنه لا يكون إلا فى حق الكفار إذ العبد لا يخرج من الإيمان بارتكاب الكبيرة كما فى الكرمانى ، وأقره القهستانى در منتقى (قوله ومثله تلقى الجلب) أى فى التفصيل بين كونه يضر أهل البلد أو لايضر ، وصورته كما فى منلامسكين : أن يخرج من البلد إلى القافلة التى جاءت بالطعام ، ويشترى منها خارج البلد وهو يريد حبسه ويمتنع عن بيعه ولم يترك حتى تدخل القافلة البلد قالوا هذا إذا لم يلبس الملتقى سعر البلد على التجار ، فإن لبس فهو مكروه فى الوجهين هداية (قوله يأمر القاضى ببيع ما فضل الخ) أى إلى زمن يعتبر فيه السعة كما فى الهداية والتبيين شرنبلالية وينهاه عن الاحتكار ويعظه ويزجره عنه زيلعى (قوله فإن لم يبع الخ) قال الزيلعى فإن رفع إليه ثانيا فعل به كذلك وهدده فإن رفع إليه ثالثا حبسه وعزره ، ومثله فى القهستانى وكذا فى الكفاية عن الجامع الصغير فتنبه (قوله وباع القاضى عليه طعامه) أى إذا امتنع باعه جبرا عليه قال فى الهداية : وهل يبيع القاضى على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل : هو على اختلاف عرف فى بيع مال المديون ، وقيل : يبيع بالاتفاق لأن أباحنيفة يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلك اهـ (قوله على الصحيح) كذا نقله القهستانى ومثله فى المنح (قوله وفى السراج الخ) مثله فى غاية البيان وغيرها ، وهذا بيان للعلة الأخرى للقول الصحيح غير التى قدمناها عن الهداية بناء على قول الإمام بعدم الحجر تأمل (قوله أخذ الطعام من المحتكرين) أى ويبقى لهم قوتهم وقوت عيالهم كما لايخفى ط أى كما مر فى أمره بالبيع (قوله ولا يكون محتكرا الخ) لأنه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة ، ألا ترى أن له أن لايزرع فكذا له أن لا يبيع هداية قال ط والظاهر أن المراد أنه لا يأثم إثم المحتكر وإن أثم بانتظار الغلاء أو القحط لنية السوء للمسلمين اهـ وهل يجبر على بيعه الظاهر نعم إن اضطر الناس إليه تأمل (قوله ومجلوبه من بلد آخر) لأن حق العامة إنما يتعلق بما جمع فى المصر وجلب إلى فنائها هداية قال القهستانى ويستحب أن يبيعه ، فإنه لايخلو عن كراهة كما فى التمرتاشى (قوله خلافا للثانى) فعنده يكره كما فى الهداية واعترضه الاتقانى ، بأن الفقيه جعله متفقا عليه ، وبأن القدورى قال فى التقريب وقال أبو يوسف : إن جلبه من نصف ميل ، فإنه ليس بحكرة ، وإن اشتراه من رستاق ، واحتكره حيث اشتراه فهو حكرة قال فعلم أن ما جلبه من مصر آخر ليس بحكرة عند أبى يوسف أيضا ، لأنه لا يثبت الحكرة فيما جلبه من نصف ميل فكيف فيما جلبه من مصر آخر نص على هذا الكرخى فى مختصره اهـ (قوله إن كان يجلب منه عادة) احترازا عما إذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه إلى المصر ، لأنه لم يتعلق به حق العامة كما فى الهداية (قوله ملتقى(١)) قال فى شرحه تبعا للشرنبلالية : وقدأخر فى الهداية قول محمد بدليله اهـ أى فإن عادته تأخير دليل مايختاره (قوله ولا يسعر حاكم) أى يكره ذلك كما فى الملتقى وغيره (قوله لاتسعروا) قال شيخ مشايخنا العلامة إسمعيل الجراحى فى الأحاديث

---

(١) قوله (ملتقى) كذا بالأصل وليس فى نسخ الشارح هذه الزيادة وعبارة الطحطاوى قوله وهو المختار ، ذكره فى الملتقى الخ اهـ مصححه .

الرازق » (إلا إذا تعدى الأرباب عن القيمة تعديا فاحشاً فيسعر بمشورة أهل الرأى) وقال مالك: على الوالى التسعير عام الغلاء وفى الاختيار ثم إذا سعروخاف البائع ضرب الإمام لو نقص لا يحل للمشترى وحيلته أن يقول له: بعنى بما تحب ولو اصطلحوا على سعر الخبز واللحم ووزن ناقصا رجع المشترى بالنقصان فى الخبز لا اللحم لشهرة سعره عادة ؛

قلت : وأفاد أن التسعير فى القوتين لا غير وبه صرح العتابى وغيره ، لكنه إذا تعدى أرباب غير القوتين وظلموا على العامة فيسعر عليهم الحاكم بناء على ماقال أبو يوسف: ينبغى أن يجوز ذكره القهستانى فإن أبا يوسف يعتبر حقيقة الضرر كما تقرر فتدبر :

المشهورة : قال النجم هذا اللفظ لم يرد لكن رواه أحمد والبزار وأبو يعلى فى مسانيدهم وأبو داود والترمذى وصححه وابن ماجة فى سننهم عن أنس رضى الله تعالى عنه قال قال الناس : يارسول الله غلا السعر فسعر لنا فقال : وإن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق وإنى لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم يطالبنى بمظلمة فى دم ولا مال ، وإسناده على شرط مسلم وصححه ابن حبان والترمذى اه (قوله الرازق) كذا فى أغلب النسخ وفى نسخة : الرزاق على صيغة فعال ، وهو الموافق لما قدمناه (قوله تعديا فاحشا) بينه الزيلعى وغيره بالبيع بضعف القيمة ط (قوله فيسعر الخ) أى لا بأس بالتسعير حينئذ كما فى الهداية (قوله على الوالى التسعير) أى يجب عليه ذلك كما فى غاية البيان وأيضا لم يشترط التعدى الفاحش كما ذكره ابن الكمال وبه يظهر الفرق بين المذهبين (قوله لو نقص) أى لو نقص الوزن عما سعره الإمام بأن سعر الرطل بدرهم مثلا فجاء المشترى وأعطاه درهما وقال بعنى به تأمل (قوله لا يحل للمشترى) أى لا يحل له الشراء بما سعره الإمام ، لأن البائع فى معنى المكره كما ذكره الزيلعى :

أقول : وفيه تأمل لأنه مثل ما قالوا فيمن صادره السلطان بمال ، ولم يعين بيع ماله فصار يبيع أملاكه بنفسه ينفذ بيعه لأنه غير مكروه على البيع وهنا كذلك ، لأن له أن لا يبيع أصلا ، ولذا قال فى الهداية ومن باع منهم بما قدره الإمام صح ، لأنه غير مكره على البيع اه لأن الإمام لم يأمر بالبيع ، وإنما أمره أن لا يزيد الثمن على كذا وفرق مابينهما فليتأمل (قوله بما تحب) فحينئذ بأى شىء باعه يحل زيلعى : وظاهره أنه لو باعه بأكثر يحل وينفذ البيع ولا ينافى ذلك ما ذكره الزيلعى وغيره من أنه لو تعدى رجل وباع بأكثر أجازه القاضى ، لأن المراد أن القاضى يمضيه ولا يفسخه ، ولذا قال القهستانى : جاز وأمضاه القاضى ، خلافا لما فهمه أبو السعود من أنه لا ينفذ ما لم يجزه القاضى (قوله رجع المشترى بالنقصان فى الخبز لا اللحم) جعل الزيلعى وغيره ذلك فيما إذا كان المشترى من غير أهل البلد ، وعلله بأن سعر الخبز يظهر عادة فى البلدان وسعر اللحم لا يظهر إلا نادرا اه أى فلا يظهر فى حق الغريب كما فى الخانية فالبلدى يرجع فيهما ، والمراد الرجوع فى حصة النقصان من الثمن. وفى بيوع الخانية : رجل اشترى من القصاب كل يوم لحما بدرهم ، والقصاب يقطع ويزن والمشترى يظن أنه منّ ، لأن اللحم يباع فى البلد منا بدرهم ، فوزنه المشترى يوما فوجده أنقص وصدقه القصاب قالوا : إن كان المشترى من أهل البلد يرجع بحصة النقصان من الثمن لا من اللحم لأن البائع أخذ حصة النقصان من الثمن بغير عوض ، وإن لم يكن من أهل البلد ، وأنكر القصاب أنه دفع على أنه منّ لا يرجع بشىء لأن سعر البلد لا يظهر فى حق الغرباء اه (قوله وأفاد أن التسعير فى القوتين) أى قوت البشر وقوت البهائم ، لأنه ذكر التسعير فى بحث الاحتكار تأمل (قوله وظلموا على العامة) ضمنه معنى تعدى فعداه بعلى اه ح (قوله فيسعر عليهم الحاكم) الأولى فسعر بلفظ الماضى عطفا على قوله تعدى لأن جواب إذا قوله ينبغى أن يجوز (قوله بناء على ما قال أبو يوسف)

• (يكره إمساك الحمامات) ولو فى برجها (إن كان يضر بالناس) بنظر أو جلب والاحتياط أن يتصدق بها ثم يشتريها أو توهب له مجتبى (فإن كان يطيرها فوق السطح مطلعا على عورات المسلمين ويكسر زجاجات الناس برميه تلك الحمامات عزر ومنع أشد المنع فإن لم يمتنع بذلك ذبحها) أى الحمامات (المحتسب) وصرح فى الوهبانية بوجوب التعزير وذبح الحمامات ولم يقيده بما مر ولعله اعتمد عادتهم . وأما للاستئناس فمباح كشراء عصافير ليعتقها إن قال من أخذها فهى له ولا تخرج عن ملكه بإعتاقه ، وقيل يكره لأنه تضييع المال جامع الفتاوى .

وفى المختارات سيب دابته وقال هى لمن أخذها لم يأخذها ممن أخذها ومر فى الحج وجاز ركوب الثور وتحميله والكراب على الحمير بلا جهد وضرب إذ ظلم الدابة

أى من أن كل ما أضر بالعامة حبسه فهو احتكار ، ولو ذهبا أو فضة أو ثوبا قال ط : وفيه أن هذا فى الاحتكار لا فى التسعير اه .

قلت : نعم ولكنه يؤخذ منه قياسا أو استنباطا بطريق المفهوم ولذا قال بناء على ما قال أبو يوسف ، ولم يجعله قوله تأمله على أنه تقدم أن الإمام يرى الحجر إذ عم الضرر كما فى المفتى الماجن والمكارى المفلس والطبيب الجاهل ، وهذه قضية عامة فتدخل مسألتنا فيها لأن التسعير حجر معنى ، لأنه منع عن البيع بزيادة فاحشة ، وعليه فلا يكون مبنيا على قول أبى يوسف فقط كذا ظهر لى فتأمل (قوله والاحتياط) يعنى فيما إذا جلب حماما ولم يدر صاحبها(١) اهـ ح (قوله ذبحها) أى ثم يلقيها لمالكها أفاده الشرنبلالى فى شرحه (قوله وصرح فى الوهبانية) أى فى كتاب الحدود (قوله ولم يقيده بما مر) أى من الاطلاع على العورات وكسر الزجاجات قال شارحه العلامة عبد البر : ولم أر إطلاق التعزير لغيره من المتقدمين (قوله ولعله) أى صاحب الوهبانية اعتمد عادتهم أى أطلق اعتماداً على عادة الذين يطيرون الحمام (قوله وأما للاستئناس فمباح) قال فى المجتبى رامزاً : لا بأس بحبس الطيور والدجاج فى بيته ، ولكن يعلفها وهو خير من إرسالها فى السكك اهـ وفى القنية رامزا : حبس بلبلا فى القفص وعلفها لا يجوز اهـ.

أقول : لكن فى فتاوى العلامة قارىء الهداية : سئل هل يجوز حبس الطيور المفردة وهل يجوز عتقها ، وهل فى ذلك ثواب ، وهل يجوز قتل الوطاويط لتلويثها حصر المسجد بخرئها الفاحش ؟ فأجاب : يجوز حبسها للاستئناس بها ، وأما إعتاقها فليس فيه ثواب ، وقتل المؤذى منها ومن الدواب جائز اهـ .

قلت : ولعل الكراهة فى الحبس فى القفص ، لأنه سجن وتعذيب دون غيره كما يؤخذ من مجموع ما ذكرنا وبه يحصل التوفيق فتأمل .

[تنبيه] قال الجراحى : ومن الواهى ما رواه الدارقطنى فى الأفراد والديلمى عن ابن عباس مرفوعا « اتخذوا المقاصيص فإنها تلهى الجن عن صبيانكم » وأخرج ابن أبى الدنيا عن الثورى « إن اللعب بالحمام من عمل قوم لوط » (قوله ولا تخرج عن ملكه بإعتاقه) فإذا وجدها بعده فى يد غيره له أخذها إلا إذا كان قال من أخذها فهى له كما يفهم مما بعده (قوله لم يأخذها) ذكر فى الخلاصة أنه أعاد المسألة فى الفتاوى فى باب السير وشرط أنه قال لقوم معلومين : من شاء منكم فليأخذه اهـ . وفى التاترخانية : ولو قال كل ماتناول فلان من مالى فهو حلال له فتناول حل ، وفى كل من تناول من مالى فهو حلال له فتناول رجل شيئا لا يحل وقال أبو نصر : يحل ولا يضمن : قال ألت فى حل من مالى خذ منه ما شئت قال محمد هو حل من الدراهم والدنانير خاصة (قوله وجاز ركوب الثور وتحميله الخ) وقيل لا يفعل لأن كل نوع من الأنعام خلق لعمل فلا يغير أمر الله تعالى (قوله بلا جهد وضرب) أى

---

(١) (قوله ولم يدر صاحبها) أى بل شك فى أخذها الحمام ملكه أولا ، أما إذا علم أنه ليس ملكه ولكن لا يعلم صاحبه يكون التصدق حينئذ واجبا لا احتياطا فقط اهـ .

أشد من الذمى وظلم الذمى أشد من المسلم (ولا بأس بالمسابقة فى الرمى والفرس) والبغل والحمار كذا فى الملتقى والمجمع . وأقره المصنف هنا خلافا لما ذكره فى مسائل شتى فتنبه (والإبل و) على (الأقدام) لأنه من أسباب الجهاد فكان مندوبا وعند الثلاثة لا يجوز فى الأقدام أى بالجعل أما بدونه فيباح فى كل الملاعب كما يأتى (حل الجعل) وطاب لا لأنه يصير مستحقا ذكره البرجندى وغيره وعلله البزازى بأنه لا يستحق بالشرط شىء لعدم العقد والقبض اهـ ومفاده لزومه بالعقد كما يقول الشافعية فتبصر (إن شرط المال) فى المسابقة

لا يحملها فوق طاقتها ولا يضرب وجهها ولا رأسها إجماعا ، ولا تضرب أصلا عند أبى ح وإن كانت ملكه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « تضرب الدواب على النفار ولا تضرب على العثار » لأن العثار من سوء إمساك الراكب اللجام والنفار من سوء خلق الدابة فتؤدب على ذلك كذا فى فصول العلامى (قوله أشد من الذمى) لأنه لا ناصر له إلا الله تعالى وورد « اشتد غضب الله تعالى على من ظلم من لا يجد ناصراً إلا الله تعالى » ط (قوله أشد من المسلم) لأنه يشدد الطلب على ظالمه ليكون معه فى عذابه : ولا مانع من طرح سيئات غير الكفر على ظالمه فيعذب بها بدله ذكره بعضهم ط (قوله ولا بأس بالمسابقة الخ) لقوله صلى الله عليه وسلم « لا سبق إلا فى خف أو نصل أو حافر » والسبق بفتح الباء ما يجعل من المال للسابق على سبقه ، وبالسكون : مصدر سبقت أى لا تجوز المسابقة بعوض إلا فى هذه الأجناس الثلاثة قال الخطابى : والرواية الصحيحة بالفتح أبو السعود عن المناوى قال الجراحى : وزيادة أو جناح موضوع باتفاق المحدثين اهـ والخف الإبل والحافر الخيل والنصل حديدة السهم والمراد به المراماة والضاد المعجمة تصحيف مغرب (قوله كذا فى الملتقى والمجمع) ومثله فى المختار والمواهب ودرر البحار (قوله خلافا لما ذكره فى مسائل شتى) أى قبيل كتاب الفرائض حيث اقتصر على الفرس والإبل والأرجل والرمى ، ومثله فى الكنز والزيلعى ، وأقره الشارح هناك حيث قال : ولا يجوز الاستباق فى غير هذه الأربعة كالبغل بالجعل وأما بلا جعل فيجوز فى كل شىء وتمامه فى الزيلعى اهـ ومثله فى الذخيرة والخانية والتاترخانية ، ونقل أبو السعود عن العلامة قاسم أنه رد ما فى المجمع بأنه لم يقل أحد بالمسابقة على الحمير ، لأن ذلك معلل بالتحريض على الجهاد ، ولم يعهد فى الإسلام الجهاد على الحمير اهـ ولم يذكر البغل مع أن الشرع لم يعتبره حيث لم يجعل له سهما من الغنيمة ، فليس فيه تحريض على الجهاد أيضا ؛ إلا أن يقال عدم السهم لا يقتضى عدم جواز المسابقة عليه ، لأن الخف لا سهم له ، وتجوز المسابقة عليه بالنص ؛

أقول : والحاصل أن الحافر المذكور فى الحديث عام ، فمن نظر إلى عمومه أدخل البغل الحمار ، ومن نظر إلى العلة أخرجهما لأنهما ليسا آلة جهاد تأمل (قوله فكان مندوبا) إنما يكون كذلك بالقصد ، أما إذا قصد التلهى أو الفخر أو لترى شجاعته فالظاهر الكراهة ، لأن الأعمال بالنيات فكما يكون المباح طاعة بالنية تصير الطاعة معصية بالنية ط (قوله أما بدونه) ظاهره أنه مرتبط بكلام الأئمة الثلاثة ، وما يأتى يفيد أن هذا لأهل المذهب ط ومثله ما قدمناه آنفا عن مسائل شتى (قوله فيباح كل الملاعب) أى التى تعلم الفروسية وتعين على الجهاد ، لأن جواز الجعل فيما مر إنما ثبت بالحديث على خلاف القياس ، فيجوز ما عداها بدون الجعل . وفى القهستانى عن الملتقط من لعب بالصولجان يريد الفروسية يجوز وعن الجواهر قد جاء الأثر فى رخصة المصارعة لتحصيل القدرة على المقاتلة دون التلهى فإنه مكروه (قوله لا أنه يصير مستحقا) حتى لو امتنع المغلوب من الدفع لا يجبره القاضى ولا يقضى عليه به زيلعى فى مسائل شتى (قوله ومفاده لزومه بالعقد) انظر ما صورته . وقد يقال معنى قوله لعدم العقد : أى لعدم إمكانه على أن جواز الجعل فيما ذكر استحسان قال الزيلعى : والقياس أن لا يجوز لما

(من جانب واحد وحرم لو شرط) فيها (من الجانبين) لأنه يصير قماراً (إلا إذا ادخلا ثالثاً) محللا (بينهما) بفرس كفء لفرسيهما يتوهم أن يسبقهما وإلا لم يجز ثم إذا سبقهما أخذ منهما وإن سبقاه لم يعطهما وفيما بينهما أيهما سبق أخذ من صاحبه (و) كذا الحكم (في المتفقهة) فإذا شرط لمن معه الصواب صح وإن شرطاه لكل على صاحبه لا درر ومجتبى :

فيه من تعليق التمليك على الخطر ، ولهذا لايجوز فيما عدا الأربعة كالبغل وإن كان الجعل مشروطا من أحد الجانبين اه فتأمل .

وبالجملة فيحتاج في المسألة إلى نقل صريح ، لأن ماذكره محتمل ورأيت في المجتبى مالصه . وفي بعض النسخ فإن سبقه حل المال وإن أبى يجبر عليه اه :

أقول : لكن هذا مخالف لما في المشاهير كالزيلعي والذخيرة والخلاصة والتاترخانية وغيرها من أنه لايصير مستحقا كما مر فتدبر (قوله من جانب واحد) أو من ثالث بأن يقول أحدهما لصاحبه إن سبقتني أعطيتك كذا ، وإن سبقتك لاآخذ منك شيئا أو يقول الأمير لفارسين أو راميين من سبق منكما فله كذا ، وإن سبق فلا شيء له اختيار وغرر الأفكار (قوله من الجانبين) بأن يقول إن سبق فرسك فلك على كذا ، وإن سبق فرسي فلي عليك كذا زيلعي وكذا إن قال إن سبق إبلك أو سهمك الخ تاترخانية (قوله لأنه يصير قمارا) لأن القمار من القمر الذي يزداد تارة وينقص أخرى ، وسمي القمار قمارا لأن كل واحد من المقامرين ممن يجوز أن يذهب ماله إلى صاحبه ، ويجوز أن يستفيد مال صاحبه وهو حرام بالنص ، ولا كذلك إذا شرط من جانب واحد لأن الزيادة والنقصان لاتمكن فيهما بل في أحدهما تمكن الزيادة ، وفي الآخر الانتقاص فقط فلا تكون مقامرة لأنها مفاعلة منه زيلعي (قوله يتوهم أن يسبقهما) بيان لقوله كفء لفرسيهما أي يجوز أن يسبق أو يسبق (قوله وإلا لم يجز) أي إن كان يسبق أو يسبق لامحالة لايجوز لقوله صلى الله عليه وسلم « من أدخل فرسا بين فرسين وهو لايأمن أن يسبق فلا بأس به ومن أدخل فرسا بين فرسين وهو آمن أن يسبق فهو قمار » رواه أحمد وأبو داود وغيرهما زيلعي (قوله ثم إذا سبقهما الخ) صورته أن يقال : إن سبقهما أخذ منهما ألفا إنصافا ، وإن لم يسبق لم يعطهما شيئا ، وإن سبق كل منهما الآخر فله مائة من مال الآخر فلا يعطيهما شيئا إن لم يسبقهما ويأخذ منهما الجعل إن سبقهما ويجوز أن يعكس التصوير أخذا وإعطاء وفيما بينهما أيهما سبق أخذ من صاحبه ماشرط له ؛ وإن سبقاه وجاءا معا فلا شيء لواحد منهما وإن سبق المحلل مع أحدهما ثم جاء الآخر فلا شيء على من مع المحلل بل له ماشرطه الآخر له كما لو سبق ، ثم جاء المحلل ثم جاء الآخر ولا شيء للمحلل اه غرر الأفكار . قال الزيلعي : وإنما جاز هذا لأن الثالث لايغرم على التقادير كلها قطعا ويقينا وإنما يحتمل أن يأخذ أو لايأخذ فخرج بذلك من أن يكون قمارا ، فصار كما إذا شرط من جانب واحد ، لأن القمار هو الذي يستوي فيه الجانبان في احتمال الغرامة على مابينا اه .

[تتمة] يشترط في الغاية أن تكون مما تحتملها الفرس ، وأن يكون في كل من الفرسين احتمال السبق زيلعي وينبغي أن يقال في السهم والأقدام كذلك تأمل : ونقل في غرر الأفكار عن الحرر إن كانت المسابقة على الإبل فاعتبار في السبق بالكتف ، وإن كان على الخيل فبالعنق وقيل الاعتماد على الأقدام اه :

[فرع] في متفرقات التاترخانية عن السراجية يكره الرمي إلى هدف نحو القبلة (قوله وكذا الحكم في المتفقهة) أي على هذا التفصيل وكذا المصارعة على هذا التفصيل وإنما جاز ، لأن فيه حثا على الجهاد وتعلم العلم ، فإن قيام الدين بالجهاد والعلم فجاز فيما يرجع إليهما لاغير كذا في فصول العلامي (قوله فإذا شرط لمن معه الصواب) أي

والمصارعة ليست ببدعة إلا للتلهي فتكره برجندي ، وأما السباق بلا جعل فيجوز في كل شيء كما يأتي وعند الشافعية : المسابقة بالأقدام والطير والبقر والسفن والسباحة والصولجان والبندق ورمي الحجر وإشالته باليد والشباك والوقوف على رجل ومعرفة ما بيده من زوج أو فرد واللعب بالخاتم وكذا يحل كل لعب خطر لحاذق تغلب سلامته كرمي لرام وصيد لحية ويحل التفرج عليهم حينئذ وحديث « حدثوا عن بني إسرائيل » يفيد حل

لواحد معين معه الصواب لا مايفيده عموم من وإلا كان عين مابعده اهـ ح أي بأن يقول : إن ظهر الصواب معك فلك كذا ، أو ظهر معي فلا شيء لي أو بالعكس. أما لو قالا : من ظهر معه الصواب منا فله على صاحبه كذا فلا يصح ، لأنه شرط من الجانبين وهو قمار إلا إذا أدخلا محللا بينهما كما يفهم من كلامهم ، وصوّره ط بأن تكون المسألة ذات أوجه ثلاثة ، وجعلا للثالث جعلا إن ظهر معه الصواب وإن كان مع أحدهما فلا شيء عليه اهـ تأمل (قوله والمصارعة ليست ببدعة) فقد صرع عليه الصلاة والسلام جمعا منهم ابن الأسود الجمحي ، ومنهم ركانة فإنه صرعه ثلاث مرات متواليات لشرطه أنه إن صرع أسلم كما في شرح الشمائل للقاري ، قال الجراحي ومصارعته عليه الصلاة والسلام لأبي جهل لا أصل لها (قوله فيجوز في كل شيء) أي مما يعلم الفروسية ويعين على الجهاد بلا قصد التلهي كما يظهر من كلام فقهائنا مستدلين بقوله عليه الصلاة والسلام « لا تحضر الملائكة شيئا من الملاهي سوى النضال » أي الرمي والمسابقة ، والظاهر أن تسميته لهوا للمشابهة الصورية تأمل (قوله كما يأتي) أي في مسائل شتى وقدمنا عبارته (قوله بالأقدام) متعلق بعد[1] أي جعلوها بالأقدام وما عطف عليه قال ط : ولا أدري وجه ذكر هذه العبارة غير أنها أوهمت أن القواعد تقتضيها ، وليس كذلك ، بل قواعد المذهب تقتضي أن غالب هذه من اللهو المحرم كالصولجان وما بعده اهـ ملخصا .

أقول : قدمنا عن القهستاني جواز اللعب بالصولجان وهو الكرة للفروسية وفي جواز المسابقة بالطير عندنا نظر وكذا في جواز معرفة ما في اليد واللعب بالخاتم فإنه لهو مجرد وأما المسابقة بالبقر والسفن والسباحة فظاهر كلامهم الجواز ورمي البندق والحجر كالرمي بالسهم ، وأما إشالة الحجر باليد وما بعده ، فالظاهر أنه إن قصد به التمرن والتقوّي على الشجاعة لابأس به (قوله والبندق) أي المتخذ من الطين ط ومثله المتخذ من الرصاص (قوله وإشالته باليد) ليعلم الأقوى منهما ط (قوله والشباك) أي المشابكة بالأصابع مع فتل كل يد صاحبه ليعلم الأقوى كذا ظهر لي (قوله ومعرفة ما بيده من زوج أو فرد واللعب بالخاتم) سمعت من بعض فقهاء الشافعية أن جواز ذلك عندهم إذا كان مبنيا على قواعد حسابية مما ذكره علماء الحساب في طريق استخراج ذلك بخصوصه لا بمجرد الحزر والتخمين .

أقول : والظاهر جواز ذلك حينئذ عندنا أيضا إن قصد به التمرن على معرفة الحساب ، وأما الشطرنج فإنه وإن أفاد علم الفروسية لكن حرمته عندنا بالحديث ، لكثرة غوائله بإكباب صاحبه عليه ، فلا يفي نفعه بضرره كما نصوا عليه بخلاف ما ذكرنا تأمل (قوله وحديث حدثوا عن بني إسرائيل) تمامه « ولا حرج » أخرجه أبو داود وفي لفظ لأحمد بن منيع عن جابر « حدثوا عن بني إسرائيل فإنه كان فيهم أعاجيب » وأخرج النسائي بإسناد صحيح عن أبي سعيد الخدري عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « حدثوا عن بني إسرائيل ولا حرج وحدثوا عني ولا تكذبوا علي » فقد فرق عليه الصلاة والسلام بين الحديث عنه والحديث عنهم ، كما نقله البيهقي عن الشافعي

---

(1) قوله (متعلق بعد) الذي في نسخ الشارح التي بأيدينا : وعند الشافعية فلعل النسخة التي وقعت للمحشي وعد الشافعية فليحرر اهـ مصححه .

سماع الأعاجيب والغرائب من كل ما لايتيقن كذبه بقصد الفرجة لا الحجة بل وما يتيقن كذبه لكن بقصد ضرب الأمثال والمواعظ وتعليم نحو الشجاعة على ألسنة آدميين أو حيوانات ذكره ابن حجر (ويستحب قلم أظافيره) إلا لمجاهد فى دار الحرب فيستحب توفير شاربه وأظفاره (يوم الجمعة) وكونه بعد الصلاة أفضل إلا إذا أخره إليه تأخيراً فاحشاً فيكره لأن من كان ظفره طويلا كان رزقه ضيقا وفى الحديث « من قلم أظافيره يوم الجمعة أعاذه الله من البلايا إلى الجمعة الأخرى وزيادة ثلاثة أيام » درر وعنه عليه الصلاة والسلام « من قلم أظفاره

(قوله بقصد الفرجة لا الحجة) الفرجة مثلثة التفصى عن الهم والحجة بالضم البرهان قاموس (قوله لكن بقصد ضرب الأمثال الخ) وذلك كمقامات الحريرى، فإن الظاهر أن الحكايات التى فيها عن الحرث بن همام والسروجى لا أصل لها ، وإنما أتى بها على هذا السياق العجيب لما لا يخفى على من يطالعها ، وهل يدخل فى ذلك مثل قصة عنترة والملك الظاهر وغيرهما ، لكن هذا الذى ذكره إنما هو عن أصول الشافعية ، وأما عندنا فسيأتى فى الفروع عن المجتبى أن القصص المكروه أن يحدث الناس بما ليس له أصل معروف من أحاديث الأولين أو يزيد أو ينقص ليزين به قصصه الخ فهل يقال عندنا بجوازه إذا قصد به ضرب الأمثال ونحوها يحرر (قوله على ألسنة آدميين أو حيوانات) أى أو جمادات كقولهم قال الحائط للوتد لم تخرقنى قال سل من يدقنى (قوله ذكره ابن حجر) أى المكى فى شرحه على المنهاج (قوله ويستحب قلم أظافيره) وقلمها بالأسنان مكروه يورث البرص ، فإذا قلم أظفاره أو جز شعره ينبغى أن يدفنه فإن رمى به فلا بأس وإن ألقاه فى الكنيف أو فى المغتسل كره لأنه يورث داء خالية ويدفن أربعة الظفر والشعر وخرقة الحيض والدم عتابية ط (قوله فيستحب توفير شاربه وأظفاره) الأنسب فى التعبير : فيوفر أظفاره ، وكذا شاربه ؛ وفى المنح ذكر أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كتب إلينا : وفروا الأظافير فى أرض العدو فإنها سلاح لأنه إذا سقط السلاح من يده وقرب العدو منه ربما يتمكن من دفعه بأظافيره وهو نظير قص الشارب ، فإنه سنة وتوفيره فى دار الحرب للغازى مندوب ، ليكون أهيب فى عين العدو اه ملخصا ط (قوله وكونه بعد الصلاة أفضل) أى لتناله بركة الصلاة وهو مخالف لما نذكره قريبا فى الحديث (قوله إلا إذا أخره إليه) أى إلى يوم الجمعة بأن طال جدا وأراد تأخيره إليه فيكره (قوله وفى الحديث الخ) قال الزرقانى : أخرج البيهقى من مسند أبى جعفر الباقر قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأخذ من أظفاره وشاربه يوم الجمعة وله شاهد موصول عن أبى هريرة لكن سنده ضعيف قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقص شاربه ويقلم أظفاره يوم الجمعة قبل أن يروح إلى الصلاة » أخرجه البيهقى وقال عقبه قال أحمد : فى هذا الإسناد من يجهل

قال السيوطى : وبالجملة فأرجحها أى الأقوال دليلا ونقلا يوم الجمعة والأخبار الواردة فيه ليست بواهية جدا مع أن الضعيف يعمل به فى فضائل الأعمال اه مدنى وقال الجراحى : وروى الديلمى بسند واه عن أبى هريرة رفعه « من قلم أظفاره يوم السبت خرج منه الداء ودخل فيه الشفاء ومن قلمها يوم الأحد خرج منه الفاقة ودخل فيه الغنى ومن قلمها يوم الاثنين خرج منه الجنون ودخلت فيه الصحة ومن قلمها يوم الثلاثاء خرج منه المرض ودخل فيه الشفاء ومن قلمها يوم الأربعاء خرج منه الوسواس والخوف ودخل فيه الأمن والشفاء ومن قلمها يوم الخميس خرج منه الجذام ودخلت فيه العافية ومن قلمها يوم الجمعة دخلت فيه الرحمة وخرجت منه الذنوب » (قوله وعنه عليه الصلاة والسلام الخ) لم يثبت حديثا بل وقع فى كلام غير واحد كالشيخ عبد القادر قدس الله سره فى غنيته وكابن قدامة فى مغنيه وقال السخاوى : لم أجده لكن كان الحافظ الدمياطى ينقل ذلك عن بعض مشايخه

مخالفا لم ترمد عينه أبداً » يعني كقول على رضى الله عنه :

قلموا أظفاركم بسنة وأدب يمينها خوابس يسارها أوخسب

وبيانه وتمامه فى مفتاح السعادة . وفى شرح الغزاوية روى « أنه صلى الله عليه وسلم بدأ بمسبحته اليمنى إلى الخنصر ثم بخنصر اليسرى إلى الإبهام وختم بإبهام اليمنى » وذكر له الغزالى فى الإحياء وجهاوجيها ولم يثبت فى أصابع الرجل نقل ، والأولى تقليمها كتخليلها .

قلت : وفى المواهب اللدنية قال الحافظ ابن حجر : إنه يستحب كيفما احتاج إليه ولم يثبت فى كيفيته شيء ولا فى تعيين يوم له عن النبى صلى الله عليه وسلم وما يعزى من النظم فى ذلك للإمام على ثم لابن حجر قال شيختنا إنه باطل (و) يستحب (حلق عانته وتنظيف بدنه بالاغتسال فى كل أسبوع مرة) والأفضل يوم الجمعة وجاز

ونص أحمد على استحبابه اه جراحى ونقل بعضهم أن من المجرب أن من قص كذلك لم يصبه رمد (قوله يعنى الخ) تفسير لقوله مخالفا (قوله قلموا أظفاركم بالسنة والأدب) كذا فى بعض النسخ وهو غير موزون وفى بعضها بسنة وأدب منكرا فيكون من مجزو بحر الرجز بكسر الباء الموحدة فى آخر البيتين ويكون قد دخل البيت الأول الخرم بنقص حرف من أوله قاله ح وهو مما لا يجوز فيه(١) (قوله يمينها خوابس الخ) رمز لكل أصبع بحرف : قال السخاوى وكذب القائل :

ابدأ بيمناك وبالخنصر فى قص أظفارك واستبصر
وثن بالوسطى وثلث كما قد قيل بالإبهام والبنصر
ولتختم الكف بسبابة فى اليد والرجل ولا تمتر
وفى اليد اليسرى بإبهامها والإصبع الوسطى وبالخنصر
وبعد سبابتها بنصر فإنها خاتمة الأيسر
فذاك أمن خذبه يا فتى من رمد العين فلا تزدر
هذا حديث قد روى مسندا عن الإمام المرتضى حيدر اه

(قوله والأولى تقليمها كتخليلها) يعنى يبدأ بخنصر رجله اليمين ويختم بخنصر اليسرى . قال فى الهداية عن الغرائب : وينبغى الابتداء باليد اليمنى والانتهاء بها فيبدأ بسبابتها ويختم بإبهامها ، وفى الرجل بخنصر اليمنى ويختم بخنصر اليسرى اه ونقله القهستانى عن المسعودية (قوله قلت الخ) وكذا قال السيوطى : قد أنكر الإمام ابن دقيق العيد جميع هذه الأبيات وقال لا تعتبر هيئة مخصوصة ، وهذا لا أصل له فى الشريعة ، ولا يجوز اعتقاد استحبابه لأن الاستحباب حكم شرعى لابد له من دليل وليس استسهال ذلك بصواب اه (قوله وما يعزى من النظم) وهو قوله :

فى قص ظفرك يوم السبت آكلة تبدو وفيما يليه تذهب البركه
وعالم فاضل يبدأ بتلوهما وإن يكن فى الثلاثا فاحذر الهلكه
ويورث السوء فى الأخلاق رابعها وفى الخميس الغنى يأتى لمن سلكه
والعلم والرزق زيدا فى عروبتها عن النبى روينا فاقتفوا نسكه اه

(قوله ويستحب حلق عانته) قال فى الهندية ويبتدئ من تحت السرة ولو عالج بالنورة يجوز كذا فى الغرائب وفى الأشباه والسنة فى عانة المرأة النتف (قوله وتنظيف بدنه) بنحو إزالة الشعر من إبطيه ويجوز فيه الحلق

---

(١) قوله (ما لا يجوز فيه) أى ولا يسمى خرما لاختصاصه بأول الوتد المجموع اه مصححه .

فى كل خمسة عشرة وكره تركه وراء الأربعين مجتبى وفيه حلق الشارب بدعة وقيل سنة ولا بأس بنتف الشيب ، وأخذ أطراف اللحية والسنة فيها القبضة. وفيه : قطعت شعر رأسها أثمت ولعنت زاد فى البزازية وإن بإذن الزوج لأنه لاطاعة لمخلوق فى معصية الخالق ، ولذا يحرم على الرجل قطع لحيته ، والمعنى المؤثر التشبه بالرجال اه .

قلت : وأما حلق رأسه ففى الوهبانية وقد قيل :

حلق الرأس فى كل جمعة ... يحب وبعض بالجواز يعبر

(رجل تعلم علم الصلاة أو نحوه ليعلم الناس وآخر ليعمل به فالأول أفضل) لأنه متعد وروى « مذاكرة العلم

والنتف أولى : وفى المجتبى عن بعضهم وكلاهما حسن ، ولا يحلق شعر حلقه ، وعن أبى يوسف لا بأس به ط: وفى المضمرات : ولا بأس بأخذ الحاجبين وشعر وجهه مالم يشبه المخنث تاترخانية (قوله وكره تركه) أى تحريما لقول المجتبى ولا عذر فيما وراء الأربعين ويستحق الوعيد اه وفى أبى السعود عن شرح المشارق لابن ملك روى مسلم عن أنس بن مالك « وقت لنا فى تقليم الأظفار وقص الشارب ونتف الإبط أن لا نترك أكثر من أربعين ليلة » وهو من المقدرات التى ليس للرأى فيها مدخل فيكون كالمرفوع اه (قوله وقيل سنة) مشى عليه فى الملتقى وعبارة المجتبى بعد ما رمز للطحاوى حلقه سنة ونسبه إلى أبى حنيفة وصاحبيه والقص منه حتى يوازى الحرف الأعلى من الشفة العليا سنة بالإجماع اه (قوله ولا بأس بنتف الشيب) قيده فى البزازية بأن لا يكون على وجه التزين .

[تنبيه] نتف الفنيكين بدعة وهما جانبا العنفقة : وهى شعر الشفة السفلى كذا فى الغرائب ولا ينتف أنفه لأن ذلك يورث الأكلة وفى حلق شعر الصدر والظهر ترك الأدب كذا فى القنية اه ط (قوله والسنة فيها القبضة) وهو أن يقبض الرجل لحيته فما زاد منها على قبضة قطعه كذا ذكره محمد فى كتاب الآثار عن الإمام ، قال وبه أخذ محيط اه ط .

[فائدة] روى الطبرانى عن ابن عباس رفعه « من سعادة المرء خفة لحيته » واشتهر أن طول اللحية دليل على خفة العقل وأنشد بعضهم :

ما أحد طالت له لحية ... فزادت اللحية فى هيئته

إلا وما ينقص من عقله ... أكثر مما زاد فى لحيته

[لطيفة] نقل عن هشام بن الكلبى قال : حفظت ما لم يحفظه أحد ونسيت مالم ينسه أحد حفظت القرآن فى ثلاثة أيام وأردت أن أقطع من لحيتى مازاد على القبضة فنسيت فقطعت من أعلاها (قوله لاطاعة لمخلوق الخ) رواه أحمد والحاكم عن عمران بن حصين اه جراحى (قوله والمعنى المؤثر) أى العلة المؤثرة فى إثمها التشبه بالرجال فإنه لا يجوز كالتشبه بالنساء حتى قال فى المجتبى رامزا : يكره غزل الرجل على هيئة غزل النساء (قوله وأما حلق رأسه الخ) وفى الروضة للزندويستى أن السنة فى شعر الرأس إما الفرق أو الحلق . وذكر الطحاوى : أن الحلق سنة ، ونسب ذلك إلى العلماء الثلاثة ، وفى الذخيرة : ولا بأس أن يحلق وسط رأسه ويرسل شعره من غير أن يفتله وإن فتله فذلك مكروه ، لأنه يصير مشبها ببعض الكفرة والمجوس فى ديارنا يرسلون الشعر من غير فتل ، ولكن لا يحلقون وسط الرأس بل يجزون الناصية تاترخانية قال ط : ويكره القزع وهو أن يحلق البعض ويترك البعض قطعا مقدار ثلاثة أصابع كذا فى الغرائب ، وفيها : كان بعض السلف يترك سباليه وهما أطراف الشوارب (قوله وروى الخ) وروى البيهقى عن ابن عمر « ما عبد الله بشىء أفضل من فقه فى دين » .

وفى البزازية : طلب العلم والفقه إذا صحت النية أفضل من جميع أعمال البر وكذا الاشتغال بزيادة العلم إذا صحت النية ، لأنه أعم نفعا ، لكن بشرط أن لا يدخل النقصان فى فرائضه ، وصحة النية أن يقصد بها وجه الله

ساعة خير من إحياء ليلة » وله الخروج لطلب العلم الشرعى بلا إذن والديه لو ملتحيا وتمامه في الدرر (وإذا كان الرجل يصوم ويصلى ويضر الناس بيده ولسانه فذكره بما فيه ليس بغيبة حتى لو أخبر السلطان بذلك ليزجره لا إثم عليه) وقالوا إن علم أن أباه يقدر على منعه أعلمه ولو بكتابة وإلا لا كى لا تقع العداوة وتمامه فى الدرر (وكذا) لا إثم عليه (لو ذكر مساوى أخيه على وجه الاهتمام لايكون غيبة إنما الغيبة أن يذكر على وجه الغضب يريد السب) ولو اغتاب أهل قرية فليس بغيبة لأنه لايريد به كلهم بل بعضهم وهو مجهول خانية فتباح غيبة مجهول

تعالى لا طلب المال والجاه ولو أراد الخروج من الجهل ومنفعة الخلق وإحياء العلم فقيل تصح نيته أيضا ، تعلم بعض القرآن ووجد فراغا فالأفضل الاشتغال بالفقه ، لأن حفظ القرآن فرض كفاية ، وتعلم ما لابد منه من الفقه فرض عين قال فى الخزانة وجميع الفقه لا بد منه قال فى المناقب : عمل محمد بن الحسن مائتى ألف مسألة فى الحلال والحرام لابد للناس من حفظها وانظر ما قدمناه فى مقدمة الكتاب (قوله وله الخروج الخ) أى إن لم يخف على والديه الضيعة إن كانا موسرين ، ولم تكن نفقتهما عليه .

وفى الخانية : ولو أراد الخروج إلى الحج وكره ذلك قالوا إن استغنى الأب عن خدمته فلا بأس، وإلا فلايسعه الخروج ، فإن احتاجا إلى النفقة ولايقدر أن يخلف لهما نفقة كاملة أو أمكنه إلا أن الغالب على الطريق الخوف فلا يخرج ، ولو الغالب السلامة يخرج . وفى بعض الروايات لا يخرج إلى الجهاد إلا بإذنهما.ولوأذن أحدهما فقط لا ينبغى له الخروج ، لأن مراعاة حقهما فرض عين والجهاد فرض كفاية ، فإن لم يكن له أبوان وله جدان وجدتان فأذن له أبو الأب وأم الأم دون الآخرين لا بأس بالخروج لقيامهما مقام الأبوين ، ولو أذن الأبوان لايلتفت إلى غيرهما هذا فى سفر الجهاد ، فلو فى سفر تجارة أو حج لا بأس به بلا إذن الأبوين إن استغنيا عن خدمته إذ ليس فيه إبطال حقهما إلا إذا كان الطريق مخوفا كالبحر فلا تخرج إلا بإذنهما وإن استغنيا عن خدمته ولو يخرج المتعلم وضيع عياله يراعى حق العيال اه (قوله لو ملتحيا) أفاد أن المراد بالأمرد فى كلام الدرر الآتى خلاف الملتحى إذ لو كان معذورا يخشى عليه الفتنة فإن بعض الفسقة يقدمه على الأمرد (قوله وتمامه فى الدرر) قال فيها وإن كان أمرد فلأبيه أن يمنعه ومرادهم بالعلم الشرعى ، ومايتفع به فيه دون علم الكلام وأمثاله لما روى عن الإمام الشافعى رحمه الله أنه قال لأن يلقى الله عبد بأكبر الكبائر خير من أن يلقاه بعلم الكلام فإذا كان حال الكلام المتداول بينهم فى زمانهم هكذا ، فما ظنك بالكلام المخلوط بهذيان الفلاسفة المغمور بين أباطيلهم المزخرفة اه (قوله فذكره بما فيه ليس بغيبة) أى ليحذره الناس ولا يغتروا بصومه وصلاته فقد أخرج الطبرانى والبيهقى والترمذى « أترعوون فى الغيبة عن ذكر الفاجر اذكروه بما فيه يحذره الناس » (قوله ولو بكتابة) أى إلى الأب ومثله السلطان ، وله أن يعتمد عليها حيث كان الكاتب معروفا بالعدالة كما فى كفاية النهر بحثا. وفيه للقاضى تعزير المتهم وإن لم يثبت عليه ، فما يكتب من المحاضر فى حق إنسان يعمل به فى حقوق الله تعالى اه ومر فى التعزير (قوله وتمامه فى الدرر) أى عن الخانية ولص عبارة الخانية وكذلك فيما بين الزوجين وبين السلطان والرعية والحشم إنما يجب الأمر بالمعروف إذا علم أنهم يمتنعون (قوله لا إثم عليه) الأولى حذفه أو زيادة واو العطف قبل قوله : لايكون غيبة ليرتبط المتن مع الشرح (قوله لايكون غيبة) لأنه لو بلغه لايكرهه لأنه مهتم اه متحزن ومتحسر عليه ، لكن بشرط أن يكون صادقا فى اهتمامه وإلا كان مغتابا منافقا مرائيا مزكيا لنفسه ، لأنه شتم أخاه المسلم وأظهر خلاف ما أخفى وأشعر الناس أنه يكره هذا الأمر لنفسه وغيره ، وأنه من أهل الصلاح حيث لم يأت بصريح الغيبة ، وإنما أتى بها فى معرض الاهتمام فقد جمع أنواعا من القبائح نسأل الله تعالى العصمة (قوله فليس بغيبة) قال فى المختار ولا غيبة إلا لمعلومين (قوله لأنه لا يريد به كلهم) مفهومه أنه لو أراد ذلك كان غيبة تأمل (قوله فتباح غيبة مجهول الخ) اعلم أن الغيبة حرام بنص الكتاب العزيز وشبه المغتاب بآكل لحم أخيه

ومتظاهر بقبيح ولمصاهرة ولسوء اعتقاد تحذيرا منه ، ولشكوى ظلامته للحاكم شرح وهبانية (وكما تكون الغيبة باللسان) صريحا (تكون) أيضا

ميتا إذ هو أقبح من الأجنبي ومن الحي ، فكما يحرم لحمه يحرم عرضه قال صلى الله عليه وسلم « كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه » رواه مسلم وغيره ، فلا تحل إلا عند الضرورة بقدرها كهذه المواضع .

وفي تنبيه الغافلين للفقيه أبي الليث : الغيبة على أربعة أوجه : في وجه هي كفر بأن قيل له لا تغتب فيقول : ليس هذا غيبة ، لأني صادق فيه فقد استحل ما حرم بالأدلة القطعية ، وهو كفر وفي وجه : هي نفاق بأن يغتاب من لا يسميه عند من يعرفه ، فهو مغتاب ، ويرى من نفسه أنه متورع ، فهذا هو النفاق ، وفي وجه : هي معصية وهو أن يغتاب معينا ويعلم أنها معصية فعليه التوبة وفي وجه : هي مباح وهو أن يغتاب معلنا بفسقه أو صاحب بدعة وإن اغتاب الفاسق ليحذره الناس يثاب عليه لأنه من النهي عن المنكر اهـ .

أقول : والإباحة لا تنافي الوجوب في بعض المواضع الآتية (قوله ومتظاهر بقبيح) وهو الذي لا يستتر عنه ولا يؤثر عنده إذا قيل عنه إنه يفعل كذا اهـ ابن الشحنة قال في تبيين المحارم : فيجوز ذكره بما يجاهر به لا غيره قال صلى الله عليه وسلم « من ألقى جلباب الحياء عن وجهه فلا غيبة له » وأما إذا كان مستترا فلا تجوز غيبته اهـ .

قلت : وما اشتهر بين العوام من أنه لا غيبة لتارك الصلاة إن أريد به ذكره بذلك وكان متجاهرا فهو صحيح وإلا فلا (قوله ولمصاهرة) الأولى التعبير بالمشورة : أي في نكاح وسفر وشركة ومجاورة وإيداع أمانة ونحوها فله أن يذكر ما يعرفه على قصد النصح (قوله ولسوء اعتقاد تحذيرا منه) أي بأن كان صاحب بدعة يخفيها ويلقيها لمن ظفر به أما لو تجاهر بها فهو داخل في المتجاهر تأمل ، والأولى التعبير بالتحذير ، ليشمل التحذير من سوء الاعتقاد ولما مر مثنا ممن يصلي ويصوم ويضر الناس (قوله ولشكوى ظلامته للحاكم) فيقول ظلمني فلان بكذا لينصفه منه .

[تتمة] يزاد على هذه الخمسة ستة أخرى مر منها في المتن ثنتان ، الأولى: الإستعانة بمن له قدرة على زجره ، الثانية : ذكره على وجه الاهتمام ، الثالثة : الاستفتاء قال في تبيين المحارم : بأن يقول للمفتي ظلمني فلان كذا وكذا وما طريق الخلاص ، والأسلم أن يقول ما قولك في رجل ظلمه أبوه أو ابنه أو أحد من الناس كذا وكذا ولكن التصريح مباح بهذا القدر اهـ لأن المفتي قد يدرك مع تعيينه ما لا يدرك مع إبهامه كما قاله ابن حجر ، وقد جاء في الحديث المتفق عليه أن هند امرأة أبي سفيان رضي الله تعالى عنها قالت للنبي صلى الله عليه وسلم : إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني ، وولدي إلا ما أخذت منه ، وهو لا يعلم قال « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » الرابعة : بيان العيب لمن أراد أن يشتري عبدا ، وهو سارق أو زان فيذكره للمشتري ، وكذا لو رأى المشتري يعطي البائع دراهم مغشوشة فيقول : احترز منه بكذا ، الخامسة : قصد التعريف كأن يكون معروفا بلقبه كالأعرج والأعمش والأحول ، السادسة : جرح المجروحين من الرواة والشهود والمصنفين فهو جائز بل واجب صونا للشريعة فالمجموع إحدى عشرة جمعتها بقولي :

بما يكره الإنسان يحرم ذكره ... سوى عشرة حلت أتت تلو واحد
تظلم وشر واجرح وبين مجاهرا ... بفسق ومجهولا وغشا لقاصد
وعرف كذا استفت استعن عند زاجر ... كذاك اهتمم حذر فجور معاند

بالفعل وبالتعريض وبالكتابة وبالحركة وبالرمز و (بغمز العين والإشارة باليد) وكل مايفهم منه المقصود فهو داخل فى الغيبة وهو حرام؛ ومن ذلك ماقالت عائشة رضى الله عنها «دخلت علينا امرأة فلما ولت أومأت بيدى أى قصيرة فقال عليه الصلاة والسلام اغتبتيها» ومن ذلك المحاكاة كأن يمشى متعارجا أو كما يمشى فهو غيبة بل أقبح لأنه أعظم فى التصوير والتفهيم ومن الغيبة أن يقول : بعض من مر بنا اليوم أو بعض من رأيناه إذا كان المخاطب يفهم شخصا معينا لأن المحذور تفهيمه دون ما به التفهيم ، وأما إذا لم يفهم عينه جاز وتمامه فى شرح الوهبانية ، وفيها : الغيبة أن تصف أخاك حال كونه غائبا بوصف يكرهه إذا سمعه : عن أبى هريرة رضى الله عنه قال قال عليه الصلاة والسلام «أتدرون ما الغيبة ؟ قالوا الله ورسوله أعلم قال : ذكرك أخاك بما يكره قيل : أفرأيت إن كان فى أخى ما أقول ؟ قال : إن كان فيه ماتقول اغتبته ، وإن لم يكن فيه فقد بهته» وإذا لم تبلغه يكفيه الندم وإلا شرط بيان كل ما اغتابه به :

(قوله بالفعل) كالحركة والرمز والغمز ونحوه مما يأتى (قوله وبالتعريض) كقوله عند ذكر شخص الحمد لله الذى عافانا من كذا وهذا مقابل لقوله صريحا (قوله وبالكتابة) لأن القلم أحد اللسانين وعبر فى الشرعة بالكناية بالنون والمثناة التحتية (قوله وبالحركة) كأن يذكر إنسان عنده بخير فيحرك رأسه مثلا إشارة إلى أنكم لاتدرون ما انطوى عليه من السوء تأمل (قوله وبالرمز) قال فى القاموس الرمز ويضم ويحرك الإشارة أو الإيماء بالشفتين أو العينين أو الحاجبين أو الفم أو اللسان أو اليد (قوله أى قصيرة) تفسير لأومأت ط (قوله اغتبتيها) بياء الإشباع ط (قوله الغيبة أن تصف أخاك) أى المسلم ولو ميتا وكذا الذمى لأن له مالنا وعليه ما علينا ، وقدم المصنف فى فصل المستأمن أنه بعد مكثه عندنا سنة ، ووضع الجزية عليه كف الأذى عنه وتحرم غيبته كالمسلم ، وظاهره أنه لا غيبة للحربى (قوله حال كونه غائبا) هذا القيد مأخوذ من مفهومها اللغوى ولم يذكر فى الحديث الآتى ، والظاهر أنه لو ذكر فى وجهه ، فهو سب وشتم ، وهو حرام أيضا بالأولى ، لأنه أبلغ فى الإيذاء من حال الغيبة سيما قبل بلوغها المغتاب وهو أحد تفسيرين لقوله تعالى - ولا تلمزوا أنفسكم - فقيل هو ذكر ما فى الرجل من العيب فى غيبته وقيل فى وجهه (قوله عن أبى هريرة الخ) رواه مسلم فى صحيحه وجماعة (قوله بما يكره) سواء كان نقصا فى بدنه أو نسبه أو خلقه أو فعله أو قوله أو دينه حتى فى ثوبه أو داره أو دابته كما فى تبيين المحارم قال ط : وانظر ما لو ذكر من الصغير غير العاقل ما يكره لو كان عاقلا ولم يكن اه من يتأذى بذلك من الأقارب اه وجزم ابن حجر بحرمة غيبة الصبى والمجنون (قوله فقد بهته) أى قلت فيه بهتانا أى كذبا عظيما والبهتان : هو الباطل الذى يتحير من بطلانه وشدة ذكره كذا فى شرح الشرعة ، وفيه أن المستمع لا يخرج من إثم الغيبة إلا بأن ينكر بلسانه ، فإن خاف فبقلبه وإن كان قادرا على القيام أو قطع الكلام بكلام آخر فلم يفعله لزمه كذا فى الإحياء اه . وقد ورد «بأن المستمع أحد المغتابين» وورد «من ذب عن عرض أخيه بالغيبة كان حقا على الله تعالى أن يعتقه من النار» رواه أحمد بإسناد حسن وجماعة (قوله وإذا لم تبلغه الخ) ليس هذا من الحديث بل كلام مستأنف . قال بعض العلماء : إذا تاب المغتاب قبل وصولها تنفعه توبته بلا استحلال من صاحبه فإن بلغت إليه بعد توبته قيل لا تبطل توبته ، بل يغفر الله تعالى لهما جميعا للأول بالتوبة وللثانى لما لحقه من المشقة ، وقيل بل توبته معلقة فإن مات الثانى قبل بلوغها إليه فتوبته صحيحة ، وإن بلغته فلا بل لابد من الاستحلال والاستغفار ، ولو قال بهتانا فلابد أيضا أن يرجع إلى من تكلم عندهم ويكذب نفسه وتمامه فى تبيين المحارم (قوله وإلا شرط بيان كل ما اغتابه به) أى مع الاستغفار والتوبة والمراد أن يبين له ذلك ويعتذر إليه ليسمح عنه بأن

(وصلة الرحم واجبة ولو) كانت (بسلام وتحية وهدية) ومعاونة ومجالسة ومكالمة وتلطف وإحسان ويزورهم غبا ليزيد حبا بل يزور أقرباءه كل جمعة أو شهر ولا يرد حاجتهم لأنه من القطيعة فى الحديث « إن الله يصل من وصل رحمه ويقطع من قطعها » وفى الحديث « صلة الرحم تزيد فى العمر »

يبالغ فى الثناء عليه والتودد إليه ويلازم ذلك حتى يطيب قلبه ، وإن لم يطب قلبه كان اعتذاره وتودده حسنة يقابل بها سيئة الغيبة فى الآخرة وعليه أن يخلص فى الاعتذار ، وإلا فهو ذنب آخر ويحتمل أن يبقى لخصمه عليه مطالبة فى الآخرة ، لأنه لو علم أنه غير مخلص لما رضى به . قاله الإمام الغزالى وغيره وقال أيضا : فإن غاب أو مات فقد فات أمره ، ولايدرك إلابكثرة الحسنات لتؤخذ عوضا فى القيامة ، ويجب أن يفصل له إلا أن يكون التفصيل مضرا له كذكره عيوبا يخفيها فإنه يستحل منها مبهما اه .

وقال منلا على القارى فى شرح المشكاة : وهل يكفيه أن يقول اغتبتك فاجعلنى فى حل أم لابد أن يبين ما اغتاب قال بعض علمائنا فى الغيبة إلا بعلمه بها ، بل يستغفر الله له إن علم أن إعلامه يثير فتنة ، ويدل عليه أن الإبراء عن الحقوق المجهولة جائز عندنا ، والمستحب لصاحب الغيبة أن يبرئه عنها وفى القنية تصافح الخصمين لأجل العذر استحلال قال فى النووى : ورأيت فى فتاوى الطحاوى أنه يكفى الندم والاستغفار فى الغيبة ، وإن بلغت المغتاب ولا اعتبار بتحليل الورثة (قوله وصلة الرحم واجبة) نقل القرطبى فى تفسيره اتفاق الأمة على وجوب صلتها وحرمة قطعها للأدلة القطعية من الكتاب والسنة على ذلك قال فى تبيين المحارم : واختلفوا فى الرحم التى يجب صلتها قال قوم : هى قرابة كل ذى رحم محرم وقال آخرون : كل قريب محرما كان أو غيره اه والثانى ظاهر إطلاق المتن قال النووى فى شرح مسلم : وهو الصواب واستدل عليه بالأحاديث ، نعم تتفاوت درجاتها ففى الوالدين أشد من المحارم ، وفيهم أشد من بقية الأرحام وفى الأحاديث إشارة إلى ذلك كما بينه فى تبيين المحارم (قوله ولو كانت بسلام الخ) قال فى تبيين المحارم : وإن كان غائبا يصلهم بالمكتوب إليهم ، فإن قدر على المسير إليهم كان أفضل وإن كان له والدان لا يكفى المكتوب إن أرادا مجيئه وكذا إن احتاجا إلى خدمته والأخ الكبير كالأب بعده وكذا الجد وإن علا والأخت الكبيرة والخالة كالأم فى الصلة ، وقيل العم مثل الأب وما عدا هؤلاء تكفى صلتهم بالمكتوب أو الهدية اه وتمامه فيه .

ثم اعلم أنه ليس المراد بصلة الرحم أن تصلهم إذا وصلوك لأن هذا مكافأة بل أن تصلهم وإن قطعوك فقد روى البخارى وغيره «ليس الواصل بالمكافئ ولكن الواصل الذى إذا قطعت رحمه وصلها» (قوله ويزورهم غبا) الغب بالكسر عاقبة الشىء وفى الزيارة أن تكون فى كل أسبوع ، ومن الحمى ما تأخذه يوما وتدع يوما قاموس لكن فى شرح الشرعة هو أن تزور يوما وتدع يوما ولما كان فيه نوع عسر عدل إلى ما هو أسهل من الغب فقال بل يزور أقرباءه فى كل جمعة أو شهر على ما ورد فى بعض الروايات اه (قوله تزيد فى العمر) وكذا فى الرزق فقد أخرج الشيخان « من أحب أن يبسط له فى رزقه وينسأ » بضم أوله وتشديد ثالثه المهمل وبالهمز أى يؤخر له فى أثره أى أجله « فليصل رحمه » .

قال الفقيه أبو الليث فى تنبيه الغافلين : اختلفوا فى زيادة العمر فقيل على ظاهره ، وقيل لا لقوله تعالى - فإذا جاء أجلهم - الآية بل المعنى يكتب ثوابه بعد موته وقيل إن الأشياء قد تكتب فى اللوح المحفوظ معلقة كإن وصل فلان رحمه فعمره كذا وإلا فكذا ولعل الدعاء والصدقة وصلة الرحم من جملتها فلا يخالف الحديث الآية اه زاد فى شرح الشرعة عن شرح المشارق أو يقال المراد البركة فى رزقه وبقاء ذكره الجميل بعده ، وهو كالحياة أو يقال

وتمامه فى الدرر (ويسلم) المسلم (على أهل الذمة) لو له حاجة إليه وإلا كره هو الصحيح كما كره للمسلم مصافحة الذمى كذا فى نسخ الشارح وأكثر المتون بلفظ ويسلم فأولتها هكذا ولكن بعض نسخ المتن. ولا يسلم وهو الأحسن الأسلم فافهم

وفى شرح البخارى للعينى فى حديث « أى الإسلام خير ؟ قال : تطعم الطعام وتقرأ السلام على من عرفت ومن لم تعرف » قال وهذا التعميم مخصوص بالمسلمين ، فلا يسلم ابتداء على كافر لحديث « لا تبدءوا اليهود ولا النصارى بالسلام فإذا لقيتم أحدهم فى طريق فاضطروه إلى أضيقه » رواه البخارى وكذا يخص منه الفاسق بدليل آخر ، وأما من شك فيه فالأصل فيه البقاء على العموم حتى يثبت الخصوص ، ويمكن أن يقال إن الحديث المذكور كان فى ابتداء الإسلام لمصلحة التأليف ثم ورد النهى اه فليحفظ .

ولو سلم يهودى أو نصرانى أو مجوسى على مسلم فلا بأس بالرد

صدر الحديث فى معرض الحث على صلة الرحم بطريق المبالغة ، يعنى لو كان شىء يبسط به الرزق والأجل لكان صلة الرحم اه والظاهر الثالث لما فى التنبيه عن الضحاك بن مزاحم فى تفسير قوله تعالى — يمحو الله مايشاء ويثبت — قال إن الرجل ليصل رحمه ، وقد بقى من عمره ثلاثة أيام فيزيد الله تعالى فى عمره إلى ثلاثين سنة ، وإن الرجل يقطع الرحم ، وقد بقى من عمره ثلاثون سنة فيرد أجله إلى ثلاثة أيام (قوله وتمامه فى الدرر) قال فيها وتكون كل قبيلة وعشيرة يداً واحدة فى التناصر والتظاهر على كل من سواهم فى إظهار الحق اه وتمامه أيضا فى الشرعة وتبيين المحارم (قوله ويسلم المسلم على أهل الذمة الخ) أنظر هل يجوز أن يأتى بلفظ الجمع ، لو كان الذمى واحدا ، والظاهر أنه يأتى بلفظ المفرد أخذا مما يأتى فى الرد تأمل . لكن فى الشرعة إذا سلم على أهل الذمة فليقل : السلام على من اتبع الهدى وكذلك يكتب فى الكتاب إليهم اه وفى التاترخانية قال محمد : إذا كتبت إلى يهودى أو نصرانى فى حاجة فاكتب السلام على من اتبع الهدى اه (قوله لوله حاجة إليه) أى إلى الذمى المفهوم من المقام قال فى التاترخانية : لأن النهى عن السلام لتوقيره ولا توقير إذا كان السلام لحاجة (قوله هو الصحيح) مقابله أنه لابأس به بلا تفصيل وهو ماذكره فى الخانية عن بعض المشايخ (قوله كما كره للمسلم مصافحة الذمى) أى بلا حاجة لما فى القنية لابأس بمصافحة المسلم جاره النصرانى إذا رجع بعد الغيبة ويتأذى بترك المصافحة اه تأمل وهل يشمته إذا عطس وحمد؟ قال الحموى : الظاهر لا اه لكن سيأتى أنه يقول له يهديك الله (قوله وأكثر المتون) بالجر عطفا على الشرح : أى ونسخ أكثر المتون أى المتون المجردة عن الشرح وجمعها باعتبار أشخاصها وإلا فالمراد متن التنوير لاغير (قوله بلفظ ويسلم) وهو كذلك بخط المصنف متنا وشرحا رملى (قوله فأولتها هكذا) أى بالتقييد بالحاجة ليكون المتن ماشيا على الصحيح (قوله وهو الأحسن) لأن الحكم الأصلى المنع والجواز لحاجة عارض وقوله الأسلم لعل وجهه أنه إذا لم يسلم مطلقا لايقع فى محذور بخلاف ماإذا سلم مطلقا تأمل (قوله أى الإسلام خير) أى خصال الإسلام ط (قوله تطعم) بتأويل أن تطعم ويأتى فيه الأوجه التى ذكرها النحويون فى تسمع بالمعيدى خير من أن تراه (قوله وتقرأ) من القرآن لا من الاقراء ط (قوله لحديث لاتبدءوا اليهود ولا النصارى بالسلام) يوجد فى كثير من النسخ زيادة : «فإذا لقيتم أحدهم فى طريق فاضطروه إلى أضيقه » رواه البخارى (قوله وكذا يخص منه الفاسق) أى لو معلنا وإلا فلا يكره كما سيذكره (قوله وأما من شك فيه) أى هل هو مسلم أو غيره وأما الشك بين كونه فاسقا أو صالحا فلا اعتبار له بل يظن بالمسلمين خيرا ط (قوله على العموم) أى المأخوذ من قوله صلى الله تعالى عليه وسلم « سلم على من عرفت ومن لم تعرف » ط (قوله إن الحديث) أى الأول المفيد عمومه شمول الذمى (قوله لمصلحة التأليف) أى تأليف قلوب الناس واستمالتهم باللسان والإحسان إلى الدخول فى الإسلام (قوله ثم ورد النهى) أى فى الحديث الثانى لما أعز الله الإسلام (قوله فلا بأس بالرد) المتبادر منه أن الأولى

(و) لكن (لايزيد على قوله وعليك) كما فى الخانية (ولو سلم على الذمى تبجيلا يكفر) لأن تبجيل الكافر كفر ولو قال لمجوسى يا أستاذ تبجيلا كفر كما فى الأشباه وفيها : لو قال لذمى أطال الله بقاءك إن نوى بقلبه لعله يسلم أو يؤدى الجزية ذليلا فلا بأس به (ولايجب رد سلام السائل) لأنه ليس للتحية ولا من يسلم وقت الخطبة خانية . وفيها وإذا أتى دار إنسان يجب أن يستأذن قبل السلام ، ثم إذا دخل يسلم أولا ثم يتكلم ، ولو فى فضاء يسلم أولا ثم يتكلم ولو قال : السلام عليك يا زيد لم يسقط برد غيره ، ولو قال يافلان أو أشار لمعين سقط وشرط فى الرد وجواب العطاس إسماعه فلو أصم يريه تحريك شفتيه اه .

عدمه ط لكن فى التاترخانية ، وإذا سلم أهل الذمة ينبغى أن يرد عليهم الجواب وبه نأخذ (قوله ولكن لايزيد على قوله وعليك) لأنه قد يقول : السلام عليكم أى الموت كما قال بعض اليهود للنبى صلى الله عليه وسلم فقال له «وعليك» فرد دعاءه عليه وفى التاترخانية قال محمد : يقول المسلم وعليك ينوى بذلك السلام لحديث مرفوع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : «إذا سلموا عليكم فردوا عليهم» (قوله تبجيلا) قال فى المنح قيد به لأنه لو لم يكن كذلك بل كان لغرض من الأغراض الصحيحة فلا بأس به ولا كفر (قوله إن نوى بقلبه) وأما إن لم ينو شيئا يكره كما فى المحيط وذكر البيرى أخذا من نظائرها أنه لايكره وليس بعد النص إلا الرجوع إليه والظاهر أن الذى ليس بقيد ط (قوله وإذا أتى دار إنسان الخ) وفى فصول العلامى وإن دخل على أهله يسلم أولا ، ثم يتكلم وإن أتى دار غيره يستأذن للدخول ثلاثا يقول فى كل مرة : السلام عليكم ياأهل البيت أيدخل فلان ، ويمكث بعد كل مرة مقدار مايفرغ الآكل والمتوضىء والمصلى أربع ركعات ، فإذا أذن له دخل وإلا رجع سالما عن الحقد والعداوة ولا يجب الاستئذان على من أرسل إليه صاحب البيت ، فإذا نودى من البيت من على الباب لايقول : أنا فإنه ليس بجواب بل يقول : أيدخل فلان فإن قيل لارجع سالما ، وإذا دخل بالإذن يسلم أولا ثم يتكلم إن شاء وإن دخل بيتا ليس فيه أحد يقول السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين ، فإن الملائكة ترد عليه السلام ، فإن لقيه خارج الدار يسلم أولا ، ثم يتكلم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «السلام قبل الكلام» فإن تكلم قبل السلام فلا يجيبه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «من تكلم قبل السلام فلا تجيبوه» ويسلم على القوم حين يدخل عليهم وحين يفارقهم فمن فعل ذلك شاركهم فى كل خير عملوه بعده ، وإن لقيهم وفارقهم فى اليوم مرارا وحالت بينهم وبينه شجرة أو جدار جدد السلام ؛ لأن ذلك يوجب الرحمة ، وينوى بالسلام تجديد عهد الإسلام أن لاينال المؤمن بأذاه فى عرضه وماله فإذا سلم على المؤمن حرم عليه تناول عرضه وماله ، وإن دخل مسجدا وبعض القوم فى الصلاة وبعضهم لم يكونوا فيها يسلم وإن لم يسلم لم يكن تاركا للسنة اه (قوله ولو قال يافلان) أى بهذا اللفظ ولكن نص عبارة الخانية : رجل كان جالسا فى قوم فسلم عليه رجل فقال : السلام عليك يافلان فرد عليه السلام بعض القوم سقط السلام عمن سلم عليه قيل : إن سمى رجلا فقال : السلام عليك يازيد ، فرد عليه عمرو لايسقط رد السلام عن زيد ، وإن لم يسم وقال : السلام عليك ، وأشار إلى رجل فرد غيره سقط السلام عن المشار إليه اه وجزم فى الخلاصة وغيرها بهذا التفصيل (قوله سقط) لأن قصده التسليم على الكل ، ويجوز أن يشار للجماعة بخطاب الواحد هندية ، وفى تبيين المحارم ولو سلم على جماعة ورد غيرهم لم يسقط الرد عنهم اه ط (قوله وشرط فى الرد الخ) أى كما لايجب الرد إلا بإسماعه تاترخانية (قوله فلو أصم يريه تحريك شفتيه) قال فى شرح الشرعة : واعلم أنهم قالوا إن السلام سنة واستماعه مستحب ، وجوابه أى رده فرض كفاية ، وإسماع رده واجب بحيث لو لم يسمعه لايسقط هذا الفرض عن السامع حتى قيل لو كان المسلم أصم يجب على الراد أن يحرك شفتيه ويريه بحيث لو لم يكن

قلت : وفى المبتغى ويسقط عن الباقين برد صبى يعقل لأنه من أهل إقامة الفرض فى الجملة بدليل حل ذبيحته وقيل لا. وفي المجتبى : ويسقط برد العجوز وفى رد الشابة والصبى والمجنون قولان وظاهر التاجية ترجيح عدم السقوط ويسلم على الواحد بلفظ الجماعة وكذا الرد ولا يزيد الراد على وبركاته ورد السلام وتشميت العاطس على

أصم لسمعه اه (قوله بدليل حل ذبيحته) أى مع أن التسمية فيها فرض ، وقد أجزأت منه واختلف فى التسليم على الصبيان فقيل لا يسلم وقيل : التسليم أفضل قال الفقيه وبه نأخذ تاترخانية . وأما السلام على المرأة وتشميتها فقد مر الكلام عليه فى فصل النظر والمس (قوله بلفظ الجماعة) لأن مع كل واحد حافظين كراما كاتبين فكل واحد كأنه ثلاثة تاترخانية (قوله ولا يزيد الراد على وبركاته) قال فى التاترخانية : والأفضل للمسلم أن يقول : السلام عليكم ورحمة الله وبركاته والمجيب كذلك يرد ، ولا ينبغى أن يزاد على البركات شىء اه ويأتى بواو العطف فى وعليكم ، وإن حذفها أجزأه وإن قال المبتدىء : سلام عليكم أو السلام عليكم ، فللمجيب أن يقول فى الصورتين سلام عليكم أو السلام عليكم ولكن الألف واللام أولى اه (قوله ورد السلام وتشميت العاطس على الفور) ظاهره أنه إذا أخره لغير عذر كره تحريما ولا يرتفع الإثم بالرد بل بالتوبة ط وفى تبيين المحارم تشميت العاطس فرض على الكفاية عند الأكثرين وعند الشافعى سنة وعند بعض الظاهرية فرض عين قال النبى صلى الله عليه وسلم « إن الله يحب العطاس ويكره التثاؤب فإذا عطس فحمد الله فحق على كل مسلم سمعه أن يشمته » رواه البخارى التشميت بالشين المعجمة أو بالسين المهملة هو الدعاء بالخير والبركة ، وإنما يستحق العاطس التشميت إذا حمد الله تعالى . وأما إذا لم يحمد لا يستحق الدعاء ، لأن العطاس نعمة من الله تعالى ، فمن لم يحمد بعد عطاسه لم يشكر نعمة الله تعالى وكفران النعمة لا يستحق الدعاء والمأمور به بعد العطاس أن يقول : الحمد لله أو يقول الحمد لله رب العالمين ، وقيل الحمد لله على كل حال :

واختلفوا فيماذا يقول المشمت فقيل يقول يرحمك الله وقيل : الحمد لله تعالى ويقول للمشمت : يهديك الله ، وإن كان العاطس كافرا فحمد الله تعالى يقول المشمت يهديك الله ، وإذا تكرر العطاس قالوا يشمته ثلاثا ثم يسكت قال قاضيخان : فإن عطس أكثر من ثلاث يحمد الله تعالى فى كل مرة ، ومن كان بحضرته يشمته فى كل مرة فحسن أيضا اه وينبغى أن يقول العاطس للمشمت : غفر الله لى ولكم أو يقول : يهديكم الله ويصلح بالكم ولا يقول غير ذلك . وينبغى للعاطس أن يرفع صوته بالتحميد ، حتى يسمع من عنده فيشمته ، ولو شمته بعض الحاضرين أجزأ عنهم ، والأفضل أن يقول كل واحد منهم لظاهر الحديث ، وقيل : إذا عطس رجل ولم يسمع منه تحميد يقول من حضره يرحمك الله إن كنت حمدت الله ، وإذا عطس من وراء الجدار ، فحمد الله تعالى يجب على كل من سمعه التشميت اه .

وفى فصول العلامى وندب للسامع أن يسبق العاطس بالحمد لله لحديث « من سبق العاطس بالحمد لله أمن من الشوص واللوص والعلوص » اه وهو بفتح أول الأولين وكسر أول الثالث المهملة وفتح لامه المشددة ، وسكون الواو وآخر الجميع صاد مهملة . وفى الأوسط للطبرانى عن علىّ رفعه « من عطس عنده فسبق بالحمد لم يشتك خاصرته» وأخرج ابن عساكر « من سبق العاطس بالحمد وقاه الله وجع الخاصرة ولم ير فى فيه مكروها حتى يخرج من الدنيا» ونظم بعضهم الحديث الأول فقال :

من يبتدى عاطسا بالحمد يأمن من	شوص ولوص وعلوص كذا وردا
عنيت بالشوص داء الرأس ثم بما	يليه ذا البطن والضرس اتبع رشدا

الفور ويجب رد جواب كتاب التحية كرد السلام. ولوقال لآخر: اقرأ فلانا السلام يجب عليه ذلك، ويكره السلام على الفاسق لو معلنا وإلا لا كما يكره على عاجز عن الرد حقيقة كآكل أو شرعا كمصل وقارئ ولوسلم لايستحق الجواب اه وقدمنا في باب مايفسد الصلاة كراهته في نيف وعشرين موضعا وأنه لايجب رد سلام عليكم بجزم الميم

وفي المغرب الشوص : وجع الضرس ، واللوص : وجع الأذن ، والعلوص اللوى وهي التخمة اه قال في الشرعة: وينكس رأسه عند العطاس، ويخمر وجهه ويخفض من صوته فإن التصرخ بالعطاس حمق وفي الحديث « العطسة عند الحديث شاهد عدل » ولا يقول العاطس أب أو أشهب فإنه اسم للشيطان اه (قوله ويجب رد جواب كتاب التحية) لأن الكتاب من الغائب بمنزلة الخطاب من الحاضر مجتبي والناس عنه غافلون ط :

أقول: المتبادر من هذا أن المراد رد سلام الكتاب لارد الكتاب، لكن في الجامع الصغير للسيوطي رد جواب الكتاب حق كرد السلام قال شارحه المناوي: أي إذا كتب لك رجل بالسلام في كتاب ووصل إليك وجب عليك الرد باللفظ أو بالمراسلة وبه صرح جمع شافعية؛ وهو مذهب ابن عباس وقال النووي: ولو أتاه شخص بسلام من شخص أي في ورقة وجب الرد فورا ؛ ويستحب أن يرد على المبلغ كما أخرجه النسائي ، ويتأكد رد الكتاب فإن تركه ربما أورث الضغائن ولهذا أنشد :

إذا كتب الخليـــل إلى الخليل فحق واجب رد الجـــواب
إذا الإخـــوان فاتهم التلاقي فما صـــلة بأحسن من كتاب

(قوله يجب عليه ذلك) لأنه من إيصال الأمانة لمستحقها ، والظاهر أن هذا إذا رضي بتحملها تأمل ، ثم رأيت في شرح المناوي عن ابن حجر التحقيق أن الرسول إن التزمه أشبه الأمانة وإلا فوديعة اه أي فلا يجب عليه الذهاب لتبليغه كما في الوديعة قال الشرنبلالي : وهكذا عليه تبليغ السلام إلى حضرة النبي صلى الله عليه وسلم عن الذي أمره به ؛ وقال أيضا : ويستحب أن يرد على المبلغ أيضا فيقول : وعليك وعليه السلام اه ومثله في شرح تحفة الأقران للمصنف ، وزاد وعن ابن عباس يجب اه لكن قال في التاترخانية ذكر محمد حديثا يدل على أن من بلغ إنسانا سلاما عن غائب كان عليه أن يرد الجواب على المبلغ أولا ثم على ذلك الغائب اه وظاهره الوجوب تأمل (قوله لو معلنا) تخصيص لما قدمه عن العيني ؛ وفي فصول العلامي : ولا يسلم على الشيخ المازح الكذاب واللاغي ؛ ولا على من يسب الناس أو ينظر وجوه الأجنبيات ، ولا على الفاسق المعلن ، ولا على من يغني أو يطير الحمام مالم تعرف توبتهم ويسلم على قوم في معصية وعلى من يلعب بالشطرنج ناويا أن يشغلهم عما هم فيه عند أبي حنيفة وكره عندهما تحقيرا لهم (قولهم كآكل) ظاهره أن ذلك مخصوص بحال وضع اللقمة في الفم والمضغ وأما قبل وبعد فلا يكره لعدم العجز وبه صرح الشافعية ، وفي وجيز الكردري مر على قوم يأكلون إن كان محتاجا وعرف أنهم يدعونه سلم وإلا فلا اه وهذا يقضي بكراهة السلام على الآكل مطلقا إلا فيما ذكره ط (قوله ولو سلم لايستحق الجواب) أقول : في البزازية : وإن سلم في حال التلاوة فالمختار أنه يجب الرد بخلاف حال الخطبة والأذان وتكرار الفقه اه وإن سلم فهو آثم تاترخانية : وفيها والصحيح أنه لا يرد في هذه المواضع اه :

فقد اختلف التصحيح في القارئ وعند أبي يوسف يرد بعد الفراغ أو عند تمام الآية وفي الاختيار ، وإذا جلس القاضي ناحية من المسجد للحكم لايسلم على الخصوم ، ولا يسلمون عليه ؛ لأنه جلس للحكم والسلام تحية الزائرين . فينبغي أن يشتغل بما جلس لأجله ، وإن سلموا لا يجب عليه الرد وعلى هذا من جلس يفقه تلامذته ويقرئهم القرآن فدخل عليه داخل فسلم ومعه أن لا يرد لأنه إنما جلس للتعليم لا لرد السلام اه (قوله بجزم الميم) الأولى بسكون الميم قال ط : وكأن عدم الوجوب لمخالفته السنة التي جاءت بالتركيب العربي ومثله فيما يظهر الجمع

ولو دخل ولم ير أحداً يقول السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين :

بين أل والتنوين اه وظاهر تقييده بجزم الميم أنه لو نون المجرد من أل كما هو تحية الملائكة لأهل الجنة يجب الرد فيكون له صيغتان ، وهو ظاهر ما قدمناه سابقا عن التاترخانية ، ثم رأيت فى الظهيرية ولفظ السلام فى المواضع كلها : السلام عليكم أو سلام عليكم بالتنوين ، وبدون هذين كما يقول الجهال ، لا يكون سلاما قال الشرنبلالى فى رسالته فى المصافحة : ولا يبتدئ بقوله عليك السلام ، ولا بعليكم السلام لما فى سنن أبى داود والترمذى وغيرهما بالأسانيد الصحيحة عن جابر بن سليم رضى الله تعالى عنه قال : أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت عليك السلام يا رسول الله قال « لا تقل عليك السلام فإن عليك السلام تحية الموتى » قال الترمذى حديث حسن صحيح ، ويؤخذ منه أنه لا يجب الرد على المبتدئ بهذه الصيغة ، فإنه ما ذكر فيه أنه عليه الصلاة والسلام رد السلام عليه بل نهاه ، وهو أحد احتمالات ثلاثة ذكرها النووى ، فيترجح كونه ليس سلاما ، وإلا لرد عليه ثم علمه كما رد على المسىء صلاته ثم علمه ، ولو زاد واوا فابتدأ بقوله : وعليكم السلام لايستحق جوابا لأن هذه الصيغة لا تصلح للابتداء فلم يكن سلاما قاله المتولى من أئمة الشافعية اه .

قلت : وفى التاترخانية عن الفقيه أبى جعفر : أن بعض أصحاب أبى يوسف كان إذا مر بالسوق يقول : سلام الله عليكم فقيل له فى ذلك فقال : التسليم تحية وإجابتها فرض ، فإذا لم يجيبونى وجب الأمر بالمعروف ، فأما سلام الله عليكم فدعاء فلا يلزمهم ، ولايلزمنى شىء فاختاره لهذا اه .

قلت : فهذا مع ما مر يفيد اختصاص وجوب الرد بما إذا ابتدأ بلفظ السلام عليكم أو سلام عليكم وقدمنا أن للمجيب أن يقول فى الصورتين سلام عليكم ، أو السلام عليكم ، ومفاده أن ما صلح للابتداء صلح للجواب ولكن علمت ما هو الأفضل فيهما :

[تتمة] قال فى التاترخانية ويسلم الذى يأتيك من خلفك ويسلم الماشى على القاعد والراكب على الماشى ، والصغير على الكبير ، وإذا التقيا فأفضلهما يسبقهما ، فإن سلما معا رد كل واحد وقال الحسن : يبتدئ الأقل بالأكثر اه وفيها : السلام سنة ، ويفترض على الراكب المار بالراجل فى طريق عام أو فى المفازة للأمان اه وفى البزازية : ويسلم الآتى من المصر على من يستقبله من القرى ، وقيل يسلم القروى على المصرى اه . وفى تبيين المحارم قال النووى : هذا الأدب هو فيما إذا التقيا فى طريق ، أما إذا ورد على قعود فإن الوارد يبدأ بالسلام بكل حال ، سواء كان صغيرا أو كبيرا أو قليلا أو كثيرا كذا فى الطبرانى اه قال ط : والقواعد توافقه واختلفوا فى أيهما أفضل أجرا قيل الراد وقيل المسلم محيط وإن سلم ثانيا فى مجلس واحد لا يجب رد الثانى تاترخانية وفيها عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا أتيتم المجلس فسلموا على القوم وإذا رجعتم فسلموا عليهم فإن التسليم عند الرجوع أفضل من التسليم الأول » (قوله وعلى عباد الله الصالحين) فيكون مسلما على الملائكة الذين معه ، وصالحى الجن الحاضرين وغيرهم وقالوا إن الجن مكلفون بما كلفنا به ومقتضاه أنه يجب عليهم الرد ولا يخرجون عنه إلا بالإسماع ، ولم أر حكمه وقد يقال إنهم أمروا بالاستتار عن أعين الإنس لعدم الإنس والمجانسة ورده ظاهرا من قبيل الإعلان فتدبر ط .

أقول : لا نسلم أن هذه الصيغة مما يجب على سامعها الرد إذ لا خطاب فيها ، وليست من الصيغتين السابقتين وإلا لوجب الرد أيضا على من سمعها من الإنس ، ويحتاج إلى نقل صريح والظاهر عدمه ، فلا يجب على الجن بالأولى ، بل هى لمجرد الدعاء كما هى فى التشهد وكما فى الصيغة التى اختارها بعض أصحاب أبى يوسف كما مر تأمل

[فرع] يكره إعطاء سائل المسجد إلا إذا لم يتخط رقاب الناس فى المختار كما فى الاختيار ومتن مواهب الرحمن لأن عليا تصدق بخاتمه فى الصلاة فمدحه الله بقوله - ويؤتون الزكاة وهم راكعون - :

(أحب الأسماء إلى الله تعالى عبد الله وعبد الرحمن) وجاز التسمية بعلى ورشيد من الأسماء المشتركة ويراد فى حقنا غير ما يراد فى حق الله تعالى لكن التسمية بغير ذلك فى زماننا أولى لأن العوام يصغرونها عند النداء كذا فى السراجية وفيها (ومن كان اسمه محمدا لا بأس بأن يكنى أبا القاسم) لأن قوله عليه الصلاة والسلام « سموا باسمى ولا تكنوا بكنيتى » قد نسخ لأن عليا رضى الله عنه كنى ابنه محمد ابن الحنفية أبا القاسم

(قوله إلا إذا لم يتخط) أى ولم يمر بين يدى المصلين قال فى الاختيار : فإن كان يمر بين يدى المصلين ، ويتخطى رقاب الناس يكره لأنه إعانة على أذى الناس ، حتى قيل : هذا فلس لا يكفره سبعون فلسا اهـ وقال ط فالكراهة للمتخطى الذى يلزمه غالبا الإيذاء وإذا كانت هناك فرجة يمر منها لا تخطى فلا كراهة كما يؤخذ من مفهومه (قوله فى الصلاة) أى وهى كانت فى المسجد فتم الدليل أو أنه إذا كان ذلك جائزا فى الصلاة وهى أفضل الأعمال ، فلأن تجوز فى المسجد وهو دونها أولى ط (قوله أحب الأسماء الخ) هذا لفظ حديث رواه مسلم وأبو داود والترمذى وغيرهم عن ابن عمر مرفوعا . قال المناوى وعبد الله : أفضل مطلقا حتى من عبد الرحمن ، وأفضلها بعدهما محمد ، ثم أحمد ثم إبراهيم اهـ وقال أيضا فى موضع آخر : ويلحق بهذين الاسمين أى عبد الله وعبد الرحمن ما كان مثلهما كعبد الرحيم وعبد الملك ، وتفضيل التسمية بهما محمول على من أراد التسمى بالعبودية ، لأنهم كانوا يسمون عبد شمس وعبد الدار ، فلا ينافى أن اسم محمد وأحمد أحب إلى الله تعالى من جميع الأسماء ، فإنه لم يختر لنبيه إلا ما هو أحب إليه هذا هو الصواب ولا يجوز حمله على الإطلاق اهـ وورد « من ولد له مولود فسماه محمدا كان هو ومولوده فى الجنة » رواه ابن عساكر عن أمامة رفعه قال السيوطى : هذا أمثل حديث ورد فى هذا الباب وإسناده حسن اهـ وقال السخاوى : وأما قولهم خير الأسماء ما عبد وما حمد فما علمته (قوله وجاز التسمية بعلى الخ) الذى فى التاترخانية عن السراجية التسمية باسم يوجد فى كتاب الله تعالى كالعلى والكبير والرشيد والبديع جائزة الخ ، ومثله فى المنح عنها وظاهره الجواز ولو معرفا بأل (قوله لكن التسمية الخ) قال أبو الليث : لا أحب للعجم أن يسموا عبد الرحمن وعبد الرحيم ؛ لأنهم لا يعرفون تفسيره ، ويسمونه بالتصغير تاترخانية وهذا مشتهر فى زماننا ، حيث ينادون من اسمه عبد الرحيم وعبد الكريم أو عبد العزيز مثلا فيقولون : رحيم وكريم وعزيز بتشديد ياء التصغير ومن اسمه عبد القادر قويدر وهذا مع قصده كفر . ففى المنية : من ألحق أداة التصغير فى آخر اسم عبد العزيز أو نحوه مما أضيف إلى واحد من الأسماء الحسنى إن قال ذلك عمدا كفر وإن لم يدر ما يقول ولا قصد له لم يحكم بكفره ومن سمع منه ذلك يحق عليه أن يعلمه اهـ ، وبعضهم يقول : رحمون لمن اسمه عبد الرحمن ، وبعضهم كالتركمان يقول حمور وحسو لمن اسمه محمد وحسن ، وانظر هل يقال الأولى لهم ترك التسمية بالأخيرين لذلك (قوله ولا تكنوا) بفتح النون المشددة ماضى تكنى ، وهو على حذف إحدى التاءين أى لأن اليهود كانوا ينادون يا أبا القاسم ، فإذا التفت صلى الله عليه وسلم قالوا لا نعنيك ط لكن قوله ماضى تكنى صوابه مضارع تكنى كما لا يخفى (قوله قد نسخ) لعل وجهه زوال علة النهى السابقة بوفاته عليه الصلاة والسلام تأمل :

[تتمة] التسمية باسم لم يذكره الله تعالى فى عباده ولا ذكره رسوله صلى الله عليه وسلم ولا يستعمله المسلمون تكلموا فيه ، والأولى أن لا يفعل . وروى : إذا ولد لأحدكم ولد فمات فلا يدفنه حتى يسميه إن كان ذكرا باسم

(ويكره أن يدعو الرجل أباه وأن تدعو المرأة زوجها باسمه) اه بلفظه .

(و) فيها يكره (الكلام فى المسجد وخلف الجنازة وفى الخلاء وفى حالة الجماع) وزاد أبو الليث : فى البستان وعند قراءة القرآن، وزاد فى الملتقى تبعا للمختار : وعند التذكير

الذكر وإن كان أنثى فباسم أنثى وإن لم يعرف فباسم يصلح لهما: ولوكنى ابنه الصغير بأبى بكر وغيره كرهه بعضهم وعامتهم لايكره لأن الناس يريدون به التفاؤل تتارخانية. وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يغير الاسم القبيح إلى الحسن جاءه رجل يسمى أصرم فسماه زرعة وجاءه آخر اسمه المضطجع فسماه المنبعث، وكان لعمر رضى الله عنه بنت تسمى عاصية فسماها جميلة ، ولا يسمى الغلام يسارا ولا رباحا ولا نجاحا ولا بأفلح ولا بركة فليس من المرضى أن يقول الإنسان عندك بركة فتقول لا، وكذا سائر الأسماء، ولايسميه حكيما،ولا أبا الحكم ولا أبا عيسى ولا عبد فلان ولا يسميه بما فيه تزكية نحو الرشيد والأمين فصول العلامى: أى لأن الحكم من أسمائه تعالى فلا يليق إضافة الأب إليه أو إلى عيسى .

أقول : ويؤخذ من قوله ولاعبد فلان منع التسمية بعبد النبى ونقل المناوى عن الدميرى أنه قيل بالجواز بقصد التشريف بالنسبة ، والأكثر على المنع خشية اعتقاد حقيقة العبودية كما لايجوز عبد الدار اه ومن قوله ولا بما فيه تزكية المنع عن نحو محيى الدين وشمس الدين مع ما فيه من الكذب وألف بعض المالكية فى المنع منه مؤلفا وصرح به القرطبى فى شرح الأسماء الحسنى وأنشد بعضهم فقال :

أرى الدين يستحى من الله أن يرى ... وهذا له فخر وذاك نصير
فقد كثرت فى الدين ألقاب عصبة ... هم فى مراعى المنكرات حمير
وإنى أجل الدين عن عزه بهم ... وأعلم أن الذنب فيه كبير

ونقل عن الإمام النووى أنه كان يكره من يلقبه بمحيى الدين ، ويقول لا أجعل من دعانى به فى حل ومال إلى ذلك العارف بالله تعالى الشيخ سنان فى كتابه تبيين المحارم ، وأقام الطامة الكبرى على المتسمين بمثل ذلك ، وأنه من التزكية المنهى عنها فى القرآن . ومن الكذب قال ونظيره ما يقال للمدرسين بالترك أفندى وسلطانم ونحوه ثم قال فإن قيل : هذه مجازات صارت كالأعلام ، فخرجت عن التزكية . فالجواب : أن هذا يرده ما يشاهد من أنه إذا نودى باسمه العلم وجد على من ناداه به فعلم أن التزكية باقية ، وقد كان الكبار من الصحابة وغيرهم ينادون بأعلامهم ولم ينقل كراهتهم لذلك ، ولو كان فيه ترك تعظيم للعلم وأهله لنهوا عنه من ناداهم بها اه ملخصا . وقد أطال بما ينبغى مراجعته (قوله ويكره أن يدعو الخ) بل لابد من لفظ يفيد التعظيم كيا سيدى ونحوه لمزيد حقهما على الولد والزوجة ، وليس هذا من التزكية ، لأنها راجعة إلى المدعو بأن يصف نفسه بما يفيدها لا إلى الداعى المطلوب منه التأدب مع من هو فوقه (قوله وفيها) أى فى السراجية (قوله يكره الكلام فى المسجد) ورد « أنه يأكل الحسنات كما تأكل النار الحطب » وحمله فى الظهيرية وغيرها على ما إذا جلس لأجله وقد سبق فى باب الاعتكاف وهذا كله فى المباح لا فى غيره فإنه أعظم وزرا (قوله وخلف الجنازة) أى مع رفع الصوت ، وقدمنا الكلام عليه قبيل المسابقة (قوله وفى الخلاء) لأنه يورث المقت من الله تعالى ط (قوله وفى حالة الجماع) لأن حاله مبنى على الستر ، وكان يأمر صلى الله عليه وسلم فيه بالأدب ط: وذكر فى الشرعة : أن من السنة أن لايكثر الكلام فى حالة الوطء فإن منه خرس الولد (قوله وعند التذكير) أى مع رفع الصوت قال فى التتارخانية : وليس المراد رفع الواعظ صوته عند الوعظ ، وإنما المراد رفع بعض القوم صوته بالتهليل ،

فما ظنك به عند الغناء الذى يسمونه وجدا .
(للعربية فضل على سائر الألسن وهو لسان أهل الجنة من تعلمها أو علمها غيره فهو مأجور) وفى الحديث « أحبوا العرب لثلاث لأنى عربى والقرآن عربى ولسان أهل الجنة فى الجنة عربى » .
وفيها (تطيين القبور لايكره فى المختار) وقيل يكره : وقال البزدوى : لو احتيج للكتابة كيلا يذهب الأثر ولا يمتهن لابأس به ذكره المصنف فى آخر باب الوصية للأقارب وقدمناه فى الجنائز (يكره تمنى الموت) لغضب أو ضيق عيش (إلا لخوف الوقوع فى معصية) أى فيكره لخوف الدنيا لا الدين لحديث « فبطن الأرض خير لكم من ظهرها » خلاصة (ولابأس بلبس الصبى اللؤلؤ وكذا البالغ) كذا فى شرح الوهبانية معزيا للمنية وقاس عليه الطرسوسى بقية الأحجار كياقوت وزمرد ونازعه ابن وهبان بأنه يحتاج إلى نقل صريح ، وجزم فى الجوهرة بحرمة اللؤلؤ .

والصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم عند ذكره (قوله فما ظنك به) أى برفع الصوت عند الغناء ، والمراد رفع الصوت به ، وقدمنا الكلام على ذلك كله (قوله أحبوا العرب) كذا فى كثير من النسخ مسندا إلى واو الجماعة ، وهو الموافق لما فى الجامع الصغير وغيره . وفى بعض النسخ : أحب بلا واو مسند للمتكلم ، أو أمر للمفرد ، من أحب قال الجراحى : وسنده فيه ضعف ، وقد ورد فى حب العرب أحاديث كثيرة يصير الحديث بمجموعها حسنا ، وقد أفردها بالتأليف جماعة منهم الحافظ العراقى ومنهم صديقنا الكامل السيد مصطفى البكرى ، فإنه ألف فيه رسالة نحو العشرين كراسة اه والمراد الحث على حب العرب من حيث كونهم عربا ، وقد يعرض لهم ما يقتضى زيادة الحب بما فيهم من الإيمان والفضائل وقد يعرض ما يوجب البغض بما يعرض لهم من كفر ونفاق وتمامه فى شرح المناوى الكبير (قوله ولسان أهل الجنة) الذى فى الجامع الصغير وكلام أهل الجنة (قوله أى فيكره) بيان لحاصل كلام المصنف ، وعبارة الخلاصة : رجل تمنى الموت لضيق عيشه أو غضب من عدوه يكره لقوله عليه الصلاة والسلام « لايتمنى أحدكم الموت لضر نزل به » وإن كان لتغير زمانه وظهور المعاصى فيه مخافة الوقوع فيها لا بأس به لما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام فى مثل هذه الصورة قال « فبطن الأرض خير لكم من ظهرها » اه .

أقول : والحديث الأول فى صحيح مسلم « لا يتمنين أحدكم الموت لضر نزل به فإن كان لابد متمنيا فليقل : اللهم أحينى ماكانت الحياة خيرا لى وتوفنى إذا كانت الوفاة خيرا لى » (قوله ولابأس بلبس الصبى) الأولى التعبير بالإلباس مصدر المزيد وأن يقول وكذا لبس البالغ (قوله ونازعه ابن وهبان الخ) وقال أيضا فإن الأدلة تعارضت فى جواز لبسه اه لكن رده ابن الشحنة بأنه صفساف من القول لا نعلم له دليلا ، ورد فى النهى عن لبس شىء منها اه .

أقول : قد يقال إن قوله تعالى - وتستخرجون منه حلية تلبسونها - أى اللؤلؤ والمرجان يفيد الجواز وكذا قوله تعالى - خلق لكم ما فى الأرض جميعا - وأما النهى فمن حيث أن فيه تشبها بالنساء فإنه من حليهن ، وقد أخرج أبو داود والنسائى وابن ماجه والحاكم . وقال صحيح على شرط مسلم « لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الرجل يلبس لبسة المرأة والمرأة تلبس لبسة الرجل » لكن يدخل فى هذا اللؤلؤ أيضا بالأولى ، لأن تحليهن به أكثر من بقية الأحجار فالتفرقة غير مناسبة تأمل (قوله وجزم فى الجوهرة بحرمة اللؤلؤ) وكذا فى السراج ،

قلت : وحمل المصنف ما فى المنية على قوله : وما فى الجوهرة على قولهما قال ، وقد رجحوا قولهما. ففى الكافى قولهما أقرب إلى عرف ديارنا فيفتى به ، ثم قال المصنف ، وعليه فالمعتمد فى المذهب حرمة لبس اللؤلؤ ونحوه على الرجال لأنه من حلى النساء (ويكره) للولى إلباس (الخلخال أو السوار لصبى) ولا بأس بثقب أذن البنت والطفل استحسانا ملتقط :

قلت : وهل يجوز الخزام فى الأنف ، لم أره ويكره للذكر والأنثى الكتابة بالقلم المتخذ من الذهب أو الفضة أو من دواة كذلك سراجية : ثم قال : لابأس بتمويه السلاح بذهب وفضة ولابأس بسرج ولجام وثفر من الذهب عند أبى حنيفة خلافا لأبى يوسف (وجارية لزيد قال بكر وكلنى زيد ببيعها حل لعمرو شراؤها ووطؤها) لقبول قول بكر إن أكبر رأيه صدقه كما مر وإن أكبر رأيه كذبه لايقبل قوله ولا يشترى منه ولو لم يخبره إن ذلك الشيء لغيره فلا بأس بشرائه منه (كما حل وطء من زفت إليه وقال النساء هى امرأتك و) حل (نكاح من قالت طلقنى زوجى وانقضت عدتى أو كنت أمة لفلان وأعتقنى) إن وقع فى قلبه صدقها وتمامه فى الخانية .

وعلله بأنه من حلى النساء (قوله وحمل المصنف الخ) ذكره فى فصل اللبس أخذا من قول الزيلعى ، ثم قيل حلى قياس قوله لا بأس للرجال بلبس اللؤلؤ الخالص (قوله على قولهما) أى من أن لبس عقد اللؤلؤ لبس حلى ، وهو ما مشى عليه أصحاب المتون فى كتاب الإيمان ، فلو حلف لا يلبس حليا فلبس ذلك يحنث للعرف (قوله وعليه) أى كون المرجح قولهما وأقول فى اعتماد الحرمة بناء على ذلك نظر ، لأن ترجيح قولهما بكونه حليا ، لأن الأيمان مبنية على العرف ، وكون العرف يعده حليا يفيد الحنث فى حلفه لا يلبس حليا ، ولا يفيد أنه يحرم لبسه على الرجال إذ ليس كل حلى حراما على الرجال بدليل حل الخاتم والعلم والثوب المنسوج بالذهب أربعة أصابع وحلية السيف والمنطقة . نعم التعليل الآتى بأنه من حلى النساء ظاهر فى إفادة الحرمة لما فيه من التشبه بهن كما قدمناه فتأمل (قوله الخلخال) كبلبال ويسمى خلخلا ويضم قاموس (قوله لصبى) أى الذكر لأنه من زينة النساء ط (قوله والطفل) ظاهره أن المراد به الذكر مع أن ثقب الأذن لتعليق القرط ، وهو من زينة النساء ، فلا يحل للذكور ، والذى فى عامة الكتب ، وقدمناه عن التاترخانية : لابأس بثقب أذن الطفل من البنات وزاد فى الحاوى القدسى : ولا يجوز ثقب آذان البنين فالصواب إسقاط الواو (قوله لم أره) قلت : إن كان مما يتزين النساء به كما هو فى بعض البلاد فهو فيها كثقب القرط اهـ ط وقد نص الشافعية على جوازه مدنى (قوله ويكره للذكر والأنثى الخ) قدمنا عن الخانية ما هو أعم من ذلك ، وهو أن النساء فيما سوى الحلى من الأكل والشرب والأدهان من الذهب والفضة والعقود بمنزلة الرجال (قوله ثم قال الخ) تقدم الكلام عليه مستوفى قبل فصل اللبس (قوله وثفر) بالثاء المثلثة والفاء محركا وهو من السرج ما يجعل تحت ذنب الدابة اهـ مغرب وقد يسكن قاموس (قوله جارية لزيد) أى يعلم عمرو أنها لزيد أو أخبره بكر بذلك (قوله إن أكبر رأيه صدقه الخ) أكبر اسم كان المحذوفة وصدقه بالنصب خبرها ، وهذا التفصيل إذا كان المخبر غير ثقة كما يعلم من الهداية وغيرها ، وإنما قبل لأن عدالة المخبر فى المعاملات غير لازمة للحاجة كما مر ، وأكبر الرأى يقام مقام اليقين (قوله ولو لم يخبره الخ) أى ولم يعرف الشارى ذلك قال فى الهداية : فإن كان عرفها للأول لم يشترها حتى يعلم انتقالها إلى ملك الثانى اهـ زاد الزيلعى أو أنه وكله (قوله فلا بأس بشرائه منه) وإن كان فاسقا ، لأن اليد دليل الملك ، ولا معتبر بأكبر الرأى عند وجود الدليل الظاهر ، إلا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك ، فحينئذ يستحب له أن يتنزه ، ومع ذلك لو اشتراها صح لاعتماده الدليل الشرعى ، ولو البائع عبدا لم يشترها حتى يسأل ، لأن المملوك لاملك له فإن أخبره بالإذن فإن كان ثقة قبل وإلا يعتبر أكبر الرأى ، وإن كان لا رأى له لايشترها لقيام المانع فلا بد من دليل هداية أو غيرها (قوله وتمامه فى الخانية)

قلت : وحاصله أنه متى أخبرت بأمر محتمل ، فإن ثقة أو وقع فى قلبه صدقها لا بأس بتزوجها ، وإن بأمر مستنكر لا ما لم يستفسرها :

[فروع] كتب إما قول الشافعى يكتب جواب أبى حنيفة ه

وإذا كتب المفتى يدين يكتب ولا يصدق قضاء ليقضى القاضى بحنثه :

الترجيع بالقرآن والأذان بالصوت الطيب طيب إن لم يزد فيه الحروف وإن زاد كره له ولمستمعه ، وقوله أحسنت إن لسكوته فحسن وإن لتلك القراءة يخشى عليه الكفر :

المناظرة فى العلم لنصرة الحق عبادة ولأحد ثلاثة حرام لقهر مسلم وإظهار علم ونيل دنيا أو مال أو قبول .

التذكير على المنابر للوعظ والاتعاظ سنة الأنبياء والمرسلين ولرياسة ومال وقبول عامة من ضلالة اليهود والنصارى :

وكذا فى الهداية فى فصل البيع من هذا الكتاب (قوله وإن بأمر مستنكر) كما إذا تزوجت رجلا ثم قالت لرجل آخر : كان نكاحى فاسدا أو كان الزوج على غير الإسلام لايسع الثانى أن يقبل قولها ولا أن يتزوجها لأنها أخبرت بأمر مستنكر ، وكما إذا قالت المطلقة ثلاثا لزوجها الأول حللت لك ، فإنه لايحل له أن يتزوجها ما لم يستفسرها ، فإن العلماء اختلفوا فى حلها له بمجرد نكاح الثانى ، فقال بعضهم : تحل له فلعلها اعتمدت هذا القول فلابد من الاستفسار وتمامه فى الفتح (قوله كتب الخ) مثل الكتابة السؤال بالقول ، ومثل الشافعى غيره من أصحاب المذاهب ط (قوله يكتب جواب أبى حنيفة) هذا بناء على ما قالوا إنه يجب اعتقاد أن مذهبه صواب يحتمل الخطأ ومذهب غيره بخلاف ذلك ، وهذا مبنى على أنه لايجوز تقليد المفضول مع وجود الأفضل ، والحق جوازه ، وهذا الاعتقاد إنما هو فى حق المجتهد لا فى حق التابع المقلد ، فإن المقلد ينجو بتقليد واحد منهم فى الفروع ولا يجب عليه الترجيح اه ط ومثله فى خلاصة التحقيق فى بيان حكم التقليد ، والتلفيق للأستاذ عبد الغنى النابلسى قدس الله سره (قوله وإذا كتب المفتى يدين) أى كتب هذا اللفظ بأن سئل مثلا عمن حلف واستفتى ولم يسمع أحدا يجيب بأنه يدين أى لايحنث فيما بينه وبين ربه ، ولكن يكتب بعده ولا يصدق قضاء لأن القضاء تابع للفتوى فى زماننا لجهل القضاة فربما ظن القاضى أنه يصدق قضاء أيضا (قوله الترجيع بالقرآن والأذان الخ) الأولى التلحين أى التغنى ، لأن الترجيع فى اللغة الترديد قال فى المغرب : ومنه الترجيع فى الأذان لأنه يأتى بالشهادتين خافضا بهما صوته ، ثم يرجعهما رافعا بهما صوته اه .

وفى الذخيرة : وإن كانت الألحان لاتغير الكلمة عن وضعها ، ولا تؤدى إلى تطويل الحروف التى حصل التغنى بها ، حتى يصير الحرف حرفين ، بل لتحسين الصوت ، وتزين القراءة لايوجب فساد الصلاة ، وذلك مستحب عندنا فى الصلاة وخارجها ، وإن كان يغير الكلمة من موضعها يفسد الصلاة لأنه منهى ، وإنما يجوز إدخال المد فى حروف المد واللين والهوائية والمعتل اه وورد فى تحسين القراءة بالصوت أحاديث ، منها مارواه الحاكم وغيره عن جابر رضى الله عنه بلفظ « حسنوا القرآن بأصواتكم فان الصوت الحسن يزيد القرآن حسنا » (قوله وإن زاد) بأن أخرج الكلمة عن معناها كره أى حرم (قوله يخشى عليه الكفر) لأنه جعل الحرام المجمع عليه حسنا ط ولعله لم يكفر جزما لأن تحسينه ذلك ليس من حيث كونه أخرج القرآن عن وضعه ، بل من حيث تنغيمه وتطريبه تأمل . ويقرب من هذا ما يقال فى زماننا لمن يغنى للناس الغناء المحرم : بارك الله طيب الله الأنفاس ، فان قصد الثناء عليه والدعاء له لسكوته فحسن وإن لغنائه فهو معصية أخرى مع السماع يخشى منها ذلك فليتنبه لذلك (قوله ونيل دنيا أو مال أو قبول) عبارة الحاوى القدسى نحو المال أوالقبول ، وهى كذلك

قراءة القرآن بقراءة معروفة وشاذة دفعة واحدة مكروه كما فى الحاوى القدسى :
يستحب للرجل خضاب شعره ولحيته ولو فى غير حرب فى الأصح ، والأصح أنه عليه الصلاة والسلام لم يفعله ، ويكره بالسواد ، وقيل لا مجمع الفتاوى والكل من منح المصنف .

الكتب التى لاينتفع بها يمحى عنها اسم الله وملائكته ورسله ويحرق الباقى ولابأس بأن تلقى فى ماء جار كما هى أو تدفن وهو أحسن كما فى الأنبياء :

القصص المكروه أن يحدثهم بما ليس له أصل معروف أويعظهم بما لا يتعظ به أو يزيد وينقص يعنى فى أصله ، أما للتزين بالعبارات اللطيفة المرققة والشرح لفوائده فذلك حسن: والأفضل مشاركة أهل محلته فى إعطاء النائبة لكن فى زماننا أكثرها ظلم فمن تمكن من دفعه عن نفسه فحسن ، وإن أعطى فليعط من عجز .

ليس لذى الحق أن يأخذ غير جنس حقه وجوّزه الشافعى وهو الأوسع .

معلم طلب من الصبيان أثمان الحصر فجمعها فشرى ببعضها وأخذ بعضها له ذلك لأنه تمليك له من الآباء :

فى المنح (قوله وشاذة) هى مافوق العشر ط (قوله دفعه) وأولى بالكراهة الاقتصار على الشاذة ، وتقدم أنها لاتجزىء فى الصلاة ولا تفسدها ط (قوله كما فى الحاوى القدسى) أى من قوله الترجيع بالقرآن إلى هنا (قوله خضاب شعره ولحيته) لايديه ورجليه فانه مكروه للتشبه بالنساء (قوله والأصح أنه عليه الصلاة والسلام لم يفعله) لأنه لم يحتج إليه ، لأنه توفى ولم يبلغ شيبه عشرين شعرة فى رأسه ولحيته ، بل كان سبع عشرة كما فى البخارى وغيره: وورد: أن أبا بكر رضى الله عنه خضب بالحناء والكتم مدنى (قوله ويكره بالسواد) أى لغير الحرب: قال فى الذخيرة : أما الخضاب بالسواد للغزو ، ليكون أهيب فى عين العدو فهو محمود بالاتفاق وإن ليزين نفسه للنساء فمكروه ، وعليه عامة المشايخ ، وبعضهم جوزه بلا كراهة روى عن أبى يوسف أنه قال : كما يعجبنى أن تتزين لى يعجبها أن أتزين لها (قوله الكتب الخ) هذه المسائل من هنا إلى النظم كلها مأخوذة من المجتبى كما يأتى العزو إليه (قوله كما فى الأنبياء) كذا فى غالب النسخ وفى بعضها كما فى الأشباه لكن عبارة المجتبى والدفن أحسن كما فى الأنبياء والأولياء إذا ماتوا ، وكذا جميع الكتب إذا بليت وخرجت عن الانتفاع بها اه يعنى أن الدفن ليس فيه إخلال بالتعظيم ، لأن أفضل الناس يدفنون . وفى الذخيرة : المصحف إذا صار خلقا وتعذر القراءة منه لايحرق بالنار إليه أشار محمد وبه نأخذ ، ولا يكره دفنه ، وينبغى أن يلف بخرقة طاهرة ، ويلحد له لأنه لو شق ودفن يحتاج إلى إهالة التراب عليه ، وفى ذلك نوع تحقير إلا إذا جعل فوقه سقف وإن شاء غسله بالماء أو وضعه فى موضع طاهر لاتصل إليه يد محدث ولا غبار ، ولا قذر تعظيما لكلام الله عز وجل اه (قوله القصص) بفتحتين مصدر قص (قوله يعنى فى أصله) أى بأن يزيد على أصل الكلام أشياء من عنده غير ثابتة أو ينقص مايخرج المنقول الثابت عن معناه (قوله فمن تمكن الخ) أطلقه فشمل مالو تحمل غيره نائبته. وفى القنية توجه على جماعة جباية بغير حق فلبعضهم دفعه عن نفسه إذا لم يحمل حصته على الباقين ، وإلا فالأولى أن لايدفعها عن نفسه قال رضى الله عنه : وفيه إشكال لأن إعطاءه إعانة للظالم على ظلمه ثم ذكر السرخسى مشاركة جرير وولده مع سائر الناس فى دفع النائبة بعد الدفع عنه ثم قال : هذا كان فى ذلك الزمن ، لأنه إعانة على الطاعة وأكثر النوائب فى زماننا بطريق الظلم فمن تمكن من دفعه عن نفسه فهو خير له اه مافى القنية (قوله وجوزه الشافعى) قدمنا فى كتاب الحجر : أن عدم الجواز كان فى زمانهم ، أما اليوم فالفتوى على الجواز (قوله وهو الأوسع) لتعينه طريقا لاستيفاء حقه فينتقل حقه من الصورة إلى المالية كما فى الغصب والإتلاف مجتبى ، وفيه وجد دنانير مديونه وله عليه دراهم ، فله أن يأخذه لاتحادهما جنسا فى الثمنية اه (قوله لأنه تمليك له من الآباء)

لا بأس بوطء المنكوحة بمعاينة الأمة دون عكسه .
وجد ما لا قيمة له لابأس بالانتفاع به ولو له قيمة وهو غنى تصدق به .
لا بأس بالجماع فى بيت فيه مصحف للبلوى .
لا تركب مسلمة على سرج للحديث هذا لو للتلهى ، ولو لحاجة غزو أو حج أو مقصد دينى أو دنيوى لابد لها منه فلا بأس به .
تغنى بالقرآن ولم يخرج بألحانه عن قدر هو صحيح فى العربية مستحسن .
ذكر الله من طلوع الفجر إلى طلوع الشمس أولى من قراءة القرآن ، وتستحب القراءة عند الطلوع أو الغروب .
لابأس للإمام عقب الصلاة بقراءة آية الكرسى وخواتيم سورة البقرة والإخفاء أفضل .
قراءة الفاتحة بعد الصلاة جهرا للمهمات بدعة قال أستاذنا : لكنها مستحسنة للعادة والآثار .
الرشوة لا تملك بالقبض .
لا بأس بالرشوة إذا خاف على دينه والنبى عليه الصلاة والسلام

والدليل عليه أنهم لايتأملون منه أن يرد الزائد على مايشترى به مع علمهم غالبا ، بأن مايأخذه يزيد والحاصل أن العادة محكمة فافهم (قوله لابأس بوطء المنكوحة الخ) نقله فى المجتبى عن بعض المشايخ ونقل فى الهندية أنه يكره عند محمد (قوله تصدق به) أى بعد التعريف إن احتاج إليه (قوله لا بأس بالجماع فى بيت فيه مصحف للبلوى) قيده فى القنية بكونه مستورا وإن حمل مافيها على الأولوية زال التنافى ط (قوله للحديث) وهو ولعن الله الفروج على السروج ، ذخيرة . لكن نقل المدنى عن أبى الطيب أنه لا أصل له اه يعنى بهذا اللفظ وإلا فمعناه ثابت ، فى البخارى وغيره « لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المتشبهين من الرجال بالنساء والمتشبهات من النساء بالرجال » وللطبرانى « أن امرأة مرت على رسول الله صلى الله عليه وسلم متقلدة قوسا فقال : لعن الله المتشبهات من النساء بالرجال والمتشبهين من الرجال بالنساء » (قوله ولو لحاجة غزو الخ) أى بشرط أن تكون متسترة وأن تكون مع زوج أو محرم (قوله أو مقصد دينى) كسفر لصلة رحم ط (قوله تغنى بالقرآن الخ) مكرر مع ماتقدم (قوله وتستحب الخ) كذا ذكر فى المجتبى المسألة الأولى ثم ذكر هذه رامزا لبعض المشايخ فالظاهر أنهما قولان ، فإن الأولى تفيد استحباب الذكر دون القراءة ، وهو الذى تقدم فى كتاب الصلاة واقتصر عليه فى القنية حيث قال : الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم والدعاء والتسبيح أفضل من قراءة القرآن فى الأوقات التى نهى عن الصلاة فيها (قوله لابأس للإمام) أى والمقتدين (قوله عقب الصلاة) أى صلاة الغداة قال فى القنية إمام يعتاد كل غداة مع جماعته قراءة آية الكرسى وآخر البقرة ـ وشهد الله ـ ونحوها جهرا لابأس به والاخفاء أفضل اه وتقدم فى الصلاة أن قراءة آية الكرسى والمعوذات والتسبيحات مستحبة وأنه يكره تأخير السنة إلا بقدر اللهم أنت السلام الخ (قوله قال أستاذنا) هو البديع شيخ صاحب المجتبى واختار الإمام جلال الدين إن كانت الصلاة بعدها سنة يكره وإلا فلا اه ط عن الهندية (قوله لا تملك بالقبض) فله الرجوع بها وذكر فى المجتبى بعد هذا ولو دفع الرشوة بغير طلب المرتشى ، فليس له أن يرجع قضاء ويجب على المرتشى ردها وكذا العالم إذا أهدى إليه ليشفع أو يدفع ظلما فهو رشوة . ثم قال بعد هذا سعى له عند السلطان وأتم أمره لا بأس بقبول هديته بعد وقبله بطلبه سحت وبدونه مختلف فيه ، ومشايخنا على أنه لا بأس به وفى قبول الهدية من التلامذة اختلاف المشايخ ط (قوله إذا خاف على دينه) عبارة المجتبى لمن يخاف وفيه أيضا دفع المال للسلطان الجائر لدفع الظلم عن

كان يعطى الشعراء ولمن يخاف لسانه وكفى بسهم المؤلفة من الصدقات دليلا على أمثاله :

جمع أهل المحلة للإمام فحسن ومن السحت ما يؤخذ على كل مباح كملح وكلأ وماء ومعادن وما يأخذه غاز لغزو وشاعر لشعر ومسخرة وحكواتى قال تعالى ـ ومن الناس من يشترى لهو الحديث ـ وأصحاب معازف وقواد وكاهن ومقامر وواشمة وفروعه كثيرة :

قيل له يا خبيث ونحوه جاز له الرد فى كل شتيمة لا توجب الحد وتركه أفضل :

كره قول الصائم المتطوع إذا سئل أصائم حتى أنظر فإنه نفاق أو حمق .

نفسه وماله ولاستخراج حق له ليس برشوة يعنى فى حق الدافع اهـ (قوله كان يعطى الشعراء) فقد روى الخطابى فى الغريب عن عكرمة مرسلا قال : « أتى شاعر النبى صلى الله عليه وسلم فقال يابلال اقطع لسانه عنى فأعطاه أربعين درهما » (قوله جمع أهل المحلة) أى شيئا من القوت أوالدراهم ط (قوله فحسن) أى إن فعلوا فهو حسن ولا يسمى أجرة كمافى الخلاصة ، والظاهر أن هذا من تعريفات المتقدمين المانعين أخذالأجرة على الإمامةوغيرها من الطاعات لتظهر ثمرة التنصيص عليه ، وإلا فمجازاة الإحسان بالإحسان مطلوبة لكل أحد تأمل (قوله ومن السحت) بالضم وبضمتين الحرام أوماخبث من المكاسب فلزم عنه العار جمعه أسحات وأسحت اكتسبه قاموس ، ومن السحت : ما يأخذه الصهر من الختن بسبب بنته بطيب نفسه حتى لو كان بطلبه يرجع الختن به مجتبى (قوله وما يأخذه غاز لغزو) من أهل البلدة جبرا فهو حرام عليه لاعلى الدافع ط (قوله وشاعر لشعر) لأنه إنما يدفع له عادة قطعا للسانه كما مر ، فلو كان ممن يؤمن شره ، فالظاهر أنما يدفع له حلال بدليل دفعه عليه الصلاة والسلام بردته لكعب لما امتدحه بقصيدته المشهورة تأمل (قوله ومسخرة وحكواتى) عبارة المجتبى أو المضحك للناس أو يسخر منهم أو يحدث الناس بمغازى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه ، لاسيما بأحاديث العجم مثل رستم واسبنديار ونحوهما اهـ تأمل وانظر هل النسبة فى حكواتى عربية (قوله لهو الحديث) أى ما يلهى عما يعنى كالأحاديث التى لا أصل لها والأساطير التى لا اعتبار لها والمضاحك وفضول الكلام ، والإضافة على معنى من نزلت فى النضر ابن الحرث بن كلدة ، كان يتجر فيأتى الحيرة ، ويشترى أخبار العجم ، ويحدث بها قريشا ، ويقول إن محمدا يحدثكم بحديث عاد وثمود ، وأنا أحدثكم بأحاديث رستم وأخبار الأكاسرة ، فيستملحون حديثه ويتركون استماع القرآن فأنزل الله تعالى هذه الآية اهـ ط (قوله المعازف) أى الملاهى (قوله وكاهن) المراد به هنا المنجم وإلا ففى المغرب قالوا : إن الكهانة كانت فى العرب قبل البعثة :

يروى « أن الشياطين كانت تسترق السمع ، فتلقيه إلى الكهنة فتزيد فيه ما تريد ، وتقبله الكفار منهم ، فلما بعث عليه الصلاة والسلام وحرست السماء بطلت الكهانة » اهـ (قوله وفروعه كثيرة) منها كما فى المجتبى ما تأخذه المغنية على الغناء والنائحة والواشرة والمتوسطة لعقد النكاح والمصلح بين المتشاحنين وثمن الخمر والسكر وعسب التيس وثمن جميع جلود الميتة والسباع قبل الدباغ ومهر البغى وأجر الحجام بشرط اهـ لكن فى المواهب : ويحرم على المغنى والنائحة والقوال أخذ المال المشروط دون غيره اهـ وكذا صاحب الطبل والمزمار كما قدمناه عن المنديه (قوله جاز له الرد) قال تعالى ــ ولمن انتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل ــ (قوله وتركه أفضل) قال تعالى ــ فمن عفا وأصلح فأجره على الله ــ (قوله حتى أنظر) مفعول القول ط (قوله فإنه نفاق) أى من عمل المنافقين أى ليظهر أنه يخفى عمله ط (قوله أو حمق) أى جهالة والأولى أن يقول : إن كان صائما نعم

من له أطفال ومال قليل لايوصى بنفل :
من صلى أو تصدق يرائى به الناس

فإن الصوم لايدخله الرياء ، وهو أحد ما حمل عليه الحديث القدسى « الصوم لى وأنا أجزى به » ط (قوله من له أطفال الخ) قال فى نور العين عن مجمع الفتاوى لو الورثة صغارا فترك الوصية أفضل وكذا لو كانوا بالغين فقراء ولايستغنون بالثلثين ، وإن كانوا أغنياء أو يستغنون بالثلثين فالوصية أولى وقدر الاستغناء عن أبى حنيفة إذا ترك لكل واحد أربعة آلاف درهم دون الوصية وعن الإمام الفضلى عشرة آلاف اه (قوله ومن صلى أوتصدق الخ) اعلم أن إخلاص العبادة لله تعالى واجب والرياء فيها ، وهو أن يريد بها غير وجه الله تعالى حرام بالإجماع للنصوص القطعية ، وقد سمى عليه الصلاة والسلام الرياء : الشرك الأصغر ، وقد صرح الزيلعى بأن المصلى يحتاج إلى نية الإخلاص فيها ، وفى المعراج : أمرنا بالعبادة ولا وجود لها بدون الإخلاص المأمور به ، والإخلاص جعل أفعاله لله تعالى وذا لايكون إلا بالنية اه وقال العلامة العينى فى شرح البخارى : الإخلاص فى الطاعة ترك الرياء ومعدنه القلب اه وهذه النية لتحصيل الثواب لا لصحة العمل لأن الصحة تتعلق بالشرائط والأركان والنية التى هى شرط لصحة الصلاة مثلا : أن يعلم بقلبه أى صلاة يصلى :

قال فى مختارات النوازل : وأما الثواب فيتعلق بصحة عزيمته وهو الإخلاص ، فإن من توضأ بماء نجس ولم يعلم به حتى صلى لم تجز صلاته فى الحكم لفقد شرطه ، ولكن يستحق الثواب لصحة عزيمته وعدم تقصيره اه :

فعلم أنه لا تلازم بين الثواب والصحة فقد يوجد الثواب بدون الصحة كما ذكر ، وبالعكس كما فى الوضوء بلانية فإنه صحيح ، ولا ثواب فيه ، وكذا لو صلى مرائيا لكن الرياء تارة يكون فى أصل العبادة ، وتارة يكون فى وصفها والأول هو الرياء الكامل المحبط للثواب من أصله كما إذا صلى لأجل الناس ، ولولا هم ما صلى ، وأما لو عرض له ذلك فى أثنائها فهو لغو ، لأنه لم يصل لأجلهم بل صلاته كانت خالصة لله تعالى ، والجزء الذى عرض له فيه الرياء بعض تلك الصلاة الخالصة : نعم إن زاد فى تحسينها بعد ذلك رجع إلى القسم الثانى ، فيسقط ثواب التحسين بدليل ماروى عن الإمام فيمن أطال الركوع لإدراك الجائى لا للقربة حيث قال : أخاف عليه أمرا عظيما أى الشرك الخفى كما قاله بعض المحققين :

قال فى التاترخانية : لو افتتح خالصا لله تعالى ، ثم دخل فى قلبه الرياء فهو على ما افتتح والرياء أنه لوخلا عن الناس لايصلى ، ولو كان مع الناس يصلى ، فأما إن كان مع الناس يحسنها ، ولو صلى وحده لا يحسن فله ثواب أصل الصلاة دون الإحسان ولا يدخل الرياء فى الصوم . وفى الينابيع قال إبراهيم بن يوسف : لو صلى رياء فلا أجر له وعليه الوزر ، وقال بعضهم : لا أجر له ولا وزر عليه وهو كأنه لم يصل اه ، ولعله لم يدخل فى الصوم ، لأنه لا يرى إذ هو إمساك خاص لا فعل فيه : نعم قد يدخل فى إخباره وتحدثه به تأمل : واستدل له فى الواقعات بقوله عليه الصلاة والسلام ، يقول الله تعالى الصوم لى وأنا أجزى به ، فى شركة الغير وهذا لم يذكر فى حق سائر الطاعات اه :

ثم اعلم أن من الرياء التلاوة ونحوها بالأجرة ، لأنه أريد بها غير وجه الله تعالى ، وهو المال ولذا قالوا إنه لا ثواب بها لا للقارئ ولا للميت والآخذ والمعطى آثمان ، وقالوا أيضا إن من نوى الحج والتجارة لا ثواب له إن كانت نية التجارة غالبة أو مساوية : وفى الذخيرة : إذا سعى لإقامة الجمعة وحوائج له فى المصر فإن معظم مقصوده الأول فله ثواب السعى إلى الجمعة وإن الثانى فلا اه أى وإن تساويا تساقطا كما يعلم مما مر ، واختار هذا

لايعاقب بتلك الصلاة ولا يثاب بها قبل هذا فى الفرائض وعممه الزاهدى للنوافل لقولهم الرياء لايدخل الفرائض .
غزل الرجل على هيئة غزل المرأة يكره .
يكره للمرأة سؤر الرجل وسؤرها له .
وله ضرب زوجته على ترك الصلاة على الأظهر .

التفصيل الإمام الغزالى أيضا وغيره من الشافعية واختار منهم العز بن عبد السلام عدم الثواب مطلقا (قوله لا يعاقب بتلك الصلاة ولا يثاب بها) هو معنى ما نقله فى الينابيع عن بعضهم ، وليس المراد أنه لا يعاقب على الرياء ، لأنه حرام من الكبائر فيأثم به ، وعليه يحمل ما مر عن إبراهيم بن يوسف من أنه لا أجر له وعليه الوزر ، وإنما المراد أنه لا يعاقب على تلك الصلاة عقاب تاركها لأنها صحيحة مسقطة للفرض كما قدمناه ، قال فى البزازية : ولا رياء فى الفرائض فى حق سقوط الواجب . قال فى الأشباه : أفاد أن الفرائض مع الرياء صحيحة مسقطة للواجب اهـ .

وفى مختارات النوازل لصاحب الهداية : وإذا صلى رياء وسمعة تجوز صلاته فى الحكم لوجود الشرائط والأركان ولكن لايستحق الثواب اهـ أى ثواب المضاعفة قال فى الذخيرة : قال الفقيه أبو الليث فى النوازل : قال بعض مشايخنا : الرياء لايدخل فى شىء من الفرائض وهذا هو المذهب المستقيم إن الرياء لايفوت أصل الثواب وإنما يفوت تضاعف الثواب اهـ وفيه مخالفة لما قدمناه من أن الثواب يتعلق بصحة العزيمة إلا أن يحمل على هذا ، أو يحمل ما هنا على أن المراد من أصل الثواب سقوط الفرض بتلك الصلاة ، وعدم العقاب عليها عقاب تاركها وبه يظهر فائدة التخصيص بالفرائض فليتأمل (قوله وعممه الزاهدى للنوافل) أى جعله عاما فى أنواع العبادات النوافل فقط دون الفرائض ، وليس المراد أنه عممه فى النوافل والفرائض كما هو المتبادر من العبارة ، وإلا لم يصح التعليل الذى بعده فكان الأظهر أن يقول وخصصه الزاهدى بالنوافل ، وعبارة الزاهدى فى المجتبى : ولكن نص فى الواقعات : أن الرياء لايدخل فى الفرائض فتعين النوافل اهـ .

ثم اعلم أن ماذكره الزاهدى لاينافى ماقبله لأن المراد مماقبله كما قررناه أن الصلاة صحيحة مسقطة للواجب لايؤثر الرياء فى بطلانها ، بل فى إعدام ثوابها ، وتخصيص الزاهدى النوافل معناه فيما يظهر أن الرياء يحبط ثوابها أصلا كأنه لم يصلها ، فإذا صلى سنة الظهر مثلا رياء لأجل الناس ولولاهم لم يصلها لايقال إنه أتى بها فيكون فى حكم تاركها بخلاف الفرض ، فإنه ليس فى حكم تاركه حتى لايعاقب عقاب تاركه والفرق أن المقصود من النوافل الثواب لتكميل الفرائض وسد خللها هذا ماظهر لفهمى القاصر والله تعالى أعلم (قوله يكره) لما فيه من التشبه بالنساء وقد لعن عليه الصلاة والسلام المتشبهين والمتشبهات كما قدمناه (قوله يكره للمرأة الخ) تقدمت المسألة فى الطهارة فى بحث الأسآر والعلة فيها كما ذكره فى المنح هناك أن الرجل يصير مستعملا لجزء من أجزاء الأجنبية ، وهو ريقها المختلط بالماء وبالعكس فيما لو شربت سؤره وهو لايجوز اهـ وقدمنا الكلام عليه هناك فراجعه وقال الرملى يجب تقييده بغير الزوجة والمحارم (قوله وله ضرب زوجته على ترك الصلاة) وكذا على تركها الزينة وغسل الجنابة ، وعلى خروجها من المنزل وترك الإجابة إلى فراشه ومر تمامه فى التعزير وأن الضابط أن كل معصية لاحد فيها فللزوج والمولى التعزير ، وأن للولى ضرب ابن عشر على الصلاة ويلحق به الزوج وأن له إكراه طفله على تعليم قرآن(١) وأدب وعلم وله ضرب اليتيم فيما يضرب ولده (قوله على الأظهر) ومشى عليه فى الكنز والملتقى وفى رواية ليس

---

(١) قوله (تعليم قرآن) المراد العلم اهـ .

لا يجب على الزوج تطليق الفاجرة :

لا يجوز الوضوء من الحياض المعدة للشرب فى الصحيح ويمنع من الوضوء منه وفيه وحمله لأهله إن مأذونا به جاز وإلا لا .

الكذب مباح لإحياء حقه ودفع الظلم عن نفسه والمراد التعريض لأن عين الكذب حرام قال : وهو الحق قال تعالى ـ قتل الخراصون ـ الكل من المجتبى وفى الوهبانية قال :

له ذلك وعليها مشى المصنف فى التعزير تبعا للدرر (قوله لايجب على الزوج تطليق الفاجرة) ولا عليها تسريح الفاجر إلا إذا خافا أن لايقيما حدود الله فلا بأس أن يتفرقا اه مجتبى والفجور يعم الزنا وغيره وقد قال صلى الله عليه وسلم لمن زوجته لاترد يد لامس وقد قال إنى أحبها : « استمتع بها » اه ط (قوله لايجوز الوضوء من الحياض المعدة للشرب) ولا يمنع جواز التيمم إلا أن يكون الماء كثيرا فيستدل بكثرته على أنه وضع للشرب والوضوء جميعا اه بحر عن المحيط وغيره (قوله فى الصحيح) وعن ابن الفضل أنه يجوز التوضى منه والموضوع للوضوء لايباح منه الشرب بحر (قوله ويمنع من الوضوء منه وفيه) وإنما أتى به لدفع توهم أنه لو توضأ فيه يجوز لأنه غير مضيع ولكن كان يكفيه أن يقول ولو فيه ط (قوله وحمله) مبتدأ خبره الجملة الشرطية ط (قوله الكذب مباح لإحياء حقه) كالشفيع يعلم بالبيع بالليل ، فإذا أصبح يشهد ويقول علمت الآن ، وكذا الصغيرة تبلغ فى الليل وتختار نفسها من الزوج وتقول : رأيت الدم الآن .

واعلم أن الكذب قد يباح وقد يجب والضابط فيه كما فى تبيين المحارم وغيره عن الإحياء أن كل مقصود محمود يمكن التوصل إليه بالصدق والكذب جميعا ، فالكذب فيه حرام ، وإن أمكن التوصل إليه بالكذب وحده فمباح إن أبيح تحصيل ذلك المقصود ، وواجب إن وجب تحصيله كما لو رأى معصوما اختفى من ظالم يريد قتله أو إيذاءه فالكذب هنا واجب وكذا لو سأله عن وديعة يريد أخذها يجب إنكارها ، ومهما كان لايتم مقصود حرب أو إصلاح ذات البين أو استمالة قلب المجنى عليه إلا بالكذب فيباح ، ولو سأله سلطان عن فاحشة وقعت منه سرا كزنا أو شرب فله أن يقول : مافعلته ، لأن إظهارها فاحشة أخرى ، وله أيضا أن ينكر سر أخيه ، وينبغى أن يقابل مفسدة الكذب بالمفسدة المترتبة على الصدق ، فإن كانت مفسدة الصدق أشد ، فله الكذب ، وإن بالعكس أوشك حرم ، وإن تعلق بنفسه استحب أن لايكذب وإن تعلق بغيره لم تجز المسامحة لحق غيره والحزم تركه حيث أبيح ، وليس من الكذب ما اعتيد من المبالغة كجئتك ألف مرة لأن المراد تفهيم المبالغة لا المرات فإن لم يكن جاء إلا مرة واحدة فهو كاذب اه ملخصا ويدل لجواز المبالغة الحديث الصحيح « وأما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه » .

قال ابن حجر المكى : ومما يستثنى أيضا الكذب فى الشعر إذا لم يمكن حمله على المبالغة كقوله : أنا أدعوك ليلا ونهارا ، ولا أخلى مجلسا عن شكرك ، لأن الكاذب يظهر أن الكذب صدق ويروجه ، وليس غرض الشاعر الصدق فى شعره ، وإنما هو صناعة وقال الشيخان يعنى : الرافعى والنووى بعد نقلهما ذلك عن القفال والصيدلانى وهذا حسن بالغ اه (قوله قال) أى صاحب المجتبى وعبارته قال عليه الصلاة والسلام « كل كذب مكتوب لامحالة إلا ثلاثة الرجل مع امرأته أو ولده والرجل يصلح بين اثنين والحرب فإن الحرب خدعة » قال الطحاوى وغيره هو محمول على المعاريض ، لأن عين الكذب حرام .

قلت : وهو الحق قال تعالى ـ قتل الخراصون ـ وقال عليه الصلاة والسلام « الكذب مع الفجور وهما فى النار » ولم يتعين عين الكذب للنجاة وتحصيل المرام اه .

والصلح جاز الكذب أو دفع ظالم وأهل الترضى والقتال ليظفروا
ويكره فى الحمام تغميز خادم ومن شاء تنويرا فقالوا ينور
ويفسق معتاد المرور بجامع ومن علم الأطفال فيه ويوزر
ومن قام إجلالا لشخص فجائز وفى غير أهل العلم بعض يقرر
وجوز نقل الميت البعض مطلقا وعن بعضهم ما فوق ميلين يحظر

قلت : ويؤيده ماورد عن على وعمران بن حصين وغيرهما « إن فى المعاريض لمندوحة عن الكذب » وهو حديث حسن له حكم الرفع كما ذكره الجراحى » وذلك كقول من دعى لطعام أكلت يعنى أمس وكما فى قصة الخليل عليه الصلاة والسلام ، وحينئذ فالاستثناء فى الحديث لما فى الثلاثة من صورة الكذب ، وحيث أبيح التعريض لحاجة لايباح لغيرها لأنه يوهم الكذب ، وإن لم يكن اللفظ كذبا قال فى الإحياء نعم المعاريض تباح بغرض حقيقى كتطييب قلب الغير بالمزاح كقوله صلى الله عليه وسلم « لايدخل الجنة عجوز » وقوله « فى عين زوجك بياض » وقوله « نحملك على ولد البعير » وما أشبه ذلك (قوله جاز الكذب) بوزن علم مختار أى بالكسر فالسكون قال الشارح ابن الشحنة ، نقل فى البزازية أنه أراد به المعاريض لا الكذب الخالص (قوله وأهل الترضى) ليحترز به عن الوحشة والخصومة شارح كقوله : أنت عندى خير من ضرتك أى من بعض الجهات ، وسأعطيك كذا أى إن قدر الله تعالى (قوله ويكره فى الحمام تغميز) أى تكبيس خادم فوق الازار إذ ربما يفعله للشهوة ، وهذا لوبلا ضرورة ، وإلا فلا بأس والاختيار تركه ولو الإزار كثيفا ومس ماتحته كما يفعله الجهلة حرام شارح (قوله فقالوا ينور) أى يطلى بالنورة بنفسه دون الخادم فى الصحيح ويكره لو جنبا شارح (قوله ويفسق معتاد المرور) فلا تقبل له شهادة إذا كان مشهورا به ط والحيلة لمن ابتلى به أن ينوى الاعتكاف حال الدخول ، ويكفى فيه السكنات فيما بين الخطوات شرنبلالى (قوله ومن علم الأطفال الخ) الذى فى القنية : أنه يأثم ولا يلزم منه الفسق ، ولم ينقل عن أحد القول به ، ويمكن أنه بناء على أنه بالإصرار عليه يفسق أفاده الشارح :

قلت : بل فى التتارخانية عن العيون جالس معلم أو وراق فى المسجد ، فإن كان يعلم أو يكتب بأجر يكره إلا لضرورة وفى الخلاصة تعليم الصبيان فى المسجد لابأس به اه لكن استدل فى القنية بقوله عليه الصلاة والسلام « جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم » (قوله ويوزر) بسكون الواو بعد الياء مبنيا للمجهول من الوزر ، وهو الإثم واسم المفعول موزور بلا همز قال فى القاموس : وقوله عليه الصلاة والسلام « ارجعن مأزورات غير مأجورات » للازدواج ولو أفرد لقيل موزورات اه ولو قال فيوزر بالفاء لسلم من الاعتراض السابق (قوله ومن قام الخ) قدمنا الكلام عليه قبيل فصل البيع (قوله وفى غير أهل العلم الخ) قال فى القنية : وقيل له أن يقوم بين يدى العالم تعظيما له أما فى حق غيره لايجوز اه فهذه مسألة القيام بين يديه وهو غير مسألة القيام لقدومه تعظيما فتنبه لذلك ش (قوله وجوز نقل الميت) بتشديد الياء هنا والبعض فاعل جوز والمراد قبل الدفن خلافا لما ذكره الناظم من أن فيه خلافا بعد الدفن أيضا رادا على الطرسوسى ، قال الشارح : وما ذكره من الخلاف لم نقف عليه من كلام العلماء ، والظاهر أن الصواب مع الطرسوسى اه أى حيث لم يحك خلافا فيما بعد الدفن (قوله مطلقا) أى بعدت المسافة أو قصرت (قوله وعن بعضهم الخ) قال فى البزازية : نقل الميت من بلد إلى بلد قبل الدفن لايكره وبعده يحرم قال السرخسى : وقبله يكره أيضا إلا قدر ميل أو ميلين ، ونقل الكليم الصديق عليهما وعلى نبينا الصلاة والسلام شريعة متقدمة منسوخة أو رعاية لوصيته عليه السلام وهى لازمة

ولازوجة التسمين لا فوق شبعها ومن ذكرها التعويذ للحب تحظر
ويكره أن تسقى لإسقاط حملها وجاز لعذر حيث لا يتصور
وإن أسقطت ميتا ففى السقط غرة لوالده من عاقل الأم تحضر
وفى يوم عاشوراء يكره كحلهم ولا بأس بالمعتاد خلطا ويؤجر

وقد كان الصديق عليه السلام أوصى به اهـ (قوله وللزوجة التسمين) قال فى الخانية : امرأة تأكل الفتيت وأشباه ذلك لأجل التسمين قال أبو مطيع : لا بأس به إذا لم تأكل فوق شبعها قال الطرسوسى فى الزوجة : ينبغى أن يندب لها ذلك ، وتكون مأجورة قال الشارح ولا يعجبنى إطلاق إباحته ذلك فضلا عن ندبه ، ولعل ذلك محمول على ما إذا كان الزوج يحب السمن وإلا ينبغى أن تكون موزورة اهـ (قوله لافوق شبعها) بكسر المعجمة وإسكان الموحدة (قوله ومن ذكرها) متعلق بتحظر بمعنى تمنع والتعويذ مفعول الذكر ، وللحب متعلق به والذكر يكون باللسان ، والمراد ماهو أعم منه ومن الحمل :

قال فى الخانية : امرأة تصنع آيات التعويذ ليحبها زوجها بعد ما كان يبغضها ذكر فى الجامع الصغير : أن ذلك حرام ولا يحل اهـ وذكر ابن وهبان فى توجيهه : أنه ضرب من السحر والسحر حرام اهـ ط ومقتضاه أنه ليس مجرد كتابة آيات ، بل فيه شيء زائد قال الزيلعى : وعن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « إن الرقى والتمائم والتولة شرك » رواه أبو داود وابن ماجه والتولة أى بوزن عنبة ضرب من السحر قال الأصمعى : هو تحبيب المرأة إلى زوجها ، وعن عروة بن مالك رضى الله عنه أنه قال : كنا فى الجاهلية نرقى فقلنا : يارسول الله كيف ترى فى ذلك ؟ فقال « اعرضوا على رقاكم لابأس بالرقى مالم يكن فيها شرك » رواه مسلم وأبو داود اهـ وتمامه فيه وقدمنا شيئا من ذلك قبيل فصل النظر وبه اندفع تنظير ابن الشحنة فى كون التعويذ ضربا من السحر (قوله ويكره الخ) أى مطلقا قبل التصور وبعده على ما اختاره فى الخانية كما قدمناه قبيل الاستبراء وقال إلا أنها لاتأثم إثم القتل (قوله وجاز لعذر) كالمرضعة إذا ظهر بها الحبل وانقطع لبنها وليس لأبى الصبى مايستأجر به الظئر ويخاف هلاك الولد قالوا يباح لها أن تعالج فى استنزال الدم مادام الحمل مضغة أو علقة ولم يخلق له عضو وقدروا تلك المدة بمائة وعشرين يوما ، وجاز لأنه ليس بآدمى وفيه صيانة الآدمى خانية (قوله حيث لايتصور) قيد لقوله : وجاز لعذر والتصور كما فى القنية أن يظهر له شعر أو أصبع أو رجل أو نحو ذلك (قوله وإن أسقطت ميتا) بتخفيف ميت : أى بعلاج أو شرب دواء تتعمد به الإسقاط ، أما إذا ألقته حيا ثم مات فعلى عاقلتها الدية فى ثلاث سنين ، إن كانت لها عاقلة وإلا ففى مالها وعليها الكفارة ولا ترث منه شيئا ش (قوله ففى السقط غرة) بضم الغين المعجمة وهى خمسمائة درهم تؤخذ فى سنة واحدة ونفاها الطرسوسى وهو وهم كما ذكره الشارح (قوله لوالده) الأولى لوارثه ط (قوله من عاقل الأم) وإن لم يكن لها عاقلة ففى مالها فى سنة ش (قوله تحضر) الجملة صفة غرة ط (قوله وفى يوم عاشوراء الخ) هو العاشر من المحرم والكحل بالفتح مصدر كحل :

واعلم أن الكحل مطلقا سنة سيد المرسلين صلى الله عليه وسلم ، وأما كونه سنة فى يوم عاشوراء ، فقد قيل به إلا أنه لما صار علامة للشيعة وجب تركه ، وقيل إنه يكره لأن يزيد وابن زياد اكتحلا بدم الحسين رضى الله عنه وقيل بالإثمد لتقر عينهما بقتله ش بالمعنى (قوله ولا بأس الخ) نقل فى القنية عن الوبرى أنه لم يرد فيه أثر قوى ، ولا بأس به ، وربما يثاب قال الشارح : والذى فى حفظى أنه يثاب بالتوسعة على عياله المندوب إليها

وبعضهم المختار فى الكحل جائز ... لفعل رسول الله فهو المقرر
وضرب عبيد الغير جاز بأمره ... وما جاز فى الأحرار والأب يأمر
وأثوب من ذكر القران استماعه ... وقالوا ثواب الطفل للطفل يحصر

فى الحديث بقوله « من وسع على عياله فى يوم عاشوراء وسع الله عليه سائر سنته » فأخذ الناس منه أن وسعوا باستعمال أنواع من الحبوب ، وهو مما يصدق عليه التوسعة :

وقد رأيت لبعض العلماء كلاما حسنا محصله : أنه لايقتصر فيه على التوسعة بنوع واحد بل يعمها فى المآكل والملابس وغير ذلك ، وأنه أحق من سائر المواسم بما يعمل فيها من التوسعات الغير المشروعة فيها كالأعياد ونحوها اهـ (قوله وبعضهم الخ) قال فى التجنيس والمزيد لا بأس بالاكتحال يوم عاشوراء هو المختار ، لأن رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم كحلته أم سلمة يوم عاشوراء . وفى الخانية : أنه سنة وذكر فيها : من اكتحل يوم عاشوراء لم يرمد سنته ، قال الشارح ولم يصح ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم اهـ :

قلت : والحاصل أنه وردت التوسعة فيه بأسانيد ضعيفة ، وصحح بعضها يرتقى بها الحديث إلى الحسن ، وتعقب ابن الجوزى فى عده من الموضوعات . وأما حديث « من اكتحل بالإثمد يوم عاشوراء لم ترمد عينه » فقال الحافظ ابن حجر فى اللآلىء : إنه منكر والاكتحال لايصح فيه أثر وهو بدعة ، وأورده ابن الجوزى فى الموضوعات وقال الحاكم أيضا لم يرو فيه أثر وهو بدعة ابتدعها قتلة الحسين ، وقال ابن رجب : كل ماروى فى فضل الاكتحال ، والاختضاب والاغتسال فموضوع لايصح ، وتمامه فى كشف الخفاء والإلباس للجراحى ، وبه يتأيد القول بالكراهة والله أعلم . والتوسعة على من وسع مجربة نقل ذلك المناوى عن جابر وابن عيينة (قوله جاز بأمره) أى بالقدر الذى يملكه السيد مالم يبلغ به حدا بحسب الجرائم ش فإن لزمه حد لايحده إلا بإذن القاضى (قوله والأب يأمر) جملة حالية أى لايجوز ضرب ولد الحر بأمر أبيه ، أما المعلم فله ضربه لأن المأمور يضربه نيابة عن الأب لمصلحته ، والمعلم يضربه بحكم الملك بتمليك أبيه لمصلحة التعليم ، وقيده الطرسوسى بأن يكون بغير آلة جارحة ، ، وبأن لايزيد على ثلاث ضربات ورده الناظم بأنه لاوجه له ، ويحتاج إلى نقل وأقره الشارح قال الشرنبلالى : والنقل فى كتاب الصلاة يضرب الصغير باليد لا بالخشبة ، ولا يزيد على ثلاث ضربات ونقل الشارح عن الناظم أنه قال : ينبغى أن يستثنى من الأحرار القاضى ، فإنه لو أمره بضرب ابنه جاز له أن يضربه بل لايجوز له أن لايقبل اهـ وقيده الشرنبلالى بكون القاضى عادلا ، وبمشاهدة الحجة الملزمة قال : ولا يعتمد على مجرد أمر القاضى الآن (قوله وأثوب) أفعل تفضيل من الثواب ، وهو الجزاء والقران منقول حركة الهمزة لضرورة الوزن ش قال الشرنبلالى : وليس كذلك بل هو قراءة عبد الله بن كثير كما ذكره الناظم فى شرحه اهـ أى فهو لغة لاضرورة (قوله استماعه) لوجوبه وندب القراءة (قوله ثواب الطفل للطفل) لقوله تعالى — وأن ليس للإنسان إلا ماسعى — وهذا قول عامة مشايخنا وقال بعضهم : ينتفع المرء بعلم ولده بعد موته لما روى عن أنس بن مالك رضى الله تعالى عنه أنه قال من جملة ما ينتفع به العبد بعد موته أن يترك ولدا علمه القرآن والعلم فيكون لوالده أجر ذلك من غير أن ينقص من أجر الولد شيئا(١) اهـ جامع الصغار للاستروشنى ، ويؤيده قوله صلى الله عليه وسلم « إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث » حموى وتمام الحديث « صدقة جارية أوعلم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له » . وفى الأشباه : وتصح عبادته :

(١) (قوله شيئا) كذا وجد مكتوبا بالألف فإن كانت الرواية هكذا فهو مفعول ينقص لأنه يستعمل متعديا كما يستعمل لازما قاله نصر الوفائى .

ودرسك باقى الذكر أولى من الصلا ... ة نفلا ودروس العلم أولى وأنظر
وقد كرهوا والله أعلم ونحوه ... لأعلام ختم الدرس حين يقرر

كتاب إحياء الموات

لعل مناسبته أن فيه ما يكره وما لا يكره

الحياة نوعان : حاسة ونامية ، والمراد هنا النامية وسمى مواتا لبطلان الانتفاع به وإحياؤه ببناء أو غرس أو كرب أو سقى (إذا أحيا مسلم أوذمى أرضا غير منتفع بها

واختلفوا فى ثوابها والمعتمد أنها له وللمعلم ثواب التعليم ، وكذا جميع حسناته اه .

أقول : ظاهره أنه قيل إن ثوابها لوالده فلا منافاة بين المعتمد ، وبين القول بأنه ينتفع بعلم ولده على أن ولد المرء من سعيه ، لأنه من خير كسبه كما ورد لكنه يشمل البالغ ، والخلاف إنما هو فى الصغير ، وهذا يؤيد ما قلنا من أن مقابل المعتمد هو أن الثواب للأب فقط ، وأنه لامنافاة بين القولين السابقين تأمل (قوله ودرسك باقى الذكر) أى تعلمك باقى القرآن عند الفراغ أولى من صلاة التطوع ، وعلله فى منية المفتى بأن حفظ القرآن على الأمة اه أى فرض كفاية وصلاة التطوع مندوبة ط (قوله من الصلاة) التاء من الشطر الثانى (قوله ودرس العلم) أى المفترض عليك أولى وانظر من تعلم باقى القرآن قال فى منية المفتى : لأن تعلم جميع القرآن فرض كفاية وتعلم ما لابد منه من الفقه فرض عين ، والاشتغال بفرض العين أولى اه وهو يفيد أن تعلم باقى القرآن أفضل من تعلم ما زاد على قدر الحاجة من علم الفقه ط وفيه نظر لاستوائهما فى أن كلا من الزائد منهما فرض كفاية ، بل قدمنا عن الخزانة قبيل بحث الغيبة أن جميع الفقه لابد منه الخ فراجعه . ومفاده : أن تعلم الفقه أفضل تأمل ، ثم رأيت التصريح به فى شرح الشرنبلال وكأنه لأن نفعه متعد تأمل (قوله والله أعلم) مفعول كرهوا ، وأسكن الميم للوزن أو على حكاية الوقف (قوله ونحوه) بالنصب عطفا على محل الله أعلم كأن يقول وصلى الله على محمد (قوله لإعلام ختم الدرس) أما إذا لم يكن إعلاما بانتهائه لايكره ، لأنه ذكر وتفويض بخلاف الأول ، فإنه استعمله آلة للإعلام ونحوه إذا قال الداخل : يا الله مثلا ليعلم الجلاس بمجيئه ليهيئوا له محلا . ويوقروه وإذا قال الحارس : لا إله إلا الله ونحوه ليعلم باستيقاظه ، فلم يكن المقصود الذكر أما إذا اجتمع القصدان يعتبر الغالب كما اعتبر فى نظائره اه ط .

كتاب إحياء الموات

الموات كسحاب وغراب ما لا روح فيه ، أو أرض لا مالك لها قاموس . وفى المغرب : هو الأرض الخراب وخلافه العامر اه :

وجعله فى المصباح من التسمية بالمصدر ، لأنه فى الأصل مصدر مثل الموت ، وهذا حده اللغوى وزيد عليه فى الشرح قيود ستذكر قال فى العناية ، ومن محاسنه : التسبب للخصب فى أقوات الأنام ، ومشروعيته : بقوله عليه الصلاة والسلام « من أحيا أرضا ميتة فهى له » وشروطه : تذكر فى أثناء الكلام وسببه : تعلق البقاء المقدر وحكمه : تملك المحيى ما أحياه (قوله لعل مناسبته الخ) كذا فى العناية وغيرها (قوله حاسة) نسبة الحس إليها مجاز فإن الحاس الشخص الحى بها ط (قوله لبطلان الانتفاع به) تشبيها بالحيوان إذا مات لبطلان الانتفاع به إتقانى (قوله وإحياؤه الخ) قال الإتقانى والمراد بإحياء الموات التسبب للحياة النامية (قوله غير منتفع بها) لانقطاع الماء

وليست بمملوكة لمسلم ولاذمى) فلو مملوكة لم تكن مواتا فلو لم يعرف مالكها فهى لقطة يتصرف فيها الإمام ولو ظهر مالكها ترد إليه ويضمن نقصانها إن نقصت بالزرع (وهى بعيدة من القرية إذا صاح من بأقصى العامر) وهو جهورى الصوت بزازية (لايسمع بها صوته ملكها عند أبى يوسف) وهو المختار كما فى المختار وغيره واعتبر محمد عدم ارتفاق أهل القرية به وبه قالت الثلاثة :

قلت : وهذا ظاهر الرواية وبه يفتى كما فى زكاة الكبرى ذكره القهستانى وكذا فى البرجندى عن المنصورية عن قاضيخان : أن الفتوى على قول محمد فالعجب من الشرنبلالى كيف لم يذكر ذلك فليحفظ (إن أذن له الإمام فى ذلك) وقالا يملكها بلا إذنه وهذا لو مسلما فلو ذميا شرط الإذن اتفاقا ولو مستأمنا لم يملكها أصلا اتفاقا

منها أو غلبته عليها أو غلبة الرمال أو كونها سبخة ، وخرج به ما لايستغنى المسلمون عنه كأرض الملح ونحوها كما يأتى (قوله وليست بمملوكة الخ) عرف به بالطريق الأولى أن أرض الوقف الموات لا يجوز إحياؤها رملى وكذا السلطانية كما يأتى قريبا (قوله فلو مملوكة) أى لمعروف (قوله فلو لم يعرف مالكها فهى لقطة) قال فى الملتقى : الموات أرض لا ينتفع بها عادية أو مملوكة فى الإسلام ، ليس لها مالك معين مسلم أو ذمى وعند محمد إن ملكت فى الإسلام لا تكون مواتا اهـ ومثله فى الدرر، والإصلاح والقدورى والجوهرة ، وقوله عادية : أى قدم خرابها كأنها خربت فى عهد عاد وبه ظهر أن ما جرى عليه الشارح تبعا للمنح ، وشرح المجمع ، وهو ظاهر عبارة المتن كالكنز والوقاية هو قول محمد :

وفى الخلاصة : وأراضى بخارى ليست بموات لأنها دخلت فى القسمة فتصرف إلى أقصى مالك فى الإسلام ، أو ورثته فإن لم يعلم فالتصرف إلى القاضى ، وقال الزيلعى : وجعل أى القدورى المملوك فى الإسلام إذا لم يعرف مالكه من الموات ، لأن حكمه كالموات حيث يتصرف فيه الإمام كما يتصرف فى الموات لا لأنه موات حقيقة اهـ وظاهره عدم الخلاف فى الحقيقة تأمل (قوله ويضمن) أى زراعها فى الهداية (قوله بأقصى العامر) أى من طرف الدور ، لا الأراضى العامرة قهستانى عن التجنيس (قوله جهورى الصوت) أى عاليه قاموس (قوله ملكها) جواب قوله : إذا أحيا أى ملك رقبة موضع أحياه دون غيره ، وعند أبى يوسف إن أحيا أكثر من النصف كان إحياء للجميع در منتقى وقال محمد : لو الموات فى وسط ما أحيا يكون إحياء للكل ، ولو فى ناحية فلا تاترخانية ويجب فيها العشر ، لأن ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز إلا إذا سقاها بماء الخراج هداية (قوله وهو المختار) أى اشتراط البعد المذكور ، لأن الظاهر أن مايكون قريبا من القرية لاينقطع ارتفاق أهلها عنه فيدار الحكم عليه هداية (قوله واعتبر محمد الخ) حاصله : أنه أدار الحكم على حقيقة الانتفاع قرب أو بعد (قوله كيف لم يذكر ذلك) أى أنه ظاهر الرواية المفتى به بل عبر عنه بقوله وعن محمد مع تصريحه بأن المختار الأول وذلك عجيب لما قالوا إن ما خالف ظاهر الرواية ليس مذهبا لأصحابنا ، ولا سيما إن لفظ به يفتى آكد ألفاظ التصحيح فافهم (قوله إن أذن له الإمام فى ذلك) والقاضى فى ولايته بمنزلة الإمام تاترخانية عن الناطفى :

وفيها قبيل كتاب الإحياء : سئل السمرقندى فى رجل وكل بإحياء الموات هل هو للوكيل كما فى التوكيل بالاحتطاب والاحتشاش أم للموكل كما فى سائر التصرفات قال : إن أذن الإمام للموكل بالإحياء يقع له اهـ (قوله وقالا يملكها بلا إذنه) مما يتفرع على الخلاف ما لو أمر الإمام رجلا أن يعمر أرضا ميتة على أن ينتفع بها ، ولا يكون له الملك فأحياها لم يملكها عنده ، لأن هذا شرط صحيح عند الإمام ، وعندهما يملكها

قهستانى (ولو تركها بعد الإحياء وزرعها غيره فالأول أحق بها) فى الأصح .

(ولو أحيا أرضا ميتة ثم أحاط الإحياء بجوانبها الأربعة من أربعة نفر على التعاقب تعين طريق الأول فى الأرض الرابعة . ومن حجر أرضا) أى منع غيره منها (بوضع علامة من حجر أو غيره ثم أهملها ثلاث سنين دفعت إلى غيره وقبلها هو أحق بها وإن لم يملكها) لأنه إنما يملكها بالإحياء والتعمير بمجرد التحجير (ولو كربها أو ضرب عليها المسناة أو شق لها نهرا أو بذرها فهو إحياء) مبسوط (ولا يجوز إحياء ما قرب من العامر) بل يترك مرعى لهم ومطرحا لحصائدهم لتعلق حقهم به فلم يكن مواتا وكذا لو كان محتطبا .

(و) اعلم أنه (ليس للإمام أن يقطع ما لا غنى للمسلمين عنه) من المعادن الظاهرة وهى ما كان جوهرها

ولا اعتبار لهذا الشرط اه ، ومحل الخلاف : إذا ترك الاستئذان جهلا ، أما إذا تركه تهاونا بالإمام كان له أن يستردها زجرا أفاده المكى أى اتفاقا ط ، وقول الإمام : هو المختار ولذا قدمه فى الخانية ، والملتقى كعادتهما وبه أخذ الطحاوى وعليه المتون . بقى هل يكفى الإذن اللاحق ؟ لم أره (قوله فى الأصح) لأنه ملك رقبتها بالإحياء بدليل التعبير بلام الملك فى الحديث المار فلا تخرج عن ملكه بالترك ، وقيل الثانى أحق بناء على أن الأول ملك استغلالها دون رقبتها (قوله من أربعة نفر) أما لو كان الإحياء جميعه لواحد فله أن يتطرق إلى أرضه من أى جانب ط .

أقول : يشمل ما لو كان الإحياء من ذلك الواحد على التعاقب أيضا ، وهل الحكم فيه كذلك يحتاج إلى نقل؟ والذى يظهر لى من التعليل الآتى أنه كالأربعة تأمل (قوله على التعاقب) فلو معا له التطرق من أيها شاء ظهيرية (قوله فى الأرض الرابعة) القصد الرابع إبطال حقه ، لأنه حين سكت عن الأول والثانى والثالث صار الباقى طريقا له ، فإذا أحياه الرابع فقد أحيا طريقه من حيث المعنى ، فيكون له طريق كفاية وعناية (قوله ومن حجر) بالتشديد ، ويجوز فيه التخفيف لأن المراد فيه منع الغير من الإحياء . وفى المبسوط : اشتقاق الكلمة من الحجر وهو المنع لأنه إذا علم فى موضع الموات علامة فكأنه منع من إحياء ذلك فسمى فعله تحجيرا اه شلبى عن المجتبى ط (قوله من حجر أو غيره) قال فى غاية البيان : ثم الاحتجار يحصل بوضع الحجر على الجوانب الأربعة وكذا بوضع الشوك والحشيش مع وضع التراب عليه من غير إتمام المسناة ، وكذا إذا غرس حول الأرض أغصانا يابسة أو نقى الأرض من الحشيش أو أحرق ما فيها من الشوك وغير ذلك اه أو حفر من البئر ذراعا أو ذراعين ، وفى الأخير ورد الخبر هداية (قوله دفعت إلى غيره) لأنه تحجير ، وليس بإحياء حتى لو أحياها غيره ، قبل ثلاث سنين ملكها ، لكنه يكره كالسوم على سوم غيره ، والتقدير بالثلاث مروى عن عمر رضى الله عنه ، فإنه قال : ليس لمحتجر بعد ثلاث سنين حق در منتقى . وفى شرح خواهر زادة لمتحجر : أى بتقديم التاء على الحاء والأول أصح مغرب أى لأنه من الاحتجار (قوله وإن لم يملكها) هو الصحيح كما فى الهداية وقال شيخ الإسلام: إنه يفيد ملكا مؤقتا بثلاث سنين كما فى القهستانى ، وعليه فلو أحياها غيره فيها لا يملكها كما فى العناية ، بخلافه على القول الأول كما قدمناه (قوله ولو كربها الخ) كذا قاله الزيلعى ، ثم قال وذكر فى الهداية ولو كربها فسقاها فعن محمد أنه أحياها ، ولو فعل أحدهما يكون تحجيرا ، وإن سقاها مع حفر الأنهار كان إحياء لوجود الفعلين ، وإن حوطها وسنمها بحيث يعصم الماء يكون إحياء لأنه من جملة البناء ، وكذا إذا بذرها اه .

أقول : وذكر شراح الهداية ما ذكره الزيلعى أولا وكذا جمعوا بين النقلين فى الفتاوى ، ولم أر من رجح أحدهما على الآخر والكراب قلب الأرض للحرث من باب طلب والمسناة ما يبنى للسيل ليرد الماء مغرب (قوله ولا يجوز الخ) التقييد بالقرب مبنى على قول أبى يوسف ، وقد مر أن ظاهر الرواية اعتبار حقيقة الانتفاع قرب

الذى أودعه الله فى جواهر الأرض بارزاً (ك) معادن (الملح) والكحل والقار والنفط :
(والآبار التى يستقى منها الناس) زيلعى يعنى التى لم تملك بالاستنباط والسعى، فلو أقطع هذه المعادن الظاهرة لم يكن لإقطاعها حكم بل المقطع وغيره سواء ، فلو منعهم المقطع كان بمنعه متعديا وكان لما أخذه مالكا لأنه متعد بالمنع لا بالأخذ وكف عن المنع وصرف عن مداومة العمل لئلا يشتبه إقطاعه بالصحة أو يصير معه فى حكم الأملاك المستقرة ذكره العلامة قاسم فى رسالته : أحكام إجارة إقطاع الجندى (وحريم بئر الناضح) وهى التى ينزع الماء منها بالبعير (كبئر العطن) وهى التى ينزع الماء منها باليد ، والعطن مناخ الإبل حول البئر (أربعون ذراعا من كل جانب) وقالا : إن للناضح فستون : وفى الشرنبلالية عن شرح المجمع : لو عمق البئر فوق أربعين يزاد عليها اهـ :

أو بعد كما أفاده الإتقانى (قوله فى جواهر الأرض) الأوضح بقاع الأرض ط وفى القاموس: الجوهر كل حجر يستخرج منه شىء ينتفع به ، ومن الشىء ما وضعت عليه جبلته اهـ (قوله والآبار) يوجد بعده فى بعض النسخ زيادة : ضرب عليها فى بعضها وسقطت من بعضها أصلا ، وهو الأولى :

ونصها : والآبار التى لم تملك بالاستنباط والسعى : وفى المستنبط بالسعى كالماء المحرز فى الظرف ، فملك للمحرز ، والمستنبط وتمامه فى شرح المصابيح فى حديث « المسلمون شركاء فى ثلاث فى الماء والكلإ والنار » اهـ فقوله : التى لم تملك الخ مكرر بما بعده ، وقوله : وفى المستنبط أى المستخرج بالحفر الأوضح أن يقول أما المستنبط ، وقوله : كالماء المحرز تنظير لا تمثيل ط ، وقوله : فملك للمحرز والمستنبط إن أراد أن الماء المحرز فى ظرف ملك للمحرز وذات البئر ملك للمستنبط فظاهر ، وإن أراد أن ماء البئر قبل إحرازه فى ظرف ملك له فهو مخالف للمنقول : وإن وافق ما بحثه صاحب البحر فى باب البيع الفاسد ، ففى الولوالجية : ولو نزح ماء بئر رجل بغير إذنه حتى يبست لا شىء عليه ، لأن صاحب البئر غير مالك للماء ، ولو صب ماء رجل كان فى الحب يقال له املإ الماء ، لأن صاحب الحب مالك للماء وهو من ذوات الأمثال فيضمن مثله اهـ وسيذكر الشارح أيضا بعد صفحة أن الماء تحت الأرض لا يملك (قوله فلو أقطع) فى بعض النسخ قطع بلا همز وهو تحريف (قوله وكف) بالبناء للمجهول كصرف والكاف الإمام أو جماعة المسلمين ط (قوله المستقرة) أى الثابتة فى ملكه سابقا ط (قوله وحريم بئر الناضح) الإضافة فيه وفى بئر العطن لأدنى ملابسة قهستانى : قال فى المصباح : حريم الشىء ما حوله من حقوقه ومرافقه ، يسمى به لأنه حرم على غير مالكه والناضح بعير ينضح العطن أى يبله بالماء الذى يحمله ثم استعمل فى كل بعير وإن لم يحمل الماء اهـ (قوله كبئر العطن) أى بالكاف لأنه متفق عليه (قوله والعطن) بفتحتين (قوله من كل جانب) وقيل من كل الجوانب أى من كل جانب عشرة أذرع لظاهر قوله عليه الصلاة والسلام « من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا » عطنا لماشيته : والصحيح الأول لأن المقصود من الحريم دفع الضرر كى لا يحفر بحريمه أحد بئرا أخرى فيتحول إليها ماء بئره وهذا الضرر لا يندفع بعشرة أذرع من كل جانب فإن الأراضى تختلف بالصلابة والرخاوة عناية (قوله وقالا إن للناضح فستون) أى وإن للعطن فأربعون لقوله عليه الصلاة والسلام « حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا » ولأنه يحتاج فيه إلى أن يسير دابته للاستقاء ، وقد يطول الرشاء وبئر العطن للاستقاء منه باليد فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت هداية قال فى التاترخانية : وفى الكبرى وبه يفتى (قوله عن شرح المجمع) ومثله فى غرر الأفكار والجوهرة (قوله فوق الأربعين) أى فى بئر العطن أو فوق الستين فى بئر الناضح ، فيكون له إلى ما ينتهى إليه

لكن نسبه القهستانى لمحمد ثم قال : ويفتى بقول الإمام وعزاه للتتمة : ثم قال : وقيل التقدير فى بئر وعين بما ذكر فى أراضيهم لصلابتها ، وفى أراضينا رخاوة فيزاد لئلا ينتقل الماء إلى الثانى وعزاه للهداية ، وعزاه البرجندى للكافى فليحفظ (إذا حفرها فى موات بإذن الإمام) فلو فى غير موات أو فيه بلا إذن الإمام لم يكن الحكم كذلك كذا ذكره المصنف .

وعبارة القهستانى : وفيه رمز إلى أنه لو حفر فى ملك الغير لايستحق الحريم ، فلو حفر فى ملكه فله من الحريم ماشاء وإلى أن الماء لو غلب على أرض تركها الملاك أو ماتوا أو انقرضوا لم يجز إحياؤها فلو تركها الماء بحيث لايعود إليها ولم تكن حريما لعامر جاز إحياؤها وعزاه للمضمرات (وحريم العين خمسمائة) ذراع (من كل جانب) كما فى الحديث . والذراع هو المكسرة وهو ست قبضات وكان ذراع الملك أى ملك الأكاسرة سبع قبضات فكسر منه قبضة (ويمنع غيره من الحفر) وغيره (فيه) لأنه ملكه فلو حفر فالأول ردمه أو تضمينه

الحبل إتقانى عن الطحاوى ، وفى التاترخانية عن الينابيع ولا حاجة إلى الزيادة ؛ ومن احتاج إلى أكثر من ذلك يزيد عليه وكان الاعتبار للحاجة لاللتقدير ولا يكون فى المسألة خلاف فى المعنى اهـ ونقل العلامة قاسم فى تصحيحه عن مختارات النوازل أن الصحيح اعتبار قدر الحاجة فى البئر من كل جانب (قوله ويفتى بقول الإمام) وقدم الإفتاء بقولهما أيضا لكن ظاهر المتون والشروح ترجيح قوله : فإنهم قرروا دليله وأيدوه بما لامزيد عليه وأخر فى الهداية دليله ، فاقتضى ترجيحه أيضا كما هو عادته ، وذكر ترجيحه العلامة قاسم فى تصحيحه (قوله وعزاه البرجندى للكافى) وكذا ذكره الولوالجى جازما به ط لكن تعبير الهداية والكافى عنه بقيل يفيد ضعفه (قوله بإذن الإمام) أى عنده وبدونه عندهما لأن حفر البئر إحياء هداية (قوله لم يكن الحكم كذلك) أى لم يثبت له الحريم المذكور ، لتوقف الملك فى الإحياء على الإذن عنده ، وبدونه يجعل الحفر تحجيرا كما يأتى (قوله وفيه رمز) أى فى قولهم فى موات (قوله لو حفر فى ملك الغير) أى بإباحة للبقعة أو بشرائها أو نحو ذلك (قوله فلا حريم اهـ(١)) أى إلا أن يشترطه ، والظاهر أن له الاستقاء باليد لأنه لاينتفع به إلا بالاستقاء وبحرر . ثم رأيت فى الهندية بئر لرجل فى دار غيره لم يكن لصاحب البئر حق إلقاء الطين فى داره إذا حفر البئر خانية ، فالمنع عن الإلقاء لاعن الاستقاء فتدبر ط وانظر ماسيأتى فى النهر والحوض (قوله أو انقرضوا) يغنى عنه قوله أو ماتوا (قوله لم يجز إحياؤها) بل هى لقطة وتقدم الكلام عليها (قوله فلو تركها الماء) لاحاجة إلى نقله للاستغناء عنه بما يأتى فى المتن ط (قوله من كل جانب) وقيل من الجوانب الأربعة نظير مامر (قوله والذراع هو المكسرة) كذا فى النسخ تبعا للهداية ، والأولى هى بضمير المؤنث لأن الذراع مؤنثة كما فى المغرب ، لكن ذكر بعضهم أنها تذكر وتؤنث ولينظر هل يجوز اعتبارهما فى كلام واحد كما هنا (قوله وهو ست قبضات) كل قبضة أربع أصابع قهستانى ؛ وهذه تسمى ذراع العامة ، وذراع الكرباس ، لأنها أقصر من ذراع الملك وهى ذراع المساحة كما فى غاية البيان ؛ وفسر الذراع فى الحاوى القدسى هنا بذراع العرب فقال : والذراع من المرفق إلى الأنامل ذراع العرب اهـ (قوله سبع قبضات) كذا أطلقه فى المغرب وغيره . وقال الإتقانى فى غاية البيان : سبع قبضات مع ارتفاع الإبهام فى كل مرة اهـ وفيه خلاف تقدم فى الطهارة (قوله فكسر منه قبضة) ولذا سمى مكسرة (قوله فللأول ردمه) أى بلا تضمين أو تضمينه أى تضمينه النقصان ، ثم يرد منه بنفسه فتقوم الأرض بلا حفر ومع الحفر فيضمنه نقصان

---

(١) (قوله قوله فلا حريم له) كذا بالأصل ، والذى فى نسخ الشارح بدله لايستحق الحريم اهـ مصححه .

وتمامه فى الدرر (ولو حفر الثانى بئرا فى منتهى حريم البئر الأولى بإذن الإمام فذهب ماء البئر الأولى وتحول إلى الثانية فلا شيء عليه) لأنه غير متعدّ والماء تحت الأرض لا يملك فلا مخاصمة (كمن بنى حانوتا بجنب حانوت غيره فكسدت) الحانوت (الأولى بسببه) فإنه لا شيء عليه درر وزيلعى :

وفيه لو هدم جدار غيره فلصاحبه أن يؤاخذه بقيمته لا ببناء الجدار هو الصحيح (وللحافر الثانى الحريم من الجوانب الثلاثة دون جانب الأولى) لسبق ملك الأول فيه (وللقناة) هى مجرى الماء تحت الأرض (حريم بقدر ما يصلحه) لإلقاء الطين ونحوه . وعن محمد كالبئر ولو ظهر الماء فكالعين . وفى الاختيار فوضه لرأى الإمام أى لو بإذنه ، وإلا فلا شيء له ذكره البرجندى (وحريم شجر يغرس فى الأرض الموات خمسة أذرع من كل جانب) فليس لغيره أن يغرس فيه ، ويلحق ما امتنع عود دجلة والفرات إليه بالموات (إذا لم يكن) ذلك (حريما) لعامر (فإن) كان حريما أو (جاز عوده لم يجز إحياؤه) لأنه ليس بموات (والنهر فى ملك الغير لا حريم

ما بينهما إتقانى (قوله وتمامه فى الدرر) ولصه فإن حفر فللأول أن يسده ، ولا يضمنه النقصان وأن يأخذه بكبس ما احتفره ، لأن إزالة جناية حفره به كما فى كناسة يلقيها فى دار غيره يؤخذ برفعها ، وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما إذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح اه ومثله فى الهداية ، وفيها وماعطب فى الأولى فلاضمان فيه لأنه غير متعد ولو بلا إذن الإمام : أما عندهما فظاهر وأما عنده فلأنه يجعل الحفر تحجيرا وهو بسبيل منه بلا إذن وإن كان لا يملكه بدونه ، وما عطب فى الثانية فيه الضمان لتعديه بالحفر فى ملك غيره اه ملخصا (قوله فى منتهى حريم البئر الأولى) أى فى قرب المنتهى ، لأن نهاية الشيء آخره كما فى القاموس وآخره بعض منه أو أراد بالمنتهى ما قرب منه وعبارة الهداية وراء حريم الأولى ، وعبارة الدرر فى غير حريم الأولى قريبة منه اه (قوله وفيه) أى فى الزيلعى ، وذكره هذه المسألة هنا فى غير محلها ومحلها ما قدمناه عن الدرر (قوله لا ببناء الجدار) قيل إلا إذا كان جديدا ، واستثنى فى الأشباه جدار المسجد فيؤمر بإعادته مطلقا وحققنا المسألة أول كتاب الغصب بما لا مزيد عليه فراجعه (قوله وللحافر الثانى الخ) قال أبو السعود يفهم منه أنه لو حفر ثالث كان له الحريم من الجانبين حموى عن المقدسى اه (قوله وعن محمد كالبئر) قال الإتقانى قال المشايخ : الذى فى الأصل أى من أن القناة كالبئر قولهما وعنده لا حريم لها لأنها بمنزلة النهر ما لم يظهر ماؤها على وجه الأرض ولا حريم للنهر عنده فإن ظهر كالعين الفوارة حريمها خمسمائة ذراع (قوله فوّضه لرأى الإمام) أى فوض تقدير حريمها لأنه لانص فى الشرع إتقانى عن الشامل (قوله أى لو بإذنه) أى لو كان الإحياء بإذن الإمام لأنه شرط عند الإمام ، وإلا فلا يملك ما أحيا ولا يستحق له حريما (قوله يغرس) أى بإذن الإمام اتفاقا وبغير إذنه عندهما إتقانى (قوله خمسة أذرع) لأنه يحتاج إلى أن يجذ ثمره ويضعه فيه ، والتقدير بالخمسة ورد الحديث به كما فى الهداية ، وذكر الرملى أن مقتضى ما ذكره فى الينابيع فى حريم البئر أن الاعتبار للحاجة لا للتقدير أن يكون هنا كذلك ، لأنه يختلف الحال بكبر الشجرة وصغرها (قوله دجلة والفرات) أى مثلا فيدخل فيه النيل ، وظاهره ولو أخذ من أرض الغير فى الناحية التى جرى فيها ، فليس له أن يأخذ من المنزول عنه بمثل ما أخذ من أرضه ط (قوله بالموات) متعلق بيلحق فيجوز إحياؤه ، لأنه صار كسائر الأراضى التى لا ينتفع بها وليس لها مالك معين (قوله أو جاز عوده الخ) ينبغى حمله على ما إذا لم يكن لعوده زمان مخصوص لما فى الخانية واد على شط جيحون يجمع فيه الماء أيام الربيع ثم يذهب فزرع فيه قوم فأدرك قال أبو القاسم : الزرع لصاحب البذر ورقبة الوادى لمن علمت لهم ، وإلا فلمن أحياها اه فمفاده أنه لو كان لعوده زمان مخصوص يجوز إحياء ذلك الموضع تأمل (قوله والنهر فى ملك الغير لا حريم له الخ) قيل إن هذه المسألة مبنية على أن من أحيا نهرا فى موات لا يستحق له حريما

إلا له برهان) وقالا له مسناة النهر لمشيه ولقى طينه . وقدره محمد بقدر عرض النهر من كل جانب ، وهو أرفق ملتقى .
وقدره أبو يوسف بنصف بطن النهر وعليه الفتوى قهستانى معزيا للكرمانى ، وفيه معزيا للاختيار والحوض على هذا الاختلاف . وفيه معزيا للكافى ولو كان النهر صغيرا يحتاج إلى كريه فى كل حين فله حريم بالاتفاق وفيه معزيا للكرمانى إن الخلاف فى نهر مملوك له مسناة فارغة بلزقها أرض لغير صاحب النهر فالمسناة له عندهما ولصاحب الأرض عنده وفيه معزيا للتتمة الصحيح أن له حريما بالاتفاق بقدر مايحتاج إليه لإلقاء الطين ونحوه اه .
قلت : وممن نقل الاتفاق الشرنبلالى عن الاختيار وشرح المجمع ؛

عنده ، وعندهما يستحقه . وقال عامتهم : الصواب أنه يستحقه بالإجماع إتقانى عن شروح الجامع الصغير ثم نقل عن المحققين أيضا أنها ليست مبنية على ذلك ، وأن للنهر فى الموات حريما اتفاقا ، ومثله فى الاختيار : زاد الإتقانى : وإنما الخلاف فيما إذا لم يعرف أن المسناة في يد من هى بأن كانت متصلة بالأرض مساوية لها ، ولم تكن أعلى منها اه فلو بينهما فاصل كحائط ونحوه فالمسناة لصاحب النهر بالإجماع عناية ، ولو مشغولة بغرس لأحدهما أو طين ونحوه فهى لصاحب الشغل بالاتفاق تصحيح قاسم ، ومثله فى الزيلعى حيث قال بعد كلام فينكشف بهذا موضع الخلاف ، وهو أن يكون الحريم موازيا للأرض لافاصل بينهما ، وأن لا يكون الحريم مشغولا بحق أحدهما معينا معلوما ، وإن كان فيه أشجار ولا يدرى من غرسها فهو على هذا الاختلاف اه ومثله فى الهداية وغيرها ، ومنه مايأتى عن الكرمانى ، وهذا كله يؤيد مامر من تصحيح الاتفاق على أنه لو فى موات فله حريم ؛ ومافى الهندية من إجرائه الخلاف فى الموات أيضا فهو مقابل للصحيح بل محل الخلاف فيما لو كان فى ملك الغير كما فرضه المصنف ، ثم فى الهداية ولا نزاع فيما به استمساك الماء إنما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس (قوله وقالا الخ) ثمرة الاختلاف أن ولاية الغرس لصاحب الأرض عنده ، وعندهما لصاحب النهر ، وأما إلقاء الطين فقيل على الخلاف ، وقيل : لصاحب النهر ذلك مالم يفحش ، وهو الصحيح ، وأما المرور فقيل يمنع صاحب النهر عنه ، وقيل لا للضرورة وهو الأشبه قال الفقيه أبو جعفر : آخذ بقوله فى الغرس وبقولهما فى إلقاء الطين كفاية وهداية (قوله لمشيه) أى ليجرى الماء إذا احتبس (قوله ولقى طينه) كذا فى النسخ والأولى وإلقاء طينه وفى القاموس لقاه الشيء ألقاه إليه واللقى كفتى ماطرح جمعه ألقاء اه تأمل (قوله بقدر عرض النهر) عبارة الهداية وغيرها بقدر بطنه والمعنى واحد ، لأن النهر اسم للحفرة (قوله وقدره) يعنى بعد مااتفقا على أن له مسناة اختلفا فى تقديرها (قوله معزيا للكفاية(١)) قال فى الكفاية قال أبو جعفر الهندوانى فى كشف الغوامض : الاختلاف فى نهر كبير لايحتاج إلى كريه فى كل حين الخ وقال فى العناية بعد نقله لمجموع عبارته : وظاهر كلام المصنف أى صاحب الهداية ينافيه (قوله له مسناة فارغة) قدمنا بيان محترزه (قوله وفيه معزيا للتتمة) قد علمت مما قدمناه أن تصحيح الاتفاق فيما لو أحياه فى أرض موات وكلامه فيما لو كان فى ملك الغير وفيه الخلاف ، وقدمنا بيان موضع الخلاف عن عدة كتب ، لكن مفاد كلام المجمع أن الاتفاق فيما لو كان فى ملك الغير فإنه بعد مانقل الخلاف فيه قال وقيل له بالاتفاق اه ومثله فى درر البحار ، وعليه فالاتفاق جار فى الموضعين تأمل ؛

[خاتمة] بنى قصرا فى مفازة لايستحق حريما ، وإن احتاجه لإلقاء الكناسة فيه اتفقا على أن يخرجا نفقة لحفر بئر على أنه لأحدهما وحريمه لآخر لايجوز وهما بينهما ، وإن على أن يكونا بينهما نصفين على أن ينفق أحدهما أكثر لم يجز ولمن أنفق أكثر أن يرجع بنصف الزيادة ، وإن على أن يحفرا نهرا لأحدهما وأرضا للآخر لم يجز حتى يكون بينهما ولمن أنفق أكثر أن يرجع تاترخانية ملخصا والله تعالى أعلم ؛

---

(١) (قوله قوله معزيا للكفاية) الذى كتب عليه ط الكافى وهو الذى بأيدينا من نسخ الشارح وحرره اه مصححه .

فصل الشرب

هو لغة (نصيب الماء) وشرعا نوبة الانتفاع بالماء سقيا للزراعة والدواب (والشفة شرب بنى آدم والبهائم) بالشفاه (ولكل حقها فى كل ماء لم يحرز بإناء) أو حب (و) لكل (سقى أرضه من بحر أو نهر عظيم كدجلة والفرات ونحوهما) لأن الملك بالإحراز ولا إحراز لأن قهر الماء يمنع قهر غيره (و) لكل (شق نهر لسقى أرضه منها أو لنصب الرحى إن لم يضر بالعامة) لأن الانتفاع بالمباح إنما يجوز إذا لم يضر بأحد كالانتفاع بشمس وقمر

فصل الشرب

ذكره بعد الموات لاحتياج الموات إليه وفصل بالتنوين مبتدأ خبره مابعده أو خبر مبتدإ محذوف. وفى القاموس الشرب بالكسر الماء والحظ منه أو المورد ووقت الشرب ، وجعله القهستانى اسم مصدر تأمل (قوله لغة نصيب الماء) قال الزيلعى . صوابه من الماء اه وقد يجاب بأن الإضافة على معنى من كخاتم حديد قال فى الدر المنتقى : وإنما خالف دأبه وذكر المعنى اللغوى دون الشرعى ، لئلا يتوهم أنه مراد فى هذا المقام ذكره القهستانى وغيره اه (قوله وشرعا نوبة الانتفاع بالماء) أى وقته وزمانه وهو معنى لغوى أيضا كما مر ، وانظر ماوجه إرادة المعنى الأول هنا دون الثانى مع أنه يصح إرادة كل منهما فيما يظهر (قوله والشفة) بفتحتين والأصل شفه أو شفوفا أبدلت الواو تخفيفا قهستانى (قوله شرب بنى آدم والبهائم) فتكون أخص من الشرب لاختصاصها بالحيوان دونه (قوله بالشفاه) هذا أصله ، والمراد استعمال بنى آدم لدفع العطش أو للطبخ ، أو الوضوء ، أو الغسل ، أو غسل الثياب ونحوها كما فى المبسوط ، والمراد به فى حق البهائم الاستعمال للعطش ونحوه مما يناسبها أفاده القهستانى (قوله ولكل) أى من بنى آدم والبهائم قهستانى (قوله حقها) أى حق الشفة ، وعبر بالحق ؛ لأنه ليس ملكا لم لأنه غير محرز أفاده القهستانى (قوله فى كل ماء لم يحرز) اعلم أن المياه أربعة أنواع . الأول : ماء البحار ولكل أحد فيها حق الشفة ، وسقى الأراضى فلا يمنع من الانتفاع على أى وجه شاء ، والثانى : ماء الأودية العظام كسيحون ، وللناس فيه حق الشفة مطلقا وحق سقى الأراضى إن لم يضر بالعامة . والثالث: مادخل فى المقاسم أى الجارى المملوكة لجماعة مخصوصة ، وفيه حق الشفة . والرابع : المحرز فى الأوانى ينقطع حق غيره عنه وتمامه فى الهداية .

وحاصله : أن لكل أحد فى الأولين حق الشفة والسقى لأرضه وفى الثالث حق الشفة فقط ولا حق فى الرابع لأحد (قوله لم يحرز بإناء) الأولى فى إناء ، فلو أحرزه فى جرة أو حب أو حوض مسجد من نحاس أو صفر أو جص وانقطع جريان الماء فإنه يملكه ، وإنما عبر بالإحراز : أى لا الأخذ إشارة إلى أنه لو ملأ الدلو من البئر ولم يبعده من رأسها لم يملكه عند الشيخين إذ الإحراز جعل الشىء فى موضع حصين ، وإلى أنه لو اغترف الماء من حوض الحمام بإناء الحمامى ، فإنه يبقى على ملك الحمامى ، لكنه أحق به من غيره كما فى المنية وغيرها قهستانى (قوله أو حب) بالحاء المهملة هو الخابية كما يأتى قال ط : ولا حاجة إليه فإن الإناء يعمه على مايلزم عليه من عطف الخاص على العام بأو اه وفى نسخة بالجيم ، وهو تحريف ، لأن الجب البئر كما فى القاموس ، والماء فى البئر غير مملوك كما فى الهداية وقدمناه ويأتى لكن فسره بعضهم بالصهريج ، فيصح أيضا كما يأتى بيانه (قوله كدجلة) بالكسر والفتح نهر بغداد قاموس (قوله والفرات) كغراب نهر فى الكوفة قاموس (قوله ونحوهما) كسيحون وهو نهر الترك وجيحون نهر خوارزم عناية (قوله ولا إحراز) أى فى هذه الأنهار (قوله ولكل) أى لكل أحد (قوله منها) أى من هذه المياه الغير المملوكة (قوله إن لم يضر بالعامة) فإن أضر بأن يفيض الماء ويفسد حقوق الناس أو ينقطع الماء عن النهر الأعظم أو يمنع جريان السفن تتارخانية ، فلكل واحد مسلما كان أو ذميا أو مكاتبا منعه بزازية ، وظاهر ماقدمناه عن الهداية أن هذا فى الأنهار ، أما فى البحر فإنه ينتفع وإن ضر وبه صرح القهستانى

وهواء (لاسقى دوابه إن خيف تخريب النهر لكثرتها ولا) سقى (أرضه وشجره وزرعه ونصب دولاب) ونحوها (من نهر غيره وقناته وبئره إلا بإذنه) لأن الحق له فيتوقف على إذنه :

(وله سقى شجر أو خضر زرع فى داره حملا إليه بجراره) وأوانيه (فى الأصح) وقيل لا إلا بإذنه (والمحرز فى كوز وحب) بمهملة مضمومة الخابية (لا ينفع به إلا بإذن صاحبه) لملكه بإحرازه :

تأمل (قوله لاسقى دوابه الخ) هذا المصدر يتعلق به قوله الآتى من نهر غيره وهذا شروع فى النوع الثالث من الأربعة التى قدمناها .

وحاصله : أن له حق الشفة لنفسه فيما دخل فى المقاسم المملوكة وكذا لدوابه إلا إذا خيف تخريب النهر بكثرتها لا سقى أرضه ونحوه : قال الزيلعى : والشفة إذا كانت تأتى على الماء كله بأن كان جدولا صغيرا وفيما يرد عليه من المواشى كثرة تقطع الماء قال بعضهم لايمنع وقال أكثرهم يمنع للضرر اه وجزم بالثانى فى الملتقى (قوله ولا سقى أرضه الخ) اضطر إلى ذلك أولا ولا ضمان عليه إن سقى أرضه أو زرعه من غير إذن ، وإن أخذ مرة بعد مرة يؤدبه السلطان بالضرب والحبس إن رأى ذلك خانية ط (قوله إلا بإذنه) لأن الماء متى دخل فى المقاسم انقطع شركة الشرب عنه بالكلية هداية ، وفى الخانية : نهر خاص بقوم ليس لغيرهم أن يسقى بستانه أو أرضه إلا بإذنهم ، فإن أذنوا إلا واحدا أو كان فيهم صبى أو غائب لايسع الرجل أن يسقى منه زرعه أو أرضه اه (قوله أو خضر) جمع خضرة وهى فى الأصل لون الأخضر فسمى به ولذا جمع مغرب (قوله زرع) الظاهر أنه فعل ماض مبنى للمجهول صفة لما قبله ، وذكر الضمير للعطف بأو ، ولأن ماقبله من اسم الجنس الجمعى الذى يفرق بينه وبين واحده بالتاء غالبا ، والأكثر فيه التذكير نحو - إليه يصعد الكلم الطيب - يحرفون الكلم عن مواضعه - (قوله بجراره) بكسر الجيم جمع جرة : وهو مايعمل من الخزف ويجمع أيضا على جرر قاموس ط (قوله فى الأصح) كذا فى الهداية والتبيين والملتقى وغيرها (قوله وقيل لا إلا بإذنه) قال فى الخانية والوجيز وهو الأصح فهما قولان مصححان :

[فرع] العين أو الحوض الذى دخل فيه الماء بغير إحراز واحتيال فهو بمنزلة النهر الخاص ط (قوله والمحرز فى كوز أو حب) مثله المحرز فى الصهاريج التى توضع لإحراز الماء فى الدور كما حرره الرملى فى فتاواه وحاشيته على البحر ، وأفتى به مرارا وقال : إن الأصل قصد الإحراز وعدمه ، ومما صرحوا به لو وضع رجل طستا على سطح ، فاجتمع فيه ماء المطر فرفعه آخر ، إن وضعه الأول لذلك فهو له وإلا فللرافع اه ويشهد له ماقدمناه عن القهستانى (قوله لاينتفع به الخ) إذ لاحق فيه لأحد كما قدمناه (قوله لملكه بإحرازه) فله بيعه ملتقى :

[تنبيه] فى الذخيرة والهندية : عبد أو صبى أو أمة ملأ الكوز من الحوض ، وأراق بعضه فيه لايحل لأحد أن يشرب من ذلك الحوض ، لأن الماء الذى فى الكوز يصير ملكا للآخذ ، فإذا اختلط بالماء المباح ولايمكن التمييز لايحل شربه ، ولو أمر صبيا أبوه أو أمه بإتيان الماء من الوادى أو الحوض فى كوز ، فجاء به لايحل لأبويه أن يشربا من ذلك الماء إذا لم يكونا فقيرين ، لأن الماء صار ملكه ولا يحل لهما الأكل من ماله بغير حاجة :

وعن محمد : يحل لهما ولو غنيين للعرف والعادة حموى عن الدراية ، وفى هذين الفرعين حرج عظيم ط :

أقول : وفى كل منهما إشكال أيضا ، أما الأول فلأن العبد لايملك ، وإن ملك فيكون لمالكه ، لأنه مالك أكسابه ، ولأنه لم يبين متى يحل الشرب منه وهل ثم فرق بين الحوض الجارى ، أو مافى حكمه وبين غيره ؟ وينبغى أن يعتبر غلبة الظن بأنه لم يبق مما أريق فيه شىء منه بسبب الجريان أو النضح ، وإلا يلزم هجر الحوض،

(ولو كانت البئر أو الحوض أو النهر فى ملك رجل فله أن يمنع مريد الشفة من الدخول فى ملكه إذا كان يجد ماء بقربه فإن لم يجد يقال له) أى لصاحب البئر ونحوه (إما أن تخرج الماء إليه أو تتركه) ليأخذ الماء (بشرط أن لايكسر ضفته) أى جانب النهر ونحوه (لأن له حينئذ حق الشفة) لحديث أحمد « المسلمون شركاء فى ثلاث فى الماء والكلإ والنار » (وحكم الكلأ كحكم الماء فيقال للمالك إما أن تقطع وتدفع إليه وإلا تتركه ليأخذ قدر ما يريد) زيلعى .

وعدم الانتفاع به أصلا ، ويمكن أن يعتبر بالنجاسة فيحل الشرب من نحو البئر بالنزح ومن غيرها بالجريان بحيث لو كان نجاسة لحكم بطهارتها فليتأمل : وأما الثانى فلأن للأب أن يستخدم ولده . قال فى جامع الفصولين : وللأب أن يعير ولده الصغير ليخدم أستاذه لتعلم الحرفة وللأب أو الجد أ و الوصى استعماله بلا عوض بطريق التهذيب والرياضة اه : إلا أن يقال لايلزم من ذلك عدم ملكه لذلك الماء المباح وإن أمره به أبوه والله تعالى أعلم (قوله إذا كان يجد ماء بقربه) زاد فى الهداية فى غير ملك أحد . قال العلامة المقدسى : ولم أر تقدير القرب ، وينبغى تقديره بالميل كما فى التيمم (قوله ضفته) بالفتح والكسر كذا فى المغرب وفى الديوان بالكسر جانب النهر وبالفتح جماعة الناس إتقانى (قوله المسلمون شركاء فى ثلاث) أى شركة إباحة لاشركة ملك ، فمن سبق إلى شيء من ذلك فى وعاء أو غيره وأحرزه فهو أحق به وهو ملك له دون من سواه يجوز له تمليكه بجميع وجوه التمليك ، وهو موروث عنه وتجوز فيه وصاياه ، وإن أخذه أحد منه بغير إذنه ضمنه ، ومالم يسبق إليه أحد فهو لجماعة المسلمين مباح ليس لأحد منع من أراد أخذه للشفة إتقانى عن الكرخى (قوله والكلأ) هو ماينبسط وينتشر ولا ساق له كالإذخر ونحوه والشجر ماله ساق ، فعلى هذا الشوك من الشجر لأن له ساقا ، وبعضهم قالوا الأخضر ، وهو الشوك اللين الذى يأكله الإبل كلأ والأحمر شجر وكان أبو جعفر يقول : الأخضر ليس بكلأ ، وعن محمد فيه روايتان ، ثم الكلام فى الكلأ على أوجه أعمها ما نبت فى موضع غير مملوك لأحد ، فالناس شركاء فى الرعى والاحتشاش منه كالشركة فى ماء البحار وأخص منه ، وهو مانبت فى أرض مملوكة بلا إنبات صاحبها ، وهو كذلك إلا أن لرب الأرض المنع من الدخول فى أرضه ، وأخص من ذلك كله وهو أن يحتش الكلأ أو أنبته فى أرضه فهو ملك له ، وليس لأحد أخذه بوجه لحصوله بكسبه ذخيرة وغيرها ملخصا .

قال ط : والقير والزرنيخ والفيروزج كالشجر ، ومن أخذ من هذه الأشياء ضمن خزانة المفتين « والحطب فى ملك رجل ليس لأحد أن يحتطبه بغير إذنه ، وإن كان غير ملك فلا بأس به ، ولا يضر نسبته إلى قرية أو جماعة مالم يعلم أن ذلك ملك لهم ، وكذلك الزرنيخ والكبريت والثمار فى المروج والأودية مضمرات ، ويملك المحتطب الحطب بمجرد الاحتطاب وإن لم يشده ولم يجمعه ، ولو أخذ الماء من أرض غير التى جعلت مملحة فلا شيء عليه ، وإن صار الماء ملحا فليس له أخذه ، والطين الذى جاء به النهر فى ملك إنسان لايجوز لأحد أخذه وضمن إن أخذه بلاإذن اهونحوه فى التتارخانية (قوله والنار) يعنى إذا أوقد نارا فى مفازة فإنها تكون مشتركة بينه وبين الناس أجمع ، فمن أراد أن يستضيء بضوئها أو يخيط ثوبا حولها ، أو يصطلى بها ، أو يتخذ منها سراجا ليس لصاحبها منعه ، فأما إذا أوقدها فى موضع مملوك فإن له منعه من الانتفاع بملكه ، فأما إذا أراد أن يأخذ من فتيلة سراجه أو شيئا من الجمر فله منعه لأنه ملكه إتقانى عن شيخ الإسلام .

وفى الذخيرة : إذا أراد الأخذ من الجمر ، فإن شيئا له قيمة إذا جعله صاحبه فحماله أنه يسترده منه ، وإن يسيرا لاقيمة له فلا وله أخذه بلا إذن صاحبه (قوله فيقال للمالك الخ) أى إن لم يجد كلأ فى أرض مباحا قريبا من تلك

(ولو منعه الماء وهو يخاف على نفسه ودابته العطش كان له أن يقاتله بالسلاح) لأثر عمر رضي الله عنه (وإن كان محرزا فى الأوانى قاتله بغير السلاح) كطعام عند المخمصة درر (إذا كان فيه فضل عن حاجته) لملكه بالإحراز فصار لظير الطعام، وقيل فى البئر ونحوها فالأولى أن يقاتله بغير سلاح، لأنه ارتكب معصية فكان كالتعزير كافى:

(وكرى نهر) أى حفره (غير مملوك من بيت المال فإن لم يكن ثمة) أى فى بيت المال (شىء يجبر الناس على كريه إن امتنعوا عنه) دفعا للضرر (وكرى) النهر (المملوك على أهله ويجبر من أبى منهم) على ذلك

الأرض ط عن الهندية. وهذا إذا كان الكلأ نابتا فى ملكه بلا إنباته، ولم يحتشه وظاهر كلامهم أن النار الموقدة فى ملكه ليست كذلك، فلا يجب عليه إخراجها للطالب، ووجه الفرق فيما يظهر لى أن الشركة ثابتة فى عين الماء والكلأ لا فى عين الجمر، فلا يجب عليه أن يخرج له الجمر ليصطلى به، لأنه لا شركة لغيره فيه ولذا له استرداد جمر له قيمة ممن أخذه بخلاف الكلأ والماء الغير المحرزين، فلو أخذهما أحد من أرضه لا يستردهما منه، لأن الشركة فى عينهما تأمل: ثم رأيت فى النهاية: أن الشركة التى أثبتها رسول الله صلى الله عليه وسلم فى النار والنار جوهر الحر دون الحطب والفحم، إلا إن كان لا قيمة له لأنه لا يمنع عادة والمانع متعنت (قوله ولو منعه الماء) أى منعه صاحب البئر أو الحوض أو النهر الذى فى ملكه بأن لم يمكنه من الدخول، ولم يخرجه إليه ولم يجد ماء بقربه (قوله وهو) أى الشخص الممنوع (قوله ودابته) عبر القهستانى بأو وكذا فى كتاب الخراج لأبى يوسف وشرح الطحاوى كما نقله الإتقانى (قوله كان له أن يقاتله بالسلاح) لأنه قصد إتلافه بمنع حقه وهو الشفة والماء فى البئر مباح غير مملوك، بخلاف المحرز فى الإناء هداية (قوله لأثر عمر) وهو ما ذكره الإتقانى عن كتاب الخراج لأبى يوسف إن قوما وردوا ماء فسألوا أهله أن يدلوهم على البئر فلم يدلوهم عليها فقالوا: إن أعناقنا وأعناق مطايانا قد كادت تتقطع من العطش، فدلونا على البئر، وأعطونا دلوا نستقى، فلم يفعلوا فذكروا ذلك لعمر بن الخطاب فقال: فهلا وضعتم فيهم السلاح (قوله قاتله بغير سلاح) أى ويضمن له ما أخذ لأن حل الأخذ للاضطرار لا ينافى الضمان كما قدمناه أول الحظر والإباحة، وذكر الإتقانى أنه لو منعه الدلو فإن كان لصاحب البئر قاتله بغير سلاح وإن للعامة قاتله بالسلاح (قوله إن كان فيه فضل عن حاجته) بأن كان يكفى لرد رمقهما، فيأخذ منه البعض ويترك البعض وإلا تركه لمالكه نهاية (قوله الأولى الخ) يشير إلى أنه يجوز أن يقاتله بالسلاح حيث جعل الأولى أن لا يقاتله به، فيكون موافقا لما ذكرنا زيلعى يعنى أنه لا يخالف ما مر من أن له أن يقاتله لاتفاق العبارتين على الجواز (قوله وكرى نهر) وكذا إصلاح مسناته إن خيف منها تتارخانية (قوله أى حفره) قال القهستانى: كرى النهر إخراج الطين ونحوه منه فالكرى مختص بالنهر، بخلاف الحفر على ما قاله البيهقى إلا أن كلام المطرزى يدل على الترادف اه وعليه مشى الشارح (قوله غير مملوك) أى لم يدخل ماؤه فى المقاسم كالنيل والفرات قهستانى (قوله من بيت المال) خبر المبتدأ أى من مال الخراج والجزية دون العشر والصدقات، لأن الثانى للفقراء والأول للنوائب هداية (قوله يجبر الناس) أى الذين يطيقون الكرى ومؤنتهم من مال الأغنياء الذين لا يطيقونه قهستانى (قوله وكرى النهر المملوك) بأن دخل فى المقاسم، وهو عام وخاص، والفاصل بينهما أن ما تستحق به الشفعة خاص وما لا فعام واختلف فى تحديد ذلك فقيل: الخاص ما كان لعشرة أو عليه قرية واحدة وقيل: لما دون أربعين وقيل مائة وقيل ألف وغير ذلك عام، والأصح تفويضه لرأى المجتهد فيختار: أى قول شاء كفاية عن الخانية ملخصا، وقدمناه فى الشفعة قال الاتقانى، ولكن أحسن ما قيل فيه إن كان لدون مائة فالشركة خاصة

(وقيل فى الخاص لا يجبر) وهل يرجعون إن بأمر القاضى نعم .
(ومؤنة كرى النهر المشترك عليهم من أعلاه فإذا جاوزوا أرض رجل) منهم (برىء) من مؤنة الكرى وقالا : عليهم كريه من أوله إلى آخره بالحصص كما يستوون فى استحقاق الشفعة ولا كرى (وعلى أهل الشفعة

وإلا فعامة لاشفعة فيها للكل وإنما هى للجار (قوله وقيل فى الخاص لايجبر) قال القهستانى فى العام: لو امتنع عنه كلهم أو بعضهم يجبرون عليه وفى الخاص لو امتنع الكل لايجبرون إلا عند بعض المتأخرين ، ولو امتنع البعض أجبر على الصحيح كما فى الخزانة اه وقوله : لايجبرون هو ظاهر الرواية كما فى الكفاية (قوله وهل يرجعون) أى على الآبى بما أنفقوا هداية (قوله إن بأمر القاضى نعم) أى أمره الباقين بكرى نصيب الآبى على أن يستوفوا مؤنة الكرى من نصيبه من الشرب مقدار ما يبلغ قيمة ما أنفقوا عليه ذخيرة ، وفيها : وإن لم يرفعوا الأمر إلى القاضى ، هل يرجعون على الآبى بقسطه من النفقة ، ويمنع الآبى من شربه ، حتى يؤدى ماعليه قيل : نعم وقيل : لا وذكر فى عيون المسائل : أن الأول قول أبى حنيفة وأبى يوسف فليتأمل عند الفتوى اه ملخصا ، ومثله فى التتارخانية والبزازية وظاهره : أنه لاترجيح لأحد القولين ، فلذا خيروا المفتى لكن مفهوم كلام الشارح كالهداية والتبيين وغيرهما ترجيح عدم الرجوع بلا أمر القاضى ، ثم هذا كله مبنى على القول بأنه لايجبر الآبى فلأنهم فرعوه عليه وقدمنا تصحيح الجبر فتدبر (قوله عليهم من أعلاه الخ) بيانه : أنه لو كان الشركاء فى النهر عشرة فعلى كل عشر المؤنة ، فإذا جاوزوا أرض رجل منهم فهى على التسعة الباقين اتساعا لعدم نفع الأول فيما بعد أرضه ، وهكذا فمن فى الآخر أكثرهم غرامة ، لأنه لاينتفع إلا إذا وصل الكرى إلى أرضه ودونه فى الغرامة من قبله إلى الأول (قوله وقالا الخ) الفتوى على قول الإمام كما فى الكفاية وغيرها عن الخالية والقهستانى عن التتمة (قوله بالحصص) أى حصص الشرب والأرضين هداية .

[تنبيهات] الأول : قال القهستانى : لو كان فم نهره فى وسط أرضه لم يبرأ إلا بالمجاوزة عن أرضه ، وهذا فى النهر الخاص أما العام فقد برىء إذا بلغوا فم نهر قريتهم اه .

الثانى : قال فى البزازية ، وأما الطريق الخاص فى سكة غير نافذة إذا احتيج إلى إصلاحه فاصلاح أوله عليهم إجماعا ، فإذا فارقوا دار رجل قيل : إنه على الخلاف فى النهر وقيل يرفع إجماعا اه زاد فى الخيرية : لو امتنع البعض قيل : لا يجبر وقيل يجبر وذكر الخصاف أن القاضى يأمر الطالبين ، فيمنعون الآبى عن الانتفاع حتى يؤدى .

الثالث : نهر المساقط والأوساخ الذى يسقط فيه فائض الماء والكنيف الخارجة من الدور والأزقة كما فى دمشق إذا احتاج إلى الكرى ، فهل على عكس نهر الشرب فكلما وصلوا فى الكرى من أعلاه إلى دار رجل شاركه من قبله كما أفتى به فى الحامدية وغيرها ، لأن حاجة كل واحد إلى تسييل أوساخه من داره إلى آخر النهر ، ولا حاجة له إلى ما قبل داره فمن فى الأعلى أكثرهم غرامة لاحتياجه إلى جميع النهر ، ودونه فيها من بعده إلى الآخر فهو أقلهم غرامة بعكس نهر الشرب .

وحاصل الفرق : أن صاحب الشرب محتاج إلى كرى ماقبل أرضه ليصله الماء وصاحب الأوساخ محتاج إلى مابعد أرضه ليذهب وسخه (قوله ولا كرى على أهل الشفة) لأن المؤنة تلحق المالك لامن له الحق بطريق الإباحة بزازية ، ولأنهم لايحصون لأنهم أهل الدنيا جميعا إتقانى وغيره .

[تنبيه] أنهار دمشق التى تسقى أراضيها وأكثر دورها جرت العادة من قديم أن أهل الأراضى يكرونها وحدهم دون أهل الدور مع أن لكل دار حقا معلوما منها يباع ويشرى تبعا فهو حق شرب مملوك لهم لا حق

تصح دعوى الشرب بغير أرض) استحسانا .

(وإذا كان لرجل أرض ولآخر فيها نهر وأراد رب الأرض أن لا يجرى النهر فى أرضه لم يكن له ذلك ويتركه على حاله وإن لم يكن فى يده ولم يكن جاريا فيها) أى فى الأرض (فعليه البيان أن هذا النهر له وأنه قدكان له مجراه فى هذا النهر مسوق لسقى أراضيه ، وعلى هذا المصب فى نهر أو على سطح أو الميزاب أو الممشى كل ذلك فى دار غيره فحكم الاختلاف فيه نظيره فى الشرب) زيلعى :

(نهر بين قوم اختصموا فى الشرب فهو بينهم على قدر أراضيهم) لأنه المقصود (بخلاف اختلافهم فى الطريق فإنهم يستوون فى ملك رقبته) بلا اعتبار سعة الدار وضيقها لأن المقصود الاستطراق (وليس لأحد من الشركاء فى النهر (أن يشق منه نهرا أو ينصب عليه رحى) إلا رحى وضع فى ملكه ولا يضر بنهر ولا بماء وقاية

شفة بطريق الإباحة ومقتضى ذلك أنه يلزمهم مشاركة أهل الأراضى فى كربها كما يعلم مما مر (قوله استحسانا) ووجهه أنه مرغوب فيه منتفع به ويمكن ملكه بلا أرض بإرث ووصية كما يأتى وقد يبيع الأرض وحدها فيبقى له الشرب وحده ، والقياس أن لايصح الدعوى به لأنه مجهول جهالة لاتقبل الإعلام (قوله وإن لم يكن) أى النهر فى يد الآخر قال فى الكفاية : علامة كون النهر فى يده كربه وغرس الأشجار فى جانبيه وسائر تصرفاته (قوله ولم يكن جاريا فيها) أى وقت الخصومة ، ولم يعلم جريانه قبلها ، أما إن كان جاريا وقتها أو علم جريانه قبلها يقضى به له إلا أن يبرهن صاحب الأرض أنه ملكه كما فى التتارخانية (قوله فعليه البيان) أى الإظهار ببرهان أو بمعنى البينة وعلى الأول فعمله فيما بعده من عمل المصدر المقرون بأل وهو قليل كقوله : • ضعيف النكاية أعداءه • وعلى الثانى ففيه حذف الجار وهو على قبل إن وهو مطرد (قوله إن هذا النهر له) أى إن كان يدعى رقبة النهر عناية (قوله وأنه قدكان له مجراه) أى إن كان يدعى الإجراء فيه عناية ، فالموضوع مختلف ، فكان المناسب الإتيان بأو بدل الواو كما فعل فى الهداية والملتقى ، والضمير فى المصدر الميمى ، وهو مجراه للماء أو النهر المذكور قبله لكن قد علمت أن المراد بالنهر رقبته ، وهو الحفرة ، ففيه استخدام ، وعلى كل فقوله بعده فى هذا النهر صحيح خلافا لمن زعم أن الصواب أن يقول فى هذه الأرض ، وكأنه أوقعه فيه تفسير بعض الشراح المجرى بموضع الأجراء تأمل (قوله وعلى هذا المصب) أى موضع اجتماع مافضل من الماء كفاية (قوله فحكم الاختلاف فيه الخ) أى إن لم يكن فى يده ولم يكن جاريا أو ماشيا وقت الخصومة ، ولم يعهد ذلك قبلها لابد من البينة على أن المصب والميزاب والممشى ملكه أو أنه كان له فيه التسييل ، أو المشى لكن فى الذخيرة عن أبى الليث ، لو كان مسيل سطوحه إلى دار رجل وله فيها ميزاب قديم ، فليس له منعه وهذا استحسان جرت به العادة ، أما أصحابنا فقد أخذوا بالقياس ، وقالوا ليس له ذلك إلا أن يقيم البينة أن له حق المسيل والفتوى على ماذكره أبو الليث اه وفى البزازية : وبه نأخذ اه وهو موافق للقاعدة الآتية أن القديم يترك على قدمه تأمل (قوله اختصموا فى الشرب) أى ولا تعرف الكيفية فى الزمان المتقدم بزازية (قوله لأنه المقصود) أى المقصود فيها الانتفاع بسقيها فيقدر بقدرها هداية (قوله لأن المقصو الاستطراق) أى وهو فى الدار الواسعة والضيقة على نمط واحد هداية .

والحاصل : أنه يقسم على الرؤوس سائحانى عن الملتقط ومثله الاختلاف فى ساحة الدار كما مر فى متفرقات القضاء (قوله وليس لأحد الخ) لأن فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك هداية (قوله من الشركاء فى النهر) أفاد أن الكلام فى النهر المملوك ، بخلاف الأنهار العظام فإن له ذلك كما قدمه أول الفصل (قوله إلا رحى وضع فى ملكه) صورته : أن يكون حافتا النهر وبطنه ملكا له ولغيره حق إجراء الماء إتقانى (قوله ولا يضر بنهر ولا بماء) أى والحال أن الرحى لا يضر وعبارة الكافى بأو قال فى الدر المنتقى : فعليه الواو هنا تبعا للوقاية ، وفى الهداية بمعنى أو لبوافق الكافى قاله الباقانى اه

(أو دالية كنا عورة أو جسر) أو قنطرة (أو يوسع فم النهر أو يقسم بالأيام و) الحال أنه (قد كانت القسمة بالكوى) بكسر الكاف جمع كوة بفتحها الثقب لأن القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه (أو يسوق نصيبه إلى أرض له أخرى ليس له منه) أي من النهر (شرب بلا رضاهم) يتعلق بالجميع ولهم نقضه بعد الإجازة ولورثتهم من بعدهم، وليس لأهل الأعلى سكر النهر بلا رضاهم، وإن لم تشرب أرضه بدونه ملتقى

ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه من كسر ضفته، وبالماء أن يتغير عن سننه الذى كان يجرى عليه هداية: أى بأن يعوج الماء حتى يصل إلى الرحى فى أرضه ثم يجرى إلى النهر من أسفله، لأنه يتأخر وصول حقهم إليهم وينقص إتقانى (قوله أو دالية الخ) قال فى المغرب: الدالية جذع طويل يركب تركيب مدق الأرز فى رأسه مغرفة كبيرة يستقى بها والناعورة مايديره الماء والجسر ما يعبر به النهر وغيره مبنيا كان أولا والفتح لغة، والقنطرة مايبنى على الماء للعبور والجسر عام اه لكن فى العناية الجسر مايوضع ويرفع مما يتخذ من الخشب والألواح والقنطرة مايتخذ من الحجر والآجر موضوعا لايرفع (قوله أو يوسع فم النهر) لأنه يكسر ضفته ويزيد على مقدار حقه فى أخذ الماء هداية (قوله بكسر الكاف الخ) قال فى المغرب وقد تضم فى المفرد والجمع (قوله لأن القديم يترك على قدمه الخ) كذا فى الهداية وغيرها قال القهستانى: وفيه إشعار بأنه لو كان لرجل مياه فى أوقات متفرقة فى قرية لم يجز جمعها فى وقت إلا برضاهم كما فى الجواهر لكن فى التتمة إنه جائز اه (قوله أو يسوق نصيبه الخ) لأنه إذا تقادم العهد يستدل به على أنه حقه هداية: أى فيلزم أن يقضى له بشرب الأرضين جميعا، لأنه إذا لم يعلم يقسم على مقدار الأراضى إتقانى، وكذا إذا أراد أن يسوق شربه فى أرضه الأولى حتى ينتهى إلى الأخرى، لأنه يستوفى زيادة على حقه إذ الأرض الأولى تنشف بعض الماء قبل أن يسقى الأخرى هداية. وذكر خواهر زاده: أنه إذا ملأ الأولى وسد فوهة النهر له أن يسقى الأخرى من هذا الماء، لأنه حينئذ لم يستوف زيادة على حقه وإن لم يسد فلا كفاية (قوله ليس له) أى للأرض وذكر الضمير باعتبار المكان ط (قوله ولهم نقضه الخ) لأنه إعارة الشرب فان مبادلة الشرب بالشرب باطلة هداية (قوله وليس لأهل الأعلى سكر النهر بلا رضاهم) لما فيه من إبطال حق الباقين، فإن تراضوا على أن يسكر الأعلى النهر، حتى يشرب بحصته أو اصطلحوا على أن يسكر كل منهم فى نوبته جاز، لأن الحق لهم إلا أنه إذا تمكن من ذلك بلوح لايسكر بما ينكبس به النهر كالطين وغيره لكونه إضرارا بهم منع ما فضل من السكر عنهم إلا إذا رضوا، فان لم يمكن لواحد منهم الشرب إلا بالسكر ولم يصطلحوا على شىء يبدأ بأهل الأسفل حتى يرووا ثم بعده لأهل الأعلى أن يسكروا، وهذا معنى قول ابن مسعود رضى الله عنه: أهل أسفل النهر أمراء على أهل أعلاه، حتى يرووا لأن لهم أن يمنعوا أهل الأعلى من السكر وعليهم طاعتهم فى ذلك، ومن لزمك طاعته، فهو أميرك عناية وهداية.

وفى الدر المنتقى قال شيخ الإسلام واستحسن مشايخ الأنام قسم الإمام بالأيام اه: أى إذا لم يصطلحوا ولم ينتفعوا بلا سكر يقسم الإمام بينهم بالأيام فيسكر كل فى نوبته.

قلت: لكنه خلاف مافى المتون كالملتقى والهداية فتنبه بقى لو جرت العادة من قديم على ذلك كما يفعل فى أنهار دمشق الآخذة من نهر بردى، وقد يقل الماء فى بعض السنين فيتضرر أهل الأسفل بسكر الأعلى فهل يقال يبقى القديم على قدمه؟ أجاب فى الإسماعيلية وتبعه فى الحامدية: بأن ذلك ممنوع شرعا لكونه تصرفا فى المشترك بلا رضا الشركاء ورضا من تقدم لا يلزم به من تأخر فيبدأ بالأسفل ثم بالأعلى اه ملخصا.

وكذلك سئل فى الخيرية عن خصوص نهر بردى فأجاب: بالمنع ولا يخفى أنه مبنى على مافى المتون، وأنت خبير بأن مااستحسنه مشايخ الأنام من القسم بالأيام فيه دفع الضرر العام وقطع التنازع والخصام، إذ لا شك أن

(كطريق مشترك أراد أحدهم أن يفتح فيه بابا إلى دار أخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق بخلاف ما إذا كان ساكن الدارين واحداً حيث لا يمنع) لأن المارة لا تزداد (ويورث الشرب ويوصى بالانتفاع به) أما الإيصاء ببيعه فباطل (ولا يباع) الشرب (ولا يوهب ولا يؤجر ولا يتصدق به) لأنه ليس بمال متقوم في ظاهر الرواية

لكل في هذا الماء حقا فتخصيص أهل الأسفل به حين قلة الماء فيه ضرر لأهل الأعلى ، وكذا تخصيص أهل الأعلى به فيه ذلك مع العلم بأنه مشترك بين الكل فلذا استحسنوا ماذكر وارتضوه . ثم رأيت في كافي الحاكم الشهيد مايدل عليه حيث قال : فإن كان الأعلى منهم لا يشرب ، حتى يسكر النهر لم يكن له أن يسكر النهر على الأسفل ؛ ولكن يشرب بحصته اهـ فقوله : ولكن يشرب بحصته يومىء إلى هذا حيث لم يمنعه من الشرب أصلا والله سبحانه وتعالى أعلم (قوله كطريق مشترك الخ) وجه الشبه هو أنه يزيد في الشرب ماليس له فيه حق الشرب ويزيد في الطريق من ليس له حق المرور كفاية (قوله ساكنها) مبتدأ وغير خبر :

والظاهر أن صورة المسألة له داران باب إحداهما في طريق خاص ، وهو ساكن فيها وباب الثانية في طريق آخر وظهرها في الطريق الأول ، وقد أسكن فيها غيره بإجارة ، أو إعارة فليس له أن يفتح للثانية بابا في طريق الدار الأولى ، لأنه يلزم منه أن يزيد في الطريق الخاص من ليس له حق المرور وهو ساكن الدار الثانية بلا رضا أصحاب الطريق (قوله لأن المارة لا تزداد) وله حق المرور ويتصرف في خالص ملكه ، وهو الجدار بالرفع زيلعي وفيه أنه قد يطول الزمان ، ويبيع التي لا ممر لها فيدعي المشتري أن له حق المرور ، ويستدل على ذلك بالفعل السابق ط :

أقول : وذكر في الفصل ٣٥ من نور العين خلافا في المسألة فقال له دار في سكة لا تنفذ فشرى بجنب داره بيتا ظهره في هذه السكة قيل له : أن يفتح من ظهره بابا في السكة ، وقيل : لا ولو أراد أن يفتح بابا للبيت في داره ، ويتطرق من داره إلى السكة له ذلك مادام هو ساكنا أما إذا صارت لرجل ، والبيت لآخر ليس لرب البيت أن يمر في هذه السكة اهـ وبيان الفرق في جامع الفصولين فراجعه :

[تتمة] له كوة في أسفل النهر أراد أن يسدها ، ويفتح أخرى في الأعلى ليس له ذلك ، بخلاف ما لو أراد أن يجعل باب داره في أعلى السكة الغير النافذة ، وإن أراد أن يسفلها عن موضعها ليكثر أخذ الماء قال الحلواني : له إن علم أنها كانت كذلك ثم ارتفعت وقال السرخسي: له مطلقا وكذا الخلاف إن أراد أن يرفعها ليقل عنه الماء اهـ تاترخانية ملخصا (قوله ويورث الشرب الخ) لأن الملك بالإرث يقع حكما لا قصدا ، ويجوز أن يثبت الشيء حكما وإن كان لا يثبت قصدا كالخمر تملك حكما بالميراث ، وإن لم تملك قصدا بسائر أسباب الملك وما يجري فيه الإرث تجري فيه الوصية ، لأنها أخته وفي الهبة ونحوها يرد العقد عليه مقصودا إتقاني ملخصا (قوله ويوصى بالانتفاع به) وتعتبر الوصية من الثلث قال بعضهم : بأن يسأل من المقومين من أهل ذلك الموضع أن العلماء لو اتفقوا على جواز بيعه منفردا بكم يشترى ، فإن قالوا بمائة اعتبر من الثلث كما في إتلاف المدبر ، وأكثرهم على أنه يضم إلى هذا الشرب جريب من أقرب أرض إليه فينظر بكم تشترى معه ، وبدونه تاترخانية : أي فيكون فضل ما بينهما قيمته (قوله أما الإيصاء ببيعه فباطل) مستغنى عنه بقول المصنف بعد ولا يوصى بذلك ط وفيه عن الهندية أوصى بثلث شربه بغير أرضه في سبيل الله أو الحج أو الرقاب كانت وصية ببيعه ، إذ لا يتمكن من ذلك إلا بثمنه اهـ ملخصا (قوله ولا يباع الشرب) في ظاهر الرواية شرب يوم أو أكثر ويفسد نص عليه محمد ، لأنه مجهول لا لأنه غير مملوك وإلا بطل وجاز مع الأرض في الصحيح در منتقى : أي تبعا لها قال في البزازية قال :

وعليه الفتوى كما سيجيء (ولا يوصى بذلك) أى ببيعه وأخويه (ولا يصلح) الماء (بدل خلع وصلح عن دم عمد ومهر نكاح وإن صحت هذه العقود) لأنها لا تبطل بالشرط الفاسد لأن الشرب لايملك بسبب ما حتى لو مات وعليه دين لم يبع الشرب بلا أرض فلو لم يكن له أرض قيل يجمع الماء في كل نوبة فى حوض فيباع الماء إلى أن ينقضى دينه وقيل ينظر الإمام لأرض لا شرب لها فيضمه إليها فيبيعها برضا ربها فينظر لقيمة الأرض بلا شرب ولقيمتها معه فيصرف تفاوت مابينهما لدين الميت وتمامه فى الزيلعى (ولا يضمن من ملأ أرضه ماء فنزت أرض جاره أو غرقت) لأنه متسبب غير متعد وهذا إذا سقاها سقيا معتادا تتحمله أرضه عادة وإلا فيضمن وعليه الفتوى.

وفى الذخيرة وهذا إذا سقى فى نوبته مقدار حقه وأما إذا سقى فى غير نوبته أو زاد على حقه يضمن على ما قال إسماعيل الزاهد قهستانى (ولا يضمن من سقى أرضه) أو زرعه (من شرب غيره بغير إذنه) فى رواية الأصل وعليه الفتوى شرح وهبانية وابن الكمال عن الخلاصة لما مر أنه غير متقوم ولو تصدق

بعتك هذه الأرض وبعتك شربها قيل : لايجوز بيع الشرب ، لأنه صار مقصودا بالبيع ، وقيل : يجوز ، لأنه لما لم يذكر له ثمنا لم يخرج من التبعية ، حتى لو ذكر لم يجز وفاقا لأنه صار أصلا من كل وجه ، ولو باع أرضا مع شرب أرض أخرى عن ابن سلام يجوز ، ولو أجر لايجوز ، لأن الشرب فى البيع أصل من حيث إنه يقوم بنفسه وتبع من حيث إنه لعينه فمن حيث إنه تبع لايباع من غير أرض ، ومن حيث إنه أصل يجوز مع أى أرض كانت وفى الاجارة تبع من كل وجه اه ملخصا .

وللشرنبلالى رسالة فى الشرب ذكر فيها الصور الصحيحة والفاسدة فى جدول فراجعها وذكر فيها أيضا أن الصحيح أنه لايجوز البيع أيضا كالإجارة فى المسألة المذكورة (قوله كما سيجىء) الذى سيجىء قريبا أن الفتوى على أنه لايضمن بالإتلاف ، لكن عدم ضمانه بالإتلاف متفرع على كونه ليس بمال متقوم كما صرح به فى الهداية فيكون الفتوى على أنه غير متقوم أيضا (قوله وأخويه) أى الهبة والتصدق (قوله ولا يصلح الماء) أى ماء الشرب الغير المحرز (قوله بدل خلع) فلا يكون له من الشرب شىء وعليها أن ترد المهر الذى أخذته ، لأنها غرته بالتسمية ، كما لو اختلعت على ما فى بيتها من متاع فإذا ليس فى بيتها شىء كفاية (قوله وصلح الخ) ويسقط القصاص لوجود القبول ، وعلى القاتل رد الدية لأن الولى لم يرض بسقوط حقه مجانا إتقانى ، وإذا لم يكن عن قصاص فالمدعى على دعواه عناية (قوله ومهر نكاح) ولها مهر المثل إتقانى زاد فى الدر المنتقى : ولا بقرض ولا برهن ولا يعار (قوله لأنها لاتبطل بالشرط الفاسد) يعنى أن العقد ببدل هو غير مال متقوم فى هذه العقود بمعنى الشرط الفاسد وهذه العقود لاتبطل بالشروط الفاسدة (قوله لأن الشرب الخ) علة أخرى أو بيان لكونه بمعنى الشرط الفاسد (قوله وقيل الخ) صححه فى الهداية ثم قال : وإن لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت أرضا بغير شرب ثم ضم الشرب إليها وباعها فيصرف من الثمن إلى ثمن الأرض ، ويصرف الفاضل إلى قضاء الدين (قوله لأنه متسبب غير متعد) فهو كحافر البئر وواضع الحجر فى أرضه لايضمن ماتلف به (قوله وإلا فيضمن) كما لو أوقد نارا فى دار لايوقد مثلها عادة فاحترقت دار جاره وأما إذا كان فى أرضه ثقب فغرقت أرض جاره . فإن علم به ضمن وإلا لا إتقانى (قوله وهذا إذا سقى) الإشارة إلى عدم الضمان إذا سقاها معتادا كما أفصح عنه فى الذخيرة (قوله وأما إذا سقى الخ) أى سواء كان معتادا أولا كما أفاده ماذكرنا من مرجع الإشارة قال ط : وقد علمت ماعليه الفتوى وهو أن الاعتبار للمعتاد وغيره (قوله على ما قال إسمعيل الزاهد) هذا يقتضى انفراده مما ذكر وأن الجمهور على الأول ط وفى بعض النسخ الزاهدى بالياء موافقا لما فى القهستانى لكن الذى رأيته فى الذخيرة وغيرها بدون ياء (قوله لما مر الخ) قال فى الذخيرة : وإنما لايضمن لوجهين . أحدهما أنه يملك استهلاكه للشفعة ، ومن ملك استهلاكه من جهة

بنزله فحسن لبقاء الماء الحرام فيه بخلاف العلف المغصوب فإن الدابة إذا سمنت به انعدم وصار شيئا آخر قهستانى (فإن تكرر ذلك منه) لاضمان و (أدبه الإمام بالضرب والحبس إن رأى) الإمام (ذلك) خانية وتمامه فى شرح الوهبانية وقال وجوز بعض مشايخ بلخ بيع الشرب لتعامل أهل بلخ والقياس يترك بالتعامل ، ونوقض بأنه تعامل أهل بلدة واحدة وأفتى الناصحى بضمانه ذكره فى جواهر الفتاوى قال : وينفذ الحكم بصحة بيعه فليحفظ :

قلت : وفى الهداية وشروحها من البيع الفاسد أنه يضمن بالإتلاف فلو سقى أرض نفسه بماء غيره ضمنه وبه جزم فى النقاية هنا فافهم :

قلت : وقد مر ما عليه الفتوى فتنبه وفى الوهبانية :

وساق بشرب الغير ليس بضامن ... وضمنه بعض وما مر أظهر
وماجوزوا أخذ التراب الذى على ... جوانب نهر دون إذن يقرر

فاستهلكه يجهد أ... لايضمن كمن دخل دار الحرب فاستهلك العلف ،لأنه يملك استهلاكه بعلف دابته ، الثانى إن الماء قبل ... حراز بالأوانى لايملك فقد أتلف ماليس بمملوك لغيره اه (قوله بنزله) أى بضمتين أى ريعه ونماءه كما ... (قوله فحسن) يشير إلى أنه غير واجب وإنما هو للتنزه .

... التتمة إن الماء وقع فى كرم زاهد فى غير نوبته أمر بقطعه وعن بعضهم أنه طرح منه التراب المبلول و... به ولو تصدق بنزله لكان حسنا وهذا أفضل (قوله لبقاء الماء الحرام فيه) هذا يقتضى الوجوب على أنه لايظهر إلا على مقابل المفتى به من أنه يملك فيضمنه لمالكه أى إن علم تأمل (قوله إذا سمنت) الأولى سمنت (قوله انعدم وصار شيئا آخر) أى دما أو فرثا أو لحما ونحوه فلا يطلب منه التصدق بها ط (قوله فإن تكرر ذلك) بأن فعله مرة أخرى قال فى شرح الوهبانية عن الخانية وإن فعله مرة بعد مرة الخ ط (قوله وتمامه فى شرح الوهبانية) أى للعلامة ابن الشحنة حيث ذكر ماحاصله أن الطرسوسى فهم من التعليل المار ، بأن الماء قبل إحرازه لايملك أنه يكون مباحا ورده الناظم فى شرحه بأنه لايلزم ذلك ، بل يكون غير مملوك ويكون مستحقا لما فى الخانية ، أنه ليس له ذلك بلا إذن ، وإن اضطر إليه وفى العيون لايفعل ، وإن اضطر إليه لأن المرخص فى أخذ مال الغير خوف الهلاك على النفس ولم يوجد ، ولو فعل فلا ضمان على أن الطرسوسى قال إن كلام العيون يقتضى أنه لايجوز ديانة فينبغى أن يفتى بأنه لايباح بلا إذن ولو فعل لاضمان فى القضاء اه فافهم (قوله قال) أى فى شرح الوهبانية أول الفصل فافهم (قوله وينفذ الحكم بصحة بيعه) لمصادفته فصلا مجتهدا فيه ، لكن القاضى الآن لاينفذ حكمه بغير معتمد مذهبه (قوله فافهم) لعله يشير إلى دفع ما أورد على الهداية من أن قوله هنا لايضمن يناقض قوله فى باب البيع الفاسد : أنه يجوز بيعه فى رواية وهو اختيار مشايخ بلخ ، لأنه حظ من الماء ولهذا يضمن بالإتلاف ، وله حظ من الثمن يعنى أن قوله : ولهذا يضمن بالإتلاف مبنى على مقابل المفتى به ، وإن أوهم الإتفاق على الضمان كما هو شأن التعليل (قوله قلت وقد مر ماعليه الفتوى) أى من أنه لايضمن لأنه غير متقوم وصححه فى الظهيرية (قوله فتنبه) أى فإن ما أفتى به الناصحى ووافق النقاية وبيوع الهداية خلاف المفتى به (قوله وساق الخ) لاحاجة إليه ط (قوله وما جوزوا الخ) التراب المستخرج بالحفر ، ويوضع على حافتى النهر قيل لمن وضع بجانبه أخذه إن لم يضر بالنهر ، وقيل مشترك بين أهل النهر ، وهو المذكور فى النظم وقيل : يباح لكل من أخذه إن لم يضر ، لأن الحافر لم يقصد تملكه فهو كمن احتش حشيش النهر ، ليجرى الماء فلكل أحد أخذه وصوبه شيخ الإسلام وفى القنية أنه حسن جدا (قوله دون إذن) قد علمت أن

ولو حفروا نهرا وألقوا ترابه فاو فى حريم ليس بالنقل يؤمر

كتاب الأشربة

هى جمع شراب و (الشراب) لغة : كل مائع يشرب واصطلاحا (ما يسكر والمحرم منها أربعة) أنواع .
الأول : الخمر وهى النىء) بكسر النون فتشديد الياء (من ماء العنب إذا غلى واشتد وقذف) أى رمى (بالزبد) أى الرغوة ولم يشترطا قذفه وبه قالت الثلاثة وبه أخذ أبو حفص الكبير ، وهو الأظهر كما فى الشرنبلالية عن المواهب ويأتى مايفيده وقد تطلق الخمر على غير ما ذكر مجازا .
ثم شرع فى أحكامها العشرة فقال (وحرم قليلها وكثيرها) بالإجماع

الناظم جرى على القول بأنه مشترك ، فاشتراط الإذن لابد منه بناء عليه فافهم (قوله ولو حفروا نهرا الخ) الشطر الثانى له غير به نظم الأصل لتضمنه مسئلتين : الأولى : نهر لقوم يجرى فى أرض رجل حفروه وألقوا ترابه فإن ألقوه فى غير حريم النهر فلهم أخذه بنقله وإلا فلا ، الثانية : لو كان يجرى فى سكة فكذلك والله تعالى أعلم

كتاب الأشربة

ذكره بعد الشرب لأنهما شعبتا عرق واحد لفظا ومعنى ، وقدم الشرب لمناسبته لإحياء الموات ، وتمامه فى العناية والمنح .
قال القهستانى : وأصول الأشربة الثمار كالعنب والتمر والزبيب والحبوبات كالبر والذرة والدخن والحلاوات كالسكر والفانيذ والعسل والألبان كلبن الإبل والرماك والمتخذ من العنب خمسة أنواع أو ستة ومن التمر ثلاثة ومن الزبيب اثنان ومن كل البواقى واحد وكل منها على نوعين نىء ومطبوخ اهـ (قوله كل مائع يشرب) أى هو اسم من الشرب أى ما يشرب ماء كان أو غيره حلالا أو غيره قهستانى (قوله وهى) أنث الضمير ، لأن الخمر مؤنثة سماعا قال فى القاموس وقد تذكر أى نظرا للفظ (قوله بكسر فتشديد) هذا خلاف الأصل فقد ذكره فى القاموس فى باب الهمزة وفى القهستانى النىء بكسر النون ، وسكون الياء والهمزة ، وفى المغرب ويجوز التشديد على القلب والإدغام أى غير النضيج ، ومثله فى نهاية ابن الأثير وفى العزمية الابدال والإدغام غير مشهور وقال المقدسى إنه عامى (قوله إذا غلى) أى ارتفع أسفله إذ أصله الارتفاع كما فى المقاييس وقوله : اشتد أى قوى بحيث يصير مسكرا قهستانى (قوله أى رمى بالزبد) بفتحتين أى بحيث لايبقى فيه شىء من الزبد فيصفو ويروق قهستانى (قوله وهو الأظهر) واعتمده المحبوبى والنسفى وغيرهما تصحيح قاسم ، وقال فى غاية البيان : وأنا آخذ بقولهما دفعا لتجاسر العوام ، لأنهم إذا علموا أن ذلك يحل قبل قذف الزبد يقعون فى الفساد اهـ وفى النهاية وغيرها وقيل يؤخذ فى حرمة الشرب بمجرد الاشتداد وفى الحد بقذف الزبد احتياطا (قوله ويأتى ما يفيده) أى فى قوله والكل حرام إذا غلى واشتد اهـ ح (قوله وقد تطلق الخ) قال فى المنح : هذا الاسم خص بالشراب بإجماع أهل اللغة ولا نقول إن كل مسكر خمر لاشتقاقه من مخامرة العقل فإن اللغة لايجرى فيها القياس ، فلا يسمى الدن قارورة لقرار الماء فيه : وأما قوله صلى الله عليه وسلم « كل مسكر خمر وكل مسكر حرام » وقوله « إن من الحنطة خمرا وإن من الشعير خمرا ومن الزبيب خمرا ومن العسل خمرا » فجوابه : أن الخمر حقيقة تطلق على ماذكرنا وغيره كل واحد له اسم مثل المثلث والباذق والمنصف ونحوها وإطلاق الخمر عليها مجاز وعليه يحمل الحديث اهـ ملخصا أو هو لبيان الحكم لأنه عليه الصلاة والسلام بعث له لا لبيان الحقائق (قوله وحرم قليلها)

(لعينها) أى لذاتها وفى قوله تعالى: ــ إنما الخمر والميسر ــ الآية عشر دلائل على حرمتها مبسوطة فى المجتبى وغيره (وهى نجسة نجاسة مغلظة كالبول ويكفر مستحلها وسقط تقومها) فى حق المسلم (لاماليتها) فى الأصح (وحرم الانتفاع بها) ولو لسقى دواب أو لطين أو نظر للتلهى، أو فى دواء أو دهن أو طعام أو غير ذلك إلا لتخليل أو لخوف عطش بقدر الضرورة فلو زادفسكر حد مجتبى (ولا يجوز بيعها) لحديث مسلم «إن الذى حرم شربها حرم بيعها» (ويحد شاربها وإن لم يسكر منها و) يحد (شارب غيرها إن سكر

أى شرب قليلها لئلا يتكرر الآتى من حرمة الانتفاع والتداوى اهـ ح واحترز به عما قاله بعض المعتزلة إن الحرام هو الكثير المسكر لا القليل قهستانى:

قال فى الهداية: وهذا كفر لأنه جحود الكتاب فانه سماه رجسا والرجس ماهو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة «أن النبى عليه الصلاة والسلام حرم الخمر» وعليه انعقد إجماع الأمة، ولأن قليله يدعو إلى كثيره وهذا من خواص الخمر (قوله لعينها الخ) أى لا لعلة الاسكار فتحرم القطرة منها وهذا علم مما قبله وإنما أعيد لتأكيد الرد على ذلك القول الباطل (قوله عشر دلائل) هى نظمها فى سلك الميسر، وما عطف عليه وتسميتها رجسا وعدها من عمل الشيطان، والأمر بالإجتناب، وتعليق الفلاح باجتنابها وإرادة الشيطان إيقاع العداوة بها وإيقاع البغضاء والصد عن ذكر الله تعالى، وعن الصلاة والنهى البليغ بصيغة الاستفهام المؤذن بالتهديد اهـ ح (قوله وهى نجسة نجاسة مغلظة) لأن الله تعالى سماها رجسا فكانت كالبول والدم المسفوح إتقانى (قوله ويكفر مستحلها) لإنكاره الدليل القطعى هداية (قوله وسقط تقومها فى حق المسلم) حتى لا يضمنها متلفها وغاصبها، ولا يجوز بيعها، لأن الله تعالى لما نجسها فقد أهانها، والتقوم يشعر بعزتها وقال عليه الصلاة والسلام «إن الذى حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها» هداية. وعدم ضمانها لايدل على إباحة إتلافها:

وقد اختلفوا فيها فقيل: يباح وقيل: لايباح إلا لغرض صحيح بأن كانت عند شريب خيف عليه الشرب، وأما إذا كانت عند صالح فلا يباح لأنه يخللها عناية وفى النهاية وغيرها عن مجد الأئمة أن الصحيح الثانى. قال أبو السعود: والظاهر أن هذا الخلاف مفرع على الخلاف فى سقوط ماليتها فمن قال إنها مال وهو الأصح قال لايباح إتلافها إلا لغرض صحيح اهـ وهو حسن (قوله فى حق المسلم) أما الذمى فهى متقومة فى حقه كالخنزير حتى صح بيعه لهما، ولو أتلفهما له غير الإمام أو مأموره ضمن قيمتهما له كما مر فى آخر الغصب (قوله لا ماليتها فى الأصح) لأن المال مايميل إليه الطبع ويجرى فيه البذل والمنع، فتكون مالا لكنها غير متقومة لما قلنا إتقانى (قوله ولو لسقى دواب) قال بعض المشايخ لو قاد الدابة إلى الخمر لا بأس به، ولو نقل إلى الدابة يكره وكذا قالوا فيمن أراد تخليل الخمر ينبغى أن يحمل الخل إلى الخمر ولو عكس يكره وهو الصحيح تاترخانية (قوله أو لطين) أى لبل طين (قوله أو غير ذلك) كامتشاط المرأة بها ليزيد بريق شعرها أو الإكتحال بها أو جعلها فى سعوط تاترخالية، ومنه ما يأتى من الاحتقان بها أو إقطارها فى إحليل قال الإتقانى: لأن ذلك انتفاع بالخمر وأنه حرام إلا أنه لايحد فى هذه المواضع لعدم الشرب (قوله أو لخوف عطش) الإضافة على معنى من أى خوفه على نفسه من عطش بأن خاف هلاكه منه، ولا يجد مايزيله به إلا الخمر (قوله فلو زاد فسكر حد) وكذا لو روى ثم شرب حد مجتبى، فأفاد أن السكر غير قيد فى الزيادة على الضرورة وفى الخانية فإن شرب مقدار مايرويه وزيادة ولم يسكره قالوا: ينبغى أن يلزمه الحد كما لو شرب هذا القدر حالة الإختيار ولم يسكر (قوله ويحد شاربها الخ) فى غاية البيان عن شرح الطحاوى: لو خلطها بالماء إن الماء أقل أو مساويا حد وإن أغلب فلا إلا إذا سكر اهـ وفى الذخيرة عن القدورى إذا غلب الماء عليها حتى زال طعمها وريحها فلا حد ثم قال وإذا

ولا يؤثر فيها الطبخ) إلا أنه لا يحد فيه مالم يسكر منه لاختصاص الحد بالنيء ذكره الزيلعي ، واستظهره المصنف وضعف ما فى القنية والمجتبى ثم نقل عن ابن وهبان أنه لايلتفت لما قاله صاحب القنية مخالفا للقواعد مالم يعضده نقل من غيره اه وفيه كلام لابن الشحنة (ولا يجوز بها التداوى) على المعتمد قاله المصنف .

ثرد فيها خبزا وأكله إن وجد الطعم واللون حد ومالا لون لها يحد إن وجد الطعم (قوله ولا يؤثر فيها الطبخ) أى فى زوال الحرمة بقرينة الإستثناء (قوله إلا أنه لايحد) نقله فى العناية عن شيخ الإسلام لكن فى الكفاية والمعراج ، قال شمس الأئمة السرخسى : يحد من شرب منه قليلا كان أو كثيرا بالنص وفى القهستانى عن التتمة وعليه الفتوى ، ومن هنا يعلم حكم العرق المستقطر من فضلات الخمر ، فينبغى جريان الخلاف فى الحد من شرب قليله كما بحثه القهستانى ، أما نجاسته فغليظة كأصله لكن ليس كحرمة الخمر لعدم إكفار مستحله للخلاف فيه ، وقول الشرنبلالى بحثا لاحد به بلا سكر مبنى على خلاف المفتى به كما أفاده كلام القهستانى تأمل (قوله واستظهره المصنف) حيث قال : والطبخ لا يؤثر فيها لأنه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها إلا أنه لا يحد فيه ما لم يسكر منه على ماقالوا لأن الحد فى النيء خاصة لما ذكرنا فلا يتعدى إلى المطبوخ ذكره فى تبيين الكنز من غير ذكر خلاف ، وهذا هو الظاهر الذى يجب أن يعول عليه وبه يظهر لك ضعف ما فى القنية من قوله : خمر طبخت وزالت مرارتها حلت ، وضعف ما فى المجتبى عن شرح السرخسى لو صب فيها سكرا أو فانيدا ، حتى صار حلوا حل ، وتحل بزوال المرارة وعندهما بقليل الحموضة اه ملخصا .

أقول : لايخفى عليك أن قول المصنف ، وهذا هو الظاهر إشارة إلى أن الطبخ لايرفع الحرمة بعد ثبوتها لأنه هو الذى ذكره الزيلعى فى التبيين من غير ذكر خلاف لا إشارة إلى عدم الحد ، لأن لفظة قالوا تذكر فيما فيه خلاف كما صرحوا به على أن قوله على ماقالوا يفيد بظاهره التبرى ، والتضعيف ، لأن المفتى به خلافه كما قدمناه وأيضا فإن الذى يظهر به ضعف ما فى القنية والمجتبى ، هو الأول المذكور ، بلا خلاف لا الثانى المشار إلى ضعفه فتدبر (قوله وفيه كلام لابن الشحنة) أى فى التضعيف المفهوم من ضعف وذلك حيث قال : مراد صاحب القنية أنها تحل إذا زالت عنها أوصاف الخمرية : وهى المرارة والإسكار لتحقق انقلاب العين ، كما لو انقلبت خلا ومراد المبسوط أنها لاتحل بالطبخ ، حيث كانت على أوصاف الخمرية ، لأنه لم يوجد مايقتضى الإباحة من الإنقلاب والاستحالة ، وكون النار لاتأثير لها فى إثبات الحل لاينافى أن المؤثر هو الإنقلاب ولا خصوصية للنارية اه .

أقول : ولم يعول الشرنبلالى فى شرحه على هذا الجواب ، وكأنه والله تعالى أعلم ، لأن الخمر حرمت لعينها ، ولا نسلم انقلاب العين بهذا الطبخ ، ولذا لو وقعت قطرة منها فى الماء الغير الجارى ، أو مافى حكمه نجسته ، وإن استهلكت فيه وصار ماء وكذا لو وقعت فى قدر الطعام نجسته ، وإن صارت طعاما كما لو وقعت فيه قطرة بول ، وأما طهارتها بانقلابها خلا فهى ثابتة بنص المجتهد أخذا من إطلاق حديث « نعم الإدام الخل » فليتأمل .

ولعل هذا الفرع مفرع على ماقدمناه عن بعض المعتزلة من أن الحرام من الخمر هو المسكر يدل عليه أنه فى القنية نقله عن القاضى عبد الجبار أحد مشايخ المعتزلة ، ثم رأيت ابن الشحنة نقله عن ابن وهبان كما خطر لى لكن بحث فيه بأنه لامدخل للاعتزال فى هذه المسألة .

وأقول : كأنه لم يطلع على ماقدمناه من تخصيصهم الحرمة بالإسكار ، ولعل هذا وجه عدم الاعتماد على مايقوله صاحب القنية حيث يذكر مايخرجه مشايخ عقيدته كهذه المسألة والتى تقدمت فى الذبائح وأمثالهما والله أعلم . (قوله على المعتمد) لما قدمناه فى الحظر والإباحة ، أن المذهب أنه لايجوز التداوى بالمحرم

قلت : واو باحتقان أو إقطار ن إحليل نهاية (ولا يجوز تخليلها واو بطرح شيء فيها) خلافا للشافعي ؛

(و) الثانى (الطلاء) بالكسر (وهو العصير يطبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه) ويصير مسكرا وصوب المصنف أن هذا يسمى الباذق ، وأما الطلاء فما ذكره بقوله (وقيل ما طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقى ثلثه) وصار مسكرا (وهو الصواب) كما جرى عليه صاحب المحيط وغيره ، يعنى فى التسمية لا فى الحكم ، لأن حل هذا المثلث المسمى بالطلاء على ما فى المحيط ثابت لشرب كبار الصحابة رضى الله عنهم كما فى الشرنبلالية ؛ قال : وسمى بالطلاء لقول عمر رضى الله عنه : ما أشبه هذا بطلاء البعير وهوالقطران الذى يطلى به البعير الجربان (ونجاسته) أى الطلاء على التفسير الأول كذا قاله المصنف (كالخمر) به يفتى (و) الثالث (السكر) بفتحتين (وهو النيء من ماء الرطب)

(قوله ويجوز تخليلها) وهو أولى هداية أقول : وإنما لم يجب وإن كان فى إراقتها ضياعها ، لأنها غير متقومة ولذا لاتضمن كما مر وذكر الشرنبلالى بحثا أنه يجب لأنها مال فتأمل (قوله ولو بطرح شيء فيها) كالملح والماء والسمك وكذا بإيقاد النار عندها ونقلها إلى الشمس والصحيح أنه لو وقع الشمس عليها بلا نقل كرفع سقف لايحل نقلها، ولو خلط الخل بالخمر وصار حامضا يحل ،وإن غلب الخمر وإذا دخل فيه بعض الحموضة لايصير خلا عنده ، حتى يذهب تمام المرارة وعندهما يصير خلا كما فى المضمرات ، ولو وقعت فى العصير فأرة فأخرجت قبل التفسخ ، وترك حتى صار خمرا ثم تخللت أو خللها يحل وبه أفتى بعضهم كما فى السراجية ، ولو وقعت قطرة خمر فى جرة ماء ، ثم صب فى حب خل لم يفسد وعليه الفتوى وتمامه فى القهستانى ، وإذا صار الخمر خلا يطهر مايوازيها من الإناء ، وأما أعلاه فقيل يطهر تبعا وقيل لايطهر ، لأنه خمر يابس إلا إذا غسل بالخل فتخلل من ساعته ، فيطهر هداية والفتوى على الأول خانية (قوله بالكسر) أى والمد ككساء قاموس (قوله يطبخ) أى بالنار أو الشمس قهستانى (قوله أقل من ثلثيه) قيد به لأنه إذا ذهب ثلثاه فما دام حلوا يحل شربه عند الكل ، وإذا غلى واشتد يحل شربه عندهما مالم يسكر خلافا لمحمد اه شرح مسكين وسيأتى(قوله ويصير مسكرا)بأن غلى واشتد وقذف بالزبد فإنه يحرم قليله وكثيره أما مادام حلوا فيحل شربه إتقانى ،وهذا القيد ذكره هنا غير ضرورى لأنه سيأتى فى كلام المصنف فى قوله : والكل حرام إذا غلى واشتد (قوله يسمى الباذق) بكسر الذال وفتحها كما فى القاموس ، ويسمى المنصف أيضا،والمنصف : الذاهب النصف، والباذق الذاهب مادونه ، والحكم فيهما واحد كما فى الغاية وغيرها (قوله وصار مسكرا) أى بأن اشتد وزالت حلاوته ، وإذا أكثر منه أسكر (قوله يعنى فى التسمية لافى الحكم الخ) لما كان كلام المصنف موهما أشد الإيهام أتى بالعناية لأن كلامه فى الأشربة المحرمة وذكر منها الطلاء، وفسره أولا بتفسير ثم بآخر وحكم بأنه الصواب ، فيتوهم أن المحرم هو المعنى الثانى دون الأول مع أن الأمر بالعكس ، فالباذق والمنصف حرام اتفاقا ؛ والطلاء: وهو ماذهب ثلثاه ويسمى المثلث حلال إلا عند محمد كما سيأتى ، فلا يحرم منه عندهما إلا القدح الأخير الذى يحصل به الإسكار كما يأتى بيانه ، فنبه على أن مراد المصنف أن الذى يسمى الطلاء هو الذى ذهب ثلثاه ، وأن الأول حرام والثانى حلال : وبحث الشرنبلالى فى هذا التصويب بأن الطلاء يطلق بالاشتراك على أشياء كثيرة : منها الباذق والمنصف والمثلث وكل ماطبخ من عصير العنب اه ؛

أقول : وفى المغرب الطلاء كل مايطلى به من قطران أو نحوه ، ويقال لكل ماخثر من الأشربة طلاء على التشبيه حتى يسمى به المثلث (قوله على التفسير الأول) أما على الثانى فظاهر لحل شربه ، وعند محمد نجس كما يأتى (قوله به يفتى) عزاه القهستانى إلى الكرمانى وغيره (قوله وهو النيء من ماء الرطب) هذا أحد الأشربة

إذا اشتد وقذف بالزبد (و) الرابع (نقيع الزبيب،وهو النيء من ماء الزبيب) بشرط أن يقذف بالزبد بعد الغليان (والكل) أى الثلاثة المذكورة (حرام إذا غلى واشتد) وإلا لم يحرم اتفاقا، وإن قذف حرم اتفاقا، وظاهر كلامه فبقية المتون أنه اختار ههنا قولهما قاله البرجندى ، نعم قال القهستانى : وترك القيد هنا لأنه اعتمد على السابق اه فتنبه ؛ ولم يبين حكم نجاسة السكر والنقيع ؛ ومفاد كلامه أنها خفيفة وهو مختار السرخسى ،واختار فى الهداية أنها غليظة (وحرمتها دون حرمة الخمر فلا يكفر مستحلها) لأن حرمتها بالاجتهاد :

(والحلال منها) أربعة أنواع : الأول (نبيذ التمر والزبيب إن طبخ أدنى طبخة) يحل شربه

الثلاثة التى تتخذ من التمر والثانى النبيذ منه : وهو ماطبخ أدنى طبخة،وهو حلال . والثالث الفضيخ : وهو النيء من ماء البسر المذنب ، مشتق من الفضخ : بالضاد والخاء المعجمتين وهو الكسر ، سمى به لأنه يكسر ويجعل فى حب ويصب عليه الماء الحار لتخرج حلاوته : وحكمه كالسكر أفاده فى النهاية ، ولو قال المصنف والثالث النيء من ماء التمر لشمل السكر والفضيخ ، فإن التمر اسم جنس يشمل البسر وغيره كما فى القهستانى تأمل (قوله إذا اشتد الخ) ذكره غير لازم نظير مامر لأنه سيأتى فى كلام المصنف (قوله نقيع الزبيب) النقيع : اسم مفعول من المزيد أو الثلاثى : قال فى المغرب : أنقع الزبيب فى الخابية ونقعه : إذا ألقاه فيها ليبتل ، وتخرج منه الحلاوة وقال ابن الأثير : إنه شراب متخذ من زبيب أو غيره من غير طبخ وإليه أشار فى الصحاح والأساس ، فالأولى أن يقال نقيع البسر والرطب والتمر والزبيب قهستانى ملخصا ، لكن أفاد الإتقانى أن الرطب لايحتاج إلى النقع فى الماء أى لأن النقيع مايكون يابسا ليبتل بالماء ، فلذا أفرد المصنف الرطب بالذكر تأمل (قوله بشرط الخ) يغنى عنه مابعده نظير مامر (قوله إذا غلى واشتد) أى ذهبت حلاوته وصار مسكرا وإن لم يقذف بالزبد خلافا للإمام (قوله وإلا) بأن بقى حلوا (قوله وإن قذف حرم اتفاقا) أى قليله وكثيره ، لكن لايجب الحد إلا إذا سكر كما فى الملتقى (قوله وظاهر كلامه) حيث لم يقل وقذف بالزبد (قوله قولهما) أى بعدم اشتراط القذف (قوله وترك القيد) وهو القذف (قوله لأنه اعتمد على السابق) أى لم يصرح به هنا اعتمادا على ماقدمه فى تعريف الخمر تأمل (قوله ومفاد كلامه) حيث صرح بأن نجاسة الباذق كالخمر وسكت عن هذين ، ويبعد أن يقال تركه هنا اعتمادا على مامر فتأمل (قوله واختار فى الهداية أنها غليظة) فيه نظر : ونص مافى الهداية : ونجاستها خفيفة فى رواية وغليظة فى أخرى اه : وعبارته فى الدر المنتقى أحسن مما هنا ، حيث قال : ومختار السرخسى الخفة فى الأخيرين وإن قال فى الهداية بالغلظة فى رواية اه وعبارته فى باب الأنجاس هكذا . وفى باقى الأشربة روايات التغليظ والتخفيف والطهارة ، رجح فى البحر الأول، وفى النهر الأوسط اه (قوله وحرمتها) أى الأشربة الثلاثة السابقة (قوله لأن حرمتها بالاجتهاد) حتى قال الأوزاعى بإباحة الأول والثالث منها . وقال شريك بإباحة الثانى لامتنان الله تعالى علينا بقوله — تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا — وأجيب بأن ذلك لما كانت الأشربة كلها مباحة وتمامه فى الهداية ، وهذا بخلاف الخمر ، فإن أدلتها قطعية ، فلذا كفر مستحلها (قوله نبيذ التمر والزبيب) أى ونبيذ الزبيب قال القهستانى : والتمر اسم جنس كما مر ، فيتناول اليابس والرطب والبسر ، ويتحد حكم الكل كما فى الزاهدى والنبيذ يتخذ من التمر والزبيب أو العسل أو البر أو غيره ، بأن يلقى فى الماء ويترك حتى يستخرج منه مشتق من النبذ : وهو الإلقاء كما أشير إليه فى الطلبة وغيره اه ثم قال : فالفرق بينه وبين النبيذ بالطبخ وعدمه كما فى النظم :

أقول : الظاهر أن قوله وبين النبيذ سبق قلم ، والصواب وبين النقيع لأن الضمير فى بينه للنبيذ تأمل (قوله إن طبخ أدنى طبخة) وهو أن يطبخ إلى أن ينضج شرنبلالية عن الزيلعى : وقيد به لأن غير المطبوخ من الأنبذة حرام

(وإن اشتد) وهذا (إذا شرب) منه (بلا لهو وطرب) فلو شرب للهو فقليله وكثيره حرام (ومالم يسكر) فلو شرب مايغلب على ظنه أنه مسكر فيحرم ، لأن السكر حرام فى كل شراب :

(و) الثانى (الخليطان) من الزبيب والتمر إذا طبخ أدنى طبخة ، وإن اشتد يحل بلا لهو :

(و) الثالث (نبيذ العسل والتين والبر والشعير والذرة) يحل سواء (طبخ أولا) بلا لهو وطرب :

(و) الرابع (المثلث) العنبى وإن اشتد ، وهو ما طبخ من ماء العنب حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه

بإجماع الصحابة إذا غلى واشتد وقذف بالزبد ، وقد ورد فى حرمة المتخذ من التمر أحاديث وفى حله أحاديث ، فإذا حمل المحرّم على النىء والمحلل على المطبوخ فقد حصل التوفيق واندفع التعارض عينى ، والأحاديث الواردة كلها صحاح ساقها الزيلعى ، ووفق بما ذكر فراجعه :

قال الإتقانى : وقد أطنب الكرخى فى رواية الآثار عن الصحابة والتابعين بالأسانيد الصحاح فى تحليل النبيذ الشديد :

والحاصل أن الأكابر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وأهل بدر كعمر وعلىّ وعبد الله بن مسعود وأبى مسعود رضى الله عنهم كانوا يحلونه ، وكذا الشعبى وإبراهيم النخعى . وروى أن الإمام قال لبعض تلامذته إن من إحدى شرائط السنة والجماعة أن لايحرم نبيذ الجر اه :

وفى المعراج قال أبو حنيفة : لو أعطيت الدنيا بحذافيرها لا أفتى بحرمتها لأن فيه تفسيق بعض الصحابة ، ولو أعطيت الدنيا لشربها لاأشربها لأنه لاضرورة فيه وهذا غاية تقواه اه . ومن أراد الزيادة على ذلك والتوفيق بين الأدلة فعليه بغاية البيان ومعراج الدراية (قوله وإن اشتد) أى وقذف بالزبد : قال فى الرمز : ولم يذكر القذف اكتفاء بما سبق اه ط (قوله بلا لهو وطرب) قال فى المختار : الطرب خفة تصيب الإنسان لشدة حزن أو سرور اه . قال فى الدرر : وهذا التقييد غير مختص بهذه الأشربة بل إذا شرب الماء وغيره من المباحات بلهو وطرب على هيئة الفسقة حرم اه ط :

قلت : وكان ينبغى للمصنف أن يذكر التقييد بعدم اللهو والطرب وعدم السكر بعدالرابع ليكون قيدا للكل (قوله فلو شرب مايغلب على ظنه الخ) أى يحرم القدر المسكر منه ، وهو الذى يعلم يقينا أو بغالب الرأى أنه يسكره كالمتخم من الطعام ، وهو الذى يغلب على ظنه أنه يعقبه التخمة تاترخانية : فالحرام : هو القدح الأخير الذى يحصل السكر بشربه كما بسطه فى النهاية وغيرها ؛ ويحد إذا سكر به طائعا : قال فى منية المفتى شرب تسعة أقداح من نبيذ التمر فأوجر العاشر لم يحد اه : وقال فى الخانية : وفيما سوى الخمر من الأشربة المتخذة من التمر والعنب والزبيب لايحد مالم يسكر ، ثم قال فى تعريف السكران والفتوى على أنه من يختلط كلامه ويصير غالبه الهذيان وتمامه فى حدود شرح الوهبانية (قوله والثانى الخليطان) لما روى أن ابن عمر سقاه لابن زياد ، وماورد من النهى محمول على الإبتداء أو على غير المطبوخ جمعا بين الأدلة حموى ، وبالأخير يحصل التوفيق بين مافعله ابن عمر وبين ماروى عنه من حرمة نقيع الزبيب النىء كما أفاده فى الهداية (قوله من الزبيب والتمر) أو البسر أو الرطب المجتمعين قهستانى (قوله إذا طبخ أدنى طبخة) كذا قيده فى المعراج والعناية وغيرهما ، والمفهوم من عبارة الملتقى عدم اشتراط الطبخ فيه فليتأمل : ثم هذا إذا لم يكن مع أحد المذكورات ماء العنب وإلا فلابد من ذهاب الثلثين كما يأتى (قوله وهو ماطبخ من ماء العنب) أى طبخا موصولا ، فلو مفصولا ، فإن قبل تغيره بحدوث المرارة وغيرها حل وإلا حرم وهو المختار للفتوى ، وتمامه فى خزانة المفتين در منتقى :

إذا قصد به استمراء الطعام والتداوى والتقوّى على طاعة الله تعالى ، واو للهو لا يحل إجماعا حقائق :

(وصح بيع غير الخمر) مما مر ، ومفاده صحة بيع الحشيشة والأفيون :

قلت : وقد سئل ابن نجيم عن بيع الحشيشة هل يجوز ؟ فكتب لايجوز ، فيحمل على أن مراده بعدم الجواز عدم الحل :

قال المصنف (وتضمن) هذه الأشربة (بالقيمة لابالمثل) لمنعنا عن تملك عينه وإن جاز فعله ، بخلاف الصليب حيث تضمن قيمته صليبا لأنه مال متقوّم فى حقه وقد أمرنا بتركهم وما يدينون زيلعى :

(وحرمها محمد) أى الأشربة المتخذة من العسل والتين ونحوهما قاله المصنف (مطلقا) قليلها وكثيرها

وقيد بالعنب لأن الزبيب والتمر يحلان بأدنى طبخة كما مر ، لكن الماء غير قيد ، لأنه لو طبخ العنب كما هو ثم عصر فلا بد من ذهاب ثلثيه بالطبخ فى الأصح : وفى رواية يكتفى بأدنى طبخة كما فى الهداية :

وفيها ولو جمع فى الطبخ بين العنب والتمر أو بين التمر والعنب والزبيب لايحل مالم يذهب ثلثاه لأن التمر وإن اكتفى فيه بأدنى طبخة فعصير العنب لابد أن يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا ، وكذا إذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر :

وفيها : ولو طبخ نقيع التمر والزبيب أدنى طبخة ثم أنقع فيه تمر أو زبيب ، إن كان ما أنقع فيه شيئا يسيرا لايتخذ النبيذ من مثله يحل وإلا لا :

وفيها : والذى يصب عليه الماء بعد ماذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ حكمه كالمثلث ، بخلاف ما إذا صب على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل ، لأن الماء يذهب أولا للطافته أو يذهب الماء منها فلا يكون الذاهب ثلثى ماء العنب أى فلايحل (قوله إذا قصد) متعلق بيحل مقدرا : وفى القهستانى : فإن قصد به استمراء الطعام ، والتقوى فى الليالى على القيام ، أو فى الأيام على الصيام ، أو القتال لأعداء الإسلام ، أو التداوى لدفع الآلام ، فهو الحل للخلاف بين علماء الأنام : (قوله وصح بيع غير الخمر) أى عنده خلافا لهما فى البيع والضمان ، لكن الفتوى على قوله فى البيع ، وعلى قولهما فى الضمان إن قصد المتلف الحسبة وذلك يعرف بالقرائن ، وإلا فعلى قوله كما فى التاترخانية وغيرها :

ثم إن البيع وإن صح لكنه يكره كما فى الغاية وكان ينبغى للمصنف ذكر ذلك قبيل الأشربة المباحة ، فيقول بعد قوله ولا يكفر مستحلها : وصح بيعها وتضمن الخ كما فعله فى الهداية وغيرها ، لأن الخلاف فيها لافى المباحة أيضا إلا عند محمد فيما يظهر مما يأتى من قوله بحرمة كل الأشربة ونجاستها تأمل (قوله مما مر) أى من الأشربة السبعة (قوله ومفاده الخ) أى مفاد التقييد بغير الخمر ، ولا شك فى ذلك لأنهما دون الخمر وليسا فوق الأشربة المحرمة ، فصحة بيعها يفيد صحة بيعهما فافهم (قوله عدم الحل) أى لقيام المعصية بعينها : وذكر ابن الشحنة أنه يؤدب بائعها وسيأتى (قوله وتضمن هذه الأشربة) يعنى المحرمة منها (قوله عن تملك عينه) أى المثل : وفى بعض النسخ تمليك (قوله وإن جاز فعله) قال الإتقانى فى كتاب الغصب : يعنى أنا قلنا بضمان السكر والمصنف بالقيمة لا بالمثل ، لأن المسلم يمنع عن ذلك ، ولكن لو أخذ المثل جاز لعدم سقوط التقوم والمالية (قوله بخلاف الصليب الخ) ذكر الزيلعى هذه العبارة فى كتاب الغصب ، وهى مرتبطة بما قبلها من ضمان آلات اللهو صالحة لغير اللهو : قال الإتقانى فى الغصب : أى هذا الذى ذكرناه فى ضمان الطبل ونحوه من أن قيمتها تجب غير صالحة لهذه الأشياء ، بخلاف صليب النصرانى حيث تجب قيمته صليبا لأنا أقررناهم على هذا الصنيع فصار كالخمر (قوله ونحوهما) كالتمر والزبيب والعنب ، فالمراد الأشربة الأربعة التى هى حلال عند الشيخين إذا غلت واشتدت وإلا

(وبه يفتى) ذكره الزيلعي وغيره ؛ واختاره شارح الوهبانية ، وذكر أنه مروى عن الكل ونظمه فقال :

وفى عصرنا فاختير حد وأوقعوا طلاقا لمن من مسكر الحب يسكر
وعن كلهم يروى وأفتى محمد بتحريم ما قد قل وهو المحرر

قلت : وفى طلاق البزازية : وقال محمد ما أسكر كثيره فقليله حرام ، وهونجس أيضا ،

فلا تحرم كغيرها اتفاقا (قوله وبه يفتى) أى بقول محمد ،وهوقول الأئمة الثلاثة لقوله عليه الصلاة والسلام «كل مسكر خمروكل مسكر حرام » رواه مسلم ، وقوله عليه الصلاة والسلام «ما أسكر كثيره فقليله حرام» رواه أحمد وابن ماجه والدارقطنى وصححه (قوله غيره) كصاحب الملتقى والمواهب والكفاية والنهاية والمعراج [و]شرح المجمع وشرح درر البحار والقهستانى والعينى ، حيث قالوا الفتوى فى زماننا بقول محمد لغلبة الفساد . وعلل بعضهم بقوله لأن الفساق يجتمعون على هذه الأشربة ويقصدون اللهو والسكر بشربها .

أقول : الظاهر أن مرادهم التحريم مطلقا وسد الباب بالكلية وإلا فالحرمة عند قصد اللهو ليست محل الخلاف بل متفق عليها كما مر ويأتى ، يعنى لما كان الغالب فى هذه الأزمنة قصد اللهو لا التقوى على الطاعة منعوا من ذلك أصلا تأمل (قوله وذكر) أى فى كتاب الحدود ونصه : وفى العمادية حكى عن صدر الإسلام أبى اليسر البزدوى أنه وجد رواية عن أصحابنا جميعا أنه يجب الحد ، فإن الحد إنما يجب فى سائر الأنبذة عندهما ، وإن كان حلالا شربه فى الإبتداء ، لأن مايقع به السكر حرام والسكر سبب الفساد ، فوجب الحد ليتزجروا عن شربه فيرتفع الفساد ، وهذا المعنى موجود فى هذه الأشربة اهـ أى الأشربة المتخذة من الحبوب المذكورة قبل هذه العبارة .

وحاصله أنهما حيث حللا الأنبذة وأوجبا الحد بالقدح المسكر منها لزم منه وجوب الحد بالسكر من باقى الأشربة كما هو قول محمد (قوله إنه مروى) يوهم أن الضمير راجع لتحريم الأشربة قليلها وكثيرها وليس كذلك ، بل هو راجع للحد بالسكر منها كما علمت ، ولا يلزم من وجوب الحد بما يقع به السكر أن يحرم القليل والكثير كما لايخفى (قوله لمن من مسكر الحب يسكر) من موصولة والثانية بيانية (١) والحب جنس : أى يسكر من مسكر الحبوب. وحكم ما كان من غير أصل الخمر وهو الزبيب والعنب والتمر كذلك ش (قوله وفى طلاق البزازية) الأولى حذف طلاق ، لأن قوله ما أسكر كثيره فقليله حرام وهو نجس لم يذكره فى كتاب الطلاق بل فى كتاب الأشربة (قوله وقال محمد الخ) أقول : الظاهر أن هذا خاص بالأشربة المائعة دون الجامد كالبنج والأفيون ، فلا يحرم قليلها بل كثيرها المسكر ، وبه صرح ابن حجر فى التحفة وغيره ، وهو مفهوم من كلام أئمتنا لأنهم عدوها من الأدوية المباحة وإن حرم السكر منها بالاتفاق كما نذكره ، ولم نر أحدا قال بنجاستها ولا بنجاسة نحو الزعفران مع أن كثيره مسكر ، ولم يحرموا أكل قليله أيضا ، ويدل عليه أنه لايحد بالسكر منها كما يأتى ، بخلاف المائعة فإنه يحد ، ويدل عليه أيضا قوله فى غرر الأفكار : وهذه الأشربة عند محمد وموافقيه كخمر بلا تفاوت فى الأحكام ، وبهذا يفتى فى زماننا اهـ فخص الخلاف بالأشربة ، وظاهر قوله بلا تفاوت أن نجاستها غليظة فتنبه ، لكن يستثنى منه الحد فإنه لايجب إلا بالسكر ، بخلاف الخمر .

والحاصل أنه لايلزم من حرمة الكثير المسكر حرمة قليله ولا نجاسته مطلقا إلا فى المائعات لمعنى خاص بها ؛ أما الجامدات فلا يحرم منها إلا الكثير المسكر ، ولايلزم من حرمته نجاسته كالسم القاتل فإنه حرام مع أنه ظاهر ،

---

(١) (قوله والثانية بيانية) لعل الصواب ابتدائية ، لأن ضابط من البيانية وهو كون مابعدها أخص مما قبلها مبين له لايتأتى هنا كما لايخفى اهـ .

ولو سكر منها المختار فى زماننا أنه يحد :

زاد فى الملتقى : ووقوع طلاق من سكر منها تابع للحرمة ، والكل حرام عند محمد وبه يفتى ، والخلاف إنما هو عند قصد التقوى ؛ أما عند قصد التلهى فحرام إجماعا اهـ ، وتمامه فيما علقته عليه .

زاد القهستانى : إن لبن الإبل إذا اشتد لم يحل عند محمد خلافا لهما ، والسكر منه حرام بلا خلاف ، والحد والطلاق على الخلاف ، وكذا لبن الرماك : أى الفرسة إذا اشتد لم يحل ، وصحح فى الهداية حله . وفى الخزانة أنه يكره تحريما عند عامة المشايخ على قوله :

هذا ما ظهر لفهمى القاصر ، وسنذكر ما يؤيده ويقويه ويشيده (قوله ولو سكر منها الخ) ظاهره أنه لا يحد بالقليل منها الذى لايحصل به الإسكار ، وهو ظاهر قول الهداية وغيرها . وعن محمد أنه حرام ، ويحد شاربه إذا سكر منه ، ويقع طلاقه كما فى سائر الأشربة المحرمة اهـ وهو مقتضى قول المصنف أيضا فيما مر : ويحد شارب غيرها : أى غير الخمر إن سكر (قوله وبه يفتى) أى بتحريم كل الأشربة ، وكذا بوقوع الطلاق : قال فى النهر : وفى الفتح : وبه يفتى لأن السكر من كل شراب حرام ، وعندهما لايقع بناء على أنها حلال ، وصححه فى الخانية (قوله والخلاف) أى فى إباحة الشرب من الأشربة الأربعة .

قال فى المعراج : سئل أبو حفص الكبير عنه فقال : لايحل ، فقيل له : خالفت أبا حنيفة وأبا يوسف ، فقال : إنهما يحلانه للاستمراء والناس فى زماننا يشربون للفجور والتلهى . وعن أبى يوسف لو أراد السكر فقليله وكثيره حرام ، وقعوده لذلك حرام ، ومشيه إليه حرام اهـ . زاد فى الدر المنتقى عن القهستانى : ويحد به وإن لم يسكر كما فى المضمرات وغيرها اهـ :

أقول : هو مخالف لما ذكرناه آنفا من تقييد الحد بالسكر ، ولعل صوابه إن سكر فليتأمل (قوله وتمامه الخ) حيث قال : وصحح غير واحد قولهما ، وعلله فى المضمرات فإن الخمر موعودة فى العقبى فينبغى أن يحل من جنسها فى الدنيا أنموذج ترغيبا اهـ (قوله على الخلاف) أى يثبتان عند محمد لاعندهما (قوله أى الفرسة) صرح فى جامع اللغة بأنه لايقال فرسة ، فالأولى أن يقال أى الإناث من الخيل اهـ ح (قوله لم يحل) أى عند الإمام (١) قهستانى (قوله على قوله) أى قول الإمام . وفى الخانية وغيرها : لبن المأكول حلال ، وكذا لبن الرماك عندهما ، وعنده يكره . قال بعضهم تنزيها . وقال السرخسى : إنه مباح كالبنج ، وعامتهم قالوا : يكره تحريما ، لكن لايحد وإن زال عقله ، كما لو زال بالبنج يحرم ، ولا حد فيه اهـ ؛ زاد فى البزازية وأكثر العلماء على أنه تنزيه اهـ وهو الموافق لما قدمناه فى الذبائح فراجعه :

ثم قال فى الخانية : وإن زال عقله بالبنج ولبن الرماك لاتنفذ تصرفاته . وعن أبى حنيفة : إن علم حين تناوله أنه بنج يقع طلاقه وإلا فلا . وعندهما لايقع مطلقا ، وهو الصحيح ، وكذا لو شرب شرابا حلوا فلم يوافقه فزال عقله فطلق ، قال محمد لايقع وعليه الفتوى اهـ وهذا إذا لم يقصد به المعصية وإلا فيقع طلاقه كما يأتى عن البحر ؛ وفى شرح الوهبانية : والصحيح من مذهب الصاحبين جواز شربه : أى لبن الرماك ولا يحد شاربه إذا سكر منه على الصحيح ، اللهم إلا أن يجتمع عليه كما علل فيما قدمناه اهـ أى إلا أن يشربه للهو والمعصية ، ثم هذا كله مخالف لما ذكره القهستانى ، إلا أن يقال إن هذا فى غير المشتد ، وكلام القهستانى فى المشتد ، وبه يشعر كلام الهداية حيث قال فى تعليل حل لبن الرماك : لأن كراهية لحمه لإحترامه أو لئلا يؤدى إلى قطع مادة الجهاد فلا

---

(١) (قوله أى عند الإمام الخ) قال شيخنا : ليس فى عبارة القهستانى ذكر الإمام بل عبارته لم يحل عنده ، وظاهر هذه العبارة أن الضمير عائد على محمد فإنه المذكور قبل وهو الموافق للمسألة قبلها ، إذ هو مقتضى التشبيه بكذا اهـ

(وحل الانتباذ) اتخاذ النبيذ (فى الدباء) جمع دباءة وهو القرع (والحنتم) جرة خضراء (والمزفت) المطلى بالزفت : أى القير (والنقير) الخشبة المنقورة ، وما ورد من النهى نسخ .

(وكره شرب دردى الخمر) أى عكره (والامتشاط) بالدردى لأن فيه أجزاء الخمر ، وقليله ككثيره كما مر (و) لكن (لايحد شاربه) عندنا (بلا سكر) وبه يحد إجماعا .

(ويحرم أكل البنج والحشيشة)

يتعدى إلى لبنه اه . أو يقال هذا فيما إذا لم يقصد به المعصية وكلام القهستانى إذا قصدها كما قدمناه عن ابن الشحنة ويأتى مثله عن البحر فليتأمل (قوله فى الدباء) بالضم والمد قهستانى : أى مع التشديد (قوله جمع باءة) بالمد اهـ ح (قوله والحنتم) بفتح الحاء والتاء وسكون النون بينهما قهستانى (قوله جرة خضراء) كذا فسره فى القاموس : وفى المغرب : الحنتم الخزف الأخضر أو كل خذف . وعن أبى عبيدة : هى جرار حمر يحمل فيها الخمر إلى المدينة الواحدة حنتمة (قوله وما ورد من النهى نسخ) أى بقوله عليه الصلاة والسلام «كنت نهيتكم عن الإنتباذ فى الدباء والحنتم والمزفت والنقير فانتبذوا فيها واشربوا فى كل ظرف فإن الظرف لايحل شيئا ولا يحرمه ، ولاتشربوا المسكر » وهذا حجة على مالك وأحمد فى رواية غرر الأفكار . قال شيخ الإسلام : فى مبسوطه : إنما نهى عن هذه الأوعية على الخصوص لأن الأنبذة تشتد بهذه الظروف أكثر ماتشتد فى غيره ، يعنى فصاحبها على خطر من الوقوع فى شرب المحرم عناية (قوله وكره) عبر فى النقاية كالزاهدى بقوله وحرم . قال القهستانى : وإنما آثر الحرمة على الكراهة الواقعة فى عبارة كثير من المتون لأنه أراد التنبيه على المراد الدال عليه كلام الهداية (قوله أى عكره) بفتحتين ويسكن قاموس . ودردى الشىء : مايبقى أسفله قهستانى (قوله والامتشاط) إنما خصه لأن له تأثيرا فى تحسين الشعر نهاية (قوله عندنا) وقال الشافعى : يحد لأنه شرب جزءا من الخمر .

ولنا أن قليله لايدعو إلى كثيره لما فى الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا فأشبه غير الخمر من الأشربة ولاحد فيها إلا بالسكر ولأن الغالب عليه الثقل فصار كما إذا غلب عليه الماء بالإمتزاج هداية (قوله ويحرم أكل البنج) هو بالفتح : نبات يسمى فى العربية شيكران ، يصدع ويسبت ويخلط العقل كما فى التذكرة للشيخ داود : زاد فى القاموس : وأخبثه الأحمر ثم الأسود وأسلمه الأبيض ، وفيه : السبت يوم الأسبوع ، والرجل الكثير النوم ، والمسبت : الذى لايتحرك ، وفى القهستانى : هو أحد نوعى شجر القنب ، حرام لأنه يزيل العقل ، وعليه الفتوى ، بخلاف نوع آخر منه فإنه مباح كالأفيون لأنه وإن اختل العقل به لايزول ، وعليه يحمل مافى الهداية وغيرها من إباحة البنج كما فى شرح اللباب اهـ .

أقول : هذا غير ظاهر ، لأن مايخل العقل لايجوز أيضا بلا شبهة فكيف يقال إنه مباح : بل الصواب أن مراد صاحب الهداية وغيره إباحة قليله للتداوى ونحوه ومن صرح بحرمته أراد به القدر المسكر منه ، يدل عليه مافى غاية البيان عن شرح شيخ الإسلام : أكل قليل السقمونيا والبنج مباح للتداوى ، ومازاد على ذلك إذا كان يقتل أو يذهب العقل حرام اهـ فهذا صريح فيما قلناه مؤيد لما سبق بحثناه من تخصيص مامر من أن ما أسكر كثيره حرم قليله بالمائعات ، وهكذا يقول فى غيره من الأشياء الجامدة المضرة فى العقل أو غيره ، يحرم تناول القدر المضر منها دون القليل النافع ، لأن حرمتها ليست لعينها بل لضررها . وفى أول طلاق البحر : من غاب عقله بالبنج والأفيون يقع طلاقه إذا استعمله للهو وإدخال الآفات قصدا لكونه معصية ، وإن كان للتداوى فلا لعدمها ، كذا فى فتح القدير ، وهو صريح فى حرمة البنج والأفيون لا للدواء . وفى البزازية : والتعليل ينادى بحرمته لا للدواء اهـ كلام البحر : وجعل فى النهر هذا التفصيل هو الحق .

هى ورق القنّب (والأفيون) لأنه مفسد للعقل ويصد عن ذكر الله وعن الصلاة (لكن دون حرمة الخمر، فإن أكل شيئا من ذلك لا حد عليه وإن سكر) منه (بل يعذر بما دون الحد) كذا فى الجوهرة، وكذا تحرم جوزة الطيب لكن دون حرمة الحشيشة قاله المصنف.

ونقل عن الجامع وغيره أن من قال بحل البنج والحشيشة فهو زنديق مبتدع؛

والحاصل أن استعمال الكثير المسكر منه حرام مطلقا كما يدل عليه كلام الغاية. وأما القليل، فإن كان للهو حرم، وإن سكر منه يقع طلاقه لأن مبدأ استعماله كان محظورا، وإن كان للتداوى وحصل منه إسكار فلا، فاغتنم هذا التحرير المفرد.

بقى هنا شىء لم أر من نبه عليه عندنا، وهو أنه إذا اعتاد أكل شىء من الجامدات التى لا يحرم قليلها ويسكر كثيرها حتى صار يأكل منها القدر المسكر ولا يسكره سواء أسكره فى ابتداء الأمر أولا، فهل يحرم عليه استعماله نظرا إلى أنه يسكر غيره أو إلى أنه قد أسكره قبل اعتياده أم لا يحرم نظرا إلى أنه طاهر مباح، والعلة فى تحريمه الإسكار ولم يوجد بعد الإعتياد وإن كان فعله الذى أسكره قبله حراما، كمن اعتاد أكل شىء مسموم حتى صار يأكل ما هو قاتل عادة ولا يضره كما بلغنا عن بعضهم فليتأمل، نعم صرح الشافعية بأن العبرة لما يغيب العقل بالنظر لغالب الناس بلا عادة (قوله وهى ورق القنب) قال ابن البيطار. ومن القنب الهندى نوع يسمى بالحشيشة يسكر جدا إذا تناول منه يسيرا قدر درهم، حتى أن من أكثر منه أخرجه إلى حد الرعونة، وقد استعمله قوم فاختلت عقولهم وربما قتلت، بل نقل ابن حجر عن بعض العلماء أن فى أكل الحشيشة مائة وعشرين مضرة دينية ودنيوية، ونقل عن ابن تيمية أن من قال بحلها كفر. قال: وأقره أهل مذهبه اهـ وسيأتى مثله عندنا (قوله والأفيون) هو عصارة الخشخاش، يكرب ويسقط الشهوتين إذا تمودى عليه، ويقتل إلى درهمين، ومتى زاد أكله على أربعة أيام ولاءا اعتاده بحيث يفضى تركه إلى موته لأنه يخرق الأغشية خروقا لا يسدها غيره، كذا فى تذكرة داود (قوله لأنه مفسد للعقل) حتى يصير للرجل فيه خلاعة وفساد جوهرة (قوله وإن سكر) لأن الشرع أوجب الحد بالسكر من المشروب لا المأكول إتقانى (قوله كذا فى الجوهرة) الإشارة إلى قوله ويحرم أكل البنج الخ (قوله وكذا تحرم جوزة الطيب) وكذا العنبر والزعفران كما فى الزواجر لابن حجر المكى، وقال: فهذه كلها مسكرة، ومرادهم بالإسكار هنا تغطية العقل لا مع الشدة المطربة لأنها من خصوصيات المسكر المائع، فلا ينافى أنها تسمى مخدرة، فما جاء فى الوعيد على الخمر يأتى فيها لاشتراكهما فى إزالة العقل المقصود للشارع بقاؤه اهـ.

أقول: ومثله زهر القطن فإنه قوى التفريح يبلغ الإسكار كما فى التذكرة، فهذا كله ونظائره يحرم استعمال القدر المسكر منه دون القليل كما قدمناه فافهم، ومثله بل أولى البرش وهو شىء مركب من البنج والأفيون وغيرهما، ذكر فى التذكرة أن إدمانه يفسد البدن والعقل، ويسقط الشهوتين، ويفسد اللون، وينقص القوى، وينهك وقد وقع به الآن ضرر كثير اهـ (قوله قاله المصنف) وعبارته: ومثل الحشيشة فى الحرمة جوزة الطيب فقد أفتى كثير من علماء الشافعية بحرمتها، وممن صرح بذلك منهم ابن حجر نزيل مكة فى فتاواه والشيخ كمال الدين ابن أبى شريف فى رسالة وضعها فى ذلك، وأفتى بحرمتها الأقصراوى من أصحابنا، وقفت على ذلك بخطه الشريف لكن قال حرمتها دون حرمة الحشيش، والله أعلم اهـ.

أقول: بل سيذكر الشارح حرمتها عن المذاهب الأربعة (قوله عن الجامع) أى جامع الفتاوى (قوله والحشيشة) عبارة المصنف وهو الحشيشة (قوله فهو زنديق مبتدع) قال فى البحر: وقد اتفق على وقوع طلاقه: أى آكل

بل قال نجم الدين الزاهدى : إنه يكفر ويباح قتله .

قلت : ونقل شيخنا النجم الغزى الشافعى فى شرحه على منظومة أبيه البدر المتعلقة بالكبائر والصغائر عن ابن حجر المكى أنه صرح بتحريم جوزة الطيب بإجماع الأئمة الأربعة وأنها مسكرة . ثم قال شيخنا النجم : والتتن الذى حدث وكان حدوثه بدمشق فى سنة خمسة عشر بعد الألف يدعى شاربه أنه لايسكر وإن سلم له فإنه مفتر

الحشيش فتوى مشايخ المذهبين الشافعية والحنفية القواهم بحرمته وتأديب باعته ، حتى قالوا : من قال بحله فهو زنديق كذا فى المبتغى بالمعجمة وتبعه المحقق فى فتح القدير اهـ (قوله بل قال نجم الدين الزاهدى الخ) هذا ذكره المصنف نقلا عن خط بعض الأفاضل . ورده الرملى بأنه لا التفات إليه ولا تعويل عليه ، إذ الكفر بإنكار القطعيات وهو ليس كذلك اهـ ملخصا .

أقول : ويؤيده مامر منا من أن الأشربة الأربعة المحرمة حرمتها دون حرمة الخمر فلايكفر مستحلها ، فعلى هذا يشكل أيضا الحكم عليه بأنه زنديق مع أنه أقره فى الفتح والبحر وغيرها ، والزنديق يقتل ولا تقبل توبته ، لكن رأيت فى الزواجر لابن حجر مانصه : وحكى القرافى وابن تيمية الإجماع على تحريم الحشيشة . قال : ومن استحلها فقد كفر . قال : وإنما لم يتكلم فيها الأئمة الأربعة لأنها لم تكن فى زمنهم ، وإنما ظهر فى آخر المائة السادسة وأول المائة السابعة حين ظهرت دولة التتار اهـ بحروفه فليتأمل (قوله والتتن الخ) أقول : قد اضطربت آراء العلماء فيه ، فبعضهم قال بكراهته ، وبعضهم قال بحرمته ، وبعضهم بإباحته ، وأفردوه بالتأليف . وفى شرح الوهبانية للشرنبلالى :

ويمنع من بيع الدخان وشربه وشاربه فى الصوم لا شك يفطر

وفى شرح العلامة الشيخ إسماعيل النابلسى والد سيدنا عبد الغنى على شرح الدرر بعد نقله أن للزوج منع الزوجة من أكل الثوم والبصل وكل ما ينتن الفم . قال : ومقتضاه المنع من شربها التتن لأنه ينتن الفم خصوصا إذا كان الزوج لا يشربه أعاذنا الله تعالى منه . وقد أفتى بالمنع من شربه شيخ مشايخنا المسيرى وغيره اهـ . وللعلامة الشيخ على الأجهورى المالكى رسالة فى حله نقل فيها أنه أفتى بحله من يعتمد عليه من أئمة المذاهب الأربعة .

قلت : وألف فى حله أيضا سيدنا العارف عبد الغنى النابلسى رسالة سماها [الصلح بين الإخوان فى إباحة شرب الدخان] وتعرض له فى كثير من تآليفه الحسان ، وأقام الطامة الكبرى على القائل بالحرمة أو بالكراهة فإنهما حكمان شرعيان لابد لهما من دليل ولادليل على ذلك فإنه لم يثبت إسكاره ولا تفتيره ولا إضراره ، بل ثبت له منافع ، فهو داخل تحت قاعدة الأصل فى الأشياء الإباحة وأن فرض إضراره للبعض لا يلزم منه تحريمه على كل أحد ، فإن العسل يضر بأصحاب الصفراء الغالبة وربما أمرضهم مع أنه شفاء بالنص القطعى ، وليس الاحتياط فى الافتراء على الله تعالى بإثبات الحرمة أو الكراهة اللذين لابد لهما من دليل بل فى القول بالإباحة التى هى الأصل : وقد توقف النبى صلى الله عليه وسلم مع أنه هو المشرع فى تحريم الخمر أم الخبائث حتى نزل عليه النص القطعى ، فالذى ينبغى للإنسان إذا سئل عنه سواء كان ممن يتعاطاه أولا كهذا العبد الضعيف وجميع من فى بيته أن يقول هو مباح ، لكن رائحته تستكرهها الطباع ، فهو مكروه طبعا لا شرعا إلى آخر ما أطال به رحمه الله تعالى ، وهذا الذى يعطيه كلام الشارح هنا حيث أعقب كلام شيخه النجم بكلام الأشباه وبكلام شيخه العمادى وإن كان فى الدر المنتقى جزم بالحرمة ، لكن لا لذاته بل لورود النهى السلطانى عن استعماله ويأتى الكلام فيه (قوله فإنه مفتر) قال فى القاموس : فتر جسمه فتورا لانت مفاصله وضعف ، والفتار كغراب ابتداء النشوة ،

وهو حرام لحديث أحمد عن أم سلمة قالت « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كل مسكر ومفتر » قال : وليس من الكبائر تناوله المرة والمرتين ، ومع نهى ولى الأمر عنه حرم قطعا ، على أن استعماله ربما أضر بالبدن ، نعم الإصرار عليه كبيرة كسائر الصغائر اه بحروفه .

وفى الأشباه فى قاعدة : الأصل الإباحة أو التوقف ، ويظهر أثره فيما أشكل حاله كالحيوان المشكل أمره والنبات المجهول سمته اه .

قلت : فيفهم منه حكم النبات الذى شاع فى زماننا المسمى بالتتن فتنبه ، وقد كرهه شيخنا العمادى فى هديته

وأفتر الشراب فتر شاربه (قوله وهو حرام) مخالف لما نقل عن الشافعية فإنهم أوجبو على الزوج كفايتها منه اه أبو السعود فذكروا أن ما ذهب إليه ابن حجر ضعيف ، والمذهب كراهة التنزيه إلا لعارض : وذكروا أنه إنما يجب للزوجة على الزوج إذا كان لها اعتياد ولا يضرها تركه فيكون من قبيل التفكه ، أما إذا كانت تتضرر بتركه فيكون من قبيل التداوى وهو لايلزمه ط (قوله ومع نهى ولى الأمر عنه الخ) قال سيدى العارف عبد الغنى : ليت شعرى أى أمر من أمر به يتمسك به أمره الناس بتركه أم أمره بإعطاء المكس عليه ، وهو فى الحقيقة أمر باستعماله على أن المراد من أولى الأمر فى الآية العلماء فى أصح الأقوال كما ذكره العينى فى آخر مسائل شتى من شرح الكنز . وأيضا هل منع السلاطين الظلمة المصرين على المصادرات وتضييع بيوت المال وإقرارهم القضاة وغيرهم على الرشوة والظلم يثبت حكما شرعيا . وقد قالوا : من قال لسلطان زماننا عادل كفر اه ملخصا .

أقول : مقتضاه أن أمراء زماننا لايفيد أمرهم الوجوب ، وقد صرحوا فى متفرقات القضاء عند قول المتون أمرك قاض برجم أو قطع أو ضرب قضى فيه وسعك فعله بقولهم لوجوب طاعة ولى الأمر . قال الشارح هناك : ومنعه محمد حتى يعاين الحجة ، واستحسنوه فى زماننا وبه يفتى الخ .

وذكر العلامة البيرى فى أواخر شرحه على الأشباه أن من شروط الإمامة : أن يكون عدلا بالغا أمينا ورعا ذكرا موثوقا به فى الدماء والفروج والأموال ، زاهدا متواضعا مسايسا فى موضع السياسة : ثم إذا وقعت البيعة من أهل الحل والعقد من مع صفته ما ذكر صار إماما يفترض إطاعته كما فى خزانة الأكمل .

وفى شرح الجواهر : تجب إطاعته فيما أباحه الشرع ، وهو ما يعود نفعه على العامة ، وقد نصوا فى الجهاد على امتثال أمره فى غير معصية . وفى التاترخانية : إذا أمر الأمير العسكر بشىء فعصاه واحد لا يؤديه فى أول وهلة بل ينصحه ، فإن عاد بلا عذر أدبه اه ملخصا . وأخذ البيرى من هذا أنه لو أمر بصوم أيام الطاعون ونحوه يجب امتثاله .

أقول : وظاهر عبارة خزانة الفتاوى لزوم إطاعة من استوفى شروط الإمامة ، وهذا يؤيد كلام العارف قدس سره ، لكن فى حاشية الحموى ما يدل على أن هذه الشروط لرفع الإثم لا لصحة التولية فراجعه (قوله ربما أضر بالبدن) الواقع أنه يختلف باختلاف المستعملين ط (قوله الأصل الإباحة أو التوقف) المختار الأول عند الجمهور من الحنفية والشافعية كما صرح به المحقق ابن الهمام فى تحرير الأصول (قوله فيفهم منه حكم النبات) وهو الإباحة على المختار أو التوقف . وفيه إشارة إلى عدم تسليم إسكاره وتفتيره وإضراره ، وإلا لم يصح إدخاله تحت القاعدة المذكورة ولذا أمر بالتنبه (قوله وقد كرهه شيخنا العمادى فى هديته) أقول : ظاهر كلام العمادى أنه مكروه تحريما ويفسق متعاطيه ، فإنه قال فى فصل الجماعة : ويكره الاقتداء بالمعروف بأكل الربا أو شىء من المحرمات ، أو يداوم الإسرار على شىء من البدع المكروهات كالدخان المبتدع فى هذا الزمان ولا سيما بعد صدور منع السلطان اه . ورد عليه سيدنا عبد الغنى فى شرح الهدية بما حاصله ما قدمناه ، فقول الشارح إلحاقا

إلحاقا له بالثوم والبصل بالأولى فتدبر ، وممن جزم بحرمة الحشيشة شارح الوهبانية فى الحظر ، ونظمه فقال :

وأفتوا بتحريم الحشيش وحرقه ... وتطليق محتش لزجر وقرروا
لبائعه التأديب والفسق أثبتوا ... وزندقة للمستحل وحرروا

كتاب الصيد

لعل مناسبته أن كلا منهما مما يورث السرور (هو مباح) بخمسة عشر شرطا مبسوطة فى العناية ، وسنقرره

له بالثوم والبصل فيه نظر ، إذ لا يناسب كلام العمادى ، نعم إلحاقه بما ذكر هو الإنصاف . قال أبوالسعود : فتكون الكراهة تنزيهية ، والمكروه تنزيها يجامع الإباحة اه . وقال ط : ويؤخذ منه كراهة التحريم فى المسجد للنهى الوارد فى الثوم والبصل وهو ملحق بهما ، والظاهر كراهة تعاطيه حال القراءة لما فيه من الإخلال بتعظيم كتاب الله تعالى اه (قوله وممن جزم الخ) قد علمت إجماع العلماء على ذلك .

[تتمة] لم يتكلم على حكم قهوة البن، وقد حرمها بعضهم ولا وجه له كما فى تبيين المحارم وفتاوى المصنف وحاشية الأشباه للرملى . قال شيخ الشارح النجم الغزى فى تاريخه فى ترجمة أبى بكر بن عبد الله الشاذلى المعروف بالعيدروس : أنه أول من اتخذ القهوة لما مر فى سياحته بشجر البن فاقتات من ثمره ، فوجد فيه تجفيفا للدماغ واجتلابا للسهر وتنشيطا للعبادة ، فاتخذه قوتا وطعاما وأرشد أتباعه إليه، ثم انتشرت فى البلاد . واختلف العلماء فى أول القرن العاشر ، فحرمها جماعة ترجح عندهم أنها مضرة آخرهم بالشام والد شيخنا العيتاوى والقطب ابن سلطان الحنفى وبمصر أحمد بن أحمد بن عبد الحق السنباطى تبعا لأبيه ، والأكثرون إلى أنها مباحة ، وانعقد الإجماع بعدهم على ذلك . وأما ما ينضم إليها من المحرمات فلا شبهة فى تحريمه اه ملخصا .

[خاتمة] سئل ابن حجر المكى عمن ابتلى بأكل نحو الأفيون وصار إن لم يأكل منه هلك . فأجاب : إن علم ذلك قطعا حل له ، بل وجب لاضطراره إلى إبقاء روحه كالميتة للمضطر ، ويجب عليه التدريج فى تنقيصه شيئا فشيئا حتى يزول تولع المعدة به من غير أن تشعر ، فإن ترك ذلك فهو آثم فاسق اه ملخصا . قال الرملى : وقواعدنا لا تخالفه .

[فرع] قدمنا فى الحظر والإباحة عن التاترخانية أنه لا بأس بشرب ما يذهب بالعقل لقطع نحو أكله .

أقول : ينبغى تقييده بغير الخمر ، وظاهره أنه لا يتقيد بنحو بنج من غير المائع ، وقيده به الشافعية ، والله تعالى أعلم .

كتاب الصيد

مصدر صاده : إذا أخذه فهو صائد وذاك مصيد ويسمى المصيد صيدا فيجمع صيودا وهو كل ممتنع متوحش طبعا لا يمكن أخذه إلا بحيلة مغرب ، فخرج بالممتنع مثل الدجاج والبط ، إذ المراد منه أن يكون له قوائم أو جناحان يملك عليهما ويقدر على الفرار من جهتهما ، وبالمتوحش مثل الحمام إذ معناه أن لا يألف الناس ليلا ونهارا ، وبطبعا ما يتوحش من الأهليات فإنها لا تحل بالاصطياد وتحل بذكاة الضرورة ودخل به متوحش يألف كالظبى لا يمكن أخذه إلا بحيلة ، وتمامه فى القهستانى : أى فالظبى وإن كان مما يألف بعد الأخذ إلا أنه صيد قبله يحل بالاصطياد ، ودخل فيه ما لا يؤكل كما يأتى (قوله مما يورث السرور) وقيل الغفلة واللهو ، لحديث « من اتبع الصيد فقد غفل » وفى السعدية ولأن الصيد من الأطعمة ، ومناسبتها للأشربة غير خفية ، وكل منها فيه ما هو حلال وحرام (قوله بخمسة عشر شرطا) خمسة فى الصائد : وهو أن يكون من أهل الذكاة ، وأن

فى أثناء المسائل (إلا) لمحرم فى غير الحرم أو (للتلهى) كما هو ظاهر (أو حرفة) على ما فى الأشباه .

قال المصنف : وإنما زدته تبعا له ، وإلا فالتحقيق عندى إباحة اتخاذه حرفة لأنه نوع من الاكتساب، وكل أنواع الكسب فى الإباحة سواء على المذهب الصحيح كما فى البزازية وغيرها .

(نصب شبكة للصيد ملك ما تعقل بها ، بخلاف ما إذا نصبها للجفاف) فإنه لايملك ما تعقل بها (وإن وجد المقلش أو غيره (خاتما أو دينارا مضروبا) بضرب أهل الإسلام (لا) يملكه ويجب تعريفه :

يوجد منه الإرسال ، وأن لا يشاركه فى الإرسال من لايحل صيده ، وأن لايترك التسمية عامدا ، وأن لايشتغل بين الإرسال والأخذ بعمل آخر . وخمسة فى الكلب : أن يكون معلما ، وأن يذهب على سنن الإرسال ، وأن لا يشاركه فى الأخذ ما لا يحل صيده ، وأن يقتله جرحا ، وأن لايأكل منه . وخمسة فى الصيد : أن لا يكون من الحشرات ، وأن لا يكون من بنات الماء إلا السمك ، وأن يمنع نفسه بجناحيه أو قوائمه ، وأن لا يكون متقويا بنابه أو بمخلبه ، وأن يموت بهذا قبل أن يصل إلى ذبحه اه . وفيه بحث مذكور مع جوابه فى المنح ، ومجموع هذه الشروط لما يحل أكله ولم يدركه حيا (قوله فى غير الحرم) الأولى أن يقول أو فى الحرم ليشمل الصور الثلاث وهى صيد المحرم فى الحل أو الحرم أو الحلال فى الحرم (قوله كما هو ظاهر) لأن مطلق اللهو منهى عنه إلا فى ثلاث كما مر فى الحظر (قوله على ما فى الأشباه) أى أخذا مما فى البزازية من أنه مباح إلا للتلهى أو حرفة . وفى مجمع الفتاوى : ويكره للتلهى ، وأن يتخذه حرفة وأقره فى الشرنبلالية (قوله لأنه نوع من الاكتساب) وبذلك استدل فى الهداية على إباحة الاصطياد بعد استدلاله عليه بالكتاب والسنة والإجماع ، وأقره الشراح (قوله وكل أنواع الكسب الخ) أى أنواعه المباحة ، بخلاف الكسب بالربا والعقود الفاسدة ونحو ذلك (قوله على المذهب الصحيح) قال بعده فى التاترخانية . وبعض الفقهاء قالوا : الزراعة مذمومة ، والصحيح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء : ثم اختلفوا فى التجارة والزراعة أيهما أفضل. وأكثر مشايخنا على أن الزراعة أفضل اه وفى الملتقى والمواهب : أفضله الجهاد ، ثم التجارة ، ثم الحراثة ، ثم الصناعة اه .

أقول : فالمراد من قولهم كل أنواع الكسب فى الإباحة سواء أنها بعد إن لم تكن بطريق محظور لايذم بعضها وإن كان بعضها أفضل من بعض تأمل :

ثم إن كل نوع منها تارة يتخذه الإنسان حرفة ومعاشا وتارة يفعله وقت الحاجة فى بعض الأحيان ، وحيث كان الاصطياد نوعا منها دل على إباحة اتخاذه حرفة ولا سيما مع إطلاق الأدلة . وعبارات المتون : والكراهة لابد لها من دليل خاص ، وماقيل إن فيه إزهاق الروح وهو يورث قسوة القلب لايدل على الكراهة ، بل غايته أن غيره كالتجارة والحراثة أفضل منه .

وفى التاترخانية قال أبو يوسف : إذا طلب الصيد لهوا ولعبا فلا خير فيه وأكرهه ، وإن طلب منه ما يحتاج إليه من بيع أو إدام أو حاجة أخرى فلا بأس به اه (قوله تعقل) بتقديم العين المهملة على القاف : أى علق ونشب. قال فى المغرب: وهو مصنوع غير مسموع (قوله وإن وجد المقلش) بالقاف: وهو الذى يفتش المزابل بيده أو بالغربال ليستخرج ما فيها من النقود وغيرها ، والظاهر أنه لفظ عامى غير عربى ، فلتراجع كتب اللغة ، ولا مناسبة لهذه المسألة بباب الصيد ، ومحلها كتاب اللقطة حموى ملخصا : ووجد فى بعض نسخ المنح المفتش (قوله بضرب أهل الإسلام) أما المضروب بضرب الجاهلية فهو ركاز يخمس ، وتقدم أنه إذا اشتبه الضرب يجعل جاهليا ط (قوله ويجب تعريفه) إلى أن يعلم أنه لايطلبه ثم يتصدق به أو ينفقه على نفسه إن كان مصرفا ط

اعلم أن أسباب الملك ثلاثة : ناقل كبيع وهبة وخلافة كإرث وأصالة ، وهو الإستيلاء حقيقة بوضع اليد أو حكما بالتهيئة كنصب شبكة الصيد لا لجفاف على المباح الخالي عن مالك؛ فلو استولى في مفازة على حطب غيره لم يملكه ولم يحل للمفلس ما يجده بلا تعريف ، وتمام التفريع في المطولات :

(ويحل الصيد بكل ذي ناب ومخلب) تقدما في الذبائح (من كلب وباز ونحوهما بشرط قابلية التعليم و) بشرط (كونه ليس بنجس العين) :

ثم فرع على ما مهد من الأصل بقوله (فلا يجوز الصيد بدب وأسد) لعدم قابليتهما التعليم فإنهما لا يعملان للغير ، الأسد لعلو همته ، والدب لخساسته . وألحق بعضهم بالدب الحدأة لخساستها (ولا بخنزير) لنجاسة عينه ، وعليه فلا يجوز بالكلب على القول بنجاسة عينه ، إلا أن يقال إن النص ورد فيه فتنبه :

(قوله ناقل) أي من مالك إلى مالك ، وقوله وخلافة : أي ذو خلافة ، وكذا يقال فيما بعده ط (قوله وهو الاستيلاء حقيقة) شمل إحياء الموات فلا حاجة إلى عده قسما رابعا كما فعل الحموي (قوله كنصب شبكة لصيد لا لجفاف) تبع فيه صاحب الأشباه ، والأولى حذف قوله لصيد ليشمل ما إذا لم يقصد شيئا ، لما في التاترخانية والظهيرية : الاستيلاء الحكمي باستعمال ما هو موضوع للاصطياد ، حتى إن من نصب شبكة فتعقل بها صيد ملكه قصد بها الاصطياد أولا فلو نصبها للتجفيف لا يملكه وإن نصب فسطاطا إن قصد الصيد يملكه وإلا فلا لأنه غير موضوع للصيد اهـ ملخصا فتأمل (قوله على المباح) متعلق بالاستيلاء (قوله عن مالك) أي ملك مالك (قوله على حطب غيره) أي بأن جمعه غيره (قوله ولم يحل الخ) لأنه لم يخل عن ملك مالك (قوله وتمام التفريع) أي على السبب الثالث في المطولات ، منها ما في التاترخانية وغيرها عن المنتقى بالنون : دخل صيد داره فلما رآه أغلق عليه الباب وصار بحال يقدر على أخذه بلا اصطياد بشبكة أو سهم ملكه ، وإن أغلق ولم يعلم به لا يملكه ولو نصب حبالة فوقع فيها صيد فقطعها وانفلت فأخذه آخر ملكه ، ولو جاء صاحب الحبالة ليأخذه ودنا منه بحيث يقدر على أخذه فانفلت لا يملكه الآخذ ، وكذا لو انفلت من الشبكة في الماء قبل الإخراج فأخذه غيره ملكه لا لو رمى به خارج الماء في موضع يقدر على أخذه فوقع في الماء اهـ ملخصا . وفي بعض النسخ ، وتمام التعريف ، وهو غير مناسب كما لا يخفى (قوله تقدما في الذبائح) يشير إلى أن المراد به ما تقدم ، وهو سبع له ناب أو مخلب يصيد به احترازاً عن نحو البعير والحمامة . قال القهستاني : وفيه إشعار بأن ما لا ناب له ولا مخلب لم يحل صيده بلا ذبح لأنه لم يجرح كما في الكرماني (قوله وباز) في الصحاح : البازلغة في البازي الذي يصيد والجمع أبواز وبيزان وجمع البازي بزاة فالأول أجوف ، والثاني ناقص ، فظهر منه لحن قول بعض الفقهاء : البازي بتشديد الياء وتخفيفها كذا في غرر الأفكار : أي حيث جوّزوا فيه التشديد مع أنه لم يسمع (قوله بدب وأسد) ذكر في النهاية الذئب بدل الدب وكذا في المحيط شرنبلالية ، وذكر في الاختيار الثلاثة (قوله لعدم قابليتهما التعليم) حتى لو تصوّر التعلم منهما وعرف ذلك جاز شرنبلالية عن النهاية (قوله وعليه الخ) هو بحث للمصنف ، أي على أن العلة هي نجاسة عينه كما في الهداية (قوله فلا يجوز) الفاء فصيحة : أي وإذا بنينا عدم الجواز في الخنزير على نجاسة عينه فلا يجوز بالكلب بناء على القول بنجاسة عينه أيضا . وذكر في المعراج عن النخعي والحسن البصري وغيرهما أنه لا يجوز بالكلب الأسود البهيم ، لأنه عليه الصلاة والسلام قال وهو شيطان وأمر بقتله ، وما وجب قتله حرم اقتناؤه وتعليمه فلم يبح صيده كغير المعلم . ولنا عموم الآية والأخبار اهـ (قوله وإن النص ورد فيه) وهو قوله عليه الصلاة والسلام لعدي بن حاتم « إذا أرسلت كلبك فاذكر اسم الله تعالى ، فإن أمسك عليك فأدركته قد قتل ولم يأكل منه فكله فإن أخذ الكلب ذكاة » رواه البخاري ومسلم وأحمد

وبه يندفع قول القهستاني : إن الكلب نجس العين عند بعضهم ، والخنزير ليس بنجس العين عند أبي حنيفة على ما في التجريد وغيره فتأمل (بشرط علمهما) علم ذي ناب ومخلب (وذا بترك الأكل) أما الشرب من دم الصيد فلا يضر قهستاني ويأتي (ثلاثا في الكلب) ونحوه (وبالرجوع

(قوله وبه يندفع قول القهستاني) حيث قال : يحل صيد كل ذي ناب ، كالكلب والفهد والنمر والأسد وابن عرس والدب والخنزير وغيرها بشرط العلم . وعن أبي يوسف أنه يستثني منه الخنزير لكونه نجس العين ، والأسد والدب لأنهما لايعملان للغير ، وقد يلحق الحدأة بالدب مضمرات . وفي ظاهر الرواية الشرط قبول التعليم . وما قال السغناقي : إن الأسد والدب لايتصور فيهما التعليم ، فقد صرح بخلافه في البيع ، والخنزير عند الإمام ليس بنجس العين على ما في التجريد وغيره . على أن الكلب نجس العين عند بعضهم ، وقد حل صيده بالاتفاق اه ملخصا :

وحاصله البحث في استثناء الخنزير والأسد والدب . وفي التعليل : لأن الشرط في ظاهر الرواية قبول التعليم فيحل بكل معلم واو خنزيرا ، وكونه نجس العين لايمنع بدليل أن الكلب كذلك عند بعضهم مع أنه لم يقل أحد بعدم حل صيده . ووجه الدفع الذي أفاده الشارح الفاضل أن النص ورد في الكلب وإن قيل بنجاسة عينه فلايلحق به الخنزير .

والحاصل أن هذا الجواب دفع به الشارح شيئين : الأول ما بحثه المصنف من إلحاق الكلب بالخنزير في عدم حل الصيد بناء على القول بنجاسة عين الكلب . والثاني ما بحثه القهستاني من إلحاق الخنزير بالكلب في حل الصيد .

ووجه الأول أن الكلب وإن قيل بنجاسة عينه ، لكن لما ورد النص فيه بخصوصه وجب اتباعه . ووجه الثاني أن الخنزير وإن دخل ظاهرا في عموم قوله تعالى — وما علمتم من الجوارح — لكنه مستثنى لحرمة الانتفاع بنجس العين ، وما ورد به نص بخصوصه حتى يتبع بل أمرنا باجتنابه ، فلا يصح قياسه على الكلب المنصوص عليه ، ولذا جزم باستثنائه المصنف كالهداية والتبيين والبدائع والاختيار ، هذا تقرير كلام الشارح الفاضل وقد خفي على غير واحد ونسبه بعضهم للغفلة وهو برىء عنها والله تعالى دره لعم فاته الجواب عن قول القهستاني : والخنزير ليس بنجس العين ، لكن تركه لظهور أن المذهب خلافه ، والتعليل بنجاسة عينه مبني على ما هو المذهب تأمل (قوله بشرط علمهما) بدليل الحديث المار ، وقوله تعالى - مكلبين - أي معلمين الاصطياد - تعلمونهن - تؤدبوهن ، وتمامه في الزيلعي ، والمناسب الإتيان بالواو عطفا على قوله بشرط التعليم ، ثم إن هذا الشرط مغن عن ذاك (قوله وذا) أي العلم والباء في بترك للتصوير ط (قوله بترك الأكل ثلاثا) أي متواليات قهستاني وهذا عندهما ، وهو رواية عنه لأن فيما دونه مزيد الاحتمال ، فلعله تركه مرة أو مرتين شبعا ، فإذا تركه ثلاثا دل على أنه صار عادة ، وتمامه في الهداية :

ونقل ط عن الحموي : أنه لابد من ترك الأكل مع الجوع لاالشبع فتأمل وعم أكله من الجلد والعظم والجناح والظفر وغيرها كما في قاضي خان وغيره قهستاني : وعند أبي حنيفة لابد أن يغلب على ظن الصائد وأنه معلم ولا يقدر بالثلاث ، ومشى في الكنز والنقاية والاصطلاح ومختصر القدوري على اعتبار التقدير بالثلاث ، وظاهر الملتقى ترجيح ه٥ه٥ . ثم على رواية التقدير عن الإمام يحل ما اصطاده ثالثا ، وعندهما في حل الثالث روايتان ، قال في الخلاصة والبزازية : والأصح الحل (قوله في الكلب ونحوه) أي من كل ذي ناب ، فشمل نحو الفهد والنمر ، وقوله بالرجوع إذا دعوته في البازي ونحوه أي من كل ذي مخلب : قال في الهداية : لأن بدن البازي لايحتمل

إذا دعوته في البازي) ونحوه (و) بشرط (جرحهما في أي موضع منه) على الظاهر وبه يفتى ، وعن الثاني يحل بلا جرح ، وبه قال الشافعي (و) بشرط (إرسال مسلم أو كتابي و) بشرط (التسمية عند الإرسال)

الضرب وبدن الكلب يحتمل فيضرب ليتركه ، ولأن آية التعليم ترك ماهو مألوفه عادة والبازي متوحش متنفر فكانت الإجابة آية تعليمه :

أما الكلب فهو ألوف يعتاد الانتهاب ، فكان آية تعليمه ترك مألوفه وهو الأكل والاستلاب اه . والتعليل الثاني لا يتأتى في الفهد والنمر فإنه متوحش كالبازي مع أن الحكم فيه وفي الكلب سواء ، فالمعتمد هو الأول كفاية عن المبسوط ، ونحوه في العناية والمعراج . وفي التاترخانية عن الكافي : والحكم في الفهد والكلب سواء اه أي لا يشترط فيه إلا ترك الأكل : وفي الاختيار ما يخالفه حيث قال : والفهد ونحوه يحتمل الضرب ، وعادته الافتراس والنفار فيشترط فيه ترك الأكل والإجابة جميعا ، ومثله في الدر وغاية البيان وغيرهما وهو مبني على اعتبار التعليل الثاني :

أقول : ومقتضى اعتماد التعليل الأول ترجيح ما مر فتدبر :

[تنبيه] لم يذكر البازي بكم إجابة يصير معلما فينبغي أن يكون على الاختلاف الذي ذكر في الكلب ، ولو قيل يصير معلما بإجابة واحدة كان له وجه لأن الخوف ينفره بخلاف الكلب زيلعي :

قلت : وفي التاترخانية والذخيرة وغيرهما : إذا فر البازي من صاحبه فدعاه فلم يجبه حتى حكم بكونه جاهلا إذا أجاب صاحبه ثلاث مرات بعد ذلك على الولاء يحكم بتعلمه عندهما . وقال قبله عن المحيط . وأما البازي وما بمعناه فترك الأكل في حقه ليس علامة تعلمه بل أن يجيب صاحبه إذا دعاه ، حتى إذا أكل من الصيد يؤكل صيده . قال بعض مشايخنا : هذا إذا أجاب عند الدعوة لإلفه به من غير أن يطمع في اللحم ، أما إذا كان لايجيب إلا لطمع في اللحم لا يكون معلما اه ومثله في الظهيرية (قوله إذا دعوته) أي دعوت الجارح المعلوم من المقام (قوله وبشرط جرحهما) أي ذي الناب والمخلب (قوله على الظاهر) أي ظاهر الرواية في البدائع الاصطياد بذي ناب أو مخلب كالبازي والشاهين لا يحل ما لم يجرح في ظاهر الرواية : وعن أبي حنيفة وأبي يوسف يحل : زاد في العناية والمعراج وغيرهما والفتوى على ظاهر الرواية :

أقول : وهو ظاهر إطلاق ما في المتون . فما في القهستاني عن النظم من أن البازي والصقر : لو قتلاه خنقا حل بالاتفاق مشكل . وما في الخانية من قوله : ولو أرسل الكلب فأصاب الصيد وكسر عنقه ولم يجرحه أو جثم عليه : أي جلس على صدره وخنقه لا يؤكل . وعن أبي يوسف : لا يشترط الجرح ، والبازي إذا قتل الصيد حل وإن لم يجرح اه : قال بعضهم : وهو على خلاف ظاهر الرواية :

أقول : يؤيده أنه ذكره بعد قوله وعن أبي يوسف ، فما في القهستاني من حمله كلام الخانية على ما في النظم ورده قول ذلك البعض فيه نظر ، لما علمت من مخالفة ما في النظم لظاهر الرواية المفتى به تأمل . وذكر القهستاني أن الإدماء ليس بشرط ، ومنهم من شرطه إن كانت الجراحة صغيرة ، وفيه كلام سيأتي (قوله وبشرط إرسال مسلم أو كتابي) سيأتي محترزه وهو المجوسي والوثني والمرتد ، فلو انفلت من صاحبه فأخذ صيدا فقتله لم يؤكل ، كما لو لم يعلم بأنه أرسله أحد لأنه لم يقطع بوجود الشرط قهستاني وسيأتي (قوله وبشرط التسمية) أي ممن يعقل بخلاف غيره من صبي أو مجنون أو سكران كما في البدائع (قوله عند الإرسال) فالشرط اقتران التسمية به ، فلو تركها عمدا عند الإرسال ثم زجره معها فانزجر لم يؤكل صيده قهستاني ، فلا تعتبر التسمية وقت الإصابة في الذكاة

ولو حكما ، فالشرط عدم تركها عمدا (على حيوان ممتنع) أى قادر على الامتناع بقوائمه أو بجناحيه (متوحش) فالذى وقع فى الشبكة أو سقط فى البئر أو استأنس لا يتحقق فيه الحكم المذكور ولذا قال (يؤكل) لأن الكلام فى صيد الأكل وإن حل صيد غيره كما سيجىء ، أو أعم لحل الانتفاع بالجلد مثلا كما يأتى فتأمل (و) بشرط (أن لا يشرك الكلب المعلم كلب لا يحل صيده ككلب) غير معلم وكلب (مجوسى) أو لم يرسل أو لم يسم عليه (و) بشرط أن (لا تطول وقفته بعد إرساله) ليكون الاصطياد مضافا للإرسال

الاضطرارية ، بخلاف الاختيارية لأن التسمية تقع فيها على المذبوح لا على الآلة ، فلو أضجع شاة وسمى ثم أرسلها وذبح أخرى بالتسمية الأولى لم تجزه ، ولو رمى صيدا أو أرسل عليه كلبا فأصاب آخر فقتله أكل ، ولو أضجع شاة وسمى ثم ألقى السكين وأخذ سكينا أخرى فذبح بها يؤكل : بخلاف ما لو سمى على سهم ثم رمى بغيره وتمامه فى البدائع (قوله و لو حكما) راجع إلى التسمية وقصد به إدخال الناسى فى حكم المسمى ط (قوله على حيوان) ولو غير معين ، فلو أرسل على صيد وأخذ صيودا أكل الكل مادام فى وجه الإرسال قهستانى عن الخانية ، وكذا لو أرسله على صيود كثيرة كما يأتى ، وقد أشار المصنف إلى ما فى البدائع أن من الشروط من أن يكون الإرسال أو الرمى على الصيد أو إليه . قال : حتى لو أرسل على غير صيد أو رمى إلى غير صيد فأصاب صيدا لا يحل لأنه لا يكون اصطيادا فلا يضاف إلى المرسل أو الرامى اهـ وسيأتى تمام التفريع عليه فى قول المصنف سمع حس إنسان الخ ، وعليه فالظرف تنازعه كل من التسمية والإرسال فتدبر (قوله متوحش) أى طبعا كما قدمناه أول الكتاب :

وفى البزازية : رمى إلى برج الحمام فأصاب حماما ومات قبل أن يدرك ذكاته لا يحل ، وللمشايخ فيه كلام أنه هل يحل بذكاة الاضطرار أم لا : قول يباح لأنه صيد ، وقيل لا لأنه يأوى إلى البرج فى الليل اهـ (قوله فالذى الخ) محترز القيود (قوله لا يتحقق فيه الحكم المذكور) أى الحل بالاصطياد ، فإن الأول والثالث ذكاتهما الذبح ، وكذا الثانى إن أمكن ذبحه ، وإلا ففى البدائع : ما وقع فى بئر فلم يقدر على إخراجه ولا ذبحه فذكاة الصيد لكونه فى معناه اهـ وكذا تقدم فى الذبائح أنه يكفى فيه الجرح كنعم توحش : إلا أن يقال إن الكلام الآن فى الصيد بذى ناب أو مخلب وذا لا يمكن هنا وإن أمكن ذكاته بسهم ونحوه تأمل (قوله ولذا قال الخ) يعنى أن ما ذكر لا يحل بالاصطياد بل لا بد فيه من الذبح ، لأن المراد بالصيد ما يؤكل أو أعم للانتفاع بجلده ، ولا يحل شىء مما ذكر بالاصطياد لا للأكل ولا للانتفاع بجلده ، لأن حل اللحم أو الجلد بالاصطياد إنما هو إذا لم تمكن الذكاة الاختيارية وما ذكر أمكنت فيه لخروجه عن الامتناع أو التوحش فافهم (قوله وبشرط أن لا يشرك الخ) أى لا يشركه فى الجرح :

وحاصل ما فى الهداية والزيلعى وغيرهما أنه إما أن يشارك المعلم غير المعلم فى الأخذ والجرح فلا يحل ، أو فى الأخذ فقط بأن فر من الأول فرده عليه الثانى ولم يجرحه ومات بجرح الأول كره أكله تحريما فى الصحيح ، وقيل تنزيها ، بخلاف ما إذا رده عليه مجوسى بنفسه حيث لا يكره لأن فعل المجوسى ليس من جنس فعل الكلب فلم تتحقق المشاركة ، بخلاف فعل الكلبين ولو لم يرده الثانى على الأول ، لكن اشتد على الأول فاشتد الأول على الصيد بسببه فقتله الأول فلا بأس به ؛ ولو رده عليه سبع أو ذو مخلب من الطير مما يمكن تعليمه والاصطياد به فهو كما لو رده الكلب عليه للمجانسة ، بخلاف مالو رده عليه مالا يصطاد به كالجمل والبقر ثم البازى كالكلب فى جميع ما ذكرنا (قوله أو لم يرسل الخ) العطف على غير معلم ، فكان ينبغى ذكره قبل قوله وكلب مجوسى تأمل (قوله وبشرط أن لا تطول وقفته) أى وقفة المعلم للاستراحة ، ولو أكل خبزا بعد الإرسال أو بال لم يؤكل كما فى المحيط ، فالأولى أن يقول أن لا يشتغل بعمل آخر بعد الإرسال كما فى النظم وغيره ، لأن عدم الطول أمر غير

(بخلاف ماإذا كمن) واستخفى (كالفهد) أى كما يكمن الفهد على وجه الحيلة لا للاستراحة . وللفهد خصال حسنة ينبغى لكل عاقل العمل بها كما بسطه المصنف ، فإن أكل منه البازى أكل لأن تعليمه ليس بترك أكله .

(وإن أكل الكلب) ونحوه (لا) يؤكل مطلقا عندنا (كأكله منه) أى كما لا يؤكل الصيد الذى أكل الكلب منه (بعد تركه) للأكل (ثلاث مرات) لأنه علامة الجهل (وكذا) لا يأكل (ما صاد بعده حتى يتعلم) ثانيا بترك الأكل ثلاثا (أو) ما صاده (قبله لو بقى فى ملكه) فإن ما أتلفه من الصيد لا تظهر فيه الحرمة اتفاقا لفوات المحل ، وفيه إشكال ذكره القهستانى

مضبوط قهستانى ، ولو عدل عن الصيد يمنة أو يسرة أو تشاغل فى غير طلب الصيد وفتر عن سننه ثم أتبعه فأخذه لم يؤكل إلا بإرسال مستأنف أو أن يزجره صاحبه ويسمى فيما يحتمل الزجر فينزجر بدائع ، وإذا رد السهم ريح إلى ورائه أو يمنة أو يسرة فأصاب صيدا لا يحل ، وكذا لو رده حائط أو شجرة ، وتمامه فى الخانية (قوله بخلاف ما إذا كمن) على وزن نصر وسمع كما فى القاموس ، وقوله واستخفى عطف تفسير وهذا كالاستثناء مما قبله (قوله كما بسطه المصنف) ونصه : قال شمس الأئمة السرخسى ناقلا عن شيخه شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى : للفهد خصال ينبغى لكل عاقل أن يأخذ ذلك منه :

منها أنه يكمن للصيد حتى يتمكن منه وهذه حيلة منه للصيد فينبغى للعاقل أن لا يجاهر عدوه بالخلاف ولكن يطلب الفرصة حتى يحصل مقصوده من غير إتعاب نفسه . ومنها أنه لايتعلم بالضرب ولكن يضرب الكلب بين يديه إذا أكل من الصيد فيتعلم بذلك ، وهكذا ينبغى للعاقل أن يتعظ بغيره كما قيل : السعيد من وعظ بغيره : ومنها أنه لايتناول الخبيث وإنما يطلب من صاحبه اللحم الطيب ، وهكذا ينبغى للعاقل أن لايتناول إلا الطيب : ومنها أنه يثب ثلاثا أو خمسا فإذا لم يتمكن من أخذه ترك ويقول لا أقتل نفسى فيما أعمل لغيرى ، وهكذا ينبغى لكل عاقل (قوله فإن أكل الخ) تفريع على قوله بشرط علمهما الخ (قوله مطلقا عندنا) أى سواء كان نادرا أو معتادا : وللشافعى قولان فيما إذا كان نادرا ، فى قول يحرم ، وفى قول يحل وبه قال مالك وتمامه فى المنح (قوله بعد تركه للأكل) اللام للتقوية وهى الداخلة على معمول عامل ضعف بالتأخير أو فرعيته عن غيره نحو — لربهم يرهبون — فعال لما يريد — (قوله ثلاث مرات) أى عندهما وبرأى الصائد عنده ط (قوله ما صاد بعده) أى بعد الأكل المذكور الذى هو بعد تركه له ثلاث مرات وكذا الضمير فى قبله (قوله لو بقى فى ملكه) قيد لقوله أو قبله ، وشمل مالم يحرز بأن كان فى المفازة بعد والحرمة فيه بالاتفاق أو أحرزه فى بيته عند أبى حنيفة ، وعندهما لايحرم ، وتمامه فى الزيلعى .

والحاصل أن الإمام حكم بجهل الكلب مستندا وهما بالاقتصار على ما أكل ، والأول أقرب إلى الاحتياط عناية وهو الصحيح قهستانى عن الزاد (قوله فإن ما أتلفه) أى بالأكل ونحوه ، وهذا مفهوم قوله لو بقى فى ملكه : وفى التاتر خانية : وأما ماباعه فلا شك أن على قولهما لا ينقض البيع ، فأما على قوله فينبغى أن ينقض إذا تصادق مع المشترى على جهل الكلب (قوله وفيه إشكال ذكره القهستانى) حيث قال : وههنا إشكال فإن الحكم بالشىء لايقتضى الوجود ، ألا ترى أنا نحكم بحرية الأمة الميتة عند دعوى الولد حريتها اه :

وصورتها فيما ظهر لى أن امرأة ولدت بنكاح فادعى رجل بعد موتها أنها أمته زوجها من أب الولد فأثبت الولد حريتها تثبت ويندفع عنه الرق تأمل : وعليه فلا يظهر ما أجاب به بعض الفضلاء من أن الحكم عليها بالحرية إنما سرى إليها بواسطة الولد لأنه الأصل فى دعوى النسب فيعتق فتتبعه أم الولد ، وكم من شىء يثبت ضمنا لا قصدا اه ملخصا :

(كصقر فر من صاحبه فمكث حينا ثم رجع إليه فأرسله) فصاد لم يؤكل لتركه ما صار به معلما فيكون كالكلب إذا أكل:

(ولو أخذ) الصياد (الصيد من الكلب وقطع منه بضعة وألقاها إليه فأكلها أو خطف الكلب منه وأكله أكل ما بقى، كما لو شرب الكلب من دمه) لأنه من غاية علمه:

(ولو نهش الصيد فقطع منه بضعة فأكلها ثم أدركه فقتله ولم يأكل منه لا يؤكل) لأكله حالة الاصطياد:

(ولو ألقى ما نهشه واتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه حتى أخذه صاحبه ثم أكل ما ألقى حل) لأنه حينئذ لو أكل من نفس الصيد لم يضر كما مر.

(وإذا أدرك) المرسل أو الرامى (الصيد حيا) بحياة فوق ما فى المذبوح (ذكاه) وجوبا (وشرط حله بالرمى التسمية) ولو حكما كما مر (و) شرط (الجرح) ليتحقق معنى الذكاة (و) شرط (أن لا يقعد عن طلبه لو غاب) الصيد (متحملا بسهمه) فما دام فى طلبه يحل، وإن قعد عن طلبه ثم أصابه ميتا لا لاحتمال موته بسبب آخر: وشرط فى الخانية لحله أن لا يتوارى عن بصره، وفيه كلام مبسوط فى الزيلعى وغيره:

نعم يظهر ذلك فيما لو ادعى المولى أنه ابنه من أمته الميتة تأمل: وقد يجاب عن الإشكال بأنه لاثمرة تترتب على ثبوت الحرمة، وما قيل الثمرة بطلان البيع لو باعه والرجوع بالثمن لأنه ميتة أو لزوم التوبة، ففيه أن الكلام فى الفائت بنحو الأكل، ومسألة البيع خلافية كما مر وهذه وفاقية ولم يكن الأكل معصية قبل العلم بذلك حتى تلزم التوبة تأمل (قوله كصقر فر من صاحبه) بأن صار لايجيب إذا دعاه كما يفيده التعليل (قوله فيكون كالكلب إذا أكل) فلا يحل صيده حتى يتعلم ثانيا بأن يجيب صاحبه ثلاث مرات على الولاء كما قدمناه عن التاترخانية (قوله أكل مابقى) لأنه بعد الإحراز لم يبق صيدا، بخلاف ما قبله لبقاء جهة الصيدية فيه أفاده الزيلعى (قوله لأنه من غاية علمه) حيث شرب مالا يصلح لصاحبه وأمسك عليه مايصلح له زيلعى (قوله ولو نهش) بالشين المعجمة أو السين المهملة بمعنى واحد: وهو أخذ اللحم بمقدم الأسنان (قوله وإذا أدرك المرسل) أى مرسل الكلب أو البازى، وقوله أو الرامى: أى رامى سهم ونحوه، وكان ينبغى إسقاط هذا كله لأنه سيذكره مبسوطا (قوله وشرط الخ) شروع فى أحكام الآلة الثانية من آلتى الاصطياد، لأنها إما حيوانية أو جمادية (قوله التسمية) أى عند الرمى كما قدمناه (قوله ولو حكما) كالناسى (قوله وشرط الجرح) فلودقه السهم لم يؤكل لفقد الذكاة، وفى خروج الدم الخلاف السابق أفاده القهستانى ط (قوله ليتحقق معنى الذكاة) أى التطهير بإخراج الدم الذى أقيم الجرح مقامه ط (قوله وشرط أن لايقعد) أى المرسل أو الرامى الصيد أومن يقوم مقامه بدائع: أى كخادمه أو رفيقه (قوله متحاملا) التحامل فى المشى: أن يتكلفه على مشقة وإعياء، ومنه تحامل الصيد: أى تكلف الطيران مغرب. وفائدة ذكره أنه لو غاب وتوارى بدونه فوجده ميتا لايحل مالم يعلم جرحه يقينا معراج (قوله يحل) أى إلا إذا وجد به جراحة سوى جراحة سهمه فلا يحل هداية، وتمامه فى الزيلعى (قوله لاحتمال موته بسبب آخر) هذا الاحتمال موجود أيضا فيما إذا لم يقعد عن طلبه لكنه سقط للضرورة كما فى الهداية، ومفاده كظاهر المتن أنه لا يشترط أن لا يتوارى عن بصره (قوله وفيه كلام مبسوط فى الزيلعى) حيث ذكر أو لاعبارة الخانية، وذكر أنها نص على اشتراطه وأن صاحب الهداية أشار إلى ذلك أيضا مع أنه مناقض لأول كلامه، حيث بنى الأمر على الطلب وعدمه لاعلى التوارى وعدمه وعليه أكثر كتب أصحابنا لقوله عليه الصلاة والسلام لأبى ثعلبة: «إذا رميت سهمك فغاب ثلاثة أيام وأدركته فكله مالم ينتن» رواه مسلم وأحمد وأبوداود، وروى «أنه

(فإن أدركه الرامى أو المرسل حيا ذكاه) وجوبا فلو تركها حرم وسيجىء (والحياة المعتبرة هنا ما) يكون (فوق ذكاة المذبوح) بأن يعيش يوما ، وروى أكثره مجمع . أما مقدارها وهو ما لايتوهم بقاؤه كما فى الملتقى يعتبر ههنا ، حتى لو وقع فى ماء لم يحرم :

عليه الصلاة والسلام كره أكل الصيد إذا غاب عن الرامى وقال : لعل هوام الأرض قتلته » فيحمل هذا الحديث على ما إذا قعد عن طلبه والأول على ما إذا لم يقعد اه ملخصا :

وأقول : نص عبارة الخانية هكذا : والسابع أن لايتوارى عن بصره أو لايقعد عن طلبه فيكون فى طلبه ولا يشتغل بعمل آخر حتى يجده لأنه إذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلايحل الخ . فأنت ترى كيف جعل الشرط أحد الأمرين : إما عدم التوارى ، أو عدم القعود لتعبيره بأو ، فلعل نسخة الزيلعى بالواو فقال ما قال . وأما التعليل بقوله لأنه إذا غاب الخ أى مع القعود عن طلبه بدليل قوله فى الخانية بعده : وإذا توارى الكلب والصيد عن المرسل أو رمى إلى صيد فوجده بعد ذلك ميتا وفيه سهمه ليس فيه جرح آخر حل أكله إذا لم يترك الطلب ، لأنه لايستطاع الامتناع عن التوارى عن البصر فيكون عفوا اه ونحوه فى الهداية فيتعين حمل ما أوهم خلافه عليه .

وفى البدائع : ومنها أن يلحقه قبل التوارى عن بصره أو قبل انقطاع الطلب ، فإن توارى عنه وقعد عن طلبه لم يؤكل ، أما إذا لم يتوار عنه أو توارى ولم يقعد عن طلبه أكل استحسانا اه وهذا يعين أن نسخة الخانية بأولا بالواو ، فاغتنم هذا التحرير :

[تنبيه] فيما ذكر إشعار بأن مدة الطلب غير مقدرة ، وقد قال أبو حنيفة إنها مقدرة بنصف يوم أو ليلة ، فإن طلبه أكثر منه لم يأكل . وفى الزيادات إن طلبه أقل من يوم أكل كما فى المضمرات قهستانى :

[فروع] فى شرح المقدسى : رمى طيرا فوقع فى الماء وكان لو دخله بخفه أدركه فاشتغل بنزعه فوجده ميتا حرمه بديع الدين . وقال غيره : يحل لأن دخوله مع الخف إضاعة مال وخلاف العادة فصار كنزع الثياب . قال السائحانى : هذا إذا كان فيه حياة غير المذبوح وإلا فلا تعتبر ، ولو نصب شبكة أحبولة وسمى ووقع بها صيد ومات مجروحا لايحل ، ولو كان بها آلة جارحة كمنجل وسمى عليه وجرحه حل عندنا ، كما لو رماه بها : وفى البزازية : وضع منجلا فى الصحراء لصيد حمار الوحش فجاءه فإذا هو متعلق به وهو ميت وكان سمى عند الوضع لايحل . قال المقدسى : وهذا محمول على ما إذا قعد عن طلبه اه وفيه كلام قدمناه فى الذبائح (قوله والحياة المعتبرة هنا) أى فى الصيد احترازا عما يأتى من المتردية ونحوها (قوله فوق ذكاة المذبوح) صوابه حياة المذبوح كما عبر فى الملتقى (قوله بأن يعيش يوما الخ) أقول : ذكر صاحب المجمع ذلك فى المنخنقة ونحوها . وعبارته مع شرحه : ولو ذكى المنخنقة أو الموقوذة وبها حياة حلت فى ظاهر الرواية ، وكونها بحيث تبقى يوما شرط فى رواية عن أبى حنيفة ، ويعتبر أبو يوسف أكثر اليوم : وقال محمد : لو فيها أكثر مما فى المذبوح تؤكل وإلا فلا اه . قال فى البدائع : وذكر الطحاوى قول محمد مفسرا فقال : على قول محمد إن لم يبق معها إلا اضطراب الموت فذبحها لا تحل وإن كانت تعيش مدة كاليوم أو كنصفه حلت اه : وبه يظهر تفسير حياة المذبوح وما فوقها . أما ما فى المجمع فليس تفسيرا لها تأمل و على أن ما نقله عن أبى يوسف هو رواية عنه كما فى البدائع . وذكر أن ظاهر الرواية عن أبى يوسف أنه يعتبر من الحياة ما يعلم أنها تعيش به ، فإن علم أنها لا تعيش فذبحها لاتؤكل (قوله أما مقدارها) أى مقدار حياة المذبوح (قوله فلا يعتبر ههنا) أى فى الصيد : قال فى الهداية : أما إذا شق الكلب بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع فى يد صاحبه حل ، لأن مابقى اضطراب المذبوح فلا يعتبر ، كما إذا وقعت شاة فى الماء بعد ما ذبحت اه :

(و) المعتبر (فى المتردية وأخواتها) كنطحية وموقوذة وما أكل السبع (والمريضة) مطلق (الحياة وإن قلت) كما أشرنا إليه (وعليه الفتوى) وتقدم فى الذبائح (فإن تركها) أى الذكاة (عمدا) مع القدرة عليها (فمات) حرم ، وكذا يحرم لو عجز عن التذكية فى ظاهر الرواية . وعن أبى حنيفة وأبى يوسف يحل ،

وفى الخانية : أرسل كلبه المعلم على صيد فجرحه وبقى فيه من الحياة ما يبقى فى المذبوح بعد الذبح فأخذه المالك ولم يذكه حل أكله اهـ . زاد فى الظهيرية : يحل بالاتفاق لأن الأول وقع ذكاة فيستغنى عن ذكاة أخرى اهـ .

وحاصله أن ما فيه حياة المذبوح لم يبق قابلا للذكاة استغناء بالذكاة الاضطرارية ، حتى لو وقع فى الماء فمات لم يحرم لأن موته لم يضف إلى وقوعه لأنه فى حكم الميت قبله فلم تعتبر هذه الحياة ، بخلاف المتردية ونحوها فإنها تعتبر فيها الحياة وإن قلت فتحل بالذكاة . فظهر أن بين الصيد وغيره فرقا . وظاهره أنه لا فرق بين أن يكون متمكنا من ذكاة الصيد فى هذه الصورة أو لا .

ويخالفه ما فى العناية من أنه إن تمكن من ذبحه فلم يذبحه حتى مات لم يؤكل سواء كانت الحياة فيه بينة أو خفية ، وإن لم يتمكن ، فإن كانت فوق حياة المذبوح فكذلك فى ظاهر الرواية وإن مقدارها أكل اهـ ملخصا . ومقتضاه أن يحمل ما قدمنا عن الخانية على ما إذا لم يتمكن .

ويخالف جميع ذلك ما فى الزيلعى حيث قال ما حاصله : إذا أدركه حيا ولم يذكه حرم إن تمكن من ذبحه وإلا فلو فيه من الحياة قدر ما فى المذبوح ، بأن بقر : أى الكلب بطنه ونحو ذلك ولم يبق إلا مضطربا اضطراب المذبوح فحلال . قال الصدر الشهيد بالإجماع ، وقيل هذا قولهما : وعنده لا يحل إلا إذا ذكاه لأن الحياة الخفية معتبرة عنده لا عندهما كما فى المتردية ونحوها ، وإن كان فيه من الحياة فوق ما فى المذبوح لا يؤكل فى ظاهر الرواية اهـ .

ثم قال : فلا يحل إلا بالذكاة سواء كانت خفية أو بينة بجرح المعلم أو غيره من السباع ، وعليه الفتوى لقوله تعالى - إلا ما ذكيتم - فيتناول كل حى مطلقا ، وكذا قوله عليه الصلاة والسلام « فإن أدركته حيا فاذبحه » مطلق والحديث صحيح رواه البخارى ومسلم وأحمد اهـ وهو ترجيح لمقابل قول الصدر الشهيد . وهو قول الإمام الرازى كما فى غاية البيان ، ولم أر من رجحه غيره ، وهو مخالف لظاهر الهداية وغيرها . وعليه فلا فرق بين الحياة المعتبرة فى الصيد وغيره .

والحاصل أنه لو أخذ الصيد وفيه من الحياة كما فى المذبوح ولم يذكه ، فعلى ما فى الخانية والظهيرية يحل ، وعلى ما فى العناية يحل إن لم يتمكن من ذبحه ، وعلى ما فى الزيلعى لا يحل أصلا إلا بالذكاة كما إذا لم يتمكن أو كان فيه من الحياة فوق ما فى المذبوح أخذا من إطلاق الأدلة . وحكى فى البدائع الأول عن عامة المشايخ ، والثالث عن الجصاص ، وظاهر كلامه ترجيح الأول ، وهو ظاهر ما فى الهداية فتأمل .

ثم اعلم أن هذا كله فيما إذا أدركه وأخذه : فلو أدركه ولم يأخذه ، فإن كان وقت لو أخذه أمكنه ذبحه لم يؤكل وإن كان لا يمكنه أكل كذا فى الهداية (قوله فى المتردية) أى الواقعة فى بئر أو من جبل . والنطيحة : المقتولة بنطح أخرى . والموقوذة : المقتولة ضربا (قوله كما أشرنا إليه) أى من تقييده ما مر بقوله هنا (قوله وعليه الفتوى) أى فتحل بالذكاة وكذا الفتوى على اعتبار مطلق الحياة فى الصيد على ما مر عن الزيلعى (قوله فإن تركها أى الذكاة) أى ذكاة الصيد ، وقوله حرم جواب الشرط مع أنه سيأتى فى المتن لكنه لبعده قدره الشارح هنا (قوله ولو عجز عن التذكية) بأن لم يجد آلة أصلا أو يجد لكن لا يبقى من الوقت ما يمكن تحصيل الآلة والاستعداد للذابح ، وهذا إذا كان فيه من الحياة أكثر مما فى المذبوح بعد الذبح . وأما إذا كان مثله فهو ميت حكما فيحل إجماعا كما فى

وهو قول الشافعي . قال المصنف : وفي مقي ومتن الوقاية إشارة إلى حله ، والظاهر ماسمعته اه .
قلت : ووجه الظاهر أن العجز عن التذكية في مثل هذا لا يحل الحرام (أو أرسل مجوسي كلبا فزجره مسلم فانزجر أو قتله معراض بعرضه) وهو سهم لا ريش له ، سمي به لإصابته بعرضه ؛ ولو لرأسه حدة فأصاب بحده حل (أو بندقة ثقيلة ذات حدة) لقتلها بالثقل لا بالحد ، ولو كانت خفيفة بها حدة حل لقتلها بالجرح ، ولو لم

الهداية وغيرها قهستاني ، والتفصيل مخالف لما قدمناه عن الزيلعي (قوله وهو قول الشافعي) كذا في الهداية : والذي في التبيين أن الشافعي فصل ، فقال : إن لم يتمكن من الذبح لفقد الآلة لم يؤكل لأن التقصير من جهته ، وإن كان لضيق الوقت أكل لعدم التقصير اه .

وفي التاترخانية : وإن كان عدم التمكن بضيق الوقت ، بأن بقي فيه من الحياة مقدار ما لا يتأتى فيه الذبح ذكر شمس الأئمة السرخسي في شرحه أنه لا يحل عندنا . وقال الحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل : يحل ، وهو قول الشافعي وبه أخذ الصدر الشهيد : وفي الغياثية : وهو المختار وفي الينابيع : روى عن أصحابنا الثلاثة أنه يؤكل استحسانا ، وقيل بأن هذا أصح اه .

فان قيل : وضع المسألة فيما حياته فوق المذبوح فكيف يتصور ضيق الوقت عن الذبح ؟ أجيب بأن المقدار الذي يكون في المذبوح كالعدم لكون الصيد في حكم الميت ، والزائد على ذلك قد لا يسع للذبح فيه فكان عدم التمكن متصورا عناية (قوله إشارة إلى حله) حيث قيد بالعمد (قوله أن العجز الخ) عبارة المنح لأن العجز في مثل هذا لا يحل الحرام اه . واحترز عن العجز عن تحصيل الماء والأكل فإنه يبيح له تناول الخمر والميتة ، وهذا لا يفهم من عبارة الشارح بسبب قوله عن التذكية أفاده ط .

[تنبيه] رمى صيدا فوقع عند مجوسي أو نائم او كان مستيقظا يقدر على ذكاته فمات لا يحل ؛ لأن المجوسي قادر على ذبحه بتقديم الإسلام والنائم كالمستيقظ في جملة مسائل عند الإمام منها هذه خانية ملخصا (قوله وأرسل الخ) هذا وما بعده معطوف على قوله تركها والأصل أن الفعل يرفع بالأقوى والمساوي دون الأدنى ؛ فإذا أرسل المسلم كلبه فزجره المجوسي حل لعدم اعتبار الزجر عند الإرسال لكون الزجر دونه لبنائه عليه وبالعكس حرم ، وكل من لا تجوز ذكاته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عامدا في هذا بمنزلة المجوسي ، وإن انفلت ولم يرسله أحد فزجره مسلم فانزجر حل لأنه مثل الانفلات ، والمراد بالزجر الإغراء بالصياح عليه وبالانزجار إظهار زيادة الطلب وتمامه في الهداية . قال القهستاني : وهذا إذا زجره المجوسي في ذهابه ، فلو وقف ثم زجره لم يؤكل كما في الذخيرة (قوله وهو سهم الخ) في القاموس : معراض كمحراب سهم بلا ريش دقيق الطرفين غليظ الوسط يصيب بعرضه دون حده (قوله ولو لرأسه حدة) محترز قول المصنف بعرضه (قوله فأصاب بحده) أي وجرح (قوله أو بندقة) بضم الباء والدال : طينة مدورة يرمى بها (قوله ولو كانت خفيفة) يشير إلى أن الثقيلة لا تحل وإن جرحت . قال قاضيخان : لا يحل صيد البندقة والحجر والمعراض والعصا وما أشبه ذلك وإن جرح ؛ لأنه لا يخرق إلا أن يكون شيء من ذلك قد حدده وطوله كالسهم وأمكن أن يرمى به ؛ فإن كان كذلك وخرقه بحده حل أكله ، فأما الجرح الذي يدق في الباطن ولا يخرق في الظاهر لا يحل لأنه لا يحصل به إنهار الدم ؛ ومثقل الحديد وغير الحديد سواء ، إن خزق حل وإلا فلا اه : والخزق بالخاء والزاي المعجمتين : النفاذ . قال في المغرب : والسين لغة والراء خطأ : وفي المعراج عن المبسوط : بالزاي يستعمل في الحيوان ؛ وبالراء في الثوب : وفي التبيين : والأصل أن الموت إذا حصل بالجرح بيقين حل ؛ وإن بالثقل أو شك فيه فلا يحل حتما أو احتياطا اه : ولا يخفى أن الجرح بالرصاص إنما هو بالإحراق

بجرحه لا يؤكل مطلقا . وشرط فى الجرح الإدماء ، وقيل لا ملتقى ، وتمامه فيما علقته عليه (أو رمى صيدا فوقع فى ماء) لاحتمال قتله بالماء فتحرم، ولو الطير مائيا فوقع فيه ، فإن انغمس جرحه فيه حرم وإلا حل ملتقى (أو وقع على سطح أو جبل فتردى منه إلى الأرض حرم) فى المسائل كلها ، لأن الاحتراز عن مثل هذا ممكن (فإن وقع على الأرض ابتداء) إذ الاحتراز عنه غير ممكن فيحل (أو أرسل مسلم كلبه فزجره) أى أغراه بصياحه (مجوسى فانزجر) إذ الزجر دون الإرسال والفعل يرفع بما هو فوقه أو مثله كنسخ الحديث (أولم يرسله أحد فزجره مسلم فانزجر) إذ الزجر إرسال حكما (أو أخذ غير ما أرسل إليه)

والثقل بواسطة اندفاعه العنيف إذ ليس له حد فلا يحل وبه أفتى ابن نجيم (قوله مطلقا) أى ثقيلة أو خفيفة (قوله وشرط فى الجرح الإدماء) قال الزيلعى : وإن كان غير مدم اختلفوا فيه . قيل لا يحل لانعدام معنى الذكاة ؛ وهو إخراج الدم النجس ؛ وشرطه النبى صلى الله عليه وسلم بقوله « أنهر الدم بما شئت » رواه أحمد وأبو داود وغيرهما، وقيل يحل لإتيان ما فى وسعه وهو الجرح لأن الدم قد ينحبس لغلظه أو لضيق المنفذ . وقيل لو الجراحة كبيرة حل بدونه ولو صغيرة فلا . وإذا أصاب السهم ظلف الصيد أو قرنه ؛ فإن أدماه حل وإلا فلا وهذا يؤيد الأول اه ملخصا ومثله فى الهداية . قال فى الدر المنتقى قلت : وفيه كلام ؛ لما فى البرجندى عن الخلاصة أن هذا فى غير موضع اللحم وظاهر ما مر عن القهستانى عن المحيط أن المعتمد أن الإدماء ليس بشرط فليتأمل اه ملخصا ؛

قلت : ظاهر الهداية والزيلعى والملتقط اعتماد اشتراطه مع أن الحديث يؤيده ، وقد يرجح عدم الاشتراط بما فى متن المواهب ، وقدمه المصنف فى الذبائح من أنه تحل ذبيحة علمت حياتها وإن لم تتحرك ولم يخرج منها دم وإن لم تعلم فلا بد من أحدهما تأمل (قوله وتمامه الخ) هو ما قدمناه (قوله أو رمى صيداً الخ) هذا فيما إذا كان فيه حياة مستقرة يحرم بالاتفاق لأن موته مضاف إلى غير الرمى ، وإن كانت حياته دون ذلك فهو على الاختلاف الذى مر ذكره فى إرسال الكلب اه زيلعى ونحوه فى ط عن الهندية (قوله فوقع فيه) الظاهر أنه قيد اتفاقى ، فمثله إذا رماه فيه حرم لاحتمال موته بالماء ط عن الهندية (قوله وإلا حل) لأنه لم يحتمل موته بسبب الماء (قوله ملتقى) ومثله فى الهداية .

وذكر فى الخانية إن وقع فى ماء فمات لا يؤكل لعل أن وقوعه فى الماء قتله ، ويستوى فى ذلك طير الماء لأن طير الماء إنما يعيش فى الماء غير مجروح اه ونقله فى الذخيرة عن السرخسى . ثم قال فليتأمل عند الفتوى وتمامه فى الشرنبلالية (قوله فتردى منه) قيد به لأنه لو استقر عليه ولم يترد يحل بلا خلاف : وهذا أيضا إذا تردى ولم يقع الجرح مهلكا فى الحال ، إذ لو بقى فيه من الحياة بقدر ما فى المذبوح ثم تردى يحل أيضا معراج (قوله فإن وقع على الأرض ابتداء) أى ولم يكن على الأرض ما يقتله كحد الرمح والقصبة المنصوبة عناية ، وتمامه فى الشرنبلالية (قوله إذ الاحتراز) علة مقدمة على المعلول ، وهو قوله الآتى أكل وهو كثير فى كلامهم : قال تعالى ـ مما خطاياهم أغرقوا ـ وكذا يقال فيما بعده فافهم (قوله فزجره مجوسى) أى فى ذهابه ، فلو وقف ثم زجره فانزجر لم يؤكل كما قدمناه (قوله كنسخ الحديث) فلا ينسخ الصحيح إلا بصحيح أو أصح لا بضعيف ط (قوله أو أخذ غير ما أرسل إليه) سواء أخذ ما أرسل إليه أيضا أولا بشرط فور الإرسال كما مر ؛

قال فى البدائع : فلو أرسل الكلب أو البازى على صيد وسمى فأخذ صيدا ثم آخر على فوره ذلك ثم وثم أكل الكل لأن التعيين ليس بشرط فى الصيد لأنه لا يمكن فصار كوقوع السهم بصيدين اه ملخصا ، ولو أرسله على صيد فأخطأ ثم عرض له آخر فقتله حل ، ولو عرض له بعد ما رجع لا يحل لبطلان الإرسال بالرجوع كما

لأن غرضه أخذ كل صيد يتمكن منه ، حتى لو أرسله على صيود كثيرة بتسمية واحدة فقتل الكل أكل الكل (أكل) في الوجوه المذكورة لما ذكرنا (كصيد رمى فقطع عضو منه) فإنه يؤكل (لا العضو) خلافا للشافعي.

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « ما أبين من الحي فهو ميتة » ولو قطعه ولم يبنه ، فإن اشتمل التئامه أكل العضو أيضا وإلا لا ملتقى (وإن قطعه) الرامي (أثلاثا وأكثره مع عجزه أو قطع نصف رأسه أو أكثره أو قده نصفين أكل كله) لأن في هذه الصور لا يمكن حياة فوق حياة المذبوح فلم يتناوله الحديث المذكور ، بخلاف ما لو كان أكثره مع رأسه للإمكان المذكور.

(وحرم صيد مجوسي ووثني ومرتد) ومحرم لأنهم ليسوا من أهل الذكاة ، بخلاف كتابي لأن ذكاة الاضطرار كذكاة الاختيار (وإن رمى صيدا فلم يثخنه فرماه آخر فقتله فهو للثاني وحل ، وإن أثخنه) الأول بأن أخرجه

في الخانية وغيرها : وقال القهستاني : وفيه إشعار بأنه لو أصاب غير ما رماه حل كما في قاضيخان ، وكذا لو رمى صيدا فأصابه ونفذ ثم أصاب آخر ثم وثم حل الكل كما في النظم اهـ فالإرسال بمنزلة الرمي كما في الهداية والزيلعي ، ونحوه في الملتقى (قوله لأن غرضه الخ) أي غرض المرسل حصول أي صيد تمكن منه الكلب أو الفهد ، وهذا معنى قول الهداية :

ولنا أنه : أي التعيين شرط غير مفيد لأن مقصوده حصول الصيد ، إذ لا يقدر أي الكلب على الوفاء به : أي بأخذ العين إذ لا يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره (قوله بتسمية واحدة) أي حالة الإرسال (قوله لما ذكرنا) أي من العلل الأربعة في الوجوه الأربعة (قوله لا العضو) أي إن أمكن حياته بعد الإبانة وإلا أكلا عناية ، وهذا يتصور في سائر الأعضاء غير الرأس نهاية (قوله خلافا للشافعي) حيث قال : أكلا إن مات الصيد منه هداية (قوله ما أبين من الحي) هذا وإن تناول السمك إلا أن ميتته حلال بالحديث هداية (قوله وإلا) بأن بقي متعلقا بجلده هداية (قوله أو قطع نصف رأسه) أي طولا أو عرضا بدائع (قوله أو قده نصفين) القد : القطع المستأصل أو المستطيل قاموس ، والضمير للصيد كما في البدائع . وذكر في الشرنبلالية أنه لم يبين كيفية القد في كثير من الكتب ، ثم نقل عن الخانية والمبسوط إن قطعه نصفين طولا أكل :

أقول : الظاهر أن الطول غير قيد هنا ، يدل عليه تعليل البدائع بقوله يؤكل لأنه وجد قطع الأوداج لكونها متصلة من القلب بالدماغ فأشبه الذبح ، وكذا لو قطع أقل من النصف مما يلي الرأس اهـ تأمل (قوله فلم يتناوله الحديث المذكور) لأنه ذكر فيه الحي مطلقا فينصرف إلى الحي حقيقة وحكما وهذا حي صورة لا حكما إذ لا يتوهم بقاء الحياة بعد هذا الجرح ، ولهذا لو وقع في الماء وبه هذا القدر من الحياة أو تردى من جبل أو سطح لا يحرم ، وتمامه في الهداية.

أقول : وبهذا سقط اعتراض ابن المصنف على قوله في البزازية : إن كان الصيد يعيش بدون المبان فالمبان لا يؤكل وإن كان لا يعيش بدونه كالرأس يؤكلان اهـ حيث قال إن الحديث عام فمن أين للبزازي ما قاله ؟ اهـ :

قلت : هو مأخوذ من الهداية وصرح به شراحها وغيرهم (قوله بخلاف ما لو كان أكثره مع رأسه) بأن قطع يدا أو رجلا أو فخذا أو ألية أو ثلثه مما يلي القوائم أو أقل من نصف الرأس ، فيحرم المبان ويحل المبان منه هداية (قوله ومرتد) ولو غلاما مراهقا عندهما خلافا لمحمد ، بناء على صحة ردته عندهما بدائع (قوله لأن ذكاة الاضطرار الخ) أي وهو من أهل ذكاة الاختيار ، فكذا ذكاة الاضطرار (قوله فلم يثخنه) قال في المغرب : أثخنته الجراحات أوهنته وأضعفته . وفي التنزيل - حتى يثخن في الأرض - أي يكثر فيها القتل (قوله فهو للثاني) لأنه هو الآخذ له (قوله وحل) لأنه لما لم يخرج بالأول عن حيز الامتناع كان ذكاته ذكاة الاضطرار وهو الجرح : أي موضع

عن حيز الامتناع وفيه من الحياة ما يعيش ((ف) الصيد (للأول وحرم) لقدرته على ذكاة الاختيار ، فصار قاتلا له فيحرم (وضمن الثانى الأول قيمته) كلها وقت إتلافه (غير ما نقصته جراحته . وحل اصطياد مايؤكل لحمه وما لايؤكل) لحمه لمنفعة جلده أو شعره أو ريشه أو لدفع شره ، وكله مشروع لإطلاق النص .

وفى القنية يجوز ذبح الهرة والكلب لنفع ما (والأولى ذبح الكلب إذا أخذته حرارة الموت ، وبه يطهر لحم غير نجس العين) كخنزير فلايطهر أصلا (وجلده) وقيل يطهر جلده لا لحمه وهذا أصح مايفتى به كمافى الشرنبلالية عن المواهب هنا ومر فى الطهارة (أخذ الطير ليلا مباح والأولى عدم فعله) خانية .

(يكره تعليم البازى بالطير الحى) لتعذيبه (سمع) الصائد (حس إنسان ، أو غيره من الأهليات)

كان وقدوجد زيلعى (قوله وفيه من الحياة مايعيش) أى ينجو منه . أما إذاكان بحال لايسلم منه، بأن لايبقى فيه من الحياة إلا بقدر مايبقى فى المذبوح ، كما إذا أبان رأسه يحل لأن وجوده كعدمه ، وإن كان بحال لايعيش منه إلا أن فيه أكثر مما فى المذبوح بأن كان يعيش يوما أو دونه ، فعند أبى يوسف لايحرم بالرمية الثانية إذ لاعبرة بهذه الحياة عنده ، وعند محمد يحرم لأنها معتبرة عنده زيلعى ملخصا (قوله لقدرته على ذكاة الاختيار) أى بسبب خروجه عن حيز الامتناع فصار كالرمى إلى الشاة ، أفاده فى البدائع (قوله وضمن الثانى للأول قيمته الخ) لأنه أتلف صيدا مملوكا للغير ، لأنه ملكه بالإثخان فيلزمه قيمة ماأتلف وقيمته وقت إتلافه كان ناقصا بجراحة الأول فيلزمه ذلك .

بيانه أن الرامى الأول إذا رمى صيدا يساوى عشرة فنقصه درهمين ثم رماه الثانى فنقصه درهمين ثم مات يضمن الثانى ثمانية ويسقط عنه من قيمته درهمان ، لأن ذلك تلف بجراحة الأول زيلعى . وفرض المصنف المسألة فيما إذا علم أن القتل حصل بالثانى ، فإن علم أنه حصل من الجراحتين أو لايدرى فظاهر الهداية أن الحكم فى الضمان يختلف وحقق الزيلعى عدم الفرق فراجعه .

[تتمة] بقى لو رمياه معا فأصابه أحدهما قبل الآخر فأثخنه ثم أصابه الآخر أو رماه أحدهما أولا ثم رماه الثانى قبل أن يصيبه الأول أو بعدما أصابه قبل أن يثخنه فأصابه الأول وأثخنه أو أثخنه ثم أصابه الثانى فقتله فهو الأول ويؤكل خلافا لزفر . ولو رمياه معا وأصابا معا فمات منهما فهو بينهما ، والكلب فى هذا كالسهم حتى يملكه بإثخانه ، ولا يعتبر إمساكه بدون الإثخان ، حتى لو أرسل بازيه فأمسك الصيد بمخلبه ولم يثخنه فأرسل آخر بازيه فقتله فهو للثانى ويحل لأن يد البازى الأول ليست بيد حافظة لتقام مقام يد المالك ، ولو رمى سهما فأثخنه ثم رماه ثانيا فقتله حرم ، وتمامه فى الزيلعى ولو أرسل كلبين على صيد فضربه أحدهما فوقذه ثم ضربه الآخر فقتله يؤكل بدائع (قوله لنفع ما) أى ولو قليلا ، والهرة لو مؤذية لاتضرب ولا تفرك أذنها بل تذبح (قوله والأولى الخ) لما فيه من تخفيف الألم عنه . قال ط : والتقييد بالكلب ليس له مفهوم (قوله وبه يطهر) أى بالاصطياد وكذا بالذبح ، وهل يشترط فى الطهارة كون ذلك من أهله مع التسمية ، فيه خلاف قدمناه آخر الذبائح استظهر فى الجوهرة الاشتراط وفى البحر عدمه (قوله كخنزير) تمثيل لنجس العين (قوله فلا يطهر أصلا) أى لاجلده ولا لحمه ولا شىء منه (قوله وهذا أصح)وكذا صححه العلامة قاسم معزوا للكافى والغاية والنهاية وغيرها ، وقال: إن الأول مختار صاحب الهداية (قوله سمع حس إنسان) أى صوته ،وظاهره أنه حين الرمى يعلم أنه حس إنسان ، والحكم فيه كما ذكره هنا كما فى البدائع :

وفرض المسألة فى الهداية فيما إذا سمع حسا ظنه حس صيد فرماه ثم تبين أنه حس إنسان أو صيد فلا مخالفة

كفرس وشاة (فرمى إليه فأصاب صيدا لم يحل بخلاف ماإذا سمع حس أسد) أو خنزير (فرمى إليه) وأرسل كلبه (فإذا هو صيد حلال الأكل حل) ولو لم يعلم أن الحس حس صيد أو غيره لم يحل جوهرة ، لأنه إذا اجتمع المبيح والمحرم غلب المحرم .

(رمى ظبيا فأصاب قرنه أو ظلفه فمات ، إن أدماه أكل) لوجود الجرح (وإلا لا ، والعبرة بحالة الرمى فحل الصيد بردته) إذا رمى مسلما

بينهما كما قد يتوهم (قوله كفرس وشاة) وطير مستأنس وخنزير أهلى ، فالمراد كل مالا يحل بالاصطياد (قوله فأصاب صيدا لم يحل) لأن الفعل ليس باصطياد ، ولو أصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا فإذا هو صيد يحل لأنه لامعتبر بظنه مع تعيينه هداية .

وذكر فى المنتقى بالنون أنه لايحل أيضا لأنه رماه وهو لايريد الصيد : ثم قال : ولا يحل الصيد إلا بوجهين : أن يرميه وهو يريد الصيد ، وأن يكون الذى أراده وسمع حسه ورمى إليه صيداً ، سواء كان مما يؤكل أولا . قال الزيلعى : وهذا يناقض مافى الهداية ، وهذا أوجه ثم ذكر أن لأبى يوسف فيه قولين : فى قول يحل ، وفى قول لايحل . وقال : فيحمل مافى الهداية على رواية أبى يوسف اهـ .

أقول : مافى الهداية أقره شراحها ومشى عليه فى الملتقى وكذا فى البدائع ، وقال : نظيره ما إذا قال لامرأته وأشار إليها : هذه الكلبة طالق أنها تطلق ويبطل الاسم اهـ .

وفى التاترخانية وغيرها : وإن أرسل إلى مايظن أنه شجرة أو إنسان فإذا هو صيد يؤكل هوالمختار اهـ فالمختار مافى الهداية (قوله بخلاف ما إذا سمع حس أسد أو خنزير) أى متوحش والمراد كل ما يحل اصطياده .

واستثنى فى النهاية مالو كان المسموع حسه جرادا أو سمكا فأصاب غيرهما لايؤكل ، لأن الذكاة لاتقع عليهما فلا يكون الفعل ذكاة : واعترضه الزيلعى بما فى الخانية : لو رمى إلى جراد أو سمكة وترك التسمية فأصاب طائرا أو صيدا آخر فقتله يحل أكله . وعن أبى يوسف روايتان ، والصحيح أنه يؤكل اهـ .

أقول : لكن قول الخانية وترك التسمية ومثله فى البزازية مشكل ، وقد ذكر المسألة فى التاترخانية وقال : والمختار أنه يؤكل ، ولم يذكر قوله وترك التسمية ، ورأيت بعض العلماء قيده بقوله أى ناسيا وهو قيد لازم فتأمل (قوله فرمى إليه) أى وأصاب صيدا آخر غير ماسمعه (قوله أو أرسل كلبه) أشار إلى أن الإرسال كالرمى ، وقول الزيلعى : والبازى والفهد فى جميع ماذكرنا كالكلاب صوابه كالرمى (قوله حل) أى الصيد المصاب لوقوع الفعل اصطيادا فصار كأنه رمى إلى صيد فأصاب غيره هداية ملخصا (قوله لم يحل) أى المصاب ، كما لو رمى إلى بعير لايدرى أهو ناد أولا فأصاب صيدا لايحل المصاب لأن الأصل الاستئناس ، بخلاف ما لو رمى إلى طائر لايدرى أهو وحشى أولا فأصاب صيدا غيره حل لأن الظاهر فيه التوحش ، فيحكم على كل بظاهر حاله كما فى الهداية (قوله لوجود الجرح) فإنه يستدل بوجود الدم على وجود الجرح وإن كان لايشترط الإدماء فى غيرها على ماتقدم ط (قوله والعبرة بحالة الرمى) إلا فى مسألة ذكرها محمد : وهى : حلال رمى صيدا وهما فى الحل فدخل الصيد الحرم فأصابه السهم ومات فيه أو فى الحل لايؤكل ، وفيما عداها فالعبرة بحالة الرمى تاترخانية أى فى حق الأكل : أما فى حق الملك فالعبرة لوقت الإصابة كما فى الذخيرة ، فلو رمى إلى صيد ورمى بعده آخر فأصابه الثانى وأثخنه قبل الأول فهو للثانى (قوله فحل الصيد بردته) الظاهر أن الباء للمصاحبة نحو — اهبط بسلام — أى مع ردته بعد الرمى وقبل الإصابة أو بعدها ، وهذا تفريع على الأصل المذكور فيحل لأنه حين الرمى كان مسلما ، وكذا

(لا بإسلامه ووجب الجزاء بحله) إذا رمى محرما (لا بإحرامه) وسيجيء قبيل كتاب الديات ؛

[فرع] لو أن بازيا معلما أخذ صيدا فقتله ولا يدرى أرسله إنسان أولا لا يؤكل لوقوع الشك فى الإرسال ولا إباحة بدونه ، وإن كان مرسلا فهو مال الغير فلا يجوز تناوله إلا بإذن صاحبه زيلعى .

قلت : وقد وقع فى عصرنا حادثة الفتوى ، وهى أن رجلا وجد شاته مذبوحة ببستانه هل يحل له أكلها أم لا؟ ومقتضى ماذكرناه أنه لا يحل لوقوع الشك فى أن الذابح ممن تحل ذكاته أم لا ، وهل سمى الله تعالى عليها أم لا.

لكن فى الخلاصة من اللقطة : قوم أصابوا بعيرا مذبوحا فى طريق البادية ، إن لم يكن قريبا من الماء ووقع فى القلب أن صاحبه فعل ذلك إباحة للناس لا بأس بالأخذ والأكل لأن الثابت بالدلالة كالثابت بالصريح له ، فقد أباح أكلها بالشرط المذكور ، فعلم أن العلم بكون الذابح أهلا للذكاة ليس بشرط قاله المصنف .

قلت : قد يفرق بين حادثة الفتوى واللقطة بأن الذابح فى الأول غير المالك قطعا وفى الثانى يحتمل .

ورأيت بخط ثقة : سرق شاة فذبحها بتسمية فوجد صاحبها هل تؤكل ؟ الأصح لا لكفره بتسميته على الحرام القطعى بلا تملك ولا إذن شرعى اهـ فليحرر .

وفى الوهبانية :

وما مات لا تطعمه كلبا فإنه خبيث حرام نفعه متعذر

يحل لو رمى صيدا فانكسر الصيد بسبب آخر ثم أصابه السهم لأنه حين الرمى كان صيدا خانية (قوله لا بإسلامه) أى لو رماه مرتدا (قوله ووجب الجزاء بحله) أى بتحلله من إحرامه (قوله لا بإحرامه) أى إذا رماه حلالا . وفى التاتر خانية : حلال رمى صيدا فأصابه فى الحل ومات فى الحرم أو رماه من الحرم وأصابه فى الحل ومات فيه لا يحل ، وعليه الجزاء فى الثانى دون الأول (قوله قلت الخ) هو من كلام المصنف فى المنح (قوله لوقوع الشك الخ) فيه أن الظاهر من حال البازى الذى طبعه الاصطياد أنه غير مرسل وغير مملوك لأحد ، بخلاف الذابح فى بلاد الإسلام فإن الظاهر أنه تحل ذبيحته وأنه سمى ، واحتمال عدم ذلك موجود فى اللحم الذى يباع فى السوق ، وهو احتمال غير معتبر فى التحريم قطعا (قوله لكن فى الخلاصة) استدراك على قوله لا يحل الخ (قوله إن لم يكن قريبا من الماء) قيد به لأنه إذا كان كذلك احتمل أنه وقع فى الماء فأخرجه صاحبه فذبحه على ظن حياته فلم يتحرك ولم يخرج منه دم فتركه صاحبه لعلمه بموته بالماء فلا يتأتى احتمال أنه تركه إباحة للناس ، هذا ماظهر لى تأمل (قوله ووقع فى القلب) الظاهر أن المراد الظن الغالب لا مجرد الخطور فإنه لا يترتب عليه حكم ط (قوله إباحة للناس) قد شاهدنا فى طريق الحج من يفعله لذلك ط (قوله لأن الثابت بالدلالة) أى دلالة حال صاحبه التى وقعت فى القلب ، فهو كصريح قوله أبحته لمن يأخذه وخصوصا الذبائح التى توجد فى منى أيام الموسم (قوله وفى الثانى يحتمل) فيه أن احتمال الثانى كون الذابح هو المالك لا ينفى احتمال أنه مجوسى أو تارك التسمية عمدا ، فالأولى أن يقال : إن كان الموضع مما يسكنه أو يسلك فيه مجوسى لا يؤكل وإلا أكل ، ولا يعترض بشأن ترك التسمية عمدا فإن الظاهر من حال المسلم والكتابى التسمية لأنه يعتقدها دينا ، وخلاف هذا موهوم لا يعارض الراجح اهـ ح .

أقول : ويؤيد اعتبار الموضع ما قالوا فى اللقيط إذا ادعاه ذمى يثبت نسبه منه ، ولكن هو مسلم إن لم يوجد فى مكان أهل الذمة كقريتهم أو بيعة أو كنيسة (قوله ورأيت الخ) تأييد للتفرقة وفيه نظر ، لأن المعتمد خلافه بدليل قولهم بصحة التضحية بشاة الغصب واختلافهم فى صحتها بشاة الوديعة ، ولهذا قال السائحانى أقول : هذا ينافى ماتقدم فى الغصب وفى الأضحية فلا يعول عليه (قوله لا تطعمه كلبا) الإطعام حمله إليه . وأما حل الكلب

وتمليك عصفور لواجده أجز — وإعتاقه بعض الأئمة ينكر
وإن يلقه مع غيره جاز أخذه — كقشر لرمان رماه المقشر

وفى معاياتها :

وأى حلال لايحل اصطياده — صيوداً وما صيدت ولا هى تنفر

كتاب الرهن

مناسبته أن كلا من الرهن والصيد سبب لتحصيل المال :

(هو) لغة : حبس الشيء . وشرعا (حبس شيء مالى) أى جعله محبوسا لأن الحابس هو المرتهن

إليه فكحمل الهرة لميتة جاز شرنبلالى (قوله وتمليك عصفور) بالنصب مفعول أجز مقدم : أى تمليكه بقوله جعلته لمن أخذه ، فإن لم يقل ذلك له أخذه ممن أخذه هو المختار ، فإن اختلفا فى الإباحة فالقول لصاحبه مع يمينه أنه لم يقل ، وهل يشترط أن تكون الإباحة لقوم معلومين خلاف (قوله وإعتاقه) بالنصب مفعول ينكر ، ومفهوم قوله بعض الأئمة ينكر أنه يجوزه أكثرهم ولم ينقل ذلك ، بل الظاهر أن المذهب الحرمة اهـ ش ت.

أقول : الظاهر أن ذلك إذا لم يقل من أخذه فهو له وإلا فهو عين المسألة المتقدمة (قوله جاز أخذه) أى إن لم يبحه عند الإرسال كما مر (قوله كقشر ارمان) تشبيه من حيث حل الأخذ ، وأما ملكه ومنع الأول منه ففيه خلاف ، والمختار أنه يملكه . وفى الصيد أنه لايملكه إذا لم يبحه ؛ وكذا فى الدابة إذا سيبها كما بسطه الشرنبلالى فى شرحه (قوله وأى حلال) يعنى أن رجلا ليس محرما ولافى أرض الحرم ورأى صيدا لم يصده غيره ولانفر : أى هرب ممن هو مالكه ولا يحل اصطياده .

والجواب : رجل دخل دار رجل فلما رآه غلق بابه بحيث يقدر على أخذه من غير اصطياد ملكه ، حتى لو خرج لا يحل للرجل الحلال اصطياده أو المراد لا يحل لصاحب الدار الحلال اصطياده بآلة جارحة لقدرته على الذكاة الاختيارية ، والله تعالى أعلم :

كتاب الرهن

هو مشروع ، لقوله تعالى — فرهان مقبوضة — وبما روى « أنه عليه الصلاة والسلام اشترى من يهودى طعاما ورهنه به درعه » وانعقد عليه الإجماع . ومن محاسنه النظر لجانب الدائن بأمن حقه عن التوى ، ولجانب المديون بتقليل خصام الدائن له وبقدرته على الوفاء منه إذا عجز . وركنه الإيجاب فقط أو هو والقبول كما يجيء . وشروطه تأتى : وحكمه ثبوت يد الاستيفاء . وسببه تعلق البقاء المقدر ، وإنما خص بالسفر فى الآية ، لأن الغالب أنه لايتمكن فيه من الكتابة والاستشهاد فيستوثق بالرهن (قوله هولغة حبس الشيء) أى بأى سبب كان : قال تعالى — كل نفس بما كسبت رهينة — أى محبوسة ، ويطلق على المرهون تسمية للمفعول بالمصدر ؛ يقال رهنت الرجل شيئا ورهنته عنده وأرهنته لغة فيه والجمع رهان ورهون ورهن . والرهين والرهينة الرهن أيضا ، والتركيب دال على الثبات والدوام . والراهن : المالك ، والمرتهن : آخذ الرهن (قوله أى جعله محبوسا) قال فى إيضاح الإصلاح : هو جعل الشيء محبوسا بحق ، لم يقل حبس الشيء بحق لأن الحابس هو المرتهن لا الراهن ، بخلاف الجاعل إياه محبوسا اهـ ح وهذا تعريف للرهن التام أو اللازم ، وإلا فى انعقاد الرهن لايلزم الحبس بل ذلك بالقبض اهـ سعدى . قال القهستانى : والمتبادر أن يكون الحبس على وجه التبرع ، فلو أكره المالك بالدفع إليه

(بحق يمكن استيفاؤه) أى أخذه (منه) كلا أو بعضا كأن كان قيمة المرهون أقل من الدين (كالدين) كاف الاستقصاء لأن العين لا يمكن استيفاؤها من الرهن إلا إذا صار دينا حكما كما سيجيء (حقيقة) وهو دين واجب ظاهرا وباطنا أو ظاهرا فقط كثمن عبد أوخل وجد حرا أو خمرا (أو حكما) كالأعيان (المضمونة بالمثل أو القيمة) (كما سيجيء) كونه.

(وينعقد بإيجاب وقبول) حال (غير لازم)

لم يكن رهنا كما فى الكبرى فلا عليه ذكر الإذن كما ظن اه: وسيأتى آخر الباب الآتى أنه لو أخذ عمامة المديون تكون رهنا إن رضى بتركها (قوله بحق) أى بسبب حق مالى ولو مجهولا. واحترز به عن نحو القصاص والحد واليمين قهستانى، ودخل فيه بدل الكتابة فإن الرهن به جائز وإن لم تجز به الكفالة كما فى المعراج عن الخانية (قوله يمكن استيفاؤه) أى استيفاء هذا الحق منه: أى من الرهن بمعنى المرهون: واحترز به عما يفسد كالثلج، وعن نحو الأمانة والمدبر وأم الولد والمكاتب. قال فى الشرنبلالية: وأما الخمر فهو مال أيضا. ويمكن الاستيفاء منه بتوكيل ذمى ببيعه أو بنفسه إن كان المرتهن والراهن من أهل الذمة اه لكنه ليس بمال متقوم فى حق المسلم، فلا يجوز له رهنه ولا ارتهانه من مسلم أو ذمى وإن ضمنه للذمى كما يأتى فى الباب الآتى (قوله كلا أو بعضا) تمييزان من هاء استيفاؤه الراجعة إلى الحق الذى هو الدين اهـ ح فهما محولان عن المضاف إليه المفعول فى المعنى إذ الأصل استيفاء كله أو بعضه، وفيما ذكره الشارح جواب عن القهستانى لايتناول ما كان أقل من الدين فافهم (قوله كالدين) تمثيل للحق (قوله كاف الاستقصاء) خبر مبتدإ محذوف، يعنى أنها ليست للتمثيل ببعض الأفراد إذ ليس المراد هنا سوى الدين، والداعى إلى هذا جعل المصنف الدين شاملا للعين، أما لو أطلقه أمكن جعل الكاف للتمثيل، بأن يراد بالدين الدين حقيقة (قوله كما سيجيء) أى قريبا فى قوله أو حكما (قوله وجد حرا أو خمرا) لف ونشر مرتب؛ وكثمن ذبيحة وبدل صلح عن إنكار وإن وجدت ميتة أو تصادقا على أن لادين، لأن الدين وجب ظاهرا، وهو كاف لأنه آكد من دين موعود كما سيأتى درر أى فالرهن مضمون: وذكر القدورى أنه لاشىء بهلاكه: كما لو رهن بالحر والخمر ابتداء.

ونص محمد فى المبسوط والجامع أن المقبوض بحكم رهن فاسد مضمون بالأكل من قيمته ومن الدين. والمختار قول محمد كما فى الاختيار أبو السعود ملخصا (قوله كالأعيان المضمونة بالمثل أو القيمة) ويقال لها المضمونة بنفسها لقيام المثل أو القيمة مقامها كالمغصوب ونحوه مما سيجيء. واحترز به عن المضمونة بغيرها كمبيع فى يد البائع فإنه مضمون بغيره وهو الثمن؛ وعن غير المضمونة أصلا كالأمانات. فالرهن بهذين باطل وسماها دينا حكما لأن الموجب الأصلى فيها هو القيمة أو المثل، ورد العين مخلص إن أمكن ردها على ماعليه الجمهور وذلك دين. وأما على ما عليه البعض فإنه وإن كانت القيمة لا تجب إلا بعد الهلاك ولكنه تجب عند الهلاك بالقبض السابق، وتمامه فى الهداية والزيلعى (قوله كما سيجيء) أى فى الباب الآتى (قوله وينعقد بإيجاب) كرهنتك بمالك على من الدين أوخذ هذا الشىء رهنا به قهستانى، ولفظ الرهن غير شرط كما سيذكره فى الباب الآتى (قوله وقبول) كارتهنته سواء صدر من مسلم أو كافر أو عبد أو صبى أو أصيل أو وكيل، فالقبول ركن كالإيجاب وإليه مال أكثر المشايخ فإنه كالبيع ولذا لايحنث من حلف أنه لايرهن بدون القبول: وذهب بعضهم إلى أنه شرط صيرورة الإيجاب علة لأنه عقد تبرع ولذا لايلزم إلا بالتسليم قهستانى، واقتصر فى الهداية على الثانى، ونقل القهستانى عن الكرمانى أنه يجوز بطريق التعاطى (قوله غير لازم) لأنه عقد تبرع لأن الراهن لايستوجب بمقابلته على المرتهن

وحينئذ فللرهن تسليمه والرجوع عنه كما فى الهبة (فإذا سلمه وقبضه المرتهن) حال كونه (محوزا) لا متفرقا كثمر على شجر (مفرغا) لامشغولا بحق الراهن كشجر بدون الثمر (مميزا) لا مشاعا ولو حكما بأن اتصل المرهون بغير المرهون خلقة كالشجر وسيتضح (لزم) أفاد أن القبض شرط اللزوم كما فى الهبة ، وصحح فى المجتبى أنه شرط الجواز (والتخلية) بين الرهن والمرتهن (قبض) حكما على الظاهر (كالبيع) فإنها فيه أيضا قبض (وهو مضمون إذا هلك

شيئا (قوله وحينئذ) أى حين إذ انعقد غير لازم ، ويغنى عنه فاء التفريع كما أفاده ط (قوله وقبضه) أى بإذن الراهن صريحا أو ماجرى مجراه فى المجلس وبعده بنفسه أو بنائبه كأب ووصى وعدل هندية ملخصا ، ولو قبضه المرتهن والراهن ساكت ينبغى أن يصير رهنا فتنبه (قوله حال كونه) أى الرهن ، وهذه الأحوال مترادفة أو متداخلة عينى وأفاد بها أن الرهن بهذه الصفات ليس بلازم عند العقد بل عند القبض ، فلو اتصل أو اشتغل بغيره كان فاسدا لا باطلا ، وكذا لو كان شائعا . وعند بعضهم يكون باطلا وهو إختيار الكرخى ، فلو ارتفع الفساد عند القبض صار صحيحا لازما كما فى الكرمانى قهستانى (قوله محوزا) من الحوز : وهو الجمع وضم الشئ قاموس ، وانظر مافى الدرر (قوله كثمر على شجر) مثال للمتفرق وكزرع على أرض أى بدون الشجر والأرض لأن الثمر والزرع لم يحازا فى يد المرتهن بمعنى أن يده لم تحوها وتجمعهما إذ لايمكن حيازة ثمر بدون شجر ولا زرع بدون أرض ط (قوله لامشغولا) أما الشاغل فرهنه جائز كما فى كثير من الكتب ، وقيد بقوله بحق الراهن احترازا عما لو كان مشغولا بملك غيره فلا يمنع كما فى العمادية حموى .

أقول : وينبغى تقييد الشاغل الذى يجوز رهنه بغير المتصل لما علمته من عدم جواز رهن الثمر أو الزرع وكذا البناء وحده كما سيأتى فافهم (قوله لامشاعا) كنصف عبد أو دار واو من الشريك ، وسيجىء تمام ذلك وأنه يستثنى منه ماثبت الشيوع فيه ضرورة (قوله ولو حكما الخ) يستغنى عنه بقول المصنف محوزا (قوله خلقة) فى التقييد به نظر سنذكره (قوله وسيتضح) أى فى أوائل الباب الآتى (قوله لزم) جواب إذا (قوله شرط اللزوم) مشى عليه فى الهداية والملتقى وغيرهما . قال فى العناية : وهو اختيار شيخ الإسلام ، وهو مخالف لرواية العامة . قال محمد : لايجوز الرهن إلا مقبوضا ، ومثله فى كافى الحاكم ومختصر الطحاوى والكرخى اه ملخصا .

وفى السعدية أقول : سبق فى كتاب الهبة أنه عليه الصلاة والسلام قال « لا تجوز الهبة إلا مقبوضة » والقبض ليس بشرط الجواز فى الهبة ، فليكن هنا كذلك فليتأمل اه .

وحاصله أنه يمكن أن يفسر هنا أيضا الجواز باللزوم لا بالصحة كما فعلوا فى الهبة ، فإنه لا يمكن الجمع بين كلامهم وبين الحديث إلا بذلك (قوله وصحح فى المجتبى) وكذا فى القهستانى عن الذخيرة (قوله والتخلية) هى رفع الموانع والتمكين من القبض (قوله قبض حكما) لأنها تسليم فمن ضرورته الحكم بالقبض . فقد ذكر الغاية التى يبنى عليها الحكم لأنه هو المقصود : وبه اندفع قول الزيلعى : الصواب أن التخلية تسليم لأنه عبارة عن رفع المانع من القبض ، وهو فعل المسلم دون المتسلم والقبض فعل المتسلم اه أفاده فى المنح ، والمراد أنه يترتب عليه ما يترتب على القبض الحقيقى (قوله على الظاهر) أى ظاهر الرواية وهو الأصح . وعن أبى يوسف أنه لايثبت فى المنقول إلا بالنقل هداية (قوله وهو مضمون الخ) يعنى أن ماليته مضمونة ، وأما عينه فأمانة .

قال فى الاختيار : ويهلك على ملك الراهن حتى يكفنه لأنه ملكه حقيقة ، وهو أمانة فى يد المرتهن ، حتى لو اشتراها لاينوب قبض الرهن عن قبض الشراء لأنه أمانة فلا ينوب عن قبض الضمان ، وإذا كان ملكه فمات كان كفنه عليه اه حموى على الأشباه . واحترز عما إذا استهلكه فإنه يضمن جميعه كما يأتى بيانه ، وأطلقه فشمل ما إذا شرط عدم الضمان لو ضاع ، فالرهن جائز ، والشرط باطل ، ويهلك بالدين كما فى الخلاصة وغيرها ،

بالأقل من قيمته ومن الدين) وعند الشافعي هو أمانة (والمعتبر قيمته يوم القبض) لايوم الهلاك كما توهمه فى الأشباه لمخالفته للمنقول كما حرره المصنف .

(المقبوض على سوم الرهن إذا لم يبين المقدار) أى مقدار مايريد أخذه من الدين (ليس بمضمون فى الأصح)

وشمل ما لو نقص بعيب . ففى جامع الفصولين : لو رهنا قنا وأبق سقط الرهن ، فلو وجده عاد رهنا ويسقط من الدين بحسابه لو كان أول إباقه وإلا فلايسقط شيء اه وسيجيء آخر الرهن ، وشمل الرهن الفاسد أيضا فإنه يعامل معاملة الصحيح على ما يأتى بيانه فى آخر الرهن :

[تنبيه] ذكر فى الفصل الثلاثين من العمادية : لو رهن عبدين بألف وهلك أحدهما وقيمة الهالك أكثر من الدين لايسقط كل الدين بهلاكه بل يقسم الدين على قيمة الحى وقيمة الهالك ، فما أصاب الهالك يسقط ، وما أصاب الباقى يبقى ، وكذا إذا رهن دارا بألف وخربت يقسم الدين على قيمة البناء وقيمة العرصة يوم القبض ، فما أصاب البناء يسقط ، وما أصاب العرصة يبقى كذا فى المبسوط اه .

وبيانه ما فى التاترخانية : رهن فرواً قيمته أربعون درهما بعشرة دراهم فأكله السوس فصار قيمته عشرة فإنه يفتكه بدرهمين ونصف اه أى لأن الهالك ثلاثة أرباع الرهن فيسقط من الدين بقدره كما فى البزازية فليحفظ ذلك فإنه يخفى على كثير ، وسيذكر آخر الباب الآتى : لو ذهبت عين الدابة يسقط ربع الدين ويأتى بيانه ، وسيأتى أن نقصان السعر لايوجب سقوط الدين بخلاف نقصان العين وأن نماء الرهن الذى صار رهنا تبعا يهلك مجانا إلا إذا هلك بعد هلاك الأصل ، ويأتى بيان الجميع إن شاء الله تعالى (قوله بالأقل من قيمته ومن الدين) قال فى النهاية : وفى بعض نسخ القدورى بأقل بدون الألف واللام وهو خطأ ، واعتبر هذا بقول الرجل مررت بأعلم من زيد وعمرو يكون الأعلم غيرهما ، ولو كان بالأعلم من زيد وعمرو يكون واحدا منهما فكلمة من للتمييز اه وقال فى الموصل شرح المفصل : إن من هذه ليست من التفضيلية التى لاتجامع اللام وإنما هى من التبيينية فى قولك أنت الأفضل من قريش كما تقول أنت من قريش اه شرنبلالية ، فالمراد أنه لو كانت القيمة أقل من الدين أو بالعكس فهو مضمون بالأقل منهما الذى هو أحدهما ، ولو قيل بأقل منكرا اقتضى أنه يضمن بشيء ثالث غيرهما هو أقل منهما وليس بمراد ، إلا أن يقال كما فى القهستانى أى بدين أو بقيمة أقل من قيمته أو من الدين مرتبا ، فكلمة من تفضيلية والمفضل الدين أولا والقيمة ثانيا والمفضل عليه بالعكس اه . فالمعنى بدين أقل من قيمته أو بقيمة أقل من الدين ، ولا يخفى ما فيه (قوله وعند الشافعى هو أمانة) أى كله له أمانة فى يد المرتهن لايسقط شيء من الدين بهلاكه ، وتمام الكلام فى المطولات (قوله والمعتبر قيمته يوم القبض) قال فى الخلاصة وحكم الرهن أنه لو هلك فى يد المرتهن أو العدل ينظر إلى قيمته يوم القبض وإلى الدين ، فإن كانت قيمته مثل الدين سقط الدين بهلاكه الخ .

وقال الزيلعى : يعتبر قيمته يوم القبض بخلاف ما لو أتلفه أجنبى فإن المرتهن يضمنه قيمته يوم هلك باستهلاكه وتكون رهنا عنده ، وتمامه فى المنح : زاد فى شرح الملتقى : والقول فيها للمرتهن والبينة للراهن (قوله لايوم الهلاك كما توهمه فى الأشباه) أى فى بحث ثمن المثل من الفن الثالث .

أقول : يمكن حمل ما فى الأشباه على ما إذا استهلكه المرتهن ، ولذا قال الرملى بعد كلام : وأنت إذا أمعنت النظر ظهر لك الفرق بين الهلاك والاستهلاك ، فقطعت فى صورة الهلاك بأن المعتبر قيمته يوم القبض ، وفى صورة الاستهلاك يوم الهلاك لوروده على العين المودعة اه (قوله إذا لم يبين المقدار) أما لو بين يكون مضمونا .

كذا فى القنية والأشباه (فإن) هلك و (ساوت قيمته الدين صار مستوفيا) دينه (حكما ، أو زادت كان الفضل أمانة) فيضمن بالتعدى (أونقصت سقط بقدره ورجع) المرتهن (بالفضل) لأن الاستيفاء بقدر المالية (وضمن) المرتهن (بدعوى الهلاك بلا برهان مطلقا) سواء كان من أموال ظاهرة أو باطنة ، وخصه مالك بالباطنة (وله طلب دينه من راهنه ، وله حبسه به وإن كان الرهن فى يده لأن) الحبس جزاء مطله (وله حبس رهنه بعد الفسخ للعقد (حتى يقبض دينه أو يبرئه) لأن الرهن لايبطل بمجرد الفسخ بل يبقى رهنا ما بقى القبض والدين معا ،

وصورته : أخذ الرهن بشرط أن يقرضه كذا فهلك فى يده قبل أن يقرضه هلك بأقل من قيمته ومما سمى له من القرض ، لأنه قبضه بسوم الرهن والمقبوض بسوم الرهن كالمقبوض بسوم الشراء إذا هلك فى المساومة ضمن قيمته ، كذا فى شرح الطحاوى حموى (قوله كذا فى القنية) ونصها : المقبوض على سوم الرهن إذا لم يبين المقدار الذى به رهنه وليس فيه دين لايكون مضمونا على أصح الروايتين : وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد : يعطيه المرتهن وما شاء . وعن محمد : لا أستحسن أقل من درهم . وعن أبى يوسف : إذا ضاع فعليه قيمته اه :

أقول : وهذه مسألة الرهن بدين موعود ، وسيذكرها المصنف فى الباب الآتى أيضا (قوله فإن هلك الخ) الأولى تقديمه على قوله المقبوض على سوم الرهن لأنه من تمام ما قبله ط :

وبيان ذلك إذا رهن ثوبا قيمته عشرة بعشرة فهلك عند المرتهن سقط دينه ، ولو قيمته خمسة رجع على الراهن بخمسة أخرى ، ولو خمسة عشر فالفضل أمانة كفاية ، وأطلق الهلاك فشمل ما لو كان بعد قضاء الدين فيسترد الراهن ما قضاه من الدين لأنه تبين بالهلاك أنه صار مستوفيا من وقت القبض السابق بزازية وغيرها ، ويأتى آخر الرهن (قوله يضمن بالتعدى) فلو رهن ثوبا يساوى عشرين درهما بعشرة فلبسه المرتهن بإذن الراهن فانتقص ستة ثم لبسه بلا إذن فانتقص أربعة ثم هلك وقيمته عشرة يرجع المرتهن على الراهن بدرهم واحد من دينه ويسقط تسعة لأن الثوب يوم الرهن كان نصفه مضمونا بالدين ونصفه أمانة ، وما انتقص بلبسه بالإذن وهو ستة لا يضمن ، وما انتقص بلا إذن وهو أربعة يضمن ويصير قصاصا بقدره من الدين ، فإذا هلك وقيمته عشرة لصفه مضمون ونصفه أمانة فبقدر المضمون يصير المرتهن مستوفيا دينه ويبقى له درهم يرجع به على الراهن ظهيرية وخانية ملخصا (قوله وضمن بدعوى الهلاك بلا برهان) كذا فى الدرر وشرح المجمع الملكى ، وظاهره أنه يضمن قيمته بالغة ما بلغت ، وأنه لايصدق بلا برهان ، وأنه بإقامته ينتفى الضمان ، وهذا مذهب الإمام مالك . أما مذهبنا فلا فرق بين ثبوت الهلاك بقوله مع يمينه أو بالبرهان ، وهو فى الصورتين مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين كما أوضحه فى الشرنبلالية عن الحقائق ، وبه أفتى ابن الحلبى ، ومثله فى فتاوى الكازرونى وفى فتاوى المصنف :

وقد زل قدم العلامة الرملى فى ذلك تبعا للمصنف هنا ، فأفتى بضمان القيمة بالغة ما بلغت كما هو مسطور فى فتاواه ، وصرح بذلك أيضا فى حاشية المنح : وممن رد عليه صاحب الفتاوى الرحيمية تبعا لشيخه الشرنبلالى فقال : هذا مخالف للمذهب رأسا واحدا والرجوع إلى الحق أحق (قوله ظاهرة) كالحيوان والعبيد والعقار أو باطنة كالنقدين والحلى والعروض درر (قوله وخصه مالك بالباطنة) أى خص الضمان بالأموال الباطنة للتهمة غرر الأفكار (قوله وله حبسه به) أى حبس الرهن بالدين (قوله للعقد) أى عقد الرهن (قوله لايبطل بمجرد الفسخ) بل لابد معه من رده على الراهن (قوله بل يبقى على الرهن رهنا) أى مضمونا ، فلو هلك فى يده سقط الدين إذا كان به وفاء هداية (قوله ما بقى القبض والدين معا) أى قبض الرهن فى يد المرتهن والدين فى ذمة

فإذا فات أحدهما لم يبق رهنا زيلعي ودرر وغيرهما (لا انتفاع به مطلقا) لا باستخدام، ولا سكنى ولا لبس ولا إجارة ولا إعارة ؛ سواء كان من مرتهن أو راهن (إلا بإذن) كل للآخر ، وقيل لا يحل للمرتهن لأنه ربا ، وقيل إن شرطه كان ربا وإلا لا ؛

وفى الأشباه والجواهر : أباح الراهن للمرتهن أكل الثمار أوسكنى الدار أولبن الشاة المرهونة فأكلها

الراهن وانى (قوله فإذا فات أحدهما) بأن رد الرهن أو أبرأه من الدين لم يبق رهنا فيسقط الضمان، لأن العلة إذا كانت ذات وصفين يعدم الحكم بعدم أحدهما . ويرد عليه ما لو هلك قبل التسليم وبعد قضاء الدين ويضمن ويسترد الراهن ماقضاه كما مر ويأتى، وجوابه مع ما فيه فى العناية (قوله ولا إجارة) فلو أجره المرتهن بلا إذن فالأجرة له كما سيذكره آخر الرهن مع بقية فروعه (قوله ولا إعارة) سيذكر فى باب التصرف فى الرهن أحكام إعارته من الراهن أومن أجنبى بإذن أو بدونه (قوله سواء كان) أى الانتفاع (قوله من مرتهن أو راهن) الأول مصرح به فى عامة المتون ، والثانى صرح به فى درر البحار وشرح مختصر الكرخى وشرح الزاهدى وفيه خلاف الشافعى فعنده يجوز له الانتفاع بغير الوطء ، والأول لا خلاف فيه كما فى غرر الأفكار ؛

بقى لو سكن فى دار الرهن هل تلزمه أجرة ؟ أجاب فى الخيرية إنه لاتلزمه مطلقا أذن الراهن أولا معدة للاستغلال أولا ، ومثله فى البزازية . وأجاب فى الخيرية بذلك أيضا لو كانت ليتيم ، وقد مر ذلك آخر الغصب فراجعه (قوله إلا بإذن) فإذا انتفع المرتهن بإذن الراهن وهلك الرهن حالة استعماله يهلك أمانة بلا خلاف، أما قبل الاستعمال أو بعده يهلك بالدين ، ولو كان أمة لايحل وطؤها لأن الفرج أشد حرمة ، لكن لايحد بل يجب العقر عندنا معراج (قوله وقيل لايحل للمرتهن) قال فى المنح : وعن عبد الله محمد بن أسلم السمرقندى وكان من كبار علماء سمرقند أنه لايحل له أن ينتفع بشىء منه بوجه من الوجوه وإن أذن له الراهن، لأنه أذن له فى الربا لأنه يستوفى دينه كاملا فتبقى له المنفعة فضلا فيكون ربا ، وهذا أمر عظيم .

قلت : وهذا مخالف لعامة المعتبرات من أنه يحل بالإذن إلا أن يحمل على الديانة، وما فى المعتبرات على الحكم ثم رأيت فى جواهر الفتاوى : إذا كان مشروطا صار قرضا فيه منفعة وهو ربا وإلا فلا بأس اهـ مافى المنح ملخصا وأقره ابنه الشيخ صالح؛ وتعقبه الحموى بأن ماكان ربا لايظهر فيه فرق بين الديانة والقضاء : على أنه لاحاجة إلى التوفيق بعد أن الفتوى على ماتقدم : أى من أنه يباح ؛

أقول : مافى الجواهر يصلح للتوفيق وهو وجيه، وذكروا نظيره فيما لو أهدى المستقرض للمقرض، إن كانت بشرط كره وإلا فلا، وما نقله الشارح عن الجواهر أيضا من قوله لايضمن يفيد أنه ليس بربا ، لأن الربا مضمون فيحمل على غير المشروط وما فى الأشباه من الكراهة على المشروط ، ويؤيده قول الشارح الآتى آخر الرهن إن التعليل بأنه ربا يفيد أن الكراهة تحريمية فتأمل : وإذا كان مشروطا ضمن كما أفتى به فى الخيرية فيمن رهن شجر زيتون على أن يأكل المرتهن ثمرته نظير صبره بالدين .

قال ط : قلت والغالب من أحوال الناس أنهم إنما يريدون عند الدفع الانتفاع ، ولولاه لما أعطاه الدراهم وهذا بمنزلة الشرط ، لأن المعروف كالمشروط وهو مما يعين المنع ، والله تعالى أعلم اهـ ؛

[فائدة] قال فى التاترخانية مانصه : ولو استقرض دراهم وسلم حماره إلى المقرض ليستعمله إلى شهرين حتى يوفيه دينه أو داره ليسكنها فهو بمنزلة الإجارة الفاسدة ، إن استعمله فعليه أجر مثله ولا يكون رهنا اهـ : وقدمناه فى الإجارات فتنبه (قوله فأكلها) سيأتى آخر الرهن عن فتاوى المصنف أن الظاهر أن الأكل يشمل أكل ثمنها

لم يضمن وله منعه ، ثم أفاد فى الأشباه أنه يكره للمرتهن الانتفاع بذلك ، وسيجىء آخر الرهن .
(ماتت الشاة فى يد المرتهن قسم الدين على قيمة الشاة ولبنها الذى شربه ، فحظ الشاة يسقط وحظ اللبن يأخذه المرتهن ؛ فلو فعل) الانتفاع قبل إذنه (صار متعديا ولم يبطل) الرهن (به . وإذا طلب) المرتهن (دينه أمر بإحضار رهنه) لئلا يصير مستوفيا مرتين إلا إذا كان له حمل أو عند العدل لأنه لم يأتمنه شرح مجمع (فإن أحضر سلم) له (كل دينه أولا ثم) سلم المرتهن (رهنه) تحقيقا للتسوية (وإن طلب) دينه (فى غير بلد العقد) للرهن (فكذلك) الحكم (إن لم يكن للرهن مؤنة ، وإن كان) لحمله مؤنة) سلم دينه وإن لم يحضره) لأن الواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان إلى مكان ؛ ونقل القهستانى عن الذخيرة أنه لو لم يقدر على إحضاره أصلا مع قيامه لم يؤمر به اهـ فليحفظ (و) لكن (للراهن

(قوله لم يضمن) أى ولا يسقط شىء من دينه قنية يعنى إذا لم يهلك الأصل كما يأتى بيانه (قوله وسيجىء) أى هذا البحث بزيادة بيان (قوله ماتت الشاة الخ) يوجد فى بعض النسخ متنا وسقط من بعضها ولم يكتب عليه المصنف (قوله الذى شربه) أى بإذن الراهن كما صرح به فى الولوالجية فافهم (قوله وحظ اللبن يأخذه المرتهن) أى يأخذه من الراهن ، لما سيأتى أن نماء الرهن رهن مع الأصل ولما أتلفه المرتهن بإذن الراهن صار كأن الراهن أتلفه فيكون مضمونا عليه فكان له حصة من الدين وهذا معنى قولنا آنفا يعنى إذا لم يهلك الأصل ، وسيأتى تمام بيان ذلك آخر الرهن إن شاء الله تعالى (قوله صار متعديا) فيضمنه كالغصب ، ولو عاد إلى الوفاق عاد رهنا ويأتى تمامه (قوله لئلا يصير مستوفيا مرتين) أى على تقدير هلاك الرهن . قال فى غرر الأفكار : فإنه لو أمر بقضاء الدين قبل الإحضار فربما يهلك الرهن أو كان هالكا فيصير مستوفيا دينه مرتين اهـ (قوله إلا إذا كان له حمل) لأنه عاجز شرح مجمع : أى عاجز حكما بما يلحقه من المؤنة . ونقل الشلبى أنه إن كان فى بلد الرهن يؤمر بإحضاره مطلقا ، وإلا فإن لم يكن له حمل ومؤنة فكذا ، وإن كان له حمل لا يؤمر ، وحمل عليه ما فى شرح المجمع عليه .
أقول : هذا هو المتبادر من كلامهم لكن فيه نظر ، لأن الواجب عليه التخلية لا النقل كما يأتى على أنه يخالفه ما فى البزازية حيث قال : إن لم يلحقه مؤنة فى الإحضار يؤمر به ، وإن كان مما يلحقه مؤنة بأن كان فى موضع آخر لا يؤمر به اهـ .
وفى الذخيرة : الأصل أنه إن قدر على إحضاره بلا مؤنة فللراهن أن يمتنع عن القضاء ، وإن لم يقدر أصلا مع قيام الرهن أو لم يقدر إلا بمؤنة فلا . ثم قال بعد كلام وإن لقيه فى بلد الرهن والرهن جارية أمر بإحضارها لقدرته بلا مؤنة ، وتركنا القياس فيما يلحقه مؤنة فبقى ماعداه على أصل القياس اهـ ملخصا فتأمل (قوله أو عند العدل) سيأتى متنا قريبا (قوله ثم سلم المرتهن رهنه) فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ماقضاه لأنه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق ، فكان الثانى استيفاء بعد استيفاء فيجب رده هداية ، وسيأتى آخر الرهن (قوله تحقيقا للتسوية) أى فى تعيين حق كل : قال فى الذخيرة لأن المرتهن عين حق الراهن فيجب على الراهن تعين حق المرتهن إلا أن تعيين الدراهم والدنانير لا يقع إلا بالتسليم ليحصل التعيين اهـ فهو تعليل لوجوب تسليم الدين أولا . وأما علة الإحضار فقد مرت فى قول الشارح لئلا يصير مستوفيا مرتين فافهم (قوله للرهن) متعلق بالعقد (قوله مع قيامه) أى قيام الرهن ، واحترز به عما إذا لم يقدر لهلاكه (قوله لم يؤمر به) أى كما إذا لم يقدر عليه إلا بمؤنة تلحقه ، وهو مذكور فى الذخيرة أيضا كما قدمناه (قوله ولكن للراهن الخ) استدراك على قوله وإن لم يحضره ، وقوله لم يؤمر به فهو تقييد لما قبله ، وعبارة المتن تفيده وإنما أتى بلكن متابعة لعبارة الذخيرة والكفاية وغيرهما فافهم

أن يحلفه بالله ما هلك) وهذا كله إذا ادعى الراهن هلاكه ، أما إذا لم يدّع فلا فائدة فى إحضاره ، وكذا الحكم عند كل نجم حل كما حرره ابن الشحنة وقال نظما :

ولا دفع مالم يحضر الرهن أو يكن | بغير مكان العقد والحمل يعسر

(قوله أن يحلفه) أى على البتات لأنه تحليف على الهلاك فى يده ذخيرة (قوله وكذا الحكم عند كل نجم حل) أى لو كان الدين مقسطا فحل قسط ح قال فى النهاية : وكما يكلف المرتهن إحضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل ، هذا إذا ادّعى الراهن هلاك الرهن وطلب من القاضى أن يأمره بالإحضار ليظهر حاله فيأمره به إن كان فى بلد الرهن . أما إذا لم يدع هلاكه فلا حاجة إلى إحضاره إذ لا فائدة فيه اه ملخصا ، ومثله فى الزيلعى :

واعترضه العلامة الطرسوسى بأن التقييد بقوله هذا إذا ادعى الراهن هلاك الرهن الخ من عنده لم يعزه إلى أحد وهو فاسد لأن فيه ترك الاحتياط فى القضاء ، بل يأمره القاضى بإحضاره وإن لم يدع الراهن الهلاك لئلا يصير قاضيا بالاستيفاء مرتين إلا أن يصدقه الراهن على بقائه ، وأقره ابن وهبان فقال : تتبعت ما عندى من الكتب فلم أجد هذا القيد ، وعباراتهم تفيد صحة ما ذكره الطرسوسى ، والقياس يقتضى صحة ما فى النهاية ، لأن الأصل عدم الهلاك وطلب إحضار المرهون حق الراهن فإذا لم يطلبه لايجب على الحاكم جبر المرتهن عليه والتحليف على عدم الهلاك فيما لو كان للرهن حمل ومؤنة كالأمر بالإحضار على هذين القولين اه ملخصا من شرح الوهبانية لابن الشحنة : ثم حرر ابن الشحنة المسألة واختار تفصيلا فيها وهو لزوم الإحضار مطلقا فى مسألة قضاء الدين بتمامه للتعليل المار . وأما فى قضاء نجم منه فلا يلزم إلا بدعوى الراهن الهلاك لأنه بدفع نجم منه لايكون مستوفيا لجميع الحق فلا يجبر على إحضار جميع الرهن لكن بدعوى الهلاك توجه الطلب فيلزم الإحضار ثم إن التحليف على هذا التفصيل اه ملخصا . وقد أورد هذا التفصيل فى نظمه الآتى : قال الشرنبلالى : وقد فهم الشارح أن التقييد بطلب المدعى فيما إذا أراد وفاء نجم فقط ولكنه غير مسلم لما علمته من كلام الزيلعى الموافق لكلام النهاية اه :

وأقول وبالله أستعين : الذى يظهر لى أن الحق مع صاحب النهاية وأن القيد للمسألتين كما فهمه الشرنبلالى ، فلا يلزم القاضى أمر المرتهن بالإحضار إلا إذا طلبه الراهن وادّعى الهلاك لأنه حقه ، يدل عليه أنه فى الذخيرة قيد التحليف على عدم الهلاك بطلب الراهن وتبعه القهستانى ومثله فى غرر الأفكار ،

وفى البزازية : وإن ادعى أى الراهن هلاكه يحلف المرتهن على قيامه ، فإذا حلف أمر : أى الراهن بأداء الدين اه ولم يقيدوه بصورة وفاء الدين بتمامه أو وفاء نجم منه ، وقد علمت مما مر استواء الأمر بالإحضار والتحليف وجريان النزاع فيهما ، فحيث كان المنقول أنه لا يجب على القاضى تحليفه إلا بطلب صاحب الحق فكذا لا يجب عليه الأمر بالإحضار إلا بالطلب مطلقا ، هذا ما ظهر لفهمى القاصر والله تعالى أعلم (قوله كما حرره ابن الشحنة) الذى حرره هو التفصيل كما علمته أفاده ط (قوله ولا دفع الخ) أى لا يدفع الراهن الدين بتمامه ما لم يحضر المرتهن الرهن وإن لم يدّع الراهن الهلاك إلا أن يكون فى غير بلد الرهن ولحمله مؤنة فيدفع الدين ، وله تحليف المرتهن على عدم الهلاك ، قوله كذا النجم : أى لا يدفع نجما حل ما لم يحضر المرتهن الرهن وإن لم يدع الهلاك ، وحينئذ فحكم النجم والدين بتمامه سواء ، وهذا على غير ما فى النهاية : أما على مافيها فبينهما فرق من حيث أنه فى النجم لايؤمر المرتهن بإحضار الرهن بدون دعوى المديون الهلاك ، وإليه أشار بقوله أولا إلى آخره عطفا على قوله كذا النجم ، والمنفى بلا محذوف دل عليه مضمون الكلام قبله ، فإن قوله ما لم يحضر الرهن يفيد أنه يؤمر بالإحضار : أى ولا يؤمر المرتهن فى صورة النجم بالإحضار إلا بدعوى الراهن الهلاك ، هذا تقرير النظم على ما فهمه ابن الشحنة من إرجاع التقييد بدعوى الهلاك فى كلام النهاية إلى مسألة النجم فقط ، وادعاء الفرق بينهما وقدمنا ما فيه (قوله أو يكن الخ) هذا يؤيد ما تقدم عن الشلبى من التفصيل ط . قال السائحانى : وأو هنا

كذا النجم أولا دون دعوى مدينه　　　　هلاكا وهذا فى النهاية يذكر

(ولا يكلف مرتهن) قد (طلب دينه إحضار رهن قد وضع عند العدل بأمر الراهن ولا) إحضار (ثمن رهن باعه المرتهن بأمره) أى بأمر الراهن (حتى يقبضه) لإذنه بذلك (و) حينئذ ف (إذا قبضه) أى الثمن (يكلف إحضاره) لقيام البدل مقام المبدل (ولا) يكلف (مرتهن معه رهنه تمكين الراهن من بيعه ليقضى دينه) بثمنه لأن حكم الرهن الحبس الدائم حتى يقبض دينه (ولا) يكلف (من قضى بعض دينه) أو أبرأ بعضه (تسليم بعض رهنه حتى يقبض البقية من الدين) أو يبرئها اعتبارا بحبس المبيع :

(ويجب) على المرتهن (أن يحفظه بنفسه وعياله) كما فى الوديعة (وضمن إن حفظ بغيرهم) كما مر فيها (و) ضمن (بإيداعه) وإعارته وإجارته واستخدامه (وتعديه كل قيمته) فيسقط الدين بقدره (وكذا) يضمن (كل قيمته بجعل خاتم الرهن فى خنصره) سواء جعل فصه لبطن كفه أولا ، وبه يفتى برجندى (اليسرى

بمعنى إلا والفعل بعدها حقه النصب بأن مضمرة إلا أنه ورد الجزم بها ويصح عطفه على يحضر : أى لا دفع ما لم يكن الخ اه :

فالمعنى لا دفع مدة لم يكن فى غير مكان العقد أى بأن كان فى مكان العقد لأن النفى نفى إثبات ، لكن يبعد قوله والحمل يعسر ، لأنه إذا كان فى مكان العقد لا يحتاج إلى حمل ، إلا أن يقال : يمكن أنه نقله إلى داره فيصير معنى البيت لا دفع إذا كان الرهن فى بلدة العقد إلا إذا أحضره المرتهن ما لم يكن له حمل ومؤنة . وعلى هذا فهو مخالف لما مر عن الشلبى مؤيد لما قدمناه عن البزازية والذخيرة لكنه بعيد فتأمل (قوله ولا يكلف مرتهن الخ) لأنه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه فى قدرته (قوله عند العدل) هو من يوضع عنده الرهن ويأتى له باب مخصوص (قوله بأمر الراهن) متعلق بوضع (قوله لإذنه بذلك) أى بالبيع فصار كأنهما تفاسخا الرهن وصار الثمن رهنا ولم يسلم إليه بل وضعه على يد عدل ، وتمامه فى الهداية وشروحها (قوله تمكين الراهن من بيعه) يعنى لا يكلف تسليم الرهن ليباع بالدين ، لأن عقد البيع لا قدرة للمرتهن على المنع منه شرنبلالية نعم يتوقف نفاذ البيع على إجازة المرتهن أو قضاء دينه ، ولا ينفسخ بفسخه فى الأصح كما يأتى بيانه (قوله ولا يكلف من قضى الخ) من واقعة على المرتهن وقضى مبنى للمجهول وبعض نائب الفاعل أى بعض دينه الثابت له على الراهن ، وقوله أو أبرأ مبنى للمعلوم (قوله اعتبارا بحبس المبيع) أى عند البائع فإنه لا يلزمه تسليم بعضه بقبض بعض الثمن ، لكن لو رهنه عبدين وسمى لكل شيئا من الدين له قبض أحدهما بأداء ما سمى له ، بخلاف البيع كما سيذكره فى الباب الآتى (قوله وعياله) المعتبر فى كون الشخص عيالا له أن يساكنه سواء كان فى نفقته أم لا كالزوجة والولد والخادم الذين فى عياله والزوج الأجير الخاص مشاهرة أو مسانهة لا مياومة ، ويجرى مجرى العيال شريك المفاوضة والعنان ، ولا يشترط فى الزوجة والولد كونهما فى عياله اهـ غرر الأفكار (قوله وضمن الخ) مفعوله قوله : الآتى كل قيمته فهو ضمان الغصب لا ضمان الرهن ، والمراد أنه يضمن بهذه الأشياء إذا هلك بسببها ، وكل فعل يغرم به المودع يغرم به المرتهن وما لا فلا ، إلا أن الوديعة لا تضمن بالتلف كما فى جامع الفصولين ه وفيه : لو خالف ثم عاد فهو رهن على حاله ، فلو ادعى الوفاق وكذبه راهنه صدق راهنه لأنه أقر بسبب الضمان :

[تنبيه] لو مات المرتهن مجهلا يضمن كما فى الخيرية وغيرها (قوله وتعديه) عطف عام على خاص أى كالقراءة والبيع واللبس والركوب والسكنى بلا إذن قهستانى (قوله كل قيمته) أى بالغة ما بلغت لأنه صار غاصبا إتقانى . وفى الهداية لأن الزيادة على مقدار الدين أمانة والأمانات تضمن بالتعدى (قوله فيسقط الدين بقدره)

أو اليمنى) على مااختاره الرضى لكن قدمنا فى الحظر عن البرجندى هنا أنه شعار الروافض وأنه يجب التحرز عنه فتنابه:
قلت : ولكن جرت العادة فى زماننا بلبسه كذلك فيلبغى لزوم الضمان قياسا على مسألة السيف الآتية فليحرر لا يجعله فى أصبع أخرى إلا إذا كان المرتهن امرأة فتضمن لأن النساء يلبسن كذلك فيكون استعمالا لا حفظا ابن كمال معزيا للزيلعى (و) مثله (تقلد سيفى الرهن لا الثلاثة) فإن الشجعان يتقلدون فى العادة بسيفين لا الثلاثة (و) فى (لبس خاتمه) أى بخاتم الرهن (فوق آخر يرجع إلى العادة) فإن كان ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن وإلا كان حافظا فلا يضمن (ثم إن قضى بها) أى بالقيمة المذكورة (من جنس الدين يلتقيان قصاصا بمجرده) أى بمجرد القضاء بالقيمة (إذا كان الدين حالاً وطالب) المرتهن (الراهن بالفضل إن كان) ثمة فضل (وإن) كان الدين (مؤجلا يضمن المرتهن قيمته وتكون رهنا عنده ، فإذا حل الأجل أخذه بدينه وإن قضى بالقيمة من خلاف جنسه كان الضمان رهنا عنده إلى قضاء دينه) لأنه بدل الرهن فأخذ حكمه :

أى يسقط الدين جميعه حالة كونه بقدر ما ضمن وإلا رجع كل منهما على صاحبه بما فضل وكان الأولى حذف ذلك لأن فيه تفصيلا يأتى فى المتن قريبا (قوله على ما اختاره الرضى) أقول : الذى فى البزازية وغيرها أنه اختاره السرخسى ، وكأن ما هنا من تحريف النساخ إذا لم يشتهر هذا الاسم على أحد من أئمتنا فيما أعلم تأمل (قوله لكن قدمنا فى الحظر عن البرجندى هنا) أى عن شرح البرجندى فى هذا المحل ، وهو كتاب الرهن : ثم إن الذى قدمه فى الحظر لم يعزه إلى البرجندى ، نعم عزاه إليه فى الدر المنتقى حيث قال : كذا نقله البرجندى فى الرهن عن كشف البزدوى اهـ . وفى بعض النسخ بدل لفظ فيها فقال ط : أى فى اليمين (قوله أنه) أى إن جعله فى اليمين (قوله قلت ولكن الخ) هذا معنى ما قدمه فى الحظر أن ذاك الشعار كان وبان ، وقدمنا هناك أن الحق التسوية بين اليمين واليسار لثبوت كل منهما عن سيد الأخيار صلى الله عليه وسلم : ثم إن هذا استدراك على الاستدراك ، فهو تأييد لما فى المتن من التسوية بينهما بناء على أنه يلبس فى كل منهما فهو استعمال لا حفظ فلذا يضمن وعلى هذا فقوله فينبغى الخ لا حاجة إليه لأنه عين ما فى المتن وهو المصرح به فى الهداية وغيرها فلا حاجة إلى إثباته بالبحث والقياس الذى لسنا أهلا له (قوله لا يجعله الخ) عطف على قول المصنف بجعل خاتم الرهن فى خنصره أى لا يضمن بجعله فى غير الخنصر .

والأصل فى هذا أن المرتهن مأذون بالحفظ دون الاستعمال ، فجعل الخاتم فى الخنصر استعمال موجب للضمان وفى غيرها حفظ لا لبس لأنه لا يقصد فى العادة فلا يضمن ، وكذلك الطيلسان إن لبسه كما تلبس الطيالسة ضمن لأنه استعمال وإلا كأن وضعه على عاتقه فلا لأنه حفظ ، ثم المراد بعدم الضمان فيما يعد حفظا لا استعمالا أنه لا يضمن ضمان الغصب لا أنه لا يضمن أصلا .لأنه مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين كما صرح به فى شرح الطحاوى إتقانى ملخصا (قوله فإن الشجعان الخ) كذا فى الهداية والتبيين ، وظاهره لزوم الضمان وإن لم يكن المرتهن من الشجعان مع أنهم فى لبس الخاتم اعتبروا حال المرتهن نفسه ، والظاهر أن المراد هنا ما إذا كان منهم بدليل قول قاضيخان وغيره وفى السيفين إذا كان المرتهن يتقلد بسيفين لأنه استعمال اهـ فقد نظر إلى حال المرتهن كما فى الخاتم ويحمل ما هنا عليه تندفع المنافاة فافهم (قوله لا الثلاثة) فيكون حفظا لا استعمالا فلا يضمن (قوله وفى لبس خاتمه الخ) وكذا لو رهنه خاتمين فلبس خاتما فوق خاتم زيلعى (قوله يرجع إلى العادة) أى عادة المرتهن وإن خالفت عادة غيره كما يؤخذ مما بعده (قوله ثم إن قضى بها الخ) تفصيل وبيان لما أجمله سابقا (قوله أى بالقيمة المذكورة) أى فى قوله كل قيمته (قوله من جنس الدين) والدراهم والدنانير جنسان مختلفان كما يستفاد من شرح الحموى أبو السعود ، قال ط : وبه صرح فى المعدن مكى اهـ (قوله وطالب المرتهن الراهن بالفضل)

(وأجرة بيت حفظه وحافظه) ومأوى الغنم (على المرتهن وأجرة راعيه) لو حيوانا (ونفقة الرهن والخراج والعشر (على الراهن) والأصل فيه أن كل ما يحتاج إليه لمصلحة الرهن بنفسه وتبقيته فعلى الراهن لأنه ملكه ، وكل ما كان لحفظه فعلى المرتهن لأن حبسه له :

واعلم أنه لايلزم شيء منه لو اشترط على الراهن قهستانى عن الذخيرة ، وأما مؤنة رده كجعل آبق (أو رد جزء منه) كمداواة جريح (إلى يده) أى إلى يد المرتهن (فتنقسم على المضمون والأمانة فالمضمون على المرتهن والأمانة مضمونة على الراهن) لو قيمته أكثر من الدين وإلا فعلى المرتهن ، وكذا معالجة أمراض وقروح وفداء جناية (وكل ماوجب على أحدهما فأداه الآخر كان متبرعا إلا أن يأمره القاضى به ويجعله دينا على الآخر) فحينئذ يرجع عليه ، وبمجرد أمر القاضى بلا تصريح بجعله دينا عليه لايرجع كما فى الملتقط : وعن الإمام لا يرجع لو صاحبه حاضرا مطلقا

أى بما زاد من الدين على ما ضمنه ولو الدين أقل طالب الراهن المرتهن بالفضل ، فلو قال كما فى الزيلعى : وطالب كل واحد منهما صاحبه بالفضل لكان أشمل (قوله وحافظه) عطف على بيت (قوله ونفقة الرهن) كمأكله ومشربه وكسوة الرقيق وأجرة ظئر ولد الرهن وسقى البستان وكرى النهر وتلقيح نخيله وجذاذه والقيام بمصالحه هداية .

[فرع] باع عبدا برغيف بعينه فلم يتقابضا حتى أكل العبد الرغيف صار البائع مستوفيا للثمن بخلاف ما لو رهن دابة بقفيز شعير فأكلته لا يصير المرتهن مستوفيا للدين ، والفرق أن النفقة فى الأول على البائع وفى الثانى على الراهن جوهرة ملخصا (قوله والخراج والعشر) بالرفع عطفا على أجرة .

وفى البزازية : أخذ السلطان الخراج أو العشر من المرتهن لايرجع على الراهن لأنه إن تطوع فهو متبرع ، وإن أكره فقد ظلمه السلطان والمظلوم لا يرجع إلا على الظالم اه (قوله فعلى الراهن) سواء كان فى الرهن فضل أو لا هداية (قوله لأنه ملكه) فعليه كفايته ومؤنته (قوله شيء منه) أى مما يجب على المرتهن .

وفى الجوهرة : لو شرط الراهن للمرتهن أجرة على حفظ الرهن لايستحق شيئا لأن الحفظ واجب عليه ، بخلاف الوديعة لأن الحفظ غير واجب على المودع اه (قوله كمداواة جريح) أى مداواة عضو جريح أو عين ابيضت ونحو ذلك مما يذكره (قوله على المضمون) أى ما دخل فى ضمان المرتهن والأمانة خلافه (قوله وإلا فعلى المرتهن) أى فقط لأنه محتاج إلى إعادة يد الاستيفاء التى كانت له (قوله وكذا) أى ينقسم على المضمون والأمانة كما فى الهداية وغيرها : وفى البزازية : وثمن الدواء وأجرة الطبيب على المرتهن : وذكر القدورى أن ما كان من حصة الأمانة فعلى الراهن ، ومن المشايخ من قال ثمن الدواء على المرتهن إنما يلزم أن لو حدثت الجراحة فى يده ، فلو عند الراهن فعليه : وقال بعضهم على المرتهن بكل حال وإطلاق محمد يدل عليه اه (قوله كان متبرعا) لأنه غير مضطر فيه لأنه يمكنه الرفع إلى القاضى (قوله فحينئذ يرجع عليه) فلو كان الآبى هو الراهن يرجع المرتهن عليه سواء كان المرهون قائما أولا ولا يكون رهنا بالنفقة فليس له الحبس بذلك ، وهو قول الإمام بزازية (قوله لايرجع) وعليه أكثر المشايخ ، لأن هذا الأمر ليس للإلزام بل للنظر وهو متردد بين الأمر حسبة أو ليكون دينا ، والأدنى أولى مالم ينص على الأعلى كما فى الذخيرة :

بقى ما إذا لم يكن فى البلدة قاض أو كان من قضاة الجور : قال العلامة المقدسى : لايصدق المرتهن على النفقة إلا ببينة اه يعنى لايصدق على أنه أنفق ليرجع إلا ببينة على الرجوع على ما يظهر لى سائحانى (قوله وعن الإمام الخ) أفاد بحكاية الخلاف فى الحاضر أن ما فى المتن مفروض فى الغائب (قوله مطلقا) أى وإن كان بأمر القاضى

خلافا للثانى ، وهى فرع مسألة الحجر زيلعى .

(قال الراهن الرهن غير هذا وقال المرتهن بل هذا هو الذى رهنته عندى فالقول للمرتهن) لأنه القابض ، بخلاف ما لو ادعى المرتهن رده على الراهن بعد قبضه فإن القول للراهن لأنه المنكر ، فإن برهنا فللراهن أيضا ويسقط الدين لإثباته الزيادة ، ولو قبل قبضه فالقول للمرتهن لإنكاره دخوله فى ضمانه ، وإن برهنا فللراهن لإثباته الضمان بزازية .

لأنه يمكنه أن يرفع إلى القاضى فيأمر صاحبه بذلك اه ح (قوله خلافا للثانى) حيث قال ترجع حاضرا وغائبا كما فى الذخيرة ، لكن فى الخانية أنه لو كان حاضرا وأبى عن الانفاق فأمر القاضى به رجع عليه وبه يفتى اه قهستانى ، فالمفتى به قول الثانى : وعليه فلا فرق بين الحاضر والغائب وهو ظاهر إطلاق المتن (قوله وهى فرع مسألة الحجر) لأن القاضى لا يلى على الحاضر ولا ينفذ أمره عليه ، لأنه لو نفذ أمره عليه لصار محجورا عليه وهو لا يملك حجره عنده . وعند أبى يوسف يملك فينفذ أمره عليه زيلعى (قوله بخلاف مالو ادعى المرتهن رده الخ) أى وأنه هلك بعد الرد وادعى عليه الراهن أنه هلك عند المرتهن (قوله لأنه المنكر) لأنهما اتفقا على دخوله فى الضمان والمرتهن يدعى البراءة والراهن ينكرها ، فكان القول قوله بدائع (قوله ويسقط الدين) أى بهلاكه فإن الكلام فيه ط (قوله لإثباته الزيادة) علة لقوله فللراهن أيضا اه ط .

وعبارة البدائع : ولو أقاما البينة فالبينة بينته أيضا لأنها تثبت استيفاء الدين وبينة المرتهن تنفى ذلك فالمثبتة أولى اه . وهى تفيد قبول بينة المرتهن إذا انفردت شرنبلالى (قوله ولو قبل قبضه) الأولى أن يقول ولو فى هلاكه قبل قبضه أى لو اختلفا فى هلاك الرهن فزعم المرتهن أنه هلك فى يد الراهن قبل قبضه وقال الراهن بعد القبض ط (قوله بزازية) عبارتها : زعم الراهن هلاكه عند المرتهن وسقوط الدين وزعم المرتهن أنه رده إليه بعد القبض وهلك فى يد الراهن فالقول للراهن ، لأنه يدعى عليه الرد العارض وهو ينكر ، فإن برهنا فللراهن أيضا ويسقط الدين لإثباته الزيادة ، وإن زعم المرتهن أنه هلك فى يد الراهن قبل قبضه فالقول للمرتهن لإنكاره دخوله فى ضمانه ، وإن برهنا فللراهن لإثباته الضمان اه وهى عبارة واضحة لاغبار عليها ط .

[تنبيه] قد ظهر من هذا أن المسألة مفروضة فى دعوى الهلاك والاختلاف فى زمنه هل هو قبل الرد أو بعده وهى المذكورة فى عامة الكتب : أما إذا كان الاختلاف فى دعوى الرد من غير ذكر الهلاك فقد ألف فيه الشرنبلالى رسالة سماها [الإقناع فى الراهن والمرتهن إذا اختلفا فى رد الرهن ولم يذكر الضياع] وقد تردد فى جواب الحكم فيها فقال : قد يجاب بأن القول للراهن بيمينه ، نص عليه فى معراج الدراية بقوله ولو اختلفا فى رد الرهن فالقول للراهن بلا خلاف لأنه منكر اه قال لكن قد يحمل على ما إذا اختلفا فى الرد والهلاك لأن سياق كلام المعراج فى الاختلاف فى الهلاك ، وقد صرحوا بأن الرهن بمنزلة الوديعة فى يد المرتهن وأنه أمانة فى يده وبأن كل أمين ادعى إيصال الأمانة إلى مستحقها قبل قوله فى حياة المستحق أو بعد وفاته ، فمن ادعى استثناء المرتهن من هذه الكلية فعليه البيان ، ويعارض كلام المعراج بما لو ادعى المرتهن هلاك الرهن عنده وأنكره الراهن فإن القول للمرتهن بيمينه لأنه أمين كالمودع والمستعير مع أن الراهن منكر . ثم قال : وعلى ما فى المعراج هل يسقط قدر الدين ولا يضمن الزائد أو لا ضمان أصلا نظرا للأمانة وإقرار الراهن بعدم قضاء الدين أو يضمن كل القيمة ، فليتق الله تعالى الحاكم والمفتى ، ولينظر لما يفيد ذلك اه ملخصا .

أقول : لكن الفرق ظاهر بين الرهن وغيره من الأمانات لأنه مضمون بالدين فكيف يصدق فى الرد ؛

(يجوز له السفر به) بالرهن (إذا كان الطريق أمنا) كما فى الوديعة (وإن كان له حمل ومؤنة) وكذا الانتقال عن البلد ، وكذا العدل الذى الرهن فى يده كما فى العمادية معزيا للعدة على خلاف ما فى فتاوى القاضيين ، ولعل ما فى العدة قول الإمام ، وما فى الفتاوى قولهما كما يفيده كلام القنية :

[فائدة] فى الحديث « إذا عمى الرهن فهو بما فيه » قالوا : معناه إذا اشتبهت قيمته بعد هلاكه بأن قال كل لا أدرى كم كانت قيمته ضمن بما فيه من الدين كذا ذكره المصنف أول الباب :

باب ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز

(لا يصح رهن مشاع) لعدم كونه مميزا كما مر (مطلقا)

وأما ما عارض به كلام المعراج فلا يخفى عدم وروده ، لأن الضمير فى عنده إن كان للمرتهن فلا معنى لكون القول له لأن الدين يسقط بهلاك الرهن عند المرتهن فلا معارضة لأنه لم ينف الضمان عن نفسه ، وفى دعواه الرد ينفى الضمان عن نفسه ، وإن كان الضمير للراهن فإنما يكون القول للمرتهن بيمينه إذا ادعى الهلاك قبل القبض لا بعده كما مر عن البزازية : والفرق بينه وبين دعوى مجرد الرد بعد القبض أظهر من أن يخفى :

ورأيت فى فتاوى قارئ الهداية مانصه : سئل عن المرتهن إذا ادعى رد العين المرهونة وكذبه الراهن هل القول قوله ؟ أجاب : لا يكون القول قوله فى رده مع يمينه لأن هذا شأن الأمانات لا المضمونات بل القول للراهن مع يمينه فى عدم رده إليه اهـ ومثله فى فتاوى ابن الشلبى وفتاوى ابن نجيم وهو عين ما فى المعراج فلزم اتباع المنقول ، كيف وهو المعقول ، ومقتضى عدم قبول قوله ضمانه الجميع ، لكن ينبغى أن يقال إن ذلك كله فيما إذا كان الرهن غير زائد على الدين ، فإن كان زائدا لا يضمن الزيادة لتمحضها أمانة غير مضمونة فيكون القول قوله فيها سواء ادعى مجرد الرد أو مع الهلاك ، هـذا ما ظهر لى ، والله تعالى أعلم : وهذا التحرير من خواص كتابنا هذا ، ولله تعالى الحمد (قوله إذا كان الطريق أمنا) أى ولم يقيد بالمصر ، أما إذا قيد به لا يملكه وتمامه فى ط (قوله وكذا الانتقال عن البلد) أى الانتقال عن بلد للسكنى فى بلد آخر تأمل (قوله وكذا العدل) أى كالمرتهن فيما ذكر (قوله على خلاف ما فى فتاوى القاضيين) أى قاضيخان والقاضى ظهير الدين حيث قالا : ليس للمرتهن أن يسافر بالرهن ، وزاد الأول وهذا عند الصاحبين (قوله ولعل ما فى العدة) سبقه إلى هذا التوفيق صاحب جامع الفصولين : واعترضه الرملى بأنه لا حاجة إلى التوفيق ، فإن ما فى قاضيخان صريح فى أنه قولهما (قوله إذا عمى الرهن) عمى عليه الخبر : أى خفى مجاز من عمى البصر مغرب : قال ط : لم أقف على ضبطه ، وقد قرئ قوله تعالى - فعميت عليكم - بالتخفيف والتشديد ، والمراد إذا خفى حاله ولم تدر قيمته وقد اتفقا على هلاكه اهـ (قوله فهو بما فيه) الباء للمقابلة والمعاوضة سعدى (قوله ضمن بما فيه من الدين) فيسقط الدين عن الراهن ، وهذا إذا لم يعلم أنه أقل فإن علم واشتبهت قيمته يراجع حكمه ط (قوله كذا ذكره المصنف) وكذا فى الهداية والعناية : وقال فى النهاية : كذا فى المبسوط حاكيا هذا التأويل عن الفقيه أبى جعفر اهـ والله تعالى أعلم :

باب ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز

(قوله لا يصح رهن مشاع) أى إلا إذا كان عبدا بينهما رهناه عند رجل بدين له على كل واحد منهما رهنا واحدا ، فلو رهن كل نصيبه من العبد لم يجز كما فى القهستانى عن الذخيرة ، وإلا إذا ثبت الشيوع فيه ضرورة كما يأتى آخر السوادة (قوله مطلقا) يفسره ما بعده ، وإنما لم يجز لأن موجب الرهن الحبس الدائم ، وفى المشاع يفوت

مقارنا أو طارئا من شريكه أو غيره يقسم أولا ، ثم الصحيح أنه فاسد يضمن بالقبض ، وجوزه الشافعي .

وفي الأشباه : ما قبل البيع قبل الرهن إلا في أربعة : المشاع والمشغول والمتصل بغيره والمعلق عتقه بشرط قبل وجوده غير المدبر

الدوام لأنه لابد من المهايأة فيصير كأنه قال رهنتك يوما دون يوم، وتمامه في الهداية (قوله مقارنا) كنصف دار أو عبد (قوله أو طارئا) كأن يرهن الجميع ثم يتفاسخا في البعض أو يأذن الراهن للعدل أن يبيع الرهن كيف شاء فباع نصفه اه منح . وفي رواية عن أبي يوسف أن الطارئ لايضر ، والصحيح الأول كما في النهاية والدرر ، وسيذكر الشارح آخر الرهن لو استحق كله أو بعضه (قوله من شريكه أو غيره) لأن الشريك يمسكه يوما رهنا ويوما يستخدمه فيصير كأنه رهن يومادون يوم : وأما إجارة المشاع فإنما جازت عنده من الشريك دون غيره لأن المستأجر لايتمكن من استيفاء مااقتضاه العقد إلا بالمهايأة ، وهذا المعنى لايوجد في الشريك أفاده الإتقاني أي لأن الشريك ينتفع به بلا مهايأة في المدة كلها بحكم العقد والملك بخلاف غيره (قوله يقسم أولا) بخلاف الهبة لأن المانع فيها غرامة القسمة أي أجرة القسام وهي فيما يحتمل القسمة لافيما لايحتملها معراج (قوله والصحيح أنه فاسد) وقيل باطل لايتعلق به الضمان ، وليس بصحيح لأن الباطل منه مالم يكن مالا أو لم يكن المقابل به مضمونا ، وما نحن فيه ليس كذلك بناء على أن القبض شرط تمام العقد لاشرط جوازه اه عناية ، وسيأتي آخر الرهن ، وسيأتي أيضا هناك أن كل حكم عرف في الرهن الصحيح فهو الحكم في الرهن الفاسد لكنه مقيد بما إذا كان الرهن سابقا على الدين ويأتي بيانه إن شاء الله تعالى (قوله ما قبل البيع قبل الرهن) أي كل مايصح بيعه صح رهنه (قوله والمشغول) أي بحق الراهن كما قيده الشارح أول الرهن احترازا عن المشغول بملك غير الراهن فلا يمنع كما في حاشية الحموي عن العمادية :

أقول : وكذا يمنع المشغول بالراهن نفسه لما في الهداية : ويمنع التسليم كون الراهن أو متاعه في الدار المرهونة اه : قال في المعراج فإذا خرج منها يحتاج إلى تسليم جديد لأنه شاغل لها كشغلها بالمتاع ، وكذا متاعه في الوعاء المرهون يمنع التسليم : والحيلة أن يودع أولا مافيه عند المرتهن ثم يسلمه مارهن اه (قوله والمتصل بغيره) صفة لموصوف محذوف أي والشاغل المتصل بغيره كالبناء وحده أو النخل أو الثمر بدون الأرض أو الشجر كما سيذكره . واحترز به عن الشاغل المنفصل كما لو رهن مافي الدار أو الوعاء بدونهما وسلم الكل فإنه يجوز كما في الهداية والخانية فافهم . وأراد بالمتصل التابع لما في الهداية : رهن سرجا على دابة أو لجاما في رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام لايكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه إليه لأنه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر اه ، يعني لو رهن دابة عليها سرج أو لجام يدخل في الرهن معراج ، وبهذا ظهر أن تقييده المتصل فيما مر وفيما يأتي بقوله خلقة غير ظاهر فتدبر (قوله والمعلق عتقه بشرط قبل وجوده) كما إذا قال لعبده إن دخلت هذه الدار فأنت حر فإنه يصح بيعه لارهنه ، ولعله لأن حكم الرهن الحبس الدائم إلى الاستيفاء ، وحبس مثل هذا لايدوم لأنه قد يدخل الدار فيعتق فلا يمكن منه الاستيفاء اه ط .

أقول : وما ذكره الشارح نقله البيرى عن شرح الأقطع ثم نقل عن روضة القضاة لو علق عتق عبده بصفة ثم رهنه جاز خلافا للشافعي اه تأمل (قوله غير المدبر) شمل المطلق والمقيد حموي أي فكل منهما لايجوز رهنه وفيه نظر ، فقد ذكر الشارح في بابه أن المقيد يباع ويوهب ويرهن ، وصرح به أيضا هناك الباقاني في شرح الملتقى ، وهو من علق عتقه بموت سيده لا مطلقا بل على صفة خاصة ، كإن مت من مرضي هذا أو في سفري أو نحوه ،

فيجوز بيعها لارهنها : وفيها : الحيلة فى جواز رهن المشاع أن يبيعه النصف بالخيار ، ثم يرهنه النصف ثم يفسخ البيع . قال المصنف : وفيه نظر ولعله مفرع على الضعيف فى الشيوع الطارئ .

قلت : بل ولا عليه ، لأنه بالخيار لا يخلو إما أن يبقى فى ملكه أو يعود لملكه . وعلى كل يكون رهن المشاع ابتداء كما بسطه فى تنوير البصائر فتنبه .

قلت : والحيلة الصحيحة ما فى حيل منية المفتى : أراد رهن نصف داره مشاعا يبيع نصفها من طالب الرهن ويقبض منه الثمن على أن المشترى بالخيار ويقبض الدار ثم ينقض البيع بحكم الخيار فتبقى فى يده بمنزلة الرهن بالثمن ، واعتمده ابن المصنف فى زواهر الجواهر ، وفيها الشيوع الثابت ضرورة لا يضر ، لما فى الولوالجية : ولو جاء بثوبين وقال خذ أحدهما رهنا والآخر بضاعة عندك ، فإن نصف كل منهما يصير رهنا بالدين ، لأن

ولينظر الفرق بين المعلق عتقه بشرط غير الموت على ما ذكره حيث لم يجز رهنه وبين المدبر المقيد حيث جاز (قوله فيجوز بيعها لارهنها) أى الأربعة المذكورة غير المدبر ، فإن المطلق لايجوز بيعه ولا رهنه ، والمقيد يجوزان فيه (قوله وفيها) أى فى الأشباه من الفن الخامس فى الحيل والمسألة مذكورة فى حيل الولوالجية آخر الكتاب (قوله أن يبيع منه) أى من المرتهن بثمن قدر الدين الذى يريد الرهن به (قوله ثم يفسخ البيع) أى بحكم الخيار (قوله قال المصنف) أى فى المنح آخر هذا الباب :

ونصه قلت : وعندى فى صحة هذه الحيلة نظر ظاهر ، لما تقرر سابقا من أن الصحيح أن الشيوع الطارئ مفسد كالمقارن : ويمكن أن تكون مفرعة على القول المقابل للصحيح ، وهو أن الشيوع الطارئ غير مفسد وفيه نظر اهـ والظاهر أنه أراد بالنظر الثانى ما ذكره الشارح بعد فافهم (قوله إما أن يبقى فى ملكه) أى ملك البائع فيما إذا كان الخيار له لأن خياره يمنع من خروج المبيع عن ملكه فيكون رهنه النصف فى مدة الخيار رهنا لبعض ملكه وهو رهن المشاع ابتداء فافهم (قوله أو يعود لملكه) أى البائع فيما إذا كان الخيار للمشترى ، لأن المبيع يخرج به عن ملك البائع ، ولا يملكه المشترى عنده ويملكه عندهما ، فعلى قولها يكون رهن المشاع ابتداء من الشريك سواء فسخ البيع أو أجازه ، وعلى قوله إن أجازه دخل فى ملكه وإلا عاد إلى ملك البائع ، وعلى كل فرهنه النصف فى مدة الخيار يكون رهن مشاع ابتداء من الأجنبى ، وكان ينبغى للشارح أن يزيد أو يدخل فى ملك المشترى بعد قوله أو يعود لملكه (قوله كما بسطه فى تنوير البصائر) أى للشرف الغزى محشى الأشباه ، وحاصله مع الإيضاح ما قدمناه (قوله فتبقى فى يده بمنزلة الرهن بالثمن) فإن أصابها عيب ذهب من الدين بحسابه منح عن حيل الخصاف .

وحاصله أن هذا ليس رهنا حقيقة لا صحيحا ولا فاسدا ، إذ لم يوجد عقده وإنما هو بمنزلته لأن حبس الدار حق يقبض الثمن ، كما إذا فسخ الإجارة فإن له حبس المأجور حتى يقبض الأجرة ، ولما كان له فى ذلك الحبس منفعة كان المحبوس مضمونا عليه بقيمته إذا هلك ، بخلاف الأمانات فإنها لا تضمن إلا بالاستهلاك ، وبخلاف الرهن الحقيقى فإنه مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين ، فقد ظهر بما قررناه وجه قوله بمنزلة الرهن أى بمنزلته من حيث ثبوت حق الحبس فقط لامن حيث أنه يضمن كضمان الرهن ، والدليل على ذلك وعلى أنه ليس كسائر الأمانات ما فى خيارات جامع الفصولين : باع أرضا بخيار وتقابضا فنقضه البائع فى المدة تبقى الأرض مضمونة بالقيمة على المشترى وله حبسها بثمن دفعه إلى البائع اهـ . وعليه فلو هلكت وقيمتها مثل الثمن الذى قبضه البائع سقط ، ولو أقل سقط منه بحسابه ، وهذا ما ظهر لى فافهم (قوله وفيها الخ) تأمله مع المسألة الآتية فى المتن آخر هذا الباب

أحدهما ليس بأولى من الآخر فيشيع الرهن فيهما بالضرورة فلا يضر (و) لا رهن (ثمرة على نخل دونه و) لا (زرع أرض أو نخل) أو بناء (بدونها وكذا عكسها) كرهن الشجر لا الثمر والأرض لا النخل. والأصل أن المرهون متى اتصل بغير المرهون خلقة لا يجوز لامتناع قبض المرهون وحده درر. وعن الإمام جواز رهن الأرض بلا شجر. ولو رهن الشجر بمواضعها أو الدار بما فيها جاز ملتقى لأنه اتصال مجاورة:

وفي القنية: رهن داراً والحيطان مشتركة بينه وبين الجيران صح في العرصة، ولا يضر اتصال السقف بالحيطان المشتركة لكونه تبعا (و) لا (رهن الحر والمدبر والمكاتب وأم الولد) والوقف.

ثم لما ذكر ما لا يجوز رهنه ذكر ما لا يجوز الرهن به فقال (و) لا (بالأمانات) كوديعة وأمانة (و) لا (بالدرك) خوف استحقاق المبيع فالرهن به باطل، بخلاف الكفالة

(قوله ليس بأولى) أي بكونه رهنا (قوله أو بناء) كعمارة قائمة في أرض وقف كما أفتى به في الحامدية أو في أرض سلطانية كما في التتارخانية (قوله بدونها) أي بدون الأرض (قوله كرهن الشجر لا الثمر) أي كرهن الشجر بمواضعها أو تبعا للأرض مع التنصيص على نفي الثمر ليكون الفساد من هذه الجهة فلو لم ينص دخل الثمر تبعا تصحيحا للعقد، بخلاف البيع لأن بيعه بدون الثمر جائز ولا ضرورة إلى إدخاله من غير ذكر وبخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر لأنه ليس بتابع بوجه وكذا يدخل الزرع والرطبة والبناء والغرس في رهن الأرض والدار والقرية لما ذكرنا كما في الهداية (قوله خلقة) المناسب حذفه كما فعل في الهداية وغيرها ليشمل البناء والسرج واللجام كما قدمناه (قوله وعن الإمام الخ) لأن الشجر اسم للنابت فيكون استثناء للأشجار بمواضعها، بخلاف رهن الدار دون البناء لأن البناء اسم للمبني فيصير راهنا جميع الأرض وهي مشغولة بملك الراهن هداية (قوله لأنه اتصال مجاورة) علة لجواز رهن الشجر بمواضعها: أي لأن اتصال الشجر ومواضعها القائمة فيها بباقي الأرض اتصال مجاورة لا اتصال تبعية كالبناء وسرج الدابة، ولا اتصال خلقة كالثمر فهو كرهن متاع في وعاء فلا يضر (قوله صح في العرصة) أي والسقف والحيطان الخاصة كما في القنية (قوله لكونه تبعا) مخالف لما قدمناه(١) عن الهداية في رهن السرج على الدابة، من أنه لا يجوز حتى ينزعه لأنه من توابعها فتأمل (قوله ولا رهن الحر الخ) لأنه لا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في الحر وقيام المانع في الباقين هداية (قوله والمدبر) أي المطلق كما قدمناه، وهو مستفاد من التعليل المذكور (قوله ولا بالأمانات) أي لا يصح أخذ الرهن بها لأن الضمان عبارة عن رد مثل الهالك إن كان مثليا، أو قيمته إن كان قيميا فالأمانة إن هلكت فلا شيء في مقابلتها، وإن استهلكت لا تبقى أمانة بل تكون مغصوبة حوى (قوله كوديعة وأمانة) الأصوب وعارية وكذا مال مضاربة وشركة كما في الهداية، ومر في باب التدبير أن شرط واقف الكتب أن لا تخرج إلا برهن شرط باطل لأنه أمانة، فإذا هلك لم يجب شيء. وذكر في الأشباه في بحث الدين أن وجوب اتباع شرطه وحمل الرهن على المعنى اللغوي غير بعيد (قوله ولا بالدرك) بالتحريك (قوله خوف استحقاق المبيع) تفسير لحاصل المعنى لأن الرهن إنما هو بالثمن وذلك بأن يخاف المشتري استحقاق المبيع فيأخذ من البائع رهنا بالثمن (قوله فالرهن به باطل) فيكون أمانة كما يأتي (قوله بخلاف الكفالة) أي بالدرك فإنها جائزة: والفرق أن الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب، لأن ضمان الدرك هو الضمان عند استحقاق المبيع فلا يصح مضافا إلى حال وجوب

---

(١) (قوله مخالف لما قدمناه) فيه نظر ظاهر، فإن وجوب النزع هناك لكون عقد الرهن ورد على السرج وهو متصل فيجب النزع وفي مسألتنا العقد لم يرد على السقف قصدا بل تبعا للدار فلا يضره الاتصال للتبعية، وكم من شيء يصح ضمنا ولا يصح قصدا اه تأمل.

كما مر (و) لا بعين مضمونة بغيرها : أى بغير مثل أو قيمة مثل (المبيع فى يد البائع) فإنه مضمون بالثمن فإذا هلك ذهب بالثمن (و) لا (بالكفالة بالنفس و) لا (بالقصاص مطلقا) فى نفس ومادونها (بخلاف الجناية خطأ) لإمكان استيفاء الأرش من الرهن (ولا بالشفعة وبأجرة النائحة والمغنية وبالعبد الجانى أو المديون) وإذا لم يصح الرهن فى هذه الصور فللراهن أخذه ، فلو هلك عند المرتهن قبل الطلب هلك مجانا إذ لا حكم للباطل فبقى القبض بإذن المالك صدر الشريعة وابن كمال (و) لا (رهن خمر وارتهانها من مسلم (أو ذمى للمسلم) أى لا يجوز للمسلم أن يرهن خمرا أو يرتهنها من مسلم أو ذمى (ولا يضمن له) أى للمسلم (مرتهنها) حال كونه (ذميا . وفى عكسه الضمان) لتقومها عندهم ولا عندنا .

الدين ، لأن الاستيفاء معاوضة وإضافة التمليك إلى المستقبل لا تجوز . أما الكفالة فهى لالتزام المطالبة لا لالتزام أصل الدين ، ولذا لو كفل بما يذوب له على فلان يجوز ، ولو رهن به لا يجوز كفاية ملخصا (قوله كما مر) أى فى كتاب الكفالة (قوله أى بغير مثل أو قيمة) لأنهما بمنزلة العين كما يأتى بيانه (قوله مثل المبيع) بأن اشترى عينا ولم يقبضها ثم أخذ بها رهنا من البائع فالرهن باطل : لأنه لا يجب على البائع بهلاك المبيع شىء يستوفى من الرهن وإنما يبطل البيع ويسقط الثمن : وتمامه فى الكفاية وغاية البيان والجوهرة والزيلعى : هذا ،

وفى القهستانى : وقال شيخ الإسلام : إنه فاسد ، لأن الرهن مال والبيع متقوم والفاسد يلحق بالصحيح فى الأحكام كما فى الكرمانى ، وذكر فى المبسوط أنه جائز فيضمن بالأقل من قيمته ومن قيمة العين ، وبه أخذ الفقيه أبو سعيد البردعى وأبو الليث ، وعليه الفتوى كما فى الكرمانى وغيره اه (قوله ولا بالكفالة بالنفس) كأن كفل زيد بنفس عمرو على أنه إن لم يوف به إلى سنة فعليه الألف الذى عليه ثم أعطاه عمرو بالمال رهنا إلى سنة فهو باطل لأنه لم يجب المال على عمرو بعد ، وكذا لو قال : إن مات عمرو ولم يؤدك فهو على ثم أعطاه عمرو رهنا لم يجز ، وتمامه فى المنح عن الخانية (قوله ولا بالقصاص) لتعذر استيفائه من المرهون (قوله بخلاف الجناية خطأ) وبخلاف الدية بجراحة لا يستطاع فيها القصاص قضى بأرشها ، فلو أخذ به رهنا جاز اه درمنتقى (قوله ولا بالشفعة) أى لا يجوز أخذ الرهن من المشترى الذى وجب عليه تسليم المبيع من أجل الشفعة لأن المبيع غير مضمون عليه ط (قوله وبأجرة النائحة والمغنية) لبطلان الإجارة فلم يكن الرهن مضمونا إذ لا يقابله شىء مضمون (قوله وبالعبد الجانى أو المديون) لأنه غير مضمون على المولى ؛ لأنه لو هلك لا يجب عليه شىء منح (قوله قبل الطلب) مفهومه الضمان بعده ، وبه صرح فى جامع الفصولين حيث قال : الرهن بأمانة كوديعة باطل يهلك أمانة لو هلك قبل حبسه وضمن لو بعده (قوله ولا رهن خمر الخ) لأن المسلم لا يملك الإيفاء إذا كان هو الراهن ولا الاستيفاء إذا كان هو المرتهن ؛ وكذا الحكم فى الخنزير إتقانى ه

أقول : والكلام الآن فيما لا يجوز الرهن به ؛ وماذكره هنا بيان أن الخمر لا يجوز رهنه فهو ليس مما نحن فيه فكان ينبغى تقديمه تأمل :

وقد ذكر مسألة الرهن به فى جامع الفصولين فقال : الرهن بخمر باطل فهو أمانة : وهذا فى مسلمين ، وكذا لو كان المرتهن مسلما والراهن كافرا وصح بينهما لو كافرين اه لكن فى الجوهرة أن الرهن بالخمر والخنزير فاسد يتعلق به الضمان اه وقدمنا عن العناية أن الباطل مالم يكن مالا أو لم يكن المقابل به مضمونا فتأمل (قوله ولا يضمن له) كما لا يضمنها بالغصب منه لأنها ليست بمال فى حق المسلم منح (قوله وفى عكسه الضمان) أى إن كان الراهن ذميا والمرتهن مسلما يضمن الخمر للذمى ، كما إذا غصب منح : وظاهره أنها تضمن بلا تعد ضمان الرهن لأن الرهن هنا

(وصح) الرهن (بعين مضمونة بنفسها) أى بالمثل أو بالقيمة (كالمغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن عمد) اعلم أن الأعيان ثلاثة: عين غير مضمونة أصلا كالأمانات. وعين غير مضمونة ولكنها تشبه المضمونة كمبيع فى يد البائع. وعين مضمونة بنفسها كالمغصوب ونحوه وتمامه فى الدرر:

(و) صح (بالدين ولو موعوداً بأن رهن ليقرضه كذا) كألف مثلا، فلو دفع له البعض وامتنع لأجبر أشباه (فإذا هلك) هذا الرهن (فى يد المرتهن كان مضمونا عليه بما وعد) من الدين فيسلم الألف للراهن جبرا (إذا كان الدين مساويا للقيمة أو أقل، أما إذا كان أكثر فهو مضمون بالقيمة) هذا إذا سمى قدر الدين، فإن لم يسمه بأن رهنه على أن يعطيه شيئا فهلك فى يده هل يضمن خلاف بين الإمامين مذكور فى البزازية وغيرها: والأصح أنه غير مضمون، وقد تقدم أن المقبوض على سوم الرهن إذ لم يبين المقدار غير مضمون فى الأصح:

(و) صح (برأس مال السلم وثمن الصرف والمسلم فيه، فإن هلك) الرهن (في المجلس) تم الصرف والسلم

مال عند الذمى والمقابل به مضمون فهو رهن صحيح لافاسد ولا باطل تأمل (قوله أى بالمثل أو بالقيمة) فسر النفس بهما باعتبار أنهما قائمان مقامها، والمراد أنها مضمونة بالمثل لو مثلية، وبالقيمة لو قيمية (قوله كالمغصوب الخ) أى كالعين المغصوبة أو المجعولة بدل خلع أو مهر أو صلح لأن الضمان متقرر، فإنها إن كانت قائمة وجب تسليمها وإن هالكة وجب قيمتها فكان الرهن بها رهنا بما هو مضمون فيصح كما فى الهداية (قوله كالأمانات) أى ولا يصح الرهن بها، وقد قدمنا وجهه عن الحموى (قوله وعين غير مضمونة) أى حقيقة لأنها إذا هلكت يهلك ملك البائع فلا يجب عليه شىء كما إذا هلكت الوديعة، وقوله لكنها تشبه المضمونة باعتبار سقوط الثمن إن لم يقبض ورده إذا قبض ولذا مثبت فيما مر مضمونة بغيرها، وقدمنا أن الرهن بها باطل أو فاسد أو جائز (قوله فلو دفع له البعض) أى بعض ماوعده به وامتنع عن دفع الباقى لايجبر عليه، ولايخفى أن هذا إن كان الرهن باقيا وإلا فحكمه مافى المتن (قوله فإذا هلك) أى قبل الإقراض بزازية (قوله للقيمة) أى قيمة الرهن يوم القبض (قوله فإن لم يسمه بأن رهنه الخ) كذا فى بعض النسخ، وفى بعضها: فإن لم يسمه لم يكن مضمونا فى الأصح كما مر فى المقبوض على سوم الرهن بأن رهنه الخ. وعلى هذه النسخة كان ينبغى إسقاط قوله هل يضمن الخ لينتفى التكرار (قوله خلاف بين الإمامين) أى فى الضمان وعدمه، وقدمناه أول كتاب الرهن عن القنية وأن الإمام وصاحبيه قالوا يعطيه المرتهن ماشاء، وعليه مشى الزيلعى معللا بأنه بالهلاك صار مستوفيا شيئا فيكون بيانه إليه: والحاصل أن الرواية قد اختلفت (قوله والأصح أنه غير مضمون) أى الأصح من الروايتين كما قدمناه عن القنية (قوله وقد تقدم) أى معنا أول الرهن وهذا قد علم مما قبله، لكن أراد أن ينبه على أن ماتقدم هو المراد هنا: أى أن المقبوض على سوم الرهن هو معنى الرهن بالدين الموعود وإنما الاختلاف فى التعبير، ولذا قال فى البزازية والرهن بالدين الموعود مقبوض على سوم الرهن فافهم.

[تنبيه] الرهن الموعود لايلزم الوفاء به وسيأتى قريبا فى قول المصنف باع عبدا الخ (قوله وصح برأس مال السلم الخ) صورة هذه المسائل أن يسلم مائة بطعام مثلا أو يبيع دينارا بدرهم ثم قبل القبض يدفع إلى المسلم إليه رهنا بالمائة أو يأخذ رهنا بالدرهم أو بالطعام: وصور الأولى بعضهم بأن يأخذ المسلم من المسلم إليه رهنا برأس المال الذى دفعه إليه. ويظهر لى أن الصواب ماصورته لأنه إذا هلك الرهن فى المجلس يصير المسلم مسترد الرأس المال فكيف يقال: إن العقد يتم بذلك، وإن افترقا قبل الهلاك بطل تأمل (قوله فإن هلك الخ) بيان لفائدة الرهن بالأشياء المذكورة عينى. وأفاد القهستانى أن المراد هلك الرهن برأس المال أو بثمن الصرف دون المسلم فيه لمنافاته لقوله بعده وإن افترقا الخ لأن المسلم فيه يصح مطلقا:

و (صار) المرتهن (مستوفيا) حكما خلافا للثلاثة (وإن افترقا قبل نقد وهلاك بطلا) أى السلم والصرف ، وأما المسلم فيه فيصح مطلقا ، فإن هلك الرهن تم العقد وصار عوضا للمسلم فيه (ولو) لم يهلك ولكن (تفاسخا السلم ، وبالمسلم فيه رهن فهو رهن برأس المال) استحسانا لأنه بدله فقام مقامه (وإن هلك) الرهن (بعد الفسخ المذكور (هلك به) أى بالمسلم فيه فيلزم رب السلم دفع مثل المسلم فيه لبقاء الرهن حكما إلى أن يهلك .

(وللأب أن يرهن بدين) كائن (عليه عبدا لطفله) لأن له إيداعه ، فهذا أولى لهلاكه مضمونا والوديعة أمانة (والوصى كذلك) وقال أبو يوسف : لا يملكان ذلك : ثم إذا هلك ضمنا قدر الدين للصغير لا الفضل لأنه أمانة ، وقال التمرتاشي : يضمن الوصي القيمة لأن للأب أن ينتفع بمال الصبي ، بخلاف الوصي ، لكن جزم فى الذخيرة وغيرها بالتسوية بينهما (وله) أى للأب (رهن ماله عند ولده الصغير بدين له) أى للصغير (عليه) أى على الأب (ويحبسه لأجله) أى لأجل الصغير (بخلاف الوصى) فإنه لايملك ذلك سراجية (وكذا عكسه) فللأب رهن متاع طفله من نفسه ، لأنه لوفور شفقته جعل كشخصين وعبارتين كشرائه مال طفله ؛

أقول : ولهذا ذكر فى الدرر مسألة المسلم فيه مؤخرة وحدها (قوله وصار المرتهن مستوفيا) أى لرأس المال أو ثمن الصرف أو المسلم فيه اهـ ط عن الشمنى ، ومثله قول أبى السعود عن الحموى . والمراد بالمرتهن هو المسلم إليه فى الأولى وأحد عاقدى الصرف فى الثانية ورب المال فى الثالثة اهـ ملخصا .

أقول: لادخل للثالثة هنا كما علمت ثم إن تفسير المرتهن بالمسلم إليه فى الأولى مؤيد لما صورنا به المسألة سابقا.

هذا وأفاد القهستانى أن ماذكر من أنه صار مستوفيا إنما هو لو كانت قيمة الرهن مساوية لرأس المال وثمن الصرف ، فإن كانت أقل لم يصح إلا بقدره (قوله قبل نقد وهلاك) أى قبل نقد المرهون به وقبل هلاك الرهن (قوله بطلا) لعدم القبض حقيقة ولا حكما . قال فى الجوهرة : وعليه رد الرهن ، فإن هلك فى يده قبل الرد هلك برأس المال لأنه صار مستوفيا لرأس المال بهلاك الرهن بعد بطلان عقد السلم ولا ينقلب السلم جائزا (قوله فيصح مطلقا) أى ولو بعد الافتراق لأن قبضه لايجب فى المجلس زيلعى (قوله وصار عوضا للمسلم فيه) أى صار مستوفيا للمسلم فيه ويكون فى الزيادة أمينا ، وإن كانت قيمته أقل صار مستوفيا بقدرها جوهرة (قوله ولولم يهلك) معطوف على قوله فى الشرح فإن هلك (قوله فقام مقامه) فصار كالمغصوب إذا هلك وبه رهن يكون رهنا بقيمته هداية (قوله هلك به) لأنه رهنه به ، وإن كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له أن يحبسه لأخذ المبيع لأنه بدل الثمن ، ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لأنه مرهون به زيلعى (قوله فيلزم الخ) أى إذا هلك الرهن بالمسلم فيه فى مسألتنا يجب على رب السلم أن يدفع مثل المسلم فيه إلى المسلم إليه ويأخذ رأس المال لأن الرهن مضمون به ، وقد بقى حكم الرهن إلى أن يهلك فصار رب السلم بهلاك الرهن مستوفيا للمسلم فيه ، ولو استوفاه حقيقة ثم تقايلا أو استوفاه بعد الإقالة لزمه رد المستوفى وارتداد رأس المال فكذا هنا زيلعى (قوله بدين) أى لأجنبى (قوله عبدا) مفعول يرهن ، وقوله لطفله صفة له (قوله لهلاكه مضمونا) بيان للأولوية ، ولأن قيام المرتهن بحفظه أبلغ مخافة الغرامة هداية (قوله والوديعة أمانة) مبتدأ وخبر ، أى وقد علم أن الأمانة غير مضمونة (قوله وقال أبو يوسف) أى وزفر) وقولهما قياس ، والأول الظاهر وهو الاستحسان هداية وزيلعى (قوله ثم إذا هلك) أى بناء على مافى المتن (قوله لاالفضل) أى لاالزائد على قدر الدين من قيمة الرهن لو كانت أكثر منه (قوله يضمن الوصى القيمة) أى جميعها وإن زادت ، وعليه اقتصر الشارح فيما يأتى فى باب التصرف فى الرهن (قوله وغيرها) كالمغنى والعناية والملتقى (قوله بالتسوية بينهما) هو القول الأول (قوله ويحبسه) أى يحبس الأب عنده الرهن (قوله وكذا عكسه الخ) أى إذا كان للأب دين على ابنه الصغير فللأب الخ ، وكذا

بخلاف الوصى لأنه وكيل محض فلا يتولى طرف العقد فى رهن ولا بيع ، وتمامه فى الزيلعى (و) صح (بثمن عبد أو خل أو ذكية إن ظهر العبد حراً والخل خمرا والذكية ميتة ، و) صح (ببدل صلح عن إنكار إن أقر) بعد ذلك (أن لا دين عليه) والأصل ما مر أن وجوب الدين ظاهرا يكفى لصحة الرهن والكفيل (و) صح (رهن الحجرين والمكيل والموزون ، فإن رهن) المذكور بخلاف جنسه هلك بقيمته وهو ظاهر ، وإن (بجنسه وهلك هلك بمثله) وزنا أو كيلا لا قيمة خلافا لهما (من الدين ، ولا عبرة بالجودة) عند المقابلة بالجنس : ثم إن تساويا فظاهر ، وإن الدين أزيد فالزائد فى ذمة الراهن ، وإن الرهن أزيد فالزائد أمانة درر وصدر شريعة .

لو كان الدين لابن آخر له صغير أو عبد تاجر للأب فله أن يرهن متاع طفله المديون عند ابنه الآخر أو عبده كما فى الهداية والملتقى (قوله بخلاف الوصى) أى لو كان له على الصغير دين فليس له رهن متاع الصغير من نفسه (قوله ولا بيع) هذا محمول على وصى القاضى :

قال المصنف فى باب الوصى : وإن باع أو اشترى من نفسه ، فإن كان وصى القاضى لايجوز مطلقا ؛ وإن كان وصى الأب جاز بشرط منفعة ظاهرة للصغير ، وبيع الأب مال الصغير من نفسه جائز بمثل القيمة وبما يتغابن فيه ط (قوله وتمامه فى الزيلعى) فقد أطال هنا فى التعليل وتفريع المسائل كالهداية والمنح :

وفى الملتقى : وإن استدان الوصى لليتيم فى كسوته وطعامه ورهن به متاعه صح ، وليس للطفل إذا بلغ نقض الرهن فى شىء من ذلك مالم يقض الدين (قوله وصح بثمن عبد الخ) أى فيضمن ضمان الرهن ، فإن هلك وقيمته مثل الدين أو أكثر يؤدى قدر الدين إلى الراهن ، وإن كانت أقل منه يؤدى القيمة إليه لأنه رهنه بدين واجب ظاهرا ابن كمال (قوله إن أقر) أى المرتهن ، وقوله بعد ذلك أى بعد الرهن :

وصورتها ادعى على آخر ألفا فأنكر فصالحه على خمسمائة وأعطاه رهنا يساوى خمسمائة فهلك عند المرتهن ، ثم تصادقا على أن لادين فعلى المرتهن قيمة الرهن معراج (قوله والأصل مامر) أى فى أول الرهن (قوله يكفى لصحة الرهن والكفيل) كذا فى المنح ، ولم أره فى غيرها . وعبارة النهاية وغيرها : يكفى لصحة الرهن ولصيرورته مضمونا ولعله أراد بالكفيل الكفيل بالغرامات فإن الكفالة بها صحيحة على ماجرى عليه المصنف فى كتاب الكفالة . وأما حمله على الكفالة بثمن العبد وما بعده فغير ظاهر ، لما فى كفالة الذخيرة عن المنتقى : لو أقام الكفيل البينة على إقرار الطالب بأن المال ثمن خمر أو بيع فاسد تقبل ويبطل المال . اهـ فليتأمل (قوله وصح رهن الحجرين) أى الذهب والفضة منح (قوله بخلاف جنسه) كالثياب مثلا (قوله هلك بقيمته) أى إذا هلك الرهن المذكور من الحجرين ونحوهما هلك بقيمته لا بالوزن أو الكيل ، وعليه فتعتبر فيه الجودة لأنه مرهون ، بخلاف جنسه وهو الثياب مثلا ، وإنما لاتعتبر الجودة عند المقابلة بالجاس كما يأتى فافهم (قوله وإن بجنسه) كما إذا رهن فضة بفضة أو ذهبا بذهب أو حنطة بحنطة أو شعيرا بشعير (قوله وزنا أو كيلا) سواء قلت القيمة أو كثرت زيلعى (قوله لاقيمة خلافا لهما) فعندهما يضمن القيمة من خلاف الجنس وتكون رهنا مكانه ، ويملك المرتهن الهالك بالضمان عينى .

وتظهر ثمرة الخلاف إذا كانت القيمة أقل من الدين : أما لو كانت مثله أو أكثر فالجواب فيهما بالاتفاق لأن الاستيفاء عنده بالوزن ، وعندهما بالقيمة ، وهى مثل الدين فى الأول وزائدة عليه فى الثانى فيصير بقدر الدين مستوفيا والباقى أمانة كما فى الهداية (قوله ولا عبرة بالجودة الخ) لأنهما لاقيمة لها إذا قابلت الجنس لئلا يؤدى إلى الربا (قوله ثم إن تساويا) أى إن تساوى الرهن والمرهون به كيلا أو وزنا فظاهر : أى أنه يسقط

(باع عبدا على أن يرهن المشترى بالثمن شيئا بعينه أو يعطى كفيلا كذلك) بعينه (صح ، ولا يجبر) المشترى (على الوفاء) لما مر أنه غير لازم (وللبائع فسخه) لفوات الوصف المرغوب (إلا أن يدفع المشترى الثمن حالا) أو يدفع (قيمة الرهن) المشروط (رهنا) لحصول المقصود (وإن قال) المشترى (لبائعه) وقد أعطاه شيئا غير مبيعه (أمسك هذا حتى أعطيك الثمن فهو رهن) لتلفظه بما يفيد الرهن ، والعبرة للمعانى خلافا للثانى والثلاثة ، و (لو كان) ذلك الشيء الذى قال له المشترى أمسكه هو (المبيع) الذى اشتراه بعينه لو (بعدقبضه) لأنه حينئذ يصلح أن يكون رهنا بثمنه (ولو قبله لا) يكون رهنا لأنه محبوس بالثمن كما مر ه

بقى لو كان المبيع مما يفسد بمكثه كلحم وجمد فأبطأ المشترى وخاف البائع تلفه جاز بيعه وشراؤه ، ولو باعه

الدين بلا نظر إلى القيمة ولا إلى الجودة عنده ، وهذا كله إذا هلك . وأما إذا انتقص بأن كان إبريق فضة فالكسر ففيه كلام آخر د

وحاصل صورهذه المسألة فى الهلاك والنقصان تبلغ ستاوعشرين صورة مبسوطة فى المطولات ، وقد أوضحها فى التبيين وغاية البيان (قوله أو يعطى كفيلا) أى حاضرا فى المجلس فقبل ، فلو لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا أو كان الكفيل غائبا حتى افترقا فسد العقد ؛ ولو حضر الكفيل وقبل أو اتفقا على تعيين الرهن أو نقد المشترى الثمن حالا جاز البيع وبعد المجلس لا يجوز زيلعى ملخصا (قوله ولا يجبر المشترى) أى على دفع الرهن . وأما الكفيل فقد علمت أن الشرط حضوره وقبوله فى المجلس فلا يتأتى فيه الامتناع والإجبار تأمل (قوله لما مر) أى أول الرهن أنه غير لازم بمجرد الإيجاب والقبول قبل القبض ، حتى لوعقد الرهن لا يجبر على التسليم فلا يجبر بمجرد الوعد بالأولى (قوله لفوات الوصف المرغوب) لأن الثمن الذى به رهن أوثق مما لا رهن به فصار الرهن صفة للثمن وهو وصف مرغوب فله الخيار بفواته ، وتمامه فى غاية البيان (قوله لحصول المقصود) فإن المقصود من الرهن قيمته لاعينه (قوله وقد أعطاه) الضمير المستتر للمشترى والبارز للبائع (قوله شيئا غير مبيعه) الأولى حذفه ليحسن التعميم فى قول المصنف الآتى : ولو كان المبيع ، فإن لو فيه وصلية ، ولا يجمع بين ما بعدها وبين نقيضه ، فلا يقال أكرمك إن جئتنى ولو لم تجئنى (قوله لتلفظه بما يفيد الرهن) وهو الحبس إلى إيفاء الثمن (قوله والعبرة) أى فى العقود للمعانى ، ولهذا كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة والحوالة بشرط عدم براءة الأصيل كفالة إتقانى (قوله خلافا للثانى والثلاثة) لأنه يحتمل الرهن والإيداع والثانى أقلهما فيقضى بثبوته ، بخلاف ما إذا قال أمسكه بدينك أو بمالك ، لأنه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن . قلنا لما مده إلى وقت الإعطاء علم أن مراده الرهن هداية (قوله ولو كان) لو هذه وصلية كما قدمناه وما بعدها شرطية (قوله لأنه حينئذ يصلح الخ) أى لتعين ملكه فيه ؛ حتى لو هلك يهلك على المشترى ولا ينفسخ العقد ط (قوله لأنه محبوس بالثمن) أى وضمانه يخالف ضمان الرهن فلا يكون مضمونا بضمانين مختلفين لاستحالة اجتماعهما ، حتى لو قال أمسك المبيع حتى أعطيك الثمن قبل القبض فهلك انفسخ البيع زيلعى (قوله كما مر) أى عند قول المصنف ولا بالمبيع فى يد البائع (قوله بقى لو كان المبيع) أى الذى جعله المشترى رهنا قبل قبضه ط د وظاهره أنه بعد القبض ليس كذلك :

أقول : وتقدم فى أول متفرقات البيوع : لو اشترى شيئا وغاب قبل القبض ولقد الثمن غيبة معروفة فأقام بائعه بينة أنه باعه منه لم يبع فى دينه ، وإن جهل مكانه بيع : أى باعه القاضى : وقال فى النهر هناك : ينبغى أن يقال إن خيف تلفه يجوز البيع علم مكانه أولا اه ولم يقيد بكونه جعله رهنا تأمل (قوله وجمد) بالتحريك : الثلج قاموس (قوله جاز بيعه) ظاهر ماقدمناه أن الذى يبيعه القاضى ويأتى التصريح به آخر الباب (قوله وشراؤه)

بأزيد تصدق به لأن فيه شبهة .

(رهن) رجل (عينا عند رجلين بدين لكل منهما صح وكله رهن من كل منهما) ولو غير شريكين (فإن تهايآ فكل واحد منهما فى نوبته كالعدل فى حق الآخر) هذا لو مما لايتجزأ ، وإن مما يتجزأ فعلى كل حبس النصف فلو دفع له كله ضمن عنده خلافا لهما ، وأصله مسألة الوديعة زيلعى .

(ولو هلك ضمن كل حصته) لتجزئ الاستيفاء (فإن قضى دين أحدهما فكله رهن الآخر) لما مر أن كل العين رهن فى يد كل منهما بلا تفرق (وإن رهنا رجلا رهنا) واحداً (بدين عليهما صح بكل الدين ويمسكه إلى استيفاء كل الدين) إذ لا شيوع .

(ولو رهن عبدين بألف لا يأخذ أحدهما بقضاء حصته) لحبس الكل بكل الدين كالمبيع فى يد البائع

أى وجاز للمشترى شراؤه مع علمه بذلك (قوله تصدق به) أى بما زاد على الثمن الأول (قوله لأن فيه شبهة) أى شبهة مال الغير وهو المشترى الأول (قوله عند رجلين) أى وقبلا ، فلو قبل أحدهما دون الآخر لايصح كما لو قال رهنت النصف من ذا والنصف من ذا سائحانى عن المقدسى (قوله وكله رهن من كل منهما) أى يصير كله محبوسا بدين كل واحد منهما لا أن نصفه يكون رهنا من هذا ونصفه من ذاك ابن كمال ، وهذا بخلاف الهبة لأن موجبها ثبوت الملك والشيء الواحد لايكون كله ملكا لكل واحد من رجلين على الكمال فى زمان واحد فدخله الشيوع ضرورة وحكم الرهن الحبس ، ويجوز كون العين الواحدة محبوسة بحق كل منهما على الكمال ، وتمامه فى الكفاية (قوله ولو غير شريكين) أى فى الدين ، ولو كان من جنسين مختلفين بأن يكون دين أحدهما دراهم ودين الآخر دنانير عناية (قوله ضمن عنده) أى ضمن الدافع ضمان الغصب ط (قوله وأصله مسألة الوديعة) أى إذا أودع عند رجلين شيئا يقبل القسمة فدفع أحدهما كله إلى الآخر فإن الدافع يضمن عنده خلافا لهما زيلعى (قوله ضمن كل حصته) كل فاعل ضمن وحصته مفعوله .

قال ط عن المكى : صورته كما فى البناية أن يكون لأحدهما عشرة على الراهن وللآخر خمسة عليه والرهن ثلاثون درهما فهلك عشرون من الرهن فتبقى العشرة فى يدهما أثلاثا ويسقط من صاحب العشرة ثلثاه ومن صاحب الخمسة ثلثاه ، فيكون على الراهن لصاحب العشرة ثلث العشرة وهى ثلاثة وثلث ولصاحب الخمسة ثلث الخمسة وهو درهم وثلثا درهم اهـ (قوله لتجزئ الاستيفاء) أى لأن الاستيفاء يقبل التجزئ (قوله فإن قضى الخ) الأصوب تقديمه على قوله ولو هلك الخ كما فعل ابن الكمال ليفيد أن كلا منهما يضمن حصته ؛ ولو قضى الراهن دين أحدهما لما فى النهاية عن المبسوط : لو هلك الرهن فى يد الثانى يسترد الراهن ماقضاه إلى الأول من الدين لأن ارتهان كل منهما باق مالم يصل الرهن إلى الراهن ، لما مر أن كلا منهما فى نوبته كالعدل فى نوبة الآخر (قوله لما مر) أى قريبا فى قول المصنف : وكله رهن من كل منهما (قوله بلا تفرق) أى بلا تجزئ فلا يكون له استرداد شيء منه مادام شيء من الدين باقيا كما لو كان المرتهن واحدا (قوله رهنا واحدا) يعنى صفقة واحدة ، لقول الكرخى وهو عبد أو عبدان فليس المراد توحد المرهون بل توحد الرهن أى العقد (قوله بدين عليهما) سواء كان فى صفقة واحدة أو كان على كل واحد منهما دين على حدة إتقانى عن الكرخى (قوله ويمسكه الخ) أى فلو أدى أحدهما ماعليه لم يكن له أن يقبض من الرهن شيئا لأن فيه تفريق الصفقة على المرتهن فى الإمساك إتقانى (قوله إذ لاشيوع) الظاهر أنه علة لقوله صح قال الإتقانى : وذلك لأن رهن الاثنين من الواحد يحصل به القبض من غير إشاعة فصار كرهن الواحد من الواحد (قوله لحبس الكل بكل الدين) فيكون محبوسا بكل جزء من أجزائه مبالغة فى حمله على قضاء الدين هداية ، إذ لو أمكن الراهن أخذ مايحتاج إليه يتكاسل فى قضاء الباقى (قوله كالمبيع الخ)

(فإن سمى لكل واحد منهما شيئا من الدين له أن يقبض أحدهما إذا أدى ما سمى له بخلاف البيع) لتعدد العقد بتفصيل الثمن فى الرهن لا البيع هو الأصح (وبطل بينه كل منهما) أى من رجلين (على رجل أنه) أى أن كل واحد (رهنه هذا الشىء) كعبد مثلا عنده (وقبضه) لاستحالة كون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذاك فى آن واحد ولا يمكن تنصيفه للزوم الشيوع

فإن المشترى إذ أدى حصة بعض المبيع من الثمن لايتمكن من أخذه (قوله فإن سمى الخ) بأن قال رهنتك هذين العبدين كل واحد منهما بخمسمائة وسلمهما إليه ثم نقد خمسمائة وقال أديت عن هذا العبد وأراد أخذه فى رواية الأصل ليس له ذلك وفى رواية الزيادات له ذلك كفاية ، فلو قال أحدهما بعشرين والآخر بالباقى ولم يبين هذا من هذا لم يجز الرهن لأنها جهالة تفضى إلى المنازعة عند هلاك أحدهما أو استرداده كما أفاده الإتقانى عن كافى الحاكم (قوله لتعدد العقد لتفصيل الثمن) الأصوب إبدال الثمن بنحو البدل لأن المفصل فى الرهن هو الدين (قوله فى الرهن لا البيع) لأن قبول العقد فى أحد المرهونين لايكون شرطا لصحة العقد فى الآخر ، حتى إذا قبل فى أحدهما صح فيه بخلاف البيع ، لأن العقد فيه لايتعدد بتفصيل الثمن ، ولهذا لوقبل البيع فى أحدهما دون الآخر بطل البيع فى الكل ، لأن البائع يتضرر بتفريق الصفقة عليه ، لأن العادة قد جرت بضم الردىء إلى الجيد فى البيع فيلحقه الضرر بالتفريق زيلعى (قوله هو الأصح) أى الفرق بين ما إذا سمى لكل من المرهونين شيئا وبين ما إذا لم يسم هو الأصح كما فى التبيين والكفاية وهو روايات الزيادات (قوله وبطل بينة كل منهما الخ) هذه مسألة مستقلة لاتعلق لها بما سبق درر ، فقوله فى العناية إنها من شعب قوله رهنا رجلا فيه نظر ، لأن الرجلين هنا يدعيان أنهما مرتهنان وأن الرجل راهن ، وبه صرح فى المعراج بقوله فالحاصل أن المرتهن اثنان والراهن واحد اه فتنبه :

ثم أعلم أن هذه المسألة على وجهين ، لأن الدعوى إما فى حياة الراهن أولا ؛ والأول على ثلاثة أوجه ، لأن الرهن إما فى يد أحد المدعيين فيقضى به له وإن أرخ الآخر لأن اليد لاتنقض بالتاريخ لاحتمال سبقه على التاريخ إلا إذا أثبت الآخر أن عقده قبل قبضه ، وإما أن يكون فى أيديهما أو فى يد الراهن وفيهما إن أرخا وأحدهما أسبق يقضى له ، وكذا إن أرخ أحدهما ، وإن لم يؤرخا أو أرخا على السواء بطل ، والثانى على ثلاثة أوجه أيضا ؛ وفيها كلها إن أرخا وأحدهما أسبق قضى له ، وإن لم يؤرخا أو أرخا على السواء ، فإن كان الرهن فى أيديهما أو فى يد الراهن نصف بينهما استحسانا وبه أخذ أبو حنيفة اه ملخصا من غاية البيان والتاترخانية (قوله أى أن كل واحد) تبع فيه المصنف فى منحه ، قال ح : صوابه رجوع ضمير أنه والمستتر فى رهنه للرجل والبارز لكل واحد منهما اه أى لأن الرجلين مرتهنان لاراهنان كما علمت .

وأقول : يوهم أن حل الشارح خطأ وليس كذلك ، نعم لو أرجع المستتر فى رهنه لكل واحد كان خطأ أما ضمير أنه فلا فرق فى صحة المعنى بين إرجاعه للرجل أو لكل واحد إلا أن الأول أظهر فتدبر (قوله رهنه هذا الشىء عنده) أقول : الصواب حذف الضمير أو حذف عنده لأن فيه الجمع بين تعدية رهن إلى مفعوله الآخر بنفسه وبالظرف معا ، وقدمنا أنه يقال رهنت الرجل شيئا ورهنته عنده فتنبه (قوله لاستحالة كون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذاك) أى على الإنفراد بعقدين ، بأن ينفرد كل منهما بحبسه ولا حق فيه لصاحبه ، بخلاف المسألة السابقة فى قوله رهن عينا عند رجلين ، واللام فى قوله لهذا ولذاك للتعليل تأمل (قوله ولا يمكن تنصيفه الخ) وكذا لايمكن القضاء بكله لأحدهما بعينه لعدم الأولوية ، ولا يمكن أن يجعل كأنهما ارتهناه معا حين جهالة التاريخ

فتهاترتا وحينئذ فتهلك أمانة إذ الباطل لاحكم له هذا (إن لم يؤرّخا ، فإن أرّخا كان صاحب التاريخ الأقدم أولى وكذا إذا كان) الرهن (فى يد أحدهما كان) ذو اليد (أحق) لقرينة سبقه .

(ولو مات راهنه) أى راهن العبد مثلا (و) الحال أن (الرهن معهما) أى فى أيديهما (أولا) أى أو ليس العبد معهما فإن الحكم واحد زيلعى (فبرهن كل كذلك) كما وصفنا (كان فى يد كل واحد منهما لصفه) أى العبد (رهنا بحقه) استحسانا لانقلابه بالموت استيفاء والشائع يقبله .

(أخذ عمامة المديون لتكون رهنا عنده لم تكن رهنا) وإذا هلكت تهلك هلاك المرهون . قال : وهذا ظاهر إذا رضى المطلوب بتركه رهنا عمادية ، ومفاده أنه إن رضى بتركه كان رهنا وإلا لا ، وعليه يحمل إطلاق السراجية وغيرها كما أفاده المصنف . وفى المجتبى لرب المال مسك مال المديون

لأن كلا منهما أثبت ببينته رهن الكل فيكون القضاء بخلاف الدعوى ، أفاده فى الهداية (قوله فتهاترتا) أى تساقطت البينتان لتعذر العمل بهما ، وهذا قياس والاستحسان التنصيف بينهما ، فهذه من المسائل التى رجح فيها القياس على الاستحسان (قوله هذا إن لم يؤرخا) وكذا إن أرخا و تاريخهما سواء إتقانى (قوله كان صاحب التاريخ الأقدم أولى) لأنه أثبت العقد فى وقت لاينازعه فيه صاحبه ، وكذلك إن أرخ أحدهما فقط لظهور العقد فى حقه من وقت التاريخ وفى حق الآخر للحال إتقانى (قوله وكذا إذا كان الرهن فى يد أحدهما) أفاد أن مامر مفروض فيما إذا كان فى يد الراهن أو فى أيديهما (قوله كان ذو اليد أحق) أى سواء أرخ الآخر أو لم يؤرخ كما قدمناه (قوله لقرينة سبقه) أى لأن تمكنه من القبض دليل سبق عقده فهو أولى نهاية (قوله ولو مات راهنه) أفاد أن مامر مفروض فيما إذا كانت الدعوى فى حياة الراهن (قوله أى راهن العبد مثلا) الأولى : أى راهن الشىء لأنه المذكور فى المتن (قوله زيلعى) حيث قال وقوله : أى قول الكنز والعبد فى أيديهما وقع اتفاقا ، حتى لو لم يكن العبد فى أيديهما وأثبت كل واحد فيه الرهن والقبض كان الحكم كذلك ، ولهذا لم يذكر اليد فى المسألة الأولى اه وفيه نظر لأنه للاحتراز عما لو كان فى يد أحدهما فإنه يقضى به لذى اليد كما فى حالة الحياة كما نقله أبو السعود عن شرح باكير على الكنز وعن الشلبى ونقله ط عن الكشف (قوله فبرهن كل الخ) أى ولم يؤرخا أو أرخا على السواء ، أما لو أحدهما أسبق قضى له كما قدمناه ، وبقى مالو أرخ أحدهما وقياس مامر أنه لوكان الآخر ذا يد وحده قضى له وإلا فللمؤرخ ، هذا ماظهر لى تأمل (قوله كما وصفنا) أى فى صدر المسألة بأن برهن كل أن الرجل رهنه هذا الشىء (قوله لصفه) اسم كان ورهنا خبرها وفى يد متعلق به أو بمحذوف ورهنا تمييز تأمل (قوله لانقلابه الخ) بيان للفرق بين المسألتين حيث أخذ فى الأولى بالقياس وفى هذه بالاستحسان . قال الزيلعى : وفى القياس هذا باطل وهو قول أبى يوسف . ووجه الاستحسان أن العقد لايراد لذاته بل لحكمه وحكمه فى حالة الحياة الحبس والشائع لايقبله وبعد الموت الاستيفاء بالبيع من ثمنه والشائع يقبله اه ملخصا (قوله قال) أى فى العمادية (قوله وهذا) أى قوله تهلك هلاك المرهون (قوله ظاهر إذا رضى) ويؤيد هذا ما فى الخلاصة عن فتاوى النسفى : هذا مستقيم إذا أمكنه استردادها فتركها ، أما إذا تركها لعجزه ففيه نظر اه . والظاهر أنه يحمل مافى البزازية عن العتابى : تقاضى دينه فلم يقضه فرفع العمامة عن رأسه رهنا وأعطاه منديلا يلفه على رأسه فالعمامة رهن لأن الغريم بتركها عنده رضى بكونها رهنا اه (قوله ومفاده الخ) تطويل من غير فائدة ، ولوقال : ومفاده أنه لولم يرض بذلك يهلك هلاك الغصب لكان أوضح ط (قوله وعليه) أى على ما استفيد من قوله وإلا لا ، وهو أنه يهلك هلاك الغصب يحمل إطلاق السراجية : ونصها : إذا أخذ عمامة المديون بغير رضاه لتكون رهنا عنده لم تكن رهنا بل غصبا اه فقوله بل غصبا دل على أنه تركها بلا رضاه (قوله لرب المال مسك مال المديون)

رهنا بلا إذنه ، وقيل إذا أيس فله أخذه مكان حقه قضاء عن دينه وأقره المصنف :
(دفع ثوبين فقال خذ أيهما شئت رهنا بكذا فأخذهما لم يكن واحـــد منهما رهنا قبل أن يختار أحدهما) سراجية :
[فروع] غصب الرهن كهلاكه إلا إذا غصب فى حال الانتفاع مرتهن بإذن راهن أمره بدفعه للدلال فدفع فهلك لم يضمن :
حامى وضع المصحف الرهن فى صندوقه ووضع عليه قصعة ماء للشرب فانصب الماء على المصحف فهلك

عبارة المجتبى أن يمسك وهى أولى إلا أن يثبت مجىء الفعل مجردا متعديا بنفسه : وفى القاموس : مسك به وأمسك وتماسك وتمسك واستمسك : احتبس ، واعتصم به وأمسكه : حبسه وعن الكلام سكت اه تأمل (قوله رهنا بلا إذنه) ظاهره أنه يهلك هلاك الرهن ، وفيه نظر إذشرط الرهن كونه على وجه التبرع كما قدمناه . وفى البزازية : صاحب الدين ظفر بغير جنس حقه من مال مديونه لايحبسه رهنا إلا برضا مديونه اه فتأمل :
[فرع] رجل دخل خانا فقال له صاحب الخان لا أدعك تنزل ما لم تعطنى رهنا فدفع إليه ثيابه فهلكت عنده ، إن رهنها بأجر البيت فالرهن بما فيه ، وإن أخذ منه لأجل أنه سارق أو خنى عليه فإنه يضمن : قال أبو الليث: وعندى لا ضمان فى الوجهين لأنه غير مكره فى الدفع خلاصة (قوله وقيل إذا أيس الخ) كذا عبر فى المنح : وظاهره أنه من غير جنس حقه ، وإلا فلو من جنسه فله أخذ قدر حقه منه بلا كلام ولا وجه لحكايته بقيل : على أنا قدمنا فى كتاب الحجر عن المقدسى عن بعضهم أن الفتوى اليوم على جواز الأخذ مطلقا (قوله وأقره المصنف) فيه أن ما ذكره المصنف من التوفيق يفيد اشتراط الرضا فلم يكن معرجا على ما فى المجتبى (قوله لم يكن واحد منهما رهنا) فلايذهب شىء من الدين بمنزلة رجل عليه عشرون درهما فدفع إلى الطالب مائة وقال خذ منها عشرين فضاعت قبل الأخذ فإنها من مال الدافع والدين على حاله تاترخانية عن المنتقى عن محمد . زاد فى الخانية : لو دفع إليه ثوبين وقال خذ أحدهما رهنا بدينك فأخذهما وقيمتهما على السواء : قال محمد : يذهب نصف قيمة كل واحد منهما بالدين إن كان مثل الدين اه وهذا موافق لما قدمه الشارح أول الباب عن الزواهر ، وقال: إن الشيوع الثابت ضرورة لا يضر ، ولينظر وجه الفرق بين المسألتين ، ولعله هو أن فى الأولى إنما جعل الرهن ما تقع عليه مشيئة المرتهن ، فإذا اختار أحد الثوبين فقد تعين ، وقبل ذلك لم يصر أحدهما رهنا ، فيبقى كل منهما عنده أمانة . وأما فى الثانية فقد جعل أحدهما رهنا فى الحال بلا خيار لكنه أبهمه وليس أحدهما أولى من الآخر فصار نصف كل منهما رهنا ، هذا ما ظهر لى والله تعالى أعلم ، لكن قال فى الخانية بعد صفحة رجل رهن عند رجل ثوبين على عشرة دراهم وقال أحدهما رهن لك بعشرتك أو قال خذ أيهما شئت رهنا بدينك : قال أبو يوسف: هو باطل ، فإن ضاعا جميعا لم يكن عليه شىء ودينه على حاله اه ومثله فى الظهيرية فعندأبى يوسف لافرق بين المسألتين والتفرقة بينهما قول محمد (قوله قبل أن يختار أحدهما) لأنه إنما يصير رهنا إذا اختاره ، أما قبله فلا ولوالجية ، وهو مؤيد لما قدمناه من الفرق ، فإذا اختار أحدهما صار مضمونا عليه دون الآخر (قوله غصب الرهن) أى إذا غصبه أجنبى من المرتهن كان كهلاكه فيضمن بالأقل ، ولا يخفى أنه لو غصبه المرتهن بأن ركب الدابة أو استخدم العبد أو لبس الثوب بلا إذن فهلك كان مستهلكا فيضمن قيمته بالغة ما بلغت (قوله إلا إذا غصب الخ) لأنه فى حال الانتفاع مستعير فبطل حكم الرهن ، فإذا غصب منه أو هلك فى تلك الحالة لم يسقط شىء من الدين ، فإذا فرغ من الانتفاع عاد رهنا مضمونا كما قدمناه سابقا ، ويأتى فى باب التصرف فى الرهن (قوله أمره) أى أمر الراهن المرتهن (قوله لم يضمن) أى المرتهن لأنه هلك فى يد الراهن حكما

ضمن ضمان الرهن لا الزيادة ، والمودع لا يضمن شيئا قنية ؛

الأجل فى الرهن يفسده ؛

سلطه ببيع الرهن ومات للمرتهن بيعه بلا محضر وارثه .

غاب الراهن غيبة منقطعة فرفع المرتهن أمره للقاضى ليبيعه بدينه ينبغى أن يجوز ؛

ولو مات ولا يعلم له وارث فباع القاضى داره جاز ، كذا فى متفرقات بيوع النهر ؛

وفى الذخيرة : ليس للمرتهن بيع ثمرة الرهن وإن خاف تلفها لأن له ولاية الحبس لا البيع ويمكن رفعه إلى القاضى ، حتى لو كان فى موضع لا يمكنه الرفع للقاضى ، أو كان بحال يفسد قبل أن يرفع جاز له أن يبيعه ، والله تعالى أعلم ؛

باب الرهن يوضع على يد عدل

سمى به لعدالته فى زعم الراهن والمرتهن

(قوله ضمن ضمان الرهن) لأن قبضه مضمون بخلاف المودع ، وقوله لا الزيادة لأنه غير متعد لجريان العادة بأن الحوانى يحفظ فى صندوقه وبضع قصعة الماء عليه ، بخلاف ما لو تعدى بأن أراقه قصدا فيضمن الزيادة (قوله والمودع لايضمن شيئا) لما قلنا (قوله الأجل فى الرهن يفسده) لأن حكمه الحبس الدائم والتأجيل ينافيه ، بخلاف تأجيل دين الرهن حموى عن القنية : فإذا هلك يضمن ضمان الرهن لأن الفاسد منه كالصحيح على ما يأتى بيانه إن شاء الله تعالى (قوله سلطه ببيع الرهن) الأولى على بيعه كأنه ضمنه معنى أمر فعداه بالباء (قوله للمرتهن بيعه) فليس للوارث نقض البيع لأنه تعلق به حق المرتهن فلا يقال إنه وكالة تبطل بالموت ، ويأتى تمامه فى الباب بعده (قوله ينبغى أن يجوز) كذا فى العمادية ثم قال : وهذه المسألة كانت واقعة الفتوى اهـ : وجزم فى الأشباه بعدم الجواز ، واستدرك عليه البيرى فى البزازية عن المنية : للمرتهن بيع الرهن بإجازة الحاكم وأخذ دينه إذا كان الراهن غائبا لا يعرف موته ولا حياته اهـ .

أقول : يمكن حمل ما فى الأشباه على ما إذا لم تكن الغيبة منقطعة وإن كان أطلق الغيبة تأمل : بقى ما إذا كان حاضرا وامتنع عن بيعه ؛

وفى الولوالجية : يجبر على بيعه ، فإذا امتنع باعه القاضى أو أمينه للمرتهن وأوفاه حقه والعهدة على الراهن اهـ ملخصا ، وبه أفتى فى الحامدية ، وحرر فى الخيرية أنه يجبره على بيعه وإن كان دارا ليس له غيرها يسكنها لتعلق حق المرتهن بها بخلاف المفلس (قوله ليس للمرتهن بيع ثمرة الرهن الخ) أى إذا لم يبحها له الراهن : وفى البيرى عن الولوالجية : ويبيع ماخاف عليه الفساد بإذن الحاكم ويكون رهنا فى يده لأن إمساكه ليس من الهلاك ، وإن باعه بغير أمره ضمن لأن ولاية البيع نظرا للمالك لا تثبت إلا للحاكم اهـ ؛

قال البيرى : أقول يؤخذ من هذا جواز بيع الدار المرهونة إذا تداعت للخراب وكانت واقعة الفتوى اهـ والله تعالى أعلم ؛

باب الرهن يوضع على يد عدل

لما أنهى القول فى الأحكام الراجعة إلى نفس الراهن والمرتهن ذكر ما يرجع إلى نائبهما وهو العدل والنائب بعد الأصل ، والمراد به هنا من رضيا بوضع الرهن فى يده سواء رضيا ببيعه أم لا كما أفاده سعدى فافهم ؛

(إذا وضعا الرهن على يد عدل صح ويتم بقبضه ولايأخذه أحدهما منه ، وضمن لو دفع إلى أحدهما) لتعلق حقهما به ؛ فلو دفعه فتلف ضمن لتعديه وأخذا منه قيمته وجعلها عنده أو عند غيره ، وليس للعدل جعلها رهنا فى يده لئلا يصير قاضيا ومقتضيا ، وهل للعدل الرجوع مبسوط فى المطولات :

(وإذا هلك يهلك من ضمان المرتهن ، فإن وكل) الراهن (المرتهن أو) وكل (العدل أو غيرهما ببيعه عند حلول الأجل صح) توكيله (لو) الوكيل (أهلا لذلك) أى للبيع (عند التوكيل وإلا) يكن أهلا لذلك عند التوكيل (لا) تصح الوكالة وحينئذ (فلو وكل ببيعه صغيرا) لا يعقل (فباعه بعد بلوغه لم يصح) خلافا لهما (فإن شرطت) الوكالة (فى عقد الرهن لم ينعزل بعزله

وباب خبر مبتدأ محذوف : أى هذا ، وأل فى الرهن للجنس والجملة بعده صفة أو حال لصحة الاستغناء عن المضاف والعامل فيها المبتدأ لما فيه من معنى أشير (قوله على يد عدل) بأن شرط فى عقد الرهن فلك خانية (قوله صح ويتم بقبضه) أى صح الرهن ويتم ويلزم بقبض العدل ، لأن يده فى حق المالية يد المرتهن ، ولذا لو هلك كان فى ضمان المرتهن كما يأتى . وفى الخانية : لو سلط العدل على بيعه إذا حل الأجل فلم يقبض العدل الرهن حتى حل الدين فالرهن باطل والوكالة بالبيع باقية اهـ (قوله ولا يأخذه أحدهما) ولو لم يشترط الوضع فوضع جاز أخذه كما أشير إليه فى الاختيار قهستانى (قوله وضمن الخ) لم يوجد متنا فى شرح المصنف ، وإنما ذكره شرحا بعد قوله وإذا هلك الخ (قوله لتعلق حقهما به) فحق الراهن بالعين والمرتهن بالمالية ، فهو مودع لهما وأحدهما أجنبى عن الآخر فليس له أخذه ولا للعدل دفعه إليه ، فإن المودع يضمن بالدفع إلى الأجنبى (قوله وأخذا منه قيمته الخ) فإن تعذر اجتماعهما يرفع أحدهما الأمر إلى القاضى ليفعل ذلك زيلعى (قوله لئلا يصير قاضيا ومقتضيا) الذى فى الهداية والمنح ومقتضيا لأنه يقال قضاه الدين وأعطاه واقتضى دينه وتقاضاه قبضه .

وحاصله أن القيمة وجبت فى ذمته ، فلو جعلها رهنا فى يد نفسه صار قاضيا ماوجب عليه ومقتضيا له وبينهما تناف (قوله مبسوط فى المطولات) أى جوابه مبسوط فيها كالزيلعى وشروح الهداية :

بيانه أنه إذا جعلت القيمة رهنا برأيهما أو برأى القاضى عند العدل الأول أو عند غيره ثم قضى الراهن الدين فإن كان العدل ضمن القيمة بسبب دفعه المرهون إلى الراهن فالقيمة للعدل يأخذها ممن هى عنده لوصول المرهون إلى الراهن بالتسليم الأول إليه ووصول الدين إلى المرتهن بدفع الراهن إليه ، ولو كانت القيمة للراهن لزم اجتماع البدل والمبدل منه فى ملك واحد ، وإن كان العدل ضمن بسبب الدفع إلى المرتهن فالقيمة للراهن يأخذها ممن هى عنده لقيامها مقام العين المرهونة ، ولا جمع فيه بين البدلين فى ملك واحد لأن العين لم تصل إلى يد الراهن وقد ملكها العدل بالضمان ، ثم إذا ضمن العدل بالدفع إلى المرتهن هل يرجع العدل على المرتهن ، ينظر إن دفع العين إليه عارية أو وديعة لا يرجع إلا إذا استهلكها المرتهن لأن العدل ملكها بأداء الضمان وتبين أنه أعار أو أودع ملك نفسه ، ولا يضمن المودع أو المستعير إلا بالتعدى ، وإن دفعها إليه رهنا بحقه بأن قال خذه بحقك أو احبسه به رجع العدل عليه سواء هلك أو استهلكه لدفعه على وجه الضمان (قوله وإذا هلك) أى فى يد العدل أو يد امرأته أو ولده أو خادمه أو أجيره قهستانى (قوله عند حلول الأجل) أو مطلقا كما فى القهستانى والدر المنتقى : وفى الخانية : فلو لم يقل عند حلول الأجل فللعدل بيعه قبله (قوله صح توكيله) أى ولو لم يقبض العدل الرهن حتى حل الأجل وإن بطل الرهن كما مر قوله فإن شرطت الوكالة أفاد أن الرضا ببيعه ليس بلازم فى العدل كما قدمناه عن شمدى (قوله لم ينعزل بعزله) أى بعزل الراهن إلا إذا رضى المرتهن بذلك إتقانى وأطلق فى العزل فشمل

و) لا (بموت الراهن و) لا (المرتهن) للزومها بلزوم العقد ، فهى تخالف الوكالة المفردة من وجوه : أحدها هذا (و) الثانى أن الوكيل هنا (يجبر على البيع عند الامتناع) وكذا لو شرطت بعد الرهن فى الأصح زيلعى على خلاف ظاهر الرواية وإن صححها قاضيخان وغيره على ما نقله القهستانى وغيره فتنبه ، بخلاف الوكالة المفردة (و) الثالث أنه (يملك بيع الولد والأرش و) الرابع (إذا باع بخلاف جنس الدين كان له أن يصرفه إلى جنسه) أى الدين ، بخلاف الوكالة المفردة (و) الخامس (إذا كان عبداً وقتله عبد خطأ فدفع

ما لو وكله بالبيع مطلقا ثم نهاه عن البيع بالنسيئة لم يعمل نهيه لأنه لازم بأصله فكذا بوصفه كما فى الهداية (قوله ولا بموت الراهن) أى لا ينعزل بالعزل الحكمى كموت الموكل وارتداده ولحوقه بدار الحرب ، لأن الرهن لا يبطل بموته لتقدم حق المرتهن على حق الورثة زيلعى (قوله ولا المرتهن) إلا أن يكون وكيلا ط ، وسيأتى فى قوله وتبطل بموت الوكيل مطلقا (قوله للزومها بلزوم العقد) لأنها لما شرطت فى ضمن عقد الرهن صارت وصفا من أوصافه وحقا من حقوقه ، ألا ترى أن عقد الوكالة لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم أصله ، وتمامه فى الهداية (قوله فهى تخالف الوكالة المفردة) أى التى لم تذكر فى ضمن عقد الرهن : ويستثنى الوكالة بالخصومة بطلب المدعى إذا غاب الموكل ، وكذا لو خاف من له الخيار أن يغيب الآخر فيأخذ وكيلا ليرد عليه فلا ينعزل بعزله أفاده الرحمتى ، وكذا الوكيل بالأمر باليد كما مر فى باب عزل الوكيل (قوله من وجوه) ذكر منها هنا خمسة. ومنها ما فى النهاية أن العدل إذا ارتد والعياذ بالله تعالى وحكم بلحاقه ثم عاد مسلما يعود وكيلا ، بخلاف المفرد على قول أبى يوسف حيث لا يعود (قوله يجبر على البيع الخ) أى لو غاب الراهن وحل الأجل وامتنع الوكيل عن البيع يجبر ويأتى بيانه قريبا (قوله وكذا لو شرطت الخ) عبارة الزيلعى فى شرح قوله وإن باعه العدل فتكون الوكالة غير المشروطة فى العقد كالمشروطة فيه فى حق جميع ما ذكرنا من الأحكام (قوله زيلعى) أى صرح بالتصحيح الزيلعى فى شرح قوله فإن حل الأجل ، وكذا صرح به فى الملتقى ، وكذا فى الهداية وقال فيها : ويؤيده إطلاق الجواب فى الجامع الصغير وفى الأصل اه وأقره الشراح (قوله وإن صححها قاضيخان) أنث الضمير مع أنه عائد إلى ظاهر الروايات لاكتساب المضاف التأنيث من المضاف إليه ، ثم إن نسبة ذلك إلى قاضيخان عجيبة ولعله سبق قلم من القهستانى ومن تبعه ، فإن الذى فى الخانية هكذا : ولو لم يكن البيع شرطا فى عقد الرهن ثم سلط المرتهن أو العدل على البيع صح التوكيل ، وللراهن أن يفسخ هذه الوكالة ويمنعه عن البيع ، ولو مات الراهن تبطل الوكالة وليس للمرتهن أن يطالب العدل بالبيع فى هذا الوجه . وعن أبى يوسف : أن الوكالة لا تبطل كالمشروطة فى العقد وهو الصحيح اه .

وفى الخانية أيضا : رجل رهن شيئا ووضعه على يدى عدل وسلط العدل على البيع ثم غاب الراهن فالعدل يجبر على البيع ، قيل هذا إذا كان البيع مشروطا فى عقد الرهن ، وقيل بأنه يجبر على كل حال وهو الصحيح اه بحروفه ، وكذا صحح الجبر على كل حال فى شرحه على الجامع الصغير كما فى النهاية ، ولم أر من صحح خلاف هذه الرواية : وفى المعراج : وقال شيخ الإسلام وفخر الإسلام وقاضيخان : هذه الرواية أصح (قوله أنه يملك بيع الولد والأرش) أى ولد المرهون وأرشه فيما لو جنى عليه أحد فدفع أرش الجناية عروضا مثلا فللوكيل هنا بيع ذلك لما سيذكره المصنف فى فصل المتفرقات ، أى نماء الرهن للراهن وأنه رهن مع الأصل ، والوكيل المفرد لا يملك ذلك (قوله كان له أن يصرفه إلى جنسه) لأنه مأمور بقضاء الدين وجعل الثمن من جنس الدين من ضروراته ، بخلاف الوكيل المفرد فإنه كما باع انتهت وكالته إتفاقى (قوله إذا كان) أى المرهون (قوله فدفع) أى العبد

بالجناية كان له بيعه ، بخلاف المفردة) متعلق بالجميع (وله بيعه فى غيبة ورثته) أى ورثة الراهن (كما كان له حال حياته البيع بغير حضرته) أى حضرة الراهن وتبطل الوكالة (بموت الوكيل مطلقا) وعن الثانى أن وصيه يخلفه لكنه خلاف جواب الأصل :

(ولو أوصى إلى آخر ببيعه لم يصح) إلا إذا كان مشروطا له ذلك فى الوكالة (ولا يملك راهن ولا مرتهن بيعه بغير رضا الآخر ، فإن حل الأجل وغاب الراهن أجبر الوكيل على بيعه كما هو) الحكم (فى الوكيل بالخصومة) إذا غاب موكله وأباها فإنه يجبر عليها بأن يحبسه أياما ليبيع ، فإن لج بعد ذلك باع القاضى دفعا للضرر (وإن باعه العدل فالثمن رهن) كالثمن (فيهلك كهلكه ، فإن أوفى ثمنه) بعد بيعه (المرتهن فاستحق الرهن) وضمن (فإن)

القاتل (قوله كان له بيعه) لأنه صار هو الرهن لقيامه (قوله وله بيعه) أى للوكيل المذكور سواء كان المرتهن أو العدل أو غيرهما بيع الرهن بغيبة الورثة لأنه لم ينعزل بموت الراهن كما مر . قال ط : وكذا بغيبة ورثة المرتهن اه أى لو كان الوكيل غيره . بقى ما إذا لم يكن وكيل بالبيع ومات الراهن وسيذكره المصنف آخر الباب الآتى (قوله وتبطل الوكالة بموت الوكيل) يعنى والرهن باق لأن الرهن لو كان فى يد المرتهن فمات لم يبطل العقد به فلأن لايبطل بموت العدل أولى غناية ، ولم يذكر ما يفعل به بعد موت العدل وبطلان وكالته :

وفى الولوالجية والظهيرية وغيرهما ولو مات العدل يوضع على يد عدل آخر عن تراض : فإن اختلفا وضعه القاضى على يد عدل آخر ، وليس للعدل الثانى أن يبيع الرهن وإن كان الأول مسلطا على البيع إلا أن يموت الراهن لأن القاضى يتولى قضاء ديونه اه (قوله مطلقا) أى سواء أكان مرتهنا أو عدلا أو غيرهما ، ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لأن الوكالة لا يجرى فيها الإرث ولأن الموكل رضى برأيه لارأى غيره درر (قوله وعن الثانى الخ) لو أخره بعد قوله ولو أوصى إلى آخر ببيعه لم يصح لكان أنسب ط (قوله لكنه خلاف جواب الأصل) كذا ذكره القهستانى ، والمراد بالأصل مبسوط الإمام محمد ، وظاهره أن الإمام محمدا ذكر فى أصله جواب أبى يوسف كقولهما ط (قوله إلا إذا كان مشروطا له) بأن قال له فى أصل الوكالة وكلتك ببيعه وأجزت لك ما صنعت به من شئ فحينئذ لوصيه بيعه ، ولا يجوز لوصيه أن يوصى به إلى ثالث إتقانى :

[فرع] وكل العدل وكيلا فباعه ، إن بحضرة العدل جاز وإلا فلا إلا أن يجيزه ولو باع العدل بعض الرهن بطل فى الباقى هندية . أى فسد للشيوع الطارئ (قوله ولا يملك الخ) أى بعد موت العدل كما رأيته بخط بعض العلماء وهو مقتضى السياق لكنه ليس للاحتراز (قوله فإن حل الأجل الخ) تقدمت هذه المسألة قريبا (قوله وغاب الراهن) أى أو وارثه بعد موته وابى الوكيل أن يبيعه أجبر بالاتفاق ، وفيه رمز إلى أنه لو حضر الراهن لم يجبر الوكيل بل أجبر الراهن ، فإن أبى باعه القاضى عندهما ولم يبع عنده قهستانى : قال الرملى : وهذا فرع الحجر على الحر ، وتقدم فى الحجر أن قولهما به يفتى اه .

قلت وفى البزازية : وقيل هذا قول الكل لتقدم الرضا منه على البيع وهو الصحيح (قوله أجبر) لتعلق حق المرتهن به (قوله كما هو الحكم فى الوكيل بالخصومة) يعنى بطلب المدعى . قال الإتقانى : المدعى إذا طالب خصمه عند القاضى بوكيل فنصب له وكيلا لم يجز للموكل عزله ، لأن حق الخصم تعلق بهذه الوكالة حين ثبتت بمطالبته ، ولو كان وكله ابتداء من غير مطالبة جاز عزله (قوله بأن يحبسه) تصوير لقوله أجبر الوكيل : وفى بعض النسخ وكيفية الإجبار بأن يحبسه (قوله فإن لج) بالجيم : قال فى المصباح لج فى الأمر لججا من باب تعب ولجاجا ولجاجة فهو لجوج ولجوجة مبالغة إذا لازم الشئ وواظبه ومن باب ضرب اه ط (قوله وإن باعه العدل) أى المسلط على بيعه فى عقد الرهن أو بعده بزازية (قوله فالثمن رهن) أى وإن لم يقبضه لقيامه مقام ما كان مقبوضا هداية ،

كان المبيع (هالكا فى يد المشترى ضمن المستحق الراهن قيمته) إن شاء لأنه غاصب (و) حينئذ (صح البيع والقبض) لتملكه بضمانه (أو) ضمن المستحق (العدل) لتعديه بالبيع (ثم هو) أى العدل (يضمن الراهن وصحا أيضا (أو) ضمن (المرتهن ثمنه الذى) أداه إليه (وهو) أى الثمن (له) أى العدل لأنه بدل ملكه (ويرجع المرتهن على راهنه بدينه) ضرورة بطلان قبضه (وإن) كان الرهن (قائما) فى يد مشتريه (أخذه المستحق من مشتريه ورجع هو) أى المشترى (على العدل بثمنه)

فلو هلك فى يد العدل سقط الدين ، كما إذا هلك عند المرتهن ، وكذا إذا هلك الثمن بالتوى على المشترى فالتوى على المرتهن ويسقط الدين ، ولا يعتبر فيه قيمة الرهن وإنما يعتبر الثمن بزازية ، ولا يقال كيف يكون مضمونا ولم يقبضه لأنه ثبت فى ذمة المشترى بحق المرتهن فكأنه فى يد المرتهن أو فى يد البائع إتقانى . وإذا أقر العدل أنه قبض الثمن وسلمه إلى المرتهن وأنكر المرتهن فالقول للعدل لأنه أمين وبطل دين المرتهن ولوالجية وجوهرة (قوله وضمن) بالبناء للمجهول لا للفاعل كما ظن ونائب الفاعل ضمير الرهن أى طلب ضمانه والطالب هو المستحق وإنما أتى بهذا الفعل ليكون مابعده تفصيلا لمذكور، فلله دره ما أخفى دقائقه فافهم (قوله ضمن المستحق الراهن) أى ضمنه قيمة الرهن فالمفعول الثانى محذوف ، وكذا يقال فيما بعده (قوله لأنه غاصب) حيث أخذ العين وسلمها بغير إذن مالكها ط (قوله والقبض) أى قبض المرتهن الثمن اهـ (قوله لتملكه بضمانه) أى لأن الراهن ملكه بأداء الضمان فتبين أنه أمره ببيع ملك نفسه هداية (قوله لتعديه بالبيع) يعنى مع التسليم وكان ينبغى ذكره كما فى الهداية (قوله يضمن الراهن) أى القيمة لأنه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة هداية (قوله وصحا أيضا) أى البيع والقبض إن نفذ البيع ، لأن الراهن لما كان قرار الضمان عليه وضمنه ملكه كما مر وصح قبض المرتهن الثمن فلا يرجع بشىء من دينه على الراهن كما فى العناية وغيرها ، وقول المنح كالدرر على العدل سبق قلم (قوله أو ضمن) الأولى بضمن لأنه معطوف على يضمن الذى قبله والفاعل فيهما ضمير العدل (قوله الذى أداه إليه) أى إلى المرتهن لأنه تبين بالاستحقاق أنه أخذ الثمن بغير حق ، لأن العدل ملكه بالضمان درر (قوله لأنه بدل ملكه) فإنه لما أدى ضمانه استقر ملكه فيه ولم يضمن العدل الراهن حتى ينتقل إلى الراهن .

بقى هنا شىء ، وهو أن المستحق إذا ضمن العدل القيمة فقد تكون القيمة أكثر من الثمن الذى أخذه العدل من المرتهن فمن يضمن تلك الزيادة ؟ ورأيت الشرنبلالى ذكر بحثا أنه ينبغى أن يرجع بالزيادة على الراهن اهـ . وذكر الشرنبلالى بحثا آخر ، وهو أن المصنف لم يذكر رجوع المشترى فى هذا الشق : بل سيذكره فيما لو كان الرهن قائما فينبغى أنه إن سلم الثمن إلى المرتهن أن يرجع به عليه أو إلى العدل يرجع به عليه ثم العدل يرجع على المرتهن ، ثم المرتهن يرجع بدينه على الراهن الخ ما ذكره .

وأقول لم يظهر لى وجه صحته لأن المشترى لم يغرم شيئاً فكيف يرجع بثمن ما هلك فى يده ، نعم لو ذكروا أن المستحق يرجع بالقيمة على المشترى لأنه غاصب أيضا بالقبض وقد هلك المغصوب فى يده ينبغى أن يقال يرجع المشترى بالثمن الذى أداه إلى العدل أو المرتهن ويرجع المرتهن به على العدل والعدل على الراهن ، ولينظر ماوجه عدم ذكرهم ذلك بل اقتصروا على رجوع المستحق على الراهن أو العدل مع أنه ينبغى ذكره أيضا .

ثم رأيت فى الحواشى السعدية قال ما نصه ، والظاهر أن يكون للمستحق خيار تضمين المشترى أيضا لأنه متعد بالأخذ والتسليم لكن لم يذكر اهـ (قوله ورجع هو على العدل بثمنه) يعنى فيما إذا سلم المشترى الثمن بنفسه

لأنه العاقد (ثم) يرجع (هو) أى العدل (على الراهن به) أى بثمنه (و) إذا رجع عليه (صح القبض) وسلم الثمن للمرتهن (أو) رجع العدل (على المرتهن بثمنه ثم) رجع (هو) أى المرتهن (على الراهن به) أى بدينه . زاد هنا فى الدرر والوقاية : وإن شرطت الوكالة بعد الرهن رجع العدل عن الراهن فقط سواء قبض المرتهن ثمنه أولا (فإن هلك الرهن عند المرتهن فاستحق) الرهن (وضمن الراهن قيمته هلك) الرهن (بدينه ، وإن ضمن المرتهن) القيمة (يرجع على الراهن بقيمته) التى ضمنها لضرره (وبدينه) لانتقاض قبضه .

[فرع] فى الولوالجية : ذهبت عين دابة المرتهن يسقط ربع الدين وسيجىء .

إلى العدل ، ولو أنه سلمه إلى المرتهن لم يرجع على العدل به لأن العدل فى البيع عامل للراهن وإنما يرجع عليه إذا قبض ولم يقبض منه شيئا فبقى ضمان الثمن على المرتهن والدين على الراهن شرنبلالى عن الزيلعى (قوله لأنه العاقد) فتتعلق به حقوق العقد درر (قوله ثم هو على الراهن) لأنه هو الذى أدخله فى العهدة فيجب عليه تخليصه هداية (قوله به) أى بثمنه . وقع فى الهداية وتبعه الزيلعى التعبير بالقيمة ، وذكر الشارحون أن المراد بها الثمن (قوله صح القبض) أى قبض المرتهن الثمن (قوله وسلم الثمن للمرتهن) ذكره فى الهداية تعليلا وهو الأحسن (قوله أو رجع العدل على المرتهن بثمنه) لأنه إذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه ضرورة هداية (قوله ثم رجع الخ) لأنه لما انتقض قبضه عاد حقه فى الدين كما كان (قوله أى بدينه) كان على المصنف التصريح به لئلا يعود الضمير على غير مذكور فى كلامه مع الإيهام أفاده ط (قوله وإن شرطت الوكالة الخ) يعنى أن التفصيل المار إنما هو فيما إذا شرطت فى العقد لأنه تعلق بها حق المرتهن بخلاف المشروطة بعده لأنه لم يتعلق بها حقه فلا يرجع العدل عليه قال الزيلعى : وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع وقال السرخسى هو ظاهر الرواية ، إلا أن فخر الإسلام وشيخ الإسلام قالا الأصح جبره لإطلاق محمد فى الجامع والأصل فتكون الوكالة غير المشروطة فى العقد كالمشروطة فيه فى حق جميع ما ذكرنا من الأحكام هناك اه ملخصا (قوله فقط) أى ليس له الرجوع على المرتهن (قوله أولا) بأن ضاع الثمن فى يد العدل بلا تعديه درر (قوله وضمن الراهن) بالرفع على أن الفعل من الثلاثى المجرد ، أو بالنصب على أنه من المزيد والفاعل ضمير المستحق المعلوم من المقام وكذا ما بعده .

والحاصل أن له تضمين الراهن لتعديه بالتسليم أو المرتهن لتعديه بالقبض (قوله هلك الرهن بدينه) أى بمقابلته . قال الزيلعى : وإن ضمن الراهن صار المرتهن مستوفيا لدينه بهلاك الرهن ، لأن الراهن ملكه بأداء الضمان مستنداً إلى ما قبل التسليم ، فتبين أنه رهن ملكه ثم صار المرتهن مستوفيا بهلاكه (قوله لضرره) الأولى لغروره بالغين المعجمة قال فى الدرر : أما القيمة فلأنه مغرور من جهة الراهن بالتسليم اه ونحوه فى الزيلعى وغيره ط (قوله لانتقاض قبضه) أى قبض المرتهن الرهن بتضمينه فيعود حقه كما كان ، لأن الرهن لم يكن ملك الراهن حتى يكون بهلاكه مستوفيا عناية : وهنا إشكال وجواب مذكوران فى الهداية والتبيين (قوله ذهبت عين دابة المرتهن) الإضافة إلى المرتهن لأدنى ملابسة . والأصوب إبداله بالرهن .

وعبارة الولوالجية : ولو ذهبت عين دابة الرهن سقط ربع الدين لأن العين من الدابة التى يستعمل عليها ربعها فقد فاتت ربعها فيسقط ربع الدين اه : وهو مفروض فيما إذا كانت قيمتها مثل الدين كما قيده فى المبسوط ، واحترز بقوله التى يستعمل عليها كالبقرة والفرس عن نحو الشاة فإنه يضمن النقصان (قوله وسيجىء) أى فى باب جناية البهيمة أن إقامة العمل بها إنما تمكن بأربع أعين عيناها وعينا مستعملها اه .

باب التصرف فى الرهن والجناية عليه وجنايته

أى الرهن على غيره

(توقف بيع الراهن رهنه على إجازة مرتهنه أو قضاء دينه ، فإن وجد أحدهما نفذ وصار ثمنه رهنا) فى صورة الإجازة (وإن لم يجز) المرتهن البيع (وفسخ) بيعه (لاينفسخ) بفسخه فى الأصح (و) إذا بقى موقوفا ف (المشترى بالخيار (إن شاء صبر إلى فكاك الرهن أو رفع الأمر إلى القاضى ليفسخ البيع) وهذا إذا اشتراه ولم يعلم أنه رهن ابن كمال :

(ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه) الراهن أيضا (من) رجل (آخر قبل أن يجيز المرتهن) البيع (فالثانى موقوف أيضا على إجازته) إذ الموقوف لا يمنع توقف الثانى (فأيهما أجاز لزم ذلك وبطل الآخر ، ولو باعه)

[خاتمة] المولى لايصلح عدلا فى رهن مأذونه ولو مديونا حتى لوشرط لم يجز الرهن وصح عكسه ، والمكاتب يصلح عدلا فى رهن مولاه كعكسه ، والمكفول عنه لايصلح عدلا فى رهن الكفيل كعكسه ، وكذا رب المال فى رهن المضارب كعكسه ، وكذا أحد شريكى المفاوضة أو العنان إلا فيما كان من غير التجارة لأن كلا منهما أجنبى عن صاحبه فيه ، وكذا الراهن لايصلح عدلا فى الرهن ويفسد العقد إلا إن كان قبضه المرتهن ثم وضعه على يده جاز بيعه اه ط عن الهندية ملخصا :

باب التصرف فى الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

لما ذكر الرهن وأحكامه ذكر مايعترض عليه إذا عارضه بعد وجوده معراج (قوله توقف بيع الراهن رهنه الخ) وكذا توقف على إجازة الراهن بيع المرتهن ، فإن أجازه جاز وإلا فلا ، وله أن يبطله ويعيده رهنا ؛ ولو هلك فى يد المشترى قبل الإجازة لم تجز الإجازة بعده ، وللراهن أن يضمن أيهما شاء قهستانى عن شرح الطحاوى ، وما ذكره المصنف هو الصحيح وظاهر الرواية ، وقيل ينفذ ، وتمامه فى الزيلعى :

[فرع] قال المرتهن للراهن بع الرهن من فلان فباعه من غيره لم يجز ، ولو قال المستأجر للمؤجر ذلك جاز بيعه من غيره جامع الفصولين (قوله على إجازة مرتهنه الخ) أو إبرائه الراهن عن الدين حموى (قوله نفذ) لزوال المانع ، وهو تعلق حق المرتهن به وعدم القدرة على تسليمه زيلعى (قوله وصار ثمنه رهنا) أى سواء قبض الثمن من المشترى أولا لقيامه مقام العين والثمن ، وإن كان دينا لايصح رهنه ابتداء لكنه يصح رهنه بقاء كالعبد المرهون إذا قتل تكون قيمته رهنا بقاء ، حتى لو توى الثمن على المشترى يكون من المرتهن يسقط به دينه ، كما لو كان فى يده بزازية : ولبعض محشى الأشباه هنا كلام منشؤه عدم التأمل والمراجعة ، وما ذكره المصنف هو الصحيح وظاهر الرواية ، وقيل إن المرتهن إن شرط أن يكون الثمن رهنا عند الإجازة كان رهنا وإلا فلا ، وتمامه فى الزيلعى (قوله فى الأصح) لأن امتناع النفاذ لحقه وهو الحبس والتوقف لايفوته . وعن محمد ينفسخ بفسخه ، حتى لو افتكه الراهن لاسبيل للمشترى عليه بعده زيلعى ملخصا (قوله أو رفع الأمر إلى القاضى) لأن هذا الفسخ لقطع المنازعة وهو إلى القاضى عناية (قوله وهذا الخ) أى ثبوت الخيار للمشترى ، لكن عدم الفرق هو الأصح رملى عن منية المفتى ، وهو المختار للفتوى حموى وغيره عن التجنيس . وفى جامع الفصولين : يتخير مشترى مرهون ومأجور ولو عالما به عندهما : وعند أبى يوسف يتخير جاهلا لاعالما ، وظاهر الرواية قولهما اه قال الرملى فى حاشيته عليه : وهو الصحيح وعليه الفتوى كما فى الولوالجية (قوله من رجل آخر) سيأتى تقييده بغير المرتهن (قوله فأيهما أجاز لزم) فلو قضى الراهن الدين هل ينفذ الأول أو الثانى ؟ يحرر ، والظاهر الأول ط .

الراهن (ثم أجره أو رهنه أو وهبه من غيره فأجاز المرتهن الإجارة أو الرهن أو الهبة جاز البيع الأول) لحصول النفع بتحول حقه للثمن على ما تقرر وفى محله تحرر (دون غيره من هذه العقود) إذ لا منفعة للمرتهن فيها فكانت إجازته إسقاطا لحقه فزال المانع فينفذ البيع .

وفى الأشباه : باع الراهن الرهن من زيد ثم باعه من المرتهن انفسخ الأول (وصح إعتاقه وتدبيره واستيلاده) أى نفذ إعتاق الراهن (رهنه ، فإن) كان (غنيا و) كان (دينه) أى المرتهن (حالا أخذ) المرتهن (دينه من الراهن ، وإن مؤجلا أخذ قيمته للرهن بدله إلى) زمان (حلوله) فإن حل استوفى حقه لو من جنسه

قلت : يؤيده مانذكره قريبا عن الكفاية تأمل ، وما ذكره المصنف يخالف الإجارة ، فلو تكرر بيع المؤجر فأجاز المستأجر الثانى نفذ الأول ويأتى وجهه (قوله ثم أجره الخ) أى قبل نقض القاضى البيع إتقانى (قوله أو رهنه أو وهبه) أى مع التسليم ، إذ لاعبرة لهذين العقدين بدونه إتقانى عن أبى المعين (قوله جاز البيع الأول) سماه أولا وإن لم يكن بيعان بالنسبة إلى هذه العقود ، لأن هذه العقود متأخرة عن البيع ، ويجوز أن يكون باعه من واحد ثم من آخر ثم باشر هذه العقود فأجازها المرتهن نفذ البيع الأول دون الثانى لرجحان الأول بالسبق كفاية (قوله لحصول النفع الخ) بيان للفرق بين المسألتين حيث جاز البيع الثانى بالإجازة فى الأولى ولم تجز التصرفات المذكورة بعد البيع فى الثانية مع وجود الإجازة للكل . قال فى الكفاية : والأصل فيه أن تصرف الراهن إذا كان يبطل حق المرتهن لاينفذ إلا بإجازة المرتهن ، فإذا أجازه ، فإن كان تصرفا يصلح حقا للمرتهن ينفذ مالحقته الإجازة ، وإن لم يصلح فبالإجازة يبطل حق المرتهن وينفذ السابق من تصرفات الراهن وإن كان المرتهن أجاز اللاحق .

فإذا ثبت هذا فنقول : المرتهن ذو حظ من البيع الثانى لأنه يتحول حقه إلى الثمن ولا حق له فى هذه العقود إذ لابدل فى الهبة والرهن والبدل فى الإجارة فى مقابلة المنفعة وحقه فى مالية العين لافى المنفعة فكانت إجازته إسقاطا لحقه فزال المانع من النفاذ فينفذ البيع السابق ، كما لوباع المؤجر العين من إثنين وأجاز المستأجر البيع الثانى نفذ الأول لأنه لاحق له فى الثمن فكانت الإجازة إسقاطا اه ملخصا (قوله وفى الأشباه الخ) هذا كالإستدراك على قول المصنف سابقا فالثانى موقوف ، كأنه يقول محل توقف الثانى كالأول إذا كان البيع الثانى من غير المرتهن أما إذا كان منه فلا يتوقف وإنما يبطل البيع الأول ، ووجهه أنه طرأ ملك بات على ملك موقوف فأبطله ط عن أبى السعود (قوله وصح إعتاقه الخ) ماتقدم كان فى تصرفات تقبل الفسخ كالبيع والإجارة والكتابة والهبة والصدقة والإقرار ، فلم تجز فى حق المرتهن أصلا ولم يبطل حقه فى الحبس إلا بعد قضاء الدين ، وما هنا فى تصرفات لاتقبل الفسخ فتنفذ ويبطل الرهن أفاده القهستانى أى سواء كان موسرا أو معسرا لصدوره من أهله فى محله وهو ملكه فلا يلغو تصرفه بعدم إذن المرتهن وامتناع النفاذ فى البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم ، وتمامه فى الهداية ، ومثل الإعتاق الوقف .

وفى الإسعاف وغيره : لووقف المرهون بعد تسليمه أجبره القاضى على دفع ماعليه إن كان موسرا ، فإن كان معسرا أبطل الوقف وباعه فيما عليه اه (قوله أى نفذ) أشار به إلى أن التعبير به أولى ، لأن التصرفات السابقة صحيحة غير نافذة والتعبير بيصح يوهم أنها غير صحيحة ط ، وقوله إعتاق الراهن أى وما بعده ، وأشار إلى أن المصدر مضاف إلى فاعله ، وقوله رهنه بالنصب مفعوله (قوله للرهن) أى الإرتهان ، وقوله بدله : أى بدل الرهن بمعنى المرهون تأمل .

ورد الفضل (وإن) كان الراهن (معسرا) فى العتق سعى العبد فى الأقل من قيمته ومن الدين ويرجع على سيده غنيا، وفى التدبير والاستيلاد (سعى كل فى كل الدين) بلا رجوع لأن كسب المدبر وأم الولد ملك المولى (فإذا أتلف الراهن (الرهن فحكمه حكم ما إذا أعتقه غنيا) كما مر (و) الرهن (إن أتلفه أجنبى) أى غير الراهن (فالمرتهن يضمنه) أى المتلف (قيمته يوم هلك وتكون) القيمة (رهنا عنده) كما مر: وأما ضمانه على المرتهن فتعتبر قيمته يوم القبض لأنه مضمون بالقبض السابق زيلعى (وبإعارته) أى المرتهن الرهن (من راهنه يخرج من ضمانه) تسميتها عارية مجاز:

والحاصل أنه يأخذ قيمته وتجعل رهنا مكانه (قوله ورد الفضل) أى إن كان فضل، ويرجع بالزيادة إن نقصت عن دينه ط (قوله فى العتق) أى الذى بغير إذن المرتهن جوهرة فلو بإذنه فلا سعاية على العبد أبو السعود (قوله سعى العبد الخ) لأنه لما تعذر للمرتهن استيفاء حقه من الراهن يأخذه ممن ينتفع بالعتق، والعبد إنما ينتفع بمقدار ماليته فلا يسعى فيما زاد على قيمته من الدين ابن كمال (قوله فى الأقل من قيمته ومن الدين) وكيفيته أن ينظر إلى قيمة العبد يوم العتق ويوم الرهن وإلى الدين، فيسعى فى الأقل منهما زيلعى ويقضى الدين بالكسب إلا إذا كان من خلاف جنس حق المرتهن فيبدل بجنسه ويقضى به دينه عناية (قوله ويرجع على سيده غنيا) أى إذا أيسر لأنه قضى دينه وهو مضطر بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه ابن كمال (قوله سعى كل) أى من المدبر والمستولدة (قوله فى كل الدين) أى ولو زائدا على القيمة لما ذكره الشارح (قوله لأن كسب المدبر الخ) تعليل لقوله فى كل الدين ولقوله بلا رجوع (قوله كما مر) أى من أنه لو كان الدين حالا أخذ منه كله وإلا أخذ القيمة لتكون رهنا إلى حلول الأجل (قوله فالمرتهن يضمنه) أشار إلى أن المرتهن هو الخصم فى تضمينه كما فى الهداية (قوله قيمته يوم هلك) فلو كانت قيمته يومه خمسمائة وقد كانت يوم الرهن ألفا كالدين ضمن خمسمائة وصارت رهنا وسقط من الدين خمسمائة كأنها هلكت بآفة كما فى الهداية (قوله وأما ضمانه على المرتهن) بيان لوجه ضمان المرتهن الزيادة حيث سقط مثلها من الدين: قال الإتقانى لأن ضمان الرهن يعتبر فيه القيمة يوم القبض وحينئذ كانت ألفا فيضمن الزيادة على ماغرم الأجنبى اهـ: قال فى الكفاية: ولا يقال الرهن لو كان باقيا كما كان وقد تراجع السعر وانتقصت قيمته فإنه لايسقط من الدين شىء: قلنا لأن ثمة العين باق كما كان، وإنما يحصل التغير بسبب التراجع والعين بحال يمكن أن تصير ماليته بالتراجع كما كان يوم القبض فلم يعتبر التغير وههنا التغير الحاصل بالتراجع استقر بالهلاك ولم يبق على حال تعود ماليته كما كان اهـ:

بقى ما إذا أتلفه المرتهن فيغرم القيمة وتكون رهنا فى يده فإذا حل الأجل والدين من جنس القيمة استوفى منها ولو فيها فضل رده، وإن نقصت القيمة قبل الإتلاف بتراجع السعر إلى خمسمائة وكانت ألفا وجب بالإستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لأن ما انتقص كالهالك وسقط من الدين بقدره، وتعتبر قيمة الرهن يوم القبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقى بالإتلاف وهو قيمته يوم أتلف هداية ملخصا، ويجعله مضمونا بالقبض السابق لا بتراجع السعر الدفع استشكال الزيلعى بأن تراجع السعر غير مضمون.

وبيان الجواب مافى غاية البيان عن القدورى أن نقصان السعر لايضمن مع بقاء العين، أما إذا تلفت فالضمان بالقبض، وضمان الإتلاف من غير جنس ضمان الرهن فلذا وجبت قيمته يوم الإتلاف ووجب الفضل بالقبض السابق على ضمان الرهن اهـ ملخصا، ومثله مامر عن الكفاية (قوله مجاز) جعله شراح الهداية تسامحا قالوا لأن الإعارة تمليك المنافع بلا عوض والمرتهن لم يملكها فكيف يملكها غيره: لكن لما عومل ذلك معاملة الإعارة من عدم الضمان ومن التمكن من الاسترداد أطلق عليه اسم الإعارة اهـ.

(فلو هلك) الرهن (فى يد الراهن هلك مجانا) حتى لو كان أعطاه به كفيلا لم يلزم الكفيل شىء لخروجه من الرهن ، نعم لو كان الراهن أخذه بغير رضا المرتهن جاز ضمان الكفيل تتارخانية :

(فإن عاد) قبضه (عاد ضمانه وللمرتهن استرداده منه إلى يده ، فلو مات الراهن قبل ذلك) أى قبل الاسترداد (فالمرتهن أحق من سائر الغرماء) لبقاء حكم الرهن :

(ولو أعاره) أو أودعه (أحدهما أجنبيا بإذن الآخر سقط ضمانه ولكل منهما أن يعيده رهنا) كما كان (بخلاف الإجارة والبيع والهبة) والرهن (من المرتهن أو من أجنبى إذا باشرها أحدهما بإذن الآخر)

وفسر بعض المحققين التسامح بأنه استعمال اللفظ فى غير حقيقته بلا قصد علاقة معتبرة ولا نصب قرينة اعتمادا على ظهوره من المقام اه فهو ليس حقيقة ولا مجازا ، وجعل المصنف فى المنح لفظ الإعارة هنا استعارة تصريحية علاقتها المشابهة والقرينة إسناد الإعارة إلى المرتهن لأن إسنادها حقيقة للمالك : قال : وحيث وجدت القرينة والجامع فالقول بأنه مجاز سائغ اه تأمل (قوله هلك مجانا) أى بلا سقوط شىء من الدين لارتفاع القبض المضمون (قوله حتى لو كان) أى الراهن أعطى المرتهن بالرهن المعار كفيلا : أى أعطاه كفيلا بتسليمه لا بعينه لقوله فى كتاب الكفالة ولا تصح بمبيع قبل قبضه ومرهون وأمانة بأعيانها ، فلو بتسليمها صح اه تأمل (قوله لخروجه من الرهن) أى من حكم الرهن وهو الضمان وإلا فالعقد باق (قوله جاز ضمان الكفيل) أى إلزامه بتسليمه لما قدمناه (قوله عاد ضمانه) لأن عقد الرهن باق إلا فى حكم الضمان منح (قوله من سائر الغرماء) أى غرماء الراهن فلا يشاركون المرتهن فيه (قوله لبقاء حكم الرهن) الأصوب أن يقال لبقاء عقد الرهن إلا أن يراد بالحكم هنا يد الاستيفاء لا الضمان تأمل (قوله ولو أعاره الخ) جملة هذه التصرفات ستة : العارية والوديعة والرهن والإجارة والبيع والهبة ، فالعارية توجب سقوط الضمان سواء كان المستعير هو الراهن أو المرتهن إذا هلك حالة الاستعمال أو أجنبيا ولا ترفع عقد الرهن وحكم الوديعة كحكم العارية ، والرهن يبطل عقد الرهن : وأما الإجارة فالمستأجر إن كان هو الراهن فهى باطلة وكانت بمنزلة ما إذا أعاره منه أو أودعه ، وإن كان هو المرتهن وجدد القبض للإجارة أو أجنبيا بمباشرة أحدهما العقد بإذن الآخر بطل الرهن والأجرة للراهن وولاية القبض للعاقد ولا يعود رهنا إلا بالاستئناف : وأما البيع والهبة فإن العقد يبطل بهما إذا كانا من المرتهن أو من أجنبى بمباشرة أحدهما بإذن الآخر ، وأما من الراهن فلا يتصور اه عناية . وفى حاشيتها لسعدى أفندى : إذا كان الإيداع من أجنبى ينبغى أن لا يسقط الضمان لأنه العدل اه .

أقول : وهو بحث وجيه ثم رأيته منصوصا فى الخانية حيث قال فيها : إذا أجاز الراهن للمرتهن أن يودعه إنسانا أو يعير ، فإن أودع فهو رهن على حاله ، إن هلك فى يد المودع سقط الدين ، وإن أعاره خرج من ضمان الرهن وللمرتهن أن يعيده اه فقد فرق بين العارية والوديعة على خلاف ما ذكره فى العناية وتبعه فيه الشارح فتنبه (قوله بخلاف الإجارة الخ) حال من قوله ولكل واحد منهما أن يعيده رهنا . ويشترط فى الإجارة تجديد القبض كما علمت آنفا . وفى البزازية : وإن استأجرها المرتهن فاسدا ووصل إليها ومضى زمان بمقدار ما يجب فيه شىء من الأجرة بطل الرهن اه . وفيها : وإن أخذ المرتهن الأرض مزارعة بطل الرهن لو البذر منه ، ولو من الراهن فلا اه أى لما قدمناه فى كتاب المزارعة أن الأصل أن رب البذر هو المستأجر ، فإن كان هو العامل كان مستأجرا للأرض ، وإن كان هو رب الأرض كان مستأجرا للعامل (قوله والرهن) أى وبخلاف رهن الرهن ويأتى الكلام فيه قريبا (قوله من المرتهن الخ) من هذه صلة لما قبلها لا للابتداء ، تقول : أجرت منه الدار وكذا بعتها أو وهبتها منه إذا كان هو القابل للعقد وأنت المباشر فالمرتهن أو الأجنبى هنا هو القابل والمباشر : أى العاقد مع المرتهن هو

حيث يخرج عن الرهن ثم لايعود إلا بعقد مبتدإ لأنها عقود لازمة ، بخلاف العارية وبخلاف بيع المرتهن من الراهن لعدم لزومها . بقى لو مات الراهن قبل رهنه ثانيا فالمرتهن أسوة الغرماء :

(ولو أذن الراهن للمرتهن فى استعماله أو إعارته للعمل فهلك) الرهن (قبل أن يشرع فى العمل أو بعد الفراغ منه هلك) بالدين لبقاء عقد الرهن :

(ولو هلك فى حالة العمل) والاستعمال (هلك أمانة) لثبوت يد العارية حينئذ :

(لو اختلفا فى وقته) أى وقت هلاكه فقال المرتهن هلك فى وقت العمل وقال الراهن فى غيره (فالقول للمرتهن)لأنه منكر (والبينة للراهن)لأنهما اتفقا على زوال يد الرهن فلا يصدق الراهن فى عوده إلا بحجة بزازية :

وفيها : أذن للمرتهن فى لبس ثوب الرهن يوما فجاء به المرتهن متخرقا وقال تخرق فى لبس ذلك اليوم وقال الراهن ما لبسته فيه ولا تخرق فيه فالقول للراهن ، وإن أقر الراهن باللبس فيه ولكن قال تخرق قبل لبسه أو بعده فالقول للمرتهن فى قدر ما عاد من الضمان :

الراهن ومع الأجنبى أحدهما ، لكن فى هذا التعميم بالنسبة إلى الرهن نظر لأن رهنه من المرتهن لايفيد ، فالظاهر أنه خاص فيما إذا رهنه أحدهما من أجنبى :

قال فى التاترخانية عن شرح الطحاوى : ليس للمرتهن أن يرهن الرهن ، فإن رهن بلا إذن الراهن ، فإن هلك فى يد الثانى قبل الإعادة إلى يد الأول فللراهن أن يضمن المرتهن الأول ويصير ضمانه رهنا ويملكه المرتهن الثانى بالدين أو يضمن المرتهن الثانى ويكون الضمان رهنا عند المرتهن الأول ويبطل رهن الثانى ويرجع الثانى على الأول بما ضمن وبدينه ، وإن رهن بإذن الراهن صح الثانى وبطل الأول اهـ (قوله حيث يخرج عن الرهن) بيان لجهة المخالفة بين الوديعة وهذه العقود ؛ لكن فى صورة البيع يتحول حق المرتهن إلى الثمن سواء قبضه أولا حتى لو هلك عند المشترى سقط الدين بخلاف بدل الإجارة وتقدم الفرق بينهما نص على ذلك فى المعراج (قوله لأنها عقود لازمة) ولذا لايمكنه فسخها (قوله وبخلاف بيع المرتهن من الراهن) وكذا إجارته وهبته وهذا محترز قول المصنف من المرتهن (قوله لعدم لزومها) أى لزوم العارية والبيع والأولى لزومهما بالتثنية أى لعدم لزومهما فى حق الراهن لأن ملكه باق فى المرهون فيبطل العقد (قوله بقى لو مات الخ) مرتبط بقول المصنف بخلاف الإجارة الخ (قوله فالمرتهن أسوة الغرماء) أى مساولهم فى المرهون لبطلان عقد الرهن بهذه العقود معراج (قوله ولو أذن الراهن للمرتهن باستعماله الخ) فإن لم يأذن له وخالف ثم عاد فهو رهن على حاله جامع الفصولين (قوله ولو هلك فى حالة العمل) راجع إلى قوله أو إعارته ، وقوله والاستعمال راجع إلى قوله فى استعماله فهو لف ونشر مشوش (قوله لثبوت يد العارية) وهى مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان منح (قوله لأنه منكر) أى منكر لموجب الضمان . قال ط : ولا حاجة إليه لأن التعليل الآتى للمسألتين (قوله وقال الراهن فى غيره) كذا فى الخانية وغيرها فيشمل ما إذا قال قبل العمل أو بعده (قوله لأنهما اتفقا على زوال يد الرهن) أى زوال القبض الموجب للضمان لاعترافهما بوجود العمل المزيل للضمان (قوله فى عوده) أى عود الرهن أى عود يده فى بعض النسخ فى حقه وفى بعضها فى دعواه ، وعبارة البزازية فى العود (قوله مالبسته) بفتح تاء المخاطب (قوله فالقول للراهن) لأنه منكر لوجود العمل فلم يتفقا على زوال اليد (قوله فالقول للمرتهن الخ) عبارة البزازية فالقول للمرتهن أنه أصابه فى اللبس لإتفاقهما على خروجه من الضمان فكان القول للمرتهن فى قدر ماعاد الضمان إليه ، بخلاف أول المسألة لعدم الاتفاق ثمة على الخروج من الضمان اهـ :

[فروع] رهن الأب من مال طفله شيئا بدين على نفسه جاز ، فلو الرهن قيمته أكثر من الدين فهلك ضمن الأب قدر الدين دون الزيادة بخلاف الوصى فإنه يضمن قيمته . والفرق أن للأب أن ينتفع بمال الصغير عند الحاجة ولا كذلك الوصى :

ولو أدرك الابن ومات الابن ليس للابن أخذه قبل قضاء الدين ، ويرجع الابن فى مال الأب إن كان رهنه لنفسه لأنه مضطر كمعير الرهن :

ولو رهن شيئا ثم أقره بالرهن لغيره لايصدق فى حق المرتهن ويؤمر بقضاء الدين ورده إلى المقر له :

ولو رهن دار غيره فأجاز صاحبها جاز ، وبينة الراهن على قيمة الرهن أولى :

وزوائد الرهن كولد وثمرة رهن لا غلة دار وأرض وعبد فلا يصير رهنا :

والرهن الفاسد كالصحيح فى ضمانه .

(وصح استعارة شىء ليرهنه فيرهن بما شاء) إذا أطلق ولم يقيد بشىء (وإن قيده بقدر أو جنس أو مرتهن أو بلد تقيد به) وحينئذ (فإن خالف) ما قيده به المعير

وحاصله أنهما لما اتفقا على خروجه من الضمان كان القول للمرتهن فى أنه لم يعد مضمونا عليه ضمان الرهن بعد خروجه من الضمان إلا ذلك الثوب المتخرق أى فإذا هلك بعد ذلك يضمن قيمته متخرقا (قوله بخلاف الوصى) قدم فى باب مايجوز ارتهانه أن ذلك قول الإمام التمرتاشى وأنه جزم فى الذخيرة وغيرها بالتسوية بين الأب والوصى وبه جزم المصنف هناك كالعناية والملتقى وقدمنا وجهه (قوله ليس للابن أخذه الخ) لأن تصرف الأب نافذ لازم (قوله ويرجع الابن) أى إذا قضى دين الأب وافتك الرهن (قوله إن كان) أى الأب رهنه لنفسه أى لأجل دين عليه ، وكذا لو رهن بدين على نفسه وبدين على الصغير فحكمه فى حصة دين الأب كحكمه فيما لو كان كله رهنا بدين الأب كما فى المنح (قوله لأنه) أى الابن مضطر فى قضاء الدين لافتكاك الرهن فلم يكن متبرعا نظير معير الرهن الآتى بيانه (قوله ثم أقر بالرهن الخ) أى أقر بأن ذلك المرهون ملك لزيد مثلا لايصدق فى حق المرتهن ، حتى إنه لاينزع من يده بمجرد ذلك الإقرار بدون برهان من المقر له بل يؤاخذ المقر فى حق نفسه ، حتى أنه يؤمر بقضاء الدين إلى المرتهن ورد المرهون إلى المقر له ، وهل يؤمر بقضائه حالا لو كان مؤجلا أو يؤمر بدفع قيمته للمرتهن ثم تسليم الرهن للمقر له أو ينظر إلى حلول الأجل فليراجع (قوله جاز) ويكون بمنزلة ما لو أعارها ليرهنها ط (قوله أولى) أى من بينة المرتهن لأنها تثبت زيادة ضمان ولو لم يقيما البينة فالقول قول المرتهن كذا يفاد من الهندية ط (قوله وزوائد الرهن الخ) ستأتى هذه المسألة مفصلة كالمسألة التى بعدها ولذا لم توجد فى بعض النسخ ط (قوله وصح استعارة شىء ليرهنه) لأن المالك رضى بتعلق دين المستعير بماله وهو يملك ذلك كما يملك تعلقه بذمته بالكفالة ط (قوله فيرهن بما شاء) أى بأى جنس أو قدر ، وكذا عند أى مرتهن وفى أى بلد شاء كما فى القهستانى (قوله إذا أطلق) أى المعير لأن الإطلاق واجب الاعتبار خصوصا فى الإعارة لأن الجهالة فيها لا تفضى إلى المنازعة هداية لأن مبناها على المسامحة معراج (قوله تقيد به) فليس له أن يزيد عليه ولا ينقص ، أما الزيادة فلأنه ربما احتاج إلى فكاك الرهن فيؤدى قدر الدين وما رضى بأداء القدر الزائد أو لأنه يتعسر عليه ذلك فيتضرر به ، وأما النقصان فلأن الزائد على الدين يكون أمانة وما رضى إلا أن يكون مضمونا كله فكان التعيين مفيدا وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن وبالبلد ، لأن كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالإضافة إلى البعض وتفاوت الأشخاص فى الأمانة والحفظ اهـ من الهداية والاختيار ه‍ .

(ضمن) المعير (المستعير أو المرتهن) لتعدى كل منهما (إلا إذا خالف إلى خير بأن عين له أكثر من قيمته فرهنه بأقل من ذلك) لم يضمن لمخالفته إلى خير (فإن ضمن) المعير (المستعير تم عقد الرهن) لتملكه بالضمان (وإن ضمن المرتهن يرجع بما ضمن وبالدين على الراهن) كما مر فى الاستحقاق (فإن وافق وهلك عند المرتهن صار) المرتهن (مستوفيا لدينه ووجب مثله) أى مثل الدين (للمعير على المستعير) وهو الراهن لقضاء دينه به (إن كان كله مضمونا وإلا) يكن كله مضمونا (ضمن قدر المضمون والباقى أمانة) وكذا لو تعيب فيذهب من الدين بحسابه

[تنبيه] أفتى فى الحامدية فيما لو قيد العارية بمدة معلومة ومضت المدة بأن للمعير أخذها من المستعير ، قال : وبه أفتى فى الخيرية والإسماعيلية ، ومثله فى فتاوى ابن نجيم قائلا وليس له مطالبته بالرهن قبل مضى المدة فإذا مضت وامتنع من خلاصه من المرتهن أجبر عليه اهـ :

أقول ولا يخالفه ما فى الذخيرة استعاره ليرهنه بدينه فرهنه بمائة إلى سنة فللمعير طلبه منه وإن أعلمه أنه يرهنه إلى سنة اهـ لأن الرهن هنا فاسد لتأجيله كما مر وكلامنا فى تأجيل العارية تأمل (قوله ضمن المعير المستعير أو المرتهن الخ) أى يضمنه قيمة الرهن إن هلك فى يد المرتهن لأنه تصرف فى ملكه على وجه لم يؤذن له فيه فصار غاصبا ، وللمعير أن يأخذه من المرتهن ويفسخ الرهن جوهرة (قوله فرهنه بأقل من ذلك) أى بأقل مما عين له لكن بشرط أن لا ينقص عن قيمة الرهن بل إما بمثلها أو بأكثر كما أفاده الزيلعى .

وفى الذخيرة وغيرها : لو سمى له شيئا فرهنه بأقل أو بأكثر فهو على ثلاثة أوجه : الأول أن تكون قيمة الثوب مثل الدين المسمى ، الثانى أن تكون أكثر منه ، وفيها إذا رهن بأكثر من الدين أو بأقل يضمن قيمته ، الثالث أن تكون أقل منه ، فإن زاد على المسمى ضمن القيمة ، وإن نقص فإن كان النقصان إلى تمام قيمة الثوب لا يضمن وإن إلى أقل ضمن قيمته اهـ ملخصا ، ونقله فى النهاية :

ثم قال وبه يعلم أن المعير لا يضمن المستعير أكثر من القيمة فى صورة من الصور ، وكذا لا يضمنه جميع قيمة الثوب إذا كانت أكثر من الدين وإنما يضمنه قدر الدين والزائد يهلك أمانة اهـ (قوله لتملكه بالضمان) فتبين أنه رهنه ملك نفسه اهـ تبيين ، قال قارئ الهداية : ولى فيه نظر لأن الملك فيه لم يستند إلى وقت القبض إذ القبض بإذن المالك ؛ وإنما يستند إلى وقت المخالفة وهو التسليم إلى المرتهن وعقد الرهن كان قبله فيقتصر ملكه على وقت التسليم فلم يتبين أنه رهن ملكه لأن ملكه بعد عقد الرهن اهـ أبو السعود وط عن الشلبى :

أقول قد يجاب بأن الرهن لا يلزم إلا بالتسليم ولذا كان للمرتهن الرجوع عنه قبله كما مر أول الرهن ، فإذا توقف العقد على التسليم لم يعتبر سابقا عليه فكأنهما وجدا معا عند التسليم الذى هو وقت المخالفة فلم يكن ملكه بعد عقد الرهن ، هذا ما ظهر لى من فيض الفتاح للعليم فاغتنمه (قوله وإن ضمن المرتهن) لأنه متعد بقبض مال غيره بلا إذنه فهو كغاصب الغاصب (قوله كما مر فى الاستحقاق) أى قبيل هذا الباب (قوله صار المرتهن مستوفيا لدينه) أى إن كانت قيمة الرهن مثل الدين أو أكثر وإن كانت أقل صار مستوفيا لقدره ويرجع بالفضل على الراهن اهـ مسكين (قوله أى مثل الدين) كذا فى الدرر والأصوب أن يقال أى مثل الرهن أى صورة ومعنى إن كان مثليا ومعنى فقط وهو قيمته إن كان قيميا لئلا يلزم تشتيت الضمائر بعده رحمتى ملخصا ، ومثله فى شرح الطورى (قوله لقضاء دينه به) أى لأن الراهن صار قاضيا دينه بمال المعير وهو الرهن (قوله إن كان كله) أى الرهن مضمونا بأن كان مثل الدين أو أقل (قوله وإلا الخ) أى بأن كان أكثر من الدين (قوله بحسابه) أى بقدر حصة العيب

ويجب مثله للمعير :

(ولو افتكه) أى الرهن (المعير أجبر المرتهن على القبول ثم يرجع) المعير (على الراهن) لأنه غير متبرع لتخليص ملكه بخلاف الأجنبي (بما أدى) بأن ساوى الدين القيمة ، وإن الدين أزيد فالزائد تبرع ، وإن أقل فلا جبر درر ، لكن استشكله الزيلعي وغيره ، وأقره المصنف فلذا لم يعوّج عليه فى متنه مع متابعته للدرر فتدبر :

(ولو هلك الرهن المستعار مع الراهن قبل رهنه أو بعد فكه لم يضمن ، وإن استخدمه أو ركبه) ونحو ذلك (من قبل) لأنه أمين خالف ثم عاد إلى الوفاق فلا يضمن خلافا للشافعي ، لكن فى الشرنبلالية عن العمادية : المستأجر أو المستعير إذا خالفا ثم عاد إلى الوفاق لا يبرأ عن الضمان على ما عليه الفتوى اه :

إتقانى (قوله ويجب مثله) أى ويجب للمعير على المستعير مثل ماذهب من الدين بالعيب (قوله لتخليص ملكه) أى لأنه يريد بذلك تخليص ملكه فهو مضطر إليه (قوله بخلاف الأجنبي) أى إذا قضى الدين لأنه متبرع إذ هو لا يسعى فى تخليص ملكه ولا فى تفريغ ذمته فكان للطالب أن لا يقبل هداية (قوله وإن أقل فلا جبر) أى لايجبر المرتهن على تسليم الرهن درر عن تاج الشريعة لأن الزيادة أمانة من جانب الراهن ، كذا قيل ولم نجد ذلك فى كلام الشراح ، وعزوه إلى تاج الشريعة فرية بلا مرية كذا أفاده عزمى زاده (قوله لكن استشكله الزيلعي وغيره) أى استشكل كون الزائد تبرعا حيث قال وهذا مشكل ، لأن تخليص الرهن لا يحصل بإيفاء البعض فكان مضطرا ، وهذا لأن غرضه تخليصه لينتفع به ، ولا يحصل ذلك إلا بأداء الدين كله ، إذ للمرتهن أن يحبسه حتى يستوفى الكل اه . والإشكال ذكره جميع شراح الهداية مع جوابه بأن الضمان إنما وجب على المستعير باعتبار إيفاء الدين من ملكه فكان الرجوع عليه بقدر ماتحقق الإيفاء اه ونقلوه عن الإيضاح والخانية وغيرهما وكأنّ الزيلعي لم يرتض بهذا الجواب فلم يذكره ولذا قال فى السعدية إن للكلام فيه مجالا (قوله فلذا لم يعرج عليه الخ) أقول يجب إتباع المنقول وإن لم يظهر للعقول مع أن الجواب لائح وهو تقصير المعير عن التقييد بالرهن بالقيمة من أول الأمر ، فإذا ترك ما يدفع الإضرار كان فى دفع الزائد مختارا بهذا الاعتبار فكن من ذوى الأبصار اه سائحانى (قوله مع متابعته للدرر) أى إن عادته ذلك غالبا ، وقد نص فى الدرر على أن الزائد تبرع فدل عدم متابعته له أنه أقر الزيلعي على الاستشكال (قوله لم يضمن) لأنه لم يصر قاضيا دينه به (قوله وإن استخدمه أو ركبه الخ) إن هذه وصلية أى بأن كان عبدا فاستخدمه أودابة فركبها قبل أن يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن هداية أى ضمان التعدى لاضمان قضاء الدين ، لأن الراهن بعد ماقضى الدين يرجع بما أدى لأن الرهن لماهلك فى يد المرتهن صار مستوفيا حقه من مالية الرهن فيرجع المعير على الراهن بما وقع به الإيفاء اه كفاية ملخصا (قوله ونحو ذلك) كأن لبس الثوب (قوله من قبل) أى من قبل الرهن ، وكذا إن افتكه ثم استعمله فلم يعطب ثم عطب بعده من غير صنعه لايضمن لأنه بعد الفكاك بمنزلة المودع لابمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك ، وقد عاد إلى الوفاق فيبرأ عن الضمان هداية (قوله لكن فى الشرنبلالية الخ) هذا فى المستأجر أو المستعير لشىء ينتفع به وكلامنا فى مستعير شىء ليرهنه وهو بمنزلة المودع لا المستعير كما مر آنفا والمودع يبرأ بالعود إلى الوفاق . وفرق بينهما فى الهداية وشروحها بأن يد المستعير يد لنفسه فلا يصير بالعود رادا على المالك لا حقيقة ولا حكما بخلاف المودع لأن يده كيد المالك فبالعود إلى الوفاق يصير رادا عليه حكما .

قلت : وكذا المستأجر يده يد لنفسه لأنه يمسك العين لنفسه لالصاحبها (قوله إذا خالفا) الأولى إفراد الضمير

بقى لو اختلفا فالقول للراهن لأنه ينكر الإيفاء بماله ، ولو اختلفا فى قدر ما أمره بالرهن به فالقول للمعير هداية .
اختلفا فى الدين والقيمة بعد الهلاك فالقول للمرتهن فى قدر الدين وقيمة الرهن شرح تكملة .

(ولو مات مستعيره مفلسا) مديونا (فالرهن) باق (على حاله فلا يباع إلا برضا المعير) لأنه ملكه (ولو أراد المعير بيعه وأبى الراهن) البيع (بيع بغير رضاه إن كان به) أى بالرهن (وفاء وإلا لا) يباع (إلا برضاه) أى المرتهن (ولو مات المعير مفلسا وعليه دين أمر الراهن بقضاء دين نفسه ويرد الرهن) ليصل كل ذى حق حقه (وإن عجز لفقره فالرهن على حاله) كما لو كان المعير حيا (ولورثته) أى ورثة المعير (أخذه) أى الرهن (بعد قضاء دينه) كمورث (فإن طلب غرماء المعير من ورثته بيعه ، فإن به وفاء بيع وإلا فلا) يباع (إلا برضا المرتهن) كما مر لما مر :

(و) اعلم أن (جناية الراهن على الرهن) كلا أو بعضا (مضمونة كجناية المرتهن عليه ويسقط من دينه) أى دين المرتهن (بقدرها) أى الجناية لأنه أتلف ملك غيره فلزمه ضمانه وإذا لزمه وقد حل الدين سقط بقدره

لأن العطف بأو وليوافق ما بعده ط وقد وجد كذلك فى كثير من النسخ (قوله بقى لو اختلفا) أى فى زمن الهلاك فقال المعير هلك عند المرتهن وقال المستعير قبل الرهن أو بعد الافتكاك عناية (قوله فالقول للراهن) أى مع يمينه معراج والبينة للمعير لأنه يدعى عليه الضمان عناية (قوله لأنه ينكر الخ) أى لأن الراهن ينكر الإيفاء بمال المعير (قوله ولو اختلفا فى قدر ما أمره بالرهن به) بأن قال المعير أمرتك أن ترهنه بخمسة وقال المستعير بعشرة فالقول للمعير ، لأنه لو أنكر الأمر أصلا كان القول له فكذا إذا أنكر وصفا فيه والبينة للمستعير لأنه المثبت إتقانى (قوله اختلفا فى الدين والقيمة الخ) صورة المسألة ما فى الخانية وغيرها : لو كان الراهن يدعى الرهن بألف والمرتهن بخمسمائة ، فإن كان الرهن قائما يساوى ألفا تحالفا وترادا ، ولو هالكا فالقول للمرتهن لأنه ينكر زيادة سقوط الدين اهـ : زاد الإتقانى : ولو اتفقا على أنه بألف وقال المرتهن قيمته خمسمائة وقال الراهن ألف فالقول للمرتهن إلا أن يبرهن الراهن لأنه ادعى زيادة الضمان اهـ ملخصا ، وبه يظهر ما فى العبارة من الإيجاز الشبيه بالألغاز (قوله مديونا) زاده لأنه لايلزم من الإفلاس الدين ، لكن إن قرئ قول المصنف مفلسا بتشديد اللام من المضاعف استغنى عنه لأن معناه حكم القاضى بإفلاسه تأمل (قوله باق على حاله) أى محبوسا عند المرتهن (قوله وأبى الراهن) كذا فى المنح ، وصوابه المرتهن كما نبه عليه الرملى لأن فرض المسألة أن الراهن وهو المستعير قد مات (قوله بيع بغير رضاه الخ) لأن حقه فى الاستيفاء وقد حصل زيلعى (قوله وإلا) أى وإن لم يكن فيه وفاء لايباع إلا برضاه ، لأن له فى الحبس منفعة فلعل المعير قد يحتاج إلى الرهن فيخلصه بالإيفاء ، أو تزاد قيمته بتغير السعر فيستوفى منه حقه زيلعى (قوله أمر الراهن بقضاء دين نفسه) أى يجبر على ذلك ، وانظر لو كان الدين مؤجلا هل يجبر أو ينتظر (قوله بعد قضاء دينه) أى دين الراهن (قوله كمورث) أى كمورثهم لقيامهم مقامه (قوله من ورثته) أى ورثة المعير (قوله كما مر لما مر) أى فى مسألة موت المستعير ، وسقط قوله لما مر من بعض النسخ وهو الأصوب ، لأنه لم يذكر التعليل سابقا وهو قولنا لأن له فى الحبس منفعة الخ (قوله كلا أو بعضا) منصوبان على التمييز أى من جهة الكلية أو البعضية تأمل (قوله مضمونة الخ) لأن حق كل منهما محترم فيجب عليه ضمان ما أتلف على صاحبه وجعل المالك كالأجنبى فى حق الضمان ، وتمامه فى المنح (قوله عليه) أى على الرهن : أى المرهون (قوله وإذا لزمه وقد حل الدين الخ) أفاد أنه إذا كان مؤجلا لايحكم بالسقوط بمجرد اللزوم ، بل ما لزمه يحبس بالدين إلى حلول الأجل ، فإذا حل أخذه بدينه إن كان من جنسه وإلا فحتى يستوفى دينه شرنبلالية ، وقد قدمنا تمام الكلام عند قوله فى هذا الباب ، وأما ضمانه على المرتهن (قوله سقط بقدره) أى سقط من الضمان بقدر الدين

ولزمه الباقى بالإتلاف لا بالرهن ، وهذا لو الدين من جنس الضمان وإلا لم يسقط منه شيء . والجناية على المرتهن وللمرتهن أن يستوفى دينه ، لكن لو اعور عينه يسقط نصف دينه عنه قهستانى وبرجندى :

(وجناية الرهن عليهما) أى على الراهن أو المرتهن (وعلى مالهما هدر) أى باطل (إذا كانت) الجناية (غير موجبة للقصاص) فى النفس دون الأطراف ، إذ لا قود بين طرفى عبد وحر (وإن كانت موجبة للقصاص فعتبرة) فيقتص منه ويبطل الدين خانية : وعبارة القهستانى وشرح المجمع يبطل الرهن (كجنايته) أى الرهن

(قوله ولزمه الباقى) أى من الضمان إذا زاد الضمان على الدين(قوله بالإتلاف) لأن الزائد كان أمانة فهو كالوديعة إذا أتلفها المودع (قوله لا بالرهن) أى لابعقده حتى يشكل عليه ضمان ذلك الزائد (قوله من جنس الضمان) بأن كان الدين دراهم أو دنانير كفاية (قوله والجناية على المرتهن الخ) معطوف على قوله لم يسقط .

وحاصله أن الدين لو مكيلا أو موزونا فالجناية واجبة على المرتهن والدين باق على الراهن فلكل منهما أخذ حقه من صاحبه (قوله لكن لو اعور عينه) أقول : عبارة الخلاصة والبزازية : ولو اعور العبد الرهن الخ ؛

وفى التاترخانية عن المحيط : رهن من آخر عبدا يساوى مائتين مثلا بمائة فاعور العبد قال أبو حنيفة وزفر : ذهب نصف المائة ، وهو قول أبى يوسف أولا ، ثم رجع وقال : يقوم العبد صحيحا وأعور فيذهب من الدين بحساب النقصان اه ملخصا . وبه ظهر أن اعور هنا مشدد الراء من الاعورار وما بعده فاعله وإسناده إلى العين لايوجب تأنيثه لأنها ظاهر مجازى التأنيث فيجوز فيه الوجهان كما قرر فى محله ، وليس من باب الأفعال متعديا والفاعل مستتر عائد على المرتهن وعينه مفعوله ، لأن الواجب حينئذ لزوم دية العين بالغة مابلغت كما تفهمه عبارة المصنف لاسقوط نصف الدين . وأيضا لو كان كذلك لما تأتى الخلاف السابق ، وحينئذ فلاوجه لذكر هذه المسألة فى هذا المحل ولا للإستدراك بها على ماقبلها ، إذ ليست من الجناية على الرهن بل من تعيبه وليس الكلام فيه فافهم واغتنم (قوله هدر) أما على الراهن فلكونها جناية المملوك على مالكه وهى فيما يوجب المال هدر لأنه المستحق ؛ وأما على المرتهن فلأنا لو اعتبرناها لوجب عليه التخلص منها لأنها حصلت فى ضمانه درر ملخصا وهذا عنده : وقالا : جنايته على المرتهن معتبرة :

ثم اعلم أن جنايته على مال المرتهن هدر اتفاقا إن كانت قيمته والدين سواء ، وإن كانت القيمة أكثر فعن أبى حنيفة أنها معتبرة بقدر الأمانة. وعنه أنها هدر كالمضمون هداية :

وفى المعراج عن المبسوط : لو كان قيمته ألفان والدين ألف فجنى على المرتهن أو رقيقه قيل للراهن إدفعه أو افده ، أما على قولهما فغير مشكل ، وأما على قوله فجنايته ههنا معتبرة فى ظاهر الرواية ، وروى عنه أنها لاتعتبر : وجه الظاهر أن النصف منه أمانة هنا وجناية الوديعة على المودع معتبرة فيقال للراهن ادفعه أو افده ، فإن دفعه وقبل المرتهن صار عبدا للمرتهن فيسقط الدين لأنه يكون كالمالك فى يده فى حكم سقوط الدين كما لو جنى على أجنبى ودفعاه به ، وإن فداه كان على الراهن نصف الفداء حصة الأمانة وعلى المرتهن نصف الفداء حصة المضمون فتسقط حصته لأنه لايستوجب على نفسه دينا ويستوفى من الراهن حصته من الفداء ويكون الفداء رهنا على حاله اه ملخصا (قوله غير موجبة للقصاص) بأن كانت خطأ فى النفس أو فيما دونها درر (قوله فى النفس دون الأطراف الخ) المناسب ذكره بعد قوله وإن كانت موجبة للقصاص لأن غير الموجبة للقصاص فى النفس أو الأطراف هدر ، وأما الموجبة له فعتبرة إن أوجبته فى النفس دون الأطراف فيفهم أنها فى الأطراف هدر تأمل (قوله ويبطل الدين) يعنى إن كان العبد مثل الدين أو أكثر وقدمنا وجهه آنفا عن المعراج ، فلو أقل سقط من الدين بقدره كما هو الحكم فى هلاك الرهن أفاده ح : وقال : فقد ظهر وجه التعبير بالدين ، كما أن التعبير بالرهن لموجه

(على ابن الراهن أو على ابن المرتهن) فإنها معتبرة فى الصحيح حتى يدفع بها أو يفدى وإن كانت على المال فيباع كما لو جنى على الأجنبى إذ هو أجنبى لتباين الأملاك زيلعى .

(ولو رهن عبدا يساوى ألفا بألف مؤجل فرجعت قيمته إلى مائة فقتله رجل وغرم مائة وحل الأجل فالمرتهن يقبضها) أى المائة قضاء لحقه (ولا يرجع على الراهن بشىء) كونه بلا قتل ، والأصل أن نقصان السعر لايوجب سقوط الدين بخلاف نقصان العين ، فإذا كان الدين باقيا ويد المرتهن يد استيفاء فيصير مستوفيا للكل من الابتداء.

(ولو باعه) أى العبد المذكور (بمائة بأمر الراهن قبض المائة قضاء لحقه ورجع بتسعمائة) لأنه لما كان الدين باقيا وقد أذن ببيعه بمائة كان الباقى فى ذمته كأنه استرده وباعه لنفسه .

أيضا كما لايخفى اه أى لأنه يلزم من بطلان الدين بطلان الرهن . قال ط : والظر ماإذا عفاعنه ولى الدم ، والظاهر أنه يبقى على رهنيته (قوله وإن كانت على المال فيباع) أى إن لم يفدة الراهن أو المرتهن :

وفى البزازية : أتلف المرهون مال إنسان مستغرقا قيمته ، فإن فداه المرتهن فالرهن والدين بحاله وإن أبى قيل للراهن افده ، فإن فداه بطل الدين والرهن لأنه استحق بأمر عند المرتهن فكان عليه ، فإن لم يفده الراهن أيضا يباع فيأخذ دائن العبد دينه وبطل مقداره من دين المرتهن إن دينه أقل ومابقى من ثمن العبد للراهن ، وإن كان دين المرتهن أكثر من دين العبد استوفى المرتهن الباقى إن حل دينه وإلا كان رهنا عنده إلى أن يحل فيأخذه قصاصا اه (قوله إذ هو) أى الابن أجنبى عن أبيه أى فى حق الملك ، وهذا تعليل لكون جناية المرهون على ابن الراهن أو ابن المرتهن معتبرة .

[تتمة] فى جناية الرهن بعضه على بعض كما لوكان عبدين فجنى أحدهما على الآخر ، فإن كان الكل من كل منهما مضمونا فالجناية هدر كالآفةالسماوية وإلا تحول إلى الجانى من حصة المجنى عليهمن الدينىنصف ماسقط ، لأن الجناية أربعة : جناية مشغول على مشغول ، أوعلى فارغ : وجناية فارغ على فارغ أو على مشغول وكلهاهدر إلا الرابع ، فإذاكانا رهنا بألف وقيمة كل ألف فالمقتول نصفه فارغ فيهدر .

بقى النصف المشغول متلفا بفارغ ومشغول فيهدر نصف هذا النصف لتلفه بمشغول ، ويعتبر نصفه الآخر لتلفه بفارغ فالهدر يسقط مابازائه من الدين والمعتبر يتحول إلى الجانى وذلك مائتان وخمسون فصار الجانى رهنا بسبعمائة وخمسين ، وتمامه فى الولوالجية ومتفرقات التاترخانية ، وسيأتى قريبا مالوكان الرهن عبدا ودابة (قوله فرجعت قيمته) أى بنقصان السعر (قوله والأصل الخ) لايقال : هذا الأصل مناف لقوله ولا يرجع على الراهن بشىء فإنه قد اعتبر فيه نقصان السعر . لأنا نقول عدم اعتباره إنما هو إذا كانت العين باقية حتى كان للمرتهن مطالبة الراهن بجميع الدين عند ردها ناقصة بالسعر . أما إذا تلفت فالضمان بالقبض السابق لأن يده يد استيفاء من الإبتداء وبالهلاك يتقرر فيصير مستوفيا للكل من الإبتداء ، فعلم أن هذا الأصل ليس على إطلاقه ، هكذا ظهر لى فى هذا المحل أخذا من صريح كلام شراح الهداية المار أول هذا الباب . ثم رأيت الطورى وغيره صرح هنا بذلك ، ولله تعالى الحمد (قوله بخلاف نقصان العين) فإنه يذهب قسطه من الدين إتفاق (قوله فإذا كان الخ) تفريع بمنزلة التعليل لقوله بخلاف نقصان العين (قوله بأمر الراهن) المراد أمره بالبيع غير مقيد بمائة فالمائة غير مأمور بها شرنبلالية (قوله لأنه لما كان الدين باقيا الخ) يوجد فى بعض النسخ قبل هذا التعليل تعليل آخر هو بمعناه :

والحاصل أنه هنا لايسقط من الدين شىء بتراجع السعر لبقاء العين وانتقاض يد الاستيفاء ، لأنه لما أمره

(ولو قتله عبد قيمته مائة فدفع به افتكه) الراهن وجوبا (بكل الدين وهو الألف) لقيام الثانى مقام الأول لحما ودما : وقال محمد : إن شاء افتكه بكل دينه أو تركه على المرتهن بدينه وهو المختار كما فى الشرنبلالية عن المواهب ، لكن عامة المتون والشروح على الأول (فإن جنى) ترك التفريع أولى (الرهن خطأ فداه المرتهن) لأنه ملكه (ولم يرجع) على الراهن بشىء (ولا) يملك أن (يدفعه إلى ولى الجناية) لأنه لايملك التمليك (فإن أبى) المرتهن من الفداء (دفعه الراهن) إن شاء (أوفداه ويسقطالدين) بكل منهما (لو أقل من قيمة الرهن أو مساويا ولوأكثر يسقط قدر قيمة العبد) فقط ، و (لا) يسقط (الباقى) من الدين؛ ولو استهلك ما لايستغرق رقبته فداه المرتهن ، فإن أبى باعه الراهن أو فداه :

ولو قتل ولد الرهن إنسانا أواستهلك مالادفعه الراهن وخرج عن الرهن أوفداه وبقى رهنا مع أمه: وأماجناية الدابة فهدر ويصير كأنه هلك بآفة سماوية وتمامه فى الخانية :

(مات الراهن باع وصيه رهنه بإذن مرتهنه وقضى دينه) لقيامه مقامه (فإن لم يكن له وصى نصب القاضى له وصيا وأمره ببيعه) لأن نظره عام وهذا لو ورثته صغارا ، فلو كبارا خلفوا الميت فى المال فكان عليهم تخليصه جوهرة :

الراهن ببيعه فكأنه استرده منه وباعه بنفسه (قوله ولو قتله) أى العبد المذكور فى المتن (قوله لحما ودما) يعنى صورة ومعنى : أما صورة فظاهر ، وأما معنى فلأن القاتل كالمقتول فى الآدمية والشرع اعتبره جزءا من حيث الآدمية عناية (قوله أو تركه على المرتهن) لأنه تغير فى ضمان المرتهن هداية (قوله فداه المرتهن) أى ويبقى الدين على حاله هداية (قوله لأنه ملكه) غير ظاهر . وعبارة الشراح لأن الجناية حصلت فى ضمانه (قوله بشىء) أى من الفداء هداية (قوله فإن أبى الخ) إنما بدىء بالمرتهن لأنا لو خاطبنا الراهن فمن الجائز أن يختار الدفع فيمنعه المرتهن لأن له أن يقول أنا أفدى حتى أصلح رهنى معراج (قوله ويسقط الدين بكل منهما) أما بالدفع فلأن العبد استحق لمعنى فى ضمان المرتهن فصار كالهلاك ، وأما بالفداء فلأنه كالحاصل له بعوض كان على المرتهن هداية (قوله فداه المرتهن) أى ودينه على حاله زيلعى (قوله فإن أبى الخ) أى إن أبى المرتهن أن يؤدى عنه قيل للراهن بعه فى الدين (قوله باعه الراهن أو فداه) فإن فداه بطل دين المرتهن ، وإن باعه أخذ غريم العبددينه ، فإن فضل شىء من ثمن العبد ودين الغريم مثل دين المرتهن أو أكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن ، ولو أقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد والفضل من الثمن عن دين العبد يبقى رهنا كما كان ، فإن حل دين المرتهن أخذه بدينه لأنه من جنسه وإلا أمسكه حتى يحل ، وإن لم يف الثمن بدين الغريم أخذ الغريم الثمن ورجع بالباقى على العبد بعد عتقه ، ولا يرجع العبد على أحد وتمامه فى الهداية (قوله دفعه الراهن الخ) أشار إلى أن المرتهن هنا لايؤمر بشىء لأن الولد غير مضمون عليه لأنه لايسقط بهلاكه شىء من دينه كما ذكره الإتقانى :

قال ط عن الحموى : ولو قال المرتهن أنا أفدى قبل لأنه محبوس بدينه وله غرض صحيح بزيادة الاستيثاق ولا ضرر للراهن اه (قوله وخرج عن الرهن) أى ولم يسقط شىء من الدين كما لو هلك ابتداء زيلعى (قوله ويصير كأنه) أى المجنى عليه (قوله وتمامه فى الخانية) حيث ذكر حاصل ماقدمناه فى الصفحة السابقة من جناية أحد عبدى الرهن على الآخر . ثم قال : ولو رهن عبدا ودابة فجناية الدابة على العبد هدر ، وبالعكس معتبرة كجناية العبد على عبد آخر اه ملخصا (قوله لقيامه) أى الوصى مقام الراهن (قوله فلو كبارا الخ) هذا ظاهر إذا كانو حاضرين ، فلو كانوا غائبين فنى العمادية من الفصل الخامس عن فتاوى رشيد الدين للقاضى : نصب

[فروع] رهن الوصى بعض التركة لدين على الميت عند غريم من غرمائه توقف على رضا البقية ولم رده ، فإن قضى دينهم قبل الرد نفذ ، ولو انحد الغريم جاز وبيع فى دينه ، وإذا ارتهن بدين للميت على آخر جاز درر : وفى معين المفتى للمصنف : لايبطل الرهن بموت الراهن ولا بموت المرتهن ولا بموتهما ويبقى الرهن رهنا عند الورثة .

فصل فى مسائل متفرقة

(رهن عصيرا قيمته عشرة بعشرة فتخمر ثم تخلل وهو يساوى العشرة فهو رهن بعشرة) كما كان ، ثم المعتبر فيه الزيادة والنقصان القدر لا القيمة على ما أفاده ابن الكمال وعليه الفتوى ، فإن انتقص شىء من قدره سقط بقدره وإلا فلا :

(ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة) هذا قيد لابد منه ، لأنه لو كان قيمتها أكثر من الدين يكون الجلد

الوصى إذا كان الوارث غائبا ويكتب فى نسخة الوصايا أنه جعله وصيا ووارث الميت غائب مدة السفر اه (قوله توقف على رضا البقية) أى بقية الغرماء (قوله ولم رده) لأنه إيثار لبعض الغرماء بالإيفاء الحكمى فأشبه الحقيقى هداية (قوله نفذ) لزوال المانع لوصول حقهم إليهم هداية (قوله وإذا ارتهن) أى أخذ الوصى رهنا (قوله جاز) لأنه استيفاء حكما وهو يملكه درر (قوله عند الورثة) أى أو الوصى المختار أو المنصوب وورثة الراهن يقومون مقامه كما سبق ط ه

[خاتمة] المرتهن ينفرد بفسخ الرهن والراهن لاينفرد به ، حتى لو قال المرتهن فسخت الرهن ولم يرض الراهن وهلك لايسقط شىء من الدين ، وفى العكس يسقط بقدره كما فى القنية وغيرها .

فصل : فى مسائل متفرقة

(قوله رهن عصيرا الخ) اعلم أن العصير المرهون إذا تخمر ، فإما أن يكون الراهن والمرتهن مسلمين أو كافرين أو الراهن وحده مسلما أو بالعكس ، فلو كافرين فالرهن بحاله تخلل أولا ، وفى الأقسام الباقية إن تخلل فكذلك ، وإلا فهل للمرتهن أن يخلله فيه تفصيل ، فلو مسلمين أو الراهن فقط جاز تخليله لأن المالية وإن تلفت بالتخمر لكن إعادتها ممكنة بالتخليل فصار كتخليص الرهن من الجناية : وإذا جاز ذلك فى المسلمين والخمر ليست بمحل بالنسبة إليهم فلأن يجوز فى المرتهن الكافر بالأولى لأنها محل : وأما لو الراهن كافرا فله أخذ الرهن والدين على حاله لأن الخمرية لانعدم المالية فى حقه فليس للمرتهن المسلم تخليلها ، فإن خللها ضمن قيمتها يوم خللها ، كما لو غصب خمر ذمى فخللها والخل له ، وتقع المقاصة لو دينه من جنس القيمة ويرجع بالزيادة إن نقصت قيمتها يوم التخليل من دينه عناية ملخصا (قوله فهو رهن بعشرة) أى يبقى رهنا بها ، وإنما لم يبطل لأنه بصدد أن يعود بالتخلل ، ولهذا إذا اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض لايبطل البيع لاحتمال صيرورته خلا درر (قوله ثم المعتبر الخ) يشير إلى ماقاله شراح الهداية وغيرهم من أن ماذكره المصنف كالهداية وغيرها مقيد بما إذا لم ينتقص شىء من كيله وأن قوله وهو يساوى العشرة وقع اتفاقا ، فإنه إذا بقى كيله على حاله وانتقصت قيمته لايسقط شىء من الدين ، لأن الفائت مجرد وصف وبفواته فى المكيلات والموزونات لايسقط شىء من الدين ولكن الراهن يتخير كما إذا انكسر القلب إن شاء افتكه ناقصا بجميع الدين ، وإن شاء ضمنه وتكون قيمته رهنا عندهما ، وعند محمد يفتكه ناقصا أو يجعله بالدين كذا فى شرح الكافى ، وإن لم تنتقص قيمته لايتخير فيبقى رهنا كما كان إتفاقى وعناية (قوله وإلا فلا) إذ لا اعتبار بنقصان السعر كما مر (قوله هذا) أى مايفهم من مساواة القيمة للدين (قوله لأنه لو كان قيمتها أكثر من الدين) كما إذا كان الدين عشرة والشاة بعشرين والجلد يقوم فالجلد رهن بنصف درهم ،

أيضا بعضه أمانة بحسابه فقنبه (فماتت) بلا ذبح (فدبغ جلدها بما لا قيمة له) فلو له قيمة ثبت للمرتهن حق حبسه بما زاد دباغه ، وهل يبطل الرهن ؟ قولان (وهو) أى الجلد (يساوى درهما فهو رهن به ، بخلاف ما إذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها) حيث لا يعود البيع بقدره على المشهور . والفرق أن الرهن يتقرر بالهلاك والبيع قبل القبض يفسخ به :

(ولو أبق عبد الرهن وجعل) العبد (بالدين ثم عاد يعود الدين والرهن) خلافا لزفر (ونماء الرهن) كالولد والثمر واللبن والصوف والوبر والأرش ونحو ذلك (للراهن) لتولده من ملكه (وهو رهن مع الأصل) تبعا له (بخلاف ما هو بدل عن المنفعة كالكسب والأجرة) وكذا الهبة والصدقة (فإنها غير داخلة فى الرهن وتكون للراهن) الأصل أن كل ما يتولد من عين الرهن يسرى إليه حكم الرهن وما لا فلا مجمع الفتاوى :

(وإذا هلك النماء) المذكور (هلك مجانا) لأنه لم يدخل تحت العقد مقصود (وإذا بقى) النماء أى ولو حكما بأن أكل بالإذن فإنه لايسقط حصة ما أكل منه فيرجع به على الراهن ، كما إذا هلك الأصل بعد الأكل فإنه

لأن بإزاء كل درهم من الشاة نصف درهم من الدين فيكون الجلد رهنا بنصف درهم ويسقط بإزاء اللحم تسعة ونصف وإن كان قيمتها أقل من الدين بأن كانت بخمسة والجلد بدرهم فالجلد رهن بستة ، وإذا هلك الجلد بعد ذلك هلك بدرهم واحد فيرجع على الراهن بالخمسة الباقية من الدين، وتمام بيانه فى الكفاية وغيرها (قوله بلا ذبح) أما إذا ذبحت كانت بتمامها مضمونة ط (قوله بما لاقيمة له) بأن تربه أو شمسه معراج (قوله وهل يبطل الرهن قولان) أحدهما يبطل ويصير الجلد رهنا بقيمة مازاد الدباغ فيه ، حتى لو أداها الراهن أخذ الجلد لأنه صار مرهونا بالدين الثانى حكما . ثانيهما لا يبطل لأن الشىء يبطل بما هو مثله أو فوقه لا بما دونه ، والرهن الثانى هنا دون الأول لأنه إنما استحق حبس الجلد بالمالية التى اتصلت بالجلد بحكم الدبغ وهى تبع للجلد ، والرهن الأول بما هو أصل بنفسه وهو الدين فيكون أقوى فلم يرتفع بالثانى ويثبت الثانى أيضا لأنه لا يمكن رده كفاية ملخصا (قوله وهو يساوى دَرهما) يعنى يوم الرهن . وأما إذا كانت قيمته درهمين فهو رهن بدرهمين ويعرف ذلك بأن ينظر إلى قيمة الشاة حية ومسلوخة ، فإن كانت قيمتها حية عشرة ومسلوخة تسعة كانت قيمة الجلد يوم الارتهان درهما وإن كانت قيمتها مسلوخة ثمانية كانت درهمين عناية (قوله على المشهور) وهو قول العامة ، ومن المشايخ من قال يعود البيع كالرهن إتقانى (قوله يتقرر بالهلاك) لأن المرتهن صار مستوفيا بالهلاك فيتأكد عقد الرهن ، فإذا عادت المالية بالدباغ صادفت عقدا قائما فيثبت فيه حكمه بقسطه إتقانى (قوله يفسخ به) أى ينتقض بالهلاك ولا عود بعد انتقاض إتقانى (قوله وجعل العبد) بالبناء للمفعول : أى جعل الراهن أو القاضى العبد بمقابلة دين المرتهن ط (قوله يعود الدين) أى إلا بقدر لنقصان عيب الإباق كما يأتى له ط . وفى بعض النسخ : يعود الرهن ، وفى بعضها يعود الدين فى الرهن (قوله وهو رهن مع الأصل) فيكون للراهن حبسه ويقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما بشرط بقاء النماء إلى وقت الفكاك ، وإن هلك قبل ذلك لم يسقط بمقابلته شىء ويجعل كأنه لم يكن كما سيوضحه (قوله الأصل أن كل مايتولد من عين الرهن) أى أو يكون بدلا عن جزء من أجزاء عين الرهن كالأرش والعقر هندية (قوله هلك مجانا) أى إلا الأرش فإنه إذا هلك سقط من الدين مابازائه لأنه بدل جزئه فقام مقام المبدل كذا فى القهستانى ح (قوله أى ولو حكما الخ) هذا التعميم هو ماسيصرح به المصنف فى قوله الآتى وإن لم يفتك الرهن الخ (قوله كما إذا هلك الأصل بعد الأكل) الظاهر أنه أراد بقوله أولا بأن أكل بالإذن عكس هذا وهو ما إذا أكل بعد هلاك الأصل ، بأن هلك وبقى نماؤه كالثمرة ثم أكله وإلا لزم تشبيه الشىء بنفسه.

يقسم الدين على قيمتهما قهستانى ذكره بقوله (بعد هلاك الأصل فك بحصته) من الدين لأنه صار مقصودا بالفكاك والتبع يقابله شيء إذا كان مقصودا (و) حينئذ (يقسم الدين على قيمته يوم الفكاك وقيمة الأصل يوم القبض، ويسقط من الدين حصة الأصل وفك النماء بحصته) كما لو كان الدين عشرة وقيمة الأصل يوم القبض عشرة وقيمة النماء يوم الفك خمسة فثلثا العشرة حصة الأصل فيسقط وثلث العشرة حصة النماء فيفك به (ولو أذن الراهن للمرتهن فى أكل الزوائد) أى أكل زوائد الرهن بأن قال له مهما زاد فكله (فأكلها) ظاهره يعم أكل ثمنها، وبه أفتى المصنف. قال: إلا أن يوجد نقل بخصص حقيقة الأكل فيتبع (فلا ضمان عليه) أى على المرتهن، لأنه أتلفه بإذن المالك والإطلاق يجوز تعليقه بالشرط والخطر، بخلاف التمليك (ولا يسقط شيء من الدين) قال فى الجواهر: رجل رهن دارا وأباح السكنى للمرتهن فوقع بسكناه خلل وخرب البعض لا يسقط شيء من الدين لأنه لما أباح له السكنى أخذ حكم العارية، حتى لو أراد منعه كان له ذلك. وفى المضمرات: ولو رهن شاة فقال له الراهن كل ولدها واشرب لبنها فلا ضمان عليه، وكذا لو أذن له فى ثمرة البستان فصار أكله كأكل الراهن ثم نقل عن التهذيب أنه يكره للمرتهن أن ينتفع بالرهن وإن أذن له الراهن:

قال المصنف: وعليه يحمل ما عن محمد بن أسلم من أنه لا يحل للمرتهن ذلك ولو بالإذن لأنه ربا.

وعبارة القهستانى: وإن هلك الأصل وبقى النماء ولو حكما، كما إذا أكل الراهن أو المرتهن أو أجنبى من النماء بالإذن فإنه لم يسقط حصة ما أكل منه فيرجع به على الراهن، وكما إذا هلك الأصل بعد الأكل فإنه يقسم الدين على قيمتهما ويرجع على الراهن بقيمة ما أكل الكل فى شرح الطحاوى اهـ (قوله كما ذكره بقوله) انظر مامرجع الضمير المنصوب (قوله فك) أى النماء بحصته، فلو هلك أيضا بعد هلاك الأصل ذهب بلا شيء كأنه لم يكن وذهب كل الدين بهلاك الأصل، وتمامه فى غرر الأفكار (قوله والتبع يقابله شيء إذا كان مقصودا) كولد المبيع فإنه يصير مبيعا تبعا ولا يصير له حصة من الثمن إلا إذا صار مقصودا بالقبض عندنا معراج (قوله يوم الفكاك) لأنه إنما صار مضمونا بالفكاك، إذ لو هلك قبله يهلك مجانا عناية (قوله يوم القبض) لأنه مضمون بالقبض كما تقدم عناية (قوله فيسقط) أى بسبب هلاك الأصل (قوله وبه أفتى المصنف) حيث سئل عمن رهن نخلا وأباح للمرتهن ثمارها هل يملك أن يبيعها ويتموّلها أم يملك الأكل بنفسه فقط؟ فأجاب ظاهر كلامهم أن له التصرف مطلقا إذ الظاهر أن المراد من قولهم فأكلها أكلها أو أكل ثمنها إلا أن يوجد نقل صريح بتخصيص الأكل دون غيره اهـ من حاشية الحموى ملخصا. وأورد عليه أن المعنى الحقيقى هو الظاهر ومدعى الأعمية محتاج إلى الدليل.

قلت: وسيذكر الشارح عن الجواهر: ولو أباح له نفعه ليس له أن يؤجره تأمل:

وقال السائحانى: أقول ظاهره أن أكل الزوائد المأكولة إنما هو أكل نفسها لا أكل بدلها وهذا أمر مكشوف لكل أحد بالبديهة اهـ نعم يظهر ذلك إذا كانت مما لا يؤكل كما ذكره الرحمتى (قوله لأنه أتلفه بإذن المالك) فيه إشارة إلى أنه لو أتلفه بغير إذنه ضمن وكانت القيمة رهنا مع الشاة، وكذا لو فعل الراهن ذلك بدون إجازة المرتهن عناية (قوله والإطلاق) أى الإباحة اهـ ح (قوله يجوز تعليقه) لأنه ليس بتمليك إتقانى (قوله بالشرط) وهو قوله هنا مهما زاد فكله (قوله والخطر) بالخاء المعجمة والطاء المهملة: الإشراف على الهلاك كما فى القاموس والمغرب، والمراد به هنا ما احتمل الوجود والعدم فهو بمعنى الشرط تأمل (قوله وعليه يحمل الخ) بأن يراد من نفى الحل الكراهة (قوله ماعن محمد بن أسلم) الذى فى المنح أول كتاب الرهن عبد الله بن محمد بن مسلم اهـ ح:

قلت : وتعليله يفيد أنها تحريمية فتأمله (وإن لم يفتك) الراهن (الرهن) بل بقي عند المرتهن على حاله (حتى لو هلك) الرهن كما في يد المرتهن (قسم الدين على قيمة النماء) أي الزيادة (التي أكلها المرتهن وعلى قيمة الأصل ، فما أصاب الأصل سقط وما أصاب الزيادة أخذه المرتهن من الراهن) كما في الهداية والكافي والخانية وغيرها .

وفي الجواهر الأصل أن الإتلاف بإذن الراهن كإتلاف الراهن بنفسه لتسليطه ، وفيها أباح للمرتهن نفعه هل للمرتهن أن يؤجره ؟ قال لا ، قيل فلو أجره ومضت المدة فالأجرة له أم للراهن ؟ قال له إن أجره بلا إذن ، وإن بإذن فللمالك وبطل الرهن . وفيها : رهن كرما وتسلمه المرتهن ثم دفعه للراهن ليسقيه ويقوم بمصالحه لا يبطل الرهن :

رهن كرما وأباح ثمره ثم باع الكرم فقبض المرتهن الثمن ، إن ثمره حصل بعد البيع فللمشتري ، وإن قبله . فللراهن إن قضى دين المرتهن وإلا يكون رهنا ويجعل البيع رجوعا عن الإباحة فإنها تقبل الرجوع كما مر . وفيها : زرع المرتهن أرض الرهن ، إن أبيح له الانتفاع لا يجب شيء ، وإن لم يبح لزمه نقصان الأرض وضمان الماء او من من قناة مملوكة فليحفظ :

زرعها الراهن أو غرسها بإذن المرتهن ينبغي أن تبقى رهنا ولا يبطل الرهن فتنبه .

استحق الرهن ليس للمرتهن طلب غيره مقامه .

استحق بعضه إن شائعا يبطل الرهن فيما بقي ، وإن مفروزا بقي فيما بقي ويحبس بكل الدين لكن هلكه بحصته .

آجر داره لغيره ثم رهنها منه صح وبطلت الإجارة ، ولو ارتهن ثم آجره من راهنه

أقول : ماقدمناه عن المنح هناك ومثله في غيرها موافق لما هنا ولعل النسخ مختلفة (قوله قلت الخ) ظاهره تسليم القول بالكراهة مع الإذن وأنه ربا ، ومقتضاه أنه مضمون ، لكن قدمنا عن المنح أول الرهن أنه مخالف لعامة المعتبرات ، وتقدم بيان ذلك كله مستوفى فراجعه (قوله وما أصاب الزيادة) كتلث العشرة في مثاله السابق (قوله كإتلاف الراهن بنفسه) فلا يسقط مايقابله من الدين لكونه غير مضمون على المرتهن ، بخلاف الهالك في يده (قوله قال له الخ) في التاترخانية : آجر المرتهن الرهن من أجنبي بلا إذن فالغلة له ويتصدق بها عند أبي حنيفة ومحمد ، وله أن يعيده في الرهن (قوله وبطل الرهن) حتى لايسقط دين المرتهن بهلاكه عند المستأجر ط ولا يعود رهنا إلا بتجديد تاترخانية ، وكذا لو آجر الراهن المرتهن على مامر في الباب السابق (قوله وتسلمه المرتهن) أما إذا لم يتسلمه لايتم الرهن أولا يصح على الخلاف السابق ط (قوله ثم باع) أي الراهن (قوله فقبض المرتهن الثمن) لأنه إذا جاز البيع يصير الثمن رهنا ، لكن القبض غير شرط فإنه يصير رهنا وإن لم يقبض كما قدمناه أول الباب السابق (قوله وإلا يكون رهنا) أي مع ثمن المبيع الذي قبضه ط (قوله كما مر) أي قريبا في قوله حتى لو أراد منعه كان له ذلك (قوله لو من قناة مملوكة) هذا خلاف المفتى به من أنه لايضمن إلا ماملكه بالإحراز كما مر في كتاب الشرب وماء القناة غير محرز (قوله ينبغي أن تبقى رهنا الخ) جزم به في الخانية فقال : زرع أو سكن بإذن المرتهن لايبطل الرهن وله أن يسترده ، وما دام في يد الراهن لايضمنه المرتهن (قوله بقي فيما بقي) لأنه يمكن رهن ذلك الباقي ابتداء لعدم الشيوع (قوله لكن هلكه بحصته) أي وإن كان في قيمته وفاء بجميع الدين كما في الخانية (قوله ثم رهنها منه) أي من المستأجر (قوله وبطلت الإجارة) ظاهره أنها تبطل بمجرد عقد الرهن وليس كذلك بل لابد من القبض كما في القنية . وأما عكسه وهو ما إذا آجر الراهن الرهن من المرتهن ينفسخ بمجرد عقد الإجارة ولا يحتاج إلى تجديد قبض كما يفيده كلام البزازية ، لكن في العمادية أنه لابد منه ، حتى

فالإجارة باطلة :

أبق الرهن سقط الدين كهلاكه ، فإن عاد سقط بحساب نقصه لأن الإباق عيب حدث فيه :

ثم لما فرغ من الزيادة الضمنية ذكر الزيادة القصدية فقال (والزيادة فى الرهن تصح) وتعتبر قيمتها يوم القبض أيضا (وفى الدين لا) تصح خلافا للثانى . والأصل أن الإلحاق بأصل العقد إنما يتصور إذا كانت الزيادة فى معقود به أو عليه والزيادة فى الدين ليست منهما (فإن رهن) لسخ المتن والشرح بالفاء مع أنه نبه فى شرحه على أن إنما عطفها بالواو لا بالفاء ليفيد أنها مسألة مستقلة لا فرع للأولى فتنبه (عبدا بألف فدفع عبدا آخر رهنا مكان الأول وقيمة كل) من العبدين (ألف فالأول رهن حتى يرده إلى الراهن والمرتهن فى الآخر أمين حتى يجعل مكان الأول) بأن يرد الأول إلى الراهن فحينئذ يصير الثانى مضمونا .

(أبرأ المرتهن الراهن عن الدين أو وهبه منه ثم هلك الرهن فى يدالمرتهن هلك بغير شىء) استحسانا لسقوط

لو هلك قبل أن يجدد قبضا للإجارة يهلك هلاك الرهن اه وهذا مشكل لأنه قرر فى العمادية أن قبض المضمون ينوب عن قبض غير المضمون ، وتمامه فى حاشية الأشباه للشرف الغزى ، وقدمنا فى الفصل السابق عن [illegible] اشتراط تجديد القبض (قوله فالإجارة باطلة) وتكون كما لو أعاره أو أودعه منه فلا تبطل عقد الرهن :

[تنبيه] قال فى النهاية : سئل الإمام أبو الحسن الماتريدى عمن باع داره من آخر بثمن معلوم بيع وفاء [illegible] ثم استأجرها من المشترى مع شرائط صحة الإجارة وقبضها ومضت مدة هل تلزمه الأجرة قال لا ، فإنه [illegible] والراهن إذا استأجر الرهن من المرتهن لاتجب الأجرة اه خيرية . ثم نقل فيها عن البزازية مايوافقه ، [illegible] به غير مرة والكل فى فتاواه المشهورة حامدية فليحفظ فإنه كثير الوقوع (قوله سقط بحساب نقصه) أى [illegible] من دين المرتهن ماانقصته قيمة الآبق بسبب إباقه ط وهذا إذا كان أول إباق كما يشعر به التعليل ، فإن كان [illegible] ذلك لايسقط شىء بزازية (قوله ثم لما فرغ من الزيادة الضمنية) وهى نماء الرهن ومراده بالضمنية مالم يتم عليه الرهن قصدا ط (قوله والزيادة فى الرهن تصح) مثل أن يرهن ثوبا بعشرة يساوى عشرة ثم يزيد الراهن ثوبا آخر ليكون مع الأصل رهنا بالعشرة عناية (قوله يوم القبض أيضا) أى يوم قبض الزيادة كما تعتبر قيمة الأصل يوم قبضه (قوله وفى الدين لاتصح) المراد أن لايكون الرهن بها مضمونا ، فأما الزيادة فى نفسها فجائزة :

وصورة المسئلة أن يرهن عنده عبدا يساوى ألفين بألف ثم استقرض منه ألفا أخرى على أن يكون العبد رهنا بهما جميعا ، فلو هلك يهلك بالألف الأولى لا بالألفين ولو قضاه ألفا وقال إنما قضيتها عن الأولى له أن يسترد العبد إتقانى (قوله فى معقود به) كالثمن أو عليه كالمبيع ط (قوله والزيادة فى الدين ليست منهما) بل أصل الدين ليس منهما . قال فى العناية : أما إنه غير معقود عليه فظاهر ، وأما أنه ليس بمعقود به فلوجوبه بسببه قبل عقد الرهن ، بخلاف الرهن فإنه معقود عليه لأنه لم يكن محبوسا قبل عقد الرهن ولا يبقى بعده :

[تتمة] قال فى الذخيرة : وفى العيون عن محمد رهن غلامين بألف ثم قال المرتهن احتجت إلى أحدهما فرده على ففعل فإن الباقى رهن بنصف الألف فلو هلك يهلك من الدين نصفه ولكن لايفتكه إلا بجميع الألف اه فليحفظ (قوله مع أنه) أى المصنف (قوله ليفيد أنها مسألة مستقلة) وهى بيان حكم تبديل الرهن الأول برهن آخر (قوله وقيمة كل من العبدين ألف) كذا قيد فى الهداية ، وهو قيد اتفاقى لما فى التاترخانية عن التجريد : وإن كانت قيمة الأول خمسمائة والثانى ألفا والدين كذلك فهلك يهلك بألف ، وكذا إذا كانت قيمة الثانى خمسمائة والأول ألفا فهلك الثانى فى يده هلك بخمسمائة اه ولذا ترك القيد فى الخانية (قوله حتى يجعل مكان الأول) لأن

الدين إلا إذا منعه من صاحبه فيصير غاصبا بالمنع .

(ولو قبض المرتهن دينه) كله (أو بعضه من راهنه أو غيره) كمتطوع (أو شرى) المتهم (بالدين عينا أو صالح عنه) أى عن دينه (على شيء) لأنه استيفاء (أو أحال الراهن مرتهنه بدينه على آخر ثم هلك رهنه معه) أى فى يد المرتهن (هلك بالدين ورد ما قبض إلى من أدى) فى صورة إيفاء راهن أو متطوع أو شراء أو صلح (وبطلت الحوالة وهلك الرهن بالدين) لأنه فى معنى الإبراء بطريق الأداء هداية ، ومفاده عدم بطلان الصلح وأن الدين ليس بأكثر من قيمة الرهن وإلا فينبغى أن لا تبطل الحوالة فى قدر الزيادة قهستانى (وكذا) أى كما

الأول إنما دخل فى ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان إلا بنقض القبض مادام الدين باقيا وإذا بقى الأول فى ضمانه لايدخل الثانى فى ضمانه لأنهما رضيا بدخول أحدهما فيه لا بدخولهما، فإذا رد الأول دخل الثانى فى ضمانه، ثم قيل: يشترط تجديد القبض لأن يد المرتهن على الثانى يد أمانة ويد الراهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه ، وقيل لايشترط وتمامه فى الهداية . وذكر القهستانى أن الأول هو المختار عند قاضيخان ، وأفاد بعض الفضلاء أن عادة صاحب الهداية اختيار الأخير عكس عادة قاضيخان ومقتضاه ترجيح الأول تأمل (قوله إلا إذا منعه من صاحبه) أى عند طلبه منه ثم هلك بعده (قوله أو شرى المرتهن) أى من الراهن (قوله لأنه) أى لأن كل واحد من الشراء والصلح على عين استيفاء عناية أى إذا كان عن قرار فهو استيفاء لأنه يجب على الدائن مثله بالشراء والصلح عنه كفاية أى فيسقط بطريق المقاصة (قوله على آخر) أى سواء كان للراهن عليه دين أولا وفيه إشعار بأن للراهن أخذ الرهن من المرتهن بعد الحوالة كما فى موضع من الزيادات ، وفى موضع آخر ليس له قهستانى (قوله هلك بالدين) والفرق أن الإبراء يسقط به الدين أصلا كما قدمه ، وبالاستيفاء لا يسقط لما تقرر أن الديون تقضى بأمثالها لا أنفسها لأن الدين وصف فى الذمة لا يمكن أداؤه ، لكن إذا أدى المديون وجب له على الدائن مثله فتسقط المطالبة لعدم الفائدة ، فإذا هلك الرهن يتقرر الاستيفاء الأول الحكمى وانتقض الثانى لئلا يصير مستوفيا مرتين (قوله أو متطوع) ويعود إلى ملك المتطوع لا المتطوع عنه خانية (قوله أو شراء أو صلح) كذا فى المنح والدرر ، ولى فيه نظر : فإن الذى قبضه المرتهن فى صورتى الشراء والصلح هو العين المبيعة والمصالح عليها ، وقد صرح فى النهاية والعناية وغاية البيان أنه إذا هلك الرهن فى هاتين الصورتين يجب على المرتهن رد قيمته ، ولم يقولوا يجب رد العين فاقتضى ذلك أنه لا ينتقض الشراء والصلح ، وقد رأيت التصريح بذلك فى الحواشى السعدية ووجهه ظاهر ، لأن ذلك عقد معاوضة فلا يوجب بطلانه بهلاك الرهن ، بخلاف الاستيفاء بالأداء والحوالة ، هذا ما ظهر لى من فيض الفتاح العليم (قوله وهلك الرهن بالدين) أعاده ليبنى عليه التعليل (قوله لأنه) أى لأن عقد الحوالة فى معنى الإبراء بطريق الأداء دون الإسقاط . وفى بعض نسخ الهداية فى معنى البراءة وهى أظهر :

والحاصل كما فى الكفاية أن الحوالة لاتسقط الدين ولكن ذمة المحتال عليه تقوم مقام ذمة المحيل ولهذا يعود الدين إلى ذمة المحيل إذا مات المحتال عليه مفلسا (قوله ومفاده) أى مفاد تقييد المصنف البطلان بالحوالة (قوله عدم بطلان الصلح) قدمنا التصريح به عن السعدية وأنه مقتضى كلام شراح الهداية وإن اقتضى كلامه السابق خلافه ، والشراء مثل الصلح فافهم (قوله وأن الدين الخ) هـذا إنما يؤخذ من التعليل الذى ذكره القهستانى : وعبارته : وتبطل الحوالة بالهلاك لحصول الاستيفاء كما فى النظم وغيره ، وفيه إشعار بأن الدين ليس بأكثر من قيمة الرهن وإلا فينبغى أن لاتبطل الحوالة فيما زاد عليها لأن الاستيفاء التام لم يتحقق وإلى أن الصلح لم يبطل اهـ ط .

يهلك الرهن بالدين في الصور المذكورة يهلك به أيضا (لو تصادقا على أن لادين) عليه (ثم هلك) الرهن بالدين لتوهم وجوب الدين بتصادقهما على قيامه فتكون المطالبة به باقية ، بخلاف الإبراء فإنه يسقط الدين أصلا .

(كل حكم) عرف (في الرهن الصحيح فهو الحكم في الرهن الفاسد) كما في العمادية . قال : وذكر الكرخي أن المقبوض بحكم الرهن الفاسد يتعلق به الضمان . وفيها أيضا (وفي كل موضع كان الرهن مالا والمقابل به مضمونا إلا أنه فقد بعض شرائط الجواز) كرهن المشاع (ينعقد الرهن) لوجود شرط الانعقاد لكن (بصفة الفساد) كالفاسد من البيوع (وفي كل موضع لم يكن) الرهن (كذلك) أي لم يكن مالا ولم يكن المقابل به مضمونا (لاينعقد الرهن أصلا) وحينئذ (فإذا هلك هلك بغير شيء) بخلاف الفاسد فإنه يهلك بالأقل من قيمته ومن الدين .

ومن مات وله غرماء فالمرتهن أحق به كما في الرهن الصحيح .

[فرع] رهن الرهن باطل كما حررناه في العارية معزيا للوهبانية : وفي معاياتها قال :

وأي رهين لا يرام انفكاكه ... وجنيه لو مات بالموت يشطر

أقول : قدم الشارح أول كتاب الإجارة أن المصنف اعتمد أنه إذا فسد العقد في البعض فسد في الكل تأمل (قوله ثم هلك الرهن بالدين) الأولى إسقاط قوله بالدين لأن قوله يهلك به مغن عنه (قوله لتوهم وجوب الدين الخ) لأن الرهن مضمون بالدين عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ، وقد بقيت الجهة لاحتمال أن يتصادقا على قيام الدين بعد تصادقهما على عدمه ، بخلاف الإبراء لأنه سقط به درر لكن في التبيين وغيره عن مبسوط شمس الأئمة لو تصادقا قبل هلاك الرهن ثم هلك يهلك أمانة لأنه بتصادقهما ينتفي الدين من الأصل وضمان الرهن لايبقى بدون الدين ، وذكر الإسبيجابي أنه الصواب اهـ : واختار صاحب الهداية هلاكه مضمونا في الصورتين سعدية (قوله فهو الحكم في الرهن الفاسد) أي في حال الحياة والممات ، فلو نقض الراهن العقد بحكم الفساد وأراد استرداد المرهون كان للمرتهن حبسه حتى يؤدي إليه الراهن ماقبض ، وإذا مات الراهن وعليه ديون كثيرة فالمرتهن أولى من سائر الغرماء ، وهذا كله إذا كان الرهن الفاسد سابقا على الدين ، فلو كان بدين على الراهن قبل ذلك لم يكن له حبسه لأنه ما استفاد تلك اليد بمقابلة هذا المال ويكون بعد الموت أسوة للغرماء لأنه ليس له على المحل يد مستحقة بخلاف الرهن الصحيح تقدم أو تأخر ، وتمامه في العمادية والذخيرة والبزازية (قوله يتعلق به الضمان) صوابه لايتعلق لأن المنقول عن الكرخي في العمادية وغيرها أنه يهلك أمانة .

وفي الذخيرة : وروى ابن سماعة عن محمد أنه ليس للمرتهن حبسه لأنه إصرار على المعصية ، ولكن ما في ظاهر الرواية أصح لأن الراهن لما نقض فقد ارتفعت المعصية ، وحبس المرتهن المرهون ليصل إلى حقه لايكون إصرارا لأن الراهن يجبر على تسليم ماقبض ، فإذا امتنع فهو المصر ، ألا ترى أن في الشراء الفاسد للمشتري الحبس إلى استيفاء الثمن اهـ ملخصا (قوله أي لم يكن مالا) كالمدبر وأم الولد فإن للراهن أخذهما لأن رهنهما باطل منح (قوله ولم يكن المقابل به مضمونا) كما لو رهن عينا بخمر مسلم فله أخذها منه والواو بمعنى أو قال في جامع الفصولين : فلو فقد أحدهما لم ينعقد أصلا (قوله بخلاف الفاسد) مستغنى عنه بقول المصنف كل حكم الخ ط (قوله رهن الرهن باطل) أي إذا رهنه الراهن أو المرتهن بلا إذن ، فلو بإذن صح الثاني وبطل الأول ، وقدمنا بيانه في باب التصرف في الرهن (قوله كما حررناه في العارية) حيث قال فيها . وأما الرهن فكالوديعة . وقال المصنف في العارية : ولا تؤجر ولا ترهن كالوديعة اهـ ط (قوله وجنيه الخ) خبر لمبتدإ محذوف تقديره أي جان وضمير يشطر يعود إلى الواجب بالجناية ط . قال ح : يعني أي جان إذا مات من جنى عليه يجب شطر الدية وإن

هذا تفسير — كل نفس بما كسبت رهينة — والمعنى كل نفس ترتهن بكسبها عند الله تعالى اهـ .

كتاب الجنايات

مناسبته أن الرهن لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة الأنفس والمال وسيلة للنفس فقدم ثم الجناية لغة اسم لما يكتسب من الشر . وشرعا اسم لفعل محرم حل بمال أو نفس ، وخص الفقهاء الغصب والسرقة بما حل بمال والجناية بما حل بنفس وأطراف :

(القتل) الذي يتعلق به الأحكام الآتية من قود ودية وكفارة وإثم وحرمان إرث (خمسة) وإلا فأنواعه كثيرة كرجم وصلب وقتل حربي ، الأول (عمد ، وهو أن يتعمد ضربه) أي ضرب الآدمي في أي موضع من جسده (بـ) آلة تفرق الأجزاء مثل (سلاح) ومثقل لو من حديد جوهرة

عاش تجب الدية كاملة الجواب : ختان قطع الحشفة إن مات الصبي وجب عليه نصف الدية ، وإن عاش وجبت كاملة ، وكذلك في العبد يجب نصف القيمة وتمامها لأنه حصل التلف بمأذون فيه وهو قطع القلفة ، وغير مأذون فيه وهو قطع الحشفة اهـ وتقدمت المسألة في باب ضمان الأجير ، وستأتي أيضا قبيل باب القسامة (قوله هذا التفسير) في بعض النسخ تفسير بدون أل وهو الأوضح والإشارة إلى قوله وأي رهين الخ أي هذا تفسير وبيان قوله تعالى — كل نفس — الآية ، والله تعالى أعلم .

كتاب الجنايات

(قوله وحكم الجناية) هو القصاص أو الدية والكفارة وحرمان الإرث ط (قوله والمال وسيلة) جواب عما يقال كان الأولى تقديم الجنايات لأهميتها بتعلقها بالأنفس ط . قلت : وما مر من مناسبة الرهن لما قبله تغنى عن هذا (قوله اسم لما يكتسب) وهي في الأصل مصدر ثم أريد به اسم المفعول (قوله والجناية بما حل بنفس وأطراف) أي في هذا الكتاب وإلا فجنايات الحج لم تتعلق بنفس الآدمي ولا طرف من إطلاق الفقهاء عليها الجناية شرنبلالية (قوله وإلا) أي وإن لم يرد بالقتل هنا القتل المذكور لم يصح الحصر في الخمسة :

والحاصل أن المراد هنا قتل محرم ، فلا يشمل القتل المأذون به شرعا كقصاص ورجم (قوله أن يتعمد ضربه) أي ضرب المقتول ، فيخرج العمد فيما دون النفس سعدى ، ولم يقل أن يتعمد قتله لما سيذكره الشارح قريبا أنه لو أراد يد رجل فأصاب عنقه فهو عمد ، ولو عنق غيره فخطأ ، ولذا قال في المجتبى : إن قصد القتل ليس بشرط لكونه عمدا وإليه أشار الشارح بقوله في أي موضع من جسده ، واحترز بالتعمد عن الخطإ وبقوله بآلة الخ عن الباقي (قوله بآلة تفرق الأجزاء) إنما شرط فيها ذلك لأن العمد هو القصد ولا يوقف عليه إلا بدليله ، ودليله استعمال القاتل آلته فأقيم الدليل مقام المدلول ، لأن الدلائل تقوم مقام مدلولاتها في المعارف الظنية الشرعية منح ، وهو صريح في أنه يجب القصاص وإن لم يذكر الشهود العمد وبه صرح الإتقاني : وفي أنه لا يقبل قول القاتل لم أقصد قتله ، بخلاف مالو أقر وقال أردت غيره فيحمل على الأدنى وهو الخطأ ، وتمامه في حاشية الرملي ، وسنذكره إن شاء الله تعالى في باب الشهادة على القتل (قوله جوهرة) عبارتها العمد ماتعمد قتله بالحديد كالسيف والسكين والرمح والخنجر والنشابة والإبرة والإشفى وجميع ماكان من الحديد ، سواء كان يقطع أو يبضع كالسيف ومطرقة الحداد والزبرة وغير ذلك ، سواء كان الغالب منه الهلاك أم لا . ولا يشترط الجرح في الحديد في ظاهر الرواية لأنه

(ومحدد من خشب) وزجاج (وحجر) وإبرة فى مقتل برهان (وليطة) وقوله (ولنار) عطف على محدد لأنها تشق الجلد وتعمل عمل الذكاة، حتى لو وضعت فى المذبح فأحرقت العروق أكل، يعنى إن سال بها الدم وإلا لا كما فى الكفاية.

قلت : فى شرح الوهبانية : كل ما به الذكاة به القوة وإلا فلا اه : وفى البرهان : وفى حديد غير محدد كالسنجة روايتان أظهرهما أنها عمد . وفى المجتبى وإحماء التنور يكفى للقود وإن لم يكن فيه نار : وفى معين المفتى للمصنف : الإبرة إذا أصابت المقتل ففيه القود وإلا فلا اه فيحفظ . وقالا الثلاثة : ضربه قصدا بما لا تطيقه البنية كخشب عظيم عمد (وموجبه الإثم) فإن حرمته أشد من حرمة إجراء كلمة الكفر لجوازه لمكره، بخلاف القتل :

وضع للقتل ، قال تعالى — وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد — وكذا كل مايشبه الحديد كالصفر والرصاص والذهب والفضة ، سواء كان يبضع أو يرض : حتى لو قتله بالمثقل منها يجب عليه القصاص كما إذا ضربه بعمود من صفر أو رصاص اه . وروى الطحاوى عن الإمام اعتبار الجرح فى الحديد ونحوه قال الصدر الشهيد : وهو الأصح ، ورجحه فى الهداية وغيرها كما سيأتى فى الفصل الآتى فى مسألة المر .

قلت : وعلى كل فالقتل بالبندقة الرصاص عمد لأنها من جنس الحديد وتجرح فيقتص به ، لكن إذا لم تجرح لا يقتص به على رواية الطحاوى كما أفاده ط عن الشلبى : والإشفى بالشين المعجمة : ما يخرز به كما فى القاموس (قوله ومحدد من خشب) أى بأن نحت حتى صار له حدة يقطع بها ، وليس المراد ما يكون فى طرفه حديد كما وهم لأنه مسألة المر الآتية ، وفيها تفصيل وخلاف (قوله وإبرة فى مقتل) قال فى الاختيار : روى أبو يوسف عن أبى حنيفة فيمن ضرب رجلا بإبرة وما يشبهها عمداً فمات لا قود فيه ، وفى المسلة ونحوها القود لأن الإبرة لا يقصد بها القتل عادة ويقصد بالمسلة . وفى رواية أخرى إن غرز بالإبرة فى المقتل قتل وإلا فلا اه :

وقال فى البزازية : غرزه بإبرة حتى مات يقتص به لأن العبرة للحديد : وقال فى موضع آخر لا قصاص إلا إذا غرزه فى المقتل ، وكذا لو عضه اه . وفى شرح الوهبانية : فى الإبرة القود فى ظاهر الرواية اه . وفى القهستانى وعليه الفتوى اه وجزم بعدمه فى الخانية : أقول : يمكن أن يكون التقييد بالمقتل توفيقا فتأمل (قوله وليطة) بكسر اللام : قشر القصب اللازق به ط عن الحموى (قوله عطف على محدد) أى لا على خشب لأنها ليست من المحدد : قال سعدى : وينبغى أن يكون من قبيل ° علفتها تبنا وماء باردا ° إذ الواقع فى صورة النار هو الإلقاء فيها لا الضرب بها اه (قوله لأنها تشق الجلد الخ) بيان لكونها من العمد (قوله كما فى الكفاية) قال ط : ونحوه فى الخزانة والنهاية حموى عن المقدسى اه (قوله وفى البرهان الخ) ذكر هذه النقول الثلاثة نقضا لعكس الكلية وهو قوله وإلا فلا ، وهو ظاهر لأن المشروط فى الذكاة فرى الأوداج وإنهار الدم ، وذلك لا يحصل بالسنجة والتنور المحمى والإبرة ولذا أعاد مسألة الإبرة وإن كان ذكرها آنفا فافهم (قوله غير محدد) أى لاحد له (قوله كالسنجة) فى القاموس : سنجة الميزان مفتوحة وبالسين أفصح من الصاد اه : وذكر فى فصل الصاد : الصنج شىء يتخذ من صفر يضرب أحدهما بالآخر ، وآلة بأوتار يضرب بها اه : زاد فى المغرب : ويقال لما يجعل فى إطار الدف من الهنات المدورة صنوج أيضا (قوله أظهرهما أنها عمد) بناء على عدم اشتراط الجرح فى الحديد ونحوه (قوله وإن لم يكن فيه نار) أى على الصحيح قهستانى : وفيه : لو قيد بحبل ثم ألقى فى قدر فيه ماء مغلى جداً فمات من ساعته أو فيه ماء حار فانفسخ جسده ومكث ساعة ثم مات قتل به كما فى الظهيرية (قوله بما لا تطيقه البنية) أى البدن . فى القاموس : البنية بالضم والكسر ما بنيته : وبنى الطعام بدله : سمنه ، ولحمه أنبته (قوله فإن حرمته) الأولى وحرمته ط (قوله أشد من إجراء كلمة الكفر) أى أشد من الكفر الصورى ،

(و) موجبه (القود عينا) فلايصير مالا إلا بالتراضى فيصح صلحا ولو بمثل الدية أو أكثر ابن كمال عن الحقائق (لا الكفارة) لأنه كبيرة محضة ، وفى الكفارة معنى العبادة فلا يناط بها .

قلت : لكن فى الخانية ، لو قتل مملوكه أو ولده المملوك لغيره عمدا كان عليه الكفارة (و) الثانى (شبهه وهوأن يقصد ضربه بغير ما ذكر) أى بما لايفرق الأجزاء ولو بحجر وخشب كبيرين عنده خلافا لغيره

فإنه إذا أكره عليه بملجىء يرخص مع اطمئنان القلب إحياء لنفسه ، ولو أكره بالقتل على قتل غيره لا يرخص أصلا لاستواء النفسين ، واحترز به عن الكفر القلبى فإنه أشد ولا يرخص بحال .

وفى الجوهرة : واعلم أن قتل النفس بغير حق من أكبر الكبائر بعد الكفر بالله تعالى وتقبل التوبة منه فإن قتل مسلما ثم مات قبل التوبة منه لا يتحتم دخوله النار بل هو فى مشيئة الله تعالى كسائر أصحاب الكبائر ، فإن دخلها لم يخلد فيها اه . وأما الآية فمؤولة بقتله لإيمانه أو بالاستحلال أو بأن يراد بالخلود المكث الطويل ، وسيذكر الشارح فى آخر الفصل الآتى عن الوهبانية أنه لاتصح توبة القاتل ما لم يسلم نفسه للقود (قوله وموجبه القود) بفتح الواو أى القصاص ، وسمى قودا لأنهم يقودون الجانى بحبل وغيره قاله الأزهرى اه سعدى . ثم إنما يجب القود بشرط فى القاتل والمقتول يذكر فى الفصل الآتى (قوله فلا يصير مالا الخ) تفريع على قوله عينا : أى ليس لولى الجناية العدول إلى أخذ الدية إلا برضا القاتل ، وهو أحد قولى الشافعى ، وفى قوله الآخر الواجب أحدهما لا بعينه ويتعين باختياره والأدلة فى المطولات (قوله فيصح صلحا) أى إذا كان القود عندنا هو الواجب فى العمد فلا ينقلب مالا إلا من جهة الصلح (قوله ولو بمثل الدية أو أكثر) أطلقه فشمل ما لوكان من جنسها أو من غيره حالا أو مؤجلا كما فى الجوهرة ، وأشار إلى خلاف الشافعى ، فإنه على قوله الثانى لو صالح على أكثر من الدية من جنسها لا يصح لأنه يصير ربا ويصح على قوله الأول ، وتمامه فى الكفاية (قوله لأنه كبيرة محضة) وذلك بنص الحديث الصحيح وهو قوله صلى الله عليه وسلم « أكبر الكبائر الإشراك بالله تعالى ، وقتل النفس وعقوق الوالدين ، وقول الزور ، أو قال شهادة الزور » رواه البخارى (قوله وفى الكفارة معنى العبادة) بدليل أن للصوم والإعتاق فيها مدخلا فهى دائرة بين العبادة والعقوبة ، فلا بد أن يكون سببها أيضا دائرا بين الحظر والإباحة لتعلق العبادة بالمباح والعقوبة بالمحظور كالخطأ ، فإن فيه معنى الإباحة : أما العمد فهو كبيرة محضة كالزنا والسرقة والربا ، ولا يقاس على الخطأ لأن الكفارة من المقدرات فلا تثبت بالقياس ولأن الخطأ دونه فى الإثم ، وتمامه فى المطولات (قوله لكن فى الخانية الخ) أى فى آخر فصل المعاقل .

أقول : لكنه مخالف لما فى الشروح كالنهاية والعناية والمعراج من أنه لا كفارة فى العمد وجب فيه القصاص أولا كالأب إذا قتل ابنه عمدا والمسلم إذا قتل من أسلم فى دار الحرب ولم يهاجر إلينا عمدا اه فتأمل (قوله والثانى شبهه) بفتحتين أو بكسر فسكون : أى نظير العمد ويقال له شبه الخطأ لأن فيه معنى العمدية باعتبار قصد الفاعل إلى الضرب ، ومعنى الخطأ باعتبار عدم قصده إلى القتل إذ ليست الآلة آلة قتل اه من الدرر والقهستانى : وزاد الإتقانى أنه يسمى خطأ العمد (قوله كبيرين) فلو صغيرين فهو شبه عمد اتفاقا (قوله خلافا لغيره) أى للإمامين والأئمة الثلاثة فإنه عمد عندهم لما من تعريفه عندهم .

قال القهستانى : واعلم أن ماذكره من أحكام الإثم والقود والكفارة كما لزم فى العمد وشبهه عنده لزم عندهما إلا أن العمد عندهما ضربه قصدا بما يقتل غالبا وشبه العمد بما لا يقتل غالبا ، فلو غرق فى الماء القليل ومات ليس بعمد ولا شبه عمد عندهم ، ولو ألقى فى بئر أو من سطح أو جبل ولا يرجى منه النجاة كان شبه عمد

(وموجبه الإثم والكفارة ودية مغلظة على العاقلة) سيجيء تفسير ذلك (لا القود) لشبهه بالخطأ نظرا لآلته إلا أن يتكرر منه فللإمام قتله سياسة اختيار (وهو) أى شبه العمد (فيما دون النفس) من الأطراف (عمد) موجب للقصاص، فليس فيما دون النفس شبه عمد (و) الثالث (خطأ وهو) نوعان: لأنه إما خطأ فى ظن الفاعل كـ (أن يرمى شخصا ظنه صيدا أو حربيا) أو مرتدا (فإذا هو مسلم أو) خطأ فى نفس الفعل كأن يرمى (غرضا) أو صيدا (فأصاب آدميا) أو رمى غرضا فأصابه ثم رجع عنه أو تجاوز عنه إلى ما وراءه فأصاب رجلا أو قصد رجلا فأصاب غيره أو أراد يد رجل فأصاب عنق غيره، ولو عنقه فعمد قطعا أو أراد رجلا فأصاب حائطا ثم رجع السهم فأصاب الرجل فهو خطأ لأنه أخطأ فى إصابة الحائط ورجوعه سبب آخر والحكم يضاف لآخر أسبابه ابن كمال عن المحيط. قال: وكذا لو سقط من يده خشبة أو لبنة فقتل رجلا يتحقق الخطأ فى الفعل ولا قصد فيه فكلام صدر الشريعة فيه ما فيه. وفى الوهبانية:

عنده وعمدا عندهما ويفتى بقوله كما فى التتمة اهـ وتمام هذه المسائل يذكر فى الفصل الآتى: وفى المعراج عن المجتبى: يشترط عند أبى حنيفة أى فى شبه العمد أن يقصد التأديب دون الإتلاف (قوله وموجبه الإثم) أى إثم القتل لتعمد الضرب اهـ ح عن البرهان.

والذى يفيده كلام الزيلعى أن عليه إثم الضرب لا القتل حيث قال أثم إثم الضرب لأنه قصده لا إثم القتل لأنه لم يقصده، وهذه الكفارة تجب بالقتل وهو فيه مخطئ ولا تجب بالضرب اهـ. ويدل على ذلك تعليل البرهان بقوله لتعمد الضرب فتعليله ينافى مدعاه، ولو قيل بإناطة الإثم بالقصد، فإن قصد القتل أثم إثمه، وإن قصد الضرب أثم إثمه لكان له وجه اهـ ط (قوله ودية مغلظة) أى من مائة إبل، فلو قضى بالدية فى غير الإبل لم تتغلظ قهستانى، وتؤخذ أرباعا من بنت مخاض وبنت لبون وحقة وجذعة كما يأتى (قوله على العاقلة) أى الناصرة للقاتل قهستانى والأصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا لمعنى يحدث من بعد فهى على العاقلة اعتبارا بالخطإ وتجب فى ثلاث سنين هداية. واحترز بقوله ابتداء عن دية وجبت بالصلح فى القتل العمد أو على الوالد بقتل ولده عمدا كفاية.

والحاصل أن شبه العمد كالخطإ إلا فى حق الإثم، وصفة التغليظ فى الدية زيلعى.

واعلم أن المال الواجب بالعمد المحض يجب فى مال القاتل فيما دون النفس، وفى النفس وفى الخطإ فيهما على العاقلة وفى شبه العمد لو نفسا على العاقلة، وفيما دونها وإن بلغ الدية على القاتل اهـ بزازية (قوله سيجيء تفسير ذلك) أى تفسير الكفارة والدية والمغلظ منها فى كتاب الديات وتفسير العاقلة فى كتاب المعاقل (قوله إلا أن يتكرر منه) ظاهره ولو مرتين، ويدل عليه ما نذكره بعد فى الفصل الآتى (قوله فليس فيما دون النفس شبه عمد) لأنه لا يختص بآلة دون آلة، فلا يتصور فيه شبه العمد، بخلاف النفس، وتمامه فى الزيلعى (قوله والثالث خطأ) قال ابن الكمال: ولو على عبد، إنما قال ذلك لأن المتبادر إلى الوهم من كون العبد مالا أن يكون ما ذكر من قبيل ضمان الأموال فلا يكون على العاقلة اهـ (قوله وهو نوعان) لأن الرمى إلى شيء مثلا مشتمل على فعل القلب وهو القصد وعلى الجارحة وهو الرمى، فإن اتصل الخطأ بالأول فهو الأول، وإن اتصل بالثانى فهو الثانى عناية (قوله ظنه صيدا) انظر هل يعتبر ادعاء الظن أو لابد من تحققه أولا بأن يشهد عليه ط ثم نقل ما لا يتم منه المراد وسنوضح ذلك فى باب الشهادة على القتل إن شاء الله تعالى (قوله غرضا) بمعجمتين بينهما راء متحركة وهو الهدف الذى يرمى إليه (قوله فأصاب رجلا) مرتب على قوله ثم رجع أو تجاوز (قوله ورجوعه بسبب آخر) وهو إصابة الحائط المسببة عن الرمى (قوله فكلام صدر الشريعة فيه ما فيه) فإنه شرط فى الخطإ فى الفعل أن

وقاصد شخص إن أصاب خلافه . فذا خطأ والقتل فيه معذر
وقاصد شخص حالة النوم إن يمن فيقتص إن أبقى دما منه ينهر

(و) الرابع (ماجرى مجراه) مجرى الخطأ (كنائم انقلب على رجل فقتله) لأنه معذور كالمخطئ (وموجبه) أى موجب هذا النوع من الفعل وهو الخطأ وما جرى مجراه (الكفارة والدية على العاقلة) والإثم دون إثم القتل إذ الكفارة تؤذن بالإثم لترك العزيمة (و) الخامس (قتل بسبب كحافر البئر وواضع حجر فى غير ملكه) بغير إذن من السلطان ابن كمال ، وكذا وضع خشبة على قارعة الطريق ونحو ذلك إلا إذا مشى على البئر ونحوه بعد علمه بالحفر ونحوه درر (وموجبه الدية على العاقلة لا الكفارة) ولا إثم القتل بل إثم الحفر والوضع فى غير ملكه درر (وكل ذلك يوجب حرمان الإرث)

لايصدر عنه الفعل الذى قصده بل يصدر فعل آخر :

ويرد عليه ما مر من أنه إذا رمى غرضا فأصابه ثم رجع عنه أو تجاوز عنه فأصاب رجلا يتحقق الخطأ فى الفعل والشرط مفقود فى الصورتين ، وإذا سقط من يده خشبة أو لبنة فقتل رجلا يتحقق الخطأ فى الفعل ولا قصد فيه أفاده ابن الكمال . قال ط : لكن سيأتى قريبا أنه مما جرى مجرى الخطإ (قوله إن أصاب خلافه) أى شخصا غيره. (قوله والقتل فيه معذر) أى القصاص فيه ممتنع (قوله حالة النوم) أى نوم الشخص (قوله إن أبقى دما) أى تركه ينهر ، أى يسيل منه ، والذى فى الوهبانية يقطر ، وانظر ما وجه التقييد بحالة النوم : وقد مر أن الإبرة إذا أصابت المقتل ففيه القود ، ولعل وجهه أن محل القصد غير مقتل ، وإذا كان غير نائم وترك دم نفسه يسيل يكون موته منسوبا إليه فليتأمل (قوله والرابع ما جرى مجراه الخ) فحكمه حكم الخطإ فى الشرع ، لكنه دون الخطإ حقيقة فإن النائم ليس من أهل القصد أصلا ، وإنما وجبت الكفارة لترك التحرز عن نومه فى موضع يتوهم أن يصير قاتلا ، والكفارة فى قتل الخطإ إنما تجب لترك التحرز أيضا ، وحرمان الميراث لمباشرة القتل وتوهم أن يكون متناعسا لم يكن نائما قصدا منه إلى استعجال الإرث ، والذى سقط من سطح فوقع على إنسان فقتله أو كان فى يده لبنة أو خشبة فسقطت من يده على إنسان أو كان على دابة فأوطأت إنسانا فقتله مثل النائم لكونه قتلا للمعصوم من غير قصد كفاية (قوله لترك العزيمة) وهى هنا المبالغة فى التثبت . قال فى الكفاية : وهذا الإثم إثم القتل لأن نفس ترك المبالغة في التثبت ليس بإثم وإنما يصير به آثما إذا اتصل به القتل فتصير الكفارة لذنب القتل وإن لم يكن فيه إثم قصد القتل اهـ تأمل (قوله وواضع حجر) أى إذا لم ينحه غيره ، فإن نحاه فعطب به رجل ضمن المنحى كما سيذكره المصنف فى باب ما يحدثه الرجل فى الطريق (قوله فى غير ملكه) قيد للحفر والوضع درر ، فلو فى ملكه فلا تعدى فلا دية ولا كفارة ط (قوله من السلطان) الظاهر أن المراد ما يعم نائبه ط (قوله ونحو ذلك الخ) أى نحو الخشبة كقشور بطيخ فيضمن ما تلف به كما أفتى به قارئ الهداية ، وكذا إذا رش الطريق : قال فى الذخيرة : كذا أطلقه فى الكتاب ، قالوا إنما يضمن الراش إذا مر المار على الرش ولم يعلم به بأن كان ليلا أو المار أعمى ، وكذا المرور على الخشبة أو الحجر . ومن المشايخ من فصل بوجه آخر وقال : إن رش بعض الطريق حتى أمكنه المرور فى الجاف لا ضمان ، وإن رش فناء حانوت بإذن صاحبه فالضمان على الآمر استحسانا وتمامه فى التاترخانية :

[فرع] تعقل بحجر فسقط فى بئر حفرها رجل فالضمان على واضع الحجر فلو لم يضعه أحد فعلى الحافر ، وكذا لوزلق بماء صبه رجل فوقع فى البئر فالضمان على الصاب ، ولو بماء مطر فعلى الحافر تاترخانية . وفى الجوهرة القول قول الحافر أنه أسقط نفسه استحسانا (قوله وكل ذلك) أى ما تقدم من أقسام القتل الغير المأذون فيه ط

لو الجانى مكلفا ابن كمال (إلا هذا) أى القتل بسبب لعدم قتله وألحقه الشافعى بالخطإ فى أحكامه :

فصل فيما يوجب القود وما لا يوجبه

(يجب القود) أى القصاص (بقتل كل محقون الدم) بالنظر لقاتله درر ، وسيتضح عند قوله وقتل القاتل أجنبى (على التأبيد عمدا) وهو المسلم والذمى لا المستأمن والحربى (بشرط كون القاتل مكلفا) لما تقرر أنه ليس لصبى ومجنون عمد :

فى البزازية : حكم عليه بقود فجن قبل دفعه للولى انقلب دية :

من يجن ويفيق قتل فى إفاقته قتل ، فإن جن بعده ، إن مطبقا سقط ، وإن غير مطبق قتل :

قتل عبد مولاه عمدا لا رواية فيه . وقال أبو جعفر : يقتل قتل عبد الوقف عمدا لا قود فيه :

(قوله لو الجانى مكلفا) فلو صبيا أو مجنونا يرث كما فى شرح السراجية للسيد ط (قوله لعدم قتله) أى مباشرة ، وإنما ألحق بالمباشر فى إيجاب الضمان صيانة للدم عن الهدر على خلاف الأصل فبقى فى الكفارة وحرمان الميراث على الأصل كفاية والله أعلم :

فصل فيما يوجب القود ومالا يوجبه

(قوله محقون الدم) الحقن هو المنع : قال فى المغرب حقن دمه إذا منعه أن يسفك : واحترز به عن مباح الدم كالزانى المحصن والحربى والمرتد والمراد الحقن الكامل ، فمن أسلم فى دار الحرب فقد صار محقون الدم على التأبيد ، ولا يقتص من قاتله هناك لأن كمال الحقن بالعصمة المقومة والمؤثمة وبالإسلام حصلت المؤثمة دون المقومة لأنها تحصل بدار الإسلام ، أفاده فى الكفاية (قوله بالنظر لقاتله) أى لا مطلقا ، فإنه لو قتل القاتل عمدا أجنبى عن المقتول يقتص من الأجنبى للقاتل إن قتله الأجنبى عمداً . قال الوانى : والظاهر أن هذا أعم من أن يكون قبل الحكم أو بعده لاحتمال عفو الأولياء بعد الحكم اه ط (قوله على التأبيد) احترز به عن المستأمن ؛ ولا يشكل على هذا الحد قتل المسلم ابنه المسلم عمدا حيث لا يقتص منه ، لأن القصاص واجب فى الأصل لكن انقلب مالا بشبهة الأبوة وذلك عارض ، والكلام فى الأصل ولهذا كان الابن شهيدا بهذا القتل فلايغسل، وكذا قتل عبد الوقف عمدا فإنه لا يجب القود كما يأتى ، لأن القود هو الموجب الأصلى وانقلب مالالعارض مراعاة نفع الوقف اه ط عن المكى ملخصا (قوله لما تقرر الخ) سيأتى تقريره قبيل فصل الجنين (قوله انقلب دية) أى ولا قصاص عليه استحسانا : ولو جن بعد الدفع له قتله لأن شرط وجوب القصاص عليه كونه مخاطبا حالة الوجوب وذلك بالقضاء ويتم بالدفع ، فإذا جن قبل الدفع تمكن الخلل فى الوجوب فصار كما لو جن قبل القضاء والوالجية (قوله من يجن) بالبناء للمفعول ويفيق من أفاق ط ومن مبتدأ وقتل الأول مبنى للفاعل حال أو شرط لأداة شرط محذوفة وقتل الثانى مبنى للمفعول خبر بمعنى يحكم بقتله (قوله فإن جن بعده) أى بعد ما قتل فى إفاقته ، والظاهر أن يقيد بما إذا كان جنونه قبل القضاء والدفع أخذا مما قبله فليتأمل (قوله إن مطبقا) بأن كان شهراً أو سنة على اختلافهم فيه والوالجية (قوله سقط) أى القصاص (قوله وإن غير مطبق قتل) يعنى بعد الإفاقة كما فى الولوالجية وغيرها (قوله وقال أبو جعفر يقتل) وهذا تقدم صريحا عند قول المتن وجنايته على الراهن والمرتهن معتبرة : وقال الحموى لأن القصاص من جهة الآدمية وهو فيها أجنبى عن المولى سائحانى (قوله لاقود فيه) بل ينقلب مالا لكونه أنفع للوقف كما تقدم عن المكى وفى الشرنبلالية : لعل وجهه اشتباه من له الحق

قتل ختنه عمدا وبنته فى نكاحه سقط القود اه (و) بشرط (انتفاء الشبهة) كولاد أو ملك أو أعم كقوله : اقتلنى فقتله (بينهما) كما سيجىء (فيقتل الحر بالحر وبالعبد) غير الوقف كما مر خلافا للشافعى ؛

ولنا إطلاق قوله تعالى — أن النفس بالنفس — فإنه ناسخ لقوله تعالى — الحر بالحر — الآية كما رواه السيوطى فى الدرر المنثور عن النحاس عن ابن عباس : على أنه تخصيص بالذكر فلا ينفى ما عداه ؛ كيف ولو دل لوجب أن لا يقتل الذكر بالأنثى ولا قائل به ؛ قيل ولا الحر بالعبد ورد بدخوله بالأولى :

ولأبى الفتح البستى نظما قوله :

خذوا بدمى هذا الغزال فإنه ... رمانى بسهمى مقلتيه على عمد

ولا تقتلوه إننى أنا عبده ... ولم أر حرا قط يقتل بالعبد

فأجابه بعض الحنفية رادا عليه بقوله :

خذوا بدمى من رام قتلى بلحظه ... ولم يخش بطش الله فى قاتل العمد

وقودوا به جبرا وإن كنت عبده ... ليعلم أن الحر يقتل بالعبد

القصاص لأن الوقف حبس العين على ملك الواقف عند الإمام وعندهما على حكم ملك الله تعالى ، ولم يتعرض لما يلزم القاتل ولعله القيمة فلينظر اه ؛

أقول : قال فى وقف البحر : ولا يخفى أنه تجب قيمته ، كما لو قتل خطأ ويشترى بها المتولى عبدا ويصير وقفا كما لو قتل المدبر خطأ وأخذ المولى قيمته فإنه يشترى بها عبدا ويصير مدبرا ، وقد صرح به فى الذخيرة اه (قوله قتل ختنه) الختن : هو كل من كان من قبل المرأة مثل الأب والأخ هكذا عند العرب ، وعند العامة زوج ابنته مغرب ، والمراد هنا الثانى (قوله سقط القود) لأنها ورثت قصاصا على أبيها اه ح ؛

أقول : بل قد ثبت لها ابتداء لا إرثا كما أورده الشارح على صدر الشريعة فيما سيأتى عند قول المصنف ، ويسقط قود ورثه على أبيه (قوله أو أعم كقوله اقتلنى) هذا سقط من بعض النسخ ، وفى بعضها أو أمر بدل قوله أو أعم وهو أولى ، وسيأتى آخر الفصل أنه تجب الدية فى ماله فى الصحيح (قوله كما سيجىء) أى من المسائل الثلاث فى هذا الفصل متنا (قوله خلافا للشافعى) فعنده لا يقتل الحر بالعبد (قوله أن النفس) بفتح الهمزة لأنه معمول لقوله تعالى — وكتبنا عليهم فيها — (قوله على أنه تخصيص بالذكر الخ) الاقتصار فى الآية على الحر وهو بعض ما شمله قوله تعالى — أن النفس بالنفس — لا يقتضى نفى الحكم عن العبد فهو كالمقابلة فى قوله تعالى — والأنثى بالأنثى — ولم يمنع قتل الذكر بالأنثى : قال الزيلعى : وفى مقابلة الأنثى بالأنثى دليل على جريان القصاص بين الحرة والأمة (قوله قيل ولا الحر بالعبد) صوابه ولا العبد بالحر كما هو فى المنح اه ح ، يعنى أنه قيل فى الإيراد على الشافعى : لو دل قوله تعالى — الحر بالحر والعبد بالعبد — على أن الحر لا يقتل بالعبد للتخصيص بالذكر لوجب أن لا يقتل العبد بالحر (قوله ورد) أى هذا القيل لأنه إذا قتل الحر بالحر بعبارة النص يقتل العبد به بدلالة الأولى لأنه دونه كما دلت حرمة التأفيف على حرمة الضرب وأصل الإيراد لصدر الشريعة والراد عليه منلاخسرو وابن الكمال (قوله ولأبى الفتح الخ) ساقط من بعض النسخ (قوله خذوا بدمى الخ) لا يخفى ما فيه من عدم صدق المحبة (قوله ولا تقتلوه الخ) فيه منافاة لما قبله فإن الأخذ بالدم يقتضى القتل ولا يصح أن يحمل على الدية لأن العبد لا تجب ديته على مولاه ط (قوله ولم أر حرا قط يقتل بالعبد) فى بعض النسخ وفى مذهبى لا يقتل الحر بالعبد (قوله ليعلم الخ) فيه أن الحر لا يقتل بعبد نفسه فإن أراد عبد غيره لا يناسب قوله وإن كنت عبده اه ح ؛

(والمسلم بالذمى) خلافا له (لا هما بمستأمن بل هو بمثله قياسا) للمساواة لا استحسانا لقيام المبيح هداية ومجتبى ودرر وغيرها :

قال المصنف : وينبغي أن يعوّل على الاستحسان لتصريحهم بالعمل به إلا في مسائل مضبوطة ليست هذه منها ، وقد اقتصر منلا خسرو في متنه على القياس اهـ ، يعني فتبعه المصنف رحمه الله تعالى على عادته :

قلت : ويعضده عامة المتون حتى الملتقى (و) يقتل (العاقل بالمجنون والبالغ بالصبي والصحيح بالأعمى والزمن وناقص الأطراف والرجل بالمرأة) بالإجماع :

(والفرع بأصله وإن علا لا بعكسه) خلافا لمالك فيما إذا ذبح ابنه ذبحا أي لايقتص الأصول وإن علوا مطلقا ولو إناثا من قبل الأم في نفس أو أطراف بفروعهم وإن سفلوا لقوله عليه الصلاة والسلام « لايقاد الوالد

أقول : المراد إظهار الحكم بأسلوب لطيف ، فلا يدقق عليه بمثل ذلك وإلا لزم أن يعترض بأنه قال من رام ولم يصرح بالقتل ، وبأن القتل بمجرد اللحظ لايقاد به إذ لايصدق عليه تعريف العمد ، وقد نظمت ذلك خاليا عن الطعن مع الأدب ، ومراعاة ماللحبيب على من أحب فقلت :

دعوا من برمح القدّ قد قدّ مهجتى وصارم لحـظ سله لى على عمـد
فلا قـود فى قتـل مولى لعبـده وإن كان شرعا يقتل الحر بالعبد

(قوله والمسلم بالذمى) لإطلاق الكتاب والسنة وحديث ابن السلمانى ومحمد بن المنكدر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى برجل من المسلمين قد قتل معاهدا من أهل الذمة فأمر به فضرب عنقه وقال أنا أولى من وفى بذمته » وقال على رضى الله عنه : إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا ، ولهذا يقطع المسلم بسرقة مال الذمى مع أن أمر المال أهون من النفس : ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام « لايقتل مؤمن بكافر ، ولا ذو عهد فى عهده » ولايقتل مؤمن ولا ذمى بكافر حربى ، فقوله ولا ذو عهد : أى ذمى عطف على مؤمن : ولئن صح أنه روى ذى عهد بالجر فعلى الجوار توفيقا بين الروايتين ، وتمامه فى الزيلعى (قوله خلافا له) أى لسيدنا الإمام الشافعى (قوله لاهما بمستأمن) أى لايقتل المسلم والذمى بمستأمن فإنه غير محقون الدم على التأبيد فإنه على عزم العود والمحاربة اختيار (قوله للمساواة) أى بين المستأمنين من حيث حقن الدم (قوله لقيام المبيح) وهو عزمه على المحاربة بالعود (قوله وينبغى أن يعوّل على الاستحسان) يؤيده ما فى الهندية عن المحيط أنه ظاهر الرواية ط (قوله ويعضده) أى القياس (قوله عامة المتون) كالوقاية والإصلاح والغرر ، ولم يذكر المسألة فى الكنز والمجمع والمواهب ودرر البحار : وأما فى الهداية فقال : ويقتل المستأمن بالمستأمن قياسا ، ولا يقتل استحسانا ، ومثله فى التبيين والجوهرة ، نعم قال فى الاختيار : وقيل لايقتل وهو الاستحسان (قوله والبالغ بالصبى) قتل صبيا خرج رأسه واستهل فعليه الدية ، ولو خرج نصفه مع الرأس أو الأكثر مع القدمين ففيه القود ، وكذا الحكم فى قطع عضو من أعضائه مجتبى وتاترخانية عن المنتقى (قوله والصحيح) عبر ابن الكمال بالسالم ، ثم قال لم يقل والصحيح لأن المفقود فى الأعمى هو السلامة دون الصحة ، ولذا احتيج إلى ذكر سلامة العينين بعد ذكر الصحة فى باب الجمعة (قوله والزمن) هو من طال مرضه زمانا مغرب (قوله وناقص الأطراف) لما تقدم من العمومات ، ولأنا لو اعتبرنا التفاوت فيما وراء العصمة من الأطراف والأوصاف امتنع القصاص وأدى ذلك إلى التقاتل والتفانى اختيار ، حتى لو قتل رجلا مقطوع اليدين والرجلين والأذنين والمذاكير ومفقود العينين يجب القصاص إذا كان عمدا جوهرة عن الخجندى (قوله لابعكسه) الأصوب حذف الباء (قوله أى لايقتص الخ)

بولده ، وهو وصف معلل بالجزئية فيتعدى لمن علا لأنهم أسباب فى إحيائه فلا يكون سببا لإفنائهم ، وحينئذ فتجب الدية فى مال الأب فى ثلاث سنين لأن هذا عمد والعاقلة لا تعقل العمد .

وقال الشافعى : تجب حالة كبدل الصلح زيلعى وجوهرة ، وسيجىء فى المعاقل .

وفى الملتقى : ولاقصاص على شريك الأب أوالمولى أوالمخطىء أوالصبى أو المجنون وكل من لا يجب القصاص بقتله مما لما تقرر من عدم تجزىء القصاص فلا يقتل العامد عندنا خلافا للشافعى برهان (ولاسيد بعبده) أى بعبد لنفسه (ومدبره ومكاتبه وعبد ولده) هذا داخل تحت قولهم : ومن ملك قصاصا على أبيه سقط كما سيجىء (ولا بعبد يملك بعضه) لأن القصاص لايتجزأ (ولا بعبد الرهن حتى يجتمع العاقدان) وقال محمد : لاقود وإن اجتمعا جوهرة ، وعليه يحمل ما فى الدرر معزيا للكافى كما فى المنح ، لكن فى الشرنبلالية عن الظهيرية أنه أقرب إلى الفقه .

بقى لو اختلفا فلهما القيمة تكون رهنا مكانه ، ولو قتل عبد الإجارة فالقود للمؤجر . وأما المبيع إذا قتل فى يد بائعه قبل القبض ، فإن أجاز المشترى البيع فالقود له ، وإن رده فللبائع القود ، وقيل القيمة جوهرة

تفسير لقوله لا بعكسه (قوله ولو إناثا من قبل الأم) تفسير للإطلاق فلا يقتل الجد لأب أو أم وإن علا وكذا الجدات (قوله بفروعهم) متعلق بقوله لايقتص (قوله فلا يكون سببا لإفنائهم) أى كلا أوجزءا ليدخل الأطراف فافهم (قوله وفى الملتقى الخ) قال فى الجوهرة : ولو اشترك رجلان فى قتل إنسان أحدهما يجب عليه القصاص لو انفرد والآخر لايجب عليه القصاص كالأجنبى والأب والخاطىء والعامد ، أو أحدهما بالسيف والآخر بالعصا فإنه لايجب عليهما القصاص وتجب الدية ، والذى لايجب عليه القصاص لو انفرد تجب الدية على عاقلته كالخاطىء ، والذى يجب عليه القصاص لو انفرد تجب الدية فى ماله وهذا فى غير شريك الأب ، فأما الأب والأجنبى إذا اشتركا تجب الدية فى مالهما لأن الأب لو انفرد تجب الدية فى ماله اهـ وسيأتى تمامه آخر الباب الآتى (قوله لاسيد بعبده الخ) لأن عبده ماله ، فلا يستحق المطالبة على نفسه ، والمدبر مملوك ، والمكاتب رقيق مابقى عليه درهم ، وعبد ولده فى حكم ملكه لحديث « أنت ومالك لأبيك » لكن عليه الكفارة فى الكل كما فى الجوهرة (قوله هذا) أى قوله وعبد ولده وأراد به بيان العلة (قوله كما سيجىء) أى قريبا (قوله ولا بعبد الرهن) أى ولا يقتل قاتل عبد الرهن حتى يجتمع الراهن والمرتهن ، لأن المرتهن لاملك له فلا يلى القصاص والراهن لوتولاه لبطل حق المرتهن فى الرهن ، فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه اهـ درر .

وفيه أن استيفاء المرتهن قد تم بهلاك الرهن فما الداعى لرضاه بعد سقوط حقه . وأجيب بأن الاستيفاء غير متقرر لاحتمال عدم القود إما بالصلح أو بدعوى الشبهة بالقتل فيصير خطأ اهـ ط (قوله وعليه) أى على قول محمد يحمل مافى الدرر من أنه لاقود وإن اجتمعا (قوله أنه) أى مافى الدرر أقرب إلى الفقه لاشتباه من له الطلب كمكاتب ترك وفاء ووارثا ، لكن قال الزيلعى : والفرق بينهما ظاهر فإن المرتهن لايستحق القصاص لأنه لاملك له ولا ولاء فلم يشبه من له الحق ، بخلاف المكاتب كما يأتى (قوله بقى لو اختلفا) أى طلب أحدهما القصاص والآخر الدية ، وهذا محترز قوله حتى يجتمع العاقدان (قوله فالقود للمؤجر) لأنه المالك ولم يبق للمستأجر حق فيه ولا فى بدله (قوله فإن أجاز المشترى البيع) أى أمضاه على حاله ولم يختر فسخه والرجوع بالثمن على البائع لأنه لم يكن موقوفا وإلا لما صحت الإجازة بعد هلاكه تأمل (قوله فالقود له) أى للمشترى لأنه المالك زيلعى (قوله وإن رده) أى فسخ البيع ورجع بالثمن (قوله فللبائع القود) لأن البيع ارتفع وظهر أنه المالك زيلعى (قوله وقيل القيمة) هو قول أبى يوسف لأنه لم يثبت له القصاص عند الجراحة لأن الملك كان للمشترى جوهرة

(ولا بمكاتب) وكذا ابنه وعبده شرنبلالية (قتل عمدا) لاحاجة لقيد العمد لأنه شرط فى كل قود (عن وفاء ووارث وسيد وإن اجتمعا) لاختلاف الصحابة فى موته حرا أو رقيقا فاشتبه الولى فارتفع القود (فإن لم يدع وارثا غير سيده سواء ترك وفاء أولا أو ترك وارثا ولا وفاء أقاد سيده) لتعينه . وفى أولى الصور الأربع خلاف محمد.

(ويسقط قود) قد (ورثه على أبيه) أى أصله لأن الفرع لا يستوجب العقوبة على أصله .

وصورة المسألة فيما إذا قتل الأب أب امرأته مثلا ولا وارث له غيرها ثم ماتت المرأة فإن ابنها منه يرث القود الواجب على أبيه فسقط لما ذكرنا . وأما تصوير صدر الشريعة فثبوته فيه للابن ابتداء لا إرثا عند أبى حنيفة وإن اتحد الحكم كما لا يخفى .

(قوله وكذا ابنه وعبده) الضمير للمكاتب (قوله عن وفاء) أى عن مال يفى ببدل كتابته (قوله فاشتبه الولى) فإن قلنا مات حرا فالولى وارثه أو رقيقا فسيده (قوله لتعينه) أى تعين الولى فى الثلاث وهو السيد (قوله وفى أولى الصور الأربع) سبق قلم تبع فيه ابن كمال : قال ح : وصوابه ثانية الصور الأربع ، وهى ما إذا لم يدع وارثا غير سيده وترك وفاء لأن خلاف محمد فيها كما فى الهداية اه .

له أنه اشتبه سبب الاستيفاء فإن الولاء له مات حرا والملك إن مات عبدا . ولهما أن الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين .

ثم اعلم أن القود فى الرابعة وهى ما إذا ترك وارثا ولا وفاء له قيده شيخ الإسلام كما فى الكفاية بما إذا لم يكن فى قيمته وفاء بالمكاتبة أيضا ، فإن كان فيها وفاء لا قصاص وتجب القيمة على القاتل فى ماله ، لأن موجب العمد وإن كان هو القصاص إلا أنه يجوز العدول إلى المال بغير رضا القاتل مراعاة لحق من له القصاص ، كما إذا كانت يد القاطع شلاء كان للمقطوع يده العدول إلى المال بلا رضاه مراعاة لحقه لما لم يجب مثل حقه بكماله فكذا هنا لأن القيمة أنفع له لأنه يحكم بحريته وحرية أولاده إذا أدى البدل منها وبالقصاص بموت عبد أو لا ينتفع به فكان القول بوجوب القيمة أولى اه وأقره فى الدر المنتقى والقهستانى (قوله ورثه على أبيه) أى استحقه قهستانى فيشمل ثبوته ابتداء ، ويوافقه قول الشارح قبله ومن ملك قصاصا الخ ، وبه يندفع الإيراد الآتى ، لكن فيه أن صورة ثبوت القود للفرع على أصله ابتداء تقدمت فى قوله لا بعكسه فلذا عبرهنا بالإرث فتدبر (قوله أى أصله) لما فى الخانية : لو كان فى ورثة المقتول ولد القاتل أو ولد ولده وإن سفل بطل القصاص وتجب الدية اه (قوله مثلا) أى أو أخاها أو ابنها من غيره (قوله ثم ماتت المرأة) كذا أطلقوه ، وينبغى أن يكون موتها بعد ما أبانها زوجها القاتل حتى يظهر كون العلة هى إرث ابنه قصاصا عليه وإلا كان وارثا منها جزءا من القصاص فيسقط عنه القصاص بذلك أيضا .

قال فى التاترخانية : ثلاثة إخوة قتل أحدهم أباهم عمدا فللباقين قتله ، فإن مات أحدهما لم يكن للثالث قتله لأن القاتل ورث جزءا من نصيب الميت من القصاص فسقط عنه وانقلب نصيب الآخر مالا فعليه للآخر ثلاثة أرباع الدية فى ماله فى ثلاث سنين اه ملخصا .

وفى القهستانى : قتل أحد الأخوين لأب وأم أباهما عمدا والآخر أمهما فللأول قتل الثانى بالأم ويسقط القود عن الأول لأنه ورث من الأم الثمن من دم نفسه فسقط عنه ذلك القدر وانقلب الباقى مالا فيغرم لورثة الثانى سبعة أثمان الدية اه وتمامه فيه (قوله وأما تصوير صدر الشريعة) حيث قال : أى إذا قتل الأب شخصا وولى القصاص ابن القاتل يسقط اه . وصورة ذلك أن يقتل أم ابنه عمدا أو أخا ولده من أمه جوهرة (قوله فثبوته فيه للابن ابتداء لا إرثا) بدليل أنه يصح عفو الوارث قبل موت المورث والمورث يملك القصاص بعد الموت

وفى الجوهرة : لو عفا المجروح أو وارثه قبل موته صح استحسانا لانعقاد السبب لهما :

(لا قود بقتل مسلم مسلما ظنه مشركا بين الصفين) لما مر أنه من الخطأ وإنما أعاده ليبين موجبه بقوله (بل) القاتل (عليه كفارة ودية) قالوا هذا إذا اختلطوا ، فإن كان فى صف المشركين لا يجب شيء لسقوط عصمته : قال عليه الصلاة والسلام « من كثر سواد قوم فهو منهم » :

قلت : فإذا كان مكثر سوادهم منهم وإن لم يتزى بزيهم فكيف بمن تزيا قاله الزاهدى و قال المصنف : حتى لو تشكل جني بما يباح قتله كحية فينبغى الإقدام على قتله ثم إذا تبين أنه جنى فلا شيء على القاتل ، والله أعلم

(ولا يقاد إلا بالسيف) وإن قتله بغيره خلافا للشافعي : وفى الدرر عن الكافى : المراد بالسيف السلاح :

قلت : وبه صرح فى حج المضمرات حيث قال : والتخصيص باسم العدد لا يمنع إلحاق غيره به ، ألا ترى أنا ألحقنا الرمح والخنجر بالسيف فى قوله عليه الصلاة والسلام « لا قود إلا بالسيف » فما فى السراجية : من له قود قاد بالسيف ، فلو ألقاه فى بئر أو قتله بحجر أو بنوع آخر عزر وكان مستوفيا يحمل على أن مراده بالسيف السلاح ، والله أعلم :

وهو ليس بأهل للتمليك فى ذلك الوقت فيثبت للوارث ابتداء اه جوهرة : ثم أجاب بأنه يثبت عند البعض بطريق الإرث . وأجاب فى المجتبى بأن المستحق للقصاص أولا هو المقتول ثم يثبت للوارث بطريق الخلافة والوراثة بدليل أن المجروح إذا عفا سقط القصاص ولو لم يثبت له أولا لما سقط بعفوه اه تأمل (قوله لو عفا المجروح الخ) أراد به الحر ، إذ العبد لا يصح عفوه لأن القصاص لمولاه لا له شرنبلالية عن البدائع : ثم إنه لم يبين هل العفو عن الجراحة أو عن الجراحة وما يحدث منها أو عن الجناية ؟ وهل ذلك فى العمد أو الخطأ ؟ وهل تجب الدية فى مال الجانى أو على العاقلة أو تسقط ؟ وسيأتى تفصيل ذلك إن شاء الله تعالى فى فصل فى الفعلين (قوله لانعقاد السبب لهما) أى للمجروح أصالة وللوارث نيابة قبل موت المجروح ، تأمل وارجع إلى ما فى المنح عن الجوهرة (قوله لما مر) أى فى قوله كأن يرمى شخصا ظنه صيدا أو حربيا (قوله ليبين موجبه) فيه أنه بين موجب الخطإ فيما تقدم فهو تكرار اه ح (قوله قلت الخ) هو من كلام الزاهدى فى المجتبى وإن أوهم كلام المصنف فى المنح خلافه :

[تنبيه] قال فى المعراج : علم مسلما بعينه قد جاء به العدو مكرها فعمده بالرمى وهو يعلم حاله يجب القود قياسا ولا يجب استحسانا ، لأن كونه فى موضع إباحة القتل يصير شبهة فى إسقاط القصاص ، وعليه الدية فى ماله ولا كفارة : ولو قال وليه قصدته برميك بعد علمك أنه مكره وقال الرامى بل قصدت المشركين فالقول للرامى لتمسكه بالأصل وهو إباحة الرمى إلى صفهم اه وتمامه فيه (قوله فينبغى الإقدام على قتله) أى ينبغي جواز الإقدام عليه والأولى حذف الفاء لأنه جواب لو :

وفى الأشباه من أحكام الجان : لا يجوز قتل الجنى بغير حق كالإنسى . قال الزيلعى قالوا : ينبغى أن لا تقتل الحية البيضاء التى تمشى مستوية لأنها من الجان ، لقوله عليه الصلاة والسلام « اقتلوا ذا الطفيتين والأبتر ، وإياكم والحية البيضاء فإنها من الجن » وقال الطحاوى : لا بأس بقتل الكل « لأنه عليه الصلاة والسلام عاهد الجن أن لا يدخلوا بيوت أمته ولا يظهروا أنفسهم ، فإذا خالفوا فقد نقضوا العهد فلا حرمة لهم » والأولى هو الإنذار والإعذار ، فيقال لها ارجعى بإذن الله أو خلى طريق المسلمين ، فإن أبت قتلها ، والإنذار إنما يكون خارج الصلاة اه وتمامه هناك (قوله خلافا للشافعى) حيث قال يقتل بمثل ما قتل به إلا إذا قتل باللواطة أو إيجار الخمر فيقتل بالسيف (قوله أو بنوع آخر) أى من غير السلاح كأن ساق عليه دابته أو ألقاه فى نار :

(ولأبى المعتوه القود) تشفيا للصدر (و) إذا ملكه ملك (الصلح) بالأولى (لا العفو) مجانا (بقطع يده) أى فى يد المعتوه (وقتل قريبه) لأنه إبطال حقه ولا يملكه (وتقييد صلحه بقدر الدية أو أكثر منه ، وإن وقع بأقل منه لم يصح) الصلح (وتجب الدية كاملة) لأنه أنظر للمعتوه (والقاضى كالأب) فى جميع ما ذكرنا فى الأصح كمن قتل ولاولى له للحاكم قتله والصلح لا العفو لأنه ضرر للعامة (والوصى) كالأخ

هو الناقص العقل من غير جنون منح (قوله ولأبى المعتوه القود) لأنه من الولاية على النفس لأنه شرع للتشفى فيليه الأب كالإنكاح ولكن كل من ملك الإنكاح لايملك القود فإن الأخ يملك الإنكاح ولا يملك القود لأنه شرع لتشفى الصدر ، وللأب شفقة كاملة يعد ضرر الولد ضرر نفسه فلذا جعل التشفى للأب كالحاصل للابن بخلاف الأخ كذا فى شروح الهداية .

واعترضهم الإتقانى بأن الأخ يملكه أيضا إذا لم يكن ثمة أقرب منه ، فإن كان ثمة أقرب منه لم يملك الإنكاح أيضا ، لأن من يستحق الدم هو الذى يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى الذكر والأنثى فى ذلك سواء حتى الزوج والزوجة وبه صرح الكرخى اهـ . وفيه نظر ، لأنه إذا قتل ابن المعتوه مثلا كان هو المستحق لدمه لأنه المستحق لماله . وإذا كان للمعتوه أخ أو عم ولا أب له كيف يقال إن الأخ أو العم يستحق دم ابن المعتوه فى حياة المعتوه مع أنه لا ولاية له على المعتوه أصلا : على أن وصى المعتوه الذى له الولاية عليه ليس له القود فكيف الأخ الذى لاولاية له ، نعم لو كان المقتول هو المعتوه نفسه صح ماقاله وكأنه اشتبه عليه الحال ولهذا قال فى السعدية إن الكلام فيما إذا قتل ولى المعتوه كابنه وأبو المعتوه حى لافيما إذا قتل المعتوه اهـ (قوله ملك الصلح بالأولى) لأنه أنظر فى حق المعتوه هداية (قوله بقطع يده وقتل وليه) تنازعه كل من القود والصلح والعفو (قوله وقتل وليه) أى ولى المعتوه كابنه وأمه منح . وفى بعض النسخ : وقتل قريبه وهو أظهر ، وبه فسر الولى فى النهاية . ثم قال يعنى إذا كان للمعتوه ابن فقتل ابنه فلأبى المعتوه وهو جد المقتول ولاية استيفاء القصاص وولاية الصلح اهـ (قوله لأنه إبطال حقه) علة لقوله لاالعفو مجانا (قوله وتقييد صلحه) أى صلح الأب (قوله وإن وقع بأقل منه لم يصح الصلح) اعترضه الإتقانى بأن محمدا لم يقيده بقدر الدية بل أطلق .

وفى مختصر الكرخى : وإذا وجب لرجل على رجل قصاص فى نفس أو فيما دونها فصالحه على مال جاز قليلا كان أو كثيرا . ونقل الشلبى عن قارىء الهداية أن هذا الاعتراض وهم . قال أبو السعود : كيف يكون وهما مع ماصرح به الكرخى اهـ .

أقول : عبر فى النهاية وغيرها من شروح الهداية بدل قوله لم يصح الصلح بقوله لم يجز الحط ، وإن قل يجب كمال الدية اهـ . فأفاد أن الصلح صحيح دون الحط ولذا وجب كمال الدية وإلا كان الواجب القود ، وبه يحصل التوفيق بين كلامهم ، فما صرح به الكرخى وأفاده كلام الإمام محمد من صحة الصلح المراد به صحته بالزام تمام الدية ، وهو مراد من قال لم يجز الحط ، وقول الشارح هنا تبعا للمنح لم يصح الصلح مراده لم يلزم بذلك القدر الناقص ، ولو عبر بما قاله شراح الهداية لكان أنسب ، وبه ظهر أن اعتراض الإمام الإتقانى فى غير محله ، فاغتنم هذا التحرير (قوله لأنه أنظر للمعتوه) الواقع فى كلامهم ذكر هذا التعليل عند قوله ملك الصلح كما قدمناه ، والظاهر التعليل هنا بأن فيه إبطال حقه نظير ماقبله (قوله والصلح) ينبغى على قياس ماتقدم فى الأب أن يتقيد صلحه بقدر الدية أو أكثر ط : أى فلا يجوز الحط بالأولى (قوله والوصى كالأخ يصالح) الوصى مبتدأ وجملة يصالح خبر وكالأخ حال والكاف فيه للتنظير ، والصواب إسقاطه ، لكن قال الرحمتى أى فى كونه لايملك القود لافى أنه

(يصالح) عن القتل (فقط) بقدر الدية ، وله القود فى الأطراف استحسانا لأنه يسلك بها مسلك الأموال (والصبى كالمعتوه) فيما ذكر (وللكبار القود قبل كبر الصغار) خلافا لهما . والأصل أن كل ما لايتجزأ إذا وجد سببه كاملا ثبت لكل على الكمال كولاية إنكاح

الأخ يصالح لأنه لا ولاية له على التصرف فى مال أخيه اه وهو بعيد (قوله يصالح عن القتل فقط) أى ليس له العفو لما مر ، ولا القود لأنه ليس له ولاية على نفسه ، وهذا من قبيله ابن كمال وكان الأولى إسقاط قوله عن القتل فإن له الصلح عن الطرف أيضا ، نعم فى صلحه عن القتل اختلاف الرواية .

والحاصل كما فى غاية البيان عن البزدوى أن الروايات اتفقت فى أن الأب له استيفاء القصاص فى النفس ومادونها وأن له الصلح فيهما جميعا لا العفو ، وفى أن الوصى لايملك استيفاء النفس ويملك مادونها ويملك الصلح فيما دونها ولا يملك العفو .

واختلفت الروايات فى صلح الوصى فى النفس على مال . ففى الجامع الصغير هنا يصح وفى كتاب الصلح لا يصح اه ملخصا ، وذكر الرملى ترجيح الرواية الأولى (قوله استحسانا) وفى القياس لايملكه ، لأن المقصود متحد وهو التشفى هداية (قوله لأنه يسلك بها مسلك الأموال) ولهذا جوز أبو حنيفة القضاء بالنكول فى الطرف إتقانى (قوله والصبى كالمعتوه) أى إذا قتل قريب الصبى فلأبيه ووصيه ما يكون لأبى المعتوه ووصيه فلأبيه القود والصلح لا العفو وللوصى الصلح فقط ، وليس للأخ ونحوه شىء من ذلك إذ لاولاية له عليه كما قررناه فى المعتوه . وفى الهندية عن المحيط : أجمعوا على أن القصاص إذا كان كله للصغير ليس للأخ الكبير ولاية الاستيفاء ، ويأتى تمامه قريبا .

[تتمة] أفتى الحانوتى بصحة صلح وصى الصغير على أقل من قدر الدية إذا كان القاتل منكرا ولم يقدر الوصى على إثبات القتل قياسا على المال لما فى العمادية من أن الوصى إذا صالح عن حق الميت أو عن حق الصغير على رجل ، فإن كان مقرا بالمال أو عليه بينة أو قضى عليه به لايجوز الصلح على أقل من الحق ، وإن لم يكن كذلك يجوز اه (قوله وللكبار القود الخ) أى إذا قتل رجل له ولى كبير وصغير كان للكبير أن يقتل قاتله عنده لأنه حق مشترك . وفى الأصل إن كان الكبير أبا استوفى القود بالإجماع ، وإن كان أجنبيا بأن قتل عبد مشترك بين أجنبيين صغير وكبير ليس له ذلك . وفى الكلام إشارة إلى أنه لوكان الكل صغارا ليس للأخ والعم أن يستوفيه كما فى جامع الصغار ، فقيل ينتظر بلوغ أحدهم ، وقيل يستوفى السلطان كما فى الاختيار والقاضى كالسلطان ، وإلى أنه لوكان الكل كبارا ليس للبعض أن يقتص دون البعض ولا أن يوكل باستيفائه ، لأن فى غيبة الموكل احتمال العفو فالقصاص يستحقه من يستحق ماله على فرائض الله تعالى ، ويدخل فيه الزوج والزوجة كما فى الخلاصة ، وإلى أنه لايشترط القاضى كما فى الخزانة ، وإلى أنه لوكان القتل خطأ لم يكن للكبير الاستيفاء حصة نفسه كما فى الجامع قهستانى ، وقوله لايشترط القاضى أى قضاؤه : فهى له القصاص له أن يقتص سواء قضى به أولا كما فى البزازية (قوله خلافا لهما) فعندهما ليس لهم ذلك إلا أن يكون الشريك الكبير أبا للصغير نهاية . وقاساه على ما إذا كان مشتركا بين كبيرين وأحدهما غائب (قوله والأصل الخ) استدلال لقول الإمام قال فى الهداية : وله أنه حق لايتجزى لثبوته بسبب لايتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير منقطع أى فى الحال فيثبت لكل واحد كلا كما فى ولاية الإنكاح ، بخلاف الكبيرين لأن احتمال العفو من الغائب ثابت اه .

واعترض سعدى كون السبب هو القرابة بأنه يثبت للزوج والزوجة ولا قرابة . وأجاب الطورى بأنه على

وأمان (إلا إذا كان الكبير أجنبيا عن الصغير فلا) يملك القود (حتى يبلغ الصغير) إجماعا زيلعي فليحفظ :

(ولو قتل القاتل أجنبي وجب القصاص عليه فى) القتل (العمد) لأنه محقون الدم بالنظر لقاتله كما مر (والدية على عاقلته) أى للقاتل (فى الخطأ ، ولو قال ولى القتيل بعد القتل) أى بعد قتل الأجنبى (كنت أمرته بقتله ولا بينة له) على مقالته (لايصدق) ويقتل الأجنبي درر ، بخلاف من حفر بئرا فى دار رجل فمات فيها شخص فقال رب الدار كنت أمرته بالحفر صدق مجتبى ، يعنى لأنه يملك استئنافه للحال فيصدق بخلاف الأول لفوات المحل بالقتل كما هو القاعدة ، وظاهره أن حق الولى يسقط رأسا كما لو مات القاتل حتف أنفه :

(ولو استوفاه بعض الأولياء لم يضمن شيئا) وفى المجتبى والدرر :

التغليب ، أو بأن المراد بها الاتصال الموجب للإرث (قوله وأمان) أى أمان المسلم الحربى (قوله إلا إذا كان الكبير أجنبيا عن الصغير) قال فى النهاية : بأن كان العبد مشتركا بين صغير وأجنبى فقتل عمدا ليس للأجنبى أن يستوفى القصاص قبل بلوغه بالإجماع إلا أن يكون للصغير أب فيستوفيانه حينئذ اهـ . ثم قال ناقلا عن المبسوط لأن السبب الملك وهو غير متكامل لكل واحد منهما فإن ملك الرقبة يحتمل التجزى ، بخلاف مانحن فيه فإن السبب فيه القرابة وهو مما لا يحتمل التجزى وتمامه فيه :

مبحث شريف

وظاهر هذا التصوير والتعليل ، ومثله ماقدمناه آنفا عن القهستانى عن الأصل أن المراد بالأجنبى من كان شريكا فى الملك لافى القرابة فلو قتل رجل وله ابن عمة كبير وابن خالة صغير وهما أجنبيان فللكبير القصاص ، لأن السبب القرابة للمقتول وهو مما لايتجزى ، وكذا لو قتل عن زوجة وابن صغير من غيرها فللزوجة القصاص لأن مرادهم بالقرابة مايشمل الزوجية كما مر ، وبه أفتى العلامة ابن الشلبى فى فتاواه المشهورة فيمن قتل امرأة عمدا ولها زوج وابن صغير من غيره فأجاب للزوج القصاص قبل بلوغ الولد ، لكن يخالفه مافى فتاوى العلامة الحانوتى حيث أفتى فيمن قتل عمدا وله بنت بالغة وابن صغير وأربع زوجات بأنه ينتظر بلوغ الابن لكون بعض الزوجات أجنبيات عنه أخذا من عبارة الزيلعى اهـ فليتأمل فى ذلك (قوله كما مر) أى أول الفصل (قوله ولو قال الخ) أفاد أن ولى القصاص له استيفاؤه بنفسه وأمر غيره به كما صرح به فى البزازية ، لكن ليس للغير استيفاؤه بغيبة الموكل كما قدمناه عن القهستانى (قوله أى بعد قتل الأجنبى) مصدر مضاف إلى فاعله (قوله كنت أمرته) أى أمرت الأجنبى (قوله لايصدق) لأن فيه إسقاط حق غيره وهو ولى القاتل الأول (قوله يعنى الخ) أفاده المصنف فى المنح ، وبه علل فى الظهيرية حيث قال لأنه أخبر عما يملك (قوله كما هو القاعدة) وهى أن من حكى أمرا إن ملك استئنافه للحال صدق وإلا فلا ، كما لو أخبر وهى فى العدة أنه راجعها صدق ، ولو بعدها فلا إن كذبته إلا ببرهان ، وهنا يملك استئناف الإذن بالحفر ولا يملك الإذن بالقتل لفوات محله وهو المقتول (قوله وظاهره الخ) أى ظاهر قول المتن ولو قتل القاتل أجنبى وجب القصاص الخ أن ولى المقتول الأول يسقط حقه رأسا أى يسقط من الدية كما سقط من القصاص ، مثل لو مات القاتل بلا قتل أحد :

ووجه الظهور أن المصنف لم يتعرض لشئ من ذلك وهو ظاهر ، لما تقدم من أن موجب العمد القود عينا فلا يصير مالا إلا بالتراضى ولم يوجد هنا ثم رأيته فى التاترخانية حيث قال فى هذه المسألة وإذا قتل القاتل بحق أو بغير حق سقط عنه القصاص بغير مال ، وكذا إذا مات (قوله ولو استوفاه) الخ أى استوفى القصاص الواجب

دم بين اثنين فعفا أحدهما وقتله الآخر إن علم أن عفو بعضهم يسقط حقه يقاد وإلا فلا والدية في ماله ، بخلاف ممسك رجل ليقتل عمدا فقتل ولى القتيل الممسك فعليه القود لأنه مما لا يشكل على الناس :

(جرح إنسانا ومات) المجروح (فأقام أولياء المقتول بينة أنه مات بسبب الجرح وأقام الضارب بينة أنه برئ) من الجرح (ومات بعد مدة فبينة ولى المقتول أولى) كذا في معين الحكام معزيا للحاوى :

(أقام أولياء المقتول البينة على أنه جرحه زيد وقتله وأقام زيد البينة على أن المقتول قال إن زيدا لم يجرحنى ولم يقتلنى فبينة زيد أولى) كذا في المشتمل معزيا لمجمع الفتاوى :

(قال المجروح لم يجرحنى فلان ثم مات) المجروح (ليس لورثته الدعوى على الجارح بهذا السبب) مطلقا ، وقيل إن الجرح معروفا عند القاضى أو الناس قبلت قنية :

لجماعة ، وكان ينبغى ذكر هذه المسألة قبل قوله ولو قتل القاتل أجنبى فإنها من متعلقات ماقبلها ، وقد ذكرها الشراح تأييدا لأصل الإمام أن القصاص يثبت لكل على الكمال فقالوا : والدليل عليه لو استوفى أحدهم لا يضمن للباقين شيئا ولا للقاتل ، ولو لم يكن جميع القصاص واجبا له لكان ضامنا باستيفاء الكل (قوله دم بين اثنين) أى وجب لهما على آخر ، وعبارة الدرر من هنا إلى قوله وإلا فلا : وأما عبارة المجتبى فنصها : ولو كان الدم بين اثنين فعفا أحدهما وقتله الآخر ، فإن لم يعلم بعفو شريكه يقتل قياسا لا استحسانا وإن علم بعفوه ، فإن لم يعلم بحرمته وقال ظننت أنه يحل لى قتله لا يقتل والدية فى ماله ، وإن علم بالحرمة يقتل سواء قضى القاضى بسقوط القصاص فى نصيب الساكت أو لم يقض ، وهذا كمن أمسك رجلا حتى قتله الآخر عمدا فقتل ولى القتيل الممسك فعليه القصاص قضى القاضى بسقوط القصاص عن الممسك أو لم يقض اه (قوله بخلاف) مرتبط بقوله وإلا فلا والممسك بالنصب مفعول قتل ، وفى تعبيره نوع خفاء ومؤداه ماقدمناه (قوله مما لا يشكل على الناس) أى لا يخفى عليهم أن الممسك لا يحل قتله ، بخلاف من عفا عنه أحد أولياء القتيل فإنه يخفى أنه يسقط حق الباقى أولا ، بل فى الدرر على المحيط أنه مجتهد فيه ؛ فعند البعض لا يسقط القصاص بعفو أحدهما فصار ظنه شبهة (قوله فبينة ولى المقتول أولى) هذا موافق لما ذكره صاحب القنية فى باب البينتين المتضادتين : وعلله بعضهم بأن بينة الأولياء مثبتة وبينة الضارب نافية لكنه مخالف لما ذكره صاحب الخلاصة فى آخر كتاب الدعوى بقوله : رجل ادعى على آخر أنه ضرب بطن أمته ومانت بضربه فقال المدعى عليه فى الدفع إنها خرجت بعد الضرب إلى السوق لا يصح الدفع ؛ ولو أقام البينة أنها صحت بعد الضرب يصح ؛ ولو أقاما البينة هذا على الصحة والآخر على الموت بالضرب فبينة الصحة أولى كذا فى البزازية ومشتمل الأحكام ، وبه أفتى الفاضل أبو السعود اه كذا فى تعارض البينة للشيخ غانم البغدادى ، وماذكره المصنف هنا مشى عليه أيضا فى كتاب الشهادات قبيل باب الاختلاف فى الشهادة تبعا للبحر فتأمل (قوله فبينة زيد أولى) لأنها قامت على قول صاحب الحق لا على النفى ط (قوله ليس لورثته الدعوى) لأن الوارث يدعى الحق للميت أولا ثم ينتقل إليه بالإرث ، والمورث لو كان حيا لا تقبل دعواه لأنه متناقض فكذا لا تصح دعوى من يدعى له ولو الجبة ، وقيد ذلك فى كتاب القول لمن بقوله قال صاحب المحيط هذا إذا كان الجارح أجنبيا ، فإن كان وارثا لا يصح اه :

أقول : الظاهر أن مانقله عن المحيط فيما إذا كانت الجراحة خطأ لأنه يكون فى المعنى إبراء لوارثه عن المال : وقيد ط كلام المصنف بقوله مقيد بالقتل العمد ، وأما إذا كان خطأ والمسألة بحالها فإنها تقبل البينة ويسقط من

وفى الدرر عن المسعودية : لو عفا المجروح أو الأولياء بعد الجرح قبل الموت جاز العفو استحسانا ؛ وفى الوهبانية : جريح قال قتلنى فلان ومات فبرهن وارثه على آخر أنه قتله لم تسمع لأنه حق المورث وقد أكذبهم ولو قال : جرحنى فلان ومات فبرهن ابنه على ابن آخر أنه جرحه خطأ قبلت لقيامها على حرمانه الإرث ؛

(سقاه سما حتى مات ، إن دفعه إليه حتى أكله ولم يعلم به فمات لا قصاص ولا دية لكنه يحبس ويعزر ، ولو أوجره) السم (إيجاراً تجب الدية) على عاقلته (وإن دفعه له فى شربة فشربه ومات) منه (فكالأول) لأنه شرب منه باختياره إلا أن الدفع خدعة فلا يلزم إلا التعزير والاستغفار خانية (وإن قتله بمر) بفتح الميم : ما يعمل فى الطين (يقتص إن أصابه حد الحديد) أو ظهره وجرحه إجماعا كما نقله المصنف عن المجتبى (وإلا) يصبه حده بل قتله بظهره ولم يجرحه (لا) يقتص فى رواية الطحاوى ، وظاهر الرواية أنه يقتص بلا جرح فى حديد ونحاس وذهب ونحوها ، وعزاه فى الدرر لقاضى خان ؛ لكن نقل المصنف عن الخلاصة

الدية ثلثها وبعد قوله لم يجرحنى إسقاطا للمال فلا ينفذ إلا من الثلث اهـ ولم يعزه لأحد (قوله وفى الدرر عن المسعودية الخ) تكرار مع ماتقدم قبيل قوله لاقود بقتل مسلم مسلما اهـ ح (قوله على آخر) أى على رجل آخر أجنبى عن المورث بقرينة مابعده (قوله وقد أكذبهم) أى أكذب الشهود كما فى حاشية الأشباه عن مجموع النوازل (قوله فبرهن ابنه على ابن آخر) عبارة الأشباه : فبرهن ابنه أن فلانا آخر جرحه ، والصواب ماهنا ولذا قال البيرى : إن مافى الأشباه خلاف المنقول فتنبه (قوله لقيامها على حرمانه الإرث) بيان للفرق بين ما إذا أقيمت البينة على أجنبى فلا تقبل كما تقدم وبين ما إذا أقيمت على ابن المجروح . قال فى الظهيرية : ووجهه أن البينة قامت على حرمان الولد الإرث فلما أجزنا ذلك فى الميراث جعلنا الدية على عاقلته اهـ (قوله ولم يعلم به) وكذا إذا علم بالأولى ط (قوله لاقصاص ولا دية) ويرث منه هندية ط (قوله حتى أكله) أى باختياره ، والأولى حتى شربه (قوله ولو أوجره الخ) أى صبه فى حلقه على كره ، وكذا لو ناوله وأكرهه على شربه حتى شرب فلا قصاص وعلى عاقلته الدية تاترخانية . ثم قال : وفى الذخيرة ذكر المسألة فى الأصل مطلقا بلا خلاف ولم يفصل . ولا يشكل على قول أبى حنيفة لأن القتل حصل بما لايجرح فكان خطأ العمد على مذهبه : وأما على قولهما ، فمنهم من قال عندهما على التفصيل إن كان ما أوجر من السم مقدارا يقتل مثله غالبا فهو عمد وإلا فخطأ العمد ، ومنهم من قال إنه على قولهم جميعا خطأ العمد مطلقا اهـ ملخصا : وذكر السائحانى أن شيخه أبا السعود ذكر فى باب قطع الطريق أنه لو قتل بالسم قيل يجب القصاص لأنه يعمل عمل النار والسكين ، ورجحه السمرقندى اهـ أى إذا أوجره أو أكرهه على شربه كما لا يخفى (قوله فلا يلزم إلا التعزير والاستغفار) أى لارتكابه معصية بتسببه لقتل النفس ؛

[تنبيه] أقر أنه أهلك فلانا بالدعاء أو بالسهام الباطنة أو بقراءة الأنفال لايلزمه شىء لأنه كذب محض لأنه يؤدى إلى ادعاء علم الغيب المنفى بقوله تعالى : ـ لايعلم الغيب إلا الله ـ (١) ولم يوجد نص بإهلاكه بهذه الأشياء وبالإقرار كاذبا لايلزمه شىء كما لو أقر ببنوة رجل هو أكبر من المقر سنا ، ولو أقر أنه أهلك فلانا بقراءة أسماء الله تعالى القهرية اختلف المشايخ فيه لوقوعها والأصح أنه لايلزمه شىء لأن الشرع لم يجعله من آلة القتل وسببه اهـ بيرى عن حاوى القنية ، ولم يذكر ما إذا أقر أنه قتله بالإصابة بالعين فتأمل (قوله مايعمل به فى الطين) قال العينى : المر بفتح الميم وتشديد الراء : وهو خشبة طويلة فى رأسها حديدة عريضة من فوقها خشبة عريضة يضع الرجل رجله عليها ويحفر بها الأرض (قوله بل قتله بظهره الخ) وإن أصابه بالعود فهى مسألة القتل بالمثقل ، وقد مرت أول

---

(١) (قوله لايعلم الغيب إلا الله) كذا بالأصل المقابل على خط المؤلف ، والتلاوة ـ لايعلم من فى السموات والأرض الغيب إلا الله ـ اهـ مصححه .

أن الأصح اعتبار الجرح عند الإمام لوجوب القود ، وعليه جرى ابن الكمال :

وفى المجتبى : ضرب بسيف فى غمده فخرق السيف الغمد وقتله فلا قود عند أبى حنيفة (كالخنق والتغريق) خلافا لهما والشافعى :

ولو أدخله بيتا فمات فيه جوعا لم يضمن شيئا وقالا : تجب الدية ولو دفنه حيا فمات ، عن محمد يقاد به مجتبى بخلاف قتله بموالاة ضرب السوط كما سيجىء :

وفيه : لو اعتاد الخنق قتل سياسة ولا تقبل توبته

الكتاب معراج : أى يكون شبه عمد وتقدم الكلام فيه (قوله أن الأصح اعتبار الجرح الخ) صرح بذلك فى الهداية أيضا ، ولم يتعقبه الشراح فكان النقل عنها أولى لأنها أقوى (قوله فلا قود عند أبى حنيفة) لأنه لم يقصد ضربه بآلة جارحه ولوالجية :

أقول : وهذا موافق لما تقدم من تعريف العمد بأن يتعمد ضربه بآلة تفرق الأجزاء : ويؤخذ منه أنه لو قصد ضربه بالسيف فى هذه الصورة يلزمه القود لحصول الجرح بآلة القتل مع قصد الضرب : وأما ماقدمناه عن المجتبى أول الكتاب من أنه لايشترط فى العمد قصد القتل فمعناه أنه بعد قصد ضربه بالمحدد لايشترط قصد القتل ، فالشرط هو قصد الضرب دون القتل ، ثم لايلزم من وجود القتل بالمحدد كونه عمدا لأنه قد يكون خطأ فلذا شرط قصد الضرب به وهنا إذا لم يقصد ضربه بالسيف لم يكن عمدا وإن حصل القتل به (قوله كالخنق) متصل بقوله وإلا لا : والخنق بكسر النون قال الفارابى ولا يقال بالسكون وهو مصدر خنقه : إذا عصر حلقه ؛ والخناق فاعله والخناق بالكسر والتخفيف : ما يخنق به من حبل أو وتر اه مغرب (قوله خلافا لهما) فعندهما فيسه القود . فى الولوالجية : هذا إذا دام على الخنق حتى مات؛ أما إذا تركه قبل الموت ينظر إن دام على الخنق بمقدار ما يموت منه الإنسان غالبا يجب القصاص عندهما وإلا فلا إجماعا اه . وكذا فى التغريق يشترط أن يكون الماء عظيما بحيث لا تمكنه النجاة ليكون عندهما عمدا موجبا للقصاص ، فلو قليلا لا يقتل غالبا أو عظيما تمكن النجاة منه بالسباحة بأن كان غير مشدود وهو يحسن السباحة فهو شبه عمد أفاده فى التاترخانية وغيرها (قوله ولو أدخله بيتا) كذا أطلقه فى التاترخانية عن المحيط . وفيها عن الظهيرية : ولو قيده وحبسه فى بيت الخ : والظاهر أن المعتبر عدم القدرة على الخروج سواء قيده أولا (قوله وقالا تجب الدية) فى التاترخانية عن المحيط والكبرى تجب عليه الدية : وفيها عن الخانية والظهيرية : تجب على عاقلته ، فالظاهر أن الأول على حذف مضاف تأمل وفى الظهيرية والفتوى على قول أبى حنيفة أنه لا شىء عليه وقال ط أول الكتاب : وفى شرح الحموى عن خزانة المفتين · ولو طرحه فى بئر أو من ظهر جبل أو سطح لم يقتل به ، ولو طين على إنسان بيتا حتى مات جوعا أو عطشا لم يضمن : وقالا عليه الدية لأنه سبب يؤدى إلى التلف فيجب الضمان وهو المختار فى زماننا لمنع الظالمة من الظلم ا ه (قوله عن محمد يقاد) بناء على أنه يجب عنده فى شبه العمد القود كما نقله فى المعراج أو على أن هذا عمد : فى التاترخانية يقاد فيه لأنه قتله عمدا ، وهذا قول محمد ، والفتوى أنه على عاقلته الدية اه :

والفرق بينه وبين ما إذا حبسه حتى مات جوعا حيث كان الفتوى على أنه لاشىء عليه كما مر هو أن الجوع والعطش من لوازم الإنسان ، أما هنا فقد مات غما وذلك ليس من لوازمه فيضاف للفاعل كما أفاده فى الظهيرية (قوله بخلاف قتله الخ) فإنه لاقود فيه : قال الإتقانى : إذا والى الضربات بالسوط الصغير والعصا الصغيرة لايجب به القصاص : وقال الشافعى : يجب إذا والى على وجه لاتحمله النفس عادة اه ونقل قبله أنه شبه عمد عن أبى حنيفة وعندهما عمد (قوله كما سيجىء) لم أره (قوله لو اعتاد الخنق الخ) فى الخانية : ولو خنق رجلا لايقتل إلا إذا

لو بعد مسكه كالساحر ؛

وفيه (قمط رجلا وطرحه قدام أسد أو سبع فقتله فلا قود فيه ولادية ويعزر ويضرب ويحبس إلى أن يموت) زاد فى البزازية : وعن الإمام عليه الدية ، ولو قمط صبيا وألقاه فى الشمس أو البرد حتى مات فعلى عاقلته الدية .

وفى الخانية : قمط رجلا وألقاه فى البحر فرسب وغرق كما ألقاه فعلى عاقلته الدية عند أبى حنيفة ولو سبح ساعة ثم غرق فلا دية لأنه غرق بعجزه ، وفى الأولى غرق بطرحه فى الماء ؛

(قطع عنقه وبقى من الحلقوم قليل وفيه الروح فقتله آخر فلا قود فيه) عليه لأنه فى حكم الميت ؛

(ولو قتله وهو فى) حالة (النزع قتل به) إلا إذا كان يعلم أنه لايعيش منه ، كذا فى الخانية .

وفى البزازية : شق بطنه بحديدة وقطع آخر عنقه ، وإن توهم بقاءه حيا بعد الشق قتل قاطع العنق وإلا قتل الشاق وعزر القاطع .

كان خناقا معروفا خنق غير واحد فيقتل سياسة اه ؛ وعبارة الشارح قبيل كتاب الجهاد وإلا بأن خنق مرة لايقتل ذكره بعد قول المصنف هناك ومن تكرر الخنق منه فى المصر قتل به ، ومفاده أن التكرار يحصل بمرتين ثم هذا غير خاص بالخنق لما قدمه فى شبه العمد أنه لاقود فيه إلا أن يتكرر منه فللإمام قتله سياسة (قوله لو بعدمسكه) أى بعد ماوقع فى يد الإمام وإن تاب قبله قبلت مجتبى (قوله فلا قود فيه ولادية) وكذا لو أدخله فى بيت وأدخل معه سبعا وأغلق عليه الباب فقتله السبع ، وكذا لو نهشته حية أو لسعته عقرب وإن فعل ذلك بصبى فعليه الدية تاترخانية ونقل ط مثله عن الهندية ، وقوله فعليه الدية : أى على عاقلته على حذف مضاف بدليل مايأتى إذ لايصدق عليه قتل العمد على قول الإمام تأمل . وانظر ماالفرق بين الصبى والرجل ، وسيذكر المصنف قبيل باب القسامة لو غصب صبيا حرا فمات بصاعقة أو نهش حية فديته على عاقلة الغاصب ، وعلله الشارح هناك بأنه متسبب ، وذكر أنه لو نقل الحر الكبير مقيدا ولم يمكنه التحرز عنه ضمن الخ ، ومقتضاه عدم الفرق بين الكبير والصغير وهذا موافق للرواية التى ذكرها هنا عن البزازية ، وسيأتى تمام الكلام على ذلك هناك إن شاء الله تعالى (قوله ولو قمط صبيا الخ) ذكره فى التاترخانية ، وذكر قبله : ولو أن رجلا قمط صبيا أو رجلا ثم وضعه فى الشمس فعليه الدية اه أى على عاقلته كما قدمنا تأمل : ولينظر ماالفرق بين الشمس وبين السبع فإنه لاحكم لفعل كل منهما وفى كل هو متسبب بالقتل والظاهر أنه مفرع على تلك الرواية (قوله فرسب) قال فى المغرب : رسب فى الماء رسوبا : سفل من باب طلب (قوله وغرق الخ) أى وعلم موته منه . قال فى التاترخانية : ولو أنه حين طرح رسب فى الماء ولا يدرى مات أو خرج ولم ير له أثر لاشىء عليه مالم يعلم أنه قد مات (قوله فعلى عاقلته الدية) أى مغلظة تاترخانية (قوله ولو سبح ساعة الخ) وكذا لو كان جيد السباحة تاترخانية (قوله لأنه فى حكم الميت) فلو مات ابنه وهو على تلك الحالة ورثه ابنه ولم يرث هو من ابنه ذخيرة ط (قوله إلا إذا كان يعلم الخ) تبع فيه المصنف فى المنح ، وصوابه أن يقول وإن كان يعلم القاتل أنه لايعيش به فإنه الذى رأيته فى الخانية والخلاصة والتاترخانية والبزازية (قوله شق بطنه الخ) فى التاترخانية : شق بطنه وأخرج أمعاءه ثم ضرب رجل عنقه بالسيف عمدا فالقاتل هو الثانى وإن كان خطأ تجب الدية وعلى الشاق ثلث الدية ، وإن نفذت إلى جانب آخر فثلثاها ، هذا إذا كان مما يعيش بعد الشق يوما أو بعض يوم ، وإن كان بحال لايتوهم معه وجود الحياة ولم يبق معه إلا اضطراب الموت ، فالقاتل هو الأول فيقتص بالعمد وتجب الدية بالخطإ اه ملخصا ، ولعل الفرق بينه وبين من هو فى النزاع أن النزاع غير متحقق فإن المريض قد يصل إلى حالة شبه النزاع بل قد يظن أنه قد مات ويفعل به كالموتى ثم يعيش بعده

(ومن جرح رجلا عمدا فصار ذا فراش ومات يقتص) إلا إذا وجد مايقطعه كحز الرقبة والبرء منه ، وقدمنا أنه لو عفا المجروح أو الأولياء قبل موته صح استحسانا (وإن مات) شخص (بفعل نفسه وزيد وأسد وحية ضمن زيد ثلث الدية في ماله إن) كان القتل (عمدا وإلا فعلى عاقلته) لأن فعل الأسد والحية جنس واحد لأنه هدر فى الدارين وفعل زيد معتبر فى الدارين وفعل نفسه هدر فى الدنيا لا العقبى حتى يأثم بالإجماع فصارت ثلاثة أجناس ومفاده أن يعتبر فى المقتول التكليف ليصير فعله جنسا آخر غير جنس فعل الأسد والحية وأن لا يزيد على الثلث لو تعدد قاتله لأن فعل كل جنس واحد ابن كمال .

(ويجب قتل من شهر سيفا على المسلمين) يعنى فى الحال كما نص عليه ابن الكمال حيث غير عبارة الوقاية فقال : ويجب دفع من شهر سيفا على المسلمين ولو بقتله إن لم يمكن دفع ضرره إلا به صرح به فى الكفاية : أى

طويلا ، بخلاف من شق بطنه وأخرج أمعاؤه فإنه يتحقق موته ، لكن إذا كان فيه من الحياة مايعيش معها يوما فإنها حياة معتبرة شرعا كما مر فى الذبائح فلذا كان القاتل هو الثانى وأما لو كان يضطرب اضطراب الموت من الشق فالحياة فيه غير معتبرة أصلا فهو ميت حكما فلذا كان القاتل هو الأول ، هذا ماظهر لى فتأمل (قوله إلا إذا وجد مايقطعه الخ) قال فى المنح لأن الجرح سبب ظاهر لموته فيحال الموت عليه مالم يوجد مايقطعه كحز الرقبة والبرء منه اه والحز بالمهملة فالمعجمة : القطع ، والضمير فى منه للجرح (قوله وقدمنا الخ) أى فى هذا الفصل ، وأشار به إلى قاطع آخر (قوله ضمن زيد ثلث الدية فى ماله) لأن العاقلة لاتتحمل العمد وإنما لم يقتص لما مر ، ويأتى من أنه لاقصاص على شريك من قصاص بقتله لعدم تجزيه (قوله فصارت ثلاثة أجناس) فكأن النفس تلفت بثلاثة أفعال ، فالتالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية هداية (قوله ومفاده) أى مفاد التعليل (قوله ليكون فعله الخ) إذ لو كان غير مكلف لهدر فى الدارين كفعل الأسد فيكون على زيد نصف الدية (قوله وأن لايزيد على الثلث لو تعدد قاتله) بأن كان مع زيد غيره فيشترك هو وغيره فى الثلث .

وأقول : ذكر فى متفرقات التاترخانية ، لو جرحه رجل جراحة وجرحه آخر جراحة ثم انضم إليه ما هو هدر فعلى كل واحد منهما ثلث الدية وثلثها هدر اه ومثله فى الجوهرة قبيل جناية المملوك . وفى تكملة الطورى : ولو قطع رجل يده وجرحه آخر وجرح هو أيضا نفسه وافترسه سبع ضمن القاطع ربع الدية والجارح ربعها لأن النفس تلفت بجنايات أربعة ثنتان منها معتبرتان اه ومثله يأتى متنا آخر باب ما يحدثه فى الطريق : لو استأجر أربعة لحفر بئر فوقعت فات أحدهم سقط الربع ووجب على كل واحد الربع فظهر أن المنقول خلاف ما ذكره فتنبه .

أقول : ويؤخذ من ذلك جواب حادثة الفتوى فى زماننا فيمن جرح صبيا بسكين فى بطنه فظهر بعض أمعائه فجىء له بمن يخيط الجرح ويرد الأمعاء فلم يمكنه ذلك إلا بتوسيع الجرح فأذن له أبو الصبى بذلك ففعل ثم مات تلك الليلة فينبغى أن يجب نصف الدية على الجارح فى ماله لأن الفعل الآخر مأذون به فكان هدرا كما سيأتى (قوله ويجب قتل من شهر سيفا) شهر سيفه كمنع وشهره : انتضاه فرفعه على الناس قاموس (قوله على المسلمين) تنازعه كل من يجب وشهر . وعبارة الجامع الصغير : شهر على المسلمين سيفا قال حق على المسلمين أن يقتلوه ولا شىء عليهم اه وذكر أبو السعود عن الشيخ عبد الحى بحثا أن أهل الذمة كالمسلمين (قوله يعنى فى الحال) أى فى حال شهره السيف عليهم قاصدا ضربهم لا بعد انصرافه عنهم فإنه لايجوز قتله كما يأتى (قوله كما نص عليه ابن الكمال) أى على كونه حالا ، والأولى أن يقول كما أشار إليه لأنه لم ينص عليه وإنما أخذ بطريق الإشارة من قوله دفع فإن الدفع لا يطلب فيه ط (قوله صرح به فى الكفاية) ليس هذا فى عبارة ابن الكمال : وعبارة الكفاية

لأنه من باب دفع الصائل صرح به الشمنى وغيره ، ويأتى ما يؤيده (ولا شىء بقتله) بخلاف الجمل الصائل :

(ولا) يقتل (من شهر سلاحا على رجل ليلا أو نهارا فى مصر أو غيره أو شهر عليه عصا ليلا فى مصر أو نهارا فى غيره فقتله المشهور عليه) وإن شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه (عمدا تجب الدية) فى ماله (ومثله الصبى والدابة) الصائلة . وقال الشافعى : لا ضمان فى الكل لأنه لدفع الشر :

(ولو ضربه الشاهر فانصرف) وكف عنه على وجه لا يريد ضربه ثانيا (فقتله الآخر) أى المشهور عليه أو غيره ، كذا عممه ابن الكمال تبعا للكافى والكفاية (قتل القاتل) لأنه بالانصراف عادت عصمته :

قلت : فتحرر أنه ما دام شاهر السيف ضربه وإلا لا فليحفظ :

(ومن دخل عليه غيره ليلا فأخرج السرقة) من بيته (فاتبعه) رب البيت (فقتله فلا شىء عليه) لقوله عليه الصلاة والسلام « قاتل دون مالك » وكذا لو قتله قبل الأخذ إذا قصد أخذ ماله ولم يتمكن من دفعه إلا بالقتل صدر شريعة :

وفى الصغرى : قصد ماله ؛ إن عشرة أو أكثر له قتله ، وإن أقل قاتله ولم يقتله ، وهل يقبل قوله إنه كابره.

أى إنما يجب القتل لأن دفع الضرر واجب اه . وفى المعراج : معنى الوجوب وجوب دفع الضرر لا أن يكون عين القتل واجبا (قوله ويأتى ما يؤيده) أى يؤيد أن المراد له قتله إذا لم يمكن دفع ضرره إلا به وذلك فى عبارة صدر الشريعة الآتية قريبا وعبارة المتن بعدها (قوله ولا شىء بقتله) أى إذا كان مكلفا كما يعلم من قوله الآتى وإن شهر المجنون الخ . ولما لم يكن عين القتل واجبا كان محتملا أن يكون القتل موجبا للضمان فصرح بعدمه أفاده ابن الكمال (قوله ولا يقتل) معطوف على قوله لا شىء بقتله (قوله على رجل) أى قاصدا قتله بدلالة الحال لا مزاحا ولعبا أفاده الزيلعى فى الطلاق وأفاد بهذه المسألة أن الواحد كالمسلمين (قوله ليلا أو نهارا الخ) لأن السلاح لا يلبث فيحتاج إلى دفعه بالقتل هداية أى ليس فيه مهلة للدفع بغير القتل (قوله أو شهر عليه عصا الخ) لأن العصا الصغيرة وإن كانت تلبث ولكن فى الليل لما يلحقه الغوث فيضطر إلى دفعه بالقتل ، وكذا فى النهار فى غير المصر فى الطريق لا يلحقه الغوث ، قالوا فإن كان عصا لا يلبث يحتمل أن يكون مثل السلاح عندهما هداية (قوله فقتله المشهور عليه) أى أو غيره دفعا عنه زيلعى . وفى الكفاية : ولو ترك المشهور عليه قتله يأثم (قوله عمدا) أى بمحدد ونحوه وكذا شبه العمد بالأولى (قوله تجب الدية) أى لا القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر ، وتمامه فى الهداية (قوله ومثله الصبى والدابة) أى مثل المجنون فى وجوب الضمان ، لكن الواجب فى الصبى الدية أيضا . وفى الدابة القيمة وذكر الرملى أنه لو كان المجنون أو الصبى عبدا فالواجب القيمة كالدابة المملوكة تأمل اه :

أقول : وفى النهاية ما نصه : وأجمعوا على أنه لو كان الصائل عبدا أو صيد الحرم لا يضمن كذا ذكره الإمام التمرتاشى اه ومثله فى المعراج . وذكر الفرق بينهما وبين الدابة العلامة الإتقانى فى غاية البيان عن شرح الطحاوى فراجعه (قوله أو غيره الخ) لا حاجة إليه ، وليس بمحل وهم حتى يقويه بالنقل فتدبر ط (قوله عادت عصمته) فإذا قتله بعد ذلك فقد قتل شخصا معصوما مظلوما فيجب عليه القصاص زيلعى (قوله ما دام شاهرا السيف) أى مع قصد الضرب (قوله ليلا) مفهومه أنه لو نهارا ليس له قتله لأنه يلحقه الغوث بالصراخ (قوله دون مالك) أى لأجل مالك عناية وغيرها (قوله وكذا لو قتله قبل الأخذ الخ) قال فى الخانية : رأى رجلا يسرق ماله فصاح به ولم يهرب أو رأى رجلا ينقب حائطه أو حائط غيره وهو معروف بالسرقة فصاح به ولم يهرب حل له قتله ولا قصاص عليه اه (قوله وفى الصغرى الخ) يريد به تقييد ما أطلقه المتون والشروح مع أنهما لا تقيد بما فى

إن ببينة نعم ، وإلا فإن المقتول معروفا بالسرقة والشر لم يقتص استحسانا والدية فى ماله لورثة المقتول بزازية هذا (إذا لم يعلم أنه لو صاح عليه طرح ماله ، وإن علم) ذلك (فقتله مع ذلك وجب عليه القصاص) لقتله بغير حق (كالمغصوب منه إذا قتل الغاصب) فإنه يجب القود لقدرته على دفعه بالاستغاثة بالمسلمين والقاضى ؛

(مباح الدم التجأ إلى الحرم لم يقتل فيه) خلافا للشافعى (ولم يخرج عنه للقتل لكن يمنع عنه الطعام والشراب حتى يضطر فيخرج من الحرم فحينئذ يقتل خارجه) وأما فيما دون النفس فيقتص منه فى الحرم إجماعا .

(ولو أنشأ القتل فى الحرم قتل فيه) إجماعا شراجية ؛ ولو قتل فى البيت لا يقتل فيه ذكره المصنف فى الحج ؛

(ولو قال اقتلنى فقتله) بسيف (فلا قصاص وتجب الدية) فى ماله فى الصحيح لأن الإباحة لا تجرى فى النفس وسقط القود لشبهة الإذن وكذا لو قال اقتل أخى أو ابنى أو أبى فتلزمه الدية استحسانا كما فى البزازية عن الكفاية . وفيها عن الواقعات لو ابنه صغيرا يقتص . وفى الخانية : بعتك دمى بفلس أو بألف فقتله يقتص . وفى اقتل

الفتاوى . قال الماتن فى آخر قطع الطريق : ويجوز أن يقاتل دون ماله وإن لم يبلغ نصابا ، ويقتل من يقاتله عليه وقال فى المنح عن البحر : استقبله اللصوص ومعه مال لا يساوى عشرة حل له أن يقاتلهم ، لقوله عليه الصلاة والسلام « قاتل دون مالك » واسم المال يقع على القليل والكثير اهـ ساتحانى (قوله بزازية) ونصها قبيل كتاب الوصايا قتله صاحب الدار وبرهن على أنه كابره فدمه هدر ، وإن لم تكن له بينة إن لم يكن المقتول معروفا بالشر والسرقة قتل صاحب الدار قصاصا ، وإن متهما به فى القياس يقتص : وفى الاستحسان تجب الدية فى ماله لورثة المقتول لأن دلالة الحال أورثت شبهة فى القصاص لا المال اهـ (قوله مع ذلك) لا حاجة إليه ط (قوله لقدرته على دفعه الخ) انظر ما إذا لم يقدر المسلمون والقاضى كما هو مشاهد فى زماننا ، والظاهر أنه يجوز له قتله لعموم الحديث ط (قوله مباح الدم) بأن قتل أو زنى ، ومثله ما لو شرب الخمر أو فعل غيره مما يوجب الحد كما ذكره العلامة السندى فى المنسك المتوسط ، وصرح بأن المرتد كذلك ، لكن قدمنا آخر كتاب الحج عن المنتقى بالنون أنه يعرض عليه الإسلام ، فإن أسلم سلم وإلا قتل ونقله القارى فى شرح المنسك عن النتف ، وذكر أنه مخالف لإطلاقهم ، إلا أن يقال إباء المرتد عن الإسلام جناية فى الحرم وهو الظاهر ، ثم ذكر عن البدائع أن الحربى لو التجأ إلى الحرم لا يقتل فيه ولا يخرج عندهما . وقال أبو يوسف : يباح إخراجه منه (قوله فيخرج من الحرم) أى يخرج هو بنفسه (قوله فيقتص منه) وكذا يحد . ففى الخانية عن أبى حنيفة : لا تقطع يد السارق فى الحرم خلافا لهما ، وإن فعل شيئا من ذلك فى الحرم يقام عليه الحد فيه (قوله ولو قتل فى البيت الخ) ومثله سائر المساجد لأن المسجد يصان عن مثل ذلك اهـ رحمتى (قوله بسيف) قيد به لقوله وتجب الدية فى ماله ، فلو قتله بمثقل فالدية على العاقلة ط (قوله فى الصحيح) وبه جزم فى عمدة المفتى ، بل فى مختصر المحيط أنه بالاتفاق كما فى شرح الوهبانية (قوله وسقوط القود) كالاستدراك على قوله لأن الإباحة لا تجرى فى النفس فإن المتبادر منه القصاص ط (قوله وكذا لو قال) أى وكان هو الوارث (قوله لو ابنه صغيرا يقتص) أى قياسا ، والظاهر أن الصغير غير قيد ومثله الأخ ؛

وعبارة البزازية : وفى الواقعات اقتل ابنى وهو صغير فقتله يقتص . ولو قال اقطع يده فقطعها عليه القصاص ولو قال اقتل أخى فقتله وهو وارثه ففى رواية عن الثانى وهو القياس يجب القصاص . وعن محمد عن الإمام الدية وسوى فى الكفاية بين الابن والأخ وقال فى القياس : يجب القصاص فى الكل . وفى الاستحسان تجب الدية ؛ وفى الايضاح ذكر قريبا منه اهـ (قوله فقتله يقتص) لأنه بيع باطل وهو ليس بإذن بالقتل فليس كقوله

أبى عليه دية لابنه : وفى اقطع يده فقطع يده يقتص . وفى : شج ابنى فشجه لاشىء عليه ، فإن مات فعليه الدية (وقيل لا) تجب الدية أيضا وصححه ركن الإسلام كما فى العمادية ، واستظهره الطرسوسى ، لكن رده ابن وهبان :

(كما لو قال : اقتل عبدى أو اقطع يده ففعل فلا ضمان عليه) إجماعا كقوله : اقطع يدى أو رجلى وإن سرى لنفسه ومات لأن الأطراف كالأموال فصح الأمر : ولو قال : اقطعه على أن تعطينى هذا الثوب أو هذه الدراهم فقطع يجب أرش اليد لا القود وبطل الصلح بزازية .

[فروع] هبة القصاص لغير القاتل لا تجوز لأنه لا يجرى فيه التمليك .

عفو الولى عن القاتل أفضل من الصلح والصلح أفضل من القصاص ، وكذا عفو المجروح :

لا تصح توبة القاتل حتى يسلم نفسه للقود وهبانية .

اقتلنى ط (قوله وفى اقطع يده يقتص) لأن ولاية الاستيفاء ليست له بل للأب فلم يكن أمره مسقطا للقصاص رحمتى تأمل (قوله وفى شج ابنى الخ) هذه المسألة لم أرها فى الخانية بل هى مذكورة فى المجتبى : ونصه : ولو أمره أن يشجه فشجه فلا شىء عليه ، فإن مات منها كان عليه الدية اهـ والضمير فى شجه يحتمل عوده على الآمر أو على الابن المذكور فى المجتبى قبله : والثانى هو مافهمه الشارح ، لكن فيه أنه لا يظهر الفرق بين القطع والشجة فليتأمل (قوله وقيل لا الخ) مقابل قوله وتجب الدية فى ماله فى الصحيح (قوله وإن سرى لنفسه ومات) عزا فى التاترخانية إلى شيخ الإسلام : وفيها عن شرح الطحاوى : قال لآخر اقطع يدى ، فإن كان بعلاج كما إذا وقعت فى يده أكلة فلا بأس به ، وإن من غير علاج لا يحل ، ولو قطع فى الحالين فسرى إلى النفس لا يضمن اهـ (قوله ولو قال اقطعه) أى الطرف المفهوم من الأطراف (قوله وبطل الصلح) أى ما رضى به بدلا عن الأرش .

[تنبيه] قال فى الفصل ٣٣ من جامع الفصولين : وقد وقعت فى بخارى واقعة ، وهى رجل قال لآخر ارم السهم إلى حتى آخذه فرمى إليه فأصاب عينه فذهب د قال ح : لم يضمن كما لو قال له اجن على فجنى ، وهكذا أفتى بعض المشايخ به ، وقاسوه على ما لو قال اقطع يدى . وقال صاحب المحيط ؛ الكلام فى وجوب القود ، ولا شك أنه تجب الدية فى ماله لأنه ذكر فى الكتاب : لو تضاربا بالوكز فذهبت عين أحدهما يقاد لو أمكن لأنه عمد ، وإن قال كل منهما لآخر ده ده ، وكذا لو بارزا على وجه الملاعبة أو التعليم فأصابت الخشبة عينه فذهبت يقاد إن أمكن اهـ :

وقال العلامة الرملى فى حاشيته عليه أقول : فى المسألة قولان . قال فى مجمع الفتاوى ولو قال كل واحد لصاحبه ده ده ووكز كل منهما صاحبه وكسر سنه فلا شىء عليه بمنزلة ما لو قال اقطع يدى فقطعها كذا فى الخانية اهـ : والذى ظهر فى وجه ما فى الكتاب أنه ليس من لازم قوله ده ده إباحة عينه لاحتمال السلامة مع المضاربة بالوكزة كاحتمالها مع رمى السهم فلم يكن قوله ارم السهم إلى وقوله ده ده صريحا فى إتلاف عضوه بخلاف قوله اقطع يدى أو اجن على فلم يصح قياس الواقعة عليه ، والمصرح به أن الأطراف كالأموال يصح الأمر فيها تأمل اهـ (قوله لغير القاتل) وكذا للقاتل لوجود العلة فيه أفاده الحموى ، والنظر هل يسقط القصاص فى الصورتين ط ، والظاهر أنه لا يتوقف فى عدم السقوط إذ لا معنى لعدم جوازه إلا ذلك (قوله عفو الولى عن القاتل أفضل) ويبرأ القاتل فى الدنيا عن الدية والقود لأنهما حق الوارث بيرى (قوله لا تصح توبة القاتل حتى يسلم نفسه للقود) أى لا تكفيه التوبة وحدها

الإمام شرط استيفاء القصاص كالحدود عند الأصوليين. وفرق الفقهاء أشباه؛ وفيها فى قاعدة : الحدود تدرأ بالشبهات كالحدود القصاص إلا فى سبع :

يجوز القضاء بعلمه فى القصاص دون الحدود .

القصاص يورث والحد لا .

يصح عفو القصاص لا الحد .

التقادم لا يمنع الشهادة بالقتل ، بخلاف الحد سوى حد القذف .

ويثبت بإشارة أخرس وكتابته ، بخلاف الحد .

تجوز الشفاعة فى القصاص لا الحد .

قال فى تبيين المحارم : واعلم أن توبة القاتل لاتكون بالاستغفار والندامة فقط بل يتوقف على إرضاء أولياء المقتول فإن كان القتل عمدا لا بد أن يمكنهم من القصاص منه ، فإن شاءوا قتلوه ، وإن شاءوا عفوا عنه مجانا ، فإن عفوا عنه كفته التوبة اه ملخصا ، وقدمنا آنفا أنه بالعفو عنه يبرأ فى الدنيا ، وهل يبرأ فيما بينه وبين الله تعالى : هو بمنزلة الدين على رجل فمات الطالب وأبرأته الورثة يبرأ فيما بقى ؛ أما فى ظلمه المتقدم لا يبرأ فكذا القاتل لا يبرأ عن ظلمه ويبرأ عن القصاص والدية تاترخانية .

أقول ؛ والظاهر أن الظلم المتقدم لايسقط بالتوبة لتعلق حق المقتول به ، وأما ظلمه على نفسه بإقدامه على المعصية فيسقط بها تأمل.

وفى الحامدية عن فتاوى الإمام النووى مسألة فيمن قتل مظلوما فاقتص وارثه أو عفا عن الدية أو مجانا هل القاتل بعد ذلك مطالبة فى الآخرة الجواب : ظواهر الشرع تقتضى سقوط المطالبة فى الآخرة اه ، وكذا قال فى تبيين المحارم : ظاهر بعض الأحاديث يدل على أنه لا يطالب : وقال فى مختار الفتاوى : القصاص مخلص من حق الأولياء ، وأما المقتول فيخاصمه يوم القيامة فإن بالقصاص ما حصل فائدة للمقتول وحقه باق عليه اه وهو مؤيد لما استظهرته (قوله وفرق الفقهاء) أى بين القصاص والحدود فيشترط الإمام لاستيفاء الحـدود دون القصاص حموى . قال فى الهندية : وإذا قتل الرجل عمدا وله ولى واحد فله أن يقتله قصاصا قضى القاضى به أو لم يقض اه ط (قوله يجوز القضاء بعلمه فى القصاص) مبنى على أن القاضى يقضى بعلمه فى غير الحدود : والفتوى اليوم على عدم جواز القضاء بعلمه مطلقا حموى اه ط وسيذكره الشارح فى أول جنايات المملوك (قوله القصاص يورث) سيأتى بيانه فى أول باب الشهادة فى القتل (قوله لا الحد) شمل حد القذف ، وهو محمول على ما بعد المرافعة . أما قبلها فهو جائز . وفى الحاوى إذا ثبت الحد لم يجز الإسقاط ، وإذا عفا المقذوف عن القاذف فعفوه باطل ، وله أن يطالب بالحد اه إلا إذا قال لم يقذفنى أو كذب شهودى فانه يصح كما فى البحر عن الشامل والمراد من بطلان العفو أنه إذا عاد وطلبه حد لأن العفو كان لغوا فكأنه لم يخاصم إلى الآن ، وليس المراد أن الإمام له أن يقيمه بعد ذهاب المقذوف وعفوه ، أفاده أبو السعود فى حاشية الأشباه ط (قوله بخلاف الحد) فإن التقادم يمنعه والتقادم فى الشرب بذهاب الريح ، وفى حد غيره بمضى شهر وقد مضى فى الحدود ط (قوله لا الحد) فلا تجوز الشفاعة فيه بعد الوصول للحاكم أما قبل الوصول إليه والثبوت عنده فتجوز الشفاعة عند الرافع له إلى الحاكم ليطلقه لأن الحد لم يثبت كما فى البحر : وفى البيرى قال الأكمل فى حديث « اشفعوا تؤجروا » ولا يتناول الحديث الحدود فتبقى الشفاعة لأرباب الحوائج المباحة كدفع الظلم أو تخليص شخطأ وأمثالهما ، وكذا

السابعة لابد فى القصاص من الدعوى ، بخلاف الحد سوى حد القذف اه :

وفى القنية : نظر فى باب دار رجل ففقأ الرجل عينه لايضمن إن لم يمكنه تنحيته من غير فقئها وإن أمكنه ضمن : وقال الشافعى : لايضمن فيهما :

ولو أدخل رأسه فرماه بحجر ففقأها لايضمن إجماعا ، إنما الخلاف فيمن نظر من خارجها ، والله تعالى أعلم :

باب القود فيما دون النفس

(وهو فى كل ما يمكن فيه رعاية حفظ المماثلة) وحينئذ (فيقاد قاطع اليد عمدا من المفصل) فلو القطع من نصف ساعد أو ساق

العفو عن ذنب ليس فيه حد إذا لم يكن المذنب مصرا ، فإن كان مصرا لا يجوز حتى يرتدع عن الذنب والإصرار اه ومثله فى حاشية الحموى عن شرح مسلم للإمام النووى (قوله السابعة الخ) قال فى الأشباه : تسمع الشهادة بدون الدعوى فى الحد الخالص والوقف وعتق الأمة وحريتها الأصلية ، وفيما تمحض لله تعالى كرمضان ، وفى الطلاق والإيلاء والظهار اه (قوله سوى حد القذف) وكذا حد السرقة لما تقدم فى محله أن طلب المسروق منه المال شرط القطع ، فلو أقر أنه سرق مال الغائب توقف على حضوره ومخاصمته .

[تنبيه] زاد الحموى ثامنة ، وهى اشتراط الإمام لاستيفاء الحدود دون القصاص . قال أبو السعود ويزاد تاسعة وهى جواز الاعتياض فى القصاص بخلاف حد القذف حتى لو دفع القاذف مالا للمقذوف ليسقط حقه فإنه يرجع به اه . أقول : ويزاد عاشرة ، وهى صحة رجوعه عن الإقرار فى الحد (قوله لا يضمن إجماعا) لأنه شغل ملكه ، كما لو قصد أخذ ثيابه فدفعه حتى قتله لم يضمن منح عن القنية .

وفى معراج الدراية : ومن نظر فى بيت إنسان من ثقب أو شق باب أو نحوه فطعنه صاحب الدار بخشبة أو رماه بحصاة ففقأ عينه يضمن عندنا . وعند الشافعى لا يضمن ، لما روى أبو هريرة رضى الله تعالى عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال ولو أن امرأ اطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة وفقأت عينه لم يكن عليك جناح ، :

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « فى العين نصف الدية » وهو عام ، ولأن مجرد النظر إليه لا يبيح الجناية عليه كما لو نظر من الباب المفتوح وكما لو دخل بيته ونظر فيه أو نال من امرأته مادون الفرج لم يجز قلع عينه ، لأن قوله عليه الصلاة والسلام « لا يحل دم امرئ مسلم » الحديث يقتضى عدم سقوط عصمته ، والمراد بما روى أبو هريرة المبالغة فى الزجر عن ذلك اه ومثله فى ط عن الشمنى ، وقوله وكما لو دخل بيته الخ مخالف لما ذكره الشارح إلا أن يحمل ما ذكره على ما إذا لم يمكن تنحيته بغير ذلك ، وما هنا على ما إذا أمكن فليتأمل ، والله تعالى أعلم :

باب القود فيما دون النفس

لما فرغ من بيان القصاص فى النفس أتبعه بما هو بمنزلة التبع وهو القصاص فى الأطراف عناية ، ثم اعلم أنه لايقاد جرح إلا بعد برئه خلافا للشافعى كما سيأتى آخر الشجاج (قوله رعاية حفظ المماثلة) الأولى الاقتصار على المتن ، فإن الرعاية الحفظ ط (قوله فيقاد الخ) أى سواء حصل الضرب بسلاح أو غيره ، لما قدمه أنه ليس فيما دون النفس شبه عمد (قوله من المفصل) وزان مسجد أحد مفاصل الأعضاء مصباح (قوله من نصف ساعد الخ) .

أو من قصبة أنف لم يقد لامتناع حفظ المماثلة وهى الأصل فى جريان القصاص (وإن كانت يده أكبر منها) لاتحاد المنفعة (وكذا) الحكم فى (الرجل والمارن والأذن، و) كذا (عين ضربت فزال ضوؤها وهى قائمة) غير منخسفة (فيجعل على وجهه قطن رطب وتقابل عينه بمرآة محماة، ولو قلعت لا) قصاص لتعذر المماثلة.

وفى المجتبى: فقأ اليمنى ويسرى الفاقئ ذاهبة اقتص منه وترك أعمى: وعن الثانى لا قود فى فقء عين حولاء

المراد به مالا يكون من المفصل (قوله أو من قصبة أنف) أى بمن عطفا على من الأولى لا على ساعد لأنه لاقصاص بقطع القصبة كلها أو نصفها لأنها عظم كما فى الجوهرة (قوله لامتناع حفظ المماثلة) لأنه قد يكسر زيادة من عضو الجانى أو يقع خلل فيه زائلة ط (قوله وإن كانت يده أكبر منها) أى من المقطوعة، وهذا بخلاف ماإذا شجه موضحة فأخذت الشجة مابين قرنى المشجوج ولا تأخذ مابين قرنى الشاج لكبر رأسه حيث اعتبر الكبر، وخير المشجوج بين الاقتصاص بمقدار شجته وبين أخذ أرش الموضحة، لأن المعتبر فى ذلك الشين، وبالاقتصاص بمقدارها يكون الشين فى الثانية أقل، وبأخذه مابين قرنى الشاج زيادة على حقه فانتفت المماثلة صورة ومعنى، فإن شاء استوفاها معنى وهو بمقدار شجته ويترك الصورة؛ وإن شاء أخذ أرشها: أما اليد الكبيرة والصغيرة فمنفعتهما لاتختلف عناية وغيرها، وقيد بالكبر لأنه لاتقطع الصحيحة بالشلاء ولا اليمين باليسرى وعكسه كما فى الجوهرة ويأتى تمامه (قوله والمارن) هو مالان من الأنف، واحترز به عن القصبة كما مر: قال ط: وإذا قطع بعضه لايجب ذخيرة: وفى الأرنبة حكومة عدل على الصحيح خزانة المفتين؛ وإن كان أنف القاطع أصغر خير المقطوع أنفه الكبير إن شاء قطع وإن شاء أخذ الأرش محيط: وكذا إذا كان قاطع الأنف أخشم لايجد الريح، أو أصرم الأنف أو بأنفه نقصان من شىء أصابه فإن المقطوع مخير بين القطع وبين أخذ دية أنفه ظهيرية اهـ (قوله والأذن) أى كلها، وكذا بعضها إن كان للقطع حد يعرف تمكن فيه المماثلة وإلا سقط القصاص إتقانى، ولو كانت أذن القاطع صغيرة أو خرقاء أو مشقوقة والمقطوعة كبيرة أو سالمة خير المجنى عليه، إن شاء قطع وإن شاء ضمن نصف الدية وإن كانت المقطوعة ناقصة كان له حكومة عدل تاترخانية (قوله وكذا عين الخ) ولو كبيرة بصغيرة وعكسه، وكذا يقتص من اليمنى باليسرى لابالعكس بل فيه الدية خلافا للخانية: ولو ذهب بياضها ثم أبصر فلا شىء عليه أى إن عاد كما كان، فلو دونه فحكومة كما لو ابيضت مثلا كما فى القهستانى عن الذخيرة در منتقى.

أقول: قوله وكذا يقتص الخ فى القهستانى خلافه: والذى فى الخانية هو مايذكره عن المجتبى قريبا. وفى الجوهرة أجمع المسلمون على أنه لاتؤخذ العين اليمنى باليسرى ولا اليسرى باليمنى اهـ ويأتى تمامه قريبا فتنبه (قوله فزال ضوؤها) قال بعضهم: يعرف ذلك إذا أخبر رجلان من أهل العلم به. وقال ابن مقاتل بأن لاتدمع إذا قوبلت مفتوحة للشمس (قوله فيجعل الخ) هذه الحادثة وقعت فى زمن عثمان رضى الله تعالى عنه فشاور الصحابة فلم يجيبوه حتى جاء على وقضى بالقصاص وبين هكذا ولم ينكر عليه فاتفقوا عليه معراج (قوله بمرآة) بكسر الميم ومد الهمزة: آلة الرؤية. ورأيت بخط بعض العلماء أن المراد بها هنا فولاذ صقيل يرى به الوجه لا المرآة المعروفة من الزجاج (قوله وعن الثانى الخ) عبارة المجتبى: ولو فقأ عينا حولاء والحول لايضر ببصره يقتص منه وإلا ففيه حكومة عدل. عن أبى يوسف: لاقصاص فى فقء العين الحولاء مطلقا اهـ، وظاهره ترجيح الأول، وعليه اقتصر فى الخانية نقلا عن أبى الحسن، لكن قال قبله بورقة: ولا قصاص فى عين الأحول، وظاهره الإطلاق، وعادته تقديم ماهو الأشهر فلذا اقتصر عليه الشارح، وكذا ظاهر كلام الشرنبلالية المهل إليه فافهم.

[تنبيه] ضرب عين إنسان فابيضت بحيث لايبصر بها لاقصاص فيه عند عامة العلماء لتعذر المماثلة فقأ عين

(و) كذا هو أيضا (فى كل شجة يراعى) ويتحقق (فيها المماثلة) كموضحة :

(ولا قود فى عظم إلا السن وإن تفاوتا) طولا أو كبرا لما مر (فتقلع إن قلعت ؛ وقيل تبرد إلى) اللحم (موضع أصل السن) ويسقط ما سواه لتعذر المماثلة إذ ربما تفسد لهاته ، وبه أخذ صاحب الكافى . قال المصنف وفى المجتبى وبه يفتى (كما تبرد) إلى أن يتساويا إن كسرت .

رجل وفى عين الفاقئ بياض ينقصها فللرجل أن يفقأ البيضاء أو أن يأخذ أرش عينه : جنى على عين فيها بياض يبصر بها وعين الجانى كذلك فلا قصاص بينهما . وفى العين القائمة الذاهب نورها حكومة عدل ، وكذا لو ضربها فابيض بعض الناظر أو أصابها قرحة أو ريح أو سبل أو شىء مما يهيج بالعين فنقص من ذلك تاترخانية (قوله كموضحة) هى التى توضح العظم : أى تظهره ، وكذا يجب القصاص فيما دونها فى ظاهر الرواية كما سيأتى فى الشجاج (قوله إلا السن) استثناء متصل أو منقطع ، فإن الأطباء اختلفوا فقيل إنه عصب يابس لأنه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ؛ وقيل عظم وكأنه وقع هنا صاحب الهداية أنه عظم ، حتى قال : والمراد منه غير السن ، وعليه فالاستثناء متصل : والفرق بينه وبين غيره إمكان المساواة بأن يبرد بالمبرد معراج وعناية (قوله لما مر) أى من اتحاد المنفعة وفيه إشارة إلى أنها أصلية سليمة . ففى القهستانى : أل للعهد أى سن أصلية فلا قصاص فى السن الزائدة اهـ أى بل فيها حكومة عدل كما فى التاترخانية . وفيها أيضا : وسن الجانى سوداء أو صفراء أو حمراء أو خضراء ، إن شاء المجنى عليه اقتص أو ضمنه أرش سنه خمسمائة ، ولو المعيب سن المجنى عليه فله الأرش حكومة عدل ولا قصاص (قوله موضع أصل السن) بدل مما قبله ط (قوله ويسقط ماسواه) أى ما كان داخلا فى اللحم (قوله إذ ربما تفسد لهاته) أى لو قلع ، والتعبير باللهاة وقع فى النهاية وتبعه الزيلعى والمصنف والشارح ، والصواب لثاته كما وقع فى الكفاية ، قال فى المغرب : اللهاة لحمة مشرفة على الحلق ، وقوله من تسحر بسويق لابد أن يبقى بين أسنانه ولهاته شىء كأنه تصحيف لثاته وهى لحمات أصول الأسنان اهـ (قوله وبه أخذ صاحب الكافى) أى بالقول بالبرد وعليه مشى شراح الهداية ، وعزوه إلى الذخيرة والمبسوط ، وتبعهم فى الجوهرة والتبيين ، ولم يتعرضوا للقول بالقلع أصلا ، بل قالوا لا تقلع وإنما تبرد مع أنه فى الهداية قال : ولو قلع من أصله يقلع الثانى فيتماثلان ، وكأن الشراح لم يرتضوا به لكن مشى عليه فى مختصر الوقاية والملتقى والاختيار والدرر وغيرها . ونقل الطورى عن المحيط أن فى المسألة روايتين : ونقل بعضهم عن المقدسى أنه قال : ينبغى اختيار البرد خصوصا عند تعذر القلع ، كما لو كانت أسنانه غير مفلجة بحيث يخاف من قلع واحد أن يتبعه غيره أو أن تفسد اللثة اهـ .

قلت : يؤيده ما فى شرح مسكين عن الخلاصة : النزع مشروع ، والأخذ بالمبرد احتياط اهـ (قوله قال المصنف الخ) لم أره فى المنح ولا فى المجتبى (قوله كما تبرد إلى أن يتساويا إن كسرت) هذا إذا لم يسود الباقى وإن اسود لا يجب القصاص ، فإن طلب المجنى عليه استيفاء قدر المكسورة وترك ما اسود لا يكون له ذلك : وفى ظاهر الرواية إذا كسر السن لا قصاص فيه خانية ، وسيأتى فى كتاب الديات : وفى البزازية قال القاضى الإمام : وفى كسر بعض السن إنما يبرد بالمبرد إذا كسر عن عرض ، أما لو عن طول ففيه الحكومة اهـ شرنبلالية : وفى التاترخانية إن كسر مستويا يمكن استيفاء القصاص منه اقتص وإلا فعليه أرش ذلك ، فى كل سن خمس من الإبل أو الورق اهـ فعلم تقييده أيضا بما إذا أمكن فيه المساواة :

وفى الخانية ضرب سن رجل فاسود فنزعها آخر فعلى الأول أرش تام خمسمائة وعلى الثانى حكومة عدل اهـ :

وفى المجتبى : يؤجل حولا ، فإن لم تثبت يقتص . وقيل يؤجل الصبى لا البالغ ، فلو مات الصبى فى الحول برئ . وقال أبو يوسف : فيه حكومة عدل ، وكذا الخلاف إذا أجل فى تحريكه فلم يسقط ، فعند أبى يوسف تجب حكومة عدل الألم : أى أجر القلاع والطبيب اه وسنحققه :

(وتؤخذ الثنية بالثنية والناب بالناب ، ولا يؤخذ الأعلى بالأسفل ولا الأسفل بالأعلى) مجتبى :

والحاصل أنه لا يؤخذ عضو إلا بمثله :

(و) لا قود عندنا فى (طرفى رجل وامرأة و) طرفى (حر وعبد و) طرفى (عبدين) لتعذر المماثلة

وفيها : كسر ربع سن رجل وربع سن الكاسر(١) مثل سن المكسور ذكر ابن رستم أنه يكسر من الكاسر ، ولا يعتبر فيه الصغر والكبر بل يكون على قدر ماكسر ، وكذا لو قطع أذن إنسان أو يده وأذن القاطع أو يده أطول اه :

[تنبيه] قال فى الخلاصة : ولو كسر بعض السن فسقط الباقى لايجب القصاص فى المشهور من الرواية ، ولو ضربها فتحركت ولم تتغير فقلعها آخر فعلى كل حكومة عدل اه (قوله فإن لم تثبت يقتص) أى فيما إذا قلعت ؛ وذكر فى المجتبى أيضا أنه إذا كسر بعضها ينتظر حولا ، فإذا لم تتغير تبرد، وكذا ذكر فيما إذا تحركت ينتظر حولا فإن احمرت أو اخضرت أو اسودت تجب ديتها فى ماله قال : وفى الاصفرار اختلاف المشايخ (قوله وقيل يؤجل الصبى) عبارة المجتبى والأصل عندنا أنه يستأنى فى الجنايات كلها عمدا كان أو خطأ ومحمد ذكر الاستيناء فى التحريك دون القلع :

واختلف فى القلع : قال القدورى : يستأنى الصبى دون البالغ ، وقيل يستأنى فيهما اه . ونقل ط عن الظهيرية إن ضرب سن رجل فسقطت ينتظر حتى يبرأ موضع السن ولا ينتظر حولا إلا فى رواية المجرد ، والصحيح هو الأول لأن نبات سن البالغ نادر اه وسينقله الشارح فى الشجاج عن الخلاصة والنهاية ، ويأتى تحقيقه هناك إن شاء الله تعالى (قوله فلو مات الصبى فى الحول برئ) أى لو مات الصبى قبل تمام السنة فلا شىء على الجانى عند أبى حنيفة مجتبى (قوله وكذا الخلاف الخ) قال فى المجتبى : إذا استأنى فى التحريك فلم يسقط فلا شىء عليه وقال أبو يوسف : تجب حكومة عدل الألم : أى أجر القلاع والطبيب ، وإن سقط يجب القصاص فى العمد ، والدية فى الخطأ ، فإن قال الضارب سقط لابضربتى فالقول للمضروب استحسانا اه زاد فى التاترخانية : وليس هذا فى شىء من الجنايات إلا فى السن للأثر ، فإن جاء بعد السنة والسن ساقط فقال الضارب سقط فى السنة فالقول للمضروب أنها سقطت من ضربه ، وإن قال بعد السنة فالضارب (قوله حكومة عدل الألم) حكومة العدل بمعنى الأرش فكأنه قال أرش الألم اه ح ، أو يقال الإضافة بيانية ، أى حكومة هى عدل الألم : أى مايعادله من الدراهم تأمل (قوله أى أجر القلاع) الذى رأيته فى التاترخانية أجر العلاج (قوله وسنحققه) أى فى أثناء فصل الشجاج وفى آخره (قوله والحاصل الخ) أفاد أن ذلك ليس خاصا فى السن بل غيرها كذلك .

قال فى الجوهرة : وأجمع المسلمون على أنه لا تؤخذ العين اليمنى باليسرى ولا اليسرى باليمنى وكذا اليدان والرجلان وكذا أصبعهما ، ويؤخذ إبهام اليمنى باليمنى والسبابة بالسبابة والوسطى بالوسطى ، ولا يؤخذ شىء من أعضاء اليمنى إلا باليمنى ولا اليسرى إلا باليسرى اه (قوله ولا قود عندنا الخ) فيجب الأرش فى ماله حالا جوهرة (قوله فى طرفى رجل وامرأة) عبارة القدورى : ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس الخ :

---

(١) (قوله وربع سن الكاسر) أقول : الظاهر أن لفظة ربع زائدة اه مؤلفه .

بدليل اختلاف دينهم وقيمتهم والأطراف كالأموال ه

قلت : هذا هو المشهور ، لكن فى الواقعات : لو قطعت المرأة يد رجل كان له القود لأن الناقص يستوفى بالكامل إذا رضى صاحب الحق ، فلا فرق بين حر وعبد ولا بين عبدين وأقره القهستانى والبرجندى :

(وطرف المسلم والكافر سيان) للتساوى فى الأرش : وقال الشافعى : كل من يقتل به يقطع به ومالا فلا (و) لا فى (قطع يد من نصف الساعد) لما مر (و) لا فى (جائفة برئت) فلو لم تبرأ ، فإن سارية يقتص وإلا ينتظر البرء أو السراية ابن كمال (ولسان وذكر) ولو من أصلهما به يفتى شرح وهبانية ، وأقره المصنف لأنه ينقبض وينبسط .

قلت : لكن جزم قاضيخان بلزوم القصاص ، وجعله فى المحيط قول الإمام : ولنصه قال أبو حنيفة :

ومفاده أن المراد بالطرف مادون النفس فيشمل السن والعين والأنف ونحوها ، وهو مفاد الدليل الآتى :

وفى الكفاية : فإن قيل قوله تعالى — والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن — مطلق يتناول واضع النزاع . قلنا : قد خص منه الحربى المستأمن والعام إذا خص يجوز تخصيصه بخبر الواحد اه :

وفى الشرنبلالية عن المحيط : قيل لا يجرى القصاص فى الشجاج بين الرجل والمرأة لأن مبناه على المساواة فى المنفعة والقيمة ولم توجد : وقيل يجرى ، ونص عليه محمد فى المبسوط لأن فى قطع الأطراف تفويت المنفعة وإلحاق الشين وقد تفاوتا ، وليس فى هذه الشجاج تفويت منفعة ، وإنما هو إلحاق الشين وقد تساويا فيه اه واقتصر فى الاختيار على الثانى فتأمل (قوله بدليل الخ) قال الزيلعى: ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال لأنها وقاية الأنفس كالأموال ، ولا مماثلة بين طرفى الذكر والأنثى للتفاوت بينهما فى القيمة بتقويم الشارع ، ولا بين الحر والعبد ، ولا بين العبدين للتفاوت فى القيمة ، وإن تساويا فيها فذلك بالحزر والظن وليس بيقين فصار شبهة فامتنع القصاص ، بخلاف طرفى الحرين لأن استواءهما متيقن بتقويم الشرع ، وبخلاف الأنفس لأن القصاص فيها يتعلق بإزهاق الروح ولا تفاوت فيه اه ؛ وبه يحصل الجواب عن قول الإمام الشافعى الآتى حيث ألحق الأطراف بالأنفس (قوله قلت هذا هو المشهور) وهو المذكور فى الشروح والمستفاد من إطلاق المتون فكان هو المعتمد :

وقد ذكر فى الكفاية الفرق بين عدم جواز استيفاء الناقص بالكامل هنا وبين جوازه فيما يأتى إذا كان القاطع أشل أو ناقص الأصابع بما حاصله لأن النقصان هنا أصلى فيمنع القصاص لفوات محله وفيما يأتى كان التساوى ثابتا فى الأصل والتفاوت بأمر عارض (قوله ولا بين عبدين) فلصاحب العبد الأعلى اختيار الاستيفاء من الأدنى ط (قوله وطرف المسلم والكافر) أى وطرف الكافر : أى الذمى سيان أى متساويان فيجرى فيهما القصاص ، وكذا بين المرأتين المسلمة والكتابية ، وكذا بين الكتابيتين جوهرة (قوله ولا فى قطع يد الخ) أى بل فيه حكومة عدل إتقانى (قوله لما مر) أى من امتناع رعاية المماثلة ط (قوله ولا فى جائفة برئت) لأن البرء نادر فيفضى الثانى إلى الهلاك ظاهرا هداية : والجائفة : هى التى تصل إلى البطن من الصدر أو الظهر أو البطن فلا قصاص لانتفاء شرطه بل يجب ثلث الدية ، ولا تكون الجائفة فى الرقبة والحلق واليدين والرجلين ، ولو فى الأنثيين والدبر فهى جائفة إتقانى (قوله فإن سارية) بأن مات منها . والأخصر أن يقال فلو لم تبرأ ينتظر البرء أو السراية فيقتص (قوله به يفتى) وهو الصحيح قهستانى عن المضمرات ، وهو مفاد إطلاق المتون ولا سيما والاستثناء من أدوات العموم وهو قولهم إلا أن يقطع الحشفة فيفيد أن لا قصاص فى قطع غيرها أصلا (قوله لكن جزم قاضيخان بلزوم القصاص) يعنى فى الذكر وحده إذا قطع من أصله لا فى اللسان فإنه قال فى الخانية : رجل قطع

إن قطع الذكر ذكره من أصله أو من الحشفة اقتص منه إذ له حد معلوم ، وأقره فى الشرنبلالية فليحفظ (إلا أن يقطع) كل (الحشفة) فيقتص ، ولو بعضها لا ، وسيجيء ما لو قطع بعض اللسان .

(ويجب القصاص فى الشفة إن استقصاها بالقطع) لإمكان المماثلة (وإلا) يستقصها (لا) يقتص مجتبى وجوهرة : وفى لسان أخرس وصبى لا يتكلم حكومة عدل (فإن كان القاطع أشل أو ناقص الأصابع أو كان رأس الشاج أكبر) من المشجوج (خير المجنى عليه بين القود و) أخذ (الأرش) وعلى هذا فى السن وسائر الأطراف التى تقاد إذا كان طرف الضارب والقاطع معيبا يتخير المجنى عليه بين أخذ المعيب والأرش كاملا . قال برهان الدين هذا لو الشلاء ينتفع بها ، فلو لم ينتفع بها لم تكن محلا للقود ، فله دية كاملة بلا خيار ، وعليه

لسان إنسان ذكر فى الأصل أنه لا قصاص فيه : وقال أبو يوسف : لا قصاص فى بعض اللسان اه :

ثم قال فى الخانية : وفى قطع الذكر من الأصل عمدا قصاص ، وإن قطع من وسطه فلا قصاص فيه وهذا فى ذكر الفحل ، فأما فى ذكر الخصى والعنين حكومة عدل . وفى ذكر المولود إن تحرك يجب القصاص إن كان عمدا ، والدية إن كان خطأ ، وإن لم يتحرك كان فيه حكومة عدل . ولا قصاص فى قطع اللسان اه فقد فرق بين اللسان والذكر كما ترى ، ولعله لعسر استقصاء اللسان من أصله ، بخلاف الذكر ، لكن قاضيخان نفسه حكى فى شرحه على الجامع الصغير رواية أبى يوسف فى الذكر واللسان وصحح قول الإمام ، فإنه قال فيما إذا قطع ذكر مولود بدا صلاحه بالتحرك ، وإن قطع الذكر من أصله عمدا اختلفت الروايات فيه : روى بشر عن أبى يوسف أنه يجب فيه القصاص . وروى محمد عن أبى حنيفة عدمه اه ملخصا . ثم قال : وإن قطع لسان صبى قد استهل ففيه حكومة عدل لأنه لم يعرف صلاحه بالدليل ، وإن تكلم ففيه دية كاملة ، ولم يذكر فيه القود فدل على أنه لا يجب القصاص فى اللسان قطع كله أو بعضه وهكذا روى عن أبى حنيفة . وعن أبى يوسف : إذا قطع الكل يجب القصاص ، والصحيح قول أبى حنيفة اه وقد علمت أن قول الإمام هو ظاهر إطلاق المتون : وفى القهستانى أنه ظاهر الرواية . وفى تصحيح العلامة قاسم والصحيح ظاهر الرواية (قوله إن قطع الذكر ذكره من أصله) كذا فى عامة النسخ ولفظ الذكر ساقط من عبارة الشرنبلالية ، والمراد به الرجل وهو فاعل قطع وذكره مفعوله أى ذكر رجل آخر ، واحترز بذلك عما لو كان القاطع أو المقطوع امرأة فإنه لا قصاص كما لا يخفى (قوله وأقره فى الشرنبلالية) لكن قال الشرنبلالى فى شرحه على الوهبانية : والفتوى على أنه لا قصاص فى اللسان والذكر وهو قول الجمهور كما فى الهداية وغيرها اهـ (قوله وسيجيء) أى فى أول كتاب الديات (قوله فإن كان القاطع أشل) أى فى حال القطع ، أما إذا كانت يد القاطع صحيحة ثم شلت بعد القطع فلا حق للمقطوع فى الأرش لأن حق المقطوع كان متقررا فى اليد فيسقط بقدر هلاك المحل اه ط عن الولوالجية (قوله أو كان رأس الشاج أكبر) بأن كانت الشجة تستوعب ما بين قرنى المشجوج دون الشاج ، وفى عكسه يخير أيضا لأنه يتعذر الاستيفاء كملا للتعدى إلى غير حقه ، وكذا إذا كانت الشجة فى طول الرأس وهى تأخذ من جبهته إلى قفاه ولا تبلغ إلى قفا الشاج فهو بالخيار هداية (قوله خير المجنى عليه الخ) لأن استيفاء الحق كملا متعذر فله أن يتجوز بدون حقه ، وله أن يعدل إلى العوض :

ولو سقطت : أى يد الجانى لآفة قبل اختيار المجنى عليه أو قطعت ظلما فلا شيء عندنا لأن حقه متعين فى القصاص ، وإنما ينتقل إلى المال باختياره فيسقط بفواته ، بخلاف ما إذا قطعت بحق عليه من قصاص أو سرقة حيث يجب عليه الأرش لأنه : أى الجانى أوفى به حقا مستحقا فصارت سالمة له هداية : قال الزيلعى : بخلاف

الفتوى مجتبى . وفيه : لا تقطع الصحيحة بالشلاء .

(ويسقط القود بموت القاتل) لفوات المحل (ويعفو الأولياء ويصلحهم على مال ولو قليلا، ويجب حالا) عند الإطلاق (وبصلح أحدهم وعفوه ، ولمن بقي) من الورثة (حصته من الدية) في ثلاث سنين على القاتل هو الصحيح ، وقيل على العاقل ملتقى .

(أمر الحر القاتل وسيد) العبد (القاتل رجلا بالصلح عن دمهما) الذي اشتركا فيه (على ألف ففعل المأمور الصلح عن دمهما (فالألف على) الحر والسيد (الآمرين نصفان) لأنه مقابل بالقود وهو عليهما سوية فبدله كذلك .

(ويقتل جمع بمفرد إن جرح كل واحد جرحا مهلكا) لأن زهوق الروح يتحقق بالمشاركة لأنه غير متجزئ

النفس إذا وجب على القاتل القصاص لغيره فقتل به حيث لا يضمن لأنها ليست بمعنى المال فلم تسلم له (قوله مجتبى) نقله عنه في المعراج وأقره ، وذكره في التاترخانية أيضا (قوله لا تقطع الصحيحة بالشلاء) هذا نظير ماقدمه من أنه لا تقاد العين الصحيحة بالحولاء .

وفي التاترخانية إذا كان باليد المقطوعة جراحة لا توجب نقصان دية اليد بأن كان نقصانا لا يوهن في البطش فإنه لا يمنع وجوب القصاص ، وإن كان يوهن حتى يجب بقطعه حكومة عدل لا نصف الدية كان بمنزلة اليد الشلاء ، ولا تقطع الصحيحة بالشلاء اهـ ملخصا (قوله ويسقط القود بموت القاتل) ولا يجب للولي شيء من التركة قهستاني ، وكذا يسقط فيما دون النفس كما هو ظاهر أفاده الرملي ، وقدمنا آنفا أنه يسقط أيضا لو تلفت يد القاطع لآفة أو ظلما لا أو بحق (قوله ولو قليلا) بخلاف الخطإ فإن الدية مقدرة شرعا والصلح على أكثر منها ربا . وأما القصاص فليس بمال فكان التقويم بالعقد فيتقوم بقدر ما أوجبه الصلح قل أو كثر معراج ، وبه ظهر أن الظاهر أن يقول ولو كثيرا ليكون إشارة إلى الفرق بين الخطإ والعمد تدبر (قوله ويجب حالا عند الإطلاق) لأنه ثبت بعقد والأصل في مثله الحلول كثمن ومهر حموي ، وأشار بقوله عند الإطلاق إلى أنه لا يتأجل إلا بالشرط أفاده البدر العيني آخر فصل الشجاج ط (قوله وقيل على العاقلة) جرى عليه في الاختيار وشرح المجمع ، ورده محشيه العلامة قاسم بما في الأصل والجامع الصغير والمبسوط والمحيط والهداية والكافي وسائر الكتب أنه على القاتل في ماله : قال : وهو الثابت رواية ودراية ، وتمامه في ط ، وكذا رده في تصحيحه بأنه ليس قولا لأحد مطلقا (قوله بالصلح) متعلق بأمر (قوله إن جرح كل واحد جرحا مهلكا) أي معا لا متعاقبا كما يعلم من قوله قبل هذا الباب قطع عنقه وبقي من الحلقوم قليل الخ :

وفي الجوهرة : إذا جرحه جراحة لا يعيش معها وجرحه آخر أخرى فالقاتل هو الأول ، وهذا إذا كانت الجراحتان على التعاقب ، فلو معا فهما قاتلان اهـ زاد في الخلاصة : وكذا لو جرحه رجل عشر جراحات والآخر واحدة فكلاهما قاتلان لأن المرء قد يموت بواحدة ويسلم من الكثير :

وفي القهستاني عن الخانية : لو قتلا رجلا أحدهما بعصا والآخر بحديد عمدا لا قصاص وعليهما الدية مناصفة :

وفي حاشية أبي السعود : ولو جرح جراحات متعاقبة ومات ولم يعلم المثخن منها وغير المثخن يقتص من الجميع لتعذر الوقوف على المثخن وغيره كما في فتاوى أبي السعود أي مفتي الروم ، وأما إذا وقف على المثخن وغيره ولا يكون إلا قبل موته فالقصاص على الذي جرح جرحا مهلكا كما في الخلاصة والبزازية اهـ (قوله لأنه غير متجزئ) واشترك الجماعة فيما لا يتجزأ يوجب التكامل في حق كل واحد منهم فيضاف إلى كل واحد منهم

بخلاف الأطراف كما سيجىء (وإلا لا) كما فى تصحيح العلامة قاسم . وفى المجتبى : إنما يقتلون إذا وجد من كل جرح يصلح لزهوق الروح ، فأما إذا كانوا نظارة أو مغرين أومعينين بإمساك واحد فلا قود عليهم ، والأولى أن يعرف الجمع بلام العهد ؛ فإنه لو قتل فرد جمع أحدهم أبوه أو مجنون سقط القود قهستانى :

(و) يقتل (فرد بجمع اكتفاء) به للباقين خلافا للشافعى (إن حضر وليهم ، فإن حضر) ولى (.واحد قتل به وسقط) عندنا (حق البقية كموت القاتل) حتف أنفه لفوات المحل كما مر :

(قطع رجلان) فأكثر (يد رجل) أو رجله أو قلعا سنه ونحو ذلك مما دون النفس جوهرة (بأن أخذا سكينا وأمراها على يده حتى انفصلت فلا قصاص) عندنا (على واحد منهما) أو منهم لانعدام المماثلة لأن الشرط فى الأطراف المساواة فى المنفعة والقيمة ، بخلاف النفس فإن الشرط فيها المساواة فى العصمة فقط درر (. وضمنا) أو ضمنوا (ديتها) على عددهم بالسوية (وإن قطع واحد يمينى رجلين فلهما قطع يمينه ودية يد) بينهما إن

كلا كأنه ليس معه غيره كولاية الإنكاح زيلعى وذكر أنه ثبت بإجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم (قوله بخلاف الأطراف) فإن القطع فيها يتجزأ فلا تقطع الجماعة بقطع الواحد كما سيجىء قريبا (قوله وإلا لا) شامل لما إذا جرح البعض جرحا مهلكا والبعض جرحا غير مهلك ومات فالقود على ذى الجرح المهلك وعلى الباقين التعزير ، وهل يجب عليهم شىء غير التعزير يحرر ، وشامل لما إذا جرح كل جرحا غير مهلك أفاده ط : وأقول : الظاهر فى الثانية وجوب الدية عليهم لو عمدا ، أو على عاقلتهم لو غير عمد تأمل (قوله نظارة) بفتح النون وتشديد الظاء المعجمة . قال فى القاموس : القوم ينظرون إلى الشىء (قوله أو مغرين) من الإغراء : أى حاملين له على قتله (قوله فلا قود عليهم) أى ولا دية ط ، بخلاف ما إذا قطع الطريق واحد واستعد الباقون لمعاونته حيث يجرى حد قطاع الطريق على جميعهم أبوالسعود عن الشيخ حميد الدين (قوله بلام العهد) أى الجمع المعهود فى ذهن الفقيه وهو الجمع الذى لم يكن معه من لا يجب عليه القود كما مر بيانه ويأتى قريبا .

[تتمة] عفا الولى عن أحد القاتلين أو صالحه لم يكن له أن يقتص غيره كما فى جواهر الفقه وغيره ، لكن فى قاضيخان وغيره أن له اقتصاصه قهستانى ؟

قلت : وبالثانى أفتى الرملى كما فى أول الجنايات من فتاواه (قوله خلافا للشافعى) حيث قال : يقتل بالأول منهم إن قتلهم على التعاقب ، ويقضى بالدية لمن بعده فى تركته ، وإن قتلهم جميعا معا أو لم يعرف الأول منهم يقرع بينهم ويقضى بالقود لمن خرجت له القرعة وبالدية للباقين ، وقيل لهم جميعا وتقسم الديات بينهم منح (قوله كما مر) أى قريبا (قوله بأن أخذ الخ) قيد به ، لأنه لو أمر أحدهما السكين من جانب والآخر من جانب آخر حتى التقى السكينان فى الوسط وبانت اليد لا يجب القود على واحد منهما اتفاقا إذ لم يوجد من كل منهما إمرار السلاح إلا على بعض العضو زيلعى (قوله عندنا) وعند الشافعى تقطع يداهما اعتبارا بالأنفس (قوله لانعدام المماثلة الخ) بيانه أن كل واحد منهما قاطع للبعض لأن ما قطع بقوة أحدهما لم ينقطع بقوة الآخر فلا يجوز أن يقطع الكل بالبعض ولا الثنتان بالواحدة لانعدام المساواة ، فصار كما إذا أمر كل واحد من جانب زيلعى ، وانظر ما فى المنح (قوله والقيمة) أى الدية (قوله بخلاف النفس الخ) ولهذا لا تقطع الصحيحة بالشلاء ، ولا يد الحر بعبد أو امرأة ، وتقتل النفس السالمة عن العيوب بقتل المعيبة ، وكذا الإثنان بالواحد فلا يصح القياس على النفس (قوله يمينى رجلين) قيد به لأنه إذا قطع يمين رجل ويسار آخر تقطع يداه لهما جميعا ، وكذلك لو قطعهما من رجل واحد لعدم التضايق ووجود المماثلة إتقانى (قوله فلهما قطع يمينه الخ) سواء قطعهما معا أو على التعاقب . وقال الشافعى : فى التعاقب

حضرا معا (وإن أحضرا أحدهما وقطع له فللآخر عليه) أى على القاطع (نصف الدية) لما مر أن الأطراف ليست كالنفوس :

(ولو قضى بالقصاص بينهما ثم عفا أحدهما قبل استيفاء الدية فللآخر القود) وعند محمد له الأرش (ويقاد عبد أقر بقتل عمدا) خلافا لزفر (ولو أقر بخطأ) أو بمال (لم ينفذ إقراره) على مولاه ، بل يكون فى رقبته إلى أن يعتق كما نقله المصنف عن الجوهرة . قال : وظاهر كلام الزيلعى بطلان إقراره بالخطإ أصلا يعنى لا فى حقه ولا فى حق سيده ، ونحوه فى أحكام العبيد من الأشباه معللا بأن موجبه الدفع أو الفداء اهـ فتأمله ،

يقطع بالأول ، وفى القران يقرع هداية (قوله أى على القاطع) أى قاطع الرجلين (قوله نصف الدية) خمسة آلاف درهم وهى دية اليد الواحدة إتقانى ، فالمراد نصف دية النفس (قوله لما مر الخ) أى قريبا ، وأراد بيان الفرق بين الأطراف وبين النفس ، فإنه لو قتل لمن حضر سقط حق من غاب ، وذلك أن الأطراف فى حكم الأموال والقود ثابت لكل على الكمال ، فإذا استوفى أحدهما تمام حقه بقى حق الآخر فى تمام دية اليد الواحدة ، وإنما كان للحاضر الاستيفاء لثبوت حقه بيقين وحق الآخر متردد لاحتمال أن لا يطلب أو يعفو مجانا أو صلحا كما فى الدرر (قوله ولو قضى بالقصاص بينهما) أى وبدية اليد (قوله وعند محمد له الأرش) أى دية يد كلها وللعافى نصفها مجمع : قال شارحه : لأن القصاص والأرش كان مشتركا بينهما بالقضاء فلما أسقط أحدهما حقه فى نصف القصاص بالعفو انقلب نصيب الآخر مالا ، فيستوفى العافى نصف الأرش الذى كان مشتركا بينهما وغير العافى تمام الأرش ، نصفه من المشترك ونصفه من المنقلب مالا اهـ : قال ط : وذكر فى البرهان أنه الاستحسان وجعل قولهما قياسا ، وظاهره أن المعتمد قول محمد اهـ :

قلت : وظاهر الشروح ترجيح قولهما ، وعليه اقتصر الإتقانى نقلا عن شرح الكافى ومختصر الكرخى معللا بأن حق كل ثبت فى جميع اليد ، وإنما ينتقص بالمزاحمة ، فإذا زالت بالعفو بقى حق الآخر بحاله كالغريمين والشفيعين (قوله ويقاد عبد أقر بقتل عمد) لأنه غير متهم فيه لأنه مضر به فيقبل ولأنه مبقى على أصل الحرية فى حق الدم عملا بالآدمية ، حتى لا يصح إقرار المولى عليه بالحدود والقصاص وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالى به هداية (قوله وظاهر كلام الزيلعى) حيث قال : بخلاف الإقرار بالمال لأنه إقرار على المولى بإبطال حقه قصدا لأن موجبه بيع العبد أو الاستسعاء ، وكذا إقراره بالقتل خطأ لأن موجبه دفع العبد أو الفداء على المولى : ولا يجب على العبد شىء ولا يصح سواء كان محجورا عليه أو مأذونا له فى التجارة لأنه ليس من باب التجارة فيكون باطلا اهـ (قوله يعنى لا فى حقه الخ) الأولى حذف لا فى الموضعين ط (قوله معللا) أى الزيلعى لا صاحب الأشباه فإنه لم يذكر تعليلا ، لأنه قال : وكذا إقراره بجناية موجبة للدفع أو الفداء غير صحيح بخلافه بحد أو قود اهـ . اللهم إلا أن يقال وصفه الجناية بقوله موجبه الخ فى معنى التعليل (قوله فتأمله) يشير إلى أن ما فهمه المصنف من كلام الزيلعى غير ظاهر لأن مفاد التعليل بطلان الإقرار فى حالة الرقية إذ لا يتأتى إلزام المولى بالدفع أو الفداء بعد العتق فيطالب به العبد إذا عتق لعدم وجود العلة فافهم . ويدل على ذلك تعليل الزيلعى أيضا لبطلان الإقرار بالمال بأنه إقرار على المولى . ولا يكون ذلك بعد العتق : ولا شبهة أن إقرار العبد المحجور بالمال مؤخر إلى ما بعد العتق ، إذ لا ضرر بالمولى بعده ، ولذا قال العلامة الرملى إن ما فى الجوهرة هو محمل كلام الزيلعى والأشباه بلا اشتباه اهـ :

قلت : لكن سيذكر الشارح فى باب جناية المملوك نقلا عن البدائع أن الخطأ إنما يثبت بالبينة وإقرار المولى

لكن علله القهستانى بأنه إقرار بالدية على العاقلة اه فتدبره : إذ قد أجمع العلماء على العمل بمقتضى قوله عليه الصلاة والسلام «لا تعقل العواقل عبدا ولا عمدا ولا صلحا ولا اعترافا» حتى لو أقر الحر بالقتل خطأ لم يكن إقراره إقرارا على العاقلة : أى إلا أن يصدقوه وكذا قرره القهستانى فى المعاقل فتنبه :

(رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه إلى آخر فماتا يقتص للأول) لأنه عمد (وللثانى الدية على عاقلته) لأنه خطأ ، (وقعت حية عليه فدفعها عن نفسه فسقطت على آخر فدفعها عن نفسه فوقعت على ثالث فلسعته) أى الثالث (فهلك) فعلى من الدية ؟ هكذا سئل أبو حنيفة بحضرة جماعة ، فقال : لايضمن الاول لأن الحية لم تضر الثانى ، وكذلك لايضمن الثانى والثالث لو كثروا وأما الأخير (فإن لسعته مع سقوطها) فورا (من غير مهلة فعلى الدافع الدية) لورثة الهالك (وإلا) تلسعه فورا (لا) يضمن دافعها عليه أيضا فاستصوبوه جميعا ، وهذه من مناقبه رضى الله عنه صيرفية ومجمع الفتاوى : قال المصنف : وبهذا التفصيل أجبت فى حادثة الفتوى ، وهى أن كلبا عقورا وقع على آخر فألقاه على الثانى والثانى على الثالث ، والله أعلم :

[فروع] ألقى حية أو عقربا فى الطريق فلدغت رجلا ضمن إلا إذا تحولت ثم لدغته .

وضع سيفا فى الطريق فعثر به إنسان ومات وكسر السيف فديته على رب السيف وقيمته على العاثر :

لا بإقراره أصلا ، وقدمنا فى كتاب الحجر عن الجوهرة قولين فى المسألة ويأتى تمام بيانه إن شاء الله تعالى فتنبه (قوله لكن علله القهستانى الخ) أى علل عدم جواز إقراره العبد بالخطأ والمراد بالعاقلة المولى لأنهم يطلقون عليه أنه عاقلة عبده ، وحيث أطلق عليه عاقلة فلا يصح إقرار العبد عليه : ثم إن كلام القهستانى لا يفيد أن العبد لا يؤخذ بذلك بعد عتقه خلافا لما أفاده كلام الزيلعى بناء على ما فهمه المصنف من أن إقراره باطل أصلا ، وبه ظهر وجه الاستدراك فافهم (قوله فتدبره) أى فإنه تعليل صحيح موافق للحديث المجمع على العمل بمقتضاه ، فإن العواقل إذا كانت لا تعقل عبدا ولا اعترافا لم يجز إقرار العبد هنا ما لم يصدقه المولى ، إذ لو جاز إقراره لزم عقل العبد والاعتراف ، هذا ما ظهر لى فى تقرير هذا المحل فتأمل ، وسيأتى إن شاء الله تعالى فى كتاب المعاقل بيان معنى الحديث (قوله لأنه خطأ) لأنه لم يقصده بالرمى حيث قصد غيره ولكنه أصابه بالنفاذ من الأول : وهو أحد نوعى الخطأ وهو الخطأ فى القصد ، فصار كمن قصد صيدا فأصاب آدميا فوجبت الدية على عاقلته إتقانى : ومفاده أنه لو قصدهما معا كان الثانى عمدا أيضا ، وهو ظاهر (قوله بحضرة جماعة) منهم الثورى وابن أبى ليلى وشريك بن عبد الله منح (قوله لو كثروا) أى الدافعون (قوله فعلى الدافع الدية) أى على الدافع الأخير الدية : قال الرملى : وتتحملها العاقلة كما هو ظاهر تأمل اه (قوله وهذه من مناقبه) فإن فقهاء زمانه أخطؤا فيها منح (قوله فلدغت رجلا) بالمهملة فالمعجمة : يقال لدغته العقرب والحية كمنع لدغا وتلداغا ، ويقال لذعته النار بالذال المعجمة والعين المهملة كما فى القاموس ، وأما بالمعجمتين كما فى بعض النسخ فلم أره (قوله ضمن) مقتضى جواب أبى حنيفة فى المسألة السابقة أن تقيد هذه باللدغ فورا ، أما إذا مكثت ساعة بعد الإلقاء ثم لسعت لا يضمن فتدبره ط :

قلت : وهو المستفاد من قولهم فلدغت حيث عبروا بالفاء ، ولكن هذا ظاهر فيما لو ألقاها على رجل ، فلو فى الطريق فقد قال فى الخانية : أى ألقى حية فى الطريق فهو ضامن لما أصابت حتى تزول عن ذلك المكان اه (قوله فديته على رب السيف) أى على عاقلته كحافر البئر تأمل (قوله وقيمته على العاثر) زاد فى التاترخانية بعده فقال : وإن عثر بالسيف ثم وقع عليه فانكسر ومات الرجل ضمن صاحب السيف دية العاثر ولا يضمن

ثور نطوح سيره للمرعى فنطح ثور غيره فمات ، إن أشهد عليه ضمن وإلا لا . وقال فى البدائع : لا ضمان لأن الإشهاد إنما يكون فى الحائط لا فى الحيوان ناجية :

واعلم أنه إذا (اشترك قاتل العمد مع من لا يجب عليه القود كأجنبى شارك الأب فى قتل ابنه) وكأجنبى شارك الزوج فى قتل زوجته وله منها ولد ، وكعامد مع مخطىء وعاقل مع مجنون وبالغ مع صغير وشريك حية وسبع كما فى الخانية (فلا قود على أحدهما) أى لا قصاص على واحد منهما فيما ذكر :

(دخل رجل بيته فرأى رجلا مع امرأته أو جاريته فقتله حل) له ذلك (ولاقصاص) عليه هذا ساقط من نسخ المتن ثابت فى نسخ الشرح معزيا لشرح الوهبانية ، وقد حققناه فى باب التعزير :

[فروع] صبى محجور قال له رجل شد فرسى فأراد شدها فرفسته فمات فديته على عاقلة الآمر : وكذا لو أعطى صبيا عصا أو سلاحا وأمره بحمل شىء أو كسر حطب ونحو ذلك بلا إذن وليه فمات : ولو أعطاه السلاح ولم يقل امسكه فقولان :

صبى على حائط صاح به رجل فوقع فمات ، إن صاح به فقال لا تقع فوقع لايضمن ، ولو قال قع فوقع

العاثر شيئاً اه . وفيها : عثر ماش بنائم فى الطريق فانكسر أصابعهما فماتا فعلى عاقلة كل ما أصاب الآخر (قوله إن أشهد عليه ضمن) والواجب فى الدماء على العاقلة ، وفى الأموال على المالك خاصة كما سيأتى فى الحائط المائل رملى (قوله وقال فى البدائع الخ) قال فى المنح بعده قلت : وبه جزم فى البزازية ، ولم يحك خلافاولاأشعر به اه أقول : الذى فى البزازية له كلب عقور كلما مر عليه مارعضه لأهل القرية أن يقتلوه : وإن عض إنسانا فقتله فإن قبل التقدم إليه فلا ضمان ، وإن بعده عليه الضمان كالحائط قبل الإشهاد وبعده : وفى المنية فى مسألة نطح الثور يضمن بعد الإشهاد النفس والمال اه فأين الجزم به. وقال فى البزازية قبل هذا أدخل بقرا نطوحا فى سرح إنسان فنطح جحشا لايضمن اه فإن كان توهم من هذا الجزم فهو توهم ساقط لأن وضعه فيما لم يشهد عليه كما هو ظاهر رملى، وسيأتى تمام ذلك فى آخر جناية البهيمة إن شاء الله تعالى ، ومحل ذكر هذه المسألة هناك (قوله وله منها ولد) أى فإن القصاص يسقط عن الوالد كما قدمه المصنف فى قوله ويسقط قود ورثه على أبيه فلذا سقط عن الشريك (قوله وكعامد مع مخطىء) أو مع من كان فعله شبه عمد كضرب بعصا كما سبق (قوله فرأى رجلا مع امرأته) أوامرأة رجل آخر يزنى بها خانية (قوله حل له) قيده فى الخانية بما إذا كان محصنا وبما إذا صاح فلم يمتنع عن الزنا ، وفى القيد الأول كلام ، فقد رده ابن وهبان بأن ذلك ليس من الحد بل من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر قال فى النهر ، وهو حسن ، فإن هذا المنكر حيث تعين القتل طريقا فى إزالته فلا معنى لاشتراط الإحصان فيه ولذا أطلقه البزازى اه (قوله وقد حققناه فى باب التعزير) أى فى أوله : وذكر فيه أيضا أن المرأة لو كانت مطاوعة قتلهما وأنه لو أكرهها فلها قتله ودمه هدر وكذا الغلام اه أى إن لم يمكن التخلص منه بدون قتله (قوله وكذا لو أعطى صبيا عصا أو سلاحا) أى ليمسكه له ولم يأمره بشىء فعطب الصبى بذلك منح : قال فى التاترخانية لم يرد بقوله عطب أنه قتل نفسه فإنه لا ضمان على المعطى ، إنما أراد أنه سقط من يده على بعض بدنه فعطب به اه . وفى الخلاصة : دفع السلاح إلى الصبى فقتل نفسه أو غيره لايضمن الدافع بالإجماع (قوله فمات) أى فى هذا العمل : وفى الخلاصة : ولو أمر عبد الغير بكسر الحطب أو بعمل آخر ضمن ما تولد منه ط (قوله فقولان) والمختار الضمان أيضا تاترخانية (قوله صبى على حائط الخ) قيد بالصبى لأن الكبير إذا صاح به شخص لايضمن كما يفيده كلامهم هنا وفى مواضع أخر ، لكن فى التاترخانية : صاح على آخر فجأة فمات من صيحته يجب فيه

ضمن به يفتى : وقيل لا يضمن مطلقا تاجية ، والله أعلم :

فصل فى الفعلين

(قطع يد رجل ثم قتله أخذ بالأمرين) أى بالقطع والقتل :

(ولو كانا عمدين أو) كانا (خطأين أو) كانا (مختلفين) أى أحدهما عمد والآخر خطأ تخلل بينهما برء أولا فيؤخذ بالأمرين فى الكل بلا تداخل (إلا فى الخطأين لم يتخلل بينهما برء) فإنهما يتداخلان (فيجب فيهما دية واحدة) وإن تخلل برء لم يتداخلا كما علمت :

فالحاصل أن القطع إما عمد أو خطأ والقتل كذلك صار أربعة ، ثم إما أن يكون بينهما برء أولا صار ثمانية وقد علم حكم كل منها (كمن ضربه مائة سوط فبرأ من تسعين ولم يبق أثرها) أى أثر الجراحة (ومات من عشرة) ففيه دية واحدة ، لأنه لما برأ من تسعين لم تبق معتبرة إلا فى حق التعزير ، وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها أثر عند أبى حنيفة : وعن أبى يوسف فى مثله حكومة عدل : وعن محمد تجب أجرة الطبيب وثمن الأدوية درر وصدر شريعة وهداية وغيرها :

(وتجب حكومة) عدل

الدية اه فيحمل الأول على ما إذا لم يكن فجأة أو اختلاف الرواية : وفى مجمع الفتاوى ، لو غير صورته وخوف صبيا فجن يضمن اه رملى ملخصا (قوله ضمن) كما لو قال الق نفسك فى الماء أو فى النار وفعل فهنالك يضمن كذا هنا تاترخالية ، والله تعالى أعلم :

فصل فى الفعلين

أخره لأنه بمنزلة المركب من المفرد (قوله ولو كانا عمدين) الصواب إسقاط الواو لتكون لو شرطية لأنها مع الواو تكون وصلية فتفيد أنه يؤخذ بالأمرين فى جميع الصور فيناقض قوله إلا فى الخطأين الخ تأمل (قوله فيؤخذ بالأمرين فى الكل) قال فى الكفاية ، اعلم أنه لا يخلو القطع والقتل من أن يتخلل بينهما برء أولا ، فإن تخلل يعتبر كل فعلا . ويؤخذ بموجبهما ، لأن الموجب الأول تقرر بالبرء فلا يدخل أحدهما فى الآخر حتى لو كانا عمدين فللولى القطع والقتل ، ولو خطأين يجب دية ونصف دية ، ولو القطع عمدا والقتل خطأ ففى اليد القود وفى النفس الدية ، ولو بالعكس ففى اليد نصف الدية وفى النفس القود ، وإن لم يتخلل برء فلو أحدهما عمدا والآخر خطأ اعتبر كل على حدة ، ففى الخطإ الدية ، وفى العمد القود ، ولو خطأين فالكل جناية واحدة اتفاقا فتجب دية واحدة ، ولو عمدين ، فعندهما يقتل ولا يقطع . وعنده إن شاء الولى قطع وقتل ، وإن شاء قتل ، ولا يعتبر اتحاد المجلس وهو الظاهر : وروى عن نصر بن سلام أنه كان يقول الخلاف فيما إذا قطع يده فى مجلس وقتله فى آخر ، فلو فى مجلس واحد يقتل ولا يقطع عندهم اه ملخصا (قوله إلا فى الخطأين) استثناء من قوله أخذ بالأمرين طورى (قوله فتجب فيهما دية واحدة) أى دية القتل ، لأن دية القطع إنما تجب عند استحكام أثر الفعل وهو أن يعلم عدم السراية ، وتمامه فى ابن كمال (قوله صار ثمانية) وكل منها إما من شخص واحد أو من شخصين صار ستة عشر ، فإن كانا من شخصين يفعل بكل واحد منهما موجب فعله من القصاص وأخذ الأرش مطلقا ، لأن التداخل إنما يكون عند اتحاد المحل لا غير عناية (قوله فبرئ من تسعين الخ) هذا إذا ضرب عشرة فى موضع وتسعين فى موضع آخر فبرئ موضع التسعين وسرى موضع العشرة ، وإلا لا يمكن الفرق بين سراية العشرة وبرء التسعين معراج (قوله وعن أبى يوسف فى مثله حكومة عدل) أى مع الدية رملى (قوله وتجب حكومة عدل) تفسيرها أنه لو كان عبدا مجروحا بهذا كم قيمته وبدون الجراحة كم قيمته ، فيضمن التفاوت الذى

مع دية النفس (فى مائة سوط جرحته وبقى أثرها) بالإجماع لبقاء الأثر ووجوب الأرش باعتبار الأثر هداية وغيرها

وفى جواهر الفتاوى : رجل جرح رجلا فعجز المجروح عن الكسب يجب على الجارح النفقة والمداواة ؛

وفيها : رجل جاء بعوان إلى رجل فضربه العوان فعجز عن الكسب فمداواة المضروب ونفقته على الذى جاء بالعوان اه . قال المصنف : والظاهر أنه مفرع على قول محمد ؛

قلت : وقدمناه معزيا للمجتبى عن أبى يوسف نحوه ، وسنحققه فى الشجاج ؛

(ومن قطع) أى عمدا أو خطأ بدليل ما يأتى ، وبه صرح فى البرهان كما فى الشرنبلالية ، لكن فى القهستانى عن شرح الطحاوى أن الدية على العاقلة فى الخطإ ، ومن ظن أنها على القاطع فى الخطأ فقد أخطأ وكذا لو شج أو جرح (فعفا عن قطعه) أو شجته أو جراحته (فمات منه

بينهما فى الحر من الدية وفى العبد من القيمة كفاية (قوله مع دية النفس) فيه أن المسألة مفروضة فيما إذا بقى أثر الجراحة ولا يكون ذلك إلا بعد البرء ولذا قيد المسألة فى الملتقى بقوله ولم يمت (قوله فعجز المجروح عن الكسب) أى مدة الجرح . والظر ما لو عجز عن الكسب أصلا ؛ والظاهر أنه بعد الحكم بموجبه من الأرش أو حكومة العدل لا يجب شىء ط (قول جاء بعوان) المراد به الواحد من أتباع الظلمة ، والأولى التعبير بالعون فإنه كما فى القاموس الظهير للواحد والجمع والمؤنث ويكسر أعوانا اه لأنه يظاهر الظالم ويعينه ؛ وفى البزازية : أفتوا بأن قتل الأعونة والسعاة جائز فى أيام الفتنة ط ملخصا (قوله والظاهر أنه) أى أن ما فى جواهر الفتاوى مفرع على قول محمد أى على ما روى عن محمد كما تقدم من أن الجراحة التى لم يبق لها أثر تجب فيها أجرة الطبيب وثمن الأدوية أفاده الرملى ، فافهم ، هذا .

وفى الفتاوى النعمية لشيخ مشايخنا السائحانى : إذا ضرب يد غيره فكسرها وعجز عن الكسب فعلى الضارب المداواة والنفقة إلى أن يبرأ ، وإذا برئ وتعطلت يده وشلت وجبت ديتها ، والظاهر أنه يحسب المصروف من الدية اه .

وفيها : المجروح إذا صح وزال الأثر فعلى الجارح مالحقه من أجرة الطبيب وثمن الأدوية ، وهو قولهما والاستحسان ذكره الصدر اه ملخصا تأمل ، ويأتى تمامه فى الشجاج إن شاء الله تعالى (قوله وقدمنا) أى فى الباب السابق (قوله نحوه) أى نحو ماعن محمد (قوله وسنحققه فى الشجاج) أى فى آخر بابها وحاصله أن قول أبى يوسف عليه أرش الألم هو المراد من قول محمد المتقدم (قوله ومن قطع الخ) بالبناء للمجهول ؛

وحاصله أن العفو إما عن عمد أو خطإ ، وعلى كل فإما عن القطع وحده أو عن الجناية أو عن القطع ومايحدث منه فإن كانت الجناية عمدا وعفا عن القطع لايكون عفوا عن السراية خلافا لهما ، وإن عفا عن الجناية أو عن القطع وما يحدث منه برأ عن القطع والسراية ، وإذا كانت خطأ فعفا عن القطع ثم سرى فعلى الخلاف ، ولو عفا عن القطع وما يحدث منه أو عن الجناية صح عن الكل ، والعمد من جميع المال ، والخطأ من الثلث (قوله بدليل مايأتى) حيث فصل فى المسألة الآتية بين العمد والخطإ وأطلق هنا (قوله لكن فى القهستانى الخ) استدراك على الإطلاق فإنه يفيد اشتراك العمد والخطأ فى جميع أحكام القطع مع أنه سيأتى أن الدية تجب فى مال القاطع فيتعين كون المراد العمد فقط ، لأن الصواب أن الدية فى الخطإ على العاقلة ؛ وأجاب فى الكفاية بأن قوله فى ماله بيان لأحد النوعين أى عليه الدية فى ماله إن كان عمدا اه لكن المصنف لم يقيد بقوله فى ماله فلا يرد عليه ذلك (قوله وكذا لو شج) مستغنى عنه بقول المصنف الآتى والشجة مثله ط (قوله فعفا عن قطعه الخ) أى ولم يقل وما يحدث منه

ضمن قاطعه الدية) فى ماله خلافا لهما . قلنا إنه عفا عن القطع وهو غير القتل :

(ولو عفا عن الجناية أو عن القطع وما يحدث منه فهو عفو عن النفس) فلا يضمن شيئا ، وحينئذ (فالخطأ يعتبر من ثلث ماله) فإن خرج من الثلث فيها وإلا فعلى العاقلة ثلثا الدية كما فى شرح الطحاوى ، فمن ظن أنها على القاطع فقد أخطأ قطعا ، ومفاده أن عفو الصحيح لا يعتبر من الثلث ذكره القهستانى (والعمد من كله) لتعلق حق الورثة بالدية لا بالقود لأنه ليس بمال (والشجة مثله) أى مثل القطع حكما وخلافا .

(قطعت امرأة يد رجل عمدا) أى أو خطأ لما يأتى ؛ فلو أطلق كما سبق وكالملتقى وغيره كان أولى فتأمل (فنكحها) المقطوع يده (على يده ثم مات) فلو لم يمت من السراية فمهرها الأرش ، ولو عمدا إجماعا (يجب)

ولم يقل عن الجناية (قوله ضمن قاطعه) وكذا شاجه أو جارحه (قوله فى ماله) لأن العاقلة لا تتحمل العمد (قوله خلافا لهما) حيث قالا هو عفو عن النفس أيضا لأنه يراد به العفو عن موجبه (قوله وهو غير القتل) وكان ينبغى أن يجب القصاص وهو القياس لأنه هو الموجب للعمد إلا أن فى الاستحسان تجب الدية لأن صورة العفو أورثت شبهة ، وهى دارئة للقود هداية (قوله ولو عفا عن الجناية) أى الواقعة عمدا أو خطأ سواء ذكر معها مايحدث منها أو لم يذكر قهستانى (قوله فهو عفو عن النفس) لأن الجناية تشمل السارى منها وغيره ، وعفوه عن القطع وما يحدث منه صريح فى ذلك بخلاف القطع وحده فإنه غير القتل كما قدمه فلا يشمل السارى (قوله فلا يضمن شيئا) أى من الدية ، وهذا ظاهر فى العمد ، وكذا فى الخطأ لو خرج من الثلث ، وإلا فعلى عاقلته بقدره كما أفاده فى الشرنبلالية (قوله فالخطأ الخ) أى العفو فى الخطأ يعتبر من الثلث . قال فى المحيط : ويكون هذا وصية للعاقلة سواء كان القاتل واحدا منهم أولا لأن الوصية للقاتل إذا لم تصح للقاتل تصح للعاقلة كمن أوصى لحى وميت فالوصية كلها للحى اهـ ، وبه ظهر فساد ما اعترض من أن الوصية للقاتل لاتصح وبأنه كواحد من العاقلة فكيف جازت بجميع الثلث فتأمل طورى (قوله من ثلث ماله) لأن الخطأ موجبه المال ويتعلق به حق الورثة فيعتبر من الثلث هداية (قوله وإلا فعلى العاقلة ثلثا الدية) أى إن لم يكن للعافى مال غيرها ، فإن كان فبحسابه ، فلو قال وإلا فعلى العاقلة بقدره لكان أخصر وأظهر (قوله ومفاده) أى مفاد اعتبار العفو من الثلث أن العافى لو كان صحيحا أى فى حكم الصحيح ، بأن لم يصر صاحب فراش ، وفسره فى التاترخانية بأن كان يخرج ويجىء ويذهب بعد الجناية لايعتبر من الثلث بل يعتبر من جميع المال ، وهذا قول بعض المشايخ . قال فى التاترخانية : وذكر فى المنتقى أنه من الثلث (قوله والعمد من كله) اعترض بأن الموجب هنا هو القود وهو ليس بمال فلا وجه للقول بأنه من كل المال اهـ :

وقد يجاب بأن القود هنا سقط بالعفو ، لكن لما كان للعافى أن يصالح على الدية كان مظنة أن يتوهم أن فى عفوه إبطالا لحق الورثة فيها فقال : إنه من جميع المال لأن الموجب الأصلى هو القود ، وحقهم إنما يتعلق بالمال تأمل (قوله والشجة مثله) وكذا الجراحة كما قدمه فالعفو عن الشجة أو الجراحة كالعفو عن القطع فى ضمان الدية بالسراية خلافا لهما ، والعفو عنهما مع مايحدث منهما كالعفو عن القطع وما يحدث منه (قوله قطعت امرأة الخ) هذه المسألة مفرعة على المسألة السابقة كما فى التاترخانية (قوله لما يأتى) أى من بيان حكم العمد والخطإ (قوله فلو أطلق) أى لم يقيد بالعمد كما فعل فى المسألة السابقة (قوله على يده) أى موجب يده معراج (قوله من السراية) أى سراية القطع إلى الهلاك ، وقيد به ليشمل ما إذا لم يمت أصلا أو مات من غيره (قوله فمهرها الأرش) وهو خمسة آلاف درهم كفاية (قوله ولو عمدا) وسواء تزوجها على القطع أو على القطع وما يحدث منه أو على الجناية

عند أبى حنيفة (مهر مثلها والدية فى مالها إن تعمدت) وتقع المقاصة بين المهر والدية إن تساويا وإلا ترادا الفضل (وعلى عاقلتها إن أخطأت) فى قطع يده ولا يتقاصان لأن الدية على العاقلة فى الخطإ ، بخلاف العمد فإن الدية عليها ، والمهر على الزوج فيتقاصان .

قلت : وقال صاحب الدرر : ينبغى أن تقع المقاصة فى الخطإ أيضا لأنها عليها دون العاقلة على القول المختار فى الدية ، لكنه ليس على إطلاقه بل فى العجم ولعله أطلقه لإحالته لمحله فليحفظ .

(وإن نكحها على اليد وما يحدث منها أو على الجناية ثم مات منه وجب لها فى العمد مهر المثل ولا شىء عليها) لرضاه بالسقوط

لأنه لما برئ تبين أن موجبها الأرش دون القصاص لأن القصاص لايجرى فى الأطراف بين الرجل والمرأة والأرش يصلح صداقا كفاية (قوله عند أبى حنيفة) أصله مامر فى المسألة المتقدمة أن العفو عن القتل أو الشجة أو اليد إذا سرى إلى النفس ليس بعفو عن النفس عنده ؛ وعندهما عفو عنها إتقانى . فعندهما الحكم هنا كالحكم الآتى فيما إذا نكحها على اليد وما يحدث منها (قوله إن تعمدت) قيد لقوله والدية فى مالها . أما وجوب مهر المثل فهو مطلق ؛ لأن القطع إن كان عمدا يكون تزوجا على القصاص فى الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا فيجب لها مهر المثل .

لايقال : القصاص لايجرى بين الرجل والمرأة فى الطرف فكيف يكون تزوجا عليه لأنا نقول (١) الموجب الأصلى للعمد القصاص ، وإنما سقط للتعذر ، ثم عليها الدية فى مالها لأن التزوج وإن كان يتضمن العفو لكن عن القصاص فى الطرف ، وإذا سرى يتبين أنه قتل النفس ولم يتناوله العفو فتجب الدية فى مالها لأنه عمد ، وإن كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا على أرش اليد ، وإذا سرى إلى النفس تبين أن لا أرش لليد وأن المسمى معدوم فيجب مهر المثل ابن كمال (قوله وإلا ترادا الفضل) أى إن كان فى الدية فضل ترده على الورثة ، وإن كان فى المهر فضل يرده الورثة عليها ابن كمال (قوله والدية على العاقلة فى الخطأ) أى والمهر للمرأة ، وإنما تكون المقاصة إذا اتحدت الذمة فى الوجوب لها وعليها كما فى العمد إتقانى (قوله لكنه الخ) هو للشرنبلالى فى حاشية الدرر .

وحاصله أن وجوب الدية على القاتل فى الخطأ إنما هو فى العجم : أى من لاعاقلة له ، فلا تجب على القاتل مطلقا ، وهذا مراد صاحب الدرر ، وإنما لم يقيد بالعجم إحالة إلى محله : أى اعتمادا على ذكره فى محله .

وأقول : فيه نظر ، بل مراد صاحب الدرر أنها على القاتل مطلقا ، يوضحه ما فى الكفاية حيث قال :

مطلب الصحيح أن الوجوب على القاتل ثم تتحمله العاقلة

لايقال : إن الصحيح أنه يجب على القاتل ثم تتحمله العاقلة فيكون أصل الوجوب على القاتل ، واعتبار هذا يوجب جواز المقاصة : لأنا نقول : عند البعض يجب على العاقلة ابتداء . وعند بعضهم تتحمله العاقلة عن القاتل بطريق الحوالة والحوالة توجب البراءة فلا تقع المقاصة اهـ تأمل (قوله ثم مات منه) أى من القطع (قوله مهر المثل) لأنه نكاح على القصاص لما قدمناه أنه الموجب الأصلى فى العمد والقصاص ليس بمال فيجب مهر المثل كما إذا نكحها على خمر أو خنزير (قوله لرضاه بالسقوط) لأنه لما جعل القصاص مهرا فقد رضى بسقوطه بجهة المهر فيسقط

---

(١) (قوله لأنا نقول الخ) مقتضى هذا التعليل وجوب مهر المثل إذا لم يمت ، وقد ذكر الشارح أن مهرها الأرش . فالصواب أن يقال ، لأنه بالسراية تبين أن موجب هذا القطع القصاص فى النفس وهو يجرى بينهما فقد سمى ماليس بمال فيصار إلى مهر المثل اهـ .

(ولو خطأ رفع عن العاقلة مهر مثلها والباقى وصية لهم) أى للعاقلة (فإن خرج من الثلث سقط وإلا سقط ثلث المال) فقط :

(ولوقطعت يده فاقتص له فمات) المقطوع (الأول قبل الثانى قتل) الثانى (به) اسرايته : وعن أبى يوسف لا قود لأنه لما أقدم على القطع فقد أبرأه عما وراءه . وظاهر إشكال ابن الكمال يفيد تقوية قول أبى يوسف :

قال المصنف (ولو مات المقتص منه فديته على عاقلة المقتص له) خلافا لهما :

قلت : هذا إذا استوفاه بنفسه بلا حكم الحاكم ، وأما الحاكم والحجام والختان والفصاد والبزاغ فلا يتقيد فعلهم بشرط السلامة كالأجير وتمامه فى الدرر :

والأصل أن الواجب لايتقيد بوصف السلامة والمباح يتقيد به ومنه ضرب الأب ابنه تأديبا أو الأم أوالوصى

أصلا ابن كمال (قوله ولو خطأ رفع عن العاقلة مهر مثلها الخ) لأن التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجناية تزوج على موجبها وموجبها الدية هنا وهى تصلح مهرا فصحت التسمية إلا أن قدر مهر مثلها يعتبر من جميع المال لأنه ليس فيه محاباة . والمريض لايحجر عليه فى التزوج لأنه من الحوائج الأصلية فيسقط قدر مهر المثل من جميع المال ، ومازاد على ذلك من الثلث لأنه تبرع والدية تجب على عاقلتها وقد صارت مهرا فسقط كلها عنهم إن كان مهر مثلها مثل الدية أو أكثر ، ولا ترجع عليهم بشىء لأنهم كانوا يتحملون عنها بسبب جنايتها ، فإذا صار ذلك ملكا لها سقط عنهم قدر مهر مثلها لما ذكرناه : ومازاد على ذلك ينظر ، فإن خرج من الثلث سقط عنهم قدر الثلث وأدوا الزيادة إلى الولى لأن الوصية لانفاذ لها إلا من الثلث اهـ زيلعى :

قلت : ووجه كوله وصية للعاقلة أنه قد أسقط الدية بمقابلة المهر والدية فى الخطأ على العاقلة فيكون قد أسقط لهم مازاد على المهر تبرعا ، فافهم (قوله لسرايته) أى لسراية القطع الأول إلى القتل ، واستيفاء القطع لايسقط القود كمن له القود فى النفس إذا قطع يد القاتل (قوله لأنه لما أقدم الخ) جوابه أنه إنما أقدم على القطع ظنا منه أن حقه فيه وبعد السراية تبين أن حقه فى القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به كما فى الهداية .

واستشكله ابن الكمال بما حاصله أنهم فى المسألة المارة وهى ما إذا قطع فعفا عن القطع فمات عللوا سقوط القصاص بأن صورة العفو تكفى فى سقوطه لأنها تورث شبهة ولم يلتفتوا إلى أنه لايكون مبرئا عنه بدون العلم به فأوجبوا الدية : قال الرحمتى : ويجاب بالفرق بأن العافى عن القطع ظهر منه الميل إلى العفو ، بخلاف هذا فإنه استوفى ماظهر له أنه واجب له فلم توجد منه صورة العفو (قوله يفيد تقوية قول أبى يوسف) فيه أنه لايعارض ماعليه المتون والشروح ط . على أنك سمعت الجواب عنه (قوله ولو مات المقتص منه) مقابل قوله فمات المقطوع الأول (قوله فديته على عاقلة المقتص له) لأن حقه فى القطع وقد قتل. قال الإتقانى : ولكن الدية على العاقلة لأنه فى معنى الخطإ لأنه أراد استيفاء حقه من القطع ولم يزد القتل (قوله خلافا لهما) فعندهما لا يضمن شيئا لأنه استوفى حقه وهو القطع ، ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص ، إذ الاحتراز عن السراية ليس فى وسعه ابن كمال (قوله بلا حكم الحاكم) ظاهره أنه لو استوفاه بنفسه بعد حكم الحاكم لا يضمن فتأمل (قوله وأما الحاكم الخ) أى إذا قطع يد السارق فمات :وهذه المسائل استشهد بها الإمامان لقولهما ، فإنه لا ضمان فيها فنبه الشارح على الفرق بأن إقامة الحدود واجبة على الإمام ، وكذا فعل الحجام ونحوه واجب بالعقد ، فلا يتقيد بالسلامة وفى مسئلتنا الولى مخير بل العفو مندوب إليه فيتقيد بها للأصل المذكور (قوله والبزاغ) أى البيطار (قوله والمباح يتقيد به) استثنى منه ما إذا وطئ زوجته فأفضاها أو ماتت ، فلا ضمان عليه مع كونه مباحا لكون الوطء أخذ موجبه وهو المهر ، فلا يجب به آخر أى ضمان آخر أشباه ط ويأتى تمامه (قوله ومنه) أى من المباح وهذا على قول

ومن الأول ضرب الأب أو الوصى أو المعلم بإذن الأب تعليما فمات لا ضمان فضرب التأديب مقيد لأنه مباح وضرب التعليم لا لأنه واجب ومحله فى الضرب المعتاد وأما غيره فوجب للضمان فى الكل وتمامه فى الأشباه (وإن قطع) ولى القتيل (يد القاتل و) بعد ذلك (عفا) عن القتل (ضمن القاطع دية اليد) لأنه استوفى غير حقه لكن لا يقتص للشبهة وقالا لا شىء عليه (وضمان الصبى إذا مات من ضرب أبيه أو وصيه تأديبا) أى للتأديب (عليهما) أى على الأب والوصى لأن التأديب يحصل بالزجر والتعريك وقالا لا يضمن لو معتادا وأما غير المعتاد ففيه الضمان اتفاقا (كضرب معلم صبيا أو عبدا بغير إذن أبيه ومولاه) لف ونشر فالضمان على المعلم إجماعا (وإن الضرب (بإذنهما لا) ضمان على المعلم إجماعا قيل هذا رجوع من أبى حنيفة إلى قولهما (وكذا يضمن زوج امرأة ضربها تأديبا) لأن تأديبها للولى كذا عزاه المصنف لشرح المجمع للعينى .

قلت : وهو فى الأشباه وغيرها كما قدمناه. وفى ديات المجتبى : للزوج والوصى كالأب تفصيلا وخلافا فعليهم

الإمام ويأتى تمامه قريبا (قوله ومن الأول) أى الواجب قال الشارح فى باب التعزير : وفى القنية له إكراه طفله على تعلم قرآن وأدب وعلم لفرضيته على الوالدين ، وله ضرب اليتيم فيما يضرب ولده اه وأفاد أن الأم كالأب فى التعليم بخلاف التأديب كما يأتى (قوله بإذن الأب) أى أو بإذن الوصى ولو ضرب بغير إذنهما يضمن كما يأتى ط (قوله تعليما) علة لقوله ضرب (قوله مقيد) أى بوصف السلامة (قوله ومحله فى الضرب المعتاد) أى كما وكيفا ومحلا فلو ضربه على الوجه أو على المذاكير ، يجب الضمان بلا خوف ولو سوطا واحدا لأنه إتلاف أبو السعود عن تلخيص الكبرى ط (قوله من ضرب أبيه أو وصيه) قيد بهما ، لأن الأم إذا ضربت للتأديب تضمن اتفاقا ، وبقوله تأديبا إذ لو ضربه كل منهما للتعليم لا يضمن اتفاقا اه غرر الأفكار (قوله وإن الضرب بإذنهما) أى إذن الأب والمولى ، وكذا الوصى ومفاده أنهما لو ضرباه بنفسهما لا ضمان أيضا اتفاقا . وقدمناه آنفا لكن فى الخانية : ضرب ولده الصغير فى تعليم القرآن ومات قال أبو حنيفة : يضمن الدية ولا يرثه وقال أبو يوسف : يرثه ولا يضمن ، وإن ضربه المعلم بإذن الوالد لا يضمن المعلم اه وفى الولوالجية : ضرب ابنه فى أدب أو الوصى ضرب اليتيم فمات يضمن عنده ، وكذا إن ضربه المعلم بلا إذنهم ضمن ، وإن بإذن فلا لأن الأب والوصى مأذونان فى التأديب ، بشرط السلامة لأنهما يملكان التصرف فى نفسه ، وماله لو خيرا له أما المعلم إنما أدبه بإذنهم والإذن منهم وجد مطلقا لا مقيدا اه وظاهره أنه لا فرق عند أبى حنيفة فى ضمان الأب فى التأديب والتعليم والظاهر أنه رواية أخرى تأمل (قوله قيل هذا) أى قول الامام بعدم ضمان المعلم بالإذن من الأب ، وفيه أن الخلاف فى ضرب التأديب ، والكلام هنا فى ضرب التعليم ، وهو واجب لا يتقيد بالسلامة ، ولا خلاف فيه أفاده ط .

أقول : فى حاشية الشرف الغزى عن الصغرى قال أبو سليمان : إذا ضرب ابنه على تعليم القرآن أو الأدب فمات ضمن عنده لا عند أبى يوسف اه وقدمنا آنفا عن الخانية مثله وعليه يظهر الرجوع ولا يحتاج إلى الفرق الذى ذكرناه عن الولوالجية ، وتقدم فى كتاب الاجارات عند قوله : وضمن بضربها وكبحها عن غاية البيان أن الأصح رجوعه إلى قولهما وكذا نقله البيرى عن كفاية المجيب فتدبر (قوله لأن تأديبها للولى) هذا التعليل غير ظاهر ، لأن مفاده أن الولى لا يضمن مع أن الأب يضمن بضرب ابنه تأديبا على ما مر ، والأظهر قول البيرى لأنه لنفع نفسه بخلاف تعزير القاضى ، فانه لنفع المضروب اه وتقدم فى باب التعزير ما للزوج ضربها عليه (قوله وهو) أى ما فى المتن مذكور فى الأشباه وغيرها مطلقا ، وقوله : كما قدمناه أى فى ضمن قوله وتمامه فى الأشباه ، وإلا لم يقدمه صريحا ، والمراد أنه مذكور فى الأشباه وغيرها مطلقا عن ذكر الخلاف كما قدمناه فى المتن ، فإنه

الدية والكفارة وقيل : رجع الإمام إلى قولهما وتمامه ثمة .

[فروع] ضرب امرأة فأفضاها ، فإن كانت تستمسك بولها ففيه ثلث الدية ، وإلا فكل الدية وإن افتض بكرا بالزنا فأفضاها فإن مطاوعة حدا ولاغرم ، وإن مكرهة فعليه الحد وأرش الإفضاء لاالعقر حاوى القدسى :

قطع الحجام لحما من عينه وكان غير حاذق فعميت فعليه نصف الدية أشباه .

وفى القنية : سئل محمد نجم الدين عن صبية سقطت من سطح فانفتح رأسها فقال كثير من الجراحين : إن شققتم رأسها تموت وقال واحد منهم إن لم تشقوه اليوم تموت وأنا أشقه وأبرئها فشقه فماتت بعد يوم أو يومين هل يضمن؟ فتأمل مليا ثم قال : لا

عبارة المتن تفيد أن الزوج يضمن اتفاقا ، وبه صرح ابن ملك وغيره وعليه فقوله : وفى ديات المجتبى الخ كالاستدراك عليه تأمل (قوله وتمامه ثمة) قال فيه : ولو ضرب ابنه الصغير تأديبا إن ضربه حيث لا يضرب للتأديب ، أو فوق ما يضرب للتأديب فعطب فعليه الدية والكفارة ، وإذا ضربه حيث يضرب للتأديب ، ومثل ما يضرب فكذلك عند أبى حنيفة وقالا : لا شىء عليه ، وقيل : رجع إلى قولهما ، وعلى هذا التفصيل ، والخلاف الوصى والزوج إذا ضرب اليتيم أو زوجته تأديبا ، وكذا المعلم إذا ضرب الصبى بإذن الأب أو الوصى لتعليم القرآن أو عمل آخر مثل ما يضرب فيه لا يضمن هو ولا الأب ولا الوصى بالإجماع ، فأبو حنيفة أوجب الدية والكفارة على الأب ، ولم يوجبها على المعلم إذا كان باذنه وقيل هذا رجوع من أبى حنيفة إلى قولهما فى حق الأب ولو ضرب المعلم بدون إذنه فمات يضمن والوالدة إذا ضربت ولدها تأديبا لا شك أنها تضمن على قوله وعلى قولهما اختلاف المشايخ اهـ منح (قوله ضرب امرأة فأفضاها) أى جعل مسلك بولها وحيضها أو حيضها وغائطها واحدا والوطء كالضرب كما يأتى والمراد بها الأجنبية أما الزوجة إذا وطئها فأفضاها فلا شىء عليه ، وإن لم يستمسك بولها عندهما ، وعند أبى يوسف كالأجنبية واعتمده ابن وهبان بتصريحهم بأن عشرة أشياء تجب بها الدية كاملة منها سلس البول ، ورده الشرنبلالى بأنه فى غير هذه المسألة لنص الإمام ومحمد ، على أن لا شىء هنا أى لأنه بفعل مأذون فيه وقيد قولهما بما إذا كانت بالغة مختارة مطيقة لوطئه ، ولم تمت منه فلو صغيرة أو مكرهة أو لا تطيق تلزم ديتها اتفاقا بالموت والإفضاء وأطال فى ذلك جدا فراجعه (قوله ففيه ثلث الدية) لأنها جائفة ط (قوله وإلا فكل الدية) أى دية المرأة لأنه فوت جنس المنفعة على الكمال (قوله حدا) أى حد كل منهما ولا غرم أى لا شىء عليه فى الإفضاء لرضاها به ولا مهر لها لوجوب الحد ، ولو ادعى شبهة فلا حد ولا شىء فى الافضاء ويجب العقر (قوله فعليه الحد) أى دونها لإكراهها (قوله وأرش الافضاء) أى ثلث الدية إن استمسكت ، وإلا فكلها وقوله لا العقر لأنه لا يجتمع مع الحد وتمامه فى ط .

[تتمة] لوزنى بأمة فقتلها به عليه الحد بالزنا والقيمة بالقتل ، ولو أذهب عينها لزمه قيمتها وسقط الحد لتملكه الجثة العمياء فأورث شبهة وتفصيل ما لو أفضاها فى الشرح كذا ذكره الشارح فى كتاب الحدود قبيل باب الشهادة على الزنا (قوله فعليه نصف الدية) أى نصف دية العين أبو السعود لأنه وقع بفعل مأذون ط .

أقول : يظهر لى أن المراد نصف دية النفس التى هى دية العين ثم رأيت الرحمتى فسرها كذلك ويدل عليه مسألة الختان الآتية قبيل القسامة ، فإنه إذا أمر ليختن صبيا فقطع الحشفة ، ولم يمت الصبى فعليه دية الحشفة كاملة وهى دية النفس تأمل (قوله سئل محمد) لفظة محمد زائدة على ما فى القنية (قوله فانفتح) الذى فى القنية فانتفخ بالتاء قبل الفاء وبالخاء المعجمة (قوله مليا) أى ساعة طويلة (قوله ثم قال لا الخ) لا ينافى مسألة العين المارة آنفا

إذا كان الشق بإذن وكان الشق معتادا ولم يكن فاحشا خارج الرسم، قيل له فلو قال إن ماتت فأنا ضامن هل يضمن ؟ قال لا اه :

قلت : إنما لم يعتبر شرط الضمان لما تقرر أن شرطه على الأمين باطل على ما عليه الفتوى اه والله أعلم :

باب الشهادة فى القتل واعتبار حالته

أى حالة القتل (القود يثبت للورثة ابتداء بطريق الخلافة) من غير سبق ملك المورث ، لأن شرعية القود لتشفى الصدور ودرك الثأر والميت ليس بأهل له وقوله تعالى — فقد جعلنا لوليه سلطانا — نص فيه (وقالا بطريق الإرث) كما لو انقلب مالا وثمرة الخلاف ما أفاده بقوله (فلا يصير أحدهم) أى أحد الورثة (خصما عن البقية) فى استيفاء القصاص ، خلافا لهما ، والأصل أن كل ما يملكه الورثة بطريق الوراثة فأحدهم خصم عن الباقين وقائم مقام الكل فى الخصومة ، وما يملكه الورثة لابطريق الوراثة لايصير أحدهم خصما عن الباقين ؛

ثم فرع عليه بقوله (فلو أقام حجة بقتل أبيه عمدا مع غيبة أخيه) يريد القود (لا يقيد) إجماعا حتى يحضر الغائب لكنه يحبس ، لأنه صار متهما (فإن حضر) الغائب (يعيدها) ثانيا (ليقتلا) القاتل وقالا لايعيد

لأنه هنا لم يجاوز ما أمر به (قوله إذا كان الشق بإذن) فلو بدونه فالظاهر القصاص ويحرر ط (قوله ولم يكن فاحشا) تفسير لما قبله ط (قوله خارج الرسم) أى العادة ط (قوله قلت الخ) قاله المصنف فى المنح، واعترضه الرملى بأنه بعيد عن اصطلاح الفقهاء لعدم ما يطلق عليه اسم الأمانة إذ هى المال القابل لإثبات اليد عليه واستظهر أن العلة كونه غير مقدور عليه كما هو شرط المكفول به والله تعالى أعلم :

باب الشهادة فى القتل واعتبار حالته

أى باب الشهادة الواقعة فى شأن القتل وباب اعتبار حالة القتل أى حالة إيقاع سببه ، لأن المعتبر حالة الرمى لا الوصول كما يأتى ، ولما كان القتل بعد تحققه ربما يجحد ، فيحتاج من له القصاص إلى إثباته بالبينة وحالة الشىء صفة له تابعة ذكر ذلك بعد بيان حكمه .

قال ط : واعلم أنه تقبل شهادة النساء مع الرجال فى القتل الخطأ والقتل الذى لا يوجب القود وكذا الشهادة على الشهادة وكتاب القاضى إلى القاضى ، لأن موجبها المال ولو شهد عليه عدل بقتل يحبس فإن جاء بشاهد آخر وإلا خلى سبيله وكذا لو شهد مستوران بقتل عمد يحبس حتى تظهر عدالة الشهود لأنه صار متهما ، وكذا فى الخطأ على الأظهر اه (قوله القود يثبت للورثة) قال فى الخانية يستحق القصاص من يستحق ميراثه على فرائض الله تعالى يدخل فيه الزوج والزوجة اه (قوله من غير سبق ملك المورث) أشار إلى أن المراد بالخلافة هنا ما قابل الوراثة وإلا فالوراثة خلافة أيضا كما صرحوا به ، لكنها تستدعى سبق ملك المورث ، ولا يرد صحة عفو المورث لأن السبب انعقد له ، ولهذا قال الإتقانى : إنه حق الورثة ابتداء عند الإمام من حيث إنه شرع للتشفى ودرك الثأر ، لأن الميت لاينتفع به وحق الميت من حيث إنه بدل النفس ، ولذا إذا انقلب مالا تقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه وتمامه فيه ، فعلم أن الفروع الآتية وتفسير الخلافة بما ذكر باعتبار الحيثية الأولى ، وصحة عفو المورث باعتبار الثانية فقد راعى الإمام الحيثيتين احتيالا للدرء كما حققه الطورى (قوله نص فيه) فإن اللام للتمليك فقد ملك تعالى التسلط للولى بعد القتل ، وفيه أن التسلط قد يكون لثبوت الحق له ابتداء ، وقد يكون الحق انتقل له من مورثه فلا تكون الآية نصا اه ط (قوله كما لو انقلب مالا) أى بنحو صلح أو عفو بعض الورثة (قوله فأحدهم خصم عن الباقين) لأنه يثبت جميع الحق لغيره ، وهو الميت فيثبت للبقية بخلاف ما ذكر بعده ، فإنه إنما يثبت حقا لنفسه لا حق غيره ط (قوله لايقيد)

(وفى) القتل (الخطأ والدين لايحتاج إلى إعادة البينة) بالإجماع لما مر (فلو برهن القاتل على عفو الغائب.فالحاضر خصم) لانقلابه مالا وسقط القود (وكذا لو قتل عبدهما عمدا أو خطأ و) الحال أن السيدين (أحدهما غائب فهو على التفصيل السابق (ولو أخبر وليا قود بعفو أخيهما) الثالث (فهو) أى إخبارهما (عفوللقصاص منهما) عملا بزعمهما وهى رباعية فالأول (إن صدقهما) أى المخبرين (القاتل والأخ) الشريك (فلاشىء له) أىللشريك عملا بتصديقه (ولهما ثلثا الدية و) الثانى (إن كذبهما فلا شىء للمخبرين ولأخيهما ثلث الدية و) الثالث (إن صدقهما القاتل وحده فلكل منهما ثلثها و) الرابع (إن صدقهما الأخ فقط فله ثلثها) لأن إقراره ارتد بتكذيب القاتل إياه فوجب له ثلث الدية (و) لكنه (يصرف ذلك إلى المخبرين) استحسانا

بضم الياء من أقاد الأمير القاتل قتله به قودا وفيه إشارة إلى أن البينة تقبل إلا أنه لا يقضى بالقصاص إجماعا ما لم يحضر الغائب ، لأن المقصود من القضاء الاستيفاء ، والحاضر لا يتمكن منه بالإجماع كما فى الكفاية (قوله وفى الخطأ) أى فى قتل أبيه خطأ وفى الدين لأبيه على آخر ، لو أقام الحاضر حجة على ذلك لا يعيدها الغائب ، إذا حضر لأن المال يثبت للورثة إرثا عند الكل ، وفيه إيماء إلى أنه اتحد القاضى للحاضر والغائب ، فلو أثبت قدر نصيبه منه أوكان القاضى متعددا أعاد الحجة وإنما خص الدين ، لأن فى إعادة الحجة للعقار اختلافا وإن كان الأصح أنه لا يعيدها كما فىالعمادية قهستانى (قوله لما مر) أى من الأصل (قوله فالحاضر خصم) لأنه ادعى حقا على الحاضر ، وهو سقوط حقه فى القصاص وانقلابه مالا ولا يتمكن من إثباته لا بإثبات عفو الغائب فانتصب خصما عنه ، فإذا قضى عليه صار الغائب مقضيا عليه تبعا زيلعى (قوله وسقط القود) أى وإن جاء الغائب وأنكر العفو ويصير حقه نصف الدية (قوله فهو على التفصيل السابق) فلا تقبل بينة أقامها الحاضر من غير إعادة بعد عود الغائب ، ولو أقام القاتل بينة أن الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص .

فحاصله : أن هذه المسألة مثل الأولى فى جميع ما ذكرنا إلا أنه إذا كان القتل عمدا أو خطأ لا يكون الحاضر خصما عن الغائب بالإجماع والفرق لها فى الكل ، ولأبى حنيفة فى الخطأ أن أحد الورثة خصم عن الباقين ولا كذلك أحد المولبين زيلعى (قوله ولوأخبر الخ) عبر بالإخبار لأنه ينتظم الأوجه الأربعة ، بخلاف الشهادة فإنها لم توجد حقيقة إلا فى الوجه الثالث كما أفاده ابن كمال (قوله عفو للقصاص منهما) قيد بالقصاص لأنه لا يكون عفوا منهما للمال إلا فى بعض الأوجه كما تعرفه (قوله عملا بزعمهما) لأنهما زعما عفو الثالث وبعفو البعض يسقط القصاص (قوله وهى رباعية) أىأوجهها أربعة (قوله ولهما ثلثا الدية) لأن نصيبهما صارمالا درر (قوله والثانى إن كذبهما) قال الرملى كذا بخط المصنف متنا وشرحا والصواب كذباهما (قوله فلا شىء للمخبرين) لأنهما بإخبارهما أسقطا حقهما فى القصاص ، فانقلب مالا ولا مال لهما لتكذيب القاتل والشريك درر (قوله ولأخيهما ثلث الدية) لأن دعواهما العفو وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما فى حقه فينقلب نصيبه مالا ابن كمال (قوله وحده) أى دون الأخ الشريك (قوله فلكل منهم ثلثها) لأن القاتل لما صدقهما أقر لهما بثلثى الدية ، فلزم وادعى بطلان حق الثالث بالعفو ، ولم يصدقه فتحول مالا فيدفعه إليه درر (.قوله إن صدقهما الأخ فقط) أى وكذبهما القاتل (قوله لأن إقراره الخ) أى فلا يقال إنه قد أقر أنه لا يستحق على القاتل شيئا إقراره له بالعفو فكيف يجب له الثلث (قوله فوجب له ثلث الدية) وسقط الثلثان لتكذيب القاتل إياهما ولا يتأتى القصاص مع إقرار الثالث بعفوه ط (قوله ولكنه يصرف ذلك إلى المخبرين) لأن الأخ زعم العفو بتصديقه المخبرين ، وأنه لا شىء له على القاتل ، وإنما على القاتل ثلثا الدية لهما ، وما فى يده مال القاتل وهو من جنس حقهما ، فيصرف إليهما ،

وهو الأصح زيلعى لأنه صار مقرا لهما بما أقر له به القاتل (وإن شهد أنه ضربه بشىء جارح فلم يزل صاحب فراش حتى مات يقتص) لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة ولا يحتاج الشاهد أن يقول إنه مات من جراحته بزازية (وإن اختلف شاهدا قتل فى الزمان أو فى المكان أو فى آلته أو قال أحدهما قتله بعصا وقال الآخر: لم أدر بماذا قتله أو شهد أحدهما على معاينة القتل والآخر على إقرار القاتل به بطلت) لأن القتل لا يتكرر

والقياس أن لا يلزمه شىء، لأنهما ادعيا المال على القاتل، والقاتل منكر فلم يثبت وما أقر به القاتل للأخ قد بطل بإقرار الأخ بالعفو لكونه تكذيبا للقاتل: وجه الاستحسان أن القاتل بتكذيبه المخبرين أقر للأخ بثلث الدية لزعمه أن القصاص سقط بإخبارهما بالعفو كابتداء العفو منهما والمقر له ما كذب القاتل حقيقة، بل أضاف الوجوب إلى غيره، وفى مثله لا يرتد الإقرار كمن قال لفلان على مائة فقال المقر له ليس لى ولكنها لفلان، فالمال للمقر له الثانى كذا هنا درر موضحا (قوله وهو الأصح زيلعى) عبارته وفى الجامع الصغير كان هذا الثلث للشاهدين، لا للمشهود عليه، وهو الأصح الخ، وظاهره أن مقابل الأصح كونه للأخ المشهود عليه (قوله يقتص) لا يقال الضرب بسلاح قد يكون خطأ فكيف يجب القود، لأنا نقول لما شهدوا بالضرب بالسلاح ثبت العمد لا محالة، لأنه لو كان خطأ لقالوا إنه قصد غيره فأصابه.

وقال فى شرح الكافى: ولا ينبغى أن يسأل الشهود أنه مات بذلك أم لا وكذلك إذا شهدوا أنه ضرب بالسيف حتى مات وإن لم يذكروا العمد لأن العمد هو القصد بالقلب، وهو أمر باطن لا يوقف عليه، ولكن يعرف بدليله وهو الضرب بآلة قاتلة عادة ولو شهدوا أنه قتله عمدا وأنه مات فهو أحوط اهـ إتقانى:

قال الرملى: أول الجنايات هذا صريح فى أنه بعد ثبوت القتل بالآلة الجارحة بالبينة لا يقبل قول القاتل لم أقصده، بخلاف ما لو أقر وقال أردت غيره، لأنه ثبت من جهته مطلقا عن قيد العمدية والخطئية فيقبل منه ما أقر به، ويحمل على الأدنى.

قال فى التاترخانية: وفى المجرد روى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة لو أقر أنه قتل فلانا بحديدة أو سيف، ثم قال أردت غيره فقتلته لم يقبل منه ذلك ويقتل، وعن أبى يوسف إذا قال ضربت فلانا بالسيف فقتلته، قال هذا خطأ حتى يقول عمدا اهـ ملخصا:

أقول: التفرقة بين الشهادة والإقرار إنما تظهر على الرواية الثانية دون الأولى تأمل (قوله ولا يحتاج الشاهد الخ) لأن الموت متى وجد عقيب سبب صالح يضاف إليه لا إلى شىء آخر إذا لم يكن فى الظاهر سبب آخر، وإن احتمل لأن احتمال خلاف الظاهر لا يعتبر فى الأحكام إتقانى (قوله أو فى المكان) أى المتباعد فإن كان متقاربا كبيت شهد أحدهما إنى رأيته قتله فى هذا الجانب، وشهد الآخر إنى رأيته قتله فى هذا الجانب فتقبل ولوالجية (قوله أو فى آلته) بأن قال أحدهما قتله بعصا والآخر قتله بالسيف: قال فى الخزانة: ولو شهد أحدهما بالقتل بالسيف والآخر بالسكين لم يجز ولو كانت الشهادتان بإقراره جاز اهـ ومنه يظهر أن وجه بطلان الشهادة بمجرد الاختلاف لا كون موجب شهادة أحدهما العمد والآخر الخطأ عزمية (قوله لأن القتل لا يتكرر) هذا إنما يظهر فى الاختلاف فى الزمان أو المكان أو الآلة، فإن فى كل من الثلاثة أحد الشاهدين شهد فيه بقتل، والآخر بآخر ويلزم منه اختلافهما فى المشهود به: وأما فى الصورة الرابعة فالعلة أن أحدهما شهد بشبه العمد، والآخر بقتل مطلق يحتمل العمد، وشبه العمد والخطأ فلم يثبت اتفاقهما فى المشهود به، وكذا فى الخامسة لشهادة أحدهما على الفعل والآخر

(وكذا) تبطل الشهادة (او كمل النصاب فى كل واحد منهما) لتيقن القاضى بكذب أحد الفريقين ولا أولوية (ولو كمل أحد الفريقين دون الآخر قبل الكامل منهما) لعدم المعارض (ولو شهدا) بقتله (وقالا جهلنا آلته تجب الدية فى ماله) فى ثلاث سنين شرنبلالية استحسانا حملا على الأدنى وهو الدية وكانت فى ماله لأن الأصل فى الفعل العمد (وإن أقر كل واحد منهما) أى من الرجلين (أنه قتله وقال الولى قتلتماه جميعا له قتلهما) عملا بإقرارهما (ولو كان مكان الإقرار والمسألة بحالها) (شهادة لغت) الشهادتان لأن التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يبطل شهادته أما فسق المقر لا يبطل الإقرار (ولو قال) الولى (فى) صورة (الإقرار) السابقة صدقتما (ليس له أن يقتل واحدا منهما) لأن تصديقه بانفراد كل بقتله وحده إقرار بأن الآخر لم يقتله بخلاف قوله قتلتماه، لأنه دعوى القتل بلا تصديق فيقتلهما بإقرارهما زيلعى (ولو أقر) رجل (بأنه قتله وقامت البينة على آخر أنه قتله وقال الولى قتله كلاهما كان له) للولى (قتل المقر دون المشهود عليه) لأن فيه تكذيبا لبعض موجبه كما مر، ولو قال الولى لأحد المقرين صدقت أنت قتلته وحدك كان له قتله لتصادقهما على وجوب القتل عليه وحده (كما لو قال ذلك لأحد المشهود عليهما) كان له قتله لعدم تكذيبه شهوده عليه وإنما كذب الآخرين وكذا حكم الخطأ فى كل ما ذكر ذكره الزيلعى:

(شهدا على رجل بقتله خطأ وحكم بالدية) على العاقلة (فجاء المشهود بقتله حيا

على القول فلو قال لاختلاف المشهود به لشمل الكل (قوله وكذا تبطل الشهادة الخ) ظاهره بطلانها فى الصور الخمس مع أن الزيلعى إنما ذكر ذلك بعد الثلاثة الأول فقط، وبه تظهر العلة التى ذكرها، لأن كل فريق شهد بقتل آخر، والقتل لا يتكرر فيتيقن بكذب أحد الفريقين، أما فى الرابعة والخامسة فلا يظهر فتدبر (قوله ولا أولوية) أى ليس إحدى الشهادتين أولى بالقبول من الأخرى، وظاهر أن هذا إذا تعارضتا قبل الحكم بإحداهما وإلا فلا تسمع الثانية تأمل، لأن كل بينتين متعارضتين إذا سبق الحكم بإحداهما لغت الأخرى (قوله ولو كمل أحد الفريقين) أى تم نصاب الشهادة فى جانب دون آخر (قوله استحسانا) والقياس أن لا تقبل لأن الفعل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به هداية (قوله حملا على الأدنى) لأنهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل، فيجب أقل موجبيه وهو الدية. ولا يحمل قولهما لا ندرى على الغفلة، بل يحمل على أنهما سعيا للدرء المندوب إليه فى العقوبات إحسانا للظن بهما عينى (قوله لغت) إلا إذا صدق الولى إحدى البينتين كما يأتى ط أى فى قول المصنف كما لو قال ذلك لأحد المشهود عليهما أى قال له أنت قتلته (قوله لأن التكذيب تفسيق) لأن قوله قتلتماه تكذيب للشهود فى بعض المشهود به، حيث ادعى اشتراكهما فى القتل، فكأنه قال لم ينفرد بقتله، بل شاركه آخر وهذا القدر من التكذيب يمنع قبول الشهادة لادعائه فسقهم به دون الإقرار زيلعى (قوله ليس له أن يقتل واحدا منهما) وليس له دية أيضا لما ذكره اه ط (قوله إقرار بأن الآخر لم يقتله) فكان مكذبا لهما فى إخبارهما بالقتل ط (قوله بلا تصديق) أى فى الانفراد فإن كلا منهما أقر بانفراده بكل القتل وبالقصاص عليه، والمقر له صدقه فى وجوب القتل عليه أيضا لكنه كذبه فى انفراده بالقتل وتكذيب المقر فى بعض ما أقر به لا يضر كما مر (قوله ولو أقر رجل الخ) صورته ادعى الولى على رجلين بالقتل وجاء ببينة فشهدت البينة على أحدهما وأقر الآخر تأمل (قوله لأن فيه) أى فى قوله قتله كلاهما (قوله لبعض موجبه) أى موجب ما شهدا به، لأنهما أثبتا انفراد المشهود عليه بالقتل، والمدعى يقول لا بل قتله هو والآخر (قوله كما مر) أى من أن التكذيب تفسيق (قوله كما لو قال ذلك) أى أنت قتلته وحدك (قوله شهدا على رجلين بقتله خطأ) أى بأنه قتل آخر خطأ:

ضمن العاقلة الولى) لقبضه الدية بلاحق (أو الشهود ورجعوا) أى الشهود (عليه) على الولى لتملكهم المضمون الذى فى يد الولى (و) الشهادة على القتل (العمد) فى هذا الحكم (كالخطأ) فإذا جاء حيا يخير الورثة بين تضمين الولى الدية أو الشهود (إلا فى الرجوع) فلا رجوع للشهود على الولى لأنهم أوجبوا له القود ، وهو ليس بمال وقالا يرجعون كالخطأ (ولو شهدا على إقراره) أى إقرار القاتل بالخطأ أو العمد ثم جاء حيا (أو شهدا على شهادة غيرهما فى الخطأ) وقضى بالدية على العاقلة ثم جاء حيا (لم يضمنا) إذ لم يظهر كذبهما فى شهادتهما (وضمن الولى الدية) فى الصورتين (للعاقلة) إذ ظهر أنه أخذها منهم بغير حق (والمعتبر حالة الرمى) فى حق الحل والضمان (لا الوصول) وحينئذ (فتجب الدية) فى ماله وسقط القود للشبهة (بردة المرمى إليه قبل الوصول) وقالا لاشىء عليه (لا) تجب دية المرمى إليه (بإسلامه) بالإجماع (و) تجب (القيمة بعتقه) بعد الرمى قبل الإصابة (و) يجب (الجزاء على محرم رمى صيدا فحل) فوصل لا على حلال رماه فأحرم

واعلم أن هذه المسائل من هنا إلى قوله : والمعتبر حالة الرمى ذكرها صاحب الدرر وأصلها مذكور فى الفصل الرابع والعشرين من التاترخانية عن محمد فى الجامع الكبير (قوله ضمن العاقلة الولى) ولا يرجع الولى على أحد تاترخانية (قوله أو الشهود) لأن المال تلف بشهادتهم درر (قوله لتملكهم المضمون الخ) عبارة الدرر لأنهم ملكوا المضمون وهو ما فى يد الولى كالغاصب مع غاصب الغاصب (قوله والشهادة على القتل العمد الخ) أى إذا شهدوا بالقتل عمدا واقتص من القاتل ، ثم جاء المشهود بقتله حيا لا قصاص على واحد منهم ، ولكن ورثة القاتل بالخيار فإن ضمنوا الولى لا يرجع على أحد ، وإن ضمنوا الشهود لا يرجعون بذلك على الولى عنده وعندهما يرجعون تاترخانية (قوله أى إقرار القاتل بالخطأ أو العمد) أى وقضى عليه بالدية فى ماله فى صورة الخطأ لأن العاقلة لا تعقل الإقرار ، والقصاص فى صورة العمد تأمل (قوله فى الخطأ) قيد به لأن الشهادة على الشهادة لا تقبل فى القود كالحد كما صرحوا به فافهم (قوله ثم جاء) أى المشهود على الإقرار بقتله (قوله إذا لم يظهر كذبهما) لأنهما لم يشهدا بقتله بل شهدا على إقرار القاتل به ، فالظاهر أنه أقر كاذبا وفى الثانية شهدا على شهادة الأصول لا على نفس القتل (قوله وضمن الولى الدية فى الصورتين) أى فى الشهادة على إقراره وفى الشهادة على الشهادة فيرد الولى ما قبضه ، لكن فى الشهادة على الإقرار بالقتل عمدا لم يقبض شيئا لأن موجبها القود ولعل المراد أن الولى إذا اقتص من المقر يضمن ديته لأوليائه لظهور أن لاحق له فى القصاص بعد مجىء المقتص لأجله حيا تأمل (قوله للعاقلة) كذا فى الدرر وفيه نظر لأن العاقلة لاتعقل إقرارا ولا عمداً بل ضمانه للعاقلة مقصور على الصورة الثانية لأن الدية قضى بها عليهم كما مر وعبارة التاترخانية عن الجامع لاغبار عليها ، حيث قال : ولو كانت الشهادة فى الخطأ أو فى العمد على إقرار القاتل والمسألة بحالها ، فلا ضمان على الشهود ، وإنما الضمان على الولى فى الفصلين جميعا ، وكذا لو شهدا على شهادة شاهدين على قتل الخطإ وقضى القاضى بالدية على العاقلة وباقى المسألة بحالها لا ضمان على الفروع ولكن يرد الولى الدية على العاقلة اه وأراد بباقى المسألة أن المشهود بقتله جاء حيا (قوله والمعتبر حالة الرمى) لأن الضمان بفعله وهو الرمى إذ لا فعل منه بعده فتعتبر حالة الرمى والمرمى إليه فيها متقوم هداية (قوله فى حق الحل والضمان) أراد بالحل الخروج عن إحرام الحج كما تجىء مسائله عزمية (قوله للشبهة) أى شبهة سقوط العصمة حال الوصول (قوله بردة المرمى إليه) أى فيما إذا رمى مسلما فارتد المرمى إليه والعياذ بالله تعالى ثم وقع به السهم (قوله وقالا لا شىء عليه) لأن التلف حصل فى محل لا عصمة له منح (قوله وتجب القيمة بعتقه الخ) والقياس القصاص لكن سقط للشبهة فانه يجب للمولى لو اعتبر الرمى ، وللعبد ثم ينتقل إلى وارثه لو اعتبر الوصول ، فأورث شبهة دائرة للقصاص شرح المجمع لمصنفه ، فتقييد القهستانى القتل هنا بالخطأ محل نظر أفاده أبو السعود

فوصل ولا يضمن من رمى مقضيا عليه برجم فرجع شاهده فوصل وحل صيد رماه مسلم فتمجس فوصل ه لايحل (ما رماه مجوسى فأسلم فوصل) لما عرفت أن المعتبر حالة الرمى ؛

[لغز] أى جان لو مات مجنيه فعليه نصف الدية ولوعاش فالدية؟ فقل ختان قطع الحشفة بإذن أبيه .
أى إنسان بقطع أذنه يجب نصف الدية وبقطع رأسه نصف عشرها؟ فقل جنين خرج رأسه فقطعه ففيه الغرة .
أى شىء يجب بإتلافه دية وثلاثة أخماسها ؟ فقل دية لأسنانه أشباه ، والله تعالى أعلم بالصواب .

كتاب الديات

الدية فى الشرع اسم للمال الذى هو بدل للنفس لا تسمية للمفعول بالمصدر ، لأنه من المنقولات الشرعية. والأرش اسم للواجب فيما دون النفس (دية شبه العمد مائة من الإبل أرباعا من بنت مخاض وبنت لبون وحقة إلى جذعة) بإدخال الغاية (وهى) الدية (المغلظة لا غير و) الدية (فى الخطأ

(قوله فوصل) أى السهم المرمى (قوله ولا يضمن الخ) لأنه حال الرمى مباح الدم وإنما الضمان على الراجع ، فيضمن الربع لو واحدا ولوكلهم فكل الدية أبو السعود (قوله فرجع شاهده) الإضافة للجنس ، لأنها تأتى لما تأتى له الألف واللام فيشمل رجوع واحد من الأربعة أو الكل (قوله أى جان الخ) يأتى بيانه قبيل القسامة (قوله باذن أبيه) متعلق بختان لا بقطع ، إذ لايعتبر إذنه فى قطع الحشفة لأنه لا يملكه رحمتى (قوله جنين خرج رأسه) أى فقطعه كما هو موجود فى بعض النسخ ، ففيه الغرة أى خمسمائة درهم نصف عشر الدية ، وعبارة الأشباه: خرج رأسه فقطع أذنه ولم يمت ففيه نصف الدية وإن قطع رأسه ففيه الغرة اه :

واعلم أن هذاكله إذا استهل ولم يخرج نصفه مع الرأس أو الأكثر مع القدمين ، فإن استهل وخرج منه ذلك ففيه القود فى القتل والقطع كما قدمناه أول الجنايات عن المجتبى والتاترخانية (قوله فقل دية الأسنان) سيأتى بيانه قريبا وهذا من لطافاته حيث يدخل على كل كتاب بمسألة تناسبه غالبا ، والله تعالى أعلم :

كتاب الديات

قدم القصاص لأنه الأصل وصيانة الحياة ولأنفس فيه أقوى والدية كالخلف له ولهذا تجب بالعوارض كالخطأ وما فى معناه معراج (قوله الدية فى الشرع الخ) وفى اللغة مصدر ودى القاتل المقتول إذا أعطى وليه المال الذى هو بدل النفس والتاء فى آخرها عوض عن الواو فى أولها كالعدة (قوله الذى هو بدل النفس) زاد الإتقانى أو الطرف (قوله لا تسمية للمفعول الخ) كذا قال ابن الكمال رادا على الزيلعى وغيره .

والحاصل : أنه مجاز فى اللغة حقيقة فى العرف كما قال النحويون فى إطلاق اللفظ على الملفوظ ، والمقصود بيان المعنى العرفى الحقيقى والحقائق لا يطالب لها أصل ، وبيان أنه تسمية للمفعول بالمصدر يؤذن ببيان المعنى اللغوى المجازى فتأمل.(قوله والأرش اسم للواجب فيما دون النفس) وقد يطلق على بدل النفس وحكومة العدل قهستانى (قوله أرباعا) حال من مائة أو من الإبل أى مقسمة من كل نوع من الأنواع الآتية ربع المائة (قوله من بنت مخاض) هى التى طعنت فى السنة الثانية وبنت لبون فى الثالثة والحقة فى الرابعة والجذعة فى الخامسة (قوله وهى الدية المغلظة لا غير) اعلم أن عبارات المتون هنا مختلفة المفهوم ، فظاهر الهداية والاختيار والكنز ، والملتقى أن الدية فى شبه العمد لا تكون من غير الإبل ، وهو ظاهر عبارة المصنف هنا أيضا ، وعليه فالتغليظ ظاهر ، لعدم التخيير وظاهر الوقاية والاصلاح والغرر وغيرها أنها تكون من غير الإبل ، وبه صرح فى متن القدورى

أخماس منها ومن ابن مخاض أو ألف دينار من الذهب أو عشرة آلاف دهم من الورق) وقال الشافعي : اثنا عشر ألفا وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ، ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان إزار ورداء هو المختار (وكفارتهما) أى الخطأ وشبه العمد (عتق قن مؤمن فإن عجز عنه صام شهرين ولاء ولا إطعام فيهما) إذ لم يرد به النص والمقادير توقيفية (وصح) إعتاق (رضيع أحد أبويه مسلم) لأنه مسلم تبعا (لا الجنين ودية المرأة على النصف من دية الرجل في دية النفس وما دونها) روى ذلك عن علي رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا (والذمي والمستأمن

حيث قال : ولا يثبت التغليظ إلا في الابل خاصة فإن قضى من غير الابل لم تتغلظ اه وعليه فمعنى التغليظ فيها : أنها إذا دفعت من الإبل تدفع أرباعا ، بخلاف دية الخطأ فإنها أخماس ، وفي المجمع : تتغلظ دية شبه العمد في الابل قال شارحه : حتى لو قضى بالدية من غير الإبل لم تغلظ ، وكذا في درر البحار وشرحه غرر الأفكار وفي جنايات غاية البيان ، وتغلظ الدية في شبه العمد في الابل إذا فرضت الدية فيها. فأما غير الإبل فلا يغلظ فيها وفي الجوهرة حتى أنه لا يزاد في الفضة على عشرة آلاف ولا في الذهب على ألف دينار : وفي درر البحار : اتفق الأئمة على أن الدية من الذهب في الخطأ وشبه العمد ألف دينار ، فهذه العبارات صريحة في أن دية شبه العمد لا تختص بالإبل :

قال ط : والذي قدمه الزيلعي أول الكتاب أن الدية في شبه العمد لا تكون إلا من الإبل مغلظة على العاقلة في ثلاث سنين يؤخذ في كل سنة ثلث المائة من الإبل ورجحه في الشرنبلالية بأنه لو كان الواجب ما هو أعم من الإبل، لم يكن للتغليظ فائدة لأنه يختار الأخف فتفوت حكمة التغليظ اه :

أقول : ما نقله عن الزيلعي لم أره في نسختي فليراجع وعلى ثبوته فالظاهر أن في المسألة روايتين والله تعالى أعلم (قوله أخماس منها ومن ابن مخاض) أى تؤخذ المائة من الأربعة المارة ومن ابن مخاض أخماسا من كل نوع عشرون (قوله وقالا منها) أى من الثلاثة الماضية : وهى الإبل والدنانير والدراهم ومن البقر الخ ، فتجوز عندهما من ستة أنواع وعند الإمام من الثلاثة الأول فقط.

قال في الدر المنتقى : ويؤخذ البقر من أهل البقر والحلل من أهلها وكذا الغنم ، وقيمة كل بقرة أو حلة خمسون درهما ، وقيمة كل شاة خمسة دراهم كما في الشرنبلالية عن البرهان زاد القهستاني والشياه ثنايا وقيل كالضحايا وعن الإمام كقولهما ، وثمرة الخلاف أنه لو صالح على أكثر من مائتي بقرة لم يجز عندهما وجاز عنده ، لأنه صالح على ما ليس من جنس الدية ، وقد مر والصحيح ما ذهب إليه الإمام كما في المضمرات ، وأفاد أن كل الأنواع أصول وعليه أصحابنا وأن التعيين بالرضا أو القضاء وعليه عمل القضاة وقيل للقاتل ذكره القهستاني اه وتمامه في المنح (قوله هو المختار) أى تفسير الحلة بذلك وقيل في ديارنا قميص وسراويل نهاية (قوله عتق قن) أى كامل فيكفي الأعور لا الأعمى درمنتقى (قوله مؤمن) بخلاف سائر الكفارات ، لورود النص به والنص وإن ورد في الخطأ لكن لما كان شبه العمد فيه معنى الخطأ ثبت فيه حكم الخطأ إتقاني (قوله فإن عجز عنه) أى وقت الأداء لا الوجوب قهستاني (قوله ولاء) أى متتابعين (قوله ولا إطعام فيهما) بخلاف غيرهما من الكفارات (قوله وصح إعتاق رضيع) أى إن عاش بعده حتى ظهرت سلامة أعضائه وأطرافه ، فلو مات قبل ذلك لم تتأد به الكفارة إتقاني (قوله لا الجنين) لأنه لم تعرف حياته ، ولا سلامته ، ولأنه عضو من وجه فلا يدخل تحت مطلق النص زيلعي (قوله ودية المرأة الخ) ففي قتل المرأة خطأ خمسة آلاف ، وفي قطع يدها ألفان وخمسمائة ، وهذا فيما فيه دية مقدرة وأما فيما فيه الحكومة فقيل كالمقدرة ، وقيل يسوى بينهما كما في الظهيرية ولا يرد جنين

والمسلم) فى الدية (سواء) خلافا للشافعى .
وصحح فى الجوهرة : أنه لا دية فى المستأمن وأقره فى الشرنبلالية لكن بالتسوية جزم فى الاختيار وصححه الزيلعى (وفى النفس) خبر المبتدإ وهو قوله الآتى الدية (والأنف) ومارنه وأرنبته وقيل فى أرنبته حكومة عدل على الصحيح (والذكر والحشفة والعقل

فيه غرة لأنه مستأنى ، كما يأتى درمنتقى : وفى التاترخانية عن شرح الطواويسى : ما ليس له بدل مقدر يستوى فيه الرجل والمرأة عند أصحابنا :

[تنبيه] فى أحكام الخنثى من الأشباه لاقصاص على قاطع يده ولو عمدا ولو كان القاطع امرأة ولا تقطع يده إذا قطع يد غيره عمدا ، وعلى عاقلته أرشها ، وإذ قتل خطأ وجبت دية المرأة ويوقف الباقى إلى التبين ، وكذا فيما دون النفس ؛ ويصح إعتاقه عن الكفارة (قوله خلافا للشافعى) حيث قال دية اليهودى والنصرانى أربعة آلاف درهم ودية المجوسى ثمانمائة درهم هداية (قوله وصحح فى الجوهرة الخ) حيث قال ناقلا عن النهاية : ولا دية للمستأمن هو الصحيح اه واعترض بأن الذى فى النهاية هو التصريح بالتسوية فى الدية والتفرقة فى القصاص اه .

قلت : وهكذا رأيت فى النهاية وغاية البيان (قوله وأقره فى الشرنبلالية) غير مسلم لأنه نقل تصحيح الجوهرة المذكور ونقل بعده مانصه وقال الزيلعى والمستأمن ديته مثل دية الذمى فى الصحيح لما روينا ، فقد اختلف التصحيح اه ط .

أقول : واستظهر الرملى ماصححه الزيلعى وغيره واختلاف التصحيح إنما هو بعد ثبوت مانقله فى الجوهرة عن النهاية والله تعالى أعلم (قوله وفى النفس) فى للسببية ولا حاجة لذكر النفس لعلم حكمها مما تقدم ط (قوله والأنف الخ) الأصل فى قطع طرف من أطراف الآدمى أنه إن فوت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالا مقصودا على الكمال ففيه كل الدية لأنه إتلاف للنفس من وجه لقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية فى اللسان والأنف فقسنا مافى معناه عليه إتقانى :

واعلم أن مالا ثانى بدله فى بدن الإنسان من الأعضاء أو المعانى المقصودة فيه كمال الدية ، والأعضاء أربعة أنواع أفراد وهى ثلاثة : الأنف واللسان والذكر والمعانى التى هى أفراد فى البدن : العقل والنفس والشم والذوق وأما الأعضاء التى هى أزواج : فالعينان والأذنان الشاخصتان والحاجبان والشفتان واليدان وثديا المرأة والأنثيان والرجلان ففيهما الدية ، وفى أحدهما نصفها والتى هى أرباع أشفار العين وفى كل شفر ربع الدية والتى هى أعشار أصابع اليدين وأصابع الرجلين ففى العشرة الدية وفى الواحدة عشرها والتى تزيد على ذلك الأسنان وفى كل منها عشر الدية ويأتى بيان ذلك (قوله ومارنه) هو مالان من الأنف وأرنبته طرف الأنف لأنه فوت الجمال على الكمال ، وكذا المنفعة لأن المارن لاشتمام الروائح فى الأنف لتعلو منه إلى الدماغ ؛ وذلك يفوت بقطع المارن ولو قطع المارن مع القصبة لايزاد على دية واحدة ، لأنه عضو واحد ولو قطع أنفه فذهب شمه فعليه ديتان لأن الشم فى غير الأنف ، فلا تدخل دية أحدهما فى الآخر كالسمع مع الأذن معراج (قوله وقيل الخ) حكاه القهستانى وجزم فى الهداية وغيرها بالأول (قوله والذكر والحشفة) لأنه يفوت بالذكر منفعة الوطء والإيلاد واستمساك البول والرمى به ودفع الماء والإيلاج الذى هو طريق الاعلاق عادة ، والحشفة أصل فى منفعة الإيلاج والدفق والقصبة كالتابع له هداية ، وقدم المصنف وجوب (القصاص فى قطع الحشفة عمدا ، وفى الذكر خلاف قدمناه قوله والعقل) لأن به نفع المعاش و المعاد وفى الخيرية سئل فى رجل طرح آخر على الأرض ، وضربه فصار

والشم والذوق والسمع والبصر واللسان إن منع النطق) أفاد أن فى لسان الأخرس حكومة عدل جوهرة وهذا ساقط من نسخ الشارح فتنبه (أو منع أداء أكثر الحروف) وإلا قسمت الدية على عدد حروف الهجاء الثمانية وعشرين أو حروف اللسان الستة عشر تصحيحان فما أصاب الغائب يلزمه وتمامه فى شرح الوهبانية وغيرها (ولحية خلقت

بصرع فماذا عليه أجاب : إن ثبت زوال عقله بما ذكر ففيه دية كاملة ، وإن زال بعضه فبقدره إن انضبط بزمان أو غيره ، وإلا فحكومة عدل ، وللقاضى أن يقدرها باجتهاده وهذا قلته تفقها أخذا من كلامهم ، وقد صرح بعض العلماء بأن الإصراع ضرب من الجنون اهـ (قوله والشم والذوق والسمع والبصر) لأن لكل واحد منها منفعة مقصودة وقد روى : أن عمر رضى الله تعالى عنه قضى بأربع ديات فى ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر هداية ، ويعرف تلفها بتصديق الجانى أو نكوله أو الخطاب مع الغفلة وتقريب الكريه وإطعام الشيء المر قهستانى (قوله أفاد أن فى لسان الأخرس حكومة عدل) أى إذا لم يذهب به ذوقه لأن المقصود منه الكلام ، ولا كلام فيه فصار كاليد الشلاء وآلة الخصى والعنين والرجل العرجاء والعين القائمة العوراء والسن السوداء اهـ معراج : أى فإن فى الكل حكومة عدل ، لأنه لم يفوت منفعة ، ولا فوت جمالا على الكمال عناية. بخلاف ما إذا ذهب به ذوقه (قوله وهذا) أى قوله إن منع النطق (قوله وإلا قسمت الدية الخ) أى إن لم يمنع أداء أكثر الحروف بأن قدر عليه قسمت الدية الخ لكن قال القهستانى فإن تكلم بالأكثر فالحكومة ، وقيل : يقسم على عدد الحروف فما تكلم به منها حط من الدية بحصته ، سواء كان نصفا أو ربعا أو غيره وهو الأصح ، وقيل : على حروف اللسان وهو الصحيح كما فى الكرمانى اهـ ملخصا .

وبه علم أن الأقوال ثلاثة وبها صرح فى الهداية وغيرها وعلى الأول مشى فى الملتقى والدرر ، وشرح المجمع والاختيار ، وغرر الأفكار والإصلاح وغيرها ، وصرح فى الجوهرة بتصحيح الأخيرين كالقهستانى ، والأول مصحح أيضا لما علمته وظاهر كلام الشارح(١) أن الأخيرين تفسير للحكومة التى أوجبها القول الأول ، فلا منافاة بينه وبينهما وهو حسن لكنه خلاف المفهوم من كلامهم فتأمل (قوله الستة عشر) وهى التاء والثاء والجيم والدال والذال والراء والزاى والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون والياء زيلعى ، وعدها فى الجوهرة ثمانية عشر بزيادة القاف والكاف قال ابن الشحنة : وأفاد المصنف أنه قول النحاة والقراء وعدها الخاصى أربعة عشر ، لكن بلا حصر لأنه أتى بكاف التشبيه اهـ (قوله وتمامه فى شرح الوهبانية) حيث أفاد أنه على كونها ستة عشر يكون فى كل حرف ستمائة وخمسة وعشرون درهما ومن الذهب اثنان وستون ونصف ، وعلى كونها ثمانية عشر فى الحرف من الذهب خمسة وخمسون وخمسة أتساع ومن الدراهم خمسمائة وخمسة وخمسون وخمسة أتساع اهـ .

[تنبيه] قال فى المعراج ولو ذهب بجنايته على الحلق أو الشفة بعض الحروف الحلقية أو الشفوية ، ينبغى أن يجب بقدره من الثمانية والعشرين ، ولو بدل حرفا مكان حرف فقال فى الدرهم دلهم فعليه ضمان الحرف لتلفه ، وما يبدله لايقوم مقامه اهـ (قوله ولحية حلقت) وكذا لو نتفت قهستانى لأنه أزال الجمال على الكمال ولحية المرأة

---

(١) (قوله وظاهر كلام الشارح الخ) أنت خبير بأن القهستانى إنما حكى القول بالحكومة فى فوات الأقل والقولين بعده فى فوات البعض مطلقا فكيف يصح التفسير وتنعدم المنافاة .

وحاصل ما استفيد من تقرير مولانا أنه إذا فات بعض الحروف قيل إن كان الفائت الأكثر ففيه الدية وهذا ما فى المصنف ، وإن الأقل فالحكومة وهذا ما فى القهستانى وقيل بفوات البعض أيا كان تقسم الدية على عدد الحروف الستاية أو حروف الهجاء قولان اهـ وبهذا تعلم ما فى المحشى تأمل .

لم تنبت) ويؤجل سنة فإن مات فيها برئ وفى نصفها نصف الدية وفيما دونها حكومة عدل كشارب ولحية عبد فى الصحيح ، ولا شيء فى لحية كوسج على ذقنه شعرات معدودة ولو على خده أيضاء ولكنه غير متصل فحكومة عدل ولو متصلا فكل الدية (وشعر الرأس كذلك) أى إذا حلق ولم ينبت كذا روى عن على وعند الشافعى : فيهما حكومة عدل واعلم أنه لا قصاص فى الشعر مطلقا ، ولو مات قبل تمام السنة ولم ينبت فلا شيء عليه كشعر صدر وساعد وساق (والعينين والشفتين والحاجبين والرجلين والأذنين والأليتين) أى الحصيتين (وثديى المرأة) وحلمتيهما والأليتين إذا استأصلهما وإلا فحكومة عدل وكذا فرج المرأة من الجانبين (الدية)

لاشيء فيها لأنها نقص كما فى الجوهرة (قوله فإن مات فيها برئ) أى لاشيء عليه وقالا حكومة عدل كفاية (قوله وفى نصفها نصف الدية) وقال بعض أصحابنا كمال الدية لفوات الجمال بحلق البعض معراج ، وفى غاية البيان ولو حلق بعض اللحية ولم تنبت قال بعضهم : تجب فيه حكومة عدل قال فى شرح الكافى : والصحيح كل الدية لأنه فى الشين فوق من لا لحية له أصلا (قوله فى الصحيح) لأن الشارب تابع للحية فصار كبعض أطرافها ، والمقصود فى العبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر هداية .

قلت : ومفاده أنه لو حلق الشارب مع اللحية يدخل فى ضمانها لأنه تابع ، ونقل السائحانى عن المقدسى أنه لا يدخل وفى خزانة المفتين يدخل (قوله ولا شيء فى لحية كوسج) بالفتح وبضم قاموس لأنها تشينه لا تزينه (قوله فحكومة عدل) لأن فيه بعض الجمال هداية (قوله فكل الدية) لأنه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال هداية (قوله وشعر الرأس كذلك) سواء كان شعر رجل أو امرأة أو كبير أو صغير معراج (قوله أى إذا حلق ولم ينبت) أى على وجه يظهر فيه القرع ، فإنه يعد عيبا عظيما ، ولهذا يتكلف الأقرع فى ستر رأسه كما يتكلف ستر سائر عيوبه إتقانى ، وهذا كله إذا فسد المنبت فإن نبت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لأنه لم يبق أثر الجناية ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل هداية ، وإن نبت أبيض فإن فى أوانه لا يجب شيء وإلا فالصحيح أن فيه حكومة عدل إتقانى وإن كان عبدا ففيه أرش النقصان جوهرة (قوله فيهما) أى فى اللحية وشعر الرأس (قوله مطلقا) أى ولو عمدا فى اللحية وشعر الرأس، وكذا شعر الحاجب معراج ، لأن القصاص عقوبة ، فلا يثبت قياسا ، وإنما يثبت نصا أو دلالة والنص إنما ورد فى النفس والجراحات ، وهذا ليس فى معناهما لأنه لم يتألم به ، ولا يتوهم فيه السراية زيلعى : والعمد فى ماله والخطأ على عاقلته كما فى القتل أفاده الإتقانى. وفى المعراج ثم قيل: صورة الخطأ فى حلق الشعر أن يظنه مباح الدم ثم يتبين أنه غير مباح الدم (قوله فلا شيء عليه) أى عنده وقالا تجب حكومة عدل معراج ، ومر نظيره فى اللحية (قوله والعينين الخ) لأن فى تفويت الاثنين من هذه الأشياء تفويت جنس المنفعة أو كمال الجمال فيجب كمال الدية ، وفى تفويت أحدها تفويت النصف فيجب نصف الدية هداية (قوله والأنثيين) لتفويت منفعة الإمناء والنسل زيلعى .

[تنبيه] فى التاترخانية عن التحفة : إذا قطعهما مع الذكر معا فعليه ديتان ، وكذا لو قطع الذكر أولا فإن بقطعه منفعة الأنثيين وهى إمساك المنى قائمة ، وأما عكسه ففيه دية الأنثيين وحكومة للذكر اهـ ملخصا : أى لفوات منفعة الذكر قبل قطعه وفيما قطع إحدى أنثييه فانقطع ماؤه فدية ونصف (قوله وثديى المرأة وحلمتيهما) لتفويت منفعة الإرضاع زيلعى ، والصغيرة والكبيرة سواء إتقانى ، وهل فى الثديين القصاص حالة العمد لا ذكر له فى الكتب الظاهرة ، وكذا الأنثيان تاترخانية (قوله وكذا فرج المرأة) قال فى الخلاصة ولو قطع فرج المرأة وصارت بحال لا تستمسك البول ففيه الدية اهـ . وفى التاترخانية : ولو صارت بحال لا يمكن جماعها ففيه الدية

وفى ثدى الرجل حكومة عدل (وفى كل واحد من هذه الأشياء) المزدوجة (نصف الدية وفى أشفار العينين الأربعة) جمع شفرة بضم الشين وتفتح: الجفن أو الهدب (الدية) إذا قلعهاولم تنبت (وفى أحدها ربعها) ولو قطع جفون أشفارها فدية واحدة لأنهما كشىء واحد وفى جفن لاشعر عليه حكومة عدل ، لكن المعتمد أن فى كل دية كاملة جفنا أو شعرا (وفى كل أصبع من أصابع اليدين أو الرجلين عشرها وما فيها مفاصل ففى أحدها ثلث دية الإصبع ونصفها) أى نصف دية الأصبع (لوفيها مفصلان) كالإبهام (وفى كل سن) يعنى من الرجل إذ دية سن المرأة نصف دية الرجل جوهرة (خمس من الإبل) أوخمسون دينارا (أو خمسمائة درهم) لقوله عليه الصلاة والسلام « فى كل سن خمس من الإبل » يعنى نصف عشر ديته لو حرا ونصف عشر قيمته لو عبدا .

فإن قلت : تزيد حينئذ دية الأسنان كلها على دية النفس بثلاثة أخماسها .

(قوله وفى ثدى الرجل حكومة عدل) لأنه ليس فيه تفويت المنفعة ، ولا الجمال على الكمال زيلعى. وفى حلمة ثديه حكومة عدل دون ذلك خلاصة (قوله جمع شفرة) كذا فى المنح بالتاء ، ولم أره لغيره والمذكور فى كلامهم شفر بلا تاء(قوله الجفن) أىطرفه قال القهستانى جمع شفر بالضم وهو حرف ماغطى العين من الجفن لاما عليه من الشعر وهو الهدب ويجوز أن يراد مجازا اهـ. وفى المغرب : شفر كل شىء حرفه وشفر العين منبت الأهداب قال الزيلعى وأيهما أريد كان مستقيما ، لأن فى كل واحد من الشفر ومنابته دية كاملة كقطعهما معا لأنهما كشىء واحد كالمارن مع القصبة اهـ (قوله ولم تنبت) بضم حرف المضارعة من الإنبات إن أريد بها المعنى الحقيقى ، وهو الأجفان ، وبالفتح إن أريد بها الأهداب قال فى الشرنبلالية : ولم يذكر التأجيل ولعله كاللحية (قوله وفى أحدها ربعها) لأنه يتعلق بها الجمال على الكمال ، ويتعلق بها دفع الأذى والقذى عن العين ، وتفويت ذلك ينقص البصر ، ويورث العمى ، فإذا وجب فى الكل الدية وهى أربعة ، ففى الواحد ربع الدية وفى الاثنين نصفها ، وفى الثلاثة ثلاثة أرباعها زيلعى ويجب فى المرأة مثل نصف مايجب فى الرجل إتقانى (قوله ولو قطع جفون أشفارها) كذا فى المنح والأوضح الجفون بأشفارها . قال فى التبيين : ولو قطع الجفون بأهدابها تجب دية واحدة لأن الأشفار مع الجفون كشىء واحد كالمارن مع القصبة والموضحة مع الشعر اهـ ولو قلع العين بأجفانها تجب ديتان دية العين ودية أجفانها لأنهما جنسان كاليدين والرجلين جوهرة ط (قوله وفى جفن لاشعر عليه حكومة عدل) كذا فى غاية البيان عن التحفة نقله ط عن الهندية عن المحيط (قوله لكن المعتمد الخ) لم أر من ذكر هذا ط : والظاهر أنه استدراك على المسألة الثانية فقط.

أما قوله : ولو قطع جفون أشفارها فقد اقتصر عليه فى الهداية والتبيين وغيرهما من الشراح .

وحاصل كلامه : أن فى كل من الجفن الذى لا شعر عليه أو الشعر وحده إذا قطعه بانفراده دية كاملة ، ويوافقه ما فى الاختيار حيث قال : فان قطع الأشفار وحدها ، وليس فيها أهداب ففيها الدية وكذلك الأهداب ، وإن قطعهما معا فدية واحدة اهـ (قوله جفنا أو شعرا) أى سواء كان جفنا أو شعر الجفن فهو خبر لكان المحذوفة وفى نسخة شفره بالفاء ط (قوله كالإبهام) الكاف استقصائية ط (قوله وفى كل سن) السن اسم جنس يدخل تحته اثنان وثلاثون : أربع منها ثنايا ، وهى الأسنان المتقدمة اثنان فوق واثنان أسفل ، ومثلها رباعيات وهى ما يلى الثنايا ، ومثلها أنياب تلى الرباعيات ، ومثلها ضواحك تلى الأنياب ، واثنا عشر سنا تسمى بالطواحن من كل جانب ثلاث فوق وثلاث أسفل وبعدها سن وهى آخر الأسنان يسمى ضرس الحلم ، لأنه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل عناية (قوله نصف دية الرجل) أى نصف دية سنه (قوله خمس من الابل) قيمة كل بعير مائة درهم إتقانى (قوله يعنى الخ) أى المراد فيما ذكر الحر أما العبد فإن ديته قيمته فيجب نصف عشرها (قوله بثلاثة أخماسها) أى بناء على الغالب من أن الأسنان اثنان وثلاثون ، فيجب فيها ستة عشر ألف درهم ، وذلك

قلت : نعم ولا بأس فيه لأنه ثابت بالنص على خلاف القياس كما فى الغاية وغيرها ؛
وفى العناية : وليس فى البدن مايجب بتفويته أكثر من قدر الدية سوى الأسنان وقد توجد نواجذ أربعة فتكون أسنانه ستا وثلاثين ذكره القهستانى .

قلت : وحينئذ فللكوسج دية وخمسا دية ولغيره إما دية ونصف أو ثلاثة أخماس أو أربعة أخماس وعلمت أن المرأة على النصف فتبصر (وتجب دية كاملة فى كل عضو ذهب نفعه) بضرب ضارب (كيد شلت وعين ذهب ضوؤها وصلب انقطع ماؤه) وكذا لو سلس بوله أو أحدبه ولو زالت الحدوبة فلا شىء عليه ، ولو بقى أثر الضربة فحكومة عدل (ويجب حكومة عدل بإتلاف عضو ذهب نفعه إن لم يكن فيه جمال كاليد الشلاء أو أرشه كاملا إن كان فيه جمال كالأذن الشاخصة)

دية النفس وثلاثة أخماسها (قوله ولا بأس فيه) أى وإن خالف القياس إذ لا قياس مع النص (قوله كما فى الغاية) أى غاية البيان للإمام قوام الدين الإتقانى (قوله وقد توجد نواجذ أربعة) النواجذ أضراس الحلم مغرب (قوله فللكوسج الخ) أى إذا نزعت أسنانه كلها فله دية وخمسا دية ، وذلك أربعة عشر ألف درهم ، لأن أسنانه ثمانية وعشرون. حكى أن امرأة قالت لزوجها : ياكوسج فقال . إن كنت فأنت طالق ، فسئل أبو حنيفة فقال : تعد أسنانه إن كانت ثمانية وعشرين فهو كوسج معراج (قوله ولغيره الخ) أى غير الكوسج لأن غيره إما له ثلاثون سنا فله دية ونصف وذلك خمسة عشر ألفا أوله اثنان وثلاثون فله دية وثلاثة أخماسها وذلك ستة عشر ألفا أو له ستة وثلاثون فله دية وأربعة أخماسها وذلك ثمانية عشر ألفا.

[تنبيه] قال فى الخلاصة : ضرب سن رجل حتى تحركت وسقطت إن كان خطأ يجب خمسمائة على العاقلة وإن كان عمداً يقتص اه .

واعلم أن الدية وثلاثة أخماسها وهى ستة عشر ألفا تجب فى ثلاث سنين ؛ لكن قال فى الجوهرة وغيرها إنه يجب فى السنة الأولى ثلثا دية ثلث من الدية الكاملة وثلث من ثلاثة أخماسها ، وفى السنة الثانية ثلث الدية ، وما بقى من الثلاثة الأخماس ، وفى السنة الثالثة ثلث الدية ، وهو ما بقى من الدية الكاملة اه . وذلك لأن الدية فى ثلاث سنين فى كل سنة ثلثها ، ويجب ثلاثة أخماسها وهى ستة آلاف فى سنتين فى الأولى منها ثلث الدية ، والباقى فى السنة الثانية إتقانى عن شرح الطحاوى .

قلت : وعليه ففى السنة الأولى ستة آلاف وستمائة(١) وستة وستون وثلثان وفى الثانية ستة آلاف وفى الثالثة ثلاثة آلاف وثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث لكن فى المجتبى والتاترخانية وغيرهما عن المحيط أنه فى السنة الثانية ستة آلاف وستمائة وثلاثة وثلاثون وثلث وفى السنة الثالثة ثلاثة آلاف اه ومثله فى المنح والظاهر أنهما روايتان تأمل (قوله وتجب دية كاملة) أى دية ذلك العضو رملى ، فإن فى اليد أو العين لا تجب دية النفس لأن دية النفس تجب فى عشرة أشياء : وهى كما فى المنح عن المجتبى : العقل وشعر الرأس والأنف واللسان واللحية والصلب إذا كسره وإذا انقطع ماؤه وإذا سلس بوله والدبر إذا طعنه فلا يمسك الطعام والذكر اه وتمامه فيها (قوله أو أحدبه) لأن فيه تفويت منفعة الجمال على الكمال ، لأن جمال الآدمى فى كونه منتصب القامة ، وقيل هو المراد بقوله تعالى — لقد خلقنا الإنسان فى أحسن تقويم — زيلعى (قوله فلا شىء عليه) وقالا عليه أجرة الطبيب ط عن الهندية (قوله أو أرشه) عطف على حكومة والأرش فى المثال الآتى نصف الدية (قوله كالأذن الشاخصة) هى المرتفعة من شخص بالفتح

---

(١) (قوله ستة آلاف وستمائة الخ) لعل صوابه وثلثمائة تأمل اه .

هو الطرش وسيجىء مالو ألصقه فالتحم فى أواخر هذا الفصل .

فصل فى الشجاج

(وتختص) الشجة (بما يكون بالوجه والرأس) لغة (وما يكون بغيرهما فجراحة) أى تسمى جراحة وفيها حكومة عدل مجتبى ومسكين :

(وهى) أى الشجاج (عشرة الحارصة) بمهملات وهى التى تحرص الجلد أى تخدشه (والدامعة) بمهملات التى تظهر الدم كالدمع ولا تسيله (والدامية) التى تسيله (والباضعة) التى تبضع الجلد أى تقطعه (والمتلاحمة) التى تأخذ فى اللحم (والسمحاق) التى تصل إلى السمحاق أى جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس (والموضحة) التى توضح العظم أى تظهره (والهاشمة التى تهشم العظم) أى تكسره (والمنقلة) التى تنقله بعد الكسر (والآمة التى تصل إلى أم الدماغ وهى الجلدة التى فيها الدماغ وبعدها الدامغة بغين معجمة وهى التى تخرج الدماغ

ارتفع معراج وعزمية ، والتقييد به لدفع توهم أن يراد بها السمع عناية ، لأن الكلام فيما فيه تفويت الجمال وذهاب السمع فيه تفويت جنس المنفعة وفيه الدية كاملة (قوله هو الطرش) لم أره لغيره ، ولم أدر من أين أخذه (قوله وسيجىء ما لو ألصقه) أى الأذن وذكر ضميرها باعتبار العضو ، والذى يجىء هو وجوب الأرش لو ألصقها فالتحمت إذ لا تعود كما كانت (قوله فى أواخر هذا الفصل) أى الذى أراد الشروع فيه والله تعالى أعلم .

فصل فى الشجاج

هى جمع شجة . ولما كانت نوعا من أنواع ما دون النفس ، وتكاثرت مسائله ذكره فى فصل على حدة منح (قوله وتختص الشجة الخ) قال فى الهداية : والحكم مرتب على الحقيقة : أى حكم الشجاج يثبت فى الوجه والرأس على ما هو حقيقة اللغة ، لأن الشجة لغة ما كان فيهما لا غير ، وفى غيرهما لا يجب المقدر فيهما بل يجب حكومة عدل إتقانى : فلو تحققت الموضحة مثلا فى نحو الساق واليد لا يجب الأرش المقدر لها ، لأنها جراحة لا موضحة ولا شىء من الجراح له أرش معلوم إلا الجائفة كما فى الظهيرية واللحيان عندنا من الوجه ، حتى لو وجدت فيهما الموضحة والهاشمة والمنقلة كان لها أرش مقدر كما فى الهداية وليس فى الشجاج أرش مقدر إلا فى الموضحة والهاشمة والمنقلة والآمة كما سيتضح (قوله وفيها حكومة عدل) لأن التقدير بالتوقيف وهذا إنما ورد فيما يختص بالوجه والرأس هداية ، ولا تلحق الجراحة بالشجة دلالة أو قياسا إذ ليست فى معناها إذ الوجه والرأس يظهران غالبا فالشين فيهما أعظم أفاده الزيلعى وغيره (قوله أى تخدشه) من باب ضرب مختار قال ابن الشحنة عن قاضيخان : هى التى تخدش البشرة ولا يخرج منها دم وتسمى خادشة (قوله التى تبضع الجلد) كذا فسرها الزيلعى وغيره ، ورده الطورى بأن الزيلعى نفسه صرح بتحقق قطع الجلد فى الأنواع العشرة فالظاهر فى تفسيرها ما فى المحيط والبدائع أنها التى تبضع اللحم ومثله فى كتب اللغة ، وعلى هذا فيزاد فى المتلاحمة قيد آخر فيقال كما فى البدائع وغيرها هى التى تذهب فى اللحم أكثر مما تذهب الباضعة (قوله التى تأخذ فى اللحم) قال فى المغرب : هى التى تشق اللحم دون العظم ، ثم تتلاحم بعد شقها وتتلاصق ، قال الأزهرى والوجه أن يقال اللاحمة أى القاطعة اللحم ، وإنما سميت بذلك على ما تئول إليه أو على التفاؤل اهـ (قوله والسمحاق) كقرطاس قاموس (قوله والموضحة) بفتح الضاد المعجمة قهستانى وظاهر كلام الشارح وغيره أنها بالكسر (قوله التى تهشم) من باب ضرب مغرب (قوله والمنقلة) بتشديد القاف مفتوحة أو مكسورة شرح وهبانية (قوله والآمة) بالمد والتشديد وتسمى مأمومة أيضا والدماغ ككتاب مخ الرأس قاموس (قوله تخرج الدماغ) أى تقطع الجلد وتظهر

ولم يذكرها محمد للموت بعدها عادة فتكون قتلا لاشجا فعلم بالاستقراء بحسب الآثار أنها لا تزيد على العشرة (ويجب في الموضحة نصف عشر الدية) أي لو غير أصلع وإلا ففيها حكومة، لأن جلدها أنقص زينة من غيره قهستاني عن الذخيرة (وفي الهاشمة عشرها وفي المنقلة عشر ونصف عشر وفي الآمة والجائفة ثلثها فإن نفذت الجائفة فثلثاها) لأنها إذا نفذت صارت جائفتين فيجب في كل ثلثها (وفي الحارصة والدامعة والدامية والباضعة والمتلاحمة والسمحاق حكومة عدل) إذ ليس فيه أرش مقدر من جهة السمع، ولا يمكن إهدارها فوجب فيها حكومة عدل (وهي) أي حكومة العدل (أن ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية) قاله الكرخي: وصححه شيخ الإسلام (وقيل) قائله الطحاوي (يقوم) المشجوج (عبدا بلا هذا الأثر ثم معه فقدر التفاوت بين القيمتين)

الدماغ (قوله ولم يذكرها محمد) وكذا لم يذكر الحارصة لأنها لا يبقى لها أثر في الغالب وما لا أثر لها لا حكم لها إتقاني ولذا قال في غرر الأفكار كان على المصنف أن لا يذكرها لكنه تأسى بما في غالب الكتب (قوله للموت بعدها عادة) فإن عاش ففيها ثلث الدية غرر الأفكار (قوله نصف عشر الدية) إن كانت خطأ، فلو عمدا فالقصاص كما يأتي، وفي الكافي من المتفرقات شجه عشرين موضحة إن لم يتخلل البرء تجب دية كاملة في ثلاث سنين وإن تخلل البرء يجب كمال الدية في سنة واحدة ط (قوله أي لو غير أصلع) قال في الهندية: رجل أصلع ذهب شعره من كبر فشجه موضحة إنسان متعمدا قال محمد لا يقتص وعليه الأرش، وإن قال الشاج رضيت أن يقتص مني ليس له ذلك وإن كان الشاج أيضا أصلع فعليه القصاص كذا في محيط السرخسي. وفي واقعات الناطفي: موضحة الأصلع أنقص من موضحة غيره فكان الأرش أنقص أيضا وفي الهاشمة يستويان وفي المنتقى شج رجلا أصلع موضحة خطأ فعليه أرش دون الموضحة في ماله، وإن شجه هاشمة ففيها أرش دون أرش دون أرش الهاشمة على عاقلته كذا في المحيط اهـ ط (قوله والجائفة) قالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن هداية. وعليه فذكرها مع الشجاج له وجه من حيث إنها قد تكون في الرأس، لكن نظر فيه الإتقاني بما في مختصر الكرخي من أنها لا تكون في الرقبة ولا في الحلق، ولا تكون إلا فيما يصل إلى الجوف من الصدر والظهر والبطن والجنبين وبما ذكره في الأصل من أنها لا تكون فوق الذقن ولا تحت العانة اهـ قال العيني: ولا تدخل الجائفة في العشرة إذ لا يطلق عليها الشجة وإنما ذكرت مع الآمة لاستوائهما في الحكم (قوله فيجب في كل ثلثها) أي ثلث الدية.

[تنبيه] قال الإتقاني: ينبغي لك أن تعرف أن ما كان أرشه نصف عشر الدية إلى ثلثها في الرجل والمرأة في الخطأ فهو على العاقلة في سنة، لأن عمر رضي الله تعالى عنه قضى بالدية على العاقلة في ثلاث سنين، فكل ما وجب به ثلثها فهو في سنة، وإن زاد فالزيادة في سنة أخرى، لأن الزيادة على الثلث من جملة ما يلزم العاقلة في السنة الثانية، وكذلك إن انفردت، وما زاد على الثلثين فالثلثان إلى سنتين والزائد في الثالثة وما كان دون نصف عشر الدية أو كان عمدا فهو في مال الجاني اهـ ملخصا أي لما سيأتي في كتاب المعاقل أن العاقلة لا تعقل العمد، ولا ما دون أرش الموضحة (قوله حكومة عدل) أي في الخطأ كذا في العمد إن لم نقل بالقصاص على ما يأتي قريبا (قوله من جهة السمع) أي الدليل السمعي لما مر أن التقدير بالتوقيف (قوله من الموضحة) خصها لأنها أقل الشجاج الأربعة التي لها أرش مقدر: وهي المرادة من قول المحيط من أقل شجة لها أرش مقدر فافهم (قوله فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية) أي الذي هو أرش الموضحة.

بيانه: أن الشجة لو كانت باضعة مثلا فإنه ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة، فإن كان ثلث الموضحة وجب ثلث أرش الموضحة وإن كان ربع الموضحة يجب ربع أرش الموضحة عناية (قوله وصححه شيخ الإسلام)

فى الحر (من الدية) وفى العبد من القيمة فإن لقص الحر عشر قيمته أخذ عشر ديته ، وكذا فى النصف والثلث (هو) أى هذا التفاوت (هى) أى حكومة العدل (به يفتى) كما فى الوقاية والنقاية والملتقى والدرر والخالية وغيرها وجزم به فى المجمع .

وفى الخلاصة : إنما يستقيم قول الكرخى لو الجناية في وجه ورأس فحينئذ يفتى به ولو فى غيرهما أو تعسر على المفتى يفتى بقول الطحاوى مطلقا لأنه أيسر النهى ، ونحوه فى الجوهرة بزيادة وقيل تفسير الحكومة : هو مايحتاج إليه من النفقة ، وأجرة الطبيب والأدوية إلى أن يبرأ (ولا قصاص) فى جميع الشجاج (إلا فى الموضحة عمدا) وما لاقود فيه يستوى العمد والخطأ فيه ؛ لكن ظاهر المذهب وجوب القصاص فيما قبل الموضحة أيضا ذكره محمد فى الأصل ، وهو الأصح درر ومجتبى وابن الكمال وغيرها لإمكان المساواة ، بأن يسبر غورها بمسبار ثم يتخذ حديدة بقدره فيقطع واستثنى فى الشرنبلالية السمحاق فلا يقاد إجماعا كما لاقود فيما بعدها كالهاشمة والمنقلة بالإجماع وعزاه للجوهرة فليحفظ .

قال فى المجتبى : ولا قود فى جلد رأس وبدن ولحم خد وبطن وظهر

لحديث على رضى الله عنه . فإنه اعتبر حكومة العدل فى الذى قطع طرف لسانه بهذا الاعتبار ، ولم يعتبر بالعبد ولأن موضحة الحر الصغيرة والكبيرة سواء ، وفى العبد يجب فى الصغيرة أقل مما يجب فى الكبيرة معراج (قوله فى الحر) أى هو فى شجة الحر ، وهو متعلق بمحذوف حال ، وقوله من الدية أى يؤخذ منها ، وهو خبر المبتدا قافهم (قوله وفى العبد من القيمة) أى وقدر التفاوت فى شجة العبد يؤخذ من قيمته لأن قيمته ديته (قوله فإن نقص الخ) مثاله إذا كانت قيمته من غير جراحة تبلغ ألفا ومع الجراحة تبلغ تسعمائة علم أن الجراحة أوجبت نقصان عشر قيمته فأوجبت عشر الدية لأن قيمة الحر ديته عناية (قوله به يفتى) وبه أخذ الحلوانى وبه قال الأئمة الثلاثة . قال ابن المنذر وهو قول كل من يحفظ عنه العلم معراج (قوله لو الجناية فى وجه ورأس) لأنهما موضع الموضحة جوهرة (قوله أو تعسر على المفتى) أى ما اعتبره الكرخى (قوله مطلقا) أى فى الوجه والرأس أو غيرهما ، وهذا الاطلاق بالنظر إلى قوله أو تعسر (قوله وقيل الخ) فى موضع جر بإضافة زيادة إليه : قال القهستانى بعده : وهذا كله إذا بقى للجراحة أثر وإلا فعندهما لا شئ عليه وعند محمد يلزمه قدر ما أنفق إلى أن يبرأ ، وعن أبى يوسف حكومة العدل فى الألم اه ويأتى تمامه آخر الفصل (قوله ولا قصاص فى جميع الشجاج) أى ما فوق الموضحة إجماعا وما دونها على الخلاف ط (قوله إلا فى الموضحة عمدا) أى إذا لم يخل به عضو آخر فلو شج موضحة عمدا فذهبت عيناه فلا قصاص عنده فتجب الدية فيهما ، وقالا فى الموضحة قصاص وفى البصردية شرح المجمع عن الكافى (قوله وجوب القصاص) أى فى العمد (قوله وهو الأصح) وفى الكافى هو الصحيح لظاهر قوله تعالى — والجروح قصاص — ويمكن اعتبار المساواة معراج وبه أخذ عامة المشايخ تاترخانية (قوله بأن يسبر غورها) السبر امتحان غور الجرح وغيره كالاستبار والغور القعر من كل شئ والسبار ككتاب والمسبار مايسبر به الجرح قاموس (قوله واستثنى فى الشرنبلالية السمحاق) حيث قال : إلا السمحاق فإنه لاقصاص فيه إجماعا لعدم المماثلة لأنه لا يقدر أن يشق حتى ينتهى إلى جلدة رقيقة فوق العظم اه .

أقول : لكنه مخالف لما ذكره عامة شراح الهداية وغيرهم فإنهم صرحوا بأن ظاهر الرواية وجوب القصاص فيما قبل الموضحة وهو ستة من الحارصة إلى السمحاق اه (قوله كالهاشمة والمنقلة) لأن فيهما كسر عظم فلا تمكن المساواة ، وكذا الآمة لغلبة الهلاك فيها ولا يخفى أن هذا عند عدم السراية (قوله وعزاه للجوهرة) وعزاه ط للبحر الزاخر (قوله ولا قود فى جلد رأس) لعله على غير ظاهر الرواية وكذا يقال فى لحم الخد أو يحمل فى الرأس

ولا فى لطمة ووكزة ووجاءة وفى سلخ جلد الوجه كمال الدية (وفى) كل أصابع اليد الواحدة نصف دية ولو مع الكف (لأنه تبع للأصابع) ومع نصف ساعد نصف دية (للكف) وحكومة عدل لنصف الساعد وكذا الساق (وفى) قطع (كف وفيها أصبع أو أصبعان عشرها أو خمسها) لف ونشر مرتب (ولاشىء فى الكف) عند أبى حنيفة كما لو كان فى الكف ثلاث أصابع ، فإنه لاشىء فى الكف إجماعا ، إذ للأكثر حكم الكل .

وفى جواهر الفتاوى : ضرب يد رجل وبرئ إلا أنه لاتصل يده إلى قفاه فبقدر النقصان يؤخذ من جملة الدية إن نقص الثلثان فثلثا الدية وهكذا وأقره المصنف ، ولو قطع مفصلا من أصبع فشل الباقى أو قطع الأصابع فشل الكف لزم دية المقطوع فقط وسقط القصاص فافهمه

على السمحاق وأما جلد البدن ولحم البطن والظهر فقال فى الهندية : والجراحات التى هى فى غير الوجه والرأس فيها حكومة عدل إذا أوضحت العظم وكسرته إذا بقى لها أثر ، وإلا فعندهما لا شىء عليه وعند محمد يلزمه قيمة ما أنفق إلى أن يبرأ كذا فى محيط السرخسى اهـ ط (قوله ولا فى لطمة) اللطم ضرب الخد وصفحة الجسد بالكف مفتوحة ، والوكز الدفع والضرب بجمع الكف قاموس والوجء الضرب باليد وبالسكين قاموس قال ط : والمراد ضربه باليد لأن الوجء بالسكين داخل فى الجراحات فالثلاثة راجعة إلى الضرب باليد وما ذكره لا ينافى ثبوت التعزير (قوله وفى سلخ جلد الوجه كمال الدية) لأن فيه تفويت الجمال على الكمال (قوله نصف دية للكف) أى مع الأصابع (قوله وفيها أصبع) غير قيد لأنه إذا لم يبق من الأصبع إلا مفصل واحد ففى ظاهر الرواية عند أبى حنيفة يجب فيه أرش ذلك المفصل ويجعل الكف تبعا له ، لأن أرش ذلك المفصل مقدر ، وما بقى شىء من الأصل وإن قل فلا حكم للتبع .

ثم اعلم أنه إذا قطع الكف ولا أصابع فيها ، قال أبو يوسف فيها حكومة العدل ، ولا يبلغ بها أرش أصبع ، لأن الأصبع الواحدة تتبعها الكف على قول أبى حنيفة فلا تبلغ قيمة التبع قيمة المتبوع كفاية (قوله عند أبى حنيفة) وعندهما ينظر إلى أرش الكف والأصبع فيكون عليه الأكثر ، ويدخل القليل فى الكثير هداية (قوله فإنه لا شىء فى الكف) بل عليه للأصابع ثلاثة أعشار الدية (قوله إذ الأكثر حكم الكل) أى فى تبعية الكف للأصابع فكما يتبع الخمسة وهى الكل يتبع الثلاثة ، فلا يجب إلا دية الأصابع الثلاثة ، ولا شىء فى الكف لتبعيته لها وهذا التعليل فى الحقيقة إنما هو لقولهما أما عنده فالكف يتبع الأقل أيضا كما مر (قوله فبقدر النقصان) أى من قيمته لو فرض عبدا مع هذا العيب وبدونه على قياس ما مر تأمل (قوله فشل الباقى) أى من تلك الأصبع (قوله لزم دية المقطوع فقط) يعنى دية الأصبع بتمامها فى المسألة الأولى ودية الأصابع كلها فى الثانية ، ولا شىء فى الكف لأنه تبع كما مر وهذا معنى قوله فقط ، وليس المراد بالمقطوع فى الأولى المفصل فقط كما قد يتوهم لما ذكره العلامة الوانى عن الطحاوى والجامع الصغير البرهانى والقاضيخان أنه يجب دية الأصبع إذا شل الباقى من الأصبع ودية اليد إذا شلت اليد اهـ

وفى النهاية : إذا قطع من أصبع مفصل واحد فشل الباقى من الأصبع أو الكف لايجب القصاص ، ولكن تجب الدية فيما شل منه ، إن كان أصبعا فدية الأصبع ، وإن كان كفا فدية الكف ، وهذا بالإجماع اهـ ونحوه فى غاية البيان ، وهذا إذا لم ينتفع بما بقى وإلافقيه حكومة عدل قال الزيلعى : قطع الأصبع من المفصل الأعلى فشل ما بقى منها يكتفى بأرش واحد إن لم ينتفع بما بقى ، وإن كان ينتفع به تجب دية المقطوع ، وتجب حكومة عدل فى الباقى بالإجماع ، وكذا إذا كسر نصف السن واسود ما بقى أو اصفر أو احمر تجب دية السن كله اهـ وذكر الشرنبلالى أن المراد بقول الزيلعى يكتفى بأرش واحد أرش أصبع بدليل قوله : وكذا إذا كسر السن الخ

وإن خالف الدرر ذكره الشرنبلالي وسيجيء متنا (وفى الأصبع الزائدة وعين الصبي وذكره ولسانه إن لم تعلم صحته ينظر) فى العين (وحركة) فى الذكر (وكلام) فى اللسان (حكومة عدل) فإن علمت الصحة فكبالغ فى خطأ أو عمد إذا ثبت ببينة أو بإقرار الجانى وإن أنكر أو قال لا أعرف صحته فحكومة العدل جوهرة (ودخل أرش موضحة أذهبت عقله أو شعر رأسه فى الدية) لدخول الجزء فى الكل كمن قطع أصبعا فشلت اليد (وإن ذهب سمعه أو بصره أو نطقه لا) تدخل لأنه كأعضاء مختلفة بخلاف العقل لعود نفعه للكل (ولا قود إن ذهبت عيناه بل الدية فيهما) خلافا لهما (ولا يقطع أصبع شل جاره) خلافا لهما (و) لا (أصبع قطع مفصله الأعلى فشل مابقى) من الأصابع (بل دية المفصل والحكومة فيما بقى ولا) قود (بكسر نصف سن أسود)

(قوله وإن خالف الدرر) حيث قال: تجب دية المفصل فقط إن لم ينتفع بما بقى والحكومة فيما بقى إن انتفع به اهـ فإن الصواب أن يقول دية الأصبع وكأنه أوهمته عبارة الزيلعي المارة وقد علمت المراد بها فافهم (قوله وسيجيء) أى بعد أسطر (قوله وفى الأصبع الزائدة الخ) خبر المبتدإ الآتى وهو قوله حكومة عدل وإنما لم تجب الدية فى الأولى لعدم تعلق الجمال بها وفى البواقى، لأن المقصود منها منافعها، فإذا جهل وجود المنفعة لا تجب الدية الكاملة بالشك: قال الزيلعى: ولا يجب القصاص وإن كان للقاطع أصبع زائدة وتمامه فيه (قوله وحركة) أى للبول قهستانى (قوله وكلام فى اللسان) والاستهلال ليس بكلام وإنما هو مجرد صوت، ومعرفة الصحة فيه بالكلام هداية وغيرها. وفى القهستانى: لو استهل ففيه الدية وقال محمد: إن فيه الحكومة كما فى الذخيرة (قوله فكبالغ) وكذا فى غير ما ذكر من الأنف واليد والرجل وغيرها كالبالغ فى القود بالعمد والدية بالخطأ قهستانى (قوله أو شعر رأسه) يعنى جميعه، أما إذا تناثر بعضه أو شيء يسير منه فعليه أرش الموضحة ودخل فيه الشعر وذلك أن ينظر إلى أرش الموضحة وإلى الحكومة فى الشعر، فإن كانا سواء يجب أرش الموضحة، وإن كان أحدهما أكثر من الآخر دخل الأقل فى الأكثر وهذا إذا لم ينبت شعره، أما إذا نبت ورجع كما كان لم يلزمه شيء جوهرة (قوله لدخول الجزء فى الكل) لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء، فصار كما إذا أوضحه ومات وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت سقط هداية، ولم يدخل أرش الموضحة فى غير هذين جوهرة (قوله كمن قطع أصبعا الخ) فإن دية الأصبع تدخل فى دية اليد (قوله لا تدخل) فعليه أرش الموضحة مع الدية، وهذا إذا لم يحصل من الجناية موت، أما إذا حصل سقط الأرش ووجبت الدية فى ثلاث سنين فى ماله لو عمدا وعلى العاقلة لو خطأ كما فى الجوهرة (قوله لأنه كأعضاء مختلفة) أفرد الضمير للعطف بأو وفى بعض النسخ لأنها (قوله ولا قود) أى فى الشجة بأن شجه فذهبت عيناه بل الدية فيهما مع أرش الشجة (قوله خلافا لهما) فعندهما فى الموضحة القصاص وفى العينين الدية منح (قوله ولا يقطع أصبع شل جاره) بل يجب أرش كل واحد منهما كاملا منح والأصبع قد يذكر قاموس (قوله خلافا لهما) فعندهما عليه القصاص فى الأولى والأرش فى الأخرى جوهرة؛ ولو قال المصنف ولا قود إن ذهب عيناه أو قطع أصبعا فشل جاره بل الدية فيهما خلافا لهما لكان أظهر (قوله من الأصابع) الأظهر قول الهداية من الأصبع (قوله بل دية المفصل والحكومة فيما بقى) كذا فى الهداية والكافى والملتقى، وهو محمول على ما إذا كان ينتفع بما بقى كما قدمناه عن الزيلعى، فلا ينافى ما قدمناه عن شروح الهداية وغيرها من وجوب دية الأصبع، لكن حمله فى العزمية على أنه قول آخر، واستبعد التوفيق بالانتفاع وعدمه بأن الشلل لا يفارقه عدم الانتفاع به لا محالة تأمل وأما عبارة الدرر فهى سهو كما تقدم التنبيه عليه فافهم: ولم يتعرض لذكر الخلاف هنا إشارة إلى أنهما لا يقولان بالقصاص هنا، بخلاف ما مر

أو أصفر أو أحمر (باقيها بل كل دية السن) إذا فات منفعة المضغ وإلا فلو مما يرى حال التكلم فالدية أيضا وإلا فحكومة عدل زيلعي فقول الدرر وإلا فلاشيء فيه فيه مافيه ثم الأصل أن الجناية متى وقعت على محلين متباينين حقيقة فأرش أحدهما لايمنع قود الآخر ومتى وقعت على محل وأتلفت شيئين فأرش أحدهما يمنع القود (ويجب الأرش على من أقاد سنه) بعدمضي حول (ثم ابت) بعد ذلك لتبين الخطأ حينئذ وسقط القود للشبهة وفي الملتقى ويستأنى في اقتصاص السن والموضحة حولا وكذا لو ضرب سنه فتحركت لكن في الخلاصة الكبير الذى لايرجى نباته لايؤجل به يفتى .

قلت : وقد يوفق بما نقله المصنف وغيره عن النهاية الصحيح تأجيل البالغ ليبرأ لاسنة لأن نباته نادر (أو قلعها فردت) أى ردها صاحبها (إلى مكانها ونبت عليها اللحم) لعدم عود العروق كما كانت في النهاية قال شيخ الإسلام إن عادت إلى حالتها الأولى في المنفعة والجمال لاشيء عليه كما لونبتت (وكذا الأذن) إذا ألصقها فالتحمت يجب الأرش لأنها لاتعود إلى ما كانت عليه درر (إلا إن قلعت) السن (فنبتت أخرى فإنه يسقط الأرش عنده كسن صغير)

لما في التاترخانية أن أصحابنا اتفقوا في العضو الواحد إذا قطع بعضه فشل باقيه أو شل ماهو تبع للمقطوع : أى كالكف أنه لاقصاص : واختلفوا في عضوين ليس أحدهما تبعا للآخر اه أى كالأصبع وجاره فإنه لا قصاص في الأصبع عنده خلافا لهما كما مر ، والمراد عضوان غير متباينين وإلا فأرش أحدهما لا يمنع قود الآخر عنده أيضا كما يأتي قريبا (قوله أو أصفر أو أحمر) أى أو دخله عيب بوجه ماحكى عن الكافي ط وماذكره في الاصفرار هو المختار كما في الدرر وبه جزم في التبيين أولا ، لكن ذكر بعده بنحو ورقة فيما لو اصفرت بالضرب وجوب الحكومة ، لأن الصفرة لا توجب تفويت الجمال ولا المنفعة إلا أن كمال الجمال في البياض اه . ولعلهم فرقوا بين الاصفرار بالكسر والاصفرار بالضرب تأمل (قوله وإلا فلو مما يرى الخ) عبارة الإمام محمد مطلقة قال في الكفاية وغيرها : ويجب أن يكون الجواب فيها على التفصيل الخ (قوله فالدية أيضا) لأنه فوت جمالا ظاهراً على الكمال كفاية (قوله فيه مافيه) أجيب عنه بأن المعنى فلاشيء فيه مقدر فلا ينافي وجوب حكومة العدل ط (قوله متباينين حقيقة) كيد ورجل ط (قوله على محل) كموضحة أزالت عقله أو سمعه أو بصره أو نطقه ، وسواء كان المحل عضوا واحدا أو عضوين غير متباينين كأصبع شل جاره خلافا لهما في العضوين كما مر (قوله ويجب الأرش) أى خمسمائة درهم هداية (قوله أقاد سنه) يقال أقاد القاتل بالقتيل إذا قتله به كما في المغرب والقاموس ، فيتعدى إلى الأول بالهمزة وإلى الثاني بالباء وعليه فحقه أقاد بسنه تأمل (قوله ثم نبت) أى كله غير معوج كما سيأتي (قوله بعد مضي حول) أفاد أنه ليس له القود قبله كما يصرح به قوله بعد ذلك أى بعد الإقادة (قوله لتبين الخطأ) أى في القصاص ، لأن الموجب له فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها أخرى ، فانعدمت الجناية هداية (قوله للشبهة) أى شبهة وجوب القصاص قبل النبات ط (قوله ويستأنى) بسكون الهمزة وتخفيف النون أى ينتظر ، وينبغي للقاضي أن يأخذ من القالع ضمينا كما في الكفاية (قوله وكذا) أى يستأنى حولا (قوله لكن في الخلاصة) حيث قال : قلع سن بالغ لايؤجل سنة إنما ذلك في الصبي ، ولكن ينتظر حتى يبرأ موضع السن ، أما إذا ضربه فتحرك ينتظر حولا وفي نسخة السرخسي يستأنى حولا في الكبير الذى لايرجى نباته في الكسر والقلع وبالأول يفتى اه ملخصا (قوله وقد يوفق الخ) أى بحمل ما في الملتقى على الصغير وما في الخلاصة على الكبير كما هو صريح عبارتها (قوله أو قلعها فردت) أى قبل القود ط (قوله لعدم عود العروق) علة لوجوب الأرش ط ، ووجوبه هنا على الجاني (قوله إن عادت) أى إن تصور عودها (قوله لأنها لا تعود) الظاهر جريان ما قاله شيخ الإسلام هنا أيضا تأمل (قوله فإنه يسقط الأرش) أى عن الجاني لانعدام الجناية معنى (قوله كسن صغير) فإنه لا يجب

خلافا لهما ولو نبتت معوجة فحكومة عدل ، ولو نبتت إلى النصف فعليه نصف الأرش ، ولا شيء فى ظفر نبت كما كان (أو التحم شجه، أو) التحم (جرح) حاصل ذلك (بضرب ولم يبق) له (أثر) فإنه لاشيء فيه. وقال أبو يوسف : عليه أرش الألم وهى حكومة عدل. وقال محمد: قدر مالحقه من النفقة إلى أن يبرأ من أجرة الطبيب وثمن دواه . وفى شرح الطحاوى فسر قول أبى يوسف أرش الألم بأجرة الطبيب والمداواة فعليه لاخلاف بينهما قاله المصنف وغيره .

قلت : وقد قدمنا نحوه عن المجتبى وذكر هنا عنه روايتين فتنبه (ولا يقاد جرح إلا بعد برئه) خلافا للشافعى (وعمد الصبى والمجنون) والمعتوه (خطأ) بخلاف السكران والمغمى عليه

الأرش بالإجماع إذا نبتت ، لأنه لم تفت عليه منفعة ولا زينة هداية (قوله خلافا لهما) حيث قالا : عليه الأرش كاملا لتحقق الجناية والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى هداية (قوله فحكومة عدل) أى عند أبى حنيفة زيلعى ولو نبتت سوداء جعل كأنها لم تنبت تاترخانية (قوله ولا شىء فى ظفر الخ) فهو كالسن. بقى ما إذا لم ينبت قال فى الاختيار : وفى قلع الأظفار فلم تنبت حكومة عدل لأنه لم يرد فيها أرش مقدر اه وإن نبت الظفر على عيب فحكومة دون الأولى ظهيرية (قوله ولم يبق له أثر) فإن بقى له أثر، فإن شجة لها أرش مقدر ازم وإلا فحكومة (قوله فإنه لا شيء فيه) أى عند الإمام كنبات السن . وفى البرجندى عن الخزانة والمختار قول أبى حنيفة در منتقى وعليه اعتمد المحبوبى والنسفى وغيرهما ، لكن قال فى العيون: لا يجب عليه شيء قياسا وقالا : يستحسن أن تجب حكومة عدل مثل أجرة الطبيب وهكذا كل جراحة برئت اه ملخصا من تصحيح العلامة قاسم .

قال السائحانى : ويظهر لى رجحان الاستحسان ، لأن حق الآدمى مبنى على المشاححة اه . وفى البزازية :لاشيء عليه عند محمد وهذا قياس قول الإمام أيضا ، وفى الاستحسان الحكومة وهو قول الثانى . قال الفقيه الفتوى على قول محمد أنه لاشىء عليه إلا ثمن الأدوية قال القاضى : أنا لاأترك قولهما وإن بقى أثر يجب أرش ذلك الأثر إن منقلة مثلا فأرش المنقلة اه قال الرملى : وتأمل مابينه وبين ماهنا من المخالفة فى سوق الخلاف، وماهنا هو المذكور فى الزيلعى والعينى وغالب الشروح (قوله وهى حكومة عدل) أنث الضمير مراعاة للخبر (قوله قاله المصنف) وغيره كالزيلعى(قوله وقد قدمنا) أى فى باب القود فيما دون النفس نحوه أى نحو ماذكره الطحاوى(قوله وذكر هنا) أى صاحب المجتبى فى شرح هذه المسألة عنه :أى عن أبى يوسف روايتين حيث قال : وقال أبو يوسف : عليه أرش الألم وقال محمد : عليه أجرة الطبيب وثمن الأدوية وهو رواية عن أبى يوسف زجرا للسفيه وجبرا للضرر وإنما أوجب أبو يوسف أرش الألم وأراد به حكومة عدل ، وهو أن يقوّم عبدا صحيحا ويقوم بهذا الألم .

ثم قال قلت : فسر حكومة العدل عند أبى يوسف بأجرة الطبيب ، وهكذا رأيته فى غير موضع أنه أراد أجرة الطبيب وثمن الأدوية. وقال القدورى : إن أجرة الطبيب قول محمد (قوله فتنبه) أشار به إلى أن تفسير الطحاوى إنما يتأتى على إحدى روايتين عن أبى يوسف ط (قوله ولا يقاد جرح إلا بعد برئه) لما روى « أنه عليه الصلاة والسلام نهى أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه » رواه أحمد والدارقطنى ، ولأن الجراحات يعتبر فيها مآ لها لاحتمال أن تسرى إلى النفس فيظهر أنه قتل فلا يعلم أنه جرح إلا بالبرء فيستقر به زيلعى (قوله خطأ) أى فى حكم الخطأ فى وجوب المال (قوله بخلاف السكران والمغمى عليه) كذا فى القهستانى، والظاهر أن المراد السكران بغير مباح زجرا له وإلا فالعمد لابد فيه من القصد والسكران بمباح لاقصد له ولا زجر عليه تأمل ، وكذا يقال فى المغمى فإنه لاقصد له كالنائم بل هو أشد ، وأيضا فالصبى له قصد بالجملة ، وقد جعل عمده خطأ فهذا أولى

(وعلى عاقلته الدية) إن بلغ نصف العشر فأكثر ولم يكن من العجم وإلا ففي ماله درر (ولا كفارة ولا حرمان إرث) خلافا للشافعي ولو جن بعد القتل قتل وقيل لا وتمامه فيما علقته على الملتقى .

(صبي ضرب سن صبي فانتزعها ينتظر بلوغ المضروب) إن بلغ ولم ينبت فعلى عاقلته الدية ولو من العجم ففي ماله درر وسنحققه في المعاقل .

[مهمة] حكومة العدل لا تتحملها العاقلة مطلقا على الصحيح كما في تنوير البصائر معزيا للتاترخانية والله أعلم .

فصل في الجنين

(ضرب بطن امرأة حرة) حامل

فتأمل وراجع . وفي الأشباه : السكران من محرم مكلف ، وإن من مباح فلا فهو كالمغمى عليه (قوله وعلى عاقلته) الأولى عاقلتهما (قوله إن بلغ) الأولى بلغت (قوله نصف العشر) هو خمسمائة في الرجل ومائتان وخمسون في المرأة قهستاني (قوله وإلا ففي ماله) أي بأن لم تبلغ نصف العشر ، فإنه يسلك فيه مسلك الأموال زيلعي ، أو كان من العجم فإن المختار فيهم أنه لا عاقلة لهم كما سيأتي (قوله ولا كفارة) لأنهما لا ذنب لهما تستره وحرمان الإرث عقوبة وليسا من أهلها ، وأما حرمان الصبي المرتد من ميراث أبيه فلاختلاف الدين لا جزاء للردة (قوله وتمامه فيما علقته على الملتقى) حيث قال : وفيه إشعار بأنه لو جن بعد ما قتل قتل ، وهذا لو الجنون غير مطبق ، وإلا فيسقط القود كذا ذكره شيخ الإسلام ، وعنهما لا يقتل مطلقا إلا إذا قضى عليه بالقود : وفي المنتقى : لو جن قبل الدفع إلى ولي القتيل لم يقتل كما لو عته بعد القتل وفيه الدية في ماله قهستاني عن الظهيرية اهـ وتقدمت المسألة في فصل مايوجب القود (قوله ينتظر بلوغ المضروب) الذي تحرر مما قدمناه في هذا الفصل أن المضروب لو كان بالغا يؤجل حتى يبرأ ، ولو كان صبيا يؤجل حولا ، وأما تأجيله إلى البلوغ فالظاهر أنه قول آخر أو أنه خاص بما إذا كان الضارب صبيا كالمضروب ، ولكنه يحتاج إلى الفرق بينه وبين ما إذا كان الضارب بالغا فليتأمل (قوله ولم ينبت) أما إذا نبت فلا شيء عليه كما تقدم ط (قوله وسنحققه في المعاقل) أي نحقق أن الدية في العجم من مال الجاني ط (قوله مطلقا) أي وإن كانت أكثر من أرش الموضحة ط (قوله كما في تنوير البصائر) عبارته مهمة حكومة العدل إن كانت دون أرش الموضحة أو مثل أرش الموضحة لا تتحمله العاقلة ، وإن كانت أكثر من ذلك بيقين فلا ، رواية عن أصحابنا رحمهم الله تعالى . وقد اختلف فيه المتأخرون قال شيخ الإسلام : الصحيح أنه لا تتحمله العاقلة كذا في التاترخانية اهـ ط والله تعالى أعلم .

فصل في الجنين

لما أنهى الكلام على أحكام الأجزاء الحقيقية عقبه بأحكام الجزء الحكمي وهو الجنين لكونه في حكم الجزء من الأم ، وهو فعيل بمعنى مفعول من جنه إذا ستره من باب طلب ، وهو الولد مادام في الرحم ط ملخصا ويكفي استبانة بعض خلقه كظفر وشعر كما سيأتي متنا (قوله ضرب بطن امرأة) وكذا لو ضرب ظهرها أو جنبها أو رأسها أو عضوا من أعضائها فتأمل رملي ، ونحوه في أبي السعود عن التحريري ، وقال السائحاني : يؤخذ مما يأتي من قوله : أسقطته بدواء أو فعل أن البطن والضرب ليسا بقيد ، حتى لو ضرب رأسها أو عالجت فرجها ففيه الضمان كما صرحوا به اهـ .

خرج الأمة والبهيمة وسيجيء حكمهما .
قلت : بل الشرط حرية الجنين دون أمه كأمة علقت من سيدها أو من المغرور ففيه الغرة على العاقلة درر عن الزيلعي فالعجب من المصنف كيف لم يذكره (واو) كانت (المرأة كتابية أو مجوسية) أو زوجته (فألقت جنينا ميتا) حرا (وجب) على العاقلة (غرة) غرة الشهر أوله وهذه أول مقادير الدية (نصف عشر الدية) أى دية الرجل لو كان الجنين ذكرا وعشر دية المرأة لو أنثى وكل منهما خمسمائة درهم (فى سنة) وقال الشافعي : فى ثلاث سنين كالدية . وقال مالك : فى ماله ولنا فعله عليه الصلاة والسلام (فإن ألقته حيا فمات فلدية كاملة

وقال فى الخيرية : وقد أفتى والد شيخنا أمين الدين بن عبد العال إذا صاح على امرأة فألقت جنينا لا يضمن وإذا خوفها بالضرب يضمن .
وأقول : وجه الفرق أن في موتها بالتخويف وهو فعل صادر منه لسبب إليه وبالصياح موتها بالخوف الصادر منها وصرحوا أنه لو صاح على كبير فمات لا يضمن ، وأنه لو صاح عليه فجأة فمات منها تجب الدية .
وأقول : لا مخالفة لأنه في الأول مات بالخوف المنسوب إليه ، وفى الثانى بالصيحة فجأة المنسوبة إلى الصائح والقول للفاعل أنه مات من الخوف ، وعلى الأولياء البينة أنه من التخويف . وعلى هذا فلو صاح على المرأة فجأة فألقت من صيحته يضمن ولو ألقت امرأة غيرها لا يضمن لعدم تعديه عليها فتأمله فإنه تحرير جيد اه ملخصا (قوله خرج الأمة والبهيمة) فيه لشرمشوش (قوله وسيجيء حكمهما) أى فى هذا الفصل (قوله أو من المغرور) كما لو تزوجها على أنها حرة أو شراها فاستحقت وقد علقت منه (قوله فالعجب من المصنف كيف لم يذكره) أى مع شدة متابعته للدرر ، فكان عليه أن يسقط التقييد بالحرية أولا ويذكره بعد قوله فألقت جنينا ميتا كما فعل الشارح ، أو يقول : ضرب بطن امرأة حامل بحر لئلا يوهم أن حرية الأم شرط (قوله غرة الشهر أوله الخ) بيان لوجه التسمية (قوله وهذه أول مقادير الدية) فإن أقل أرش مقدر لنصف العشر كما مر فى الشجاج (قوله أى دية الرجل الخ) يعنى أن المراد من الدية فى كلام المصنف دية الرجل ونصف عشرها هو خمسمائة درهم وذلك هو غرة الجنين ذكرا أو أنثى ، لأن غرة الجنين الأنثى عشر دية المرأة وذلك خمسمائة أيضا ، لأن دية المرأة نصف دية الرجل .

وحاصله : أنه لا فرق بين غرة الذكر والأنثى ولهذا لم يبين المصنف أنه ذكر أو أنثى (قوله فى سنة) أى على العاقلة كما سيصرح به وهذا فى جنين الحرة ، أما الأمة ففى مال الضارب حالا كما سيأتى (قوله ولنا فعله عليه الصلاة والسلام) وهو ما روى عن محمد بن الحسن أنه قال « بلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالغرة على العاقلة فى سنة » زيلعى .

واعلم أن وجوب الغرة مخالف للقياس : روى أن سائلا قال لزفر : لا يخلو من أنه مات بالضرب ففيه دية كاملة ، أو لم ينفخ فيه الروح فلا شيء فيه فسكت زفر فقال له السائل : أعتقتك سائبة فجاء زفر إلى أبى يوسف فقال التعبد التعبد : أى ثابت بالسنة من غير أن يدرك بالعقل عناية ملخصا (قوله فإن ألقته حيا) تثبت حياته بكل ما يدل على الحياة من الاستهلال ، والرضاع ، والنفس ، والعطاس وغير ذلك ، أما لو تحرك عضو منه فلا ، لأنه قد يكون من اختلاج أو من خروج من ضيق اه ط عن المكى (قوله فلدية كاملة) أى وكفارة كما فى الاختيار وسيأتى لأنه شبه عمد أو خطأ والدية على العاقلة هنا أيضا ، وبه صرح فى الجوهرة والاختيار ، فقول المصنف فى المنح : على الضارب على حذف مضاف ، أو مبنى على الصحيح من أن الوجوب على الضارب أولا ، ثم تتحمله

وإن ألقته ميتا فماتت الأم فدية) فى الأم (وغرة) فى الجنين لما تقرر أن الفعل يتعدد بتعدد أثره وصرح فى الذخيرة بتعدد الغرة لو ميتين فأكثر اه .

قلت : وظاهره تعدد الدية ولم أره فليراجع (وإن ماتت فألقته ميتا فدية فقط) وقال الشافعى : غرة ودية (وإن ألقته حيا بعد ما ماتت يجب عليه ديتان كما إذا ألقته حيا وماتا ومايجب فيه) من غرة أو دية (يورث عنه وترث) منه (أمه ولا يرث ضاربه) منها(فلو ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الأب غرة ولا يرث منها) لأنه قاتل (وفى جنين الأمة) الرقيق الذكر (نصف عشر قيمته لو حيا وعشر قيمته لو أنثى) لما تقرر أن دية الرقيق قيمته ولا يلزم زيادة الأنثى لزيادة قيمة الذكر غالبا وفيه إشارة إلى أنه إذا لم يمكن الوقوف على كونه ذكرا أو أنثى فلا شىء عليه كما إذا أتى بلا رأس لأنه إنما تجب القيمة إذا نفخ فيه الروح ولا تنفخ من غير رأس ذخيرة (فى مال الضارب) للأمة (حالا) ولو ألقته حيا وقد نقصتها الولادة فعليه قيمة الجنين لانتقاصها لو بقيمته

عنه العاقلة كما قدمناه فى فصل الفعلين ، ولذا لم يقل فى ماله تأمل (قوله وإن ألقته ميتا فماتت الأم الخ) بيان لموت كل منهما وهو أربع صور ، لأن خروجه إما فى حال حياة الأم فقط أو حال موتهما أو موتها فقط أو حياتهما (قوله لما تقرر الخ) كما إذا رمى فأصاب شخصا ونفذ منه إلى آخر فقتله فإنه يجب عليه ديتان إن كانا خطأ وإن كان الأول عمداً يجب القصاص والدية زيلعى (قوله وظاهره تعددالدية) أى لو ألقتهما حيين فماتا (قوله ولم أره فليراجع) أقول : صرح به فى الجوهرة والدرر ، وقال الرملى : وفى شرح الطحاوى : ولو ألقت جنينين تجب غرتان ، وإن أحدهما حيا فمات والآخر ميتا فغرة ودية ، وإن ماتت الأم ثم خرجا ميتين تجب دية الأم وحدها إلا إذا خرجا حيين فماتا فثلاث ديات وعلى هذا يقاس ، وإن خرج أحدهما قبل موت الأم والآخر بعد موتها وهما ميتان ففى الذى خرج قبل الغرة ولا شىء فى الذى خرج بعد ، والذى خرج قبل موت أمه لا يرث من دية أمه شيئا وترث الأم منه ، والآخر لا يرث من أحد ، ولا يورث عنه إلا إذا خرج حيا ثم مات ففيه الدية كاملة ، ويرثها ورثته كذا فى التاترخانية مختصرا اه (قوله فدية فقط) لأن موت الأم سبب لموته ظاهرا إذ حياته بحياتها وتنفسه بتنفسها فيتحقق موله بموتها : فلا يكون فى معنى ما ورد به النص إذ الاحتمال فيه أقل فلا يضمن بالشك زيلعى (قوله ولا يرث ضاربه منها) أى ولا من غيرها لأنه قاتل مباشرة (قوله وفى جنين الأمة) أى الذى ألقته ميتا كما هو موضوع المسألة ، قوله لو حيا راجع إلى قيمته : أى قيمته لو فرض حيا ، أما لو ألقته حيا ثم مات من ضربه ففيه القيمة بتمامها كما سيشير إليه الشارح ، وقوله : الرقيق احتراز عما إذا كان من مولاها أو من المغرور فإنه حر ، وفيه الغرة على العاقلة كما قدمه ، وقوله لو أنثى مقابل قوله الذكر لا قوله لو حيا (قوله ولا يلزم زيادة الأنثى) أى فيما إذا كانت قيمتها أكثر من قيمة الغلام لأنه نادر والغالب زيادة قيمة الذكر .

أقول : وفيه نظر . وقد يقال : لا محذور فى اللزوم المذكور ، لأن اعتبار زيادة الذكر على الأنثى إنما هو فى الأحرار لشرف الحرية ، لا فى الأرقاء لأنهم كالمتاع ولذا لم تقدر لهم دية (قوله فلا شىء عليه) تبع فيه القهستانى . والذى فى الكفاية والعناية وغيرهما أنه يؤخذ بالمتيقن كقتل عبد خنثى خطأ ، ولو ضاع الجنين ووقع النزاع فى قيمته باعتبار لونه وهيئته على تقدير حياته فالقول للضارب لإنكاره الزيادة(قوله كما إذا أتى بلا رأس) تنظير لا تمثيل.

أقول : وسيأتى أن ما استبان بعض خلقه كتام الخلقة ولعل المراد بعد استبانة الرأس إذ لا حياة بدونه بخلاف غيره من الأعضاء تأمل (قوله فى مال الضارب) لأن العاقلة لا تعقل الرقيق اختيار تأمل ، وقوله للأمة كذا فى بعض

وفاء به ، وإلا فعليه إتمام ذلك مجتبى .

وقال أبو يوسف : فيه لقصانها كالبهيمة. وقال الشافعي : فيه عشر قيمة الأم صدر الشريعة ولا يخفى أنها للمولى (فإن حرره) أي الجنين (سيده بعد ضربه) ضرب بطن الأمة (فألقته) حيا (فمات ففيه قيمته حيا) للمولى لا ديته وإن مات بعد العتق لأن المعتبر حالة الضرب ، وعند الثلاثة تجب دية وهو رواية عنا .

(ولا كفارة في الجنين) عندنا وجوبا بل ندبا زيلعي (إن وقع ميتا وإن خرج حيا ثم مات ففيه الكفارة) كذا صرح به في الحاوي القدسي وهو مفهوم من كلامهم لتصريحهم بوجوب الدية حينئذ فتجب الكفارة فيه كما لا يخفى فليحفظ (وما استبان بعض خلقه) كظفر وشعر (كتام فيما ذكر) من الأحكام وعدة ونفاس كما مر في بابه (وضمن الغرة عاقلة امرأة) حرة في سنة واحدة وإن لم تكن لها عاقلة ففي مالها في سنة أيضا صدر الشريعة ولا تأثم ما لم يستبن بعض خلقه ومر في الحظر نظما .

النسخ وهو متعلق بالضارب . قال ط : وهذا حكم الجنين ، وأما إذا ماتت الأم قال في الهندية عن الذخيرة قال أبو حنيفة : على الضارب قيمة الأم في ثلاث سنين اه فليتأمل اه.

أقول : والحاصل أن الجنين كعضو منها ، وسيأتي آخر المعاقل أن الحر إذا جنى على نفس عبد خطأ فهي على عاقلته إذا قتله لأن العاقلة لا تتحمل أطراف العبد (قوله به) أي بنقصان الولادة (قوله وإلا) بأن انتقصت عشرة مثلا وقيمة الجنين خمسة فعليه عشرة (قوله وقال أبو يوسف الخ) هذا غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف قال في المبسوط : ثم وجوب البدل في جنين الأمة قول أبي حنيفة ومحمد ، وهو الظاهر من قول أبي يوسف وعنه في رواية أنه لا يجب إلا نقصان الأم إن تمكن فيها نقص ، وإن لم يتمكن لا يجب شيء عناية (قوله بعد ضربه) فلو حرره قبله وله أب حر ففيه الغرة للأب دون المولى تاترخانية (قوله ضرب بطن الأمة) بدل من قوله ضربه وأشار إلى أن المصدر مضاف لمفعوله ، ويجوز عود الضمير إلى الجنين ، فيتحد مرجع الضمائر تأمل (قوله للمولى) قال أبو الليث : لم يذكر محمد أنها للمولى أو لورثة الجنين ، فيجوز أن يقال إنها للمولى لاستناد الضمائر إلى الضرب ووقت الضرب كان مملوكا إتقاني ملخصا وذكر في التاترخانية اختلاف المشايخ فيه : فقيل لورثته وقيل للجنين (قوله لأن المعتبر حالة الضرب) لأنه قتله بالضرب السابق ، وقد كان في حالة الرق ، فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا ، لأنه صار قاتلا إياه وهو حي فنظرنا إلى حالتي السبب والتلف هداية يعني أوجبنا القيمة دون الدية اعتباراً بحالة الضرب ، وأوجبنا قيمته حيا لا مشكوكا في حياته باعتبار حالة التلف إذ لو اعتبر حالة الضرب فقط جاز أن لا يكون حيا فلا تجب قيمته بل تجب الغرة كفاية ملخصا (قوله ففيه الكفارة) لأنه أتلف آدميا خطأ أو شبه عمد (قوله كذا صرح به في الحاوي القدسي) أقول : وكذا صرح به في الاختيار كما قدمناه عنه ، وسيذكره الشارح عن الواقعات (قوله وهو مفهوم الخ) فيه اعتذار عن عدم التصريح بالتفصيل في كثير من الكتب حيث أطلقوا قولهم ولا كفارة في الجنين (قوله وما استبان بعض خلقه الخ) تقدم في باب الحيض أنه لا يستبين خلقه إلا بعد مائة وعشرين يوما ، وظاهر ما قدمه عن الذخيرة أنه لا بد من وجود الرأس ، وفي الشمني : ولو ألقت مضغة ولم يتبين شيء من خلقه فشهدت ثقات من القوابل أنه مبدأ خلق آدمي ولو بقي لتصور فلا غرة فيه وتجب فيه عندنا حكومة اه (قوله وعدة ونفاس) أي تنقضي به العدة وتصير به أمه نفساء (قوله ففي مالها) أي في رواية وعلى عاقلتها في رواية وهو المختار جامع الفصولين : أي لما سيأتي آخر المعاقل أن من لا عاقلة له فالدية في بيت المال في ظاهر الرواية ، وعليه الفتوى ، وإن رواية وجوبها في ماله شاذة ويأتي تمامه هناك إن شاء الله تعالى (قوله ولا تأثم) الأنسب في التعبير وأثمت لأن الكلام عند وجوب الغرة وهي لا تجب إلا باستبانة بعض الخلق ، ثم يقول : وإن لم يستبن بعض خلقه فلا إثم ط .

(أسقطته ميتا) عمدا (بدواء أو فعل) كضربها بطنها (بلا إذن زوجها فإن أذن) أو لم يتعمد (لا) غرة لعدم التعدى ، ولو أمرت امرأة ففعلت لا تضمن المأمورة ، وأما أم الولد إذا فعلته بنفسها حتى أسقطته فلا شيء عليها لاستحالة الدين على مملوكه ما لم تستحق فحينئذ تجب للمولى الغرة لأنه مغرور : وفى الواقعات : شربت دواء لتسقطه عمدا فإن ألقته حيا فمات فعليها الدية والكفارة ، وإن ميتا فالغرة ولا ترث فى الحالين

وفى الخانية قالوا إن لم يستبن شيء من خلقه لا تأثم قال رضى الله عنه : ولا أقول به إذ المحرم إذا كسر بيض الصيد يضمن لأنه أصل الصيد فلما كان مؤاخذا بالجزاء ثمة فلا أقل من أن يلحقها إثم هنا إذا أسقطت بلا عذر إلا أنها لا تأثم إثم القتل اه ولا يخفى أنها تأثم إثم القتل لو استبان خلقه ومات بفعلها (قوله أسقطته عمدا) كذا قيد به فى الكفاية وغيرها قال فى الشرنبلالية وإلا فلا شيء عليها وفى حق غيرها لا يشترط قصد إسقاط الولد كما فى الخانية اه (قوله كضربها بطنها) وكما إذا عالجت فرجها حتى أسقطت كفاية أو حملت حملا ثقيلا تاترخانية أى على قصد إسقاطه كما علم مما مر (قوله فإن أذن لا) ذكره الزيلعى وصاحب الكافى وغيرهما :

وقال فى الشرنبلالية : أقول هذا يتمشى على الرواية الضعيفة لا على الصحيح لما قال فى الكافى قال لغيره : اقتلنى فقتله تجب الدية فى ماله فى الصحيح ، لأن الإباحة لا تجرى فى النفوس وسقط القصاص للشبهة ، وفى رواية لا يجب شيء لأن نفسه حقه ، وقد أذن بإتلاف حقه انتهى ، فكذا الغرة أو دية الجنين حقه غير أن الإباحة منتفية ، فلا تسقط الغرة عن عاقلة المرأة بمجرد أمر زوجها بإتلاف الجنين ، لأن أمرها لا ينزل عن فعله ، فإنه إذا ضرب امرأته فألقت جنينا لزم عاقلته الغرة ولا يرث منها ، فلو نظرنا لكون الغرة حقه لم يجب بضربه شيء ، لكن لما كان الآدمى لا يملك أحد إهدار آدميته لزم ما قدره الشارع بإتلافه ، واستحقه غير الجانى اه ملخصا.

أقول : وفيه نظر لما صرحوا به من أن الجنين لم يعتبر نفسا عندنا لعدم تحقق آدميته ، وأنه اعتبر جزءا من أمه من وجه ولذا لا تجب فيه القيمة أو الدية كاملة ولا الكفارة ما لم تتحقق حياته ، وقدمنا أن وجوب الغرة تعبدى فلا يصح إلحاقه بالنفس المحققة حتى يقال : إن الإباحة لا تجرى فى النفوس ، فلا يلزم من تصحيح الضمان فى الفرع المار تصحيحه فى هذا ، وتقدم أول الجنايات أنه لو قال اقطع يدى أو رجلى لا شيء فيه وإن سرى لنفسه ، لأن الأطراف كالأموال فصح الأمر ، فإلحاقه بهذا الفرع أولى ، لأنه إذا لم يكن هو الضارب فالحق له وقد رضى بإتلاف حقه ، بخلاف ما إذا كان هو الضارب فإنها حق غيره ولذا لا يرث منها هذا ما ظهر لفهمى القاصر فتأمله (قوله ولو أمرت امرأة) أى أمرت الزوجة غيرها ، والظاهر أن عدم الضمان بعد أن أذن لها زوجها فى الإسقاط على ما يدل عليه سوق كلام صاحب الخلاصة ، وإلا فمجرد أمر الأم لا يكون سببا لسقوط حق الأب وهو ظاهر اه وانى ، لكن ذكر عزمى أن نفى الضمان عن المأمورة لا يلزم منه نفيه عن الآمرة إذا لم يأذن لها زوجها وقد اعترض الشرنبلالى هنا بنظير ما مر وعلمت ما فيه فتدبر (قوله لاستحالة الدين) أى لاستحالة وجوب دين وهو الغرة للمولى على مملوكه ط (قوله ما لم تستحق الخ) قال فى الزيادات : اشترى أمة وقبضها وحبلت منه ثم ضربت بطنها عمداً فأسقطته ميتا ، ثم استحقها رجل بالبينة وقضى له بها أو بعقرها على المشترى يقال للمستحق إنها قتلت ولدها الحر ، لأن ولد المغرور حر بالقيمة والجنين الحر مضمون بالغرة فادفع أمتك أو افدها بغرته تاترخانية:

ثم قال فى جامع الفصولين : أقول : إذا أخذ الغرة ينبغى أن يجوز للمستحق أن يطالبه بقيمة الجنين إذ قيام البدل كقيام المبدل اه لكن سلم له الغرة فيغرم بحسابها وتمامه فى ط عن الهندية (قوله للمولى) أى المستولد (قوله فعليها الدية والكفارة) أى ولو بإذن الزوج لتحقق الجناية على نفس حية فلا تجرى فيها الإباحة ، بخلاف

(ويجب فى جنين البهيمة ما نقصت الأم) إن نقصت (وإن لم تنقص) الأم (لا يجب) فيه (شىء) سراجية :
[فرع] فى البزازية : ضرب بطن امرأته بالسيف فقطع البطن ووقع أحد الولدين حيا مجروحا بالسيف والآخر ميتا وبه جراحة السيف وماتت أيضا يقتص لأجل الزوجة لأنه عمد وعلى عاقلته دية الولد الحى إذا مات ، وتجب غرة الولد الميت ، لأنه لما ضرب ولم يعلم بالولدين فى بطنها كان الضرب خطأ :

باب ما يحدثه الرجل فى الطريق وغيره

لما ذكر القتل مباشرة شرع فيه تسببا فقال (أخرج إلى طريق العامة كنيفا) هو بيت الخلاء (أو ميزابا أو جرصنا كبرج وجذع وممر علو وحوض طاقة ونحوها عينى أو دكانا جاز) إحداثه (إن لم يضر بالعامة) ولم يمنع منه ، فإن ضر لم يحل كما سيجىء (ولكل أحد من أهل الخصومة) ولو ذميا (منعه) ابتداء (ومطالبته بنقضه)

ما إذا ألقته ميتا فتسقط الغرة عنها لو بإذنه كما مر تأمل (قوله ويجب فى جنين البهيمة الخ) هذا إذا ألقته ميتا، أما إذا ألقته حيا فمات من الضرب تجب قيمته فى ماله حالة ولا يجبر بها نقصان الأم كما يجبر نقصان الأمة بقيمة جنينها ، لأنه مال أتلفه فيضمنه مع نقصان الأم تأمل رملى (قوله ووقع أحد الولدين حيا الخ) أى ثم مات (قوله وماتت أيضا) أى ثم ماتت الأم أيضا كما عبر فى التاترخانية فأفاد أن موتها بعد موت الذى وقع حيا إذ لوماتت قبله لورث القصاص على أبيه فيسقط كما قاله المحشى الحلبى (قوله وتجب غرة الولد الميت) لو أسقط تجب وعطف الغرة على الدية لكان أولى ، ليفيد أنها على العاقلة أيضا وإنما لم تجب فيه الدية أيضا لعدم التحقق بحياته كما مر (قوله لأنه لما ضرب الخ) تعليل لوجوب الدية على عاقلته لا فى ماله ، إذ لو كان الضرب بالنسبة للولد عمدا لم تجب على العاقلة ، ومقتضاه لو علم بالولدين وقصد ضربهما أيضا أنه تجب دية الحى فى ماله فى ثلاث سنين لسقوط القصاص بشبهة الأبوة ، أما لو علم بهما ولم يقصد ضربهما بل قصد ضرب الأم فقط لا تجب دية الحى فى ماله كمن قصد رمى شخص فنفذ منه السهم إلى آخر تأمل ، والله تعالى أعلم .

باب ما يحدثه الرجل فى الطريق وغيره

(قوله إلى طريق العامة) أى النافذة الواقعة فى الأمصار والقرى دون الطريق فى المفاوز والصحارى لأنه يمكن العدول عنها غالبا كما فى الزاهدى ، وطريق العامة مالا يحصى قومه ، أوما تركه للمرور قوم بنوا دورا فى أرض غير مملوكة فهى باقية على ملك العامة وهذا مختار شيخ الإسلام والأول مختار الإمام الحلوانى كما فى العمادى قهستانى (قوله أو جرصنا) بضم الجيم وسكون الراء وضم الصاد المهملة وهو دخيل أى ليس بعربى أصلى فقد اختلف فيه فقيل البرج وقيل مجرى ماء يركب فى الحائط ، وعن الإمام البزدوى جذع يخرجه الإنسان من الحائط ليبنى عليه مغرب: قال العينى : وقيل هو الممر على العلو وهو مثل الرف ، وقيل هو الخشبة الموضوعة على جدار السطحين ليتمكن من المرور وقيل هو الذى يعمل قدام الطاقة لتوضع عليه كيزان ونحوها اهـ (قوله كبرج الخ) حكاية للأقوال المارة فى تفسير الجرصن (قوله ونحوها) هو فى عبارة العينى بمعنى نحو الكيزان (قوله أو دكانا) هو الموضع المرتفع مثل المصطبة عينى (قوله فإن ضر لم يحل) كان عليه أن يقول فإن ضر أو منع لم يحل اهـ. وفى القهستانى : ويحل له الانتفاع بها وإن منع عنه كما فى الكرمانى: وقال الطحاوى : إنه لو منع عنه لايباح له الإحداث ويأثم بالانتفاع والترك كما فى الذخيرة (قوله من أهل الخصومة) هو الحر البالغ العاقل بخلاف العبيد والصبيان المحجورين وأفاد فى الدرر المنتقى أن لهم ذلك بالإذن (قوله ولو ذميا) لأن له حقا فى الطريق كفاية. وعبارة التاترخانية : ويلكل

ورفعه (بعده) أى بعد البناء ، سواء كان فيه ضرر أولا وقيل إنما ينقض بخصومته إذا لم يكن له مثل ذلك وإلا كان تعنتا زيلعى (هذا) كله (إذا بنى لنفسه بغير إذن الإمام) زاد الصفار ولم يكن للمطالب مثله (وإن بنى للمسلمين كمسجد ونحوه) أو بنى بإذن الإمام (لا) ينقض (وإن كان يضر بالعامة لا يجوز إحداثه) لقوله عليه الصلاة والسلام « لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام » (والقعود فى الطريق لبيع وشراء) يجوز إن لم يضر بأحد وإلا لا (على هذا التفصيل) السابق وهذا فى النافذ (وفى غير النافذ لا يجوز أن يتصرف بإحداث مطلقا) أضر بهم أولا

فيه الكافر خصوصا إذا كان ذميا اه فتنبه (قوله سواء كان فيه ضرر أولا) هذا هو الصحيح من مذهب الإمام وقال محمد : له المنع لا الرفع وقال أبو يوسف لا ولا ، وهذا إذا علم إحداثه فلو لم يعلم جعل حديثا فللإمام نقضه وعن أبى يوسف إنما ينقضه إن ضربهم در منتقى (قوله وقيل الخ) قائله إسمعيل الصفار كما فى الزيلعى (قوله وإلا كان تعنتا) لأنه لو أراد إزالة الضرر عن الناس لبدأ بنفسه كفاية (قوله بغير إذن الإمام) فإن أذن فليس لأحد أن يلزمه وأن ينازعه ، لـكن لا ينبغى للإمام أن يأذن به إذا ضر بالناس بأن كان الطريق ضيقا ، ولو رأى المصلحة مع ذلك وأذن جاز اه حموى عن مسكين وفى الشمنى أنه مع الضرر لا يجوز بلا خلاف أذن الإمام أو لم يأذن اه ط ولعل المراد يأثم به ، وإن لم يكن لأحد منازعته ، لأن منازعة مايوضع بإذن الإمام افتيات على الإمام ، فلا يخالف ماقبله تأمل (قوله زاد الصفار الخ) هو القيل المتقدم المفصل ، فلا وجه لإعادته وظاهر كلامهم اعتماد الإطلاق لحكايتهم ، هذا القول منسوبا إلى الصفار بعد حكاية الحكم أولا مطلقا ، فكأنه قول الجميع ، والوجه : أن النهى عن المنكر لا يتقيد بكون الناهى متباعدا عن هذا المنكر كما سبق فى الحظر ط .

أقول : هذا الوجه إنما يظهر لو كان فيه ضرر لأنه حينئذ منكر فتدبر (قوله وإن بنى للمسلمين) أى ولم يضر بهم كما فى الكفاية والقهستانى (قوله أو بنى بإذن الإمام) ظاهره أنه لو بنى بإذنه ، فليس لأحد منازعته ، وإن ضر وقدمناه صريحا عن مسكين ، ويدل عليه ماسيأتى من عدم الضمان لو بإذن الإمام ، وفى الكفاية وغيرها قال أبو حنيفة : لـكل أحد من عرض الناس أن يمنعه من الوضع ، وأن يكلفه الرفع بعد الوضع ، سواء كان فيه ضرر أولا إذا وضع بغير إذن الإمام ، لأن التدبير فيما يكون للعامة إلى الإمام لتسكين الفتنة فالذى وضع بغير إذنه يفتات على رأى الإمام فيه فلكل أحد أن ينكره عليه اه والافتيات السبق صحاح فافهم (قوله وإن كان يضر) مقابل قوله جاز إن لم يضر (قوله ضرر ولا ضرار) أى لا يضر الرجل أخاه ابتداء ولا جزاء لأن الضرر بمعنى الضر ويكون من واحد والضرار من اثنين بمعنى المضارة ، وهو أن تضر من ضرك مغرب ، والضرر فى الجزاء هو أن يتعدى المجازى عن قدر حقه فى القصاص وغيره كفاية (قوله والقعود) وكذا الغرس قهستانى (قوله يجوز إن لم يضر بأحد) الأنسب فى التعبير أن يضع هذه الجملة بعد قوله على هذا التفصيل ط (قوله وفى غير النافذ الخ) المراد بغير النافذة المملوكة ، وليس ذلك بعلة الملك فقد تنفذ : وهى مملوكة وقد يسد منفذها : وهى للعامة لـكن ذلك دليل على الملك غالبا فأقيم مقامه ووجب العمل به حتى يدل الدليل على خلافه كفاية عن الجامع الصغير لفخر الإسلام (قوله لا يجوز أن يتصرف بإحداث) أقول فى الخانية قال أبو حنيفة : الطريق لو كان غير نافذ فلأصحابه أن يضعوا فيه الخشبة ، ويربطوا فيه الدواب ، ويتوضؤا فيه فلو عطب أحد لا يضمن ، وإن بنى أو حفر بئرا ضمن اه .

وفى جامع الفصولين : أراد أن يتخذ طينا فيه فلو ترك من الطريق قدر المرور ، ويتخذ فى الأحايين مرة ويرفعه سريعا فله ذلك ، ولـكل إمساك الدواب على باب داره ، لأن السكة التى لا تنفذ كدار مشتركة ، ولـكل من الشركاء أن يسكن فى بعض الدار لا أن يبنى فيها وإمساك الدواب فى بلادنا من السكنى اه :

(إلا بإذنهم) لأنه كالملك الخاص بهم ثم الأصل فيما جهل حاله أن يجعل حديثا لو في طريق العامة وقديما لو في طريق الخاصة برجندى (فإن مات أحد) من الناس (بسقوطها عليه فديته على عاقلته) أى عاقلة المخرج لتسببه (كما تدى العاقلة .

(لو حفر بئرا فى طريق أو وضع حجرا) أو ترابا أو طينا ملتقى (فتلف به إنسان) لأنه سبب (فإن تلف به) أى بواحد من المذكورات (بهيمة ضمن) فى ماله (إن لم يأذن به الإمام فإن أذن) الإمام (فى ذلك أومات واقع فى بئر طريق جوعا أو عطشا أو غما لا) ضمان به يفتى خلاصة خلافا لمحمد (ولو سقط الميزاب فأصاب ما كان فى الداخل رجلا فقتله فلا ضمان) أصلا لكونه فى ملكه فلم يكن تعديا (وإن أصاب الخارج) أو وسطه

وفى التاترخانية : إن فعل فى غير النافذة ما ليس من جملة السكنى لا يضمن حصة نفسه ويضمن حصة شركائه وإن من جملة السكنى فالقياس كذلك والاستحسان لا يضمن شيئا اهـ ومثله فى الكفاية

أقول : وبه ظهر أن المراد لا يجوز إحداث شىء مما مر كالميزاب والدكان ونحو ذلك مما يبقى كما أفاده الساتحانى (قوله إلا بإذنهم) أى كلهم حتى المشترى من أحدهم بعد الإذن لما فى الخانية رجل أحدث بناء أوغرفة على سكة غير نافذة ورضى بها أهل السكة فجاء رجل من غير أهلها واشترى دارا منها كان للمشترى أن يأمر صاحب الغرفة برفعها اهـ ساتحانى (قوله لأنه كالملك) الأولى لأنه ملك بلا تشبيه كما فعل فى الهداية ودل عليه ما قدمناه عن الجامع (قوله ثم الأصل الخ) فائدته أن الحديث للإمام نقضه والقديم لا ينقضه أحد كما فى القهستانى قال الساتحانى : فإن برهنا فبينة القدم فى البناء تقدم وفى الكافى بينة الحدوث فعلها فى غير البناء كتسيل واستطراق وقال الشيخ خير الدين عن الصغرى : يجعل أقصى الوقت الذى تحفظه الناس حد القديم وهذا فى غاية الحسن اهـ (قوله فديته على عاقلته) وكذا لو جرحه إن بلغ أرشه أرش الموضحة وإن كان دونه ففى ماله كفاية وأشعر بأنه لا تجب الكفارة ، ولا يحرم من الميراث كما فى الذخيرة قهستانى (قوله ملتقى) زاد فى الشرح وكذا كل ما فعل فى طريق العامة اهـ

وفى الملتقى أيضا ويضمن من صب الماء فى الطريق ما عطب به وكذا إن رشه بحيث يزلق أو توضأ به وإن فعل شيئا من ذلك فى سكة غير نافذة وهو من أهلها أو قعد فيها أو وضع متاعه لا يضمن ، وكذا إن رش مالا يزلق عادة أو رش بعض الطريق فتعمد المار المرور عليه لا يضمن الراش ، ووضع الخشبة كالمرور فى استيعاب الطريق وعدمه ، وإن رش فناء حانوت بإذن صاحبه فالضمان على الآمر استحسانا اهـ (قوله فى ماله) لأن العاقلة لتحمل النفس دون المال هداية (قوله إن لم يأذن به) أى بما ذكر من إحداث الكنيف والجرصن والدكان ، ووضع الحجر وحفر البئر فى الطريق أفاده القهستانى (قوله الإمام) أى السلطان قهستانى (قوله فإن أذن الخ) لأنه غير متعد حينئذ فإن للإمام ولاية عامة على الطريق إذناب عن العامة ، فكان كمن فعله فى ملكه قهستانى قال فى الدر المنتقى : لكن إنما يجوز الإذن إذا لم يضر بالعامة وتمامه فيه فتنبه (قوله جوعا أو عطشا) لأنه مات بمعنى فى نفسه والضمان إنما يجب إذا مات من الوقوع زيلعى (قوله أوغما) أى اختناقا بالعفونة قال فى الصحاح يوم غم إذا كان يأخذ النفس من شدة الحر عناية وضبطه فى الشرنبلالية بالضم ، ثم نقل عن شرح المجمع الفتح (قوله خلافا لمحمد) فأوجب الضمان فى الكل ووافق أبو يوسف الإمام فى الجوع لا الغم ط (قوله أو وسطه) المراد وسطه الذى هو خارج عن ملك الواضع ، لأن العلة فى الضمان هى التعدى بشغل هواء الطريق كما ذكره الزيلعى ، وهو بهذا المعنى يشمله لفظ الخارج ، فلا حاجة إليه ولعله أراد بالخارج الطرف الأخير ، فصح له ذكر الوسط ، ومحل الضمان

بزازية (فالضمان على واضعه) لتعديه ولو مستأجرا أو مستعيرا وغاصبا ولا يبطل الضمان بالبيع لبقاء فعله وهو الموجب للضمان بخلاف الحائط المائل كما بسطه الزيلعي (ولو أصابه الطرفان) من الميزاب (وعلم ذلك وجب على واضعه (النصف وهدر لنصف ولو لم يعلم أي طرف) منهما (أصابه ضمن النصف استحسانا) زيلعي (ومن نحى حجرا وضعه آخر فعطب به رجل ضمن) لأن فعل الأول لسخ بفعل الثاني (كمن حمل على رأسه) أو ظهره (شيئا في الطريق فسقط منه على آخر أو دخل بحصير أو قنديل أو حصاة في مسجد غيره) أي جعل فيه حصى أو بواري ابن كمال (أو جلس فيه لا للصلاة) ولو لقرآن أو تعليم (فعطب به أحد) كأعمى ضمن خلافا لهما (لا) يضمن (من سقط منه رداء لبسه) عليه (أو أدخل هذه) الأشياء المذكورات (في مسجد حيه)

فيه وفيما قبله إذا لم يأذن الإمام أو أرباب المحلة كما تقدم ويدل عليه التعليل بالتعدي اه ((قوله فالضمان على واضعه) أي على عاقلته وكذا يقال فيما بعد لأنه تسبب ط (قوله كما بسطه الزيلعي) حيث قال ولو أشرع جناحا إلى الطريق أو وضع فيه خشبة ثم باع الكل وتركه المشتري حتى عطب به إنسان، فالضمان على البائع، لأن فعله لم ينفسخ بزوال ملكه، بخلاف الحائط المائل إذا باعه بعد الإشهاد عليه، حيث لا يضمن المشتري لأنه لم يشهد عليه، ولا البائع، لأن الملك شرط لصحة الإشهاد، فيبطل بالبيع لأنه لا يتمكن من نقض ملك الغير، وهنا الضمان بإشغال هواء الطريق لا باعتبار الملك، والإشغال باق فيضمن كما لو حصل من مستأجر أو مستعير أو غاصب وفي الحائط لا يضمن غير المالك اه ملخصا (قوله استحسانا) لأنه في حال يضمن الكل وفي حال لا يضمن شيئا فيضمن النصف والقياس أن لا يضمن شيئا للشك وتمامه في الزيلعي (قوله ومن نحى حجراً) أي حوله عن موضعه إلى موضع آخر (قوله فسقط منه على آخر) وكذا إذا سقط فعثر به إنسان هداية، لأن حمل المتاع في الطريق على رأسه أو على ظهره مباح له لكنه مقيد بشرط السلامة بمنزلة الرمي إلى الهدف أو الصيد زيلعي (قوله أو دخل بحصير أو قنديل أو حصاة الخ) أي فسقط الحصير أو القنديل على أحد أو سقط الظرف الذي فيه الحصاة على أحد منح

أقول: وعبارة الهداية وإذا كان المسجد للعشيرة، فعلق رجل منهم فيه قنديلا، أو جعل فيه بواري أو حصاه الخ والظاهر منها أن حصاه فعل ماض مشدد الصاد معطوف على جعل، ويدل على ذلك تفسير ابن كمال، وأما جعله مفرداً بتاء الوحدة فهو بعيد، وكذا إرادة الظرف أبعد وفي منهوات ابن كمال ومن وهم أن المراد الظرف الذي فيه الحصاة فقد وهم اه

وقيد الشرنبلالي الخلاف في الضمان بما إذا فعل ذلك بلا إذن أهل المسجد فلو بإذنهم فلا ضمان اتفاقا كما لو كان من أهل المحلة وعلق القناديل للاضاءة فلو للحفظ ضمن اتفاقا كما في شرح المجمع اه وجعل في البزازية إذن القاضي كإذن أهل المحلة (قوله في مسجد غيره) أي مسجد غير حيه ويأتي مفهومه والظاهر أن مسجد الجماعة حكمه في ذلك حكم مسجد حيه فلا يضمن بما ذكر ط (قوله ولو لقرآن أو تعليم) لأن المسجد بني للصلاة وغيرها تبع لها بدليل أنه إذا ضاق فللمصلي إزعاج القاعد للذكر أو القراءة أو التدريس، ليصلي موضعه دون العكس (قوله لا يضمن من سقط منه رداء لبسه) أي سقط على إنسان فعطب به أو سقط فتعثر به أشار إليه في الهداية ثم قال: والفرق أي بين المحمول والملبوس، أن حامل الشيء قاصد حفظه، فلا حرج في التقييد بوصف السلامة، واللابس لا يقصد حفظا ما يلبسه، فيتحرج بالتقييد بالسلامة، فجعل مباحا مطلقا، وعن محمد: أنه إذا لبس ما لا يلبسه فهو كالحامل، لأن الحاجة لا تدعو إلى لبسه اه وكالرداء السيف والطيلسان ونحوهما كما في الغاية (قوله عليه)

أى محاته لأن تدبير المسجد لأهله دون غيرهم ففعل الغير مباح فيتقيد بالسلامة (أو جلس فيه للصلاة) :
الحاصل أن الجالس للصلاة فى مسجد حيه أو غيره لا يضمن ، ولغير الصلاة يضمن مطلقا خلافا لهما ، واستظهر فى الشرنبلالية معزيا للزيلعى وغيره قولهما وقد حققته فى شرح الملتقى .
وفيه لو استأجره ليبنى أو ليحفر له فى فناء حالوته أو داره فتلف به الأجير وإن بعده فعلى شىء إن قبل فراغه فعلى الآمر كما لو كان فى غير فنائه ولم يعلم به الأجير فإن علمه فعليه كما لو أمره بالبناء فى وسط الطريق لفساد الأمر ، ولو قال الآمر هو فنائى وليس لى حق الحفر فعلى الأجير قياسا أى لعلمه بفساد الأمر فما أغره وعلى المستأجر استحسانا اه :

متعلق بقوله لبسه ولا يصح تعلقه بسقط لفساد المعنى فافهم (قوله ففعل الغير مباح) يفيد أن فعل الأهل واجب مثلا ، وليس كذلك بل كلاهما مباح غير أن فعل الأهل مباح مطلق غير مقيد بالسلامة ، وفعل غير مباح مقيد بها ط (قوله الحاصل أن الجالس للصلاة الخ) ذكر شمس الأئمة أن الصحيح من مذهب أبى حنيفة : أن الجالس لانتظار الصلاة لا يضمن ، وإنما الخلاف فى عمل لا يكون له اختصاص بالمسجد كقراءة القرآن ودرس الفقه والحديث ، وذكر فى الذخيرة أنه إذا قعد فيه لحديث ، أو نام فيه أو قام فيه لغير صلاة أو مر فيه فمارضمن عنده ، وقالا : لا يضمن ، وإن قعد للعبادة كانتظار الصلاة أو الاعتكاف ، أو قراءة القرآن ، أو للتدريس ، أو للذكر اختلاف المتأخرون فيه على قولين بالضمان وعدمه زيلعى ملخصا (قوله مطلقا) أى فى مسجد حيه أو غيره (قوله معزيا للزيلعى) فإنه نقل عن الحلوانى : أن أكثر المشايخ أخذوا بقولهما وعليه الفتوى اه ونقل عن صدر الإسلام : أن الأظهر ما قالاه لأن الجلوس من ضرورات الصلاة ، فيكون ملحقا بها . وفى العينى بقولهما قالت الثلاثة وبه يفتى اه ط (قوله وقد حققته فى شرح الملتقى) حاصله ما قدمناه وذكر أيضا أن الجلوس للكلام المحظور فيه الضمان اتفاقا وعليه يحمل ما أطلقه فخر الإسلام (قوله وفيه لو استأجره الخ) ذكر الزيلعى وغيره ما حاصله أنه لو استأجره ليشرع له جناحا فى فناء داره ، وقال له : إنه ملكى أولى فيه حق الاشراع من القديم ، ولم يعلم الأجير فظهر بخلافه ، فسقط على إنسان قبل الفراغ ، أو بعده . فالضمان على الأجير ، ويرجع على الآمر قياسا واستحسانا وإن أخبره بأن لا حق له فى الاشراع ، أو لم يخبره حتى بنى فسقط فأتلف إن قبل الفراغ ضمن ، ولا يرجع وإن بعده فكذلك قياسا بفساد الأمر كما لو أمره بالبناء فى الطريق ، وفى الاستحسان يضمن الآمر لصحة الآمر لأن فناءه مملوك له من حيث إن له الانتفاع ، بشرط السلامة وغير مملوك من حيث إنه لا يجوز له بيعه ، فمن حيث الصحة يكون قرار الضمان على الآمر بعد الفراغ ، ومن حيث الفساد يكون على العامل قبل الفراغ وإن استأجره ليحفر له فى غير فنائه ضمن الآمر دون العامل ، إذا لم يعلم أنه غير فنائه لصحة الأمر حينئذ فنقل فعله إلى الآمر ، لأنه غره ، فإن علم بذلك ضمن إذ لا غرور ، فبقى الفعل مضافا إليه ، ولو قال إنه فنائى وليس لى فيه حق الحفر ضمن العامل قياسا إذ لا غرور وفى الاستحسان يضمن الآمر اه زاد فى البزازية إن كان بعد الفراغ اه

فقد أفاد أن التفصيل قبل الفراغ أو بعده جار فى الحفر أيضا كما ذكره الشارح فافهم ، ووجه الفرق بين الحفر والاشراع ، فإن الأجير فى الاشراع إذا لم يعلم ضمن ، ورجع على الآمر ، وفى الحفر لم يضمن أصلا هو أن الآمر متسبب ومشرع الجناح مباشر بخلاف الحافر ، فإنه متسبب أيضا والمتسبب يضمن إذا كان متعديا والمتعدى هنا هو الآمر فقط إتقانى ملخصا وفى المغرب : الفناء سعة أمام البيوت وقيل ما امتد من جوانبها (قوله فما أغره)

قلت : وقد قدم هو وغيره القياس هنا وظاهره ترجيحه سيما على دأب صاحب الملتقى من تقديمه الأقوى فتأمل (ومن حفر بالوعة فى طريق بأمر السلطان أو فى ملكه أو وضع خشبة فيها) أى الطريق (أوقنطرة بلاإذن الإمام) وكذا كل ما فعل فى طريق العامة (فتعمد رجل المرور عليها لم يضمن) لأن الإضافة للمباشر أولى من المتسبب وبهذا تبين أن المتسبب إنما يضمن فى حفر البئر ووضع الحجر إذا لم يتعمد الواقع المرور كذا فى المجتبى :

وفيه حفر فى طريق مكة أو غيره من الفياف لم يضمن بخلاف الأمصار .

قلت : وبهذا عرف أن المراد بالطريق فى الكتب الطريق في الأمصار دون الفيافى والصحارى لأنه لا يمكن العدول عنه فى الأمصار غالبا دون الصحارى (ولو استأجر) رجل (أربعة لحفر بئر له فوقعت البئر عليهم) جميعا (من حفرهم فمات أحدهم فعلى كل واحد من الثلاثة الباقية ربع الدية ويسقط ربعها) لأن البئر وقع عليهم بفعلهم فقد مات من جنايته وجناية أصحابه فيسقط ما قابل فعله خانية وغيرها .

زاد فى الجوهرة وهذا لو البئر فى الطريق فلو فى ملك المستأجر فينبغى أن لا يجب شىء لأن الفعل مباح فما يحدث غير مضمون اه .

كذا وقع له فى شرح الملتقى والفعل متعد بنفسه من غير همز قال فى القاموس : غره خدعه اه ط (قوله وظاهره) أى التقديم المأخوذ من قدم ترجيحه على الاستحسان ، وهذا وإن ظهر فى عبارة الملتقى لا يظهر فى عبارة غيره خصوصا صاحب الهداية فإنهما يؤخران دليل المعتمد ، وقد أخر الاستحسان مع دليله أفاده ط (قوله أو فى ملكه) وكذا إذا حفر فى فناء له فيه حق التصرف بأن لم يكن للعامة ولا مشتركا لأهل سكة غير نافذة ملتقى (قوله وكذا كل ما فعل فى طريق العامة) أى من إخراج الكنيف والميزاب والجرصن ، وبناء الدكان وإشراع الروشن ، وحفر البئر وبناء الظلة وغرس الشجر ورمى الثلج ، والجلوس للبيع إن فعله بأمر من له ولاية الأمر لم يضمن ، وإلا ضمن أفاده فى العناية (قوله فتعمد الخ) تفريع على قوله أو وضع خشبة الخ قال الرملى : ويتعين حذفه لأن الضمان منتف بالتعمد المذكور ، وإن كان الوضع بإذن الإمام اه لكنه يعلم بالأولى على أن هذا إنما يتأتى فى قوله بلا إذن الإمام ، أما قوله فتعمد فإنه يفسد المعنى بحذفه تأمل (قوله لأن الإضافة الخ)تعليل للمسئلتين الأخيرتين ، وعلة الأوليين عدم التعدى كما فى التبيين (قوله من الفياف) قال فى القاموس الفيف المكان المستوى أو المفازة لاماء فيها كالفيفاة والفيفاء ويقصر جمعه أفياف وفيوف وفياف اه (قوله لم يضمن) لأنه غير متعدفيه لأنه يملك الارتفاق بهذا الموضع نزولا وربطا للدابة وضربا للفسطاط من غير شرط السلامة لأنه ليس فيه إبطال حق المرور على الناس ، فكان له حق الارتفاق من حيث الحفر للطبخ أو الاستقاء فلا يكون متعديا بزازية (قوله قلت الخ) من كلام المجتبى ، وقد نقل فى المجتبى عن بعض الكتب تقييد الحفر فى الفيافى بما إذا كان فى غير ممر الناس ، ثم نقل عن كتاب آخر ، بدون هذا القيد ثم قال : قلت وبهذا عرف الخ فالإشارة إلى ما نقله ثانيا ، وهو مااقتصر عليه الشارح

وحاصله أنه على الأول يضمن لو حفر فى محجة الطريق بحيث يمر الناس والدواب عليها لا إن حفر يمنة أويسرة بحيث لا يمر عليها ، وهو مافى البزازية ، عن المحيط وعلى الثانى : لا يضمن مطلقا لا مكان العدول من المار عن مكان الحفر قال ط : ولكنه لا يظهر فى نحو الظلمة والبهائم المارة فيحمل المطلق على المقيد والله تعالى أعلم بالصواب (قوله من حفرهم) ومثله ما لو كانوا أعوانا له ، وأما لو كان الحافر واحداً فانهارت عليه من حفره فدمه هدر ط عن الهندية عن المبسوط (قوله خانية) عبارتها لأن البئر وقع بفعلهم ، وكانوا مباشرين والميت مباشر أيضا الخ (قوله فينبغى أن لا يجب شىء الخ) قد علمت التصريح بأن ذلك قتل مباشرة ، فيستوى فيه

قلت : ويؤخذ منه جواب حادثة هي أن رجلا له كرم وأرضه تارة تكون مملوكة وعليها الخراج كأراضي بيت المال وتارة تكون للوقف وتارة تكون في يده مدة طويلة يؤدي خراجها ويملك الانتفاع بها بغرس أو غيره فيستأجر هذا الرجل جماعة يحفرون له بئرا ليغرس فيه أشجار العنب وغيره فسقط على أحدهم هل لورثته مطالبته بديته ؟ قال المصنف : والحكم فيها أو شبهها عدم وجوب شيء على المستأجر وكذا على الأجراء كما يفيده كلام الجوهرة ويحمل إطلاق الفتاوى على ماوقع مقيدا لاتحاد الحكم والحادثة والله أعلم :

[فروع] لو استأجر رب الدار الفعلة لإخراج جناح أو ظلة فوقع فقتل إنسانا إن قبل فراغهم من عمله فالضمان عليهم لأنه حينئذ لم يكن مسلما لرب الدار ، ويضمن لو رش الماء بحيث يزلق واستوعب الطريق ولو رش فناء حانوت بإذن صاحبه فالضمان على الآمر استحسانا وتمامه في الملتقى والله تعالى أعلم :

فصل في الحائط المائل

(مال حائط إلى طريق العامة ضمن ربه) أي صاحبه (ما تلف) به من نفس إنسان أو حيوان

الملك وعدمه فهو بحث مخالف للمنقول (قوله قلت الخ) هو للمصنف في المنح (قوله له كرم) الكرم العنب قاموس (قوله وأرضه تارة تكون مملوكة الخ) المراد أن أرضه لا تخلو عن أحد هذه الأشياء وليس المعنى أن هذه الأشياء تداولت على أرض واحدة ط (قوله كأراضي بيت المال) الكاف للتمثيل إن أريد بقوله مملوكة أي لعامة المسلمين أو للتنظير إن أريد به ملكها لمن هي في يده : أي عليها الخراج نظير أراضي بيت المال فإن أغلبها خراجية تأمل (قوله وتارة تكون في يده الخ) الذي رأيته في المنح وتارة تكون للوقف وتكون في يده مدة طويلة الخ وهذا أولى لأن ماتكون في يده كذلك هي أراضي بيت المال أو الوقف (قوله يؤدي خراجها) المناسب أجرتها ، ولو قلنا إنها لبيت المال لما في فتح القدير : إن المأخوذ الآن من أراضي مصر أجرة لاخراج ألا ترى أنها ليست مملوكة للزراع كأنه لموت المالكين شيئا فشيئا بلا وارث فصارت لبيت المال اهـ (قوله على الأجراء) بمد آخره جمع أجير وفي بعض النسخ الآجر بمد أوله ، وهو الأجير لأنه أجر نفسه والأولى أولى (قوله كما يفيده كلام الجوهرة) أي السابق وهو قوله لأن الفعل مباح فما يحدث غير مضمون (قوله ويحمل إطلاق الفتاوى) أي إطلاق الخانية وغيرها الضمان على ما وقع مقيدا في عبارة الجوهرة بقوله ، وهذا لو البئر في الطريق ، لوجود الشرط الذي ذكره الأصوليون في حمل المطلق على المقيد ، وهو اتحاد الحكم والحادثة ، والحكم هنا هو الضمان والحادثة هي الحفر في الطريق ، ونظيره صوم كفارة اليمين فإنه في الآية مطلق ، وقيد بالتتابع في قراءة ابن مسعود فيحمل المطلق على المقيد لاتحاد الحكم وهو الصوم والحادثة وهي كفارة اليمين ضرورة تعذر الجمع ، وفي هذا الكلام نظر فإنه لا نص هنا وتقييد الجوهرة الضمان بما إذا كان في الطريق ينافيه تصريحهم بضمان المباشر ولو في الملك ولذا قال الرملي : الظاهر أنه قاله بحثا لا نقلا ولايخفى فساده لتصريحهم بأنه مباشرة لا تسبب ، وفي المباشرة لا ينظر إلى كون الفعل في ملكه أولى ؛ كمن رمى سهما في ملكه فأصاب شخصا ، فإنه يضمن ، وإذا فقد عرفت أن الحكم في الحادثة التي تكرر وقوعها وجوب الضمان على الكيفية المذكورة على الإجراء اهـ ملخصا (قوله فروع الخ) ساقط من بعض النسخ وقدمنا الكلام عليها والله تعالى أعلم

فصل في الحائط المائل

(قوله مال حائط) أي عما هو أصله من الاستقامة وغيرها فيشمل المتصدع والواهي قهستاني وكذا العلو إذا انصدع فأشهد أهل السفل على أهل العلو ، وكذا الحائط أعلاه لرجل وأسفله لآخر نص عليه في التاترخانية نقلا عن النوازل رملي (قوله إلى طريق العامة) أي والخاصة فهو من قبيل الاكتفاء قهستاني ، لكن بينهما فرق في

أو مال (إن طالب ربه) حقيقة أو حكما كالواقف والقيم ولو حائط المسجد فتضمن عاقلة الواقف وكالقيم الولى والراهن والمكاتب والعبد التاجر وكذا أحد الشركاء ولو الورثة استحسانا نعم فى الظهيرية : لو مات ربه عن ابن فقط ودين مستغرق صح الإشهاد على الابن وإن لم يملك الدار برجندى وغيره (بنقضه مكلف مسلم أو ذمى) يعنى من أهل الطلب فيشترط فى الصبى والعبد إذن وليه ومولاه بالخصومة زيلعى (حر أو مكاتب وإن لم يشهد)

بعض الأحكام كما يأتى (قوله أو مال) أى غير الحيوان لدخوله تحت النفس ؛ ولو أراد بالنفس الكاملة : وهى نفس الإنسان ، وبالمال ما يعم الحيوان لوافق قوله الآتى ؛ ثم ماتلف به من النفوس فعلى العاقلة فإن الحيوان غير مضمون عليهم بل هو فى ماله رحمتى (قوله إن طالب ربه) بنصب ربه مفعول طالب ، وفاعله قول المصنف الآتى مكلف ، والمطالبة أن يقول له : إن حائطك هذا مخوف أو يقول : مائل فانقضه أو اهدمه حتى لا يسقط ولا يتلف شيئا ولو قال : ينبغى أن تهدمه فذلك مشورة عناية (قوله أو حكما) من حيث قدرته على رفع هذا الضرر (قوله فتضمن عاقلة الواقف) أى فى الصورتين لأن القيم نائب عنه فيكون الإشهاد على القيم إشهاداً على الواقف ، كما أن الإشهاد على الولى إشهاد على من تحت ولايته من صغير ومجنون ؛ قال الرملى : ويؤخذ من عاقلة الواقف إن كان له عاقلة فيما تتحمله وإن لم تكن له عاقلة ، أو كان مما لا تتحمله ، فلا يؤخذ من القيم ولا يرجع فى الوقف لأن الوقف لاذمة له (قوله وكالقيم الولى) أى من له ولاية من أب أو جد أو وصى ، وزاد فى الهداية الأم ثم قال : لأن فعل هؤلاء كفعله اهـ أى فعل الوصى والأب والأم كفعل الصبى والتقدم إليهم كالتقدم إلى الصبى بعد بلوغه عناية تأمل

وفى الدر المنتقى فلو سقط حائط الصغير بعد الطلب من وليه كان الضمان فى مال الصبى فلو بلغ أو مات الولى بعد الطلب فلا يضمن بالتلف بعده كما فى العمادية وغيرها اهـ (قوله والراهن) فإنه مالك لا المرتهن والراهن قادر على الهدم بمعنى بفك العين وإعادتها إلى يده ، وكذا التقدم إلى المؤجر لأن الإجارة تفسخ بالأعذار وهذا عذر اهـ عن الجوهرة (قوله والمكاتب) لملكه نقضه فإن تلف به آدمى سعى فى أقل من قيمته ودية المقتول أو مال سعى فى قيمته بالغة مابلغت اعتبارا بالجناية الحقيقية كما فى القهستانى عن الكرمانى ، وهذا لو التلف حال بقاء الكتابة ، فلو بعد عتقه فعلى عاقلة المولى ، ولو بعد العجز لايجب شىء على أحد ، ويهدر الدم لعدم قدرة المكاتب ، وعدم الإشهاد على المولى كما فى المنح وغيرها وفى البرجندى عن قاضيخان ، فإن أشهد على المولى صح الإشهاد أيضاً درمنتقى (قوله والعبد التاجر) فإن له ولاية نقضه مديونا أولا فإن تلف به آدمى فعلى عاقلة المولى أو مال ففى رقبته حتى يباع فيه درمنتقى (قوله وكذا أحد الشركاء) أى بالنسبة إليه فيضمن بقدر حصته فقط كما سيأتى متنا (قوله استحسانا) لتمكنه منه بمباشرة طريقه وهو المرافعة إلى القاضى بمطالبة شركائه ، فصار مفرطا فيضمن بقسطه ، وفى القياس لايضمن لعدم تمكنه من النقض وحده إتقانى (قوله نعم فى الظهيرية الخ) قيل هو استدراك على قوله طالب ربه ، واعترض بأنه داخل تحت قوله أو حكما ، لأن الدار للميت ولذا تقضى بها ديونه والوارث خليفته ، ولذا له أخذها وقضاء الدين من ماله وقد يقال هو استدراك على قوله : أحد الشركاء فإن التقييد بقوله عن ابن فقط يفهم أنه لو تعددت الورثة لايصح الإشهاد تأمل ولعل القيد اتفاقى (قوله صح الإشهاد) أى والدية على عاقلة الأب لا الابن كما فى المنح (قوله بنقضه) متعلق بطالب ومكلف فاعله (قوله يعنى من أهل الطلب) أشار إلى أن المراد بالمكلف من له حق الطلب ولو صبيا لا من كان بالغا لكن فى الزيلعى أن العبيد والصبيان بالإذن التحقوا بالحر البالغ تأمل (قوله وإن لم يشهد) أى على طلب النقض قال الزيلعى : وإنما ذكر الإشهاد ليتمكن من إثباته

ولا يصح الطلب قبل الميل لعدم التعدى (و) الحال أنه (لم ينقضه) وهو يملك نقضه فى مدة يقدر على نقضه فيها لأن دفع الضرر العام واجب ثم ماتلف به من النفوس فعلى العاقلة ومن الأموال فعليه لأن العاقلة لا تعقل المال، ولا ضمان إلا بالإشهاد على ثلاثة أشياء على التقدم إليه ، وعلى الهلاك بالسقوط عليه ، وعلى كون الجدار ملكا له من وقت الإشهاد إلى وقت السقوط .

ولذا قال (ولو تقدم إلى من) لا يملك نقضه ممن (يسكنها بإجارة أو إعارة أو إلى المرتهن أو إلى المودع لا يعتد به) لعدم قدرتهم على التصرف وحينئذ فلو سقط بعد التقدم لمن ذكر (وأتلف شيئا فلا ضمان أصلا) لا على ساكن ولا مالك (كما لو خرج) الحائط (عن ملكه ببيع) أو غيره كهبة حاوى قدسى .

وكذا لو جن مطبقا أو ارتد ولحق وحكم بلحاقه ثم عاد أو أفاق خانية (بعد الإشهاد ولو قبل القبض) لزوال ولايته بالبيع ونحوه وإن عاد ملكه بعده حاوى وخانية بخلاف الجناح لبقاء فعله كما مر (وإن مال إلى دار إنسان)

عند جحوده أو جحود عاقلته فكان من باب الاحتياط لا على سبيل الشرط اهـ (قوله ولا يصح الخ) سيأتى متنا (قوله والحال الخ) صاحب الحال فاعل ضمير أو مفعول طالب (قوله وهو يملك نقضه) مستغنى عنه بما بعد وبقوله : ولو تقدم الخ (قوله فى مدة يقدر على نقضه فيها) فلو ذهب بعد الطلب لطلب من يهدمه ، وكان فى ذلك حتى سقط الحائط ، لم يضمن ، لأن مدة التمكن من إحضار الأجراء مستثنى فى الشرع قهستانى (قوله لأن دفع الضرر العام واجب) علة لقول المصنف سابقا ضمن ربه : أى فإنا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع من التفريغ وكم من ضرر خاص ، يجب تحمله لدفع الضرر العام (قوله من النفوس) أى الأحرار بقرينة قوله ، لأن العاقلة لا تعقل الأموال ط وأراد بالنفوس ما قابل الأموال فخرج الحيوان ودخل ما دون النفس (قوله فعلى العاقلة) أى عاقلة رب الحائط (قوله ولا ضمان الخ) أى على العاقلة ، فلو أنكرت العاقلة واحداً من الثلاثة وأقر بها رب الدار ، لزمه فى ماله طورى ملخصا (قوله على التقدم إليه) أى على طلب النقض ممن يملكه (قوله عليه) أى على الهالك (قوله وعلى كون الجدار ملكا له) لأن كون الدار فى يده ظاهر ، والظاهر لا يستحق به حق على الغير غاية (قوله ولذا) أى لاشتراط كون الدار ملكا له الخ ط (قوله ولا مالك) لعدم الإشهاد عليه ط (قوله عن ملكه) أى عن ولايته ليشمل قوله وكذا لو جن تأمل (قوله كهبة) الظاهر أنه لابد فيها من التسليم ، حتى يبطل الإشهاد ، إذ لا حكم لها قبل التسليم ط (قوله وكذا او جن) أى بعد الإشهاد (قوله مطبقا) قيد به لإخراج المقطع ، وظاهره أنه لا يبطل الإشهاد ، فإذا أتلف بعده وبعد الإشهاد شيئا يكون مضمونا ط (قوله ثم عاد) أى مسلما وردت عليه الدار خالية ، أو أفاق أى من جنونه ، ففيه لف ونشر مشوش : أى فلا يضمن إلا باشهاد مستقبل (قوله ولو قبل القبض) أى قبض المشترى المبيع ، فلا يشترط القبض كما فى عامة الكتب ، وما فى الهداية من التقييد به اتفاقى أفاده القهستانى (قوله لزوال ولايته) أى عن ملك النقض ، وهو علة لعدم الضمان المفهوم من قوله : كما لو خرج عن ملكه وما بعده (قوله ونحوه) أى من الهبة والجنون والارتداد فافهم (قوله وإن عاد ملكه) أى ولايته بعوده مسلما أو إفاقته وكذا فى البيع

قال القهستانى : وإطلاق البيع يدل على أنه لو رد على البائع بقضاء أو غيره أو بخيار شرط أو رؤية للمشترى لم يضمن إلا إذا طولب بعد الرد اهـ وإذا كان الخيار للبائع فإن نقض البيع ، ثم سقط الحائط ، وأتلف شيئا كان ضامنا لأن خيار البائع لا يبطل ولاية الإصلاح ، فلا يبطل الإشهاد ، ولو أسقط البائع خياره بطل الإشهاد ، لأنه أزال الحائط عن ملكه منح (قوله بخلاف الجناح) فلا يزول الضمان بزوال ملكه عنه ، لأن الجناية فيه بنفس

من مالك أو ساكن بإجارة أو غيرها فالإضافة لأدنى ملابسة قهستانى (فالطلب إليه) لأن الحق له (فيصح تأجيله وإبراءه منها) أى من الجناية (وإن مال إلى الطريق فأجله القاضى أو من طلب) النقض (لا) يبرأ لأنه بحق العامة وتصرف القاضى فى حق العامة نافذ فيما ينفعهم لا فيما يضرهم ذخيرة بخلاف تأجيل من بالدار :

ولو مال بعضه للطريق وبعضه للدار فأى طلب صح الطلب لأنه إذا صح الإشهاد فى البعض صح فى الكل برجندى (فإن بنى مائلا ابتداء ضمن بلا طلب كما فى إشراع الجناح ونحوه) كميزاب لتعديه به (حائط بين خمسة أشهد على أحدهم فسقط على رجل ضمن) عاقلته (خمس الدية) أى خمس ماتلف به من مال أو نفس لتمكنه من إصلاحه بمرافعته للحاكم :

(دار بين ثلاثة حفر أحدهم فيها بئرا أو بنى حائطا فعطب به رجل ضمن ثلثى الدية) لتعديه فى الثلثين ، وقد حصل التلف بعلة واحدة ، فيقسم بالحصة وقالا أنصافا ، لأن التلف قسمان معتبر وهدر :

(الإشهاد على الحائط إشهاد على النقض) بالكسر ما ينقض من الجدار وحينئذ (فلو وقع الحائط على الطريق بعد الإشهاد فعثر إنسان بنقضه فمات ضمن) لأن النقض ملكه فتفريغه عليه (وإن عثر) رجل (بقتيل مات بسقوطها) أى الحائط (لايضمنه) لأن تفريغه للأولياء لا إليه بخلاف الجناح حيث يضمن ربه القتيل الثانى أيضا لبقاء جنايته فيلزمه تفريغ الطريق عن القتيل أيضا

الوضع وهو باق وفى الحائط بترك النقض ولا قدرة له عليه بعد زوال الملك فزالت الجناية (قوله فالإضافة لأدنى ملابسة) أى أدنى تعلق وارتباط ككوكب الخرقاء فى قول الشاعر :

إذاكوكب الخرقاء لاح بسحرة سهيل أذاعت غزلها فى الأقارب

(قوله فالطلب إليه) الأولى له أى للمالك أو الساكن ، ولو مال إلى سكة غير نافذة ، فالخصومة لواحد من أهلها إتقانى (قوله وإن مال إلى الطريق الخ) ظاهر التعليل الآتى أن المراد بها العامة ، والظاهر أن الخاصة كذلك فلا بد من تأجيل كل أهلها أو إبرائهم تأمل (قوله ولو مال الخ) قال فى الخانية : حائط لرجل بعضه مائل إلى الطريق وبعضه مائل إلى دار قوم ، وأشهد عليه أهل الدار ، فسقط ما مال إليها ضمن ، لأن الحائط واحدفصح الإشهاد من أهل الدار فيما مال إليهم ، وفيما مال إلى الطريق ، فإن أهل الدار من جملة العاملة وإن كان المشهد من غيرهم صح فيما مال إلى الطريق، وإذا صح الإشهاد فى البعض صح فى الكل اه ملخصا (قوله أى خمس ماتلف به) تعميم للمتن لكن كان على الشارح اسقاط قوله : عاقلته اه ح . أى لأن ضمان الأموال فى ماله كما سلف ط (قوله بمرافعته للحكام) مصدر مضاف إلى فاعله : أى بمرافعة المشهد عليه بقية شركائه بمطالبةنقضه ، والمذكور وجه الاستحسان ، وفى القياس : لا يضمن أحد كما قدمناه (قوله حفر أحدهم) أى بلا إذن البقية (قوله ضمن ثلثى الدية) أى على عاقلته ، ويضمن ثلثى المال فى ماله كما مر (قوله بعلة واحدة) وهى الثقل المقدر فى الحائط والعمق المقدر فى البئر ، لأن القليل من الثقل والعمق ليس بمهلك حتى يعتبر كل جزء علة فيجتمع العلل ، وإذا كان كذلك يضاف إلى العلة الواحدة ، ثم يقسم على أربابها بقدر الملك وتمامه فى العناية (قوله وقالا انصافا) أى فى هذه المسئلة والتى قبلها ، لأن التلف بنصيب المشهد عليه معتبر ، وبنصيب غيره هدر ، وفى الحفر والبناء باعتبار ملكه غير متعد ، وباعتبار ملك شريكه متعد ، فكانا قسمين فانقسم عليهما نصفين ابن كمال (قوله إشهاد على النقض) لأن المقصود إزالة الشغل منح (قوله مات بسقوطها) صفة قتيل وتأنيث الضمير يحتاج إلى نقل فى أن الحائط قد يؤنث ولم أره فليراجع (قوله لبقاء جنايته) لأن إشراع الجناح فى نفسه جناية ، وهو فعله فصار كأنه ألقاه بيده عليه ، فكان حصول القتيل فى الطريق كحصول نقض الجناح فى الطريق ، ومن ألقى شيئا فى الطريق

يؤيده أنه لو باع الحائط أو النقض برئ ولو باع الجناح لا زيلعي (ولا يصح الإشهاد قبل أن يهى الحائط) لانعدام التعدى ابتداء وانتهاء (وتقبل فيه شهادة رجل وامرأتين) لأنه شهادة على التقدم لا على القتل؛

[فروع] حائط بعضه صحيح وبعضه واه فأشهد عليه فسقط كله وقتل إنسانا ضمنه: إلا أن يكون الحائط طويلا فيضمن ما أصاب الواهى فقط لأنه حينئذ كحائطين فالإشهاد يصح فى الواهى لا فى الصحيح؛

حائطان أحدهما مائل والآخر صحيح: فأشهد على المائل فسقط الصحيح فأتلف شيئا كان هدرا خالية مسجد مال حائطه فالإشهاد على من بناه والدية على عاقلة من بناه وحائط الوقف على المساكين على عاقلة الوقف، وحائط العبد التاجر على عاقلة مولاه ولو مستغرقا استحسانا؛

قال ولى القتيل إذا جاء غد عفوت عن القصاص لايصح لأنه تمليك دل عليه مسألة الأصل:

جارية قتلت رجلا عمدا فزنى بها ولى القتيل قبل أن يقتص لايحد لأنها صارت مملوكة ولوالجية والله تعالى أعلم؛

باب جناية البهيمة والجناية عليها

الأصل أن المرور فى طريق المسلمين مباح

كان ضامنا لما عطب به وإن لم يملك تفريغ الطريق عنه، بخلاف مسألة الحائط فإن نفس البناء ليس بجناية وبعد ذلك لم يوجد منه فعل يصير به جانيا لكن جعل كالفاعل بترك النقض فى الطريق، مع القدرة على التفريغ والترك مع القدرة وجد فى حق النقض، لا فى حق القتيل، فلذلك جعل فاعلا فى حق القتيل الأول لا فى حق القتيل الثانى عناية (قوله يؤيده) أى يؤيد أن الجناية باقية فى الجناح دون الحائط (قوله قبل أن يهى) يقال: وهى الحائط يهى وهيا إذا ضعف وهم بالسقوط صحاح (قوله لا فى الصحيح) أى لا يصح الإشهاد فى البعض الصحيح فلا يضمن ما أصابه كما لو كانا حائطين حقيقة (قوله على من بناه) أى إن كان حيا، وتقدم أن القيم كالواقف فالإشهاد عليه عند عدمه تأمل (قوله والدية على عاقلة من بناه) وأما جنايات الأموال، فليست على العاقلة فالظاهر أنها فى مال البانى والواقف فيحرر ط وقدمنا عن الرملى: أنه لا يؤخذ من مال الوقف لأنه لاذمة له (قوله على عاقلة الواقف) أى تجب الدية فيه عليهم (قوله على عاقلة مولاه) وأما المال ففى رقبته كما قدمناه، وقدمنا أيضا حكم المكاتب (قوله قال ولى القتيل الخ) المسألة بتمامها فى المنح (قوله لأنه تمليك) أى وهو لا تصح إضافته وهذا مخالف لما قدمه فى الفروع قبيل باب القود فيما دون النفس من أن القصاص لايجرى فيه التمليك تأمل (قوله دل عليه الخ) أى على أن العفو تمليك للقصاص، ولم يظهر لى وجه الدلالة لأن غاية ما أفاد أن الأمة صارت ملكه فلا يدل على أنه تمليك لا تصح إضافته، على أن كونها صارت ملكه له مشكل؛

وقال بعض المحشين: عبارة الولوالجية ولو قتلت أمة رجلا عمدا فزنى بها الولى عمدا لم يحد، وإن لم يدع الشبهة لأن من العلماء من قال: للولى ولاية تملكها من غير رضا مولاها إن شاء، وإن شاء قتلها فصار ذلك شبهة فى درء الحد اه فقد جعل علة الدرء أن له ولاية تملكها على قول البعض، لا أنها صارت مملوكة له وفرق بين العبارتين اه ملخصا (قوله جارية) بدل من مسئلة الأصل وقوله قبل أن يقتص تصريح بمعلوم ط والله تعالى أعلم؛

باب جناية البهيمة والجناية عليها

ذكره عقيب جناية الإنسان، والجناية عليه مما لا يحتاج إلى بيان ذلك، ولكن لما كانت البهيمة ملحقة بالجمادات من حيث عدم العقل، ذكره بعد ما يحدثه الرجل فى الطريق قبل جناية الرقيق، ونسبة الجناية إليها المشاكلة الجناية عليها (قوله الأصل) أى فى مسائل هذا الباب، وكذا الأصل أيضا أن المتسبب ضامن إذا كان

بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه :

(ضمن الراكب فى طريق العامة ما وطئت دابته وما أصابت بيدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت) بفمها (أو خبطت) بيدها أو صدمت (فلو حدثت) المذكورات (فى السير فى ملكه لم يضمن ربها إلا فى الوطء وهو راكبها لأنه) مباشر لقتله بثقله فيحرم الميراث .

(ولو حدثت فى ملك غيره بإذنه فهو كملكه) فلا يضمن كما إذا لم يكن صاحبها معها قهستانى (وإلا) يكن بإذنه (ضمن ما تلف مطلقا) لتعديه (لا) يضمن الراكب (ما نفحت برجلها) أو ذنبها سائرة خلافا للشافعى (أو عطب إنسان بما راثت أو بالت فى الطريق سائرة أو واقفة لأجل ذلك) لأن بعض الدواب لا يفعله إلا واقفا

متعديا ، وإلا لا يضمن والمباشر يضمن مطلقا ، كما يظهر من الفروع رحمتى (قوله بشرط السلامة الخ) لأنه يتصرف فى حقه من وجه ، وفى حق غيره من وجه ، لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالإباحة مقيداً بالسلامة ليعتدل النظر من الجانبين ، فيما يمكن الاحتراز عنه لا فيما لا يمكن ، لأنه يؤدى إلى المنع من التصرف زيلعى ملخصا (قوله ما وطئت دابته) أى من نفس أو مال درمنتقى فتجب الدية عليه ، وعلى عاقلته ، وإن كان العاطب عبداً وجبت قيمته على العاقلة أيضا ، لأن ديته قيمته ، وإن مالا وجبت قيمته فى ماله ، وإن ما دون النفس ، فما أرشه أقل من نصف عشر الدية ففى ماله وإن نصف العشر ، فصاعداً فهو على العاقلة جوهرة ملخصا (قوله وما أصابت بيدها أو رجلها) أى فى غير حالة الوطء كأن أتلفت فى حال رفعها أو قتل وضعها ط (قوله أو كدمت الخ)الكدم العض بمقدم الأسنان كما يكدم الحمار والخبط الضرب باليد والصدم الدفع ، وأن تضرب الشئ بجسدك مغرب (قوله فى ملكه) أى الخاص أو المشترك لأن لكل واحد من الشركاء السير والإيقاف فيه زيلعى (قوله لم يضمن) لأنه متسبب لامباشر ، وليس بمتعد بتسيير الدابة فى ملكه (قوله لأنه مباشرة) فيضمن وإن لم يتعد (قوله فيحرم من الميراث) لأنه قاتل حقيقة وعليـه الكفارة كما سيصرح به (قوله ولو حدثت) أى المذكورات (قوله فلا يضمن) أى إلا فى الوطء وهو راكبها (قوله كما إذا لم يكن صاحبها معها) سواء دخلت بنفسها أو أدخلها بالإذن (قوله ضمن) أى الراكب ما تلف مطلقا أى سواء وطئت أو خبطت أو صدمت واقفة أو سائرة ، وكالراكب السائق والقائد كما يأتى متنا ، وقد ظهر أن الكلام فيما إذا لم تدخل بنفسها

قال فى العناية : وإن كانت الجناية فى ملك غير صاحبها فإما إن أدخلها صاحبها فيه أولا فإن كان الثانى فلا ضمان عليه على كل حال ، لأنه ليس بمباشر ولا متسبب ، وإن كان الأول فعليه الضمان على كل حال ، سواء كان معها سائقها أو قائدها أو راكبها أولا واقفة أو سائرة لأنه إما مباشر ، أو متسبب متعد إذليس له إيقاف الدابة وتسييرها فى ملك الغير اه (قوله لا يضمن الراكب) أى فى طريق العامة أو غيرها (قوله لا ما نفحت الخ) بالحاء المهملة يقال نفحت الدابة أى ضربت بحد حافرها مغرب فقوله : برجلها من استعمال المقيد فى المطلق كما ذكره القهستانى وغيره ، لكن فى الصحاح أى ضربت برجلها ، فلم يقيد بالحافر فتبقى دعوى المجاز بالنسبة إلى قوله أو ذنبها تأمل (قوله سائرة) قيد لعدم الضمان بالنفحة ، فإن الاحتراز عن النفحة مع السير ، غير ممكن ، لأنها من ضروراته فلو أوقفها فى الطريق ضمن النفحة أيضا ، لأن صيانة الدواب عن الوقوف ممكنه ، وإن كانت غير ممكنة عن النفحة فصار الإيقاف تعديا أو مباحا مقيداً بشرط السلامة إتقانى (قوله أو عطب) عطف على نفحت ، وفيه ركاكة ، وعبارة الملتقى ولا ما عطب بروثها أو بولها (قوله أو واقفة) أى بإيقافه أولا بزازية (قوله لأجل ذلك) أى لأجل الروث أو البول وهو علة لقوله أو واقفة (قوله لأن بعض الدواب الخ) علة لعدم الضمان قال فخر الإسلام لأن الاحتراز عن البول والروث غير ممكن ، فجعل عفوا والوقوف من ضروراته ، لأن الدابة لا تروث ،

(فلو) أوقفها (لغيره) فبالت (ضمن) لتعديه بإيقافها إلا فى موضع إذن الإمام بإيقافها فلا يضمن ومنه سوق الدواب وأما باب المسجد فكالطريق إلا إذا أعد الإمام لها موضعا (فإن أصابت بيدها أو رجلها حصاة أو نواة وأثارت غبارا أو حجرا صغيرا ففقأ عينا) أو أفسد ثوبا (لم يضمن) لعدم إمكان الاحتراز عنه (ولو) الحجر (كبيرا ضمن) لإمكانه (وضمن السائق والقائد ما ضمنه الراكب) وصحح فى الدرر أنه مطرود منعكس (و) الراكب (عليه الكفارة) فى الوطء كما مر (لاعليهما) أى لاعلى سائق وقائد ، ولو كان سائق وراكب لم يضمن السائق على الصحيح خلافا لما جزم به القهستانى وغيره ، لأن الإضافة إلى المباشر أولى من المتسبب

ولا تبول غالبا إلا بعد الوقوف فجعل ذلك عفوا أيضا إتقانى (قوله فلو أوقفها) فى المغرب ، ولا يقال أوقفه إلا فى لغة رديئة اهـ كفاية (قوله لتعديه بإيقافه) أى إيقافه الدابة فالمصدر مضاف إلى فاعله : أى فهو متسبب متعد ، إذ ليس له شغل طريق المسلمين بإيقافها فيه كما فى العناية قال الرحمتى : فلو أوقفها للازدحام أو لضرورة أخرى ، ينبغى أنه إن أمكنه العود أو التخلص يضمن وإلا فلا (قوله إلا فى موضع إذن الإمام بإيقافها)وكذا إذا أوقفها فى المفاوز فى غير المحجة ، فإنه لا يضمن ولو بغير إذنه لأنه لا يضر الناس ؛ بخلاف المحجة كما فى الاختيار قهستانى والمحجة الطريق مغرب (قوله إلا إذ أعد الإمام لها) أى للدواب أو لوقوفها موضعا عند باب المسجد ، فلا ضمان فيما حدث من الوقوف فيه ط وقيد بالوقوف لأنه لو كان سائرا فى هذه المواضع التى أذن فيها الإمام بالوقوف ، أو قائداً أو سائقا فهو ضامن ، ولا يزيل ذلك عنه إذن الإمام وإنما يسقط ما حدث من وقوف دابته فى هذا الموضع راكبا ، ولادون السير والسوق والقود إتقانى (قوله لم يضمن) محل ذلك إذا لم ينخسها ، ولم ينفرها أما لو نخسها أو نفرها فأثارت غباراً أو حصاة فأتلفت شيئا ضمنه أفاده المكى ط وعبارة القهستانى :وقيل لو عنف الدابة فى هذه الصور ضمن كما فى الذخيرة (قوله لإمكانه) أى لإمكان الاحتراز عنه ، فالظاهر أنه من عنفه فى السوق ، فيوصف بالتعدى فيؤخذ به إتقانى (قوله ما ضمنه الراكب) أى أنهم في الضمان سواء وكذا المرتدف إتقانى ، فيضمنون ماحدث فى الطريق العام إلا النفح ولا يضمنون ما حدث فى ملكهم ، أو فى ملك غيرهم بأذنه إلا فى الوطء إلى آخر ما تقدم (قوله إنه مطرد ومنعكس) الإطراد التلازم فى الثبوت ، والانعكاس التلازم فى النفى : أى كل ما يضمن فيه الراكب يضمن فيه السائق والقائد : ومالا فلا ، وخالف القدورى فى السائق ، فذكر أنه يضمن النفحة بالرجل ، لأنه بمرأى عينه فيمكنه الاحتراز ، وعليه بعض المشايخ، وأكثرهم على أنه لا يضمن إذ ليس فيها ما يمنعها عن النفحة ؛ فلا يمكنه الاحتراز بخلاف الكدم ، لأنه يمكنه كبحها بلجامها ، كما فى شرح المجمع وما صححه فى الدرر هو قول الأكثر وصححه فى الهداية والملتقى وغيرهما (قوله والراكب عليه الكفارة فى الوطء) أى لو وطئت إنسانا وهو راكبها وكذا الرديف فإنهما مباشران للقتل حقيقة بثقلهما ، فيلزمها الكفاره ، ويحرمان من الميراث كالنائم إذا انقلب على إنسان إتقانى (قوله كما مر) لم يمر ذلك فى كلامه ، والأظهر لما مر باللام إشارة إلى قوله المار لأنه مباشر الخ (قوله لا عليهما) لأنهما متسببان بمعنى أنه لولا السوق ، أو القود لم يوجد الوطء ، والكفارة جزاء المباشرة إتقانى (قوله أى لا على سائق وقائد) زاد القهستانى المرتدف ، وهو غير ظاهر ومخالف لما سمعته آنفا (قوله لم يضمن السائق على الصحيح) اعلم أن الزيلعى قال : قيل لا يضمن السائق ما وطئت الدابة ، لأن الراكب مباشر والسائق متسبب، والإضافة إلى المباشر أولى ، وقيل : الضمان عليهما ، لأن كل ذلك سبب الضمان ، ألا ترى أن محمدا ذكر فى الأصل أن الراكب إذا أمر إنسانا فنخس المأمور الدابة فوطئت إنسانا كان الضمان عليهما فاشتركا فى الضمان ، فالناخس سائق ، والآمر راكب ، فتبين بهذا أنهما يستويان والصحيح الأول لما ذكرنا

كما مر أى إذا كان سببا لا يعمل بانفراده إتلافا كما هنا أما فى صبب يعمل بانفراده فيشتركان كما يأتى فى مسألة نخس الدابة بإذن راكبها فليحفظ (وضمن عاقلة كل فارس) أو راجل (دية الآخر إن اصطدما وماتا منه) فوقعا على القفا (لو) كانا (حرين) ليسا من العجم ولا عامدين ولا وقعا على وجوههما (ولو) كانا (عبدين) أو وقعا على الوجه ابن كمال (يهدر دمهما) فى العمد والخطأ شرنبلالية وغيرها، ولو كان من العجم فالدية فى مالهم كما مر مرارا ولو كانا عامدين، فعلى كل نصف الدية، ولو وقع أحدهما على وجهه هدر دمه فقط، ولو أحدهما حرا والآخر

والجواب عما ذكر فى الأصل أن المتسبب إنما لا يضمن مع المباشر إذا كان السبب شيئا لا يعمل بانفراده فى الاتلاف كما فى الحفر مع الالقاء، فإن الحفر لا يعمل بانفراده شيئا بدون الالقاء وأما إذا كان السبب يعمل بإنفراده فيشتركان وهذا منه، فإن السوق متلف وإن لم يكن على الدابة راكب، بخلاف الحفر فإنه ليس بمتلف بلا إلقاء، وعند الإلقاء وجد التلف بهما فاضيف إلى آخرهما اه ونقله المصنف فى المنح. وكتب بخطه فى الهامش هذا الكلام يحتاج إلى مزيد تحرير اه.

وذكر فى السعدية: أن ما ذكره الزيلعى فى معرض الجواب بمعزل عن هذا التقرير، ولا يصلح جوابا عما فى الأصل، بل هو تحقيق وتفصيل له، واللازم منه وجوب الضمان على السائق، وهو قد صحح عدم الوجوب وهذا من مثله غريب اه.

وذكر الرملى عن الحلبى عن قارىء الهداية ما صورته: ينبغى أن يقال وهو الصحيح والجواب عن الأول اه فيكون التصحيح للقول الثانى والجواب عن القول الأول، ويؤيده قول النهاية أما الجواب عن الأول الخ وكذا قول الولوالجية الراكب والسائق والقائد والرديف فى الضمان سواء حالة الانفراد والاجتماع هو الصحيح، وإن كان الراكب مباشراً، لأن السبب هنا يعمل فى الاتلاف، فلا يلغى فكان التلف مضافا إليهما بخلاف الحفر اه ملخصا:

وبه علم أن الصحيح ماجزم به القهستانى، وقد أخره فى الهداية فاشعر بترجيحه كعادته وقدمه فى المواهب والملتقى وعبرا عن مقابله بقيل فتنبه (قوله كما مر) أى فى باب مايحدثه الرجل فى الطريق (قوله كما هنا) أى فى السائق وقد علمت أنه كالناخس يعمل بإنفراده إتلافا وأن الذى لا يعمل كحفر البئر (قوله بأذن راكبها) فلو بدونه ضمن الناخس فقط كما سيأتى (قوله أو راجل) أشار إلى أن التقييد بالفارس إتفاقى، وإنما لم يذكر المصنف الراجل، لأنه ليس من هذا الباب، لعدم تعلقه بالبهيمة أفاده سعدى (قوله إن اصطدما) أى تضاربا بالجسد اه درمنتقى وهذا ليس على إطلاقه، بل محمول على ما إذا تقابلا لما فى الاختيار سار رجل على دابة فجاء راكب من خلفه فصدمه فعطب المؤخر لا ضمان على المقدم، وإن عطب المقدم فالضمان على المؤخر وكذا فى سفينتين اه ط عن أبى السعود (قوله يهدر دمهما) لأن جناية كل من العبدين تعلقت برقبته دفعا وفداء وقد فاتت لا إلى خلف من غير فعل يصير به المولى مختارا للفداء منح، وأما إذا وقع الحران على وجوههما فلأن موت كل بقوة نفسه (قوله وإن كانا عامدين) أى الحران أو العبدان كما يعلم من الهداية وفيه مخالفة لما قدمه عن الشرنبلالية فتأمل (قوله فعلى كل نصف الدية) الذى فى الزيلعى يجب على عاقلة كل نصف الدية قال الشلبى فى حاشيته: لأن العمد هنا بمنزلة الخطأ لأنه شبه عمد، إذ هو تعمد الاصطدام، ولم يقصد القتل ولذا وجب على العاقلة اه ط وإنما نصفت الدية فى العمد لا فى الخطأ لأن فى الخطأ فعل كل منهما مباح وهو المشى فى الطريق، فلا يعتبر فى حق الضمان بالنسبة إلى نفسه كالواقع فى بئر فى الطريق، فإنه لولا مشيه ما وقع ويعتبر بالنسبة إلى غيره لتقيده بشرط السلامة، أما فى

عبدا فعلى عاقلة الحر قيمة العبد فى الخطأ ونصفها فى العمد (كما لو تجاذب رجلان حبلا فانقطع الحبل فسقطا وماتا على القفا) هدر دمهما لموت كل بقوة نفسه (فإن وقعا على الوجه وجب دية كل واحد منهما على عاقلة الآخر) لموته بقوة صاحبه (فإن تعاكسا) بأن وقع أحدهما على القفا والآخر على الوجه (فدية الواقع على الوجه على عاقلة الآخر) لموته بقوة صاحبه (وهدر) دم (من وقع على القفا) لموته بقوة نفسه (ولو قطع إنسان الحبل بينهما فوقع كل منهما على القفا فمات فديتهما على عاقلة القاطع) لتسببه بالقطع (وعلى سائق دابة وقع أداتها) أى آلاتها كسرج ونحوه (على رجل فمات وقائد قطار) بالكسر قطار الإبل (وطىء بعير منه رجلا الدية وإن كان معه سائق ضمنا) لاستوائهما فى التسبب، لكن ضمان النفس على العاقلة وضمان المال فى ماله هذا لو السائق من جانب من الإبل فلو توسطها وأخذ بزمام واحد ضمن ماخلفه وضمنا ماقدامه

العمد فليس بمباح، فيضاف إليه ما وقع فى حق نفسه فصار هالكا بفعله وفعل غيره فيهدر ماكان بفعله، ويجب ماكان بفعل غيره، وتمامه فى الولوالجية (قوله فعلى عاقلة الحر قيمة العبد فى الخطأ ونصفها ثم العمد) أى ويأخذها ورثة الحر المقتول، لأن كلا منهما صار قاتلا لصاحبه فعلى عاقلة الحر قيمة العبد أو نصفها ثم العبد الجانى قد تلف، وأخلف هذا البدل، فيأخذه ورثة الحر المجنى عليه بجهة كونه مقتولا لا قاتلا، ويبطل حقهم فيما زاد عليه لعدم الخلف، ولا يرد ما إذا قطعت المرأة يد رجل، فتزوجها على اليد فإن عاقلتها يسقط عنهم الضمان، لأنهم كانوا يتحملون عنها، فإذا تزوجها المقطوع لو لم يسقط الضمان عن العاقلة لكان الضمان عليهم واجبا لها، فلايصح أن يتحملوا عنها ضامنين لها أما هنا فالعاقلة تحملوا عن الحر باعتبار كونه قاتلا ثم تأخذه الورثة بجهة كونه مقتولا اه من الكفاية مع غيرها، واعترض الوانى هذه المسألة بأن العاقلة لا تعقل عمدا ولا عبدا كما فى الحديث

وأقول قد علمت أن العمد هنا بمنزلة الخطأ لأنه شبه عمد، وسيأتى أن الحديث محمول على ما جناه العبد لا ما جنى فتدبر (قوله كما لو تجاذب رجلان الخ) تشبيه فى الهدر المفهوم من قول المصنف يهدر دمهما، وهذه المسألة فى الحكم على عكس مسألة المصادمة ط (قوله فإن وقعا على الوجه الخ) قيل لمحمد إن وقعا على وجههما إذا قطع الحبل قال محمد: لا يكون هذا من قطع الحبل إتقانى.

أقول يحتمل أن يراد بذلك نفى التصور أو نفى الضمان تأمل (قوله فديتهما على عاقلة القاطع) كذا فى الملتقى والاختيار والخانية وفيها أيضاً فى موضع آخر لا قصاص عليه ولادية اه ولعله رواية أخرى أو المراد لادية فى ماله (قوله وعلى سائق دابة) خبر مبتدؤه قوله الآتى الدية، وإنما وجبت عليه لأنه متعد فى التسبب، لأن الوقوع بتقصير منه، وهو ترك الشد والإحكام فيه فصار كأنه ألقاه بيده كما فى الدرر ط فهو كوقوع ما حمله على عاتقه، بخلاف الرداء الملبوس إذا سقط وكان مما يلبسه الإنسان عادة لأنه لايمكن الاحتراز عنه إذ لا بد منه كما مر فى باب مايحدثه الرجل فى الطريق إتقانى (قوله وقائد قطار) إنما ضمن لأنه بيده يسير بسوقه، ويقف بإيقافه فيضاف إليه ما حدث منه لتسببه، فيصير فى الحكم كأنه قتله خطأ فتجب على عاقلته ديته

قال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع: لو قاد أعمى فوطىء الأعمى إنسانا فقتله ينبغى أن لا يضمن القائد لأن الأعمى من أهل الضمان، ففعله ينسب إليه وفعل العجماء جبار لاعبرة له فى حكم نفسه فينسب إلى القائد إتقانى ملخصا (قوله قطار الإبل) قال فى المغرب: القطار الإبل تقطر على نسق واحد والجمع قطر اه أى ككتب (قوله الدية) أى إذا كان المتلف غير مال وكان الموجب كارش الموضحة فما فوقها كما مر مرارا مكى اه ط (قوله هذا لو السائق من جانب من الإبل) أى فى الوسط يمشى فى جانب من القطار لا يتقدم ولايتأخر ولا يأخذ بزمام بعير معراج.

وراكب وسطها يضمنه فقط مالم يأخذ بزمام ماخلفه (فإن قتل بعير ربط على قطار سائر بلاعلم قائده رجلا) مفعول قتل (ضمن عاقلة القائد الدية رجعوا بها على عاقلة الرابط) لأنه دية لاخسران كما توهمه صدر الشريعة فلو ربط والقطار واقف ضمنها عاقلة القائد بلا رجوع لقوده بلا إذن ؛

(ومن أرسل بهيمة) أو كلبا ملتقى (وكان خلفها سائقا لها فأصابت فى فورها ضمن) لأنه الحامل لها وإن لم يمش خلفا فادامت فى دورها فسائق حكما، وإن تراخى انقطع السوق فالمراد بالسوق المشى خلفها

وقال الإتقانى : وهذا أى وجوب الضمان على السائق والقائد جميعا فيما إذا كان السائق يسوق الإبل غير آخذ بزمام بعير ، أما إذا أخذ الزمام ، فالضمان عليه فيما هلك خلفه لا على القائد المتقدم لأنه لما انقطع الزمام عن القطار لم يكن القائد المقدم قائداً لما خلف السائق ، وأما فيما هلك قدام السائق فيضمنه السائق ، والقائد جميعا لاشتراكهما فى سبب وجوب الضمان ، لأن كل واحد منهما مقرب إلى الجناية هذا بسوقه، وذاك بقوده (قوله وراكب وسطها يضمنه) أى لو كان رجل راكبا على بعير وسط القطار ، ولا يسوق شيئا منها يضمن ماركبه أى ما أصابه بعيره بالإيطاء لأنه جعل فيه مباشرا ، أماما أصابه بغير الإيطاء، فهو عليه وعلى القائد أفاده الزيلعى:

قلت : وهو مبنى على ما صححه سابقا ، وقد علمت ما فيه ، وجعل فى النهاية والكفاية الضمان عليهما بلا تفصيل وهــو مؤيد لما قدمناه من الكلام على التصحيح (قوله فقط) أى لا يضمن ماقدامه : لأنه غير سائق له ، ولا ما خلفه لأنه غير قائد إلا إذا أخذ بزمام ما خلفه زيلعى ، وهذا قول بعض المتأخرين ، وأما غيره فاكتفى بكون زمام ما خلفه مربوطا ببعيره كما بسطه فى النهاية وغيرها (قوله بلا علم قائده) متعلق بربط ، وقيد به ليبنى عليه قوله ورجعوا بها الخ لأنه إذا علم لا رجوع لهم كفاية (قوله ضمن عاقلة القائد الدية) لأنه متسبب متعد بترك صون قطاره عن الربط ورجعوا على عاقلة الرابط لأنه أوقعهم فيه (قوله كما توهمه صدر الشريعة) حيث قال : ينبغى أن يكون فى مال الرابط ، لأن الرابط أوقعهم فى خسران المال وهـذا مما لا تتحمله العاقلة اهـ ح (قوله والقطار واقف) محترز قوله سائر (قوله لقوده بلا إذن) أى بلا إذن الرابط ، أما فى الأولى فإنه لما ربطه والقطار سائر وجد من الرابط الإذن دلالة بقود المربوط ، فلذا رجعوا على عاقلته لأنه صار مسببا كفاية (قوله ومن أرسل بهيمة الخ) اعلم أولا أن بين إرسال الكلب وغيره فرقا ، وهو أنه إذا أرسل الكلب ، ولم يكن سائقاله لايضمن وإن أصاب فى فوره ، لأنه ليس بمتعد إذ لا يمكنه اتباعه ، والمتسبب لا يضمن إلا إذا تعدى ، ولو أرسل دابة يضمن ما أصابت فى فورها ، سواء ساقها أولا لأنه متعد بإرسالها فى الطريق ، مع إمكان اتباعها أفاده فى النهاية ، لكن فى القهستانى ، وعن أبى يوسف أنه يضمن بكل حال وبه أخذ عامة المشايخ وعليه الفتوى اهـ؛

فعلى قول أبى يوسف لا فرق بين الدابة والكلب وعلى الأول لا يضمن ما أصابه الكلب فى فوره إلا إذا ساقه ، وما أصابته الدابة فى فورها يضمنه مطلقا ، وبه ظهر أن كلام المصنف جار على القول الأول ، لأنه اشترط فى الضمان السوق . ولا يشترط ذلك إلا فى الكلب ، ولذا فسر الزيلعى وغيره البهيمة بالكلب وتبعه الشارح أخيراً لكن قوله : أوكلبا لايناسبه خصوصا مع قوله الآتى والمراد بالدابة الكلب (قوله فسائق حكما) لأن سيرها مضاف إليه ما دامت تسير على سننها ، ولو انعطفت يمنة أو يسرة انقطع حكم الإرسال إلا إذا لم يكن طريق آخر سواه وكذا إذا وقفت ، ثم سارت وتمامه فى الهداية ، وإن ردها راد ضمن ما أصابت فى فعلها ذلك لأنه سائق لها ولا يرجع على سائقها إلا إذا كان بأمره إتقانى (قوله فالمراد بالسوق الخ) تفريع على قوله ، وكان خلفها سائقا لها ، والمتبادر من عباراتهم أنه المشى خلفها ، وإن لم يطردها ، ونقل المكى عن ملا على تقييده بطرده إياها ط ملخصا ؛

والمراد بالدابة الكلب زيلعي (وإن أرسل طيرا) ساقه أولا أو دابة (أو كلبا ولم يكن سائقا) له (أو انفلتت دابة) بنفسها (فأصابت مالا أو آدميا نهارا أو ليلا لا ضمان) في الكل لقوله صلى الله عليه «العجماء جبار» أي المنفلتة هدر (كما لو جمحت) الدابة (به) أي بالراكب ولو سكران (ولم يقدر) الراكب (على ردها) فإنه لا يضمن كالمنفلتة لأنه حينئذ ليس بمسير لها فلا يضاف سيرها إليه حتى لو أتلفت إنسانا فدمه هدر عمادية:

(ومن ضرب دابة عليها راكب أو نخسها) بعود بلا إذن الراكب (فنفحت أو ضربت بيدها) شخصا (آخر) غير الطاعن (أو نفرت فصدمته وقتلته ضمن هو) أي الناخس (لا الراكب) وقال أبو يوسف: يضمنان نصفين كما لو كان موقفا دابته على الطريق

قلت: وفي غاية البيان عن الإسبيجابي يريد به إذا أرسله وضربه أو زجره عند ذلك حتى صار له سائقا (قوله والمراد بالدابة) الأولى البهيمة لأنه المذكور في المتن والزيلعي وقد علمت وجه هذا التفسير وما فيه (قوله ساقه أولا) لأن بدنه لا يحتمل السوق فلم يعتبر بخلاف البهيمة (قوله أو دابة أو كلبا ولم يكن سائقا له) أطلقه فشمل ما إذا أصاب الكلب شيئا في فوره فلا يضمنه المرسل، بخلاف الدابة نهاية وقدمنا وجه الفرق وأن المفتى به الضمان مطلقا وعليه فالصواب إسقاط الشارح قوله أو دابة (قوله أو انفلتت دابة) ولو في الطريق أو ملك غيره إتقاني (قوله أو ليلا) وقال الشافعي: إن ذهبت ليلا ضمن لأن العادة حفظها فيه فهو مفرط وتمامه في المعراج (قوله العجماء جبار) أي فعلها إذا كانت منفلتة، وفي رواية الصحيحين، والإمام مالك وأحمد وأصحاب السنن: العجماء جرحها جبار ط والعجماء غلب على البهيمة مغرب (قوله أي المنفلتة) تقييد للعجماء لا تفسير لها كما لا يخفى اهـ

قال الزيلعي بعد نقله ذلك عن محمد: وهذا صحيح ظاهر لأن المسوقة والمركوبة والمقودة في الطريق أو في ملك الغير أو المرسلة في الطريق فعلها معتبر على ما بينا (قوله عمادية) لم يذكر فيها قوله حتى لو أتلفت إنسانا الخ، وإنما ذكر المصنف أنه أفتى به المولى أبو السعود العمادي مفتي الروم، لكنه لما كان مفهوما من كلام الفصول العمادية عزاه إليها هذا، وذكر الرملي أنهما لو اختلفا في عدم القدرة على ردها ردها فالقول للخصم والبينة على مدعي العجز لأن انكاره لأصل الضمان في ضمن الدعوى لا يفيد بعد تحقق سببه تأمل اهـ ملخصا (قوله أو ضربت بيدها) أو كيفما أصابت اهـ خلاصة، فدخل ما إذا وطئت قال في الهداية: ولو وثبت بنخسته على رجل أو أوطأته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب والواقف في ملكه والذي يسير فيه سواه اهـ أي بخلاف الواقف في الطريق لتعديه كفاية وسيأتي (قوله فصدمته) أي الآخر وقتلته: وفي التاترخانية: هذا إذا كانت النفحة والضربة والوثبة في فور النخس، وإلا فلا ضمان عليه (قوله لا الراكب) لأنه غير متعد فترجح جانب الناخس في التغريم للتعدي وتمامه في الهداية (قوله وقال أبو يوسف) هو رواية عنه كما في القهستاني وغيره (قوله كما لو كان موقفا دابته على الطريق) أي فنخسها رجل فقتلت آخر يضمنان نصفين، لأنه متعد بالإيقاف منح، وغيرها:

قال الرملي أقول: ظاهره ولو كان بغير إذنه إذ هو موضوع مسألة المتن التي الكلام عليها، والمصرح به في الخلاصة والبزازية خلافه:

قال في الخلاصة: وإن كان بإذنه فالضمان عليهما إلا في النفحة بالرجل، والذنب فإنها جبار إلا إذا كان الراكب واقفا في غير ملكه فأمر رجلا، فنخسها فنفحت رجلا، فالضمان عليهما وإن كان بغير إذنه، فالضمان كله على الناخس اهـ.

لتعديه فى الإيقاف أيضا ، وكما لو كان بإذنه ووطئت أحدا فى فورها فدمه عليهما ؛ ولو نفحت الناخس فدمه هدر ولو ألقت الراكب فقتلته فديته على عاقلة الناخس ثم الناخس إنما يضمن لو الوطء فور النخس وإلا فالضمان على الراكب لانقطاع أثر النخس درر وبزازية (و) ضمن (فى فقء عين دجاجة أو شاة قصاب) أو غيره (ما نقصها) لأنها للحم

ونقل ط عن المنتقى بالنون : رجل واقف على دابته فى الطريق ، فأمر رجلا فنخسها فقتلت رجلا والآمر فدية الأجنبى عليهما ودم الآمر هدر ، ولو سارت عن موضعها ، ثم نفحت من فور النخسة ، فالضمان على الناخس فقط وإن لم تسر فنفحت الناخس وآخر فدية الأجنبى عليهما ونصف دية الناخس على الراكب اهـ ملخصا :

وبه علم أن ضمانهما مقيد أيضا بما إذا لم تسر من موضعها وإلا ضمن الناخس فقط كما لو نخس بلا إذن الراكب (قوله لتعديه فى الإيقاف) فلو حرنت ووقفت فنخسها هو أو غيره لتسير فلا شىء عليهما نقله ط (قوله أيضا) أى كتعدى الناخس بالنخس ط (قوله ووطئت) أى فى سيرها هداية والتقييد بالوطء لإخراج نحو النفحة فلا يضمنها الناخس بالإذن كما مر وفى الخانية : ولا يضمن الناخس ههنا مالا يضمنه الراكب من نفحة الرجل والذنب وغير ذلك اهـ (قوله فدمه عليهما) لأن سيرها حينئذ مضاف إليهما ، ثم هل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن فى الإيطاء لأنه فعله بأمره قيل نعم وقيل لا وصححه فى الهداية (قوله فديته على عاقلة الناخس) أى لو بغير إذنه فلو به لا يضمن خلاصة (قوله لو الوطء فور النخس) وكذا النفحة والضربة والوثبة كما قدمناه [تتمة] : اقتصر على ذكر الناخس مع الراكب قال فى متن الملتقى : وكذا الحكم فى نخسها ومعها سائق أو قائد ، وإن نخسها شىء منصوب فى الطريق ، فالضمان على من نصبه ، ولا فرق بين كون الناخس صبيا أو بالغا ، وإن كان عبدا فالضمان فى رقبته ، وجميع هذا الفصل والذى قبله إن كان الهالك آدميا فالدية على العاقلة وإن غيره كدواب فالضمان فى مال الجانى اهـ

وأما قول الهداية : ولو الناخس صبيا ففى ماله قال العلامة النسفى فى الكافى : يحتمل أن يراد به إذا كانت الجناية على المال ، أو فيما دون أرش الموضحة

قلت : ويحتمل أن يراد به الصبى إذا كان من المعجم ، لأنه لا عاقلة لهم كفاية . وفى الدر المنتقى : وإنما خص النخس لأنه لو وضع يده على ظهر فرس عادته النفحة فنفح فأتلف لم يضمن ، بخلاف النخس ، لأن الاضطراب لازم له دون وضع اليد كما فى البرجندى عن القنية اهـ

وفى التاترخانية وضع شيئا فى الطريق فنفرت منه دابة فقتلت رجلا لا شىء على الواضع إذا لم يصب ذلك الشىء اهـ لكن فى ط عن المحيط السرخسى : لو نفرت من حجر وضعه رجل على الطريق فالواضع بمنزلة الناخس اهـ (قوله وفى فقء عين دجاجة) مثلها الحمامة وغيرها من الطيور وكذا الكلب والسنور كما فى الذخيرة قهستانى (قوله أو غيره) ولذا ترك ابن الكمال الإضافة إلى القصاب وقال لما فيها من مظنة الاختصاص خصوصا عند ملاحظة التعليل الآتى ذكره اهـ (قوله ما نقصها) فتقوم صحيحة العين ومفقوءه ، فيضمن الفضل قهستانى ، والنقصان شامل للحاصل بالهزال من فقء العين ط عن الوانى (قوله لأنها للحم) فلا يعتبر فيها إلا النقصان ابن كمال

أقول : لا يشمل نحو الكلب ، والسنور لكن ضمان النقصان فى ذلك جار على الأصل فى ضمان المتلفات ،

وفى عينيها يخير ربها إن شاء تركها على الفاقىء وضمنه قيمتهما أو أمسكها وضمنه النقصان زيلعى (وفى عين بقرة جزار وجزوره) أى إبله فائدة الإضافة عدم اعتبار الإعداد للحم فى الحكم الآتى ابن كمال (وحمار وبغل وفرس ربع القيمة) لأن إقامة العمل ، إنما يمكن بأربع أعين عيناها وعينا مستعملها فصارت كأنها ذات أعين أربع وقال الشافعى رضى الله عنه كالشاة والفرق ماقدمناه لكن يرد عليه أنه لو فقأ عينى حمار مثلا أنه يضمن نصف قيمته وليس كذلك كما مر :

فالأولى التمسك بما روى « أنه صلى الله عليه وسلم قضى فى عين الدابة بربع القيمة » والتقييد بالعين لأنه لو قطع أذنها أو ذنبها يضمن نقصانها ، وكذا لسان الثور والحمار وقيل جميع القيمة كما لو قطع إحدى قوائمها فإنه يضمن قيمتها وعليه الفتوى : أى لو غير مأكول وإن مأكولا خير كما مر فى العينين لكن فى العيون إن أمسكه لا يضمنه شيئا عند أبى حنيفة وعليه الفتوى

أما ضمان ربع القيمة فيما يأتى ، فخلاف القياس عملا بالنص (قوله وفى عينيها الخ) هذا ذكره الزيلعى فى البقرة ونحوها ، وعلله بأن المعمول به النص ، وهو ورد فى عين واحدة فيقتصر عليه اهـ تأمل (قوله أى إبله) قال فى القاموس الإبل واحد يقع على الجمع ليس بجمع ولا اسم جمع وجمعه آبال اهـ فافهم (قوله فائدة الإضافة الخ) أى لئلا يتوهم أنهما لكونهما معدين للحم يكون حكمهما حكم الشاة بل سواء كانا معدين له أو للحرث أو الركوب ، ففيه ربع القيمة كما فى الذى لايؤكل لحمه منح (قوله وحمار) فى الخلاصة عن المنتقى مالا يحمل عليه لصغره كالفصيل والجحش ، ففى عينه ربع قيمته اهـ

قلت : والذى نقله القهستانى عن المنتقى إن فى نحو الفصيل النقصان تأمل ، ثم رأيت فى جامع الفصولين عن المنتقى كما فى الخلاصة (قوله والفرق ماقدمناه) أى فى قوله ، لأن إقامة العمل قال فى الهداية : ولنا ماروى « أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى عين الدابة بربع القيمة » وهكذا قضى عمر رضى الله تعالى عنه ، لأن فيها مقاصد سوى اللحم كالركوب والزينة والحمل والعمل ، فمن هذا الوجه تشبه الآدمى وقد تمسك للأكل ، ومن هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين بشبه الآدمى فى إيجاب الربع وبالشبه الآخر فى نفى النصف ، ولأنه إنما يمكن إقامة العمل بها بأربعة أعين الخ (قوله لكن يرد عليه) أى على الفرق المذكور قال فخر الإسلام : والمعتمد هو التعليل الأول أى الذى قدمناه عن الهداية ، لأن العينين لايضمنان بنصف القيمة إتقانى : أى وأما التعليل بأنها صارت كذات أربعة أعين فإنه يلزم منه ضمان العينين بنصف القيمة (قوله أنه يضمن) بدل من قوله : أنه لو فقأ والمصدر فاعل لفعل محذوف ، هو جواب لو تقديره يلزم أنه يضمن تأمل (قوله وليس كذلك) أى لايضمن النصف كما صرح به شراح الهداية ، لكن نقل القهستانى القول بضمان النصف عن فخر القضاة (قوله كما مر) أى عن الزيلعى ، وقدمنا أنه علله بأن المعمول به النص وهو ورد فى عين واحدة ، فيقتصر عليه :

وحاصله : أن ضمان العين بالربع مخالف للقياس ، فلا يقاس عليه بل يقتصر على النص ولذا قال فالأولى التمسك بما روى الخ (قوله والتقييد بالعين) أى تقييد المصنف بقوله وفى عين بقرة (قوله وقيل جميع القيمة) أى لفوات الاعتلاف ، وفى تحفة الأقران والقنية جزم بهذا وحكى الآخر بقيل اهـ سائحانى (قوله أى لو غير مأكول) لأن ذلك استهلاك له من كل وجه هداية (قوله وإن مأكولا خير) أى بين تركها على القاطع ، وتضمينه قيمتها ، وبين إمساكها ، وتضمينه النقصان قال فى غصب الهداية : وهذا ظاهر الرواية عن أبى حنيفة وعنه لو شاء أخذها ولا شىء له والأول أصح اهـ وعليه المتون والشروح ، وقدمنا الكلام عليه فى الغصب (قوله لكن فى العيون إن أمسكه لايضمنه شيئا الخ) أى ليس له أن يمسك المأكول ، ويضمن النقصان ، وعليه فلا فرق بين المأكول وغيره وقد علمت أن هذا رواية عن أبى حنيفة وظاهر الرواية التخيير فى المأكول ، وهو الأصح كما مر ، وبه يفتى كما

وعرجها كقطعها :

[فروع] نقل المصنف عن الدرر له كلب يأكل عنب الكرم فأشهد عليه فيه فلم يحفظه حتى أكل العنب لم يضمن وإنما يضمن فيما أشهد عليه فيما يخاف تلف بنى آدم كالحائط المائل ونطح الثور وعقر كلب عقور فيضمن إذا لم يحفظه اهـ .

قال المصنف ويمكن حمل المتلف فى قول الزيلعى وإن أتلف الكلب فعلى صاحبه الضمان إن كان تقدم عليه قبل الإتلاف وإلا فلا كالحائط المائل على الآدمى اهـ فيحصل التوفيق :

قلت : وقد وقع الاستفتاء عمن له نحل يضعه فى بستانه فيخرج فيأكل عنب الناس وفواكههم هل يضمن رب النحل ما أتلفه النحل من العنب ونحوه أم لا وهل يؤمر بتحويله عنهم إلى مكان آخر أم لا :

وجوابه : أنه لايضمن ربه شيئا مطلقا أشهدوا عليه أم لا أخذا من مسأله الكلب بل أولى وكذا ذكره المصنف فى معينه :

لكن رأيت فى فتواه أنه أفتى بالضمان فى مسألة النحل فراجعه عند الفتوى وأما تحويله عن ملكه فلا يؤمر بذلك على ما هو ظاهر المذهب :

وأما جواب المشايخ فينبغى أن يؤمر بتحويله إذا كان الضرر بينا

فى جامع الفصولين حيث قال : وعن أبى جعفر لو أخذ الشاة فلا شىء له ، ويفتى بظاهر الرواية لكن نقل بعده أن مايؤكل وغيره ، سواء فى ظاهر الرواية فلو أمسكه فلا شىء له قال : وهذا يؤيد ماحكى عن أبى جعفر اهـ :

أقول : وحيث اختلف النقل عن ظاهر الرواية والإفتاء فالعمل على ماعليه المتون والشروح ، وصححه فى الهداية والله تعالى أعلم (قوله وعرجها كقطعها) قال فى جامع الفصولين ، ولو ضرب دابة فصارت عرجاء فهو كالقطع اهـ (قوله فيحصل التوفيق) كأنه فهم من كلام الدرر أنه لايضمن فى الكلب غير الآدمى ، وهذا غير مراد وإنما معنى كلامه أن مايخاف منه تلف الآدمى فالإشهاد فيه موجب للضمان إذا أعقبه تلف ، سواء كان المتلف مالا أو آدميا ومالا يخاف منه تلف الآدمى بل يخاف منه تلف المال فقط كعنب الكروم ، فلا يفيد فيه الإشهاد ، ويدل عليه تشبيهه بالحائط المائل ، فإن الإشهاد فيه موجب لضمان المال والنفس اهـ رملى وهو كلام حسن دافع للمخالفة من أصلها فيحمل كلام الزيلعى على الإتلاف مطلقا ؛ لأن المراد بالكلب الواقع فى كلامه الكلب العقور كما صرح به ، فهو مما يخاف منه تلف الآدمى كالحائط المائل والثور النطوخ ، بخلاف كلب العنب .

قلت : وهذا كله مخالف لما قدمه الشارح فى آخر باب القود فيما دون النفس عن القاضى بديع أن الإشهاد لايكون إلا فى الحائط لافى الحيوان اهـ :

وقد أفتى فى الخيرية بالضمان بعد الإشهاد فى حصان اعتاد الكدم وكذا فى ثور نطوح قال وفى البزازية عن المنية فى نطح الثور يضمن بعد الإشهاد النفس والمال اهـ وفى المسألة خلاف والأكثر على الضمان كالحائط المائل اهـ وأفتى به فى الحامدية أيضا (قوله قلت الخ) من مقول المصنف أيضا فى المنح (قوله أخذا من مسألة الكلب) أى كلب العنب فإنه ليس مما يخاف منه تلف الآدمى (قوله بل أولى) لأنه طير وقد تقدم أنه لايضمن ، إذا أرسل طيرا ساقه أولا بخلاف الدابة والكلب ، وهنا لم يرسله ولم يسقه أصلا فعدم الضمان فيه أولى ، ولأن النحل مأذونة من الله تعالى بقوله تعالى : ثم كلى من كل الثمرات : (قوله فى معينه) أى فى كتابه المسمى معين المفتى (قوله فراجعه عند الفتوى) قد علمت أن الموافق للمنقول صريحا ودلالة هو الأول فعليه المعول (قوله على ما هو ظاهر المذهب) وهو ماقدمه آخر كتاب القسمة من أن له التصرف فى ملكه ، وإن تضرر جاره (قوله وأما جواب المشايخ) من أنه يمنع إذا

على ماعليه الفتوى :

وفى الصيرفية حمار يأكل حنطة إنسان فلم يمنعه حتى أكل الصحيح ضمانه أدخل غنما أو ثورا أو فرسا أوحمارا فى زرع أو كرم إن سائقا ضمن ما أتلف وإلا لا وقيل يضمن وتمامه فى البزازية اه :

باب جناية المملوك والجناية عليه

اعلم أن جنايات المملوك لا توجب إلا دفعا واحدا أومحلا وإلا فقيمة واحدة ولوفدى القن ثم جنى فكالأول ثم وثم بخلاف المدبر وأختيه فإنها لا توجب إلاقيمة واحدة وسيتضح (جنى عبد خطأ) التقييد بالخطأهنا إنما يفيد فى النفس

كان الضرر بينا (قوله على ماعليه الفتوى) الأوضح وهو ماعليه الفتوى ط (قوله حمار يأكل حنطة إنسان الخ) ظاهره ولو كان الحمار لغير الرائى ، وهو المستفاد من كلامه فى كتاب اللقطة ، والذى فى القنية وغيرها رأى حماره الخ بالإضافة إلى ضمير الرائى تأمل .

ثم رأيت فى حاشية الرملى على جامع الفصولين فى أحكام السكوت مانصه أقول فلو رأى حمار غيره يأكل حنطة الغير فلم يمنعه صارت واقعة الفتوى فأجبت بأنه لايضمن والفرق ظاهر وهو أن فعل حماره ينسب إليه مع رجوع المنفعة له ، وإمكان دفعه فقويت علة الضمان بخلاف حمار الغير تأمل (قوله وقيل يضمن) أى وإن لم يسقها قياسا على ماإذا كان فى داره بعير ، فأدخل عليه آخر بعيرا مغتلما أولا فقتل بعيره إن بلا إذن صاحبها يضمن كما فى البزازية ، والمغتلم الهائج .

أقول : ويظهر أرجحية هذا القول لموافقته لما مر أول الباب من أنه يضمن ماأحدثته الدابة مطلقا إذا أدخلها فى ملك غيره بلا إذنه لتعديه ، وأما إذا لم يدخلها فنى الهداية ولو أرسل بهيمة فأفسدت زرعا على فورها ضمن المرسل وإن مالت يمينا أو شمالا وله طريق آخر لايضمن لما مر اه (قوله وتمامه فى البزازية) من ذلك ماقدمناه آنفا ومنه قوله سائق حمار الحطب إذا لم يقل إليك ، إنما يضمن إذا مشى الحمار إلى جانب صاحب الثوب ، لافى عكسه وهو يراه ولم يتباعد عنه ووجد فرصة الفرار :

وجد فى زرعه دابة فأخرجها فهلكت فالمختار إن ساقها بعد الإخراج يضمن وإلا لا والدار كالزرع لأنها تضره بخلاف المربط لأنه محلها :

ربط حماره فى سارية فربط آخر حماره فعض حمار الأول إن فى موضع لهما ولاية الربط لايضمن وإلا ضمن اه ملخصا والله تعالى أعلم .

باب جناية المملوك والجناية عليه

لما فرغ من جناية المالك وهو الحر ، شرع فى جناية المملوك ولما كانت جناية البهيمة باعتبار الراكب وأخويه وهم ملاك قدمها (قوله لاتوجب إلا دفعا واحدا) أى وإن كانت كثيرة فى أشخاص متعددة (قوله أو محلا) أى للدفع بأن كان قنا لم ينعقد له شىء من أسباب الحرية كالتدبير والاستيلاد والكتابة زيلعى (قوله وإلا فقيمة واحدة) أى إن لم يكن محلا للدفع بأن انعقد له شىء مما ذكرنا توجب جنايته قيمة واحدة ، ولا يزيد عليها وإن تكررت الجناية زيلعى (قوله فكالأول) أى يخير بين الدفع والفداء (قوله وأختيه) أى أم الولد والمكاتب (قوله إنما يفيد) أى يفيد التخيير الآتى (قوله فى النفس) أى نفس الآدمى وفى ٩ من التاترخانية فرق بين الجناية على الآدمى أو على المال

لأن بعمده يقتص وأما فيما دونها فلا يفيد لاستواء خطئه وعمده فيما دونها ، ثم إنما يثبت الخطأ بالبينة أو إقرار مولاه ، أو علم القاضي لابإقراره أصلا بدائع .

قلت : لكن قوله أو علم القاضي على غير المفتى به ، فإنه لا يعمل بعلم القاضي فى زماننا شرنبلالية عن الأشباه وتقدم (دفعه مولاه) إن شاء (بها فيملكه وليها أو) إن شاء (فداه بأرشها حالا) لكن الواجب الأصل هو الدفع على الصحيح ولذا سقط الواجب بموته بخلاف موت الحر كما ذكره المصنف وغيره .

لكن في الشرنبلالية عن السراج والجوهرة البزدوى أن الصحيح أنه الفداء حتى لو اختاره ولم يقدر عليه

فى الأول خير المولى بين الدفع ، والفداء ، وفى الثانى بين الدفع والبيع اهـ .

وفى القنية عن خواهر زاده محجور جنى على مال فباعه المولى بعد علمه بالجناية فهو فى رقبته يباع فيها على من اشتراه بخلاف الجناية على النفس اهـ وقدمنا تمام الكلام عليه فى أول كتاب الحجر (قوله لأن بعمده) حذف اسم أن والأولى ذكره ويكون الضمير للشأن ط (قوله فيما دونها) أى دون النفس فإنه يجب المال فى الحالين إذ القصاص لايجرى بين العبيد والعبيد ، ولا بين العبيد والأحرار فيما دون النفس عناية (قوله لابإقراره أصلا) أى ولو بعد العتق .

قال فى الشرنبلالية عن البدائع : وإذا لم يصح إقراره لايؤاخذ به لافى الحال ولا بعد العتق وكذا لو أقر بعد العتاق أنه كان جنى فى حال الرق لاشىء عليه اهـ وشمل المحجور والمأذون ، وهو ماجرى عليه فى الولوالجية ، والذى قدمه الشارح في باب القود فيما دون النفس عن الجوهرة أنه يؤاخذ به بعد العتق .

أقول : وفى حجر الجوهرة ، لو أقر العبد بقتل الخطأ لم يلزم المولى شىء ، وكان فى ذمة العبد يؤخذ به بعد الحرية كذا فى الخجندى ، وفى الكرخي أنه باطل ، ولو أعتق بعده لايتبع بشىء من الجناية ، أما المحجور فلأنه إقرار بمال ، فلا ينقلب حكمه كإقراره بالدين وأما المأذون فإقراره جائز بالديون التى لزمته بسبب التجارة ، لأنها هى المأذون فيها ، بخلاف الجناية فهو كالمحجور فيها اهـ (قوله وتقدم) أى قبيل متفرقات القضاء (قوله دفعه مولاه إن شاء الخ) أى إنه يخير تخفيفا له إذ لاعاقلة لمملوكه إلا هو غرر الأفكار (قوله حالا) أى كائنا كل من الدفع والفداء على الحلول ، لأن التأجيل فى الأعيان باطل والفداء بدله ، فله حكمه ؛ ومفاده أن الخيار للمولى ، ولو مفلسا فإذا اختار المفلس الفداء يؤديه متى وجد ، ولا يجبر على دفع العبد عنده ، خلافا لهما كما فى المجمع در منتقى (قوله لكن الواجب الأصلى الخ) جواب عما يقال لو وجبت الجناية فى ذمة المولى ، حتى وجب التخيير لماسقط بموت العبد كما فى الحر الجانى إذا مات فإن العقل لا يسقط عن عاقلته .

ووجهه أن الواجب الأصلى : هو الدفع وإن كان له حق النقل إلى الفداء كما فى مال الزكاة فإن الموجب الأصلى فيه جزء من النصاب وللمالك أن ينقل إلى القيمة عناية (قوله على الصحيح) كذا فى الهداية والزيلعى وأقره غيره من الشراح (قوله ولذا سقط الواجب بموته) أى قبل اختيار الفداء وأما بعده فلا لانتقاله إلى ذمة المولى غرر الأفكار ، وأطلق المولى فشمل ما إذا كان بآفة سماوية أو بعثه المولى فى حاجته أو استخدمه ، لأن له حق الاستخدام فى العبد الجانى ، ما لم يدفعه فلا يكون تعديا معراج عن المبسوط ، أما لو قتله صار مختارا الأرش ، ولو قتله أجنبى فإن عمدا بطلت الجناية وللمولى أن يقتص ، وإن خطأ أخذ المولى القيمة ودفعها إلى ولى الجناية ولا يخير حتى لو تصرف فى تلك القيمة لايصير مختارا للأرش جوهرة (قوله لكن فى الشرنبلالية الخ) هذا غير المشهور ففى العناية وغيرها عن الأسرار ، أن الرواية بخلافه فى غير موضع ، وقد نص محمد بن الحسن أن الواجب هو العبد (قوله والجوهرة)

أداه متى وجد ، ولم يبرأ بهلاك العبد ، وعلله الزيلعي وغيره ، بأنه اختار أصل حقهم ، فبطل حقهم في العبد عند أبي حنيفة اهـ ، ومفاده أن الأصل عنده الفداء لا الدفع وأفاد شارح المجمع في تعليل الإمام أن الواجب أحدهما وأنه متى اختار أحدهما تعين لكنه قدم أن الدفع هو الأصل وأنه ليس في لفظ الكتاب دلالة عليه (فإن فداه فجنى بعده فهي كالأولى) حكما (فإن جنى جنايتين دفعه بهما إلى وليهما أو فداه بأرشهما وإن وهبه) أو أعتقه أو دبره أو استولدها المولى (أوباعه غير عالم بها) بالجناية (ضمن الأقل من قيمته و) الأقل (من الأرش وإن علم بها غرم الأرش) فقط إجماعا (كبيعه) عالما بها (وكتعليق عتقه بقتل زيد أو رميه أو شجه ففعل) العبد ذلك

عطف على السراج وقوله عن الجزدوى متعلق بكل من السراج والجوهرة كما يعلم من الشرنبلالية اهـ ح (قوله وعلله الزيلعي الخ) أي علل الحكم وهو صحة الاختيار وإن لم يكن قادرا كما يفهم من عبارته (قوله أصل حقهم) أي حق أولياء الجناية (قوله ومفاده) أي مفاد تعليل الزيلعي بما ذكر ، فهو مبني على التصحيح الثاني ، لكن الزيلعي صرح أولا بتصحيح الأول كالهداية وغيرها وهو المنصوص عن محمد كما علمت (قوله وأفاد الخ) هذا قول ثالث وفي الشرنبلالية عن البدائع ، ولو كان الواجب الأصلي التخيير لتعين الفداء عند هلاك العبد ، ولم يبطل حق المجني عليه على ما هو الأصل في المخير بين شيئين إذا هلك أحدهما أنه يتعين عليه الأخر ، فليس هذا القول بسديد اهـ (قوله وأنه الخ) معطوف على أن الدفع والمراد بالكتاب متن المجمع ورد شارحه بهذا على مصنفه في ادعائه ، أن في لفظ متنه ما يفيده ط ملخصا (قوله فإن فداه) قيد به لأنه إذا لم يفده فجنى أخرى كان عين المسألة الثانية : وهي قوله فإن جنى جنايتين الخ كفاية (قوله فهي كالأولى) لأنه لما ظهر عن الجناية بالفداء جعل كأن لم تكن وهذا ابتداء جناية هداية (قوله دفعه بهما الخ) فيقتسمانه على قدر أرش جنايتهما وان كانوا جماعة يقتسمونه على قدر حصصهم ، وإن فداه فداه بجميع أروشهم ، ولو قتل واحدا وفقأ عين آخر يقتسمانه أثلاثا لأن أرش العين على النصف من أرش النفس ، وعلى هذا حكم الشجات ، وللمولى أن يفدى من بعضهم ويدفع إلى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد وتمامه في الهداية (قوله وإن وهبه الخ) الأصل أنه متى أحدث فيه تصرفا يعجزه عن الدفع عالما بالجناية يصير مختارا للفداء وإلا فلا فمثال الأول ما ذكره ، ومثال الثاني وطء الثيب من غير إعلاق لأنه لاينقص ، وكذا التزويج والاستخدام وكذا الإجارة والرهن على الأظهر لأن الإجارة تنقض بالأعذار ، وقيام حق ولي الجناية فيه عذر ، ولتمكن الراهن من قضاء الدين ، فلم يعجز وكذا الإذن بالتجارة ، وإن ركبه دين لأن الإذن لايفوت الدفع ولا ينقص الرقبة إلا أن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله لأن الدين من حقه من جهة المولى فيلزم المولى قيمته اهـ من الهداية والعناية (قوله أو باعه) أي بيعا صحيحا ، ولو بخيار للمشترى لا لو فاسدا إلا إذا سلمه ، لأن الملك لايزول إلا به ولالو الخيار للبائع ثم نقضه أفاده الزيلعي وغيره (قوله ضمن الأقل الخ) لأنه فوّت حقه ، فيضمنه وحقه في أقلهما ، ولا يصير مختارا للفداء ، لأنه لا اختيار بدون العلم هداية ، والدليل على أن حقه أقلهما أنه ليس له المطالبة بالأكثر كفاية (قوله كبيعه) يجب إسقاطه لأنه تشبيه الشيء بنفسه اهـ ح :

قلت : يمكن أن يراد بيعه للمجني عليه ، فيكون فيه نوع مغايرة لما قبله قال في الاختيار : وكذا لو باعه من المجني عليه كان اختيارا لا لو وهبه لأن للمستحق أخذه بغير عوض وقد وجد في الهبة دون البيع اهـ (قوله وكتعليق عتقه) لأن تعليق عتقه مع علمه بأنه يعتق عند القتل دليل اختياره فلزمه الدية منح (قوله بقتل زيد الخ) أي بجناية توجب الدية فلو علقه بغير جناية كأن دخلت الدار ، ثم جن ثم دخل أو بجناية توجب القصاص كأن ضربته بالسيف

كما يصير فارا بقوله إن مرضت فأنت طالق ثلاثا .

(وإن قطع عبد يد حر عمدا ودفع إليه فأعتقه فمات من السراية فالعبد صلح بها) أى بالجناية لأن عتقه دليل تصحيح الصلح (وإن لم يعتقه) وقد سرى (يرد على سيده فيقتل أو يعفى) لبطلان الصلح .

(فإن جنى مأذون له مديون خطأ فأعتقه سيده بلا علم بها غرم لرب الدين الأقل من قيمته ومن دينه و) غرم (لوليها الأقل منها) أى القيمة (ومن الأرش ولو أتلفه) أى العبد الجانى (أجنبى فقيمة واحدة لمولاه) لا غير (فإن ولدت مأذونة مديونة بيعت مع ولدها فى الدين) إن كانت الولادة بعد لحوق الدين ، فلو ولدت ثم لحقها دين لم يتعلق حق الغرماء بالولد بخلاف أكسابها (فإن جنت فولدت لم يدفع الولد له) أى لولى الجناية لتعلقها بذمة المولى لا ذمتها بخلاف الدين (عبد) لرجل .

فأنت حر فلا شىء على المولى اتفاقا لعدم علمه بالجناية عند التعليق بغيرها ، ولأن مايوجب القصاص ، فهو على العبد وذلك لايختلف بالرق والحرية ، فلم يفوت المولى على ولى الجناية بتعليقه شيئا عناية ملخصا (قوله كما يصير فارا) أى من إرث زوجته لأنه يصير مطلقا بعد وجود المرض (قوله لأن عتقه دليل تصحيح الصلح) لأن العاقل يقصد تصحيح تصرفه ولا صحة له إلا بالصلح عن الجناية وما يحدث منها زيلعى (قوله فيقتل أو يعفى) بالبناء للمجهول والضميران للعبد وصلة يعفى مقدرة (قوله لبطلان الصلح) لأنه وقع على المال وهو العبد عن دية اليد إذ القصاص لا يجرى بين الحر والعبد فى الأطراف ، وبالسراية ظهر أن دية اليد غير واجبة ، وأن الواجب هو القود ، فصار الصلح باطلا لأن الصلح لابد له من مصالح عنه والمصالح عنه المال ولم يوجد زيلعى

قال ط : وظاهر هذا التعليل أن رد العبد واجب على ولى الدم رفعا للعقد الباطل اهـ وفى العناية وسماه صلحا بناء على مااختاره بعض المشايخ أن الموجب الأصلى هو الفداء (قوله فأعتقه سيده) أما إذا لم يعتقه فهو مخير قال فى العناية ، والأصل أن العبد إذا جنى وعليه دين يخير المولى بين الدفع والفداء ، فإن دفع بيع فى دين الغرماء ، فإن فضل شىء كان لأصحاب الجناية لأنه بيع على ملكهم ، وإن لم يف بالدين تأخر إلى حال الحرية كما لو بيع على ملك المولى الأول اهـ ملخصا (قوله بلا علم) قيد به لأنه لو علم كان مختارا للفداء ، فعليه دية الجناية لوليها وقيمة العبد لرب الدين (قوله الأقل من قيمته الخ) وأما قول الهداية وغيرها عليه قيمتان قيمة لرب الدين وقيمة لولى الجناية فالمراد إذا كانت القيمة أقل من الأرش كما صرح به فى العناية (قوله أى العبد الجانى) أى المأذون الذى تقدم ذكره اهـ ح (قوله فقيمة واحدة لمولاه) أى ويدفعها للغرماء لأنها مالية العبد والغريم مقدم فى المالية على ولى الجناية وتمامه فى الزيلعى : وإنما لزم الأجنبى قيمة واحدة دون المولى ، لأنه لم يكن مأخوذا بالدفع ، ولا بقضاء الدين ، فلا يجيب عليه أكثر مما أتلفه أما المولى فهو مطالب بذلك إتقانى (قوله بخلاف أكسابها) فإنها يتعلق بها حق الغرماء قبل الدين وبعده ، لأن لها يداً معتبرة فى الكسب منح (قوله لم يدفع الولد له الخ) قال فى العناية : الفرق بين ولادة الأمة بعد استدانتها وبين ولادتها بعد جنايتها فى أن الولد يباع معها فى الأولى ، دون الثانية أن الدين وصف حكمى فيها واجب فى ذمتها متعلق برقبتها استيفاء ، حتى صار المولى ممنوعا من التصرف فى رقبتها ببيع أو هبة أو غيرهما ، فكانت أى الاستدانة من الأوصاف الشرعية القارة ، فتسرى إلى الولد كالكتابة والتدبير والرهن ، وأما موجب الجناية فالدفع أو الفداء وذلك فى ذمة المولى لا فى ذمتها ، حتى لم يصر المولى ممنوعا من التصرف فى رقبتها ببيع أو هبة أو استخدام وإنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقى الحسى ، وهو الدفع فلا يسرى ، لكونه وصفا غير

(زعم رجل أن سيده حرره فقتل) العبد المعتق (وليه) أي ولي الزاعم عتقه (خطأ فلا شيء للحر عليه) لأنه بزعمه عتقه أقر أنه لا يستحق العبد ، بل الدية لكنه لا يصدق على العاقلة إلا بحجة (فإن قال معتق) رقه معروف لرجل (قتلت أخاك) يخاطب به مولاه الذي أعتقه (خطأ قبل عتقي فقال الأخ) الذي هو المولى (لا بل بعده صدق الأول) لأنه منكر للضمان (وإن قال لها قطعت يدك وأنت أمتي وقالت) هي لا بل (فعلت بعد العتق فالقول لها) لأنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول له (وكذا القول لها في كل ما أخذه المولى (منها) من المال لما ذكرنا استحسانا (إلا الجماع والغلة) فالقول له لإسناده لحالة معهودة منافية للضمان :

(عبد محجور أو صبي أمر صبيا بقتل رجل فقتله فديته على عاقلة القاتل) لأن عمد الصبي خطأ (ورجعوا على العبد بعد عتقه) وقيل لا (لا على الصبي الآمر

قار حصل عند الدفع والسراية في الأوصاف الشرعية دون الأوصاف الحقيقية اه (قوله زعم رجل) أي أقر (قوله فقتل) ذكر الإقرار بالحرية قبل الجناية وفي المبسوط بعدها ، ولا تفاوت بينهما عناية (قوله المعتق) أي في زعمه (قوله فلا شيء للحر) أي الزاعم (قوله عليه) الأولى حذفه لأنه لا شيء على العاقلة ط (قوله لأنه بزعمه الخ) عبارة الهداية لأنه لما زعم أن مولاه أعتقه ، فقد ادعى الدية على العاقلة ، وأبرأ العبد والمولى إلا أنه لا يصدق على العاقلة من غير حجة اه وإنما كان إبراء للمولى ، لأنه لم يدع على المولى بعد الجناية إعتاقا ، حتى يصير المولى به مختارا للفداء مستهلكا حق المجني عليه بالإعتاق كفاية (قوله لا يستحق العبد) أي دفعه أو فداءه (قوله بل الدية) لأنه موجب جناية الأحرار (قوله على العاقلة) وهم قبيلة السيد المعتق كما سيأتي فافهم (قوله يخاطب به مولاه الخ) تبع فيه المصنف وهو غير لازم

. وعبارة الملتقى والدرر قال معتق : قتلت أخا زيد ونحوه في الهداية وغيرها ، والخطب سهل إذ لا فرق يظهر بين المولى والأجنبي ، لأن قول المولى بل قتلته بعد العتق يريد به الزام الدية على عاقلة القاتل ، وهم قبيلة المولى لأنها عاقلة المعتق لا على نفسه فقط فافهم (قوله لأنه منكر للضمان) لأنه أسنده إلى حالة معهودة منافية للضمان إذ الكلام فيما إذا عرف رقه ، فصار كما إذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتي وأنا صبي أو مجنون وكان جنونه معروفا كان القول له هداية (قوله فلا يكون القول له) وهذا لأنه ما أسنده إلى حاله منافية للضمان ، لأنه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة هداية (قوله من المال) أي مال لم يكن غلة كمال وهب لها أو أوصى لها به ط (قوله إلا الجماع والغلة) أي إذا قال جامعتها قبل الإعتاق ، أو أخذت الغلة قبله لا يكون القول قولها ، لأن وطء المولى أمته المديونة لا يوجب العقر ، وكذا أخذه من غلتها ، وإن كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه ، فحصل الإسناد إلى حالة معهودة منافية بالضمان ابن كمال واستثنى في الشرنبلالية عن المواهب والزيلعي ما كان قائما بعينه في يد المقر لأنه متى أقر أنه أخذه منها فقد أقر بيدها ، ثم ادعى التملك عليها وهي تنكر ، فكان القول للمنكر فلذا أمر بالرد اه (قوله عبد محجور) قيد بالعبد لأنه لو كان الآمر حرا بالغا ترجع عاقلة الصبي على عاقلة الآمر وبالمحجور ، لأنه لو كان الآمر مكاتبا بالغا ترجع عاقلة الصبي عليه بأقل من قيمته ، ومن الدية بخلاف ما إذا كان الآمر عبدا مأذونا حيث لا يرجعون عليه إلا بعد العتق كفاية (قوله ورجعوا على العبد بعد عتقه) لأن عدم اعتبار قوله كان لحق المولى لا لنقصان الأهلية ، وقد زال حق المولى بالإعتاق زيلعي ، وهذا ما ذكره الصدر الشهيد وقاضيخان في شرحيهما وفيه نظر ، لأنه خلاف الرواية في الزيادات إتقاني (قوله وقيل لا) هذه هي رواية الزيادات قال الزيلعي لأن هذا ضمان جناية وهو على المولى لا على العبد وقد تعذر إيجابه على المولى لمكان الحجر ، وهذا أوفق للقواعد

أبدا) لقصور أهليته (وإن كان مأمور العبد) عبدا (مثله دفع سيد القاتل أو فداه فى الخطأ ولا رجوع له على الآمر فى الحال ويرجع بعد العتق بالأقل من الفداء وقيمة العبد) لأنه مختار فى دفع الزيادة لامضطر (وكذا) الحكم فى العمد (إن كان العبد القاتل صغيرا) لأن عمده خطأ (فإن كبيرا اقتص) منه .

(عبد حفر بئرا فأعتقه مولاه ثم وقع فيها إنسان أو أكثر فهلك فلا شىء عليه) لأن جناية العبد لا توجب عليه شيئا (ويجب على المولى قيمة واحدة) ولو الواقع ألفا زيلعى (فإن قتل) عبد (عمدا) رجلين (حرين لكل منهما (وليان فعفا أحد ولى كل منهما دفع السيد نصفه إلى الحرين) اللذين لم يعفوا (أو فداه بدية) كاملة لأنه بذلك العفو سقط القود وانقلب مالا ، وهو ديتان وسقط دية لنصيب العافيين وبقى دية نصيب الساكتين أو يدفع نصفه لهما .

(فإن قتل) العبد أحدهما عمدا والآخر خطأ وعفا أحد ولى العمد فدى بدية لولى الخطأ ونصفها لأحد ولى العمد الذى لم يعف (أو دفع إليهما وقسم أثلاثا عولا) عنده وأرباعا منازعة عندهما

اه وتمامه فيه (قوله أبداً) أى وإن بلغ (قوله عبدا مثله) لم يقيد بكونه محجورا أيضا لأنه يكتفى بكون الآمر محجورا فإذا أمر العبد المحجور العبد المأذون ، فالحكم كذلك ، أما لو كان الآمر عبدا مأذونا والمأمور عبدا محجورا ، أو مأذونا يرجع مولى العبد القاتل بعد الدفع ، أو الفداء على رقبة العبد الآمر فى الحال بقيمة عبده ، لأن الآمر بأمره صار غاصب للمأمور ، وتمامه فى الكفاية ولو كان المأمور حرا بالغا عاقلا فالدية على عاقلته ولا ترجع العاقلة على الآمر لأن أمره لم يصح زيلعى (قوله ويرجع بعد العتق الخ) على قياس القيل المار لا يجب شىء أفاده فالزيلعى (قوله وقيمة العبد) أى القاتل (قوله لأنه مختار الخ) أى إذا دفع الفداء وكان أزيد من قيمة العبد مثلا لا يرجع إلا بالقيمة لأنه غير مضطر فإنه لو دفع العبد أجبر ولى الجناية على قبوله (قوله فاعتقه) قيد به لأنه محل الوهم فإنه إذا لم يعتقه يكون الحكم كذلك

وفى الهندية وأجمعوا أن حافر البئر إذا كان عبدا قنا فدفع المولى العبد إلى ولى القتيل ثم وقع فيها آخر ومات فإن الثانى لايتبع المولى بشىء سواء دفع المولى إلى الأول بقضاء أو بغير قضاء وتمامه فيها ط (قوله ثم وقع فيها إنسان) فلو الوقوع قبل العتق وجبت الدية فإن وقع آخر يشارك ولى الأولى لكن يضرب الأول بقدر الدية ، والثانى بقدر القيمة مقدسى : أى لأن اختيار الفداء بالعتق وقع فى الأولى فوجبت الدية ولم يقع فى الثانية فلم تجب إلا القيمة وهذا لو العتق بعد العلم ، وإلا لم تلزمه إلا القيمة ، ويشارك ولى الثانية فيها ولى الأولى كما أفاده بعد اه سائحانى (قوله ويجب على المولى قيمة واحدة) اعتبارا لابتداء حال الجناية فإنه كان رقيقه ط (قوله إلى الحرين) عبارة المتن فى المنح إلى الآخرين وكذا فى الكنز والملتقى (قوله أو يدفع نصفه لهما) أو بمعنى إلا والفعل بعدها منصوب بأن مضمرة ، لئلا يتكرر مع المتن تأمل (قوله عولا عنده) تفسير العول ، هو أن تضرب كل واحد منهما بجميع حصته أحدهما بنصف المال والآخر بكله كفاية فثلثاه لولى الخطأ ، لأنهما يدعيان الكل وثلثه للساكت من ولى العمد لأنه يدعى النصف ، فيضرب هذان بالكل وذلك بالنصف (قوله وأرباعا منازعة عندهما) أى ثلاثة أرباعه لولى الخطأ وربعه لولى العمد ، بطريق المنازعة فيسلم النصف لولى الخطأ بلا منازعة ومنازعة الفريقين فى النصف الآخر فينصف فلهذا يقسم أرباعا منح :

وبيانه : أن الأصل المتفق عليه أن قسمة العين إذا وجبت بسبب دين فى الذمة كالغريمين فى التركة ونحوها فالقسمة بالعول ، والمضاربة لعدم التضايق فى الذمة فيثبت حق كل منهما كملا فيضرب بجميع حقه ، وإن وجبت لا بسبب دين فى الذمة كبيع الفضولى بأن باع عبد إنسان كله ، وآخر باع نصفه وأجازهما المالك ، فالعبد بين

(فإن قتل عبدهما قريبهما وإن عفا أحدهما بطل كله) وقالا : يدفع الذى عفا نصف نصيبه للآخر أو يفديه بربع الدية وقيل محمد مع الإمام ووجهه إنه انقلب بالعفو مالا والمولى لا يستوجب على عبده دينا فلا تخلفه الورثة فيه والله أعلم .

فصل فى الجناية على العبد

(دية العبد قيمته فإن بلغت هى دية الحر و) بلغت قيمة الأمة دية الحرة (نقص من كل) من دية عبد وأمة (عشرة) دراهم إظهارا لانحطاط رتبة الرقيق عن الحر وتعيين العشرة بأثر ابن مسعود رضى الله تعالى عنه وعنه من الأمة خمسة ، ويكون حينئذ على العاقلة فى ثلاث سنين خلافا لأبى يوسف (وفى الغصب تجب القيمة بالغة

المشتريين أرباعا بطريق المنازعة ، لأن العين الواحدة تضيق عن الحقين على وجه الكمال ، وإذا ثبت هذا فقالا فى هذه المسألة ثلاثة أرباع العبد المدفوع لولى الخطأ وربعه للساكت من ولى العمد ، لأن حق ولى العمد كان فى جميع الرقبة فإذا عفا أحدهما بطل حقه ، وفرغ النصف فيتعلق حق ولى الخطأ بهذا النصف ، بلا منازعة ، بقى النصف الآخر واستوت فيه منازعة ولى الخطأ والساكت فنصف بينهم ، ولأبى حنيفة أن أصل حقهما ليس فى عين العبد بل فى الأرش الذى هو بدل المتلف ، والقسمة فى غير العين بطريق العول ، وهذا لأن حق ولى الخطأ فى عشرة آلاف وحق العافى فى خمسة فيضرب كل منهما بحصة كمن عليه ألفان لرجل وألف لآخر ومات عن ألف فهو بين الرجلين أثلاثا بخلاف بيع الفضولى ، لأن الملك يثبت للمشترى ابتداء عناية ملخصا (قوله فإن قتل عبدهما قريبهما) أى قتل عبد لرجلين قريبا لهما (قوله وقالا يدفع الخ) لأن نصيب من لم يعف لما انقلب مالا بعفو صاحبه صار نصفه فى ملكه ، ونصفه فى ملك صاحبه : فما أصاب ملك صاحبه لم يسقط ، وهو الربع وما أصاب ملك نفسه سقط كفاية (قوله ووجهه) أى وجه الإمام أى وجه قوله قال فى الكفاية : له أن القصاص واجب لكل منهما فى النصف من غير تعيين ، فإذا انقلب مالا احتمل الوجوب من كل وجه بأن يعتبر متعلقا بنصيب صاحبه واحتمل السقوط من كل وجه ، بأن يعتبر متعلقا بنصيب نفسه ، واحتمل التنصيف بأن يعتبر متعلقا بهما شائعا فلا يجب المال بالشك (قوله فلا تخلفه الورثة فيه) الواجب إسقاطه لأن المقتول ليس مولى للقاتل نعم يظهر هذا فى مسألة أخرى ذكرت هنا فى بعض نسخ الهداية والزيلعى حكمها حكم هذه المسألة : وهى ما لو قتل عبد مولاه وله ابنان ، فعفا أحدهما بطل كله خلافا لأبى يوسف لأن الدية حق المقتول ، ثم الورثة تخلفه والمولى لا يجب له على عبده دين فلا تخلفه الوراثة فيه اه والذى أوقع الشارح صاحب الدرر والله سبحانه أعلم .

فصل فى الجناية على العبد

(قوله فإن بلغت هى) أى قيمته (قوله بأثر ابن مسعود) وهو لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر وينقص منه عشرة دراهم وهذا كالمروى عن النبى صلى الله عليه وسلم ، لأن المقادير لا تعرف بالقياس وإنما طريق معرفتها السماع من صاحب الوحى كفاية (قوله وعنه) أى عن أبى حنيفة وهى رواية الحسن عنه وهو القياس ، والأول ظاهر الرواية إتقانى (قوله من الأمة) أى ينقص من ديتها لا مطلقا كما ظن فإنه سهو درر منتقى (قوله ويكون حينئذ على العاقلة الخ) أى يكون ما ذكر من دية العبد والأمة أى دية النفس ، لأن العاقلة لا تتحمل أطراف العبد كما سيأتى آخر المعاقل (قوله خلافا لأبى يوسف) حيث قال : تجب قيمته بالغة ما بلغت فى ماله فى رواية وعلى عاقلته فى أخرى وفى الجوهرة ، وقال أبو يوسف : فى مال القاتل لقول عمر : لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا قلنا : هو محمول على ما جناه العبد لا على ما جنى عليه ، لأن ما جناه العبد لا تتحمله العاقلة ، لأن المولى

ما بلغت) بالإجماع (وما قدر من دية الحر قدر من قيمته) وحينئذ (فنى يده نصف قيمته) بالغة ما بلغت فى الصحيح درر ، وقيل لا يزاد على خمسة آلاف إلا خمسة جزم به فى الملتقى (وتجب حكومة عدل فى لحيته فى الصحيح وقيل كل قيمته :

(قطع يد عبد فحرره سيده فسرى فمات منه) وله (للعبد ورثة غيره) غير المولى (لا يقتص) لاشتباه من له الحق (وإلا) يكن له غير المولى (اقتص منه) خلافا لمحمد (قال) لعبديه (أحدكما حر فشجا فبين المولى العتق فى أحدهما) بعد الشج (فأرشهما للسيد) لأن البيان كالإنشاء ولو قتلا

أقرب إليه منهم اه (قوله وما قدر) أى ما جعل مقدرا من دية الحر : أى من أرشه فى الجناية على أطرافه جعل مقدرا من قيمة العبد كذلك ، وقوله : فنى يده نصف قيمته تفريع عليه ، لأن الواجب فى يد الحر مقدر من الدية بالنصف ، فيقدر فى يد العبد بنصف قيمته ، وكذلك يجب فى موضحته نصف عشر قيمته ، لأن فى موضحة الحر نصف عشر الدية كما ذكره فى العناية

قلت : ويستثنى من ذلك حلق اللحية ونحوه ففيه حكومة كما يأتى ، وكذا فقء العينين ، فإن مولاه مخير كما يأتى أيضا تأمل . وكذا ما فى الخانية لو قطع رجل عبد مقطوع اليد ، فإن من جانب اليد فعليه ما انتقص من قيمته مقطوع اليد ، لأنه اتلاف ولا يجب الأوش المقدر للرجل ، وان قطع لا من جانبها فنصف قيمته مقطوع اليد وتمامه فيها هذا ، وفى الجوهرة : الجناية على العبد فيما دون النفس لا تتحملها العاقلة لأنه أجرى مجرى ضمان الأموال اه أى فهو فى مال الجانى حالا كضمان الغصب والاستهلاك كما فى منية المفتى (قوله فى الصحيح) وهو ظاهر الرواية إلا أن محمدا قال فى بعض الروايات : القول بهذا يؤدى إلى أن يجب بقطع طرفه فوق ما يجب بقتله كما لو قطع يد عبد يساوى ثلاثين ألفا يضمن خمسة عشر ألفا كذا فى النهاية وغيرها من الشروح (قوله وجزم به فى الملتقى) وهو الذى فى عامة الكتب كالهداية والخلاصة ، ومجمع البحرين وشرحيه والاختيار ، وفتاوى الولوالجى ، والملتقى وفى المجتبى عن المحيط : نقصان الخمسة هنا باتفاق الروايات بخلاف فصل الأمة شلبى اه ط ويوافقه ما فى الظهيرية ، وجامع المحبوبى موضحة لعبد مثل موضحة الحر تقضى بخمسمائة درهم إلا نصف درهم ، ولو قطع أصبع عبد عمدا أو خطأ وقيمته عشرة آلاف ، أو أكثر فعليه عشر الدية إلا درهم معراج (قوله وتجب حكومة عدل فى لحيته) أى إذا لم تنبت قال فى البزازية : وفى العيون عن الإمام رحمه الله فى قطع أذنه أو أنفه أو حلق لحيته إذا لم تنبت قيمته تامة إن دفع العبد إليه وحكى القدورى فى شعره ولحيته الحكومة

قال القاضى : الفتوى فى قطع أذنه وأنفه وحلق لحيته إذا لم تنبت على لزوم نقصان قيمته كما قالا

والحاصل أن الجناية على العبد إن مستهلكة بأن كانت توجب فى الحر كمال الدية ، ففيه كمال القيمة وإن غير مستهلكة بأن أوجبت فيه نصف الدية ، ففيه نصف قيمته ، الأول : كقطع اليدين وأمثاله ، وقطع يد ورجل من جانب واحد والثانى : كقطع يد أو رجل أو قطع يد ورجل من خلاف وقطع الأذنين ، وحلق الحاجبين إذا لم ينبت فى رواية من قبيل الأول ، وفى أخرى من قبيل الثانى اه فتأمل (قوله فى الصحيح) لأن المقصود من العبد الخدمة لا الجمال منح (قوله لاشتباه من له الحق) لأن القصاص يجب عند الموت مستندا إلى وقت الجرح ، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى ، وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه منح (قوله خلافا لمحمد) فعنده لا قصاص فى ذلك ، وعلى القاطع أرش اليد وما نقصه ذلك إلى أن أعتقه ، لأن سبب الولاية قد اختلف ، لأنه الملك على اعتبار حالة الجرح والوراثة بالولاء على اعتبار الأخرى ، فنزل منزلة اختلاف المستحق ، ولهما أنا تيقنا بثبوت الولاية للمولى ، ولا معتبر باختلاف السبب وتمامه فى الهداية (قوله لأن البيان كالإنشاء) أى

فدية حر وقيمة عبد أو القاتل واحدا معا وقيمتهما سواء وإن قتل كلا واحد معا أو على التعاقب ، ولم يدر الأول فقيمة العبدين زيلعي :

(فقأ) رجل (عيني عبد) خير مولاه إن شاء (دفع مولاه عبده) المفقوء للفاقئ (وأخذ) منه (قيمته) كاملة (أو أمسكه ولا يأخذ منه النقصان وقالا له أخذ النقصان وقال الشافعي) ضمنه القيمة وأمسك الجثة العمياء (ولو جنى مدبر أو أم ولد ضمن السيد الأقل من القيمة ومن الأرش) لقيام قيمتهما مقامهما (فإن دفع

إنه إنشاء من وجه حتى يشترط صلاحية المحل للإنشاء فلو مات أحدهما فبين العتق فيه لا يصح ، وإظهار من وجه حتى يجبر عليه ولو كان إظهاراً من (١) كل وجه لما أجبر لأن المرء لا يجبر على إنشاء العتق والعبد بعد الشجة محل للبيان فاعتبر إنشاء عناية (قوله فدية حر وقيمة عبد) لأن العبد لم يبق محلا بعد الموت ، فاعتبرناه إظهارا محضا وأحدهما حر بيقين فوجب ما ذكر وينصف بين المولى والورثة(٢) لعدم الأولوية زيلعي (قوله لو القاتل واحدا معا) أي لو قتلهما معا فلو القاتل اثنين فيجيء ، ولو واحداً وقتلهما على التعاقب ، فعليه قيمة الأول للمولى ودية الآخر لورثته لأنه بقتل أحدهما تعين الآخر للعتق ، فتبين أنه قتله وهو حر كفاية (قوله وقيمتهما سواء) فلو اختلفت فعليه نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر ، فيقسم مثل الأول زيلعي (قوله ولم يدر الأول) فلو علم فعلى قاتله القيمة لمولاه ، وعلى قاتل الثاني ديته لورثته لتعينه للعتق بعد موت الأول زيلعي (قوله فقيمة العبدين) لأنا لم نتيقن إن كلا من القاتلين قتل حرا وكل منهما منكر لذلك ، ولأن القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول ، فتجب القيمة فيهما فتكون نصفين بين المولى والورثة ، لأن موجب العتق ثابت في أحدهما في حق المولى فلا يستحق بدله أفاده الزيلعي (قوله فقأ رجل عيني عبد) وكذا إذا قطع يديه أو رجليه يقال : فقأ عينه إذا قلعها واستخرجها إتقاني (قوله وقال الشافعي الخ) هو يجعل الضمان في مقابلة الفائت ، فيبقى الباقي على ملكه كما إذا فقأ إحدى عينيه ، ولهما أن المالية معتبرة في حق الأطراف ، وإنما تسقط في حق الذات فقط ، وحكم الأموال ما ذكر كما في الخرق الفاحش ، وله أن المالية وإن كانت معتبرة فالآدمية غير مهدرة ، والعمل بالشبهين أوجب ما ذكر ابن كمال (قوله ولو جنى مدبر أو أم ولد) أي على النفس خطأ أو على مادونها جوهرة فلو جنى على مال لزمه أن يسعى في قيمة ذلك المال لمالكه بالغة ما بلغت ، ولا شيء على المولى ط عن المكي وأما جناية المكاتب فهي على نفسه دون سيده ودون العاقلة ، لأن أكسابه لنفسه ، فيحكم عليه بالأقل من قيمته ، ومن أرش جنايته وتمام تفاريعه في غاية البيان (قوله ضمن السيد) أي فيما له دون عاقلته حالة جوهرة ، وإنما ضمن لأنه صار مانعا تسليمه في الجناية من غير أن يصير مختارا للفداء ، لعدم علمه بما يحدث ، فصار كما إذا فعل ذلك بعد الجناية ، وهو لا يعلم زيلعي (قوله الأقل من القيمة) أي قيمة كل منهما بوصف التدبير والاستيلاد يوم الجناية : وتمامه في الكفاية درمنتقى أي لا يوم المطالبة ، ولا يوم التدبير وقيمة أم الولد ثلث قيمتها والمدبر ثلثاها جوهرة (قوله لقيام قيمتها) عبارة الزيلعي ، لأنه لا حق لولي الجناية في أكثر من الأرش ، ولا منع من المولى في أكثر من العين وقيمتها تقوم

---

(١) (قوله ولو كان إظهارا الخ) لعل صوابه إنشاء وكذا قوله : فاعتبر إنشاء قال مولانا لم يظهر لي وجه جعله إنشاء من حيث استحقاق المولى لجميع الأرشين بدون مراعاة جهة الإظهار اه :

(٢) (قوله وينصف بين المولى والورثة) انظر ما وجه هذا التنصيف مع العلم بأن استحقاق المولى ليس إلا في القيمة للجزم بحرية أحدهما ولعدم صحة إعطاء الورثة شيئا من القيمة بل مقتضى القياس أن يأخذ المولى القيمة وتقسم الدية بين ورثة العبدين فيقال لورثة كل يحتمل موت مورثكم رقيقا فلا شيء لكم ويحتمل موته حرا فلكم نصف الدية اه ، وأقره شيخنا إلا أنه تحمل عبارة الزيلعي على حالة استواء القيمة والدية تأمل ثم نقل مولانا عن العناية أن القيمة للمولى والدية للورثة وهو عين ماقلناه فلله الحمد اه .

القيمة بقضاء فجنى المدبر أو أم الولد جناية أخرى يشارك الثانى الأول) إذ ليس فى جناياته كلها إلا قيمة واحدة ولا شئ على المولى لأنه مجبور على الدفع (ولو) دفع القيمة لولى الأولى (بغير قضاء اتبع السيد) بحصته من القيمة ورجع بها على الأول ، لأنه قبضه بغير حق ، لأن المولى لا يجب عليه إلا قيمة واحدة (أو) اتبع (ولى الجناية) الأولى وقالا لاشىء على المولى (وإن أعتق) المولى (المدبر وقد جنى جنايات لم تلزمه) أى المولى (إلاقيمة واحدة علم بالجناية) قبل العتق (أولا) لأن حق الولى لم يتعلق بالعبد ، فلم يكن مفوتا بالإعتاق (وأم الولد كالمدبر) فيما مر .

(أقر المدبر أو أم الولد بجناية توجب المال لم يجز إقراره) لأنه إقرار على المولى (بخلاف ما إذا أقر بالقتل عمدا فإنه يصح إقراره) على نفسه (فيقتل به) ولو جنى المدبر خطأ فمات لم تسقط قيمته عن مولاه ، ولو قتل المدبر مولاه خطأ سعى فى قيمته ، ولو عمدا قتله الوارث أو استسعاه فى قيمته ثم قتله درر والله أعلم .

مقامها (قوله يشارك الثانى الأول الخ) أى فى القيمة ويعتبر فيها تفاوت الأحوال ، فلو قتل حراخطأوقيمته ألف ثم آخر ، وقيمته ألفان ثم آخر وقيمته خمسمائة ضمن سيده ألفين باعتبارالأوسط يأخذ وليه ألفا واحدة إذلاتعلق فيها للأول ، لأن حال جنايته قيمة العبد ألف ، وقد أبقيناها ولا تعلق للأخير فى أكثر من خمسمائة ، فنصف الألف الباقية بين الأول والأوسط يضرب فيها الأول بديته عشرة آلاف ؛ والأوسط بالباقى له ، وهو تسعة آلاف ، ثم الخمسمائة الباقية بين الثلاثة فيضرب الثالث بكل الدية وكل من الباقين بغير ماأخذ اه ملخصامن الزيلعى وغيره (قوله إلا قيمة واحدة) لأنه لا منع من السيد إلا فى رقبة واحدة زيلعى (قوله لأنه مجبور على الدفع) أى بسبب القضاء به عليه (قوله أتبع السيد)لدفعه حقه بلا إذنه (قوله ورجع) أى السيد بها على ولى الجناية الأولى لأنه ظهر أنه استوفى منه زيادة على قدرحقه عناية (قوله أواتبع ولى الجناية الأولى) لقبض حقه ظلما وإنما خير فى التضمين ،لأن الثانية مقارنة من وجه حتى يشاركه ،ومتأخرة من وجه حتى تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية فى حقها فتعتبر مقارنة فى حق التضمين أيضا أفاده فى الكفاية (قوله وقالا لاشئ على المولى) لأنه فعل عين مايفعله القاضى (قوله لأن حق الولى) أل للجنس أى حق أولياء الجنايات ط (قوله لم يتعلق بالعبد) أى بل بقيمته إذ لا يمكن دفعه والقيمه تقوم مقام العين كمامر (قوله فلم يكن مفوتا) يحتمل أن يكون الضمير فى يكن للعبدومفوتا بصيغة اسم المفعول وأن يكون ضميره إلى المولى ومفوتا بصيغة اسم الفاعل ط (قوله فيما مر) وهو قوله وإن أعتق المدبر أما الذى قبله فقد صرح المصنف بهما ط (قوله بجناية توجب المال) المراد بها جناية الخطأ إتقانى عن الكرخى (قوله لم يجز إقراره) ولا يلزمه شئ فى الحال ولا بعد عتقه ملتقى (قوله لأنه إقرار على المولى) لأن موجب جنايته على المولى لا على نفسه زيلعى (قوله ولوجنى المدبر) مثله أم الولد ط (قوله لم تسقط قيمته عن مولاه) لأنها ثبتت عليه بسبب تدبيره ، وبالموت لا يسقط ذلك درر (قوله سعى فى قيمته) لأن التدبير وصية برقبته ، وقد سلمت له لأنه عتق بموت سيده ، ولا وصية للقاتل ، فوجب عليه رد رقبته ، وقد عجز عنه فعليه رد بدلها وهو القيمة درر وذكر السائحانى أنه فى الخطأيسعى فى قيمتين لما فى شرح المقدسى . أعتق فى مرض موته عبده ، فقتله العبد خطأ سعى فى قيمتين عند الإمام إحداهما لنقض الوصية ، لأن الإعتاق فى مرض الموت وصية : وهى للقاتل باطلة إلا أن العتق لا ينقض بعد وقوعه ، فتجب قيمته ، ثم عليه قيمة أخرى بقتل مولاه ، لأن المستسعى كالمكاتب عنده ، والمكاتب إذا قتل مولاه ، فعليه أقل من قيمته ، ومن الدية والقيمة هنا أقل وقالا : يسعى فى قيمة واحدة لرد الوصية ، وعلى عاقلته الدية لأنه حر مديون اه (قوله قتله الوارث أو استسعاه الخ) أما الأول فظاهر ، وأما الثانى فلما ذكر من أن التدبير وصية الخ درر والله تعالى أعلم .

فصل فى غصب القن وغيره

(قطع يد عبده فغصبه رجل) وسرى فمات (منه ضمن) الغاصب (قيمته أقطع وإن قطع يده وهو فى يد غاصب فمات منه برئ) الغاصب لصيرورته متلفا فيصير مستردا .

(غصب عبد محجور مثله فمات فى يده ضمن) لأن المحجور مؤاخذ بأفعاله لا بأقواله إلا بعد عتقه .

(مدبر جنى عند غاصبه) فرد (ثم جنى عند سيده) أخرى (ضمن السيد قيمته لهما) لصفين (ورجع المولى (بنصف) قيمته على الغاصب ودفعه أى دفع المولى لصف قيمته (إلى) ولى الجناية (الأول) لأن حقه لم يجب إلا والمزاحم قائم (ثم رجع) المولى (به على الغاصب) لأنه أخذ منه بسبب كان عند الغاصب (وبعكسه) بأن جنى عند مولاه ثم عند غاصبه (لا يرجع) المولى على الغاصب(به ثانيا) لأن الجناية الأولى كانت فى يد مالكه

فصل فى غصب القن وغيره

المراد بالغير المدبر والصبى والمراد حكم جنايتهم حالة الغصب قال الإتقانى : لما ذكر جناية العبد والمدبر ، ذكر جنايتهما مع غصبهما ، لأن المفرد قبل المركب ثم جر كلامه إلى بيان غصب الصبى اه (قوله قطع يد عبده الخ) فلو القاطع أجنبيا فإن شاء اقتص منه ، وإن شاء ضمن الغاصب قيمته مقطوعا ، ولو خطأ فإن شاء أخذ قيمته صحيحا من عاقلة القاطع ورجعت العاقلة على الغاصب بقيمته مقطوعا أو ضمن الغاصب قيمته مقطوعا ، واتبع غيره فى الباقى كذا يستفاد من فروع فى المقدسى سائحانى (قوله ضمن الغاصب قيمته أقطع) لأنه لما قطعه المولى فى يده نقصت قيمته بالقطع زيلعى (قوله فيصير مستردا) لاستيلاء يده عليه ، وبرئ الغاصب من ضمانه لوصول ملكه إلى يده زيلعى (قوله مؤاخذ بأفعاله) أى فى حال رقه عناية ، حتى لو ثبت الغصب بالبينة يباع فيه درر (قوله لابأقواله الخ) أى فيما يجب به المال فلا يؤاخذ به فى رقه ، وإنما يؤاخذ به بعد الحرية وأما فيما يوجب الحدود والقصاص ، فيؤاخذ به فى الحال كالأفعال أفاده فى العناية وأما المأذون فإنه يؤاخذ بالأقوال أيضا عندنا معراج (قوله ضمن السيد قيمته لهما) لأن موجب جناية المدبر وإن كثرت قيمته واحدة ، فيجب ذلك على المولى ، لأنه هو الذى أعجز نفسه عن الدفع بالتدبير السابق من غير أن يصير مختارا للفداء زيلعى : وينبغى أن يكون وجوب القيمة فيما إذا كانت أقل من الأرش لأن حكم جنايـــة المدبر أن يلزم الأقل منهما على المولى إتقانى (قوله ورجع المولى بنصف قيمته على الغاصب) لأنه ضمن القيمة بالجنايتين نصفها بسبب كان عند الغاصب والنصف الآخر بسبب وجد عنده ، فيرجع عليه بسبب لحقه من جهة الغاصب ، فصار كأنه لم يرد لنصف العبد زيلعى (قوله أى دفع المولى لصف قيمته) أى النصف المأخوذ من الغاصب ، وهذا الدفع الثانى عندهما خلافا لمحمد (قوله لأن حقه لم يجب الخ) حق التعبير أن يقول دون الثانى ، لأن حقه الخ كما عبر ابن كمال أى حق ولى الجناية الثانى

قال فى العناية : ولهما أن حق الأول فى جميع القيمة ، لأنه حين جنى فى حقه ، لايزاحمه أحد وإنما انتقص حقه بمزاحمة الثانى فإذا وجد شيئا من بدل العبد فى يد المالك فارغا أخذه اتماما لحقه اه

وأورد أن هذا يناقض ما تقدم : إن جناية المدبر لا توجب إلا قيمة واحدة وهنا أوجبت قيمة ونصفا ، وأجيب أن ذاك فيما إذا تعددت الجناية فى يد . شخص واحد بخلافه هنا تأمل (قوله ثم رجع المولى به)أى بنصف القيمة ولا يدفعه إلى أحد ، لأنه وصل إلى الوليين تمام حقهما إتقانى (قوله لأن الجناية الأولى كانت فى يد مالكه) أى وما دفعه المالك ثانيا إنما كان بسببها فلا يرجع به على أحد بخلاف المسألة الأولى لأنه كان بسبب عند

(والقن) فى الفصلين (كالمدبر غير أن المولى يدفع العبد) نفسه (هنا وثمة) أى فى المدبر (القيمة) كما مر (مدبر جنى عند غاصبه فرده فغصب) ثانيا (فجنى عنده) كان (على سيده قيمته لهما ورجع بقيمته على الغاصب) لكونهما عنده (ودفع) المولى (نصفها) أى القيمة المأخوذة ثانيا (إلى) ولى الجناية (الأول ورجع) المولى (بذلك النصف على الغاصب) وأم الولد فى كلها كمدبر .

(غصب) رجل (صبيا حرا) لا يعبر عن نفسه والمراد بغصبه الذهاب به بلا إذن وليه (فمات) هذا الحر (فى يده فجأة أو بحمى لم يضمن وإن مات بصاعقة أو نهش حية فديته على عاقلة الغاصب) استحسانا لتسببه بنقله لمكان الصواعق أو الحيات حتى لو نقله لموضع يغلب فيه الحمى والأمراض ضمن فتجب فيه الدية على العاقلة لكونه قتلا تسبيا هداية وغيرها .

قلت : بقى لو نقل الحر للكبير لهذه الأماكن تعديا إن مقيداً ولم يمكنه التحرز عنه ضمن وإن لم يمنعه من

الغاصب ، فيرجع عليه أفاده الزيلعى (قوله والقن فى الفصلين) أى فى المسألتين كالمدبر : أى أن التصوير السابق بالمدبر ليس احترازيا عن القن ويأتى أن أم الولد كذلك (قوله يدفع العبد نفسه) لإمكان نقله من ملك إلى ملك ، بخلاف المدبر . والظاهر أن المراد أنه يخير بين الفداء والدفع إلى الوليين تأمل ثم إذا دفعه(١) يرجع بنصف قيمته على الغاصب إلى آخر ما مر (قوله فغصب ثانيا) أى فغصبه الغاصب الأول غصبا ثانيا وفى بعض النسخ فغصبه بالضمير وهى أظهر (قوله كان على سيده قيمته لهما) أى للوليين لأنه منعه بالتدبير كما مر (قوله لكونهما) أى الجنايتين عنده أى الغاصب ، بخلاف ما مر ، لأن إحداهما عنده فلذا رجع بالنصف (قوله ورجع المولى بذلك النصف) أى الذى دفعه ثانيا إلى ولى الجناية الأولى (قوله وأم الولد فى كلها) أى كل الأحكام المذكورة كمدبر لاشتراكهما فى كون المانع من الدفع للجناية من قبل المولى درر (قوله لا يعبر عن نفسه) لأنه لو كان يعبر يعارضه بلسانه ، فلا تثبت يده حكما كذا فى الشرنبلالية عن البرهان ؛ ومثله فى الكفاية والقهستانى وغيرهما قال فى المعراج : لكن الفرق الآتى بين المكاتب والصبى ، يشير إلى أن المراد مطلق الصبى ، فإن الصبى الذى يزوجه وليه غير مقيد بذلك ذكره فى الكافى اهـ ملخصا (قوله والمراد بغصبه الخ) فيكون ذكر الغصب بطريق المشاكلة وهو أن يذكر الشىء بلفظ غيره لوقوعه فى صحبته عناية (قوله فجأة) بالضم والمد أو بالفتح ، وسكون الجيم بلا مد قهستانى (قوله بصاعقة) أى نار تسقط من السماء أو كل عذاب مهلك كما فى القاموس ، فيشمل الحر الشديد والبرد الشديد والغرق فى الماء ، والتردى من مكان عال كما فى الخانية وغيرها قهستانى (قوله لم يضمن) لأن ذلك لا يختلف باختلاف الأماكن هداية (قوله استحسانا) والقياس عدم الضمان مطلقا ، لأن غصب الحر لا يتحقق ، ألا ترى أنه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع أنه حر يدا فهذا أولى

والجواب ما أشار إليه : وهو أن الضمان لا بالغصب بل بالإتلاف تسببا ، وقد أزال حفظ الولى ، فيضاف الإتلاف إليه أما المكاتب ، فهو فى يد نفسه ولو صغيرا ولذا لا يزوجه أحد ، فهو كالحر الكبير أما الصبى فإنه فى يد وليه ولذا يزوجه اهـ من الهداية والكفاية (قوله لموضع يغلب فيه الحمى والأمراض) أى بأن كان المكان مخصوصا بذلك فيضمن لا بسبب العدوى لأن القول به باطل بل ، لأن المواد بخلق الله تعالى مؤثر فى بنى آدم وغيره كالغذاء بزازية (قوله لهذه الأماكن) أى الغالب فيها الهلاك واللام بمعنى إلى (قوله ضمن) لأن المغصوب عجز

---

(١) (قوله ثم إذا دفعه الخ) هذا هو محل الاتحاد بينه وبين المدبر أما إذا اختار المولى الفداء فيدفع لولى كل من الجنايتين موجبها على الكمال اهـ : تأمل

حفظ نفسه لا لأنه بتقصيره فحكم صغير ككبير مقيد عناية (ولو غصب صبيا فغاب عن يده حبس) الغاصب (حتى يجيء به أو يعلم موته) خانية كما لو خدع امرأة رجل حتى وقعت الفرقة بينهما فإنه يحبس حتى يردها أو تموت خلاصة :

(أمر ختانا ليختن صبيا ففعل) الختان ذلك (فقطع حشفته ومات الصبي) من ذلك (فعلى عاقلة الختان نصف ديته وإن لم يمت فعلى عاقلته كلها) وقد تقدمت في باب ضمان الأجير وفي معاياة الوهبانية نظما :

ومن ذا الذي إن مات بجنيه فما عليه إذا مات بالموت يشطر

(كمن حمل صبيا على دابة وقال : امسكها لي فسقط الصبي ولم يكن منه تسيير فمات كان على عاقلة من حمله ديته) أي دية الصبي (كان الصبي ممن يركب مثله أولا) يركب وتمامه في الخانية (كصبي أودع عبدا فقتله) أي قتل الصبي العبد المودع ضمن عاقلة الصبي قيمته

عن حفظ نفسه بما صنع فيه عناية وكذا يضمن لو صنع بالمكاتب كذلك كما ذكره الزيلعي (قوله فحكم صغير ككبير مقيد) الأولى في التعبير أن يقال ؛ فحكم كبير مقيد كصغير ، لأن مسألة الصغير منصوصة في المتون ، ومسألة الكبير ذكرها الشراح عن الإمام المحبوبي

وفي حاشية أبي السعود : استشكل هذا العلامة المقدسي بقولهم لو كتف شخصا ، وقيده وألقاه فأكله السبع لاقصاص ولادية ، ولكن يعزر ويحبس حتى يموت ، وعن الإمام إن عليه الدية ، ولو قمط صبيا وألقاه في الشمس أو البرد حتى مات فعلى عاقلته الدية كذا في الحافظية فليتأمل . ولعل القول بالضمان في الحر الكبير المقيد محمول على تلك الرواية اهـ ومثله في حاشية الرملي وأصل الاستشكال لصاحب المعراج حيث قال : ويشكل على هذا مالو حبس إنسانا فمات منه من الجوع ، لا يضمن مع أنه عجز عن حفظ نفسه بما صنع حابسه اهـ

أقول : قد علمت أن مسألة الصبي على استحسان ، وألحقوا به الكبير فهو استحسان أيضا وما أورد عليه مفرع على القياس ، والاستحسان راجح عليه ، وتلك الرواية موافقة للاستحسان ، فقد يدعى ترجيحها بذلك؛ وأما لو حبسه فمات جوعا فعدم ضمانه قول الإمام؛ وقدمنا أول الجنايات أن عليه الفتوى ، وأن الفرق هو أن الجوع والعطش من لوازم الإنسان ، فلا يضاف للجاني بخلاف هذه الأفعال ، فلا تشكل على مسألتنا ، وأنت على علم بأن العمل على مافي المتون والشروح فاغتنم هذا التحرير (قوله حتى وقعت الفرقة بينهما) أي بالأبدان رحمتي أي بحيث لايعلم الزوج مكانها ، ومثله أقاربها فيما يظهر ط (قوله أو تموت) أي أو يعلم موتها كما في المسألة السابقة ، وفي نسخة أو يموت أي إلى أن يموت ط (قوله فعلى عاقلة الختان نصف ديته الخ) أي لو حرا ولو عبدا يجب نصف القيمة أو تمامها ، لأن الموت حصل بفعلين أحدهما مأذون فيه ، وهو قطع القلفة والآخر غير مأذون فيه ؛ وهو قطع الحشفة فيجب نصف الضمان أما إذا برئ جعل قطع الجلدة وهو مأذون فيه كأن لم يكن وقطع الحشفة غير مأذون فيه ،فوجب ضمان الحشفة كاملا وهو الدية منح وعزا المسألة إلى الخانية والسراجية ، وذكر لظلبها للعلامة الطرسوسي سؤالا وجوابا (قوله فما عليه الخ) ماالأولى موصولة ، والثانية نافية خلاف ماهو الشائع من زيادتها بعد إذا والمعنى : إن الذي يجب عليه وقت عدم الموت يشطر أي ينصف بالموت (قوله ولم يكن منه تسيير) أما لو سيرها وهو بحيث يصرفها انقطع التسبب بهذه المباشرة الحادثة جامع الفصولين (قوله وتمامه في الخانية) ذكر عبارتها في المنح (قوله كصبي أودع عبدا) بالبناء للمجهول (قوله فقتله) أما لو جنى عليه فيما دون النفس كان أرشه في مال الصبي بالإجماع إتقاني (قوله ضمن عاقلة الصبي قيمته) تصريح بما أفادته كاف التشبيه، لكن

(فإن أودع طعاما) بلا إذن وليه ، وليس مأذونا له فى التجارة (فأكله لم يضمن) لأنه سلطه عليه وقال أبو يوسف والشافعى : يضمن وكذا لو أودع عبد محجورمالا فاستهلكه ضمنه بعد عتقه ، وعند أبى يوسف والشافعى فى الحال وكذا الخلاف لو أعيرا أو أقرضا ، ولو كان بإذن أو مأذونا ضمن بالإجماع كما لو استهلك الصبى مال الغير بلا وديعة ضمنه للحال :

قلت : وهذا كله لو الصبى عاقلا ، وإلا فلا يضمن بالإجماع ، وتمامه فى العناية والشرنبلالية عن الشلبى ومسكين على خلاف ما فى الملتقى والهداية والزيلعى فليحفظ :

باب القسامة

هى لغة بمعنى القسم وهو اليمين مطلقا وشرعا : اليمين بالله تعالى

المضمون فى المشبه الدية وهنا القيمة ، وعبر فى الهداية هنا بالدية أيضا اعتمادا على مامر أن دية العبد قيمته (قوله فإن أودع طعاما) أى مثلا در منتقى (قوله بلا إذن وليه الخ) سيذكر محترزه (قوله لأنه سلطه عليه) أى وله تمكين غيره من استهلاكه لأن عصمته حق مالكه ، بخلاف الآدمى المملوك فعصمته لحق نفسه لا لحق مولاه ، ولهذا بقى على أصل الحرية فى حق الدم ، وليس لمولاه ولاية استهلاكه ، فلا يملك تمكين غيره منه أفاده فى الشرنبلالية (قوله يضمن) أى فى الحال (قوله وكذا لو أودع عبد محجور مالا) أى وقبل الوديعة بلا إذن مولاه أما لو كان مأذونا أو محجورا ولكن قبلها بإذنه فاستهلكها لا يضمن فى الحال ، بل بعد العتق لو بالغا عاقلا عندهما وعند أبى يوسف يضمن فى الحال ، ولو كانت الوديعة عبدا فجنى عليه فى النفس ، أو فيما دونها أمر مولاه بالدفع أو الفداء إجماعا إتقانى (قوله وكذا الخلاف الخ) قال فخر الإسلام : والإختلاف فى الإيداع والإعارة والقرض والبيع ، وكل وجه من وجوه التسليم إليه واحد إتقانى (قوله ولو كان بإذن) أى لو كان أودع الطعام بإذن وليه أو كان مأذونا له فى التجارة ضمن أى فى الحال ، وهذا محترز قوله المار بلا إذن وليه الخ (قوله بلا وديعة) أى ونحوها مما فيه تسليم (قوله ضمنه للحال) لأنه مؤاخذ بأفعاله درر (قوله على خلاف مافى الملتقى الخ) أى من أن الصبى الذى لا يعقل يضمن بالإجماع ، وذكر فى العناية وغيرها أنه مذهب فخر الإسلام ، ذكره فى شرح الجامع وإن غيره من شراح الجامع ذكروا أنه لا يضمن بالإجماع قال ط : فتحصل أنهما طريقتان لأهل المذهب اهـ د

[تتمة] صبى سقط من سطح أو فى ماء فمات ، فلو كان ممن يحفظ نفسه لاشىء على الأبوين وإلا فعليهما الكفارة لو فى حجرهما وعلى أحدهما لو فى حجره كذا عن نصير ، وعن أبى القاسم لاشىء عليهما إلا التوبة والاستغفار ، واختيار أبى الليث أنه لا كفارة على أحدهما إلا أن يسقط من يده وعليه الفتوى ظهيرية والله تعالى أعلم .

باب القسامة

لما كان أمر القتيل فى بعض الأحوال يئول إلى القسامة ، ذكرها فى آخر الديات فى باب على حدة عناية (قوله وهى لغة بمعنى القسم) قال العلامة نوح : اختلف أهل اللغة فى القسامة قال بعضهم : إنها مصدر واختاره ابن الأثير فى نهايته حيث قال : القسامة بالفتح اليمين كالقسم ؛ ثم قال : وقد أقسم قسما وقسامة إذا حلف ، وقال بعضهم : إنها اسم مصدر واختاره المطرزى فى المغرب ، حيث قال : القسم اليمين يقال أقسم بالله إقساما ، وقولهم حكم القاضى بالقسامة اسم منه وضع موضوع الأقسام ، واختار العينى فى شرح الكنز الأول ، واختار منلا مسكين الثانى اهـ ط

بسبب مخصوص وعدد مخصوص على شخص مخصوص على وجه مخصوص وسيأتى بيانه (ميت) حر ولو ذميا أو مجنونا شرنبلالية (به جرح أو أثر ضرب أو خنق أو خروج دم من أذنه أو عينه وجد فى محله أو) وجد (بدنه أو أكثره) من أى جانب كان (أو نصفه مع رأسه) والنص وإن ورد فى البدن لكن للأكثر حكم الكل حتى لو وجد أقل من نصفه ولو مع رأسه لا لئلا يؤدى لتكرار القسامة فى قتيل واحد وهو غير مشروع (ولم يعلم قاتله) إذ لو علم كان هو الخصم وسقط القسامة (وادعى وليه القتل على أهلها) أى المحلة كلهم (أو) ادعى على (بعضهم

(قوله بسبب مخصوص) وهو وجود القتيل فى المحلة أو مافى معناها مماهو ملك لأحد أو فى يد أحد (قوله وعدد مخصوص) وهو خمسون يمينا (قوله على شخص مخصوص) أى مخصوص النوع وهو الرجل الحر البالغ العاقل أو المالك المكلف ولو امرأة الحر ولو يدا كمكاتب إذا وجد القتيل فى محل مملوك له ، وهذا إشارة إلى بعض الشروط (قوله على وجهه مخصوص) إشارة إلى باقى الشروط منها كون العدد خمسين وتكرار اليمين إن لم يتم العدد وقولهم فيها بالله ما قتلناه ، ولا علمنا له قاتلا وكونها بعد الدعوى والإنكار وبعد طلبها إذ لا تجب اليمين بدون ذلك ، وكون الميت من بنى آدم ووجود أثر القتل فيه وأن لا يعلم قاتله ، فقد تضمن ماذكره بيان معنى القسامة وسببها وشرطها

قال فى المنح : وركنها إجراء اليمين المذكورة على لسانه ، وحكمها : القضاء بوجوب الدية إن حلفوا والحبس إلى الحلف إن أبوا إن ادعى الولى العمد وبالدية عند النكول ، إن ادعى خطأ ومحاسنها خطر الدماء وصيانتها عن الإهدار وخلاص المتهم بالقتل عن القصاص ، ودليل شرعيتها الأحاديث الواردة فى الباب المذكورة فى الهداية وشروحها (قوله ميت) أى ولو حكما بأن وجد جريح فى محلة ، فنقل منها وبقى ذافراش ، حتى مات من الجراحة فإن القسامة والدية على أهلها كما سيأتى متنا (قوله حر) أما العبد ففيه القسامة والقيمة إذا وجد فى غير ملك سيده ، وكذا المدبر وأم الولد والمكاتب والمأذون المديون ، ولو فى ملكه فهدر إلا فى المكاتب والمأذون المديون ففيهما القيمة على المولى ، لا على عاقلته حالة للغرماء فى المأذون ، وفى ثلاث سنين فى المكاتب كما فى الشرنبلالية عن البدائع ، وسيأتى فى الفروع آخر الباب (قوله ولو ذميا أو مجنونا) دخل فيه الذكر والأنثى والكبير والصغير ، وخرج البهائم ، فلا شىء فيها كما سيأتى (قوله به جرح الخ) سيأتى محترزاته متنا (قوله فى محلة) بالفتح المكان الذى ينزله القوم ط عن المصباح (قوله أو نصفه مع رأسه) ولو مشقوقا بالطول منح أى ومعه الرأس ، وأما إذا شق طولا بدونه أو شق الرأس معه ، فلا قسامة وهو الذى ذكره المصنف بعد فى متنه ط (قوله حتى لو وجد الخ) والأصل أن الموجود إن كان بحال لو وجد الباقى تجرى فيه القسامة لا تجب فى الموجود ، وإن كان بحال لو وجد الباقى لا تجب فيه القسامة تجب ، وصلاة الجنازة فى هذا الباب تنسحب على هذا الأصل هداية (قوله لئلا يؤدى لتكرار القسامة الخ) أى والدية بأن وجد الأقل من بدنه مع رأسه فى محل ، والباقى فى محل آخر فإنه إذا وجبت القسامة ، والدية فى الأقل لزم وجوبهما فى الأكثر أيضا (قوله إذ لو علم) أى بالبينة أو الإقرار قهستانى أى إقرار القاتل ، ولا بد أن تكون البينة من غير أهل المحلة كما سيأتى متنا ويأتى تمام الكلام عليه (قوله وادعى وليه الخ) أشار إلى من شروطها الدعوى من أولياء القتيل ، إذ اليمين لا تجب بدونها كما فى الطورى ، وقدمناه وانظر ما الحكم إذا لم يكن له ولى هل يدعيها الإمام أم لا ، ثم رأيت منقولا عن شرح الحموى أنه توقف فى التخيير الآتى ، حيث لاولى هل بتخيير الإمام الخمسين أم لا وقال فليراجع (١) (قوله أو ادعى على بعضهم) ولو معينا بخلاف ما لو ادعى

---

(١) (قوله وقال فليراجع) نقل مولانا على الحانوتى مايفيد أن للإمام الدعوى والتخيير مستدلا عليه بملكه القصاص فى قتل من لاولى له عمدا قال فإن من ملك القصاص ملك القسامة بالأولى ، لكونها أنزل منه وأيضا من لاولى له يكون ميراثه لبيت المال فالإمام يكون مدعيا مالا لبيت المال وله ذلك جزما اه .

حلف خمسون رجلا منهم يختارهم الولى بالله ماقتلناه ولاعلمنا له قاتلا) بأن يحلف كل منهم بالله ماقتلت ولا علمت له قاتلا (لا يحلف الولى) وقال الشافعى : إن كان ثمة لوث استحلف الأولياء خمسين يمينا أن أهل المحلة قتلوه ثم يقضى بالدية على المدعى عليه وقضى مالك بالقود لو الدعوى بالعمد (ثم قضى على أهلها بالدية) لا مطلقا بل (إن وقعت الدعوى بقتل عمد وإن) وقعت الدعوى (بخطأ فعلى) أى فيقضى بالدية على (عواقلهم) كما فى شرح المجمع معزيا للذخيرة والخانية .

ونقل ابن الكمال عن المبسوط أن فى ظاهر الرواية القسامة على أهل المحلة والدية على عواقلهم

على واحد من غيرهم ، فإنها تسقط عنهم كما يأتى متنا (قوله حلف خمسون رجلا منهم الخ) خرج الصبى والمرأة والعبد كما مر ، ويأتى وهذا إن طلب الولى التحليف كما قدمناه فله تركه وبه صرح الرملى ، وإذا تركه فهل يقضى له بالدية أم لا ، لأنه لو حلفهم أمكن ظهور القاتل لم أره فليراجع وقال الزيلعى : وقوله يختارهم الولى ، نص على أن الخيار للولى لأن اليمين حقه ، والظاهر أنه يختار من يتهمه بالقتل ، أو أهل الخبرة بذلك أو صالحى أهل المحلة لما أن تحرزهم عن اليمين الكاذبة أبلغ فيظهر القاتل ، ولو اختار أعمى أو محدودا فى قذف جاز لأنها يمين وليست بشهادة اهـ (قوله بأن يحلف الخ) فهو من قبيل تقابل الجمع بالجمع قهستانى ، فيحلف كل واحد على نفى قتله ، ونفى علمه لاحتمال أنه قتله وحده ، فيتجرأ على يمينه بالله ما قتلناه يعنى جميعا ، ولا يعكس لأنه إذا قتله مع غيره كان قاتلا وفائدة قوله : ولا علمنا له قاتلا مع أن شهادة أهل المحلة بالقتل على واحد منهم ، أو على غيرهم مردودة أن يقر الحالف على عبده فيقبل إقراره أو يقر على غيره من غير أهل المحلة فيصدقه ولى المقتول ، فيسقط الحكم عن أهل المحلة منح ملخصا وسيأتى أنه لو كان أحدهم قال : قتله زيد يقول فى حلفه ولا علمت له قاتلا غير زيد (قوله وقال الشافعى الخ) اللوث أن يكون علامة القتل على واحد بعينه أو ظاهر يشهد للمدعى من عداوة ظاهرة أو يشهد عدل أو جماعة غير عدول أن أهل المحلة قتلوه.

وحاصل مذهبه : أنه إن وجد ظاهر يشهد للمدعى فإن حلف أنهم قتلوه خطأ فله الدية عليهم ، أو عمدا فالقصاص فى قول ، والدية فى قول ، فإن نكل عن اليمين حلفوا ، فإن حلفوا لا شىء عليهم ، وإلا فعليهم القصاص فى قول والدية فى قول ، وإن لم يكن الظاهر شاهد للمدعى ، حلف أهل المحلة على ما قلنا ، فحيث لا لوث فقوله كقولنا والاختلاف فى موضعين : أحدهما : أن المدعى لا يحلف عندنا ، وعنده يحلف ، والثانى : براءة أهل المحلة فى اليمين اهـ من الكفاية وغيرها وبيان الأدلة فى المطولات واللوث بفتح اللام ، وسكون الواو والثاء المثلثة كما ضبطه ابن الملقن فى لغات المنهاج (قوله وقضى مالك بالقود) أى على واحد يختاره المدعى للقتل من بين المدعى عليهم غرر الأفكار (قوله كما فى شرح المجمع) وكذا فى غرر الأفكار والشرنبلالية عن البرهان معزيا للذخيرة والخانية أيضا (قوله ونقل ابن الكمال الخ) استدراك على ما تقدم ، فإن ابن الكمال لم يفصل بين العمد والخطأ بل قال ثم قضى على أهلها بديته وتتحملها العاقلة ، لأنه ذكر فى المبسوط الخ ، ثم فرق ابن الكمال بين العمد والخطأ فى المسألة الآتية كما سيذكره الشارح عنه ، فدل على أنه أراد الإطلاق هنا ، وكذا أطلق شراح الهداية وجوبها على العاقلة .

وقال فى النهاية وغيرها : وفى المبسوط ثم يقضى بالدية على عاقلة أهل المحلة فى ثلاث سنين ، لأن حالهم هنا دون حال من باشر القتل خطأ وإذا كانت الدية هناك على عاقلته فى ثلاث سنين ، فههنا أولى ، وفى ظاهر الرواية القسامة على أهل المحلة والدية على عواقلهم وعلى قول زفر كلاهما على العاقلة اهـ ملخصا

أى فى ثلاث سنين وكذا قيمة القن تؤخذ فى ثلاث سنين شرنبلالية (وإن لم يتم العدد كرر الحلف عليهم ليتم خمسين يمينا وإن تم) العدد (وأراد الولى تكراره لا ومن نكل منهم حبس حتى يحلف على الوجه المذكور هنا) هذا فى دعوى القتل العمد أما فى الخطأ فيقضى بالدية على عاقلتهم ولا يحبسون ابن كمال معزيا للخانيه ؛

ولو أقر على نفسه أو عبده قبل إقراره ، ولو على غيره فصدقه الولى سقط التحليف عن أهل المحلة (ولا قسامة على صبى ومجنون وامرأة وعبد ولا قسامة ولا دية فى ميت لا أثر به) لأنه ليس بقتيل ، لأن القتيل عرفا هو فائت الحياة بسبب مباشرة الحى ، وإنه مات حتف أنفه والغرامة تتبع فعل العبد

قلت : ووجه الأولوية أن الموجود هنا مجرد دعوى إذ لم يثبت أن أهل المحلة قتلوه ؛ فهو أدنى حالا من حال من باشر القتل الخطأ عيانا فتتحملة العاقلة بالأولى ، وإن كانت الدعوى بقتل العمد لما قلنا من عدم الثبوت ؛ فلا ينافى أن العواقل لا تعقل العمد هذا ما ظهر لفهمى القاصر هذا ؛ وعبارات المتون مطلقة فى أن القسامة والدية على أهل المحلة ؛ فلا بد من تخصيصها بدعوى العمد كما فعل المصنف أو تقدير مضاف : أى على عاقلتهم كما فعل شراح الهداية ، ولا يخفى أن القاتل كواحد من العاقلة ، فيتحمل معهم كما سيأتى فى محلة ، فكذا هنا ولذا قال فى البزازية عن شيخ الإسلام أن القسامة عليهم والدية على عاقلتهم وعليهم ، لأن أهل المحلة قتلوا حكما فيكون كما لو قتلوا حقيقة (قوله أى فى ثلاث سنين) أتى بلفظ أى لأن ابن الكمال لم يذكره ، لكنه مذكور فى المبسوط (قوله وكذا قيمة القن) أى إذا وجد فى غير ملك سيده كما قدمناه ويأتى (قوله وإن أراد الولى تكراره) أى على بعضهم كأن اختار الصلحاء منهم مثلا ولا يتمون خمسين لا يكرر عليهم ، بل يختار تمام الخمسين من الباقين أفاده الإتقانى (قوله حتى يحلف) أى أو يقر فيلزمه ما أقر به ، وإنما لم يحكم بمجرد النكول ، لأن اليمين هنا نفس الحق تعظيما لأمر الدم لا بدل عن الدية ، ولذا يجمع بينهما بخلاف اليمين فى دعوى المال لأنها بدل عنه ولذا تسقط بالأداء إتقانى ملخصا . وهذا إذا لم يدع على معين من غير أهل المحلة وإلا فسيأتى حكمه (قوله على الوجه المذكور هنا) وهو بالله ما قتله الخ (قوله هذا) أى الحبس بالنكول (قوله أما فى الخطأ الخ) أى لأن موجبه المال ، فيقضى به عند النكول ، وهذا مخالف لمقتضى التعليل الذى ذكرناه قريبا تأمل (قوله معزيا للخانية) أقول : هذا مذكور فى الذخيرة ، وذكر عبارتها فى المنح وعزاه القهستانى إلى المجتبى والكرمانى وغيرهما ، وأما الذى رأيته فى الخانية فهو قوله : فإن امتنعوا عن اليمين حبسوا حتى يحلفوا اهـ ولم يفرق بين العمد والخطأ وهو ظاهر المتون (قوله أو عبده) أى فى الخطأ أما العمد الموجب للقصاص فقد تقدم عدم قبوله على عبده سائحانى (قوله ولو على غيره) أى وليس من محلته كما قدمناه عن المنح ويعلم مما يأتى (قوله سقط التحليف الخ) وكذا فى إقراره على نفسه أو عبده ، فلو قال ولو أقر على نفسه أو عبده أو غيره من غير محلته وصدقه وليه سقط التحليف عن أهل محلته لكان أحسن (قوله ولا قسامة على صبى الخ) لأنهم ليسوا من أهل النصرة وإنما هم أتباع والنصرة لا تكون بالاتباع واليمين على أهل النصرة ، ولأن الصبى والمجنون ليسا من أهل القول الصحيح واليمين قول اهـ زيلعى .

أقول : والمراد أنهم لا يدخلون مع أهل المحلة فى قسامة قتيلها ، فلا ينافى ما سيأتى متنا من وجوب القسامة على المرأة لو وجد القتيل فى قرية لها ولا ماذكره الطورى عن البدائع من وجوبها على مكاتب وجد القتيل فى داره وإن حلف يجب الأقل من قيمته ، ومن الدية اهـ وأما لو وجد فى دار المأذون ففى الولوالجية أن الاستحسان أن تجب القسامة على المولى ، ويخير بين الدفع والفداء لأن العبد لو أقر بالجناية الخطأ لا يصح إقراره فلا يحلف اهـ (قوله وأنه مات حتف أنفه) الواو للحال فالهمزة مكسورة والضمير للميت الذى لا أثر به اهـ ح (قوله والغرامة)

(أو يسيل دم من فه أو أنفه أو دبره أو ذكره) لأن الدم يخرج منها عادة بلا فعل أحد بخلاف الأذن والعين (أو نصف منه) أى ولا قسامة فى نصف ميت (شق طولا أو أقل منه) أى من نصفه (ولو معه الرأس) لما مر (أو على رقبته) أى الميت (حية ملتوية) لأن الظاهر أنه مات بها بزازية (وما تم خلقه ككبير) أى وجد سقط تام الخلقة به أثر الضرب وجبت القسامة والدية وفى الظهيرية ما يخالفه (فإن ادعى الولى على واحد من غيرهم) كان إبراء منه لأهل المحلة و (سقطت) القسامة عنهم (و) إن ادعى الولى (على معين منهم لا) تسقط وقيل تسقط (قتيل على دابة معها سائق أو قائد أو راكب فديته على عاقلته) دون أهل المحلة

أى الدية تتبع فعل العبد أى ولم يوجد فعله وكذا القسامة إنما تجب على أهل المحلة لاحتمال القتل منهم ولم يحتمل لعدم أثره فلا تجب إتقانى (قوله أو يسيل دم) عطف على لا أثر به اهـ ح (قوله من فمه) كذا فى الهداية وغيرها ، وذكر فى الذخيرة إن هذا إذا نزل من الرأس فإن علا من الجوف فقتيل قهستانى وإتقانى عن فخر الإسلام (قوله بلا فعل أحد) فإنه قد يخرج من الفم أو الأنف لرعاف ، ومن الدبر لعلة فى الباطن أو أكل مالا يوافق ، ومن الإحليل لعرق انفجر فى الباطن أو ضعف الكلى أو الكبد أو شدة الخوف أفاده الإتقانى . وعلم منه أنه بالأولى : لو علم موته بحرق أو سقوط من سطح أو فى ماء بلا فعل أحد ، فلا قسامة ولا دية ، لأن الشرط أن لا يحال القتل على سبب ظاهر قوى يمنع وجوبهما كما فى الخيرية (قوله بخلاف الأذن والعين) فإنه دلالة القتل ظاهرا لأنه لا يخرج منهما عادة إلا بفعل حادث إتقانى (قوله أو نصف منه) بالجر عطفا على ميت ، كما أشار إليه الشارح أفاده ح (قوله ولو معه) أى مع الأقل (قوله لما مر) من قوله لئلا يؤدى لتكرار القسامة فى قتيل واحد (قوله وجبت القسامة والدية) أى على أهل المحلة ، لأن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا ، وإن كان ناقص الخلق فلا شىء عليهم لأنه ينفصل ميتا هداية (قوله وفى الظهيرية ما يخالفه) ونصها والجنين إذا وجد قتيلا فى المحلة فلا قسامة ولا دية اهـ .

أقول : والأول هو المذكور فى الشروح والهداية والملتقى والوقاية والدرر وغيرها (قوله كان إبراء منه لأهل المحلة) لأنهم لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل فيهم ؛ بل بدعوى الولى ، فإذا ادعى على غيرهم امتنع دعواه عليهم لفقـد شرطه اهـ ط عن الشمنى وكالمحلة الملك كما سنذكره عن التاترخانية (قوله وسقطت القسامة عنهم) وكذا لو ادعى أحد الأولياء ذلك وباقيهم حاضر ساكت ، ولو غائبا لا مالم يكن المدعى وكيلا عنه فيها ، ولو قال أحدهم : قتله زيد وآخر : عمرو وآخر قال : لا أعرفه . فلا تكاذب وسقطت سائحانى عن الزاهدى ، ولم يذكر حكم المدعى عليه ، وبيانه ماذكره الإتقانى أنه إن برهن الولى فيها وإلا استحلف المدعى عليه يمينا واحدة ، فإن حلف برىء ، وإلا فإن كانت الدعوى فى المال أى القتل خطأ ثبت وإن فى القصاص حبس ، حتى يقر أو يحلف أو يموت جوعا عنده وقالا يلزمه الأرش اهـ ملخصا وتمامه فيه (قوله لا تسقط) أى فى ظاهر الرواية مواهب ، لأن الشارع أوجبها ابتداء على أهل المحلة ، فتعيينه واحداً منهم لا ينافى ما شرعه الشارع ، فتثبت القسامة والدية على أهل المحلة كفاية (قوله وقيل تسقط) وهو رواية عن أبى يوسف فى غير رواية الأصول : أن القسامة والدية تسقط عن الباقين من أهل المحلة ويقال للولى ألك بينة فإن قال : لا يستحلف المدعى عليه يمينا واحدة وروى ابن المبارك عن أبى حنيفة مثله زيلعى (قوله فديته على عاقلته) أى تجب القسامة ، فإذا حلف فالدية على عاقلته ؛ ثم من المشايخ من قال : إن هذا أعم من أن يكون للدابة مالك معروف ، أو لم يكن ومنه إطلاق الكتاب ، ومنهم من قال إن كان لها مالك فعليه القسامة والدية قهستانى ، وعلى الأول مشى المصنف حيث قال : وإن لم تكن ملكا لهم وحينئذ فالفرق بين الدابة والدار حيث تجب الدية على مالكها دون ساكنها كما سيأتى أن الدار لا تنقطع

لأنه فى يده فصار كأنه فى داره (ولو اجتمع) فيها (سائق وقائد وراكب فالدية عليهم جميعا وإن لم تكن ملكا لهم) عملا بيدهم وقيل : القسامة والدية على مالك الدابة كالدار وقيل : لا يجب على السائق إلا إذا كان يسوقها مختفيا وبه جزم فى الجوهرة وإن لم يكن معها أحد فالدية والقسامة على أهل المحلة التى فيها القتيل على الدابة (وإن مرت دابة عليها قتيل بين قريتين) أو قبيلتين (فعلى أقربهما) لما روى « أنه صلى الله عليه وسلم أمر فى قتيل وجد بين قريتين بأن يذرع فوجد إلى أحدهما أقرب بشبر فقضى عليها بالقسامة ولو استويا فعليهما وقيد الدابة اتفاقى قهستانى (بشرط سماع الصوت منهم) هكذا عبارة الزيلعى »

يد ملكها عنها فى الرأى والتدبير وإن أجرها بخلاف الدابة فإن التصرف فيها للذى اليد . (قوله لأنه فى يده) الضمير الأول للقتيل والثانى للسائق وكذا قوله فصار كأنه فى داره (قوله فالدية عليهم جميعا) أى على عواقلهم والقسامة عليهم عناية (قوله وإن لم تكن ملكا لهم) إن وصلية : أى سواء كانت ملكا لهم أو لا ولينظر فيما لو كان الثالث أحدهم بأن كان هو السائق مثلا ، والقائد أو الراكب أجنبى أو بالعكس ، والإطلاق يشمل هذه الصورة ويدل عليه ما ذكره الإتقانى لو وجد القتيل فى سفينة فالدية على من فيها من مالك وراكب ، لأنها تنقل وتحول فالضمان فيها بثبوت اليد لا بالنصرة كالدابة اهـ أفاده سعدى (قوله عملا بيدهم) إشارة إلى الفرق المار بين الدابة والدار (قوله وقيل لايجب على السائق الخ) هذا لايخص السائق فينبغى أن يكون القائد والراكب مثله ، ويشير إليه ما فى الحموى عن الرمز حملوا جنازة ظاهرة ، فإذا هو قتيل لا شىء فيه أبو السعود (قوله وبه جزم فى الجوهرة) لكن فى الكفاية أنه رواية عن أبى يوسف فى غير رواية الأصول (قوله وإن مرت دابة) أى ولم يكن معها أحد مسكين إذ لو معها سائق أو نحوه فقد مر آنفا (قوله أو قبيلتين) أو سكتين أو محلتين قهستانى (قوله فعلى أقربهما) أى من القتيل وهذا إذا كان فى موضع لا يكون مملوكا لأحد ، وإلا فعلى مالكه قهستانى ويأتى قريبا وقال وفيه إشعار بأنه لو وجد بين أرض قرية وبيوت قرية فعلى الأقرب (قوله ولو استويا فعليهما) فلو كان فى إحدى القريتين ألف رجل ، وفى الأخرى أقل فالدية على القريتين نصفان بلا خلاف ط عن الهندية

أقول : وقد علمت أن من الشروط الدعوى من الولى ، فإذا ادعى على إحداهما دون الأخرى كيف الحكم ، والذى يظهر لى بحثا أنه لو ادعى على إحدى المستويتين لا تسقط القسامة عن الأخرى ، لأن الوجوب عليهما فهو كما لو ادعى على معين من أهل محلة ، وأما لو ادعى على البعدى ، فهو إبراء منه للقربى ، لأن أصل الوجوب عليها وحدها كما لو ادعى على واحد من غير أهل المحلة وليراجع (قوله وقيد الدابة اتفاقى) فالحكم كذلك لو وجد طريحا بينهما ط (قوله بشرط سماع الصوت منهم) عبر عنه الزيلعى وصاحب الهداية بقيل ، لكن جزم به فى الخانية والولوالجية وتبعهما ابن كمال وصاحب الدرر ، وجعله متنا كالمصنف وكذا فى المواهب ، ووجهه ظاهر ، ومفاد أنه إن لم يسمع منه الصوت فدمه هدر ، لكن هذا إذا لم يكن المكان مملوكا أو عليه يد خاصة أو عامة كما يأتى تقريره (قوله هكذا عبارة الزيلعى) أى على ما فى بعض النسخ ، وفى بعضها مثل ما فى الدرر ويمكن إرجاع الكل إلى معنى واحد فقوله : منهم صلة سماع ، وقوله : منه حال من الصوت ، وهو معنى ما فى الكافى على أن الغالب أنه إذا كان بحيث يسمعون صوته فهو يسمع صوتهم ، لكن لما كان مدار الضمان على نسبة التقصير إليهم بعدم إغاثته كان الملحوظ سماعهم صوته لا بالعكس فأورد الشارح عبارة الدرر وغيرها لبيان المراد فى

وعبارة الدرر وغيرها منه عبارة البرجندى نقلا عن الكافى يسمعون صوته لأنه حينئذ يلحقه الغوث فينسبون إلى التقصير فى النصرة (وإلا) بأن كان فى موضع لا يسمع منه الصوت (لا) تلزمهم نصرته فلا ينسبون إلى التقصير فلا يجعلون قاتلين تقديراً (ويراعى حال المكان الذى وجد فيه القتيل فإن كان مملوكا تجب القسامة على الملاك والدية على عاقلتهم) وكذا لو موقوفا على أرباب معلومين ، لأن العبرة للملك والولاية كما أفاده المصنف مستندا للولوالجية والبزازية :

قلت : وسيجىء التصريح به فى المتن تبعا للدرر وغيرها وحينئذ فلا عبرة للقرب إلا إذا وجد فى مكان مباح لا ملك لأحد ولا يد وإلا فعلى ذى الملك واليد والمراد بالولاية واليد الخصوص ولو لجماعة يحصون فلو لعامة المسلمين فلا قسامة ولا دية على أحد بدائع لكن سيجىء وجوبا فى بيت المال فتأمل والمراد باليد أيضا المحقة :

وأما الأراضى التى لها مالك أخذها وال ظالما فينبغى أن يكون القتيل فيها هدرا لأنه ليس على الغاصب دية قهستانى عن الكرمانى فليحرر

كلام المصنف فتدبر (قوله لا يسمعون) كذا فيما رأيت من النسخ ، والصواب إسقاط لا ليناسب التعليل (قوله وكذا لو موقوفا على أرباب معلومين) أى تجب القسامة والدية عليهم كما سيأتى (قوله على أرباب معلومين) خرج به غير المعلومين كالموقوف على الفقراء والمساكين ، فالدية فى بيت المال كما سيأتى عن المصنف بحثا (قوله لأن العبرة للملك والولاية) فيه أن الولاية فى الوقت لواقفه أو لمن جعلها له لا للموقوف عليهم (قوله وحينئذ) أى حين إذ كانت الدية فى المملوك والموقوف الخاص على أربابه ، فلا عبرة للقرب المشروط بسماع الصوت إلا فى مباح لا مالك عليه لأحد ولا يد : أى يد خصوص ، ودخل تحت ذلك المباح شيآن المفازة التى لا ينتفع بها أحد والفلاة المنتفع بها التى فى أيدى المسلمين ففيهما يعتبر للقرب بأن ينظر إلى أقرب موضع يسمع منه الصوت فتجب القسامة على أهله ، فإن لم يسمع منه الصوت ، فإن كان فى أيدى المسلمين ، فالدية فى بيت المال كما يذكره المصنف قريبا ، وإلا فهدر كما فهم من قول المصنف بشرط سماع الصوت كما قررناه وهذا ما نقله ط عن الهندية عن المحيط من أن القتيل إذا وجد فى فلاة فإن مملوكة فالقسامة والدية على المالك وقبيلته ، وإلا فإن كان يسمع منه الصوت من مصر أى مثلا فعليهم القسامة ، وإلا فإن للمسلمين فيه منفعة الاحتطاب والاحتشاش والكلأ فالدية فى بيت المال وإلا فدمه هدر اه ملخصا :

وعلى هذا فقول الخانية ولو فى موضع مباح إلا أنه فى أيدى المسلمين فالدية فى بيت المال محمول على ما إذا لم يكن بقربه مصر أو قرية يستمع منه الصوت ، بدليل أنه فى الخانية جزم باشتراط السماع أولا كما قدمناه عنه والحاصل أن المعتبر أولا هو الملك واليد الخاصة ثم القرب ثم اليد العامة .

[تنبيه] قال فى التاترخانية وإن لم تكن الأرض ملكا وكان يسمع منه الصوت فعلى أقرب القبائل من المصر إلى ذلك الموضع اه فأفاد أن القسامة ليست على جميع أهل المصر بل على أقرب قبيلة منها إلى ذلك الموضع فليحفظ (قوله ولو لجماعة يحصون) أى لو كان لواحد أو لجماعة يحصون كالموقوف على معلومين (قوله لكن سيجىء) أى فى المتن قريبا (قوله فتأمل) أشار به إلى إمكان الجمع بأن يحمل قول البدائع .ولا دية على أحد أى من الناس اه ح : أى فلا ينافى وجوبها فى بيت المال ولكن هذا حيث لا قرب ، وإلا فالوجوب على من يسمع الصوت كما علمت (قوله فليحرر) أقول : تحريره أن فيه خلافا فإن ما عزاه القهستانى إلى الكرمانى من أنه ليس على الغاصب دية هو المذكور فى شروح الهداية عند قوله الآتى ، وإن بيعت ولم تقبض وقال الزيلعى هناك بخلاف ما إذا كانت الدار وديعة : أى حيث يضمن المالك ، لأن هذا الضمان ضمان ترك الحفظ ، وهو إنما

(وإن مباحا لكنه فى أيدى المسلين تجب الدية فى بيت المال) لما ذكرنا أنه إذا كان بحال يسمع منه الصوت، يجب عليه الغوث كذا فى الولوالجية وفيها (ولو وجد) قتيل (فى أرض رجل إلى جانب قرية ليس صاحب الأرض منها) أى من أهل القرية (فهى عليه) على رب الأرض (لا على أهلها) أى القرية لأن العبرة للملك والولاية اهـ.

قلت: فهذا صريح فى أن القرب إنما يعتبر إذا وجد فى أرض مباحة لا مملوكة ولا موقوفة لأن تدبيره لأربابه وسيجيء متنا فتنبه (وإن وجد فى دار إنسان فعليه القسامة) ولو عاقلته حضورا دخلوا فى القسامة أيضا خلافا لأبى يوسف ملتقى (والدية على عاقلته) إن ثبت أنها له بالحجة كما سيجيء وكان له عاقلة وإلا فعليه (وهى) أى الدية والقسامة (على أهل الخطة) الذين خط لهم الإمام أول الفتح ولو بقى منهم واحد (دون السكان والمشترين) وقال أبو يوسف: كلهم مشتركون (فإن باع كلهم فعلى المشترين) بالإجماع (وإن وجد فى دار بين قوم لبعض

يجب على من كان قادراً على الحفظ، وهو من له يد أصالة لا يد نيابة ويد المودع يد نيابة، وكذا المستعير والمرتهن وكذا الغاصب، لأن يده يد أمانة لأن العقار لا يضمن بالغصب عندنا ذكره فى النهاية. وذكر فى الهداية ما يدل على أن الضمان على الغاصب اهـ: أى بناء على القول بأن الغصب يتحقق فى العقار ورجحه غير واحد من أئمتنا منح (قوله وإن مباحا الخ) أى ولا يسمع منه الصوت كما قدمناه (قوله لما ذكرنا الخ) هذا ذكره الولوالجى تعليلا لقوله قبله، وإنما تجب الدية والقسامة على أقرب القريتين إذا كان بحال يسمع منه الصوت، لكنه فصل بين التعليل والمعلل بما ذكره المصنف متنا من قوله: ويراعى حال المكان الخ فظن الشارح أنه تعليل لذلك، وليس كذلك لما علمت من أن محل الوجوب هنا على بيت المال إذا كان بعيداً عن العمران لا يسمع منه الصوت (قوله ليس صاحب الأرض منها) مفهومه أنه لو كان منها دخلوا معه إذا كانوا عاقلته تأمل (قوله فهذا صريح الخ) لا حاجة إليه مع ما قدمه من قوله وحينئذ فلا عبرة للقرب ط (قوله لأن تدبيره الخ) علة لمحذوف تقديره، وإلا فعلى المالك وذى الولاية لأن الخ ط (قوله فعليه القسامة) فتكرر عليه الأيمان ولوالجية ولو الدار مغلقة لا أحد فيها طورى، وهذا إذا ادعى ولى القتيل القتل على صاحب الدار، فلو ادعى على آخر فلا قسامة ولا دية على رب الدار تاترخانية (قوله ولو عاقلته حضورا) أى فى بلده كما فى الشرنبلالية عن البرهان (قوله خلافا لأبى يوسف) حيث قال: لا يدخلون معه لأنه لا ولاية لغيره على داره، ولهما أنه لما اجتمعوا للحفظ والتناصر ثبت لهم ولاية حفظ الدار بحفظ صاحبها، بخلاف ما إذا كانوا غيبا ولوالجية (قوله أى الدية والقسامة) الأولى الاقتصار على القسامة مراعاة لإفراد الضمير، لأن الدية على عاقلة أهل الخطة كما فى العناية وغيرها.

وفى الشرنبلالية ينبغى التفصيل كما تقدم فى المحلة فتجب الدية فى دعوى العمد عليهم وفى الخطأ على عاقلتهم اهـ واعترضه أبو السعود بأن التفصيل خلاف ظاهر الرواية كما مر (قوله على أهل الخطة) بالكسر هى ما أخطه الإمام أى أفرزه وميزه من أراض، وأعطاه لأحد كما فى الطلبة قهستانى (قوله دون السكان) كالمستأجرين والمستعيرين فالقسامة على أربابها، وإن كانوا غيبا تاترخانية، وكالمشترين الذين يملكون بالهبة أو المهر أو الوصية، أو غيره من أسباب الملك وإن كانوا يقبضونها قهستانى (قوله فإن باع كلهم فعلى المشترين) أى دون السكان.

والحاصل: أنه إذا كان فى محلة أملاك قديمة وحديثة وسكان فالقسامة على القديمة دون أخويها، لأنه إنما يكون ولاية تدبير المحلة إليهم، وإذا كان فيها أملاك حديثة وسكان فعلى الحديثة، وإذا كان سكان فلا شيء عليهم، وهذا كله عندهما، وأما عند أبى يوسف فالثلاثة سواء فى وجوب القسامة وتمامه فى شرح الطحاوى، قيل: هذا فى عرفهم وأما فى عرفنا فعلى المشترين لأن التدبير إليهم كما أشير إليه فى الكرمانى قهستانى، وقيد بالمحلة

أكثر فهي على) عدد (الرءوس) كالشفعة (وإن بيعت ولم تقبض) حتى وجد فيها قتيل (فعلى عاقلة البائع وفى البيع بخيار على عاقلة ذى اليد) خلافا لهما (ولا تعقل عاقلة حتى يشهد الشهود أنها) أى الدار التى فيها قتيل (لذى اليد) ولو هو القتيل كما سيجيء ولا يكفى مجرد اليد حتى لو كان به لم تدعا قلته ولا نفسه درر معللا بأنه لا يمكن الإيجاب على الورثة للورثة ، لكن فيه بحث لما تقرر أن الدية للمقتول حتى يقضى منه ديونه ، وإن لم يبق للورثة شيء ثم الورثة يخلفون ، فيكون الإيجاب على الورثة للميت لا للورثة كذا قيل :

قلت : وقد يقال لما كان هو لا يدى لنفسه فغيره بالأولى لقوة الشبهة فتأمل (وإن) وجد (فى الفلك فالقسامة والدية ضرر (على من فيها من الركاب والملاحين) اتفاقا لأنه فى أيديهم كالدابة (وكذا العجلة) حكمها كفلك

لأنه لو وجد قتيل فى دار بين مشتر وذى خطة فإنهما متساويان فى القسامة والدية بالإجماع وتمامه فى العناية (قوله فهي على عدد الرءوس) فإن كان نصفها لزيد وعشرها لعمرو ، والباقى لبكر فالقسامة عليهم والدية على عاقلتهم أثلاثا متساوية لأن صاحب القليل والكثير سواء فى الحفظ والتدبير ، وكذا لو وجد فى نهر مشترك قهستانى (قوله فعلى عاقلة البائع) أى فالدية على عاقلة البائع هكذا قاله الشراح وفى المنح أى الدية والقسامة اهـ :

أقول : الظاهر أنه يجرى فيه التفصيل المار وهو أن العاقلة إن كانوا حضورا دخلوا معه فى القسامة وإلا فلا تأمل (قوله خلافا لهما) حيث قالا إن لم يكن فيه خيار فعلى عاقلة المشترى ، وإن كان فعلى عاقلة من يصير له سواء كان الخيار للبائع أو المشترى ابن كمال .

فالحاصل : أنه اعتبر اليد وهما اعتبرا الملك إن وجد وإلا توقف على قرار الملك كفاية (قوله ولا تعقل عاقلة الخ) أى إذا أنكرت العاقلة كون الدار لذى اليد وقالوا إنها وديعة أو مستعارة أو مستأجرة عناية (قوله ولا يكفى مجرد اليد) لأن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ويصلح للدفع (قوله حتى لو كان به) أى بمجرد اليد اهـ ح (قوله ولا نفسه) بالرفع عطفا على عاقلته فافهم (قوله درر الخ) عبارة الدرر وتدى عاقلته إذا ثبت أنها له بالحجة ، وهذا إذا كان له عاقلة وإلا فعليه كما مر مرارا لا بمجرد اليد ، حتى لو كان به لا تدى عاقلته ولا نفسه اهـ فقوله : ولا نفسه معناه ولا يدى هو حيث لا عاقلة له :

والحاصل : إنه إذا كانت دار فى يد رجل ووجد فيها قتيل ، سواء كان القتيل ذا اليد أو غيره فلا تجب بمجرد اليد دية القتيل فى الصورتين لا على عاقلة ذى اليد إن كان له عاقلة ، ولا على نفسه إن لم يكن له عاقلة ، وإنما تجب الدية إذا ثبت أنها لذى اليد ، فإذا ثبت أنها له فإن كان القتيل غيره ، فالدية على عاقلة رب الدار أو على نفسه إن لم تكن له عاقلة ، وإن كان القتيل هو رب الدار فهى مسألة خلافية سيذكرها المصنف بعد فعند الإمام ديته على عاقلة ورثته ، وعندهما لا شيء فيه لأنه لا يمكن الإيجاب على الورثة للورثة ، وللإمام : أن الدية للمقتول والورثة يخلفونه فالإيجاب عليهم له لا لهم لكن يرد عليه أنه إذا لم تكن له عاقلة ولا لورثته لا يدى هو لنفسه ، فلا يدى له غيره بالأولى هذا تقرير مراد الشارح فى هذا المحل ولكن تعبيره عنه غير محرر فتدبر : ويأتى تمام الكلام على المسألة الخلافية فى محله (قوله فالقسامة والدية الخ) الظاهر أن الدية(١) إنما وجبت أيضا عليهم لا على عاقلتهم لعدم حضور العاقلة فلا يتأتى التفصيل المار فى الدار تأمل (قوله على من فيها الخ) يشمل أربابها حتى تجب على الأرباب الذين فيها ، وعلى السكان وكذا على من يمدها والمالك فى ذلك وغير المالك سواء هداية (قوله اتفاقا الخ) هذا على ما روى عن أبى يوسف ظاهر ، لأنه يجعل السكان والملاك فى القتيل الموجود فى المحلة ، سواء

---

(١) (قوله الظاهر أن الدية) لعل صوابه القسامة بدليل التعليل فإن أحدا لم يشترط للإيجاب على العاقلة حضورهم بل الذى اشترط فيه الحضور إنما هو القسامة كما مر فى مسئلة الدار اهـ تأمل :

(وفى مسجد محلة وشارعها) الخاص بأهلها كما أفاده ابن كمال مستندا للبدائع وقد حققه منلا خسرو وأقره المصنف (على أهلها وسوق مملوك على الملاك) وعند أبي يوسف على السكان ملتقى (و فى غيره) أى غير المملوك (والشارع الأعظم) هو النافذ (والسجن والجامع) وكل مكان يكون التصرف فيه لعامة المسلمين لا لواحد منهم ولا لجماعة يحصون (لا قسامة) ولا دية على أحد ابن كمال (و) إنما (الدية على بيت المال) لأن الغرم بالغنم ثم إنما تجب الدية فيما لو ذكر على بيت المال (إن كان نائيا) أى بعيدا (عن المحلات وإلا) يكن نائيا بل قريبا منها (فعلى أقرب المحلات إليه) الدية والقسامة لأنه محفوظ بحفظ أهل المحلة ، فتكون القسامة والدية على أهل المحلة

فكذا هنا ، وأما عندهما ففى المحلة السكان لا يشاركون الملاك ، لأن تدبير المحلة إلى الملاك دون السكان ، وفى السفينة هم فى تدبيرها سواء ، لأنها تنقل فالمعتبر فيها اليد دون الملك كالدابة وهم فى اليد عليها سواء ، بخلاف المحلة والدار لأنها لا تنقل كفاية (قوله وفى مسجد محلة) ومثله مسجد القبيلة قال فى التاتارخانية عن المنتقى إن كان فى مسجد لقبيلة ، فهو على عاقلة القبيلة ، وإن كان لا يعلم لمن المسجد وإنما يصلى فيه غرباء : فإن كان يعلم الذى اشتراه وبناه كان على عاقلته القسامة والدية ، وإن كان لا يعرف الذى بناه كان على أقرب الدور منه ، وإن كان فى درب غير نافذ ومصلاه واحد كان على عاقلة أصحاب الدور الذين فى الدرب ، وإذا وجد القتيل فى قبيلة فيها عدة مساجد ، فهو على القبيلة وإن لم تكن قبيلة فهو على أصحاب المحلة وأهل كل مسجد محلته اهـ (قوله الخاص بأهلها) وهو غير النافذ كما يعلم من قوله فى الشارع الأعظم هو النافذ (قوله وقد حققه ابن كمال الخ) إعلم أن منلا خسرو رحمه الله تعالى قسم فى الدور الطريق إلى قسمين : خاص ، وهو غير النافذ ، وعام : وهو النافذ وهو قسمان أيضا شارع المحلة ، وهو ما يكون المرور فيه أكثريا لأهلها وقد يكون لغيرهم أيضا : والشارع الأعظم ، وهو ما يكون مرور جميع الطوائف فيه على السوية ، وأقره المصنف فى المنح ونازعه ابن كمال وكذا الشرنبلالى بأنه غير مسلم بل الحمل الصحيح أن يراد بشارع المحلة الخاص بأهلها ، وهو ما ليس نافذ الآن لزوم القسامة والدية باعتبار ترك التدبير والحفظ ، ولا يكون إلا مع الخصوص بالتصرف فى المحل ولذا قال فى البدائع : ولا قسامة فى قتيل يوجد فى مسجد الجامع ، ولا فى شوارع العامة وجسورها لأنه لم يوجد الملك ولا يد الخصوص اهـ وبه تعلم ما فى قول الشارح وقد حققه منلا خسرو (قوله والجامع) هذا إذا لم يعرف باليه وإلا فالقسامة عليه ، والدية على عاقلته قهستانى

وفى التاتارخانية عن المنتقى : وجد فى المسجد الجامع ولا يدرى قاتله أو زحمه الناس يوم الجمعة فقتلوه ، ولا يدرى من هو فعلى بيت المال كما يكون على أهل المحلة لو وجد فيها ، وكذلك لو قتله رجل بالسيف ولا يدرى من هو فعلى بيت المال (قوله لا قسامة) لأن هذا أمر يقع فى الليل عادة ولا يكون هناك أحد يحفظه والقسامة تجرى فى موضع يتوهم وجود من يعرف قاتله أفاده الإتقانى (قوله وإنما الدية على بيت المال) وتؤخذ فى ثلاث سنين ، لأن حكم الدية التأجيل كما فى العاقلة ، فكذلك غيرهم ألا ترى أنها تؤخذ من مال المقر بقتل الخطأ فى ثلاث سنين اهـ اختيار (قوله لأن الغرم بالغنم) أى لما كان عامة المسلمين هم المنتفعون بالمسجد الجامع والسجن ، والشارع الأعظم كان الغرم عليهم ، فيدفع من مالهم الموضوع لهم فى بيتهط (قوله فيما ذكر) يشمل الشارع الأعظم والسجن والجامع ، والذى رأيته فى شروح الهداية ذكر هذا القيد أعنى قوله : إذا كان نائيا فى السوق الغير المملوك ، والظاهر الإطلاق لما تقدم من أنه لو وجد فى فلاة غير مملوكة فالمعتبر القرب ، لكن فى الطورى عن الملتقى ، ولو وجد القتيل فى المسجد الحرام من غير زحام الناس ، فالدية فى بيت المال من غير قسامة اهـ فإن المسجد الحرام غير ناء عن المحلات وكذا السجن عادة فليتأمل (قوله بل قريبا منها) الظاهر أن المعتبر فى سماع الصوت

وكذا فى السوق النائى إذا كان من يسكنها فى الليالى ، أو كان لأحد فيها دار مملوكة تكون القسامة والدية عليه لأنه يلزمه صيانة ذلك الموضع ، فيوصف بالتقصير ، فيجب عليه موجب التقصير كما فى العناية معزيا للنهاية د

قلت : وبه أفتى المرحوم أبو السعود أفندى مفتى الروم ، واعتمده المصنف وإن خلا عنه المتون ، لأنه مصرح به فى غالب الفتاوى والشروح فليحفظ (ويهدر لو) وجد (فى برية أو وسط الفرات) إذا كان يمر به الماء لا محتبسا كما سيجىء إذ لا يد لأحد وقيل : إذا كان موضع انبعاثه فى دار الإسلام تجب الدية فى بيت المال لأنه فى أيدى المسلمين ابن كمال (وفى نهر صغير) هو ما يستحق به الشفعة (على أهله) لاختصاصهم به (ولو كانت البرية مملوكة) أو وقفا (لأحد) كما مر وسيجىء (أو كانت قريبة من القرية) أو الأخبية أو الفسطاط بحيث يسمع منه الصوت (تجب على المالك) أو ذى اليد (أو على أهل القرية) أو أقرب الأخبية زيلعى (ولو محتبسا بالشط) أو بالجزيرة أو مربوطا أو ملقى على الشط (فعلى أقرب) المواضع إليه من القرى والأمصار زاد فى الخانية والأراضى وأقره المصنف (إذا كان يصل صوت أهل الأرض والقرى إليه وإلا لا) كما مر

(قوله وكذا فى السوق النائى الخ) استثناء فى المعنى من قوله : إذا كان نائيا أى أن الدية على بيت المال فى السوق النائى إلا إذا كان فيها من يسكنها ليلا الخ ، وأفاد أنه لا عبرة بسكنى النهار تأمل والسوق مؤنثة وتذكر كما فى القاموس (قوله موجب التقصير) بفتح الجيم هو القسامة والدية ط (قوله معزيا للنهاية) وعزاه فيها إلى مبسوط فخر الإسلام ، ومثله فى الكفاية والمعراج ، وعزاه الإتقانى إلى شرح الكافى (قوله قلت وبه) أى بما فى المتن من الوجوب على أقرب المحلات

أقول : وهو الموافق لما تقدم تقريره من أن المعتبر أولا الملك واليد الخاصة ثم القرب ثم اليد العامة (قوله فى برية) أى غير مملوكة ولا قريبة من قرية أو نحوها كما يعلم مما بعده وغير منتفع بها لعامة المسلمين ، وإلا فعلى بيت المال كما مر (قوله أو وسط الفرات) ليس بقيد بل المراد مروره فى نهر كبير احترازا عن الصغير ، وعما لو كان محتبسا فى الشط أو مربوطا أو ملقى على الشط أفاده ابن كمال وغيره ويعلم مما بعده (قوله ابن كمال(١)) وتمام عبارته بخلاف ما إذا كان موضع انبعاثه فى دار الحرب ، لأنه يحتمل أن يكون قتيل أهل الحرب اهـ وعزاه إلى الكرخى جازما به ، ولم يعبر عنه بقيل كما فعل الشارح ، وكذا جزم به القهستانى ، وعزاه شراح الهداية إلى مبسوط شيخ الإسلام وغيره ، لكن قال العلامة الإتقانى : أنه ليس بشىء لأنه خلاف ما نص عليه محمد فى الأصل والجامع الصغير والطحاوى وغيره ، حيث لم يعتبروا ذلك ، ولأن الفرات ونحوه ليس فى ولاية أحد ، فلم يلزم حفظه على أحد ، وإلا لزم اعتبار ذلك فى المفازة البعيدة أيضا ، لأنه قتيل المسلمين لا محالة اهـ ملخصا

قلت والمراد بموضع انبعاثه موضع انفجاره ونبعه (قوله على أهله) أى تجب القسامة والدية عليهم هداية أى عاقلتهم إتقانى تأمل (قوله أو وقفا لأحد) أى لأرباب معلومين (قوله فعلى أقرب المواضع الخ) عبارة الإمام محمد كما نقله الإتقانى ، فعلى أقرب القبائل إلى ذلك الموضع من المصر القسامة والدية اهـ والظاهر أن القرية كذلك لو فيها قبائل ، وإلا فأقرب البيوت

وفى البزازية : سئل محمد فيما وجد بين قريتين هل القرب معتبر بالحيطان أو الأراضى : قال : الأراضى ليست فى ملكهم وإنما تنسب إليهم كما تنسب الصحارى فعلى أقربهما بيوتا اهـ (قوله والأراضى) أى المملوكة لأن حكمها حكم البنيان يجب على أهلها حفظها وحفظ ماقرب إليها رحمتى (قوله وإلا لا) أى وإن لم يصل الصوت لا يجب على أهل الأرض والقرى ، بل ينظر إن وجد القتيل فى موضع ينتفع به العامة ففى بيت المال وإلا فهدر

---

(١) (قول المحشى قوله وقد حققه ابن كمال) لعل صوابه كما أفاده ابن كمال الخ أى كما يدل عليه كلامه آخر القولة فليفهم .

(وإن التقى قوم بالسيوف فأجلوا) أى تفرقوا (عن قتيل فعلى أهل المحلة) لأن حفظها عليهم (إلا أن يدعى الولى على أولئك أو) يدعى (على) بعض (معين منهم) فلم يكن على أهل المحلة شيء ولا على أولئك حتى يبرهن، لأن بمجرد الدعوى لايثبت الحق ويبرى أهل المحلة لأن قوله حجة عليه (ومستحلف) على صيغة اسم المفعول:

(قال قتله زيد حلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير زيد) ولا يقبل قوله فى حق من يزعم أنه قتله (وبطل شهادة بعض أهل المحلة بقتل غيرهم) خلافا لهما (أو) بقتل (واحد منهم) بعينه للتهمة (ومن خرج فى حى فنقل) منه (فبقى ذا فراش حتى مات فالدية والقسامة على) ذلك (الحى) خلافا لأبى يوسف فلو معه جريح به رمق فحمله آخر لأهله فمكث مدة فمات لم يضمن عند أبى يوسف، وفى قياس قول أبى حنيفة

كما مر (قوله وإن التقى قوم بالسيوف الخ) هذا إذا اقتتلوا عصبية؛ وإلا فلا شيء فيه كما يأتى آخر الباب مع الفرق بينهما (قوله على أولئك) أى القوم وكان التعبير به كما فى الملتقى أظهر (قوله منهم) أى القوم (قوله حتى يبرهن) أى بإقامة شاهدين من غير أهل المحلة لا منهم كما يأتى قريبا (قوله لأن بمجرد الخ) علة لقوله ولا على أولئك (قوله لأن قوله حجة عليه) لأن دعواه تضمنت براءة أهل المحلة (قوله حلف بالله الخ) يعنى لا يسقط اليمين عنه بقوله قتله فلان، غاية ما فى الباب أنه استثنى عن يمينه، وهذا لاينافى أن يكون المقر شريكه فى القتل، أو أن يكون غيره شريكا معه و فإذا كان كذلك يحلف على أنه ما قتله ولا عرف له قاتلا غير فلان عناية (قوله ولا يقبل الخ) أشار إلى أنه ليست فائدة الاستثناء قبول قوله على زيد (قوله وبطل الخ) أى إذا ادعى الولى على رجل من غير أهل المحلة، وشهد اثنان منهم عليه لم تقبل عنده؛ وقالا تقبل لأنهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء، وقد بطل ذلك بدعواه على غيرهم كالوكيل بالخصومة إذا عزل قبلها وله أنهم جعلوا خصماء تقديرا لإنزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم، وإن خرجوا من جملة الخصوم، فلا تقبل كالوصى إذا خرج من الوصاية ببلوغ الغلام أو بالعزل، وتمامه فى العناية وغيرها وأما لو ادعى الولى على واحد منهم بعينه، لم تقبل شهادتهما عليه إجماعا كما فى الملتقى لأن الخصومة قائمة مع الكل، لأن القسامة لم تسقط عنهم قال فى الخيرية إلا فى رواية ضعيفة عن أبى يوسف لا يعمل بها

[تنبيه] نقل الحموى عن المقدسى أنه قال: توقفت عن الفتوى بقول الإمام، ومنعت من إشاعته لما يترتب عليه من الضرر العام، فإن من عرفه من المتمردين يتجاسر على قتل الانفس فى المحلات الخالية من غير أهلها معتمدا على عدم قبول شهادتهم عليه حتى قلت: ينبغى الفتوى على قولهما لا سيما والأحكام تختلف باختلاف الأيام وقد خير المفتى إذا كان الصاحبان متفقين وتمامه فى حاشية الرحتى، ونقله السائحانى

أقول: لكن فى تصحيح العلامة قاسم أن الصحيح قول الإمام، على أن الضرر المذكور موجود فى المسألة الثانية أيضا، وقد علمت الاتفاق فيها إلا فى رواية ضعيفة نعم القلب يميل إلى ما ذكر، ولكن اتباع النقل أسلم (قوله ومن جرح فى حى) يعنى ولم يعلم الجارح، وإلا فلا قسامة بل فيه القصاص على الجارح أو الدية على عاقلته عناية (قوله فبقى ذا فراش) أشار إلى أنه صار ذا فراش حين جرح، فلو كان صحيحا بحيث يجيء، ويذهب فلا ضمان فيه بالاتفاق كما فى العناية (قوله فالدية والقسامة على ذلك الحى) لأن الجرح إذا اتصل به الموت صار قتلا، ولهذا وجب القصاص وتمامه فى العناية (قوله خلافا لأبى يوسف) أى قال لا ضمان ولا قسامة، لأن ما حصل فى ذلك الحى مادون النفس ولا قسامة فيه فصار كما إذا لم يكن ذا فراش شرنبلالية (قوله فلو معه) أى مع رجل (قوله به رمق) هو بقية الروح إتقانى فلو كان يذهب ويجيء فلا شيء فيه كفاية (قوله فحمله آخر)

يضمن (وفى رجلين بلا ثالث وجد أحدهما قتيلا ضمن الآخر) لأن الظاهر أن الإنسان لا يقتل نفسه (ديته) عند أبي حنيفة (١) : خلافا لمحمد (وفى قتيل قرية لامرأة كرر الحلف عليها وتدى عاقلتها) وعند أبي يوسف القسامة على العاقلة أيضا قال المتأخرون والمرأة تدخل فى التحمل مع العاقلة فى هذه المسألة كذا فى الملتقى ، وهو الأصح

صوابه إسقاط لفظة آخر (٢) وعبارة الملتقى : ولو مع الجريح رجل فحمل ومات فى أهله فلا ضمان على الرجل عند أبي يوسف ، وفى قياس قول الإمام يضمن اهـ وقد صرح فى الولوالجية بأن هذا بناء على ما إذا كان جريحا ذا قبيلة ثم مات فى أهله اهـ وبه علم أن الكلام فى الرجل الذى وجد فى يده الجرح فتدبر (قوله يضمن) لأن يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا فى يده كوجوده فيها هداية ، فتجب القسامة عليه والدية على عاقلته ، فكأنه حمله مقتولا إتقانى ، وقدم فى الملتقى قول أبي يوسف كالشارح فظاهره اختياره (قوله وفى رجلين) أى كانا فى بيت كما فى الهداية قال الرملى : وفى امرأتين وامرأة ورجل كذلك ، وإذا لم يكن معه أحد فالقسامة والدية على عاقلة المالك اهـ (قوله بلا ثالث) إذ لو كان معهما ثالث يقع الشك فى القاتل فلا يتعين واحد منهما كفاية : وقال الرملى : قيد به لأنه لو وجد ثالث كان كالدار اهـ أى فتجب على المالك .

أقول : ومفاد (٣) هذه المسألة تقييد ما مر من قوله : وإذا وجد فى دار إنسان ، فعليه القسامة الخ بما إذا لم يكن مع القتيل رجل آخر وكذا قوله قبله ، وإن وجد فى مكان مملوك ، فعلى الملاك وإلا فكان الظاهر هنا وجوب الضمان على صاحب البيت الذى فيه الرجلان ، ولم أر من نبه على ذلك فليتأمل : ثم رأيت فى الدر المنتقى بعد ذكره قول أبي يوسف ، وقول محمد قال : وفى قياس قول الإمام تكون القسامة والدية على صاحب البيت اهـ ومثله فى القهستانى ، وبه زال الإشكال لكن بقى أنه يقال أنهم مشوا على قول الإمام فى المسائل المارة ، حيث اعتبروا الملاك ، فلم مشى هنا فى الهداية والملتقى ، وغيرهما على قول أبي يوسف ، ولعله لعدم رواية عنه فى هذه المسألة بدليل قوله وفى قياس قول الإمام فتأمل (قوله خلافا لمحمد) حيث قال : لا يضمن لأنه يحتمل أنه قتل نفسه ، ويحتمل أنه قتله الآخر ، فلا يضمن بالشك هداية قال الرملى : يعنى فالقسامة والدية على مالك البيت أعنى عاقلته تنبه اهـ وقدمنا أن هذا هو قياس قول الإمام فتأمل . وقال الرملى أيضا : وعندى أن قول محمد أقوى مدركا إذ قد يقتله غير الثانى وكثيراً ما وقع (قوله وفى قتيل قرية) الإضافة على معنى فى (قوله وتدى عاقلتها) أى أقرب القبائل إليها نسبا لا جوارا إتقانى (قوله فى هذه المسألة) قيد به ، لأن المرأة لا تدخل فى العواقل فى تحمل الدية فى صورة من الصور على ما يجىء فى المعاقل ، وتدخل فى هذه المسألة لأنا جعلناها قاتلة ، والقاتلة تشارك العاقلة ،

---

(١) (قول الشارح عند أبي حنيفة الخ) فى نسخة أخرى : عند أبي يوسف بدل أبي حنيفة وهى ظاهرة وعليها المعول اهـ .

(٢) (قوله صوابه إسقاط لفظة آخر) لأن المعنى عليه وقد وجد جريح فيه رجل به رمق فحمله رجل آخر ثم مات وإذا كان كذلك لا يصح قوله وعلى قياس أبي حنيفة الخ لأن هذا الحامل الثانى بمنزلة الحامل من المحلة وهو لا يضمن . ثم قال شيخنا : قد ذكرت العبارة هكذا فى كثير من المعتبرات ويبعد خطؤهم فينبغى أن يراد بالحامل هو من وجد الجريح فى يده بدليل تعليل منلا خسرو بقوله لأنه بمنزلة المحلة والذى يقال فيه كذلك ليس إلا من وجد الجريح فى يده وهو يسمى حاملا أيضا ومثله تعليل الهداية فحيث أمكن حملها على وجه صحيح لا يكون للتصويب محل اهـ .

(٣) (قوله ومفاده الخ) لا يظهر التقييد إلا لو كان أبو حنيفة يوجب الدية فى هذه المسألة على من مع القتيل ، وسيصرح فى آخر عبارته بأنه لا رواية عن الإمام فيها ، وقياس قوله وجوب الدية على صاحب البيت فهذا صريح فى أن وجوب الدية على من مع القتيل ليس قول الإمام ، فلا يصح أن يكون تقييدا لمذهبه ، ولا يصح أيضا أن تكون المسألة مفرعة على قول الثانى لما أنه يعتبر السكان قلوا أو كثروا فيضيع قوله بلا ثالث . وأصل الخلاف فى اعتبار الساكن فقال أبو حنيفة : لا يعتبر إلا المالك وقال الثانى : المعتبر الساكن ثم قال شيخنا هل الإمام يعتبر المالك عند عدم التهمة الظاهرة فإذا وجدت التهمة الظاهرة يعتبر الساكن وهى لا توجد إذا كان مع القتيل واحد فقط ولا يدل فى هذا قول المحشى وقياس قول أبي حنيفة الخ تأمل اهـ .

ذكره الزيلعي (وإن وجد) قتيل في دار نفسه فالدية على عاقلة ورثته) عند أبي حنيفة (وعندهما وزفر لا شيء فيه) أي في القتيل المذكور (وبه يفتى) كذا ذكره منلا خسرو تبعا لما رجحه صدر الشريعة، وتبعهما المصنف وخالفهم ابن الكمال فقال: لما أن الدار في يده حين وجد الجرح فيجعل كأنه قتل نفسه فيكون هدرا وله أن القسامة إنما تجب بظهور القتيل، وحال ظهوره الدار لورثته فديته على عاقلتهم لا يقال العاقلة إنما يتحملون ما يجب على الورثة تخفيفا لهم ولا يمكن الإيجاب على الورثة للورثة، لأن الإيجاب ليس للورثة بل للقتيل حتى تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبي والمعتوه إن قتل أباه تجب الدية على عاقلته وتكون له ميراثا فتنبه (ولو وجد في أرض موقوفة أو دار كذلك) يعني موقوفة (على أرباب معلومة فالقسامة

لأنها لما وجبت على غير المباشر فعلى المباشر أولى، وموضوع المسألة فيما إذا وجد قتيل في دار امرأة في مصر ليس فيه من عشيرتها أحد أما إذا كانت عشيرتها حضورا تدخل معها في القسامة اه كفاية (قوله وإن وجد قتيل الخ) هذا في الحر أما المكاتب إذا وجد قتيلا في دار نفسه فهدر اتفاقا لأن حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه لأن الكتابة لا تنفسخ إذا مات عن وفاء فجعل كأنه قتل نفسه فيها فيهدر دمه عناية وغرر الأفكار، ثم هذا حيث لم يعلم أن اللصوص قتلته لما في البدائع من باب الشهيد في الجنائز، لو نزل عليه اللصوص ليلا في المصر، فقتل بسلاح أو غيره فهو شهيد، لأن القتيل لم يخلف بدلا هو مال اه

قال في البحر هناك: وبهذا يعلم أن من قتله اللصوص في بيته ولم يعلم له قاتل معين منهم، لعدم وجودهم فإنه لا قسامة، ولا دية على أحد لأنهما لا يجبان إلا إذا لم يعلم القاتل، وهنا قد علم أن قاتله اللصوص، وإن لم يثبت عليهم لفرارهم، فليحفظ هذا فإن الناس عنه غافلون اه

أقول: ويشمل أيضا من قتله اللصوص في غير بيته فتأمل (قوله فالدية على عاقلة ورثته) وقيل على عاقلته إذا اختلفت عاقلته وعاقلة ورثته، والأول أصح كما في الكفاية عن المبسوط قال في العناية: ولم يذكر القسامة في الأصل فمنهم من قال: لا تجب ومنهم من قال تجب واختاره المصنف اه أي صاحب الهداية (قوله وعندهما الخ) هو رواية عن الإمام أيضا إتقاني (قوله تبعا لما رجحه صدر الشريعة) حيث قال: والحق هذا لأن الدار في يده حال ظهور القتل، فيجعل كأنه قتل نفسه فكان هدرا، وإن كانت الدار للورثة فالعاقلة إنما يتحملون الخ قال الرملي: وفي الحاوي القدسي وبه أي بقولهما نأخذ اه (قوله وخالفهم ابن الكمال) حيث جزم في متنه بقول الإمام ولم يعرج على ما ذكره صدر الشريعة بل رد ما استند إليه بقوله لا يقال المشعر بالسقوط رأسا وكذا تبع الهداية وشروحها في تأخير دليل الإمام المتضمن انتقض دليلهما مع دفع ما يرد عليه وكيف لا والمتون على قوله فافهم (قوله ولا يمكن الإيجاب على الورثة) أي نظرا إلى الأصل فإن ما لزم العاقلة ليس بطريق الإيجاب عليهم إبتداء بل بطريق التحمل وإنما أصل الإيجاب على الورثة، كما أفاده بقوله إنما يتحملون الخ، وقيل: إنه على العاقلة إبتداء وهو خلاف الصحيح كما قدمناه في الجنايات في فصل في الفعلين (قوله لأن الإيجاب ليس للورثة الخ) جواب قوله لا يقال وفي هذا جواب عما ذكره الشارح قبل ورقة بقوله: وقد يقال لما كان هو انفسه لا يدى فغيره بالأولى لقوة الشبهة اه فيقال إذا كان الإيجاب لنفسه أصالة فكيف يدى عنها فلا شبهة أصلا (قوله حتى تقضى منه الخ) أي من الواجب المفهوم من الإيجاب، وأجاب الإتقاني أيضا بأن العاقلة أعم من أن تكون ورثة أو غير ورثة فما وجب على غير الورثة من العاقلة يجب للورثة منهم، وهذا لأن عاقلة الرجل أهل ديوانه عندنا اه (قوله فتنبه) أي لوجه المخالفة

والدية على أربابها) لأن تدبيره إليهم (وإن كانت) الأرض أو الدار (موقوفة على المسجد فهو كما لو وجد فيه) أى فى المسجد زيلعى ودرر وسراجية وغيرها وقد قدمناه .

قلت : والتقييد بكون الأرباب الموقوف عليهم معلومين ليخرج غير المعلومين كما لو كان وقفا على الفقراء والمساكين فإن الظاهر أن الدية تكون فى بيت المال ، لأنه حينئذ يكون من جملة ما أعد لمصالح المسلمين فأشبه الجامع قاله المصنف بحثا (ولو وجد فى معسكر فى فلاة غير مملوكة ففى الخيمة والفسطاط على من يسكنهما وفى خارجهما) أى الخيمة والفسطاط (إن كانوا) أى ساكنوا خارجها (قبائل فعلى قبيلة وجد القتيل فيها ولو بين القبيلتين كان) حكمه (كما) مر (بين القريتين) ولو نزلوا جملة مختلفين فعلى كل العسكر ولو كانوا قد قاتلوا عدوا فلا قسامة ولادية ملتقى (ولو) كانت الأرض التى نزل بها العسكر (مملوكة فعلى المالك) بالإجماع لأنهم سكان ولا يزاحمون المالك فى القسامة والدية درر لكن فى الملتقى خلافا لأبى يوسف فتنبه (و) فيها (لو وجد فى قرية لأيتام لم يكن على الأيتام قسامة وهى على عاقلتهم) لأنهم ليسوا من أهل اليمين (وإن كان فيهم مدرك فعليه) لأنه من أهل اليمين والوجية .

[فروع] لو وجد فى دار صبى أو معتوه فعلى عاقلتهما ، ولو فى دار ذمى حلف خمسين ويدى من ماله

الصدر الشريعة وغيره وهى ظاهرة (قوله على أربابها) الظاهر أن الدية تتحملها عنهم العاقلة تأمل (قوله فهو كما لو وجد فيه) فالموجود فى وقف مسجد محلة أو مسجد الجامع كالموجود فيهما ، وحكمهما قد تقدم رملى (قوله قاله المصنف بحثا) وأقره الرملى وقال وقد تقرر أن مفهوم التصانيف حجة (قوله ولو وجد فى معسكر فى فلاة) أحسن من قول الهداية فى معسكر : أقاموا فى فلاة لأن المعسكر بفتح الكاف منزل العسكر وهو الجند فكان حقه أن يقال : فى عسكر كما قاله الإتقانى أما هنا فيصح إرادة المكان (قوله ففى الخيمة والفسطاط) أى فلو وجد القتيل فى الخيمة والفسطاط وهو الخيمة العظيمة مغرب (قوله على من يسكنهما) أى القسامة والدية لأنهما فى يده كما فى الدار زيلعى (قوله وفى خارجهما الخ) عبارة الزيلعى ، وإن كان خارجا منها ينظر فإن كانوا نزلوا قبائل متفرقين فعلى القبيلة التى وجد فيها القتيل الخ ، فالمراد كون القتيل خارج الخيمة ، والفسطاط لا العسكر فإنه غير منظور إلى كونهم فى الخارج أو الداخل ، فقول الشارح تبعا للمنح والدرر أى ساكنو خارجها فيه نظر فتدبر (قوله فعلى قبيلة الخ) لأنهم لما نزلوا قبائل قبائل فى أماكن مختلفة صارت الأمكنة بمنزلة المحال المختلفة فى المصر زيلعى (قوله كما مر بين القريتين) أى على أقربهما وإن استووا فعليهما زيلعى (قوله مختلفين) أى مختلطين (قوله فعلى كل العسكر) أى تجب غرامة ماوجد خارج الخيام عليهم كلهم زيلعى (قوله فلا قسامة ولا دية) لأن الظاهر أن العدو قتله حملا للمسلمين على الصلاح ، بخلاف المسألة المارة : وهى ما إذا اقتتل المسلمون عصبية فأجلوا عن قتيل ، فليس فيها جهة الحمل على الصلاح ، فبقى حال القتل مشكلا ، فأوجبنا القسامة والدية على أهل ذلك المكان لورود النص بإضافة القتل إليهم عند الاشكال وكان العمل بما ورد فيه النص أولى عند الاحتمال أفاده فى العناية (قوله لكن فى الملتقى) استدراك على قوله بالإجماع ، وفى الهداية كما فى الملتقى ، وهو الموافق لما مر عن أبى يوسف فى المحلة والدار من أن السكان يشاركون الملاك ، وعلى ما فى الدرر يحتاج أبو يوسف إلى الفرق ، وقد ذكره الزيلعى بأن نزول العسكر هنا للارتحال ، فلا يعتبر والنزول فى الدار للقرار فيعتبر (قوله وفيها) انظر مامرجع الضمير فإنى لم أر المسألة فى الدرر ولا فى الملتقى (قوله وهى على عاقلتهم) وكذا الدية وهو ظاهر ط (قوله فعليه) أى القسامة والدية ط عن الهندية .

والظاهر أن الدية تتحملها عنه عاقلته ، وهل عليه الكل أو تقسم على الرءوس كما مر فى الدار المشتركة بمجرد

ولو تعاقلوا ، فعلى العاقلة ولو مر رجل فى محلة فأصابه سهم أو حجر ولم يدر من أين ومات منه فعلى أهل المحلة القسامة والدية سراجية .

وفى الخانية : وجد بهيمة أو دابة مقتولة فلا شىء فيها وإن وجد مكاتب أو مدبر أو أم ولد قتيلا فى محلة فالقسامة والقيمة على عواقلهم فى ثلاث سنين ، ولو وجد العبد قتيلا فى دار مولاه فهدر إلا مديونا فقيمته على مولاه لغرمائه حالة وإلا مكاتبا فقيمته على مولاه مؤجلة ولو وجد المولى قتيلا فى دار مأذونه مديونا أولا فعلى عاقلة المولى ولو وجد الحر قتيلا فى دار أبيه أو إماه أو المرأة فى دار زوجها فالقسامة والدية على العاقلة ولا يحرم من الميراث اهـ .

كتاب المعاقل

(هى جمع معقل) بفتح فسكون فضم (وهى الدية) وتسمى عقلا لأنها تعقل الدماء من أن تسفك أى تمسكه ومنه العقل لأنه يمنع القبائح (والعاقلة أهل الديوان)

ثم رأيت فى غاية البيان عن شرح الكافى أن القسامة على المدرك ، وتكرر اليمين عليه لأنه من أهل ذلك ، وعلى أقرب القبائل منهم الدية فى الوجهين وتمامه فيها (قوله ولو تعاقلوا) أى أهل الذمة (قوله فلا شىء فيها) أى لا غرامة ولا قسامة لورود النص فى الآدمى على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره (قوله فى دار مولاه) أما فى غير ملك مولاه فتجب القسامة والدية شرنبلالية وتؤخذ القيمة فى ثلاث سنين كما قدمه الشارح (قوله فقيمته على مولاه الخ) أى فى ماله لأن حق الغرماء كان متعلقا بماليته وجعلناه كأنه أهلكه ولوالجية (قوله على مولاه) أى دون العاقلة خانية (قوله مؤجلة) أى فى ثلاث سنين تقضى منها كتابته ويحكم بحريته وما بقى يكون ميراثا عنه لورثته خانية (قوله فعلى عاقلة المولى) أى الدية والقسامة ط عن الهندية (قوله فالقسامة والدية على العاقلة) أى عاقلة رب الدار وعبارة الخانية ففيه القسامة والدية على العاقلة ، والظاهر أن قوله : والدية على العاقلة جملة مستأنفة ، وأن القسامة على رب الدار إلا أن يحمل على أن عاقلته حاضرون ، فتكون عليه وعليهم ، وفى الولوالجية : وإذا وجد الرجل قتيلا فى دار الأب أو الأخ فالدية على عاقلته وإن كان هو الوارث اهـ والله أعلم

كتاب المعاقل

كذا ترجم فى عامة المعتبرات وفيه أنه إذا كانت جمع معقلة : وهى الدية لزم التكرار ، لأن أقسام الديات مر مستوفى والمقصود هنا بيان من تجب عليهم الدية بأنواعهم وأحكامهم وهم العاقلة فالمناسب أن يترجم بالعواقل لأنه جمع عاقلة طورى وشرنبلالية (قوله جمع معقلة) كمكارم جمع مكرمة (قوله لأنها تعقل الدماء من أن تسفك) أو لأن الإبل كانت تعقل بفناء ولى المقتول ثم عم هذا الاسم ، فسميت الدية معقلة ، وإن كانت دراهم أو دنانير إتقانى (قوله أى تمسكه) الأولى تمسكها وفى بعض النسخ بدون ضمير (قوله والعاقلة أهل الديوان) قال فى المغرب الديوان الجريدة من دون الكتب إذا جمعها ، لأنها قطع من القراطيس مجموعة

ويروى أن عمر أول من دون الدواوين أى رتب الجرائد للولاة والقضاة ويقال فلان من أهل الديوان أى ممن أثبت اسمه فى الجريدة اهـ

وفى غاية البيان عن كافى الحاكم بلغنا عن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه أنه فرض المعاقل على أهل الديوان ، وذلك لأنه أول من فرض الديوان ، وجعل العقل فيه ، وكان قبل ذلك على عشيرة الرجل فى أموالهم

وهم العسكر وعند الشافعي : أهل العشيرة وهم العصبات (لمن هو منهم فيجب عليهم كل دية وجبت بنفس القتل) خرج ما انقلب مالا بصلح أو بشبهة كقتل الأب ابنه عمدا فديته في ماله كما مر في الجنايات (فتؤخذ من عطاياهم) أو من أرزاقهم والفرق بين العطية والرزق أن الرزق ما يفرض في بيت المال بقدر الحاجة والكفاية مشاهرة أو مياومة والعطاء ما يفرض في كل سنة لا بقدر الحاجة بل بصبره وعنائه في أمر الدين (في ثلاث سنين) من وقت القضاء وكذا ما يجب في مال القاتل عمدا بأن قتل الأب ابنه يؤخذ في ثلاث سنين عندنا وعند الشافعي تجب حالا (فان خرجت العطايا في أكثر من ثلاث أو أقل تؤخذ منه) لحصول المقصود (وإن لم يكن) القاتل (من أهل الديوان فعاقلته قبيلته) وأقاربه

ولم يكن ذلك منه تغييرا لحكم الشرع ، بل تقريرا له لأنه عرف أن عشيرته كانوا يتحملون بطريق النصرة فلما كان التناصر بالرايات جعل العقل عليهم ، حتى لا يجب على النسوان والصبيان لأنه لا يحصل بهم التناصر اه .

وفي المعراج طعن بعض الملحدين وقال لا جناية من العاقلة ، فيكون في مال القاتل لقوله تعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى . قلنا إيجابها عليهم مشهور ثبت بالأحاديث المشهورة ، وعليه عمل الصحابة والتابعين ، فيزاد به على الكتاب على أن العاقلة يتحملون باعتبار تقصيرهم وتركهم حفظه ومراقبته وخصوا بالضم ، لأنه إنما قصر لقوته بأنصاره فكانوا هم المقصرين ، وكانوا قبل الشرع يتحملون عنه تكرما واصطناعا بالمعروف ، فالشرع قرر ذلك وتوجد هذه العادة بين الناس فإن من لحقه خسران من سرقة أو حرق يجمعون له مالا لهذا المعنى اه ملخصا (قوله وهم العسكر) أي المراد بهم هنا العسكر قال في الدر المنتقى : فالنساء والذرية ممن له حظ في الديوان وكذا المجنون لا شيء عليهم من الدية ، واختلف في دخولهم لو باشروا القتل مع العاقلة في الغرامة ، والصحيح أنهم يشاركون العاقلة كما في الشرنبلالية عن التبيين اه (قوله لمن هو منهم) أي يعقلون لقاتل هو منهم قال في غرر الأفكار فإن كان غازيا فعاقلته من يرزق من ديوان الغزاة ، وإن كان كاتبا فعاقلته من يرزق من ديوان الكتاب اه وقيده في الدر المنتقى كالقهستاني بكونه من أهل مصرهم ، لا من مصر آخر وقيل مطلقا

قلت : وفي الهداية ولا يعقل أهل مصر لأهل مصر آخر إذا كان لأهل مصر ديوان على وحدة ، وقال الإتقاني وهذا إذا كان ديوان كل واحد من المصرين مختلفا لأنه لم يوجد التناصر بينهما حينئذ ، وأما إذا كان ديوانهما واحدا وكان الجاني من أهل ديوان ذلك المصر الآخر يعقل عنه أهل ذلك المصر (قوله خرج ما انقلب مالا الخ) أي خرج القتل الذي انقلب موجبه إلى المال بعارض صلح أو شبهة فإنه لم يجب بنفس القتل فلا تتحمله العاقلة كما يأتي (قوله فتؤخذ من عطاياهم أو من أرزاقهم) أي لا من أصول أموالهم .

قال في الهداية : ولو كانت عاقلة رجل أصحاب الرزق يقضى بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين ، لأن الرزق في حقهم بمنزلة العطاء ثم ينظر إن كانت تخرج أرزاقهم في كل سنة ، فكلما خرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء أو في كل ستة أشهر يؤخذ منه سدس الدية أو في كل شهر يؤخذ بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث ، وإن كان لهم أرزاق في كل شهر وأعطية في كل سنة فرضت في الأعطية لأنه أيسر ، لأن الأعطية أكثر والرزق لكفاية الوقت فتعسر الأداء منه اه (قوله والفرق الخ) وقيل العطية ما يفرض للمقاتل والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين إذا لم يكونوا مقاتلين ونظر فيه الإتقاني (قوله في ثلاث سنين) اعلم أن الواجب إذا كان ثلث الدية ، أو أقل يجب في سنة واحدة ، وما زاد على الثلث إلى تمام الثلثين في السنة الثانية ، وما زاد على ذلك إلى تمام الدية في السنة الثالثة هداية ، وفيها : ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلاث سنين اعتبار للجزء بالكل (قوله من وقت القضاء) أي بالدية لا من يوم القتل والجناية كما قال الشافعي غرر الأفكار (قوله فإن خرجت العطايا الخ) ذكر في المجمع ودرر البحار أنها تؤخذ في ثلاث سنين ، سواء خرجت في أقل

وكل من يتناصر هو به تنوير البصائر :
(وتقسم) الدية (عليهم في ثلاث سنين لا يؤخذ فى كل سنة إلا درهم أو درهم وثلث ولم تزد على كل واحد من كل الدية فى ثلاث سنين على أربعة) على الأصح ثم السنين بمعنى العطيات قهستانى فليحفظ (فإن لم تسع القبيلة لذلك ضم اليهم أقرب القبائل نسبا على ترتيب العصبات والقاتل) عندنا (كأحدهم ولو) القاتل (امرأة أو صبيا

أو أكثر قال فى غرر الأفكار : لكن فى الهداية وغيرها أنه أن أعطيت العطايا فى ثلاث سنين مستقبلة بعد القضاء بالدية فى سنة واحدة ، أو فى أربع سنين تؤخذ الدية كلها منها فى سنة واحدة أو أربع سنين ، لأن وجوبها فى العطاء للتخفيف ، وذا حاصل فى أى وقت أخذ ، فعلى هذا كان المراد من ثلاث سنين ثلاث أعطية ، ولو اجتمعت عطايا سنين ماضية قبل القضاء بالدية ، ثم خرجت بعد القضاء لا تؤخذ منها لأن الوجوب بالقضاء اه

أقول : فعلى هذا يفرق بين العطاء والرزق فإن الرزق إذا خرج فى أقل من ثلاث سنين يؤخذ بقدره كما قدمناه فالسنين فيه على حقيقتها ، بخلاف العطاء تأمل ثم رأيت التصريح بالفرق فى المجتبى معللا بأن الرزق لما كان مقدرا بالكفاية ، لزم الحرج بالأخذ منه فى أقل من ثلاث سنين (قوله وكل من يتناصر هو به) قال فى الهداية والتبيين : ويعقل أهل كل مصر عن أهل سوادهم ، لأنهم أتباع لأهل المصر ، فإنهم إذا حزبهم أمر استنصروا بهم فيعقلونهم أهل المصر باعتبار معنى القرب والنصرة ، ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة ، لأنه يستنصر بأهل ديوانه لا بجيرانه :

والحاصل أن الاستنصار بالديوان أظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء ، وقرب السكنى ، وبعد الديوان النصرة بالنسب ، وعلى هذا يخرج كثير من مسائل المعاقل منها أخوان ديوان أحدهما بالبصرة ، وديوان الآخر بالكوفة لا يعقل أحدهما عن صاحبه وإنما يعقل عنه أهل ديوانه ، ومن جنى جناية من أهل البصرة ، وليس له فى أهل الديوان عطاء ، وأهل البادية أقرب إليه نسبا ومسكنه المصر عقل عنه أهل الديوان من ذلك المصر ، ولم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة لأن أهل الديوان هم ، الذين يذبون عن أهل المصر ، ويقومون بنصرتهم ، وقيل إذا لم يكونوا قريبا له لا يعقلونه وإنما يعقلونه إذا كانوا قريبا له وله فى البادية أقرب منهم نسبا ، لأن الوجوب بحكم القرابة ، وأهل المصر أقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم ، وصار نظير مسألة الغيبة المنقطعة اه أى أن للولى الأبعد أن يزوج إذا كان الأقرب غائبا غيبة منقطعة وذكر الإتقانى أن القول الثانى أصح (قوله على الأصح) وقيل يؤخذ من كل واحد فى كل سنة ثلاثة دراهم أو أربعة كما فى الملتقى (قوله ثم السنين الخ) كان المناسب أن يذكره بالفاء عقب قوله : فإن خرجت العطايا الخ (قوله فإن لم تسع القبيلة لذلك) أى بأن تكون قلائل ، فتصير الحصة أكثر من ثلاثة أو أربعة درمنتقى ثم عبارة الهداية وغيرها تتسع بتاءين فى أوله ، فكان على المصنف التعبير به أو حذف اللام من قوله لذلك والقبيلة غير قيد :

قال فى الهداية : وعلى هذا حكم الرايات إذا لم تتسع لذلك أهل راية ضم إليهم أقرب الرايات يعنى أقربهم نصرة إذا حزبهم أمر الأقرب فالأقرب ويفوض ذلك إلى الإمام لأنه هو العالم به اه (قوله على ترتيب العصبات) فيقدم الإخوة ثم بنوهم ثم الأعمام ثم بنوهم مثلا إذا كان الجانى من أولاد الحسين رضى الله عنه ، ولم يتسع حيه لذلك ضم إليه قبيلة الحسن رضى الله عنه ، ثم بنوهم فإن لم تتسع هاتان القبيلتان له ضم عقيل ثم بنوهم كما فى الكرمانى وآباء القاتل وأبناؤه لا يدخلون فى العاقلة وقيل يدخلون ، وليس أحد الزوجين عاقلا للآخر وتمامه فى القهستانى (قوله والقاتل عندنا كأحدهم) يعنى إذا كان من أهل العطاء أما إذا لم يكن فلا شئ عليه من الدية

أومجنونا) فيشاركهم على الصحيح زيلعي (وعاقلة المعتق قبيلة سيده ويعقل عن مولى الموالاة مولاه وقبيلة مولاه ؛ (و) اعلم أنه (لا تعقل عاقلة جناية عبد ولا عمد) وإن سقط قوده بشبهة أو قتله ابنه عمدا كما مر (ولا مالزم بصلح أو اعتراف) ولا مادون نصف عشر الدية لقوله عليه الصلاة والسلام « لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا

عندنا أيضا ذكره فى المبسوط وعند الشافعى لا شئ عليه مطلقا معراج (قوله فيشاركهم على الصحيح) تقدم فى القسامة أنه اختيار المتأخرين ومشى فى الهداية هنا على عدم المشاركة قال فى الكفاية : وهو اختيار الطحاوى وهو الأصح وهو أصل رواية محمد اهـ لكن ذكر فى العناية أن ما تقدم إنما هو فيما إذا وجد القتيل فى دار امرأة فأدخلها المتأخرون مع العاقلة لتقديرها قاتلة بسبب وجوب القسامة أما ماهنا فهو فيما إذا كانت قاتلة حقيقة ، الفرق أن القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم ، إما بالاستقلال أو بالدخول فى العاقلة عندنا بالاستقراء وقد تحقق الملزوم ، فتحقق اللازم بخلاف القتل مباشرة فإنه قد لايستلزم الدية اهـ ملخصا وعليه فليس فى المسألة اختلاف تصحيح لاختلاف الموضوع فتأمل (قوله قبيلة سيده) أى مع سيده كما فى الشرنبلالية عن البرهان ، وعبارة الملتقى وعاقلة المعتق ، ومولى الموالاة مولاه وعاقلته وهى أخصر وأظهر (قوله جناية عبد) من إضافة المصدر إلى فاعله وأما إذا جنى حر على نفس عبد فسيأتى ط (قوله ولا عمد) أى فى النفس أو الطرف فإن العمد لايوجب التخفيف بتحمل العاقلة فوجب القود به قهستانى ؛

[تنبيه] قال فى الأشباه : لا تعقل العاقلة العمد إلا فى مسألة ما إذا عفا بعض الأولياء ، وصالح فإن نصيب الباقين ينقلب مالا وتتحمله العاقلة اهـ .

أقول : وقد قدمنا فى باب القود فيما دون النفس عن العلامة قاسم أنه خلاف الرواية ولم يقل به أحد ، والذى فى سائر الكتب أنه فى مال القاتل فتنبه (قوله أو قتله ابنه عمدا) الأولى كقتله كما عبر به فيما مر آنفا ليكون تمثيلا للشبهة ، ومنها ما إذا قتلا رجلا وأحدهما صبى أو معتوه والآخر عاقل بالغ أو أحدهما بحديد والآخر بعصا (قوله ولا ما لزم بصلح) أى عن دم عمد أو خطأ اهـ ط فإنه على القاتل حالا إلا إذا أجل قهستانى (قوله أو اعتراف) أى بقتل خطأ فإنه على المقر فى ثلاث سنين قهستانى (قوله ولا مادون نصف عشر الدية) أى ما دون أرش الموضحة وهو خمسمائة ، وهذا خاص فيما دون النفس ، أما بدل النفس فتحمله العاقلة وإن قل كما لو قتل مائة رجل حرا فعلى عاقلة كل مائة درهم ، أو قتل رجل عبدا قيمته مائة مثلا لزمت العاقلة لأن بدل النفس ثبت بالنص وجوبه على العاقلة اهـ ملخصا من العناية والكفاية ؛

[تنبيه] قدم الشارح قبيل فصل الجنين أن الصحيح أن حكومة العدل لا تتحملها العاقلة مطلقا : أى وإن بلغت أرش الموضحة وذكر الإتقانى عن الكرخى ، أن العاقلة لا تعقل جناية وقعت فى دار الحرب فالدية فى مال الجانى (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام الخ) ذكره فقهاؤنا فى كتبهم عن ابن عباس موقوفا ومرفوعا لكن قيل إنه من كلام الشعبى قال فى القاموس : وقول الشعبى لاتعقل العاقلة عمدا ولا عبدا وليس بحديث كما توهم الجوهرى معناه : أن يجنى الحر على عبد لا العبد على حر كما توهم أبوحنيفة لأنه لو كان المعنى على ما توهم ، لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد ، ولم يكن ولا تعقل عبدا ؛ قال الأصمعى كلمت فى ذلك أبا يوسف بحضرة الرشيد ، فلم يفرق بين عقلته وعقلت عنه حتى فهمته اهـ أى لأنه يقال عقلت القتيل إذا أعطيت ديته وعقلت عن فلان إذا لزمته دية فأعطيتها عنه ، وأجيب بأن عقلته يستعمل بمعنى عقلت عنه ، ويدل عليه السياق ، وهو قوله عمدا وكذا السياق ، وهو ولا صلحا ولا اعترافا لأن معناه عن عمد ، وعن صلح وعن اعتراف تأمل والأحسن أن يجاب بأنه من الحذف والإيصال ، والأصل عن عبد ؛

ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون أرش الموضحة بل الجانى » (إلا أن يصدقوه فى إقراره أو تقوم حجة) وإنما قبلت بالبينة هنا مع الإقرار مع أنها لا تعتبر معه لأنها تثبت ما ليس بثابت باقرار المدعى عليه وهو الوجوب على العاقلة (ولو تصادق القاتل وأولياء المقتول على أن قاضى بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شئ عليها) أى على العاقلة لأن تصادقهما ليس بحجة عليهم ولا عليه فى ماله إلا حصته لأن تصادقهما حجة فى حقهما زيلعى :

واعلم أن الخصم فى ذلك هو الجانى ؛ لأن الحق عليه ، ولو كان صبيا فالخصم أبوه خانية :

قلت : يؤخذ من قوله الخصم هو الجانى لا العاقلة جواب حادثة الفتوى : وهى أن صبيا فقأ عين صبية فاتت فأراد وليها تحليف العاقلة على نفى فعل الصبى والجواب أنه لا تحليف لأن ذلك فرع صحة الدعوى وهى غير متوجهة على العاقلة وبقى هنا شئ وهو أن العاقلة ، لو أقروا بفعل الجانى هل يصح إقرارها بالنسبة اليهم حتى

وأقوى دليل على ذلك ما رواه الإمام محمد فى موطئه بقوله : حدثنى عبد الرحمن بن أبى الزناد عن أبيه عن عبد الله بن عتبة بن مسعود ؛ عن عباس رضى الله تعالى عنهما قال : لا تعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما جنى المملوك اهـ فقد جعل الجانى مملوكا (قوله بل الجانى) ليس من لفظ الحديث، وإنما هو عطف على جملة قوله : واعلم أنه لا تعقل عاقلة جناية عبد الخ أى بل يتحمل ذلك الجانى وحده : أى ولو حكما كمولى العبد كما أفاده القهستانى ، أو هو عطف على قوله : ولا ما لزم بصلح أو اعتراف وأتى به ليربط قول المصنف إلا أن يصدقوه بما قبله من المتن (قوله أو تقوم حجة) هذا إذا أقامها قبل أن يقضى بها القاضى أى بالدية على المقر ، أما لو قضى بها فى ماله ثم أقامها ليحولها إلى العاقلة لم يكن له ذلك ، لأن المال قد وجب عليه بقضاء القاضى فلا يكون له أن يبطل قضاءه ببينته صرح به فى المبسوط اهـ رملى (قوله بإقرار المدعى عليه) متعلق بثابت وضمير وهو عائد على ما (قوله ولاعليه فى ماله) معطوف على قوله فلا شىء عليها والضمير للقاتل (قوله لأن تصادقهما) علة للزوم القاتل حصة فقط ، وإنما لم يلزم جميع الدية كما فى المسألة الأولى ، لأنه لم يوجد التصديق من الولى بالقضاء بالدية على العاقلة فى الأولى وقد وجد هنا فافترقا أفاده الزيلعى (قوله فى ذلك) أى فى دعوى القتل ط (قوله لأن الحق عليه) أى وإنما يثبت على العاقلة بطريق التحمل خانية (قوله لا العاقلة) هذا ليس فى عبارة الخانية ، لكنه أخذه من مفهوم الحصر فى قوله هو الجانى (قوله وهى غير متوجهة على العاقلة) بل على أبيه إن كان له أب ، وظاهره أنه لا يلزم شىء بتلك الدعوى ط (قوله وبقى هنا شىء الخ) تخريج للجواب من وجه آخر محصله : أنا إذا قلنا بصحة إقرارهم ، يلزم جريان الحلف ، لأن القاعدة أن كل موضع لو أقر به لزمه ، فإذا أنكر يستحلف إلا فى اثنين وخمسين صورة تقدمت آخر الوقف ، ليست هذه منها ، لكن أورد عليه أن الخصم هو الجانى كما مر ، ولا يستحلف من ليس بخصم ، ومقتضاه أن لايصح إقرارهم ، ووجهه أن الدية إنما تلزمهم بطريق التحمل عن القاتل فإقرارهم فى الحقيقة إقرار عليه ، فإذا لم يصلح إقرارهم عليه لم يلزمهم موجبه ، إذ لايمكن تحمل ما ليس بثابت ، بخلاف ما إذا أقر بالقتل وصدقوه فإنه يلزمهم كما مر ، لأن تصديقهم ألزمهم تحمل ما هو ثابت بإقراره هذا :

والذى حرره العلامة الرملى : لزوم التحليف على نفى العلم لما صرحوا به من أنه لو قال : كفلت بمالك على زيد وأقر الكفيل بأن له على زيد كذا وأنكره زيد ، ولا بينة لزم الكفيل دون الأصيل فيه علم أن الإقرار إذا وجد نفاذا على المقر لا يتوقف على الأصل ، إذ هو حجة وإن كانت قاصرة ، ومسألتنا نظير هذه قال : وقد

يقضى عليهم بالدية أم لا فإن قلنا : نعم ينبغى أن يجرى الحلف فى حقهم لظهور فائدته قاله المصنف بحثا فليحرر (وإن جنى حر على نفس عبد خطأ فهى على عاقلته) يعنى إذا قتله لأن العاقلة لا تتحمل أطراف العبد وقال الشافعى : لا تتحمل النفس أيضا (ولا يدخل صبى وامرأة ومجنون فى العاقلة إذا لم يتناصروا) يعنى لو القاتل غيرهم وإلا فيدخلون على الصحيح كما مر (ولا يعقل كافر عن مسلم ولا بعكسه) لعدم التناصر (والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم) لأن الكفر كله ملة واحدة يعنى إن تناصروا والا ففى ماله فى ثلاث سنين كالمسلم كما بسطه فى المجتبى وإذا لم يكن للقاتل عاقلة كلقيط وحربى أسلم (فالدية فى بيت المال) فى ظاهر الرواية وعليه الفتوى درر وبزازية وجعل الزيلعى رواية وجوبها فى ماله رواية شاذة :

قلت : وظاهر ما فى المجتبى عن خوارزم من أن تناصرهم قد انعدم وبيت المال قد انهدم يرجح وجوبها

ظفرت بالنقل ففى الثالث من جامع الفصولين : دعوى القتل الخطأ على القاتل تسمع والبينة عليه تقبل بغيبة العاقلة ودعوى الدية على العاقلة بغيبة القاتل ، هل يصح فعلى قياس ما كتبناه عن بغ فى آخر الفصل السادس ينبغى أن لا تصح دعواه كل الدية عليهم اه ملخصا أى فإن مفهومه إأن تصح بقدر ما يخصهم من الدية تأمل (قوله قاله المصنف) أى قال قلت يؤخذ إلى هنا (قوله يعنى إذا قتله الخ) لاحاجه إليه مع قول المتن : نفس عبد اه ح ، نعم ذكر الزيلعى ذلك على عبارة الكنز ، لأنه ليس فيها ذكر النفس ، فكان المناسب للشارح أن يقول : قيد بالنفس ، لأن العاقلة الخ (قوله لا تتحمل أطراف العبد) لأنه يسلك بها مسلك الأموال ، ولذا لا يجرى فيها القصاص بين الحر والعبد إتقانى (قوله إذا لم يتناصروا) كذا فيما رأيت من النسخ ، وصوابه إذا لم يباشروا ، لأنهم عللوا عدم دخولهم فى العاقلة بأنهم ليسوا من أهل النصرة ، ولهذا كان أصل الرواية عدم دخولهم وإن باشروا كما قدمنا تقريره (قوله وإن اختلفت مللهم) قيده فى الملتقى بقوله إن لم تكن العداوة بين المتين ظاهرة كاليهود مع النصارى اه وهو مستفاد من قول الشارح يعنى إن تناصروا (قوله كالمسلم) عبارة الانقانى وغيره ، وإلا ففى ماله فى ثلاث سنين من يوم يقضى به كما فى المسلم ، وهذا فى الذمى أما المسلم ففى بيت المال (قوله كما بسطه فى المجتبى) حيث قال لأن الوجوب فى الأصل على القاتل ، وإنما يتحول على العاقلة بالقضاء ، فإذا لم يوجد له عاقلة بقيت الدية عليه كتاجرين مسلمين فى دار الحرب قتل أحدهما صاحبه فعقله فى ماله اه (قوله وحربى أسلم) أى ولم يوال أحدا (قوله فالدية فى بيت المال) لأن جماعه المسلمين ؛ هم أهل نصرته ولهذا إذا مات كان ميراثه لبيت المال ، فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال زيلعى وهداية ومفاده أنه لو له وارث معروف لا يلزم بيت المال ويأتى التصريح به (قوله وجعل الزيلعى) وكذا صاحب الهداية وغيره (قوله عن خوارزم) أى حاكيا عن حال أهل خوارزم اه ح وعبارة المجتبى :

قلت : وفى زماننا بخوارزم لا يكون إلا فى مال الجانى إلا إذا كان من أهل قرية أومحلة يتناصرون لأن العشائر فيها قد وهت ورحمة التناصر من بينهم قد رفعت وبيت المال قد انهدم ، نعم أسامى أهلها مكتوبة فى الديوان ألوفا ومئات لكن لا يتناصرون به فتعين أن يجب فى ماله اه (قوله يرجح وجوبها فى ماله) خبر قوله وظاهر ، قلت ولا حاجة إلى جعله ترجيحا للرواية الشاذة ، بل يمكن ترجيح ما ذكر على ظاهر الرواية فإن أصل الوجوب على القاتل ، وحيث لا عاقلة تتحمل عنه ، ولا بيت مال يدفع منه يؤخذ ذلك من ماله كما مر فى الذمى فظاهر الرواية مبنى على انتظام بيت المال ، وإلا لزم إهدار دماء المسلمين فتدبر ، ثم رأيته كذلك فى مختصر النقاية وشروحها للقهستانى حيث قال : ومن لا عاقلة له أى من العرب والعجم يعطى الدية من بيت المال إن كان موجودا

فى ماله فيؤدى فى كل سنة ثلاثة دراهم أو أربعة كما نقله فى المجتبى عن الناطفى قال وهذا حسن لابد من حفظه وأقره المصنف فليحفظ فقد وقع فى كثير من المواضع أنها فى ثلاث سنين فافهم وهذا (إذا كان) القاتل (مسلما) فلو ذميا ففى ماله إجماعا بزازية (ومن له وارث معروف مطلقا) ولو بعيدا أو محروما برق أو كفر (لايعقله بيت المال) وهو الصحيح كما بسطه فى الخانية (ولا عاقلة للعجم) وبه جزم فى الدرر قاله المصنف لعدم تناصرهم وقيل لهم عواقل لأنهم يتناصرون كالأساكفة والصيادين والصرافين والسراجين فأهل محلة القاتل وصنعته عاقلته وكذلك طلبة العلم ؟

قلت : وبه أفتى الحلوانى وغيره خانية زاد فى المجتبى : والحاصل أن التناصر أصل فى هذا الباب ومعنى التناصر أنه إذا حزبه أمر قاموا معه فى كفايته وتمامه فيه :

وفى تنوير البصائر معزيا للحافظية والحق أن التناصر فيهم بالحرف فهم عاقلته إلى آخره فليحفظ وأقره

أو مضبوطا وإلا أى وإلا يكن كذلك فعلى الجانى (قوله فيؤدى فى كل سنة الخ) فظاهره عدم التقييد بثلاث سنين وإلا فعلى من يكون الباقى على أنه مع هذا هو مشكل أيضا ، لأنه إذا أدى فى كل سنة من عمره ثلاثة دراهم أو أربعة فهى تنقضى الدية ، وإذا مات فهل يسقط الباقى أو يؤخذ من تركته أو من غيرها : لم نر من أوضح هذا المقام (قوله قال) أى صاحب المجتبى ونصه: قلت : وهذا حسن لابد من حفظه فقد رأيت فى كثير من المواضع أنه يجب الدية فى ماله فى ثلاث سنين اه :

أقول : وجوبها فى ماله فى ثلاث سنين هو الموافق لما ذكروه فى الذمى ، ولا إشكال فيه فليتأمل فما ذكره فى كثير من المواضع هو الأعدل فعنه لا يعدل (قوله وهذا) أى وجوبها فى بيت المال أو الخلاف فى وجوبها فى بيت المال أو فى ماله (قوله فلو ذميا) أى لا عاقلة له (قوله ومن له وارث معروف) هذا قيد آخر لقوله : وإن لم يكن للقاتل عاقلة فالدية فى بيت المال كما نبه عليه قاضيخان ، حيث ذكر أن ما سبق محمول على ما إذا لم يكن للقاتل وارث معروف بأن كان لقيطا أو من يشبهه اه :

وقدمنا أنه مفاد كلام الزيلعى والهداية وبحث الرملى بأنه مخالف لإطلاق عامة الكتب، وأطال فى ذلك ولكن قاضيخان من أجل من يعتمد على تصحيحه لأنه فقيه النفس كما قال العلامة قاسم (قوله أو محروما برق أو كفر) كمستأمن اشترى عبدا مسلما فأعتقه ثم رجع المستأمن إلى داره فاسترق ثم جنى العتيق فهو فى ماله لأن له وارثا معروفا ، وهو المعتق مع أن ميراثه لو مات لبيت المال ، لأن معتقه رقيق فى الحال أفاده فى الخانية عن الأصل ، وكذا لو كان المعتق ذميا يكون العقل فى مال الجانى أيضا لما مر أن الكافر لا يعقل المسلم ، فلا يرد ما مر من أن عاقلة العتيق قبيلة سيده كذا ظهر لى (قوله لا يعقله بيت المال) بل يكون فى ماله وإن كان له وارث مستحق كما يستفاد مما قررناه فإنه إذا ورثه بيت المال ولم يعقله ، فإذا لم يرثه فعقله فى ماله بالأولى ، ولا شىء على الوارث لأن فرض المسألة فيمن لا عاقلة له (قوله ولا عاقلة للعجم) جمع عجمى وهو خلاف العربى وإن كان فصيحا مغرب (قوله وبه جزم فى الدرر) وهو قول أبى بكر البلخى وأبى جعفر الهندوانى ، لأن العجم لم يحفظوا أنسابهم ، ولا يتناصرون فيما بينهم ، وليس لهم ديوان وتحمل الجناية على الغير عرف ، بخلاف القياس فى حق العرب ، وبه أخذ الأستاذ ظهير الدين خانية (قوله عاقلته) أى إذا كانوا يتناصرون فيما بينهم ط ، ولا تنس ما مر من أنه لا يؤخذ فى كل سنة من كل واحد من العاقلة أكثر من درهم أو درهم وثلث (قوله إذا حزبه أمر) فى المغرب حزبهم أمر أصابهم من باب طلب (قوله وتمامه فيه) حيث قال : وإن كان له متناصرون من أهل الديوان والعشيرة والمحلة والسوق ، فالعاقلة أهل الديوان ثم العشيرة ثم أهل المحلة وبه قال الناطفى ط (قوله والحق الخ)

القهستاني لكن حرر شيخ مشايخنا الحانوتي إن التناصر منتف الآن لغلبة الحسد والبغض وتمنى كل واحد المكروه لصاحبه فتنبه :

قلت : وحيث لا قبيلة ولا تناصر فالدية في ماله أو بيت المال :

كتاب الوصايا

يعم الوصية والإيصاء يقال : أوصى إلى فلان أي جعله وصيا والاسم منه الوصاية وسيجيء في باب مستقل

قلت : المدار على التناصر كما ذكروه فتى وجد بطائفة فهم عاقلته وإلا فلا ط (قوله لكن حرر الخ) هو تأييد لما جزم به في الدرر (قوله فالدية في ماله) أي عند عدم وجود بيت المال أو عدم انتظامه كما قدمناه والله تعالى أعلم :

كتاب الوصايا

براده آخر الكتاب ظاهر المناسبة ، لأن آخر أحوال الآدمي في الدنيا الموت ، والوصية معاملة وقت الموت وله زيادة اختصاص بالجنايات والديات لما أن الجناية قد تفضي إلى الموت الذي وقته وقت الوصية عناية والمراد هنا أنه آخر نسبي نعم على ما في الهداية هو حقيقي لأنه لم يذكر فيها الفرائض لكن فيه أنه ذكر في الهداية بعده كتاب الخنثى فهو نسبي أيضا كما أفاده الطوري (قوله يعم الوصية والإيصاء الخ) في المغرب أوصى إلى زيد بكذا إيصاء ووصى به توصية والوصية والوصاة اسمان في معنى المصدر ثم سمي الموصى به وصية والوصاية بالكسر مصدر لوصي وقيل الإيصاء طلب الشيء من غيره ليفعله على غيب منه حال حياته وبعد وفاته :

وفي حديث الظهار : استوصي بابن عمك خيرا أي اقبلي وصيتي فيه ، وانتصاب خيرا على المصدر أي استيصاء خير اهـ : وفي المصباح : وصيت إلى فلان توصية وأوصيت إليه إيصاء والإسم الوصاية بالكسر والفتح لغة ، وأوصيت إليه بمال جعلته له اهـ : وفي القاموس : أوصاه ووصاه توصية عهد إليه والإسم الوصاة والوصاية والوصية اهـ :

ونقل الإمام النووي عن أهل اللغة : أنه يقال أوصيته ووصيته بكذا وأوصيت ووصيت له وأوصيت إليه جعلته وصيا :

قلت : وبه ظهر أنه لا فرق في اللغة بين المتعدي بنفسه أو باللام أو بإلى في أن كلا منها يستعمل بمعنى جعلته وصيا وإن المتعدي بإلى يستعمل بمعنى تمليك المال ، وأن كلا من الوصية والإيصاء يأتي لهما ، وأن التفرقة بين المتعدي باللام والمتعدي بإلى اصطلاحية شرعية كما يفهم من الدرر ، وبه صرح الطوري عن بعض المتأخرين ، وكأنهم نظروا في ذلك إلى أصل المعنى ، فإن معنى أوصيت إليه عهدت إليه بأمر أولادي مثلا ، ومعنى أوصيت له : ملكت له كذا فعدوا كلا منهما بما يتعدى به ما تضمنا معناه :

ثم اعلم : أن جمع وصية وصايا وأصله وصايي فقلبت الياء الأولى همزة لوقوعها بعد ألف مفاعل ، ثم أبدلت كسرتها فتحة فانقلبت الياء الأخيرة ألفا ثم أبدلت الهمزة ياء لكراهة وقوعها بين ألفين بقي أن عمومه للوصية والإيصاء ليس على معنى أنه جمع لهما كما لا يخفى ، بل على معنى أن الوصية تأتي اسما من المتعدي بإلى والمتعدي باللام فجمعت على وصايا مرادا بها كل من المعنيين فلا يرد أن ذكر باب الوصي في هذا الكتاب على سبيل

وأوصى لفلان بمعنى ملكه بطريق الوصية فحينئذ (هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت) عيناكان أو دينا :
قلت : يعنى بطريق التبرع ليخرج نحو الإقرار بالدين فانه نافذ من كل المال كما سيجيء ولا ينافيه وجوبها لحقه تعالى فتأمله (وهى) على ما فى المجتبى أربعة أقسام (واجبة بالزكاة) والكفارة (و) فدية (والصيام والصلاة التى فرط فيها) ومباحة لغنى ومكروهة لأهل فسوق (وإلا فمستحبة) ولا تجب للوالدين والأقربين لأن آية البقرة منسوخة بآية النساء :

التطفل فليتأمل (قوله فحينئذ) تفريع على قوله بمعنى ملكه بطريق الوصية ، والأوضح أن يقول : وهى تمليك بزيادة واو ويرجع الضمير إلى الوصية فى كلامه ط (قوله عيناكان أو دينا) عبارة المنح وغيره عينا أومنفعة اه ح (قوله بطريق التبرع) متعلق بتمليك اه ح وهذا القيد ذكره الزيلعى تبعا للنهاية (قوله ليخرج نحوالإقرار بالدين) أى الإقرار به لأجنبى ، وفيه أن القائلين من علمائنا : بأن الإقرار إخبار لا تمليك استدلوا بهذه المسألة ، فإنه لو كان تمليكا لزم أن لاينفذ من كل المال كما أوضحناه فى كتاب الإقرار ، فحينئذ لاحاجة لإخراجه لأنه لم يدخل والتحقيق أن قيد التبرع لإخراج التملك بعوض كالبيع والإجارة وأنه احترز بقوله مضاف إلى ما بعد الموت عن نحو الهبة فإنها تمليك تبرع للحال (قوله كما سيجىء) أى فى أول باب العتق فى المرض (قوله ولا ينافيه الخ) جواب سؤال يرد على قوله بمعنى بطريق التبرع تقريره ظاهر ، وأشار بقوله فتأمله إلى دقة الجواب ، وذلك لأن الواجب لحقه تعالى لما سقط بالموت أشبه التبرع ولم يكن كديون العباد اه ح :
أقول : هذا مبنى على أن المراد بالتبرع ما إن شاء فعله ، وإن شاء تركه وعلى ما قدمناه يراد به ما كان مجانا لا بمقابلة عوض وبه يندفع السؤال (قوله وهى على ما فى المجتبى) عبارته والوصية أربعة أقسام واجبة كالوصية برد الودائع والديون المجهولة ، ومستحبة كالوصية بالكفارات وفدية الصلاة والصيام ونحوها ومباحة كالوصية للأغنياء من الأجانب والأقارب ، ومكروهة كالوصية لأهل الفسوق والمعاصى اه وفيه تأمل لما قاله فى البدائع الوصية بما عليه من الفرائض والواجبات كالحج والزكاة والكفارات واجبة اه شرنبلالية . ومشى الزيلعى على ما فى البدائع ، وفى المواهب تجب على مديون بما عليه لله تعالى أو للعباد ، وهذا ما مشى عليه المصنف خلافا لما فى المجتبى من التفرقة بين حقوقه تعالى ، وحقوق العباد وما مر من سقوط ما وجب لحقه تعالى بالموت لايدل على عدم الوجوب لأن المراد سقوط أدائها ، وإلا فهى فى ذمته فقول الشارح على ما فى المجتبى : أى من حيث التقسيم إلى الأربعة تأمل (قوله ومباحة لغنى) لعل المراد إذا لم يقصد القربة أما لو أوصى له لكونه من أهل العلم أو الصلاح إعانة له أو لكونه رحما كاشحا أو ذا عيال فينبغى ندبها تأمل (قوله ومكروهة لأهل فسوق) يرد عليه ما فى صحيح البخارى لعل الغنى يعتبر فيتصدق والسارق يستغنى بها عن السرقة والزانية عن الزنا وكان مراده ما إذا غلب على ظنه إنه يصرفها للفسوق والفجور اه رحمتى :
أقول : وظاهر ما مر أنها صحيحة لكن سيأتى آخر باب الوصية للأقارب تعليل القول ببطلان الوصية بتطيين القبر بأنها وصية بالمكروه وسيأتى تمامه هناك (قوله وإلا فمستحبة) أى إذا لم يعرض لها مايبطلها (قوله ولاتجب الخ) رد على من قال بوجوبها للوالدين والأقربين إذاكانوا ممن لا يرثون لآية البقرة ، وهى قوله تعالى - كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت - الآية والمراد بآية النساء آية المواريث :
وأخرج البخارى فى صحيحه عن عطاء وابن عباس رضى الله تعالى عنهم قال : كان المال للولد ، فكانت الوصية للوالدين فنسخ الله ذلك بأحب ، فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين ، وجعل للأبوين لكل واحد منهما

(سببها) ماهو (سبب التبرعات وشرائطها كون الموصى أهلا للتمليك) فلم تجز من صغير ومجنون ومكاتب إلا إذا أضاف لعتقه كما سيجىء (وعدم استغراقه بالدين) لتقدمه على الوصية كما سيجىء (و) كون (الموصى له حياوقتها) تحقيقا أوتقديرا ليشمل الحمل الموصى له فافهمه فإن به يسقط إيراد الشرنبلالية (و) كونه (غير وارث وقت الموت (ولا قاتل) وهل يشترط كونه معلوما :

قلت : نعم كما ذكره ابن سلطان وغيره فى الباب الآتى (و) كون (الموصى به قابلا للتمليك بعد موت الموصى) بعقد من العقود مالا أو نفعا موجودا للحال أم معدوما

السدس ، وروى فى السنن مسندا إلى أبى أمامة رضى الله تعالى عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « إن الله أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث » وأخرجه الترمذى وابن ماجه ، وقال الترمذى حسن وهذا الحديث مشهور تلقته الأمة بالقبول ، ونسخ الكتاب جائز عندنا ثمته اتقانى (قوله سببها ما هو سبب التبرعات) وهو تحصيل ذكر الخير فى الدنيا ووصول الدرجات العالية فى العقبى نهاية ، وهذا فى المستحبة ، أما الواجبة فالظاهر أن سببها سبب الأداء ، وهو خطاب الله تعالى بأداء تلك الواجبات ، وقد قالوا إن القضاء يجب بما يجب به الأداء فتدبر (قوله أهلا للتمليك) الأولى قول النهاية أهلا للتبرع (قوله كما سيجىء) أى بعد نحو ورقة (قوله وعدم استغراقه) أى الموصى به بالدين أى إلا بإبراء الغرماء قهستانى (قوله كما سيجىء) أى فى المتن قريبا (قوله وقتها) أقول فى التاترخانية : الموصى له إذا كان معينا من أهل الاستحقاق يعتبر صحة الإيجاب يوم أوصى ومتى كان غير معين يعتبر صحة الإيجاب يوم موت الموصى ، فلو أوصى بالثلث لبنى فلان ، ولم يسمهم ولم يشر إليهم فهى للموجودين عند موت الموصى ، وإن سماهم أو أشار إليهم فالوصية لهم ، حتى لو ماتوا بطلت الوصية لأن الموصى له معين فتعتبر صحة الإيجاب يوم الوصية اهـ ملخصا (قوله ليشمل الحمل) أى قبل أن تنفخ فيه الروح إذ بعد النفخ يكون حيا حقيقة اهـ ح (قوله إيراد الشرنبلالية) حيث قال : يرد عليه الوصية للحمل إذ يشترط وجوده لا حياته ، لأن نفخ الروح يكون بعد وجدانه وقتا غير حى اهـ ح (قوله وكونه غير وارث) أى إن كان ثمة وارث آخر وإلا تصح كما لو أوصى أحد الزوجين للآخر ولا وارث غيره كما سيجىء (قوله وقت الموت) أى لا وقت الوصية حتى لو أوصى لأخيه وهو وارث ثم ولد له ابن صحت الوصية للأخ ولو أوصى لأخيه وله ابن ثم مات الابن قبل موت الموصى بطلت الوصية زيلعى (قوله ولا قاتل) أى مباشرة كالخاطىء والعامد بخلاف المتسبب ، لأنه غير قاتل حقيقة ، وهذا إذا كان ثمة وارث وإلا صحت وكان القاتل مكلفا ، وإلا فتصح للقاتل لو صبيا أو مجنونا كما سيأتى (قوله وهل يشترط كونه) أى كون الموصى له معلوما أى معينا شخصا كزيد أو نوعا كالمساكين ، فلو قال : أوصيت بثلثى لفلان أو فلان بطلت عنده للجهالة كما سيذكره قبيل وصايا الذمى وفى الولوالجية أوصت أن يعتق عنها أمة بكذا ويعطى لها من الثلث كذا ، فإن كانت الأمة معينة جازت الوصيتان وإلا جازت الوصية بالعتق دون المال إلا أن تفوض ذلك إلى الوصى ، وتقول أعطها إن أحببت فإن محمدا ذكر فيمن أوصى أن تباع أمته ممن أحببت تجبر الورثة على بيعها ممن أحبت فإن أبى الرجل أن يأخذها بقيمتها يحط عنه مقدار ثلث مال الموصى اهـ ملخصا :

قلت : يؤخذ منه أن الوصية لمجهول تصح عند التخيير ووجهه ظاهر فإن هذه الجهالة لا تفضى إلى المنازعة لارتفاعها بتعيين من له التخيير بخلاف ما لو قال لرجل أو قال لزيد أو عمرو تأمل (قوله بعقد) متعلق بالتمليك (قوله مالا أو نفعا الخ) تعميم للموصى به (قوله أم معدوما) أى وهو قابل للتمليك بعقد من العقود قال فى النهاية ولهذا قلنا بأن الوصية بما تثمر نخيله العام أو أبدا تجوز ، وإن كان الموصى به معدوما لأنه يقبل التمليك حال

وأن يكون بمقدار الثلث :

(وركنها قوله : أوصيت بكذا لفلان وما يجرى مجراه من الألفاظ المستعملة فيها) :

وفى البدائع : ركنها الإيجاب والقبول وقال زفر : الإيجاب فقط قلت والمراد بالقبول ما يعم الصريح والدلالة بأن يموت الموصى له بعد موت الموصى بلا قبول كما سيجىء (وحكمها كون الموصى به ملكا جديدا للموصى له) كما فى الهبة فيلزمه استبراء الجارية الموصى بها . (وتجوز بالثلث للأجنبى) عند عدم المانع (وان لم يجز الوارث ذلك لا الزيادة عليه

حياة الموصى بعقد المعاملة ، وقلنا بأن وصيته بما تلد أغنامه لا تجوز استحسانا ، لأنه لا يقبل التمليك حال حياة الموصى بعقد من العقود اه وفى القهستانى : الموصى به إذا كان معينا أو غير معين وهو شائع فى بعض المال يشترط وجوده عند الوصية وإن كان شائعا فى كله يشترط عند الموت كما إذا أوصى بمعز من غنمى أو من مالى ، فإنه يشترط وجود المعز فى الأول عند الوصية وفى الثانى عند الموت اه ومثله فى التاترخانية ويأتى تمامه فى الباب الآتى (قوله وأن يكون بمقدار الثلث) أى إن كان ثمة وارث ولم يجزها بالأكثر وبما قررناه ظهر أن هذه الشروط بعضها شروط لزوم وهى ما توقفت لحق الغير ونفذت بإجازته وبعضها شروط صحة (قوله وما يجرى مجراه الخ) فى الخانية قال أوصيت لفلان بكذا ولفلان بكذا وجعلت ربع دارى صدقة لفلان ، قال محمد أجيز هذا على الوصية . وقال أبو يوسف فى سؤال عرض عليه وأما قوله : جعلت هو وصية لا يشترط فيها القبض والإفراز اه ملخصا :

وفى النهاية : وأما بيان الألفاظ المستعملة فيها ففى النوادر عن محمد إذا قال إشهدوا أنى أوصيت لفلان بألف درهم وأوصيت أن لفلان فى مالى ألف درهم ، فالأولى وصية والأخرى إقرار وفى الأصل قوله سدس دارى لفلان وصية وقوله لفلان سدس فى دارى إقرار ، وعلى هذا قوله لفلان ألف درهم من مالى وصية استحسانا إذا كان فى ذكر وصيته ، وفى مالى إقرار وإذا كتب وصيته بيده ثم قال : اشهدوا على فى هذا الكتاب جاز استحسانا وإن كتبها غيره لم يجز اه ملخصا (قوله وفى البدائع الخ) عبارتها على ما فى الشرنبلالية : وأما ركن الوصية فقد اختلف فيه قال أصحابنا الثلاثة : أى الإمام وصاحباه : هو الإيجاب والقبول الإيجاب من الموصى والقبول من الموصى له فما لم يوجد جميعا لا يتم الركن ، وإن شئت قلت ركن الوصية الإيجاب من الموصى ، وعدم الرد من الموصى له ، وهو أن يقع اليأس عن رده ، وهذا أشمل لتخريج المسائل وقال زفر الركن هو الإيجاب من الموصى فقط اه وكلام المصنف تبعا لشراح الهداية يشير إلى أن القبول شرط لا ركن وما فى البدائع هو الموافق لما يذكرونه فى سائر العقود كالبيع ونحوه من أن الركن كل منهما (قوله قلت الخ) عزاه فى الشرنبلالية إلى الخلاصة ، والظاهر أن المراد بالقبول دلالة عدم الرد فهو بمعنى ما قدمناه عن البدائع من قوله : وإن شئت قلت الخ ثم المعتبر فى القبول والرد ما بعد الموت لا ما قبله كما سيأتى (قوله بأن يموت الخ) : تصوير للدلالة ومثله الوصية للحمل وبقى لو الموصى له غير معين كالفقراء والظاهر أن القبول غير شرط أو هو موجود دلالة تأمل (قوله كما سيجىء) أى فى الورقة الثانية (قوله وحكمها الخ) هذا فى جانب الموصى له أما فى جانب الموصى ، فقد مر أنها أربعة أقسام أفاده فى الشرنبلالية قال ط وفيه أن المراد بالحكم هنا الأثر المترتب على الشىء وفيما مر ما يعبر عنه بالصفة (قوله عند عدم المانع) أى من قتل أو حرابة أو استغراق بالدين أو نحو ذلك (قوله لا الزيادة عليه الخ) فإذا أوصى بما زاد على الثلث ولم يكن إلا وارث يرد عليه وأجازها ، فالبقية له وإن أجاز من لا يرد عليه ففرضه فى البقية ، وباقيها لبيت المال

إلا أن تجيز ورثته بعد موته) ولا تعتبر إجازتهم حال حياته أصلا بل بعد وفاته (وهم كبار) يعنى يعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية على عكس إقرار المريض للوارث (وندبت بأقل منه) ولو (عند

فلو أوصى بثلثى ماله وأجازت الزوجة فلها ربع الثلث واحد من اثنى عشر مخرج الثلثين وربع الباقى ، وللبيت المال ثلاثة ولزيد ثمانية وتمامه فى شرح السائحانى على منظومة ابن الشحنة فى الفرائض ، وإن لم تجز وأوصى لها أيضا أو لا فقد أوضحه فى الجوهرة فراجعها (قوله إلا أن تجيز ورثته الخ) أى بعد العلم بما أوصى به أما إذا علموا أنه أوصى بوصايا ولا يعلمون ما أوصى به ، فقالوا أجزنا ذلك لا تصح إجازتهم خانية عن المنتقى: ونقل السائحانى عن المقدسى إذا أجاز بعض الورثة جاز عليه بقدر حصته لو أجازت كل الورثة ، حتى لو أوصى لرجل بالنصف ، وأجاز أحد وارثين مستويين كان للمجيز الربع ولرفيقه الثلث وللوصى له الثلث الأصلى ونصف السدس من قبل المجيز اهـ ومثله فى غاية البيان.

[تنبيه] إذا صحت الإجازة بعد الموت يتملكه المجاز له من قبل الموصى عندنا وعند الشافعى من قبل المجيز كما فى الزيلعى وسيجىء بيان ذلك آخر الباب :لآتى (قوله ولا تعتبر الخ) أى لأنها قبل ثبوت الحق لهم لأن ثبوته عند الموت ، فكان لهم أن يردوه بعد وفاته بخلاف الإجازة بعد الموت ، لأنه بعد ثبوت الحق وتمامه فى المنح وفى البزازية تعتبر الإجازة بعد الموت لا قبله هذا فى الوصية ، أما فى التصرفات المنفيدة لإحكامها كالإعتاق وغيره إذا صدر فى مرض الموت ، وأجازه الوراث قبل الموت لا رواية فيه عن أصحابنا قال الإمام علاء الدين السمرقندى: أعتق المريض عبده ورضى به الورثة قبل الموت لايسعى العبد فى شىء وقد نصوا على أن وارث المجروح إذا عفى عن الجارح يصح ولا يملك المطالبة بعد موت المجروح اهـ (قوله وهم كبار) المراد أن يكونوا من أهل التصرف ويأتى تمامه (قوله يعنى يعتبر الخ) الأنسب جعل هذه مسألة مستقلة فيعبر بالواو ط.

قلت : لعل الشارح يشير إلى أخذ ذلك من عبارة المصنف بجعل الظرف ، وهو بعد موته مما تنازع فيه قوله تجيز وقوله ورثته ولما كان فيه خفاء أتى بلفظة يعنى تأمل (قوله وقت الموت لا وقت الوصية) لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت فيعتبر التمليك وقته زيلعى وقدمنا عنه التفريع على ذلك (قوله على عكس إقرار المريض) فيعتبر كونه وارثا أو غير وارث عند الإقرار ، حتى لو أقر لغير وارث جاز وإن صار وارثا بعد ذلك ، لكن بشرط أن يكون ارثه بسبب حادث بعد الإقرار كما لو أقر لأجنبية ، ثم تزوجها بخلاف ما إذا كان السبب قائما لكن منع منه مانع ثم زال بعده كما لو أقر لابنه الكافر أو العبد ، ثم أسلم أو عتق فإنه يبطل الإقرار كالوصية والهبة كما سيأتى متنا فما ذكره الزيلعى ، وغيره تبعا للنهاية من أنه لو أقر لابنه العبد لا يبطل بالعتق ، لأن إرثه بسبب حادث بعد الإقرار ولأنه فى المعنى إقرار لمولاه الأجنبى ، فقد رده العلامة الإتقانى بأنه سهو لا يصح نقله فقد نص على خلافه فى الجامع الصغير اهـ.

قلت : بل هو مخالف للمتون أيضا كما يأتى على أن كون الإرث فيه بسبب حادث محل نظر نعم ذكر فى الهداية أنه لو غير مديون يصح وإلا فلا وسيأتى فتدبر (قوله ولو عند غنى ورثته الخ) أشار بزيادة لو الوصلية إلى أن الوصية بما دون الثلث عند عدم الغنى أو الاستغناء مستحبة أيضا ، وهو كذلك لما قال فى الهداية ، ويستحب أن يوصى بدون الثلث ، سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء ، لأن فى التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم ، بخلاف استكماله الثلث لأنه استيفاء تمام حقه فلا صلة ثم هل الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها؟ قالوا إن كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك أولى لما فيه من الصدقة على القريب ، وقد قال عليه الصلاة والسلام « أفضل

غنى ورثته أو استغنائهم بحصتهم كتركها) أى كما ندب تركها (بلا أحدهما) أى غنى واستغناء لأنه حينئذ صلة وصدقة (وتؤخر عن الدين) لتقدم حق العبد (وصحت بالكل عند عدم ورثته) ولو حكما كمستأمن لعدم المزاحم (ولمملوكه بثلث ماله) اتفاقا وتكون وصية بالعتق فإن خرج من الثلث فيها وإلا سعى بقية قيمته وإن فضل من الثلث شيء فهو له (وبدراهم أو بدنانير مرسلة لا) تصح فى الأصح كما لا تصح بعين من أعيان ماله له

الصدقة على ذى الرحم الكاشح » ولأن فيه رعاية حق الفقر والقرابة جميعا ، وإن كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى ، لأنه يكون صدقة على الأجنبي والترك هبة من القريب ، والأول أولى لأنه يبتغى بها وجه الله تعالى وقد قيل فى هذا الوجه يخير لاشتمال كل على فضيلة وهو الصدقة أو الصلة اهـ كلام الهداية.

وحاصله : أنه لا تنبغى الوصية بتمام الثلث بل المستحب التنقيص عنه مطلقا لأنه عليه الصلاة والسلام قد استكثر الثلث بقوله « والثلث كثير » لكن التنقيص عند فقر الورثة وإن كان مستحبا إلا أن ثمة ما هو أولى منه ، وهو الترك أصلا فإن المستحب تتفاوت درجاته ، وكذا المسنون والمكروه وغيرهما ، وبهذا ظهر لك أن اتيان الشارح المحقق بلو الوصلية موافق للهداية فافهم هذا وفى القهستانى : إذا كان المال قليلا لا ينبغى أن يوصى على ما قال أبو حنيفة : وهذا إذا كان الأولاد كبارا فلو صغارا فالترك أفضل مطلقها على ما روى عن الشيخين كما فى قاضيخان اهـ : فالتفصيل إنما هو فى الكبار أما الصغار فترك المال لهم أفضل ولو كانوا أغنياء.

[تنبيه] قال فى الحاوى القدسى من لا وارث له ولا دين عليه فالأولى أن يوصى بجميع ماله بعد التصدق بيده (قوله أو استغنائهم بحصتهم) أى صيرورتهم أغنياء بأن يرث كل منهم أربعة آلاف درهم على ما روى عن الإمام أو يرث عشرة آلاف درهم على ما روى عن الفضلى قهستانى عن الظهيرية ، واقتصر الإتقانى على الأول (قوله أى غنى واستغناء) عبر بالواو إشارة إلى أن المراد بقوله بلا إحداهما عدمهما معا إذ لو وجد أحدهما دون الآخر كان المندوب الفعل لا الترك فيناقض ما قبله فتدبر (قوله لأنه) أى ترك الوصية (قوله كمستأمن) فإنه إذا أوصى بكل ماله لمسلم أو ذمى جاز لأن المنع عن الوصية بالكل لحق الورثة ، ولا حق للورثة فى دار الحرب ولوالجية ، وسيأتى تمامه فى باب وصايا الذمى (قوله لعدم المزاحم) علة لقوله وصحت ومابعده (قوله وتكون وصية بالعتق) أى تكون هذه الوصية وصية للعبد بنفسه تصحيحا لها وبما زاد على قيمته إلى تمام الثلث (قوله فإن خرج من الثلث الخ) فيه أجمال وبيانه ما نقله ط عن الهندية عن البدائع إن كان المال دراهم أو دنانير وقيمة ثلثى العبد مثل ما وجب له صار قصاصا ، ولو فى المال زيادة دفعت إليه أو فى ثلثى العبد زيادة دفعت إلى الورثة ، وإن كان عروضا لا يصير قصاصا إلا بالتراضى ، لاختلاف الجنس ، ويسعى فى ثلثى قيمته وله ثلث سائر أمواله وهذا عنده ، وأما عندهما فكله مدبر ، فيعتق كله مقدما على سائر الوصايا فإن زاد الثلث على قيمته دفع الورثة إليه وإن قيمته أكثر سعى فى الفضل اهـ ملخصا.

قلت : والخلاف مبنى على تجزى الإعتاق وعدمه كما فى شرح المجمع ، وأشار بتقدم العتق على سائر الوصايا إلى ثمرة الخلاف ، وأوضحها فى العزمية بما إذا أوصى بثلث ماله لقنه الذى قيمته ألف درهم ، وأوصى بثلثى ألف درهم للفقراء ومات وترك العبد وألفى درهم عتق عنده ثلث العبد مجانا والثلثان من قيمته بين العبد والفقراء سوية ، ويدفع العبد للفقراء ثلث قيمته وعندهما يعتق أولا كل العبد مجانا ولا شيء للفقراء اهـ فتأمل : ثم إن ظاهره أن كون هذه وصية بالعتق مبنى على قولهما تأمل (قوله أو بدنانير الخ) لو صدر بلا فقال لابد نانير لكان أوضح والمراد بالمرسلة كما سيذكره الشارح فى الباب الآتى المطلقة غير المقيدة بثلث أو لهم هن أو نحوهما اهـ : أى كما إذا

(وصحت لمكاتب لنفسه أو لمدبره أو لأم ولده) استحسانا لا لمكاتب وارثه (و) صحت (للحمل وبه) كقوله (أوصيت بحمل جاريتي أو دابتي هذه لفلان ثم إنما تصح إن ولد) الحمل (لأقل من ستة أشهر) لو زوج الحامل حيا ولو ميتا وهي معتدة حين الوصية فلأقل من سنتين بدليل ثبوت نسبه اختياره وجوهرة ولا فرق بين الآدمي وغيره من الحيوانات ، فلو أوصى لما في بطن دابة فلان لينفق عليه صح ومدة الحمل للآدمي ستة أشهر وللفيل إحدى عشرة سنة وللإبل والخيل والحمار سنة وللبقر تسعة أشهر وللشاة خمسة أشهر ، وللسنور شهران ، وللكلب أربعون يوما وللطير أحد وعشرون يوما قهستاني معزيا للاستيفاء (من وقتها) أي من وقت

قال بمائة مثلا فافهم (قوله وصحت لمكاتب نفسه) أي إذا لم يعجز نفسه ولو بعد موت السيد ، أما إذا عجز نفسه فهل يكون في حكم الوصية للملوك حرره نقلا اه ط (قوله أو لمدبره أو لأم ولده) لأن نفاذها بعد موت السيد وهما حينئذ حران اه ط (قوله لا لمكاتب وارثه) لأنه عند موت الموصي باق على ملك الوارث ، فتكون وصية للوارث تأمل ، وفي القهستاني لا تصح لعبد وارثه ومدبره وأم ولده ، لأنه وصية للوارث حقيقة ، بخلاف الوصية لابن وارثه كما في النظم اه (قوله وصحت للحمل) لأنها استخلاف من وجه ، لأنه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين يصلح خليفة في الإرث ، فكذا في الوصية ولا يقال شرطها القبول والجنين ليس من أهله ، لأنها تشبه الهبة والميراث فلشبهها بالهبة يشترط القبول ، إذا أمكن ولشبهها بالميراث يسقط إذا لم يمكن عملا بالشبهين ، ولهذا يسقط بموت الموصى له قبل القبول زيلعي (قوله وبه) أي بالحمل لأنه يجري فيه الإرث ، فتجري فيه الوصية أيضا لأنها أخته زيلعي ، وهذا إذا لم يكن الحمل من المولى إتقاني وأشار إليه الشارح.

[تنبيه] قدمنا في باب اللعان عن فتح القدير أن توريث الحمل والوصية به ، وله لا يثبتان إلا بعد الانفصال فيثبتان للولد لا للحمل اه :

أقول : والمراد ثبوت حكمهما وإلا فهما ثابتان قبل ذلك فلا ينافي كلامهم هنا .

[فرع] في الظهيرية لو أعتق الورثة الحمل الموصى به جاز اعتاقهم ويضمنون قيمته يوم الولادة اه.

أقول : ووجهه ما علمت أن الوصية به لا يثبت حكمها إلا بعد الولادة فهو قبلها على ملك الورثة تبعا لأمه وبالولادة ثبت حق الموصى له وقد أتلفوه عليه فضمنوا قيمته وقتها تأمل (قوله لأقل من ستة أشهر) إذ لو ولد لستة أشهر أو لأكثر احتمل وجوده وعدمه فلا تصح أفاده الإتقاني (قوله ولو ميتا) مثل الموت الطلاق البائن ط :

أقول : ومثله لو أقر الموصي بأنها حامل فتثبت الوصية له إن وضعته ما بين سنتين من يوم أوصى ، لأن وجوده في البطن عند الوصية ثبت بإقرار الموصي ، فإنه غير متهم فيه لأنه موجب له ما هو خالص حقه بناء على هذا الإقرار ، وهو الثلث فيلحق بما لو صار معلوما يقينا بأن وضعته لأقل من ستة أشهر اه كذا نقله شيخ مشايخنا العلامة محمد التافلاتي الحنفي مفتي القدس الشريف عن مبسوط السرخسي (قوله فلأقل من سنتين) أي من وقت الموت أو الطلاق ولو كان لأكثر من ستة أشهر من وقت الوصية ط (قوله ولا فرق) أي في صحة الوصية للحمل أو به (قوله لينفق عليه) قيد به لما سيأتي من قوله أوصى بهذا التبن لدواب فلان ، فإن الوصية باطلة ولو قال يعلف بها دواب فلان جاز (قوله صح) أي إذا قبل فلان إتقاني لأنها وصية له كما سيأتي (قوله ومدة الحمل) أي أقل مدته وهو صريح ما في القهستاني ط (قوله وللفيل إحدى عشرة سنة) الذي رأيته في نسختي القهستاني

الوصية وعليه المتون :

وفى النهاية من وقت موت الموصى وفى الكافى ما يفيد أنه من الأول إن كان له ومن الثانى إن كان به زاد فى الكنز ولا تصح الهبة للحمل لعدم قبضه ولا ولاية لأحد عليه ليقبض عنه زيلعى وغيره فلو صالح أبو الحمل عنه بما أوصى له لم يجز لأنه لا ولاية للأب على الجنين ولوالجية :

قلت : وبه علم جواب حادثة الفتوى وهى أنه ليس للوصى ولو مختارا التصرف فيما وقف للحمل بل قالوا الحمل لايلى ولا يولى عليه (وصحت بالأمة إلا حملها) لما تقرر أن كل ما صح افراده بالعقد

أحد عشر شهرا فلتراجع لسخة أخرى (قوله وعليه المتون) أفاد بذلك اعتماده ط (قوله وفى الكافى الخ) أقول هذا الذى ينبغى اعتماده فإن أصحاب المتون كما صرحوا بما مر فقد صرحوا أيضا فى آخر باب الوصية بالخدمة بأنه لو أوصى بصوف غنمه وولدها أى الحمل له الموجود عند موته وأقره الشارح فهو مخصص لإطلاقهم هنا فافهم (قوله إن كان له) أى إن كان الإيصاء للحمل لمـا مر أن من الشرائط كون الموصى له موجود أوقت الوصية ولا يتيقن بوجوده إلا إذا ولد لأقل من ستة أشهر من وقتها (قوله إن كان به) لما قدمناه عن النهاية من أن الموصى به إن كان معدوما لابد من أن يكون قابلا للتمليك بعقد من العقود ولذا لم تجز الوصية بما تلد أغنامه (قوله لعدم قبضه) بيان للفرق بين الوصية والهبة فإن الهبة تمليك محض والملك بالهبة إنما يثبت بالقبض والجنين غير صالح لذلك أفاده فى العناية أما الوصية فهى تمليك من وجه واستخلاف من وجه كما قدمنا (قوله لأنه لا ولاية للأب على الجنين) لأن ثبوت الولاية لحاجة المولى عليه إلى النظر ولا حاجة للجنين إلى ذلك ، ولأن الجنين فى حكم جزء من أجزاء الأم ، وكما لا يثبت للأب الولاية على الأم فكذلك على ما هو من أجزائها ، وكذلك الأم لو كانت هى التى صالحت ، لأن الأبوة فى الولاية أقوى فإذا كانت لا تثبت للأب ، فالأم أولى والجنين وإن كان بمنزلة جزء منها من وجه فهو فى الحقيقة نفس مودعة فيها فلاعتبار معنى النفسية صحت الوصية ، والوصية للأجزاء لا تصح ، ولا يمكن تصحيح هذا الصلح من الأم باعتبار الجزئية لهذا المعنى اه تافلاتى عن المبسوط (قوله قلت وبه علم الخ) هو للمصنف فى المنح ط وفى حاشية الأشباه للحموى فى قاعدة التابع تابع: ينبغى أن يقال إن كان شيئا يخشى عليه التلف فللولى بيعه ، وإلا فإن كان حيوانا فكذلك لأن مؤنته تستغرقه بالنفقة ، ولو عقارا فلا هذا ما ظهر لى تفقها والقواعد تقتضيه اه (قوله بل قالوا الخ) إضراب إنتقالى فإنه أفاد أنه لا تثبت الولاية عليه أصلا فضلا عن صحة التصرف وعدمها فافهم: قال الرملى : والنقل فى عدم ولاية الأب والوصى على الجنين متظاهر كثير اه .

[تنبيه] أفتى فى الحامدية أخذا مما هنا بأنه لايصح نصب الأب وصيا على حمله ، لكن فى الأشباه أول كتاب البيوع ينبغى أن يصح الوقف عليه كالوصية . قال الحموى: أى عليه فأفاد أنه يصح نصب وصى عليه وهو موافق لبحثه المار وبه أفتى العلامة ابن الشلبى مستندا إلى قولهم إن الوقف على الحادثين من أولاده صحيح ، وقولهم إن الوقف أخو الوصية ، فحيث دخلوا فى الوقف دخلوا فيها أيضا :

أقول : فيه نظر فإن الظاهر أن مرادهم الوصية التى هى التمليك فإن الوقف أخوها لأنه تصدق بالمنفعة والكلام فى نصب الوصى على الحمل وذلك لايشبه الوقف عليه كما لايخفى، وبه ظهر ما فى كلام الحموى السابق هذا ولمولانا الشيخ محمد التافلاتى رسالة فى هذه المسألة وفق فيها بأنه صحيح ، ولكنه موقوف إلى الولادة أخذا مما قدمناه عن فتح القدير من أن توريثه والوصية به وله موقوفان إليها أيضا والله تعالى أعلم (قوله وصحت بالأمة إلا حملها) يعنى

صح استثناؤه منه ومالا فلا (ومن المسلم للذمى وبالعكس لاحربى فى داره) قيد بداره لأن المستأمن كالذمى كما أفاده المنلا بحثا قلت وبه صرح الحدادى والزيلعى وغيرهما وسيجىء متنا فى وصايا الذمى (ولا لوارثه وقاتله مباشرة)

إذا قال : أوصيت بهذه الأمة إلا حملها صحت الوصية والاستثناء أيضا ، وهو منقطع بمعنى لكن لأن الحمل لايتناوله اسم الأمة لفظا وإنما يستحق بالإطلاق تبعا وتمامه فى العناية (قوله صح استثناؤه منه) أى والحمل يصح إفراده بالوصية فكذا استثناؤه منها زيلعى (قوله لاحربى فى داره) أى وإن أجازت الورثة لنهينا عن برهم بقوله تعالى -إنما ينهاكم الله- الآية فعدم الجواز لحق الشرع لالحق الورثة ، بخلاف الوصية للوارث أو للأجنبى بما زاد على الثلث فإنه لحق الورثة ، ولأن الحربى فى داره كالميت فى حقنا والوصية للميت باطلة ، ونص محمد فى الأصل على عدم جواز الوصية للحربى صريحا وكذا فى الجامع الصغير ، وذكر شراحه أن فى السير الكبير مايدل على الجواز ورده العلامة قاضى زاده بأن لفظ السير الكبير : لو أوصى مسلم لحربى والحربى فى دار الحرب لايجوز ، واعترضه فى العزمية بأن ناقلى الجواز مؤتمنون فى الأخذ والنقل ، وذكر العلامة جوى زاده أن مرادهم بما يدل على الجواز ماذكره فى شرح السير الكبير للسرخسى بقوله : لابأس أن يصل الرجل المسلم المشرك قريبا كان أو بعيدا محاربا كان أو ذميا . واستدل عليه بأحاديث منها « أنه بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم خمسمائة دينار إلى مكة حين قحطوا وأمر بدفع ذلك إلى أبى سفيان بن حرب وصفوان بن أمية ليفرقا على فقراء أهل مكة فقبل ذلك أبو سفيان وأبى صفوان » قال وبه نأخذ ولأن صلة الرحم محمودة عند كل عاقل وفى كل دين والإهداء إلى الغير من مكارم الأخلاق قال صلى الله عليه وسلم « بعثت لأتمم مكارم الأخلاق » فعرفنا أن ذلك حسن فى حق المسلمين والمشركين جميعا اهـ :

فالخلاف فى جواز صلة الحربى وعدمه لافى جواز الوصية وعدمه اهـ ملخصا وتمامه فى الشرنبلالية :

والحاصل : أن التعليل بأن الحربى كالميت اقتضى عدم جواز الوصية له والتعليل بالنهى اقتضى عدم جواز كل من الوصية والصلة ، ومافى السير دل على جواز الصلة دون الوصية خلافا لما فهمه شراح الجامع ، فصار الخلاف فى جواز الصلة فقط :

أقول : وقد رأيت نص الإمام محمد على جواز الهدية حيث قال فى موطئه فى باب مايكره من لبس الحرير والديباج ولا بأس أيضا بالهدية إلى المشرك المحارب مالم يهد إليه سلاح أو درع ، وهو قول أبى حنيفة والعامة من فقهائنا اهـ (قوله لأن المستأمن كالذمى) فإذا أوصى لمسلم أو ذمى بجميع ماله جاز كما مر ويأتى تمامه (قوله كما أفاده المنلا) فى بعض النسخ المنلا خسرو (قوله ولالوارثه) أى الوارث وقت الموت كمامر بيانه قال القهستانى: واعلم أن الناطفى ذكر عن بعض أشياخه أن المريض إذا عين لواحد من الورثة شيئا كالدار على أن لايكون له فى سائر التركة حق يجوز ، وقيل هذا إذا رضى ذلك الوارث به بعد موته فحينئذ يكون تعيين الميت كتعيين باقى الورثة معه كما فى الجواهر اهـ :

قلت : وحكى القولين فى جامع الفصولين فقال: قيل جاز وبه أفتى بعضهم وقيل لا اهـ :

[فرع] قال فى البزازية وفى العتابى : اجتمع قرابة المريض عنده يأكلون من ماله إن كانوا ورثة لم يجز إلا أن يحتاج المريض إليهم لتعاهده فيأكلون مع عياله بلا إسراف ، وإن لم يكونوا ورثة جاز من ثلث ماله لو بأمر المريض اهـ (قوله وقاتله مباشرة) لقوله عليه الصلاة والسلام « لاوصية لقاتل » ولأنه استعجل ما أخره الله فيحرم الوصية ، كالميراث سواء أوصى له قبل القتل ، ثم قتله أو أوصى له بعد الجرح لإطلاق الحديث زيلعى :

أقول : والمراد بالاستعجال مايظهر من حال القاتل وإلا فمذهب أهل الحق أن المقتول ميت بأجله تأمل .

لا تسببيا كما مر (إلا بإجازة ورثته) لقوله عليه الصلاة والسلام « لاوصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة » يعني عند وجود وارث آخر كما يفيده آخر الحديث وسنحققه (وهم كبار) عقلاء فلم تجز إجازة صغير ومجنون وإجازة المريض كابتداء وصية ، ولو أجاز البعض ورد البعض جاز على المجيز بقدر حصته (أو يكون القاتل صبيا أو مجنونا) فتجوز بلا إجازة لأنهما ليسا أهلا للعقوبة (أو لم يكن له وارث سواه) كما في الخانية أي سوى الموصى له القاتل أو الوارث ، حتى لو أوصى لزوجته أو هي له ولم يكن ثمة وارث آخر تصح الوصية ابن كمال :

زاد في المجتبى : فلو أوصت لزوجها بالنصف كان له الكل :

قلت وإنما قيدوا بالزوجين لأن غيرهما لا يحتاج إلى الوصية لأنه يرث الكل برد أو رحم وقد قدمناه في الإقرار معزيا للشرنبلالية ، وفي فتاوى النوازل : أوصى لرجل بكل ماله ومات ولم يترك وارثا إلا امرأته ، فإن لم تجز فلها السدس والباقي للموصى له لأن له الثلث بلا إجازة فيبقى الثلثان فلها ربعهما وهو سدس الكل ولو كان مكانها زوج فان لم يجز فله الثلث والباقي للموصى له (ولا من صبي غير مميز أصلا) ولو في وجوه الخير خلافا للشافعي (وكذا) لا تصح (من مميز إلا في تجهيزه وأمر دفنه فتجوز استحسانا

[فرع] جرحه رجل وقتله آخر جازت للجارح ، لأنه ليس بقاتل ولوالجية (قوله لاتسببيا) كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه لأنه غير قاتل حقيقة (قوله كما مر) أي في كتاب الجنايات (قوله إلا بإجازة ورثته) الاستثناء متعلق بالمسألتين قال في البرهان الوصية للقاتل تجوز بإجازة الورثة عندهما ، وقال أبو يوسف : لاتجوز والخلاف في غير قتله عمدا بعد الوصية ، فإنها تكون ملغاة بالإتفاق شرنبلالية (قوله وسنحققه) أي قريبا (قوله وإجازة المريض كابتداء وصية) فإذا كان وارث الموصى مريضا فأجاز الوصية وهو بالغ عاقل إن برئ صحت إجازته وإن مات من ذلك المرض ، فإن كان الموصى له وارثه لا تجوز إجازته إلا أن تجيزه ورثة المريض بعد موته وإن كان أجنبيا تجوز إجازته ويعتبر ذلك من الثلث منح (قوله جاز على المجيز الخ) بأن يقدر في حق المجيز كأن كلهم أجازوا وفي حق غيره كأن كلهم لم يجيزوا وقدمنا بيانه عن المقدسي (قوله أو يكون) بالنصب عطفا على قوله بإجازة ورثته ، لأنه في تأويل أن يجيز (قوله لأنهما ليسا أهلا للعقوبة) ولذا لم يحرما الميراث ، وهذا التعليل ذكره الشرنبلالي بحثا منه ولي فيه نظر إذ لو كانت العلة في الكبير العقوبة لم تجز الوصية بالإجازة كالميراث : نعم هو ظاهر على قول أبي يوسف بأنها لاتجوز للقاتل ، وإن أجازها الورثة ، وعللوا له بأن جنايته باقية والامتناع لأجلها عقوبة له ، وأما عندهما فهو لحق الورثة دفعا للغيظ عنهم حتى لايشاركهم في مال من سعى في قتله ، وهذا ينعدم بإجازتهم والصبي بمعزل من الغيظ ، فلم يثبت في حقه ما ثبت في حق البالغ كذا في الكفاية وغيرها (قوله أي سوى الموصى له) تفسير للضمير في سواه وقوله القاتل : أو الوارث بدل من الموصى له (قوله حتى لو أوصى الخ) تفريع على قوله أو الوارث وفي القهستاني : ولو أوصى لقاتله ولا وارث له صحت الوصية له وهذا عند الطرفين (قوله فلها ربعهما) لأن الإرث بعد الوصية ففرضها ربع الثلثين الباقيين (قوله فله الثلث) وهو نصف الباقي :

[فرع] ترك امرأة وأوصى لها بالنصف ، ولأجنبي بالنصف يعطى الأجنبي أولا الثلث وللمرأة ربع الباقي ارثا والباقي يقسم بينهما على قدر حقوقهما تاترخانية ، وفيها تركت زوجها فقط وقد كانت أوصت لأجنبي بالنصف فللموصى له نصف المال وللزوج الثلث والسدس لبيت المال اه ولو أوصى لكل منهما بالكل فقد أوضحه في الجوهرة (قوله إلا في تجهيزه وأمر دفنه) لكنه تراعى فيه المصلحة لما قال في الخلاصة عن الروضة : لو أوصى بأن يكفن بألف دينار يكفن بكفن وسط ، ولو أوصى بأن يكفن في ثوبين لايراعى شرائط الوصية ولو أوصى بأن يكفن في خمسة أثواب أو ستة أثواب يراعى شرائطه ، ولو أوصى بأن يدفن في مقبرة كذا بقرب فلان الزاهد

وعليه تحمل إجازة عمر رضي الله عنه لوصية يافع يعني المراهق (وان) وصلية (مات بعد الإدراك أو أضافها إليه) كأن أدركت فثلثي لفلان لم يجز لقصور ولايته فلا يملك تنجيزا أو تعليقا كما في الطلاق، بخلاف العبد كما أفاده بقوله (ولا من عبد ومكاتب وإن ترك) المكاتب (وفاء) وقيل عندهما تصح في صورة ترك الوفاء درر (إلا إذ أضافها) كل منهما وعبارة الدرر: أضافاها (إلى العتق) فتصح لزوال المانع وهو حق المولى (ولا من معتقل اللسان بالإشارة إلا إذا امتدت عقلته حتى صارت له إشارة معهودة فهو كأخرس) وقدر الامتداد سنة وقيل: إن امتدت لموته جاز إقراره بالإشارة والإشهاد عليه وكان كأخرس قالوا وعليه الفتوى درر وسيجيء في مسائل شتى (وإنما يصح قبولها بعد موته لأن أوان ثبوت حكمها بعد الموت (فبطل قبولها وردها قبله) وإنما تملك بالقبول

تراعى شرائطه إن لم يلزم في التركة مؤنة الحمل، ولو أوصى بأن يدفن مع فلان في قبر واحد لا يراعى شرطه اه شرنبلالية:

أقول: وظاهر كلامه يوهم أن صاحب الخلاصة ذكر المسألة في وصية الصبي، وليس كذلك بل عبارة الخلاصة مطلقة ومثلها في البزازية (قوله وعليه تحمل إجازة عمر الخ) قال في العناية والأثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم يعني كان بالغا لم يمض على بلوغه زمان كثير ومثله يسمى يافعا مجازا أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفنه، ورد بأنه صنع في رواية الحديث أنه كان غلاما لم يحتلم، وأنه أوصى لابنة عم له بمال فكيف يصح التأويل قال الطحاوي: والاحتجاج بهذا الأثر لا يصح من الشافعي، لأنه مرسل وعندنا المرسل، وإن كان حجة لكن هذا مخالف قوله عليه الصلاة والسلام «رفع القلم عن ثلاث» وفيه نظر، لأن المراد بالقلم التكليف وما نحن فيه ليس منه وقال ابن حزم وهو مخالف لقوله تعالى - وابتلوا اليتامى - الآية فإنها تدل على أن الصبي ممنوع من ماله اه ملخصا:

أقول: قد يقال رفع التكليف دليل الحجر عن الأقوال والتصرفات فإن ذلك لازم له شرعا تأمل (قوله يعني المراهق) تفسير ليافع والمراهق من قارب البلوغ، وهذا التفسير موافق لما في المغرب (قوله وقيل عندهما الخ) هذا الخلاف فيما إذا أوصى بثلث ماله مثلا أما لو أوصى بعين من ماله فلا تصح إجماعا كما أنه يصح إجماعا إذا أضاف الوصية إلى ما يملكه بعد العتق، والدليل مذكور في المطولات ط (قوله إلا إذا أضافها) بأن قال إذا عتقت فثلث مالي وصية لفلان أو أوصيت بثلث مالي له، حتى لو عتق قبل الموت بأداء بدل الكتابة أو غيره، ثم مات كان للموصى له ثلث ماله وإن لم يعتق حتى مات عن وفاء بطلت الوصية لأن الملك له حقيقة لم يوجد زيلعي (قوله وعبارة الدرر أضافاها) كان نسخته كذلك وإلا فالذي رأيته فيها كعبارة المصنف (قوله لزوال المانع الخ) بيان لوجه المخالفة بينهما وبين الصبي، فإن أهليتهما كاملة، وإنما منع لحق المولى فتصح إضافتهما إلى حال سقوط حق المولى أما الصبي فأهليته قاصرة، فليس بأهل القول ملزم، فلا يملكه تنجيزا ولا تعليقا (قوله بالإشارة) متعلق بتصح المقدر بعد أداة النفي (قوله وقيل إن امتدت لموته جاز) قال في الكفاية: وذكر الحاكم رواية عن أبي حنيفة إن دامت العقلة إلى الموت يجوز إقراره بالإشارة والإشهاد عليه، لأنه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان كالأخرس قالوا وعليه الفتوى اه:

قال السائحاني: سواء طالت المدة أو قصرت والقول الأول مشروط بالامتداد سنة، وإن لم يتصل بها الموت هذا ما يظهر من كلامهم (قوله درر) وبه جزم في متن المواهب (قوله وإنما تملك بالقبول) دخول على المتن فإن لم يقبل بعد الموت فهي موقوفة على قبوله، وليست في ملك الوارث ولا في ملك الموصى له حتى يقبل أو

(إلا إذا مات موصيه ثم هو بلا قبولها فهو) أى المال الموصى به (لورثته) بلاقبول استحسانا كما مر وكذا لوأوصى للجنين يدخل فى ملكه بلا قبول استحسانا لعدم من يلى عليه ليقبل عنه كما مر (وله) أى للموصى (الرجوع عنها بقول صريح) أو فعل يقطع حق المالك عن الغصب (بأن يزيل اسمه) وأعظم منافعه كما عرف فى الغصب (أو) فعل (يزيد فى الموصى به ما يمنع تسليمه إلا به كلت السويق) الموصى به (بسمن والبناء) فى الدار الموصى بها بخلاف تجصيصها وهدم بنائها لأنه تصرف فى التابع (وتصرف) عطف على بقول صريح وعطف ابن كمال تبعا للدرر بأو وعليه فهو أصل ثالث فى كون فعله يفيد رجوعه عنها كما يفيده متن الدرر فتدبر (يزيل ملكه) فإنه

بموت اتقانى عن مختصر الكرخى (قوله ثم هو بلا قبول) أى ولا رد (قوله استحسانا) والقياس بطلانها لأن تمامها موقوف على القبول ، وقد فات وجه الاستحسان أنها تمت من جهة الموصى تماما لايلحقه الفسخ ، ووقفت على خيار الموصى له فصار كالبيع بالخيار للمشترى لو مات فى الثلاث قبل الإجازة يتم والسلعة لورثته فكذا هنا فيكون موته بلا رد كقبوله دلالة اتقانى .

[تنبيه] قال المقدسى : وإذا قبل الموصى له ملك الموصى به وإلا فلا عند الجمهور إن كان معينا يمكن قبوله بخلاف نحو الفقراء وبنى هاشم ومصلحة مسجد وحج وغزوة . وفى الظهيرية قال : أعطوا بعد موتى ثلث مالى مساكين مكة كذا فلما مات أتى الوصى بالمال إليهم فقالوا لا نريده ، وليس بنا حاجة إليه . قال أبو القاسم : يرد المال إلى الورثة ، وإن رجعوا قبل رده للورثة لبطلان حقهم بالرد : وفى الأشباه : وإذا قبلها ثم ردها على الورثة إن قبلوها انفسخ ملكه وإلا لم يجبروا اهـ سائحانى (قوله وله الرجوع عنها) لأن تمامها بموت الموصى ، ولأن القبول يتوقف على الموت والإيجاب المفرد يجوز إبطاله فى المعاوضات كالبيع ، ففى التبرع أولى عناية .

واعلم أن الرجوع فى الوصية على أنواع مايحتمل الفسخ بالقول والفعل كالوصية بعين ومالا يحتمله إلا بالقول كالوصية بالثلث أو الربع ، فإنه لو باع أو وهب لم تبطل وتنفذ الوصية من ثلث الباقى ، وما لا يحتمله إلا بالفعل كالتدبير المقيد ، فلو باعه صح لكن لو اشتراه عاد لحاله الأول وما لا يحتمله بهما كالتدبير المطلق اهـ ملخصا من الإتقانى والقهستانى (قوله أو فعل الخ) هذا رجوع دلالة والأول صريح ، وقد يثبت ضرورة بأن يتغير الموصى به ويتغير اسمه كما إذا أوصى بعنب فى كرمه فصار زبيبا أو ببيضة فحضنتها دجاجة ، حتى أفرخت قبل موت الموصى وتمامه فى الكفاية (قوله بأن يزيل اسمه الخ) كما إذا اتخذ الحديد سيفاً أو الصفر آنية لأنه لما أثر فى قطع ملك المالك فلأن يؤثر فى المانع أولى زيلعى أى فى المنع من حصول الملك للموصى له ، وإذا ذبح الشاة الموصى بها كان مجرد الذبح رجوعا وكان ينبغى عدمه ، لأنه نقصان كقطعه الثوب ولم يخطه ، وهدم بناء الدار ، ولكن نقول الذبح دليل على استبقائه على ملكه فكان دليل الرجوع لأن اللحم قلما يبقى عادة إلى وقت الموت إتقانى (قوله كلت السويق الخ) وكالقطن يحشو به والبطانة يبطن بها والظهارة يظهر بها ، لأنه لا يمكن تسليمه بدون الزيادة ، ولا يمكن نقضها لأنه حصل فى ملك الموصى من جهته هداية وكذا لو زرع فيها شجرا أو كرما لا لو زرع رطبة خانية (قوله لأنه تصرف فى التابع) وهو البناء والتجصيص زينة إتقانى ، وانظر هل تطيين الدار وتكليسها كالبناء أو كالتجصيص :

ثم رأيت فى الخانية ما نصه : وإن طينها يكون رجوعا إذا كان كثيرا اهـ وتمام ذلك فى شرح الوهبانية فراجعه (قوله عطف على بقول) فيه مسامحة لأن العطف على المجرور بدون الجار أفاده ح (قوله فهو أصل ثالث الخ) يعنى أنه قسم ثالث للفعل المفيد للرجوع ، خلافا لما يفيده تعبير المصنف من أنه مقابل للفعل لكن قال ح : هذا

رجوع عاد الملكه ثانيا أم لا (كالبيع والهبة) وكذا إذا خلطه بغيره بحيث لايمكن تميزه (لا) يكون راجعا (بغسل ثوب أوصى به) لأنه تصرف فى التبع .

واعلم أن التغير بعد موت الموصى لايضر أصلا (ولا بجحودها) درر وكنز ووقاية وفى المجمع به يفتى ومثله فى العينى ثم نقل عن العيون : أن الفتوى على أنه رجوع وفى السراجية : وعليه الفتوى وأقره المصنف (وكذا) لا يكون راجعا (بقوله كل وصية أوصيت بها فحرام أو رياء أو أخرتها بخلاف) قوله تركتها وبخلاف قوله (كل وصية أوصيتها فهى باطلة أو الذى أوصيت به لزيد فهو لعمرو أو لفلان وارثى) فكل ذلك رجوع عن الأول وتكون لوارثه بالإجازة كما مر (ولو كان فلان) لآخر (ميتا وقتها فالأولى من الوصيتين بحالها) لبطلان الثانية ولو حيا وقتها فمات قبل الموصى بطلتا الأولى بالرجوع والثانية بالموت (وتبطل هبة المريض ووصيته لمن نكحها بعدهما) أى بعد الهبة والوصية لما تقرر أنه يعتبر لجواز الوصية كون الموصى لهوارثا أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية ، بخلاف الإقرار ، لأنه يعتبر كون المقر له وارثا أو غير وارث يوم الإقرار فلو أقر لها

إنما يظهر فى عبارة الدرر حيث قال : أو يزيدولم يذكر لفظة تصرف وأما على ذكرها، فلاسواء كان بأو أو بالواو اه (قوله عاد الملكه ثانيا) أى بالشراء أو بالرجوع عن الهبة زيلعى ، وهذا فى غير المدبر المقيد كقوله إن مت من مرضى هذا فأنت حر ، فإنه لو باعه ثم اشتراه عاد إلى الحال الأول كما نقله الإتقانى وقدمناه (قوله وكذا إذا خلطه بغيره بحيث لا يمكن تميزه) أقول : وكذا إن أمكنه ولكن بعسر كشعير ببر وكان عليه أن يذكر هذا عند قول المتن أو فعل بقطع حق المالك سائحانى (قوله لأنه تصرف فى التبع) كذا فى بعض النسخ ، وفى بعضها فى النفع بالنون والفاء وعلى كل ، فالمراد به إزالة الوسخ وعبارة الهداية ، لأن من أراد أن يعطى ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا اه أى إبقاء للوصية لا رجوعا عنها (قوله لا يضر أصلا) أى سواء كان قبل القبول أو بعده زيلعى ، لأنه حصل بعد تمامها ، لأن تمامها بالموت كفاية (قوله ولا بجحودها) لأن الرجوع عن الشئ يقتضى سبق وجوده وجحود الشئ يقتضى سبق عدمه إذا الجحود نفى لأصل العقد ، فلو كان الجحود رجوعا اقتضى وجود الوصية وعدمها فيا سبق وهو محال كفاية (قوله وأقره المصنف) قال فى شرح الملتقى ولكن المتون على الأول ولذا قدمه المصنف على عادته اه .

أقول : وأخر فى الهداية دليله فكان مختارا له قال فى النهاية ، وجزم به فى المواهب والإصلاح قال فى قضاء الفوائت من البحر ، وإذا اختلف التصحيح والإفتاء فالعمل بما وافق المتون أولى (قوله فحرام أو رياء الخ) لأن الوصف يستدعى بقاء الأصل والتأخير ليس للسقوط كتأخير الدين زيلعى (قوله فكل ذلك رجوع) لأن الترك إسقاط والباطل الذاهب المتلاشى ، ولأن قوله الذى أوصيت به الخ يدل على قطع الشركة بخلاف ما إذا أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر ، لأن المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها زيلعى (قوله لبطلان الثانية) أى لأن الأولى إنما تبطل ضرورة كونها للثانى ، ولم تكن فبقى الأول على حاله زيلعى (قوله وتبطل هبة المريض ووصيته الخ) لأن الوصية إيجاب عند الموت وهى وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث والهبة ، وإن كانت منجزة صورة فهى كالمضاف إلى ما بعد الموت حكما لأن حكمها يتقرر عند الموت ، ألا ترى أنها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من الثلث هداية (قوله بعدها) كذا فى النسخ ، والذى رأيته فى المنح بعدهما بضمير التثنية وهى الأنسب (قوله لجواز الوصية) أى إثباتا ونفيا (قوله وقت الموت الخ) فتصح لو أوصى لزوجته ثم طلقها ثلاثا أو واحدة ومضت عدتها ثم مات الموصى قهستانى (قوله لأنه يعتبر الخ) لأن الإقرار ملزم بنفسه فلايتوقف إلى شرط زائد ، كتوقف الوصية إلى الموت فيصح إقراره بالدين ، لأنه حصل لأجنبية إتقانى (قوله فلو أقر لها)

فنكحها فمات جاز (ويبطل إقراره ووصيته وهبته لابنه) كافرا أو عبدا أو مكاتبا (إن أسلم أو أعتق بعد ذلك) لقيام البنوة وقت الإقرار فيورث تهمة الإيثار (وهبة مقعد ومفلوج وأشل ومسلول) به علة السل وهو قرح فى الرئة (من كل ماله إن طالت مدته) سنة (ولم يخف موته منه وإلا) تطل وخيف موته (فمن ثلثه) لأنها أمراض مزمنة لاقاتلة قبل مرض الموت أن لايخرج لحوائج نفسه وعليه اعتمد فى التجريد بزازية

أى للمرأة الأجنبية المفهومة من الكلام ، وهو تفريع على قوله أو غير وارث يوم الإقرار أى جاز الإقرار لها لأنها غير وارثة وقته ، وإن صارت وارثة وقت الموت ، وقدمنا أنه يشترط كون الإرث بسبب حادث بعد الإقرار كالتزويج هنا ، بخلاف ما لو كان بسبب قائم وقت الإقرار لكن منع منه مانع ، ثم زال عند الموت كما أفاده بقوله : ويبطل الخ ومثله ما لو أقر لزوجته الكتابية أو الأمة ، ثم أسلمت قبل موته أو أعتقت لا يصح الإقرار لقيام السبب حال صدوره كما أفاده الزيلعى (قوله أو عبدا) قيده الزيلعى بما إذا كان عليه دين لأن الإقرار وقع له ، وهو وارث عند الموت ، فيبطل كالوصية وإن لم يكن عليه دين صح الإقرار لأنه وقع للمولى إذا العبد لا يملك اه وعزاه فى الهداية إلى كتاب الإقرار ، وظاهر ما قدمناه قبل أوراق عن الزيلعى والنهاية عدم بطلان الإقرار بعتق الابن المقر له مطلقا وقدمنا ما فيه فتنبه (قوله لقيام البنوة وقت الإقرار) علة لبطلان الإقرار ، وأما الوصية والهبة فلأن المعتبر فيهما وقت الموت كما قدمه ، وقد صار الابن وارثا وقته فبطلا (قوله وهبة مقعد الخ) المقعد بضم ففتح من لا يقدر على القيام والمفلوج من ذهب نصفه وبطل عن الحس والحركة والأشل من شلت يده عناية (قوله به علة السل) هو أولى مما فى النهاية عن المغرب من أن المسلول من سلت خصيتاه لما قال الإتقانى أنه لا يناسب هنا لأنه بعد تطاول الزمان لا يسمى مريضا أصلا (قوله إن طالت مدته سنة) هذا على ما قاله أصحابنا وبعضهم قالوا إن عد فى العرف تطاولا فتطاول وإلا فلا قهستانى (قوله ولم يخف موته منه) هذه الجملة وقعت موضحة للجملة الشرطية حموى عن المفتاح اه ط ثم المراد من الخوف الغالب منه لا نفس الخوف كفاية . وفسر القهستانى عدم الخوف بأن لا يزداد ما به وقتا فوقتا اه لأنه إذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه كالعمى والعرج ، وهذا لأن المانع من التصرف مرض الموت ، وهو ما يكون سببا للموت غالبا ، وإنما يكون كذلك إذا كان بحيث يزداد حالا فحالا إلى أن يكون آخره الموت ، وأما إذا استحكم وصار بحيث لا يزداد ، ولا يخاف منه الموت لا يكون سببا للموت كالعمى ونحوه إذ لا يخاف منه ، ولهذا لا يشتغل بالتداوى اه زيلعى وغيره (قوله وإلا تطل وخيف موته) عبارة القهستانى ، وإلا يكن واحد منهما بأن لم تطل مدته بأن مات قبل سنة أو خيف موته بأن يزداد ما به يوما فيوما اه ومفهومه أنه إذا لم تطل ولم يخف موته فهو من الثلث ، ويخالفه عبارة الزيلعى ونصها أى إن لم يتطاول يعتبر تصرفه من الثلث إذا كان صاحب فراش ، ومات منه فى أيامه لأنه فى ابتدائه يخاف منه الموت ، ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت ، وإن صار صاحب فراش بعد التطاول فهو كمرض حادث ، حتى تعتبر تصرفاته من الثلث اه وهو الموافق لكلام الشارح . وبقى ما إذا طال وخيف موته ، ومقتضى عبارة القهستانى أنه من الثلث أيضا وهو المفهوم من تقييد المصنف ما يكون من كل المال بقوله ولم يخف موته (قوله لأنها أمراض مزمنة) أى طويلة الزمان وهو تعليل لقوله : من كل ماله فكان ينبغى ذكره قبل قوله وإلا الخ قال فى المنح ، وفى الفصول العمادية ، وأما المقعد والمفلوج قال فى الكتاب : إن لم يكن قديما فهو بمنزلة المريض ، وإن كان قديما فهو بمنزلة الصحيح لأن هذه علة مزمنة وليست بقاتلة اه (قوله وعليه اعتمد فى التجريد) وفى المعراج وسئل صاحب المنظومة عن حد مرض الموت فقال : كثرت فيه أقوال المشايخ واعتمادنا فى ذلك على قول الفضلى ،

والمختار أنه ما كان الغالب منه الموت وان لم يكن صاحب فراش قهستانى عن هبة الذخيرة (وإذا اجتمع الوصايا قدم الفرض وإن أخره الموصى وإن تساوت) قوة (قدم ما قدم إذا ضاق الثلث عنها)

وهو أن لا يقدر أن يذهب فى حوائج نفسه خارج الدار والمرأة لحاجتها داخل الدار لصعود السطح ونحوه اه وهذا الذى جرى عليه فى باب طلاق المريض ، وصححه الزيلعى :

أقول ، والظاهر أنه مقيد بغير الأمراض المزمنة التى طالت ، ولم يخف منها الموت كالفالج ونحوه ، وإن صيرته ذا فراش ومنعته عن الذهاب فى حوائجه ، فلا يخالف ما جرى عليه أصحاب المتون والشروح هنا تأمل (قوله والمختار الخ) كذا اختاره صاحب الهداية فى كتابه التجنيس :

[تنبيه] تبرع الحامل حالة الطلق من الثلث ولو اختلطت الطائفتان للقتال وكل منهما مكافئة للآخرى أو مقهورة ، فهو فى حكم مرض الموت وإن لم يختلطوا فلا وراكب البحر إن كان ساكنا ، فليس بمخوف ، وإن هبت الريح أو اضطرب ، فهو مخوف والمحبوس إذا كان من عادته القتل ، فهو خائف وإلا فلا معراج ملخصا وتأمله مع ما مر فى باب طلاق المريض (قوله وإذا اجتمع الوصايا الخ) اعلم أن الوصايا إما أن تكون كلها لله تعالى أو للعباد ، أو يجمع بينهما ، وإن اعتبار التقديم مختص بحقوقه تعالى لكون صاحب الحق واحدا ، وأما إذا تعدد فلا يعتبر فما للعباد خاصة لا يعتبر فيها التقديم كما لو أوصى بثلثه لإنسان ، ثم به لآخر إلا أن ينص على التقديم ، أو يكون البعض عتقا أو محاباة على ما سيأتى ، وما لله تعالى فإن كان كله فرائض كالزكاة والحج أو واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر أو تطوعات كالحج التطوع والصدقة للفقراء يبـدأ بما بدأ به الميت ، وإن اختلطت يبدأ بالفرائض قدمها الموصى ، أو أخرها ثم بالواجبات وما جمع فيه بين حقه تعالى وحق العباد ، فإنه يقسم الثلث على جميعها ، ويجعل كل جهة من جهات القرب مفردة بالضرب ولا تجعل كلها جهة واحدة لأنه ، وإن كان المقصود بجميعها وجه الله تعالى ، فكل واحدة منها فى نفسها مقصودة فتنفرد كوصايا الآدميين ، ثم تجمع فيقدم فيها الأهم فالأهم ، فلو قال ثلث مالى فى الحج والزكاة ولزيد والكفارات قسم على أربعة أسهم ، ولا يقدم الفرض على حق الآدمى لحاجته ، وإن كان الآدمى غير معين بأن أوصى بالصدقة على الفقراء فلا يقسم ، بل يقدم الأقوى فالأقوى لأن الكل يبقى حقا لله تعالى إذا لم يكن ثم مستحق معين هذا إذا لم يكن فى الوصية عتق منفذ فى المرض أو معلق بالموت كالتدبير ولا محاباة منجزة فى المرض ، فإن كان بدىء بهما على ما سيأتى تفصيله فى باب العتق فى المرض ، ثم يصرف الباقى إلى سائر الوصايا اه ملخصا من العناية والنهاية والتبيين (قوله قدم الفرض) كالحج والزكاة والكفارات ، لأن الفرض أهم من النفل ، والظاهر منه البداءة بالأهم زيلعى وأراد بالفرض مايشمل الواجب بقرينة قوله : والكفارات لكن الفرض الحقيقى مقدم على الواجب كما مر ، وفى القهستانى : فيبدأ بالفرض حق العبد ثم حق الله تعالى ثم الواجب ثم النفل كما روى عنهم (قوله وإن تساوت قوة الخ) قال فى الملتقى : وإن تساوت فى الفرضية وغيرها قدم ما قدمه . وقيل تقدم الزكاة على الحج . وقيل بالعكس الخ ومثله فى الاختيار والقهستانى فأشار إلى أنه لا يقدم بعض الفرائض على البعض بلا تقديم من الموصى إذا تساوت قوة أى بأن كانت كلها فرائض حقيقية احترازا عما لو كان فيها واجبات ، وإن القول بتقديم بعض الفرائض على بعض غير معتمد والقائل بذلك الإمام الطحاوى ، وبالأول الإمام الكرخى ، وذكر أنه قول الكل حيث قال فى مختصره : قال هشام عن محمد عن أبى حنيفة وأبى يوسف وهو قول محمد كل شىء كان جميعه لله تعالى من الحج والصدقة والعتق وغيره ، فأوصى به رجل والثلث لا يبلغ ذلك فإن كان كله تطوعا بدأ بالأول مما نطق به حق

قال الزيلعي : كفارة قتل وظهار ويمين مقدمة على الفطرة لوجوبها بالكتاب دون الفطرة والفطرة على الأضحية لوجوبها إجماعا دون الأضحية وفي القهستاني عن الظهيرية عن الإمام الطواويسي يبدأ بكفارة قتل ثم يمين ثم ظهار ثم إفطار ثم النذر ثم الفطرة ، ثم الأضحية ، وقدم العشر على الخراج ، وفي البرجندي مذهب أبي حنيفة آخرا أن حج النفل أفضل من الصدقة (أوصى بحج) أي حجة الإسلام أحج عنه راكبا) فلو لم تبلغ النفقة من بلدة فقال رجل :

يأتي على آخره أو ينتقص الثلث ، فيبطل ما بقي وكذلك لو كان كله فريضة بدئ بالأول فالأول ، حتى يكون النقصان على الآخر وإن كان بعضه تطوعا وبعضه فريضة ، أو أوجبه على نفسه بدئ بالفرض أو ما أوجبه على نفسه وإن آخره في لفظه قال هشام إلى هنا قولهم جميعا وتمامه في غاية البيان (قوله قال الزيلعي الخ) أقول : قال الزيلعي بعد قول الكنز وإن تساوت في القوة الخ ، لأن الظاهر من حال المرء أن يبدأ بما هو الأهم عنده ، والثابت بالظاهر كالثابت نصا فكأنه نص على تقديمه فتقدم الزكاة على الحج لتعلق حق العبد بها ، وهما على الكفارة لرجحانهما عليها لأنه جاء من الوعيد فيهما ما لم يأت في غيرهما وكفارة القتل والظهار واليمين مقدمة على الفطرة الخ ومثله في النهاية .

أقول : صدر تقريره موافق لقول الكرخي وآخره لقول الطحاوي فقد جمع بين القولين مفرعا أحدهما على الآخر ، وقد علمت من عبارة الملتقى تخالفهما وأن الثاني منهما ضعيف فتدبر : ولم أر من أوضح هذا المحل فتأمل ثم رأيت الإتقاني قال في غاية البيان : وقال بعضهم : إن كفارة القتل تقدم على كفارة اليمين لقونها بشرط الإسلام فيها ثم كفارة اليمين على كفارة الظهار لو جوبها بهتك حرمة اسم الله تعالى ، والثانية بإيجاب حرمة على نفسه ولنا فيه نظر لأنه خلاف المنصوص من الرواية لأنه لا تقدم الفرائض بعضها على بعض وكذلك التطوع بل يبدأ بما بدأ به الموصي وقد مر نص الكرخي على ذلك والمعنى في تقديم الزكاة والحج على الكفارات ذكرناه وهو الوعيد ومثل هذا لم يوجد في شيء من الكفارات اهـ وأراد بالبعض صاحب النهاية .

أقول : وتقديم الحج والزكاة على الكفارات ظاهر ، لأن الكفارات واجبة كما مر لكن الإتقاني نفسه ذكر أنه تقدم الكفارات على الفطرة والفطرة على الأضحية كما فعل الزيلعي والشارح ولعله بناه على قول الطحاوي ، وعليه لا مانع من تقديم بعض الكفارات على بعض إذا وجد المرجح كما فعله صاحب النهاية وتبعه الزيلعي وبه يسقط النظر فتدبر (قوله يبدأ بكفارة قتل ثم يمين ثم ظهار) تقدم وجه ترتيبها (قوله ثم إفطار الخ) مخالف لما في النهاية من تقديم الفطرة لوجوبها بالإجماع وبأخبار مستفضية على كفارة الإفطار لثبوتها بخبر الواحد ، وعلى النذر لأنها بإيجاب الله تعالى فتقدم على ما يجب بإيجاب العبد والنذر على الأضحية للاختلاف في وجوبها دون وجوبه (قوله وقدم العشر) لعله لاشتماله على حق الله تعالى والعباد بخلاف الخراج فإنه قصر على الثاني ط (قوله إن حج النفل أفضل من الصدقة) يشير إلى تقديمه عليها ، وإن أخره الموصي لكن في العناية والنهاية أن ما ليس بواجب قدم فيه ما قدمه كحج تطوع وعتق لنسمة غير معينة وصدقة على الفقراء ، وهو ظاهر الرواية وروى الحسن عن أصحابنا أنه يبدأ بالأفضل فالأفضل يبدأ بالصدقة ثم الحج ثم العتق اهـ وقوله : يبدأ بالصدقة ثم الحج مبني على ما كان يقوله الإمام أولا ولما شاهد مشقة الحج رجع فإذا حج بمقدار ما يريد إنفاقه كان أفضل (قوله أحج عنه) بالبناء للمفعول (قوله راكبا) لأنه لا يلزم أن يحج ماشيا فوجب عليه الاحجاج على الوجه الذي لزمه زيلعي (قوله فلو لم تبلغ النفقة الخ) ومثله بالأولى ما في القهستاني أيضا لو كان في المال المدفوع وفاء بالركوب ، فمشى واستبقى

أنا أحج عنه بهذا المال ماشيا لايجزيه قهستانى معزيا للتتمة (من بلده إن كفى نفقته ذلك وإلا فمن حيث تكفى وإن مات حاج فى طريقه وأوصى بالحج عنه يحج من بلده) راكبا وقال من حيث مات استحسانا هداية ومجتبى وملتقى .
قلت : ومفاده إن قوله قياس وعليه المتون فكان القياس هنا هو المعتمد فافهم (إن بلغ نفقته لك وإلا فمن حيث تبلغ) ومن لا وطن له فمن حيث مات إجماعا (أوصى بأن يشترى بكل ماله عبد فيعتق عنه) عن الموصى (ولم تجز الورثة بطلت كذا إذا أوصى بأن يشترى له عبد بألف درهم وزاد الألف على الثلث) وقالا يشترى بكل الثلث فى المسألتين مجمع .
(مريض أوصى وصايا ثم برئ من مرضه ذلك وعاش سنين ثم مرض فوصاياه باقية إن لم يقل إن مت من مرضى هذا فقد أوصيت بكذا) كذا فى الخانية (أوصى بوصية ثم جن إن أطبق الجنون) حتى بلغ ستة أشهر (بطلت وإلا لا) وكذا لو أوصى ثم أخذ بالوسواس فصار معتوها حتى مات بطلت خانية .
(أوصى بأن يعار بيته من فلان أو بأن يسقى عنه الماء شهرا فى الموسم أو فى سبيل الله فهو باطل) فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى خانية (كما لو أوصى بهذا التبن لدواب فلان فإن الوصية باطلة ولو قال يعلف بها دواب فلان جاز ،

النفقة لنفسه فهو مخالف ضامن للنفقة لأنه لم يحصل ثوابها له اهـ (قوله أنا أحج عنه) أى من بلده (قوله وإن مات حاج فى طريقه الخ) قدم الشارح فى باب الحج عن الغير أنه إنما تجب الوصية به إذا أخره بعد وجوبه ، أما إذا حج من عامه فلا (قوله من بلده) لأن الواجب عليه أن يحج من بلده والوصية لأداء ماهو الواجب عليه زيلعى ، فإن أحج الوصى من غير بلده يضمن إلا أن يكون ذلك المكان بحيث يبلغ إليه ويرجع إلى الوطن قبل الليل اهـ مناسك السندى وفيها لو وصى أن يحج من غير بلده يحج عنه كما أوصى قرب من مكة أو بعد اهـ
قلت : والظاهر أن الموصى يأثم بذلك لتركه الواجب عليه ومثله لو أوصى بما لا يكفى للإحجاج من بلده تأمل (قوله عليه المتون) وهو الصحيح واختاره المحبوبى والنسفى وصدر الشريعة وغيرهم اهـ قاسم (قوله فافهم) يشير إلى أنه مما خرج من قاعدة تقديم الاستحسان على القياس (قوله ومن لا وطن له الخ) ولو له أوطان فمن أقربها إلى مكة وإن مكيا فمات بخراسان فمن مكة إلا أن يوصى بالقران فمن خراسان جوهرة .
[فرع] قال أحجوا عنى بثلث مالى أو بألف وهو يبلغ حججا فإن صرح بواحدة اتبع ورد الفضل إلى الورثة وإلا حج عنه حججا فى سنة واحـــدة وهو الأفضل أو فى كل سنة اهـ سندى (قوله بطلت الوصية) لأن العبد المشترى بالكل مغاير لما اشترى بالثلث درر ولنظيره يقال فيا بعد ط (قوله فصار معتوها الخ) عبارة الخانية فصار معتوها فـمكث كذلك زمانا ثم مات بعد ذلك قال محمد : وصيته باطلة اهـ وانظر هل تعتبر فيه المدة المعتبرة فى الجنون والظاهر : نعم إذ لا فرق بينهما ولأن الزمان منكرا ستة أشهر تأمل (قوله فى قول أبى حنيفة) الاقتصار عليه يدل على اعتماده ط وفى الظهيرية : قال أوصيت بثلث مالى لله تعالى فالوصية باطلة فى قول أبى حنيفة ، وقال محمد جائزة ويصرف إلى وجوه البر وبه يفتى اهـ (قوله فإن الوصية باطلة) لأنها ليست من أهل الملك نظراً إلى لفظ الموصى لا إلى قصده ونظيره ما فى المعراج أوصى بشىء للمسجد الحرام لم يجز إلا أن يقول ينفق على المسجد ، لأنه ليس من أهل الملك ، وذكر النفقة بمنزلة النص على مصالحه وعند محمد يصح ويصرف إلى مصالحه تصحيحا لكلامه اهـ (قوله جاز) أى وتكون وصية لصاحب الفرس خانية .
أقول : ويؤخذ منه ومما ذكره الإتقانى من أنه لو أوصى بالثلث لما فى بطن دابة فلان لينفق عليها جاز إذا قبل صاحبها اهـ أن له أن يصرفها فى مصالحه وأنه يشترط أن يكون ممن تصح وصيته له وأنها تبطل برده وبموته

ولو أوصى بأن ينفق على فرس فلان كل شهر كذا جاز وتبطل ببيعها ، ولو أوصى بسكنى داره لرجل ولا مال له سواها جاز وله سكناها مادام حيا وليس للوارث بيع ثلثيها : وقال أبو يوسف : له ذلك وله أن يقاسم الورثة أيضا ويفرز الثلث للوصية خانية (ولو أوصى بقطنه لرجل وبحبه لآخر وأوصى بلحم شاة معينة لرجل وبجلدها لآخر وأوصى بحنطة فى سنبلها لرجل وبالتين لآخر جازت الوصية لهما) وعلى الموصى لهما أن يدوس ويسلخ الشاة .

(أوصى بثلث ماله لبيت المقدس جاز ذلك وينفق فى عمارة بيت المقدس وفى سراجه ونحوه) قالوا : وهذا يفيد جواز النفقة من وقف المسجد على قناديله وسراجه وأن يشترى بذلك الزيت والنفط للقناديل فى رمضان خانية .

وفى المجتبى : أوصى بثلث ماله للكعبة جاز وتصرف لفقراء الكعبة لاغير وكذا للمسجد وللقدس وفى الوصية

قبل الموصى تأمل (قوله وتبطل ببيعها) وكذا بموتها خانية والظاهر أنه راجع للمسئلتين ، ولعل وجهه أنها وإن كانت وصية لصاحبها إلا أنها معلقة فى المعنى على وجودها فى ملكه تأمل : ثم رأيت فى الولوالجية قال بعد قوله فإذا بيع الفرس بطل مانصه لأن هذه وصية لصاحب الفرس ونظيره ما لو قال . والله لا أكلم عبد فلان أولا أركب دابة فلان اهـ أى فإن اليمين تبطل بزوال الإضافة بأن باع العبد أو الدابة مثلا ، لأن العبد أو الدابة لايهجر لذاته بل لأجل صاحبه كما قرروه فى محله فهنا تبقى الوصية مادامت الإضافة موجودة ، وتبطل بزوالها لكن فى الولوالجية أيضا قبيل هذا الفرع لو أوصى لمملوك فلان بأن ينفق عليه كل شهر عشرة دراهم ، فالوصية جائزة وتدور مع العبد حيثما دار ببيع أو عتق ، وعبارة الظهيرية قال أبو يوسف ومحمد كانت الوصية للعبد ، وتدور معه حيثما دار ببيع أو عتق وإن صالح مولاه عن ذلك وأجاز العبد جاز وإن عتق ثم أجاز فإجازته باطلة اهـ وتأمله مع ماقدمناه من أن الوصية لعبد الوارث لاتجوز ، لأنها وصية للوارث حقيقة (قوله وله سكناها) أى بالمهاياة مع الوارث زمانا (قوله وليس للوارث بيع ثلثيها) لثبوت حق الموصى له فى سكنى كلها بظهور مال آخر أو بخراب مافى يده ، فحينئذ يزاحمهم فى باقيها (قوله له ذلك) أى للوارث بيع ثلثيها (قوله وله أن يقاسم الورثة) معطوف على قوله وله سكناها والضمير للرجل أى للموصى له المقاسمة فى عين الدار بالأجزاء إن احتملت القسمة ، وهذا أعدل من المهاياة لما فيه من التسوية بينهما زمانا وذاتا كما فى الهداية ، والمسألة ستأتى فى باب الوصية بالخدمة والسكنى (قوله وعلى الموصى لهما أن يدوس ويسلخ الشاة) كان عليه أن يقول : أن يدوسا ويسلخا الشاة بألف التثنية اهـ ح :

قلت : وأن يزيد ويحلجا القطن كما فى الظهيرية وهذا لأن المقصود إخراج كل منهما عن صاحبه ، بخلاف مالذا أوصى بدهن هذا السمسم لرجل ، وبكسبه لآخر وبما فى اللبن من الزبد لرجل وبالمخيض لآخر فالنفقة على صاحب الدهن والزبد ، لأن المقصود إخراجهما فقط وبه يتغير مالشريكه عن حاله فعليه تخليصه ، ولو كانت الشاة حية فأجر الذبح على صاحب اللحم خاصة ، لأن الذكية لأجل اللحم لا الجلد كما فى الولوالجية (قوله فى رمضان) لعله إنما خصه لزيادة ذلك فيه وإلا فغير رمضان مثله ، وانظر هل ذلك مقيد بقدر الحاجة ، ثم رأيت فى البزازية لو قال : ثلث مالى فى سبيل الله فهو للغزو فإن أعطوا حاجا منقطعا جاز : وفى النوازل لو صرف إلى سراج المسجد يجوز لكن إلى سراج واحد فى رمضان وغيره اهـ وهذا يستأنس به فى تعيين قدر الحاجة اهـ ط (قوله وتصرف لفقراء الكعبة) الذى فى الولوالجية وغيرها لمساكين مكة (قوله وكذا للمسجد وللقدس) أقول الذى فى المنح

لفقراء الكوفة جاز لغيرهم .

وفي الخانية : أوصى بعبد يخدم المسجد ويؤذن فيه جاز ويكون كسبه لوارث الموصى ولو أوصى بثلث ماله لأعمال البر لايصرف ثلثه لبناء السجن ، لأن إصلاحه على السلطان أوصى (بأن يتخذ الطعام بعد موته للناس ثلاثة أيام فالوصية باطلة) كما في الخانية عن أبي بكر البلخي ، وفيها عن أبي جعفر : أوصى باتخاذ الطعام بعد موته ويطعم الذين يحضرون التعزية جاز من الثلث ، ويحل لمن طال مقامه ومسافته لالمن لم يطل ولو فضل طعام إن كثيرا يضمن وإلا لا اه :

قلت : وحمل المصنف الأول على طعام يجتمع له النائحات بقيد ثلاثة أيام فتكون وصية لهن فبطلت والثاني على ماكان لغيرهن :

عن المجتبى : وبيت المقدس والحاصل أن في الإيصاء للمسجد قولين : قول بعدم الصحة ، وقول بالصحة كما سيأتي قبيل فصل وصايا الذمي ثم على الصحة هل تصرف على منافعه ، أو على فقرائه قال محمد بالأول على ماهو كالصريح في كلامهم ، وأما الثاني فصرح به في المجتبى على ماترى والقائل بعدم الصحة هو الشيخان إلا أن يقول ينفق على المسجد ، فيجوز اتفاقا ، وأجازه محمد مطلقا حملا على إرادة مصالحه تصحيحا للكلام لاعلى إرادة عينه لأنه لايملك سواء عين المسجد أولا وبه أفتى صاحب البحر كما سيأتي . وأما بيت المقدس فلا يتوهم أنه يفترق عن المسجد حتى أن البزازية عزاما في المتن لمحمد فافهم ، ولا تتعسف وينبغي الافتاء بأن الوصية للمسجد وصية لفقرائه في مثل الأزهر كذا حرر هذا المحل السائحاني رحمه الله تعالى وانظر مافي شرح الوهبانية (قوله جاز لغيرهم) قال في الخلاصة الأفضل أن يصرف إليهم وإن أعطى غيرهم جاز وهذا قول أبي يوسف ، وبه يفتى وقال محمد لايجوز اه :

قلت : والأول موافق لقولهم في النذر بإلغاء تعيين الزمان والمكان والدرهم والفقير (قوله لوارث الموصى) لأن الرقبة على ملكه ولوالجية وهل نفقته في وقف المسجد ، كما لو أوصى بخدمته لزيد فإن نفقته عليه كما سيأتي لم أره (قوله لأعمال البر) قال في الظهيرية وكل ماليس فيه تمليك فهو من أعمال البر حتى يجوز صرفه إلى عمارة الوقف وسراج المسجد دون تزيينة لأنه إسراف اه (قوله فالوصية باطلة) هو الأصح كما في جامع الفتاوى (قوله ويطعم) أي وبأن يطعم تأمل (قوله ويحل لمن طال مقامه ومسافته) ويستوى فيه الغني والفقير خانية وتفسير طول المسافة أن لايبيتوا في منازلهم ظهيرية والمراد أن لايمكنهم المبيت فيها أو أرادوا الرجوع إليها في ذلك اليوم (قوله يضمن) الظاهر أن هذا إذا لم يقدّر الموصى مقدارا معلوما (قوله وحمل المصنف الأول) أي مافي المتن من البطلان (قوله بقيد ثلاثة أيام) الباء للسببية ، وعبارة المصنف وما ذكر عن أبي بكر البلخي مقيد بثلاثة أيام ، وفي اليوم الثالث تجتمع النائحات فتكون وصية لهن فبطلت اه والظاهر أنه في عرفهم كذلك وكأنه أخذه مما في الخانية عن أبي القاسم أن حمل الطعام إلى أهل المصيبة في الإبتداء غير مكروه لاشتغالهم بتجهيز الميت ونحوه ، وأما في اليوم الثالث فلا يستحب ، لأن فيه تجتمع النائحات فيكون إعانة على المعصية :

أقول : وعلل السائحاني للبطلان بأنها وصية للناس ، وهم لايحصون كما لو قال أوصيت للمسلمين ، وليس في اللفظ مايدل على الحاجة فوقعت تمليكا من مجهول فلم تصح اه (قوله والثاني) وهو القول بالجواز :

أقول : قدمنا أن القول الأول هو الأصح ، وظاهره الإطلاق ويؤيده مافي آخر الجنائز من فتح القدير حيث قال : ويكره اتخاذ الضيافة من الطعام من أهل الميت لأنه شرع في السرور لا في الشرور وهي بدعة مستقبحة روى الإمام أحمد عن جرير بن عبد الله قال كنا نعد الاجتماع إلى أهل الميت ، وصنعهم الطعام من النياحة ، ويستحب لجيران أهل الميت والأقرباء الأباعد تهيئة طعام لهم يشبعهم يومهم وليلتهم لقوله صلى الله عليه وسلم « اصنعوا

[فرع] أوصى بأن يصلى عليه فلان أو يحمل بعد موته إلى بلد آخر أو يكفن فى ثوب كذا أو يطين قبره أو يضرب على قبره قبة أو لمن يقرأ عند قبره شيئا معينا فهى باطلة سراجية وسنحققه .

أوصى بثلث ماله لله تعالى فهى باطلة وقال محمد : تصرف لوجوه البر .

قال : أوصيت لفلان بألف وهو عشر مالى لم يكن له إلا الألف وفى أوصيت له بجميع مافى هذا الكيس، وهو ألف فإذا فيه ألفان ودنانير وجواهر فكله له إن خرج من الثلث مجتبى :

قال لمديونه : إذا مت فأنت برىء من دينى الذى عليك صحت وصيته ولو قال إن مت لايبرأ للمخاطرة :

يدخل المجنون في الوصية للمرضى وفى الوصية للعلماء يدخل المتكلمون فى بلاد خوارزم دون بلادنا ولو أوصى للعقلاء يصرف للعلماء الزاهدين لأنهم هم العقلاء فى الحقيقة فتنبه واعلم أن الوصية فى يد الموصى أو ورثته بمنزلة الوديعة م راج :

لآل جعفر طعاما فقد جاء مايشغلهم » حسنه الترمذى وصححه الحاكم (قوله أوصى بأن يصلى عليه فلان) لعل وجه البطلان أن فيها إبطال حق الولى فى الصلاة عليه (قوله أو يكفن فى ثوب كذا) انظر ماقدمناه عند قول المصنف : ولا من صبى مميز إلا فى تجهيزه (قوله وسنحققه) أى قبيل فصل الوصية بالخدمة بأن المختار أنه لايكره تطيين القبور ولا القراءة عندها ، وينبغى أن القول ببطلان الوصية مبنى على القول بكراهة ذلك وسيأتى مافيه (قوله وقال محمد تصرف لوجوه البر) قدمنا عن الظهيرية أنه المفتى به أى لأنه وإن كان كل شىء لله تعالى لكن المراد التصدق لوجهه تعالى تصحيحا لكلامه بقرينة الحال (قوله قال أوصيت الخ) وكذا أوصيت بثلث مالى، وهو ألف فله الثلث بالغا مابلغ لأن قوله : وهو ألف غير محتاج إليه ولو الجية ، وكذا أوصيت بنصيبى من هذه الدار وهو الثلث فإذا نصيبه النصف ، فهو له أو بجميع مافى هذا البيت وهو كر طعام ، فإذا فيه أكثر أو كر حنطة أو شعير والحاصل أنه إذا أوصى بمشار إليه ثم قدره صح وافق المقدار أولا وعلله فى المحيط بأنه أضاف الإيجاب والتمليك إلى الثلث مطلقا ، وإلى جميع مافى الكيس ، فصحت الإضافة إلا أنه غلط فى الحساب ، فلا يقدح فى الإيجاب بخلاف البيع ، فإنه لايصح إلا إذا كان المبيع مقدارا معلوما فانصرف إلى المقدار المذكور وتمامه فى شرح الوهبانية فراجعه (قوله إذا مت) بضم التاء (قوله صحت وصيته) أى لأن تعليق الوصية بالشرط جائز كما فى القنية هذا ، والذى رأيته فى القنية صح وصية فوصية بالتنوين منصوب على التمييز أى أنه ليس بإبراء بل هو وصية لتعليقه على موت نفسه (قوله ولو قال إن مت الخ) عزاه فى مختصر القنية لبعض الكتب ثم ذكر أنه ينبغى أن يكون عدم البراءة إذا فتح التاء أخذا مما فى الفصول وغيره ، لو قال لمديونه إن مت بفتح التاء فأنت برىء لاتصح لأنه تعليق بخطر اه أى والإبراء لايصح تعليقه ، بخلاف الوصية كما مر ، وبه ظهر الفرق بين الضم والفتح والمراد بالخطر هنا التعليق على معدوم مترقب الوقوع ، وإن كان لابد من وقوعه كالموت ومجىء الغد واحترز به عما لو علق الإبراء بشرط كائن كقوله لمديونه إن كان لى عليك دين فقد أبرأتك عنه فإنه يصح كما مر فى آخر كتاب الهبة ومر تمامه هنالك فراجعه (قوله فى بلاد خوارزم) وكذا الإقليم الشامى والمصرى سائحانى ولعله لأن أهل الكلام فى خوارزم لايتبعون الشبه بل يتعلمون ، ويعلمون مايجب اعتقاده وفى البلاد الأخرى يذكرون شبه الفلاسفة الملبسة على المسلمين عقائدهم بلا تعرض لردها وحث عن تجنبها ولاشك أنهم إذا كانوا بهذه الصفة فهم ضالون مضلون ليس لهم من العلم الإلهى نصيب ط (قوله فتنبة) كذا فى النسخ وصوابه قنية فإن العبارة لها كما فى المنح ، وإلا أوهمت أنها عبارة السراج ط (قوله بمنزلة الوديعة) فلا ضمان على الموصى أو ورثته إذا هلكت فى أيديهم من غير تعد أما إذا استهلكت ، فإن وقع من الموصى فهو رجوع وإن من الورثة قبل القبول

باب الوصية بثلث المال

(إذا أوصى بثلث ماله لزيد والآخر بثلث ماله ولم تجز) الورثة فثلثه لهما نصفين اتفاقا (وإن أوصى) بثلث ماله لزيد و (لآخر بسدس ماله فالثلث بينهما) أثلاثا اتفاقا (وإن أوصى لأحدهما بجميع ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز) الورثة ذلك (فثلثه بينهما نصفان) لأن الوصية بأكثر من الثلث إذا لم تجز تقع باطلة فيجعل كأنه أوصى لكل بالثلث فينصف وقالا أرباعا لأن الباطل مازاد على الثلث

أو بعده يكون ضمانه عليه ط وعبارة السراج ذكرها فى المنح عند قول المتن وإنما يصح قبولها بعد موته فراجعها والله تعالى أعلم :

باب الوصية بثلث المال

فى بعض النسخ بثلث ماله (قوله ولم تجز) أى لم تجز الورثة الوصيتين فإن أجازت فظاهر (قوله فالثلث بينهما أثلاثا) أى يقتسمانه على قدر حقهما لصاحب السدس سهم ، ولصاحب الثلث سهمان ، لأن كلا منهما يستحق بسبب صحيح .

والحاصل : أن كل واحدة من الوصايا إذا لم تزد على الثلث كثلث لواحد وسدس لآخر وربع لآخر ولم تجز الورثة يضرب فى الثلث ، ولا يقسم الثلث سوية بينهم إتفاقا مالم يستويا فى سبب الاستحقاق كما فى مسألة المتن الأولى وتمام ذلك فى التاترخانية (قوله ولم تجز الورثة ذلك) فإن أجازوا فعندهما يقسم الكل أرباعا ولا نص فيه عنه فقال أبو يوسف قياس قوله : أن يسدس بطريق المنازعة لأن الثلثين لصاحب الكل ، فكان نزاعهما فى الثلث فنصف فالنصف الذى هو السدس لصاحب الثلث ، والباقى الآخر وقال الحسن : إن هذا تخريج قبيح لاستواء سهم صاحب الثلث فى حال الإجازة وعدمها ، وهو السدس فالصحيح أن يربع بطريق المنازعة بأن يقسم الثلث أولا وهو أربعة من اثنى عشر بينهما نصفين ، لأن إجازتهم غير مؤثرة فى قدر الثلث ، وبقى الثلثان ثمانية أسهم يدعيهما صاحب الكل وسهمين منها صاحب الثلث ليتم له الثلث ، فتسلم الستة لصاحب الكل ويتنازعان فى السهمين بنصفين ، فتحصل ثلاثة أسهم لصاحب الثلث ، والباقى للآخر كما فى الحقائق وغيره قهستانى .

قلت : وعلى قولها يلزم استواء حالتى الإجازة وعدمها (قوله لأن الوصية بأكثر من الثلث الخ) أشار إلى أن قوله بجميع ماله غير قيد وأن المراد مازاد على الثلث ، ولذا عبر فى الملتقى بقوله ولو لأحدهما بثلثه والآخر بثلثيه أو بنصفه أو بكله ينصف الثلث بينهما عنده وعندهما يثلث فى الأول ويخمس خمسين وثلاثة أخماس فى الثانى ويربع فى الثالث اهـ فالحكم عنده وهو التنصيف متحد فى جميع صور الزائد على الثلث كلا أو غيره والأصل الذى بنيت عليه هذه المسائل هو قول المصنف ولا يضرب الخ (قوله إذا لم تجز) بالبناء للمجهول (قوله تقع باطلة) ليس المراد بطلانها من أصلها وإلا لما استحق شيئا وإنما المراد بطلان الزائد بيان ذلك أن الموصى قصد شيئين الاستحقاق على الورثة فيما زاد على الثلث وتفضيل بعض أهل الوصايا على بعض: والثانى يثبت فى ضمن الأول ، ولما بطل الأول لحق الورثة وعدم إجازتهم بطل مافى ضمنه وهو التفضيل ، فصار كأنه أوصى لكل منهما بالثلث فينصف الثلث بينهما كما لو أوصى لكل منهما به حقيقة اهـ من العناية موضحا (قوله وقالا أرباعا) أى يقسم الثلث بينهما أرباعا (قوله لأن الباطل مازاد على الثلث) يعنى أن الباطل هو أحد الشيئين اللذين قصدهما الموصى ، وهو استحقاق الزائد على الثلث فإنه بطل لحق

فاضرب الكل فى الثلثين يحصل أربعة تجعل ثلث المال (ولا يضرب الموصى له بأكثر من الثلث عند أبى حنيفة) المراد بالضرب المصطلح بين الحساب فعنده سهام الوصية اثنان فاضرب نصف كل فى الثلث يكن سدسا فلكل سدس المال وعندهما أربعة كما قدمنا (إلا فى ثلاث مسائل) وهى (المحاباة

الورثة ، وأما الشيء الآخر وهو قصد الموصى تفضيل أحدهما على الآخر فلا مانع منه فقد جعل لصاحب الكل ثلاثة أمثال ماجعله لصاحب الثلث فيأخذ من ثلث المال بحصة ذلك الزائد بأن يقسم أرباعا ثلاثة منها لصاحب الكل وواحد للآخر (قوله فاضرب الكل فى الثلثين) صوابه فى الثلث كما فى بعض النسخ أى اضرب كل حظ فى ثلث المال بأن تضرب ثلاثة أسهم حظ صاحب الكل فى الثلث وسهما واحدا حظا لآخر الثلث يحصل أربعة أسهم تجعل ثلث المال يعطى للأول ثلاثة أرباع الثلث ، وللثانى ربعه وسيتضح ثم الصحيح قول الإمام كما فى تصحيح العلامة قاسم والدر المنتقى عن المضمرات وغيره (قوله المراد بالضرب المصطلح بين الحساب) وهو تحصيل عدد نسبته إلى أحد المضروبين كنسبة الآخر إلى الواحد ، وقوله : لايضرب بالبناء للمعلوم مسندا مجازا إلى الموصى له والباء صلة الموصى له ، وصلة يضرب مع مفعوله محذوف ، تقديره : لايضرب الموصى له بأكثر من الثلث عددا فى عدد ، فلا يضرب ثلاثة أرباع فى الثلث فى هذه الصورة وتمامه فى القهستانى .

وأقول : ضرب الكسور فى مصطلح الحساب على معنى خذ ، فإذا قيل اضرب ربعا فى ثلث فمعناه خذ ربع الثلث وهو واحد من اثنى عشر فالمعنى هنا : لايضرب الموصى له بأكثر من الثلث أى لايؤخذ له من الثلث بحكم الوصيه له بأكثر من الثلث لما مر من بطلان التفضيل ، فلا تجعل سهام الوصية أربعة كما جعلها الإمامان ، وإنما يؤخذ له من الثلث بحكم الوصية للثلث فقط بأن يجعل كأنه أوصى لكل بالثلث ، فيقسم الثلث بينهما نصفين ، وعلى هذا فالباء صلة يضرب ولا حذف فتدبر ثم رأيت فى غرر الأفكار التصريح بما ذكرته من معنى الضرب ويوافقه ما يأتى (قوله فعنده سهام الوصية اثنان) فلكل واحد النصف وهو سهم واحد (قوله فاضرب نصف كل) أى اضرب نصيب كل منهما وهو النصف فى الثلث يكن سدسا ، لأنه الحاصل من ضرب نصف فى ثلث على معنى الأخذ كما قدمناه (قوله وعندهما أربعة) بناء على أنه يضرب له عندهما بحكم الزائد ، فتجعل سهام الوصية أربعة كما قررناه سابقا لأحدهما الربع ، والآخر ثلاثة أرباع ، قال صدر الشريعة وابن الكمال : فيضرب الربع فى ثلث المال والربع فى الثلث يكون ربع الثلث ثم لصاحب الكل ثلاثة من الأربعة وهى ثلاثة أرباع ، فيضرب ثلاثة الأرباع فى الثلث بمعنى ثلاثة أرباع الثلث هذا معنى الضرب وقد تحير فيه كثير من العلماء اه .

[تنبيه] على هذا الخلاف لو أوصى لرجل بعبد قيمته مثل ثلث ماله ولآخر بعبد قيمته مثل نصف ماله مثلا ، وتمامه فى التاترخانية من الخامس ، ولو أوصى لرجل بسيف قيمته مثل سدس ماله ، ولآخر بسدس ماله وماله سوى السيف خمسمائة ، فللثانى سدسها ، وللأول خمسة أسداس السيف وسدس السيف بينهما لأن منازعتهما فى سدس السيف فقط فينتصف بينهما وهذا عند الإمام وتمام الكلام فى المجمع وشروحه (قوله إلا فى ثلاث مسائل) استثناء من قوله ولا يضرب الخ (قوله المحاباة) من الحباء أى العطاء مغرب ، وفسرها القهستانى بالنقصان عن قيمة المثل فى الوصية بالبيع والزيادة على قيمته فى الشراء .

وصورتها : أن يكون لرجل عبدان قيمة أحدهما ثلاثون ، والآخر ستون فأوصى بأن يباع الأول من زيد بعشرة ، والآخر من عمرو بعشرين ولا مال له سواهما فالوصية فى حق زيد بعشرين ، وفى حق عمرو بأربعين

والسعاية والدراهم المرسلة) أى المطلقة غير المقيدة بثلث أو نصف أو نحوها ومن صور ذلك أن يوصى لرجل بألف درهم مثلا أو يحابيه فى بيع بألف درهم أو يوصى بعتق عبد قيمته ألف درهم: وهى ثلثا ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز فالثلث بينهما أثلاثا إجماعا (وبمثل نصيب ابنه صحت) له ابن أولا (وبنصيب ابنه لا) او له ابن موجود وإن لم يكن له ابن صحت عناية وجوهرة ؛

زاد فى شرح التكملة وصار كما لو أوصى بنصيب ابن لو كان انتهى .

وفى المجتبى ولو أوصى بمثل نصيب ابن لو كان فله النصف اه ونقل المصنف عن السراج مايخالفه فتنبه

فيقسم الثلث بينهما أثلاثا فيباع الأول من زيد بعشرين والعشرة وصية له ويباع الثانى من عمرو بأربعين والعشرون وصية له وإن كانت زائدة على الثلث ابن كمال (قوله والسعاية) صورتها أعتق عبدين قيمتهما ما ذكر ولا مال له سواهما ، فالوصية للأول بثلث المال وللثانى بثلث المال فسهام الوصية بينهما أثلاث واحد للأول واثنان للثانى ، فيقسم الثلث بينهما كذلك فيعتق من الأول ثلثه ، وهو عشرة ويسعى فى عشرين ، ويعتق من الثانى ثلثه وهو عشرون ، ويسعى فى أربعين فيضرب كل بقدر وصيته وإن كان زائدا على الثلث ابن كمال (قوله والدراهم المرسلة) صورتها أوصى لزيد بثلاثين درهما ولآخر بستين درهما وماله تسعون يضرب كل بقدر وصيته فيضرب الأول الثلث فى ثلث المال والثانى الثلثين فى ثلث المال وإنما فرق أبو حنيفة بين هذه الصور وبين غيرها لأن الوصية إذا كانت مقدرة بما زاد على الثلث صريحا كالنصف والثلثين ، وغيرهما والشرع أبطل الوصية فى الزائد يكون ذكره لغوا فلا تعتبر فى حق الضرب ، بخلاف ما إذا لم تكن مقدرة بأنه أى شىء من المال كما فى الصور المذكورة فإنه ليس فى العبارة ما يكون مبطلا للوصية ، كما إذا أوصى بخمسين درهما ، واتفق أن ماله مائة درهم فإن الوصية لا تكون باطلة بالكلية ، لإمكان أن يظهر له مال فوق المائة وإذا لم تكن باطلة بالكلية تكون معتبرة فى حق الضرب وهذا فرق دقيق أنيق ابن كمال (قوله ومن صور ذلك الخ) أفاد به أنه لايشترط أن تكون محاباة أو سعاية أو عتقا من جهتى الموصى لهما ، بل يكفى وجود ذلك من طرف ، ويكون بقدر ثلثى المال والموصى للطرف الآخر بثلث المال فليتأمل ط ؛

أقول : لكن هذا التصوير مشكل لما صرحوا به من أن العتق المنفذ فى المرض والمحاباة المنجزة فيه مقدمان على سائر الوصايا كما مر ويأتى فى الباب الآتى (قوله أو يحابيه) أى فى مرض الموت ح وقوله بألف درهم متعلق بيحابيه (قوله وهى ثلثا ماله) أى الألف درهم فى المسائل الثلاث ح ، وذلك بأن يكون ماله ألفا وخمسمائة فأوصى بألف منها لفلان : أو يكون له ثوب مثلا قيمته ذلك ، فأوصى بأن يحابى بألف وذلك بأن يباع بخمسمائة ومسئلة العتق ظاهرة (قوله ولآخر بثلث ماله) متعلق بالمسائل الثلاث ح (قوله فالثلث بينهما أثلاثا إجماعا) تقريره ظاهر مما قدمناه (قوله وبنصيب ابنه لا) أى لأن نصيبه ثبت بنص القرآن ، فإذا أوصى به لرجل آخر فقد أراد تغيير ما فرض الله تعالى ، فلا يصح منح ، ولا يلتفت إلى إجازة الورثة ، لأن الوصية لم تقع فى ملكه وإنما أضافها إلى ملك غيره ، فصار كمن أوصى لرجل بملك زيد ثم مات فأجازه زيد فإن ذلك لايجوز كذا هنا اه مكى عن السراج ط (قوله وصار) أى قوله بمثل نصيب ابنه ح أو قوله بنصيب ابنه حيث لم يكن له ابن (قوله ونقل المصنف الخ) حيث قال : ولو أوصى بمثل نصيب ابن لو كان أعطى ثلث المال ، لأنه أوصى له بمثل نصيب ابن معلوم ، فلا بد من أن يقدر نصيب ذلك الابن بسهم ، ومثله سهم أيضا ، فقد أوصى له بسهم من ثلاثة فى الحاصل ، بخلاف الأولى فإنه هناك أوصى بنصيب ابن لو كان ، ولم يقل بمثل نصيب ابن لو كان كذا فى السراج

(وله) فى الصورة الأولى (ثلث إن أوصى مع ابنين) ونصف مع ابن واحد إن أجاز ومثلهم البنات والأصل أنه متى أوصى بمثل نصيب بعض الورثة يزاد مثله على سهام الورثة مجتبى (وبجزء أو سهم من ماله فالبيان إلى الورثة) يقال لهم أعطوه ماشئتم ثم التسوية بين الجزء والسهم عرفنا :

وأما أصل الرواية فبخلافه (وإن قال سدس مالى له ثم قال ثلثه له وأجازوا له ثلث) أى حقه الثلث فقط ،

الوهاج اه ومثله فى الجوهرة ، وكذا فى غاية البيان عن شرح الطحاوى :

وأما مافى المجتبى فلم يعزه إلى أحد وهو وإن كان وجهه ظاهرا إذ لايظهر فرق بينه وبين ما إذا أوصى بمثل نصيب ابن موجود لكنه لايعارض ماهنا مالم يؤيد بنقل لأن المجتبى للزاهدى وقد قالوا لا يلتفت إلى ماقاله الزاهدى مخالفا للقواعد مالم يؤيد بنقل تأمل (قوله وله فى الصورة الأولى) أى من صورتى المتن ثلث إن أوصى مع ابنين ، والقياس أن يكون له النصف عند إجازة الورثة لأنه أوصى بمثل نصيب إبنه ، ونصيب كل واحد منهما النصف وجه الأول أنه قصد أن يجعله مثل ابنه لا أن يزيد نصيبه على نصيب ابنه ، وذلك بأن يجعل الموصى له كأحدهم زيلعى (قوله إن أجاز) أى أجاز الزيادة وإلا فالثلث فقط (قوله ومثلهم البنات) أى إن أوصى بمثل نصيب بنته وله بنت واحدة فله النصف إن أجازت وإلا فالثلث ، ومع البنتين له الثلث كما فى المنح ولو كان مع ثلاث بنات هل له الثلث أيضا باعتبار أن فرض البنتين الثلثان أو الربع ؟ والظاهر الثانى ، وإلا لم يكن له مثل نصيب بنت اهـ ح ويؤيده ماذكره الشارح عن المجتبى من الأصل ط (قوله يزاد مثله الخ) حتى لو كان له ابن وبنت وأوصى بمثل نصيب البنت فله الربع ولو كان لها زوج وثلاث أخوات متفرقات ، وأوصت بمثل نصيب الأخت لأم فله العشر مجتبى(١) قال فى الهندية : والوجه فى ذلك أن تبين الفريضة أولا ، ثم يزاد مثل لنصيب من ذكره على مخرج الفريضة ، فلو ترك أما وابنا وأوصى بمثل نصيب بنت ، فالوصية من سبعة عشر سهما للموصى له خمسة ، وللابن عشرة وللأم سهمان ، لأن أصلها من ستة للابن خمسة فللبنت إثنان ونصف ، فيزاد على أصل الفريضة ويضعف الكسر فبلغت سبعة عشر للموصى له خمسة بقى اثنا عشر يعطي للأم سدسها إثنان ، والباقى للإبن اهـ أى لأن الإرث بعد الوصية وفيها أيضا لو له بنت وأخت عصبية ، وأوصى لرجل بمثل نصيب البنت فله ثلث المال أجازتا أولا اهـ وهذه فائدة معتبرة بنى عليها السائحانى فى فتاواه النعمية عدة صــور سئل عن بعضها فلتحفظ (قوله وبجزء الخ) مثله الحظ والشقص والنصيب والبعض جوهرة (قوله فالبيان إلى الورثة الخ) لأنه مجهول يتناول القليل والكثير والوصية لاتمنع بالجهالة والورثة قائمون مقام الموصى ، فكان إليهم بيانه زيلعى (قوله عرفنا) أى عرف العجم در منتقى (قوله وأما أصل الرواية فبخلافه) وهى أن السهم السدس فى رواية الجامع الصغير فإنه قال فيه له أخس سهام الورثة إلا أن ينقص من السدس فيتمم له السدس ، ولا يزاد له فكان حاصله أن له السدس ، وعلى رواية كتاب الوصايا أخس سهام الورثة ، مالم يزد على السدس وقالا له الأخس إلا أن يزيد على الثلث فيكون له الثلث اهـ اختيار فالسدس على الرواية الأولى لمنع النقصان ، ولا يمنع الزيادة وعلى الثانية بالعكس وذكر فى الهداية مايمنع الزيادة والنقصان زيلعى : فأما أن صاحب الهداية اطلع على رواية غيرهما أو جمع بينهما عناية وتمام ذلك فى المطولات :

---

(١) (قوله فله العشر مجتبى) صوابه التسع وذلك لأن أصل المسئلة من ستة وتعول إلى ثمانية للزوج نصف الستة ثلاثة وللشقيقة النصف ثلاثة أيضا ويعال بسدس لذات الأب تكملة للثلثين وبسدس أيضا لذات الأم فتكون ثمانية وإذا فرض الموصى له ذات أم يعال له بتاسع تأمل اهـ

وإن أجازت الورثة لدخول السدس فى الثلث مقدما كان أو مؤخرا أخذا بالمتيقن ، وبهذا اندفع سؤال صدر الشريعة وإشكال ابن الكمال (وفى سدس مالى مكررا له سدس) لأن المعرفة قد أعيدت معرفة (وبثلث دراهمه وغنمه أو ثيابه.) متفاوتة فلو متحدة فكالدراهم (أو عبيده

[تنبيه] هذا كله إذا كان له ورثة فى الاختيار والجوهرة : لو أوصى لرجل بسهم من ماله ، ولا وارث له فله النصف لأن بيت المال بمنزلة ابن فصار كأن له ابنان ٧ ولا مانع من الزيادة على الثلث فصح اهـ وانظر على القول بالتسوية بين الجزء والسهم ، هل يعطى النصف أيضا أم يقال لوكيل بيت المال أعطه ماشئت ، وحرره نقلا (قوله وبهذا اندفع سؤال صدر الشريعة) حاصل : سؤاله أن قول الموصى ثلث مالى له لا يصلح إخبارا لأنه كذب فتعين الإنشاء، فينبغى أن يكون له النصف ، وتقرير الدفع سلمنا أن قوله ذلك إنشاء إلا أنه بعد قوله سدس مالى له محتمل، لأن يكون أراد به زيادة سدس أو أراد ثلثا آخر غير السدس ، فيحمل على المتيقن (قوله وإشكال ابن الكمال) حيث قال فى هامش شرحه بعد تقريره جواب السؤال المار بما ذكرناه :

بقى ههنا شيء : وهو أنه لا يخلو من أن يكون الثلث الذى أجازه الورثة ثلثا زائدا على السدس الذى أجازوه أولا يكون ثلثا زائدا عليه إذ لا وجه لإجازتهم بلا تعيين المراد ، إذ مرجعه إلى إجازة اللفظ ، ولا معنى له والثانى يأباه قوله : وأجازوا لأنه مستغنى عن إجازتهم ، وعلى الأول لا يصح الجواب المذكور ، ولعله لذلك أسقط صاحب الكنز القيد المذكور اهـ .

وحاصله : أنه يتعين المعنى الثانى وهو أن تكون الإجازة لثلث غير زائد على السدس : أى لثلث داخل فيه السدس لأنه المتيقن ، وبه يتم الجواب عن سؤال صدر الشريعة ، لكن يبقى قوله : وأجازوا زائدا لا فائدة فى إذ الثلث لازم مطلقا ، ولهذا أسقطه فى الكنز :

والجواب ما أشار إليه الشارح بقوله : وإن أجازت لورثة أى أنه غير قيد احترازى بل ذكروه لئلا يتوهم أن له النصف عند الإجازة وليفهم أن له الثلث عند عدمها بالأولى فافهم ؛ ولله در هذا الشارح على هذه الرموز التى هى جواهر الكنوز ، لكن بقى هنا إشكال ذكره فى الشرنبلالية ونقل نحوه عن قاضى زاده ، وهو أن صاحب الحق وهو الوارث رضى بما يحتمله كلام الموصى من اجتماع الثلث مع السدس وامتناع ما كان غير متيقن لحق الوارث ، فبعد أن رضى كيف يتكلف للمنع اهـ :

وحاصله : أنه يتعين المعنى الأول وهو أن إجازتهم للزائد لأنه المحتاج إليها .

وأقول : جوابه أنه لما احتمل كلام الموصى حملناه على المتيقن الذى يملكه وهو الوصية بالثلث كما مر ، والوصية إيجاب تمليك ، فكان إيجاب الثلث متيقنا ، وإيجاب الزائد مشكوكا فيه ، وإجازة الوارث لا تعمل إلا فيما أوجبه الموصى ، ولم نتيقن بإيجاب الموصى فيما زاد على الثلث حتى تعمل الإجازة عملها فلغت ، لأن الإجازة ليست إبتداء تمليك ، وإنما هى تنفيذ لعقد الموصى المتوقف عليها ولهذا يثبت الملك للمجاز له من قبل الموصى ، لا من قبل المجيز كما سيجيء آخر الباب هذا ما ظهر لفهمى السقيم من فيض الفتاح العليم (قوله مكررا) بأن قال له سدس مالى له سدس مالى فى مجلس أو مجلسين كما فى الهداية (قوله لأن المعرفة) وهى سدس فإنه ذكر معرفا بالإضافة إلى المال قد أعيدت معرفة : أى فكانت عين الأولى وهذا على ما هو الأصل فلا يرد أنها قد تكون غيرا كقوله تعالى - وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقا لما بين يديه من الكتاب - أى التوراة لأنه خلاف الأصل لقرينة والمسألة أوضحناها فى حواشينا على شرح المنار (قوله أو عبيده) ولا تكون إلا متفاوتة فلذا فصل فى الثياب فقط

إن هلك ثلثاه فله) جميع (مابقى فى الأولين) أى الدراهم والغنم إن خرج من ثلث باقى جميع أصناف ماله أخى جلبى (وثلث الباقى فى الآخرين) أى الثياب والعبيد وإن خرج الباقى من ثلث كل المال (وكالأول كل متحد الجنس كمكيل وموزون) وثياب متحدة وضابطه مايقسم جبرا وكالثانى كل مختلف الجنس وضابطه مالا يقسم جبرا (وبألف وله دين) من جنس الألف (وعين فإن خرج) الألف (من ثلث العين دفع إليه وإلا) يخرج (فثلث العين) يدفع له (وكلما خرج) شيء (من الدين دفع إليه ثلثه حتى يستوفى حقه) وهو الألف (وبثلثه لزيد وعمرو وهو) أى عمرو (ميت لزيد كله) أى كل الثلث:

والأصل أن الميت أو المعدوم لايستحق شيئا فلا يزاحم غيره وصار (كما لو أوصى لزيد وجدار هذا إذا خرج المزاحم من الأصل أما إذا خرج) المزاحم (بعد صحة الإيجاب يخرج بحصته) ولا يسلم للآخر كل الثلث لثبوت الشركة (كما لو قال ثلث مالى لفلان وفلان بن عبد الله إن مت وهو فقير فمات الموصى وفلان بن عبد الله غنى كان لفلان نصف الثلث) وكذا لو مات أحدهما قبل الموصى وفروعه كثيرة:

أفاده فى الشرنبلالية (قوله إن هلك ثلثاه) الخ) أى ثلثا مدراهم أو الغنم بأن كانت ثلاثة مثلا فهلك منها اثنان وبقى واحد فله ذلك الباقى بتمامه وقال زفر له ثلث مابقى هنا أيضا، لأن المال مشترك والهالك منه يهلك على الشركة، ويبقى الباقى كذلك، ووجه قول الإمام وصاحبيه أنه فى الجنس الواحد يجمع حق الموصى له فى الباقى تقديما للوصية على الميراث، ولأنه لو لم يهلك شيء فللقاضى أن يجعل هذا الباقى له، بخلاف الثياب المختلفة ونحوها فإنها لاتقسم جبرا وتمام ذلك فى المطولات قال فى غاية البيان: وبقول زفر نأخذ وهو القياس اهـ وأقره فى السعدية تأمل (قوله إن خرج الخ) هذا الشرط مصرح به فى عامة الشروح حتى فى الهداية (قوله وبألف الخ) لايقال ينبغى أن لايستحق من الدين شيئا لأن الألف مال والدين ليس بمال فإن من حلف لامال له وله دين لايحنث لأنا نقول الدين يسمى مالا بعد خروجه وثبوت حق الموصى له بعد الخروج ممكن كالموصى له بالثلث لاحق له فى القصاص، وإذا انقلب مالا يثبت فيه حقه لأنه مال الميت، ومسألة اليمين على العرف معراج ملخصا. وبه ظهر أنه لو أوصى بثلث ماله يدخل الدين أيضا وهو أحد قولين ورجحه فى الوهبانية وتوقف فيه صاحب البحر فى متفرقات القضاء فراجعه (قوله من جنس الألف) كذا فى الدرر، والظاهر أن فائدته مناسبة قوله: وكلما خرج شيء من الدين دفع إليه إذ لو كان دنانير لاتدفع إليه تأمل، وقدم فى المنح عن السراج إذا أوصى بدراهم مرسلة ثم مات تعطى للموصى له لو حاضرة والاتباع الشركة ويعطى منها تلك الدراهم اهـ (قوله وعين) قال أبو يوسف: العين الدراهم والدنانير دون التبر والحلى والعروض والثياب والدين كل شيء يكون واجبا فى الذمة من ذهب أو فضة أو حنطة ونحو ذلك وتمامه فى الطورى (قوله فإن خرج الألف الخ) قال فى العناية بأن كان له ثلاثة آلاف درهم نقدا فيدفع إليه الألف، وإن لم يخرج بأن كان النقد أيضا ألفا دفع منه إليه ثلثه (قوله وإلا يخرج فثلث العين الخ) أى ولا يدفع له الألف من العين، لأن التركة مشتركة بينه وبين الورثة والعين خير من الدين، فلو اختص به أحدهما تضرر الآخر اختيار أى لاحتمال هلاك الدين عند المديون (قوله له لزيد كله) وعن أبى يوسف إذا لم يعلم الموصى بموته له نصف الثلث لأنه لم يرض له إلا به زيلعى (قوله أو المعدوم) فلو أوصى لزيد ولمن كان فى هذا البيت ولا أحد فيه كان الثلث لزيد، لأن المعدوم لايستحق مالا وكذا لو أوصى له ولعقبه، لأن العقب من يعقبه بعد موته فيكون معدوما فى الحال درر وللشرنبلالى فى مسألة الوصية للعقب كلام يأتى مافيه فى باب الوصية للأقارب (قوله وكذا لو مات أحدهما) أى أحد الموصى لهما (قوله قبل الموصى) أما بعده فالورثة تقوم مقامه فالمزاحمة موجودة (قوله وفروعه كثيرة) منها لو قال ثلث مالى لفلان وعبد الله إن كان عبد الله فى هذا البيت، ولم يكن فيه كان لفلان نصف الثلث، لأن

(وأصله المعول عليه أنه متى دخل فى الوصية ثم خرج لفقد شرط لايوجب الزيادة فى حق الآخر ومتى لم يدخل فى الوصية لفقد الأهلية كان الكل للآخر) ذكره الزيلعى (وقيل العبرة لوقت موت الموصى) وإليه يشير كلام الدرر تبعا للكافى حيث قال : أو له ولولد بكر فمات ولده قبل موت الموصى إلى آخره لكن قول الزيلعى فيما مر أما إذا خرج المزاحم بعد صحة الإيجاب الخ صريح فى اعتبار حالة الإيجاب وقيل فيه روايتان (ولو قال بين زيد وعمرو هو ميت لزيد نصفه) لأن كلمة بين توجب التنصيف حتى لو قال ثلثه بين زيد وسكت فله نصفه أيضا (وبثلثه وهو) أى الموصى (فقير) وقت وصيته (له ثلث ماله عند موته) سواء (اكتسبه بعد الوصية أو قبلها) لما تقرر أن الوصية إيجاب بعد الموت (إذا لم يكن الموصى به عينا أو نوعا معينا ،

بطلان استحقاقه لفقد شرطه لايوجب الزيادة فى حق الآخر . منح (قوله ثم خرج لفقد شرط) أى أو لزوال أهلية كما لو مات أحدهما قبل الموصى (قوله ذكره الزيلعى) أى جميع ماتقدم متنا وشرحا (قوله وقيل العبرة) أى فى صحة الإيجاب (قوله أوله) أى لزيد (قوله إلى آخره) تمامه أوله ولفقراء ولده أو لمن افتقر من ولده ، وفات شرطه عند موت الموصى فالثلث كله لزيد فى هذه الصورة ، لأن المعدوم أو الميت لايستحق شيئا فلا تثبت المزاحمة لزيد فصار كما إذا أوصى لزيد وللجدار اه (قوله لكن قول الزيلعى فيما مر) أى فى عبارة المتن ولا محل للاستدراك بعد قول المصنف : وقيل الخ فإنه مسوق لبيان المخالفة بينه وبين مامر فتدبر .

ثم اعلم أن تعبير المصنف بقوله وقيل : أخذا من إشارة الدرر والكافى مبنى على مافهمه من مخالفته لما قدمه مع أنه لامخالفة : بيان ذلك ماذكره فى التاترخانية من الفصل السادس : أن الأصل أن الموصى له إذا كان معينا من أهل الاستحقاق ، تعتبر صحة الإيجاب يوم الوصية ، ومتى كان غير معين تعتبر صحة الإيجاب يوم موت الموصى فلو قال : ثلث مالى لفلان ولولد بكر فمات ولده قبل الموصى فلفلان كل الثلث ، وإن ولد لبكر عشرة أولاد ثم مات الموصى ، فالثلث بين فلان وبين الأولاد على عددهم أحد عشر سهما اعتبار اليوم موت الموصى ، لأن الولد غير معين ، وهو يتناول الواحد والأكثر ، وكذا إذا أوصى لبنى فلان وليس له ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون ومات الموصى ، فالثلث لهم وإن كان له بنون يوم الوصية ، ولم يسمهم ولم يشر إليهم فالثلث للموجودين عند موته ولو كانوا غير الموجودين وقت الوصية وإن سماهم أو أشار إليهم فالوصية لهم حتى لو ماتوا بطلت لأن الموصى له معين فتعتبر صحة الإيجاب يوم الوصية اه ملخصا .

وبه ظهر أن مافى الدرر من اعتبار يوم الموت لصحة الإيجاب إنما هو لكون الموصى له غير معين ؛ لأن قوله ولد بكر أو فقراء ولده أو من افتقر غير معين إذ لاتسمية ، ولا إشارة وإذا كان المعتبر يوم الموت فى ذلك وفات الشرط عنده بأن كان الولد ميتا أو غنيا فقد خرج المزاحم من الأصل ، فلذا كان جميع الثلث لزيد ، وظهر أيضا أن كلام الزيلعى ليس صريحا فى اعتبار حالة الإيجاب مطلقا لأن كلامه فى المعين فتدبر (قوله لأن كلمة بين توجب التنصيف) الظاهر أن هذا إذا دخلت على مفردين كما هنا أما لو دخلت على ثلاثة كقوله بين زيد وعمر وبكر فإنها توجب القسمة على عددهم تأمل ، وعلى هذا فإذا قال بين زيد ، وسكت فإنها تنصف ، لأن أقل الشركة بين اثنين ولانهاية لما فوقهما ، وأما إذا دخلت على جمعين ففى المعراج لو قال : بين بنى زيد وبين بنى بكر وليس لأحدهما بنون ، فكل الثلث لبنى الآخر لأنه جعل كل الثلث مشتركا بين بنى زيد حتى لو اقتصر عليه كان الثلث بينهم ، فإذا لم تثبت المزاحمة كان كل الثلث بينهم وقوله بين بنى فلان وفلان كما مر اه أى لافرق بين تكرار بين وعدمه (قوله وهو فقير) الأولى حذفه ليتأتى الإطلاق الآتى ط (قوله لما تقرر أن الوصية إيجاب الخ) أى عقد تمليك

أما إذا أوصى بمعين أو نوع من ماله كثلث غنمه فهلكت قبل موته بطلت) لتعلقها بالعين فبطل بفواتها (وإن اكتسب غيرها ولو لم يكن له غنم عند الوصية فاستفادها) أى الغنم (ثم مات صحت) فى الصحيح لأن تعلقها بالنوع كتعلقها بالمال (ولو قال له شاة من مالى وليس له غنم يعطى قيمة الشاة بخلاف) قوله (له شاة من غنمى ولا غنم له) يعنى لاشاة له فإنها تبطل وكذا لو لم يضفها لماله ولا غنم له وقيل تصح (وكذا) الحكم (فى كل نوع من أنواع المال كالبقر والثوب ونحوهما) زيلعى (وبثلثه لأمهات أولاده وهن ثلاثة وللفقراء والمساكين لهن) أى أمهات الأولاد ثلاثة أسهم من خمسة (وسهم للفقراء وسهم للمساكين) وعند محمد يقسم أسباعا لأن لفظ الفقراء والمساكين جمع وأقله اثنان .

قلنا : أل الجنسية تبطل الجمعية (بثلثه لزيد وللمساكين لزيد نصفه) ولهم نصفه وعند محمد أثلاثا كما مر ولو أوصى بثلثه لزيد وللفقراء والمساكين قسم أثلاثا عند الإمام وأنصافا عند أبى يوسف وأخماسا عند محمد اختيار

بعد الموت ، ولهذا يعتبر القبول والرد بعد الموت ، ويثبت حكمه بعده (قوله أما إذا أوصى الخ) .

حاصله : أن ما مر من عدم التفصيل إنما هو شائع فى كل المال ليس عينا ، ولا نوعا وأما غيره ففيه تفصيل فإن كان عينا كثلث غنمى وله غنم يعتبر فيه الموجود وقت الوصية ، لأنه معين بالإضافة العهدية ، لأنها تأتى لما تأتى له الألف واللام ، وإن كان نوعا كثلث غنمى ، ولا غنم له فهو كالشائع فى كل المال يعتبر فيه الموجود عند الموت لأنه ليس عينا ، حتى تتقيد به الوصية لعدم العهدية هذا ماظهر لى فتأمل (قوله وليس له غنم) أوكان وملك معراج وإن كان فى ماله شاة يخير الورثة بين دفعها أو دفع قيمتها نهاية (قوله يعطى قيمة الشاة) أى شاة وسط معراج (قوله بخلاف قوله الخ) الفرق أنه فى الأولى : لما أضاف الشاة إلى المال علمنا أن مراده الوصية بمالية الشاة وماليتها توجد فى مطلق المال ، وفى الثانية : لما أضافها إلى الغنم علمنا أن المراد به عين الشاة ، حيث جعلها جزءا من الغنم زيلعى (قوله يعنى لاشاة له) تبع ابن الكمال حيث عبر به مخالفا لما فى الهداية وغيرها ، وقال : إنما قال ولا شاة له ، ولم يقل ولا غنم له كما قال صاحب الهداية ، لأن الشاة فرد من الغنم ، فإذا لم يكن له شاة لايكون له غنم بدون العكس ، والشرط عدم الجنس لا عدم الجمع حتى لو وجد الفرد تصح الوصية اهـ وفيه رد على صدر الشريعة حيث قال : تبطل الوصية أيضا بوجود شاة اهـ .

أقول : وفيه نظر فإن الموصى قال شاة من غنمى بلفظ الجمع ومن لا شاة له أصلا أو له شاة واحدة يكون لاغنم له فبطلت الوصية فى الصورتين إذ لم يوجد الغنم الجمع فيهما ، فظهر أن شرط البطلان عدم الجمع لا عدم الجنس ، وعن هذا قال صدر الشريعة عبارة الهداية أشمل لدلالتها على بطلان الوصية فى الصورتين (قوله وكذا لو لم يضفها لماله) جزم به مع أنه فى الهداية والتبيين والمنح ، قالوا قيل لاتصح ، لأن المصحح إضافتها إلى المال ، وبدونها تعتبر صورة للشاة ومعناها وقيل تصح ، لأنه لما ذكر الشاة وليس فى ملكه شاة علم أن مراده المالية اهـ تأمل (قوله وأقله اثنان) أى فى الميراث والوصية أخته ابن كمال (قوله تبطل الجمعية) حتى لو أتى به منكرا قلنا كما قال محمد زيلعى .

[تنبيه] هذه الوصية تكون لأمهات أولاده اللاتى يعتقن بموته أو اللاتى عتقن فى حياته إن لم يكن له غيرهن فإن كان له منهما ، فالوصية للاتى يعتقن بموته ، لأن الإسم لهن فى العرف واللاتى عتقن فى حياته موال لا أمهات أولاد ، وإنما تصرف إليهن الوصية عند عدم أولئك لعدم من يكون أولى منهن بهذا الإسم وتمامه فى الزيلعى (قوله وأنصافا عند أبى يوسف) لأن الفقراء والمساكين صنف واحد من حيث المعنى إذ كل واحد منهما ينبئ

(ولو أوصى للمساكين كان له صرفه إلى مسكين واحد) وقال محمد لاثنين على مامر ، فلا يجــوز صرف ما للمساكين لأقل من اثنين عنده ، والخلاف فيما إذا لم يشر لمساكين ، فلو أشار إلى جماعة وقال : ثلث مالى لهذه المساكين لم يجز صرفه لواحد اتفاقا ولو أوصى لفقراء بلخ فأعطى غيرهم جاز عند أبى يوسف وعليه الفتوى خلاصة وشرنبلاليه (وبمائة لرجل وبمائة لآخر فقال لآخر أشركتك معهما له ثلث كل مائة) لتساوى نصيبهما فأمكنت المساواة فلكل ثلثا المائة (و) لو (بأربعمائة) مثلا (له وبمائتين لآخر فقال لآخر أشركتك معهما له نصف ما لكل منهما) لتفاوت نصيبهما فيساوى كلا منهما (وبثلث ماله لرجل ثم قال لآخر أشركتك أو أدخلتك معه فالثلث بينهما) لما ذكرنا (وإن قال لورثته لفلان على دين فصدقوه فإنه يصدق) وجوبا (إلى الثلث) استحسانا بخلاف قوله (كل من ادعى على شيئا فأعطوه) لأنه خلاف الشرع (إلا أن يقول إن رأى الوصى أن يعطيه فيجوز من الثلث) ويصير وصية ولو قال ما ادعى فلان من مالى فهو صادق فإن سبق منه دعوى فى شئ معلوم فهو له وإلا لا مجتبى (فإن أوصى بوصايا مع ذلك) أى مع قوله لورثته لفلان على دين فصدقوه (عزل الثلث لأصحاب الوصايا والثلثان للورثة وقيل لكل) من أصحاب الوصايا والورثة (صدقوه فيما شئتم ومابقى من الثلث فللوصايا) والدين وإن كان مقدما على الحقين إلا أنه مجهول وطريق تعينه

عن الحاجة اختيار ، لكن قول أبى يوسف فى المسألة السابقة كقول الإمام فيحتاج إلى الفرق هنا تأمل (قوله على مامر) أى من اعتبار أقل الجمع (قوله جاز) لكن الأفضل الصرف إليهم خلاصة (قوله لتساوى نصيبهما) لأن الشركة للمساواة لغة ولهذا حل قوله تعالى — فهم شركاء فى الثلث — على المساواة زيلعى (قوله لتفاوت نصيبهما) فلا تمكن المساواة بين الكل فحملناه على مساواة الثالث مع كل واحد منهما بما سماه له فيأخذ النصف من كل واحد من المالين ولو أوصى لزيد بأمة ولبكر بأخرى ، ثم قال لآخر أشركتك معهما ، فإن تفاوتا قيمة فله نصف كل إجماعا وكذا إن تساويا عنده وثلث كل عندهما بناء على قسمة الرقيق وعدمها زيلعى ملخصا (قوله لما ذكرنا) أى من إمكان المساواة ط (قوله فصدقوه) فعل أمر (قوله استحسانا) وفى القياس : لايصدق ، لأن الإقرار بالمجهول ، وإن كان صحيحا ولكنه لايحكم به إلا بالبيان وقوله : فصدقوه صدر مخالفا للشرع ، لأن المدعى لايصدق إلا بحجة وجه الاستحسان أن أصل الحق دين ومقداره يثبت بطريق الوصية اهـ ح (قوله لأنه خلاف الشرع) تعليل لما استفيد من قوله : بخلاف من أنه باطل ط ، ولايأتى وجه الاستحسان هنا لجهالة الموصى له (قوله ويصير وصية) لأنه فوضه إلى رأى الموصى ، أفاده المصنف وفيه إشارة إلى أن الوصية المفوضة تصح وإن جهل صاحبها ، وقدمناه أول الكتاب (قوله فإن سبق منه دعوى) أى فى حياة المقر ط (قوله فهو له) ويكون إقرارا منه بما ادعاه ط : أى فيكون من جميع المال .

وأما قول ح : إنه من الثلث فمبنى على أن الدعوى بعد موت المقر وفيه نظر ولذا قال ط : وتأويل ادعى بيدعى خلاف المتبادر من اللفظ بخلاف الأولى ، فإنه قد أثبت عليه دينا وفوض تقديره إلى الورثة (قوله وإلا لا) أى لاشئ له وهذا التفصيل لأبى الليث ، وذكر أنه لا رواية فى المسألة أفاده فى الكفاية (قوله عزل الثلث الخ) لأن الوصايا حقوق معلومة فى الثلث والميراث معلوم فى الثلثين وهذا ليس بدين معلوم ، ولا وصية معلومة فلا يزاحم المعلوم فقدمنا عزل المعلوم زيلعى (قوله وما بقى من الثلث فللوصايا) اقتصاره فى المتن على ذلك غير موف بالمراد ، فكان عليه ذكر التفصيل الذى ذكره الشارح بقوله فيؤخذ الخ كما فعل فى الملتقى والدرر والإصلاح (قوله والدين الخ) جواب سؤال : هو أن هذا إقرار بدين والدين مقدم على حق الورثة ، وحق أصحاب الوصايا

ماذكر فيؤخذ الورثة بثلثى ما أقروا به والموصى لهم بثلث ماأقروا به ومابقى فلهم ويحلف كل على العلم لو ادعى الزيادة :

قلت : بقى لو كانت الوصايا دون الثلث هل يعزل الثلث كله أم بقدر الوصايا لم أره وبقى أيضا هل يلزمهم أن يصدقوه فى أكثر من الثلث يراجع ابن الكمال به (ولأجنبى ووارثه أو قاتله نصف الوصية وبطل وصيته

فلم قدم العزل لهما عليه (قوله ماذكر) أى من تصديق الفريقين (قوله فيؤخذ الورثة بثلثى ما أقروا به الخ) لأنه إذا أقر كل فريق بسهم ظهر أن فى التركة دينا شائعا فى النصيبين ، فيؤخذ الدين منهم بحساب مافى أيديهم من التركة عينى وغيره (قوله وما بقى فلهم) أى مابقى من الثلث فلأصحاب الوصايا ، وما بقى من الثلثين ، فللورثة حتى لو قال الموصى لهم الدين مائة يعطى المقر له ثلثها مما فى أيديهم فإن فضل شىء فلهم ، وإن قال الورثة الدين ثلثمائة يعطى المقر له مائتين مما فى أيديهم ، فإن فضل شىء فلهم وإلا فلا إتقانى (قوله على العلم) أى بأنهم لايعلمون أن له أكثر من ذلك قال الزيلعى لأنه تحليف على فعل الغير اه أى على ماجرى بين المدعى والميت لا على فعل نفسه فلا يحلف على البتات (قوله قلت بقى الخ) منشأ ذلك أن قول المصنف كغيره عزل الثلث لأصحاب الوصايا ظاهر فى أن الوصايا استغرقت الثلث ، وبه صرح الزيلعى ، وابن الكمال كما يأتى فى الاشكال ، فلم يعلم منه حكم ما إذا كانت دونه ، نعم يفهم منه أنه يعزل بقدرها بقى إذا عزل منه بقدر الوصايا فقط وقيل : لكل من أصحابها والورثة صدقوه فيما شئتم ، فكم يؤخذ من كل فريق منهم وذكر ط أن قياس ما ذكروه فى المسألة السابقة أن ينظر إلى مافى يد كل فيكون ماصدقوه فيه لازما على قدر الحصص اه :

قلت : وبقى أيضا أن ما يؤخذ من أصحاب الوصايا هل يرجعون به فى ثلث التركة تكميلا لوصاياهم بناء على أن ما أخذه المقر له دين ثبت شائعا فى التركة بعد إقرار الفريقين كما مر عن العينى ، وقد بقى من الثلث مايكمل وصاياهم ، بخلاف المسألة السابقة لأن الوصايا قد استغرقت الثلث فيها أم لا يرجعون به لأن ماياخذه المقر له وصية فى حقهم كما صرح به الاتقانى فى المسألة السابقة لم أر فتأمل (قوله وبقى أيضا هل يلزمهم) الأولى أن يقول كيف يلزمهم وهو استشكال لإلزام الورثة بتصديقه بعد عزلهم الثلث للوصايا ، وقوله يراجع ابن الكمال به إنما قال به أى بسبب ماتوقف فيه الشارح ، لأن ماذكره ابن الكمال على المسألة السابقة ، لكن يفهم منه جواب ماتوقف فيه الشارح كما قررناه فافهم ، وعبارة ابن الكمال قيل هذا مشكل من حيث أن الورثة كانوا يصدقونه إلى الثلث ولا يلزمهم أن يصدقوه فى أكثر من الثلث وهنا ألزمهم أن يصدقوه فى أكثر من الثلث ، لأن أصحاب الوصايا أخذوا الثلث على تقدير أن تكون الوصايا تستغرق الثلث كله ولم يبق فى أيديهم من الثلث شىء ، فوجب أن لايلزمهم تصديقه اه .

وقوله : من حيث أن الورثة كانوا الخ أى فى مسألة ما إذا لم يوص بوصايا مع الإقرار ، وقوله : وهنا أى فيما إذا أوصى بوصايا مع ذلك وأصل الإشكال للإمام الزيلعى :

وأجاب عنه العلامة المقدسى : بأنه لما كان المقر به له شبهان شبه الوصية لخروجها مخرجها وشبه الدين لتسميته إياه دينا فهو دين فى الصورة ووصية فى المعنى فروعى شبه الوصية حين لا وصية ، وروعى شبه الدين حين وجود الوصية ، لأن التنصيص عليه معها دليل المغايرة فصدق فيما زاد على الثلث مع مراعاة جانب الورثة ، والموصى له حيث علق بمشيئتهم تعويلا على علمهم فى ذلك ، واجتهادهم فى تخليص ذمة مورثهم اه وأجاب العلامة قاضى زادة بجواب رده الشرنبلالى ، وأجاب عن الإشكال بجواب آخر قريب من جواب المقدسى فراجعهما مع

للوارث والقاتل) لأنهما من أهل الوصية على ما مر ، ولذا تصح بإجازة الوارث (بخلاف ما إذا أقر بعين أو دين لوارثه ولأجنبي) حيث (لايصح فى حق الأجنبي أيضا) لأنه إقرار بعقد سابق بينهما ، فإذا لغا بعضه لغا باقيه ضرورة قبل هذا إذا تصادقا فإن أنكر أحدهما شركة الآخر صح إقراره فى حصة الأجنبى عند محمد وعندهما تبطل فى الكل لما قلنا زيلعى :

(ولو) أوصى (بثياب متفاوتة) جيد ووسط ورديء (لثلاثة) أنفس لكل منهم بثوب (فضاع) منها (ثوب ولم يدر) أى هو (والوارث يقول لكل منهم هلك حقك بطلت) الوصية لجهالة المستحق كوصية لأحد هذين الرجلين (إلا أن يتساعوا ويسلموا مابقى منها) فتعود صحيحة لزوال المانع وهو الجحود(١) فتقسم (لذى الجيد ثلثاه ولذى الردىء ثلثاه ولذى الوسط ثلث كل واحد منهما) لأن التسوية بقدر الإمكان ولو أوصى أحد الشريكين (ببيت معين من دار مشتركة وقسم ووقع فى حظه فهو للموصى له وإلا) يقع فى حظه (فله مثل ذرعه) صرح صدر الشريعة وغيره بوجوب القسمة فلو قال قسم فإن وقع الخ لكان أولى :

حاشية ح (قوله على مامر) أى من الأصل السابق (قوله لأنه إقرار بعقد سابق بينهما الخ) لم أر من علل بذلك ، وفيه نظر لأن الإقرار لايقتضى سبق عقد بين المقر والمقر له ، وإنما يقتضى سبق الملك للمقر له ، وإنما العلة مافى شرح الجامع الصغير لقاضيخان ، حيث قال : والفرق أى بين الإقرار والوصية أن الإقرار إخبار ، فلو صح إقراره للأجنبى ثبت المخبر به ، وهو الدين المشترك ، لأنه أقر بدين مشترك فثبت كذلك فما من شيء يأخذه الأجنبى إلا وللوارث حق المشاركة فيه ، فيصير إقرارا للوارث ، أما الوصية فتمليك مبتدأ لهما فبطلان التمليك لأحدهما لايبطل التمليك للآخر اه ونحوه فى الهداية والزيلعى (قوله لثلاثة أنفس الخ) بأن قال لزيد الجيد ، ولعمرو الوسط ، ولبكر الردىء اتقانى (قوله فضاع منها ثوب) أى بعدموت الموصى ط عن الشلبي (قوله والوارث يقول لكل منهم هلك حقك) أى يحتمل أن الهالك هو حقك ففى التعبير مسامحة وإلا فهلاك حق كل إنما يتصور فيما لو ضاعت الثلاثة وإلا فهو كذب ، والأولى فى التعبير ما فى شروح الجامع الصغير من أن المراد بجحود الوارث أن يقول : حق واحد منكم بطل ، ولا أدرى من بطل حقه ومن بقى فلا نسلم إليكم شيئا أفاده الطورى (قوله كوصية الخ) البطلان فيها قول الإمام كما يأتى قبيل وصايا الذمى (قوله ويسلموا) أى الورثة وهو من عطف المسبب على السبب ط (قوله لزوال المانع) أى المانع من التسليم لا الصحة لأن المانع منها الجهالة وهى باقية تأمل (قوله وهو الجحود) أى جحود الورثة بقاءحق كل (قوله فتقسم لذى الجيد الخ) أى الجيد فى نفس الأمر ، وقوله ثلثاه أى ثلثا الجيد من الثوبين الباقيين ، ففيه شبه استخدام وكذا فيما بعده أفاده ط :

ووجه هذه القسمة أن ذا الوسط حقه فى الجيد من الباقين إن كان الهالك أرفع منهما وإن كان أردأ منهما فحقه فى الردىء منهما فتعلق حقه مرة بهذا ومرة بالآخر ؛ وإن كان الهالك هو الوسط فلا حق له فيهما ، فقد تعلق حقه بكل واحد من الباقين فى حال ، ولم يتعلق فى حالين فيأخذ ثلث كل منهما وذو الجيد يدعى الجيد منهما لا الردىء إذ لاحق له فيه قطعا وذو الردىء يدعى الردىء لا الجيد فيسلم ثلثا الجيد لذى الجيد وثلثا الردىء لذى الردىء اه من شرح الجامع الخانى (قوله وقسم) أى بين الحى وورثة الميت قاضيخان والأصوب أن يقول ، وقسمت كما عبر ابن الكمال وغيره لأن الضمير للدار (قوله ووقع) أى البيت فى حظه أى حظ الميت (قوله فهو للموصى له) أى عندهما وعند محمد نصفه للموصى له ، وإن وقع فى نصيب الآخر فله مثل ذرع نصف البيت ودليل كل مع بيان كيفية القسمة بسطه الزيلعى وحققه الاتقانى وسعدى (قوله لكان أولى) لأن الإخبار فى كلام

---

(١) (قول الشارح وهو الجحود) كان الأولى وهو الجهالة فإنها المانع من التسليم كما فى الزيلعى حيث قال ما معناه فحينئذ تصح الوصية لأنها كانت صحيحة فى الأصل، وإنما بطلت لمانع طارئ يمنع من التسليم، وهو الجهالة وبالتسليم عادت إلى الصحة لزوال هذا المانع تأمل اه .

(والإقرار ببيت معين من دار مشتركة مثلها) أى مثل الوصية فى الحكم المذكور (وبألف عين) أى معين بأن كانت وديعة عند الموصى (من مال آخر فأجاز رب المال الوصية بعد موت الموصى ودفعه) إليه (صح وله المنع بعد الإجازة) لأن إجازته تبرع فله أن يمتنع من التسليم وأما بعد الدفع فلا رجوع له شرح تكملة (بخلاف ما إذا أوصى بالزيادة على الثلث أو لقاتله أو لوارثه فأجازتها الورثة) حيث لايكون لهم المنع بعد الإجازة بل يجبروا على التسليم لما تقرر أن المجاز له يتملكه من قبل الموصى عندنا ، وعند الشافعى من قبل المجيز .

(ولو أقر أحد الابنين بعدالقسمة بوصية أبيه) بالثلث (صح) إقراره (فى الثلث نصيبه) لا نصفه استحسانا لأنه أقر له بثلث شائع فى كل التركة وهى معهما فيكون مقرا بثلث مامعه وبثلث مامع أخيه بخلاف ما لو أقر أحدهما بدين على أبيهما حيث يلزمه كله لتقدم الدين على الميراث (وبأمة فولدت بعد موت الموصى ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له وإلا) يخرجا (أخذ الثلث منها ثم منه) لأن التبع لايزاحم الأصل وقالا : يأخذ منهما على السواء

الفقهاء للوجوب (قوله والإقرار) لو قال كالإقرار وحذف قوله مثلها كما عبر فى الدرر والإصلاح لكان أولى لأن الأصح كما فى الشرنبلالية عن الكافى أن هذه المسألة وفاقية ، فناسب أن تشبه بها الخلافية كما هو العادة لا بالعكس (قوله وبألف عين) بأن قال أوصيت بهذا الألف لفلان ، والتقييد بكونه وديعة لم أره لغيره وقوله من مال آخر : أى رجل آخر صفة ألف ، ومفهومه أنه إذا لم يعين الألف بأن قال : أوصيت بألف من مال زيد لم تصح أصلا وإن أجاز زيد ودفع وليحرر نقلا (قوله ودفعه إليه) أى دفع الألف إلى الموصى له ؛ لأن إجازته تبرع أى بمنزلة الهبة والهبة لاتتم بدون تسليم فإن دفع تمت الهبة وإلا فلا شرح الجامع وغيره (قوله فلا رجوع له) لعله لكونه ليس هبة من كل وجه كما أفاده مانقلناه آنفا ، لأن عقد الوصية صحيح موقوف على الإجازة إذ لو كان باطلا لم ينفذ بها ويدل عليه مافى الولوالجية أوصى له بعبد فلان ثم ملكه تبقى الوصية اهـ لكن ذكر الزيلعى أنها لاتبقى تأمل (قوله بل يجبروا) صوابه يجبرون (قوله لما تقرر الخ) بيان للفرق ؛

وحاصله : أن الوصية هنا فى مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه ، والتوقف كان لحق الورثة فإذا أجازوا سقط حقهم فنفذ من جهة الموصى درر (قوله يتملكه من قبل الموصى عندنا) فيجبر الوارث على التسليم ولو أعتق عبدا فى مرضه ولا مال له غيره ، وأجازت الورثة العتق فالولاء كله للميت ولو كان الوارث متزوجا بجارية المورث ، ولا مال له غيرها فأوصى بها لغيره فأجاز الوارث وهو الزوج الوصية لايبطل نكاحه وتمامه فى الزيلعى أول الوصايا (قوله ولو أقر أحد الابنين) وكذا الحكم لو أقر أحد البنين الثلاثة أو الأربعة يصح فى ثلث نصيبه كما فى المجمع (قوله بعد القسمة) مفهومه أن الإقرار قبلها(١) لايصح تأمل (قوله صح إقراره الخ) هذا إذا لم تقم بينة على الوصية بثلث لرجل آخر ، فلو قامت فلا شىء لهذا على المقر وبطل الإقرار كما نقله الطورى عن المبسوط (قوله استحسانا) والقياس أن يعطيه نصف مافى يده وهو قول زفر وتمامه فى الزيلعى (قوله حيث يلزمه كله) يعنى أن وفى ماورثه به ولو شهد فى هذا المقر مع آخر أن الدين كان على الميت قبلت كما تقدم فى كتاب الإقرار ، قبيل باب الاستثناء (قوله لتقدم الدين على الميراث) فيكون مقرا بتقدمه عليه ، ولا كذلك الوصية ، لأن الموصى له شريك الورثة فلا يأخذ شيئا إلا إذا سلم للوارث ضعفه زيلعى (قوله وبأمة) أى ولو أوصى بأمة (قوله فهما للموصى له) لأن الأم دخلت أصالة والولد تبعا حين كان متصلا بها زيلعى (قوله وقالا يأخذ منهما على السواء) فإذا كان له ستمائة درهم وأمة تساوى ثلثمائة ، فولدت ولدا يساوى ثلثمائة قبل القسمة فللموصى له

---

(١) (قوله أن الإقرار قبلها الخ) استظهر العلامة ط صحة الإقرار قبل القسمة أيضا وهو وجيه اهـ .

هذا إذا ولدت قبل القسمة ، وقبول الموصى له فلو بعدهما فهو للموصى له لأنه نماء ملكه ، وكذا لو بعد القبول وقبل القسمة على ماذكره القدورى ولو قبل موت الموصى فللورثة والكسب كالولد فيما ذكر .

باب العتق فى المرض

(يعتبر حال العقد فى تصرف منجز) هو الذى أوجب حكمه فى الحال (فإن كان فى الصحة فمن كل ماله وإلا فمن ثلثه) والمراد التصرف الذى هو إنشاء ويكون فيه معنى التبرع حتى أن الإقرار بالدين فى المرض ينفذ من كل المال والنكاح فيه ينفذ بقدر مهر المثل من كل المال (والمضاف إلى موته) وهو ما أوجب حكمه بعد موته كأنت حر بعد موتى أو هذا لزيد بعد موتى (من الثلث وإن كان فى الصحة) ومرض صح منه كالصحة ؛ والمقعد والمفلوج والمسلول إذا تطاول ولم يقعده فى الفراش كالصحيح مجتبى ؛ ثم رمز حد التطاول سنة وفى المرض المعتبر المبيح لصلاته قاعدا (إعتاقه ومحاباته

الأم وثلث الولد عنده وعندهما له ثلثا كل واحد منهما ابن كمال (قوله هذا) أى دخول الحمل فى الوصية تبعا معراج (قوله على ما ذكره القدورى) ومشايخنا قالوا يصير موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث كما إذا ولدته قبل القبول زيلعى (قوله والكسب كالولد فيما ذكر) قال فى الهندية والزيادة الحادثة من الموصى به كالغلة والكسب والأرش بعد موت الموصى ، قبل قبول الموصى له الوصية ، هل يصير موصى به لم يذكره محمد وذكر القدورى أنه لايصير موصى بها حتى كانت للموصى له من جميع المال كما لو حدثت بعد القسمة وقال مشايخنا يصير موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث كذا فى محيط السرخسى اه ط والله تعالى أعلم .

باب العتق فى المرض

هو من أنواع الوصية لكن لما كان له أحكام مخصوصة أفرده فى باب على حدة ، وأخره عن صريح الوصية لأن الصريح هو الأصل عناية (قوله منجز) احتراز عن المضاف الآتى بيانه فالعبرة فيه لحال الإضافة (قوله فى الحال) أى حال صدوره ط (قوله وإلا فمن ثلثه) استثنى فى الأشباه التبرع بالمنافع ، كسكنى الدار قال فإنه نافذ من كل المال وتمامه فيها وفى حواشيها (قوله والمراد) أى من التصرف المذكور (قوله حتى أن الإقرار الخ) أى لغير الوارث وهو محترز قوله إنشاء فإن الإقرار إخبار (قوله والنكاح الخ) محترز قوله فيه معنى التبرع ، فإن النكاح بقدر مهر المثل لاتبرع فيه لأن البضع متقوم حال الدخول وقيمته مهر المثل ، فإن قوبل به كان معاوضة لاتبرعا والزائد عليه محاباة وهى من قبيل الوصية لأنها إنشاء فيه معنى التبرع وكذا بدل الخلع ، لأن البضع حال الخروج غير متقوم ، فما جعل فى مقابلته تبرع قليلا كان أو كثيرا رحمتى (قوله وإن كان فى الصحة) أن وصلية لأن التصرف المضاف إلى الموت المعتبر فيه حالة الموت كما فى الدرر (قوله ومرض صح منه كالصحة) كذا ذكرت هذه المسألة فى هذا المحل فى عامة المعتبرات كالملتقى والإصلاح وغيرهما ، والأولى ذكرها قبل قوله والمضاف لأنه لافرق فيه بين الصحة والمرض تأمل : قال القهستانى : فلو أوصى بشىء صارت باطلة لأنه ظهر بالصحة أنه لايتعلق بماله حق أحد ، وهذا إذا قيد بالمرض بأن قال إن مت من مرضى هذا . وأما إذا أطلق ثم صح فباقية ، وإن عاش بعد ذلك سنين كما فى التتمة اه (قوله وفى المرض المعتبر) بجر المعتبر صفة للمرض : أى المعتبر لنفوذ التصرف الإنشائى من الثلث ، وهو متعلق بمحذوف تقديره والحد فى المرض المعتبر هو المبيح لصلاته قاعدا ، وقد قدم الكلام على هذا أول كتاب الوصايا بأبسط مما هنا ط (قوله ومحاباته) أى فى الإجارة

وهبته ووقفه وضمانه) كل ذلك حكمه (ك) حكم (وصية فيعتبر من الثلث) كما قدمنا فى الوقف أن وقف المريض المديون بمحيط باطل ، فليحفظ وليحرر (ويزاحم أصحاب الوصايا فى الضرب ولم يسع العبد

والاستئجار والمهر والشراء والبيع ، بأن باع مريض مثلا من أجنبي ما يساوى مائة بخمسين كما فى النتف قهستانى أي أو يشترى مايساوى خمسين بمائة ، فالزائد على قيمة المثل فى الشراء والناقص فى البيع محاباة : أى مسامحة ، من حبوته حباء ككتاب : أعطيته الشيء من غير عوض اه ط عن المصباح ، وقيد المحاباة فى البزازية وغيرها بما لايتغابن فيه ه

قلت : وفى آخر إجارات الوهبانية :

وإيجار ذي ضعف من الكل جائز ولو ن أجر المثل من ذاك أكثر

قال الشرنبلالى فى شرحه : صورتها مريض آجر داره بأقل من أجرة المثل قالوا جازت الإجارة من جميع ماله ولا تعتبر من الثلث ، لأنه لو أعارها وهو مريض جازت فالإجارة بأقل من أجر المثل أولى : قال الطرسوسى : وهذه المسألة خالفت القاعدة ، فإن الأصل أن المنافع تجرى مجرى الأعيان ، وفى البيع يعتبر من الثلث اعتبارا للفرع بالأصل . والفرق أن البيع عقد لازم يتعلق بعين المال ، وقد تعلق به حق الورثة والغرماء ، والإجارة تتعلق بالنفقة وتنفسخ بالموت فلا يتصور التعلق بعده اه فتنبه . ولعلهما روايتان كما سيذكره الشارح فى الفروع آخر الوصايا (قوله وهبته) أى إذا اتصل بها القبض قبل موته ، أما إذا مات ولم يقبض فتبطل الوصية لأن هبة المريض هبة حقيقية وإن كانت وصية حكما كما صرح به قاضيخان وغيره اه ط عن المكى (قوله وضمانه) هو أعم من الكفالة ، فإن منه مالا يكون كفالة بأن قال أجنبى خالع امرأتك على ألف على أنى ضامن أو قال بع عبدك هذا على أنى ضامن لكن بخمسمائة من الثمن سوى الألف فإن بدل الخلع يكون على الأجنبى لا على المرأة والخمسمائة على الضامن دون المشترى(١) عناية .

[تنبيه] قال فى البزازية : وكفالته على ثلاثة أوجه : فى وجه كدين الصحة بأن كفل فى الصحة معلقا بسبب ووجد السبب فى المرض بأن قال ما ذاب لك على فلان فعلىّ . وفى وجه كدين المرض بأن أخبر فى المرض بأنى كفلت فلانا فى الصحة لايصدق فى حق غرماء الصحة والمكفول له مع غرماء المرض ، وفى الأول مع غرماء الصحة . وفى وجه كسائر الوصايا بأن أنشأ الكفالة فى مرض الموت اه (قوله حكمه كحكم وصية) أى من حيث الاعتبار من الثلث لاحقيقة الوصية لأن الوصية إيجاب بعد الموت ، وهذه التصرفات منجزة فى الحال زيلعى (قوله وليحرر) تحريره أنه لاينافى ماهنا لأن المستغرق بالدين لاثلث له رحتى (قوله ويزاحم أصحاب الوصايا فى الضرب) أى العبد المعتق والمحابى . والموهوب له والمضمون له يضرب فى الثلث مع أصحاب الوصايا ، فإن وفى الثلث بالجميع وإلا تحاصصوا فيه ، ويعتبر فى القسمة قدر ما لكل من الثلث هذا ماظهر لى اه ط

أقول : وقال العلامة الإتقانى : والمراد من ضربهم بالثلث مع أصحاب الوصايا أنهم يستحقون الثلث لاغير ، وليس المراد أنهم يساوون أصحاب الوصايا فى الثلث ويحاصصونهم لأن العتق المنفذ فى المرض مقدم على الوصية بالمال فى الثلث ، بخلاف ما إذا أوصى بعتق عبده بعد موته أو قال هو حر بعد موتى بيوم أو شهر فإنه كسائر الوصايا اه ملخصا ه

---

(١) (قوله دون المشترى) وجهه أن هذا من باب الزيادة فى الثمن ، وهى من الأجنبى جائزة ، بخلاف ما إذا لم يقل من الثمن حيث لايلزمه شىء كما فى متفرقات بيوع الكنز .

إن أجيز) عتقه لأن المنع لحقهم فيسقط بالإجازة (فإن حابى فحرر) وضاق الثلث عنهما (فهي) أي المحاباة (أحق وبعكسه) بأن حرر فحابى (استويا) وقالا : عتقه أولى فيهما (ووصيته بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد لاتنفذ) الوصية (بما بقي إن هلك درهم) لأن القربة تتفاوت بتفاوت قيمة العبد (بخلاف الحج) وقالا : هما سواء .

(وتبطل الوصية بعتق عبده) بأن أوصى بأن يعتق الورثة عبده بعد موته (إن جنى بعد موته فدفع) بالجناية كما لو بيع بعد موته بالدين (وإن فدى) الورثة العبد (لا) تبطل وكان الفداء في أموالهم بالتزامهم (و) لو أوصى (بثلثه) أي ثلث ماله (لبكر وترك عبدا) فأقر كل من الوارث وبكر أن الميت أعتق هذا العبد (فادعى بكر عتقه في الصحة) لينفذ من كل المال (و) ادعى (الوارث) عتقه (في المرض) لينفذ من الثلث ويقدم على بكر (فالقول للوارث مع اليمين) لأنه ينكر استحقاق بكر (ولا شيء لزيد) كذا في نسخ المتن والشرح :

قلت : صوابه لبكر لأنه المذكور أولا غاية الأمر أن القوم مثلوا بزيد فغيره المصنف أولا ونسيه ثانيا والله أعلم

قلت : وكالعتق المنفذ المحاباة المنجزة كما مر عند قول المصنف وإذا اجتمع الوصايا ويأتي قريبا (قوله إن أجيز عتقه) أي إذا ضاق الثلث ولو كانت الإجازة قبل موت الموصي كما قدمناه أول الوصايا عن البزازية (قوله لأن المنع) أي منع تنفيذه من كل المال والأولى لأن السعي تأمل (قوله فإن حابى فحرر الخ) صورة الأولى : باع عبدا قيمته مائتان بمائة ثم أعتق عبدا قيمته مائة ولا مال له سواهما يصرف الثلث إلى المحاباة ويسعى المعتق في كل قيمته : وصورة العكس : أعتق الذي قيمته مائة ثم باع الذي قيمته مائتان بمائة يقسم الثلث وهو المائة بينهما نصفين ، فالمعتق يعتق نصفه مجانا ويسعى في نصف قيمته ، وصاحب المحاباة يأخذ العبد الآخر بمائة وخمسين ابن كمال .

والأصل في هذا أن الوصايا إذا لم يكن فيها ماجاوز الثلث فكل واحد من أصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لايقدم البعض على البعض ، إلا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بالموت كالتدبير الصحيح سواء كان مطلقا أو مقيدا ، والمحاباة في المرض وتمامه في الزيلعي (قوله وقالا عتقه أولى فيهما) أي في المسألتين لأنه لايلحقه الفسخ : وله أن المحاباة أقوى لأنها في ضمن عقد المعاوضة ، لكن إن وجد العتق أولا وهو لايحتمل الدفع زاحم المحاباة ابن كمال . وقول الزيلعي والمصنف في المنح : وقالا : هما سواء في المسألتين سبق قلم ، والصواب ماهنا كما نبه عليه الشلبي (قوله بهذه المائة) أي المعينة ، وإنما قيد بذلك حتى يتصور هلاك بعضها . فلو قال بمائة وزادت على الثلث تبطل أيضا كما مر متنا (قوله لأن القربة تتفاوت الخ) لايظهر بهذا التعليل الفرق بين العتق والحج ، فالمناسب قول الزيلعي : وله أنه وصية بالعتق بعبد يشترى بمائة من ماله ، وتنفيذها فيمن يشترى بأقل منه تنفيذ في غير الموصي به وذلك لايجوز ؛ بخلاف الوصية بالحج لأنها قربة محضة هي حق الله تعالى والمستحق لم يستبدل ، وصار كما إذا أوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع إليه الباقي اهـ (قوله وإن فدى لا) فإن لم يوجد الدفع والفداء وأعتقه الوصي ، فإن عالما بالجناية لزمه تمام الأرش وإلا فالقيمة ، ولا يرجع لأن الوصية بعتق عبد غير جان فقد خالف سائحاني (قوله ولو أوصى بثلثه الخ) معناه ترك عبدا ومالا ووارثا والعبد مقدار ثلث ماله وبه صرح قاضيخان معراج (قوله لينفذ من كل المال) فكأنه يقول لم يقع العتق وصية ووصيتي بثلث ماله صحيحة فيما وراء العبد (قوله ويقدم على بكر) لأنه إذا وقع في المرض وقع وصية وقيمة العبد ثلث المال فلم يكن للموصى له بالثلث شيء ، لأن الوصية بالعتق مقدمة بالاتفاق معراج (قوله ولا شيء لزيد) لما علمته من تقديم

(إلا أن يفضل من ثلثه شيء) من قيمة العبد (أو تقوم حجة على دعواه فإن الموصى له خصم) لأنه يثبت حقه وكذا العبد .

(ولو ادعى رجل دينا على الميت و) ادعى (العبد عتقا فى الصحة ولا مال له غيره فصدقهما الوارث يسعى فى قيمته وتدفع إلى الغريم) وقالا : يعتق ولا يسعى فى شيء ، وعلى هذا الخلاف لو ترك ابنا وألف درهم فادعاها رجل دينا وآخر وديعة وصدقهما الابن فالألف بينهما نصفان عنده . وقالا : الوديعة أقوى .

قلت : وعكس فى الهداية فقال : عنده الوديعة أقوى ، وعندهما سواء ، والأصح ماذكرنا كما فى الكافى وتمامه فى الشرنبلالية فليحفظ .

باب الوصية للأقارب وغيرهم

(جاره من لصق به) وقالا : من يسكن فى محلته ويجمعهم مسجد المحلة وهو استحسان . وقال الشافعى :

العتق . وأما قول المصنف فيما مر ويزاحم أصحاب الوصايا فقد علمت المراد منه فافهم (قوله إلا أن يفضل الخ) أى إلا أن يكون ثلث المال زائدا على قيمة العبد فتنفذ الوصية لزيد فيما زاد على القيمة منح (قوله من قيمة العبد) كذا عبر الزيلعى . وعبارة الدرر : على قيمة العبد وهى أولى وإن أمكن جعل من بمعنى على كما قال الأخفش والكوفيون فى قوله تعالى — ونصرناه من القوم — أفاده ط عن المكى (قوله فإن الموصى له خصم الخ) جواب عن إشكال ، وهو أن الدعوى فى العتق شرط لإقامة البينة عنده ، وكيف تصح إقامتها من غير خصم ؟ فقال : هو خصم فى إثبات حقه لأنه مضطر إلى إقامتها على حرية العبد ليفرغ الثلث عن الاشتغال بحق الغير معراج (قوله وكذا العبد) أى خصم أيضا لأن العتق حقه .

أقول : والمراد أنه خصم فى غير هذه الصورة ، لأن الوارث مقر بعتقه هنا لو فيما إذا زادت قيمته على الثلث فهو خصم فى إثبات عتقه فى الصحة تأمل (قوله وقالا يعتق ولا يسعى الخ) لأن الدين والعتق فى الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث فى كلام واحد فكأنهما واقعا معا والعتق فى الصحة لايوجب السعاية ، وإن كان على المعتق دين ، وله أن الإقرار بالدين أولى من الإقرار بالعتق ولهذا يعتبر إقراره فى المرض بالدين من جميع المال وبالعتق من الثلث والأقوى يدفع الأدنى إلا أنه بعد وقوعه لايحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بإيجاب السعاية عليه ابن كمال (قوله وعلى هذا الخلاف) كذا عبر فى الهداية ، والتعبير به ظاهر على ماقرره صاحب الهداية من ذكر الخلاف الآتى والشارح لم يتابعه بل مشى على عكسه ، فالخلاف هنا حينئذ عكس الخلاف فى المسألة الأولى فكان عليه ذكر المسألة مبتدأة بدون ذلك فافهم (قوله نصفان) لأن الوديعة لم تظهر إلا مع الدين فيستويان زيلعى (قوله وقالا الوديعة أقوى) لأنها تثبت فى عين الألف والدين يثبت فى الذمة أولا ثم ينتقل إلى العين فكانت الوديعة أسبق وصاحبها أحق زيلعى (قوله والأصح ماذكرنا) وهو المذكور فى عامة الكتب عناية .

باب الوصية للأقارب وغيرهم

أى من الأهل والأصهار والأختان ونحو ذلك ، وإنما أخر هذا الباب لأنه فى أحكام الوصية المخصوصين وفيما تقدمه ذكر أحكامها على وجه العموم والخصوص يتلو العموم أبدا منح (قوله جاره من لصق به) لما كان لكل من الأقارب والجيران خصوصية تستدعى الاهتمام نبه على أهمية كل منهما من وجه حيث قدم الأقارب فى الترجمة والجيران هنا سعدية (قوله وهو استحسان) والصحيح قول الإمام كما أفاده فى الدر المنتقى وصرح به

الجار إلى أربعين دارا من كل جانب .
(وصهره كل ذى رحم محرم من عرسه) كآبائها وأعمامها وأخوالها وأخوتها وغيرهم (بشرط موته وهى منكوحته أو معتدته من رجعى) فلو من بائن لايستحقها وإن ورثت منه . قال الحلوانى : هـذا فى عرفهم ، أما فى زماننا فيختص بأبويها عناية وغيرها ، وأقره القهستانى .
قلت : لـكن جزم فى البرهان وغيره بالأول وأقره فى الشرنبلالية . ثم نقل عن العينى أن قول الهداية وغيرها أنه صلى الله عليه وسلم لما تزوج صفية بنت الحارث صوابه جويرية قلت : فليحفظ هذه الفائدة .
(وختنه زوج كل ذى) كذا النسخ قلت الموافق لعامة الـكتب ذات (رحم محرم منه كأزواج بناته وعماته

العلامة قاسم وهو القياس كما فى الهداية فهو مما رجح فيه القياس على الاستحسان .
[تنبيه] يستوى فى الجار ساكن ومالك وذكر وأنثى ومسلم وذمى وصغير وكبير ، ويدخل فيه العبد عنده . وقالا تلك وصية لمولاه وهو غير جار ، بخلاف المكاتب ولا تدخل من لها بعل لتبعيتها فلم تكن جارا حقيقة مقدسى ، وقوله ومالك : يعنى إذا كان ساكنا أبو السعود (قوله وصهره كل ذى رحم محرم من عرسه) لما روى « أنه عليه الصلاة والسلام لما تزوج صفية أعتق كل من ملك من ذى رحم محرم منها إكراما لها » وكانوا يسمون أصهار النبى صلى الله عليه وسلم ، وهذا التفسير اختيار محمد وأبى عبيد ، وكذا يدخل فيه كل ذى رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذى رحم محرم منه لأن الـكل أصهار هداية . وقول محمد حجة فى اللغة استشهد بقوله أبو عبيد فى غريب الحديث مع أنه مؤيد بقول الخليل ، لايقال لأهل بيت المرأة إلا الأصهار . وفى شرح الزيادات للبزدوى ، قد يطلق الصهر على الختن ، لـكن الغالب ماذكره محمد إتقانى ملخصا ، وتمامه فى الشرنبلالية (قوله وأخواتها) كذا فيما رأيت من النسخ ، وصوابه وإخوتها لأن أخوات جمع أخت (قوله وإن ورثت منه) بأن أبانها فى المرض لأن الرجعى لايقطع النكاح والبائن يقطعه زيلعى (قوله عناية) لم أجد ذلك فيها ، نعم ذكره الزيلعى كما سيأتى (قوله قلت لـكن الخ) :
أقول : الظاهر اعتبار العرف فى ذلك ، لما فى جامع الفصولين من أن مطلق الـكلام فيما بين الناس ينصرف إلى المتعارف اهـ حتى لو تعورف خلاف ذلك كله يعتبر كأهل دمشق يطلقون الصهر على الختن ولا يفهمون منه غيره وهى لغة كما مر . وأما مافى البرهان وغيره فهو نقل لما دونه صاحب المذهب ، فلا دلالة فيه على أن العرف هنا لايعتبر ، هذا ما ظهر لى فتدبر (قوله ثم نقل) أى فى الشرنبلالية عن العينى أى فى شرحه على الهداية عند عبارتها التى نقلناها آنفا (قوله صوابه جويرية) أخرجه أبو داود عن عائشة رضى الله عنها قالت : « وقعت جويرية بنت الحارث بن المصطلق فى سهم ثابت بن قيس بن شماس وابن عم له فكاتبت عن نفسها » . وفى مسند أحمد والبزار وابن راهويه « أنه كاتبها على تسع أواق من الذهب ، فدخلت تسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فى كتابتها ، فقالت : يا رسول الله أنا امرأة مسلمة أشهد أن لا إله إلا الله وأنك رسول الله وأنا جويرية بنت الحارث سيد قومه أصابنى من الأمر مالم علمت فوقعت فى سهم ثابت بن قيس فكاتبنى على مالا طاقة لى به وما أكرهنى على ذلك إلا أنى رجوتك صلى الله عليك فأعنى فى فكاكى ، فقال : أو خير من ذلك ؟ فقالت ماهو؟ قال : أؤدى عنك كتابتك وأتزوجك . قالت نعم يارسول الله : قال : قد فعلت ، فأدى رسول الله صلى الله عليه وسلم ماكان عليها من كتابتها وتزوجها فخرج الخبر إلى الناس ، فقالوا : أصهار رسول الله صلى الله عليه وسلم يسترقون فأعتقوا ماكان بأيديهم من سبى بنى المصطلق مائة أهل بيت ، قالت عائشة : فلا أعلم امرأة كانت على قومها أعظم بركة منها » :

وكذا كل ذى رحم من أزاجهن : قيل هذا في عرفهم . وفى عرفنا الصهر أبو المرأة وأمها والختن زوج المحرم فقط زيلعي وغيره . زاد القهستاني وينبغي فى ديارنا أن يختص الصهر بأبي الزوجة ، والختن بزوج البنت لأنه المشهور (وأهله زوجته) وقالا : كل من فى عياله ونفقته غير مماليكه ، وقولهما أستحسان شرح تكملة قال ابن الكمال وهو مؤيد بالنص ، قال تعالى - فنجيناه وأهله إلا امرأته - اه قلت وجوابه فى المطولات ؛

(وآله أهل بيته) وقبيلته التي ينسب إليها (و) حينئذ (يدخل فيه كل من ينسب إليه من قبل آبائه إلى أقصى أب له فى الإسلام) سوى الأب الأقصى لأنه مضاف(١) إليه قهستاني عن الكرماني (الأقرب والأبعد والذكر والأنثى والمسلم والكافر والصغير والكبير فيه سواء) ويدخل فيه الغني والفقير إن كانوا لا يحصون كما فى الاختيار

قال فى الشرنبلالية : وقد علمت أن الصبي كان قد قسم وأن المعتقين للسبي هم الصحابة لا النبي صلى الله عليه وسلم : وفى الاستدلال به على أن الصهر كل ذى رحم محرم من امرأته تأمل لما علمت من القصة (قوله وكذا كل ذى رحم) أى محرم كما فى المنح وغيرها : قال محمد فى الإملاء : إذا قال أوصيت لأختاني بثلث مالي فأختانه زوج كل ذات رحم محرم منه وكل ذى رحم محرم من الزوج فهؤلاء أختانه ، فإن كان له أخت وبنت أخت وخالة ولكل واحدة منهن زوج ولزوج كل واحدة منهن أرحام فكلهم جميعا أختانه والثلث بينهم بالسوية الأنثى والذكر فيه سواء وأم الزوج وجدته وغير ذلك سـواء اه إتقاني والشرط هنا أيضا قيام النكاح بين محارمه وأزواجهن عند موت الموصى كما نقله الطورى (قوله وفى عرفنا الصهر أبو المرأة وأمها) مكرر مع ما سبق ط (قوله غير مماليكه) أى وغير وارثه شرنبلالية وإتقاني (قوله قلت وجوابه فى المطولات) وهو أن الاسم حقيقة للزوجة يشهد بذلك النص والعرف. قال تعالى - وسار بأهله - وقال لأهله امكثوا - ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف إلى الحقيقة المستعملة زيلعي يشير إلى أن ما استدلا به غير مطلق بقرينة الاستثناء وميل الشارح إلى ترجيح قول الإمام وإن كان هو القياس ولذا قال فى الدر المنتقى ولكن المتون على قوله وقدمه المصنف فليحفظ أيضا اه وهذا إذا كانت الزوجة كتابية مثلا أو أجازت الورثة . وفى أبي السعود عن الحموى : ينظر حكم مالو أوصت لأهلها هل يكون الزوج لا غير اه .

أقول : الظاهر لا إذ لا حقيقة ولا عرف (قوله وقبيلته) عطف تفسير لقوله أهل بيته بدليل قول الهداية لأن الآل القبيلة التي ينسب إليها (قوله من ينسب إليه) على حذف مضاف أى إلى نسبه ، بأن يشاركه فيه ويجتمع معه فى أحد آبائه ولو الأب الأعلى ، هذا ما ظهر لى ويأتى ما يوضحه ، وإلا فقبيلة الموصى لا تنسب إليه نفسه إلا إذا كان أبا القبيلة ؛

ثم رأيت فى الإسعاف ما نصه : أهل بيت الرجل وآله وجنسه واحد ، وهو كل من يناسبه بآبائه إلى أقصى أب له فى الإسلام وهو الذى أدرك الإسلام أسلم أو لم يسلم فكل من يناسبه إلى هذا الأب من الرجال والنساء والصبيان فهو من أهل بيته اه فقوله يناسبه أى يشاركه فى نسبه أولى من قول المصنف ينسب إليه كما لا يخفى (قوله لأنه مضاف إليه) أى والوصية للمضاف لا للمضاف إليه زيلعي عن الكافي : قال ط : وفيه أنه لا يظهر إلا لو قال أوصيت لآل عباس مثلا ، أما لو قال أوصيت لآلي أو لآل زيد وهو غير الأب الأقصى لا يظهر ، ولو علل بأن الأب الأقصى لا يقال له أهل بيته لكان أولى اه :

قلت : وعبارة الهداية أوصى لآل فلان (قوله إن كانوا لا يحصون) عبارة الاختيار وإن كان لا يحصون

---

(١) (قول الشارح لأنه مضاف الخ) أى منسوب إليه ، وليس المراد الإضافة الاصطلاحية حتى يرد اعتراض ط ، وحينئذ فلو قال أوصيت لآلي لا يدخل الأب الأعلى لأن المراد بآله من يشاركه فى الانتساب إلى الأب الأعلى اه .

ويدخل فيه أبوه وجده وابنه وزوجته كما فى شرح التكملة ، يعنى إذا كانوا لا يرثونه (ولا يدخل فيه أولاد البنات) وأولاد الأخوات ولا أحد من قرابة أمه لأن الولد إنما ينسب لأبيه لا لأمه :

(وجنسه أهل بيت أبيه) لأن الإنسان يتجنس بأبيه لا بأمه (وكذا أهل بيته وأهل نسبه) كآله وجنسه فحكمه كحكمه :

(ولو أوصت المرأة لجنسها أو لأهل بيتها لا يدخل ولدها) أى ولد المرأة لأنه ينسب إلى أبيه لا إليها (إلا أن يكون أبوه) أى الولد (من قوم أبيها) فحينئذ يدخل لأنه من جنسها درر وكافى وغيرها : قلت : ومفاده أن الشرف من الأم فقط غير معتبر كما فى أواخر فتاوى ابن نجيم وبه أفتى شيخنا الرملى ، نعم له مزية فى الجملة (وإن أوصى لأقاربه أو لذى قرابته) كذا النسخ :

(قوله وزوجته) أى إذا كانت من قوم أبيه سائحانى (قوله ولا يدخل فيه أولاد البنات الخ) أى إذا لم يكن آباؤهم من قومه سائحانى (قوله يتجنس بأبيه) أى يقول أنا من جنس فلان : قال فى غاية البيان لأن الجنس عبارة عن النسب والنسب إلى الآباء اهـ ط (قوله كآله وجنسه) بيان لمرجع اسم الإشارة فى قوله وكذا يعنى أن أهل بيته وأهل نسبه مثل آله وجنسه فى أن المراد بالكل قوم أبيه دون أمه وهم قبيلته التى ينسب إليها :

قال فى الهندية : ولو أوصى لأهل بيته يدخل فيه من جمعه وإياهم أقصى أب فى الإسلام ، حتى إن الموصى لو كان علويا أو عباسيا يدخل فيـــه كل من ينسب إلى على أو العباس من قبل الأب لا من ينسب من قبل الأم ، وكذا لو أوصى لحسبه أو نسبـــه لأنه عبارة عمن ينتسب إلى الأب دون الأم : وكذلك إذا أوصى لجنس فلان فهم بنو الأب ، وكذلك اللحمة عبارة عن الجنس ، وكذلك الوصية لآل فلان بمنزلة الوصية لأهل بيت فلان اهـ ملخصا (قوله ومفاده الخ) يؤيده قول الهندية عن البدائع : فثبت أن الحسب والنسب يختص بالأب دون الأم اهـ فلا تحرم عليه الزكاة ، ولا يكون كفؤا للهاشمية ، ولا يدخل فى الوقف على الأشراف ط (قوله وبه أفتى شيخنا الرملى) حيث قال فى فتاواه فى باب ثبوت النسب ماحاصله : لا شبهة فى أن له شرفا ما ، وكذا لأولاده وأولادهم إلى آخر الدهر : أما أصل النسب فمخصوص بالآباء : وسئل أيضا عن أولاد زينب بنت فاطمة الزهراء زوجة عبد الله بن جعفر الطيار : فأجاب أنهم أشراف بلا شبهة ، إذ الشرف كل من كان من أهل البيت علويا أو جعفريا أو عباسيا لكن لهم شرف الآل الذين تحرم الصدقة عليهم لا شرف النسبة إليه صلى الله عليه وسلم : فإن العلماء ذكروا أن من خصائصه صلى الله عليه وسلم أنه ينسب إليه أولاد بناته ، فالخصوصية للطبقة العليا ، فأولاد فاطمة الأربعة الحسن والحسين وأم كلثوم وزينب ينسبون إليه صلى الله عليه وسلم ، وأولاد الحسين ينسبون إليهما فينسبون إليه صلى الله عليه وسلم ، وأولاد زينب وأم كلثوم ينسبون إلى أبيهم لا إلى أمهم ، فلا ينسبون إلى فاطمة ولا إلى أبيها صلى الله عليه وسلم لأنهم أولاد بنت بنته لا أولاد بنته ، فيجرى فيهم الأمر على قاعدة الشرع الشريف فى أن الولد يتبع أباه فى النسب لا أمه ، وإنما خرج أولاد فاطمة وحدها للخصوصية التى ورد بها الحديث ، وهى مقصورة على ذرية الحسن والحسين ، لكن مطلق الشرف الذى للآل يشملهم : وأما الشرف الأخص وهو شرف النسبة إليه صلى الله عليه وسلم فلا اهـ ملخصا . وأصله للعلامة ابن حجر المكى الشافعى :

أقول : وإنما يكون لهم شرف الآل المحرّم للصدقة إذا كان أبوهم من الآل كما مر ، والمراد بالحديث ماأخرجه أبو نعيم وغيره « كل ولد آدم فإن عصبتهم لأبيهم ماخلا ولد فاطمة فإنى أنا أبوهم وعصبتهم » (قوله وإن أوصى لأقاربه الخ) زاد فى الملتقى وأقربائه وذوى أرحامه (قوله كذا النسخ) وكذا فى الكنز والغرر والإصلاح

قلت: صوابه لذوى (إلى لأرحامه أو لأنسابه فهى للأقرب فالأقرب من كل ذى رحم محرم منه، ولا يدخل الوالدان) قيل من قال للوالد قريب فهو عاق (والولد) ولو ممنوعين بكفر أو رق كما يفيده عموم قوله (والوارث) وأما الجد وولد الولد فيدخل فى ظاهر الرواية، وقيل لا واختاره فى الاختيار

(قوله قلت صوابه لذوى) أى بالجمع كما عبر فى الملتقى، لأنه إذا أوصى لذى قرابته وله عم واحد وخالان فالكل للعم لأنه لفظ مفرد فيحرز الواحد جميع الوصية إذ هو الأقرب زيلعى. وفى غرر الأفكار: إذا قال لقرابته أو لذى قرابته أو لذى نسبه فالمنفرد يستحق كل الوصية عند الكل اه (قوله أو لأنسابه) استشكله الزيلعى بأنه جمع نسب: وفيه: لا يدخل قرابته من جهة الأم فكيف دخلوا فيه هنا اه. وأجاب الشلبى بأن المراد بأنسابه حقيقة النسبة وهى ثابتة من الأم كالأب.

أقول: وفيهم أنهم اعتبروا فى أهل نسبه النسب من جهة الآباء كما مر، فما الفرق بينهما؟ (قوله فهى للأقرب فالأقرب الخ) حاصله أن الإمام اعتبر خمس شرائط: وهى كونه ذا رحم محرم، واثنين فصاعدا، ومما سوى الوالد والولد، وممن لا يرث والأقرب فالأقرب؛ وقالا: كل من يجمعه وإياه أقصى أب فى الإسلام؛ وخالفاه فى شرطين: المحرمية والقرب، فيكفى عندهما الرحم بلا محرمية، ويستوى الأقرب والأبعد. واتفقوا على اعتبار الاثنين فصاعدا لأنه اسم جمع والمثنى كالجمع، وأن لا يكون وارثا ولا والدا أو ولدا إتقانى عن المختلف ملخصا، لكن قال الزيلعى: ويستوى الحر والعبد والمسلم والكافر والصغير والكبير والذكر والأنثى على المذهبين، وإنما يكون للاثنين فصاعدا عنده اه ونقل نحوه فى السعدية عن الكافى. ثم قال: وهذا مخالف لقول محمد فى الوصية لأمهات أولاده الثلاث وللفقراء والمساكين حيث اعتبر فيه الجمعية ولم يعتبر ههنا اه.

قلت: وعلى الأول لا مخالفة وكأنهما روايتان تأمل، ثم رأيت القولين فى الحقائق والقهستانى: هذا وقول الإمام هو الصحيح كما فى تصحيح القدورى والدر المنتقى؛

[تنبيه] قال فى غرر الأفكار وشرح المجمع عن الحقائق: إذا ذكر مع هذه الألفاظ الأقرب فالأقرب لا يعتبر الجمع اتفاقا لأن الأقرب اسم فرد خرج تفسيرا للأول، ويدخل فيه المحرم وغيره ولكن يقدم الأقرب لصريح شرطه اه ونقله فى الشرنبلالية والاختيار أيضا.

قلت: وهى حادثة الفتوى سنة ثلاثين ومائتين وألف فيمن أوصى لأرحامه الأقرب فالأقرب منهم فأفتيت بشموله لغير المحارم كما هو صريح هذا النقل (قوله قيل الخ) قال فى المعراج: وفى الخبر «من سمى والده قريبا عقه» وقد عطف الله تعالى الأقربين على الوالدين فى قوله تعالى ـ الوصية للوالدين والأقربين ـ ويعطف الشىء على غيره حقيقة، فعرف أن القريب فى لسان الناس من يتقرب إلى غيره بواسطة كذا فى المبسوط اه أى والوالدان والولد يتقربان، بأنفسهم لا بواسطة (قوله ولو ممنوعين) بصيغة الجمع ط (قوله كما يفيده عموم قوله والوارث) أى يفيد عدم دخولهم ولو ممنوعين، لأنه لو كانت العلة فيه كونهم وارثين لما احتيج إلى التنصيص على عدم دخولهم إذ هم يخرجون بقوله والوارث لأنه يشملهم بعمومه، فلما لم يكتف بذلك ونص على إخراجهم علمنا أنه أراد أنهم لا يدخلون سواء كانوا وارثين أو ممنوعين فافهم (قوله والوارث) علله بقوله عليه الصلاة والسلام «لا وصية لوارث» وبهذا يتجه ما بحثه بعضهم من أن هذا فيما لو أوصى لأقارب نفسه، أما لو أوصى لأقارب فلان ينبغى أن لا يخرج الوارث (قوله فيدخل) الأولى فيدخلان ط (قوله واختاره فى الاختيار) حيث اقتصر عليه، وعلله بأن القريب لغة: من يتقرب إلى غيره بواسطة غيره وتكون الجزئية بينهما منعدمة: ولقل

(ويكون للاثنين فصاعدا) يعني أقل الجمع في الوصية اثنان كما في الميراث (فإن كان له) للموصي (عمان وخالان فهي لعميه) كالإرث ، وقالا أرباعا .

(ولوله عم وخالان كان له النصف ولهما النصف) وقالا أثلاثا (ولو عم واحد لاغير فله نصفها ويرد النصف) الآخر (إلى الورثة) لعدم من يستحقه (ولو عم وعمة استويا) لاستواء قرابتهما (ولو انعدم المحرم بطلت) خلافا لهما (ولولد فلان) فهي (للذكر والأنثى سواء) لأن اسم الولد يعم الكل حتى الحمل .

ولا يدخل ولد ابن مع ولد صلب ، فلو له بنات لصلبه وبنو ابن فهي للبنات عملا بالحقيقة ، فلو تعذرت صرف إلى المجاز تحرزا عن التعطيل ، ولا يدخل أولاد البنات : وعن محمد يدخلون اختيار (ولورثة فلان للذكر مثل حظ الأنثيين) لأنه اعتبر الوراثة (وشرط صحتها) أي الوصية (هنا) أي في الوصية لورثة فلان وما وافق معناها كعقب فلان (موت الموصي لورثته) أو لعقبه (قبل موت الموصي) لأن الورثة والعقب إنما يكون بعد الموت ، ثم إن كان معهم موصى له آخر قسم بينهم وبينه على عدد الرؤوس ثم ما أصاب الورثة يقسم بينهم للذكر كالأنثيين

أبو السعود عن العلامة قاسم عن البدائع أنه هو الصحيح ، ثم قال : لكن في شرح الحموي بخطه أن الدخول هو الأصح اه .

قلت وعبارة متن المواهب وأدخل أي محمد الجد والحفدة وهو الظاهر عنهما اه والحفدة جمع حافد : ولد الولد ومثل الجد الجدة كما في المجمع (قوله ويكون للإثنين) أي في التعبير بالجمع ، بخلاف ما إذا قال لذى قرابته كما قدمناه أفاده ط (قوله يعني أقل الجمع) الأوضح أن يقول لأن أقل الجمع ط (قوله فهي لعميه) لأنهما أقرب من الخالين لأن قرابتهما من جهة الأب والإنسان ينسب إلى أبيه ، ألا ترى أن الولاية للعم دون الخال في النكاح فثبت أنهما أقرب من طريق الحكم إتقاني ، وهذا حيث كان الوارث غيرهما ، وكذا يقال فيما بعده وهو ظاهر (قوله وقالا أرباعا) لعدم اعتبارهما الأقربية كما مر (قوله ولهما النصف) لأن العم الواحد لا يقع عليه اسم الجماعة فلا يستوجب الجميع ، فإذا دفع إليه النصف وبقي النصف صرف إلى الخالين لأنهما أقرب إليه بعد العم فيجعل في النصف الباقي كأنه لم يترك إلا الخالين إتقاني (قوله لعدم من يستحقه) إذ لابد من اعتبار الجمع إتقاني . وعندهما له جميع الثلث غرر الأفكار وهو مبني على مامر عن الزيلعي والكافي تأمل (قوله يعم الكل) لأنه اسم لجنس المولود ذكرا أو أنثى واحدا أو أكثر اختيار (قوله حتى الحمل) تقييده بما إذ ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية لتحقق وجوده عندها كما ذكروا ذلك في الوصية للحمل ط (قوله ولا يدخل ولد ابن مع ولد صلب) هذا إذا كان فلان أبا خاصا ، فلو كان فخذا فأولاد الأولاد يدخلون تحت الوصية حال قيام ولد الصلب عناية وتمامه في المنح (قوله لأنه اعتبر الوراثة) أي والوراثة بين الأولاد والأخوات كذلك ولأن التنصيص على الاسم المشتق يدل على أن الحكم يترتب على مأخذ الاشتقاق فكانت الوراثة هي العلة زيلعي ، وظاهره أن قوله — للذكر مثل حظ الأنثيين — ليس عاما في جميع الورثة بل خاص بالأولاد والإخوة والأخوات ، وفي غيرهم يقسم على قدر فروضهم وهو المذكور في الإسعاف والخصاف في مسائل الأوقاف والوصية أخت الوقف (قوله إنما يكون بعد الموت) لأن كونهم ورثة لا يتحقق إلا بعد موت المورث وكذا العقب فإنه عبارة عمن وجد من الولد بعد موت الإنسان ، فأما في حال حياته فليسوا بعقب له منح عن السراج (قوله ثم) أي بعد وجود شرط الصحة المذكور إن كان الخ (قوله على عدد الرؤوس) أي رؤوسهم ورأس الموصى له الآخر (قوله ثم ما أصاب الورثة) قيد بالورثة لأن القسمة للذكر كالأنثيين خاصة بهم ، أما العقب فالاسم تناول جماعتهم

كما مر ، فلو مات الموصى قبل موته : أى موت الموصى لورثته أو عقبه بطلت الوصية لورثته أو عقبه . ثم إن كان معهم موصى له آخر كقوله أوصيت لفلان ولورثته وعقبه كانت الوصية كلها لفلان الموصى له دون ورثته وعقبه لأن الاسم لايتناولهم إلا بعد الموت وتمامه فى السراج وفيه عقبه ولده من الذكور والإناث ، فإن ماتوا فولد ولده كذلك ، ولا يدخل أولاد الإناث لأنهم عقب آبائهم لاله :

(وفى أيتام بنيه) أى بنى فلان واليتيم اسم لمن مات أبوه قبل الحلم . قال صلى الله عليه وسلم « لايتم بعد البلوغ » (وعميانهم وزمناهم وأراملهم) الأرمل : الذى لايقدر على شيء رجلا كان أو امرأة ويؤيده قوله (دخل) فى الوصية (فقيرهم وغنيهم وذكرهم وأنثاهم) وقسم سوية (إن أحصوا) بغير كتاب أو حساب فإنه حينئذ يكون تمليكا لهم وإلا لفقرائهم يعطى الوصى من شاء منهم شرح التكملة لتعذر التمليك حينئذ فيراد به القربة .

(وفى بنى فلان يختص بذكورهم) ولو أغنياء

فيكونون بالسوية كما قاله فى المنح (قوله كما مر) أى فى المتن قريبا من أن القسمة للورثة كذلك (قوله ثم) أى بعد الحكم ببطلان الوصية للورثة أو العقب لفقد الشرط المذكور إن كان معهم موصى له آخر وهو فى المثال الآتى الموصى لورثته أو عقبه ، ومثله لو كان أجنبيا كما مثل به فى المنح فافهم (قوله لأن الإسم لايتناولهم) فكانت وصية لمعدوم فلم يشاركوا فلانا ، كما لو أوصى له ولميت إتقانى .

[تنبيه] قد علمت مما تقرر سقوط مافى الشرنبلالية فى باب الوصية بالثلث حيث قال فيما لو أوصى لفلان وعقبه : لعله أى استحقاق فلان الكل فيما إذا لم يولد العقب لأقل من ستة أشهر وإلا فلا مانع من المشاركة اهـ وهو من مثل الشرنبلالى عجيب ، فإنه لو كان مولودا قبل ذلك لايدخل فتنبه (قوله كذلك) من الذكور والإناث (قوله ولا يدخل أولاد الإناث) بخلاف النسل فإنهم يدخلون فيه ويستوون فى قسمة الوقف والوصية أبو السعود عن الخصاف وغيره (قوله لايتم بعد البلوغ) رواه أبو داود بلفظ لايتم بعد احتلام ، وحسنه النووى (قوله الأرمل الخ) فى المغرب : أرمل افتقر من الرمل . ثم قال : وفى التهذيب يقال للفقير الذى لايقدر على شيء من رجل وامرأة أرمل ، ولا يقال للتى لها زوج وهى موسرة أرملة :

وقال الشعبى : الأنوثة ليست بشرط بل يدخل فيه الذكر والأنثى ، إلا أن الصحيح مافسره محمد أن الأرملة المرأة البالغة التى كان لها زوج فارقها أو مات عنها دخل بها أو لم يدخل ، وقوله حجة فى اللغة كفاية . وزاد فى النهاية قيد الحاجة قال لأن حقيقة المعنى فيه نفاد زادها لسقوط نفقتها عن زوجها اهـ :

وفى السعدية عن المحيط : ولا يقال رجل أرمل إلا فى الشذوذ ، ومطلق الكلام يحمل على الشائع المستفيض بين الناس (قوله ويؤيده الخ) حيث قال ذكرهم وأنثاهم ، وقد تبع الشارح صاحب العناية فى ذلك ، وفيه نظر ، فإن قوله فقيرهم وغنيهم ينافيه ، ولذا قال فى السعدية : الظاهر أن كلام المصنف على التوزيع بناء على عدم الالتباس (قوله بغير كتاب أو حساب) هذا قول أبى يوسف : وقال محمد : لو أكثر من مائة فهم لايحصون . وقال بعضهم : مفوض إلى رأى القاضى وعليه الفتوى . والأيسر ماقاله محمد كفاية عن الخانية ، وماعليه الفتوى قال فى الاختيار : هو المختار والأحوط اهـ (قوله وإلا لفقرائهم) أى إن لم يحصوا فالوصية لفقرائهم ، لأن المقصود منها القربة . وهى فى سد الخلة ورد الجوعة وهذه الأسامى تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء درر (قوله يختص بذكورهم) وعندهما وهو رواية عن الإمام يدخل الإناث أيضا ملتقى ، وكذا الخلاف لو لم يكن إلا أولاد البنين ، وفى دخول بنى البنات عنه روايتان ، ولو كان ابن واحد وبنو بنين فله النصف ولا شيء لهم ؛

(إلا إذا كان) فلان عبارة عن (اسم قبيلة أو) اسم (فخذ : فيتناول الإناث) لأن المراد حينئذ مجرد الانتساب كما في بني آدم ، ولهذا يدخل فيه أيضا (مولى العتاقة و) مولى (الموالاة وحلفاؤهم) يعني وهم يحصون وإلا فالوصية باطلة . والأصل أن الوصية متى وقعت باسم ينبئ عن الحاجة كأيتام بني فلان تصح وإن لم يحصوا على ما مر لوقوعها لله تعالى وهو معلوم وإن كان لا ينبئ عن الحاجة ، فإن أحصوا صحت ويجعل تمليكا وإلا بطلت وتمامه في الاختيار ه

(أوصى من له معتقون ومعتقون لمواليه بطلت) لأن اللفظ مشترك ، ولا عموم له عندنا ولا قرينة تدل على أحدهما ولا فرق في ذلك عند عامة أصحابنا بين النفي والإثبات ، واختار شمس الأئمة وصاحب الهداية أنه يعم إذا وقع في حيز النفي ، وحينئذ فقولهم او حلف لا يكلم موالي فلان يعم الأعلى والأسفل لا لوقوعه في النفي بل لأن الحامل على اليمين بغضه وهو غير مختلف عناية وأقره المصنف (إلا إذا عينه) أي الأعلى والأسفل قبل موته فحينئذ تصح لزوال المانع .

(ويدخل فيه) أي في الموالي (من أعتقه في صحته ومرضه ، لا)

وعندهما لهم الباقي ويدخل جنين ولد لأقل الأقل اتقاني ملخصا (قوله إلا إذا كان الخ) الطبقات التي عليها العرب ست : وهي الشعب والقبيلة والعمارة والبطن والفخذ والفصيلة : فالشعب يجمع القبائل والقبيلة تجمع العمارة وهكذا ، وخزيمة شعب ، وكنانة قبيلة ، وقريش عمارة ، وقصي بطن ، وهاشم فخذ ، والعباس فصيلة أفاده صاحب الكشاف (قوله مولى العتاقة) أي العبد المعتق ، وقوله ومولى الموالاة : أي المولى الأسفل ، وهو من والى واحد منهم لأن مولى القوم تأمل (قوله وحلفاؤهم) بالحاء المهملة . والحليف : من يأتي قبيلة فيحلف لهم ويحلفون له للتناصر إتقاني (قوله وإن كان لا ينبئ عن الحاجة) كشبان بني فلان وكذا العلوية أو الفقهاء كما في الهندية (قوله لمواليه) متعلق بأوصى (قوله بطلت) اعلم أن المسألة تحتمل ثماني صور ، لأن الموصى إما أن يكون له موال أعلون وموال أسفلون ، أو مولى واحد فيهما . أو موال في أحدهما ومولى واحد في الآخر ، وفيهما صورتان ، وفي كل إما أن يعبر الموصى بصيغة الجمع أو الإفراد ، وصريح المصنف فيما إذا تعددت الموالي في الجهتين ، ووقع التعبير بالموالي وليحرر باقي الصور اهـ ط .

أقول : صرحوا هنا بأن الجمع للاثنين فصاعدا ، فلو وجد اثنان فلهما الكل أو واحد فله النصف .

وأقول : الظاهر أن المولى اسم جنس كالولد فيعم الواحد والأكثر ، وعند اجتماع الفريقين تبطل فقد ظهر المراد تأمل (قوله ولا فرق في ذلك) أي في عدم عموم المشترك (قوله واختار شمس الأئمة الخ) كذا اختاره المحقق ابن الهمام في التحرير (قوله في حيز النفي) كمسألة اليمين الآتية (قوله وحينئذ) أي حين إذ علمت أنه لا فرق عند أصحابنا بين النفي والإثبات في عدم العموم ط (قوله لأن الحامل على اليمين بغضه) أي بغض فلان وهو أي فلان أو بغضه غير مختلف أي لا اشتراك فيه إذ هو شيء واحد .

أقول : سلمنا أن الحامل واحد لكن الكلام في لفظ المولى وقد أريد كلا معنييه لاتحاد الحامل فلزم عمومه ، اللهم إلا أن يقال اتحاد الحامل قرينة على أنه من عموم المجاز بأن يراد به لفظ يعم المعنيين وهو من تعلق به العتق بوقوعه منه أو عليه فليتأمل (قوله لزوال المانع) وهو عدم فهم المراد (قوله ويدخل فيه من أعتقه) أي الموصى في صحته ومرضه سواء أعتقه قبل الوصية قبل موصية أو بعدها ، لأن الوصية تتعلق بالموت ، وكل منهم ثبت له الولاء عند الموت فاستحق الوصية لوجود الصفة فيه ، ويدخل أولادهم من الرجال والنساء أيضا لأنهم ينسبون إليه بالولاء بالمتعلق بالعتق فيدخلون معهم ، ولا يدخل مولى الموالاة ولا مولى المولى إلا عند عدمهم مجازا لتعذر

لايدخل فيه (مدبروه وأمهات أولاده) وعن أبي يوسف يدخلون .

(أوصى بثلث ماله إلى الفقهاء دخل فيه من يدقق النظر فى المسائل الشرعية وإن علم ثلاث مسائل مع أدلتها) كذا فى القنية . قال : حتى قيل من حفظ ألوفا من المسائل لم يدخل تحت الوصية .

(أوصى بأن يطين قبره أو يضرب عليه قبة فهي باطلة) كما فى الخانية وغيرها ، وقدمناه عن السراجية وغيرها ، لكن قدمنا فيها فى الكراهية أنه لايكره تطيين القبور فى المختار ، فينبغى أن يكون القول ببطلان الوصية بالتطيين مبنيا على القول بالكراهة لأنها حينئذ وصية بالمكروه قاله المصنف .

قلت : وكذا ينبغى أن يكون القول ببطلان الوصية لمن يقرأ عنده قبره بناء على القول بكراهة القراءة على القبور أو بعدم

الحقيقه كما فى الاختيار والملتقى (قوله ولا يدخل فيه مدبروه الخ) لأنهم مواليه بعد الموت لا عنده (قوله وعن أبي يوسف يدخلون) لوجود سبب استحقاق الولاء إتقانى (قوله من يدقق النظر) أى الفكر والتأمل بالدليل ط (قوله وإن علم ثلاث مسائل مع أدلتها) حكى عن الفقيه أبي جعفر رحمه الله أنه قال : الفقيه عندنا من بلغ من الفقه الغاية القصوى وليس المتفقه بفقيه ، وليس له من الوصية نصيب ولم يكن فى بلدنا أحد يسمى فقيها غير شيخنا أبي بكر الأعمش طورى .

وفيه : وإذا أوصى للعلوية فقد حكى عن الفقيه أبي جعفر لايجوز لأنهم لايحصون وليس فى هذا الاسم ماينبىء عن الفقر والحاجة . ولو أوصى لفقراء العلوية يجوز وعلى هذا الوصية للفقهاء اه .

أقول : لكن ذكر فى الإسعاف أنه يصح الوقف على الزمنى والعميان وقراء القرآن والفقهاء وأهل الحديث ، ويصرف للفقراء منهم لإشعار الأسماء بالحاجة استعمالا ، فإن العمى والاشتغال بالعلم يقطع عن الكسب فيغلب فيهم الفقر وهو أصح اه (قوله حتى قيل من حفظ ألوفا من المسائل) أى من غير أدلة . وفيه : أنهم قد اعتبروا العرف فى كثير من مسائل الوصية فلماذا لم يعتبروا عرف الموصى ط .

أقول : الظاهر أن ذلك عرفهم فى زمانهم . وقدمنا عن جامع الفصولين أن مطلق الكلام فيما بين الناس ينصرف إلى المتعارف . وفى الأشباه من قاعدة : العادة محكمة ألفاظ الواقفين تبنى على عرفهم كما فى وقف فتح القدير وكذا لفظ الناذر والموصى والحالف اه على أنه قدم الشارح فى صدر الكتاب فى تعريف الفقه أنه عند الفقهاء حفظ الفروع وأقله ثلاث اه وعزاه فى البحر إلى المنتقى . ثم قال : وذكر فى التحرير أن الشائع إطلاقه على من يحفظ الفروع مطلقا يعنى سواء كانت بدلائلها أولا اه (قوله لكن قدمنا الخ) استدراك على التطيين فقط ، ولم يتعرض لبناء القبة فهو مكروه اتفاقا ط (قوله لأنها حينئذ وصية بالمكروه) مقتضاه أنه يشترط لصحة الوصية عدم الكراهة ، وقدم أول الوصايا أنها أربعة أقسام وأنها مكروهة لأهل فسوق ، ومقتضى ماهنا بطلانها ، اللهم إلا أن يفرق بأن الوصية إما صلة أو قربة وليست هذه واحدة منهما فبطلت ، بخلاف الوصية لفاسق فإنها صلة لها مطالب من العباد فصحت وإن لم تكن قربة كالوصية لغنى ، لأنها مباحة وليست قربة كما مر ، هذا ماظهر لى وسيأتى فى أول فصل وصايا الذمى مايوضحه (قوله بناء على القول بكراهة القراءة على القبور) .

أقول : ليس كذلك لما فى الولوالجية : لو زار قبر صديق أو قريب له وقرأ عنده شيئا من القرآن فهو حسن ، أما الوصية بذلك فلا معنى لها ولا معنى أيضا لصلة القارىء لأن ذلك يشبه استئجاره على قراءة القرآن وذلك باطل ، ولم يفعله أحد من الخلفاء اه بحروفه ، فقد صرح بحسن القراءة على القبر وببطلان الوصية فلم يكن مبنيا على القول بالكراهة (قوله أو بعدم الخ) أى أو يكون مبنيا على القول بعدم جواز الإجارة على الطاعات ، وفى كونه مما أجيز

جواز الإجارة على الطاعات : أما على المفتى به من جوازها فينبغي جوازها مطلقا وتمامه فى حواشى الأشباه من الوقف . وحرر فى تنوير البصائر أنه يتعين المكان الذى عينه الواقف لقراء القرآن أو للتدريس ، فلو لم يباشر فيه لايستحق المشروط له لما فى شارح المنظومة : يجب اتباع شرط الواقف ، وبالمباشرة فى غير المكان الذى عينه الواقف يفوت غرضه من إحياء تلك البقعة » قال : وتحقيقه فى الدرة السنية فى مسألة استحقاق الجامكية اهـ .

باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة

(صحت الوصية بخدمة عبده وسكنى داره مدة معلومة وأبدا) ويكون محبوسا على ملك الميت فى حق المنفعة

الاستئجار عليه تأمل، لأن ما أجازوه إنما أجازوه فى محل الضرورة كالاستئجار لتعليم القرآن أو الفقه أو الأذان أو الإمامة خشية التعطيل لقلة رغبة الناس فى الخير ، ولا ضرورة فى استئجار شخص يقرأ على القبر أو غيره اهـ رحمتى ؛

أقول : هذا هو الصواب ، وقد أخطأ فى هذه المسألة جماعة ظنا منهم أن المفتى به عند المتأخرين جواز الاستئجار على جميع الطاعات مع أن الذى أفتى به المتأخرون إنما هو التعليم والأذان والإمامة ، وصرح المصنف فى المنح فى كتاب الإجارات وصاحب الهداية وعامة الشراح وأصحاب الفتاوى بتعليل ذلك بالضرورة وخشية الضياع كما مر ، ولو جاز على كل طاعة لجاز على الصوم والصلاة والحج مع أنه باطل بالإجماع ، وقد أوضحت ذلك فى رسالة حافلة ذكرت لبذة منها فى باب الإجارة الفاسدة ، والاستئجار على التلاوة وإن صار متعارفا فالعرف لايجيزه لأنه مخالف للنص ، وهو ما استدل به أئمتنا كصاحب الهداية وغيره من قوله عليه الصلاة والسلام « اقرؤا القرآن ولا تأكلوا به » والعرف إذا خالف النص يرد بالاتفاق فاحفظ ذلك ولا تكن ممن اشترى بآيات الله ثمنا قليلا وجعلها دكانا يتعيش منها (قوله أما على المفتى به فينبغي جوازها مطلقا) أى سواء كان القول بالبطلان مبنيا على كراهة القراءة على القبر أو على عدم جواز الاستئجار على الطاعات .

أقول : وقد علمت مخالفة هذا البحث للمنقول فهو غير مقبول ، بل البطلان مبنى على ماقدمناه عن الولوالجية وصرح به فى الاختيار وكثير من الكتب وهو أنه يشبه الاستئجار على قراءة القرآن . والذى أفتى به المتأخرون جواز الاستئجار على تعليم القرآن لا على تلاوته خلافا لمن وهم (قوله فلو لم يباشر فيه الخ) أى مع إمكان المباشرة فيه ، لما فى فتاوى الحانوتى : إذا شرط الواقف المعلوم لأحد يستحقه عند قيام المانع من العمل ولم يكن بتقصيره سواء كان ناظرا أو غيره كالجابى اهـ وكذا المدرس إذا درس فى مدرسة أخرى لتعذر التدريس فى مدرسته كما نقله الشارح عن النهر بحثا قبيل الفروع فى آخر كتاب الوقف ونحوه فى حاشية الحموى ، والله تعالى أعلم .

باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة

لما فرغ من أحكام الوصايا المتعلقة بالأعيان شرع فى أحكام الوصايا المتعلقة بالمنافع لأنها بعد الأعيان وجودا فأخرها عنها وضعا عناية (قوله صحت الوصية بخدمة عبده وسكنى داره) أى لمعين . قال المقدسى : ولو أوصى بغلة داره أو عبده فى المساكين جاز ، وبالسكنى والخدمة لايجوز إلا لمعلوم ، لأن الغلة عين مال يتصدق به والخدمة والسكنى لايتصدق بها بل تعار العين لأجلها والإعارة لاتكون إلا لمعلوم . وقيل ينبغى أن يجوز على قياس من يجيز الوقف وتمام الفرق فى البدائع اهـ سائحانى (قوله مدة معلومة وأبدا) وإن أطلق فعلى الأبد ، وإن أوصى

كما فى الوقف كما بسط فى الدرر (وبغلتهما ، فإن خرجت الرقبة من الثلث سلمت إليه) أى إلى الموصى له (لها) أى لأجل الوصية (وإلا) تخرج من الثلث (تقسم الدار أثلاثا) أى فى مسألة الوصية بالسكنى ، أما الوصية بالغلة فلا تقسم على الظاهر (وتهايآ العبد فيخدمهم أثلاثا) هذا إذا لم يكن له مال غير العبد والدار وإلا فخدمة العبد وقسمة الدار بقدر ثلث جميع المال كما أفاده صدر الشريعة (وليس للورثة بيع ما فى أيديهم من ثلثها) على الظاهر لثبوت حقه فى سكنى كلها بظهور مال آخر أو بخراب ما فى يده فحينئذ يزاحمهم فى باقيها والبيع ينافيه فمنعوا عنه ، وعن أبى يوسف لهم ذلك ؛

(وليس للموصى له بالخدمة أو السكنى أن يؤجر العبد أو الدار) لأن المنفعة ليست بمال على أصلنا ، فإذا ملكها بعوض كان مملكا أكثر مما ملكه يعنى وهو لا يجوز (ولا للموصى له بالغلة استخدامه) أى العبد (أو سكناها) أى الدار (فى الأصح) ومثله الدار الموقوفة عليه ؛

بسنين فعلى ثلاث ، وكذا الوصية بغلة العبد والدار اهـ مسكين (قوله كما فى الوقف) فإن الموقوف عليه يستوفى منافع الوقف على حكم ملك الواقف (قوله وبغلتهما) أى العبد والدار وسيذكر الشارح معنى الغلة (قوله فإن خرجت الرقبة من الثلث) أى رقبة العبد والدار فى الوصية بالخدمة والسكنى والغلة ، وقيد بالرقبة لما فى الكفاية أنه ينظر إلى الأعيان التى أوصى فيها ؛ فإن كان رقابها مقدار الثلث جاز ولا تعتبر قيمة الخدمة والثمرة والغلة والسكنى لأن المقصود من الأعيان منافعها ، فإذا صارت المنافع مستحقة وبقيت العين على ملك الوارث صارت بمنزلة العين التى لا منفعة لها فلذا تعتبر قيمة الرقبة كأن الوصية وقعت بها اهـ ؛

أقول : ولعل هذا هو المراد من قول الأشباه : إن التبرع بالمنافع نافذ من جميع المال تأمل (قوله تقسم الدار أثلاثا) زاد فى الغرر أو مهايأة أى من حيث الزمان ، والأول أعدل لإمكان القسمة بالأجزاء للتسوية بينهما زمانا وذاتا ، وفى المهايأة تقديم أحدهما زمانا اهـ ؛

قال القهستانى : وهذا إذا كانت الدار تحتمل القسمة وإلا فالمهايأة لا غير كما فى الظهيرية (قوله فلا تقسم) أى الدار نفسها ، أما الغلة فتقسم ؛

قال الإتقانى : إذا أوصى بغلة عبده أو داره سنة ولا مال له غيره فله ثلث غلة تلك السنة لأنها عين مال يحتمل القسمة اهـ ؛ فلو قاسمهم البستان فغل أحد النصيبين فقط اشتركوا فيها لبطلان القسمة سائحانى عن المبسوط (قوله على الظاهر) أى ظاهر الرواية إذ حقه فى الغلة لا فى عين الدار ، وفى رواية عن الثانى تقسم ليستغل ثلثها شرنبلالية عن الكافى (قوله وتهايآ العبد) لأنه لا يمكن قسمته بالأجزاء (قوله فيخدمهم أثلاثا) أى يخدم الورثة يومين والموصى له يوما أبدا إلا إن كانت مؤقتة بسنة مثلا ، فلو السنة غير معينة فإلى مضى ثلاث سنين ، ولو معينة فإلى مضيها إن مات الموصى قبلها أو فيها ثم تسلم إلى الورثة لأن الموصى له استوفى حقه ، وإن مات الموصى بعدها بطلت الوصية منح ملخصا (قوله هذا) أى قسمة الدار ومهايأة العبد أثلاثا (قوله بقدر ثلث جميع المال) مثاله إذا كان العبد نصف التركة يخدم الموصى له يومين والورثة يوما لأن ثلثى العبد ثلث التركة فصار الموصى به ثلثى العبد وثلثه للورثة فيقسم كما ذكرناه ، وعلى هذا الاعتبار تخرج بقية مسائله اختيار (قوله لأن المنفعة ليست بمال الخ) أى وإنما صح للمالك أن يؤجر ببدل لأنه ملكها تبعا لملك العين والمستأجر إنما ملك أن يؤجر مع أنه لا يملك إلا المنفعة لأنه لما ملكها بعقد معاوضة كانت مالا بخلاف ملكها بعقد تبرع كما حقق فيه سائحانى (قوله فى الأصح) كذا فى الملتقى والهداية وغيرهما معللا بأن الغلة دراهم أو دنانير وقد وجبت الوصية بها وهذا استيفاء المنافع وهما متغايران ويتفاوتان فى حق الورثة ، لأنه لو ظهر دين يمكنهم أداؤه من الغلة

وعليه الفتوى شرح الوهبانية لأن حقهم فى المنفعة لا العين ، وقد علمت الفرق بينهما :

(ولا يخرج) الموصى له (العبد) الموصى بخدمته (من الكوفة) مثلا (إلا إذا كان ذلك مكانه) وأهله فى موضع آخر (إن خرج من الثلث) وإلا فلا يخرجه (إلا بإذن الورثة) لبقاء حقهم فيه (وبموته) أى الموصى له (فى حياة الموصى بطلت) الوصية (وبعد موته يعود) العبد والدار (إلى الورثة أى ورثة الموصى

بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها اهـ (قوله وعليه الفتوى) ذكره فى الظهيرية حيث قال فى الوصية بغلة داره لرجل تؤجر ويدفع إليه غلاتها ، فإن أراد السكنى بنفسه قال الإسكاف له ذلك : وقال أبو القاسم وأبو بكر بن سعيد ليس له ذلك ، وعليه الفتوى ، والوصية أخت الوقف ، فعلى هذا يكون الفتوى فى الوقف على هذا بل أولى لأنه لم ينقل فيه اختلاف المشايخ اهـ : قال العلامة عبد البر بن الشحنة بعد نقله : وهذا من حيث الرواية مسلم ، أما من جهة الفقه فيظهر الفرق بما ذكره المصنف يعنى ابن وهبان بأن الوصية إنما هى بالغلة والسكنى معدمة لهـا فيفوت مقصود الموصى ، بخلاف الوقف عليه فإنه أعم من كون الانتفاع بالسكنى أو بالغلة فينبغى أن يجرى الخلاف فى الوقف من باب أولى اهـ : وحاصله النزاع مع صاحب الظهيرية فى دعواه الأولوية :

قلت : فلو صرح الواقف بأنها للاستغلال فالأولوية ظاهرة ، هذا . ولكن للعلامة الشرنبلالى رسالة حاصلها أنه لا خلاف فى أنه لا يملك الاستغلال مستحق السكنى : واختلف فى عكسه والراجح الجواز فتأمل ، ونبه على ذلك فى شرحه على الوهبانية هنا وفى كتاب الوقف (قوله لأن حقهم فى المنفعة لا العين) أى حق الموصى لهم والموقوف عليهم ، والمراد بالعين الغلة فإنها عين مال كما مر ، لكن هذا التعليل يثبت خلاف المطلوب ويصلح تعليلا لعكس هذه المسألة أعنى قوله وليس للموصى له الخ . فالصواب أن يقول فى بدل المنفعة لا فيها لأن بينهما فرقا فى حق الورثة أعنى ما قدمناه عن الهداية لكنه لم يعلم من كلامه هذا الفرق اللهم إلا أن يراد بالمنفعة الاستغلال لا الخدمة والسكنى ، وبالعين ذات العبد والدار ، والإشارة بقوله وقد علمت الفرق بينهما إلى ما قدمه من أن الموصى له بالغلة ليس له قسمة الدار أى لأنه لا حق له فى عينها فليتأمل (قوله ولا يخرج الخ) .

قال فى الهداية : وليس للموصى له أن يخرج العبد من الكوفة إلا أن يكون الموصى له وأهله فى غير الكوفة فيخرجه إلى أهله ليخدمه هناك إذا كان يخرج من الثلث لأن الوصية إنما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصى ، فإذا كانوا فى مصره فمقصوده أن يمكنه من خدمته فيه بدون أن يلزمه مشقة السفر ، وإذا كانوا فى غيره فمقصوده أن يحمل العبد إلى أهله ليخدمهم اهـ :

وفى أبى السعود عن المقدسى : فلو خرج بأهله من بلد الموصى ولم يعلم الموصى ليس له إخراج العبد (قوله إلا إذا كان ذلك مكانه الخ) الإشارة على ظاهر عبارة المتن إلى المكان الذى يريد إخراجه إليه وبه صرح فى المنح : وأما على حل الشارح فالإشارة إلى المخرج الذى هو الموصى له لا إلى الكوفة كما قال ح لعدم ملاءمته لقوله بعده وأهله فى موضع آخر : وعلى ما قلنا فاسم الإشارة اسم كان ومكانه مبتدأ وأهله معطوف عليه ، وفى موضع آخر خبر المبتدإ والجملة خبر كان وفيه تغيير إعراب المتن ويقع له ذلك كثيرا : ويجوز إرجاع الإشارة إلى الكوفة والضمير فى مكانه للعبد وفى أهله للموصى :

وعبارة المواهب : ولا يسافر به إلا لبلده (قوله وبعد موته) أى الموصى وهو عطف على قوله فى حياة الموصى أى وبموت الموصى له بعد موت الموصى يعود الخ (قوله يعود العبد والدار) أى خدمة العبد وسكنى الدار

بحكم الملك ولو أتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشترى بها عبد يقوم مقام الأول ولهذا يمنع المريض من التبرع بأكثر من الثلث كذا ذكره المصنف فى الرهن .

ولو أوصى بهذا العبد لفلان وبخدمته لآخر وهو يخرج من الثلث صح وتمامه فى الدرر . وفى الشرنبلالية : ونفقته إذا لم يطق الخدمة على الموصى له بالرقبة إلى أن يدرك الخدمة فيصير كالكبير ، ونفقة الكبير على من له الخدمة ، وإن أبى الإنفاق عليه رده إلى من له الرقبة كالمستعير مع المعير ، فإن جنى فالفداء على من له الخدمة ، ولو أبى فداه صاحب الرقبة أو دفعه وبطلت الوصية (وبثمرة بستانه فمات و) الحال أن فيه ثمرة له (هذه الثمرة) فقط (وإن زاد أبداله هذه الثمرة وما يستقبل كما) فى الوصية (بغلة بستانه) فإن له هذا وما يحدث ضم أبدا أولا

وغلتهما كما عبر الإتقانى لأن ذلك هو الموصى به تأمل (قوله بحكم الملك) أى ملك الموصى أو ورثته فلا يعود إلى ورثة الموصى له .

وعبارة الهداية : فإن مات الموصى له عاد إلى الورثة لأن الموصى أوجب الحق للموصى له ليستوفى المنافع على حكم ملكه ، ولو انتقل إلى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصى من غير رضاه وذلك لايجوز اه (قوله ولو أتلفه الورثة) أى أتلفوا العبد الموصى بخدمته (قوله ولهذا الخ) أى لأجل الغرامة عند الجناية منع مورثهم عن التبرع بأكثر من الثلث لئلا تلزمهم غرامة كل المال لو لزمت فيه الوصية وجنوا عليها ، وهذا تعليل عليل سائحانى ورحمتى (قوله صح) فإذا مات الموصى له بالخدمة يعود إلى الموصى له بالرقبة (قوله ونفقته إذا لم يطق الخدمة الخ) أى لصغر وكذا لمرض وتمامه فى الكفاية ، لكن فى الولوالجية : إذا مرض مرضا يرجى برؤه فنفقته على صاحب الخدمة ، وإن كان لايرجى فعلى صاحب الرقبة (قوله ونفقة الكبير على من له الخدمة) لأنه إنما يتمكن من الاستخدام بالإنفاق عليه عناية (قوله فإن جنى فالفداء على من له الخدمة) وبعد موته ترجع به ورثته على من له الرقبة لأنه ظهر أنه المنتفع بها وذاك كان مضطرا إليه ، فإن أبى يباع فيه ، إذ لولا الفداء لكان مستحقا بالجناية ولوالجية وتمامه فى الأشباه من القول فى الملك (قوله وبطلت الوصية) أى فى صورتى الفداء والدفع وبيانه فى السابع من الوالوالجية .

[تتمة] لم يبين ما إذا أوصى بالغلة ولا غلة فيها ، وبينه صاحب المبسوط فقال : لو أوصى بغلة نخلة أبدا لرجل ولآخر برقبتها ولم تدرك ولم تحمل فالنفقة فى سقيها والقوام عليها على صاحب الرقبة ، لأن هذه النفقة نمو ملكه ولا ينتفع صاحب الغلة بذلك فليس عليه شىء من هذه النفقة ، فإذا أثمرت فالنفقة على صاحب الغلة لأن منفعة ذلك ترجع إليه فإن الثمرة بها تحصل ، فإن حملت عاما ثم أحالت فلم تحمل شيئا فالنفقة على صاحب الغلة لأن منفعة ذلك ترجع لصاحب الغلة ، فإن الأشجار التى من عادتها أن تحمل فى سنة ولا تحمل فى سنة يكون ثمرها فى السنة التى تحمل فيها أجود منه وأكبر إذا كانت تحمل كل عام وهو نظير نفقة الموصى بخدمته فإنها على الموصى له بالخدمة بالليل والنهار جميعا وإن كان هو ينام بالليل ولا يخدم لأنه إذا استراح بالنوم ليلا كان أقوى على الخدمة بالنهار ، فإن لم يفعل فأنفق صاحب الرقبة عليه حتى يحمل فإنه يستوفى نفقته من ذلك لأنه كان محتاجا إلى الإنفاق كى لايتلف ملكه فلا يكون متبرعا ولكنه يستوفى النفقة من الثمار وما يبقى من ذلك فهو لصاحب الغلة اه ط عن سرى الدين (قوله فمات والحال الخ) أى مات الموصى فى حال وجود ثمرة فى البستان (قوله له هذه الثمرة) أى للموصى له إن خرج البستان من الثلث على ماقدمناه عن الكفاية (قوله ضم أبدا أولا) والفرق أن الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد ، أما الغلة فتنتظم الموجود

(وإن لم يكن فيه) أى البستان والمسألة بحالها (ثمرة) حين الوصية (فهى) كالوصية (بالغلة) فى تناولها الثمرة المعدومة ماعاش الموصى له زيلعى :

وفى العناية : السقى والخراج وما فيه إصلاح البستان على صاحب الغلة لأنه هو المنتفع به فصار كالنفقة فى فصل الخدمة .

[تنبيه] الغلة كل مايحصل من ريع الأرض وكرائها وأجرة الغلام ونحو ذلك كذا فى جامع اللغة :

قلت : وظاهره دخول ثمن الحور ونحوه فى الغلة فيحرر (وبصوف غنمه وولدها ولبنها لهما) يقى (فى وقت موته سواء قال أبدا أولا) لأن المعدوم منها لايستحق بشىء من العقود فكذا بالوصية بخلاف الثمرة بدليل صحة المساقاة .

(أوصى بجعل داره مسجدا ولم تخرج من الثلث ، وأجازوا تجعل مسجدا) لزوال المانع بإجازتهم ، وإن لم

وما يعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفا درر (قوله وإن لم يكن فيه ثمرة) محترز قوله فمات وفيه ثمرة (قوله والمسألة بحالها) يعنى أوصى بثمرة بستانه بلا زيادة لفظ أبدا فمات ولكن لم يكن فيه ثمرة (قوله حين الوصية) صوابه حين الموت كما يعلم من السابق واللاحق ، وبه صرح الطورى (قوله زيلعى) قال : وإنما كان كذلك لأن الثمرة اسم للموجود حقيقة ولايتناول المعدوم إلا مجازا ، فإذا كان فيه ثمرة عند الموت صار مستعملا فى حقيقته فلا يتناول المجاز ، وإذا لم يكن فيه ثمرة يتناول المجاز ، ولا يجوز الجمع بينهما إلا أنه إذا ذكر لفظ الأبد تناولها بعموم المجاز لا جمعا بين الحقيقة والمجاز اه .

[تنبيه] أوصى بغلة أرضه ولا شجر فيها ولا مال له غيرها تؤجر ويعطى صاحب الغلة ثلث الأجرة ولو فيها شجر يعطى ثلث مايخرج منه : ولو اشترى الموصى له البستان من الورثة جاز وبطلت الوصية ، ولو تراضوا على شئ دفعوه إليه على أن يسلم الغلة جاز ، وكذا الصلح عن سكنى الدار وخدمة العبد جائز وإن لم يجز بيع هذه الحقوق طورى (قوله وكرائها) الكراء الأجرة ، وهو فى الأصل مصدر كارى ومنه المكارى بتخفيف الياء مغرب (قوله كذا فى جامع اللغة) وكذا فى المغرب أيضا (قوله وظاهره دخول ثمن الحور ونحوه) أى مما لاثمر له كالصفصاف والسرو ، ثم الحور بمهملتين : وهو نوع من الشجر ، وأهل الشام يسمون الدلب حورا وهو بفتحتين بدليل قول الراعى أنشده صاحب التكملة • كالجوز ينطق بالصفصاف والحور • مغرب (قوله فيحرر) .

أقول : التحرير فيه أنه يدخل نفس الحور لا ثمنه لأن الحور نفس الغلة الموصى بها إذ لا يقصد به إلا الخشب :

وفى الخانية : أوصى بغلة كرمه لإنسان قال الفقيه أبو بكر يدخل القوائم والأوراق والثمار والحطب ، فإنه لو دفع الكرم معاملة يكون كل هذه الأشياء كالثمر اه (قوله وولدها) أى حملها ولواحقه ، وعبارة الزيلعى وغيره والولد فى البطن (قوله له مابقى) الأوضح له ماوجد . قال فى المنح لأنه إيجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذ اه ط (قوله لأن المعدوم الخ) قال فى الهداية والفرق أن القياس يأبى تمليك المعدوم إلا أن فى الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والإجارة ، فاقتضى ذلك جوازه فى الوصية بطريق الأولى لأن بابها أوسع ، أما الولد المعدوم وأخواه لايجوز إيراد العقد عليها أصلا ولا تستحق بعقد ما أصلا فكذا لا يدخل تحت الوصية ، بخلاف الموجود منها لأنه يجوز استحقاقه بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذا الوصية اه (قوله ولم تخرج من الثلث) الأولى أن يقول وليس له مال غيرها لقوله بعد وإن لم يجيزوا يجعل ثلثها مسجدا ط

يجيزوا بجعل ثلثها مسجدا رعاية لجانب الوارث والوصية (ويظهر مركبه فى سبيل الله بطلت) لأن وقف المنقول باطل عنده فكذا الوصية . وعندهما يجوزان درر . وقال المصنف : وفيه نظر لأن الوصية تصح حيث لا يصح الوقف فى مواضع كثيرة كالوصية بالغلة والصوف ونحو ذلك كما مر .

(أوصى بشىء للمسجد لم تجز الوصية) لأنه لا يملك ، وجوزها محمد . قال المصنف : وبقول محمد أفتى مولانا صاحب البحر (إلا أن يقول) الموصى (ينفق عليه) فيجوز اتفاقا .

(قال : أوصيت بثلثى لفلان أو فلان بطلت) عند أبى حنيفة لجهالة الموصى له : وعند أبى يوسف لهما أن يصطلحا على أخذ الثلث . وعند محمد يخير الورثة فأيهما شاءوا أعطوا .

فصل فى وصايا الذمى وغيره

(ذمى جعل داره بيعة أو كنيسة) أو بيت نار (فى صحته فمات

(قوله فى سبيل الله) أى بلا تعيين إنسان ، أما لو أوصى بظهر دابته فى سبيل الله ، لإنسان بعينه فالوصية جائزة اتفاقا اه غرر الأفكار (قوله وعندهما يجوزان) أى وقف المنقول والوصية به ، وظاهره أن هذه الوصية ليست وقفا وليس كذلك .

قال فى غرر الأفكار : جعل أبو يوسف ومحمد مركبة وقفا يكون فى يد الإمام فينفق عليه من بيت المال ، إذ وقف الكراع والسلاح فى سبيل الله جائز عندهما للآثار والإبل حكم الكراع اه (قوله وفيه نظر) أى فيما ذكر من تعليل البطلان .

أقول : وجوابه أنها ليست وصية حقيقية إذ هى فى معنى الوقف عنده ، وبه صرح فى غرر الأفكار كالوصية بجعل داره مسجدا فإنها وقف فى المعنى ووقف المنقول عنده لا يجوز فكذا هذه ، بخلاف الوصية بالغلة والصوف ونحوهما فإنها تمليك من كل وجه وليست فى معنى الوقف أصلا فتدبر (قوله لم تجز) كذا فى الغرر ، وعزاه فى الشرنبلالية إلى الكافى ، وقدمنا الكلام عليه عند قوله أوصى بثلث ماله لبيت المقدس جاز ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

فصل فى وصايا الذمى وغيره

أى المستأمن وصاحب الهوى والمرتدة وهذه الترجمة ساقطة فى المنح .

واعلم أن وصايا الذمى ثلاثة أقسام :

الأول جائز بالاتفاق ، وهو ما إذا أوصى بما هو قربة عندنا وعندهم ، كما إذا أوصى بأن يسرج فى بيت المقدس أو بأن تغزى الترك وهو من الروم سواء كان لقوم معينين أو لا .

والثانى باطل بالاتفاق وهو ما إذا أوصى بما ليس قربة عندنا وعندهم ، كما إذا أوصى للمغنيات(١) والنائحات أو بما هو قربة عندنا فقط كالحج وبناء المساجد للمسلمين إلا أن يكون لقوم بأعيانهم فيصح تمليكا .

والثالث مختلف فيه ، وهو ما إذا أوصى بما هو قربة عندهم فقط كبناء الكنيسة لغير معينين فيجوز عنده لا عندهما وإن لمعينين جاز إجماعا .

وحاصله أن وصيته لمعينين تجوز فى الكل على أنه تمليك لهم ، وما ذكره من الجهة من إسراج المساجد ونحوه خرج على طريق المشورة لا الإلزام فيفعلون به ما شاءوا لأنه ملكهم ، والوصية إنما صحت باعتبار التمليك لهم

---

(١) (قوله إذا أوصى للمغنيات الخ) الذى تقدم أن الوصية للفساق صحيحة لكن مع الكراهة ولعل الصواب أوصى بالغناء والنياحة فإنه وصية بنفس المعصية اه .

فهي ميراث) لأنه كوقف لم يسجل، وأما عندهما فلأنه معصية وليس هو كالمسجد لأنهم يسكنون ويدفنون فيه موتاهم، حتى لو كان المسجد كذلك يورث قطعا قاله المصنف وغيره لأنه حينئذ لم يصر محررا خالصا لله تعالى.

(وإن أوصى الذمي أن يبنى داره بيعة أو كنيسة لمعينين فهو جائز من الثلث ويجعل تمليكا، وإن) أوصى (بداره أن تبنى كنيسة) أو بيعة (في القرى) فلو في المصر لم يجز اتفاقا (لقوم غير مسمين صحت) عنده لا عندهما لما مر أنه معصية: وله أنهم يتركون وما يدينون فتصح (كوصية حربي مستأمن) لاوارث له هنا (بكل ماله لمسلم أو ذمي) كذا في الوقاية، ولا عبرة بمن ثمة لأنهم أموات في حقنا:

ولو أوصى بنصفه مثلا نفذ ورد باقيه لورثته لا إرثا، بل لأنه لامستحق له في دارنا، وكذا لو أوصى لمستأمن مثله: ولو أعتق عبده عند الموت أو دبره نفذ من الكل لما قلنا. ولو أوصى له مسلم أو ذمي جاز على الأظهر زيلعي

زيلعي ملخصا (قوله فهي ميراث) أي اتفاقا وإنما الاختلاف في التخريج شرنبلالية (قوله لأنه كوقف لم يسجل) أي لم يحكم بلزومه، والمراد أنه يورث كالوقف المذكور، وليس المراد أنه إذا سجل لزم كالوقف أفاده في الشرنبلالية (قوله وليس هو كالمسجد) ليس من تتمة قولهما بل من تتمه قوله جواب عن سؤال تقديره إن هذا في حقهم كالمسجد في حقنا والمسجد لايباع ولا يورث فينبغي أن يكون هذا كذلك اه ح (قوله حتى لو كان المسجد كذلك) كما إذا جعل داره مسجدا وتحته سرداب وفوقه بيت كما مر في كتاب الوقف إتقاني (قوله لمعينين) أي معلومين يحصى عددهم معراج (قوله فهو جائز) أي اتفاقا ولا يلزمهم جعلها كنيسة كما مر (قوله في القرى) المراد بالقرى ماليس فيه شيء من شعائر الإسلام وإلا فكالأمصار ذكره القهستاني والبرجندي در منتقى (قوله غير مسمين) بياء واحدة كمصطفين، وفي كثير من النسخ بياءين وهو تحريف، فإن الياء الأولى حذفت بعد قلبها ألفا لتحركها وانفتاح ماقبلها (قوله لما مر أنه معصية) أي ولا يمكن جعله تمليكا لعدم تعيينهم، وهذا تعليل لنفي الصحة عندهما (قوله وله أنهم يتركون وما يدينون) فإن هذا قربة في اعتقادهم، ولذا لو أوصى بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لايجوز اعتبارا لاعتقادهم. والفرق له بين البناء والوصية أن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني، والوصية وضعت لإزالة الملك هداية ملخصا (قوله كوصية حربي مستأمن) قيد به، لأن وصية الذمي تعتبر من الثلث ولا تصح لوارثه، وتجوز لذمي من غير ملته لا لحربي في دار الحرب اه ملتقى (قوله لاوارث له هنا) أي في دارنا، ومفهومه لو كان وارثه هنا لاتجوز بأكثر من الثلث.

وعبر الزيلعي وغيره عن هذا المفهوم بقيل فأفاد ضعفه، لكن جزم بما ذكره الشارح في الوقاية والإصلاح والملتقى، وأشار إليه في الهداية والجامع الصغير، فيفيد ذلك أنه المعتمد لأن المتون مقدمة على الشروح، وبه جزم الإتقاني مستندا إلى مافي شرح السرخسي، لأن حق وارثه هنا معتبر بسبب الأمان، ولو كان له وارث آخر ثمة شارك الحاضر ولم يكن للموصى له إلا الثلث اه (قوله كذا في الوقاية) كان ينبغي ذكره عقب قوله لاوارث له هنا ليشير به إلى مخالفة الزيلعي كما ذكرنا (قوله ولا عبرة بمن ثمة) أي بورثته الذين هناك: أي في دار الحرب، أي لايراعى حقهم في إبطال الزائد على الثلث (قوله ورد باقيه لورثته) مراعاة لحقه أي لا لحقهم، فمن حقه تسليم ماله إلى ورثته إذا فرغ من حاجته وتصرفه إتقاني (قوله لا إرثا الخ) كذا في المنح أول الوصايا، وهو نفي لما يتوهم من قوله لورثته، وبيان للفرق بين هذه المسألة والتي قبلها، فإنه هناك لم يرد مازاد على الثلث إلى ورثته لأن له مستحقا وهو الموصى له بالكل (قوله وكذا) أي تصح (قوله لما قلنا) من أنه لاعبرة بورثته ثمة الخ (قوله على الأظهر) مقابله ما عن الشيخين من عدم الجواز لأنهم في دارهم حكما حتى يمكن من الرجوع إليها فصارت كالإرث: ووجه الأول أنها تمليك مبتدأ ولهذا تجوز للذمي والعبد بخلاف الإرث زيلعي

(وصاحب الهوى إذا كان لايكفر فهو بمنزلة المسلم فى الوصية) لأنا أمرنا ببناء الأحكام على ظاهر الإسلام (وإن كان يكفر فهو بمنزلة المرتد) فتكون موقوفة عنده نافذة عندهما شرح المجمع :

(والمرتد فى الوصية كذمية) فى الأصح لأنها لاتقتل (الوصية المطلقة) كقوله هذا القدر من مالى أو ثلث مالى وصية (لاتحل للغنى) لأنها صدقة ، وهى على الغنى حرام (وإن عممت) كقوله : يأكل منها الغنى والفقير ، لأن أكل الغنى منها إنما يصح بطريق التمليك والتمليك إنما يصح لمعين والغنى لامعين ولا يحصى :

(ولو خصت) الوصية (به) أى بالغنى كقوله هذا القدر من مالى وصية لزيد وهو غنى (أو لقوم) أغنياء (محصورين حلت لهم) لصحة تمليكهم (وكذا) الحكم (فى الوقف) كما حرره منلا خسرو : وفى جامع الفصولين المتولى على الوقف كالوصى .

[فروع] أوصى بثلث ماله للصلوات جاز للوصى صرفه للورثة لو محتاجين يعنى لغير قرابة الولاد ممن يجوز صرف الكفارة إليهم ، بخلاف مطلق الوصية للمساكين فإنها تجوز لكل ورثته

(قوله وصاحب الهوى) .

قال السيد الجرجانى فى تعريفاته : أهل الهوى أهل القبلة الذين لايكون معتقدهم معتقد أهل السنة ، وهم الجبرية والقدرية والروافض والخوارج والمعطلة والمشبهة ، وكل منهم اثنتا عشرة فرقة فصاروا أثنين وسبعين (قوله إذا كان لايكفر) أى به فحذف الجار لظهوره ط (قوله فتكون موقوفة) أى إن أسلم نفذت ، وإن مات على ردته بطلت كسائر تصرفاته (قوله كذمية فى الأصح) فتصح وصاياها هداية ، وقيل لا . قال صاحب الهداية فى الزيادات : وهو الصحيح لأن الذمية تقر على اعتقادها بخلاف المرتدة :

قال فى العناية : والظاهر أنه لا منافاة بين كلاميه : أى صاحب الهداية لأن الصحيح والأصح يصدقان اهـ أى كون أحدهما أصح لاينافى كون الآخر صحيحا ، ورجح الزيلعى الأول (قوله الوصية المطلقة) أى التى لم يذكر غنى ولا فقير فيها ، والعامة ما ذكرا فيها ط (قوله وهى على الغنى حرام) ولا يمكن جعلها هبة له بعد موت الموصى ، بخلاف الصدقة عليه حالا فإنها تجعل هبة ، لما قالوا : إن الصدقة على الغنى هبة ، والهبة للفقير صدقة ط (قوله وإن عممت) إن وصلية ، وظاهره أن الوصية هنا صحيحة ، بخلاف ما لو خصها بالأغنياء فقط ، إذ لايمكن جعلها تمليكا لأنهم لايحصون ، ولاصدقة لأن اللفظ لاينبئ عن معنى الحاجة على ماقدمه عن الاختيار فى باب الوصية للأقارب (قوله والغنى لامعين) عبارة الدرر لايعين (قوله وكذا الحكم فى الوقف) يعنى أن الوقف المطلق يختص بالفقراء لايحل للغنى وإن عمم الواقف ، وإذا خصصه بغنى معين أو بقوم محصورين أغنياء حل لهم ويملكون منافعه لاعينه درر .

ويشكل عليه ماصرحوا به من أن السقاية والمقبرة والرباط ونحو ذلك يجوز أن ينتفع بها الفقير والغنى لأن الواقف يقصد بها العموم ، فإذا اكتفى بقصده العموم كيف يمتنع مع التنصيص عليه فليحرر اهـ رحمتى (قوله المتولى على الوقف كالوصى) أى فى كثير من الأحكام ، ولهذا قالوا : إن المتولى أخو الوصى ، ومناسبة ذلك هنا ماذكره من اتحاد حكم الوقف والوصية فيما مر ، فقد قالوا أيضا : إنهما أخوان ، وقالوا : الوقف يستقى من الوصية ، وقالوا : إنهما يستقيان من واد واحد (قوله يعنى لغير قرابة الولاد) أى بغير الأصول والفروع ، وهذا التقييد ذكره فى القنية أخذا مما قاله أبو القاسم : لو أوصى أن يعطى عن كفارة صلواته لولد ولده وهو غير وارث فإنه يعطى كما أمر ولا يجزيه عن الكفارة (قوله ممن يجوز صرف الكفارة إليهم) بأن يكونوا مسلمين

ولأحدهم يعني لو محتاجين حاضرين بالغين راضين، فلو منهم صغير أو غائب أو حاضر غير راض لم يجز .

أوصى بكفارة صلاته لرجل معين لم تجز لغيره به يفتى لفساد الزمان :

أوصى لصلواته وثلث ماله ديون على المعسرين فتركها الوصي لهم عن الفدية لم تجزه ولا بد من القبض ثم التصدق عليهم .

ولو أمر أن يتصدق بالثلث فمات فغصب غاصب ثلثها مثلا واستهلكها فتركه صدقة عليه وهو معسر يجزيه لحصول قبضه بعد الموت ، بخلاف الدين الكل من القنية :

وفي الجواهر : أوصى لرجل بعقار ومات فقسمت التركة والموصى له في البلد وقد علم بالقسمة ولم يطلب ثم بعد سنين ادعى تسمع ، ولا تبطل بالتأخير إن لم يكن رد الوصية ه

أوصى له بدار فباعها بعد موته قبل القبض صح لجواز التصرف في الموصى به قبل قبضه .

وقفت ضيعتها على ولدها وجعلت عم الولد متوليا وللولد أب فالمتولي أولى من الأب .

شرى دارا وأوصى بها لرجل فأخذها الشفيع من يد الموصى له يؤخذ الثمن : ولو استحق الدار لا يرجع الموصى له على الورثة بشيء لأنه ظهر أنه أوصى بمال الغير انتهى والله أعلم .

باب الوصي وهو الموصى إليه

محتاجين ط (قوله ولأحدهم) أي ولا يشترط الجمع لأن أل الجنسية أبطلت معنى الجمعية ط (قوله فلو منهم صغير) الأولى زيادة أو غير محتاج لتتم المحترزات ط (قوله لم يجز) أي لأنه من قبيل الوصية للوارث فتحتاج إلى إجازة جميع الورثة ، ولم توجد من الغائب وغير الراضي ولم تصح من الصغير ، وهل هذه الشروط للقسم الثاني أو للقسمين أي كفارة الصلاة والتبرع يحرر رحمتي (قوله أوصى بكفارة صلاته) نص على الكفارة ، لأنه لو أوصى لمعين بوصية تعين دفعها إليه بلا خلاف ط (قوله لم تجز لغيره) أي لم يجز للقاضي والوصي الصرف إلى غيره منح (قوله لفساد الزمان) وطمع القاضي وغيره منح ، فإنه ربما لا يصرفها إلى أحد إذا جوزنا له منعها عمن عينه الميت لعدم من يطالبه بها (قوله أوصى لصلواته) أو صياماته منح (قوله لم تجزه) وقيل تجزيا .
قال في القنية : قال أستاذنا والأول أحب إلي حتى توجد الرواية (قوله ثم التصدق عليهم) أي بنية الفدية وإلا لم يفعل المأمور به تأمل (قوله ثلثها) أي ثلث التركة (قوله بخلاف الدين) أي في المسألة السابقة فإنه مقبوض قبل الموت .

بقي لو أوصى بكفارة صلواته والمسألة بحالها هل يجزيه لحصول قبضه بعد الموت أو لا يراجع (قوله فباعها) أي الموصى له بعد موته : أي الموصي (قوله لجواز التصرف الخ) لأنه دليل القبول (قوله فالمتولي أولى من الأب) إن ليس من قبيل وصي الأم حتى يتأخر عن الأب لأن ولاية المتولي على الوقف لا على الولد (قوله يؤخذ الثمن) أي من تركة المشتري للموصى له ويرجع ورثة المشتري به على الشفيع كما في المنح ؛

[فرع] أوصى بوصايا ثم قال والباقي للفقراء فمات بعض من أوصى لهم يصرف ذلك إلى الفقراء ، لأنهم لما ماتوا لم يجد الوصي نفاذا فيهم فيبقى الباقي وذلك للفقراء ولو الجية ، والله أعلم .

باب الوصي

لما فرغ من بيان الموصى له شرع في بيان أحكام الموصى إليه وهو الوصي لما أن كتاب الوصايا يشمله ، لكن قدم أحكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعها فكانت الحاجة إلى معرفتها أمس عناية ؛

(أوصى إلى زيد) أى جعله وصيا (وقبل عنده صح ، فإن رد عنده) أى بعلمه (يرتد وإلا لايصح) الرد بغيبته لئلا يصير مغرورا من جهته ، ويصح إخراجه عنها ولو فى غيبته عند الإمام خلافا للثانى بزازية (فإن سكت) الموصى إليه (فمات) موصيه (فله الرد والقبول ولزم) عقد الوصية (ببيع شىء من التركة وإن جهل به) أى بكونه وصيا ؛ فإن علم الوصى بالوصاية ليس بشرط فى صحة تصرفه (بخلاف الوكيل) فإن علمه بالوكالة

واعلم أنه لاينبغى للوصى أن يقبلها لأنها على خطر : وعن أبى يوسف : الدخول فيها أول مرة غلط. والثانية خيانة والثالثة سرقة. وعن الحسن : لايقدر الوصى أن يعدل ولوكان عمر بن الخطاب : وقال أبو مطيع : مارأيت فى مدة قضائى عشرين سنة من يعدل فى مال ابن أخيه قهستانى ، ولبعضهم :

احذر من الواوات أر بعة فهن من الحتوف
واو الوكالة والولا ية والوصاية والوقوف

(قوله أوصى إلى زيد) ضمنه معنى فوّض فعداه فإلى ، وقدمنا الكلام عليه أول الكتاب ، ويصح هذا التفويض بكل لفظ يدل عليه :

ففى الخانية أنت وكيلى بعد موتى يكون وصيا أنت وصيى فى حياتى يكون وكيلالأن كلا منهما إقامة للغير مقام نفسه فينعقد كل منهما بعبارة الآخر اهـ . وفى الخانية والخلاصة وغيرهما : أنت وصيى أو أنت وصيى فى مالى أو سلمت إليك الأولاد بعد موتى أوتعهد أو لادى بعد موتى أوقم بأوازمهم بعدموتى أو ماجرى مجرى هذه الألفاظ يكون وصيا :

وفى الولوالجية افعلوا كذا بعد موتى فالكل أوصياء ، ولوسكتوا حتى مات فقبل منهم اثنان أو أكثرفهم أوصياءولوقبل واحد لم يتصرف حتى يقيم القاضى معه غيره أو يطلق له التصرف لأنه صار كأنه أوصى إلى رجلين فلاينفرد أحدهما ه

وفى الدر المنتقى عن الذخيرة : ولوجعل رجلاوصيا فى نوع صار وصيا فى الأنواع كلها اهـ وسيأتى تمامه ط (قوله أى بعلمه) تفسير للعند فى الموضعين أى فلا يشترط الحضور ط (قوله بغيبته) المناسب لما تقدم أن يقول بغير علمه بل إسقاطه لدلالة السياق عليه اهـ ح لأن معنى قول المصنف وإلا :أى وإن لم يردّ بعلمه أى بأن ردّ بعد موته أو قبله بلاعلمه (قوله لئلا يصير) أى الميت مغرورا من جهته لأنه اعتمد عليه ففيه إضرار بالميت وأشار إلى الفرق بين الموصى له والموصى إليه فإن قبول الأول فى الحال غير معتبر ، حتى لو قبل فى حياة الموصى ثم ردبعدها صح لأن نفعه بالوصية لنفسه بخلاف الثانى كما أفاده فى العناية :

[تنبيه] وصى القاضى إذا عزل لنفسه ينبغى أن يشترط علم القاضى بعزله ، كما يشترط علم الموكل فى عزل الوكيل نفسه وعلم السلطان فىعزل القاضى لنفسه بزازية (قوله ويصح إخراجه) أى بعد قبوله كما فى البزازية (قوله ولو فى غيبته) ظاهره أنه ينعزل وإن لم يبلغه العزل بخلاف الوكيل تأمل (قوله فله الرد والقبول) إذ لاتغرير هنا ، لأن الموصى هو الذى اغتر حيث لم يتعرف عن حاله أنه قبل الوصاية أم لا درر :

أقول : لكن رده لايخرجه عنها بالكلية بدليل أنه لو قبل بعد الرد صح كما يأتى قريبا (قوله ولزم الخ) أشار إلى أن القبول كما يكون بالقول يكون بالفعل لأنه دلالة عليه (قوله ببيع شىء) أى بعد موت الموصى وينفذ البيع لصدوره من الأهل عن ولاية ، وكذا إذا اشترى شيئا يصلح للورثة أو قضى مالا أو اقتضاه اختيار (قوله بخلاف الوكيل الخ) لأن التوكيل إنابة لثبوته فى حال قيام ولاية الموكل : أما الإيصاء فخلافة لأنه مختص

شرط (فإن سكت ثم رد بعد موته ثم قبل صح إلا إذا نفذ قاض رده) فلا يصح قبوله بعد ذلك .

(ولو) أوصى (إلى صبي وعبد غيره وكافر وفاسق بدل) أي بدلهم القاضي (بغيرهم) إتماما للنظر ولفظ بدل يفيد صحة الوصية ، فلو تصرفوا قبل الإخراج جاز سراجية (فلو بلغ الصبي وعتق العبد وأسلم الكافر) أو المرتد وتاب الفاسق مجتبى . وفيه : فوض ولاية الوقف لصبي صح استحسانا (لم يخرجهم القاضي عنها) أي عن الوصايا لزوال الموجب للعزل إلا أن يكون غير أمين اختيار (وإلى عبده و) الحال أن (ورثته صغار صح) كإيصائه إلى مكاتبه أو مكاتب غيره ، ثم إن رد في الرق فكالعبد (وإلا لا) وقالا لا يصح مطلقا درر :

بحال انقطاع ولاية الميت فلا يتوقف على العلم كالورثة زيلعي (قوله صح) لأن هذا الرد لم يصح من غير علم الموصى كفاية ، ولا يلزم من عدم صحة الرد كونه صار وصيا لتوقفه على القبول كما أفاده قوله السابق فله الرد والقبول :

والحاصل أنه إذا سكت لم يصر وصيا فيخير بين الرد : أي عدم القبول وبين القبول ، فإذا رد : أي لم يقبل لم يجبر على القبول ؛ وإذا قبل ولو بعد الرد صح لأن رده لم يصح أي لم يخرجه عن أهلية القبول ، فإذا قبل صار وصيا وإلا فلا :

وبه ظهر الجواب عن حادثة الفتوى في زماننا في رجل أوصى إلى رجلين فقبل أحدهما وسكت الآخر ولم يصدر منه مايدل على الرضا وعدمه وتصرف القابل في التركة فهل يصح تصرفه وحده قبل رضا الأول ورده ؟ والجواب أن الساكت لم يصر وصيا لما قلنا ، لكن القابل ليس له الانفراد بالتصرف عندهما . وعند أبي يوسف ينفرد كما سنذكره عن الولوالجية فينصب القاضي معه وصيا آخر فيتصرفان معا ، والله أعلم (قوله إلا إذا نفذ قاض رده) لأن الموضع موضع اجتهاد إذ الرد صحيح عند زفر كفاية : أقول : وهذا في غير قضاة زماننا (قوله وعبد غيره) أي ولو بإذن سيده قهستاني والواو فيه وفيما بعده بمعنى أو (قوله وكافر) أي ذمي أو حربي أو مستأمن عناية أو مرتد كما يعلم مما يأتي (قوله وفاسق) أي مخوف منه على المال قهستاني (قوله بدل) أي وجوبا بحر مسلم صالح لأن العبد يحجر ، والكافر عدو ، والفاسق متهم بالخيانة قهستاني (قوله ولفظ بدل يفيد صحة الوصية) وعبارة القدوري : أخرجهم القاضي : قال في الهداية : هذا يشير إلى صحة الوصية لأن الإخراج يكون بعد الصحة اه : وقال محمد في الأصل إن الإيصاء باطل :

واختلفوا في معناه ، فقيل إنه سيبطل بإبطال القاضي في جميع هذه الصور ، وقيل سيبطل في غير العبد لعدم ولايته فيكون باطلا ، وقيل سيبطل في الفاسق لأن الكافر كالعبد كما في الكافي قهستاني والأول قول عامة المشايخ كما في العناية :

ثم اعلم أن المصنف زاد على المتون والهداية ذكر الصبي ، ونقل في شرحه على المجتبى : والوصية إلى الصبي جائزة ولكن لاتلزمه العهدة كالوكالة اه وذكره أيضا في الاختيار كما فعل المصنف : لكن نقل في شرح الوهبانية إذا أوصى إلى عبد أوصى أخرجهما القاضي لأن الصبي لايهتدى إلى التصرف ، وهل ينفذ تصرفه قبل الإخراج قيل نعم ، وقيل لا وهو الصحيح لأنه لايمكن إلزام العهدة فيه ، فلو بلغ قبل الإخراج قال أبو حنيفة لايكون وصيا وقالا يكون اه ملخصا وتمامه فيه فراجعه (قوله وأسلم الكافر) أي الأصلي ط (قوله أي عن الوصايا) في بعض النسخ الوصاية (قوله ثم إن رد في الرق) بأن عجز عن أداء البدل (قوله فكالعبد) أي فإن كان مكاتب غيره صحت واستبدله القاضي بغيره ، وإن كان مكاتبه فهي مسألة المصنف الخلافية ط (قوله وإلا) أي بأن كان فيهم كبير لم يصح لأن للكبير بيعه أو بيع نصيبه فيعجز عن الوصية لأن المشتري يمنعه فلا يحصل فائدة الوصية اختيار (قوله وقالا لا يصح مطلقا) لأن فيه إثبات الولاية للمملوك على المالك وهو قلب المشروع . وله أنه أوصى إلى من

(ومن عجز عن القيام بها) حقيقة لا بمجرد إخباره (ضم) القاضي (إليه غيره) عاية لحق الموصي والورثة :
(ولو ظهر للقاضي عجزه أصلا استبدل غيره ولو عزله) أي الموصي المختار (القاضي مع أهليته لها نفذ عزله وإن جار) القاضي (وأثم) في الأشباه اختلفوا في صحة عزله، والأكثر على الصحة كما في شرح الوهبانية ، لكن يجب الإفتاء بعدم الصحة كما في الفصولين : وأما عزل الخائن فواجب انتهى :
قلت : وعبارة جامع الفصولين من الفصل السابع والعشرين : الوصي من الميت لو عدلا كافيا لا ينبغي للقاضي أن يعزله ، فلو عزله قيل ينعزل :
أقول : الصحيح عندي أنه لا ينعزل لأن الموصي أشفق بنفسه من القاضي فكيف ينعزل ، وينبغي أن يفتى به

هو أهل فيصح ، كما لو أوصى إلى مكاتب وهذا لأنه مكلف مستبد بالتصرف وليس لأحد عليه ولاية ، فإن الصغار وإن كانوا ملاكا لكن لما أقامه أبوهم مقام نفسه صار مستبدا بالتصرف مثله بلا ولاية لهم اهـ درر لكن ليس له أن يبيع رقبته ط .
فإن قيل : إن لم يكن لهم ولاية البيع فللقاضي أن يبيعه فيتحقق المنع : وأجيب بأنه إذا ثبت الإيصاء لم يبق للقاضي ولاية البيع عناية (قوله ومن عجز عن القيام بها) أي وحده بأن احتاج إلى معين بقرينة المسألة الآتية (قوله حقيقة) بأن ثبت ذلك بالبينة لأن الثابت بها كالمعاين لا بعلم القاضي ، لأن المفتى به أنه لا يقضي بعلمه رحمتي (قوله لا بمجرد إخباره) لأنه قد يكذب تخفيفا على نفسه ، وكذا لو اشتكى الورثة أو بعضهم الوصي إلى القاضي لا ينبغي أن يعزله حتى يظهر له منه خيانة هداية .
[تنبيه] يؤخذ مما ذكره أنه ليس للوصي إخراج نفسه بعد القبول وتقدم التصريح به : والحيلة فيه شيئان كما في الأشباه أحدهما أن يجعله الميت وصيا على أن يعزل نفسه متى شاء . الثاني أن يدعي دينا على الميت فيتهمه القاضي فيخرجه اهـ . والظاهر أن هذا في وصي الميت . أما وصي القاضي فقدمنا عن البزازية أنه يعزل نفسه بعلم القاضي تأمل . وقوله فيخرجه فيه خلاف . وفي الهندية عن الخصاف أنه لا يخرجه بل يجعل للميت وصيا في مقدار الدين خاصة ، وبه أخذ المشايخ وعليه الفتوى (قوله رعاية لحق الموصي) في إبقائه حيث اختاره وصيا ولحق الورثة في ضم غيره إليه (قوله استبدل غيره) في الظهيرية عجز فأقام غيره ثم ، قال الأول بعد أيام صرت قادرا على القيام بها ، قالوا . هو وصي على حاله لأن الحاكم ما أقام الثاني مقامه ليكون نصبه عزلا له ، وإنما ذلك ضم لا عزل ومثله في الخانية وغيرها .
وفي الخلاصة : أقام آخر مقام العاجز ينعزل ، قال الخاصي لأنه لا يقوم مقام الأول إلا بعد العزل، وللقاضي العزل بالعجز اهـ ملخصا من أدب الأوصياء :
أقول . يمكن التوفيق بأن القاضي إذا قال جعلتك وصيا أو ضممتك إلى الأول لا ينعزل الأول ، ولو قال أقمتك مقامه انعزل فتأمل .
[تنبيه] في الأدب عن الخانية : لو جن الوصي مطبقا ينبغي للقاضي أن يبدله ، ولو لم يفعل حتى أفاق فهو على وصايته اهـ (قوله مع أهليته لها) بأن كان عدلا كافيا (قوله نفذ عزله) قال في القنية . واستبعده ظهير الدين بأنه مقدم على القاضي لأنه مختار الميت : قال أستاذنا فإذا كان ينعزل وصي الميت وإن كان عدلا كافيا فكيف وصي القاضي اهـ (قوله وأما عزل الخائن فواجب) بل في عامة الكتب : إذا كان الأب مبذرا متلفا مال ابنه الصغير فالقاضي ينصب وصيا وينزع المال من يده (قوله من الفصل السابع والعشرين) وفيه عن المنتقى بالنون، ولو كافيا لا عدلا يعزله ، ولو عدلا غير كاف يضم إليه كافيا اهـ زاد في الولوالجية ولو عزله صح (قوله وينبغي أن يفتى به) قال في نور العين : لقد أجاد فيما أفاد لكنه أوهم بقوله قبله عندي إنه تفرد به مع أنه مختار كثير

لفساد قضاة الزمان اه . قال المصنف قال شيخنا : فقد ترجح عدم صحة العزل للوصى فكيف بالوظائف فى الأوقاف (وبطل فعل أحد الوصيين كالمتوليين) فإنهما فى الحكم كالوصيين أشباه ووقف القنية ، ومفاده أنه لو أجر أحدهما أرض الوقف لم تجز بلا رأى الآخر وقد صارت واقعة الفتوى (ولو) وصلية (كان إيصاؤه لكل منهما على الانفراد) وقيل ينفرد : قال أبو الليث : وهو الأصح وبه نأخذ، لكن الأول صححه فى المبسوط وجزم به فى الدرر ، وفى القهستانى أنه أقرب إلى الصواب .

قلت : وهذا إذا كانا وصيين أو متوليين من جهة الميت أو الوقف أو قاض واحد، أما لو كانا من جهة قاضيين من بلدتين فينفرد أحدهما بالتصرف لأن كلا من القاضيين لو تصرف جاز تصرفه فكذا نائبه .

من السلف والخلف (قوله لفساد قضاة الزمان) فيكون عزله منهم لغرض دنيوى إذ لا مصلحة لليتيم فى عزل الأهل ط .

[تنبيه] هذا كله فى وصى الميت ، أما وصى القاضى فله عزله ولو عدلا كما سيذكره الشارح فى الفروع ، لكن يأتى قريبا تقييده بما إذا رأى المصلحة وإلا فلا (قوله قال المصنف قال شيخنا) يعنى ابن نجيم صاحب البحر (قوله فكيف بالوظائف فى الأوقاف) من الوظائف التولية على الوقف . قال فى فتاوى خير الدين عن البحر : وأما عزل القاضى الناظر فشرطه أن يكون بجنحة واستدل عليه بما نقله عن الإسعاف وجامع الفصولين : ثم قال فقد أفاد حرمة تولية غيره بلا خيانة وعدم صحتها لو فعل ، ثم قال : واستفيد من عدم صحة عزل الناظر بغير جنحة عدمها لصاحب وظيفة فى وقف ، واستدل عليه بما نقله عن البزازى وغيره اه ط وأفاد بقوله فكيف الخ أنه لا يصح بالأولى : ووجهه أن فيه إبطال حق محترم وهو ما عين له الواقف (قوله وبطل فعل أحد الوصيين) إلا إذا أجازه صاحبه فإنه يجوز ولا يحتاج إلى تجديد العقد كما فى المنح ط :

أقول : وكذا الوصى مع الناظر عليه : وفى الحامدية عن الإسماعيلية لو تصرف الوصى بدون علم الناظر فى أموال اليتيم فهلكت يضمنها (قوله ومفاده الخ) نص عليه فى الإسعاف حيث قال : لا ينفرد أحد الناظرين بالإجارة ، ولو وكل أحدهما صاحبه جازت نقله أبو السعود ط وما ذكره الشارح مأخوذ من المنح (قوله لكل منهما) الأولى إلى كل منهما كما عبر فى الغرر (قوله وقيل ينفرد) قائله أبو يوسف كما سيصرح به الشارح والأول قولهما ، ثم قيل : الخلاف فيما لو أوصى إليهما متعاقبا ، فلو معا بعقد واحد لا ينفرد أحدهما بالتصرف بالإجماع ، وقيل الخلاف فى العقد الواحد ، أما فى العقدين فينفرد أحدهما بالإجماع : قال أبو الليث : وهو الأصح . وبه نأخذ وقيل الخلاف فى الفصلين جميعا . قال فى المبسوط : وهو الأصح ، وبه جزم منلا خسرو منح ملخصا ، وذكر مثله الزيلعى وغيره (قوله لكن الأول صححه فى المبسوط الخ) أقول يوهم أنه صحح القول بالانفراد مع أنك علمت أن الكلام فى محل الخلاف وأن الذى صححه فى المبسوط أن الخلاف فى الموضعين ، وليس فيه تصحيح للقول بالإنفراد ولا لعدمه ، نعم ما صححه أبو الليث يتضمن تصحيح الانفراد لو بعقدين لأنه ادعى فيه الإجماع فتنبه .

ويمكن أن يقال إن ما فى المبسوط متضمن أيضا التصحيح عدم الانفراد فإنه لما صحح أن الخلاف فى الفصلين ثبت أن قول أبى حنيفة ومحمد عدم الإنفراد فيهما ؛ والعمل فى الغالب على قول الإمام ، وهو ظاهر إطلاق المتون وصريح عبارة المصنف تأمل (قوله أنه أقرب إلى الصواب) لأن وجوب الوصية عند الموت فثبت لهما معا بخلاف الوكالة المتعاقبة ، فإذن ثبت أن الخلاف فيهما زيلعى أى فى صورتى الإيصاء لهما معا أو متعاقبا (قوله وهذا) أى عدم انفراد أحدهما (قوله من بلدتين) الظاهر أنه اتفاق نظرا إلى الغالب ، حتى لو ولى السلطان قاضيين فى بلد واحد وجعل لهما نصب الأوصياء فالحكم كذلك ، ويؤيده ما ذكره من التعليل أفاده ط .

ولو أراد كل من القاضيين عزل منصوب القاضى الآخر جاز إن رأى فيه المصلحة وإلا لا ، وتمامه فى وكالة تنوير البصائر معزيا للملتقطات وغيرها فليحفظ :

وفى وصايا السرج او لم يعلم القاضى أن للميت وصيافنصب له وصيا ثم حضر الوصى فأراد الدخول فى الوصية فله ذلك ونصب القاضى الآخر لايخرج الأول (إلا بشراء كفنه وتجهيزه والخصومة فى حقوقه وشراء حاجة الطفل والاتهاب له وإعتاق عبد معين ورد وديعة وتنفيذ وصية معينتين)

(قوله وتمامه الخ) الذى ذكره فى تنوير البصائر معزيا للملتقطات هو ماتقدم. ثم قال بعده. وفى قوله فكذا نائبه نظر ظاهر ، لما تقرر أن وصى القاضى نائب عن الميت لا عن القاضى حتى تلحقه العهدة ، بخلاف أمين القاضى لأنه نائب عنه فلا تلحقه العهدة ، ومقتضى ما ذكره من أن وصى القاضى نائب عنه أن لا يكون القاضى محجوراً عن التصرف فى مال اليتيم ، والمنقول أنه محجور عن التصرف مع وجود وصيه ولومنصوبه بخلافه مع أمينه ، ومقتضاه أيضا أن لا يملك القاضى شراء مال اليتيم من وصى نصبه ، كما لو كان أمينه ، والحكم بخلافه كما فى غالب كتب المذهب اه (قوله ونصب القاضى الآخر لايخرج الأول) والوصى هو الأول دون وصى القاضى لأنه اتصل به اختيار الميت كما إذا كان القاضى عالما اه كذا فى حاشية أبى السعود على الأشباه عن المحيط :

أقول : بقى أن تصرف الثانى بغيبة الأول هل هو نافذ ، والظاهر نفاذه لو الغيبة منقطعة : وفى الأشباه : ولاينصب القاضى وصيا مع وجوده : أى وصى الميت إلا إذا غاب غيبة منقطعة أو أقر لمدعى الدين اه والغيبة المنقطعة ، أن يكون فى موضع لا تصل إليه القوافل كما فى حاشية أبى السعود :.

وفى الولوالجية : ادعى رجل دينا على الميت والوصى غائب ينصب القاضى خصما عن الميت ، الا ترى أنه لوكان حاضرا وأقر بالدين ينصب القاضى خصما عن الميت ليصل المدعى إلى حقه لأن إقرار الوصى على الميت لا يجوز ولا يملك المدعى أن يخاصم الوصى فيما أقر به اه (قوله إلا بشراء كفنه الخ) هذه المسائل مستثناة من بطلان انفراد أحد الوصيين للضرورة (قوله وتجهيزه) لو اقتصر عليه لكفاه عما قبله قال فى العيين لأن فى التأخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران أيضا فى الحضر والرفقة فى السفر اه ط (قوله والخصومة) وجه الانفراد فيها أنهما لا يجتمعان عليها عادة ، ولو اجتمعا لم يتكلم إلا أحدهما غالبا درر (قوله وشراء حاجة الطفل) أى مالابد له منه كالطعام والكسوة إتقانى لأن فى تأخيره لحوق ضرر به منح (قوله والإتهاب له) أى قبول الهبة للطفل لأن فى تأخيره خشية الفوات قهستانى ، ولأنه ليس من باب الولاية ولهذا تملكه الأم ومن هو فى عياله هداية (قوله وإعتاق عبد معين) لعدم الاحتياج فيه إلى الرأى ، بخلاف إعتاق ما ليس بمعين فإنه محتاج إليه قهستانى : وقد أطلق قاضيخان العبد ولا مانع من حمله على المقيد أفاده ط :

أقول : والظاهر أن هذا كله فيما إذا أوصى بعتق عبد مجانا ، فلو بمال احتاج إلى الرأى فلا بد من الاجتماع تأمل (قوله ورد وديعة) قيد به لأنه لا ينفرد بقبض وديعة الميت سائحانى عن الهندية (قوله وتنفيذ وصية) أى بعين أو بألف مرسلة ابن الشحنة ، فلو احتاج إلى بيع شئ ليؤدى من ثمنه الوصية فلا إلا بإذن صاحبه إتقانى ، وقوله معينتين نعت لوديعة ووصية : قال القهستانى لأن لصاحب الحق أخذه بلا دفع الوصى اه :

وفى الظهيرية : أوصى بأن يتصدق بحنطة على الفقراء قبل أن ترفع الجنازة ففعل أحد الوصيين ، إن كانت الحنطة فى ملك الموصى جاز دفعه ، وإلا فإن اشتراها فالحنطة للمشترى والصدقة عن نفسه :

وفى الولوالجية : وعلى الخلاف إذا أوصى بأن يتصدق بكذا من ماله ولم يعين الفقراء فليس له الانفراد ،

زاد فى شرح الوهبانية عشرة أخرى : منها ردالمغصوب ، ومشترى شراء فاسدا ، وقسمة كيلى أو وزنى وطلب دين ، وقضاء دين بجنس حقه (وبيع مايخاف تلفه وجمع أموال ضائعة) وقال أبو يوسف : ينفرد كل بالتصرف فى جميع الأمور ؛ ولو نص على الانفراد أو الاجتماع اتبع اتفاقا شرح وهبانية .

(وإن مات أحدهما ، فإن أوصى إلى الحى أو إلى آخر فله التصرف فى التركة وحده) ولا يحتاج إلى نصب القاضى وصيا (وإلا) يوص (ضم) القاضى (إليه غيره) درر .

وإن عين ينفرد أحدهما بالإجماع اه وبه علم تقييد ما فى المتن بكون الفقير الموصى له معينا تأمل (قوله زاد فى شرح الوهبانية الخ) الأولى ذكره بعد العشرة التى ذكرها المصنف على أن مجموع ما ذكره فى شرح الوهبانية سبعة عشر ، فالزائد على ما فى المتن سبعة ذكر الشارح منها أربعة كما ستعرفه ، والثلاثة الباقية حفظ مال اليتيم إذ كل من وقع فى يده وجب عليه حفظه ، ورد ثمن المبيع ببيع من الوصى ، وإجارة نفس اليتيم ، وقد أسقط شارح الوهبانية التكفين ، وأدخله تحت التجهيز ، وذكر بدله صورة أخرى وهى تنفيذ الوصية بالتصدق بكذا من ماله لفقير معين .

أقول وهذه الصورة مكررة لما علمت أن ما فى المتن مقيد بالفقير المعين تأمل : قال ط : وزاد المكى عن الخانية أن لأحدهما قبض تركة الميت إذا لم يكن عليه دين وما هو مودع عنده فى منزله حتى لا يضمن بالهلاك ، وأن لأحدهما التصدق بحنطة فى الوصية بالتصدق بها قبل رفع الجنازة وأن يودع ما صار فى يده من تركة الميت وإجارة مال اليتيم ورد العوارى والأمانات اه وبعض هذه يدخل فى المآل فيما قبلها اه (قوله ومشترى) بالبناء للمجهول معطوف على مغصوب : أى رد ما اشتراه الميت شراء فاسداً لأنه لا يبطل الرد بالموت كما مر فى بابه فينفرد أحد الوصيين به : قال ابن الشحنة لأنه ليس من الولاية المستفادة بالوصية بل ملحق بقضاء الدين (قوله وقسمة كيلى أووزنى) أى مع شريك الموصى مثلا ط (قوله وطلب دين) قيد به لأنه لا ينفرد بقبض دين الميت سائحانى عن المنديه ، لأن قبض الدين فى معنى المبادلة لا سيا عند اختلاف الجنس هداية وما فى شرح الوهبانية من أنه ليس له الاقتضاء لا يخالف ما هنا لأن معناه الأخذ كما فى المغرب وأما الذى بمعنى الطلب فهو التقاضى كما فى المغرب أيضا فافهم ، وظاهر كلام الشارح أن قوله وطلب الدين مما زاده فى شرح الوهبانية مع أنه ليس موجودا فيه وإنما ذكره فى النقاية . قال شارحها القهستانى : وهو مستدرك بالخصومة وعليه يدل كلام الذخيرة اه(قوله فى جميع الأمور) أى فى هذه المستثنيات وغيرها ، وأشار إلى أن الاستثناء مبنى على قول أبى حنيفة ومحمد ، وقيل إن محمداً مع أبى يوسف (قوله فله التصرف فى التركه وحده) هذا إنما يستقيم فيا إذا أوصى إلى الحى ، وأما إذا أوصى إلى آخر فإنه يجب اجتماعهما اه ح ونحوه فى العزمية .

قال فى الهداية ولو أن الميت منهما أوصى إلى الحى فللحى أن يتصرف وحده فى ظاهر الرواية بمنزلة ما إذا أوصى إلى شخص آخر ، ولا يحتاج القاضى إلى نصب وصى آخر لأن رأى الميت باق حكما برأى من يخلفه ؛ وعن أبى حنيفة لا ينفرد بالتصرف لأن الموصى ما رضى بتصرفه وحده ، بخلاف ما إذا أوصى إلى غيره لأنه ينفذ تصرفه برأى المثنى كارضيه المتوفى اه (قوله وإلا يوص ضم القاضى إليه غيره) أما عندهما فظاهر لأن الباقى منهما عاجز عن الانفراد بالتصرف فيضم القاضى إليه وصيا نظرا للميت عند عجز الميت ، وأما عند أبى يوسف فلأن الحى منهما وإن كان يقدر على التصرف فالموصى قصد أن يخلفه وصيان متصرفان فى حقوقه وذلك ممكن التحقيق بنصب وصى آخر مكان الأول زيلعى وهداية ، وهو صريح فى أن أبا يوسف لم يخالف هنا ، وجزم فى الولوالجية بالخلاف وهما قولان كما يذكره الشارح .

وفي الأشباه : مات أحدهما أقام القاضي الآخر مقامه أو ضم إليه آخر ولا تبطل الوصية إلا إذا أوصى لهما أن يتصدقا بثلثه حيث شاءا اهـ وتمامه في شرح الوهبانية، وهل فيه خلاف أبي يوسف ؟ قولان . وعنه أن المشرف ينفرد دون للوصي كما حررته فيما علقته على الملتقى ويأتي .

(ووصي الوصي) سواء أوصى إليه في ماله أو مال موصيه وقاية (وصي في التركتين) خلافا للشافعي

[تنبيه] مثل الموت ما لو جن أحدهما أو وجد ما يوجب عزله أقام الحاكم مقامه أمينا فلو أراد الحاكم رد النظر إلى الثاني منهما لم يكن له ذلك بلا خلاف معراج ، لكن في الولوالجية : وعلى هذا الخلاف لو فسق أحدهما أطلق القاضي للثاني أن يتصرف وحده أو ضم إليه آخر اهـ تأمل . وفيها وكذا إذا أوصى إليهما ومات فقبل أحدهما فقط أو مات أحدهما قبل موت الموصي ثم قبل الآخر فعندهما لا ينفرد القابل بالتصرف ، وعند أبي يوسف ينفرد (قوله أقام القاضي الآخر مقامه) هذا خلاف ما يقتضيه التعليل المذكور آنفا تأمل (قوله إلا إذا أوصى لهما الخ) الأولى إليهما ، ثم هذا إذا لم يعين المصرف ، فإن عين لا تبطل .

قال في الولوالجية : أوصى إلى رجلين وقال لهما اصرفا ثلث مالي حيث شئتما ثم مات أحدهما بطلت الوصية ويرجع الثلث إلى الورثة لأنه علق ذلك بمشيئتهما ولا يتصور ذلك بعد الموت ، ولو قال جعلت ثلث مالي للمساكين يضعه الوصيان حيث شاآ من المساكين فمات أحدهما يجعل القاضي وصيا آخر اهـ زاد في الظهيرية : وإن شاء القاضي قال لهذا الثاني ضع وحدك (قوله وهل فيه الخ) أي فيما إذا مات أحدهما ولم يوص إلى غيره : قال القهستاني : فلو مات أحد هذين الوصيين وجب أن ينصب وصيا آخر لعجز الحي عن التصرف وهذا على الخلاف عند مشايخنا ، ومنهم من قال إنه على الوفاق : قال أبو يوسف لأنه تحصيل لما قصد الموصي من إشراف كل منهما على الآخر اهـ .

أقول : وما قدمناه عن الزيلعي والهداية صريح بأن أبا يوسف وافقهما وصرح في الولوالجية بالخلاف كما علمت (قوله كما حررته الخ) حيث قال : لكن فيه أي في القول بالوفاق إشعار بأنه لو أشرف على وصي لم ينفرد أحدهما بلا خلاف مع أنه على الخلاف . وعن أبي يوسف أن المشرف ينفرد دون الوصي كما في القهستاني عن الذخيرة .

قلت : وفي المجتبى جعل للوصي مشرفا لم يتصرف بدونه ، وقيل للمشرف أن يتصرف اهـ (قوله ويأتي) أي في الفروع ، والذي يأتي هناك عبارة المجتبى .

[تنبيه] المشرف بمعنى الناظر : وفي الهندية : الوصي أولى بإمساك المال ولا يكون المشرف وصيا وأثر كونه مشرفا أنه لا يجوز تصرف الوصي إلا بعلمه اهـ وبه يفتى كما في أدب الأوصياء عن الخاصي حامدية ، وقيل يكون وصيا فلا ينفرد أحدهما بما لا ينفرد به أحد الوصيين . وصدّر به قاضيخان فكان معتمدا له على عادته كما أفاده في زواهر الجواهر .

[فرع] أوصى إلى رجل وأمره أن يعمل برأي فلان فهو الوصي وله العمل بلا رأيه ، ولو قال لا تعمل إلا برأيه فهما وصيان لأن الأول مشورة والثاني نهي ولوالجية ، وفي الخانية وهو الأشبه :

[تتمة] لو اختلف الوصيان في حفظ المال ، فإن احتمل القسمة يكون عند كل منهما نصفه وإلا يتهايآن زمانا أو يستودعانه لأن لهما ولاية الإيداع بيرى عن البدائع (قوله ووصي الوصي) أي وإن بعد كما في جامع الفصولين أي بأن أوصى هذا الثاني : إلى آخر وهكذا (قوله سواء أوصى إليه في ماله أو مال موصيه) يوافقه ما في الملتقى حيث قال : ووصي الوصي وصي في التركتين ، وكذا إن أوصى إليه في إحداهما خلافا لهما اهـ لكن قال الزيلعي

(وتصح قسمته) أى الوصى حال كونه (نائبا عن ورثة) كبار (غيب أو صغار مع الموصى له) بالثلث (ولا رجوع) للورثة (عليه) أى الموصى له (إن ضاع قسطهم معه) أى الوصى لصحة قسمته حينئذ (و) أما (قسمته عن الموصى له) الغائب أو الحاضر بلا إذنه (معهم) أى الورثة ولو صغارا زيلعى (فلا) تصح، وحينئذ (فيرجع الموصى له بثلث ما بقى) من المال (إذا ضاع قسطه) لأنه كالشريك (معه) أى مع الوصى، ولا يضمن الوصى لأنه أمين ء (وصح قسمة القاضى وأخذه قسط الموصى له إن غاب) الموصى له فلا شىء له إن هلك فى يد القاضى أو أمينه وهذا (فى المكيل والموزون) لأنه إفراز (وفى غيرهما لا) تجوز لأنه مبادلة كالبيع، وبيع مال الغير لا يجوز فكذا القسمة (وإن قاسمهم الوصى فى الوصية بحج حج) عن الميت (بثلث ما بقى إن هلك) المال (فى يده أو) فى يد (من دفع إليه ليحج) خلافا لهما

المسألة على أقسام أربعة، لأنه إما أن يبهم فيقول جعلتك وصى من بعدى أو وصيا أو نحوه أو يبين فيقول فى تركتى أو يقول فى تركة موصى أو يقول فى التركتين، فإذا أبهم أو بين فقال فى التركتين فهو وصى فيهما عندهم خلافا للشافعى وزفر، وإن قال فى تركتى فعن أبى حنيفة روايتان ظاهر الرواية عنه أنه يكون وصيا فيهما لأن تركة موصيه تركته كما صرح به فى الاختيار. وعنهما أيضا روايتان أظهرهما أنه يقتصر على تركته، وإن قال فى تركة الأول فهو كما قال عندهم كما فى التاترخانية عن شرح الطحاوى وكما يرشد إليه تعليل الاختيار إذ ليست تركته تركة الأول بخلاف قوله تركتى لأن تركة موصيه تركته فتناولها اللفظ فاغتنم هذا التحرير فإنه مفرد اه. ويمكن أن يخص ما ذكره الشارح بغير هذه الصورة الأخيرة تأمل (قوله وتصح قسمته الخ) صورته: رجل أوصى إلى رجل وأوصى لآخر بثلث ماله وله ورثة صغار أو كبار غيب فقاسم الوصى مع الموصى له نائبا عن الورثة وأعطاه الثلث وأمسك الثلثين للورثة فالقسمة نافذة على الورثة بخلاف العكس وهو مقاسمته مع الوارث نائبا عن الموصى له لأن الورثة والوصى كلاهما خلف عن الميت فيجوز أن يكون الوصى خصما عنهم وقائما مقامهم. وأما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه فلا يكون بينه وبين الوصى مناسبة حتى يكون خصما عنه وقائما مقامه فى نفوذ القسمة عليه، وتمامه فى العناية ء

وذكر الإمام المحبوبى عن مبسوط شيخ الإسلام أنه فى الأولى تجوز فى العروض والعقار او الورثة صغارا وإلا ففى العروض فقط، وفى الثانية تبطل فيهما كما فى الكفاية والمعراج وغيرهما، وبه جزم الزيلعى. قال فى العناية والفرق بين المنقول والعقار أن الورثة او صغارا فللوصى بيعهما ولو كبارا فليس له بيع العقار عليهم، وله بيع المنقول فكذا القسمة لأنها نوع بيع اه.

أقول: وهذا إذا لم يكن فى التركة دين وإلا فله بيع العقار أيضا كما سيأتى ثم اعلم ان المراد إفراز حصة الصغار عن غيرهم أما لو أراد إفراز حصة كل من الصغار عن الآخر لا يجوز، وسيأتى تمامه آخر الوصايا فى الفروع (قوله غيب) أى مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا قهستانى (قوله فيرجع الموصى له بثلث ما بقى) اى فى أيدى الورثة إن كان قائما وإن هلك فى أيديهم فله أن يضمنهم قدر ثلث ما قبضوا وإن شاء ضمن الوصى ذلك القدر لأنه متعد فيه بالدفع إليهم والورثة بالقبض فيضمن أيهما شاء زيلعى، وهذا إذا كانت القسمة بغير أمر القاضى، أما لو قسم بأمره جاز فلا يرجع مسكين (قوله لأنه كالشريك) أى للورثة فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما يبقى عليها زيلعى (قوله معه) متعلق بضاع (قوله لأنه أمين) أى وله ولاية الحفظ زيلعى (قوله وصح قسمة القاضى) لأنه ناظر فى حق العاجز وإفراز لنصيب الغائب وقبضه من النظر فنفذ ذلك عليه وصح زيلعى (قوله حج عن الميت بثلث ما بقى) أى من منزل الآمر أو من حيث يبلغ وهكذا إن هلك ثانيا وثالثا إلا أن لا يبقى من ثلثه ما يبلغ الحج فتبطل الوصية كما مر فى باب الحج عن الغير (قوله خلافا لهما) فقال أبو يوسف إن كان المفرز

وقد تقرر فى المناسك (ولو أفرز الميت شيئا من ماله للحج فضاع بعد موته لا) يحج عنه بثلث مابقى لأنه عينه فإذا هلك بطلت .

(وصح بيع الوصى عبدا من التركة بغيبة الغرماء) للغرماء لتعلق حقهم بالمالية (وضمن وصى باع ما أوصى ببيعه وتصدق بثمنه فاستحق العبد بعد هلاك ثمنه) أى ضياعه (عنده) لأنه العاقد فالعهدة عليه (ورجع) الوصى (فى التركة) كلها : وقال محمد فى الثلث : قلنا إنه مغرور فكان دينا ، حتى لو هلكت التركة أو لم تف فلا رجوع وفى المنتقى أنه يرجع على من تصدق عليهم لأن غنمه لهم فغرمه عليهم (كما يرجع فى مال الطفل وصى باع ما أصابه) أى الطفل (من التركة وهلك ثمنه معه فاستحق) المال المبيع والطفل يرجع على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه (وصح احتياله بمال اليتيم لو خيرا) بأن يكون الثانى أملأ ، ولو مثله لم يجز منية (وصح بيعه وشراؤه من أجنبى بما يتغابن الناس)

مستغرقا للثلث بطلت الوصية ولم يحج عنه ، وإن لم يكن مستغرقا للثلث يحج عنه بما بقى من الثلث إلى تمام ثلث الجميع : وقال محمد : لا يحج عنه بشىء وقد قررناه فى المناسك زيلعى (قوله لتعلق حقهم بالمالية) أى لا بالصورة ، والبيع لا يبطل المالية لفواتها إلى خلف وهو الثمن ، بخلاف العبد المأذون له فى التجارة حيث لا يجوز للمولى بيعه لأن لغرمائه حق الاستسعاء ، بخلاف ما نحن فيه زيلعى (قوله باع ما أوصى ببيعه) أى باع عبداً ، ولو صرح به كغيره لكان أظهر لقوله فاستحق العبد (قوله أى ضياعه) الظاهر أن المراد بالهلاك ما يعم التصدق لما سيأتى (قوله لأنه العاقد) تعليل لقوله وضمن وصى (قوله قلنا أنه مغرور) أى لأن الميت لما أمره ببيعه والتصدق بثمنه كأنه قال هذا العبد ملكى عناية (قوله فلا رجوع) أى لا على الورثة ولا على المساكين إن كان تصدق عليهم لأن البيع لم يقع إلا للميت فصار كما إذا كان على الميت دين آخر عناية (قوله وفى المنتقى الخ) قال فى العناية : وهذه الرواية تخالف رواية الجامع الصغير ، ووجه رواية الجامع الصغير أن الميت أصل فى غنم هذا التصرف وهو الثوب والفقير تبع اهـ (قوله ولو مثله لم يجز) هو أحد قولين : قال فى الكفاية : وأشار فى الكتاب إلى أنه لايجوز اهـ أى حيث قيد الجواز بالإملاء ، وهذا إذا ثبت الدين بمداينة الميت ، فلو بمداينة الوصى يجوز سواء كان خيرا لليتيم أو شراً له إلا أنه إذا كان خيراً له جاز بالاتفاق ، حتى إذا أدرك ليس له نقض ذلك ، وإن كان شراً له جاز : ويضمن الوصى لليتيم عندهما ، وعند أبى يوسف لايجوز إتقانى عن شرح الطحاوى (قوله وصح بيعه وشراؤه) أطلقهما فشمل النقد والنسيئة إلى أجل متعارف لكن من ملىء ، فلو مفلس فسيأتى فى الفروع آخر الوصايا : قال فى الخانية : وإذا باع شيئا من تركة الميت بنسيئة ، فإن كان يتضرر به اليتيم بأن كان الأجل فاحشا لايجوز اهـ رملى (قوله من أجنبى) أى عن الميت وعن الوصى ، فلو باع من نفسه فسيأتى ، أو باع ممن لاتقبل شهادته له أو من وارث الميت لا يجوز :

قال فى جامع الفصولين : بيع المضارب ممن لاتجوز شهادته له بمحاباة قليلة لم يجز ، وكذا الوصى لو باع من هؤلاء ، فلو بمثل قيمته جاز ، ولو باع وارث صحيح من مورثه المريض أو شرى منه بقيمته لم يجز عند أبى حنيفة ، ولو بيسير الغبن لم يجز إجماعا لأنه كوصية له ووصى الميت لو عقد مع الوارث بمثل القيمة فعلى الخلاف اهـ :

[تنبيه] قال فى الخانية : يتيمان لكل منهما وصى لم يجز لأحد الوصيين الشراء ليتيمه من الوصى الآخر لأن

لا بما لايتغابن وهو الفاحش لأن ولايته نظرية ؛ فلو باع به كان فاسدا حتى يملكه المشترى بالقبض قهستانى ، وهذا إذا تبايع الوصى للصغير مع الأجنبى (وإن باع) الوصى (أو اشترى) مال اليتيم (من نفسه ، فإن كان وصى القاضى لايجوز ذلك مطلقا) لأنه وكيله (وإن كان وصى الأب جاز بشرط منفعة ظاهرة للصغير) وهى قدر النصف زيادة أو نقصا : وقالا : لايجوز مطلقا :

(وبيع الأب مال صغير من نفسه جائز بمثل القيمة وبما يتغابن فيه) وهو اليسير وإلا لا وهذا كله فى المنقول، أما فى العقار فسيجىء :

تصرفات الأوصياء مقيدة بالخيرية والنظر لليتيم ، فلو وجدت الخيرية هنا من أحدهما لا توجد من الآخر البتة فلا يجوز تصرفه اه :

أقول : هو مشكل لأن كلا منهما أجنبى عن الآخر ولم يشتر لنفسه بل ليتيمه فلا تشترط الخيرية فليتأمل ، اللهم إلا أن يقيد ذلك بالعقار وكان بيعه لغير النفقة ونحوها فإنه لابد حينئذ أن يباع بضعف القيمة كما يأتى وبه يظهر التعليل ، ويظهر لى أن هذا هو المراد ، والله أعلم (قوله لا بما لا يتغابن) الصحيح فى تفسيره أنه مالا يدخل تحت تقويم المقومين كما فى البحر والمنح وغيرهما (قوله لأن ولايته نظرية) ولا نظر فى الغبن الفاحش بخلاف اليسير لأنه يمكن التحرز عنه زيلعى (قوله كان فاسدا) هو ثانى قولين حكاهما فى القنية ، والأول أنه باطل لا يملكه المشترى بالقبض (قوله حتى يملكه المشترى بالقبض) وهل يضمن الوصى الغبن الفاحش الظاهر (١) نعم ط .

[تنبيه] المريض المديون لو باع بمحاباة لايجوز بخلاف وصيه بعد موته ، وهذا من عجيب المسائل حيث ملك الخلف المحاباة لا المالك أفاده فى الفصولين (قوله وهذا إذا تبايع الوصى الخ) لا حاجة إليه لتصريح المصنف به ط (قوله وإن باع الوصى) أى ماله من اليتيم (قوله من نفسه) متعلق باشترى والضمير للوصى (قوله لأنه وكيله) أى القاضى وفعل الوكيل كفعل الموكل وفعل الموكل قضاء وهو لا يقضى لنفسه ط (قوله وهى قدر النصف زيادة أو نقصا) الزيادة راجعة إلى الشراء والنقص إلى البيع ؛

قال الزيلعى : تفسير المنفعة الظاهرة أن يبيع ما يساوى خمسة عشر بعشرة من الصغير أو يشترى ما يساوى عشرة بخمسة عشر لنفسه من مال الصغير اه : قال فى أدب الأوصياء : وفى المنتقى وبه يفتى : وفى الخانية : وبهذا فسر الخيرية الإمام السرخسى فى غير العقار وهى فى العقار عند البعض أن يشترى بضعف القيمة ويبيع بنصفها؛ وفى الحافظية : يجوز بيع الوصى من نفسه وشراؤه إن كان فيهما نفع ظاهر كبيع ما يساوى تسعة بعشرة وشراء عشرة بتسعة :

قلت وأما فى العقار فلا شك أن الخيرية فى الشراء التضعيف وفى البيع التنصيف(٢) لأنه لايقدر على بيعها من الغير إلا بالضعف كما مر فكيف يسوغ له الشراء لنفسه بالأقل ؟ وأرى زيادة الاثنين فى العشرة ونقصه منها فيما عدا العقار كافيا فى الخيرية لأنه الغبن الفاحش الذى لايتحمله الناس اه ما فى أدب الأوصياء ملخصا ، وبه علم أن صحة شرائه غير خاصة فى المنقول فافهم (قوله وبيع الأب الخ) مثله ما إذا باعه من أجنبى فثلاث صور

---

(١) (قوله الظاهر نعم) قال شيخنا قد ذكروا فيما لو أجر متولى الوقف بأقل من أجر المثل أنه يتمم أجر المثل على المستأجر ولا شىء على الناظر ، فمقتضى هذا أن يكون تمام القيمة على المشترى ولا شىء على الوصى بل هذا أولى لأن الإجارة بيع المنافع ، وهى ليست بمال حقيقة وإنما جوزنا بيعها للضرورة فليتأمل اه .

(٢) (قوله وفى البيع التنصيف الخ) هذا غير مسلم بدليل التعليل تأمل اه .

(ولو زاد الوصى على كفن مثله فى العدد ضمن الزيادة ، وفى القيمة وقع الشراء له ، و) حينئذ (ضمن مادفعه من مال اليتيم) ولوالجية :

(و) فيها (لو دفع المال إلى اليتيم قبل ظهور رشده بعد الإدراك فضاع ضمن) لأنه دفعه إلى من ليس له أن يدفع إليه (وجاز بيعه) أى الوصى (على الكبير) الغائب (فى غير العقار) إلا الدين أو خوف هلاكه ذكره عزمى زاده معزيا للخانية :

فى حكم واحد ، وهى بيع الأب من نفسه أو من أجنبى ، وبيع الوصى من أجنبى ط :

قلت : وهذا لو الأب عدلا أو مستورا ، فلو فاسدا ففى بيعه المنقول روايتان كما سيأتى والشراء كالبيع :

وقال فى جامع الفصولين : للأب شراء مال طفله لنفسه بيسير الغبن لا بفاحشه اه :

وفيه : لو باع ماله من ولده لايصير قابضا لولده بمجرد البيع ، حتى لو هلك قبل التمكن من قبضه حقيقة هلك على الوالد ، ولو شرى مال ولده لنفسه لايبرأ عن الثمن حتى ينصب القاضى وكيلا لولده يأخذ الثمن ثم يرده على الأب ويتم البيع بقوله بعت من ولدى ولا يحتاج إلى قوله قبلت وكذا الشراء ، ولو وصيا لم يجز فى الوجهين مالم يقل قبلت ، وجاز للأب لا لوكيله ولا للوصى بيع مال أحد الصغيرين من الآخر ، ولو وكل الأب وكيلين بذلك جاز وفى بيع القاضى ذلك خلاف ، ولو وكل الأب رجلا ببيع ماله من طفله أو الشراء منه لم يجز إلا إذا كان الأب حاضرا ولم يجز للقاضى بيع مال اليتيم من نفسه وعكسه إذ الجواز من القاضى على وجه الحكم ولايجوز حكمه لنفسه ، بخلاف ماشراه من وصيه أو باعه من اليتيم وقبل وصيه فإنه يجوز ولو وصيا من جهة هذا القاضى اه ملخصا (قوله ضمن الزيادة) أى إلا إذا أوصى بها وكانت تخرج من الثلث ط (قوله وقع الشراء له) لأنه متعد فى الزيادة وهى غير متميزة فيكون متبرعا بتكفين الميت به رحتى (قوله قبل ظهور رشده) الرشد هو كونه مصلحا فى ماله كما مر فى الحجر ، وقدمنا هناك أن ظهوره بالبينة ، ولو ظهر رشده ولو قبل الإدراك فدفع إليه لايضمن كما فى الخانية (قوله ضمن) هذا قول الصاحبين بدليل التعليل : وقال الإمام بعدم الضمان إذا دفعه بعد خمس وعشرين سنة لأن له حينئذ ولاية الدفع إليه ط (قوله وجاز بيعه الخ) بيان المسألة أنه إذا لم يكن على الميت دين ولا وصية فإن الورثة كبارا حضورا لايبيع شيئا ، ولو غيبا له بيع العروض فقط ، وإن كلهم صغارا يبيع العروض والعقار ، وإن البعض صغارا والبعض كبارا فكذلك عنده : وعندهما يبيع نصيب الصغار ولو من العقار دون الكبار إلا إذا كانوا غيبا فيبيع العروض ، وقولهما القياس وبه نأخذ ، وإن كان على الميت دين أو أوصى بدراهم ولا دراهم فى التركة والورثة كبار حضور ، فعنده يبيع جميع التركة ، وعندهما لايجوز إلا بيع حصة الدين اه ملخصا من غاية البيان عن نكت الوصايا لأبى الليث (قوله إلا الدين) أى فله بيع العقار ، لكنه يوهم أنه مقيد بكون الكبير غائبا وليس كذلك كما مر .

وفى العناية قيد بالغيبة لأنهم إذا كانوا حضورا ليس للوصى التصرف فى التركة أصلا إلا إذا كان على الميت دين أو أوصى بوصية ولم تقض الورثة الديون ولم ينفذوا الوصية من مالهم فإنه يبيع التركة كلها إن كان الدين محيطا ، وبمقدار الدين إن لم يحط ، وله بيع مازاد على الدين أيضا عند أبى حنيفة خلافا لهما وينفذ الوصية بمقدار الثلث ، ولو باع لتنفيذها شيئا من التركة جاز بمقدارها بالإجماع وفى الزيادات الخلاف المذكور فى الدين اه : قال فى أدب الأوصياء وبقولهما يفتى كذا فى الحافظية والغنية وسائر الكتب اه ومثله فى البزازية .

[تنبيه] قال فى القنية لايملك الوصى بيع جزء شائع من دار اليتيم للنفقة إذا وجد من يشترى جزءا معينا منها

قلت : وفي الزيلعي والقهستاني الأصح لا لأنه نادر ، وجاز بيعه عقار صغير من أجنبي لا من نفسه بضعف قيمته ، أو لنفقة الصغير أو دين الميت ، أو وصية مرسلة لا نفاذ لها إلا منه ، أو لكون غلاته لاتزيد على مؤنته ، أو خوف خرابه أو نقصانه ، أو كونه في يد متغلب درر وأشباه ملخصا .

قلت : وهذا لو البائع وصيا لا من قبل أم أو أخ فإنهما لايملكان بيع العقار مطلقا ولا شراء غير طعام وكسوة ولو البائع أبا فإن محمودا عند الناس أو مستور الحال يجوز ابن كمال (ولا يتجر) الوصي (في ماله)

لأنه تعييب للباقي اه (قوله الأصح لا) راجع إلى قوله أو خوف هلاكه (قوله لأنه) أي الهلاك نادر ؛ قال في المعراج : وقال بعضهم لايملك وهو الأصح لأن الدار لاتهلك غالبا فيبنى الحكم عليه لا على النادر اه (قوله وجاز بيعه عقار صغير الخ) أطلق السلف جواز بيعه العقار وقيده المتأخرون بالشروط المذكورة كما في الخانية وغيرها ؛ قال الزيلعي : قال الصدر الشهيد وبه يفتى : أي بقول المتأخرين ، وما في الأشباه من أنه لايجوز عند المتقدمين سبق قلم فتنبه (قوله لا من نفسه) قال ابن الكمال : وقولهم أجنبي يؤذن أن بيعه من نفسه لايجوز لأن العقار من أنفس الأموال فإذا باع من نفسه فالتهمة ظاهرة اه ؛

وفيه أنه إذا كان بضعف القيمة لايتأتى معه التهمة فلعل القيد اتفاقي ، يؤيده مافي الهندية : لو اشترى الوصي عقار اليتيم لنفسه جاز لو خيرا بأن يأخذه بضعف القيمة عند البعض اه أفاده السائحاني ، وقدمنا مثله عن أدب الأوصياء ، وقوله عند البعض قيد لقوله بأن يأخذه الخ لا للجواز كما يعلم مما قدمناه (قوله أو لنفقة) أي وإن كان بمثل القيمة أو بغبن يسير ط .

أقول : وكذا يقال فيما بعده فيما يظهر بدليل جعله مقابلا للأول (قوله أو دين الميت) أي دين على الميت لا وفاء له إلا ببيعه خالية ، لكن يبيع بقدر الدين فقط على المفتى به كما قدمناه وكذا في الوصية (قوله مرسلة) تقدم تفسيرها بالتي لم تقيد بكسر كثلث أو ربع مثلا ، وذلك كما إذا أوصى بمائة مثلا (قوله أو خوف خرابه) تقدم في عقار الكبير الغائب أن الأصح أنه لايبيعه لذلك ، والظاهر أنه لايجرى التصحيح هنا لأن المنظور إليه هنا منفعة الصغير ولذا جاز هنا في بعض هذه الصور مالا يجوز في عقار الكبير تأمل (قوله أو كونه في يد متغلب) كأن استرده منه الوصي ولا بينة له ويخاف أن يأخذه المتغلب منه بعد ذلك تمسكا بما كان له من اليد فللوصي بيعه وإن لم يكن لليتيم حاجة إلى ثمنه كما في بيوع الخانية (قوله لا من قبل أم أو أخ) أي أو نحوهما من الأقارب غير الأب والجد والقاضي ، ويأتي آخر الباب تمام الكلام في ذلك (قوله مطلقا) أي ولو في هذه المستثنيات ، وإذا احتاج الحال إلى بيعه يرفع الأمر إلى القاضي ط (قوله يجوز) فليس للصغير نقضه بعد بلوغه إذ للأب شفقة كاملة ، ولم يعارض هذا المعنى معنى آخر فكان هذا البيع نظرا للصغير ، وإن كان الأب فاسدا لم يجز بيعه العقار فله نقضه بعد بلوغه هو المختار إلا إذا باعه بضعف القيمة إذ عارض ذلك المعنى معنى آخر ، ويجوز بيع منقوله في رواية ويوضع ثمنه في يد عدل ، وفي رواية لا إلا بضعف قيمته ؛ وبه يفتى جامع الفصولين وسيأتي في الفروع .

[تنبيه] ظاهر كلامهم هنا أنه لايفتقر بيع الأب عقار ولده إلى المسوغات المذكورة في الوصي ؛ ونقل الحموي في حواشي الأشباه من الوصايا أن الأب كالوصي لايجوز له بيع العقار إلا في المسائل المذكورة كما أفتى به الحانوتي اه ؛ ثم رأيت في مجموعة شيخ مشايخنا منلا على التركماني : قد نقل عبارة الحموي المذكورة ؛ ثم قال مانصه : وهو مخالف لإطلاق مافي الفصول وغيره ولم يستند الحانوتي في ذلك إلى نقل صحيح ، ولكن إذا صارت المسوغات في بيع الأب أيضا كما في الوصي صار حسنا مفيدا أيضا لأن الأخذ بالاتفاق أوفق هكذا أفادنيه .

أى اليتيم (لنفسه) فإن فعل تصدق بالربح (وجاز) لو اتجر من مال اليتيم (لليتيم) وتمامه فى الدرر :
قلت : وفى الأشباه لايملك الوصى بيع شئ بأقل من ثمن المثل لا فى مسألة الوصية ببيع عبده من فلان :
وفيها فى الكلام فى أجر المثل : للمتولى أجر مثل عمله ، فلو لم يعمل لا أجر له ،

شيخنا الشيخ محمد مراد السقامينى رحمه الله تعالى اه (قوله فإن فعل تصدّق بالربح) أى عندهما ويضمن رأس المال ، وعند أبى يوسف يسلم له الربح ولا يتصدق بشئ خالية : وفيها : ولا يملك إقراض مال اليتيم ، فإن أقرض ضمن والقاضى يملكه . والصحيح أن الأب كالوصى لا كالقاضى ، ولو أخذه الوصى قرضا لنفسه لايجوز ويكون دينا عليه . وقال محمد : وأما أنا أرجو أنه لو فعل ذلك وهو قادر على القضاء لابأس به اه :

وفى جامع الفصولين : القاضى إنما يملك الإقراض إذا لم يجد مايشترى به يكون غلة لليتيم لا لو وجده أو وجد من يضارب : وفى الحاوى الزاهدى : القاضى يأمر الوصى بالاتجار والشركة فى مال اليتيم دون المعاملة لأجل الربح اه . وأفاد الرملى أن مايفعله بعض جهلة القضاة أنهم يقضون بالربح من غير معاملة فى ماله إذا عومل فيه أول مرة ويستندون فى ذلك لمن لايعبأ بكلامه فى المذهب فهو قضاء بالربا المحرم فى سائر الأديان بمجرد خيالات فاسدة وهى النظر إلى اليتيم ، وهل فيما حرم الله تعالى نظر ماهذا إلا ضلال بعيد (قوله وجاز الخ) أفاد أنه لايجبر الوصى على التجارة والتصرف بمال اليتيم ، وبه صرح فى نور العين عن مجمع الفتاوى : وقال البيرى : الوصى إذا امتنع من التصرف لايجبر كما فى الخلاصة . وفى الحاوى الحصيرى قال محمد بن مقاتل : لو كان للميت على الناس ديون فليس للورثة أن يأخذوا الوصى باستخراج ذلك وقضائه اه :

[تتمة] لو أجره الأب أو الجد أو الوصى صح إذ لهم استعماله بلا عوض للتهذيب والرياضة فبالعوض أولى ، والوصى لو استأجره لنفسه صح لا لو أجر نفسه لليتيم ، ولو أجر الأب نفسه له صح وله قضاء دينه من مال ولده بخلاف الوصى ، ولهما بيع ماله بدين نفسهما كرهنه به : ولا بأس للأب أن يأكل من ماله بقدر حاجته لو محتاجا ولا يضمن ، بخلاف الوصى إلا إذا كان له أجرة فيأكل بقدرها ، وليس للوصى فى هذا الزمان أخذ مال اليتيم مضاربة ولا إقراض ماله ، ولو أقرض لا يعد خيانة فلا يعزل بها ، وله أن يوكل بكل مايجوزله أن يعمله بنفسه ، وتمام الفروع فى ٢٧ من جامع الفصولين (قوله بأقل من ثمن المثل) لعله محمول على الغبن الفاحش وإلا فقدم المصنف صحة بيعه وشرائه بما يتغابن الناس فيه ط (قوله إلا فى مسألة الوصية ببيع عبده من فلان) تمام عبارة الأشباه فلم يرض الموصى له بثمن المثل فله الحط اه أى إلى قدر ثلث المال .

قال البيرى : وفى تلخيص الكبرى أوصى بأن تباع أمته ممن أحبت جاز وتجبر ورثته على بيعها ممن أحبت ، ولو أبى ذلك الرجل أخذها بقيمتها حط من قيمتها قدر ثلث مال الموصى زاد فى الحاوى أنه يكون كالوصية اه : قال أبو السعود : وانظر إذا كان جميع قيمتها يخرج من ثلث ماله هل تعطى له بدون ثمن ، وقول الحاوى يكون كالوصية يقتضيه اه :

أقول : فيه بحث فإنه أوصى ببيعها لا بدفعها مجانا والبيع لابد فيه من ثمن وإن قل ، فهو وصية من حيث المحاباة إلى الثلث لا من كل وجه ، وقول الحاوى كالوصية يقتضيه حيث أتى بكاف التشبيه فتدبر (قوله للمتولى أجر مثل عمله) حتى لو كان الوقف طاحونة يستغلها الموقوف عليهم فلا أجر له فيها كما فى الخانية وهذا فى ناظر لم يشترط له الواقف شيئا كما فى الأشباه ط :

أقول : وفى تعبيره بأجر المثل إشارة إلى أن القاضى ليس له أن يجعل له أكثر منه ، حتى لو جعل له العشر كما هو المتعارف ، فإن كان أكثر من أجر المثل يرد الزائد كما حققه العلامة البيرى فى كتاب القضاء من شرحه

وأما وصى الميت فلا أجر له على الصحيح ، وهذا إذا عين القاضى للمتولى أجرا ، فإن لم يعين وسعى فيه سنة فلاشىء له وعزاه للقنية ثم ذكر مايخالفه فافهم ، وقد مر فى الوقف . وأما وصى القاضى ، فإن نصبه بأجرمثله جاز اه .

وفى القهستانى معزيا للذخيرة ولو كانوا صغارا وكبارا باع حصة الصغار كما مر ، وكذا الكبار على مامر من التفصيل . ونقل عن العمادية أن فى بيعه للعقار وفاء اختلاف المشايخ ، وجوّزه صاحب الهداية

على الأشباه فراجعه فإنه مهم . وأما لو شرط له الواقف شيئا فله أخذه وإن زاد على أجر المثل لأنه من الموقوف عليهم كما فى البحر (قوله وأما وصى الميت فلا أجر له على الصحيح) تعقبه الرملى فى فتاواه بما مر عن جامع الفصولين من أن الوصى لايأكل من مال اليتيم ولو محتاجا إلا إذا كان له أجرة فيأكل بقدرها . قال : وفى الخانية والبزازية : له ذلك لو محتاجا استحسانا .

وقد تقرر أن المأخوذ به الاستحسان إلا فى مسائل ليست هذه منها . ونقل القنية لايعارض نقل قاضيخان فإنه من أهل الترجيح اه ملخصا : وقال فى حاشيته على الأشباه أواخر كتاب الأمانات بعد كلام طويل : ولا يخفى أن وصى الميت إذا امتنع عن القيام بالوصية إلا بأجر لايجبر على العمل لأنه متبرع ولا جبر على المتبرع ، فإذا رأى القاضى أن يعمل له أجرة المثل فما المانع منه ؟ وهى واقعة الفتوى وقد أفتيت به مرارا اه وبه أفتى فى الحامدية أيضا .

أقول : وعبارة الخانية وعن نصير : للوصى أن يأكل من مال اليتيم ويركب دوابه إذا ذهب فى حوائج اليتيم . وقال بعضهم : لايجوز وهو القياس . وفى الاستحسان يجوز أن يأكل بالمعروف إذا كان محتاجا بقدر ماسعى اه .

أقول تقييده بالاحتياج موافقا لقوله تعالى — ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف — لايدل على جواز الأجرة لغير المحتاج ، ويأتى تمام الكلام على الأكل فى الفروع ولم يذكر ما إذا استأجره الميت .

وفى الخانية : أوصى إلى رجل واستأجره بمائة درهم لإنفاذ وصيته ، قالوا لايكون إجارة لأنه إنما يصير وصيا بعد الموت والإجارة تبطل به بل يكون صلة فيعطى له من الثلث .

قال لك أجر مائة على أن تكون وصيى اختلفوا فيه : قال نصير : الإجارة باطلة ولا شىء له ؛ وقال أبو سلمة : الشرط باطل والمائة وصية له ويكون وصيا ، وبه أخذ أبو جعفر وأبو الليث اه (قوله وهذا) أى ثبوت أجر المثل للمتولى إذا عين الخ فلو كان أكثر فليس له إلا أجر مثل عمله ، ولو أجر المثل أكثر ليس له إلا ماعين له لرضاه به هذا ماظهر ط (قوله وسعى فيه سنة) أى مثلا ط (قوله فلا شىء له) لسعيه متبرعا (قوله ثم ذكر) أى فى الأشباه عن القنية مايخالفه حيث قال إنه يستحق وإن لم يشرط له القاضى (قوله فافهم) تنبيه على مابين كلاميه من المخالفة أو على اختيار الثانى لتأخره ، وبه أفتى فى الخيرية ناقلا عن البحر أن القيم يستحق أجر سعيه سواء شرطه له أو لا لأنه لايقبل القوامة ظاهرا إلا بأجر والمعهود كالمشروط اه (قوله وقد مر فى الوقف) الذى فى موضعين منه أن له أجر مثل عمله وكأنه استفاد من إطلاقه أن له ذلك وإن لم يشترط له تأمل (قوله جاز) فلو أراد أجرة لعمله قبل فرض القاضى ليس له ذلك لشروعه متبرعا كما فى الخيرية (قوله كما مر) أى من أنه يبيع المنقول بما يتغابن فيه دون العقار إلا فى المستثنيات (قوله على مامر من التفصيل) أى من أنه يبيع على الكبير الغائب فى غير العقار إلا لدين (قوله وفاء) بالنصب مفعول مطلق : أى بيع وفاء وهو المسمى بيعا جائزا وبيع طاعة ، وتقدم الكلام عليه قبيل الكفالة : قال فى جامع الفصولين : للوصى بيع العقار بيعا بالوفاء ،

(٩٠ — حاشية ابن عابدين — ٦)

لأن فيه استيفاء ملكه مع دفع الحاجة وإن لغير الوصي التصرف لخوف متغلب وعليه الفتوى وتمامه فيما علقته على الملتقى (ولا يجوز إقراره بدين على الميت ولا بشيء من تركته أنه لفلان إلا أن يكون المقر وارثا فيصح في حصته، ولو أقر) الوصي (بعين لآخر ثم ادعى أنه للصغير لايسمع) درر :

(ووصي أبي الطفل أحق بماله من جده

وقيل لا اه (قوله لأن فيه استيفاء ملكه) بناء على الصحيح من أنه منزل منزلة الرهن (قوله وتمامه فيما علقته على الملتقى) حيث قال : وإنما لم يحصر التصرف في الوصي إشارة إلى جواز تصرف غيره كما إذا خاف من القاضي على ماله أي مال الصغير فإنه يجوز لواحد من أهل السكة أن يتصرف فيه ضرورة استحسانا وعليه الفتوى ذكره القهستاني (قوله ولا يجوز إقراره بدين على الميت) لأنه إقرار على الغير منح ، فلا يجوز للمقر له أخذه حتى يقيم برهانا ويحلف يمينا ويضمن الوصي لو دفع إلى المقر له ط فلولا بينة له والوصي يعلم بالدين فالحيلة(١) ما في الخانية والخلاصة عن نصير أنه إن كان في التركة صامت يودعه قدر الدين وإلا يبيعه من التركة بقدره ثم يجحد الغريم ذلك فيصير قصاصا . قال في أدب الأوصياء عن الخاصي : والفتوى عليه ؛

وفي الخانية أيضا : شهد عنده عدل أن لهذا الرجل على الميت ألف درهم . حكي عن أبي سليمان أنه قال وسع الوصي أن يعطيه إلا أن يخاف على نفسه الضمان ، قيل له فإن كان جارية بعينها يعلم أن الميت غصبها منه قال يدفعها إليه(٢) وإلا صار غاصبا ضامنا (قوله فيصح في حصته) أي يصح إقراره فيها فيؤخذ جميع ما أقر به من حصته فافهم وهذا بخلاف ما إذا أقر بالوصية بالثلث حيث يلزمه في ثلث حصته كما تقدم قبيل باب العتق في المرض، وقيل الدين كذلك فيلزمه قدر مايخص حصته منه ، واختاره أبو الليث كما ذكره المصنف في كتاب الإقرار قبيل باب الاستثناء؛

[فرع] تركة فيها دين لم يستغرق قسمت فجاء الغريم فإنه يأخذ من كل منهم حصته من الدين ، وهذا إذا أخذهم جملة عند القاضي ، أما لو ظفر بأحدهم أخذ منه جميع مافي يده جامع الفصولين (قوله ولو أقر بعين) أي في يده كما في أدب الأوصياء وهذا إذا لم تكن من التركة وإلا لايجوز إقراره لقوله قبله ولا بشيء من تركته (قوله لاتسمع) لتناقضه لأن إقراره وإن كان لايمضي على غيره فهو يمضي عليه حتى لو ملكها يوما أمر بدفعها إلى المقر له ط (قوله ووصي أبي الطفل أحق الخ) الولاية في مال الصغير للأب ثم وصيه ثم وصي وصيه ولو بعد، فلو مات الأب ولم يوص فالولاية لأبي الأب ثم وصيه ثم وصي وصيه فإن لم يكن فللقاضي ومنصوبه ؛ ولو أوصى إلى رجل والأولاد صغار وكبار فمات بعضهم وترك ابنا صغيرا فوصي الجد وصي لهم يصح بيعه عليه كما صح على أبيه في غير العقار فليحفظ . وأما وصي الأخ والأم والعم وسائر ذوي الأرحام ففي شرح الإسبيجابي أن لهم بيع تركة الميت لدينه أو وصيته إن لم يكن أحد ممن تقدم لا بيع عقار الصغار إذ ليس لهم إلا حفظ المال ولا الشراء للتجارة ولا التصرف فيما يملكه الصغير ، من جهة موصيهم(٣) مطلقا لأنهم بالنظر إليه أجانب ، لهم شراء مالا بد منه من الطعام والكسورة وبيع منقول ورثة اليتيم من جهة الموصي لكونه من الحفظ لأن حفظ الثمن أيسر من حفظ العين اه من أدب الأوصياء وغيره

---

(١) (قوله فالحيلة الخ) فيه أن المودع والمشتري يحلفان حال الجحود فلا تتم الحيلة إلا أن يحلفه القاضي على الحاصل اه .

(٢) (قوله يدفعها إليه) أي ويضمن لورثة أرتكابا لأخف الضررين ، فإنه إن لم يدفعها يضمن أيضا ويكون آثما بخلاف حالة الدفع إذ لاشيء فيها إلا الضمان للورثة تأمل اه .

(٣) (قوله من جهة موصيهم) لعل الصواب زيادة لفظ غير بدليل التعليل وبدليل قوله ثم لهم شراء مالا بد منه من الطعام والكسورة وبيع منقول ورثة اليتيم من جهة الموصي اه .

وإن لم يكن وصيه فالجد) كما تقرر فى الحجر فى المنية ليس للجد بيع العقار والعروض لقضاء الدين وتنفيذ الوصايا بخلاف الوصى فإن له ذلك انتهى ، والله أعلم .

فصل فى شهادة الأوصياء

(وبطلت شهادة الوصيين لوارث صغير بمال) مطلقاً (أو كبير بمال الميت وصحت) شهادتهما (بغيره) أى بغير مال الميت لانقطاع ولايتهما عنه فلا تهمة حينئذ (كشهادة رجلين لآخرين بدين ألف على ميت و) شهادة (الآخرين الأولين بمثله ، بخلاف شهادة كل فريق بوصية ألف) وقال أبو يوسف : لاتقبل فى الدين أيضا ، وقد تقدم فى الشهادات (أو) شهادة (الأولين بعبد والآخرين بثلث ماله) أو الدراهم المرسلة

وفى جامع الفصولين : والأصل فيه أن أضعف الوصيين(١) فى أقوى الحالين كأقوى الوصيين فى أضعف الحالين وأضعف الوصيين وصى الأم والأخ والعم وأقوى الحالين حال صغر الورثة وأقوى الوصيين وصى الأب والجد والقاضى وأضعف الحالين حال كبر الورثة ثم وصى الأم فى حال صغر الورثة كوصى الأب فى حال كبر الورثة عند غيبة الوارث فللوصى بيع منقوله لا عقاره كوصى الأب حال كبرهم اهـ (قوله وإن لم يكن) أى يوجد (قوله كما تقرر فى الحجر) الأولى فى المأذون ط (قوله ليس للجد الخ) قال فى الخانية : فرق أبو حنيفة بين الوصى وأبى الميت فلوصى الميت بيع التركة لقضاء الدين وتنفيذ الوصية وأبو الميت له بيعها لقضاء الدين على الأولاد لا لقضاء الدين على الميت . قال شمس الأئمة الحلوانى : هذه فائدة تحفظ من الخصاف . وأما محمد فأقام الجد مقام الأب وبقول الخصاف يفتى اهـ .

وفى جامع الفصولين : للجد بيع العروض والشراء إلا أنه لو باع التركة لدين أو وصية لم يجز بخلاف وصى الأب اهـ (قوله بخلاف الوصى) أى وصى الأب كما فى أدب الأوصياء ، وظاهره أن وصى الجد كالجد فلا يملك ذلك بالأولى تأمل : قال ط : فيرفع الغرماء أمرهم إلى القاضى ليبيع لهم بقدر ديونهم وكذا الموصى لهم ، والله تعالى أعلم .

فصل فى شهادة الأوصياء

الأولى أن يزيد وغير ذلك لأن أكثر الفصل فى غيره ط (قوله مطلقا) أى سواء انتقل إليه من الميت أولا ، لأن التصرف فى مال الصغير للوصى سواء كان من التركة أو لا منح ، ففى شهادتهما إثبات التصرف فى المشهود به (قوله أو كبير بمال الميت) لأنهما يثبتان ولاية الحفظ ، وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث وعود ولايته إليهما بجنونه فرر الأفكار وهذا عنده . وقالا يجوز فى الوجهين : أى فيما تركه الميت وغيره زيلعى (قوله وقال أبو يوسف لا تقبل فى الدين أيضا) لأن الدين بالموت يتعلق بالتركة إذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى أحدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فكانت الشهادة فيه مثبتة للشركة فتتحقق التهمة . ولهما أن الدين يجب فى الذمة والاستيفاء من التركة ثمرته والذمة قابلة لحقوق شتى فلا شركة ، ولهذا لو تبرع أحد بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة بخلاف الوصية لأن الحق فيها لا يثبت فى الذمة بل فى العين فصار المال مشتركا بينهما فأورث شبهة اهـ درر . قال الشيخ قاسم فى حاشية المجمع : وعلى قول أبى يوسف اعتمد النسفى والمحبوبى . قال المقدسى : إن أراد النسفى صاحب الكنز فإن ما فيه قول محمد وهو قبولها فى الدين فقط . ثم قال : وينبغى عند الفتوى فى مثل هذا إن كان الشهود معروفين بالخير أن يعمل بقول محمد وإلا فبقول أبى يوسف اهـ ط عن شرح الحموى (قوله بعبد)

---

(١) (قوله والأصل فيه أن أضعف الوصيين الخ) انظر ماحكم أضعف الوصيين فى أضعف الحالين تأمل اهـ .

لإثباتها للشركة فتبطل (وتصح لو شهد رجلان لرجلين بالوصية بعين) كالعبد (وشهد المشهود لهما للشاهدين بالوصية بعين أخرى) لأنه لا شركة فلا تهمة زيلعي :

(شهد الوصيان أن الميت أوصى لزيد معهما لغت) لإثباتهما لأنفسهما معينا وحينئذ فيضم القاضي لهما ثالثا وجوبا لإقرارهما بآخر فيمتنع تصرفهما بدونه كما تقرر (إلا أن يدعي زيد ذلك) أي يدعي أنه وصي معهما فحينئذ تقبل شهادتهما استحسانا لأنهما أسقطا مؤنة التعيين عنه (وكذا ابنا الميت إذا شهدا أن أباهما أوصى إلى رجل) لجرهما نفعا لنصب حافظ للتركة (و) هذا لو (هو منكر) ولو يدعي تقبل استحسانا (بخلاف شهادتهما بأن أباهما وكل زيدا بقبض ديونه بالكوفة حيث لا تقبل مطلقا) ادعى زيد الوكالة أم لا لأن القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الحي بطلبهما ذلك بخلاف الوصية : وشهادة الوصي تصح على الميت لا له ولو بعد العزل وإن لم يخاصم ملتقى :

(وصي أنفذ الوصيه من مال نفسه رجع مطلقا) وعليه الفتوى درر (كوكيل أدى الثمن من ماله فإن له أن يرجع ، وكذلك الوصي إذا اشترى كسوة للصغير أو) اشترى (ماينفق عليه من مال نفسه) فإنه يرجع إذا أشهد على ذلك : وفي البزازية : إنما شرط الإشهاد لأن قول الوصي في الإنفاق يقبل لا في حق الرجوع بلا إشهاد انتهى فليحفظ :

قلت : لكن في القنية والخلاصة والخانية : له أن يرجع بالثمن وإن لم يشهد بخلاف الأبوين ،

أي بوصية عبد ط (قوله لإثباتها للشركة) أي في المشهود به إذ الثالث محل الوصية فيكون مشتركا بينهم معراج (قوله معينا) اسم فاعل من أعان (قوله كما تقرر) أي من امتناع تصرف أحد الأوصياء وحده (قوله استحسانا) والقياس أن لا تقبل كالأول (قوله لأنهما أسقطا مؤنة التعيين عنه : أي عن القاضي إذ لابد له أن يضم ثالثا إليهما كما مر فيكون وصيا معهما بنصب القاضي إياه كما إذا مات ولم يترك وصيا فإنه ينصب وصيا ابتداء فهذا أولى زيلعي :

أقول : ظاهره أن لهذا الثالث حكم وصي القاضي لا حكم وصي الميت وأن الشهادة لم تؤثر سوى التعيين تأمل ، وسيأتي الفرق بين الوصيين (قوله تقبل استحسانا) أي على أنـــه نصب وصي ابتداء على ما ذكرنا في شهادة الوصيين زيلعي (قوله بخلاف شهادتهما الخ) أي لو شهدا حال حياة الأب أن أباهما وكل هذا بقبض حقوقه والأب غائب وغرماء الأب يجحدون لا تقبل والفرق أنهما لو لم يشهدا بذلك لكنهما سألا من القاضي أن يجعل هذا وصيا والوصي يريد الإيصاء كان للقاضي أن يجعله وصيا فهنا أولى ، ولو سألاه أن ينصب وكيلا بقبض حقوقه حال غيبة الأب والوكيل يريد ذلك فالقاضي لا ينصب وكيلا ، ولو نصب هنا إنما ينصب بشهادتهما ولا يجوز ذلك لأنهما يشهدان لأبيهما ولوالجية (قوله لا له ولو بعد العزل) وكذا لا تقبل لليتيم وهذا بخلاف الوكيل حيث تقبل شهادته لموكله بعد العزل قبل الخصومة لأن الوصاية خلافة ولهذا لا تتوقف على العلم خلاصة (قوله رجع مطلقا) قال في المنح : وقيل إن كان هذا الوصي وارث الميت يرجع في تركة الميت وإلا فلا ، وقيل إن كانت الوصية للعباد يرجع لأن لها مطالبا من جهة العباد فكان كقضاء الدين ، وإن كانت الوصية لله تعالى لا يرجع ، وقيل له أن يرجع على كل حال وعليه الفتوى كما في الدرر ، وفي البزازية هو المختار اهـ (قوله فإنه يرجع إذا أشهد على ذلك) يعني على أنه أنفق ليرجع وهذا ما مشى عليه المصنف قبيل باب عزل الوكيل (قوله لا في حق الرجوع) ومثله قيم الوقف لأنهما يدعيان لأنفسهما دينا على اليتيم والوقف فلا يستحقانه بمجرد الدعوى كذا في أدب الأوصياء (قوله قلت الخ) نقل في الشرنبلالية عن العمادية ما يوافق هذا وما يخالفه : ثم قال : فقد اضطرب كلام أئمتنا في الرجوع مطلقا أو بالإشهاد عليه فليحرر اهـ :

وسيجيء مايفيده فتنبه (أو قضى دين الميت) الثابت شرعا (أو كفنه) أو أدى خراج اليتيم أو عشره (من مال نفسه أو اشترى الوارث الكبير طعاما أو كسوة للصغير)

أقول : والتحرير ما فى أدب الأوصياء عن المحيط أن فى رجوع الوصى بلا إشهاد للرجوع اختلاف المشايخ اه ونقل فى أدب الأوصياء كلا من القولين عن عدة كتب وعن الخانية ، فقد اضطرب كلام الخانية أيضا ونقل عن الخلاصة اشتراط الإشهاد خلاف مانقله الشارح عنها : ثم قال : وفى المنتقى بالنون : أنفق الوصى من مال نفسه على الصبى وللصبى مال غائب فهو متطوع فى الإنفاق استحسانا إلا أن يشهد أنه قرض أو أنه يرجع به عليه لأن قول الوصى لايقبل فى الرجوع فيشهد لذلك : وفى العتابية ويكفيه النية فيما بينه وبين الله تعالى . وفى المحيط عن محمد إذا نوى الأب الرجوع ونقد الثمن على هذه النية وسعه الرجوع فيما بينه وبين الله تعالى ، أما فى القضاء فلا يرجع مالم يشهد ومثله فى المنتقى :

وفيه أيضا : ولو شرى الأب لطفله شيئا يجبر هو عليه كالطعام والكسوة لصغيره الفقير لم يرجع أشهد أو لم يشهد لأنه واجب عليه ، وإن شرى له مالا يجب عليه كالطعام لابنه الذى له مال والدار والخادم رجع إن أشهد عليه وإلا فلا : وعن أبى حنيفة فى نحو الدار : إن كان للإبن مال رجع إن أشهد وإلا لا ، وإن لم يكن له مال لم يرجع أشهد أولا :

وفى الخانية : ولو شرى لطفله شيئا وضمن عنه ثم نقده من ماله يرجع قياسا لااستحسانا اه :

قلت : فقد تحرر أن فى المسألة قولين : أحدهما عدم الرجوع بلا إشهاد فى كل من الأب والوصى : والثانى اشتراط الإشهاد فى الأب فقط ، ومثله الأم الوصى على أولادها ، وعللوه بأن الغالب من شفقة الوالدين الإنفاق على الأولاد للبر والصلة لاللرجوع ، بخلاف الوصى الأجنبى فلا يحتاج فى الرجوع إلى الإشهاد ، وقد علمت أن القول الأول استحسان . والثانى قياس ، ومقتضاه ترجيح الأول وعليه مشى المصنف قبيل باب عزل الوكيل وهذا كله فى القضاء ، والله تعالى أعلم (قوله وسيجيء) أى فى آخر الفروع مايفيده : أى يفيد اشتراط الرجوع فى الأبوين بل هو صريح فى ذلك ، فإن الذى سيجيء هو مانقلناه ثانيا عن المنتقى (قوله أو قضى دين الميت) قال فى أدب الأوصياء : وفى الخانية اشترط الإشهاد إذا قضاه بلا أمر الوارث ولم يشترطه فى النوازل . وقال وهو المختار ، فإنه ذكر أن الوصى إذا نفذ الوصية من مال نفسه يرجع فى مال الميت وهو المختار فتكون الرواية فى الوصية رواية فى الدين لأنه مقدم عليها ووجوب قضائه آكد من لزوم إنفاذها اه وهو الموافق لما مر عن المنح والدرر من قوله فكان كقضاء الدين (قوله أو كفنه) أى كفن المثل ، وقد ذكر المصنف قبل الفصل أنه لو زاد الوصى على كفن المثل فى العدد ضمن الزيادة وفى القيمة وقع الشراء له (قوله أو أدى خراج اليتيم الخ) أى خراج أرضه ، وظاهره أنه يصدق بيمينه بلا إشهاد ، وفيه خلاف حكاه فى أدب الأوصياء (قوله أو اشترى الوارث الكبير الخ) كذا فى الخانية ونصها أو اشترى الوارث الكبير طعاما أو كسوة للصغير من مال نفسه لايكون متطوعا وكان له الرجوع فى مال الميت والتركة اه :

أقول : ولم يشترط الإشهاد مع أن فى إنفاق الوصى خلافا كما مر ، وينبغى جريانه هنا بالأولى على أنه قد وقع الاختلاف فى إنفاقه على الصغير نصيبه من التركة نفقة مثله فى أنه يصدق أم لاقولان حكاهما الزاهدى فى الحاوى ثم قال : والمختار للفتوى مافى وصايا المحيط برواية ابن سماعة عن محمد : مات عن ابنين صغير وكبير وألف درهم فأنفق على الصغير خمسمائة نفقة مثله فهو متطوع إذا لم يكن وصيا : ولوكان المشترك طعاما أو ثوبا وأطعمه الكبير الصغير أو ألبسه فاستحسن أن لا يكون على الكبير ضمان اه

أو كفن الوارث الميت أو قضى دينه (من مال نفسه) فإنه يرجع ولا يكون متطوعا .

(ولو كفن الوصي الميت من مال نفسه قبل قوله فيه) قيل هو مستدرك بقوله أو كفنه .

(ولو باع) الوصي (شيئا من مال اليتيم ثم طلب منه بأكثر) مما باعه (رجع القاضي فيه إلى أهل البصيرة والأمانة (إن أخبره اثنان منهم أنه باع بقيمته ، وإن قيمته ذلك لايلتفت) القاضي (إلى من يزيد ، وإن كان في المزايدة يشترى بأكثر وفي السوق بأقل لاينتقض بيع الوصي لذلك) أى لأجل تلك الزيادة (بل يرجع إلى أهل البصيرة ، فإن اجتمع رجلان منهم على شيء يؤخذ بقولهما) عند محمد (وكفى قول واحد في ذلك) عندهما

وفي جامع الفتاوى ولو أنفق الأخ الكبير على أخيه الصغير من نصيبه من التركة ، إن كان طعاما لم يضمن ، وإن كان دراهم فكذلك إن كان في حجره ، وفي غير ذلك يضمن إن لم يكن وصيا اهـ ومثله في التاترخانية ، وقدم المصنف في فصل البيع من كتاب الكراهية والاستحسان أنه يجوز شراء مالابد للصغير منه وبيعه لأخ وعم وأم وملتقط هو في حجرهم وإجارته لأمه فقط اهـ ومثله في الهداية ، وعليه فيمكن حمل ما مر عن محمد على ما إذا لم يكن في حجره تأمل ، وعلى كل فما في الخانية مشكل إن لم يكن الكبير وصيا فليتأمل (قوله أو كفن الوارث الميت) كذا في الخانية أيضا ، وصرح فيها بأنه يرجع على التركة ، قلت : وهذا لو كفن المثل كما مر .

[تنبيه] لو مات ولا شيء له ووجب كفنه على ورثته فكفنه الحاضر من مال نفسه ليرجع على الغائب منهم بحصته ليس له الرجوع لو أنفق بلا إذن القاضي حاوى الزاهدى .

قال الرملي في حاشية الفصولين : ليستفاد منه أنه لو لم يجب عليهم كتكفين الزوجة إذا صرفه من ماله غير الزوج بلا إذنه أو إذن القاضي فهو متبرع كالأجنبي فيستثنى تكفينها ، بلا إذن مطلقا(١) بناء على المفتى به من أنه على زوجها ولو غنية (قوله أو قضى دينه) أى الثابت شرعا وإلا فلا يرجع على الغائب ، وإن دفع من التركة فللغائب أن يسترد قدر حصته لأنه لم يثبت شرعا ، وكذا الوصي في الدين أو الوديعة : وأما المهر ، فإن دخل الزوج بها منع عنها ما جرت العادة بتعجيله والقول في قدره للورثة ، وفيما زاد عليه القول للمرأة شرنبلالية عن العمادية ملخصا أى لو ادعى الورثة قدر ما جرت العادة بتعجيله فالقول لهم ، ولو ادعوا أزيد عليه فالقول للمرأة في نفي الزيادة (قوله قيل هو مستدرك) عبر بقيل لإمكان الفرق بأن ما مر في أصل الرجوع وهذا في قدر الثمن لو كذبوه فيه أفاده ط : وفي أدب الأوصياء عن الخلاصة : لو نقد الثمن من ماله يصدق إن كان كفن المثل : وفي الوجيز لا يصدق إلا ببينة ولو نقده(٢) من التركة (قوله إلى أهل البصيرة) أى العقل . والذى في الخانية وغيرها إلى أهل البصر وهو المناسب هنا : أى أهل النظر ، والمعرفة في قيمة ذلك الشيء (قوله وإن قيمته ذلك) توضيح لما قبله ، وأما إذا أخبرا بأن قيمته أكثر مما أخذه المشترى فهو باطل . قال في أدب الأوصياء عن الجواهر : باع الوصي ضيعة للدين فتبين أن قيمتها أكثر فالبيع باطل ولا يحتاج إلى فسخ الحاكم فلو باعها ثانيا بثمن المثل صح البيع الثاني اهـ وقدم الشارح أن البيع فاسد وهو أحد القولين وهذا حيث كان بغبن فاحش كما مر (قوله لايلتفت القاضي إلى من يزيد) لأن الزيادة قد تكون للحاجة لا لأن القيمة أزيد مما باع به الوصي ، حتى لايجوز البيع إن كان النقص فاحشا أدب الأوصياء (قوله لا ينتقض بيع الوصي لذلك) أى لا يحكم بانتقاضه بمجرد تلك الزيادة

---

(١) (قوله بلا إذن مطلقا الخ) أى سواء كفن كفن المثل أو زاد عليه بخلاف مسئلة غيرها فإنه يرجع الوارث بكفن المثل لا للزيادة كما في الشارح اهـ.

(٢) (قوله ولو نقده الخ) لعل في العبارة سقطا وهو جواب لو وأصل الكلام ولو نقده من التركة يصدق هذا هو الموافق للمعروف المنقول من الأئمة ، وأما كون لو وصلية ويكون المعنى والنقد من التركة كالنقد من ماله فليس بمعلوم فلا يناسب حمل كلام الوجيز عليه ، هذا ماظهر لى فليحرر اهـ .

كما فى التزكية ، وعلى هذا قيم الوقف إذا أجر مستغل الوقف ثم جاء آخر يزيد فى الأجر الكل فى الدرر معزيا للخانية ،

[فروع] يقبل قول الوصى فيما يدعيه من الإنفاق بلا بينة إلا فى ثانى عشرة مسألة على ما فى الأشباه : ادعى قضاء دين الميت ، وادعى قضاءه من ماله بعد بيع التركة قبل قبض ثمنها ، أوأن اليتيم استهلك مالا آخر فدفع ضمانه ، أو أذن له بتجارة فركبه ديون فقضاها عنه ، أو أدى خراج أرضه فى وقت لايصلح للزراعة ،

لاحتمال أن ماباعه به هو قيمته فلذ قال بل يرجع الخ فافهم قال ط : ولوقال بعد قوله ثم طلب منه بأكثر مماباعه أوكان فى المزايدة يشترى بأكثر ، وفى السوق بأقل لكان أخصر اﻫ .

[تتمة] قال فى أدب الأوصياء : باع الأب مال طفله ثم ادعى فيه فاحش الغبن لم تسمع دعواه فينصب الحاكم قيما عن الصبى فيدعيه على المشترى وهذا إذا أقر الأب بقبض ثمن المثل أو أشهد عليه فى الصك ، أما إذا لم يقر به ولم يشهد عليه أو قال بعته ولم أعرف الغبن أو قال كنت عرفته ولكن لم أعرف أن البيع لايجوز معه فحينئذ له أن يدعى بعده الغبن ، ولو بلغ اليتيم فادعى كون بيع الأب أو الوصى بفاحش الغبن وأنكر المشترى ذلك يحكم الحال إن لم تكن المدة قدر ما يتبدل فيه السعر وإلا صدق المشترى ، ولو برهن كل منهما فبينة مثبت الزيادة أولى اﻫ (قوله يقبل قول الوصى الخ) قال فى الأشباه : يقبل قول الوصى فيما يدعى من الإنفاق بلابينة إلا فى ثلاث : الإنفاق على رحمه ، وخراج أرضه ، وجعل عبده الآبق اﻫ ملخصا ثم قال : والحاصل أنه يقبل قوله فيما يدعيه إلا فى مسائل الخ فالمناسب للشارح حذف قوله من الإنفاق :

[تنبيه] فى الذخيرة ينبغى للوصى أن لايضيق على الصغير فى النفقة بل يوسع عليه بلا إسراف وذلك يتفاوت بقلة ماله وكثرته فينظر إلى ماله وينفق بحسب حاله .

وفى شرح الأصل لشيخ الإسلام : كبر الصغار واتهموا الوصى وقالوا إنك أنفقت علينا من الربح أو تبرع بها فلان يجب على الوصى اليمين على دعواه إلا إذا ادعوا ما يكذبهم الظاهر فيه كأن يدعوا مالا يكفى مثله لمثلهم فى مثل المدة فى الغالب ، وهذا إذا ادعى نفقة المثل أو أزيد بيسير وإلا فلا يصدق ويضمن ، ما لم يفسر دعواه بتفسير محتمل كقوله اشتريت لهم طعاما فسرق ثم اشتريت ثانيا وثالثا فهلك فيصدق بيمينه لأنه أمين اﻫ ملخصا من أدب الأوصياء (قوله ادعى قضاء دين الميت) شروع فى الاثنتى عشرة مسئلة والظاهر أن المراد بهذه المسئلة ما ذكره فى الأشباه قبل سرده المسائل حيث قال وفى جامع الفصولين : قضى وصيه دينا بغير أمر القاضى فلما كبر اليتيم أنكر دينا على أبيه ضمن وصيه ما دفعه لو لم يجد بينة إذا أقر بسبب الضمان وهو الدفع إلى الأجنبى ، فلو ظهر غريم آخر بغرم له حصته الخ وإلا فلو أقر به الوارث وادعى الوصى أداءه من التركة صدق (قوله أو ادعى الخ) قدمنا عن أدب الأوصياء أنه فى الخانية اشترط الإشهاد ولم يشترطه فى النوازل ، وانظر ما فائدة قوله بعد بيع التركة ولعله اتفاق لأنه قبله كذلك بالأولى (قوله أو أن اليتيم استهلك مالا آخر الخ) الذى فى الأشباه مال آخر بالإضافة:

وصورتها قال له : إنك استهلكت مال فلان فى صغرك فأديته من مالك فكذبه وقال لم أستهلك شيئا فالقول لليتيم والوصى ضامن إلا أن يبرهن كما فى أدب الأوصياء (قوله أو أدى خراج أرضه الخ) وكذا إذا ادعى الوصى أن أبا اليتيم مات من منذ عشر سنين وأنه دفع خراج أرضه تلك المدة وقال اليتيم لم يمت أبى إلا من منذ سنتين :

وأجمعوا على أن الأرض لو كانت صالحة للزراعة يوم الخصومة يكون القول للوصى مع يمينه يعنى واتفقا على

أو جعل عبده الآبق أو فداء عبده الجانى أو الإنفاق على محرمه أو على رقيقه الذين ماتوا أو الإنفاق عليه مما فى ذمته وكذا من مال نفسه حال غيبة ماله وأراد الرجوع أو أنه زوج اليتيم امرأة ودفع مهرها من ماله وهى ميتة :

الثانية عشرة اتجر وربح ثم ادعى أنه كان مضاربا والأصل أن كل شىء كان مسلطا عليه فإنه يصدق فيه ومالا فلا ينصب القاضى وصيا فى سبعة مواضع مبسوطة فى الأشباه :

الوقت الذى مات فيه أبو اليتيم كما يفهم من عبارة شرح تنوير الأذهان عن التاترخانية اهـ أبو السعود ، وظاهر قوله لو كانت صالحة للزراعة يوم الخصومة أنها لو لم تكن صالحة للزراعة يوم الخصومة فلا بد له من البينة لأن الحال فى الأول شاهد له بخلاف الثانى ، وعليه فقول الشارح فى وقت لا يصلح للزراعة ليس متعلقا بأدى بل هو متعلق بادعى مقدارا : أى ادعى أداء خراج أرضه الخ وإلا نافى مامر متنا من أنه يقبل قوله فى أداء خراجه لكنه محمول على هذا التفصيل ، فتنبه (قوله أو جعل عبده الآبق) هذا على قول محمد: أما على قول أبى يوسف فيقبل قوله بلا بيان ، وجزم بالأول فى الولوالجية ، ولم يحك الصدر الشهيد فيه خلافا قال فى الخلاصة وقيل إنه على الخلاف ا هـ .

وأجمعوا على أن الوصى لو استأجر رجلا ليرده أنه يكون مصدقا كما فى الخانية وفى الأصل وغيره : لو قال أديت من مال نفسى لأرجع عليك لم يصدق إلا بالبينة أفاده فى أدب الأوصياء . أقول وظاهر هذا ترجيح قول محمد تأمل (قوله أو فداء عبده الجانى) فى الكافى : لو قال أديت ضمان غصبك أو جناياتك أو جناية عبدك فلا يصدق بلا بينة أبو السعود . أقول ظاهره ولو أقر اليتيم بالجناية تأمل .(قوله أو الإنفاق على محرمه) فى الخانية قال الوصى : فرض القاضى لأخيك الأعمى هذا نفقة فى مالك كل شهر كذا درهما فأديت إليه ذلك منذ عشر سنين وكذبه الابن لا يقبل قول الوصى إجماعا ويكون ضامنا للمال مالم يقم البينة على فرض القاضى وإعطاء المفروض الأخ ا هـ وعلله فى شرح المجمع بأنه ليس من حوائج اليتيم وإنما يقبل قوله فيما كان من حوائجه اهـ فينبغى أن لا تكون نفقة زوجته كذلك لأنها من حوائجه ، وتمامه فى الأشباه .(قوله أو على رقيقه الذين ماتوا) هذا قول محمد : وقال أبو يوسف : القول للوصى :

وأجمعوا أن العبيد لو كانوا أحياء فالقول للوصى ، وهل يحلف؟ خلاف منهم من قال لا يحلف إذا لم تظهر منه الخيانة . ونقل البيرى عن البزازية تفصيلا فقال : إن كان مثل هذا الميت يكون له مثل هذا الرقيق فالقول للوصى وإلا فلا أبو السعود (قوله أو الإنفاق عليه) قدمنا الكلام فى ذلك ، وقوله مما فى ذمته ليس فى الأشباه ، واحترز به وبما بعده عما لو أنفق من مال اليتيم فانه يصدق فى نفقة مثله كما قدمناه عن شرح الأصل ، وقوله حال غيبة ماله : أى مال اليتيم ، ويعلم منه حال حضوره فى الأولى :

وفى أدب الأوصياء ويقبل قول الوصى فيما يدعيه من الإنفاق على اليتيم وعلى امواله من العبيد والضياع والدواب ونحو ذلك إذا ادعى ماينفق على مثلهم فى تلك المدة لأنه قائم مقام الموصى أو القاضى اهـ (قوله أو هى ميتة) يفهم منه أنها لو كانت حية أو ميتة لكن أقر اليتيم بالتزويج أنه يرجع تأمل (قوله الثانية عشرة الخ) فى شرح الطحاوى تصرف الوصى أو الأب فى مال اليتيم فربح فقال كنت مضاربا لايكون له من الربح شىء إلا أن يشهد عند التصرف أنه يتصرف فيه بالمضاربة وهذا فى القضاء أما فى الديانة يحل له أخذ ماشرط من الربح وإن لم يشهد عليه أدب الأوصياء ، وقدمنا أنه ليس للوصى فى هذا الزمان أخذ مال اليتيم مضاربة (قوله فإنه يصدق فيه) أى بيمينه إذا لم يكذبه الظاهر حموى وبيرى عن صلح الولوالجية ط (قوله مبسوطة فى الأشباه) أى فى كتاب القضاء وقد ذكر الشارح منها ثلاثة ، قال فى الأشباه : وفيما إذا كان للميت ولد صغير ، وفيما إذا اشترى من مورثه شيئا

منها إذا كان له دين أو عليه أو لتنفيذ وصيته .

وزاد فى الزواهر موضعين آخرين :

اشترى الأب من طفله شيئا فوجده معيبا ينصب القاضى وصيا ليرده عليه ، وإذا احتيج لإثبات حق صغير أبوه غائب غيبة منقطعة ينصب وإلا فلا وعزاهما لمجمع الفتاوى .

وأراد رده بعيب بعد موته ، وفيما إذا كان أبو الصغير مسرفا مبذرا فينصبه للحفظ ، وذكر فى قسمة الولوالجية موضعا آخر ينصبه فيه فليراجع اه . والذى فى الولوالجية هو مالو ترك ضيعة بين صغير وغائبين وحاضرين باع أحدهما نصيبه لرجل فطالب القسمة فيجعل القاضى وكيلا عن الغائبين والصغير (قوله منها إذا كان له دين أو عليه) أى ليكون خصما فى الإثبات والدفع والقبض (قوله ليرده عليه) أفاد أن المراد أن ينصبه وصيا فى خصوص الرد لا مطلقا لأن الولاية فى غيره للأب ، وسيأتى أن وصى القاضى يقبل التخصيص (قوله غيبة منقطعة) بأن كان فى بلد لاتصل إليه القوافل كما قدمناه .

[تتمة] زاد الحموى وغيره مسائل أيضا .

ومنها لو ادعى شخص دينا والورثة كبار غيب فى بلد منقطع عن بلد المتوفى لاتأتى ولا تذهب القافلة إليه :

ومنها لو قال الوارث لاأقضى الدين ولا أبيع التركة بل أسلم التركة إلى الدائن نصب القاضى من يبيع التركة :

ومنها لو استحق المبيع فأراد المشترى أن يرجع بثمنه وقد مات بائعه ولا وارث له ينصب عنه وصى ليرجع المشترى عليه .

ومنها لو ظهر المبيع حرا وقد مات بائعه ولم يترك شيئا ولا وارثا ولا وصيا فينصب القاضى وصيا ليرجع عليه المشترى ويرجع هو على بائع الميت .

ومنها لو كان المدعى عليه مع كونه أخرس أصم وأعمى ولا ولى له :

ومنها لو شرى الوكيل فمات فلموكله الرد بعيب ، وقيل لوارثه أو وصيه ، فلو لم يكن فلموكله على رواية أبى الليث ، وفى رواية ينصب القاضى وصيا للرد .

ومنها لو مات الوصى فولاية المطالبة فيما باع من مال الصغير لورثة الوصى أو وصية ، فلو لم يكن نصب القاضى وصيا .

ومنها لو أتى المستقرض بالمال ليدفعه فاختفى المقرض فالقاضى ينصب قيما بطلب المستقرض ليقبض المال .

ومنها كفل بنفسه على أنه إن لم يواف به غدا فدينه على الكفيل فتغيب الطالب فى الغد ينصب القاضى وكيلا عنه ويسلم إليه المديون :

ومنها لو غاب الوصى فادعى رجل على الميت دينا ينصب القاضى خصما عن الميت اه ملخصا والمراد بالغيبة المنقطعة :

أقول : ويزاد مامر أول باب الوصى من أنه لو أوصى إلى صبى أو عبد غيره أو كافر أو فاسق بدلهم القاضى بغيرهم ، ومالو أوصى إلى اثنين فمات أحدهما ولم يوص إلى غيره فيضم القاضى إليه غيره ، وما لو عجز الوصى عن الوصاية :

ومنها ماقدمناه لو شرى مال ولده لنفسه لايبرأ عن الثمن حتى ينصب القاضى وكيلا لولده بأخذ الثمن ثم يرده على الأب .

وصى القاضى كوصى الميت إلا فى ثمان : ليس لوصى القاضى الشراء لنفسه ، ولا أن يبيع ممن لاتقبل شهادته له ، ولا أن يقبض إلا بإذن مبتدإ من القاضى ولا أن يؤجر الصغير لعمل ما ، ولا أن يجعل وصيا عند عدمه ، ولو خصصه القاضى تخصص ؛

ومنها مالو صدق الوصى مدعى الدين لا يصح بل ينصب غيره ليصل المدعى إلى حقه كما قدمناه عن الولوالجية :

ومنها إذا أسلمت زوجة المجنون الكافر ولا أب له ولا أم ينصب عنه القاضى وصيا يقضى عليه بالفرقة كما تقدم فى نكاح الكافر :

ومنها نصب الوصى عن المفقود .

ومنها إذا ادعى الوصى دينا على الميت ينصب القاضى وصيا للميت فى مقدار الدين الذى يدعيه ولا يخرج الأول عن الوصاية ، وعليه الفتوى كما فى الهندية فقد بلغت سبعة وعشرين والتتبع ينفى الحصر (قوله إلا فى ثمان) يزاد عليها تاسعة لذكرها قريبا : وعاشرة هى أن وصى القاضى لو عين له أجر المثل جاز ، بخلاف وصى الميت فلا أجر له على الصحيح كما قدمه عن القنية ، وقدمنا الكلام عليه (قوله ليس لوصى القاضى الشراء لنفسه) أى من مال اليتيم ولا بيع مال نفسه منه مطلقا ، بخلاف وصى الأب فيجوز بشرط منفعة ظاهرة لليتيم كما مر فى المتن فلو اشترى هذا الوصى من القاضى أو باع جاز حموى عن البزازية (قوله ولا أن يبيع الخ) للتهمة ، واقتصر على البيع ، والظاهر أن الشراء مثله ط (قوله ولا أن يقبض الخ) أى لو نصبه القاضى وصيا ليخاصم عن الصغير من كان فى يده عقار للصغير بغير حق ليس له القبض إلا بإذن مبتدإ من القاضى بعد الإيصاء إن لم يكن أذن له به وقت إذنه بالخصومة لأنه كالوكيل ، والفتوى على قول زفر أن الوكيل بالخصومة لايملك القبض ، بخلاف وصى الميت فإنه يملكه بلا إذن لأن الأب جعله خلفا عن نفسه فكان رأيه باقيا ببقاء خلفه ، ولو كان باقيا حقيقة لم يكن للقاضى التصرف فى ماله فكذا إذا كان باقيا حكما كما قاله الخصاف وهذا يفيد القطع بأن وصى الميت لاينعزل بعزل القاضى . قال البيرى : وأفاد أن القاضى ليس له سؤال وصى الميت عن مقدار التركة ولا التكلم معه فى أمرها بخلاف وصى القاضى وتمامه فيه اهـ ملخصا من حاشية أبى السعود ، وما ذكره البيرى يزاد على الثمان مسائل المذكورة (قوله ولا أن يؤجر الصغير لعمل ما) أى لأى عمل كان ، وهذا عزاه فى الأشباه إلى القنية ؛

أقول : يشكل عليه ماقدمناه أنه يملك إيجاره من لا وصاية له أصلا وهو رحمه المحرم الذى هو فى حجره تأمل ، وينبغى أن يستثنى تسليمه فى حرفة :

وفى أدب الأوصياء للوصى أن يؤجر نفس اليتيم وعقاراته وسائر أمواله ولو بيسير الغبن ، وإذا لم يكن أبوه حائكا أو حجاما لم يكن لمن يعوله أن يسلمه إلى الحائك أو الحجام لأنه يعير بذلك وتمامه فيه (قوله ولا أن يجعل وصيا عند عدمه) أى موته . قال فى الأشباه : : وصى القاضى إذا جعل وصيا عند موته لايصير الثانى وصيا ، بخلاف وصى الميت كذا فى التتمة اهـ . ثم نقل عن الخانية مانصه : الوصى يملك الإيصاء سواء كان وصى الميت أو وصى القاضى اهـ ومثله فى القنية عن صاحب المحيط ، ويأتى التوفيق (قوله ولو خصصه القاضى تخصص) لأن نصب القاضى إياه قضاء والقضاء قابل للتخصيص ، ووصى الأب لايقبله بل يكون وصيا فى جميع الأشياء لقيامه مقامه بيرى عن البزازية .

قلت : أو لأن وصى القاضى كالوكيل كما مر فيتخصص ، بخلاف وصى الأب .

ولو نهاه عن بعض التصرفات صح نهيه ، وله عزله ولو عدلا بخلاف وصى الميت فى ذلك كله . وفى الخزانة : وصى وصى القاضى كوصيه لو الوصية عامة انتهى ، وبه يحصل التوفيق وفى الفتاوى الصغرى: تبرعه فى مرضه إنما ينفذ من الثلث عند عدم الإجازة إلا فى تبرعه فى المنافع فينفذ من الكل بأن أجر بأقل من أجر المثل لأنها تبطل بموته

وفى حيل التاترخانية : جعل رجلا وصيا فيما له بالكوفة وآخر فيما له بالشام وآخر فيما له بالبصرة فعنده كلهم أوصياء فى الجميع ، ولا تقبل الوصاية التخصيص بنوع أو مكان أو زمان بل تعم . وعلى قول أبى يوسف كل وصى فيما أوصى إليه ، وقول محمد مضطرب والحيلة أن يقول فيما لى بالكوفة خاصة دون ماسواها ، ولظر فيها الإمام الحلوانى بأن تخصيصه كالحجر إذا ورد على الإذن العام ، فإنه لو أذن لعبده فى التجارة إذنا عاما ثم حجر عليه فى البعض لايصح وبأنهم ترددوا فيما إذا جعله وصيا فيما له على الناس ولم يجعله فيما للناس عليه ، وأكثرهم على أنه لايصح ، ففى هذه الحيلة نوع شبهة اه ملخصا ، ويؤيده نظر الحلوانى مافى الخانية قال : أوصيت إلى فلان بتقاضى دينى ولم أوص إليه غير ذلك ، وأوصيت بجميع مالى فلانا آخر فكل منهما وصى فى الأنواع كأنه أوصى إليهما اه ويؤيده أيضا إطلاق قولهم وصى الميت لايقبل التخصيص ومفاده أنه لا يتخصص وإن تعدد لكن فى الخانية أيضا عن ابن الفضل: إذا جعل وصيا على ابنه وآخر على ابنته أو أحدهما فى ماله الحاضر والآخر فى ماله الغائب ، فإن شرط أن لايكون كل وصيا فيما أوصى به إلى الآخر فكما شرط عند الكل وإلا فعلى الاختلاف ، والفتوى على قول أبى حنيفة اه ولعل مافى الخانية أو لا مبنى على قول الحلوانى فتأمل .

أقول : ومما يجب التنبه له أنه إذا أوصى إلى رجل بتفريق ثلث ماله فى وجوه الخير مثلا صار وصيا عاما على أولاده وتركته ، وإن أوصى فى ذلك إلى غيره على قول أبى حنيفة المفتى به فلا ينفذ تصرف أحدهما بانفراده والناس عنها فى زماننا غافلون وهى واقعة الفتوى . وقد نص عليها فى الخانية فقال : ولو أوصى إلى رجل بدين وإلى آخر أن يعتق عبده أو ينفذ وصيته فهما وصيان فى كل شئ عنده . وقالا : كل واحد وصى على ماسمى لايدخل الآخر معه اه (قوله ولو نهاه الخ) هذه راجعة إلى قبول التخصيص وعدمه أشباه (قوله وله عزله الخ) هذه المسألة الثامنة ، وقدم الشارح أول باب الوصى تقييده بما إذا رأى القاضى المصلحة فراجعه (قوله ووصى وصى القاضى الخ) أى إذا أوصى وصى القاضى عند موته إلى آخر صح وصار الثانى كالأول لو وصاية الأول عامة (قوله وبه يحصل التوفيق) بأن يحمل قوله المار ولا أن يجعل وصيا عند عدمه على ما إذا كانت الوصاية خاصة ، وكذا يحمل ماقدمناه عن الخانية والقنية على ما إذا كانت عامة فلا تتنافى عباراتهم فافهم (قوله بأن أجر الخ) ليس هذا من كلام الفتاوى الصغرى ، وصوره الزيلعى فى كتاب الغصب بأن أعار من أجنبى . وقال فى الأشباه : والمنصوص عليه أنه إذا أجر بأقل من أجر المثل فإنه ينفذ من الجميع اه . وأيضا إذا جازت الإعارة فالإجارة أولى ، ومثلها ما إذا أوصى بسكنى داره وخدمة عبده فإن الذى يعتبر من الثلث هو رقبة الدار والعبد دون السكنى والخدمة كما مر فى محله فليس المراد الحصر (قوله لأنها تبطل بموته الخ) كذا ذكره فى شرح الوهبانية والأشباه جوابا عن قول الطرسوسى إن هذه المسألة خالفت القاعدة فإن الأصل أن المنافع تجرى مجرى الأعيان ، وفى البيع يعتبر من الثلث اه .

بأقول(١) والذى يظهر لى أن الأولى الاقتصار على الجواب الثانى ، وهو أن فى المسألة روايتين لأن المنفعة

---

(١) (قوله أقول الخ) بحث فيه شيخنا بأن الغرض للطرسوسى طلب وجه الرواية القائلة بخروج المنافع من الكل وحينئذ لا ينفعه الجواب الثانى ، وقوله لأن المنفعة الخ رد هذا مولانا أيضا بأن محط الجواب إنما هو قولهم فلا إضرار والوصية بالسكنى لاضرر فيها على الورثة وإن اعتبرنا المنفعة من جميع المال لأنه يشترط خروج الرقبة منه وتوضيحه أن من القواعد تبعية المنافع الأعيان فما بال السكنى =

فلا إضرار على الورثة وفى حياته لا ملك لهم ، لكن فى العمادية أنها من الثلث فلعله روايتان .

باع مال اليتيم أو ضيعته والمشترى مفلس يؤجل ثلاثة أيام ، فإن نقد وإلا فسخ ، فإن أنكر الشراء وقد قبض يرفع الوصى الأمر للحاكم فيقول إن كان بينكما بيع فقد فسخته قبل الوصية ثم أراد عزل نفسه لم يجز إلا عند الحاكم .

فى الوصية بالسكنى والخدمة لاتعتبر من الثلث مع أنها باقية بعد الموت ، ففيه إيهام أن بطلان الإجارة سبب لاعتبار الوصية من الكل وليس كذلك كما علمت تأمل (قوله فلا إضرار على الورثة) أى فيما بعد الموت لأن الإجارة لما بطلت صارت المنافع ملكهم (قوله وفى حياته لا ملك لهم) أى فما استوفاه المستأجر قبل الموت لا إضرار عليهم فيه أيضا ، وبه سقط ما أورد عليه أنه لو آجر ما أجرته مائة مثلا بأربعين وطال مرضه حتى استوفى المستأجر المنفعة فى مدة الإجارة ، فإنه إن زاد على الثلث كان إضرارا بالورثة اه فافهم .

وفى شرح البيرى عن مزارعة المحيط : حق الغرماء والورثة يتعلق بما يجرى فيه الإرث وهو الأعيان ولايتعلق بما لايجرى فيه الإرث كالمنافع وما ليس بمال ، لأن الإرث يجرى فيما يبقى زمانين لينتقل بالموت إليهم من جهة الميت والمنافع لاتبقى زمانين اه .

واعترض البيرى هذا الحصر بأنه فى حيز المنافع لأن العفو عن القصاص بالنفس ليس بمال ، ولهذا صح عفو المريض عنه من جميع المال اه وأقره أبو السعود . أقول : وهذا عجيب ، فإن ذلك مؤيد للحصر لامانع له فتدبر (قوله لكن فى العمادية أنها من الثلث) ومثله فى النتف كما قدمناه فى باب العتق فى المرض عن القهستانى وقدمنا هناك عن الوهبانية الجزم بالأول (قوله أو ضيعته) عطف خاص على عام (قوله يؤجل) أى يؤجله الحاكم كما فى أدب الأوصياء ، وانظر هل يطالب بكفيل إذا خشى الهرب أو يفسخ حالا إذا لم ينقد الثمن حرره نقلا (قوله وقد قبض) الظاهر أنه إذا لم يقبض كذلك لأن المراد فسخ العقد ط (قوله فيقول) أى الحاكم بعد أن حلفه فحلف . قال نجم الدين الخاصى : ويجوز مثل هذا الفسخ وإن كان تعليقا بالمخاطرة ، وإنما يحتاج إلى فسخ الحاكم لأن الوصى لو عزم على ترك الخصومة بعد إنكار المشترى البيع يكون فسخا فى حكم الإقالة فيلزم الوصى كما لو تقايلا حقيقة ، أما إذا فسخه الحاكم لايلزم المبيع عليه بل يرجع إلى ملك الميت لكمال ولاية القاضى وشمولها ، ومثله فى الخانية أدب الأوصياء .

[تنبيه] لو استباع مال اليتيم الأملأ بالألف والأفلس بالألف والخمسمائة يبيعه الوصى من الأملإ ولا يلتفت إلى زيادة الأفلس حذرا من التلف كما فى الخانية وغيرها أدب الأوصياء (قوله لم يجز إلا عند الحاكم) ذكر ذلك فى البزازية فى منصوب القاضى كما قدمناه عنها فى أول باب الوصى : وأما وصى الميت ، فقد مر فى المتن أنه لايصح رده بعد قبوله بغيبة الميت لئلا يصير مغرورا من جهته .

وفى البزازية عن الإيضاح ، أراد عزل نفسه لم يجز إلا عند الحاكم ، لأنه التزم القيام فلا يملك إخراجه إلا بحضرة الموصى أو من يقوم مقامه وهو من له ولاية التصرف فى مال اليتيم ، وإذا حضر عند الحاكم فينظر

= لم تتبع الدار ؟ فإنه لو أوصى بعين الدار اعتبروا خروجها من الثلث ، ولو أوصى بسكنى لم يعتبروا ذلك ، وكذا لو حابى فى بيع الدار حال المرض اعتبروا خروج المحاباة من الثلث ، ولو حابى فى الإجارة لا .

والجواب أن المالك إذا تصرف فيما هو ملكه كان حقه أن ينفذ تصرفه لما أنه لا حجر على المالك فى أملاكهم إلا أنهم وجدوا فى بعض التصرفات إضرارا بالورثة فحجروا عليه فثبت الحجر عليه للضرورة والثابت بها لاعموم له ولايستتبع خصوصا ووصف هذا الأصل معلل بعلة وهى الضرر فيدار الحكم مع هذه العلة فإذا وجدت تلك فى الفرع لزمت تعديته لأصله وإلا فلا وفى مسئلة الوصية بالسكنى لاإضرار بعد اعتبار خروج الرقبة من الثلث وفى مسئلة الإجارة لا إضرار حيث تبطل بالموت اه .

دفع لليتيم ماله بعد بلوغه وأشهد اليتيم على نفسه أنه لم يبق له من تركة والده لا قليل ولا كثير ثم ادعى شيئا فى يد الوصى أنه من تركة أبى وبرهن تسمع ؛

للوصى الأكل والركوب بقدر الحاجة ، قال تعالى — ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف — له أن ينفق فى تعليم القرآن والأدب إن تأهل لذلك ، وإلا فلينفق عليه بقدر ما يتعلم القراءة الواجبة فى الصلاة مجتبى . وفيه : جعل للوصى مشرفا لم يتصرف بدونه ، وقيل للمشرف أن يتصرف وفيه للأب إعارة طفله اتفاقا لا ماله على الأكثر . وفيه : يملك الأب لا الجد عند عدم الوصى مايملكه الوصى ؛

فى حاله ، إن مأمونا قادرا على التصرف لايخرجه لأنه التزم القيام ولا ضرر للوصى فى إبقائه ، وإن عرف عجزه وكثرة أشغاله أخرجه للضرر فى إبقائه ولعدم حصول الغرض منه لقلة اهتمامه بأموره بعد طلب العزل اه ؛ وفى الأشباه : والعدل الكافى لايملك عزل نفسه ، والحيلة فيه شيئان الخ وقدمنا ذلك فراجعه (قوله تسمع) قال فى الخانية بعده : وكذا لو أقر الوارث أنه قبض جميع ماعلى الناس من تركة والده ثم ادعى على رجل دينا لوالده تسمع دعواه اه . قال فى الشرنبلالية لعدم مايمنع منها إذ ليس فيه إبراء لمعلوم عن معلوم ولا عن مجهول ، فهو إقرار مجرد لم يستلزم إبراء فليس مانعا من دعواه ، وقد اشتبه على صاحب الأشباه فظن أنه من قبيل البراءة العامة وأنه مستثنى من منعها الدعوى اه ملخصا ؛

أقول : هذا لايظهر على مافى أدب الأوصياء عن المنتقى وغيره من زيادة قوله ولم يبق عند الوصى لاقليل ولاكثير إلا استوفاه الخ فهو إقرار لمعين والإقرار حجة على المقر تأمل ، وقد تقدمت هذه المسألة قبيل الصلح وقال الشارح هناك ولا تناقض لحمل قوله لم يبق لى حق ، أى مما قبضته ، على أن الإبراء عن الأعيان باطل اه وتمام الكلام هناك (قوله للوصى الأكل الخ) قدمنا فى الخانية أنه استحسان إذا كان محتاجا بقدر ماسعى ؛ قال فى أدب الأوصياء : والقياس أن لايأكل لعموم قوله تعالى — إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما — قال الفقيه : ولعل قوله تعالى — ومن كان فقيرا — نسخ بهذه الآية ؛

قلت : فكأنه يميل إلى اختيار الثانى ، وهو قول الإمام . قال فى القنية : قال أبو ذر ، وهو الصحيح لأنه شرع فى الوصايا متبرعا فلا يوجب ضمانا اه . قال الإسبيجابى فى شرحه إلا إذا كان له أجر معلوم فيأكل بقدره (قوله له أن ينفق الخ) كذا فى مختارات النوازل ؛ وفى الخلاصة وغيرها : إن كان صالحا لذلك جاز وصار الوصى مأجورا وإلا فعليه أن يتكلف فى تعليم قدر مايقرأ فى صلاته اه فلم يقيده بالقراءة الواجبة تأمل ؛

وفى القنية : ولا يضمن ما أنفق فى المصاهرات بين اليتيم واليتيمة وغيرهما فى خلع الخاطب أو الخطيبة ، وفى الضيافات المعتادة ، والهدايا المعهودة ، وفى الأعياد وإن كان له منه بد ، وفى اتخاذ ضيافة لختنه للأقارب والجيران مالم يسرف فيه وكذا لمؤدبه ومن عنده من الصبيان وكذا العيدين . وقال بعضهم : يضمن فى ضيافة المؤدب والعيدين اه ملخصا . وفى المغرب : وعن أبى زيد الأدب اسم يقع على كل رياضة محمودة يتخرج بها الإنسان فى فضيلة من الفضائل اه (قوله جعل للوصى مشرفا الخ) قدمنا الكلام عليه (قوله للأب إعارة طفله الخ) فى شرح الطحاوى للإسبيجابى : للوصى والأب إعارة مال اليتيم . قال عماد الدين فى فصوله : وهذا مما يحفظ جدا . وفى التجنيس عن النوازل : ليس للأب ذلك لأنه ليس من توابع التجارة فى ماله ؛ وفى الذخيرة : له إعارة طفله أما إعارة ماله فكذلك عند البعض استحسانا لا عند العامة وهو القياس ؛ وفى فوائد صاحب

يملك الأب لا الجد قسمة مال مشترك بينه وبين الصغير بخلاف الوصي ؛

يملك الأب والجد بيع مال أحد طفليه للآخر ، بخلاف الوصي .

ولو باع الأب أو الجد مال الصغير من الأجنبي بمثل قيمته جاز إذا لم يكن فاسد الرأي ؛ ولو فاسده ، فإن باع عقاره لم يجز ، وفي المنقول روايتان ؛

ولو اشترى لطفله ثوبا أو طعاما وأشهد أنه يرجع به عليه يرجع لو له مال وإلا لا لوجوبهما عليه حينئذ ، وبمثله لو اشترى له دارا أو عبدا يرجع سواء كان له مال أو لا ، وإن لم يشهد

المحيط : له إعارة الولد إذا كان لخدمة الأستاذ لتعلم الحرفة ولغير ذلك لايجوز اه أدب الأوصياء (قوله يملك الأب لا الجد الخ) .

أقول : عبارة المجتبى مات عن أولاد صغار وأب ولاوصي له يملك الأب مايملك وصيه فينفذ وصاياه ويبيع العروض والعقار لقضاء دينه وليس للجد ذلك الخ هكذا رأيت في نسختي فتأمل ، وأشار بقوله وليس للجد ذلك إلى ماقدمناه قبيل الفصل عن الخانية من أن وصي الميت يملك بيع التركة لقضاء دين الميت بخلاف الجد ، ولو قال الشارح يملك الأب مالا يملكه الوصي لكان كلاما ظاهر المعنى ويكون مابعده من المسائل تفريعا عليه فإنها مما خالف الأب فيها الوصي ، وقد ذكر من ذلك في آخر فرائض الأشباه إحدى عشرة مسألة وزاد عليها في حاشية الحموي وغيرها سبع عشرة أخرى فراجع ذلك ، والمراد بالأب في هذه المسائل أبو الصغير لا أبو الميت (قوله بخلاف الوصي) فإنه لايجوز قسمته مالا مشتركا بينه وبين الصغير فيه نفع ظاهر عند الإمام ؛ وقال محمد لايجوز مطلقا ذخيرة ، والأصل في ذلك البيع لما في القسمة من معنى المبادلة والإفراز فكل من يملك من الأوصياء بيع شيء من التركة يملك قسمته ، ومن لا فلا ، والوصي لايملك بيع مال أحد الصغيرين من الآخر فلا يملك قسمة ذلك لأنه يكون قاضيا ومتقاضيا فلا يجوز ، وكذا أحد الوصيين لايملك البيع من الآخر فلا يملك القسمة ، بخلاف الأب فله أن يقاسم مال أولاده .

والحيلة للوصي أن يبيع حصة أحد الصغيرين فيقاسم مع المشتري ثم يشتري منه ماباعه بالثمن ، ولو في الورثة كبار فدفع لهم حصتهم وأفرز ما للصغار جملة بلا تمييز جاز لأن القسمة ما جرت بين الصغار بل بين الكبار والصغار ، وكذا لو قاسم الوصي مع الموصى له بالثلث وأمسك الثلثين للصغار ، وتمام ذلك في فصل القسمة من أدب الأوصياء ، ولكن قوله وكذا أحد الوصيين الخ قال ط فيه أن تصرف الوصي بالبيع والشراء الأجنبي يجوز بالقيمة وبالغبن اليسير وكل من اليتيمين أجنبي من الآخر اه وقدمنا نحوه (قوله ولو باع الأب أو الجد الخ) تقدمت هذه المسألة عن ابن الكمال قبيل قوله ولا يتجر في ماله ، ثم إن بيع الجد إنما يجوز لنحو النفقة والدين على الصغار لا للدين الذي على الميت أو لتنفيذ وصاياه كما تقدم فلا تغفل (قوله إذا لم يكن فاسد الرأي) الظاهر أنهم لم يفصلوا هذا التفصيل في الوصي لأن الميت أو القاضي لايختار للوصاية إلا من كان مصلحا يحسن تدبير أمر اليتيم ط .

أقول : قد صرحوا بأن الوصي حكمه حكم الأب المفسد وحينئذ فلا حاجة إلى التفصيل فيه فافهم (قوله لم يجز) أي إلا إذا باعه بضعف القيمة كما قدمناه (قوله وفي المنقول روايتان) قدمنا أن الفتوى على عدم الجواز (قوله ولو اشترى لطفله الخ) قدمنا أول الفصل الكلام على ذلك مستوفى (قوله بوجوبهما) أي الثوب والطعام والمراد النفقة والكسوة والأولى إفراد الضمير للعطف بأو (قوله وبمثله) أي في أنه يرجع بقيمة الدار أو العبد

لايرجع كذا عن أبي يوسف وهو حسن يجب حفظه انتهى :

كتاب الخنثى

لما ذكر من غلب وجوده ذكر نادر الوجود (وهو ذو فرج وذكر أو من عرى عن الاثنين جميعا ، فإن بال من الذكر فغلام ، وإن بال من الفرج فأنثى وإن بال منهما فالحكم للأسبق ، وإن استويا فمشكل ، ولا تعتبر الكثرة) خلافا لهما ، هذا قبل البلوغ (فإن بلغ وخرجت لحيته أو وصل إلى امرأة أو احتلم) كما يحتلم الرجل (فرجل ، وإن ظهر له ثدى أو لبن أو حاض أو حبل

إن أشهد والأولى حذف الباء (قوله لايرجع) لعدم وجوبه .(قوله وهو حسن الخ) قائله صاحب المجتبى ، والله تعالى أعلم :

كتاب الخنثى

هو فعلى من الخنث أي بالفتح والسكون : وهو اللين والتكسر ، يقال خنثت الشيء فتخنث : أي عطفته فانعطف ومنه سمي المخنث ، وجمع الخنثى الخناثى بالفتح كحبلى وحبالى اه شرح السراجية للسيد .

واعلم أن الله تعالى خالق بني آدم ذكورا وإناثا كما قال — وبث منهما رجالا كثيرا ونساء — وقال — يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور — وقد بين حكم كل واحد منهما ولم يبين حكم من هو ذكر وأنثى ، فدل على أنه لايجتمع الوصفان في شخص واحد ، وكيف وبينهما مضادة اه كفاية (قوله وهو ذو فرج) أراد به هنا قبل المرأة وإلا فالفرج يطلق على قبل المرأة والرجل باتفاق أهل اللغة مغرب (قوله أو من عرى الخ) بكسر الراء بمعنى خلا قال الإتقاني : وهذا أبلغ وجهي الاشتباه ولهذا بدأ محمد به اه .

أقول : وقوله ذو فرج وذكر تفسير الخنثى لغة ، وأما هذا فقد صرح الزيلعي وغيره بأنه ملحق بالخنثى : ويدل عليه قول محمد هو عندنا والخنثى المشكل في أمره سواء ، فقد سوى بينهما في الحكم لا في الدلالة ، وكونه أبلغ في الاشتباه لايدل على تسميته خنثى لغة ، ولذا قال القهستاني : وإن لم يكن له شيء منهما وخرج بوله من سرته ليس بخنثى ، ولذا قال أبو حنيفة وأبو يوسف : لاندرى اسمه كما في الاختيار . وقال محمد : إنه في حكم الخنثى اه فافهم (قوله فإن بال الخ) أي إذا وقع الاشتباه فالحكم للمبال لأن منفعة الآلة عند انفصال الولد من الأم خروج البول فهو المنفعة الأصلية للآلة وما سواه من المنافع يحدث بعدها ، وهذا حكم جاهلي وقد قرره النبي صلى الله عليه وسلم وتمامه في المطولات (قوله فالحكم للأسبق) لأنه دليل على أنه هو العضو الأصلي ولأنه كما خرج البول حكم بموجبه لأنه علامة تامة فلا يتغير بعد ذلك بخروج البول من الآلة الأخرى زيلعي (قوله وإن استويا) بأن خرج منهما معا (قوله فمشكل) لم يقل مشكلة لأنه لم يتعين أحد الأمرين فجاء على الأصل وهو التذكير ، أو لأنه لما احتمل الذكورة والأنوثة غلب التذكير أفاده الإتقاني (قوله ولا تعتبر الكثرة) لأنها ليست بدليل على القوة لأن ذلك لاتساع المخرج وضيقه لا لأنه هو العضو الأصلي ، ولأن نفس الخروج دليل بنفسه فالكثير من جنسه لايقع به الترجيح عند المعارضة كالشاهدين والأربعة ، وقد استقبح أبو حنيفة ذلك فقال : وهل رأيت قاضيا يكيل البول بالأواقي زيلعي (قوله كما يحتلم الرجل) بأن خرج منيه من الذكر ط (قوله أو لبن) أي في ثديه كلبن النساء وإلا فالرجل قد يخرج من ثديه لبن .

وفي الجوهرة : فإن قيل ظهور الثديين علامة مستقلة فلا حاجة إلى ذكر اللبن ، قيل لأن اللبن قد ينزل ولا ثدى أو يظهر له ثدى لا يتميز من ثدى الرجل فإذا نزل اللبن وقع التمييز اه ط عن الحموي (قوله أو حبل)

أو أمكن وطؤه فامرأة ، وإن لم تظهر له علامة أصلا أو تعارضت العلامات فشكل) لعدم المرجح : وعن الحسن أنه تعدّ أضلاعه فإن ضلع الرجل يزيد على ضلع المرأة بواحد ذكره الزيلعي وحينئذ (فيؤخذ فى أمره بما هو الأحوط) فى كل الأحكام :

قلت : لكن قدمنا أنه لايجب الغسل بالإيلاج فيه وأنه لايتعلق التحريم بلبنه فتنبه (فيقف بين صف الرجال والنساء ، و) إذا بلغ حد الشهوة (تبتاع له أمة تختنه من ماله) لتكون أمته أو مثله (ويكره أن يختنه رجل أو امرأة) احتياطا ولا ضرورة ، لأن الختان عندنا سنة (وإن لم يكن له مال فمن بيت المال ثم تباع) أو يزوج

بأن أخذ المنى بقطنة وأدخله فرجه فحبل ط عن سرى الدين (قوله أو أمكن وطؤه) بأن اطلع عليه النساء فذكرن ذلك أفاده ط ، وعبارة غيره أو جومع كما يجامع النساء (قوله أو تعارضت العلامات) كما إذا نهد ثديه ولبنت لحيته معا ، أو أمنى بفرج الرجل وحاض بفرج المرأة ، أو بال بفرجها وأمنى بفرجه قهستانى (قوله وعن الحسن) أى البصرى : قال فى المعراج : وحكى عن على والحسن أنهما قالا : تعدّ أضلاعه ، فإن أضلاع المرأة أكثر من أضلاع الرجل : وقال جابر بن زيد : يوقف إلى جانب حائط ، فإن بال عليه فهو رجل ، وإن تسلسل على فخذيه فهو امرأة وليس كلا القولين بصحيح اه (قوله يزيد) صوابه ينقص كما علمت وارجع إلى حاشية الحموى على الأشباه (قوله وحينئذ) أى حين إذ أشكل (قوله قلت الخ) :

أقول : وبالله التوفيق ، إن الأخذ فى أمره بالأحوط ليس على سبيل الوجوب دائما بل قد يكون مستحبا فى كثير من المسائل : منها ماذكره الشارح لأن إشكاله أورث شبهة وهى لاترفع الثابت بيقين ، لأن عدم الجناية وعدم التحريم كانا ثابتين يقينا فلا يرتفعان بشبهة أنوثته فيستحب الاحتياط ، بخلاف توريثه ونحوه مما سيأتى ، إذ ليس فيه رفع الثابت يقينا فلذا وجب الاحتياط فيه :

ويدل على ما قلنا مافى غاية البيان عن شرح الكافى للسرخسى : إذا وقف فى صف النساء فأحب إلى أن يعيد الصلاة كذا قال محمد فى الأصل ، وذلك لأن المسقط وهو الأداء معلوم ، والمفسد وهو المحاذاة موهوم ، وللتوهم أحب إعادة الصلاة ، وإن قام فى صف الرجال فصلاته تامة ويعيد من عن يمينه ومن عن يساره والذى خلفه بحذائه على طريق الاستحباب لتوهم المحاذاة اه ملخصا .

ثم لايخفى عليك أن الكلام فى الخنثى الذى تعارضت فيه العلامات ، فلا يرد أن إمكان الإيلاج فيه أو ظهور لبن له علامة ألوثته فيجب الغسل ويثبت التحريم ، لأن ذلك علامة الأنوثة عند الانفراد وعدم التعارض وليس الكلام فيه فافهم (قوله فيقف بين صف الرجال والنساء) إذ لو وقف مع الرجال احتمل أنه أنثى أو مع النساء احتمل أنه رجل وقدمنا حكمه (قوله وإذا بلغ حد الشهوة) أى إذا كان مراهقا وإلا فللرجل أن يختنه قهستانى عن الكرمانى :

أقول : تقدم فى شروط الصلاة عن السراج أنه لاعورة للصغير جدا ، ثم مادام لم يشته فقبل ودبر ثم تتغلظ إلى عشر سنين ثم كبالغ اه تأمل (قوله لتكون أمته) فيجوز نظرها إليه إن كان ذكرا ، وقوله أو مثله : أى إن كان أنثى فيكون نظر الجنس إلى الجنس ، وهو جائز حالة العذر كنظر القابلة وقت الولادة أو لقرحة فى الفرج ونحو ذلك (قوله احتياطا) إذ فى كل احتمال نظر الجنس إلى خلاف الجنس وهو أغلظ فلايجوز إلا لضرورة (قوله فمن بيت المال) هذا إذا كان أبوه معسرا وإلا ففى ماله قهستانى عن الذخيرة (قوله ثم تباع) أى ويرد ثمنها إلى بيت المال (قوله أو يزوج الخ) هذا قول الحلوانى ، قال فى الكفاية : وذكر شيخ الإسلام أنه لايفيد لأن النكاح موقوف والنكاح الموقوف لايفيد إباحة النظر إلى الفرج :

امرأة ختانة لتختنه لأنه إن كان ذكرا صح النكاح ؛ وإن أنثى فنظر الجنس أخف ، ثم يطلقها وتعتد إن خلا بها احتياطا (ويكره له لبس الحرير والحلى ، ولا يخلو به غير محرم) وإن قبله رجل ثبتت حرمة المصاهرة (ولا يسافر بغير محرم) لاحتمال أنه امرأة (وإن قال أنا رجل أو امرأة لاعبرة به) فى الصحيح لأنه دعوى بلا دليل (وقيل يعتبر) لأنه لايقف عليه غيره ؛ لكن فى الملتقى بعد تقرر إشكاله لايقبل وقبل يقبل .

قلت : وبه يحصل التوفيق ، ويضعف مانقله القهستانى عن شرح الفرائض للسيد وغيره إلا أن يحمل على هذا فتنبه :

(ولو مات قبل ظهور حاله لم يغسل ويمم بالصعيد) لتعذر الغسل

أقول : وقد يجاب بأن كونه موقوفا إنما هو من حيث الظاهر ، وإلا فالنكاح فى نفس الأمر إما صحيح إن كان ذكرا فيحل النظر وإما باطل إن كان أنثى فيكون فيه نظر الجنس إلى الجنس فهو مفيد على كل حال بناء على مافى نفس الأمر تدبر (قوله ثم يطلقها) أى إذا كان بالغا (قوله ويكره له لبس الحرير والحلى) لأنه حرام على الرجال دون النساء وحاله لم يتبين بعد فيؤخذ بالاحتياط فإن الاجتناب عن الحرام فرض والإقدام على المباح مباح فيكره حذرا عن الوقوع فى الحرام عناية (قوله ثبتت حرمة المصاهرة) أى فلا يحل للمقبل بشهوة أن يتزوج أمه .قال السائحانى : وكذا لو قبلته امرأة لاتتزوج أباه حتى يتضح الحال بظهوره مثل المقبل اه .

قلت وكان وجهه أن الأصل فى الفروج التحريم واحتمال أنه مثل المقبل لايرفع هذا الأصل الثابت فلا ينافى ماحررناه سابقا تأمل (قوله ولا يسافر بغير محرم) أى من الرجال ؛ ويكره مع امرأة ولو محرما لجواز كونه أنثى فيكون سفر امرأتين بلامحرم لهما وذلك حرام إتفاقى (قوله بعدتقرر إشكاله) أى تقرره عندنا بعلمنا به كما لو رأينا له ثديين ولحية .

قلت : وبه يحصل التوفيق أى فلاخلاف فى المسئلة والظاهر أن الذى أوهم المصنف أنهما قولان كلام الزيلعى حيث قال وإن قال الخنثى أنارجل أوامرأة لم يقبل قوله إن كان مشكلا لأنه دعوى بلا دليل .

وفى النهاية عن الذخيرة إن قال الخنثى المشكل أنا ذكر أوأنثى فالقول له لأنه أمين فى حق نفسه والقول للأمين مالم يعرف خلاف ماقال ، والأول ذكره فى الهداية اه كلام الزيلعى ملخصا .

أقول : ولامنافاة بينهما لأن مراد الذخيرة بالخنثى المشكل الذى لم يظهر لنا إشكاله بدليل قوله مالم يعرف خلاف ماقال ، ويدل عليه أيضا أخر عبارة الذخيرة المذكورة فى النهاية ونصه : ولمالم يعرف كونه مشكلا لم يعرف خلاف ماقال فصدق فيما قال ، ومتى عرف كونه مشكلافقد عرف خلاف ماقال وعرف أنه مجازف فى مقالته لأنه لايعرف من نفسه إذاكان مشكلا الاماعرفه نحن اه وهذا أسقطه الزيلعى فأوهم أن مافى الذخيرة خلاف مافى الهداية وتبعه المصنف فجعلهما قولين مع أنه فى الكفاية شرح كلام الهداية بكلام الذخيرة (قوله إلا أن يحمل على هذا) أى على أنه أراد قبل تقرر اشكاله ، ويؤيده أن السيد قدس سره لم يذكر المشكل وقيد بالأمور الباطلةالتى لاتقرر لنا إشكاله فإنه قال وقوله مقبول فيما كان من هذه الأمور باطنا لايعلمه غيره ثم قال وإذا أخبر الخنثى بحيض أو منى أو ميل إلى الرجال أو النساء يقبل قوله ولا يقبل رجوعه بعد ذلك إلا أن يظهر كذبه يقينا مثل أن يخبر بأنه رجل ثم يلد فإنه يترك العمل بقوله السابق اه (قوله ويمم) أى بخرقة إن يممه أجنبى وبغيرها إن يممه ذو رحم محرم منه ، ويعرض الأجنبى وجهه عن ذراعيه لجواز كونه امرأة ولايشترى جارية للغسل كما كان يفعل للختان لأنه بعد الموت لايقبل المالكية فالشراء غير مفيد عناية وكذا لو كانت له أمة فإن ملكه وإن بقى بعد موته إلا أن الأمة لاتغسل سيدها بخلاف الزوجة وبه اندفع ماأورده ابن الكمال من بقاء ملكه

(ولا يحضر) حال كونه مراهقا (غسل ميت ذكر أو أنثى . وندب تسجية قبره ، ويوضع الرجل بقرب الإمام ثم هو ثم المرأة إذا صلى عليهم) رعاية لحق الترتيب ، وتمام فروعه فى أحكامه من الأشباه بل عندى تأليف مجلد منيف (وله) فى الميراث (أقل النصيبين) يعنى أسوأ الحالين به يفتى كما سنحققه . وقالا : نصف النصيبين ، فلو مات أبوه وترك معه (ابنا) واحدا (له سهمان وللخنثى سهم)وعند أبى يوسف له ثلاثة من سبعة . وعند محمد

كما حرره فى الدر المنتقى (قوله ولا يحضر) أى لا يغسل رجلا ولا امرأة نهاية ومعراج ، والتقييد بالمراهق لكونه بعد البلوغ لا يبقى مشكلا غالبا (قوله ذكرا أو أنثى) أى ذكرا كان الميت أو أنثى وفى بعض النسخ ذكر بالجر (قوله وندب تسجية قبره) أى تغطيته لأنه إن كان أنثى أقيم واجب وإن كان ذكرا لا تضره التسجية زيلعى ، ولعله أراد بالواجب ستر عورة الأنثى وإلا فالتسجية مستحبة لا واجبة منح (قوله ثم هو) أى الخنثى فيؤخر عن الرجل لاحتمال أنه امرأة ولو دفن مع رجل فى قبر واحد لعذر جعل خلف الرجل ويجعل بينهما حاجز من صعيد ولو مع امرأة قدم عليها لاحتمال أنه رجل ، ويكفن فى خمسة أثواب كالمرأة ، وتمامه فى المنح (قوله فى أحكامه) أى فى بحث أحكام الخنثى وذكرها فى المنح أيضا (قوله يعنى أسوأ الحالين) انما حول العبارة ليشمل كونه محروما على تقدير اه ح :

قال فى المنح اعلم أن عند أبى حنيفة أقل النصيبين أن ينظر إلى نصيبه إن كان ذكرا وإلى نصيبه إن كان أنثى فأيهما أقل يعطاه وإن كان محروما على أحد التقديرين فلا شىء له (قوله وقالا نصف النصيبين) أى نصف مجموع حظ الذكر والأنثى :

ثم اعلم أن هذا قول الشعبى ، ولما كان من أشياخ أبى حنيفة وله فى هذا الباب قول منهم اختلف أبو يوسف ومحمد فى تخريجه فليس هو قولا لهما لأن الذى فى السراجية أن قول أبى حنيفة هو قول أصحابه وهو قول عامة الصحابة وعليه الفتوى وذكر فى النهاية والكفاية أن الذى فى عامة الروايات أن محمدا مع الإمام وكذا أبو يوسف فى قوله الأول ثم رجع إلى ما فسر به كلام الشعبى (قوله وعند أبى يوسف الخ) قال الزيلعى : واختلف أبو يوسف ومحمد فى تخريج قول الشعبى فقال أبو يوسف الميراث بينهما على سبعة أسهم للابن أربعة وللخنثى ثلاثة اعتبر نصيب كل واحد منهما حالة انفراده فإن الذكر لو كان وحده كان له كل المال والخنثى لو كان وحده إن كان ذكرا فكذلك وإلا فنصف المال فيأخذ نصف النصيبين نصف الكل ونصف النصف وذلك ثلاثة أرباع المال وللابن أى الواضح كل المال فيجعل كل ربع سهما فبلغ سبعة أسهم للابن أربعة وللخنثى ثلاثة ، لأن الابن يستحق الكل عند الانفراد والخنثى ثلاثة الأرباع فيضرب كل منهما بجميع حقه بطريق العول والمضاربة . وقال محمد بينهما على اثنى عشر سهما سبعة للابن وخمسة للخنثى اعتبر نصيب كل واحد منهما حالة اجتماع فلو كان الخنثى ذكرا فالمال بينهما نصفين ولو أنثى كان أثلاثا فالقسمة على الذكورة من اثنين وعلى الأنوثة من ثلاثة فيضرب أحدهما فى الآخر تبلغ ستة للخنثى ، على أنه أنثى سهمان وعلى أنه ذكر ثلاثة فله نصفهما ونصف الثلاثة كسر فتضرب الستة فى اثنين تبلغ اثنى عشر ، فللخنثى ستة على أنه ذكر وأربعة على أنه أنثى فله نصفهما خمسة اه ملخصا وتمامه فيه :

وأشار فى الهداية إلى اختيار قول محمد للاتفاق على تقليل نصيب الخنثى ، وماذهب إليه محمد أقل مما ذهب إليه أبو يوسف سهم من أربعة ثمانين سهما وطريق(١) معرفته ، أن تضرب السبعة فى اثنى عشر تبلغ أربعة وثمانين وحصة

---

(١) (قوله وطريق معرفته الخ) وتسمى هذه طريقة التجنيس وهكذا كل عددين نسب إليهما أقل منهما وأردت معرفة أى المنسوبين أقل فاضرب أحد العددين المنسوب إليهما فى الآخر ثم اضرب كل واحد من الأقلين فيما ينسب إليه الأقل الآخر وانظر فيما تحصل من ضرب كل من الأقلين فى منسوب الآخر فى مسألتنا لم يدر هل الثلاثة من سبعة كما هو قول أبى يوسف أكثر أو خمسة من اثنى عشر أكثر كما هو قول محمد. فإذا أردت معرفة أكثرهما فاضرب السبعة التى نسبت إليها الثلاثة فى الاثنى عشر التى نسبت إليها الخمسة تبلغ أربعة وثمانين ثم اضرب المنسوب إلى السبعة وذلك ثلاثة فى المنسوب إليه الخمسة وذلك اثنا عشر يكون الخارج ستة وثلاثين واضرب الخمسة فى السبعة تبلغ خمسة وثلاثين اه .

له خمسة من اثنى عشر . وعند أبي حنيفة له سهم من ثلاثة (لأنه لأقل) وهو متيقن به فيقتصر عليه لأن المال لا يجب بالشك ، حتى لو كان الأقل تقديره ذكرا قدرناه كزوج وأم وشقيقة هي خنثى مشكل ، فله السدس على أنه عصبة ، لأنه الأقل ولو قدر أنثى كان له النصف وعالت إلى ثمانية ، ولو كان محروما على أحد التقديرين فلا شيء له كزوج وأم وولديها وشقيق خنثى فلا شيء له لأنه عصبة ، ولو قدر أنثى كان له النصف وعالت إلى تسعة ، ولو مات عن عمه وولد أخيه خنثى قدر أنثى وكان المال للعم ، والله تعالى أعلم .

مسائل شتى

جمع شتيت بمعنى متفرقة وهو من دأب المصنفين لتدارك مالا يذكر فيما كان يحق ذكره فيه . قلت : وقد ألحقت غالبها بمحالها ، ولله الحمد :

(عرق مدمن الخمر خارج نجس) هذه مقدمة صغرى في تسليمها كلام قد وعدناك به في أوائل نواقض الوضوء (وكل خارج نجس ينقض الوضوء) هذه مقدمة كبرى وهي مسلمة عندنا (فينتج) أن (عرق مدمن الخمر ينقض الوضوء) لكنه يحتاج لإثبات الصغرى :

وحاصله مافي الذخائر الإشرافية لابن الشحنة معزيا للمجتبى : عرق الدجاجة الجلالة نجس . قال : وعليه فعرق مدمن الخمر نجس بل أولى . ثم قال : وما أسمج من كان عرقه كعرق الكلب والخنزير . قال ابن العز : فحينئذ ينقض الوضوء ، وهو فرع غريب وتخريج ظاهر . قال المصنف : ولظهوره عولنا عليه .

قلت : قال شيخنا الرملي حفظه الله تعالى : كيف يعول عليه وهو مع غرابته لايشهد له رواية ولا دراية ؟ أما الأولى فظاهر إذ لم يرو عن أحد ممن يعتمد عليه ، وأما الثانية فلعدم تسليم المقدمة الأولى ويشهد لبطلانها مسألة الجدي إذا غذى بلبن الخنزير فقد عللوا حل أكله

الخنثى من السبعة ثلاثة فاضرب بها في اثنى عشر تكون ستة وثلاثين وحصة من الأثنى عشر خمسة فاضربها في السبعة تكون خمسة وثلاثين فظهر أن التفاوت بسهم من أربعة وثما نين كما في العناية وغيرها (قوله وولديها) أي أخوين لأم (قوله ولو مات عن عمه الخ) أي لو مات رجل عن عمه وعن ابن أخيه حال كون ابن الأخ خنثى فالضمير في عمه للرجل الميت ، وهذا مثال لحرمانه على تقدير الأنوثة وماقبله على تقدير الذكورة (قوله وكان المال للعم) لأن بنت الأخ لاترث ، ولو قدر ذكرا كان المال كله له دون العم لأن ابن الأخ مقدم على العم ط والله تعالى أعلم .

مسائل شتى

(قوله جمع شتيت الخ) فهو فعيل بمعنى فاعل حمل على فعيل بمعنى مفعول كمريض ومرضى وللمذاجع على فعلى قهستاني (قوله مالايذكر) الأولى مالم كما عبر غيره (قوله فينتج) أي من الشكل الأول بعد تسليم الصغرى (قوله بل أولى) لأن تأثير المانع في التصرف فوق تأثير غيره منح فإذا كان عرق الجلالة التي غذيت بالنجاسة الجامدة نجسا فعرق مدمن الخمر المائع أولى (قوله وما أسمج) من السماجة وهي القبح كما في القاموس (قوله قال ابن العز) بمهملة فمعجمة وهو من شراح الهداية (قوله فحينئذ) أي فحين إذ كان عرقه نجسا ينقض لقاعدة كل خارج نجس ينقض الوضوء ط (قوله وهو مع غرابته) أي تفرد ابن العز باستنباطه (قوله لايشهد له رواية) أي دليل منقول ولادراية . أي دليل معقول (قوله ويشهد لبطلانها الخ) حاصله استدلال بالقياس على مسئلة الجدي

بصيرورته مستهلكا لايبقى له أثر فكذلك نقول فى عرق مدمن الخمر ، ويكفينا فى ضعفه غرابته وخروجه عن الجادة فيجب طرحه عن السرح من متن وشرح :

(خبز وجد فى خلاله خرء فأرة ، فإن كان) الخرء (صلبا رمى به وأكل الخبز ، ولا يفسد) خرء الفأرة (الدهن والماء والحنطة) للضرورة (إلا إذا ظهر طعمه أو لونه) فى الدهن ونحوه لفحشه وإمكان التحرز عنه حينئذ خانية :

(فى السنن الرواتب لايصلى ولا يستفتح) تقدم فى باب الوتر (الدعوة المستجابة فى الجمعة عندنا وقت العصر) على قول عامة مشايخنا أشباه ، وقدمناه فى الجمعة عن التاترخانية :

بجامع الاستهلاك ولذا فرع عليه بقوله فكذلك نقول الخ ، ولايخفى أن القياس دليل معقول فافهم (قوله بصيرورته مستهلكا) يعنى بخلاف الجلالة فإن ماتتناوله لكونه جامدا لايصير مستهلكا بل يحيل لحمها إلى نتن وفساد تأمل اهـ ح (قوله ويكفينا فى ضعفه غرابته الخ) قال الرملى أيضا فى حاشية المنح ، وتقدم فى كتاب الأشربة عن المحقق ابن وهبان أنه لاتعويل ولا التفات إلى كل ماقاله صاحب القنية مخالف للقواعد مالم يعضده نقل من غيره ، ولم ينقل عن أحد من علمائنا المتقدمين والمتأخرين أن عرق مدمن الخمر ناقض للضوء سوى مابحثه ابن العز : وقد يفرق بأن مدمن الخمر يخلط والجلالة لاتخالط : حتى لو كانت تخالط لايحكم بنجاسة عرقها كما قالوا فى تفسيرها ، وغاية مافيه أنه يقع الشك فى تولد العرق منه أو من غيره ، ولانقض بالشك : على أنا ما أثبتنا النقض بالخارج المحقق النجاسة من غير السبيلين إلا بعد علاج قوى ومنازعة كلية بيننا وبين الشافعية فكيف يثبت النقض بشىء موهوم : وأيضا نفس عرق الجلالة فى نجاسته منازعة ، إذ صرحوا قاطبة بكراهة لحمها إذا تغير وأنتن ، وإنما يستعملون الكراهة لاريب فى الحرمة والحرمة فرع النجاسة والنقض بها إنما يكون بمالاريب فيه ، ويلزم ممابحثه ابن العز نقض الوضوء بعرق من أكل أوشرب نجاسة مافى زمن مداومته ولم يقل به أحد اهـ ملخصا :

أقول : ويلزم عليه أيضا النقض بدموعه وريقه لأنهما كالعرق ، وأن يكون حكمه حكم المعذور لخروج ريقه دائما وهذا لم يقل به أحد أيضا ، وقدم الشارح فى كتاب الطهارة أن سؤر الإبل والبقر الجلالة مكروه تنزيها : وفى الخانية أن عرق الجلالة طاهر (قوله وخروجه عن الجادة) هى معظم الطريق كما فى القاموس ، والمراد طريق الفقه (قوله عن السرح) بمهملات قال فى جامع اللغة : السرح المال ، وشجر عظام طوال ، والمراد بها مسائل الفقه اهـ ح فهو استعارة مصرحة (قوله فإن كان الخرء صلبا) بضم الصاد المهملة : أى يابسا زاد فى مختارات النوازل : وإن كان متفتتا مالم يتغير طعمه يؤكل أيضا اهـ (قوله ولا يفسد الخ) قال فى البحر : وفى المحيط وخرء الفأرة وبولها نجس لأنه يستحيل إلى نتن وفساد ، والاحتراز عنه ممكن فى الماء لافى الطعام والثياب فصار معفوا فيهما :

وفى الخانية : بول الهرة والفأرة وخرؤهما نجس فى أظهر الروايات يفسد الماء والثوب ، وبول الخفافيش وخرؤه لايفسد لتعذر الاحتراز عنه اهـ . وفى القهستانى عن المحيط خرء الفأرة لايفسد الدهن والحنطة المطحونة مالم يتغير طعمها . قال أبو الليث : وبه نأخذ (قوله فى السنن الرواتب) وهى ثلاثة رباعية الظهر ، ورباعية الجمعة القبلية والبعدية ، وهذا هو الأصح لأنها تشبه الفرائض : واحترز به عن الرباعيات المستحبات والنوافل فإنه يصلى على النبى صلى الله عليه وسلم فى القعدة الأولى ثم يقرأ دعاء الاستفتاح أفاده ط (قوله فى الجمعة) أى فى يومها فإنها ورد فيها ساعة إجابة أى للدعاء بعينه ط (قوله وقت العصر) وقيل من حين يخطب إلى أن يفرغ من الصلاة

(الخروج من الصلاة لايتوقف على) قوله (عليكم) وحينئذ (فلو دخل رجل فى صلاته بعده لايصير داخلا فيها) قدمناه فى صفة الصلاة :

(لف ثوب نجس رطب فى ثوب طاهر يابس فظهرت رطوبته على ثوب طاهر) كذا النسخ . وعبارة الكنز : على الثوب الطاهر (لكن لايسيل لو عصر لاينجس) قدمناه قبيل كتاب الصلاة (كما لو نشر الثوب المبلول على حبل نجس يابس) أو غسل رجله ومشى على أرض نجسة أو نام على فراش نجس فعرق ولم يظهر أثره لاينجس خانية :

(نوى الزكاة إلا أنه سماه قرضا جاز) فى الأصح لأن العبرة للقلب لا للسان :

(من له حظ فى بيت المال) كالعلماء

كما ثبت فى مسلم عنه صلى الله عليه وسلم . قال النووى : وهو الصحيح بل هو الصواب اه قال ط : ويكفى الدعاء بقلبه كما ذكره الشرنبلالى وقيل آخر ساعة فيه ، وهو مذهب الزهراء رضى الله عنها اه وعلى الأول فالظاهر أنها دائرة فى جميع وقت العصر ، وهو من حين بلوغ ظل الشيء مثله أو مثليه على الاختلاف فى القولين إلى الغروب حموى (قوله على قوله عليكم) أى فى التسليمة الأولى (قوله بعده) أى بعد السلام قبل قوله عليكم منح ؛ والأولى أن يقول قبله ليرجع الضمير إلى مذكور صريحا وهو عليكم (قوله لف ثوب نجس رطب) أى مبتل بماء ولم يظهر فى الثوب الطاهر أثر النجاسة ، بخلاف المبلول بنحو البول لأن النداوة حينئذ عين النجاسة ، وبخلاف ما إذا ظهر فى الثوب الطاهر أثر النجاسة من لون أو طعم أو ريح فإنه ينجس كما حققه شارح المنية وجرى عليه الشارح أول الكتاب (قوله لاينجس) لأنه إذا لم يتقاطر منه بالعصر لاينفصل منه شيء وإنما يبتل ما يجاوره بالنداوة وبذلك لاينجس به .

وذكر المرغينانى إن كان اليابس هو الطاهر يتنجس لأنه يأخذ بللا من النجس الرطب ، وإن كان اليابس هو النجس والطاهر والرطب لاينجس لأن اليابس النجس يأخذ بللا من الطاهر ولا يأخذ الرطب من اليابس شيئا زيلعى : وظاهر التعليل أن الضمير فى يسيل وعصر للنجس ، وبه صرح صاحب مواهب الرحمن ، ومشى عليه الشرنبلالى والمتبادر من عبارة المصنف كالكنز وغيره أنه للطاهر ، وهو صريح عبارة الخلاصة والخانية ومنية المصلى وكثير من الكتب كالقهستانى وابن الكمال والبزازية والبحر ، والأول أحوط ووجهه أظهر ، والثانى أوسع وأسهل فتبصر .

ثم إن المسألة مذكورة فى عامة كتب المذهب فى بعضها بلا ذكر خلاف وفى بعضها بلفظ الأصح (قوله كما لو نشر الخ) هذا موافق لما ذكره المرغينانى ، وقد جعله الزيلعى مفرعا عليه حيث قال عقب عبارته السابقة وعلى هذا إذا نشر الثوب المبلول على حبل نجس هو يابس لاينجس الثوب لما ذكرنا من المعنى :

وقال قاضيخان فى فتاواه : إذا نام الرجل على فراش فأصابه (١) منى ويبس وعرق الرجل وابتل الفراش من عرقه إن لم يظهر أثر البلل فى بدنه لاينجس جسده ، وإن كان العرق كثيرا حتى ابتل الفراش ثم أصاب بلل الفراش جسده وظهر أثره فى جسده يتنجس بدنه ، وكذا إذا غسل رجله فمشى على أرض نجسة بغير مكعب فابتل الأرض من بلل رجله واسود وجه الأرض لكن لم يظهر أثر بلل الأرض فى رجله فصلى جازت صلاته ، وإن كان بلل الماء فى رجله كثيرا حتى ابتل وجه الأرض وصار طينا ثم أصاب الطين رجله لاتجوز صلاته . ولو مشى على أرض نجسة رطبة ورجله يابسة تتنجس اه (قوله على أرض نجسة) بأن كانت مطينة بنحو الزبل ، أما لو أصابتها نجاسة وجفت لم تبق نجسة ولم تعد النجاسة بإصابة الماء على المعتمد (قوله كالعلماء) أى والقضاة والعمال والمقاتلة وذراريهم

---

(١) قوله فأصابه منى الخ) الأحسن إسقاط الفاء وجملة أصابه صفة ثوب تأمل اه .

(ظفر بما هو وجه لبيت المال فله أخذه ديانة) قدمناه قبيل باب المصرف :

(أفطر فى رمضان فى يوم ولم يكفر حتى أفطر فى يوم آخر فعليه كفارة واحدة) ولو فى رمضانين على الصحيح ، وقدمناه فى الصوم .

(ولو نوى قضاء رمضان ولم يعين اليوم صح) ولو عن رمضانين كقضاء الصلاة صح أيضا (وإن لم ينو) فى الصلاة (أول صلاة عليه أو آخر صلاة عليه) كذا فى الكنز . قال : المصنف قال الزيلعى : والأصح اشتراط التعيين فى الصلاة وفى رمضانين الخ .

قلت : وهكذا قدمته فى باب قضاء الفوائت تبعا للدرر وغيرها .

ثم رأيت فى البحر قبيل باب اللعان مانصه : ولية التعيين لم تشترط باعتبار أن الواجب مختلف متعدد بل باعتبار أن مراعاة الترتيب واجبة عليه ولا يمكنه مراعاته إلا بنية التعيين ، حتى لو سقط الترتيب بكثرة الفوائت

والقدر الذى يجوز لهم أخذ كفايتهم ابن الشحنة (قوله ظفر بما هو وجه لبيت المال) كذا فى بعض النسخ وفى أغلبها بدون هو ، وعليه فوجه بالبناء للمفعول .

قال فى البزازية قال الإمام الحلوانى : إذا كان عنده وديعة فات المودع بلا وارث له أن يصرف الوديعة إلى نفسه فى زمننا هذا لأنه لو أعطاها لبيت المال لضاع لأنهم لايصرفون مصارفه ، فإذا كان من أهله صرفه إلى نفسه وإلا صرفه إلى المصرف اهـ منح (قوله فعليه كفارة واحدة) لأن الكفارة تسقط بالشبهة فتتداخل كالحد مجتبى .

ثم قال : واختلف فى التداخل فقيل لاتجب الثانية لتداخل السبب ، وقيل تجب ثم تسقط ، فأما إذا كفر الأول فلا اجتماع فلا تداخل (قوله ولو فى رمضانين الخ) لو وصلية ، وأشار إلى أن التقييد برمضان واحد خلاف الصحيح وهو رواية عن محمد . قال فى المجتبى : وأكثر مشايخنا قالوا الاعتماد على تلك الرواية ، والصحيح أنه يكفيه كفارة واحدة لاعتبار معنى التداخل (قوله ولم يعين) أى إنه عن يوم كذا (قوله ولو عن رمضانين الخ) قال الزيلعى : وكذا لو صام ونوى عن يومين أو أكثر جاز عن يوم واحد ، ولو نوى عن رمضانين أيضا يجوز اهـ . وعليه فالمعنى أنه لو كان عليه يومان من رمضانين فقضى يوما ونواه عنهما يجوز صومه عن أحدهما ويبقى عليه الآخر لكن ذكره مسكين أن المراد أنه نواه عن يوم واحد منهما بلا تعيين شهره حيث قال : واعلم أن المراد من قوله ولو عن رمضانين قضاء أحد رمضانين وإن لم ينو الصائم أول أو آخر رمضان ولم يرد جمعهما فى النية ، لأن ناوى القربتين فى الصوم متنفل فليتأمل اهـ .

أقول : ويؤيده قول المتن كقضاء الصلاة الخ فإن معناه أنه لو فاته الظهر من يومين مثلا فقضى ظهرا ولم يعين أحد اليومين صح ، وليس المراد أنه نوى ظهرا واحدا من اليومين بقرينة مابعده . وفى قول مسكين لأن ناوى القربتين الخ منافاة لصدر كلام الزيلعى . وقد ذكر الشارح قبيل باب صفة الصلاة أنه لو نوى فائتتين فللأولى لو من أهل الترتيب وإلا لغا اهـ ومقتضى ذلك أنه فى الصوم يلغو إذ لاترتيب فيه لأنه خاص بالصلاة وبه تأيد كلام مسكين وتأمل ذلك مع الأصل الآتى قريبا (قوله صح أيضا وإن لم ينو الخ) قدم الشارح فى باب شروط الصلاة عن القهستانى عن المنية أنه الأصح اهـ ونقل ط تصحيحه عن الولوالجية أيضا وأن التعيين أحوط (قوله والأصح اشتراط التعيين الخ) صححه أيضا فى متن الملتقى ، فقد اختلف التصحيح والتعيين أن يعين أنه صائم عن رمضان سنة كذا ، وفى الصلاة أن يعين الصلاة ويومها بأن يعين ظهر يوم كذا ، ولو نوى أول ظهر عليه أو آخره جاز وهذا مخلص من لم يعرف الأوقات التى فاتته أو اشتبهت عليه أو أراد التسهيل على نفسه :

يكفيه لية الظهر لاغير كذا فى المحيط ، وهو تفصيل حسن فى الصلوات ينبغى حفظه انتهى بلفظه ، ثم رأيته نقله عنه فى الأشباه فى بحث تعيين المنوى ، ثم قال : وهذا مشكل ، وما ذكره أصحابنا كقاضيخان وغيره خلافه وهو المعتمد كذا فى التبيين اه بحروفه فليتنبه لذلك ؛

(رأس شاة متلطخ بدم أحرق) رأسه وزال عنه الدم فاتخذ منه مرقة (جاز استعمالها) والحرق (كالغسل ، وقدمنا أنه من المطهرات سلطان جعل الخراج لرب الأرض جاز ، وإن جعل له العشر لا) لأنه زكاة . قلت : وقد قدمه فى الجهاد ، وقدمته فى الذكاة أيضا :

(عجز أصحاب الخراج عن زراعة الأرض وأداء الخراج ودفع الإمام الأرض إلى غيرهم) بالأجرة (ليعطوا الخراج) من أجرتها المستحقة (جاز) فإن فضل شئ من أجرتها دفعه لمالكها

والأصل فيه أن الفروض متزاحمة فلا بد من تعيين ما يريد أداءه والشرط تعيين الجنس الواحد بالنية لأنها شرعت لتمييز الأجناس المختلفة . أما التعيين فى الجنس الواحد : أى فى إفراده بعضها عن بعض فهو لغو لعدم الفائدة ، حتى لو كان عليه قضاء يوم بعينه فصامه بنية يوم آخر أو كان عليه قضاء صوم يومين أو أكثر فصام ناويا عن قضاء يومين أو أكثر جاز ، بخلاف ما إذا نوى عن رمضانين أو عن رمضان آخر لاختلاف الجنس ، فصار كما لو نوى ظهرين أو ظهرا عن عصر ، أو نوى ظهر السبت وعليه ظهر الخميس ، ويعرف اختلاف الجنس باختلاف السبب كالصلوات حتى الظهرين من يومين ، فإن الدلوك فى يوم غيره فى آخر ، بخلاف صوم رمضان لتعلقه بشهود الشهر وهو واحد ، لأنه عبارة عن ثلاثين يوما بلياليها فلا يحتاج فيه إلى تعيين يوم كذا ، بخلاف رمضانين زيلعى ملخصا (قوله ثم رأيته) أى هذا التفصيل نقله عنه : أى عن المحيط فى الأشباه فافهم (قوله وهذا مشكل) لما مر أن كل صلاة جنس لاختلاف أسبابها فيشترط التعيين لتمييز الأجناس المختلفة ، ولأنه لو كان الأمر كما قاله فى المحيط لجاز مع وجوب الترتيب أيضا لإمكان صرفه إلى الأول إذ لا يجب التعيين عند الترتيب ولا يفيد اه كذا أفاده الزيلعى (قوله خلافه) أى من التعيين ولو بأول ظهر أو آخره مثلا ط (قوله وهو المعتمد) قد علمت أن الثانى مصحح وإن كان الأحوط التعيين ط (قوله والحرق كالغسل) لأن النار تأكل مافيه من النجاسة حتى لايبقى فيه شئ ، أو تحيله فيصير الدم رمادا فيطهر بالاستحالة ، ولهذا لو أحرقت العذره وصارت رمادا طهرت للاستحالة ، كالخمر إذا تخللت ، وكالخنزير إذا وقع فى المملحة وصار ملحا . وعلى هذا قالوا : إذا تنجس التنور يطهر بالنار حتى لايتنجس الخبز ، وكذلك إذا تنجس ممسحة الخباز تطهر بالنار زيلعى : قال السائحانى : وبهذا لايظهر ماعزى لأبى يوسف أن السكين المموه بالماء النجس يموه بالطاهر ثلاثا لأنه لما دخل النار ومكث أدنى مدة لم يبق أثر النجاسة فيه لاظاهرا ولا باطنا اه (قوله وقد قدمه فى الجهاد) حيث قال : ترك السلطان أو نائبه الخراج لرب الأرض أو وهبه له ولو بشفاعة جاز عند الثانى وحل له لو مصرفا وإلا تصدق به وبه يفتى .

وما فى الحاوى من ترجيح حله لغير المصرف خلاف المشهور ، ولو ترك العشر لايجوز إجماعا ويخرجه بنفسه للفقراء خلافا لما فى قاعدة تصرف الإمام منوط بالمصلحة من الأشباه معزيا للبزازية فتنبه اه أى من أنه لو ترك السلطان العشر لمن هو عليه جاز غنيا كان أو فقيرا ، لكن لو غنيا ضمنه السلطان للفقراء من بيت مال الخراج لبيت مال الصدقة ، ولو فقيرا لايضمن (قوله عن زراعة الأرض) أى المملوكة لهم (قوله لمستحقه(١))

---

(١) (قول المحشى لمستحقه) نسخ الشرح التى بأيدينا المستحقة وعليها كتب الطحاوى اه .

رعاية للحقين ، فإن لم يجد الإمام من يستأجرها باعها لقادر وأخذ الخراج الماضى من الثمن لو عليهم خراج ورد الفضل لأربابها زيلعى :

قلت : وقدمنا فى الجهاد ترجيح سقوطه بالتداخل ، فيحمل على المرجوح أو على أن مراده أخذ خراج السنة الماضية فقط :

(غنم مذبوحة وميتة ، فإن كانت المذبوحة أكثر تحرى وأكل وإلا) بأن كانت الميتة أكثر أو استويا (لا) يتحرى لو فى حالة الاختيار بأن يجد ذكية وإلا تحرى وأكل مطلقا

أى لمستحق الخراج (قوله رعاية للحقين) لأنه لاوجه إلى إزالة ملكهم بلا رضاهم من غير ضرورة ولا إلى تعطيل حق المقاتلة فتعين ماقلنا زيلعى (قوله باعها لقادر) أى على الزراعة ، لأنه لو لم يبعها يفوت حق المقاتلة فى الخراج أصلا ، ولو باع يفوت حق المالك فى العين ، والفوات إلى خلف كلا فوات فيبيع تحقيقا للنظر من الجانبين زيلعى .

هذا وقد ذكر فى البحر أنه قبل البيع إن شاء دفعها إلى غيره مزارعة ، وإن شاء زرعها بنفقة من بيت المال ، فإن لم يتمكن من ذلك ولم يجد من يقبلها مزارعة باعها الخ (قوله قلت الخ) أصله للمصنف حيث استشكل قوله وأخذ الخراج الماضى بما فى الخانية من قوله : فإن اجتمع الخراج فلم يؤد سنتين عند أبى حنيفة يؤخذ بخراج هذه السنة ولا يؤخذ بخراج السنة الأولى ويسقط ذلك عنه كما قال فى الجزية . ومنهم من يقول لايسقط الخراج بالإجماع بخلاف الجزية هذا إذا عجز عن الزراعة ، فإن لم يعجز يؤخذ بالخراج عند الكل اه (قوله فيحمل إلى الخ) لم يحمله على حالة عدم العجز لأن فرض مسألتنا فى العجز فافهم (قوله الماضية فقط) أى التى عجزوا فيها ، وهى التى قبل السنة التى دفع فيها الإمام الأرض إلى غيرهم دون ما قبلها ، ولا يحصل التداخل بمجرد دخول سنة الدفع حتى يرد عليه أنه يسقط خراج هذه الماضية ، لأن وجوب الخراج بآخر الحول لا بأوله ، بخلاف الجزية كما صرح فى البحر فافهم (قوله تحرى وأكل) لأن للغالب حكم الكل ، وكذا الزيت لو اختلط مع ودك الميتة أو الخنزير لاينتفع به على كل حال إلا إذا غلب الزيت ، لكن لايحل أكله بل يستصبح به أو يبيعه مع بيان عيبه أو يدبغ به الجلود ويغسلها لأن المغلوب تبع للغالب ولا حكم للتبع لو كان معه ثياب مختلطة ، ففى حالة الاضطرار بأن لايجد طاهرا بيقين ولا ماء يغسلها به تحرى مطلقا لأن الصلاة بثوب نجس بيقين جائزة حالة الاضطرار بالإجماع ففى ثوب مشكوك أولى :

وأما فى الاختيار فإن الغلبة للطاهر تحرى وإلا لا كالجواب فى المساليخ ، وكذا أوانى الماء إلا أنه فى حالة الاضطرار لو غلب النجس يتحرى للشرب إجماعا لأن شرب النجس بيقين يجوز للضرورة فالمشكوك أولى ، ولا يتحرى للوضوء عندنا بل يتيمم ، والأولى أن يريق الماء قبله أو يخلطه بالنجس وتمامه فى غاية البيان :

أقول : والمراد من اختلاط الزيت مع الودك اختلاط أجزائهما لا اختلاط أوانيهما ولذا لم يحل الأكل فتنبه (قوله لايتحرى) أى إن لم يكن هناك علامة تعلم بها الذكية ، فإن كانت فعليه الأخذ بها كما فى الدر المنتقى . قال فى غاية البيان قالوا : من علامة الميتة أنها تطفو فوق الماء والذكية لا ، والأصح أن علامة المذكاة خلو الأوداج من الدم وعلامة الميتة امتلاؤها منه (قوله بأن يجد ذكية) أقول : المراد أن يجد مايسد به رمقه من لحم مذكى أو خبز أو غير ذلك (قوله وإلا تحرى الخ) قال فى الهداية : أما فى حال الضرورة يحل له التناول فى جميع ذلك لأن الميتة المتيقنة تحل فى حالة الضرورة ، فالذى يحتمل أن يكون ذكية أولا غير أنه يتحرى لأنه طريق يوصله إلى الذكية فى الجملة فلا يتركه من غير ضرورة اه .

ومر فى الحظر :

(إيماء الأخرس وكتابته كالبيان) باللسان (بخلاف معتقل اللسان) وقال الشافعى : هما سواء فى وصية

قال فى العناية : وطولب بالفرق بين الغنم والثياب ، فإن المسافر لو معه ثوبان طاهر ونجس لاغير ولا مميز بينهما يتحرى ويصلى ، فقد جوز التحرى فيما إذا كانا نصفين وفى المساليخ لم يجز : وأجيب بأن حكم الثياب أخف لأنها لو كانت كلها نجسة له أن يصلى فى بعضها لأنه مضطر ، بخلاف الغنم الخ ، ومثله فى النهاية والكفاية والمنح وغيرها .

أقول : هذا عجيب منهم ، فإن ماذكروا من مسألة الثوبين حالة ضرورة ، ولا فرق فيها بين الثياب والغنم كما سمعت التصريح به فيما قدمناه . وفى قول الهداية يحل له التناول فى جميع ذلك أى فيما إذا كانت الذكية غالبة أو مغلوبة أو مساوية فكيف يطلب الفرق فيما لافرق فيه ، وإن أرادوا الفرق بين الثياب فى حالة الضرورة وبين الغنم فى حالة الاختيار فهو ساقط أصلا إذ لايطلب الفرق إلا عند اتحاد الحالتين ، ثم رأيت العلامة الطورى نبه على ذلك ، ولله الحمد والمنة (قوله ومر فى الحظر) أى فى أوله قبيل قوله ومن دعى إلى وليمة ، ولفظ الحظر ساقط من أغلب النسخ (قوله إيماء الأخرس) أى إشارته بحاجب أو يد أو غير ذلك إذا عرف القاضى إشارته ، وإلا ينبغى أن يستخبر ممن يعرفها من إخوانه وأصدقائه وجيرانه حتى يقول بين يدى القاضى أراد بهذه الإشارة كذا ويفسر ذلك ويترجم حتى يحيط علم القاضى بذلك ، وينبغى أن يكون عدلا مقبول القول ، لأن الفاسق لاقول له بيرى عن الولوالجية ، وإطلاقه يفيد اعتبار الإيماء مع قدرته على الكتابة وهو المتعمد ، لأن كلا منهما حجة ضرورية كما فى القهستانى وغيره در منتقى (قوله وكتابته) اعترض المقدسى بأن الأخرس الخلقى لايعرف الكتابة ولا يمكن تعريفه إياها لأنها بإزاء الألفاظ المركبة من الحروف، وهو لاينطق ولا يسمع النطق اهـ .

أقول : يمكن ذلك بتعريفه أن المعنى الفلانى يدل عليه بهذه الحروف المنقوشة على هذه الصـــورة تأمل (قوله بخلاف معتقل اللسان) بفتح القاف ، يقال : اعتقل لسانه بضم التاء إذا احتبس عن الكلام ولم يقدر عليه مغرب أى فلا يعتبر إيماؤه ولا كتابته إلا إذا امتدت عقلته كما يأتى وذلك لأن العارض على شرف الزوال فلا يقاس على الخرس الأصلى .

ثم اعلم أن هذا فى كتابة غير مرسومة أى غير معتادة ، لما فى التبيين وغيره أن الكتاب على ثلاث مراتب : مستبين مرسوم وهو أن يكون معنونا : أى مصدرا بالعنوان ، وهو أن يكتب فى صدره من فلان إلى فلان على ماجرت به العادة فهذا كالنطق فلزم حجة : ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدران وأوراق الأشجار أو على الكاغد لا على الوجه المعتاد فلا يكون حجة إلا بانضمام شىء آخر إليه كالنية والإشهاد عليه والإملاء على الغير حتى يكتبه لأن الكتابة قد تكون للتجربة ونحوها ، وبهذه الأشياء تتعين الجهة وقيل الإملاء بلا إشهاد لايكون حجة والأول أظهر : وغير مستبين كالكتابة على الهواء أو الماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع ولا يثبت به شىء من الأحكام وإن نوى اهـ .

والحاصل أن الأول صريح والثانى كناية والثالث لغو : وبقى صورة رابعة عقلية لا وجود لها وهى مرسوم غير مستبين وهذا كله فى الناطق فنى غيره بالأولى ، لكن فى الدر المنتقى عن الأشباه أنه فى حق الأخرس يشترط أن يكون معنونا وإن لم يكن لغائب اهـ وظاهره أن المعنون من الناطق الحاضر غير معتبر :

وفى الأشباه : رجل كتب صك وصية وأشهد بما فيه ولم يقرأ وصيته عليهم قالوا لايجوز للشهود أن يشهدوا

ونكاح وطلاق وبيع وشراء وقود وغيرها من الأحكام : أى إيماء الأخرس فيما يذكر معتبر ، ومثله معتقل اللسان إن علمت إشارته وامتدت عقلته إلى موته به يفتى .

قلت : ومر فى الوصايا وذكره هنا الأكمل وابن الكمال والزيلعى وغيرهم .

ثم مفاد كلامهم أنه لو أقر بالإشارة أو طلق مثلا توقف فإن مات على عقلته نفذ مستندا وإلا لا وعليه ، فلو تزوج بالإشارة لايحل له وطؤها لعدم نفاذه ، لكنه إذا مات بحاله كان لها المهر من تركته قاله المصنف .

لكن ذكر ابنه فى الزواهر عند ذكر الأشباه الأحكام الأربعة أن قولهم والضابط للمقتصر والمستند أن ماصح تعليقه بالشرط يقع مقتصرا وما لايصح تعليقه يقع مستندا كما فى البحر من باب التعليق يخالف ذلك إذ مقتضاه وقوع الطلاق والعتاق ونحوهما مما يصح تعليقه بالشرط مقتصرا فتنبه (لا) تكون إشارته وكتابته كالبيان (فى حد)

بما فيه وهو الصحيح اه أى لأن الشهادة لاتكون إلا عن علم (قوله ومثله معتقل الخ) الأولى فى التعبير لامعتقل اللسان ، إلا إن علمت إشارته الخ تأمل (قوله به يفتى) هو رواية عن الإمام، ومقابله مافى الكفاية عن الإمام التمرتاشى تقديره بسنة ، قال فى الدر المنتقى : واستثنى العمادى المريض إذا طال عليه الاعتقال فإنه كالأخرس كما أفاده البرجندى معزيا للعمادية خلافا لما نقله القهستانى عنها ، فإنه إنما ذكره فيمن يرجى منه الكلام فافهم المرام اه وعبارة القهستانى : فلو أصابه فالج فذهب لسانه أو مرض فلم يقدر على الكلام بضعفه إلا أنه عاقل فأشار برأسه إلى وصية فقد صح وصيته ، وقال أصحابنا إنها لم تصح كما فى العمادى اه (قوله أو طلق مثلا) أى كما إذا أعتق ط (قوله نفذ مستندا) فلها أن تتزوج إن مضت عدتها من وقت الإشارة أو الكتابة وينفذ تصرف المتصرف من ذلك الوقت ط (قوله لعدم نفاذه) لأن نفاذه موقوف على موته على عقلته ، لا على إجازته ، حتى يقال : ينبغى أن يكون طلبه الوطء دليلا على إرادة النكاح فافهم (قوله لكن ذكر ابنه الخ) استدراك على قوله نفذ مستندا حتى فى الطلاق والعتاق (قوله الأحكام الأربعة) التى هى الاقتصار كما فى إنشاء الطلاق والعتاق والانقلاب ، كما إذا علق الطلاق والعتاق بالشرط ، فعند وجود الشرط ينقلب ماليس بعلة علة والاستناد كالمضمونات تملك عند أداء الضمان مستندة إلى وقت وجود السبب والتبيين ، مثل إن كان زيد اليوم فى الدار فأنت طالق ، وتبين فى الغد وجوده فيها يقع الطلاق فى اليوم ، وتعتد منه والفرق بين التبيين ، والاستناد أنه فى التبيين يمكن أن يطلع عليه العباد وفى الاستناد لايمكن اه من الأشباه ملخصا . وقدمنا تمام الكلام على ذلك فى باب الطلاق الصريح (قوله أن قولهم) مفعول ذكر ، وقوله : والضابط الخ مقول القول ، وجملة يخالف خبران (قوله يخالف ذلك) أى يخالف القول بالاستناد فى نحو : طلاق معتقل اللسان وعتاقه ط .

أقول : وعبارة البحر عند قول الكنز والتعليق إنما يصح فى الملك أو مضافا إليه :

ثم اعلم أن المراد بالصحة اللزوم ، فإن التعليق فى غير الملك، والمضاف إليه صحيح موقوف على إجازة الزوج حتى لو قال أجنبى لزوجة إنسان إن دخلت الدار فأنت طالق توقف على الإجازة ، فإن أجازه لزم التعليق . فتطلق بالدخول بعد الإجازة لاقبلها ، وكذا الطلاق المنجز من الأجنبى موقوف على إجازة الزوج ، فإذا أجازه وقع مقتصرا على وقت الإجازة ، ولا يستند بخلاف البيع الموقوف فإنه بالإجازة يستند إلى وقت البيع ، حتى ملك المشترى الزوائد المتصلة والمنفصلة والضابط فيه أن ماصح تعليقه بالشرط فإنه يقتصر ومالايصح تعليقه فإنه يستند اه فأنت تراه لم يجعل الضابط لكل مقتصر ، ومستند بل لنوع خاص منه ،وهو عقد الفضولى الموقوف على الإجازة وإلا لزم أن لايقع نحو الطلاق والعتاق إلا مقتصرا فى جميع الصور وليس كذلك قطعا لما مر عن الأشباه ، وحينئذ فلا مخالفة إذ ليست مسألتنا من هذا القبيل فتدبر (قوله فى حد) تناول جميع أنواع الحد أى لايحد الأخرس إذا كان

لأنها تدرأ بالشبهة لكونها حق الله تعالى ولا فى شهادة ما منية وهل يصح إسلامه بالإشارة ؟ ظاهر كلامهم نعم ولم أره صريحا أشباه :

(ابتلع الصائم بصاق محبوبه) يقضى و (يكفر وإلا) يكن محبوبه (لا) يكفر ومر فى الصوم .

(قتل بعض الحجاج عذر فى ترك الحج) مر فى الحج .

(منعها زوجها من الدخول عليها وهو يسكن معها فى بيتها نشوز) حكما كما حررناه فى باب النفقة (ولو كان (المنع لينقلها إلى منزله) فليست ناشزة لوجوب السكنى عليه (أو كان يسكن فى بيت الغصب فامتنعت منه لا) تكون ناشزة لأنها محقة إذ السكنى فيه حرام بخلاف ما لو كان فيه (شبهة قالت : لا أسكن مع أمتك وأريد بيتا على حدة ليس لها ذلك) وكذا مع أم ولده وكله مر فى النفقة .

(قال لعبده ياما لكى أو قال لأمته : أنا عبدك لاتعتق) لأنه ليس بصريح ولا كناية (بخلاف قوله) لعبده

قاذفا بالإشارة أو الكتابة ، وكذا إذا أقر بالزنا أو السرقة أو الشرب ، لأن المقر على نفسه ببعض الأسباب الموجبة للعقوبة مالم يذكر اللفظ الصريح لايستوجب العقوبة كفاية زاد فى الهداية ، ولا يحد له أى حد القذف خاصة إذا كان مقذوفا اهـ (قوله لأنها تدرأ بالشبهة الخ) والفرق بينها وبين القصاص : أن الحد لايثبت ببيان فيه شبهة ألا ترى أنه لو شهدوا بالوطء الحرام ، أو أقر بالوطء الحرام لايجب الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق ، أو أقر بمطلق القتل يجب القصاص ، وإن لم يوجد التعمد لأن القصاص فيه معنى العوضية ، لأنه شرع جابرا ، فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التى هى حق العبد . أما الحدود الخالصة لله تعالى شرعت زاجرة وليس فيها معنى العوضية ، فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة هداية ، وقد اعترض العلامة الطورى كلامهم هنا بأنهم سووا بين الحدود والقصاص فى أن كلا منهما يدرأ بالشبهة كما صرحوا به فى مواضع كثيرة منها الكفالة فلا تجوز بالنفس فيهما ، ومنها الوكالة فلا تجوز باستيفائهما ، ومنها الشهادة على الشهادة لاتجوز فيهما ، وعللوا جميع ذلك بأنهما مما يدرأ بالشبهة ، وكذا فى كتاب الدعوى والجنايات وفرعوا على ذلك مسائل كثيرة اهـ ملخصا (قوله ولا فى شهادة ما) نقل فى فتح القدير عن المبسوط أنه إجماع الفقهاء ، لأن لفظ الشهادة لايتحقق منه وتمامه فيه (قوله ظاهر كلامهم) نعم تقدم فى كتاب الإقرار صريحا حيث قال والإيماء بالرأس من الناطق ليس بإقرار بمال وعتق وطلاق وبيع ونكاح وإجارة وهبة ، بخلاف إفتاء ونسب وإسلام وكفر الخ (قوله يقضى ويكفر) لوجود معنى صلاح البدن كما قدمه فى الصوم عن الدراية وغيرها (قوله لايكفر) أى بل يقضى فقط (قوله عذر فى ترك الحج) لأن أمن الطريق شرط الوجوب ، أو الأداء لكن الشارح هناك قيد أمن الطريق بغلبة السلامة ، ولو بالرشوة وعزاه إلى الكمال ، وبقتل بعض الأفراد لاتنتفى الغلبة ولذا قيده ط بالقتل فى كل مرحلة تأمل (قوله منعها زوجها) مصدر مضاف إلى فاعله (قوله نشوز حكما) لأن الناشزة هى الخارجة من بيت زوجها بغير حق ، ومنعها له عن الدخول إلى بيتها مع إرادتها السكنى فيه خروج حكما (قوله بخلاف مالو كان فيه شبهة) كبيت السلطان فهى ناشزة لعدم اعتبار الشبهة فى زماننا كذا فى التجنيس (قوله ليس لها ذلك) لأنه لابد له ممن يخدمه ، وقد تمتنع هى عن خدمته ، فلا يمكن منعه من ذلك ط (قوله وكذا مع أم ولده) وكذا مع طفله الذى لايفهم الجماع ، بخلاف بقية أهله وأهلها (قوله لأنه ليس بصريح ولا كناية) ظاهره أنه لاعتق ولو بالنية وفى الحموى عن البزازية :

قال لعبده : أو أمته أنا عبدك يعتق إن نوى ومثله فيما يظهر ياما لكى ، لأن مؤدى العبارتين واحد ط وفى الخانية عن الصفار : فيمن قال لجاريته ياما لكى أنا عبدك قال : هذه كلمة لطف لاتعتق بها فإن نوى العتق فعن محمد فيه

(يامولاى) لأنه كناية على مامر فى محله .

(العقار المتنازع فيه لايخرج من يد ذى اليد مالم يبرهن المدعى) على وفق دعواه بخلاف المنقول (أو يعلم به القاضى) ولا يكفى تصديق المدعى عليه أنه فى يده فى الصحيح لاحتمال المواضعة .

قلت : قدمنا غير مرة آخرها فى باب جناية المملوك أن المفتى به فى زماننا أنه لايعمل بعلم القاضى فتأمل . وهذا إذا ادعاه ملكاً مطلقا أما إذا ادعى الشراء من ذى اليد وإقراره بأنه فى يده فأنكر الشراء وأقر بكونه فى يده لم يحتج لبرهان على كونه فى يده لأن دعوى الفعل كما تصح على ذى اليد تصح على غيره أيضا كما بسط فى البزازية .

(عقار لا فى ولاية القاضى يصح قضاؤه فيه) كمنقول هو الصحيح وتقدم فى القضاء أن المصر ليس بشرط فيه به يفتى ، ويكتب بالحكم لقاضى تلك الناحية ليأمره بالتسليم (وقيل لايصح) ومشى عليه فى الكنز والملتقى :

(قضى القاضى ببينة فى حادثة ثم قال : رجعت عن قضائى أو بدا لى غير ذلك أو وقعت فى تلبيس الشهود أو أبطلت حكمى أو نحو ذلك لايعتبر) قول القاضى فى كل ذلك لتعلق حق الغير به وهو المدعى (والقضاء ماض إن كان بعد دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة) إلا فى ثلاث مرت فى القضاء ، لو بعلمه أو بخلاف مذهبه

روايتان (قوله على مامر فى محله) أى فى كتاب العتق .

أقول : وقد عده المصنف هناك من الصريح ، وهو ظاهر قول الزيلعى وغيره هنا ، لأن حقيقته تنبىء عن ثبوت الولاء على العبد ، وذلك بالعتق لأنه يمكن إثباته من جهته ، وقوله : يامالكى أو أنا عبدك حقيقة ينبىء عن ثبوت ملك العبد على المولى ، وذلك لايمكن إثباته من جهة المولى اهـ .

أقول : ويظهر من هذا وجه تخصيصهم المولى هنا بالمعتوق ، وإن كان يطلق على المعتق بالاشتراك ، لأنه لايمكن إثباته من جهة السيد : أى لايمكنه أن يجعل لعبده ولاء عليه ، فكان لغوا فتعين إرادة المعنى الممكن فافهم (قوله مالم يبرهن المدعى على وفق دعواه) كذا فى شرح مسكين والمناسب قول الزيلعى وغيره ، مالم يبرهن على أن العقار فى يد المدعى عليه ، لأن دعوى المدعى الملك كما سيصرح به (قوله ولا يكفى الخ) تصريح بما فهم من إطلاق قوله مالم يبرهن (قوله لاحتمال المواضعة) أى الموافقة إذا كان مالك العقار غائبا فيتواضع اثنان ويقر أحدهما باليد ويبرهن الآخر عليه بالملك ، ويتسامح فى الشهود ثم يدفع المالك ، متعللا بحكم الحاكم وهذه التهمة فى المنقول منتفية ، لأن يد المالك لاتنقطع عن المنقول عادة بل يكون فى يده بحر عن البزازية (قوله وهذا) أى لزوم إثبات اليد بالبرهان (قوله أما إذا ادعى الشراء) ومثله الغصب (قوله وإقراره) بالنصب عطفا على الشراء (قوله لأن دعوى الفعل) كالشراء مثلا (قوله تصح على غيره) لأنه يدعى عليه التمليك وهو يتحقق من غير ذى اليد ، فعدم ثبوت اليد بالإقرار لايمنع صحة الدعوى ، أما دعوى الملك المطلقة ، فدعوى ترك التعرض بإزالة اليد ، وطلب إزالتها لايتصور إلى من ذى اليد وبإقراره لايثبت كونه ذا يد لاحتمال المواضعة كما قررناه منح عن البزازية (قوله هو الصحيح) قال فى البحر : أول كتاب القضاء : ولا يشترط أن يكون المتداعيان من بلد القاضى إذا كانت الدعوى فى المنقول والدين ، وأما إذا كانت فى عقار لا فى ولايته فالصحيح الجواز كما فى الخلاصة والبزازية وإياك أن تفهم خلاف ذلك فإنه غلط اهـ (قوله ليس بشرط فيه) فالقضاء فى السواد صحيح وبه يفتى بحر (قوله ويكتب الخ) راجع لمسألة المتن (قوله قضى القاضى ببينة) إنما ذكره لقوله بعد : أو وقعت فى تلبيس الشهود وإلا فالإقرار كالبينة فيا يظهر ط (قوله ونحو ذلك) كنقضته أو فسخته أو رفعته ط عن الحموى (قوله إن كان بعد دعوى صحيحة) تقدمت شروطه جميعها فى القضاء ويأتى شىء منها (قوله إلا فى ثلاث الخ) الاستثناء

أو ظهر خطؤه (إذا قال الشهود قضيت وأنكر القاضي فالقول له) به يفتى قاله ابن الغرس فى الفواكه البدرية زاد فى البزازية خلافا لمحمد زاد فى البحر (مالم ينفذه قاض آخر) فحينئذ لايكون القول قوله فى أنه لم يقض لوجود قضاء الثانى به : قال المصنف : وهو قيد حسن لم أقف عليه لغير صاحب البحر .

(شرط نفاذ القضاء فى المجتهدات) من حقوق العباد (أن يصير الحكم فى حادثة) بأن يتقدمه دعوى صحيحة من خصم على خصم حاضر منازع شرعى ، فلو برهن بحق على آخر عند قاض فقضى به ببرهانه بدون منازعة ، ومخاصمة شرعية وتداع بينهما لم ينفذ قضاؤه لفقد شرطه ، وهو التداعى بخصومة شرعية وكان إفتاء فيحكم بمذهبه لاغير كما قدمناه فى القضاء وأفاده بقوله (فلو رفع إليه) أى إلى الحنفى (قضاء مالكى بلا دعوى لم يلتفت إليه وعمل الحنفى بمقتضى مذهبه) لعدم تقدم مايمنعه من ذلك لخروج قضاء المالكى مخرج الفتوى ، لعدم تقدم الخصومة الشرعية التى هى شرط انعقاد القضاء فى حق العباد .

(إذا ارتاب) القاضى (فى حكم) القاضى (الأول له طلب شهود الأصل) مر فى القضاء قيد بارتيابه فى حكم الأول فأفاد أنه إذا لم يرتب فيه لايعرض له قال الفواكه البدرية قالوا فى قضاء العدل العالم لاينقض ، ويحمل على السداد بخلاف قضاء غيره يعنى إذا تبين وجه فساده بطريقه فللثانى نقضه .

بالنسبة للأولى غير ظاهر إذ لاشهادة فيها تأمل (قوله أو ظهر خطؤه) أى بيقين كما لو قضى بالقصاص مثلا فجاء المقتول حيا أو كان مجتهدا فرأى النص بخلافه ، كما لو تحول اجتهاده وأفاد الزيلعى عن المحيط : أن النبى صلى الله عليه وسلم إنما لم ينقض ماقضى فيه باجتهاده ، ونزل القرآن بخلافه لأنه كان فيما لانص فيه فصح ، وصار شريعة له فإذا نزل القرآن بخلافه صار ناسخا لتلك الشريعة ، بخلاف ما إذا قضى القاضى باجتهاده ، ثم تبين نص بخلافه ، لأن النص كان موجودا منزلا إلا أنه خفى عليه فكان الاجتهاد فى محل النص فلا يصح وتمامه فيه .

وفى أشباه السيوطى عن السبكى : أن قضاء القاضى ينقض عند الحنيفة إذا كان حكما لا دليل عليه ، وما خالف شرط الواقف مخالف للنص وهو حكم لادليل عليه ، وأيده فى البحر بقول شارح المجمع وغيره أن شرط الواقف كنص الشارع (قوله وأنكر القاضى) أما لو اعترف فيثبت حيث كان مولى لا لو معزولا وفى البزازية ، وإن أرادوا أن يثبتوا حكم الخليفة عند الأصل ، فلا بد من تقديم دعوى صحيحة على خصم حاضر ، وإقامة البينة كما لو أرادوا إثبات قضاء قاض آخر اه بحر (قوله خلافا لمحمد) قال فى البحر : ورجح فى جامع الفصولين قول محمد قال : وينبغى أن يفتى به لما علم من أحوال قضاة زماننا اه (قوله لوجود قضاء الثانى به) فإنه لاينفذه إلا بعد ثبوته عنده ، ولا بد فيه من الدعوى أيضا .

قال فى البحر : ولا بد فى إمضاء الثانى لحكم الأول من الدعوى أيضا ولا يشترط إحضار شهود الأصل اه فلو قبل قول الأول لزم إبطال القضاء الثانى بمجرد قوله بعد الثبوت ، والإمضاء فإنه مبنى على الأول ولا سيما إذا كان مخالفا لمذهب القاضى الثانى فافهم (قوله من حقوق العباد) قيد به لأن الحادثة لاتشترط فى حقوق الله تعالى كالحدود ، وعتق الأمة وطلاق الزوجة ط (قوله منازع شرعى) كأصيل أو وكيل أو وصى أو متول ، أو أحد الورثة بخلاف الفضولى ، والمودع والمستعير فإن نزاعهما لايعتبر (قوله فقضى به ببرهانه) الباء الأولى للتعدية والثانية للسببية ط (قوله بدون منازعة) متعلق بمحذوف حال ، والمراد بدون حضور منازع ممن تقدم (قوله فيحكم بمذهبه) يعنى لو رفع هذا الحكم إلى قاض آخر يحكم بمذهبه ولايجب عليه تنفيذ الأول لأنه ليس ملزما لفقد شرطه ، وإنما هو إفتاء أى بيان الحكم الشرعى (قوله أى إلى الحنفى) أى مثلا فإن غيره إن كان يشترط ماذكر فحكمه كذلك (قوله إذا ارتاب الخ) نقله فى النهر عن صاحب البحر ، وقال لم أجده لغيره (قوله يعنى الخ) أقول على هذا

(إذا ترتب بيع التعاطى على بيع باطل أو فاسد لاينعقد) مر فى أول البيوع عن الخلاصة والبزازية والبحر (خبأ قوما ثم سأل رجلا عن شيء فأقر به وهم يرونه ويسمعون كلامه وهو لايراهم جازت شهادتهم عليه) بذلك الإقرار (وإن سمعوا كلامه ولم يروه لاتجوز) شهادتهم عليه لأن النغمة تشتبه عليه. فتقع الشبهة إلا إذا علموا أنه ليس فيه غيره بأن دخلوا البيت ثم خرجوا وجلسوا على بابه ولا مسلك له غيره ثم دخل رجل فسمعوا إقراره ولم يروه وقته :

(باع عقارا) أو حيوانا أو ثوبا (وابنه أو امرأته) أو غيرهما من أقاربه

لافرق بين قضاء العدل العالم وغيره ، فلو قيل يتعين لايتعرض لنقضه لكان أحسن : أى لايسأل عن الأحوال الموجبة للنقض ، فلايقال هل قضى بالرشوة ونحو ذلك بقرينة قولهم : ويحمل على السداد وأما غير العدل العالم فيسأل عن حاله (قوله مر فى أول البيوع الخ) ومر أنه محمول على ما إذا كان قبل متاركة الأول ، وأنه ليس خاصا بالبيع بالتعاطى ، بل البيع بالإيجاب ، والقبول كذلك .

وفى الخانية : شرى ثوبا شراء فاسدا ثم لقيه غدا فقال : قد بعتنى ثوبك هذا بألف درهم فقال : بلى فقال قد أخذته فهو باطل وهذا على ما كان قبله من البيع الفاسد فإن كانا تاركا البيع الفاسد فهو جائز اليوم اهـ :

أقول : ويرد عليه ما ذكره الشارح هناك فى مسألة بيع قطيع غنم كل شاة بكذا إنه فاسد ، وإن علم بعدد الغنم فى المجلس لم ينقلب صحيحا على الأصح ، ولو رضيا انعقد بالتعاطى ونظيره البيع بالرقم سراج اهـ ومثله فى النهاية والفتح وغيرهما فليتأمل (قوله ثم دخل رجل) أى وحده كما أفاده قوله لا إذا علموا أنه ليس فيه غيره ، وعليه فلو دخل معه المقر له لاتجوز شهادتهم لحصول الشبهة باحتمال أن المقر هو مدعى الحق ، وأنه جعل نغمته كنغمة الآخر تأمل (قوله باع عقارا الخ) وكذا لو وهب أو تصدق وسلم وقيد بالبيع إذ لو أجر أو رهن ، أو أعار ثم ادعى الحاضر تسمع إذ ليس من لوازم ذلك الخروج عن الملك ، وقد يرضى الشخص بالانتفاع بملكه ، ولا يرضى بالخروج عن ملكه ، ولأنه فى البيع ونحوه على خلاف القياس ، فلا يقاس عليه غيره ولم أر من نبه عليه فليتأمل رملى :

أقول : ومثل البيع الوقف كما أفتى به الشهاب الشلبى ، ووافقه على ذلك ثلاثة عشر عالما من أعيان الحنفية فى عصره كتب أسماءهم وخطوطهم بموافقته فى آخر كتاب الدعوى من فتاويه المشهورة فراجعها :

ثم اعلم أن التقييد بالبيع إنما يظهر بالنسبة إلى القريب ، أما بالنسبة إلى الأجنبى ، فلا لما فى جامع الفتاوى أول كتاب الدعوى عن الخلاصة رجل تصرف فى أرض زمانا ورجل آخر يرى تصرفه فيها ، ثم مات المتصرف ولم يدع الرجل حال حياته لاتسمع دعواه بعد وفاته اهـ :

وفى الحامدية عن الولوالجية : رجل تصرف زمانا فى أرض ورجل آخر يرى الأرض والتصرف ، ولم يدع ومات على ذلك لم تسمع بعد ذلك دعوى ولده فتترك على يد المتصرف اهـ .

والظاهر أن الموت غير قيد بدليل أنهم لم يقيدوا به هنا وبه علم أن مجرد السكوت عند الاطلاع على التصرف مانع ، وإن لم يسبقه بيع ، وأما السكوت عند البيع فلا يمنع إلا دعوى القريب :

ثم اعلم أنه نقل العلامة ابن الغرس فى الفواكه البدرية عن المبسوط إذا ترك الدعوى ثلاثا وثلاثين سنة ولم يكن مانع من الدعوى ، ثم ادعى لاتسمع دعواه لأن ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهرا اهـ ومثله فى البحر وفى جامع الفتاوى وقال المتأخرون من أهل الفتوى : لاتسمع الدعوى بعد ست وثلاثين سنة إلا أن يكون المدعى غائبا أو صبيا أو مجنونا ليس لهما ولى ، أو المدعى عليه أميرا جائرا يخاف منه كذا فى الفتاوى

(حاضر يعلم به ثم ادعى الابن) مثلا (أنه ملكه لاتسمع دعواه) كذا أطلقه فى الكنز والملتقى وجعل سكوته كالإفصاح قطعا للتزوير والحيل، وكذا لو ضمن الدرك أو تقاضى الثمن وقالوا فيمن زوجوه بلا جهاز إن سكوته عن طلب الجهاز عند الزفاف رضا فلا يملك طلب الجهاز بعد سكوته كما مر فى باب المهر (بخلاف الأجنبى) فإن سكوته و (لو جارا) لايكون رضا (إلا إذا) سكت الجار وقت البيع والتسليم و (تصرف المشترى فيه زرعا وبناء) فحينئذ (لاتسمع دعواه) على ما عليه الفتوى قطعا للأطماع الفاسدة، وبخلاف ما إذا باع الفضولى ملك رجل والمالك ساكت

العتابية اه والظاهر أن عدم سماعها بعد هذه المدة أعم من كونه مع الاطلاع على التصرف أو بدونه، لأن عدم سماعها مع الاطلاع على التصرف لم يقيدوه هنا بمدة، فلا منافاة بين كلامهم تأمل:

ثم اعلم أن عدم سماعها ليس مبنيا على بطلان الحق، حتى يرد أن هذا قول مهجور، لأنه ليس ذلك حكما ببطلان الحق، وإنما هو امتناع من القضاة عن سماعها خوفا من التزوير ولدلالة الحال كما دل عليه التعليل، وإلا فقد قالوا إن الحق لايسقط بالتقادم كما فى قضاء الأشباه فلا تسمع الدعوى فى هذه المسائل، مع بقاء الحق للآخرة ولذا لو أقر به يلزمه كما فى مسألة عدم سماع الدعوى بعد مضى خمس عشرة سنة إذا نهى السلطان عن سماعها كما تقدم قبيل باب التحكيم فاغتنم هذا التحرير المفرد (قوله حاضر) المراد من الحضور الاطلاع رملى (قوله مثلا) أى أو الزوجة أو غيرها من الأقارب (قوله إنه ملكه) أى كله أو بعضه مشاعا أو معينا والذى يظهر عدم سماع الدعوى فى الثمن أيضا، ويؤيده مافى التبيين وغيره من أن حضوره، وتركه فيما يصنع إقرار منه بأنه ملك البائع وأن لاحق له فى المبيع الخ رملى (قوله كذا أطلقه فى الكنز الخ) أى أطلقه عما قيده به الزيلعى نقلا عن فتاوى أبى الليث بأن يتصرف المشترى فيه زمانا قال فى المنح ولم يقيده بذلك فى الكنز والبزازية، وكثير من المعتبرات، ومن ثم لم نقيده به ولأن التقييد به يوجب التسوية بين القريب والجار مع أن الجار يخالفه اه وحكى فى المسألة أقوالا أخر فراجعها (قوله وجعل سكوته كالإفصاح) أى بأنه ملك البائع، وفى فتاوى المصنف: إذا ادعى عدم العلم بأنه ملكه وقت البيع يصدق:

وقال فى نهج النجاة أقول: وهذا إذا لم يكن المدعى معذورا، وإلا فتسمع دعواه فقد قالوا يعذر الوارث والوصى والمتولى بالتناقض للجهل فى موضع الخفاء اه وقال الاستروشنى: اشترى دارا لطفله من نفسه فكبر الإبن ولم يعلم، ثم باعها الأب وسلمها للمشترى ثم استأجرها الإبن منه ثم علم بما صنع الأب، فادعى الدار تقبل ولا يصير متناقضا بالاستئجار لأن فيه خفاء لأن الأب يستبد بالشراء للصغير وعسى لايعلم بعد البلوغ اه سائحانى (قوله وكذا لو ضمن الدرك الخ) الأولى ذكره بعد الأجنبى لئلا يوهم اختصاصه بالقريب وأوضح المسألة الزيلعى فراجعه (قوله فلا يملك الخ) أى على القول بأن له الطلب وهو خلاف الصحيح (قوله بخلاف الأجنبى) قال الرملى: أقول: الذى ظهر لى فى الفرق أن الأطماع الفاسدة فى القريب أغلب، فمظنة التلبيس فيه أرجح، ولذلك غلب فى الأقرباء خصوصا فى دعوى الإرث لسهولة إثباته، بخلاف الأجنبى فإن طمعه فى مال من هو أجنبى عنه نادر، فلا بد من مرجح يرجح جهة التزوير: وهى أن يتصرف فيه المشترى زمانا (قوله إلا إذا سكت الجار) وغيره من الأجانب بالأولى فتخصيص الجار بالذكر، لأنه مظنة أنه فى حكم القريب والزوجة (قوله وقت البيع والتسليم) أى وقت علمه بهما كما أفاده كلام الرملى السابق، وقد علمت أن البيع غير قيد، بل مجرد السكوت عند الاطلاع على التصرف مانع من الدعوى (قوله زرعا وبناء) المراد به كل تصرف لايطلق إلا للمالك فهما من قبيل التمثيل (قوله لاتسمع دعواه) أى دعوى الأجنبى ولو جارا رملى (قوله وبخلاف ما إذا باع الفضولى الخ) ذكرها لأدنى مناسبة وإلا فالكلام فيما إذا ادعى الساكت الملك، وأنكر البائع، والمشترى

حيث ألا يكون سكوته رضا عندنا خلافا لابن أبي ليلى بزازية آخر الفصل الخامس عشر وغيره .

(باع ضيعة ثم ادعى أنها وقف عليه) أو على مسجد كذا أو كنت وقفتها (وأراد تحليف المدعى عليه ليس له ذلك) اتفاقا للتناقض (وإن أقام بينة تقبل) على الأصح لا لصحة الدعوى ، بل لقبول البينة فى الوقف بلا دعوى خلافا لما صوبه الزيلعى وقد حققناه فى الوقف وباب الاستحقاق .

(وهبت مهرها لزوجها فماتت وطالبت ورثتها بمهرها وقالوا كانت الهبة فى مرض موتها وقال بل فى الصحة فالقول للورثة) هذا ما اعتمده فى الخانية تبعا لرواية الجامع الصغير بعد نقله لما فى فتاوى النسفى أن القول للزوج ، فقال : والاعتماد على تلك الرواية لأنهم تصادقوا على وجوب المهر . واختلفوا فى السقوط فالقول لمنكره الخ .

قلت : وأقره فى تنوير البصائر واعتمده شيخنا على خلاف ماجزم به فى الملتقى كالكنز من أن القول للزوج ، وإن جزم به شراحه كالزيلعى وابن سلطان بأنه الاستحسان فتنبه .

قلت : واستظهره ابن الهمام فى آخر النهر فقال : وجه الظاهر أن الورثة لم يكن لهم حق بل لها وهم يدعونه لأنفسهم ، والزوج ينكر فالقول له .

(وكلها بطلاقها لايملك عزلها) لأنه يمين من جهته (وكذلك بكذا على أنى متى عزلتك فأنت وكيلى) فطريقة

وهنا لا إنكار (قوله لايكون سكوته رضا عندنا) فى فتاوى أمين الدين عن المحيط إذا اشترى سلعة من فضولى ، وقبض المشترى المبيع بحضرة صاحب السلعة فسكت يكون رضا اه ومثله فى البزازية عن المحيط أيضا .

فعلم به أن محل ماهنا ما إذا لم يقبض المشترى السلعة بحضرة صاحبها ، وهو ساكت تأمل رملى (قوله آخر الفصل الخامس عشر) أى من كتاب الدعوى (قوله وغيره) أى فى الفصل التاسع من النكاح ، وقد نقلها الزيلعى هنا عن الجامع الصغير (قوله تقبل على الأصح) وبه أخذ الصدر الشهيد .

وقال الفقيه قال بعض الناس : لاتقبل البينة ولكنا لانأخذ به تاترخانية ، وبه : أى بالقبول نأخذ وهو الأصح عمادية تقبل البينة ، وإن لم تصح الدعوى خلاصة وبزازية ، وصححه فى كثير من الفتاوى .

وقيده فى البحر بما إذا برهن أنه وقف محكوم بلزومه ، وإلا فلا لأن مجرد الوقف لايزيل الملك ، ومثله فى فتح القدير وهو تفصيل حسن ينبغى أن يعول عليه ، أفاده المصنف قلت : المفتى به أن الملك يزول بمجرد قوله وقفت (قوله خلافا لما صوبه الزيلعى) حيث قال : وقيل لاتقبل وهو أصوب وأحوط لأنه بإقامة البينه أن الضيعة وقف عليه يدعى فساد البيع وحقا لنفسه فلا تسمع للتناقض اه وظاهره أنه لو على مسجد أو نحوه تسمع إذ لايدعى حقا لنفسه (قوله فالقول للورثة) هذا عند عدم البرهان ، فإن أقاموا البرهان ، فالبينة بينة من يدعى الهبة فى الصحة منح .

قلت : وعلى القول الثانى فالظاهر أن البينة للورثة (قوله هذا ما اعتمده فى الخانية) وتصحيح قاضيخان من أجل التصاحيح وهذا من المسائل التى رجحوا القياس فيها على الاستحسان سائحانى (قوله بعد نقله) ضميره كضمير قال يرجع إلى قاضيخان ط (قوله إلى آخره) هو قوله ولأن الهبة حادثة والأصل فى الحوادث أن تضاف إلى أقرب الأوقات اه (قوله بأنه الاستحسان) الباء للسببية وهو مرتبط بقوله جزم ط (قوله واستظهره) أى كون القول للزوج (قوله وجه الظاهر) مفاده أنه ظاهر الرواية (قوله لم يكن لهم حق) أى وقت الهبة (قوله لأنه يمين من جهته) لما فيه من معنى اليمين وهو تعليق الطلاق بفعلها ، فلا يصح الرجوع فى اليمين ، وهو تمليك من جهتها لأن الوكيل هو الذى يعمل لغيره وهى عاملة لنفسها ، فلا تكون وكيلة بخلاف الأجنبى زيلعى وملتقى

أن (يقول فى عزله عزلتك ثم عزلتك) لأن متى لعموم الأوقات ، وأما كلما فلعموم الأفعال (فلو قال كلما عزلتك فأنت وكيلى يقول) فى عزله (رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلتك عن الوكالة المنجزة) الحاصلة من لفظ كلما فحينئذ ينعزل .

(قبض بدل الصلح شرط إن) كان (دينا بدين) بأن صالح على دراهم عن دنانير أو عن شئ آخر فى الذمة (وإلا) يكن دينا بدين (لا) يشترط قبضه لأن الصلح إذا وقع على عين تتعين لاتبقى دينا فى الذمة ، فجاز الافتراق عنه .

(قال) المدعى (لابينة لى فبرهن) ولو بعد حلف خصمه جواهر الفتاوى وكذا لو قال عند طلبه ليمينه إذا حلفت فأنت برىء عن المال الذى لى عليك وحلف وثم برهن على الحق قبل وقضى له بالمال خالية (أو قال) الشاهد (لاشهادة لى) فشهد تقبل لإمكان التوفيق بالنسيان ، ثم التذكر (كما لو قال ليس لى عند فلان شهادة ثم جاء به فشهد أو قال لاحجة لى على فلان ثم أتى بها) بالحجة فإنها تقبل لما قلنا بخلاف ما إذا قال ليس لى حق ثم ادعى حقا لم تسمع للتناقض (الإمام الذى ولاه الخليفة أن يقطع) من الإقطاع (إنسانا

التمليك اقتصر على المجلس كما مر فى باب تفويض الطلاق (قوله لأن متى لعموم الأوقات) أى فلا تفيد إلا عزلا ونصبا واحدا .

قال الزيلعى : فإذا عزله انعزل عن الوكالة المنجزة وتنجزت المعلقة ، فصار وكيلا جديدا ثم بالعزل الثانى انعزل عن الوكالة الثانية (قوله يقول فى عزله رجعت الخ) لأنه لو عزله عن المنجزة من غير رجوع لصار وكيلا مثل ماكان ولو عزله ألف مرة لأن كلمة كلما تقتضى تكرار الأفعال لا إلى نهاية ، فلا يفيد العزل إلا بعد الرجوع حتى لو عزله ، ثم رجع عن المعلقة يحتاج إلى عزل آخر لأنه كلما عزله صار وكيلا ، فلا يفيد الرجوع بعد ذلك عن المعلقة فى حقها لأنه يحتاج إلى عزل آخر بعد الرجوع زيلعى وتمامه فيه (قوله الحاصلة من لفظ كلما) هكذا فى المنح أيضا وهو سهو لأن المنجزة حصلت من قوله : أنت وكيلى والمعلقة حصلت من قوله كلما عزلتك الخ سائحانى (قوله أو عن شىء آخر) أى من غير الدراهم لقول مسكين هذا إذا كان على خلاف جنسه ، لأنه لو صالح على جنسه مؤجلا جاز (قوله فى الذمة) صفة لدراهم ودنانير وشئ آخر تأمل (قوله وإلا) أى بأن كان عقارا بعقار أو عقارا بدين مسكين (قوله لم تتعين) صفه لعين أى تتعين بالإشارة إليها (قوله فجاز الافتراق عنه) أى وإن كان مال الربا كما إذا وقع الصلح على شعير بعينه عن حنطة فى الذمة زيلعى (قوله قبل الخ) لأنه لا يصح تعليق الإبراء بالخطر (قوله أو قال لا حجة لى) لما كانت الحجة تصدق بشهادة الواحد فيما يكتفى به ذكرها عقب البينة سائحانى أى فلا تكرار فافهم (قوله بخلاف ما إذا قال ليس لى حق) أى على فلان ، وإنما حذفه للعلم به من المتن ، وعبارة المنح ، بخلاف ما إذا قال ليس لى عليه حق الخ .

وفيها : ولو قال هذه الدار ليست لى أو قال ذلك العبد ثم أقام بينة ، أن الدار أو العبد له تقبل بينته ، لأنه لم يثبت بإقراره حقا لأحد فكان لغوا ، ولهذا تصح دعوى الملاعن لنسب ولد نفى بلعانه نسبه ، لأنه حين نفاه لم يثبت فيه حقا .

وفيها ولو قال لا أعلم لأن لى حقا على فلان ثم أقام البينة أن له عليه حقا تقبل لإمكان الخفاء عليه فأمكن التوفيق (قوله لم تسمع للتناقض) قد يقال : إن التوفيق المذكور ممكن هنا أيضا فلماذا لم يعتبر ، ويمكن التوفيق بأنه فى هذه المسئلة ثبتت براءة ذمة المدعى عليه بالقول الأول ثم يريد شغلها بالثانى ولا يقبل ط (قوله إن يقطع)

من طريق الجادة إن لم يضر بالمارة) لأن للإمام ولاية ذلك فكذا نائبه .

(صادره السلطان ولم يعين بيع ماله فباع عينه فكره إلا أن يأخذ الثمن طوعا فباع ماله) بسبب المصادرة (صح) بيعه لأنه غير مكره كما مر في الإكراه (كالدائن إذا حبس بالدين فباع ماله لقضائه صح) إجماعا .

(خوفها) زوجها أو غيره (بالضرب حتى وهبت مهرها لم يصح إن قدر على الضرب) لأنها مكرهة عليه (وإن أكرهها على الخلع وقع الطلاق ولم يسقط المال) لأن طلاق المكره واقع ولا يلزم المال به لما قلنا (ولو أحالت إنسانا على الزوج ثم وهبت المهر الزوج لم يصح) قالوا وهو الحيلة .

قلت : وإنما تتم بقبوله فيعلم حيلتها إلا أن يقال إنه يتمكن المحال من مطالبته

أي يعين له قصعة ط عن الحموي (قوله من طريق الجادة) هو وسط الطريق ومعظمه ط (قوله إن لم يضر بالمارة) بأن كان واسعا لا يضيق بذلك قال في المعدن : قيد به لأنه لو أضر بالمارة لا يقطع إذ فيه قطع الطريق ، وليس له أن يقطع الطريق ، وإن كان لهم طريق أخرى ، حتى لو فعل ذلك فهو آثم ، وإن رفع إلى القاضي رده كذا في نصاب الفقهاء ، وذكر في الخانية قال للسلطان أن يجعل ملك الرجل طريقا عند الحاجة اهـ ط (قوله لأن للإمام ولاية ذلك) إذ له التصرف في حق الكافة فيما فيه نظر للمسلمين ، فإذا رأى ذلك مصلحة لهم كان له أن يفعله من غير أن يلحق ضررا بأحد ، ألا ترى أنه إذا رأى أن يدخل بعض الطريق في المسجد ، أو عكسه وكان في ذلك مصلحة بالمسلمين كان له أن يفعل ذلك منح والمراد هنا بالإمام الخليفة ليناسب قوله فكذا نائبه (قوله صادره السلطان) أي أراد أن يأخذ منه مالا ط (قوله لأنه غير مكره) فإنه إنما باعه باختياره غاية الأمر أنه صار محتاجا إلى بيعه لإيفاء ما طلب منه ، وذلك لا يوجب الكره منح (قوله كالدائن إذا حبس) بالبناء للفاعل والمفعول محذوف وهو المديون ط (قوله بالضرب) الظاهر أنه أراد به المبرح ط (قوله على الخلع) أي على المخالعة معه بمال (قوله لأن طلاق المكره واقع) كذا علل الزيلعي وغيره وتعقبه الشلبي بأنه إذا كان الزوج ، هو الذي أكرهها لا يصح هذا التعليل إلا إذا قرئ وإن أكرها أي الزوج والمرأة أي أكرههما إنسان اهـ أبو السعود :

أقول : أو يقرأ المكره بالكسر اسم فاعل (قوله ولا يلزم المال) أي بدل الخلع ولما كان ذلك البدل تارة يكون ما في ذمة الزوج من المهر وتارة يكون غيره وقد عبر المصنف بما يناسب الأول ، وهو السقوط عبر الشارح بما يناسب الثاني جمعا بينهما (قوله لما قلنا) أي من أنها مكرهة وسقوط المال أو لزومه يشترط له الرضا (قوله قالوا وهو الحيلة) قال في المنح : ذكر هذا الفرع في الكنز وغيره ، وظاهر كلامهم أن هذا هو المخلص لامرأة تريد أن ترضي زوجها بهبة المهر ظاهراً وهي لا تريد صحة ذلك اهـ (قوله قلت الخ) هو للمصنف وأقول : إنما تنفعها هذه الحيلة في الخلع لو علم الزوج أن لا مهر عليه لما في الخلاصة خلع امرأته بما لها عليه من المهر ظنا منه أن لها عليه بقية المهر ، ثم تذكر عدمه وقع الطلاق عليها بمهرها ، فيجب عليها أن ترد المهر إن قبضت : أما إذا علم أن لا مهر لها عليه بأن وهبت صح الخلع ، ولا ترد عليه شيئا اهـ.

وأقول أيضا : ليس في كلام الكنز وغيره ما يقتضي أن هذا الفرع حيلة لما تقدم ، حتى يرد عليه ما ذكر وإنما هو حيلة لغيره ففي حيل الأشباه قال لها إن لم تهبيني صداقك اليوم فأنت طالق ، فالحيلة أن تشتري منه ثوبا ملفوفا بمهرها ثم ترده بعد اليوم فيبقى المهر ولا حنث اهـ .

وفي مداينات الأشباه عن القنية وله أي لعدم صحة الهبة ثلاث حيل : أحدها : شراء شيء ملفوف من زوجها بالمهر قبل الهبة ، والثانية : صلح إنسان معها عن المهر بشيء ملفوف قبل الهبة ، والثالثة : هبة المرأة المهر لابن الصغير لها قبل الهبة وفي الأخير نظر اهـ فليكن ما هنا حيلة أخرى لذلك تأمل وإنما لم يحنث فيما ذكر لعدم

برفعه إلى من لايشترط قبوله :

(اتخذ بئرا فى ملكه أو بالوعة فنز منها حائط جاره وطلب جاره تحويله لم يجبر). عليه ومفاده أنه يؤمر بالرفق دفعا للإيذاء (وإن سقط الحائط منه لم يضمن) لعدم تعديه إذا حفره فى ملكه مكان تسببا ومر فى آخر الإجارة أنه لو سقى أرضه سقيا لاتحتمله فتعدى لجاره ضمن .

(عمر دار زوجته بماله بإذنها فالعمارة لها والنفقة دين عليها) لصحة أمرها (ولو) عمر (لنفسه بلا إذنها فالعمارة له) ويكون غاصبا للعرصة فيؤمر بالتفريغ بطلبها ذلك (ولها بلا إذنها فالعمارة لها وهو متطوع) فى البناء فلا رجوع له ولو اختلفا فى الإذن وعدمه ، ولا بينة فالقول لمنكره بيمينه ، وفى أن العمارة لها أو له فالقول له لأنه هو المتملك كما أفاده شيخنا

إمكان البرء اليوم ، وإنما قيد بالملفوف ليثبت الرد بخيار الرؤية بعد مضى اليوم (قوله برفعه إلى من لا يشترط قبوله) أى إلى قاضى لا يرى أن قبول المحال عليه شرط لتمام الحوالة كقاض مالكى (قوله لم يجبر) قال فى جامع الفصولين : والحاصل أن القياس فى جنس هذه المسائل أن من تصرف فى خالص ملكه لا يمنع منه ، وإن أضر بغيره لكن ترك القياس فى محل يضر بغيره ضررا بينا فقيل بالمنع وبه أخذ كثير من مشايخنا وعليه الفتوى اهـ (قوله ومفاده الخ) فيه تأمل (قوله لعدم تعديه الخ) أقول : الأنسب فى التعبير أن يقال لأنه متسبب غير متعد بحفره فى ملكه : أى لأن المتسبب لا يضمن إلا إذا تعدى كوضع الحجر فى الطريق (قوله ضمن) لأنه جعل مباشراً وفى جامع الفصولين تفصيل حيث قال : فلو أجرى الماء فى أرضه إجراء لايستقر فيها ضمن ولو يستقر فيها ثم يتعدى إلى أرض جاره فلو تقدم إليه جاره بالسكر والأحكام ، ولم يفعل ضمن كالأشهاد على الحائط المائل والألم يضمن اهـ .

قال الرملى فى حاشيته عليه : أقول : يعلم منه جواب حادثة الفتوى اتخذ فى داره بالوعة أوهنت بناء جاره لسريان الماء إلى أسه فتقدم إليه بأحكام البناء ، حتى لا يسرى الماء تأمل اهـ وبه يقيد إطلاق قول المصنف لم يضمن ولا سيما على ما قدمناه من القول المفتى به (قوله عمر دار زوجته الخ) على هذا التفصيل عمارة كرمها وسائر أملاكها جامع الفصولين . وفيه عن العدة كل من بنى فى دار غيره بأمره فالبناء لآمره ولو لنفسه بلا أمره فهو له ، وله رفعه إلا أن يضر بالبناء ، فيمنع ولو بنى لرب الأرض ، بلا أمره ينبغى أن يكون متبرعا كما مر اهـ وفيه بنى المتولى فى عرصة الوقف أن من مال الوقف فللوقف ، وكذا لو من مال نفسه ، لكن للوقف ولو لنفسه من ماله ، فإن أشهد فله وإلا فللوقف بخلاف أجنبى بنى فى ملك غيره (قوله والنفقة دين عليها) لأنه غير متطوع فى الإنفاق فيرجع عليها لصحة أمرها ، فصار كالمأمور بقضاء الدين زيلعى ، وظاهره وإن لم يشترط الرجوع وفى المسئلة اختلاف وتمامه فى حاشية الرملى على جامع الفصولين (قوله فالعمارة له) هذا لو الآلة كلها له فلو بعضها له وبعضها لها فهى بينهما ط عن المقدسى (قوله بلا إذنها) فلو بإذنها تكون عارية ط (قوله فيؤمر بالتفريغ) ظاهره ولو كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الأرض ، وبه أفتى المولى أبو السعود مفتى الروم وهو خلاف ما مشى عليه الشارح فى كتاب الغصب من أنه يضمن صاحب الأكثر قيمة الأقل ، وقدمنا الكلام عليه هناك فراجعه (قوله بطلبها) الأوضح قول الزيلعى إن طلبت (قوله ولها) معطوف على نفسه أى ولو عمرها الخ (قوله كما أفاده شيخنا) أى الرملى فى حاشية المنح وقال بعده : لكن ذكر فى الفوائد الزينية من كتاب الغصب إذا تصرف فى ملك غيره ، ثم ادعى أنه كان بإذنه فالقول للمالك إلا إذا تصرف فى مال امرأته ، فماتت وادعى أنه كان بإذنها ، وأنكر الوارث فالقول للزوج كذا فى القنية اهـ فيقتضاه أنه إذا عمر دار زوجته لها فماتت وادعى أنه كان بإذنها

وتقدم فى الغصب .

(قال هذه رضيعتى ثم اعترف) بالخطأ (وصدقته) فى خطئه (فله أن يتزوجها إذا لم يثبت عليه بأن قال) أفاد بأنه لايثبت إلا بالقول كقوله (هو حق أو صدق أو كما قلت أو أشهد عليه بذلك شهودا أو مافى معنى ذلك) من الثبات اللفظى الدال على الثبات النفسى وهل يكون تكرار إقراره بذلك ثباتا خلاف مبسوط فى المبسوط ، وحاصله : أن التكرار لايثبت به الإقرار (ولو أخذ) رجل (غريمه فنزعه إنسان من يده لم يضمن) لأنه تسبب (وكذا إذا دل السارق على مال غيره أو أمسك هاربا من عدوه حتى قتله) عدوه لما قلنا (فى يده مال إنسان فقال له سلطان ادفع إلى هذا المال وإلا) تدفعه إلى (اقطع يدك أو أضربك خمسين فدفعه لم يضمن) الدافع لأنه مكره .

(قال تركت دعواى على فلان وفوضت أمرى إلى الآخرة لاتسمع دعواه بعده) أى بعد هذا القول ذكره فى القنية (الإجازة تلحق الأفعال) على الصحيح (فلو غصب عينا لإنسان فأجاز المالك غصبه صح) إجازته وحينئذ (فيبرأ الغاصب عن الضمان) ولو انتفع به فأمره بالحفظ لايبرأ عن الضمان مالم يحفظ وتمامه فى العمادية .

ليرجع فى تركتها بما أنفق وأنكر بقية الورثه إذنها أن القول قوله ، ووجهه شهادة العرف الظاهر له تأمل اهـ (قوله وتقدم فى الغصب) لم أره فيه ، وإنما قدم فيه ما ذكرناه عن الفوائد الزينية آنفا (قوله فله أن يتزوجها) والعذر له فى رجوعه عن ذلك أنه مما يخفى عليه ، فقد يظهر له بعد إقراره خطأ الناقل ، وهذه من المسائل التى اغتفروا فيها التناقض أفاده فى المنح (قوله وهل يكون الخ) هذه المسئلة وقعت فى زمن شيخ الإسلام ابن الشحنة ، فأفتى : بأنه لا يكون ثباتا ، وخالفه بعض معاصريه ، ووقع نزاع طويل وعقد لها مجالس بأمر السلطان قايتباى ، وآل الأمر إلى أن عرضت النقول على شيخ الإسلام القاضى زكريا من نحو أربعين كتابا .

فأجاب : بأن صريح هذه النقول ومنطوقها أن الثبات لايحصل إلا بقوله ، هو حق أونحوه وليس فى صريحها أن التكرار كذلك نعم يؤخذ من قول المبسوط ، ولكن الثابت على الإقرار كالمجدد له بعد العقد أنه إذا أقر بذلك قبل العقد ثم أقر به بعده يقوم مقام قوله هو حق ، ونحوه ، وقدمت الكلام على ذلك مبسوطا فى كتاب الرضاع فراجعه (قوله خلاف مبسوط فى المبسوط الخ) قد علمت التدليس فى المبسوط بيان الخلاف ، وأن المفهوم منه أن التكرار يثبت به الإصرار فقول الشارح لا يثبت صوابه حذف لا ، ولو قال صريح النقول أن التكرار لا يثبت به الإصرار لكان أحسن (قوله لأنه تسبب) أى النزع ، وقد دخل بينه وبين ضياع حقه فعل فاعل مختار ، وهو هروبه فلا يضاف إليه التلف كما إذا حل قيد العبد فأبق زيلعى (قوله أوأضربك خمسين) أى فأكثر فلو قال له : أحبسك شهرا أو أضربك ضربا ، فهو ضامن لأن دفع المال للغير لايجوز إلا لخوف التلف ، لكن تقدم فى الاكراه أن أمر السلطان إكراه تأمل (قوله فدفعه) أما إذا دفع من مال نفسه فلا رجوع له كما تقدم ما يفيده ط (قوله لأنه مكره) قال العلامة المقدسى فلو ادعى ذلك أى الأخذ منه كرهاً ، هل يكتفى منه باليمين أم لابد من برهان يحتاج إلى بيان حموى .

أقول : مقتضى كونه أمينا أنه يصدق باليمين كما لو ادعى الهلاك تأمل (قوله الإجازة تلحق الأفعال) هذا هو الصحيح وتقدم الكلام عليه أوائل كتاب الغصب (قوله فأجاز المالك غصبه) الذى فى العمادية وغيرها غصب شيئا وقبضه فأجاز المالك قبضه الخ وهو أنسب من قوله غصبه (قوله لا يبرأ عن الضمان مالم يحفظ) مفهومه أنه لو لم ينتفع به يبرأ بمجرد الأمر ، ولعل المراد أنه إذا انتفع به ودام على الانتفاع كما لو غصب ثوبا فلبسه ، فإذا أمره بالحفظ لايبرأ حتى ينزعه ويحفظه أما لو نزعه قبل الأمر وحفظه فأمره بالحفظ فالظاهر أنه يبرأ لأنه بمنزلة

(وضع منجلا فى الصحراء ليصيد به حمار وحش وسمى عليه فجاء فى اليوم الثانى) قيد اتفاقى إذ لو وجده ميتا من ساعته لم يحل زيلعى (ووجد الحمار مجروحا ميتا لم يؤكل) لأن الشرط أن يذبحه إنسان أو يجرحه، وإلا فهو كالنطيحة (كره تحريما) وقيل تنزيها والأول أوجه (من الشاة سبع الحياء والخصية والغدة والمثانة والمرارة والدم المصفوح والذكر) للأثر الوارد فى كراهة ذلك وجمعها بعضهم فى بيت واحد فقال:

فقل ذكر والانثيان مثانة　　كذاك دم ثم المرارة والغدد

وقال غيره:

على الانقطاع بعد الأمر متعد، بخلاف ما لو نزعه قبله هذا ما ظهر لى وأفاد ط نحوه (قوله وضع منجلا) بكسر الميم ما يحصد به الزرع مغرب (قوله قيد إتفاقى الخ) مشى عليه المصنف فى المنح أيضا والعينى تبعا للزيلعى، ومقتضى ما قدمه الشارح فى الذبائح أنه للاحتراز حيث قال: وتشترط التسمية حال الذبح أو الرمى لصيد أو الإرسال أو حال وضع الحديد لحمار الوحش إذا لم يقعد عن طلبه اهـ والظر ما كتبناه هناك وفى كتاب الصيد (قوله كره تحريما) لما روى الأوزاعى عن واصل بن أبى جميلة عن مجاهد قال: كره رسول الله صلى الله عليه وسلم من الشاة الذكر والانثيين والقبل والغدة والمرارة والمثانة والدم، قال أبو حنيفة: الدم حرام وأكره الستة، وذلك لقوله عز وجل — حرمت عليكم الميتة والدم — الآية فلما تناوله النص قطع بتحريمه وكره ما سواه، لأنه مما تستخبثه الأنفس، وتكرهه وهذا المعنى سبب الكراهية لقوله تعالى — ويحرم عليهم الخبائث — زيلعى.

وقال فى البدائع آخر كتاب الذبائح: وما روى عن مجاهد فالمراد منه كراهة التحريم بدليل أنه جمع بين الستة وبين الدم فى الكراهة والدم المسفوح محرم والمروى عن أبى حنيفة أنه قال: الدم حرام وأكره الستة فأطلق الحرام على الدم، وسمى ما سواه مكروها لأن الحرام المطلق ما ثبتت حرمته بدليل مقطوع به وهو المفسر من الكتاب قال الله تعالى — أو دما مسفوحا — وانعقد الإجماع على حرمته، وأما حرمة ما سواه من الستة فما ثبت بدليل مقطوع به، بل بالاجتهاد أو بظاهر الكتاب المحتمل للتأويل أو الحديث، فلذا فصل فسمى الدم حراما وذا مكروها اهـ.

أقول: وظاهر إطلاق المتون هو الكراهة (قوله وقيل تنزيها) قائله صاحب القنية فإنه ذكر أن الذكر أو الغدة لو طبخ فى المرقة لا تكره المرقة وكراهة هذه الأشياء كراهة تنزيه لا تحريم اهـ. واختار فى الوهبانية ما فى القنية وقال: إن فيه فائدتين إحداهما أن الكراهة تنزيهية، والأخرى أنه لا يكره أكل المرقة واللحم اهـ نقله عنه ابن الشحنة فى شرحه، وأقره (قوله والأول أوجه) لما قدمناه من استدلال الإمام بالآية وأيضا فكلام صاحب القنية لا يعارض ظاهر المتون وكلام البدائع (قوله من الشاة) ذكر الشاة إتفاقى لأن الحكم لا يختلف فى غيرها من المأكولات ط (قوله الحياء) هو الفرج من ذوات الخف والظلف والسباع، وقد يقصر قاموس (قوله والغدة) بضم الغين المعجمة كل عقدة فى الجسد أطاف بها شحم، وكل قطعة صلبة بين العصب ولا تكون فى البطن كما فى القاموس (قوله والدم المسفوح) أما الباقى فى العروق بعد الذبح فإنه لا يكره (قوله فى بيت) وقبله بيت آخر ذكره فى المنح وهو:

ويكره أجزاء من الشاة سبعة　　فخذها فقد أوضحتها لك بالعدد

(قوله فقل ذكر الخ) كذا فى النسخ وعليه فالمعدود ستة والظاهر أن أصل البيت حيا ذكر الخ (قوله وقال غيره) أى بطريق الرمز ومثله قولى:

إن الذى من المذكاة رمى　　يجمعه حروف فخذ مدغم

إذا ماذكيت شاة فـكلها سوى سبع ففيهن الوبال
فحاء ثم خاء ثم غين ودال ثم ميمان وذال

(للقاضى إقراض مال الغائب والطفل واللقطة) بشروط تقدمت فى القضاء (بخلاف الأب والوصى والملتقط) إلا إذا أنشدها حتى ساغ تصدقه فإقراضه أولى زيلعى :

(قال إن كان الله يعذب المشركين فامرأته طالق قالوا لاتطلق امرأته لأن من المشركين من لايعذب) كذا فى الخانية وظاهر توجيهه أن المراد بهذا البعض من يصدق عليه المشرك فى الجملة بأن يكون مشركا فى عمره ، ثم يختم له بالحسنى أو أطفال المشركين فإنهم مشركون شرعا وإذا ثبت أن البعض لايعذب وهى سالبة جزئية لم تصدق الموجبة الكلية القائلة كل مشرك يعذب قاله المصنف : وقد أورد هذا اللغز على غير هذا الوجه ابن وهبان فقال :

وهل قائل لايدخل النار كافر ولـكنها بالمؤمنين تعمر

قال : ومعناه أن الكفار لما يرون النار يؤمنون بالله تعالى ورسوله ولا ينفعهم قال تعالى — فلم يك ينفعهم إيمانهم لما رأوا بأسنا — ولعجز البيت معنى آخر وهو أن عمرها خزنتها القائمون بأمرها وهم مؤمنون ففى البيت سؤلان قال ابن الشحنة : وعندى أن هذا مما ينكر ذكره والتلفظ به ، ولا ينبغى أن يدون ويسطر ولا يقبل تأويل قائله انتهى .

(قوله إذا ما ذكيت) بالبناء للمجهول والتاء علامة التأنيث (قوله واللقطة) قيده بعضهم بغير لقطة الذمى فليس للقاضى إقراضها لقولهم لايجوز التصدق بها بل بضمها فى بيت المال ، لأن الإقراض قربة والذمى ليس من أهل القرب اه وأطلق فى أقراضه اللقطة فشمل إقراضها من الملتقط وغيره ، وقول البحر من الملتقط الظاهر أنه غير قيد تأمل (قوله بشروط تقدمت فى القضاء) حيث قال : من ملئ مؤتمن حيث لا وصى ، ولا من يقبله مضاربة ولا مستغلا يشتريه اه وقوله : حيث لا وصى ذكره صاحب البحر بحثا وفيه كلام يعلم من محله (قوله بخلاف الأب الخ) فإن أقرضوا ضمنوا لعجزهم عن التحصيل ، بخلاف القاضى ويستثنى إقراضهم للضرورة كحرق ونهب ، فيجوز اتفاقا بحر كذا ذكره الشارح فى القضاء ، وما ذكره المصنف من أن الأب كالوصى لا كالقاضى هو أحد قولين مصححين ، وعليه المتون فـكان المعتمد كما أفاده فى البحر (قوله إلا إذا أنشدها الخ) ذكره الزيلعى بصيغة ينبغى ، فالظاهر أنه بحث منه لـكنه يوهم أنه لا يضمن إذا لم يجز صاحبها كالقاضى مع أنه لايمكن الحاق الأقراض بالتصدق إلا إذا قلنا بالضمان (قوله فإقراضه أولى) أى إقراضه من فقير زيلعى (قوله وظاهر توجيهه الخ) عبارة المنح وظاهر التوجيه المفهوم من كلام الإمام قاضيخان أن المراد بالمشركين فى الشرط المذكور الجميع ، فلذا قال فى تعليله ، لأن من المشركين من لا يعذب ، فيمكن أن يراد بهذا البعض من يصدق عليه المشرك فى الجملة الخ فتنبه (قوله بهذا البعض) أى الذى دلت عليه من التبعيضية (قوله فإنهم مشركون شرعا) أى بطريق التبعية منح فالمعنى أنهم يعاملون شرعا معاملة آبائهم أما حكمهم فى الآخرة ففيه أقوال عشرة أحدها أنهم خدم أهل الجنة ، والمشهور عن الإمام التوقف (قوله لم تصدق الموجبة الـكلية) أى فلا يحنث ، لأنه علق الطلاق على كون المشركين جميعا معذبين ، ولم يتحقق منح أى حملا لأل على الاستغراق (قوله وهل قائل) أى هل يوجد قائل والجملة بعده مقول القول وكافر فاعل يدخل (قوله ففى البيت سؤالان) وهما عدم دخول النار كافر ودخول المؤمنين النار (قوله ولا يقبل تأويل قائله) مقتضاه أنه يحكم عليه بالـكفر وفيه نظر لما تقرر أنه لو كان وجوه توجب الـكفر ووجه واحد يمنعه ، فعلى المفتى الميل لما يمنع ، ولا سيما عند وجود القرينة فإرادة

قلت : هذا مع وضوح وجهه تكلم فيه ، فكيف الأول فلا تغفل ، ثم رأيت شيخنا قال قد قضى بنقله على نفسه بالإنكار ، وآله ما كان له أن يدونه وبالله التوفيق :

(صبى حشفته ظاهرة بحيث لو رآه إنسان ظنه مختونا ولا تقطع جلدة ذكره إلا بتشديد آلمه ترك على حاله كشيخ أسلم وقال أهل النظر لا يطيق الختان) ترك أيضا (ولو ختن ولم تقطع الجلدة كلها ينظر فإن قطع أكثر من النصف كان ختانا وإن قطع النصف فما دونه لا) يكون ختانا يعتد به لعدم الختان حقيقة وحكما :

(و) الأصل أن (الختان سنة) كما جاء فى الخبر (وهو من شعائر الإسلام) وخصائصه (فلو اجتمع أهل بلدة على تركه حاربهم) الإمام فلا يترك إلا لعذر وعذر شيخ لا يطيقه ظاهر (ووقته) غير معلوم وقيل (سبع) سنين كذا فى الملتقى وقيل عشر وقيل أقصاه اثنتا عشرة سنة وقيل العبرة بطاقته وهو الأشبه وقال أبو حنيفة : لا علم لى بوقته ولم يرد عنهما فيه شىء فلذا اختلف المشايخ فيه وختان المرأة ليس سنة بل مكرمة للرجال وقيل سنة وقد جمع السيوطى من ولد مختونا من الأنبياء عليهم الصلاة والسلام فقال :

الالغاز والتعمية كقوله عليه الصلاة والسلام لامرأة مازحا : إن الجنة لا يدخلها عجوز (قوله قلت هذا) أى ما فى الشطر الثانى (قوله فكيف الأول) أى ما فى المتن المساوى لما فى الشطر الأول (قوله ثم رأيت شيخنا قال) أى معترضا على المصنف فى حاشية المنح حيث نقل كلام ابن الشحنة ، فالضمير فى نقله لكلام ابن الشحنة وفى قضى ونفسه للمصنف فافهم ، لكن كان ينبغى للشارح أن يصرح بأن المصنف نقل كلام ابن الشحنة حتى يتعين مرجع الضمائر (قوله آلمه) بمد الهمزة فعل ماض من الإيلام والجملة صفة لتشديد (قوله وقال أهل النظر) أى المعرفة منح (قوله وحكما) الحكمى بقطع الأكثر ولم يوجد ط (قوله حاربهم الإمام) كما لو تركوا الأذان منح (قوله ووقته) أى ابتداء وقته مسكين أو وقته المستحب كما نقل عن شرح باكير على الكنز (قوله غير معلوم) أى غير مقدر بمدة وقد عدل الشارح عما جزم به المصنف كالكنز ، ليكون المتن جاريا على قول الإمام كعادة المتون (قوله وقيل سبع) لأنه يؤمر بالصلاة إذا بلغها فيؤمر بالختان ، حتى يكون أبلغ فى التنظيف قال فى الكافى ، زاد فى خزانة الأكمل وإن كان أصغر منه فحسن ، وإن كان فوق ذلك قليلا فلا بأس به ، وقيل : لا يختن حتى يبلغ لأنه للطهارة ولا تجب عليه قبله ط (قوله وقيل عشر) لزيادة أمره بالصلاة إذا بلغها (قوله وهو الأشبه) أى بالفقه زيلعى وهذه من صيغ التصحيح (قوله وقال أبو حنيفة الخ) الظاهر أنه لا يخالف ما قبله بناء على قاعدة الإمام من عدم التقدير فيما لم يرد به نص من المقدرات وتفويضها إلى الرأى تأمل ، ونقله عن الإمام تأييدا لما اختاره أولا فلا تكرار فافهم (قوله عنهما) أى عن الصاحبين (قوله وختان المرأة) الصواب خفاض ، لأنه لا يقال فى حق المرأة ختان وإنما يقال خفاض حموى (قوله بل مكرمة للرجال) لأنه ألذ فى الجماع زيلعى (قوله وقيل سنة) جزم به البزازى معللا بأنه نص على أن الخنثى تختن ، ولو كان ختانها مكرمة لم تختن الخنثى ، لاحتمال أن تكون امرأة ولكن لا كالسنة فى حق الرجال اهـ :

أقول : ختان الخنثى لاحتمال كونه رجلا ، وختان الرجل لا يترك فلذا كان سنة احتياطا ولا يفيد ذلك سنيته للمرأة تأمل :

وفى كتاب الطهارة من السراج الوهاج اعلم أن الختان سنة عندنا للرجال والنساء ، وقال الشافعى : واجب وقال بعضهم : سنة للرجال مستحب للنساء لقوله عليه الصلاة والسلام « ختان الرجال سنة وختان النساء مكرمة » ولو كان للصبى ذكران فان كانا عاملين ختنا ولو أحدهما فقط ختن خاصة ويعرف العامل بالبول والانتشار والخنثى المشكل يختن من الفرجين ليقع اليقين ، وأجرة ختان الصبى على أبيه إن لم يكن له مال والعبد على سيده ومن بلغ

وفى الرسل مختون لعمرك خلقة ثمان وتسع طيبون أكارم
وهم زكريا شيث إدريس يوسف وحنظلة عيسى وموسى وآدم
ونوح شعيب سام لوط وصالح سليمان يحيى هود يس خاتم

(ويجوز كى الصغير وبط قرحته وغيره من المداواة للمصلحة و) يجوز (فصد البهائم وكيها وكل علاج فيه منفعة لها وجاز قتل مايضر منها ككلب عقور وهرة) تضر (ويذبحها) أى الهرة (ذبحا) ولا يضربها لأنه لايفيد، ولا يحرقها وفى المبتغى يكره حراق جراد وقمل وعقرب، ولا بأس بإحراق حطب فيها نمل وإلقاء القملة ليس بأدب (وجازت المسابقة بالفرس والإبل والأرجل والرمى) ليرتاض للجهاد (وحرم شرط الجعل من الجانبين) إلا إذا أدخل محللا بشروطه كما مر فى الحظر (لا) يحرم (من أحد الجانبين) استحسانا ولا يجوز

غير مختون أجبره الحاكم عليه فإن مات فهو هدر لموته من فعل مأذون فيه شرعا اهـ ملخصا (قوله وفى الرسل الخ) صريح فى أن ساما وحنظلة مرسلان ط (قوله شيث إدريس) بلا تنوين كسام وهود.

[تتمة] قيل السبب فى الختان أن إبراهيم عليه الصلاة والسلام، لما ابتلى بالترويع بذبح ولده أحب أن يجعل لكل واحد ترويعا بقطع عضو وإراقة دم، وابتلى بالصبر على إسلام الآباء أبناءهم ناسيا به عليه الصلاة والسلام، وقد اختتن إبراهيم عليه السلام وهو ابن ثمانين سنة أو مائة وعشرين، والأول أصح وجمع بأن الأول من حين النبوة، والثانى من حين الولادة واختتن بالقدوم اسم موضع، وقيل آلة النجار، وقد اختلف الرواة والحفاظ فى ولادة نبينا صلى الله عليه وسلم مختونا، ولم يصح فيه شىء وأطال الذهبى فى رد قول الحاكم أنه تواترت به الرواية، وقد ثبت عندهم ضعف الحديث به وقال بعض المحققين من الحفاظ الأشبه بالصواب أنه لم يولد مختونا (قوله وبط قرحته) أى شقها من باب قتل (قوله وغيره) أى غير المذكور من الكى والبط (قوله وهرة تضر) كما إذا كانت تأكل الحمام والدجاج زيلعى (قوله ويذبحها) الظاهر أن الكلب مثلها تأمل (قوله يكره إحراق جراد) أى تحريما ومثل القمل البرغوث ومثل العقرب الحية ط (قوله وإلقاء القملة ليس بأدب) لأنها تؤذى غيره ويورث النسيان وفيه تعذيب لها بجوعها ط أما البرغوث فيعيش فى التراب (قوله وجازت المسابقة) أى بشرط أن تكون الغاية مما يحتملها الفرس، وأن يكون فى كل واحد من الفرسين احتمال السبق، أما إذا علم أن أحدهما يسبق لا محالة فلا يجوز، لأنه إنما جاز للحاجة إلى الرياضة على خلاف القياس، وليس فى هذا إلا إيجاب المال للغير على نفسه بشرط لا منفعة فيه فلا يجوز اهـ زيلعى (قوله والرمى) أى بالسهام (قوله ليرتاض للجهاد) أفاد أنه مندوب كما صرح به فى الحظر، وأنه للتلهى مكروه، وأماحديث لا تحضر الملائكة شيئا من الملاهى سوى النضال أى الرمى والمسابقة فالظاهر أن تسميته لهوا للمشابهة الصورية تأمل (قوله وحرم شرط الجعل من الجانبين) بأن يقول أن سبق فرسك، فلك على كذا وأن سبق فرسى، فلى عليك كذا زيلعى (قوله إلا إذا أدخل محللا) المناسب ادخلا وصورته أن يقولا لثالث إن سبقتنا فالمالان لك، وإن سبقناك فلا شىء لنا عليك، ولكن الشرط الذى شرطاه بينهما وهو أيهما سبق كان له الجعل على صاحبه باق على حاله، فإن غلبهما أخذ المالين، وإن غلباه فلا شىء لهما عليه، ويأخذ أيهما غلب المال المشروط له من صاحبه زيلعى (قوله بشرطه) وهو أن يكون فرس المحلل كفؤ الفرسيهما يجوز أن يسبق أو يسبق (قوله ولا يجوز الخ) قاله الزيلعى: ومثله فى الخانية والذخيرة وغيرهما لكن جزم الشارح فى كتاب الحظر والإباحة، بأن البغل والحمار كالفرس، وعزاه إلى الملتقى، والمجمع قلت ومثله فى المختار والمواهب وغيرهما، وأقره المصنف هناك خلافا لما ذكره هنا وتقدم تمام الكلام عليه

الاستباق فى غير هذه الأربعة كالبغل بالجعل ، وأما بلا جعل فيجوز فى كل شئ وتمامه فى الزيلعى (ولا يصلى على غير الأنبياء ولا غير الملائكة إلا بطريق التبع) وهل يجوز الترحم على النبى ؟ قولان زيلعى .

فى كتاب الحظر فراجعه (قوله وتمامه فى الزيلعى) حيث ذكر أنه لو قال : واحد من الناس لجماعة من الفرسان أو لاثنين من سبق فله كذا من مال نفسه أو قال للرماة من أصاب الهدف فله كذا جاز لأنه من باب التنفيل ، فإذا كان التنفيل من بيت المال كالسلب ونحوه يجوز فما ظنك بخالص ماله ، وعلى هذا الفقهاء إذا تنازعوا فى المسائل وشرط للمصيب منهم جعل جاز إذا لم يكن من الجانبين على ماذكرنا فى الخيل إذ التعلم فى البابين يرجع إلى تقوية الدين ، وإعلاء كلمة الله تعالى والمراد بالجواز المذكور فى باب المسابقة الحل ، دون الاستحقاق حتى لو امتنع المغلوب من الدفع لا يجبره القاضى ولا يقضى عليه به اهـ (قوله ولا يصلى على غير الأنبياء الخ) لأن فى الصلاة من التعظيم ماليس فى غيرها من الدعوات وهى زيادة الرحمة والقرب من الله تعالى ، ولا يليق ذلك بمن يتصور منه خطايا والذنوب إلا تبعا بأن يقول : اللهم صلى على محمد وآله وصحبه وسلم ، لأن فيه تعظيم النبى صلى الله عليه وسلم زيلعى :

واختلف هل تكره تحريما أو تنزيها أو خلاف الأولى ؟ وصحح النووى فى الأذكار الثانى ، لكن فى خطبة شرح الأشباه للبيرى من صلى على غيرهم أثم وكره وهو الصحيح وفى المستصفى : وحديث « صلى الله على آل أبى أوفى » الصلاة حقه فله أن يصلى على غيره ابتداء أما الغير فلا اهـ .

وأما السلام فنقل اللقانى فى شرح جوهرة التوحيد عن الإمام الجوينى أنه فى معنى الصلاة ، فلا يستعمل فى الغائب ولا يفرد به غير الأنبياء فلا يقال علىّ عليه السلام وسواء فى هذا الأحياء والأموات إلا فى الحاضر فيقال السلام أو سلام عليك أو عليكم وهذا مجمع عليه اهـ .

أقول : ومن الحاضر السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين ، والظاهر أن العلة فى منع السلام ماقاله النووى فى علة منع الصلاة أن ذلك شعار أهل البدع ، ولأن ذلك مخصوص فى لسان السلف بالأنبياء عليهم الصلاة والسلام كما أن قولنا عز وجل مخصوص بالله تعالى ، فلا يقال محمد عز وجل وإن كان عزيزا جليلا ثم قال اللقانى : وقال القاضى عياض الذى ذهب إليه المحققون ، وأميل إليه ماقاله مالك وسفيان ، واختاره غير واحد من الفقهاء والمتكلمين أنه يجب تخصيص النبى صلى الله وسلم ، وسائر الأنبياء بالصلاة والتسليم كما يختص الله سبحانه عند ذكره بالتقديس والتنزيه ، ويذكر من سواهم بالغفران والرضا كما قال الله تعالى — رضى الله عنهم ورضوا عنه — يقولون ربنا اغفر لنا ولإخواننا الذين سبقونا بالإيمان — وأيضا فهو أمر لم يكن معروفا فى الصدر الأول ، وإنما أحدثه الرافضة فى بعض الأئمة والتشبه بأهل البدع منهى عنه فتجب مخالفتهم اهـ .

أقول : وكراهة التشبه بأهل البدع مقررة عندنا أيضا لكن لا مطلقا بل فى المذموم وفيما قصد به التشبه بهم كما قدمه الشارح فى مفسدات الصلاة (قوله قولان) قال بعضهم لا يجوز لأنه ليس فيه مايدل على التعظيم مثل الصلاة ولهذا يجوز أن يدعى به لغير الأنبياء والملائكة عليهم السلام وهو مرحوم قطعا ، فيكون تحصيل الحاصل وقد استغنينا عن هذه بالصلاة فلا حاجة إليها وقال بعضهم يجوز لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان من أشوق العباد إلى مزيد رحمة الله تعالى ، ومعناها معنى الصلاة فلم يوجد مايمنع من ذلك زيلعى . والصحيح الجواز كما ذكره الزيلعى فى كتاب الصلاة وقال فى البحر : وروى عن بعض المشايخ أنه قال ولا يقول : ارحم محمدا وأكثر المشايخ على أنه يقوله للتوارث ، وقال السرخسى : لا بأس به لأن الأثر ورد به من طريق أبى هريرة وابن عباس ولأن أحدا

قلت : وفى الذخيرة أنه يكره وجوزه السيوطى تبعا لا استقلالا ، فليكن التوفيق وبالله التوفيق ؛

(ويستحب الترضى للصحابة) وكذا من اختلف فى نبوته كذى القرنين ولقمان وقيل يقال صلى الله على الأنبياء وعليه وسلم كما فى شرح المقدمة للقرمانى ؛

(والترحم للتابعين ومن بعدهم من العلماء والعباد وسائر الأخيار وكذا يجوز عكسه) الترحم للصحابة والترضى للتابعين ومن بعدهم (على الراجح) ذكره القرمانى وقال الزيلعى الأولى أن يدعو للصحابة بالترضى وللتابعين بالرحمة ولمن بعدهم بالمغفرة والتجاوز (والإعطاء باسم النيروز والمهرجان لايجوز) أى الهدايا باسم هذين اليومين حرام (وإن قصد تعظيمه) كما يعظمه المشركون (يكفر) قال أبو حفص الكبير : لو أن رجلا عبد الله خمسين سنة ثم أهدى لمشرك يوم النيروز بيضة يريد تعظيم اليوم فقد كفر وحبط عمله اه ولو أهدى لمسلم ولم يرد تعظيم اليوم بل جرى على عادة الناس لايكفر وينبغى أن يفعله قبله أو بعده نفيا للشبهة ولو شرى فيه مالم يشتره قبل

وإن جل قدره لايستغنى عن رحمة الله تعالى اه (قوله وجوزه السيوطى تبعا لا استقلالا) أى مضموما إلى الصلاة والسلام لاوحده فيجوز اللهم صل على محمد وارحم محمدا ولا يجوز ارحم محمدا بدون الصلاة (قوله فليكن التوفيق) أى يحمل القول بالجواز على التبعية والقول بعدمه على الابتداء ويخالفه مافى البحر حيث قال : ومحل الخلاف فى الجواز وعدمه إنما هو فيما يقال مضموما إلى الصلاة والسلام كما أفاده شيخ الإسلام ابن حجر ، فلذا اتفقوا على أنه لايقال إبتداء رحمه الله اه قال ط : وينبغى أن لايجوز غفر الله له وسامحه لما فيه من إيهام نقص اه .

أقول : وكذا عفا عنه وإن وقع فى القرآن لأن الله تعالى له أن يخاطب عبده بما أراد كما لايليق أن تخاطب الرعية الأمراء بما تخاطبهم به الملوك ، ولم أر من تعرض للترحم على الملائكة فليراجع (قوله ويستحب الترضى للصحابة) لأنهم كانوا يبالغون فى طلب الرضا من الله تعالى ويجتهدون فى فعل مايرضيه ، ويرضون بما يلحقهم من الابتلاء من جهته أشد الرضا ، فهؤلاء أحق بالرضا وغيرهم لايلحق أدناهم ولو أنفق ملء الأرض ذهبا زيلعى (قوله وكذا من اختلف فى نبوته) قال النووى والذى أراه أن هذا أى الدعاء بالصلاة لابأس به وإنما الأرجح أن يقال رضى الله عنه لأنه مرتبة غير الأنبياء ، ولم يثبت كونهما نبيين اه وظاهر قول المتن : ولا يصلى على غير الأنبياء والملائكة ، وكذا كلام القاضى عياض السابق أنه لايدعى له بالصلاة ؛ لكن ينبغى عدم الإثم به لشبهة الاختلاف (قوله وقيل يقال الخ) أى لتكون الصلاة عليه تبعا فيكون مما لاخلاف فيه ،وهو وجيه كما لايخفى على النبيه (قوله والعباد) بالضم جمع عابد (قوله وقال الزيلعى الخ) لايخالف ماقبله إلا فى قوله ولمن بعدهم بالمغفرة والتجاوز ؛

[تتمة] يكره الجدل فى أن لقمان وذا القرنين وذا الكفل أنبياء أم لا ، وينبغى أن لايسأل الإنسان عما لاحاجة إليه كأن يقول : كيف هبط جبريل وعلى أى صورة رآه النبى صلى الله عليه وسلم ، وحين رآه على صورة البشر هل بقى ملكا أم لا ؟ وأين الجنة والنار ومتى الساعة ونزول عيسى ؟ وإسمعيل أفضل أم إسحق وأيهما الذبيح ؟ وفاطمة أفضل من عائشة أم لا ؟ وأبوا النبى كانا على أى دين ؟ وما دين أبى طالب ؟ ومن المهدى إلى غير ذلك مما لاتجب معرفته ؟ ولم يرد التكليف به ويجب ذكره صلى الله عليه وسلم بأسماء معظمة فلايجوز أن يقال إنه فقير غريب مسكين فريد طويل ، ويجب تعظيم العرب خصوصا أهل الحرمين خصوصا أولاد المهاجرين والأنصار خصوصا أولاد الخلفاء الأربعة مقدسى عن خزانة الأكمل (قوله والإعطاء باسم النيروز والمهرجان) بأن يقال هدية هذا اليوم ومثل القول النية فيما يظهر ط والنيروز أول الربيع والمهرجان أول الخريف وهما يومان يعظمهما بعض الكفرة ويتهادون فيهما (قوله ثم أهدى لمشرك الخ)

إن أراد تعظيمه كفر وإن أراد الأكل كالشرب والتنعيم لايكفر زيلعى ولا بأس بلبس القلانس) غير حرير وكرباس عليه إبريسم فوق أربع أصابع سراجية وصح أنه حرم لبسها (وندب لبس السواد وإرسال ذنب العمامة بين كتفيه إلى وسط الظهر) وقيل لموضع الجلوس وقيل شبر :

(ويكره) أى للرجال كما مر فى باب الكراهية (لبس المعصفر والمزعفر) لقول ابن عمر رضى الله عنهما « نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لبس المعصفر وقال إياكم والأحمر فإنه زى الشيطان » ويستحب التجمل وأباح الله الزينة بقوله تعالى — قل من حرم زينة الله التى أخرج لعباده — الآية وخرج صلى الله عليه وسلم وعليه رداء قيمته ألف دينار زيلعى (وللشاب العالم أن يتقدم على الشيخ الجاهل) ولو قرشيا قال تعالى — والذين

قال فى جامع الفصولين : وهذا بخلاف مالو اتخذ مجوسى دعوة لحلق رأس ولده فحضر مسلم دعوته فاهدى إليه شيئا لايكفر ، وحكى أن واحدا من مجوسى سربل كان كثير المال حسن التعهد بالمسلمين ، فاتخذ دعوة لحلق رأس ولده ، فشهد دعوته كثير من المسلمين ، وأهدى بعضهم إليه فشق ذلك على مفتيهم ، فكتب إلى أستاذه على السعدى أن أدرك أهل بلدك ، فقد ارتدوا وشهدوا شعار المجوسى وقص عليه القصة فكتب إليه إن إجابة دعوة أهل الذمة مطلقة فى الشرع ومجازاة الإحسان من المروءة وحلق الرأس ليس من شعار أهل الضلالة والحكم بردة المسلم بهذا القدر لايمكن والأولى للمسلمين أن لايوافقوهم على مثل هذه الأحوال لإظهار الفرح والسرور اه (قوله والتنعيم) عبارة الزيلعى والتنعم بتشديد العين (قوله ولا بأس) من البؤس أى لاشدة عليه من جهة الشرع أو من البأس وهو الجراءة أى لا جراءة فى مباشرته ، لأنه أمر مشروع وفى هذا دلالة على أن فاعله لايؤجر ولا يأثم به حموى عن المفتاح اه ط :

أقول : والغالب استعماله فيما تركه أولى (قوله القلانس) جمع قلنسوة بفتح القاف ذات الآذان تحت العمامة ط (قوله غير حرير الخ) رد على مسكين حيث قال لفظ الجمع يشمل قلنسوة الحرير والذهب والفضة والكرباس والسوداء والحمراء (قوله وصح أنه عليه الصلاة والسلام لبسها) كذا فى بعض النسخ ، ومثله فى الدر المنتقى : أى لبس القلانس ، وقد عزاه المصنف والزيلعى إلى الذخيرة ، وفى بعض النسخ : وصح أنه حرم لبسها أى قلانس الحرير والذهب تأمل (قوله وندب لبس السواد) لأن محمدا ذكر فى السير الكبير فى باب الغنائم حديثا يدل على أن لبس السواد مستحب وأن من أراد أن يجدد اللف لعمامته ينبغى له أن ينقضها كورا كورا ، فإن ذلك أحسن من رفعها عن الرأس ، وإلقائها فى الأرض دفعة واحدة وأن المستحب إرسال ذنب العمامة بين الكتفين وتمامه فى الزيلعى (قوله وقال إياكم والأحمر) الذى فى الزيلعى : إياكم والحمرة فإنها زى الشيطان (قوله ويستحب التجمل الخ) قال عليه الصلاة والسلام « إن الله تعالى إذا أنعم على عبده أحب أن يرى أثر نعمته عليه » وأبو حنيفة كان يتردى برداء قيمته أربعمائة دينار ، وكان يأمر أصحابه بذلك ويقول : فإن الناس ينظرون إليكم بعين الرحمة ، ومحمد كان يلبس الثياب النفيسة ويقول : إن لى نساء وجوارى فأزين نفسى كيلا ينظرن إلى غيرى قيل للشيخ : أليس عمر رضى الله عنه كان يلبس قميصا عليه كذا رقعة فقال : فعل ذلك لحكمة هى أنه كان أمير المؤمنين ، وعماله يقتدون وربما لايكون لهم مال ، فيأخذون من المسلمين ذخيرة ملخصا (قوله قيمته ألف دينار) تبع المصنف والذى فى الزيلعى ألف درهم (قوله وللشاب العالم أن يتقدم الخ) لأنه أفضل منه ولهذا يقدم فى الصلاة : وهى أحد أركان الإسلام : وهى تالية الإيمان زيلعى . وصرح الرملى فى فتاواه بحرمة تقدم الجاهل على العالم ، حيث أشعر بنزول درجته عند العامة لمخالفته لقوله تعالى — يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات — إلى أن قال وهذا

أوتوا العلم درجات ـ فالرافع هو الله فمن يضعه يضعه الله فى جهنم وهم أولوا الأمر على الأصح وورثة الأنبياء بلا خلاف :

(اختضب لأجل التزين للنساء والجوارى جاز) فى الأصح ويكره بالسواد وقيل لا ومر فى الحظر (كما يجوز أن يأكل متكئا) فى الصحيح لما روى « أنه صلى الله عليه وسلم أكل متكئا » مجمع الفتاوى :

(أخذته الزلزلة فى بيته ففر إلى الفضاء لايكره) بل يستحب لفرار النبى صلى الله عليه وسلم عن الحائط

مجمع عليه فالمتقدم ارتكب معصية فيعزر (قوله فمن يضعه) أى يضع العالم (قوله وهم أولو الأمر على الأصح) أى من الأقوال فى تفسير قوله ـ أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم ـ كما ذكره الزيلعى .

وفى المنح عن البزازية وقال الزندويستى حق العالم على الجاهل وحق الأستاذ على التلميذ واحد على السواء وهو أن لايفتتح الكلام قبله ولا يجلس مكانه ، وإن غاب ولا يرد عليه كلامه ولا يتقدم عليه فى مشيه ، وحق الزوج على الزوجة أكثر من هذا وهو أن تطيعه فى كل مباح ، وعن خلف أنه وقعت زلزلة فأمر الطلبة بالدعاء فقيل له فيه فقال : خيرهم خير من خير غيرهم وشرهم خير من شر غيرهم (قوله جاز فى الأصح) وهو مروى عن أبى يوسف فقد قال : يعجبنى أن تتزين لى امرأتى كما يعجبها أن أتزين لها والأصح أنه لابأس به فى الحرب وغيره :

واختلفت الرواية فى أن النبى صلى الله عليه وسلم فعله فى عمره والأصح لا وفصل فى المحيط بين الخضاب بالسواد قال عامة المشايخ : إنه مكروه وبعضهم جوزه مروى عن أبى يوسف ، أما بالحمرة فهو سنة الرجال وسيما المسلمين اهـ منح ملخصا وفى شرح المشارق للأكمل والمختار أنه صلى الله عليه وسلم خضب فى وقت ، وتركه فى معظم الأوقات ، ومذهبنا أن الصبغ بالحناء والوسمة حسن كما فى الخانية قال النووى : ومذهبنا استحباب خضاب الشيب للرجل والمرأة بصفرة أو حمرة وتحريم خضابه بالسواد على الأصح لقوله عليه الصلاة والسلام « غيروا هذا الشيب واجتنبوا السواد » اهـ قال الحموى وهذا فى حق غير الغزاة ولا يحرم فى حقهم للإرهاب ولعله محمل من فعل ذلك من الصحابة ط (قوله كما يجوز أن يأكل متكئا فى الصحيح) قدمنا فى الحظر أنه لابأس به فى المختار أى فتركه أولى وهذا إذا لم يكن عن تكبر وإلا فيحرم (قوله لما روى الخ) الذى فى صحيح البخارى وغيره أنه عليه الصلاة والسلام قال « لا آكل متكئا » قال ابن حجر فى شرح الشمائل عن النسائى قال ما رؤى النبى صلى الله عليه وسلم يأكل متكئا قط ، لكن أخرج ابن أبى شيبة عن مجاهد أنه أكل متكئا مرة فإن صح فهو زيادة مقبولة ، ويؤيدها ما أخرجه عن ابن شاهين عن عطاء بن يسار : أن جبريل رأى النبى صلى الله عليه وسلم يأكل متكئا فنهاه ، وفسر الأكثرون الاتكاء بالميل على أحد الجانبين ، لأنه يضر بالآكل وورد بسند ضعيف زجر النبى صلى الله عليه وسلم أن يعتمد الرجل على يده اليسرى عند الأكل قال مالك رحمه الله : وهو نوع من الاتكاء وفيه إشارة إلى أنه لا يختص بصفة بعينها اهـ ملخصا وبه علم أنه ثبت أنه صلى الله عليه وسلم أكل متكئا فقد تركه لما نهى عنه ، فليس فيه دليل على الجواز ، نعم ذكر بعض الشافعية أنه خاص به عليه الصلاة والسلام ، والأصح عندهم أنه عام قال العلقمى فى شرح الجامع الصغير : اختلف فى صفة الاتكاء فقيل أن يتمكن فى الجلوس للأكل على أى صفة كان ، وقيل : أن يميل على أحد شقيه وقيل أن يعتمد على يده اليسرى من الأرض والأول المعتمد ، وهو شامل للقولين والحكمة فى تركه أنه من فعل ملوك العجم والمتعظمين ، وأنه أدعى إلى كثرة الأكل ، وأحسن الجلسات للأكل الإقعاء على الوركين ، ونصب الركبتين ثم الجثى على الركبتين ، وظهور القدمين ثم

المائل (وإذا خرج من بلدة بها الطاعون فإن علم أن كل شيء بقدر الله تعالى فلا بأس بأن يخرج ويدخل وإن كان عنده أنه لو خرج نجا ولو دخل ابتلي به كره له ذلك) فلا يدخل ولا يخرج صيانة لاعتقاده وعليه حمل النهى فى الحديث الشريف مجمع الفتاوى :

(فقيه فى بلدة ليس فيها غيره أفقه منه يريد أن يغزو ليس له ذلك) بزازية وغيرها (قضى المديون الدين المؤجل قبل الحلول أو مات) فحل بموته (فأخذ من تركته لا يأخذ من المرابحة التى جرت بينهما إلا بقدر مامضى من الأيام وهو جواب المتأخرين) قنية وبه أفتى المرحوم أبو السعود أفندى مفتى الروم وعلله بالرفق للجانبين وقد قدمته قبل فصل القرض والله أعلم .

[فرع] فى آخر الكنز ينبغى لحافظ القرآن فى كل أربعين يوما أن يختم مرة والله أعلم .

كتاب الفرائض

هى علم بأصول من فقه وحساب تعرف حق كل من التركة والحقوق ههنا خمسة بالاستقراء لأن الحق إما للميت أو عليه أولا ولا الأول التجهيز والثانى إما أن يتعلق بالذمة وهو الدين المطلق أولا وهو المتعلق بالعين

نصب الرجل اليمنى ، والجلوس على اليسرى وتمامه فيه (قوله وإذا خرج من بلدة بها الطاعون) المناسب زيادة أو دخل ليناسب ما بعده ط (قوله ليس له ذلك) هذا فى غير الجهاد المتعين ، لأن نفعه للمسلمين أكثر ثوابا من الجهاد حيث كان بهذه الصفة (قوله قضى المديون الخ) أفاد أن الدين إذا كان مؤجلا ، فقضاه المديون قبل حلول الأجل يجبر الدائن على القبول كما فى الخانية (قوله لا يأخذ من المرابحة الخ) صورته : اشترى شيئا بعشرة نقدا وباعه لآخر بعشرين إلى أجل هو عشرة أشهر ، فإذا قضاه بعد تمام خمسة أو مات بعدها يأخذ خمسة ، ويترك خمسة ط :

أقول : والظاهر أن مثله ما لو أقرضه وباعه سلعة بثمن معلوم وأجل ذلك ، فيحسب له من ثمن السلعة بقدر ما مضى فقط تأمل (قوله وعلله الخ) علله الحانوتى بالتباعد عن شبهة الربا ، لأنها فى باب الربا ملحقة بالحقيقة ووجه أن الربح فى مقابلة الأجل ، لأن الأجل وإن لم يكن مالا ، ولا يقابله شيء من الثمن لكن اعتبروه مالا فى المرابحة إذا ذكر الأجل بمقابلة زيادة الثمن ، فلو أخذ كل الثمن قبل الحلول كان أخذه بلا عوض والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب الفرائض

مناسبته للوصية أنها أخت الميراث ، ولوقوعها فى مرض الموت ، وقسمة الميراث بعده ولذا أخر عنها ، ثم الفرائض جمع فريضة : وهى ما يفترض على المكلف وفرائض الإبل ما يفرض كبنت مخاض فى خمسة وعشرين ، وقد سمى بها كل مقدر فقيل لأنصباء المواريث فرائض ، لأنها مقدرة لأصحابها ثم قيل للعلم بمسائل الميراث علم الفرائض وللعالم به فرضى وفارض وفراض معرب (قوله هى علم بأصول الخ) أى قواعد وضوابط تعرف أى تلك الأصول حق كل أى كل واحد من الورثة : أى قدر ما يستحقه من التركة ، ولا يخفى أن من تلك الأصول الموصوفة بما ذكر الأصول المتعلقة بالمنع من الميراث والحجب ، بل هى العمدة فى ذلك إذ بدونها لا تعرف الحقوق ، ولذا قالوا من لا مهارة له بها لا يحل له أن يقسم فريضة ، ودخل فيها معرفة كون الوارث ذا فرض أو عصبة أو ذا رحم ، ومعرفة أسباب الميراث والضرب والتصحيح والعول والرد وغير ذلك فافهم

والثالث إما اختيارى وهو الوصية أو اضطرارى وهو الميراث وسمى فرائض لأن الله تعالى قسمه بنفسه وأوضحه وضوح النهار بشمسه ولذا سماه صلى الله عليه وسلم نصف العلم لثبوته بالنص لاغير . وأما غيره فبالنص تارة وبالقياس أخرى وقيل لتعلقه بالموت وغيره بالحياة أو بالضرورى وغيره بالاختيارى ، وهل إرث الحى من الحى أم من

والمراد بالفرائض السهام المقدرة كما مر فيدخل فيه العصبات ، وذو الرحم لأن سهامهم مقدرة وإن كانت بتقدير غير صريح ، وموضوعه : التركات ، وغايته : إيصال الحقوق لأربابها ، وأركانه : ثلاثة وارث ومورث وموروث ، وشروطه : ثلاثة : موت مورث حقيقة ، أو حكما كمفقود أو تقديرا كجنين فيه غرة ووجود وارثه عند موته حيا حقيقة أو تقديرا كالحمل والعلم بجهة إرثه ، وأسبابه وموانعه ستأتى وأصوله : ثلاثة الكتاب والسنة فى إرث (١) أم الأم بشهادة المغيرة وابن سلمة ، وإجماع الأمة فى إرث أم الأب باجتهاد عمر رضى الله تعالى عنه الداخل فى عموم الإجماع وعليه الإجماع ، ولا مدخل للقياس هنا خلافا لمن زعمه فى أم الأب وقد علمت جوابه واستمداده من هذه الأصول أفاده فى الدر المنتقى (قوله لأن الله تعالى قسمه) الأولى قدره كما قال الزيلعى لأنه معنى الفرض تأمل (قوله بنفسه) أى ولم يفوض تقديره إلى ملك مقرب ، ولانبى مرسل بخلاف سائر الأحكام كالصلاة والزكاة والحج وغيرها ، فإن النصوص فيها مجملة كقوله تعالى — أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة — ولله على الناس حج البيت — وإنما السنة بينتها زيلعى (قوله لثبوته بالنص لاغير) أراد بالنص مايشمل الإجماع ، واحترز به عن القياس فإنه لايجرى فى المواريث لأنه لامجال له فى المقدرات لخفاء وجه الحكمة فى التخصيص بمقدار دون آخر ثم إن هذا علة للعلة ، والأولى أن يقول : أو لثبوته فيكون علة ثانية لتسميته نصف العلم وقيل فى وجه التسمية غير ماذكره ، وقيل أنه مما لايدرك معناه فتصدق بأنه نصف العلم ، ولا نبحث عن وجهه :

ثم اعلم أن ماذكره من الأوجه مبنى على أن النصف يراد به أحد قسمى الشئ ، فإن كل شئ تحته نوعان أحدهما نصف له وإن لم يتحد عددهما ، ومنه حديث أحمد « الطهور نصف الإيمان » وقول العرب : نصف السنة حضر ونصفها سفر أى تنقسم زمانين وإن تفاوتت عدتهما ، وقول شريح وقد قيل له كيف أصبحت فقال : أصبحت ونصف الناس على غضبان يريد أنهم بين محكوم له راض ومحكوم عليه غضبان وقول الشاعر :

إذا مت كان الناس نصفان شامت   وآخر راض بالذى كنت أصنع

وقول مجاهد : المضمضة والاستنشاق نصف الوضوء : أى أنه نوعان مطهر لبعض الباطن ، ومطهر لبعض الظاهر ، أفاده ابن حجر فى شرح الأربعين (قوله بالنص) أراد به مايعم الإجماع (قوله أو بالضرورى) أى الإرث والاختيارى كالبيع والشراء وقبول الهبة والوصية (قوله وهل إرث الحى من الحى الخ) أى قبيل الموت فى آخر جزء من أجزاء حياته ، والأول قول زفر ومشايخ العراق ، والثانى قول الصاحبين ، وثمرة الخلاف فيما لو تزوج بأمة مورثه ، ولا وارث غيره فقال لها : إذا مات مولاك فأنت حرة فعلى الأول تعتق لأنه أضاف العتق إلى الموت والملك ثابت له قبله ، وعلى الثانى لاتعتق لثبوت الملك بعده أفاده فى شرح الوهبانية ، وتظهر الثمرة أيضا فيما لو علق الوارث طلاقها بموت مولاها كما نص عليه البيرى عن السراجية .

---

(١) (قوله فى إرث أم الأم بشهادة الخ) أى بشهادتهما لدى عمر على توريث النبى صلى الله عليه وسلم لأم الأم ولم يرد توريثها فى كتاب الله تعالى اه .

الميت ؟ المعتمد: الثانى شرح وهبانية (يبدأ من تركة الميت الخالية عن تعلق حق الغير بعينها كالرهن والعبد والجانى) والمأذون المديون والمبيع المحبوس بالثمن والدار المستأجرة وإنما قدمت على التكفين لتعلقها بالمال قبل صيرورته تركة (بتجهيزه) يعم التكفين (من غير تقتير ولا تبذير)

أقول : وبه تظهر فائدة تصويرها بالزوج وإلا فتعليق العتق لايتوقف على الزوجية تأمل (قوله المعتمد الثانى) وكذا ذكر الطرابلسى فى سكب الأنهر أن عليه المعول لكن ذكر فى الدر المنتقى عن التاترخانية أن الاعتماد على الأول (قوله الخالية الخ) صفة كاشفة لأن التركة فى الاصطلاح ماتركه الميت من الأموال صافيا عن تعلق حق الغير بعين من الأموال كما فى شروح السراجية ؛

واعلم أنه يدخل فى التركة الدية الواجبة بالقتل الخطأ أو بالصلح عن العمد أو بانقلاب القصاص مالا بعفو بعض الأولياء ، فتقضى منه ديون الميت وتنفذ وصاياه كما فى الذخيرة (قوله بعينها) متعلق بقوله تعلق (قوله كالرهن الخ) مثال للعين التى تعلق بها حق الغير فإذا رهن شيئا وسلمه ولم يترك غيره فدين المرتهن مقدم على التجهيز فإن فضل بعده شىء صرف إليه (قوله والعبد الجانى) أى فى حياة مولاه ولا مال له سواه فإن المجنى عليه أحق به من المولى إلا أن يفضل بعد أرش الجناية شىء ؛

[تنبيه] لو كان العبد الجانى هو المرهون قدم حق المجنى عليه ، لأنه أقوى لثبوته على ذمة العبد ، وحق المرتهن فى ذمة الراهن ومتعلق برقبة العبد لا فى ذمته ذكره يعقوب باشا فى حاشية شرح السراجية للسيد الشريف (قوله والمأذون المديون) أى فإذا مات المولى ولا مال له سواه قدم الغرماء على التجهيز (قوله والمبيع المحبوس بالثمن) كما لو اشترى عبدا ولم يقبضه فمات قبل نقد الثمن ، فالبائع أحق بالعبد من تجهيز المشترى ؛

قال يعقوب باشا : أما إذا كان المبيع فى يد اشترى ، ومات عاجزا عن أداء الثمن فإنه يبدأ برجوعه لامطلقا ، بل إذا لم يتعلق به شىء من الحقوق اللازمة كما إذا كاتبه المشترى أو رهنه أو استولده أو جنى ذلك المبيع على غيره ، فإنه حينئذ لم يثبت له حق الرجوع لمانع قوى ، حتى لو عجز المكاتب وعاد إلى الرق أو فك الرهن أو فدى من الجناية ، فله الرجوع لزوال ذلك المانع اه ونقل مثله ط عن حاشية عجم زاده على شرح السيد ثم قال وانظر هذا مع قولهم إن البائع أسوة الغرماء فيه عندنا اه أى فيما إذا قبض المشترى المبيع ولم يذكروا فيه إلا خلاف الشافعى كما تقدم قبيل خيار الشرط ، والظاهر أن ماذكر هنا مأخوذ من كتب الشافعية فليتنبه له (قوله والدار المستأجرة) فإنه إذا أعطى الأجرة أولا ثم مات الآجر صارت الدار هنا بالأجرة سيد قال ط : زاد فى روح الشروح على ماذكر العبد الذى جعل مهرا يعنى إذا مات الزوج وهو فى يده ولا مال له سواه فإن الزوجة تقدم على تجهيز الزوج ، والمقبوض بالبيع الفاسد إذا مات البائع قبل الفسخ : أى فإن المشترى مقدم على تجهيز البائع (قوله وإنما قدمت الخ) أى هذه الحقوق المتعلقة بهذه الأعيان ، والأصل أن كل حق يقدم فى الحياة يقدم فى الوفاة در منتقى ، وتقديمها على التجهيز هو الذى جزم به فى المعراج ، وكذا شراح الكنز والسراجية بل حكى بعض شراح السراجية الاتفاق عليه ، فما ذكره مسكين من أن ذلك رواية وأن الصحيح تقديم التجهيز قال فى الدر المنتقى منظور فيه ، بل تعليلهم يفيد أنه ليس بتركة أصلا اه أى فلا يرد على إطلاق المتون من أنه يبدأ من التركة بالتجهيز (قوله بتجهيزه) وكذا تجهيز من تلزمه نفقته ، كولد مات قبله ولو بلحظة وكزوجته ، ولو غنية على المعتمد در منتقى (قوله يعم التكفين) كأنه يشير إلى أن قول السراجية : يبدأ بتكفينه وتجهيزه من عطف العام على الخاص (قوله من غير تقتير ولا تبذير) التقتير هو التقصير والتبذير يستعمل فى المشهور بمعنى الإسراف ، والتحقيق أن بينهما فرقا وهو أن الإسراف صرف الشىء فيما ينبغى زائدا على ماينبغى ، والتبذير

كـكفن السنة أو قدر ماكان يلبسه فى حياته ولو هلك كفنه فلو قبل تفسخه كفن مرة بعـد أخرى وكله من كل ماله (ثم) تقدم (ديونه التى لها مطالب من جهة العباد) ويقدم دين الصحة على دين المرض إن جهل سببه وإلا فسيان كما بسطه السيد ، وأما دين الله تعالى فإن أوصى به وجب تنفيذه من ثلث الباقى وإلا لا (ثم) تقدم (وصيته)

صرفه فيما لاينبغى صرح به الـكرمانى فى شرح البخارى يعقوب ، وعليه فالمناسب التعبير بالإسراف بدل التبذير موافقا لقوله تعالى — والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا — لـكنه راعى المشهور (قوله كـكفن السنة) أى من حيث العدد وقوله أو قدر ماكان يلبسه فى حياته أى من حيث القيمة ، وأو بمعنى الواو قال فى سكب الأنهر : ثم الإسراف نوعان من حيث العدد بأن يزاد فى الرجل على ثلاثة أثواب ، وفى المرأة على خمسة ومن حيث القيمة بأن يكفن فيما قيمته تسعون ، وقيمة مايلبسه فى حياته ستون مثلا والتقتير أيضا نوعان عكس الإسراف عددا وقيمة اهـ وهذا إذا لم يوص بذلك ، فلو أوصى تعتبر الزيادة على كفن المثل من الثلث ، وكذا لو تبرع الورثة به أو أجنبى ، فلا بأس بالزيادة من حيث القيمة لا العدد ، وهل للغرماء المنع من كفن المثل قولان والصحيح نعم در منتقى : أى فيكفن بكفن الـكفاية وهو ثوبان للرجل وثلاثة للمرأة ابن كمال (قوله أو قدر ماكان يلبسه فى حياته) أى من أوسط ثيابه ، أو من الذى كان يتزين به فى الأعياد والجمع والزيارات على ما اختلفوا فيه زيلعى (قوله ولو هلك كفنه الخ) قال فى سكب الأنهر : وإذا نبش قبر الميت وأخذ كفنه يكفن فى ثلاثة أثواب ولو ثالثا أو رابعا مادام طريا ولا يعاد غسله ولا الصلاة عليه ، وإن تفسخ يلف فى ثوب واحد كل ذلك من أصل ماله عندنا ، وإن كان عليه دين إلا أن يكون الغرماء قد قبضوا التركة ، فلا يسترد منهم وإن كان قد قسم ماله ، فعلى كل وارث بقدر نصيبه دون الغرماء ، وأصحاب الوصايا لأنهم أجانب ، ولا تجبر الورثة على قبول كفن متبرع ، لأن فيه لحوق العار بهم إلا إذا كان الورثة صغارا ، فحينئذ لو رأى الإمام مصلحة يقبل إلا أن يختاروا القيام بأنفسهم فحينئذ هم أولى به اهـ أى إلا أن يختار الـكبار منهم تأمل (قوله ويقدم دين الصحة) هو ماكان ثابتا بالبينة مطلقا أو بالإقرار فى حال الصحة ط : وقد يرجح بعضه على بعض كدين الأجنبى على مكاتب مات عن وفاء يقدم على دين المولى وكالدين الثابت على نصرانى بشهادة المسلمين ، فإنه مقدم على الثابت بشهادة أهل الذمة عليه والدين الثابت بدعوى المسلم عليه يقدم على الدين الثابت عليه بدعوى كافر إذا كان شهودهما كافرين ، أو شهود الـكافر فقط أما إذا كان شهودهما مسلمين أو شهود الـكافر فقط ، فهما سواء كما فى حاشية البحر للرملى من كتاب الشهادات فافهم (قوله على دين المرض) هو ماكان ثابتا بإقراره فى مرضه أو فيما هو فى حكم المرض كإقرار من خرج للمبارزة أو أخرج للقتل قصاصا أو ليرجم ط عن عجم زاده (قوله إن جهل سببه) أما إذا علم بأن أقر فى مرضه بدين علم ثبوته بطريق المعاينة ، كما يجب بدلا عن مال ملكه أو استهلكه كان ذلك بالحقيقة من دين الصحة إذ قد علم وجوبه بغير إقراره ، فلذلك ساواه فى الحكم اهـ سيد (قوله وأما دين الله تعالى الخ) محترز قوله من جهة العباد وذلك كالزكاة والـكفارات ونحوها قال الزيلعى فإنها تسقط بالموت فلا يلزم الورثة أداؤها إلا إذا أوصى بها ، أو تبرعوا بها هم من عندهم ، لأن الركن فى العبادات نية المـكلف وفعله ، وقد فات بموته فلا يتصور بقاء الواجب اهـ وتمامه فيه .

أقول : وظاهر التعليل أن الورثة لو تبرعوا بها لا يسقط الواجب عنه لعدم النية منه ولأن فعلهم لايقوم مقام فعله بدون إذنه تأمل (قوله من ثلث الباقى) أى الفاضل عن الحقوق المتقدمة ، ومن دين العبادة فإنه يقدم لو اجتمع مع دين الله تعالى ، لأنه تعالى هو الغنى ونحن الفقراء كما فى الدر المنتقى (قوله ثم تقدمت وصيته) أى

ولو مطلقة على الصحيح خلافا لما اختاره فى الاختيار (من ثلث مابقى) بعد تجهيزه وديونه وإنما قدمت فى الآية اهتماما لكونها مظنة التفريط (ثم) رابعا بل خامسا (يقسم الباقى) بعد ذلك (بين ورثته)

على القسمة بين الورثة قال الزيلعى : ثم هذا ليس بتقديم على الورثة فى المعنى ، بل هو شريك لهم حتى إذا سلم له شئ سلم للورثة ضعفه أو أكثر ولا بد من ذلك ، وهذا ليس بتقديم فى الحقيقة ، بخلاف التجهيز والدين فإن الورثة والموصى له لايأخذون إلا مافضل عنهما اه (قوله ولو مطلقة على الصحيح) كذا قاله السيد وغيره ثم قال وقال شيخ الإسلام خواهر زاده . إن كانت معينة كانت مقدمة عليه وإن كانت مطلقة كأن يوصى بثلث ماله أو ربعه كانت فى معنى الميراث لشيوعها فى التركة فيكون الموصى له شريكا للورثة لا مقدما عليهم ، ويدل على شيوع حقه فيها كحق الوارث أنه إذا زاد المال بعد الوصية زاد على الحقين ، وإذا نقص نقص عنهما حتى إذا كان ماله حال الوصية مثلا ألفا ، ثم صار ألفين فله ثلث الألفين وإن العكس فله ثلث الألف اه .

قال الأكمل : ولعل الصواب معه فإن التقديم إنما يتصور فيه بجعل حق الموصى له متعلقا بالصورة والمعنى إذا خرج من الثلث فيمنع تعلق حق الوارث بصورته ، فكان ذلك تقديما على الورثة ، وأما إذا كانت مطلقة فلا يتصور هناك تقديم اه (قوله خلافا لما اختاره فى الاختيار) أى من قول شيخ الإسلام المتقدم ونصه فإن كانت الوصية بعين تعتبر من الثلث وتنفذ وإن كانت بجزء شائع كالثلث والربع ، فالموصى له شريك للورثة يزداد نصيبه بزيادة التركة ، وينقص بنقصها بحسب المال ويخرج نصيب الموصى له كما يخرج نصيب الوارث ، ويقدم على قسمة التركة بين الورثة لما تلونا اه .

والحاصل : أنه لاخلاف فى تقديم الوصية بعين كالدار والثوب مثلا بمعنى أنها إذا خرجت من الثلث فلا حق للورثة فيها ، فتفرز وحدها ، ويقسم بين الورثة ماسواها ، وأما الوصية المطلقة فمن نظر إلى أنها شائعة فى التركة تزداد بزيادتها وبالعكس قال : لاتقديم فيها بل الموصى له شريك للورثة دائما بمعنى أنه لا يمكن أن ينفرد بالأخذ ، وإن استغرق التركة ، بخلاف الدين ونحوه ومن نظر إلى أن قسمة الميراث لاتكون إلا بعد إخراج نصيب الموصى له قال : إنها مقدمة لأنه لولم يفرز نصيبه أولا بل اعتبر شريكا مع الورثة لزم أن يقسم له معهم كأنه واحد منهم له ثلث التركة مثلا ويلزم منه الخلل مثلا لو تركت زوجا وأختين شقيقتين ، وأوصت بالثلث لزيد فيخرج الثلث الموصى به أولا فيأخذ زيد واحدا من ثلاثة ثم يقسم الباقى من سبعة ، للزوج ثلاثة وللشقيقتين أربعة ، وإلا لزم أن تقسم التركة من تسعة ، فيأخذ الموصى له اثنين ، والزوج ثلاثة والشقيقتان أربعة ، فينقص نصيب الموصى له وأنت إذا حققت النظر يظهر لك أن الخلاف لفظى لأن كل واحد من أصحاب القولين يسلم ماقاله الآخر ، وإنما النزاع فى أن إخراج نصيب الموصى له أولا هل يسمى تقديما أم لا ويدل عليه كلام الزيلعى السابق وكذا كلام صاحب الاختيار فإنه تابع شيخ الإسلام فى القول بالمشاركة ، ثم ذكر أن نصيب الموصى له يقدم على قسمة التركة فقد جمع بين المشاركة والتقديم فاغتنم هذا التحقيق الذى هو بالقبول حقيق ، والله تعالى ولى التوفيق (قوله فى الآية) أى قوله تعالى — من بعد وصية يوصى بها أو دين — (قوله لكونها مظنة التفريط) لأنها مأخوذة بلا عوض فتشق على الورثة ، ولا تطيب نفوسهم بها بخلاف الدين أو لكونها برا وطاعة ، والدين مذموم غالبا ولذا استعاذ منه عليه الصلاة والسلام أو لأن حكمها كان مجهولا عند المخاطبين ، بخلاف الدين وتمامه فى سكب الأنهر عن الزمخشرى (قوله بل خامسا) باعتبار البداءة قبل التجهيز بعين تعلق بها حق الغير لكن تقدم أنها ليست من التركة ، والمراد بيان الحقوق المتعلقة بالتركة فهى حينئذ أربعة (قوله يقسم الباقى) لم يقل يقدم كما قال

أى الذين ثبت إرثهم بالكتاب أو السنة كقوله عليه الصلاة والسلام وأطعموا الجدات السدس، أو الإجماع فجعل الجد كالأب وابن الابن كالابن (ويستحق الإرث) ولو لمصحف به يفتى وقيل لايورث وإنما هو للقارئ من ولديه صيرفية بأحد ثلاثة (برحم ونكاح) صحيح فلا توارث بفاسد ولا باطل إجماعا (وولاء) والمستحقون للتركة عشرة أصناف مرتبة كما أفاده بقوله (فيبدأ بذوى الفروض)

فى سابقه لأنه آخر الحقوق فلم يبق مايقدم عليه (قوله أى الذين ثبت إرثهم بالكتاب) أى القرآن وهم الأبوان والزوجان والبنون والبنات والإخوة والأخوات (قوله أو السنة) أو هنا وفيما بعده مانعة الخلو فتصدق باجتماع الثلاثة والمراد بالسنة ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم ، سواء كان فعلا كبنت الابن والأخوات لأبوين أو لأب مع البنت الصلبية والجدة أم الأم أو قولا كما مثل الشارح أفاده فى سكب الأنهر (قوله أو الإجماع) أى اتفاق رأى المجتهدين من أمة محمد صلى الله عليه وسلم فى عصر ما على حكم شرعى ، وقيل المراد به هنا : قول مجتهد واحد من إطلاق إسم الكل على الجزء كإطلاق القرآن على كل آية منه ، ليشمل من اختلف فى وراثته كذوى الأرحام وفيه نظر ، لأنه يخرج عنه ما اتفق عليه رأى المجتهدين ولأن من اختلف فى وراثته دليله عند القائل به الكتاب أو السنة فلا حاجة إلى التأويل (قوله فجعل الجد كالأب الخ) وكجعل الجدة كالأم وبنت الابن كالبنت الصلبية والأخ لأب كالشقيق والأخت لأب كالشقيقة سكب الأنهر (قوله ويستحق) بالبناء للمجهول أو للمعلوم ، وضميره للوارث المفهوم من المقام (قوله بأحد ثلاثة) يعنى أن كل واحد منها علة للاستحقاق بمعنى أنه لايلزم اجتماع الثلاثة أو بعضها فلا ينافى حصول الاستحقاق باثنين منها كزوجة هى بنت عم أو معتقة فيرث منها الزوج النصف بالزوجية والباقى بالتعصيب أو الولاء فافهم (قوله ونكاح صحيح) ولو بلا وطء ولا خلوة إجماعا در منتقى (قوله فلا توارث بفاسد) هو مافقد شرطا من شروط الصحة كشهود ، ولا باطل كنكاح المتعة والمؤقت وإن جهلت المدة ، أو طالت فى الأصح كما مر فى محله (قوله وولاء) أى بنوعيه عتاق وموالاة (قوله والمستحقون للتركة عشرة أصناف) جمعها العلامة محمد بن الشحنة على هذا الترتيب فى منظومته الفرضية التى شرحها شيخ مشايخنا الفقيه إبراهيم السائحانى فقال :

يعطى ذوو الفروض ثم العصبه ... ثم الذى جاد بعتق الرقبه
ثم الذى يعصبه كالجد ... ثم ذوو الأرحام بعد الرد
ثم محمل ورث موال ... ثم مزاد ثم بيت المال

وأراد بالمحمل من أقر له بنسب محمل على الغير وبالمزاد الموصى له بما زاد على الثلث أقول وحيث ذكر عصبة المعتق فالمناسب ذكر عصبة الموالى أى مولى الموالاة أيضا ، فإنهم يرثون بعده أيضا كما يأتى فالأصناف أحد عشر .

[تنبيه] قيد بالتركة لأن الإرث يجرى فى الأعيان الماليه ، أما الحقوق فنها مايورث كحق حبس المبيع وحبس الرهن ، ومنها مالا يورث كحق الشفعة وخيار الشرط وحد القذف والنكاح : أى حق التزويج كما لو مات الشقيق عن ابن وثم أخ لأب فالحق للأخ لا للابن والولايات والعوارى والودائع كما لو مات المستعير لايكون وارثه مستعيرا وكذا المودع ، وكذا الرجوع عن الهبة ، وكذا الولاء كأن يكون للمعتق ابنان فمات أحدهما بعده عن ابن فالولاء للابن الباقى ، فلو مات هذا عن ابنين فالولاء بينهما ، وبين ابن الابن الأول أثلاثا كأنهم ورثوا من جدهم لا من آبائهم . وأجمعوا على أن خيار القبول لايورث ، وكذا الإجارة ، وكذا الإجازة فى بيع الفضولى ، وكذا الأجل .

أي السهام المقدرة وهم اثنا عشر من النسب ثلاثة من الرجال وسبعة من النساء واثنان من التسبب وهما الزوجان (ثم بالعصبات) أل للجنس فيستوى فيه الواحد والجمع وجمعه للازدواج (النسبية) لأنها أقوى (ثم بالمعتق) ولو أنثى وهو العصبة السببية

واختلفوا فى خيار العيب فقيل يورث واقتصر عليه فى الدرر وادعى شارح الطحاوى الإجماع عليه وقيل يثبت للوارث ابتداء وكذا الخلاف فى القصاص ، وأما خيار الرؤية فالصحيح أنه يورث ، وأما خيار التعيين كما لو اشترى عبدين على أنه بالخيار فى أحدهما فاتفقوا على أنه يثبت للوارث ابتداء وكذا خيار الوصف ينتقل إلى الوارث إجماعا كما فى الفتح ، ويؤخذ منه أن خيار التغرير يورث لأنه يشبه فوات الوصف. وإليه مال العلامة المقدسى ومال صاحب التنوير إلى خلافه لكنه مال فى منظومته الفقهية إلى الأول اهـ ملخصا من الأشباه وشرحها لشيخنا العلامة البعلى (قوله أى السهام المقدرة) هى النصف والربع والثمن والثلثان والثلث والسدس سراج (قوله ثلاثة من الرجال) هم الأب والجد والأخ لأم ح (قوله وسبعة من النساء) هن البنت وبنت الابن والأخت الشقيقة والأخت لأب والأخت لأم والأم والجدة ح (قوله فيستوى فيه الواحد والجمع) لما تقرر أن أل تبطل معنى الجمعية بحيث يتناول كل واحد كالفرد حتى لو قال والله لا أتزوج النساء يحنث بتزوج واحدة ، وإذا قال نساء لايحنث إلا بثلاث يعقوب (قوله وجمعه للازدواج) جواب سؤال تقديره أنه كان الأخصر التعبير بالعصبة مفردا كما عبر فى قسيمه وهو العصبة السببية والجنسية فيه أظهر :

والجواب أنه جمعه لفظا وإن لم يكن معنى الجمع مراد التزاوج بينه وبين قوله بذوى الفروض حيث ذكره بلفظ الجمع أو يقال جمعه لتعدد أنواعه من عصبة بنفسه وبغيره ومع غيره كما يأتى بيانه ، وقد يقال إن الداعى إلى إبطال معنى الجمعية أنه لايشترط فى تقديمه على المعتق تعدد ، بل يقدم ولو واحدا ، بخلاف أصحاب الفروض فإنه ليس فيهم من يقدم وحده على العصوبة بمعنى أنه لايرث معه العصبة إذ ليس فى أصحاب الفروض من يحوز كل المال وحده بالفرضية ، وإن كان يتقدم عليه بمعنى آخر وهو أنه لايعطى للعصبة إلا ما أبقاه له صاحب الفرض فتأمل (قوله لأنها أقوى) علة للتقديم المستفاد من ثم ومن متعلق الجار قال السيد : فإن العصوبة النسبية أقوى من السببية يرشدك إلى ذلك أن أصحاب الفروض النسبية يرد عليهم دون أصحاب الفروض السببية أعنى الزوجين (قوله ثم بالمعتق) الأولى قول السراجية مولى العتاقة ليشمل الاختيارية بأن عتق عليه بلفظ إعتاق أو فرعه من تدبير أو غيره ، أو بشراء ذى رحم محرم منه ، والاضطرارية بأن ورث ذا رحم محرم منه ، فعتق عليه والمراد جنس مولى العتاقة ، فيشمل المتعدد والمنفرد كما يشمل الذكر والأنثى المعتق بواسطة كمعتق المعتق على ما يأتى قريبا وكمعتق الأب ، ويشمل أيضا كما قال ابن كمال المعروف ، والمقر له ويقدم المعروف على المقر له ، ويشترط فى صحته أن لايكون للمقر مولى عتاقة معروفة وأن لايكون مكذبا شرعا اهـ .

[تنبيه مهم] شرط ثبوت الولاء أن لاتكون الأم حرة الأصل بمعنى عدم الرق فيها ، ولا فى أصلها فإن كانت فلا ولاء على ولدها وإن كان الأب معتقا كما فى البدائع ، فإذا تزوج العتيق حرة الأصل فلا ولاء على أولاده تغليبا للحرية كما فى سكب الأنهر عن الدرر وغيرها ، وتمامه فيه ، وفيما قدمناه فى كتاب الولاء فاحفظه ، فإنه مزلة الإقدام (قوله وهو العصبة السببية) خاص بالمعتق دون عصبته ، وليس كذلك ، بل العصبة السببية مجموعهما كما فى شرح السراجية للعلامة ابن الحنبلى ، وعليه كلام الشارح الآتى فى فصل العصبات ، وما أوهمه كلام السيد من خلاف ذلك أجاب عنه يعقوب ، فكان على الشارح أن يقول بعد قوله : ثم عصبته الذكور

(ثم عصبته الذكور) لأنه ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن (ثم الرد) على ذوى الفروض النسبية بقدر حقوقهم (ثم ذوى الأرحام ثم بعدهم مولى الموالاة) كما مر فى كتاب الولاء وله الباقى بعد فرض أحد الزوجين ذكره السيد (ثم المقر له بنسب)

وهما العصبة السببية بضمير التثنية (قوله ثم عصبته الذكور) أى العصبة بنفسه ، فيكون من الذكور قطعا ، وكونه عصبة بنفسه لمولى العتاقة لاينافى كونه عصبة سببية للميت كما قال ابن الحنبلى ، فلو ترك العتيق ابن سيده وبنته فالإرث للإبن فقط ولو ترك بنت سيده وأخته فلا حق لها فيه ((قوله لأنه الخ) علة للتقييد بالذكور الذى قال السيد أنه لابد منه ، ولكن هذا مبنى على أن المراد بالمعتق مايشمل القريب والبعيد كالمعتق ومعتق المعتق ، وهكذا ذكرا أو أنثى : أما إذا أريد به ماهو المتبادر منه وهو المعتق القريب ، فلا حاجة إلى التقييد به ، ويكون المراد بعصبته العصبة السببية من الذكور والإناث كمعتق المعتق ومعتقة المعتق والعصبة النسبية أيضا ، لكن لابد فى الثانى من كونه عصبة بالنفس ، فيكون من الذكور قطعا كما مر دون العصبة بالغير أو مع الغير للحديث المذكور :

[تنبيه] اقتصاره على المعتق وعصبته يفيد أنه لو كان لعصبة المعتق عصبة فلا ميراث له بيانه امرأة أعتقت عبدا ثم ماتت عن زوج وابن منه ، ثم مات العتيق فالميراث لابنها ، لأنه عصبتها فلو مات الابن قبل العتيق ، فلا ميراث لزوجها ، لأنه عصبة عصبتها ، وأما إذا أعتق رجل عبدا ثم العبد أعتق آخر ثم الآخر أعتق آخر ، ومات العتيق الثالث وترك عصبة المعتق الأول ، فإنه يرثه وإن كان فى صورة عصبة عصبة المعتق ، لكن لا لذلك ، بل لأن العتيق الأول جر ولاء هذا الميت فيرثه عصبة العتيق الأول لقيامه مقام المعتق الأول للحديث اهـ ملخصا من الذخيرة فى باب الولاء . وقدمناه هناك وسيأتى تمام كلام على الحديث (قوله ثم الرد) أى عند عدم من تقدم ذكره من العصبات يرد الباقى من أصحاب الفروض على ذوى الفروض النسبية ، واحترز به عن ذوى الفروض السببية كالزوجين ، لأن سبب الرد هو القرابة الباقية بعد أخذ الفرض ، وقرابة الزوجية حكمية لاتبقى بعد أخذ الفرض فلا رد لانتفاء سببه ، أفاده يعقوب لكن سيأتى عن الأشباه ، وتقدم فى الولاء أنه يرد عليهما فى زماننا ويأتى تمامه إن شاء الله تعالى (قوله بقدر حقوقهم) أى قدرا نسبيا لا عدديا ، لأن مايعطى من الرد قد يكون أقل مما يعطى من الفرض كما فى أختين لأبوين وأخت لأم ومساويا كما فى أختين لأم وأم وأكثر كما فى أخت لأم وجدة وطريق النسبة أن من له النصف فرضا له بقدر سهام النصف من الرد ومن له الثلث كذلك ، فكذلك مثلا إذا ترك أختا شقيقة ، وأما فالمسألة من ستة نصفها وهو ثلاثة للشقيقة ، وثلثها وهو إثنان الأم وجملة السهام خمسة بقى واحد يرد عليهما بنسبة سهامهما ، وقد كان للشقيقة ثلاثة أخماس الواحد والأم إثنان فلها خمسا الواحد وترجع مسألة الرد إلى خمسة كما يأتى بيانه فى محله (قوله ثم ذوى الأرحام) أى يبدأ بهم عند عدم ذوى الفروض النسبية والعصبات فيأخذون كل المال ، وما بقى عن أحد الزوجين لعدم الرد عليهما (قوله ثم بعدهم) أى إذا فقد ذوو الأرحام يقدم مولى الموالاة أى القابل موالاة الميت ، حين قال له أنت مولاى ترثنى إذا مت وتعقل عنى إذا جنيت ، ولم يكن من العرب ، ولا من معانيقهم ولا له وارث نسبى ، ولا عقل عنه بيت المال أو ولى موالاة آخر فيرثه القابل بل عكس إلا أن شرط ذلك من الجانبين ، وتحققت الشرائط فيهما ، وله أن يرجع مالم يعقل عنه بولاه وذا مذهب عمر وعلى وكثيرين ، ثم عصبته ترث أيضا على ترتيب عصبة مولى العتاقة ، وإن لم يذكره المصنف ساقحانى فى شرح المنظومة وقدمناه مع استيفاء الشروط وبيانها فى الولاء (قوله وله الباقى الخ) أى إن لم يوجد أحد ممن تقدم فله كل المال إلا إن وجد أحد الزوجين فله الباقى عن فرضه (قوله ثم المقر له بنسب الخ) أى ثم بعد مولى

على غيره (لم يثبت) فلو ثبت بأن صدقه المقر عليه أو أقر بمثل إقراره أو شهد رجل آخر ثبت نسبه حقيقة وزاحم الورثة وإن رجع المقر وكذا لو صدقه المقر له قبل رجوعه وتمامه فى شروح السراجيه سيما روح الشروح وقد لخصته فيما علقته عليها (ثم) بعدهم (الموصى له بما زاد على الثلث) ولو بالكل وإنما قدم عليه المقر له

الموالاة بأن لم يكن يقدم المقر له بنسب الخ فيعطى كل المال إلا إذا كان أحد الزوجين ، فيعطى مافضل بعد فرضه (قوله على غيره) ضمنه معنى التحميل فعداه بعلى أى المحمول نسبه على غيره فى ضمن الإقرار بالنسب من نفسه كما لو أقر له بأنه أخوه أو ابن ابنه ، فإن إقراره هذا تضمن حمل النسب على الأب أو الإبن ، واحترز به عما إذا لم يتضمن تحميل النسب على غيره كما إذا أقر لمجهول النسب بأنه إبنه فإنه يوجب ثبوت النسب منه ، ويندرج فى الورثة النسبية إذا اشتمل الإقرار على شرائط صحته كالحرية والبلوغ والعقل فى المقر ، وتصديق المقر له بالنسب ، وكونه بحيث يولد مثله لمثله وتقدم فى باب إقرار المريض تمام الكلام على مايصح من ذلك ، ومالا يصح مع بيان الشروط وحررناه أيضا فى شرحنا على نظم فرائض الملتقى المسمى بالرحيق المختوم شرح قلائد الدر المنظوم ، وفى آخر التاسع والعشرين من جامع الفصولين فروع مهمة يلزم مراجعتها (قوله لم يثبت) قيد ثان وبين الشارح محترزه وزاد فى السراجية ثالثا ، وهو موت المقر على إقراره لأنه إذا رجع لم يعتد به ، فلا يرث وإذا اجتمعت هذه الصفات فى المقر له صار عندنا وارثا فى المرتبة المذكورة ، لأن المقر كان مقرا بشيئين النسب واستحقاق المال بالإرث ، لكن إقراره بالنسب باطل ، لأنه يحمل نسبه على غيره ، والإقرار على الغير دعوى ، فلا تسمع ويبقى إقراره بالمال صحيحا ، لأنه لايعدوه إلى غيره إذا لم يكن له وارث معروف سيد : أى ويكون هذا الإقرار وصية معنى ، ولذا صح رجوعه عنه ولا ينتقل إلى فرع المقر له ولا أصله (قوله بأن صدقه المقر عليه) بأن قال الأب نعم هو ابنى وهو أخوك وكذا لو صدقه الورثة وهم من أهل الإقرار اهـ من روح الشروح والمراد ورثة المقر بأن قال أولاد المقر هو عمنا ط (قوله أو أقر بمثل إقراره) أى بأن قال من غير علم بإقرار المقر هو ابنى إذ لو علم به كان تصديقا تأمل :

والظاهر أنه إذا حمل نسبه على نفسه ورث منه قصدا ومن غيره وإن لم يقر ذلك الغير أفاده ط (قوله أو شهد رجل) أى مع المقر قال الشارح فى باب إقرار المريض لايصح فى حق غيره إلا ببرهان ومنه إقرار اثنين اهـ وظاهره أنه لايلزم فى هذا الإقرار لفظ الشهادة وأفاد أنه يصح بإقرار الوارث ، وإن لم يقر به المورث وهو ظاهر (قوله وإن رجع المقر) قال فى روح الشروح : واعلم أنه إذ شهد مع المقر رجل آخر ، أو صدقه المقر عليه أو الورثة وهم من أهل الإقرار ، فلا يشترط الإصرار على الإقرار إلى الموت ، ولا ينفع الرجوع لثبوت النسب حينئذ اهـ وفى سكب الأنهر : وصح رجوعه لأنه وصية معنى ، ولا شيء للمقر له من تركته .

قال فى شرح السراجية المسمى بالمنهاج : وهذا إذا لم يصدق المقر عليه إقراره قبل رجوعه ، أو لم يقر بمثل إقراره الخ فقول المنح عن بعض شروح السراجية ، وهذا إذا لم يصدق المقر له صوابه المقر عليه كما رأيته فى نسخة مصلحا بخط بعض الفضلاء (قوله وكذا لو صدقه المقر له الخ) الصواب إسقاطه بالكلية ، والذى أوقعه فيه عبارة المنح السابقة . وقد علمت ماهو الصواب فيها لأن تصديق المقر له لايثبت النسب قطعا ، لأنه المنتفع بذلك فهو متهم ، وإذا لم يثبت بإقرار المقر ، فكيف يثبت بتصديق المقر له المتهم على أنك قد علمت أن الذى فى روح الشروح وغيره هو ثبوته بتصديق المقر عليه لا المقر له فتنبه : وتمام الكلام على ذلك يعلم من باب إقرار المريض فارجع إليه (قوله ثم بعدهم الخ) أى إذا عدم من تقدم ذكره يبدأ بمن أوصى له بجميع المال فيكمل له وصيته ، لأن منعه عما زاد على الثلث كان لأجل الورثة ، فإن لم يوجد أحد منهم ، فله عندنا ماعين له كملا سيد ، ولايخفى

لأنه نوع قرابة بخلاف الموصى له (ثم) يوضع (في بيت المال) لاإرثا بل فيئا للمسلمين :

(وموانعه) على ماهنا أربعة (الرق) ولو ناقصا كمكاتب وكذا مبعض عند أبي حنيفة ومالك رحمهما الله تعالى وقالا حر فيرث ويحجب وقال الشافعي ، لايرث بل يورث وقال أحمد يرث ويورث ويحجب بقدر مافيه من الحرية :

قلت : وقد ذكر الشافعيه مسألة يورث فيها الرقيق مع رق كله .

صورتها مستأمن جنى عليه فلحق بدار الحرب فاسترق ومات رقيقا بسراية تلك الجناية فديته لورثته ولم أره لأئمتنا فيحرر (والقتل)

أن المراد أنه يأخذ الزائد بطريق الاستحقاق ، بلا توقف على إجارة فلا يرد أن أخذ الزائد لايشترط فيه عدم الورثة إذ لو أجازوا جاز (قوله لأنه نوع قرابة) الأولى قول السيد أن له نوع قرابة (قوله ثم يوضع) أى إن لم يوجد موصى له بالزائد يوضع كل التركة في بيت المال أو الباقى عن الزائد إن وجد موصى له بما دون الكل ولم يقل ثم يقدم إذ لاشيء بعده وأشار إلى أن كلام المصنف من قبيل قوله ، علفتها تبنا وماء باردا ، (قوله لا إرثا) نفي لما يقوله الشافعية لما يرد عليه من أنه لو كان إرثا لم تصح وصيته بالثلث للفقراء إذا لم يكن له وارث خاص لأنها وصية لوارث ، فتتوقف على إجازة بقيه الورثة ، ومن أنه يعطى من ذلك المال من ولد بعد موت صاحبه وللولد مع والده ، ولو كان إرثا لما صح ذلك لكن أفتى متأخرو الشافعية بالرد إن لم ينتظم بيت المال (قوله وموانعه) المانع لغة : الحائل واصطلاحا : ما ينتفي لأجله الحكم عن شخص لمعنى فيه بعد قيام سببه ، ويسمى محروما فخرج ما انتفى لمعنى في غيره فإنه محجوب ، أو لعدم قيام السبب كالأجنبي ، والمراد بالمانع ههنا المانع عن الوراثية لا المورثية وإن كان بعضها كاختلاف الدين مانعا عنهما كما حررته في الرحيق المختوم (قوله على ماهنا) لأن بعضهم زاد على هذه الأربعة غيرها كما سيذكره الشارح (قوله كمكاتب) المصرح به أن رقه كامل ، وملكه ناقص فالصواب أن يقول : كمدبر وأم ولد اهـ ح وقد يقال كمال رقه إنما هو بالنسبة إلى المدبر ، وأم الولد ولذا أجاز عتقه عن الكفارة ، وملك أكسابه دونهما ، أما بالنسبة إلى القن فهو ناقص من حيث انعقاد سبب الحرية فيه مثل المدبر وأم الولد (قوله وكذا مبعض الخ) هو من أعتق بعضه فيسعى في فكاك باقيه ، وهو عند الإمام بمنزلة المملوك مابقى عليه درهم وقالا هو حر مديون فيرث ويحجب بناء على تجزى الإعتاق عنده لا عندهما (قوله وقال الشافعي لايرث بل يورث) قيل المنقول عنه أنه لايرث ، ولا يورث فليراجع (قوله يورث فيها الرقيق) أى بطريق الاستناد إلى أول الإصابة ط (قوله جنى عليه) أى بجراحة مثلا (قوله بسراية تلك الجناية) أى التى أصابته قبل الرق ط (قوله فديته لورثته الخ) أى نظرا إلى وقت الإصابة ، فإنه لو مات بها قبل الاسترقاق كان إرثه لهم فكذا بعده لانعقاد السبب قبله ط (قوله ولم أره لأئمتنا) هم قد اعتبروا وقت الإصابة في مسائل ، فيمكن أن يكون هذا منها ، ويمكن أن يقال أن موته صادر وهو في ملك السيد فالدية له ط .

أقول : يظهر لى أنه لايجب على الجانى شيء عندنا لما تقدم في فصل المستأمن أنه إذا رجع إلى دار الحرب ، وقد ترك وديعة أو دينا فأسر أو ظهر عليهم فأخذ أو قتل سقط دينه ، وما غصب منه وصار ماله كوديعته وماعند شريكه ، أو في بيته في دارنا فيأ ، وإن قتل أو مات بلا غلبة عليهم فدينه وقرضه ووديعته لورثته لأن نفسه لم تصر مغنومة اهـ . ومعلوم أن الدية دين على الجانى فتسقط برجوعه إلى دار الحرب ، واسترقاقه فلا تكون لورثته ولا لسيده أيضا ، لأن الجناية حدثت على ملك المجنى عليه لا على ملك السيد لأنه إنما استرقه مجنيا عليه

الموجب للقود أو الكفارة وإن سقطا بحرمة الأبوة على مامر وعند الشافعي لايرث القاتل مطلقا ولو مات القاتل قبل المقتول ورثه المقتول إجماعا (واختلاف الدين) وإسلاما وكفرا وقال أحمد : إذا أسلم الكافر قبل قسمة التركة ورث ، وأما المرتد فيورث عندنا خلافا للشافعي قلت ذكر الشافعية مسألة يورث فيها الكافر :
صورتها : كافر مات عن زوجته حاملا ووقفنا ميراث الحمل فأسلمت ثم ولدت ورث الولد ولم أره لأئمتنا صريحا (و) الرابع (اختلاف الدارين) فيما بين الكفار عندنا خلافا للشافعي

فليس له مطالبة الجاني بشيء فتدبره (قوله الموجب للقود أو الكفارة) الأول هو العمد وهو أن يقصد ضربه بمحدد أو مايجرى مجراه فى تفريق الأجزاء ، والثانى ثلاثة أقسام شبه عمد ، وهو أن يتعمد قتله بما لايقتل غالبا كالسوط وخطأ كأن رمى صيدا فأصاب إنسانا وما جرى مجراه كانقلاب نائم على شخص أو سقوطه عليه من سطح ، فخرج القتل بسبب فإنه لايوجبهما كما لو أخرج روشنا أو حفر بئرا أو وضع حجرا فى الطريق ، فقتل مورثه أو أقاد دابة أو ساقها فوطئته ،أوقتله قصاصا أو رجما أو دفعا عن نفسه أو وجد مورثه قتيلا فى داره أوقتل العادل الباغى ، وكذا عكسه إن قال قتلته وأنا على حق ، وأنا الآن على الحق ، وخرج القتل مباشرة من الصبى والمجنون لعدم وجوب القصاص ، والكفارة وتمامه فى سكب الأنهر وغيره وفى الحاوى الزاهدى رمزا إذا قتل الزوج امرأته أو ذات رحم من محارمه المؤنث لأجل الزنا يرث منها عندنا خلافا للشافعى اه يعنى مع تحقق الزنا أما بمجرد التهمة ، فلا كما يقع من فلاحى القرى ببلادنا فادر ذلك رملى والتقييد بالموجب جرى على الغالب إذ الحكم فيما استحب فيه الكفارة كذلك كمن ضرب امرأة فألقت جنينا ميتا ففيه الغرة وتستحب الكفارة مع أنه يحرم الإرث منه (قوله على مامر) أى فى كتاب الجنايات (قوله مطلقا) أى بحق أولا مباشرة أولا ، ولو بشهادة أو تزكية لشاهد بقتل (قوله ولو مات القاتل قبل المقتول) بأن جرحه جرحا صار به ذا فراش فمات الجارح قبله (قوله إسلاما وكفرا) قيد به لأن الكفار يتوارثون فيما بينهم وإن اختلفت مللهم عندنا ، لأن الكفر كله ملة واحدة (قوله وأما المرتد فيورث عندنا) أى من كسب إسلامه وكسب ردته فىء للمسلمين ، وقالا للوارث المسلم ككسب المرتدة (قوله خلافا للشافعى) فقال كسباه لبيت المال (قوله فأسلمت) أى بعد موته ، فلو قبله فالظاهر أن الحمل لايرث قولا واحدا لأنه جزء منها فهو مسلم عند موت المورث وعند الولادة تبعا لها : وهى واقعة الفتوى (قوله ولم أره لأئمتنا صريحا) أقول : قيد بقوله صريحا لأن كلامهم يدل عليه دلالة ظاهرة فمنه قولهم إرث الحمل فأضافوا الإرث إليه وهو حمل ، وأما اشتراطهم خروجه حيا ، فلتحقق وجوده عند موت مورثه ، ومن ثم قيل لنا : جماد يملك وهو النطفة :

وفى حاشية الحموى عن الظهيرية : متى انفصل الحمل ميتا إنما لايرث إذا انفصل بنفسه ، وأما إذا فصل فهو من جملة الورثة بيانه إذا ضرب إنسان بطنها فألقت جنينا ميتا ورث ، لأن الشارع أوجب على الضارب الغرة وجوب الضمان بالجناية على الحى ، دون الميت فإذا حكمنا بالجناية كان له الميراث ويورث عنه نصيبه ، كما يورث عنه بدل نفسه وهو الغرة اه .

أقول : فقد جعلوه وارثا وموروثا ، وهو جنين قبل انفصاله ، ومعلوم أنه حين موت مورثه لم يكن مسلما فلم يوجد المانع حين استحقاقه الإرث ، وإنما وجد بعده فكان كمن أسلم بعد موت مورثه الكافر ، فلم يكن فى الحقيقة إرث مسلم من كافر بل هو إرث كافر من كافر . نعم يتصور عندنا إرث المسلم من الكافر فى مسألة المرتد (قوله والرابع اختلاف الدارين) اختلافهما باختلاف المنعة : أى العسكرى ، واختلاف الملك كأن يكون

(حقيقة) كحربى وذمى (أو حكما) كمستأمن وذمى وكحربيين من دارين مختلفين كتركى وهندى لانقطاع العصمة فيما بينهم بخلاف المسلمين قلت وبقى من الموانع جهالة تاريخ الموتى كالغرقى والحرقى والهدمى والقتلى كما سيجىء : ومنها : جهالة الوارث وذلك فى خمس مسائل أو أكثر مبسوطة فى المجتبى منها أرضعت صبيا مع ولدها وماتت

أحد الملكين فى الهند وله دار ومنعة والآخر فى الترك ، وله دار ومنعة أخرى ، وانقطعت للعصمة فيما بينهم ، حتى يستحل كل منهم قتال الآخر فهاتان لداران مختلفتان ، فتنقطع باختلافهما الوراثة لأنها تبتنى على العصمة والولاية ، وأما إذا كان بينهما تناصر وتعاون على أعدائهما كانت الدار واحدة والوراثة ثابتة .

ثم اعلم أن الاختلاف إما حقيقة أو حكما كالحربى والذمى وكالحربيين فى دارين مختلفتين(١) بالمعنى السابق ، وإما حكما فقط كالمستأمن والذمى فى دارنا فإنها وإن كانت واحدة حقيقة إلا أنها مختلفة حكما لأن المستأمن من أهل دار الحرب حكما ، لتمكنه من الرجوع إليها ، وأما حقيقة فقط كمستأمن فى دارنا وحربى فى دارهم ، فإن الدار وإن اختلفت حقيقة لكن المستأمن من أهل الحرب حكما كما علمت ، فهما متحدان حكما وفى هذا الأخير يدفع مال المستأمن لوارثه الحربى لبقاء حكم الأمان فى ماله لحقه ، وإيصال ماله لورثته من حقه كما فى عامة الكتب فيمنع ذلك صرفه لبيت المال ، خلافا لما فى شرح السراجية لمصنفها كما نبه عليه فى الدر المنتقى وسكب الأنهر :

أقول : وبه علم أن المانع هو الاختلاف حكما سواء كان حقيقة أيضا أولا دون الاختلاف حقيقة فقط ، وهذا ما قال الزيلعى المؤثر هو الاختلاف حكما حتى لاتعتبر الحقيقة بدونه اهـ (قوله حقيقة) يعنى وحكما لما علمت (قوله كحربى وذمى) أى إذا مات الحربى فى دار الحرب ، وله وارث ذمى فى دارنا أو مات الذمى فى دارنا وله وارث فى دارهم لم يرث أحدهما من الآخر لتباين الدارين حقيقة وحكما وإن اتحدا ملة (قوله أو حكما) أى فقط (قوله وكحربيين الخ) كذا فى السراجية ، وفيه أنه من اختلاف الدار حقيقة وحكما كما قدمناه ، إلا أن يحمل على أنهما من دارين مختلفين حقيقة ، لكنهما مستأمنان فى دارنا فهما فى دار واحدة حقيقة ، وفى دارين مختلفين حكما ويؤيده أنه قال من دارين لا فى دارين ، وإن كان الأولى أن يقول المستأمنين بدل الحربيين وكأنه ترك هذا الأولى إشارة إلى أنه يمكن جعله مثالا للاختلافين أفاده السيد وتمامه فيه (قوله بخلاف المسلمين) محترز قوله فيما بين الكفار : أى اختلاف الدار لايؤثر فى حق المسلمين كما فى عامة الشروح حتى أن المسلم التاجر أو الأسير لو مات فى دار الحرب ورث منه ورثته الذين فى دار الإسلام ، كما فى سكب الأنهر :

قال فى شرح السراجية لابن الحنبلى : وأما قول العتابى أن من أسلم ولم يهاجر إلينا لايرث من المسلم الأصلى فى دارنا ولا المسلم الأصلى ممن أسلم ، ولم يهاجر إلينا سواء كان فى دار الحرب مستأمنا أو لم يكن فمدفوع بقول بعض علمائنا يخايل لى أن هذا كان فى ابتداء الإسلام ، حين كانت الهجرة فريضة ألا ترى أن الله تعالى نفى الولاية بين من هاجر ، ومن لم يهاجر فقال ، ــ والذين آمنوا ولم يهاجروا مالكم من ولايتهم من شىء حتى يهاجروا ــ فلما كانت الولاية بينهما منتفية كان الميراث منتفيا ، لأن الميراث على الولاية فأما اليوم فينبغى أن يرث أحدهما من الآخر ، لأن حكم الهجرة قد نسخ بقوله صلى الله عليه وسلم « لاهجرة بعد الفتح » اهـ (قوله كما سيجىء) أى فى فصل الحرقى والغرقى (قوله فى خمس مسائل أو أكثر) زاد قوله أو أكثر تبعا للمجتبى إشارة إلى أن عدها

---

(١) (قوله مختلفتين) لاحظ أولا أن الدار مؤنث فأنث نعتها فى قوله دارين مختلفتين وأما تذكير النعت فى العبارة الآتية فهو من كلام السيد ومثله عبارة الشارح لكن ليس نظرا لمجازية التأنيث بل نظرا للمراد أو هو المنزل كما نبه على مثله فى حاشية المصباح فليفهم بالدقة قاله مصححه المورينى .

وجهل ولدها فلا توارث ، وكذا لو اشتبه ولد مسلم من ولد نصرانى عند الظئر وكبرا فهما مسلمان ولا يرثان من أبويهما زاد فى المنية إلا أن يصطلحا فلهما أن يأخذا الميراث بينهما ثم بين ذوى الفرض مقدما للزوجة لأنها أصل الولاد إذ منها تتولد الأولاد فقال (فيفرض للزوجة فصاعدا الثمن

خمسا لم يرد به الحصر لإمكان زيادة غيرها تأمل . وقد ذكر الشارح منها ثنتين والثالثة : رجل وضع ولده فى فناء المسجد ليلا ثم ندم صباحا فرجع لرفعه فإذا فيه ولدان ولا يعرف ولده من غيره ، ومات قبل الظهور لا يرث واحد منهما ، ويوضع ماله فى بيت المال ونفقتهما على بيت المال ، ولا يرث أحدهما من صاحبه . والرابعة : حرة وأمة ولدت كل واحدة ولدا فى بيت مظلم ولا يعلم ولد الحرة من غيره لا يرث واحد منهما ، ويسعى كل واحد منهما لمولى الأمة ، والخامسة : رجل له ابن من حرة وابن من أمة لإنسان أرضعتهما ظئر واحدة ، حتى كبرا ولا يعرف ولد الحرة من غيره فهما حران ويسعى كل واحد منهما فى نصف قيمته لمولى الأمة ولا يرثان منه (قوله فلا توارث) أى لا يرثها واحد منهما (قوله من ولد) الأولى بولد (قوله إلا أن يصطلحا) أى الولدان فإن الميراث لا يعدوهما ، فمن أخذ حصة وهو الوارث حقيقة فذلك من حظه ، ويعد ما أخذه الآخر هبة من المستحق ، والظاهر أنه راجع إلى المسألة السابقة أيضا اهـ ط .

أقول : بل إلى كل المسائل المارة وإن مامر من وضعه فى بيت المال محمول على ما إذا لم يصطلحا تأمل .

[تتمة] جملة الموانع حينئذ ستة وقد زاد بعضهم من الموانع النبوة لحديث الصحيحين « نحن معاشر الأنبياء لا نورث ما تركنا صدقة » وفى الأشباه عن التتمة كل إنسان يرث ويورث إلا الأنبياء لا يرثون ، ولا يورثون وماقيل من أنه عليه الصلاة والسلام ورث خديجة لم يصح وإنما وهبت مالها له فى صحتها اهـ .

قلت : لكن كلام ابن الكمال وسكب الأنهر يشعر بأنهم يرثون وتمامه فى الرحيق المختوم وزاد بعضهم الردة فالمرتد لا يرث أحدا إجماعا ، وليس ذلك لاختلاف الدين لأنه لا ملة له على ماعرف فى محله فالموانع حينئذ ثمانية ، وزاد بعضهم تاسعا وهو اللعان قال فى الدر المنتقى . وفى الحقيقة الموانع خمسة أربعة المتن والردة كما علم ذلك بالاستقراء الشرعى ، وما زاد عليها فتسميته مانعا مجاز لأن انتفاء الإرث معه ليس بوجود مانع بل لانتفاء الشرط أو السبب اهـ .

بيانه إن شرط الإرث وجود الوارث حيا عند موت المورث ، وذلك منتف فى جهالة تاريخ الموتى لعدم العلم بوجود الشرط ولا توارث مع الشك ، وكذا فى جهالة الوارث فإنها كونه حكما كما فى المفقود ، وأما ولد اللعان فإنه لا يرث من أبيه وبالعكس لقطع نسبه ، فعدم الإرث فى الحقيقة لعدم السبب ، وهو نسبته إلى أبيه وأما النبوة فى كونها من انتفاء الشرط أو السبب كلام يعلم من شرحنا الرحيق المختوم ، والذى يظهر أن العلة فى عدم كونها من الموانع هى كون النبوة معنى قائما فى المورث والمانع هو ما يمنع الإرث لمعنى قائم فى الوارث على ماقدمناه فى تعريفه .

[تكميل] عد الشافعية من الموانع الدور الحكمى وهو أن يلزم من التوريث عدمه كما لو مات عن أخ فأقر الأخ بابن للميت ، فيثبت نسبه ولا يرث عندهم ، لأنه لو ورث لحجب الأخ فلا يقبل إقراره ، فلا يثبت نسب الابن فلا يرث لأن إثبات ارثه يؤدى إلى نفيه فينتفى من أصله ، وهذا لم يذكره علماؤنا لصحة إقرار المقر فى حق نفسه فقط فيرث الابن دونه كما حققته فى الرحيق المختوم ، وبدا بالنقل ومر تمامه فى باب إقرار المريض (قوله لأنها أصل الولاد) بكسر الواو مصدر ولد أى أصل ولادة الأصل والفروع فالكل أولادها غالبا ، لأنه قد تكون الولادة

مع ولد أو ولد ابن) وأما مع ولد البنت فيفرض لها الربع (وإن سفل والربع لها عند عدمهما) فللزوجات حالتان الربع بلا ولد والثمن مع الولد (والربع للزوج) فأكثر كما لو ادعى رجلان فأكثر لـكاح ميتة وبرهنا ولم تكن في بيت واحد منهما ولا دخل بها فإنهم يقسمون ميراث زوج واحد لعدم الأولوية (مع أحدهما) أى الولد أو ولد الإبن (والنصف له عند عدمهما) فللزوج حالتان النصف والربع (والأب والجد) ثلاث أحوال الفرض المطلق وهو (السدس) وذلك (مع ولد أو ولد ابن) والتعصيب المطلق عند عدمهما والفرض والتعصيب مع البنت أو بنت الإبن .

قلت : وفى الأشباه الجد ، كالأب إلا فى ثلاثة عشر مسألة خمس فى الفرائض

بالتسرى ثم هى بهذا الاعتبار ، وإن كانت أما لـكن صفة الزوجية سابقة على صفة الأمومة فلذا لم تقدم الأم تأمل (قوله مع ولد) أى للزوج الميت ذكرا أو أنثى ولو من غيرها (قوله وإن سفل) بفتح الفاء من السفول ضد العلو من باب نصر ، وبضمها من السفال بمعنى الدناءة من باب شرف ابن كمال والمراد الأول (قوله لـكاح ميتة) أما لو كانت حية تهاتر البرهان : وهى لمن صدقته إذا لم تكن فى يد من كذبته ولم يكن دخل المـكذب بها وإن أرخا فالسابق أحق ط (قوله وبرهنا) قال فى البحر فى باب دعوى الرجلين : لو برهنا على النكاح بعد موتها ، ولم يؤرخا أو أرخا واستوى تاريخهما يقضى به بينهما ، وعلى كل منهما نصف المهر ويرثان ميراث زوج واحد ، فإن جاءت بولد يثبت النسب منهما ، ويرث من كل منهما ميراث ابن كامل وهما يرثان من الابن ميراث أب واحد كذا فى الخلاصة وفى منية المفتى ولا يعتبر فيه الإقرار واليد اهـ ومثله فى جامع الفصولين (قوله ولم تكن فى بيت واحد منهما) هو معنى ما فى روح الشروح ، ولم تكن فى يد واحد منهما ومفهومه اعتبار اليد ، وهو خلاف ما قدمناه آنفا فتدبر (قوله والنصف له) أى للزوج وبقى ممن يستحق النصف أربعة كان ينبغى ذكرهم هنا كما فعل فى بقية الفروض ، وهم البنت وبنت الابن عند عدمها والأخت لأبوين والأخت لأب عند عدمها إذا انفردن عمن يعصبهن (قوله والجد) أى فهو كالأب عند عدمه إن لم يدخل فى نسبته إلى الميت أنثى وهو الجد الصحيح ، فإن تخلل فى نسبته إلى الميت أم كان فاسدا فلا يرث إلا على أنه من ذوى الأرحام ، لأن تخلل الأم فى النسبة يقطع النسب إذ النسب إلى الآباء زيلعى (قوله الفرض المطلق) أى عن ضميمة التعصيب إليه (قوله مع ولد أو ولد ابن) حيث قيد الفرض بالمطلق فكان ينبغى أن يقيد الولد بالذكر لأن الولد يشمل الأنثى ، لـكن تركه لانفهامه مما بعده (قوله مع البنت أو بنت الابن) فإن له السدس فرضا وللبنت أو بنت الابن النصف والباقى له تعصيبا (قوله إلا فى ثلاثة عشر مسألة) الأصوب ما فى بعض النسخ : ثلاث عشرة بتذكير الثلاثة وتأنيث العشرة لتأنيث مسألة وإن كان لفظيا (قوله خمس فى الفرائض) الأولى أن أمه لا ترث معه ، وترث مع الجد :

الثانية أن الميت إذا ترك الأبوين وأحد الزوجين فللأم ثلث ما يبقى بعد نصيب أحد الزوجين ، ولو كان مكان الأب جد فللأم ثلث جميع المال إلا عند أبى يوسف فإن لها ثلث الباقى أيضا :

الثالثة : أن بنى الأعيان والعلات كلهم يسقطون مع الأب إجماعا ويسقطون مع الجد عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لا عندهما .

الرابعة : أن أبا المعتق مع ابنه يأخذ سدس الولاء عند أبى يوسف وليس للجد ذلك ، بل الولاء كله للإبن ولا يأخذ الجد شيئا من الولاء عند سائر الأئمة .

الخامسة : لو ترك جد معتقه وأخاه ، قال أبو حنيفة : يختص الجد بالولاء وقالا الولاء . بينهما ولو كان مكان

وباقيها فى غيرها وزاد ابن المصنف فى زواهره أخرى من الفصولين : ضمن الأب مهر صبيه فأدى رجع لو شرط

الجد أب فالميراث كله له اتفاقا قال فى المنح : وهذه مستفاد حكمها من حكم المسألة الثالثة اهـ (قوله وباقيها فى غيرها).

الأولى : لو أوصى لأقرباء فلان لايدخل الأب ويدخل الجد فى ظاهر الرواية .

الثانية : تجب صدقة فطر الولد على أبيه الغنى دون جده ؛

الثالثة : لو أعتق الأب جر ولاء ولده إلى مواليه دون الجد ؛

الرابعة : يصير الصغير مسلما بإسلام أبيه دون جده .

الخامسة : لو ترك أولادا صغارا وما لا فالولاية للأب فهو كوصى الميت بخلاف الجد .

السادسة : فى ولاية النكاح لو كان للصغير أخ وجد فعلى قول أبى يوسف يشتركان وعلى قول الإمام يختص الجد ولو كان مكانه أب اختص اتفاقا ؛

السابعة : إذا مات أبوه صار يتيما ولا يقوم الجد مقام الأب لإزالة اليتم عنه ؛

الثامنة : لو مات وترك أولادا صغارا ، ولا مال له وله أم وجد أبو الأب ، فالنفقة عليهما أثلاثا الثلث على الأم ، والثلثان على الجد. ولو كان كالأب كان كلها عليه اهـ ح ؛

أقول : وفى الخامسة نظر لما تقدم قبيل شهادة الأوصياء أن الولاية فى مال الصغير لأبيه ، ثم لوصى الأب ، ثم للجد ، ثم لوصيه ، ثم للقاضى ، ثم اوصيه فالجد يقوم مقام الأب عند عدم الأب ، ووصيه فلم يخالف الجد فيها الأب تأمل : والسادسة : يجرى فيها ماتقدم عن المنح ، وقوله فى الثامنة : وله أم وجد موافق لما فى بعض نسخ الأشباه ، وفى بعضها ولهم بضمير الجمع العائد إلى الصغار ، وهو الصواب لأن نفقة الصغير تجب على قريبه المحرم بقدر الإرث كما فى المتون أى بقدر إرث المحرم من الصغير لو مات فإذا كانت الأم هنا أم الصغار صح كون الثلث عليها والباقى على الجد ، لأنه قدر إرثها منهم ، أما لو كانت أم أبيهم الميت يكون عليها السدس ، لأنها جدة لهم وفرض الجدة السدس لا الثلث فلا يصح إرجاع الضمير إلى الميت ، بل يتعين إرجاعه إلى الصغار هذا ماظهر لى من فيض الفتاح العليم (قوله وزاد ابن المصنف الخ) أقول : يزاد أيضا أنه لاتجب نفقته على الجد المعسر ، وأنه لايصير مسلما بإسلام جده وإن الجد إذا أقر بنافلة وابنه حى لايثبت النسب بمجرد إقراره ذكر ذلك السيد فى شرح السراجية وزدت أخرى أيضا تقدمت قبيل فصل شهادة الأوصياء وهى مافى الخانية حيث قال فرق أبو حنيفة بين الوصى وأبى الميت ، فللوصى بيع التركة لقضاء الدين ، وأبو الميت له بيعها لقضاء الدين على الأولاد لا لقضاء الدين على الميت وهذه فائدة تحفظ من الخصاف ، وأما محمد فأقام الجد مقام الأب وبقول الخصاف يفتى اهـ .

وحاصله أن جد الصغير خالف الأب ووصى الأب فى هذه ثم رأيت صاحب الوهبانية ذكرها هنا ولله الحمد (قوله ضمن الأب مهر صبيه) على تقدير مضاف أى مهر زوجة صبيه : أى ابنه الصغير وما فى عامة النسخ من التعبير بصبيته بالتاء فتحريف (قوله رجع لو شرط) أى يرجع عليه فى ماله ولو لم يكن له مال حين العقد لو شرط الرجوع ، وأشهد أخذا مما فى جامع الفصولين أيضا نقد من ماله ثمن شئ شراه لولده ، ونوى الرجوع يرجع ديانة لاقضاء مالم يشهد ولو ثوبا أو طعاما وأشهد أنه يرجع فله أن يرجع او له مال وإلا فلا لوجوبها عليه ولو قنا أو شيئا لايلزمه رجع ، وإن لم يكن له مال لو أشهد وإلا لا اهـ ؛

وإلا لا ولو وليا غيره أو وصيا رجع مطلقا انتهى فقوله او وليا غيره يعم الجد فيرجع كالوصى بخلاف الأب (وللأم) ثلاثة أحوال (السدس مع أحدهما أو مع اثنين من الأخوة أو) من (الأخوات) فصاعدا من أى جهة كانا ولو مختلطين والثلث عند عدمهم وثلث الباقى مع الأب وأحد الزوجين (و) السدس (للجدة مطلقا) كأم أم وأم أب (فصاعدا) يشتركن فيه (إذكن ثابتات) أى صحيحات كالمذكورتين فإن الفاسدة من ذوى الأرحام كما سيجيء (متحاذيات فى الدرجة لأن القربى تحجب البعدى) مطلقا كما سيجيء (و) السدس (لبنت الابن) فأكثر (مع البنت) الواحدة تكملة للثلثين (و) السدس (للأخت) لأب فأكثر (مع الأخت) الواحدة (لأبوين) تكملة للثلثين (و) السدس (للواحد من ولد الأم والثلث لاثنين فصاعدا من ولد الأم) ذكورهم كأناثهم (و) الثلث (للأم عند عدم من لها معه السدس) كما مر (ولها ثلث الباقى بعد فرض

قلت : والتزويج مما لايلزم الأب فيرجع إن أشهد وإن لم يكن للصغير مال (قوله وإلا لا) أى استحسانا للعرف جامع الفصولين (قوله رجع مطلقا) أى وإن لم يشرط لأن العادة لم تجر بتحمله المهر عن الصغير (قوله مع أحدهما) أى الولد وولد الإبن ذكرا أو أنثى (قوله من أى جهة كانا) أى سواء كان الإثنان فأكثر لأبوين أو لأب أو لأم (قوله ولو مختلطين) أى ذكورا وإناثا من جهة واحدة أو أكثر (قوله والثلث عند عدمهم) أى عدم الولد وولد الإبن والعدد من الأخوة والأخوات وعند عدم الأب مع أحد الزوجين فافهم (قوله وثلث الباقى الخ) تحته صورتان كما سيأتى قال ط : وإنما ذكر الشارح هاتين الحالتين يعنى الثلث وثلث الباقى مع ذكر المصنف لها فيما سيأتى للإشارة إلى أن الأولى جمع حالات الأم متوالية (قوله مطلقا أى لأم) أو لأب كما مثل (قوله أى صحيحات) الجدة الصحيحة من ليس فى نسبتها إلى الميت جد فاسد : وهى ثلاثة أقسام المدلية بمحض الإناث كأم أم الأم أو بمحض الذكور كأم أبى الأب أو بمحض الإناث إلى محض الذكور كأم أم الأب بخلاف العكس كأم أبى الأم فإنها فاسدة (قوله مطلقا) أى سواء كانت القربى أو البعدى من جهة الأم أو الأب وسواء كانت القربى وارثة كأم الأب عند عدمه مع أم أم الأم أو محجوبة بالأب عند وجوده (قوله كما سيجيء) أى عند ذكر الحجب (قوله والسدس لبنت الإبن الخ) للبنات ستة أحوال ثلاثة تتحقق فى بنات الصلب ، وبنات الإبن وهى النصف للواحدة والثلثان للأكثر وإذا كان معهن ذكر عصبهن وثلاثة تنفرد بها بنات الإبن .

الأولى : ماذكره المصنف .

الثانية : يسقطن بالصلبيتين فأكثر إلا أن يكون معهن غلام ليس أعلى منهن فيعصبهن .

الثالثة : يسقطن بالإبن الصلبى وسيأتى بيانها (قوله والسدس للأخت لأب الخ) اعلم أن للأخوات لغير أم سبعة أحوال خمسة تتحقق فى الأخوات لأبوين ، والأخوات لأب : وهى الثلاثة المارة فى بنات الصلب .

والرابعة : أنهن يصرن عصبات مع البنات أو بنات الإبن .

والخامسة : أنهن يسقطن بالابن وابنه وبالأب اتفاقا وبالجد عند الإمام .

وثنتان تنفرد بهما الأخوات لأب : الأولى : ماذكره المصنف الثانية أنهن يسقطن مع الشقيقتين فأكثر إلا أن يكون معهن من يعصبهن وفى بعض نسخ السراجية ، ويسقطن بالأخت لأب وأم إذا صارت عصبة : أى إذا كانت مع البنات أو بنات الإبن قال السيد : لأنها حينئذ كالأخ فى كونها عصبة أقرب إلى الميت كما سيأتى (قوله والسدس للواحد من ولد الأم) أى للأخ أو الأخت لأم ولهم ثلاثة أحوال ذكر منها اثنين والثالثة أنهم يسقطون بالفرع الوارث وبالأب والجد كما سيأتى (قوله عند عدم من لها معه السدس) أى أو ثلث الباقى (قوله بعد فرض

أحد الزوجين) كما قدمنا وذلك (فى زوجة وأبوين) وأم فلها حينئذ الربع (أو زوج وأبوين) وأم فلها حينئذ السدس ويسمى ثلثا تأدبا مع قوله تعالى – وورثه أبواه فلأمه الثلث – (والثلثان لكل اثنين فصاعدا ممن فرضه النصف) وهو خمسة البنت وبنت الإبن والأخت لأبوين والأخت لأب والزوج (إلا الزوج) لأنه لايتعدد ، والله تعالى أعلم .

فصل فى العصبات

العصبات النسبية ثلاثة عصبة بنفسه وعصبة بغيره وعصبة مع غيره (يحوز العصبة بنفسه وهو كل ذكر) فالأنثى لاتكن عصبة بنفسها بل بغيرها أو مع غيرها (لم يدخل فى نسبته إلى الميت أنثى) فإن دخلت لم يكن عصبة كولد الأم

أحد الزوجين) متعلق بالباقى أى ثلث ما يبقى بعض فرض الزوجة أو الزوج (قوله وأم) لفظ أم فى الموضعين زائد أفاده ح أى لأنها أحد الأبوين (قوله فلها حينئذ الربع) لأن للزوجة الربع ومخرجه من أربعة يبقى ثلاثة للأم ثلثها واحد ، وهو ربع الأربعة وللأب الباقى (قوله فلها حينئذ السدس) لأنها تصح من ستة : للزوج النصف ثلاثة ، وللأم ثلث مابقى ، وهو واحد وللأب الباقى (قوله تأدبا الخ) لأن المراد من قوله تعالى – فلأمه الثلث – ثلث ماورثه الأبوان سواء كان جميع المال أو بعضه للأدلة المذكورة فى المطولات فالثلث هنا وإن صار فى الحقيقة ربع جميع المال أو سدسه إلا أن الأدب التعبير به تبركا بلفظ القرآن وتباعدا عن إيهام المخالفة (قوله لأنه لايتعدد) الأولى إسقاطه لما قدمه من إمكان تعدده ، وقد يقال ليس ذاك تعددا لاحقيقة ، ولاصورة وإنما شرك بينهما دفعا للترجيح ، بلا مرجح ولذا لم يعطيا إلا نصيب زوج واحد وعليه فقول المصنف إلا الزوج تبعا للمجمع مستدرك تأمل والله تعالى أعلم .

فصل فى العصبات

قال فى المغرب: العصبة قرابة الرجل لأبيه وكأنها جمع عاصب، وإن لم يسمع به من عصبوا به إذا أحاطوا حوله ثم سمى بها الواحد والجمع والمذكر والمؤنث للغلبة وقالوا فى مصدرها العصوبة ، والذكر يعصب المرأة أى يجعلها عصبة اه فالعصبات جمع الجمع كالجمالات أو جمع المفرد على جعل العصبة إسما تأمل (قوله وعصبة بغيره وعصبة مع غيره) سيأتى بيان الفرق بينهما (قوله فالأنثى لاتكون عصبة بنفسها الخ) أشار إلى أنه خرج بقوله: وهو كل ذكر العصبة بالغير ، والعصبة مع الغير فإنهما أناث فقط وأما المعتقة ، فهى وإن كانت عصبة بنفسها ، فهى ليست نسبية ، والمقصود العصبات النسبية كما أشار إليه أولا ، ولذلك خرج المعتق أيضا (قوله لم يدخل الخ) المراد عدم توسط الأنثى سواء توسط بينه وبين الميت ذكر كالجد وابن الإبن أولا كالأب والإبن الصلبى (قوله كولد الأم) أى الأخ لأم وأما الأخ لأب وأم ، فإنه عصبة بنفسه مع أن الأم داخلة فى نسبته . وأجيب بأن المراد من لاينتسب بالأنثى فقط ، وأجاب السيد بأن قرابة الأب أصل فى استحقاق العصوبة ، فإنها إذا انفردت كفت فى إثبات العصوبة ، بخلاف قرابة الأم ، فإنها لاتصلح بانفرادها علة لإثباتها فهى ملغات فى استحقاق العصوبة سكنا جعلناها بمنزلة وصف زائد فرجحنا بها الأخ لأب وأم على الأخ لأب اه .

أقول ، وهذا أولى من قول بعضهم أنه خرج بقوله فى نسبته حيث لم يقل فى قرابته فإن الأنثى داخلة فى قرابته لأخيه لا فى لسبته إليه ، لأن النسب للأب فلا يثبت بواسطة غيره اه .

فإنه ذوفرض وكأبي الأم وابن البنت فإنهما من ذوي الأرحام (ما أبقت الفرائض) أي جنسها (وعند الانفراد يحوز جميع المال) بجهة واحدة .

ثم العصبات بأنفسهم أربعة أصناف جزء الميت ثم أصله ثم جزء أبيه ثم جزء جده (ويقدم الأقرب فالأقرب منهم) بهذا الترتيب فيقدم جزء الميت (كالابن ثم ابنه وإن سفل ثم أصله الأب ويكون مع البنت) بأكثر (عصبة وذا سهم) كما مر (ثم الجد الصحيح) وهو أبو الأب (وإن علا) وأما أبو الأم ففاسد من ذوي الأرحام (ثم جزء أبيه الأخ) لأبوين (ثم) لأب ثم (ابنه) لأبوين ثم لأب (وإن سفل) تأخير الأخوة عن الجد وإن علا قول أبي حنيفة وهو المختار للفتوى خلافا لهما وللشافعي :

فإنه يرد عليه أن المعتبر هنا النسبة إلى الميت لا إلى الأب ، فالمراد بها القرابة لا النسب الشرعي ، وإلا لزم أن لاتكون العصبة إلا إذا كان الميت أبا أو جدا فيخرج الأخ والعم ونحوهما فافهم . ثم رأيت العلامة يعقوب قد زيف هذا الجواب وأخرجه عن دائرة الصواب بنحو ماقلناه والحمد لله :

وبالجملة فتعريف العصبة لايخلو عن كلام ولو بعد تحرير المراد فإنه لايدفع الإيراد ، ولذا قال ابن الهائم في منظومته :

وليس يخلو حده عن نقد فينبغي تعريفه بالعد

وأيضا فتخصيصه بالعصبة النسبية لاداعي له ، وقد عرفه العلامة قاسم في شرح فرائض المجمع بقوله هو ذكر نسيب أدلى إلى الميت بنفسه أو بمحض الذكور أو معتق فقوله أو معتق بالرفع عطفا على ذكر ، ولو حذف محض لكان أولى ليدخل الأخ الشقيق وبعد هذا ففيه نظر فتدبر (قوله فإنه ذو فرض) أي فقط وإلا فلا يلزم من كون وارث ذا فرض أن لايكون عصبة فإن كلا من الأب والجد ذو فرض ويصير عصبة (قوله أي جنسها) أي قال الجنس فتبطل معنى الجمعية ، فيشمل ما إذا كان هناك فرض واحد وحاز الباقي بعد إعطائه لمستحقه ط (قوله بجهة واحدة) قال في المنح : قيدنا به حتى لايرد أن صاحب الفرض إذا خلا عن العصوبة قد يحرز جميع المال لأن استحقاقه لبعضه بالفرضية والباقي بالرد (قوله جزء الميت الخ) المراد في الجميع الذكور كما هو الموضوع (قوله ثم جزء جده) أراد بالجد مايشمل أبا الأب ، ومن فوقه بدليل قوله الآتي ، وإن علا فلا يرد أن عم الأب وعم الجد في كلامه الآتي خارجان عن الأصناف الأربعة (قوله ويقدم الأقرب فالأقرب الخ) أي الأقرب جهة ثم الأقرب درجة ثم الأقوى قرابة فاعتبار الترجيح أولا بالجهة عند الاجتماع ، فيقدم جزؤه كالابن وابنه على أصله كالأب وأبيه ويقدم أصله على جزء أبيه كالأخوة لغير أم وأبنائهم ، ويقدم جزء أبيه على جزء جده كالأعمام لغير أم وأبنائهم وبعد الترجيح بالجهة إذا تعدد أهل تلك الجهة اعتبر الترجيح بالقرابة ؛ فيقدم الابن على ابنه والأب على أبيه والأخ على ابنه لقرب الدرجة ، وبعد اتحاد الجهة والقرابة يعتبر الترجيح بالقوة ، فيقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب وكذا أبناؤهم ، وكل ذلك مستفاد من كلام المصنف ، وصرح به العلامة الجعبري حيث قال :

فبالجهة التقديم ثم بقربه وبعدهما التقديم بالقوة اجعلا

(قوله ويكون الخ) الأولى ذكر هذا عند ذكر الأب فيما تقدم كما فعله الشارح ط (قوله ثم الجد الصحيح) هو من لم يدخل في نسبته إلى الميت أنثى (قوله وهو أب الأب) الأولى رسم أبو بالواو بناء على اللغة المشهورة من إعرابه بالحروف (قوله ثم لأب) أي ثم الأخ لأب أما الأخ لأم فذو فرض فقط كما مر (قوله لأبوين) متعلق

قيل وعليه الفتوى (ثم جزء جده العم) لأبوين ثم لأب ثم ابنه لأبوين ثم لأب (وإن سفل ثم عم الأب ثم ابنه) ثم عم الجد ثم ابنه) كذلك وإن سفلا فأسبابها أربعة : بنوة ثم أبوة ثم أخوة ثم عمومة (و) بعد ترجيحهم بقرب الدرجة (يرجحون) عند التفاوت بأبوين وأب كما مر (بقوة القرابة فمن كان لأبوين) من العصبات ولو أنثى كالشقيقة مع البنت تقدم على الأخ لأب (مقدم على من كان لأب) لقوله صلى الله عليه وسلم « إن أعيان بنى الأم يتوارثون دون بنى العلات » .

والحاصل : أنه عند الاستواء فى الدرجة يقدم ذو القرابتين وعند التفاوت فيها يقدم الأعلى ثم شرع فى العصبة بغيره فقال (ويصير عصبة بغيره البنات بالإبن وبنات الإبن بابن الإبن) وإن سفلوا (والأخوات) لأبوين أو لأب (بأخيهن) فهن أربع ذوات النصف والثلثين يصرن عصبة بإخوتهن ،

بمحلوف حال من الضمير (قوله قيل وعليه الفتوى) قاله صاحب السراجية فى شرحه عليها كما سيأتى وقد أشار إلى أن المعتمد الأول وهو مذهب الصديق رضى الله عنه (قوله كذلك) أى لأبوين ثم لأب وهو فى موضع الحال من عم الأب وعم الجد (قوله وإن سفلا) أى ابن عم الأب وابن عم الجد (قوله فأسبابها) أى العصوبة (قوله وبعد ترجيحهم الخ) أى ترجيح أهل كل صنف من الأصناف الأربعة بقرب الدرجة كترجيح الأخوة مثلا على أبنائهم يرجح بقوة القرابة إذا تفاوتوا فيها كالأخ الشقيق مع الأخ لأب كما مر (قوله بأبوين وأب) متعلق بالتفاوت وقوله كما مر حال منه ، وقوله بقوة القرابة متعلق بيرجحون (قوله كالشقيقة الخ) فيه أن الكلام فى العصبة بالنفس وهذه عصبة مع الغير لكن قال السيد : إنما ذكرها هنا وإن لم تكن عصبة بنفسها لمشاركتها فى الحكم لمن هو عصبة بنفسه (قوله إن أعيان بنى الأم الخ) تمام الحديث يرث الرجل أخاه لأبيه وأمه دون أخيه لأبيه رواه الترمذى وابن ماجه اه قاسم .

وسيذكر الشارح أن بنى الأعيان الإخوة لأب وأم سموا بذلك لأنهم من عين واحدة أى أب وأم واحدة وإن بنى العلات الأخوة لأب سموا بذلك لأن الزوج قد عل من زوجته الثانية ، والعلل الشرب الثانى يقال عله إذا سقاه السقية الثانية ، وأما الإخوة لأم فهو بنو الأخياف كما سيأتى .

والظاهر أن المراد ببنى الأم فى الحديث مايشمل الأخوة لأب وأم والأخوة لأم فقط ، وأن المراد بأعيانهم القسم الأول يدل عليه قوله فى المغرب أعيان القوم أشرافهم ومنه قولهم الإخوة لأب وأم بنو الأعيان ومنه حديث « أعيان بنى أم يتوارثون » اه : وقال السيد : والمقصود بذكر الأم ههنا إظهار مايترجح به بنو الأعيان على بنى العلات اه أى لأنهم زادوا عليهم بقرابة الأم ولذا كانوا أعيانا (قوله البنات) اسم يصير مؤخر وخبره قوله عصبة بغيره وقوله بالابن قيد به لأنهن عند عدمه صاحبات فرض دائما وابن الابن لا يعصب ذات فرض (قوله وإن سفلوا) أى بنات الابن وابن الابن (قوله بأخيهن) أى المساوى لهن قرابة درر البحار قال الطورى : وفى كشف الغوامض ولا يعصب الشقيقة الأخ لأب إجماعا لأنها أقوى منه فى النسب بل تأخذ فرضها ولا يعصب الأخت لأب أخ شقيق بل يحجبها لأنه أقوى منها إجماعا اه وفى منظومة المصنف المسماة تحفة القرآن :

ولا ترث أخت له من الأب   مع صنوه الشقيق فاحفظ تصب

وذكر فى شرحها عن الجواهر أن بعضهم ظن أن للأخت النصف وهذا ليس بشىء اه (قوله ذوات النصف والثلثين) خبر بعد خبر أو بدل من أربع أى من لهن النصف إذا انفردن والثلثان إذا تعددن ، وهن البنت وبنت الابن والأخت لأبوين أو لأب قيل : كان الواجب أن تذكر الأم مع الأب فإنه يعصبها إذا كانا مع أحد الزوجين

ولو حكما كابن ابن يعصب من مثله أو فوقه ه

ثم شرع فى العصبة مع غيره فقال (ومع غيره الأخوات مع البنات) أو بنات الإبن لقول الفرضيين اجعلوا الأخوات مع البنات عصبة والمراد من الجمعين هنا الجنس (وعصبة ولد الزنا و) ولد (الملاعنة مولى الأم) المراد بالمولى مايعم المعتق والعصبة ليعم مالو كانت الأم حرة الأصل كما بسطه العلامة قاسم

كمامر . وأجيب : بأن أخذها الثلث الباقى بطريق الفرض لاالتعصيب وأشار إلى مافى السراجية وشرحها من أن من لافرض لها من الإناث وأخوها عصبة لاتصير عصبة بأخيها كالعم والعمة إذا كانا لأب وأم أو لأب وكان المال كله للعم دون العمة وكذا فى ابن العم مع بنت العم وفى ابن الأخ مع بنت الأخ ولظمت ذلك بقولى :

ولم يعصب غير ذات سهم أخ كمثل عمة وعم

(قوله ولو حكما) تعميم للأخ بالنظر إلى بنت الابن فإن عصوبتها لم تختص بأخيها فقط فإنها تصير عصبة به وبابن عمها، وبمن هو أسفل منها إذا لم تكن ذات فرض كما سيأتى بيانه (قوله الأخوات مع البنات)أى الأخوات لأبوين أو لأب ، أما الأخت لأم فلا يعصبها أخوها ، وهو ذكر فعدم كونها عصبة مع الغير أولى (قوله لقول الفرضين الخ) جعله فى السراجية وغيرها حديثا قال فى سكب الأنهر : ولم أقف على من خرجه ، لكن أصله ثابت بخبر ابن مسعود رضى الله عنه وهو مارواه البخارى وغيره فى بنت وبنت ابن وأخت للبنت النصف ، ولبنت الابن السدس ، وما بقى فللأخت وجعله ابن الهائم فى فصوله من قول الفرضيين وتبعه شراحها كالقاضى زكريا وسبط الماردينى وغيرهما اه ه

[تنبيه] الفرق بين هاتين العصبتين أن الغير فى العصبة بغيره ، يكون عصبة بنفسه فتتعدى بسببه العصوبة إلى الأنثى وفى العصبة مع غيره ، لاتكون عصبة أصلا ، بل تكون عصوبة تلك العصبة مجامعة لذلك الغير سيد ، وفيه إشارة إلى وجه اختصاص الأول بالباء والثانى بمع : قال فى سكب الأنهر : الباء للإلصاق والإلصاق بين الملصق والملصق به لايتحقق إلا عند مشاركهما فى حكم الملصق به ، فيكونان مشاركين فى حكم العصوبة ، بخلاف كلمة مع فإنها للقران والقران يتحقق بين الشخصين بغير المشاركة فى الحكم كقوله تعلى — وجعلنا معه أخاه هرون وزيرا — أى وزيره حيث كان مقارنا به فى النبوة وكلفظ القدورى ، ومن فاتته صلاة العيد مع الإمام : أى فاتته الصلاة المقارنة بصلاة الإمام لا أن تفوتهما معا فتكون هى عصبة دون ذلك الغير ، وقال بديع الدين فى شرح السراجية : الفرق أن مع قد تستعار للشرط والباء للسبب اه (قوله كما بسطه العلامة قاسم) أى فى تصحيح القدورى نقلا عن الجواهر ، حيث قال إن كانت الملاعنة حرة الأصل فالميراث لمواليهما ، وهم أخوتهما وسائر عصبة أمهما ، وإن كانت معتقة فالميراث لمعتقها ونحوه ابن المعتق وأخوه وأبوه فقوله : لمواليهما يتناول المعتق وغيره وهو عصبة أمهما اه ونحوه فى الجوهرة .

أقول : وهذا مخالف لما ذكره شراح الكنز وغيرهم قال الزيلعى : ولا يتصور أن يرث هو أو يورث بالعصوبة إلا بالولاء أو الولاد فيرثه من أعتقه أو أعتق أمه أو من ولده بالعصوبة وكذا هو يرث معتقه أو معتق معتقه أو ولده بذلك اه فهو صريح فى أنه إذا كان هو أو أمه حر الأصل ، فلا يرث أو يورث بالعصوبة إلا إذا كان له ولد أى ابن أو ابن ابن ، وقال فى معراج الدراية : ثم لاقرابة له من قبل أبيه ، ولو قرابة من جهة أمه، فلا تكون عصبة أمه عصبته ، ولا أمه عصبة له عند الجمهور وعن ابن مسعود أن عصبة أمه عصبته ، وعنه فى رواية أخرى : أن أمه عصبته لما روى واثلة بن الأسقع عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « تحرز المرأة

لأنه لا أبا لهما ويفترقان فى مسألة واحدة: وهى أن ولد الزنا يرث من توأمه ميراث أخ لأم وولد الملاعنة يرث من توأمه ميراث أخ لأبوين (وتختم العصبات) العصبة السببية أى (المعتق ثم عصبته) بنفسه على الترتيب المتقدم

ثلاث مواريث عتيقها ولقيطها وولدها الذى لاعنت عليه » وقلنا الميراث إنما يثبت بالنص ولا نص فى توريث الأم أكثر من الثلث ، ولا فى توريث أخ من أم أكثر من السدس ، ولا فى توريث أبى الأم ونحوه من عصبة الأم ، ولأن العصوبة أقوى أسباب الإرث والإدلاء بالأم أضعف ، فلا يجوز أن يستحق به أقوى أسباب الإرث وفى الحديث بيان أنها تحرز والإحراز لايدل على العصوبة ، فإنه يجوز أن تحرز فرضا وردا لا تعصيبا . وأما حديث «عصبته قوم أمه» فمعناه فى الاستحقاق بمعنى العصوبة : وهى الرحم لا فى إثبات حقيقة العصوبة اهـ ملخصا .

وقال فى المجتبى شرح القدورى قوله : وعصبة ولد الزنا وولد الملاعنة مولى أمهما . معناه والله أعلم : أن الأم ليست بعصبة له ولا عصبة الأم كما ذهب إليه ابن مسعود رضى الله عنه ، إنما عصبته مولى الأم إذا كان لها مولى وما ذهب إليه أصحابنا مذهب على وزيد بن ثابت رضى الله عنهما ووجهه أن الأم لما لم تكن عصبة فى حق غير ولد الزانية والملاعنة ، فكذا فى حقه كذوى الأرحام اهـ (قوله لأنه لا أبا لهما) تعليل للمتن وزاد فى الاختيار مانصه والنبى صلى الله عليه وسلم ألحق ولد الملاعنة بأمه فصار كشخص لاقرابة له من جهة الأب ، فوجب أن يرثه قرابة أمه ويرثهم ، فلو ترك بنتا وأما والملاعن ، فللبنت النصف وللأم السدس والباقى يرد عليهما كأن لم يكن له أب وهكذا لو كان معهما زوج أو زوجة فإنه يأخذ فرضه والباقى بينهما فرضا وردا ، ولو ترك أمه وأخاه لأمه وابن الملاعن فللأم الثلث ولأخيه لأمه السدس والباقى مردود عليهما ، ولا شىء لابن الملاعن لأنه لا أخ له من جهة الأب وإذا مات ولد ابن الملاعنة ورثه قوم أبيه ، وهم الأخوة ولا يرثه قوم جده أعنى الأعمام وأولادهم وبهذا يعرف بقية مسائله اهـ ومثله فى المنح .

أقول : وهذا مؤيد لما قدمناه حيث جعل لأمه الثلث ، ولأخيه لأمه السدس مع أن أخاه عصبة الأم ، فلو كان عصبة أمه الحرة عصبة له لأخذ الباقى بعد فرض الأم (قوله ويفترقان الخ) كذا قاله فى الاختيار وتبعه فى المنح وسكب الأنهر وغيرهما .

أقول : وهو خلاف ماجزم به الشارح فى آخر باب اللعان حيث ذكر أن ولد الملاعنة يرث من توأمه ميراث أخ لأم أيضا ، ومثله فى البحر عن شهادات الجامع ، وقال فى معراج الدراية : ولد الملاعنة إذا كان توأما فعندنا وعند الشافعى وأحمد ، والجمهور هما كالأخوين لأم وقال مالك : كالأخوين لأبوين ثم ذكر الدليل والتفاريع فراجعه وهذا صريح فى أن ماذكره الشارح هنا مذهب مالك تأمل (قوله وتختم العصبات الخ) أى ختما إضافيا وإلا فالختم فى الحقيقة بعصبة المعتق ، ثم إن هذا بيان للقسم الثانى ، وهو العصبة السببية ، ولا يخفى أن المعتق عصبة بنفسه لا بغيره ، ولا مع غيره لكن ربما يتوهم بناء على أنه عصبة بنفسه تقدمه على العصبة بغيره أو مع غيره من النسب ، فأشار بهذه العبارة إلى تأخره عن أقسام العصابات النسبية بأسرها لأن النسبى أقوى من السبى ، فلذا غير الأسلوب وإلا فالظاهر المناسب لما سبق أن يقول والعصبة السببية مولى العتاقة أفاده يعقوب (قوله أى المعتق) الأولى مولى العتاقة كما أوضحناه فيما مر (قوله ثم عصبته بنفسه الخ) أفاد أن عصبة عصبة المعتق لا ترث كما بيناه سابقا ، واحترز بالعصبة عن أصحاب فروض المعتق كبنته وأمه وأخته فلا يرثون لأنه لامدخل للفرض فى الولاء ، وقيد العصبة بنفسه احترازا عن العصبة بغيره ، ومع غيره كما سيأتى ، وقدمنا أن من شرائط ثبوت الولاء أن لاتكون الأم حرة الأصل ، فإن كانت فلا ولاء لأحد على ولدها وإن كان الأب معتقا (قوله على الترتيب المتقدم) فتقدم عصبة المعتق النسبية بنفسها على عصبته السببية أعنى معتق المعتق ، ومعتقه وهكذا فيقدم

بقوله صلى الله عليه وسلم « الولاء لحمة كلحمة النسب » (وإذا ترك) المعتق (أب مولاه وابن مولاه فالكل للإبن) وقال أبو يوسف للأب السدس (أو) ترك (جده) أى جد مولاه (وأخاه فهو للجد) على الترتيب المتقدم (وقالا بينهما) كالميراث وليس هنا عصبة بغيره ولا مع لقوله صلى الله عليه وسلم « ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن » الحديث

ابن المعتق ثم ابنه ، وإن سفل ، ثم أبوه ثم جده ، وإن علا الخ ثم معتق المعتق ثم عصبته على الترتيب المذكور ، ثم معتق معتق المعتق ثم عصبته وهكذا ابن كمال .

[تنبيه] ابن وبنت اشتريا أباهما فاشترى الأب عبدا وأعتقه فمات بعد موت الأب عن الإبن والبنت فالكل للإبن لأن عصبة المعتق النسبية مقدمة على البنت لأنها عصبة سببية سائحانى ، وكذا لو اشترت أباها فعتق عليها ومات عنها وعن بنت أخرى وترك مالا فثلثاه لهما فرضا والباقى للأولى تعصيبا (قوله الولاء لحمة) أى وصلة كلحمة النسب » أخرجه ابن جرير فى التهذيب من حديث عبد الله ابن أبى أوفى بسند صحيح ، وصححه ابن أبى حاتم من حديث ابن عمر قال السيد : ومعنى ذلك أن الحرية حياة للإنسان إذ بها تثبت صفة المالكية التى امتاز بها عن سائر ما عداه من الحيوانات والجمادات والرقية تلف وهلاك فالمعتق سبب لإحياء المعتق ، كما أن الأب سبب لإيجاد الولد وكما أن الولد منسوب إلى أبيه بالنسب ، وإلى أقربائه بتبعيته ، كذلك المعتق ينسب بالولاء يعنى إلى المعتق ، وإلى أقربائه بتبعيته فكما يثبت الإرث بالنسب كذلك يثبت بالولاء اﻫ .

وفيه تنبيه على أن هذا الحديث إنما يدل على مجرد أن من له الولاء من مولى العتاقة أو عصبته فهو وارث دون أمر زائد عليه من كون الإرث من الجانبين كما فى النسب نحو إرث الأب ابنه ، وبالعكس أو من أحدهما ويشعر بأن من له الولاء عصبة لتضمنه تشبيهه بالأب من حيث هو أب ولا يدل على أنه آخر العصبات وتمامه فى شرح ابن الحنبلى ، فالأولى زيادة ماذكره العلامة قاسم من قوله صلى الله عليه وسلم « الميراث للعصبة فإن لم تكن عصبة فللمولى» رواه سعيد بن منصور من حديث الحسن (قوله وإذا ترك المعتق) بفتح تاء المعتق اسم مفعول (قوله وقال أبو يوسف للأب السدس) هو قوله الأخير ، وقوله الأول كقولهما وجه قوله الأخير أن الولاء كله أثر الملك فيلحق بحقيقة الملك ، ولو ترك المعتق بالكسر مالا وترك أبا وابنا كان لأبيه سدس ماله والباقى لابنه ، فكذا إذا ترك ولاء والجواب أنه وإن كان أثرا للملك لكنه ليس بمال ولا له حكم المال كالقصاص الذى يجوز الاعتياض عنه بالمال ، بخلاف الولاء فلا تجرى فيه سهام الورثة بالفرضية كما فى المال ، بل هو سبب يورث به بطريق العصوبة ، فيعتبر الأقرب فالأقرب والابن أقرب العصبات ، وتمامه فى شرح السيد (قوله على الترتيب المتقدم) أى بناء على الترتيب المتقدم فى العصبات النسبية (قوله وليس هنا الخ) محترز قوله بنفسه :

مطلب فى الكلام على حديث « ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن »

(قوله الحديث) لفظه كما فى السراجية « ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن أو دبرن أو دبر من دبرن أو جر ولاء معتقهن أو معتق معتقهن » ومعناه : ليس للنساء من الولاء شىء إلا ولاء ما أى العبد الذى أعتقنه ، أو ولاء ما أى العبد الذى أعتقه من أعتقنه ، أو ولاء ما أى العبد الذى كاتبنه ، أو ولاء ما كاتب من كاتبنه أو ولاء مادبرنه أو ولاء مادبره من دبرنه أو جر ولاء معتقهن ، أو الولاء الذى هو مجرور معتق معتقهن وحذف من كل نظير ما أثبته من الآخر : أى ليس لهن من الولاء إلا ولاء ما أعتقن ،

وهو وإن كان فيه شذوذ لكنه تأيد بكلام كبار الصحابة فصار بمنزلة المشهور كما بسطه السيد وأقره المصنف :
ثم شرع فى الحجب فقال (ولا يحرم ستة) من الورثة (بحال) البتة (الأب والأم والإبن والبنت)

أو ولاء من أعتقن أو كاتب أو دبر من أعتقن ، أو ولاء ما كاتبن أو ولاء ما كاتب أو أعتق أو دبر من كاتبن أو ولاء مادبرنه ، أو ولاء مادبر أو أعتق أو كاتب من دبرنه ، فكلمة ما المذكورة والمقدرة عبارة عن مرقوق يتعلق به الإعتاق ، فإنه بمنزلة سائر مايتملك مما لا عقل له كما فى قوله تعالى — أو ما ملكت أيمانهم — وكلمة من عبارة عمن صار حرا مالكا فاستحق أن يعبر عنه بلفظ العقلاء ؛ فعبر عن الأول بما وعن الثانى بمن وإن كانا حرين ، لأن الأول متصرف فيه كسائر الأموال والثانى متصرف كسائر الملاك ، وقوله : أو جر عطف على المستثنى المحذوف ، وهو ولاء وولاء المذكور مفعوله ومعتقهن فاعله وهو على تقدير أن والمصدر المنسبك بمعنى اسم المفعول كما فى قوله تعالى — وما كان هذا القرآن أن يفترى — أى مفترى أو على تقدير موصوف حذف ، وأقيمت صفته مقامه ووضع المظهر موضع المضمر ، والتقدير ليس للنساء من الولاء إلا كذا وإلا أن جر أى مجرور معتقهن ، أو الولاء جره معتقهن ، وثم أوجه أخر لا تظهر وصورة ولاء مدبرهن : إن امرأة دبرت عبدا ثم ارتدت ، ولحقت بدار الحرب وحكم بلحاقها وبحرية عبدها المدبر ثم أسلمت ورجعت إلى دار الإسلام ، ثم مات المدبر ولم يخلف عصبة نسبية ، فهذه المرأة عصبته وحكم مدبر هذا المدبر كذلك ، فإذا حكم القاضى بحرية مدبرها بسبب لحاقها ، فاشترى عبدا ودبره ، ثم مات ورجعت المرأة تائبة إلى دار الإسلام إما قبل موت مدبرها أو بعده ، ثم مات المدبر الثانى ولم يخلف عصبة نسبية فولاؤه لهذه المرأة وقدمنا فى كتاب الولاء فى تصويره وجها آخر.

وصورة جره معتقهن الولاء أن عبد امرأة تزوج بإذنها جارية قد أعتقها مولاها فولد بينهما ولد فهو حر تبعا لأمه وولاؤه لمولى أمه ، فإذا أعتقت تلك المرأة عبدها جر ذلك العبد بإعتاقها إياه ولاء ولده إلى مولاته ، حتى إذا مات المعتق ثم مات ولده وخلف معتقه أبيه فولاؤه لها .

وصورة جر معتق معتقهن الولاء أن امرأة أعتقت عبدا ، فاشترى العبد المعتق عبدا وزوجه بمعتقة غيره فولد بينهما ولد فهو حر ، وولاؤه لمولى أمه فإذا أعتق ذلك العبد المعتق عبده جر بإعتاقه ولاء ولد معتقه إلى نفسه ثم إلى مولاته هذا حاصل ماذكروه فى هذا المحل وتمام الكلام على ذلك وشروط الجر يطلب من كتاب الولاء فراجعه (قوله وهو وإن كان فيه شذوذ الخ) الشاذ هو أن يروى الثقة حديثا يخالف ماروى الناس ، فإذا انفرد الراوى بشئ نظر فيه فإن كان مخالفا لما رواه من هو أولى منه بالحفظ لذلك وأضبط كان ما انفرد به شاذا مردودا ، وإن لم يكن له مخالف فإن كان ممن يوثق بحفظه وإتقانه فمقبول لا يقدح فيه انفراده ، وإن لم يكن ممن يوثق بحفظه وإتقانه لذلك الذى انفرد به فإن لم يبعد من درجة الحافظ الضابط المقبول تفرده ، فحديثه حسن وإلا فشاذ مردود هذا ما اختاره ابن الصلاح فى تعريفه (قوله لكنه تأيد الخ) فقد روى عن عمر وعلى وزيد بن ثابت رضى الله عنهم أنهم كانوا لا يورثون النساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن ، أو كاتبن رواه ابن أبى شيبة وعبد الرزاق والدارمى والبيهقى ، وذكره رزين بن العبدى فى مسنده بلفظ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ميراث الولاء للأكبر من الذكور ولا يرث النساء من الولاء إلا ولاء من أعتقن أو أعتق من أعتقن » اه قاسم (قوله فصار بمنزلة المشهور) الحديث المشهور هو الذى يكون فى القرن الأول آحادا ، ثم انتشر فصار فى القرن الثانى ومن بعدهم متواترا ولما كان القرن الأول وهم الصحابة ثقات لا يتهمون صارت شهادتهم بمنزلة المتواتر حجة ، حتى قال الجصاص أنه أحد قسمي المتواتر يعقوب (قوله ثم شرع فى الحجب الخ) أى بعد بيان

أى الأبوان والولدان (والزوجان) وفريق يرثون بحال ، ويحجبون حجب الحرمان بحال أخرى وهم غير هؤلاء الستة سواء كانوا عصبات أو ذوى فروض وهو مبنى على أصلين أحدهما (أنه يحجب الأقرب ممن سواهم الأبعد) لما مر أنه يقدم الأقرب فالأقرب اتحدا فى السبب أم لا (و) الثانى (أن من أدلى بشخص لا يرث معه) كابن الابن لا يرث مع الابن (إلا ولد الأم) فيرث معها لعدم استغراقها للتركة بجهة واحدة (والمحروم) كابن كافر أو قاتل (لا يحجب) عندنا أصلا (ويحجب المحجوب) اتفاقا كأم الأب تحجب بالأب وتحجب أم

الوارثين من ذى فرض وعصبة ، لأن منهم من يحجب بالكلية أو عن سهم مقدر إلى أقل منه ، وهو لغة المنع مطلقا واصطلاحا منع من يتأهل للإرث بآخر عما كان له الولاء فخرج القاتل والكافر وشمل نوعى الحجب ، لأن أئمتنا اصطلحوا على تسمية ما كان المنع لمعنى فى نفسه ككونه رقيقا أو قاتلا محروما ، وما كان المعنى فى غيره محجوبا ، وقسموا الحجب إلى حجب حرمان ، وهو منع شخص معين عن الإرث بالكلية ، لوجود شخص آخر وحجب نقصان ، وهو حجبه من فرض مقدر إلى فرض أقل منه لوجود آخر فخرج انتقاص السهام بالعول ، وكذا انتقاص حصص أصحاب الفرائض بالاجتماع مع من يجانسهم عن حالة الانفراد كالزوجات مثلا ، ثم حجب الحرمان يدخل فيمن عدا الستة المذكورين متنا وحجب النقصان يدخل فى خمسة فقط كما سيذكره الشارح (قوله أى الأبوان) أى الأب والأم دون من فوقهما لأن كلا من الجد والجدة قد يحجب حرمانا فهما من الفريق الآخر فافهم (قوله والولدان) أى الابن والبنت وثناه للمناسبة وإلا فالولد يشمل الذكر والأنثى تأمل (قوله سواء كانوا عصبات) وكذا من بمعنى العصبات كذوى الأرحام (قوله وهو) أى حجب الحرمان فى الفريق الثانى مبنى على أصلين أى مترتب وجوده على وجود مجموعهما ، فإذا وجدا أو أحدهما وجد وإلا فلا وفيه بحث يأتى قريبا (قوله يحجب الأقرب) أى بحسب الدرجة أو القرابة والضمير فى سواهم للستة المذكورين فى المتن (قوله اتحد فى السبب) كالجدات مع الأم وبنات الابن مع الصلبيتين أم لا كالأخوة مع الأب (قوله من أدلى) الإدلاء لغة إرسال الدلو فى البئر ، ثم استعمل فى كل شئ يمكن فيه ، ولو بطريق المجاز فمعنى يدلى إلى الميت يرسل قرابته إليه بشخص والباء فيه للإلصاق ، فالقرابة مشتركة بين المدلى والواسطة ط (قوله كابن الابن الخ) مثال من العصبات ومثله من أصحاب الفروض أم الأم لا ترث مع الأم .

[تنبيه] يرد على ما ذكره المصنف : لزوم حجب أم الأم بالأب لأنه أقرب منها وإن لم تدل به وكذا حجب بنت الابن بالبنت الواحدة الصلبية والأخت لأب بالأخت لأبوين وابن الأخ لأبوين بالأخ لأم ، فإن أجيب بأن المراد الأقرب من العصبات ورد عليه أن هذين الأصلين للفريق الثانى الذين يرثون تارة ويحرمون أخرى ، وفيهم العصبات وغيرهم ، وإن أجيب بأن المراد أن الأقرب يحجب الأبعد إذا كان الأبعد مدليا بالأقرب فلا معنى لكونهما أصلين ولزم عليه أن يرث ولد الابن مع الابن الذى ليس بأبيه فإنه لا يدلى به أفاده السيد (قوله بجهة واحدة) احتراز عما لو انفردت فإنها تستغرق التركة لكن بجهتى الفرض والرد (قوله والمحروم) أى من قام به مانع من الإرث المعنى فى نفسه (قوله عندنا) وعليه عامة الصحابة وعن ابن مسعود أنه يحجب نقصانا لا حرمانا كالابن الكافر مثلا مع أحد الزوجين وعنه أيضا أنه يحجب الأخ لأم بابن كافر حجب حرمان (قوله أصلا) أى لا نقصانا ولا حرمانا (قوله ويحجب المحجوب) أى المحجوب حرمانا يحجب غيره حرمانا ونقصانا ونقل لكل بمثال (قوله وتحجب أم

أم الأم (كالأخوة والأخوات) فإنهم يحجبون بالأب حجب حرمان (ويحجبون الأم من الثلث إلى السدس) حجب نقصان ويختص حجب النقصان بخمسة بالأم وبنت الإبن والأخت لأب والزوجين (ويسقط بنو الأعيان) وهم الأخوة والأخوات لأب وأم بثلاثة (بالإبن) وابنه وإن سفل (وبالأب) اتفاقا (وبالجد) عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (وقالا يقاسمهم على أصول زيد ويفتى بالأول) وهو السقوط كما هو مذهب أبي حنيفة وأصول زيد مبسوطة في المطولات وفي الوهبانية :

وما أسقطا أولاد عين وعلة ... وقد أسقط النعمان وهو المحرر

وعليه الفتوى كما في الملتقى والسراجية وإن قال مصنفها في شرحها وعلى قولهما الفتوى (و) يسقط (بنو العلات) وهم الأخوة والأخوات لأب (بهم) أي ببني الأعيان

أم الأم) كذا في بعض النسخ انكرار الأم ثلاث مرات وفي بعضها مرتين والصواب الأول (قوله بالأم) فإنها تحجب من الثلث إلى السدس بالولد وولد الابن وبالعدد من الأخوة أو الأخوات (قوله وبنت الابن) تحجب مع الصلبية من النصف إلى السدس (قوله والأخت لأب) تحجب مع الشقيقة من النصف إلى السدس (قوله والزوجين) فالزوج يحجب من النصف إلى الربع والزوجة مع الربع إلى الثمن بالولد وولد الابن (قوله ويسقط بنو الأعيان) قدمنا وجه تسميتهم بذلك (قوله على أصول زيد) أي ابن ثابت الصحابي الجليل رضي الله عنه .

وحاصل أصوله : أن الجد مع الإخوة حين المقاسمة كواحد منهم إن لم تنقصه المقاسمة معهم عن مقدار الثلث عند عدم ذي الفرض ، وعن مقدار السدس عند وجوده وله في الأولى أفضل الأمرين من المقاسمة ، ومن ثلث جميع المال وضابطه أنه إن كان معه دون مثليه ، فالمقاسمة خير له أو مثلاه فسيان أو أكثر فالثلث خير له وصور الأول خمس فقط جد وأخ أو أخت أو أختان أو ثلاث أخوات أو أخ وأخت والثاني ثلاثة جد وأخوان أو أربع أخوات أو أخ واختان والثالث لاينحصر وله في الثانية بعد إعطاء ذي الفرض فرضه من أقل مخارجه خير أمور ثلاثة أما المقاسمة كزوج وجد وأخ للزوج النصف والباقي بين الجد والأخ وأما ثلث الباقي كجدة وجد وأخوين وأخت للجدة السدس وللجد ثلث الباقي وأما سدس كل المال كجدة وبنت وجد وأخوين للجدة السدس وللبنت النصف وللجد السدس لأنه خير له من المقاسمة ، ومن ثلث الباقي وتمامه في شرحنا الرحيق المختوم وغيره (قوله كما هو مذهب أبي حنيفة) وهو مذهب الخليفة الأعظم أبي بكر الصديق رضي الله عنه ، وهو أعلم الصحابة وأفضلهم ، ولم تتعارض عنه الروايات فيه فلذلك اختاره الإمام الأعظم ، بخلاف غيره فإنه روى عن عمر رضي الله عنه أنه قضى في الجد بمائة قضية يخالف بعضها بعضا والأخذ بالمتفق عليه أولى : وهو أيضا قول أربعة عشر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وروى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال : ألا يتقي الله زيد يجعل ابن الابن ابنا ولا يجعل أبا الأب أبا وتمامه في سكب الأنهر (قوله وعليه الفتوى الخ) قال في سكب الأنهر وقال شمس الأئمة السرخسي في المبسوط : والفتوى على قولهما وقال حيدر في شرح السراجية إلا أن بعض المتأخرين من مشايخنا استحسنوا في مسائل الجد الفتوى بالصلح في مواضع الخلاف ، وقالوا إذا كنا نفتي بالصلح في تضمين الأجير المشترك لاختلاف الصحابة رضي الله تعالى عنهم ، فالاختلاف هنا أظهر فالفتوى فيه بالصلح أولى اه ومثله في المبسوط .

وسبب اختلافهم في ذلك عدم النص في ارث الجد مع الإخوة من كتاب أو سنة ، وإنما ثبت باجتهاد الصحابة رضي الله تعالى عنهم بعد اختلاف كثير ، وهو من أشكل أبواب الفرائض اه لكن المتون على قول الإمام ولذا أشار الشارح إلى اختياره هنا وفيما سبق (قوله أي ببني الأعيان) أي الذكور منهم كما هو صريح العبارة ، حيث

أيضا (وبهؤلاء) أى بالإبن وابنه وبالأب والجد وكذا بالأخت لأبوين إذا صارت عصبة كما علمته (ويسقط بنو الأخياف) وهم الأخوة والأخوات لأم (بالولد وولد الإبن) وإن سفل (وبالأب والجد) بالإجماع لأنهم من قبيل الكلالة كما بسطه السيد (و) تسقط (الجدات مطلقا) أبويات أم أميات (بالأم والأبويات بالأب وكذا بالجد إلا أم الأب وإن علت فإنها ترث مع الجد لأنها ليست من قبله بل هى زوجته فكانا كالأبوين (وتحجب القربى) من أى جهة كانت (البعدى)

عبر ببنى ولم يعبر بأولاد، بخلاف ماتقدم حيث فسر بنى الأعيان بالإناث أيضا تغليبا لقبول المقام له أما هنا فلا يقبله فإن أولاد العلات لايسقطون بالأخوات لأبوين ويدل عليه قوله: وكذا بالأخت الخ اهـ ح:

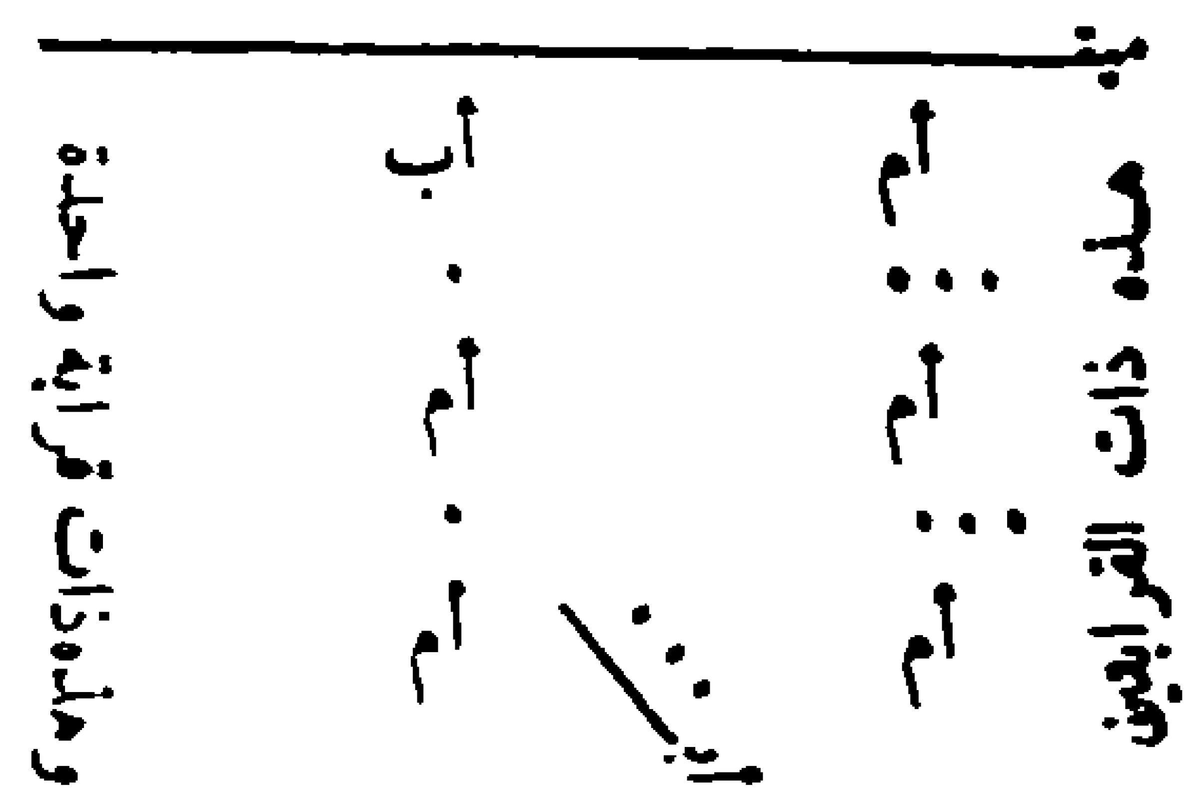
قلت: نعم لكن قد يسقط بعض أولاد العلات بالأناث من بنى الأعيان كالأخوات لأب يسقطن بالأختين لأبوين مالم يعصبهن أخ لأب كما سيأتى وعبارة السراجية أوضح ونصها، وبنو الأعيان وبنوالعلات كلهم يسقطون بالابن وابن الابن وإن سفل وبالأب بالاتفاق، وبالجد عند أبى حنيفة ويسقط بنو العلات أيضا بالأخ لأب وأم اهـ ويؤخذ منه أن الأخت لأب تسقط بالأخ لأب وأم كما قدمنا التصريح به عن كشف الغوامض وتحفة الأقران (قوله أيضا) كان المناسب ذكره بعد قوله وبهؤلاء (قوله والجد) أى على الخلاف المار (قوله إذا صارت عصبة) أى مع البنات أو مع بنات الابن وإنما سقطوا بها لأنها حينئذ كالأخ فى كونها عصبة أقرب إلى الميت اهـ سيد (قوله ويسقط بنو الأخياف) لخيف اختلاف فى العينين وهو أن تكون إحداهما زرقاء والأخرى كحلاء وفرس أخيف ومنه الأخياف، وهم الأخوة لآباء شتى يقال أخوة أخياف وأما بنو الأخياف فإن قاله متقن فعلى إضافة البيان اهـ مغرب (قوله بالولد الخ) أى ولو انثى فيسقطون بستة بالابن والبنت وابن الابن وبنت الابن والأب والجد ويجمعهم ذلك الفرع الوارث والأصول الذكور وقد نظمت ذلك بقولى:

ويحجب ابن الأم أصـل ذكر   كذاك فرع وارث قد ذكروا

(قوله بالإجماع) مرتبط بقوله والجد أى بخلاف بنى الأعيان والعلات ففى سقوطهم به الخلاف المار (قوله لأنهم من قبيل الكلالة) علة لسقوطهم بمن ذكر بيانه أن قوله تعالى - وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت - الآية المراد به أولاد الأم إجماعا ويدل عليه قراءة أبى وله أخ أو أخت من الأم، وقد اشترط فى إرث الكلالة عدم الولد والوالد إجماعا فلا إرث لأولاد الأم مع هؤلاء، ثم لفظ الكلالة فى الأصل بمعنى الأعياد، وذهاب القوة ثم استعير لقرابة من عد الولد والوالد كأنها كالة ضعيفة بالقياس إلى قرابة الولاد، ويطلق أيضا على من لم يخلف ولدا ولا والدا وعلى من ليس بولد ولا والد من المخلفين هذا حاصل ماذكره السيد (قوله وتسقط الجدات الخ) الأصل أن لكل من اتحاد السبب، والإدلاء تأثيرا فى الحجب فأم الأب تحجب به للإدلاء فقط، وبالأم لاتحاد السبب وهو الأمومة وأم الأم ترث مع الأب لإنعدام المعنيين، وتحجب بالأم لوجودهما:

واعلم أن الأب لايرث معه إلا جدة واحدة من قبل الأم لأن الأبويات يحجبن به والأميات الصحيحات لايزددن على واحدة أبدا، وأما الجد فترث معه واحدة أبوية وهى أم الأب أو من فوقها كأم أم الأب وإذا بعد بدرجتين كأبى أبى الأب ترث معه أبويتان إحداها أم أبى الأب أو من فوقها كأم أم أبى الأب، والثانية أم أم الأب، أو من فوقها كأم أم أم الأب وتمامه فى شرحنا الرحيق المختوم (قوله لأنها ليست من قبله) أى لم تدل به وأيضا لم يوجد اتحاد السبب، لأن جهته الأبوة وجهتها الأمومة (قوله بل هى زوجته) هذا ظاهر إذا كانت فى درجته فلو أعلى منه، فهى أم زوجته أو جدتها أو أجنبية عنها (قوله من أى جهة كانت) أى من جهة الأم أو الأب

كذلك (وارثة كانت القربى أو محجوبة) كما قدمناه (وإذا اجتمعا وكانت إحداهما ذات قرابة واحدة كأم الأب) كذا فى نسخ المتن والشرح والصواب الموافق للسراجية وغيرها كأم أم الأب وقد قدم أن القربى تحجب البعدى مطلقا فافهم (والأخرى ذات قرابتين أو أكثر كأم أم الأم وهى أيضا أم أبى الأب) بهذه الصورة :



وتوضيحها أن امرأة زوجت ابن ابنها بنت بنتها فولد بينهما ولد فهذه المرأة جدته لأبويه (قسم محمد السدس بينهما أثلاثا) باعتبار الجهات (وهما) أى أبو حنيفة وأبو يوسف (أنصافا) باعتبار الأبدان وبه قال مالك والشافعى وبه جزم فى الكنز فقال وذات جهتين كذات جهة (وإذا استكمل البنات والأخوات لأبوين فرضهن) وهو الثلثان (سقط بنات الإبن و) سقط (الأخوات لأب) أيضا (إلا بتعصيب ابن ابن) فى الصورة الأولى (أو أخ) فى الثانية (مواز) أى مساو أو نازل أى سافل فحينئذ يعصبهن ويكون الباقى للذكر كالأنثيين :

قاله المصنف فى شرحه قلت : وفى إطلاقه لنظر ظاهر لتصريحهم بأن ابن الأخ لايعصب أخته كالعم لايعصب أخته وابن العم لايعصب أخته وابن المعتق لايعصب أخته بل المال للذكر دون الأنثى لأنها من ذوى الأرحام قال فى الرحبية :

(قوله كذلك) أى من أى جهة كانت فالصور أربع : قربى من جهة الأم تحجب البعدى من الجهتين قربى من جهة الأب تحجب البعدى من الجهتين (قوله كما قدمناه) عند قوله ويحجب المحجوب (قوله وقد قدم الخ) أراد الاستدلال على أن المتن لو كان أم الأب لحجبت غيرها ، ولم يتأت الخلاف بين محمد وصاحبيه اهـ ح (قوله فهذه المرأة جدته لأبويه) أى جدة لهذا الولد الذى مات من قبل أبيه لأنها أم أب أبيه ومن قبل أمه لأنها أم أم أمه ثم نقول هناك امرأة أخرى قد كان تزوج بنتها ابن المرأة الأولى فولد من بنت الأخرى ابن ابن الأولى الذى هو أبو الميت فهذه الأخرى أم أم أبى الميت فهى ذات قرابة واحدة منح (قوله وبه جزم فى الكنز) قال فى الدر المنتقى : فكان هو المرجح وإن اقتضى صنيع المصنف خلافه فليتنبه له .

وأصل هذا أن الترجيح بكثرة العلة لايجوز على ماعرف فى الأصول ثم الوضع فى ذات قرابتين اتفاقى لإمكان الزيادة إلى غير نهاية وعند أبى يوسف يقسم أنصافا مطلقا وعند محمد باعتبار الجهات وإن كثرت فليحفظ اهـ (قوله والأخوات) الواو بمعنى أو لأن المستكمل أحد الصنفين لا مجموعهما أفاده ط (قوله سقط الخ) لف ونشر مرتب (قوله أو أخ) أى لأب (قوله وفى إطلاقه) أى المصنف تبعا للمجمع ، ويجاب كما فى غرر الأفكار بأن قوله مواز أو سافل صفة لابن ابن دون الأخ ، لأنه لايصح وصف الأخ بالنزول أى فإن ابن الأخ لايسمى أخا بخلاف ابن الابن ، فإنه يطلق على من فى الدرجة الثانية ومن دونها . نعم كان حقه كما قال العلامة قاسم أن يقدم الأخ على ابن الابن (قوله لتصريحهم الخ) حاصله كما فى السراجية والملتقى أن من لافرض لها من الإناث وأخوها عصبة لاتصير عصبة بأخيها وقدمناه منظوما (قوله لأنها من ذوى الأرحام) أى الأخت فى هذه الصور ، لكن

وليس ابن الأخ بالمعصب من مثله أو فوقه فى النسب

بخلاف ابن الإبن وإن سفل فإنه يعصب من مثله أو فوقه ممن لم تكن ذات سهم ويسقط من دونه فلو ترك ثلاث بنات ابن بعضهن أسفل من بعض وثلاث بنات ابن ابن آخر كذلك وثلاث بنات ابن ابن ابن كذلك بهذه الصورة :

ميت

ابن ابن ابن بنت ابن ابن ابن بنت ابن بنت ابن ابن بنت ابن ابن بنت .. ابن بنت ابن بنت ابن بنت ابن بنت ابن بنت

.. ..

فالعليا من الفريق الأول لا يوازيها أحد فلهما النصف والوسطى من الفريق الأول توازيها العليا من الفريق الثانى فيكون لهما السدس تكملة للثلثين ولا شئ للسفليات إلا أن يكون مع واحدة منهن غلام فيعصبها ومن يحاذيها

بنت المعتق ليست من ذوى أرحام الميت ؛ فالمراد من عداها وإنما لا يعصبها أخوها لأنه ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن وعبر بذوى ولم يقل ذوات تغليبا للذكور على الأناث كما فى قوله تعالى — وكانت من القانتين — (قوله من مثله) أى فى الدرجة كأخته أو بنت عمه (قوله أو فوقه) كعمته (قوله فإنه يعصب من مثله أو فوقه الخ) هذا ظاهر الرواية وعند بعض المتأخرين لا يعصب من فوقه ، وإلا صار محروما لأن الأصل فى إرث العصبة أن يقدم الأقرب ، ولو أنثى على الأبعد ولذا تقدم الأخت على ابن الأخ إذا صارت عصبة مع البنت والجواب أن من فوقه إنما صارت عصبة به ، ولولاه لم ترث شيئا فكيف تحجبه ، وانظر ما أجاب السيد قدس سره (قوله ذات سهم) أى فرض (قوله لا يوازيها أحد) لانتمائها إلى الميت بواسطة واحدة وليس فى هؤلاء البنات من هو كذلك (قوله فلهما النصف) لأنها قامت مقام بنت الصلب عند عدمها (قوله توازيها العليا من الفريق الثانى) لأن كلا منهما يدلى إلى الميت بواسطتين ، وأما السفلى من الفريق الأول فتوازيها الوسطى من الفريق الثانى والعليا من الفريق الثالث لأن كل واحدة منهن تدلى إلى الميت بثلاث وسائط ، وأما السفلى من الفريق الثانى فتوازيها الوسطى من الفريق الثالث لانتهاء كل منهما إليه بأربع وسائط ، وأما السفلى من الفريق الثالث فلا يوازيها أحد ، لأنها تدلى بخمس وسائط وليس فى هذه البنات من هو كذلك (قوله فيكون لهما السدس الخ) وذلك لأن العليا من الأول لما قامت مقام الصلبية قام من دونها بدرجة واحدة مقام بنات الابن (قوله ولا شيء للسفليات) وهى الست الباقية من البنات التسع ، لأنه قد كمل الثلثان لتلك الثلاث ، فلم يبق للباقيات فرض وليس لهن عصوبة قطعا فلا يرثن من التركة أصلا (قوله إلا أن يكون الخ) فإن كان الغلام مع السفلى من الفريق الأول أخذت العليا منهم النصف ، وأخذت الوسطى منهم مع العليا من الفريق الثانى السدس ويكون الثلث الباقى بين الغلام ، وبين السفلى من الأول والوسطى من الثانى والعليا من الثالث للذكر مثل حظ الأنثيين أخماسا ، وسقط سفلى الثانى ووسطى الثالث وسفلاه ، وإن كان الغلام مع السفلى من الفريق الثانى كان ثلث الباقى بينه وبين سفلى الأول ، ووسطى الثانى وسفلاه ، وعليا الثالث ، ووسطاه أسباعا للذكر مثل حظ الأنثيين . وسقطت سفلى الثالث وإن كان مع السفلى من الفريق الثالث كان الثلث الباقى بين الغلام وبين السفليات الست أثمانا وإن فرض الغلام مع العليا من الفريق الأول كان جميع المال بينه وبين أخته للذكر مثل حظ الأنثيين ، ولا شيء للسفليات وهن ثمان وإن فرض مع وسطى الأول ، فتأخذ عليا الأول النصف والباقى للغلام مع من يحاذيه وهى وسطى الأول وعليا الثانى للذكر مثل حظ الأنثيين ، وكذا الحال إذا فرض مع عليا الثانى .

ومن فوقها ممن لاتكون صاحبة فرض وسقط السفليات (ويأخذ ابن عم) كذا فى نسخ المتن والشرح وعبارة السيد وغيره ويأخذ أحد ابنى عم هو) أخ (لأم السدس) بالفرض وكذا لو كان الآخر زوجا فله النصف (ويقتسمان الباقى) بينهما نصفين بالعصوبة حيث لامانع من إرثه بهما فيرث بجهتى فرض وتعصيب وأما بفرض وتعصيب معا بجهة واحدة فليس إلا الأب وأبوه .

قلت : وقد يجتمع جهتا تعصيب كابن هو ابن ابن عم بأن تنكح ابن عمها فتلد ابنا وكابن هو معتق وقد يجتمع جهتا فرض ، وإنما يتصور فى المجوس لنكاحهم المحارم ويتوارثون بهما جميعا عندنا وعند الشافعى بأقوى الجهتين وتمامه فى كتب الفرائض وتأتى الإشارة إليه فى الغرقى (ولو تركت زوجا وأما أو جدة وأخوة لأم وأخوة لأبوين أخذ الزوج النصف والأم) أو الجدة (السدس وولد الأم الثلث ولا شئ للإخوة لأبوين) لأنهم عصبة ولم يبق

وأما تصحيح المسائل فى جميع هذه الصور فعلى ماستحيط به فيما بعد فلا حاجة إلى إيراده هنا واعلم أن ذكر البنات على اختلاف الدرجات كما ذكر فى الكتاب يسمى مسألة التشبيب لأنها بدقتها وحسنها تشحذ الخواطر وتميل الآذان إلى استماعها فشبهت بتشبيب الشاعر القصيدة لتحسينها واستدعاء الإصغاء لسماعها اهـ من شرح السيد (قوله ممن لاتكون صاحبة فرض) أما من كانت صاحبة فرض فإنها تأخذ سهمها ، ولا تصير به عصبة وهى العليا من الفريق الأول التى أخذت النصف والوسطى منه مع العليا من الفريق الثانى حيث أخذتا السدس ، وهذا قيد معتبر فيمن كانت فوقه دون من كانت بحذائه فإنه يعصبها مطلقا سيد (قوله وسقط السفليات) أى اللاتى تحته فى الدرجة (قوله وعبارة السيد الخ) أى فكان على المصنف أن يقول كذلك ولا سيما مع قوله بعد ويقتسمان الباقى (قوله هو أخ لأم) كأن تزوجت بأخوين فجاءت من كل بولد وللأخوين ولد أخ آخر من غيرها فمات أحد ولديها عن أخيه الذى هو ابن عمه وعن ابن عمه الآخر (قوله وكذا لو كان الآخر زوجا)الأوضح أن يقول : وكذا لو كان أحدهما أى أحد ابنى عمها زوجها ط (قوله ويقتسمان الباقى) وهو خمسة أسداس فى الأولى والنصف فى الثانية ط (قوله حيث لامانع من إرثه بهما) احتراز عما لو كان للميت بنت فى الأولى فإن لها النصف وتحجب ابن العم عن السدس من حيث كونه أخا لأم ، ويشترك هو وابن العم الآخر فى الباقى وعما لو كان للزوجة فى الثانية أخت شقيقة فإن لها النصف والنصف الآخر للزوج فرضا ولا شيء له كابن العم الآخر من حيث بنوة العم (قوله بجهتى فرض وتعصيب) فجهة الفرض الزوجية والأخوة لأم وجهة التعصيب كونه ابن عم ط (قوله وأما بفرض) أى وأما الإرث بفرض وتعصيب ط (قوله بجهة واحدة) وهى الأبوة ط (قوله فليس إلا الأب وأبوه) أى مع البنت أو بنت الابن كما تقدم ، واسم ليس ضمير عائد على الإرث بالفرض والتعصيب ، وقوله : إلا الأب أى إلا إرث الأب على تقدير مضاف حذف ، وأقيم المضاف إليه مقامه وهذا على حد قولهم ليس الطيب إلا المسك فى جواز الرفع والنصب فى المسك على الخلاف المشهور فتنبه (قوله وقد يجتمع جهتا تعصيب) أى من غير نظر للإرث بهما لأنه هنا بإحداهما لتقديم جهة البنوة على جهة العمومة وجهة الولاء (قوله وقد يجتمع جهتا فرض)صورته نكح مجوسى بنته واستولدها فالولدين لهذه المرأة وأخ لها فإذا مات عنها مات عن أمه وأخته فترث بالجهتين ط (قوله وإنما يتصور فى المجوس) أقول :تقدم فى كتاب الحدود أن من شبهة المحل وطء محرم نكحها ، وأنه يثبت فيها النسب على ماحرره فى النهر فراجعه ثم رأيت فى سكب الأنهر قال :وإنما يتصور ذلك فى نكاح المجوس وفى وطء الشبهة فى المسلمين وغيرهم ولا يتصور فى نكاح المسلمين الصحيح اهـ وسيأتى تمامه (قوله وعند الشافعى بأقوى الجهتين) وهى التى يرث بها على كل حال ، فإن مات ابن وترك أما هى أخته ترث عندنا بالجهتين الثلث بجهة الأمية والنصف بجهة الأختية ، وأما عنده فترث

لم شيء وعند مالك والشافعي يشرك بين الصنفين الأخيرين كأن الكل أولاد أم وكذلك يفرض مالك والشافعي للأخت لأبوين أو لأب النصف وللجد السدس. مع زوج وأم فتعول إلى تسعة وعند أبي حنيفة وأحمد تسقط الأخت .

قلت : وحاصله أنه ليس عند الحنفية مسألة المشركة اتفاقا ولا مسألة الأكدرية على المفتى به كما مر .

باب العول

وضده الرد كما سيجيء (هو زيادة السهام) إذا كثرت الفروض (على مخرج الفريضة) ليدخل النقص على كل منهم بقدر فرضه كنقص أرباب الديون بالمحاصة ، وأول من حكم بالعول عمر رضي الله تعالى عنه

بجهة الأمية لا غير كما في غرر الأفكار (قوله يشرك بين الصنفين الأخيرين) أي أولاد الأم والإخوة لأبوين، ولذا سميت مشركة بفتح الراء أو بكسرها على نسبة التشريك إليها مجازا (قوله وكذلك يفرض مالك والشافعي) وكذا أحمد على ما ذكره الشنشوري خلافا لما ذكره الشارح ، وهو قول أبي يوسف ومحمد وتسمى هذه المسألة الأكدرية لأنها كدرت على زيد مذهبه (قوله فتعول إلى تسعة) للزوج ثلاثة. وللأم اثنان وللجد واحد، وللأخت ثلاثة لكن لما كانت الأخت لو استقلت بما فرض لها لزادت على الجد ردت بعد الفرض إلى التعصيب بالجد، فيضم إلى حصتها حصته، ويقتسمان الأربعة بينهما أثلاثا للذكر مثل حظ الأنثيين ، لأن المقاسمة خير له من سدس جميع المال ومن ثلث الباقي وتصح من سبعة وعشرين وتمامه في سكب الأنهر (قوله تسقط الأخت) فللزوج النصف وللأم الثلث ، والباقي للجد وأصلها من ستة ومنها تصح (قوله على المفتى به) أي من قول الإمام بسقوط بني الأعيان والعلات بالجد خلافا لهما (قوله كما مر) أي في الحجب والله تعالى أعلم .

باب العول

مسائل الفرائض ثلاثة أقسام : عادلة ، وعاذلة ، وعائلة : أي منقسم بلا كسر أو بالرد أو بالعول ، وهو في اللغة : الميل والجور ويستعمل بمعنى الغلبة يقال : عيل صبره أي غاب وبمعنى الرفع يقال : عال الميزان إذا رفعه فقيل إن المعنى الإصطلاحي مأخوذ من الأول لأن المسألة مالت على أهلها بالجور حيث نقصت من فروضهم والتقسيم المار كالصريح فيه ، لأن العادلة من العدل مقابل الجور وقيل من الثاني لأنها غلبت أهلها بإدخال الضرر عليهم ، وقيل من الثالث ، لأنها إذا ضاق مخرجها بالفروض المجتمعة ترفع التركة إلى عدد أكثر من ذلك المخرج ثم يقسم حتى يدخل النقصان في فرائض جميع الورثة واختاره السيد (قوله وضده الرد) إذ بالعود تنتقص سهام ذوي الفروض ويزداد أصل المسألة وبالرد يزداد السهام وينتقص أصل المسألة ، وبعبارة أخرى في العول تفضل السهام على المخرج ، وفي الرد يفضل المخرج على السهام سيد (قوله هو زيادة السهام) أي سهام الورثة فأل عوض عن المضاف إليه وبذا سهل الإضمار في قوله الآتي على كل منهم ط (قوله على مخرج الفريضة) أي مخرج السهام المفروضة الذي يقال له أصل المسألة ، وهو عبارة عن أقل عدد صحيح يتأتى منه حظ كل فريق من الورثة بلا كسر اه سكب الأنهر (قوله كنقص أرباب الديون بالمحاصة) أي الديون التي ضاقت عنها التركة وليس بعضها أولى من بعض فالنقص على الجميع بقدر حقوقهم (قوله وأول من حكم بالعول عمر رضي الله تعالى عنه) فإنه وقع في صورة ضاق مخرجها عن فروضها فشاور الصحابة فأشار العباس إلى العول فقال أعيلوا الفرائض فتابعوه على ذلك ولم ينكره

ثم المخارج سبعة أربعة لاتعول الاثنان والثلاثة والأربعة والثمانية وثلاثة قد تعول بالاختلاط كما سيجيء فى باب المخارج (فستة تعول) أربع عولات (إلى عشرة وترا وشفعا) فتعول لسبعة كزوج وشقيقتين ولثمانية كهم وأم ولتسعة كهم وأخ لأم ولعشرة كهم وأخ آخر لأم (واثنا عشرة تعول ثلاثا إلى سبعة عشر وترا لا شفعا) فتعول لثلاثة عشر كزوجة وشقيقتين وأم ولخمسة عشر كهم وأخ لأم ولسبعة عشر كهم وآخر لأم (وأربعة وعشرون تعول إلى سبعة وعشرين) فقط (كامرأة وبنتين وأبوين) وتسمى منبرية (والرد ضده) كما مر وحينئذ (فإن فضل عنها) أى عن الفروض (و) الحال أنه لا (عصبة) ثمة (يرد) الفاضل (عليهم بقدر سهامهم) إجماعا لفساد بيت المال (إلا على الزوجين) فلا يرد عليهما وقال عثمان رضى الله عنه : يرد عليهما أيضا قاله المصنف وغيره :

قلت : وجزم فى الاختيار بأن هذا وهم من الراوى فراجعه .

أحد إلا ابنه بعد موته وتمامه فى شرح السيد وغيره (قوله ثم المخارج سبعة) وجهه أن الفروض ستة : وهى نوعان الأول النصف والربع والثمن ، والثانى : الثلثان والثلث والسدس ولها حالتان إنفراد واجتماع ومخارجها فى الانفراد خمسة الاثنان للنصف ، والأربعة للربع والثمانية للثمن والثلاثة للثلث والثلثين ، والستة للسدس وإذا اجتمع فروض فإن كانت من نوع واحد لاتخرج عن الخمسة المذكورة ، لأنه يعتبر مخرج أدناها ففى نصف وربع من أربعة أو نصف وثمن من ثمانية أو ثلث وسدس من ستة ،ولو من نوعين فإذا اختلط النصف من النوع الأول بكل النوع الثانى أو ببعضه فمن ستة وهى لاتخرج عنها أيضا ،وإذا اختلط الربع بكل النوع الثانى أو ببعضه فمن اثنى عشر وإذا اختلط الثمن بكل النوع الثانى أو ببعضه فمن أربعة وعشرين فيضم هذان إلى الخمسة فتصير المخارج سبعة وسيأتى بيان ذلك كله فى باب المخارج(قوله أربعة لاتعول)لأن الفروض المتعلقة بها إما أن يفى المال بها أو يبقى منه شىء زائد عليها وبيانه فى المنح (قوله وثلاثة قد تعول) وهى الستة وضعفها وضعف ضعفها وأشار بقد إلى أن العول ليس لازما لها(قوله بالاختلاط)أى باختلاط أحد النوعين بكل الآخر أو ببعضه كما بيناه (قوله إلى عشرة وترا وشفعا) أى تعول إلى أحد إدخالا كونها منتهية إلى عشرة فليست إلى صلة لتعول ، بل صلتها مقدرة. لأن العشرة ليست وترا وشفعا ،وقوله وترا وشفعا منصوبان على الحال من العدد الذى عالت إليه أى حال كون تلك الأعداد منقسمة إلى وتر وشفع تأمل (قوله وتسمى منبرية) لأن عليا رضى الله تعالى عنه سئل عنها، وهو على منبر الكوفة يقول فى خطبته : الحمد لله الذى يحكم بالحق قطعا ، ويجزى كل نفس بما تسعى ، وإليه المآب والرجعى فسئل عنها حينئذ فقال من رويها والمرأة صار ثمنها تسعا ، ومضى فى خطبته فتعجبوا من فطنته در منتقى (قوله ثمة) أى هناك أى فى الورثة ط (قوله عليهم) أى على ذوى الفروض والأوضح التصريح به ط (قوله لفساد بيت المال) علة لقوله إجماعا ولا يظهر ، لأن المشهور من مذهب مالك أنه لبيت المال ، وإن لم يكن منتظما وهو مذهب الشافعى ، وروى عن مالك كقولنا وبه أفتى متأخرو الشافعية إذا لم ينتظم أمر بيت المال أفاده فى غرر الأفكار (قوله وغيره) كشراح السراجية والكنز وقال فى روح الشروح وحجة عثمان رضى الله عنه : أن الفريضة لو عالت لدخل النقص على الكل ، فإذا فضل شىء يجب أن تكون الزيادة للكل ، لأن الغنم بالغرم والجواب أن ميراث الزوجين على خلاف القياس ، لأن وصلتهما بالنكاح ، وقد انقطعت بالموت ، وما ثبت على خلاف القياس لصا يقتصر على مورد النص ، ولا نص فى الزيادة على فرضهما ولما كان إدخال النقص فى نصيبهما ميلا للقياس النافى لإرثهما قيل به ولم يقل بالرد لعدم الدليل ، فظهر الفرق وحصحص الحق اه ط

قلت : وفى الأشباه أنه يرد عليهما فى زماننا لفساد بيت المال وقدمناه فى الولاء ثم مسائل الرد أربعة أقسام، لأن المردود عليه إما صنف أو أكثر وعلى كل إما أن يكون من لا يرد عليه أو لايكون .

(ف)الأول (إن اتحد جنس المردود عليهم) كبنتين أو أختين أو جدتين (قسمت المسألة من عدد رؤوسهم) ابتداء قطعة للتطويل .

(و) الثانى (إن كان) المردود عليه (جنسين) أو ثلاثة لا أكثر

ملخصا (قوله وفى الأشباه الخ) قال فى القنية ويفتى بالرد على الزوجين فى زماننا لفساد بيت المال ، وفى الزيلعى عن النهاية مافضل عن فرض أحد الزوجين يرد عليه وكذا البنت والابن من الرضاع يصرف إليهما وقال فى المستصفى والفتوى اليوم بالرد على الزوجين ، وهو قول المتأخرين من علمائنا ، وقال الحدادى : الفتوى اليوم بالرد على الزوجين ، وقال المحقق أحمد بن يحيى بن سعد التفتازانى : أفتى كثير من المشايخ بالرد عليهما إذا لم يكن من الأقارب ، سواهما لفساد الإمام وظلم الحكام فى هذه الأيام ، بل يفتى بتوريث بنات المعتق وذوى أرحامه وكذا قال الهروى : أفتى كثير من المشايخ بتوريث بنات المعتق وذوى أرحامه اه أبو السعود عن شرح السراجية للكازرونى .

قلت : وفى معراج الدراية شرح الهداية وقيل إن لم يترك إلا بنت المعتق يدفع المال إليها لا إرثا بل لأنها أقرب ، وكذا الفاضل عن فرض أحد الزوجين يدفع إليه بالرد وكذا يدفع إلى البنت والإبن من الرضاع وبه يفتى لعدم بيت المال .

وفى المستصفى والفتوى اليوم على الرد على الزوجين عند عدم المستحق لعدم بيت المال إذ الظلمة لايصرفونه إلى مصرفه وهذا كما نقل عن بعض أصحاب الشافعى أنهم يفتون بتوريث ذوى الأرحام لهذا المعنى اه وقال الشارح فى الدر المنتقى من كتاب الولاء قلت : ولكن بلغنى أنهم لايفتون بذلك فتنبه اه .

أقول : ولم نسمع أيضا فى زماننا من أفتى بشىء من ذلك ولعله لمخالفته للمتون فليتأمل ، لكن لايخفى أن المتون موضوعة لنقل ماهو المذهب وهذه المسألة مما أفتى به المتأخرون على خلاف أصل المذهب للعلة المذكورة كما أفتوا بنظير ذلك فى مسألة الاستئجار على تعليم القرآن مخالفين لأصل المذهب ، لخشية ضياع القرآن ، ولذلك نظائر أيضا ، وحيث ذكر الشراح الإفتاء فى مسألتنا فليعمل به ، ولا سيما فى مثل زماننا فإنه إنما يأخذه من يسمى وكيل بيت المال ، ويصرفه على نفسه وخدمه ، ولا يصل منه إلى بيت المال شىء .

والحاصل : أن كلام المتون إنما هو عند انتظام بيت المال وكلام الشروح عند عدم انتظامه ، فلا معارضة بينهما فمن أمكنه الإفتاء بذلك فى زماننا فليفت به ولا حول ولا قوة إلا بالله (قوله أو أكثر) أى صنفان أو ثلاثة لا أكثر كما سيذكره (قوله إما أن يكون) أى يوجد (قوله إن اتحد جنس المردود عليهم) يشمل مالو كان ذلك الجنس شخصا واحدا أو أكثر ولذا مثل العلامة قاسم بقوله كأم أو جدة أو جدات أو بنت أو بنات أو بنت ابن أو بنات ابن أو أخوات لأبوين أو أخوات لأب أو واحد من ولد الأم أو أكثر اه (قوله من عدد رؤوسهم) أى رؤوس ذلك الجنس الواحد فيما إذا كان فى المسألة أكثر من شخص واحد ورأس ذلك الشخص الواحد إن كان هو فيها وحينئذ تكون المسألة واحدا اه شرح ابن الحنبلى (قوله قطعا للتطويل) أى بجعل القسمة قسمة واحدة ألا ترى أنك إذا أعطيت كل واحد من الورثة ما استحقه من السهام ، ثم قسمت الباقى من سهامهم بينهم بقدر تلك السهام صارت القسمة مرتين اه سيد (قوله جنسين أو ثلاثة) أى بحسب سبب الإرث كالجدودة والأخوة

بالاستقراء (فمن عدد سهامهم) فمن اثنين لو سدسان وثلاثة لو ثلث وسدس وأربعة لو نصف وسدس وخمسة كثلثين وسدس تقصيرا للمسافة ؛

(و) الثالث (إن كان مع الأول) أى الجنس الواحد (من لا يرد عليه) وهو الزوجان (أعطى) من لا يرد عليه (فرضه من أقل مخارجه وقسم الباقى على) رؤوس (من يرد عليه كزوج وثلاث بنات) فهى من أربعة للزوج واحد وبقى ثلاثة وهى تستقيم عليهن فلا حاجة إلى الضرب (وإن لم يستقم فإن وافق رؤوسهم) أى رؤوس من يرد عليهم (كزوج وست بنات ضرب وفقها) وهو هنا اثنان (فى مخرج فرض من لا يرد عليه) وهو هنا أربعة تبلغ ثمانية فللزوج اثنان وللبنات ستة (وإلا) يوافق بل باين (ضرب كل) عدد رؤوسهم (فيه) أى المخرج المذكور (كزوج وخمس بنات) فالمخرج هنا أربعة للزوج واحد بقى ثلاثة تباين الخمسة فاضرب الأربعة فى الخمسة تبلغ عشرين كان للزوج واحدا ضربه فى المضروب يكن خمسة فهى له والباقى ثلاثة اضربها فى المضروب تبلغ خمسة عشر فلكل بنت ثلاثة .

والبنتية والأمومة ، وإن كان فرض الجنسين جنسا واحدا كالجدة والأخت لأم اللتين فرض كل منهما السدس أو كان فرض الاثنين من ثلاثة الأجناس جنسا واحدا كالبنت وبنت الإبن والأم إذ البنتية سبب وبنتية الإبن سبب آخر ، وإن شملهما مطلق البنتية ففى هذه المسألة ثلاثة أجناس لا جنسان فقط اه ابن الحنبلى (قوله بالاستقراء) أى تتبع جزئيات من يرد عليه وهو متعلق بالفعل المحذوف المقدر بعد النافى أى لا يكون أكثر بالاستقراء ط (قوله فمن عدد سهامهم) وهى أربعة لا غير الإثنان والثلاثة والأربعة والخمسة وقد ذكرها الشارح وكلها مقتطعة من ستة كما سنذكره (قوله لو سدسان) كجدة وأخت لأم فالمسألة من ستة ولهما منها إثنان بالفريضة ، فاجعل الإثنين أصل المسألة واقسم التركة عليهما نصفين فلكل واحدة منهما نصف المال سيد (قوله لو ثلث وسدس) كولدى الأم مع الأم فهى أيضا من ستة لولدى الأم الثلث وللأم السدس ، فاجعلها من ثلاثة عدد سهامهم وطريقه أن تنظر إلى ما فى الأكثر من أمثال الأقل وتضمه إليه ففى الثلث سدسان فتضمهما إلى سدس الأم اه قاسم (قوله لو نصف وسدس) كبنت وبنت ابن أو بنت وأم لأن المسألة أيضا من ستة ، ومجموع السهام المأخوذة منها أربعة ثلاثة للبنت وواحد لبنت الإبن أو الأم فاجعل المسألة من أربعة واقسم التركة أرباعا ثلاثة أرباعها للبنت وربع منها للأم أو بنت الإبن اه سيد (قوله كثلثين وسدس) كبنتين وأم وإنما أتى بالكاف ولم يأت بلو كما فى سوابقه لأن للخمسة ثلاث صور ثانيها نصف وسدسان كبنت وبنت ابن وأم ثالثها نصف وثلث كأخت لأبوين مع أم أو أختين لأم فالمسألة فى هذه الصور الثلاث أيضا من ستة والسهام التى أخذت منها خمسة فتجعل أصل المسألة وتقسم التركة أخماسا .

[تنبيه] القسمة على الوجوه المذكورة إن استقامت على الورثة فذاك ، وإلا كما إذا خلف بنتا وثلاث بنات ابن فللبنت ثلاثة أسهم تستقيم عليها ولبنات الإبن سهم واحد ، فلا يستقيم عليهن فاضرب الثلاثة أعنى عدد رؤوس من انكسر عليه فى أصل المسألة وهى الأربعة ، فيصير اثنى عشر للبنت منها تسعة ولبنات الابن ثلاثة منقسمة عليهن سيد (قوله والثالث) أى من الأقسام الأربعة (قوله وقسم الباقى على رؤوس من يرد عليه) أى تقسم الباقى من ذلك المخرج على عدد رؤوس ذلك الجنس الواحد كما كنت تقسم جميع المال على عدد رؤوسهم إذا انفردوا عمن لا يرد عليه (قوله فهى من أربعة) وأصلها من اثنى عشر لاجتماع الربع والثلثين فيها ومثلها المسألتان الآتيتان (قوله وإن لم يستقم) أى الباقى من ذلك المخرج (قوله ضرب وفقها) أى وفق رؤوسهم (قوله وهو هنا اثنان) لأن عدد الرؤوس ستة والباقى من المخرج ثلاثة والموافقة بينهما بالثلث ، ولا عبرة بالمداخلة هنا كما عرف فى موضعه (قوله وإلا يوافق) أى الباقى عدد رؤوسهم (قوله فاضرب الأربعة فى الخمسة)

(و) الرابع (لو كان مع الثانى) أى الجنين فقط لا أكثر هنا بحكم الاستقراء إذ لا يرد مع أربع طوائف أصلا بالاستقراء، ولعل هذا نكتة اقتصاره فيما مر متنا على الجنين وإلا فيراد بالثانى بعضه لا كله. فتأمل (من لا يرد عليه فاقسم الباقى) من مخرج فرض من لا يرد عليه (على مسألة من يرد عليه) إن استقام (كزوجة وأربع جدات وست أخوات لأم) فمخرج من لا يرد عليه أربعة للزوجة واحد بقى ثلاثة تستقيم على سهم الجدات وسهمى الأخوات لكنه منكسر على آحاد كل فريق كما سيجىء (وإن لم يستقم فضرب جميع مسألة من يرد عليه فى مخرج من لا يرد عليه) فالمبلغ الحاصل بهذا الضرب مخرج فروض

الموافق لسابقه ولاحقه فاضرب الخمسة فى الأربعة ط لأن المضروب هو عدد الرؤوس الخمسة والمضروب فيه هو المخرج وهو الأربعة (قوله والرابع) أى من الأقسام الأربعة (قوله هنا) أى فى مسائل اجتماع من لا يرد عليه مع من يرد عليه أما عند انفراد من يرد عليه، فقد يكون من ثلاثة كما صرح به الشارح فيما مر وذلك فى صورة اجتماع النصف والسدسين (قوله إذ لا يرد مع أربع طوائف أصلا) أى سواء كان أحدها من لا يرد عليه، والثلاثة الباقية ممن يرد عليه، أو كانت الأربعة ممن يرد عليه (قوله ولعل هذا) أى عدم وجود الرد على أكثر من جنسين؛

وحاصله : أن المصنف إنما اقتصر فى الثانى على الجنسين حيث قال فيما مر ، وإن كان جنسين مع أنه يكون ثلاثة أيضا لأجل أن يصح قوله هنا : ولو كان مع الثانى الخ إذ لا يصح أن يراد به الثلاثة ، حتى أنه لو لم يقتصر فيما مر على الجنسين بأن ذكر الثلاثة ، كما فعل فى الملتقى وجب أن يراد هنا بالثانى بعضه ، وهو الجنسان لا كله ، وهو الثلاثة فاقتصاره فيما مر على الجنسين لا لعدم تأتى الثلاثة هناك ، بل لعدم تأتيها هنا بحكم الاستقراء الذى ذكره الشارح تبعا للسيد وغيره .

أقول : وهذا صحيح لو سلم الاستقراء وهو ممنوع ، لأنه وجد مسألة ردية اجتمع فيها أربع طوائف كزوجة وبنت وبنت ابن وأم أو جدة أصلها من أربعة وعشرين للزوجة الثمن ثلاثة ، وللبنت النصف اثنا عشر ولبنت الابن السدس تكملة الثلثين أربعة ، والأم أو الجدة السدس أربعة أيضاً بقى واحد يرد على من عدا الزوجة وهم ثلاثة أجناس ، وتصح من أربعين كما ذكرته فى الرحيق المختوم ، ثم رأيته هنا فى حاشية يعقوب وشرح ابن الحنبلى وقال يعقوب : أنه من الشبه القديمة التى تورد فى هذا المقام اهـ وعليه فكان على المصنف أن تذكر فى الثانى الثلاثة ، ويراد به فى كلامه هنا كله لا بعضه وهو ما مشى عليه العلامة قاسم والباقانى وغيرهما وإن اعترضهم الشارح فى الدر المنتقى ، وحكم عليهم بالسهو فإنه لا سهو فى كلامهم بل هو الصواب لما علمت فتنبه لهذا المقام الذى هو مزلة الإقدام (قوله إن استقام) أى على مسألة من يرد عليه أى على سهامهم ، سواء استقام على عدد رؤوسهم أيضا أم لا فالثانى ما مثل به المصنف والأول كزوجة وجدة وأختين لأم ، فإن الثلاثة الباقية من مخرج فرض الزوجة تستقيم على سهم الجدة وسهمى الأختين وعلى رؤوسهم أيضا (قوله لكنه منكسر على آحاد كل فريق) أى على عدد رؤوسهم لأن نصيب الجدات الأربع واحد لا يستقيم عليهن بل بينهما مباينة فحفظنا عدد رؤوسهن بأسره ، وكذا نصيب الأخوات الست اثنان ، فلا يستقيمان عليهن ، لكن بين عدد رؤوسهن وسهامهن موافقة بالنصف فرددنا عدد رؤوس الأخوات إلى نصفها وهو ثلاثة ثم طلبنا التوافق بين أعداد الرؤوس والرؤوس فلم نجدها فضربنا وفق رؤوس الأخوات وهو الثلاثة فى عدد رؤوس الجدات وهو الأربعة فحصل اثنا عشر ثم ضربناها فى الأربعة التى هى مخرج فرض من لا يرد عليه فصار ثمانية وأربعين فمنها تصح المسألة كان للزوجة واحد ضربناه فى المضروب الذى هو اثنا عشر فلم يتغير فأعطيناه الزوجة ، وكان للجدات أيضا واحد

الفريقين كأربع زوجات وتسع بنات وست جدات فمخرج من لايرد عليه ثمانية للزوجات الثمن واحد بقي سبعة لاتستقيم على مسألة من يرد عليه وهي هنا خمسة لأن الفرضين ثلثان وسدس فاضرب الخمسة في الثمانية تبلغ أربعين فهي مخرج فروض الفريقين (ثم ضربت سهام من لايرد عليه) وهو سهم للزوجات (في) خمسة (مسألة من يرد عليه) يكن خمسة فهي حق الزوجات الأربع من الأربعين واضرب سهام كل فريق ممن يرد عليه وهي أربع للبنات وسهم للجدات (فيما بقي) أي في السبعة الباقية (من مخرج فرض من لايرد عليه) يكن للبنات ثمانية وعشرون ، وللجدات سبعة فاستقام فرض كل فريق لكنه منكسر على آحاد كل فريق فصححه بالأصول السبعة الآتية في باب المخارج تصح من ألف وأربعمائة وأربعين وتصح الأولى من ثمانية وأربعين ولولا خشية الإطالة لاوسعت الكلام هنا .

باب توريث ذوي الأرحام

(هو كل قريب ليس بذي سهم ولا عصبة) فهو قسم ثالث حينئذ (ولا يرث مع ذي سهم ولا عصبة سوى الزوجين) لعدم الرد عليهما (فيأخذ المنفرد جميع المال)

ضربناه في ذلك المضروب فكان اثني عشر ، فلكل واحدة منهن ثلاثة وكان للأخوات لأم اثنان فضربناهما فيه بلغ أربعة وعشرين فلكل واحدة منهن أربعة سيد (قوله الفريقين) أي فريق من يرد عليه وفريق من لايرد عليه ط (قوله كأربع زوجات الخ) أصل هذه المسألة من أربعة وعشرين ، لاختلاط الثمن بالثلثين والسدس لكنها ردية فرددناها إلى أقل مخارج فرض من لايرد عليه وهو الثمانية سيد (قوله ثلثان وسدس) فالثلثان فرض البنات بأربعة أسداس والسدس فرض الجدات والمجموع خمسة أسداس هي مسألة الرد (قوله ثم ضربت الخ) هذا شروع في معرفة حصة كل فريق من الورثة من هذا المبلغ ط (قوله واضرب) الأولى وضربت بالماضي ليناسب المعطوف عليه (قوله فاستقام فرض كل فريق) أي ممن يرد عليه ومن لايرد عليه (قوله لكنه منكسر الخ) أي وإن استقام على سهامهم لكنه منكسر على رؤوسهم ولوكانت المسألة زوجة وسبع بنات وسبع جدات لتم العمل ، ولم يحتج إلى التصحيح الآتي (قوله فصححه بالأصول السبعة الخ) ثلاثة بين سهام كل فريق ورؤوسهم وهي الانقسام ، والتوافق والتباين وأربعة بين الرؤوس وبعضها مع بعض وهي التماثل والتداخل والتوافق والتباين اهـ ح ففي مسألتنا للزوجات خمسة وعددهن أربعة لاتصح عليهن ، ولا توافق وللجدات سبعة وهن ستة لاتصح عليهن ، ولا توافق وللبنات ثمانية وعشرون وعددهن تسعة لاتصح عليهن ، ولا توافق فاجتمع معنا من الرؤوس أربعة وستة وتسعة وبين الأربعة والستة موافقة بالنصف ، فتضرب نصف أحدهما في كامل الآخر تبلغ اثني عشر وبين اثني عشر والتسعة موافقة بالثلث ، فتضرب ثلث أحدهما في كامل الآخر يبلغ ستة وثلاثين وهي جزء السهم ، فتضربه في الأربعين يبلغ ألفا وأربعمائة وأربعين منها تصح كل من له شيء من الأربعين أخذه مضروبا في جزء السهم يخرج نصيبه للزوجات خمسة في ستة وثلاثين بمائة وثمانين لكل واحدة خمسة وأربعون وللجدات سبعة في ستة وثلاثين بمائتين واثنين وخمسين لكل واحدة اثنان وأربعون وللبنات ثمانية وعشرون في ستة وثلاثين تبلغ ألفا وثمانية لكل واحدة مائة واثنا عشر اهـ سكب الأنهر (قوله وتصح الأولى من ثمانية وأربعين) قدمنا تصحيحها منها موضحا والله تعالى أعلم .

باب توريث ذوي الأرحام

(قوله هو كل قريب الخ) أي اصطلاحا إما لغة فهو بمعنى ذي القرابة مطلقا سيد : أي سواء كان ذا سهم أو عصبة أو غيرهما أو سواء انتمى إليه الميت ، أو انتمى إلى الميت أو إلى أصوله (قوله فيأخذ المنفرد) أي الواحد

بالقرابة (ويحجب أقربهم الأبعد) كترتيب العصبات فهم أربعة أصناف جزء الميت ، ثم أصله ثم جزء أبويه ثم جزء جديه أو جدتيه (و) حينئذ (يقدم) جزء الميت وهم (أولاد البنات وأولاد بنات الابن) وإن سفلوا :
بهذه الصورة :

بنت	بنت	بنت
بنت	بنت	ابن
بنت	ابن	بنت
ابنى	بنت	بنتى
٦	٦	١٦

بهذه الصورة :

بنت	بنت	بنت
بنت	ابن	بنت
بنتى		ابن
٢٢		٦

منهم من أى صنف كان جميع المال أى أو مابقى بعد فرض أحد الزوجين (قوله بالقرابة) أشار به إلى أن توريث ذوى الأرحام عندنا باعتبار القرابة كالتعصيب ، فيقدم الأقوى قرابة أما بقرب الدرجة ، أو بقوة السبب ويأخذ المنفرد الكل ، ولذا سمى علماؤنا أهل القرابة وذهب قوم إلى تنزيل المدلى منزلة المدلى به فى الاستحقاق ويسمون أهل التنزيل ، وقوم إلى التسوية بين القريب والبعيد بلا تنزيل ، ويسمون أهل الرحم ، وبيانه مع ثمرة الخلاف فى شرح السيد (قوله ويحجب أقربهم الأبعد) أى سواء كان صنفا عند اجتماع أصنافهم ، أو كان واحدا من من صنف عند اجتماع عدد منه أفاده قاسم ه فالأول : إشارة إلى الترجيح بالجهة والثانى : إلى الترجيح بقرب الدرجة والقوة ولو أخر المصنف ذلك بعد قوله : ويقدم أولاد البنات الخ لكان ذلك على ترتيب الترجيح بالجهات الثلاث كما مر فى العصبات وهو اعتبار الترجيح بالجهة ثم بالقرب ثم بالقوة وهذا الثالث أشار إليه بقوله الآتى قدم ولد الوارث (قوله كترتيب العصبات) فلا يرث أحد من الصنف الثانى، وإن قرب وهناك أحد من الصنف الأول وإن بعد وكذا الثالث مع الثانى والرابع مع الثالث وعليه الفتوى در منتقى (قوله ثم أصله) هذا ظاهر الرواية وعليه الفتوى ، وعن الإمام تقديمه على الصنف الأول ، لكن صح رجوعه عنه قاسم ، ومشى فى الاختيار على الرواية المرجوع عنها ، ولذا قال فى الدر المنتقى فما قدمه فى الاختيار ليس بالمختار اهـ .

قلت : على أنه قد مشى بعده على خلافه (قوله يقدم جزء الميت الخ) هذا هو الصنف الأول وجملة القول فى هذا الصنف أنه إما أن يتفاوتوا فى الدرجة أولا ، فإن تفاوتوا قدم أقربهم ، ولو أنثى كبنت بنت وابن بنت بنت وإلا فإما بعضهم ولد وارث دون البعض ، أو كلهم ولد وارث أو كلهم ولد غيره ففى الأول قدم ولد الوارث اتفاقا كبنت بنت ابن تقدم على ابن بنت بنت وفى الأخيرين إما أن تتفق صفة الأصول فى الذكورة أو الأنوثة أو تختلف ، فإن اتفقت فالقسمة على أبدان الفروع اتفاقا بالسوية إن كانوا ذكورا فقط أو إناثا فقط كابن بنت ابن مع مثله أى مع ابن بنت ابن آخر وكبنت بنت بنت مع مثلها وللذكر كالأنثيين إن كانوا مختلطين كابن بنت وبنت بنت وإن اختلفت صفة الأصول فى بطن أو أكثر فإما أن تتوحد الفروع بأن يكون لكل أصل فرع واحد وإما أن تتعدد ، وعلى كل فإما أن يكون فى الفروع ذو جهتين أولا ، فإن توحدت وليس فيهم ذو جهتين كبنت ابن بنت

(ثم) أصله وهم (الجد الفاسد والجدات الفاسدات) وإن علوا

وابن بنت بنت فأبو يوسف قسم المال على أبدان الفروع هنا أيضا فثلثه للأنثى وثلثاه للذكر ، ومحمد يقسم على أعلى بطن اختلف وهو البطن الثانى هنا ويجعل ما أصاب كل أصل لفرعه ، إن لم يقع بعده اختلاف كما فى المثال المذكور ، وحينئذ فثلثاه للأنثى نصيب أبيها وثلثه للذكر نصيب أمه عكس ماقسمه أبو يوسف ، أما إذا وقع بعده اختلاف بالذكورة والأنوثة فى بطن آخر أو أكثر فإن محمدا بعد ماقسم على أعلى بطن اختلف جعل الذكور طائفة ، والإناث طائفة ، وقسم نصيب كل طائفة على أعلى بطن اختلف منهم هكذا كما سيظهر ، وإن تعددت فروع الأصول المختلفين كلهم ، أو بعضهم وليس فيهم ذو جهتين أيضا وذلك كابنى بنت بنت وبنت ابن بنت بنت وبنتى بنت ابن بنت ، فأبو يوسف جرى على أصله من القسمة على أبدان الفروع ، فيقسم المال عليهم أسباعا ومحمد يجعل الأصل موصوفا بصفته متعددا بعدد فروعه فيقسم على أعلى الخلاف أعنى فى البطن الثانى أسباعا لأن البنت الأولى فى البطن الثانى كبنتين لتعدد فرعها ، لأن فرعها الأخير ابنان ، والبنت الثانية فيه على حالها لعدم تعدد فرعها ، والابن فيه كابنين لتعدد فرعه الأخير فهو كأربع بنات ، فله أربعة أسباع وللبنتين ثلاثة أسباع ، ثم جعلنا الذكور طائفة والإناث طائفة أخرى ، فأعطينا أربعة أسباع الابن لبنتى بنته وثلاثة أسباع البنتين لولديهما ، وهما البنت والابن فى البطن الثالث سوية بينهما لأن البنت كبنتين لتعدد فرعها ، فقد ساوت الابن وصارت معه كأربعة رؤوس وقسمة الثلاثة على أربعة لاتصح وتباين ، فتضرب الأربعة عدد الرؤوس فى السبعة أصل المسألة يحصل ثمانية وعشرون ، وقد كان لبنتى بنت ابن البنت أربعة ، فتضرب فى الأربعة المذكورة يحصل ستة عشر ، فهى لهما وتضرب الثلاثة التى للبنتين فى البطن الثانى فى الأربعة المذكورة أيضا يحصل اثنا عشر تقسمها بين البنت والابن فى البطن الثالث سوية بينهما لما تقدم فيكون للبنت ستة تدفع لابنيها وللابن ستة تدفع لبنته ، وإن كان فى الفروع ذو جهتين كبنتى بنت بنت هما أيضا بنتا ابن بنت ومعهما ابن بنت بنت أخرى فأبو يوسف اعتبر الجهات فى أبدان الفروع ، فجعل البنتين كأربع بنات بنتين من جهة الأم وبنتين من جهة الأب ، فيكون لهما الثلثان وللابن الثلث ، ومحمد اعتبر الجهات فى أعلى الخلاف مع أخذه العدد من الفروع كما مر ، فيقسم على البطن الثانى ، وفيه ابن مثل ابنين وبنتان أحدهما كبنتين ، فصار المجموع كسبع بنات فالمسألة من عدد رؤوسهن فللابن أربعة أسهم لأنه كابنين لتعدد فرعه فيصير كأربع بنات وللبنت التى فى فرعها تعدد سهمان وللأخرى سهم واحد ، فإذا جعلنا الذكور فى هذا البطن طائفة والإناث طائفة ودفعنا نصيب الابن إلى البنتين اللتين فى البطن الثالث أصاب كل واحدة منهما سهمان ، وإذا دفعنا نصيب طائفة الإناث إلى من بإزائهن فى البطن الثالث لم ينقسم عليهن ، لأن نصيبهن ثلاثة أسباع ، ومن بإزائهن ابن وبنتان فالمجموع كأربع بنات ، وبين الثلاثة والأربعة مباينة فضربنا الأربعة التى هى عدد الرؤوس فى أصل المسألة وهو سبعة صار ثمانية وعشرين ، ومنها تصح لأنه كان لابن البنت فى البطن الثانى أربعة ، فإذا ضربناها فى المضروب الذى هو أربعة أيضا بلغ ستة عشر ، فأعطينا كل واحدة من بنتيه ثمانية ، وكان للبنتين فى البطن الثانى ثلاثة فإذا ضربناها فى ذلك المضروب حصل اثنا عشر ، فدفعنا إلى ابن بنت البنت ستة وإلى بنتى بنت البنت ستة فلكل واحدة منهما ثلاثة ، فصار نصيب كل بنت فى البطن الأخير أحد عشر ثمانية من جهة أبيها وثلاثة من جهة أمها وقد تحصل من مذهب محمد المفتى به كما سيأتى أنه يعتبر الأصول بصفاتهم ويأخذ فيهم عدد الفروع وجهاتهم هذا خلاصة مافى شروح السراجية وغيرها (قوله ثم أصله وهم الجد الفاسد الخ) المراد بالجد الجنس فيعم المتعدد وهذا شروع فى الصنف الثانى ، وجملة القول فيه أنه إما أن تتفاوت درجاتهم أو لا ، فإن تفاوتت كأم أبى أم وأبى أبى أم أم قدم الأقرب سواء كان من

(ثم) جزء أبويه وهم (أولاد الأخوات) لأبوين أو لأب وأولاد لأخوة والأخوات لأم وبنات الأخوة لأبوين أو لأب وإن نزلوا ويقدم الجد عليهم خلافا لهما بهذه الصورة :

أخ لأب	أخت لأب	أخت لأبوين	أخت لأم
بنت	ابن	بنت	ابن
ابن		بنـــتى	بنت
٢		١٨	٤

جهة الأب أو الأم، ولو أنثى مدلية بغير وارث والأبعد ذكرا مدليا بوارث وإن استوت درجاتهم فإما أن يكون بعضهم مدليا بوارث أو كلهم أولا ولا في الأول قيل يقدم المدلى بوارث كما في الصنف الأول فأبو أم الأم أولى من أبي أبي الأم لإدلاء الأول بالجدة الصحيحة ، والثاني بالجد الفاسد وقيل هما سواء وهو الأصح كما في الاختيار وسكب الأنهر وغيرهما ، وفي روح الشروح : أن الروايات شاهدة عليه وفي الأخير ن كأبي أم أب وأبي أم أم وكأبي أبي أم وأم أبي أم فإما أن تختلف قرابتهم أي بعضهم من جانب الأب وبعضهم من جانب الأم كالمثال الأول وإما أن تتحد كالمثال الثاني فإن اختلفت قرابتهم ، فالثلثان لقرابة الأب والثلث لقرابة الأم كأنه مات عن أب وأم ثم ما أصاب قرابة الأب يقسم بينهم على أول بطن وقع فيه الخلاف ، وكذا ما أصاب قرابة الأم ، وإن لم يختلف فيهم بطن فالقسمة على أبدان كل صنف وإن اتحدت قرابتهم : أي كلهم من جانب الأم أو الأب فإما أن تتفق صفة من أدلوا به في الذكورة والأنوثة أو تختلف ، فإن اتفقت الصفة اعتبر أبدانهم ، وتساووا في القسمة لو كانوا كلهم ذكورا أو أناثا وإلا فللذكر كالأنثيين ، وإن اختلفت الصفة فالقسمة على أول بطن اختلف للذكر ضعف الأنثى ثم نجعل الذكور طائفة والإناث طائفة على قياس ماتقرر في الصنف الأول اتفاقا وقد اعتبر أبو يوسف هنا اختلاف البطون وإن لم يعتبره في الصنف الأول والفرق له في المطولات (قوله ثم جزء أبويه وهم أولاد الأخوات الخ) الأولاد يشمل الذكور والإناث وهذا شروع في الصنف الثالث .

وجملة القول فيه كما في الصنف الأول وهو أنهم إما أن يتفاوتوا في الدرجة أولا فإن تفاوتوا قدم الأقرب ولو أنثى كبنت أخت وابن بنت أخ ، وإلا فإما أن يكون بعضهم ولد وارث أو كلهم أولا ولا والمراد بالوارث هنا مايشمل العصبة ففي الأول قدم ولد الوارث كبنت ابن أخ وابن بنت أخت كلاهما لأبوين أو لأب أو مختلفين وفي الأخيرين : أي ما إذا كان كلهم أولاد وارث هو عصبة كبنتى ابنى الأخ لأبوين أو لأب أو ذو فرض كبنات أخوات متفرقات أو أولاد وارثين أحدهما : عصبة والآخر : ذو فرض كبنت أخ لأبوين أو لأب ، وبنت أخ لأم وما إذا لم يكن فيهم ولد وارث كبنت ابن أخ وابن بنت أخت كلاهما لأم عند أبي يوسف يعتبر الأقوى في هذه الصور ثم يقسم على الأبدان للذكر ضعف ما للأنثى فمن كان أصله أخا لأبوين أولى ممن كان أصله أخا لأب فقط أو لأم فقط ومن لأب أولى ممن لأم وعند محمد ، وهو الظاهر من قول أبي حنيفة يقسم المال على الأصول أي الأخوة والأخوات مع اعتبار عدد الفروع والجهات في الأصول ، فما أصاب كل فريق يقسم بين فروعهم كما في الصنف الأول فلو ترك ابن بنت أخ لأب وبنتى ابن أخت لأب هما أيضا بنتا بنت أخت لأبوين ، وترك أيضا بنت ابن أخت لأم فعند أبي يوسف المال كله لبنتى بنت الأخت لأبوين لقوة القرابة وعند محمد يقسم على الأصول كما قلنا فأصلها من ستة سدسها واحد للأخت لأم وثلثاها أربعة للأخت لأبوين لأنها كأختين لتعدد فرعها والباقي وهو واحد للأخ والأخت لأب للذكر ضعف الأنثى بطريق العصوبة ثم هذه الأخت لأب كأختين لتعدد فرعها فهي مع الأخ لأب كأربعة رؤوس وقسمة الواحد على الأربعة لاتصح وتباين فتضرب الأربعة

ثم) جزء جديه أو جدتيه وهم (الأخوال والخالات والأعمام لأم والعمات وبنات الأعمام وأولاد هؤلاء

في الستة أصل المسألة تبلغ أربعة وعشرين ، ومنها تصح فكل من له شيء من أصل المسألة أخذه مضروبا في الأربعة وقد كان للأخت لأم واحد يضرب في أربعة يخرج أربعة تدفع لبنت ابنها والأخت لأبوين أربعة تضرب في أربعة يخرج ستة عشر تدفع لبنتي بنتها و للأخ والأخت لأب واحد يضرب في أربعة يخرج أربعة تقسم مناصفة بين ابن بنت الأخ وبنتي ابن الأخت ، فصار نصيب البنتين من الجهتين ثمانية عشر هذا .

واعلم أن السيد الشريف قدس سره قد ذكر هذا المثال عن بعض الشارحين ، وأقره ومقتضاه على هذا التقسيم أنه لا يعتبر اختلاف البطون في هذا الصنف عند محمد وظاهر قول السراجية أن الحكم فيهم كالحكم في الصنف الأول وكذا قوله ما أصاب كل فريق يقسم بين فروعهم كما في الصنف الأول أنه عند محمد يقسم على أول بطن اختلف كما في الصنف الأول وكما في الصنف الثاني أيضا وكما في أولاد الصنف الرابع ولم أر من تعرض لذلك فليراجع (قوله ثم جزء جديه أو جدتيه الخ) المراد بالجدين أبو الأب وأبو الأم وبالجدتين أم الأب وأم الأم وهذا شروع في الصنف الرابع .

وجملة القول فيه أنه لا يتأتى هنا تفاوت الدرجة إلا في أولادهم ومن بعدهم وسيأتي الكلام عليهم ، وحينئذ فإما أن يتحد حيز قرابتهم أو لا ، فإن اتحد بأن كانوا من جهة أبي الميت أو أمه قدم الأقوى ولو أنثى إجماعا أي قدم من لأبوين على من لأب ومن لأب على من لأم ويقسم على الأبدان اتفاقا لاتفاق الأصول حينئذ ، ويعطى للذكر ضعف الأنثى كعم وعمة كلاهما لأم أو خال وخالة كلاهما لأبوين أو لأب أو لأم وإن اختلف حيز قرابتهم بأن كان قرابة بعضهم من جهة الأب وبعضهم من جهة الأم فلقرابة الأب الثلثان ولقرابة الأم الثلث ولا يقدم الأقوى في جهة على غيره في جهة أخرى وإنما يقدم أقوى كل جهة على غيره فيها فلا تقدم العمة الشقيقة على الخالة لأم بل تقدم على العمة لأب أو لأم ولا يقدم الخال الشقيق على العمة لأم بل يقدم على الخال لأب أو لأم ويقسم حظ كل جهة على أبدانهم ويعطى للذكر ضعف الأنثى ، فلو مات عن عشر عمات وخال وخالة فالثلثان للعمات على عشرة بالسوية والثلث للخال والخالة أثلاثا (قوله وبنات الأعمام) أطلقه فشمل الأعمام لأبوين أو لأب أو لأم (قوله وأولاد هؤلاء) أي أولاد هذا الصنف الرابع عند عدم أصولها وخصهم بالذكر لعدم تناول الأعمام والعمات والأخوال والخالات لأولادهم ، بخلاف أولاد البنات ، والأخوات وكذا الجدات والأجداد لتناولهم من يكون بواسطة وغيرها ثم حكم هؤلاء كالحكم في الصنف الأول وهو أنه إما أن يتفاوتوا في الدرجة أو لا فإن تفاوتوا درجة قدم أقربهم على غيره ولو من غير جهته فأولاد العمة أولى من أولاد أولاد العمة أو الخالة وأولاد الخالة أولى من أولاد أولاد الخالة أو العمة ، وإن استووا فإما أن يتحد حيز قرابتهم أو لا فإن اتحد حيز قرابتهم بأن تكون قرابة الكل من جانب أبي الميت أو جانب أمه فإما أن يكون كلهم ولد عصبة أو ولد رحم أو بعضهم ولد عصبة ففي الأولين كأولاد أعمام لغير أم وكأولاد عمات قدم الأقوى قرابة بالإجماع فمن أصله من الأبوين أولى ممن لأب ومن لأب أولى ممن لأم لأنه عند اتحاد السبب يجعل الأقوى سببا في معنى الأقرب درجة فيكون أولى وفي الأخير وهو ما إذا كان بعضهم ولد عصبة وبعضهم ولد رحم قدم ولد العصبة ما لم يكن ولد رحم أقوى قرابة فبنت عم شقيق أولى من ابن عمة شقيقة بخلاف ما إذا كان العم لأب فإن ابن العمة الشقيقة أولى لأن ترجيح شخص بمعنى فيه وهو قوة القرابة هنا أولى من الترجيح بمعنى في غيره وهو كون الأصل عصبة وهذا ظاهر الرواية ، وقال بعضهم : بنت العم لأب أولى ورجح على ظاهر الرواية بسيد واختاره عماد الدين تبعا لشمس الأئمة ابن كمال لكن في سكب الأنهر أن الأول به يفتى .

ثم عمات الآباء والأمهات وأخوالهم وخالاتهم وأعمام الآباء لأم وأعمام الأمهات كلهم وأولاد هؤلاء) وإن بعدوا

قلت : وهو المتبادر من إطلاق قول الملتقى ويرجحون بقرب الدرجة ثم بقوة القرابة ثم بكون الأصل وارثا عند اتحاد الجهة وإن اختلاف حيز قرابتهم فالثلثان لمن يدلى بقرابة الأب والثلث لمن يدلى بقرابة الأم ثم عند أبي يوسف ما أصاب كل فريق يقسم على أبدان فروعهم مع اعتبار عدد الجهات فى الفروع وعند محمد يقسم المال على أول بطن اختلف مع اعتبار عدد الفروع والجهات فى الأصول كما فى الصنف الأول وتمامه فى شرح السيد .

ثم اعلم أنه لايعتبر بين الفريقين قوة القرابة فلا يرجح ولد العمة لأبوين على ولد الخال أو الخالة وكذا لايعتبر ولد العصبة فلا ترجح بنت العم لأبوين على بنت الخال أو الخالة وإنما يعتبر ذلك فى كل فريق بخصوصه فالمدلون بقرابة الأب يعتبر فيما بينهم قوة القرابة ثم ولد العصبة والمدلون بقرابة الأم يعتبر فيما بينهم قوة القرابة ولا تتصور عصوبة فى قرابة الأم وهذا ظاهر الرواية كما فى السراجية والفرائض العثمانية لصاحب الهداية ، وهو ظاهر إطلاق المتون والشروح حيث قالوا : وعند اختلاف جهة القرابة فلقرابة الأب ضعف قرابة الأم فلم يفرقوا بين ولد العصبة وغيره لكن ذكر بعده فى معراج الدراية عن شمس الأئمة أن ظاهر الروية أن ولد العصبة أولى اتحد الحيز أو اختلف فبنت العم لأبوين أولى من بنت الخال وأنه وافقه التمرتاشى ثم قال وفى ضوء السراج الأخذ برواية شمس الأئمة أولى اهـ .

قلت : وفى الخلاصة ولد العصبة أولى اتحدت الجهة أو اختلفت فى ظاهر الرواية وكذا فى مجمع الفتاوى وصححه فى المضمرات وبه أفتى العلامة خير الدين الرملى لكن خالفه فى الحامدية قائلا بأن المعتبر مافى المتون لوضعها لنقل المذهب اهـ فتأمل وراجع الفتاوى الخيرية(١) (قوله ثم عمات الآباء الخ) أدرج بعضهم هؤلاء تحت الصنف الرابع وهو من ينتمى إلى جد الميت لأن جد الأب جد وجعله بعضهم صنفا خامسا وهو المتبادر من عبارة المصنف .

وحاصله أنه إذا لم يوجد عمومة الميت وخؤلته وأولادهم انتقل حكمهم المذكور إلى هؤلاء ثم أولادهم فإن لم يوجدوا ايضا انتقل الحكم إلى عمومة أبوى الميت وخؤولتهم ثم إلى أولادهم وهكذا إلى مالا يتناهى فلا تغفل وفى الحاوى القدسى وغيره وإذا اجتمع قرابتان لأب وقرابتان لأم كعمة الأب وخالته وعمة الأم وخالتها فالثلثان لقرابتى الأب والثلث لقرابتى الأم ثم ما أصاب قرابتى الأب يقسم أثلاثا ثلثاه لقرابته من قبل أبيه وثلثه لقرابة أمه وما أصاب قرابتى الأم كذلك اهـ (قوله كلهم) بالرفع توكيد لأعمام الأمهات أى أعمامهن لأبوين أو لأب أو لأم (قوله وإن بعدوا) راجع إلى قوله ثم عمات الآباء والأمهات الخ لكن على التوزيع ، لأن قوله بالعلو

---

(١) عبارة الفتاوى الخيرية سئل فى هالك هلك عن بنت عم لأب وأم وابن خال لأب وأم فما الحكم أجاب هذه المسئلة اختلف فيها جعل بعضهم ظاهر الرواية أن الثلثين لبنت العم والثلث لإبن الخال وهو المذكور فى فرائض السراج وعليه صاحب الهداية والكنز والملتقى وغالب شروح الكنز والهداية وجعل بعضهم ظاهر الرواية أن لاشىء لابن الخال وأن الكل لبنت العم لكونها ولد العصبة وجعل فى الضوء عليه الفتوى وأنه رواية شمس الأئمة السرخسى وأنه وافق رواية التمرتاشى روايته وصححه فى المضمرات وعليه صاحب الخلاصة قال فى الضوء شرح السراجية الأخذ للفتوى بروايته يعنى شمس الأئمة أولى من الاخذ بروايتهما يعنى صاحب الهداية وصاحب السراجية انتهى والأصل فيه أن جهة القرابة إذا اختلفت كما فى واقعة الحال هل يقدم ولد العصبة أم لاقيل وقيل والذى ينبغى ترجيحه ما رواه السرخسى فإن لفظ الفتوى آكد من غيره من ألفاظ التصحيح كالمختار والصحيح مع أنى لم أر من اقتصر على مقابل ما رواه السرخسى مصرحا بكونه الصحيح أو الأشهر أو المختار أو غير ذلك من ألفاظ التصحيح وأما يرسله أو يقول فى ظاهر الرواية وأما هو أى ما رواه السرخسى فقد صرحوا بأنه الصحيح وأن الأخذ للفتوى به أولى وأنه ظاهر الرواية فليكن المعول عليه والله أعلم انتهى منه

بالعلو أو السفول ويقدم الأقرب فى كل صنف (وإذا استووا فى درجة) واتحدت الجهة (قدم ولد الوارث) فلو اختلف فلقرابة الأب الثلثان ولقرابة الأم الثلث وعند الإستواء فإن اتفقت صفة الأصول فى الذكورة أو الأنوثة اعتبر أبدان الفروع اتفاقا (و) أما (إذا اختلفت الفروع والأصول) كبنت ابن بنت وابن بنت بنت (اعتبر محمد فى ذلك الأصول وقسم) المال على أول بطن اختلف بالذكورة والأنوثة وهو هنا لبطن الثانى وهو ابن بنت وبنت بنت فحمد اعتبر صفة الأصول فى البطن الثانى فى مسألتنا فقسم (عليهم أثلاثا وأعطى كلا من الفروع نصيب أصله) فحينئذ يكون ثلثاه لبنت ابن البنت نصيب أبيها وثلثه لابن بنت البنت لأنه نصيب أمه وتمامه فى السراجية وشروحها (وهما اعتبرا الفروع) فقط لكن قول محمد أشهر الروايتين عن أبى حنيفة فى جميع ذوى الأرحام

راجع إلى الأصول منهم وقوله أو السفول راجع إلى أولادهم ففيه لف ونشر مرتب فافهم (قوله ويقدم الأقرب فى كل صنف) إذا اعتبرنا الأصناف خمسة كما قاله بعضهم لايظهر ذلك فى الرابع إذ لا أقرب فيهم أما على ماشى عليه الشارح من اعتبارهم أربعة فهو ظاهر فافهم (قوله واتحدت الجهة) أى جهة القرابة بأن يكونوا من جهة الأب أو من جهة الأم وهذا إنما يتحقق فى غير الصنف الأول فافهم (قوله قدم ولد الوارث) قد علمت أن اتحاد الجهة لايتحقق فى الصنف الأول فيقدم فيه ولد الوارث بلا شرط الاتحاد فعلم أنه شرط فيما يمكن فيه ذلك وكذا تقديم ولد الوارث فيما يتحقق فيه ذلك وهو الصنف الأول والصنف الثالث ، وكذا أولاد الصنف الرابع على التفصيل المار ، أما الصنف الثانى فلا يتحقق فيهم ولد وارث ، لأن الوارث فرعهم وإنما يتحقق فيهم الإدلاء بوارث وقدمنا أن الأصح عدم اعتباره وأما نفس الصنف الرابع فهم عند الاستواء فى الدرجة والاتحاد فى الجهة إما كلهم أولاد وارث أو أولاد غيره فلا يتحقق فيهم تقديم ولد الوارث وإنما يتحقق فيهم تقديم الأقوى كما مر ثم المراد بولد الوارث من يدلى بوارث بنفسه فلا يعتبر الإدلاء به بواسطة فلا تقدم بنت بنت بنت الابن على بنت بنت بنت البنت كما صرح به فى سكب الأنهر وغيره فعلم أن عدوله عن المدلى بوارث إلى قوله ولد الوارث للاحتراز عن الصنف الثانى وعن الإدلاء بوارث بواسطة (قوله فلو اختلفت) أى جهة القرابة وهو مقابل قوله واتحدت الجهة قال الزيلعى وهذا لايتصور فى الفروع وإنما يتصور فى الأصول والعمات والأخوال أى فى الصنف الثانى والرابع ، وكذا فى أولاد الرابع (قوله وعند الاستواء) أى فى القرب والقوة والجهة وفى كونهم كلهم ولد وارث أو ولد غيره كما أفاده فى الملتقى وشرحه (قوله فإن اتفقت صفة الأصول) أى من يدلون به فالمراد بالأصول المدلى بهم ، سواء كانوا أصولا لهم أو لا زيلعى أى ليشمل الصنف الثانى (قوله وأما إذا اختلفت الفروع والأصول) مقابل قوله فإن اتفقت الخ لكن ذكر اختلاف الفروع غير لازم لأن الخلاف فى اختلاف الأصول فقط (قوله وهما) أى أبو حنيفة فى رواية شاذة عنه وأبو يوسف فى قوله الأخير اه قاسم (قوله وفى الملتقى وبقول محمد يفتى) أى وإن صحح فى المختلف والمبسوط قول أبى يوسف لكونه أيسر على المفتى كما أخذوا بقوله فى بعض مسائل الحيض اه در منتقى (قوله بنت شقيقة) أى بنت أخيه الشقيق (قوله فأجبت الخ) أى على قول محمد وأصل المسألة من اثنين وتصح من ستة بضرب ثلاثة فى اثنين لانكسار مخرج النصف على ثلاثة أما على قول أبى يوسف فهى من أربعة للإبن سهمان ولكل بنت سهم واحد (قوله قد شرطوا) الأولى قد أخذوا عدد الفروع فى الأصول أى ويؤخذ الوصف من الأصول ط (قوله فيقسم الخ) أى فكأنه مات عن شقيق وشقيقتين ط (قوله بين أولادها) أى بين الإبن والبنت إطلاقا للجمع على مافوق الواحد وحينئذ فكون الإبن يعتبر كبنتين فهو مع البنت كثلاثة رؤوس فافهم والله سبحانه وتعالى أعلم .

وعليه الفتوى كذا فى شرح السراجية لمصنفها وفى الملتقى وبقول محمد يفتى سئلت عمن ترك بنت شقيقه وابن وبنت شقيقته كيف تقسم . فأجبت بأنهم قد شرطوا عد الفروع فى الأصول فحينئذ تصير الشقيقة كشقيقتين فيقسم المال بينهما نصفين ثم يقسم نصف الشقيقة بين أولادها أثلاثا والله تعالى أعلم .

فصل فى الغرقى والحرقى وغيرهم

(لا توارث بين الغرقى والحرقى إلا إذا علم ترتيب الموتى) فيرث المتأخر فلو جهل عينه أعطى كل باليقين ووقف المشكوك فيه حتى يتبين أو يصطلحوا شرح مجمع .

قلت : وأقره المصنف لكن نقل شيخنا عن ضوء السراج معزيا لمحمد

فصل فى الغرقى والحرقى وغيرهم

جمع غريق وحريق فعيل بمعنى المفعول والمراد ومن بمعناهم كالهدمى والقتلى فى معركة وأراد بغيرهم الكافر وولد الزنا واللعان والحمل (قوله إلا إذا علم الخ) اعلم أن أحوالهم خمسة على ما فى سكب الأنهر وغيره .

أحدها : هذا وهو ما إذا علم سبق موت أحدهما ولم يلتبس فيرث الثانى من الأول .

ثانيها : أن يعرف التلاحق ولا يعرف عين السابق .

ثالثها : أن يعرف وقوع الموتين معا .

رابعها : أن لا يعرف شيء فى هذه الثلاثة لا يرث أحدهما من الآخر شيئا .

خامسها : أن يعرف موت أحدهما أولا بعينه ثم أشكل أمره بعد ذلك وسيأتى الكلام عليه اه ومثله فى الدر المنتقى (قوله فلو جهل عينه) أى بعد معرفة الترتيب وهذا يحتمل الحالة الثانية والخامسة لكن عبارة شرح المجمع تفيد الحالة الثانية فقط .

ونصها : فإن علم أن أحدهما مات أولا وجهل عينه أعطى كل واحد اليقين ، ووقف المشكوك حتى يتبين أو يصطلحوا اه (قوله أعطى كل الخ) أى من ورثتهم بقرينة قوله أو يصطلحوا فلو غرق إخوان لكل منهما بنت أخذت بنت كل نصف تركة أبيها حتى يتبين المتأخر فتأخذ بنته نصف تركة أبيها الباقى ونصف تركة عمها أو يصطلحا على شيء تأمل (قوله شرح مجمع) أى لمصنفه ومثله فى الاختيار حيث قال : وإن علم موت أحدهما أولا ولا يدرى أيهما هو أعطى كل واحد اليقين ووقف المشكوك حتى يتبين أو يصطلحوا اه ومثله فى شرح السراجية لمصنفها وتبعه بعض شراحها وعلله فى حاشية عجم زاده بقوله لأن التذكر غير مأيوس منه (قوله لكن نقل شيخنا الخ) أى فى حاشيته على المنح وقد استدرك أيضا فى معراج الدراية على شرح المجمع بعبارة ضوء السراج الذى هو شرح السراجية وقال العلامة قاسم فى شرح فرائض المجمع : إن ما ذكره صاحب المجمع أخذه من الاختيار ، وهو قول الشافعية ولا يساعده عندنا رواية ولا دراية قال فى المبسوط وكذا إذا علم أن أحدهما مات أولا ، ولا يدرى أيهما هو لتحقق التعارض بينهما فيجعل كأنهما ماتا معا وقال فى المحيط : فيجعل كأنهما ماتا معا ، وكذلك لو تقدم موت أحدهما إلا أنه لا يدرى المتقدم من المتأخر لأن سبب الإرث ثابت للمتأخر منهما لكن المستحق مجهول فتعذر الإثبات لأحدهما ، وصار كما لو أعتق إحدى أمتيه بعينها ثم نسيها لا يحل له وطؤهما لجهالة المملوكة وقال فى الأرفاد أو مات أحدهما قبل الآخر وأشكل السابق جعلوا كأنهم ماتوا معا فمال كل واحد لورثته الأحياء ولا يرث بعض الأموات من بعض هذا مذهب أبى حنيفة اه وذكر ذلك أيضا فى سكب الأنهر وشرح الكنز للمقدسى وقد لخصت ذلك

أنه لو مات أحدهما ولا يدرى أيهما هو يجعل كأنهما ماتا معا لتحقق التعارض بينهما وهو مخالف لما مر فتدبر (و) إذا لم يعلم ترتيبهم (يقسم مال كل منهم على ورثته الأحياء) إذ لا توارث بالشك (والكافر يرث بالنسب والسبب كالمسلم ولو) اجتمع (له قرابتان) لو تفرقتا (فى شخصين حجب أحدهما الآخر فإنه يرث بالحاجب وإن لم يحجب أحدهما الآخر يرث بالقرابتين) (عندنا كما قدمناه) للبنتين الثلثين قلت (ولا يرثون بأنكحة مستحلة عندهم) أى يستحلونها كتزوج مجوسى أمه لأن النكاح الفاسد لا يوجب التوارث بين المسلمين فلا يوجبه بين المجوس كذا فى الجوهرة قال وكل نكاح لو أسلما يقران عليه يتوارثان ومالا فلا انتهى وصححه فى الظهيرية (ويرث ولد الزنا واللعان

فى الرحيق المختوم ، وذكرت فيه أن المتبادر من هذه العبارات كلها أن محل النزاع هو الحالة الثانية وهى ما إذا علم التلاحق ، وجهل عين السابق ، وقد خصه فى سكب الأنهر بالخامسة وهى ما إذا علم السابق بعينه ثم أشكل ولعله أخذه من قول العلامة قاسم أنه قول الشافعية فإن الشافعية ذكروا ذلك فى الخامسة فقط كما فى شرح الترتيب للشنشورى لكن إذا جرى النزاع فى الثانية يجرى فى الخامسة بالأولى تأمل (قوله أنه لو مات أحدهما) أى أولا كما فى حاشية شيخه (قوله إذ لا توارث بالشك) علة لمقدر وهو ولا يرث بعضهم من بعض أو لما صرح به المصنف أولا وهذا قول أبى حنيفة آخرا وكان أولا يقول يرث بعضهم من بعض إلا ما ورث من صاحبه والمعتمد الأول لاحتمال موتهما معا أو متعاقبا فوقع الشك فى الاستحقاق واستحقاق الأحياء متيقن والشك لا يعارض اليقين فلو غرق أخوان ولكل منهما تسعون درهما وخلف بنتا وأما وعما فعلى المعتمد تقسم تركة كل على ورثته الأحياء من ستة للبنت النصف وللأم السدس وللعم ما بقى وعلى القول الثانى ما بقى وهو ثلاثون للأخ لا للعم ثم تقسم الثلاثون بين البنت والأم والعم على ستة كما تقدم فيصير للبنت ستون وللأم عشرون وللعم عشرة اهـ قاسم ملخصا .

[تنبيه] برهن كل من الورثة أن أباه مات آخرا تهاترتا عند أبى حنيفة وكذا لو ادعى ورثة كل إن أبا الآخر مات أولا وحلف لم يصدق أما لو برهن واحد منهم فى الأولى أو ادعى ، وحلف فى الثانية صدق لعدم المعارض ولو مات أخوان عند الزوال أو الطلوع أو الغروب فى يوم واحد أحدهما فى المشرق والآخر فى المغرب ورث ميت المغرب من ميت المشرق لموته قبله : لأن الشمس وغيرها من الكواكب تزول وتطلع وتغرب فى المشرق قبل المغرب اهـ سكب الأنهر قال فى الدر المنتقى ومفاده أنه لو اتحدت البلدة أو تقاربت لم يكن الحكم كذلك فليراجع ذلك اهـ .

قلت : لا شك فى انتفاء الإرث بالشك وثبوته بعدمه (قوله فإنه يرث بالحاجب) كما لو تزوج مجوسى أمه زاد فى سكب الأنهر أو وطىء مسلم أو غيره لشبهة فولدت بنتا فماتت البنت عن أمها وهى جدتها ترث بالأمومة فقط لأن الأم تحجب الجدة (قوله يرث بالقرابتين) كما لو ماتت الأم المذكورة عن بنتها وهى بنت ابنها ترث النصف بكونها بنتا والسدس تكملة الثلثين بكونها بنت ابن (قوله عندنا) أما عند الشافعى فيرث بأقواهما كما قدمناه قبيل باب العول (قوله ولا يرثون إلا بأنكحة مستحلة عندهم) محترز قوله بالقرابتين والفرق أن هذه الأنكحة غير ثابتة فى حكم الإسلام على الإطلاق بخلاف القرابة لأن النسب يستحق به الميراث ولو كان سببه محظورا كما فى النكاح الفاسد والوطء بشبهة مقدسى وفيه ولو ثبت حرمة مصاهرة بين زوجين فحدث بينهما ولد فمات الأب منع إرثه القاضى سليمان وقال شيخ الإسلام السغدى يرث اهـ سائحانى :

قلت : وقد نظم هذه المسألة فى الوهبانية هنا فراجع شروحها (قوله كتزوج مجوسى أمه) أى فلو مات أحدهما عن الآخر ورث بالنسب لا بالزوجية (قوله وكل نكاح الخ) وذلك كالنكاح بلا شهود أو فى عدة كافر معتقدين حله بخلاف المحارم أو فى عدة مسلم فإنهما لا يقران عليه وقد جعل فى الجوهرة هذا ضابطا للنكاح الجائز والنكاح

بجهة الأم فقط) لما قدمناه فى العصبات أنه لاأب لهما (ووقف للحمل حظ ابن واحد) أو بنت واحدة أيهما كان أكثر وعليه الفتوى لأنه الغالب ويكفنون احتياطا كما لو ترك أبوين وبنتا وزوجة حبلى فإن المسألة من أربعة

الفاسد أى لما يثبت به الإرث ومالا يثبت (قوله بجهة الأم فقط) كما لو كان له ولد من امرأة ثم زنى بها فأتت بولد أولا عنها فى ولد آخر ثم مات أحد الأخوين فإن الآخر يرثه بكونه أخا لأم لاشقيقا اهـ ح (قوله لما قدمناه فى العصبات الخ) قدم هناك فرقا بينهما وقدمنا مافيه فتنبه (قوله ووقف للحمل حظ ابن واحد الخ) هذا لو الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم نقصانا فلو يحجبهم حرمانا وقف الكل قبل وكذا لو الولادة قريبة دون شهر وبه جزم زيل حلب فى شرحه على السراجية ولكن الإطلاق أظهر كما ذكره الأكمل فى شرحها ولو لم يعلم أن مافى البطن حمل أولا لم يوقف فإن ولدت تستأنف القسمة ولو ادعت الحمل عرضت على ثقة ولو ولدت ميتا لم يرث أى إذا خرج بنفسه أما لو أخرج بجناية فيرث ويورث ، وإذا خرج أكثره حيا بما تعلم حياته ولو بتحريك عين وشفة ومات ورث وصلى عليه ، وإن كان خرج أقله حيا ثم مات فلا يرث وتمامه فى الدر المنتقى (قوله وعليه الفتوى) وهذا قول أبى يوسف وعند الإمام يوقف حظ أربعة وعند محمد اثنين (قوله لأنه الغالب) أى الغالب المعتاد أن لاتلد المرأة فى بطن واحد إلا ولداً واحداً فيبنى الحكم عليه مالم يعلم خلافه سيد (قوله ويكفلون) أي يأخذ القاضى على قول أبى يوسف من الورثة كفيلا على أمر معلوم وهو الزيادة على نصيب ابن واحد فقط نظراً لمن هو عاجز عن النظر لنفسه أعنى الحمل سيد (قوله كما لو ترك الخ) اعلم أن الأصل فى تصحيح مسائل الحمل أن تصحيح مسألة ذكورته ومسألة أنوثته كما ذكر ثم تضرب إحداهما فى الأخرى إن تباينا أو فى وفقها إن توافقا ثم من له شىء من مسألة الأنوثة أخذه مضروبا فى كل الثانية أو فى وفقها ويعطى أقل الحاصلين ويوقف الفضل ففى هذه الصورة مسألة الذكورة من ٢٤ للزوجة الثمن ٣ ولكل واحد من الأبوين السدس ٤ وللبنت مع الحمل الذكر الباقى وهو ١٣ ومسألة الأنوثة من ٢٧ لاختلاط الثمن بالسدس فللأبوين ٧ وللزوجة ٣ وللبنت مع الحمل الأنثى ١٦ وبين المسألتين توافق بالثلث فإذا ضرب وفق إحداهما فى الأخرى حصل ٢١٦ ومنها تصح فعلى تقدير الذكورة للزوجة ٢٧ من ضرب ٣ فى وفق المسألة الثانية وهو ٩ ولكل واحد من الأبوين ٣٦ من ضرب ٤ فى ٩ وللبنت مع الحمل الذكر ١١٧ من ضرب ١٣ فى ٩ للبنت ثلثها ٣٩ ويبقى له ثلثاها ٧٨ وعلى تقدير الأنوثة للزوجة ٢٤ من ضرب ٣ فى وفق الأولى وهو ٨ ولكل واحد من الأبوين ٣٢ من ضرب ٤ فى ٨ وللبنت مع الحمل الأنثى ١٢٨ من ضرب ١٦ فى ٨ للبنت نصفها ٦٤ ويبقى له نصفها ٦٤ أيضا فيعطى الزوجة والأبوان ماخرج لهم على تقدير الأنوثة ويوقف الفضل وهو ١١ من نصيب الزوجة ٣ ومن نصيب الأبوين ٨ وتعطى البنت ماخرج لها على تقدير الذكورة ويوقف الباقى للحمل وهو ٧٨ فجملة الموقوف ٨٩ فإن وضعته أمه أنثى يدفع للبنت من ذلك الموقوف ٢٥ ليكمل لها مثل حصته والباقى له وإن وضعته ذكرا يدفع للزوجة ٣ وللأبوين ٨ والباقى له وإن وضعته ميتا تعطى البنت من الموقوف ٦٩ تكملة النصف والزوجة ٣ تكملة الثمن والأم ٤ تكملة السدس والأب ١٣ منها ٤ تكملة السدس والباقى وهو ٩ تعصيبا وقد خالفت فى هذا التقسيم مافى السراجية وشروحها لما علمت من أن الفتوى على أن الموقوف نصيب ولد واحد والأخر فى حق البنت هنا كون الحمل ذكرا وفى حق الزوجة والأبوين كونه أنثى كما رأيت والعجب مما فى السراجية حيث ذكر أن المفتى به ذلك ثم أوقف نصيب أربعة ذكور وقسم بناء على ذلك فليتأمل .

[تنبيه] هذا التوقف إنما يكون فى حق وارث يتغير فرضه من الأكثر إلى الأقل أما من لايتغير فرضه كالجدة والزوجة الحبلى فلا يوقف له شىء وأما من يسقط فى إحدى حالتى الحمل كأخ أو عم مع زوجة حامل فلا يعطى

وعشرين إن فرض الحمل ذكرا وتعول لسبعة وعشرين إن فرض أنثى لأن هذا على كون الحمل من الميت وإلا فمثله كثيرة كما لو تركت زوجا وأما حبلى فللزوج النصف وللأم الثلث وللحمل إن قدر ذكرا السدس لأنه عصبة فيقدر أنثى ليفرض له النصف وتعول لثمانية كما لايخفى .

قلت : ولم أر مالو كان على أحد التقديرين يرث وعلى الآخر لا كهم وأخوين لأم فإن قدر ذكرا لم يبق له شيء فينبغي أن يقدر أنثى وتعول لتسعة احتياطا وفى الوهبانيه وحاملة أن تأت بابن فلم يرث وإن ولدت بنتا لها الثلث يقدر .

فصل فى المناسخة

(مات بعض الورثة قبل القسمة للتركة صححت المسألة الأولى) وأعطيت سهام كل وارث (ثم الثانية) إلا إذا اتحدوا

شيئا وتمام الكلام فى سكب الأنهر (قوله هذا) أى مامر من المثال واعلم أنه إذا كان الحمل منه فإنما يرث إذا ولد لأقل من سنتين ولم تكن المرأة أقرت بانقضاء عدتها فلو لتمام السنتين أو أكثر أو أقرت بانقضاء العدة فلا وما فى السراجية من إلحاق التمام بالأقل فخلاف ظاهر الرواية وإن كان من غيره فإنما يرث لو ولد لستة أشهر أو أقل وإلا فلا إلا إذا كانت معتدة ولم تقر بانقضائها أو أقر الورثة بوجوده كما يعلم من سكب الأنهر مع شرح ابن كمال وحاشية يعقوب (قوله وإلا فمثله كثيرة) بضمتين جمع مثال وهذا يوهم أنه لو منه يختص بالمثال السابق وليس كذلك أفاده ط (قوله وأما حبلى) أى من أبى الميتة فلو كان من غير أبيها ففرضه السدس ذكرا أو أنثى (قوله فيقدر أنثى) لأن نصيبه أكثر (قوله ولم أر الخ) هذا عجيب مع نقل الفرع بعينه عن الوهبانية اهـ ح .

أقول : مراده أنه لم ير أنه هل يوقف له شيء أم لا وليس فى كلام الوهبانية مايفيد ذلك كما سيظهر (قوله ما لو كان) أى الحمل (قوله كهم) أى كزوج وأم وحبلى بشقيق أو شقيقة وأعاد الضمير جمعا باعتبار عد الحمل وارثا ط (قوله لم يبق له شيء) أى للحمل لأنه عصبة وقد استغرقت الفروض التركة لأن المسألة من ستة فللزوج النصف ثلاثة وللأم السدس واحد وللأخوين لأم الثلث اثنان وهى المسألة المشركة عند الشافعية (قوله فينبغى أن يقدر أنثى) الخ يدل عليه قول الزيلعى وإن كان أى الوارث نصيبه على أحد التقديرين أكثر يعطى الأقل للتيقن به ويوقف الباقى اهـ إذ لاشك أن نصيب الورثة فى مسألتنا على تقدير ذكورته أكثر منه على تقدير أنوثته فيقدر أنثى ويوقف لها النصف عائلا وهو ثلث التركة ويعطى الورثة الأقل المتيقن به (قوله وحاملة الخ) يقال امرأة حامل أو حاملة كما صرح به فى القاموس فافهم ، والفاء فى قوله فلم يرث زائدة ويقدر بسكون القاف ، وفتح الدال بالبناء للمجهول والبيت من معاياة الوهبانية فهو لغز فى امرأة حامل إن ولدت ذكرا لايرث وإن ولدت أنثى قدر لها الثلث وهو النصف عائلا وجوابه ماصوره الشارح آنفا فيقال إن ذلك فيما لو ماتت امرأة عن زوج وأم حامل وأخوين لأم ولايخفى أنه ليس فى كلام الوهبانية مايفيد أنه هل يوقف لذلك الحمل شيء أم لا وإنما هو مجرد سؤال عن تصوير المسألة فافهم والله تعالى أعلم .

فصل فى المناسخة

هى مفاعلة من النسخ بمعنى النقل والتحويل والمراد بها هنا أن ينتقل نصيب بعض الورثة بموته قبل القسمة إلى من يرث منه سيد (قوله ثم الثانية) أى ثم تصحح المسألة الثانية أى مسألة الميت الثانى وتنظر بين مافى يده من التصحيح وبين التصحيح الثانى ثلاثة أحوال المماثلة والموافقة والمباينة سيد وستأتى أمثلتها (قوله إلا إذا اتحدوا)

كأن مات عن عشرة بنين ، ثم مات أحدهم عنهم (فإن استقام نصيب الميت الثانى على تركته فيها) ونعمت وإن لم يستقم فإن كان بين سهامه ومسألته موافقة ضربت وفق التصحيح فى كل التصحيح الأول وإلا) يكن بينهما موافقة بل مباينة (ضربت كل الثانى فى كل الأول يحصل مخرج المسألتين فتضرب سهام ورثة الميت الأول فى المضروب) أى فى التصحيح الثانى أو فى وفقه (وسهام ورثة الميت الثانى فى كل ما فى يده أو وفقه من) التصحيح (الأول) وإن كان فيهم من يرث من الميتين ضربت نصيبه من الأول فى الثانى أو وفقه ونصيبه من الثانى فيما فى يد الميت الثانى أو وفقه (ولو مات ثالث) قبل القسمة

أى ورثة الميتين أى فيكتفى بتصحيح واحد فحينئذ تقسم التركة فى المثال المذكور على تسعة ابتداء كأن الميت الثانى لم يكن (قوله فإن استقام الخ) كما إذا مات عن ابن وبنت ثم مات الإبن عن ابنين فالأولى من ثلاثة للإبن منها سهمان ومسألته من اثنين فيستقيم ما فى يده على مسألته (قوله على تركته) أى مسألة تركته والأصوب على مسألته (قوله فيها ونعمت) أى فبالاستقامة يكتفى ونعمت هى لأنه قد صحت المسألتان مما صحت منه الأولى فلا تحتاج إلى زيادة عمل (قوله وإن لم يستقم) أى نصيب الميت الثانى وهو ما فى يده من الأولى على مسألته (قوله فإن كان بين سهامه) أى التى فى يده من الأولى وبين مسألته موافقة كما إذا مات عن ابنين وبنتين ثم مات أحد الإبنين عن زوجة وبنت وعصبة فالأولى من ستة والثانية من ثمانية وسهامه من الأولى اثنان لا يستقيم على مسألته لكن توافق بالنصف فاضرب وفق مسألته وهو ٤ فى التصحيح الأول وهو ٦ تبلغ ٢٤ ومنها تصح المسألتان للابن الأول ثمانية ولكل بنت أربعة وللابن الميت ثمانية للزوجة منها سهم وللبنت ٤ وللعصبة ٣ (قوله وإلا الخ) كما لو مات عن زوجة وثلاث أخوات متفرقات ثم ماتت الأخت الشقيقة عن أختيها وعن زوج فالأولى من ١٢ وعالت إلى ١٣ للزوجة ٣ وللأخت الشقيقة ٦ وللأخت لأب ٢ وللأخت لأم ٢ والثانية من ٦ وعالت إلى ٧ للزوج ٣ وللأخت لأب ٣ والأخت لأم سهم وسهام الشقيقة من الأولى ٦ لا تستقيم على ٧ ولا توافق فتضرب ٧ فى ١٣ تبلغ ٩١ وهو تصحيح المسألتين (قوله يحصل مخرج المسألتين) أى ما خرج بالضرب فى صورتى الموافقة والمباينة هو مخرج المسألتين فيهما كما علمت وذلك الحاصل يسمى الجامعة والمضروب فى الأولى وهو الثانية أو وفقها يسمى جزء السهم خلافا لما فى الدر المنتقى فتنبه (قوله فتضرب الخ) شروع فى معرفة نصيب كل وارث فى المسألتين من التصحيح وبيانه فيما صورناه للموافقة أنه كان للابن من الأولى ٢ فاضربهما فى المضروب أى وفق الثانية وهو أربعة بثمانية ولكل بنت واحد فى أربعة بأربعة وللزوجة من الثانية واحد فى وفق ما فى يد ميتها وهو واحد بواحد وللبنت أربعة فى واحد بأربعة وللعصبة ثلاثة فى واحد بثلاثة وفيما صورناه للمباينة أنه كان للزوجة من الأولى فقط ٣ فى ٧ تكن ٢١ وللأخت لأب من الأولى ٢ فى ٧ تكن ٢٤ ومن الثانية ٣ فى كل ما فى يد ميتها وهو ٦ تكن ١٦ وللأخت لأم من الأولى ٨ فى ٧ تكن ١٤ ومن الثانية ١ فى ٦ تكن ٦ وللزوج من الثانية فقط ٣ فى ٦ تكن ١٨ (قوله وإن كان فيهم الخ) وذلك كالأخت لأب والأخت لأم فيما صورناه للمباينة لكنه مثال لضرب النصيب من التصحيح الأول فى كل الثانى وضرب النصيب من التصحيح الثانى فى كل ما فى يد الميت الثانى ومثاله للضرب فى الوقف لو مات عن زوجة وبنت منها وعن أب ثم ماتت البنت عن أمها وجدها فالأولى من ٢٤ للبنت النصف ١٢ وللزوجة الثمن ٣ وللأب السدس ٤ فرضا والباقى ١٥ تعصيبا والثانية من ثلاثة للأم الثلث والجد الباقى وهو ٢ وبينها وبين ما فى يد البنت وهو ١٢ موافقة بالثلث فتضرب وفق التصحيح وهو ١ فى كل التصحيح الأول يكن ٢٤ كما هو فللزوجة من الأولى ثلاثة فى واحد وفق التصحيح الأول بثلاثة ولها من الثانية بكونها أما واحد فى ٤ وفق ما فى يد البنت بأربعة والأب من الأولى ٩ فى واحد بتسعة ومن الثانية بكونه جدا لها ٢ فى ٤ تبلغ ٨ (قوله ولو مات ثالث الخ) بيانه

(جعل المبلغ) الثانى (مقام الأولى و) جعل (الثالثة مقام الثانية) فى العمل وهكذا كلما مات واحد تقيمه مقام الثانية والمبلغ الذى قبله مقام الأولى إلى مالا يتناهى وهذا علم العمل فلا تغفل والله تعالى أعلم .

باب المخارج

(الفروض) المذكورة فى القرآن (نوعان الأول النصف) ومخرج كل كسر سميه كالربع من أربعة إلا النصف فإنه من اثنين والربع من أربعة والثمن من ثمانية (والثانى) الثلث و (الثلثان) كلاهما (من ثلاثة والسدس من ستة)

بمثال واحد جامع لما مر من الاستقامة والموافقة والمباينة لو ماتت امرأة عن زوج وبنت من غيره وأم فمات الزوج قبل القسمة عن امرأة وأبوين ثم البنت عن ابنين وبنت وجدة ثم الجدة عن زوج وأخوين فالأولى وهى مسألة المرأة ردية تصح من ستة عشر فللزوج ٤ وللبنت ٩ والأم ٣ والثانية وهى مسألة الزوج تصح من ٤ فيستقيم مافى يده عليها فلا حاجة إلى الضرب والثالثة مسألة البنت من ٦ ونصيبها من الأولى ٩ لاتنقسم على مسألتها وتوافق بالثلث فاضرب ثلث مسألتها وهو ٢ فى ١٦ تبلغ ٣٢ فمنها تصح الفريضتان فمن كان له من ١٦ شئ فمضروب فى ٢ ومن كان له من ٦ شئ فمضروب فى وفق مافى يدها وهو ٣ والرابعة مسألة الجدة من ٤ وسهامها ٩ من ٣٢ لأنه اجتمع لها من بنتها ٦ ومن بنت بنتها ٣ والتسعة لاتستقيم على ٤ ولا تواقف فاضرب ٤ فى ٣٢ تبلغ ١٢٨ فمنها تصح المسائل كلها فمن كان له شئ من ٣٢ فمضروب فى ٤ ومن كان له شئ من ٤ فمضروب فيما فى يدها وهو ٩ وبسط ذلك فى شرح السراجية (قوله جعل المبلغ الثانى) وهو ماصحت منه الأولى والثانية (قوله فى العمل) أى المتقدم بأن تأخذ سهام الميت الثالث من تصحيح مسألتى الأول والثانى وتقسمها على مسألته فإن انقسمت فبها ونعمت وإلا فاضرب وفق الثالثة التى اعتبرتها ثانية أو كلها فى جميع تصحيح الأولين الذى اعتبرته أولا واعتبر الحاصل منهما كمسألة واحدة واقسم ذلك على الورثة فى المسألتين يحصل المطلوب كما علمته فى المثال الجامع (قوله وهذا علم العمل فلا تغفل) يشير إلى صعوبة مسائل هذا الباب ، وأنه لايتقنها إلا أولوا الألباب ، وكل ماهر فى علمى الفرائض والحساب ، والذى يسهاه المباشرة وكثرة العمل بتوفيق الملك الوهاب ، وإتقان عمل الشباك المشهور بين الحساب ، والله تعالى أعلم .

باب المخارج

الأولى أن يقول وغيرها كما قال فيما مر لأن المصنف أدرج باب التصحيح وباب النسب بين الأعداد فى هذا الباب والأنسب تقديمه على المناسخة كما فعل فى السراجية لتوقفها عليه والمخارج جمع مخرج وهو أقل عدد يمكن أن يؤخذ منه كل فرض بانفراده صحيحا فالواحد ليس بعدد عند الحساب لا النحاة (وقوله الفروض الخ) أى الستة الآتية المأخوذة من خمس آيات فى سورة النسا (قوله نوعان) السبب فى أنهم جعلوا الفروض الستة نوعين أن أقلها مقدارا هو الثمن الذى مخرجه الثمانية والربع والنصف يخرجان من الثمانية بلا كسر فجعلوا الثلاثة نوعا واحدا وأقل فرض بعده السدس الذى مخرجه الستة والثلث والثلثان يخرجان منها بلا كسر فجعلوا الثلاثة الأخرى نوعا آخر أفاده السيد (قوله ومخرج كل كسر سميه) أى ماشاركه من الأعداد الصحيحة فى مادة اسمه حتى السدس فإنه شارك مخرجه وهو الستة فى ذلك لأن أصل ستة سدسة قلب كل من الذال والسين الثانية تاء وأدغمت التاء فى التاء فقيل ستة وعبر بالكسر ليشمل ماعدا الفروض المذكورة كالخمس والسبع والتسع والعشر من الكسور المنطقة فانها كذلك وشمل كلامه الكسر المفرد كالنصف والمركب كالثلثين ، واعلم أن المخارج كلما كان أقل كان

على التضعيف والتنصيف فتقول مثلا الثمن وضعفه وضعف ضعفه أو تقول النصف ونصفه ونصف نصفه قلت وأخصر الكل أن تقول الربع والثلث ونصف كل وضعفه فإذا جاء فى المسألة من هذه الفروض أحاد فمخرج كل فرد منفرد سميه إلا النصف كما مر وإذا جاء مثنى أو ثلاث وهما من نوع واحد فكل عدد يكون مخرجا لجزء فذلك العدد أيضا يكون مخرجا لضعفه وأضعافه كالستة هى مخرج للسدس وضعف وضعف ضعفه (فإذا اختلط النصف من النوع الأول (بكل) النوع (الثانى) أى الثلاثة الأخر (أو ببعضه) فإذا كان فى المسألة نصف وثلثان وثلث وسدس كزوج وشقيقتين وأختين لأم وأم (فهى ستة) لتركبها من ضرب اثنين فى ثلاثة (أو) اختلط (الربع) من النوع الأول (بكل الثانى أو ببعضه) فإذا كان فى المسألة زوجة ومن ذكر (فمن اثنى عشر) لتركبها من ضرب

الفرض أكثر وكلما كان أكثر كان الفرض أقل فإن النصف أكثر من الربع مثلا ومخرجه أقل من مخرجه (قوله على التضعيف) أراد بذلك أن الثمن إذا ضعف حصل الربع وإن الربع إذا ضعف حصل النصف وكذا السدس إذا ضعف صار ثلثا وإذا ضعف الثلث صار ثلثين سيد (قوله والتنصيف) أراد أن النصف إذا نصف صار ربعا وإن الربع إذا نصف صار ثمنا وكذا الحال فى تنصيف الثلث والثلثين سيد (قوله فتقول مثلا الخ) أى وتقول كذلك فى النوع الثانى والحاصل أنه إذا بدئ بالأصغر من النوعين فهو على التضعيف أو بالأكبر فعلى التنصيف (قوله وأخصر الكل) أى أخصر العبارات التى عبر بها عن النوعين (قوله أحاد) أى واحد واحد فمعناه مكرر وإن ذكر مرة واحدة وكرره فى السراجية نظرا إلى جانب اللفظ كحديث صلاة الليل مثنى مثنى أفاده السيد وما فى شرح ديوان المتنبى للإمام الواحدى من أنه لا يقال هو أحاد أى واحد إنما يقولون جاؤا أحاد أحاد أى واحدا واحدا وأحاد فى موضع الواحد خطأ اه لا يدل على عدم جوازه مرة واحدة فى المتعدد كما فيما نحن فيه وإنما يدل على عدم جوازه فى واحد فلا يقال زيد أحاد فافهم (قوله وهما) أى المثنى أو الثلاث من نوع واحد أى من النوع الأول فقط أو الثانى فقط بلا اختلاط شئ من أحد النوعين فى الآخر (قوله لجزء) أى أقل جزء منها (قوله يكون مخرجا لضعفه الخ) لأن مخرج الضعف موجود فى مخرج الجزء فيستغنى به عن مخرج الضعف فمخرج الثلث والثلثين من ثلاثة وهى داخلة فى الستة مخرج السدس وكذا كل واحد من مخرج الربع والنصف داخل فى مخرج الثمن فإذا اجتمع فى المسألة السدس والثلث كأم وأختين لأم أو السدس والثلثان كأم وأختين لأبوين فهى ستة ،أو الثلث والثلثين كأختين لأبوين وأختين لأم فمن ثلاثة أو اجتمع الثلاثة كأم وأختين لأم وأختين لأبوين فمن ستة وإذا اجتمع فيها الثمن مع النصف كزوجة وبنت فمن ثمانية أو الربع والنصف كزوج وبنت فمن أربعة ولا يتصور اجتماع الربع مع الثمن ولا اجتماع الثلاثة (قوله فإذا اختلط النصف الخ) محترز قوله وهما من نوع واحد فما مر كان فى اختلاط أفراد كل نوع بعضها مع بعض وهذا شروع فى اختلاطها مع أفراد النوع الآخر كلا أو بعضا واعلم أن صور الاختلاط مطلقا سبعة وخمسون منها سبعة وعشرون شرعية وثلاثون عقلية وقد لخصت الجميع فى الرحيق المختوم فراجعه (قوله كزوج الخ) مثال لاختلاط النصف مع الثلاثة وفيه لف ونشر مرتب ويعلم منه أمثلة اختلاط النصف مع بعضها بأن كان الزوج مع واحد من هؤلاء فقط أو مع اثنين منهم (قوله لتركبها من ضرب اثنين فى ثلاثة) هذا إنما يظهر إذا لم يكن فى المسألة سدس أما إذا كان فيها ذلك فيكتفى بمخرجه لأن مخرج النصف اثنان ومخرج الثلث والثلثين ثلاثة وكلاهما داخلان فى الستة فيكتفى بها ط (قوله فإذا كان فى المسألة زوجة ومن ذكر) أى فى المثال السابق من الشقيقتين والأختين لأم والأم وهذا مثال لاختلاط الربع بكل الثانى ويعلم منه اختلاطه ببعضه بأن كانت الزوجة مع واحد من هؤلاء فقط أو مع اثنين منهم لظهور

الأربعة فى ثلاثة لموافقة الستة بالنصف (أو) اختلط (الثمن) من النوع الأول ببعض الثانى وأما بكله فغير متصور إلا على رأى ابن مسعود أوفى الوصايا فليحفظ (فمن أربعة وعشرين) كزوجة وبنتين وأم لتركبها من ضرب الثمانية فى ثلاثة لما قدمنا من موافقة الستة بالنصف ولا يجتمع أكثر من أربع فروض فى مسألة واحدة ولا يجتمع من أصحابها أكثر من خمس طوائف ولا ينكسر على أكثر من أربع فرق (وإذا انكسر سهام فريق

(قوله لموافقة الستة بالنصف) تعليل لما أفهمه كلامه من ضرب الأربعة فى ثلاثة دائما: أى سواء كان فيما مامر سدس أو لا أما الثانى فظاهر، وأما الأول فلأن مخرج السدس من ستة وهى موافقة للأربعة مخرج الربع بالنصف، ونصفها ثلاثة فلذا تضرب الأربعة فى ثلاثة دائما فافهم (قوله ببعض الثانى) ليس على إطلاقه فإنه يختلط مع الثلثين كزوجة وبنتين ومع السدس كزوجة وأم وابن ومع الثلثين والسدس كزوجة وبنتين وأم وأما اختلاط الثمن مع غير ذلك فلا يتصور إلا على رأى ابن مسعود الآتى من أن المحروم عنده يحجب غيره حجب نقصان فيختلط عنـده مع الثلث كزوجة وأختين لأم وابن محروم ومع الثلث والسدس كهم وأم ومع الثلثين والثلث كزوجة وشقيقتين وأختين لأم وابن محروم (قوله إلا على رأى ابن مسعود) كما لو ترك إبنا كافرا وزوجة وأما وأختين لأب وأم وأختين لأم فإنهما من ٢٤ وتعول إلى ٣١ عنده اهـ ح أما عند غيره فهى من ١٢ وتعول إلى ١٧ (قوله أو فى الوصايا) كما لو أوصى لرجل بثمن ماله ولآخر بثلثيه ولآخر بثلثه ولآخر بسدسه ولا وارث له أو كان وأجاز الكل فهى من ٢٤ وتعول إلى ٣١ نظير ماقال ابن مسعود وكذا ماقدمنا من الصور التى لاتأتى إلا على رأيه تأتى على رأى غيره فى الوصايا أيضا كما لايخفى (قوله فى ثلاثة) أى دائما سواء كان سدس أو لا وبه يتضح التعليل كما نبهنا على نظيره قبله (قوله من موافقة الستة بالنصف) لكن فيما تقدم كانت موافقتها بالنصف الأربعة وهنا للثمانية (قوله ولا يجتمع أكثر من أربع فروض) أى غير مكررة فلا يرد زوج وأم وأخت لأبوين وأخت لأب وأختان لأم اهـ ح (قوله ولا يجتمع من أصحابها أكثر من خمس طوائف) بيانه لو مات ميت عن زوج أو زوجة وعن أب وأم وجد وجدة وبنت وبنت ابن وأخت شقيقة وأخت لأب وأخ وأخت لأم فهؤلاء أصحاب الفروض المقدرة لكن الجد والأخوات يحجبون بالأب والجدة بالأم فالباقى من له الثمن أو الربع، وهو أحد الزوجين ومن له النصف وهو البنت ومن له السدس وهو ثلاث طوائف الأب والأم وبنت الإبن فغايتهم خمس طوائف فإن لم يكن الأب والجد والبنت وبنت الإبن فالباقى من له الربع أو النصف وهو أحد الزوجين ومن له النصف وهو الشقيقة ومن له السدس وهو طائفتان الأم والأخت لأب ومن له الثلث وهو أولاد الأم والطوائف هنا خمسة أيضا (قوله ولا ينكسر على أكثر من أربع فرق) لأنه لابد أن يكون أحد الطوائف الخمس من هو منفرد كالأب أو الأم أو الزوج ولا تنكسر سهامه عليه أصلا (قوله وإذا انكسر سهام فريق الخ) شروع فى تصحيح المسائل والمراد به بيان أقل عدد يتأتى فيه نصيب كل وارث بلا كسر.

واعلم أنه يحتاج هنا إلى سبعة أصول ثلاثة منها بين السهام والرؤوس وأربعة منها بين الرؤوس والرؤوس أما الثلاثة التى بين السهام والرؤوس فأحدها الاستقامة بأن تكون سهام كل فريق منقسمة عليهم بلا كسر كأبوين وأربع بنات فلا حاجة فيها إلى الضرب وثانيها الإنكسار مع المباينة بأن تكون السهام منكسرة على طائفة واحدة ولا يكون بين سهامهم ورؤوسهم موافقة فاضرب عدد الرؤوس فى أصل المسألة فقط أو مع عولها إن عالت وثالثها الإنكسار مع الموافقة بأن تنكسر السهام على طائفة واحدة لكن سهامهم ورؤوسهم موافقة فاضرب وفق رؤوسهم فى أصل المسألة أو فيه مع عولها وأما الأربعة التى بين الرؤوس والرؤوس فهى التماثل والتداخل والتوافق والتباين وسيذكر المصنف بيان معرفة هـذه الأربعة ولا تأتى هـذه الأربعة إلا إذا كان الكسر على طائفتين فأكثر وإنما لم يعتبروا

عليهم ضربت عددهم فى أصل المسألة) وعولها إن كانت عائلة (كامرأة وأخوين) للمرأة الربع يبقى لهما ثلاثة لاتستقيم ولا توافق فاضرب اثنين فى أربعة فتصح من ثمانية (وإن وافق سهامهم عددهم ضربت وفق عددهم فى أصل المسألة) وعولها (كامرأة وست أخوة) فلهم ثلاثة توافقهم بالثلث فاضرب اثنين فى أربعة فتصح من ثمانية أيضا (فإن انكسر سهام فريقين أو أكثر وعدد رؤوسهم متماثلة ضربت أحد الأعداد فى أصل المسألة) وعولها (كثلاث بنات وثلاثة أعمام فتكتفى بأحد المتماثلين فاضرب ثلاثة فى أصل المسألة) تكن تسعة منها تصح وإن الكسر على ثلاث فرق أو أربع

التداخل بين السهام والرؤوس كما اعتبروه بين الرؤوس والرؤوس بل ردوه إلى الموافقة إن كانت الرؤوس أكثر وإلى المماثلة إن كانت السهام أكثر كستة على ثلاثة للاختصار كما سيتضح قريبا وقد ذكر المصنف هذه الأصول السبعة بأمثلتها على هذا الترتيب المذكور إلا الإستقامة فإنه حذفها لظهورها (قوله عليهم) أى على الفريق وجمع باعتبار المعنى (قوله إن كانت عائلة) أى يضرب فيهما إن كان عول وإلا فى أصل المسألة فقط وإنما ترك المصنف هذا التفصيل هنا وفيما بعده إشارة إلى أن المسألة وعولها صار بمنزلة أصل المسألة فى أن عدد الرؤوس يضرب فيهما كما يضرب فى أصلها كما أفاده السيد (قوله كامرأة وأخوين) مثال لغير العائله وأصلها أربعة والعائلة كزوج وخمس أخوات لغير أم أصلها ستة للزوج النصف ثلاثة وللأخوات الثلثان أربعة فعالت إلى سبعة وبين سهام الأخوات ورؤوسهن مباينة فاضرب عدد رؤوسهن خمسة فى أصل المسألة مع عولها وهو ٧ تبلغ ٣٥ ومنها تصح (قوله وعولها) أى إن كانت عائلة وإلا فنى أصل المسألة فقط كما ذكره المصنف (قوله كامرأة وست أخوة) مثال لغير العائلة وأصلها أربعة أيضا والعائلة كزوج وأبوين وست بنات أصلها ١٢ فللزوج الربع ٣ وللأبوين السدسان ٤ وللست بنات الثلثان ٨ فعالت إلى خمسة عشر وانكسر ٨ سهام البنات على ٦ عدد رؤوسهن لكن بينهما موافقة بالنصف فرددنا عدد رؤوسهن إلى نصفه وهو ٣ ثم ضربناه فى الأصل مع العول وهو ١٥ فحصل ٤٥ ومنها تصح (قوله فلهم ثلاثة توافقهم بالثلث) اعتبر الموافقة مع أن بين الثلاثة والستة مداخلة إشارة إلى عدم اعتبار التداخل بين السهام والرؤوس كما قدمنا لأنه وإن أمكن اعتباره بأن تضرب الأكبر وهو ٦ جميع عدد الرؤوس فى ٤ لكنه يؤدى إلى التطويل وترك تطويل الحساب ربح فلذا أرجعناه إلى الموافقة وكذا لو كانت البنات ٤ فى المثال الذى ذكرناه للعائلة فلا تضرب الأكبر وهو ٨ جميع عدد سهامهن لما قلنا بل يرجع إلى التماثل لصحة القسمة بلا ضرب (قوله فإن انكسر الخ) شروع فى الأصول الأربعة التى بين الرؤوس والرؤوس:

واعلم أنك أولا تنظر بين كل فريق مع سهامه فإن تباينا فاثبت الفريق كاملا وإن توافقا فاثبت وفق الفريق ثم تنظر بين الأعداد المثبتة بهذه الأصول الأربعة فإن تماثل العددان فاضرب أحدهما فى أصل المسألة وإن تداخلا فاضرب أكبرهما فيه وإن توافقا ضربت الوفق فى كامل الآخر ثم الحاصل فى أصل المسألة وإن تباينا ضربت أحدهما فى الآخر ثم الحاصل فى أصل المسألة وقد ذكر المصنف هذه الأربعة على هذا الترتيب. والمضروب فى أصل المسألة يسمى جزء السهم كما سيأتى (قوله أو أكثر) أى ثلاثة أو أربعة لا أكثر كما مر (قوله وعدد رؤسهم متماثلة) الأولى أن يقول وأعداد جمع عدد قال السيد والمراد بأعداد الرؤوس مايتناول عين تلك الأعداد ووفقها أيضا فإنه إذا كان بين رؤوس طائفة وسهامهم مثلا موافقة يرد عدد رؤوسهم إلى وفقه أولا ثم تعتبر المماثلة بينه وبين سائر الأعداد كما ستطلع عليه (قوله وعولها) كست أخوات شقيقات وثلاث أخوات لأم وثلاث جدات أصلها ٦ وتعول إلى ٧ للشقيقات الثلثان ٤ لاتنقسم وتوافق بالنصف وهو ثلاثة وللأخوات لأم الثلث ٢ لاتنقسم ولا توافق وللجدات السدس ١ كذلك فاجتمع معك ثلاثة أعداد متماثلة فاضرب واحدا منها فى الفريضة تبلغ ٢١ ومنها تصح زيلعى (قوله وإن الكسر على ثلاث فرق الخ) يشير إلى ماذكرناه من النظر أولا إلى كل فريق مع سهامه ثم إلى الأعداد المثبتة فلا فرق بين الفريقين والأكثر فيما ذكره وإنما الفرق

فاطلب المشاركة أولا بين السهام والأعداد ثم بين الأعداد والأعداد ثم افعل كما فعلت فى الفريقين فى المداخلة والمماثلة والموافقة والمباينة فاحصل يسمى جزء السهم فاضرب به فى أصل المسألة أشار إليه بقوله (وإن دخل بعض الأعداد فى بعض كأربع زوجات وثلاث جدات واثنى عشر عما ضربت أكثر الأعداد) لتداخلها (فى أصل المسألة) وهو اثنا عشر تكن مائة وأربعة وأربعين منها تصح (وإن وافق بعضها بعضا) كأربع زوجات وخمسة عشر جدة وثمان عشرة بنتا وستة أعمام ضربت وفق أحدها) أى أحد الأعداد (فى جميع الآخر والخارج فى وفق الثالث إن وافق وإلا فى جميعه ثم الرابع كذلك) ثم المجتمع وهو جزء السهم وهو فى مسألتنا مائة وثمانون فى أصل المسألة وهو هنا أربعة وعشرون يحصل أربعة آلاف وثلثمائة وعشرون منها تصح (وإن تباينت) أعداد رؤوس من انكسر عليهم سهامهم (كامرأتين وعشر بنات وست جدات وسبعة أعمام ضربت أحدها) أى أحد الأعداد (فى جميع الثانى والحاصل فى جميع الثالث والحاصل فى جميع الرابع) يحصل جزء السهم وهو هنا مائتان وعشرة لتوافق رؤوس البنات والجدات لسهامهم بالنصف فاضربها فى أصل المسألة وهو هنا أربعة وعشرون يحصل خمسة آلاف وأربعون ومنها تستقيم (وإذا أردت معرفة التماثل والتوافق والتداخل والتباين بين العددين)

من حيث إن الفرق إذا كانوا ثلاثة مثلا تزيد صورها ويتكرر الضرب لتعدد المثبتات ، لأنك إذا نظرت أولا بين الفرق الثلاث وسهامها ، فإما أن يباين كل فريق منها سهامه أو يوافقها أو توافق فريقين وتباين الآخر أو تباين فريقين وتوافق الآخر فهذه أربعة أحوال ، ثم تنظر فى كل حال منها بين المثبتات بالأصول الأربعة فتبلغ ٥٢ صورة محل بيانها المطولات كشرح الترتيب وغيره (قوله فاطلب المشاركة) الأولى التعبير بالمناسبة ط (قوله ثم افعل كما فعلت فى الفريقين) الأولى أن يقول كما تفعل لأنه لم يتقدم من أحوال الفريقين إلا المماثلة ، وأما المداخلة والموافقة والمباينة فستأتى فافهم (قوله أشار إليه) أى إلى ضرب جزء السهم وإلى ماقدمه من قوله وإن انكسر على ثلاث فرق الخ تأمل (قوله كأربع زوجات الخ) أصلها من ١٢ للجدات السدس ٢ وللزوجات الربع ٣ والأعمام الباقى ٧ وبين سهام كل فريق منهم وعدد رؤوسهم مباينة فأخذنا أعداد الرؤوس بتمامه وهى ٤ و٣ و١٢ فوجدنا الأولين متداخلين فى الثالث وهو ١٢ فضربناه فى أصل المسألة وهو أيضا ١٢ ومنها تصح (قوله كأربع زوجات وخمسة عشر جدة الخ) الأولى خمس عشرة والمسألة أصلها من ٢٤ للزوجات الثمن ٣ لاتستقيم ولا توافق فحفظنا عددهن ٤ وللجدات السدس ٤ تباين عددهن وهو ١٥ فحفظناه أيضا وللبنات الثلثان ١٦ توافق عددهن وهو ١٨ بالنصف وهو ٩ فحفظناه والأعمام الباقى وهو ١ يباين عددهم وهو ٦ فحفظناه أيضا فصار المحفوظ ٤ و٦ و٩ و ١٥ ثم طلبنا المناسبة بين ذلك فوجدنا الأربعة موافقة للستة بالنصف فضربنا نصف أحدهما فى كامل الآخر بلغ ١٢ وهى موافقة للتسعة بالثلث فضربنا ثلث أحدهما فى كامل الآخر بلغ ٣٦ وبينهما وبين ١٥ موافقة بالثلث أيضا فضربناها فى ثلث ١٥ وهو ٥ بلغ ١٨٠ هى جزء السهم (قوله كامرأتين الخ) أصلها ٢٤ للزوجتين الثمن ٣ وبينهما مباينة فحفظنا عدد رؤوسهن وهو ٢ وللبنات الثلثان ١٦ توافق عددهن وهو ١٠ بالنصف وهو ٥ فحفظناه وللجدات السدس ٤ توافق عددهن وهو ٦ بالنصف وهو ٣ فحفظناه والأعمام الباقى وهو ١ يباين عددهم وهو ٧ فحفظناه فصار المحفوظ ٢ و ٣ و ٥ و ٧ وكلها متباينة فضربنا ٢ فى ٣ بلغ ٦ ثم ضربنا ٦ فى ٥ بلغ ٣٠ ثم ضربنا ٣٠ فى ٧ بلغ ٢١٠ هى جزء السهم وتمام العمل ما ذكره الشارح ، وأما معرفة نصيب كل منهم فى جميع هذه الأمثلة وغيرها فسيأتى بيانها (قوله وإذا أردت معرفة التماثل الخ) شروع فى بيان النسب بين الأعداد وهى أربعة كالنسب بين الكليات المنطقية فكل عددين لابد أن يكون بينهما نسبة منها لأن العددين إما أن يتساويا

هذه مقدمة يحتاج إليها فى تقسيم التركة (فتماثل العددين كون أحدهما مساويا للآخر) كثلاثة وثلاثة (وتداخل العددين المختلفين) بأحد أمرين على ماهنا إما (بأن يعد أقلهما الأكثر) أى يفنيه (أو يكون أكثر العددين منقسما على الأقل قسمة صحيحة) بلا كسر كقسمة الستة على ثلاثة أو اثنين (وتوافق العددين أن لا يعد) أى لا يفنى أقلهما الأكثر لكن يعدهما (عدد ثالث) كالثمانية مع العشرين يعدهما أربعة فهما متوافقان بالربع (وتباين العددين) أن لا يعدّ العددين المختلفين (عدد ثالث) أصلا كالتسعة مع العشرة (وإذا أردت معرفة التوافق والتباين بين العددين المختلفين أسقط الأقل من الأكثر من الجانبين) مرارا حتى إذا اتفقا فى درجة واحدة (فإن توافقا فى واحد تباينا) الأوفق (وإن توافقا فى اثنين فبالنصف أو ثلاثة فبالثلث) هكذا (إلى العشرة)

أو لا فإن تساويا فهما متماثلان وإلا فإما أن يفنى الأقل الأكثر أو لا فإن أفناه فهما متداخلان وإلا فإما أن يفنيهما عدد ثالث أو لا فإن كان فمتوافقان وإلا فمتباينان (قوله هذه مقدمة الخ) أى هذه النسب يحتاج إلى معرفتها فى تقسيم التركة على أعداد المستحقين بلا كسر بأن تصحح المسأله من أقل عدد يمكن فهى توطئة لتصحيح المسائل فكان ينبغى تقديمها عليه . واعلم أن العدد ماتألف من الآحاد كالإثنين فصاعدا ومن خواصه أن يساوى نصف مجموع حاشيتيه القريبتين أو البعيدتين كالأربعة مثلا فإن حاشيتها القريبتين ثلاثة وخمسة ومجموعهما ثمانية والأربعة نصف الحاشيتين وحاشيتاها البعيدتان إثنان وستة أو واحد وسبعة والأربعة نصف مجموعهما وكالإثنين يساوى نصف مجموع الواحد والثلاثة وبه علم أن الواحد لا يسمى عددا عند الحساب (قوله المختلفين) أى فى القلة والكثرة والاختلاف لا يتصور فى التماثل بل فى التداخل وما بعده إلا أنه صرح به فى التداخل وحده وأشعر به فيما بعده سيد (قوله على ماهنا) لأنه زاد فى السراجية أمرين آخرين الأول أن تزيد على الأقل مثله أو أمثاله فيساوى الأكثر الثانى أن يكون الأقل جزء الأكثر وهو من قبيل الاختلاف فى العبارة (قوله أى يفنيه) بمعنى أنه إذا ألقى الأقل من الأكثر لم يبق من الأكثر شىء كالثلاثة والستة فإذا ألقيت الثلاثة من الستة مرتين فنيت الستة بالكلية وكذا إذا ألقيتها من التسعة ثلاث مرات بخلاف الثمانية فإنك إذا ألقيت منها الثلاثة مرتين بقى اثنان فلا يمكن إفناؤها بالثلاثة لكن إذا ألقى منها اثنان أربع مرات فنيت الثمانية فهما أيضا متداخلان سيد (قوله يعدهما أربعة) وكذا يعدهما اثنان فيتوافقان بالنصف لكن إذا تعدد العاد اعتبر الأكبر ليكون جزء الوفق أقل كالاثنى عشر والثمانية عشرة يتوافقان بالنصف والثلث والسدس إلا أن العبرة فى سهولة الحساب بتوافقهما فى السدس (قوله فيتوافقان بالربع) لأن العدد العاد لها مخرج لجزء الوفق بينهما فلما عدهما الأربعة وهى مخرج للربع كانا متوافقين به سيد (قوله كالتسعة مع العشرة) فإنه لا يعدهما شىء سوى الواحد الذى ليس بعدد .

[تنبيه] زاد ابن الكمال فى التعريف قيد آخر وهو أن لا يفنى أحدهما الآخر لأن الإثنين مع الأربعة لا يعدهما عدد ثالث مع أنهما من المتداخلين لا من المتباينين وبالقيد المذكور يحترز عنهما لأن الإثنين يعد الأربعة (قوله وإذا أردت معرفة التوافق الخ) لما كانت معرفة التماثل والتداخل بين العددين ظاهرة وفى معرفة التوافق والتباين بينهما خفاء ذكر لها طريقة أخرى (قوله من الجانبين) أى تسقط الأقل من الأكثر إلى أن يصير الأكثر أقل ثم تنقصه عن الأقل اه قاسم (قوله تباينا) أى حصل التباين بينهما كالخمسة مع السبعة فإنك إذا أسقطت الخمسة من السبعة بقى اثنان فإذا أسقطتهما من الخمسة مرتين بقى واحد (قوله فبالنصف) أى فهما متوافقان بالنصف كالستة مع العشرة فإنك إذا أسقطت الستة من العشرة بقى أربعة فإذا أسقطتها من الستة بقى اثنان (قوله فبالثلث) أى فهما متوافقان بالثلث كالتسعة مع الإثنى عشر (قوله هكذا إلى العشرة) أى وإن توافقا فى أربعة فهما متوافقان بالربع كثمانية مع العشرين أو فى خمسة فبالخمس كخمسة عشر مع خمسة وعشرين أو فى ستة فبالسدس كاثنى عشر

وتسمى الكسور المنطقة (أو أحد عشر فيجزء من أحد عشر وهكذا) ويسمى الأصم (وإذا أردت معرفة نصيب كل فريق) كالبنات والجدات والأعمام وغيرهم (من التصحيح) الذى استقام على الكل (فاضرب ماكان له) أى لكل فريق (من أصل المسألة منها) أى فى جزء السهم الذى ضربته (فى أصل المسألة يخرج نصيبه) أى ذلك الفريق (ثم إذا) أردت معرفة نصيب كل واحد من آحاد ذلك الفريق (ضربت سهام كل وارث فى) جزء السهم (المضروب يخرج نصيبه) والأوضح طريق النسبة وهو أن تنسب سهام كل فريق من أصل المسألة إلى عدد رؤسهم وحدهم ثم نعطى بمثل تلك النسبة من المضروب لكل واحد من آحاد ذلك الفريق

مع ثمانية عشر أو فى سبعة فبالسبع كأربعة عشر مع إحدى وعشرين أو فى ثمانية فبالثمن كستة عشر مع أربعة وعشرين أو فى تسعة فبالتسع كثمانية عشر مع سبعة وعشرين أو فى عشرة فبالعشر كالعشرين مع الثلاثين (قوله وتسمى الكسور المنطقة) الكسر المنطق هو مايعبر عنه حقيقة بلفظ الجزئية وغيره كالخمس فإنه كما يقال فيه خمس يقال فيه جزء من خمسة والأصم مالا يعبر عنه إلا بلفظ الجزئية كالواحد من أحد عشر فلا يقال فيه سوى جزء من أحد عشر جزءاً من الواحد (قوله أو أحد عشر) أى وإن توافقا فى أحد عشر فهما متوافقان بجزء من أحد عشر كاثنين وعشرين مع ثلاثة وثلاثين (قوله وهكذا) كما إذا توفقان فى جزء من ثلاثة عشر كستة وعشرين مع تسعة وثلاثين أو فى جزء من سبعة عشر كأربعة وثلاثين مع واحد وخمسين أو فى جزء من تسعة عشر كثمانية وثلاثين مع سبعة وخمسين .

[تنبيه] إذا توافقا فى عدد مركب وهو ما يتألف من ضرب عدد فى عدد كخمسة عشر مع خمسة وأربعين فإن شئت قلت هما متوافقان بجزء من خمسة عشر وإن شئت نسبت الواحد إليه بكسرين يضاف أحدهما إلى الآخر فتقول بينهما موافقة بثلث خمس أو خمس ثلث فيعبر عنه بالجزء وبالكسور المنطقة المضافة بخلاف غير المركب فإنه لايعبر عنه إلا بالجزء (قوله وإذا أردت الخ) شروع فى معرفة نصيب كل فريق وفى معرفة نصيب كل واحد من آحاد ذلك الفريق والثانى يسمى قسمة النصيب بيان ذلك فى المسألة الأخيرة أنه كان للزوجتين من أصل المسألة ٣ فاضربها فى جزء السهم الذى ضربته فى أصل المسألة وهو ٢١٠ تبلغ ٦٣٠ فهى نصيب الزوجات من التصحيح وكان للبنات ١٦ فاضربها فى جزء السهم المذكور تبلغ ٣٣٦٠ فهى لهن وكان للجدات ٤ فاضربها فيه أيضا تبلغ ٨٤٠ فهى لهن وكان للأعمام سهم فاضربه فى ٢١٠ فهى لهم (قوله ضربت سهام كل وارث الخ) أى بعد أن تقسم ماكان لكل فريق من أصل المسألة على عدد رؤوسهم وكان عليه أن يذكر ذلك حتى يعرف مايضرب فى جزء السهم بيانه كان للزوجتين من أصل المسألة ٣ فاقسمها عليهما يخرج واحد ونصف فاضربه فى المضروب وهو ٢١٠ تبلغ ٣١٥ فهى لكل زوجته وكان للبنات ١٦ فاقسمها على ١٠ عدد رؤوسهن يخرج سهم وثلاثة أخماس سهم فاضربه فى المضروب تبلغ ٣٣٦ فهى لكل بنت وكان للجدات ٤ فاقسمها على ٦ عدد رؤوسهن يخرج ثلثان فاضربه فى المضروب يبلغ ١٤٠ فهى لكل جدة وكان للأعمام سهم فاقسمه على عددهم ٧ يخرج سبع سهم فاضربه فى المضروب تبلغ ٣٠ فهى لكل عم (قوله والأوضح طريق النسبة الخ) ففى المسألة المذكورة كان للزوجتين ٣ ونسبتها إليهما مثل ونصف فاعط كل واحدة من المضروب مثل تلك النسبة أى مثله ونصف مثله يكن مامر وسهام البنات ١٦ نسبتها إلى رؤوسهن وهو ١٠ مثل وثلاثة أخماس مثل فاعط كل واحدة من المضروب مثله وثلاثة أخماس مثله يكن مامر وسهام الجدات ٤ نسبتها إلى رؤوسهن وهو ٦ ثلثان فاعط كل واحدة ثلثى المضروب يكن مامر وللأعمام سهم نسبته إلى رؤوسهم وهو ٧ سبع سهم فاعط كل واحد منهم سبع المضروب يكن مامر وإنما كان هذا أوضح لأنه لايحتاج فيه إلى قسمة وضرب وقد قيل من ملك النسبة ملك الحساب لكن

(وإذا أردت قسمة التركة بين الورثة والغرماء) يعني أن كلا وحده لامعا لتقدم الغرماء على قسمة المواريث كما في شرح السراجية لحيدر (فإن كان بين التركة والتصحيح مماثلة) فظاهر أو (موافقة ضربت سهام كل وارث من التصحيح في جميع التركة) كذا في نسخ المتن والشرح والموافق للسراجية وغيرها في وفق التركة فإنما يضرب في جميع التركة عند المباينة وهذا لمعرفة نصيب كل فرد (وتعمل كذلك في معرفة نصيب كل فريق) منهم وأما قضاء الديون فإن وفى فيها (و) إن لم يوف وتعدد الغرماء (ينزل مجموع الديون) كالتصحيح للمسألة (و) ينزل (كل دين)

ربما كانت النسبة أعسر فالعمل بالضرب أيسر وثمة طرق أخر (قوله وإذا أردت قسمة التركة الخ) لما فرغ من تعيين نصيب كل فريق من التصحيح ثم تعيين نصيب كل وارث منه شرع في بيان المقصود وهو تعيين نصيب كل وارث من كل التركة بطريقين يتوافقان على معرفة نصيب كل وارث من التصحيح (قوله يعني أن كلا وحده) جواب عما أورد من أن قوله كالسراجية والغرماء بالواو وغير صحيح لأن التركة إن كانت وافية بجميع الديون وبقي للورثة شيء لايحتاج إلى القسمة بين الغرماء وتكون القسمة بين الورثة وإلا لم يبق للورثة شيء وحاصل الجواب أن المراد وبين الغرماء فلفظ بين مقدر أي بين أفراد هذه الطائفة وبين أفراد هذه الطائفة فالقسمة متعددة بتعدد أحوالها لا واحدة على الطائفتين معا أو يجاب بأن الواو بمعنى أو فيكون المعنى أيضا ماقلنا (قوله ضربت سهام كل وارث الخ) أي ثم قسمت المبلغ على التصحيح إن ضربت في كل التركة أو على وفقه إن ضربت في وفقها وهذا لابد منه وإن تركه المصنف والشارح (قوله والموافق للسراجية الخ) لم يقل والصواب لأنه عند الموافقة يصح الضرب في كل التركة كما في المباينة وكذا في المداخلة إلا أن فيه تطويل الحساب فكان الأولى الضرب في الوفق عند الموافقة وفي الكل عند المباينة مثال الموافقة زوج وأخوان لأم وشقيقتان أصلها من ٦ وتعول إلى ٩ والتركة ٦٠ دينارا بينها وبين التصحيح موافقة بالثلث فللزوج من التسعة ٣ فاضربها في ٢٠ وفق التركة يكن ٦٠ فاقسمها على وفق التصحيح وهو ٣ يخرج ٢٠ هي له من التركة ولأحد الأخوين سهم فاضربه في الوفق يكن ٢٠ فاقسمها على الثلاثة يخرج ٦ وثلثان هي له ولأخيه مثله ولإحدى الشقيقتين ٢ فاضربهما في الوفق يكن ٤٠ واقسمها على الثلاثة يخرج ١٣ وثلث هي لها ولأختها مثلها ومثال المباينة زوج وأم وشقيقة أصلها من ٦ وتعول إلى ٨ والتركة ٢٥ دينارا فبينهما مباينة للزوج من الثمانية ٣ فاضربها في ٢٥ كل التركة تبلغ ٧٥ فاقسمها على ٨ يخرج ٩ وثلاثة أثمان هي له وللشقيقة مثله وللأم من الثمانية ٢ فاضربهما في ٢٥ تبلغ ٥٠ فاقسمها على ٨ يخرج ٦ وربع هي لها ولو ضربت في المثال الأول سهام كل وارث من التصحيح في كل التركة ثم قسمت الحاصل على كل التصحيح كما فعلت هنا لصح ذلك ولكن فيه تطويل كما قلنا ولو كانت التركة في المثال الثاني ٢٤ كان بينها وبين التصحيح مداخلة لدخول الثمانية في ٢٤ ويجوز العمل فيها كالمباينة أيضا لكن الأخصر عمل الموافقة لاشتراكهما في كسر وهو الثمن مخرج أقلهما وهو الثمانية فهما في حكم المتوافقين (قوله وتعمل كذلك في معرفة نصيب كل فريق منهم) بأن تضرب في المثال الأول نصيب الأخوين ونصيب الأختين فيما ضربت فيه نصيب أحدهما وتقسم الحاصل على وفق التصحيح فالخارج نصيب كل فريق وما ذكره من القسمة بطريق الضرب هو أشهر أوجه خمسة وبيانها مع بيان مالو كان في التركة كسر في المطولات (قوله وأما قضاء الديون) أي طريق قسمتها وتسمى المحاصة (قوله فيها) أي بالتوفية يحصل المقصود ونعمت هي (قوله وتعدد الغرماء) فلو كان الغريم واحدا فلا قسمة (قوله ينزل مجموع الديون كالتصحيح الخ) بأن تنظر بين مجموع الديون وبقية التركة بعد التجهيز فإن توافقا كما إذا ترك ١٢ دينارا وعليه ١٨ لزيد ٤ ولعمرو ٢ ولبكر ١٢ فالموافقة

غريم (كسهام وارث) ويعمل كما مر ثم شرع فى مسألة التخارج فقال (ومن صالح من الورثة) والغرماء على شيء معلوم منها (طرح) أى اطرح سهمه من التصحيح وجعل كأنه استوفى نصيبه (ثم قسم الباقى من التصحيح) أو الديون (على سهام من بقى منهم) فتصح منه كزوج وأم وعم فصالح الزوج على ما فى ذمته من المهر وخرج من بين الورثة فاطرح سهامه من التصحيح وهى ثلاثة واقسم باقى التركة وهى ما عدا المهر بين الأم والعم أثلاثا بقدر سهامهما من التصحيح قبل التخارج وحينئذ يكون سهمان للأم وسهم للعم ولا يجوز أن يجعل الزوج كأن لم يكن لئلا ينقلب فرض الأم من ثلث أصل المال إلى ثلث أصل الباقى لأنه حينئذ يكون للأم سهم وللعم سهمان وهو خلاف الإجماع قاله السيد وغيره

قلت: وهذا هو الصواب ولقد غلط فى قسمة هذه المسألة صاحب المختار وصاحب مجمع البحرين وغيرهما على ما عندى من النسخ فإنهما قسما الباقى الأم سهم وللعم سهمان وقد علمت أنه خلاف الإجماع وقال العلامة قطب الدين محمد بن سلطان فى شرحه للكنز وقوله واجعله كأن لم يكن فيه نظر

بالسدس فاضرب دين كل واحد منهم فى وفق التركة وهو ٢ ثم اقسم الحاصل على وفق مجموع الديون وهو ٣ يخرج لزيد ٢ وثلثان ولعمرو ١ وثلث ولبكر ٨ وإن تباينا كما إذا فرضنا التركة فى مسألتنا ١١ فاضرب دين كل فى كل التركة واقسم الحاصل على مجموع الديون يخرج لزيد ٢ وأربعة أتساع ولعمرو ١ وتسعان ولبكر ٧ وثلث ولو كان عليه فى الصورة الأولى ٢٤ دينارا كان بينهما مداخلة فتعمل فيها كالموافقة ويصح أن تعمل فيها وفى الموافقة كالمباينة كما علمت (قوله ثم شرع فى مسألة التخارج) تفاعل من الخروج وهو فى الاصطلاح تصالح الورثة على إخراج بعضهم عن الميراث على شيء من التركة عين أو دين قال فى سكب الأنهر وأصله ما روى أن عبد الرحمن بن عوف رضى الله تعالى عنه طلق فى مرض موته إحدى نسائه الأربع ثم مات وهى فى العدة فورثها عثمان رضى الله تعالى عنه ربع الثمن فصالحوها عنه على ثلاثة وثمانين ألفا من الدراهم وفى رواية من الدنانير وفى رواية ثمانين ألفا وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير اه.

قلت: وله أحكام وشروط تقدمت آخر كتاب الصلح: وتقدم هناك أنهم لو أخرجوا واحدا: وأعطوه من مالهم فحصته تقسم بين الباقى على السواء وإن كان المعطى مما ورثوه فعلى قدر ميراثهم قال الشارح هناك وقيده الخصاف بكونه عن إنكار فلو عن إقرار فعلى السواء اه فتأمله (قوله والغرماء) أى أرباب الديون ولم يذكرهم فى السراجية وإنما ذكرهم فى الملتقى والمجمع وغيرهما فحكمهم فى القسمة والتخارج حكم الورثة ومثلهم الموصى له كما تقدم آخر كتاب الصلح (قوله أى اطرح سهمه من التصحيح) أى صحح المسألة مع وجود المصالح بين الورثة ثم اطرح سهامه من التصحيح سيد (قوله كزوج الخ) أصلها من ستة للزوج النصف ثلاثة أسهم وللأم الثلث سهمان وللعم الباقى سهم واحد (قوله وحينئذ يكون الخ) فلو فرض أنه صالح العم على شيء من التركة وخرج من البين فالمسألة أيضا من ستة فإذا خرج نصيب العم بقى خمسة ثلاثة للزوج واثنان للأم فيجعل الباقى أخماسا بين الزوج والأم فللزوج ثلاثة أخماس والأم خمسان وإن صالحت الأم على شيء وخرجت كانت المسألة أيضا من ستة فإذا طرح منها سهمان للأم بقى أربعة فيجعل الباقى من التركة أرباعا ثلاثة منها للزوج وواحد للعم سيد (قوله لئلا ينقلب فرض الأم الخ) أى فى بعض الصور كهذه الصورة بخلاف ما إذا كان مكان العم أب فإنه لا يلزم اعتبار دخول الزوج فى التصحيح لأن للأم سهما وللأب سهمان على كل حال (قوله فيه نظر) أصله للزيلعى وبينه بقوله لأنه قبض بدل نصيبه فكيف يمكن جعله كأن لم يكن بل يجعل كأنه استوفى نصيبه ولم يستوف الباقون أنصباءهم ألا ترى أنه لو ماتت امرأة وخلفت ثلاث أخوات متفرقات وزوجا فصالحت الأخت لأب وأم وخرجت من البين كان الباقى بينهم أخماسا ثلاثة للزوج وسهم للأخت لأب وسهم للأخت لأم على ما كان لهم من ثمانية لأن

ثم ذكر نحو ماتحرر فقدبر :

[قال مؤلفه] العبد الفقير العاجز الحقير محمد علاء الدين ابن الشيخ علي الحصني الحنفي الحصني العباسي الإمام بجامع بني أمية ثم المفتي بدمشق المحمية قد فرغت من تأليفه أواخر شهر محرم الحرام سنة إحدى وسبعين وألف هجرية ، على صاحبها أفضل الصلاة وأزكى التحية ، وقد بالغت في تلخيصه وتحريره وتنقيحه ، وتبعت المصنف رحمه الله في تغييره لمواضع كثيرة من متنه ، وتصحيحه ونبهت عليها وعلى مواضع سهو آخر :

وبالجملة فالسلامة من هذا الخطر ، أمر يعز على البشر ، فستر الله على من ستر وغفر لمن غفر :

وإن تجد عيبا فسد الخللا   جل من لا فيه عيب وعلا

أصلها من ستة وتعول إلى ثمانية فإذا استوفت الأخت نصيبها وهو ثلاثة بقي خمسة ولو جعلت كأنها لم تكن لكانت من ٦ وبقي سهم للعصبة اه وصوابه أن يقول لكانت من ستة وتعول بسهم إلى سبعة كما وجد في بعض نسخ الزيلعي ولكن مامر وجد بخطه كذلك فهو سبق قلم إذ لا عصبة هنا (قوله ثم ذكر نحو ماتحرر) أي من قوله السابق فاطرح سهامه من التصحيح (قوله قال مؤلفه) من التأليف وهو إيقاع الألفة بين شيئين أو أشياء أخص من التركيب ويطلق عرفا على كتاب جمعت فيه مسائل مؤتلفة من أي علم كان بمعنى المؤلف بالفتح وجامعه مؤلف بالكسر (قوله الحقير) من الحقر وهو الذلة قاموس (قوله الحصني) نسبة إلى موضع يسمى حصن كيفا واشتهر في نسبة الشيخ رحمه الله تعالى لفظ الحصكفي فهو من باب النحت (قوله العباسي) الظاهر أنه نسبة إلى سيدنا العباس رضي الله تعالى عنه عم نبينا صلى الله عليه وسلم (قوله الإمام) بالرفع صفة محمد ويحتمل أنه صفة لعلي لكن الذي كان إمام الحنفية بجامع بني أمية والمفتي بدمشق المحميه هو الشارح رحمه الله تعالى وكذا كان مدرس الحديث تحت القبة بجامع بني أمية ومدرس التكية السليمة ولم يشتهر والده بشيء من ذلك (قوله هجريه) نسبة إلى الهجرة أي هجرة النبي صلى الله عليه وسلم ونسب التاريخ إليها لأن ابتداءه منها وأول من ابتدأ به عمر رضي الله عنه والعرب كانت تؤرخ بعام التفرق وهو تفرق ولد إسمعيل عليه السلام وخروجهم من مكة ثم أرخوا بعام الفيل كما بسطه في الظهيرية قبل المحاضر (قوله في تلخيصه) التلخيص التبيين والشرح والتخليص قاموس (قوله وتحريره وتنقيحه) تحرير الكتاب وغيره تقويمه والتنقيح التهذيب قاموس (قوله لمواضع) اللام زائدة للتقوية (قوله وتصحيحه) عطف على تغييره (قوله وعلى مواضع سهو وأخر) أي مما فات المصنف تغييرها (قوله وبالجملة) أي وأقول قولا ملتبسا بالجملة أي مجتمعا قال في القاموس جمل جمع وأجمل الشيء جمعه عن تفرقة والمراد أنه وإن وقع من المصنف سهو أو من غيره أو وإن نبهت على ماوقع له من السهو فإني قد أسهو لأن السلامة من هذا الخطر بالتحريك وهو الإشراف على الهلاك والمراد به هنا الأمر الشاق عبر به عن السهو أمر يعز بالكسر كيقل وزنا ومعنى أي يندر أو يعسر أو يضيق أو يعظم على البشر فلا يحصلونه لأن السهو والنسيان من لوازم الإنسان وأول ناس أول الناس وفي هذا هضم لنفسه واعتذار عنه وعن المصنف (قوله فستر الله على من ستر) الفاء فصيحة أي إذا كان ماذكر فالمطلوب الستر إلا في مقام البيان (قوله وغفر لمن غفر) الغفر الستر فهو عطف مرادف (قوله وإن تجد عيبا الخ) هذا البيت بمعنى الكلام الذي قبله (قوله فسد الخللا) الخلل منفرج مابين الشيئين والوهن في الأمر وأمر مختل واه وأخل بالشيء أجحف قاموس والفه للإطلاق والمراد به العيب وكان حقه أن يأتي بدله الضمير ولكن أتى بالظاهر معبرا عنه بلفظ آخر للتنصيص على أن العيب من سهو ونحوه هخلل نظير قوله تعالى : ـ فإن الله عدو للكافرين ـ بعد قوله ـ من كان عدوا لله ـ الآية للتسجيل عليهم بالكفر والمراد بسده ستره أو تأويله حيث أمكن (قوله جل) أي عظم وتعالى فعطف علا عليه تفسير وهذا الكلام مرتبط بكلام محذوف دل عليه

كيف لا وقد بيضته وفى قلبى من نار البعاد ، عن البلاد والأولاد ، والإخوان والأحفاد مايفتت الأكباد .
فرحم الله التفتازانى حيث اعتذر وأجاد ، حيث قال لظما :

يوما بحزوى ويوما بالعقيق وبالعذيب يوما ويوما بالخليصاء

لكن لله الحمد أولا وآخرا ظاهراً وباطناً

السياق أى فسد الخلل ولا تعير به ولا تفضح فإن كل بنى آدم ماعدا من عصم منهم فيه عيب والذى تنزه عن العيوب بتمامها هو الحق جلا وعلا ط والشطر الأول من هذا البيت من بحر الرجز والشطر الثانى من بحر الرمل ولو قال إن تجد بدون واو كما فى بعض النسخ صار الأول من بحر الثانى أو قال فجل بالفاء صار الثانى من بحر الأول (قوله كيف لا) منفى لامحذوف أى كيف لايوجد منى سهو والحال كذا فهو إعتذار آخر عن وجود ذلك (قوله بيضته) أى نقلته من المسودة إلى المبيضة والمسودة فى اصطلاح المؤلفين الأوراق التى يقع فيها إنشاء التأليف سميت بذلك لكثرة سوادها بكثرة المحو والإثبات والمبيضة التى ينقل إليها المؤلف ماأنشاه وأثبته فى المسودة (قوله من نار البعاد) بكسر الباء مصدر باعد ومن بيان لما فى قوله مايفتت أو تعليلية كقوله تعالى — مما خطاياهم أغرقوا — وقد شبه مايقاسيه من مشقة البعاد وألم الفراق بالنار استعارة تصريحية أصلية والقرينة إضافة النار إلى البعاد أو شبه البعاد بحطب له نار استعارة مكنية وإثبات النار له تخييل أو أضاف المشبه به إلى المشبه أى من بعاد كالنار مثل لجين الماء تأمل (قوله والأحفاد) البنات أو أولاد الأولاد أو الأصهار قاموس (قوله مايفتت الأكباد) أى يقطعها ويشقها والأكباد جمع كبد بالفتح والكسر وككتف وقد يذكر قاموس والمراد كبد واحدة وهى كبده لأن مافى قلبه لايفتت كبد غيره وإنما جمع للسجعة أو على معنى أن فى قلبى من جنس مايفتت الأكباد أو إن فى قلبى مالو كان لى أكباد متعددة لفتتها أو أن كل أمر مما فى قلبى يستقل بتفتيت الكبد فصارت كأنها أكباد متعددة (قوله فرحم الله) تفريع على ماقبله وذلك أنه حيث ذاق ألم الفراق وكابد مايكابده المشتاق من تشتت البال وتواتر البلبال علم أن إعتذار هذا الإمام الذى سبقه بنحو هذا الكلام إعتذار مقبول لامحالة فتحركت نفسه إلى الدعاء له فإنه كما قال الشاعر : •

لايعرف الوجد إلا من يكابده ولا الصبابة إلا من يعانيها

(قوله التفتازانى) اسمه مسعود ولقبه سعد الملة والدين نسبة إلى تفتازان بالفتح بلد بخراسان ولد بها سنة ٧٢٢ وتوفى بسمرقند سنة ٧٩٢ ونقل إلى سرخس فدفن بها (قوله حيث اعتذر) أى فى خطبة المختصر شرح تلخيص المعانى وقال قبل هذا البيت أيضا مع جمود القريحة بصر البليات ، وخمود الفطنة بصرصر النكبات ، وترامى البلدان بى والأقطار ، ونبو الأوطان عنى والأوطار ، حتى طفقت أجوب كل أغبر قاتم الأرجاء ، وأحرر كل سطر منه فى شطر من البيداء (قوله حيث قال) بدل من قوله حيث اعتذر (قوله يوما بحزوى الخ) أسماء مواضع والمراد باليوم مطلق الوقت ومتعلقه محذوف تقديره أكون (قوله لكن لله الحمد الخ) إستدراك أى أنه وإن حصل لى ماحصل من البعاد عن البلاد فقد أثمر لى ثمرة عظيمة المفاد التى هى علامة القبول ودليل الوصول إلى المأمول (قوله أولا وآخراً) أى أول كل أمر وآخره (قوله ظاهراً وباطنا) أى حمدا فى الظاهر بالثناء باللسان موافقا لما فى الباطن

فلقد من بإبتداء تبيضه تجاه وجه صاحب الرسالة والقدر المنيف ، وبختمه تجاه قبر صاحب هذا المتن الشريف ، فلعله علامة القبول منهم والتشريف قال مؤلفه :

فياشرفى إن كنت ربى قبلته ... وإن كان كل الناس ردوه عن حسد
فتقبلنى مع ماتن وأساتذ ... وتحشرنا جمعا مع المصطفى أحمد
وإخواننا المسدى لنا الخير : : ... : : : : : : : :

بالجنان (قوله فلقد) الفاء للتعابل واللام للقسم فهو حمد على نعمة معينة (قوله من) أى أنعم هو أى المولى تعالى (قوله بإبتداء تبيضه) أى المؤلف المفهوم من قوله قال مؤلفه وقوله قد فرغت من تأليفه (قوله تجاه) أصله وجاه أبدلت الواو تاء من المواجهة بمعنى المقابلة (قوله صاحب الرسالة) أل للعهد أى الرسالة العامة الدائمة (قوله والقدر) أى الرتبة العلية (قوله المنيف) أى الزائد على غيره أو العالى من قولهم لما زاد على العقد نيف وناف وأناف على الشيء أشرف عليه (قوله تجاه قبر صاحب هذا المتن الشريف) وذلك ببلده وهى غزة هاشم (قوله فلعله) أى ماذكر من الابتداء والختم (قوله علامة القبول منهم) أى من الله تعالى ومن صاحب الرسالة صلى الله عليه وسلم ومن صاحب المتن رحمه الله تعالى والقبول الرضا بالشيء مع ترك الإعتراض على فاعله وقيل الإثابة على العمل الصحيح (قوله والتشريف) يقال شرف ككرم شرفا علا فى دين أو دنيا وشرف الله الكعبة من الشرف قاموس (قوله قال مؤلفه) كذا فى بعض النسخ (قوله فياشرفى) أى احضر فهذا وقتك لحصول مقتضياتك والأبيات من الطويل والضمير فى قبلته للتأليف ط (قوله وإن كان كل الناس) أى من أهل عصره أو منهم وممن بعدهم (قوله ردوه عن حسد) باسكان الدال وعن بمعنى اللام أى لأجل حسدهم له كقوله تعالى - ومانحن بتاركى آلهتنا عن قولك - أو بمعنى من أى ردا ناشئا من حسد كقوله تعالى - وهو الذى يقبل التوبة عن عباده - (قوله فتقبلنى) بالتخفيف أى تثيبنى وهو خبر بمعنى الدعاء (قوله وأساتذ) جمع أستاذ بضم الهمزة ومعناه الماهر بالشيء والمراد بهم هنا أشياخه والظاهر أنه أعجمى معرب لما فى القاموس لاتجتمع السين والذال المعجمة فى كلمة عربية (قوله وتحشرنا جمعا) أى حال كوننا مجتمعين مع النبى صلى الله عليه وسلم فالمصدر حال وهو مقصور على السماع ويحتمل أن جمعا بمعنى جميعا تأكيد لضمير الجماعة أو مفعول مطلق لأن الحشر بمعنى الجمع وقد ورد : أن النبى صلى الله عليه وسلم يحشر وأمته فى محشر منفرد عن محشر كل الخلائق ، فالمعية لاتقتصر على من ذكر لأن يراد بها حالة مخصوصة كالقرب منه صلى الله عليه وسلم (قوله مع المصطفى أحمد) قدمنا أن الأبيات من بحر الطويل والطويل له عروض واحدة مقبوضة وزنها مفاعلن ولعروضه ثلاثة أضرب الأول صحيح وزنه مفاعيلن الثانى مقبوض مثلها الثالث محذوف وزنه فعولن وهذا البيت من الضرب الأول والبيت الذى قبله والبيت الذى بعده من الضرب الثانى وهذا معدود من عيوب القوافى ويسمى التحريد بالحاء المهملة كما فى الخزرجية وتقدم فى أول الكتاب أبيات لنظم شروط الوضوء وقع فيها نظير ذلك كما نبهنا عليه هناك ولو قال الناظم مع المصطفى السند لكان أسد (قوله وإخواننا) بالجر عطفا على ماتن أو على قوله المصطفى أو بالنصب عطفا على نا فى تحشرنا والأول أولى (قوله المسدى) من الإسداء بمعنى الإعطاء أو لفظه مفرد معطوف بإسقاط العاطف أو جمع نعت لإخواننا وأصله المسدين حذفت نونه لإضافته إلى الخير المجرور بهو وقد

: : : : : : دائما   ووالدنا داع لنا طالب الرشد

وحسبنا الله ونعم الوكيل ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم :

فصل بينهما بالظرف لكون المضاف شبه الفعل وهو جائز فى السعة قال فى الألفية :

فصل مضاف شبه فعل ما نصب   مفعولا أو ظرفا أجز ولم يعب

ومثله قوله عليه الصلاة والسلام «هل أنتم تاركو لى صاحبى» وقول الشاعر : * كناحت يوما صخرة بعسيل *
(قوله دائما) صفة لمصدر محذوف أى قبولا أو حشرا أو إسداء (قوله داع) أى وداع على حذف العاطف أو بدل من والدنا (قوله طالب الرشد) أى لنا حذفه لدلالة ما قبله عليه يقال رشد كنصر وفرح رشدا ورشدا ورشادا اهتدى واستقام على الحق والرشيد فى صفاته تعالى الهادى إلى سواء الصراط .
نسأله تعالى أن يهدينا إلى الصراط المستقيم ، ويديمنا على الحق القويم ، ويمتعنا بالنظر إلى وجهه الكريم فى جوار نبيه الكريم عليه أفضل الصلاة وأتم التسليم آمين :

تم الجزء السادس
من حاشية [رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار]
للأستاذ الفاضل محمد أمين الشهير بابن عابدين
ويليه :
الجزء السابع تكملة حاشية رد المحتار على الدر المختار
جمعها نجل المؤلف وسماها « حاشية قرة عيون الأخيار »

فهرست الجزء السادس

من حاشية رد المحتار على الدر المختار

للعلامة السيد محمد أمين المعروف بابن عابدين

صحيفة

صحيفة

تكملة

حاشية رد المحتار

لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين

على

الدر المختار شرح تنوير الأبصار

في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان

المجلد السابع

دار الفكر
للطباعة والنشر والتوزيع
بيروت

حاشية قرة عيون الأخيار

تكملة

رد المحتار على الدر المختار

شرح تنوير الأبصار

في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان

لسيدي محمد علاء الدين أفندي

نجل المؤلف

وقد وضع الشرح والمتن بأعلا الصحائف
وبأسفل الصحائف تقارير لبعض العلماء

الجزء السابع

الطبعة الثانية

١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م

دار الفكر

١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م

« مَنْ يُرِدِ اللهُ بِهِ خَيْرًا يفقّهْهُ فِي الدِّينِ »

« حديث شريف »

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله المتوحد بإبداع المصنوعات ، المتفرد باختراع المخلوقات ، المنزه عن التحيز والسكون والحركات ، المخصوص بقدم الأسماء والصفات ، القريب ممن دعاه لا بقرب المسافات ، المجيب لمن ناجاه بإخلاص الدعوات ، الذى يغفر الذنوب ، ويستر العيوب ، ويقبل التوبة عن عباده ويعفو عن السيئات ، العالم بمكنون الأسرار ومصون الخفيات ، الخبير فلا يخفى عليه مثقال ذرة فى الأرض ولا فى السموات ، السميع فلا يعزب عن سمعه اختلاف الأصوات ، البصير يرى دبيب النمل وذرات الرمل فى الظلمات ، الواحد الأحد فلا ثانى له فى الكائنات ، الفرد الصمد المنزه عن البنين والبنات ، الباقى على الأبد ويفنى كل أحد ويقضى عليه بالممات ؛ فسبحانه من إله لا يحمد على المكروه سواه مميت الأحياء ومحيى الأموات ، أبكى الآباء والأمهات ، وأيتم البنين والبنات ، يثيب على الطاعات والصدقات ويضاعف الأجور على نشر العلوم النافعات ، فتح بصائر أوليائه للاعتبار والتفكر فى الآيات ، ونور قلوبهم بنور الإخلاص وقدسهم من شواغل الأسباب وشوائب المكدرات ، تقلبهم يد الألطاف فى مهد الكرامات والعنايات فترضعهم ثدى العطف وتفطمهم عن الشهوات ، المانعة من القرب والمشاهدات ، وأهل أذهانهم لفهم معانى العبارات ، والرموز والإشارات ، وتنقيح الأحكام والمبانى وحل المشكلات ، حتى صيروها من أوضح الواضحات ؛ مهد لهم فرش الأعمال بلين الصفاء فاستعذبوا طيب الخلوة مع الحبيب لتحرير العلوم وخدمة شريعة سيد السادات — تتجافى جنوبهم عن المضاجع — يتلذذون بالسهر وترك المستلذات ، زهوا نفوسهم عن عبادة الهوى فأضحت أطيار أرواحهم تسرح فى رياض الملكوت بين جنات ، له الشكر على ما أنعم علينا بمعرفتهم وخدمتهم وأنعم عليهم بأن هداهم بعنايته الأزلية وهدايته لأكمل الحالات ، بفتح القدير والنعم المختارات ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد المكمل لأمته كل نقص والمتمم بأوضح شريعة ومعجزات ،

صاحب المعراج غاية البيان ، منحة الخالق السراج الوهاج ، حاوى المقامات الشامخات ، وعلى آله زواهر الجواهر ودرر البحار ، ذوى المناقب والخصوصيات ، وأصحابه البحور الزواخر ، وتنوير الأبصار الناصرين له فى الأعصر الخاليات ، بصفاء النيات ، وحسن الطويات والتابعين النجوم الزواهر وخزائن الأسرار الحائزين أعلى الفضل والكمالات ، والأئمة المجتهدين الأكابر ذوى الفيض المدرار المبرئين من الشبهات والتبعات والترهات الفاسدات ، لا سيما إمامنا الأعظم ذو الفضل الأقدم الكوكب الزاهر ، والإمام الباهر ، الدر المختار ، والعلم الراسخ ذو الثبات ، القائم بالأوامر والزواجر ، راد لهفة المحتار ، صاحب الكرامات الفاضلات ، صلاة وسلاما دائمين متلازمين ما تعاقب الليل والنهار ومرت الأوقات ، وعرج للسماء نبي وضاء مصباح ، وما هبت نسمات الأسحار وفى كل الساعات ؛ لا تنقطع لحظة من اللحظات ، من إله كريم عظيم رب رحيم مقيل العثرات ، وغافر الزلات :

[أما بعد] فيقول فقير رحمة ربه ، وأسير وصمة ذنبه ، « محمد علاء الدين بن السيد محمد أمين ابن السيد عمر عابدين » غفر الله تعالى ذنوبهم ، وملأ من زلال العفو ذَنُوبهم ، آمين : إنه لما سبقت الإرادة الإلهية ، والمشيئة الرحمانية ، بوفاة سيدى الوالد قبل إتمامه تبييض (حاشية رد المحتار ، على الدر المختار ، شرح تنوير الأبصار) فإنه رحمه الله تعالى ونوّر ضريحه ، وجعل أعلا الجنان ضجيعه لما وصل إلى أثناء شتى القضاء من هذا الكتاب ، اشتاق إلى مشاهدة رب الأرباب ، فنقل من دار الغرور ، إلى جوار مولاه الغفور ؛ وكان رحمه الله تعالى بدأ أولا فى التسويد من الأول إلى الآخر ثم شرع فى التبييض فبدأ أولا من الإجارة إلى الآخر ؛ ثم من أول الكتاب إلى انتهاء هذا التحرير الفاخر ، وترك على نسخته الدر بعض تعليقات ، وتحريرات واعتراضات ، قد كاد تداول الأيدى أن يذهبها ، لعدم من يذهبها مذهبها ، وكان قد جرى الأمر بطبعها فى بولاق المصرية ، بجمعها برمتها بدون زيادة حرف بالكلية ، وأرسلتها فطبعت ثمة ، حرصا على فوائدها الجمة ؛ وكان كثيرا ما يخطر لى زيادتها مع ضم تحريرات ، وبعض فروع وتقريرات ، لكن لم تساعد الأقدار ، لا سيما مع شغل الأفكار ، وقلة البضاعة ، فى هذه الصناعة ، حتى سافرت للأستانة العلية ، دار الخلافة السنية ، عام خمس وثمانين بعد المائتين والألف ، من هجرة من تم به الإلف ، وزال به الشقاق والخلف ، صلى الله تعالى وسلم عليه وعلى آله وصحبه ألفا بعد ألف ، ووظفت عضوا فى الجمعية العلمية ، التابعة لديوان أحكام العدلية ، لجمع المجلة الشرعية ، تحت رياسة حضرة الوزير المعظم ، والمشير المفخم ، مدبر أمور جمهور الأمم ، الجامع بين مرتبتى العلم والعلم ، والحائز لفضيلتى السيف والقلم ، صاحب الدولة أحمد جودت باشا ، بلغه الله تعالى من الخيرات ما شاء ، وأسعد أيامه وحرسها ، وألقى محبته فى القلوب وغرسها ، ولا زالت أعلام دولته مبتسمة الثغور ، وأرقام رفعته منتظمة السطور ، على مدى الدهور ، آمين .

وبعد إقامتى مدة تقرب من ثلاث سنين قدمت الاستعفاء ، لما فى قلبي من الرمضاء ، من فراق الأوطان والأهل والخلان ، فأمرنى قبل سفرى من أمره مطاع ، وواجب الاستماع ، أن أتم نقصها ، وأتلاف ثلمها ، حين وصولى إلى الوطن ، وقرارى بالسكن .

فلما رجعت بعد ثلاث سنين من سفرى إلى وطنى دمشق الشام ، ذات الثغر البسام ، استخرت الله تعالى المرة بعد المرة ، والكرة بعد الكرة ، فى تكملة الخرم ، معتمدا على الله تعالى فى الحزم ، ومتوكلا عليه فى سائر الأمور فى أن يحفظنى من الخطإ والخلل ، والهفوات والزلل ، ومتوسلا إليه بنبيه النبيه المكرم ، صلى الله تعالى عليه وسلم ، وبأهل طاعته من كل مقام على معظم ، وبقدوتنا الإمام الأعظم ، أن يسهل على

ذلك من إنعامه ، ويعينني على إكماله وإتمامه ، وأن يعفو عن زللي ، ويتقبل مني عملي ، ويجعل ذلك خالصا لوجهه الكريم ، يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم ، وينفع به العباد ، في عامة البلاد ، من ساكن وباد ، وأن يسلك بي سبيل الرشاد ، ويلهمني الصواب والسداد ، ويستر عوراتي ، ويغفر خطيئاتي ويسمح عن هفواتي وزلاتي ، فإني متطفل على ذلك ، لست من فرسان تلك المسالك ، وهيهات لمثلي أن يكون له اسم في طرس ، أو أن يكون له في صحيفة غرس ، بل أن يكون له في الناس ذكر ، أو أن يخطر في بال أو يمر على فكر ، فقد أوثقتني الذنوب والخطيئات ، وأقعدتني عن إدراك أدنى الدرجات ، مع قصور باعي واندراس رباعي ، وجمود فهمي وفكري ، وخمود ذكري ؛ وإني لأستحي من ذلك ، فقد أوقعت نفسي في المهالك ، وصيرتها مرمى سهام الألسن ، وموقع النظر الشزر من الأعين ، حيث تجرأت على أمر غير سهل ، مع كوني لست له بأهل ، وتشبهت بالسادات الأعلام ، الذين هم مصابيح الظلام . وهيهات أن يدرك السباق مقعد ، أو أن يسلك الطريق مصفد ، أو أن يقرب من عرين الأسد ابن آوى ، أو أن يشبه الحبارى البازي ، ولو لم يكن له في الجسم ساوى ، وما أشبه قول القائل بحالتي ، التي كان منها على مثل هذا جراءتي :

أيها المدعي ولاء سليم لست منهم ولا قلامة ظفر
إنما أنت في سليم كواو ألحقت بالهجاء ظلما بعمرو

ولكن أخفض على نفسي ، وأسليها بالتأسي ، وأتمثل بقول الشهاب السهروردي :

فتشبهوا إن لم تكونوا مثلهم إن التشبه بالكرام فلاح

وإني أسأل الله تعالى من طوله ، وأستعدّ بقوته وحوله ، في أن يحفظني من الخطل والخلل ، ويحسن ختامي عند منتهى الأجل ، وما توفيقي إلا بالله القريب المجيب ، عليه توكلت وإليه أنيب ، وألتمس من الناظر لهذه التكملة أن يلحظها بعين القبول والصفاء ، لا بعين الحسد والجفاء ، فإن الجسد ، لا يخلو عن الحسد ، ولكن الكريم يخفيه ، واللئيم يبديه ، وأن لا ينسى جامعها وأولاده ، ومظهرها وكاتبها وقارئها من دعائه المستجاب . وثنائه المستطاب ، ولا يحكم بشيء منها حتى يراجع أصله المنقولة عنه والمعزوة إليه ، وإن لم يكن ثمة عزو فإلى تحارير سيدي الوالد فإني غير واثق بنفسي أتم الوثوق ، فإن اليراع قد يطوش ، ويغير عن مجاله تلك النقوش ، ولا يبادر عليّ بالاعتراض والملام ، فليست أول قارورة كسرت في الإسلام ، ويصلح ما كبا به القلم ، أو زلت به القدم ، فقد قدمت بين يديهم عذري ، وكشفت لهم عن حقيقة أمري ، فإن الله لا يضيع أجر المحسنين ، وهو يقبل عثرات المقيلين . وقد سميت ما عنيت جمعه من هذه التكملة بـ [قرة عيون الأخيار ، لتكملة رد المحتار ، على الدر المختار ، شرح تنوير الأبصار] .

وحيث قلت سيدي فالمراد به سيدي الوالد ، أو بعض الأفاضل فالمراد الرحمتي أو الفتال ، والكمال محال لغير ذي الجلال ، وعلى الله تعالى الاتكال ، في المبدإ والمآل .

وكان إتمامها في عصر حضرة مولانا السلطان الأعظم ، والخاقان الأعدل الأكرم ، ملك ملوك العرب والعجم ، ظل الله الممدود على الأمم ، مجدد قوانين العدل والإنصاف ، وموطد دعائم بنيان المراحم والألطاف ، سلطان البرين ، وخاقان البحرين ، وخادم الحرمين الشريفين ، فاروق السيرة والشيم ، علويّ الشهامة والهمم خليفة الله تعالى في الأرض ، ناشر لواء المراحم في طولها والعرض ، ملك أنام الأنام في ظل أمانه ، وشمل العباد بسجال لطفه وإحسانه ، حافظ بيضة الدين ، وحامي شريعة سيد المرسلين ، أمير المؤمنين ، ملجأ عامة المسلمين

بل كافة الناس أجمعين ، معمر الأمصار والبلاد ، مدمر أهل الشر والفساد ، قامع البدع والظلم ، ومؤيد السنة بالعدل والحلم ، المؤيد المظفر المعان ، والمحفوف بعناية الملك الديان ، صاحب العساكر القاهرة ، المبيدة كل فئة باغية فاجرة ، بصوارم سيوف تقطف حروفها أعناق المعتدين ، وأهلة قسى ترسل نجوم سهامها على شياطين البغاة والمتمردين ، ورايات تخفق قلوب الأعداء لخفقانها ، وتخفض رتبهم لرفع شأنها ، لايرتاب متأمله فى أنه البحر والعساكر أمواجه ، ومراحمه الدر الذى يظفر بها طلاب العرف وأفواجه ، السلطان ابن السلطان ابن السلطان ، السلطان عبد العزيز خان ابن السلطان الغازى محمود خان ، ابن السلطان الغازى عبد الحميد خان خلد الله تعالى ملكه وجعل الدنيا بأسرها ماملكه ، وأدام سعادة أيامه ، وجعل البسيطة قبضة يديه وطوع أحكامه ، ولازال لواء عدله المنشور ، إلى يوم النشور ، ولابرحت الأيام على يديه دائرة ، ووجوه السعادة إلى مساعيه سافرة ، وأجنحة النعم بأبوابه مقصورة وبأنبائه طائرة ، وعزائم التوفيق لآرائه مسخرة وبأعدائه ساخرة ، مرفوعة أعلام دولته إلى محيط القبة الخضرا ، وأوجد له فى كل مكان وزمان عزا ونصرا ، ومسرة وبشرى . ولا زالت سلسلة سلطنته مسلسلة إلى انتهاء سلسلة الزمان ، رافلا فى حلل السعادة والسيادة والرضا والرضوان ، ولا زال الوجود بدوام خلافته سنيا عامرا ، ولا برح الإيمان فى أيام سلطنته قويا ظاهرا ، ووفق وكلاءه الفخام ، ووزراءه العظام ، وعماله إلى السعى فى صلاح الملك والملة فى كافة بلاده وولاياته ، وجمع القلوب كافة على طاعته وتحصيل مرضاته ، آمين .

أمين آمين لا أرضى بواحدة حتى أضم إليها ألف آمينا

وفى يمن أيام حضرة صاحب الفخامة والدولة الصدر الأعظم ، والمشير الأفخم ، مدبر أمور جمهور الأمم الجامع بين مرتبتى العلم والعلم ، مع قوة اليقين ، والحائز فضيلتى السيف والقلم بالتمكين ، ورياستى الدنيا والدين ، قرة عين المملكة والوزارة ، سيف الدولة السلطانية ، ولسان الصولة الخاقانية ، مؤيد دولة الملوك والسلاطين ، ملجأ الفقراء والضعفاء والمنقطعين ؛ ألا وهو حضرة ولى النعم ، المتخلق بأخلاق سميه فخر العالم صلى الله تعالى عليه وسلم ، الوزير الأفخم ، والصدر الأعظم ، السيد أحمد أسعد باشا المعظم ، لا زالت عتبة بابه صدرا للواردين ، وما برح سلاح جنابه فى رقاب الحاسدين ، وأطال الله تعالى عمره ، وأدام عزه ومجده ودولته ، آمين .

وفى مدة يمن أيام مشيخة سماحة دولة حضرة المولى الأعظم ، والسيد الكبير الأفخم ، الجامع بين الرتبتين الشريفتين العلم والعمل بقوة اليقين ، والمحفوظ بعناية الله تعالى من الزلل بالتمكين ، الحائز لرياستى الدنيا والدين ، شيخ الإسلام والمسلمين ، ملك العلماء المحققين ، عين الأئمة المدققين ، نعمة الله تعالى فى هذا العصر على الأنام ، ملاذ الأفاضل الكرام ، مرجع الخاص والعام ، حضرة مولانا صاحب الدولة والإقبال ، والسماحة والأفضال ، خواجة شهريارى حسن فهمى أفندى ، لا زالت الفتيا مشرفة ببنانه ، وأحكام الشريعة مشيدة وموضحة ببيانه ، وأبقاه عقدا فى جيد الدهر يتلألأ بالدرر ، وأقر عينه بمحابه ونجله الإمام اللوذعى الأبر ، سيدنا صاحب السماحة الهمام السميدعى حيدر ، ووقاهما كل حاسد ترى عينه بالشرر ، آمين .

وقد جاءت هذه التكملة من فيض فضله تعالى ، وجود كرمه الذى به تعالى ، قرة لعين قاريها ، ودرة لتاج داريها ، وبلغة لمعانيها ، وخاض فى بحار معانيها ، وكفاية للطالبين ، وحجة للمفتين ، وعجة للمستفتين ، حاوية لدرر الفوائد ، خاوية عن مستنكرات الزوائد ، جمعتها من معتمدات المذهب ، التى إليها يذهب ، وضممت إلى ذلك بعض تحريرات وتأييد ، أو بعض استدراكات أو تقوية أو تقييد ، فلا غرو حينئذ أن

تكون العمدة فى المذهب ، والحرى بأن تكتب بماء الذهب ، مستعينا بكريم غفار حكيم ستار ، مقيل العثرات، ومجيب الدعوات ، وقاضى الحاجات، ومستشفعا بمشرّع هذه المشروعات ، من لا تردّ له شفاعات عليه أفضل الصلوات وأزكى التحيات ، وعلينا وعلى أعزائنا معه يارب البريات ، هذا .

وإنى أروى [الدر المختار ومتنه تنوير الأبصار ، وحاشية رد المحتار] وكذا بقية كتب الفقه وغيرها من سائر العلوم والفنون عن أئمة أخيار ، من شاميين ومكيين ومصريين عراقيين وروميين وغيرهم من أهل الفضل والاستبصار ، ومن أجلهم وأكثرهم إفادة لى ومداومة لديه وقراءة عليه سيدى العالم العلامة ، والعمدة الفهامة ، علامة المعقول والمنقول ، والمستخرج بغواص فكره ما يعجز عنه الفحول ، الشيخ محمد هاشم أفندى التاجى البعلى رحم الله تعالى روحه ، ونوّر مرقده الشريف وضريحه ، وجعل أعلى الجنان بلوغه ومقيله ومن أجلهم علامة زمانه على الإطلاق ، من انتهت إليه الرياسة باستحقاق ، الإمام المتقن ، والعلامة المتفنن العلامة الثانى ، من لايوجد له ثانى الحسيب النسيب ، الفاضل الأديب ، الجامع بين شرفى العلم والنسب ، والمستمسك بمولاه بأقوى سبب ، والجامع بين الشريعة والحقيقة ، وعالم المعقول والمنقول والتصوف والطريقة أعلم العلماء العاملين ، أفضل الفضلاء الفاضلين ، سيدى وعمدتى علامة الأنام ، مرجع الخاص والعام ، والدى المرحوم الشيخ السيد الشريف محمد أمين عابدين ابن السيد الشريف عمر عابدين ابن السيد الشريف عبد العزيز عابدين ابن السيد الشريف أحمد عابدين ابن السيد الشريف عبد الرحيم عابدين ابن السيد الشريف نجم الدين ابن السيد الشريف العالم الفاضل الولى الصالح الجامع بين الشريعة والحقيقة ، إمام الفضل والطريقة ، محمد صلاح الدين الشهير بعابدين ابن السيد الشريف نجم الدين ابن السيد الشريف محمد كمال ابن السيد الشريف تقى الدين المدرس ابن السيد الشريف مصطفى الشهابى ابن السيد الشريف حسين ابن السيد الشريف رحمة الله ابن السيد الشريف أحمد الثانى ابن السيد الشريف على ابن السيد الشريف أحمد الثالث ابن السيد الشريف محمود ابن السيد الشريف أحمد الرابع ابن السيد الشريف عبد الله ابن السيد الشريف عز الدين عبد الله الثانى ابن السيد الشريف قاسم ابن السيد الشريف حسن ابن السيد الشريف إسماعيل ابن السيد الشريف حسين النتيف الثالث ابن السيد الشريف أحمد الخامس ابن السيد الشريف إسماعيل الثانى ابن السيد الشريف محمد ابن السيد الشريف إسماعيل الأعرج ابن الإمام جعفر الصادق ابن الإمام محمد الباقر ابن الإمام زين العابدين ابن الإمام حسين ابن البتول ، هى الزهراء فاطمة بنت الرسول ، صلى الله تعالى عليه وسلم وعليها وعلى جميع آله وصحبه آمين .

فإنه رحمه الله تعالى ولد فى سنة ثمان وتسعين بعد المائة والألف فى دمشق الشام ، ونشأ فى حجر والده ، وحفظ القرآن العظيم عن ظهر قلب وهو صغير جدا ، وجلس فى محل تجارة والده ليألف التجارة ويتعلم البيع والشراء ، فجلس مرة يقرأ القرآن العظيم فمر رجل لايعرفه فسمعه وهو يقرأ فزجره وأنكر قراءته ، وقال له : لا يجوز لك أن تقرأ هذه القراءة أولا ، لأن هذا المحل محل التجارة والناس لايستمعون قراءتك فيرتكبون الإثم بسببك ، وأنت أيضا آثم ، وثانيا قراءتك ملحونة ، فقام من ساعته وسأل عن أقرأ أهل العصر فى زمنه فدله واحد على شيخ القراء فى عصره وهو الشيخ سعيد الحموى ، فذهب لحجرته وطلب منه أن يعلمه أحكام القراءة بالتجويد ، وكان وقتئذ لم يبلغ الحلم ، فحفظ الميدانية والجزرية والشاطبية ، وقرأها عليه قراءة إتقان وإمعان حتى أتقن فن القراءات بطرقها وأوجهها ثم اشتغل عليه بقراءة النحو والصرف وفقه الإمام الشافعى ، وحفظ متن الزبد وبعض المتون من النحو والصرف والفقه وغير ذلك ، ثم حضر على شيخه علامة زمانه وفقيه عصره وأوانه السيد محمد شاكر السالمى العمرى ابن المقدم سعد الشهير والده بالعقاد الحنفى ، وقرأ عليه علم

المعقول والحديث والتفسير ، ثم ألزمه بالتحول لمذهب سيدنا أبي حنيفة النعمان الإمام الأعظم عليه الرحمة والرضوان ، وقرأ عليه كتب الفقه وأصوله حتى برع وصار علامة زمنه في حياة شيخه المذكور ، وألف حاشيتين على شرح المنار للعلائي كبرى وصغرى ، سمى إحداهما نسمات الأسحار على إفاضة الأنوار شرح المنار ، والثانية لم يخطر لي اسمها لأنها فقدت عند مفتي مصر الشيخ التميمي رحمه الله تعالى وألف ثبتا لأسانيد شيخه سماه العقود اللآلي في الأسانيد العوالي ، وشرح الكافي في العروض والقوافي ، وكتب في آخر هذا الشرح تم في سنة خمس عشرة ومائتين وألف ، وكان سنه سبع عشرة سنة ، ورسالة سماها رفع الاشتباه عن عبارة الأشباه ، وحاشية على شرح النبذة سماها فتح رب الأرباب على لب الألباب شرح نبذة الإعراب وغير ذلك ، وذلك في حياة شيخه المرقوم ، ثم توفي شيخه المرقوم في اليوم الرابع من محرم الحرام سنة اثنتين وعشرين ومائتين وألف ، وكان يقرأ عليه البحر والهداية وشروحها ، وكانت وفاته في أثناء قراءته الكتب المذكورة ، وكان من جملة من حضر مع سيدي الوالد على شيخه المذكور أكبر التلامذة ، وهو علامة زمانه ، وفقيه عصره وأوانه ، فقيه النفس الشيخ محمد سعيد الحلبي الشامي ، فأتم سيدي الوالد قراءته الكتب المذكورة عليه ، وحضر معه لإتمام الكتب المذكورة بقية التلامذة والطلبة الذين كانوا يداومون على الشيخ محمد شاكر المذكور ، ثم شرع في تأليف [رد المحتار على الدر المختار] وفي أثنائها ألف العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية . وله من المؤلفات حاشية على حاشية الحلبي المدارى سماها رفع الأنظار عما أورده الحلبي على الدر المختار ، وحاشية على البيضاوي ، وحاشية على المطول ، وحاشية على شرح الملتقى ، وحاشية على النهر إلا أنهما لم يجردا من الهوامش ، وحاشية على البحر سماها منحة الخالق على البحر الرائق ، وله مجموع جمع فيه من نفائس الفوائد النثرية والشعرية ، وعرائس النكات والملح الأدبية ، والألغاز والمعميات ، ما يروق الناظر ، ويسر الخاطر ، ومجموع آخر ذكر فيه تاريخ علماء العصر وأفاضلهم ، جعله ذيلا لتاريخ المرادي الذي هو ذيل لتاريخ جده لأمه العلامة المحبي الذي هو ذيل لريحانة الخفاجي ، وله العقود اللآلي في الأسانيد العوالي المتقدم ذكره ، وشرح رسالة البركوي في الحيض والنفاس ، سماه منهل الواردين من بحار الفيض على ذخر المتأهلين لمسائل الحيض ، وشرح منظومته رسم المفتي والرحيق المختوم شرح قلائد المنظوم في الفرائض ، وكتاب تنبيه الولاة والحكام ، وله رسائل عديدة ناهزت الثلاثين في جملة فنون : منها نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف ، ورسالة في النفقات لم يسبق لها نظير اخترع لها ضابطا جامعا مانعا ، والفوائد العجيبة في إعراب الكلمات الغريبة ، وإجابة الغوث في أحكام النقباء والنجباء والأبدال والغوث ، والعلم الظاهر في نفع النسب الطاهر وذيلها ، وتنبيه الغافل والوسنان في أحكام هلال رمضان ، والإبانة في الحضانة ، وشفاء العليل وبل الغليل في الوصية بالختمات والتهاليل ، ورفع الانتقاض ودفع الاعتراض في قولهم الأيمـــان مبنية على الألفاظ لا على الأغراض ، وتحرير العبارة فيمن هو أولى بالإجارة ، وإعلام الأعلام في الإقرار العام ، وجملة رسائل في الأوقاف ، وتنبيه الرقود ، وسل الحســام الهندي ، وغاية المطلب والفوائد المخصصة ، وتحبير التحرير ، وتنبيه ذوي الأفهام ، ورفع الاشتباه ، وتحرير النقول ، والعقود الدرية ، وغاية البيان ، والدرر المضيئة ، ورفع التردد وذيلها ، والأقوال الواضحة الجلية ، وإتحاف الذكي النبيه ، ومناهل السرور ، وتحفة الناسك في أدعية المناسك ، وغير ذلك . وله مجموع أسئلة عويصة ، وله في مدح شيخه مقامات كمقامات الحريري ، وله نظم الكنز ، وله قصة المولد الشريف النبوي .

وأما تعاليقه على هوامش الكتب وحواشيها ، وكتابته على أسئلة المستفتين والأوراق التي سوّدها بالمباحث الرائقة والرقائق الفائقة ، فلا يكاد أن تحصى ولا يمكن أن تستقصى .

وبالجملة فكان شغله من الدنيا التعلم والتعليم ، والتفهم والتفهيم ، والإقبال على مولاه ، والسعي في اكتساب رضاه ، مقسما زمنه على أنواع الطاعات ، والعبادات والإفادات ، من صيام وقيام ، وتدريس وإفتاء وتأليف على الدوام . وكان له ذوق في حل مشكلات القوم ، وله بهم الاعتقاد العظيم ، ويعاملهم بالاحترام والتكريم .

وأخذ طريق السادة القادرية ، عن شيخه المذكور ذي الفضل والمزية ، حتى أخبر عنه من يوثق بصلاحه ودينه ممن صحبه في سفره من تلامذته : إني ما وجدت عليه شيئا يشينه في دنياه ولا في دينه . وكان حسن الأخلاق والسمات ، ما سمعته في سفري معه في طريق الحاج تكلم بكلمة أغاظ بها أحدا من رفقائه وخدمه ، أو أحدا من الناس أجمعين ، اللهم إلا إن رأى منكرا فيغيره من ساعته على مقتضى الشريعة المطهرة العادلة ، وكانت ترد إليه الأسئلة من غالب البلاد ، وانتفع به خلق كثير من حاضر وباد .

وكان رحمه الله تعالى جعل وقت التأليف والتحرير في الليل فلا ينام منه إلا ما قل ، وجعل النهار للدروس وإفادة التلامذة وإفادة المستفتين ، ويلاحظ أمر دنياه شريكه من غير أن يتعاطى بنفسه ، وكان في رمضان يختم كل ليلة ختما كاملا مع تدبر معانيه وكثيرا ما يستغرق ليله بالبكاء والقراءة ، ولا يدع وقتا من الأوقات إلا وهو على طهارة ، ويثابر الوضوء على الوضوء .

وكان رحمه الله تعالى حريصا على إفادة الناس وجبر خواطرهم ، مكرما للعلماء والأشراف وطلبة العلم ، ويواسيهم بماله . وكان كثير التصدق على ذوي الهيئات من الفقراء الذين لا يسألون الناس إلحافا ، وكان غيورا على أهل العلم والشرف ناصرا لهم دافعا عنهم ما استطاع . وكان مهابا مطاعا نافذ الكلمة عند الحكام وأعيان الناس ، يأكل من مال تجارته بمباشرة شريكه مدة حياته . وكان رحمه الله تعالى ورعا دينا عفيفا ، حتى أنه عرض عليه خمسون كيسا من الدراهم لأجل فتوى على قول مرجوح فردها ولم يقبل ، وقد امتنع عن شراء العقارات الموقوفة التي عليها كدك أو محاكرة أو قيمة أو بالإجارتين ، وكان وقف جده لأم أبيه مشروطا نظره للأرشد من ذرية الواقف ، فامتنع من توليته وسلمه لأخيه ، ولم يتفق له قبول هدية من ذي حاجة أو مصلحة .

وكان رحمه الله تعالى طويل القامة شثن الأعضاء والأنامل ، أبيض اللون أسود الشعر ، فيه قليل الشيب لوعدّ شيبه لعد مقرون الحاجبين ، ذا هيبة ووقار ، وهيئة مستحسنة ونضار ، جميل الصورة حسن السريرة ، يتلألأ وجهه نورا ، حسن البشر والصحبة ، من اجتمع به لا يكاد ينساه لطلاوة كلامه ولين جانبه وتمام تواضعه على الوجه المشروع ، كثير الفوائد لمن صاحبه والمفاكهة ، ومجلسه مشتمل على الآداب وحسن المنطق والإكرام للواردين عليه من أهله ومحبيه وتلامذته ومصاحبيه ، كل من جالسه يقول في نفسه أنا أعز عنده من ولده ، مجلسه محفوظ من الفحش والغيبة والتكلم بما لا يعني ، لا تخلو أوقاته من الكتابة والإفادة والمراجعة للمسائل ، صادق اللهجة ذا فراسة إيمانية وحكمة لقمانية ، متين الدين لا تأخذه في الله لومة لائم ، صداعا بالحق ولو عند الحاكم الجائر تهابه الحكام والقضاة وأهل السياسة . كانت دمشق في زمنه أعدل البلاد وللشرع بها ناموس عظيم ، لا يتجاسر أحد على ظلم أحد ولا على إثبات حق بغير وجه شرعي ولا في غالب البلاد القريبة

منها ، فإنه كان إذا حكم على أحد بغير وجه شرعي جاءه المحكوم عليه بصورة حجة القاضي فيفتيه ببطلانه ويراجع القاضي فينفذ فتواه ، وقل أن تقع واقعة مهمة أو مشكلة مدلهمة في سائر البلاد أو بقية المدن الإسلامية أو قراها إلا ويستفتى فيها مع كثرة العلماء الأكابر والمفتين في كل مدينة ، وكانت أعراب البوادي إذا وصلت إليهم فتواه لا يختلفون فيها مع جهلهم بالشريعة المطهرة ، وكانت كلمته نافذة ، وشفاعته مقبولة ، وكتابته ميمونة ، ما كتب لأحد شيئا إلا وانتفع به لصدق نيته وحسن سريرته ، وقوة يقينه ، وشدة دينه ، وصلابته فيه .

وكان رحمه الله تعالى مغرما بتصحيح الكتب والكتابة عليها ، فلا يدع شيئا من قيد أو اعتراض أو تنبيه أو جواب أو تتمة فائدة إلا ويكتبه على الهامش ويكتب المطالب أيضا . وكانت عنده كتب من سائر العلوم لم يجمع على منوالها ، وكان كثير منها بخط يده ولم يدع كتابا منها إلا وعليه كتابته ، وكان السبب في جمعه لهذه الكتب العديمة النظير والده ، فإنه كان يشتري له كل كتاب أراده ويقول له اشتر ما بدالك من الكتب وأنا أدفع لك الثمن فإنك أحييت ما أماته أزا من سيرة سلفي ، فجزاك الله تعالى خيرا يا ولدي وأعطاه كتب أسلافه الموجودة عنده من آثارهم الموقوفة على ذراريهم ، وعندي بعض منها ولله تعالى الحمد .

وكان رحمه الله تعالى حريصا على إصلاح الكتب ؛ لا يمر على موضع منها فيه غلط إلا أصلحه وكتب عليه ما يناسبه ، وكان حسن الخط حسن القشط ، قبل أن يرى من يكتب مثله على الفتاوى وعلى هوامش الكتب في الجودة وحسن الخط وتناسق الأسطر وتناسبها ، ولا يكتب على سؤال رفع إليه إلا أن يغيره غالبا .

وكان رحمه الله تعالى فقيه النفس انفرد به في زمنه . بحاثا ما باحثه أحد إلا وظهر عليه ، وقد حكى تلميذه صاحب الفضيلة العلامة محمد أفندي جابي زاده قاضي المدينة المنورة أن شيخ الإسلام عارف عصمت بك مفتي السلطنة بدار الخلافة العلية قال له إني كنت أؤمل أن تطلب لي الإجازة من شيخك للتبرك ، وكان تلميذه العلامة الشيخ محمد أفندي الحلواني مفتي بيروت يقول لي : ما سمعت مثل تقرير سيدي والدك في درسه ؛ حتى إني كثيرا ما أجتهد في مطالعة الدرس ، وأطالع عليه سائر الحواشي والشروح والكتابات على الدرس ، وأظن من نفسي أني فهمت سائر الإشكالات وأجوبتها . وحين أحضر الدرس يقرر شيخنا الدرس ويتكلم على جميع ما طالعته مع التوضيح والتفهيم ، ويزيدنا فوائد ما سمعنا بها ولا رأيناها ، ولم يخطر على فكر أحد ذكرها .

وكان رحمه الله تعالى بارا بوالديه ، ومات والده في حياته سنة سبع وثلاثين بعد المائتين والألف ، وصار يقرأ كل ليلة عند النوم ما تيسر من القرآن العظيم ويهديه ثوابه مع ما تقبل له من الأعمال حتى رأى والده في النوم بعد شهر من وفاته وقال له جزاك الله تعالى خيرا يا ولدي على هذه الخيرات التي تهديها إلى في كل ليلة . وكانت جدة سيدي أم والده من بنات الشيخ المحبي صاحب التاريخ المشهور ، وله أوقاف على ذريته جارية إلى الآن ، وأتناول حصتي منها .

وأما والدة سيدي فقد توفي في حياتها ، وكانت صالحة صابرة تقرأ من الجمعة إلى الجمعة مائة ألف مرة سورة الإخلاص وتهب ثوابها لولدها سيدي الوالد ، وتصلي كل ليلة خمس أوقات قضاء احتياطا ، وكانت كثيرة الصلاة والصيام ، عاشت بعده سنتين صابرة محتسبة لم تفعل ما تفعله جهلة النساء عند فقد أولادهن ، بل كان حالها الرضا بالقضاء والقدر ، وتقول : الحمد لله على جميع الأحوال ، وكانت من سلالة طاهرة من ذرية الحافظ الداودي المحدث الشهير ، وكان عمها الشيخ محمد بن عبد الحي الداودي صاحب التأليفات الشهيرة .

منها حاشية المنهج ، وحاشية ابن عقيل ، ومجموع الفوائد وغيرها . وعلى ما سمعت واشتهر أن نسبتهم إلى حضرة سيدنا العباس إلا أنه ليس بدرجة الثبوت ، وليس عندهم نسب عليه شهادة العلماء والنقباء كما جرت عادة أصحاب الأنساب . وكان سيدى رحمه الله تعالى قد عرض عليه شيخه بنته للزواج فمنعه والده من زواجها وقال له أخاف عليك من غضب شيخك وعقوقه إن أغضبت ابنته يوما ما وهذا مما لا تخلو منه الجبلة الإنسانية غالبا . وكان والده رحمه الله تعالى شفوقا عليه ويحبه محبة تامة ، حتى أنه لما حج سيدى سنة خمس وثلاثين امتنع والده من دخول داره الجوانية مدة غياب سيدى ولم ينم على فراش تلك المدة وهى أربعة أشهر بل بقى نائما فى داره البرانية .

وكان سيدى رحمه الله تعالى ورعا فى سائر أحواله ، وعلى الخصوص فى حال إحرامه فى حجته المذكورة ، فإنه تحرى للطعام غاية التحرى مع قلة تناول الطعام إلا بقدر الضرورة .

وكان رحمه الله تعالى كثير البر والصلة لأرحامه يواسيهم بأفعاله وأقواله وماله ، وبالخصوص شقيقه العلامة الفاضل الفقيه الصوفى التقى الصالح السيد عبد الغنى . وكان يعتنى ويتفرس الخير بأكبر أولاده ، وهو العالم العلامة العمدة الفهامة الشيخ السيد أحمد أفندى أمين الفتوى بدمشق حالا ، ويهتم بتربيته ويقول لوالده : دع لى من ولدك السيد أحمد وأنا أربيه وأعلمه ، فعلمه القرآن العظيم وأقرأه مسلسلات العلامة ابن عقيلة ، وأجازه إجازة عامة حتى صار من أفاضل عصره ، وله تأليفات عديدة : منها شرح مولد ابن حجر ، شرحه شرحا لم يسبق على منواله ، وشرح على علم الحال الذى ألف صاحب السماحة والفضيلة جندى زاده أمين أفندى العباسى رئيس ديوان تمييز ولاية سورية . ونشأ له ولدان نجيبان فاضلان : أحدهما السيد محمد أبو الخير ، مسودة الفتوى بدمشق ، وخطيب جامع برسبائى الشهير بجامع الورد ومدرسه . وثانيهما السيد راغب إمام الجامع المذكور .

وكان سيدى رحمه الله تعالى ذهب مرة مع شيخه السيد محمد شاكر المذكور لزيارة بعض علماء الهند وصلحائها الشيخ محمد عبد النبى لما ورد دمشق ، فلما دخلا عليه جلس شيخ سيدى وبقى سيدى واقفا فى العتبة بين يدى شيخه حاملا نعله بيده كما هو عادته مع شيخه ، فقال الشيخ محمد عبد النبى لشيخ سيدى مر هذا الغلام السيد فليجلس فإنى لا أجلس حتى يجلس فإنه ستقبل يده وينتفع بفضله فى سائر البلاد وعليه نور آل بيت النبوة ، فقال له الشيخ محمد شاكر اجلس يا ولدى ، وكذلك وقع له مع شيخه المذكور إشارة نظير هذه من الإمام الصوفى الشهير والولى الكبير الشيخ طاها الكردى قدس سره ، ومن ذاك الوقت زاد اعتناء الشيخ به والتفاته إليه بالتعليم . وكان شيخه المذكور كثيرا ما يأخذه معه ويحضره دروس أشياخه ، حتى أنه أخذه وأحضره درس شيخه العلامة العامل الولى الصالح شيخ الحديث الشيخ محمد الكزبرى ، واستجازه له فأجازه وكتب له إجازة عامة على ظهر ثبته ، مؤرخة فى افتتاح ليلة غرة سنة عشر ومائتين وألف ، وترجم سيدى المرحوم فى ثبته ترجمة حسنة فراجعها ، ورثاه أيضا سيدى عند وفاته ليلة الجمعة لتسع عشرة ليلة خلت من ربيع الأول سنة إحدى وعشرين ومائتين وألف بقصيدة مؤرخا وفاته فيها ، ومطلعها :

خطب عظيم بأهل الدين قد نزلا ... فحسبنا الله فى كل الأمور ولا

وبيت التاريخ :

ــــ إمامنا الكزبرى(١) نجم أفلا ... فليل جلقه ما زال منسدلا

---

(١) (قوله إمامنا الكزبرى الخ) هكذا بالأصل والشطر الأول ناقص مايتم به الوزن والتاريخ فليحرر اه مصححه .

وكذلك أحضره درس العالم العلامة الشيخ الكبير المحدّث الشهير الشيخ أحمد العطار ، واستجازه له فأجازه . وكتب له إجازة عامة على ظهر ثبته بخطه مؤرخة فى منتصف محرم الحرام سنة ست عشرة ومائتين وألف . وقد ترجمه سيدى المرحوم الوالد فى ثبته عقود اللآلى ترجمة حسنة فراجعها ؛ ورثاه عند وفاته مع غروب الشمس نهار الخميس التاسع من ربيع الثانى سنة ثمان عشرة ومائتين وألف بقصيدة مؤرخا وفاته بها . ومطلعها :

ليقدح الجهل فى البلدان بالشرر   وليسكن العلم فى كتب وفى سطر

وقد أخذ سيدى عن مشايخ كثيرين منهم الشيخ الأمير الكبير المصرى ، وأجازه إجازة عامة كتبها له بخطه الشريف وختمها بختمه المنيف ، وأرسلها له مؤرخة فى غرة رمضان المعظم قدره من شهور عام ثمانية وعشرين بعد الألف والمائتين من الهجرة النبوية ، وكذا أخذ عن مشايخ كثيرين يطول ذكرهم هنا من شاميين ومصريين وحجازيين وعراقيين وروميين .

وكان له عم من أهل الصلاح ومظنة الولاية ومن أهل الكشف ، اسمه الشيخ صالح اسم على مسمى ، حتى أنه بشر أمه به قبل ولادته . وهو الذى سماه محمد أمين حين كان فى بطن أمه ، يضعه فى حال صغره فى حجره ويقول له أعطيتك عطية الأسياد فى رأسك .

وكان رحمه الله تعالى له خيرات عامة : منها تعمير المساجد ، وافتقاد الأرامل والفقراء . وكانت تسعى إليه الوزراء والأمراء والموالى والعلماء والمشايخ والكبراء والفقراء وذو الحاجات ، وعظمت بركته وعم نفعه ، وكثر أخذ الناس عنه . وغالب من أخذ عنه وقرأ عليه أكابر الناس وأشرافهم وأجلاؤهم من الموالى والعلماء الكبار والمفتين والمدرسين وأصحاب التآليف والمشاهير ، وقصده الناس من الأقطار الشاسعة للقراءة عليه والأخذ عنه .

فمن قرأ عليه وأخذ عنه شقيقه العلامة الفاضل الفقيه الصوفى السيد عبد الغنى المذكور : ومنهم ولد أخيه المذكور الشيخ أحمد أفندى أمين الفتوى بدمشق حالا صاحب التآليف الشهيرة . ومنهم ابن ابن عمه الشيخ صالح ابن السيد حسن عابدين . ومنهم صاحب الفضيلة والسماحة العالم العلامة عمدة الموالى العظام جابى زاده السيد محمد أفندى قاضى المدينة المنورة سابقا ، ومن أصحاب پايه إسلامبول الحائز للنشيان العالى المجيدى من الرتبة الثانية . من تشرفت فى حضرته پاية إسلامبول ، وافتخرت فيه على من نالها بفضائله وعلمه الذى أقرت به الفحول ؛ وبكمال علومه وقدره مع فضله زاد فيه رفعة وعز النشيان العالى المجيدى من الرتبة الثانية التى افتخرت فيها أعاظم الرجال وهى فيه فاقت وتبخترت على أكابر أهل الكمال فإنه أخذ عنه سائر العلوم وبه انتفع : ومنهم العالم العلامة الزاهد العابد الورع التقى النقى فقيه النفس الشيخ يحيى السردست أحد أفاضل الصوفية فى زمنه فإنه عنه أخذ وبه انتفع وعليه تخرج . ومنهم العالم العلامة العمدة الفهامة فقيه العصر الشيخ عبد الغنى الغنيمى الميدانى شارح القدورى وعقيدة الطحاوى ، فإنه عنه أخذ وبه انتفع وعليه تخرج . ومنهم العالم العلامة والعمدة الفهامة الشيخ حسن البيطار فإنه قرأ عليه العقود الدرية ، وعليه تخرج فى مذاهب السادة الحنفية . ومنهم ولد المرقوم العالم العلامة الشيخ محمد أفندى البيطار فإنه عنه أخذ وبه انتفع وعليه تخرج ، وهو أمين فتوى دمشق الشام حالا . ومنهم العالم العلامة أحمد أفندى الإسلامبولى محشى الدرر ، فإنه عنه أخذ وبه انتفع وعليه تخرج ؛ ومنهم الشيخ الفاضل والعالم الكامل فرضى دمشق ورئيس حسابها السيد حسين الرسامة ، فإنه عنه أخذ وبه انتفع وعليه تخرّج . ومنهم العالم العلامة القدوة الفهامة صاحب التآليف المفيدة والتصانيف النفيسة فى المعقول

والمنقول : الشيخ يوسف بدر الدين المغربي ، فإنه عنه أخذ وبه انتفع وعليه تخرج . ومنهم العلامة الفاضل الشيخ عبد القادر الجابي . ومنهم الشيخ محمد الجقلي . ومنهم الشيخ محمد أفندي المنير أحد أصحاب پاية أزمير المجردة . ومنهم العلامة الفاضل الشيخ عبد القادر الخلاصي شارح الدر المختار والألفية لابن مالك وغيرهما . ومنهم عمدة الموالي الكرام علي أفندي المرادي مفتي دمشق الشام . ومنهم العالم العلامة ، العمدة الفهامة ، نخبة الموالي الفخام عبد الحليم ملا قاضي الشام وقاضي عسكر أناطولي . ومنهم الشيخ حسن بن خالد بك . ومنهم الشيخ محمد تلو . ومنهم الشيخ محيي الدين الياف . ومنهم الشيخ أحمد الحلاوي المصري شيخ القراء في زمنه . ومنهم الشيخ عبد الرحمن الجمل المصري . ومنهم الشيخ أيوب المصري . ومنهم الشيخ الملا عبدالرزاق البغدادي أحد مشاهير علماء بغداد وأفاضلها . ومنهم الشيخ مصلح قاضي جينين ومنهم الشيخ أحمد البزري قاضي صيدا ومنهم أخوه الشيخ محمد أفندي مفتيها . ومنهم الشيخ محمد أفندي الآتاسي مفتي حمص وأخوه أمين أفندي أمين فتواه . ومنهم الشيخ أحمد سليمان الأروادي وغيره ممن يطول ذكرهم هنا ولا يحصى عددهم من أفاضل وأعيان ، فإنهم انتفعوا به وأخذوا عنه وعليه تخرجوا .

مات رحمه الله تعالى ضحوة يوم الأربعاء الحادي والعشرين من ربيع الثاني سنة ١٢٥٢ ، وكانت مدة حياته قريبا من أربع وخمسين سنة ، ودفن بمقبرة دمشق في باب الصغير في التربة الفوقانية ، لا زالت سحائب الرحمة تبل ثراه في البكرة والعشية . وكان قبل موته بعشرين يوما قد اتخذ لنفسه القبر الذي دفن فيه ، وكان دفن فيه بوصية منه لمجاورته لقبر العلامتين : الشيخ العلائي شارح التنوير والشيخ صالح الجينيني إمام الحديث ومدرسه تحت قبة النسر ، وهذا مما يدل على حبه للشارح العلائي ، لا سيما وقد حشي له شرحيه على الدر والملتقى وشرحه على المنار ، وسماني باسمه وأرخ ولادتي على ظهر كتابه الدر المختار في ليلة الثلاثاء لثلاثة مضين من شهر ربيع الثاني سنة ١٢٤٤ رحمه الله تعالى العزيز الغفار ، وقد مدحه بقصيدة وهي قوله :

علاء الدين يا مفتي الأنام ... جزاك الله خيرا على الدوام(١)
لقد أبرزت للفتيا كتابا ... مبينا للحلال وللحرام
لقد أعطيت فضلا لا يضاهي ... وعلما وافرا كالصيب طام
فكنت به فريد العصر حتما ... كمثل البدر في وفق التمام
وكان بك الزمان خصيب عيش ... رطيبا ذا حبور وابتسام
وفاق بدرك المختار عقد ... لفقه أبي حنيفة ذو انتظام
بألفاظ ترين الصعب سهلا ... ومطروحا على طرف الثمام
إذا ما قلت قولا قيل فيه ... على قول إذا قالت حذام
صغير الحجم حاوي الجل مما ... تنقح في ربى الكتب العظام
فكل الصيد في جوف الفرا إن ... تقل ذا لست تخشى من ملام
حوى اسما قد أتى طبق المسمى ... وما تأتي كذا كل الأسامي

وكانت له جنازة حافلة ما عهد نظيرها ، حتى إن جنازته رفعت على رؤوس الأصابع من تزاحم الخلق ، وخوفا من وقوعها وإضرار الناس بعضهم بعضا حتى صار حاكم البلدة وعساكره يفرقون الناس عنها ، وصار الناس عموما يبكون نساء ورجالا كبارا وصغارا ، وصلي عليه في جامع سنان باشا ، وغص بهم المسجد حتى

(١) (قوله على الدوام) يقرأ بوصل عين على بدال الدوام وحذف ما بينهما لفظ لاستقامة الوزن .

وقد حرر محشى الأشباه المنع قياسا على مسألة السفل والعلو أنه لا يتد إذا أضر ، وكذا إذا أشكل على المختار للفتوى كما فى الخانية :

قال المحشى ! : فكذا تصرفه فى ملكه إن أضر أو أشكل يمنع ، وإن لم يضر لم يمنع . قال : ولم أر من نبه عليه ، فليغتنم فإنه من خواص كتابى انتهى .

(ادعى) على آخر (هبة) مع قبض

صلوا فى الطريق ، وصلى عليه إماما بالناس الشيخ سعيد الحلبى ، وصلى عليه غائبة فى أكثر البلاد ، ولم يترك أولادا ذكورا غير هذا الحقير العاجز الفقير الملتجى إلى عناية مولاه القدير جامع هذه التكملة ، جعلها الله تعالى خالصة لوجهه الكريم ، ورحم الله تعالى روحه ، ونوّر مرقده وضريحه ، وجزاه الله تعالى عنى وعن المسلمين خيرا ، ونفعنى به وبعباده الصالحين فى الدنيا والآخرة .

وهذا أوان الشروع فى المقصود ، بعون ذى الفضل والجود ، فنقول بعون الله تعالى : قول العلائى (قوله قال المحشى) هو الشيخ صالح على ما يتبادر من سابقه ومن نقله عنه كثيرا ، ولا حاجة إلى هذه العبارة للاستغناء عنها بما قبلها ط .

مطلب دعوى الهبة من غير قبض غير صحيحة

(قوله مع قبض) قيد به ، لأن دعوى الهبة من غير قبض غير صحيحة ، فلابد فى دعواها من ذكر القبض ولهذا صوّر المسألة شراح الهداية بأنه ادعى أنه وهبها له وسلمها ثم غصبها منه .

مطلب الإقرار بالهبة هل يكون إقرار بالقبض

وذكر العمادى اختلافا فى الإقرار بالهبة أيكون إقرارا بالقبض ، قيل نعم لأنه كقبول فيها ، والأصح لا ، وقيد بذكر التاريخ لها لأنه لو لم يذكر لها تاريخ أو ذكر لأحدهما فقط تقبل لإمكان التوفيق بأن يجعل الشراء متأخرا اه بحر . وفيه أيضا وأشار المؤلف إلى أنه لو ادعى الشراء أولا ثم برهن على الهبة أو الصدقة ، فإن وفق فقال جحدنى الشراء ثم وهبها منى أو تصدق قبل وإلا فلا كما فى خزانة الأكمل وفى منية المفتى : ادعاها إرثا ثم قال جحدنى فاشتريتها وبرهن تقبل اه . وذكر مسائل من التناقض : منها لو ادعى الشراء من أبيه فى حياته وصحته فأنكر ولا بينة فحلف ذو اليد فبرهن المدعى أنه ورثها من أبيه تقبل لإمكان التوفيق .

مطلب برهن على أنه له بالإرث ثم قال لم يكن لى قط

ولو ادعى الإرث أولا ثم الشراء لا تقبل لعدمه . ومنها برهن على أنه له بالإرث ثم قال لم يكن لى قط أو لم يزد قط لم يقبل برهانه وبطل القضاء .

مطلب دعوى الشراء بعد الهبة مسموعة مطلقا

والشراء قبل هبة من غير قبض مسموعة أيضا .

وتقييده بالقبض ليس للاحتراز عن دعوى الشراء بعد ما ادعى الهبة بدون التسليم أبو السعود

(فى وقت فسئل) المدعى (بينة فقال) قد (جحدنيها) أى الهبة (فاشتريتها منه أو لم يقل ذلك) أى جحدنيها ومفاده الاكتفاء بإمكان التوفيق ، وهو مختار شيخ الإسلام من أقوال أربعة . واختار الخجندى

(قوله فى وقت) ظرف لهبة لا لادعى اهـ ح ، وذلك كما اذا ادعى أنه وهبها له فى رمضان (قوله ومفاده) أى مفاد قوله أو لم يقل ذلك اهـ ح .

مطلب التوفيق بالفعل شرط فى الاستحسان وهو الأصح

(قوله بإمكان التوفيق) أى مطلقا من المدعى أو المدعى عليه تعدد وجهه أو اتحد بحر .

وفيه أن هذا هو القياس والاستحسان أن التوفيق بالفعل شرط . قال الرملى : وجواب الاستحسان هو الأصح كما فى منية المفتى .

أقول : لكن نقل فى نور العين عن فتاوى رشيد الدين : لو أتى بالدفع بعد الحكم فى بعض المواضع لايقبل نحو أن يبرهن بعد الحكم أن المدعى أقر قبل الدعوى أنه لاحق له فى الدار لا يبطل الحكم لجواز التوفيق بأنه شراه بخيار فلم يملكه فى ذلك الزمان ثم مضت مدة الخيار وقت الحكم فملكه فلما احتمل هذا لم يبطل الحكم الجائز بشك ، ولو برهن قبل الحكم يقبل ولا يحكم إذ الشك يدفع الحكم ولا يرفعه .

يقول الحقير : الظاهر أنه لو برهن قبل الحكم فيما لم يكن التوفيق خفيا ينبغى أن لا يقبل ويحكم على مذهب من جعل إمكان التوفيق كافيا إذ لا شك حينئذ لأن إمكانه كتصريحه عندهم ، والله تعالى أعلم اهـ كذا فى نسخة نور العين . والذى يظهر زيادة لا فى قوله ينبغى أن لا يقبل كما هو ظاهر لمن تأمل . وسيأتى تمام الكلام على ذلك قريبا إن شاء الله تعالى عند قوله ومن ادعى على آخر مالا الخ .

مطلب من سعى فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه إلا فى موضعين

(قوله وهو مختار شيخ الإسلام) قيده فى البحر فى فصل الفضولى ، بأن لا يكون ساعيا فى نقض ما تم من جهته ، لأن كل من سعى فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه ، فقولهم إن إمكان التوفيق يدفع التناقض على أحد القولين مقيد بما إذا لم يكن ساعيا فى نقض ما تم من جهته ؛ لأن من سعى فى نقض ما تم من جهته لا يقبل إلا فى موضعين :

الأول فيما إذا اشترى عبدا وقبضه ثم ادعى أن البائع باعه قبله من فلان الغائب بكذا وبرهن يقبل .

الثانى وهب جاريته واستولدها الموهوب له ثم ادعى الواهب أنه كان دبرها أو استولدها وبرهن يقبل ويستردها والعقر اهـ وتمامه فيه فراجعه إن شئت .

مطلب فى ارتفاع التناقض أقوال أربعة

(قوله من أقوال أربعة) الأول : لابد من التوفيق بالفعل ولا يكفى الإمكان .

الثانى : كفاية الإمكان مطلقا أى من المدعى أو المدعى عليه تعدد وجه التوفيق أو اتحد .

الثالث : ما ذكره الخجندى .

الرابع : كفاية الإمكان إن اتحد وجه التوفيق لا إن تعددت وجوهه ، وهذا الخلاف يجرى فى كل موضع

أنه يكفي من المدعي عليه لامن المدعي لأنه مستحق وذاك دافع . والظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق بزازية (فأقام بينة على الشراء بعد وقتها) أى وقت الهبة (تقبل) فى الصورتين (وقبله لا) لوضوح التوفيق فى الوجه الأول وظهور التناقض فى الثانى . ولو لم يذكر لهما تاريخا أو ذكر لأحدهما تقبل لإمكان التوفيق بتأخير الشراء، وهل يشترط كون الكلامين عند القاضى أو الثانى فقط ؟ خلاف

حصل فيه التناقض من المدعى أو منه ومن شهوده أو من المدعى عليه كما فى البحر . ومثله فى حاشية سيد الوالد عليه

مطلب هل يكفى إمكان التوفيق لدفع التناقض أو لابد منه بالفعل

(قوله أنه يكفى من المدعى عليه) هذا اختصار . وأصل عبارة الخجندى كما فى البحر : إن التناقض إن كان من المدعى فلابد من التوفيق بالفعل ولا يكفى الإمكان ، وإن كان المدعى عليه يكفى الإمكان، لأن الظاهر عند الإمكان وجوده ووقوعه ، والظاهر حجة فى الدفع لا فى الاستحقاق والمدعى مستحق والمدعى عليه دافع . والظاهر يكفى فى الدفع لا فى الاستحقاق . ويقال أيضا إن تعدد الوجوه لا يكفى الإمكان وإن اتحد يكفى الإمكان والتناقض كما يمنع الدعوى لنفسه يمنع الدعوى لغيره (قوله بعد وقتها) كشوال وهو ظرف للشراء كقبله اه ح (قوله فى الصورتين) يعنى ما إذا قال جحدنيها أولا ح (قوله وقبله) أى قبل وقت الهبة كشعبان (قوله لوضوح التوفيق فى الوجه الأول) وهو ما إذا كان الشراء بعد وقت الهبة وهذا التعليل إنما يظهر فيما إذا قال جحدنيها . وأما إذا لم يقله فالذى فيه إمكان التوفيق (قوله وظهور التناقض فى الثانى) لأنه يدعى الشراء بعد الهبة وشهوده تشهد له به قبلها . وهو تناقض ظاهر لا يمكن التوفيق بينهما . ومرادهم بالتناقض ما يكون بين الدعوى والبينة وإلا فالمدعى لا تناقض منه لأنه لم يدّع الشراء سابقا على الهبة والتناقض يبطل الدعوى .

مطلب يكون التناقض من متكلم واحد ومن اثنين

وكما يكون من متكلم واحد يكون من متكلمين كمتكلم واحد حكما كوارث ومورّث ووكيل وموكل . والأولى(١) فى البزازية : ولم أر الآن الثانية صريحا وهى ظاهرة من الأولى بحر .

مطلب لا تسمع دعوى الوارث فيما لا تسمع دعوى مورّثه فيه

قال أبو السعود : وفى هذا دلالة ظاهرة على ما نقله الشيخ حسن الشرنبلالى فى رسالة الإبراء عن فتاوى الشيخ الشلبى حيث حكى الإجماع على أن دعوى الوارث لاتسمع فى شىء لا تسمع فيه دعوى مورّثه أن لو كان حيا . كما إذا أقر مورثه بقبض ما يخصه من التركة وأبرأ إبراء عاما لا تسمع دعوى الوارث بعده الخ . وإذا عرف هذا فى الإبراء فكذا فى غيره من بقية الموانع ، كما لو ترك الدعوى فى حق لا من جهة الإرث حتى مضى خمس عشرة سنة ، وقولهم لا تسمع الدعوى بعد خمس عشرة سنة إلا فى الإرث يحمل على ما إذا لم تمض الخمس عشرة سنة قبل موت مورّثه اه ط .

مطلب هل يشترط كون الكلامين المتناقضين فى مجلس القاضى أو الثانى فقط

(قوله وهل يشترط كون الكلامين) أى المتناقضين (قوله أو الثانى فقط) أى ويحتاج إلى إثبات الأول

---

(١) (قوله والأولى) أى مسئلة الوارث والمورث اه منه .

ويبنغي ترجيح الثاني بحر ». لأن به التناقض والتناقض يرتفع بتصديق الخصم وبقول المتناقض تركت الأول

عند القاضي ليدفع به دعوى المدعي (قوله وينبغي ترجيح الثاني) ولعل وجهه أنه الذي يتحقق به التناقض منح . وفي النهر من باب الاستحقاق : والأوجه عندي اشتراطهما عند الحاكم إذ من شرائط الدعوى كونها لديه اه . وفي شرح المقدسي : ينبغي أن يكفي أحدهما عند القاضي ، بل يكاد أن يكون الخلاف لفظيا لأن الذي حصل سابقا على تجلس القاضي لابد أن يثبت عنده ليترتب على ما عنده حصول التناقض ، والثابت بالبيان كالثابت بالعيان فكأنهما في مجلس القاضي ، فالذي شرط كونهما في مجلسه يعم الحقيقي والحكمي في السابق واللاحق اه وهو حسن .

لكن ذكر سيدي الوالد رحمه الله تعالى في حاشيته على البحر بعد ذكر نحو ما تقدم قلت : وسيأتي في الوكالة أن الوكيل بالخصومة يصح إقراره لو أقر عند القاضي لا عند غيره ولكنه يخرج به عن الوكالة . وعند أبي يوسف يصح إقراره مطلقا لأن الشيء إنما يختص بمجلس القضاء إذا لم يكن موجبا إلا بانضمام القضاء إليه كالبينة والنكول . ولهما أن المراد بالخصومة الجواب مجازا ، والجواب يستحق في مجلس الحكم فيختص به فإذا أقر في غيره لا يعتبر لكونه أجنبيا فلا ينفذ على الموكل لكنه يخرج به عن الوكالة لأن إقراره يتضمن أنه ليس له ولاية الخصومة اه .

والحاصل أن اختصاصه بمجلس القاضي لكون لفظ الخصومة يتقيد به وهنا ليس كذلك ، فالذي يظهر ترجيح عدم اشتراط كون الكلامين في مجلس القاضي اه (قوله يرتفع بتصديق الخصم) أي بكلاميه المتناقضين .

مطلب يرتفع التناقض بقول المتناقض تركت

(قوله وبقول المتناقض تركت الأول الخ) أقول : فيه أنه حينئذ لا يبقى تناقض أصلا ، لأن كل متناقض يمكنه أن يقول ذلك ، والظاهر أن هذا مخصوص بمسألة ما إذا ادعاه مطلقا ثم ادعاه بسبب الخ فإذا قال ذلك قبل قوله ، أما لو قال هذا ملك المدعي عليه ثم قال بل ملكي تركت الأول وأدعي بالثاني فلا قائل به ، ويرشدك لذلك قوله تركت الأول الخ . ثم رأيت في البحر عن البزازية وصف المدعي المدعى فلما حضر خالف في البعض أن ترك الدعوى الأولى وأدعى الحاضر تسمع لأنها دعوى مبتدأة وإلا فلا اه . وفيه أيضا وبرجوع المتناقض عن الأول بأن يقول تركته وأدعي بكذا . قال سيدي الوالد في حاشيته عليه بعد كلام . وظاهر ما ذكره المؤلف في الاستحقاق أي صاحب البحر : أن مسألة رجوع المتناقض بحث منه . ثم رأيت البزازي ذكر بعد ذلك في نوع في الدفع . وذكر القاضي ادعى بسبب وشهدا بالمطلق لا يسمع ولا تقبل ، لكن لاتبطل دعواه الأولى ؛ حتى لو قال أردت بالمطلق المقيد يسمع كما مر إن برهن على أنه له .

وفي الذخيرة أيضا ادعاه مطلقا فدفعه المدعي عليه بأنك كنت ادعيته قبل هذا مقيدا وبرهن عليه فقال المدعي أدعيه الآن بذلك السبب وتركت المطلق يقبل ويبطل الدفع اه ما في البزازية . قال الرملي : ربما يشكل عليه ما في البزازية وغيرها : ادعى على زيد أنه دفع له مالا ليدفعه إلى غريمه وحلفه ثم ادعاه على خالد وزعم أن دعواه على زيد كان ظنا لا يقبل ، لأن الحق الواحد كما لا يستوفى من اثنين لا يخاصم مع اثنين بوجه واحد اه. ووجه إشكاله أنه لما قال إن دعواه على زيد كان ظنا فقد ارتفع التناقض ، والله تعالى أعلم ذكره الغزي

وأدعى بكذا أو بتكذيب الحاكم وتمامه فى البحر وأقره المصنف (كما لو ادعى أولا أنها) أى الدار مثلا (وقف عليه ثم ادعاها لنفسه أو ادعاها لغيره ثم) ادعاها (لنفسه) لم تقبل للتناقض. وقيل تقبل إن وفق بأن قال كان لفلان ثم اشتريته درر فى أواخر الدعوى.

وأقول: قد كتبت فرقا فى حاشيتى على جامع الفصولين بين فرع البزازى وفرع ذكره فراجعه ويفرق ههنا بأن فيما ذكره البزازى امتنع ارتفاع التناقض لتعلقه باثنين فلا تصح الدعوى لما ذكره من امتناع مخاصمة الاثنين فى حق واحد وهذا منتف فى الواحد وهو محل ما فى هذا الشرح فتدبر اه.

مطلب يرتفع التناقض بتكذيب الحاكم

(قوله أو بتكذيب الحاكم) كما لو ادعى أنه كفل له عن مديونه بألف فأنكر الكفالة وبرهن الدائن أنه كفل عن مديونه وحكم به الحاكم وأخذ المكفول له منه المال، ثم إن الكفيل ادعى على المديون أنه كفل عنه بأمره وبرهن على ذلك يقبل عندنا ويرجع على المديون بما كفل لأنه صار مكذبا شرعا بالقضاء كذا فى المنح ح وكذا إذا استحق المشترى من المشترى بالحكم يرجع على البائع بالثمن وإن كان كل مشتر مقرا بالملك لبائعه، لكنه لما حكم ببرهان المستحق صار مكذبا شرعا باتصال القضاء به اه ط ومثله فى الأنقروى، وإنما احتاج للدعوى لإثبات كون الكفالة بالأمر لا لإثبات أصل الكفالة، إذ هى من المسائل التى يكون القضاء بها على الحاضر قضاء على الغائب (قوله وتمامه فى البحر) وعبارة البحر فى الاستحقاق أولى، وهى: إذا قال تركت أحد الكلامين يقبل منه لأنه استدل له بما فى البزازية عن الذخيرة: ادعاه مطلقا فدفعه المدعى عليه بأنك كنت ادعيته قبل هذا مقيدا وبرهن عليه فقال المدعى أدعيه الآن بذلك السبب وتركت المطلق يقبل ويبطل الدفع اه فإن المتروك الثانية لا الأولى ومع هذا نظر فيه صاحب النهر هناك.

وقد يقال: ذلك القول توفيق بين الدعوتين تأمل. وذكر سيدى الوالد فى باب الاستحقاق تأييد ما فى النهر.

مطلب ادعى بسبب ثم ادعاه مطلقا

وقال فى الخانية: رجل ادعى الملك بسبب ثم ادعاه بعد ذلك ملكا مطلقا فشهد شهوده بذلك ذكر فى عامة الروايات أنه لا تسمع دعواه لا تقبل بينته. قال مولانا رضى الله تعالى عنه: قال جدى شمس الأئمة رحمه الله تعالى: لا تقبل بينته ولا تبطل دعواه، حتى لو قال أردت بهذا الملك المطلق الملك بذلك السبب تسمع دعواه وتقبل بينته اه.

مطلب ادعى وقفا ثم ادعاه ملكا لنفسه لا تقبل

(قوله ثم ادعاها لنفسه) لوجود التناقض مع عدم إمكان التوفيق إذ الوقف لا يصير ملكا ط (قوله لم تقبل للتناقض) لأن الإنسان لا يضيف مال نفسه إلى غيره:

قال فى جامع الفصولين بعد ذكر المسألة فى الفصل ٣٩ أقول: يمكن أيضا فى هذا أنه أضاف مال الغير إلى نفسه فلا تناقض حينئذ فينبغى أن يكون مقبولا اه (قوله وقيل تقبل إن وفق) هذا راجع إلى المسألة الثانية

قال (ولو ادعى الملك) لنفسه (أولا ثم) ادعى (الوقف) عليه (تقبل كما لو ادعاها لنفسه ثم لغيره) فإنه يقبل .

(ومن قال لآخر اشتريت منى هذه الجارية وأنكر) الآخر الشراء جاز (للبائع أن يطأها إن ترك) البائع (الخصومة) واقترن تركه بفعل يدل على الرضا بالفسخ كإمساكها ونقلها لمنزله ، لما تقرر أن (جحود) جميع العقود (ما عدا النكاح

دون مسألة الوقف ، ومقتضى ماسبق أن إمكان التوفيق بما ذكر كاف ط . وأما ما ذكر الشارح فليس بكاف بل لابد منه بالفعل ، وقد تقدم أن الاستحسان أن التوفيق بالفعل شرط .

مطلب ادعى الملك ثم ادعاه وقفا تقبل

(قوله ثم ادعى الوقف عليه) كذا فى المنح ولم يذكره فى البحر . والذى فى الحموى عدم التقييد بقوله عليه وكأنه أخذه من قاعدة إعادة النكرة معرفة فيكون المراد به الوقف المار . قيل وعليه فلا يظهر التوفيق لأنه تناقض ظاهر ، ويمكن جريانه على مذهب الثانى القائل بصحة وقفه على نفسه اه ولا يخفى عليك ما فيه ، لما فى البحر من فصل الاستحقاق : ولو ادعى أنها له ثم ادعى أنها وقف عليه تسمع لصحة الإضافة بالأخصية انتفاعا كما لو ادعاها لنفسه ثم لغيره اه تأمل (قوله تقبل) لاحتمال أنها انتقلت لغيره منه (قوله اشتريت منى هذه الجارية) أى والواقع كذلك (قوله فله أن يطأها) أى بعد الاستبراء إن كانت فى يد المشترى أبو السعود عن الحلبى بحثا (قوله واقترن تركه بفعل يدل على الرضا الخ) هذا ما ذكره صاحب الهداية جازما به ، وبعضهم اكتفى بعزم القلب على الترك ، وبعضهم اشترط الإشهاد عليه : أى على ما فى قلبه بلسانه ، وقيل بمجرد العزم لا يفسخ به لكن له خيار شبرط . أجيب بأن المراد عزم مؤكد بفعل كإمساكها ونقلها لمحله إذ لا يحل ذلك بدون فسخ فكان فسخا دلالة كما فى المقدسى (قوله لما تقرر) علة للمصنف .

مطلب جحود ما عدا النكاح فسخ له

(قوله ما عدا النكاح) فإنه لا يحتمل الفسخ بسبب من الأسباب ، فلو ادعى تزوجها على ألف فأنكرت ثم أقامت البينة على ألفين قبلت ولا يكون إنكارها تكذيبا للشهود ، وفى البيع لا يقبل ويكون تكذيبا للشهود ولو ادعت عليه نكاحا وحلف عندهما أو لم يحلف عنده لا يحل لها التزوج بغيره لأن إنكاره لا يكون فسخا فيحتاج القاضى بعده أن يقول فرقت بينكما أو يقول الخصم إن كانت زوجتى فهى طالق بائن ، ولو ادعى على امرأة أنه تزوجها فأنكرت المرأة ثم مات الزوج فجاءت المرأة تدعى ميراثه فلها الميراث كعكسه عندهما وعند الإمام لا ميراث له لأنه لا عدة عليه ولذا كان له أن يتزوج بأختها وأربع سواها ، ولو ادعت الطلاق فأنكر ثم مات لا تملك مطالبة الميراث ، وكما لا يكون إنكار النكاح فسخا لا يكون طلاقا وإن نوى بخلاف لست لى بامرأة فإنه يقع به إن نوى عنده خلافا لهما اه ط ومثله فى البحر ، وقد ذكر فى البحر فى خيار البلوغ صورا من النكاح تحتمل الفسخ .

قال فى التبيين : ولا يقال : النكاح لا يحتمل الفسخ فلا يستقيم جعله فسخا لأنا نقول : المعنى بقولنا لا يحتمل الفسخ بعد التمام وهو النكاح الصحيح النافذ اللازم . وأما قبل التمام فيحتمل الفسخ ، وتزويج الأخ

فسخ) فللبائع ردها بعيب قديم لتمام الفسخ بالتراضى عينى . أما النكاح فلا يقبل الفسخ أصلا (ف) لهذا (لو جحد أنه تزوجها ثم ادعاه وبرهن) على النكاح (يقبل) برهانه (بخلاف البيع) فإنه إذا أنكره ثم ادعاه لا يقبل لانفساخه بالإنكار بخلاف النكاح .

(أقر بقبض عشرة) دراهم

والعم صحيح نافذ لكنه غير لازم فيقبل الفسخ اه . ويرد ارتداد أحدهما فإنه فسخ اتفاقا وهو بعد التمام ، وكذا إباؤها عن الإسلام بعد إسلامه فإنه فسخ اتفاقا وهو بعده ، وكذا ملك أحد الزوجين صاحبه .

مطلب الحق أن النكاح يقبل الفسخ

فالحق أنه يقبل الفسخ مطلقا إذا وجد ما يقتضيه شرعا اه . قال سيدى الوالد : قد يقال مراده بالفسخ ما كان مقصودا مستقلا بنفسه ، وهو فيما ذكره من الصور ليس كذلك فإنه تابع لازم لغيره أعنى الارتداد والإباء والملك ، ومثله الفسخ بتقبيل ابن الزوج وسبى أحدهما ومهاجرته إلينا تأمل .

ثم رأيت بعد ذلك أجاب بعض الفضلاء بأن ذلك انفساخ لا فسخ اه وهو مؤدى ما قلنا اه (قوله فللبائع ردها بعيب الخ) أى وقد علمه بعد هذه الدعوى وإلا كانت الدعوى رضا به ، وقيده فى النهاية بأن يكون بعد تحليف المشترى ، إذ لو كان قبله فليس له الرد على البائع لاحتمال نكول المدعى عليه فتلزمه فاعتبر بيعا جديدا فى حق ثالث ، والأشبه أن يكون هذا التفصيل بعد القبض . وأما قبله فينبغى أن يرد مطلقا : أى ولو قبل تحليفه لأنه فسخ من كل وجه فى غير العقار فلا يمكن حمله على البيع زيلعى وغيره ط ونحوه فى الشرنبلالية

مطلب ما يقبل الفسخ من النكاح ليس بفسخ بل انفساخ

(قوله أما النكاح فلا يقبل الفسخ أصلا) عبارة الفتح والنكاح لا يحتمل الفسخ بسبب من الأسباب أى التى يتعاطاها الزوجان . وأما انفساخه بخروجهما عن أهلية النكاح كارتداد أحدهما وإباء المجوسية عن الإسلام وملك أحد الزوجين الآخر وكذا ما قدمه من الفرقة بأنها تارة تكون طلاقا وتارة تكون فسخا فلا ينافى ما هنا رحمتى .

أقول : وهو معنى ما قدمناه قريبا عن سيدى الوالد . وأقول : حق ذكر هذه المسائل فى كتاب الدعوى وإنما ذكرت هنا لبيان حكم القضاء فيها (قوله يقبل برهانه) لعل وجهه مع أنه تناقض ظاهر ما يأتى قريبا من أن النكاح لا يرتد بالرد فيكون جحوده ردا لإقرارها (قوله أقر بقبض عشرة دراهم) أطلق فيها ، فشمل ما إذا كانت دينا من قرض أو ثمن مبيع أو غصبا أو وديعة كما فى الفتح ، وقيد بالدراهم لأن المشترى لو أقر أنه قبض المبيع ثم ادعى عيبا به فإن القول لبائعه لأن المبيع متعين ، فإذا قبضه وأقر بأنه استوفى حقه دلالة فبدعواه العيب صار متناقضا اه ط عن الحموى .

قال فى البحر : وقيد بالإقرار بالقبض ، لأنه لو أقر بالألف ولم يبين الجهة ثم ادعى موصولا أنها زيف لم يقبض عليه . واختلف المشايخ ، قيل أيضا على الخلاف ، وقيل يصدق إجماعا لأن الجودة تجب فى بعض الوجوه لا على البعض فلا تجب بالاحتمال ، ولو قال غصبت ألفا أو أودعنى ألفا إلا أنها زيوف صدق وإن فصل: وعن الإمام أن القرض كالغصب ، ولو قال فى الغصب والوديعة إلا أنها رصاص أو ستوقة صدق إذا وصل ، ولو قال على كر حنطة من ثمن مبيع أو قرض إلا أنه ردىء فالقول له ، وليس هذا كدعوى الرداءة لأنها

فى الحنطة ليست بعيب لأن العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة ، والحنطة قد تكون رديئة بأصل الخلقة فلا يحمل مطلقها على الجيد ولذا لم يجز شراء البر بدون ذكر الصفة .

أقر بقبض عشرة أفلس أو ثمن مبيع ثم ادعى أنها كاسدة لم يصدق وإن وصل . وقالا : يصدق فى القرض إذا وصل ، أما فى البيع فلا يصدق عند الثانى فى قوله الأول . وقال محمد : يصدق فى المبيع وعليه قيمة المبيع ، وكذا الخلاف فى قوله علىّ عشرة ستوقة من قرض أو ثمن مبيع ؛ ولو قال غصبته عشرة أفلس أو أودعنى عشرة أفلس ثم قال هى كاسدة صدق اهـ . وقيد باقتصاره على قبض الدراهم ، لأنه لو قال قبضت دراهم جيادا لم يصدق فى دعواه الزيوف موصولا ومفصولا . ونقل فى أنفع الوسائل أنه إذا قبض البائع الثمن أو المؤجر الأجرة أو رب الدين دينه من المديون ولم ينقد الثمن ولا الأجرة ولا الدين ثم جاء بعد ذلك وذكر أن فيما قبضه رداءة وهو الذى تقوله العامة نحاس ورفعه إلى الحاكم فطلب منه الحكم والخصم ينكر ويقول دراهمى جياد وما أعلم هل هذا منها أم لا فهل يكون القول قول القابض أو الدافع . وتحرير الكلام فى ذلك ذكر فى القنية ص : تكارى دابة إلى بغداد بعشرة ودفعها إليه فلما بلغ بغداد رد بعضها وقال هى زيوف أوستوقة فالقول لرب الدابة لأنه ينكر استيفاء حقه والجياد فالقول له(١) هذه عبارة القنية .

وذكر فى المبسوط قال . وإذا كان أجر الدار عشرة دراهم أو قفيز حنطة موصوفة وأشهد المؤجر أنه قبض من المستأجر عشرة دراهم أو قفيز حنطة ثم ادعى أن الدراهم نبهرجة أو أن الطعام معيب فالقول قوله لأنه ينكر استيفاء حقه ، فإن ما فى الذمة يعرف بصفة ويختلف باختلاف الصفة فلا مناقضة فى كلامه ، فاسم الدراهم يتناول النبهرج ، واسم الحنطة يتناول المعيب ، وإن كان حين أشهد قال قد قبضت من أجر الدار عشرة دراهم أو قفيز حنطة لم يصدق بعد ذلك على ادعاء العيب والزيف ، كذلك لو قال استوفيت أجر الدار ثم قال وجدته زيوفا لم يصدق ببينة ولا غيرها لأنه قد سبق منه الإقرار بقبض الجياد فإن أجر الدار من الجياد فيكون هو مناقضا فى قوله وجدته زيوفا والمناقض لا قول له ولا تقبل بينته ، ولو كان ثوبا بعينه فقبضه ثم جاء يرده بعيبه فقال المستأجر ليس هذا ثوبى فالقول قول المستأجر لأنهما تصادقا على أنه قبض المعقود عليه فإنه كان شيئا بعينه ثم ادعى الآخر لنفسه حق الرد والمستأجر منكر لذلك فالقول قوله ، فإن أقام رب الدار البينة على المعيب رده سواء كان العيب يسيرا أو فاحشا على قياس البيع .

قلت : فتحرر لنا من كلام شمس الأئمة السرخسى أن المؤجر متى قال استوفيت أجر الدار ثم قال وجدت فيه زيوفا لم يقبل قوله ولا بينته ، ولو قال قبضت من المستأجر كذا من الدراهم ولم يقل الأجرة ثم جاء وقال هذه الدراهم نبهرجة فالقول قوله فصار جواب المسألة أن القابض متى أقر بقبض الحق ثم ادعى أنه زيوف لم يصدق لأنه ناقض كلامه ، لأن إقراره بقبض الحق إقرار بقبض الجياد فإذا قال بعد ذلك هو زيوف أو بعضه فقد ناقض كلامه والمناقض لا يقبل قوله ولا بينته ، بخلاف ما إذا قال قبضت عشرة دراهم مثلا ولم يقل من أجرة دارى ثم ادعى أنها زيوف فإنه يقبل قوله لأنه فى القول الثانى منكر استيفاء الحق ، وما سبق منه ما يناقض هذا القول فيكون القول قوله ، هذا خلاصة ما قاله فى المبسوط . وأما ما ذكره فى القنية ورمز له بالصاد وهى علامة كتاب الأصل فهو موافق لما قررناه لأنه قال ودفعها إليه ولم يقل وأقر باستيفاء الأجرة وفى هذه الصورة ليس القابض بمناقض فى قوله فيقبل ، وبقية ما ذكره فى القنية هو من المبسوط فإنه رمز بسين وهو

(١) (قوله والجياد فالقول له) هكذا بالأصل وليحرر .

(ثم ادعى أنها زيوف)

علامة المبسوط ، ومعنى ما ذكره أنه إذا أقر بقبض الدراهم بأن قال مثلا قبضت منه عشرة دراهم ثم ادعى أنها زيوف صدق ، ولو قال هي ستوقة لا يصدق وذلك لأنه في الزيوف ما ناقض كلامه لأن الزيوف من جنس حقه ، وفي الستوقة ناقض كلامه لأنه أقر أولا بالدراهم وثانيا ادعى أنها ستوقة ، والستوق ليس من الجنس فكان مناقضا على ما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى من تفسير الزيوف والستوق والنبهرج ، وقوله وإن أقر(١) باستيفاء الأجرة الخ هذا مشكل مخالف لما قاله في المبسوط مما نقلناه وسنبنيه ، فإنه قال : وإن أقر باستيفاء الأجرة إلى آخره هذا مشكل مخالف لما قاله إلى تقديره والمسألة بحالها حتى يتم الكلام . وإذا كان كذلك فيبقى تقدير الكلام تكارى دابة إلى بغداد بعشرة دراهم وأقر الآجر بقبض الأجرة ثم ادعى أنها زيوف أو ستوقة يقبل قوله في ذلك ، وهذا خلاف ما ذكره شمس الأئمة في المبسوط ، فإنه قال : إذا أقر باستيفاء الأجرة ثم قال هي زيوف لم يقبل قوله والحرف ، قد بيناه ، وهو الموافق للفقه لأنه تناقض كلامه بعد ذلك والمناقض لاقول له فكيف يقول في القنية القول له فهذا والله أعلم سهو فإنه زيف كلام المبسوط ومايقوله محمد إلى آخره ، فالذي يجب أن يعمل به هو ما ذكره في المبسوط أعني في هذه الصورة الخاصة . وأما بقية الصور فكلها موافقة لما ذكره في المبسوط .

فإذا تقرر لنا هذا في الإجارة والأجرة عديناه إلى استيفاء الأثمان في البياعات والديون في المعاملات ، فإن العلة تجمع الكل فنقول : إذا دفع إليه دراهم وهي عن متاع ثم جاء البائع وأراد أن يرد عليه شيئا يزعم أنه مردود في المعاملات بين الناس وأنكر المشترى أن ذلك من دراهمه التي دفعها فلا يخلو إما أن يكون البائع أقر بقبض الثمن أولا ، فإن أقر بقبض الثمن لم يقبل قوله في ذلك ، ولا يلزم المشترى بأن يدفع عوض ذلك الرد ولو اختار البائع يمين المشترى أنه ما يعلم أن هذا الرد من دراهمه التي أعطاها له ينبغي أن يجاب إلى ذلك ويحلفه القاضي على العلم ، فإن حلف انقطعت الخصومة ولم يبق له معه منازعة ، وإن نكل ينبغي أن يردها عليه لأنه أقر بما ادعاه بطريق النكول ، وإن كان البائع لم يقر بقبض الثمن ولا الحق الذي على المشترى من جهة هذا البيع وإنما أقر بقبض دراهم مثلا ولم يقل هي الثمن ولا الحق ، فإن في هذه الصورة يكون القول قول البائع لأنه منكر استيفاء حقه ولم يتقدم منه ما يناقض هذه الدعوى فيقبل قوله مع يمينه ، هذا إذا أنكر المشترى أنها من دراهمه أيضا ، وكذلك الديون أيضا ينبغي أن يكون الجواب فيها كالجواب في الأجرة والثمن في باب البيع ، وهذا كله إذا كان الذي يرده زيوفا أو نبهرجا ، فإن كان ستوقا فلا يقبل قوله فلا يرده لأنه ناقض كلامه ، أما في صورة إقراره بقبض الدراهم فظاهر لأن الستوق ليس من جنس الدراهم وقد أقر بقبض الدراهم أولا ثم قال هي ستوقة فكان مناقضا ، وكذلك في إقراره بقبض الأجرة أو الحق بل بالطريق الأولى . وعبارة المبسوط خالية عن ذكر الستوق وليس فيها ما يمنع ما قاله في القنية بل يوافقه من حيث المعنى (قوله ثم ادعى أنها زيوف) عبر بثم ليفيد أن البيان إذا وقع مفصولا يعتبر فالموصول أولى بالاعتبار اهـ بحر ، ومثله في الطحاوي عن المنح ، وقيد بالزيوف للاحتراز عما إذا بين أنها ستوقة فإنه لا يصدق لأن اسم الدراهم لايقع عليها ، ولذا لو تجوز بالزيوف والنبهرج في الصرف والسلم جاز وفي الستوق لا إن كان مفصولا ، وإن كان موصولا صدق كما في النهاية ، وهي مسألة المتن .

---

(١) (قوله وقوله وإن أقر الخ) هكذا بالأصل ولعحرر هذه العبارة إلى آخرها ،

أو نبهرجة (صدق) بيمينه لأن اسم الدراهم يعمها بخلاف الستوقة لغلبة غشها (و) لذا (لو ادعى أنها ستوقة لا) يصدق (إن) كان البيان (مفصولا وصدق لو) بين (موصولا) نهاية ، فالتفصيل فى المفصول لا فى الموصول . (ولو أقر بقبض الجياد لم يصدق مطلقا) ولو موصولا للتناقض

والحاصل أن ادعاءه إن موصولا صحيح فى الكل سوى صورة الإقرار بقبض الجياد وأن ادعاءه مفصولا فى البواقى غير صحيح سوى صورة الإقرار بقبض عشرة دراهم ، والزيف ما زيفه بيت المال أى يرده (قوله أو نبهرجة) قال ط : صوابه بنهرجة بتقديم الباء على النون كما يستفاد من المغرب أبو السعود عن الحموى . والزيف ما زيفه بيت المال . والبنهرجة ما يرده التجار ، وقيل الزيوف هى المغشوشة والبنهرجة هى التى تضرب فى غير دار السلطان .

وفى الإيضاح : الزيف ما زيفه بيت المـال لنوع قصور فى جودته إلا أنه تجرى فيه المعاملة بين التجار . والبنهرجة ما يرده التجار لرداءة فضته . والستوقة التى وسطها نحاس أو رصاص ووجهها فضة وهى معرب سه توبه اه .

وفى الفتح سه ثلاث يعنى ثلاث طاقات الأعلى والأسفل فضة والأوسط نحاس اه ، لكن نقل سيدى الوالد عن القاموس فى فصل النون النبهرج : الزيف الردىء اه . وفى المغرب : النبهرج الدرهم الذى فضته رديئة ، وقيل الذى الغلبة فيه للفضة وقد استعير لكل ردىء باطل ، ومنه بهرج دمه إذا أهدر وأبطل . وعن اللحيانى درهم نبهرج ولم أجده بالنون إلا له اه وهو مخالف لما فى القاموس مع أنه المشهور اه ما قاله سيدى الوالد . قال فى أنفع الوسائل عن الكرخى : الستوق عندهم ما كان النحاس فيه هو الغالب الأكثر . وفى الرسالة : التوسعية النبهرجة إذا غلبها النحاس لم تؤخذ . وأما الستوقة فحرام أخذها لأنها فاوس .

وحاصل ما قالوه فى تفسير الزيوف والنبهرجة والستوقة أن الزيوف أجود من الكل ، وبعد الزيوف البنهرجة ، وبعدها الستوقة ، فتكون الزيوف بمنزلة الدراهم التى يقبلها بعض الصيارف دون بعض والبنهرجة ما يردها الصيارف ، وهى التى تسمى مغيرة لكن الفضة فيها أكثر . والستوقة بمنزلة الزغل ، وهى التى نحاسها أكثر من فضتها ، فإذا عرفنا هذا(١) فالزيوف والبنهرجة ما يردها الصيارف ، وهى التى نحاسها أكثر من فضتها .

مطلب إذا أقر باستيفاء الحق أو الأجرة أو الجياد

ثم ادعى أنها بنهرجة أو زيوف لم يصدق ، وإذا أقر بقبض دراهم مطلقة يصدق

فإذا عرفنا هذا فالزيوف والبنهرجة يكون القول قول القابض فيها إذا لم يقر باستيفاء الحق أو الأجرة والجياد ، بل يكون أقر بقبض كذا من الدراهم ثم يدعى أن بعضها زيوف أو بنهرجة كما قدمناه فيقبل قوله ويردها ، وأما إذا قال إنها ستوقة بعد ما أقر بقبض الدراهم لا يقبل قوله ولا يردها (قوله بخلاف الستوقة) بفتح السين كما فى الفتح . ونقل الشيخ شاهين عن شرح المجمع جواز الضم أيضا أبو السعود . قال ط : والأولى حذف هذه العبارة والاقتصار على المصنف (قوله فالتفصيل) أى بين الزيوف والبنهرجة وبين الستوقة (قوله فى المفصول) أى من كونه يصدق فيه بادعاء الزيافة لا الستوقة (قوله ولو موصولا للتناقض) الفرق بينه

---

(١) (قوله فإذا عرفنا هذا الخ) كذا بالأصل وليحرر .

(ولو أقر أنه قبض حقه أو) قبض (الثمن أو استوفى) حقه (صدق فى دعواه الزيافة لو) بين (موصولا وإلا لا) لأن قوله جياد مفسر فلا يحتمل التأويل ، بخلاف غيره لأنه ظاهر أو نص فيحتمل التأويل ابن كمال : (أقر بدين ثم ادعى أن بعضه قرض وبعضه ربا) وبرهن عليه (قبل) برهانه قنية عن علاء الدين وسيجىء

وبين مابعده حيث يصـــدق فيه إذا كان موصولا أنه فى الثانى مقر بقبض القدر والجودة بلفظ واحد ، فإذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فصح ، كما لو قال لفلان علىّ ألف لا مائة ، فأما إذا قال قبضت عشرة جيادا فقد أقر بالوزن بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة ، فإذا قال إلا أنها زيوف فقد استثنى الكل من الكل فى حق الجودة وذلك باطل كأنه قال جياد إلا أنها غير جياد فهو كمن قال لفلان علىّ ألف درهم ودينار إلا دينارا فإن الاستثناء يكون باطلا وإن ذكره موصولا اهـ حلبى مزيدا عن العناية ط (قوله ولو أقر الخ) يشير إلى أنه إن لم يقر وقبض وهو ساكت ولو بعد نقد الصيرفى يرد .

وفى جامع الفتاوى : لو وجد البائع الثمن رصاصا أو ستوقة أو مستحقا لا يسترد المبيع . وفى الخانية : وإن قبض ولم يقر بشىء ثم ادعى أنها ستوقة قبل قوله (قوله أو استوفى) الاستيفاء عبارة عن قبض الحق بالتمام سعدية وابن كمال (قوله فى دعواه الزيافة) ومثله البنهرجة لاتحاد الحكم فيهما وكذا الستوقة. قال فى النهاية : لو أقر بقبض حقه ثم قال إنها ستوقة أو رصاص يصدق مو ، ولا لا مفصولا اهـ ط عن الشرنبلالية ، وكذا إقراره بقبض رأس ماله كما فى البزازية ولم يذكر المؤلف حكم وزنها عند الإطلاق والدعوى . وفى كافى الحاكم لوأقر بألف درهم عددا ثم قال هى وزن خمسة أو ستة وكان الإقرار منه بالكوفة فعليه مائة درهم وزن سبعة فلا يصدق على النقصان إذا لم يبين موصولا وكذا الدنانير وإن كانوا فى بلاد يتعارفون على دراهم معروفة الوزن بينهم صدق اهـ وأطلق فى الدراهم المقر بها فشمل ما إذا كانت دينا من قرض أو ثمن مبيع أو غصبا أو وديعة كما فى فتح القدير ورأس المال كذلك كما البزازية ، وقيد بدعوى المقر لأنه لو أقر بقبض دراهم معينة ثم مات فادعى وارثه أنها زيوف لم يقبل ، وكذا إذا أقر بالوديعة أو المضاربة أو الغصب ثم زعم الوارث أنها زيوف لم يصدق لأنه صار دينا فى مال الميت كذا فى البزازية . وفيها من الرهن : قضى دينه وبعضه زيوف وستوقة فرهن شيئا بالستوقة والزيوف وقال خذه رهنا بما فيه من زيوف وستوق صح فى حق الستوق لأنها ليست من الجنس ، ولا يصح فى الزيوف لأنها من الجنس فلا دين اهـ بحر (قوله لأن قوله جياد) علة لقوله ولو أقر بقبض الجياد فالأولى ذكره موصولا به اهـ ط (قوله مفسر) بفتح السين المشددة من التفسير مبالغة الفسر وهو الكشف ، وهو ما ازداد وضوحا على النص على وجه لا يبقى معه احتمال التأويل . وحكمه وجوب العمل به ، وهذا غير ما قدمناه من التعليل (قوله بخلاف غيره) أى من المسائل التى بعدها (قوله لأنه ظاهر) راجع للأولى وهى قبض الحق أو الثمن ، والظاهر ما احتمل غير المراد احتمالا بعيدا ، والنص يحتمله احتمالا أبعد دون المفسر لأنه لا يحتمل غير المراد أصلا اهـ سيدى الوالد (قوله أو نص) راجع للثانية وهو قوله أو استوفى (قوله قبل برهانه) لأنه مضطر وإن تناقض سيدى عن القنية (قوله قنية عن علاء الدين) الذى فى البحر : وذكر فى القنية مسألة ما إذا أقر بدين ثم ادعى أن بعضه قرض وبعضه ربا أنه يقبل إذا برهن ، وذكره عبدالقادر فى الطبقات من الألقاب عن علاء الدين اهـ .

أقول : وسيأتى نظيره فى شتى الإقرار لكنه يخالفه ما يذكر الشارح عن الشرنبلالية ، ولكن المعتمد ما مشى عليه المصنف ثمة والوهبانية ، وأفتى به الخير الرملى والحامدى فى الحامدية من أنه إذا أقام البينة على

أن بعضه ربما تقبل وأقره سيدى الوالد رحمه الله تعالى فاغتنمه (قوله قال لآخر لك على ألف درهم الخ) قيد بالإقرار بالمال احترازا عن الإقرار بالرق والطلاق والعتاق والنسب والولاء فإنها لا ترتد بالرد . أما الثلاثة الأول ففى البزازية قال لآخر : أنا عبدك فرد المقر له ثم عاد إلى تصديقه فهو عبده ولا يبطل الإقرار بالرق بالرد ، كما لا يبطل بجحود المولى ، بخلاف الإقرار بالدين والعين حيث يبطل بالرد ، والطلاق والعتاق لايبطلان بالرد لأنهما إسقاط يتم بالمسقط وحده . وأما الإقرار بالنسب وولاء العتاقة ففى شرح المجمع من الولاء أنه لا يرتد فيهما بالرد . وأما الإقرار بالنكاح فلم أره الآن .

وحاصل مسائل رد الإقرار بالمال أنه لا يخلو ، إما أن يرده مطلقا ، أو يرد الجهة التى عينها المقر ويحوّلها إلى أخرى ، أو يرده لنفسه ويحوّله إلى غيره ، فإن كان الأول بطل ، وإن كان الثانى ، فإن لم يكن بينهما منافاة وجب المال كقوله له ألف بدل قرض فقال بدل غصب ، وإلا بأن كان بينهما منافاة بطل كقوله ثمن عبد لم أقبضه وقال قرض أو غصب ولم يكن العبد فى يده فيلزمه الألف صدقه فى الجهة أو كذبه عند الإمام ، وإن كان فى يده فالقول للمقر فى يده ، وإن كان الثالث نحو ما كانت لى قط لكنها لفلان ، فإن صدقه فلان تحول إليه وإلا فلا ، وإن كان بطلاق أو عتاق أو ولاء أو نكاح أو وقف أو نسب أو رق لم يرتد بالرد فيقال الإقرار يرتد برد المقر له إلا فى هذه .

قال فى المنية : وإن كان بينهما منافاة ، بأن قال المدعى عليه ثمن عبد باعنيه إلا أنى لم أقبضه وقال المدعى بدل قرض أو غصب ، فإن لم يكن العبد فى يد المدعى بأن أقر المدعى عليه ببيع عبد لا بعينه ، فعند الإمام يلزمه الألف صدقه المدعى فى الجهة أو كذبه ولا يصدق فى قوله لم أقبضه وإن وصل ، وإن كان فى يد المدعى بأن كان المقر عين عبدا ، فإن صدّقه المدعى يؤمر بأخذه وتسليم العبد إلى المقر ، كذا إذا قال العبد له ولكن هذه الألف عليه من غير ثمن هذا العبد ، وإن كذبه وقال العبد لى وما بعته وإنما لى عليه بسبب آخر من بدل قرض أو غصب فالقول للمقر مع يمينه بالله ما لهذا عليه ألف من غير ثمن هذا العبد اه وإنما نقلت عبارة المنية لأن فى عبارة البحر اختصارا كما نبه عليه سيدى الوالد (قوله فرده المقر له) كما إذا قال ليس لى عليك شىء أو قال هى لك أو هى لفلان اه فتح أى ولم يصدقه فلان وإلا فهو تحويل بحر ، وقيد برد المقر له لأن المقر لو رد إقرار نفسه كأن أقر بقبض المبيع أو الثمن ثم قال لم أقبض وأراد تحليف الآخر أنه أقبضه أو قال هذه لفلان ثم قال هو لى وأراد تحليف فلان أو أقر بدين ثم قال كنت كاذبا لا يحلف المقر له فى المسائل كلها عند أبى حنيفة لأنه متناقض كقوله ليس لى على فلان شىء ثم ادعى عليه مالا وأراد تحليفه لم يحلف . وعند أبى يوسف يحلف للعادة ، وسيأتى فى مسائل شتى آخر الكتاب أن الفتوى على قول أبى يوسف ، واختاره أئمة خوارزم ، لكن اختلفوا فيما إذ دعاه وارث المقر على قولين ولم يرجع فى البزازية منهما شيئا . قال الصدر الشهيد : الرأى فى التحليف للقاضى ، وفسره فى فتح القدير بأن يجتهد فى خصوص الوقائع ، فإن غلب على ظنه أنه لم يقبض حين أقر يحلف له الخصم ، وإن لم يغلب على ظنه ذلك لا يحلفه وهذا إنما هو فى المتفرس فى الأخصام اه بحر (قوله ثم صدقه) قيد بكون التصديق بعد الرد لأنه لو قبل الإقرار أولا ثم رده لم يرتد ، وكذا الإبراء عن الدين وهبته لأنه بالقبول قد تم ، وكذا إذا وقف على رجل فقبله ثم رده لم يرتد ، وإن رده قبل القبول ارتد ، وقالوا : إن الإبراء يرتد بالرد إلا فيما إذا قال المديون أبرئنى فأبرأه فإنه

فى مجلسه (فلا شىء عليه) للمقر له إلا بحجة

لا يرتد ، وكذا إبراء الكفيل لا يرتد بالرد بحر ، لكن قال سيدى : وفى البزازية : الإقرار والإبراء لا يحتاجان إلى القبول ويرتدان بالرد . قال فى الخلاصة لأن لكل أحد ولاية على نفسه وليس لغيره أن يمنعه، ولكن للمقر له أن لايقبل صيانة لنفسه عن المنة. وفى التتارخانية نقلا عن الكافى والملك يثبت للمقر له بلاتصديق وقبول ولكن يبطل برده اهـ.

قلت : ويستثنى (١)الإبراء عن بدل الصرف والسلم فإنه يتوقف على القبول ليبطلا (قوله فى مجلسه) قيد به ليفهم ما إذا لم يكن فى مجلسه بالأولى اهـ ح . قال فى المنح بأن قال كان لى عليك فى مكانه أو بعده (قوله فلا شىء عليه للمقر له الخ) لأن الإقرار هو الأول وقد ارتد بالرد والثانى دعوى فلابد من الحجة أو تصديق الخصم أى المقر ، حتى لو صدقه المقر ثانيا لزمه الألف استحسانا كما فى الهداية وعامة شروحها . قال والمراد بالحجة البينة ط . قال سيدى الوالد : كيف تقبل حجته وهو متناقض فى دعواه تأمل فى جوابه سعدية. واستشكله فى البحر أيضا . ونقل خلافه عن البزازية حيث قال : فى يده عبد فقال لرجل هو عبدك فرده المقر له ثم قال هو عبدى وقال المقر هو عبدى فهو لذى اليد المقر ، ولو قال ذو اليد لآخر هو عبدك فقال بل هو عبدك ثم قال الآخر بل هو عبدى وبرهن لا يقبل للتناقض اهـ وهذا يخالف ما فى الهداية من أنه لابد من الحجة فإنه يقتضى سماع الدعوى اهـ .

أقول : وهذا وجهه ظاهر دون ما فى الشارح . ويمكن أن يحمل على ما إذا كان الرد بالنفى فقط من غير أن يقول بل هو لك أو لفلان فتزول مخالفته للبزازية . قال فى البحر : وهذا بخلاف ما إذا قال اشتريت وأنكر له أن يصدقه لأن أحد العاقدين لاينفرد بالفسخ كما لاينفرد بالعقد . والمعنى أنه حقهما فبقى العقد فعمل التصديق ، أما المقر له فينفرد برد الإقرار فافترقا كذا فى الهداية . وناقضه فى الكافى بأنه ذكر هنا أن أحد المتعاقدين لاينفرد بالفسخ . وفى مسألة التجاحد قال ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشترى فات رضا البائع فيستبد بالفسخ والتوفيق بين كلاميه صعب اهـ وأقره عليه فى فتح القدير بقوله بعده وهو صحيح ، ويقتضى أنه لو تعذر الاستيفاء مع الإقرار بأن مات ولا بينة أن له أن يفسخ ويستمتع بالجارية والوجه ما قدمه أولا اهـ. وأجاب عنه فى العناية بأنه لا مناقضة لأنه إنما حكم أولا بكونه فسخا من جهته لا مطلقا ، أو لأن كلامه الأول فيما إذا ترك البائع الخصومة والثانى فيما إذا لم يتركها ، لكن قال سيدى الوالد فى منحة الخالق عن الحواشى اليعقوبية . قال صاحب الكفاية : لا تناقض بين كلاميه فيحتاج إلى التوفيق لأن مراده بقوله لأن أحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ فيما إذا كان الآخر على العقد معترفا به كما إذا قال أحدهما اشتريت وأنكر الآخر لا يكون إنكاره فسخا للعقد إذ لا يتم به الفسخ ، وفيما إذا قال أحدهما اشتريت منى هذه الجارية وأنكر فالمدعى للعقد هو البائع والمشترى ينكر العقد والبائع بانفراده على العقد فيستبد بفسخه ، وفيه كلام ، وهو أن الظاهر أن قوله فيما سبق ولأنه لما تعذر إلى آخر كون مجرد استقلال البائع فى الفسخ لتعذر استيفاء الثمن دليلا مستقلا لحل الوطء بدون اعتبار كون إنكار المشترى فسخا من جانبه ، حتى لو تعذر الاستيفاء مع عدم الإنكار لا يستبد بالفسخ أيضا ، ويدل على هذا قول صدر الشريعة فى تقرير حل الوطء لا سيما إذا جحد المشترى الخ كما لا يخفى ، بل غاية ما يمكن فى التوفيق أن يقال إن مراده فيما سبق استبداد البائع بالفسخ لضرورة تعذر

(١) (قوله ويستثنى) أى من قولهم الإبراء لا يتوقف على القبول اهـ منه.

أو إقرار ثانيا ، وكذا الحكم فى كل مافيه الحق لواحد .
(ومن ادعى على آخر مالا فقال) المدعى عليه (ماكان لك علىّ شيء قط فبرهن المدعى على) أن له عليه (ألف وبرهن) المدعى عليه (على القضاء) أى الإيفاء (أو الإبراء ولو بعد القضاء) أى الحكم بالمال ، إذ الدفع بعد قضاء القاضى صحيح إلا فى المسألة المخمسة

استيفاء الثمن ووجوب دفع الضرر وهنا لا ضرورة للمقر له بالشراء إلى الفسخ فلا يستبد به ، فراده من قوله ههنا لأن أحد العاقدين لا ينفرد بالفسخ الخ عدم الانفراد عند عدم الضرورة فلا تناقض لكنه بعيد لايخفى فليتأمل اه (قوله أو إقرار ثانيا) الأولى ثان ويكون صفة للإقرار فإنه نكرة (قوله وكذا الحكم فى كل مافيه الحق لواحد) كما هنا فإن المقر له ينفرد برد الإقرار ، بخلاف ما إذا قال اشتريت وأنكر فإن له أن يصدقه لأن أحد العاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد اهـ ح .

وفى البحر : الحاصل أن كل شيء يكون لهما جميعا إذا رجع المنكر إلى التصديق قبل أن يصدقه الآخر على إنكاره فهو جائز كالبيع والنكاح وكل شيء يكون الحق فيه لواحد كالهبة والصدقة والإقرار لاينفعه إقراره بعده اه أى لاينفعه رجوعه إلى التصديق . وحاصل مسائل الإقرار تقدم الكلام عليها موضحا (قوله ماكان لك) انظر لو لم يذكر لفظ كان ، وانظر ما سنذكره قريبا عند واقعة سمرقند فإنه يفيد الفرق بين الماضي والحال .

أقول : ويمكن أن يقال إنه نص على المتوهم ، إذ لو لم يذكره لا تناقض لأن نفى الحال لا يفيد نفى الماضى تأمل (قوله قط) قال فى البحر : ولا فرق بين أن يؤكد النفى بكلمة قط أولا اه فيكون التقييد بها اتفاقيا اه حموى (قوله على أن له عليه الخ) الأصوب أن يقول على ألف له عليه فافهم . وفى بعض النسخ على أن له عليه ألف (قوله على القضاء) أى الإيفاء ، قيد بدعوى الإيفاء بعد الإنكار إذ لو ادعاه بعد الإقرار بالدين فان كان كلا القولين فى مجلس واحد لم يقبل للتناقض ، وإن تفرقا عن المجلس ثم ادعاه وأقام البينة على الإيفاء بعد الإقرار تقبل لعدم التناقض ، وإن ادعى الإيفاء قبل الإقرار لا يقبل كذا فى خزانة المفتين بحر .

أقول : ينبغى تقييد قوله إذ لو ادعاه بعد الإقرار بما إذا كان الإقرار بلفظ له علىّ بدون كان وإلا فلا تناقض كما هو ظاهر تأمل ، وقوله وإن ادعى الإيفاء قبل الإقرار أى حصول الإيفاء قبل فقبل ظرف للإيفاء لا لادعى .

مطلب حادثة الفتوى

بقى ما إذا ادعى إيفاء البعض وهى حادثة الفتوى . قال فى مجموع النوازل : ادعى عليه شيئا فأجاب قائلا إنى آتى بالدفع فقيل أعلى الإيفاء أو الإبراء فقال على كليهما يسمع قوله إن وفق ، بأن قال أوفيت البعض وأبرأنى عن البعض ، أو قال أبرأنى عن الكل لكن لما أنكر أوفيته اه . قال فى البحر : ولا يخفى أن على القول بأن الإمكان كاف يسمع مطلقا اه (قوله ولو بعد القضاء) أى قضاء القاضى بلزوم المال على المنكر .

مطلب بيان وجه تسمية المخمسة وبيان أقوالها

(قوله إلا فى المسألة المخمسة) سميت بذلك لأن فيها خمسة أقوال للعلماء : الأول ما فى الكتاب ، وهو أنه

كما سيجيء (قبل) برهانه لإمكان التوفيق لأن غير الحق قد يقضي ويبرأ منه دفعا للخصومة وسيجيء في الإقرار أنه لو برهن على قول المدعي أنا مبطل في الدعوى أو شهودي كذبة أو ليس لي عليه شيء

تندفع خصومة المدعي وهو قول أبي حنيفة . الثاني قول أبي يوسف واختاره في المختار أن المدعي عليه إن كان صالحا فكما قال الإمام ، وإن معروفا بالحيل لم تندفع عنه . الثالث قول محمد إن الشهود إذا قالوا نعرفه بوجهه فقط لا تندفع ، فعنده لابد من معرفته بالوجه والاسم والنسب . وفي البزازية : تعويل الأئمة على قول محمد . وفي العمادية : لو قالوا نعرفه باسمه ونسبه لا بوجهه لم يذكر في شيء من الكتب ، وفيه قولان . وعند الإمام لابد أن يقولوا نعرفه باسمه ونسبه وتكفي معرفة الوجه . واتفقوا على أنهم لو قالوا أودعه رجل لا نعرفه لم تندفع : الرابع قول ابن أبي شبرمة إنها لا تندفع عنه مطلقا . الخامس قول ابن أبي ليلى تندفع بدون بينة وتمامه في البحر ، ويأتي إن شاء الله تعالى في الدعوى، أو لأن صورها خمسة : وديعة وإجارة وإعارة ورهن وغصب كأودعنيه فلان أو أعارنيه أو آجرنيه أو ارتهنته أو غصبته منه أو قال أخذت هذه الأرض مزارعة من فلان وهذا الكرم معاملة منه .

قال في البحر : واعلم أن قولهم إن الدفع بعد الحكم صحيح مخالف لما قدمناه من أن القاضي لو قضى للمدعي قبل الدفع ثم دفع بالإيداع ونحوه فإنه لا يقبل إلا أن يخص من الكلي فافهم .

قال السيد الحموي . أقول : يرد عليه ما في الدرر من باب دعوى النسب . برهن أنه ابن عمه لأبيه وأمه وبرهن الدافع أنه ابن عمه لأمه فقط أو على إقرار الميت به كان دفعا قبل القضاء لا بعده لتأكده بالقضاء بخلاف الثاني اهـ فينبغي أن تخص هذه المسألة عن الكلية ، وحينئذ لا وجه لقوله إلا في المسأله الخمسة اهـ تأمل (قوله كما سيجيء) أي في فصل دفع الدعاوى من كتاب الدعوى حلبي (قوله قبل برهانه لإمكان التوفيق الخ) مشى على القول بأن إمكان التوفيق كاف كما تقدم .

مطلب الدعوى إذا فصلت بوجه شرعي لا تنقض إلا لفائدة

قال سيدي الوالد في تنقيحه في جواب سؤال الدعوى إذا فصلت مرة بالوجه الشرعي مستوفية لشرائطها الشرعية لا تنقض ولا تعاد .

أقول : ليس هذا على إطلاقه ، بل هذا حيث لم يزد المدعي على ما صدر منه أولا ، أما لو جاء بدفع صحيح أو جاء ببينة بعد عجزه عنها فإنها تسمع دعواه .

مطلب يصح الدفع ودفع الدفع ودفعه

قال مشايخنا في كتبهم كالذخيرة وغيرها كما يصح الدفع يصح دفع الدفع وكذا يصح دفع دفع الدفع وما زاد عليه يصح وهو المختار ، وكما يصح قبل إقامة البينة يصح بعدها ، وكما يصح الدفع قبل الحكم يصح بعد الحكم .

وفي الذخيرة : برهن الخارج على نتاج فحكم له ثم برهن ذو اليد على النتاج يحكم له به اهـ فإذا كان هذا في بينة مثبتة ولها اعتبار وحكم بها وسمع بعدها دعوى المحكوم عليه وبطل القضاء على المحكوم عليه فكيف لا تبطل بينة ذي اليد فيما ألحق بالملك المطلق ، وإن حكم القاضي له بظاهر اليد المغنية له عن البينة فكيف بينة غير مثبتة لأن عنها غني باليد ولا حاجة للحكم بها إذ القضاء للمدعي عليه عند عدم بينة الخارج قضاء ترك

صح الدفع إلى آخره وذكره فى الدرر قبيل الإقرار

لاقضاء استحقاق ، فنقول : إن أعاد الخصم الدعوى ولا بينة معه بما يدعى لا تسمع دعواه لأنها عين الأولى حيث لم يقم بينة ولم يأت بدفع شرعى ، وقد منع أولا لعدم إقامتها فما أتى به تكرار محض منه ، وقد منع بما سبق فلا يلتفت إليه ولا يسمع منه إجماعا . وفى البزازية : لا تسمع دعواه بعده فيه إلا أن يبرهن على إبطال القضاء بأن ادعى دارا بإرث وبرهن وقضى له ثم ادعى المقضى عليه الشراء من مورث المدعى أوادعى الخارج الشراء من فلان وبرهن المدعى عليه على شرائه من فلان أو من المدعى قبله(١) أو يقضى عليه بالدابة فبرهن على نتاجها عنده اه وهذا يفيد أن قولهم يصح الدفع بعد الحكم مقيد بما إذا كان فيه إبطال القضاء وينبغى تقييده أيضا بما إذا لم يمكن التوفيق .

مطلب لو أتى بالدفع بعد الحكم فى بعض المواضع لا يقبل

لما فى جامع الفصولين عن فتاوى رشيد الدين لو أتى بالدفع بعد الحكم فى بعض المواضع لا يقبل نحو أن يبرهن بعد الحكم أن المدعى أقر قبل الدعوى أنه لا حق له فى الدار لا يبطل الحكم لجواز التوفيق بأن شراه بخيار فلم يملكه فى ذلك الزمان ثم مضت مدة الخيار وقت الحكم فملكه فلما احتمل هذا لم يبطل الحكم الجائز بشك ، ولو برهن قبل الحكم يقبل ولا يحكم إذ الشك يدفع الحكم ولا يرفعه اه لكن ينبغى أن يكون هذا مبنيا على القول بأن إمكان التوفيق كاف ، أما على القول بأنه لابد من التوفيق بالفعل فلا تقييد بما ذكر ، وقد ذكروا القولين فى مسائل التناقض .

والذى اختاره فى جامع الفصولين وقال إنه الأصوب عندى وأقره فى نور العين أنه إن كان التناقض ظاهرا والتوفيق خفيا لا يكفى إمكان التوفيق وإلا يكف الإمكان ثم أيده بمسألة فى الجامع ، وهى لو أقر أنه له فمكث قدر ما يمكنه الشراء منه ثم برهن على الشراء منه بلا تاريخ قبل لإمكان التوفيق بأن يشتريه بعد قراره ، ولأن البينة على العقد المبهم(٢) تفيد الملك للحال اه (قوله صح الدفع) بخلاف لم يكن لى لأن ليس لنفى الحال ولم يكن لنفيه فى المضى كما فى التتارخانية .

قال فى الدرر : برهن على قول المدعى أنا مبطل فى الدعوى أو شهودى كذبة أو ليس لى عليه شيء صح الدفع اه . ومثله فى العمادية . وفيها ادعى رجل مالا أو عينا فقال المدعى عليه إنك أقررت فى حال جواز إقرارك أن لا دعوى لى ولا خصومة لى عليك وأثبت ذلك بالبينة تسمع وتندفع دعواه وإن كان يحتمل أنه يدعى عليه بسبب الإقرار ، لكن الأصل أن الموجب والمسقط إذا تعارضا يجعل المسقط آخرا . لأن السقوط يكون بعد الوجوب سواء اتصل القضاء بالأول أو لم يتصل اه .

والحاصل أنه لو ادعى رجل على رجل مالا وقضى به للمدعى بالبينة ثم قال المدعى كنت كاذبا فما ادعيت يبطل القضاء ، وإذا قال المدعى بعد القضاء المقضى به ليس ملكى لا يبطل القضاء ، بخلاف ما إذا قال لم يكن ملكى وهذا لأن قوله ليس ملكى يتناول الحال وليس من ضرورة نفى الحال انتفاؤه من الأصل ، بخلاف قوله لم يكن ملكى ، فلو ادعى زيد على عمرو مالا فأنكر عمرو دعواه ثم إن زيدا أثبت مدعاه وحكم الحاكم

---

(١) (قوله قبله) متعلق بشرائه اه منه .

(٢) (قوله على العقد المبهم) أى الذى لم يؤرخ اه منه .

فى فصل الاستشراء (كما) يقبل (لو ادعى القصاص على آخر فأنكر) المدعى عليه (فبرهن المدعى) على القصاص (ثم برهن المدعى عليه على العفو أو) على (الصلح عنه على مال وكذا فى دعوى الرق) بأن ادعى عبودية شخص فأنكر فبرهن المدعى ثم برهن العبد أن المدعى أعتقه يقبل إن لم يصالحه . ولو ادعى الإيفاء ثم صالحه قبل برهانه على الإيفاء اه بحر .

وفيه برهن أن له أربعمائة ثم أقر أن عليه للمنكر ثلثمائة سقط على المنكر ثلثمائة ، وقيل لا وعليه الفتوى ملتقط . وكأنه لأنه لما كان المدعى عليه جاحدا فذمته غير مشغولة فى زعمه فأين تقع المقاصة ، والله تعالى أعلم (وإن زاد) كلمة (ولا أعرفك ونحوه) كما رأيتك (لا) يقبل لتعذر التوفيق ، وقيل يقبل لأن المحتجب

به وأخذ زيد المال منه ثم ادعى عمرو إنك كاذب ومبطل فى دعواك هذه حتى إنك أقررت بذلك لدى بينة شرعية وأثبت عمرو مدعاه فله استرداد المال المذكور كما يستفاد مما ذكرناه (قوله فى فصل الاستشراء) أى طلب شراء شيء . وفيه فوائد جمة تأتى (قوله إن لم يصالحه) راجع إلى قوله قبل برهانه ، وكان محل هذه المسألة عند قوله ومن ادعى على آخر مالا قال فى المنح وهذا إذا لم يصالح : أما إذا أنكر فصالحه على شيء ثم برهن على الإيفاء أو الإبراء لم يسمع برهانه على الإيفاء اه . قال فى البحر : وقيد بكون المدعى عليه لم يصالح لسكوته عنه والأصل العدم . أما إذا أنكر فصالحه على شيء ثم برهن على الإيفاء أو الإبراء لم تسمع دعواه كذا فى الخلاصة بخلاف ما إذا ادعى الإيفاء ثم صالحه فإنه يقبل منه برهانه على الإيفاء كما فى الخزانة لأنه متى أمكن التوفيق فلا تناقض . فمن ذلك ادعى مالا بالشركة ثم ادعاه دينا عليه تسمع ، وعلى القلب لا لأن مال الشركة ينقلب دينا بالجحود والدين لا ينقلب أمانة ولا شركة كذا فى البزازية .

ومن مسائل دعوى الإيفاء ما فى المحيط من المسألة الخمسة : ادعى على آخر مائتى درهم وأنه استوفى مائة وخمسين وبقى عليه خمسون وأثبتها بالبينة ثم برهن المدعى عليه أنه أوفاه الخمسين لا تسمع حتى يقولا هذه الخمسين التى تدعى لأن فى مائة وخمسين خمسين (قوله قبل برهانه على الإيفاء) ولا يكون صلحه مبطلا لدعوى الإيفاء لأن غير الحق قد يقضى دفعا للخصومة أو كأنه لم يجد برهانا فصالح ثم وجد فأقامه فلا يكون إقدامه على الصلح إقرارا بخلاف الأولى تأمل . قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : وانظر لو برهن على إيفاء البعض فقد صارت حادثة الفتوى اه . أقول : لا فرق يظهر بينهما تأمل .

(قوله وقيل لا وعليه الفتوى) قال فى البحر : وليتأمل فى وجه عدم السقوط . وأجاب المصنف عنه بما ذكره الشارح . قال فى المنح : والظاهر أن وجهه أن المدعى عليه لما كان جاحدا فذمته غير مشغولة بشيء فى زعمه فأنى تقع المقاصة . والله تعالى أعلم اه . ونقله عنه الرملى مع زيادة وهى قوله : أو نقول يجعل تصميمه على الإنكار رد لما أقر به المدعى وهو مما يرتد بالرد اه (قوله وكأنه الخ) من كلام صاحب المنح . وهو جواب لتوقف البحر فى عدم السقوط وحينئذ فيحتاج للمقاصة صريحا لا ضمنا أو أن يصدقه فى الكل ، لكن وجه القول الأول يظهر لى لأن السقوط يكفى فى زعم المدعى (قوله فأين) الواقع فى المنح فأنى تقع المقاصة فله أن يطالبه بثلثمائة (قوله وإن زاد لا أعرفك) على قوله فيما تقدم ما كان لك على شيء قط (قوله كما رأيتك) أو ما جرى بينى وبينك معاملة أو مخالطة أو خلطة أو لا أخذ ولا عطاء أو ما اجتمعت معك فى مكان كما فى فتح القدير بحر (قوله لا يقبل) أى برهانه على القضاء أو الإبراء (قوله لتعذر التوفيق) أى بين كلاميه لأنه لا يكون بين اثنين معاملة من غير معرفة ذكره أصحابنا (قوله لأن المحتجب) من الرجال هو من لا يتولى

أو المخدرة قد يتأذى بالشغب على بابه فيأمر بإرضاء الخصم ولا يعرفه ثم يعرفه ، حتى لو كان ممن يعمل بنفسه لا يقبل ، نعم لو ادعى إقرار المدعى عليه بالوصول أو الإيصال صح درر فى آخر الدعوى لأن التناقض لايمنع صحة الإقرار .

(أقر ببيع عبده) من فلان (ثم جحد صح)

الأعمال بنفسه بقرينة قوله حتى لو كان الخ ، وقيل من لايراه كل أحد لعظمته (قوله بالشغب على بابه) الشغب بالسكون ، وقيل يحرك تهييج الشر قاموس (قوله حتى لو كان) أى المدعى عليه فرع هذا على ذلك القول أى التقييد بالمحتجب فى النهاية تبعا لقاضيخان . وفى إصلاح الإيضاح وفيه نظر لأن مبنى إمكان التوفيق على أن يكون أحدهما ممن لا يتولى الأعمال بنفسه لا على أن يكون المدعى عليه بخصوصه اه . ودفعه ظاهر لأن الكلام كله فى تناقض المدعى عليه لا المدعى بحر .

مطلب جواب حادثة الفتوى

أقول : ويؤخذ من كلام الشارح ومما تقدم جواب حادثة الفتوى كما فى الحواشى الخيرية . وهى ادعى أن مورثه اشترى منك ثورا بكذا اقبضه منه كذا وبقى كذا فأجاب بأن مورثى لم يشتر منك ثورا قط ولا كان يعرفك فبرهن على دعواه فبرهن الآخر على دفع جميع الثمن أنه يقبل بلا شك لأنه لا يصح جوابه إلا على نفى العلم اه (قوله نعم لو ادعى الخ) هذا مرتبط بكلام محذوف مفهوم من المقام تقديره . وإذا لم يمكن التوفيق لم يندفع التناقض ، كما لو قال لم أدفع إليه شيئا ثم ادعى الدفع لم يسمع لأنه يستحيل أن يكون دافعا وغير دافع فى شىء واحد ، نعم لو ادعى الخ . قال فى الدرر عن القنية : المدعى عليه قال للمدعى لا أعرفك فلما ثبت الحق بالبينة ادعى الإيصال لاتسمع ، ولو ادعى إقرار المدعى بالوصول أو الإيصال تسمع اه . قال فى البحر لأن المتناقض هو الذى يجمع بين كلامين وهنا لم يجمع . ولهذا لو صدقه المدعى عيانا لم يكن متناقضا ذكره التمرتاشى اه وتمامه فيه ، وهو أحسن مما علل به الشارح . وبه ظهر أن قول الشارح إقرار المدعى عليه صوابه المدعى بإسقاط عليه إلا أن يقرأ المدعى عليه بصيغة المبنى للفاعل فيكون معناه الذى ادعى عليه الدفع تأمل . ثم رأيت ما يؤيد هذا فى المقدسى حيث قال : وقالوا فيمن قال لم أدفع ثم قال دفعت لم يقبل للتناقض إلا إذا ادعى إقرار المدعى بذلك فيقبل لأن التناقض لايمنع صحة الإقرار وعلله بما علل به البحر .

مطلب حادثة أذن لمديونه فى دفعه لأخيه الخ

وأجاب صاحب البحر فى حادثة هى أذن لمن عليه الدين فى دفعه إلى أخيه ثم ادعى عليه به . وأنه لم يدفع فقال دفعت ثم قال لم أدفع فحكم به فجاء الأخ فأقر بالدفع له فإنه يبرأ لأن تصديق الأخ المأذون فى الدفع إليه كتصديق المدعى اه وقد علمت ما إذا صدق المدعى ، وحكى صاحب الكافى قبول البينة على الإبراء فى فصل المحتجب والمخدرة باتفاق الروايات لأن الإبراء يتحقق بلا معرفة لكن عبر عنه صاحب البحر والعينى بقيل (قوله بالوصول أو الإيصال) بأن ادعى إقراره بأنه وصله منه كذا أو أوصله وبرهن (قوله لأن التناقض) أى من الغريم (قوله لا يمنع صحة الإقرار) أى إقرار الدائن بالدفع إليه إذا قامت قرينة قوية كما يفهم من سياقهم (قوله ثم جحده صح) أى جحوده ، ومعنى صحة جحوده أنه لا يكون متناقضا ولا تسمع البينة بإقراره السابق . وفيه لأن البيع عقد متحقق من إيجاب وقبول صادرين منهما فكيف صح جحوده ط (قوله بلا ثمن باطل) هذا إنما يظهر إذا أقر ببيع عبده بلا ثمن والفرض الإطلاق ، والواقع الذى لا يكاد أن يتخلف أن البيع

لأن الإقرار بالبيع بلا ثمن باطل إقرار بزازية .

(ادعى على آخر أنه باعه أمته) منه (فقال) الآخر (لم أبعها منك قط فبرهن) المدعى (على الشراء) (منه وجد) المدعى (بها عيبا) وأراد ردها (فبرهن البائع أنه) أى المشترى (برىء إليه من كل عيب بها لم تقبل) بينة البائع للتناقض . وعن الثانى تقبل

لا يكون إلا بثمن ، لأن الإقرار بالبيع إقرار بركنيه لأنه مبادلة مال بمال . فلو قيل بصحة الإقرار ثم بالبحث عن تعيين الثمن لكان له وجه ط (قوله لأن الإقرار بالبيع الخ) فيه ما تقدم آنفا من أن الإقرار بالبيع إقرار بركنيه لأنه مبادلة مال بمال ، إلا أن يحمل على أنه أقر بالبيع بلا مال تأمل .

قال فى المبسوط : شهد على إقرار البائع بالبيع ولم يسميا الثمن ولم يشهدا بقبض الثمن لا تقبل ، لأن حاجة القاضى إلى القضاء بالعقد ولا يتمكن من ذلك إذا لم يكن الثمن مسمى . وإن قالا أقر عندنا أنه باعه منه واستوفى الثمن ولم يسميا الثمن جاز لأن الحاجة إلى القضاء بالملك للمدعى دون القضاء بالعقد فقد انتهى حكم العقد باستيفاء الثمن .

وفى مجمع الفتاوى : شهدا أنه باع وقبض الثمن جاز وإن لم يبينوا الثمن ، وكذا لو شهدا بإقرار البائع أنه باعه وقبض الثمن اهـ .

مطلب لو شهد على البيع وقبض الثمن يقبل وإن لم يبينوه

وقال فى الخلاصة : شهدوا على البيع بلا بيان الثمن ، إن شهدوا على قبض الثمن تقبل ، وكذا لو بين أحدهما وسكت الآخر اهـ نور العين فى أوائل الفصل السادس ، وسيأتى الكلام على ذلك مستوفى فى كتاب الشهادة وفى باب الاختلاف فيها إن شاء الله تعالى (قوله أمته منه) لاحاجة إلى قوله منه لأن ضمير باعه يغنى عنه اهـ ح أى لأن باع قد استوفى معموله لأنه يتعدى بنفسه وبمن ، وقد عداه المصنف بنفسه حيث قال باعه ، إلا أن يقال إنما ذكره لدفع توهم عود الضمير إلى المدعى من أول الأمر تأمل (قوله عيبا) أى قديما يوجب الرد (قوله فبرهن الخ) أما لو برهن على الفسخ يقبل ، لأن الإنكار فسخ منح (قوله أى المشترى) لو رجع الضمير إلى البائع لكان أولى ، لأن البراءة من العيوب تكون من البائع غالبا بأن يقول بعتكه وأنا برىء من الرد مما فيه من العيوب ، نعم الإبراء يكون من المشترى ط (قوله لم تقبل بينة البائع) أى للتناقض ، إذ شرط البراءة من العيب تصرف فى العقد بتغييره عن اقتضاء ضمة السلامة إلى غيرها . وتغيير العقد من وصف إلى وصف بلا عقد محال ، وإذا بطل التوفيق ظهر التناقض .

مطلب أنكر البيع فأثبته المشترى وأراد الرد بالعيب

فادعى البائع البراءة عن عيب لا يقبل للتناقض

(قوله للتناقض) لأن إشتراط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره فيقتضى وجود العقد إذ الصفة بدون الموصوف لا تتصور وقد أنكره فيكون مناقضا .

واستشكل بأنه ينبغى أن تقبل البينة فيها وفاقا خلافا لزفر ، لأنه صار مكذبا شرعا ببينة المدعى فلحق إنكاره بالعدم كما تقدمت نظائره ، فصار كما فى الكفالة من أن رجلا لو برهن أن له على الغائب ألفا وهذا كفيله بأمره يرجع الكفيل على الغائب ولو أنكر الكفالة أصلا ، لأنه صار مكذبا شرعا فى إنكاره فلحق بالعدم .

لإمكان التوفيق ببيع وكيله وإبرائه عن العيب ومنه واقعة سمرقند .

قال : ويمكن الفرق بأن الحكم بأدائه ثمة حكم بالرجوع أيضا فلا حاجة إلى إقامة البينة ثانياً على كفالته لثبوتها أولا ، وهنا الحكم بالشراء ليس بحكم بالبراءة والإيفاء فلابد من الدعوى فيبطله التناقض فافترقا .
ويمكن بأن يرد بأن إنكاره لما لحق بالعدم لما مر لايتحقق التناقض لعدم إنكار البيع والشراء فينبغي أن يصح الدعوى على أصل .

مطلب أنكر البيع فأثبته المشترى فادعى البائع الإقالة تسمع

قال فى العدة(١) أنكر البيع فبرهن عليه المشترى فادعى البائع إقالة يسمع هذا الدفع ولو لم يدع الإقالة ولكن ادعى إيفاء الثمن أو الإبراء اختلف المتأخرون اه . وقد يجاب بأن المقر إنما يصير مكذبا شرعا إذا حكم القاضى بما يخالف إقراره ، وفى مسألتنا لم يقض بالبيع حتى تناقض الخصم فلم يكن مكذبا شرعا بحر . قال ط : وفيه نظر اه وكذا نظر فيه الرملى . قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : أى تفسير للتنظير ، فإن القضاء بالشراء قضاء بالبيع ، فما معنى قوله لم يقض القاضى بالبيع .

مطلب الجواب النافع عن إشكال جامع الفصولين

وأقول : الجواب النافع إن شاء الله تعالى مايستفاد من كتاب نور العين فى غير هذا المحل وفى غير هذه المسألة وهو أن الكفيل لما التحق زعمه بالعدم وثبت خلافه وهو كونه كفيلا لم يسع فى إعادة زعمه ولم يرد نقض البينة بل رضى بموجبها حتى جعله مبنى لدعواه الرجوع على الأصيل . وأما البائع فى مسألتنا فقد سعى فى إعادة مآل زعمه وهو براءة ذمته بعد التحاقه بالعدم بثبوت خلافه وأراد نقض ماأثبتته البينة وهو عدم براءة ذمته فهذا فرق واضح حق ، وكذا يقال فى دعوى الإقالة لأنها فسخ للعقد الذى أثبته الخصم بالبينة ، ففيه تقرير لموجبها وهى المتقدمة عن البحر عن العدة فيما إذا ادعى على آخر أنه اشترى منه هذه الدار فأنكر الشراء فلما أقام المدعى البينة على الشراء ادعى المدعى عليه أنه ردها عليه يعنى أقالها يسمع هذا الدفع ، ولو لم يدع الإقالة ولكن يدعى إيفاء الثمن أو الإبراء اختلف المتأخرون .

مطلب ادعى شراء عبده فأنكر فأثبته فادعى البائع أنه رده عليه بالعيب يقبل

ومثله يقال فى جواب مسألة ماإذا ادعى عليه شراء عبده فأنكر فبرهن عليه فادعى عليه أنه رده عليه بالعيب تسمع لأنه صار مكذبا فى إنكاره البيع فارتفع التناقض بتكذيب الشرع كما ارتفع بتصديق الخصم اه فاحفظه فإنه ينفعك فى كثير من أمثال هذه المسائل (قوله لإمكان التوفيق ببيع وكيله) أى وكيل البائع ، فقوله أولا لم أبعها منك قط أى مباشرة ، وقوله إنه برىء إليه من كل عيب : أى إلى وكيله وفعل الوكيل كفعل الموكل (قوله وإبرائه عن العيب) من إضافة المصدر إلى مفعوله وهو ضمير الوكيل والفاعل المشترى الخ . وعلى ماقلنا مضاف إلى فاعله والضمير لوكيله وهو المفهوم من عبارة البحر .

مطلب واقعة سمرقند

(قوله ومنه واقعة سمرقند) أى من جنس مسألة المصنف ، وهو ماوقع فيه التناقض ، ولو صرح به لكان

(١) اسم كتاب وهو عدة الفتاوى اه منه .

ادعت أنه نكحها بكذا وطالبته بالمهر فأنكر فبرهنت فادعى أنه خلعها على المهر تقبل لاحتمال أنه زوّجه أبوه وهو صغير ولم يعلم خلاصة .

(يبطل) جميع (صك) أى مكتوب (كتب إن شاء الله فى آخره) وقالا : آخره فقط ، وهو استحسان راجح على قوله فتح .

واتفقوا أن الفرجة كفاصل السكوت وعلى انصرافه للكل

أوضح ، لكن لايظهر أن هذه الواقعة منه لأن عقد النكاح الأب فيه سفير لاتلحقه عهدة بخلاف بيع الوكيل. وأيضا الخلع هنا ظاهر فى أنه قائم به ، بخلاف المبرإ فإنه غير ظاهر فى أنه حاضر وقت البراءة ، فافهم أسرار المقال ولا تكن ممن يعرف الحق بالرجال ، نعم التوفيق ظاهر فيما نذكره فى القولة الآتية عن البحر ، ولو قال لانكاح بينى وبينك إلى آخر مانذكره عن سيدى الوالد رحمه الله تعالى (قوله ادعت الخ) بدل من واقعة .

مطلب قال لا نكاح بيننا فبرهنت فبرهن على الخلع بمال يقبل

(قوله فأنكر) أى بأن قال لانكاح بيننا كما فى البحر عن جامع الفصولين . وعبارة الخلاصة : فأنكر الزوج النكاح أصلا اه . قال فى البحر : ولو قال لانكاح بينى وبينك فلما برهنت على النكاح برهن هو على الخلع تقبل بينته اه أى لأن نفى الحال لايلزم منه نفى الماضى فلم يوجد تناقض أصلا ، لكن يعكر عليه قول الشارح لاحتمال أنه زوجه أبوه الخ ، والظاهر أنه تعليل لخلاف ظاهر الرواية .

مطلب لو قال لم أتزوجها قط أو لا نكاح قط فبرهنت فبرهن على الخلع بمال لا يقبل

وفى البحر : ولو قال لم يكن بيننا نكاح قط أو قال لم أتزوجها قط والباقى بحاله . فمقتضى مامر فى مسألة العيب على ظاهر الرواية ينبغى أن يكون هذا وسيلة للعيب فلا تقبل بينته ، وفى ظاهر الرواية لاتقبل بينة البراءة عن العيب لأنها إقرار بالبيع ، فكذا الخلع يقتضى سابقة النكاح فيتحقق التناقض اه سيدى الوالد بزيادة (قوله فبرهنت) أى على النكاح (قوله تقبل) أى دعواه : أى ويطالب بالبرهان عليها (قوله لاحتمال أنه زوجه أبوه وهو صغير) أى فإنكاره النكاح يحمل على نفى مباشرته إياه ، وهو لاينافى وقوعه له بطريق الإجبار مثلا ، وإذا كان كذلك فلا يناقض دعوى الخلع على المهر بعد (قوله جميع صك) فارسى معرب والجمع أصك وصكاك وصكوك اه ، وأشار بقوله جميع إلى أنه يبطل سواء اشتمل على شىء واحد أو أشياء والخلاف فى الثانى (قوله وقالا آخره) بالرفع أى يبطل آخر الصك المشتمل على أشياء ، إذ الأصل فى الجمل الإستقلال والصك يكتب للاستيثاق ، فلو انصرف إلى الكل كان مبطلا له فيكون ضد ماقصد له فينصرف إلى مايليه ضرورة كذا فى التبيين . وله أن الكل يكون كشىء واحد بحكم العطف فيصرف إلى الكل كما فى الكلمات المعطوفة .

قال الإمام إذا كتب بيع وإقرار وإجارة وغير ذلك ثم كتب فى آخره إن شاء الله تعالى بطل الكل قياسا ، لما تقدم من أن الكل لشىء واحد بحكم العطف . وعند أبى يوسف ومحمد بطل الأخير فقط استحسانا (قوله أن الفرجة) أى على أن الفرجة فى الخط كالسكوت فى النطق فيكون الإنشاء راجعا إلى مابعد الفرجة اتفاقا كما يرجع فى السكوت إلى مابعده (قوله وعلى إنصرافه) أى الإنشاء ، ولو قال وعلى الإنصراف للكل لكان أوضح .

فى جمل عطفت بواو وأعقبت بشرط . وأما الاستثناء بإلا وأخواتها فللأخير إلا لقرينة كله مائة درهم وخمسون دينارا إلا درهما فللأول استحسانا ، وأما الاستثناء بإن شاء الله بعد جملتين إيقاعيتين فإليهما اتفاقا ، وبعد طلاقين معلقين أو طلاق معلق وعتق معلق فإليهما عند الثالث ، وللأخير عند الثانى ،

مطلب فائدة نحوية

(قوله فى جمل) أى قولية وإلا نافى ماقبله(١) وهو مسألة كتب الصك كقوله امرأته طالق وعبده حر وعليه المشى إلى بيت الله تعالى إن شاء الله تعالى .

قال فى البحر : والحاصل أنهم اتفقوا على أن المشيئة إذا ذكرت بعد جمل متعاطفة بالواو كقوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشى إلى بيت الله تعالى إن شاء الله تعالى ينصرف إلى الكل فبطل الكل ، فمشى أبو حنيفة على أصله وهما أخرجا صورة .

مطلب صك كتب فيه بيع وإجارة وإقرار وغير ذلك وكتب فى آخره إن شاء الله تعالى

كتب الصك من عمومه بعارض اقتضى تخصيص الصك من عموم حكم الشرط المتعقب جملا متعاطفة للعادة وعليها يحمل الحادث ، ولذا كان قولهما استحسانا راجحا على قوله ، وظاهره أن الشرط ينصرف إلى الجميع وإن لم يكن بالمشيئة اهـ .

وفى وكالة البزازية : وعن الثانى قال امرأة زيد طالق وعبده حر وعليه المشى إلى بيت الله إن دخل هذه الدار فقال زيد نعم كان بكله لأن الجواب يتضمن إعادة مافى السؤال انتهى ، وكأن الشارح غفل عن قوله وأخرجا صورة كتب الصك فكان عليه أن يقول وعلى انصرافه للكل فى جمل قولية لم تكتب (قوله وأعقبت بشرط) أى سواء كان الشرط هو المشيئة أو غيرها كما صرح به فى البحر ، والظاهر أن هذا خاص بالإقرار لما سيأتى بعده من قوله وأما الاستثناء الخ تأمل (قوله وأما الاستثناء بإلا الخ) أى الواقع لفظا أو الواقع خطأ وهو بإطلاقه يعم طلاقين وعتاقين وطلاقا وعتقا (قوله فللأخير) أى اتفاقا لقربه واتصاله وانقطاعه عما سواه كما علم فى آية رد شهادة المحدود فى القذف . فإن قوله تعالى — إلا الذين تابوا — راجع إلى قوله — وأولئك هم الفاسقون — لا إلى قوله — ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا — أيضا ، فلو أقر بمالين لشخصين واستثنى شيئا كان من الآخر بحر .

وفيه : والحاصل أن الشرط إذا تعقب جملا متعاطفة متصلا بها فإنه للكل اهـ . قال فى الحواشى السعدية : لايقال كيف خالف أبو حنيفة أصله فإن الاستثناء ينصرف إلى الجملة الأخيرة على أصله لأن ذلك فى الاستثناء بإلا ، وقوله إن شاء الله تعالى شرط شاع إطلاق الاستثناء عليه فى عرفهم وليس إياه حقيقة فتأمل (قوله إلا لقرينة) فيعمل بها للأول أو للثانى (قوله فللأول) ولو قال إلا دينارا فللثانى (قوله إيقاعيتين) أى منجزتين ليس فيهما تعليق بقرينة المقابلة نحو أنت طالق وهذا حر إن شاء الله تعالى ح (قوله وبعد طلاقين معلقين) نحو إن دخلت الدار فأنت طالق وفلانة إن شاء الله تعالى (قوله أو طلاق معلق أو عتق معلق) نحو إن دخلت الدار فأنت طالق وعبدى حر إن شاء تعالى . وأشار به إلى أنه لافرق بين الشيئين من جنس واحد أو من جنسين والخلاف ، هذا

---

(١) (قوله وإلا نافى ما قبله) أى إن لم تفسر الجمل بالقولية بل بقيت على ما يراد بها أولا وهى الجمل فى الصك لوقعت المنافاة بين ذكره الاتفاق على الرجوع للكل وبين ذكره الخلاف فيما تقدم بين الإمام وصاحبيه لأنه أولا أحكى الخلاف وثانيا حكى الاتفاق فلزم أن تفسر الجمل بالقولية لذلك اهـ منه .

ادعت أنه نكحها بكذا وطالبته بالمهر فأنكر فبرهنت فادعى أنه خلعها على المهر تقبل لاحتمال أنه زوّجه أبوه وهو صغير ولم يعلم خلاصة .

(يبطل) جميع (صك) أى مكتوب (كتب إن شاء الله فى آخره) وقالا : آخره فقط ، وهو استحسان راجح على قوله فتح .

واتفقوا أن الفرجة كفاصل السكوت وعلى انصرافه للكل

أوضح ، لكن لايظهر أن هذه الواقعة منه لأن عقد النكاح الأب فيه سفير لاتلحقه عهدة بخلاف بيع الوكيل. وأيضا الخلع هنا ظاهر فى أنه قائم به ، بخلاف المبرإ فإنه غير ظاهر فى أنه حاضر وقت البراءة ، فافهم أسرار المقال ولا تكن ممن يعرف الحق بالرجال ، نعم التوفيق ظاهر فيما نذكره فى القولة الآتية عن البحر ، ولو قال لانكاح بينى وبينك إلى آخر مانذكره عن سيدى الوالد رحمه الله تعالى (قوله ادعت الخ) بدل من واقعة .

مطلب قال لا نكاح بيننا فبرهنت فبرهن على الخلع بمال يقبل

(قوله فأنكر) أى بأن قال لانكاح بيننا كما فى البحر عن جامع الفصولين . وعبارة الخلاصة : فأنكر الزوج النكاح أصلا اه . قال فى البحر : ولو قال لانكاح بينى وبينك فلما برهنت على النكاح برهن هو على الخلع تقبل بينته اه أى لأن نفى الحال لايلزم منه نفى الماضى فلم يوجد تناقض أصلا ، لكن يعكر عليه قول الشارح لاحتمال أنه زوجه أبوه الخ ، والظاهر أنه تعليل لخلاف ظاهر الرواية .

مطلب لو قال لم أتزوجها قط أو لا نكاح قط فبرهنت فبرهن على الخلع بمال لايقبل

وفى البحر : ولو قال لم يكن بيننا نكاح قط أو قال لم أتزوجها قط والباقى بحاله . فمقتضى مامر فى مسألة العيب على ظاهر الرواية ينبغى أن يكون هذا وسيلة للعيب فلا تقبل بينته ، وفى ظاهر الرواية لاتقبل بينة البراءة عن العيب لأنها إقرار بالبيع ، فكذا الخلع يقتضى سابقة النكاح فيتحقق التناقض اه سيدى الوالد بزيادة (قوله فبرهنت) أى على النكاح (قوله تقبل) أى دعواه : أى ويطالب بالبرهان عليها (قوله لاحتمال أنه زوجه أبوه وهو صغير) أى فإنكاره النكاح يحمل على نفى مباشرته إياه ، وهو لاينافى وقوعه له بطريق الإجبار مثلا ، وإذا كان كذلك فلا يناقض دعوى الخلع على المهر بعد (قوله جميع صك) فارسى معرب والجمع أصك وصكاك وصكوك اه ، وأشار بقوله جميع إلى أنه يبطل سواء اشتمل على شىء واحد أو أشياء والخلاف فى الثانى (قوله وقالا آخره) بالرفع أى يبطل آخر الصك المشتمل على أشياء ، إذ الأصل فى الجمل الإستقلال والصك يكتب للاستيثاق ، فلو انصرف إلى الكل كان مبطلا له فيكون ضد ماقصد له فينصرف إلى مايليه ضرورة كذا فى التبيين . وله أن الكل يكون كشىء واحد بحكم العطف فيصرف إلى الكل كما فى الكلمات المعطوفة .

قال الإمام إذا كتب بيع وإقرار وإجارة وغير ذلك ثم كتب فى آخره إن شاء الله تعالى بطل الكل قياسا ؛ لما تقدم من أن الكل لشىء واحد بحكم العطف . وعند أبى يوسف ومحمد بطل الأخير فقط استحسانا (قوله أن الفرجة) أى على أن الفرجة فى الخط كالسكوت فى النطق فيكون الإنشاء راجعا إلى مابعد الفرجة اتفاقا كما يرجع فى السكوت إلى مابعده (قوله وعلى إنصرافه) أى الإنشاء ، ولو قال وعلى الإنصراف للكل لكان أوضح .

فى جمل عطفت بواو وأعقبت بشرط . وأما الاستثناء بإلا وأخواتها فللأخير إلا لقرينة كله مائة درهم وخمسون دينارا إلا درهما فللأول استحسانا ، وأما الاستثناء بإن شاء الله بعد جملتين إيقاعيتين فإليهما اتفاقا ، وبعد طلاقين معلقين أو طلاق معلق وعتق معلق فإليهما عند الثالث ، وللأخير عند الثانى ،

مطلب فائدة نحوية

(قوله فى جمل) أى قولية وإلا نافى ماقبله(١) وهو مسألة كتب الصك كقوله امرأته طالق وعبده حر وعليه المشى إلى بيت الله تعالى إن شاء الله تعالى .

قال فى البحر : والحاصل أنهم اتفقوا على أن المشيئة إذا ذكرت بعد جمل متعاطفة بالواو كقوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشى إلى بيت الله تعالى إن شاء الله تعالى ينصرف إلى الكل فبطل الكل ، فمشى أبو حنيفة على أصله وهما أخرجا صورة .

مطلب صك كتب فيه بيع وإجارة وإقرار وغير ذلك وكتب فى آخره إن شاء الله تعالى

كتب الصك من عمومه بعارض اقتضى تخصيص الصك من عموم حكم الشرط المتعقب جملا متعاطفة للعادة وعليها يحمل الحادث ، ولذا كان قولهما استحسانا راجحا على قوله ، وظاهره أن الشرط ينصرف إلى الجميع وإن لم يكن بالمشيئة اهـ .

وفى وكالة البزازية : وعن الثانى قال امرأة زيد طالق وعبده حر وعليه المشى إلى بيت الله إن دخل هذه الدار فقال زيد نعم كان بكله لأن الجواب يتضمن إعادة مافى السؤال انتهى ، وكأن الشارح غفل عن قوله وأخرجا صورة كتب الصك فكان عليه أن يقول وعلى انصرافه للكل فى جمل قولية لم تكتب (قوله وأعقبت بشرط) أى سواء كان الشرط هو المشيئة أو غيرها كما صرح به فى البحر ، والظاهر أن هذا خاص بالإقرار لما سيأتى بعده من قوله وأما الاستثناء الخ تأمل (قوله وأما الاستثناء بإلا الخ) أى الواقع لفظا أو الواقع خطأ وهو بإطلاقه يعم طلاقين وعتاقين وطلاقا وعتقا (قوله فللأخير) أى اتفاقا لقربه واتصاله وانقطاعه عما سواه كما علم فى آية رد شهادة المحدود فى القذف . فإن قوله تعالى — إلا الذين تابوا — راجع إلى قوله — وأولئك هم الفاسقون — لا إلى قوله — ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا — أيضا ، فلو أقر بمالين لشخصين واستثنى شيئا كان من الآخر بحر .

وفيه : والحاصل أن الشرط إذا تعقب جملا متعاطفة متصلا بها فإنه للكل اهـ . قال فى الحواشى السعدية : لايقال كيف خالف أبو حنيفة أصله فإن الاستثناء ينصرف إلى الجملة الأخيرة على أصله لأن ذلك فى الاستثناء بإلا . وقوله إن شاء الله تعالى شرط شاع إطلاق الاستثناء عليه فى عرفهم وليس إياه حقيقة فتأمل (قوله إلا لقرينة) فيعمل بها للأول أو للثانى (قوله فللأول) ولو قال إلا دينارا فللثانى (قوله إيقاعيتين) أى منجزتين ليس فيهما تعليق بقرينة المقابلة نحو أنت طالق وهذا حر إن شاء الله تعالى ح (قوله وبعد طلاقين معلقين) نحو إن دخلت الدار فأنت طالق وفلانة إن شاء الله تعالى (قوله أو طلاق معلق أو عتق معلق) نحو إن دخلت الدار فأنت طالق وعبدى حر إن شاء تعالى . وأشار به إلى أنه لافرق بين الشيئين من جنس واحد أو من جنسين والخلاف ، هذا

---

(١) (قوله وإلا نافى ما قبله) أى إن لم تفسر الجمل بالقولية بل بقيت على ما يراد بها أولا وهى الجمل فى الصك لوقعت المنافاة بين ذكره الاتفاق على الرجوع للكل وبين ذكره الخلاف فيما تقدم بين الإمام وصاحبيه لأنه أولا أحكى الخلاف وثانيا حكى الاتفاق فلزم أن تفسر الجمل بالقولية لذلك اهـ منه .

ولو بلا عطف أو به بعد سكوت فللأخير اتفاقا ، وعطفه بعد سكوته لغو إلا بما فيه تشديد على نفسه وتمامه فى البحر .

(مات ذمى فقالت عرسه أسلمت بعد موته قالت ورثته قبله صدقوا) تحكيما للحال (كما) يحكم الحال (فى مسألة) جريان (ماء الطاحونة) ثم الحال إنما تصلح حجة للدفع لا للاستحقاق

فى النطق . وأما فى الصك فهى المسألة المتقدمة ، وأفاد أن اتفاقهما معه إنما هو فى الإيقاعيتين ،وأما فى المعلقتين فمحمد معه ، وخالف أبو يوسف ط (قوله ولو بلا عطف) مفهوم قوله عطفت :أى إذا وقع الشرط بعد جمل غير متعاطفة أو متعاطفة لكن حصل سكوت بينها أى فى اللفظ أو فرجة فى الخط (قوله أو به بعد سكوت) أى إذا كان السكوت بين الجملة الأخيرة وبين ماقبلها (قوله فللأخير اتفاقا) مراده بالأخير مابعد السكوت (قوله وعطفه بعد سكوته لغو) إذا كان فيه مايوسع على نفسه كما إذا قال إن دخلت الدار فأنت طالق وسكت ثم قال وهذه الدار أى فقصد أن لايقع الطلاق إلا بدخولهما (قوله إلا بما فيه تشديد على نفسه) كما إذا قال إن دخلت الدار فأنت طالق وسكت ثم قال وهذه الأخرى دخلت الثانية فى اليمين ، بخلاف وهذه الدار الأخرى ، ولو قال هذه طالقة ثم سكت وقال وهذه طلقت الثانية وكذافى العتق بحر (قوله أسلمت بعد موته) أى وقد مات وهى على دينه فلها الميراث (قوله وقالت ورثته قبله) أى أسلمت قبل موته فلا ميراث لها (قوله صدقوا) أى بلا يمين إلا إذا ادعت عليهم بكفرها بعد موته فيحلفون على عدم العلم (قوله تحكيما للحال) أى استصحابا لظاهر الحال ، فإن سبب الحرمان ثابت فى الحال فيثبت فيما مضى . وفى التحرير : الاستصحاب الحكم ببقاء أمر محقق لم يظن عدمه . وحرر ابن نجيم تفاريعه فى الأشباه والنظائر فى قاعدة اليقين لا يزول بالشك ، وفى آخر باب التحالف فى بحره (قوله كما يحكم الحال الخ) إن هذه العبارة ليست موجودة فى أصل المصنف وإنما الذى فيه قوله بعد كما فى مسلم الخ ، وجعل المصنف وجه الشبه فيهما كون القول للورثة فيهما ، وأراد بقوله كما يحكم الحال فى مسألة جريان ماء الطاحونة وانقطاعه : أى إذا اختلف المؤجر والمستأجر فى جريان ماء الطاحونة وانقطاعه فإنه يحكم الحال ويستدل بها على الماضى ، فإذا كان الماء جاريا فى الحال حكمنا بأنه جار من أول مدة الإجارة إلى زمان النزاع فيستحق الأجرة وإن لم يجر حكمنا بالإنقطاع كما فى الخانية .

فإن قلت :جريان الماء يثبت الاستحقاق وكلامنا فى عدمه . قلت : يمكن أن يقال : إن الإقدام على العقد إقرار بالجريان فكان الأجر ثابتا ومستحقا من كل وجه ، فإذا ادعى الجريان يكون مدعيا استحقاقه الأجر عملا بالإقرار السابق لا بتحكيم الحال اللاحق ، فإذا لم يستحق بهذا التحكيم يصير دافعا به وهو يصلح للدفع .

فإن قلت : إذا كان الاستحقاق ثابتا بالعقد من كل وجه يكون إدعاء المستأجر عدم الجريان وتحكيمه له حجة لاستحقاقه مافى ذمته من الأجرة . قلت : يمكن أن يجاب بأن كون الإقدام على العقد إقرارا إنما هو حجة غير قوية فلا يعمل به إذا خالفه عدم الجريان المشاهد فيكون عدم الجريان تحكيما للدفع عنه لا للاستحقاق (قوله جريان الخ) لاوجه لتخصيص الجريان بل الانقطاع كذلك فكان الأولى حذفه (قوله الطاحونة) أى المستأجرة إذا قال المستأجر لم أتمكن من الانتفاع بها لعدم جريان مائها وقال المالك بل تمكنت ، فينظر إلى وصف الماء فى الحال ويحكم به فيما مضى (قوله للدفع لا للاستحقاق) أى لدفع دعوى المدعى كما فى المسألة السابقة . فإن قيل : هذا منقوض بالقضاء بالأجر على المستأجر إذا كان ماء الطاحونة جاريا عند الاختلاف لأنه استدلال بالحال لإثبات الأجر . قلنا : إنه استدلال لدفع مايدعى المستأجر على الأجر من ثبوت العيب الموجب لسقوط الأجر ، أما ثبوت

(كما فى مسلم مات فقالت عرسه) الذمية (أسلمت قبل موته) فإرثه (وقالوا بعده) فالقول لهم ، لأن الحادث يضاف لأقرب أوقاته .

[فرع] وقع الاختلاف فى كفر الميت وإسلامه فالقول لمدعى الإسلام بحر (قال المودع) بالفتح (هذا ابن مودعى) بالكسر (الميت لاوارث له غيره

الأجر فإنه بالعقد السابق الموجب له فيكون دافعا لاموجبا يعقوبية (قوله كما فى مسلم مات الخ) ظاهره أنه مثال للاستحقاق بتحكيم الحال وصنيع الشرح هنا ليس على ماينبغى ، فلو أبقى المصنف من غير زيادة مسألة الطاحونة لكان أولى . قال سيدى الوالد : وهو تمثيل للمنفى وهو الاستحقاق .

وحاصله إنما كان القول لهم هنا أيضا لما سيأتى ولا يمكن أن يكون لها بناء على تحكيم الحال لأنه لايصلح حجة للاستحقاق وهى محتاجة إليه ، أما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث أيضا (قوله فإرثه) بصيغة المضارع (قوله لأن الحادث الخ) أى وهو الإسلام ، ولو كان القول قولها لكان تحكيم الحال موجبا لاستحقاقها الإرث وكان الأولى للشارح التعليل بالعلة السابقة لأن ماذكر لايصلح تعليلا لما تقدم (قوله لأقرب أوقاته) وأقربها مابعد موت الزوج (قوله وقع الاختلاف الخ) بأن مات رجل له أبوان ذميان وولد مسلم فقالا مات ابننا كافرا وقال ولده المسلم مات مسلما فالميراث للولد دون الأبوين ، وكذا لو قالت امرأة مسلمة مات زوجى مسلما وقال أولاده الكفار كافرا وصدق المرأة أخو الميت وهو مسلم قضى بالميراث للمرأة والأخ دون الأولاد . قال صاحب البحر : ولا يحتاج إلى تصديق الأخ بل تكفى دعوى المرأة أنه مات مسلما وتبعه المقدسى ، لكن استظهر فيه سيدى الوالد أن تصديق الأخ شرط لإرثه مشاركا للمرأة ، لأنه لو أكذبها يكون معترفا بأن ولده وارثه فيحجب الأخ به فلا يرث ، وكأن صاحب البحر فهم أنه شرط لإرث المرأة أيضا ، وليس كذلك فيما يظهر ، فلا منافاة تأمل .

مطلب مدة التلوم فى دفع المال للوارث الذى أقر به المودع

(قوله هذا ابن مودعى) مراده بالابن من يرث بكل حال فالبنت والأب والأم كالابن ، وقيد بالابن ، لأنه لو قال هذا أخوه شقيقه ولا وارث له غيره وهو يدعيه فالقاضى يتأنى فى ذلك . والفرق أن استحقاق الأخ مشروط بعدم الابن ، بخلاف الابن لأنه وارث على كل حال وكل من يرث فى حال دون حال فهو كالأخ بحر مع زيادة ثم إذا تأنى إن حضر وارث آخر دفع المال إليه لأنه خلف عن الميت ، وإن لم يحضر أعطى كل مدع ماأقر به لكن بكفيل ثقة ، وإن لم يجد كفيلا أعطاه المال وضمنه إن كان ثقة حتى لايهلك أمانة ، وإن كان غير ثقة تلوم القاضى حتى يظهر أن لاوارث للميت أو أكبر رأيه ذلك ثم يعطيه المال ويضمنه ولم يقدر مدة التلوم بشىء بل موكول إلى رأى القاضى وهذا أشبه بأبى حنيفة . وعندهما مقدر بحول ، هكذا حكى الخلاف فى الخلاصة عن الأقضية . قال : وعن أبى يوسف مقدر بشهر (قوله لاوارث له غيره) قيد به ، لأنه لو قال له وارث غيره ولا أدرى أمات أم لا لايدفع إليه شىء لاقبل التلوم ولا بعده حتى يقيم المدعى بينة تقول لانعلم له وارثا غيره ، ومثل إقرار المودع بما ذكر مالو أقر أن الميت أقر بأن هذا ابنه أو أبوه أو مولاه أعتقه ، بخلاف مالو أخبر عنه بأنها زوجته أو أنه مولى الموالاة أو الموصى له بالكل أو بالثلث فإنه لايدفع إليهم المال لأن ذا اليد أقر بسبب ينتقض ط .

دفعها إليه) وجوبا كقوله هذا ابن دائنى ، قيد بالوارث لأنه لو أقر أنه وصيه أو وكيله أو المشترى منه لم يدفعها (فإن أقر) ثانيا (بابن آخر له لم يفد) إقراره (إذا كذبه) الابن (الأول) لأنه إقرار على الغير ، ويضمن للثانى حظه إن دفع للأول بلا قضاء زيلعى .

(تركة قسمت بين الورثة أو الغرماء بشهود لم يقولوا نعلم)

وفى فتح القدير : ولو ادعى أنه أخو الغائب وأنه مات وهو وارثه لاوارث له غيره ، أو ادعى أنه ابنه أو أبوه أو مولاه أعتقه أو كانت امرأة وادعت أنها عمة الميت أو خالته أو بنت أخته وقال لاوارث له غيرى وادعى آخر : أنه زوج أو زوجة للميت أو أن الميت أوصى له بجميع ماله أو ثلثه وصدقهما ذو اليد وقال لاأدرى للميت وارثا غيرهما أولا لم يكن لمدعى الوصية شىء بهذا الإقرار ، ويدفع القاضى إلى الأب والأم والأخ ومولى العتاقة أو العمة أو الخالة أو بنت الأخت إذا انفرد . أما عند الاجتماع فلا يزاحم مدعى البنوة مدعى الأخوة ، لكن مدعى هذه الأشياء إذا زاحمه مدعى الزوجية أو الوصية بالكل أو الثلث مستدلا بإقرار ذى اليد فدعى الأخوة أو البنوة أولى بعد مايستحلف الابن ماهذه زوجة الميت أو موصى له ، هذا إذا لم تكن بينة على الزوجية والوصية ، فإن أقام أخذ بها اهـ بحر . وفيه : ومن دعوى المجمع وإن كانت فى يد زيد فجاء أحد الزوجين فصدقه زيد يؤمر باعطاء أقل النصيبين لا أكثرهما اهـ قيد بتصديقه لأنه لو برهن وقالا لانعلم لهوارثا آخر فله أكثر النصيبين اتفاقا كذا فى شرحه لابن ملك (قوله دفعها إليه وجوبا) لإقراره أن مافى يده ملك الوارث خلافة عن الميت والعارية والعين المغصوبة كالوديعة ط (قوله كقوله هذا ابن دائنى) والمسألة بحالها بأن قال لاوارث له سواه (قوله قيد بالوارث) أى الذى هو الابن ونحوه (قوله لم يدفعها) لأنه أقر بقيام حق المودع وملكه فيها الآن فيكون إقرارا على ملك الغير ولا كذلك بعد موته لزوال ملكه فإنه أقر له بملكه لما فى يده من غير ثبوت ملك مالك معين فيه للحال .

وفى فصل الشراء وإن أقر بزوال ملك المودع لكن لاينفذ فى حقه لايملك إبطال ملكه بإقراره فصار كاقراره بالوكالة بقبض الوديعة ط .

وتوضيح الفرق بينهما أن فى المسألة الأولى أقر أن ما فى يده ملك الوارث خلافة عن الميت فصار كما إذا أقر أنه ملك الوارث وهو حى أصالة ، وفى هذه المسائل فيه إبطال حق المودع فى العين بإزالتها عن يده لأن يد المودع كيد المالك فلا يقبل إقراره (قوله فإن أقر ثانيا) سواء كان متصلا بالأول بأن قال هذا ابنه وهذا الآخر أيضا ، أو منفصلا بأن أقر للثانى فى مجلس آخر حموى (قوله إذا كذبه الإبن الأول) حكم مفهومه ظاهر ، وهو ما إذا صدقه فيشتركان (قوله لأنه إقرار على الغير) لصحة الإقرار للأول لعدم من يكذبه (قوله إن دفع للأول بلا قضاء) وهو الصواب كما فى الفتح خلافا لما فى غاية البيان من أن المودع لا يغرم للابن الثانى شيئا بإقراره له لأن استحقاقه لم يثبت فلم يتحقق التلف .

[تنبيه] لو أقر بالوديعة لرجل ثم قال لا بل وديعة فلان أو قال غصبت هذا من فلان لا بل من فلان ، وكذا العارية ، فإنه يقضى بها للأول ويضمن للثانى قيمته ، وكذا فى الإقرار بالدين ؛ ولو قال هذا لفلان وهذا لفلان المقر له إلا نصف الأول فإنه لفلان كان جائزا ، وكذا لو قال هذه الحنطة والشعير لفلان إلا كرا من هذه الحنطة فإنه لفلان إذا كانت الحنطة أكثر من الكر كذا فى الأصل لمولانا محمد رحمه الله من الدعوى اهـ ط عن البحر (قوله تركة قسمت بين الورثة) أى سواء كانوا ممن يحجب أولا . قال فى آخر

كذا نسخ المتن والشرح : وعبارة الدرر وغيرها لا نعلم (له وارثا أو غريما

الفصل الثانى عشر من جامع الفصولين رامزا إلى الأصل الوارث لو كان محجوبا بغيره كجد وجدة وأخ وأخت لايعطى شيئا مالم يبرهن على جميع الورثة : أى إذا ادعى أنه أخو الميت فلا بد أن يثبت ذلك فى وجه جميع الورثة الحاضرين أو يشهد أنهما لا يعلمان وارثا غيره ، ولو قالا لا وارث له غيره تقبل عندنا لا عنـد ابن أبى ليلى لأنهما جازفا .

ولنا العرف فإن مراد الناس به لا نعلم له وارثا غيره ، وهذه شهادة على النفى فقبلت لما مر من أنها تقبل على الشرط ولو نفيا وهنا كذلك لقيامها على شرط الإرث ، ولو كان الوارث ممن لايحجب بأحد ، فلو شهدا أنه وارثه ولم يقولا لا وارث له غيره أو لا نعلمه يتلوم القاضى زمانا رجاء أن يحضر وارث آخر ، فإن لم يحضر يقض له بجميع الإرث ولا يكفل عند أبى حنيفة فى المسألتين يعنى فيما إذا قالا لا وارث له غيره أو لا نعلمه ، وعندهما يكفل فيهما ، ومدة التلوم مفوضة إلى رأى القاضى ، وقيل حول ، وقيل شهر وهذا عند أبى يوسف . وأما أحد الزوجين لو أثبت الوراثة ببينة ولم يثبت أنه لا وارث له غيره ، فعند أبى حنيفة ومحمد يحكم لها بأكثر النصيبين بعد التلوم . وعند أبى يوسف بأقلهما وله الربع ولها الثمن اه ملخصا . وإن تلوم ومضى زمانه فلا فرق بين كونه ممن يحجب كالأخ أو ممن لا يحجب كالابن كما فى البزازية من العاشر فى النسب والإرث .

قال الصدر الشهيد : وحاصله المدعى لو برهن على أنه مات مورثه ولم يذكروا عدد الورثة ولا قالوا لا نعلم له وارثا فإنه لا يقضى له ، وإن بينوا عددهم وقالوا لا نعلم له وارثا غير ما ذكر ، فإن كان ممن لا يحجب فإنه يقضى له القاضى ولا يتأنى ولا يكفل ، وإن كان ممن يحجب بحال تأنى ثم قضى ، وإن شهدوا أنه ابنه أو وارثه وأنه مات وتركه ميراثه له ولم يقولوا لم نعلم له وارثا غيره تلوم القاضى زمانا ثم قضى ، ولا يؤخذ منه كفيل عند الإمام خلافا لهما ، ويدفع لأحد الزوجين أوفر النصيبين عند أبى يوسف وعند محمد أقلهما اه .

وروى عن الإمام أنه قال فى أخذ الكفيل : هذا شىء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم ، وعنى بالبعض ابن أبى ليلى قاضى الكوفة . وأورد أنه مجتهد والمجتهد مأجور وإن أخطأ فلا وجه لنسبته إلى الظلم . وقد قال الإمام : كل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد : أى مصيب فى اجتهاده بحسب ما عنده وإن أخطأ الحق فى الواقع . والجواب ما قاله فى التلويح : المخطىء فى الاجتهاد لايعاتب ولاينسب إلى الضلال بل يكون معذورا ومأجورا إذ ليس عليه إلا بذل الوسع وقد فعل فلم ينل لخفاء دليله إلا أن يكون الدليل الموصل إلى الصواب بينا فأخطأ المجتهد لتقصير منه وتركه المبالغة فى الاجتهاد فإنه يعاتب ، وما فعل من طعن السلف بعضهم على بعض فى المسائل الاجتهادية كان مبنيا على أن طريق الصواب بين فى زعم الطاعن اه أى ومنه طعن الإمام على ابن أبى ليلى ، وانظر ما سيأتى قبيل باب الشهادة على الشهادة (قوله كذا نسخ المتن) أى بإسقاط لا ، والحق ثبوتها كما فى سائر الكتب سيدى . قال ط : ولعله فيما وقع له ، والذى بيده فيما ذكر لا ، وكلام المصنف فى الشارح مثله .

واعلم أن مفهوم المتن أمران سكوتهم وقولهم لا نعلم ولم يكفلوا فيهما عند الإمام . وقال الصاحبان : يكفلون فى صورة السكوت إلا إذا قالوا لا نعلم ، فعدم الكفالة فى الثانى متفق عليه ، وهو مراد الشارح فى قوله :

لم يكفلوا) خلافا لهما لجهالة المكفول له ويتلوم القاضى مدة ثم يقضى ، ولو ثبت بالإقرار كفلوا اتفاقا ، ولو قال الشهود ذلك لا اتفاقا .

(ادعى) على آخر (دارا لنفسه ولأخيه الغائب) إرثا (وبرهن عليه) على ما ادعاه (أخذ) المدعى (نصف المدعى) مشاعا (وترك باقيه فى يد ذى اليد بلا كفيل جحد) ذو اليد (دعواه أو لم يجحد)

ولو قال الشهود ذلك ويكون تفريعا على غير المتن (قوله لم يكفلوا) مبنى للمجهول مضعف العين والواو للورثة أو الغرماء : أى لا يأخذ القاضى منهم كفيلا ح . قال فى الدرر : أى لم يؤخذ منه كفيل بالنفس عند الإمام ، وقالا يؤخذ اه وهذا ظاهر فى أنه على قولهما يؤخذ كفيل بالنفس . ثم رأيته لتاج الشريعة أبو السعود عن شيخه ولم يره فى البحر فتوقف فى أنها بالمال أو بالنفس اه سيدى ، فافهم واقتصر على نفى التكفيل لأن القاضى بعد يتلوم كما ذكره الشارح بعد ، ولا يدفع إليه حتى يغلب على ظنه أنه لا وارث له غيره ولا غريم له اتفاقا لأنه من باب الاحتياط لنفسه بزيادة علم بانتفاء الشريك المستحق معه بقدر الإمكان كما فى غاية البيان (قوله خلافا لهما) أى لاحتمال أن يكون له وارث أو غريم آخر (قوله لجهالة المكفول له) علة لقوله لم يكفلوا ولأن حق الحاضر ثابت قطعا أو ظاهرا فلا يؤخر لأجل الموهوم كذا قالوا (قوله ويتلوم القاضى) أى يتأنى فى تأخير القضاء إلى المدة المتقدم بيانها لا فى الدفع بعد القضاء . والمسألة على وجوه ثلاثة : تقدم بيانها عن الصدر الشهيد ، وسيأتى شىء منها قبيل باب الشهادة على الشهادة إن شاء الله تعالى (قوله مدة) تقدم أنها مفوضة إلى رأى القاضى ، وقدرها الطحاوى بحول ، وعلى عدم التقدير حتى يغلب على ظنه أنه لا وارث له غيره أو لا غريم له آخر (قوله ولو ثبت) أى ما ذكر من الورثة أو الغرماء (قوله بالإقرار) أى بالإرث أو بالدين وهو محترز قوله بشهود (قوله كفلوا اتفاقا) يعنى والخلاف فيما إذا ثبت الدين والإرث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيرهم ، أما إذا ثبت بالإقرار يؤخذ كفيل بالاتفاق (قوله ولو قال الشهود ذلك) أى لا نعلم له وارثا أو غريما غيره (قوله لا) أى لا يؤخذ منهم كفيل سواء كان وارثا يحجب بحال أو لا (قوله اتفاقا) تقدم بيان الصور فى الحاصل (قوله ادعى) قال فى جامع الفصولين من الرابع : ادعى عليهما أن الدار التى بيدكما ملكى فبرهن على أحدهما ، فلو الدار فى يد أحدهما بإرث فالحكم عليه حكم على الغائب إذ أحد الورثة ينتصب خصما عن البقية ، ولو لم يكن كل الدار بيده لا يكون قضاء على الغائب بل يكون قضاء بما فى يد الحاضر على الحاضر ، ولو بيد أحدهما بشراء لا يكون الحكم على أحدهما حكما على الآخر اه (قوله إرثا) قيد به لأنه لو شراء لا يكون الحاضر خصما عن الغائب كما تقدم (قوله مشاعا) يعنى ينتفع به انتفاع المشاع لا أنه يقسمه ويفرزه لأنه سيأتى فى القسمة ، فإن برهن وارث واحد لا يقسم إذ لابد من حضور اثنين ولو أحدهما صغيرا أو موصى له (قوله جحد ذو اليد دعواه أو لم يجحد) هذا التعميم غير صحيح بعد قوله وبرهن عليه لأن البرهان يستلزم سبق الجحد ، وقد أجمعوا أنه لا يؤخذ الكفيل فى صورة الإقرار . والصواب أن يبدل قوله وبرهن عليه بقوله وثبت ذلك فيشمل الثبوت بالإقرار ولا كفيل فيه اتفاقا وبالبينة وفيه الخلاف وحينئذ يسقط قوله جحد دعواه أو لم يجحد اه ط . وأجاب عنه سيدى الوالد بأن هذا التعميم راجع إلى قوله وترك باقيه أشار به إلى الخلاف فافهم .

أقول : عبارة الهداية والمجمع والبحر وغيرها تساوى عبارة المصنف وهى عبارة متن الدرر ، وكأنهم تساهلوا فى ذلك لوضوح المراد . ويمكن أن يجاب عنه بأن قوله وترك باقيه مستأنف ليس من تمام حكم البرهان

خلافا لهما وقولهما استحسان نهاية ، ولا تعاد البينة ولا القضاء إذا حضر الغائب فى الأصح لانتصاب أحدالورثة خصما للميت حتى تقضي منها ديونه ، ثم إنما يكون خصما بشروط تسعة مبسوطة فى البحر .

ويكون المراد بيان مسألة وفاقية وهى أخذ المدعى النصف إذا برهن ومسألة خلافية وهى ترك الباقى مع ذى اليد مطلقا ، وأشار إلى الخلاف بالتعميم بقوله جحد أولا . هذا ما ظهر لى . نعم الأولى ما فى شرح أدب القضاء حيث ذكر أن المدعى يأخذ النصف ويترك الباقى مع ذى اليد عند الإمام . وعندهما ينزع منه أى ويجعل فى يد أمين ، ثم ذكر أنهم أجمعوا أنه لو مقرا ينزع الباقى منه أيضا (قوله خلافا لهما) أى فى صورة الجحود حيث قالا إن جحد ذو اليد يؤخذ منه ويجعل فى يد أمين لخيانته بجحوده وإلا ترك فى يده . فلا نظر فى تركه فى يده ، فهو راجع إلى قوله وترك باقيه فى يد ذى اليد لا لقوله بلا كفيل فإنه لا خلاف فيه . وله أن الحاضر ليس بخصم عن الغائب فى الاستيفاء وليس للقاضى التعرض بلا خصم . كما إذا رأى شيئا فى يد إنسان يعلم أنه لغيره لا ينتزعه منه بلا خصم ، وقد ارتفع جحوده بقضاء القاضى بالكل بحر (قوله خصما للميت) الأوضح عن الميت (قوله حتى تقضى منها ديونه) وتنفذ منها وصاياه (قوله ثم إنما يكون خصما) أى عن بقية الورثة فيما يدعى على الميت (قوله بشروط تسعة) الأولى أن يقول ثلاثة : الأول كون العين كلها فى يده . وأن لا تكون مقسومة ، وأن يصدق الغائب أنها إرث عن الميت المعين كما فى البحر والحموى (قوله مبسوطة فى البحر) ليس جميع المذكور فى البحر شروطا بل بعضه شروط وبعضه أحكام ، ونصه :

[تنبيهات] الأول : إنما ينتصب الحاضر الذى فى يده العين خصما عن الباقين إذا كانت العين لم تقسم بين الحاضر والغائب ، فإن قسمت وأودع الغائب نصيبه عند الحاضر كانت كسائر أمواله فلا ينتصب الحاضر خصما عنه ذكره العتابى عن مشايخنا .

وفى جامع الفصولين من السابع والعشرين : ولو أودع نصيبه من عين عند وارث آخر فادعى رجل هذا العين ينتصب هذا الوارث خصما إذ ينتصب أحد الورثة خصما عن الباقين لو كان العين بيده بخلاف الأجنبى اهـ .

أقول : فقوله بخلاف الأجنبى أى غير الوارث تكون العين فى يده فيدعى عليه فلا يتعدى القضاء عليه إلى غيره بأن تكون شركة بينه وبين غيره فلا يكون الشريك الغائب مقضيا عليه سيدى الوالد .

[الثانى] : إنما لا تسمع دعوى الغائب إذا حضر بشرط أن يصدق أن العين ميراث بينه وبين الحاضر ؛ أما لو أنكر الإرث وادعى أنه اشتراها أو ورث نصيبه من رجل آخر لا يكون القضاء على الحاضر قضاء عليه فتسمع دعواه وتقبل بينته .

فالحاصل أنه إنما ينتصب خصما عن الباقى بثلاثة شروط : كون العين كلها فى يده ، وأن لا تكون مقسومة وأن يصدق الغائب على أنها إرث عن الميت المعين .

[الثالث] إنما يكفى ثبوت بعض الورثة أن لو ادعى الجميع وقضى به ، أما لو ادعى حصته فقط وقضى بها فلا يثبت حق الباقين .

[الرابع] ادعى بيتا فقال ذو اليد إنه ملكى ورثته من أبى ، فلو قضى عليه : أى على ذى اليد أى ببرهان المدعى يظهر على جميع الورثة ، لأن العين كلها فى يده غير مقسومة فليس لأحد منهم أن يدعيه بجهة الإرث إذ صار مورثهم مقضيا عليه ، فلو ادعاه أحدهم ملكا مطلقا تقبل إذا لم يقض عليه فى الملك المطلق ، فلو ادعاه

والحق الفرق بين الدين والعين (ومثله) أى العقار (المنقول) فيما ذكر (فى الأصح) درر لكن اعتمد فى الملتقى

ذو اليد ملكا مطلقا لا إرثا لا تصير الورثة مقضيا عليهم فلهم أخذه بدعوى الإرث ، لكن ليس لذى اليد حصة فيه إذا قضى عليه .

[الخامس] إذا كان الورثة كبارا غيبا وصغارا نصب القاضى وكيلا عن الصغير لسماع دعوى الدين على الميت ، والقضاء على هذا الوكيل قضاء على جميع الورثة .

[السادس] إذا أثبت المدعى دينه على بعض الورثة وفى يده حصته فإنه يستوفى جميع دينه مما فى يد الحاضر ثم يرجع الحاضر على الغائب بحصته .

[السابع] يحلف الوارث على الدين إذا أنكر : أى على العلم وإن لم يكن للميت تركة .

[الثامن] يصح الإثبات على الوارث وإن لم يكن للميت تركة .

مطلب وكيل بيت المال ليس بخصم إلا إذا وكله السلطان فى أن يدعى
ويدعى عليه لا بالجمع والحفظ

[التاسع] لو لم يكن للميت وارث فجاء مدع للدين على الميت نصب القاضى وكيلا للدعوى كما فى أدب القاضى للخصاف ، وظاهره أن وكيل بيت المال ليس بخصم اهـ بزيادة .

أقول : قال سيدى فى حاشيته عليه : يجب تقييده بما إذا وكله السلطان بجمعه وحفظه ، أما إذ وكله بأن يدعى ويدعى عليه أيضا تسمع دعواه والدعوى عليه ، ويملك فى ذلك ما يملكه السلطان لأنه فوض إليه ما يملكه . وهذه المسألة كثيرة الوقوع . ويتفرع من ذلك أن المزارع لا يصلح خصما لمن يدعى الملك فى الأرض وكذلك المقاطع المسمى بلغتهم تماريا تأمل هذا .

وسئل شيخنا ابن الحانوتى عن هذه المسألة ، فأجاب بما ذكره الشيخ زين هنا اهـ (قوله والحق الخ) لا ارتباط له بما قبله لأن ما قبله فى انتصاب أحد الورثة خصما للميت ، وهذا الفرق فى انتصاب أحدهم خصما فيما عليه . قال فى البحر : وكذا ينتصب أحدهم فيما عليه مطلقا إن كان دينا ، وإن كان فى دعوى عين فلا بد من كونها فى يده ليكون قضاء على الكل ، وإن كان البعض فى يده نفذ بقدره كما صرح به فى الجامع الكبير وظاهر ما فى الهداية والنهاية والعناية أنه لابد من كونها كلها : فى يده فى دعوى الدين أيضا ، وصرح فى فتح القدير بالفرق بين العين والدين وهو الحق وغيره سهو اهـ . وفى حاشية أبى السعود عن شيخه : ووجه الفرق بينهما أن حق الدائن شائع فى جميع التركة بخلاف مدعى العين اهـ (قوله والعين) حيث لا ينتصب أحد الورثة خصما عن الباقى فى دعوى العين إلا إذا كانت فى يده . وأما فى دعوى الدين عليه فإنه ينتصب خصما عنهم وإن لم يكن فى يده غير تركة لأن حق الدائن شائع فى جميع التركة ، بخلاف العين المدعى بها كما تقدم آنفا وقد علمت أن ذلك فيما إذا كان الوارث مدعى عليه . وأما إذا كان هو المدعى إرث العين على ذى اليد ، فإن أثبت كان القضاء بالإرث له ولبقية الورثة إذا ادعاه إرثا له ولهم ، وإن لم يثبت ودفع المدعى عليه دعوى المدعى بأن مورثك باعها منى مثلا وأثبت الشراء تندفع دعوى الإرث فى حق الحاضر والغائب كما أفاده الطحاوى عن أبى السعود (قوله فيما ذكر) من أخذ الحاضر حصته وترك باقيه فى يد ذى اليد ، وقيل يوضع عند عدل إلى حضور صاحبه .

أنه يؤخذ منه اتفاقا ومثله فى البحر قال وأجمعوا على أنه لا يؤخذ لو مقرا (أوصى له بثلث ماله يقع) ذلك (على كل شىء)

مطلب هل ينزع المنقول من يد ذى اليد

وفى الحموى ولو كانت الدعوى فى منقول ، قيل يؤخذ منه اتفاقا لاحتياج المنقول إلى الحفظ والنزع من يده أبلغ فى الحفظ كى لا يتلفه ، أما العقار فمحفوظ بنفسه ، وقيل المنقول على الخلاف ، وقول الإمام فى المنقول أظهر لحاجته إلى الحفظ ، والترك فى يده أبلغ فيه لأن المال بيد الضمين أشد حفظا وبالإنكار صار ضامنا ، ولو وضع عند عدل كان أمينا كذا فى الكافى والفتح وغيرهما . وبحث العلامة المقدسى بأن النزع من يد الخائن أبلغ فى الحفظ باحتمال هروبه أو تحيله بوجه ما فليتأمل اهـ (قوله ومثله فى البحر) فإنه حكى مقابل الاتفاق بقيل ط (قوله أنه لا يؤخذ) أى المنقول لو مقرا : أى كالعقار ، وهذه العبارة توهم أن العقار لم يجمعوا على عدم أخذه لو مقرا وليس كذلك ، فإن الحكم فيهما واحد كما علم بما سبق .

مطلب أوصى بثلث ماله جاز

(قوله أوصى له بثلث ماله) وكذا لو قال ثلثى لفلان أو سدسى فهو وصية جائزة ، وقيد بالوصية لأنه لو قال ثلث مالى وقف ولم يزد قال فى البزازية من الوصايا : إن كان ماله دراهم أو دنانير فقوله باطل ، وإن ضياعا صار وقفا على الفقراء ، ولو قال ثلث مالى لله تعالى الوصية باطلة عندهما وعند محمد يصرف إلى وجوه البر ، ولو صرح به إلى سراج المسجد يجوز ، ولو قال ثلث مالى فى سبيل الله فهو للغزو . فإن أعطوه حاجا منقطعا جاز بحر (قوله يقع ذلك على كل شىء) وهل تدخل الديون فى الوصية فى الخانية لا ، وكلام الشارح فى الوصايا يفيد دخوله فى الوصية بالمال لأنه يصير مالا بالاستيفاء فتناولته الوصية خصوصا . قالوا إنها أخت الميراث وهو يجرى فيهما ، وكذا كلام الوهبانية يشير إلى الخلاف . ورجح الدخول حيث قال :

* وفى ثلث مالى يدخل الدين أجدر * قال ابن الشحنة فى شرحه المسألة فى القنية رامزا للبرهان صاحب المحيط وقال : لو أوصى بثلث ماله لا يدخل الدين ثم رمز للأصل وقال يدخل . قال المصنف : وفى حفظى من فتاوى قاضيخان رواية دخول الدين فى الوصية بثلث المال ، والمراد بدخولها أن يدخل ثلثها فى الوصية ولا يسقط فيجعل كأنها لم تكن اهـ .

مطلب هل يدخل تحت الوصية بالمال ما على الناس من الديون قولان

وفى وصايا الكنز : أوصى له بألف وله عين ودين ، فإن خرج الألف من ثلث العين دفع إليه وإلا فثلث العين ، وكلما خرج شىء من الدين له ثلثه حتى يستوفى الألف ، وهذه غير مسألتنا ، ومانقله عن حفظ ابن وهبان يخالفه ما ذكره فى البحر عن الخانية من عدم دخول الدين . ورأيت فى وصايا الظهيرية : إذا كان مائة درهم عين ومائة درهم على أجنبى دين فأوصى لرجل بثلث ماله فإنه يأخذ ثلث العين دون الدين ، ألا ترى إن حلف أن لا مال له وله ديون على الناس لم يحنث ، ثم ما خرج من الدين أخذ منه ثلثه حتى يخرج الدين كله لأنه لما تعين الخارج مالا التحق بما كان عينا فى الابتداء . ولا يقال : لما لم يثبت حقه فى الدين قبل أن يتعين كيف يثبت حقه فيه إذا تعين . لأنا نقول : مثل هذا غير ممتنع ، ألا ترى أن الموصى له بثلث المال لا يثبت حقه فى القصاص ومتى انقلب مالا يثبت حقه فيه اهـ .

لأنها أخت الميراث (ولو قال مالى أو ما أملكه شيئا صدقة فهو على) جنس (مال الزكاة) استحسانا (وإن لم يجد غيره أمسك منه) قدر (قوته فإذا ملك) غيره

مطاب فى التوفيق بين القولين فى دخول الدين فى الوصية وعدم دخوله

قال سيدى الوالد : ويمكن أن يوفق بين القولين بهذا فتدبر . والله تعالى أعلم اه وينبغى التأمل عند الفتوى لأن كلام كل متكلم يبنى على عرفه ، فإذا كان العرف أن المال يقع على ما سوى العقار أو الدين أو يعم الكل فيفتى به (قوله لأنها أخت الميراث) أى والميراث يجرى فى كل شيء : أى فى الدين والعين :

مطلب من قال جميع ما أملكه صدقة

(قوله مالى أو ما أملكه صدقة الخ) أما لو قال لله علىّ أن أهدى جميع مالى أو ملكى فإنه يدخل فيه جميع ما يملكه وقت الحلف بالإجماع فيجب أن يهدى ذلك كله إلا قدر قوته ، فإذا استفاد شيئا تصدق بمثله ، وفى مسألة المصنف يدخل الموجود وقت القول فى المنجز . أما لو كان معلقا بالشرط نحو قوله مالى صدقة للمساكين إن فعل كذا دخل المال القائم عند اليمين والحادث بعده . قال سيدى الوالد: ظاهره أنه بدون التنجيز لا يشمل الحادث بعد اليمين وهذا بخلاف الوصية .

مطاب أوصى بثلثه لفلان وليس له مال ثم استفاد تصح الوصية

لما فى الخانية :ولو قال أوصيت بثلث مالى لفلان وليس له مال ثم استفاد مالا ومات كان للموصى له ثلث ما ترك ؛ ثم قال بعده : ولو قال عبيدى لفلان أو براذينى لفلان ولم يضف إلى شيء ولم ينسبهم يدخل فيه ما كان له فى الحال وما يستفيد قبل الموت اه لكن قد يقال : الوصية فى معنى المعلق . وفى حاشية أبى السعود: وقوله والحادث بعده ظاهره ولو بعد وجود الشرط لكن ذكر الإبيارى ما نصه : لو علقه بشرط دخل المال الموجود عند اليمين والحادث بعده إلى وجود الشرط اه فظاهر قول المصنف مالى أو ما أملكه الخ دخول الدين أيضا ، وفيه ما قدمناه آنفا من الخلاف والتوفيق (قوله فهو على جنس مال الزكاة) أى أى جنس كانت بلغت نصابا أولا عليه دين مستغرق أولا ، ولا يتصدق بغير ذلك من الأموال لأنها ليست بأموال الزكاة : وقال زفر : يلزمه التصدق بالكل لأن اسم المال يتناول الكل :

ولنا أنه يعتبر بإيجاب الله تعالى . قال تعالى — خذ من أموالهم صدقة — وهو خاص بالنقدين وعروض التجارة والسوائم والغلة والثمرة العشرية والأرض العشرية ، لأن المعتبر جنس ما يجب فيه الزكاة مع قطع النظر عن قدرها وشرطها ، فإن قضى دينه لزمه أن يتصدق بعده بقدره عينى وغيره . قال ط : ولا تدخل الأرض العشرية عند الطرفين ولا الخراجية اتفاقا اه وخرج رقيق الخدمة ودور السكنى وأثاث المنازل وما كان من الحوائج الأصلية :

مطلب مالى أو ما أملك سواء فى الصحيح

قال فى البحر : وتسوية المصنف بين قوله مالى وبين قوله ما أملك هو الصحيح لأنهما يستعملان استعمالا واحدا فكان فيهما القياس والاستحسان خلافا للبعض ، واختاره فى المجمع والهداية . وذكر القاضى الاسبيجابى أن الفرق بين المال والملك إنما هو قول أبى يوسف ، وأبو حنيفـــة لم يفرق بينهما ، واختاره الطحاوى فى مختصره اه (قوله أمسك منه قدر قوته) لم يبين فى المبسوط قدر ما يمسك ، لأن ذلك يختلف باختلاف العيال

(تصدق بقدره) .

فى البحر : قال إن فعلت كذا فما أملكه صدقة فحيلته أن يبيع ملكه من رجل بثوب فى منديل ويقبضه ولم يره ثم يفعل ذلك ثم يرده بخيار الرؤية فلا يلزمه شيء . ولو قال ألف درهم من مالى صدقة إن فعلت كذا ففعله وهو يملك أقل لزمه بقدر ما يملك ، ولو لم يكن له شيء لا يجب شيء :

وباعتبار مايتجدد له من التحصيل ، فيمسك أهل كل صنعة قدر ما يكفيه إلى أن يتجدد له شيء . قال ط : المتأخرون قدروا هذا القدر ، فقالوا فى المحترف يمسك لنفسه وعياله قوت يومه وصاحب الغلة وهو آجر الدار ونحوها يمسك قوت شهر ، وصاحب الضيعة يمسك قوت سنة ، وصاحب التجارة يمسك قدر ما يكفيه إلى أن يتجدد له شيء اه (قوله تصدق بقدره) أى بقدر ما أمسك .

مطلب لو قال إن فعلت كذا فما أملكه صدقة فالحيلة فى الفعل وعدم الحنث الخ

(قوله فحيلته) أى إن أراد أن يفعل ولا يحنث (قوله أن يبيع ملكه) أى مما تجب فيه الزكاة (قوله ثم يفعل ذلك) أى المحلوف عليه (قوله فلا يلزمه شيء) يعلم منه كما قال المقدسي أن المعتبر الملك حين الحنث لا حين الحلف اه ووجه المسألة أنه حين الحنث لا مال له :

أقول : ويعلم منه أن المشترى باسم المفعول بخيار الرؤية لا يدخل فى ملكه حتى يراه ويرضى به قاله الشيخ أبو الطيب مدنى .

أقول : الذى يظهر لى أنه يدخل فى ملكه لكنه غير لازم وإلا لزم أن يخرج البدلان من ملكه ولا قائل به ، والمسألة تحتاج إلى المراجعة ، وما نقله عن البحر عزاه فى البحر إلى الولوالجية فى الحيل آخر الكتاب ، وتمامه فيها حيث قال : وإن كان له ديون على الناس يتصالح على تلك الديون مع رجل بثوب فى منديل ثم يفعل ذلك ويرد الثوب بخيار الرؤية فيعود الدين ولا يحنث اه (قوله لزمه بقدر ما يملك) ولا يلزمه شيء بعد لأنه بمنزلة النذر بما لا يملك ، وكذا يقال فيما بعد (قوله ولو لم يكن له شيء لا يجب شيء) الظاهر أن التعليق ليس بشرط ، حتى لو نجز النذر فقال على أن أتصدق بألف درهم كان الحكم كذلك ، فإن كان يملك دونها يلزمه التصدق ، وإن لم يكن عنده شيء لا يلزمه فراجع رحمتى .

قال فى الهداية : ومن نذر نذرا مطلقا فعليه الوفاء به لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم « من نذر وسمى فعليه الوفاء بما يسمى » وإن علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لإطلاق الحديث ، ولأن المعلق بالشرط كالمنجز عنده . وعن أبى حنيفة أنه رجع عنه وقال : إذا قال إن فعلت كذا فعلىّ حجة أو صوم سنة أو صدقة ما أملكه أجزأه عن ذلك كفارة يمين وهو قول محمد ، ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى أيضا ، وهذا إذا كان شرطا لا يريد كونه لأن فيه معنى اليمين وهو المنع ، وهو بظاهره نذر فيتخير ويميل إلى أىّ الجهتين شاء ، بخلاف ما إذا كان شرطا يريد كونه كقوله إن شفى الله مريضى لانعدام معنى اليمين فيه وهذا التفصيل هو الصحيح اه وعليه مشى فى متن مجمع البحرين والدرر والغرر ، وأفتى به إسماعيل الزاهد ومشايخ بلخ وبعض مشايخ بخارى ، واختاره شمس الأئمة والقاضى المروزى . وقال فى البزازية : وعليه الفتوى : وقال فى الفيض : والمفتى به ما رويناه عن أبى حنيفة من رجوعه ، وقد أوضح المسألة العلامة الشرنبلالى فى رسالة سماها [تحفة التحرير وإسعاف الناذر الغني والفقير بالتخيير على الصحيح والتحرير] فليراجعها

(وصح الإيصاء بلا علم الوصى) فصح تصرفه (لا) يصح (التوكيل بلا علم وكيل) والفرق أن تصرف الوصى خلافة

من رام ذلك (قوله وصح الإيصاء) أى من شخص لشخص على صغيره أو وصيتا (١) .

مطلب لا يشترط علم الوصى بالإيصاء بخلاف الوكيل

(قوله فصح تصرفه) أى من غير علم بالإيصاء ، وإذا تصرف يعدقابلا له فلايتمكن من إخراج نفسه منه وإلا فله إخراج نفسه إذا علم لعدم القبول لأنه لايخفى أن من حكم الوصى أنه لايملك عزل نفسه بعدالقبول حقيقةأو حكما ، وظاهر ما هنا تبعا للكنز ، أنه يصير وصيا قبل التصرف وليس كذلك ، بل إنما يصير بعده كما نبه عليه فى البحر ، ولذا قال فى نور العين من ٢٣ عازيا مات وباع وصيه قبل علمه بوصايته وموته جاز استحسانا ويصير ذلك قبولا منه للوصاية ولا يملك عزل نفسه اه . فكان على الشارح أن يقول إن تصرف قبله بدل قوله فصح تصرفه فتنبه (قوله لايصح التوكيل بلا علم وكيل) فلو باع الوكيل قبل العلم لم يجز بحر : أى لم يلزم فيكون بيع الفضولى فيتوقف على إجازته بعد العلم أو على إجازة الموكل كما فى منحة الخالق لسيدى الوالد . وفى البزازية عن الثانى خلافه .

مطلب علم المشترى بالوكالة دون الوكيل يصح

وفى البحر : أما إذا علم المشترى بالوكالة واشترى منه ولم يعلم البائع الوكيل كونه وكيلا بالبيع ، بأن كان المالك قال للمشترى اذهب بعبدى إلى زيد فقل له حتى يبيعه بوكالته عنى منك فذهب به إليه ولم يخبره بالتوكيل فباعه هو منه يجوز ، ومثله الإذن للعبد والصبى بالتجارة فلا يثبت إلا بعد العلم والأمر باليد ، حتى لو جعل أمرها بيدها لا يصير الأمر بيدها ما لم تعلم ، فلو طلقت نفسها قبل العلم لم يقع خانية .

وفى شرح المجمع لابن ملك : إذا قال المولى لأهل السوق بايعوا عبدى فلانا يصير مأذونا قبل العلم ، بخلاف ما لو قال أذنت لعبدى فلان ولم يشهد بين الناس فعلم العبد به شرط كما فى البحر (قوله خلافة) فلا تتوقف على العلم كتصرف الوارث ملكا وولاية . حتى لو باع الجد مال ابن ابنه بعد موت الابن من غير علم بموته جاز .

لكن قال فى البحر : ثم اعلم أنه وقع فى الهداية هنا أن الوصية خلافة كالوراثة وهو مشكل ، فإن المصرح به إن ملك الموصى له ليس بطريق الخلافة كملك الوارث .

قال الصدر الشهيد فى شرح أدب القضاء : إن الموصى له ليس بخليفة عن الميت ولهذا لا يصح إثبات دين الميت عليه ، وإنما يصح على وارث أو وصى . ولو أوصى له بعبد اشتراه فوجد به الموصى له عيبا فإنه لايرده بخلاف الوارث ويصير الوارث مغرورا لو استحقت الجارية بعد الولادة كالمورث بخلاف الموصى له اه ولم أر أحدا من الشارحين بينه . وقد ظهر لى أن صاحب الهداية أراد بالخلافة أن ملك كل منهما يكون بعد الموت لا بمعنى أنه قائم مقامه . ومما يدل على عدم الخلافة ما فى التلخيص بعد بيان أن ملكه ليس خلافة أنه يصح شراء ما باع الميت بأقل مما باع قبل نقد الثمن بخلاف الوارث ، وقدمنا تعريف المال أول كتاب البيوع اه .

---

(١) (قوله أو وصيتا) هكذا بالأصل ، والذى فى ط أو تركته

والوكيل نيابة .

أقول : وقد سبق صاحب البحر إلى ذلك صاحب الكفاية حيث قال : قوله لأنها خلافة كهي أي كالوراثة من حيث أنهما يثبتان الملك بعد الموت اه .

وفي البحر أيضا : ثم اعلم أن صاحب الهداية ذكر هنا أن الوصاية خلافة لا نيابة كالوراثة وقال قبله إن الوصية خلافة كهي ، وقدمنا ما في الثاني . وأما الأول فالمراد به أنه خليفة الميت في التصرف كالوارث لا في الملك بخلاف الخلافة في الوصية فإنها في الملك لا في التصرف . ومما يدل على أن الوصي خليفة الميت ما في خزانة المفتين : لو مات عن وصي وابن صغير ودين فقبضه الوصي بعد بلوغ الصغير جاز إلا إذا نهاه .

ثم اعلم أنهم فرقوا بين الوارث والوصي في مسألة لو أوصى بعتق عبد ملك الوارث إعتاقه تنجيزا وتعليقا وتدبيرا وكتابة ، ولا يملك الوصي إلا التنجيز وهي في التلخيص اه (قوله والوكيل نيابة) أي عن الموكل ، فالموكل أثبت له ولاية التصرف في ملكه لابطريق الخلافة لبقاء ولاية الموكل فلا بد من العلم ، فلو أودع ألفا عند رجل ثم قال المالك أمرت فلانا بقبضها منه ولم يعلم فلان بكونه مأمورا بالقبض فقبضه وتلف عنده فالمالك بالخيار في تضمين أيهما شاء ، ولو علم المودع فقط فدفع للمأمور المذكور فتلف عنده لا ضمان على أحد لأن المستودع دفع بالإذن ، ولو لم يعلم أحدهما فقال المأمور ادفع لي وديعة فلان لأدفعها إلى صاحبها أو ادفعها إلي تكون عندي لصاحبها فدفع فضاعت فللمالك تضمين أيهما شاء عندهما بحر عن الخانية .

مطلب الوصاية والوكالة يجتمعان ويفترقان

ثم اعلم أن الوصية والوكالة يجتمعان ويفترقان ، فيفترقان في مسألة الكتاب وفي أن الوصاية من الميت لا تقبل التخصيص ، بخلاف وصي القاضي فإنه يتخصص والوكالة تقبل التخصيص ، وفي أنه يشترط في الوصي أن يكون مسلما حرا بالغا عاقلا ، بخلاف الوكيل إلا العقل ، وفي أن الوصي إذا مات قبل تمام المصلحة نصب القاضي غيره ، ولو مات وكيل الغائب لا ينصب غيره إلا عن المفقود للحفظ ، وفي أن القاضي يعزل الوصي بخيانة أو تهمة بخلاف الوكيل عن الحي ، وفي أن الوارث يملك إعتاق الموصى بعتقه تنجيزا وتعليقا وتدبيرا وكتابة ، ولا يملك الوصي إلا الأول .

قال في الحواشي الحموية على الأشباه من بحث ما افترق فيه الوكيل والوصي : أن الوكيل يملك عزل نفسه لا الوصي بعد القبول ، ولا يشترط القبول في الوكالة ويشترط في الوصاية ، ويتقيد الوكيل بما قيده الموكل ولا يتقيد الوصي ، ولا يستحق الوكيل أجرة عمله بخلاف الوصي ، ولا تصح الوكالة بعد الموت والوصاية تصح ، وتصح الوصاية وإن لم يعلم بها الوصي ، بخلاف الوكالة . ويشترط في الوصي : الإسلام والحرية والبلوغ والعقل ، ولا يشترط في الوكيل إلا العقل . وإذا مات الوصي قبل تمام المقصود نصب القاضي غيره ، بخلاف موت الوكيل لا ينصب غيره إلا عن مفقود للحفظ ، وفي أن القاضي يعزل وصي الميت بخيانة أو تهمة بخلاف الوكيل ، وفي أن الوصي إذا باع شيئا من التركة فادعى المشتري أنه معيب ولا بينة فإنه يحلف على الثبات ، بخلاف الوكيل فإنه يحلف على نفي العلم .

وهي في القنية : ولو أوصى لفقراء أهل بلخ فالأفضل للوصي أن لا يجاوز أهل بلخ ، فإن أعطى لأهل كورة أخرى جاز على الأصح . ولو أوصى بالتصدق على فقراء الحاج يجوز أن يتصدق على غيرهم من الفقراء ، ولو خص فقال فقراء هذه السكة لم يجز كذا في وصايا خزانة الأكمل .

(فلو علم) الوكيل بالتوكيل (ولو من) مميز أو (فاسق صح تصرفه

مطلب الوصي يخالف الوكيل في هذه المسألة

وفي الخانية : ولو قال لله عليّ أن أتصدق على جنس فتصدق على غيره لو فعل ذلك بنفسه جاز . ولو أمر غيره بالتصدق ففعل المأمور ذلك ضمن اه فهذا مما خالف فيه الوصي الوكيل . ولو استأجر الموصي الوصي لتنفيذ الوصية كانت وصية له بشرط العمل . وهي في الخانية : ولو استأجر الموكل الوكيل فإن كان على عمل معلوم صحت وإلا لا اه فهي خمس عشرة مسئلة فلتحفظ .

مطلب وصي القاضي نائب عن الميت لا عن القاضي

ثم اعلم أن وصي القاضي نائب عن الميت لا عن القاضي قال في البحر ولم أر نقلا في حكم وصايته قبل العلم .

مطلب الناظر وكيل لا وصي

وكذا في حكم تولية الناظر من الواقف وينبغي أن يكون على الخلاف . فمن جعل الناظر وصيا قال تثبت قبل العلم ومن جعله وكيلا قال لا وصححوا أنه وكيل حتى ملك الواقف عزله بلا شرط اه .

مطلب تقرير في النظر بلا علمه

قال سيدي الوالد معزيا لأبي السعود : ومقتضاه أن تقريره في النظر بلا علمه لا يصح .

مطلب الناظر له شبه بالوصي وشبه بالوكيل

ثم رأيت بخط الشيخ شرف الدين الغزي محشي الأشباه أنهم لا يجعلونه وصيا من كل وجه ولا وكيلا كذلك . بل له شبه بالوصي حتى صح تفويضه في مرض موته . وشبه بالوكيل حتى ملك الواقف عزله من غير شرط على قول أبي يوسف . وأما على قول محمد فهو وكيل عن الموقوف عليهم كما ذكره في الأشباه .

قلت : وقول محمد مشكل . إذ مقتضى كونه وكيلا عنهم أن لهم عزله مع أن الظاهر من كلامهم أنه لا يصح بل لو عزله القاضي لم يصح إذا كان منصوب الواقف إلا بخيانة اه .

مطلب الناظر وكيل في حياة الواقف وصي في موته

قلت : إنه وكيل ما دام الواقف حيا وصي بعد وفاته ، والظاهر أن مراد محمد أنه نظير الوكيل في سعيه لهم لا وكيل حقيقة إذ ليست ولايته منهم تأمل .

مطلب الكتابة كالخطاب فيقع بها علم الوكيل بالوكالة

(قوله فلو علم الخ) وفي الهداية الكتابة كالخطاب (قوله ولو من مميز) .

أقول : إقحامه لفظ مميز لا يظهر لأنه لا يشترط في المعلم إلا التمييز (قوله أو فاسق(١)) أي إذا صدقه

---

(١) اختار السرخسي قبول خبر الفاسق لتجب عليه الأحكام بخبره لأن المخبر له رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم ، والعدالة لا تشترط في الرسول كما مر وصححه الزيلعي . ورده في الفتح بأن عدم اشتراط العدالة إنما هو في الرسول الخاص بالإرسال وإلا فيلزم على قوله أن لا تشترط العدالة في رواية الحديث مقدسي اه منه .

ولا يثبت عزله إلا بـ) إخبار (عدل) أو فاسق إن صدقه عناية (أو مستورين أو فاسقين) فى الأصح (كإخبار السيد بجناية عبده) فلو باعه كان مختارا للفداء (والشفيع) بالبيع (والبكر) بالنكاح (والمسلم الذى لم يهاجر) بالشرائع وكذا الإخبار بعيب لمريد شراء

الوكيل، حتى لو كذبه لا يثبت، فعلى هذا لا فرق بين الوكالة والعزل لأن فى العزل أيضا إذا صدقه ينعزل كذا فى غاية البيان يعقوبية (قوله ولا يثبت عزله الخ) هذا قوله وقالا: لا يشترط فى المخبر بهذه إلا التمييز لكونها معاملة وله أن فيها إلزاما من وجه دون وجه، فيشترط أحد شطرى الشهادة، إما العدد أو العدالة. وقال فى البحر: أطلقه وهو مقيد بأن يكون المخبر غير الخصم ورسوله فلا يشترط فيه العدالة، حتى لو أخبر الشفيع المشترى بنفسه وجب الطلب إجماعا والرسول يعمل بخبره، وإن كان فاسقا اتفاقا صدقه أو كذبه كما ذكر الإسبيجابى، وكذا لو كان الرسول صغيرا وظاهر ما فى العمادية أنه لابد أن يقول له إنى رسول بعزلك ومقيد أيضا بما إذا بلغه العزل إن كان العزل قصديا أما إذا كان حكميا كموت الموكل فإنه يثبت وينعزل قبل العلم اهـ (قوله إن صدقه) أى الوكيل حتى لو كذبه لا يثبت كما قدمناه على اليعقوبية (قوله فى الأصح) راجع للفاسقين خلافا لما فى الكنز حيث قيد بالمستورين. فإن ظاهره أنه لا يقبل خبر الفاسقين وهو ضعيف. لأن تأثير خبر الفاسقين أقوى من تأثير خبر العدل بدليل أنه لو قضى بشهادة واحد عدل لم ينفذ وبشهادة فاسقين نفذ فلو أخبره بالعزل غيره من ذكر وتصرف صح تصرفه لعدم عزله كما فى البحر (قوله كإخبار السيد بجناية عبده) أى فإنه يشترط فيه أحد شطرى الشهادة: أى العدد أو العدالة عنده خلافا لهما (قوله فلو باعه كان مختارا للفداء) يعنى إذا أخبره أحد من ذكر ثم باعه كان مختارا للفداء فلا يكون مختارا له بإخبار غير من ذكر فيدفعه البائع أو المشترى إلى ولى الجناية فيما إذا باعه بعد أن أخبره فاسق مثلا بالجناية وإنما يدفعه إذا لم يعلم بجنايته المشترى، أما إذا علم فيكون مختارا للفداء لقدومه على شرائه مع العلم بعيبه. وأما إذا أعتق العبد كان الطلب بالأرش عليه أفاده أبو السعود (قوله والشفيع بالبيع) وهو على الخلاف أيضا، فإذا أخبر الشريك مثلا بالبيع فسكت ولم يطلب، فإن كان المخبر عدلا أو مستورين مثلا سقطت شفعته لا إن أخبره مستور فبسكوته لا يعد مسلما للشفعة (قوله والبكر بالنكاح) هو على الخلاف أيضا فلا يكون سكوتها رضا إلا إذا أخبرها عدل أو مستوران مثلا، أما إذا أخبرها مستور بنكاح وليها، فسكتت لا يكون ذلك رضا منها.

قال فى البحر: ثم اعلم أن الإمام محمد نص على خمسة منها، ولم يذكر مسألة البكر وإنما قاسها المشايخ اهـ.

مطلب الفاسق إذا أخبر من أسلم ولم يهاجر يلزمه العمل بالشرائع فى الأصح

(قوله والمسلم الذى لم يهاجر) أى الذى أسلم فى دار الحرب فأخبره أحد من ذكر (قوله بالشرائع) فإنه إذا أخبره مستور لا يلزمه الشرائع عنده خلافا لهما. وإذا أخبره عدل أو مستور إن لزمته حتى إذا ترك الفرائض يلزمه قضاؤها.

مطلب البكر إذا أخبرها رسول الولى بالتزويج

والأصح أنه يكفى فيه خبر الفاسق كما فى المفتاح حموى أى فإنه يجب عليه الأحكام بخبره كما فى الرسول فإنه لا يشترط عدالته كالبكر إذا أخبرها رسول الولى بالتزويج كما يأتى قريبا إن شاء الله تعالى (قوله وكذا الإخبار بعيب لمريد شراء) فلو قال له رجل عدل أو مستوران هذه العين معيبة وقدم على شرائها يكون راضيا

وحجر مأذون وفسخ شركة وعزل قاض ومتولى وقف ، فهى عشرة يشترط فيها أحد شطرى الشهادة لالفظها (ويشترط سائر الشروط فى الشاهد) وقيده فى البحر بالعزل القصدى ، وبما إذا لم يصدقه ويكون المخبر غير المرسل ورسوله فإنه يعمل بخبره مطلقا كما سيجىء فى بابه .

(باع قاض أو أمينه) وإن لم يقل جعلتك أمينا فى بيعه على الصحيح ولوالجية

بالعيب لا إن أخبره فاسق (قوله وحجر مأذون) فإذا أخبر المأذون بحجره عدل أو مستوران حجر ،لا إذا أخبره فاسق (قوله وفسخ شركة) أى من أحد الشريكين لا يثبت الفسخ عند الآخر إلا بإخبار عدل أو مستورين فيمنع عن التصرف فى مال الشركة لا إن أخبره فلهق (قوله وعزل قاض) فهو على الحكم السابق . قال فى البحر : وينبغى أن يزاد أيضا عزل القاضى ولم أره اه . قال سيدى الوالد : وهو ظاهر لأنهم صرحوا فى كتاب القضاء بأنه ملحق بالوكيل كما قدمه : أى صاحب البحر فيه اه (قوله ومتولى وقف) أى وعزل متولى وقف : أى على القول بصحة عزله بلا شرط أو على قول الكل إن كان شرط الواقف اه بحر بحثا ، وقدمنا الكلام عليه مستوفى قبل ورقة عند الكلام على وصى القاضى (قوله أحد شطرى الشهادة)أى العدد أو العدالة . وفى الحواشى السعدية أقول : فيه إشارة إلى أن العدالة لا تشترط فى العدد وإن قوله عدل صفة رجل . قال فى التلويح : وهو الأصح (قوله ويشترط) أى فى المخبر (قوله سائر الشروط) أى مع العدد أو العدالة على قول الإمام الأعظم فلا يثبت بخبر المرأة والعبد والصبى وإن وجد العدد أو العدالة ، وقل من نبه على هذا سيدى الوالد (قوله فى الشاهد) أى المشروطة فى الشاهد ، والمراد به المخبر : أى من الحرية والبلوغ ، وأن لا يكون أعمى ولا محدود فى قذف مع العدد العدالة والمعنى ، ويشترط فى المخبر ما اشترط فى الشاهد مما ذكر إلا لفظ أشهد وحضور مجلس القاضى عنده خلافا لهما كما سبق (قوله وقيده فى البحر) أى قيد عزل الوكيل بكون المخبر لابد أن يكون فيه أحد شطرى الشهادة بالعزل القصدى احترازا عما إذا كان حكميا كموت الموكل وجنونه مطبقا فإنه يثبت وينعزل قبل العلم (قوله وربما إذا لم يصدقه) أما إذا صدقه قبل ولو فاسقا بحر وقد مر (قوله غير المرسل) سبق قلم وصوابه كما فى البحر غير الخصم ورسوله فلو أخبر الشفيع المشترى بنفسه وجب الطلب إجماعا ، حتى إذا أخره سقط طلبه (قوله فإنه يعمل بخبره) أى الرسول مطلقا وإن كان فاسقا أو صغيرا أو كذبه ، وظاهره أن ذلك يجرى فى كل ما ذكر فينعزل بذلك ، وتسقط الشفعة بعدم الطلب بعده ويكون سكوت البكر بعده رضا ، وقس الباقى مما يتأتى فيه ذلك ، وظاهر ما فى العمادية أنه لا بد أن يقول له إنى رسول بعزلك كما فى البحر .

أقول : وعليه فلابد للرسول أن يقول للمرسل إليه إنى رسول إليك بكذا .

[تنبيه] يثبت العزل بكتاب الموكل إذا بلغه وعلم ما فيه كما فى ط عن سرى الدين ، وسيذكره الشارح أواخر باب عزل الوكيل (قوله كما سيجىء فى بابه) أى باب عزل الوكيل حيث قال : ويثبت بمشافهته وبإرساله رسولا أو غيره اتفاقا صدقه أو كذبه إذا قال أرسلنى إليك لأبلغك عزله إياك الخ (قوله وإن لم يقل جعلتك أمينا فى بيعه) بأن قال له بع هذا العبد فقط ولم يزد (قوله على الصحيح ولوالجية) اعلم أن أمين القاضى هو من يقول له القاضى جعلتك أمينا فى بيع هذا العبد ، أما إذا قال بع هذا العبد ولم يزد عليه اختلف المشايخ ، والصحيح أنه لا يلحقه عهدة ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده كما فى البحر معزيا إلى شرح التلخيص للفارسى .

(عبدا لـ) لدين (الغرماء وأخذ المال فضاع) ثمنه عند القاضي (واستحق العبد) أو ضاع قبل تسليمه (لم يضمن) لأن أمين القاضي كالقاضي والقاضي كالإمام ، وكل منهم لايضمن بل ولا يحلف

أقول : والمسألة مذكورة فىالفتاوى الولواجية منح (قوله عبدا لدين الغرماء) أى أرباب الديون ولم يذكر الوارث مع أنهما سواء ، فإذا لم يكن فى التركة دين : أى نقود كان العاقد عاملا له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة إن كان وصى الميت ، وإن كان القاضى أو أمينه هو العاقد رجع عليه المشترى لأن ولاية البيع للقاضى إذا كانت التركة قد أحاط بها الدين ولا يملك الوارث البيع كما فى البحر (قوله أو ضاع) أى هلك العبد من يد القاضى أو أمينه قبل التسليم إلى المشترى كما فى المنح . فالأنسب زيادة أو أمينه (قوله كالإمام) وينبغى أن يجعل نائب الإمام كالإمام لأن القاضى إنما قبل قوله بلا يمين لكونه نائبا عن الإمام ولا ضمان عليه فلا ضمان على على القاضى ، فعلى هذا يقبل قول أمين بيت المال بلا يمين ، وإنما لم يضمن من ذكر لأنه يؤدى إلى تباعدهم عن قبول هذه الأمانة فتتعطل مصالح الناس عينى . قال فى البحر : وأشار إلى أن أمينه لو قال بعت وقبضت الثمن وقضيت الغريم صدق بلا يمين وعهدة إلحاقا بالقاضى ، وأما العيب إذا كان ظاهرا يرد المبيع به بنظر القاضى أو أمينه ، وإذا وجب يمين على مخدرة وجه لها القاضى ثلاثة من العدول يستحلها واحد وآخران يشهدان على يمينها أو نكولها ، فعلى هذا المستحلف ليس بأمينه وإلا قبل قوله فى اليمين والنكول وحده .

ثم اعلم أن القاضى وأمينه لا ترجع حقوق عقد باشراه لليتيم إليهما ، بخلاف الوكيل والأب والوصى ، فلو ضمن القاضى أو أمينه ثمن ما باعه لليتيم بعد بلوغه صح بخلافهم ، وقيد بعدم ضمان القاضى عند الاستحقاق لأنه لو أخطأ فى قضائه ضمن كما إذا رجم محصنا بأربعة شهود وظهر أحدهم عبدا أو محدودا فى قذف فديته على القاضى ويرجع بها فى بيت المال بالإجماع .

مطلب لو أخطأ القاضى يضمن

والأصل فى جنس هذه المسائل أن القاضى متى ظهر خطؤه فيما قضى بيقين فإنه يضمن ما قضى به ويرجع بذلك على المقضى له كالمودع والوكيل ، وإن كان الخطأ فى المال ، فإن كان قائما بيد المقضى له أخذه القاضى ورده على المقضى عليه ، وإن كان مستهلكا ضمن قيمته ورجع بذلك على المقضى له ، وإن كان فى قطع أو رجم ضمن ورجع بما ضمن فى بيت المال اه وتمامه فيه .

مطلب ملخص ما قيل فى خطإ القاضى

أقول : ملخص ما قيل فى خطأ القاضى فى غير الجور ان كان فى مال لا فى حد فخطؤه فى مال المقضى له ، وإن كان فى حد ، فإن ترتب عليه تلف نفس أو عضو فخطؤه فى بيت المال ، وإن لم يترتب عليه شىء من ذلك كالجلد فهدر هذا عند الصاحبين . وعند الإمام رحمهم الله تعالى يكون هدرا فى الحدود ترتب عليه تلف نفس أو عضو أولا ، كذا أفاده فى الخانية من الحدود والسير ، وهذا إذا لم يتعمد الجور ، وإن تعمد الجوار كان ذلك فى مال القاضى سواء كان فى مال أو حد ترتب عليه تلف نفس أو عضو ، وتعمده الجور يظهر فيما إذا أقر هو بذلك ، وخطؤه بلا جور يظهر بإقرار المقضى له فى الأموال كأن بان أن الشهود عبيد مثلا بإقرار المقضى له أو تقوم البينة على ذلك ، هذا خلاصة ما تحرر من النصوص المعتمدة فى هذه المسألة كشرح السير الكبير للسرخسي والهندية والخانية من الحدود والسير والأشباه من القضاء وحواشي الطحطاوى وسيدى الوالد وأبى السعود .

بخلاف نائب الناظر (ورجع المشترى على الغرماء) لتعذر الرجوع على العاقد .

(ولو باعه الوصى لهم أى لأجل الغرماء (بأمر القاضى) أو بلا أمره (فاستحق) العبد (أو مات قبل القبض) للعبد من الوصى (وضاع) الثمن (رجع المشترى على الوصى) لأنه وإن نصبه القاضى عاقدا نيابة عن الميت فترجع الحقوق إليه (وهو يرجع على الغرماء) لأنه عامل لهم ، ولو ظهر بعده للميت مال رجع الغريم فيه بدينه هو الأصح .

فالحاصل أن خطأ القاضى ، تارة يكون فى بيت المال وهو إذا أخطأ فى حد ترتب عليه تلف نفس أو عضو وتارة يكون فى مال المقضى له وهو إذا أخطأ فى قضائه فى الأموال ، وتارة يكون هدرا وهو إذا أخطأ فى حد ولم يترتب على ذلك تلف نفس أو عضو كحد شرب مثلا ، وتارة يكون فى ماله أى مال القاضى وهو إذا تعمد الجوار (قوله بخلاف نائب الناظر) قيد لقوله ولا يحلف فإنه يحلف : أى كما يحلف الناظر .

قال فى المنح : إن نائب الإمام كهو ونائب الناظر كهو فى قبول قوله ، فلو ادعى ضياع مال الوقف أو تعريفه على المستحقين فأنكروا فالقول له كالأصيل لكن مع اليمين ، وبه فارق أمين القاضى فإنه لا يمين عليه كالقاضى اهـ (قوله ورجع المشترى على الغرماء) لأن البيع وقع لهم فكانت العهدة عليهم عند تعذر جعلها على العاقد كما تجعل العهدة على الموكل عند تعذر جعلها على الوكيل المحجور عليه ، كما إذا كان العاقد عبدا أو صبيا يعقل البيع وكله رجل يبيع ماله فإنه لا تتعلق الحقوق بهما بل بموكلهما ، لأن التزام العهدة لا يصح منهما لقصور الأهلية فى الصبى وحق السيد فى العبد كما فى فتح القدير (قوله لتعذر الرجوع على العاقد) أى لأنه عقد لم ترجع عهدته إلى عاقده فتجب على من يقع له العقد والبيع واقع للغرماء فتكون العهدة عليهم كما فى الدرر .

وفى فتح القدير : الأصل أنه إذا تعذر تعلق الحقوق بالعاقد تتعلق بأقرب الناس إلى العاقد وأقرب الناس إليه من ينتفع به . ألا ترى أن القاضى لا يأمر ببيعه حتى يطلب الغريم ، وأقرب الناس فى مسألتنا من ينتفع بهذا العقد وهو الغريم (قوله ولو باعه الوصى) لا فرق بين وصى الميت ومنصوب القاضى مدنى (قوله أو بلا أمره) هو مفهوم بالأولى لأنه إذا رجع عليه فى الأمر فلأن يرجع عليه عند عدمه بالأولى ط (قوله فاستحق العبد) أى من يد المشترى (قوله وإن نصبه القاضى عاقدا) الأولى حذف هذا التعليل لأنه إنما يظهر فى وصى القاضى ، والاقتصار على قوله لأنه أى وصى الميت عاقد نيابة عن الميت فترجع الحقوق إليه ، كما إذا وكله حال حياته كما فى الهداية ليشمل وصى الميت . قال فى الكفاية : أما إذا كان الميت أوصى إليه فظاهر ، وأما إذا نصبه فكذلك لأن القاضى إنما نصبه ليكون قائما مقام الميت لا مقام القاضى (قوله فترجع) الأولى حذف الفاء (قوله إليه) كما إذا وكله حال حياته (قوله لأنه عامل لهم) ومن عمل لغيره عملا ولحقه بسببه ضمان يرجع به على من يقع له العمل (قوله ولو ظهر بعده للميت مال رجع الغريم فيه) أى فى المال الذى ظهر للميت (قوله بدينه هو الأصح) قال سيدى الوالد فيه إيجاز مخل يوضحه ما فى فتح القدير فلو ظهر للميت مال يرجع فيه الغريم بدينه بلا شك وهل يرجع بما ضمن للمشترى فيه خلاف قيل نعم وقال مجد الأئمة السرخكتى(١) لا يأخذ فى الصحيح من الجواب لأن الغريم إنما يضمن من حيث أن العقد وقع له فلم يكن له أن

---

(١) (قوله السرخكتى) بضم السين وسكون الراء وفتح الخاء المعجمة والكاف وفى آخرها التاء المثناة الفوقية نسبة إلى سرخكت قرية بشغرجسان سمرقند ينسب إليها محمد بن عبد الله بن فاعل ذكره عبد القادر فى الطبقات اهـ منه .

(أخرج القاضى الثلث للفقراء ولم يعطهم إياه حتى هلك كان) الهالك (من مالهم) أى الفقراء (والثلثان للورثة) لما مر .

(أمرك قاض) عدل (برجم أو قطع) فى سرقة (أو ضرب) فى حد (قضى به) بما ذكر (وسعك فعله) لوجوب طاعة ولى الأمر

يرجع على غيره وفى الكافى الأصح الرجوع لأنه قضى بذلك وهومضطر فيه فقد اختلف التصحيح كما سمعت اه وقوله بما ضمن للمشترى يفيد أن الاختلاف فى المسألة الأولى(١) لأنه فى الثانية(٢) إنما ضمن للوصى لا للمشترى لكن قال فى البحر وقيل لا يرجع به فى الثانية والأول أصح اه .

والحاصل أنه فى الأولى اختلف التصحيح فى الرجوع ، وفى الثانية الأصح عدمه فتنبه ، ووجدت فى نسخة رجع الغريم فيه بدينه لا بما غرم هو الأصح ، وهذه لا غبار عليها . قال الحلبى : وقيل يرجع بما غرم أيضا وصحح (قوله كان الهالك من مالهم) لأنه نائب عنهم فى القبض .

مطلب للقاضى إفراز حصة الموصى له فى المكيل والموزون إذا كان غائبا

(وقوله لما مر) متعلق بقوله كان الهالك من مالهم ، والمراد بما مر أن القاضى لا يضمن لأنه عامل لهم ، والأولى ذكرها عند معلولها ، وإنما كان الهالك من مالهم لما يأتى فى باب الوصى من قوله : وصح قسمة القاضى وأخذ قسط الموصى له إن غاب الموصى له فلا شىء له إن هلك فى يد القاضى أو أمينه لكنه قال ثمة : وهذا فى المكيل والموزون ، لأنه إفراز ، وفى غيرها لا يجوز لأنه مبادلة كالبيع ومبادلة مال الغير لا يجوز فكذا القسمة اه ، فلينظر هل فرق بين أن يكون الموصى له الغائب معينا أو مطلق الفقراء أو يجرى القيد فيهما وليحرر (قوله أمرك قاض عدل) أى وعالم كذا قيده فى الملتقى وغيره مدنى وكذا قيد فى الكنز وهو الموافق لما فى بعض نسخ المتن وهو قيد لا بد منه هنا لمقابلة قوله الآتى وإن عدلا جاهلا قال فى البحر وما ذكره المصنف قول الماتريدى وفى الجامع الصغير لم يقيده بهما أى العدالة والعلم ثم رجع محمد فقال لا يؤخذ بقوله ما لم يعاين الحجة أو يشهد بذلك مع القاضى عدل وبه أخذ مشايخنا اه وبهذا يظهر لك إن كلام المصنف ملفق من قولين لأن عدم تقييده بالعدالة والعلم مبنى على ما فى الجامع الصغير والتفصيل بعده مبنى على قول الماتريدى وحينئذ فحيث قيده الشارح بقوله عدل يجب زيادة عالم أيضا ليكون على قول الماتريدى ويكون قوله بعدو قيل يقبل لو عدلا عالما مستدركا وحقه أن يقول وقيل يقبل ولو لم يكن عدلا عالما وهو ما فى الجامع الصغير كذا أفاده سيدى الوالد رحمه الله تعالى وسيأتى تتمة الكلام عليه قريبا إن شاء الله تعالى (قوله قضى به) أى بما ذكر أشار به إلى أن أفراد الضمير باعتبار المذكور ولا حاجة إليه لأن العطف بأو .

مطلب طاعة أولى الأمر واجبة

(قوله لوجوب طاعة ولى الأمر) بالآية الشريفة ومن طاعته تصديقه . قال العلامة البيرى فى أواخر شرحه على الأشباه والنظائر عند الكلام على شروط الإمامة : ثم إذا وقعت البيعة من أهل الحل والعقد صار إماما يفترض إطاعته كما فى خزانة الأكمل .

---

(١) أى مسألة بيع القاضى أو أمينه والرجوع فيها بما ضمنه للمشترى اه منه .
(٢) أى مسألة بيع الوصى والرجوع فيها بما ضمنه للوصى اه منه .

ومنعه محمد حتى يعاين الحجة واستحسنوه فى زماننا وفى العيون : وبه يفتى إلا فى كتاب القاضى للضرورة ، وقيل يقبل لو عدلا عالما

وفى شرح الجواهر تجب إطاعته فيما أباحه الدين وهو ما يعود نفعه إلى العامة كعمارة دار الإسلام والمسلمين مما تناوله الكتاب والسنة والإجماع اه .

وفى النهاية وغيرها : روى عن أبي يوسف لما قدم بغداد صلى بالناس العيد وكلفه هارون الرشيد وكبر تكبير ابن عباس رضى الله عنهما ، وروى عن محمد هكذا ، وتأويله أن هارون أمرهما أن يكبرا تكبير جده ففعلا ذلك امتثالا لأمره ، وقد نصوا فى الجهاد على امتثال أمره فى غير معصية .

وفى التتارخانية عن المحيط : إذا أمير الأمير أهل العسكر بشىء فعصاه فى ذلك واحد فالأمير لا يؤدبه فى أول وهلة ، ولكن ينصحه حتى لا يعود إلى مثل ذلك بل يعذره ، فإن عصاه بعد ذلك أدبه إلا إذا بين فى ذلك عذرا فعند ذلك يخلى سبيله ولكن يحلفه بالله تعالى لقد فعلت هذا بعذر اه

وقد أخذ البيرى من مجموع هذه النقول أنه لو أمر أهل بلدة بصيام أيام بسبب الغلاء أو الوباء وجب امتثال أمره ، والله تعالى أعلم وتقدم فى العيدين والاستسقاء ، وانظر ما قدمه سيدى الوالد فى باب الإمامة من كتاب الصلاة (قوله ومنعه محمد) هذا ما رجع إليه بعد الموافقة ح (قوله حتى يعاين الحجة) زاد عليه بعض المشايخ أو يشهد بذلك مع القاضى عدل وهو رواية عنده ، ومعناه أن يشهد القاضى والعدل على شهادة الذين شهدوا بسبب الحد لا على حكم القاضى وإلا كان القاضى شاهدا على فعل نفسه ، واستبعده فى فتح القدير بكونه بعيدا فى العادة وهو شهادة القاضى عند الجلاد ، والاكتفاء بالواحد على هذه الرواية فى حق يثبت بشاهدين وإن كان فى زنا فلا بد من ثلاثة أخر كذا ذكره الإسبيجابي بحر .

مطلب القضاة إذا تولوا بالرشا أحكامهم باطلة

(قوله واستحسنوه فى زماننا) لأن القضاة قد فسدوا فلا يؤمنون على نفوس الناس ودمائهم وأموالهم ح . قال فى العناية لا سيما قضاة زماننا ، فإن أكثرهم يتولون بالرشا فأحكامهم باطلة اه والتدارك غير ممكن . أقول : هذا فى قضاة زمانهم فما بالك فى قضاة زماننا أصلح الله تعالى أحوالنا جميعا آمين بمنه وكرمه (قوله وفى العيون وبه يفتى) قال فى البحر : لكن رأيت بعد ذلك فى شرح أدب القضاء للصدر الشهيد أنه صح رجوع محمد إلى قولهما رواه هشام عنه اه .

فالحاصل أن الشيخين قالا بقبول إخبار القاضى عن إقرار الخصم بما لا يصح رجوع المقر عنه كالقصاص وحد القذف والأموال والطلاق وسائر الحقوق وإن محمدا وافقهما أولا ثم رجع إلى ما ذكر عنه من أنه لا يقبل إلا بضم رجل آخر إليه ثم صح رجوعه إلى قولهما . وأما إذا أخبر القاضى بإقراره عن شىء يصح رجوعه عنه كالحد لم يقبل قوله بالإجماع ، وإن أخبر عن ثبوت الحق بالبينة فقال قامت بذلك بينة وعدلوا وقبلت شهادتهم على ذلك تقبل فى الوجهين جميعا وهذا فى القاضى المولى ، أما المعزول فلا يقبل ولو شهد معه عدل كما مر عن النهر أوائل القضاء (قوله إلا فى كتاب القاضى للضرورة) أى ضرورة إحياء الحق ولأن الخيانة فى مثله قلما تقع وظاهر الاقتصار على كتاب القاضى أن القاضى لا يقبل قوله فيما عداه أى على قول محمد سواء كان قتلا أو قطعا أو ضربا ، فلو قال قضيت بطلاقها أو بعتقه أو ببيع أو نكاح أو إقرار لم يقبل قوله . وفى التهذيب : ويصدق فيما قال من التصرف فى الأوقاف وأموال الأيتام والغائبين من أداء وقبض (قوله وقيل يقبل لو عدلا عالما)

(وإن عدلا جاهلا ، إن استفسر فأحسن) تفسير (الشرائط صدق وإلا لا وكذا) لا يقبل قوله (لو) كان (فاسقا) عالما كان أو جاهلا للتهمة فالقضاة أربعة (إلا أن يعاين الحجة) أى سببا شرعيا .

(صب دهنا لإنسان عند الشهود) فادعى مالكه ضمانه (وقال) الصاب (كانت) الدهن (نجسة وأنكره المالك فالقول للصاب) لإنكاره الضمان والشهود يشهدون على الصب لا على عدم النجاسة (لوقتل رجلا وقال قتلته لردته أو لقتله أبي لم يسمع) قوله لئلا يؤدى إلى فتح باب العدوان ، فإنه يقتل ويقول كان القتل لذلك ،

دخول على المتن قصد به إصلاحه ، وذلك أنه إذ أطلق أولا القاضي ولم يقيده بالعدل العالم تبعا للجامع الصغير وهو ظاهر الرواية ثم ذكر التفصيل ، وهو على قول الماتريدى القائل باشتراط كونه عالما كما مشى عليه فى الكنز كما مر بيانه ، وإن أردت زيادة الدراية فارجع إلى الهداية ، وحيث كان مراد الشارح ذلك فكان الصواب أن يحذف قوله عدل فى أول المسألة فإنه من الشرح على ما رأيناه بل الأولى حذف هذا القيل لكونه عين ما فى المصنف ثم إن هذا القيل هوقائله أبو منصور لأن عدم الاعتماد إنما علل بالفساد والغلط وهو منتف فى العالم العدل .

وذكر الإسبيجابى أن المسألة مصورة عند الإمام فى القاص العالم العدل ، لأنه إذا كان غير هذا لا يولى القضاء ولا يؤتمر بأمره بالاتفاق اه فما قاله أبو منصور كشف عن مذهب الإمام اه (قوله وإن عدلا جاهلا إن استفسر فأحسن تفسير الشرائط) بأن يقول فى حد الزنا إنى استفسر المقر بالزنا كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم ، ويقول فى حد السرقة إنه ثبت عندى بالحجة أنه أخذ نصابا من حرز لا شبهة فيه ، وفى القصاص إنه قتل عمدا بلا شبهة وإنما يحتاج إلى استفسار الجاهل لأنه ربما يظن بسبب جهله غير الدليل دليلا كفاية (قوله صادق) أى يجب تصديقه وقبول قوله ثم المراد من جهله جهله بوقائع الناس لأنها فرض كفاية ، فإنه يسأل المفتى ويحكم بقوله ، بخلاف جهله بما يفترض عليه عينا فإنه يفسق فلا يكون عدلا فيكون من القسم الآتى بيانه (قوله فالقضاة أربعة) لأنه إما عالم أو جاهل ، وفى كل إما عدل أو فاسق (قوله أى سببا شرعا) للحكم فحينئذ يقبل قوله لإنتفاء التهمة اه منح ، وإنما أول الحجة بالسبب ليعم الإقرار ط (قوله صب دهنا لإنسان عند الشهود) لاحاجة إليه لأنه مقر ط (قوله لإنكاره الضمان) أى الضمان بالمثل لا بالقيمة وإلا كان مشكلا ، لأن المتنجس مال بدليل جواز بيعه فيجزى فيه التملك والتمليك فيكون مالا معصوما . وأيضا فإن ظاهره أن القول له فى عدم الضمان ، وليس كذلك بل القول قوله فى كونه متنجسا ، وأما الضمان فلا فيضمن قيمته متنجسا فلا يكون القول له إلا فى أنها متنجسة فيضمن قيمتها متنجسة كما نقله أبو السعود عن الشيخ شرف الدين الغزى محشى الأشباه ، ويدل له عبارة الخانية قبيل كتاب القاضي من الشهادات : والقول قوله مع يمينه فى إنكاره استهلاك الطاهر ، ولا يسع الشهود أن يشهدوا عليه أنه صب زيتا غير نجس ، وتمامه فيها فراجعها .

وفى البزازية : أراق زيت إنسان أو سمنه وقد وقعت فيه فأرة ضمنه ، وحينئذ فتعين أن المراد بعدم الضمان ضمان المثلى لأنه المتبادر وأن المراد بالضمان المثبت ضمان القيمة لأنه بالتنجس صار قيمياً ، لقولهم : المثلى ما حصره كيل أو وزن وكان على صفته الأصلية من الطهارة ، فإن خرج عنها بالتنجس صار قيمياً كما هو صريح كلام البزازى ثانيا ـه .

وفى فصول العمادى : وإذا أتلف زيت غيره فى السوق أو سمنه أو خله أو نحو ذلك وقال أتلفته لكونه نجسا لأنه ماتت فيه فأرة فالقول قوله لأن الزيت النجس ونحوه قد يباع فى السوق ، وإن أتلف لحم قصاب فى السوق

وأمر الدم عظيم فلا يهمل ، بخلاف المال إقرار بزازية .

(صدق) قاض (معزول) بلا يمين (قال لزيد أخذت منك ألفا قضيت به) أى بالألف (لبكر ودفعته إليه ، أو قال قضيت بقطع يدك فى حق وادعى زيد أخذه) الألف (وقطعه) اليد (ظلما وأقر بكونهما) أى الأخذ والقطع (فى) وقت (قضائه وكذا لو زعم فعله قبل التقليد أو بعد العزل فى الأصح لأنه أسند فعله إلى حالة معهودة

وقال أتلفته لكونه ميتة ضمن لأن الميتة لاتباع فى السوق فجاز للشهود أن يشهدوا أنها ذكية كما فى الحواشى الحموية (قوله وأمر الدم عظيم فلا يهمل) ألا ترى أنه حكم فى المال بالنكول وفى الدم حبس حتى يقرأ ويحلف، واكتفى فى المال باليمين الواحدة وبخمسين يمينا فى الدم (قوله بخلاف المال) قال فى البحر : لو أتلف لحم طواف فطولب بالضمان فقال كانت ميتة فأتلفتها لايصدق ، وللشهود أن يشهدوا أنه لحم ذكى بحكم الحال . وقال القاضى : لايضمن فاعترض عليه بمسألة كتاب الاستحسان المتقدمة ، وهى لو قتل رجلا الخ فأجاب عنه بما نقله الشارح عن إقرار البزازية (قوله صدق قاض) وكذا لاضمان على القاطع والآخذ لو أقر بما أقر به القاضى ، ووجه عدم الضمان على القاضى أنهما لما توافقا أنه فعل ذلك فى قضائه كان الظاهر شاهدا له ، إذ القاضى لايقضى بالجور ظاهرا ولا يمين عليه لأنه ثبت فعله فى قضائه بالتصادق ، ولا يمين على القاضى كما فى البحر (قوله كذا لو زعم) أى المقضى عليه ، لكن لو أقر القاطع والآخذ فى هذا بما أقر به القاضى يضمنان لأنهما أقرا بسبب الضمان، وقول القاضى مقبول فى دفع الضمان عن نفسه لافى إبطال سبب الضمان عن غيره، بخلاف الأول لأنه ثبت فعله فى قضائه بالتصادق أى فيدفع قول القاضى الضمان عن نفسه وعن غيره ، ولو كان المال فى يد الآخذ قائما وقد أقر بما أقر به القاضى والمأخوذ منه المال صدق القاضى فى أنه فعله فى قضائه أو لايؤخذ منه لأنه أقر أن اليد كانت له فلا يصدق فى دعوى التملك إلا بحجة وقول المعزول ليس بحجة فيه بحر (قوله لأنه أسند)أى القاضى .

مطلب واقعة الفتوى

(قوله إلى حالة معهودة) فصار كما إذا قال طلقت أو أعتقت وأنا مجنون وجنونه معهود ومثله المدهوش ، وهى واقعة الفتوى للخير الرملى ، فإذا كانت الدهشة معهودة منه يقبل قوله ، وإذا لم تكن معهودة لايقبل قوله إلا ببينة ، ولو أقر القاطع والآخذ فى هذا الفصل بما أقر به القاضى يضمنان لأنهما أقرا بسبب الضمان ، وقول القاضى مقبول فى دفع الضمان عن نفسه لافى إبطال سبب الضمان عن غيره بخلاف الفصل الأول لأنه ثبت فعله فى قضائه بالتصادق .

مطلب الأصل أن المقر إذا أسند إقراره إلى حالة منافية للضمان من كل وجه

فإنه لايلزمه شىء

وجعل بعضهم هذا أصلا فقال : الأصل أن المقر إذا أسند إقراره إلى حالة منافية للضمان من كل وجه فإنه لايلزمه ضمان ماذكر .

ومنها لو قال العبد لغيره بعد العتق قطعت يدك وأنا عبد فقال المقر له بل قطعتها وأنت حر فالقول للعبد .

ومنها لو قال المولى لعبد قد أعتقه أخذت منك غلة كل شهر خمسة دراهم وأنت عبد فقال المعتق أخذتها بعد العتق كان القول للمولى .

منافية للضمان فيصدق إلا أن يبرهن زيد على كونهما فى غير قضائه فالقاضى يكون مبطلا صدر الشريعة .

ومنها الوكيل بالبيع إذا قال بعت وسلمت قبل العزل وقال الموكل بعد العزل فالقول للوكيل إن كان المبيع مستهلكا . وإن كان قائما فالقول للموكل لأنه أخبر عما لايملك الإنشاء . وكذا فى مسألة الغلة لايصدق فى الغلة القائمة لأنه أقر بالأخذ وبالإضافة يدعى عليه التمليك .

ومنها لو قال الوصى بعد مابلغ اليتيم أنفقت عليك كذا وكذا من المال وأنكر اليتيم كان القول للوصى لكونه أسنده إلى حالة منافية للضمان .

وأورد فى النهاية على هذا الأصل ماإذا أعتق أمته ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتى فقالت هى قطعتها وأنا حرة فالقول لها ، وكذا فى كل شىء أخذه منها عند أبى حنيفة وأبى يوسف مع أنه منكر للضمان بإسناد الفعل إلى حالة منافية للضمان . فأجاب بالفرق من حيث إن المولى أقر بأخذ مالها ثم ادعى التمليك لنفسه فيصدق فى إقراره ولا يصدق فى دعواه التمليك . وكذا لو قال لرجل أكلت طعامك بإذنك فأنكر الإذن يضمن المقر . وذكر الشارح : أى الزيلعى أن هذا الفرق غير مخلص . وهو كما قال كما فى البحر أى لعدم جريانه فى صورة النزاع فى أخذ غلة العبد وقطع يد الأمة كما لايخفى كما فى الحواشى السعدية ثم قال فى البحر وقد خرج هذا الفرع ونحوه بما زدناه على التاعدة من قولنا من كل وجه لأن كونها أمة له لاينفى الضمان عنه من كل وجه لأنه يضمن فيما لو كانت مرهونة أو مأذونة مديونة فلم يرد وأصل المسألة فى المجمع من الإقرار .

مطلب السلطان إذا عزل قاضيا لاينعزل مالم يبلغه الخبر

[تتمة] السلطان إذا عزل قاضيا لا ينعزل ما لم يصل إليه الخبر ، حتى لو قضى بقضايا بعد العزل قبل وصول الخبر إليه جاز قضاؤه . وعن أبى يوسف أنه لاينعزل وإن علم بعزله مالم يقلد غيره مكانه ويتصل صيانة لحقوق الناس ، ولو مات رجل ولا يعلم له وارث فباع القاضى داره يجوز . ولو ظهر وارث بعد ذلك فالبيع ماض ولا ينقض .

رجل له على رجل ألف درهم جياد : فقضاه زيوفا وقال أنفقها ، فإن لم ترج فردها ففعل فلم ترج ، قال أبو يوسف له أن يردها عليه استحسانا لأن ما قبض من الدراهم ليس هو عين حقه بل هو مثل حقه ، وإنما يصير حقا له إذا رضى به ، فإذا لم يرض به لم يصر حقا له فيكون القابض متصرفا فى ملك الدافع بأمره فلا يبطل حق القابض ، وهذا بخلاف ما لو اشترى شيئا فوجده معيبا فأراد أن يرده فقال له البائع بعه ، فإن لم يبع رده على فعرضه على البيع فلم يشتره أحد لم يرده وذلك لأن المقبوض عين حقه إلا أنه معيب ، فلم يكن قول البائع بعه إذنا له بالتصرف فى ملك البائع فكان متصرفا فى ملك نفسه فيبطل حقه فى الرد .

مطلب إذا قال المقر لسامع إقراره لا تشهد له أن يشهد

بخلاف ماإذا قال له المقر له لاتشهد فلا يشهد عليه

إذا قال المقر لسامع إقراره لا تشهد على وسعه أن يشهد عليه ، لا إذا قال المقر له لا تشهد عليه بما أقر به لا يسعه أن يشهد ، فلو رجع المقر له وقال إنما نهيتك لعذر وطلب منه الشهادة فقولان أشباه (قوله منافية للضمان) أى من كل وجه كما زاده فى البحر وتقدم الكلام عليه آنفا (قوله كونهما) أى الواقعتين .

[فرع] نقل فى الأشباه عن بعض الشافعية : إذا لم يكن للقاضى شىء فى بيت المال فله أخذ عشر مايتولى من أموال اليتامى والأوقاف . وفى الخانية : للمتولى العشر فى مسألة الطاحونة .

مطلب فى أخذ القاضى العشر من مال الأيتام والأوقاف

(قوله نقل فى الأشباه) وعبارتها : قال فى بسط الأنوار للشافعية من كتاب القضاء ما لفظه : وذكر جماعة من أصحاب الشافعى وأبى حنيفة إذا لم يكن للقاضى شىء من بيت المال فله أخذ عشر ما يتولى من مال الأيتام والأوقاف ثم بالغ فى الإنكار اه ولم أر هذا لأصحابنا اه . وما أحببت نقل الشارح العبارة على هذا الوجه لئلا يظن بعض المتهورين صحة هذا النقل مع أن الناقل بالغ فى إنكاره كما ترى . كيف وقد اختلفوا عندنا فى أخذه من بيت المال فما ظنك فى اليتامى والأوقاف .

قال الشيخ خير الدين الرملى فى حاشيته على الأشباه ما نصه : قوله ثم بالغ فى الإنكار . أقول : يعنى على الجماعتين والمبالغة فى الإنكار واضحة الاعتبار ، لأنه لو تولى على عشرين ألفا مثلا ولم يلحقه فيها من المشقة شىء بماذا يستحق عشرها وهو مال اليتيم وفى حرمته جاءت القواطع ؟ فما هو إلا بهتان على الشرع الساطع ، وظلمة غطت على بصائرهم . فنعوذ بالله من غضبه الواقع . ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم اه .

مطلب إذا كان للقاضى عمل فى مال الأيتام له العشر

قال الحموى : لا وجه للمبالغة فى الإنكار لجواز أن يكون ذلك مقيدا بما إذا كان له عمل وأقله حفظ المال إلى أوان بلوغ القاصر اه .

مطلب المراد بالعشر أجر المثل ولو زاد يرد الزائد

قال بيرى زاده فى حاشيتها والصواب أن المراد من العشر أجر مثل عمله ، حتى لو زاد رد الزائد اه مدنى .

(قوله للمتولى العشر فى مسألة الطاحونة) أى إذا كان له عمل . قال ط : هذه المسألة لا محل لذكرها هنا على أنها غير محررة .

مطلب لا يستوجب الأجر إلا بطريق العمل

وفى الأشباه : وعبارة الخانية : رجل وقف ضيعة على مواليه فمات الواقف وجعل القاضى الوقف فى يد القيم وجعل للقيم عشر الغلات وفى الوقف طاحونة فى يد رجل بالمقاطعة لا حاجة فيها إلى القيم وأصحاب هذه الطاحونة يقبضون غلتها لايجب للقيم عشرالغلة من هذه الطاحونة ، لأن القيم مايأخذ إلابطريق الأجر فلايستوجب الأجر إلا بطريق العمل اه .

وفى تلخيص الكبرى : قاض نصب قيما على غلات مسجد وجعل له شيئا معلوما يأخذه كل سنة حل له العشر لو كان أجر مثله اه وقدم سيدى الكلام على ذلك فى كتاب الوقف فراجعه . وقال فى فصل : يراعى شرط الواقف بعد كلام .

ثم رأيت فى إجابة السائل : ومعنى قول الولوالجية بعد أن جعل القاضى للقيم عشر غلة الوقف : أى التى هى أجر مثله لا ما توهمه أرباب الأغراض الفاسدة الخ اه .

قلت لكن في البزازية : كل ما يجب على القاضي والمفتي لا يحل لهما أخذ الأجر به كإنكاح صغير لأنه واجب عليه وكجواب المفتي بالقول . وأما بالكتابة فيجوز لهما على قدر كتبهما لأن الكتابة لا تلزمهما ،

مطلب للناظر ما عينه له الواقف وإن زاد على أجر مثله

قلت : وهذا فيمن لم يشترط له الواقف شيئا . وأما الناظر بشرط الواقف فله ما عينه له الواقف ولو أكثر من أجر المثل كما في البحر ، ولو عين له أقل فللقاضي أن يكمل له أجر المثل بطلبه كما بحثه في أنفع الوسائل اه وتمامه ثمة (قوله قلت لكن الخ) لا وجه لهذا الاستدراك لما علمت من أن ما نقله عن الأشباه هو قول لبعض الشافعية فكيف يستدرك عليه بعبارة البزازية التي هي مذهب الحنفية (قوله لا يحل لهما أخذ الأجر به) أي بسببه (قوله كإنكاح صغيرة) قال في الخلاصة : يحل للقاضي أخذ أجرة على كتبه السجلات وغيره بقدر أجرة المثل هو المختار ، ولا يحل أخذ شيء على نكاح الصغار ، وفي غيره يحل ، ولا يحل أخذ الأجرة على إجازة بيع مال اليتيم ، ولو أخذ لا ينفذ البيع ط عن الحموى (قوله وكجواب المفتي بالقول) لأن أخذ الأجرة على بيان الحكم الشرعي لا يحل عندنا . وأما الهدية له فقد تقدم الكلام عليها في كتاب القضاء فراجعه .

مطلب للقاضي والمفتي أخذ أجر مثل الكتابة إذا كلفا إليها

(قوله أما بالكتابة فيجوز لهما على قدر كتبهما) لأن الكتابة لا تلزمهما أي لو كلفا للكتابة فيجوز لهما أخذ أجر مثلهما ولا يجوز لهما الزيادة عليه ، وإذا كان لا يجوز لهما قبول الهدية ولا الدعوة الخاصة لأنهما في معنى الرشوة وهي من أقبح قبائح القضاة والمفتين فكيف يجوز لهما أن يأخذا زائدا على أجر مثلهما أي على مقدار ما يستحق كل منها من الأجرة على مثل تلك الخطوط . اللهم ألهمنا الصواب وجنبنا الخطأ آمين .

مطلب لو سئل المفتي عما يتعسر أو يتعذر جوابه باللسان هل يجب عليه بالكتابة

قال العلامة الرملي ومما يتعلق بذلك مسألة سئلت عنها : لو سئل المفتي عما لا يمكنه أو عما يعسر عليه جوابه باللسان ولا يعسر عليه بالكتابة كمسائل المناسخات التي يدق كسورها جدا ولا تثبت في حفظ السائل هل يفرض عليه الكتابة مع تيسرها أولا ، ولم أر من صرح بالحكم ، لكن النظر الفقهي يقتضي وجوبها عليه حيث تعسر أو تعذر باللسان ويكون الجواب بالكتابة نائبا عن الجواب باللسان ليخرج عن عهدة الواجب عليه من الجواب باللسان ، فيكتب المفتي ما يتعذر عليه أو يتعسر النطق بلا كتابة حيث تيسرت له آلة الكتابة لأجل القيام بالواجب فيقرأ على السائل فيخرج من العهدة .

مطلب ليس على المفتي دفع الرقعة ، وليس عليه أن يفهم السائل ما يصعب ولا يؤاخذ المفتي بسوء حفظ السائل

ولا يجب عليه دفع الرقعة له ولا أن يفهمه ما يشق عليه ويحفظه ما يصعب عليه بل كل ذلك خارج عن التكليف ، ولا يؤاخذ المفتي بسوء حفظ السائل وقلة فهمه .

مطلب على المفتي الجواب بأي طريق كان ولو بالكتابة إذا تيسرت له

والحاصل أن على المفتي الجواب بأي طريق يتوصل به إليه ، وكل ما لا يتوصل إلى الفرض إلا به فهو فرض .

وتمامه فى شرح الوهبانية . وفيها :

وليس له أجر وإن كان قاسما . وإن لم يكن من بيت مال مقرر
ورخص بعض لانعدام مقرر وفى عصرنا فالقول الأول ينصر

مطلب إذا سئل المفتى مما يتعسر أو يتعذر باللسان ويتيسر بالكتابة لا يجب عليه بذل آلتها

وحيث كان فى وسع المفتى الجواب بالكتابة لا باللسان وجب عليه الجواب بها حيث تيسرت إليه بلا مشقة عليه بأن أحضرها له السائل ولا يلزم المفتى بذلها من عنده له . ومقتضى القياس وجوب تحصيلها على المفتى كماء الوضوء ليحصل به ما هو المفروض عليه ، وهذا كله إذا تعين عليه الإفتاء ولم يكن فى البلدة من يقوم مقامه فى ذلك . والإفتاء طاعة والطاعة بحسب الاستطاعة ، فما يراعى فى غيره من الطاعات يراعى فيه فرضا ووجوبا واستحبابا وندبا فليتأمل فيه اه ومثله فى الحواشى الحموية .

مطلب الأجر مقدر بقدر المشقة

(قوله وتمامه فى شرح الوهبانية) قال فيه : والأصح أنه أى الأجر بقدر المشقة ، وقد تزيد مشقة الوثيقة فى أجناس مختلفة بمائة على مشقة ألف ألف فى النقود ونحوها .

مطلب ما قيل فى كل ألف خمسة دراهم لا يعول عليه

قلت فى العمادية عن الملتقط : وما قيل فى كل ألف خمسة دراهم لا يعوّل عليه ولا يليق ذلك بفقه أصحابنا رحمهم الله تعالى . وأى مشقة للكاتب فى كثرة الثمن ؛ وإنما له أجر مثله بقدر مشقته وبقدر صنعته وعمله كما يستأجر الحكاك بأجرة كثيرة فى مشقة قليلة .

مطلب يجب الأجر بقدر العناء والتعب

وفى شرح التمرتاشى عن النصاب يجب بقدر العناء والتعب وهذا أشبه بأصول أصحابنا .

مطلب الصحيح أنه يرجع فى الأجرة إلى مقدار طول الكتاب وقصره الخ

وفى كتاب السجلات : الصحيح أنه يرجع فى الأجرة إلى مقدار طول الكتاب وقصره وصعوبته وسهولته اهـ (قوله وفيها الخ) يوهم أن هذه الأبيات المذكورة من الوهبانية وليس كذلك ، بل هى من كلام ابن الشحنة كما أفصح به بقوله : تكميل قال العلامة عبد البر : هل يستحق القاضى الأجر أم لا . قال الزاهدى فى شرحه للقدورى : لا يستحق الأجر وإنما يستحقه إذا لم يكن له فى بيت المال شىء .

مطلب إذا تولى القاضى قسمة التركة لا يستحق الأجر وإن لم تكن له مؤنة فى بيت المال

وفى القنية عن ظهير الدين المرغينانى وشرف الأئمة المكى القاضى : إذا تولى قسمة التركة لا أجر له وإن لم تكن له مؤنة فى بيت المال . ثم رقم للمحيط وشرح بكر خواهر زاده وقال له لا جرة إذا لم تكن له مؤنة فى بيت المال لكن المستحب : أى لا يأخذ . قال البديع : ما أجاب به الظهير والشرف حسن فى هذا الزمن لفساد القضاة إذ لو أطلق لهم لا يقنعون بأجر المثل فأحببت إلحاقه فقلت وذكر البيتين الأولين ثم ذكر البيت الأخير بعد كلام يتعلق بالمفتى (قوله وإن كان قاسما) أى للتركات مثلا (قوله فالقول الأول)

وجوّز للمفتي على كتب خطه على قدره إذ ليس في الكتب يحصر

كتاب الشهادات

أخرها عن القضاء لأنها كالوسيلة وهو المقصود .
(هي) لغة خبر قاطع . وشرعا (أخبار صدق لإثبات حق) فتح .

بوصل همزة الأول (قوله إذ ليس) أي المفتي (قوله في الكتب) أي في الكتابة (قوله يحصر) أي يلزم ويجب عليه .

مطلب لا بأس للمفتي أن يأخذ شيئا من كتابة جواب الفتوى

وفي ذلك الشرح عن جلال الدين أبي المحامد قالوا : لا بأس للمفتي أن يأخذ شيئا من كتابة جواب الفتوى.

مطلب الواجب على المفتي الجواب باللسان لا بالبنان

وذلك لأن الجواب على المفتي الجواب باللسان دون الكتابة بالبنان ومع هذا الكف عن ذلك أولى (قوله على قدره) أي قدر الخط أي والعناء . وقد سبق مافيه من أن الكف أولى احترازا عن القيل والقال . وصيانة لماء الوجه عن الابتذال اه . والله تعالى أعلم وأستغفر الله العظيم .

كتاب الشهادات

جمعها وإن كانت في الأصل مصدرا باعتبار أنواعها فإنها تكون في حد الزنا وغيره (قوله أخرها عن القضاء) وإن كان المتبادر تقديمها عليه . لأن القضاء موقوف عليها إذا كان ثبوت الحق بها . وفي الحموى : أخرها لأن القاضي يحتاج إليها عند الإنكار فكان ذلك من تتمة حكمه ولأن الشهادة إنما تقبل في مجلس القضاء ولا تكون ملزمة بدون القضاء اه (قوله هي لغة) الضمير عائد للشهادة المفهومة من الشهادات (قوله خبر قاطع) تقول منه شهد الرجل على كذا وربما قالوا شهد الرجل بسكون الهاء للتخفيف . وقولهم أشهد بكذا : أي أحلف . والمشاهدة : المعاينة وشهده شهودا : أي حضره . وقوم شهود : أي حضور . وهو في الأصل مصدر وشهد أيضا مثل راكع وركع وشهد له بكذا شهادة : أي أدى ماعنده فهو شاهد والجمع شهد كصاحب وصحب وسافر وسفر وبعضهم ينكره . وجمع الشهد شهود وأشهاد والشهيد الشاهد والجمع الشهداء (قوله أخبار صدق) فالإخبار كالجنس . وقوله صدق يخرج الأخبار الكاذبة . وصدق الخبر : مطابقته للواقع (قوله لإثبات حق) يخرج قول القائل في مجلس القضاء أشهد بكذا لبعض العرفيات . قال في البحر : هي أخبار عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحسبان : أي الشهادة شرعا . وصرح الشارح بأن هذا معناها اللغوي وهو خلاف الظاهر . وإنما هو معناها الشرعي أيضا كما أفاده في إيضاح الإصلاح . والمشاهدة : المعاينة كما تقدم . والعيان : المعاينة . والتخمين : الحدس . وهو الظن . والحسبان بالكسر : الظن .

وأورد على هذا التعريف الشهادة بالتسامع فإنها لم تكن مشاهدة . وأجاب في الإيضاح بأن جوازها إنما هو الاستحسان والتعريفات الشرعية إنما تكون على وفق القياس ولكونها أخبارا عن معاينة . قال في الخانية : إذا قرئ عليه صك ولم يفهم ما فيه لا يجوز له أن يشهد بما فيه .

قلت : فإطلاقها على الزور مجاز كإطلاق اليمين على الغموس (بلفظ الشهادة فى مجلس القاضى). ولو بلا دعوى كما فى عتق الأمة . وسبب وجوبها طلب ذى الحق أو خوف فوت حقه

مطلب لاتحل الشهادة بسماع صوت المرأة من غير رؤية شخصها وإن عرف بها اثنان

وفى الملتقط : إذا سمع صوت المرأة ولم ير شخصها فشهد اثنان عنده أنها فلانة لا يحل له أن يشهد عليها ؛ وإن رأى شخصها وأقرت عنده فشهد اثنان أنها فلانة حل له أن يشهد عليها اه أى ويصح التعريف ولو من زوجها وابنها وممن لايصح شاهدا لها سواء كانت الشهادة لها أو عليها كما فى التنقيح لسيدى الوالد (قوله مجاز) من حيث المشابهة الصورية : أي مجاز مرسل وعلاقته الضدية لأن الزور إخبار بكذب (قوله كإطلاق اليمين على الغموس) فإن حقيقة اليمين عقد يتقوّى به عزم الحالف على الفعل أو الترك فى المستقبل . والغموس : الحلف على ماض كذبا عمدا (قوله بلفظ الشهادة) فلا يجزئ التعبير بالعلم ولا باليقين فيتعين لفظها كما يأتى (قوله فى مجلس القاضى) خرج به إخباره فى غير مجلسه فلا يعتبر . وإنما قيد بالقاضى وإن كان المحكم كذلك لأن المحكم لا يتقيد حكمه بمجلس بل كل مجلس حكم فيه كان مجلس حكمه حموى . أى بخلاف القاضى فإنه يتقيد بمجلس حكمه المعين من الإمام وبمحل ولايته ط (قوله كما فى عتق الأمة) وطلاق الزوجة فليست الدعوى شرط صحتها مطلقا بل كل شهادة حسبة كذلك . قال فى البحر : ولم يقولوا بعد دعوى لتخلفها عنها فى عتق الأمة وطلاق الزوجة فلم تكن الدعوى شرطا لصحتها مطلقا . وقول بعضهم إنها إخبار بحق الغير على الغير . بخلاف الإقرار فإنه إخبار بحق على نفسه للغير . والدعوى فإنها إخبار بحق لنفسه على الغير غير صحيح لعدم شموله لما إذا أخبر بما يوجب الفرقة من قبلها قبل الدخول فإنه شهادة ولم يوجد فيها ذلك المعنى كما أشار إليه فى إيضاح الإصلاح . وكأنه لاحظ أنه لم يخبر بحق للغير لأن ذلك موجب لسقوط المهر(١) وجوابه أن سقوطه عن الزوج عائدا إلى أنه له فهو كالشهادة بالإبراء عن الدين فإنه إخبار بحق للمديون وهو السقوط عنه فكذا هنا وجعل الأخبار أربعة والرابع الإنكار وعزاه إلى شرح الطحاوى اه (قوله طلب ذى الحق) يشمل الحق تعالى فى شهادة الحسبة فإنه مطالب فيها بالأداء شرعا والآدميين فى حقوقهم . فيحرم كتمانها لقوله تعالى — ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه — فهو نهى عن الكتمان فيكون أمرا بضده حيث كان له ضد واحد . وهو آكد من الأمر بأدائها ولذا أسند الإثم إلى رئيس الأعضاء وهو الآلة التى وقع بها أداؤها لما عرف أن إسناد الفعل إلى محله أقوى من الإسناد إلى كله . واستدل فى الهداية بهذه الآية على فرضيتها مع احتمال أن يراد نهى المديونين عن كتمانها كما احتمل أن يراد نهى الشهود .

قال القاضى : ولا تكتموا الشهادة أيها الشهود أو المديونون . والشهادة شهادتهم على أنفسهم . فعلى الثانى المراد النهى عن كتمان الإقرار بالدين . فالأولى الاستدلال على فرضيتها بالإجماع واحتمل أن الضمير فى قول المؤلف تلزم عائد إلى الشهادة بمعنى تحملها لا بمعنى أدائها . فإن تحملها عند الطلب والتعين فرض(٢) وأما عند

---

(١) قال المقدسى : ومما أورد من الشهادة على امرأة بما يوجب فرقة قبل الدخول وليس لإثبات حق فجوابه أن سقوط المهر من الزوج حق له كشهادة بإبراء من دين يثبت به حق المديون : أى سقوطه عنه انتهى .

(٢) (قوله فرض) كذا بالأصل . ولعله فرض عين بدليل مقابلة اه مصححه .

بأن لم يعلم بها ذو الحق وخاف فوته لزمه أن يشهد بلا طلب فتح .
(شرطها) أحد وعشرون شرطا : شرائط مكانها واحد وشرائط التحمل ثلاثة (العقل الكامل)
وقت التحمل والبصر ومعاينة المشهود به إلا فيما يثبت بالتسامع .
(و) شرائط الأداء سبعة عشر عشرة عامة وسبعة خاصة :

عدم التعين ففرض كفاية كما فى البحر (قوله بأن لم يعلم بها ذو الحق) أى بشهادته (قوله وخاف) أى الشاهد فلا يجب عليه الشهادة بلا طلب فى حق آدمى إلا إذا لم يعلم بشهادته ذو الحق وخاف الشاهد إن لم يشهد ضاع حق المدعى فيجب عليه حينئذ إعلام المدعى بما يشهد ، فإن طلب وجب عليه أن يشهد وإلا لا . إذا يحتمل أنه ترك حقه كما أفاده العلامة المقدسى (قوله شرائط مكانها واحد وهو مجلس القضاء) وهو من شروط الأداء كما فى البحر . والأولى أن يقول شرط مكانها ، ولعله إنما جمعه مع أنه واحد وهو مجلس القاضى للازدواج . أى التناسب بقوله وشرائط التحمل (قوله العقل الكامل) المراد ما يشمل التمييز بدليل ما سيأتى فى الباب الآتى فلا يصح تحملها من مجنون وصبى لا يعقل (قوله وقت التحمل) قال الطحطاوى لا حاجة إليه (قوله والبصر) فلا يصح تحملها من أعمى . ولا يشترط للتحمل البلوغ والحرية والإسلام والعدالة . حتى لو كان وقت التحمل صبيا عاقلا أو عبدا أو كافرا أو فاسقا ثم بلغ الصبى وعتق العبد وأسلم الكافر وتاب الفاسق فشهدوا عند القاضى تقبل بحر .

أقول : ولا ينافيه ما نقله بعد عن الخانية : صبى احتلم لا أقبل شهادته ما لم أسأل عنه . ولا بد أن يتأنى بعد البلوغ بقدر ما يقع فى قلوب أهل مسجده ومحلته أنه صالح أو غيره اه فإن ذلك للتزكية فقط لا لرد شهادته تأمل (قوله ومعاينة المشهود به) قال فى البزازية : شهد أن فلانا ترك هذه الدار ميراثا ولم يدركا الميت فشهادتهما باطلة لأنهما شهدا بملك لم يعاينا سببه . وسيصرح بها الشارح فى شهادة الإرث (قوله إلا فيما يثبت بالتسامع) كالشهادة بالموت والنسب والنكاح والوقت كما يأتى (قوله عشرة عامة) أى فى جميع أنواع الشهادة ، أما العامة فهى الحرية والبصر والنطق والعدالة لكن هى شرط وجوب القبول على القاضى لا شرط جوازه ، وأن لا يكون محدودا فى قذف ، وأن لا يجر الشاهد إلى نفسه مغنما ولا يدفع عن نفسه مغرما . فلا تقبل شهادة الفرع لأصله وعكسه ، وأحد الزوجين للآخر . وأن لا يكون خصما فلا تقبل شهادة الوصى لليتيم والوكيل لموكله ، وأن يكون عالما بالمشهود به وقت الأداء ذاكرا له . ولا يجوز اعتماده على خطه خلافا لهما فإنهما يقولان : إذا لم يكن للشاهد شبهة فى الخط يشهد وإن كان فى يد الخصم وعليه الفتوى اختيار .

وأما ما يخص بعضها دون بعض فالإسلام إن كان المشهود عليه مسلما والذكورة فى الشهادة فى الحد والقصاص وتقدم الدعوى فيما كان من حقوق العباد وموافقتها للدعوى . فإن خالفتها لم تقبل إلا إذا وفق المدعى عند إمكانه وقيام الرائحة فى الشهادة على شرب الخمر ولم يكن سكران لا لبعد مسافة(١) والأصالة فى الشهادة فى الحدود والقصاص ، وتعذر حضور الأصل فى الشهادة على الشهادة كذا فى البحر .

لكنه ذكر أولا أن شرائط الشهادة نوعان : ما هو شرط تحملها وما هو شرط أدائها فالأول ثلاثة وقد ذكرها الشارح ، والثانى أربعة أنواع : ما يرجع إلى الشاهد . وما يرجع للشهادة . وما يرجع إلى مكانها . وما يرجع إلى المشهود به ، وذكر أن ما يرجع إلى الشاهد السبعة عشر العامة والخاصة . وما يرجع إلى الشهادة

---

(١) (قوله ولم يكن سكران لا لبعد مسافة) هكذا بالأصل وليتأمل اه مصححه .

منها (الضبط والولاية) فيشترط الإسلام لو المدعى عليه مسلما (والقدرة على التمييز) بالسمع والبصر (بين المدعى والمدعى عليه) ومن الشرائط عدم قرابة ولاد أو زوجية أو عداوة دنيوية أو دفع مغرم أو جرّ مغنم كما سيجيء .

(وركنها لفظ أشهد) لاغير لتضمنه معنى مشاهدة وقسم وإخبار للحال فكأنه يقول : أقسم بالله لقد اطلعت على ذلك وأنا أخبر به . وهذه المعانى مفقودة فى غيره فتعين . حتى لو زاد فيما أعلم بطل للشك .

ثلاثة : لفظ الشهادة والعدد فى الشهادة بما يطلع عليه الرجل واتفاق الشاهدين . وما يرجع إلى مكانها واحد وهو مجلس القضاء . وما يرجع إلى المشهود به علم من السبعة الخاصة .

ثم قال : فالحاصل أن شرائطها إحدى وعشرون فشرائط التحمل ثلاثة . وشرائط الأداء سبعة عشر : منها عشر شرائط عامة . ومنها سبع شرائط خاصة . وشرائط نفس الشهادة ثلاثة وشرائط مكانها واحد اه . ومقتضاه أن شرائط الأداء نوعان لا أربعة كما ذكر أولا . والصواب أن يقول إنها أربعة وعشرون : ثلاثة منها شرائط التحمل وإحدى وعشرون شرائط الأداء منها سبعة عشر . شرائط الشاهد وهي عشرة عامة وسبعة خاصة . ومنها ثلاث شرائط لنفس الشهادة . ومنها واحد شرط مكانها وبهذا يظهر لك ما فى كلام الشارح أيضا (قوله منها) أى العامة الضبط : أى ضبط الشاهد المشهود عليه . بأن يكون غير شاك . وأن يكون ذاكرا (قوله والولاية) أى تكون ولاية للشاهد على المشهود عليه. بأن يكون من أهل دينه أو ممن دينه حق حرا بالغا فلذا فرع عليه بقوله فيشترط الإسلام الخ (قوله لو المدعى عليه مسلما) أما لو كان كافرا فتقبل شهادة المسلم والكافر عليه (قوله والقدرة على التمييز) الأولى حذف القدرة لأن الشرط التمييز بالفعل (قوله بالسمع) هذا زائد على الشروط المذكورة (قوله ومن الشرائط) أى المتقدمة : أى العامة (قوله عدم قرابة ولاد) فلا تقبل شهادة الأصل لفرعه كعكسه (قوله أو زوجية) أى : وعدم الزوجية فلا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر (قوله أو عداوة دنيوية) أى وعدم عداوة دنيوية . أما الدينية فلا تمنع الشهادة (قوله لفظ أشهد) بلفظ المضارع . فلو قال شهدت لايجوز لأن الماضى موضوع للإخبار عما وقع فيكون غير مخبر فى الحال من (قوله لا غير) أى لاغيره من الألفاظ كأعلم وأتحقق وأتيقن (قوله لتضمنه) أى باعتبار الاشتقاق معنى مشاهدة وهى الاطلاع على الشيء عيانا سيدى. قال ط : دخل فى ذلك الشهادة بالتسامع فإنها عن مشاهدة حكما أو أنها خارجة عن القياس اه وقدمنا بيانه كافيا (قوله وقسم) لأنه قد استعمل فى القسم نحو أشهد بالله لقد كان كذا أى أقسم . وقد مر فى الأيمان (قوله وإخبار للحال) بخلاف لفظ الماضى فإنه موضوع للإخبار عما وقع كما قدمنا (قوله فكأنه يقول أقسم بالله) هذا راجع إلى قوله وقسم (قوله لقد اطلعت على ذلك) هذا راجع إلى قوله لتضمنه معنى مشاهدة (قوله وأنا أخبر به) هذا راجع إلى قوله وإخبار للحال . والحاصل أن فى كلامه نشرا على غير ترتيب اللف (قوله فتعين) فلذا اقتصر عليه احتياطا واتباعا للمأثور . ولا يخلو عن معنى التعبد إذ لم ينقل غيره بحر (قوله حتى لو زاد فيما أعلم بطل للشك) لأنه يشترط أن لايأتى بما يدل على الشك بعد . فلو قال أشهد بكذا فيما أعلم لم تقبل كما لو قال فى ظنى . بخلاف ما لو قال أشهد بكذا قد علمت . ولو قال لاحق لى قبل فلان فيما أعلم لا يصح الإبراء . ولو قال لفلان علىّ ألف درهم فيما أعلم لا يصح الإقرار ولو قال المعدل : هو عدل فيما أعلم لا يكون تعديلا بحر .

[فرع] قال المقدسى : ولابد من علمه بما يشهد به . وفى النوازل : شهد أن المتوفى أخذ من هذا المدعى منديلا فيه دراهم ولم يعلما كم وزنها تجوز شهادتهما . وهل لهما أن يشهدا بالمقدار . وقال : إن كانوا وقفوا على

(وحكمها وجوب الحكم على القاضى بموجبها بعد التزكية) بمعنى افترضه فورا إلا فى ثلاث قدمناها (فلو امتنع) بعد وجود شرائطها (أثم) لتركه الفرض (واستحق العزل) لفسقه (وعزر) لارتكابه ما لا يجوز شرعا زيلعى (وكفر إن لم ير الوجوب) أى إن لم يعتقد افتراضه عليه ابن ملك ، وأطلق الكافيجى كفره واستظهر المصنف الأول .

(ويجب) أداؤها (بالطلب) ولو حكما كما مر ، ولكن وجوبه بشروط سبعة مبسوطة فى البحر وغيره

تلك الصرة وفهموا أنها دراهم وحرروا فيما يقع عليه يقينهم من مقدارها شهدوا بذلك . وينبغى أن يعتبرا جودتها فقد تكون ستوقة فإذا فعلوا ذلك جازت شهادتهم اه .

وفى خزانة الأكمل بيده درهمان كبير وصغير فأقر بأحدهما لرجل فشهدا أنه أقر بأحدهما ولا يدرى بأيهما أقر يؤمر بتسليم الصغير اه (قوله وحكمها) أى صفتها لما تقدم فى أول كتاب القضاء أن من معانى الحكم الأثر الثابت بالخطاب كالوجوب والحرمة فيكون المعنى هنا وصفتها (قوله وجوب الحكم) أى القضاء (قوله بموجبها) بفتح الجيم : أى بما تعلق بها ، إذ الموجب عبارة عن المعنى المتعلق بما أضيف إليه فى ظن القاضى ، فالذى أضيف إليه الموجب الشهادة ، والمعنى المتعلق بها إلزام الخصم بالمشهود به (قوله بعد التزكية) اشتراط التزكية قولهما وهو المفتى به ط عن الشرنبلالية (قوله افتراضه) أى القضاء (قوله إلا فى ثلاث قدمناها) أى قبيل باب التحكيم ، وهى رجاء الصلح بين الأقارب ، وإذا استمهل المدعى وخوف ريبة عند القاضى (قوله بعد وجود شرائطها) أى المتقدمة (قوله إن لم ير الوجوب) نقله فى أول قضاء البحر عن شرح الكنز لباكير (قوله ابن ملك) فى شرح المجمع فى مبحث القضاء بشهادة الزور (قوله وأطلق الكافيجى كفره) فى رسالته سيف القضاة على البغاة حيث قال : حتى لو أخر الحكم بلا عذر عمدا قالوا إنه يكفر كذا فى المنح (قوله واستظهر المصنف الأول) لما تقدم فى باب الردة من الاعتماد على عدم تكفير المسلم ولو بالرواية الضعيفة (قوله ويجب أداؤها) أى عينا (قوله بالطلب) أى طلب المدعى (قوله ولو حكما كما مر) أى من أنه لو خاف فوت الحق والطالب لا يعلم بها لزمه أن يشهد بلا طلب. قال فى البحر : وإنما قلنا أو حكما ليدخل من عنده شهادة لا يعلم بها صاحب الحق وخاف فوت الحق فإنه يجب عليه أن يشهد بلا طلب كما فى فتح القدير لكونه طالبا لأدائه حكما اه لكن نظر فيه المقدسى بأن الواجب فى هذا إعلام المدعى بما يشهد ، فإن طلب وجب عليه أن يشهد وإلا لا إذ يحتمل أنه ترك حقه كما قدمناه (قوله بشروط سبعة) ذكر منها خمسة : منها أن يتعين عليه الأداء وهو المشار إليه بقوله إن لم يوجد بدله ، فإن لم يتعين بأن كانوا جماعة فأدى غيره ممن تقبل شهادته فقبلت لم يأثم ، بخلاف ما إذا أدى غيره فلم يقبل فإن من لم يؤد ممن يقبل يأثم بامتناعه .

السادس أن لا يخبره عدلان ببطلان المشهود به ، فلو شهد عند الشاهد عدلان أن المدعى قبض دينه أو أن الزوج طلقها ثلاثا أو أن المشترى أعتق العبد أو أن الولى عفا عن القاتل لا يسعه أن يشهد بالدين والنكاح والبيع والقتل ، وإن لم يكن المخبر عدلا فالخيار للشهود ، إن شاءوا شهدوا بالدين مثلا وأخبروا القاضى بخبر المخبرين وإن شاءوا امتنعوا عن الشهادة ، وإن كان المخبر عدلا واحدا لا يسعه ترك الشهادة ، وكذا لو عاينا واحدا يتصرف فى شىء تصرف الملاك وشهد عدلان عندهما إن هذا الشىء لفلان آخر لا يشهدان أنه للمتصرف ، بخلاف أخبار العدل الواحد .

وفى البزازية فى الشهادة بالتسامع إذ شهد عندك عدلان بخلاف ما سمعته ممن وقع فى قلبك صدقه لم يسعك

منها عدالة قاض وقرب مكانه وعلمه بقبوله أو بكونه أسرع قبولا وطلب المدعى (لو فى حق العبد إن لم يوجد بدله) أى بدل الشاهد لأنها فرض كفاية تتعين لو لم يكن إلا شاهدان لتحمل أو أداء

الشهادة إلا إذا علمت يقينا أنهما كاذبان ، وإن شهد عندك عدل لك أن تشهد بما سمعت إلا أن يقع فى قلبك صدقه وينبغى ذلك جميعه فى كل شهادة اه بالمعنى .

السابع أن لا يقف الشاهد على أن المقر أقر خوفا ، فإن علم بذلك لا يشهد ، فإن قال المقر أقررت خوفا وكان المقر له سلطانا وكان المقر فى يد عون من أعوان السلطان ولم يعلم الشاهد بخوفه شهد عند القاضى وأخبره أنه كان فى يد عون من أعوان السلطان اه ط قال سيدى الوالد معزيا للجوهرة ، وكذا إذا خاف الشاهد على نفسه من سلطان جائر أو غيره أو لم يتذكر الشهادة على وجهها وسعه الامتناع اه .

مطلب للشاهد أن يمتنع من أدائها عند غير العدل

(قوله منها عدالة قاض) فله أن يمتنع من الأداء عند غير المعدل لأنه ربما لايقبل ويجرح ولو غلب على ظنه أنه يقبله لشهرته مثلا ينبغى أن يتعين عليه الأداء ، وكذا المعدل لو سئل عن الشاهد فأخبر بأنه غير عدل لايجب عليه أن يعدله عنده بحر .

مطلب إذا كان موضع القاضى بعيدا من موضع الشاهد بحيث لايغدو ويرجع فى يوم لايأثم بعدم الأداء

(قوله وقرب مكانه) أى أن يكون موضع الشاهد قريبا من موضع القاضى ، فإن كان بعيدا بحيث لايمكنه أن يغدو إلى القاضى لأداء الشهادة ويرجع إلى أهله فى يومه ذلك ، قالوا لايأثم لأنه يلحقه الضرر بذلك وقال تعالى — ولا يضار كاتب ولا شهيد — (قوله وعلمه بقبوله) فلو علم أنه لايقبلها لايلزمه بحر . قال الحموى : فلو شك ينظر حكمه (قوله أو بكونه أسرع قبولا) أى فيجب الأداء وإن كان هناك من تقبل شهادته فتح ، وفيه تأمل مقدسى ، وكأنه لعدم ظهور وجه الوجوب حيث كان هناك من يقوم به الحق ط عن الحموى .

أقول : لكنه بحثه فى مقابلة المنقول ، فقد ذكر المسألة فى شرح الوهبانية عن الخانية (قوله إن لم يوجد بدله) أى بدل الشاهد وهذا هو خامس الشروط . وأما الاثنان الباقيان تتمة السبعة فقد قدمناهما آنفا ، وهما أن لايعلم بطلان المشهود به ، وأن لايعلم أن المقر أقر خوفا الخ وأل فى الشاهد للجنس فيصدق بالواحد والمتعدد .

مطلب لو لزم الشاهد الأداء ولم يؤد ثم أدى الشهادة

ولو لزم الشاهد الأداء بالشروط المذكورة فلم يؤد بلا عذر ظاهر ثم أدى . قال شيخ الإسلام . لاتقبل لتمكن الشبهة فإنه يحتمل أن تأخيره كان لإستجلاب الأجرة . قال الكمال : والوجه القبول ، ويحمل على العذر من نسيان ثم تذكر أو غيره اه .

قال العلامة عبد البر : وعندى أن الوجه ماقاله شيخ الإسلام لاسيما وقد فسد الزمان وعلم من حال الشهود التوقف بمقتضى القوة ، وهذا مطلق عن مسائل الفروج ، والظاهر أن هذا مطرد فى كل حرفة لايتوجه فيها تأويل اه (قوله لأنها فرض كفاية) أى إذا قام بها البعض الكافى سقط عن الباقين (قوله تتعين لو لم يكن إلا شاهدان لتحمل أو أداء) قال الإمام الرازى فى أحكام القرآن فى قوله تعالى — ولا يأب الشهداء إذا مادعوا — إنه

وكذا الكاتب إذا تعين لكن له أخذ الأجرة لا للشاهد حتى لو أركبه بلا عذر لم تقبل وبه تقبل لحديث « أكرموا الشهود » وجوّز الثاني الأكل مطلقا وبه يفتى بحر وأقره المصنف

عام في التحمل والأداء لكن في التحمل على المتعاقدين الحضور إليهما للإشهاد ولا يلزم الشاهدين الحضور إليهما ، وفي الأداء يلزمهما الحضور إلى القاضي لأن القاضي يأتي إليهما ليؤديا . ويستحب الإشهاد في العقود إلا في النكاح فإنه يجب عندنا ، وكذا في الرجعة عند الشافعي وأحمد .

قال في البحر : وفي الملتقط الإشهاد على المداينة والبيوع فرض كذا رواه نصير . وذكر الإمام الرازي في أحكام القرآن أن الإشهاد على المبايعات والمداينات مندوب إلا النزر اليسير كالخبز والماء والبقل ، وأطلقه جماعة من السلف حتى في البقل اه . قال في التتارخانية عن المحيط : وذكر في فتاوى أهل سمرقند أن الإشهاد على المداينة والبيع فرض على العباد إلا إذا كان شيئا حقيرا لا يخاف عليه التلف ، وبعض المشايخ على أن الإشهاد مندوب وليس بفرض اه .

وفي البزازية لابأس للرجل أن يتحرز عن تحمل الشهادة ، ولو طلب منه أن يكتب شهادته أو يشهد على عقد أو طلب منه الأداء ، إن كان يجد غيره فله الإمتناع وإلا فلا انتهى ، وحينئذ فالتحمل في الآية الكريمة محمول على ما إذا لم يوجد غيره وإلا فالأولى الامتناع كما ذكرنا (قوله وكذا الكاتب إذا تعين) صرح الإمام الرازي في أحكام القرآن بأن عليهما الكتابة إذا لم يوجد غيرهما إذا كان الحق مؤجلا وإلا فلا اه بحر (قوله لكن له أخذ الأجرة لا للشاهد) في المجتبى عن الفضلي : تحمل الشهادة فرض على الكفاية كأدائها وإلا لضاعت الحقوق . وعلى هذا الكاتب إلا أنه يجوز له أخذ الأجرة على الكتابة دون الشهادة فيمن تعينت عليه بإجماع الفقهاء . وكذا من لم تتعين عليه عندنا ، وهو قول للشافعي . وفي قول يجوز لعدم تعينه عليه اه شلبي اه ط لكن ينظر مع ما تقدم من قوله كل ما يجب على القاضي والمفتي لا يحل لهما أخذ الأجر به ، وليس خاصا بهما بدليل ماذكروه من أن غاسل الأموات إذا تعين لا يحل له أخذ الأجر تأمل أفاده سيدي الوالد رحمه الله تعالى (قوله حتى لو أركبه بلا عذر) بأن كان يقدر على المشي أو مال يستأجر به دابة وأركبه من عنده (قوله وبه) أي بالعذر ، بأن كان شيخا لا يقدر على المشي ولا يجد ما يستأجر به دابة ، وهذا التفصيل لصاحب النوازل ط (قوله لحديث أكرموا الشهود) تمامه « فإن الله تعالى يستخرج بهم الحقوق ويدفع بهم الظلم » رواه الخطيب وابن عساكر عن ابن عباس (قوله وجوّز الثاني الأكل مطلقا) أي سواء صنعه لأجلهم أولا ، ومنعه محمد مطلقا ، وبعضهم فصل .

قال في البحر : الشهود في الرستاق واحتيج إلى أداء شهادتهم هل يلزمهم كراء الدواب قال لا رواية فيه ولكن سمعت من المشايخ أنه يلزمهم .

وفي فتح القدير ولو وضع : للشهود طعاما فأكلوا إن كان مهيأ من قبل ذلك تقبل وإن صنعه لأجلهم لا تقبل ، وعن محمد لا تقبل فيهما . وعن أبي يوسف تقبل فيهما للعادة الجارية بإطعام من حل محل الإنسان ممن يعز عليه شاهدا أولا ، ويؤنسه ما تقدم من أن الإهداء إذا كان بلا شرط ليقضي حاجته عند الأمير يجوز كذا قيل ، وفيه نظر فإن الأداء فرض بخلاف الذهاب إلى الأمير اه وجزم في الملتقط بالقبول مطلقا اه (قوله وبه يفتى بحر) نقله عن ابن وهبان في شرحه لمنظومته . قال شارحها العلامة عبد البر بن الشحنة نقلا عن مختصر المحيط للخبازي : أخرج الشهود إلى ضيعة إشتراها فاستأجر لهم دواب ليركبوها إن لم يكن لهم قوة المشي ولا طاقة الكراء تقبل شهادتهم وإلا فلا ، فإن أكل طعاما للمشهود له لا ترد شهادته . وقال الفقيه أبو الليث : الجواب في الركوب

(و) يجب الأداء (بلا طلب لو) الشهادة(فى حقوق الله تعالى) وهى كثيرة عد منها فى الأشباه أربعة عشر . قال : ومتى أخر شاهد الحسبة شهادته بلا عذر فسق فترد

ماقال ، أما فى الطعام إن لم يكن المشهود له هيأ طعامه للشاهد. بل كان عنده طعام فقدمه إليهم وأكلوه لاترد شهادتهم وإن هيأ لهم طعاما فأكلوه لاتقبل شهادتهم هذا إذا فعل ذلك لأداء الشهادة ، فإن لم يكن كذلك لكنه جمع الناس للإستشهاد وهيأ لهم طعاما أو بعث لهم دواب وأخرجهم من المصر فركبوا وأكلوا طعامه اختلفوا فيه قال الثانى فى الركوب لاتقبل شهادتهم بعد ذلك وتقبل فى أكل الطعام. وقال محمد لاتقبل فيهما ، والفتوى على قول الثانى لجرى العادة به سيما فى الأنكحة ونثر السكر والدراهم ولو كان قادحا فى الشهادة لما فعلوه كذا فى الفخرية اه (قوله ويجب الأداء) أى يفترض إما كفاية أو عينا (قوله لو الشهادة فى حقوق الله تعالى) وجه قبول الشهادة بلا طالب فيما ذكر أنها حق الله تعالى وحق الله تعالى يجب على كل أحد القيام بإثباته والشاهد من جملة من عليه ذلك فكان قائما بالخصومة من جهة الوجوب وشاهدا من جهة تحمل ذلك فلم يحتج إلى خصم آخر اه وبعضهم جعل القائم بالخصومة القاضى ط (قوله أربعة عشر) ذكر منها طلاق المرأة وعتق الأمة وتدبيرها ومنها الوقف . قال قاضيخان : ينبغى أن يكون الجواب على التفصيل إذا كان الوقف على قوم بأعيانهم لاتقبل البينة عليه بدون الدعوى عند الكل وإن كان على الفقراء أو على المسجد لاتقبل عنده بدون الدعوى ، وتقبل عندهما بدونها ، وبه أفتى أبو الفضل الكرمانى وهو المختار عمادية . ومنها هلال رمضان . قال قاضيخان : الذى ينبغى أنه لاتشترط الدعوى فيه كم لاتشترط فى عتق الأمة وطلاق الحرة .

وفى العمادية عن فتاوى رشيد الدين : الشهادة بهلال عيد الفطر لاتقبل بدون الدعوى . وفى الأضحى اختلاف المشايخ قاسه بعضهم على هلال رمضان ، وبعضهم على هلال الفطر . ومنها الحدود غير حد القذف والسرقة . ومنها النسب وفيه خلاف . حكى صاحب المحيط القبول من غير دعوى لأنه يتضمن حرمات كلها لله تعالى حرمة الفرج وحرمة الأمومة والأبوة ، وقيل لاتقبل من غير خصم . ومنها الخلع فإن الشهادة عليه بدون دعوى المرأة مقبولة اتفاقا ويسقط المهر عن ذمة الزوج ، ودخول المال فى هذه الشهادة تبع . ومنها الإيلاء والظهار والمصاهرة ويشترط أن يكون المشهود عليه حاضرا . ومنها الحرية الأصلية عندهما . والصحيح إشتراط الدعوى فى ذلك عند الإمام كما فى العتق العارض . ومنها النكاح فإنه يثبت بلا دعوى كالطلاق لأن حل الفرج والحرمة حق لله تعالى ومنها عتق العبد عندهما لأن الغالب عندهما فيه حق الله تعالى لأن الحرية يتعلق بها حقوق الله تعالى من وجوب الزكاة والجمعة وغيرهما كالعيد والحج والحدود ولذا لم يجز استرقاق العبد برضاه لما فيه من إبطال حق الله تعالى . وقال الإمام : لابد فى عتقه من دعوى والغالب فيه حق العبد لأن نفع الحرية عائد إليه من مالكيته وخلاصه من كونه مبتذلا كالمال وقد تمت الأربع عشرة مسألة ، وقوله عد منها الخ يفيد أن هناك مسائل أخر هو كذلك وهى التى ذكرها بعد ، وقد أعاد صاحب الأشباه ذكر شهادة الحسبة بعد فعد حد الزنا وحد الشرب مسألتين وزاد الشهادة على دعوى مولى العبد نسبه اه ط .

قال سيدى الوالد : قلت وزاد الشهادة بالرضاع كما مشى عليه المصنف فى بابه وتقدم فى الوقف (قوله بلا عذر فسق فترد) نصوا عليه فى الحدود وطلاق الزوجة وعتق الأمة ، وظاهر ما فى القنية : أنه فى الكل وهو فى الظهيرية واليتيمة اه أشباه .

وفى البحر عن القنية : أجاب بعض المشايخ فى شهود شهدوا بالحرمة المغلظة بعد ماأخروا شهادتهم خمسة أيام

(كطلاق امرأة) أى بائنا (وعتق أمة) وتدبيرها ، وكذا عتق عبد

من غير عذر أنها لاتقبل إن كانوا عالمين بأنهما يعيشان عيش الأزواج . ثم نقل عن العلاء الحمامى والخطيب الأنماطى وكمال الأئمة البياعى : إشهدوا بعد ستة أشهر بإقرار الزوج بالطلقات الثلاث لايقبل إذا كانوا عالمين بعيشهم عيش الأزواج ، وكثير من المشايخ أجابوا كذلك فى جنس هذا ، وتمامه فيه وفى الحموى : وقيل المدار فى التأخير على التمكن من الشهادة عند القاضى وهل ذلك خاص بالفروج أولا .

قال فى البزازية : إذا طلب المدعى الشاهد لأداء الشهادة فأخر من غير عذر ظاهر لاتقبل اه فإطلاقه يفيد عدم القبول مطلقا وهو الذى اعتمده ابن الشحنة اه ملخصا . وأفتى فى تنقيح الحامدية بأنه متى أخر خمسة أيام من غير عذر إن كانوا عالمين بأنهما يعيشان عيش الأزواج فإنها لاتقبل وعزاه لمعين المفتى وجامع الفتاوى .

أقول : قد علمت أن ذكر خمسة أيام أو ستة أشهر ليس بقيد ، بل المراد التمكن من الشهادة عند القاضى وهو مطلق عن مسائل الفروج ، بل هو مطرد فى كل حرمة لايوجد فيها تأويل كما أفاده الحموى (قوله كطلاق امرأة) حرة أو أمة وقيد القبول فى النهاية بما إذا كان الزوج حاضرا ، أما إذا كان غائبا فلا . قال العلامة عبدالبر : وكذا يشترط حضور المولى فى صورة الأمة ، ولكن لايشترط حضور المرأة ولا الأمة على المشهور وتقبل وإن أنكر الزوجان ط ، ومثله فى العمادية والفصولين والبزازية .

قال فى الذخيرة : إذا غاب الرجل عن امرأته فأخبرها عدل أن زوجها طلقها ثلاثا أو مات عنها فلها أن تعتد وتتزوج بزوج آخر وكذا إن كان المخبر فاسقا لأن هذا من باب الديانة فيثبت بخبر الواحد بخلاف النكاح والنسب اه أقول : لكنه فى التنقيح ذكر العدل دون الفاسق .

قال فى الفصولين : ولو أخبرها فاسق تحرت وهذا عند المعاينة أو المشاهدة لموته أو جنازته ، ويأتى تمامه إن شاء الله تعالى (قوله أى بائنا) هذا القيد لم يذكره فى التنقيح بل أطلق الطلاق ، وكذلك أطلقه فى الأشباه ولم يقيده بالبائن وكذا محشوها ، لكن قال ط والتقييد به ظاهر ، لأنه إذا طلقها رجعيا لاينكر بعده معيشتهم معيشة الأزواج لأنه يعد مراجعا لها (قوله وعتق أمة) أى عند الكل لأنها شهادة بحرمة الفرج وهى حق الله تعالى ، وهل يحلف حسبة فى طلاق المرأة وعتق الأمة ؟ أشار محمد فى باب التحرى أنه يحلف كذا فى شرح القدورى . وذكر السرخسى فى مقدمة باب السلسلة أنه لايحلف فتأمله عند الفتوى كذا ذكره ابن الشحنة ط (قوله وتدبيرها) جعل ابن وهبان القبول يختلف بالنسبة إلى الأمة والعبد كما فى عتقهما فتقبل فى الأمة عند الكل ، وفى العبد يجرى الخلاف لأن التدبير فيها يتضمن حرمة فرجها على الورثة بعد موت السيد ط (قوله وكذا عتق عبد) أى عندهما خلافا له ، فإن دعواه شرط عنده ، كما إذا شهد شاهدان على رجل بعتق عبده والعبد والمولى ينكران ذلك لاتقبل الشهادة عند الإمام . وقالا تقبل .

وفى الحقائق قد تتحقق الدعوى حكما بأن يقطع العبد يد حر فقال الحر أعتقك مولاك قبل الجناية ولى عليك القصاص فأنكر العبد والمولى ذلك تقبل بينته ويقضى بعتقه لأن دعوى المجنى عليه العتق قائم مقام دعوى العبد حكما .

ثم اعلم أن الشهادة بلا دعوى أحد مقبولة فى حقوق الله تعالى لأن القاضى يكون نائبا عن الله تعالى فتكون شهادة على خصم فتقبل وغير مقبولة فى حقوق العبد وهذا أصل متفق عليه ، لكن الغالب عندهما فى عتق العبد حق الله تعالى لأن سبب المالكية وهي الحرية يتعلق بها حقوق الله تعالى من وجوب الزكاة والجمعة وغيرهما

وتدبيره شرح وهبانية ، وكذا الرضاع كما مر فى بابه ، وهل يقبل جرح الشاهد حسبة ، الظاهر نعم لكونه حقا لله تعالى أشباه فبلغت ثمانية عشر ، وليس لنا مدعى حسبة إلا فى الوقف على المرجوح فليحفظ (وسترها فى الحدود أبر) لحديث « من ستر ستر » فالأولى الكتمان إلا لمتهتك بحر

يعنى كالعيد والجمع والحدود ولذا لم يجز استرقاق الحر برضاه لما فيه من إبطال حق الله تعالى فتقبل بدون الدعوى والغالب عنده حق العبد ، لأن نفع الحرية عائدا إليه من مالكيته وخلاصه من كونه مبتذلا كالمال فلا تقبل بدون الدعوى كما فى شرح المجمع لابن ملك (قوله وتدبيره) قد علمت أنه على الخلاف كما ذكره ابن وهبان ، ولا فرق عند الإمام بين أن يشهدوا بالعتق أو بالحرية الأصلية والشارح مشى على قولهما وتبع الشرنبلالى فى عدم الفرق بين الحرية الأصلية والعارضة (قوله وهل يقبل جرح الشاهد حسبة) الجرح بفتح الجيم بمعنى تجريح ، ثم قوله حسبة يحتمل أنه حال من جرح ، يعنى أن المجرح يفعل ذلك حسبة ، ويحتمل أنه حال من المشاهد ذكره بعضهم ط والأول أظهر. قال الحلبى حسبة متعلق بالجرح لا بالشاهد (قوله فبلغت ثمانية عشر) أى بزيادة عتق العبد وتدبيره والرضاع والجرح . وأما طلاق المرأة وعتق الأمة وتدبيرها فن الأربعة عشر ح . قال ط : وفيه أن عتق العبد من جملة الأربعة عشر اهـ .

أقول : لم يزد على ما فى الأشباه غير عتق العبد وتدبيره والرضاع وهى داخلة فى الأربعة عشر ، فعتق العبد وتدبيره داخل فى عتق الأمة ، وتدبيرها على قولهما والرضاع داخل فى حرمة المصاهرة تأمل (قوله وليس لنا مدعى حسبة) الأولى مدع حسبة بحذف ياء مدعى (قوله إلا فى الوقف) يعنى إذا ادعى الموقوف عليه أصل الوقف تسمع عند البعض ، والمفتى به عدم سماعها إلا من المتولى كما تقدم فى الوقف. قال ط : فإذا كان الموقوف عليه لا تسمع دعواه فالأجنبى بالأولى أشباه اهـ .

أقول : لكن فى فتاوى الحانوتى أن الحق أن الوقف إذا كان على معين تسمع منه اهـ فتأمل ، لكن قيده سيدى الوالد فى تنقيحه بأن تكون بإذن قاض على ما عليه الفتوى (قوله وسترها فى الحدود) أى كتمانها . قال فى الهداية : والشهادة يخير فيها الشاهد فى الستر والإظهار لأنه بين حسبتين إقامة الحد والتوقى عن الهتك والستر أفضل اهـ .

قال الكاكى : والحسبة ما ينتظر به الأجر فى الآخرة . وفى الصحاح احتسب بكذا أجرا عند الله تعالى والاسم الحسبة بالكسر والجمع الحسب اهـ (قوله أبر) أفاد أن عدمه(١) جائز إقامة للحسبة لما فيه من إزالة الفساد أو تقليله فكان حسنا ، ولا يعارضه قوله تعالى — إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة فى الذين آمنوا — الآية ، لأن ظاهرها أنهم يحبون ذلك لأجل إيمانهم وذلك صفة الكافر ، ولأن مقصود الشاهد ارتفاعها لا إشاعتها وكذا لا يعارض أفضلية الستر آية النهى عن كتمانها لأنها فى حقوق العباد بدليل قوله تعالى — ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا — إذ الحدود لا مدعى فيها . ورد قول من قال إنها فى الديون بأن العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب كما ذكره الرازى ، أو لأنه عام مخصوص بأحاديث الستر التى بلغت مبلغا لا ينحط عن درجة الشهرة لتعدد متونها مع قبول الأمة لها أو هى مستند الإجماع على تخيير الشاهد فى الحدود كما يفهم من البحر ، وتمام الكلام على ذلك فيه فراجعه فإنه مهم (قوله ولحديث من ستر ستر) الذى فى الفتح « من ستر على مسلم ستره الله تعالى » وأفاد أنه فى الصحيحين (قوله إلا لمتهتك بحر) وفيه عن الفتح . وإذا كان الستر مندوبا إليه ينبغى أن تكون الشهادة به خلاف الأولى التى مرجعها إلى كراهة التنزيه لأنها فى رتبة الندب فى جانب الفعل وكراهة

---

(١) أى عدم الستر وهو الشهادة اهـ منه

(و) الأولى أن (يقول) الشاهد (فى السرقة أخذ) إحياء للحق (لاسرق) رعاية للستر .
(ونصابها للزنا أربعة رجال)

التنزيه فى جانب الترك ، وهذا يجب أن يكون بالنسبة إلى من لم يعتد الزنا ولم يتهتك به ، أما إذا وصل الحال إلى إشاعته والتهتك به ، بل بعضهم ربما افتخر به فيجب كون الشهادة أولى من تركها لأن مطلوب الشارع إخلاء الأرض من المعاصى والفواحش بالخطابات المفيدة لذلك وذلك يتحقق بالتوبة من الغافلين وبالزجر لهم، فإذا ظهر حال الشهرة فى الزنا مثلا والشرب وعدم المبالاة به وإشاعته ، فإخلاء الأرض المطلوب حينئذ بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها ممن اتصف بذلك فيجب تحقيق السبب الآخر للإخلاء وهو الحدود ، خلاف من زنى مرة أو مرارا مستترا متخوفا متندما عليه فإنه محل استحباب ستر الشاهد وقوله عليه الصلاة والسلام لهزال في ماعز « لو كنت سترته بثوبك » الحديث ، وذكره فى غير مجلس القاضى بمنزلة الغيبة يحرم منه ما يحرم منها ويحل منه ما يحل منها اه (قوله والأولى الخ) هذا كالإستدراك على قوله أبر ، لأنه ربما يفيد عدم التعرض بالشهادة فى السرقة أصلا ويلزم منه ضياع حق الغير ، فاستثنى السرقة وأثبت لها حكما خاصا ، وهو أنه يأتى بلفظ يفيد الضمان من غير قطع . قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : وفيه إشارة إلى أن المراد ستر أسباب الحدود اه وبه ظهر الجواب (قوله أخذ) الأخذ أعم من كونه غصبا أو على ادعاء أنه ملكه مودعا عند المأخوذ منه وغير ذلك فلا تستلزم الشهادة بالأخذ مطلقا ثبوت الحد بها كمال ، لكن قد يقال مع هذا الاحتمال لا إحياء للحق فيه ط .

قال فى البحر : ولا يقول سرق محافظة على الستر ، ولأنه لو ظهرت السرقة لوجب القطع والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل إحياء حقه، وصرح فى غاية البيان بأن قوله أخذ أولى من سرق ، وعلى هذا فيحمل قول القدورى وجب أن يقول أخذ على معنى ثبت لا الوجوب الفقهى ، وقوله فى العناية فتعين ذلك مع قوله لايجوزأىأنيقول سرق تسامح ، وإنما الكلام فى الأفضل وكل منهما جائز اه .

[وفيه لطيفة] حكى الفخر الرازى فى التفسير أن هارون الرشيدكان مع جماعة الفقهاء وفيهم أبو يوسف فادعى رجل على آخر بأنه أخذ ماله من بيته فأقر بالأخذ فسأل الفقهاء فأفتوا بقطع يده ، فقال أبو يوسف لا لأنه لم يقر بالسرقة وإنما أقر بالأخذ ، فادعى المدعى أنه سرق فأقر بها فأفتوا بالقطع ، وخالفهم أبو يوسف فقالوا له : لم قال لأنه لما أقر أولا بالأخذ ثبت الضمان عليه وسقط القطع فلا يقبل إقراره بعده بما يسقط الضمان عنه فعجبوا اه . قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : هذا ظاهر فى أنه إذا ادعى أنه أخذ مالى أو دابتى تسمع ، وإن لم يبين وجه الأخذ اه (قوله ونصابها) أى ما تنصب عليه أى تتوقف عليه . قال ابن الكمال : ولم يقل وشرطها أى كما قال فى الكنز لما سيأتى أن المرأة ليست بشرط فى الولادة وأختيها (قوله للزنا أربعة) وذلك يشير إلى ندب الستر لأنه قلما يشهد به أربعة بصفته الموجبة ، والدليل قوله تعالى — فاستشهدوا عليهن أربعة منكم — وقوله — ثم لم يأتوا بأربعة شهداء — فلا يجوز بالأقل ونحن وإن لم نقل بالمفهوم فالإجماع عليه ، وقدم الاستدلال بالآيتين على قوله تعالى — استشهدوا شهيدين من رجالكم — لأن الأول مانع والثانى مبيح والمانع مقدم، والدليل وإن كان فى النساء مثبت فى حق الرجال للمساواة ط أخذا من البحر بالمعنى عن فتح القدير .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : عبارة فتح القدير وأن النص أوجب أربعة رجال بقوله تعالى — أربعة منكم — فقبول امرأتين مع ثلاثة مخالف لما نص عليه من العدد والمعدود ، وغاية الأمر المعارضة بين

ليس منهم ابن زوجها ، ولو علق عتقه بالزنا وقع برجلين ولاحد ، ولوشهدا بعتقه ثم أربعة بزناه محصنا فأعتقه القاضي ثم رجمه ثم رجع الكل ضمن الأولان قيمته لمولاه والأربعة ديته له أيضا لو وارثه (ولبقية الحدود والقود و) منه (إسلام كافر ذكر) لمآلها لقتله بخلاف الأنثى بحر

عموم قوله تعالى — فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان — وبين هذه فتقدم هذه لأنها مانعة وتلك مبيحة اه ، ولا يخفى عليك ما فى كلامه من المخالفة والإيهام تأمل . قال فى البحر : وقدمنا فى الحدود أنه يجوز كون الزوج أحدهم إلا فى مسألتين أن يقذفها الزوج أولا ثم يشهد مع ثلاثة وأن يشهد معهم على زناها بابنه مطاوعة اه (قوله ليس منهم ابن زوجها) أى إذا كان الأب مدعيا أو أم الابن حية ، أما إذا فقد فيجوز قال فى البحر : اعلم أنه يجوز أن يكون من الأربعة ابن زوجها .

وحاصل ما ذكره المحيط البرهانى أن الرجل إذا كان له امرأتان ولإحداهما خمسة بنين شهد أربعة منهم على أخيهم أنه زنى بامرأة أبيهم تقبل إلا إذا كان الأب مدعيا أو كانت أمهم حية اه والمنع فى كون الأب مدعيا لعله مقيد بما إذا كان بعد قذفه لها لأنه يدفع بشهادته عن أبيه اللعان ، وفى كون أمهم حية للعداوة الدنيوية عادة (قوله ولو علق عتقه بالزنا) أى بزنا نفس المولى (قوله ولاحد) أى على المولى ويستحلف إذا أنكره للعتق .

قال فى البحر : ثم اعلم أن العتق المعلق بالزنا يقع بشهادة رجلين وإن لم يحد المولى ، ويستحلف المولى إذا أنكره للعتق ، وفيه خلاف ذكره فى الخانية وأدب القضاء للخصاف اه .

مطلب فى الشهادة على اللواطة

قال أبو السعود : واختلفوا فى الشهادة على اللواطة ، فعند الإمام يقبل فيها رجلان عدلان لأن موجبها التعزير عنده ، وعندهما لابد فيه من أربعة كالزنا .

مطلب فى الشهادة على إتيان البهيمة

وأما إتيان البهيمة فالأصح أنه يقبل فيه شاهدان عدلان ، ولا يقبل فيه شهادة النساء اه (قوله فأعتقه القاضى) أى حكم بعتقه وكذا قوله ورجمه (قوله ضمن الأولان قيمته لمولاه) لإتلاف رقبته المملوكة على السيد (قوله ديته له) أنظر هل المراد بالدية هنا قيمته لأنه رقيق أو دية الأحرار لحكم القاضى عليه بالحرية ويدل لذلك قوله لو وارثه ، فإنه لو كان رقيقا لكانت الدية للسيد ولابد ط (قوله لو وارثه) بأن لم يكن له وارث غيره وإلا لوارثه (قوله والقود) شمل القود فى النفس والعضو ، وقيد به لما فى الخانية : ولو شهد رجل وامرأتان بقتل الخطأ أو بقتل لا يوجب القصاص تقبل شهادتهم ، وكذا الشهادة على الشهادة وكتاب القاضى إلى القاضى لأن موجب هذه الجناية المال فقبل فيه شهادة الرجال مع النساء اه .

أقول : علم به قبول شهادة رجل وامرأتين فى طرف الرجل والمرأة والحر والعبد وكل ما لا قصاص فيه وكان موجبه المال ، ويعلم به كثير من الوقائع الحالية (قوله ومنه) أى من القود (قوله لمآلها) أى لأنها تئول (قوله لقتله) بسبب ردته : أى إن أصر على كفره (قوله بخلاف الأنثى) فإنها لا تقتل بل تحبس ، فتقبل شهادة رجل وامرأتين فلذا قيد بذكر ، بل فى المقدسى : لو شهد نصرانيان على نصرانية : أنها أسلمت جاز وتجبر على الإسلام .

(و) مثله (ردة مسلم رجلان) إلا المعلق فيقع ولا يحد كما مر .
(وللولادة واستهلال الصبي

قلت : وينبغي في النصراني كذلك فيجبر ولا يقتل ، ورأيته في الولوالجية اه سائحاني . وإنما لا يقتل لأنه لم يشهد على إسلامه مسلمان .

قال سيدي الوالد : وانظر لم لم يقل كذلك في شهادة رجل وامرأتين على إسلامه لكنه يعلم بالأولى . وصرح به في البحر عن المحيط عند قوله والذمي على مثله ، وتقدم في باب المرتد أن كل مسلم ارتد فإنه يقتل إن لم يتب إلا من ثبت إسلامه بشهادة رجلين ثم رجعا . ومن ثبت إسلامه بشهادة رجل وامرأتين على رواية النوادر . ولو شهد نصرانيان على نصراني أنه أسلم وهو ينكر لم تقبل شهادتهما ، وقيل تقبل في المسألتين ولو على نصرانية قبلت اتفاقا لأن المرتدة لا تقتل بخلاف المرتد ولكنها تجبر على الإسلام وهذا كله قول الإمام .

وفي النوادر : تقبل شهادة رجل وامرأتين على الإسلام وشهادة نصرانيين على نصراني أنه أسلم وهذا هو الذي في آخر كراهية الدرر كما في ح واعتمد قاضيخان أن قول الإمام بعدم القتل بشهادة النساء وإن كان يجبر على الإسلام لأن أي نفس كانت لا تقتل بشهادة النساء اه (قوله ومثله ردة مسلم) أي حكما وهو تقييد أو علة . قال في البحر : وأما الشهادة بردة مسلم فلا يقبل فيها شهادة النساء كما ذكره في العناية من السير اه (قوله رجلان) إنما لم تقبل شهادة النساء لحديث الزهري : مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم والخليفتين من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ، ولأن فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال ، فلا تقبل فيما تندرئ بالشبهات كذا في الهداية . وإنما لم يكن فيها حقيقة البدلية لأنها إنما تكون فيما امتنع العمل بالبدل مع إمكان الأصل وليست كذلك فإنها جائزة مع إمكان العمل بشهادة الرجلين كما في العناية .

وفي خزانة الأكمل : لو قضى بشهادة رجل وامرأتين في الحدود والقصاص وهو يراه أو لا يراه ثم رفع إلى آخر أمضاه اه بحر .

أقول : والأحسن حذف قوله أو لا يراه لأن القاضي حينئذ يحكم بمقتضى مذهبه (قوله إلا المعلق فيقع) أي إذا كان بعض الشهود نسوة ولا يحد يعني ما علق على شيء مما يوجب الحد والقود لا يشترط فيه رجلان بل يثبت برجل وامرأتين وإن كان المعلق عليه لا يثبت بذلك .

وصورته كما في البحر عن الولوالجية : رجل قال إن شربت الخمر فمملوكي حر فشهد رجل وامرأتان أنه شرب الخمر عتق العبد ولا يحد ، لأن هذه شهادة لا مجال لها في الحدود ، ولو قال إن سرقت من فلان شيئا فعلى قياس ما ذكرناه ينبغي أن يضمن المال ويعتق العبد ولا يقطع اه وعزى المسألتين في الخانية إلى أبي يوسف ثم قال : والفتوى فيهما على قول أبي يوسف .

وفي خزانة الأكمل شهدا أنه أعتق عبده ثم شهد أربعة بأنه زنى وهو محصن فأعتقه القاضي ثم رجمه ثم رجع الكل ضمن شاهدا الإعتاق قيمته لمولاه وشهود الزنا ديته لمولاه أيضا إن لم يكن له وارث غيره اه (قوله كما مر) أي قريبا عند قوله ولو علق عتقه بالزنا وقع برجلين ولا حد ومر أيضا في الزنا إذا شهد به رجلان (قوله وللولادة) أي في حق ثبوت النسب دون الميراث عنده ذكره قاضيخان وهو خبر مقدم لامرأة ولم يذكروا الولادة في الإصلاح ، لأن شهادة امرأة واحدة على الولادة إنما تكفي عندهما خلافا له على مامر في باب

للصلاة عليه) وللإرث عندهما والشافعي وأحمد وهو أرجح فتح (والبكارة وعيوب النساء فيما لا يطلع عليه الرجال

ثبوت النسب ، وأما شهادتها على الاستهلال فتقبل بالإجماع في حق الصلاة إنما قلنا في حق الصلاة لأن في حق الإرث لا تقبل عنده خلافا لهما (قوله للصلاة) متعلق بالأخيرة أي تقبل شهادة القابلة باستهلال الصبي للصلاة عليه اتفاقا كما في المنح ، وإنما قبلت وإن كان يمكن أن يطلع عليه الرجال لكنهم لا يحضرون الولادة عادة فألحق بما لم يطلع عليه الرجال (قوله وللإرث عندهما) أي تقبل شهادة القابلة باستهلال الصبي للإرث عندهما (قوله والبكارة) أي الشهادة عليها فإن شهدت أنها بكر يؤجل العنين سنة ، فإذا مضت فقال وصلت إليها وأنكرت ترى النساء . فإن قلن هي بكر تخير ، فإن اختارت الفرقة فرق للحال ، وكذا في رد المبيع إذا اشتراها بشرط البكارة إن قلن إنها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله إلى قولهن . فالعيب يثبت بقولهن لسماع الدعوى وللتحليف . إذ لولا شهادتهن لم يحلف البائع وكان القول قوله بلا يمين لتمسكه بالأصل وهو البكارة كما في البحر وسيأتي قريبا أوضح من ذلك (قوله وعيوب النساء) كالإماء المبيعة من نحو رتق وقرن ، كما لو اشترى جارية فادعى أن بها قرنا أو رتقا . لكن ذكر في المنح في باب خيار العيب عند قوله ادعى إباقا أن ما لا يعرفه إلا النساء يقبل في قيامه للحال قول امرأة ثقة ثم إن كان بعد القبض لا يرد بقولها بل لا بد من تحليف البائع . وإن كان قبله فكذلك عند محمد ، وعند أبي يوسف يرد بقولهن بلا يمين البائع اه . وفي الفتح قبيل باب خيار الرؤية أن الأصل أن القول لمن تمسك بالأصل وأن شهادة النساء بانفرادهن فيما لا يطلع عليه الرجال حجة إذا تأيدت بمؤيد وإلا تعتبر لتوجه الخصومة لا لإلزام الخصم .

ثم ذكر أنه لو اشترى جارية على أنها بكر ثم اختلفا قبل القبض أو بعده في بكارتها يريها القاضي النساء ، فإن قلن بكر لزم المشتري لأن شهادتهن تأيدت بأن الأصل البكارة ، وإن قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ بشهادتهن لأنها حجة قوية لم تتأيد بمؤيد . لكن تثبت الخصومة ليتوجه اليمين على البائع فيحلف بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر . فإن نكل ردت عليه وإلا فلا اه ملخصا ، والأولى حذف قوله قوية أو إبداله بلفظ ضعيفة .

قال الرملي : ذكر في الدرر والغرر وللولادة واستهلال الصبي للصلاة عليه والبكارة وعيوب النساء امرأة اه فدخل في قوله وعيوب النساء الحبل لأنه من العيوب التي يرد بها المبيع .

قال في الخانية : وفيما لا ينظر إليه الرجال كالقرن والرتق ونحوه اختلفت الروايات ، وآخر ما روى عن محمد أنه إن كان قبل القبض وهو عيب لا يحدث ترد بشهادة النساء ، وهو قول أبي يوسف الآخر ، والمرأة الواحدة والمرأتان سواء ، والمرأتان أوثق . وأما الحبل فيثبت بقول النساء في حق الخصومة : ولا ترد بشهادتهن (قوله فيما لا يطلع عليه الرجال) قال الرملي : قدم أي صاحب البحر في باب ثبوت النسب في شرح قوله والمعتدة إن جحدت ولادتها بشهادة رجلين الخ . أفاد بقوله بشهادة رجلين قبول شهادة الرجال على الولادة من الأجنبية وأنهم لا يفسقون بالنظر إلى عورتها إما لكونه قد يتفق ذلك من غير قصد نظر ولا تعمد أو للضرورة كما في شهود الزنا . وفي المنح نقلا عن السراج وقال بعض مشايخنا تقبل شهادته أيضا وإن قال تعمدت النظر إليها .

وأقول : فثبت الخلاف في التعمد ظاهرا . ويمكن التوفيق بأن يحمل كلام النافي على التعمد لا لتحمل الشهادة والمثبت على التعمد لها إحياء للحقوق بإيصالها إلى مستحقها بواسطة أداء الشهادة عند الحاجة إليها . وفي كلامهم نوع إشارة إليه وربما أفهم كلام الزيلعي في شرح قوله ولو قال شهود الزنا تعمدنا النظر قبلت أرجحية القبول وأيضا عبارته في هذا المحل : ثم اختلفوا فيما إذا قال تعمدت النظر . قال بعضهم تقبل كما في الزنا لطرحه ذكر مقابله وقياسه على الزنا والراجح فيه القبول تأمل .

امرأة) حرة مسلمة والثنتان أحوط . والأصح قبول رجل واحد خلاصة .

وفى البرجندى عن الملتقط أن المعلم إذا شهد منفردا فى حوادث الصبيان تقبل شهادته اه فليحفظ.

(و) نصابها (لغيرها من الحقوق سواء كان) الحق (مالا أو غيره كنكاح وطلاق ووكالة

ثم رأيت فى التتارخانية نقلا عن العتابية : واختلف المشايخ فيما إذا دعى إلى تحمل الشهادة عليها وهو يعلم أنه لو نظر إليها يشتهى ، فمنهم من جوّز ذلك بشرط أن يقصد بذلك تحمل الشهادة .

قال شيخ الإسلام : الأصح أنه لا يباح ذلك ذكره فى كتاب الكراهة (قوله امرأة حرة مسلمة) بالغة عاقلة عدلة زيلعى ، ودليله قوله عليه الصلاة والسلام « شهادة النساء جائزة فيما لا تستطيع الرجال النظر إليه » والجمع المحلى بالألف واللام يراد به الجنس فيتناول الأقل وهو الواحد ، وهو حجة على الشافعى فى اشتراط الأربع ، ولأنه إنما سقط الذكورة ليخف النظر لأن نظر الجنس أخف فكذا يسقط اعتبار العدد (قوله والثنتان أحوط) وكذا الثلاث أحوط لما فيه من معنى الإلزام بحر .

وفيه عن خزانة الأكمل : لو شهد عنده نسوة عدول أنها امرأة فلان أو ابنته وسعته الشهادة اهـ . وفيها : يقبل تعديل المرأة ولا يقبل ترجمتها (قوله والأصح قبول رجل واحد) إذا شهد بالولادة . قال فى المنح : وأشار بقوله فيما لا يطلع عليه الرجال إلى أن الرجل لو شهد لا تقبل شهادته . وهو محمول على ما إذا قال : تعمدت النظر أما إذا شهد بالولادة وقال فاجأتها فاتفق نظرى عليها تقبل شهادته إذا كان عدلا كما فى المبسوط اهـ وقدمنا نحوه آنفا (قوله وفى البرجندى عن الملتقط الخ) ذكر الحموى فى شرحه عن الحاوى القدسى : تقبل شهادة النساء وحدهن فى القتل فى الحمام فى حكم الدية لئلا يهدر الدم . ومثله فى خزانة الفتاوى . وفى خير مطلوب خلافه قال : شهادة أهل السجن بعضهم على بعض فيما يقع بينهم لا تقبل ، وكذا شهادة الصبيان فيما يقع بينهم فى الملاعب ، وشهادة النساء فيما يقع فى الحمامات وإن مست الحاجة لعدم حضور العدول فى هذه المواضع لأن الشارع لما شرع طريقا وهو منعهن من الحمامات والصبيان عن الملاعب والامتناع عما يستحق به الحبس كان التقصير مضافا إليهم لا إلى الشرع اهـ وقد تقدم أن المعتمد جواز دخولهن الحمام إذا لم يشتمل على مفسدة ، ومعلوم أنه قد يسجن من لا معصية منه كمعسر ومظلوم والصبيان غير مكلفين حتى يتوجه خطاب الدفع عليهم فما علل به لا يظهر على أن المعصية لا تنافى إقامة الأحكام ، ألا ترى أن من فى حانة الخمر تجرى له وعليه الأحكام فالأظهر ما فى الحاوى وخزانة المفتين لمسيس الحاجة .

قال الحموى فى الملتقط من كتاب المواريث : إذا ادعت امرأة الميت أنها حبلى تعرض على امرأة ثقة أو امرأتين ، فإن لم يوقف على شىء من علامات الحمل قسم ميراثه ، فإن وقف على شىء من علامات الحمل يوقف نصيب ابنين ، ونحوه عن أبى يوسف ومحمد ط (قوله ونصابها) أى الشهادة (قوله لغيرها) أى لغير الحدود والقصاص ومالا يطلع عليه الرجال منح ، فشمل القتل خطأ والقتل الذى لا قصاص فيه لأن موجبه المال ، وكذا تقبل فيه الشهادة على الشهادة وكتاب القاضى رملى عن الخانية وتمامه فيه (قوله سواء كان الحق مالا أو غيره) أطلقه فشمل المال وغيره . قال الرملى : وشمل الشهادة على قتل الخطأ ، وما لا يوجب القصاص من قبيل الشهادة على المال . قال فى الخانية : ولو شهد رجل وامرأتان بقتل الخطأ أو بقتل لا يوجب القصاص تقبل إلى آخر ما مر .

ووصية واستهلال صبى) ولوللإرث (رجلان) إلا فى حوادث صبيان المكتب فإنه يقبل فيها شهادة المعلم منفردا قهستانى عن التجنيس (أو رجل وامرأتان) ولايفرق بينهما لقوله تعالى —فتذكر إحداهما الأخرى— ولم تقبل شهادة أربع بلا رجل لئلا يكثر خروجهن وخصهن الأئمة الثلاثة بالأموال وتوابعها

مطلب لافرق فى الشهادة بين الوصية والإيصاء

(قوله ووصية) أى الإيصاء إذ الكلام فيما ليس بمال . قال فى الشرنبلالية : ولعل الحال لا يفترق فى الحكم بين الشهادة بالوصية والإيصاء اه (قوله واستهلال صبى) هذا قوله ، وعندهما يثبت بشهادة القابلة وهو الأرجح كما سلف (قوله ولو) فى بعض النسخ او بلا واو ، والظاهر حذفها تأمل (قوله للإرث) أى والعتاق والنسب عنده فالمصنف جرى على مذهب الإمام ، والشارح فيما تقدم جرى على مذهبهما كما ترى (قوله إلا فى حوات صبيان المكتب) هذ مكرر مع ما تقدم . والذى فى الملتقط عدم التقييد بصبيان المكتب فيعم صبيان الحرفة ، فالظاهر أن التقييد بصبيان المكتب هنا اتفاقى أبو السعود (قوله أو رجل وامرأتان) لقوله تعالى — فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان — ومعنى الآية على ما ذكره إن لم يشهدا حال كونهما رجلين فليشهد رجل وامرأتان ، ولولا هذا التأويل لما اعتبر شهادتهن مع وجود الرجال ، وشهادتهن معتبرة معهم عند الاختلاط بالرجال ، حتى إذا شهد رجال ونسوة بشىء يضاف الحكم إلى الكل حتى يجب الضمان على الكل عند الرجوع اه ط .

قال فى البحر : والأصل فى شهادة النساء القبول لوجود ما ينبنى عليه أهليه الشهادة ، وهى المشاهدة والضبط والأداء ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الأخرى إليها فلم يبق بعد ذلك إلا الشبهة ، ولهذا لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ، وهذه الحقوق تثبت بالشبهات .

وحقق الأكمل فى العناية بأنه لا نقصان فى عقلهن فيما هو مناط التكليف بل فيما هو العقل بالملكة ، ففيهن نقصان بمشاهدة حالهن فى تحصل البديهيات باستعمال الحواس الجزئيات وبالنسبة إن ثبتت ، فإنه لو كان فى ذلك نقصان لكان تكليفهن دون تكليف الرجال فى الأركان ، وقوله صلى الله عليه وسلم « ناقصات عقل » المراد به العقل بالفعل ولذلك لم يصلحن للولاية والخلافة والإمارة اه ملخصا وتمامه فيه (قوله ولايفرق بينهما) أى المرأتين ، حكى أن أم بشر شهدت هى وأم الشافعى عند الحاكم فقال الحاكم فرقوا بينهما فقالت ليس لك ذلك قال الله تعالى — أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى — فسكت الحاكم كذا فى البحر .

قال التاج السبكى بعد نقل هذه الحكاية : وهذا فرع حسن واستنباط جيد ومنزع غريب ، والمعروف فى مذهب ولدها إطلاق القول بأن الحاكم إذا ارتاب بالشهود استحب له التفريق بينهم وكلامها صريح فى استثناء النساء للمنزع الذى ذكرته ولا بأس به اه وما ذكره فى البحر من الحكاية المذكورة ليس صريحا فى أن المذهب عندنا عدم التفريق فى الشهادة للنساء إذا ارتاب القاضى ذكره بعض الفضلاء (قوله لقوله تعالى فتذكر إحداهما الأخرى) ولا تذكر إلا مع الاجتماع (قوله لئلا يكثر خروجهن) أى ولعدم ورود الشرع به (قوله وخصهن) أى خص قبول شهادتهن (قوله وتوابعها) كالأجل وشرط الخيار منح ، والدليل لكل مذكور فى المطولات .

والحاصل أن أنواع الشهادة ستة(١) ما لا يقبل إلا بشهادة أربع ، وما لا يقبل إلا رجلين ، وما يقبل فيه

(١) (قوله أنواع الشهادة ستة) كذا بالأصل والمعهود خمسة ولهحرر اه مصححه ،

(ولزم فى الكل) من المراتب الأربع (لفظ أشهد) بلفظ المضارع بالإجماع وكل مالايشترط فيه هذا اللفظ كطهارة ماء ورؤية هلال فهو إخبار لا شهادة (لقبولها والعدالة لوجوبه) فى الينابيع: العدل من لم يطعن عليه فى بطن ولا فرج، ومنه الكذب لخروجه من البطن

شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، وما قبل فيه شهادة المرأة، وما قبل فيه شهادة النساء وحدهن بحكم الدية كما ذكرنا (قوله ولزم) أى شرط، والشرط هنا ما لابد منه ليشمل الركن والشرط بحر (قوله من المراتب الأربع) هى الزنا وبقية الحدود وما لا يطلع عليه الرجال والرابع غيرها من الحقوق. وقيل لا يشترط فى النساء وهو ضعيف، ولابد من شرط آخر لجميعها وهو التفسير، حتى لو قال أشهد مثل شهادته لا تقبل، ولو قال مثل شهادة صاحبى تقبل عند العامة، وقيده الأوزجندى بما إذا قال لهذا المدعى على هذا المدعى عليه وبه يفتى خلاصة. وقال الحلوانى: إن كان فصيحا لا يقبل منه الإجمال، وإن كان عجميا يقبل بشرط أن يكون بحال إن استفسر بين.

وقال السرخسى: إن أحس القاضى بخيانة كلفه التفسير وإلا لا. وفى البزازية. وقال الحلوانى: لو أقر المدعى عليه أو وكيله فقال الشاهد أشهد بما ادعاه هذا المدعى على هذا المدعى عليه أو قال المدعى فى يده بغير حق يصح عندنا اه. وفيما كتب شهادته فقرأها بعضهم. فقال الشاهد أشهد أن لهذا المدعى على هذا المدعى عليه كل ما سمى ووصف فى هذا الكتاب، أو قال هذا المدعى الذى قرئ ووصف فى هذا الكتاب فى يد هذا المدعى عليه بغير حق وعليه تسليمه إلى هذا المدعى يقبل لأن الحاجة تدعو إليه لطول الشهادة ولعجز الشاهد عن البيان اه.

مطلب لا تقبل الشهادة بلفظ أعلم أو أتيقن

(قوله لفظ أشهد) حتى لو قال اعلم أو أتيقن لا تقبل شهادته لأن النصوص ناطقة بلفظ الشهادة فلا يقوم غيرها مقامها لما فيها من زيادة توكيد لأنها من ألفاظ اليمين فيكون معنى اليمين ملاحظا فيها، خلافا للعراقيين فإنهم لا يشترطون لفظ الشهادة فى شهادة النساء فيما لايطلع عليه الرجال فيجعلونها من باب الإخبار لا من باب الشهادة، والصحيح هو الأول لأنه من باب الشهادة. ولهذا شرط فيه شرائط الشهادة من الحرية ومجلس الحكم وغيرها يعقوبية (قوله بلفظ المضارع بالإجماع) فلا يجوز شهدت لاحتمال الإخبار عما مضى فلا يكون شاهدا للحال (قوله كطهارة ماء) أى ونجاسته ونحوه حيث يقبل إن عدلا، أما الفاسق فخبره فى الديانات التى لايتيسر تلقيها من العدول كرواية الأخبار، بخلاف الأخبار بطهارة الماء ونجاسته ونحوه حيث يتحرى فى خبره أى الفاسق، إذ قد لا يقدر على تلقيها من جهة العدول، وقول الطحاوى أو غير عدل محمول على المستور كما هو رواية الحسن سيدى الوالد من الصوم وتمامه فى حاشيته (قوله ورؤية هلال) أى هلال رمضان (قوله فهو إخبار لا شهادة) لأنه أمر دينى فأشبه رواية الأخبار هداية. وأما فى المعاملات فيقبل الخبر ولو من كافر أو فاسق أو عبد أو صبى إن غلب على الرأى صدقه كما فى الحظر والإباحة من الدرر (قوله والعدالة لوجوبه) أى وجوب القاضى على القاضى منح.

قال العلامة عبد البر: أحسن ما قيل فى تفسير العدل أنه المجتنب للكبائر غير المصر على الصغائر، صلاحه وصوابه أكثر من فساده وخطئه، مستعملا للصدق، مجتنبا للكذب ديانة ومروءة، وهو مروى عن أبى يوسف اه ونحوه فى الذخيرة (قوله ومنه) أى مما يطعن به فيه (قوله الكذب) ذكر بعضهم أن الكذب

(لا لصحته) خلافا للشافعي رضى الله تعالى عنه (فلو قضى بشهادة فاسق نفذ) وأثم فتح (إلا أن يمنع منه) أى من القضاء بشهادة الفاسق (الإمام فلا) ينفذ لما مر أنه يتأقت ويتقيد بزمان ومكان وحادثة وقول معتمد حتى لا ينفذ قضاؤه بأقوال ضعيفة . وما فى القنية والمجتبى من قبول ذى المروءة الصادقة فقول الثانى بحر ، وضعفه الكمال بأنه تعليل فى مقابلة النص فلا يقبل وأقره المصنف

من الصغائر إن لم يترتب عليه ما يصيره كبيرة كأكل مال مسلم أو قذفه ونحو ذلك ط (قوله لا لصحته) أى لصحة القضاء : أى نفاذه منح .

واعلم أن صاحب الكنز تبع صاحب الهداية وغيره فى اشتراط العدالة كلفظ الشهادة تسوية منهم بينهما وليس كذلك . لأن لفظ الشهادة : أى أشهد شرط لصحة الأداء بل ركنه كما قدمناه . وأما العدالة فليست شرطا فى صحة الأداء . وإنما ظهورها شرط وجوب القضاء على القاضى كما قدمناه . وبه صرح صدر الشريعة وصاحب البدائع والبحر والمنح ، وتبعهم الشارح تبعا لما فى الهداية . وأقره ابن الهمام حيث قال فى الهداية : لو قضى القاضى بشهادة الفاسق صح عندنا زاد فى فتح القدير وكان عاصيا (قوله فلو قضى بشهادة فاسق نفذ) هذا إذا غلب على ظنه صدقه وهو مما يحفظ درر ، وظاهر قوله وهو مما يحفظ اعتماده . قال فى جامع الفتاوى : وأما شهادة الفاسق . فإن تحرى القاضى الصدق فى شهادته تقبل وإلا فلا اه (قوله الإمام) أى الأعظم وهو السلطان بأن قال لمستنيبه لا تقض بشهادة الفاسق (قوله فلا ينفذ) أى القضاء بشهادة الفاسق لمنع الإمام القاضى عن القضاء به (قوله لما مر) أى فى كتاب القضاء (قوله يتأقت) قياس مادته يتوقت بالواو (قوله وقول معتمد) ظاهره أنه إذا أطلق أوامره بالقضاء به أن يجوز القضاء به . وقد ذكروا أنه لا يجوز العمل بالقول الضعيف إلا للإنسان فى خاصة نفسه إذا كان له رأى ، وبعضهم منع العمل به فحينئذ لا يجوز العمل به عند الإطلاق ولا عند التصريح ويحرر . ويحتمل أنه راجع إلى القضاء فى ذاته وإن لم يقيد بذلك الإمام ط .

أقول : تحريره ما نقل العلامة الشرنبلالى فى رسالة [العقد الفريد فى جواز التقليد] : مقتضى مذهب الشافعي كما قاله السبكى منع العمل بالقول المرجوح فى القضاء والإفتاء دون العمل لنفسه . ومذهب الحنفية المنع عن المرجوح حتى لنفسه لكون المرجوح صار منسوخا اه فليحفظ . وقيده البيرى بالعامى : أى الذى لا رأى له يعرف به معنى النصوص حيث قال : هل يجوز للإنسان العمل بالضعيف من الرواية فى حق نفسه . نعم إذا كان له رأى . أما إذا كان عاميا فلم أره ، لكن مقتضى تقييده بذى الرأى أنه لا يجوز للعامى ذلك .

قال فى خزانة الروايات : العالم الذى يعرف معنى النصوص والأخبار ، وهو من أهل الدراية يجوز له أن يعمل عليها وإن كان مخالفا لمذهبه اه .

قال سيدى الوالد : وهذا فى غير موضع الضرورة . فقد ذكر فى حيض البحر فى بحث ألوان الدماء أقوالا ضعيفة . ثم قال : وفى المعراج عن فخر الأئمة : لو أفتى مفت بشىء من هذه الأقوال فى مواضع الضرورة كان حسنا اه . وكذا قول أبى يوسف فى المنى إذا خرج بعد فتور الشهوة لا يجب به الغسل ضعيف . وأجازوا العمل به للمسافر أو الضيف الذى خاف الريبة وذلك من مواضع الضرورة (قوله ذى المروءة) وهى آداب نفسانية تحمل على محاسن الأخلاق وجميل العادات والهمزة وتشديد الواو فيه لغتان . والمراد الفاسق ذو المروءة كمكاس (قوله فقول الثانى بحر) الذى فى البحر أنه رواية عن الثانى (قوله فى مقابلة النص) وهو قوله تعالى — وأشهدوا ذوى عدل منكم — وقوله تعالى — ممن ترضون من الشهداء — أى فلا يقبل ، وأقره

(وهى) إن (على حاضر يحتاج) الشاهد (إلى الإشارة إلى) ثلاثة مواضع أعنى (الخصمين والشهود به ولو عينا) لادينا (وإن على غائب) كما فى نقل الشهادة (أو ميت فلابد) لقبولها (من نسبته إلى جده، فلا يكفى ذكر اسمه واسم أبيه وصناعته إلا إذا كان يعرف بها) أى بالصناعة (لا محالة) بأن لا يشاركه فى المصر غيره (فلو قضى بلا ذكر الجد نفذ) فالمعتبر التعريف لا تكثير الحروف. حتى لو عرف باسمه فقط أو بلقبه وحده كفى جامع الفصولين وملتقط.

(ولا يسأل عن شاهد بلا طعن من الخصم إلا فى حد وقود، وعندهما يسأل فى الكل).

المصنف. قال فى البحر: إن ظاهر النص أنه لايحل قبول شهادة الفاسق قبل تعرف حاله، فإذا ظهر للقاضى من حاله الصدق وقبله يكون موافقا للنص إلا أن يريد بالنص قوله تعالى - وأشهدوا - الآية، لكن فيه أن دلالته على عدم قبول العدل إنما هى بالمفهوم، وهو غير معتبر عندنا ولا سيما هو مفهوم لقب مع أن الآية الأولى تدل على قبول قوله عند التبيين عن حاله كما قلنا تأمل (قوله وهى) أى الشهادة (قوله على حاضر) أى خصم حاضر، والمراد به جنس الخصم ليشمل المتداعيين (قوله يحتاج الشاهد) أى فى قبول شهادته (قوله إلى الإشارة) أى إشارة الشاهد (قوله مواضع) الأولى أشياء (قوله بأن لا يشاركه فى المصر غيره) لم يشترط هذا فى جامع الفصولين شرنبلالية.

مطلب اذا عرف باللقب واشتهر به لا يلزم ذكر أبيه وجده حيث لم يشتهر بهما

(قوله فالمعتبر التعريف لا تكثير الحروف) قال فى جامع الفصولين: والحاصل أن المعتبر حصول المعرفة وارتفاع الالتباس بأى وجه كان. وقال فى أثناء الفصل السابع فى تحديد العقار ودعواه ما نصه: كما لو كان الرجل معروفا مشهورا باسمه أو بلقبه لابأبيه وجده يكتفى بذكر ما اشتهر به، وجهالة أبيه وجده لا تضر التعريف، بل ذكره وعدمه سواء لعدم معرفة الناس به اهـ ونحوه فى نور العين (قوله أو بلقبه) وكذا بصفته كما أفتى به فى الحامدية، فيمن شهد أن المرأة التى قتلت فى سوق كذا يوم كذا وقت كذا قتلها فلان تقبل بلا بيان اسمها وأبيها حيث كانت معروفة لم يشاركها فى ذلك غيرها. قال فى الأشباه: وتكفى النسبة إلى الزوج لأن المقصود الإعلام، وفى العبد اسمه واسم مولاه وأبى مولاه ولا يكفى الاقتصار على الاسم إلا أن يكون مشهورا (قوله جامع الفصولين) أى فى الفصل التاسع (قوله ولا يسأل عن شاهد) أى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى: أى لا يجب على الحاكم أن يسأل عن الشاهد بل يجوز له الاقتصار على ظاهر العدالة فى المسلم (قوله بلا طعن من الخصم) قال الرملى: ولو بالجرح المجرد، ولا ينافيه قوله فيما يأتى: ولا يسمع القاضى الشهادة على جرح مجرد لأن عدم سماعها لعدم دخوله تحت الحكم وإلا فالخبر عن فسق الشهود يمنع القاضى عن قبول شهادتهم والحكم بها.، فالطعن به مسموع منه قبل التزكية وسيظهر من مسائل الطعن، والله تعالى أعلم اهـ (قوله إلا فى حد وقود) أى فإنه يسأل عنهم للاحتيال فى إسقاطها فيستقصى، ولأن الشبهة فيها دارئة.

والحاصل أنه إن طعن الخصم سأل عنهم فى الكل وإلا سأل فى الحدود والقصاص وفى غيرها محل الاختلاف. وقيل هذا اختلاف عصر وزمان، والفتوى على قولهما فى هذا الزمان بحر عن الهداية (قوله وعندهما يسأل فى الكل) أى وجوبا وليس بشرط للصحة عندهما كما أوضحه فى البحر أى فيأثم بتركه ولا يبطل الحكم اهـ حموى.

إن جهل بحالهم بحر (سرا

قال فى المحيط البرهانى : لو قضى بالحد ببينة ثم ظهر أنهم فساق بعد ما رجم فإنه لاضمان على القاضى لأنه لم يظهر الخطأ بيقين اه وهذا يدل على أن القاضى لو قضى فى الحدود قبل السؤال بظاهر العدالة فإنه يصح وإن كان آثما فقوله فى الهداية يشترط الاستقصاء معناه يجب. ومعنى قول الإمام يقتصر الحاكم يجوز اقتصاره لأنه يجب اقتصاره اه

[فرع] وفى الملتقط : صبى احتلم لا أقبل شهادته ما لم أسأل عنه ولابد أن يتأنى بعد البلوغ بقدر ما يقع فى قلوب أهل محلته ومسجده أنه صالح أو غيره اه (قوله إن جهل بحالهم بحر) وعبارته : ومحل السؤال على قولهما عند جهل القاضى بحالهم ، ولذا قال فى الملتقط : القاضى إذا عرف الشهود بجرح أو عدالة لا يسأل عنهم اه (قوله سرا) بأن يبعث الرقعة ويقال لها المستورة لسترها عن أعين الناس إلى المزكى، ويكتب فى ذلك البياض نسب الشاهد وحليته ومسجده الذى يصلى فيه ثم يكتب المزكى الذى بعث القاضى إليه عدالته ، بأن يكتب : هو عدل جائز الشهادة ، وإن لم يعرفه بشىء كتب هو مستور، ومن عرفه بفسق لم يصرح به بل يسكت تحرزا عن هتك الستر ، أو يكتب الله تعالى أعلم به إلا إذا عدله غيره وخاف أنه إن لم يصرح به يقضى بشهادته يصرح به كذا فى البناية. وفائدة السر أن المزكى إذا جرح الشاهد يقول القاضى للمدعى هات شاهدا آخر ولا يقول إنه مجروح . وفى هذا صيانة عن هتك حرمة المسلم وصيانة حال المزكى ولو تعارض الجرح والتعديل . قال العلامة قاسم : إذا جرح واحد وعدل واحد فعندهما الجرح أولى لأن مذهبهما أن الجرح والتعديل يثبت بقول واحد كما لو كان فى كل جانب اثنان .

مطلب لو جرحه واحد وعدله اثنان فالتعديل وإن جرحه اثنان وعدله عشرة فالجرح

وعند محمد تتوقف الشهادة حتى يجرحه واحد أو يعدله فيثبت الجرح أو التعديل ، فإن جرحه واحد وعدله اثنان فالتعديل أولى بالإجماع ، وإن جرحه اثنان وعدله عشرة فالجرح أولى . فلو قال المدعى بعد الجرح أنا أجىء بقوم صالحين يعدلونهم . قال فى العيون قبل ذلك : وفى النوادر أنه لا يقبل وهو اختيار ظهير الدين. وعلى قول من يقبل إذا جاء بقوم ثقة يعدلونهم فالقاضى يسأل الجارحين فلعلهم جرحوا بما لا يكون جرحا عند القاضى لا يلتفت إلى جرحهم وهذا ألطف الأقاويل وبه جزم فى الخانية ، وكذا لو عدل المزكى الشهود سرا وطعن الشهود عليه وقال للقاضى سل عنهم فلانا وفلانا وسمى قوما يصلحون .

مطلب لو عدل شاهد وقضى ومضى مدة وشهد فى أخرى

ولو عدل شاهد فى قضية وقضى به ثم شهد فى أخرى إن بعدت المدة أعيد التعديل وإلا لا . وفى الظهيرية : القاضى إذا عرف أحدهما بالعدالة فسأله عن صاحبه فعدله قال نصير لا يقبل ، ولابن سامة قولان :

مطلب إذا ردت الشهادة لعلة ثم زالت تلك العلة

وفى البزازية : من ردت شهادته فى حادثة لعلة ثم زالت العلة فشهد لم تقبل إلا فى أربعة : الصبى والعبد والكافر على المسلم والأعمى إذا شهد وأفردت فزال المانع فشهدوا يقبل ، وقد جمعها العلامة المقدسى فى قوله :

إن زالت العلة فى شهادة ردت فلا تقبل فى الإعادة
فى غير ما أربعة فى العد أعمى وكافر صبى عبد

وعلنا

مطلب يفرق بين المردود بتهمة أو لشبهة

وفى البحر : يفرق بين المردود لتهمة وبين المردود لشبهة ، فالثانى يقبل عند زوالها ، بخلاف الأول فإنه لا يقبل مطلقا إليه أشار فى النوازل ، وذلك كأجير الوحد لا تقبل شهادته ما دامت الإجارة قائمة فإذا انقضت قبلت (قوله وعلنا) بفتح اللام مصدر علن الأمر ظهر وانتشر . وفى المصباح : علن الأمر علونا من باب قعد ظهر وانتشر فهو عالن ، وعلن علنا من باب تعب لغة ، فهو علن وعلين والاسم العلانية ، بأن يجمع بين المزكى والشاهد الذى زكاه ويقول للمزكى هذا هو الذى زكيته حموى .

قال فى البحر : لو زكى من فى السر علنا يجوز عندنا ، والخصاف شرط تغايرهما كذا فى البزازية ، ولو قال المؤلف ثم علنا ليفيد أنه لابد من تقديم تزكية السر على العلانية لكان أولى ، لما فى الملتقط عن أبى يوسف : لا أقبل تزكية العلانية حتى يزكى فى السر اهـ وشمل سؤال القاضى عن الشاهد الأصلى والفرعى فيسأل عن الكل كذا عن أبى يوسف . وعن محمد : يسأل عن الأولين ، فإن زكيا سأل عن الآخرين كذا فى الملتقط .

[تنبيه] لا تجوز التزكية إلا أن تعرفه أنت أو وصف لك أو عرفت أن القاضى زكاه أو زكى عنده . وقال محمد : كم من رجل أقبل شهادته ولا أقبل تعديله ، يعنى أن الشهادة على الظواهر ولا كذلك التعديل كذا فى الملتقط .

مطلب يشترط فى التزكية شروط

فيشترط لجوازها شروط : الأول أن تكون الشهادة عند قاض عدل عالم . الثانى أن تعرفه وتختبره بشركة أو معاملة أو سفر . الثالث أن تعرف أنه ملازم للجماعة . الرابع أن يكون معروفا بصحة المعاملة فى الدينار والدرهم . الخامس أن يكون مؤديا للأمانة . السادس أن يكون صدوق اللسان . السابع اجتناب الكبائر . الثامن أن تعلم منه اجتناب الإصرار على الصغائر وما يخل بالمروءة ، والكل فى شرح أدب القضاء للخصاف . وفى النوازل : من قال لا أدرى أنا مؤمن أو غير مؤمن لا تعدله ولا تصل خلفه .

مطلب عرف فسق الشاهد فغاب ثم قدم

وفى البزازية : عرف فسق الشاهد فغاب غيبة منقطعة ثم قدم ولا يدرى منه إلا الصلاح لا يجرحه المعدل ولا يعدله .

مطلب لو كان معروفا بالصلاح فغاب ثم عاد فهو على عدالته

ولو كان معروفا بالصلاح فغاب غيبة منقطعة ثم حضر فهو على العدالة ، والشاهدان او عدلا بعد ما تابا يقضى بشهادتهما ، وكذا لو غابا ثم عدلا ، ولو خرسا أو عميا لا يقضى . تاب الفاسق لا يعدله كما تاب بل لابد من مضى زمان يقع فى القلب صدقه فى التوبة اهـ بحر . وفيه : وشمل إطلاقه ما إذا كان الشاهد غريبا ، فإن كان ولا يجد معدلا فإنه يكتب إلى قاضى بلده ليخبره عن حاله أو إلى أهل بلدته ليعرف حاله ، وكذا غريب نزل بين ظهرانى قوم لا يعدله حتى تبعد المدة ويظهر حاله للقوم . وكان الإمام الثانى يقول : إن المدة ستة أشهر ثم

به يفتى) وهو اختلاف زمان لأنهما كانا فى القرن الرابع ، ولو اكتفى بالسر جاز مجمع وبه يفتى سراجية (وكفى فى التزكية) قول المزكى (هو عدل فى الأصح) لثبوت الحرية بالدار درر ، يعنى الأصل

رجع إلى سنة ، ومحمد لم يقدره بل على ما يقع فى القلوب الوثوق ، وعليه الفتوى اه ملخصا (قوله به يفتى) مرتبط بقوله وعندهما يسأل فى الكل .

قال فى البحر : والحاصل أنه إن طعن الخصم سأل عنهم فى الكل إلى آخر ما قدمناه قريبا ، فكان ينبغى للمصنف أن يقدمه على قوله سرا وعلنا لئلا يوهم خلاف المراد فإنه سينقل أن الفتوى الاكتفاء بالسر ، وجزم به ابن الكمال فى متنه . وذكر فى البحر أن ما فى الكنز خلاف المفتى به ، وبه ظهر أن ما يفعل فى زماننا من الاكتفاء بالعلانية خلاف المفتى به بل فى البحر لابد من تقديم تزكية السر على العلانية إلى آخر ما قدمناه آنفا فتنبه .

أقول : وعمل قضاة زماننا الآن على تزكية السر والعلانية لورود الأمر السلطانى بذلك (قوله لأنهما كانا فى القرن الرابع) بعد تغير أحوال الناس ، فظهرت الخيانة والكذب . وأبو حنيفة كان فى القرن الثالث وهم ناس شهد لهم رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم بالخير والصلاح ، فقال عليه الصلاة والسلام « خير القرون قرنى الذى أنا فيه ، ثم الذين يلونهم ، ثم الذين يلونهم ، ثم يفشو الكذب حتى يحلف الرجل قبل أن يستحلف ويشهد قبل أن يستشهد » اه زيلعى وهذا بناء على أن القرن خمسون سنة كما نقله الأخضرى فى شرح السلم اه ح .

وقال ابن حجر فى شرح البخارى : يطلق القرن على مدة من الزمان . واختلفوا فى تحديدها من عشرة أعوام إلى مائة وعشرين ، لكن لم أر من صرح بالسبعين ولا بمائة وعشرة ، وما عدا ذلك فقد قال به قائل اه .

مطلب تاريخ وفاة أئمتنا الثلاثة

وذكروا أن الإمام مات سنة ١٥٠ مائة وخمسين . وأبو يوسف سنة ١٨٢ مائة واثنتين وثمانين ومحمد سنة ١٨٧ مائة وسبع وثمانين .

فإن قلت : هلا قال الشارح فى القرن الثالث عوضا عن قوله فى القرن الرابع لأنهم أدركوا أبا حنيفة وهو من التابعين الذين هم أهل القرن الثانى ، كما أن الصحابة هم أهل القرن الأول ؟ فيجاب : إن الذين كانوا يتحاكمون إلى الصاحبين هم أهل القرن الرابع وهم ما بعد أتباع التابعين (قوله سراجية) عبارتها كما فى البحر : أو الفتوى على أنه يسأل فى السر . وقد تركت التزكية فى العلانية فى زماننا كى لا يخدع المزكى أو يخوف اه . وقد كانت العلانية وحدها فى الصدر الأول . ويروى عن محمد تزكية العلانية بلاء وفتنة اه . قال القهستانى : وتزكية السر أحدثها شريح وعليه الفتوى كما فى المضمرات وغيره . ويشكل ما فى الاختيار أنه يسأل سرا وعلانية وعليه الفتوى اه .

قلت : يمكن إرجاعه إلى قوله يسأل : أى لا يكتفى بالعدالة الظاهرة ، فهو ترجيح لقولهما تأمل ، قاله سيدى الوالد (قوله لثبوت الحرية بالدار درر) ونحوه فى الهداية لكن فى البحر : واختار السرخسى أنه لا يكتفى بقوله هو عدل ، لأن المحدود فى قذف بعد التوبة عدل غير جائز الشهادة ، وكذا الأب إذا شهد لابنه فلابد من زيادة جائز الشهادة كما فى الظهيرية وينبغى ترجيحه اه .

فيمن كان فى دار الإسلام الحرية فهو بعبارته جواب عن النقض بالعبد ، وبدلالته جواب عن النقض بالمحدود ابن كمال (والتعديل من الخصم الذى لم يرجع إليه فى التعديل لم يصح) فلو كان ممن يرجع إليه فى التعديل صح بزازية . والمراد بتعديله تزكيته بقوله هم عدول زاد لكنهم أخطأوا أو نسوا أو لم يزد (و) أما (قوله صدقوا أو هم عدول صدقة) فإنه (اعتراف بالحق) فيقضى بإقراره لا بالبينة عند الجحود اختيار .

وفى البحر عن التهذيب : يحلف الشهود فى زماننا لتعذر التزكيه ، إذ المجهول لا يعرف المجهول وأقره المصنف ثم نقل عنه عن الصيرفية تفويضه للقاضى .

وفى البزازية : ينبغى أن يعدّل قطعا ولا يقول هم عندى عدول لإخبار الثقاة به ، ولو قال لا أعلم منهم إلا خيرا فهو تعديل فى الأصح (قوله الحرية) مخالف لما نقل فى بعض الشروح عن الجامع الكبير من أن الناس أحرار إلا فى الشهادة والحدود والقصاص كما لا يخفى فليتأمل يعقوبية ، لكن ذكر فى البحر عن الزيلعى أن هذا محمول على ما إذا طعن الخصم بالرق كما قيده القدورى (قوله فهو) أى لفظ عدل بعبارته أى بمنطوقه فيه أنه لا يكون كذلك إلا إذا كانت الحرية تفهم منطوقا من العدل ، ولا يطلق على العبد عدل مع أنه ليس كذلك ط (قوله بعبارته) أى بمنطوقه وهوماسيق الكلام له (قوله وبدلالته) هو الحكم الذى يساوى المنطوق لكن لم يسق النص إليه ، وهو يفيد أن المحدود فى القذف لا يكون عدلا وليس كذلك ، ولذا اختار السرخسى عدم الاكتفاء بقوله هو عدل كما قدمناه آنفا . وقد جعل الحلبى مرجع الضمير فى قوله فهو بعبارته إلى الأصل فيمن كان فى دار الإسلام الحرية بمفهوم الموافقة المسمى بدلالة النص ، فإنه بمنطوقه جواب عن النقض بالعبد الوارد على قول المزكى هو عدل فقط ، وبدلالته الذى هو مفهوم الموافقة جواب عن النقض بالمحدود فى القذف الوارد على عبارة المزكى السابقة ، وإنما دل بمفهوم الموافقة عليه لأن الأصل فيمن كان فى دار الإسلام عدم الحد فى القذف أيضا فهو مساو اه (قوله والتعديل) أى التزكية (قوله من الخصم) أى المدعى عليه والمدعى بالأولى كتعديل الشاهد نفسه ، وأطلقه فشمل ماذا عدله المدعى عليه قبل الشهادة أو بعدها كما فى البزازية ويحتاج إلى تأمل ، فإنه قبل الدعوى لم يوجد منه كذب فى إنكاره وقت التعديل وكان الفسق الطارئ على المعدل قبل القضاء كالمقارن بحر (قوله لم يصح) أى لم يصح مزكيا لأن فى زعم المدعى وشهوده أن المدعى عليه كاذب فى الإنكار ومبطل فى الإصرار ، وتزكية الكاذب الفاسق لا تصح ، هذا عند الإمام رحمه الله تعالى . وعندهما يصح إن كان من أهله بأن كان عدلا لكن عند محمد لابد من ضم آخر إليه درر . ومفاده أنه لو كان مقرا يصح .

قال فى منية المفتى : المشهود عليه إذا كان ساكتا غير جاحد للحق فقال هم عدول يقبل بالإتفاق ، فإن جحد وقال هم عدول لكن أخطأوا أو نسوا ففى صحة التعديل روايتان اه وهذا موضوع المسألة .

وفى شرح أدب القضاء للصدر الشهيد أن يكون مقرا بقوله صدقوا فيما شهدوا به علىّ ؛ وبقوله هم عدول فيما شهدوا به علىّ أطلقه وقيده . فى البزازية بما إذا كان المدعى عليه لايرجع إليه فى التعديل ، فإن كان صح قوله .

مطلب جرح الشاهد نفسه مقبول

قال فى البحر : وأما جرح الشاهد نفسه فمقبول لكنه يأثم بذلك حيث كان صادقا فى شهادته لما فيه من إبطال حق المدعى .

قلت : ولا تنس مامر عن الأشباه (و) الشاهد (له أن يشهد

مطلب تعديل أحد الشاهدين صاحبه

وتعديل أحد الشاهدين صاحبه فيه اختلاف . قال فى الظهيرية : شاهدان شهد الرجل والقاضى يعرف أحدهما بالعدالة ولا يعرف الآخر فعدله الذى عرفه القاضى بالعدالة . قال نصير رحمه الله تعالى : لايقبل القاضى تعديله ولابن سلمة فيه قولان . وعن أبى بكر البلخى فى ثلاثه شهدوا والقاضى يعرف اثنين منهم بالعدالة ولا يعرف الثالث فإن القاضى يقبل تعديلهما لو شهد هذا الثالث شهادة أخرى ، ولا يقبل تعديلهما فى الشهادة الأولى وهو كما قال نصير رحمه الله تعالى (قوله ولا تنس مامر عن الأشباه) أى قبيل التحكيم من أن الإمام لو أمر قضاته بتحليف الشهود وجب على العلماء أن ينصحوه ويقولوا له لاتكلف قضاتك إلى أمر يلزم منه سخطك إن خالفوك أو سخط الخالق إذا وافقوك اهـ ح :

وأقول : وعبارة البحر بعد ماذكر عبارة القلانسى من أن مختار ابن أبى ليلى استحلاف الشهود . قال قلت ولا يضعفه مافى الكتب المعتمدة كالخلاصة والبزازية من أنه لايمين على الشاهد لأنه عند ظهور عدالته ، والكلام عند خفائها خصوصا فى زماننا أن الشاهد مجهول الحال ، وكذا المزكى غالبا والمجهول لايعرف المجهول ، لكن قال العلامة المقدسى بعد ذكر مافى التهذيب للقلانسى : لايخفى أنه مخالف لما فى الكتب المعتمدة .

ولا يقال : يجب العمل به لأن الشاهد مجهول كالمزكى غالبا والمجهول لايعرف المجهول . لأنا نقول : الأمر كذلك ، لكن قال الفقيه : لو استقصى مثل ذلك لضاق الأمر ولا يوجد مؤمن بغير عيب كما قيل :

ومن ذا الذى ترضى سجاياه كلها كفى المرء نبلا أن تعدّ معايبه

أقول : لكن صدر الأمر السلطانى أنه إذا ألح الخصم على القاضى بأن يحلف الشهود قبل الحكم لتقوية الشهادة ورأى الحاكم لزوم ذلك فله إجابته كما فى مادة ١٧٢٧ من المجلة .

[لطيفة] فى الملتقط عن غسان بن محمد المروزى قال : قدمت الكوفة قاضيا فوجدت فيها مائة وعشرين عدلا فطلبت أسرارهم فرددتهم إلى ستة ثم أسقطت أربعة فلما رأيت ذلك استعفيت واعتزلت .

[تنبيه] قال إسمعيل بن حماد حفيد أبى حنيفة رحمه الله تعالى ، وهو من جملة الأئمة . أخذ عن أبى يوسف وزاحمه فى العلم ، ولو عمر لفاق المتقدمين والمتأخرين ، لكنه مات شابا رحمه الله تعالى : أربعة من الشهود لاأسأل عنهم .

شاهد غريب ، وهو أن يجتمع الخصوم بباب القاضى ومنهم شخص يدعى الغربة والعزم على السفر وفوت الرفاق بالتأخير وطلب تقديمه لذلك أى بلا قرعة كما فى البحر ، فلا يقبل إلا بشاهدين على ذلك ، ولا يحتاج إلى تزكيتهما لتحقق الفوات بطول المدة بالتزكية .

الثانية العدوى ، وهى مالو سمى شخصا بينه وبين المصر أكثر من يوم وله عليه دعوى لايرسل القاضى خلفه حتى يقيم بينة بالحق الذى عليه ، ولا يشترط تعديلها . ونقل عن محمد أنه اشترط تعديل هذين لما فيه من الإلزام على الغير ، وكل ماكان كذلك سبيله التعديل ، وإليه مال الحلوانى وقال إنه روى عن الإمام .

الثالثة شاهد رد الطينة ، وهو مالو ادعى على شخص لبس بحاضر معه بحق وذكر أنه امتنع من الحضور معه أعطاه القاضى طينة أو خاتما وقال أره إياه وادعه إلىّ وأشهد عليه ، فإن أراه ذلك وقال لا أحضر وشهد عند القاضى بذلك مستوران لايسأل عنهما . قالوا : وفيما نقل عن محمد إشارة إلى تعديلهما حيث قيد بما فيه إلزام على الغير .

بما سمع) أو رأى فى (مثل البيع) ولوبالتعاطى فيكون من المرئى (والإقرار) ولو بالكتابة فيكون مرئيا

وقال الصدر الشهيد : إن عدم التعديل أنظر للناس وبه نأخذ لخوف اختفاء الخصم مخافة العقوبة ، فإذا شهدا كتب إلى الوالى فى إحضاره .

الرابعة شاهد تعديل العلانية لايشترط تزكيته ظاهرا بعد سؤال القاضى عن الشهود المطلوب تعديلهم فى السر ممن يثق به من أمنائه وأخبره بعدالتهم ، ولابد من المغايرة بين شهود السر والعلانية ، وإنما لم تشترط عدالتهم لأنها للاحتياط إجابة للمدعى إلى ماطلب اه ذكره العلامة عبد البر فى شرح الوهبانية ومثله فى شرحها لمصنفها . وذكر فى البحر أن ذلك فى شهادة العلانية محمول على أن مزكيها معروف العدالة لنقل الإجماع على أن تزكيه العلانية كالشهادة ، أو هو محمول عن ماإذا تقدمت التزكية سرا ، ولئن كان ماذكره العلامة عبد البر عن الإمام إسمعيل مرادا فهو ضعيف لنقل الإجماع على أن تزكية العلانية كالشهادة اه (قوله بما سمع) أى إن كان من المسموعات ، وقوله أو رأى : أى إن كان من المرئيات ، وقد يكون الشىء مسموعا ومرئيا باعتبارين ، وأشار بقوله بما سمع إلى أنه لابد من علم الشاهد بما يشهد به ، ولهذا قال فى النوازل عن رجل ادعى على ورثة ميت مالا فأمر بإثبات ذلك فأحضر شاهدين شهدا أن المتوفى قد أخذ من هذا المدعى منديلا فيه دراهم ولم يعلما كم وزنها هل تجوز شهادتهما وهل يجوز للشاهدين أن يشهدا بذلك ؟ قال : إن كان الشهود وقفوا على تلك الصرة وفهموا أنها دراهم وحرزوها فيما يقع عليه يقينهم من مقدارها شهدوا بذلك ، وينبغى أن يعتبروا جودتها فإنها قد تكون ستوقة ، فإذا فعلوا ذلك جازت شهادتهم اه .

وفى خزانة الأكمل : رجل فى يده درهمان كبير وصغير فأقر بأحدهما لرجل فشهدا أنه أقر بأحدهما ولاندرى بأيهما أقر فإنه يؤمر بتسليم الصغير اه (قوله فى مثل البيع) إن عقداه بإيجاب وقبول كان من المسموعات ، وإن بتعاط كان من المرئيات . وفيه يشهدون بالأخذ والإعطاء ، ولو شهدوا بالبيع جاز بحر عن البزازية . قال فى الدرر : ويقول أشهد أنه باع أو أقر لأنه عاين السبب فوجب عليه الشهادة كما عاين ، وهذا إذا كان البيع بالعقد ظاهر ، وإن كان بالتعاطى فكذلك لأن حقيقة البيع مبادلة المال بالمال وقد وجد . وقيل لايشهدون على البيع بل على الأخذ والإعطاء لأنه بيع حكمى لاحقيقى اه .

وفى البحر عن الخلاصة : رجل حضر بيعا ثم احتيج إلى الشهادة للمشترى ، يشهد له بالملك بسبب الشراء ولا يشهد له بالملك المطلق ، لأن الملك المطلق ملك من الأصل والملك بالشراء حادث اه . وفيه : ولابد من بيان الثمن فى الشهادة على الشراء لأن الحكم بالشراء بثمن مجهول لايصح اه وانظر ماقدمناه فى شتى القضاء ، وما سنذكره فى باب الاختلاف فى الشهادة إن شاء الله تعالى (قوله والإقرار) هو باللسان من المسموعات بأن يسمع قول المقر لفلان علىّ كذا (قوله ولو بالكتابة) فى البحر عن البزازية ماملخصه : إذا كتب إقراره بين يدى الشهود ولم يقل شيئا لايكون إقرارا فلا تحل الشهادة به ولو كان مصدرا مرسوما ، وإن لغائب على وجه الرسالة على ماعليه العلامة لأن الكتابة قد تكون للتجربة . وفى حق الأخرس يشترط أن يكون معنونا مصدرا وإن لم يكن إلى الغائب ، وإن كتب وقرأ عند الشهود مطلقا أو قرأه غيره وقال الكاتب اشهدوا علىّ به أو كتبه عندهم وقال اشهدوا علىّ بما فيه وعلموا به كان إقرارا وإلا فلا ، وبه ظهر أن ماهنا خلاف ماعليه العامة لكن جزم به فى الفتح وغيره ، وأفتى به الشيخ سراج الدين قارىء الهداية ، إذا كان على رسم الصكوك واعترف بأنه خطه أو شهدوا عليه به وقد شاهدوا كتابته وعرفوا ما كتبه أو قرأه عليهم ، هذا حاصل ماأجاب به فى موضعين من

(وحكم الحاكم والغصب والقتل وإن لم يشهد عليه) ولو مختفيا يرى وجه المقر ويفهمه (ولا يشهد على محجب بسماعه منه إلا إذا تبين القائل) بأن لم يكن فى البيت غيره ، لكن لو فسر لا تقبل درر (أو يرى شخصها) أى القائلة (مع شهادة اثنين بأنها فلانة بنت فلان ابن فلان) ويكفى هذا للشهادة على الاسم والنسب وعليه الفتوى جامع الفصولين .

فتاواه ، وسيأتى قريبا إن شاء الله تعالى تمام الكلام على ذلك (قوله وحكم الحاكم) يكون من المسموع إن كان بالقول ، ويكون من المرئيات إن كان فعلا (قوله والغصب والقتل) من المرئيات (قوله وإن لم يشهد عليه) لو قال بدله ولو قال لاتشهد علىّ لكان أفود ، لما فى الخلاصة : لو قال المقر لاتشهد علىّ بما سمعت تسعه الشهادة اه . فيعلم حكم ماإذا سكت بالأولى بحر . وفيه : وإذا سكت يشهد بما علم ، ولا يقول أشهدنى لأنه كذب .

وفى النوازل : سئل محمد بن مقاتل عن شريكين يتحاسبان وعندهما قوم فقالا لاتشهدوا علينا بما تسمعونه منا ثم أقر أحدهما لصاحبه بشراء أو باع شيئا فطلب المقر له بعد ذلك منهم الشهادة قال : ينبغى لهم أن يشهدوا بذلك وهو قول محمد بن سيرين . وأما الحسن البصرى والحسن بن زياد فإنهما يقولان لايشهدون به . قال الفقيه : وروى عن أبى حنيفة أنه قال : ينبغى لهم أن يشهدوا وبه نأخذ اه . ثم قال بعده قال الفقيه : إن كان يخاف على نفسه أنه إذا أقر بشىء صدق وادعى أن شريكه قبض لايصدقه يقول للمتوسط اجعل كأن هذا المال على غيرى وأنا أعبر عنه ثم يقول قبض كذا وكذا فيبين الجميع من غير أن يضيف إلى نفسه كى لايصير حجة عليه اه (قوله ولو مختفيا يرى وجه المقر ويفهمه) وإن لم يروه وسمعوا كلامه لايحل لهم الشهادة إلا إذا دخل بيتا فرأى رجلا فيه وحده فخرج وجلس على بابه وليس له مسلك غيره فسمع إقراره من الباب من غير رؤية وجهه حل له أن يشهد بما أقر كذا ذكره الخصاف .

وفى العيون : رجل خبأ قوما لرجل ثم سأله عن شىء فأقر وهم يسمعون كلامه ويرونه وهو لايراهم جازت شهادتهم ، وإن لم يروه وسمعوا كلامه لاتحل لهم الشهادة اه بحر (قوله لكن لو فسر) بأن قال : إنى شاهد على المحتجب (قوله لاتقبل) إذ ليس من ضرورة جواز الشهادة القبول عند التفسير ، فإن الشهادة بالتسامع تقبل فى بعض الحوادث ، لكن إذا صرح لاتقبل ط (قوله أو يرى شخصها) فى الملتقط . إذا سمع صوت المرأة ولم ير شخصها فشهد اثنان عنده أنها فلانة لايحل له أن يشهد عليها ، وإن رأى شخصها وأقرت عنده فشهد اثنان أنها فلانة حل له أن يشهد عليها اه بحر من أول الشهادات ، واحترز برؤية شخصها عن رؤية وجهها . قال فى جامع الفصولين : حسرت عن وجهها وقالت أنا فلانة بنت فلان بن فلان وهبت لزوجى مهرى فلا يحتاج الشهود إلى شهادة عدلين أنها فلانة بنت فلان مادامت حية إذ يمكن الشاهد أن يشير إليها ، فإن ماتت فحينئذ يحتاج الشهود إلى شهادة عدلين بنسبها وقال قبله : لو أخبر الشاهد عدلان أن هذه المقرة فلانة بنت فلان يكفى هذا للشهادة على الاسم والنسب عندهما وعليه الفتوى ، ألا ترى أنهما لو شهدا عند القاضى يقضى بشهادتهما والقضاء فوق الشهادة فتجوز الشهادة باخبارهما بالطريق الأولى ، فإن عرفها باسمها ونسبها عدلان ينبغى للعدلين أن يشهدا الفرع على شهادتهما فيشهد عند القاضى عليها بالاسم والنسب وبالحق أصالة اه . وفيه : ولا يجوز الاعتماد عليهما بإخبار المتعاقدين باسمهما ونسبهما لعلهما تسميا وانتسبا باسم غيرهما ونسبه يريدان أن يزورا على الشهود ليخرجا المبيع من يد مالكه ، فلو اعتمدا على قولهما نفذ تزويرهما وبطل أملاك الناس .

[فرع] فى الجواهر عن محمد: لا ينبغى للفقهاء كتب الشهادة لأن عند الأداء يبغضهم المدعى عليه فيضره (وإن كان بين الخطين) بأن أخرج المدعى خط إقرار المدعى عليه فأنكر كونه خطه فاستكتب فكتب وبين الخطين (مشابهة ظاهرة) على أنهما كخط كاتب واحد (لا يحكم عليه بالمال) هو الصحيح

مطلب مايغفل الناس عنه كثيرا من الشهادة على المتعاقدين باسمهما ونسبهما بأخبارهما

وهذا فصل غفل عنه كثير من الناس فإنهما يسمعون لفظ الشراء والبيع والإقرار والتقابض من رجلين لايعرفونهما ثم إذا استشهدوا بعد موت صاحب البيع شهدوا على ذلك الاسم والنسب ولا علم لهم بذلك فيجب أن يحترز عن مثل ذلك، وطريق علم الشهود بالنسب أن يشهد عندهم جماعة لايتصور تواطؤهم على الكذب عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى. وعندهما شهادة رجلين كاف كما فى سائر الحقوق.

أقول: يحصل للقاضى العلم بالنسب بشهادة عدلين، فينبغى أن يحصل للشهود أيضا بشهادة عدلين كما هو قولهما اه وقيد برؤية الشخص لأنه لايشترط رؤية الوجه لصحة الشهادة على المنتقبة كما قال به بعض مشايخنا عند التعريف شرنبلاليه، وإلى هذا مال خواهر زاده. وبعضهم قال: لايصح التحمل عليها بدون رؤية وجهها ذكره سرى الدين. قال أبو السعود: فتحصل منه أن الفتوى على عدم إشتراط رؤية وجه المرأة.

أقول: ولا يخفى أن هذا كله، عند عدم معرفته لها أما إذ عرفها فيشهد عليها بدون رؤية وجهها ولكن هذا ظاهر إذا رأى وجهها ثم تنقبت فشهد على إقرارها مثلا فى حال تنقبها فهذا لاشك أنه لايحتاج إلى تعريف من غيره إذ تعريف غيره حينئذ لايزيد على معرفته. وأما إذا كانت متنقبة وكان يعرفها قبل فعرفها بصوتها وهيئتها ولم ير وجهها وقت التنقب أو الإقرار فهل يكفى ذلك؟ ظاهر إطلاقهم أنه لايكفى. فى العمادية قالوا: لايصح التحمل بدون رؤية وجهها: وبه يفتى شمس الإسلام الأوزجندى وظهير الدين المرغينانى اه ولم يفصل بين ما إذا عرفها بصوتها أولا.

وفى البيرى على الأشباه: لايجوز أن يشهد على من سمعه من وراء حائط أو من فوق البيت وهو لايراه وإن عرف كلامه، لأن الكلام يشبه بعضه بعضا كما فى التتارخانية.

وفى منية المفتى: أقرت من وراء حجاب لايجوز أن يشهد على إقرارها إلا إذا رأى شخصها، ولم يشترط فى النوادر رؤية وجهها انتهى، وانظر كلام الفتح فإنه يفيد ذلك أيضا (قوله وعليه الفتوى) مقابله ماتقدم قريبا من أنه لابد من شهادة جماعة. ذكر الفقيه أبو الليث عن نصير بن يحيى قال: كنت عند أبى سليمان فدخل ابن لمحمد ابن الحسن فسأله عن الشهادة على المرأة متى تجوز إذا لم يعرفها. قال: كان أبو حنيفه يقول لاتجوز حتى يشهد عنده جماعة أنها فلانة. وكان أبو يوسف وأبوك يقولان يجوز إذا شهد عنده عدلان أنها فلانة وهو المختار للفتوى وعليه الاعتماد لأنه أيسر على الناس انتهى.

واعلم أنهما كما احتاجا للاسم والنسب للمشهود عليه وقت التحمل يحتاجان عند أداء الشهادة إلى من يشهد أن صاحبة الاسم والنسب هذه. وذكر الشيخ خير الدين أنه يصح التعريف ممن لاتقبل شهادته لها سواء كانت الشهادة عليها أو لها سائحانى بزيادة من البحر وغيره (قوله لأن عند الأداء) كذا وقع فى المنح، وفيه حذف اسم إن وهو ضمير الشأن والجمله بعدها خبرها (قوله فيضره) أى يضر المدعى عليه بغضه للفقيه (قوله ظاهرة) ضمنه معنى دالة فعداه بعلى (قوله على أنهما كخط كاتب واحد) لفظ على بمعنى فى أو متعلق بمحذوف تقديره تدل، والأولى حذف الكاف من كخط كما هو فى المنح، وهو كذلك فى بعض النسخ (قوله لايحكم عليه بالمال)

خانية، وإن أفتى قارىء الهداية بخلافه فلا يعول عليه، وإنما يعوّل على هذا التصحيح لأن قاضيخان من أجلّ من يعتمد على تصحيحاته كذا ذكره المصنف هنا . وفى كتاب الإقرار : واعتمده فى الأشباه ، لكن فى شرح الوهبانية : لو قال هذا خطى لكن ليس علىّ هذا المال إن كان الخط على وجه الرسالة مصدرا معنونا لايصدق ويلزم بالمال ونحوه فى الملتقط وفتاوى قارىء الهداية فراجع ذلك

لأنه لا يزيد على أن يقول هذا خطى وأنا حررته لكنه ليس على هذا المال وثمة لايجب فكذا هنا منح (قوله خانية) عبارتها من الشهادات: رجل كتب صك وصية وقال للشهود اشهدوا بما فيه ولم يقرأ وصيته عليهم . قال علماؤنا : لايجوز للشهود أن يشهدوا بما فيه . وقال بعضهم : وسعهم أن يشهدوا والصحيح أنه لايسعهم، وإنما يحل لهم أن يشهدوا بأحد معان ثلاثة : إما أن يقرأ الكتاب عليهم وكتبه غيره ، أو قرىء الكتاب عليه بين يدى الشهود فيقول هو لهم اشهدوا علىّ بما فيه ، أو يكتب هو بين يدى الشاهد ويعلم بما فيه ويقول اشهدوا علىّ بما فيه قال أبو على النسفى : هذا إن لم يكن الكتاب مكتوبا على الرسم ، فإن كان مكتوبا على الرسم وكتب بين يدى الشهود والشاهد يعلم مافى الكتاب وسعه أن يشهد ، وإن لم يقل له اشهد علىّ بما فيه هكذا روى عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى النوادر اه وتمامه فيها (قوله واعتمده فى الأشباه) قال فى أحكام الكتابة: منها وذكر القاضى ادعى عليه مال وأخرج خطا وقال إنه خط المدعى عليه بهذا المال فأنكر أن يكون خطه فاستكتب فكتب وكان بين الخطين مشابهة ظاهرة دالة على أنهما خط كاتب واحد لايحكم عليه بالمال فى الصحيح لأنه لايزيد على أن يقول هذا خطى وأنا حررته، لكن ليس علىّ هذا المال وثمة لايجب كذا هنا (قوله لكن فى شرح الوهبانية الخ) هذا قول القاضى النسفى ، والعامة على خلافه كما فى البحر ونصه : قال القاضى النسفى : إن كتب مصدرا مرسوما وعلم الشاهد حل له الشهادة على إقراره كما لو أقر كذلك ، وإن لم يقل اشهد علىّ به، وعلى هذا إذا كتب للغائب على وجه الرسالة أما بعد ذلك فلك علىّ كذا يكون إقرارا لأن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر فيكون متكلما والعامة على خلافه لأن الكتابة قد تكون للتجربة اه (قوله وفتاوى قارىء الهداية عبارتها) سئل : إذا كتب شخص ورقة بخطه إن فى ذمته لشخص كذا ثم ادعى عليه فجحد المبلغ واعترف بخطه ولم يشهد عليه . أجاب إذا كتب على رسم الصكوك يلزم المال ، وهو أن يكتب يقول فلان بن فلان الفلانى : إن فى ذمته لفلان بن فلان الفلانى كذا وكذا فهو إقرار يلزم به ، وإن لم يكتب على هذا الرسم فالقول قوله مع يمينه اه . ثم أجاب عن سؤال آخر نحوه بقوله : إذا كتب إقراره على الرسم المتعارف بحضرة الشهود فهو معتبر فيسع من شاهد كتابته أن يشهد عليه إذا جحده إذا عرف الشاهد ما كتب أو قرأه عليه ، أما إذا شهدوا أنه خطه من غير أن يشاهدوا كتابته لايحكم بذلك اه .

وحاصل الجوابين أن الحق يثبت باعترافه بأنه خطه أو بالشهادة عليه بذلك إذا عاينوا كتابته أو قرأه عليهم وإلا فلا ، وهذا إذا كان معنونا ، ثم لا يخفى أن هذا لا يخالف ما فى المتن ، نعم يخالف ما فى البحر عن البزازية فى تعليل المسألة بقوله لأنه لا يزيد على أن يقول هذا خطى وأنا حررته لكن ليس علىّ هذا المال وثمة لايجب كذا هنا . وقد يوفق بينهما بحمله على ما إذا لم يكن معنونا لكن هو قول القاضى النسفى كما فى البزازية ، وقد قدمنا أنه خلاف ما عليه العامة (قوله فراجع ذلك) أراد بذلك أن يبين أن المسألة التى أفتى بها قارىء الهداية غير مسألة قاضيخان ، فإن ما فى قاضيخان هو الذى ذكره المصنف كما وقفت عليه . والذى أفتى به قارى الهداية هو ما فى شرح الوهبانية والملتقط كما علمت .

. . . .

أقول : والحاصل أنه اضطرب كلامهم فى مسألة العمل بالخط . ولعله مبنى على اختلاف الرواية أو أن فيه قولين كما يشعر به التعبير بلفظ قالوا كما قدمناه ، والذى قدمناه عن البحر يفيد أن عامة علمائنا على عدم العمل بالخط ، وأشار العلامة البيرى إلى أن قولهم لا يعتمد على الخط ولا يعمل بمكتوب الوقف الذى عليه خطوط القضاة الماضين الخ يستثنى منه ما وجده القاضى فى أيدى القضاة الماضين وله رسوم فى دواوينهم ، ويشير إليه ما قاله فى الإسعاف من أن ذلك استحسان . واستثنى أيضا فى الأشباه تبعا لما فى قاضيخان والبزازية وغيرهما خط السمسار والبياع والصراف وجزم به فى البحر وكذا فى الوهبانية . وحققه ابن الشحنة وكذا الشرنبلالى فى شرحها ، وأفتى به المصنف ونسبه العلامة البيرى إلى غالب الكتب . قال حتى المجتبى حيث قال : وأما خط البياع والصراف والسمسار فهو حجة وإن لم يكن معنونا ظاهرا بين الناس . وكذلك ما يكتب الناس فيما بينهم يجب أن يكون حجة للعرف اه .

وفى خزانة الأكمل صراف كتب على نفسه بمال معلوم وخطه معلوم بين التجار وأهل البلد ثم مات فجاء غريم يطلب المال من الورثة وعرض خط الميت بحيث عرف الناس خطه حكم بذلك فى تركته إن ثبت أنه خطه وقد جرت العادة بين الناس بمثله حجة اه ما قاله البيرى . ثم قال بعده . قال العلامة العينى : والبناء على العادة الظاهرة واجب ، فعلى هذا إذا قال البياع : وجدت فى ياركارى(١) أى دفتر بخطى أو كتبت ياركارى بيدى أن لفلان علىّ ألف درهم كان هذا إقرارا ملزما إياه .

قلت : وزاد أن العمل فى الحقيقة إنما هو بموجب العرف لا بمجرد الخط ، والله تعالى أعلم وأقره الشارح فى باب كتاب القاضى إلى القاضى حيث قال : وفى الأشباه لا يعمل بالخط إلا فى مسألة كتاب الأمان ، ويلحق به البراءات ودفتر بياع وصراف وسمسارا الخ .

مطلب فى العمل بالدفاتر السلطانية

وكتب سيدى نقلا عن المحقق هبة الله البعلى فى شرحه على الأشباه ما نصه : تنبيه مثل البراءات السلطانية الدفتر الخاقانى المعنون بالطرة السلطانية فإنه يعمل به ، وللشارح رسالة فى ذلك حاصلها بعد أن نقل ما هنا من أنه يعمل بكتاب الأمان : ونقل جزم ابن الشحنة وابن وهبان بالعمل بدفتر الصراف والبياع والسمسار لعلة أمن التزوير كما جزم به البزازى والسرخسى وقاضيخان ، وأن هذه العلة فى الدفاتر السلطانية أولى كما يعرفه من شاهد أحوال أهاليها حين نقلها إذ لا تحرر أولا إلا بإذن السلطان ، ثم بعد اتفاق الجمّ الغفير على نقل ما فيها من غير تساهل بزيادة أو نقصان تعرض على المعين لذلك فيضع خطه عليها ثم تعرض على المتولى لحفظها المسمى بدفتر أمينى فيكتب عليها ثم تعاد أصولها إلى أمكنتها المحفوظة بالختم ، فالأمن من التزوير مقطوع به وبذلك كله يعلم جميع أهل الدولة والكتبة ، فلو وجد فى الدفاتر أن المكان الفلانى وقف على المدرسة الفلانية مثلا يعمل به من غير بينة وبذلك يفتى مشايخ الإسلام كما هو مصرح به فى بهجة عبد الله أفندى وغيرها فليحفظ اه .

---

(١) (قوله ياركارى) بالياء المثناة التحتية والراء المهملة آخره راء مركب : معناه المذكر ، وهو هنا الدفتر . وفى بعض الايارکار الباحة . وفى بعض فى تذا كر الباحة اه منه .

(ولا يشهد على شهادة غيره ما لم يشهد عليه) وقيده فى النهاية بما إذا سمعه فى غير مجلس القاضى، فلو فيه جاز وإن لم يشهده شرنبلالية عن الجوهرة. ويخالفه تصوير صدر الشريعة وغيره، وقولهم لابد من التحميل وقبول التحميل وعدم النهى بعد التحميل على الأظهر، نعم الشهادة بقضاء القاضى صحيحة

فالحاصل أن المدار على انتفاء الشبهة ظاهرا، وعليه فما يوجد فى دفاتر التجار فى زماننا إذا مات أحدهم وقد حرر بخطه ما عليه فى دفتره الذى يقرب من اليقين أنه لا يكتب فيه على سبيل التجربة والهزل يعمل به والعرف جارٍ بينهم بذلك، فلو لم يعمل به لزم ضياع أموال الناس إذ غالب بياعاتهم بلا شهود، فلهذه الضرورة جزم به الجماعة المذكورون وأئمة بلخ كما نقله فى البزازية، وكفى بالإمام السرخسى وقاضيخان قدوة وقد علمت أن هذه المسألة مستثناة من قاعدة أنه لا يعمل بالخط، فلا يرد ما مر من أنه لا تحل الشهادة بالخط على ما عليه العامة، ويدل عليه تعليلهم بأن الكتابة قد تكون للتجربة، فإن هذه العلة فى مسألتنا منتفية، واحتمال أن التاجر يمكن أن يكون قد دفع المال وأبقى الكتابة فى دفتره بعيد جدا، على أن ذلك الاحتمال موجود، ولو كان بالمال شهود فإنه يحتمل أنه قد أوفى المال ولم يعلم به الشهود. ثم لا يخفى أنا حيث قلنا بالعمل بما فى الدفتر فذاك فيما عليه كما يدل عليه ما قدمناه عن خزانة الأكمل وغيرها. أما فيما له على الناس فلا ينبغى القول به، فلو ادعى بمال على آخر مستندا لدفتر نفسه لا يقبل لقوة التهمة الكل من التنقيح لسيدى الوالد ملخصا، وتمامه فيه، وانظر ما قدمه فى كتاب القاضى (قوله ولا يشهد على شهادة غيره) ولو سمعه يشهد غيره فإنه لا يسعه أن يشهد لأنه حمل غيره ط (قوله ما لم يشهد عليه) أى مالم يقل له الشاهد اشهد على شهادتى. قال فى البحر: ولو قال المؤلف كما فى الهداية ما لم يشهد عليها لكان أولى من قوله عليه لما فى الخزانة: لو قال اشهد علىّ بكذا أو أشهد على ما شهدت به كان باطلا ولابد أن يقول اشهد على شهادتى إلى آخره اهـ (قوله فلو فيه جاز) لأنها حينئذ ملزمة والتعليل يفيد أن القاضى قضى بها حموى، لكن قال سيدى: والظاهر أن المراد من كونها ملزمة: أى للقاضى الحكم بها، إذ لا يجوز له تأخير الحكم إلا فى مواضع تقدمت فى القضاء كما صرح به فى النهاية وفتح القدير وتبعهم الشارح.

أقول: وحينئذ لا يلزم ما أفاده التعليل من قضاء القاضى بها بالفعل (قوله ويخالفه تصوير صدر الشريعة) حيث قال: سمع رجل أداء الشهادة عند القاضى لم يسع له أن يشهد على شهادته اهـ ح فإن حمل ذلك على أنه قبل القضاء به ارتفعت المنافاة ط.

أقول: وهو مؤيد لما قلناه آنفا فى القولة التى قبل هذه (قوله وقولهم) عطف على تصويره أى ويخالفه قولهم ووجه المخالفة الإطلاق وعدم تقييد الاشتراط بما إذا كانت عند غير القاضى (قوله لابد من التحميل) مصدر فعل المضعف فى المواضع الثلاثة ح (قوله وقبول التحميل) فلو أشهده عليها فقال لا أقبل فإنه لا يصير شاهدا، حتى لو شهد بعد ذلك لا تقبل كما فى القنية، وينبغى أن يكون هذا على قول محمد من أنه توكيل، وللوكيل أن لا يقبل. وأما على قولهما من أنه تحميل فلا يبطل بالرد لأن من حمل غير شهادة لم تبطل بالرد بحر (قوله على الأظهر) وهو قول العامة، لما فى الخلاصة معزيا إلى الجامع الكبير: لو حضر الأصيلان ونهيا الفروع عن الشهادة صح النهى عند عامة المشايخ. وقال بعضهم لا يصح، والأول أظهر اهـ بحر. قال ط: وجه المخالفة أن الأولين لم يوجدا، لأن الشاهد عند القاضى لم يحمل السامع والسامع لم يقبل.

وقد يقال: إن هذا بمنزلة الشهادة بالحكم نفسه لكونها بعد القضاء بها. ويقال فى الثانى أيضا إن

وإن لم يشهدهما القاضي عليه : وقيده أبو يوسف بمجلس القضاء وهو الأحوط ذكره في الخلاصة (كفى) عدل (واحد) فى اثنى عشر مسألة على ما فى الأشباه: منها إخبار القاضى بإفلاس المحبوس بعد المدة و (للتزكية) أى تزكية السر. وأما تزكية العلانية فشهادة إجماعا

اشتراطه قول محمد لا قولهما فليتأمل اه (قوله وإن لم يشهدهما القاضى عليه) أى فتحمل عبارة النهاية السابقة على أنه سمعه فى مجلس القاضى وحكم القاضى بشهادته فيشهد بحكم القاضى إلا بشهادة الشاهد لأن الشهادة على الحكم لا تحتاج إلى الإشهاد والشهادة على الشهادة تحتاج إليه بلا قيد كما هو صريح عبارة صدر الشريعة حيث قال: سمع رجل أداء الشهادة عند القاضى لا يسعه أن يشهد على شهادته أفاده د (قوله وقيده أبو يوسف الخ) فيه تأمل، فإن القاضى لا يجوز له قضاء فى غير مجلس قضائه إذا كان معينا له. فلو كان هذا الخلاف فيما إذا سمعا القاضى يشهد على قضائه لكان أظهر.

وفى حاشية الشلبى عن الكاكى: لو سمع قاضيا يشهد قوما على قضائه كان للسامع أن يشهد على قضائه بغير أمره لأن قضاء القاضى حجة ملزمة، ومن عاين حجة حل له الشهادة بها؛ كما لو عاين الإقرار والبيع اه لكن قد سبق أن القاضى إذا حكم فى غير نوبة القضاء وأجازه فيها صح فتدبر ط (قوله كفى عدل واحد) قيد بالعدل لأن خبر المستور لا يقبل فى هذه الأشياء وإن كان اثنين، وكذا الديانات كطهارة الماء ونجاسته وحل الطعام وحرمته. ويقبل خبر العدل أو المستورين فى عز الوكيل وحجر المأذون وإخبار البكر بإنكاح وليها وإخبار الشفيع بالبيع والمسلم الذى لم يهاجر (قوله فى اثنى عشر مسألة(١)) منها الأحد عشر الآتية فى النظم قال فيها: وزدت أخرى: يقبل قول أمين القاضى إذا أخبره شهادة شهود على عين تعذر حضورها كما فى دعوى القنية أشباه (قوله منها إخبار القاضى) من إضافة المصدر لمفعوله أى إخبار العدل القاضى والأولى حذفه للاستغناء عنه بما نقله من النظم، ومعناه أن القاضى إذا حبس شخصا فى مال عوض عن مال وقد ادعى أنه معسر فإنه لا يصدقه ويحبسه مدة يراها، فإذا أخبره عدل بعد هذه المدة بإفلاسه فإنه يقبل خبره ويطلقه ط (قوله بعد المدة) أى بعد أن حبسه القاضى مدة يعلم من حاله أنه لو كان له مال لقضى دينه ولم يصبر على ذل الحبس كما تقدم مدنى (قوله أى تزكية السر) عندهما. ورتب محمد تزكيته على مراتب الشهادة الأربعة المتقدمة فالمزكى فى كل مرتبة مثل الشاهد شرنبلالية: أى يشترط فى تزكية الزنا أربعة ذكور. وفى غيره من الحدود والقصاص رجلان، وفى غيرهما من الحقوق رجلان أو رجل وامرأتان. وفيما لا يطلع عليه الرجال امرأة واحدة ترتيبها على ترتيب الشهادة لأنها كالشهادة وبه قالت الثلاثة، ومحل الاختلاف ما إذا لم يرض الخصم بتزكية واحد فإن رضى الخصم بتزكية واحد فزكى جاز إجماعا بحر عن الولوالجية (قوله وأما تزكية العلانية فشهادة إجماعا) الأحسن ما فى البحر حيث قال: وقيدنا بتزكية السر للاحتراز عن تزكية العلانية فإنه يشترط لها جميع ما يشترط فى الشهادة من الحرية والبصر وغير ذلك إلا لفظ الشهادة إجماعا لأن معنى الشهادة فيها أظهر فإنها تختص بمجلس القضاء، وكذا يشترط العدد فيها على ما قاله الخصاف اه. ويشترط فى المزكى علانية عدم العداوة للمدعى عليه، فلو زكى أعداء المدعى عليه الشهود لا تصح التزكية لأنها شهادة كما صرح به فى التنقيح.

وفى البحر أيضا: وخرج من كلامه تزكية الشاهد بحد الزنا، فلابد فى المزكى فيها من أهلية الشهادة والعدد الأربعة إجماعا، ولم أر الآن حكم تزكية الشاهد ببقية الحدود، ومقتضى ما قالوه اشتراط رجلين لها اه.

(١) (قوله فى اثنى عشر مسألة) كذا بالشرح وتبعه الطحطاوى، والصواب اثنتى عشرة مسألة اه مصححه.

(وترجمة الشاهد) والخصم (والرسالة) من القاضى إلى المزكى والإثنان أحوط ، وجاز تزكية عبد وصبى ووالد .
وقد نظم ابن وهبان منها أحد عشر فقال :

ويقبل عدل واحد فى تقوّم ... وجرح وتعديل وأرش يقدر
وترجمة والسلم هل هو جيـــد ... وإفلاسه الإرسال والعيب يظهر
وصوم على ما مر أو عند علة ... وموت إذا للشاهدين يخبر

قال الدمياطى : أما قوله إجماعا ففيه تأمل لأنه لم يسبقه خلاف يقابل به الإجماع .

قال فى البحر : وينبغى للقاضى أن يختار فى مزكى الشهود من هو أخبر بأحوال الناس وأكثرهم اختلاطا بالناس مع عدالته عارفا بما يكون جرحا وما لا يكون غير طماع ولا فقير كى لايخدع بالمال ، فإن لم يكن فى جيرانه ولا أهل سوقه من يثق به اعتبر تواتر الأخبار ، وخص فى البزازيه السؤال من الأصدقاء اهـ (قوله وترجمة الشاهد) فيشترط أن لا يكون المترجم أعمى عند الإمام ، وهذا إذا لم يعرف القاضى لغته ، فإن كان عارفا بلسان الشاهد والخصم لم يجز ترجمة الواحد . والأولى أن يقال : لايحتاج القاضى إلى ترجمة . وذكر بعضهم أن الأولى كون القاضى عارفا باللغة التركية ، واتخاذ المترجم وقع فى الجاهلية والإسلام . ولما جاء سلمان للنبى صلى الله تعالى عليه وسلم ترجم يهودى كلامه فخان فيه فنزل جبريل عليه السلام بحديث طويل وأمر رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم زيد بن ثابت أن يتعلم العبرانية فكان يترجم بها . وفى المصباح : ترجم فلان كلامه إذا بينه وأوضحه . وترجم كلام غيره : إذا عبر عنه بلغة غير لغة المتكلم ، واسم الفاعل ترجمان بفتح التاء ، وضم الجيم فى الفصيح وقد تضم التاء تبعا للجيم وقد تفتح الجيم تبعا للتاء والجمع تراجم بكسر الجيم : والتزكية : المدح . قال فى الصحاح : زكى نفسه تزكية مدحها اهـ (قوله والخصم) هو أعم من المدعى والمدعى عليه (قوله من القاضى) وكذا من المزكى إلى القاضى كما فى الفتح أى فيكفى العدل الواحد للتزكية والترجمة والرسالة لأنها خبر وليست بشهادة حقيقة . ولذا جوّزوا تزكية العبد والمرأة والأعمى والمحدود فى القذف إذا تاب ، وكذا تزكية من لا تقبل شهادته له كتزكية أحد الزوجين للآخر وتزكية الوالد لولده وبالعكس كما فى العينى وصدر الشريعة (قوله وجاز تزكية عبد) أى لمولاه (قوله ووالد) لولده وعكسه وأحد الزوجين للآخر (قوله فى تقوّم) أى تقوم الصيد الذى أتلفه المحرم ، وكذا فى متلف ، بأن كسر شخص لشخص شيئا فادعى أن قيمته مبلغ كذا فأنكر المدعى عليه أن يكون ذلك القدر فيكفى فى إثبات قيمته قول العدل الواحد . وذكر فى البزازية من خيار العيب أنه يحتاج إلى تقويم عدلين لمعرفة النقصان فيحتاج إلى الفرق بين التقويمين ، ويستثنى من كلامه تقويم نصاب السرقة فلابد فيه من اثنين كما فى العناية ط (قوله وأرش يقدر) أى فى نحو الشجاج (قوله والسلم) بسكون اللام للضرورة بمعنى المسلم فيه ح : أى إذا اختلفا فيه بعد إحضاره بحر (قوله وإفلاسه) أى إذا أخبر القاضى عدل بإفلاس المحبوس بعد مضى المدة أطلقه مكتفيا به حموى (قوله الإرسال) أى رسول القاضى للمزكى (قوله والعيب يظهر) أى إذا اختلف البائع والمشترى فى إثبات العيب يكتفى فى إثباته بقول عدل ، ويظهر من الإظهار(١) ضميره إلى العدل والعيب مفعول مقدم (قوله وصوم على ما مر) أى من رواية الحسن أنه يقبل العدل الواحد فى الصوم بلا علة (قوله أو عند علة) من غيم أو غبار ونحوه على ظاهر المذهب (قوله وموت) أى موت الغائب (قوله إذ للشاهدين يخبر) أى إذا شهد عدل عند رجلين على

---

(١) أى من باب الإفعال مزيد الثلاثى بهمزة اهـ منه .

(والتزكية للذمى) تكون (بالأمانة فى دينه ولسانه ويده وأنه صاحب يقظة) فإن لم يعرفه المسلمون سألوا عنه عدول المشركين اختيار .

وفى الملتقط : عدل نصرانى ثم أسلم قبلت شهادته ، ولو سكر الذمى لا تقبل .

(ولا يشهد من رأى خطه ولم يذكرها) أى الحادثة (كذا القاضى والراوى) لمشابهة الخط للخط

موت رجل وسعهما أن يشهدا على موته (قوله والتزكية للذمى الخ) وهل يكفى فيه تزكية الكافر الواحد يحرر حموى .

أقول : مقتضى ما مر فى تزكية السر أنها تقبل لأن المزكى فى كل مرتبة مثل الشاهد . وحيث قبل الأصل فالمزكى مثله من باب أولى على ما ظهر لى فتأمله (قوله بالأمانة فى دينه) بأن يكون محافظ على ما يعتقده شريعة على ما هو الظاهر ط (قوله ولسانه) بأن لم يعهد عليه كذب (قوله ويده) لعل المراد بها المعاملة ، أو أن لا يكون سارقا ط (قوله وأنه صاحب يقظة) أى ليس بمغفل ولا معتوه (قوله سألوا عنه عدول المشركين) قال أبو السعود : من هنا يعلم أن العدالة لا تستلزم الإسلام اه أى فى حق الكافر . والأولى أن يقول سأل : أى القاضى .

وفى البحر يسأل : أى القاضى عن شهود الذمة عدول المسلمين وإلا سأل عنهم عدول الكفار . كذا فى المحيط والاختيار (قوله عدل) بالبناء للمفعول (قوله قبلت شهادته) ولا يحتاج إلى تعديل جديد بعد الإسلام بخلاف الصبى الذى احتلم فإنه لا يقبل القاضى شهادته ما لم يسأل عنه أهل محلته ويتأنى بقدر ما يقع فى قلوب أهل مسجده كما فى الغريب أنه صالح أو غيره كما قدمناه عن البحر والظهيرية (قوله ولو سكر الذمى لا تقبل) لأن السكر من المحرمات التى ذكرت فى الإنجيل فيكون بذلك فاسقا فى دينه (قوله ولا يشهد من رأى خطه الخ) أى لا يحل للشاهد إذا رأى خطه أن يشهد حتى يتذكر ، وكذا القاضى إذا وجد فى ديوانه مكتوبا شهادة شهود ولا يتذكر ، ولا للراوى أن يروى اعتمادا على ما فى كتابه ما لم يتذكر ، وهو قول الإمام فلابد عنده للشاهد من تذكره الحادثة والتاريخ ومبلغ المال وصفته ، حتى إذا لم يتذكر شيئا منه وتيقن أنه خطه وخاتمه لا ينبغى له أن يشهد ، وإن شهد فهو شاهد زور كذا فى الخلاصة : ولا يكفى تذكر مجلس الشهادة . وفى الملتقط : وعلى الشاهد أن يشهد وإن لم يعرف مكان الشهادة ووقتها اه وجوز محمد للكل الاعتماد على الكتاب إذا تيقن أنه خطه وإن لم يتذكر توسعة على الناس . وجوّزه أبو يوسف للراوى والقاضى دون الشاهد .

وفى الخلاصة : أن أبا حنيفة ضيق فى الكل حتى قات روايته الأخبار مع كثرة سماعه فإنه روى أنه سمع من ألف ومائتى رجل غير أنه يشترط الحفظ وقت السماع وفى وقت الرواية اه ومحل الخلاف فى القاضى إذا وجد قضاءه مكتوبا عنده . وأجمعوا أن القاضى لايعمل بما يجده فى ديوان قاض آخر وإن كان مختوما كذا فى الخلاصة .

وقال شمس الأئمة الحلوانى : ينبغى أن يفتى بقول محمد وهكذا فى الأجناس . وجزم فى البزازية . وفى المبتغى من وجد خطه وعرفه ونسى الشهادة وسعه أن يشهد إذا كان فى حوزه وبه نأخذ اه وعزاه فى البزازية إلى النوازل بحر .

قال سيدى الوالد ناقلا عن الجوهرة من أن عدم حل الشهادة إذا رأى خطه ولم يتذكر الحادثة هو قولهما ، وقال أبو يوسف ، يحل له أن يشهد .

وجوازه لو ف. وزه وبه نأخذ بحر عن المبتغى.
(ولا) يشهد أحد (بما لم يعاينه) بالإجماع (إلا ف) عشرة على ما فى شرح الوهبانية: منها العتق والولاء عند الثانى

وفى الهداية محمد مع أبى يوسف. وقيل لا خلاف بينهم فى هذه المسألة أنهم متفقون على أنه لا يحل له أن يشهد فى قول أصحابنا جميعا إلا أن يتذكر الشهادة. وإنما الخلاف بينهم فيما إذا وجد القاضى شهادة فى ديوانه لأن ما فى قمطره تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم ولا كذلك الشهادة فى الصك لأنها فى يد غيره. وعلى هذا إذا ذكر المجلس الذى كانت فيه الشهادة أو أخبره قوم ممن يثق بهم أنا شهدنا نحن وأنت كذا فى الهداية.

وفى البزدوى: الصغير إذا استيقن أنه خطه وعلم أنه لم يرد فيه شىء بأن كان مخبوءا عنده أوعلم بدليل آخر أنه لم يزد فيه لكن لا يحفظ ما سمع. فعندهما لا يسعه أن يشهد. وعن أبى يوسف يسعه. وما قاله أبو يوسف هو المعمول به. وقال فى التقويم قولهما هو الصحيح اه ما نقله سيدى الوالد رحمه الله تعالى. ثم إن الشاهد إذا اعتمد على خطه على القول المفتى به وشهد وقلنا بقبوله فللقاضى أن يسأله هل شهد عن علم أو عن خط إن قال عن علم قبله، وإن قال عن الخط لا كما فى البحر. وظاهر كلام المؤلف كمسكين أن الصاحبين متفقان، وقد علمت ما قدمناه، ونحوه فى العينى والزيلعى. قال أبو السعود: ويمكن دفع التنافى بأن عن الثانى روايتين (قوله وجوازه لو فى حوزه وبه نأخذ) تقدم فى كتاب القاضى عن الخزانة أنه يشهد وإن لم يكن الصك فى يد الشاهد لأن التغير نادر وأثره يظهر فراجعه. ورجح فى الفتح ما ذكره الشيخ وذكر له حكاية تؤيده (قوله بما لم يعاينه) أى بما لم يقطع به من جهة المعاينة بالعين أو بالسماع ط عن الكمال. ومثال الثانى العقود (قوله إلا فى عشرة) كلها مذكورة هنا متنا وشرحا آخرها قول المتن ومن فى يده شىء الخ ح.

قلت: بل العاشر قوله وشرائطه. وفى الطبقات السنية للتميمى فى ترجمة إبراهيم بن إسحق من نظمه:

افهم مسائل ستة واشهد بها ... من غير رؤياها وغير وقوف
نسب وموت والولاد وناكح ... وولاية القاضى وأصل وقوف

(قوله منها العتق) ذكر السرخسى أن الشهادة بالسماع فى العتق لا تقبل بالإجماع. وذكر شيخه الحلوانى أن الخلاف ثابت فيه. فعن أبى يوسف الجواز فالمعتمد عدم القبول فيه كالذى بعده. وفى البحر شرط الخصاف للقبول فى العتق عند أبى يوسف أن يكون مشهورا وللعتق أبوان أو ثلاثة فى الإسلام، ولم يشترطه محمد فى المبسوط. وفى شرح العلامة عبد البر: التاسعة الشهادة فى العتق قالوا: لا يحل عندنا خلافا للشافعى. ثم نقل عن الحلوانى ما تقدم.

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى فى تنقيحه: والعبد إذا ادعى حرية الأصل ثم العتق العارض تسمع. والتناقض لا يمنع الصحة. وفى حرية الأصل لا تشترط الدعوى. وفى الإعتاق المبتدأ تشترط الدعوى عند أبى حنيفة: وعندهما ليس بشرط. وأجمعوا على أن دعوى الأمة ليس بشرط خلاصة أى لأنها شهادة بحرية أمة فهى شهادة بحرمة الفرج وتمامه فيه (قوله والولاء عند الثانى) أى فى القول الأخير له. والقول الأول له كالإمام أنها لا تحل ما لم يعاين إعتاق المولى. وقول محمد مضطرب. والظاهر أن المعتمد قول الإمام لعدم تصحيح قول الثانى. على أن بعضهم جعل ذلك رواية عنه لا مذهبا. والدليل للإمام كما فى الزيلعى أن العتق

والمهر على الأصح بزازية و (النسب)

ينبني على زوال الملك ولابد فيه من المعاينة فكذا ما ينبني عليه ط (قوله والمهر على الأصح) أى من روايتين عن محمد لأنه من توابع النكاح فكان كأصله . قال فى البحر : ومن ذلك المهر ، فظاهر التقييد أنه لا تقبل فيه به ، ولكن فى البزازية والظهيرية والخزانة أن فيه روايتين والأصح الجواز اه ومثله فى الخلاصة والشرنبلالية ، فإن حمل ما فى هذه الكتب على أن الروايتين عن محمد فلا منافاة ط . قال فى جامع الفصولين : الشهادة بالسماع من الخارجين من بين جماعة حاضرين فى بيت عقد النكاح بأن المهر كذا تقبل لاممن سمع من غيرهم اه (قوله والنسب) سواء جاز بينهما النكاح أولا بحر ، فجاز أن يشهد أنه فلان بن فلان الفلانى من سمع من جماعة لايتصور تواطؤهم على الكذب عند الإمام وإن لم يعاين الولادة . وعندهما إذا أخبره بذلك عدلان يكفى ، والفتوى على قولهما كما فى شرح الوهبانية عن العمادية .

وفى التتارخانية عن المحيط : وإذا قدم عليه رجل من بلد آخر وانتسب إليه وأقام معه دهرا لم يسعه أن يشهد على نسبه حتى يشهد له رجلان من أهل بلده عدلان أو يكون النسب مشهورا .

وذكر الخصاف هذه المسألة وشرط لجواز الشهادة شرطين : أن يشتهر الخبر . والثانى أن يمكث فيهم سنة فإنه قال لايسعهم أن يشهدوا على نسبه حتى يقع معرفة ذلك فى قلوبهم وذلك بأن يقيم معهم سنة وإن وقع فى قلبه معرفة ذلك قبل مضى السنة لايجوز أن يشهد . روى عن أبى يوسف أنه قدر ذلك بستة أشهر . والصحيح أنه إذا سمع من أهل بلده من رجلين عدلين حل له أداء الشهادة وإلا فلا ، أما إذا سمع ذلك ممن سمع من المدعى لايحل له أن يشهد وإن اشتهر ذلك فيما بين الناس ، لكنه إن شهد عنده جماعة حتى تقع الشهرة حقيقة وعرف ووقع عنده أنه ثابت النسب من فلان أو شهد عنده عدلان حتى ثبت الاشتهار شرعا حل له أن يشهد اه .

وفى البحر عن البزازية : وفى دعوى العمومة لابد أن يفسر أنه عمه لأمه أو لأبيه أولهما ، ويشترط أن يقول هو وارثه لاوارث له غيره ، فإن برهن على ذلك أو على أنه أخو الميت لأبويه لايعلمون أن له وارثا غيره يحكم له بالمال ، ولا يشترط ذكر الأسماء فى الأقضية(١) إلى أن قال ادعى على آخر أنه أخوه لأبيه ، إن ادعى إرثا أو نفقة وبرهن يقبل ويكون قضاء على الغائب أيضا ، حتى لو حضر الأب وأنكر لاتقبل ولا يحتاج إلى إعادة البينة لأنه لايتوصل إليه إلا بإثبات الحق على الغائب ، وإن لم يدع مالا بل ادعى الأخوة المجردة لايقبل لأن هذا فى الحقيقة إثبات البنوة على الأب المدعى عليه والخصم فيه هو الأب لاالأخ ، وكذا لو ادعى أنه ابن ابنه أو أبو أبيه والابن والأب غائب أو ميت لايصح مالم يدع مالا ، فإن ادعى مالا فالحكم على الحاضر والغائب جميعا بخلاف ماإذا ادعى على رجل أنه أبوه أو ابنه أو على امرأة أنها زوجته أو ادعت عليه أنه زوجها أو ادعى العبد على عربى أنه مولاه عتاقة أو ادعى عربى على آخر أنه معتقه أو ادعت على رجل أنها أمته أو كان الدعوى فى ولاء الموالاة وأنكره المدعى عليه فبرهن المدعى على ماقال يقبل ادعى به حقا أولا ، بخلاف دعوى الأخوة لأنه دعوى الغير ألا ترى أنه لو أقر أنه أبوه أو ابنه أو زوجه أو زوجته صح أو بأنه أخوه لالكونه حمل النسب على الغير وتمامه فيها .

(١) (قوله ولا يشترط ذكر الأسماء فى الأقضية) قال الرملى : وفى آخر الفصل الثانى من جامع الفصولين فى دعوى الحكم بلا تسمية القاضى بعد كلام قدمه : فالحاصل أنه فى دعوى الفعل والشهادة على الفعل هل تشترط تسمية الفاعل ؟ فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى ، وأدلة الكتب فيها متعارضة ثم ذكر مسائل وقال : وهذه المسائل كلها تدل على أن تسمية الفاعل ليست بشرط لصحة الدعوى والشهادة فتأمل عند الفتوى اه منه .

وحاصل ماينفعنا هنا أن الشهود إذا شهدوا بنسب فإن القاضى لايقبلهم ولا يحكم به إلا بعد دعوى مال إلا فى الأب والابن اه وأراد بدعوى المال النفقة أو الإرث أو دعوى الاستحقاق فى الوقف والوصية ونحوها سيادى الوالد رحمه الله تعالى .

وقال فى البحر : ثم اعلم أن القضاء بالنسب مما لايقبل النقض لكونه على الكافة كالنكاح والحرية والولاء كما فى الصغرى . وقد كتبنا فى الفوائد أن القضاء على الكافة فى هذه الأربعة . لكن يستثنى من النسب مافى المحيط من باب الشهادة بالتسامع : شهدا أن فلان بن فلان مات وهذا ابن أخيه ووارثه قضى بالنسب والإرث ثم أقام آخر البينة أنه ابن الميت ووارثه ينقض الأول ويقضى للثانى لأن الابن مقدم على ابن الأخ . ولا تنافى بين الأول والثانى لجواز أن يكون له ابن وابن أخ فينتقض القضاء فى حق الميراث لافى حق النسب(١) حتى يبقى الأول وابن عم له حتى يرث منه إذا مات ولم يترك وارثا آخر أقرب منه . فإن أقام آخر البينة أن الميت فلان بن فلان ونسبه إلى أب آخر غير الأب الذى نسبه إلى الأول فإنه ينظر . إن ادعى ابن أخيه لاينقض القضاء الأول لأنه لما أثبت نفسه من الأول خرج عن أن يكون محلا لإثباته فى إنسان آخر . وليس فى البينة الثانية زيادة إثبات إلى آخر ماذكره والمراد بقوله من يثق به غير الخصم . إذ لو أخبره رجل أنه فلان بن فلان لايسعه أن يعتمد على خبره ويشهد بنفسه . لأنه لو جاز له ذلك جاز للقاضى القضاء بقوله كذا فى خزانة المفتين . وشرط فيها للقبول فى النسب أن يخبره عدلان من غير استشهاد الرجل . فإن أقام الرجل شاهدين عنده على نسبه لايسعه أن يشهد اه (قوله والموت) فإذا سمع من الناس أن فلانا مات وسعه أن يشهد على ذلك وإن لم يعاين الموت . وللزوجة أن تعمل بالسماع .

قال فى البزازية : قال رجل لامرأة : سمعت أن زوجك مات لها أن تتزوج إن كان المخبر عدلا اه . ولو شهد رجل بالموت وآخر بالحياة فالمرأة تأخذ بقول من كان عدلا منهما سواء كان العدل أخبر بالحياة أو الموت ، ولو كان كلاهما عدلين تأخذ بقول من يخبر بالموت إن لم يؤرخا . فإن أرخا وتأخر تاريخ شهادة الحياة فهى أولى كما فى الظهيرية وغيرها .

وفى المحيط . لو جاء خبر موت إنسان فصنعوا له مايصنع على الميت لم يسعه أن يخبر بموته حتى يخبره ثقة أنه عاين موته لأن المصائب قد تتقدم على الموت إما خطأ أو غلطا أو حيلة لقسمة المال اه ، ولو قال المخبر إنا دفناه وشهدنا جنازته تقبل لأنها تكون شهادة على الموت . لكن قال فى جامع الفصولين من الفصل الثانى عشر : لو أخبرها عدل أن زوجها مات أو طلقها ثلاثا فلها التزوج . ولو أخبرها فاسق تحرت . وفى أخبار العبد بموته إنما يعتمد على خبره لو قال عاينته ميتا أو شهدت جنازته لالو قال أخبرنى مخبر به اه .

قال فى البزازية : ولو أخبر واحد بموت الغائب واثنان بحياته . إن كان المخبر عاين الموت أو شهد جنازته وعدل لها أن تتزوج ، هذا إذا لم يؤرخا أو أرخا وكان تاريخ الموت آخرا . وإن كان تاريخ الحياة آخرا فشاهد الحياة أولى . وفى وصايا عصام : شهدا بأن زوجها فلانا مات أو قتل وآخر على الحياة فالموت أولى اه . قال فى البحر : وظاهر إطلاقه فى الموت أنه لافرق فى الموت بين أن يكون مشهورا أولا ، وقيده فى المعراج معزيا إلى رشيد الدين فى فتاواه بأن يكون عالما أو من العمال . أما إذا كان تاجرا أو مثله فإنها لاتجوز إلا بالمعاينة اه .

(١) (قوله فينتقض القضاء فى حق الميراث لافى حق النسب) هذا مناف لقوله لكن يستثنى من النسب الخ اه منه .

قال العلامة عبد البر : ولا نظفر بهذه الرواية فى شىء من الكتب فى غير فتاواه اه ومثله فى جامع الفصولين . قال ط : فكأنه لم يسلم له هذا القيد لأنه لم يستند إلى نص اه فتأمل. قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى فى التنقيح عازيا لصور المسائل : والنسب والنكاح يخالف الموت ، فإنه لو أخبره بالموت رجل أو امرأة حل له أن يشهد ، وفى غيره لابد من إخبار عدلين . وأما فى الموت فإنه يكفى فيه العدل ولو أنثى هو المختار ، إلا أن يكون المخبر منهما كوارث وموصى له ، كما فى شرح الوهبانية شرح الملتقى للعلائى من الشهادة : شهد أنه شهد أى حضر دفن زيد أو صلى عليه فهو معاينه ، حتى لو فسر للقاضي يقبله إذ لا يدفن إلا الميت ولا يصلى إلا عليه درر آخر الشهادات اه والقتل كالموت فيترتب عليه أحكامه من جواز إعتداد المرأة إذا أخبرت بقتله كونه للتزوج كما نبه عليه العلامتان صاحب البحر والمقدسى لامن جهة ترتب القصاص (قوله والنكاح) فلمن سمع به من جمع عند الإمام وعدلين عندهما أن يشهد به قهستانى .

وفى القنية : نكاح حضره رجلان ثم أخبر أحدهما جماعة أن فلانا تزوج فلانة بإذن وليها والآن يجحد هذا الشاهد يجوز للسامعين أن يشهدوا على ذلك . وفى العمادية وكذا تجوز الشهادة بالشهرة والتسامع فى النكاح ، حتى لو رأى رجلا يدخل على امرأة وسمع من الناس أن فلانة زوجة فلان وسعه أن يشهد أنها زوجته وإن لم يعاين عقد النكاح اه ويشهد من رأى رجلا وامرأة بينهما انبساط الأزواج أنها عرسه اه درر .

وفى الخلاصة : إذا شهد تعريسه وزفافه أو أخبره بذلك عدلان حل له أن يشهد أنها امرأته . قال فى جامع الفصولين : الشهرة الشرعية أن يشهد عنده عدلان أو رجل وامرأتان بلفظ الشهادة من غير استشهاد ويقع فى قلبه أن الأمر كذلك ، ومثله فى الظهيرية (قوله والدخول بزوجته) فإنها تقبل بالسماع . ذكر فى الخلاصة خلافا فى الدخول ، ففى فوائد أستاذنا ظهير الدين : لايجوز لهم أن يشهدوا على الدخول بالمنكوحة بالتسامع ، ولو أراد أن يثبت الدخول يثبت الخلوة الصحيحة اه لكن أفاد العلامة عبد البر أنها تقبل بالسماع ، ويترتب على قبولها أحكام كالعدة والمهر والنسب اه (قوله وولاية القاضي) أى كونه قاضيا فى ناحية كذا فإنه لو سمعه من الناس جاز أن يشهد به قهستانى وإن لم يعاين تقليد الإمام اه عبد البر . وفى البحر وظاهر مافى المعراج أن الأمير كالقاضي فيزاد الإمرة اه وصرح به فى البزازية حيث قال : وكذا يجوز الشهادة على أنه قاضى بلد كذا أو والى بلد كذا وإن لم يعاين التقليد والمنشور اه وصرح به فى الخلاصة أيضا : قال فى البحر : وكذا إذا رأى شخصا جالسا مجلس الحكم يفصل الخصومات جاز له أن يشهد على أنه قاض .

مطلب إذا لم يكن الوقف قديما لا بد من ذكر واقفه فى الشهادة عليه

(قوله وأصل الوقف) بأن يشهد أن هذا وقف على موضع أو جماعة كذا ، وهل ذكر المصرف شرط ؟ فى الكافى عن المرغينانى نعم . وفى الخزانة : لايشترط على المختار إن كان وقفا قائما ينصرف إلى الفقراء . وذكر الشيخ ظهير الدين المرغينانى : إذا لم يكن الوقف قديما لابد من ذكر واقفه ط . وفى فتاوى قارئ الهداية : صورة الشهادة بالتسامع على أصل الوقف أن يشهدوا أن فلانا وقفه على الفقراء أو على القراء أو على أولاده من غير أن يتعرضوا إنه شرط فى وقفه كذا وكذا ، فإن شهدوا على شرط الواقف وأنه قال للجهة الفلانية كذا وللجهة الفلانية كذا فلا تسمع بالتسامع على شروط الواقف . لأن الذى يشتهر إنما هو أصل الوقف وأنه على الجهة الفلانية أما الشروط فلا تشتهر فلا تجوز الشهادة على الشروط بالتسامع اه وتقدم فى الوقف أنه تقبل الشهادة فيه من غير

قيل وشرائطه على المختار كما مر فى بابه (و) أصله (هو كل ما تعلق به صحته وتوقف عليه)

بيان الواقف لو قديما عند أبى يوسف وأن الفتوى عليه فراجعه ، وهذا بالنسبة لنفس الوقف . أما الدعوى به بأن ادعى أن هـذه الأرض وقف وقفها فلان علىّ وذو اليد يجحد ويقول هى ملكى فيشترط بيان الواقف وأنه وقفه وهو يملكه (قوله قيل وشرائطه على المختار) قال الطحطاوى : ولا وجه لذكر قيل فإنهما قولان مصححان .

قال فى البحر : وفى الفصول العمادية من العاشر : المختار أن لاتقبل الشهادة بالشهرة على شرائط الوقف اه وفى المجتبى : المختار أن تقبل على شرائط الوقف اه واعتمده فى المعراج، وأقره الشرنبلالى ، وعزاه إلى العلامة قاسم، وقواه فى الفتح بقوله وأنت إذا عرفت قولهم فى الأوقاف الذى انقطع ثبوتها ولم يعرف لها مصارف وشرائط أنه يسلك بها ما كانت فى دواوين القضاة لم تتوقف عن تحسين ما فى المجتبى لأن ذلك هو معنى الثبوت بالتسامع اه أى لأن الشهادة بالتسامع هى أن يشهد بما لم يعاينه والعمل بما فى دواوين القضاة عمل بما لم يعاين .. وأيضا قولهم المجهولة شرائطه ومصارفه يفهم منه أن ما لم يجهل منها يعمل بما علم منها وذلك العلم قد لايكون بمشاهدة الواقف بل بالتصرف القديم ، وبه صرح فى الذخيرة حيث قال : سئل شيخ الإسلام عن وقف مشهور اشتبهت مصارفه وقدر ما يصرف إلى مستحقيه قال : ينظر إلى المعهود من حاله فيما سبق من الزمان من أن قوامه كيف يعملون فيه وإلى من يصرفونه فيبنى على ذلك لأن الظاهر أنهم كانوا يفعلون ذلك على موافقة شرط الواقف وهو المظنون بحال المسلمين فيعمل على ذلك اه فهذا عين الثبوت بالتسامع . وفى الخيرية : إذا كان للوقف كتاب فى ديوان القضاة المسمى فى عرفنا بالسجل وهو فى أيديهم اتبع ما فيه استحسانا إذا تنازع أهله فيه وإلا ينظر إلى المعهود من حاله فيما سبق من الزمان من أن قوامه كيف كانوا يعملون ، وإن لم يعلم الحال فيما سبق رجعنا إلى القياس الشرعى ، وهو أن من أثبت بالبرهان حقا حكم له به اه لكن قولهم المجهولة شرائطه الخ يقتضى أنها لو علمت ولو بالنظر إلى المعهود من حاله فيما سبق من تصرف القوام لا يرجع إلى ما فى سجل القضاة ، وهذا عكس ما فى الخيرية فتنبه لذلك .

أقول : ثم إن المراد من الشرائط والجهات كما وقع فى عبارة الإسعاف وأوضحه الرملى أن يقول : إن قدرا من الغلة لكذا ثم يصرف الفاضل إلى كذا بعد بيان الجهة ، وليس معنى الشروط أن يبين الموقوف عليه لأنه لابد منه فى إثبات أصل الوقف كما تقدم آنفا . قال الرملى : والمراد بأصل الوقف أن هذه الضيعة وقف على كذا فبيان المصرف داخل فى أصل الوقف . أما الشرائط فلا يحل فيها الشهادة بالتسامع ، وهو معنى قوله فى فتح القدير : وليس فى معنى الشروط أن يبين الموقوف عليه اه ويأتى تمام الكلام عليه قريبا إن شاء الله تعالى .

[تنبيه] قال فى البحر : ومسألة الشهادة بالوقف أصلا وشروطا لم تذكر فى ظاهر الرواية وأنها قاسها المشايخ على الموت .

وقد اختلف فيها المشايخ : بعضهم قال يحل ، وبعضهم قال لا يحل ، وبعضهم فصل كما سبق ، ولكن نقل الشلبى عن شرح المجمع للمصنف فى كتاب الوقف أن قبول الشهادة بالتسامع فى أصل الوقف قول محمد وبه أخذ الفقيه أبو الليث وهو المختار اه (قوله فى بابه) أى باب الوقف فى فصل يراعى شرط الواقف وتقدم هناك تحقيقه فى الحاشية فراجعه (قوله هو كل ما تعلق به صحته) كأن يكون منجزا مسلما مجعولا آخره لجهة لا تنقطع ونحو ذلك مما ذكر فى شروط صحته. قال المصنف فى الوقف: وبيان المصرف من أصله ، أى لتوقف

وإلا فمن شرائطه (فله الشهادة بذلك إذا خبره بها) بهذه الأشياء (من يثق) الشاهد (به) من خبر جماعة

صحة الوقف عليه ، أى فتقبل الشهادة على المصرف بالتسامع كأصله ، وكونه وقفا على الفقراء أو على مسجد كذا تتوقف عليه صحته ، بخلاف اشتراط صرف غلته لزيد أو للذرية فهو من الشرائط لا من الأصل .

قال سيدى الوالد : ولعل هذا مبنى على قول محمد باشتراط التصريح فى الوقف بذكر جهة لا تنقطع ، وتقدم ترجيح قول أبى يوسف بعدم اشتراط التصريح به ، فإذا كان ذلك غير لازم فى كلام الواقف فينبغى أن لا يلزم فى الشهادة بالأولى لعدم توقف الصحة عليه عنده ، ويؤيد هذا ما فى الإسعاف والخانية : لا تجوز الشهاده على الشرائط والجهات بالتسامع اه ولا يخفى أن الجهات هى بيان المصارف ، فقد ساوى بينهما وبين الشرائط ، إلا أن يراد بها الجهات التى لايتوقف صحة الوقف عليها .

وفى التتارخانية : وعن أبى الليث تجوز الشهادة فى الوقف بالاستفاضة من غير الدعوى ، وتقبل الشهادة بالوقف وإن لم يبينوا وجها ويكون للفقراء اه .

وفى جامع الفصولين : ولو ذكر الواقف لا المصرف تقبل لو قديما ويصرف إلى الفقراء اه وهذا صريح فيما قلنا من عدم لزومه فى الشهادة ، والظاهر أنه مبنى على قول أبى يوسف ، وعليه فلا يكون بيان المصرف من أصله ، فلا تقبل فيه الشهادة بالتسامع كما سمعت نقله عن الخانية والإسعاف ، والظاهر أن هذا إذا كان المصرف جهة مسجد أو مقبرة أو نحوهما ، أما لو كان للفقراء فلا يحتاج إلى إثباته بالتسامع ، لما علمت من أنه يثبت بالشهادة على مجرد الوقف ، فإذا ثبت الوقف بالتسامع يصرف إلى الفقراء بدون ذكرهم كما علم من عبارة التتارخانية والفصولين .

وقد ذكر الخير الرملى توفيقا آخر بين ما ذكره المصنف وبين ما نقلناه عن الإسعاف والخانية ، بحمل جواز الشهادة على ما إذا لم يكن الوقف ثابتا على جهة ، بأن ادعى على ذى يد يتصرف بالملك بأنه وقف على جهة كذا فشهدوا بالسماع للضرورة فى الأول دون الثانى ، لأن أصل جواز الشهادة فيه بالسماع للضروة والحكم يدور مع علته وجازت إذا قدم . قال : وقد رأيت شيخنا الحانوتى أجاب بذلك اه ملخصا (قوله وإلا) أى وإلا تتوقف عليه صحته كذكر الجهات من إمام ومؤذن أو تأبيد فإنه لا يشترط فيه فى رواية عن الثانى وعليها الإفتاء كما تقدم آنفا (قوله بذلك) أى بالتسامع ، وإنما جازت الشهادة فى هذه المواضع مع عدم المعاينة إذا أخبره بها من يثق به استحسانا دفعا للحرج وتعطيل الأحكام إذ لا يحضرها إلا الخواص ، فالنكاح لا يحضره كل أحد ، والدخول لا يقف عليه أحد ، وكذا الموت لا يعاينه كل أحد . وسبب النسب الولادة ولا يحضرها إلا القابلة . وسبب القضاء التقليد ولا يعاين ذلك إلا الوزير ونحوه من الخواص ، وكذا الوقف تتعلق به ، وكذا بما مر أحكام تبقى على مر الدهور ، فلو لم يقبل فيها التسامع أدى إلى الحرج وتعطيل الأحكام وتمامه فى الحموى ط (قوله من يثق الشاهد به من خبر جماعة) قال فى الفتاوى الصغرى : الشهادة بالشهرة فى النسب وغيره بطريق الشهرة الحقيقية أو الحكمية . فالحقيقية أن يشتهر ويسمع من قوم كثيرين لايتصور تواطؤهم على الكذب . ولا يشترط فى هذا العدالة بل يشترط التواتر . والحكمية أن يشهد عنده عدلان من الرجال أو رجل وامرأتان بلفظ الشهادة . لكن الشهرة فى الثلاثة الأول : يعنى النسب والنكاح والقضاء لا تثبت إلا بخبر جماعة لايتوهم تواطؤهم على الكذب أو خبر عدلين بلفظ الشهادة . وفى باب الموت بخبر العدل الواحد وإن لم يكن بلفظ الشهادة . كذا فى باب النسب من شهادات خواهر زاده ، وكذا ذكر عدالة المخبر فى الموت صاحب المختصر شرنبلالية .

لايتصور تواطؤهم على الكذب بلا شرط عدالة أو شهادة عدلين ، إلا فى الموت فيكفى العدل ولو أنثى وهو المختار ملتقى وفتح :

وفى الزيلعى : ولا يشترط فى الموت لفظ الشهادة لأنه لايشترط فيه العدد فكذا لفظ الشهاده . وفى شهادة الواحد بخبر الموت قولان مصححان . ووجه القبول أن الموت قد يتفق فى موضع لا يكون فيه إلا واحد ، فلو قلنا إنه لا تسمع الشهادة إلا بعدد لضاعت الحقوق ط (قوله لا يتصور تواطؤهم على الكذب) هذا هو المتواتر عند الأصوليين ، فإنه كما فى المنار : الذى رواه قوم لا يحصى عددهم ولا يتوهم تواطؤهم على الكذب. قال شارحه : ولا يشترط فى التواتر عدد معين خلافا للبعض (قوله بلا شرط عدالة) أى لا يشترط العدالة والإسلام فى المخبرين حتى لو أخبر جمع غير محصورين من كفار بلدة بموت ملكهم حصل لنا اليقين كما فى شرح المنار (قوله أو شهادة عدلين) بالجر عطف على خبر جماعة ، يعنى ومن فى حكمهما وهو عدل وعدلتان كما فى الملتقى ، يعنى أن الشهرة لها طريقان: حقيقى وهو بالمتواتر وحكمى وهو ماكان بشهادة عدلين، فقد ذكر ظهير الدين أن الاشتهار بشهادة عدلين أو رجل وامرأتين بلفظ الشهادة بدون اشتهار ويقع فى قلبه أن الأمر كذلك وقد تقدم عن الصغرى (قوله إلا فى الموت) قال فى جامع الفصولين : شهد أن أباه مات وتركه ميراثا له إلا أنهما لم يدركا الموت لا تقبل لأنهما شهدا بملك للميت بسماع فلم تجز اه (قوله فيكفى العدل) أى بالنسبة للشهادة . وأما القضاء فلابد فيه من شهادة اثنين لقولهم : وفى الموت مسألة عجيبة ، هى إذا لم يعاين الموت إلا واحد ، ولو شهد عند القاضى لا يقضى بشهادته وحده ماذا يصنع . قالوا : يخبر بذلك عدلا مثله ، وإذا سمع منه حل له أن يشهد على موته فيشهد هو مع ذلك الشاهد فيقضى بشهادتهما اه ولا بد أن يذكر ذلك المخبر أنه شهد موته أو جنازته ودفنه حتى يشهد الآخر معه كما قدمناه .

قال فى الخلاصة : ولا يشترط أن يتلفظ المخبر بالموت بلفظ الشهادة عند من يشهد . أما الذى يشهد عند القاضى يلتفظ بلفظ الشهادة . وأما الفصول الثلاثة التى يشترط فيها شهادة العدلين ينبغى أن يشهد عنده بلفظ الشهادة . قال أستاذنا ظهير الدين فى الأقضية : وهذا اختيار الصدر الإمام الشهيد برهان الأئمة . وفى مختصر القدورى : إنما تجوز الشهادة بالتسامع إذا أخبره من يثق به ، فهذا يدل على أن لفظ الشهادة ليس بشرط اه .

وفى شرح ابن الشحنة : والجواب فى القضاء والنكاح نظير الجواب فى النسب ، فقد فرقوا جميعا بين الموت والأشياء الثلاثة فاكتفوا بخبر الواحد فى الموت دونها . والفرق أن الموت قد يتفق فى موضع لا يكون فيه إلا واحد ، بخلاف الثلاثة لأن الغالب كونها بين جماعة . ومن المشايخ من لم يفرق وتمامه فيه .

وفى جامع الفصولين : والصحيح أن الموت كنكاح وغيره لا يكتفى فيه بشهادة الواحد ، ومن المشايخ من قال لا فرق بين الموت والثلاثة ، وإنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع موضوع مسألة الموت إذا أخبره واحد عدل ولم يذكر العدل فى الثلاثة . فلو كان المخبر فى الثلاثة عدلا أيضا حل لهم أن يشهدوا ، ثم فى الثلاثة إذا ثبت الشهرة عندهما بخبر عدلين يجب الإخبار بلفظ الشهادة وفى الموت لما ثبت بخبر الواحد بالإجماع لا يجب بل يكتفى بمجرد الإخبار (قوله ولو أنثى) قال العلامة عبد البر : إنها تجوز إذا سمع من محدود فى قذف أو النسوان أو العبيد إذا كان الصدق ظاهرا ، ولا يجوز من الصبيان إلا إذا كان مميزا كلامه معتبر اه (قوله وهو المختار) لأنه قد يتحقق فى موضع ليس فيه إلا واحدة بخلاف غيره عينى .

وقيده شارح الوهبانية بأن لا يكون المخبر متهما كوارث وموصى له .

(ومن فى يده شيء سوى رقيق) علم رقه و (يعبر عن نفسه) وإلا فهو كمتاع ف (لك أن تشهد) به (أنه له إن وقع فى قلبك ذلك) أى أنه ملكه (وإلا لا) ولو عاين القاضى ذلك جاز له القضاء به بزازية :

(قوله وقيده شارح الوهبانية) عبدالبر نقلا عن السير الكبير (قوله كوارث وموصى له) كما قدمناه (قوله ومن فى يده شيء) نقدا كان أو عرضا أو عقارا ، وقد تقدم أن هذه تمام العشرة ، لكن فى عدها من العشرة نظر ذكره فى البحر والفتح ، ويأتى الكلام عليه قريبا إن شاء الله تعالى (قوله سوى رقيق) يعم العبد والأمة (قوله علم رقه) صوابه لم يعلم رقه كما هو ظاهر لمن تأمل مدنى قال ط إلا وجه لهذه الجملة ، والذى أوقعه : أى الشارح فى ذكرها عبارة الشرنبلالية ، ونصها : قوله سوى الرقيق المعبر ، يعنى إذا لم يعرف أنه رقيق لا يشهد به بمعاينة اليد ، وفى غير المعبر يشهد برقه اهـ أى بمعاينة اليد ، ومراده أن الذى يعبر عن نفسه لا يشهد برقه بمعاينة اليد إلا إذا علم رقه له ، وهذا المعنى لم يفده المؤلف ، فلو قال سوى رقيق يعبر عن نفسه ولم يعلم رقه ثم يأتى بمفهومه لأصاب .

فالحاصل أن المعنى فيه أنه لا يجوز له أن يشهد فى رقيق لم يعلم رقه ويعبر عن نفسه إذا رآه فى يد غيره أنه ملكه لأن للرقيق يدا على نفسه تدفع يد الغير عنه فانعدم دليل الملك ، حتى إذا ادعى أنه حر الأصل كان القول قوله ، ولا يمكن أن يعتبر فيه التصرف وهو الاستخدام لأن الحر يستخدم طائعا كالعبد إلا إذا علم رقه أو كان صغيرا لا يعبر عن نفسه فإنه كالمتاع لا يد له ، فله أن يشهد فيه لذى اليد أنه ملكه ، وهذا هو المراد كما يظهر من عبارة البحر وغيرها ، لكن الذى أوقع الشارح ما نقلناه (قوله ويعبر عن نفسه) أى سواء كان بالغا أو غير بالغ كما فى النهاية ، وهذا تفسير للكبير الواقع فى عبارتهم سواء كان ذكرا أو أنثى كما فى النهاية . والوجه فيه أن لهما : أى العبد والأمة الكبيرين يدا على أنفسهما تدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك ، حتى لو ادعيا الحرية الأصلية يكون القول قولهما . وعن أبى حنيفة أنه يحل له أن يشهد فيهما أيضا اعتبارا بالثياب والفرق ما بيناه ، وإن كانا صغيرين لا يعبران عن أنفسهما كالمتاع لا يدلهما فله أن يشهد بالملك لذى اليد بشرط أن لا يخبره عدلان بأنه لغيره كما فى البحر (قوله فلك أن تشهد به) أخرج المصنف عن مراده وإن كان الحكم ظاهرا وإنما جازت الشهادة بالشيء لواضع اليد لأن اليد أقصى ما يستدل به على الملك إذ هى مرجع الدلالة فى الأسباب كلها فيكتفى بها .

صورته : رجل رأى عينا فى يد إنسان ثم رأى تلك العين فى يد آخر والأول يدعى الملك يسعه أن يشهد أنها للمدعى ط (قوله أنه له) أى لمن فى يده بلا منازع (قوله إن وقع فى قلبك ذلك) أى إذا شهد بذلك قلبه وصدقه ، وأسند هذا القيد فى الظهيرية إلى الصاحبين . قال فى البحر : وعن أبى يوسف أنه يشترط مع ذلك أن يقع فى قلبه أنه قالوا له يعنى المشايخ ، ويحتمل أن يكون هذا تفسيرا لإطلاق محمد فى الرواية . قال فى فتح القدير . قال الصدر الشهيد : وبه نأخذ ، فهو قولهم جميعا اهـ .

قال الرازى : هذا قولهم جميعا إذ الأصل فى حل الشهادة اليقين ، فعند تعذره يصار إلى ما يشهد له القلب لأن كون اليد مسوّغا بسبب إفادتها ظن الملك فإذا لم يقع فى القلب ذلك الظن لم يفد مجرد اليد ولهذا قالوا : إذا رأى إنسان درة ثمينة فى يد كناس أو كتابا فى يد جاهل ليس فى آبائه من هو أهل له لا يسعه أن يشهد بالملك له فعرف أن مجرد اليد لا يكفى شرنبلالية . ويشترط أن لا يخبره عدلان بأنها لغيره ، فلو أخبره لم تجز الشهادة

أى إذا ادعاه المالك وإلا لا

بالملك خلاصة ، بخلاف ما إذا شهد به عدل واحد لأن شهادة الواحد لا تزيل ماكان فى قلبك أنه للأول ، فلا يحل لك أن تمتنع عن الشهادة إلا أن يقع فى قلبك أن هذا الواحد صادق فحينئذ لا يحل لك أن تشهد أنه للأول اه شلبى . فى الحاشية عن الخانية : وكما جاز له أن يشهد أنه ملك بوضع اليد جاز له شراؤه إن لم يكن رآه قبله فى يد غيره ، فإن كان وأخبره بانتقال الملك إليه أو بالوكالة منه حل الشراء وإلا لا ، كما إذا رأى جارية فى يد إنسان ثم رآها فى بلدة أخرى وقالت أنا حرة الأصل لا يحل له أن ينكحها اه وأفاد المصنف بعبارته أنه عاين اليد وواضع اليد ، فلو لم يعاينهما وإنما سمع أن لفلان كذا فلا يجوز له الشهادة لأنه مجازفة ، كما او عاين المالك لا الملك لأنه لم يحصل له العلم بالمحدود .

[تنبيه] نقل الصدر حسام الدين فى شرح أدب القاضى أنه إن عاين الملك دون المالك ، بأن عاين محدودا ينسب إلى فلان بن فلان الفلانى وهو لم يعاينه بوجهه ولا يعرفه بنفسه القياس أن لا تحل . وفى الاستحسان تحل لأن النسب مما يثبت بالتسامع والشهرة فيصير المالك معروفا بالتسامع والملك معروف فترتفع الجهالة ، وكذا إذا أدرك الملك ولم يعاين المالك والمالك امرأة لا يراها الرجال ولا تخرج ، فإن كان ذلك مشهورا عند العوام والناس فالشهادة على ذلك جائزة ، يريد به إذا عاين الملك ووقع فى قلبه أن الأمر كما اشتهر وهذا قاصر على هذه الصورة ذكره عبد البر ، ولم يسمع مثل هذا لضاعت حقوق الناس لأن فيهم المحجوب ولا يبرز أصلا ولا يتصور أن يراه متصرفا فيه ، وليس هذا إثبات الملك بالتسامع وإنما هو إثبات النسب بالتسامع وفى ضمنه إثبات الملك به وهو لا يمتنع إثباته قصدا عينى تبعا للزيلعى ، وعزاه فى البحر إلى النهاية ، وهذا هو النص ، وقد بحث فيه الكمال بأن مجرد ثبوت نسبه بالشهادة عند القاضى لم يوجب ثبوت ملكه لتلك الضيعة لولا الشهادة به ، وكذا المقصود ليس إثبات النسب بل الملك فى الضيعة اه .

وفى البزازية : شهد أن فلان بن فلان مات وترك هذه الدار ميراثا ولم يدركا الميت فشهادتهما باطلة لأنهما شهدا بملك لم يعاينا سببه ولا رآياه فى يد المدعى ، ولو شهد دابة تتبع دابة وترضع منها اه أن يشهد بالملك والنتاج اه ط .

وفى البحر : ولو رآه على حمار يوما لم يشهد أنه له لاحتمال أنه ركبه بالعارية . ولو رآه على حمار خمسين يوما أو أكثر ووقع فى قلبه أنه له وسعه أن يشهد أنه له لأن الظاهر أن الإنسان لا يركب دابة مدة كثيرة إلا بالملك اه (قوله أى إذا ادعاه المالك) أشار به إلى التوفيق بينه وبين ما فى الزيلعى متابعا لصاحب البحر . وقد ذكره مجيبا به عن التنافى الواقع بين قول من قال إنه يقضى بمعاينة وضع اليد كما فى الخلاصة والبزازية ، وبين قول الشارح أن القاضى لا يجوز له أن يحكم بسماع نفسه ولو تواتر عنده ولا برؤية نفسه فى يد إنسان ، فحمل صاحب البحر كلام الأولين على ما إذا حصلت دعوى وكلام الشارح على ما إذا لم تحصل دعوى . ورده المقدسى وحمل كلام الشارح على أن القاضى لايقضى قضاء محكما مبرما ، بحيث لو ادعى الخصم لا يقبل منه ، فلا ينافى أنه يقضى قضاء ترك ، بمعنى أنه يترك فى يد ذى اليد ما دام خصمه لا حجة له ، وقد صرح بذلك الشارح أول كلامه . وأما حمله على ما إذا لم تحصل دعوى فغير صحيح لأن القضاء بغير دعوى لا يقع أصلا فلا يتوهم إرادته .

قال السيد أبو السعود : ولا حاجة إلى هذا التكلف لأن المسألة مختلف فيها ، فما فى الزيلعى يبتنى على

(وإن فسر) الشاهد (للقاضى أن شهادته بالتسامع أو بمعاينة اليد ردت) على الصحيح (إلا فى الوقف والموت إذا) فسرا و (قالا فيه أخبرنا من نثق به) تقبل (على الأصح) خلاصة بل فى العزمية عن الخانية معنى التفسير أن يقولا شهدنا لأنا سمعنا من الناس، أما لو قالا لم نعاين ذلك ولكنه اشتهر عندنا

قول المتأخرين من أن القاضى ليس له أن يقضى بعلمه وهو المفتى به. وما فى الخلاصة والبزازية يبتنى على مقابله. قال فى الحواشى السعدية : ولا يتوهم المخالفة بين ما ذكر الزيلعى وما فى النهاية ، فإن ما فى شرح الكنز هو ما إذا رأى القاضى قبل حال القضاء ثم رأى حال قضائه فى يد غيره كما لا يخفى اه (قوله وإن فسر الشاهد الخ) أى فيما يشهد فيه بالتسامع . وقالوا : ينبغى للشاهد به أن يطلق الشهادة ولا يفسرها حموى (قوله بالتسامع أو بمعاينة اليد) أى بأن يقول أشهد لأنى رأيته فى يده يتصرف فيه تصرف الملاك والشهادة بالتسامع كما يذكرها الشارح أن يقول الشاهد أشهد بالتسامع (قوله إلا فى الوقف) لما تقدم من أنه يفتى بكل ما هو أنفع للوقف فيما اختلف العلماء فيـــه ، كما أشار إلى وجهه فى الدرر بقوله حفظا للأوقاف القديمة عن الاستهلاك .

وذكر المصنف عن فتاوى رشيد الدين أنه تقبل وإن صرحا بالتسامع ، لأن الشاهد ربما يكون سنه عشرين سنة وتاريخ الوقف مائة سنة فيتيقن القاضى أنه يشهد بالتسامع لا بالعيان ، فإذن لا فرق بين السكوت والإفصاح ، أشار إليه ظهير الدين المرغينانى ، وهذا بخلاف ما تجوز فيه الشهادة بالتسامع فإنهما إذا صرحا به لا تقبل اه أى بخلاف غير الوقف من الخمسة المارة فإنه لا يتيقن فيها بأن الشهادة بالتسامع فيفرق بين السكوت والإفصاح .

والحاصل أن المشايخ رجحوا استثناء الوقف منها للضرورة وهى حفظ الأوقاف القديمة عن الضياع ولأن التصريح بالتسامع فيه لا يزيد على الإفصاح به، والله سبحانه أعلم سيدى الوالد رحمه الله تعالى (قوله على الأصح) هذا مخالف لما فى المتون من الشهادات .

ففى الكنز وغيره : ولا يشهد بما لم يعاين إلا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضى وأصل الوقف فله أن يشهد بها إذا أخبره بها من يثق به ومن فى يده شىء سوى الرقيق لك أن تشهد أنه له ، وإن فسر للقاضى أنه يشهد بالتسامع أو بمعاينة اليد لا تقبل . قال العينى : وإن فسر للقاضى أنه يشهد بالتسامع فى موضع يجوز بالتسمع أو فسر أنه يشهد له بالملك بمعاينة اليد يعنى برؤية فى يده لا تقبل لأن القاضى لا يزيد علما بذلك فلا يجوز له أن يحكم الخ ، ومثله فى الزيلعى مبسوط .

وفى شهادات الخيريه : الشهادة على الوقف بالسماع فيها خلاف ، والمتون قاطبة قد أطلقت القول بأنه إذا فسر أنه يشهد بالسماع لا تقبل ، وبه صرح قضيخان وكثير من أصحابنا اه ومثله فى فتاوى شيخ الإسلام على أفندى مفتى الروم اه ملخصا من مجموعة ملا على التركمانى .

أقول : ولا تنس ما قدمناه آنفا من التصحيح فى الوقف حفظا له عن الاستهلاك (قوله بل فى العزمية) أى حاشية عزمى زاده على الدرر ، ونقله المصنف عن الخلاصة والبزازية (قوله معنى التفسير) أى الذى ترد به الشهادة فى غير الوقف والموت (قوله ولكنه اشتهر عندنا) أفاد العلامة نوح فى كتاب الوقف أن الشهرة للشىء بكونه مشهورا معروفا اه وهذا يقتضى شهرته عند كل الناس أوجلّهم . وأما السماع من الناس الذى وقع فى العبارة الأولى لا يفيد ذلك لأنه كقول الشاهد أنا أشهد بالسماع ، وفسره فى الدرر بأن يقولوا عند

جازت فى الكل ، وصححه شارح الوهبانية وغيره اه .

القاضى نشهد بالتسامع . وفى شهادات الخيرية : الشهادة على الوقف بالسماع أن يقول الشاهد أشهد به لأنى سمعته من الناس أو بسبب أنى سمعته من الناس ونحوه اه وفسر الشارح الشهرة بالسماع ، فأفاد أنهما شىء واحد كما نبه عليه سيدى الوالد رحمه الله تعالى .

وفى حاشية نوح أفندى : الشهادة بالشهرة أن يدعى المتولى أن هذه الضيعة وقف على كذا مشهور ويشهد الشهود بذلك . والشهادة بالتسامع أن يقول الشاهد أشهد بالتسامع اه ولا يخفى أن المآل واحد وإن اختلفت المادة فافهم ، أفاده سيدى الوالد رحمه الله تعالى (قوله جازت فى الكل) أى فيما يجوز فيه الشهادة بالتسامع كما فى الخانية .

قال سيدى الوالد . أقول : بقى لو قال أخبرنى من أثق به ، وظاهر كلام الشارح أنه ليس من التسامع ، لكن فى البحر عن الينابيع أنه منه اه .

وعبارة البحر : وفى الينابيع تفسيره أن يقول فى النكاح لم أحضر العقد ، وفى غيره أخبرنى من أثق به أو سمعت ونحوه .

وحاصل ما يقال أنه إن أطلقا بأن يقولا نشهد على موت رجل فإنه يقبل ، وإن قالا لم نعاين موته وإنما سمعنا من الناس ، فإن لم يكن موته مشهورا فلا تقبل بلا خلاف ، وإن كان مشهورا ذكر فى الأصل أنه تقبل. وقال بعضهم : لاتقبل ، وبه أخذ الصدر الشهيد . وفى الغياثية : هو الصحيح ، وإن قالا نشهد أنه مات لأنه أخبرنا من شهد موته ممن نثق به جازت . وقال بعضهم : لا يجوز كما فى الحامدية (قوله وصححه شارح الوهبانية) أى العلامة عبد البر فى شرحه عليها ، وقد نظم جميع ما تجوز به الشهادة بالشهرة والتسامع بقوله :

وقد جوّزوها فى النكاح بسمعه ... وإن بينا ردت وتقبل أظهر
كذا نسب ثم الطريق سماعه ... من الجمع ما كذب لهم يتصور
وأفتوا بما قالا بعداين يكتفى ... قضاء وفى موت كفى العدل يخبر
وقيل لكل والمصحح أن ذا ... كما مر والإخبار فيـــه مؤثر
وفى غيره فالشرط لفظ شهادة ... به أخذ الصدر الشهيد المصدر
وإن أطلقا سمعـــا ونفى عيانه ... تردّ إذا ما الموت لم يك يشهر
وأطلق بعض(١) دراهم صححوا ... قبولا إذا قال الموثق يخـــبر
وبعض يقبلها بالسماع بموت من ... غدا غير مشهور ولابد ينظر
وقدجوّزوها فى الدخول ورجحوا ... جواز المهر ثم فى الوقف يذكر
خلاف شيوخ والصحيح جوازها ... على الأصل دون الشرط فيما يحرر
وجوّزها الثانى أخيرا على الولا ... وفى العتق بعض قال والبعض ينكر
وفى الملك محدودا ويعزى لمالك ... ولم يدر عينا إذ الأمر أشهر
ويعزى إلى الخصاف فى ذا جوازها ... ومن دائن والخصم حى وموسر

---

(١) (قوله وأطلق بعض الخ) هكذا بالأصل ولعله وأطلق بعض ردها ثم صححوا ، وقوله وبعض يقبلها هكذا بالأصل أيضا وهو غير مستقيم الوزن فليحرر .

باب القبول وعدمه

أى من يجب على القاضى قبول شهادته ومن لا يجب ، لا من يصح قبولها أو لا يصح لصحة الفاسق

فضمير بينا لشاهدى التسامع : أى بينا أن شهادتهما بالتسامع ردت : أى الشهادة وضمير تقبل أيضا لها . وقولى أظهر إشارة إلى تصحيح القبول ، وضمير سماعه لمن يشهد . وضمير أفتوا للمشايخ . وضمير قالا للصاحبين ، والمراد بكل كل المسائل المتقدمة ، والإشارة بذا إلى الموت كما مر فى أنه لابد من إخبار عدلين . وضمير فيه للموت وترد للشهادة . وضمير قال للشاهد ، والله تعالى أعلم .

قال فى القنية بعد أن رقم لنجم الأئمة البخارى والقاضى البديع : تقبل شهادة المديون لرب الدين . وفى المحيط : ولا تقبل شهادة رب الدين لمديونه إذا كان مفلسا . وشمس الأئمة الحلوانى ووالد صاحب المحيط قالا : تقبل وإن كان مفلسا . وفى شرح الجامع للعتابى : لا تقبل بعد الموت لتعلق حقه بالتركة ، وكذا الموصى له بألف ، مرسلة أو شىء بعينه لأنه يزداد به محل الوصية أو سلامة عينه . ثم رمز لقاضى خان وقال : إنه يجوز شهادته للحى دون الميت ، هذا خلاصة ما فى القنية ، وقد ذكر فيها فى موضع بعد أن رقم لبرهان الدين صاحب المحيط : ادعى الكفيل عليها الكفالة فأنكرت تقبل شهادة البائع بكفالتها كرب الدين إذا شهد لمديونه. وحاصله القبول إذا كان موسرا حيا ، والقولان فى المفلس وعدم القبول بعد الموت قولا واحدا لتعلق حقه بالتركة كالموصى له ، لكن رأيت فى جامع الفتاوى لحافظ الدين البزازى تقييد الجواز بما إذا شهد بما سوى جنس حقه وهذا لا إشعار للنظم به كما لا إشعار بالاختلاف فى صورة المفلس بل مفهومه عدم القبول فى انعدام الحياة واليسار ، والله تعالى أعلم اه .

نقل الطحطاوى عن الحموى أن من صار خصما فى حادثة لاتقبل شهادته فيها ، ومن كان بعرضية أن ينتصب خصما ولم ينتصب تقبل ، وشهادة أجير الوحد لأستاذه لاتجوز فى تجارته وغيرها وإن كان عدلا وإن كان أجير مياومة أو مشاهرة أو مسانهة استحسانا ، ولو مضت الإجارة وأعاد شهادته تقبل بخلاف الأجير المشترك حيث تقبل شهادته لأنه غير مملوك لا رقبة ولا منفعة ، وتجوز شهادة الدائن لمديونه ولو مفلسا بما هو من جنس دينه ، ولو شهد لمديونه بعد موته لم تقبل لأن الدين لا يتعلق بمال المديون حال حياته ويتعلق به بعد وفاته ، وتقبل شهادة المديون لدائنه اه والله تعالى أعلم .

باب القبول وعدمه

لما فرغ(١) من بيان ما تسمع فيه الشهادة وما لا تسمع ، وقدم ذلك على هذا لأنه محل والمحل مشروط والشرط مقدم على المشروط . ثم معنى القبول لغة يقال : قبلت القول حملته : على الصدق كذا فى المصباح (قوله لصحة الفاسق) أى لصحة القضاء بشهادته أى وقد ذكره مما لايقبل. وكما يصح القضاء بشهادة الفاسق يصح بشهادة الأعمى والمحدود فى القذف إذا تاب وبشهادة أحد الزوجين مع آخر لصاحبه وبشهادة الوالد لولده وعكسه ، حتى لا يجوز للثانى إبطاله وإن رأى بطلانه اه بحر عن خزانة المفتين .

أقول : لعله محمول على ما إذا كان القاضى يرى ذلك ، بخلاف الحنفى بقرينة قوله حتى لا يجوز للثانى الخ تأمل واستظهره الطحطاوى .

---

(١) (قوله لما فرغ الخ) هكذا بالأصل وليحرر .

مثلا كما حققه المصنف تبعا ليعقوب باشا وغيره .
(تقبل من أهل الأهواء) أى أصحاب بدع لا تكفر كجبر وقدر

وذكر فى منية المفتى فى بحث القضاء فى المجتهد فيه : قضى بشهادة محدودين فى قذف وهو لا يعلم بذلك ثم ظهر لا ينفذ قضاؤه وعليه أن يأخذ المال من المقضى له ، وكذا لو علم أنهما عبدان أو كافران أو أعميان ، وقيل ينفذ فإنه ذكر : إذا قضى بشهادة محدودين قد تابا ثم عزل أو مات ورفع ذلك إلى قاض آخر لا يراه أمضى القضاء الأول اه .

قال سيدى الوالد : أقول : وسيذكره الشارح : أى صاحب البحر نفاذ القضاء بشهادة العدو على عدوه وهل يقال مثل ذلك فى شهادة الأجير الخاص صارت واقعة الفتوى ولم أرها لأن العلة التهمة لا الفسق على ما يحرره المؤلف فيما سيأتى فى شهادة العدو وهذه مثلها (قوله مثلا) أشار به إلى أحد القوابين من نفاذ القضاء بشهادة الأعمى أو أحد الزوجين أو الوالد لولده أو عكسه . فالمراد من عدم القبول عدم حله كما فى البحر . وفيه أنه لا يجوز للثانى إبطاله وإن رأى بطلانه فى كل ذلك اه ، وهذا إذا لم يؤيد قضاءه بأرجح الأقوال كما مر (قوله كما حققه المصنف تبعا ليعقوب باشا) أفاد عنه أن كل شهادة يكون سبب ردها الفسق إذا قبلها يصح كالمخنث والنائحة والمغنى ، ومن يلعب بالطيور أو الطنبور أو يغنى للناس ، ومن يظهر سب السلف ومن ارتكب ما يحد له .

ويصح قبول شهادة الأعمى لقول مالك بقبولها مطلقا كالبصير ، أما المملوك لا يصح قبول شهادته ، وكذا العدو بسبب الدنيا لأنه ليس بمجتهد فيه ، وكذا السيد لعبده ومكاتبه والأجير لما ذكر ، وكذا من يبول فى الطريق أو يأكل فيه لأنه لم ينقل فيه خلاف حتى يكون مجتهدا فيه ، ولم يصرحوا بكونه فسقا حتى يدخل فى حكمه اه وسيأتى تحقيقه (قوله تقبل من أهل الأهواء) أى قبولا عاما على المسلمين وغيرهم ، بل المراد أصل القبول ، فلا ينافى أن بعضهم كفار كما يأتى قريبا إن شاء الله تعالى لأن فسقهم من حيث الاعتقاد ، وما أوقعهم فيه إلا التعمق والغلو فى الدين ، والفاسق إنما ترد شهادته لتهمة الكذب ، فصاروا كمن يشرب المثلث أو يأكل متروك التسمية عمدا مستبيحا لذلك من حيث التعاطى .

قال فى المغرب : أهل الأهواء من زاغ عن طريقة أهل السنة والجماعة وكان من أهل القبلة . والأهواء جمع هوى مصدر هويته من باب تعب إذا أحبه واشتهاه ، ثم يسمى به المهوى والمشتهى محمودا كان أو مذموما ثم غلب فى المذموم . والهواء ممدود : هو المسخر بين السماء والأرض والجمع أهوية . وأهل الأهواء ليسوا بطائفة بعينها ، بل يطلق على كل من خالف السنة بتأويل فاسد (قوله لا تكفر) فمن وجب إكفاره منهم فالأكثر على عدم قبوله كما فى التقرير . وفى المحيط البرهانى وهو الصحيح وما ذكره فى الأصل محمول عليه بحر .

وفيه عن السراج : وأن لا يكون ماجنا ، ويكون عدلا فى تعاطيه واعترضه بأنه ليس مذكورا فى ظاهر الرواية . ، وفيه نظر ، فإن العدالة شرطت فى أهل السنة والجماعة فما ظنك فى غيرهم تأمل .

وفى فتح القدير : قال محمد بقبول شهادة الخوارج إذا اعتقدوا ولم يقاتلوا ، فإذا قاتلوا ردت شهادتهم لإظهار الفسق بالفعل (قوله كجبر) أهله طائفة نافون لقدرة العبد والأولى حذف الكاف ويقول والموعد الجبر الخ . ويكون بيانا لأهل الأهواء فى ذاتهم لا من تقبل شهادته منهم (قوله وقدر) هم النافون للقضاء

ورفض وخروج وتشبيه وتعطيل . وكل منهم اثنا عشر فرقة فصاروا اثنين وسبعين (إلا الخطابية) صنف من

والقدر عنه تعالى والقائلون إن العبد يخلق أفعال نفسه (قوله ورفض) هم الملعونون اللاعنون الصهرين وغيرهما من الأخيار كذا فى القهستانى . فهم من أهل الأهواء وإن لم تقبل شهادتهم ، بخلاف من يفضلهما وعليا(١) على الشيخين (قوله وخروج) هم المكفرون للختنين وطلحة والزبير ومعاوية (قوله وتشبيه) ذكر بدله القهستانى المرجئة وهم النافون ضرر الذنب مع الإيمان . ثم قال بعد كل : من كفر منهم كالمجسمة والخوارج وغلاة الروافض والقائلين بخلق القرآن لا تقبل شهادتهم على المسلمين كذا فى المشارع اه فعد هؤلاء الفرق لبيان أهل الأهواء فى ذاتهم لا لمن تقبل شهادته منهم ، ويدل عليه ما فى البحر عن النهاية أن أصول الهوى ستة وذكر ما ذكره المؤلف (قوله وتعطيل) هم القائلون بخلو الذات عن الصفات (قوله فصاروا اثنين وسبعين) فرقة كلهم فى النار ، والفرقة الزائدة على هذا العدد هى الناجية ، وهى ما كانت على ما كان عليه النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه الكرام ، ففى الحديث الشريف « وستفترق أمتى على ثلاث وسبعين فرقة كلها فى النار إلا واحدة قلنا : من هى يا رسول الله ، قال : من كان على ما أنا عليه وأصحابى » وإضافة الفرقة الناجية من النار وهم أهل السنة والجماعة فى الحديث الشريف إلى ما ذكر تكملة إلى الثلاث والسبعين فرقة .

ولنذكرها على طريق الإجمال فنقول : أصناف الخوارج اثنا عشر : الأزرقية والإباحية والحازمية والثعلبية والخلقية والكوزية والمكتوبة والمعتزلة(٢) والميمونية والمحلية والأخنسية والمشراقية .

وأصناف الروافضة اثنا عشر أيضا العلوية والأموية والشعبية والإسحاقية والزيدية والعباسية والإسماعيلية والإمامية والمتناسخة والأعينية والراجعية والمرشية .

وأصناف القدرية اثنا عشر أيضا : الخمرية والشغرية والكيسانية والشيطانية والشركية والوهمية والعروندسية والمناسية والمتبرية والباسطية والنظامية والمعتزلة .

وأصناف الجبرية اثنا عشر أيضا : المطرية والأفعالية والمركوعية والصنجارية والمباينة والصبية والسابقية والحرفية والكرفية والخشية والحشرية والمعينية .

وأصناف الجهمية : أى التعطيل اثنا عشر أيضا : المعطلة واللازقية والمواردية والحرقية والمملوقية والقهرية والغائية والزنادقة والراهفية والقطبية والمرسية والعبرية .

وأصناف المرجئة اثنا عشر أيضا : التاركية والسبئية والراجية والشاكية والبهشية والعملية والمشبهة والأثرية والبدعية والمنبسية والحشوية والبعوضية كما فى فتاوى الشيخ أمين الدين بن عبد العال (قوله إلا الخطابية) نسبة إلى أبى الخطاب . واختلف فى اسمه . قيل محمد بن وهب الأجدع ، وقيل محمد بن أبى زينب الأسدى الأجدع وكان يقول بإمامة إسماعيل بن جعفر ، فلما مات إسماعيل رجع إلى القول بإمامة جعفر وغلوا فى ذلك غلوا كبيرا . وقال فى شرح الأقطع : هم قوم ينسبون إلى أبى الخطاب : رجل كان بالكوفة حارب عيسى بن موسى ابن على بن عبد الله بن عباس وأظهر الدعوة إلى جعفر فتبرأ منه ودعا عليه فقتل هو وأصحابه ، قتله وصلبه عيسى بالكناسة بالضم : محل بالكوفة لأنه كان يزعم أن عليا هو الإله الأكبر وجعفرا الصادق هو الإله الأصغر ، وكانوا يعتقدون أن من ادعى منهم شيئا على غيره يجب أن يشهد له بقية شيعته . وذكر شمس الأئمة

(١) (قوله بخلاف من يفضلهما وعليا) كذا بالأصل ، ولعل الصواب من يفضل عليا الخ فليحرر اه مصححه .

(٢) (قوله والمعتزلة) سيأتى بعدهم فى أصناف القدرية فلعل أحدهما محرف عن لفظ آخر ، وبالجملة فلتنظر هذه الأسماء جميعها فى محل آخر ولتحرر اه مصححه .

الروافض يرون الشهادة لشيعتهم ولكل من حلف أنه محق فردهم لا لبدعتهم بل لتهمة الكذب ولم يبق لمذهبهم ذكر بحر (و) من (الذمي)

السرخسي أنهم ضرب من الروافض يجوّزون أداء الشهادة إذا حلف المدعي بين أيديهم أنه محق في دعواه ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا (قوله يرون الشهادة لشيعتهم) أي واجبة قهستاني (قوله ولكل من حلف أنه محق) الأولى التعبير بأو كما في الفتح بدل الواو لأنهما قولان كما في البحر والفتح وغيرهما واختلطا في عبارة الشارح ، نعم في شرح المجمع كما هنا .

وفي تعريفات السيد الشريف ما يفيد أنهم كفار فإنه قال ما نصه : قالوا الأئمة الأنبياء وأبو الخطاب نبي وهؤلاء يستحلون شهادة الزور لموافقيهم على مخالفيهم وقالوا الجنة نعيم الدنيا والنار آلامها اه (قوله فردهم) أي عن أداء الشهادة (قوله لا لبدعتهم لأنها غير مكفرة) إذا لم يعتقدوا اعتقاد رئيسهم (قوله بل لتهمة الكذب) ومن التهمة المانعة أن يجرّ الشاهد بشهادته إلى نفسه نفعا أو يدفع عن نفسه مغرما خانية (قوله ولم يبق لمذهبهم ذكر) لفنائهم وانقراضهم (قوله ومن الذمي الخ) لأنه عليه الصلاة والسلام أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ، ولأنه من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار فيكون من أهل الشهادة على جنسه ، والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لأنه يجتنب عما يعتقده محرم دينه والكذب محرم في الأديان كلها ، قيد بالذمي لأن المرتد لاشهادة له لأنه لا ولاية له .

مطلب في شهادة المرتد

واختلفوا في شهادة مرتد على مثله والأصح عدم قبولها بحال كذا في المحيط البرهاني .

مطلب في شهادة الدرزي

ويلحق به الدرزي كما أفتى به الخير الرملي والعلامة علي أفندي المرادي في رسالته [أقوال الأئمة العالمة في أحكام الدروز والتيامنة] قال العلامة السيد محمود أفندي حمزة مفتي دمشق الشام في فتواه في جواب سؤال رفع إليه في شهادة أهل الأهواء المكفرة : هل تقبل على بعضهم سواء كانوا متفقين في الاعتقاد أم مختلفين ، وسواء كانوا أهل كتاب أم لا ؟ فكتب حفظه الله تعالى جوابا حاصله بعد ذكر النقول والتفصيل : وأما شهادة الكفار الذين لا يقرون على ما هم عليه من العقيدة كأهل الأهواء المكفرة والمنافقين والباطنية والزنادقة والمجوس والدروز والتيامنة والنصيرية والمرتدين فلا تقبل شهادتهم على أحد ، سواء كان مثلهم في الاعتقاد أو مخالفا لهم لعدم ولايتهم . قال في الداماد شرح الملتقى : أي لا تقبل شهادة المستأمن على الذمي لقصور ولايته عليه اه فجوّز الشهادة التي تدور عليه إنما هو الولاية ، ولكمالها في المسلم صحت شهادته على الجميع ، ولنقصانها في أهل الذمة صحت على بعضهم وعلى من دونهم سوى المرتد للشبهة ، ولقصورها في المستأمن صحت على من هو مثله ، ولعدم الولاية في غيرهم من الكفار المارّ ذكرهم وهم الذين لا يقرون على ما هم عليه من الاعتقاد لم تصح شهادتهم على أحد أصلا .

قال في شرح الداماد : وتقبل شهادة أهل الأهواء مطلقا سواء كانت على أهل السنة أو بعضهم على بعض أو على الكفرة إذا لم يكن اعتقادهم مؤديا إلى الكفر كما في الذخيرة ، ومن المعلوم أن الشرط إذا تعقب المتعاطفات فإنه يرجع للجميع . فمفهوم هذه الجملة أن اعتقاد أهل الأهواء إذا كان مؤديا إلى الكفر فلا تقبل شهادتهم على

لو عدلا فى دينهم جوهرة (على مثله) إلا فى خمس مسائل على ما فى الأشباه .

أهل السنة ولا على بعضهم ولا على الكفرة . ومن المقرر أن مفاهيم الكتب حجة عندنا ، وإذا لم يكن من مر ذكرهم من أهل الأهواء المكفرة من الكفار فهم شر منهم فلا تقبل شهادتهم على أحد أصلا .

مطلب الدروز والتيامنة والنصيرية والباطنية كلهم كفار

على أن المولى عبد الرحمن أفندى العمادى نص فى فتاويه فى كتاب السير على أن الدروز والتيامنة والنصيرية والباطنية كلهم كفار ملاحدة زنادقة فى حكم المرتدين . وعلى تقدير قبول توبتهم يعرض عليهم الإسلام وإن يسلموا أو يقتلوا ، ولا يجوز لولاة الأمور تركهم على ما هم عليه أبدا اهـ بتصرف اهـ ملخصا .

قال سيدى الوالد : شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة إذا كانوا عدولا فى دينهم اتفقت مللهم أو اختلفت .

أقول : والظاهر أن عداوتهم دينية وإلا لم تقبل فتأمل .

مطلب إذا سكر الذمى لاتقبل شهادته

(قوله لو عدلا فى دينهم) قدمنا عن البحر أن تزكية الذمى أن يزكى بالأمانة فى دينه ولسانه ويده وأنه صاحب يقظة ويزكيه المسلمون إن وجدوا وإلا فيسأل من عدول الكفار . وأنه إذا سكر الذمى لا تقبل شهادته (قوله على مثله) فلا تقبل على مسلم لقوله تعالى — ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا — ولأنه لاولاية له على المسلم ولأنه يتقول عليه لأنه يغيظه قهره إياه(١) .

قال فى الهندية : مات وعليه دين المسلم بشهادة نصرانى ودين لنصرانى بشهادة نصرانى . قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى ومحمد وزفر : يبدىء بدين المسلم ، هكذا فى محيط السرخسى ، فإن فضل شىء كان ذلك للنصرانى هكذا فى المحيط .

وروى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة أن التركة تقسم بينهما على مقدار دينهما فتاوى الأنقروى عن التتارخانية والمحيط اهـ وتمام المسألة فيها وفى حاشية الخير الرملى على البحر .

أقول : فى الذخيرة نصرانى مات وترك ألف درهم وأقام مسلم شهودا من النصارى على ألف على الميت وأقام نصرانى آخرين كذلك تدفع الألف المتروكة للمسلم ولا يتحاصان عنده . وعند أبى يوسف يتحاصان ، والخلاف راجع إلى أن بينة النصرانى مقبولة عنده فى حق إثبات الدين على الميت لا فى حق إثبات الشركة بينه وبين المسلم . وعلى قول أبى يوسف مقبولة فيهما اهـ .

والحاصل أنه على قول الإمام يلزم من إثبات الشركة والمحاصة الحكم بشهادة الكافر على المسلم (قوله إلا فى خمس مسائل) الأولى فيما إذا شهد نصرانيان على نصرانى أنه قد أسلم وهو يجحد لم تجز شهادتها ، وكذا لو شهد عليه رجل وامرأتان من المسلمين وترك على دينه ، ولو شهد نصرانيان على نصرانية أنها أسلمت جاز وأجبرت على الإسلام ولا تقتل وهذا قول الإمام اهـ .

---

(١) (قوله لأنه يغيظه قهره إياه) قال الرملى : الضمير فى أنه ويغيظه راجع للذمى ، وفى قهره راجع للمسلم : أى لأنه بسبب قهر المسلم إياه وإذلاله له يتقول عليه ، بخلاف ملل الكفر لأن ملة الإسلام قاهرة الكل ، فلم يبق له غيرة يستظهرون بها انتهى ، انتهى منه .

وتبطل بإسلامه قبل القضاء وكذا بعده لو بعقوبة كقود بحر (وإن اختلفا ملة) كاليهود والنصارى (و) الذمي (على المستأمن لا عكسه) ولا مرتد على مثله في الأصح وتقبل منه على) مستأمن (مثله مع اتحاد الدار) لأن اختلاف داريهما يقطع الولاية كما يمنع التوارث .

(و) تقبل (من عدو بسبب الدين)

قال العلامة المقدسي : ينبغي أن يكون الكافر الذكر كذلك يجبر ولا يقتل كما لو أسلم مكرها أو سكران ، وهو كذلك في الولوالجية والمحيط . ونصه : لو شهد على إسلام النصراني رجل وامرأتان من المسلمين وهو يجحد أجبر على الإسلام ولا يقتل . ولو شهد رجلان من أهل دينه وهو يجحد فشهادتهما باطلة لأن في زعمهما أنه مرتد ولا شهادة لأهل الذمة على المرتد اه . الثانية فيما إذا شهدا على نصراني ميت وهو مديون مسلم أي والتركة لا تفي . الثالثة فيما إذا شهدا عليه بعين اشتراها من مسلم والمسلم ينكر البيع . الرابعة فيما إذا شهد أربعة على نصراني أنه زنى بمسلمة إلا إذا قال استكرهها فإنه يحد الرجل وحده . الخامسة فيما إذا ادعى مسلم عبدا في يد كافر فشهد كافران أنه عبده وقضى به فلان القاضي المسلم اه (قوله وتبطل بإسلامه) أي شهادة الذمي على مثله بإسلامه : أي المشهود عليه قبل القضاء . لأنه لو قضى عليه لقضى على مسلم بشهادة الكافر (قوله وكذا بعده لو بعقوبة) كقود بحر لأن المعتبر إسلامه حال القضاء لا حال أداء الشهادة ولا حال الشهادة ، لما في البحر عن الولوالجية : نصرانيان شهدا على نصراني بقطع يد أو قصاص ثم أسلم المشهود عليه بعد القضاء بطلت الشهادة لأن الإمضاء من القضاء في العقوبات اه . وهل تجب الدية ذكر الخصاف أنها تجب الدية ، فقيل إنه قول الكل . وقيل عنده ينفذ القضاء فيما دون النفس ويقضى بالدية في النفس . وعندهما يقضي بالدية فيهما اه شرنبلالية (قوله وإن اختلفا ملة) لأن الكفر كله ملة واحدة (قوله والذمي على المستأمن) لأن الذمي أعلى حالا منه لكونه من أهل دارنا ولذا يقتل المسلم بالذمي ولا يقتل بالمستأمن منح (قوله لا عكسه) لقصور ولايته عليه لكونه أدنى حالا منه منح (قوله ولا مرتد على مثله) والوجه فيه أنه لا ولاية له على أحد كما قدمناه (قوله في الأصح) أي أنها لا تقبل بحال غيره كما قدمناه عن المحيط (قوله وتقبل منه) أي من المستأمن قيد به لأنه لا يتصور غيره . فإن الحربي لو دخل بلا أمان قهرا استرق ولا شهادة للعبد على أحد. فتح (قوله مع اتحاد الدار) أي بأن يكونا من أهل دار واحدة ، فإن كانوا من دارين كالروم والترك لم تقبل هداية ولا يخفى أن الضمير في كانوا للمستأمنين في دارنا . وبه ظهر عدم صحة ما نقل عن الحموي من تمثيله لاتحاد الدار بكونهما في دار الإسلام والإلزام توارثهما حينئذ وإن كانا من دارين مختلفين .

وفي الفتح : وإنما تقبل شهادة الذمي على المستأمن وإن كانا من أهل دارين مختلفين لأن الذمي بعقد الذمة صار كالمسلم وشهادة المسلم تقبل على المستأمن فكذا الذمي قاله سيدي الوالد رحمه الله تعالى ، ويأتي تأييده في المقولة الآتية إن شاء الله تعالى (قوله لأن اختلاف داريهما) قال في البحر : ويستثنى من الحربي على مثله ما إذا كانا في دارين مختلفين كالإفرنج والحبش لانقطاع الولاية بينهما . ولهذا لا يتوارثان ، والدار تختلف باختلاف المنعة والملك اه والذي في المنح ونحوه في القهستاني التعبير بما إذا كانا من دارين . فيفيد أنهما لو كانا في دارنا وهما من دارين لا تقبل شهادتهما على الآخر . لأن الإرث يمتنع في هذه الصورة لوجود الاختلاف الحكمي ، وهذا هو الظاهر خلافا لما أفاده الحموي كما تقدم في المقولة السابقة ، فإنهما إذا كانا في داريهما لا وجه للقضاء بشهادته لأن دار الحرب ليست دار أحكام فليتأمل ط (قوله عدو) العدو : من يفرح

لأنها من التدين ، بخلاف الدنيوية فإنه لايؤمن منَ التقوّل عليه كما سيجيء . وأما الصديق لصديقه فتقبل

لحزنك ويحزن لفرحك ، وقيل يعرف بالعرف بحر . ومثله فى فتاوى على أفندى عن خزانة المفتين .

قال العلامة النحرير السيد الشريف محمود أفندى حمزة مفتى دمشق الشام فى فتاواه بعد كلام : فتحصل من هذا أن من يفرح لحزن الآخر ويحزن لفرحه فهو عدوّه ، وكل عدوّ ترد شهادته إذا كانت دنيوية . فمن يفرح لحزن الآخر ويحزن لفرحه تردّ شهادته ، فالصغرى مسلمة لما فى البحر وعلى أفندى من تعريف العدوّ والكبرى مسلمة للحديث الشريف(١) الذى هو دليل المجتهد ، فأنتج إذاته أن من يفرح لحزن الآخر ويحزن لفرحه ترد شهادته ، ثم إذا حكم بها حاكم لا ينفذ حكمه لما فى البحر أيضا : وكيف لا ترد شهادة من اتصف بهذه الصفة وهى مما تتناهى به العداوة ، وقد وصف الله تعالى بها المنافقين فى كتابه العزيز — إن تمسسكم حسنة تسؤهم وإن تصبكم سيئة يفرحوا بها — . قال القاضى : بيان تناهى عداوتهم إلى حد حسد وأما نالهم من خير ومنفعة وتمنوا ما أصابهم من ضرر وشدة فخذ الجواب مع الدليل والبرهان والله تعالى أعلم اه (قوله لأنها من التدين) فيدل على كمال دينه وعدالته ، وهذا لأن المعاداة قد تكون واجبة ، بأن رأى فيه منكرا شرعا ولم ينته بنهيه وقد قبلوا شهادة المسلم على الكافر مع ما بينهما من العداوة الدينية حموى (قوله بخلاف الدنيوية) كشهادة المقذوف على القاذف ، والمقطوع عليه الطريق على القاطع ، والمقتول وليه على القاتل ، والمجروح على الجارح ، والزوج على امرأته بالزنا إذا كان قذفها أولا ، فالعداوة ليس كما يتوهمه بعض المتفقهة . أو الشهود أن كل من خاصم شخصا فى حق وادعى عليه أن يصير عدوّه فيشهد بينهما بالعداوة بل العداوة إنما تثبت بنحو ما ذكرنا .

وفى القنية أن العداوة بسبب الدنيا لاتمنع به ما لم يفسق بسببها أو يجلب منفعة أو يدفع بها عن نفسه مضرة وهو الصحيح وعليه الاعتماد اه .

وفى فتاوى المصنف : سئل عن رجل شتم آخر وقذفه فهل تثبت العداوة الدنيوية بينهما بهذا القدر ، حتى لو شهد لا تقبل . أجاب : ظاهر كلامهم أن العداوة الدنيوية تثبت بهذا القدر ، فقد صرح فى شرح الوهبانية أنها : أى العداوة تثبت بنحو القذف وقتل الولى اه .

مطلب الفسق لايتجزأ

ولا تقبل شهادة من فيه عداوة دنيوية على عدوه ، ولا على غيره بل تكون قادحة فى حق جميع الناس ، فإن الفسق لايتجزأ حتى يكون فاسقا فى حق شخص لا فى حق غيره ، ويقاس على عدم تجزئ الفسق ما لوكان ناظرا على أوقاف عديدة وثبت فسقه بسبب خيانة فى واحد منها ، فإنه يسرى فى كلها فيعزل منها جميعا كما أفتى به المفتى أبو السعود العمادى المفسر فى فتاويه ، ولو ادعى شخص عداوة آخر يكون اعترافا منه بفسق نفسه ؛ ولو شهد الشاهد على آخر فخاصم المشهود عليه الشاهد قبل القضاء لا يمتنع القضاء بشهادته إلا إذا ادعى أنه دفع إليه كذا لئلا يشهد عليه وطلب الرد وأثبت دعواه ببينة أو إقرار أو نكول فتبطل شهادته ، وهو جرح مقبول كما صرحوا به ، لكن قال سيدى الوالد فى جواب سؤال عمن شهد عليه شهود بحق وزكوا فتعلل المدعى

---

(١) هو قوله عليه الصلاة والسلام « لاتجوز شهادة ذى الظنة ولا ذى الحنة » رواه الحاكم والبيهقى ، وهو حديث صحيح . وذو الحنة : العدو . قال فى النهاية : الحنة العداوة .

. . . .

عليه أن الشهود من زكاهم أعداء له بسبب تشاجر معهم على قمار ولعب. فأجاب بعد كلام حاصله: فى الحادثة المسئول عنها ربما أنه فسق بها إذ العداوة جرت بينهما على ما قاله المدعى عليه بسبب قمار ولعب محرمين شرعا، ولكن المتأخرون على الأول من الإطلاق سواء فسق بها أولا . والحديث الشريف شاهد لما عليه المتأخرون كما رواه أبو داود مرفوعا «لا تجوز شهادة خائن ولاذى غمر على أخيه» والغمر : الحقد . ويمكن حمله على ما إذا كان غير عدل بدليل أن الحقد فسق للنهى عنه كما أفاده فى البحر .

مطلب العداوة إذا فسق بها لا تقبل شهادته على أحد،

وإن لم يفسق بها تقبل على غير عدوه

وقال العلامة الخير الرملى فى فتواه : فتحصل من ذلك أن شهادة العدو على عدوه لا تقبل وإن كان عدلا وصرح يعقوب باشا فى حاشيته بعدم نفاذ قضاء القاضى بشهادة العدو على عدوه . والمسألة دوارة فى الكتب فإذا أثبت المدعى عليه العداوة ثبوتا شرعيا فتجرى الأحكام المذكورة من عدم صحة أداء الشهادة والتزكية المذكورة لثبوت عداوتهم بالسببين المرقومين المحرمين شرعا وسبب الحقد وأنهم ممن يفرحون لحزنه ويحزنون لفرحه اه وتمامه فيه .

فإن قلت : العداوة الدنيوية فسق لأنه لا يحل معاداة المسلم لأجل الدنيا . فهلا استغنى عنه بقوله لا تقبل شهادة الفاسق .

قلت : للفرق بينهما . فإنه لو قضى بشهادة الفاسق صح وأثم كما مر . ولو قضى بشهادة العدو بسبب الدنيا لا ينفذ لأنه ليس بمجتهد فيه كما نقله المصنف عن يعقوب باشا . لكن قال المنلا عبد الحليم فى حاشيته على الدرر : وقد جاءت الرواية بعدم قبول شهادة عدو بسبب الدنيا مطلقا . والتحقيق فيه أن من العداوة المؤثرة فى العدالة كعداوة المجروح على الجارح وعداوة ولى المقتول على القاتل . ومنها غير مؤثرة كعداوة شخصين بينهما وقعت مضاربة أو مشاتمة أو دعوى مال أو حق فى الجملة فشهادة صاحب النوع الأول لا تقبل كما هو المصرح فى غالب كتب أصحابنا . والمشهور على ألسنة فقهائنا : وشهادة صاحب النوع الثانى تقبل لأنه عدل . وبهذا التحقيق يحصل التوافق بين الروايتين وبين المتن والشرح وإن لم يهتد المصنف إليه . الحمد لله الذى هدانا لهذا اه .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى بعد كلام : والحاصل أن فى المسألة قولين معتمدين .

أحدهما عدم قبولها على العدو وهذا اختيار المتأخرين وعليه صاحب الكنز والملتقى ومقتضاه أن العلة العداوة لا الفسق وإلا لم تقبل على غير العدو أيضا .

ثانيهما أنها تقبل إلا إذا فسق بها . واختاره ابن وهبان وابن الشحنة اه . وهل حكم القاضى فى العداوة حكم الشاهد . قال شارح الوهبانية : لم أقف عليه فى كتب أصحابنا . وينبغى أن يكون الجواب فيه على التفصيل إن كان قضاؤه عليه بعلمه لا ينفذ . وإن كان بشهادة من العدول وبمحضر من الناس فى مجلس الحكم بطلب خصم شرعى ينفذ ذكره الحموى. وسياق كلام البرجندى يفيد أن شهادة العدو لعدو مقبولة لعدم التهمة. وهذا بناء على أن العلة التهمة . أما إذا كانت العلة الفسق فلا فرق . وقد اختلف تعليل المشايخ فى ذلك. قال أبو السعود: ولعل فى المسألة قولين . منهم من علل بالأول . ومنهم من علل بالثانى اه .

إلا إذا كانت الصداقة متناهية بحيث يتصرف كل فى مال الآخر فتاوى المصنف معزيا لمعين الحكام (و) من (مرتكب صغيرة) بلا إصرار (إن اجتنب الكبائر) كلها وغلب صوابه على صغائره درر وغيرها ، قال وهو معنى العدالة .

وفى الخلاصة : كل فعل يرفض المروءة والكرم فهو كبيرة وأقره ابن الكمال

أقول : قد علمت ما قدمناه عن سيدى الوالد أنهما قولان معتمدان وأن المتون على عدم قبولها وإن لم يفسق بها للتهمة (قوله إلا إذا كانت الصداقة متناهية) أى فإنها لاتقبل للتهمة (قوله بلا إصرار) أى تقبل من مرتكب صغيرة بلا إصرار ، لأن الإلمام من غير إصرار لا يقدح فى العدالة إذ لا يوجد من البشر من هو معصوم سوى الأنبياء عليهم الصلاة والسلام ، فيؤدى اشتراط العصمة إلى سد باب الشهادة وهو مفتوح . أما إذا أصر عليها وفرح بها أو استخف ، إن كان عالما يقتدى به فهى كبيرة كما ذكره بعضهم (قوله إن اجتنب الكبائر كلها وغلب صوابه على صغائره) الأولى أن يقول على خطئه ، وأشار إلى أنه كان ينبغى أن يزيد وبلا غلبة . قال ابن الكمال لأن الصغيرة تأخذ حكم الكبيرة بالإصرار ، وكذا بالغلبة على ما أفصح عنه فى الفتاوى الصغرى حيث قال : العدل من يجتنب الكبائر كلها ، حتى لو ارتكب كبيرة تسقط عدالته وفى الصغائر العبرة للغلبة والدوام على الصغيرة لتصير كبيرة ولذا قال وغلب صوابه (قوله وهو معنى العدالة) قال الكمال : أحسن ما نقل فيها عن أبى يوسف أن لا يأتى بكبيرة ولايصر على صغيرة ، ويكون ستره أكثر من هتكه ، وصوابه أكثر من خطئه ، ومروءته ظاهرة ، ويستعمل الصدق ويجتنب الكذب ديانة ومروءة اه .

قال القهستانى : من اجتنب الكبائر وفعل مائة حسنة وتسعا وتسعين صغيرة فهو عدل ، وإن فعل حسنة وصغيرتين ليس بعدل اه . قال فى البحر : هى الاستقامة ، وهى بالإسلام واعتدال العقل ويعارضه(١) هوى يضله ويصده ، وليس لكمالها حد يدرك مداه ، ويكتفى لقبولها بأدناه كى لاتضيع الحقوق ، وهو رجحان جهة الدين والعقل على الهوى والشهوة اه وتمامه فيه (قوله كل فعل يرفض المروءة والكرم فهو كبيرة) أى كل فعل من الذنوب والمعاصى فهو كبيرة ، إذ يبعد أن يقال إن الأكل فى السوق مثلا لغير السوقى كبيرة ، بل قالوا إنما يحرم عليه ذلك إذا كان متحملا شهادة لئلا يضيع حق المشهود له . وعبارة الخلاصة بعد أن نقل القول بأن الكبيرة ما فيه حد بنص الكتاب . قال : وأصحابنا لم يأخذوا بذلك وإنما بنوا على ثلاثة معان : أحدها ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة ، والثانى أن يكون فيه منابذة المروءة والكرم ، فكل فعل يرفض المروءة والكرم فهو كبيرة . والثالث أن يكون مصرا على المعاصى أوالفجور اه . وتعقبه فى فتح القدير بأنه غير منضبط وغير صحيح اه ولذا قال المحشى فيما ذكره الشارح عنها . قال إلا أن يراد الكبيرة من حيث منع الشهادة . قال القهستانى : هذا التعريف غير الأصح .

قال فى الذخيرة : الأصح أن ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الدين فهو من الكبائر ، وكذا ما فيه نبذ المروءة والكرم ، وكذا الإعانة على المعاصى والحث عليها . وفى معين المفتى : رفض المروءة ارتكاب ما يعتذر منه ويضعه عن رتبته عند أهل الفضل .

قال العينى : اختلفوا فى الكبيرة . فقال أهل الحجاز وأهل الحديث : هى السبع المذكورة فى الحديث المشهور ، وهى الإشراك بالله ، والفرار من الزحف ، وعقوق الوالدين ، وقتل النفس ، وبهت المؤمن ،

---

(١) (قوله ويعارضه الخ) لعله ومعارضة فليحرر .

قال : ومتى ارتكب كبيرة سقطت عدالته

والزنا ، وشرب الخمر . وزاد بعضهم عليها أكل الربا ، وأكل أموال اليتامى بغير حق . وقيل ما ثبت حرمته بدليل مقطوع به فهو كبيرة ، وقيل ما فيه حد أو قتل فهو كبيرة . وقيل كل ما أصر عليه المرء فهو كبيرة ، وما استغفر عنه فهو صغيرة .

والأوجه ما ذكره المتكلمون أن كل ذنب فوقه ذنب وتحته ذنب فبالنسبة إلى ما فوقه فهو صغيرة وإلى ما تحته فهو كبيرة . والأصح ما نقل عن شمس الأئمة الحلوانى أنه قال : كل ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله تعالى والدين فهو من جملة الكبائر اه (قوله ومتى ارتكب كبيرة سقطت عدالته) غير أن الحكم بزوال العدالة بارتكاب الكبيرة يحتاج إلى الظهور فلذا شرط فى شرب المحرم الإدمان اه حموى .

وفى القهستانى عن قضاء الخلاصة : المختار اجتناب الإصرار على الكبائر . فلو ارتكب كبيرة مرة قبلت شهادته . قال فى الفتح : وما فى الفتاوى الصغرى : العدل من يجتنب الكبائر كلها ، حتى لو ارتكب كبيرة تسقط عدالته وفى الصغائر العبرة للغلبة لتصير كبيرة حسن ، ونقله عن أدب القضاء لعصام وعليه المعول ، غير أن الحكم بزوال العدالة بارتكاب الكبيرة يحتاج إلى الظهور فلذا شرط فى شرب المحرم والسكر الإدمان . والله سبحانه أعلم اه وإذا سقطت عدالته تعود إذا تاب ، لما صرحوا بأن المحدود فى القذف إذا تاب فهو عدل : أى وإن لم تقبل شهادته ، لكن قال فى البحر : وفى الخانية الفاسق إذا تاب لا تقبل شهادته ما لم يمض عليه زمان يظهر التوبة ، ثم بعضهم قدره بستة أشهر ، وبعضهم قدره بسنة . والصحيح أن ذلك مفوض إلى رأى القاضى والمعدل .

وفى الخلاصة : ولو كان عدلا فشهد بزور ثم تاب فشهد تقبل من غير مدة اه وسيأتى الكلام عليه فى هذا الباب وقبل باب الرجوع عن الشهادة فى كلام الشارح ، وقدمنا أن الشاهد إذا كان فاسقا سرا لاينبغى أن يخبر بفسقه كى لا يبطل حق المدعى ، وصرح به فى العمدة أيضا والخانية ، والظاهر أنه لا يحل اه ذلك كما استظهر سيدى الوالد رحمه الله تعالى .

قال فى الخانية قبل التزكية : والتعديل المعروف بالعدالة إذا شهد بزور عن أبى يوسف أنه لا تقبل شهادته أصلا أبدا لأنه لا تعرف توبته . وروى الفقيه أبو جعفر أنه تقبل شهادته وعليه الاعتماد اه . وفيها : من اتهم بالفسق لا تبطل عدالته ، والمعدل إذا قال الشاهد هو متهم بالفسق لا تبطل عدالته اه .

ولا بأس بذكر أفراد سقطت عدالتهم نص عليها : منها إذا ترك الصلاة بجماعة بعد كون الإمام لا طعن فيه فى دين ولا حال ، وإن كان متأولا فى تركها بأن يكون معتقدا فضيلة أول الوقت والإمام يؤخر الصلاة أو غير ذلك لاتسقط عدالته بالترك ، وكذا من ترك الجمعة من غير عذر ، فنهم من أسقطها بمرة واحدة كالحلوانى ، ومنهم من شرط ثلاث مرات والأول أوجه . وذكر الإسبيجابى أن من أكل فوق الشبع سقطت عدالته عند الأكثر ولابد من كونه فى غير إرادة التقوى على صوم الغد أو مؤانسة الضيف اه . والإعانة على المعاصى والحث عليها كبيرة ، ولا تقبل شهادة الطفيلى والرقاص والمجازف فى كلامه والمسخرة بلا خلاف ، ولا من يحلف فى كلامه كثيرا . ولا تقبل شهادة البخيل والذى أخر الفرض بعد وجوبه لغير عذر ، إن كان له وقت معين كالصلاة بطلت عدالته ، وإن لم يكن له وقت معين كالزكاة والحج اختلفت فيه الرواية والمشايخ . وذكر الخاصى عن قاضيخان أن الفتوى على سقوطها بتأخير الزكاة من غير عذر بخلاف تأخير الحج ، وبركوب بحر الهند لأنه مخاطر بنفسه ودينه

(و) من (أقلف) لو لعذر وإلا لا ، وبه نأخذ بحر . والاستهزاء بشيء من الشرائع كفر ابن كمال

من سكنى دار الحرب وتكثير سوادهم وعددهم لأجل المال ومثله لايبالى بشهادة الزور . ولا تقبل شهادة من يجلس مجلس الفجور والمجانة والشرب وإن لم يشرب كما فى الهندية ، وتمام ذلك فى المطولات . وفى البحر عن العتابية : من آجر بيته لمن يبيع الخمر لم تسقط عدالته اهـ (قوله ومن أقلف) إذ تقبل شهادة الكبير الذى لم يختتن لأن العدالة لاتخل بترك الختان لكونه سنة عندنا كذا أطلقه فى الكنز وغيره وتبعهم المصنف (قوله لو لعذر) بأن يتركه خوفا على نفسه أما إذا تركه بغير عذر لم تقبل كما قيده قاضيخان ، وقيده فى الهداية بأن لايتركه استخفافا بالدين ، أما إذا تركه استخفافا لم تقبل لأنه لم يبق عدلا ؛ وكذا تقبل شهادته تصح إمامته كما فى فتح القدير .

مطلب فى وقت الختان

واختلفوا فى وقته ، فالإمام لم يقدر له وقتا معلوما لعدم ورود النص به ، وهذه إحدى المسائل التى توقف الإمام فى الجواب عنها . وقدره المتأخرون . واختلفوا والمختار أن أول وقته سبع وآخره اثنتا عشرة كذا فى الخلاصة من باب اليمين فى الطلاق والعتاق ولعل أن سبع سنين أول وقت استغناء الصبى عن الغير فى الأكل والشرب واللبس والاستنجاء حيث يتحمل بمثله ووقت الاحتياج إلى التأديب وتهذيب الأخلاق ، ولذلك كان ذلك نهاية مدة الحضانة بل وقت كونه مأمورا بالصلاة ولو ندبا ومن جملته الختان أيضا ، وكونه ابن اثنتى عشرة سنة وقت المراهقة البتة واحتمال البلوغ فيه ، فحينئذ يجرى عليه قلم التكليف فرضا ووجوبا وسنة وندبا ، ومن جملته كشف العورة وهو حرام على البالغين من غير محرم . فظهر أن وقت الختان على الوجه المسنون يتم عنده ؛ فلو قال رجل إن بلغ ولدى الختان فلم أختنه فامرأتى طالق . فإن نوى أول الوقت لايحنث مالم يبلغ سبع سنين . وإن نوى آخره قال الصدر الشهيد : المختار أنه اثنتا عشرة سنة . وهو سنة للرجال مكرمة للنســاء ، إذ جماع المختونة ألذ . وكان ابن عباس لايجيز ذبيحة الأقلف ولا شهادته اهـ بحر ملخصا . وفيه فائدة من كراهية فتاوى العتابى . وقيل فى ختان الكبير إذا أمكن أن يختن نفسه فعل وإلا لم يفعل إلا أن يمكنه أن يتزوج أو يشترى ختانة تختنه . وذكر الكرخى فى الكبير يختنه الحمامى وكذا عن ابن مقاتل .

مطلب لابأس للحمامى أن يطلى عورة غيره بالنورة إذا غض بصره حالة الضرورة

لابأس للحمامى أن يطلى عورة غيره بالنورة انتهى ، لكن قال فى الهندية بعد أن نقل عن التتارخانية أن أبا حنيفة كان لايرى بأسا بنظر الحمامى إلى عورة الرجل ، ونقل أنه مايباح من النظر للرجل من الرجل يباح المس ونقله عن الهداية ونقل مانقلناه ، لكن قيده بما إذا كان يغض بصره . ونقل عن الفقيه أبى الليث أن هذا فى حالة الضرورة لافى غيرها ، وقال : وينبغى لكل واحد أن يتولى عانته بيده إذا تنور كما فى المحيط فليحفظ .

أقول : ومعنى ينبغى هنا الوجوب كما يظهر فتأمل (قوله بحر) ومثله فى التتارخانية (قوله والاستهزاء بشيء من الشرائع كفر) أشار إلى فائدة تقييده فى الهداية بأن لايترك الختان استخفافا بالدين (قوله ابن كمال) عبارته : والأقلف لأنه لايخل بالعدالة إذا تركه استخفافا بالدين . قال الرازى : لم يرد بالاستخفاف الإستهزاء لأن الاستهزاء بشيء من الشرائع كفر ، وإنما أراد به التوانى والتكاسل اهـ ح وكذا ذكر مثله عزمى زاده مؤولا عبارة الدرر .

(وخصى) وأقطع (وولد الزنا) ولو بالزنا خلافا لمالك (وخنثى) كأنثى لو مشكلا وإلا فلا إشكال (وعتيق لمعتقه وعكسه) إلا لتهمة ، لما فى الخلاصة : شهدا بعد عتقهما أن الثمن كذا عند اختلاف بائع ومشتر لم تقبل لجر النفع بإثبات العتق (ولأخيه وعمه ومن محرم رضاعا أو مصاهرة) إلا إذا امتدت الخصومة وخاصم معه

مطلب فى شهادة الخصى

(قوله وخصى) بفتح الخاء: منزوع الخصا ، لأن عمر رضى الله تعالى عنه قبل شهادة علقمة الخصى على قدامة بن مظعون رواه ابن شيبة(١) ولأنه قطع منه عضو ظلما فصار كمن قطعت يده ظلما فهو مظلوم ، نعم لو كان ارتضاه لنفسه وفعله مختارا منع فتح (قوله وأقطع) إذا كان عدلا ، لما روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم قطع يد رجل فى السرقة ثم كان بعد ذلك يشهد فيقبل شهادته » منح (قوله وولد الزنا) لأن فسق الوالدين لا يوجب فسق الولد ككفرهما منح (قوله ولو بالزنا) أى ولو شهد بالزنا على غيره تقبل ، أطلقه فشمل ما إذا شهد بالزنا أو بغيره خلافا لمالك فى الأول كما فى المنح (قوله كأنثى) فيقبل مع رجل وامرأة فى غير حد وقود (قوله لو مشكلا) فى كل الأحكام شرنبلالية ، والأولى أن يقول وهو كأنثى (قوله وعتيق لمعتقه) أى تقبل شهادته ، لأن شريحا قبل شهادة قنبر لعلى وهو عتيقه . وأشار باللام إلى أن شهادته على المعتق تقبل بالأولى كما صرح به متنا بقوله وعكسه ، وقنبر بفتح القاف ، وأما بضم القاف فجد سيبويه . ذكره الذهبى فى مشتبه الأنساب والأسماء .

مطلب فى ترجمة شريح القاضى

وشريح بن الحرث بن قيس الكوفى النخعى القاضى أبو أمية ، تابعى ثقة . وقيل له صحبة ، مات قبل الثمانين أو بعدها وله مائة وثمان سنين أو أكثر ، واستقضاه عمر رضى الله تعالى عنه على الكوفة ، ولم يزل بعد ذلك قاضيا خمسا وسبعين سنة إلا ثلاث سنين امتنع فيها من القضاء فى فتنة الحجاج فى حق ابن الزبير حيث استعفى الحجاج من القضاء فأعفاه ، ولم يقض إلى أن مات الحجاج كما فى البحر وشرح جلال الدين التبانى على المنار (قوله أن الثمن كذا)ولو شهدا بإيفائه أو إبرائه تقبل مقدسى (قوله لجر النفع بإثبات العتق) لأنه لولا شهادتهما لتحالفا وفسخ البيع المقتضى لإبطال العتق منح ، لكن تقدم فى آخر باب الإقالة أنه لا يحالف بعد خروج المبيع عن ملكه لأنه يشترط قيام المبيع عند الاختلاف فى التحالف إلا إذا استهلكه فى يد البائع غير المشترى فراجعه وتأمل (قوله ومن محرم رضاعا) كابنه منه .

وفى الأقضية : تقبل لأبويه من الرضاع ، ولمن أرضعته امرأته ، ولأم وامرأته وابنها بزازية من الشهادة (قوله أو مصاهرة) كأم امرأته وبنتها وزوج بنته وامرأة أبيه وابنه ، لأن الأملاك بينهم متميزة والأيدى متحيزة ، ولا بسوطة لبعضهم فى مال بعض فلا تتحقق التهمه ، بخلاف شهادته لقرابته ولادا درر ، ومثله فى البحر (قوله إلا إذا امتدت الخصومة) أى سنين كما فى المنح عن القنية ، والظاهر أنه اتفاقى . قال ابن وهبان : وقياس ذلك أن يطرد فى كل قرابة ، والفقه فيه أنه لما كثر منه التردد مع المخاصم صار بمنزلة الخصم للمدعى عليه : قال أبو السعود : والتقييد بعدم الخصام على القول به لا يخص الشهادة للأخ ونحوه اهـ .

---

(١) (قوله ابن شيبة) هكذا بأصله ولعل الصواب ابن أبى شيبة فليحرر اه مصححه .

على ماف القنية . وفى الخزانة : تخاصم الشهود والمدعى عليه تقبل لو عدولا (ومن كافر على عبد كافر مولاه مسلم أو) على وكيل (حر كافر موكله مسلم لا) يجوز (عكسه) لقيامها على مسلم قصدا وفى الأول ضمنا .

قال المنلا عبدالحليم : ولا يذهب عليك أن المعتمد عليه قبول شهادة عدو بسبب الدنيا لو عدلا : أى بمجرد الخصومة على ماتقدم ، وذا لاينافى ذلك لأن المتردد المذكور بمنزلة المدعى لابمنزلة العدو تدبر (قوله على ماف القنية) يعنى إذا كان مع المدعى أخ أو ابن عم يخاصمان له مع المدعى عليه ثم شهدا لاتقبل شهادتهما فى هذه الحادثة بعد هذه الخصومة ، وكذا كل قرابة وصاحب تردد فى المخاصمة سنين لأنه بطول التردد صار بمنزلة الخصم للمدعى عليه كما فى الوهبانية (قوله وفى الخزانة الخ) أى خاصماه عند أداء الشهادة عليه بأنه نسبهما إلى الكذب فدفعا عن أنفسهما ، ومسألة القنية فيما إذا خاصماه مع قريبه على الحق الذى يدعيه (قوله تقبل لو عدولا) قال فى المنح عن البحر : وينبغى حمله على ما إذا لم يساعد المدعى فى الخصومة أو لم يكثر ذلك توفيقا اه . وفق الرملى بغيره حيث قال : مفهوم قوله لو عدولا أنهم إذا كانوا مستورين لاتقبل وإن لم تمتد الخصومة للتهمة بالمخاصمة ، وإذا كانوا عدولا تقبل لإرتفاع التهمة مع العدالة ، فحمل ماف القنية على ما إذا لم يكونوا عدولا توفيقا ، وماقلناه أشبه لأن المعتمد فى باب الشهادة العدالة (قوله على عبد كافر مولاه مسلم) لأن هذه شهادة قامت على إثبات أمر على الكافر قصدا ولزم منه الحكم على المولى المسلم ضمنا ، على أن استحقاق مالية المولى غير مضاف إلى الشهادة لأنه ليس من ضرورة وجوب الدين عليه استحقاق مالية المولى لامحالة بل ينفك عنه فى الجملة (قوله لايجوز عكسه) وهو ما إذا كان العبد مسلما مولاه كافر ؛ يعنى لاتجوز شهادة الكافر على عبد مسلم مولاه كافر ، وعلى وكيل مسلم موكله كافر ، فإن كان مسلما له عبد كافر أذن له بالبيع والشراء فشهد عليه شاهدان كافران بشراء وبيع جازت شهادتهما عليه ، لأن هذه شهادة قامت على إثبات أمر على الكافر قصدا وعلى المسلم ضمنا كما تقدم ، ولو أن مسلما وكل كافرا بشراء أو بيع فشهد على الوكيل شاهدان كافران بشراء أو بيع لاتقبل شهادتهما عليه لأنها شهادة كافر قامت لإثبات حق على مسلم قصدا كما فى الدرر والغرر (قوله إن لم يكن عليه دين لمسلم) هذا ظاهر إن كانت التركة لايخرج منها الدينان ، وأما إذا كانت متسعة لم يكن فيها شبهة أنه تنقيص شهادة على حق مسلم .

وفى المنح : نصرانى مات عن مائة فأقام مسلم شاهدين نصرانيين عليه بمائة ومسلم ونصرانى بمثله فالثلثان له والباقى بينهما اه أى لأن شهادة أهل الذمة على المسلم لا تقبل وهنا لا تقبل فى مشاركة الذمى للمسلم فى المائة .

والحاصل أنها أثبتت الدين على الميت دون المشاركة مع الغريم المسلم وأن المسلم لما ادعى المائة مع النصرانى صار طالبا نصفها والمنفرد بطلب كلها فتقسم عولا عند الإمام فلمدعى الكل الثلثان لأن له نصفين وللمسلم الثلث لأن له نصفا فقط ، ولكن لما ادعاه مع النصرانى قسم بينهما .

قال سيدى الوالد : نصرانى مات وترك ألف درهم وأقام مسلم شهودا من النصارى على ألف على الميت وأقام نصرانى آخرين كذلك فالألف المتروكة للمسلم عنده . وعند أبى يوسف يتحاصان ، والأصل أن القبول عنده فى حق إثبات الدين على الميت فقط دون إثبات الشركة بينه وبين المسلم ، وعلى قول الثانى فى حقهما ذخيرة ملخصا . وبه ظهر أن قبولها على الميت غير مقيد بما إذا لم يكن عليه دين لمسلم ، نعم هو قيد لإثباتها الشركة بينه وبين المدعى الآخر ، فإذا كان الآخر نصرانيا أيضا يشاركه وإلا فالمال للمسلم ، إذ لو شاركه لزم قيامها على المسلم وظهر أيضا أن المصنف ترك قيدا لابد منه وهو ضيق التركة عن الدينين وإلا لا يلزم قيامها على المسلم كما لا يخفى ، هذا ما ظهر لى بعد التنقير التام (قوله بحر) نص عبارته : وتقبل شهادة الذمى بدين

(و) تقبل (على ذمى ميت وصيه مسلم إن لم يكن عليه دين لمسلم) بحر .
وفى الأشباه : لا تقبل شهادة كافر على مسلم إلا تبعا كما مر أو ضرورة فى مسألتين .
فى الإيصاء : شهد كافران على كافر أنه أوصى إلى كافر وأحضر مسلما عليه حق للميت .
وفى النسب شهدا أن النصرانى ابن الميت فادعى على مسلم بحق ، وهذا استحسان ووجهه فى الدرر

على ذمى ميت وإن كان وصيه مسلما بشرط أن لا يكون عليه دين لمسلم ، فإن كان فقد كتبناه عن الجامع اه . والذى كتبه هو قوله نصرانى مات عن مائة فأقام مسلم شاهدين عليه بمائة ومسلم ونصرانى بمثله فالثلثان له والباقى بينهما والشركة لا تمنع لأنها بإقراره اه .

ووجهه أن الشهادة الثانية لا تثبت للذمى مشاركته مع المسلم كما قدمناه ، ولكن المسلم لما ادعى بطلب كلها فتقسم عولا فلمدعى الكل الثلثان لأن له نصفين وللمسلم الآخر الثلث لأن له نصفا فقط لكن لما ادعاه مع النصرانى قسم الثلث بينهما ، وهذا معنى قوله والشركة لا تمنع لأنها بإقراره .

قال سيدى الوالد : ويقدم دين الصحة وهو ما كان ثابتا بالبينة أو الإقرار فى حال الصحة ، وقد يرجح بعضهم على بعض كالدين الثابت على نصرانى بشهادة المسلمين فإنه مقدم على الثابت بشهادة أهل الذمة عليه ، والدين الثابت بدعوى المسلم عليه يقدم على الدين الثابت عليه بدعوى كافر إذا كان شهودهما كافرين أو شهود الكافر فقط ، أما إذا كان شهودهما مسلمين أو شهود الكافر فقط فهما سواء اه فافهم . وتمام الكلام على هذه المسألة وفروعها يطلب من البحر وحاشيته لسيدى الوالد .

قال الرملى فى حاشيته على البحر : فتحصل أن الوصى يخالف الوكيل فى البيع والشراء ، وقد تقرر أن الوكيل فى الحقوق المتعلقة بهما أى البيع والشراء أصيل والوصى قائم مقام الوصى ، وقول صاحب الظهيرية استحسانا صريح فى أن العمل به وقد صرح صاحب المحيط بما فى الظهيرية اه (قوله كما مر) أى فى العبد الكافر وسيده مسلم والوكيل الكافر وموكله مسلم . وزاد فى الأشباه : عليهما إثبات توكيل كافر كافرا بكافرين بكل حق له بالكوفة على خصم كافر فيتعدى إلى خصم مسلم اه (قوله أو ضرورة فى مسألتين) حمل القبول فيهما فى الشرنبلالية بحثا على ما إذا كان الخصم المسلم مقرا بالدين منكرا للوصاية والنسب فتقبل شهادة الذميين لأنها شهادة على النصرانى الميت ، أما لو كان منكرا للدين كيف تقبل شهادة الذميين عليه (قوله وأحضر) أى الوصى (قوله ابن الميت) أى النصرانى (قوله فادعى على مسلم بحق) أى ثابت أى وأقام شاهدين نصرانيين نسبه تقبل استحسانا .

مطلب حادثة الفتوى

(قوله ووجهه فى الدرر) حيث قال فيها : وجه الاستحسان أن المسلمين لا يحضرون موت النصارى والوصايا تكون عند الموت غالبا ، وسبب ثبوت النسب النكاح وهم لا يحضرون نكاحهم ، فلو لم تقبل شهادة النصارى على المسلم فى إثبات الإيصاء الذى بناؤه على الموت والنسب الذى بناءه على النكاح أدى إلى ضياع الحقوق المتعلقة بالإيصاء فقبلت ضرورة كما قبلت شهادة القابلة اه .

مطلب أسلم زوجها ومات تقبل شهادة أهل الذمة على مهرها

قال عبد الحليم فى حاشيته : وفيه إشارة إلى حادثة الفتوى ، وهى : ذمية أسلم زوجها ثم مات فادعت

(والعمال) للسلطان (إلا إذا كانوا أعوانا على الظلم) فلا تقبل شهادتهم لغلبة ظلمهم كرئيس القرية والجابى والصراف والمعرّفون فى المراكب والعرفاء فى جميع الأصناف ومحضر قضاة العهد والوكلاء المفتعلة والصكاك

مهرها عليه بوجه خصم شرعى قبلت شهادة أهل الذمة اثبوت مهرها عليه لضرورة عدم حضور المسلمين نكاحهم (قوله والعمال) بضم العين وتشديد الميم جمع عامل : وهم الذين يأخذون الحقوق الواجبة كالخراج ونحوه عند الجمهور ، لأن نفس العمل ليس بفسق ، فبعض الصحابة رضى الله عنهم عمال (قوله للسلطان) هذا هو المراد بهم عند عامة المشايخ كما فى البحر .

وفيه عن السراجية معزيا إلى الفقيه أبى الليث : إن كان العامل مثل عمر بن عبد العزيز فشهادته جائزة . وإن كان مثل يزيد بن معاوية فلا اه . وفى إطلاق العامل على الخليفة نظر ، والظاهر منه أنه من قبل عملا من الخليفة اه (قوله إلا إذا كانوا أعوانا على الظلم الخ) أى كعمال زماننا قاله فخر الإسلام لكن نقل فى البحر عن الهداية أن العامل إذا كان وجيها فى الناس ذا مروءة لايجازف فى كلامه تقبل شهادته كما مر عن أبى يوسف فى الفاسق لأنه لوجاهته لا يقدم على الكذب يعنى ولو كان عونا على الظلم كما فى العناية اه .

مطلب فى شهادة مختار القرية وموزع النوائب

(قوله كرئيس القرية) هو المسمى شيخ البلد وهم من أعون الناس على الظلم لغيرهم غير ظلم الناس لأنفسهم خاصة ، ويسمى فى بلادنا شيخ الضيعة ومختار القرية . قال فى الفتح : وقدمنا عن البزدوى أن القائم بتوزيع هذه النوائب السلطانية والجبايات بالعدل بين المسلمين مأجور وإن كان أصله ظلما فعلى هذا تقبل شهادته اه (قوله والجابى) أى جابى الظلم (قوله والصراف) الذى يجمع عنده المال ويأخذه طوعا (قوله والمعرفون) بالواو وفى بعض النسخ المعرفين بالياء عطف على المجرور وهو الصواب ، وهم الذين يعرفون عن قدر الأشخاص الذين فى المركب ليأخذ الحاكم منهم شيئا معلوما مصادرة (قوله والعرفاء فى جميع الأصناف) هم مشايخ الحرف .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى بعد كلام : وبه يعلم أن شهادة الفلاحين لشيخ قريتهم وشهادتهم للقسام الذى يقسم عليهم وشهادة الرعية لحاكمهم وعاملهم ومن له نوع ولاية عليهم لاتجوز اه .

أقول : لكنه مقيد بما سيأتى قريبا عن الهندية من أنهم إذا كانوا يحصون وهو ما إذا كانوا مائة فأقل تأمل (قوله ومحضر قضاة العهد) أى الذى يحضر الأخصام للقاضى لقبولهم الرشا ولعدم المروءة فيهم ، والمراد بالعهد الزمن أى قضاة زمنهم فكيف الحال فى زماننا ط (قوله والوكلاء المفتعلة) لعل المراد بهم من يتوكل فى الدعاوى والخصومات وذلك لأنه قد شوهد منهم قلة المبالاة فى الأحكام وأخذ الرشا وغير ذلك ، وإنما جعلوا مفتعلة لأن الناس لا يقصدون منهم إلا الإعانة على أغراضهم بحيلهم ولم يقصدوا التوكيل حقيقة فقط (قوله والصكاك) بضم الصاد المهملة جمع صكاك بفتحها . قال فى البزازية : من الشهادات والصكاك تقبل فى الصحيح ، وقيل لا لأنهم يكتبون اشترى وباع وضمن الدرك وإن لم يقع فيكون كذبا ، ولا فرق بين الكذب بالكتابة أو التكلم : قلنا الكلام فى كاتب غلب عليه الصلاح ومثله يحقق ثم يكتب ط عن الحموى أى وماذكر من الكذب عفو لأنهم يحققون ما كتبوا .

قال الرملى فى حاشيه المنح : وفى إجارات البزازية لا تقبل شهادة الدلال ومحضر قضاة العهد والوكلاء المفتعلة والصكاك اه .

وضمان الجهات كمقاطعة سوق النخاسين حتى حل لعن الشاهد لشهادته على باطل فتح وبحر .
وفى الوهبانية : أمير كبير ادعى فشهد له عماله ونوابه ورعاياهم لا تقبل

أقول : وسيأتى فى شرح قوله أو يبول أو يأكل على الطريق أنها لا تقبل شهادة النخاس وهو الدلال إلا إذا كان عدلا لا يحلف ولا يكذب ونقله عن السراج هنا ، وقد رأيناه فى كلامهم كثير .

وأقول : قد ظهر من هذا أن شهادة الدلال والصكاك ونحوهما لا ترد لمجرد الصناعة بل لمباشرة ما لا يحل شرعا ، وإنما تنصيص العلماء على من ذكر لاشتهار ذلك منه تأمل (قوله وضمان الجهات) بضم الضاد المعجمة وتشديد الميم . قال الكمال عاطفا على من لا تقبل شهادته ما نصه : وكذا كل من شهد على إقرار باطل ، وكذا على فعل باطل مثل من يأخذ سوق النخاسين مقاطعة أو شهد على وثيقتها اهـ . وقال المشايخ : إن شهدوا حل عليهم اللعن لأنه شهادة على باطل فكيف هؤلاء الذين يشهدون من مباشرى السلطان على ضمان الجهات وعلى المحبوسين عندهم والذين فى ترسيمهم اهـ (قوله كمقاطعة سوق النخاسين) كمن يأخذها بقطعة من المال يجعلها عليه مكسا . ويوجد فى بعض الكتب بالخاء المعجمة جمع نخاس : وهو بائع الدواب والرقيق والاسم النخاسة بالكسر والفتح ، من نخس من باب نصر : إذا غرز مؤخر الدابة بعود ونحوه كما فى القاموس وقد جعل فى الأسواق التى تباع فيها الحمير مكاسون فلا تقبل شهادتهم (قوله حتى حل لعن الشاهد) أى الذى شهد على صك مقاطعة النخاسين كما فى المنح وليس المراد لعن المعين لعدم جوازه ، بل المراد بأن يقال لعن الله شاهد ذلك .

مطلب لا تصح المقاطعة بمال لاحتساب قرية

قال الخير الرملى فى فتواه فى رجل قاطع على مال معلوم احتساب قرية هل يصح ذلك أم لا ؟ أجاب : لا يصح ذلك بإجماع المسلمين ، فلا يطالب المحتسب بما التزمه من المال ولا يصح الدعوى فى ذلك ، ولا تقام البينة عليه ، ولا يحل للقاضى سماع مثل هذه الدعوى سواء وقعت بلفظ المقاطعة أو الالتزام كما رأيناه بخط الثقات اهـ . ووجهه أن المقاطعة لا يتصور أن تكون بيعا لعدم وجود المبيع ولزومه شرعا ولا إجارة لأنها بيع المنافع ، وإذا وقعت باطلة كانت كالعدم ، ولا فرق بين مقاطعة الاحتساب ومقاطعة القضاء ، فعلى المقاطع على القضاء ما على المقاطع على الاحتساب ، ولا يسأل عن جوازه بل يسأل عن كفره مستحله ومتعاطيه كما فى البزازية .

قال مؤيد زاده : سئل الصفار عن رجل أخذ سوق النخاسين مقاطعة من الديوان وأشهد على كتاب المقاطعة إنسانا هل له أن يشهد ؟ قال : إذا شهد حل عليه اللعن ، ولو شهد على مجرد الإقرار وقد علم السبب فهو أيضا ملعون ويجب التحرز عن تحمل مثل هذه الشهادة ، وكذا كل إقرار بناؤه على حرام (قوله ورعاياهم) أى رعايا العمال والنواب (قوله لا تقبل) لجهلهم وميلهم خوفا منه . قال فى البحر : وفى شرح المنظومة : أمير كبير ادعى فشهد له عماله ودواوينه ونوابه ورعاياهم لا تقبل اهـ . قال الرملى : يؤخذ منه أن شهادة خدامه الملازمين له كملازمة العبد لمولاه كذلك لا تقبل وهو ظاهر ولا سيما فى زماننا هذا تأمل . وقد أفتيت به مراراً ، والله الموفق للصواب ومثله فى شهادات جامع الفتاوى بصيغة أعوان الحكام والوكلاء على باب القضاة لا تسمع شهادتهم لأنهم ساعون فى إبطال حق المستحق وهم فساق ، والله تعالى أعلم .

كشهادة المزارع لرب الأرض . وقيل أراد بالعمال المحترفين أى بحرفة لائقة به وهى حرفة آبائه وأجداده ، وإلا فلا مروءة له لو دنيئة ، فلا شهادة له لما عرف فى حد العدالة فتح وأقره المصنف .

مطلب الجند إذا كانوا يحصون لاتقبل شهادتهم للأمير وإلا تقبل وحد الإحصاء مائة

قال فى الهندية : شهادة الجند للأمير لاتقبل إن كانوا يحصون ، وإن كانوا لايحصون تقبل . نص فى الصيرفية فى حد الإحصاء مائة وما دونه وما زاد عليه فهؤلاء لايحصون كذا فى جواهر الأخلاطى اه نقلا عن الخلاصة (قوله كشهادة المزارع لرب الأرض) فإنها لاتقبل لفساد الزمان اه ذكره عبدالبر ، وظاهره وإن كانت الشهادة لاتتعلق بالمزارعة ط .

قال الرحمتى : قيده فى القنية فيما إذا كان البذر من رب الأرض . ووجهه أن وجوه المزارعة الجائزة ثلاثة . أن يكون الأرض والبذر والبقر لواحد والعمل من الآخر ، فيكون الزرع لصاحب البذر ويكون مايأخذه العامل فى مقابلة عمله فهو أجير خاص فلا تقبل شهادته لمستأجره ، وكذا إن كان الأرض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر فيكون أجيرا بما يأخذه من المشروط والبقر تبع له آلة للعمل . الثالث أن تكون الأرض لواحد والباقى لآخر فيكون الخارج لرب البذر ، وما يأخذه رب الأرض أجرة أرضه والمزارع مستأجر للأرض بما يدفعه لصاحبها من المشروط . ومن استأجر أرضا من آخر تصح شهادته له ، ولا تصح المزارعة فى غير هذه الوجوه الثلاثة كما حرر فى بابها (قوله وقيل أراد بالعمال) هذا ممكن فى مثل عبارة الكنز فإنه لم يقل إلا إذا كانوا أعوانا الخ (قوله المحترفين) أى والذين يؤجرون أنفسهم للعمل ، فإن بعض الناس رد شهادة أهل الصناعات الخسيسة فأفردت هذه المسألة على هذا الإظهار مخالفتهم ، وكيف لا وكسبهم أطيب المكاسب كما فى البحر . قال الرملى : فتحرر أن العبرة للعدالة لا للحرفة وهذا الذى يجب أن يعول عليه ويفتى به ، فإنا نرى بعض أصحاب الحرف الدنيئة عنده من الدين والتقوى ماليس عند كثير من أرباب الوجاهة وأصحاب المناصب وذوى المراتب - إن أكرمكم عند الله أتقاكم - اه فيكون فى إيراد الشارح هذا القول رد على من رد شهادة أهل الحرفة الخسيسة .

قال فى الفتح : وأما أهل الصناعات الدنيئة كالقنواتى والزبال والحائك والحجام فقيل لا تقبل ، والأصح أنها تقبل لأنه قد تولاها قوم صالحون ، فما لم يعلم القادح لا يبنى على ظاهر الصناعة وتمامه فيه فراجعه (قوله وهى حرفة آبائه وأجداده) ظاهره أنها إذا كانت حرفتهم لا تكون دنيئة ولو كانت دنيئة فى ذاتها وهو خلاف ما يعطيه الكلام الآتى (قوله وإلا فلا مروءة له) أى بأن كان أبوه تاجرا واحترف هو الحياكة أو الحلاقة وغير ذلك (قوله فلا شهادة له) أى لارتكابه الدناءة ، وفيه نظر لأنه مخالف لما قدمه يعنى صاحب البحر قريبا من أن صاحب الصناعة الدنيئة كالزبال والحائك مقبول الشهادة إذا كان عدلا فى الصحيح اه (قوله لما عرف فى حد العدالة) قال القهستانى : بعد قول النقاية ومن اجتنب الكبائر ولم يصر على الصغائر وغلب صوابه على خطئه ما نصه : كان عليه أن يزيد قيدا آخر : أى فى تعريف العدالة ، وهو أن يجتنب الأفعال الدالة على الدناءة وعدم المروءة كالبول فى الطريق اه وهو يقتضى رد شهادة ذى الصناعة الرديئة لخرم المروءة بها وإن لم تكن معصية فتأمل ط . وتحقيقه ما نذكره فى المقولة الآتية (قوله فتح) لم أره فى الفتح بل ذكره فى البحر بصيغة ينبغى حيث قال : وينبغى تقييد القبول بأن تكون تلك الحرفة لائقة به ، بأن تكون حرفة آبائه وأجداده وإلا فلا مروءة له إذا كانت حرفة دنيئة فلا شهادة له لما عرف فى حد العدالة اه . قال الرملى : وعندى فى هذا التقييد نظر يظهر لمن نظر فتأمل اه أى فى التقييد بقوله بحرفة لائقة الخ .

(لا) تقبل (من أعمى) أى لا يقضى بها ، ولو قضى صح وعم قوله (مطلقا) ما لو عمى بعد الأداء قبل القضاء وما جاز بالسماع خلافا للثانى ،

قلت : ووجهه أنهم جعلوا العبرة للعدالة لا للحرفة . فكم من دنىء صناعة أتقى من ذى منصب ووجاهة . على أن الغالب أنه لا يعدل عن حرفة أبيه إلى أدنى منها إلا لقلة ذات يده أو صعوبتها عليه ولا سيما إذا علمه إياها أبوه أو وصيه فى صغره ولم يتقن غيرها فتأمل . وفى حاشية أبى السعود : فيه نظر ، لأنه يخالف ما قدمه هو قريبا من أن صاحب الصناعة الدنيئة كالزبال والحائك مقبول الشهادة إذا كان عدلا فى الصحيح ا وقدمناه قريبا .

قال سيدى الوالد : ويدفع بأن مراده أن عدوله عن حرفة أبيه إلى أدنى منها دليل على عدم المروءة ، وإن كانت حرفة أبيه دنيئة فينبغى أن يقال هو كذلك إن عدل بلا عذر تأمل اه .

أقول : فالحاصل أن المعتبر العدالة ولا نظر إلى الحرفة إلا إذا عدل عن حرفة آبائه الشريفة إلى الحرف الخسيسة إذا كان بلا داع إليه من عجز أو عدم أسباب أو قلة يد تقصر عن حرفة أبيه ولا سيما إذا كان أبوه أو وصيه علمه فى صغره هذه الحرفة الدنيئة فكبر وهو لا يعرف غيرها . أما إذا كان بلا داع فيدل على رزالته وعدم مروءته ومبالاته . هذا مما يسقط العدالة . أما لو كان انتقاله لأحد هذه الأعذار المذكورة فتقبل إذا كان عدلا ولا وجه لرد شهادته فتعين ما قلنا (قوله لا تقبل من أعمى) فى شىء من الحقوق دينا أو عينا منقولا أو عقارا قهستانى ، والعلة فيه أن الأداء يفتقر إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له والمشهود عليه ، ولا يميز الأعمى إلا بالنغمة فيخشى عليه التلقين من الخصم إذ النغمة تشبه النغمة (قوله ولو قضى صح) أى قاض ولو حنفيا كما يفيده إطلاقه ، أو يحمل على قاض يرى قبولها كما لكى ط (قوله ما لو عمى بعد الأداء) لأن المراد بعدم قبولها عدم القضاء بها ، لأن قيام أهليتها شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده (قوله وما جاز بالسماع) أى كالنسب والموت ، وما تجوز الشهادة عليه بالشهرة والتسامع كما فى الخلاصة (قوله خلافا للثانى) أى فيما لو عمى بعد الأداء قبل القضاء ، وما جاز بالسماع كما فى فتح القدير . ولزفر ، وهو مروى عن الإمام ، واستظهر قوله بالأول صدر الشريعة فقال : وقوله أظهر . لكن رده فى اليعقوبية بأن المفهوم من سائر الكتب عدم أظهريته . وأما قوله بالثانى فهو مروى عن الإمام أيضا قال فى البحر : واختاره فى الخلاصة ورده الرملى بأنه ليس فى الخلاصة ما يقتضى ترجيحه واختياره نعم . قال ط : وجزم به فى النصاب من غير ذكر خلاف كما فى الحموى اه .

أقول : وهو ترجيح له ، لكن عزاه فى الخلاصة إلى النصاب . وفى النصاب : لم يتعرض لحكاية الخلاف . وفى حاشية الخير الرملى على المنح عند قوله ودخل تحته ما كان طريقه السماع خلافا لأبى يوسف كما فى فتح القدير .

أقول : عبارة فتح القدير : وقال أبو يوسف : يجوز فيما طريقه السماع وما لا يكفى فيه السماع إذا كان بصيرا وقت التحمل أعمى عند الأداء إذا كان يعرفه باسمه ونسبه اه .

أقول : فحق العبارة خلافا لأبى يوسف فيم طريقه السماع أولا ، ولزفر فيما طريقه السماع ، وقد تبع الشارح شيخه فى ذلك ، فإن هذه عبارة حرفا بحرف ، ولا يخفى ما فيها من إيهام اختصاص مذهب أبى يوسف بما طريقه السماع وليس كذلك . وفى الفتح : وقيد فى الذخيرة قول أبى يوسف بما إذا كانت شهادته فى الدين والعقار ، أما فى المنقول فأجمع علماؤنا أنها لا تقبل .

وأفاد عدم قبول الأخرس مطلقا بالأولى (ومرتد ومملوك) ولو مكاتبا أو مبعضا

أقول : وفى الحقائق . وقال فى العون : الخلاف فيما لا يحاج فيه الى الإشارة وفى غير الحدود . وقال فى الذخيرة : الخلاف فيما لا تجوز الشهادة بالشهرة والتسامع ، أما فى خلافه تقبل شهادة الأعمى بلا خلاف اه وهذا مخالف لما فى أكثر الكتب من أنه لا تقبل شهادته عند أبى حنيفة ومحمد فيما طريقه السماع أو لا ، فارجع إلى الشروح والفتاوى إن شئت .

قال فى صدر الشريعة فى مسألة الأعمى : العمى بعد الأداء قبل القضاء خلافا لأبى يوسف . وقوله أظهر . قال أخى زاده فى حاشيته : وجه الأظهر أن العمى إذا لم يكن مانعا عن الأداء إذا تحمل بصيرا عند أبى يوسف فعدم كونه مانعا عن القضاء بعد أدائه بصيرا يكون فى غاية الظهور عندهما لأنه لا تأثير فى نفس قضاء القاضى للعمى العارض للشاهد بعد أدائه شهادته اه (قوله مطلقا) سواء كان فيما يجرى فيه التسامع أم لا . وفى البحر : ولا تقبل شهادته سواء كانت بالإشارة أو بالكتابة (قوله بالأولى) لأن فى الأعمى إنما تتحقق التهمة فى نسبته وهنا تتحقق فى نسبته وغيرها من قدر المشهود به وأمور أخر كذا فى الفتح ولأنه لا عبارة له أصلا ، بخلاف الأعمى . وفى المبسوط أنه بإجماع الفقهاء لأن لفظة الشهادة لا تتحقق ، وتمام الكلام على ذلك فى الفتح .

[تنبيه] نصوا على أن نعمة السمع أفضل من نعمة البصر لعموم منفعتها فإنه يدرك من كل الجهات بخلاف البصر ، ولأنه لا أنس فى مجالسة أخرس بخلاف الأعمى ، ولأنه يدرك التكاليف الشرعية بخلافه ط (قوله ومرتد) لأن الشهادة من باب الولاية ولا ولاية له على أحد فلا تقبل شهادته ، ولو على كافر أو مرتد مثله فى الأصح كما قدمناه موضحا (قوله ومملوك) ولو مكاتبا أو مدبرا أو أم ولد إذ لا ولاية له على نفسه كالصبى فعلى غيره أولى .

قال فى الحواشى السعدية : الوكالة ولاية كما يعلم من أوائل عزل الوكيل ، والعبد محجورا كان أو مأذونا تجوز وكالته فتأمل فى جوابه اه .

قال سيدى الوالد : ومثله توكيل صبى يعقل . وقد يقال : ولايتهما فى الوكالة غير أصلية تأمل (قوله أو مبعضا) أشار بهذا إلى أن المراد من المملوك من فيه رق وإلا فالمملوك لا يتناول المكاتب والمبعض .

قال سيدى الوالد : والمعتق فى المرض كالمكاتب فى زمن السعاية عند أبى حنيفة ، وعندهما حر مديون اه .

أقول : والمراد بالمرض مرض الموت وكان الثلث يضيق عن قيمته ولم تجزه الورثة .

[تنبيهات] مات عن عم وأمتين وعبدين فأعتقهما العم فشهدا ببنوة إحداهما بعينها للميت أى أنه أقر بها فى صحته لم تقبل عنده لأن فى قبولها ابتداء بطلانها انتهاء ، لأن معتق البعض كمكاتب لا تقبل شهادته عنده لا عندهما لأنه حر مديون . ولو شهد أن الثانية أخت الميت قبل الشهادة الأولى أو بعدها أو معها لا تقبل بالإجماع لأنا لو قبلنا لصارت عصبة مع البنت فيخرج العم عن الوراثة بحر عن المحيط .

أقول : هذا ظاهر عند وجود الشهادتين ، وأما عند سبق شهادة الأختية فالعلة فيها هى علة البنتية فتفقه .
وفى المحيط : مات عن أخ لا يعلم له وارث غيره فقال عبدان من رقيق الميت إنه أعتقنا فى صحته وإن هذا الآخر ابنه فصدقهما الأخ فى ذلك لا تقبل فى دعوى الإعتاق لأنه أقر بأنه لا ملك له فيهما بل هما عبدان للآخر لإقرار الأخ أنه وارث دونه فتبطل شهادتهما فى النسب ، ولو كان مكان الآخر أنثى جاز شهادتهما وثبت نسبهما ، ويسعيان فى نصف قيمتها لأنه أقر أن حقه فى نصف الميراث فصح بالعتق لأنه لا يتجزأ عندهما إلا أن العتق فى عبد مشترك فتجب السعاية للشريك الساكت .

(وصبي) ومغفل ومجنون (إلا) فى حال صحته إلا (أن يتحملا فى الرق والتمييز وأديا بعد الحرية) ولو لمعتقه كما مر (و) بعد (البلوغ) وكذا بعد إبصار وإسلام

وأقول : عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى يعتقان كما قالا غير أن شهادتهما بالبنتية لم تقبل لأن معتق البعض لا تقبل شهادته فتفقه .

مطلب يبطل القضاء بظهور الشهود عبيدا

[فائدته] قضى بشهادة فظهروا عبيدا تبين بطلانه فلو قضى بوكالة ببينة وأخذ ما على الناس من الديون ثم وجدوا عبيدا لم تبرأ الغرماء . ولو كان بمثله فى وصاية برءوا لأن قبضه بإذن القاضى وإن لم يثبت الإيصاء كإذنه لهم فى الدفع إلى أمينه . بخلاف الوكالة إذ لا يملك الإذن لغريم فى دفع دين الحى لغيره . قال المقدسى : فعلى هذا ما يقع الآن كثيرا من تولية شخص نظر وقف فيتصرف فيه تصرف مثله من قبض وصرف وشراء وبيع ثم يظهر أنه بغـــير شرط الواقف أو أن إنهاءه باطل ينبغى أن لا يضمن لأنه تصرف بإذن القاضى كالوصى فليتأمل .

قلت : وتقدم فى الوقف ما يؤيده اهـ (قوله وصبى) مطلقا لعدم الولاية كالمملوك، وقدمنا أن الصبى إذا بلغ فشهد فإنه لابد من التزكية ، وكذا الكافر إذا أسلم وإن الكافر إذا عدل فى كفره لشهادة ثم أسلم فشهد فإنه يكفى التعديل الأول وأن الفرق بين الصبى والكافر هو أن الكافر كان له شهادة مقبولة قبل إسلامه بخلاف الصبى (قوله ومغفل) قال محمد فى رجل عجمى صوام قوام مغفل يخشى عليه أن يلقن فيأخذ به قال : هذا شر من الفاسق فى الشهادة . وعن أبى يوسف أنه قال : إنا نرد شهادة أقوام نرجو شفاعتهم يوم القيامة ، معناه أن شهادة المغفل وأمثاله لا تقبل وإن كان عدلا صالحا تتارخانية .

وفى البحر : وعن أبى يوسف : أجيز شهادة المغفل ولا أجيز تعديله لأن التعديل يحتاج فيه إلى الرأى والتدبير والمغفل لا يستقصى فى ذلك اهـ . وفى مؤيد زاده : ومن اشتدت غفلته لا تقبل شهادته (قوله ومجنون إلا فى حال صحته) أى وقت كونه صاحيا .

قال فى المحيط : ومن يجن ساعة ويفيق أخرى فشهد فى حال صحته تقبل لأن ذلك بمنزلة الإغماء ، وقدر بعض مشايخنا جنونه بيوم أو يومين . فإذا شهد بعدهما وكان صاحيا تقبل اهـ وقد علم أن قوله إلا فى حال صحته استثناء من مجنون (قوله إلا أن يتحملا) أى المملوك والصبى (قوله والتمييز) إنما عدل عن قول حافظ الدين والصغر لأن التحمل بالضبط وهو إنما يحصل بالتمييز إذ لا ضبط قبله . قال فخر الإسلام : إن الصبى أول حاله كالمجنون . يعنى إذا كان عديم العقل والتمييز ، وأما إذا عقل فهو والمعتوه العاقل سواء فى كل الأحكام أفاده المصنف (قوله وأديا بعد الحرية) أى النافذة ، فلو أعتق عبده فى مرض موته ولا مال له غيره ثم شهد لا تقبل عند الإمام لأن عتقه موقوف بحر (قوله كما مر) فى قوله وعتيق لمعتقه (قوله وبعد البلوغ) لأن الصبى والرقيق والمملوك أهل للتحمل ، لأن التحمل بالشهادة والسماع ويبقى إلى وقت الأداء بالضبط وهما لا ينافيان ذلك وهما أهل عند الأداء ، وأطلقه فشمل ما إذا لم يؤدها إلا بعد الأهلية وأداها قبلها فردت ثم زالت العلة فأداها ثانيا (قوله وكذا بعد إبصار) أى بشرط أن يتحمل وهو بصير أيضا ، بأن كان بصيرا فتحمل ثم عمى ثم أبصر فأدى فافهم قاله سيدى الوالد . وعبارة الشارح توهم أنه إذا تحمل أعمى وأدى بصيرا أنها تقبل ، وليس كذلك لما تقدم من أن شرط التحمل البصر ، فتعين ما قاله سيدى الوالد (قوله والإسلام) قال فى البحر : وأشار

وتوبة فسق وطلاق زوجة ، لأن المعتبر حال الأداء شرح تكملة .
وفى البحر متى حكم برده لعلة ثم زالت فشهد بها لم تقبل إلا أربعة عبد وصبى وأعمى وكافر على مسلم وإدخال الكمال أحد الزوجين مع الأربعة سهو

إلى أن الكافر إذا تحملها على مسلم ثم أسلم فأداها تقبل كما فى فتح القدير (قوله وتوبة فسق) أى بأن تحمل فاسقا فأدى بعد توبة فإنها تقبل. والصحيح أن تقدير المدة فى التوبة مفوّض إلى رأى المعدل والقاضى كما قدمناه واحترز بتوبة الفسق عن توبة القذف كما يأتى قريبا (قوله وطلاق زوجة) يعنى إذا تحمل وهو زوج وأدى بعد زوال الزوجية حقيقة وحكما أى إن لم يكن حكم بردها لما يأتى قريبا (قوله وفى البحر) أى عن الخلاصة (قوله برده) أى الشاهد (قوله فشهد بها) أى بتلك الحادثة ، أما فى غيرها فلا مانع (قوله لم تقبل) أى الشهادة (قوله إلا أربعة الخ) فعلى هذا لا تقبل شهادة الزوج والأجير والمغفل والمتهم والفاسق بعد ردها اه بحر .

وفيه أيضا قبل هذا الباب : اعلم أنه يفرق بين المردود لتهمة وبين المردود لشبهة ، فالثانى يقبل عند زوال المانع ، بخلاف الأول فإنه لا يقبل مطلقا ، وإليه أشار فى النوازل اه وأطلق عدم القبول فشمله ولو من قاض آخر :

قال الوبرى : من رد الحاكم شهادته فى حادثة لا يجوز لحاكم آخر أن يقبله فى تلك الحادثة وإن اعتقده عدلا.
قال سيدى الوالد : أما ماسوى الأعمى فظاهر لأن شهادتهم ليست شهادة ، وأما الأعمى فلينظر الفرق بينه وبين أحد الزوجين . ثم رأيت فى الشرنبلالية : استشكل قبول شهادة الأعمى اه .

أقول : ويمكن أن يقال بأن الفرق ظاهر بينهما ، وهو أن الأعمى ليس أهلا للشهادة مطلقا كالعبد والصبى وأما الزوج فأهل لها لكن عدم قبولها لتهمته تأمل ، ويأتى قريبا إن شاء الله تعالى (قوله عبد الخ) وجه القبول فيها بعد الرد أن المردود أولا ليس بشهادة ، بخلاف الفاسق إذا ردت شهادته ، وأحد الزوجين إذا ردت شهادته ثم شهد لا تقبل لأن المردود أولا شهادة فيكون فى قبولها بعد نقض قضاء قد أمضى بالاجتهاد (قوله وأعمى) يحمل على ما إذا تحمل بصيرا وأدى كذلك وقد تخلل العمى بينهما ، وعليه يحمل قوله وكذا بعد إبصار السابق كما نقلناه عن سيدى الوالد رحمه الله تعالى (قوله وإدخال الكمال) مع أنه صرح فى صدر عبارته بخلافه ، ومثله فى التتارخانية والجوهرة والبدائع .

قال فى خزانة المفتين : ومن ردت شهادته لعلة ثم زالت العلة لا تقبل إلا فى خمسة مواضع ، إلى أن قال : الخامسة إذا تحمل المملوك شهادة لمولاه فلم يؤد حتى عتق ثم شهد بها تقبل، وكذا الزوج إذا أبان امرأته ثم شهد لها جاز فظاهر جعله من المستثنيات يؤيد كلام الكمال ، وتصويره لا يساعده لأنه قال لم يؤد حتى عتق فليس فيه أنها ردت لذلك ثم شهد بها . وقال : إذا أبان امرأته ثم شهد لها ولم يذكر أنها ردت قبل الإبانة كما نذكر تصويره قريبا عن الجوهرة والبدائع إن شاء الله تعالى فتأمل (قوله سهو) لأن الزوج له شهادة وقد حكم بردها بخلاف العبد ونحوه تأمل .

والعجب أنه ذكر أولا أنها لا تقبل ، كما لو ردت لفسق ثم تاب ثم قال فصار الحاصل الخ فذكر أحد الزوجين مع من يقبل . فالظاهر أنه سبق قلم لمخالفته صدر كلامه ، ولما صرح به فى التتارخانية والخلاصة : لا تقبل إلا فى أربعة، ولما فى الجوهرة : إذا شهد الزوج الحر لزوجته فردت ثم أبانها وتزوجت غيره ثم شهد

(ومحدود فى قذف) تمام الحد . وقيل بالأكثر (وإن تاب) بتكذيبه نفسه فتح . لأن الرد من تمام الحد . بالنص والاستثناء منصرف لما يليه وهو — وأولئك هم الفاسقون —

لما بتلك الشهادة لم تقبل لجواز أن يكون توصل بطلاقها إلى تصحيح شهادته . وكذا إذا شهدت لزوجها ، ثم أبانها ثم شهدت له اهـ . ولما فى البدائع : لو شهد الفاسق فردت أو أحد الزوجين لصاحبه فردت ثم شهدا بعد التوبة والبينونة لا تقبل . ولو شهد العبد أو الصبى أو الكافر فردت ثم عتق وبلغ وأسلم وشهد فى تلك الحادثة بعينها تقبل .

ووجه الفرق أن الفاسق والزوج لهما شهادة فى الجملة فإذا ردت لا تقبل بعد بخلاف الصبى والعبد والكافر إذ لا شهادة لهم أصلا اهـ كذا فى الشرنبلالية .

وفيها قال فى الفتاوى الصغرى : لو شهد المولى لعبده فى النكاح فردت ثم شهد له بذلك بعد العتق لم يجز ، لأن المردود كان شهادة . ثم قال : والصبى أو المكاتب إذا شهد فردت ثم شهدها بعد البلوغ والعتق جاز لأن المردود لم يكن شهادة بدليل أن قاضيا لو قضى به لا يجوز . فإذا عرفت يسهل عليك تخريج المسائل أن المردود لو كان شهادة لاتجوز بعد ذلك أبدا . ولو لم يكن شهادة تقبل عند اجتماع الشرائط اهـ . ولكن يشكل عليه شهادة الأعمى ، إذ لو قضى بها جاز فهى شهادة وقد حكم بقبولها بزوال العمى (قوله ومحدود فى قذف) أى بسببه ، وقيد به لأن الرد فى غيره للفسق وقد ارتفع بالتوبة . وأما فيه فلأن عدم قبول شهادتهم من تمام الحد والحد لا يزول بالتوبة . وأشار به إلى أن الشهادة لا ترد بالقذف مؤبدا بل بالحد (قوله تمام الحد) أى لا تسقط شهادته ما لم يضرب تمام الحد لأن الحد لا يتجزأ فما دونه لا يكون حدا وهو صريح المبسوط ، لأن المحدود من ضرب الحد أى تماما لأن ما دونه يكون تعزيرا غير مسقط لها وهو ظاهر الرواية (قوله وقيل بالأكثر) كما هو رواية . وقد علمت أن ظاهر الرواية تمامه . واختاره فى المحيط لأن المطلق يحمل على الكمال . وفى رواية : ولو بسوط كما فى المنبع . ولا فرق فى عدم إتمامه بين أن يكون ضرب ناقصا أو فر . قبل إتمامه لأنه ليس بحد حينئذ (قوله وإن تاب) إن وصلية : أى لا تقبل شهادة المحدود فى القذف وإن تاب (قوله بتكذيبه نفسه) الباء للسببية أى بسبب تكذيبه نفسه لأن تكذيبه ناشىء عن كذبه وكذبه ذنب يقتضى التوبة . فليس التكذيب توبة لصحة الشهادة . ويمكن أن تكون الباء للتصوير . ويؤيده ما فى الشرنبلالية فراجعها وتأمل (قوله لأن الرد) أى رد شهادة المحدود فى القذف (قوله من تمام الحد بالنص) وهو قوله تعالى — ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا — ووجه الاستدلال أن الله تعالى نص على الأبد وهو ما لا نهاية له . والتنصيص عليه ينافى القبول فى وقت ما . وأن معنى قوله لهم للمحددين فى القذف وبالتوبة لم يخرج عن كونه محدودا فى قذف . ولأنه يعنى رد الشهادة من تمام الحد لكونه مانعا عن القذف كالجلد والحد وهو الأصل فيبقى بعد التوبة لعدم سقوطه بها فكذا تتمته اعتبارا له بالأصل كما فى العناية .

وفى العينى على الهداية : وإنما كان رد الشهادة من تمام الحد : أى لكون تمام الحد مانعا أى عن القذف لكونه زاجرا لأنه يؤلم قلبه كالجلد يؤلم بدنه ولأن المقصود منه رفع العار عن المقذوف وذلك فى إهدار قول القاذف أظهر . لأنه بالقذف آذى قلبه فجزاؤه أن لا تقبل شهادته لأنه فعل لسانه وفاقا لجريمته فيكون من تمام الحد فيبقى : أى الرد بعد التوبة كأصله : أى كأصل الحد اعتبارا بالأصل اهـ (قوله والاستثناء منصرف لما يليه) أى قوله تعالى — إلا الذين تابوا — راجع إلى قوله — وأولئك هم الفاسقون — لا لقوله — ولا تقبلوا

(إلا أن يحد كافرا) فى القذف (فيسلم) فتقبل وإن ضرب أكثره بعد الإسلام على الظاهر .

لهم شهادة أبدا — بخلاف آية المحاربين ، فإن قوله تعالى — إلا الذين تابوا - راجع إلى الحد لا لقوله — ولهم عذاب عظيم — لأنه لو رجع إليه لما قيد الاستثناء بقبل القدرة . لأن التوبة نافعة مطلقا . ففائدة التقييد به سقوط الحد به . وقال الشافعي ومالك وأحمد : تقبل ، لقوله تعالى — ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا — فإن الاستثناء إذا تعقب جملا بعضها معطوف على البعض ينصرف إلى الكل كقول القائل : امرأته طالق وعبده حر وعليه حجة إلا أن يدخل الدار . فإن الاستثناء ينصرف إلى جميع ما تقدم . ولأن هذا افتراء على عبد من عبيد الله تعالى ، والافتراء على الله تعالى وهو الكفر لا يوجب رد الشهادة على التأبيد ، بل إذا أسلم يقبل فهذا أولى .

ولنا أن قوله تعالى — ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا — معطوف على قوله — فاجلدوهم — والعطف للإشتراك . فيكون رد الشهادة من حد القذف والحد لا يرتفع بالتوبة . ولا نسلم أن الاستثناء فى الآية تعقب جملا بعضها معطوف على بعض بل تعقب جملة منقطعة عن جمل بعضها معطوف على بعض . لأنه يعقب جملة — أولئك هم الفاسقون — وهى جملة مستأنفة لأن ما قبلها أمر ونهى فلم يحسن عطفها عليه . بخلاف المثال فإن الجمل كلها فيه إنشائية معطوفة فيتوقف كلها على آخرها . حتى إذا وجد الغير فى الأخير تغير الكل . والقياس على الكفر ممتنع لفقد شرطه ، وهو أن لا يكون فى الفرع نص يمكن العمل به . وههنا نص وهو التأبيد شمنى .

وفى العناية : ولا يمكن صرف الاستثناء إلى الجميع لأنه منصرف إلى ما يليه ، وهو قوله تعالى - وأولئك الفاسقون — وهو ليس بمعطوف على ما قبله . لأن ما قبله طلبى وهو إخبارى .

فإن قلت : فجعله بمعنى الطلب ايصح كما فى قوله تعالى — وبالوالدين إحسانا — قلت يأباه ضمير الفصل فإنه يفيد حصر أحد المسندين فى الآخر وهو يؤكد الإخبارية . سلمناه لكن يلزم جعل الكلمات المتعددة كالكلمة الواحدة وهو خلاف الأصل . سلمناه لكنه كان إذ ذاك جزاء فلا يرتفع بالتوبة كأصل الحد وهو تناقض ظاهر . سلمناه لكنه كان أبدا مجازا عن مدة غير متطاولة وليس بمعهود . سلمناه لكن جعله ليس بأولى من جعل الاستثناء منقطعا بل جعله منقطعا أولى دفعا للمحذورات . وتمام الصور على هذا البحث يقتضى مطالعة تقريرنا فى تقريرنا فى الاستدلالات الفاسدة اه (قوله إلا أن يحد كافرا فى القذف فيسلم فتقبل) لأن للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد ، وبالإسلام حدثت شهادة أخرى فتقبل على المسلمين والذميين (قوله بعد الإسلام) قال فى البحر : وضع هذه المسألة يدل على أن الإسلام لا يسقط حد القذف . وهل يسقط شيئا من الحدود .

قال الشيخ عمر قارئ الهداية : إذا سرق الذمى أو زنى ثم أسلم ، فإن ثبت عليه ذلك بإقراره أو بشهادة المسلمين لا يدرأ عنه الحد ، وإن ثبت بشهادة أهل الذمة فأسلم سقط عنه الحد اه . وينبغى أن يقال كذلك فى حد القذف .

وفى اليتيمة من كتاب السير أن الذمى إذا وجب التعزير عليه فأسلم لم يسقط عنه . ولم أر حكم الصبى إذا وجب التعزير عليه للتأديب فبلغ . ونقل الفخر الرازى عن الشافعية سقوطه لزجره بالبلوغ . ومقتضى ما فى اليتيمة أنه لا يسقط إلا أن يوجد نقل صريح اه (قوله على الظاهر) أى ظاهر الرواية . وظاهر كلام المصنف أنه أسلم بعد ما ضرب تمام الحد ، فلو أسلم بعد ما ضرب بعضه فضرب الباقى بعد إسلامه ففيه ثلاث روايات : فى ظاهر الرواية

بخلاف عبد حد فعتق لم تقبل (أو يقيم) المحدود (بينة على صدقه) إما أربعة على زناه أو اثنين على إقراره به، كما لو برهن قبل الحد بحر .

وفيه : الفاسق إذا تاب تقبل شهادته إلا المحدود بقذف : والمعروف بالكذب : وشاهد الزور لو عدلا لا تقبل أبدا ملتقط : لكن سيجيء ترجيح قبولها

لاتبطل شهادته على التأبيد : فإذا تاب قبلت . وفي رواية تبطل إن ضرب الأكثر بعد إسلامه . وفي رواية تبطل ولو بسوط بحر عن السراج : أي لأنه لم يوجد في حقه ماترد به شهادته التي تقبل منه في كفره ولا التي تقبل منه في إسلامه . لأنه في حال كفره لم يقم عليه تمام الحد ولا ترد الشهادة إلا بذلك ، وفي الإسلام لم يقم عليه تمام أيضا فلم تسقط شهادته (قوله بخلاف عبد حد فعتق لم تقبل) لأنه لاشهادة للعبد أصلا في حال رقه فتوقف الرد على حدوثها فإذا حدثت كان رد شهادته بعد العتق من تمام الحد .

والفرق بينه وبين الكافر هو أن الكافر في حال كفره له شهادة فإذا حد للقذف سقطت تلك الشهادة فإذا أسلم فقد استفاد بالإسلام بعد الحد شهادة فلم يخلفها رد : بخلاف العبد إذا حد ثم أعتق حيث لاتقبل شهادته لأنه لم يكن له شهادة على أحد وقت الجلد فلم يتم الرد إلا بعد الإعتاق (قوله على زناه) أي المقذوف (قوله أو اثنين) أو رجل وامرأتين منح (قوله كما لو برهن قبل الحد بحر) ونصه : لأنه لو أقام أربعة بعد ماحد على أنه زنى قبلت شهادته بعد التوبة في الصحيح . لأنه لو أقامها قبل لم يحد فكذا لاترد شهادته : وإنما قيد بقوله على أنه زنى لأنه لو أقام بينة على إقرار المقذوف بالزنا لايشترط أن يكونوا أربعة : لما في فتح القدير من باب حد القذف : فإن شهد رجلان أو رجل وامرأتان على إقرار المقذوف بالزنا يدرأ الحد عن القاذف لأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة الخ فكذا إذا أقام رجلين بعد حده على إقراره بالزنا تعود شهادته كما لايخفى :

ثم اعلم أن الضمير في قوله لهم عندنا عائد إلى المحدودين . وعند الشافعي إلى القاذفين العاجزين عن الإثبات كما ذكره الفخر الرازي . فلو لم يحد تقبل شهادته عندنا خلافا اه : ولو قذف رجلا ثم شهد مع ثلاثة على أنه زنى . فإن كان حد لم يحد المشهود عليه و إن لم يحد القاذف حد المشهود عليه : كذا في البزازية اه (قوله الفاسق إذا تاب تقبل شهادته) قدمنا أن الفاسق إذا تاب لاتقبل شهادته مالم يمض عليه زمان يظهر أثر التوبة عليه وأن بعضهم قدر ذلك بستة أشهر وبعضهم قدر بسنة وأن الصحيح أنه مفوض إلى رأي القاضي والمعدل فراجعه (قوله والمعروف بالكذب) أي المشهور به . فلا تقبل شهادته فإنه لايعرف صدقه من توبته : بخلاف الفاسق إذا تاب عن سائر أنواع الفسق فإن شهادته تقبل بحر عن البدائع (قوله وشاهد الزور الخ) قال ط : صنيعه يقتضي أنه ذكر ذلك في البحر . وقد اقتصر فيه على الأولين . فلو قال وفي الملتقط وساق العبارة لكان أولى اه.

أقول : نعم ذكره في البحر في هذا الباب عند قول الكنز ومن ألمّ بصغيرة إن اجتنب الكبائر ، وقدمنا عبارته في هذا الباب عند قوله ومتى ارتكب كبيرة سقطت عدالته (قوله لو عدلا لاتقبل أبدا) لأنه لاتعرف توبته ولا تعتمد عدالته أي من غير ضرب مدة كما في البحر عن الخلاصة قبيل قوله والأقلف .

وفي الخانية : المعروف بالعدالة إذا شهد بزور عن أبي يوسف أنه لاتقبل شهادته أبدا لأنه لاتعرف توبته . وقيد بالعدل لأن غير العدل إذا شهد بزور ثم تاب تقبل شهادته كما قدمناه (قوله لكن سيجيء ترجيح قبولها) أي قبيل باب الرجوع عن الشهادة . قال في الخانية : تقبل وعليه الاعتماد . وجعل الأول رواية عن الثاني . وروى الفقيه أبو جعفر أنه تقبل وعليه الاعتماد . وكلام الشارح فيما يأتي أي قبيل باب الرجوع عن الشهادة صريح في أن

(ومسجون في حادثة) تقع (في السجن) وكذا لا تقبل شهادة الصبيان فيما يقع في الملاعب ، ولا شهادة النساء فيما يقع في الحمامات وإن مست الحاجات لمنع الشرع عما يستحق به السجن ، وملاعب الصبيان وحمامات النساء فكان التقصير مضافا إليهم لا إلى الشرع بزازية وصغرى وشرنبلالية ؛ لكن في الحاوي : تقبل شهادة النساء وحدهن في القتل في الحمام بحكم الدية كي لا يهدر الدم اهـ فليتنبه عند الفتوى ، وقدمنا قبول شهادة المعلم في حوادث الصبيان (والزوجة لزوجها وهو لها) وجاز عليها إلا في مسألتين في الأشباه (ولو في عدة من ثلاث) لما في القنية طلقها ثلاثا وهي في العدة لم تجز شهادته لها

الرواية الثانية عن أبي يوسف أيضا تأمل (قوله ومسجون) ولو تعدد ، ولذا عبر في الدرر : يشهد بعضهم على بعض والتعليل يفيده . قال في المنح : يعني إذا حدث بين أهل السجن حادثة في السجن وأراد بعضهم أن يشهد في تلك الحادثة لم تقبل لكونهم متهمين كذا في الجامع الكبير ومثله في البزازية اهـ (قوله وكذا لا تقبل شهادة الصبيان) ظاهر عبارة المصنف : وعبارة الصغرى يفيد أنها لا تقبل شهادة البالغ الذي حضر الملاعب لفسقه بالحضور (قوله لمنع الشرع عما يستحق به السجن) لأن العدل لا يحضر السجن ، والبالغ لا يحضر ملاعب الصبيان والرجال لا تحضر حمام النساء ، والشرع شرع لذلك طريقا آخر وهو الإمتناع عن حضور الملاعب وعما يستحق به الدخول في السجن ، ومنع النساء عن الحمامات ، فإذا لم يمتثلوا كان التقصير مضافا إليهم لا إلى الشرع اهـ وقد تقدم الكلام على أنه قد يسجن الشخص من غير جرم ، والمنع إنما يظهر في حق المسجون . والنساء في الحمام لا في الصبيان لعدم تكليفهم .

ذكر في إجارة المنبع معزيا إلى المبسوط أن عند أكثر العلماء والمجتهدين لا بأس باتخاذ الحمام للرجال والنساء للحاجة إليها خصوصا في الديار الباردة ، وما روى من منعهن محمول على دخولهن مكشوفات العورة . وقال المقدسي : وهو الصحيح (قوله وصغرى وشرنبلالية) ما في الشرنبلالية نقله عن الصغرى ، فالأولى شرنبلالية عن الصغرى . قال في جامع الفتاوى : وقيل في كل ذلك يقبل والأصح الأول كما في القنية اهـ (قوله تقبل شهادة النساء وحدهن) قدم في الوقف أن القاضي لا يمضي قضاء قاض آخر بشهادة النساء وحدهن في شجاج الحمام سائحاني ، وحمله سيدي الوالد على القصاص بالشجاج (قوله في القتل) فلا تقبل في نحو الأموال والشجاج (قوله بحكم الدية) الأوضح في حكم الدية وهو متعلق بتقبل : أي لا في ثبوت القصاص ، فإنه لا يثبت بالنساء ، وظاهر ذلك أنه يحكم بالدية مع شهادتهن بالعمد ط (قوله المعلم) ولو لغير قرآن (قوله والزوجة لزوجها وهو لها) أي ولو كانت الزوجة أمة لقوله عليه الصلاة والسلام « لا تجوز شهادة الوالد لولده ، ولا الولد لوالده ، ولا المرأة لزوجها ، ولا الزوج لإمرأته ، ولا العبد لسيده ، ولا السيد لعبده ، ولا الشريك لشريكه ، ولا الأجير لمن استأجره » كما في الفتح مرفوعا من رواية الخصاف ومن قول شريح وساقه بسنده ، ولأن المنافع بين هؤلاء متصلة ولهذا لا يجوز أداء بعضهم الزكاة إلى بعض فتكون شهادته لنفسه من وجه فلا تقبل . قيل ما فائدة قوله لسيده ؟ فإن العبد لا شهادة له في حق أحد . وأجيب بأنه ذكره على سبيل الإستطراد فإنه عليه الصلاة والسلام لما عد مواضع التهمة ذكر العبد مع السيد ، فكأنه قال لو قبلت شهادة العبد في موضع من المواضع على سبيل الفرض لم تقبل في حق سيده (قوله وجاز عليها) أي وعليه (قوله إلا في مسألتين في الأشباه) وفي البحر أيضا الأولى قذفها الزوج ثم شهد عليها بالزنا مع ثلاثة لم تقبل ، لأنه يدفع اللعان عن نفسه . الثانية شهد الزوج وآخر بأنها أقرت بالرق لفلان وهو يدعي ذلك لم تقبل . ولو قال المدعي أنا أذنت لها في نكاحه إلا إذا كان دفع لها المهر

ولا شهادتها اهـ ، ولو شهد لها ثم تزوجها بطلت خانية ، فعلم منع الزوجية عند القضاء لا تحمل أو أداء
(والفرع لأصله)

بإذن المولى كذا فى النوازل بحر ، وكأن وجهه أن إقدامه على نكاحها وتسليمها المهر مناف لشهادته إذا لم يعترف المدعى بإذنه بالنكاح وبقبض المهر .

قال فى البحر : ثم اعلم أن من لاتقبل شهادته له لايجوز قضاؤه ، فلا يقضى لأصله وإن علا ، ولا لفرعه وإن سفل ، ولو وكيل من ذكرنا كما فى قضائه لنفسه كما فى البزازية .

ومنها أيضا اختصم رجلان عند القاضى ووكل أحدهما ابن القاضى أو من لاتجوز شهادته له فقضى القاضى لهذا الوكيل لايجوز ، وإن قضى عليه يجوز . وفى الخزانة : وكذا لو كان ولده وصيا فقضى له ولو كان القاضى وصى اليتيم لم يجز قضاؤه فى أمر اليتيم ، ولو كان القاضى وكيلا لم يجز قضاؤه لموكله وتمامه فيها اهـ (قوله ولو شهد لها ثم تزوجها) أى قبل القضاء ، وكذا لو شهد ولم يكن أجيرا ثم صار أجيرا قبل أن يقضى بها تاترخانية قال ط : وانظر مالو طلقها وانقضت عدتها ، والمسألة بحالها هل يقضى بها ؟ والمناسب للمؤلف زيادة مسألة أخرى يزيد التفريع بها وضوحا ، وهى أنه لو شهد لإمرأته وهو عدل ولم يرد الحاكم شهادته حتى طلقها بائنا وانقضت عدتها فإنه تنفذ شهادته كما فى الخانية اهـ (قوله فعلم منع الزوجية) ولو الحكمية كما فى المعتدة . لكن الذى يعلم مما ذكره منع الزوجية عند القضاء ، وأما منعها عند التحمل أو الأداء فلا يعلم مما ذكر فلا بد من ضميمة ماذكره .

فى المنح عن البزازية : لو تحملها حال نكاحها ثم أبانها وشهد لها : أى بعد انقضاء عدتها تقبل ، وماقدمناه فى المقولة السابقة قبل هذه عن ط وهى لو شهد لإمرأته وهو عدل الخ (قوله لاتحمل) أى لاتمنع الزوجية عن التحمل ، فلو تحمل أحدهما حال الزوجية وأدى بعد انقضاء العدة يجوز (قوله أو أداء) كما فى المسألة المنقولة عن الخانية . قال الرحمتى : وهو معطوف على القضاء : أى يمنع الزوجية عند القضاء أو الأداء لاعند التحمل ، فلو تحملت فى النكاح أو العدة وأدت بعدها جاز كتحمل الزوج ، ولا يصح القضاء بشهادة أحد الزوجين ولا أداؤهما للشهادة فى حال قيام الزوجية أو العدة ، وهذا هو المتفرع على عبارة الخانية حيث قال : ثم تزوجها بطلت أى لايقضى بها بعد أدائها قبل الزوجية ، كما لايصح الأداء حال قيام الزوجية اهـ وهو مخالف لما قدمناه من الخانية من نفاذ شهادة العدل لزوجته حال الزوجية إذا أبانها وانقضت عدتها قبل رد الحاكم شهادته ، وهو الموافق لظاهر عبارة الشارح لأن الظاهر عطف قوله أو أداء على قوله لاتحمل من غير تكلف لما قاله الرحمتى كما سمعت ، فتكون الزوجية غير مانعة عند التحمل وعند الأداء إلا أن يشهد لما قاله الرحمتى نقل فتأمل .

قال فى البحر : والحاصل أنه لابد من انتفاء التهمة وقت القضاء ، وأما فى باب الرجوع إلى الهبة فهى مانعة منه وقت الهبة لاوقت الرجوع ، فلو وهب لأجنبية ثم نكحها فله الرجوع بخلاف عكسه كما سيأتى . وفى باب إقرار المريض الاعتبار لكونها زوجة وقت الإقرار ، فلو أقر لأجنبية ثم نكحها ومات وهى زوجته صح . وفى باب الوصية الاعتبار لكونها زوجة وقت الموت لاوقت الوصية اهـ (قوله والفرع لأصله) ولو كان فرعا من وجه كولد الملاعنة لاتقبل شهادته لأصوله أو هوله أو لفروعه لثبوت نسبه من وجه بدليل صحة دعوته منه وعدمها من غيره . ويحرم مناكحته ووضع الزكاة فيه ولا إرث ولا نفقة من الطرفين كولد العاهر ، ولو باع أحد التوأمين وقد ولدا فى ملكه وأعتقه المشترى فشهد لبائعه تقبل ، فإن ادعى الباقى ثبت نسبهما وانتقض البيع والعتق والقضاء ، ويرد ماقبض أو مثله إن هلك للاستناد لتحويل العقد ، وإن كان القضاء قصاصا فى طرف

وإن علا إلا إذا شهد الجد لابن ابنه على أبيه أشباه .

أو نفس فأرشه عليه دون العاقلة ، وتمامه فى تلخيص الجامع من باب شهادة ولد الملاعنة ، ولا تقبل شهادة ولد أم الولد المنفى من السيد ولا يعطيه الزكاة كولد الحرة المنفى باللعان كذا فى المحيط البرهانى . وفى فتح القدير : تجوز شهادته لابنه رضاعا .

وفى خزانة الأكمل : شهد ابناه أن الطالب أبرأ أباهما واحتال بدينه على فلان لم تجز إذا كان الطالب منكرا وإن كان المال على غير أبيهما فشهدا أن الطالب أحال به أباهما والطالب ينكر والمطلوب يدعى البراءة والحوالة جازت انتهى .

وفى المحيط البرهانى : إذا شهدا على فعل أبيهما فعلا ملزما لاتقبل إذا كان للأب منفعة اتفاقا ، وإلا فعلى قولهما لاتقبل . وعن محمد روايتان ، فلو قال إن كلمك فلان فأنت حر فادعى فلان أنه كلمه وشهد ابناه به(١) لم تقبل عندهما ، وكذا إن علق عتقه بدخوله الدار ، ولو أنكر الأب جازت شهادتهما ، وكذا الحكم فى كل شىء كان من فعل الأب من نكاح أو طلاق أو بيع ، وإن شهد ابنا الوكيل على عقد الوكيل فهو على ثلاثة أوجه :

الأول أن يقر الموكل والوكيل بالأمر والعقد . وهو على وجهين ، فإن ادعاه الخصم قضى القاضى بالتصادق لابالشهادة ، وإن أنكر فعلى قولهما لاتقبل ولا يقضى بشىء إلا فى الخلع فإنه يقضى بالطلاق بغير مال لإقرار الزوج به وهو الموكل . وعند محمد يقضى بالعقد إلا بعقد ترجع حقوقه إلى العاقد كالبيع .

الثانى أن ينكر الوكيل والموكل ، فإن جحد الخصم لاتقبل وإلا تقبل اتفاقا .

الثالث أن يقر الوكيل بهما ويجحد الموكل العقد فقط ، فإن ادعاه الخصم يقضى بالعقود كلها إلا النكاح على قول أبى حنيفة وتمامها فيه (قوله وإن علا) كجده وجد جده إلى مالا نهاية سواء كان جده لأبيه أو لأمه (قوله إلا إذا شهد الجد الخ) محل هذا الاستثناء بعد قوله وبالعكس إذ الجد أصل لافرع ، وأنت خبير بأن هذه ليست من جزئيات شهادة الفرع لأصله بل الأمر بالعكس ، وحينئذ فلا محل له بعد قوله وبالعكس . وقياسه هنا أن يقال إلا إذا شهد ابن الابن على أبيه لجده وهذا تبع فيه صاحب الأشباه ابن الشحنة كما نقله منه فى المنح ، ويظهر لك بيانه قريبا .

ثم إن صاحب المحيط جعل ذلك فى صورة مخصوصة ، وهى ما إذا ولدت امرأة ولدا فادعت أنه من زوجها هذا وجحد الزوج ذلك فشهد أبوه وابنه على إقرار الزوج أنه ولده من هذه المرأة تقبل شهادتهما لأنها شهادة على الأب اهـ ومثله فى الخانية .

أقول : وتتمة عبارتها ولو شهد أبو المرأة وجدها على إقرار الزوج بذلك لاتقبل شهادتهما لأنهما يشهدان لولدهما . ولو ادعى الزوج ذلك والمرأة تجحد فشهد عليها أبوها أنها ولدت وأقرت بذلك اختلفت فيه الرواية قال فى الأصل : لاتقبل شهادتهما فى رواية هشام وتقبل فى رواية أبى سليمان وإذا شهد الرجل لابن ابنه على ابنه جازت شهادته انتهت ونقلها فى التاترخانية بحروفها .

ووجه الأولى أنها شهادة على الابن للمرأة صريحا بجحوده وادعائها ، وفى الثانية بالعكس والقبول فى الأولى يقتضى القبول فى الثانية وترجيح رواية أبى سليمان إذ لافرق يظهر ولم يصر الولد المجحود ابن ابن إلا بعد الشهادة فى المسألتين ، وعلى هذا فلا فرق بين الأموال والنسب فى القبول .

---

(١) (قوله فادعى فلان أنه كلمه وشهد ابناه به) أى ابنا فلان وكذا الضمير فى قوله بدخوله لفلان اهـ منه .

قال: وجاز على أصله إلا إذا شهد على أبيه لأمه ولو بطلاق ضرتها والأم فى نكاحه . وفيها بعد ثمان ورقات:

وفى المنح عن شرح العلامة عبد البر نقلا عن الخانية : القبول مطلقا من غير تقييد بحق . قال المصنف : ولعل وجه القبول أن إقدامه على الشهادة على ولده وهو أعز عليه من ابنه دليل على صدقه فتنتفى التهمة التى ردت لأجلها الشهادة ، وهذا خلاف ما مشى عليه صاحب البحر من أنه مقيد بشهادة الأب على إقرار ابنه ببنوة ولده فى الأموال ونقله قبله أنها لا تقبل وحمله على أنها فى غير مسألة المحيط المذكورة ، وتعقب المصنف كلامه بكلام ابن الشحنة .

ونص قاضيخان فيمن لاتقبل شهادته للتهمة أو إذا شهد الرجل لابن ابنه على ابنه جازت شهادته كما ذكرنا اه.

قال الشلبى فى فتاويه : سئلت عما لو شهدت الأم لبنتها على بنت لها أخرى هل تقبل شهادتها ، فأجبت بما حاصله إن شهادة الأم على إحدى البنتين وإن كانت مقبولة لكن لما تضمنت الشهادة للأخرى ردت فلاتقبل شهادتها للتهمة ، والله الموفق . ويشهد لما أجبت به قول الزيلعى رحمه الله تعالى فى كتاب النكاح: ولو تزوجها بشهادة ابنيهما ثم تجاحدا لاتقبل مطلقا لأنهما يشهدان لغير المنكرمنهما اه . ثم أجاب عن سؤال الآخر بمانصه: شهادة الأب على ولده لابنته غير صحيحة ، والله تعالى أعلم اه .

أقول : ويظهر لى اعتماد عدم القبول أيضا لأنه منطوق المتون فتأمل (قوله قال) أى صاحب الأشباه (قوله إلا إذا شهد على أبيه لأمه) فى مال لا طلاق ادعته عليه كما فى تنوير الأذهان والضمائر معزيا لفتاوى شمس الأئمة الأوزجندى من أن الأم وإن ادعت الطلاق تقبل شهادتهما وهو الأصح ، لأن دعواها لغو ؛ فإن الشهادة تقبل حسبة من غير دعواها فصار وجود دعواها وعدمها سواء ط (قوله ولو بطلاق ضرتها) لأنها شهادة لأمه (قوله والأم فى نكاحه) الواو للحال . ووجهه الشريف الحموى بأن فيه جرّ نفع للأم . وأخذ السيد أبو السعود من كلام الأوزجندى السابق أن القبول هنا أولى ، لأن الأم لم تدع والشهادة فى الطلاق مقبولة حسبة .

قال فى البحر : وذكر فى القضاء من الفصل الرابع : رجل شهد عليه بنوه أنه طلق أمهم ثلاثا وهو يجحد فإن كانت الأم تدعى فالشهادة باطلة ، وإن كانت تجحد فالشهادة جائزة ، لأنها إذا كانت تدعى فهم يشهدون لأمهم لأنهم يصدقون الأم فيما تدعى ويعيدون البضع إلى ملكها بعدماخرج عن ملكها . وأما إذا كانت تجحد فيشهدون على أمهم لأنهم يكذبونها فيما تجحد ويبطلون عليها ما استحقت من الحقوق على زوجها من القسم والنفقة وما يحصل لها من منفعة عود بضعها إلى ملكها فتلك منفعة مجحودة يشوبها مضرة فلا تمنع قبول الشهادة اه وهذه من مسائل الجامع الكبير .

وأورد عليه أن الشهادة بالطلاق شهادة بحق الله تعالى ، فوجود دعوى الأم وعدمها سواء لعدم اشتراطها . وأجيب بأن مع كونه حقا لله تعالى فهو حقها أيضا ، فلم تشترط الدعوى للأول واعتبرت إذا وجدت مانعة من القبول للثانى عملا بهما .

وفى المحيط البرهانى معزيا إلى فتاوى شمس الإسلام الأوزجندى: أن الأم إذا ادعت الطلاق تقبل شهادتهما قال وهو الأصح لأن دعواها لغو . قال مولانا : وعندى أن ما ذكره فى الجامع أصح اه .

ويتفرع على هذا مسائل ذكرها ابن وهبان فى شرحه .

الأولى : شهدا أن امرأة أبيهما ارتدت وهى تنكر ، فإن كانت أمهما حية لم تقبل ادعت أو أنكرت لانتفاعها ، وإلا فإن ادعى الأب لم يقبل وإلا قبلت .

لا تقبل شهادة الإنسان لنفسه إلا فى مسألة القاتل إذا شهد بعفو ولى المقتول فراجعها (وبالعكس) للتهمة

الثانية : طلق امرأته قبل الدخول ثم تزوجها فشهد ابناه أنه طلقها فى المدة الأولى ثلاثا ثم تزوجها بلا محلل فإن كان الأب يدعى لا تقبل وإلا تقبل .

الثالثة : شهد ابناه على الأب أنه خلع امرأته على صداقها فإن كان الأب يدّعى لم تقبل دخل بها أولا وإلا تقبل ادعت أولا .

الرابعة : شهد ابنا الجارية الحران أن مولاها أعتقها على ألف درهم ، فإن كانت تدعى لم تقبل وإلا فتقبل وإن شهد ابنا المولى وهو يدعى لم تقبل وعتقت لإقراره بغير شىء وإلا تقبل ، بخلاف ما إذا شهدا على عتق أبيهما بألف فإنها لا تقبل مطلقا لأن دعواه شرط عنده . ولو شهد ابنا المولى ، فإن ادعى المولى لم تقبل ، وإن جحد وادعى الغلام تقبل ويقضى بالعتق وبوجوب المال ، وإن أنكر لم تقبل .

الخامسة : جارية فى يد رجل ادعت أنه باعها من فلان وأن فلانا الذى اشتراها أعتقها والمشترى يجحد فشهد ابناذى اليد بما ادعت الجارية ، فإن ادعى الأب لم تقبل وإلا تقبل اه . وهذه كلها مسائل الجامع الكبير ذكرها الصدر الشهيد سليمان فى باب من الشهادات . وزاد قالت : بعتنى منه وأعتقنى وشهد ابنا البائع ، إن ادعى لا تقبل وعتقت بإقراره ، وإن كذبه قبلت وثبت الشراء والعتق لأنه خصم كالشفيع فى يده جارية قال بعتها من فلان بألف وقبضها وباعها منى بمائة دينار وشهد ابنا البائع يقضى بالبيعين وبالثمنين . وعند محمد يشترط تصديقه ولا يحبس به ، وإن ادعى الأب لا تقبل ويسلم له بإقراره إلى آخر ما فيه .

وفى البزازية : وفى المنتقى : شهدا على أن أباهما القاضى قضى لفلان على فلان بكذا لا تقبل والمأخوذ أن الأب لو كان قاضيا يوم شهد الابن على حكمه تقبل ، ولو شهد الابنان على شهادة أبيهما تجوز بلا خلاف ، وكذا على كتابه اه . ثم قال : قضاء القاضى بشهادة ولده وحافده يجوز .

وفى الخانية : ولو ولدت ولدا وادعت أنه من زوجها وجحد الزوج ذلك فشهد على الزوج أبوه وابنه أنه أقر أن هذا ولده من هذه المرأة . قال فى الأصل : جازت شهادتهما ، ولو ادعى الزوج ذلك والمرأة تجحد فشهد عليها أبوها أنها ولدت وأنها أقرت بذلك اختلف فيه الرواية اه ، وتقدم نقل مسألة الخانية فلا تنسه (قوله لا تقبل شهادة الإنسان لنفسه) قال مؤيد زاده : شهادة الإنسان فيما باشره مردودة بالإجماع سواء كان لنفسه أو لغيره وهو خصم فى ذلك أولا ، فلا تجوز شهادة الوكيل بالنكاح اه (قوله إلا فى مسألة القاتل إذا شهد بعفو ولى المقتول) أل فى القاتل للجنس الصادق بالتعدد .

وصورتها كما فى الحلبى عن الأشباه : ثلاثة قتلوا رجلا عمدا ثم شهدوا بعد التوبة أن الولى قد عفا عنا . قال الحسن : لا تقبل إلا أن يقول اثنان منهم عفا عنا وعن هذا الواحد ، فى هذا الوجه قال أبو يوسف تقبل فى حق الواحد . وقال الحسن : تقبل فى حق الكل اه . قال البيرى : الذى رأيناه فى تلخيص الكبرى وخزانة الأكمل وعن الحسن فى ثلاثة قتلوا رجلا عمدا ثم تابوا وأقروا وشهدوا أنه عفا عنا لا يجوز ، وإن قال اثنان عفا عنا وعن هذا . قال أبو يوسف : تقبل فى حق هذا الواحد . وقال الحسن : يجوز فى الوجهين . وفى تلخيص الكبرى والفتوى على قول أبى يوسف اه ثم على قول أبى يوسف لاشهادة لإنسان لنفسه بل شهادتهما للثالث ، ولا تهمة فيها لعدم الاشتراك لوجوب القتل على كل واحد منهما كملا فلم تجر منفعة اه . وأما على قول الحسن بالقبول فقد قبلت شهادة الإنسان لنفسه بالنظر لهما . وقوله : وقال الحسن يجوز فى الوجهين فيه

(وسيد لعبده ومكاتبه والشريك لشريكه

نظر ، فإنه ذكر عن الحسن فيما إذا قال الثلاثة عفا عنا لا يجوز ، فإن عبارتى الأشباه والبيرى متفقتان على عدم القبول فيما إذا قال عفا عنا فقط عند الحسن . والظاهر أن أبا يوسف معه إذ لم يذكر خلافه إلا فى الثانية، فإن أريد بالوجهين الثالث والشاهدان وافق عجز عبارة الأشباه السابقة ولاوجه لقول البيرى : والذى رأيناه الخ فإنه يفيد المخالفة بين العبارتين ظ .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : إن كان المراد بقول الحسن تقبل إذا قال اثنان منهم عفا عنا وعن هذا الواحد تقبل إن القاتل اثنان فقط كما هو المتبادر من ظاهر العبارة ، فالظاهر أن القبول فى حق سقوط القود عن الكل ، وعليه فتجب الدية على الشاهدين فقط وإن كان المراد أن كل اثنين قال ذلك أو كل واحد قال ذلك فتسقط الديه عن الكل ، وانظر ما وجه قول أبى يوسف هذا وقد جعل المسألة فى الأشباه مستثناة من قاعدة : لا تقبل شهادة الإنسان لنفسه ، فقال محشيها الحموى تبعا للرملى : لا يصح استثناء هذه المسألة من الضابط المذكور ، لأنه ليس فيها قبول شهادة الإنسان لنفسه ، ولا على قول الحسن ، بل إنما قبلت على قوله فى الوجه المذكور لأنها شهادة الاثنين كل منهم على عفو الولى عن الثالث . وأما شهادة كل لنفسه فلا قائل بها . والوجه فى ذلك أن شهادة الاثنين للآخر لا تهمة فيها لعدم الاشتراك لوجوب القتل على كل واحد منهم كملا فلم تجر منفعة فهى كشهادة غريمين لغريمين فتأمل .

وفى حاشيتها للكفيرى قال أبو حنيفة : تقبل فى حق الواحد ويسقط القصاص عن الاثنين ويلزمهما بقية الدية وذلك لأن الشهادة ليست لأنفسهما . وقال الحسن : تقبل فى حق الكل ، وذلك لما فيه من اعتبار أن كل اثنين تكون شهادتهما لغيرهما ، وإذا فرض ذلك فتحصل الشهادة فى المعنى لكل من الاثنين للآخر فتقبل شهادة الكل اه نقله بعض الفضلاء . وعلى هذا التقرير يصح الاستثناء لأن فيه قبول شهادة الإنسان لنفسه فتأمل اه .

قال فى البحر : ونظيره أى نظير مسألة القاتل ما فى الخانية أيضا : لو قال إن دخل دارى أحد فعبدى حر فشهد ثلاثة أنهم دخلوها . قال أبو يوسف : إن قالوا دخلناها جميعا لا تقبل ، وإن قالوا دخلنا ودخل هذا تقبل . وسأل الحسن بن أبى يوسف عنها فقال : إن شهد ثلاثة بأنا دخلناها جميعا تقبل ، وإن شهد اثنان لا تقبل فقال له الحسن أصبت وخالفت أباك اه (قوله وسيد لعبده) أى وأمته وأم ولده وتقبل عليهم قهستانى (قوله ومكاتبه) لأنه شهادة لنفسه من كل وجه إن لم يكن عليه دين ومن وجه إن كان عليه دين لأن الحال موقوف مراعى .

وفى منية المفتى : شهد العبد لمولاه فردت ثم شهد بها بعد العتق تقبل ، ولو شهد المولى لعبده بالنكاح فردت ثم شهد له بعد العتق لم يجز لأن المردود كان شهادة ، وكذا الصبى أو المكاتب إذا شهد فردت ثم شهد بها بعد البلوغ والعتق جازت لأن المردود لم يكن شهادة اه بحر ، وقدمنا الكلام عليه مستوفى فى هذا الباب فراجعه (قوله والشريك لشريكه) سواء كانت شركة أملاك أو شركة عقد عنانا أو مفاوضة أو وجوها أو صنائع ، وخصصه فى النهاية بشريك العنان . قال : وأما شهادة أحد المفاوضين لصاحبه فلا تقبل إلا فى الحدود والقصاص والنكاح لأن ما عداها مشترك بينهما ، وتبعه فى العناية والبناية وزاد فى فتح القدير على الثلاثة : الطلاق والعتاق وطعام أهله وكسوتهم . وتعقبه الشارح بأنه سهو فإنه لا يدخل فى الشركة إلا الدراهم والدنانير

فيما هو من شركتهما)

ولا يدخل فيه العقار ولا العروض ، ولهذا قالوا : لو وهب لأحدهما مال غير الدراهم والدنانير لا تبطل الشركة لأن المساواة فيه ليس بشرط اه وكذا قال فى الحواشي السعدية : فيه بحث لأنه إذا كان ما عداهما مشتركا يدخل فى عموم قوله ما ليس من شركتهما ، فيشمل كلام المصنف شركة المفاوضة أيضا ، فلا وجه للإخراج فتأمل ، إلا أن يخص بالأملاك بقرينة السياق . ثم إن قوله لأن ما عداهما مشترك بينهما غير صحيح فإنه لا يدخل فى الشركة إلا الدراهم والدنانير الخ وما ذكره فى النهاية هو صريح كلام محمد فى الأصل كما ذكره فى المحيط البرهانى . ثم قال : وشهادة أحد شريكى العنان فيما لم يكن من تجارتهما مقبولة لا فيما كان منها ، ولم يذكر هذا التفصيل فى المفاوضة لأن العنان قد تكون خاصا وقد تكون عاما فأما المفاوضة فلا تكون إلا فى جميع الأموال وقد عرف ذلك فى كتاب الشركة . وعلى قياس ما ذكره شيخ الإسلام فى كتاب الشركة أن المفاوضة تكون خاصة يجب أن تكون المفاوضة على التفصيل الذى ذكرنا فى العنان اه .

مطلب شهد الشريكان أن لهما ولفلان على هذا الرجل كذا فهى على ثلاثة أوجه

وشمل كلام المؤلف ما إذا شهد أن لهما ولفلان على هذا الرجل ألف درهم وهى على ثلاثة أوجه :

الأول : أن ينصا على الشركة بأن شهدا أن لفلان ولهما على هذا الرجل ألف درهم مشترك بينهم فلا تقبل .

الثانى : أن ينصا على قطع الشركة بأن قالا نشهد أن لفلان على هذا خمسمائة بسبب على حدة ولنا عليه خمسمائة بسبب على حدة فتقبل شهادتهما فى حق فلان .

الثالث : أن يطلقا فلا تقبل لاحتمال الاشتراك .

مطلب شهد أن الدائن أبرأهما وفلانا عن الألف

ولو كان لواحد على ثلاثة دين فشهد اثنان منهم أن الدائن أبرأهما وفلانا عن الألف الذى كان له عليه وعليهما فإن كانوا كفلاء لم تقبل وإلا فإن شهدوا بالإبراء بكلمة واحدة فكذلك وإلا تقبل ، كذا فى المحيط البرهانى بحر بزيادة . قال فى الهندية : وكذلك أى لا تقبل شهادة أجير أحد الشريكين للشريك الآخر كما فى المبسوط اه (قوله فيما هو من شركتهما) أما فيما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة .

قال فى البحر : وهنا مسائل متفرعة على عدم شهادة الشريك لشريكه . الأولى شهدا أن زيدا أوصى بثلث ماله لقبيلة بنى فلان وهما من تلك القبيلة صحت ولا شىء لهما منها .

الثانية : لو أوصى لفقراء جيرانه وهما منهم فالحكم كذلك .

الثالثة : لو أوصى لفقراء بيته أو لأهل بيته وهما منهم لم تصح ، ولو كانا غنيين صحت . والفرق بين الأولين والثالثة أنه يجوز فيهما تخصيص البعض منهم بخلافه فى الثالثة .

الرابعة : لو أوصى لفقراء جيرانه فشهد من له أولاد محتاجون منهم لم تقبل مطلقا فى حق الأولاد وغيرهم . والفرق بينهما وبين أولادهما أن المخاطب لم يدخل تحت عموم خطابه فلم يتناولها الكلام ، بخلاف الأولاد فإنهم داخلون تحت الشهادة ، وإنما أدخلنا المتكلم فى مسألة الشهادة لفقراء أهل بيته باعتبار أنهم يحصون ، بخلاف فقراء جيرانه وبنى تميم .

لأنها لنفسه من وجه . فى الأشباه : للخصم أن يطعن بثلاثة برق ٍّ وحدٍّ وشركة .
وفى فتاوى النسفى : لو شهد بعض أهل القرية على بعض منهم بزيادة الخراج لا تقبل ما لم يكن خراج كل أرض معينا أو لا خراج للشاهد ، وكذا أهل قرية شهدوا على ضيعة أنها من قريتهم لا تقبل ،

وذكر قاضيخان فى فتاواه من الوقف : لو شهدا أنها صدقة موقوفة على فقراء جيرانه وهما منهم جازت ولو على فقراء قرابته لا . قال الناطفى فى الفرق : إن القرابة لا تزول والجوار يزول فلم تكن شهادة لنفسه لا محالة اه . وأهل بيت الإنسان لا يزول عنهم لأنهم أقاربه الذين فى عياله فلهذا لم تقبل فيها ، ولكن يشكل بمسألة القبيلة فإن الاسم عنهم لا يزول مع قبولها ولكن لا يدخلان . ويمكن الفرق بين الوصية والوقف بما أشار إليه ابن الشحنة اه . وعلى هذا شهادة أهل المدرسة بوقفها جائزة كما يأتى قريبا فى كلام الشرح (قوله لأنها لنفسه من وجه) وهو البعض الذى هو حصة وذلك باطل ، وإذا بطل فى البعض بطل فى الكل لكونها غير متجزئة إذ هى شهادة واحدة عناية (قوله برق) فإذا طعن المدعى عليه فى الشهود أنهم عبيد فعلى المدعى إقامة البينة على حريتهم بحر عند قوله إلا أن يتحملا فى الرق والصغر ؛ لكن نقل بعده عن الخلاصة فى الكلام على الجرح المجرد أنه يقال للشاهدين أقيما البينة على الحرية وهو صريح ما قدمه فى شرح قوله والمملوك ، وما هنا صريح فى أن ذلك على المدعى وهو قوله فعلى المدعى إقامة البينة على حريتهم فتأمل (قوله وحد) فلو قال هم محدودون فى قذف فعلى الطاعن إقامة البينة حموى وله الطعن ولو بعد الحكم ولو عدلهم الخصم قبلها فله الطعن ولو عدلهم بعد الشهادة لا يقبل طعنه ط (قوله وشركة) أى إذا ادعى الخصم أن الشاهد شريك المدعى وأقام بينة تقبل شهادة بينته ولا يكلف المدعى إقامة بينة على أنه ليس شريكا له على الظاهر لأنها بينة نفى ط (قوله بزيادة الخراج) أى الذى لم يكن معينا لا تقبل لأنه يدفع عن نفسه بها مغرما (قوله ما لم يكن خراج كل أرض معينا) فإن الشاهد بشهادته لا يجر لنفسه مغنما ولا يدفع بها مغرما ، وكذا يقال فيما بعد (قوله أو لا خراج للشاهد) أى عليه كما فى الهندية عن الخلاصة (قوله شهدوا على ضيعة) أى يعود نفعها لجميعهم ، أما إذا كانت لجماعة معينين فلا مانع من القبول فيما يظهر ط وعبارة البزازية على قطعة ، لكن فى الفتح كما هنا على ضيعة . وفى القاموس : الضيعة العقار والأرض المغلة .

قال فى الهندية : أهل القرية أو أهل السكة الغير النافذة شهدوا على قطعة أرض أنها من قريتهم أو سكتهم لا تقبل وإن كانت نافذة ، إن ادعى لنفسه حقا لا تقبل ، وإن قال لا آخذ شيئا تقبل كذا فى الوجيز للكردرى (قوله يشهدون بشيء من مصالحه) بأن شهدوا على قطعة أرض أنها من سكتهم كما قدمناه عن الهندية (قوله وفى النافذة الخ) صورته : ادعى أهل السكة قطعة أرض أنها من السكة وشهد بعضهم ، إن كان الشاهد لا غرض له إلا إثبات نفع عام لا جرّ مغنم له تقبل ، وإن أراد أن يفتح بابا فيها لا تقبل ط (قوله لا تقبل) وقيل تقبل مطلقا فى النافذة فتح (قوله وإن قال لا آخذ شيئا تقبل) فى قاضيخان : دار بيعت ولها شفعة وأنكر البائع البيع فشهد بذلك بعض الشفعاء ، إن كان لا يطلب الشفعة وقال أبطلت شفعتى جازت شهادته وإلا لا ، لأن حق الشفعة مما يحتمل الإبطال . أما فى المسألة الآتية فى الوقف على المدرسة من كان فقيرا من أصحاب المدرسة يكون مستحقا للوقف استحقاقا لا يبطل بإبطاله ، فإنه لو قال أبطلت حقى كان له أن يطلب ويأخذ بعد ذلك ، فكان شاهدا لنفسه فيجب أن لا تقبل شهادته . وعن بعض المشايخ : إذا شهد اثنان من أهل سكة على وقف تلك السكة ، إن كان الشاهد يطلب لنفسه حقا لا تقبل شهادته ، وإن كان لا يطلب تقبل ونظر فيه اه ملخصا ، ويؤيده ما نذكره من الكلام عليها فى المقولة الآتية فاحفظه (قوله وكذا) أى تقبل فى وقف المدرسة : أى

وكذا أهل سكة يشهدون بشيء من مصالحه لو غير نافذة ، وفى النافذة إن طلب حقا لنفسه لا تقبل ، وإن قال لآخذ شيئا تقبل وكذا فى وقف المدرسة انتهى فليحفظ (والأجير الخاص لمستأجره) مسانهة

فى وقفية وقف على مدرسة كذا وهم من أهل تلك المدرسة ؛ وكذلك الشهادة على وقف مكتب وللشاهد صبى فى المكتب ، وشهادة أهل المحلة فى وقف عليها ؛ وشهادتهم بوقف المسجد . والشهادة على وقف المسجد الجامع . وكذا أبناء السبيل إذا شهدوا بوقف على أبناء السبيل فالمعتمد القبول فى الكل بزازية ؛ وقيد بالشهادة بوقف المدرسة لأن شهادة المستحق فيما يرجع إلى الغلة كشهادته بإجارة ونحوها لا تقبل لأن له حقا فى المشهود به فكان متهما بحر .

قال ابن الشحنة : ومن هذا النمط مسألة قضاء القاضى فى وقف تحت نظره أو مستحق فيه اه وهذا كله فى شهادة الفقهاء بأصل الوقف ، أما شهادة المستحق فيما يرجع إلى الغلة كشهادته بإجارة ونحوها لم تقبل لأن له حقا فيه فكان متهما .

وقد كتبت فى حواشى جامع الفصولين أن مثله شهادة شهود الأوقاف المقررين فى وظائف الشهادة بما يرجع إلى الغلة لما ذكرنا ، وتقريره فيهما لا يوجب قبولها . وفائدتها إسقاط التهمة عن المتولى فلا يحلف . ويقويه أن البينة تقبل لإسقاط اليمين كالمودع إذا ادعى الرد أو الهلاك فالقول له مع اليمين ، فإن برهن فلا يمين بحر ملخصا فراجعه . قال الرملى : ويعلم من قوله ومن هذا النمط الخ جواز شهادة الناظر فى وقف تحت نظره لأن القضاء والشهادة من باب واحد كما تقدم . وقد أفتى به شيخ الإسلام الشيخ محمد الغزى فى واقعة الحال بقوله الظاهر قبولها ، كما شهد بوقف مدرسة وهو صاحب وظيفة بها . والله تعالى أعلم فتأمل اه .

ويرد على ما مر من الفرق ما فى البزازية من قوله : أهل القرية إذا شهدوا على قطعة أرض أنها من أراضى قريتهم لا تقبل . وأجاب عنه التمرتاشى بحمله على قرية مملوكة كما فى التنقيح (قوله انتهى) أى ما فى فتاوى النسفى ، ونقله عنه فى الفتح آخر الباب (قوله والأجير الخاص) وذلك لأن منافعه مستحقة للمستأجر . ولهذا لا يجوز له أن يؤجر نفسه من آخر فى تلك المدة ، فلو جازت شهادته للمستأجر كانت شهادة بالأجر لأن شهادته من جملة منافعه فلا تقبل شهادته فى تجارة أستاذه ولا فى شيء آخر اه شلبى . وقيد بالخاص لأن شهادة المشترك كالخياط تقبل لأنه لا يستوجب أجرا إلا بعمله ، فإذا لم يستوجب بإجارته شيئا انتفت التهمة عن شهادة اه . وتقبل شهادة من استأجره يوما فى ذلك اليوم استحسانا كما فى البزازية ، ولا تقبل شهادة المستعير لمعيره بالمستعار . ولو رهن دارا فشهد له من استأجره للبناء يقبل ، وإن شهد له من استأجره لهدمها لا .

قال فى الهندية : رجل ادعى دارا فى يد رجل فشهد له شاهدان بها وأن المدعى استأجرهما على بنائها وغير ذلك مما لا يجب عليه الضمان فى ذلك جازت شهادتهما . وإن قالا استأجرنا على هدمها فهدمناها لا تقبل شهادتهما بالملك للمدعى ويضمنان قيمة البناء للمدعى عليه كذا فى فتاوى قاضيخان . وشهادة الأستاذ للتلميذ مقبولة . وكذا المستأجر للأجير فتح . ولا تقبل شهادة المستأجر للآجر بالمستأجر بحر .

لو استأجر دارا شهرا فسكن الشهر كله ثم جاء مدع آخر فشهد بها المستأجر ورجل آخر معه فالقاضى يسأل المدعى عن الإجارة أكانت بأمره أو بغير أمره ، فإن قال كانت بأمرى لم تقبل شهادة المستأجر لأنه مستأجر شهد بالمستأجر للآجر ، وإن قال كانت بغير أمرى تقبل شهادته لأنه ليس بمستأجر فى حقه ، ولو لم يسكن الشهر كله لم تجز شهادته وإن لم يدّع المدعى أن الإجارة كانت بأمره .

أومشاهرة أو الخادم أو التابع أو التلميذ الخاص الذى يعد ضرر أستاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه درر . وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام : « لا شهادة للقانع بأهل البيت » أى الطالب معاشه منهم من القنوع

ولو شهد المستأجران أن المدعى للذى آجرهما لإثبات الإجارة أو لإنسان آخر على المؤجر لفسخ الإجارة . قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى : جازت شهادتهما سواء كانت الأجرة رخيصة أو غالية . وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : لا تجوز شهادتهما فى فسخها لأنهما يدفعان عن أنفسهما الأجرة ، وإن كانا ساكنين فى الدار بغير أجر جازت شهادتهما هندية عن المحيط .

وفيها : إذا شهد الأجير لأستاذه وهو أجير شهر فلم ترد شهادته ولم يعدل حتى مضى الشهر ثم عدل لم تقبل شهادته ، فمن شهد لامرأته ثم طلقها قبل التعديل لاتقبل شهادته ، وإن شهد ولم يكن أجيرا ثم صار أجيرا قبل القضاء بطلت شهادته ، ولو أن القاضى لم يرد شهادته وهو غير أجير ثم صار أجيرا ثم مضت مدة الإجارة لا يقضى بتلك الشهادة وإن لم يكن أجيرا عند القضاء ولا عند الشهادة ، فلو أن القاضى لم يبطل شهادته ولم يقبل فأعاد الشهادة بعد انقضاء مدة الإجارة جازت شهادته اهـ . ولا تجوز شهادة الكيال بخلاف الذراع . وشهادة الدائن لمديونه تقبل وإن كان مفلسا كما فى الهداية . وفى المحيط لاتقبل بدين له بعد موته بحر . قال العلامة التمرتاشى فى فتاويه : تقبل شهادة رب الدين لمديونه حال حياته إذا لم يكن مفلسا قولا واحدا .

واختلف فيما إذا شهد له فى حال كونه مفلسا . فى المحيط لا تقبل . وشمس الأئمة الحلوانى والدصاحب المحيط قال تقبل . وأما إذا شهد له بعد الموت فلا تقبل قولا واحدا لتعلق حقه بالتركة كالموصى له كذا فى شرح الوهبانية اهـ (قوله أو مشاهرة) أو مياومة هو الصحيح جامع الفتاوى ، ومثله فى الخلاصة ويلحق به المزارع فإنه لا يلزم أن تكون مسانهة أو مشاهرة ، فقد يزارعه على إنهاء هذا الزرع لكنه فى حكمه فلا تصح شهادته لرب البذر كما تقدم (قوله أو الخادم أو التابع) يحرر الفرق بين المذكورين .

وقد يقال إن المراد بالخادم من يخدم بغير أجر ، والتابع من يكون يتعيش فى منزل المشهود له من غير خدمة كملازم فى البيت ؛ والمراد بالتلميذ الصناع التابعون لكبيرهم ط . وفى الخلاصة : هو الذى يأكل معه وفى عياله وليس له أجر معلوم . وقيل المراد الأجير مسانهة أو مشاهرة أو مياومة وتمامه فى الفتح ، وكان بين الخادم وبين الأجير عموم وخصوص من وجه ، فالأجير يستأجر لغير الخدمة الخاصة به ، كما لو استأجره لرعى الغنم أو للخياطة أو الخبز مسانهة أو مشاهرة والخادم قد يخدمه بلا أجر طمعا فى طعامه أو أمر آخر ، فيجتمعان فيمن استأجره مسانهة أو مشاهرة للخدمة ، وينفرد الأجير فيما لو استأجره للخياطة مثلا كذلك ، وينفرد الخادم فيما إذا كان يخدمه طمعا فى طعامه وشرابه بدون استئجار ، والتابع هو الذى يكون عالة عليه وإن لم يخدمه ، والتلميذ هو الذى يتعلم منه علما أو غيره من الصنائع ويدخله فى نفقته وهو الذى أراد بقوله بعد ضرر أستاذه الخ بدليل قوله وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام الخ (قوله من القنوع) بالضم . قنع يقنع قنوعا : إذا سأل ، فيكون المراد به السؤال كما هو أحد معانيه . قال تعالى — وأطعموا القانع — قال بعضهم : القانع هو السائل الذى لا يلح فى السؤال ويرضى بما يأتيه عفوا ، ويطلق على التذلل . ومن دعائهم نسأل الله القناعة ونعوذ به من القنوع ، ويطلق على الرضا بالقسم فهو ضد . وفى المثل : خير الغنى القنوع ، وشر الفقر الخضوع ، والفعل كمنع واسم الفاعل قانع وقنيع . أما القناعة فالرضا بالقسم كالقنع محركا والفعل كفرح واسم الفاعل قنع وقانع وقنوع وقنيع أفاده فى القاموس ، وبهذا علمت أن قوله من القناعة ، يعنى

لامن القناعة . ومفاده قبول شهادة المستأجر والأستاذ له (ومخنث) بالفتح (من يفعل الردىء) ويؤتى ، وأما بالكسر فالمتكسر المتلين فى أعضائه وكلامه خلقة فيقبل بحر (ومغنية) ولو لنفسها لحرمة رفع صوتها درر . وينبغى تقييده بمداومتها عليه ليظهر عند القاضى كما فى مدمن الشرب على اللهو ذكره الوانى (ونائحة فى مصيبة غيرها)

أن المراد بالقنوع إما السؤال وإما التذلل ، وعلمت أن القنوع يأتى بمعنى القناعة ط بزيادة (قوله لا من القناعة) الاجتزاء باليسير من الإعراض المحتاج إليها . يقال قنع يقنع قناعة وقنعانا إذا رضى ، وللحن البابين أشار الشاعر بقوله :

العبـــد حر إن قنع والحر عبـــد إن قنع
فاقنـــع ولا تقنع فمـــا شىء أضر من الطمع

(قوله ومفاده) أى الحديث الخ صرح به فى الفتح جازما به ، ونقله فى الشرنبلالية : أى إذا كان العلة فى عدم قبوله شهادتهما هو طلب معاشهم من المشهود له ، إذ حينئذ يتمتعون بما يحصل له من الخير وذلك لا يوجد فى المستأجر والأستاذ فتصح شهادتهم . لكن فى التاترخانية عن الفتاوى الغيائية : ولا تجوز شهادة المستأجر للأجير .

وفى حاشية الفتال عن المحيط للسرخسى قال أبو حنيفة فى المجرد : لا ينبغى للقاضى أن يجيز شهادة الأجير لأستاذه ولا الأستاذ لأجيره اه وهو مخالف لما استنبطه من الحديث (قوله من يفعل الردىء) أى من أفعال النساء من التزين بزينتهن والتشبه بهن فى الفعل والقول . فالفعل مثل كونه محلا للواطة ، والقول مثل تليين كلامه باختياره تشبها بالنساء اه مغرب . وجعل بعضهم الواو فى قوله والقول بمعنى أو فأحدهما كاف لأن التشبيه بقولهن حرام للرجال . وجعل القهستانى المخنث خلقة بمنزلة امرأة واحدة فى الشهادة وهو غريب ط . قال فى الهندية : أما إذا كان فى كلامه لين وفى أعضائه تكسر خلقة ولم يشتهر بشىء من الأفعال الرديئة فهو عدل مقبول الشهادة هكذا فى التبيين اه وإنما كانت معصية لو بقصده لحديث « لعن الله المخنثين من الرجال والمترجلات من النساء » (قوله ومغنية) ولو بشعر فى حكمة قهستانى ، لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن الصوتين الأحمقين المغنية والنائحة وصف الصوت بصفة صاحبه .

اعلم أن التغنى للهو أو لجمع المال حرام بلا خلاف والنوح كذلك خصوصا إذا كان من المرأة ، لأن رفع الصوت منها حرام بلا خلاف اه شلبى (قوله لحرمة رفع صوتها) ظاهره أنه يحرم رفع صوتها فى مكانها الخاص بها بحيث لا يسمعها الأجنبى .

قال فى النهاية : فلذا أطلق فى قوله مغنية ، وقيد فى غناء الرجال بقوله للناس وتمامه فى الفتح ، ويأتى إن شاء الله تعالى عند قوله ومن يغنى للناس ، لكن نظر فيه الطحطاوى واستظهر عليه بما فى الهندية عن شرح أبى المكارم ، فلا تسمع شهادة مغنية تسمع الناس صوتها وإن لم تتغن لهم اه . قال فى السعدية : وما ذكره أى صاحب الدرر من قوله ولو لنفسها الخ جار فى النوح بعينه ، فما باله لم يكن مسقطا للعدالة إذا ناحت فى مصيبة نفسها اه .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : يمكن الفرق بأن المراد رفع صوت يخشى منه الفتنة اه (قوله وينبغى تقييده الخ) مثله كل من أتى بابا من أبواب الكبائر أفاده الكمال ، وإنما خص الظهور عند القاضى بالمداومة لأن الشهادة على ذلك جرح مجرد ، لكن فيه أنه تقبل الشهادة عليه سرا تأمل (قوله ونائحة فى مصيبة غيرها)

بأجر درر وفتح . زاد العيني : فلو فى مصيبتها تقبل .

فى المغرب : ناحت المرأة على الميت إذ ندبته ، وذلك أن تبكى عليه وتعدد محاسنه . والنياحة الاسم ، ومنها الحديث على ماقرأته فى الفائق « ثلاثة من أمر الجاهلية : الطعن فى الأنساب ، والنياحة ، والأنواء » فالطعن معروف ، والنياحة ، ما ذكر . والأنواء جمع نوء : هى منازل القمر والعرب كانت تعتقد أن الأمطار والخير كلها تجيء منها . وقيل النوح بكاء معه صوت اه رملى على المنح .

قال فى البحر : قولهم إن النائحة لا تسقط عدالتها إلا إذا ناحت فى مصيبة غيرها مع أن النياحة كبيرة للتوعد عليها لكن لا تظهر إلا فى مصيبة غيرها غالبا اه وهذا الذى ينبغى التعليل به ، وأما الذى يذكره الشارح عن الوانى فلا ينبغى تضييع المراد به ، إذ ظاهره أنه يباح لها حينئذ وهو خلاف المعلوم من الدين بالضرورة .

قال فى التتارخانية معزيا للمحيط : لاتقبل شهادة النائحة ، ولم يرد به التى تنوح فى مصيبتها وإنما أراد التى تنوح فى مصيبة غيرها واتخذت ذلك مكسبة اه ونقله فى الفتح عن الذخيرة . ثم قال : ولم يتعقب هذا من المشايخ أحد فيما علمت ، لكن بعض متأخرى الشارحين نظر فيه بأنه معصية فلا فرق بين كونه للناس أولا : قال صلى الله تعالى عليه وسلم « لعن الله الصالقة والحالقة والشاقة » وقال « ليس منا من ضرب الخدود وشق الجيوب ودعا بدعوى الجاهلية » وهى فى صحيح البخارى ، ولا شك أن النياحة ولو فى مصيبة نفسها معصية ، لكن الكلام فى أن القاضى لا يقبل شهادتها لذلك وذلك يحتاج فيه إلى الشهرة ليصل إلى القاضى ، فإنما قيد بكونها للناس لهذا المعنى وإلا فهو يرد عليه مثله فى قولهم : ولا مدمن الشرب على اللهو يريد شرب الأشربة المحرمة خمرا أو غيره . ولفظ محمد فى الأصل : ولا شهادة مدمن خمر ، ولا شهادة مدمن السكر يريد ولو من الأشربة المحرمة التى ليست خمر فقال هذا الشارح يشترط الإدمان فى الخمر وهذه الأشربة يعنى الأشربة المحرمة لسقوط العدالة مع أن شرب الخمر كبيرة بلا قيد الإدمان ولهذا لم يشترط الخصاف فى شرب الخمر الإدمان ، لكن نص عليه فى الأصل كما سمعت فما هو جوابه هو الجواب فى تقييد المشايخ بكون النياحة للناس ، ثم هو نقل كلام الشيخ فى توجيه اشتراط الإدمان أنه إنما شرط ليظهر عند الناس ، فإن من شربها سرا لا تسقط عدالته ولم يتنفس فيه بكلمة واحدة فكذا التى ناحت فى بيتها لمصيبتها لاتسقط عدالتها لعدم اشتهار ذلك عند الناس . وانظر إلى تعليل المصنف بعدم ذكر الإدمان بأنه ارتكب محرم دينه مع أن ذلك ثابت بلا إدمان ، فإنما أراد أنه إذا أدمن حينئذ يظهر أنه مرتكب محرم دينه فترد شهادته ، بخلاف التى استمرت تنوح للناس لظهوره حينئذ . فيكون كالذى يسكر ويخرج سكرانا وتلعب به الصبيان فى رد شهادته ، وصرح بأن الذى يتهم بشرب الخمر لاتسقط عدالته . ومنهم من فسر الإدمان بنيته ، وهو أن يشرب ومن نيته أن يشرب مرة أخرى ، وهذا هو معنى الإصرار ، وأنت تعلم أنه سيذكر رد من يأتى بابا من أبواب الكبائر التى يتعلق بها الحد وشرب الخمر منها من غير توقف على نية أن يشرب ، ولأن النية أمر مبطن لا يظهر للناس والمدارات(١) التى يتعلق بوجودها حكم القاضى لابد أن تكون ظاهرة لا خفية لأنها معرفة ، والخفى لايعرف والظهور بالإدمان الظاهر لا بالنية ، نعم بالإدمان الظاهر يعرف إصراره ، لكن بطلان العدالة لايتوقف فى الكبائر على الإصرار بل أن يأتيها ويعلم ذلك ، وإنما ذلك فى الصغائر ، وقد اندرج فيما ذكرنا شرح ذلك اه (قوله بأجر) أطلق فى مسكين وأشار إليه فى الكاف ، وكذا فى القهستانى كما يأتى النقل عنه قريبا (قوله زاد العينى فلو فى مصيبتها تقبل) اعلم أن هذا التفريع بعض من المفهوم السابق ، فالعجب من قوله زاد الخ . بل

(١) (قوله والمدارات) المدارات بفتح الميم والدال والراء المهملات أى مدار الأمر لعدم قبول الشهادة انها وهى أمر خفى لانه أة تكونه الخ اه منه.

وعلله الوانى بزيادة اضطرارها وانسلاب صبرها واختيارها فكان كالشرب للتداوى (وعدو بسبب الدنيا) جعله ابن الكمال (عكس الفرع لأصله

فى اقتصار العينى وتعليل الوانى إشارة إلى أنهما نقصا من العبارة السابقة اشتراط الأجر ؛ ولهذا قال القهستانى ولو بلا أجر ، وتقدم الكلام على ما فى ظاهر التعليل فافهم (قوله بزيادة اضطرارها) أى وفى النوح تخفيف هذه الضرورة ، وإنما قلنا ذلك ليظهر قوله فكان كالشرب للتداوى ط (قوله واختيارها) مقتضاه لو فعلته عن اختيارها لا تقبل سيدى الوالد رحمه الله تعالى (قوله فكان كالشرب) أى شرب محرم للتداوى فإنه يجوز عندالثانى للضرورة (قوله وعدو) أى على عدوه كما فى الملتقى (قوله بسبب الدنيا) لأن المعاداة لأجلها حرام، فمن ارتكبها لا يؤمن من التقول عليه . أما إذا كانت دينية فإنها لا تمنع لأنها تدل على كمال دينه وعدالته . وهذا لأن المعاداة قد تكون واجبة بأن رأى فيه منكرا شرعا ولم ينته بنهيه ، بدليل قبول شهادة المسلم على الكافر مع ما بينهما من العداوة الدينية والمقتول وليه على القاتل والمجروح على الجارح أو الزوج على امرأته بالزنا ذكره ابن وهبان .

وفى خزانة المفتين : والعدو من يفرح لحزنه ويحزن لفرحه ، وقيل يعرف بالعرف اه : ومثال العداوة الدنيوية أن يشهد المقذوف على القاذف والمقطوع عليه الطريق على القاطع وفى إدخال الزوج هنا نظر ، فقد صرحوا بقبول شهادته عليها بالزنا إلا إذا قذفها أولا ، وإنما المنع مطلقا قول الشافعى . وفى بعض الفتاوى : وتقبل شهادة الصديق لصديقه اه أى إلا إذا كانت متناهية بحيث يتصرف أحدهما بمال الآخر كما تقدم .

ثم اعلم أن المصرح به فى غالب كتب أصحابنا والمشهور على ألسنة فقهائنا ما ذكره المؤلف من التفصيل :

ونقل فى القنية أن العداوة بسبب الدنيا لا تمنع مالم يفسق بسببها أو يجلب منفعة أو يدفع بها عن نفسه مضرة وهو الصحيح وعليه الاعتماد . وما فى الواقعات وغيرها اختيار المتأخرين . وأما الرواية المنصوصة فبخلافها . وفى كنز الرؤوس : شهادة العدو على عدوه لا تقبل لأنه متهم . وقال أبو حنيفة : تقبل إذا كان عدلا . قال أستاذنا : وهو الصحيح وعليه الاعتماد ؛ لأنه إذا كان عدلا تقبل شهادته ؛ وإن كان بينهما عداوة بسبب أمر الدنيا اه واختاره ابن وهبان ، ولم يتعقبه ابن الشحنة ، لكن الحديث شاهد لما عليه المتأخرون كما رواه أبو داود مرفوعا « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذى غمر على أخيه » والغمر الحقد . ويمكن حمله على ما إذا كان غير عدل بدليل أن الحقد فسق للنهى عنه .

وقد ذكر ابن وهبان رحمه الله تعالى تنبيهات حسنة لم أرها لغيره .

الأول : الذى يقتضيه كلام صاحب القنية والمبسوط أنا إذا قلنا إن العداوة قادحة فى الشهادة تكون قادحة فى حق جميع الناس لا فى حق العدو فقط ؛ وهو الذى يقتضيه الفقه فإن الفسق لا يتجزأ حتى يكون فاسقا فى حق شخص عدلا فى حق آخر اه .

قلت : ولهذا لم يقل المؤلف على عدوه بل أطلقه ؛ ويقاس على قولهم إن الفسق لا يتجزأ الناظر إذا كان عليه أنظار وقف عديدة وثبت فسقه بسبب خيانته فى واحد منها ، فهل يسرى فسقه فى كلها فيعزل : أجاب سيدى الوالد بالسريان وأنه يعزل منها جميعا ، وبه أفتى أبو السعود ، وكتب الرملى هنا : الظاهر من كلامهم أن عدم القبول إنما هو للتهمة لا للفسق ؛ ويؤيده ما يأتى عن ابن الكمال ، وما صرح به يعقوب باشا وكثير من علمائنا صرحوا بأن شهادة العدو على عدوه لا تقبل ، فالتقييد بكونها على عدوه ينفى ما عداه وهو المتبادر للأفهام فتأمله اه .

. . . .

أقول : أنت خبير بأن فعل الكبيرة والإصرار على الصغيرة قادح فى العدالة ؛ وقد شرط فى القنية لعدم القبول كونه فسق بتلك العداوة . وعلى هذا فعدم قبولها مطلقا ظاهر . وينبغى تقييده بما إذا كانت عداوة ظاهرة كما يفيده ما يأتى عن الفتح فى شرح قوله أو يرتكب ما يوجب الحد . فتحرر أن الوجه عدم القبول مطلقا . والتعليل بالاتهام كما مر عن كنز الرؤوس : لاينافيه لأن الفاسق لايقبل للاتهام أيضا ، وما يأتى عن ابن الكمال يمكن حمله على ما إذا لم يفسق بها فليتأمل اهـ قاله سيدى الوالد رحمه الله تعالى .

الثانى : لو ادعى شخص عداوة آخر يكون مجرد دعواه اعترافا منه بفسق نفسه ، ولا يكون ذلك قادحا فى عدالة المدعى أنه عدو ما لم يثبت المدعى أنه عدوّ له .

الثالث : لو قضى القاضى بشهادة العدو على عدوّه أو على غير عدوه هل يصح أولا . قلنا إن المانع من قبول الشهادة هو الفسق فيكون حينئذ صحيحا نافذا لأن القاضى إذا قضى بشهادة الفاسق نفذ قضاؤه ويصح ، وإن قلنا إنه لمعنى آخر أقوى من الفسق لايصح فى حق العدو ويصح فى حق غيره . وذكر ابن الكمال فى إصلاح الإيضاح أن شهادة العدو لعدوه جائزة عكس شهادة الأصل لفرعه اهـ وهذا يدل على أنها لم تقبل للتهمة لا للفسق اهـ.

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : قوله لأن القاضى إذا قضى بشهادة الفاسق نفذ قضاؤه ويصح. قال الرملى : وصرح يعقوب باشا فى حاشيته بعدم نفاذ قضاء القاضى بشهادة العدوّ على عدوّه وأقول وقياسه يقتضى أن العصبية كذلك فلا ينفذ قضاء القاضى بشهادته لأنه الذى يبغض الرجل لكونه من بنى فلان أو من قبيلة كذا كما سيأتى قريبا منقولا عن معين الحكام فتأمل اهـ

الرابع : قد يتوهم بعض المتفقهة والشهود أن كل من خاصم شخصا فى حق وادعى عليه حقا أنه يصير عدوه فيشهد بينهما بالعداوة وليس كذلك . بل العداوة إنما تثبت بنحو ما ذكرت . نعم لو خاصم الشخص آخر فى حق لاتقبل شهادته عليه فى ذلك الحق . كالوكيل لاتقبل شهادته فيما هو وكيل فيه ونحو ذلك لأنه إذا تخاصم اثنان فى حق لا تقبل شهادة أحدهما على الآخر لما بينهما من المخاصمة اهـ .

قلت : ويدل له ما فى فتاوى قاضيخان من باب ما يبطل دعوى المدعى : رجل خاصم رجلا فى دار أو فى حق ثم إن هذا الرجل شهد عليه فى حق آخر جازت شهادته إذا كان عدلا اهـ .

واعلم أنه لو شهد على رجل آخر فخاصمه فى شىء قبل القضاء لا يمتنع القضاء بشهادته إلا إذا ادعى أنه دفع له كذا لئلا يشهد عليه وطلب الرد وأثبت دعواه ببينة أو إقرار أو نكول فحينئذ بطلت شهادته وهو جرح مقبول كما صرحوا به . وسيأتى فى بيان الجرح .

الخامس : إذا قلنا لاتجوز شهادة العدو على عدوه إذا كانت دنيوية هل الحكم فى القاضى كذلك حتى لا يجوز قضاء القاضى على من بينه وبينه عداوة . لم أقف عليه فى كتب أصحابنا . وينبغى أن يكون الجواب فيه على التفصيل . إن كان قضاؤه عليه بعلمه ينبغى أن لا ينفذ ، وإن كان بشهادة العدول وبمحضر من الناس فى مجلس الحكم بطلب خصم شرعى ينبغى أن ينفذ . وفرق الماوردى من الشافعية بينهما بأن أسباب الحكم ظاهرة وأسباب الشهادة خافية بحر . وقدمنا أوائل الباب أن فى المسألة قولين معتمدين .

أحدهما عدم قبولها على العدوّ ، وهو اختيار المتأخرين وعليه صاحب الكنز والملتقى . ومقتضاه أن العلة العداوة لا الفسق وإلا لم تقبل على غير العدو أيضا .

فتقبل له لا عليه ، واعتمد فى الوهبانية والمحبية قبولها ما لم يفسق بسببها . قالوا : والحقد فسق للنهى عنه .
وفى الأشباه فى تتمة قاعدة : إذا اجتمع الحرام والحلال ولو العداوة للدنيا لا تقل سواء شهد على عدوه أو غيره لأنها فسق وهو لا يتجزأ .
وفى فتاوى المصنف : لا تقبل شهادة الجاهل

ثانيهما أنها تقبل إلا إذا فسق بها ، واختاره ابن وهبان وابن الشحنة فراجعه . وكذا تقدم فى أول القضاء الكلام على ذلك فارجع إليه .

وفى فتاوى الحانوتى : سئل فى شخص ادعى عليه وأقيمت عليه بينة فقال إنهم ضربونى خمسة أيام فحكم عليه الحاكم ثم أراد أن يقيم البينة على الخصومة بعد الحكم فهل تسمع . الجواب : قد وقع الخلاف فى قبول شهادة العدوّ على عدوه عداوة دنيوية وهذا قبل الحكم . وأما بعده فالذى يظهر عدم نقض الحكم . كما قالوا إن القاضى ليس له أن يقضى بشهادة الفاسق ولا يجوز له ، فإذا قضى لاينقض اه لكن يعارضه ما قدمناه آنفا عن الرملى : وصرح يعقوب باشا فى حاشيته بعدم نفاذ قضاء القاضى بشهادة العدو على عدوه .

وأقول : وقياسه يقتضى أن العصبية كذلك فلا ينفذ قضاء القاضى بشهادته لأنه الذى يبغض الرجل لكونه من بنى فلان أو من قبيلته كما فى معين الحكام اه .

أقول : وقدم الشارح عبارة اليعقوبية أول القضاء وأقرها سيدى الوالد ، وكذا الخير الرملى فى فتاواه فتنبه (قوله فتقبل له لا عليه) هذا يفيد قبولها لغير عدوه إذا لم يفسق به كما يأتى (قوله واعتمد فى الوهبانية والمحبية قبولها الخ) قد علمت ما تحصل مما سبق أن شهادة العدو على عدوه لا تقبل وإن كان عدلا وعدم نفاذ القضاء بها ، والمسألة دوارة فى الكتب فاحفظه (قوله مالم يفسق بسببها) وهى الرواية المنصوصة والإطلاق اختيار المتأخرين . وفى القهستانى ما يفيد أن ما عليه المتأخرون هو الصحيح فى زمانهم وزماننا اه وينبغى أن يقال فيه ما قيل فى مدمن الخمر من الاشتهار ط (قوله قالوا والحقد فسق للنهى عنه) فسره فى الطريقة المحمدية بأن يلزم نفسه بغضه وإرادة الشر له . وحكمه . إن لم يكن بظلم أصابه منه بل بحق وعدل كالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر فحرام ، وإن كان بظلم أصابه منه فليس بحرام . وإن لم يقدر على أخذ الحق فله تأخيره إلى يوم القيامة . قال الله تعالى — ولمن انتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل إنما السبيل على الذين يظلمون الناس ويبغون فى الأرض بغير الحق أولئك لهم عذاب أليم — وساق للنهى أحاديث دالة عليـــه : منها قوله صلى الله تعالى عليه وسلم « لا تظهر الشماتة لأخيك فيعافيه الله ويبتليك » ومنها قوله صلى الله تعالى عليه وسلم « لا يحل لمؤمن أن يهجر مؤمنا فوق ثلاث فإذا مرت به ثلاث فليلقه وليسلم عليه ، فإن رد عليه فقد اشتركا فى الأجر ، وإن لم يرد عليه فقد باء بالإثم » وهذا محمول على الهجر لأجل الدنيا ، وأما لأجل الآخرة والمعصية والتأديب فجائز بل مستحب من غير تقدير اه (قوله سواء شهد على عدوه أو غيره) أولهما قيل عليه مفاده أن عدوّ الشخص لا تقبل شهادته على الشخص ولا على غيره ولا معنى له ، إذ شهادة عدوّ زيد على عمرو مقبولة فلعل فى العبارة سقطا اه .

أقول : حيث كان عدم قبول شهادة العدوّ على عدوه مبنيا على أنه يفسق بالمعاداة والفسق مما لايتجزأ فله معنى ، وليس فى العبارة سقط حينئذ لا فرق بين ذلك الشخص وغيره ، وإنما يفرق الحال لو كان عدم القبول مبنيا على التهمة فتأمل ذكره الحموى (قوله لا تقبل شهادة الجاهل) قال فى معين الحكام : ولا من لا يحكم

على العالم لفسقه بترك ما يجب تعلمه شرعا ، فحينئذ لا تقبل شهادته على مثله ولا على غيره ، وللحاكم تعزيره على تركه ذلك . ثم قال : والعالم من يستخرج المعنى من التركيب كما يحق وينبغي (ومجازف في كلامه) أو يحلف فيه كثيرا أو اعتاد شتم أولاده أو غيرهم

فرائض الوضوء والصلاة . ومن سافر فاحتاج للتيمم فلم يحسنه ولا المنجم وإن اعتقد عدم تأثير النجوم وادعى أنها أدلة ويؤدب حتى يكف عن هذا الاعتقاد ولا يصدق لقوله تعالى — فلا يظهر على غيبه أحدا إلا من ارتضى من رسول — (قوله على العالم) ليس بقيد بدليل التفريع والتعليل ح (قوله لفسقه بترك ما يجب تعلمه شرعا) قدم في باب التعزير أن للقاضي أن يسأل عن سبب فسق الشاهد ، فلو قال الطاعن هو ترك واجب سأل القاضي المشتوم عما يجب عليه بعلمه من الفرائض ، فإن لم يعرفها ثبت فسقه لما في المجتبى : من ترك الاشتغال بالفقه لا تقبل شهادته . والمراد ما يجب تعلمه منه اه (قوله والعالم الخ) أتى به دفعا لتوهم أن العالم المدرس (قوله من يستخرج المعنى) السين والتاء زائدتان ، والمراد بإخراجه من التركيب فهمه منه . والظاهر أن المراد به من يعلم العلوم الشرعية وبعض آلاتها ط . قال في الأشباه : والأهلية للتدريس لا تخفى على من له بصيرة ، والذى يظهر أنها بمعرفة منطوق الكلام ومفهومه وبمعرفة المفاهيم . وأن تكون له سابقة الاشتغال على المشايخ بحيث صار يعرف الاصطلاحات ويقدر على أخذ المسائل من الكتب . وأن يكون له قدرة على أن يسأل ويجيب إذا سئل ويتوقف ذلك على سابقة اشتغال في النحو والصرف بحيث صار يعرف الفاعل من المفعول إلى غير ذلك وإذا قرأ لا يلحن . وإذا لحن قارئ بحضرته رد عليه اه .

أقول . لكن يؤيد أن المراد به من يعلم العلوم الشرعية ما قاله قاضيخان : أوصى لأهل العلم ببلخ يدخل أهل الفقه والحديث اه (قوله ومجازف في كلامه) هو المكثر منه الذى لا يتحرى الصدق ، فإن من كثر كلامه كثر سقطه . والمجازفة : هي التكلم بلا معيار شرعي .

روى أن الفضل بن الربيع وزير الخليفة شهد عند أبي يوسف فرد شهادته ، فعاتبه الخليفة وقال لم رددت شهادته . قال لأنى سمعته يوما يقول للخليفة أنا عبدك . فإن كان صادقا فلا شهادة للعبد ، وإن كان كاذبا فكذلك لأنه إذا لم يبال في مجلسك بالكذب فلا يبالى في مجلسى فعذره الخليفة اه زاد في فتح القدير بعده . والذى عندى أن رد أبي يوسف شهادته ليس للكذبة لأن قول الحر لغيره أنا عبدك إنما هو مجاز باعتبار معنى القيام بخدمتك وكونى تحت أمرك ممتثلا له على إهانة نفسي في ذلك ، والتكلم بالمجاز على اعتبار الجامع . فإن وجه التشبه ليس كذبا محظورا شرعا ، ولذا وقع المجاز في القرآن ، ولكن رده لما يدل عليه خصوص هذا المجاز من إذلال نفسه وطاعته لأجل الدنيا فربما يضر هذا الكلام إذا قيل للخليفة فعدل إلى الاعتذار بأمر يقرب من خاطره اه (قوله أو يحلف فيه) أى في كلامه كثيرا أى وإن كان في صدق فإن جرأته على ذلك تقتضى قلة مبالاته بأمور الدين ، ولأنه ربما أداه ذلك إلى الكذب فيه . وقد عده في الطريقة المحمدية من جملة آفات اللسان وساق آيات وأحاديث . ثم قال : إن الحلف بالله تعالى صادقا جائزا بلا خلاف ، لكن إكثاره مكروه لقوله صلى الله عليه وسلم « الحلف حنث أو ندم » وتمامه فيها (قوله أو اعتاد شتم أولاده أو غيرهم) كمماليكه وأهله ، فإن كان ذلك يصدر منه أحيانا لا يؤثر في إسقاط العدالة ، لأن الإنسان قلما يخلو منه هندية .

قال في الفتح وقال نصير ابن يحيى : من يشتم أهله ومماليكه كثيرا في كل ساعة لا يقبل ، وإن كان أحيانا يقبل ، وكذا الشتام للحيوان كدابته اه .

لأنه معصية كبيرة كترك زكاة أو حج على رواية فوريته أو ترك جماعة أو جمعة

قال فى شرح أدب القاضى : إن من سب واحدا من المسلمين لا يكون عدلا كما فى الشرنبلالية : وحرر ابن وهبان مسألة الشتم حيث قال : والفقه فى ذلك أن الشتم لايخلو إما أن يكون بما فيه أو بما ليس فيه فى وجهه أو غيبته ، فإن كان فى غيبته فهو غيبة وإنها توجب الفسق ، وإن كان فى وجهه ففيه إساءة أدب وإنه من صنيع رعاع الناس وسوقتهم الذين لا مروءة لهم ولا حياء فيهم وإن ذلك مما يسقط العدالة ، وكذا إذا كان السب باللعنة والإبعاد كما يفعله من لاخلاق لهم من السوقة وغيرهم اه أى وإن كان بما ليس فيه كذب وحكمه ظاهر ، ومما يؤيد ذلك ما ورد فى الحديث « سباب المسلم فسوق وقتاله كفر » قال ابن الأثير فى النهاية : السب الشتم ، يقال سبه يسبه سبا وسبابا ، قيل هذا محمول على من سب أو قاتل مسلما بغير تأويل ، وقيل إنما قال ذلك على جهة التغليظ لا أنه يخرجه إلى الكفر والفسق وأقول : هذا خلاف الظاهر اه (قوله لأنه) أى الاعتياد (قوله كبيرة) أى إذا أصر عليه بالعود ولذا قيده بالاعتياد وإلا فهو صغيرة (قوله كترك زكاة) أى من غير عذر وبه أخذ الفقيه . قال الإمام فخر الدين والفتوى عليه . وذكر الخاصى عن قاضيخان أن الفتوى على سقوط العدالة بتأخيرها من غير عذر لحق الفقراء دون الحج خصوصا فى زماننا كذا فى شرح النظم الوهبانى منح فى الفروع آخر الباب ، والصحيح أن تأخير الزكاة لا يبطل العدالة كما فى الهندية (قوله أو حج) قال فى الهندية . كل فرض له وقت معين كالصلاة والصوم إذا أخر من غير عذر سقطت عدالته . وما ليس له وقت معين كالزكاة والحج . روى هشام عن محمد رحمه الله تعالى أن تأخيره لايسقط للعدالة وبه أخذ محمد بن مقاتل. وقال بعضهم : إذا أخر الزكاة والحج من غير عذر ذهبت عدالته وبه أخذ الفقيه أبو الليث ، وبتأخير الحج لا تسقط خصوصا فى زماننا كما فى المضمرات (قوله على رواية فوريته) فى العام الأول عند الثانى وأصح الروايتين عن الإمام ومالك وأحمد : أى فيفسق وترد شهادته بتأخير سنين لأن تأخيره صغيرة ، وبارتكابه مرة لايفسق إلا بالإصرار بحر .

ووجهه أن الفورية ظنية لأن دليل الاحتياط ظنى ولذا أجمعوا أنه لو تراخى كان أداء وإن أثم بموته قبله كما نقله الشارح فى الحج (قوله أو ترك جماعة) قال فى الفتح : منها ترك الصلاة بالجماعة بعد كون الإمام لاطعن عليه فى دين ولا حال وإن كان متأولا فى تركها كأن يكون معتقدا أفضلية أول الوقت والإمام يؤخر الصلاة أو غير ذلك لاتسقط عدالته بالترك .

أقول : والجماعة سنة مؤكدة فى قوة الواجب ، وقيل واجبة ، وقيل فرض كفاية ، وقيل فرض عين . والقول بوجوبها هو قول عامة مشايخنا ، وبه جزم فى التحفة وغيرها . قال فى البحر : وهو الراجح عند أهل المذهب، وهو أعدل الأقوال وأقواها، ولذا قال فى الأجناس : لاتقبل شهادته إذا تركها استخفافا بأن لايستعظم أمرها كما يفعله العوام أو مجانة أو فسقا إما سهوا أو بتأويل ، ككون الإمام من أهل الأهواء أو فاسقا فكره الاقتداء به ولا يمكنه أن يصرفه أولا يراعى مذهب المقتدى فتقبل . والقائل بالفرضية لايشترطها للصحة فتصح صلاته منفردا، وتسميتها سنة لوجوبها بالسنة، وتمام الكلام فى شرحنا على [نور الإيضاح المسمى بمعراج النجاح] فراجعه فإن فيه فوائد خلت عنها أكثر الشروح (قوله أو جمعة) من غير عذر ، فمنهم من أسقطها بمرة واحدة كالحلوانى، ومنهم من شرط ثلاث مرات كالسرخسى ، والأول أوجه فتح ، لكن قدمنا عنه أن الحكم بسقوط العدالة بارتكاب الكبيرة يحتاج إلى الظهور تأمل سيدى الوالد رحمه الله تعالى . قال فى تهذيب القلانسى قال :

أو أكل فوق شبع بلا عذر ، وخروج لفرجة قدوم أمير ، وركوب بحر ، ولبس حرير ، وبول فى فسوق أو إلى قبلة أو شمس أو قمر ،

فى ترك الجماعة مجانا شهرا . وفى الذخيرة : هذا إن لم يستخف بالدين وإن استحق فهو كافر اه (قوله أو أكل فوق شبع) عند الأكثرين . والظاهر أن المراد بالشبع مالا يضره ، وبما زاد عليه مايضره لأنه هو الذى يحرم ط (قوله بلا عذر) راجع إلى الثلاثة قبله . ومثال العذر فى الأكل مؤانسة الضيف وقصد التقوّى على صوم الغد كما فى الشرنبلالية والفتح ، ومن العذر ماإذا أكل أكثر من حاجته ليتقاياه . قال الحسن : لابأس به . قال رأيت أنس بن مالك رضى الله تعالى عنه يأكل ألوانا من الطعام ويكثر ثم يتقايأ وينفعه ذلك خانية .

أقول : وهل مثله ماإذا كان مضيفا ولا يرضى صاحب الطعام إلا بذلك بحر . والذى فى حفظى أنه عذر أيضا فليراجع أما مسألة الضيف فالظاهر إذلم يكن بينهما مباسطة تامة ، أما إذا كان فلا يكون عذرا وليحرر أيضا (قوله وخروج لفرجة قدوم أمير) فى الهندية : إذا قدم الأمير بلدة فخرج الناس وجلسوا فى الطريق ينظرون إليه . قال خلف : بطلت عدالتهم إلا أن يذهبوا للاعتبار فحينئذ لاتبطل عدالتهم ، والفتوى على أنهم إذا خرجوا لالتعظيم من يستحق التعظيم ولا للاعتبار تبطل عدالتهم كذا فى الظهيرية وقاضيخان ، وعلله فى الفتاوى الصغرى بشغله الطريق فصار مرتكبا للحرام لأنه حق العامة ولم يعمل للجلوس اه وهذا التعليل يفيد أنه إذا تجرد عن شغل الطريق لايكون قادحا مطلقا ، ولا ينافيه ماتقدم إذا تأملته ، لكن كلام قاضيخان يفيد خلافه ، قال ابن وهبان : وينبغى أن يكون ذلك على مااعتاده أهل البلد ، فإن كان من عادة أهل البلد أنهم يفعلون ذلك ولا ينكرون ولا يستخفون فينبغى أن لايقدح . وذكر ابن الشحنة بعده : فقول المصنف وينبغى الخ ليس كما ينبغى اه ومثله فى البحر . قال الخير الرملى : أقول فتحرر من مجموع ماذكر أنه إن كان الأمير غير صالح قدح فى العدالة مطلقا . وإن كان صالحا ولم يشغل الطريق لايقدح ، وإن شغله قدح ، وأنت على علم بأن الحكم يدور مع العلة والعلة فى القدح إرتكاب ماهو محظور وتعظيم الفاسق كذلك ، فعلى ذلك يدور الحكم تأمل اه .

أقول : هذا بمعزل عما قدمناه فيما إذا خرج للاعتبار ولم يجلس فى الطريق وكان الأمير صالحا أو فاسقا ولم يقصد تعظيمه فحينئذ لايقدح كما علمت فافهم (قوله وركوب بحر) أى بحر الهند ، وهو البحر الأحمر المعروف الآن ببحر السويس بأنه إذا ركب البحر إلى الهند فقد خاطر بنفسه ودينه ، ومنها سكنى دار الحرب وتكثير سوادهم وعددهم وتشبهه بهم لينال بذلك مالا ويرجع إلى أهله غنيا ، فإذا كان لايبالى بما ذكر لايأمن أن يأخذ من عرض الدنيا فيشهد بالزور . وقال ظهير الدين : لايمنع .

قال العلامة عبد البر : والذى يظهر أن المانع ليس الركوب له مطلقا بل مع مااقترن به ، وهذا حين كان الهند كله كفرا كما يرشد إليه التعليل . كيف والنص القطعى أباح ركوب البحر مطلقا إلا عندظن الهلاك ، ومازال السلف يركبون البحار من غير إنكار ، ونص القرآن العظيم أعظم دليل على الجواز اه بتصرف . وفى القهستانى وقيل يشهد راكب البحر للتجارة وغيرها وهو الصواب اه ط .

أقول : لاسيما فى زماننا الآن فإنه لامخاطرة بالنفس ، ولا محل لظن الهلاك فى السفن المخترعة الآن وهى المعروفة ببابور النار فإن سيرها بالعجل لابالريح ، فإن سيرها بالعجل يدور ببخار الماء المغلى بالنار فلا يخشى من تلف إلا نادرا من غفلة الملاحين (قوله ولبس حرير) إلى قوله أو قمر محمل ذلك فيما يظهر على من شهر بذلك ط . أما لبس الحرير فلحرمته إلا مااستثنى . وأما البول فى السوق فلإخلاله بالمروءة . وأما استقبال الشمس والقمر

وطفيلي ومسخرة ، ورقاص وشتام للدابة ، وفى بلادنا يشتمون بائع الدابة فتح وغيره .
وفى شرح الوهبانية : لا تقبل شهادة البخيل ، لأنه لبخله يستقصى فيما يتقرض من الناس فيأخذ زيادة على حقه فلايكون عدلا ، ولا شهادة الأشراف من أهل العراق لتعصبهم ، ونقل المصنف عن جواهرالفتاوى : ولا من انتقل من مذهب أبى حنيفة إلى مذهب الشافعي رضى الله تعالى عنه .

فى البول فلكراهة ذلك لأنهما آيتان عظيمتان من آيات الله الباهرة ، وقيل لأجل الملائكة الذين معهما ، والمراد بالاستقبال استقبال عينهما ، فلو كان فى مكان مستور ولم تكن عينهما بمرأى منه بأن كان ساتر يمنع عن العين ولو سحابا فلاكراهة ، كما إذا لم يكونا فى كبد السماء كما حررته فى [معراج النجاح على نور الإيضاح] .

أقول : ومثل لبس الحرير استعمال مايحرم شرعا كفضة وذهب ، وقوله ، أو إلى قبلة ظاهره ولو فى بناء مع أن الأئمة يقولون بعدم الكراهة فيه ، فالظاهر أن يقيد هو وما بعده فى الصحراء (قوله وطفيلى) يتتبع الدعوات من غير أن يدعى وصار عادة له وإن أثم بمرة أى بلا خلاف كما فى البحر (قوله ومسخرة) لرفضه المروءة إن اعتاد ذلك واشتهر ، ولإرتكاب المحظورات غالبا بلا خلاف كما فى الهندية (قوله ورقاص) ومنه الكوشت والحربية والمعروف بالسماع كل ذلك حرام ، فمن اعتاده واشتهر عنه يقدح فى عدالته دون مايقع ممن غلب عليهم الحال ويفعلون ذلك بدون اختيار ، نفعنا الله تعالى بهم كما أوضح ذلك سيدى الوالد فى رسالة [شفاء العليل وبل الغليل فى حكم الوصية بالختومات والتهاليل] (قوله وشتام للدابة) محمول على الاعتياد أفاده فى الهندية (قوله وفى بلادنا يشتمون بائع الدابة) فيجرى فيه التفصيل فى الاعتياد وعدمه ، وكثيرا مايلعنون الدابة وبائعها فلا يجوز لعن الدابة وغيرها من الجماد ، وقد ورد التصريح بالنهى عن اللعن (قوله لاتقبل شهادة البخيل) ذكره فى الهندية عن المحيط (قوله يستقصى) بالصاد المهملة : أى يبالغ (قوله فيما يتقرض) وفى نسخة يقبض ، وهو كذلك فى الخلاصة . والذى فى شرح الوهبانية لعبد البر والشرنبلالى يقرض بالياء المثناة تحت والقاف اهـ ح (قوله ولا شهادة الأشراف من أهل العراق لتعصبهم) لأنهم قوم يتعصبون فإذا ناب قوم أحد منهم نائبة أتى سيد قومه فيشفع فلا يؤمن أن يشهد له بزور اهـ وعلى هذا كل متعصب لاتقبل شهادته بحر .

قال الرملي : قال الغزى قلت : وفى الخلاصة من كتاب القضاء : فإن عدله اثنان وجرحه اثنان فالجرح أولى إلا إذا كان بينهم تعصب فإنه لا يقبل جرحهم لأن أصل الشهادة لا تقبل عند العصبية فالجرح أولى اهـ . وفى [معين الحكام] فى موانع قبول الشهادة قال : ومن العصبية أن يبغض الرجل الرجل لأنه من بنى فلان أو من قبيلة كذا اهـ .

أقول : من التعصب أن يبغضه لأنه من حزب فلان أو من أصحابه أو من أقاربه أو منسوبيه اهـ . قال عبد الحليم فى حاشية الدرر : ولا يذهب عليك أن أكثر طائفة القضاة بل الموالى فى عصرنا بينهم تعصب ظاهر لأجل المناصب والرتب ، فينبغى أن لا تقبل شهادة بعضهم على بعض ما لم يتبين عدالته كما لايخفى اهـ (قوله ولا من انتقل من مذهب أبى حنيفة الخ) أى استخفافا لأنه لا يكون أهلا للشهادة فلا يعتمد عليه منح ، وتقدم فى باب التعزير أن من ارتحل إلى مذهب بدون حاجة شرعية يعزر فكان ذلك معصية موجبة لرد شهادته ، ولأنه ليس للعامى أن يتحول من مذهب إلى مذهب ويستوى فيه الحنفى والشافعى ، وقيل لمن انتقل إلى مذهب الشافعى ليزوج له أخاف أن يموت مسلوب الإيمان لإهانته بالدين بجيفة قذرة قنية من كتاب الكراهية.

وفى آخر هذا الباب من المنح : وإن انتقل إليه لقلة مبالاة فى الاعتقاد والجرأة على الانتقال من مذهب

قال : وكذا بائع الأكفان والحنوط لتمنيه الموت، وكذا الدلال والوكيل لو بإثبات النكاح . أما لو شهد أنها امرأته تقبل، والحيلة أنه يشهد بالنكاح ولا يذكر الوكالة بزازية وتسهيل ، واعتمده قدرى أفندى فى واقعاته ، وذكره المصنف فى إجارة معينه معزيا للبزازية .

إلى مذهب كما يتقوله ويميل طبعه إليه لغرض يحصل له فإنه لا تقبل شهادته اه فعلم بمجموع ما ذكرناه أن ذلك غير خاص بانتقال الحنفى ، وأنه إذا لم يكن لغرض صحيح ، فافهم ولا تكن من المتعصبين فتحرم بركة الأئمة المجتهدين نفعنا الله تعالى بهم أجمعين فى الدنيا والآخرة آمين ، وتقدم هذا البحث مستوفى فى فصل التعزير فارجع إليه (قوله وكذا بائع الأكفان والحنوط) أى إذا ابتكر وترصد لذلك ، أما إذا كان يبيع الثياب ويشترى منه الأكفان تجوز شهادته جامع الفتاوى وبحر . وفى الهندية : إذا كان الرجل يبيع الثياب المصورة أو ينسجها لا تقبل شهادته اه أى صورة ذى روح (قوله لتمنيه الموت) وإن لم يتمنه بأن كان عدلا تقبل كذا قيده شمس الأئمة . قال الرحمتى : وينبغى أن يكون مثله بائع الطعام لتمنيه الغلاء والشدة على الناس اه .

أقول : وهذا أيضا إن لم يتمنه بأن كان عدلا تقبل (قوله وكذا الدلال) أى فيما عقده لعدم صحة الشهادة على فعل نفسه أو مطلقا لكثرة كذبه .

فى التنقيح لسيدى الوالد : سئل فى شهادة الدلال العدل الذى لا يحلف ولا يكذب هل تقبل ؟ الجواب نعم إذا كان كذلك تقبل . قال فى البحر ، وكذا لا تقبل شهادة النخاس : وهو الدلال إلا إذا كان عدلا لم يكذب ولم يحلف اه وقدمنا عن الفتح أن أهل الصناعات الدنيئة الأصح أنها تقبل كالزبال والحجام لأنها تولاها قوم صالحون ، فما لم يعلم القادح لا يبنى على ظاهر الصناعة ، وكذا الدلالون والنخاسون ، ويحتمل أن المراد الدلال إذا شهد على البيع ، فإنه قال فى الهندية : الوكيلان بالبيع والدلالان إذا شهدا وقالا نحن بعنا هذا الشىء من فلان لا تقبل شهادتهما اه (قوله والوكيل) أى بالنكاح (قوله لو بإثبات النكاح) أى لا تقبل بإثبات النكاح لأنها شهادة على فعله ، وقوله لو بإثبات النكاح للتمثيل لا للتقييد ، ومثله سائر العقود التى باشرها لا يصح شهادته بها إذا صرح بأنه باشرها وكالة أما إذا شهد أنه ملكه أو فى إجارته تقبل . وفى بعض نسخ الشرح زيادة واو قبل لو : أى ولو بإثبات النكاح ترقيا إذ هو هنا سفير وهى الأولى (قوله أما لو شهد أنها امرأته تقبل) لأنه شهد بقيام النكاح لا بعقده (قوله والحيلة الخ) مقتضاه أن من لا تقبل شهادته لعلة يجوز له أن يخفيها ويشهد كما إذا كان عبدا للمشهود له أو ابنه أو نحو ذلك ، فليتأمل سيدى الوالد رحمه الله تعالى .

أقول : وسيأتى قريبا عن البحر عن الملتقط أن لشارب الخمر أن يشهد إذا لم يطلع عليه وأنه لا يحل له أن يهتك ستره بذكر فسقه وإبطال حق المدعى (قوله بالنكاح) أى بإثباته ، ولا يذكر الوكالة : أى أنه كان وكيلا فيه (قوله بزازية) عبارتها : وشهادة الوكيلين أو الدلالين إذا قالا نحن بعنا هذا الشىء أو الوكيلان بالنكاح أو بالخلع ، إذا قالا نحن فعلنا هذا النكاح أو الخلع لا تقبل : أما لو شهد الوكيلان بالبيع أو النكاح أنها منكوحته أو ملكه تقبل .

وذكر أبو القاسم : أنكر الورثة النكاح فشهد رجل قد تولى العقد والنكاح يذكر النكاح ولا يذكر أنه تولاه انتهت (قوله وملخصه) أى ملخص ما ذكره المصنف فى كتاب الإجارة من كتابه المسمى بالمعين (قوله الدلالين والصكاكين) إذا كان غالب حالهم الفساد لكثرة الكذب منهم غالبا ، أما إذا غلب عليهم

وملخصه أنه لا تقبل شهادة الدلالين والصكاكين والمحضرين والوكلاء المفتعلة على أبوابهم ونحوه فى فتاوى مؤيدزاده. وفيها : وصى أخرج من الوصاية بعد قبولها لم تجز شهادته للميت أبدا ، وكذا الوكيل بعد ما أخرج من الوكالة إن خاصم اتفاقا، وإلا فكذلك عند أبى يوسف (ومدمن الشرب) لغير الخمر لأن بقطرة منها يرتكب الكبيرة فترد شهادته ،

الصلاح فالصحيح أنها تقبل كما فى الهندية ، وقدمناه آنفا (قوله والمحضرين والوكلاء المفتعلة على أبوابهم) أى القضاة ، وهو متعلق بالثانى وحذف من الأول نظيره . قال ح : الوكلاء المفتعلة الذين يجتمعون على أبواب القضاة يتوكلون للناس فى الخصومة اهـ .

قال فخر الدين : لما سئل عن شهادة أعوان الحاكم والوكلاء على أبواب القضاة . قال : لاتسمع شهادتهم لأنهم ساعون فى إبطال حق المستحقين فهو فسق فلا تسمع (قوله وفيها) مكرر مع ما يأتى متنا (قوله أخرج من الوصاية) نص على المتوهم لأنه إذا لم يخرج فشهادته للميت بدين أو غيره باطلة سواء كانت الورثة كبارا أو صغارا ، ولو شهد على الميت بدين قبلت على كل حال هندية (قوله بعد قبولها) أما إذا لم يقبل بعد موت الموصى ولم يرد فشهد فالقاضى يقول له أتقبل الوصاية ، فإن قبل أبطلها ، وإن رد أمضاها ، وإن لم يخبر بشىء توقف القاضى ملتقط (قوله للميت) ولا لليتيم هندية (قوله أبدا) أى وإن لم يخاصم هندية (قوله وكذا الوكيل) أى شهادة الوكيل للموكل (قوله فكذلك) أى لا تقبل عند أبى يوسف وتقبل عند الإمام ومحمد كذا فى الذخيرة ، وإنما اقتصر المؤلف على قول الثانى لما قيل إن الفتوى والقضاء على قوله فى الوقف والقضاء ط (قوله ومدمن الشرب) قال فى النهاية معزيا إلى الذخيرة : أراد به الإدمان فى النية : يعنى يشرب ومن نيته أن يشرب بعد ذلك إذا وجده . قال الرملى فى حاشية المنح : بخلاف ما إذا أقلع عنه فإنه فاسق تاب فتقبل شهادته اهـ ، فإذا تم هذا فلا فرق بين الخمر وغيره ، لأنه وإن كان بقطرة منها ارتكب الكبيرة وترد شهادته لكن بالتوبة يزول فسقه ويعود عدلا وتقبل شهادته ، لكن لا تتم بالتوبة بمجرد نية عدم الشرب ، بل لابد من الندم والإقلاع فى الحال والعزم على أن لا يعود . وإذا علمت معنى الإدمان وأن غير المدمن تائب بأنه قد أقلع عنه ونوى أن لايعود إليه سقط هذا الكلام كله ، لأن التائب تقبل شهادته سواء تاب عن الصغيرة أو الكبيرة .

أقول : لكن قدمنا عن الفتح عند الكلام على النائحة أن تفسير الإدمان بالنية أمر خفى لا يصلح أن يكون مدارا لعدم قبول الشهادة فتأمل (قوله لأن بقطرة منها) فيه حذف اسم أن (قوله يرتكب الكبيرة) لأنه يحرم قليلها وكثيرها ، والقليل يطلق على القطرة بالإجماع خلافا للمعتزلة فإنهم يقولون بإباحة القليل .

قال فى الهداية : وهذا كفر لأنه جحود للكتاب فإنه سماه رجسا . والرجس : ما هو محرم العين ، وقد جاءت السنة متواترة أن النبى عليه الصلاة والسلام حرم الخمر وعليه انعقد إجماع الأمة ، ولأن قليله يدعو إلى كثيره وهذا من خواص الخمر ، ولأنه لو أقر بشرب قطرة واحدة يلزمه الحد كما قرر فى محله (قوله فترد شهادته) أى من غير إدمان ، هذا مخالف لما فى الكافى حيث قال : وإنما شرط الإدمان ليكون ذلك ظاهرا منه ، فإن من شرب الخمر سرا ولا يظهر منه ذلك لايخرج من أن يكون عدلا وإن شربها كثيرا وإنما تسقط عدالته إذا كان ذلك يظهر منه أو يخرج سكران فتلعب به الصبيان فإنه لا مروءة لمثله ولا يحترز عن الكذب عادة ، وكذا من يجلس مجلس الفجور والمجانة فى الشرب لا تقبل شهادته وإن لم يشرب .

وما ذكره ابن الكمال غلط كما حرره فى البحر . قال : وفى غير الخمر يشترط الإدمان لأن شربه صغيرة، وإنما قال (على اللهو) ليخرج الشرب للتداوى فلا يسقط العدالة

وفى فتاوى قاضيخان : لاتقبل شهادة مدمن الخمر ولا مدمن السكر لأنه كبيرة . وفى الذخيرة : لا تقبل شهادة مدمن الخمر زيلعى وعينى . وفى النهاية : الإدمان شرط فى الخمر أيضا فى حق سقوط العدالة اه فهذه نقول صريحة فى عدم الفرق فى اشتراط الإدمان بين الخمر وغيره ، فما ذكره الشرح تبعا لصاحب البحر لا يعوّل عليه أبو السعود ، وقد تقدم أنه يشترط الاشتهار فى كل من أتى بابا من أبواب الكبائر ط بزيادة .

أقول : وكذلك صحح شرط الإدمان فى شرب الخمر لسقوط العدالة البرجندى وصاحب التتمة وعليه كلام الدرر حيث عمم الشرب شرب الخمر والعرق والوزج ونحوها كما فى عبد الحليم (قوله وما ذكره ابن الكمال) من أن شرب الخمر ليس بكبيرة فلا يسقط العدالة إلا بالإصرار عليه (قوله كما حرره فى البحر) قال فيه : وذكر ابن الكمال : أن شرب الخمر ليس بكبيرة فلا تسقط العدالة إلا بالإدمان عليه .

قال فى الفتاوى الصغرى : ولا تسقط عدالة شارب الخمر بنفس الشرب لأن هذا الحد لم يثبت بنص قاطع إلا إذا داوم على ذلك اه وهو غلط من ابن الكمال لما قدمناه عن المشايخ من التصريح بأن شربها كبيرة ولمخالفتها للحديث المشهور فى الكبائر أنها سبع وذكر منها شرب الخمر اه بل إنما شرط الإدمان عليها للاشتهار لا لأنها صغيرة لأن الشهادة لا تردّ إلا بالإدمان وظهوره بالاشتهار . وأما مجرد الشرب مع قطع النظر عن سقوط الشهادة فقد علمت أنه كبيرة ولو بقطرة ، فلو تغفل .

قال السائحانى أقول : نسبة الغلط إلى هذا الهمام فى الفرق بين شرط الإدمان للخمر وغيره من الأشربة غير مسلمة لما صرح قاضيخان فى فتاواه . وعبارته : ولا تقبل شهادة مدمن الخمر ولا مدمن السكر لأنها كبيرة وإنما شرط الإدمان ليظهر ذلك عند الناس فإن من اتهم بشرب الخمر فى بيته لا تبطل عدالته وإن كانت كبيرة وإنما تبطل إذا ظهر ذلك أو يخرج سكران يسخر منه الصبيان، لأن مثله لايحترز عن الكذب وذكر الخصاف رحمه الله تعالى أن شرب الخمر يبطل العدالة . وقال محمد رحمه الله تعالى: ما لم يظهر ذلك يكون مستور الحال اه. وفى المقدسى : ومحمد شرط الإدمان وهو الصحيح ، نعم إذا حمل الغلط على قول ابن الكمال إن شرب الخمر ليس بكبيرة يظهر لما قدمناه قريبا من أن شرب قطرة منه كبيرة . وفى البدائع : شرب الخمر أحيانا للتقوى لا للتلهى يكون عدلا ، وعامة المشايخ لا يكون عدلا لأن شرب الخمر كبيرة محضة اه (قوله قال وفى غير الخمر) قد علمت أنها يشترط فيها أيضا (قوله يشترط الإدمان) قدمنا أنه اختلف فى الإدمان هل هو فى الفعل أو النية على قولين محكيين فيه . وفى الإصرار . قال ابن كمال : إن الإدمان بالعزم أمر خفى لا يصلح أن يكون مدار العدم قبول الشهادة ، ومحصله أن ابن الكمال يميل إلى ترجيح اشتراط الإدمان بالفعل لا بالنية فراجعه (قوله على اللهو) أى لأجل اللهو أى وهو معروف ، وأصله ترويح النفس بما لا تقتضيه الحكمة بحر عن المصباح ، والمراد به أن لا يكون للتداوى فيدخل فى اللهو الشرب للاعتياد .

قال فى البحر : فأطلق اللهو على المشروب ، وظاهره أنه لا بد من الإدمان فى حق الخمر أيضا .

قال فى المنح : هو خلاف الظاهر من العبارة لأن الظاهر منها أن معنى مدمن الشرب أى مداوم شرب الخمر على اللهو . وقال الزيلعى : أى مداوم شرب الخمر لأجل اللهو لأن شربها كبيرة . وقال منلا خسرو : ومدمن الشرب : أى شرب الأشربة المحرمة ، فإن إدمان شرب غيرها لايسقط الشهادة ما لم يكن على اللهو اه

لشبهة الاختلاف صدر الشريعة وابن كمال (ومن يلعب بالصبيان) لعدم مروءته وكذبه غالبا كافى (والطيور) إلا إذا أمسكها للاستئناس فيباح إلا أن يجر حمام غيره

فأفاد كلامه أن الشرب على اللهو إنما هو شرط فى غير الأشربة المحرمة ، أما فيها فلا يشترط وهذا يوافق كلام صاحب البحر . والظاهر أن هذا هو الذى أحوجه إلى ما ذكره من حمل اللهو فى كلام الكنز على المشروب وهو مخالف لكلام الزيلعى، فإنه جعله شرطا فى الخمر أيضا، وربما يناسبه كلام الشارح هنا، والظاهر خلافه لأن شرب الخمر كبيرة ترد الشهادة بها سواء شربت على اللهو أم لا ، وظاهر كلامهم أنه لابد من الإدمان فى حق الخمر أيضا . وأما إدمان شرب غير المحرم لا يسقط الشهادة ما لم يكن على اللهو فجعل اللهو قيداً للشرب وحمله على شرب غير المحرمة هوالذى يظهر كما يظهر لى من كلامهم والله تعالى الموفق (قوله لشبهة الاختلاف) قال فى البحر : فى قوله على اللهو إشارة إلى أنه لو شربها للتداوى لم تسقط عدالته لأن للاجتهاد فيه مساغا اه . قال ط : والأصح الحرمة ، نعم لو شرب لغصة شيء فى حلقه ونحوه مما ينفسه لا محالة كان مباحا قهستانى .

وفى العتابية لاتسقط عدالة أصحاب المروءات بالشرب مالم يشتهر . وفى الظهيرية : من سكر من النبيذ بطلت عدالته فى قول الخصاف لأن السكر حرام عند الكل . وقال محمد : لاتبطل عدالته إلا إذا اعتاد ذلك اه . قال فى البحر : وهو عجيب من محمد لأنه قال بحرمة قليله ولم يسقطها بكثيره ، وظاهره أنه يقول بأن السكر منه صغيرة فشرط الاعتياد اه . قال سيدى الوالد : قوله وهو عجيب من محمد الخ فيه نظر ظاهر يعلم مما قدمه عن الصدر الشهيد من أن الإدمان على شرب الخمر شرط لسقوط العدالة عند محمد مع أنه ممن يقول بأن مجرد شرب الخمر ولو بدون إدمان وإسكار ، ولهذا قال المقدسى : وإنما فعل ذلك محمد يعنى حيث اشترط الاعتياد على السكر من النبيذ للاحتياط فمنع القليل يعنى من المسكر ولم يسقط العدالة إلا إذا اعتاد ولم يكتف بالكثرة اه .

فإن قلت : لم اشترط الإدمان فى الشرب دون غيره مما يوجب الحد . قلت : ذكر البرجندى أن الوقوع فى الشرب أكثر من الوقوع فى غيره ، فلو جعل مجرد الشرب مسقطا للعدالة أدى إلى الحرج اه . قال فى البحر ولشارب الخمر أن يشهد إذا لم يطلع عليه ، لما فى الملتقط : وإذا كان فى الظاهر عدلا وفى السر فاسقا فأراد القاضى أن يقضى بشهادته لايحل له أن يذكر فسقه لأنه هتك الستر وإبطال حق المدعى اه ولا فرق فى السكر المستبطلها بين المسلم والذمى لما قدمناه أنه إذا سكر الذمى لاتقبل شهادته (قوله ومن يلعب بالصبيان) فى الهندية حكى عن أبى الحسن أن شيخا لو صارع الأحداث فى المجامع لم تقبل شهادته اه . قال ط : والمراد الأحداث المشتهون لاالأطفال الصغار لتسليتهم عن البكاء أو لحبهم، ويدل عليه التعليل بعدم المروءة . ويحتمل أن المراد بهم مايعم ماذكر ويحمل على الكثرة وحرره اه .

أقول : قد ثبت عنه صلى الله عليه وسلم ملاعبته للحسن وللأمامة ، ولو كان فيه أدنى مايخل لما فعله ، وبه يتعين أن المراد الأحداث المشتهون تأمل (قوله والطيور) أى من يلعب بها جمع طير وهو جمع طائر . واللعب بالكسر : فعل قصد به مقصد صحيح قاله الراغب قهستانى، وإنما ردت شهادته لأنه يورث غفلة، وهو محمول على ماإذا كان يقف على عورات النساء لصعوده سطحه ليطير طيره اه بحر (قوله للاستئناس) أولحمل الكتب كما فى بلاد مصر والشام أى سابقا وفى بلاد فارس الآن (قوله إلا أن يجر حمام غيره) أى المملوك فتفرخ فى وكرها فيأكل ويبيع بحر وإن لم يصعد السطوح . قال فى الهندية : ولا شهادة من يلعب بالحمام يطيرهن ، فأما إذا كان

فلا لأكله للحرام عينى وعناية (والطنبور) وكل لهو شنيع بين الناس كالطنابير والمزامير وإن لم يكن شنيعا نحو الحداء .

يمسك الحمام يستأنس بها ولا يطيرها عادة فهو عدل مقبول الشهادة كذا فى المبسوط ، وهكذا فى الكافى وفتاوى قاضيخان إلا إذا كانت تجر حمامات أخر مملوكة لغيره فتفرخ فى وكرها فيأكل ويبيع منه اهـ (قوله لأكله للحرام) قال فى الهندية : لاتقبل شهادة آكل الربا المشهور بذلك المقيم عليه كذا فى المبسوط . ولا تقبل شهادة من اشتغل بأكل الحرام جوهرة ط (قوله والطنبور) بالضم . قهستانى ، وفسره فى الهداية بالمغنى (قوله وكل لهو شنيع) من عطف العام على الخاص . قال فى البحر : وأراد المؤلف بالطنبور كل لهو كان شنيعا بين الناس احترازا عما لم يكن شنيعا كضرب القضيب كما ذكره الشرح عن البحر .

قال فى المحيط : الرجل يلعب بشىء من الملاهى وذلك لم يشغله عن الصلاة ولا عما يلزمه من الفرائض ينظر إن كانت مستشنعة بين الناس كالمزامير والطنابير لم تجز شهادته ، وإن لم يكن شنيعا لايمنع قبولها إلا أن يتفاحش بأن يرقصوا به فيدخل فى حد المعاصى والكبائر فتسقط به العدالة اهـ وقد ذكر الشيخ هنا حديثا مرفوعا « ما أنا من دد ولا الددمنى » والدد : اللعب واللهو : أى ما أنا من شىء من اللهو .

وفى الولوالجية إن لعب بالصولجان يريد به الفروسية جازت شهادته لأنه غير محظور بحر ملخصا قال فى الخانية وإن لعب بشىء من الملاهى ولم يشغله ذلك عن الفرائض لاتبطل عدالته ، وملاعبته الأهل والفرس لاتبطل العدالة مالم يشغله عن الفرائض ، فإن لم يشغله لكنه شنيع بين الناس كالمزامير والطنابير فكذلك ، وإن لم يكن شنيعا كالحداء وضرب القضيب فلا إلا إذا فحش بأن يرقصوا عند ذلك اهـ (قوله نحو الحداء) أى للإبل قال الشاعر الماهر :

أو ما ترى الإبل التى ... هى ويلك أغلظ منك طبعا
تصغى إلى صوت الحدا ... ة وتقطع البيداء قطعا

ولم يذكر الشعر .

وفى الهندية : الشاعر إذا كان يهجو لاتقبل شهادته ، وإن كان يمدح وكان أغلب مدحه الصدق قبلت . والذى يعلم شعر العرب ، إن كان تعلم لأجل العربية لاتبطل عدالته وإن كان فيه فحش اهـ .

قال سيدى الوالد بعد كلام : إن المكروه منه ماداوم عليه وجعله صناعة له حتى غلب عليه وأشغله عن ذكر الله تعالى وعن العلوم الشرعية ، وبه فسر الحديث المتفق عليه ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم « لأن يمتلئ جوف أحدكم قيحا خير من أن يمتلئ شعرا » فاليسير من ذلك لابأس به إذا قصد به إظهار النكات واللطافات والتشابيه اللطيفة والمعانى الرائقة وإن كان فى وصف الخدود والقدود ؛ فإن علماء البديع قد استشهدوا من ذلك بأشعار المولدين وغيرهم لهذا القصد .

وقد ذكر المحقق ابن الهمام فى فتح القدير : ومن المباح أن يكون فيه صفة امرأة مرسلة ، بخلاف ما إذا كانت بعينها حية . وعمم بعضهم المنع إلا أنا عرفنا من هذا أن التغنى المحرم هو ما كان فى اللفظ بما لايحل كصفة الذكور والمرأة المعينة الحية ووصف الخمر المهيج إليها والحانات والهجاء لمسلم أو ذمى إذا أراد المتكلم هجاءه لا إذا أراد إنشاء الشعر للاستشهاد به أو لتعلم فصاحته وبلاغته ، ويدل على أن وصف المرأة كذلك غير مانع ماسلف فى كتاب الحج من إنشاد أبى هريرة رضى الله تعالى عنه وهو محرم :

. . . .

قامت تريك رهبة أن تهضما ساقا بخنداة(١) وكعبا أدرما

وإنشاد ابن عباس شعرا « إن تصدق الطير ننك ليسا » لأن المرأة فيهما ليست معينة . فلولا أن إنشاد مافيه وصف امرأة كذلك جائز لم تقله الصحابة رضي الله عنهم .

ومما يقطع به في هذا قول كعب بن زهير بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم :

وما سعاد غداة البين إذ رحلوا إلا أغن غضيض الطرف مكحول

تجلو عوارض ذي ظلم إذا ابتسمت كأنه منهل بالراح معلول

وكثير في شعر حسان من هذا كقوله وقد سمعه النبي صلى الله عليه وسلم ولم ينكره في قصيدته التي أولها :

تبلت فؤادك في المنام خريدة تسقي الضجيع ببارد بسام

فأما الزهريات المجردة عن غير ذلك المتضمنة وصف الرياحين والأزهار والمياه المطردة كقول ابن المعتز :

سقاها بغابات خليج كأنه إذا صافحته راحة الريح مبرد

يعني سقى تلك الرياض ، وقوله :

وترى الرياح إذا سبحن غديره صقيلة تنفين كل قذاة

ماإن يزال عليه ظبي كارعا كتطلع الحسناء في المرآة

فلا وجه لمنعه على هذا نعم إذا قيل ذلك على الملاهي امتنع وإن كان مواعظ وحكما للآلات نفسها لا لذلك التغني ، والله أعلم .

وفي الذخيرة عن النوازل : قراءة شعر الأدب إذا كان فيه ذكر الفسق والخمر والغلام يكره . والاعتماد في الغلام على ماذكرنا في المرأة : أي من أنها إن كانت معينة حية يكره ، وإن كانت ميتة فلا اهـ وتقدم الكلام على ذلك في صدر الكتاب قبل رسم المفتي ، وكذا يأتي في الحظر والإباحة .

ونقل قبيل الوتر والنوافل عن الضياء المعنوي : العشرون من آفات اللسان الشعر . سئل عنه صلى الله عليه وسلم ؟ فقال « كلام حسنه حسن وقبيحه قبيح » ومعناه أن الشعر كالنثر يحمد حين يحمد ويذم حين يذم ولا بأس باستماع نشيد الأعراب وهو إنشاد الشعر من غير لحن ويحرم هجو مسلم ولو بما فيه فما كان منه في الوعظ والحكم وذكر نعم الله تعالى وصفة المتقين فهو حسن ، وما كان من ذكر الأطلال والأزمان والأمم فمباح . وما كان من هجو وسخف فحرام ، وما كان من وصف الخدود والقدود والشعور فمكروه كذا فصله أبو الليث السمرقندي . ومن كثر إنشاده وإنشاؤه حين تنزل به مهماته ويجعله مكسبة له تنقص مروءته وترد شهادته اهـ .

قال سيدي الوالد رحمه الله تعالى في الحظر والإباحة : وأما وصف الخدود والأصداغ وحسن القد والقامة وسائر أوصاف النساء والمرد . قال بعضهم : فيه نظر . وقال في المعارف : لايليق بأهل الديانات ، وينبغي أن لايجوز إنشاده عند من غلب عليه الهوى والشهوة لأنه يهيجه على إجالة فكره فيمن لايحل ، وما كان سببا لمحظور فهو محظور اهـ لكن قدمنا أن إنشاده للاستشهاد لايضر ، ومثله فمايظهر إنشاده أو عمله لتشبيهات بليغة واستعارات

---

(١) (قوله خنداة) الخنداة كملنداة المرأة التامة القصب كالخندى وقوله أدرى ما درم الساق كفرح إستوى ، والكعب أو العظم واراه اللحم حتى لم يبن له حجم اهـ قاموس اهـ مصححه.

وضرب القصب فلا إلا إذا فحش بأن يرقصوا به خانية لدخوله فى حد الكبائر بحر (ومن يغنى للناس) لأنه يجمعهم على كبيرة هداية وغيرها .

بديعة (قوله وضرب القصب) الذى فى البحر وغيره القضيب ، والظاهر أن المراد بهما واحد وهو الزمر فى الغالب لأنه هو الذى يرقصون حوله ، ويدل له ما فى البحر عن المعراج حيث قال : الملاهى نوعان : محرم وهو الآلات المطربة من غير غناء كالمزمار سواء كان من عود أو قصب كالشبابة أو غيره كالعود والطنبور ، لما روى أبو أمامة أنه عليه الصلاة والسلام قال « إن الله تعالى بعثنى رحمة للعالمين ، وأمرنى بمحق المعازف والمزامير » ولأنه مطرب مصد عن ذكر الله . والنوع الثانى مباح ، وهو الدف فى النكاح ، وفى معناه ما كان من حادث سرور ، ويكره فى غيره لما روى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه لما سمع صوت الدف(١) بعث فنظر فإن كان فى وليمة سكت وإن كان فى غيره عمده بالدرة وهو مكروه للرجال على كل حال للتشبه بالنساء اهـ ونقله فى فتح القدير ولم يتعقبه قال فى السراجية : هذا إذا لم يكن للدف جلاجل ولم يضرب على هيئة التطرب اهـ . قال سيدى الوالد رحمه تعالى وينبغى أن يكون طبل المسحر فى رمضان لإيقاظ النائمين للسحور كبوق الحمام يجوز تأمل . والشبابة ، سميت به لما فيها من الشباب بالكسر : وهو النشاط ورفع اليدين (قوله إلا إذا فحش بأن يرقصوا به خانية) وعبارتها وإن لعب بشىء من الملاهى ولم يشغله عن الفرائض لا تبطل عدالته ، وملاعبته الأهل والفرس لا تبطل العدالة ما لم يشغله ذلك عن الفرائض . فإن لم يشغله لكنه شنيع بين الناس كالمزامير والطنابير فكذلك ، وإن لم يكن شنيعا كالحداء وضرب القضيب فلا إلا إذا فحش ، بأن يرقصوا عند ذلك مقدسى (قوله ومن يغنى للناس) رد الشهادة لإعلان الفسق لا للفسق قهستانى . وفى ضياء الحلوم : الغناء على وزن فعال صوت المغنى . والغنى : كثرة المال ، فالأول ممدود والثانى مقصور اهـ ط (قوله لأنه يجمعهم على كبيرة) قال فى البحر : وظاهره أن الغناء كبيرة وإن لم يكن للناس بل لإسماع نفسه دفعا للوحشة وهو قول شيخ الإسلام خواهر زاده ، فإنه قال بعموم المنع ، والإمام السرخسى إنما منع ما كان على سبيل اللهو . ومنهم من جوّزه للناس فى عرس أو وليمة . ومنهم من جوّزه لإسماع نفسه دفعا للوحشة . ومنهم من جوزه ليستفيد به نظم القوافى وفصاحة اللسان اهـ وتمامه فيه وقدمنا بعضه .

أقول : ويمكن حمل كونه كبيرة على ما قاله السرخسى ، بأن يكون كبيرة بسبب الاجتماع عليه ، ويؤيده كلام النسفى فى الكافى ، وهو المتبادر من لفظ يغنى للناس وعلى ذلك حمله فى العناية ، ويؤيده ما يأتى عن ابن الكمال والعينى ، من أنه لو كان لنفسه ليزيل الوحشة عنها لا تسقط عدالته فى الصحيح ، فهذا التصحيح موافق لهذا المتن كغيره من المتون فكان عليه المعوّل فلا تغفل .

قال العينى فى شرحه على البخارى : أما الغناء فلا خلاف فى تحريمه لأنه من اللهو واللعب المذموم بالاتفاق أما ما يسلم من المحرمات فيجوز القليل منه فى الأعراس والأعياد وشبههما .

وسئل أبو يوسف عن الدف أتكرهه فى غير العرس لمثل المرأة فى منزلها والصبى ؟ قال : لا أكرهه . وأما الذى يجىء منه اللعب الفاحش والغناء فإنى أكرهه ، إلى أن قال : أى العينى وقال المهلب : الذى أنكره أبو بكر رضى الله عنه كثرة التنغيم وإخراج الإنشاد عن وجهه إلى معنى التطريب بالألحان ، ألا ترى أنه لم ينكر الإنشاد وإنما أنكر مشابهته الزمر بما كان فى الغناء الذى فيه اختلاف النغمات وطلب الإطراب فهو الذى يخشى

---

(١) (قوله لما سمع صوت الدف الخ) لعل الظاهر كان إذا سمع .

وكلام سعدى أفندى يفيد تقييده بالأجرة فتأمل .

وأما المغنى لنفسه لدفع وحشته فلا بأس به عند العامة عناية وصححه العينى وغيره .

قال : ولو فيه وعظ وحكمة فجائز اتفاقا . ومنهم من أجازه فى العرس كما جاز ضرب الدف فيه . ومنهم من أباحه مطلقا . ومنهم من كرهه مطلقا اه . وفى البحر : والمذهب حرمته مطلقا .. فانقطع الاختلاف . بل ظاهر الهداية أنه كبيرة ولو لنفسه وأقره المصنف .

منه ، وقطع الذريعة فيه أحسن وما كان دون ذلك من الإنشاد ورفع الصوت حتى لا يخفى معنى البيت وما أراده الشاعر بشعره فغير منهى عنه . وقد روى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه رخص فى غناء الأعراب وهو صوت كالحداء يسمى النصب إلا أنه رقيق اه ملخصا (قوله وكلام سعدى أفندى يفيد تقييده بالأجرة) وقيده القهستانى بأن يكون من الشعر مع التصفيق بالكف كما قيده فى البناية باللهو وعبارة الزيادات تفيد التقييد بالشهرة بأن يكون للناس فافهم وتأمل (قوله فتأمل) والوجه أن اسم مغنية ومغن إنما هو فى العرف لمن كان الغناء حرفته التى يكتسب بها المال وهو حرام ، ونصوا على أن المغنى للهو أو لجمع المال حرام بلا خلاف ، وحينئذ فكأنه قال : لا تقبل شهادة من اتخذ التغنى صناعة يأكل بها ، وتمامه فى الفتح وسيأتى قريبا (قوله وأما المغنى لنفسه لدفع وحشته) من غير أن يسمع غيره فلا بأس به ولا تسقط عدالته فى الصحيح كذا فى التبيين . وهو خلاف قول شيخ الإسلام كما علمت مما تقدم . وسئل ابن شجاع عن الذى يترنم فى نفسه قال : لا يقدح فى عدالته . وفى البحر عن الفتح : التغنى المحرم هو ما كان فى اللفظ ما لا يحل كصفة الذكر والمرأة المعينة الحية ووصف الخمر المهيج إليها ، إلى أن قال : وأما القراءة بالألحان فأباحها قوم وحظرها قوم . والمختار إن كانت الألحان لا تخرج الحروف عن نظمها وقدوراتها فمباح وإلا فغير مباح كذا ذكر . وقدمنا فى باب الأذان ما يفيد أن التلحين لا يكون إلا مع تغيير مقتضيات الحروف فلا معنى لهذا التفصيل اه (قوله فى العرس) والوليمة والأعياد . ومنهم من جوزه ليستفيد نظم القوافى إلى آخر ما قدمنا قريبا (قوله والمذهب حرمته مطلقا) هكذا حرر صاحب البحر مستدلا لما فى الزيادات : إذا أوصى بما هو معصية عندنا وعند أهل الكتاب وذكر منها الوصية للمغنين والمغنيات .

أقول ، هذا على إطلاقه لأن كلا منا فى أنه متى يكون معصية على أن من أباحه مطلقا عمدة فى المذهب وله دارية فى كلام الزيادات ، على أن تصحيح العينى وإطباق المتون هو المذهب كما لا يخفى .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : إن أراد أنه حرام مطلقا فهو مخالف لما حمله عليه فى البناية والعناية ، فإنهما استدلا بعبارة الزيادات على أنه معصية لقصد اللهو فلم يجرياه على عمومه ، فهو موافق لما قاله الإمام السرخسى : فكان محتملا لكل من القولين نعم ظاهره الإطلاق . وقد يقال لفظة المغنين ظاهرة فى أن المراد من اتخذه حرفة وعادة . ثم رأيت فى الفتح قال : إن اسم مغنية ومغن إنما هو فى العرف لمن كان الغناء حرفته التى يكتسب بها المال ، ألا ترى أنه إذا قيل ما حرفة فلان أو ما صناعته ، يقال مغن كما يقال خياط وحداد إلى آخر كلامه .

وفى إيضاح الإصلاح : إنما قال يغنى للناس : اى يسمعهم ، لأنه لو كان لإسماع نفسه حتى يزيل الوحشة عن نفسه من غير أن يسمع غيره لا بأس به ، ولا يسقط عدالته فى الصحيح اه وهكذ قال فى شرح العينى ، وإن أنشد شعرا فيه وعظ وحكمة فهو جائز بالاتفاق الخ ، ونحوه ما مر عن الفتح من قوله المحرم هو ما كان الخ فتدبر اه .

قال : ولا تقبل شهادة من يسمع الغناء لأنه جعل الغناء الذى جمع الناس عليه كبيرة اهـ. أو يجلس مجلس الغناء

أقول : وأنت خبير بأن ما ذكره من النصوص لا يؤيد الإطلاق. وعبارة الزيادات تفيد التقييد بالشهرة ، وإنما يكون بها إذا كان للناس . وقد تبع الشارح المصنف فى ذكر الإطلاق فى منحه ، والصحيح التفصيل كما علمت عن الهندية .

[تتمة] قال القتال فى حاشيته : أقول : إنما سمى الغناء غناء لأن النفس تستغنى به عن غيره من الملاذ البدنية فى حال سماعه .

وقال بعض الحكماء : فضل الغناء كفضل النطق على الخرس ، والدينار المنقوش على القطعة من الذهب . وفى كلام بعضهم : الغناء يحرك الهوى الساكن ويسكن ألم الهوى المتحرك. وفى كلام بعضهم : الصوت الشجى يوصل إلى نعيم الدنيا والآخرة لأنه يؤنس الوحيد ، ويريح التعبان ، ويسلى الكئيب ، ويحض على الشجاعة واصطناع المعروف . وقال أفلاطون : هذا العلم : أى علم الغناء لم يضعه الحكماء للهو واللعب ، ولكن للمنافع الذاتية ولذة الروح الروحانية وبسط النفس وترطيب اليبوسات وتعديل السوداء وترويق الدم اهـ .

وأقول : فعلى هذا ينبغى جوازه لأجل التداوى به إذا لم يوجد شىء يقوم مقامه ، كما قالوا فى التداوى بالمحرم فتأمل اهـ .

قال فى الخيرية : فى جواب سؤال بعد كلام فى سماع السادة الصوفية نفعنا الله تعالى بهم : ولو قيل هل يجوز السماع لهم فيقال : إن كان السماع سماع قرآن وموعظة فيجوز ويستحب إن لم تخرج الحروف عن نظمها وقدرها ، وإن كان سماع غناء فهو حرام .

ومن أباحه من المشايخ الصوفية فبشروط ، أن يخلو عن اللهو ، ويتحلى بالتقوى ، ويحتاج إليه احتياج المريض إلى الدواء . وله شرائط .

أحدها أن لا يكون فيهم أمرد . والثانى أن لا يكون جميعهم إلا من جنسهم ، ليس فيهم فاسق ولا أهل الدنيا ولا امرأة . والثالث أن تكون نية القوال الإخلاص لا أخذ الأجر والطعام . والرابع أن لا يجتمعوا لأجل طعام أو فتوح . والخامس أن لا يقوموا إلا مغلوبين . والسادس لا يظهرون وجدا إلا صادقين .

وفى التاترخانية عن الذخيرة : ومنهم من قال لا بأس به فى الأعياد . روى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان جالسا فى بيته يوم العيد وفى الدهليز جاريتان يتغنيان بالدف فجاء أبو بكر رضى الله عنه وقال لهما أتغنيان فى بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : دعهما فإن هذا اليوم يوم عيد » .

ثم ذكر عن المحيط تفصيلا آخر فى التغنى حاصله أنه يفترق الحكم بين التغنى لإزالة الوحشة فيحل أو للهو المجرد فلا . ومنهم من فصل بمشاهدة التسبيح فى الآلة عيانا فيحل وإلا يحرم ، وشبهوه بسوق الدابة إن احتيج إليه حل وإلا حرم .

وقد صنف الفقهاء فى ذلك مصنفات كثيرة وكذلك أهل التصوف. وأجمع عبارة فيه ما قاله الشيخ عبدالرحمن أفندى العمادى وقد سئل عن السماع بالبراع وغيره من الآلات المطربة هل ذلك حلال أم حرام ؟ فأجاب : قد حرمه من لا يعترض عليه لصدق مقاله ، وأباحه من لم ينكر عليه لقوة حاله ، فمن وجد فى قلبه شيئا من نور المعرفة فليتقدم وإلا فرجوعه إلى ما نهاه عنه الشرع أسلم وأحكم ، والله أعلم ، وتمام الكلام على السماع وعلى جواز ضرب النوبة للتنبيه لتذكر النفختين يأتى فى الحظر والإباحة فى كلام الشارح وسيدى الوالد رحمه الله تعالى فراجعهما (قوله أو يجلس مجلس الغناء) أى وإن اشتغل عنه بذكر ونحوه أو يتبع صوت المغنية ولأن

زاد العيني : أو مجلس الفجور والشرب وإن لم يسكر ، لأن اختلاطه بهم وتركه الأمر بالمعروف يسقط عدالته (أو يرتكب ما يحد به) للفسق ومراده من يرتكب كبيرة قاله المصنف وغيره (أو يدخل الحمام بغير إزار) لأنه حرام (أو يلعب بنرد) أو طاب مطلقا قامر أولا ، أما الشطرنج

يسمع الغناء بحر عن الملتقط ، وقوله ولا من يسمع الغناء: أى وإن لم يجلس مجلسه ليغاير ماقبله ، وينبغى أن يقيد بالشهرة كما سبق فى نظائره ط (قوله أو مجلس الفجور) كمجالس المجالة والأنكات فإنها محرمة ، بل تؤدى إلى الكفر كما قد شوهد مرارا وليس عند قائلها شيء من الدين كما يفيده بعض الآثار (قوله لأن اختلاطه الخ) لأن حضور مجلس الفسق فسق كما فى البدائع (قوله وتركه الأمر بالمعروف) أى عند توفر شروطه من نحو أمنه على نفسه من ضرر ورجاء قبوله ونحو ذلك كما بين فى تبيين المحارم فراجعه (قوله ومراده من يرتكب كبيرة) بشرط إعلانها قهستانى عن النظم ، وكذا نقله فى الشرنبلالية عن الفتح ، فيحمل قولهم من يأتى بابا من الكبائر على الإتيان به شهرة ، ولذا قال بعضهم أو يرتكب ما يحدّ به ما شأنه أن يحدّ به ، ولا يكون ذلك إلا بإشهار واطلاع الشهود عليه ، وليس المراد ارتكاب ما يحد به بالفعل اهـ من شرح الملتقى . وبه علم أن قيد الشهرة يأتى فى كل ما ذكر .

قال الزيلعى : الأوجه فى تعريف الكبيرة والصغيرة ما ذكره المتكلمون أن الكبيرة والصغيرة اسمان إضافيان لا يعرفان بذاتهما بل بالإضافة ، فكل ذنب إذا نسبه إلى ما دونه فهو كبيرة ، وإذا نسبه إلى ما فوقه فهو صغيرة اهـ . وقيل أصح ما نقل فيه عن الحلوانى : ماكان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله تعالى والدين فهو كبيرة اهـ ط ، وقد تقدم أيضا فى أوائل الباب فراجعه (قوله أو يدخل الحمام بغير إزار) لأن إبداء العورة فسق وقيده فى الذخيرة بما إذا لم يعلم رجوعه عنه اهـ در منتقى (قوله أو يلعب بنرد) هو الطاولة أى إذا علم منه ذلك فتح ، وخصه بالذكر لأن اللعب فيه فسق بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام « ملعون من يلعب بالنرد » ومثله غيره من الملاهى . والنرد وضعه أزدشير بن بابك ولهذا يقال النردشير ، وهو أوّل ملوك الفرس الأخيرة . وضع النرد وضربها مثلا للقضاء والقدر ، وأن الإنسان ليس له تصرف فى نفسه ، لا يملك لها نفعا ولا يدفع عنها ضررا ولا يقدر أن يجلب لها موتا ولا حياة ولا سعدا ولا شقاء ، بل هو مصرّف على حكم القضاء والقدر معرّض طورا للنفع وطورا للضرر ، وجعلها أيضا تمثيلا للحظ الذى يناله العاجز بما يجرى لديه من الملك والحرمان الذى يبتلى به الحازم بما دار به عليه الفلك . وضعها على مثال الدنيا وأهلها ، فرتب الرقعة اثنى عشر بيتا بعدد شهور السنة والبروج ، وجعل القطع ثلاثين قطعة بعد أيام كل شهر والدرج التى هى لكل برج ثلاثين درجة إلى آخر ما ذكر الشيخ إبراهيم الكتبى فى كتابه [غرر الخصائص الواضحة] قال فى الفتح بعد كلام . ولذا نقول إذا علم القاضى أن الشاهد يلعب بالنرد ردت شهادته سواء قامر به أو لم يقامر لما فى حديث أبى داود: « من لعب بالنردشـير فقد عصى الله ورسوله » اهـ (قوله أو طاب) أى طاب دك : هو نوع من اللعب يرمى بأربع قصب . قال فى الفتح : ولعب الطاب فى بلادنا مثله لأنه يطرح ويرمى بلا حساب وإعمال فكر ، وكل ما كان كذلك مما أحدثه الشيطان وعمله أهل الغفلة فهو حرام سواء قومر به أو لا اهـ .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : ومثله اللعب بالصينية والخاتم فى بلادنا وإن تورع ولم يلعب ولكن حضر فى مجلس اللعب بدليل : من جلس مجلس الغناء ، وبه يظهر جهل بعض أهل الورع البارد (قوله أما الشطرنج) بكسر أوّله ولا يفتح والسين فيه لغة قاموس ، وجعل الحموى الكسر فيه مختارا .

فلشبهة الاختلاف

والحاصل أن فيه أربع لغات كسر الشين وفتحها مع الإعجام والإهمال وكذا حكاها ابن مالك، لكن الإعجام هو الأشهر كما فى شجرة وسجرة بالسين المهملة والشين المعجمة. ويجمع على شطارج وأصله بالعجمة شش رنك. ومعناه ستة ألوان. لأن شش ستة ورنك ألوان، وهى: أعنى الستة: الشاه والفرزان والفيل والفرس والرخ والبيدق.

وإذا علم هذا فأول من وضعه فيما ذكره ابن خلكان وصاحب الغرر صصه بمهملة مكسورة ثم مشددة ابن داهر الهندى. وضعه لبلهيت. ويقال له شهرام بكسر الشين المعجمة مضاهات لأزدشير أول ملوك الفرس الأخيرة حيث وضع النرد مضاهات للدنيا وأهلها. وافتخرت الفرس به، فقضت حكماء ذلك العصر بترجيحه على النرد. بكونه ضربها مثلا على أن لا قادر. وأن الإنسان قادر بسعيه واجتهاده يبلغ المراتب العلية والخطط السنية. وإن هو أهملها صارت به من الخمول إلى الحضيض. وأخرجته من روض العيش الأريض. ومما جعله دليلا على ذلك أن البيدق ينال بحركته وسعيه منزلة الفرزان فى الرياسة. وجعلها مصوّرة تماثيل على صورة الناطق والصامت. وجعلها درجات ومراتب. وجعل الشاه المدبر الرئيس والفرس والفيل مركوبين له والفرزان وزيره والبيادق رعاياه. فكما أن الواحد من الرعية إذا أعطى الاجتهاد حقه فى تهذيب نفسه(١) وتهذيبها كان ذلك عونا على أن ينال رتبة الفرزان. فكذلك الفرزان إذا علت همته وتمكنت قدرته طمحت نفسه إلى نيل رتبة الشاه وقتاله. وكذلك ما يأبها من التقطع. وقيل وضعها بعض الحكماء ليبين لهم فيها ما خفى عنهم من مكايد الحروب. وكيفية ظفر الغالب وخذلان المغلوب. وبين فيها التدبير والحزم والاحتياط والمكيدة والاحتراس والتعبية والنجدة والقوة والجلد والشجاعة والبأس. فمن عدم شيئا من ذلك علم موضع تقصيره ومن أين أتى بسوء تدبيره. لأن خطأها لا يستقال. والعجز فيها متلف المهج والأموال.

واعلم أن ترك الحزم ذهاب الملك. وضعف الرأى جالب للعطب والهلك. والتقصير سبب الهزيمة والتلاف وعدم المعرفة بالتعبية داع إلى الانكشاف وتمامه ثمة (قوله فلشبهة الاختلاف) علة مقدمة على معلولها: أى اختلاف مالك والشافعى فى قولهما بإباحته. وهو رواية عن أبى يوسف. واختاره ابن الشحنة إذا كان لإحضار الذهن. واختار أبوزيد الحكيم حله كما فى البحر معزيا للمحيط البرهانى عن شمس الأئمة السرخسى. وأقره ط وغيره. فكان مقدما على رد السائحانى له بقوله هذه الرواية ذكرها فى المجتبى ولم تشتهر فى الكتب المشهورة، بل المشهور الرد على الإباحة. وابن الشحنة لم يكن من أهل الاختيار اه.

أقول: يكفينا نقل صاحب البحر لها وإقراره لها وكذلك غيره كما علمت وكفى بهم قدوة، فإن ابن الشحنة أدرى وأعلم من السائحانى رحمهم الله تعالى. لا سيما وقد صححها أيضا المصنف فى شرحه على الجامع الصغير، ونقل اختيار ابن الشحنة فى منحه وأقره. قال فى شرح الكنز: يجوز اللعب به لإحضار الذهن إذا لم يخل بالواجب.

قال ابن الشحنة: قلت ولا يخفى أن ما ذكر من المعانى أولا من الإخلال بالواجب ثانيا يخل بكل ما اقترن به لأنها أمور منهية. فتنبه لذلك وقال بعد نقله الرواية عن وسيط المحيط: وهذا مما ابتلى به جمع من الحنفية. فنى هذا الفرع رخصة عظيمة لهم. فألحقته بقولى ولا بأس بالشطرنج. وهو رواية عن الحبر

(١) (قوله فى تهذيب نفسه الخ) هكذا بأصله، ولعل أحدهما تأديب فليحرر اه مصححه

شرط واحد من ست فلذا قال (أو يقامر بشطرنج أو يترك به الصلاة) حتى يفوت وقتها (أو يحلف عليه) كثيرا (أو يلعب به على الطريق، أو يذكر عليه فسقا) أشباه أو يداوم عليه ذكره سعدى أفندى معزيا للكافى والمعراج (أو يأكل الربا) قيدوه بالشهرة،

قاضى الشرق والغرب تؤثر، وهو الإمام أبو يوسف لأن ولايته شملت المشارق والمغارب لأنه كان قاضى الخليفة الرشيد اه.

قال القهستانى معزيا للجواهر: إن مجرد اللعب بالشطرنج قادح، وقيل هذا إذا اتخذه صنعة فقد ورد «روّحوا القلوب ساعة فساعة» اه. وللعلامة السخاوى تلميذ العلامة ابن حجر كتاب ألفه فى الشطرنج وسماه [عمدة المحتج فى حكم الشطرنج] وذكر فيه الأحاديث فى المنع عنه وطعن فيها، ثم ذكر قسمين: قسما فيمن كرهه وذمه من الصحابة والأئمة، وسرد رواياتهم فى ذلك وضعف بعضها. وقسما فى الصحابة المنسوب إليهم أنهم لعبوه أو أقروا عليه، وأورد ما قيل فى ذلك وطعن فيه ثم عقد بابا ذكر فيه ما جاء عن المجتهدين وعن التابعين وتابعى التابعين فى ذلك من التحريم والإباحة واللعب به والنهى عنه. ثم جعل خاتمة ذكر فيها اختلاف العلماء فيه على مذاهب إلى آخر ما قال فيه فراجعه.

قال بعض المحققين: إنما حرم النرد ولم يحرم الشطرنج لأن المخطئ فى الشطرنج إنما يجعل خطأه على فكره والمخطئ فى النرد يحيله على القدر وهذا كفر، وما يفضى إلى الكفر حرام كما فى ينابيع المصابيح فى باب التصوير (قوله شرط) أى لسقوط العدالة به (قوله أو يقامر) القمار الميسر. وفى القاموس: قامره مقامرة وقمارا فقمره كنصره راهنه فغلبه وهو التقامر اه. وذكر النووى أنه مأخوذ من القمر، لأن ماله تارة يزداد إذا غلب وينتقص إذا غلب كالقمر يزيد وينقص اه (قوله حتى يفوت وقتها) أى فليس المراد بالترك عدم الفعل أصلا (قوله أو يحلف عليه كثيرا) قيده الزيلعى كالإتقانى بالكذب، وهو يفيد أن كثرة الحلف بدون الكذب أو الكذب فيه بدون كثرة لا تردّ به شهادته لأنه إنما يشتهر به إذا كثر منه أبو السعود بتصرف ط (قوله أو يلعب به على الطريق) المراد به أن يكون بمرأى من الناس إذ هو لازمه. قال فى الفتح: وأما ما ذكر من أن من يلعبه على الطريق ترد شهادته فلإتيانه الأمور المحترة (قوله أو يذكر عليه فسقا) أى ما يكون به فاسقا كالشتم والقذف والغناء ط (قوله أو يداوم عليه) لأن المداومة عليه دليل التلهى به، ويلزمه غالبا الإخلال ببعض المطلوب، وهذا هو سادس الشروط الستة الذى شرط وجود واحد منها لحرمته ولسقوط العدالة.

قال فى البحر: والحاصل أن العدالة إنما تسقط بالشطرنج إذا وجد واحد من خمس القمار وفوّت الصلاة بسببه وإكثار الحلف عليه واللعب به على الطريق كما فى فتح القدير، أو يذكر عليه فسقا كما فى السراج اه أو يداوم عليه كما ذكره الشارح (قوله أو يأكل الربا) أى يأخذ القدر الزائد على ما يستحق لأنه من الكبائر فالمراد بالأكل الأخذ وإنما ذكره تبعا للآية الكريمة — الذين يأكلون الربا — وإنما ذكر فى الآية لأنه أعظم منافع المال ولأن الربا شائع فى المطعومات، والمراد بالربا القدر الزائد لا الزيادة وهى المرادة فى قوله تعالى — وحرم الربا — كما بيناه فى بابه بحر (قوله قيدوه بالشهرة) لأن الإنسان قلما ينجو من العقود الفاسدة وكل ذلك كالربا، فلو أطلق عدم القبول عن قيد الشهرة للزم الحرج. قال فى البحر: وهو أولى مما قيل لأن الربا ليس بحرام محض لأنه يفيد الملك بالقبض كسائر البياعات الفاسدة وإن كان غاصبا مع ذلك فكان ناقصا فى كونه كبيرة، بخلاف أكل مال اليتيم ترد شهادته بمرة.

ولا يخفى أن الفسق يمنعها شرعا إلا أن القاضي لا يثبت ذلك إلا بعد ظهوره له فالكل سواء بحر فليحفظ (أو يبول أو يأكل على الطريق) وكذا كل ما يخل بالمروءة ،

والأوجه ما قيل لأنه إن لم يشتهر به كان الواقع ليس إلا تهمة أكل الربا ولا تسقط العدالة به ؛ ولا يصح قوله إنه ليس بحرام محض بعد الاتفاق على أنه كبيرة والملك بالقبض شيء آخر وهذا أقرب ؛ ومرجعه إلى ما ذكر في وجه تقييد شرب الخمر بالإدمان. وأما أكل مال اليتيم فلم يقيده أحد وأنت تعلم أنه لابد من الظهور للقاضي فلا فرق بين الربا ومال اليتيم .

والحاصل أن الفسق في نفس الأمر مانع شرعا ، غير أن القاضي لا يرتب ذلك إلا بعد ظهوره له فالكل سواء في ذلك . وأما أكل مال اليتيم فلم يقيده أحد ، ونصوا أنه بمرة . وأنت تعلم أنه لابد من الظهور للقاضي لأن الكلام فيما يرد به القاضي الشهادة فكان بمرة يظهر لأنه يحاسب فيعلم أنه انتقص من المال فتح مع زيادة (قوله ولا يخفى أن الفسق) أي واو بأكل مال اليتيم (قوله يمنعها) أي الشهادة (قوله لايثبت ذلك) أي الفسق المانع (قوله إلا بعد ظهوره له) انظر هل يكفي في الظهور له إخبار الشاهدين له . والمراد بالشهرة حينئذ أن يشتهر عندهما حاله (قوله فالكل) أي كل المفسقات لا خصوص الربا سائحاني (قوله سواء) خلافا لمن فرق فقال : يأكل مال اليتيم مرة ترد ويشترط الشهرة في الربا وقد علمت ما عليه المعول فلا تغفل (قوله بحر) وأصل العبارة للكمال في الفتح كما قدمناها مع زيادة (قوله فليحفظ) أي هذا التوفيق .

أقول : لكن نظر فيه السائحاني بقوله : والصواب ما قالوه من أن الربا يفيد الملك بالقبض والملك مبيح للأكل فكان ناقصا في كونه كبيرة اهـ . والأولى أن يقولوا فكان ناقصا في إسقاط العدالة وإلا هو كبيرة كما لايخفى كما قدمناه قريبا . وأما أكل مال اليتيم فبمرة تسقط عدالته يعني لعدم الشبهة (قوله أو يبول أو يأكل على الطريق) أي في الطريق على حد - ودخل المدينة على حين غفلة - ولابد أن يكون بمرأى من الناس ، وإنما منعا لدلالتهما على ترك المروءة . وإذا كان الشاهد لايستحي من مثل ذلك لا يمتنع من الكذب فيتهم ، وانظر حكم ما لا يعد أكلا عرفا كتعاطي شرب ومص قصب ونحوه ط .

أقول : الذي يظهر أن هذا مسقط لعدالة أهل الوجاهة من أشراف الناس وعلمائهم ، ويدل عليه ما قاله في الأشباه في وصية الإمام لأبي يوسف رحمه الله تعالى : ولا تشرب من السقاء والسقائين ، ومن جملة ما علله الحموي بسقوط المروءة تأمل (قوله وكذا كل مايخل بالمروءة) عبارة الهداية : ولامن يفعل الأشياء المستحقرة . وفي بعض النسخ المستقبحة . وفي بعضها المستخفة : أي التي يستخف الناس فاعلها . أو الخصلة التي يستخفها الفاعل فيبدو منه ما لايليق . وعلى هذا المعنى قوله تعالى - ولا يستخفنك الذين لايوقنون - ومن يفعل فعلا يعد منه خفة وسوء أدب وقلة مروءة وحياء . لأن من يكون كذلك لايبعد منه أن يشهد بالزور . وفي الحديث عنه عليه الصلاة والسلام « إن مما أدرك الناس من كلام النبوة الأولى إذا لم تستح فافعل ما شئت » كما في الفتح ، ومنه إدمان حلق اللحية سواء كان عادة لأهل بلد الشاهد أم لا كما حرره سيدي الوالد رحمه الله تعالى في تنقيحه. قال في البحر : كل ما يخل بالمروءة يمنع قبولها وإن لم يكن محرما . والمروءة أن لا يأتي الإنسان بما يعتذر منه مما يبخسه عن مرتبته عند أهل الفضل . وقيل السمت الحسن . وحفظ اللسان . وتجنب السخف والمجون ، والارتفاع عن كل خلق دنيء . والسخف : رقة العقل ، من قولهم : ثوب سخيف إذا كان قليل الغزل . وفي الغاية : قال محمد : وعندي المروءة الدين والصلاح اهـ . وقد ذكروا منها المشي بسراويل فقط والبخل ،

ومنه كشف عورته ليستنجى من جانب البركة والناس حضور وقد كثر فى زماننا فتح أو يظهر سب السلف) لظهور فسقه ، بخلاف من يخفيه لأنه فاسق مستور عينى . قال المصنف : وإنما قيدنا بالسلف تبعا لكلامهم ، وإلا فالأولى أن يقال سب المسلم لسقوط العدالة بسب المسلم وإن لم يكن من السلف كما فى السراج والنهاية .

وفيها : الفرق بين السلف والخلف أن السلف الصالح الصدر الأول من التابعين منهم أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه . والخلف بالفتح : من بعدهم فى الخير ، وبالسكون فى الشر مجرد

وقيده مالك بالمفرط لأنه يؤديه إلى منع الحقوق ، ومن يعتاد الصياح فى الأسواق ، ومدّ الرجل عند الناس ، وكشف رأسه فى موضع يعدّ فعله خفة وسوء أدب ، وسرقة لقمة ، والإفراط فى المزح المفضى إلى الاستخفاف وصحبة الأراذل : والاستخفاف بالناس ، وليس الفقهاء قباء ، ولعل هذا الأخير كان من مخلات المروءة فى الزمن السابق : وأما الآن فلا .

ثم اعلم أنهم اشترطوا فى الصغيرة الإدمان وما شرطوه فى فعل ما يخل بالمروءة فيما رأيت ، وينبغى اشتراطه بالأولى ، وإذا فعل ما يخل بها سقطت عدالته وإن لم يكن فاسقا حيث كان مباحا : ففاعل المخلّ بها ليس بفاسق ولا عدل : فالعدل من اجتنب الثلاثة ، والفاسق من فعل كبيرة أو أصر على صغيرة ، ولم أر من نبه عليه بحر . قال فى النهاية : وأما إذا شرب الماء أو أكل الفواكه على الطريق لا يقدح فى عدالته لأن الناس لا تستقبح ذلك منح .

أقول : لكن فى زماننا يعدونه قادحا من البعض كما قدمناه آنفا (قوله ليستنجى من جانب البركة) بخلاف كشفها للبول والغائط إذا لم يجد ما يستتر به فإنه لا يفسق به اه ط عن أبى السعود (قوله أو يظهر سب السلف) السب : هو التكلم فى عرض الإنسان بما يعيبه . قال القهستانى : ونعم ما قيل ، من طعن فى علماء الأمة لا يلومن إلا أمه كما فى الكرمانى ، ولذا قال أبو يوسف لا أقبل شهادة : من يشتم أصحابه عليه الصلاة والسلام . لأنه لو شتم واحدا من الناس لم تقبل شهادته فههنا أولى كما فى المحيط : فعلى هذا لا يبعد أن يكون السلف شاملا للمجتهدين كلهم كما ذكره المصنف وغيره . على أن السلف فى الشرع كل من يقلد مذهبه فى الدين كأبى حنيفة وأصحابه فإنهم سلفنا ، والصحابة والتابعين رضى الله تعالى عنهم فإنهم سلفهم كما فى الكفاية . ولم يوجد أصل ، لما فى المستصفى أنه جمع سالف ، والمشهور أنه فى الأصل مصدر سلف : أى مضى . وسلف الرجل آباؤه والجمع أسلاف (قوله لسقوط العدالة بسب المسلم) فى الحديث « سباب المسلم فسوق ، وقتاله كفر » قال ابن الأثير فى النهاية : السب الشتم ، يقال سب يسبه سبا وسبابا ، قيل هذا محمول على من سبه أو قاتله من غير تأويل ، وقيل إنما قال ذلك على جهة التغليظ لا أنه يخرجه إلى الكفر والفسق .

أقول : هذا خلاف الظاهر اه ط .

قال فى شرح المجمع للعينى : لا تقبل شهادة من يظهر سب السلف بالإجماع لأنه إذا أظهر ذلك فقد أظهر فسقه ، بخلاف من يكتمه لأنه فاسق مستور ومثله فى الجوهرة . وفى شرح الكنز للزيلعى : أو يظهر سب السلف : يعنى الصالحين منهم وهم الصحابة والتابعون ، لأن هذه الأشياء تدل على قصور عقله وقلة مروءته : ومن لم يمتنع عن مثلها لا يمتنع عن الكذب عادة ، بخلاف ما لو كان يخفى السب اه (قوله منهم أبو حنيفة) كذا ذكره الكردرى فى مناقبه ، وتبعه صاحب العناية والحافظ الذهبى والحافظ العسقلانى وغيرهم .

وفى اصطلاح الفقهاء كما قال الشيخ عبدالعال فى فتاويه : السلف الصدر الأول إلى محمد بن الحسن ، والخلف

فيه عن العناية عن أبي يوسف : لا أقبل شهادة من سب الصحابة وأقبلها

من محمد بن الحسن إلى شمس الأئمة الحلوانى ، والمتأخرون منه إلى الإمام حافظ الدين البخارى (قوله عن أبي يوسف) الظاهر أن حكم هذا الفرع متفق عليه ، لما سبق من قبول شهادة أهل الأهواء إلا هوى يكفر به صاحبه لكفره إذا لم يكن فيه شبهة اجتهاد كهوى المجسمة والاتحادية والحلولية ونحوهم من غلاة الروافض ومن ضاهاهم ، فإن أمثالهم لم يحصل منهم بذل وسع فى الاجتهاد . فإن من يقول على هو الإله أو بأن جبريل غلط ونحو ذلك من السخف إنما هو متبع مجرد الهوى ، وهو أسوأ حالا ممن قال — ما نعبدهم إلا ليقربونا إلى الله زلفى — فإنه بلا شبهة كفر ومن أشد الكفر . أما من له شبهة فيما ذهب إليه وإن كان ما ذهب إليه عند التحقيق فى حد ذاته كفرا كمنكر الرؤية وعذاب القبر ونحو ذلك ، فإن فيه إنكار حكم النصوص المشهورة والإجماع ، إلا أن لهم شبهة قياس الغائب على الشاهد ونحو ذلك مما علم فى الكلام ، وكمنكر خلافة الشيخين والساب لهما فإن فيه إنكار حكم الإجماع القطعى إلا أنهم ينكرون حجية الإجماع باتهامهم الصحابة فكان لهم شبهة فى الجملة وإن كانت ظاهرة البطلان بالنظر إلى الدليل ، فبسبب تلك الشبهة التى أدى إليها اجتهادهم لم يحكم بكفرهم مع أن معتقدهم كفر احتياطا ، بخلاف مثل من ذكرنا من الغلاة .

وحاصله أن المحكوم بكفره من أداه هواه وبدعته إلى مخالفة دليل قطعى لا يسوغ فيه تأويل أصلا ، كرد آية قرآنية أو تكذيب نبى ، أو إنكار أحد أركان الإسلام ونحو ذلك ، بخلاف غيرهم كمن اعتقد أن عليا هو الأحق بالخلافة وصاروا يسبون الصحابة ، لأنهم منعوه حقه ونحوهم فلا يحكم بكفرهم احتياطا وإن كان معتقدهم فى نفسه كفرا : أى يكفر به من اعتقده بلا شبهة تأويل ، وإنما نسب لأبى يوسف لأنه مخرجه (قوله من سب الصحابة) لأنه لو سب واحدا من الناس لا تقبل شهادته فهذا أولى قهستانى .

والحاصل أن الحكم بالكفر على ساب الشيخين أو غيرهما من الصحابة مطلقا قول ضعيف لاينبغى الإفتاء به ولا التعويل عليه كما حققه سيدى الوالد رحمه الله تعالى فى كتابه [تنبيه الولاة والحكام] فراجعه.

وقال فيه أيضا : اعلم أن من القواعد القطعية فى العقائد الشرعية أن قتل الأنبياء أو طعنهم فى الأشياء كفر بإجماع العلماء ، فمن قتل نبيا أو قتله نبى فهو أشقى الأشقياء .

وأما قتل العلماء والأولياء وسبهم فليس بكفر إلا إذا كان على وجه الاستحلال أو الاستخفاف ، فقاتل عثمان وعلى رضى الله تعالى عنهما لم يقل بكفره أحد من العلماء إلا الخوارج فى الأول والرافض فى الثانى : وأما قذف عائشة فكفر بالإجماع ، وهكذا إنكار صحبة الصديق لمخالفة نص الكتاب ، بخلاف من أنكر صحبة عمر أو على وإن كانت صحبتهما بطريق التواتر إذ ليس إنكار كل متواتر كفرا ، ألا ترى أن من أنكر جود حاتم بل وجوده أو عدالة أنوشروان وشهوده لايصير كافرا إذ ليس مثل هذا مما علم من الدين بالضرورة.

وأما من سب أحدا من الصحابة فهو فاسق ومبتدع بالإجماع إلا إذا اعتقد أنه مباح أو يترتب عليه ثواب كما عليه بعض الشيعة ، أو اعتقد كفر الصحابة فإنه كافر بالإجماع ، فإذا سب أحدا منهم فينظر ، فإن كان معه قرائن حالية على ما تقدم من الكفريات فكافر وإلا ففاسق ، وإنما يقتل عند علمائنا سياسة لدفع فسادهم وشرهم وهذا فى غير الغلاة من الروافض وإلا فالغلاة منهم كفار قطعا فيجب التفحص ، فحيث ثبت أنه منهم قتل لأنهم زنادقة ملحدون ، وعلى هؤلاء الفرقة الضالة يحمل كلام العلماء الذين أفتوا بكفرهم وسبى ذراريهم ، لأنهم لاينفكون عن اعتقادهم الباطل فى حال إتيانهم بالشهادتين وغيرهما من أحكام الشرع كالصوم والصلاة فهم كفار لا مرتدون ولا أهل كتاب اهـ وإن أردت توضيح المقام فعليك به فإن فيه تمام المرام . وقد ذكر

ممن تبرأ منهم لأنه يعتقد دينا وإن كان على باطل فلم يظهر فسقه بخلاف الساب .
(شهدا أن أباهما أوصى إليه ، فإن ادعاه صحت) شهادتهما استحسانا كشهادة دائنى الميت ومديونيه والموصى لهما ووصيه لثالث على الإيصاء (وإن أنكر لا) لأن القاضى لا يملك إجبار أحد على قبول الوصية

سيدى الوالد رحمه الله تعالى أيضا نبذة من ذلك فى باب المرتد فراجعها والسلام (قوله ممن تبرأ منهم) كالخوارج فإنهم من أهل الأهواء غير المكفرة (قوله لأنه يعتقد دينا) قال فى المنح : وفرقوا بأن إظهاره سفه لا يأتى به إلا الأسقاط المستخفة وشهادة السخيف لا تقبل ، ولا كذلك المتبرئ لأنه يعتقد دينا وإن كان على باطل فلم يظهر فسقه (قوله شهد أن أباهما) مثل الابنين كل من لا تقبل شهادته للموكل . وأما حكم الأجنبيين إذا شهدا بذلك بعد الدعوى فإنها تقبل قياسا واستحسانا . والقياس فيما ذكره أن لا تقبل للتهمة ولكونها شهادة للشاهد لعود المنفعة إليه (قوله أوصى إليه) هذا إضمار قبل الذكر والأولى إظهاره بأن يقول أوصى إلى زيد والمراد هنا جعله وصيا ، يقال أوصى إليه : إذا جعله وصيا أوصى له بكذا : أى جعله موصى له (قوله فإن ادعاه) أى الإيصاء المفهوم من أوصى ، والمراد من قوله ادعاه : أى رضى به .

قال فى الحواشى السعدية : أى والوصى يرضى هكذا سنح للبال. ثم رأيت فى شرح الجامع الصغير لمولانا علاء الدين الأسود ما نصه : والمراد من الدعوى فى قوله والوصى يدعى هو الرضا ، إذ الجواز لا يتوقف على الدعوى بل للقاضى أن يغصب وصيا إذا رضى هو به اه .

أقول : لكن الدعوى تستلزم الرضا بطريق ذكر الملزوم وإرادة اللازم قاله الداماد (قوله استحسانا) لأنه لم يثبت بهذه الشهادة شىء لم يكن للقاضى فعله وإنما كان له نصب الوصى فاكتفى بهذه الشهادة مؤنة التعيين إذ لولا شهادتهما لكان القاضى يتأمل فيمن يتعين فيعين من ثبت صلاحيته نظرا للميت وإن لم يوص لأنه نصب ناظرا لمصالح المسلمين ، وحينئذ فإنه يكون وصى القاضى لا وصى الميت كما حرره المقدسى .

قال فى البحر : ولابد من كون الموت معروفا فى هذه المسائل أى ظاهرا إلا فى مسألة غريمى الميت فإنها تقبل وإن لم يكن الموت معروفا لأنهما يقران على أنفسهما بثبوت ولاية القبض للمشهود له ، فانتفت التهمة وثبت موت رب الدين بإقرارهما فى حقهما . وقيل معنى الثبوت أمر القاضى إياهما بالأداء إليه لا براءتهما عن الدين بهذا الأداء ، لأن استيفاءه منهما حق عليهما والبراءة حق لهما فلا تقبل كذا فى الكافى اه ملخصا (قوله كشهادة دائنى الميت) أى لرجل بأنه وصى وكذا فيما بعد (قوله والموصى لهما) بذلك بأن أباهما أوصى إلى فلان : أى أن الموصى لهما بشىء من المال شهدا أن الميت أوصى إلى زيد يكون وصيا على أولاده عينى (قوله ووصيه) أورد على هذه أن الميت إذا كان له وصيان فالقاضى لايحتاج إلى نصب آخر . وأجيب بأنه يملكه لإقرارهما بالعجز عن القيام بأمور الميت كذا فى البحر . قال ط : وفيه تأمل (قوله لثالث) أى لرجل ثالث متعلق بشهادة كقوله على الإيصاء : أى على أن الميت جعله وصيا ، وهذا مرتبط بالمسائل الأربع لا بالأخيرة كما لا يخفى فافهم . ولا تنس ما قدمناه قريبا عن البحر من أنه لابد من كون الموت معروفا فى الكل أى ظاهرا إلا فى الخ (قوله لا يملك إجبار أحد على قبول الوصية) ظاهر فى أن الوصى من جهة القاضى كما قدمناه خلافا لما فى البحر .

أقول وبيان هذه المسائل كما فى الفتح : رجل ادعى أنه وصى فلان الميت فشهد بذلك اثنان موصى لهما بمال أو وارثان لذلك الميت أو غريمان لهما على الميت دين أو للميت عليهما دين أو وصيان فالشهادة جائزة

عينى (كما) لا تقبل (لو شهدا

استحسانا . والقياس أن لاتجوز لأن شهادة هؤلاء تتضمن جلب نفع للشاهد : أما الوارثان لقصدهما نصب من يتصرف لهما ويريحهما ويقوم بإحياء حقوقهما والغريمان الدائنان . والموصى لهما لوجود من يستوفيان منه ، والمديونان لوجود من يبرآن بالدفع إليه . والوصيان من يعنيهما فى التصرف فى المال والمطالبة ، وكل شهادة جرت نفعا لا تقبل .

وجه الاستحسان أنا لم نوجب بهذه الشهادة على القاضى شيئا لم يكن واجبا عليه ، بل إنما اعتبرناها على وزان القرعة لايثبت بها شيء . ويجوز استعمالها لفائدة غير الإثبات كما جاز استعمالها لتطييب القلب فى السفر بإحدى نسائه ولدفع التهمة عن القاضى فى تعيين الأنصباء ، فكذا هذه الشهادة فى هذه الصور لم تثبت شيئا ، وإنما اعتبرناها لفائدة إسقاط تعيين الوصى عن القاضى ، فإنّ للقاضى أو عليه إذا ثبت الموت ولا وصى أن ينصب وصيا فلما شهد هؤلاء بوصاية هذا الرجل فقد رضوه واعترفوا له بالأهلية الصالحة لذلك فكفى القاضى لذلك مؤنة التفتيش على الصالح وعين هذا الرجل بتلك الولاية لا بولاية أوجبتها الشهادة المذكورة ، وكذلك وصيا الميت لما شهدا بالثالث . فقد اعترفا بعجز شرعى منهما عن التصرف إلا أن يكون هو معهما أو بعجز علمه الميت منهما حتى أدخل معهما فينصب القاضى الآخر ، وفى الصور كلها ثبوت الموت شرط لأن القاضى لا يملك نصب وصى قبل الموت إلا فى شهادة الغريمين المديونين فإنه لا يشترط فى إثبات ذلك الوصى الذى شهدا له ثبوت لأنهما مقران على أنفسهما بثبوت حق قبض الدين لهذا الرجل فضررهما فى ذلك أكثر من نفعهما فتقبل شهادتهما بالوصية والموت جميعا وهذا بخلاف المسألة الآتية أعنى مسألة ما لو شهدا أن أباهما الغائب وكله بقبض ديونه الخ .

ورأيت سؤالا وجوابا أحببت ذكرهما هنا لمناسبة لا تخفى على الفطن النبيه ، وهما من فتاوى مفتى دمشق الشام محمود أفندى الحمزاوى حفظه الله تعالى . سئل عن صورة دعوى مضمونها فى الوصى إذا أثبت وصاية على تركة وحكم الحاكم بها ثم بعد ذلك أتى رجل آخر وادعى أن الميت أخرج الأول وجعل ذلك وصيا محله فهل لا تسمع هذه الدعوى من الآخر لتضمنها إبطال القضاء الأوّل أم لا . أجاب بقوله حيث أثبت المدعى عليه قبلا كونه وصيا شرعيا وقضى القاضى بصحة وصايته بوجهها الشرعى فلا تسمع دعوى المدعى الآن ولا الشهادة بأن الميت أخرج المدعى عليه وجعل مورّث موكلته وصيا لأن فى سماع مثل هذه الدعوى والشهادة إبطال القضاء والقضاء يصان عن الإلغاء ما أمكن .

قال فى شرح الزيادات للإمام محمد : شهد شاهدان أن الميت أوصى إلى هذا الرجل وقضى القاضى بها ثم شهد آخران بالإيصاء إلى رجل آخر لاتقبل لأن فيه نقض القضاء الأول ، وكذلك فى شرح الزيادات لقاضيخان حيث قال : وإن ذكر الشاهدان رجوعا من الوصية الأولى لاتقبل شهادتهما ، لأن هذه الشهادة تضمنت إبطال القضاء انتهى وكلاهما صريح فى عدم صحة سماع الدعوى والشهادة ، والله تعالى أعلم بالصواب اه .

أقول : لكن يشكل على ذلك قولهم الدفع ودفع الدفع صحيح قبل القضاء وبعده على الصحيح ولعله مبنى على القول المرجوح من أن الدفع بعد الحكم لايقبل تأمل (قوله كما لاتقبل الخ) هذا إذا كان المطلوب يجحد الوكالة وإلا جازت الشهادة لأنه يجبر على دفع المال بإقراره بدون الشهادة وإنما قامت الشهادة لإبراء المطلوب عند الدفع إلى الوكيل إذا حضر الطالب وأنكر الوكالة فكانت شهادة على أبيهما فتقبل ، وفرق بينها وبين

أن أباهما) الغائب (وكله بقبض ديونه وادعى الوكيل أو أنكر) والفرق أن القاضى لا يملك نصب الوكيل عن الغائب بخلاف الوصى .

(شهد الوصى) أى وصى الميت (بحق للميت) بعد ما عزله القاضى عن الوصاية ونصب غيره أو بعد ما أدركت الورثة (لاتقبل) شهادته للميت فى ماله أوغيره)

من وكل رجل بالخصومة فى دار بعينها وقبضها وشهد ابنا الموكل بذلك لاتقبل وإن أقر المطلوب بالوكالة لأنه لايجبر على دفع الدار إلى الوكيل بحكم إقراره بل بالشهادة فكانت لأبيهما فلا تقبل بحر ملخصا عن المحيط (قوله أن أباهما) أشار إلى عدم قبول شهادة ابنى الوكيل بالأولى ، والمراد عدم قبولها فى الوكالة من كل من لاتقبل شهادته للموكل وبه صرح فى البزازية بحر (قوله الغائب) قيد به لأنه لو كان حاضرا لايمكن الدعوى بها ليشهد لأن التوكيل لاتسمع الدعوى به لأنه من العقود الجائزة ، لكن يحتاج إلى بيان صورة شهادتهما فى غيبته مع جحد الوكيل لأنها لاتسمع إلا بعد الدعوى . ويمكن أن تصوّر بأن يدعى صاحب وديعة عليه بتسليم وديعة الموكل فى دفعها فيجحد فيشهدان به ويقبض ديون أبيهما ، وإنما صوّرناه بذلك لأن الوكيل لايجبر على فعل ماوكل به إلا فى رد الوديعة ونحوها كما سيأتى فيها بحر : ونظر فى ذلك سيدى الوالد رحمه الله تعالى بقوله قوله تسليم وديعة الموكل فى دفعها أى التى وكله الغائب بدفعها لصاحبها ، وقوله فيشهدان به أى بتسليم الوديعة الذى ادعاه المدعى وقوله وبقبض ديون أبيهما لم تجر فيه الدعوى فما معنى شهادتهما به مع أن المقصود جريانها فيه مع إجبار الوكيل ولا إجبار هنا فتأمل (قوله أو أنكر) صورته كما تقدمت عن البحر فإنها لاتقبل (قوله والفرق)إنما يحتاج إلى الفرق فى صورة الدعوى فيهما ، وأما فى صورة الإنكار فالحكم متحد وقدم وجهه فى الوصى ، وهو أن القاضى لايملك إجباره على قبول الوصية ط .

أقول : ويمكن أن يقال للفرق أى إذا لم يحضر الوكيل خصما ولم يحضر غير ابنى الموكل لايملك القاضى نصب وكيل عن غائب . وأما إذا أحضر خصما وشهد غير ابنى الموكل فالقاضى يثبت الوكالة عن الغائب ويكون من قبيل الإثبات لاالنصب . وأما شهادة ابنى الموكل فلا تثبت الوكالة لعدم كونها شهادة وللتهمة أيضا إذ يمكن أن يتواضعا مع الوكيل على أخذ المال فيصير لنفعهما فلا تقبل كما فى شرح الملتقى للداماد ، يؤيد ذلك ماسيأتى فى الوصايا من قول الشارح لأن القاضى لايملك نصب الوكيل عن الحى بطلبهما اه فانظر لقوله بطلبهما ولم يقل بشهادتهما فإنه يشير إلى أنها غير شهادة بل كناية عن الطلب ، ويظهر لى القبول لو ادعى بكر الشراء من وكيل زيد المنكر واستشهد بابنى زيد على ذلك (قوله عن الغائب) لعدم الضرورة إليه لوجود رجاء حضوره إلا فى المفقود كما فى البحر (قوله بخلاف الوصى) أى وصى القاضى ، وإنما يحتاج إلى هذا الفرق فى صورة الدعوى ، أما فى صورة الإنكار فالحكم متحد لأن القاضى لايملك إجباره على قبول الوصية كما قدمناه قريبا (قوله أى وصى الميت) فى بعض النسخ أو بدل أى (قوله بحق للميت) أو لليتيم ، واحترز بذلك عن شهادته بدين عليه فإنها تقبل كما فى الهندية (قوله بعد ماعزله القاضى) وكذا قبله بالأولى فكان الأولى أن يقول ولو بعد ودلت المسألة على أن القاضى إذا عزل الوصى ينعزل بزازية .

ويمكن أن يقال عزله بجنحة سيدى الوالد رحمه الله تعالى قال فى الخانية : ليس لقاض أن يخرج الوصى من الوصاية ولا يدخل غيره معه ، فإن ظهرت منه خيانة أو كان فاسقا معروفا بالشر أخرجه أونصب غيره معه وإن كان ثقة إلا أنه ضعيف عاجز عن التصرف أدخل غيره معه (قوله أوبعد ماأدركت) أى بلغت (قوله فى ماله أوغيره)

(خاصم أولا) لحلول الوصى محل الميت ولذا لايملك عزل نفسه بلا عزل قاض فكان كالميت نفسه فاستوى خصامه وعدمه ، بخلاف الوكيل فلذا قال (ولو شهد الوكيل بعد عزله للموكل إن خاصم) فى مجلس القاضى ثم شهد له بعد عزله (لاتقبل) اتفاقا للتهمة (وإلا قبلت) لعدمها خلافا للثانى فجعله كالوصى سراج .

أى فى ماله الذى تحت يده أو غيره . قال بعضهم أو غيره : أى كما إذا شهد أنه طلب الشفعة أو أن فلانا أبرأه من كذا ، وحمل بعضهم معنى قوله أو غيره على نحو النسب .

وفى معين المفتى شهد الوصى بدين للميت والورثة صغار أو بعضهم لاتقبل ، ولو كانوا كبارا جازت . ولو شهد على الميت بدين جازت على كل حال .

وفى المنح : ولو شهد لكبير على أجنبى تقبل فى ظاهر الرواية . ولو شهد للوارث الكبير والصغير فى غير ميراث لاتقبل اه . ويمكن حمل أو غيره على هذا فيكون معطوفا على الميت (قوله لحلول الوصى محل الميت) هذا لايظهر إلا إذا بقيت وصايته ، أما إذا عزل عنها فلا يظهر إلا باعتبار ماكان ط (قوله فكان كالميت نفسه) أى فكأنه شهد لنفسه (قوله ولو شهد الوكيل الخ) أصل المسألة فى البزازية حيث قال : وكله بطلب ألف قبل فلان والخصومة فخاصم عندغير القاضى ثم عزل الوكيل قبل الخصومة فى مجلس القضاء ثم شهد الوكيل بهذا المال لموكله يجوز ، وقال الثانى : لايجوز بناء على أن نفس الوكيل قام مقام الموكل اه فالمراد هنا أنه خاصم فيما وكل به ، فإن خاصم فى غيره ففيه تفصيل أشار إليه الشارح فيما يأتى ، وكأن العبارة مجملة وتفصيلها فى الهندية ، فإنه قال فيها : وشهادة الوكيل للموكل بعد العزل إن خاصم لاتقبل ، وإن لم يخاصم تقبل وهو قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى كذا فى الذخيرة : ولو وكله بكل حق قبل فلان بحضرة القاضى فخاصمه فى ألف فعزل ، فإن شهد بذلك الألف ردت ، وإن شهد بمال آخر لم ترد ، وإن لم يعلم القاضى بوكالته وأنكر فلان وكالته وأثبتها بالبينة ثم عزله وشهد ردت شهادته للموكل فى كل حق قائم وقت التوكيل إلا إذا شهد بحق حادث بعد تاريخ الوكالة فحينئذ تقبل كما فى الكافى (قوله اتفاقا للتهمة) أى تهمة تصديق نفسه فيما خاصم فيه (قوله وإلا قبلت لعدمها) لأن الموكل حى وهو قائم فى حق نفسه دون الوكيل ، وللوكيل أن يخرج نفسه متى شاء من الوكالة وهو يفعل من ذلك ماأمره به الموكل ، فإذا عزل قبل الخصومة لم يلحقه تهمة فيما شهد به فقبلت شهادته اه منح (قوله فجعله كالوصى) فلا تقبل شهادته مطلقا بناء على أن عنده بمجرد قبول الوكالة يصير خصما وإن لم يخاصم ، ولهذا لو أقر على موكله فى غير مجلس القضاء نفذ إقراره عليه . وعندهما لايصير خصما بمجرد القبول ولهذا لاينفذ إقراره ذخيرة ملخصا .

أقول : وقد بسط المسألة فى التاترخانية فى الفصل السابع فقال : أما شهادة الوكيل فنقول : الوكيل خاص وعام ، أما الخاص وهو إذا وكله بطلب ألف درهم قبل رجل معين والخصومة فيها إذا خاصمه عندغير القاضى ثم عزله الموكل قبل الخصومة عند القاضى ثم شهد بهذا الألف لموكله جازت شهادته . وعند أبى يوسف لايجوز بناء على أن عنده بنفس الوكالة قام مقام الموكل ، فلو أن القاضى جعله خصما ثم أخرجه الموكل من الوكالة فشهد بعد ذلك بحق قد كان له يوم وكله أو حدث له بعد ذلك قبل أن يخرجه من الوكالة لم تجز شهادته جعله وكيلا فيما يحدث والمسألة محفوظة أنه لو وكله بالخصومة فى كل حق له وقبضه على رجل معين فإنه لايتناول مايحدث ، أما إذا وكله بطلب كل حق له قبل الناس أجمعين بالخصومة ينصرف إلى الحقوق القائمة ، وما يحدث استحسانا فيحمل ماذكرنا على الوكالة العامة إذا خاصم هذا الوكيل المطلوب فى ألف درهم للموكل عليه فأخرجه الموكل من الوكالة ثم شهد

وفى قسامة الزيلعى : كل من صار خصما فى حادثة لا تقبل شهادته فيها ، ومن كان بعرضية أن يصير خصما ولم ينتصب خصما بعد تقبل ، وهذان الأصلان متفق عليهما وتمامه فيه ، قيدنا بمجلس القاضى لأنه لو خاصم فى غيره ثم عزله قبلت عندهما ؛ كما لو شهد فى غير ما وكل فيه أو عليه جامع الفتاوى .

وفى البزازية : وكله بالخصومة عند القاضى فخاصم المطلوب بألف درهم عند القاضى ثم عزله فشهد أن لموكله على المطلوب مائة دينار تقبل ، بخلاف ما لو وكله عند غير القاضى وخاصم

له بألف دينار لاتقبل شهادته له أو شهد الوكالة العامة ، وما تقدم لأنه لو لم تكن عامة تقبل فى الدنانير وإنما لاتقبل فى الدنانير إذا كانت واجبة عليه قبل الإخراج . وأما إذا شهد بدنانير وجبت عليه بعد العزل تقبل شهادته وأما العامة لو وكل رجل رجلا بالخصومة فى كل حق له وقبضه جاز لامؤقتة ، يعنى قبل الناس مطلقا أو فى معين فقدم رجلا وأقام عليه البينة وجعله القاضى خصما ثم أخرج الموكل من الوكالة لم تجز شهادته له على هذا الرجل ولا على غيره ممن كان للموكل عليه حق من يوم وكله ولا ماحدث على الناس بعد ذلك يوم أخرجه من الوكالة اهـ مارأيته فى النسخة التى حصلت فى يدى وهى محرفة فلتراجع نسخة أخرى (قوله وهذان الأصلان متفق عليهما) قدمنا آنفا أن أبا يوسف لم يجوّز شهادة الوكيل خاصم أولا ففى هذا الاتفاق نظر ، لأن أبا يوسف جعل الوكيل كالوصى وإن لم يخاصم مع أنه بعرضية أن يخاصم (قوله وتمامه فيه) أى فى الزيلعى . وعبارته بعد قوله متفق عليهما غير أنهما يجعلان أهل المحلة مما له عرضية أن يصير خصما وهو يجعلهم ممن انتصب خصما وعلى هذين الأصلين يتخرّج كثير من المسائل ، فمن جنس الأول الوكيل بالخصومة إذا خاصم عند الحاكم ثم عزل لاتقبل شهادته ، والشفيع إذا طلب الشفعة ثم تركها لاتقبل شهادته بالبيع ، ومن جنس الثانى أن الوكيل إذا لم يخاصم والشفيع إذا لم يطلب وشهدا تقبل شهادتهما ، ولو ادعى الولى على رجل بعينه من أهل المحلة فشهد شاهدان من أهلها عليه لم تقبل شهادتهما عليه ، لأن الخصومة قائمة مع الكل والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهما إلا رواية عن أبى يوسف ذكرناها من قبل اهـ (قوله ثم عزله) أى الموكل قبل الخصومة عند القاضى (قوله عندهما) أى خلافا للثانى ، فإنه كالوصى عنده كما قدمناه قريبا ، كما لو شهد فى غير ماوكل به أو عليه (قوله أو عليه) عطف على فى غير ماوكل به أى لو شهد على موكله .

وفى شرح تحفة الأقران : الوكيل بقبض الدين تجوز شهادته بالدين ، ثم قال الكفيل بنفس المدعى عليه إن شهد أن المدعى عليه قضى المال الذى كانت الكفالة لأجله هل تقبل شهادته ، اختلف المشايخ سائحانى (قوله وفى البزازية) بيان لقوله فى غير ما وكل فيه (قوله عند القاضى) متعلق بقوله وكله لا بالخصومة (قوله بألف درهم) متعلق بخاصم (قوله مائة دينار) أى مال غير الموكل به بخلاف ما مر (قوله تقبل) لأنه مال آخر لأن المائة دينار مال آخر غير الذى خاصم فيه أولا (قوله وخاصم) أى فإنها لا تقبل مطلقا ، وذلك بأن أنكر المدعى عليه وكالته فأثبتها بالبينة ثم عزل وشهد ردت شهادته للموكل فى حق كل قائم وقت التوكيل إلا إذا شهد بحق حادث بعد تاريخ الوكالة فحينئذ تقبل وقد نقلناه عن الكافى .

وقد أوضح المقام فى جامع الفتاوى فقال : ولو وكل بغير محضر القاضى فخاصم المطلوب بألف درهم وأقام البينة على الوكالة ثم عزله الموكل فشهد له على المطلوب بعد الوكالة لم تجز شهادته لأنه لما اتصل القضاء بالوكالة صار الوكيل خصما فى جميع حقوق الموكل ، فإذا شهد بالدنانير فقد شهد بما هو خصم فيه ، أما إذا وكله عند القاضى فلا يحتاج لإثباتها للعلم ومع ذلك فعلم القاضى بها ليس بقضاء فلم يصر خصما فى غير ما وكل به

وتمامه فيها (كما قبلت عندهما خلافا للثانى (شهادة اثنين بدين على الميت لرجلين ثم شهد المشهود لهما للشاهدين بدين على الميت) لأن كل فريق يشهد بالدين فى الذمة

وهو الدراهم فيجوز شهادته بعد العزل فى حق آخر اه وسنوضحه فى القولة الآتية بأوضح من هذا (قوله وتمامه فيها) حيث قال: بخلاف ما لو وكله عند غير القاضى وخاصم المطلوب بألف وبرهن على الوكالة ثم عزله الموكل عنها فشهد له على المطلوب بمائة دينار، فما كان للموكل على المطلوب بعد القضاء بالوكالة لا يقبل لأن الوكالة لما اتصل بها القضاء صار الوكيل خصما فى حقوق الموكل على غرمائه فشهادته بعد العزل بالدنانير شهادة الخصم فلا تقبل، بخلاف الأول لأن علم القاضى بوكالته ليس بقضاء فلم يصر خصما فى غير ما وكل به وهو الدراهم فتجوز شهادته بعد العزل فى حق آخر اه بزيادة من الذى قدمناه عن الجامع. وزاد فى الذخيرة: إلا أن يشهد بمال حادث بعد تاريخ الوكالة فحينئذ تقبل شهادتهما عنده اه ولهذا قال فى البزازية بعد ما مر: وهذا غير مستقيم فيما يحدث لأن الرواية محفوظة. فيما إذا وكله بالخصومة فى كل حق له وقبضه على رجل معين أنه لا يتناول الحادث، أما إذا كان وكله بطلب كل حق له قبل الناس أجمعين فالخصومة تنصرف إلى الحادث أيضا استحسانا فإذن تحمل المذكورة على الوكالة العامة.

ثم قال والحاصل أنه فى الوكالة العامة بعد الخصومة لا تقبل شهادته لموكله على المطلوب ولا على غيره فى القائمة ولا فى الحادثة إلا فى الواجب بعد العزل اه. يعنى وأما فى الخاصة فلا تقبل فيما كان له على المطلوب قبل الوكالة وتقبل فى الحادث بعدها أو بعد العزل، وإنما جاء عدم الاستقامة من التقييد بقوله مما كان للموكل على المطلوب بعد القضاء بالوكالة ولذا لم يقيد بذلك فى الذخيرة بل صرح بعده بأن الحادث تقبل فيه كما قدمناه فاغتنم هذا التحرير الفريد الذى حرره سيدى الوالد رحمه الله تعالى.

أقول: والذى يظهر لى أن هذا كله على قول أبى يوسف وإلا ناقض الكلام بعضه تأمل (قوله كما قبلت شهادة اثنين بدين على الميت لرجلين الخ) قال عطاء الله أفندى فى فتاويه: شهد رجلان لرجلين على الميت بألف درهم وشهد المشهود لهما للشاهدين على الميت بألف درهم فالشهادة باطلة. وذكر فى الجامع الصغير والجامع الكبير أن الشهادة جائزة. وروى صاحب الكتاب رواية ثالثة عن الحسن بن زياد عن أبى حنيفة أنهم إن جاءوا جميعا وشهدوا فالشهادة باطلة، وإن شهد اثنان لاثنين قبلت شهادتهما ثم ادعى الشاهدان بعد ذلك على الميت بألف درهم فشهد لهما الغريمان الأولان فشهادتهما جائزة فصار فى المسألة ثلاث روايات.

وجه ما ذكر ههنا أن الدين إذا ثبت على الميت حل فى التركة فتصير التركة مشتركة بين الغرماء، فما يقبض أحد الشريكين حل للآخر مشاركته فيه فصار كل فريق شاهدا على شىء لهما فيه.

وجه رواية الجامعين أن الشهادة لهما إنما كانت على الميت بالدين والدين ثبت فى ذمة الميت ثم يتحول إلى التركة لا تحول القرار، فإن الوارث لو أراد أن يقضى الدين من ماله وتتخلص التركة لنفسه له ذلك فيصير كأنهم شهدوا عليه فى حياته.

وجه رواية الحسن أنهم إذا جاءوا معا كان ذلك معنى المعاوضة فتفاحش التهمة ثم استدل فى الكتاب للرواية الأولى بدلائل على كيفية الشركة، فقال، ألا ترى أن الميت لو لم يترك الألف درهم فإنهم يتخاصمون فيها فتكون بينهم، وألا ترى لو أن أحد الفريقين حضروا فأعطاهم القاضى نصف الألف ثم ضاع النصف الآخر ثم جاء الغريم الآخر له أن يشاركهم فيما قبضوا فيدل هذا على أن التركة مشتركة بينهم كذا فى أدب القاضى.

وهى تقبل حقوقا شتى فلم تقع الشركة اه فى ذلك . بخلاف الوصية بغير عين كما فى وصايا المجمع وشرحه وسيجيء ثمة (و) ك (شهادة وصيين لوارث كبير) على أجنبى (فى غير مال الميت) فإنها مقبولة فى ظاهر الرواية . كما لو شهد الوصيان على إقرار الميت بشيء معين لوارث بالغ تقبل بزازية .

(ولو) شهدا (فى ماله) أى الميت (لا) خلافا لهما ولو لصغير لم تجز اتفاقا وسيجيء فى الوصايا (ك) ما لا تقبل (الشهادة على جرح) بالفتح (أى مجرد فسق) عن إثبات (حق لله تعالى أو للعبد .

أقول : وقيد بالدين لأنه لو كان المشهود به عينا والمشهود عليه حيا تقبل اتفاقا كما فى الكافى . وتمام الكلام على ذلك موضح فى التاترخانية فراجعه (قوله وهى) أى الذمه (قوله له) أى للشاهد (قوله فى ذلك) أى فيما فى الذمة . وإنما تثبت الشركة فى المقبوض بعد القبض . ووجه قول أبى يوسف بعدم القبول أن أحد الفريقين إذا قبض شيئا من التركة بدينه شاركه الفريق الآخر فصار كل شاهدا لنفسه كما ذكرناه آنفا (قوله بخلاف الوصية بغير عين) كما لو شهد كل فريق للآخر بأن الميت أوصى له بالثلث فإنها لا تقبل اتفاقا . لأن حقهم فى التركة وهو الثلث وهو مقسوم بينهما فهى شهادة فى مشترك بينهم وهو حق شائع فى جميع المال . فكانت شهادة الشريك لشريكه وهو لا يصح . بخلاف شهادة اثنين أن الميت أوصى بهذا المعين لهذين الشخصين ثم شهد المشهود لهما للشاهدين بمعين آخر فإنه لا شركة فى ذلك لأن كلا شهد بعين أخرى فلم يبقوا شركاء فافهم (قوله على أجنبى) الظاهر أنه غير قيد تأمل . ذكره سيدى الوالد رحمه الله تعالى (قوله فى ظاهر الرواية) لعدم التهمة (قوله بالغ) احترز به عن الصبى فإن شهادته له لا تقبل للتهمة (قوله ولو شهدا فى ماله) بأن شهدا للكبير بشيء على الميت (قوله ولو لصغير) أو لصغير وكبير جميعا على أجنبى كما فى الهدنية (قوله وسيجيء فى الوصايا) حاصله أنه لو شهد الوصيان لكبير بمال الميت لا تقبل شهادتهما لأنهما يثبتان ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول لأنفسهما عند غيبة الوارث . بخلاف شهادتهما للكبير فى غير التركة لعدم التهمة وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى . وقالا : إذا شهد الوارث كبير يجوز فى الوجهين . لأن ولاية التصرف لا تثبت لهما فى مال الميت إذا كانت الورثة كبارا أفاده العينى . وهذا التفصيل لم يذكره فيما يأتى (قوله على جرح بالفتح) أى فتح الجيم لغة من جرحه بلسانه جرحا . عابه ونقصه . ومنه جرحت الشاهد : إذا أظهرت فيه ما ترد به شهادته كذا فى المصباح . وفى الاصطلاح : إظهار فسق الشاهد . فإن لم يتضمن ذلك إثبات حق لله تعالى أو للعبد فهو جرح مجرد . وإن تضمن إثبات حق لله تعالى أو للعبد فهو غير مجرد . والأول هو المراد من إطلاقه كما أفصح به فى الكافى وهو غير مقبول ، مثل أن يشهدوا أن شهود المدعى فسقة أو زناة أو أكلة ربا إلى آخر ما يذكره المصنف ، ويأتى الكلام عليه إن شاء الله تعالى . وأما الثانى أعنى غير المجرد فهو كما لو أقام المدعى عليه البينة أنهم زنوا ووصفوا الزنا أو شربوا الخمر أو سرقوا منى كذا ولم يتقادم العهد إلى آخر ما يذكره المصنف أيضا (قوله أى فسق) هذا المعنى لا يوافق واحدا مما ذكرنا من تفسير الجرح إلا أن يكون بتقدير مضاف : أى إظهار فسق (قوله مجرد عن إثبات حق لله تعالى الخ) فى القهستانى : المجرد ما لم يترتب عليه ما يترتب على الجرح من رفع الخصومة عن المشهود عليه عن إثبات حق لله تعالى كالحد . فلا يدخل التعزير لأنه يدفعه بالتوبة ، لأن التعزير إذا كان حقا لله تعالى يسقط بالتوبة ، بخلاف الحد فإنه لا يسقط بها . ويدل عليه أنهم مثلوا للمجرد بأكل الربا مع أنه يوجب التعزير فتعين إرادة الحدود اه بحر . وفيه من باب التعزير : قال له يا فاسق ثم أراد أن يثبت بالبينة فسقه ليدفع التعزير عن نفسه لاتسمع بينته لأن الشهادة على مجرد الجرح

فإن تضمنته قبلت وإلا لا تقبل (بعد التعديل)

والفسق لا تقبل ، بخلاف ما إذا قال يا زانى ثم أثبت زناه بالبينة تقبل لأنه متعلق الحد ، ولو أراد إثبات فسقه ضمنا لما تصح فيه الخصومة كجرح الشهود إذا قال رشوته بكذا فعليه رده تقبل البينة كذا هذا اه . وهذا إذا شهدوا على فسقه ولم يبينوه . وأما إذا بينوه بما يتضمن إثبات حق لله تعالى أو للعبد فإنها تقبل كما إذا قال له يا فاسق فلما رفع إلى القاضى ادعى أنه رآه قبّل أجنبية أو عانقها أو خلا بها ونحو ذلك ثم أقام رجلين شهدا أنهما رأياه فعل ذلك فلا شك فى قبولها وسقوط التعزير عن القائل لأنهما تضمنت إثبات حق لله تعالى وهو التعزير على الفاعل ، لأن الحق لله تعالى لا يختص بالحد بل أعم منه ومن التعزير ، وكذلك يجرى هذا فى جرح الشاهد بمثله وإقامة البينة عليه ، وينبغى على هذ للقاضى أن يسأل الشاتم عن سبب فسقه ، فإن بين سببا شرعيا طلب منه إقامة البينة عليه ، وينبغى أنه إن بين أن سببه بترك الاشتغال بالعلم مع الحاجة إليه أن يكون صحيحا ، وفى مثل هذا لا يطلب منه البينة بل يسأل المقول له عن الفرائض التى يفترض عليه معرفتها ، فإن لم يعرفها ثبت فسقه فلا شىء على القائل له يا فاسق ، لما صرح به فى المجتبى من أن من ترك الاشتغال بالفقه لا تقبل شهادته اه .

أقول : أما قوله فلا شك فى قبولها الخ ، فإنه يأتى قريبا من الجرح المجرد الذى لا يقبل لو شهدوا على شهود المدعى بأنهم فسقة أو زناة أو أكلة الربا أو شربة الخمر أو على إقرارهم أنهم شهدوا بزور . وأنهم أجراء فى هذه الشهادة إلى آخر ما يأتى ، ولا يخفى أن إقرارهم بشهادة الزور موجب للتعزير كما نذكر تمامه قريبا إن شاء الله تعالى فتأمل (قوله فإن تضمنته) أى ما ذكر من حق الله تعالى أو العبد كما يأتى فى المركب (قوله وإلا لا تقبل) لا حاجة إليه لأنه نفس المتن فهو تكرار (قوله بعد التعديل) ذكر فى البحر : أن هذا التفصيل فيما إذا ادعاه الخصم وبرهن عليه جهرا ؛ أما إذا أخبر القاضى به سرا وكان مجردا طلب منه البرهان عليه جهرا . فإذا برهن عليه سرا أبطل الشهادة لتعارض الجرح والتعديل فيقدم الجرح ، فإذا قال الخصم للقاضى سرا إن الشاهد أكل ربا وبرهن عليه رد شهادته كما أفاده فى الكافى اه . ووجهه أنه لو كان البرهان جهرا لا يقبل على الجرح المجرد لفسق الشهود به بإظهار الفاحشة ، بخلاف ما إذا شهدوا سرا كما بسطه فى البحر .

وحاصله أنها تقبل على الجرح ولو مجردا أو بعد التعديل لو شهدوا به سرا ، وبه يظهر أنه لابد من التقييد لقول المصنف لا تقبل بعد التعديل بما إذا كان جهرا ، وظاهر كلام الكافى أن الخصم لا يضره الإعلان بالجرح المجرد كما فى البحر أى لأنه إذا لم يثبته بالشهود سرا وفسق بإظهار الفاحشة لا يسقط حقه ، بخلاف الشهود فإنها تسقط شهادتهم بفسقهم بذلك ، وكذا يقبل عند سؤال القاضى .

قال فى البحر أول الباب المار : وقد ظهر من إطلاق كلامهم هنا أن الجرح يقدم على التعديل سواء كان مجردا أولا عند سؤال القاضى عن الشاهد والتفصيل الآتى من أنه إن كان مجردا لا تسمع البينة به أولا فتسمع إنما هو عند طعن الخصم فى الشاهد علانية اه . هذا وقد مر قبل هذا الباب أنه لا يسأل عن الشاهد بلا طعن من الخصم ، وعندهما يسأل مطلقا ، والفتوى على قولهما من عدم الاكتفاء بظاهر العدالة ، وحينئذ فكيف يصح القول برد الشهادة على الجرح المجرد قبل التعديل . وأجاب السائحانى بأن من قال تقبل أراد أنه لا يكفى حينئذ ظاهر العدالة ، ومن قال ترد أراد أن التعديل لو كان ثابتا أو أثبت بعد ذلك لا يعارضه الجرح المجرد فلا تبطل العدالة اه ، ويشير إلى هذا قول ابن الكمال : فإن قلت أليس الخبر عن فسق الشهود قبل إقامة البينة على عدالتهم يمنع القاضى عن قبول شهادتهم والحكم بها .

و (لو قبله قبلت) أي الشهادة. بل الإخبار ولو من واحد على الجرح المجرد كذا اعتمده المصنف تبعا لما قرره صدر الشريعة ، وأقره منلا خسرو وأدخله تحت قولهم الدفع أسهل من الرفع وذكر وجهه .

قال : نعم ، لكن ذلك للطعن فى عدالتهم لا لثبوت أمر يسقطهم عن حيز القبول . ولذا لو عدلوا بعد هذا تقبل شهادتهم، ولو كانت الشهادة على فسقهم مقبولة لسقطوا عن حيز الشهادة ولم يبق لهم مجال التعديل اه وهذا معنى كلام القهستانى ، وكذلك صدر الشريعة ومنلا خسرو يرجع إلى ما ذكره ابن الكمال كما يأتى توضيحه قريبا .

والحاصل أن البينة القاضية على الجرح المجرد غير مقبولة إلا أنها تورث شبهة فلذلك لا يكون للقاضى أن يقضى مالم تزكّ الشهود ، وأن الذى ذكره فى البحر عن الكافى لا ينافيه ما بعده فإن الرد كان لسؤال القاضى عن الشهود لا لمجرد دعوى الخصم إذ هى غير مسموعة ، وبالله تعالى التوفيق (قوله ولو قبله قبلت) أى من حيث كونها طعنا فى العدالة حتى يمنع القاضى عن قبول شهادتهم والحكم بها حتى يعدلوا فإذا عدلوا بعد هذا الطعن تقبل شهادتهم ، وليس المراد أن هذا الطعن أثبت أمرا فيهم يسقطهم عن حيز القبول ولو عدلوا وهذا ما قاله ابن الكمال ، وهو لا ينافى ما ذكره صاحب الدرر من قبولها قبل التعديل على الجرح المجرد. فإنه وإن قال بذلك يقول إنهم لو عدلوا بعده تقبل شهادتهم فرجع الخلاف لفظيا .

والذى ذكره الوانى مجيبا به عن ابن الكمال حاصله أن مراده أن الشهادة بالفسق المجرد ليست شهادة حقيقية سواء كانت قبل التعديل أو بعده ، بل هو إخبار محض بدليل قبول خبر الواحد : أى قبل التعديل فإذا لم تكن شهادة لايكون مما نحن فيه لأن الباب معقود لمن تقبل شهادته ومن لا تقبل إلا فى الأعم فقول ابن الكمال لا تعتبر أى لا تعد شهادة ولو قبل التعديل اه إذ لو عدت شهادة لما قبلت شهادة المطعون فيهم به إذا عدلوا وأنت ترى أن هذا راجع إلى ما ذكرناه أولا اه ط .

أقول : وأنت إذا حققت النظر يظهر لك عدم المخالفة بين كلامهم جميعا كما تقدم . فكلام السراج محتمل لقبولها على المجرد قبل التعديل نعم ظاهره عدم القبول ، والمراد به أنها لا تثبت أمرا يسقطهم عن حيز القبول ، أما ثبوت الطعن بها وعدم الحكم بشهادة المجروحين ما لم يعدلوا فلا كلام فيه ، وهذا ما قاله صدر الشريعة فى شرح الوقاية وهو ما حققه منلا خسرو أيضا من أنها أفادت الدفع أى عدم العمل بتلك قبل التعديل ولذا استوضح عليه بقبول خبر الواحد .

وحاصله تسليم إفادتها مجرد الطعن لا إثبات فسق الشاهدين الرافع للقبول مالم تمض مدة يظهر فيها حسن حالها ويعدلوا بعدها ، وهذا أيضا معنى قول القهستانى لا يلتفت إلى هذه الشهادة أى لا يثبت بها فسقهم فتدبره (قوله وذكر وجهه) أى منلاخسرو فى الدرر حيث قاله جوابا عن سؤال حاصله : لماذا قبل خبر الواحد قبل التعديل وإن كان بمجرد ولم يقبل بعد التعديل إلا نصاب شهادة ولابد أن يكون غير مجرد ما نصه :

أقول : تحقيقه أن جرح الشاهد قبل التعديل دفع للشهادة قبل ثبوتها وهى من باب الديانات ، ولذا قبل فيه خبر الواحد وبعد التعديل رفع الشهادة بعد ثبوتها حتى وجب على القاضى العمل بها إذا لم يوجد الجرح المعتبر . ومن القواعد المقررة أن الدفع أسهل من الرفع ، وهو السر فى كون الجرح المجرد مقبولا قبل التعديل ولو من واحد وغير مقبول بعده بل يحتاج إلى نصاب الشهادة وإثبات حق الشرع أو العبد اه وهذا لاينافى قبول شهادة المطعون فيهم بالجرح المجرد إذا عدلوا لأن هذا الطعن ليس شهادة عليهم أخرجتهم عن حيز القبول وهو

وأطلق ابن الكمال ردها تبعا لعامة الكتب وذكر وجهه . وظاهر كلام الوانى وعزمى زاده الميل إليه ، وكذا القهستانى حيث قال : وفيه أن القاضى لم يلتفت لهذه الشهادة ولكن يزكى الشهود سرا وعلنا ، فإن عدّلوا قبلها وعزاه للمضمرات . وجعله البرجندى على قولهما لا قوله فتنبه (مثل أن يشهدوا على شهود

ما أراده ابن الكمال ط (قوله وأطلق ابن الكمال ردها) أى رد شهادة الطاعن بالفسق المجرد ولو قبل التعديل أى فلم يعتبرها ، أى على أنها شهادة مخرجة للمطعون فيه بالمجرد عن حيز القبول ، ويدل على أن هذا مراده ما ذكره من السؤال والجواب بقوله . فإن قلت : أليس الخبر عن فسق الشهود قبل إقامة البينة على عدالتهم يمنع القاضى عن قبول شهادتهم والحكم بها

قلت : نعم ، لكن ذلك للطعن فى عدالتهم لا لثبوت امر يسقطهم عن حيز القبول ولذا لو عدلوا بعد هذا تقبل شهادتهم . ولو كانت الشهادة على فسقهم مقبولة لسقطوا عن حيز الشهادة ولم يبق لهم مجال التعديل اه (قوله وذكر وجهه) حيث قال : إنما لاتقبل البينة على الجرح المجرد لأنه لايدخل تحت الحكم والبينة إنما تقبل فيما يدخل تحت الحكم ، وفى وسع القاضى إلزامه ، وهذا لا يختلف بكونه قبل إقامة البينة على العدالة وكونه بعدها (قوله وفيه) أى كلام النقاية حيث جعل عدم قبول التفسيق المجرد فى الشاهد المعدل وهويفيد أنه يقبل فى غير المعدل (قوله لم يلتفت لهذه الشهادة) الأولى لايلتفت : أى لا يعتبرها على أنها شهادة مسقطة لشهادة الشهود ولو عدلوا بل تمنعه عن الحكم إلى أن يعدلوا فإذا عدلوا قبل شهادتهم ، فآل إلى الكلام السابق (قوله ولكن يزكى الخ) ولو كانت شهادة مقبولة لما طلب التزكية بعدها .

أقول : اعلم أن القهستانى نقل أولا عن مصنف متنه أن القضاء قبل التعديل لا يجوز فكيف إذا وجد الجرح فنظر فى هذا بقوله وفيه أن القاضى الخ .

وأقول : الذى يؤخذ من المذهب وإليه ترجع هذه العبارات بالعناية أن مذهب الإمام أن ظاهر العدالة يجوز الحكم قبل ثبوت حقيقتها إن لم يطلب الخصم التعديل . وقالا : لابد من حقيقتها مطلقا ، ومن البين أن الجرح المجرد أقل ما هناك ينبىء عن طلب التعديل فحينئذ لابد من التعديل باتفاق ، فمن قال قبلت شهادته مراده أنه لا يكفى حينئذ ظاهر العدالة ، ومن قال ردت مراده أن التعديل لوكان ثابتا أو أثبت بعد ذلك لايعارضه الجرح المجرد فلا يبطل العدالة كالجرح الغير المجرد كما قدمناه قريبا (قوله وجعله البرجندى) أى جعل قبول الشهادة إذا عدلوا على قولهما الخ . قد علمت أنه لا حاجة إلى ذلك وأن الخلاف لفظى .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : والمتبادر منه رجوعه إلى قوله : لكن يزكى الشهود سرا وعلنا . أما على قول الإمام فيكتفى بالتزكية علنا كما تقدم وهذا محله ما إذا لم يطعن الخصم ، أما إذا طعن كما هنا فلا اختلاف بل هو على قول الكل من أنهم يزكون سرا وعلنا فتأمل وراجع ولعل هذا هو وجه أمر الشارح بقوله فتنبه : والظاهر أن الضمير راجع إلى الإطلاق المفهوم من قوله وأطلق الكمال اه وهذا أولى مما ذكره بعض الأفاضل بقوله وجعله البرجندى على قولهما . يعنى إنما يحتاج إلى تزكية الشهود سرا وعلنا لو جرحوا قبل التعديل إنما هو قول الإمامين المشترطين لذلك لجواز القضاء بشهادة الشهود لا على قول الإمام القائل إن القاضى يكتفى بظاهر العدالة كما تقدم بيان الخلاف بينهم فجعل وجود هذا الجرح كعدمه ، فلا يصح قول صدر الشريعة قبلت الشهادة قبل الجرح لأنه لا معنى لقبولها إلا الحكم بها ، ولو حكم بفسقهم بهذه الشهادة لم يصح تزكيتهم بعدها كما قاله ابن الكمال ، ولم يجز الحكم بشهادتهم على قول أحد من أئمتنا فيخالف ما قاله البرجندى ، فمن قال

المدعى) على الجرح المجرد (بأنهم فسقة أو زناة أو أكلة الربا أو شربة الخمر ، أو على إقرارهم أنهم شهدوا بزور ،

إن الخلف هنا لفظى فمن عدم علمه بما يقول كما هو عادته اه . لأنا نقول : إعمال الكلام أولى من إهماله ، وثانيا لما علمت من إرجاع الأقوال لبعضهم وعدم المخالفة بين كلامهم جميعا ، فارجع إلى ما قدمناه وعض عليه بالنواجذ (قوله على الجرح المجرد) الأولى الإتيان بالباء بدل على وفى نسخة المفرد ولا حاجة إليه بل زيادة محضة لأن الكلام فى التمثيل له (قوله بأنهم فسقة الخ) إنما لم تقبل لأن البينة إنما تقبل على ما يدخل تحت الحكم وفى وسع القاضى إلزامه والفسق مما لا يدخل تحت الحكم ، وليس فى وسع القاضى إلزامه لأنه بدفعه بالتوبة ، ولأن الشاهد صار بهذه الشهادة فاسقا لأن فيها إشاعة الفاحشة بلا ضرورة وهى حرام بالنص، والمشهود به لا يثبت بشهادة الفاسق ولا يقال فيه ضرورة وهى كف الظالم عن الظلم بأداء الشهادة الكاذبة ، وقد قال عليه الصلاة والسلام « انصر أخاك ظالما أو مظلوما » لأنه لا ضرورة إلى هذه الشهادة على ملأ من الناس ويمكنه كفه عن الظلم بإخبار القاضى بذلك سرا بحر . وفى القنية من الحدود : ولو قال له يا فاسق ثم أراد أن يثبت فسقه لا تقبل (قوله أو زناة) أى عادتهم الزنا أو أكل الربا أو الشرب وفى هذا لا يثبت الحد . بخلاف ما يأتى من أنهم زنوا أو سرقوا منى الخ لأنها شهادة على فعل خاص موجب للحد هكذا ظهر لسيدى الوالد رحمه الله تعالى . قال ط : وهو فى الأول محمول على ما إذا كان السبب متقادما ، وفى الثانى على غير المتقادم ، والتقادم فى الشرب بزوال الريح فى غيره بشهر .

قال المقدسى : ويمكن أن يفرق بما هو أظهر من ذلك بأن قولهم شربة أو زناة أو أكلة ربا اسم فاعل وهو قد يكون بمعنى الاستقبال فلا يقطع بوصفهم بما ذكر ، بخلاف الماضى من قولهم شربوا أو زنوا أو نحوه اه بتصرف، وهذا هو المتبادر من تخصيصهم فى التمثيل للأول باسم الفاعل وللثانى بالماضى ، فالظاهر أنه هو المراد والله تعالى أعلم . وفى الكلام الآتى مايفيد أنهم قالوا زنوا ووصفوه أو سرقوا منى كذا وبينه أو شربة خمر ولم يتقادم العهد اه فيحمل ماهنا على أنهم لم يقولوا ذلك اه .

قال الكمال : قد وقع فى صور عدم القبول أن يشهدوا بأنهم فسقة أو زناة أو شربة الخمر ، وفى صور القبول أن يشهدوا بأنه شرب أو زنى لأنه ليس جرحا مجردا لتضمنه دعوى حق الله تعالى وهو الحد ويحتاج إلى جمع وتأويل اه .

قال فى الشرنبلالية قلت : وبالله التوفيق الجمع بينهما والتأويل بما ذكره الزيلعى أن الشاهد إذا أطلق فى أنه زنى أو شرب الخمر أو سرق ولم يبين وقته لاتقبل للتقادم ، فيحمل مافى صور الجرح على هذا ، وإن بينه ولم يكن متقادما يقبل وعليه يحمل مافى صور القبول وهذه عبارته ، وما ذكره الخصاف أن الشهادة على الجرح المجرد مقبولة ، تأويله إذا أقاموها على إقرار المدعى بذلك أو على التزكية ، وعلى هذا ماذكره فى الكافى وغيره من أن الشهود لو شهدوا أن الشهود زناة أو شربة خمر لم تقبل وإن شهدوا أنهم زنوا أو شربوا الخمر أو سرقوا تقبل يحمل الأول على أنه إذا كان متقادما وإلا فلا فرق بين قولهم زناة أو شربوا الخ اه فالمصنف تبع ماأول الزيلعى به كلامهم فتنبه (قولهم أو على إقرارهم أنهم شهدوا بزور) الأحسن إفراد الضمير إعتراض بأنها شهادة باقرارهم الداخل تحت الحكم . وأجيب بأن فيه هتك الستر وبه يثبت الفسق والمشهود به لايثبت بشهادة الفاسق وفيه أن الشهادة على إقرار الشهود تكون حكاية للهتك عن قولهم فهو كالشهادة على إقرار المدعى بفسقهم لأفاده

أو أنهم أجراء فى هذه الشهادة . أو أن المدعى مبطل فى هذه الدعوى . أو أنه لا شهادة لهم على المدعى عليه فى هذه الحادثة) فلا تقبل بعد التعديل بل قبله درر واعتمده المصنف .

(وتقبل لو شهدوا على) الجرح المركب ك (إقرار المدعى بفسقهم أو إقراره بشهادتهم بزور أو بأنه استأجرهم على هذه الشهادة) أو على إقرارهم أنهم لم يحضروا المجلس الذى كان فيه الحق عينى

الوانى ومثله فى الحواشى اليعقوبية (قوله أو أنهم أجراء فى هذه الشهادة) إنما لم تقبل لأنها شهادة على جرح مجرد والاستئجار وإن كان أمرا زائدا على الجرح ولكنه لاخصم فى إثباته إذ لاتعلق له بالأجرة بحر (قوله فلاتقبل الخ) هذا بعينه قد تقدم وزيادة عليه فهو تكرار محض وإنما لم تقبل هذه الشهادة بعد التعديل لأن العدالة بعد ماثبتت لاترتفع إلا بإثبات حق الشرع أو العبد كما عرفت وليس فى شىء مما ذكر إثبات واحد منهما . بخلاف ماإذا وجدت قبل التعديل لأنها كافية فى الدفع كما مر كذا قاله منلا خسرو وغيره .

فإن قلت : لانسلم أنه ليس فيما ذكر إثبات واحد منهما يعنى حق الله تعالى وحق العبد لأن إقرارهم بشهادة الزور أو شرب الخمر مع ذهاب الرائحة موجب للتعزير وهو هنا من حقوق الله تعالى . قلت : الظاهر أن مرادهم بما يوجب حقا لله تعالى الحد لاالتعزير لقولهم وليس فى وسع القاضى إلزامه لأنه يدفعه بالتوبة لأن التعزير حق الله تعالى يسقط بالتوبة . بخلاف الحد لايسقط بها والله تعالى أعلم اه .

قلت : لكن صرح فى تعزير البحر أن الحق لله تعالى لايختص بالحد بل أعم منه ومن التعزير ، وصرح هناك أيضا بأن التعزير لايسقط بالتوبة إلا أن يقال مراده به ما كان حقا للعبد لايسقط بها تأمل (قوله على الجرح المركب) إنما كان مركبا بالنظر لما يترتب عليه من رد شهادتهم فكأنه هو وما يترتب عليه شيئان (قوله كإقرار المدعى بفسقهم) يعنى إذا شهد شهود المدعى عليه على المدعى أنه أقر أن شهودى فسقة تقبل لأنهم ماشهدوا بإظهار الفاحشة وإنما حكوا إظهارها عن غيرهم فلا يصيرون فسقة بذلك . لأن المظهر والحاكى ليسا سواء والإقرار مما يدخل تحت الحكم ويقدر القاضى على الإلزام به لأنه لايرتفع بالتوبة .

قال فى البحر : لايدخل تحت الجرح ماإذا برهن على إقرار المدعى بفسقهم أو أنهم أجراء أو لم يحضروا الواقعة أو على أنهم محدودون فى قذف أو على رق الشاهد أو على شركة الشاهد فى العين ، ولذا قال فى الخلاصة للخصم أن يطعن بثلاثة أشياء : أن يقول هما عبدان أو محدودان فى قذف أو شريكان ، فإذا قال هما عبدان يقال للشاهدين أقيما البينة على الحرية وفى الآخرين يقال للخصم أقم البينة على أنهما كذلك اه فعلى هذا الجرح فى الشاهد إظهار مايخل بالعدالة لابالشهادة مع العدالة ، فادخال هذه المسائل فى الجرح المقبول كما فعل ابن الهمام مردود بل من باب الطعن كما فى الخلاصة .

وفى خزانة الأكمل لو برهن على إقرار المدعى بفسقهم أو بما يبطل شهادتهم يقبل ، وليس هذا بجرح وإنما هو من باب إقرار الإنسان على أنه اه وهذا لايرد على المصنف فكان على الشارح أن لا يذكر قوله الجرح المركب فإنها زيادة ضرر سيدى الوالد رحمه الله تعالى .

أقول : فقوله كاقرار المدعى الخ تنظير لا تمثيل ، إذا ليس فيه شهادة على جرح مركب بل إنها تبطل شهادتهم بهذه الشهادة ، لأن فى إقرار المدعى اعترافا بأنه مبطل فى دعواه فتبطل دعواه فتبطل البينة عليها لأنها إنما تصح بعد صحة الدعوى قال فى الهداية : إلا إذا شهدوا على إقرار المدعى بذلك لأن الإقرار مما يدخل تحت الحكم اه . وأما لو شهدوا على إقرار الشهود بأنهم شهدوا زورا أو أنهم أجراء أو أن المدعى مبطل فإنه جرح

(أو أنهم عبيد أو محدودون فى قذف) أو أنه ابن المدعى أو أبوه عناية أو قاذف والمقذوف يدعيه (وأنهم زنوا ووصفوه أو سرقوا منى كذا) وبينه (أو شربوا الخمر ولم يتقادم العهد) كما مر فى بابه أو قتلوا النفس عمدا عينى (أو شركاء المدعى) أى والمدعى مال (أو أنه استأجرهم بكذا لها) للشهادة (وأعطاهم ذلك مما كان لى عنده) من المال ، ولو لم يقله لم تقبل لدعواه الاستئجار لغيره ولا ولاية له عليه

مجرد لا يبتنى عليه حق لله تعالى ولا حق عبد فلا تقبل . وأما إذا شهدوا أنهم قالوا لا شهادة لنا فإنهم لو صرحوا به ثم شهدوا تقبل شهادتهم كما سيذكره المصنف (قوله أو أنهم عبيد) أى إذا أقام البينة أنهم عبيد لأن الرق حق لله تعالى قهستانى ، ولا يتوقف الطعن بالرق على دعوى سيدهما ، وإثباته لا ينحصر فى الشهادة بل إذا أخبر القاضى برقهما أسقط شهادتهما والأحسن أن يكون بالشهادة وإذا سألهما القاضى فقالا أعتقنا سيدنا وبرهن ثبت عتق السيد فى غيبته فإذا حضر لا يلتفت إلى إنكاره ط عن خزانة الأكمل . قال الرحمتى : وأما كونهم عبيدا فلما أنه يثبت الرق وهو ضعف حكمى أثره فى سلب الولاية وهو حق الله تعالى فكان جرما مركبا (قوله أو محدودون فى قذف) لأن من تمام حده رد شهادته وهو من حقوق الله تعالى كما تقدم ، وإنما قبلت لأنها ليس فيها إشاعة فاحشة لأن الإظهار حصل بالقضاء وإنما حكوا إظهار الفاحشة عن الغير كما فى البحر عن الكافى (قوله أو إنه ابن المدعى) أو مملوكه أو أحد الزوجين لأنه من قبيل الدفع بالتهمة ليس فيه إظهار فاحشة (قوله أو قاذف الخ) إنما قبلت لأنها توجب حق الله تعالى وهو الحد قهستانى (قوله والمقذوف يدعيه) أشار به أن ما كان فيه حق العبد لا تقبل فيه إلا بعد دعوى صاحب الحق (قوله أو أنهم زنوا ووصفوه الخ) ذكر المصنف الزنا والشرب فى كل من صور الجرح المجرد وغيره وحمله ما قدمناه قريبا عند قوله أو زناة فلا تغفل . قال ط : وفيه أن هذه شهادة اثنين وهى توجب القذف عليهما ولا توجب حقا لله تعالى ولا للعبد إلا أن يفرض أن الشهود أربعة (قوله ولم يتقادم العهد) بأن لم يزل الريح فى الخمر ولم يمض شهر فى الباقى قيد بعدم التقادم إذ لو كان متقادما لا تقبل لعدم إثبات الحق به لأن الشهادة بحد متقادم مردودة منح ، وما ذكره المصنف بقوله ولم يتقادم العهد وفق به الزيلعى بين جعلهم زناة شربة الخمر من المجرد وجعلهم زنوا أو سرقوا من غيره : أى المجرد .

ونقل عن المقدسى أن الأظهر أن قولهم زناة أو فسقة أو شربة خمر أو أكلة ربا اسم فاعل إلى آخر ما قدمناه عنه قريبا فلا تنساه (قوله كما مر فى بابه) أى فى باب حد الشرب (قوله أو قتلوا النفس عمدا) فيه أن هذه شهادة لا توجب حقا لله تعالى ولا للعبد لعدم تعين ولى الدم ولاحتمال أنه قتل عمدا بحق كان قتل المقتول ولى القاتل ، أما إذا تعين ولى الدم وكان القتل بغير حق والولى يدعيه فإنها تقبل : أى شهادة الجرح (قوله أو شركاء المدعى والمدعى مال) يشتركون فيه ، والمراد أن الشاهد مفاوض ، فمهما حصل من هذا الباطل يكون له فيه منفعة لا أن يراد أنه شريكه فى المدعى به وإلا كان إقرارا بأن المدعى به لهما فتح ومثله فى القهستانى وما فى البحر من حمله على الشركة عقدا يشمل بعمومه العنان ولا يلزم منه نفع الشاهد فكأنه سبق قلم ، وعلى ما قلنا فقول الشارح والمدعى مال : أى مال تصح فيه الشركة ليخرج نحو العقار وطعام أهله وكسوتهم مما لا تصح فيه (قوله وأعطاهم ذلك مما كان لى عنده) أى ليصلح أن يكون مدعيا لماله ، والظاهر أن يقول وأنا أطلب منهم ذلك لتصح دعواه كما سيأتى فى المسألة التى بعدها (قوله لدعواه الخ) علل الزيلعى عدم القبول إذا ادعى أنه أعطاهم من ماله بقوله لأن دعواه صحيحة ، لما فيه من وجوب رد المال على المشهود عليه وهو مما يدخل تحت الحكم ، ولو لم يقله لا تقبل الشهادة لأن الدعوى غير صحيحة فكان جرحا مجردا لأنه

(أو أنى صالحتهم على كذا ودفعته إليهم) أى رشوة وإلا فلاصلح بالمعنى الشرعى . ولو قال ولم أدفعه لم تقبل (على أن لا يشهدوا علىّ زورا) و (قد شهدوا زورا وأنا أطلب ما أعطيتهم) وإنما قبلت فى هذه الصور لأنها حق الله تعالى أو العبد فمست الحاجة لإحيائها.

(شهد عدل فلم يبرح) عن مجلس القاضى ولم يطل المجلس ولم يكذبه المشهود له (حتى قال أوهمت) أخطأت (بعض شهادتى ولا مناقضة قبلت) شهادته

لم يدّع قبله حقا يمكن القضاء به . ودعوى الاستئجار وإن كانت صحيحة لكنه يدعيها لغيره ، وليس له ولاية إلزام غيره لغيره اهـ ط (قوله أو أنى صالحتهم على كذا) أى شهدوا على قول المدعى أنى صالحتهم الخ .

قال فى البحر : وكذا إذا ادعى أجنبى أنه دفع لهم كذا لئلا يشهدوا على فلان بهذه الشهادة وطلب رده وثبت إما ببينة أو إقرار أو نكول فإنه يثبت به فسق الشاهد فلا تقبل شهادته وقيد بدفع المال ، ومفهومه لو ادعى المدعى أنه استأجرهم لئلا يشهدوا عليه ولم يدع دفع المال فأقروا لم تسقط العدالة وبه صرح الشارحون (قوله ودفعته إليهم أى رشوة) أى لدفع ظلمهم وأقام على ذلك بينة فشهدت على مقالته (قوله وإلا فلا صلح بالمعنى الشرعى) كما فى الحواشى السعدية . ولو قال أو شهدوا بأنه صالحهم على كذا الخ لكان أولى (قوله شهد عدل) أى ثابت العدالة عند القاضى أو سأل عنه فعدل . وهو احتراز عن المستور لا عن الفاسق فإنه لا شهادة له بحر (قوله فلم يبرح) أى لم يفارق مكانه : وليس المراد كونه على الفور بل ما لم يبرح عن مكانه أشار إليه بقوله يعنى بعد ما شهد تذكر . لأنه لو قام لم يقبل منه ذلك لجواز أنه غره الخصم بالدنيا (قوله ولم يطل المجلس) هكذا جعل فى المحيط إطالة المجلس كالقيام عنه ، وهو رواية هشام عن محمد بحر (قوله ولم يكذبه المشهود له) قيد به تبعا للمحيط . لأنه إذا كذبه لا تقبل شهادته (قوله حتى قال أوهمت) أو شككت أو غلطت أو نسيت : أى أخطأت لنسيان عرانى بزيادة باطلة . بأن كان شهد بألف فقال إنما هى خمسمائة أو بنقص بأن شهد بخمسمائة فقال أوهمت إنما هى ألف جازت شهادته : وإذا جازت فبماذا يقضى قيل: بجميع ما شهد به لأن ما شهد به صار حقا للمدعى على المدعى عليه فلا يبطل حقه بقوله أوهمت ، ولابد من دعوى المدعى الزيادة بأن يدعى المدعى ألفا وخمسمائة فيشهد بألف ثم يقول أوهمت إنما هو ألف وخمسمائة لا ترد شهادته بألف وخمسمائة . وعبارة العناية تفيد أنه لا يقضى بالزيادة . وقيل بما بقى فقط وإليه مال شمس الأئمة السرخسى .

وروى الحسن عن أبى حنيفة إذا شهد شاهدان لرجل بشهادته ثم زاد فيها قبل القضاء أو بعده . وقالا أوهمنا وهما غير متهمين قبل منهما . وظاهر هذا أنه يقضى بالكل كذا فى الفتح وبه يعلم أنه لافرق بين كونه قبل القضاء أو بعده وبه صرح .

قال : وذكر فى النهاية أن الشاهد إذا قال أوهمت فى الزيادة أو فى النقصان يقبل قوله إذا كان عدلا ، ولا يتفاوت بين أن يكون قبل القضاء أو بعده ، رواه الحسن عن أبى حنيفة وبشر عن أبى يوسف اهـ . وظاهر الخانية أن عليه الفتوى (قوله أخطأت) قال فى البحر : معنى قوله أوهمت أخطأت بنسيان ماكان يحق علىّ ذكره أو بزيادة كانت باطلة ولو قال تعمدت ولم أغلط ثم بدا لى فرجعت كان ذلك رجوعا عن شهادة .

قال السائحانى : فيعاقبه القاضى ولايقبل منه الثانى ولاغيره حتى يحدث توبة (قوله بعض) منصوب على نزع الخافض أى فى بعض شهادتى بعقوبية . وفى قوله بعض يفيد أنه لو قال أوهمت الحق إنما هو لفلان آخر لا لهذا لم يقبل بحر (قوله ولامناقضة) كما إذا قال هو لفلان ثم قال لفلان آخر (قوله قبلت شهادته) لأنه قد يبتلى بالغلط

بجميع ما شهد به لو عدلا ولو بعد القضاء وعليه الفتوى خانية وبحر :
قلت لكن عبارة الملتقى تقتضي قبول قوله أوهمت وأنه يقضي بما بقي وهو مختار السرخسي وغيره ، وظاهر كلام الأكمل وسعدي ترجيحه فتنبه وتبصر

لمهابة مجلس القاضي فوضح العذر فيقبل إذا تداركه في أوانه ط .(قوله بجميع ماشهد به) لأنه صار حقا للمشهود له فلا يبطل بقوله أوهمت ، واختاره في الهداية ، وقيل يقضي بما بقي إن تداركه بنقصان وإن بزيادة يقضي بها إن ادعاها المدعي لأن ما يحدث بعدها قبل القضاء يجعل كحدوثه عندها ، وإليه مال السرخسي ، واقتصر عليه قاضيخان وعزاه إلى الجامع الصغير ومثله في البحر .

قال : وعليه فمعنى القبول العمل بقوله الثاني ، ومشى على هذا في الملتقى ومن هنا يعلم أن الشارح كان الأولى له أن يحرر هكذا لا أن يستدرك بقول على قول : وأيضا الذي في الخانية ، والفتوى على ما في المجرد وهو بعينه ما في الملتقى بزيادة أو بعد ما قضي فقد أساء التحرير أيضا ، وأيضا في الخانية لم يقيد هذا بما إذا لم يبرح بل أطلقه ، ونقل قبل ما في المجرد عن الجامع الصغير وصدّر به أنه إذا شهد ولم يبرح حتى قال أوهمت بعض شهادتي إن كان عدلا جازت شهادته فيما بقي وإن برح لا تقبل شهادته وكذا لو نسي بعض الحدود أو بعض النسبة ثم تدارك في مجلسه جازت شهادته إذا كان عدلا (قوله لو عدلا) تكرار مع المتن (قوله ولو بعد القضاء) ولايضمن إذا رجع بعده جزما معراج (قوله وعليه الفتوى) أي على القبول بعد القضاء (قوله لكن عبارة الملتقى) لا معنى للاستدراك بعبارته ، والخلاف صريح بين أهل المذهب كما علمت (قوله قبول قوله أوهمت) لأن ما حدث بعدها قبل القضاء يجعل كحدوثه عندها كما قدمناه قريبا (قوله بما بقي) أي أو بما زاد كما صرح به غيره كما علمت مما سبق قريبا (قوله وظاهر كلام الأكمل وسعدي ترجيحه) واقتصر عليه قاضيخان . والتعاليل المتقدمة تظهر عليه (قوله فتنبه وتبصر) في كلام الشارح عفي عنه في هذا المقام نظر من وجوه :

الأول : أن قوله ولو بعد القضاء ليس في محله لأن الضمير في قول المصنف قبلت راجع إلى الشهادة كما نص عليه في المنح وهو مقتضى صنيعه هنا ، وحينئذ فلا معنى لقبولها بعد القضاء بل الصواب ذكره بعد عبارة الملتقى .

الثاني أنه لا محل للاستدراك هنا لأن في المسئلة قولين ، ولا يقبل الاستدراك بقول على آخر إلا أن يعتبر الاستدراك بالنظر إلى ترجيح الثاني .

الثالث أن قوله وكذا لو وقع الغلط في بعض الحدود أو النسب يقتضي أنه مفرع على القول المذكور في المتن وليس كذلك .

الرابع أنه يقتضي أنه لايقبل قوله بذلك وليس كذلك . وعبارة الزيلعي تدل على ما قلنا من أوجه النظر المذكورة حيث قال : ثم قيل يقضي بجميع ما شهد به أولا ، حتى لو شهد بألف ثم قال غلطت في خمسمائة يقضي بالألف لأن المشهود به أولا صار حقا للمدعي ووجب على القاضي القضاء به فلا يبطل برجوعه ، وقيل يقضي بما بقي لأن ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء كحدوثه عند الشهادة ، ثم قال : وذكر في النهاية أن الشاهد إذا قال أوهمت في الزيادة أو في النقصان يقبل قوله إذا كان عدلا ، ولا يتفاوت بين أن يكون قبل القضاء أو بعده رواه عن أبي حنيفة ، وعلى هذا أي على اعتبار المجلس في دعوى التوهم لو وقع الغلط في ذكر بعض حدود العقار ، كما لو ذكر الشرقي مكان الغربي أو بالعكس أو في بعض النسب ، كما لو ذكر محمد بن أحمد بن عمر بدل محمد

(وإن) قاله الشاهد (بعد قيامه عن المجلس لا) تقبل على الظاهر احتياطا ، وكذا لو وقع الغلط فى بعض الحدود أو النسب هداية (بينه أنه) أى المجروح (مات من الجرح أولى من بينة الموت بعد البرء) .

ولو (أقام أولياء مقتول بينة على أن زيدا جرحه وقتله وأقام زيد بينة على أن المقتول قال إن زيدا لم يجرحنى ولم يقتلنى فبينة زيد أولى من بينة أولياء المقتول) مجمع الفتاوى (وبينة الغبن) من يتيم بلغ (أولى من بينة كون القيمة) أى قيمة ما اشتراه من وصيه

ابن على بن عمر ثم تذكر تقبل لأنه قد يبتلى به فى مجلس القضاء ، فذكره ذلك للقاضى دليل على صدقه واحتياطه فى الأمور أى إن تداركه قبل البراح عن المجلس قبلت وإلا فلا كما فى العناية تأمل اه (قوله لا تقبل) لجواز أنه غره الخصم بالدنيا ، وقيد فى الهداية والزيلعى شرط عدم البراح بما إذا كان موضع شبهة كالزيادة والنقصان فى قدر المال وإلا فلا بأس بإعادة الكلام وإن برح عن المجلس مثل أن يترك لفظ أشهد أو اسم المدعى أو المدعى عليه أو الإشارة إلى أحد الخصمين وما يجرى مجراه شرنبلالية ، لأن تعيين المحتمل وتقييد المطلق يصح من الشاهد ولو بعد الافتراق كما فى البزازية والخانية وإنما يتصور ذلك قبل القضاء لأن لفظ الشهادة وبيان اسم المدعى والمدعى عليه والإشارة إليهما شرط القضاء اه . وعن أبى حنيفة وأبى يوسف أنه يقبل فى غير المجلس أيضا إذا كان عدلا والظاهر ما ذكرناه اه .

(أقول) التقييد بالزيادة والنقصان فى قدر المال يشترط فيه المجلس وعدم البراح ، بخلاف ما ذكر بعده (قوله فى بعض الحدود أو النسب) فإن كان الشاهد عدلا ولم يبرح عن مجلس القاضى ولم يطل المجلس ولم يكذبه المشهود له ولم تكن مناقضة قبلت وإلا لا ، والمراد بالحدود حدودا لدار مثلا كما قدمناه لأنه قد يبتلى بالغلط فى مجلس القاضى .

وفى البزازية : ولو غلطوا فى حد أو حدين ثم تداركوا فى المجلس أو غيره يقبل عند إمكان التوفيق بأن يقولوا كان اسمه فلانا ثم صار اسمه فلانا أو باع فلانا واشتراه المذكور ط .

(أقول) : وكذا إذا وفق بأن قال له اسمان كما فى دعوى التنقيح .

والحاصل أن الظاهر الأول أى التقييد بالمجلس وعدم البراح عنه هو ظاهر الرواية ، فعلم أن ما فى البزازية ليس على إطلاقه إن لم يحمل على خلاف ظاهر الرواية كما أفاده سيدى الوالد رحمه الله تعالى (قوله أولى من بينة الموت بعد البرء) يعنى تقدم عليها وكأنه لأن فيها إسنادا إلى السبب ، الظاهر وهذا موافق لما فى القنية من باب البينتين المتضادتين وتبعه فى البحر فى باب الاختلاف فى الشهادة لكن فى آخر كتاب الدعوى من الخلاصة أقاما البينة هذا على الصحة وهذا على الموت بالضرب فبينة الصحة أولى وكذا فى البزازية ومشتمل الأحكام ، وبه أفتى المولى أبو السعود كما فى تعارض البينات للشيخ غانم ، وكان الأولى ذكر هذه ونحوها فى باب ما يدعيه الرجلان أواخر باب الاختلاف فى الشهادة تذييلا كما لا يخفى ولكن ذكر ههنا الأدنى ملابسة (قوله لم يجرحنى ولم يقتلنى) لا يقال بينة زيد على النفى لأنها أقيمت على القول (قوله وبينة الغبن) على مشتر من وصى يتيم (قوله من يتيم بلغ) متعلق بينة (قوله أولى من بينة كون القيمة الخ) وهى بينة المشترى هذا إذا اجتمعنا عند الحاكم وشهدنا على نحو ماذكر أما لو قضى بإحداهما أولا بطلت الأخرى ، وقد أفتى بذلك الشلبى وهى فى فتاويه مستدلا بمسألة مالو شهد بقتل زيد يوم النحر بمكة وآخران بقتله بالكوفة فراجعه إن شئت كذا فى الحواشى الخيرية (قوله ما اشتراه) أى المدعى عليه المعلوم من المقام وهو المشترى (قوله من وصيه) أى وصى اليتيم وكذا من أبيه كذا أفاده سيدى

في ذلك الوقت (مثل الثمن) لأنها تثبت أمرا زائد أو لأن بينة الفساد أرجع من بينة الصحة درر خلافا لما في الوهبانية ، أما بدون البينة فالقول لمدعى الصحة منية (وبينة كون المتصرف) في نحو تدبير أو خلع أو خصومة

الوالد رحمه الله تعالى ، ويظهر لحل العبارة وجه آخر . وهو أن يقال ما اشتراه من وصيه من مال اليتيم على ما صور المسئلة مؤيد زاده عن الحاوى بقوله : وصى باع كرم الصغير وادعى غبنا وأقام بينة وأقام المشترى بينة أن ثمن الكرم في ذلك الوقت مثل الثمن فبينة الغبن أولى اه .

(أقول) لكنه يحتاج إلى تقدير لفظ وصى عند قول الشارح السابق من يتيم أى من وصى يتيم ، لكن يعكر على هذا التقدير لفظ بلغ كما مثل به المصنف في منحه فيكون على عبارة الشارح أن الدعوى حصلت من اليتيم عند بلوغه كما فسره المصنف عازيا للعمادية ، ويؤيده ما في جامع الفتاوى : ولو ادعى الابن بعد بلوغه الغبن بحكم الحال لو لم تكن المدة قدر ما يتغير السعر وإلا يصدق المشترى وبينه الزيادة أولى اه وحينئذ فلا غبار على عبارة الشارح فافهم (قوله في ذلك الوقت) أى وقت العقد وهو ظرف القيمة ح (قوله خلافا لما في الوهبانية) أقول : ليس في الوهبانية سوى مسئلة الكره والطوع ، وقدم بينة الطوع على الكره وبينة الطوع على بينة الصحة وغير بيتها العلامة عبد البر فقال :

وبينتا كره وطوع أقيمتا فتقديم ذات الكره صحح الأكثر

قال الشرنبلالى : ونقل الشارح اختلف في الصحة والفساد فالبينة بينة من يدعى الفساد باتفاق الروايات فتأمل

قال المصنف في منحه : وفي القنية ادعى عليه محدودا في يده إرثا من أبيه وأقام ذو اليد البينة أنه اشتراه من وصيه بمثل القيمة وأقام المدعى البينة أن القيمة زائدة على ما أثبت ذو اليد فقبول البينة المثبتة للزيادة أولى اه . وقال كثير منهم المثبتة لقلة الزيادة أولى اه وقد اعتمد في النظم الوهبانى ما عليه الأكثر من تقديم البينة المثبتة لقلة الزيادة وحكى ما عن العمادية بصيغة قيل . وقال شيخ الإسلام في شرحه : والظاهر عندى رجحان قبول بينة الزيادة الذى جزم به في العمادية ويرشد إليه كلام القنية والنظم مشعر بخلافه اه .

وفي البزازية : ولو شهدوا أن الحاكم باع مال اليتيم وقيمته أكثر يفسخ (قوله أما بدون البينة الخ) قال عبدالبر : إذا اختلف المتبايعان أحدهما يدعى الصحة والآخر يدعى الفساد فالقول قول مدعى الصحة والبينة بينة من يدعى الفساد باتفاق الروايات كما قدمناه قريبا (قوله منية) لعلها قنية لأنى لم أجد المسئلة في المنية ورأيتها في مؤيد زاده معزوة للقنية (قوله وبينة كون المتصرف في نحو تدبير الخ) أى أو بيع كما في دعوى القنية ، يعنى إذا أقامت الأمة بينة أن مولاها دبرها في مرض موته وهو عاقل وأقامت الورثة بينة أنه كان مخلوط العقل فبينة الأمة أولى ، وكذا إذا خلع امرأته ثم أقام الزوج بينة أنه كان مجنونا قبل الخلع وأقامت بينة على كونه عاقلا حينئذ أو كان مجنونا وقت الخصومة فأقام وليه بينة أنه كان مجنونا والمرأة على أنه كان عاقلا فبينة المرأة أولى في الفصلين كذا في الدرر ، لكن قال الشيخ غانم البغدادى في ترجيح البينات : بينة كون البائع معتوها أولى من بينة كونه عاقلا وبينة العقل أولى من كونه مجنونا وقت الخلع ، وبينة كون المتصرف عاقلا أولى من بينة كونه مجنونا .

قال في البحر : برهنت الأمة على أنه دبرها في مرض موته وهو عاقل وبرهنت الورثة على أنه كان مخلوط العقل فبينة الأمة أولى وكذا الخلع اه .

قال في مخزن النوادر : ولو ظهر جنونه وهو مفيق يجحد الإفاقة وقت بيعه فالقول له ، وبينة الإفاقة أولى

(ذا عقل أولى من بينة) الوارثة مثلا (كونه مخلوط العقل أو مجنون) ولو قال الشهود لاندرى كان فى صحة أو مرض فهو على المرض ؛

من بينة الجنون . وعن أبى يوسف : إذا ادعى شراء الدار فشهد شاهدان أنه كان مجنونا عندما باعه وآخران أنه كان عاقلا فبينة العقل وصحة البيع أولى .

وفى الأشباه : اختلفا فى كون الإقرار للوارث فى الصحة أو فى المرض فالقول لمن ادعى أنه فى المرض أو فى كونه فى الصغر أو البلوغ فالقول لمن ادعى الصغر ، وكذا لو طلق أو أعتق ثم قال كنت صغيرا فالقول له ؟ وإن أسند إلى حال الجنون ، فإن كان معهودا قبل وإلا فلا .

وفى جامع الفتاوى : بينة العته أولى لكنها مخالفة للمتن موافقة للشيخ غانم ولذا عزاها فى هذا الجامع لبعض الفتاوى ولم يعين .

وفى القنية : بينة العقل أولى من بينة العته أو الجنون فى البيع اه :

أقول : ولعل فى المسألة قولين بناء على أن ظاهر الحال من الإنسان هو المرض أو الصحة ، فمن قال المرض رجح بينة الصحة ، ومن قال الصحة رجح بينة المرض لأن البينات شرعت لإثبات خلاف الظاهر . والذى ينبغى التعويل عليه هو الأول ، حيث أطبقت النقول كما سمعت على ترجيح بينة العقل إلا ماندر والفتوى على ماعليه الأكثر ، وممن أفتى بذلك مطلقا المرحوم على أفندى مفتى الديار الرومية بنص العته أول ترجيح البينات من فتاويه . وماوقع فى ترجيح البينات للشيخ غانم فى البيوع فقد ذكر خلافه هو أول كتاب الطلاق وقال : الأصل فى ذلك : إن بينة كون المتصرف عاقلا أولى من بينة كونه مجنونا أو مخلوط العقل اه . والعته : نقص العقل كما فى المصباح ، على أنه قد استدرك الشيخ غانم نفسه على هذه الرواية كما فى بعض النسخ فلا تعارض مافى المعتبرات ، فاغتنم هذا التحرير الذى لاتجده إلا بعد التنقير ثم بعد كتابتى لهذا المحل رأيت فى المحبية آخر الشهادات :

بينة الغبن بلا اشتباه	قدم كذا بينة الإكراه
قدّم على الطوع وإن شخصان	جاآ لدى القاضى يشهدان
وآخران أنه قد كانا	مخلوط عقل ذلك الزمانا
أو كان مجنونا لأولى الأولى	والحكم هكذا أتى منقولا

وفى ترجيح البينات من نور العين عند ذكره أن الأصل فى ترجيح البينات بين العقل وكونه مجنونا أو معتوها أن بينة العقل أولى . وقال بعد ذلك مانصه : يقول الحقير : وفى جامع الفتاوى باع أرضا فادعى أخوه على المشترى أن البائع معتوه وأنا وصيه فيها وقال المشترى بل هو عاقل وبرهنا فبينة المعتوه أولى اه وهذا غير موافق لما مر آنفا فلعل فى المسألة روايتين اه فظهر من هذا أن من قال بتقديم بينة العته ، فقد مشى على مافى جامع الفتاوى غير أن أكثر الكتب على خلافه كما ظهر مما ذكر من النقول ، والله تعالى أعلم (قوله أولى من بينة كونه مخلوط العقل أو مجنونا) لأن الورثة يدعون أمرا عارضا وهو تغير العقل وهو ينكره فالقول للمنكر عند عدم البينة (قوله ولو قال الشهود) أى بطلاق وعتاق منجز أى والمدعى يدعى الصحة والمدعى عليه يدعى المرض (قوله لاندرى كان فى صحة أو مرض فهو على المرض) أى لأن تصرفه أدنى من تصرف الصحة فيكون متيقنا ، ولأن الحادث يضاف إلى أقرب أوقاته فلما ترددوا حمل على الأقرب . أما لو اختلفوا فبينة الصحة مقدمة ، كما

ولوقال الوارث كان يهذى يصدق حتى يشهد أنه كان صحيح العقل بزازيه .

(وبينة الإكراه) فى إقراره (أولى من بينة التطوع إن أرخا واتحد تاريخهما : فإن اختلفا أو لم يؤرخا فبينة التطوع أولى) ملتقط وغيره ،

لو ادعى الزوج بعد وفاتها أنها كانت أبرأته من الصداق ال صحتها وأقام الوارث بينة أنها أبرأته فى مرض موتها فبينة الصحة أولى ، وقيل بينة الورثة أولى كما فى جامع الفتاوى ومشتمل الأحكام .

وفى الجامع أيضا : ولو أقر الوارث ثم مات فقال المقر له أقر فى صحته وقال بقية الورثة فى مرضه فالقول للورثة والبينة للمقر له ، وإن لم يقم بينة وأراد استحلافهم له ذلك .

ادعت المرأة البراءة عن المهر بشرط وادعاها الزوج مطلقا وأقام البينة فبينة المرأة أولى ، إن كان الشرط متعارفا يصح الإبراء معه ، وقيل البينة من الزوج أولى ، ولو أقامت المرأة بينة على المهر على أن زوجها كان مقرا به إلى يومنا هذا وأقام الزوج بينة أنها أبرأته من هذا المهر فبينة البراءة أولى ، وكذا بينة الدين لأن بينة مدعى الدين بطلت لإقرار المدعى عليه بالدين ضمن دعواه البراءة كشهود بيع وإقالة ، فإن بينتها لم يبطلها شيء وتبطل بينة البيع لأن دعوى الإقالة إقرار به (قوله فهو على المرض) لم يذكر ماإذا اختلفا فى الصحة والمرض .

وفى الأنقروى : ادعى بعض الورثة أن المورث وهبه شيئا معينا وقبضه فى صحته وقالت البقية كان فى المرض فالقول لهم ، وإن أقاموا البينة فالبينة لمدعى الصحة ، ولو ادعت أن زوجها طلقها فى مرض الموت ومات وهى فى العدة وادعى الورثة أنه فى الصحة فالقول لها ، وإن برهنا وقتا واحدا فبينة الورثة أولى (قوله ولو قال الوارث الخ) هذا مطلق شامل لكل دعوى إلا أنه لم يذكر فيه تعارض البينتين (قوله كان يهذى) الظاهر أن المراد أنه كان مختلط العقل للمقابلة . وذكر البيرى أنهما إذا اختلفا فى الجد والهزل فالقول لمدعى الهزل إلا أن يعطيه بعض الثمن فلا تسمع دعوى الهزل اه (قوله وبينة الإكراه) قال فى البحر : تعارضت بينة الإكراه والطوع فى الإجارة فبينة الطواعية أولى ، وإن قضى ببينة الإكراه فى الإجارة نفذ ، وإن تعارضت بينة البيع صحيحا أو مكرها فقولان اه . قال الحموى : والذى يظهر أن الأصح العمل ببينة المكره لأنه يدعى خلاف الظاهر والبينة لمن يدعيه ويؤيده ما سيصرح به قريبا تأمل (قوله فى إقراره) وكذا فى البيع والإجارة والصلح على ما فى الأشباه. قال الباقانى : تعارضت بينة الإكراه والطوع فى البيع والصلح والإقرار فبينة الإكراه أولى اه وعزاه إلى الخانية : وفيها وهو الصحيح من الجواب ، وكذا فى ترجيح البينات .

قال سيدى الوالد فى تنقيحه : لو أثبت إقرار إنسان بشيء طائعا فأقام المدعى عليه بينة أنى كنت مكرها فى ذلك الإقرار فبينة الإكراه أولى لأنها تثبت خلاف الظاهر وهو الأصح كما فى الفصول العمادية ، وعليه الفتوى كما فى الخلاصة اه .

قال فى البزازية عن الملتقط : ادعى عليه الإقرار طائعا وبرهن على ذلك وبرهن المدعى عليه أن ذلك الإقرار كان بالكره فبينة المدعى عليه أولى ، وإن لم يؤرخا أو أرخا على التعاقب فبينة المدعى أولى اه .

وفى التتارخانية من الدعوى فى الفصل الثالث والعشرين معزيا للناصرى : ولو ادعى الإقرار طائعا فأقام المدعى عليه بينة أنه كان هذا الإقرار بذلك التاريخ عن إكراه فالبينة بينة المدعى عليه ، وإن لم يؤرخا أو أرخا على التفاوت فالبينة للمدعى اه (قوله واتحد تاريخهما) لعل وجهه أنهما إذا أرخا واتحد التاريخ كان الإقرار واحدا ، والظاهر الطوع فيعمل به عند عدم البينة لأنها لإثبات خلاف الظاهر تأمل (قوله فإن اختلفا أو لم يؤرخا فبينة الطوع أولى) لعل وجههما أنه إذا اختلف التاريخ كانا إقرارين أحدهما بالطوع والآخر بالإكراه ، وإن لم

واعتمده المصنف وابنه وعزمى زاده .

[فروع] بينة الفساد أولى من بينة الصحة شرح وهبانية .

وفى الاشباه اختلف المتبايعان فى الصحة والبطلان فالقول لمدعى البطلان وفى الصحة والفساد لمدعى الصحة إلا فى مسألة الإقالة .

يؤرخا احتمل التعدد فيعمل ببينة الطوع فيهما ، والله تعالى أعلم .

والظاهر أن هذا توفيق بين القولين ، قال الشرنبلالى فى شرحه على الوهبانية : تعارضت بينة الطوع والكره فبينة الطوع أولى، ولو قضى القاضى ببينة الإكراه ينفذ قضاؤه إن عرف الخلاف . وقال أبو حامد: بينة الإكراه أولى .

ونقل المصنف لو اختلفا فى الصلح والإقرار كان القول قول من يدعى الطوع والبينة بينة الآخر فى الصحيح من الجواب . وفى العمادية بينة الإكراه أحق بالقبول لأنها تثبت خلاف الظاهر اه .

وفى فتاوى مؤيد زاده : اجتمعت بينة الإكراه على البيع وبينة الطواعية . روى عن أبى يوسف : أن بينة الإكراه أولى وإليه ذهب بعض مشايخنا . وقال بعض المتأخرين : الطواعية أولى ، وعزاه للوجيز ثم قال : لو ادعى أحدهما الإقرار بدين كذا طائعا والآخر مكرها فالقول لمن يدعى الطواعية والبينة لمن يدعى الإكراه قاضيخان .

قال المصنف فى منحه أقول : كلامه يقتضى أن بينة الإكراه إنما تقدم على بينة الطوع عند التعارض ، وأما إذا لم يحصل التعارض فبينة الطوع أولى فتكون المسألة ثلاثية ، وهى إما أن يؤرخا أولا ، فإن كان الأول وهو ما إذا أرخا فإما أن يتحد التاريخ أو يختلف ، فإن كان الأول فبينة الإكراه أولى ، وإن كان الثانى وهو ما إذا اختلف التاريخ أو لم يؤرخا فبينة الطوع أولى اه .

[تتمة] قال فى العمادية : لا حاجة فى دعوى الإكراه إلى تعيين المكره كما لا حاجة فى دعوى السعاية إلى تعيين العوان ، وقيل لابد من تعيين العوان والأول أصح اه .

[فائدة] بينة الحرية مقدمة على غيرها لأنها تثبت أمرا زائدا وهو ولاية التصرف وأهلية الشهادة وغير ذلك كما فى جامع الفصولين .

[فائدة أخرى] بينة الرجوع عن الوصية أولى من بينة كونه موصيا مصرا إلى الوفاة حامدية عن أبى السعود .

أقول : وهذا إذا لم يقض بالبينة الأولى ، فإن قضى بالوصية وأقيمت بينة أخرى على الرجوع لا تقبل الشهادة ولا الدعوى لأنها تتضمن نقض القضاء ، والقضاء يصان عن الإلغاء ما أمكن كما قدمناه عن شرح الزيادات فى هذا الباب فراجعه ، وانظر ما سنذكره آخر الباب (قوله واعتمده المصنف) حيث أقره (قوله بينة الفساد) تكرار مع مسألة الغبن المتقدمة (قوله فالقول لمدعى البطلان) لأنه منكر للعقد ، والظاهر أن البينة بينة الصحة لأنها أكثر إثباتا فإن بينة البطلان لم تفد أمرا جديدا حوى ، ومثله فى شرح المجمع لابن ملك عن الفتاوى الصغرى (قوله لمدعى الصحة) مفاده أن البينة بينة الفساد ، لأن مدعى الفساد يدعى أمرا زائدا وهو المفسد كالشرط الفاسد ، ومدعى الصحة ينكره والقول للمنكر أيضا ، وهذا باتفاق الروايات إن كان يدعى فسادا بشرط فاسد أو أجل فاسد ، وإن كان يدعى فسادا فى صلب العقد بأن ادعى الشراء بألف ورطل من خمر وأنكر الآخر فيه روايتان وظاهر الرواية عنه كالأول (قوله إلا فى مسألة الإقالة) كما تقدم فى بابها ؛

وفى الملتقط اختلفا فى البيع والرهن فالبيع أولى .

اختلفا فى البتات والوفاء فالوفاء أولى استحسانا شهادة قاصرة يتمها غيرهم تقبل كأن شهد بالدار بلا ذكر

وهى : لوادعى المشترى أنه باع المبيع من البائع بأقل من الثمن قبل النقد وادعى البائع الإقالة فالقول للمشترى مع أنه يدعى فساد العقد وهذا ليس مما نحن فيه لأن كلامنا فيما إذا اتفقا على عقد واحد ادعى أحدهما صحته والآخر فساده فالقول لمدعى الصحة لأنه الأصل فى العقود والأليق بحال المسلم ، وهنا قد اتفقا على صحة البيع ثم ادعى البائع فسخه بالإقالة وأنكر ذلك المشترى والقول قول المنكر غير أن المشترى أقر بعقد فاسد يجب رفعه وإبطاله لكن صاحب الأشباه بعد ذكر المسألة قال : ولو كان على القلب تحالفا ظاهره أنه إذا ادعى البائع الشراء الفاسد والمشترى الإقالة فلينظر وجهه . قال الحموى : قيل ينبغى أن لا يكون هذا الفرع داخلا تحت الأصل المذكور ليحتاج إلى استثنائه لأنه لم يدع صحة العقد وإنما ادعى الإقالة والمشترى ينكرها فيكون القول قوله اه .

أقول : فيما قاله نظر ، فإن ادعاء الإقالة مستلزم لادعاء صحة البيع إذ الإقالة لا تكون فى غير الصحيح .

وأقول : كان وجه التحالف على ما قاله الحموى أن المشترى بدعواه الإقالة يدعى أن الثمن الذى يستحقه بالرد مائة مثلا والبائع بدعواه الشراء بأقل مما باع يدعى أن الثمن الذى يجب تسليمه إلى المشترى خمسون مثلا فنزل اختلافهما فيما يجب تسليمه إلى المشترى منزلة اختلافهما فى قدر الثمن الموجب للتحالف بالنص وإلا فالمائة التى هى الثمن الأول إنما ترد إلى المشترى بحكم الإقالة فى البيع الأول وهى غير الخمسين التى هى الثمن فى البيع الثانى كما ترى اه (قوله وفى الملتقط اختلفا فى البيع والرهن فالبيع أولى) يعنى بينته أولى كما يأتى ، وقياس ما بعده عكسه لأن الوفاء رهن حقيقة على ما هو المعتمد فيه ، ولأن اشتراط الوفاء زائد والأصل عدمه والقول لمنكره ، إلا أن يقال إن صورته صورة البيع وفيه شرط زائد ، بخلاف الرهن البحت . قال فى التتارخانية : القول لمدعى الرهن لتمسكه بالأصل وهو عدم البيع ، والبينة لمدعى البيع لأنه خلاف الظاهر (قوله اختلفا فى البتات والوفاء فالوفاء أولى استحسانا) وإنما كان القول لمدعى البتات لأنه الأصل فى العقود إلا بقرينة كنقصان الثمن كثيرا كما تقدم .

وحاصل عبارة الملتقط أن الاستحسان فى الاختلاف فى البينة ترجيح بينة الوفاء ، وفى الاختلاف فى القول ترجيح بينة مدعى البتات وهذا الذى حرره الرملى فيما مر فتدبر ، خلافا لما مشى عليه الشارح قبيل الكفالة فراجعه وذكر ثمة الكلام على بيع الوفاء مستوفى (قوله شهادة قاصرة يتمها غيرهم تقبل) قال فى الدرر لأن الحاجة إلى الشهادة لإثبات يد المدعى عليه حتى يصير خصما فى إثبات الملك للمدعى ، ولا فرق فى ذلك بين أن يثبت كلا الحكمين بشهادة فريق واحد أو فريقين ، ثم إذا شهد أنها فى يد المدعى عليه سألهم القاضى أعن سماع تشهدون أنها فى يده أو عن معاينة لأنهم ربما سمعوا إقراره أنها فى يده وظنوا أن ذلك يطلق لهم الشهادة اه . أى أن سماعهم إقراره بأنها فى يده يجوز لهم الشهادة وليس كذلك ، بل المجوز لهم معاينتهم أنها فى يده هذا هو المراد وهو الموافق لما سبق تقريره على كلام الشارح من أنه ظاهر الرواية ، والمختار فى الكافى والهداية فى الشهادة بالملك لذى اليد ، نعم فرق بين هذه الشهادة وتلك إذ شهادتهم هنا فى مجرد كونها فى يد المدعى عليه وثمة فى أنها ملكه لرؤيتهم إياها فى يده ولا يلزم من اشتراط الرؤية فى الشهادة بالملك اشتراطها فى الشهادة بمجرد كونها فى اليد ولذلك جوز كثير من الفقهاء شهادتهم بمجرد سماعهم عن المدعى عليه بأنها فى يده ولكن

انها فى يد الخصم فشهد به آخران أو شهدا بالملك بالمحدود وآخران بالحدود أو شهد على الاسم والنسب ولم يعرفا الرجل بعينه فشهد آخران أنه المسمى به درر .
شهد واحد فقال الباقون نحن نشهد كشهادته لم تقبل حتى يتكلم كل شاهد بشهادته وعليه الفتوى .
شهادة النفى المتواتر مقبولة .

مختار عماد الدين عدم الجواز ، وتبعه فى الدرر والغرر ، واختار محشيها الملا عبدالحليم الإطلاق هنا لما بينهما من الفرق فتدبر (قوله فشهد به آخران) لأنه يحتاج إلى هذا لإثبات يد المدعى عليه حتى يصير خصما (قوله أو شهدا بالملك بالمحدود وآخران بالحدود) وفى البزازية : لو علما بالحدود من الثقات وفسرا للقاضى تقبل . وفيها أيضا : شهدوا بالدار للمدعى بحدودها فشهد آخران أن المحدود هذا يقبل ويجعل كأن الأولين شهدا بكل ذلك .
قال فى الهندية من الباب الخامس من الشهادات : ولو شهد أن الدار التى فى بلدة كذا فى محلة فلان تلاصق دار فلان بن فلان الفلانى وهى فى يد فلان المدعى عليه هذا لهذا ولكن لا نعرف حدودها ولا نقف عليها ، فقال المدعى للقاضى أنا آتيك بشهود آخرين يعرفون حدود هذه الدار وأتى بشاهدين شهدا أن حدودها كذا وكذا اختلف جواب هذه المسألة فى النسخ ذكر فى بعضها أن القاضى يقبل ذلك ويحكم بها للمدعى ، وذكر فى بعضها أنه لا يقبل ولا يحكم بها للمدعى وكذا القرى والضياعات والحوانيت وجميع العقارات على هذا كذا فى الظهيرية ذكر ظهير الدين المرغينانى هذه المسألة فى شروطه وقال : اختلفت الروايات فى هذه المسألة ، والأظهر أنها تقبل لأن تحمل الشهادة غالبا يكون على هذا الوجه فإنه إذا أشهد البائع على البيع فى البلدة والأرض أو الكرم فى السواد فالظاهر أن الشهود لا يعرفون حدود المبيع لكن سمعوا ذكر الحدود فيشهدون على تلك الحدود المذكورة فى البيع وإن كانوا لا يعلمون الحدود على الحقيقة كذا فى الفصول العمادية وهو الأصح كذا فى القنية وهو الصحيح كذا فى الذخيرة ، وإن لم يأت المدعى بشاهدين يشهدان على الدار المدعى بها على تلك الحدود فطلب من القاضى أن يبعث له أمينين من أمنائه إلى الدار حتى يتعرفا عن حدود الدار وأسماء جيرانها أجابه القاضى إلى ذلك فإذا بعثهما وتعرفا ، إن كانت حدود الدار وأسماء جيرانها توافق على تلك الحدود التى ذكرها الشهود وأخبر الأمينان القاضى بذلك قضى القاضى بالدار للمدعى بشهادتهم كذا فى المحيط ، هذا كله إن لم تكن الدار مشهورة ، فإن كانت مشهورة نحو دار عمرو بن حريث بالكوفة وشهد بها الشاهدان لإنسان ولم يذكرا الحدود لا تقبل شهادتهما فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وتقبل فى قول صاحبيه ، والضيعة إذا كانت مشهورة على هذا الخلاف أيضا كذا فى فتاوى قاضيخان اهـ (قوله فشهد آخران أنه المسمى به) أى بذلك الإسم.
قال فى الهندية فى أواخر الباب الرابع : رجل ادعى عبدا فى يد رجل وقال بعتنى هذا العبد بألف درهم ونقدتك الثمن فأنكر المدعى عليه البيع وقبض الثمن فشهد للمدعى شاهدان على إقرار البائع بالبيع وقالا لا نعرف العبد ولكنه قال لنا عبدى زيد وشهد شاهدان آخران أن هذا العبد اسمه زيد أو أقر البائع أن اسمه زيد قال لا يتم البيع بهذه الشهادة وإن شهد الشاهدان أن البائع أقر أنه باعه عبده زيد المولد فنسبوه إلى شىء يعرف من عمل أو صناعة أو عيب أو حلية فوافق ذلك هذا العبد يقبل استحسانا وكذا الأمة اهـ ملخصا .
[فائدتان] إذا شهد ابنا القاضى لرجل أن أباهما قضى لهذا على هذا لم تقبل عند الإمام ، وله قول آخر بالقبول ، وبه نأخذ خانية . قال رجل يا زانى فقال آخر صدقت هو كما قلت صار قاذفا ، وأكثر المشايخ لا (قوله وعليه الفتوى) صحح فى غير هذا المحل القبول وأفتى به فى الرحيمية (قوله شهادة النفى المتواتر) أى عند الناس مقبولة بأن علم الكل عدم كون المدعى عليه فى ذلك المكان والزمان لا تسمع عليه

الشهادة إذا بطلت في البعض بطلت في الكل إلا في عبد بين مسلم ونصراني فشهد نصرانيان عليهما بالعتق قبلت في حق النصراني فقط أشباه.

قلت : وزاد محشيها خمسة أخرى معزية للبزازية.

أي بأنه أقرضه فيهما كذا مثلا ويقضى بفراغ ذمته لئلا يلزم تكذيب الثابت للضرورة والضروريات مما لا يدخلها الشك ، وأما إذا لم يتواتر فلا تقبل بينته إلا في عشر مسائل مذكورة في الأشباه من القضاء.

وفي النوادر عن الثاني : شهد عليه بقول أو فعل يلزم عليه بذلك إجارة أو كتابة أو بيع أو مال أو طلاق أو عتاق أو قتل أو قصاص في موضع وصفاه أو في يوم سمياه فبرهن المشهود عليه أنه لم يكن ثمة يومئذ لا تقبل إلا إذا تواتر . ووجه عدم قبولها أن الشهادة متضمنة للمشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل بالنفي . وتمامه في حواشي الأشباه . قال في الذخيرة إلا أن تأتي العامة وتشهد بذلك فيؤخذ بشهادتهم اهـ.

وفي المحيط : إن تواتر عند الناس وعلم الكل عدم كونه في ذلك المكان والزمان لا تسمع الدعوى عليه ويقضى بفراغ ذمته لأنه يلزم تكذيب الثابت بالضرورة والضروريات مما لم يدخلها شك عندنا إلى كلام الثاني وكذا كل بينة قامت على أن فلانا لم يقم ولم يفعل ولم يقر كذا في البزازية.

قال سيدي الوالد في تنقيحه : البينة إذا قامت على خلاف المشهور المتواتر لا تقبل وهو أن يشتهر ويسمع من قوم كثير لا يتصور اجتماعهم على الكذب كذا في الفتاوى الصغرى للإمام الخاصي . وكذلك الشهادة التي يكذبها الحس اهـ وتمامه فيها.

أقول : واحترز بالمتواتر عن غيره فلا يقبل سواء كان صورة أو معنى ، وسواء أحاط به علم الشاهد أو لا كما يقع في هذه الأزمان من غير إسناد حسن ويسمونه متواترا لأنه كثيرا ما يظهر كذبه ، وانظر إلى ما عرفوا به المتواتر من أنه ما نقله جمع عن جمع ، فإن قالوا سمعنا فلابد أن يكون عن مثلهم أو يقولون رأينا بأعيننا أو نحوه ، وانظر لما تقدم في باب اليمين بالبيع والشراء من قبول بينة في الشروط وراجعه (قوله الشهادة إذا بطلت في البعض الخ) كما إذا ادعى أخ وأخت أرضا فيشهد لها زوجها ورجل آخر ترد في حقها وحق أخيها . وإذا شهد بشيء لمن لا تجوز شهادتهما له ولغيره لا تجوز لمن لا تجوز له اتفاقا . واختلف في الآخر . والمعتمد عدم الجواز كما يفيده إطلاقهم وهذا مذهب محمد. وعند الثاني يجوز أن تبطل الشهادة في البعض وتبقى في البعض كما في الظهيرية ، وكما لو شهدا أنه قذف أمهما وفلانة لا تقبل شهادتهما ، وكما لو شهدا له على رجل بألف وعلى آخر بمائة فصدقهم في الأول وكذبهم في الثاني بطلت.

[فروع] في الخانية : شهد الرجل أن فلانا غصب عبده لكنه رده عليه فمات عنده فقال إنما مات عند الغاصب وقال الغاصب ما غصبته ولا رددته ضمن القيمة ، كما لو قالوا غصبته فقتله عندك مولاه فقال الغاصب ما قتله عندي ولا غصبته يضمن القيمة ، وكما لو شهدا أن له ألفا لكنه أبرأه فقال ما كان له شيء ولا أبرأني من شيء يقضى عليه بألف ولو ادعى أنه أوصى له بألف وبرهن ثم ادعى أنه ابنه ولم يبرهن فله الأقل من الميراث ومن الألف. وقال محمد: الوصية باطلة (قوله إلا في عبد بين مسلم ونصراني الخ) أقول : الاستثناء المذكور إنما يصح على قول محمد لأن عنده إذا بطلت الشهادة في البعض بطلت في الكل . أما عند أبي يوسف فلا ، لأن عنده يجوز أن تبطل الشهادة في البعض وتبقى في البعض كما قدمناه آنفا ، ومثله في الحموي عن الظهيرية (قوله قبلت في حق النصراني) ويكون العبد معتق البعض من أحد الشريكين فيجري فيه الخيارات المشهورة (قوله وزاد محشيها خمسة أخرى)

الأولى قال لعبده : إن دخلت هذه الدار فأنت حر ، وقال نصرانى : إن دخل هو هذه الدار فامرأته طالق فشهد نصرانيان على دخوله الدار ، إن العبد مسلما لا تقبل ، وإن كافرا تقبل فى حق وقوع الطلاق لا العتق . الثانية : لو قال إن استقرضت من فلان فعبده حر فشهد رجل وأبو العبد أنه استقرض من فلان والحالف ينكر يقبل فى حق المال لا فى حق عتق العبد لأن فيها شهادة الأب للابن . الثالثة لو قال إن شربت الخمر فعبده حر فشهد رجل وامرأتان على تحققه يقبل فى حق العتق لا فى حق لزوم الحد . الرابعة لو قال: إن سرقت فعبده حر فشهد رجل وامرأتان عليه بها يقبل فى حق العتق لا فى حق القطع الكل من البزازية ، وإنما لا تقبل لأن شهادة النساء فى الحدود غير مقبولة .

قلت : رأيت مسألة أخرى فزدتها وهى الخامسة لو قال لها : إن ذكرت طلاقك إن سميت طلاقك ، إن تكلمت به فعبده حر فشهد شاهد أنه طلقها اليوم والآخر على طلاقها أمس يقع الطلاق لا العتاق وهى فى البزازية أيضا كذا فى حاشية تنوير البصائر .

أقول : لعل ذلك موقت بأن يكون أصل الكلام إن ذكرته اليوم وحينئذ فعدم عتق العبد من حيث أنه لم يقم عليه نصاب الشهادة وإلا فهو مشكل تأمل . وزاد البيرى مافى خزانة الأكمل من اللقطة ، وذلك لقطة فى يد مسلم وكافر فأقام صاحبها شاهدين كافرين عليها تسمع على مافى يد الكافر خاصة استحسانا ، ومما لو مات كافر فاقتسم ابناه تركته ثم أسلم أحدهما ثم شهد كافران على أبيه بدين قبلت فى حصة الكافر خاصة اه .

أقول : قد ذكر سيدى الوالد فى تنقيحه جملة مسائل فى ترجيح البينات لخصها تلخيصا حسنا بأوجز عبارة ، وقد ذكر أنه قصد ذكر ذلك خدمة لصاحب الشرع الشريف صلى الله تعالى عليه وسلم فأحببت الاقتداء به ، كذلك خدمة لجناب جدى سيد الأنبياء والمرسلين مستمدا بمدده ومددهم صلى الله تعالى عليه وعليهم وسلم أجمعين وإنما ذكرت ذلك هنا وإن لم يكن محلها هذا الباب كما نبهت على ذلك فيما تقدم قريبا اتباعا للمصنف والشارح رحمهما الله تعالى ونفعنى بهما والمسلمين آمين .

[نكاح] بينة الأسبق تاريخا أولى فى رجلين ادعيا نكاح امرأة .

بينة رد البكر النكاح عند تزويج وليها أولى من بينة سكوتها ، وبينة الزوج على رضاها أو إجازتها أولى من بينة ردها .

بينة زيد أنها امرأته أولى من بينتها أنها امرأة عمرو المنكر .

بينة المسلم أولى من بينة النصرانى إذا أقام بينة نصرانية على نكاح نصرانية . .

بينة فساد النكاح أولى من بينة صحته .

بينة المرأة فى قدر المهر أولى من بينة الزوج إن شهد مهر المثل للزوج .

بينة المرأة أن أباها زوجها وهى بالغة ولم ترض أولى من بينة الزوج أنها كانت قاصرة .

بينة المرأة أن الدار التى يسكنانها ملكها أولى من بينة الزوج أنها ملكه .

بينة الزوج فى متاع النساء أنه ملكه أولى من بينة المرأة .

بينة الصحة أولى فيما لو ادعى الزوج الإبراء من المهر فى الصحة وورثتها أنه فى المرض .

بينة المرأة أنها أبرأته من المهر بشرط أولى من بينة الزوج أنه بلا شرط .

بينة الزوج أنها أبرأته من المهر أولى(١) من بينة المرأة أنه كان مقرا به إلى الآن .

بينة المرأة أنه تزوجها في رجب أولى من بينة ورثته أنه مات في صفر .

طلاق بينة المرأة أنه كان عاقلا وقت الخلع أولى من بينة الرجل أنه كان مجنونا والأصل في ذلك أن بينة كون المتصرف عاقلا أولى من بينة كونه مجنونا .

بينة الابن أن أباه أبانها وانقضت عدتها أولى من بينة المرأة أنه مات وهي على نكاحه وهو الصحيح .

نفقة بينة المرأة أنه موسر فعليه نفقة الموسرين أولى من بينة الزوج أنه معسر .

بينة الزوجة أولى فيما لو اختلفا في مقدار المفروض أو زمانه لأنها تثبت الزيادة .

بينة الزوجة أن الثوب المبعوث أو الدراهم هدية أولى من بينة الزوج أنه من الكسوة أو المهر خانية ، وفي الخلاصة بالعكس .

بينة الابن الغائب أن أباه حين أنفق مال الابن على نفسه كان موسرا أولى من بينة الأب الإعسار .

بينة الابن الزمن أن زيدا أبوه فعليه نفقته أولى من بينة زيد أن رجلا آخر هو أبو الزمن .

بينة الظئر المشروط عليها الإرضاع بنفسها أنها أرضعت الصبي بلبنها فلها الأجر أولى من بينة أبيه أنها أرضعته بلبن شاة .

عتق بينة الأمة أنه أعتقها قبل الولادة فولدها حر أولى من بينة السيد أنها ولدت قبل الإعتاق .

بينة البنت أن أبي مات حر الأصل أولى من بينة المدعي أنه كان عبدي فأعتقته وولاؤه لي .

بينة المولى في قدر بدل الكتابة أولى من بينة العبد لإثباتها الزيادة .

بينة الأمة أنه دبرها في مرض موته وهو عاقل أولى من بينة الورثة أنه كان مختلط العقل .

بينة مدعي فساد الكتابة أولى من بينة مدعي صحتها .

بينة المكاتب أن الكتابة على نفسه وماله أولى من بينة المولى أنها على نفسه فقط .

وقف بينة الأسبق تاريخا أولى فيما لو برهن ذو اليد أنها وقف عليه والقيم أنها وقف على المسجد .

بينة مدعي الوقف بطنا بعد بطن أولى من بينة مدعي الإطلاق .

بينة الخارج على الملك أولى من بينة المتولي ذي اليد على أنه وقف وبه يفتى .

بينة الخارج أنها وقف على مطلق أولى من بينة ذي اليد أن بائعي اشتراها من الواقف إلا أن أثبت ذو اليد تاريخا سابقا على الوقف .

بينة فساد الوقف أولى من بينة الصحة إن كان الفساد بشرط مفسد ، وبينة الصحة أولى إن كان الفساد لمعنى في المحل أو غيره .

بيع بينة مدعي فساد البيع أولى من بينة الصحة اتفاقا إن كان الفساد بشرط أو أجل فاسدين ، وبينة مدعي الفساد أولى أيضا ولو لمعنى في صلب العقد كالشراء بألف ورطل خمر في ظاهر الرواية .

---

(١) (قوله بينة الزوج أنها أبرأته من المهر أولى) لأن بينة المرأة على الإقرار قد بطلت بإقرار الزوج به لما ادعى البراءة ولم تبطل بينته البراءة وكذا في دعوى الدين وكذا البيع والإقالة فإن بينة الإقالة أولى لبطلان بينة البيع بإقرار مدعي الإقالة وينبغي أن تحفظ هذا الأصل فإنه يخرج به كثير من الواقعات كما في القنية انتهى منه .

بينة مدعى البيع كرها أولى من بينة مدعيه طوعا فى الصحيح .
بينة الغبن أولى من بينة العكس .
بينة الدائن أن الورثة باعوا عبدا من التركة المستغرقة أولى من بينتهم أن البائع مورثهم .
بينة مدعى البيع وفاء أولى من بينة مدعيه باتا .
بينة المشترى على الإقالة أولى من بينة البائع على البيع لبطلان الثانية باقرار مدعى الإقالة .
بينة ذى اليد أنى بعتكما هذا العبد بألفين أولى من بينة أحدهما أنى اشتريته منك بألف .
بينة أنى بعتك كذا فى يوم كذا فى مكان كذا أولى من بينة الآخر أنى لم أكن ذلك اليوم فى ذلك المكان .
بينة ذى اليد أن فلانا أودعنى الدار أولى من بينة الخارج على الشراء من ذى اليد .
بينة من بلغ فادعى أن الوصى باع كذا بغبن أولى من بينة المشترى ، وقال كثير بالعكس .
بينة المشترى أن أباك باعها منى فى صغرك أولى من بينة الإبن أنه كان بالغا ، وقيل بالعكس .
بينة المشترى أنك بعت منى بعد بلوغك أولى من بينة البائع أنه قبله لإثباتها العارض .
بينة المشترى إجازة المالك بيع الفضولى أولى من بينة المالك الرد لأنها ملزمة .
بينة الخارج أنى اشتريته من أبيك أولى من بينة ذى اليد أنه ملك أبيه إلى حين موته .
بينة الخارج أنى أشتريته من أبيك منذ عشر سنين أولى من بينة ذى اليد أن أباه مات منذ عشرين سنة .
بينة مثبت الزيادة أولى فيما لو اختلفا فى قدر الثمن أو قدر المبيع .
بينة البائع فى الثمن وبينة المشترى فى المبيع أولى لو اختلفا فى قدر الثمن والمبيع جميعاً بأن قال البائع بعت العبد الواحد بألفين ، وقال المشترى بل بعت العبدين بألف فيحكم للبائع بألفين وللمشترى بعبدين .
بينة الصحة أولى فيما لو ادعيا الشراء من ثالث أحدهما شراء صحيحا والآخر فاسدا .
بينة ذى اليد أن زيدا قال لا حق لى فى الدار قبل شرائك منه أولى من بينة مدعى الشراء من زيد .
بينة الخارج على دعوى ملك مطلق أولى من بينة ذى اليد أنك شريته منى ثم تقايلنا .
بينة البائع أنى بعتك الجارية بهذا العبد أولى من بينة المشترى أن البيع بألف .
بينة البائع أولى فيما لو اشترى زيد منه عبدين فهلك أحدهما ورد الآخر بعيب ثم اختلف فى قيمة الهالك
بينة البائع أن المبيع هلك فى يد المشترى أولى من بينة المشترى أنه هلك فى يد البائع .
بينة ما ليس له الخيار(١) أولى فيما لو كان الخيار لأحدهما واختلفا فى الإجازة والنقض فى المدة وبينة مدعى النقض أولى لو اختلفا بعد المدة .
بينة رب السلم أولى فيما لو اختلفا فى قدر المسلم فيه أو جنسه أو صفته أو ذرعه .
بينة المسلم إليه أولى فيما لو اختلفا فى رأس المال أو فى مضى الأجل لإثباتها الزيادة .
بينة المؤرخ أو الأسبق تاريخاً فى دعوى الشراء من ثالث أولى من بينة الآخر ، وفيها تفصيل طويل

(١) (قوله بينة من ليس له الخيار الخ) صورته ادعى صاحب الخيار إجازة البيع فى مدة الخيار وادعى الآخر نقضه أو ادعى الأول النقض وادعى الآخر الإجازة فالقول قول الأول والبينة بينة الآخر أعنى من ليس له الخيار انتهى منه .

. . . .

بينة ذى اليد أنها نتجت فى ملك بائعه أولى من بينة الخارج النتاج فى ملك بائعه .

[شفعة] بينة الشفيع أولى من بينة المشترى فيما إذا اختلفا فى قدر الثمن وعند الثانى بالعكس .

بينة المشترى أولى فيما لو هدم البناء واختلف مع الشفيع فى قيمته عند الثانى وعند الثالث بالعكس .

بينة المشترى أولى فيما لو قال اشتريت البناء ثم العرصة فلا شفعة لك فى البناء وبرهن الشفع على شرائهما جميعا عند الثانى وقال الثالث بالعكس .

بينة الشفيع أولى من بينة المشترى على أنه أحدث هذا البناء والشجر .

بينة الشفيع أنك اشتريتها من زيد أولى (١) من بينة المدعى عليها أن عمرا أودعنيها .

[إجارة] بينة المستأجر أنه استأجرها بعشرة ليركبها إلى موضع كذا أولى من بينة المؤجر أنه بعشرة إلى نصفه

بينة الراعى أنك شرطت على الراعى فى هذا الموضع الذى هلكت فيه أولى من بينة صاحبها على موضع آخر

بينة المؤجر أنه استأجر منه الحانوت طائعا أولى من بينة الآخر على الإكراه .

أقول : تقدم فى البيع أن بينة مدعيه كرها أولى فى الصحيح ، فلعل هذا مبنى على خلاف الصحيح تأمل

بينة المستأجر أولى فيما لو سقط أحد مصراعى باب الدار فادعاه كل منهما .

بينة المؤجر أنه سلمه الدار فى المدة أولى من بينة المستأجر أنها كانت فى يد الآجر هذه المدة .

بينة المؤجر أولى فى قدر الأجرة وبينة المستأجر أولى فى قدر المدة .

بينة راكب السفينة أولى فيما لو قال لصاحبها استأجرتنى لأحفظ لك السكان .

بينة رب الدابة أولى فيما لو قال له الراكب استأجرتنى لأبلغها إلى فلان .

[هبة] بينة مدعى الهبة المشروطة بعوض أولى من بينة الرهن وغير المشروطة بالعكس ودلت المسئلة على أن بينة البيع أولى من بينة الرهن .

بينة الشراء من ذى اليد أولى من بينة الهبة والقبض منه إلا إذا أرخ الثانى فقط أو كان تاريخه أسبق

بينة مدعى نكاح الأمة أولى من بينة مدعى الهبة أو الصدقة أو الرهن مالم يسبق تاريخ الآخر أو يكن أحدها زائدا والآخر خارجا وفى المسئلة بحيث يطلب من الأصل (٢) .

بينة الوارث أن المورث وهبه كذا فى الصحة أولى من بينة الآخرين على المرض .

[عارية ووديعة] بينة المعير أنها هلكت بعد ما جاوز الموضع أولى من بينة المستعير أنه ردها إليه .

بينة المودع أن رب الوديعة عزلك من الوكالة بقبضها أولى من بينة الوكيل بالقبض .

بينة الخارج عن الملك أولى من بينة ذى اليد على الإيداع بعد قوله هو فى يدى مالم يقل أولا أنه فى يدى وديعة

بينة المودع على الرد أو على ضياعها عنده أولى من بينة المالك على الإتلاف ، وقيل بالعكس .

بينة مدعى الإيداع عند ذى اليد أولى من بينة ثالث على ملك مطلق .

بينة ذى اليد أن فلانا أودعنيها أولى من بينة آخر إنى اشتريتها منك .

[غصب] بينة المالك على الإتلاف أولى من بينة الغاصب على المالك .

---

(١) (قوله أولى) لأن ذا اليد انتصب خصما للمدعى بدعوى الفعل عليه فلا تندفع الخصومة عنه بإحالة الفعل إلى غيره تعارض البينات الشيخ غانم اه منه .

(٢) (قوله من الأصل) أى من كتاب تعارض البينات للشيخ غانم اه منه

. . . .

بينة الغاصب أن المغصوب مات عندالمالك أولى من بينة الموت عندالغاصب عند محمد، وعند الثانى بالعكس

بينة الغصب فيما فى يدآخر أولى من بينة ثالث الملك المطلق .

بينة أن ذا اليد غصب الجارية منه اليوم أولى من بينة ثالث غصبها منه منذ شهر ، ويضمن المدعى عليه قيمتها للثالث فى قياس قول الإمام ، وفى قياس قول أبى يوسف هى للثالث ولا ضمان خانية .

[جنايات] بينة الموت من الجرح أولى من بينة الموت بعد البرء كما فى الدرر والقنية . وفى الخلاصة بالعكس وبه أفتى المولى أبو السعود أفندى .

بينة أنه قتل أباه يوم كذا أولى من بينة الخصم أن أباه كان ميتا ذلك اليوم .

بينة أنك أمرت صبيا بضرب حمار فمات أولى من بينة الأخر أن الحمارحى لأنه نفى مقصور .

[إقرار] بينة أنه أقر لوارثه فى الصحة أولى من بينة أنه أقر له فى المرض .

بينة الإقرار مكرها أولى من الإقرار طوعا .

بينة المقضى عليه بالدار أن المدعى أقر قبل القضاء بأن لاحق له فيها أولى، ولو بأنه أقر بعدالقضاء لا يبطل القضاء .

بينة أن الميت كان أقر أنه لا حق له فى الدار أولى من بينة الوارث الإرث .

[صلح] بينة مدعى الصلح عن كره أولى من بينة مدعيه عن طوع .

[رهن] بينة الراهن أولى فيما لو اختلفا فى قيمة الرهن بعد هلاكه .

بينة الراهن على عدم الرد أولى من بينة المرتهن أنى أخذت المال ورددت الرهن .

بينة المرتهن فى تعيين الرهن أولى من بينة الراهن .

بينة الراهن أولى فيما لو ادعى كل منهما هلاكه عند الآخر .

بينة المرتهن أنك رهنتنى الثوبين أولى من بينة الراهن أنه رهنه أحدهما .

بينة الراهن أن العبد كانت قيمته قبل اعوراره مثل الدين أولى من بينة المرتهن أنه مثل نصفه .

بينة الراهن أنه رهنه سليما قيمته عشرة أولى من بينة المرتهن أنه رهنه معيبا قيمته خمسة .

بينة الشراء من زيد أولى من بينة الرهن منه إلا إذا أرخ الآخر فقط أو كان تاريخه أسبق .

بينة ذى اليد لو كانت العين فى يد أحدهما أولى فى ذلك إلا إذا سبق تاريخ الخارج .

[مزارعة] بينة المزارع أولى فيما لو اختلف مع رب الأرض والبذر فى قدر المشروط بعد ما نبت وبينة الآخر أولى لو كان البذر من قبل المزارع بعد ما نبت أيضا .

بينة رب الأرض أولى فيما لو قال بعد النبات شرطت لى نصف الخارج وقال الآخر عشرين قفيزا .

بينة المزارع أولى لو عكست الدعوى ولم تخرج الأرض شيئا أى لإثباتها عدم لزوم أجرة الأرض .

بينة مدعى الصحة أولى من بينة مدعى الفساد باشتراط أقفزة معينة .

بينة رب الأرض والبذر أنى شرطت لك النصف وعشرين قفيزا أولى من بينة الآخر على شرط النصف فقط

[مضاربة] بينة القابض أن المال قرض أولى من بينة الدافع أنه مضاربة أو بضاعة وبينة الدافع أن المال قرض أولى من بينة القابض أنه مضاربة .

. . . .

بينة المضارب أولى فيما لو اختلف فى قدر المشروط من الربح .

بينة رب المال أولى فيما لو اختلفا فى التخصيص بتجارة أو بيع بنقد وعدمه .

بينة المضارب أولى فى المضاربة الخاصة إذا اختلفا فى التجارة .

بينة المضارب أولى فيما لو قال : قسمنا الربح بعد قبضك رأس المال وأنكر الآخر قبضه .

بينة المضارب أنك شرطت لى الثلث أولى من بينة الآخر على الثلث إلا عشرة .

بينة المضارب أنك شرطت لى مائة أو لم تشرط لى شيئا فلى عليك أجل المثل أولى من بينة الآخر شرط النصف .

[شركة] بينة الآمر أولى فيما لو أمر أحد الشريكين رجلا بشراء عبد وأنه اشتراه قبل تفرقهما حتى يكون للشركة وبرهن الآخر أنه بعده ليكون للآمر وحده وبينة غير الآمر أولى فيما لو برهن الآمر أن الشراء بعد التفرق ليكون العبد له خاصة .

بينة الخارج على شركة المفاوضة مع الميت أولى من بينة الورثة أنه ترك المال ميراثا بلا شركة .

[قسمة] بينة من يدعى بيتا فى يد آخر أنه وقع فى قسمته أولى من بينة الآخر .

[دعوى] بينة البراءة أولى من البينة على المال إن لم يؤرخا أو أرخ أحدهما فقط أو أرخا سواء .

بينة المطلوب على أنك أقررت ببراءة أولى من بينة الطالب على أنك أقررت بالمال بعد إقرارى بالبراءة .

وبينة الطالب أولى إن قال إنك أقررت بالمال بعد دعواك إقرارى بالبراءة .

بينة الأسبق تاريخا أولى فيما لو ادعيا ملكية عين فى يد ثالث أو فى أيديهما ، وكذا لو أرخ أحدهما فقط وإلا فبينهما .

بينة الخارج أولى إلا إذا ادعى ذو اليد النتاج ونحوه مما لا يتكرر كجز الصوف وحلب اللبن أو أرخا وتاريخه أسبق فبينته أولى .

بينة الخارج أولى فى دعوى النتاج إن أرخا ووافق سن الدابة تاريخه .

بينة الخارج أيضا أولى فيما إذا برهنا على النتاج ثم برهن على إقرار ذى اليد ببيعها وشرائها من فلان لأنه إذا باع ثم اشترى كان ملكا حادثا فيبطل دعوى النتاج ونحوه .

بينة من وافق سن الدابة تاريخه أولى فيما لو ادعيا النتاج على ثالث ذى يد وإن لم يوافق أحدهما فبينهما .

بينة مدعى النتاج خارجا أو صاحب يد أولى من بينة المدعى الملك .

بينة ذى اليد أولى فيما لو ادعى أن هذا العبد ولد فى ملكه من أمته وعبده وبرهن الخارج على مثل ذلك .

بينة الخارج أولى فيما لو برهن على أن هذه أمته ولدت هذا العبد فى ملكه وبرهن ذو اليد كذلك .

بينة مدعى كل الدار أولى من بينة مدعى نصفها لو كانت فى أيديهما ، ولو فى يد ثالث فلمدعى الكل ثلاثة أرباعها وللآخر ربعها عند الإمام .

بينة رب الدين على اليسار أولى من بينة المديون على الإعسار .

بينة الأقرب تاريخا أولى فيما لو برهن أحدهما أن العين فى يده منذ شهر وبرهن الآخر أنها فى يده منذ جمعة أو الساعة .

. . . .

بينة ذى اليد أولى فيما لو برهن أن العبد عبده منذ عشرين سنة وبرهن الخارج أنه كان فى يده منذ سنة حتى اغتصبه ذو اليد منه .

بينة الخارج أن قاضى كذا قضى له بهذه الجارية أو الدابة أولى من بينة ذى اليد على النتاج خلافا لمحمد .

بينة الشراء أولى فيما إذا برهن على ذى اليد شراءها من زيد وبرهن آخر على الهبة منه أى من زيد وآخر على الصدقة منه وآخر على الإرث منه وإن ادعى كل واحد ذلك من رجل فبينهم أرباعا .

بينة الأسبق تاريخا أولى فيما لو برهن أن الدار كانت لزيد الميت منذ سنتين ثم مات وتركها ميراثا لى وبرهن آخر أنها كانت لعمرو الميت منذ سنة ثم مات وتركها ميراثا لى بخلاف ما لو أرخا الموت فتنصف بينهما ويلغى التاريخ .

بينة الإبن أن فلانا قتل أباه يوم السبت أولى من بينة المرأة أن أباه تزوجها يوم الأحد .

بينة المرأة أولى لو برهن الابن على الموت لأن وقت الموت لا يدخل فى القضاء بخلاف القتل .

بينة المدعى أنه ابن عم الميت لأبيه مع ذكر النسب أولى من بينة المدعى عليه أن الميت فلان آخر أو أن أباك أقر فى حياته أنه أخو فلان لأمه لا لأبيه .

بينة المسلم أولى فيما لو أقام مسلم ونصرانى شهودا نصارى على دين فى تركة نصرانى فيبدأ بدين المسلم وقال الثانى يتحاصان .

وبينة المسلم أولى فيما لو أقاما شهودا نصرانية على عبد فى يد نصرانى حى وعن الثانى أنه ينصف بينهما .

وبينة المسلم أولى أيضا فيما لومات نصرانى له ابنان مسلم وكافر . وأقام المسلم بينة مسلمة أو كافرة على موته مسلما وبرهن الكافر على موته كافرا فيقضى بالإرث للمسلم ويصلى على الميت .

بينة المقضى عليه بالأرض أنه أحدث البناء فيها أولى إلا إذا قضى عليه بالأرض والبناء .

بينة المدعى عليه أن أباك أقر بأنه(١) ملكى أولى من بينة مدعى الإرث من أبيه إلا إذا برهن المدعى أنك أقررت أنه ملك أبى فيتعارض الدفعان وتبقى بينة الإرث بلا معارض .

بينة الورثة أن سن المدعى ثمان عشرة سنة أولى من بينة المدعى أنه ابن الميت وهو ابن عشرين سنة .

بينة المرأة أنها كانت حلالا وقت الموت أولى من بينة الورثة أنها كانت حراما قبل موته بسنة .

بينة من يدعى أن الكنيف فى طريق العامة محدث أولى من بينة صاحبه أنه قديم والصحيح أنه لا فرق بين الكنيف وغيره فتقدم بينة الحدوث على بينة القدم مطلقا إذا كان بدون ذكر تاريخ أما لو أرخا فالأسبق تاريخا أرجح كما جزم به أصحاب المتون وغيرهم .

بينة الأمانة أولى من بينة الشراء .

بينة البائع على النتاج بحضرة المشترى والمستحق منه أولى من بينة المستحق على النتاج .

بينة ذى اليد أولى فيما لو ادعى أن أباه بنى الدار وتركها ميراثا له وبرهن الخارج على مثل ذلك .

---

(١) (قوله بأنه) أى الشيء المتنازع فيه ملكى .

. . . .

بينة مدعي الإرث من جدته أولى من بينة ذى اليد أنه كان للجدة ابن غائب لم يعلم موته إلى الآن لأنه أجنبي فى إثبات ملك الغير .

بينة من يدعي زيادة الإرث أولى فيما لو اختلف الورثة فى تاريخ موت الأقارب وبرهنوا .

بينة مدعي البنوة أولى فى حق الإرث فيما لو برهن واحد أنه عم الميت وآخر أنه أخوه وآخر أنه ابنه وكل قال لا وارث له غيره فيقضي بنسب الكل والميراث للابن فقط .

[شهادات] بينة أن فلانا قال أو فعل كذا أولى من بينة أنه لم يقل أو لم يفعل .

بينة أن زوج فلانة قتل أو أنه مات أولى من بينة أنه حى إلا إذا أخبر بحياته بتاريخ لاحق .

بينة الجرح أولى من بينة التعديل .

بينة الطلاق أو العتق أولى من بينة النكاح أو الملك .

بينة حرية الأصل أولى من بينة الرق .

[مأذون] بينة العبد أو الصبي المأذون على ما أقر به من غصب أو وديعة أو عارية استهلكها أو مضاربة قبل إذنه أولى من بينة المقر له أنه فى حال الإذن

[حجر] بينة المشترى أولى فيما لو قال اشتريت منك حال صلاحك وبرهن المحجور أنه حال الحجر .

[سرقة] بينة ذى اليد أن المتاع ملك فلان ورثه من أبيه منذ سنة ثم اشتريته منه أولى من بينة الخارج أنه سرق منه منذ شهر .

بينة الخارج أن الحمار ملكه سرق منه منذ شهر أولى من بينة ذى اليد أنه ملكى وفى يدى منذ سنة .

[وصية] بينة الرجوع عن الوصية أولى من كونه موصيا مصرا إلى الوفاة .

قال فى نور العين ادعى الوصية وأنكرها الوارث فبرهن الموصى له فادعى الوارث الرجوع قيل لا يسمع وقيل يسمع وهو الأصح لأنه مما يخفى لعل الموصى أوصى ثم رجع ولم يعلم بهما الوارث فأنكر فلما أخبر ادعى الرجوع والتناقض فى مثله لا يضر ولو برهن على جحود الموصى الوصية يقبل على رواية كون الجحود رجوعا لا على رواية أنه ليس برجوع .

يقول الحقير : الظاهر أن الرواية الأولى هى الأصح والأولى إذ تقدم أن جحود ما عدا النكاح فسخ له اهـ .

قال فى البحر : فإن قضى بإحدى البينتين أولا بطلت الأخرى ، لأن الأولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بالثانية ونظيره لو كان مع رجل ثوبان أحدهما نجس فتحرى وصلى بإحدهما ثم وقع تحريه على طهارة الآخر لا تجوز له الصلاة فيه لأن الأول اتصل بحكم الشرع فلا ينتقض بوقوع التحرى فى الآخر اهـ .

قال الرملى يدل بظاهره على أنه فى المسائل التى سردها ، وفيها ترجيح إحدى البينتين لو قضى بالمرجوحة تقبل المرجحة ولو اتصل القضاء بالأخرى التى هى مرجوحة لأنها كانت مرجحة قبل القضاء بخلاف المتساوية فإنها ما ترجحت إلا باتصالها بالقضاء كما هو ظاهر .

باب الاختلاف فى الشهادة

مبنى هذا الباب على أصول مقرها :
منها : أن الشهادة على حقوق العباد لا تقبل بلا دعوى بخلاف حقوقه تعالى .
ومنها : أن الشهادة بأكثر من المدعى باطلة بخلاف الأقل للاتفاق فيه .

والحاصل أنه يفرق بين ما إذا تساويا فترجح الأولى باتصال القضاء بها أو سبق القضاء بالمرجحة إذ لا معارض لها وقته ، وبين ما إذا كانت إحداهما أولى بالقبول فقضى بغيرها ثم أقيمت عليها يعمل بها ولو اتصل القضاء بغيرها ، لأولويتها يؤيده ماذكره الزيلعى فى شرح مايأتى من مسألة مالو برهنا على نكاح امرأة من قوله فى تعليل كونها لمن سبقت بينته لكونها أقوى لاتصال القضاء بها لأنها لما سبقت وحكم بها تأكدت فلا تنتقض بغير المتأكدة اه فإن المرجحة أقوى قبل اتصال القضاء بها فهى متأكدة ، فينقض القضاء بغيرها لا رجحيتها قبله لكن علل الزيلعى مسألة القتل بأنه لما حكم بأنه قتل بمكة صار ذلك حكما بأنه لم يقتل فى غيرها إذ قتل شخص واحد فى مكانين لا يتصور ، وهذا يقتضى أنه فى المسائل التى سردها لاينقض الحكم السابق مطلقا لأنه حكم بنفى مقابله إذ لا يتصور مثلها فى بيع واحد أنه بغبن فاحش وبمثل القيمة ، وكذا فى نظائره كما هو ظاهر ثم رأيت فى فتاوى شيخ مشايخى الشهاب الحلبى فى كتاب الوقف إذا حكم الحاكم بالبينة الأولى لا تسمع البينة الثانية لأن الأولى ترجحت باتصال القضاء بها .

قال قاضيخان : لو أقامت المرأة البينة أن الميت تزوجها يوم النحر بمكة وحكم القاضى بشهادتهم ، ثم أقامت أخرى أنه تزوجها فى ذلك اليوم بخراسان لم تقبل اه والله تعالى أعلم وأستغفر الله العظيم .

باب الاختلاف فى الشهادة

قال فى المصباح : خالفته مخالفة وخلافا وتخالف القوم واختلفوا إذا ذهب كل واحد إلى خلاف ما ذهب إليه الآخر اه ثم الاختلاف من العوارض ، والأصل الاتفاق ولذلك أخر هذا الباب ، وأطلق هذا الاختلاف فشمل مخالفتها للدعوى كما شمل اختلاف الشاهدين ، واختلاف الطائفتين من المشهود فسيظهر هذا الشمول فى المسائل الآتيه كما لا يخفى (قوله مبنى الباب) أى بناء أحكام مسائله فهو مصدر ميمى لا اسم مكان لأن المكان هو الباب (قواه منها أن الشهادة على حقوق العباد لا تقبل بلا دعوى) من مدع لأن ثبوت حقوقهم يتوقف على مطالبتهم ولو بالتوكيل درر (قوله بخلاف حقوقه تعالى) حيث لا تشترط فيها الدعوى لأن إقامة حقوق الله تعالى واجبة على كل أحد ، وكل أحد خصم فى إثباتها فصار كأن الدعوى موجودة درر . لكن ما ذكر الشارح من هذا الأصل ليس من هذا الباب لأنه فى الاختلاف فى الشهادة لا فى قبول الشهادة وعدمها كما أفاد الشرنبلالى ، لكن يأتى قريبا ما ينافيه عند قول المصنف فإذا وافقتها (قوله بأكثر من المدعى باطلة) لأن المدعى مكذب لهم إلا إذا وفق .

قال فى البحر : ومن المخالفة المانعة ما إذا شهد بأكثر ومن فروعها دار فى يد رجلين اقتسماها وغاب أحدهما فادعى رجل على الحاضر أن له نصف هذه الدار مشاعا فشهدوا أن له النصف الذى فى يد الحاضر فهى باطلة لأنها بأكثر من المدعى به ، ولو ادعى دارا واستثنى طريق الدخول وحقوقها ومرافقها فشهدوا أنها له

. . . .

ولم يستثنوا شيئا لا تقبل وكذا لواستثنى بيتا ولم يستثنوه إلا إذا وفق ، فقال كنت بعت هذا البيت منها فتقبل كذا فى فتح القدير ، ومن أمثلة كون المشهود به أقل ما فى الخلاصة ، ادعى النقرة الجيدة وبين الوزن فشهدوا على النقرة والوزن ولم يذكروا جيدة أورديئة أو وسطا تقبل ويقضى بالردىء بخلاف ما إذا ادعى قفيز دقيق مع النخالة فشهدوا من غير نخالة أو منخولا فشهدوا على غير المنخول لاتقبل اه مع أنهم شهدوا بأقل فيما إذا شهدوا به غير منخول. والدعوى بالمنخول بدليل عكسه ادعى الإتلاف وشهدوا بقبضه تقبل ولو ادعى أنه قبض منى كذا درهما بغير حق وشهدوا أنه قبضه بجهة الربا تقبل ولو ادعى الغصب وشهدوا بقبضه بجهة الربا لا تقبل إذ الغصب قبض بلا إذن والقبض بجهة الربا قبض بإذن ولو ادعى أنه غصب منه وشهدا أنه ملك المدعى وفى يده أى يد المدعى عليه بغير حق لا تقبل لاعلى الملك لأنهما لم يقولا غصبه منه ولا على الغصب لأنهما شهدا أنه بيده بغير حق ويجوز أن يكون بيده بغير حق لا من جهة المدعى بأنه غصبه من غير المدعى لا منه اه .

أقول : وهذا يدفع تنظير صاحب جامع الفصولين فى تعليل المسئلة وقوله : أن هذا الاختلاف لا يمنع قبول الشهادة لأنهما شهدا بأقل مما ادعى إذ فى دعوى الغصب منه دعوى أنه بيده بغير حق مع زيادة دعوى الفعل فينبغى أن يقبل مع أن عدم القبول فى أمثاله يفضى إلى التضييق وتضييع كثير من الحقوق والحرج مدفوع شرعا اه فتدبر ثم قال فى البحر ادعى أنه قبض من مالى كذا قبضا موجبا للرد وشهدا أنه قبضه ولم يشهدا أنه قبض قبضا موجبا للرد يقبل فى أصل القبض فيجب رده ولو شهدا أنه أقر بقبضه ، ينبغى أن تقبل قياسا على الغصب ادعى أنه أهلك أقمشتى كذا وعليه قيمتها وشهدا أنه باع وسلم لفلان يقبل لأنه إهلاك ولو ذكرا بيعا لاتسليما لايكون شهادة بإهلاك ، ثم قال : ادعى شراء منه فشهدا بشراء من وكيله ترد وكذا لو شهدا أن فلانا باع وهذا المدعى عليه أجاز بيعه ، ثم قال : ادعى أن مولاى أعتقنى وشهدا أنه حر ترد لأنه يدعى حرية عارضة ، وشهدا بحرية مطلقة فيصرف إلى حرية الأصل : وهى زائدة على ما ادعاه ، وقيل : تقبل لأنهما لما شهدا أنه حر شهد بنفس الحرية قال : والأمة لو ادعت أن فلانا أعتقنى وشهدا أنها حرة تقبل إذ الدعوى ليست بشرط هنا فعلى هذ ينبغى أن يكون الخلاف المذكور فى القن على قول أبى حنيفة أما على قولهما : ينبغى أن يقبل فى القن رواية واحدة كما فى الأمة إذ الدعوى ليست بشرط فى القن عندهما كالأمة ، ولو ادعى حرية الأصل وشهدا أن فلانا حرره قيل ترد وقيل تقبل لأنهما شهدا بأقل مما ادعاه انتهى وبه علم أن المطابقة بين الدعوى والشهادة إنما هى شرط فيما كانت الدعوى فيه شرطا وإلا فلا ولذا لو ادعت الطلاق فشهدا بالخلع تقبل كما سيأتى .

والحاصل أنهم إذا شهدوا بأقل مما ادعى تقبل بلا توفيق اه .

وسنذكر تتمة الكلام على ذلك فى مسئلة دعوى النتاج إن شاء الله تعالى وإن كان بأكثر لم تقبل إلا إذا وفق ، فلو ادعى ألفا فشهدا بألف وخمسمائة فقال المدعى كان لى عليه ألف وخمسمائة إلا أنى أبرأته من خمسمائة أو قال : استوفيت منه خمسمائة ولم يعلم به الشهود يقبل ، وكذا فى الألف والألفين ولا يحتاج إلى إثبات التوفيق بالبينة لأن الشىء إنما يحتاج إلى إثباته بالبينة إذا كان سببا لايتم بدونه ولاينفرد بإثباته كما إذا ادعى الملك بالشراء فشهد الشهود بالهبة فإن ثمة يحتاج إلى إثباته بالبينة أما الإبراء فيتم به وحده ، ولو أقر بالاستيفاء يصح إقراره ، ولايحتاج

إلى إثباته لكن لابد من دعوى التوفيق هنا استحسانا والقياس أن التوفيق إذا كان ممكنا يحمل عليه ، وأن لم يدع التوفيق تصحيحاللشهادة وصيانة لكلامه وجه الاستحسان أنالمخالفة بين الدعوىوالشهادة ثابتة صورة، فإن كان التوفيق مرادا تزول المخالفة ، وإن لم يكن التوفيق مرادا لا تزول بالشك ، فإذا ادعى التوفيق ثبت التوفيق وزالت المخالفة وذكر الشيخ الإمام المعروف بخواهر زاده أن محمدا شرط فى بعض المواضع دعوى الوفيق ، ولم يشترط فى البعض ، وذاك محمول على ما إذا ادعى التوفيق أوذاك جواب القياس فلا بد من دعوى التوفيق فلو قال المدعى ما كان لى عليه إلا ألف درهم فقط لا تقبل شهادتهم كذا فى الخانية ، ولا فرق فى كون المشهود به أقل بين أن يكون فى الدين أو فى العين ، فلو ادعى كل الدار فشهدا بنصفها قضى بالنصف من غير توفيق كذا فى الخانية ، وأشار المؤلف رحمه الله تعالى إلى أن المدعى إذا أكذب شهوده فى جميع ماشهدوا به له أو بعضه بطلت شهادتهم إما لأنه تفسيق للشاهد أو لأن الشهادة لا تقبل بدون الدعوى ، فلو شهد الشهود بدار لرجل فقالوا هذا البيت من هذه الدار لفلان رجل آخر غير المدعى فقال المدعى ليس هو لى فقد أكذب شهوده وإن قال هذا قبل القضاء لا يقضى له ولا لفلان بشىء فإن كان بعد القضاء ، فقال هذا البيت لم يكن لى إنما هو لفلان ، قال أبو يوسف : أجزت إقراره لفلان ، وجعلت له البيت وأرد ما بقى من الدار على المقضى عليه ويضمن قيمة البيت للمشهود عليه ولأبى يوسف قول آخر أنه يضمن قيمة البيت للمشهود عليه ويكون ما بقى من الدار للمشهود له كذا فى الخانية .

ثم اعلم أن المدعى إذا كذب شهوده إنما ترد شهادتهم إذا كذبهم فيما وقعت الدعوى به أما إذا صدقهم فيها وكذبهم فى شىء زادوه فإنها تقبل له فيما ادعاه إن لم يدعه المدعى عليه يعنى إن لم يدع الزائد لا ما ادعاه المدعى وعلى هذا قال فىالخانية : شهدا لرجل أن فلانا غصب عبده ولكن قد رده عليه بعده فمات عند مولاه فقال المغصوب منه لم يرده علىّ وانما مات عند الغاصب وقال المشهود عليه : ما غصبته عبدا ولارددته عليه وما كان من هذا من شىء قال إذا لم يدع شهادتهما ضمنته القيمة كذا لو شهدا أنه غصبه عبدا له فجاء مولاه قتله عند الغاصب فقال المغصوب منه ما قتله ولكنه قد غصبته ومات عنده وقال المشهود عليه ما غصبته عبدا ولا قتل هذا المدعى عبدا له فى يدى كان عليه قيمته ، وكذا لو شهدا أن لهذا علىّ هذا ألف درهم ولكنه قد أبرأه منها وقال المدعى ما أبرأته عن شىء وقال المشهود عليه ما كان له علىّ شىء ولا أبرأنى عن شىء . قال : إذا لم يدّع شهادتهما على البراءة قضيت عليه بألف اه .

ثم اعلم أن المدعى إذا تكلم بكلام يحتمل أن يكون تكذيبا ، فإن كان قبل القضاء لا يقضى له ، وإن كان بعده لم يبطل إلا أن يكون تكذيبا للشاهد قطعا ، فلو قضى له بالدار بالبينة فأقر أنها لرجل غير المقضىّ عليه لا حق للمدعى فيها وصدقه فلان أو كذبه لم يبطل القضاء ، لا حتمال النفى من الأصل واحتمال أنه ملكها إياه بعد القضاء ، وإن كان فى مجلس القضاء فلا يبطل بالشك ، فلو قال بعد القضاءهى لفلان لم تكن لى قط ، فإن بدأ بالإقرار وثنى بالنفى أو عكسه ، فإن صدّقه المقرله فى الجميع بطل القضاء ويردّ على المقضى عليه ولا شىء للمقرله ، وإن كذبه فى النفى وصدقه فى الإقرار كانت للمقرله وضمن المقر قيمة الدار للمقضى عليه سواء بدأ بالإقرار أو بالنفى ، كذا ذكر فى الجامع . قالوا : هذا إن بدأ بالنفى وثنى بالإقرار موصولا ، أما إن كان مفصولا لم تصح ، وتمامه فى الخانية ، بخلاف المقرله إذا قال هى لفلان ما كان لى قط لأن ثمة لا منازع للثالث فيسلم وهنا المقضى عليه ينازعه ، كذا فى التلخيص .

ومنها أن الملك المطلق أزيد من المقيد لثبوته من الأصل والملك بالسبب مقتصر على وقت السبب .

وفى المحيط البرهانى : قضى له بالدار ببنائها ببينة ثم قال ليس البناء لى وإنما هو للمدعى عليه بطل القضاء لأنه إكذاب للشاهد ، بخلاف ما إذا قال البناء له فليس بإكذاب هكذا فى الأقضية ،وفرق بين ما إذا ذكروا البناء فى شهادتهم فيكون إكذابا أولا فلا فى شهادات الأصل . وإذا ذكروه فلا فرق بين النفى والإثبات فقط فى كونه تكذيبا ؟ ولو ادعى قدرا وبرهن عليه ثم أقر بقبض بعضه ، فإن أقر بما يدل على قبضه قبل الدعوى والبينة فهو تكذيب لشهوده وإلا فلا ، ولو ادعى أربعمائة درهم وقضى له ببينة ثم أقر أن للمدعى عليه مائة سقط عنه مائة اتفاقا ، وهل تسقط الثلثمائة : قولان فى المحيط وغيره ، والفتوى على عدمه كما فى الملتقط .

وفى المحيط : شهدا له على رجل بألف وعلى آخر بمائة فصدقهم فى الأول وكذبهم فى الثانى بطلتا ، وكذا لو شهدا بغصب ثوبين فصدقهما فى أحدهما وكذبهما فى الآخر بطلت فيهما ، ولو قضى لثلاثة بميراث عن أبيهم ثم قال أحدهم مالى فيه حق وإنما هو لأخوى كان الكل لهما ، فإن قال لم يكن لى فيه حق وإنما هو لهما بطلت حصته عن المقضى عليه ؛ ولو ادعى أنه أوصى له بألف درهم وبرهن ثم ادعى أنه ابن الموصى ولم يبرهن فله الأقل من الميراث ومن الألف . وقال محمد : الوصية باطلة ولا شىء له اه .

وفى البزازية : ادعى المديون الإيفاء فشهدا على إبراء الدائن أو على أنه حلله تقبل ، كما لو ادعى الغصب فشهدا بالإقرار به تقبل .

ادعى الكفيل بالأمر الإيفاء وشهدا على البراءة تقبل ، ووضع المسئلة على الإيفاء ليعلم أن الإيفاء غير مقتصر عليه ، ولهذا لا يرجع الكفيل على الأصيل ويرجع الطالب على الأصيل كأنه إبراء الكفيل وإبراء الكفيل لا يوجب إبراء الأصيل ، وإنما ذكره ليؤذن أن المقضى به براءة الكفيل لا الإيفاء ، وهذا لأن دعوى الكفيل تضمن البراءة مع تمكنه بالرجوع على الأصيل وشاهداه شهدا على القطع ببعض دعواه فيقبل فى ذلك لا فى الزائد اه .

وفى السراجية : ادعى عشرة آلاف درهم فشهدا له بمبلغ عشرة آلاف درهم لم تقبل لأن مبلغ هذا المال مال آخر .

شهدا على دعوى أرض أنها خمسة مكاييل وأصابا فى بيان حدودها وأخطآ فى المقدار قبلت اه . وفى عرفنا المبلغ هو القدر فإنهم يقولون قبض مبلغ كذا : أى قدر كذا لا مال آخر فينبغى أن تقبل الشهادة فى عرفنا .

ادعت على زوجها أنه وكل وكيلا فطلقنى وشهدا أنه طلقها بنفسه يقع الطلاق .

ادعت الطلاق وشهدا بالخلع تسمع لأن وجه التوفيق ممكن ؛ ولو ادعى المديون الإبراء وشهدوا أن المدعى صالح المدعى عليه بمال معلوم تقبل شهادتهم إن كان الصلح بجنس الحق لحصول الإبراء عن البعض بالاستيفاء وعن البعض بالإسقاط .

ادعت أنها اشترت هذه الجارية من زوجها بمهرها وشهدوا أن زوجها أعطاها مهرها من غير أن يجرى البيع بينهما تقبل اه (قوله ومنها أن الملك المطلق الخ) هذا من فروع الذى قبله لا أصل مستقل ط . قيل وكان الظاهر إرجاع هذا الأصل إلى أصل قبله كما هو المتضح من تعليل قوله وبعكسه لا اه وأيضا الظاهر أن هذا وما قبله يرجعان إلى موافقة الشهادة للدعوى وعدمها لما أنهما متفرعان عليها كما فى البدائع ، بل التحقيق فيه أن كليهما نوعا عدم الموافقة بينهما فلا يناسب إرجاع أحدهما للآخر كما لم يناسب إرجاعهما لذلك تدبر (قوله لثبوته)

ومنها موافقة الشهادتين لفظا ومعنى وموافقة الشهادة الدعوى معنى فقط وسيتضح . (تقدم الدعوى فى حقوق العباد شرط قبولها) لتوقفها على مطالبتهم ولو بالتوكيل ، بخلاف حقوق الله تعالى لوجوب إقامتها على كل أحد فكل أحد خصم فكأن الدعوى موجودة

أى المطلق من الأصل أى غير مقيد بوقت بقرينة المقابلة فكأنه نتاج (قوله لفظا ومعنى) واختلاف لفظهما الذى لا يوجب اختلاف المعنى لا يضر منح كالنكاح والتزويج والهبة والعطية (قوله معنى فقط) كما إذا ادعى غصبا فشهدا بإقراره به تقبل ، وكما لو ادعى دارا فشهدا بلفظ البيت تكفى فى عرف من يطلقه على الدار وهو الأشبه والأظهر هندية .

قال فى الخانية : ولو ادعى أنه اشترى الأمة منه بعبد منذ شهر ثم جاء بشهود فشهدوا أنه اشتراها منه منذ سنة أو قبل ذلك لا تقبل لمكان التناقض إلا أن يوفق فيقول اشتريتها منه منذ سنة كما شهد به الشهود ثم بعتها ثم اشتريتها منذ شهر ، فإذا وفق على هذا الوجه أو شهد الشهود بالبيع والشراء بعد ذلك يصح التوفيق ويقضى له اه وفى ذلك نظر لأنه صار مدعيا بالأخير وهما شهدا بالأول إلا إذا أعاد الشهادة بالإطلاق وربما أشار لذلك بقوله بعد ذلك .

وفى البزازية : ادعى الشراء منذ شهرين فشهدا بالشراء منذ شهر قبلت وبقلبه لا (قوله تقدم الدعوى فى حقوق العباد شرط قبولها) فيه إشارة إلى أن مالا يشترط فيه الدعوى لا يضر فيه مخالفتها للشهادة اه أى لأن الشهادة حيث قبلت بلا دعوى فوجود المخالفة كلا وجود .

وفى جامع الفتاوى : ادعت على زوجها أنه وكل وكيلا على الطلاق فطلقنى فشهد الشهود أنه طلقها بنفسه يقع الطلاق .

قال فى العناية : الشهادة إذا وافقت الدعوى قبلت وإن خالفتها لم تقبل ، قد عرفت معنى الشهادة فأعلم أن الدعوى هى مطالبة حق فى مجلس من له الخلاص عند ثبوته ، وموافقتها هو أن يتحدا نوعا وكما وكيفا ومكانا وزمانا وفعلا وانفعالا ووصفا وملكا ونسبة ، فإنه إذا ادعى على آخر عشرة دنانير وشهد الشاهد بعشرة دراهم ، أو ادعى عشرة دراهم وشهد بثلاثين ، أو ادعى سرقة ثوب أحمر وشهد بأبيض ، أو ادعى أنه قتل وليه يوم النحر بالكوفة وشهد بذلك يوم الفطر بالبصرة ، أو ادعى شق زقه وإتلاف ما فيه به وشهد بانشقاقه عنده ، أو ادعى عقارا بالجانب الشرقى من ملك فلان وشهد بالغربى منه ، أو ادعى أنه ملكه وشهد أنه ملك ولده ، أو ادعى أنه عبده ولدته الجارية الفلانية وشهد بولادة غيرها لم تكن الشهادة موافقة للدعوى . وأما الموافقة بين لفظيهما فليست بشرط ، ألا ترى أن المدعى يقول ادعى على غريمى هذا والشاهد يقول أشهد بذلك ، واستدل المصنف رحمه الله تعالى على ذلك بقوله لأن تقدم الدعوى فى حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما توافقها وانعدمت فيما تخالفها ، أما تقدمها فيما شرط لقبولها فلأن القاضى نصب لفصل الخصومات فلا بد منها ، ولا نعنى بالخصومة إلا الدعوى . وأما وجودها عند الموافقة فلعدم ما يهدرها من التكذيب . وأما عدمها عند المخالفة فلوجود ذلك لأن الشهادة لتصديق الدعوى ، فإذا خالفتها فقد كذبتها فصار وجودها وعدمها سواء . وفيه بحث من وجهين .

أحدهما أنه قال تقدم الدعوى شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما توافقها وهو مسلم ، ولكن وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط .

(فإذا وافقتها) أى وافقت الشهادة الدعوى (قبلت وإلا) توافقها (لا) تقبل

والثانى أنه عند المخالفة تعارض كلام المدعى والشاهد فما المرجح لصدق الشاهد حتى اعتبر دون كلام المدعى ؟ والجواب عن الأول أن علة قبول الشهادة التزام الحاكم سماعها عند صحتها وتقدم الدعوى شرط ذلك ، فإذا وجد فقد انتفى المانع فوجب القبول بوجود العلة وانتفاء المانع لا أن وجود الشرط استلزم وجوده . وعن الثانى بأن الأصل فى الشهود العدالة لا سيما على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ، ولا يشترط عدالة المدعى لصحة دعواه فرجحنا جانب الشهود عملا بالأصل اه .

قال فى الحواشى السعدية : أما وجودها عند الموافقة فظاهر ، وأما عدمها عند المخالفة فكذلك لظهور أن ليس المراد من تقدم الدعوى تقدم أية دعوى كانت بل تقدم دعوى ما يشهد به الشهود وتمامه فيها (قوله فإذا وافقتها قبلت) أى وافقتها معنى ، وصدّر الباب بهذه المسألة مع أنها ليست من الاختلاف فى الشهادة لكونها كالدليل لوجوب اتفاق الشاهدين ، ألا ترى أنهما لو اختلفا لزم اختلاف الدعوى والشهادة كما لايخفى على من له أدنى بصيرة سعدية .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : وبه ظهر وجه جعل ذلك من الأصول .

ثم إن التفريع على ما قباه مشعر بما قاله فى البحر من أن اشتراط المطابقة بين الدعوى والشهادة إنما هو فيما إذا كانت الدعوى شرطا فيه وتبعه فى تنوير البصائر وهوظاهر لأن تقدم الدعوى إذا لم يكن شرطا كان وجودها كعدمها فلا يضر عدم التوافق. ثم إن تفريعه على ماقبله لاينافى كونه أصلا لشيء آخر وهو الاختلاف فى الشهادة فافهم ، وبما تقرر اندفع ما فى الشرنبلالية من أن قوله منها أن الشهادة على حقوق العبد الخ ليس من هذا الباب لأنه فى الاختلاف فى الشهادة لا فى قبولها وعدمه فتدبر اه (قوله قبلت) كما إذا ادعى ألفا قرضا فشهدا به تقبل لإمكان القضاء (قوله وإلا توافقها لا تقبل) بأن ادعى قرضا وشهدا بثمن متاع لا تقبل لأنها خالفت فلم يمكن القضاء بها وذلك أن الشهادة لأجل تصديق الدعوى فإذا خالفتها فقد كذبتها والدعوى الكاذبة لاتعتبر فانعدم الشرط وهو تقدم الدعــوى فلم يحكم بها عينى ، ولا تنس ما قدمناه قريبا عن العناية من معنى موافقتها إياها .

قال فى فصول الاستروشنى من الفصل الخامس عشر : لو ادعى الغصب وشهد أحدهما أنه أداه والآخر على الإقرار بالغصب لاتقبل . وإذا اشترى جارية ثم وجد بها عيبا وأراد أن يردها على البائع فأنكر البائع أن يكون باعها بهذا العيب فشهد أحد الشاهدين أنه اشترى هذه الجارية وهذا العيب بها وشهد الآخر على إقرار البائع لم تجز هذه الشهادة لأنهما شهدا على أمرين مختلفين اهـ .

وفى الخلاصة من الفصل الرابع عن الفتاوى الصغرى : إذا اختلف الشاهدان لا يخلو عن ثلاثة أوجه : إما فى زمان أو مكان أو إنشاء وإقرار ، وكل منها لا يخلو عن أربعة أوجه : إما فى الفعل أو فى القول أو فى فعل ملحق بالقول أو عكسه . أما الفعل كغصب وثبوت نسب لأنه يكون بالولادة وهى فعل فيمنع قبول الشهادة فى الوجوه الثلاثة . وأما القول المحض كبيع أو رهن فلا يمنع قبولها مطلقا . وأما الفعل الملحق بالقول وهو القرض فلا يمنع . وأما عكسه كنكاح فإنه يمنع اه

قال فى البحر عن الكافى : وإذا اختلف الشاهدان فى الزمان أو المكان فى البيع والشراء والطلاق والعتق والوكالة والوصية والرهن والدين والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والقذف تقبل ، وإن اختلفا فى الجناية

وهذا أحد الأصول المتقدمة (فلو إدعى ملكا مطلقا فشهدبه بسبب) كشراء أو إرث (قبلت) لكونها بالأقل مما ادعى فتطابقا معنى كما مر (وعكسه) لا

والغصب والقتل والنكاح لا تقبل ، والأصل أن المشهود به إذا كان قولا كالبيع ونحوه ، فاختلاف الشاهدين فيه فى الزمان أو المكان لا يمنع قبول الشهادة لأن القول مما يعاد ويكرر ، وإن المشهود به فعلا كالغصب ونحوه أو قولا لكن الفعل شرط صحتها كالنكاح فإنه قول وحضور الشاهدين فعل وهو شرط ، فاختلافهما فى الزمان والمكان يمنع القبول لأن الفعل فى زمان أو مكان غـير الفعل فى زمان أو مكان آخر فاختلف المشهود به اه .

وفى الأقضية : وإذا شهد الشاهدان على إقرار رجل بدين أو إبراء من مال أو ما أشبه ذلك . واختلفا فى الزمان والمكان فالشهادة مقبولة لأن الإقرار مما يعاد ويكرر فيكون عين الأول فلم يختلف المشهود به فتقبل شهادتهما من المحيط البرهانى ف ٢١ .

فى البزازية : ولو سألها القاضي عن الزمان أو المكان فقالا لانعلم تقبل لأنهما لم يكلفا به اه . وفى الفتح وغيره : ولا يكلف الشاهد إلى بيان الوقت والمكان شرح الملتقى للعلائى .

وفى التنقيح : إذا خالفت الشهادة الدعوى ثم أعيدتا تقبل ما دام فى المجلس ولم يبرح عنه وهوظاهر الرواية (قوله وهذا أحد الأصول المتقدمة) نبه عليه دون ما قبله لدفع توهم عدم أصليته بسبب كونه مفرعا على ماقبله فإنه لاتنافى كما قدمناه وإلا فما قبله أصل أيضا كما علمت فتنبه (قوله فلو ادعى ملكا مطلقا) كان الأنسب أن يفرع بقوله فلو ادعى ألفين وشهدا بألف قبلت اتفاقا لوجود التطابق معنى وهذا التفريع مشعر بما قاله فى البحر من أن اشتراط المطابقة بين الدعوى والشهادة إنما هو فيما كانت الدعوى شرطا فيه كما قدمناه قريبا (قوله بسبب) حال من الضمير المجرور العائد على الملك (قوله كشراء أو إرث) تبع فيه الكنز ، والمشهور أنه كدعوى الملك المطلق كما فى البحر ، وسيذكره الشارح بقوله قلت : فلو أسقط هنا لكان أولى حلبى (قوله قبلت الخ) توضيح المسألة كما فى الفوائد الزينية : ادعى ملكا مطلقا فشهدا بسبب وسأل القاضى المدعى هل هو لك بهذا السبب الذى شهدوا به أم بسبب آخر ، فإن قال بالسبب الذى شهدوا به تقبل وإلا لا كما فى الخلاصة وهو محمل قوله .

قال فى البحر : وأشار المؤلف إلى أنه لو ادعاه بسبب فشهدا بسبب آخر كألف من ثمن مبيع فشهدا بألف من ثمن مغصوب هالك لا تقبل كما فى الخلاصة ، هذا إذا اختلفا فيما هو المقصود فإذا اتفقا فيه كدعوى ألف كفالة عن فلان فشهدا بألف كفالة عن آخر فإنها تقبل كما فى الخلاصة أيضا ، ولو شهدا أنه أقر أنه كفله بألف عن زيد وقال الطالب نعم إنه أقر كذلك لكن كانت الكفالة عن خالد بها له أن يأخذ المال وتقبل الشهادة لاتفاقهما على المقصود فلا يضره اختلاف السبب : ولو قال الطالب : لم يقر كذلك بل أقر أنها كفالة خالد فإنها لا تقبل لأنه أكذب شهوده كذا فى البزازية ، وكما فى أسباب ملك العين كما فى البزازية أيضا . قال : والملك بسبب الهبة كالملك بالشراء ، وكذا كل ما كان عقدا فهو حادث اه فعلى هذا لو ادعى عينا بسبب شراء فشهدا بأنها ملكه بالهبة تقبل اه مع زيادة وتغيير (قوله وعكسه لا) لكن فى الخانية : ادعى دينا بسبب فشهدا بدين مطلق ، قيل لا تقبل . والصحيح أنها تقبل .

وفى البزازية : ادعى ألفا دينا فشهدا أنه دفع إليه ألفا لاندرى بأى جهة ، قيل لايقبل ، والأشبه أن يقبل به

بأن ادعى بسبب وشهدا بمطلق (لا) تقبل لكونها بالأكثر كما مر :
قلت : وهذا فى غير دعوى إرث ونتاج

قال فى البحر : ادعى دارا إرثا أو شراء فشهدا بملك مطلق لغت أى لا تقبل البينة لأنهما شهدا بأكثر مما ادعاه المدعى لأنه ادعى ملكا حادثا وهما شهدا بملك قديم وهما مختلفان فإن الملك فى المطلق يثبت من الأصل حتى يستحق المدعى بزوائده ولا كذلك فى الملك الحادث، وترجع الباعة بعضهم على بعض فصارا غيرين والتوفيق متعذر ، لأن الحادث لا يتصور أن يكون قديما ولا القديم حادثا اه .

قال فى الخانية : والملك المطلق يظهر فى حق الزوائد ، وفى رجوع الباعة بعضهم على بعض فصار كأنهم شهدوا له بالزائد قضاء فلا تقبل شهادتهم ، وأشار محمد فى الكتاب إلى معنى آخر فقال المدعى أقر بالملك لمن ادعى الشراء منه ثم ادعى الانتقال إلى نفسه بالشراء ولم يثبت الانتقال لأنهم لم يشهدوا بالانتقال فلا تقبل شهادتهم اه .

أقول : وبهذا المعنى الآخر يظهر وجه مسألة قبول الشهادة فيما لو ادعى الشراء من مجهول وشهدوا بالمطلق (قوله بأن ادعى بسبب) أى ادعى العين لا الدين بحر (قوله لكونها بالأكثر) وفيه لا تقبل إلا إذا وفق بحر (قوله قلت وهذا فى غير دعوى إرث) لأنه مساو للملك المطلق على المشهور كما قدمناه .

قال فى البحر : وقد جعل المؤلف رحمه الله تعالى دعوى الإرث كدعوى الشراء ، والمشهور أنه كدعوى المطلق كذا فى فتح القدير وجزم به فى البزازية اه .

أقول : وكذا جزم به فى الخلاصة ، وقيد بالدار للاحتراز عن الدين فإن فيه اختلافا .

وفى فتح القدير : لو ادعى الدين بسبب القرض فشهدا بمطلق لا تقبل . وفى المحيط ما يدل على القبول . وعندى الوجه القبول لأن أولوية الدين لا معنى له بخلاف العين اه .

قال الرملى قال فى التتارخانية ناقلا عن المحيط : ولو ادعى على رجل ألف درهم وقال خمسمائة منها ثمن عبد اشتراه منى وقبضه وخمسمائة منها ثمن متاع اشتراه منى وقبضه وشهد الشهود له بالخمسمائة مطلقا قبلت الشهادة على الخمسمائة ، فهذه المسألة تنصيص على أن المدعى إذا ادعى الدين بسبب وشهدا الشهود مطلقا أنه تقبل على الدين ، وبه كان يفتى الشيخ الإمام ظهير الدين المرغينانى ، والمسألة مرت من قبل اه وهو ما تفقه به فى فتح القدير اه .

قلت : وفى نور العين : وقيل تقبل وهو الصحيح . والفرق بين الدين والعين أن العين تحتمل الزوائد فى الجملة ، وحكم المطلق أن يستحق بزوائده والملك بسبب بخلافه فيصير بالسبب مكذبا لشهوده بالمطلق ، بخلاف الدين لأنه لا يحتمل الزوائد فلا إكذاب فافترقا اه وهكذا حرره منلا على التركمانى فى مجموعته الكبرى (قوله ونتاج) لأن المطلق أقل منه لأنه يفيد الأولية على الاحتمال والنتاج على اليقين ، ولو ادعى النتاج وشهدا على الشراء لا تقبل إلا أن يوفق المدعى فيقول نتجت عندى ثم بعتها منه ثم اشتريتها فتقبل كما فى البحر .

وفى البحر أيضا : والحاصل أنهم إذا شهدوا بأكثر مما ادعى ، فان وفق المدعى قبلت فى المسائل كلها وإلا لا وهذا مما يجب حفظه اه .

أقول : أما قول البحر ادعى النتاج وشهدا على الشراء لا تقبل الخ لايخفى أن الشهادة على الشراء شهادة على الملك بسبب وهو أقل من النتاج فتكون شهادته بالأقل ، وقد مر أن الشهادة بأقل مما ادعى تقبل بلا توفيق

وشراء من مجهول كما بسطه الكمال .

ويظهر من كلام الخانية أن الشهادة بالأقل تقبل إذا صلح ذلك الأقل بيانا لما ادعاه فإنه ذكر أولا أنه إذا ادعى دارا فى يد رجل أنها له وشهدا أنه اشتراها من ذى اليد جازت لأن شهادتهم بالأقل مما ادعى ، وما شهدوا به يصلح بيانا لما ادعاه المدعى ؛ فإنه لو قال ملكى لأنى اشتريتها من ذى اليد يصح ويكون آخر كلامه بيانا للأول ، بخلاف ما إذا ادعى أولا النتاج وشهد بالشراء من ذى اليد لا تقبل إلا أن يوفق وإلا فلا ، لأن دعوى النتاج على ذى اليد لا يحتمل دعوى ملك حادث من جهته ، لأنه لو قال هذه الدابة ملكى بالنتاج من جهة ذى اليد لا يصح كلامه فلا يمكن أن يجعل آخر كلامه بيانا للأول ولا تقبل الشهادة بدون التوفيق اهـ فتأمل .

وفى نور العين : ولو ادعاه نتاجا فشهدا بمطلق تقبل لا فى عكسه ؛ لأن دعوى المطلق دعوى أولية الملك بالاحتمال وشهادة النتاج أولية الملك باليقين فقد شهدا بأكثر مما ادعاه فترد ، وهذه المسئلة تدل على أنه لو ادعى نتاجا ثم مطلقا يقبل لا عكسه ط ادعى نتاجا وشهدا بسبب ترد وفى التتار خانية عازيا للينابيع والشهادة بالنتاج بأن يشهدا بأن هذا كان يتبع هذه الناقة ولا يشترط أداء الشهادة على الولادة كما فى الهندية فى باب تحمل الشهادة (قوله وشراء من مجهول) كما لو ادعى أنه ملكه اشتراه من رجل أو من زيد ولا يعرف وشهدوا على الملك المطلق فإنها تقبل ، والظاهر المساواة للملك المطلق ، لأنه لما لم يبين البائع صار كأنه لم يذكره ، وكأنه ادعى الملك المطلق حينئذ .

قال فى نور العين : أما لو ادعى من مجهول بأن يقول شريته من محمد أو أحمد فبرهن على الملك المطلق يقبل لأن أكثر ما فيه أنه أقر بالملك لبائعه : وهو لم يجز لأنه أقر لمجهول وهو باطل فكأنه لم يذكر الشراء . فش : قيل لا يقبل فى المجهول أيضا لأنهم شهدوا بأكثر مما يدعيه اهـ .

قال فى البحر . وترك المؤلف رحمه الله تعالى شرطين فى دعوى الشراء :

الأول : أن يدعيه من رجل معروف بأن يقول ملكى اشتريته من فلان وذكر شرائط المعرفة أما إذا قال ملكى اشتريته من رجل أو قال من محمد والشهود شهدوا على الملك المطلق يقبل كذا فى الخلاصة .

الثانى : أن لا يدعى القبض مع الشراء ؛ فإن ادعاهما فشهدوا على المطلق تقبل . وحكى فى الفتح خلافا : قيل تقبل لأن دعوى الشراء مع القبض دعوى مطلق الملك حتى لا يشترط لصحة هذه الدعوى تعيين العبد ، وقيل لا لأن دعوى الشراء معتبرة فى نفسها لا كالمطلق ألا ترى أنه لا يقضى له بالزوائد فى ذلك وقيد بما يكون له أسباب متعددة للاحتراز عما إذا كان للملك سبب واحد فشهدوا بالمطلق تقبل كما لو ادعى أنها امرأته بسبب أنه تزوجها بكذا فشهدوا أنها منكوحته ولم يذكروا أنه تزوجها تقبل ويقضى بمهر المثل إذا كان بقدر المسمى أو أقل فإن زاد على المسمى لا يقضى بالزيادة كذا فى الخلاصة وأشار المؤلف إلى أن الملك المؤرخ أقوى منه بلا تاريخ فلو أرخ فى دعوى الملك وأطلق شهوده لا تقبل وفى عكسه المختار القبول كما فى الخلاصة ولو ادعى الشراء وأرخه فشهدوا له بلا تاريخ تقبل لأنه أقل وعلى القلب لا تقبل ولو كان للشراء شهران فارخوا شهرا تقبل وعلى القلب لاتقبل كذا فى فتح القدير اهـ .

أقول : وذكره فى الخلاصة أيضا وانظر ما الفرق بينه وبين ما قبله والذى ظهر لى أن الشهادة بالملك المطلق بدون تاريخ أقوى منه بعد دعواه مؤرخا لأنه بدون تاريخ محتمل الأولوية فى الشهادة به زيادة قال فى البحر ومثله شراء مع دعوى قبض فإذا ادعاهما فشهدا على المطلق تقبل اهـ .

واستثنى فى البحر ثلاثةوعشرين ، وكذا تجب مطابقة الشهادتين لفظا ومعنى إلا فى اثنين وأربعين مسألة مبسوطة فى البحر ،

أقول : لعل وجهه أن شهادة الشهود فى الملك المطلق إنما تبنى على مشاهدة اليد زمانا بحيث يقع فى قلبهم أنه ملكه وهذا لا يتأتى إلا بعد القبض فإن شهدوا ولم يدع القبض يكون مكذبا بالشهود تأمل (قوله واستثنى فى البحر ثلاثة وعشرين) الأولى تقديم هذا عند قول المصنف فإذا وافقتها قبلت وإلا لا كما فعل صاحب البحر وقال فى بيانها ادعى المديون الإيفاء فشهدا على إبراء الدين أو على أنه حلله يقبل الثانية .

ادعى : الغصب فشهدا بالإقرار به تقبل الثالثة.

ادعى : الكفيل الإيفاء وشهدا على البراءة تقبل ولا يرجع الكفيل على الأصيل ويرجع الطالب على الأصيل كأنه أبرأ الكفيل وإبراء الكفيل لا يوجب إبراء الأصيل الرابعة .

ادعى : عشرة آلاف فشهدوا له بمبلغ عشرة آلاف تقبل لأن المبلغ فى عرفنا هو القدر فإنهم يقولون قبضت مبلغ كذا أى قدره الخامسة .

ادعت : على زوجها أنه وكل وكيلا فطلقها وشهدا أنه طلقها بنفسه تقبل السادسة

ادعت : الطلاق فشهدا بالخلع تقبل لأن وجه التوفيق ممكن السابعة .

إدعى : المديون الإبراء وشهدوا أن المدعى صالح المدعى عليه بمال معلوم تقبل إن كان الصلح بجنس الحق لحصول الإبراء عن البعض بالإسقاط الثامنة .

ادعى : عليه خمسة دنانير بوزن سمرقند وشهدوا بها بوزن مكة تقبل أن تساوى الوزنان أو وزن مكة أقل لا أكثر التاسعة .

ادعت : أنها اشترت هذه الجارية من زوجها بمهرها وشهدا أن زوجها عطاها إياها مهرها من غير أن يجرى العقد بينهما تقبل العاشرة.

ادعى : المديون الإيصال إلى الدائن متفرقا وشهد شهوده بالإيصال مطلقا أو جملة لا تقبل فالمستثنى ثلاثة عشر قلت إنما يكون من ذلك بحذف لا من الأخيرتين لكن ما يأتى فى الفروع صريح فى ذكر لا قال وسيأتى قريبا ثمانية ذكرت منها أربعة عند قوله وكذا فى كل قول جمع مع فعل والأربعة الباقية هو الإيداع والغصب والعارية والديون الثانية والعشرون الشراء من مجهول المذكورة فى الشرح الثالثة والعشرون إذا ادعى القبض مع الشراء فشهدا على الملك المطلق تقبل اهـ .

ثم اعلم أنه فى الحقيقة لا استثناء لأن المخالفة المانعة أن يكون المشهود به أكثر فى كل صورة قالوا بالمنع إنما هو لكونه أكثر من المدعى وفى كل موضع قالوا بالقبول مع صورة المخالفة فإنما هو لكون المشهود به أقل أو كان ذلك فى عتق الجارية وطلاق المرأة يعرف ذلك بالتأمل فى كلامهم (قوله وكذا تجب مطابقة الشهادتين لفظا ومعنى) أى عند أبى حنيفة ويكفى عندهما الاتفاق بالمعنى والمراد باتفاقهما لفظا تطابق لفظيهما على إفادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن فلو ادعى على آخر مائة درهم فشهد واحد بدرهم وآخر بدرهمين وآخر بثلاثة وآخر بأربعة وآخر بخمسة لم تقبل عنده فى شىء لعدم الموافقة لفظا وعندهما يقضى بأربعة وكذا إن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل عنده ، وعندهما تقبل على الألف إذا كان المدعى يدعى ألفين ويأتى تمامه قريبا (قوله إلا فى اثنين وأربعين مسئلة الخ) أقول قد وجد فى كثير من النسخ زيادة عقيب الوقف عد فيها هذه عن الزواهر سردا ومع ذلك فهى خالية عن الأربعة المذكورة ههنا شرحا أعنى ما لو شهد أحدهما ببيع أو قرض

. . . .

أو طلاق أو عتاق والآخر بالإقرار به وأحببت ذكرها هنا لفائدة لا تخفى قال فى البحر وخرج عن ظاهر قول الإمام مسائل وإن أمكن رجوعها إليه فى الحقيقة .

الأولى : شهد أحدهما أن له عليه ألف درهم وشهد الآخر أنه أقر له بألف درهم تقبل اهـ كذا فى العمدة وهذا قول أبى يوسف ورجحه الصدر ، وقالا لا تقبل ومثلها كما فى خزانة الأكمل إذا شهد أحدهما بالطلاق والآخر بالإقرار به وزاد فى الولوالجية ما لو شهد أحدهما على قرض مائة درهم والآخر على الإقرار بذلك ط .

الثانية : ادعى كرحنطة فشهد أحدهما بأنها جيدة والآخر رديئة والدعوى بالأفضل يقضى بالأقل .

الثالثة : ادعى مائة دينار فقال أحدهما نيسابورية والآخرة بخارية والمدعى يدعى النيسابورية وهو أجود يقضى بالبخارية بلا خلاف ينقل ، ومثله ما لو شهد أحدهما بألف بيض والآخر بألف سود والمدعى يدعى الأفضل تقبل على الأقل . ووجهه فى المسائل الثلاث أنهما اتفقا على الكمية وانفرد أحدهما بزيادة وصف ، ولو كان المدعى يدعى الأقل لا تقبل إلا أن وفق بالإبراء وتمامه فى فتح القدير .

الرابعة : مسئلة الهبة والعطية : أى لو اختلف الشاهدان فقال أحدهما وهبه والثانى أعطاه ، ولا يشترط فى الموافقة لفظا أن يكون بعين ذلك بل إما بعينه أو مرادفه ، حتى لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية يقبل كما نقله سيدى الوالد رحمه الله تعالى ، وحينئذ لا وجه للاستثناء ، لكن ما قدمناه أول المستثنيات من كلام البحر ، وقد خرج عن ظاهر قول الإمام الخ ، وحينئذ فالاستثناء مبنى على ظاهر قول الإمام لا على ما هو التحقيق فى المقام كما أفاده الحموى .

الخامسة : مسألة النكاح والتزويج وقدمناهما أى لو اختلفا فى لفظ النكاح والتزويج وفيها ما تقدم فى التى قبلها .

السادسة : شهد أحدهما أنه جعلها صدقة موقوفة أبدا على أن لزيد ثلث غلتها وشهد آخر أن لزيد نصفها تقبل على الثلث والباقى للمساكين كذا فى أوقاف الخصاف ، وهكذا الحكم لو شهد أحدهما بالكل والآخر بالنصف فإنه يقضى بالنصف المتفق عليه حموى ، ومحله ما إذا كان المدعى يدعى الأكثر ، ولا فرق بين كون المدعى عليه يقر بالوقف وينكر الاستحقاق أو ينكرهما وأقيمت البينة بما ذكر ط .

السابعة : ادعى أنه باع بيع الوفاء فشهد أحدهما به والآخر أن المشترى أقر بذلك تقبل كما فى الفتح لأن فى البيع يتحد لفظ الإنشاء ولفظ الإقرار ولا خصوصية لبيع الوفاء ولا للبيع بل كل قول كذلك ، فإذا شهد أحدهما بالبيع والآخر بالإقرار به تقبل كما فى جامع الفصولين بخلاف الفعل كما فيه أيضا والنكاح كالفعل اهـ .

الثامنة : شهد أحدهما أنها جاريته والآخر أنها كانت له تقبل كما فى الفتح أيضا لأن الأصل بقاء ما كان على ما عليه كان .

التاسعة : ادعى ألفا مطلقا اى غير مقيد بقرض ولا وديعة فشهد أحدهما على إقراره بألف قرض والآخر بألف وديعة تقبل ، فإن ادعى أحد الألفين لا تقبل لأنه أكذب شاهده كذا فى البزازية ، بخلاف ما إذا شهد أحدهما بألف قرض والآخر بألف وديعة فإنها لا تقبل ، ولعل وجهه أن القرض فعل والإيداع فعل آخر ، بخلاف الشهادة على الإقرار بالقرض والإقرار بالوديعة ، فإن الإقرار بكل منهما قول وهو جنس واحد والمقر به وإن كان جنسين لكن الوديعة مضمونة عند الإنكار ، والشهادة إنما قامت بعد الإنكار فكانت شهادة كل منهما قائمة

. . . .

على إقراره بما يوجب الضمان تأمل. ثم رأيت فى البزازية علل بقوله لإتفاقهما على أنه وصل إليه منه الألف وقد جحد فصار ضامنا .

العاشرة : ادعى الإبراء فشهد أحدهما به والآخر على أنه وهبه أو تصدق عليه أو حلله جاز بخلاف ما إذا شهد أحدهما على الهبة والآخر على الصدقة لاتقبل كذا فى البزازية .

الحادية عشرة : ادعى الهبة أى أن الدائن وهبه فشهد أحدهما بالبراءة والآخر بالهبة أو أنه حلله جاز .

الثانية عشرة : ادعى الكفيل الهبة فشهد أحدهما بها والآخر بالإبراء جاز ويثبت الإبراء لا الهبة لأنه أقلهما فلا يرجع الكفيل على الأصيل وهما فى البزازية أى لأن إبراء الطالب للكفيل لايوجب رجوع الكفيل على الأصيل بخلاف هبة الطالب الكفيل فافهم .

الثالثة عشرة : ادعى رجل عبدا فى يد رجل فأنكره المدعى عليه فشهد أحدهما على إقراره أنه أخذ منه العبد والآخر على إقراره بأنه أودعه منه هذا العبد تقبل لإتفاقهما على الإقرار بالأخذ .

الرابعة عشرة : شهد أحدهما أنه غصبه منه والآخر أن فلانا أودعه منه هذا العبد يقضى للمدعى ولا يقبل من المدعى عليه ببينة بعده لأن الشاهدين شهدا على الإقرار بالأخذ لكن بحكم الوديعة أو الأخذ مفردا .

الخامسة عشرة : شهد أحدهما أنها ولدت منه والآخر أنها حبلت منه تقبل لإتفاقهما على الحبل منه وصورتها فيما لو علق طلاقها على الحبل فإن الولادة يلزمها الحبل ، فقد اتفق الشاهدان عليه ، ولا يصح تعليقها على الولادة فإن الحبلى قد لاتلد لموتها أو موت الولد فى بطنها فافهم .

السادسة عشرة : شهد أحدهما أنها ولدت ذكرا وقال الآخر أنثى تقبل كذا فى البزازية . وهذه متحدة مع التى قبلها فى التصوير ، فالأنسب أن يذكر بدلها ما فى البزازية : شهد أحدهما أنه أقر أنه غصب من فلان كذا والآخر أنه أقر بأنه أخذه منه تقبل .

السابعة عشرة : شهد أحدهما أن المدعى عليه أقر أن الدار للمدعى والآخر أنه سكن فيها تقبل أى أن المدعى سكن فيها فهى شهادة بثبوت يد المدعى عليها والأصل فى اليد الملك فقد وافق فى الأولى تأمل

الثامنة عشرة أنكر إذن عبده فشهد أحدهما على أنه أذن له فى الثياب والآخر أنه أذن له فى الطعام تقبل لأن الإذن فى نوع يعم الأنواع كلها لأنه لايتخصص بنوع كما ذكروه فى المأذون ، بخلاف ما إذا قال أحدهما أذنه صريحا وقال الآخر رآه يبيع ويشترى فسكت لايقبل .

التاسعة عشرة : اختلف شاهد الإقرار بالمال فى كونه اقر بالعربية أو بالفارسية تقبل بخلافه فى الطلاق . قال فى الأشباه : والأصح القبول فيهما .

العشرون : شهد أحدهما أنه قال لعبده انت حر وقال الآخر له آزدى تقبل لأن آزدى كلمة فارسية معناها حر .

الحادية والعشرون : قال لامرأته إن كلمت فلانا فأنت طالق فشهد أحدهما أنها كلمته غدوة والآخر عشية طلقت لأن الكلام يتكرر فيمكن أنها كلمته فى الوقتين .

الثانية والعشرون : إن طلقتك فعبدى حر فقال أحدهما طلقها اليوم وقال الاخر طلقها أمس أى فى اليوم الذى قبل يوم الشهادة لاقبل يوم التعليق يقع الطلاق والعتاق لأن المعلق عليه طلاق مستقبل .

الثالثة والعشرون : شهد أحدهما أنه طلقها ثلاثا البتة والآخر أنه طلقها ثنتين البتة يقضى بطلقتين ويملك الرجعة لأنه لايحتاج إلى قوله البتة فى ثلاث لأن الثلاث طلاق بائن فقوله البتة لغو فكأنه لم يذكره وانفرد بذكر الشاهد الثانى فصار الاختلاف بين الشاهدين فى مجرد العدد، وقد اتفقا على الثنتين فيقضى بهما وتلغو الثالثة لانفراد أحدهما كما لغا لفظ البتة لذلك فلذا كان الطلاق رجعيا فافهم . لكن الظاهر أن قبول الشهادة هنا مبنى على قول محمد لأنه فى البزازية عزاه إليه . وعند أبى حنيفة لاتقبل أصلا لما فى البحر عن الكافى شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل عنده . وعندهما تقبل على ألف إذا كان المدعى يدعى ألفين وعلى هذا المائة والمئتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث ثم ذكر فى البحر بعد ورقة مستدركا على مافى البزازية أن مافى الكافى هو المذهب .

الرابعة والعشرون : شهد أحدهما أنه أعتق بالعربى والآخر بالفارسى تقبل للاتفاق فى المعنى وهى مكررة مع المسألة العشرين .

الخامسة والعشرون : اختلفا فى مقدار المهر يقضى بالاقل كما فى البزازية ، لكن فى جامع الفصولين شهدا ببيع أو إجارة أو طلاق أو عتق على مال واختلفا فى قدر البدل لاتقبل إلا فى النكاح ويرجع فى المهر إلى مهر المثل وقالا لاتقبل فى النكاح أيضا اه .

قلت : والظاهر أن هذا فيما إذا أنكر الزوج النكاح من أصله وكذا البيع ونحوه وماذكره فى البحر فيما إذا اتفقا على النكاح واختلفا فى قدر المهر . ووجه عدم القبول فى البيع ونحوه أن العقد بألف مثلا غير العقد بألفين وكذا النكاح على قولهما وعلى قوله باستثناء النكاح أن المال فيه غير مقصود ولذا صح بدون ذكره بخلاف البيع ونحوه . وينبغى أن يكون ماذكرناه عن البحر على الخلاف المار آنفا عن الكافى :

السادسة والعشرون : شهد أحدهما أنه وكله بخصومة مع فلان فى دار سماه وشهد الآخر أنه وكله بخصومة فيه وفى شىء آخر تقبل فى دار اجتمعا عليه أى فيما اتفق عليه الشاهدان من الخصومة فى دار كذا دون مازاده الآخر إذ الوكالة تقبل التخصيص . وفيما اتفق عليه الشاهدان تثبت الوكالة لافيما تفرد به أحدهما، فلو ادعى وكالة معينة فشهد أحدهما بها والآخر بوكالة عامة ينبغى أن تثبت المعينة .

السابعة والعشرون : شهد أحدهما بأنه وقفه فى صحته والآخر بأنه وقفه فى مرضه قبلا إذا شهدا بوقف بات إلا أن حكم المرض ينتقض فيما لايخرج من الثلث وبهذا لاتمتنع الشهادة كما لو شهد أحدهما أنه وقف ثلث أرضه والآخر أنه وقف ربعها كذا فى جامع الفصولين من كتاب الوقف من أحكام المرضى . قال فى الإسعاف : ثم إن خرجت من ثلث ماله كانت كلها وقفا وإلا فبحسابه ، ولو قال أحدهما وقفها فى صحته وقال الآخر جعلها وقفا بعد وفاته لم تقبل إن خرجت من الثلث لأن الثانى شهد بأنها وصية وهما مختلفان اه .

الثامنة والعشرون : لو شهد أنه أوصى له يوم الخميس والآخر أنه أوصى له يوم الجمعة جازت لأنها كلام لاتختلف بزمان ومكان كذا فى وصايا الولوالجية .

التاسعة والعشرون : ادعى مالا فشهد أن المحتال عليه أحال غريمه بهذا المال وشهد الآخر أنه كفل عن غريمه بهذا المال تقبل كذا فى القنية .

صورتة : ادعى زيد على عمرو مالا فأقام زيد شاهدين شهد أحدهما أن عمرا محال عليه يعنى أن دائنه احال زيدا عليه بماله عليه من الدين وشهد الثانى أن عمرا كفل عن مديون زيد بهذا المال .

. . . .

وحاصله أن المال على عمرو غير أن أحد الشاهدين شهد أن المال لزمه بطريق الإحالة عليه والآخر شهد أن المال لزمه بطريق الكفالة يقضى بالكفالة لأنها الأقل لكن هذا التصوير لا يوافق عبارة البحر والموافق لها ما لو كان لزيد على عمرو ألف مثلا فأحال عمرو زيد بالألف على بكر ودفعها بكر ثم ادعى بها بكر على عمرو : فشهد أحد الشاهدين بما ذكر وشهد الآخر أن بكر كفل عمرا باذنه وأنه دفع الألف ازيد لكن عبارة القنية : ادعى مالا فشهد أحدهما أن المحتال عليه احتال عن غريمه هذا المال الخ والغريم يطلق على الدائن وهو المراد بالأول وعلى المديون وهو المراد بالثانى وعلى هذا فغريمه فى كلام البحر بالرفع فاعل أحال والمراد به عمرو المديون لأنه المحيل لزيد على بكر وهذا معنى قول القنية أن المحتال عليه احتال عن غريمه : أى أن بكرا قبل الحوالة عن غريمه عمرو .

(الثلاثون) شهد أحدهما أنه باعه بكذا إلى شهر وشهد الآخر بالبيع ولم يذكر الأجل تقبل .

(الحادية والثلاثون) شهد أحدهما أنه باعه بشرط الخيار ثلاثة أيام ولم يذكر الآخر الخيار تقبل فيهما أى فى هذه المسئلة والتى قبلها ؛ لكن فى التى قبلها صرح بقوله تقبل فلا حاجة إلى قوله فيهما والمراد أنه يثبت البيع وإن لم يثبت الأجل والشرط كما ذكره الزيلعى فى باب التحالف .

(الثانية والثلاثون) من وكالة منية المفتى : شهد واحد أنه وكله بالخصومة فى هذه الدار عند قاضى البصرة وآخر قال عند قاضى الكوفه جازت شهادتهما أى على أصل الوكالة بالخصومة .

(الثالثة والثلاثون) فى أدب القضاء للخصاف من باب الشهادة بالوكالة : شهد أحدهما أنه وكله فى القبض والآخر أنه جراه تقبل لأن الجراية والوكالة سواء والجرى والوكيل سواء فقد اتفق الشاهدان فى المعنى واختلفا فى اللفظ وأنه لا يمنع . قال فى الصحاح فى باب الألف المقصورة : الجرى الوكيل والرسول .

(الرابعة والثلاثون) شهد أحدهما أنه وكله بقبضه والأخر أنه سلطه على قبضه تقبل .

(الخامسة والثلاثون) شهد أحدهما أنه وكله بقبضه والآخر أنه أوصى إليه بقبضه فى حياته تقبل لأن الوصاية فى الحياة وكالة كما أن فى الوكالة بعد الموت وصاية كما صرحوا به فالمراد بالوصاية هنا الوكالة حقيقه لتقييدها بقوله فى حياته فافهم .

(السادسة والثلاثون) شهد أحدهما أنه وكله بطلب دينه والآخر بتقاضيه تقبل .

(السابعة والثلاثون) شهد أحدهما أنه وكله بقبضه والآخر بطلبه تقبل .

(الثامنة والثلاثون) شهد أحدهما أنه وكله بقبضه والآخر أنه أمره بأخذه أو أرسله ليأخذ تقبل وهى فى أدب القضاء وما قبلها .

(التاسعة والثلاثون) اختلفا فى زمن إقراره بالوقف تقبل قال فى جامع الفصولين لو اختلف الشاهدان فى زمان أو مكان أو إنشاء وإقرار بأن شهد أحدهما على إنشاء والآخر على إقرار وإن كان هذا الاختلاف فى فعل حقيقة أو حكما يعنى فى تصرف فعل كجناية وغصب أو فى قول ملحق بالفعل كنكاح لتضمنه فعلا وهو إحضار الشهود يمنع قبول الشهادة وإن كان الاختلاف فى قول محض كبيع وطلاق وإقرار وإبراء وتحرير أو فى فعل ملحق بالقول وهو القرض لا يمنع القبول وإن كان القرض لا يتم إلا بالفعل وهو التسليم لأن ذلك محمول على قول المقترض أقرضتك فصار كطلاق وتحرير وبيع اهـ .

وزاد ابن المصنف فى حاشيته على الأشباه ثلاثة عشر أخر تركتها خشية التطويل (بطريق الوضع) لا التضمن واكتفيا بالموافقة المعنوية وبه قالت الأئمة الثلاثة .

قلت : ووجهه أن القول إذا تكرر فمدلوله واحد فلم يختلف بخلاف الفعل وإطلاق الإقرار يفيد أن الوقف غير قيد .

الأربعون : اختلفا فى مكان إقراره به تقبل .

الحادية والأربعون : اختلفا فى وقف . فى صحته أو فى مرضه تقبل وهى مكررة مع السابعة والعشرين .

الثانية والأربعون : شهد أحدهما بوقفها على زيد والآخر على عمرو تقبل وتكون وقفا على الفقراء لاتفاق الشاهدين على الوقف وهو صدقة ، انتهى ما فى البحر مع زيادة من حاشية سيدى الوالد رحمه الله تعالى .

أقول : وتقدم فى آخر الوقف مازاده الشيخ صالح ابن المصنف رحمهما الله تعالى فارجع إليه (قوله تركتها خشية التطويل) يعنى ههنا وإلا فقد ذكرها فى آخر الوقف (قوله بطريق الوضع) أى بمعناه المطابقى وهذا جعله الزيلعى تفسيرا للموافقة فى اللفظ حيث قال والمراد بالإتفاق فى اللفظ تطابق اللفظين على إفادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن ، حتى لو ادعى رجل مائة درهم فشهد شاهد بدرهم وآخر بدرهمين وآخر بثلاثة وآخر بأربعة وآخر بخمسة لم تقبل عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لعدم الموافقة لفظا . وعندهما يقضى بأربعـــة اه .

والذى يظهر من هذا أن الإمام اعتبر توافق اللفظين على معنى واحد بطريق الوضع ، وأن الإمامين اكتفيا بالموافقة المعنوية ولو بالتضمن ولم يشترطا المعنى الموضوع له كل من اللفظين . وليس المراد أن الإمام اشترط التوافق فى اللفظ والتوافق فى المعنى الوضعى وإلا أشكل ما فرعه عليه من شهادة أحدهما بالنكاح والآخر بالتزويج . وكذا الهبة والعطية . فإن اللفظين فيهما مختلفان ولكنهما توافقا فى معنى واحد أفاده كل منهما بطريق الوضع . ويدل على هذا التوفيق أيضا ما نقله الزيلعى عن النهاية حيث قال : إن كانت المخالفة بينهما فى اللفظ دون المعنى تقبل شهادته وذلك نحو أن يشهد أحدهما على الهبة والآخر على العطية وهذا لأن اللفظ ليس بمقصود فى الشهادة بل المقصود ماتضمنه اللفظ وهو ما صار اللفظ علما عليه فإذا وجدت الموافقة فى ذلك لاتضر المخالفة فيما سواها قال هكذا ذكره ولم يحك فيه خلافا انتهى ، وهذا بخلاف الفرع السابق الذى نقلناه عنه فإن الخمسة معناها . المطابقى لا يدل على الأربعـــة بل تتضمنها ولذا لم يقبلها الإمام وقبلها صاحباه لاكتفائهما بالتضمن .

والحاصل : أنه لا يشترط عند الإمام الاتفاق على لفظ بعينه ، بل إما بعينه أو بمرادفه ، وقول صاحب النهاية لأن اللفظ ليس بمقصود مراده به أن التوافق على لفظ بعينه ليس بمقصود لا مطلقا كما ظن فافهم (قوله لا التضمن) هذا تأكيد لقوله يجب مطابقة الشهادتين : أى دلالتهما على المعنى مطابقة ، وهى دلالة اللفظ على تمام معناه ، والتضمن دلالته على جزء المعنى (قوله واكتفيا) أى الصاحبان بالموافقة المعنوية فيحكمان بالأقل فى مسألة الألف والألفين والمائة والمائتين والطلقة والثلاث .

فإن قيل : يشكل على قول الكل ما لوشهد أحدهما أنه قال لها أنت خلية والآخر أنت برية لا يقضى ببينونة أصلا مع إفادتهما معناها . وأجيب بمنع الترادف بل هما متباينا المعنيين يلزمهما لازم واحد وهو وقوع البينونة والمتباينات قد تشترك فى لازم واحد . فاختلافهما ثابت فى اللفظ والمعنى فلما اختلف المعنى منهما كان

(ولو شهد أحدهما بالنكاح والآخر بالتزويج قبلت) لاتحاد معناهما (وكذا الهبة والعطية ونحوهما) ولو شهد أحدهما بألف والآخر بألفين أو مائة ومائتين أو طلقة أو طلقتين أو ثلاث (ردت) لاختلاف المعنيين. (كما لو ادعى غصبا أو قتلا فشهد أحدهما به والآخر بالإقرار به) لم تقبل .

دليل اختلاف تحملهما ، فإن هذا يقول ما وقعت البينونة إلا بوصفها بخلية والآخر يقول لم تقع إلا بوصفها ببرية وإلا فلم تقع البينونة وتمامه فى الفتح (قوله ولو شهد أحدهما بالنكاح الخ) أشار بذلك إلى أنه لا يشترط عند الإمام فى الموافقة أن تكون بعين اللفظ بل بعينه أو بمرادفه كما ذكرنا لأن كلا من النكاح والتزويج يدلان على المعنى المشهود به بالمطابقة فكانا متحدين على المعنى الذى أردنا ولذلك رجعت مسائل من المستثنيات إلى هذا (قوله لاتحاد معناهما) أى مطابقة فصار كأن اللفظ متحد أيضا فافهم ، وهذا التعليل يصلح لقولهما ولقول الإمام أيضا لما مرآنفا من أنه يعتبر الاتحاد ولو بمرادف اللفظ ، فمن قال هنا إن التعليل لا يظهر إلا على قولهما فغير ظاهر فتدبر.

فإن قلت : شرط فى المتن الاتحاد لفظا ومعنى أن يكون كل لفظ دالا على ذلك المعنى بطريق الوضع لا التضمن ، والمراد بالموافقة المعنوية غير الكافية للقبول أن يدل أحد اللفظين على المعنى المشهود به بالمطابقة والآخر بالتضمن ، فقوله هنا لاتحاد معناهما أفاد أن كلا من النكاح والتزويج يدلان على المعنى المشهود به بالمطابقة فكانا متحدين لفظا ومعنى على المعنى الذى عناه بذلك كما قدمنا الإشارة إليه سابقا (قوله وكذا الهبة الخ) أى لأن الكل يؤذن بالتبرع ، بخلاف ما لو شهد أحدهما بأنه دفع على وجه الأمانة والآخر اقتصر على لفظا أعطاه ، لأن الثانى وهو أعطى يدل على التبرع ، فلا يضره التفريط ، بخلاف الأول وهو دفعه أمانة ، وقوله ونحوهما : أى من كل لفظين دلا على معنى واحد بالمطابقة فإن الاختلاف فيهما لا يمنع القبول ، كما إذا ادعى الإبراء فشهد أحدهما به والآخر على أنه وهبه له أو تصدق عليه به أو ملكه منه (قوله ردت) هذا هو المذهب ، وقيل يقضى بالطلاق بالأقل اتفاقا لأنه إذا لم يثبت الألفان لم يثبت ما فى الضمن من الألف حموى (قوله لاختلاف المعنيين) أى بالمعنى الذى قدمه ، لأن دلالة اللفظين على المعنى بالمطابقة يسميه اتحادا لفظا ومعنى ، ودلالة أحد اللفظين بالتضمن يسميه اتحادا معنى فقط (قوله لم تقبل) وجه عدم القبول أن اختلافهما فى الإنشاء والإقرار وقع فى الفعل فمنع قبول الشهادة ، وهذا بخلاف مالو شهد أحدهما بالبيع أو القرض أو الطلاق أو العتاق والآخر بالإقرار به فإنها تقبل لأن صيغتى الإنشاء والإقرار فى هذه التصرفات واحدة ، فإنه يقول فى الإنشاء بعت ، وأقرضت وفى الإقرار كنت بعت وأقرضت فلم يمنع قبول الشهادة محيط .

قال الرملى : ذكر فى باب اختلاف الشهادات من شهادات الجامع : وليس الاختلاف بين الشاهدين بمنزلة الاختلاف بين الدعوى والشهادة لأن شهادة الشاهدين ينبغى أن تكون كل واحدة منهما مطابقة للأخرى فى اللفظ الذى لا يوجب خللا فى المعنى . أما المطابقة بين الدعوى والشهادة فينبغى أن تكون فى المعنى خاصة ولا عبرة للفظ ، حتى لو ادعى الغصب وشهد أحدهما على الغصب والآخر على الإقرار بالغصب لا تقبل ، ولو شهدا على الإقرار بالغصب تقبل ، وتمامه فى الفصول العمادية اهـ .

وفى جامع الفصولين : ادعى قتلا وشهد به وآخر أنه أقر به ترد ، إذ الإقرار يتكرر لا القتل .

قال الرملى فى حاشيته عليه : أقول فلو اتفقا على الشهادة بالإقرار كما هو ظاهر ، وقد صرح به فى التتارخانية

ولو شهدا بالإقرار به قبلت (وكذا) لا تقبل (فى كل قول جمع مع فعل) بأن ادعى ألفا فشهد أحدهما بالدفع والآخر بالإقرار بها لا تسمع للجمع بين قول وفعل قنية ، إلا إذا اتحد لفظا كشهادة أحدهما ببيع أو قرض أو طلاق أو عتاق والآخر بالإقرار به فتقبل لاتحاد صيغة الإنشاء والإقرار فإنه يقول فى الإنشاء بعت واقترضت وفى الإقرار كنت بعت واقترضت فلم يمنع القبول ، بخلاف شهادة أحدهما بقتله عمدا بسيف والآخر به بسكين لم تقبل لعدم تكرر الفعل بتكرر الآلة محيط وشرنبلالية .

(وتقبل على ألف فى) شهادة أحدهما (بألف و) الآخر (بألف ومائة

عن المحيط قال بعد أن رمز للمحيط وصور المسئلة : وإذا شهد أحدهما على إقراره أنه قتله عمدا بالسيف وشهد الآخر على إقراره أنه قتله عمدا بالسكين فقال ولى القتيل إنه أقر بما قالا ولكنه والله ما قتله إلا بالسيف أو قال صدقا جميعا ولكنه والله ما قتله إلا بالرمح فهذا كله سواء ويقتص من القاتل اهـ تدبره .

هذا ، وقد صرح أيضا فى شرح الغرر بالمسألة فقال بعد ما ذكر المسألة التى هنا ، بخلاف ما إذا شهدا بالإقرار به حيث تقبل انتهى (قوله ولو شهدا بالإقرار به قبلت) مقتضاه أنه لا يضر الاختلاف بين الدعوى والشهادة فى قول مع فعل ، بخلاف اختلاف الشاهدين بذلك لأن الموافقة المعنوية يكتفى بها بين الشهادة والدعوى ، وأما بين الشهادتين فلا بد من الموافقة فى اللفظ والمعنى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ، وتقبل عندهما فيهما (قوله وكذا لا تقبل فى كل قول جمع مع فعل) بأن يكون القول من أحدهما والفعل فى لفظ الآخر .

أقول : ومن ذلك ما ذكره فى جامع الفصولين من الفصل الحادى عشر من اختلاف الدعوى والشهادة : لو شهد أحدهما بنكاح والآخر بإقراره به لا يقبل كالغصب . ومنه ادعى رهنا فشهد بمعاينة القبض وشهد آخر أن الراهن أقر بقبض المرتهن لا يقبل . ومنه شهد أحدهما أن المدعى بيد المدعى والآخر أنه أقر أنه بيده لا يقبل ، ولو شهد أحدهما بايداعه والآخر أنه أقر بإيداعه فعلى قياس الغصب لا تقبل اهـ (قوله لا تسمع للجمع بين قول وفعل) بخلاف ما إذا شهد أحدهما بألف للمدعى على المدعى عليه وشهد الآخرى على إقرار المدعى عليه بألف فإنه يقبل لأنه ليس بجمع بين قول وفعل ، أفاده سيدى الوالد عن منلا على (قوله إلا إذا اتحدا لفظا) الظاهر أن الاستثناء منقطع لأنه لافعل مع قول فى هذه الصور بل قولان ، لأن الإنشاء والإقرار به كل منهما قول بدليل قول الشارح بعد سطر لاتحاد صيغة الإنشاء الخ (قوله ببيع الخ) هذه الأربع كما تقبل مع اختلاف الشاهدين فهى أيضا من الثلاثة والعشرين المستثناة فى البحر المتقدمة التى لا يشترط فيها موافقة الدعوى الشهادة بأن ادعى البيع ونحوه وشهدا بالإقرار ، وقدمنا الإشارة إليه (قوله فتقبل لاتحاد صيغة الإنشاء والإقرار) أى باعتبار آخر صيغة الإقرار وإلا ففيها زيادة لفظ كنت ولا حاجة إلا إثبات لفظ كنت لأنه يقول فى الإقرار بعت ونحوه مريدا به الإخبار ط (قوله لعدم تكرر الفعل) أى الواحد وهو القتل هنا أى لعدم إمكان تكرره (قوله محيط وشرنبلالية) الأولى شرنبلالية عن المحيط فإنه نقله عنه (قوله بألف ومائة) بخلاف العشر والخمسة عشر حيث لا تقبل لأنه مركب كالألفين إذ ليس بينهما حرف العطف ذكره الشارح : أى الزيلعى بحر ، وتعليلهم فى هذه المسألة وفى المسألة السابقة يقتضى فى السابقة أنه لو شهد أحدهما بألف والآخر بألف وألف على طريق العطف تقبل فى الألف اتفاقا فإذا ادعى الأكثر أو وفق فى دعواه بالأقل ثم أورد صاحب الكافى وغيره العشر وخمسة عشر كما قدمناه فى صدر العبارة من أنها لا تقبل فيها . وفى القنية ينبغى أن تقبل .

أقول : هو الأشبه لأن العاطف مقدر فيه ولذلك بنى المقدر كالملفوظ بخلاف الثانية ، ولأن جزء لفظه يدل على جزء معناه إذ ليس هو علما .

إن ادعى) المدعى (الأكثر) لا الأقل إلا أن يوفق باستيفاء أو إبراء ابن كمال وهذا فى الدين .

(وفى العين تقبل على الواحد ، كما لو شهد واحد أن هذين العبدين له وآخر أن هذا له قبلت على) العبد (الواحد) الذى اتفقا عليه (اتفاقا) درر (وفى العقد لا) تقبل (مطلقا) سواء كان المدعى أقل المالين أو أكثرهما عزمى زاده :

ثم فرّع على هذا الأصل بقوله (فلو شهدواحد بشراء عبد أو كتابته على ألف وآخر بألف وخمسمائة ردت)

هذا ، وقدصرح بخلافه فى البزازية وهو محل تأمل كما لايخفى ، وقول البحر حيث لا تقبل : أى شهادة مثبت الزيادة الآن المدعى الخ إلا إذا وفق المدعى فحينئذ تقبل لما سبق ، فظهر أن الشهادة لو كانت بأكثر من المدعى به لاتقبل بلا توفيق ، ولا يكفى إمكانه بل لابد منه بالفعل وأما إذا كانت بأقل منه تقبل (قوله إن المدعى ادعى الأكثر) أطلقه فشمل من مائة إلى تسعمائة ، فقول المصنف على ألف فى بألف ومائة مثال من جملة الأمثلة لم يخص به شمول الأكثر وعمومه هنا (قوله لا الأقل) فلا تقبل لأن المدعى كذب من شهد بالزيادة ، والفرق بين هذا وما تقدم ما إذا شهد بألف وألفين فإنهما هنا متفقان على ألف فى شهادة أحدهما بألف والآخر بألف ومائة وفيما تقدم غير متفقين فى شهادة أحدهما بألف والآخر على ألفين كذا فى صدر الشريعة (قوله إلا أن يوفق) أى المدعى كأن يقول كان لى عليه كما شهدا إلا أنه أوفانى كذا بغير علمه فإنها تقبل للتصريح بالتوفيق.

وعلم من ذلك أن أحوال من يدعى أقل المالين إذا اختلفت الشهادة لا يخلو عن ثلاثة : إما أن يكذب الشاهد بالزيادة أو يسكت عن التصديق والتوفيق أو يوفق ، وجواب الأولين بطلان الشهادة والقضاء دون الآخر كما فى العناية . وفى البحر : ولا يحتاج هنا إلى إثبات التوفيق بالبينة لأنه يتم به بخلاف مالو ادعى الملك بالشراء فشهدا بالهبة فإنه يحتاج لإثباته بالبينة (قوله وهذا فى الدين) أى اشتراط الموافقة بين الشهادتين لفظا بحسب الوضع فى الدين الخ فاسم الإشارة راجع إلى معلوم من الأصول السابقة (قوله تقبل على الواحد) أى الذى عينه أحدهما (قوله وفى العقد لا تقبل) قال فى البحر : وذكر علاء الدين السمرقندى أن الشهادة تقبل فى مسألة الكتاب لأن التوفيق ممكن لأن الشراء الواحد قد يكون بألف ثم يصير بألف وخمسمائة فقد اتفقا على على شراء واحد ، بخلاف ما لو شهد أحدهما بألف درهم وشهد الآخر بمائة دينار ، لأن الشراء لا يكون بألف درهم ثم يصير بمائة دينار اه وهو عجيب منه فإن المسألة نص محمد فى الجامع الصغير ، وقد أجاب فى العناية عن دليله بأنه إذا اشترى بألف ثم زاد خمسمائة لا يقال اشترى بألف وخمسمائة ولهذا يأخذ الشفيع بأصل الثمن انتهى (قوله سواء الخ) وسواء كان المدعى البائع أو المشترى (قوله عزمى زاده) ليس هذا فى كلامه بل هى عبارة الدرر ولم يكتب عليها عزمى شيئا (قوله أو كتابته على ألف) هذا شامل لما إذا ادعاها العبد وأنكر المولى وهو ظاهر ، لأن مقصوده هو العقد ولما إذا كان المدعى هو المولى كما زاده صاحب الهداية على الجامع . قال فى الفتح لأن دعوى السيد المال على عبده لا تصح ، إذ لا دين له على عبده إلا بواسطة دعوى الكتابة فينصرف إنكار العبد إليه للعلم بأنه لا يتصوّر له عليه دين إلا به فالشهادة ليست إلا لإثباتها اه . وفى البحر والتبيين : وقيل لاتفيد بينة المولى لأن العقد غير لازم فى حق العبد لتمكنه من الفسخ بالتعجيز اه . وجزم بهذا القيل العينى ، وهو موافق لما يفهم من عبارة الجامع أفاده سيدى الوالد رحمه الله تعالى رحمة واسعة (قوله ردت) قدمنا قريبا عن علاء الدين السمرقندى أن الشراء الواحد قد يكون بألف الخ ، وأن المسألة نص عليها محمد فى الجامع الصغير وخلاف المنقول ليس محل التخريج ، وكون المدعى البائع كذلك من غير فرق كما فى الشروح المعتبرة إذ

لأن المقصود إثبات العقد وهو يختلف باختلاف البدل فلم يتم العدد على كل واحد (ومثله العتق بمال والصلح عن قود والرهن والخلع

الزيادة كالحط كما سبق فى كتاب البيع ، فلا يصح القول بالقبول فى الشراء دون البيع على أن هذا التخريج ليس بصحيح إذ لو صح لزم القضاء ببيع بلا ثمن لأنه لم يثبت أحد الثمنين بشهادتهما فتعود الخصومة كما كانت كما فى الفتح ، نعم لو صرح بالتوفيق ينبغى أن تقبل على الأقل ، ولم أر من صرح به ، فحينئذ يحمل عليه ما نقل عن السمرقندى تدبر (قوله وهو يختلف) أشار إلى أنهما لو شهدا بالشراء ولم يبينا الثمن لم تقبل ، وتمامه فى البحر . وقال الخير الرملى فى حاشيته عليه : المفهوم من كلامهم فى هذا الموضع وغيره أنه فيما يحتاج فيه إلى القضاء بالثمن لا بد من ذكره وذكر قدره وصفته ، وما لا يحتاج فيه إلى القضاء به لا حاجة إلى ذكره تنبه .

وفى المبسوط : وإذا ادعى رجل شراء دار فى يد رجل وشهد شاهدان ولم يسميا الثمن والبائع ينكر ذلك فشهادتهما باطلة لأن الدعوى إن كانت بصفة الشهادة فهى فاسدة وإن كانت مع تسمية الثمن فالشهود لم يشهدوا بما ادعاه المدعى ، ثم القاضى يحتاج إلى القضاء بالعقد ، ويتعذر عليه القضاء بالعقد إذا لم يكن الثمن مسمى ، لأنه كما لا يصح البيع ابتداء بدون تسمية الثمن ، فكذلك لا يظهر القضاء بدون تسمية الثمن ، ولا يمكنه أن يقضى بالثمن حين لم يشهد به الشهود ثم قال : فإن شهدا على إقرار البائع بالبيع ولم يسميا ثمنا ولم يشهدا بقبض الثمن فالشهادة باطلة لأن حاجة القاضى إلى القضاء بالعقد ، ولا يتمكن من ذلك إذا لم يكن الثمن مسمى ، وإن قالا : أقر عندنا أنه باعها منه واستوفى الثمن ، ولم يسميا الثمن فهو جائز لأن الحاجة إلى القضاء بالملك للمدعى دون القضاء بالعقد فقد انتهى حكم العقد باستيفاء الثمن ، ولأن الجهالة إنما تؤثر لأنها تفضى إلى منازعة مانعة من التسليم والتسلم ؛ ألا ترى أن مالا يحتاج إلى قبضه فجهالته لا تضر وهو المصالح عنه ، بخلاف ما يحتاج إلى قبضه وهو المصالح ، فإذا أقر باستيفاء الثمن فلا حاجة هنا إلى تسليم الثمن فجهالته لا تمنع القاضى من القضاء بحكم الإقرار (قوله فلم يتم العدد) أى نصاب الشهادة ، وهو شهادة الاثنين على واحد منهما فاختلف المشهود به لاختلاف الثمن وأيضا فإن المدعى يكذب أحد الشاهدين فإن البيع بألف غير البيع بألف وخمسمائة (قوله على كل واحد) لفظ كل مما لا حاجة إليه سعدية (قوله ومثله العتق بمال) أى بأن قال مولى العبد : أعتقتك على ألف وخمسمائة والعبد يدعى الألف أو قال ولى القصاص : صالحتك على ألف وخمسمائة والقاتل يدعى الألف وكذا الباقيات كما فى الدرر (قوله والرهن) أى بأن كان المدعى هو المرتهن فهو كدعوى الدين يثبت أقلهما وإن كان الراهن فلا تقبل الشهادة لأنه ليس له أن يلزمه الرهن إذ الرهن غير لازم فى حق المرتهن ؛ وله أن يفسخه فى أى وقت شاء فلا فائدة فى إقامة البينة ، ولأنه حق عليه والإنسان لا يقيم البينة على حق عليه ، وإنما يقيمها على حق له .

قال فى البحر : وظاهر الهداية أن الرهن إنما هو من قبيل دعوى الدين اهـ أى فى وجوبها وذا لأنه إذا ادعى أكثر المالين فشهد به شاهد والآخر بالأقل إن كان الأكثر بعطف مثل ألف وخمسمائة قضى بالأقل اتفاقا وإن كان بدونه كألف وألفين فكذلك عندهما ، وعند أبى حنيفة لا يقضى بشىء ووجهه أنه إذا أثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقى الدعوى فى الدين كما فى فتح القدير . ويتفرع عليه التوفيق والتكذيب والسكوت حيث تقبل فى الأول وترد فى الأخيرين كما فى البيانية .

أقول ، وتعقب الهداية صاحب العناية تبعا للنهاية بأن عقد الرهن بألف غيره بألف وخمسمائة ، فيجب أن لا تقبل البينة وإن كان المدعى هو المرتهن لأنه كذب أحد شاهديه . وأجيب بأن العقد غير لازم فى حق المرتهن

إن ادعى العبد والقاتل والراهن والمرأة) لف ونشر مرتب إذ مقصودهم إثبات العقد كما مر (وإن ادعى الآخر) كالمولى مثلا (فكدعوى الدين) إذ مقصودهم المال فتقبل على الأقل إن ادعى الأكثر كما مر والإجارة كالبيع) لو (فى أول المدة) للحاجة لإثبات العقد (وكالدين بعدها) لو المدعى المؤجر ، ولو المستأجر فدعوى عقد اتفاقا (وصح النكاح) بالأقل أى (بألف)

حيث كان له ولاية الرد متى شاء فكان فى حكم العدم فكان الاعتبار لدعوى الدين لأن الرهن لا يكون إلا بدين فتقبل البينة كما فى سائر الديون ، ويثبت الرهن بألف ضمنا وتبعا اه .

وفى الحواشى اليعقوبية : ذكر الراهن فى التبيين ليس على ما ينبغى ، وصوّر الزيلعى دعوى الرهن أن يدعى أنه رهنه ألفا وخمسمائة وادعى أنه قبضه ثم أخذه الراهن فيطالب الاسترداد منه فأقام بينة فشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة ثبت أقلهما (قوله إن ادعى) تقييد لمسألة العتق بمال فقط إن أجرى قول المصنف أو كتابة على عمومه موافقة لما قاله صاحب الهداية أولها إن خص بما إذا ادعى الكتابة العبد موافقة لما فى الجامع ولما فى العينى (قوله والمرأة) قال فى البحر : وإن كان المدعى هو الزوج وقع الطلاق بإقراره ، فيكون دعوى دين فتثبت الأقل وهو ما اتفقا عليه اه (قوله إذ مقصودهم إثبات العقد كما مر) أى وهو مختلف (قوله كالمولى مثلا) أى فى مسألة العتق ، وأشار بالكاف إلى أن ولى المقتول فى الصلح والمرتهن فى الرهن والزوج فى الخلع كذلك (قوله فكدعوى الدين) أى الدين المنفرد عن العقد إذا ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فتبقى الدعوى فى الدين كما فى الهداية (قوله إذ مقصودهم المال) أى العقد والعتق والعفو والطلاق فيثبت باعتراف صاحب الحق ، فلم تبق الدعوى إلا فى الدين فتح . زاد فى الإيضاح وفى الرهن إن كان المدعى هو الراهن لا تقبل لأنه لاحظ له فى الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى وإن كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين اه وتقدم قريبا عن اليعقوبية أن ذكر الراهن مما لا ينبغى (قوله فتقبل على الأقل) أى اتفاقا إن شهد شاهد الأكثر بعطف مثل ألف وخمسمائة ، وإن كان بدونه كالألف والألفين فكذلك عندهما ، وعنده لا يقضى بشىء فتح (قوله والإجارة كالبيع لو فى أول المدة) أى لا تثبت بالاختلاف سواء كان المدعى هو المؤجر أو المستأجر بأن ادعى الإجارة سنة بألف وخمسمائة فشهد أحدهما كذلك والآخر بألف لا تثبت الإجارة كالبيع كذا فى الفتح ، وقوله فى أول المدة : أى قبل استيفاء المنافع ، سواء كان المدعى هو المؤجر أو المستأجر (قوله لإثبات العقد) فلا تقبل شهادتهما إذا اختلفا كما فى البيع لأن العقد يختلف باختلاف البدل فلا تثبت الإجارة فتح (قوله وكالدين) إذ ليس المقصود بعد المدة إلا الأجرة فتح (قوله بعدها) استوفى المنفعة أولا بعد أن تسلم فتح (قوله لو المدعى المؤجر) إذا سلمت العين المؤجرة إلى المستأجر انتفع بها أولا فشهد أحدهما بألف ، والآخر بألف وخمسمائة ، والمؤجر يدعى الأكثر يقضى بالألف ، وإن كان يدعى الأقل لا تقبل شهادة من يشهد بالأكثر لأنه كذبه المدعى ، وإن شهد الآخر بألفين والمدعى يدعيهما لا يقضى بشىء عنده ، وعندهما بألف ، وإن كان المدعى هو المستأجر فهو دعوى العقد بالاتفاق لأنه معترف بمال الإجارة فيقضى عليه بما اعترف به فلا يعتبر اتفاق الشاهدين ولا اختلافهما فيه ، ولا يثبت العقد للاختلاف كما فى الفتح (قوله فدعوى عقد) لأنه معترف بمال الإجارة فيقضى عليه بما اعترف به الخ (قوله وصح النكاح بالأقل أى بألف) الأولى أن يقول : بألف أى بالأقل ليكون إشارة إلى أن الألف مثال لا قيد ، والأولى أن يقول : ولو اختلف شاهدا النكاح صح بالأقل أى وذلك استحسان عند الإمام لأن الأصل فى النكاح الحل ، وأما المال فتبع ولا اختلاف

مطلقا (استحسانا) خلافا لهما (ولزم) فى صحة الشهادة (الجر

بالأصل ، فلا يضر الاختلاف فى التبع سائحانى عن البحر (قوله مطلقا) أى سواء كان المدعى الزوج أو الزوجة والمدعى يدعى أقل المالين أو الأكثر هو الصحيح ، وذكر فى الفتح أنه مخالف للرواية ، فإن محمدا رحمه الله تعالى فى الجامع قيده بدعوى الأكثر حيث قال : جازت الشهادة بألف وهى تدعى ألفا وخمسمائة والمفهوم معتبر رواية ، وبقوله ذلك أيضا يستفاد لزوم التفصيل فى المدعى به بين كونه الأكثر ، فيصح عنده أو الأقل، فلا يختلف فى البطلان لتكذيب المدعى شاهد الأكثر كما عول عليه محققو المشايخ، فإن قول محمد : وهى تدعى الخ يفيد تقييد جواب قول أبى حنيفة بالجواز إذا كانت هى المدعية للأكثر دونه فإن الواو فيه للحال والأحوال شروط فيثبت العقد باتفاقهما ودين ألف له .

وفى الشرنبلالية قال : إلا أن الزيلعى رحمه الله تعالى أشار إلى جواب هذا فقال ويستوى فيه دعوى أقل المالين فى الصحيح لاتفاقهما فى الأصل وهو العقد فالاختلاف فى التبع لا يوجب خللا فيه ، لكنه لابد من وجوب المال فيجب الأقل لإتفاقهما عليه ، ولا يكون بدعوى الأقل تكذيبا للشاهد لجواز أن الأقل هو المسمى ثم صار الأكثر بالزيادة اه (قوله خلافا لهما) حيث قالا هى باطلة ولا يقضى بشىء كما فى البيع لأن المقصود من الجانبين إثبات السبب والنكاح بألف غير النكاح بألف وخمسمائة . ولأبى حنيفة : أن المال فى النكاح تابع ولهذا يصح بلا تسمية المهر ومن حكم التابع أن لا يغير الأصل ألا ترى أنه لا يبطل بنفيه ، ولا يفسد بفساده فكذا لا يختلف باختلافه إذا اتفقا على ما هو الأصل ، وهو الملك والحل والازدواج فوجب القضاء به ، وإذا وجب بقى المهر مالا منفردا فوجب القضاء بأقل المقدارين كما فى المال المنفرد لاتفاقهما عليه (قوله ولزم فى صحة الشهادة الجر الخ) يعنى إذا ثبت شىء أنه ملك المورث بأن ادعى الوارث عينا فى يد إنسان أنها ميراث أبيه وأقام شاهدين فشهدا أن هذه كانت لأبيه لا يقضى له حتى يجرا الميراث فيقولا مات وتركها ميراثا له أو يقولا كانت لأبيه يوم موته أو كانت فى يده أو فى يد من يقوم مقامه من المستعير وغيره ، والأصل فيه أن الجر شرط صحة الدعوى لا كما يتوهم من كلام الكنز من أنه شرط القضاء بالبينة فقط ، أى يشترط أن يقول فى الدعوى مات وتركه ميراثا كما يشترط فى الشهادة ، وإنما لم يذكره لأن الكلام فى الشهادة ، لكن إذا ثبت ملكه أو يده عند موته كان جرا لأنه أثبت ملكه ، أو أن الانتقال إلى الوارث فيثبت الانتقال ضرورة فيكون إثباتا للانتقال ، وكذا إذا ثبتت يده عند الموت لأن يده إن كانت يد ملك فهو على ما بينا ، وإن كانت يد أمانة فكذلك الحكم لأن الأيدى فى الأمانات عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان إذا مات مجهلا لتركه الحفظ به ، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد : وقال أبو يوسف الجر ليس بشرط اه كما فى البحر لأن ملك الوارث يتجدد فى حق العين ، ولذا يجب عليه الاستبراء فى الجارية الموروثة ويحل للوارث وطؤها ولو كانت حراما للمورث أو بالعكس ، ويحل للوارث الغنى ما كان صدقة على المورث الفقير والمتجدد يحتاج إلى النقل ، لئلا يكون استصحاب الحال مثبتا ، وعند أبى يوسف لا يلزم لأن الوارث يملكه خلافة عن مورثه حتى يرد بالعيب ويرد عليه فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث .

قال سعدى : وفيه بحث فإن من اجتمع عنده أموال الصدقة ثم استغنى بالإرث أو غيره يحل له أكل ما عنده من الصدقات مع أنه لم يوجد تجدد الملك اه فظاهر كلام سعدى الميل إلى قول أبى يوسف (قوله الجر الخ) أى أن يشهدا بالانتقال ، وذلك إما نصا كما صوره الشارح ، أو بما يقوم مقامه من إثبات الملك للميت عند

بشهادة إرث) بأن يقولا مات وتركه ميراثا للمدعى (إلا أن يشهدا بملكه) عند موته (أو يده أو يد من يقوم مقامه) كمستأجر ومستعير وغاصب ومودع فيغنى ذلك عن الجر لأن الأيدى عند الموت

الموت أو إثبات يده أو يد نائبه عند الموت أيضا وهو ما أشار إليه بقوله إلا أن يشهد الخ وهذا عندهما خلافا لأبى يوسف، فإنه لايشترط شيئا . ويظهر الخلاف فيما إذا شهدا أنه كان ملك الميت بلا زيادة وطولبا بالفرق بين هذا وبين ما يأتى من أنه لو شهد الحى أنه كان فى ملكه تقبل، والفرق ما فى الفتح بين هذا وما إذا شهدا لمدعى عين فى يد رجل بأنها كانت ملك المدعى، أوأنه كان ملكها حيث يقضى بها وإن لم يشهدا أنها ملكه إلى الآن، وكذا لو شهد المدعى عينا فى يد إنسان أنه اشتراها من فلان الغائب ولم يقم بينة على ملك البائع وذو اليد ينكر ملك البائع فإنه يحتاج إلى بينة على ملكه فإذا شهدا بملكه قضى للمشترى به وإن لم ينصوا على أنها ملكه يوم البيع، وهذه أشبه بمسألتنا فإن كلا من الشراء والإرث يوجب تجدد الملك .

والجواب أنهما إذا لم ينصا على ثبوت ملكه حالة الموت فإنما يثبت بالاستصحاب والثابت به حجة لإبقاء الثابت لا لإثبات ما لم يكن وهو المحتاج إليه فى الوارث، بخلاف مدعى العين فإن الثابت بالاستصحاب بقاء ملكه لا تجدده، وبخلاف مسألة الشراء فإن الملك مضاف إليه لا إلى ملك البائع وإن كان لابد لثبوت ملك المشترى من بقائه، لأن الشراء آخرهما وجودا وهو سبب موضوع للملك، حتى لا يتحقق لو لم يوجبه فيكون مضافا إلى الشراء وهو ثابت بالبينة، أما هنا فثبوت ملك الوارث مضاف إلى كون المال ملكا للميت وقت الموت لا إلى الموت لأنه ليس سببا موضوعا للملك بل عنده يثبت إن كان له مال فارغ والله سبحانه وتعالى أعلم اهـ (قوله بشهادة إرث) بأن ادعى الوارث عينا فى يد إنسان أنها ميراث أبيه، وأقام شاهدين فشهدا أن هذه كانت لأبيه لا يقضى له حتى يجرا الميراث بأن يقولا مات وتركه ميراثا للمدعى كما تقدم وكما صوره الشارح (قوله ميراثا للمدعى) أى أو ما يقوم مقامه من إثبات يده أو يد نائبه عند الموت أيضا وهو ما أشار إليه المصنف بقوله إلا أن يشهدا بملكه الخ (قوله بملكه) أى المورث (قوله عند موته) لابد من هذا القيد كما علمت، وكان ينبغى ذكره بعد الثلاثة، يؤيده ما فى البزازية حيث قال شهدا أن هذه الدار كانت لجده لا تقبل لعدم الجر، ولو شهدا على إقرار المدعى عليه أنها كانت لجده يقبل ثم ذكر أن قولهم كانت فى يده كهذا، وجعل فى الخانية الدين كالعين أنه كان لأبى المدعى على المدعى عليه كذا فتجوز . وذكر شيخنا أن قولهم كانت لأبيه ليس بجر، وظاهر تعليل الشارح الآتى أن قوله عند موته قيد للشهادة باليد أيضا، وأنت خبير أنه بالأولى بل صريحه حيث قال : لأن الأيدى عند الموت الخ .

وفى البدائع : شهدوا أنه مات وهو ساكن فى هذه الدار تقبل وعند أبى يوسف لا، ومراد الشارح أن الجر يكون صريحا كالمثال الذى ذكره وحكميا فيما استثنى (قوله أو يده) إنما كان ذلك مثبتا لأن الظاهر من حال المسلم فى ذلك الوقت أن يسوى الأسباب، ويبين ما كان بيده من المغصوب والودائع فإذا لم يبين فالظاهر من حاله أن ما فى يده ملكه فتجعل اليد عند الموت دليل الملك (قوله أو يد من يقوم مقامه) قال فى الدرر يعنى إذا مات رجل فأقام وارثه بينة على دار أنها كانت لأبيه أعارها أو أودعها الذى هى فى يده فإنه يأخذها ولا يكلف البينة أنه مات وتركها ميراثا له بالاتفاق أما عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى فإنه لا يوجب الجر فى الشهادة وأما عندهما فلأن قيام اليد عند الموت يغنى عن الجر وقد وجدت لأن وجه المستعير والمودع يد المعير والمودع اهـ وشمل هذا الأمين وغيره كالغاصب والمرتهن (قوله لأن الأيدى) أى أيدى الواضعين أيديهم على شىء، وهذا تعليل

تنقلب يد ملك بواسطة الضمان فإذا ثبت الملك ثبت الجر ضرورة (ولابد مع الجر) المذكور (من بيان سبب الوراثة و) بيان (أنه أخوه لأبيه وأمه أو لأحدهما) ونحو ذلك ظهيرية

للاستغناء بالشهادة على يد الميت عن الجر وبيان ذلك أنه إذا أثبت يده عند الموت فإن كانت يد ملك فظاهر لأنه أثبت ملكه أو أن الانتقال إلى الوارث فيثبت الانتقال ضرورة كما لو شهدا بالملك وإن كانت يد أمانة فكذلك الحكم لأن الأيدي فى الأمانات عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان إذا مات مجهلا لتركه الحفظ والمضمون يملكه الضامن على ماعرف فيكون إثبات اليد فى ذلك الوقت إثباتا للملك ، وترك تعليل الاستغناء بالشهادة على يد من يقوم مقامه لظهوره لأن إثبات يد من يقوم مقامه إثبات ليده فيغنى إثبات الملك وقت الموت عن ذكر الجر فاكتفى به عنه أفاده سيدى الوالد رحمه الله تعالى (قوله تنقلب) أى تصير يد ملك إذ لو كانت لغيره لبينه فى الوقت الذى يصدق فيه المكذوب ويرجع فيه العاصى لأن الظاهر من حال المسلم فى ذلك الوقت : أى وقت الموت كذلك ، وأن يسوى أسبابه ويبين ماكان بيده من الودائع والغصوب فإذا لم يبين فالظاهر من حاله أن مافى يده ملكه ، فتجعل اليد عند الموت دليل الملك . لايقال قد تكون اليد يد أمانة ولا ضمان فيها لتنقلب بواسطته يد ملك لأن الأمانة تصير مضمونة بالتجهيل بأن يموت ولم يبين أنها وديعة فلان لأنه حينئذ ترك الحفظ وهو تعد يوجب الضمان (قوله بواسطة الضمان) أى إذا مات مجهلا لتركه الحفظ فيضمن الوديعة (قوله ثبت الجر ضرورة) أى لا قصدا (قوله ولا بد مع الجر من بيان سبب الوراثة الخ) أى وهو أنه أخوه مثلا ولا يكفى مجرد أنه وارثه .

قال فى الفتح : وينسبا الميت والوارث حتى يلتقيا إلى أب واحد ، ويذكرا أيضا أنه وارث ، وهل يشترط قوله ووارثه فى الأب والأم والولد ؟ قيل : يشترط والفتوى على عدمه ، وكذا كل من لايحجب بحال وفى الشهادة بأنه ابن ابن الميت أو بنت ابنه لابد منه ، وفى أنه مولاه لابد من بيان أنه أعتقه اه ولم يذكر هذا الشرط متناولا لشرحا والظاهر أن الجر مع الشرط الثالث يغنى عنه فتأمل . وقدمنا الكلام على ذلك مستوفى فى شتى القضاء عند قول المصنف : تركة قسمت بين الورثة أو الغرماء الخ (قوله من بيان سبب الوراثة) أى الخاص كالإخوة بقيد كونها للأب ومثل الأخ العم ، ولابد فى الشهادة للمولى أن يقولا : هو مولاه أعتقه ولا نعلم له وارثا غيره لأن لفظ المولى مشترك ط (قوله وبيان أنه أخوه لأبيه الخ) ذكر فى البحر عن البزازية : أنهم لو شهدوا أنه ابنه ولم يقولوا ووارثه الأصلح أنه يكفى كما لو شهدوا أنه أبوه أو أمه ، فإن ادعى أنه عم الميت يشترط لصحة الدعوى أن يفسر فيقول عمه لأبيه وأمه أو لأبيه أو لأمه . ويشترط أيضا أن يقول : ووارثه وإذا أقام البينة لا بد للشهود من نسبة الميت ، والوارث حتى يلتقيا إلى أب واحد وكذلك هذا فى الأخ والجد اه ملخصا .

شهدا أن هذا ابن الميت أو وارثه ولم يشهدا أنا لا نعلم له وارثا غيره فالقاضى يتلوم ثم يدفع إليه ، ومدة التلوم مفوضة إلى رأى القاضى تتارخانية من الثامن فى كتاب الشهادة . وعندهما مقدر بحول كما هو مفاد مما ذكره الطحاوى فى مختصره : ادعى أنه أخوه لأبيه وأمه وشهد الشهود ولم يذكروا اسم الأم أو الجد لا تقبل ، لأنه لا يحصل التعريف ، وقيل : يصح ويثبت لأنه ذكر محمد فى الكتاب من ادعى أنه أخوه لأبيه وأمه ، وأقام البينة تقبل ، ولم يشترط ذكر الجد . وقال شمس الأئمة السرخسى فى الأخ لا يشترط ذكر اسم الجد وغيره ، وأما إذا ادعى أنه ابن عمه لا بد أن يذكر اسم الأب والجد عمادية من السادس .

رجل طلب الميراث وادعى أنه عم الميت يشترط لصحته أن يفسر فيقول عمه لأبيه وأمه أو لأبيه أو لأمه

وبقي شرط ثالث (و) هو (قول الشاهد لا وارث) أولا أعلم (له) وارثا (غيره) ورابع وهو أن يدرك الشاهد الميت وإلا فباطلة لعدم معاينة السبب ذكرهما البزازي (وذكر اسم الميت ليس بشرط وإن شهدا بيد حي

وأن يقول أيضا وارثه لا وارث له غيره . وإذا أقام البينة لا بد للشهود أن ينسبوا الميت . ولو وارث حتى يلتقيا إلى أب واحد ويقول هو وارثه لا وارث له غيره . فإن شهدوا بذلك أو شهدوا أنه أخو الميت لأبيه وأمه أو لأبيه أو وارثه لا يعلمون له وارثا غيره جاز ، ولا يشترط في هذا ذكر الأسماء قاضيخان .

رجل ادعى إرثا عن ميت وزعم أنه ابن عم الميت لأبيه وأقام بينة على النسب وذكر الشهود اسم أبيه وجده واسم أبي الميت وجده كما هو الرسم والمدعى عليه أقام البينة أن جد الميت فلان غير ما أثبته المدعي لا تقبل لأن البينات للإثبات لا للنفي وبينة المدعى عليه قامت للنفي . وهو ليس بخصم في إثبات جد المدعي خانية .

تنبيه : الشرط في سماع بينة الإرث إحضار الخصم وهو إما وارث أو غريم الميت وله على الميت دين أو مودع الميت أو الموصى له أو به لا فرق بين أن يكون مقرا بالحق أو منكرا بزازية في العاشر من كتاب الدعوى (قوله وبقي شرط ثالث الخ) ينافيه ما قدمه في مسائل شتى من التفصيل في قول الشهود : لا نعلم له وارثا غيره وعدمه إذ لو كان قولهم ذلك شرطا لما تأتى التفصيل ، والذي في البحر عن البزازية ويشترط ذكر لا وارث له غيره لإسقاط التلوم عن القاضي انتهى ، فعلم أنه شرط لإسقاط التلوم لا لصحة القضاء (قوله أولا أعلم له وارثا غيره) في البزازية قول الشاهد : لا أعلم له وارثا غيره عندنا بمنزلة لا وارث له غيره انتهى (قوله غيره) قال في فتح القدير : وإذا شهدوا أنه كان لمورثه تركة ميراثا له ولم يقولوا : لا نعلم له وارثا غيره : فإن كان ممن يرث في حال دون حال لا يقضى لاحتمال عدم استحقاقه أو يرث على كل حال يحتاط القاضي . وينتظر مدة هل له وارث آخر أو لا فإن لم يظهر يقضي بكله ، وإن كان نصيبه يختلف في الأحوال يقضي بالأقل فيقضي في الزوج بالربع والزوجة بالثمن إلا أن يقولوا : لا نعلم له وارثا غيره وقال محمد : وهو رواية عن أبي حنيفة يقضى بالأكثر والظاهر الأول ويأخذ القاضي كفيلا عندهما ، ولو قالوا . لا نعلم له وارثا بهذا الموضع كفى عند أبي حنيفة خلافا لهما اهـ وتقدمت المسألة قبيل كتاب الشهادات ، وذكرها في السادس والخمسين من شرح أدب القضاء منوعة ثلاثة أنواع فارجع إليه ولخصها هناك صاحب البحر بما فيه خفاء . وقد علم بما مر أن الوارث إن كان ممن قد يحجب حجب حرمان فذكر هذا الشرط لأصل القضاء ، وإن كان ممن قد يحجب حجب نقصان فذكره شرط للقضاء بالأكثر وإن كان وارثا دائما ولا ينقص بغيره . فذكره شرط للقضاء حالا بدون تلوم فتأمل وقدمنا الكلام عليه مستوفى في شتى القضاء فارجع إليه (قوله ورابع) أي في الشهادة بالإرث أما الشهادة بالنسب فقد سبق أنه يثبت بالتسامع قال في البزازية : شهدا أن فلان بن فلان مات وترك هذه الدار ميراثا ولم يدركا الميت فشهادتهما باطلة لأنهما شهدا بملك لم يعاينا سببه ، ولا رأياه في يد المدعي انتهى .

أقول : قال الصدر الشهيد في شرح أدب القاضي : وإن عاين الملك دون المالك بأن عاين ملكا بحدوده ينسب إلى فلان بن فلان الفلاني وهو لم يعاينه بوجهه ولا يعرفه بنسبه القياس فيه أن لا يحل والاستحسان يحل لأن النسب مما يثبت بالتسامع والشهرة ، فيصير المالك معروفا بالتسامع والملك معروف فترتفع الجهالة لكن إنما تقبل إذا لم يفسر الشاهد أما إذا فسر فلا (قوله ذكرهما البزازي) وكذا في الفتح (قوله وذكر اسم الميت الخ) حتى لو شهدا أنه جده أبو أبيه أو أمه ووارثه ولم يسميا الميت تقبل بزازية (قوله وإن شهدا بيد حي الخ) يعني إذا كان دار في يد رجل فادعى آخر أنها له وأقام بينة أنها كانت في يده لا تقبل وقال الثاني : تقبل لأن الثابت

سواء قالا (مذ شهر) أولا (ردت) لقيامها بمجهول لتنوع يدالحي (بخلاف مالو شهدا أنها كانت ملكه أو أقر المدعى عليه بذلك أو شهد شاهدان أنه أقر أنه كان فى يد المدعى) دفع للمدعى لمعلومية الإقرار وجهالة المقر به لا تبطل الإقرار والأصل أن الشهادة بالملك المنقضي مقبولة لا باليد المنقضية

بالبينة كالثابت بإقرار الخصم ، ولو أقر المدعى عليه به وقعت إلى المدعى اتفاقا ولهما أن هذه شهادة قامت على مجهول وهو اليد فإنها الآن منقطعة ويحتمل أنها كانت يد ملك ، أو وديعة أو إجارة أو غصب فلا يحكم بإعادتها بالشك درر ، ولو شهدا أنها كانت له تقبل بلا خلاف كما فى الخانية ، ولو شهدا بأن المدعي عليه أخذها من المدعى فإنها تقبل وترد الدار إلى المدعى وقيد بقوله بيد حي لأنهم لو شهدوا أنها كانت فى يد فلان مات تقبل بالاتفاق مسكين (قوله سواء قالا مذ شهر الخ) لأن قولهما ذلك وجوده كعدمه ، والخلاف ثابت أيضا بدون ذكره ، فإنه ذكر التمرتاشي فى الجامع الصغير شهدوا لحي أن العين كانت فى يده لم تقبل (قوله ردت) أى عند أبي حنيفة ومحمد ، وعن أبي يوسف : أنها تقبل كما ذكرنا (قوله لتنوع يد الحي) علة لقوله بمجهول وذلك أنه يحتمل أنها كانت يدملك أو وديعة أو إجارة أو غصب فلا يحكم بإعادتها درر ، أى فلا يقضى بالشك :

قال فى الغرر : إلا أن يقولا أن المدعى عليه أحدث اليد فيه فيقضى للمدعى ويؤمر المدعى عليه بالتسليم إليه ولكن لا يصير المدعى عليه مقضيا عليه ، حتى لو برهن بعده على أنه ملكه تقبل اه وإذا كانت وديعة مثلا تكون باقية على حالها أما الميت فتنقلب ملكا له إذا مات مجهلا لها كما تقدم (قوله بخلاف ما لو شهدا أنها كانت ملكه) أى فتقبل لأن الشهادة بالملك المنقضي مقبولة لا باليد المنقضية لأن الملك لا يتنوع واليد تتنوع باحتمال أنه كان له فاشتراه منه لأن الأصل إبقاء ما كان على الذى عليه كان ، وقدمنا قريبا ما لو شهدا لمدعى ملك عين فى يد رجل أنها كانت ملك المدعى حيث يقضى بها ، وما لو شهد أنها كانت لمورثه بدون إضافة الملك إلى وقت الموت حيث اختلف فى قبولها والفرق بينهما عن الفتح فلاتنسه (قوله أو أقر) معطوف على قوله شهدا (قوله فى يد المدعى) قيد بالإقرار باليد مقصودا لأنه لو أقر له بها ضمنا لم تدفع إليه كما سيأتى فى الإقرار (قوله بذلك) أى بيد الحي أو وملكه ومن اقتصر على الثانى فقد قصر أفاده سيدى الوالد رحمه الله تعالى (قوله دفع للمدعى) الأولى أن يقول : فإنه يدفع للمدعى كما يظهر بالتأمل

وفى البحر وإنما قال دفع إليه دون أن يقول أنه إقرار بالملك لأنه لو برهن على أنه ملكه فإنه يقبل اه أى فى مسألة الإقرار باليد أو الشهادة عليه لأنهما المذكورتان فى الكنز دون مسألة الشهادة بالملك لما فى جامع الفصولين أخذ عينا من يد آخر وقال : إنى أخذته من يده لأنه كان ملكى وبرهن على ذلك تقبل لأنه وإن كان ذا يد بحكم الحال لكنه لما أقر بقبضه منه فقد أقر أن ذا اليد فى الحقيقة هو الخارج ، ولو أقر المدعى عليه إنى أخذته من المدعى ، لأنه كان ملكى فلو كذبه المدعى فى الأخذ منه لا يؤمر بالتسليم إلى المدعى لأنه رد إقراره وبرهن على ذى اليد ولو صدقه يؤمر بتسليمه إلى المدعى ، فيصير المدعى ذا يد فيحلف أو يبرهن الآخر اه وقوله : دفع للمدعى قال فى الدرر : لكن لا يصير المدعى عليه بزوال اليد عنه مقضيا عليه ، حتى لو برهن المدعى عليه بعده على أنه ملكه يقبل كذا فى العمادية اه (قوله لمعلومية الإقرار) أى إقرار المدعى عليه أنها كانت فى يد المدعى فيؤاخذ به (قوله وجهالة المقر به) من كون اليد أمانة أو ملكا (قوله لا تبطل الإقرار) أى فى حق الدفع قال ط : ظاهره أنهما شهدا عليه أنه أقر بأن الدار التى فى يده كانت لفلان ، ولم يعاينا الدار (قوله بالملك المنقضى) أى كيد الميت كما فى صورة الجر السابقة عن البحر (قوله لا باليد المنقضية) أى كيد الحي،

لتنوع اليد لا الملك بزازية ، ولو أقر أنه كان بيد المدعى بغير حق هل يكون إقرارا له باليد المفتى به نعم جامع الفصولين .

[فروع] شهدا بألف وقال أحدهما قضى خمسمائة قبلت بألف إلا إذا شهد معه آخر ولا يشهد من علمه حتى يقر المدعى به شهدا بسرقة بقرة واختلفا فى لونها قطع خلافا لهما ،

(قوله لتنوع اليد) أى لا حتمال أنه كان له فاشتراه منه (قوله المفتى به نعم) لأنه أقر باليد وادعى أنها بغير حق فيؤاخذ بإقراره ولا تثبت الدعوى الأخرى إلا ببرهان (قوله قبلت بألف) أى ولا يسمع قوله قضاه لكمال النصاب ، ولا يكون رده من المدعى تكذيبا له كما إذا شهد له بألف وخمسمائة والمدعى يدعى ألفا لأنه لم يكذبه (١) فيما شهد له به وإنما كذبه فيما شهد به عليه وذلك لايمنع كما إذا شهد له بشىء ثم شهد عليه بآخر ولا تقبل إلا إذا ادعى الألف فإذا ادعى خمسمائة والمسألة بحالها لاتقبل (قوله إلا إذا شهد معه آخر) أى لكمال النصاب (قوله ولا يشهد) أى بالألف كلها أى يجب عليه أن لا يشهد كما فى الزيلعى والدرر (قوله من علمه) فعل ماض أى علم قضاء خمسمائة (قوله حتى يقر المدعى به) أى يقر المدعى عند الناس به أى بما قبض لئلا يتضرر المدعى عليه عند تقريره الدعوى ، ولئلا يكون إعانة على الظلم .

قال فى البحر : والمراد من ينبغى فى عبارة الكنز معنى يجب فلا تحل له الشهادة (قوله شهد بسرقه بقرة الخ) هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها عن محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة رحمهم الله تعالى فى شاهدين شهدا جميعا على أنه سرق بقرة ، واختلفا فى لونها قال : أجيز الشهادة وأقطعه وقال أبو يوسف ومحمد : لا نجيز الشهادة ولا نقطعه اه له أن التوفيق ممكن لأن التحمل فى السرقة يكون ليلا غالبا واللونان يتشابهان ، ويجتمعان فيكون السواد من جانب وهذا يبصره والبياض من جانب آخر وهذا يشاهده ، وإذا كان التوفيق ممكنا وجب القبول كما إذا اختلف شهود الزنا فى بيت واحد وفيه بحث من وجهين أحدهما : أن طلب التوفيق هنا احتيال لإثبات الحد ، وهو القطع والحد يحتال لدرئه لا لإثباته ، والثانى : أن التوفيق وإن كان ممكنا ليس بمعتبر مالم يصرح به فيما يثبت بالشبهات فكيف يعتبر إمكانه فيما يدرأ بها .

والجواب عن الأول : إن ذلك إنما كان احتيالا لإثباته أن لو كان فى اختلاف ما كلفا نقله وهو من صلب الشهادة لبيان قيمة المسروق ليعلم هل كان نصابا فيقطع به أو لا ، وأما إذا كان فى اختلاف مالم يكلفا نقله كلون ثياب السارق ، وأمثاله فاعتبار التوفيق فيه ليس احتيالا لإثباته الحد لإمكان ثبوته بدونه ألا ترى أنهما لو سكتا عن بيان لون البقرة ما كلفهما القاضى بذلك فتبين أنه ليس من صلب الشهادة ، ولم يكلفا نقله إلى مجلس الحكم بخلاف الذكورة والأنوثة فإنهما يكلفان النقل بذلك ، لأن القيمة تختلف باختلافهما ، فكان اختلافا فى صلب الشهادة .

والجواب عن الثانى : بأنه جواب للقياس لأن القياس اعتبار إمكان التوفيق ، أو يقال التصريح بالتوفيق يعتبر فيما كان فى صلب الشهادة وإمكانه فيما لم يكن فيه هذا وأطلق فى اللون : فشمل جميع الألوان وهو الصحيح ، ولها أن السواد غير البياض فلم يتم على كل نصاب شهادة وصار كالغصب ، لأن أمر الحد أهم كالذكورة والأنوثة وعلى هذا الخلاف لو ادعى سرقة ثوب مطلقا فقال أحدهما : هروى والآخر مروى اه شلبى . وتكلم الشرح على القطع ، ولم يتكلم على الضمان والظاهر وجوبه وحرره نقلا اه ط بزيادة (قوله خلافا لهما) حيث قالا لا يقطع

---

(١) قوله (لأنه لم يكذبه) علة لقوله قبلت بألف .

واستظهر صدر الشريعة قولهما وهذا إذا لم يذكر المدعي لونها ذكره الزيلعي .
ادعى المديون الإيصال متفرقا وشهدا به مطلقا أو جملة لم تقبل وهبانية شهدا في دين الحي بأنه كان عليه كذا تقبل إلا إذا سألهما الخصم عن بقائه الآن فقالا : لاندري

لأنهما اختلفا في المشهود به فيمتنع به بالقبول ، كما إذا اختلفا في الذكورة والأنوثة أو في اللون في الغصب بل أولى لأن الثابت بالغصب ضمان لا يسقط الشبهات والثابت هنا حد يسقط بها اه درر (قوله واستظهر صدر الشريعة قولهما) لكن صحح في الهداية قول الإمام رحمه الله تعالى (قوله وهذا إذا لم يذكر المدعي لونها) أما لو عين لونها كحمراء فقال أحدهما سوداء لم يقطع إجماعا لأنه كذب أحد شاهديه كما في الفتح (قوله أو جملة لم تقبل) أما الأول : فلأن الإطلاق أزيد من المقيد . وأما الثاني : فلاختلاف الشهادة والدعوى للمباينة بين المتفرق والجملة وتقدمت هذه المسألة آنفا (قوله شهد في دين الحي الخ) قال في البحر ولم يذكر المؤلف رحمه الله تعالى مسئلتين إحداهما : ما إذا ادعى شيئا للحال فشهدا به بمامضى وعكسه ، الثانية : إذا ادعى الإنشاء فشهد بالإقرار وعكسه أما الأول ففي المحيط نقلا عن الأقضية إذا ادعى الملك للحال أي في المعين فشهدوا أن هذا المعين كان قد ملكه تقبل . لأنها اثبتت الملك في الماضي فيحكم بها في الحال مالم يعلم المزيل قال رشيد الدين بعد ماذكرها أمر روزي ميدانت اه ومعنى تحكيمها في الحال الخ قال في نور العين : هذا عمل بالاستصحاب وهو حجة في الدفع لا للاستحقاق فكان ينبغي أن لا تقبل شهادتهما فيه لكن فيه حرج فيقبل دفعا للحرج ،

(يقول الحقير) قوله : دفعا للحرج تعليل عليل كما لايخفى على ذي فهم جليل اه وقال في البحر أيضا : ومعنى هذا لا يحل للقاضي أن يقول : أتعلمون أنه ملكه اليوم نعم ينبغي للقاضي أن يقول : هل تعلمون أنه خرج عن ملكه فقط ذكره في المحيط قال العمادي : فعلى هذا إذا ادعى الدين فشهدا أنه كان له عليه كذا ينبغي أن يقبل كما في العين . ومثله ما لو ادعى أنها زوجته فشهدوا أنه كان تزوجها ولم يتعرضوا للحال تقبل اه لكن اعترض الرملي قوله نعم ينبغي للقاضي الخ بأن المنصوص خلافه ، وإن البحث لا يعارض المنصوص إذلا عبرة للأبحاث في معارضة النصوص اه وقال أيضا معنى لا ينبغي للقاضي أن يقول الخ : أي لأنهم لو قالوا لا نعلم أنه ملكه اليوم لا تقبل شهادتهم ، فيضيع حق المدعي ظاهرا فلا يسألهم بخلاف ما إذا قال لهم : هل تعلمون أنه خرج عن ملكه فإنهم إذا قالوا لا نعلم أنه خرج عن ملكه لا تبطل شهادتهم كما هو ظاهر اه وهذا كله إذا شهدوا بالملك في الماضي ، أما لو شهدوا باليد له في الماضي لا يقضى به في ظاهر الرواية ، وإن كانت اليد تسوغ الشهادة في الملك على ما أسلفناه . وعن أبي يوسف يقضى بها :

وخرج العمادي على هذا ما في الواقعات : لوأقر بدين عند رجلين ثم شهد عدلان عند الشاهدين أنه قضى دينه أن شاهدي الإقرار يشهدان أنه كان له عليه دين ولا يشهد أن له عليه فقال : هذا أيضا دليله على أنه إذا ادعى العين وشهدوا أنه كان له عليه تقبل وهذا غلط فإنه إنما تعرض لما يسوغ له أن يشهد به لا للقبول وعدمه ، بل ربما يؤخذ من منعه من إحدى العبارتين دون الأخرى بثبوت القبول في إحداهما دون الأخرى كيف وقد ثبت بشهادة العدلين عند الشاهدين أنه قضاه فلا يشهدان ، حتى يخبر القاضي بذلك ، وأن القاضي حينئذ لا يقضي بشيء كذا في فتح القدير .

وفي البزازية : شهد أنها زوجت نفسها ، ولا نعلم أنها في الحال أمرأته أولا أو شهدا أنه باع منه هذه العين ولا ندري أنها ملكه في الحال أم لايقضي بالنكاح والملك في الحال بالاستصحاب والشاهد في العقد شاهد في الحال .

وفى دين الميت لاتقبل مطلقا حتى يقولا مات وهو عليه بحر .

والحاصل : أن المنصوص عليه فى العين ما سمعت ، وأما فى الدين فالمنصوص عليه عدم القبول . قال فى القنية : شهدا على إقرار رجل بدين فقال المشهود عليه : أتشهد أن هذا القدر علىّ الآن فقال : لا أدرى أهو عليك الآن أم لا لاتقبل الشهادة اه وقال قبله : ادعى على آخر دينا على مورثه فشهدوا أنه كان على الميت دين لا تقبل حتى يشهدوا أنه مات وهو عليه اه فموضوع الأولى فى الشهادة على الإقرار ، وإن الشاهد قال : لا أدرى أهو عليك الآن أم لا وهو ساكت عما إذا شهدوا أنه كان له عليه كذا وقد بحث العمادى أنه ينبغى القبول وليس بمعارض للمنصوص عليه كما علمت اه .

أقول : بل هو داخل فى قولهم الشهادة بالملك المنقضى مقبولة وأما الثانية أعنى ما إذا ادعى الإنشاء فشهد بالإقرار وعكسه : فقال فى جامع الفصولين ادعى الوديعة فشهد أن المودع أقر بالإيداع تقبل كما فى الغصب ، وكذا العارية ادعى نكاحا وشهدا بإقرارهما بنكاح تقبل كما فى الغصب . وكذا العارية ولو ادعى دينا فشهد باقراره بالمال تقبل ، وتكون إقامة البينة على إقراره كإقامة البينة على السبب وأفتى بعضهم بعدم القبول ادعى قرضا وشهد بإقراره بالمال تقبل بلا بيان السبب انهى فتقبل بالإيداع والغصب والعارية والديون والنكاح وأما البيع فقال فى جامع الفصولين : ادعى بيعا وشهدا أنه أقر بالبيع واختلفا فى زمان ومكان تقبل . وفيه قبله ادعى مائة قفيز برّ بسبب سلم صحيح وشهدا أن المدعى عليه أقر أن له عليه مائة قفيز برّ ولم يزيدا قيل : تقبل لأنه اختلاف فى سبب الدين ، فلا يمنع وقيل : لا وهو الأصح ، لأنهما لم يذكرا إقراره بسبب السلم ، والاختلاف بسبب الدين إنما يمنع قبولها لو لم يختلف الدين باختلاف السبب ودين السلم مع دين آخر يختلفان إذ الاستبدال قبل القبض ، لم يجز فى السلم ، وجاز فى دين البر بلا سبب . فلم يشهدا بدين يدعيه فلا تقبل بخلاف ما لو ادعى بسبب القرض ، وشهد أنه أقر ، ولم يذكر بسبب القرض تقبل انتهى ثم قال ادعى قضاء دينه وشهد أنه أقر بإستيفائه تقبل انتهى .

وفى القنية : ادعى عبدا فشهد أحدهما بملك مرسل ، والآخر بإقرار ذى اليد بملكيته للمدعى تقبل ، ولو كان هذا فى دعوى الأمة والضيعة لاتقبل . والفرق فيها وأما عكسها أعنى ما إذا ادعى الإقرار فشهد بالإنشاء فغير متصور شرعا إذ لا تسمع الدعوى بالإقرار لما فى البزازية معزيا إلى الذخيرة .

ادعى أن له عليه كذا وإن العين الذى فى يده له لما أنه أقر له به أو ابتدأ بدعوى الإقرار وقال أنه أقر أن هذا لى أو أقر أن لى عليه كذا قيل يصح ، وعامة المشايخ على أنه لا تصح الدعوى لعدم صلاح الإقرار للاستحقاق كالإقرار كاذبا فلا يصح الإقرار لإضافة الاستحقاق إليه بخلاف دعوى الإقرار من المدعى عليه على المدعى بأنه برهن على أنه أقر أنه لا حق له فيه أو بأنه ملك المدعى حيث تقبل وتمامه فيها وسنتكلم عليها إن شاء الله تعالى بأوضح من ذلك فى الدعوى .

أقول : أما قوله فغير متصور شرعا قال الغزى : ممنوع لأنه لو ادعى أنه مالكى . وأنه أقر له به تسمع لكن قد يقال رجع إلى دعوى الملك والكلام ليس فيه فيستقيم الكلام (قوله وفى دين الميت لا تقبل مطلقا) أى سألها الخصم عن بقائه أو لم يسألها . ولكن الذى ردت فيه الشهادة فى دين الحى إنما هو فى صورة الإقرار لما قدمناه قبل أسطر عن البحر عن القنية شهد على إقرار رجل بدين الخ ولذا قال بعده وهو ساكت الخ .

قال فى البحر : وفى مسألة دين الميت لا بد فى القبول من شهادتهما بأنه مات ، وهو عليه احتياطا فى أمر الميت ، ولذا يحلف المدعى مع إقامة البينة ، بخلافه فى دين الحى فتحرر أنهما إذا شهدا فى دين الحى بأنه كان

قلت : ويخالفه ما فى معين الحكام من ثبوته بمجرد بيان سببه وإن لم يقولا مات وعليــه دين اه ، والاحتياط لا يخفى .

ادعى ملكا فى الماضى وشهدا به فى الحال لم تقبل فى الأصح كما لو شهدا بالماضى أيضا جامع الفصولين .

له عليه كذا تقبل إلا إذا سألهما الخصم عن البقاء فقالا : لاندرى وفى دين الميت لاتقبل مطلقا اه (قوله قلت) القول لصاحب المنح (قوله من ثبوته بمجرد بيان سببه الخ) قال الرملى نقلا عن المحيط : إنه يثبت الدين على الميت بمجرد بيان الشاهد سببه من غير حاجة إلى أن يقولا مات ، وعليه شهدا على رجل أنه جزحه ، ولم يزل صاحب فراش حتى مات يحكم به وإن لم يشهدوا أنه مات من جراحته لأنه لا علم لهم به بزازية معين الحكام كذا رأيته بخط بعض العلماء .

وأقول : ما فى المحيط لا يعارض ما فى القنية إذ مافيها فيما إذا ادعى الدين للحال فشهدا به كذلك بحيث أنهما لم يقولا كان ، وبه يحصل التوفيق فتأمل .

ونقل بعض الفضلاء عن المقدسى أنه قوى ما فى معين الحكام وأنه قال: إن الأول ضعيف وإن الاحتياط فى أمر الميت يكفى فيه تحايف خصمه مع وجود بينة وأن فى هذا الاحتياط ترك احتياط آخر فى وفاء دينه الذى يحجبه عن الجنة ، وتضييع حقوق أناس كثيرين لا يجدون من يشهد لهم على هذا الوجــه اه وبه اعترض فى نور العين على صاحب جامع الفصولين (قوله والاحتياط لا يخفى) قد علمت أن الاحتياط فى عدم اشتراط ذلك . وأن اشتراطه ضعيف لكن قال الرحمتى والاحتياط لا يخفى لأن الأمر فيه مشكل دائر بين تضييع حق الدائن أو إلزام الميت بما ليس فى ذمته فيحتاج القاضى والمفتى أن يتفحصا كمال التفحص ، ويتتبعا القرائن وأحوال المدعى والمدعى عليه فإن ظهر له بقاء الدين يفتى المفتى بقول من يقول: لا حاجة إلى الجر ، ويقضى القاضى به . وإن غلب على ظنه استيفاء الدائن للدين أو سقوطه بوجه من المسقطات يفتى بالقول الثانى ، ويقضى به القاضى حفظا لأموال الناس وأديانهم ولذا قال : والاحتياط لايخفى ولم يبين بماذا يكون الاحتياط والله أعلم لكن عبارة المنح : وفى مسئلة دين الميت لابد فى القبول من شهادتهما بأنه مات وهو عليه احتياطا فى أمر الميت اه .

فأفاد أن الاحتياط إنما هو فى أمر الميت لأنه لا يجب عن نفسه ، والوارث لا يعلم ما فعل مورثه ثم نقل القولين فكتب الخير الرملى فى هامشه ، قوله : قلت الخ .

أقول : ما فى المحيط لايعارض ما فى القنية إذ مافيها فيما إذا ادعى الدين للحال فشهدا بالماضى فلذلك أقحم أى الشاهدان لفظ كان وما فيه فيما إذا ادعى الدين للحال فشهدا به كذلك ولذا لم يقولا كان وبه يحصل التوفيق فتأمل اه . وبهذا يتضح ما ذكره الشارح (قوله ادعى ملكا فى الماضى) أى بأن قال ملكى وشهدا أنه له قال فى الفصولين ، ولو ادعى ملكا فى الماضى وشهدا به فى الحال بأن قال : كان هذا ملكى وشهدا أنه له قيل تقبل ، وقيل : لا وهو الأصح وكذا لو ادعى أنه كان له وشهدا أنه كان له لا تقبل (قوله كما لو شهدا بالماضى أيضا) أى لا تقبل لأن إسناد المدعى يدل على نفى الملك فى الحال إذ لا فائدة للمدعى فى الإسناد مع قيام ملكه فى الحال بخلاف الشاهدين لو أسندا ملكه إلى الماضى لأن إسنادهما لا يدل على النفى فى الحال لأنهما لا يعرفان بقاءه إلا بالاستصحاب والشاهد قد يحترز عن الشهادة باستصحاب الحال لعدم تيقنه بخلاف المالك إذ كما يعلم ثبوت ملكه يقينا يعلم بقاءه يقينا بحر وبهذا ظهر الفرق بين ما هنا وبين ما تقدم متنا من قوله بخلاف ما لو شهدا أنها كانت ملكه .

[فرع مهم] قال المدعى : إن الدار التى حدودها مكتوبة فى هذا المحضر ملكى وقال الشهود أن الدار التى

باب الشهادة على الشهادة

(هى مقبولة) وإن كثرت استحسانا فى كل حق على الصحيح

حدودها مكتوبة فى هذا المحضر ملكه صح الدعوى والشهادة وكذا لو شهدوا أن المال الذى كتب فى هذا الصك عليه تقبل . والمعنى فيه أنه أشار إلى المعلوم لو شهدا بملك المتنازع فيه والخصمان تصادقا على أن المشهود به هو المتنازع فيه ينبغى أن تقبل الشهادة فى أصل الدار ، وإن لم تذكر الحدود لعدم الجهالة المفضية إلى النزاع فى أصل الدار جامع الفصولين فى آخر الفصل السابع والله تعالى أعلم وأستغفر الله العظيم .

باب الشهادة على الشهادة

إنما أخرها لأنها فرع عن شهادة الأصل فاستحقت التأخير لأن الأصل مقدم على الفرع ولأنها بمنزلة المركب من المفرد وجوازها استحسان والقياس لايقتضيه لأن الأداء عبادة بدنية ازمت الأصل لاحق للمشهود له لعدم الإجبار عليها ، ولعدم جواز الخصومة فيها والنيابة لا تجرى فى العبادات البدنية لأن كون قول الإنسان ينفذ على مثله ، ويلزمه ما نسبه إليه وهو ينفيه ويبرأ منه إنما عرف حجة شرعا عند قدر من احتمال الكذب وهو ما فى شهادة الأصول لعدم العصمة من الكذب والشهود ، فلا يكون حجة كذلك عند زيادة الاحتمال فكيف إذا كان الثابت ضعف ذلك الاحتمال ، وهو فى شهادة الفرعين وإن اختلف محل الأداء فإن محله فى الأصلين فى إثبات حق المدعى ، وفى الفرعين ما يشهدان به من شهادة الأصلين ، ثم يرجع إلى الحق المدعى به إلا أنهم استحسنوا جوازها فى كل حق لا يسقط بالشبهة لشدة الاحتياج إليها لأن الأصل قد يعجز عن أدائها لبعض العوارض ، فلو لم تجز لأدى إلى ضياع كثير من الحقوق ، ولهذا جوزت وإن كثرت أعنى الشهادة على شهادة الفروع وإن بعدت إلا أن فيها شبهة من حيث البداية ، لأن البدل مما لا يصار إليه إلا عند العجز عن الأصل وهذه كذلك . واعترض بأنه لوكان فيها معنى البداية لما جازالجمع بينهما لعدم جوازه بين البدل والمبدل لكن لو شهد أحد الشاهدين ، وهو أصل وآخران على شهادة شاهد آخر جاز ، وأجيب بأن البدلية إنما هى فى المشهود به فإن المشهود به بشهادة الفروع هو شهادة الأصول ، والمشهود به بشهادة الأصول هو ما عاينوه مما يدعيه المدعى وإذا كان كذلك لم تكن شهادة الفروع بدلا عن شهادة الأصول فلم يمتنع إتمام الأصول بالفروع فإذا ثبتت البدلية فيها لا تقبل فيما يسقط بالشبهات كشهادة النساء مع الرجال وكالحدود والقصاص . وعند الأئمة الثلاثة : تقبل فيما يسقط بها أيضا عناية بزيادة فإن قيل : ذكر فى المبسوط أن الشاهدين لو شهدا على شهادة شاهدين أن قاضى بلدة كذا حد فلانا فى قذف تقبل حتى ترد شهادة فلان أجيب بأن لا نقض فإن المشهود به فعل القاضى ، وهو مما يثبت مع الشبهات ، والمراد من الشهادة بالحدود الشهادة بوقوع أسبابها الموجبة لها فا ورد أن فعل القاضى موجب لردها وردها من حده فهو موجب للحد أجيب بالمنع بل الموجب اردها إذا كان من حده ما يوجب الحد والذى يوجبه هو القذف نفسه على أن فى المحيط ذكر محمد فى الديات لا تقبل هذه الشهادة فتح (قوله وإن كثرت) أى تعددت أعنى الشهادة على شهادة الفروع بأن يحمل الفرع شهادته لاثنين ، وأحد الاثنين لآخرين وهكذا . ويشترط الشروط الآتى ذكرها فى كل فرع مع أصله (قوله فى كل حق على الصحيح) أى لا يسقط بشبهة كما فى الهداية قال فى البحر أطلقه فشمل الوقف وهو الصحيح إحياء له وصونا عن اندراسه وشمل التقرير وهو مصرح به فى الأجناس وقضاء القاضى وكتابه كما فى الخانية والنسب كما فى خزانة المفتين

(إلا فى حد وقود) لسقوطهما بالشبهة وجاز الإشهاد مطلقا لكن لاتقبل إلا (بشرط تعذر حضور الأصل بموت) أى موت الأصل وما نقله القهستانى عن قضاء النهاية فيه كلام فإنه نقله عن الخانية عنها

وفى القنية . أشهد القاضى شهودا أنى حكمت لفلان على فلان بكذا فهو إشهاد باطل لا عـبرة به والحضور شرط اهـ .

وفى يتيمة الدهر : وكتبت إلى الحسن بن زياد إذا أشهد القاضى على قضائه الشاهدين اللذين شهدا فى تلك الحادثة هل يصح إشهاده إياهما فقال نعم لكنه ينفصل عن القبول فى الحكم اهـ .

قال فى فتح القدير : الشهادة على الشهادة جائزة فى كل حق يثبت مع الشبهة فخرج ما لا يثبت معها وهو الحدود والقصاص فأما التعزير ففى الأجناس من نوادر ابن رستم عن محمد يجوز فى التعزير العفو والشهادة على الشهادة ونص الفقيه أبو الليث على أن كتاب القاضى إلى القاضى لا تجوز فيه الشهادة على الشهادة وفى فتاوى قاضيخان : الشهادة على الشهادة جائزة فى الأقارير والحقوق وأقضية القضاة . وكتبهم وكل شىء إلا الحدود والقصاص وبقولنا هذا قال أحمد والشافعى فى قول وأصح قوليه وهو قول مالك يقبل فى الحدود القصاص أيضا لأن الفروع عدول نقلوا شهادة الأصول فالحكم بشهادة الأصول لا بشهادتهم وصاروا كالمترجم وسيندفع اهـ (قوله إلا فى حد) أى ما يوجب الحد فلا يرد أنه إذا شهد على شهادة شاهدين أن قاضى بلد كذا ضرب فلانا حدا فى قذف فإنها تقبل ، حتى ترد شهادته إلى آخر ما ذكرنا آنفا وفيه إشعار بأنها تقبل فى التعزير ، وهذه رواية عن أبى يوسف . وعن أبى حنيفة أنها لا تقبل كما فى الاختيار قهستانى (قوله وجاز الإشهاد مطلقا) أى بعذر أو غيره وسواء تعذر حضور الأصل أم لا لأن تحمل الشهادة أسهل من أدائها . قال فى خزانة المفتين : والإشهاد على شهادة نفسه يجوز وإن لم يكن بالأصول عذر ، حتى لو حل بهم العذر من مرض أو سفر أوموت شهد الفروع اهـ فتبين أن اشتراط العذر وقت الأداء لا وقت التحمل .

قال فى البحر : وقيد شهادة الفرع أى عند القاضى لأن وقت التحمل لا يشترط أن يكون فى الأصل عذر لما فى خزانة المفتين وساق عبارتها المذكورة (قوله بشرط تعذر حضور الأصل) قال فى البحر : لأن جوازها عند الحاجة وإنما تمس عند عجز الأصل .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى أشار إلى أن المراد بالمرض ما لا يستطيع معه الحضور إلى مجلس القاضى كما قيده فى الهداية . وأن المراد بالسفر الغيبة مدته كما هو ظاهر كلام المشايخ . وأفصح به فى الخانية والهداية لا مجاوزة البيوت وإن أطلقه كالمرض فى الكنز ولم يصرح بالتعذر ، ولكن ما ذكرنا هو المراد لأن العلة العجز فافهم (قوله وما نقله القهستانى) حيث قال : لكن فى قضاء النهاية وغيره أن الأصل إذا مات لا تقبل شهادة فرعه فيشترط حياة الأصل (قوله فيه كلام) ويؤيد كلام القهستانى قوله الآتى وبخروج أصله عن أهليتها (قوله فإنه نقله عن الخانية عنها) أى بواسطتها أراد أنه نقل عن قضاء النهاية عن الخانية ولفظ عنها هو على ما فى أكثر النسخ ، وفى بعضها هناك بدل عنها أى فى كتاب القضاء . وفى شرحه على الملتقى ما يشعر بذلك وهو الأحسن .

أقول : وليس فى القهستانى ذلك كما علمت من عبارته المتقدمة ، ولعل الشارح اطلع عليه فى عبارة النهاية أو تحريف فى القهستانى الذى رآها ، والأولى للشارح أن يقول : فإنه نقله عنها عن الخانية كما تدل عليه عبارته فى شرح الملتقى فإنه قال فيه . لكن فى قضاء النهاية عن قاضيخان الأصل إذا مات لا تقبل شهادة فرعه فتشترط حياة الأصل كذا ذكره القهستانى .

وهو خطأ والصواب ما هنا (أو مرض أو سفر) واكتفى الثانى بغيبته بحيث يتعذر أن يبيت بأهله واستحسنه غير واحد

أقول : فيه أن استدراك القهستانى بقوله لكن فى قضاء النهاية الخ يخالف المشهور (قوله وهو خطأ) أى ما ذكره قاضيخان فى القضاء خطأ (قوله والصواب ما هنا) أى فى باب الشهادة على الشهادة قال فى الدر المنتقى بعد ذكر عبارة القهستانى السابقة وتعقبه بعضهم بأنه أخطأ وأن قاضيخان وغيره ذكره هنا كغيره فأصاب ، وخالف ثمة فأخطأ اه . ثم قال : لكن نقل البرجندى عن الخلاصة والقهستانى عن الخزانة وكذا فى البحر والمنح والسراج وغيرها أنه إذا خرج الأصل ، عن أهلية الشهادة بأن خرس أو فسق أو عمى أو جن أو ارتد بطل الإشهاد اه : أى وبالموت خروج الأصل عن الأهلية وفيه أنهم جوزوا الشهادة بعد الموت نصا فهى مستثناة ط .

أقول : وقد يقال أن المقصود من تحميل الشهادة عدم ضياع الحق بموته ولا كذلك بما ذكر لأنها أمور عارضية قال فى الهندية : لا تقبل شهادة شهود الفرع إلا أن يموت شهود الأصل أو يمرضوا مرضا لايستطيعون حضور مجلس القاضى أو يغيبوا مسيرة ثلاثة أيام ولياليها فصاعدا كذا فى الكافى هذا ظاهر الرواية والفتوى عليه كذا فى التتارخانية (قوله أو مرض) أى مرضا لا يستطيع معه الحضور لمجلس الحاكم اه منح .

وفى شرح المجمع : المرض الذى لا يتعذر معه الحضور لا يكون عذرا اه (قوله أو سفر) ظاهر الكنز وغيره من المتون أن سفر الأصل يتحقق بأن يجاوز بيوت مصره قاصدا ثلاثة أيام وإن لم يسافر ثلاثة وظاهر كلام المشايخ أنه لابد من غيبة الأصل ثلاثة أيام ولياليها كما أفصح به فى الخانية منح . والذى فى الخانية الشهادة على الشهادة لا تجوز إلا أن يكون المشهود على شهادته مريضا فى المصر لايقدر أن يحضر لأداء الشهادة أو يكون ميتا أو غائبا غيبة السفر ثلاثة أيام ولياليها ، وعن أبى يوسف إذا كان شاهد الأصل فى موضع لو حضر لأداء الشهادة لايبيت فى منزله جازت الشهادة على الشهادة ، وعن محمد فى النوادر أنه تجوز الشهادة على الشهادة وإن كان الأصل صحيحا فى المصر اه .

لكن اعترض سيدى على عبارة المنح من قوله : وظاهر الكنز وغيره من المتون أن سفر الأصل الخ فى كون ظاهر المتون ذلك نظر حيث كانت العلة العجز وإلا لزم أن يكون المرض الذى لا يتعذر معه الحضور عذرا ، وليس كذلك فالمتبادر غيبته مدة السفر ، ولذا أتى فى الهداية برديفه فقال : أو يغيبوا مسيرة ثلاثة أيام ولياليها فصاعدا كما علمت مما قدمناه آنفا (قوله واكتفى الثانى بغيبته الخ) وعن محمد تجوز الشهادة كيفما كان حتى روى عنه أنه إذا كان الأصل فى زاوية المسجد فشهد الفرع على شهادته فى زاوية أخرى من ذلك المسجد تقبل شهادتهم وإلا قطع صرح به عنهما فقال وقال أبو يوسف ومحمد : تقبل وإن كانوا فى المصر اه ط .

وفى النهاية عن السرخسى والسعدى : إذا شهد الفروع على شهادة الأصول والأصل فى المصر يجب أن تجوز على قولهما لا على قول أبى حنيفة بناء على أن التوكيل بغير رضا الخصم لا يجوز عنده : وعندهما يجوز وجه البناء أن المدعى عليه لا يملك إنابة غيره مناب نفسه فى الجواب إلا بعذر فكذا لا يملك الأصل إنابة غيره مناب نفسه إلا بعذر ، والجامع أن استحقاق الجواب على المدعى عليه كاستحقاق الحضور على الشهود وعندهما لما ملك المدعى عليه إنابة غيره مناب نفسه فى الجواب من غير عذر ، فكذا فى الحضور إلى مجلس الحكم زيلعى فعلى هذا لايشترط لأداء الفروع أن يكون بالأصول عذر أصلا عندهما (قوله واستحسنه غير واحد) قال الكمال

وفى القهستانى والسراجية عليه الفتوى وأقره المصنف (أو كون المرأة مخدرة) لا تخالط الرجال وإن خرجت لحاجة وحمام قنية وفيها لا يجوز الإشهاد لسلطان وأمير وهل يجوز لمحبوس إن من غير حاكم الخصومة نعم ذكره المصنف فى الوكالة وقوله (عند الشهادة) عند القاضي قيد للكل لإطلاق جواز الإشهاد لا الأداء كما مر (و) بشرط (شهادة عدد) نصاب ولو رجلا وامرأتين

كثير من المشايخ أخذ بهذه الرواية وبه أخذ الفقيه أبو الليث وذكره محمد فى السير الكبير اه (قوله وفى القهستانى) عبارته وتقبل عند أكثر المشايخ وعليه الفتوى كما فى المضمرات وذكر القهستانى أيضا أن الأول(١) ظاهر الرواية وعليه الفتوى وفى البحر قالوا : الأول أحسن وهو ظاهر الرواية كما فى الحاوى . والثانى أوفق وبه أخذ الفقيه وكثير من المشايخ وقال فخر الإسلام : إنه حسن وفى السراجية وعليه الفتوى اه (قوله وأقره المصنف) أى فى منحه (قوله أو كون المرأة مخدرة) قال البزدوى هى من لا تكون برزت بكرا كانت أو ثيبا ولا يراها غير المحارم من الرجال ، أما التى جلست على المنصة فرآها رجال أجانب كما هو عادة بعض البلاد لا تكون مخدرة خانية .

قال فى البحر : وظاهر كلام المصنف الحصر فى الثلاثة أى الموت والمرض والسفر وليس كذلك وذكر مسألة المخدرة المذكورة هنا (قوله لا تخالط الرجال) هو تعريف المخدرة كما فى القنية ونقله فى البحر والهندية عنها ، وكذا نقله العلامة الأنقروى برمز بم (قوله وفيها لا يجوز الإشهاد لسلطان وأمير) أى على شهادتهما إذا كان فى البلد الأعلى قول محمد على ما سلف (قوله وهل تجوز لمحبوس الخ) قال فى المعراج : إذا كان شاهد الأصل محبوسا فى المصر فأشهد على شهادته ، هل يجوز للفرع أن يشهد على شهادته ، وإذا شهد عند القاضى هل يحكم بها قال فى الذخيرة : اختلف فيه مشايخ زماننا قال بعضهم : إذا كان محبوسا فى سجن هذا القاضى لا يجوز لأن القاضى يخرجه من سجنه ، حتى يشهد ثم يعيده إلى السجن وإن كان فى سجن الوالى ولا يمكنه الخروج للشهادة يجوز اه وأطلق فى التهذيب جوازها بحبس الأصل اه .

أقول : ووجهه ظاهر لأن المحبوس لا يملك الخروج بل هو مجبور على عدمه قال ط : ويمكن حمله على ما ذكر من التفصيل اه .

وأقول : قدمنا إنه الآن فى زماننا لا فرق بين حبس القاضى والوالى بل المحبس واحد فإن من لزمه أداء شهادة يخرج لأدائها بمحافظ معه كما علمت فتنبه .

وفى الهندية : إن كان الأصل معتكفا قال القاضى بديع الدين: لا يجوز سواء كان منذورا أو غير منذور اه (قوله ذكره المصنف فى الوكالة) ونقله المصنف أيضا هنا عن السراج عن الذخيرة (قوله عند الشهادة) أى أدائها عند القاضى قال فى المنح : وهو أى قوله عند القاضى متعلق بتعذر وما عطف عليه (قوله قيد للكل) أى فيكون الظرف متعلقا بحضور الأصل (قوله لإطلاق جواز الإشهاد) يعنى يجوز أن يشهد وهو صحيح أو سقيم ونحوه ، لكن لا تجوز الشهادة عند القاضى إلا وما ذكر من الشروط موجود فى الأصل .

قال فى البحر نقلا عن خزانة المفتين : والإشهاد على شهادة نفسه يجوز وإن لم يكن بالأصول عذر حتى لو حل بهم العذر يشهد الفروع اه ومثله فى المنح عن السراجية (قوله كما مر) أى فى قوله : وجاز الإشهاد مطلقا (قوله شهادة عدد) قال فى فتح القدير لا تجوز شهادة الشاهد على الشاهد حتى يكون اثنين ولأن شهادة

---

(١) المراد بالأول ما صدر المصنف عبارته به وهو السفر الشرعى اه منه .

وما فى الحاوى غلط بحر (عن كل أصل) ولو امرأة (لا تغاير فرعى هذا وذاك)

كل من الأصلين هى الشهود بها فلابد أن يجتمع على كل مشهود به شاهدان حتى لو كانت امرأة شاهدة مع الأصول لايجوز على شهادتها إلا رجلان أو رجل وامرأتان .

وقال الشافعى رحمه الله تعالى فى أحد قوليه : لا يجوز إلا أن يشهد على شهادة كل منهما شاهدان غير اللذين شهدا على شهادة الآخر فذلك أربع على كل أصل اثنان : واختاره المزنى لأن كل فرعين يقومان مقام أصل واحد، فصار كالمرأتين فلاتقوم الحجة بهما لأن المرأتين لما قامتامقام رجل واحد لم تتم حجة القضاء بشهادتهما ، ولأن أحدهما لو كان أصلا فشهد شهادته الأصلية ثم شهد شهادة فرعية مع فرع على شهادة الأصل الآخر لايجوز اتفاقا ، فكذا إذا شهدا جميعا على شهادة الأصلين .

وفى قول آخر للشافعى : يجوز وهو قول مالك وأحمد لنا ما روى عن على رضى الله عنه : لا يجوز شهادة الشاهد على الشاهد حتى يكونا اثنين فإنه بإطلاقه يفيد الاكتفاء باثنين من غير تقييد بأن يكون بإزاء كل أصل فرعان ولأن حاصل أمرهما أنهما شهدا بحق هو شهادة الأصلين ، ثم شهدا بحق آخر هو شهادة الأصل الآخر ، ولا مانع من أن يشهد شاهدان بحقوق كثيرة بخلاف أداء الأصل شهادة نفسه الأصلية ، ثم شهادة فرعية على الأصل الآخر مع فرع آخر غيره فإنه إنما لا تجوز لأن فيه يجتمع البدل والمبدل بخلاف ما لو شهد شهادته ، وشهد اثنان على شهادة الأصل الآخر حيث تجوز وبخلاف(١) شهادة المرأتين فإن النصاب لم يوجد لأنهما بمنزلة رجل واحد ولا تقبل شهادة واحد خلافا لمالك رحمه الله تعالى قال : الفرع قائم مقام الأصل معبر عنه بمنزلة رسوله فى إيصال شهادته إلى مجلس القاضى ، فكأنه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية الأخبار فإن رواية الواحد عن الواحد مقبولة ، ولنا ما روينا عن على رضى الله تعالى عنه وهو ظاهر الدلالة على المراد ولأنه حق من الحقوق فلابد من نصاب الشهادة بخلاف رواية الأخبار كذا فى الفتح مع زيادة .

أقول : وجه الاستدلال بذلك أن عليا رضى الله تعالى عنه جوّز شهادة رجلين على شهادة رجل ولم ينف شهادتهما على شهادة رجل آخر ولم يشترط أن يكون بإزاء كل أصل فرعان على حدة فدل إطلاقه على جواز شهادة الفرعين جميعا على شهادة الأصلين ، ولم يرو عن غير علىّ خلافه فحل محل الإجماع .

قلت : وفيه تأمل كذا فى العينى (قوله وما فى الحاوى) أى من أنه : تقبل شهادة النساء على الشهادة (قوله بحر) عبارته : وكذا لا يشترط أن يكون المشهودعلى شهادته رجلا لأن للمرأة أيضا أن تشهد على شهادتها رجلين أو رجلا وامرأتين ، ويشترط أن يشهد على شهادة كل امرأة نصاب الشهادة كذا ذكر الشارح وقد توهم القدسى فى الحاوى أنه قيد احترازى فقال : ولا تقبل شهادة النساء على الشهادة اه . وهو غلط اه . (قوله عن كل أصل) متعلق بقوله وشهادة عدد فلو شهد عشرة على شهادة واحد تقبل ولكن لا يقضى حتى يشهد شاهد آخر لأن الثابت بشهادتهم شهادة واحد بحر ، عن الخزانة وأفاد أنه لو شهد واحد على شهادة نفسه وآخران على شهادة غيره يصح وصرح به فى البزازية (قوله ولو امرأة) لما قدمنا أنه لابد من نصاب الشهادة على شهادتها ، فيجوز للمرأة أن تشهد على شهادتها رجلين أو رجلا وامرأتين (قوله لا تغاير فرعى هذا وذاك) .أى يكفى شاهدان عن كل أصل ولا يلزم لكل شاهد شاهدان متغايران حتى لو أشهد أحدهما على شهادته رجلين ، وأشهدهما الآخر بعينهما جاز ولو قال : لا تغاير فرعيهما لكان أولى

(١) (قوله وبخلاف) معطوف على قوله بخلاف أداء الأصل شهادة نفسه اه منه .

خلافا للشافعي .

(و) كيفيتها (أن يقول الأصل مخاطبا للفرع) ولو ابنه بحر (اشهد على شهادتي أني أشهد بكذا) ويكفي سكوت الفرع ولو رده ارتدَّ قنية ولا ينبغي أن يشهد على شهادة مَن ليس بعدل عنده حاوى

(قوله خلافا للشافعي) فإنه قال : لا يجوز حتى يشهد على كل واحد منهما رجلان غير الذى أشهدهما صاحبه فيكون شهود أربعة (قوله ولو ابنه) مستدرك بما سيأتى متنا (قوله اشهد على شهادتى أنى أشهد بكذا) لأنه لابد من التحميل والتوكيل ، لأن الفرع كالنائب عنه وهما يكونان بشينين ، ولابد أن يشهد عنده كما يشهد عند القاضى لينقله إلى مجلس القاضى ، وهو بالشين الثالثة ، وإنما قالوا الفرع كالنائب ولم يجعلوه نائبا لأن له أن يقضى بشهادة أصل وفرعين عن أصل آخر ولو كان الفرع نائبا حقيقة لما جاز الجمع بين الأصل والخلف نهاية. وأجاب الزيلعى : بعدم الجمع بينهما لأن الفرعين ليسا ببدل عن الذى شهد معهما بل عن الذى لم يحضر .

قال فى البحر : ولم يذكر المؤلف بعد قوله أقر عندى بكذا وأشهدنى على نفسه لأنه ليس بشرط لأن من سمع إقرار غيره حل له الشهادة وإن لم يقل له اشهد كما قدمنا وقيد بقوله : اشهد لأنه لو لم يقل له اشهد لم يسعه أن يشهد على شهادته وإن سمعها منه وهذا فيما إذا سمعه فى غير مجلس القضاء أما لو سمع فى مجلس القضاء شاهدا يشهد جاز له أن يشهد على شهادته كما فى السراج عن النهاية ، وقيد بقوله : على شهادتى لأنه لو قال : اشهد علىّ بذلك لم تجز له الشهادة لأنه لفظ محتمل لاحتمال أن يكون الإشهاد على نفس الحق المشهود به فيكون أمرا بالكذب وقيد بعلىّ لأنه لو قال بشهادتى لم يجز له لاحتمال أن يكون أمر بأن يشهد مثل شهادته بالكذب ، وقيد بالشهادة على الشهادة لأن الشهادة بقضاء القاضى صحيحة ، وإن لم يشهدهما القاضى عليه وذكر فى الخلاصة اختلافا بين أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى فيما إذا سمع الشاهد أن القاضى فى غير مجلس القضاء ، فجوزه أبو حنيفة وهو الأقيس ، ومنعه أبو يوسف وهو الأحوط اهـ كلام البحر مع زيادة عليه . قال فى البزازية سمعا من الحاكم يقول : حكمت لهذا على هذا بكذا ثم نصب حاكم آخر لهما أن يشهدا به عليه أن سمعاه منه فى المصر ، وهو الأحوط ، والذى عليه علم الهدى والمتأخرون أن كلام العالم والعادل مقبول وكلام الظالم والجاهل لا إلا الجاهل العادل إن أحسن التفسير يقبل وإلا فلا .

مطلب علم القاضى ليس بحجة إلا فى كتاب القاضى للضرورة اهـ منه

ولا خفاء أن علم قضاة بلادنا ليس بشبهة فضلا عن الحجة إلا فى كتاب القاضى للضرورة اهـ (قوله ويكفى سكوت الفرع) أى عند تحميله (قوله قنية) عبارتها لو قال : لا أقبل ينبغى أن لا يصير شاهدا حتى لو شهد بعد ذلك لا تقبل اهـ تأمل (قوله ولا ينبغى الخ) الظاهر أن ذلك على المنع والاحتياط فى الحقوق واجب ، وهذا الفرع نقله فى البحر ثم قال بعد ورقة وفى خزانة المفتين الفرع إذا لم يعرف الأصل بعدالة ولا غيرها فهو مسىء فى الشهادة على شهادته بتركه الاحتياط اهـ .

مطلب فى معنى قولهم الإساءة أفحش من الكراهة والكراهة أفحش من الإساءة

وقالوا الإساءة أفحش من الكراهة اهـ ، لكن ذكر الشارح فى شرحه على المنار أنها دونها ، ورأيت مثله فى التقرير شرح البزدوى والتحقيق شرح الإخسيكثى وغيرهما أن الإساءة دون الكراهة ، ولعل

(ويقول الفرع أشهد أن فلانا أشهدنى على شهادته بكذا وقال لى اشهد على شهادتى بذلك) هذا أوسط العبارات وفيه خمس شينات والأقصر أن يقول إشهد على شهادتى بكذا ويقول الفرع: أشهد على شهادته بكذا وعليه فتوى السرخسى وغيره ابن كمال وهو الأصح كما فى القهستانى عن الزاهدى (ويكفى تعديل الفرع لأصله) إن عرف الفروع

مراد من قال دون الكراهة أراد بها التحريمية ومن قال: أفحش أراد بها التنزيهية تأمل (قوله ويقول الفرع أشهد أن فلانا الخ) أى ويذكر اسمه واسم أبيه وجده فإنه لا بد منه كما فى البحر وقوله: فلان تمثيل وإلا فلابد من بيان شاهد الأصل، حتى لو قالا: نشهد أن رجلين نعرفهما أشهدانا على شهاتهما أنهما يشهدان بكذا وقالا: لانسميهما أولا نعرف أسماءهما لم تقبل، لأنهما تحملا مجازفة لا عن معرفة كما فى الصغرى.

مطلب فلان بدون الألف واللام كناية عن الأناسى وبهما كناية عن البهائم

وفى أبى السعود فلان وفلانة بدون ألف ولام كناية عن الأناسى وبهما كناية عن البهائم تقول: ركبت الفلان وحلبت الفلانة اهـ (قوله هذا أوسط العبارات) قال صاحب الهداية، وخير الأمور أوساطها وهو الذى عليه القدورى وذكر أبو النصر شارحه أنه أولى وأحوط وفى المنبع واختارها شمس الأئمة الحلوانى اهـ وتبعه صاحب الدرر والغرر (قوله وفيه خمس شينات) والأطول أن يقول الفرع عند القاضى أشهد أن فلانا شهد عندى أن لفلان على فلان كذا، وأشهدنى على شهادته وأمرنى أن أشهد على شهادته، وأنا الآن أشهد على شهادته بذلك ففيه ثمان شينات قال فى المنية: أقل ما يكفى فى الإشهاد ثلاث شينات وهى أشهد عندكم بكذا فأشهدوا على شهادتى بذلك وبعض المشايخ قالوا يقول: الأصل أشهد بكذا وأنى أشهدك على شهادتى فاشهد على شهادتى، وفيه خمس شينات والأحسن الأقصر: قول أبى جعفر أن يقول الأصل اشهد على شهادة بكذا، ويقول الفرع: أشهد على شهادة فلان بكذا من غير احتياج إلى زيادة كما يأتى وهو اختيار الفقيه أبى الليث وأستاذه أبو جعفر (قوله وعليه فتوى السرخسى وغيره) قال فى الفتح: وهو اختيار الفقيه أبى الليث وأستاذه أبى جعفر وهكذا ذكره محمد فى السير الكبير وبه قالت الأئمة الثلاثة. وحكى أن فقهاء زمن أبى جعفر خالفوه، واشترطوا زيادة طويلة فأخرج أبو جعفر الرواية من السير الكبير فانقادوا له قال فى الذخيرة، فلو اعتمد أحد على هذا كان أسهل، وكلام المصنف أى صاحب الهداية يقتضى ترجيح كلام القدورى المشتمل على خمس شينات حيث حكاه، وذكر أن ثم أطول منه وأقصر ثم قال: وخير الأمور أوساطها، وذكر أبو نصر البغدادى شارح القدورى أقصر آخر بثلاث شينات وهو أشهد، أن فلانا أشهدنى على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا ثم قال: وما ذكره القدوى أولى وأحوط ثم حكى خلافا فى أن قوله: وقال لى اشهد على شهادتى شرط عند أبى حنيفة ومحمد، فلا يجوز تركه لأنه إذا لم يقله احتمل أنه أمره أن يشهد مثل شهادته وهو كذب، وأنه أمره على وجه التحمل، فلا يثبت بالشك وعند أبى يوسف يجوز لأن أمر الشاهد محمول على الصحة ما أمكن فيحمل لذلك على التحميل اهـ والوجه فى شهود الزمان القول بقولهما، وإن كان فيهم العارف المتدين، لأن الحكم للغالب خصوصا المتخذ بها مكسبة للدراهم اهـ ما فى الفتح باختصار.

وحاصله: أنه اختار ما اختاره فى الهداية وشرح القدورى من لزوم خمس شينات فى الأداء، وهو ماجرى عليه فى المتون كالقدورى والكنز والغرر والملتقى والإصلاح ومواهب الرحمن وغيرها (قوله ويكفى تعديل الفرع لأصله) فى ظاهر الرواية وهو الصحيح لأنه من أهل التزكية هداية ولأن الفرع ناقل عبارة الأصل إلى

بالعدالة وإلا لزم تعديل الكل (كـ) ما يكفي تعديل (أحد الشاهدين صاحبه) في الأصح لأن العدل لا يتهم بمثله (وإن سكت) الفرع (عنه نظر) القاضي

مجلس القاضي ، وبالنقل ينتهي حكم النيابة فيصير أجنبيا ، فيصح تعديله إذا عرفه القاضي كما في الشروح قال الملاعبد الحليم محشي الدرر : أشار بعنوان الصحة أن فيه اختلافا لما أنه عن محمد عدم الصحة لتهمة المنفعة ، وله الصحة ظاهر الرواية وصححها في الصغرى وهكذا في المنصورية (قوله وإلا لزم تعديل الكل) هذا عند أبي يوسف وقال محمد : لا تقبل لأنه لا شهادة إلا بالعدالة فإذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ، ولأبي يوسف أن المأخوذ عليهم النقل دون التعديل : لأنه قد يخفى عليهم فيتعرف القاضي العدالة كما إذا شهدوا بأنفسهم كذا في الهداية وفي البحر : وقوله : وإلا صادق بصور الأولى أن يسكتوا وهو المراد هنا كما أفصح به في الهداية الثانية أن يقولوا : لا نخبرك فجعله في الخانية على الخلاف بين الشيخين وذكر الخصاف أن عدم القبول ظاهر الرواية ، وذكر الحلواني أنها تقبل وهو الصحيح لأن الأصل بقي مستورا إذ يحتمل الجرح ، والتوقف فلا يثبت الجرح بالشك ووجه المشهور أنه جرح للأصول ، واستشهد الخصاف بأنهما لو قالا إنا نتهمه في الشهادة لم يقبل القاضي شهادتهما على شهادته وما استشهد به هو الصورة الثالثة وقد ذكرها في الخانية اهـ ملخصا . وحيث كان المراد الأولى فقول الشارح وإلا لزم الخ تكرار مع ما في المتن (قوله أحد الشاهدين صاحبه في الأصح) كذا اختاره في الهداية أي إذا كان العدل وهو أحد الشاهدين معروفا بالعدالة عند القاضي ونقل فيه قولين في النهاية .

والحاصل كما في الخانية : أن القاضي إن عرف الأصول والفروع بالعدالة قضى بشهادتهم وإن عرف أحدهما دون الآخر سأل عمن لم يعرفه وإذا شهد الفرع على شهادة أصل فردت شهادته لفسق الأصل لا تقبل شهادة أحدهما بعد ذلك اهـ منح وبحر (قوله لأن العدل لا يتهم بمثله) أي بتعديل مثله ولو اتهم بمثله لا يتهم في شهادته على نفس الحق بأنه إنما يشهد ليصير قوله مقبولا عند الناس وإن لم تكن له شهادة اهـ ط عن الشلبي .

أقول : لكن الأولى فيه أن يقال : فقوله لا يتهم بمثله أي بهذا الاتهام المنافي للعدالة فمثل مقحمة يعني لأن عدالته تمنعه أن يعدل غير العدل كذا علل في البحر لكن فيه عود الضمير على غير مذكور ، وأصل العبارة في الهداية حيث قال : وكذا إذا شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر يجوز لما قلنا أي من أنهم أهل التزكية غاية الأمر أن فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته ولكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه كيف وأن قوله مقبول في نفسه وإن ردت شهادة صاحبه فلا تهمة اهـ .

قال في النهاية : أي بمثل ما ذكرت من الشبهة وقوله : غاية الأمر أي غاية ما يرد أنه متهم بسبب أن في تعديله منفعة له من حيث تنفيذ القاضي قوله على موجب ما يشهد به . قلنا : العدل لا يتهم بمثل ما ذكرت من الشبهة فإن مثلها ثابت في شهادة نفسه فإنها تتضمن القضاء بها فكما أنه لم يعتبر الشرع مع عدالته ذلك مانعا كذا ما نحن فيه وإلا لا نسد باب الشهادة اهـ . وبه ظهر أن الضمير ليس عائدا للعدل كما توهمه بعضهم (قوله وإن سكت الفرع عنه الخ) قال في فتح القدير : وإن سكتوا أي الفروع عن تعديل الأصول حين سألهم القاضي جازت شهادة الفروع ، ونظر القاضي في حال الأصول فإن عدلهم غيرهم قضى وإلا لا وهذا عند أبي يوسف ، وقال محمد : إذا سكتوا أو قالوا لا نعرف عدالتهم لا تقبل شهادة الفروع لأن قبولها باعتبار أنها تقبل شهادة ، ولم تثبت شهادة الأصول فلا تقبل شهادة الفروع ولأبي يوسف أن المأخوذ أي الواجب على الفروع ليس إلا نقل ما حملهم الأصول دون تعديلهم ، فإنه قد يخفى حالهم عنهم ، فإذا نقلوا ما حملوهم على القاضي أن يتعرف

(فى حاله) وكذا لو قال : لا أعرف حاله على الصحيح شرنبلالية وشرح المجمع وكذا لو قال : ليس بعدل على ما فى القهستانى عن المحيط فتنبه .

(وتبطل شهادة الفرع) بأمور

حالهم غير أن الفروع حاضرون، وهم أهل للتزكية إذا كانوا عدولا فسؤالهم أقرب للمسافة من سؤال غيرهم، فإن كان عندهم ، علم فقد قصرت المسافة وإلا احتاج إلى تعرف حالهم من غيرهم هكذا ذكر الخلاف الناصحى فى تهذيب أدب القاضى للخصاف ، وصاحب الهداية وشمس الأئمة فيما إذا قال الفروع حين سألهم عن عدالة الأصول : لا نخبرك بشيء لا تقبل شهادتهم : أى الفروع فى ظاهر الرواية لأن هذا ظاهر فى الجرح كما لو قالوا نتهمهم فى هذه الشهادة ثم قال : وروى عن محمد أنه لا يكون جرحا لأنه يحتمل كونه توقيفا فى حالهم فلا يثبت جرحا بالشك اه وعن أبى يوسف مثل هذه الرواية عن محمد أنها تقبل ، ويسأل غيرهما ، ولو قالا : لا نعرف عدالتهما ولا عدمها فكذا الجواب فيما ذكره أبو على السعدى ، وذكر الحلوانى أنها تقبل ، ويسأل عن الأصول ، وهو الصحيح لأن الأصل بقى مستورا فيسئل عنه ، وذكر هشام عن محمد فى عدل أشهد على شهادته شاهدين ، ثم غاب غيبة منقطعة نحو عشرين سنة ، ولا يدرى أهو على عدالته أم لا فشهدا على تلك الشهادة ، ولم يجدا حاكم من يسأله عن حاله إن كان الأصل مشهورا كأبى حنيفة ، وسفيان الثورى قضى بشهادتهما عنه لأن عثرة المشهور يتحدث بها وإن كان غير مشهور لا يقضى بها ، ولو أن فرعين عدالتهما معلومة شهدا عن أصل وقالا لا خير فيه وزكاه غيرهما لا تقبل شهادتهما وإن قال ذلك أحدهما لا يلتفت إلى جرحه . وفى التتمة إذا شهد أنه عدل وليس فى المصر من يعرفه فإن كان ليس موضع للمسألة يعنى بأن يخفى فيه المسألة سألها عنه أو يبعث من يسألها عنه سرا فإن عدلاه قبل وإلا اكتفى بما أخبراه علانية اه (قوله فى حاله كما إذا حضر بنفسه) أى فيسأل عن عدالته فإذا ظهرت قبله وإلا لا (قوله على ما فى القهستانى) عبارته وفيه إيماء إلا أنه لو قال الفرع أن الأصل ليس بعدل أولا أعرفه لم تقبل شهادته كما قال الخصاف وعن أبى يوسف أنه تقبل وهو الصحيح على ما قال الحلوانى كما فى المحيط اه فتأمل النقل مدنى (قوله عن المحيط) ذكر فى التتارخانية خلافه ولم يذكر فيه خلافا وكيف هذا مع أنهما لو قالا نتهمه لا تقبل شهادتهما وظاهر استشهاد الخصاف به كما مر أنه لا خلاف فيه وفى البزازية فرعان معلوم عدالتهما شهدا عن أصل وقالا لا خير فيه وزكاه غيرهما لا يقبل وإن جرحه أحدهما لا يلتفت إليه (قوله فتنبه) قال فى الدر المنتقى فليحرر . وفى البحر وغيره : إذا قال الفرع للقاضى أنا أتهمه فى الشهادة فإن القاضى لا يقبله ، وهذا لا ينافى ما ذكره المؤلف لأن نفى الفرع العدالة عن الأصل لا ينافى وثوقه به فى هذه الشهادة أفاده أبو السعود (قوله وتبطل شهادة الفرع بأمور) عد منها فى البحر حضور الأصل قبل القضاء مستدلا بما فى الخانية ، ولو أن فروعا شهدوا على شهادة الأصول ثم حضر الأصول قبل القضاء لا يقضى بشهادة الفروع اه لكن قال فى البحر وظاهر قوله لا يقضى دون أن يقول بطل الإشهاد أن الأصول لو غابوا بعد ذلك قضى بشهادتهم اه .

أقول : وعلى هذا فما كان ينبغى لصاحب البحر عد الحضور من مبطلات الإشهاد ولذا تركه الشارح هنا وذكر فى البحر : إذا كتب للمدعى كتابا ثم حضر بلد المكتوب إليه قبل أن يقضى المكتوب إليه بكتابه لا يقضى بكتابه كما لو حضر شاهدا الأصل انتهى ، وفى اليتيمة سئل عن قاض قضى لرجل بملك الأرض بشهادة الفروع ثم جاء الأصول هل يبطل الفروع فقال هذا مختلف بين أصحابنا فمن قال : إن القضاء يقع بشهادة الأصول يبطل

بنهيهم عن الشهادة على الأظهر خلاصة وسيجىء متنا مايخالفه وبخروج أصله عن أهليتها كفسق وخرس وعمى و (بإنكار أصله الشهادة) كقولهم

ومن قال بشهادة الفروع لا يبطل اهـ وهذا الاختلاف عجيب فإن القضاء كيف يبطل بحضورهم فالظاهر عدمه اهـ (قوله بنهيهم عن الشهادة) ولو بعد الأداء قبل القضاء كما فى الخلاصة (قوله على الأظهر خلاصة) الذى استظهره فى الخلاصة فيما إذا حضر الأصول ونهو الفروع عن الشهادة فالمبطل حضور الأصل وزوال العذر المبيح للفرع لا النهى عن أداء الشهادة كما يفهم من البحر والمنح فلا مخالفة مع مايأتى تأمل (قوله وسيجىء متنا ما يخالفه) وقد علمت ما فيه تأمل قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : وهو خلاف الأظهر (قوله وبخروج أصله عن أهليتها) لما فى البحر عن خزانة المفتين وإذا خرس الأصلان أو فسقا أو عميا أو ارتدا أو جنا لم تجز شهادة الفروع اهـ (قوله كفسق) أدخلت الكاف الجنون والارتداد (قوله وعمى) الظاهر أن يجرى الخلاف فى شهادة الأعمى هنا ط (قوله وبإنكار أصله الشهادة) هكذا وقع التعبير فى كثير من المعتبرات .

قال فى الدور : أقول : قد وقعت العبارة فى الهداية وشروحها وسائر المعتبرات هكذا وإن أنكر شهود الأصل الشهادة موافقة لما فى الكافى ، ولا يخفى على أحد مغايرة الإشهاد للشهادة ، فكيف يصح تفسيرها به ، ولعل منشأ غلطه قولهم ، لأن التحميل لم يثبت للتعارض ، فإن معنى التحميل هو الإشهاد وخفى عليه أن التحميل لا يثبت أيضا إذا أنكر أصل الشهادة بل هذا أبلغ من إنكار الإشهاد لأنه كناية : وهى أبلغ من التصريح .

وفى الشرنبلالية عن الفاضل المرحوم جوى زاده أقول : لم يرد الزيلعى تفسير لفظ الشهادة بالإشهاد بل أراد أن مدار بطلان شهادة الفرع على إنكار الأصل للإشهاد حتى يبطل مالو قال لى شهادة على هذه الحادثة ، لكن لم أشهد والمذكور فى المتن تصوير المسألة فى صورة من صورتى إنكار الإشهاد : وهى صورة إنكار الشهادة رأسا إذ لا شك فى فوات الإشهاد فى هذه الصورة أيضا ، وأنه ليس المراد بما فى المتن حصر البطلان بصورة إنكار الشهادة ، ولم يخف عليه أن التحميل لا يثبت أيضا مع إنكار أصل الشهادة وإنما يكون خافيا عليه لو توهم عدم بطلان شهادة الفرع حينئذ وحاشاه عن ذلك وإذ قد عرفت أن البطلان يعم صورة إنكار الشهادة رأسا وصورة الإقرار بها وإنكار الإشهاد تحققت أن كون التركيب أبلغ فى إنكار الشهادة غير مراد اهـ ما قاله الفاضل وصورة إنكار الشهادة ما قاله فى الجوهرة وإن أنكر شهود الأصل الشهادة لم تقبل شهادة الفروع بأن قالوا : ليس لنا شهادة فى هذه الحادثة وغابوا وما توا ثم جاء الفروع يشهدون على شهادتهم فى هذه الحادثة أو قالوا لم نشهد الفروع على شهادتنا فإن شهادة الفروع لم تقبل لأن التحميل لم يثبت وهو شرط اهـ .

أقول : فتحصل من عبارة الفاضل ما يفيد أن الأولى التعبير بالإشهاد لأن إنكار الشهادة لا يشمل ما إذا قال لى شهادة على هذه الحادثة لكن لم أشهدهم بخلاف إنكار الإشهاد فإنه يشمل هذا ويشمل إنكار الشهادة لأن إنكارها يستلزم إنكاره . فإنكار الإشهاد نوعان صريح وضمنى ولهذا عبر الزيلعى وصاحب البحر بالإشهاد وبه اندفع اعتراض الدرر على الزيلعى وظهر أيضا أن قول الشارح هنا أو لم نشهدهم ليس فى محله لأنه ليس من أفراد إنكار الشهادة لأن معناه لنا شهادة ولم نشهدهم فتأمل .

أقول : ولكن لايلزم من عدم التحميل عدم وجود شهادة مع الأصول وعليه فيتجه كلام الشارح تأمل ، وكتب المولى عبد الحليم على قول الدرر ولعل منشأ غلطه الخ لاخفاء فى أن كلا من صورتى المسألة مقصودة هنا إلا أن إحداهما لو مقصودة بالذات تكون الأخرى مقصودة بالتضمن فإن إنكار الأصل الشهادة يقتضى

مالنا شهادة أو لم نشهدهم أو أشهدناهم وغلطنا ولو سئلوا فسكتوا قبلت خلاصة .
(شهدا على شهادة اثنين على فلانة بنت فلان الفلانية وقالا أخبرانا بمعرفتها وجاء المدعى بامرأة لم يعرفا أنها هى قيل له هات شاهدين أنها هى فلانة) ولو مقرة (ومثله الكتاب الحكمى) وهو كتاب القاضى إلى القاضى لأنه كالشهادة على الشهادة فلو جاء المدعى برجل لم يعرفاه كلف إثبات أنه هو ولو مقرا لاحتمال التزوير بحر ويلزم مدعى الاشتراك البيان

بطلان شهادة الفرع ، سواء أقر الأصل الشهادة لنفسه كما هو الظاهر أو لم يقر ، فلكل وجهة وعبارة الفقهاء : وهى إن أنكر شهود الأصل الشهادة يتبادر تصوير الكافى وتعليلهم بقولهم : لأن التحميل لم يثبت للتعارض يتبادر منه تصوير الزيلعى إذا الظاهر فى التعليل على الأول أن يقال : لأن الشهادة لم توجد للأصول فى هذه الحادثة فكيف يوجد التحميل ، ويصح لو وجد وكيف تقبل شهادة الفرع . فظهر أنه لم يخف فضلا عن الغلط على الإمام الزيلعى سيما أن شأنه عال من أن يخفى عليه مثل هذا المقام لمثله إذ هو من مشايخ الفقه يرجع إليه ، ويعتمد عليه هذا العلم عند الله تعالى ، ثم بطلان شهادة الفرع ، وعدم قبولها لو كان الإنكار من الأصل قبل أداء الفرع ، وحكم القاضى بشهادته بأنه يثبت على الفرع إنكار الأصل . وأما بعد الأداء والقبول والحكم بها فلا يلتفت إلى إنكاره كما لايخفى انتهى ، وقال : وأنت خبير بأن إنكاره لها لا يستلزم إنكاره له لأن الأصل يحتمل أن يقول أشهدت الفرع فى ذلك كاذبا فيوجد الإشهاد مع إنكار الشهادة ، وهو من جملة صور البطلان وقد أشير إليه فيما سبق (قوله (مالنا شهادة أو لم نشهدهم) أى ثم ماتوا أو غابوا فشهد الفروع لم تقبل لعدم الشرط ، وهو التحميل ، وفى الفتح لأنه وقع فى التحميل تعارض خبرهما بوقوعه وخبر الأصول بعدمه ، ولا ثبوت مع التعارض انتهى .

قال فى شرح الواف يعنى إذا قال الأصول ذلك ثم ماتوا أو غابوا ، ثم جاء الفروع يشهدون على شهادتهم بهذه الحادثة أما مع حضورهم فلا يلتفت إلى شهادة الفروع وإن لم ينكروا شيئ (قوله أو أشهدناهم وغلطنا) هو فى معنى إنكار الشهادة ، وفيه أن الشاهد لو قال : أوهمت بعض شهادتى تقبل بالشروط المتقدمة فلماذا لم يجعل هذا مثله تأمل (قوله قبلت خلاصة) هذه مما جعل السكوت فيها كالنطق (قوله على فلانة) هو وفلان من غير أل يعبر به عن بنى آدم وبهما عن البهائم كما قدمناه (قوله الفلانية) أى المصرية مثلا (قوله قيل له هات شاهدين) أى فلا يشترط أن يعرف الفرع المشهود عليه بعينه وهذا من قبيل مامر شهادة قاصرة يتمها غيرهم (قوله ولو مقرة) لأن الشهادة على المعرفة بالنسب قد تحققت والمدعى يدعى الحق على الحاضرة فلعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة لاحتمال التزوير بحر ومنح (قوله ومثله الكتاب الحكمى الخ) فإن كتب أن فلانا وفلانا شهدا عندى بكذا من المال على فلانة بنت فلان الفلانية ، وأحضر المدعى امرأة عند القاضى المكتوب إليه ، وأنكرت المرأة أن تكون هى المنسوبة بهذه النسبة ، فلا بد من شاهدين آخرين يشهدان أنها المنسوبة بتلك النسبة كما فى المسألة الأولى كذا فى العينى مدنى (قوله لأنه كالشهادة على الشهادة) إلا أن القاضى لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل (قوله لاحتمال التزوير) أى على شخص اسمه وكنيته مثل مافى الكتاب الحكمى بأن يتواطأ المدعى مع ذلك الرجل (قوله ويلزم مدعى الاشتراك البيان) يعنى أنه إذا ادعى المدعى عليه أن غيره يشاركه فى الإسم والنسب كان عليه البيان بأن يقول القاضى : أثبت ذلك فإن أثبت تندفع عنه

كما بسطه قاضيخان (ولو قالا فيهما التميمية لم تجز حتى ينسباها إلى فخذها)

الخصومة كما لو علم القاضى بمشارك له فى الاسم والنسب وإن لم يثبت ذلك يكون خصما (قوله كما بسطه قاضيخان) قال فيها القاضى إذا كتب كتابا وكتب إسم المدعى عليه ونسبه على وجه الكمال فقال المدعى عليه لست أنا فلان ابن فلان الفلانى والقاضى المكتوب إليه لايعرفه يقول للمدعى أقم البينة أنه فلان بن فلان فإن قال المدعى عليه أنا فلان بن فلان بن فلان وفى هذا الحى أو فى هذا الفخذ أو فى هذه الحارة أو فى هذه البلدة رجل غيرى بهذا الإسم يقول له القاضى أثبت ذلك فإن أثبت ذلك تندفع عنه الخصومة كما لو علم القاضى بمشارك له فى الإسم والنسب وإن لم يثبت ذلك يكون خصما اه ملخصا .

وفى البحر عن البزازية أقر أن عليه لفلان بن فلان الفلانى كذا فجاء رجل بهذا الإسم وادعاه وقال أردت به رجلا آخر مسمى بذلك صدق قضاء ولا يقضى عليه بالمال اه .

وقد يقال إن كلام قاضيخان فى المدعى عليه وهذا مدع ط وإن برهن المدعى أن المشارك فى الإسم والنسب قد مات لايقبل قوله لأنه لا حق له فى إثبات حياة ذلك الميت وإن كان يعلم ماقاله المدعى عليه فإن كان يعلم بموت ذلك الرجل بعد تاريخ الكتاب لايقبل كتاب القاضى وإن كان قبل ذلك قبل وكذا لو كان لايدرى وقت موت ذلك الرجل كما فى البحر (قوله ولو قالا فيهما) أى فى الشهادة وكتاب القاضى (قوله حتى ينسباها إلى فخذها) لأن التعريف لايحصل بالنسبة العامة وهى عامة إلى بنى تميم لأنهم قوم لايحصون ويحصل بالنسبة إلى الفخذ لأنها خاصة وفسر فى الهداية الفخذ بالقبيلة الخاصة . وفى الشرح بالجد الأعلى وفى المصباح الفخذ بالكسر وبالسكون للتخفيف دون القبيلة وفوق البطن وقيل دون البطن ، وفوق الفصيلة وهو مذكر لأنه بمعنى النفر والفخذ من الأعضاء مؤنثة والجمع فيهما أفخاذ اه .

وفى الصحاح : الفخذ : آخر القبائل أولها الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ ، وقال فى غيره : الفصيلة بعد الفخذ فالشعب بفتح الشين يجمع القبائل والقبائل تجمع العمائر والعمارة بكسر العين تجمع البطون والبطن يجمع الأفخاذ والفخذ يجمع الفصائل .

وذكر الزمخشرى : أن العرب على ست طبقات شعب وقبيلة وعمارة وبطن وفخذ وفصيلة فمضر شعب وكذا ربيعة ومذحج وحمير وسميت شعوبا لأن القبائل تتشعب منها وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصى بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة ، وعلى هذا فلا يجوز الاكتفاء بالفخذ مالم ينسبها إلى الفصيلة لأنها دونها ولذا قال الله تعالى — وفصيلته التى تؤويه — ومنهم من ذكر بعد الفصيلة العشيرة . وتمامه فى فصل الكفاءة من النكاح .

والحاصل : أن التعريف بالإشارة إلى الحاضر وفى الغائب لابد من ذكر الإسم والنسب والنسبة إلى الأب لاتكفى عند الإمام ومحمد ولابد من ذكر الجد خلافا للثانى فإن لم ينسب إلى الجد ونسبه إلى الفخذ الأب الأعلى كتميمى ونجارى لايكفى وإن إلى الحرفة لا إلى القبيلة والجد لايكفى عند الإمام وعندهما إن معروفا بالصناعة يكفى وإن نسبها إلى زوجها يكفى والمقصود الإعلام ، ولو كتب إلى فلان بن فلان الفلانى على فلان سندى عبد فلان بن فلان الفلانى كفى اتفاقا لأنه ذكر تمام التعريف ، ولو ذكر اسم المولى واسم أبيه لاغير ذكر السرخسى أنه لايكفى وذكر شيخ الإسلام أنه يكفى ، وبه يفتى لحصول التعريف بذكر ثلاثة العبد والمولى وأبيه وإن ذكر إسم العبد والمولى أن نسب إلى قبيلة الخاص لايكفى على ماذكره السرخسى ويكفى على ماذكره شيخ

الإسلام لوجود ثلاثة وإن لم يذكر قبيلة الخاص لايكفى ، وإن ذكر إسم العبد ومولاه ونسب العبد إلى مولاه ذكر شيخ الإسلام أنه يكفى وبه أفتى الصدر لأنه وجد ثلاثة أشياء . وشرط الحاكم فى المختصر للتعريف ثلاثة أشياء : الإسم ، والنسبة إلى الأب ، والنسبة إلى الجد أو الفخذ أو الصناعة والصحيح أن(١) النسبة إلى الجد لابد منها وإن كان معروفا بالإسم المجرد مشهورا كشهرة الإمام أبى حنيفة يكفى ولا حاجة إلى ذكر الأب والجد وفى الدار كدار الخلافة وإن مشهورة لابد من ذكر الحدود عنده وعندهما هى كالرجل ولو كنى بلا تسمية لم يقبل إلا إذا كان مشهورا كالإمام ولو كتب من ابن فلان إلى فلان لم يجز إلا إن اشتهر كابن أبى ليلى ، ولو كتب إلى أبى فلان لم يجز لأن الجزء ينسب إلى الكل لا العكس كذا فى البزازية ثم قال : ويشترط نظر وجهها فى التعريف ، وإن أراد ذكر حليتها يترك موضع الحلية حتى يكون القاضى هو الذى يكتب الحلية أو يملى الكاتب لأنه إن حلاها الكاتب لايجد القاضى بدا من أن ينظر إليها فيكون فيه نظر رجلين ، وفيما ذكرنا نظر رجل واحد فكان الأولى : وهل يشترط شهادة الزائد على عدلين فى أنها فلانة بنت فلان أم لا ؟ قال الإمام : لابد من شهادة جماعة على أنها فلانة بنت فلان وقالا شهادة عدلين تكفى وعليه الفتوى لأنه أيسر اه .

قال الطرابلسى فى معين الحكام : ولو عرفها رجلان وقالا نشهد أنها فلانة بنت فلان حل للشاهد أن يشهد وفاقا لأن فى لفظ الشهادة من التأكيد ماليس فى لفظ الخبر لأنه يمين بالله تعالى معنى ولو كان بلفظ الخبر إنما يجوز عند أبى حنيفة لو أخبر جماعة لايمكن تواطؤهم على الكذب ، وعندهما لو أخبره عدلان أنها فلانة بنت فلان بن فلان يحل له الشهادة اه فانظر مابينه وبين ماهنا من المخالفة ، وقدم فى شرح قوله وله أن يشهد بما سمع أو رأى عن الفتاوى الصغرى مايوافق ماذكره هنا فتأمل والذى يظهر أن مافى معين الحكام هو المعتبر لما ذكره من العلة تأمل ، وهو ظاهر إلا قوله إن النسبة لاتكفى عن الجد فى الهداية ، ثم التعريف وإن كان يتم بذكر الجد عن أبى حنيفة ومحمد خلافا لأبى يوسف على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لأنه إسم الجد الأعلى فنزل منزلة الجد الأدنى اه وكذا تمثيله فى البزازية للفخذ بتميمى غير صحيح لما علمته آنفا . وفى خزانة المفتين لو ذكر لقبه ونسبه واسم أبيه قيل : يكفى والصحيح أنه لايكفى فإذا قضى قاض بدون ذكر الجد ينفذ .

وفى فتاوى قاضيخان وإن حصل التعريف باسمه واسم أبيه ولقبه لايحتاج إلى ذكر الجد وإن كان لايحصل إلا بذكر الجد لايكفى والمدينة والقرية والكورة ليست بسبب للتعريف ، ولا تقع المعرفة بالإضافة إليها وإن دامت فإذا كان الرجل يعرف باسمه ، واسم أبيه وجده لايحتاج إلى اللقب وإن كان لايحصل إلا بذكر اللقب بأن كان يشاركه فى المصر غيره فى ذلك الإسم واللقب كما فى أحمد بن محمد بن عمر ، فهذا لايقع التعريف به لأن فى ذلك المصر يشاركه غيره .

فالحاصل : أن المعتبر إنما هو حاصل المعرفة وارتفاع الاشتراك اه . قال فى الفتح : ولا يخفى أنه ليس المقصود من التعريف أن ينسب إلى أن يعرفه القاضى لأنه قد لايعرفه ولو نسبه إلى مائة جد وإلى صناعته ومحلته ، بل ليثبت بذلك الاختصاص ويزول الاشتراك فإنه قلما يتفق اثنان فى اسمهما واسم أبيهما وجدهما أو صناعتهما ولقبهما فالمذكر عن قاضيخان من أنه لو لم يعرف مع ذكر الجد لايكتفى بذلك الأوجه منه مانقل فى الفصول

(١) (قوله والصحيح أن الخ) سيأتى رده قريبا اه منه .

كجدها ويكفى نسبتها لزوجها والمقصود الإعلام .
(أشهد على شهادته ثم نهاه عنها لم يصح) أى نهيه فله أن يشهد على ذلك درر وأقره المصنف هنا لكنه قدم ترجيح خلافه عن الخلاصة .
(كافران شهدا على شهادة مسلمين لكافر على كافر لم تقبل كذا شهادتهما على القضاء لكافر على كافر وتقبل شهادة رجل على شهادة أبيه وعلى قضاء أبيه) فى الصحيح درر خلافا للملتقط .
(من ظهر أنه شهد بزور) بأن أقر على نفسه

من أن شرط التعريف ذكر ثلاثة أشياء غير أنهم اختلفوا فى اللقب مع الإسم هل هما واحد أو لا والمراد بالثلاثة اسمه واسم أبيه وجده أو صناعته أو فخذه فإنه يكفى عن الجد خلافا لما فى البزازية . وقدمنا حاصل الكلام على ذلك فى أوائل كتاب الشهادات عند قول الشارح فالمعتبر التعريف لاتكثير الحروف فراجعه .(قوله كجدها) الأنسب أن يقول وجدها (قوله والمقصود الإعلام) أى بأقصى مايمكن لأن مجلس الإشهاد كمجلس القضاء والأولى رفع الاشتراك لأن الإعلام بأن يعرف غير مراد كما مر .
وفى البحر عن البزازية : وإن كان معروفا بالإسم المجرد مشهورا كشهرة الإمام أبى حنيفة يكفى عن ذكر الأب والجد . ولو كنى بلا تسمية لم يقبل إلا إذا كان مشهورا كالإمام كما تقدم قيل هذا فى العرب . أما فى العجم فلا يشترط ذكر الفخذ قال فى إيضاح الإصلاح وفى العجم ذكر الصناعة بمنزلة الفخذ لأنهم ضيعوا أنسابهم بحر (قوله ثم نهاه عنها) أى عن الشهادة على شهادته (قوله لم يصح أى نهيه) أشار به إلى أن الإشهاد ليس بتوكيل إذ لو كان توكيلا لصح منعه . ولكن يشترط أمره بالشهادة لأنها حقه فلا يعتبر نقل أحد بدون أمره، حتى لو سمع تحميل شاهد ليس للسامع أن يشهد على شهادته لأنه إنما حمل غيره بحضرته كما فى الفتح (قوله كافران شهدا على شهادة مسلمين الخ) قيد بهذا لأنه لو شهد مسلمان على شهادة كافر جاز كما فى كافى الحاكم .
قال فى الشرنبلالية : لعل وجه عدم القبول لما فيه من ثبوت ولايه الكافر على المسلم ، ولم يعلله قاضيخان ولأنهما شاهدان على أصليهما وهما مسلمان ولا تقبل شهادة الكافر على المسلم ولذا لاتقبل شهادتهما على القضاء لكافر على كافر أى إن كان القاضى مسلما لأن شهادتهما على القاضى (قوله وعلى قضاء أبيه) فى المقدسى جوز أبو حنيفة الشهادة على القضاء وإن سمعاه من القاضى فى غير مجلسه وهو الأقيس ومنعه أبو يوسف فيما سمعاه فى غير مجلس القضاء . وهو الأحوط ثم قال : لو سمع يقول لآخر قضيت عليك بكذا أو على فلان يجب أن يشهد على قضائه بلا تحميل (قوله درر) تتمة عبارتها هذه المسائل الأربع من الخانية (قوله من ظهر) أى تبين (قوله أنه شهد بزور) الزور هو فى اللغة الكذب كما فى المصباح وفى القاموس : الزور بالضم : الكذب والشرك بالله تعالى ، وأعياد اليهود والنصارى والرئيس ومجلس الغناء وما يعبد من دون الله والقوة وهذه وفاق بين لغة العرب والفرس ونهر يصب فى دجلة والرأى والعقل والباطل الخ وذكر القاضى فى تفسير قوله تعالى — والذين لايشهدون الزور — لايقيمون الشهادة الباطلة أو لايحضرون محاضر الكذب فإن مشاهدة الباطل شركة فيه اه بحر وعند الفقهاء الشهادة الباطلة عمدا والرجال والنساء فيها سواء بحر عن كافى الحاكم (قوله بأن أقر على نفسه) فى اليعقوبية يمكن أن يحمل قوله : لايعلم إلا بالإقرار على الحصر الإضافى بقرينة قوله : لايعلم بالبينة .
قال فى البحر : وقيد بإقراره لأنه لايحكم به إلا بإقراره فيقبل إقراره ويجب عليه موجبه من الضمان والتعزير

ولم يدع سهوا ولا غلطا كما حرره ابن الكمال ولايمكن إثباته بالبينة لأنه من باب النفي (عزر

وزاد شيخ الإسلام أن يشهد بموت واحد ، فيجيء حيا كذا في فتح القدير وبحث فيه الرملي في حاشيته فقال: الذي يقتضيه التحقيق ماسيأتي أنه يحكم به في كل مايتيقن به كذبه تأمله اه . وقال قد جوزوا الشهادة بالموت لمن سمع من ثقة موته إذا أخبره به ، فكيف يحكم به معه وقد يقال لما جزم بالشهادة بالموت . وظهر حيا قطع بكذبه فكان ينبغي أن لايجزم بل يقول : أخبرني فلان أو سمعت من الناس أو اشتهر عندي ذلك ونحوه ، ففي مثل ذلك ينبغي أن لايحكم به فلا يشهر ولا يعزر تأمل .

فإن قلت : سبق عند الكلام على قول المصنف ولا يسمع القاضي الشهادة على الجرح المجرد أن المدعى عليه إذا أقام البينة أن المدعي استأجر الشهود بعشرة دراهم من ماله الذي في يده وطلب استرداده تقبل .

قلت : لايلزم من قبول بينة المدعى عليه لرد الشهادة كونهم شهود زور حتى لايلزمهم التعزير (قوله ولم يدع سهوا ولا غلطا) في البحر عن فتح القدير ولو قال غلطت أو ظننت ذلك قيل هما بمعنى كذبت لإقراره بالشهادة بغير علم ويخالفه ماذكره الشارح فإنه جعلهما كنسيت فلا تعزير وهو الظاهر اه (قوله ولا يمكن إثباته) أي إثبات تزويره أما إثبات إقراره فممكن كما لايخفى تأمل (قوله لأنه من باب النفي) لأنها تقوم على أنه شهد بغير حق ولا يلتفت إلى ذلك جلبي .

قال في البحر : وخرج ما إذا ردت شهادته لتهمته أو لمخالفة بين الشهادة والدعوى أو بين شهادتين فإنه لايعزر لأنا لاندري من هو الكاذب منهم المشهود له أو الشاهدان أو أحدهما . وقد يكذب المدعي لينسب الشاهد إلى الكذب . ولا يمكن إثباته بالبينة لأنه من باب النفي والبينة حجة الإثبات في إقراره على نفسه فيقبل إقراره ويجب عليه موجبه من الضمان أو التعزير ذكره الشارح الزيلعي وبه علم أنه لايمكن إثبات الزور بالبينة وفي كافي الحاكم : ومن التهاتر أن يشهد أن هذا الشيء لم يكن لفلان فهذا مما لايقبل ، وكذا لو شهدا أنه لم يكن لفلان على فلان دين ومن شهد أن هذا لم يكن فقد شهد بالباطل والحاكم يعلم أنه كاذب اه وظاهره أنه من قبيل الزور فيعزر فعلى هذا يعزر بإقراره ، أو بتيقن كذبه وإنما لم يذكره المؤلف إما لندرته وإما لأنه لامحيص له أن يقول : كذبت أو ظننت ذلك أو سمعت ذلك فشهدت وهما بمعنى كذبت لإقراره بالشهادة بغير علم ، فجعل كأنه قال ذلك كذا في البناية ، وجعل في إيضاح الإصلاح نظير مسألة ظهوره حيا بعد الشهادة بموته أو قتله ما إذا شهدوا برؤية الهلال فمضى ثلاثون يوما وليس في السماء علة ولم يروا الهلال اه .

قال الرملي : قال في فصول العمادي : شهدا أن لفلان على هذا الرجل ألف درهم فقضى القاضي بشهادتهما وأمر المدعى عليه بدفع المال وهو الألف إلى المدعي ثم أقام المدعى عليه البينة على البراءة فإن الشاهدين يضمنان . والمدعى عليه بالخيار في تضمين المدعي أو الشاهدين لأنهما حققا عليه إيجاب المال في الحال فإذا أقام البينة على البراءة فقد ظهر كذبهما فصارا ضامنين فغرما اه وظاهره أن الشاهد يكون شاهد زور إلا أن يحمل ظهور الكذب بالنسبة إلى المال لا إلى التعزير والله تعالى أعلم ذكره الغزي اه (قوله عزر) لأن شهادة الزور كبيرة يتعدى ضررها إلى العباد ليس فيها حد مقدر ، قال عليه الصلاة والسلام : « يا أيها الناس عدلت شهادة الزور الإشراك بالله تعالى ثم تلا قوله تعالى — فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور — » وعدها من الكبائر حين سئل عنها .

قال في كافي الحاكم : اعلم أن شاهد الزور يعزر إجماعا اتصل القضاء بشهادته أولا لأنه ارتكب كبيرة اتصل

بالتشهير) وعليه الفتوى سراجية وزاد ضربه وحبسه مجمع وفى البحر : وظاهر كلامهم أن للقاضى أن يسحم وجهه إذا رآه سياسة وقيل إن رجع مصرا ضرب إجماعا

ضررها بالمسلمين وليس فيها حد يقدر فيعزر زجرا له وتنكيلا اهـ (قوله بالتشهير وعليه الفتوى) أى لا بالضرب وهو قول الإمام لأنه كان يقول تعزيره تشهيره قال فى السراجية : والفتوى على قوله واستدل الإمام بأن شريحا كان يشهر ولا يضرب وكان يبعثه إلى سوقه إن كان سوقيا وإلى قومه إن لم يكن سوقيا بعد العصر أجمع ماكانوا أى مجمعين أو إلى موضع أكثر جمعا للقوم فيقول : إن شريحا يقرئكم السلام ويقول أنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا الناس منه اهـ .

قال الشمنى : فإن قيل أن أبا حنيفة لا يرى تقليد التابعى أجيب بأنه لم يذكر فعل شريح مستدلا به وإنما ذكره لبيان أنه لم يستبد بهذا القول بل سبقه إليه واستدلالا له إنما هو بتجويز الصحابة فعل شريح فإنه كان قاضيا فى زمن عمر رضى الله تعالى عنه ، وعلى رضى الله تعالى عنه ومثل هذا التشهير لا يخفى على الصحابة رضى الله تعالى عنهم الذين كانوا هم فى زمنهم وما استدلا به أى الصاحبان من حديث عمر الآتى محمول على السياسة اهـ والتشهير لغة : الرفع على الناس كما فى القاموس والإبراز كما فى المصباح ، وعند الفقهاء مانقل عن شريح وبعثه مع أعوان القاضى أعم من أن يكون ماشيا أو راكبا ولو على بقرة كما يفعل الآن كما فى البحر ، أو على حمار كما هو عرف ديارنا (قوله وزادا) أى الصاحبان ضربه وحبسه ، لأنه ارتكب محظورا .

قال فى البحر : ورجع فى فتح القدير قولهما وقال إنه الحق ، وهو قول الشافعى لأنه روى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطا وسخم وجهه .

قال المولى عبد الحليم أقول : ولا يلزم من كون قولهما حقا أن يرجع على قوله بل قوله : هو الحق ولهذا كان الفتوى عليه وذكر فى النهاية والمنبع معزيا إلى الحاكم الإمام أبى محمد الكاتب ، أنه لو رجع على سبيل التوبة والندامة لا يعزر بلا خلاف وإن رجع على سبيل الإصرار يعزر بلا خلاف وإنما الاختلاف فيما لم يعلم وجه رجوعه كما لا يخفى (قوله أن يسحم وجهه) السحم بضم السين وسكون الحاء المهملتين السواد وإن قال الطحطاوى يقال سخم وجهه إذا سوده من السخام ، وهو سواد القدور وقد جاء بالحاء المهملة من الأسحم ، وهو الأسود وفى المغنى ولا يسخم وجهه بالخاء والحاء كمال اهـ (قوله إذا رآه سياسة) بأن كان الشاهد ليس من أهل الشهامة ولا يؤثر به التشهير إلا هذا الفعل اللائق به الزاجر له الرادع لأمثاله لكن قدم الشارح فى آخر باب حد القذف مايخالف هذا حيث قال :

واعلم أنهم يذكرون فى حكم السياسة أن الإمام يفعلها ، ولم يقولوا القاضى وظاهره أن القاضى ليس له الحكم بالسياسة ولا العمل بها فليحرر . ولعل قوله إذا رآه سياسية محمول على ما إذا فوض الإمام اهـ الأحكام والسياسة لأنه نائبه والنائب كالأصيل فى مثل هذه فتأمل لكن قال القهستانى : لا يسود إجماعا اهـ .

أقول : ويؤيده ما فى الذخيرة البرهانية والذى روى عن عمر رضى الله تعالى عنه فى شاهد الزور أنه يسخم وجهه . فتأويله عند شمس الأئمة السرخسى أنه قال ذلك بطريق السياسة إذا رأى الإمام المصلحة فيه وتأويله عند شيخ الإسلام : أنه لم يرد : به حقيقة التسويد ، وإنما أراد به التخجيل بالتفضيح والتشهير فإن الخجل يسمى مسودا قال الله تعالى – وإذا بشر أحدهم بالأنثى ظل وجهه مسودا وهو كظيم – (قوله إن رجع مصرا) أى على ماكان منه مثل أن يقول شهدت فى هذه بالزور ولا أرجع عن مثل ذلك فتح (قوله ضرب اجماعا) أى وشهر ط

وإن تائبا لم يعزر إجماعا وتفويض مدة توبته لرأى القاضى على الصحيح لو فاسقا ولو عدلا أو مستورا لاتقبل شهادته أبدا .

قلت : وعن الثانى تقبل وبه يفتى عينى وغيره والله أعلم .

باب الرجوع عن الشهادة

(قوله وإن تائبا الخ) أى وإن لم يعرف حاله فهو على الخلاف المذكور .
قال فى الفتح : واعلم أنه قد قيل أن المسئلة على ثلاثة أوجه إن رجع على سبيل الإصرار مثل أن يقول : نعم شهدت فى هذه بالزور ولا أرجع عن مثل ذلك فإنه يعزر بالضرب بالاتفاق وإن رجع على سبيل التوبة لا يعزر اتفاقا وإن كان لا يعرف حاله فعلى الاختلاف المذكور ، وقيل : لا خلاف بينهم فجوابه فى التائب لأن المقصود من التعزير الانزجار ، وقد انزجر بداعى الله تعالى وجوابهما فيمن لم يتب ولايخالف فيه أبوحنيفة (قوله لرأى القاضى) أى بحيث يسوغ له أن يقبل شهادته لأن القبول والرد إليه فيكون تعريف حاله فى التوبة إليه وقيل يقدر بعام وقيل بنصفه لأنه بمضى الزمان يتغير الحال شرنبلالية (قوله لو فاسقا) الأولى أن يقول وتقبل شهادة بعد توبته لوفاسقا لأنه بعد ظهور توبته يعلم أنه لايشهد زورا حملا لحاله على الصلاح تأمل لما فى العين (١) وهل تقبل توبته بعد ذلك قالوا إن كان فاسقا تقبل لأن الذى حمله على الشهادة فسقه فإذا تاب وظهر صلاحه يقبل لزوال الفسق اه (قوله لا تقبل شهادته أبدا) لأن عدالته لا تعتمد منلا على ولأنه لا يظن به شهادة الزور وحاله بعد التوبة كحاله حين شهد فلا يؤمن عوده (قوله وعن الثانى تقبل) لأنه قد يظهر بالندم والتأسف على ما وقع أى من غير ضرب مدة كما فى البحر عن الخلاصة قبيل قوله : والأقلف وفى الخانية المعروف بالعدالة إذا شهد بزور عن أبى يوسف أنه لاتقبل شهادته أبدا لأنه لاتعرف توبته وروى الفقية أبوجعفر أنه تقبل وعليه الاعتماد اه وظاهر كلام الشارح صريح فى أن الرواية الثانية عن أبى يوسف أيضا تأمل والله سبحانه وتعالى أعلم ، وأستغفر الله العظيم .

باب الرجوع عن الشهادة

أطلق الرجوع عنها فشمل ما إذا كان الرجوع من الأصل أو الفرع ومناسبته العامة والخاصة أى لمسئلة شهادة الزور وتأخيره ظاهرة وترجمته بالباب لأن مسائله تدخل فى مسائل كتاب الشهادات كدخول مسائل نواقض الوضوء فى كتاب الطهارة ، وترجمته بالكتاب فى الجامع الكبير بناء على أنه مشتمل على خمسة أبواب لا لأنه مباين الشهادة إذ الرجوع رفعها لما عرفت أن المباينة لم تمنع الدخول ، وقد صرحوا بأن الكتاب فى إصطلاح الفقهاء كمحلة من البلد والباب كالدار والفصل كالبيت قال الشريف الجرجانى : الفصل : قطعة من الباب فلما لم يكن لهذا (٢) تعدد الباب ولا أقل أن يكون فوق الفصل ترجمه بالباب ، فظهر أن هذا أولى من المترجم بالفصل كما فى الوقاية ومن المترجم بالكتاب كما فى بعض نسخ الهداية لأنه يوجد فى بعض نسخها الترجمة بالكتاب . ووجهه : أن تحته أبوابا متعددة لكن المصنف ذكر بعضها ، وإن لم يصرح بالباب أو الفصل وترك بعضا كما ذكره فى البحر ، وشأن المتون الاختصار ولذا ترجم فى التتار خانية بالكتاب وذكر تحته ستة عشر

---

(١) (قوله كما فى العين) لعله العينى أو نور العين فليحرر .

(٢) (قوله فلما لم يكن لهذا الخ) هكذا بالأصل ولتحرر هذه العبارة .

(هو أن يقول رجعت عما شهدت به ونحوه فلو أنكرها لا) يكون رجوعا (و) الرجوع (شرط مجلس القاضي)

فصلا ساقها على نسق وبه اندفع ما وجه به بعض أفاضل الشراح كلام بعض المصنفين مشيرا به إلى الاعتراض على الهداية .

قال فى البحر : والكلام فيه فى مواضع .

الأول : فى معناه لغة قال فى المصباح : رجع من سفره وعن الأمر يرجع رجوعا ورجعا ورجعى ومرجعا قال ابن السكيت : هو نقيض الذهاب اه .

الثانى : فى معناه اصطلاحا فهو نفى ما أثبته كذا فى المحيط .

الثالث : فى ركنه ، وهو قول الشاهد رجعت عما شهدت به أو شهدت بزور فيما شهدت به أو كذبت فى شهادتى فلو أنكر هالم يكن رجوعا كذا فى خزانة المفتين .

الرابع : فى شرطه مجلس القاضى فلا يصح الرجوع فى غيره ، وفائدته عدم قبول البينة على رجوعه وعدم استحلافه إذا أنكر كما سيأتى .

الخامس : فى صفته قال فى العناية إنه أمر مشروع مرغوب فيه ديانة لأن فيه خلاصا من عقاب الكبيرة اه وذكر الشارح أن شهادة الزور وكتمان الشهادة بالحق سواء ، وإذا شهد بزور عمدا أو خطأ وجبت عليه التوبة : وهى لا تصح إلا عند الحاكم ولا يمنعه عنها الاستحياء من المخلوق وفيه تداركه ما أتلف بالزور اه .

السادس : فى حكمه وهو شيئان أحدهما يرجع إلى ماله والآخر إلى نفسه فالأول وجوب الضمان ، ويحتاج إلى : بيان ثلاثة : سببه ، وشرائطه ، ومقداره فسببه : إتلاف المال أو النفس بها فإن وقعت إتلافا انعقدت سببا لوجوب الضمان وإلا فلا تنزيلا للسبب منزلة المباشرة وسيأتى بيانه مفصلا وشرطه كونه بعد القضاء ، ومجلس القضاء ، وكون المتلف بها عينا فلا ضمان لو رجع عن منفعة كالنكاح بعد الدخول ، ومنفعة دار شهدا على المؤجر للمستأجر بإجارتها بأقل من أجر مثلها ثم رجعا ، وأن يكون الإتلاف بغير عوض ، لأنه بعوض إتلاف صورة لا معنى ، وقدر الواجب على قدر الإتلاف لأنه السبب والحكم يتقدر بقدر العلة وأما ما يرجع إلى نفسه فنوعان وجوب الحد فى شهادة الزنا ، سواء كان قبل القضاء أو بعده للقذف منهم ، ولو بعد الإمضاء رجما كان أو جلدا خلافا لزفر فى الرجم ، ووجوب الضمان ، وهو الدية عليهم إن رجعوا بعد الرجم لا بعد الجلد وإن مات منه والثانى وجوب التعزير عليه سوى شهادة الزنا إن تعمد الشهادة بالزور فظهر عند القاضى بإقراره كذا فى البدائع فلا ضمان لو أتلفا حقا من الحقوق كالعفو عن القصاص لو شهدا به ثم رجعا أو الرجعة أو تسليم الشفعة أو إسقاط خيار من الخيارات كذا فى النتف ، ولا فرق فى وجوب التعزير أى التشهير بين كونه قبل القضاء أو بعده ونظر فيه فى فتح القدير وأجاب عنه فى البحر بما سيأتى قريبا عند قوله وعزر ولنا فيه جواب حسن يأتى قريبا فتأمله (قوله هو) أى الرجوع عنها منح .

أقول : ويمكن تفسيره بالراجع (قوله أن يقول) أى الشاهد (قوله عما شهدت به ونحو) أى مما تقدم من ركنه (قوله فلو أنكرها) أى بعد القضاء (قوله لا يكون رجوعا) كما فى البحر معزيا إلى خزانة المفتين وفى الفصول العمادية لو أنكر الشاهد الشهادة بعد قضاء القاضى لا يضمن لأن الإنكار للشهادة لا يكون رجوعا ، بل الرجوع أن يقول : كنت مبطلا فى الشهادة وهذا إنكار الشهادة اه منح (قوله شرطه مجلس القاضى)

ولو غير الأول لأنه فسخ أو توبة وهي بحسب الجناية كما قال عليـه الصلاة والسلام « السر بالسر والعلانية بالعلانية » (فلو ادعى) المشهود عليه (رجوعهما عند غيره وبرهن) أو أراد يمينهما (لايقبل) لفساد الدعوى بخلاف ما لو ادعى وقوعه عند قاض وتضمينه إياهما ملتقى أو برهانى أنهما أقرا برجوعهما عند غير القاضى قبل وجعل إنشاء للحال

فلايصح عند غير القاضى ، ولو شرطيا منح أى وتتوقف صحة الرجوع على القضاء به ، أو بالضمان خلافا لمن استبعده كما نبه عليه فى الفتح . وفيه أيضا ، ويتفرع على اشتراط المجلس : أنه لو أقر شاهد بالرجوع فى غير المجلس وأشهد على نفسه به وبالتزام المال لايلزمه شيء ، ولو ادعى عليه بذلك لا يلزمه إذا تصادقا أن لزوم المال عليه كان بهذا الرجوع . وفى المحيط : ولو ادعى رجوعهما عند القاضى ولم يدع القضاء بالرجوع والضمان لاتسمع منه البينة ولا يحلف عليه ، لأن الرجوع لا يصح ولا يصير موجبا للضمان إلا باتصال القضاء به كالشهادة وإلى ذلك أشار صاحب الهداية ، وبه صرح فى الفتاوى الصغرى .

قال فى الدر المنتقى : وأفاد بتضمينه توقف صحة الرجوع على القضاء به أو بالضمان والرد على من استبعده وإن كان بعض المتأخرين قلده ، وقوله مجلس القاضى هكذا فى أكثر النسخ لكن الذى فى المنح والمتون المجردة : مجلس قاض منقوصا وهو الظاهر لمن تأمله قال مسكين عند قول الكنز : لا يصح الرجوع عنها إلا عند قاض تنكيره يشير إلى أنه يشترط مجلس القضاء أى قاض كان ولا يشترط الرجوع عند الذى شهد عنده اهـ (قوله ولو غير الأول) أى مجلس القاضى الأول (قوله لأنه فسخ) أى للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من مجلس القاضى : أى من أى حاكم كان كفسخ البيع يشترط له مايشترط لصحة البيع من قيام المبيع ورضا المتبايعين مقدسى ومنح ، وهو تعليل لاشتراط مجلس القاضى (قوله أو توبة) فى المنح ولأن الرجوع توبة وهى على حسب الجناية فجعل الرجوع فسخا وتوبة وأتى الشارح بأو لأنه قد يرجع لا للتوبة ، بل قد يكون لقصد إتلاف الحق أو لكون المشهود عليه غره بمال كما قدمنا (قوله وهى) أى التوبة بحسب الجناية فالرجوع عنها توبة وهى علانية لكونها فى مجلس القاضى فيجب أن تكون التوبة عنها علانية ، وذلك بوقوعها فى مجلس القاضى وإن لم تكن عمدا فليست بمعصية فيكون الرجوع فسخا ، قال الكمال : أنت تعلم أن العلانية لا تتوقف على الإعلان بمحل الذنب بخصوصه مع أن ذلك لايمكن بل فى مثله مما فيه علانية وهو أنه إذا أظهر للناس الرجوع ، وأشهدهم عليه وبلغ ذلك القاضى بالبينة عليه كيف لا يكون معلنا اهـ (قوله السر بالسر والعلانية بالعلانية) هذا بعض الحديث وصدره « إذا ألممت ذنبا فاحدث عنده توبة : الخ (قوله فلو ادعى) بيان لفائدة اشتراط مجلس القاضى (قوله عند غيره) أى عند غير القاضى ، ولو شرطيا كما فى المحيط (قوله أو أراد يمينهما) أى عند العجز عن البرهان درر (قوله لا يقبل) أى ولا يستحلف (قوله لفساد الدعوى) لأن مجلس القاضى شرط للرجوع فكان مدعيا رجوعا باطلا ولبينة أو طلب اليمين إنما يكون بعد الدعوى الصحيحة (قوله عند قاض) أى آخر غير الذى كان قضى بالحق داماد (قوله وتضمينه أياهما) عطف على قوله وقوعه أى وادعى أن ذلك القاضى الذى وقع رجوعهما عنده ضمنهما أى حكم عليهما بالضمان حلبي حيث تقبل لأن السبب صحيح بحر (قوله أياهما) أى الشاهدين : أى وأقام بينة تقبل بينته ، ويحلفان إن أنكرا لأن السبب صحيح كما لو أقر عند القاضى أنه رجع عند غير القاضى ، فإنه صحيح وإن أقر برجوع باطل لأنه يجعل إنشاء للحال كما فى المنح (قوله قبل وجعل إنشاء) أى كما لو أقرا عند القاضى إنهما رجعا عند غير قاض إلى آخر ما تقدم فى المقولة التى قبل هذه ، فظهر

ابن ملك (فإن رجعا قبل الحكم بها سقطت ولا ضمان) وعزر ولو عن بعضها لأنه فسق نفسه جامع الفصولين (وبعده لم يفسخ) الحكم (مطلقا) لترجحه بالقضاء

الفرق بين ما إذا برهن على رجوعهما عند غير القاضي ، وبين ما إذا برهن على إقرارهما بالرجوع عند غير قاض فإنه فى الأول لا يقبل ، لأن رجوعهما عند غير القاضي غير معتبر ، وفى الثانى : يقبل ، لأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة فبالبرهان على إقرارهما صارا كأنهما أقرا فى الحال والحال أنهما عند القاضى وذلك رجوع معتبر فيقبل (قوله ابن ملك) ومثله فى التبيين وعبارته : ولو أقام بينة أنهما أقرا برجوعهما عند غير القاضى تسمع ، لأن إقرارهما به يكون رجوعا منهما فى الحال اه أى وإن كان إقرارهما عند غيره باطلا لأنه يجعل إنشاء للحال (قوله سقطت) أى الشهادة عن الاعتبار فلا يقضى القاضى بها لتعارض الخبرين بلا مرجح للأول (قوله ولا ضمان) لأنهما لم يتلفا شيئا على أحد (قوله وعزر) أى الشاهد أى جنسه الصادق بالواحد والمتعدد . وفى بعض النسخ بلفظ التثنية مطابقا لقول المتن : فإن رجعا وفى بعضها بالإفراد أى الشاهد كما فيما بعده وهو قوله لأنه فسق نفسه إشارة إلى أن الحكم لا يختلف فيما إذا رجعا أو رجع أحدهما .

قال فى الفتح : قالوا : ويعزر الشهود سواء رجعوا قبل القضاء أو بعده ولا يخلو عن نظر ، لأن الرجوع ظاهر فى أنه توبة عن تعمد الزور إن تعمده أو التهور والعجلة إن كان أخطأ فيه ، ولا تعزير على التوبة ، ولا على ذنب ارتفع بها وليس فيه حد مقدر اه وأجاب فى البحر : بأن رجوعه قبل القضاء قد يكون لقصد إتلاف الحق أوكون المشهود عليه غره بمال لا لما ذكره وبعد القضاء قديكون لظنه بجهله أنه إتلاف على المشهود له مع أنه إتلاف لما له بالغرامة اه .

أقول : ويظهر لى أن الجواب الحسن فى ذلك أن للحاكم تعزير الجانى ، ولو بعد انقضاء الجناية بخلاف غيره من بقية المسلمين فليس لهم ذلك إلا حين التلبس بها ومعلوم أن القاضى حاكم (قوله ولو عن بعضها) كما لو شهدا بدار وبنائها أو بأتان وولدها ثم رجعا بالبناء والولد لم يقض بالأصل منح (قوله لأنه فسق نفسه) بتشديد السين المهملة من التفسيق ، وشهادة الفاسق لا تقبل بحر ومنح (قوله لم يفسخ الحكم) لأن آخر كلامهم يناقض أوله فلا ينقض الحكم بالتناقض ، ولأنه فى الدلالة على الصدق مثل الأول ، وقد ترجح الأول باتصال القضاء به منح (قوله مطلقا) قال فى المنح : وقولى مطلقا يشمل ما إذا كان الشاهد وقت الرجوع مثل ماشهد فى العدالة أو دونه أو أفضل منه ، وهكذا أطلق فى أكثر الكتب متونا وشروحا وفتاوى . وفى المحيط : يصح رجوعه لو حاله بعد الرجوع أفضل منه وقت الشهادة فى العدالة وإلا لا ويعزر ورده فى البحر لعدم صحته عن أهل المذهب لمخالفته ما نقلوه من وجوب الضمان على الشاهد إذا رجع بعد الحكم ونقل فى الفتح أنه قول أبى حنيفة الأول وهو قول شيخه حماد ، ثم رجع عنه إلى قولهما وهو عدم نقض القضاء وعدم رد المال على المقضى عليه على كل حال وعليه استقر المذهب ، وعزاه فى البحر أيضا إلى كافى الحاكم وهكذا قال فى البزازية : ثم رجع إلى قولهما وعليه استقر المذهب اهومثله فى التتارخانية برمز المحيط فإنه نقل عنه أن أبا حنيفة كان يقول كذا وساق التفصيل ثم قال : ثم رجع عن هذا القول وقال لا يصح رجوعه فى حق غيره على كل حال وهو قولهما والظاهر أن المراد بالمحيط المحيط البرهانى لما ذكر فى البحر أن ما فى المحيط السرخسى ليس فيه التفصيل (قوله لترجحه بالقضاء) الأولى : لترجحها أى الشهادة وعلى عبارة الشارح الضمير يرجع إلى الخبر الأول من الشاهد والأوضح التصريح به إذ ظاهره أن الضمير راجع إلى الحكم وفيه تهافت ط : أى فيكون فيه تعليل الشىء بنفسه فيصير المعنى كأنه

بخلاف ظهور الشاهد عبدا (أو محدودا فى قذف) فإن القضاء يبطل ويرد ما أخذ وتلزم الدية لو قصاصا ولا يضمن الشهود لما مر أن الحاكم إذا أخطأ فالغرم على المقضى له شرح تكملة (وضمنا ما أتلفا للمشهود عليه) لتسببهما

قال لم يفسخ الحكم لترجحه بالحكم وهو فاسد والأولى فى التعليل لأن القضاء بعد وقوعه صحيحا لا ينقض تأمل (قوله بخلاف ظهور الشاهد عبدا) وكذا لو شهد على بيع واستحق أو وجد حرا أو بالخلع وقبض البدل ، وأثبت الثلاث قبله أو بالقرض وقبض ، ثم أثبت الإبراء أو الإيفاء بخلاف شهادتهما بأنه له عليه فإنهما يضمنان ، وإن لم يرجعا إن برهنا على الإبراء لأنهم شهدوا بأنه عليه فى الحال وتبين خلافه (قوله ويرد ماأخذ) أى يرد المقضى له ما أخذ المقضى عليه بحر (قوله وتلزم الدية) أى إلى ولىّ المقتول (قوله لو قصاصا) إنما سقط القصاص لشبهة صورة القضاء (قوله ولا يضمن الشهود لما مر) أى فى كتاب القضاء (قوله أن الحاكم إذا أخطأ) قال ط وهنا قد أخطأ بعد التفحص عن حال الشهود (قوله وضمنا ماأتلفاه للمشهود عليه) أى إذا قبض المدعى المال لأن التسبب على وجه التعدى سبب الضمان كحافر البئر وقد وجد سبب الإتلاف تعديا ، وقد تعذر إيجاب الضمان على المباشر ، وهو القاضى لأنه كالملجأ إلى القاضى من جهتهما فإن القضاء واجب عليه بعد ظهور عدالتهما ، حتى لو امتنع يأثم ويستحق العزل ويعزر وفى إيجابه عليه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفائه من المدعى لنفوذ الحكم فاعتبر السبب. وفى المحيط : رجع الشاهدان فى المرض وعليهما دين الصحة ، وماتا بدئ بدين الصحة لأن ماوجب عليه بالرجوع فى المرض دين المرض لأنه وجب بإقرارهما فى المرض اه .

ويؤخذ من قوله : أتلفاه أنه لولم يضف التلف إليهما لايضمنان كما لو شهد بنسب قبل الموت ، فمات المشهود عليه وورث المشهود له المال من المشهود عليه ثم رجعا لم يضمنا ، لأنه ورث بالموت ، وذلك لأن استحقاق الوارث المال بالنسب والموت والاستحقاق يضاف إلى آخرهما وجودا فيضاف للموت ذكره الزيلعى فى إقرار المريض

وفى البحر عن العتابية : شهدوا على أنه أبرأه من الدين ثم مات الغريم مفلسا ، ثم رجعا لم يضمنا لمطالب لأنه توى عليه بالإفلاس اه .

واعلم أن تضمين الشاهد لم ينحصر فى رجوعه بل مثله ما إذا ذكر شيئا لازما للقضاء ، ثم ظهر بخلافه كما أوضحه ابن الشحنة فى لسان الحكام بقوله دقيقة فى إيجاب الضمان على الشاهدين الشاهدان متى ما ذكر شيئا هو لازم للقضاء ثم ظهر بخلافه ضمنا ومتى ما ذكرا شيئا لايحتاج إليه القضاء ثم تبين بخلاف ما قالا لا يضمنان شيئا حتى أن مولى الموالاة إذا مات ، وادعى رجل ميراثه بسبب الموالاة فشهد شاهدان أن هذا الرجل مولى هذا الذى أسلم والاه وعاقده ، وأنه وارثه لا نعلم له وارثا غيره فقضى له القاضى بميراثه فاستهلكه ، وهو معسر ثم إن رجلا آخر أقام البينة أنه كان نقض الولاء الأوّل ووالى هذا الثانى ، وأنه توفى وهذا الثانى مولاه ، ووارثه لا وارث له غيره فالقاضى يقضى بالميراث للثانى فيكون الثانى بالخيار إن شاء ضمن الشاهدين الأولين ، وإن شاء ضمن المشهود له الأوّل لأنه ظهر كذب الشاهدين الأولين فيما للحكم به تعلق . وبيان ذلك فى مسئلة الولاء قولهما هو وارثه لاوارث له غيره أمر لابد منه للقضاء له بالميراث فإنهم إذا شهدوا بأصل الولاء ، ولم يقولوا إنه وارثه فالقاضى لايقضى له بالميراث ، وإنما أخذ الأول الميراث بقوله الشاهدين الأولين إنه مولاه ، ووارثه اليوم وقد ظهر كذبهما فضمنا بخلاف مسئلة الشهادة بالنكاح ، فإنهما إذا شهدا أنه مات ، وهى امرأته لأن قولهما مات وهى امرأته زيادة غير محتاج إليها فإنهما لو قالا : كانت امرأته فإن القاضى يقضى لها بالميراث ، فصار وجود هذه الزيادة والعدم بمنزلة ولو انعدمت هذه الزيادة لكان لايجب عليهما شيء لأنهما شهدا بنكاح كان ولم يظهر كذبهما فى ذلك اه .

تعديا مع تعذر تضمين المباشر لأنه كالملجأ إلى القضاء (قبض المدعى المال أولا به يفتى) بحر وبزازية وخلاصة وخزانة المفتين

وفى البحر عن فروق الكرابيسى : شهد شاهدان على رجل أن فلانا أقرضه ألف درهم وقضى القاضى بها ثم أقام المقضى عليه بينة على الدفع قبل القضاء بأمر القاضى برد الألف إليه ، ولا يضمن الشهود ، ولو شهدوا أن عليه ألف درهم وقضى القاضى بذلك ، وأخذ الألف ، ثم برهن المقضى عليه على البراءة قبل القضاء يضمن الشهود . والفرق أن فى الوجه الأول : لم يظهر كذبهم ، لجواز أنه أقرضه ثم أبرأه وفى الوجه الثانى : ظهر كذبهم لأنهم شهدوا عليه بألف فى الحال وقد تبين كذبهم ، فصاروا متلفين عليه ألا ترى أنه لو قال : امرأته طالق إن كان لفلان عليه شىء فشهد المشهود أن فلانا أقرضه ألفا يحكم بالمال ولا يحكم بالوقوع ، ولو شهدوا أن عليه ألفا يحكم بالمال ، والوقوع جميعا فتبين بهذا أن الشهادة على الإقراض ليست شهادة على قيام الحق للحال والشهادة بالدين مطلقا شهادة على الحق فى الحال اهـ .

فقد علم تضمينهما بظهور كذبهما من غير رجوع فتضمينهما إذا تيقن كذبهما بالأولى ، ولذا قال فى تلخيص الجامع فى باب بطلان الشهادة : أخذ الدية ثم جاء المشهود بقتله حيا ضمن الولى للقبض ظلما ولا يرجع لسلامة بدله أو الشاهد للإلجاء كمكره المكره ويرجع بما أخذ الولى لملكه ذلك وكذا لو اقتص لكن لا يرجع عنده إذ ليس للدم مالية تملك ، بخلاف المدبر ، ولهذا فى عتقه يضمن الشاهد والمكره ، وفى العفو لا ولو شهد على الإقرار أو الشهادة ضمن الولى لما مر دون الشاهد ، لأنه لم يظهر كذبه إذ لا تنافى بخلاف الأول ، ولهذا لو ثبت الإبراء ضمن شاهد الدين دون الإقراض ، ولو قال : إن كان له علىّ حنث فى الأول دون الثانى كما لو وجد المشهود بنكاحها أما والشاهد عبدا أو محدودا فى قذف اهـ .

وبهذا علمت أن فرع الكرابيسى منقول فى التلخيص ، واندفع الإيراد عن القول بالتضمين إذا ظهر كذبه بما لو وجد المشهود بنكاحها أما أو أختا فإنه ظهر الكذب ولا ضمان اهـ (قوله تعديا) لأن المتسبب يضمن إذا كان كذلك كما هو معلوم (قوله مع تعذر الخ) جواب عن سؤال ، وهو إذا اجتمع المسبب ، والمباشر فالضمان على المباشر فلم ضمن الشاهد دون القاضى فأجاب : بأن القاضى متعذر تضمينه لأنه كالملجأ إلى القضاء (قوله قبض المدعى المال أولا) تبع المصنف بهذا الإطلاق صاحب الخلاصة والبزازية وخزانة المفتين وأصحاب الفتاوى لا صاحب المجمع كما فى بعض نسخ البحر لعدم تحرير عبارتها لأن صاحب المجمع قال فى شرحه هذا : إذا قبض المدعى المال دينا كان أو عينا وأصحاب الفتاوى لم يقيدوا اهـ وعزو الشارح للخلاصة اتبع فيه صاحب البحر .

أقول : عبارة الخلاصة هكذا الشاهدان إذا رجعا عن شهادتهما رجوعا معتبرا يعنى عند القاضى لا يبطل القضاء لكن ضمن المال الذى شهدا به ، وهذا قوله الآخر ، وهو قولهما وعليه الفتوى ، سواء قبض المقضى له المال الذى قضى له أو لم يقبض انتهت فقوله : وهو قوله الآخر ليس نصا فى رجوعه إلى الإطلاق وإلا لأخر ، والذى يظهر لى أنه أراد بقوله الآخر الضمان بالرجوع مطلقا : أى سواء كان الشاهد كحاله الأول فى العدالة أولا فيكون إشارة إلى ما تقدم الكلام فيه فيما مر آنفا يقربه ما فى الفتح حيث قال : واعلم أن الشافعية اختلفوا فى هذه المسئلة ، والصحيح عند الإمام والعراقيين وغيرهم أن الشهود يضمنون كمذهبنا والقول الآخر لا ينقض ، ولا يرد المال من المدعى ، ولا يضمن الشهود وهو عين قول أبى حنيفة الأول إذا كان حالها وقت الرجوع مثله وقت الأداء اهـ .

وقيده فى الوقاية والكنز والدرر والملتقى بما إذا قبض المال لعدم الإتلاف قبله وقيل إن المال عينا فكالأول وإن دينا فكالثانى وأقره القهستانى

وفى الولو الجية : ثم إذا صح الرجوع لايبطل القضاء ، ولكن يضمنان المال الذى شهدا له به وهو قولهما وقول أبى حنيفة الآخر اه فهذه العبارة تؤيد ما قلنا .

ولو سلم أنه أراد رجوع الإمام عن التقييد بالقبض فنقول : لو صح لم يمش على خلافه أصحاب المتون وغيرهم كالهداية والمختار والوقاية والغرر والإصلاح والكنز والملتقى ومواهب الرحمن فكلهم قيدوا بالقبض ، وجزم به صاحب المجمع كما علمت والحدادى فى الجوهرة ، ولو صح نقل الرجوع لذكره شراح الهداية فإنهم اقتصروا على شرح ماذكره الماتن ، ونقلوا القول الآخر من غير ترجيح ، ولا ذكر رجوع ، وأنت على علم بأن ماأثبته أرباب المتون فى متونهم مختار لهم ، لأن المتون موضوعة لنقل المذهب ، ومما هو مقرر مشتهر أن مافى المتون مقدم على مافى الشروح ، ومافى الشروح مقدم على مافى الفتاوى والحواشى ؛ فكيف لايقدم مافى المتون والشروح على مافى الفتاوى وحينئذ فما كان ينبغى للمصنف أن يجزم بما فى الفتاوى ، ويعدل عما عليه المتون فالعبرة لما عليه أصحاب المتون أنه لايرجع إلا بعد القبض دينا كان أو عينا فليتأمل . ثم ما نقله فى البحر عن الخلاصة أن مافى الفتاوى هو قول الإمام الأخير كما علمت فيه الكلام المتقدم وللمقال فيه مجال ، وكأنه هو الذى غر المصنف (قوله وقيده فى الوقاية الخ) وكذا فى الهداية والمختار والإصلاح ومواهب الرحمن وجزم به الحدادى فى الجوهرة وصاحب المجمع (قوله وقيل إن المال عينا فكالأول) قائله شيخ الإسلام أى يجب على الشهود الضمان مطلقا قبضها المشهود له أولا لأن الضمان مقيد بالمماثلة وفى العين زوال ملك المشهود عليه عنها بالقضاء وفى الدين لايزول ملكه حتى يقبضه ألا ترى أن المقضى عليه لايجوز له أن يتصرف فيها وجاز للمقضى عليه ذلك حلبى بزيادة . قال العلامة أبو السعود : وكذلك العقار يضمنه قبل القبض عندهم لأن العقار يضمن بالإتلاف بشهادة الزور بخلاف الغصب عند أبى حنيفة وأبى يوسف لعدم تحققه فيه زيلعى وقوله عندهم : أى عند أبى حنيفة وصاحبيه بقى أن يقال : ظاهر كلام الزيلعى يفيد عدم اشتراط القبض فى العقار لوجوب الضمان على الشاهد إذا رجع بعد القضاء من غير خلاف ، وليس كذلك بل الخلاف ثابت ولهذا قال شيخنا هذا على قول شيخ الإسلام ، وعلى قول شمس الأئمة لايضمنه الشاهدان بالرجوع إلا إذا قبضه المدعى كالمنقول اه (قوله وإن دينا فكالثانى) أى لو رجع الشهود قبل قبضه لايضمنون إلى أن يؤدى إليهم ولو بعده يضمنون أى فى الحال .

قال فى البحر : وفرق فى المحيط بين العين والدين فقال شهدا بعين ثم رجعا ضمنا قيمتها قبضها المشهود له أم لا لأن ضمان الرجوع ضمان إتلاف وضمان إتلاف مقدر بالمثل إن كان المشهود به مثليا وبالقيمة إن لم يكن مثليا ، وإن كان المشهود به دينا فرجع الشهود قبل قبضه لايضمنون ، وإن قبضه المشهود له ثم رجعا ضمنا لأنهما أوجبا عليه دينا فيجب فى ذمتهما مثل ذلك ، ولا يستوفى منهما إلا بعد قبض المشهود به تحقيقا للمعادلة اه وهذا هو قول شيخ الإسلام وشمل أيضا قوله : ماأتلفاه خمر الذمى وخنزيره لكن فى كافى الحاكم وإذا شهد الذميان الذمى بمال أو خمر أو خنزير فقضى به ثم رجعا ضمنا المال وقيمة الخنزير ولايضمنان الخمر ، ولا قيمته فى قول أبى يوسف ، ويضمنان قيمة الخمر فى قول محمد ، ولو لم يسلم الشاهدان وأسلم المشهود عليه ثم رجعا عن الشهادة ضمنا قيمة الخنزير ، ولم يضمنا قيمة الخمر وشمل أيضا ماأتلفاه العقار فيضمنه الشاهد برجوعه كما فى خزانة المفتين فهو وإن كان لايضمن بالغصب عندهما خلافا لمحمد يضمن بالإتلاف وهذا منه .

. . . .

وفى جامع صدر الدين: ادعى عبدا فى يده ملكا وقضى به فادعاه آخر وقضى له وادعاه آخر وقضى له ثم رجعوا ضمن كل فريق لمن شهد عليه ، قال محمد : ولا يشبه الوصية يعنى لايضمن للورثة لاتحاد المقضى عليه بخلاف الملك دليله وجد شهود الأول عبيدا يرد عليه فى الملك دون الوصية وشمل كل المشهود به أو بعضه ، فلذا قال فى جامع الفصولين عن محمد : شهدا له بدار وحكم له ثم قالا لاندرى لمن البناء فإنى لاأضمنهما قيمة البناء للمشهود عليه كأنهما قالا : قد شككنا فى شهادتنا ولو قالا ليس البناء للمدعى أضمنهما قيمة البناء ، وعن أبى يوسف شهدا له بدار فقالا قبل بالحكم إنما شهدنا بالعرصة أقبل شهادتهما على ذلك ، ولم يكن هذا رجوعا ولو قالاه بعد الحكم أضمنهما قيمة البناء اه .

ثم اعلم أن الضمان عنهما يسقط بأشياء . الأول : ضمنهما نصف المهر ثم أقر به رده إليهما . الثانى : ضمنهما قيمة العبد ثم أقر بالاعتاق رده . الثالث : ضمنهما قيمة العين ثم وهبها المشهود له للمشهود عليه ردها إليهما . الرابع : رجع الواهب فى هبته بقضاء بعد ماضمنا الشاهدين رد الضمان . الخامس : ورثة المقضى عليه رد الضمان بخلاف مالو اشتراه الكل من العتابية ، وشمل قوله أيضا ماأتلفاه جميع الأبواب إلا أن المصنف ذكر بعضها وفاته البعض فذكر الدين والنكاح والبيع والطلاق والعتاق والقصاص وشهو الأصل والفرع والمزكى وشاهد اليمين أى التعليق والولاء والتدبير والكتابة والاستيلاء والإحصان والشرط والإيقاع . وسنشرح كل واحد منها وقد فاته الهبة والإبراء والاستيفاء والبضاعة والتأجيل والنسب وأمومية الولد والدخول والخلع والولادة والموالاة والإقالة والوكالة والرهن والإجارة والمضاربة والشركة والشفعة والميراث والوصية والوديعة والعارية .

أما الهبة : فى المحيط شهدوا أنه وهب عبده من فلان وقبضه ثم رجعا بعد القضاء ضمنا قيمة العبد ، وحق الرجوع لا يمنع التضمين فإن ضمنهما القيمة لم يرجع فيها لوصول العوض ، ولا يرجع الشاهدان فيها ولو كان أبيض العين يوم شهدا بالهبة ثم رجعا والبياض زائل ضمنا قيمته أبيض لاعتبار القيمة يوم القضاء اه .

وأما الإبراء والتأجيل فى المحيط شهدا أنه أبرأه عن الدين أو أجله سنة أو أوفاه فقضى به ثم رجعا ضمنا ولو شهدا أنه أجله سنة فقضى بها ثم رجعا قبل الحلول أو بعده ضمنا ورجعا به على المطلوب إلى أجله ويبرأ الشاهدان بقبض الطالب الدين بعد مضى الأجل من المطلوب فإن ضمنا رجع به على المطلوب إلى أجله وقاما مقام الطالب فإن نوى ما على المطلوب فمن ما لهما أسقط المديون الأجل لم يضمنا ولو شهد أن له على آخر ألفا وآخران أنه أبرأه ثم رجعوا كلف مدعى الألف إقامة البينة ثانيا وخصمه فى ذلك شهود براءة الدين وقد رجعوا فيضمنها الألف ، ولاتصح إقامة البينة على الدين إلا بحضرة الشهود لابحضرة المدعى عليه ، ولايرجعان على المشهود له بالبراءة اه .

وفى العتابية : شهدوا على أنه أبرأه من الديون ثم مات الغريم مفلسا ثم رجعا لم يضمنا للطالب لأنه توى ما عليه بالإفلاس اه وأما الحد فسنذكره مع القصاص .

وأما النسب والولاء والكتابة والتدبير والاستيلاء : فسنذكرها فى كلام الماتن الآتى قال فى الولوالجية : ولو ادعى أنه ابن رجل والأب يجحد وأقام البينة أنه ابنه ولد على فراشه فقضى بذلك وأثبت نسبه ، ثم رجعوا فلا ضمان عليهم ، سواء رجعوا فى حال حياة الأب أو بعد وفاته أما فى حال حياة الأب فلأنهما لم يشهدا على الأب بالمال وإنما شهدا عليه بالنسب والنسب ليس بمال ، وما ليس بمال لا يضمن بالمال وأما بعد وفاته فلأنهم

. . . .

لو ضمنوا ما ورث الابن المشهود له لسائر الورثة لا يجوز ذلك لأن استحقاق الميراث يضاف إلى موت الأب لا إلى النسب لأن الميراث يستحق بالنسب والموت جميعا والموت آخرهما وجودا وكل حكم ثبت بعلة ذات وصفين يضاف إلى آخر الوصفين وجودا اه . وأما الإقالة فع البيع .

وأما الوكالة : ففي المحيط شهدا أنه وكله بقبض دينه من فلان أو وديعة فقبضه وأنكر الموكل ثم رجعا لم يضمنا لأن الشاهد سبب لتفويت إمكان القبض على الموكل والوكيل باشر تفويته فيكون الضمان على المباشر ، وفي العتابيـــة : ولا ضمان على شهود التوكيل بالإعتاق ولا على شهود التفويض ولا على شهود التوكيل بقبض الدين اه .

وأما الرهن ففي المحيط ادعى من له ألف(١) على آخر أنه رهنه عبدا قيمته ألف ، والمطلوب مقر بالدين وشهدا بالرهن ثم رجعا لم يضمنا لأنهما أزالا بعوض ولو كان فيه فضل على الدين لم يضمنا ما دام العبد حيا فإن مات في يد المرتهن ضمن الفضل على الدين ، ولو ادعى الراهن الرهن وأنكر المرتهن لم يضمنا الفضل ويضمنان قدر الدين للمرتهن وإن رجعا عن الرهن دون التسليم بأن قالا : سلم إليه هذا العبد وما رهنه لا يضمنان اه .

وأما الإجارة ، ففي المحيط : ركب بعير الرجل إلى مكة يدعي الإجارة بخمسين ، وأقام بينة فعطب وادعى صاحب البعير الغصب ، ثم رجعا ضمنا قيمة البعير يوم عطب إلا مقدار ما أخذ صاحبه من الأجر شهدا أنه أكراه دابته بمائتين إلى موضع كذا وأجر مثلها مائة فركبها ، ثم رجعا لم يضمنا الفضل إن ادعى المستأجر الإجارة وجحد صاحب الدابة وإن ادعاها صاحب الإبل وجحد المستأجر ضمنا له ما أداه ما فوق أجر البعير .

وأما المضاربة ، ففي المحيط : ادعى المضارب نصف الربح فشهدا به ، ورب المال مقرا بالثلث ثم رجعا والربح لم يقبض لم يضمنا فإن قبضاه واقتسماه نصفين ، ثم رجعا ضمنا سدس الربح ، قيل هذا في كل ربح حصل قبل رجوعهما فأما ربح حصل بعد رجوعهما فإن كان رأس المال عرضا فكذلك ، وإن كان نقدا فرب المال يملك فسخها فكان راضيا باستحقاق الربح اه .

وأما الشركة ، ففي المحيط : شهدا أنهما اشتركا ورأس مال كل واحد منهما ألف على أن الربح أثلاث وصاحب الثلث يدعي النصف وربحا قبل الشهادة فاقتسما أثلاثا ثم رجعا ضمنا لصاحب الثلث ما بين النصفين والثلث وما ربحا بعد الشهادة فلا يضمنان عليهما اه .

وفي كافي الحاكم : في يد رجل مال فشهد الرجل أنه شريكه شركة مفاوضة فقضى له بنصف ما في يديه ثم رجعا ضمنا ذلك النصف للمشهود عليه .

وأما الشفعة ، ففي المحيط : ولو شهدا أن الدار التي في يد الشفيع ملكه فقضى له بالشفعة ثم رجعا لم يضمنا وإن كان الأول قد بنى فأمره القاضي بنقضه يضمنان قيمة بنائه ولها النقض اه .

وأما الميراث ، ففي المحيط : شهدا لرجل مسلم أن أباه مات مسلما أو عرف كافرا(٢) وللميت ابن آخر كافر ثم رجعوا ضمنوا الميراث للكافر الوارث .

---

(١) (قوله ادعى من له ألف الخ) هكذا بالأصل ولعل الظاهر ادعى من عليه ألف لآخر فليحرر .

(٢) (قوله أو عرف كافرا) هكذا بالأصل وليحرر .

(فإن رجعوا فالغرم بالأسداس) وقالا عليهن النصف

واحد ، ثم قال : وعدم الاعتداد بكثرتهن عند انفرادهن لا يلزم منه عدم الاعتداد بكثرتهن عند الاجتماع مع الرجال كما فى الميراث اه . وليس فى كلام الصاحبين ما يفيد أنه مع قيامهن مقام رجل يقسم عليهن ما ثبت بشهادتهن فى حق من رجع منهن ليفرض بقدره ، وقد بقى منهن من يثبت به نصف الحق كما ذكره الزيلعى بعد هذا بقوله : ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجعوا فعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف وعنده عليه الخمسان ، وعليهن ثلاثة الأخماس ، ولو رجع الرجل وامرأة فعليه النصف كله عندهما ولا شىء على المرأة وعنده عليهما أثلاثا اه .

ثم قال الشرنبلالى : ومثله فى الفتح ، على أنا لو سلمنا الانقسام عليهن عند الرجوع فالذى يظهر من تعليل قولهما أن الانقسام عليهن بحسب عددهن فعليهن أربعة أخماس النصف وعلى الرجل نصف كامل ويبقى خمس نصف المال ببقاء المرأتين ، والجواب عماذكره عن الإسبيجابى أنه مشى على قول الإمام لا على قولهما فليتأمل اه .

قلت : وذكر فى الولوالجية نحو ما فى المحيط وأشار إلى مخالفته القياس حيث قال : شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع الرجل وامرأة ضمن الرجل نصف المال ولم تضمن المرأة شيئا وينبغى فى قياس قول أبى حنيفة أن يكون النصف أثلاثا على الرجل والمرأة أما عندهما النسوة وإن كثرن بمنزلة رجل واحد حالة الإنفراد وحالة الاختلاط ، وكان يشهد رجلان لا غير فكان الثابت بشهادة النسوة النصف فإذا بقى من يقوم بشهادته النصف منهن ؛ لم يكن على الراجعة شىء وأما عنده فلأن كل ثنتين حالة الاختلاط كرجل واحد وكل امرأة كنصف رجل كأنه يشهد رجلان ونصف من حيث الحكم فإن رجع رجل وامرأة فكأنه رجع رجل ونصف فالضمان عليهما أثلاثا اه .

قال المولى عبد الحليم : ظاهر تأخير دليل الإمام مع تقديم قوله على ترجيح قول الإمام وأما تصريح قولهما فى المتن مقابلا بقوله يقتضى التساوى بينهما ثم رجحان قول الإمام مبنى على قوة دليله وذا على ما صرح فى المبسوط وغيره إن حكم الشهادة كحكم الميراث وفيه يجعل كل بنتين كابن معه وعند الإنفراد لم يزد نصيبهن على الثلثين وكذلك فى الشهادة عند الإنفراد بعد نصف النصاب فيها ، وعند المقارنة بالرجل يزداد النصاب ، ويضاف القضاء بشهادة الكل على أن كل امرأتين كرجل هذا وما ذكر فى المحيط أنه لو رجع الرجل وثمان نسوة فعلى الرجل نصف الحق ، ولا شىء عليهن لأنهن وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد فمحمول على قولهما كما أن ما ذكره الإسبيجابى من أنه لو شهد رجل وثلاث نسوة ، ثم رجع رجل وامرأة كان النصف عليهما أثلاثا محمول على قوله : وعليه كلام المقدسى والفتح والمنبع فظهر أن صاحب المحيط لم يسه ، وإن ظن سهوه صاحب التبيين وتبعه بعض المتأخرين على أنه يمكن أن يكون كلام صاحب المحيط على الاتفاق ، بناء على أن طرف النساء نصف النصاب ، وإن كثرن ولا يظهر قيام كل امرأتين مقام رجل ما لم ترجع واحدة الثنتين أو كلهن فما دام شطر النصاب باقيا من طرفهن لم يضمن الرواجع منهن فتدبر اه (قوله فإن رجعوا) أى رجع الكل من الرجال والنساء غلب الذكر لشرفه فلذا أعاد الضمير مذكرا (قوله فالغرم بالأسداس) السدس على الرجل وخمسة الأسداس على النسوة لأن كل امرأتين تقوم مقام رجل واحد ، فكأنه قد شهد ست رجال فيضمن الرجل السدس ، وكل امرأتين السدس وهذا عند الإمام (قوله وقالا عليهن النصف) لأن النساء وإن

كما لو رجعن فقط (ولا يضمن راجع فى النكاح شهد بمهر مثلها) أو أقل

كثرن فى الشهادة لا يقمن إلا مقام رجل واحد وكان الثابت بشهادته نصف المال وشهادتهن النصف الآخر ، ولهذا لا تقبل شهادتهن إلا بانضمام الرجل: ولأبى حنيفة أن كل امرأتين قامتا مقام رجل قال صلى الله تعالى عليه وسلم فى نقصان عقلهن « عدلت شهادة كل ثنتين منهن بشهادة رجل » روى البخارى من حديث أبى سعيد الخدرى رضى الله تعالى عنه أنه صلى الله تعالى عليه وسلم قال : « يا معشر النساء تصدقن وأكثرن من الاستغفار فإنى رأيتكن أكثر أهل النار فقالت امرأة منهن ؟ يا رسول الله مالنا أكثر أهل النار؟ قال: تكثرن اللعن وتكفرن العشير ، مارأيت من ناقصات عقل ودين أغلب لذى لب منكن قالت : يا رسول الله وما نقصان العقل والدين؟ فقال : أما نقصان العقل فشهادة امرأتين تعدل شهادة رجل وتمكث (١) الليالى لا تصلى وتفطر فى رمضان، فصار كما لو شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا » (قوله كما لو رجعن فقط) أى ضمن النصف إجماعا لأنهن وإن كثرن بمنزلة رجل واحد كما تقدم أما عندهما فظاهر ، لأن الثابت بشهادتهن نصف المال كما ذكرنا وكذا عنده إذ بقى من يبقى به نصف المال فصار كما لو شهد به ستة رجال ثم رجع خمسة (قوله ولا يضمن راجع فى النكاح الخ) هذه المسئلة على ستة أوجه لأنهما إما أن يشهدا بمهر المثل أو بأزيد أو بأنقص . وعلى كل فالمدعى إما هى أو هو ولا ضمان إلا فى صورة ما إذا شهدا عليه بأزيد، ولو قال المصنف بعد قوله : ضمناها للزوج كما فى المنح لأفاد جميع الصور خمسة منطوقا وواحدة مفهوما ولا غنى عما نقله الشارح عن العزمية . وكان عليه أيضا أن يقول وإن بأقل ويحذف ، واو شهدا بأصل النكاح لإيهامه أن الشهادة فى الأولى ليست على أصله ، وعلى كل فقول الشارح : أو أقل تكرار كما لا يخفى .

قال الحلبى : فلو قال المتن ويضمن الزيادة بالرجوع من شهد على الزوج بالنكاح بأكثر من مهر المثل لاستوفى الستة واحدة منطوقا وخمسة مفهوما ثم ظهر لى أن المصنف أظهر ما خفى وأخفى ما ظهر من هذه الصور فذكر عدم الضمان فى الشهادة بمهر المثل ويلزم منه عدمه فى الشهادة بالأقل وصرح بضمان الزيادة ، وهذا كله لو هى المدعية كما نبه عليه الشارح ، وأشار به إلى أن ما بعده فيما لو كان هو المدعى فذكر المصنف بعده أنه لا ضمان لو شهدا بأقل من مهر المثل ، وسكت عما لو شهدا بمهر المثل أو أكثر للعلم بأنه لا ضمان بالأولى لأن الكلام فيما إذا كان هو المدعى ولم يصرح به الشارح كما صرح بالأقل فى الأول اعتمادا على ظهور المراد فتنبه ذكره سيدى الوالد رحمه الله تعالى .

أقول : فالحاصل أنه لا ضمان إلا فى صورة واحدة : وهى ما لو شهدا عليه بالأكثر فيضمنان الزائد على مهر المثل وفى الخمسة الباقية لا ضمان أصلا وهذا موافق لما فى التتارخانية حيث قال : وفى الزاد وإن شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا ، فلا ضمان عليهما ، وكذا لو شهدا بأقل من مهر مثلها وإن شهدا بأكثر من مهر مثلها ثم رجعا ضمنا الزيادة .

وفى المحيط : وإن ادعى رجل على امرأة النكاح وأقام على ذلك بينة والمرأة جاحدة ، فقضى القاضى عليها بالنكاح، ثم رجعا عن شهادتهما لا يضمنان للمرأة شيئا سواء كان المسمى مهر المثل أو أكثر أو أقل اهـ

ثم قال : وإذا ادعى رجل على امرأته أنه تزوجها بمائة درهم وقالت المرأة ، لا بل تزوجتنى بألف درهم ومهر مثلها ألف درهم فشهد شاهدان أنه تزوجها على مائة درهم، فقضى ثم رجعا حال قيام النكاح ذكر أنهما

---

(١) (قوله وتمكث الخ) هكذا بالأصل وليحرر هذا الحديث فلعل فيه سقطا .

إذ الإتلاف يعوض كلا إتلاف (وإن زاد عليه ضمناها) لو هى المدعية وهو المنكر عزمى زاده .
(ولو شهدا بأصل النكاح بأقل من مهر مثلها فلا ضمان)

يضمنان للمرأة تسعمائة عندهما ، ولا يضمنان شيئا عند أبى يوسف هذا إذا رجعا قبل الطلاق فإن رجعا بعده فهذا على وجهين : إما أن يرجعا قبل الدخول أو بعده فإن كان بعد الدخول بها فالجواب فيه كالجواب حال قيام النكاح فأما إذا كان الطلاق قبل الدخول بها فإنهما لا يضمنان للمرأة شيئا عندهم جميعا اهـ فأفاد أن الكلام الأول فيما إذا كان أصل النكاح مجحودا . أما إذا كانا مقرين به ، واختلفا فى المهر ، ثم رجع الشاهدان ففيه هذا التفصيل والحكم فيه ما علمت فتنبه لذلك .

قال فى البحر : وأشار فى المسألة بمهر المثل إلى أن هذا فيما إذا لم يطلقها بعد الدخول أو طلقها بعده ، أما إذا طلقها قبل الدخول لا يضمنان لها شيئا بالاتفاق كما فى الحقائق ، وفى النكاح أنه لو ادعى بقبض المهر كلا أو بعضا وشهدا عليها به ثم رجعا بعد القضاء ضمناه لها لأنهما أتلفا عليها مالا دون البضع (قوله إذ الاتلاف بعوض كلا إتلاف) وهنا أتلفا شيئا يقابله عوض ، وهذا التعليل ظاهر فيما إذا كان المدعى الزوج لأنهما أتلفا عليها البضع بمال قابله من الزوج ، وكذا فيما إذا كان المدعى الزوجة ، لأنهما أتلفا المال بالبضع لأنه يكون متقوما بالدخول فى الملك والحالة هنا حال الدخول فى الملك (قوله وإن زاد عليه) هذا هو الموافق لما فى المنح والكنز بضمير المثنى فيوافق قوله بعد ضمناها وعلى إفراد الضمير يكون الضمير راجعا إلى المشهود به (قوله ضمناها) أى الزيادة للزوج لأنهما أتلفاها بلا عوض إذ الأصل أن المشهود به إن لم يكن مالا كقود ونكاح لم يضمن وكذا المال بمقابلة عوض بقدره ويضمن مازاد على العوض ، وبلا عوض يضمن كله فلو شهدا عليها بنكاح فقضى به ، ثم رجعا لم يضمنا لها شيئا سواء كان المسمى مثل مهر مثلها أو أكثر أو أقل ، لأنهما وإن أتلفا عليها البضع بما لا يعدله لكنه لا يتقوم على المتلف ، وإنما يتقوم على المتملك ضرورة التملك وهذا لأن ضمان الإتلاف مقدر بالمثل ، ولا مماثلة بين البضع والمال فأما عند دخوله فى ملك الزوج ، فقد صار متقوما إظهارا لخطره حتى يصان عن الابتذال ، ولا يملك مجانا لحصول النسل به وذا لا يوجد فى طرف الإزالة ، ولو كانت هى المدعية فشهدا ورجعا ، فإن كان مهر مثلها كالمسمى أو أكثر لم يضمنا لأنهما أوجبا عليه المهر بعوض يعدله أو يزيد عليه ، وهو البضع لأنه عند الدخول فى ملك الزوج متقوم وبينا أن الإتلاف بعوض يعدله لا يوجب ضمانا فإن كان مهر مثلها أقل من الزيادة ضمناها للزوج لما مر مقدسى .

قال الزيلعى : فإن قيل هذا مستقيم فى حقها لأنهما أتلفا عليها البضع بعوض متقوم ، وأما فى حق الزوج فغير مستقيم ، لأن البضع غير متقوم وأتلفا عليه المال المتقوم بمقابله فوجب أن يضمناه له مطلقا قلنا البضع متقوم حال دخوله فى الملك والكلام فيه انتهى (قوله لو هى المدعية وهو المنكر) راجع إلى الثلاث أى لو ادعت عليه النكاح بمهر مثلها أو أقل أو أزيد وشهد شاهداها بذلك وقضى به القاضى على الزوج ، ثم رجع الشاهدان لم يضمنا شيئا فى الأولين وضمنا الزيادة فى الثالثة كما علمت (قوله عزمى زاده) أقول ومثله فى أكثر المعتبرات متونا وشروحا فالعزو للمتون أولى (قوله ولو شهدا بأصل النكاح بأقل من مهر مثلها) أى عليها بقرينة المقابلة بما مر ولأن أصل النكاح إنما يثبت حل المرأة للزوج لأنها المملوكة له وهو المالك ثم إذا رجعا لم يضمنا مانقصاه من مهر مثلها لتعذر المماثلة لأن منافع البضع غير متقومة عند الإتلاف ، فلا تضمن بالمتقوم إذ التضمين يستدعي المماثلة وإنما تضمن وتقوم بالتملك ضرورة إبانة خطر المحل كذا فى التبيين . بقى مالو كان

على المعتمد لتعذر المماثلة بين البضع والمال (بخلاف ما لو شهدا عليها بقبض المهر أو بعضه ثم رجعا) ضمنا لها لإتلافهما المهر (وضمنا فى البيع والشراء ما نقص عن قيمة المبيع

دعواه بمهر مثلها أو أكثر ، وعلم حكمه فإنه إذا لم يثبت لها شيء مع شهادتهما بالأقل فبالمساواة والأكثر كان كذلك بالأولى فلا خلل فى عبارة المتن والشرح (قوله على المعتمد) ذكره فى الهداية وشروحها ، خلافا لما فى المنظومة النسفية وشرحها ، وتبعهما صاحب المجمع ، حيث ذكروا أنهما يضمنان مانقص عندهما خلافا لأبى يوسف

قال فى الفتح : وما فى الهداية وشروحها هو المعروف ، ولم ينقلوا سواه وهو المذكور فى الأصول كالمبسوط وشرح الطحاوى والذخيرة وغيرها ، وإنما نقلوا فيها خلاف الشافعى ، فلو كان لهم شعور بالخلاف فى المذهب لم يعرضوا عنه بالكلية ، ولم يشتغلوا بنقل خلاف الشافعى اهـ .

قال الرملى : وفى المصفى لو أثبتوا نكاحها فأوكسوا لم يضمنوا إن رجعوا ما بخسوا .

وصورته : ادعى نكاح امرأة على مائة وقالت : تزوجنى على ألف ومهر مثلها ألف ، وأقام شاهدين على مائة وقضى بها ثم رجعا بعد الدخول بها لايضمنان شيئا لها وقالا : يضمنان لها تسعمائة على أن عندهما القول قولها إلى تمام مهر مثلها ، فكان يقضى لها بألف لولا شهادتهما فما أتلفا عليها تسعمائة وعنده القول قول الزوج ، فلم يتلفا عليها شيئا اهـ . ومثله فى الحقائق شرح المنظومة .

قال فى التتارخانية : شهدا على امرأة أن فلانا تزوجها على ألف درهم ، وقبضت ذلك وهى تنكر ومهر مثلها خمسمائة فقضى القاضى بذلك ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا مهر المثل دون المسمى . ولو وقعت الشهادة بالعقد بالألف أولا فقضى القاضى به ثم شهدا بقبض الألف وقضى القاضى به ثم رجعا عن الشهادتين ضمنا للمرأة المسمى (قوله لتعذر المماثلة بين البضع والمال) قال فى الفتح : وذكروا وجهه بأن البضع متقوم لثبوت تقومه حال الدخول ، فكذا فى غيره ، لأنه فى حال الخروج عين ذلك الذى ثبت تقومه . وأجابوا بحاصل توجيه المصنف بأن تقومه حال الدخول ليس إلا لإظهار خطره حيث كان منه النسل المطلوب فى الدنيا والآخرة وغير ذلك من النفع كما شرطت الشهادة على العقد عليه دون سائر العقود لذلك لا لاعتباره متقوما فى نفسه كالأعيان المالية لأنه لايرد الملك على رقبته والمنافع لا تتقوم ، فلا يضمن لأن التضمين يستدعى المماثلة بالنص والمماثلة بين الأعيان التى تحرز وتتمول والأعراض التى تتصور ولا تبقى ، وفرع فى النهاية على الأصل المذكور خلافته هى ما إذا شهدوا بالطلاق الثلاث ثم رجعوا بعد القضاء بالفرقة لم يضمنوا عندنا وكذا إذا قتل رجل امرأة رجل لايضمن القاتل لزوجها شيئا وكذا إذا لو ارتدت المرأة لاشىء عليها لزوجها ، وعنده عليها وعلى القاتل للزوج مهر المثل ، وأورد على قولنا نقضا أنهم أوجبوا الضمان بإتلاف منافع البضع حقيقة فيما إذا أكره مجنون امرأة فزنى بها يجب فى ماله مهر المثل فكذا فى الإتلاف الحكمى . وأجاب نقلا من الذخيرة بأنه فى الإتلاف الحقيقى بالشرع على خلاف القياس والحكمى دونه فلا يكون الوارد فيه واردا فى الحكمى ، ونظيره مافى شرح الطحاوى : لو ادعى أنه استأجر الدار من هذا شهرا بعشرة ، وأجرة مثلها مائة والمؤجر ينكر فشهدا بذلك ثم رجعا لاضمان عليهما لأنه أتلف المنفعة ومتلف المنفعة لاضمان عليه اهـ (قوله ثم رجعا) أى بعد القضاء ضمنا لها لأنهما أتلفا عليها مالا وهو المهر قليلا كان أو كثيرا دون البضع منح (قوله وضمنا فى البيع والشراء مانقص عن قيمة المبيع) أما لو شهدا بمثل القيمة أو أكثر فلا ضمان ، لأنه إتلاف بعوض وإن شهدا به بأقل من قيمته ضمنا النقصان ، لأنه بغير عوض أطلقه فشمل ما إذا شهدا به باتا أو بخيار شرط

لو الشهادة على البائع (أو زاد) لو الشهادة على المشترى للإتلاف بلا عوض ولو شهدا بالبيع وبنقد الثمن فلو فى شهادة واحدة

للبائع ومضت المدة لإسناد الحكم عند سقوطه إلى السبب السابق : وهو البيع بدليل استحقاق المشترى الزوائد، وأما إذا رد البائع البيع فلا إتلاف، أو أجازه اختيارا بقول أو فعل فللرضا به قيد الشهادة بالبيع : أى فقط لأنهما لو شهدا به مع قبض الثمن فإن شهدا بهما متفرقين ، ثم رجعا عن شهادتهما فإنهما يضمنان الثمن ، لأن الثمن تقرر فى ذمة المشترى بالقضاء ثم أتلفاه عليه بشهادتهما بالقبض فيضمنانه ، وإن كان الثمن أقل من قيمة المبيع يضمنان الزيادة أيضا مع ذلك لأنهما أتلفا عليه هذا المقدار بشهادتهما الأولى .

فإن قلت : حيث ضمنا الزيادة أيضا فما الفرق بين هذه وبين الثانية فإنه يئول إلى تضمين القيمة .

قلت : يظهر فيما إذا كان الثمن أكثر من القيمة فيضمنه هنا وفى الثانية : لا يضمن إلا بالقيمة تأمل وإن شهدا عليه بالبيع وقبض الثمن جملة واحدة وجبت القيمة عليهما لأن القاضى يقضى بالبيع لا بوجوب الثمن لأن القضاء بالثمن يقارنه مايوجب سقوطه أى الثمن ، وهو القضاء بالقبض والقضاء بالشىء إذا اقترن به مايوجب بطلانه لا يقضى به كما لو شهدا بالبيع والإقالة معا فلا ضمان كما يأتى توضيحه قريبا (قوله لو الشهادة على البائع) بأن ادعى المشترى بأن يقول اشتريت هذا العبد من هذا الرجل بألف . وهو يساوى ألفين فأنكر المدعى عليه فشهد شاهدان ثم رجعا يضمنان للبائع ألفا لأنهما أتلفاه عليه درر (قوله أو زاد او الشهادة على المشترى) بأن يقول البائع : أن المشترى اشترى منى هذا العبد بألفين وعليه الثمن . وأنكر المشترى فشهد شاهدان أنه اشترى العبد بألفين . وهو يساوى ألفا ثم رجعا يضمنان للمشترى ألفا لأنهما أتلفاه عليه درر . وباقى تفصيل هاتين المسألتين فى المبسوط والكافى ولا حاجة لإيراد هذه المسألة وإن لم تدخل فى الأول لأنها داخلة فى مسألة الدين لما أن مقصود البائع من دعوى البيع توطئته إلى دعوى الثمن . وهو الدين وهو مطلوبه لا نفس المبيع ، بخلاف ما إذا كانت الدعوى من جانب المشترى . فإن مطلوبه عين المبيع أصالة دون الثمن . فتكون شهادتهما متعلقة بالبيع قصد إلا بالدين فظهر أن تدقيق صدر الشريعة وإن تبعه المصنف . وصاحب الدرر دقيق لمن لم يتأمل نص عليه صاحب المفاتيح وقدمناه قريبا فلا تغفل .

قال فى البحر : وشمل قوله : أو زاد ما إذا كان المشهود عليه المشترى . فلا ضمان لو شهدا بشرائه بمثل القيمة أو أقل . وإن كان بأكثر ضمنا مازاد عليها ، ولو كان بخيار له وجاز البيع بمضى المدة . وأما إذا فسخه . وأجازه اختيارا فلا كما فى البدائع .

وفى خزانة المفتين : وإن شهدا على البائع بالبيع بألفين إلى سنة وقيمته ألف فإن شاء ضمن الشهود قيمته حالا ، وإن شاء أخذ المشترى بالثمن إلى سنة وأيا ما اختار برئ الآخر وإن اختار الشهود رجعوا بالثمن على المشترى ويتصدقون بالفضل فإن رد المشترى المبيع بعيب بالرضا أو تقايلا رجع على البائع بالثمن . ولا شىء على الشهود وإن رد بقضاء فالضمان على الشهود بحاله . وإن أديا رجعا بما أديا انتهى . وفى منية المفتين شهدا بالبيع بخمسمائة وقضى القاضى . ثم شهدا أن البائع أخر الثمن ثم رجعا عن الشهادتين جميعا ضمنا الثمن خمسمائة عند الإمام كما لو شهدا بأجل دين ثم رجعا ضمنا انتهى (قوله للإتلاف بلا عوض) علة للمسألتين (قوله ولو شهدا بالبيع وبنقد الثمن) قدمنا قريبا الكلام على الشهادة على البيع مع قبض متفرقا أو جملة فلا تنسه . ولا يظهر تفاوت بين المسألتين فى الحكم بالضمان . لأنه فيهما يضمن القيمة لأنه فى الأولى إن كان الثمن مثل القيمة فيها . وإن كان أقل منها يضمنان الزيادة أيضا . وقد يقال : إن الفرق ظاهر فيما إذا كان الثمن أكثر من القيمة فى الصورة الأولى

ضمنا القيمة ولو فى شهادتين ضمنا الثمن عينى (ولو شهدا على البائع بالبيع بألفين إلى سنة وقيمته ألف فإن شاء ضمن الشهود قيمته حالا ، وإن شاء أخذ المشترى إلى سنة وأياما اختار برىء الآخر) وتمامه فى خزانة المفتين وفى الطلاق قبل وطء وخلوة ضمنا نصف المال المسمى (أو المتعة) إن لم يسم .

فإنهما يضمنانه فلغا قولنا.لأنه فيهما يضمن القيمة تأمل (قوله ضمنا القيمة) لأن المقضى به البيع دون الثمن . لأنه لايمكن القضاء بإيجاب الثمن لاقترانه بما يوجب سقوطه ، وهو القضاء بالإيفاء ولذا قلنا : لو شهدا أنه باع من هذا عبده وأقاله بشهادة واحدة لايقضى بالبيع لمقارنة مايوجب انفساخه وهو القضاء بالإقالة فتح (قوله ولو فى شهادتين) أى شهدا بالبيع وبثمن معلوم ثم طلب البائع الثمن ، ثم شهدا عليه بأنه قبض الثمن ثم رجعا يضمنان الثمن صرفا للرجوع إلى الأخير كما ظهر لى سائحانى (قوله ضمن الثمن) لأن القضاء بالثمن لايقارنه مايسقطه ، لأنهما لم يشهدا بالإيفاء ، بل شهدا به بعد ذلك ، وإذا صار الثمن مقضيا به ضمناه برجوعهما فتح وهذا إذا كان بمثل القيمة أو أزيد والمدعى هو المشترى ، فلو أنقص يضمنان مانقص أيضا لأنهما أتلفا عليه هذا القدر بشهادتهما الأولى فإن كان المدعى هو البائع ضمنا الزيادة كما يفهم من الرمز والتبيين (قوله عينى) عبارته وإن شهدا بنقد الثمن مع شهادتهما بالبيع ينظر فإن شهدا بالبيع بألف مثلا فقضى به القاضى ، ثم شهدا عليه بعد القضاء بقبض الثمن فقضى به ثم رجعا عن الشهادتين ضمنا الثمن . وإن كان أقل من قيمة المبيع يضمنان الزيادة أيضا مع ذلك وإن شهدا عليه بالبيع وقبض الثمن جملة واحدة فقضى به ، ثم رجعا عن شهادتهما يجب عليهما القيمة فقط اهـ (قوله فإن شاء ضمن الشهود قيمته حالا) وهى ألف ويرجعون بألفين على المشترى ويتصدقون بالفضل ط (قوله وإن شاء أخذ المشترى) أى بألفين (قوله برئ الآخر) أى من مؤاخذته فقط وإلا فالشهود يرجعون على المشترى بالثمن إذا ضمنوا القيمة حالا (قوله وتمامه فى خزانة المفتين) عبارتها كما فى المنح : فإن اختار الشهود رجعوا بالثمن على المشترى ، ويتصدقون بالفضل ، فإن رد المشترى المبيع بعيب بالرضا أو تقايلا رجع على البائع بالثمن ولا شئ على الشهود ، وإن رد بقضاء فالضمان على الشهود بحاله . وإن أديا رجعا بما أديا اهـ : أى إن كان بعد مضى الأجل ودفع الثمن ويسقط عنه الثمن إن كان قبل ذلك ، ولا شئ على الشهود لوصول المال إلى مالكه ، مع أنه فى هذه الصورة بيع جديد فى حق ثالث ، والشهود ثالث فهما أجنبيان عن هذه المقابلة ، وإنما شهادتهما فى أصل البيع وإن رد بقضاء فالضمان على الشهود ، لأنه حينئذ فسخ فى حق الكل ، ولكن ينظر ما الذى يضمنانه بعد أن وصل المبيع إلى المشهود عليه (قوله وفى الطلاق قبل وطء وخلوة) أى إن شهدا على رجل أنه طلق امرأته قبل الوطء والخلوة (قوله ضمنا نصف المال المسمى أو المتعة إن لم يسم) لأنهما قد يفترقان قبل الدخول بنحو مطاوعتها لابن الزوج ، أو ارتدادها وذلك بمنزلة الفسخ فيوجب سقوط المهر أصلا فقررا عليه ماكان على شرف السقوط ، ولأن الفرقة قبل الدخول فى معنى الفسخ فتوجب سقوط جميع المهر كما مر فى النكاح ، ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة ، فكان واجبا بشهادتهما كذا فى الهداية .

قال فى البحر : والتعليل الأول للمتقدمين والثانى للمتأخرين وقالوا : لانسلم التأكيد بشهادتهم بل وجب متأكدا بالعقد ، ولم يبق بعده إلا الوطء الذى بمنزلة القبض ، وهذا العقد لايتعلق تمامه بالقبض ولئن سلمنا التأكيد ، فلا نسلم أن التأكيد الواجب سبب للضمان فإن الشهود لو شهدوا على الواهب بأخذ العوض ، حتى قضى القاضى بإبطال حق الرجوع ، ثم رجعا وقد هلكت الهبة لم يضمنوا للواهب شيئا كذا فى الأسرار ، فلما كان قول المتأخرين أقرب إلى التحقيق اختاره فخر الإسلام كذا فى التقرير شرح أصول فخر الإسلام .

(ولو شهدا أنه طلقها ثلاثا وآخران أنه طلقها واحدة قبل الدخول ثم رجعوا فضمان نصف المهر على شهود الثلاث لا غير) للحرمة الغليظة (ولو بعد وطء أو خلوة فلا ضمان) ولو شهدا بالطلاق قبل الدخول وآخران بالدخول ثم رجعوا ضمن شهود الدخول ثلاثة أرباع المهر وشهود الطلاق ربعه

وفي العتابية : لو أقر الزوج بالطلاق بعد التضمين أو السيد بالإعتاق رد الضمان عليهم .

وفي المحيط : شهد رجلان وامرأتان بالطلاق قبل الدخول ثم رجع رجل وامرأة فعليهما ثمن المهر أثلاثا ثلثاه على الرجل ، وثلثه على المرأة . ولو شهد رجلان بالطلاق ورجلان بالدخول ، ثم رجع شاهدا الطلاق لاضمان عليهما لأنهما أوجبا نصف المهر ، وقد بقي من يثبت بشهادته جميع المهر ، وهو شاهد الدخول وإن رجع شاهدا الدخول لاغير يجب عليهما نصف المهر ، لأنه ثبت بشهادة شهود الطلاق نصف المهر وتلف بشهادة شاهدي الدخول نصف المهر ، وإن رجع من كل طائفة واحد لايجب على شاهدي الطلاق شيء ويجب على شاهدي الدخول الرابع اه وإنما قيد بالمتعة فيما إذا لم يسم لأنها الواجبة وقد أتلفاها .

وفي المحيط : تزوجها بلا مهر وطلقها قبل الدخول فشهدا أنه صالحها من المتعة على عبد ، وقبضته وهي تنكر ثم رجعا لايضمنان العبد ، بل المتعة وإن كان مهر مثلها عشرة ضمنا لها خمسة دراهم ، لأن القاضي لم يقض لها بالعبد لكونه مقبوضا ، فقد أتلفا بشهادتهما على المرأة المتعة لا العبد ، بخلاف مالو شهدا أنه صالحها عنها بعبده ، وقضى لها به ثم شهدا بقبضه ثم رجعا ضمنا قيمة العبد لوقوع القضاء بالعبد اه وأطلق في ضمانها فشمل مابعد موت الزوج لما في المحيط : شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا بعد موت الزوج ضمنوا للورثة نصف المهر ، لأنهم قائمون مقام المورث ، ولا ميراث للمرأة ادعت الطلاق أولا أقرت الورثة أنه طلقها أولا . وهذا قول أبي حنيفة وقالا : ترث ولا يضمن الشاهدان ميراثها بناء على أن قضاء القاضي بالطلاق بشهادة الزور ينفذ ظاهرا وباطنا عنده خلافا لهما ، ولو شهد بذلك بعد موت الزوج وادعى ذلك الورثة فقضى لها بنصف المهر ثم رجعا ضمنا للمرأة نصف المهر والميراث اه (قوله قبل الدخول) قيد في الشهادتين ح (قوله لاغير) لأنه لم يقض بشهادة شهود الواحدة لأنه لايفيد ، لأن حكم الواحدة حرمة خفيفة وحرمة الثلاث حرمة غليظة (قوله للحرمة الغليظة) أي للقضاء بها (قوله ولو بعد وطء أو خلوة فلا ضمان) أي على أحد لتأكيد المهر بالدخول ، فلم يقررا عليه ما كان على شرف السقوط ح . ولأنه لاتقوم للبضع حالة الخروج ذكره الكمال ، ونقل عن التحفة أنهما يضمنان مازاد على مهر المثل لأن الإتلاف بقدر مهر المثل إتلاف بعوض ، وهو منافع البضع التي استوفاها اه .

قال في البحر : ومما يناسب هذا النوع مسألتان الشهادة بالخلع والنفقة . أما الأولى ففي المحيط : شهدا على امرأة أنها اختلعت من زوجها قبل الدخول أو بعده على أنها أبرأته من المهر ، وهي تجحد ثم رجعا ضمنا لها نصف المهر في الصورة الأولى ، لأنهما أوجبا عليها ذلك بغير عوض ، ولو كان دخل بها يضمنان كل المهر اه .

وأما النفقة ففي المحيط : فرض القاضي لها النفقة أو المتعة ثم شهدا بالاستيفاء ، وقضى ثم رجعا ضمنا للمرأة وكذلك نفقة الأقارب قيل في نفقة الأقارب سهو ، لأنها لاتصير دينا بقضاء فما أتلفا شيئا ، وقيل إنها مؤولة وتأويلها أن القاضي قضى له وأمره بالاستدانة عليه ، حتى يرجع بما استدانه على المقضى عليه بالنفقة ؛ وقد استدان وصار دينا له على المقضى عليه ، فقد شهدا عليه باستيفاء دين مستحق له على المقضى عليه فضمنا بالرجوع اه (قوله ضمن شهود الدخول ثلاثة أرباع المهر وشهود الطلاق ربعه) أي لأن شهود الدخول أتلفوا الكل

اختيار .

(ولو شهدا بعتق فرجعا ضمنا القيمة) لمولاه (مطلقا) ولو معسرين لأنه ضمان إتلاف (والولاء للمعتق) لعدم تحوّل العتق إليهما بالضمان فلا يتحوّل الولاء هداية

والآخران النصف فتلف النصف ، يقول : شاركني فيه متلف الكل فانقسم فأصاب متلف النصف نصف النصف وهو ربع ، وأصاب متلف الكل الربع زيادة على ماتفرد بإتلافه ، وهو النصف فلذا غرم ثلاثة أرباع ، ولو رجع شاهدا الطلاق فقط لاضمان عليهما لأن الحجة بإيجاب الكل لم ترجع ، ولو رجع شاهدا الدخول فقط ضمنا نصف المهر ، لأنه غاية مايزياد به الدخول على عدمه ، ولو رجع من كل طائفة واحد لايجب على شاهد الطلاق شيء لأن متلف الكل باق مع رفيقه فكان النصاب باقيا ، ويضمن شاهد الدخول الراجع الربع لأن رفيقه شاهد بالنصف ورفيق الشاهد بالطلاق شاهد بالربع ، وهما لم يرجعا فكان المتلف الربع فقط فيضمنه سائحانى (قوله اختيار) علله بأن الفريقين اتفقا على النصف فيكون على كل فريق ربعه وانفرد شهود الدخول بالنصف ، فينفردون بضمانه اهـ فتال (قوله ولو شهد بعتق) أطلقه فانصرف إلى العتق بلا مال ، فلو شهدا أنه أعتق عبده على خمسمائة ، وقيمته ألف فقضى ، ثم رجعا إن شاء ضمن الشاهدين الألف ورجعا على العبد بخمسمائة ، وولاء العبد للمولى كذا فى المحيط .

وفى البزازية : شهدا على رجل بإعتاق عبده وأربعة آخر أنه زنى وهو محصن فحكم بالعتق والرجم ورجم ، ثم رجعوا فالقيمة على شهود العتق للمولى والدية على شهود الزنا للمولى أيضا إن لم يكن له وارث آخر والمولى إن كان جاحدا للعتق يمنع أخذ الدية لكن زعمه باطل بالحكم ، وصار كالمعدوم ووجوب القيمة بدل المالية ووجوب الدية بدل النفس ثم الدية للمقتول حتى تقضى بها ديونه فلا يلزم بدلان عن مبدل واحد اهـ بحر (قوله لأنه ضمان إتلاف) أى إتلاف مالية الملك ، وهو العبد من غير عوض ، لأنهما بشهادتهما أتلفا ملك صاحب العبد ، فيجب عليهما الضمان مطلقا : أى سواء كانا موسرين أو معسرين بخلاف من أعتق نصيبه من عبد مشترك فإنه لم يتلف إلا ملك نفسه ولزم منه فساد ملك صاحبه فضمنه الشارع صلة ومواساة له فاختص باليسر (قوله والولاء للمعتق) لأن العتق لايتحول إليهما بالضمان ، وهو لايصلح عوضا لأنهما إنما ضمناه بعد عتقه وإتلاف ماليته وعدم قبوله للتملك والعتق وقع على مالكه فى ملكه فكان ولاؤه له (قوله فلا يتحوّل الولاء) أى إليهما بالضمان ، لأن العتق لايحتمل الفسخ ، فلا يتحوّل بالضرورة إذ الولاء لمن أعتق .

قال فى البحر : ولو شهدا أنه أعتق عبده عام أول فى رمضان ، وقضى القاضى بعتقه ، ثم رجعا ضمنا قيمة العبد يوم أعتقه القاضى وحكم حدوده وجزاء جنايته فيما بين رمضان إلى أن أعتقه القاضى حكم الحر ، لأن القاضى أثبت حريته من رمضان بالبينة . والثابت بالبينة العادلة كالثابت بالمعاينة ، وفى حق إيجاب الضمان يعتبر حرا يوم القضاء ، لأن التلف حصل يوم القضاء ، لأن المنع والحيلولة بين المولى وعبده حصل يوم القضاء ، ولو شهدا أنه طلق امرأته عام أول فى رمضان قبل الدخول ، وقضى به وألزمه نصف المهر ، ثم رجعا وضمنا ثم شهد آخران أنه طلقها عام أول فى شوّال قبل الدخول بها لم تقبل ، ولا يقع الأولان ، لأنها صارت مبانة بالطلاق الأول قبل الدخول ، فلا يتصور تطليقها بعد ذلك فكانت الشهادة الأخيرة باطلة ، وبقى الضمان على الفريق الأول بحاله ، ولو أقر الزوج بذلك يرد على الشاهدين ماضمنا ، وكذا إقرار المولى بالعتق قيل : هذا عند أبى يوسف ومحمد خلافا لأبى حنيفة بناء على نفاذ القضاء باطنا فتى نفذ القضاء فى رمضان باطنا عنده

(وفى التدبير ضمنا مانقصه) وهو ثلث قيمته ولومات المولى عتق من الثلث ولزمهما بقية قيمته وتمامه فى البحر (وفى الكتابة يضمنان قيمته) كلها

لم يصح إقراره بالطلاق والعتاق فى شوال من هذا العام ، فبقى التلف مضافا إلى شهادتهما لا إلى إقراره ، وعندهما لما لم ينفذ القضاء باطنا بقى النكاح والرق إلى شوال باطنا فصح إقراره فى شوال ، وكان التلف مضافا إلى إقراره لا إلى الشهادة كذا فى المحيط .

ثم قال : ولو شهدا بالتدبير ، وآخران بالعتق فرجعوا فالضمان على شهود العتق ، لأن القضاء بالتدبير مع العتق لايفيد لأن حكم التدبير بقاء الرق إلى وقت الموت ، ولا يبقى الرق مع العتق البات ، فلا يقضى بالتدبير فإن قضى بشهادة التدبير ، ثم شهد آخران بالعتق البات فقضى به ثم رجعوا ضمن شهود التدبير مانقصه التدبير ، وشهود العتق قيمته مدبرا ، لأن القضاء بالتدبير يفيد حكمه ، لأنه ليس حالة القضاء بالتدبير شهادة قائمة بالعتق ، فأمكن القضاء بالتدبير وشاهدا العتق أزالا المدبر عن ملكه بغير عوض ، فيضمنان قيمته مدبرا اهـ .

وفى العتابية : ولو شهد واحد بإقراره بالعتق أمس ، وآخر بإقراره بالعتق من سنة وقضى به ثم أقام الشاهدان بينة على إعتاقه من سنين برئا عن الضمان ، وهذا قولها لأن عندهما الدعوى ليست بشرط اهـ يعنى ثم رجعا بعد القضاء ثم برهنا اهـ (قوله وفى التدبير ضمنا مانقصه) وهو مابين قيمته مدبرا وغير مدبر فتح ، لأنه بالتدبير فات بعض المنافع ، لأنه لايخرجه من ملكه بنحو بيع (قوله وهو ثلث قيمته) قال فى البحر : وقدمنا أن الفتوى أن قيمته مدبر نصف قيمته لو كان قنا اهـ فعليه يكون اللازم نصف القيمة لأنه الفائت بالتدبير (قوله ولزمهما بقية قيمته) فإن لم يكن له مال غير العبد عتق ثلثه ، وسعى فى ثلثيه وضمن الشاهدان ثلث القيمة بغير عوض ، ولم يرجعا به على العبد فإن عجز العبد عن الثلثين يرجع به الورثة على الشاهدين ويرجع به الشاهد على العبد عندهما بحر . ويأتى تمام عبارته فى المقولة الآتية (قوله وتمامه فى البحر) حيث قال فيه ففى المحيط : لو شهدا أنه دبر عبده فقضى ، ثم رجعا ضمنا مانقصه التدبير فإنه بالتدبير فات بعض المنافع من حيث التجارة بالإخراج عن ملكه فانتقص ملكه فضمنا نقصانه بتفويتهما ، وإن مات المولى والعبد يخرج من ثلثه عتق ، وضمن الشاهدان قيمته مدبرا لأنهما أزالا الباقى عن ملك الورثة بغير عوض ، فإن لم يكن له مال غير العبد عتق ثلثه ، وسعى فى ثلثيه ، وضمن الشاهدان ثلث القيمة بغير عوض ، ولم يرجعا به على العبد فإن عجزا العبد عن الثلثين يرجع به الورثة على الشاهدين ويرجع به الشاهد على العبد عندهما اهـ .

وبه علم أن ماذكره الشارح الزيلعى : من أن العبد إذا كان معسرا فإنهما يضمنان جميع قيمته مدبرا ويرجعان به عليه إذا أيسر سهو لما علمت أنه إنما يرجعان عليه بالثلثين وهو مصرح به فى المبسوط ، وصرح فيه بأنهما يضمنان ثلث قيمته مدبرا ، وعليه يحمل مافى المحيط وقدمنا أن الفتوى أن قيمته مدبرا نصف قيمته لو كان قنا انتهت عبارة البحر (قوله وفى الكتابة يضمنان قيمته) قال فى البحر معزيا للمحيط : شهدا أنه كاتب عبده على ألف إلى سنة فقضى ثم رجعا يضمنان قيمته ، ولا يعتق حتى يؤدى ماعليه إليهما فإذا أداه عتق والولاء للذى كاتبه ، فإن عجز فرد فى الرق كان لمولاه أن يرد ما أخذه على الشهود اهـ وبه علم أن مافى فتح القدير من أن الولاء للذين شهدوا عليه بالكتابة سهو والصواب أن يبدل قوله : للذين شهدوا عليه بقوله : للذى شهدوا عليه اهـ . وإنما ضمنا بالكتابة دون التدبير لأنهما بها حالا بين المولى وبين مالية العبد بشهادتهما ،

وإن شاء اتبع المكاتب (ولا يعتق حتى يؤدى ما عليه إليهما) وتصدقا بالفضل والولاء لمولاه ولو عجز عاد لمولاه ورد قيمته على الشهود (وفى الاستيلاد يضمنان نقصان قيمتها) بأن تقوّم قنة وأم ولد لو جاز بيعها

فكانا غاصبين فيضمنان قيمته بخلاف التدبير ، فإنه لايحول بل تنقص ماليته فتح (قوله وإن شاء) أى المولى اتبع المكاتب ، ولا يضمن الشهود وكان الأولى تأخير هذه الجملة لئلا يفصل بين المعطوف والمعطوف عليه (قوله وتصدقا بالفضل) أى إن كان بدل الكتابة أكثر لأنه إن كان بدل الكتابة مثل قيمته أو أقل يطيب لهما ما أخذا من المكاتب وإن كان أكثر تصدقا بالفضل ذكره الزيلعى .

وفى البحر عن المحيط : شهدا أنه كاتب عبده على ألف إلى سنة وقيمته خمسمائة ، ثم رجعا يخير المولى بين تضمين الشاهدين ، وبين اتباع العبد بالكتابة إلى أجله فإن اختار المولى ضمان الشاهدين ، وقبض منهما القيمة لم يعتق المكاتب ، حتى يؤدى ألفا إلى الشاهدين ويتصدقان بالفضل ، وعند أبى يوسف يطيب له فإن تقاضى المولى المكاتب ، وهو يعلم برجوع الشاهدين أو لايعلم فهو رضا بالكتابة ، ولايضمنان إلا إذا كانت المكاتبة أقل من القيمة فله أن يأخذ المكاتبة ، ويرجع عليهما بفضل القيمة ، ولم يذكر الشارحون ما إذا شهدا على المكاتب ، ثم رجعا .

وفى المحيط : ادعى العبد أن مولاه كاتبه على ألف ، وأنه قيمته ، وقال المولى : كاتبته على ألفين وأقام البينة وقضى وأداها ثم رجعوا ضمنوا ألف درهم للمكاتب فإن أنكر المكاتب الكتابة وادعاها المولى على ألفين لم تقبل بينته عليه ويقال للمكاتب إن شئت فامض عليها أو دع اه (قوله والولاء لمولاه) لأنه لايمكن أن يتملكاه بالضمان لثبوت كتابته (قوله وفى الاستيلاد) أى لو شهدا أنه أقر أن أمته ولدت منه والمولى ينكر ذلك فقضى به ثم رجعا فإن لم يكن معها ولد فرجعا فى حياته ضمنا نقصان قيمتها بأن تقوّم قنة ، وأم ولد لو جاز بيعها فيضمنان النقصان ، فإن مات المولى عتقت وضمنا بقية قيمتها للورثة ، فإن كان معها ولد فرجعا فى حياته ضمنا قيمة الولد مع ضمان نقصانها ، فإن مات المولى بعده : فإن لم يكن مع الولد شريك فى الميراث لم يضمنا له شيئا ورجعا على الولد بما قبض الأب منهما من تركته إن كانت وإلا فلا ضمان عليه ، وإن كان معه أخ ضمنا له نصف البقية من قيمتها ، ويرجعان على الولد بما أخذ الأب منهما لا بما قبض الأخ ، ولا يضمنان للأخ ما أخذه الولد من الميراث فإن رجعا بعد وفاة المولى ، فإن لم يكن مع الولد شريك فلا ضمان عليهما وإلا ضمنا للأخ نصف البقية من قيمتها ونصف قيمة الولد لاميراثه ، ولا يرجعان على الولد هنا ، وإن كانت الشهادة بعد موت المولى بأن ترك ولدا وعبدا وأمة وتركة فشهدا إن هذا العبد ولدته هذه الأمة من الميت وصدقهما الولد والأمة لا الإبن وقضى ثم رجعا ضمنا قيمة العبد والأمة ونصف الميراث اه .

قال الرملى : وإنما رجعا على الولد بما قبض الأب منهما الخ لاعتراف الولد باشتغال التركة بما أخذ والده منهما لأنه يزعم أنه أخذ ما أخذه منهما ظلما فرجعا فى التركة فتأمل . وقوله : وإن كانت الشهادة بعد موت المولى الخ يؤخذ من هذه المسألة أنهما لو شهدا بأنه من مستحقى هذا الوقف فقضى القاضى به بشهادتهما ثم رجعا لايضمنان شيئا للمشهود عليهم من الغلة فيما يستقبل بشهادتهما لأنهما لم يتلفاها عليهم لعدم وجودها وقتئذ ، حتى لو كان شىء من الغلة موجودا وقت الشهادة وحكم به يضمنان بالرجوع ما أخذه المشهود له أو استهلك المشهود عليهم غلة السنين الماضية وحكم عليهم له بها فكذلك يضمنانها لأنهما أتلفاه على المشهود عليهم بشهادتهما كمسألة الشهادة بعد موت المولى هنا ولم أر من صرح بذلك . وقد سألت عنه فاستخرجت الجواب من مسألة

فيضمنان ما بينهما (فإن مات المولى عتقت وضمنا) بقية (قيمتها) أمة (للورثة) وتمامه فى العينى (وفى القصاص الدية) فى مال الشاهدين

البدائع المذكورة فتأمل ذلك الخ (قوله فيضمنان مابينهما) فيه أنه تقدم فى باب الاستيلاد وعتق المبعض أن قيمة أم الولد ثلث قيمتها قنة فيضمنان ثلث قيمتها (قوله وتمامه فى العينى) عبارته وإن رجعا والمولى ميت ضمنا جميع قيمتها للورثة وإن كان معها ولد ضمنا قيمتها وقيمة الولد كلها وما أخذ الولد بالإرث اه وإن شهدا أنه أقر أن أمته ولدت منه والمولى ينكر فقضى به ثم رجعا فإن لم يكن معها ولد والمولى حى يضمنان له نقصان قيمتها فإذا مات المولى يضمنان للورثة باقى قيمتها ، وإن رجعا والمولى ميت ضمنا جميع قيمتها للورثه ، وإن كان معها ولد والمولى حى ضمنا نقصان قيمتها وقيمة جميع الولد فإذا مات المولى إن لم يكن مع الولد شريك فى الميراث لايضمنان له شيئا ويرجعان على الولد بما قبضه الأب منهما إن كان له تركة وإلا فلا شئ على الإبن ، وإن كان معه شريك فإنهما يضمنان لشريكه نصيبه من قيمة الولد من باقى قيمة الأم ويرجعان على الولد بما قبضه الأب منهما إن ترك مالا ، ولا يرجعان بما أخذه منهما شريكه ، ولا يضمنان لشريكه ما أخذه الإبن من الإرث وإن رجعا بعد وفاة المولى فإن شهدا بعد وفاته ، والمسألة بحالها فقضى به ، ثم رجعا فإن لم يكن معها ولد ضمنا جميع قيمتها للورثة وإن كان معها ولد ضمنا قيمتها وقيمة الولد كلها وما أخذه الولد بالإرث اه ح (قوله وفى القصاص الدية الخ) أى إذا شهد بأن فلانا قتل فلانا عمدا فقضى القاضى بالقتل فقتل ثم رجعا كان عليهما الدية لا القصاص ، لأن القتل منهما ليس مباشرة ولا تسببا ، لأن السبب مايفضى إليه غالبا ولا يفضى بالشهادة هنا لأن العفو مندوب إليه .

قال فى البحر : وشمل ما إذا شهدوا به فى النفس أو مادونه وما إذا رجع الولى معهما أو لم يرجع لكن إن رجع معهما خير الولى بين تضمين الولى الدية أو الشاهدين كما لو جاء المشهود بقتله حيا وأيهما ضمن لا يرجع على صاحبه عنده ، وعندهما له الرجوع عليه ، لأنهما عاملان له واتفقوا على رجوعهما عليه فى الخطأ أشار بقيد القصاص ، لأنهما لو شهدا بالعفو عن القصاص ، ثم رجعا لم يضمنا فى ظاهر الرواية ، لأن القصاص ليس بمال ألا ترى أن ولى القصاص او مريضا فعفا ثم مات من مرضه ذلك لايعتبر من الثلث ، ولو كان مالا لاعتبر منه وعن أبى يوسف يضمنان الدية وصاحب المنبع نقل رجحان ظاهر الرواية ولو شهدا أنه صالحه من دم العمد على ألف ثم رجعا لم يضمنا أيهما كان المنكر للصلح ، وقيل : إذا كان القاتل منكرا فالصحيح أنهما يضمنان له الألف والصحيح جواب الكتاب وتمامه فى المحيط . وفيه شهدا أنه صالحه على عشرين ألفا والقاتل يجحد فقضى ثم رجعا ضمنا الفضل على الدية ، وقيل : الصحيح أن يضمنا جميع المال .

قال الطالب : صالحتك على ألف وقال الخصم لابل على خمسمائة فالقول للمدعى عليه مع يمينه لإنكاره الزيادة فإن برهن الطالب وقضى ثم رجعا ضمنا الخمسمائة الواجبة بشهادتهما وفيه دليل على أن الجواب فى المسألة الأولى سهو حيث أجابوا بعدم الضمان .

شهدا على العفو عن دم فيه مال أو جرح عمد فيه مال ثم رجعا ضمنا الدية وأرش الجراحة فى ثلاث سنين أو سنة انتهى .

وفى البدائع شهدا بالقتل خطأ ثم رجعا ضمنا الدية فى مالهما وكذا لو شهدا بقطع يد خطأ ضمنا نصفها وكذا إذا شهدا بسرقته فقطع ثم رجعا انتهى مع زيادة (قوله فى مال الشاهدين) أى لا على عاقلتهما كما قاله فى الفتح ،

وورثاه (ولم يقتصا) لعدم المباشرة ولوشهدا بالعفو لم يضمنا لأن القصاص ليس بمال اختيار (وضمن شهود الفرع برجوعهم) لإضافة التلف إليهم (لاشهود الأصل بقولهم) بعد القضاء (لم نشهد الفروع على شهادتنا أو أشهدناهم وغلطنا)

لأن الشهادة بمنزلة الإقرار والعاقلة لاتعقل الإتلاف بالإقرار كما فى المنبع ، وذكر فى السراجية الدية التى تكون على الشاهدين تكون فى مالهما فى ثلاث سنين ولا كفارة عليهما ولا يحرمان الميراث بأن كانا ولدى المشهود عليه فإنهما يرثانه اه فظهر أن مافى الفتح من أن الدية تكون على عاقلتهما ضعيف بل خلاف الصواب كما أفاده المولى عبدالحليم (قوله وورثاه) أى ورث الشاهدان المشهود عليه لوكانا وارثين له لما تقدم عن السراجية ولما سيأتى فى الجنايات من أن القتل بسبب لايمنع الميراث لعدم قتل المتسبب حقيقة (قوله ولم يقتصا) أى من الشاهدين عندنا وقال الشافعى يقتص منهما لوجود القتل تسببا فأشبه المكره بل أولى لأن الولى يعان على الاستيفاء والمكره يمنع عن القتل ولا يعان عليه لأن الشاهد بمنزلة المكره بكسر الراء والولى بمنزلة المكره بفتح الراء (قوله لعدم المباشرة) بل المباشر اختيار ولى الدم لأن القتل مباشرة لم يوجد . وكذا تسببا لأن السبب مايفضى إليه غالبا ، ولا يفضى لأن العفو مندوب إليه بخلاف المكره ، لأنه يؤثر حياته ظاهرا ولأن الفعل الاختيارى مما يقطع النسبة ثم أقل من الشبهة وهى دارئة للقصاص بخلاف المال لأنه يثبت مع الشبهات (قوله ولو شهدا بالعفو) بأن قالا إن ولى المقتول عفا عن القاتل فحكم القاضى بشهادتهما ثم رجعا لم يضمنا شيئا .

قال فى الهندية : فى الباب الحادى عشر فى المتفرقات : إذا شهد شاهدان على رجل أنه عفا عن دم خطأ أو جراحة خطأ أو عمدا فيها أرش وقضى القاضى بذلك ، ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا الدية وأرش تلك الجراحة وتكون الدية عليهما فى ثلاث سنين ، وما بلغ من أرش الجراحة خمسمائة فصاعدا إلى ثلث الدية ففى سنة ومازاد إلى الثلثين ففى سنة أخرى ، وماكان أقل من خمسمائة ضمناه حالا وان كانت الدية وجبت حالا ولم يؤخذ منها شىء وشهد شاهدان أنه أبرأه منها وقضى بالبراءة ثم رجعا ضمنا ذلك حالا كذا فى الحاوى اه (قوله لأن القصاص ليس بمال) فإذا لم يكن مالا يضمن الشهود عندنا كما تقدم (قوله وضمن شهود الفرع برجوعهم) لأن الشهادة فى مجلس القضاء صدرت منهم ، فكان التلف مضافا إليهم وبنى الحكم عليها فكان التلف مضافا إليهم .

وفى المحيط : شهدا على شهادة أربعة وآخرون على شهادة شاهدين ، وقضى ثم رجعوا فعلى شاهدى الأربعة ثلثا الضمان وعلى الآخرين الثلث عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وقال محمد على الفريقين نصفان ، وأجمعوا على أنه إذا شهد شاهدان على شهادة شاهدين وشهد أربعة على شهادة شاهدين فقضى القاضى به ، ثم رجعوا إن الضمان على الفريقين نصفان هكذا فى المحيط إذا شهد شاهدان على شهادة شاهدين على رجل بألف درهم ، وشهد آخران على شهادة شاهد واحد بذلك الألف بعينه ، وقضى القاضى بالألف بالشهادتين جميعا ، ثم رجع واحد من الفريق الأول وواحد من الفريق الثانى كان عليهما ثلاثة أثمان المال الثمنان على أحد الأولين ، والثمن على أحد الآخرين ، ولو لم يرجع إلا أحد الأولين كان عليه ربع الحق ، ولو رجع الآخران مع أحد الأولين ضمنوا نصف المال يكون نصفه على الراجع من الأولين ونصفه على الآخرين كذا فى الذخيرة ولو شهد كل فريق على شهادة شاهدين ، ورجع واحد من هذا وواحد من ذلك ضمنا ثمنين ونصفا وذكر فى المبسوط النصف ، وعن الكرخى الربع وعن عيسى بن أبان الثلث ، والأصح أن المذكور فى المبسوط جواب القياس والمذكور فى الجامع جواب الاستحسان كذا فى محيط السرخسى (قوله لاشهود الأصل الخ) قال المصنف فى وجهه : لأنهم أنكروا السبب وهو الإشهاد وذلك لايبطل القضاء لأنه خبر يحتمل الصدق والكذب فصار كرجوع الشاهد بعد القضاء لاينقض به الشهادة لهذا بخلاف ما إذا أنكروا الإشهاد قبل القضاء لايقضى بشهادة الفرعين كما إذا رجعوا قبله فتح (قوله أو أشهدناهم وغلطنا)

وكذا لو قالوا رجعنا عنها لعدم إتلافهم ولا الفروع لعدم رجوعهم (ولا اعتبار بقول الفروع) بعد الحكم (كذب الأصول أو غلطوا) فلا ضمان ولو رجع الكل ضمن الفروع فقط (وضمن المزكون

أى فلا ضمان عليهم وهذا قولهما وقال محمد يضمنون لأن الفروع نقلوا شهادة الأصول ، فصار كأنهم حضروا وشهدوا ثم حضروا ورجعوا ولهما أن القضاء لم يقع بشهادتهم ، بل وقع بشهادة الفروع لأن القاضى يقضى بما يعاين من الحجة : وهى شهادتهم ، وهذا الاختلاف مبنى على أن الشهادة على الشهادة إنابة وتوكيل عندهما وعنده تحميل ، وأكثر الشروح صرحوا بأن الفروع نقلوا نيابة هنا . وفى المسألة الآتية ، ومن ذلك رجحوا قولهما على قوله لأنهم لو كانوا نائبين عنهم فى الشهادة لما كان لهم ذلك بعد المنع ، ثم الخلاف فى هذه المسألة فى إنكار الإشهاد وعدم الضمان فيه اتفاق لأنهم لم يرجعوا وإنما أنكروا التحميل كما فى الشروح (قوله وكذا لو قالوا رجعنا) أى فالحكم كذلك عندهم على الإختلاف بالطريق الأولى إذ الغلط يستلزم الرجوع دون العكس كما لا يخفى فقوله غلطنا اتفاق (قوله لعدم إتلافهم) ولأن القضاء وقع بشهادة الفروع لأن القاضى يقضى بما يعاين من الحجة وهى شهادتهم خلافا لمحمد فإنه يقول يضمن الأصول كما لو أدوها بأنفسهم ثم رجعوا (قوله فلا ضمان) لأن ما أمضى من القضاء لاينتقض بقولهم ، فلا يجب الضمان عليهم لأنهم مارجعوا عن شهادتهم إنما شهدوا عن غيرهم بالرجوع (قوله واو رجع الكل) أى الأصول والفروع (قوله ضمن الفروع فقط) أى عندهما لأن سبب الإتلاف الشهادة القائمة فى مجلس القضاء إذا وجد من الفروع ، وعند محمد المشهود عليه مخير بين تضمين الفروع وتضمين الأصول ، لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من حيث إن القاضى عاين شهادتهم ووقع بشهادة الأصول من حيث إن الفروع نائبون عنهم نقلوا شهادتهم بأمرهم درر ، ولمشار بقوله : لأن القضاء الخ إلى أنه لاتجانس بين شهادتى الفريقين ، فيجعل كل منهما كالفريق المنفرد من ذلك لم يجمع بينهما فى التضمين ، وأى ضمن لم يرجع على الآخر كما فى الشروح ، واعترض عليه بأن الفروع مضطرون بالأداء بعد التحمل يأثمون بالامتناع ، ولا علم لهم بحال الأصول ، فكان ينبغى أن لايضمنوا إلا إذا علموا أنهم غير محقين وشهدوا ، ثم رجعوا وأيضا أنهم لو اعترفوا بعدم التحميل ، ورجعوا بناء على ذلك ينبغى أن يضمنوا ، وإن قالوا رجعنا تبعا للأصول لأنهم رجعوا عما حاولنا ونحن تبعناهم ينبغى أن لايضمنوا .

أقول : الجواب عن الأول : أن الحكم أضيف إلى شهادة الفروع ، وظاهر حالهم أنهم محقون فيها فاللازم عليهم أن لايرجعوا سواء رجع أصولهم أو لم يرجعوا فلما رجعوا توجه الضمان إليهم فلا خفاء فيه ، وعن الثانى بأن التعارض وقع بين خبرى الأصول وقد قوى خبرهم الأول باتصال القضاء إليه بواسطة أداء الفروع إياه على طريق الشهادة ، فظاهر حالهم أن لايتبعوا خبرهم الثانى ، مع أنه خلاف الظاهر ، وأنه ضعيف تدبر (قوله وضمن المزكون) أى للرجوع عن التزكية عنده ، وقالا : لايضمنون لأنهم أثنوا على الشهود فصاروا كشهود الإحصان له أن التزكية إعمال للشهادة إذ القاضى لايعمل بها إلا بالتزكية ، فصار فى معنى علة العلة بخلاف شهود الإحصان ، لأنهم شرط محض والخلاف فيما إذا تعمدوا أو علموا أنهم عبيد وزكوهم كما قيده المصنف ، وقيل : الاختلاف فيما إذا أخبر بحرية الشاهد وعدالته أما إذا قال هو عدل ، فبان عبدا لاضمان إجماعا لأن العبد قد يكون عدلا كما فى البحر وغيره .

مطلب فى علة العلة

أقول : وعلة العلة كما فى الدرر كالرمى ، فإنه سبب لمضى السهم فى الهواء ، وهو سبب الوصول إلى المرمى إليه وهو سبب الجرح وهو سبب ترادف الألم وهو سبب الموت ، ثم أضيف الموت إلى الرمى الذى هو العلة

ولو الدية) بالرجوع عن التزكية (مع علمهم بكونهم عبيدا) خلافا لهما (أما مع الخطأ فلا) إجماعا بحر (وضمن شهود التعليق) قيمة القن ونصف المهر لو قبل الدخول (لاشهود الإحصان) لأنه شرط بخلاف التزكية لأنها علة

الأولى (قوله ولو الدية) أى والحق لو زكوا شهود الزنا فرجم فإذا الشهود عبيد أو مجوس، فالدية على المزكين عنده لما فى السراجية أن المشهود به، لو كان زنا فإذا الشهود عبيد أو كفرة فالدية على المزكين لو قالوا: علمنا أنهم عبيد ومع ذلك زكيناهم، بخلاف مالو زعموا أنهم أحرار فلا ضمان عليهم، ولا على الشهود ولا حد على الشهود لأنهم قذفوا حيا، وقد مات ولا يورث عنه وقالا الدية على بيت المال اه (قوله مع علمهم بكونهم عبيدا) أما إذا ثبتوا عليها، وزعموا أنهم أحرار فلا ضمان عليهم، ولا على الشهود (قوله أما مع الخطأ) بأن قال أخطأت فى التزكية (قوله وضمن شهود التعليق) يعنى لو شهد بتعليق العتق أو الطلاق قبل الدخول بشرط وآخران بوجود الشرط أى دخول الدار مثلا فقضى القاضى ورجع الفريقان بعد الحكم. فالضمان على شهود اليمين لا شهود الشرط، فيضمنان قيمة العبد ونصف المهر لأن اليمين هى العلة فأضيف الحكم إلى من شهد بها. والشرط وإن منع فإذا وقع أضيف التلف إلى العلة لا شهود وجود الشرط، لأن شهود التعليق أثبتوا العلة الموجبة للحكم، وشهود وجود الشرط أثبتوا شرطه والشرط لايعارض العلة فى إضافة الحكم. لأن إضافة الحكم إلى العلة حقيقة وإضافته إلى الشرط مجاز كما الشمنى.

وفى المنية: شهدا أنه أمر امرأته أن تطلق نفسها وآخران أنها طلقت قبل الدخول فرجعوا يضمن شهود الطلاق لإثباتهما السبب والتفويض شرط كونه سببا وعلى هذا إذا شهدا أنه جعل عتق عبده بيد فلان وآخران أنه أعتقه، ثم رجعوا ولو شهدوا أنه أمره بالتعليق وآخران أن المأمور علق وآخران أعتقه ثم رجعوا ولو شهدوا أنه أمره بالتعليق وآخران أن المأمور علق وآخران على وجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود التعليق (قوله لو قبل الدخول) أما بعد الدخول إذا رجعوا لايلزمهم شىء لأنه استوفى منافع البضع والإتلاف بعوض كلا إتلاف كما قدمنا (قوله لاشهود الإحصان) صورته أن يشهد أربعة على الزنا ويشهد آخران على أنه محصن، ثم رجعوا فالضمان على شهود الزنا لأنه علة وهى المؤثرة فى الحكم وأفرده بالذكر مع أنه داخل فى الشرط على مانص عليه بقوله: لأنه شرط لمكان الاختلاف فيه أنه شرط أو علامة، ثم الشرط هو مايتعلق الوجود عليه دون الوجوب والعلامة هى مايعرف الوجود به من غير تعلق وجوب ولا وجود به.

ونص فخر الإسلام، وأبو زيد وشمس الأئمة على أن الإحصان علامة لاشرط، وأثبتوا مدعاهم بوجهين. وذهب المتقدمون من أصحابنا وعامة المتأخرين أنه شرط لا علامة بدليل أن وجوب الحد يتوقف عليه بلا عقلية تأثير له فى الحكم ولا إفضاء إليه، وهذا شأن الشرط، واختاره المحقق ابن الهمام فى تحريره ونصره. وأجاب عن الوجهين بما لامزيد عليه هذا ثم كونه شرطا محضا إنما هو بالنسبة إلى التزكية لمقابلته بها تدبر (قوله لأنه شرط) والشرط(١) يلزم من وجوده الوجود، ومن عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود، ولا عدم فلا يلزم من كونه محصنا أنه يرجم، وإنما يرجم بفعله الزنا بشرط أن يكون محصنا فكان المتسبب فى رجمه هم شهود الزنا فيلزمهم الضمان برجوعهم رحمتى (قوله بخلاف التزكية) أى إذا رجع الشهود عنها فإنهم يضمنون (قوله لأنها) أى التزكية علة إذ العلة الباعث على الشىء المؤثر فى وجوده فكان تزكيتهم ملجئة للقاضى على

---

(١) (قوله والشرط الخ) هذا سهو وتعريفه أنه مايلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجود وجوده ولا عدم لذاته اه.

(والشرط) ولو وحدهم على الصحيح عيني . قال : وضمن شاهدا الإيقاع لا التفويض لأنه علة والتفويض سبب اهـ .

الحكم فيضمنون بالرجوع ، كما تقدم لكن الأولى أن يقول : علة العلة لأن العلة الشهادة عند القاضي والتزكية إعمال لها ، لأن القاضي لا يعمل بها ، فصارت في معنى علة العلة إلا أن يقال : إنه عند وجود العلة لا يضاف الحكم إلا إليها .

والحاصل : أنه إذا اجتمع شهود التزكية مع شهود الزنا ورجعوا جميعا فالضمان على شهود التزكية لأن الحكم يضاف إليها فكانت علة فيه : وإذا اجتمع شهود الزنا مع شهود الإحصان فرجعوا فالضمان على شهود الزنا لا الإحصان لأن علة الحكم الشهادة والإحصان شرط كما ذكره الأكثر لتوقف وجوب الحد عليه (قوله والشرط) عطف على الإحصان ، وظاهره أن المصنف مال إلى قول من قال : إن الإحصان علامة لا شرط على خلاف ما فسره الشارح بأنه شرط على ما اختاره صاحب البحر تبعا للأكثر . واختار البزدوي : أن الشرط ما ليس بعلة فشمل السبب فلا ضمان على شهود التفويض بل على شهود الإيقاع ، وعلى كل فقد اتفقوا على عدم تضمين شهود الإحصان كالشرط ، فلو شهد شهود بالزنا وآخران أن الزاني محصن فرجم ، أو شهدا بتعليق عتق وطلاق وآخران بوقوع الشرط ثم رجعوا فضمان الدية وقيمة القن ونصف المهر ليس إلا على شهود الزنا ، والتعليق إذ شهادتهم على العلة ، وهذا بالاتفاق أما لو رجع شهود الشرط وحدهم ففيه الاختلاف . ولذا قال : ولو وحدهم على الصحيح .

قال في الكافي : ولو رجع شهود الشرط وحدهم يضمنون عند البعض ، لأن الشرط إذا سلم عن معارضة العلة صلح علة لأن العلل لم تجعل عللا بذواتها فاستقام أن يخلفها الشرط والصحيح أن شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات وإلى هذا مال شمس الأئمة السرخسي وإلى الأول فخر الإسلام البزدوي شرنبلالية (قوله قال) أي العيني ، وضمن شهود الإيقاع : أي لو قامت بينة أنه فوض إليها الطلاق وأخرى أنها أوقعته ثم رجعتا كان الضمان على بينة الإيقاع فقط لأنه العلة (قوله لا التفويض) أي تفويض الطلاق إلى المرأة أو تفويض العتق إلى العبد وشهد آخران أنها طلقت وأن العبد عتق الخ شمني (قوله لأنه) أي الإيقاع علة . قال في البحر : وأراد من الشرط ما ليس بعلة فشمل السبب فلا ضمان على شهود التفويض والضمان على شهود الإيقاع كما قدمناه . واستشهد الحسامي على عدم تضمين شهود الشرط بما لو قال لعبده : إن ضربك فلان فأنت حر فضربه فلان يعتق العبد ولا يضمن الضارب لأنه عتق بيمين مولاه لا بالضرب فكذلك هذا اهـ والله سبحانه وتعالى أعلم وأستغفر الله العظيم .

كتاب الوكالة

هي بفتح الواو وكسرها : اسم للتوكيل والكلام فيها في مواضع .

الأول : في معناها لغة . قال في المصباح وكلت الأمر إليه وكلا من باب وعد ووكولا فوضته إليه واكتفيت به ، والوكيل فعيل بمعنى مفعول لأنه موكول إليه ، ويكون بمعنى فاعل إذا كان بمعنى الحافظ ، ومنه — حسبنا الله ونعم الوكيل — والجمع وكلاء ووكلته توكيلا فتوكل قبل الوكالة وتوكل على الله اعتمد عليه . والحاصل أنها في اللغة بمعنى التوكيل وهو تفويض الأمر إلى الغير .

. . . .

الثاني : فى معناها اصطلاحا فهى إقامة الإنسان غيره مقام نفسه فى تصرف معلوم . كذا فى العناية حتى أن التصرف إن لم يكن معلوما يثبت به أدنى تصرفات الوكيل وهو الحفظ وذكر فى المبسوط ، وقد قال علماؤنا فيمن قال لآخر : وكلتك بمالى أنه يملك بهذا اللفظ الحفظ فقط كذا فى النهاية .

الثالث : فى ركنها وهو ما دل عليه من الإيجاب والقبول ، ولو حكما كالسكوت كما سنبينه قبيل الرابع . وستأتى التفرقة فى الحكم بين القبول الصريح وبين السكوت ، فلو قال : وكلتك فى هذا كان وكيلا بحفظه لأنه الأدنى فيحمل عليه ، وقيدوا بقوله فى هذا لأنه لو قال : وكلتك فقال : قبلت الوكالة فقال الوكيل : طلقت امرأتك ثلاثا أو اعتقت عبدك فلانا أو زوجت بنتك فلانة من فلان ، أو تصدقت من مالك بكذا على الفقراء فقال الرجل : لا أرضى بذلك فهذا الكلام متوجه إلى الذى تحاورا فيه . وقليلا ما يكون هذا الكلام والتفويض الأبناء على سابقة تجرى بينهما فإن كان كذلك فالأمر على ما تعارفوه بما جرت المخاطبة فيه . فإن فعل شيئا خارجا من ذلك النوع ، لم ينفذ على المؤكل دون إنفاذه كذا فى خزانة المفتين ، ولو قال : أنت وكيلى فى كل شيء كان تفويضا للحفظ والقياس أن لا يكون وكيلا به للجهالة . والاستحسان انصرافها إلى الحفظ ولو قال : أجزت لك بيع عبدى هذا يكون توكيلا بالبيع ، ولو زاد على قوله : أنت وكيلى فى كل شيء جائز أمرك ملك الحفظ والبيع والشراء ، ويملك الهبة والصدقة ، حتى إذا أنفق على نفسه من ذلك المال جاز حتى يعلم خلافه من قصد الموكل ، وعن الإمام تخصيصه بالمعاوضات ، ولا يلى العتق والتبرع وعليه الفتوى ، وكذا إذا قال : طلقت امرأتك ووقفت أرضك فى الأصح لايجوز وفى الروضة : فوّضت أمرى إليك قيل : هذا باطل ، وقيل : هذا والأول سواء فى أنه تفويض الحفظ ولو قال مالك المستغلات : فوّضت إليك أمر مستغلاتى ، وكان أجرها من إنسان ملك تقاضى الأجرة ، وقبضها وكذا لو قال : إليك أمر ديونى ملك التقاضى ، ولو قال : فوّضت إليك أمر دوابى ، وأمر مماليكى ملك الحفظ والراعى والتعليف والنفقة عليهم ، ولو قال : فوّضت إليك أمر امرأتى ملك طلاقها ، واقتصر على المجلس بخلاف قوله ملكتك حيث لا يقتصر على المجلس كذا فى البزازية ، وفى كافى الحاكم لو وكله بالقيام على داره وإجارتها وقبض غلتها والبيع لم يكن له أن يبنى ولا أن يرم منها شيئا وليس وكيلا فى خصومتها ، ولو هدم رجل منها شيئا كان وكيلا فى الخصومة لأنه استهلك شيئا فى يديه ، وكذا لو أجرها من رجل فجحد ذلك الرجل الإجارة كان خصما فيها حتى يثبتها وكذا إذا سكنها وجحد الأجر اهـ .

وقال فى باب الوكالة فى الدين : لو وكله بتقاضى كل دين له ثم حدث له دين بعد ذلك فهو وكيل فى قبضه ، ولو وكله بقبض غلة أرضه وثمرتها كان له أن يقبض ذلك كل سنة اهـ .

وقال فى باب قبض العارية والوديعة : ولو وكله بقبض عبد عند رجل فقتل العبد خطأ كان للمودع أن يأخذ القيمة من عاقلة القاتل ، وليس للوكيل أن يقبض القيمة لأنها كالثمن ولو كان الوكيل قبض العبد فقتل عنده كان له أن يأخذ القيمة ، وهو الآن بمنزلة الأول ، ولو جنى على العبد جناية قبل أن يقبضه الوكيل فأخذ المستودع أرشها فللوكيل أن يقبض العبد دون الأرش ، وكذا لو كان المستودع أجره بإذن مولاه لم يأخذ الوكيل أجره ، وكذا مهر الأمة إذا وطئت بشبهة ولو وكله بقبض أمة أو شاة فولدت كان للوكيل أن يقبض الولد مع الأم ولو كانت ولدت قبل أن يوكله بقبضها لم يكن له أن يقبض الولد وكذلك ثمرة البستان بمنزلة الولد اهـ .

قال فى البدائع وأما ركن التوكيل : فهو الإيجاب والقبول فالإيجاب من الموكل أن يقول وكلتك بكذا

. . . .

أو افعل كذا أو أذنت لك أن تفعل كذا ونحوه وزاد فى الهندية لوقال شئت بيع كذا فسكت وباع جاز ولو قال لا أقبل بطل كذا فى محيط السرخسى اه إذا قال لغيره إن لم تبع عبدى هذا فامرأتى كذا ، يصير ذلك الغير وكيلا بالبيع كذا فى الذخيرة .

رجل قال لغيره : سلطتك على كذا فهو بمنزلة قوله وكلتك .

فى المحيط البرهانى : إذا قال الرجل لغيره أحببت أن تبيع عبدى هذا أو قال : هويت أو قال رضيت أو قال : شئت أو قال : أردت أو قال وافقنى فهذا كله توكيل وأمر بالبيع اه ولو قال لغيره : أنت وكيلى بقبض هذا الدين يصير وكيلا وكذا لو قال : أنت جريى وكذا لو قال أنت وصيى فى حياتى ولو قال : أنت وصيى لا يكون وكيلا .

والقبول من الوكيل أن يقول : قبلت ، وما يجرى مجراه فما لم يوجد لم يتم ولهذا لو وكل إنسانا بقبض دينه فأبى أن يقبض ، ثم ذهب فقبض لم يبرأ الغريم لأنه ارتد بالرد . قال فى الهندية : وقبول الوكيل ليس بشرط لصحة الوكالة استحسانا ولكن إذا رد الوكيل الوكالة ترتد هكذا ذكر محمد رحمه الله تعالى كذا فى الذخيرة .

ثم الركن : قد يكون مطلقا وقد يكون معلقا بشرط نحو إن قدم زيد فأنت وكيلى فى بيع هذا العبد ، وقد يكون مضافا إلى وقت بأن يوكله فى بيع هذا العبد غدا : ويصير وكيلا فى الغد وما بعده لا قبله اه .

فإن قلت : فما الفرق بين التوكيل والإرسال فإن الإذن والأمر توكيل كما علمت :

قلت : الرسول أن يقول له أرسلتك أوكن رسولا عنى فى كذا وقد جعل منها الزيلعى فى باب خيار الرؤية : أمرتك بقبضه وصرح فى النهاية فيـه معزيا إلى الفوائد الظهيرية أنه من التوكيل وهو الموافق لما فى البدائع : إذ لا فرق بين افعل كذا ، وأمرتك بكذا كذا فى البحر : لكن قدم فى باب خيار الرؤية نقلا عن الفوائد ، جعل الأمر من ألفاظ الرسالة لا من ألفاظ التوكيل وسيأتى فى باب الوكالة بالخصومة أنه ليس بتوكيل فتدبر .

وفيه أيضا : واعلم أنه ليس كل أمر يفيد التوكيل فيما أمر به ، ففى الولوالجية : دفع له ألفا وقال : اشتر لى بها أو بع أو قال : اشتر بها أو بع ولم يقل لى كان توكيلا ، وكذا اشتر بهذا الألف جارية ، وأشار إلى مال نفسه ولو قال : اشتر جارية بألف درهم كانت مشورة وما اشتراه المأمور فهو له دون الآمر ، قال وكذا لو قال اشتر له هذه بألف إلا إذا زاد على أن أعطيك لأجل شرائك درهما لأن اشتراط الأجر له يدل على الإنابة اه .

أقول : وحاصله أنه لابد أن يكون فى الأمر ما يدل على أن المأمور يفعل أمرا للآمر بطريق النيابة عنه قال فى تهذيب القلانسى : الوكيل من يباشر العقد والرسول من يبلغ المباشرة ، والسلعة أمانة فى أيديهما اه .

قال فى المعراج : قيل الفرق بين الرسول والوكيل أن الوكيل لا يضيف العقد إلى الموكل والرسول لا يستغنى عن إضافته إلى المرسل وإليه الإشارة ، فى قوله تعالى — يا أيها الرسول بلغ — وقوله — وما أنت عليهم بوكيل — نفى الوكالة وأثبت الرسالة اه .

قال فى الدرر فى أوائل البيع : الرسول معبر وسفير فكلامه كلام المرسل فالفرق أن الوكيل لا يتوقف على إضافة العقد إلى الموكل بل يضيفه لنفسه إلا فى مواضع كالنكاح والخلع والهبة والرهن ، ونحوها فإن الوكيل فيها كالرسول ، حتى لو أضاف النكاح لنفسه كان له والرسول لا يستغنى عن إضافته إلى المرسل فإذا

. . . .

لم يضف الرسول العقد إلى المرسل لم يقع بل يقع للرسول قال فى البحر : لو ادعى أنه رسول وقال البائع : أنه وكيل وطالبه بالثمن فالقول للمشترى والبينه على البائع وجه كون القول للمشترى أنه منكر إضافة العقد لنفسه والبائع يدعى عليه ذلك والقول قول المنكر بيمينه إليه الإشارة فى الخانية فى البيوع وشرطه الإضافة إلى مرسله : أى شرط كون القول للمشترى إضافة عقد الشراء إلى مرسله فلو أضافه لنفسه لزمه الثمن .

الرابع : فى شرائطها وهى أنواع ما يرجع إلى الموكل وما يرجع إلى الوكيل ، وما يرجع إلى الموكل به فما يرجع إلى الموكل كونه ممن يملك فعل ما وكل به بنفسه وسنتكلم عليه عند شرح الكتاب ، وما يرجع إلى الوكيل فالعقل فلا يصح توكيل مجنون وصبى لا يعقل لا البلوغ والحرية وعدم الردة فيصح توكيل المرتد ، ولايتوقف لأن المتوقف ملكه وتوكيل الصبى الذى يعقل والعبد فى النكاح والطلاق والخلع والصلح والاستعارة والهبة والبيع والشراء والإجارة وكل ما يعقده الموكل بنفسه .

مطلب يشترط العلم للوكيل بالتوكيل

ومما يرجع للوكيل أن يعلم بالتوكيل فلو وكله ولم يعلم فتصرف توقف على إجازة الموكل أو الوكيل بعد علمه وحكى فى البدائع فيه اختلافا ففى الزيادات أنه شرط ، وفى الوكالة أنه ليس بشرط ، ويثبت العلم إما بالمشافهة أو الكتاب إليه أو الرسول إليه أو بإخبار رجلين فضوليين أو واحد عدل أو غير عدل وصدقه الوكيل ، وإلا فعنده لا ، وعندهما نعم : وأما مايرجع إلى الموكل به فإن لا يكون بإثبات حد أو استيفائه إلا حد السرقة والقذف ، وعمم أبو يوسف الحد والقصاص على الاختلاف وأن لا يكون فيه جهالة متفاحشة كما سيأتى .

الخامس : فى حكمها فمنه ثبوت ولاية التصرف الذى تناوله التوكيل ومنه التوكيل العام وقد صنف صاحب البحر فيه رسالة سماها [المسألة الخاصة فى الوكالة العامة] .

وحلصلها : أن الوكيل وكالة عامة يملك كل شيء إلا الطلاق والعتاق والهبة والصدقة على المفتى به وتمامه فيها ، وسيأتى فى هذا الكتاب تمام الكلام على ذلك إن شاء الله تعالى ومنه أن لايوكل الوكيل إلا بإذن أو تعميم أو تفويض إلا فى مسألتين .

الأولى : الوكيل بقبض الدين إذا وكل من فيه عياله فلا يصح فيبرأ المديون بالدفع إليه ولو قبضه وضاع لم يضمن .

الثانية : الوكيل بدفع الزكاة إذا وكل غيره ثم وثم فدفع الآخر جاز ولا يتوقف كما فى أضحية الخانية ، ومنه أنه أمين فيما فى يده كالمودع فيضمن بما يضمن به المودع ، ويبرأ بما يبرأ به ، والقول قوله فى دفع الضمان عن نفسه فلو دفع له مالا وقال اقضه فلانا عن دينى فقال قضيته وكذبه صاحب الدين فالقول للوكيل فى براءته وللدائن فى عدم قبضه ، فلا يسقط دينه ويجب اليمين على أحدهما فيحلف من كذبه الموكل ، دون من صدقه ، وعلى هذا لو أمر المودع بدفعها إلى فلان فادعاه وكذبه فلان ولوكان المال مضمونا على رجل كالمغصوب فى يد الغاصب ، أو الدين على الطالب فأمر الطالب أوالمغصوب منه الرجل أن يدفعه إلى فلان فقال المأمور قد دفعت إليه ، وقال فلان : ما قبضت فالقول قول فلان أنه لم يقبض ولا يصدق الوكيل على الدفع إلا ببينة

أو بتصديق الموكل ، ولا يصدقان على القابض والقول له مع اليمين وللوكيل تحليف الموكل أنه ما يعلم أنه دفع فإن نكل سقط الضمان عنه ، ولو لم يدفع إليه شيء ؛ وإنما أمره بقضاء دينه من ماله فادعاه ، وكذبه الطالب والموكل ولا بينة فالقول قولهما مع اليمين ويحلف الموكل على نفي العلم وإن صدقه الموكل دون الطالب رجع عليه بما ادعاه ، ويرجع الطالب عليه أيضا بدينه ذكره القدوري .

وفي الجامع : لا رجوع للوكيل على موكله ولو صدقه ، والأول أشبه كما في البدائع ، ولو ادعى المودع أنه أمره بدفعها إلى فلان وكذبه صاحبها فالقول له أنه لم يأمره ، وقد سئل ابن نجيم عمن دفع إلى آخر مالا ليدفعه إلى آخر ثم اختلفا في تعيينه فقال الآمر : أمرتك بدفعه إلى زيد فقال المأمور إلى عمرو ، وقد دفعت له فأجاب: بأن القول للوكيل لأنهما اتفقا على أصل الإذن ، فكان أمينا ولهذا قال الزيلعي في آخر المضاربة لو دفع إليه مالا ثم اختلفا فقال الدافع مضاربة ، وقال المدفوع إليه: وديعة فالقول للمدفوع إليه لأنهما اتفقا على الإذن اهـ لكن رده المقدسي بما لو قال المضارب شرطت البر ، وقال الآخر : شرطت الشعير فإن القول لرب المال ، وبما لو قال أذنت أن تتجر في البر ، وقال المضارب في الطعام بعد تصرف المضارب القول لرب المال اهـ . والحق مع المقدسي لأن الوكالة مبناها على التقييد خصوصا ، وقد اتفقا عليه ولكن اختلفا في تعيينه ، وهو لا يستفاد إلا من جهة الآمر ، وأما كون الوكيل أمينا فسلم ، ولكن إذا خالف يصير غاصبا فيضمن وهنا خالف لأن الشرع اعتبر في التعيين من يكون مستفادا منه وفي البزازية برهن عليه أنه دفع إليه عشرة فقال دفعته إلى لأدفعه إلى فلان فدفعت يصح الدفع .

وفي الأنقروي : أمر رجلا بنزع سنه لوجع وعين سنا والمأمور نزع سنا آخر ثم اختلفا فيه فالقول للآمر ، فإن حلف فالدية في ماله يعني القالع لأنه عمد وسقط القصاص للشبهة وفي العتابية اختلفا فالقول قول الموكل في التخصيص يعني لأن الأصل في الوكالة الخصوص بخلاف المضاربة وسيأتي متنا .

ومن أحكامه : أنه لا جبر عليه في فعل ما وكل به إلا في رد وديعة بأن قال : ادفع هذا الثوب إلى فلان فقبله وغاب الآمر يجبر المأمور على دفعه فأما سائر الأشياء ، فلا يجب عليه التنفيذ كما في المحيط وتمامه في الفوائد الزينية ومنها في البزازية : وكله بقبض وديعته ، وجعل له الأجر صح وإن وكله بقبض دينه وجعل له أجرا لا يصح إلا إذا وقت مدة معلومة وكذا الوكيل بالتقاضي إن وقت جاز اهـ وكذا الوكيل بالخصومة كذا في الولوالجية ، ومن أحكامها لا تبطل بالشروط الفاسدة ولا يصح شرط الخيار فيها كما في الخانية .

ومن أحكامها : صحة تعليقها وإضافتها فتقبل التقييد بالزمان والمكان فلو قال : بعد غد لم يجز بيعه اليوم ، وكذا العتاق والطلاق ولو قال : بعه اليوم فباعه غدا فيه روايتان والصحيح أنها لا تبقى بعد اليوم ولو وكله بتقاضي دينه بالشام ليس له أن يتقاضاه بالكوفة الكل من الخانية .

قال في نور العين معزيا إلى العيون : وكله بقبض الوديعة اليوم فله قبضه غدا ولو وكله بقبضه غدا لا يملك قبضه اليوم إذ ذكر اليوم للتعجيل فكأنه قال : أنت وكيلي به الساعة ، فإذا ثبت وكالته به الساعة دامت ضرورة ولا يلزم من وكالة الغد وكالة اليوم لا صريحا ولا دلالة وكذا لو قال : اقبضه الساعة فله قبضه بعدها ثم قال معزيا إلى قاضيخان : وكله بشيء وقال افعله اليوم ففعله غدا بعضهم قالوا : الصحيح أن الوكالة تنتهي بعد اليوم وقال بعضهم : تبقى وذكر اليوم للتعجيل لا لتوقيت الوكالة باليوم إلا إذا دل الدليل

مناسبته أن كلا من الشاهد والوكيل ساع فى تحصيل مراد غيره (التوكيل صحيح) بالكتاب والسنة قال تعالى - فابعثوا أحدكم بورقكم - ووكل عليه الصلاة والسلام حكيم بن حزام بشراء أضحية وعليه الإجماع ، وهو خاص وعام كأنت وكيلى فى كل شىء عم الكل حتى الطلاق قال الشهيد وبه يفتى ، وخصه أبوالليث بغير طلاق

عليه اه . وفى البزازية فى الفصل الأول من كتاب الوكالة : الوكيل إلى عشرة أيام لا تنتهى وكالته بمضى العشرة فى الأصح اه .

السادس : فى صفتها وهو عدم اللزوم فله أن يعزله متى شاء إلا فيما سنذكره .

ومنها : أنه أمين فيما فى يده كالمودع فيضمن بما يضمن به المودع ويبرأ به ، والقول قوله فى دفع الضمان عن نفسه ، ومنها أنه يتحمل الجهالة اليسيرة فى الوكالة ، ولا تبطل بالشروط الفاسدة أى شرط كان ولا يصح شرط الخيار فيها لأنه شرع فى لازم يحتمل الفسخ والوكالة غير لازمة حتى أن من قال : أنت وكيل فى طلاق امرأتى على أنى بالخيار ثلاثة أيام ، أو على أنها بالخيار ثلاثة أيام ، فالوكالة جائزة والشرط باطل . ومنها صحة إضافتها فتقبل التقييد بالزمان والمكان فلو قال بعه غدا لم يجز بيعه اليوم وكذا العتق والطلاق على الصحيح ولو وكله بتقاضى دينه فى الشام ليس له أن يتقاضاه بالكوفة ومنها صحة تعليقها ، فإذا قال إذا حل مالى فاقبض أو إذا قدم فلان فتقاض أو إذا أثبت شيئا فأنت وكيلى فى قبضه أو إذا قدم الحاج فاقبض ديونى صحت الوكالة

(قوله مناسبته) أى للشهادة أن الإنسان خلق مدنيا بالطبع يحتاج فى معاشه إلى تعاضد ، وتعاوض والشهادات من التعاضد ، والوكالة منه وقد يكون فيها تعاوض أيضا فصارت كالمركب من المفرد فأوثر تأخيرها ولأن فى كل واحدة من الشهادة ، والوكالة إعانة الغير بإحياء حقه ، وكل من الشاهد والوكيل ساع فى تحصيل مراد غيره الموكل والمدعى معتمد عليه كل منهما فتح وعناية قيل فى بيان قوله : وقد يكون فيها تعاوض كما إذا كان وكيلا ببيع وشراء مثلا قال بعضهم : هذا سهو لأن التعارض فيما ذكر إنما هو متعلق الوكالة أعنى الموكل به وهو البيع لا فى الوكالة والكلام فيها لا فى الأول ، وإلا فقد يكون التعاوض فى متعلق الشهادة كما لو شهد ببيع مثلا والصواب أن مراده أن يكون فى نفس الوكالة تعاوض كما إذا أخذ الوكيل أجره فإنه لا يمتنع إذ الوكالة عقد جائز لا يجب على الوكيل بخلاف الشهادة إذ هى فرض يجب على الشاهد إقامته فلا يجوز فيها تعاوض اه .

قلت : الأظهر أن يقال أن الوكالة ببيع ونحوه ذكروا أنه فيه مبادلة حكمية بين الوكيل والموكل حتى كان له أن يمنع المبيع عن الموكل لا أخذ الثمن إذا نقده من ماله ، ولا شك أن هذا مفقود فى الشهادة قاله المقدسى (قوله التوكيل صحيح) أى تفويض التصرف إلى الغير (قوله بالكتاب والسنة قال تعالى) حكاية عن أصحاب الكهف - فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة - وكان البعث منهم بطريق الوكالة وشرع من قبلنا شرع لنا إذا قصه الله تعالى ورسوله من غير إنكار ولم يظهر نسخه والورق هى الفضة المضروبة « قوله ووكل عليه الصلاة والسلام حكيم بن حزام بشراء أضحية » رواه أبو داود بسند فيه مجهول . ورواه الترمذى عن حبيب ابن أبى ثابت عن حكيم وقال : لا نعرفه إلا من هذا الوجه وحبيب لم يسمع عندى من حكيم إلا أن هذا داخل فى الإرسال عندنا فيصدق قول المصنف أى صاحب الهداية صح إذا كان حبيب إماما ثقة فتح (قوله وعليه الإجماع) أى انعقد الإجماع عليه (قوله وهو خاص) كأنت وكيلى فى شراء هذا البيت مثلا (قوله كأنت وكيلى فى كل شىء) ونحوه ما صنعت من شىء فهو جائز ، وجائز أمرك فى كل شىء (قوله عم الكل) فى الفتح

وعتاق ووقف واعتمده فى الأشباه وخصه قاضيخان بالمعاوضات فلا يلى العتق والتبرعات وهو المذهب كما.

عن المحبوبى لو قال : أنت وكيلى فى كل شىء يكون بالحفظ ، فلو زاد فقال : أنت وكيلى فى كل شىء جائز صنعك أو أمرك فعند محمد يصير وكيلا فى البايعات والإجارات والهبات والطلاق والعتاق حتى ملك أن ينفق على نفسه من ماله وعند أبى حنيفة فى المعاوضات فقط ، ولايلى العتق والتبرع وفى الفتاوى الزينية وعليه الفتوى ومثله إذا قال وكلتك فى جميع أمورى اهـ .

قال فى أدب القاضى : وإذا وكل الرجل رجلا بطلب حقوقه وقبضها والخصومة فيها ، فليس لهذا الوكيل أن يوكل بذلك غيره . لأن الخصومة أمر يحتاج فيه إلى الرأى والناس يتفاوتون فى هذا والموكل رضى برأيه لا برأى غيره ، فلا يكون له أن يوكل غيره قال : وإن كان صاحب الحق أجاز أمره فى ذلك ، وما صنع فيه من شىء بأن قال ما صنعت فيه من شىء ، فهو جائز فله أن يوكل بذلك لأنه فوض الأمر إليه فيما يراه عاما والتوكيل من جملة ما رآه فيصح وليس للوكيل الثانى : أن يوكل غيره لأن الوكيل الثانى ، ما فوض الأمر إليه عاما وإنما فوض إليه الخصومة قال : وإن مات صاحب الحق بطلت وكالتهما جميعا لأن التركة انتقلت إلى الورثة قال : ولم يمت صاحب الحق ومات الوكيل الأول فالثانى على وكالته على حاله لأنه نائب عن الموكل وليس بنائب عن الوكيل الأول . لكن ملك الوكيل عزل الثانى لأنه فى العزل نائب عن صاحب الحق (قوله وخصه قاضيخان بالمعاوضات) نقل فى الشرنبلالية وغيرها عن قاضيخان لو قال لغيره : أنت وكيلى فى كل شىء أو قال : أنت وكيلى فى كل قليل أو كثير يكون وكيلا بحفظ غير هو الصحيح ولو قال أنت وكيلى فى كل شىء جائز أمرك يصير وكيلا فى جميع التصرفات المالية كبيع وشراء وهبة وصدقة واختلفوا فى طلاق وعتاق ، ووقف فقيل يملك ذلك لإطلاق تعميم اللفظ وقيل : لايملك ذلك إلا إذا دل دليل سابقة الكلام ونحوه وبه أخذ الفقيه أبو الليث اهـ ، وبه يعلم ما فى كلام الشارح سابقا ولاحقا فتدبر ولابن نجيم رسالة سماها [المسألة الخاصة فى الوكالة العامة] ذكر فيها ما فى الخانية وما فى فتاوى أبى جعفر .

ثم قال : وفى البزازية أنت وكيلى فى كل شىء جائز أمرك ملك الحفظ والبيع والشراء ، ويملك الهبة والصدقة حتى إذا أنفق على نفسه من ذلك المال جاز حتى يعلم خلافه من قصد الموكل وعن الإمام تخصيصه بالمعاوضات ، ولا يلى العتق والتبرع وعليه الفتوى ، وكذا لو قال : طلقت امرأتك ووهبت ، ووقفت أرضك فى الأصح لا يجوز .

وفى الذخيرة : أنه توكيل بالمعاوضات لا بالإعتاق والهبات وبه يفتى . وفى الخلاصة كما فى البزازية .

والحاصل أن الوكيل وكالة عامة يملك كل شىء إلا الطلاق والعتاق والوقف والهبة والصدقة على المفتى به ، وينبغى أن لا يملك الإبراء والحط عن المديون لأنهما من قبيل التبرع فدخلا تحت قول البزازية أنه لا يملك التبرع وظاهره أنه يملك التصرف مرة بعد أخرى وهل له الإقراض والهبة بشرط العوض فإنهما بالنظر إلى الابتداء تبرع فإن القرض عارية ابتداء معاوضة انتهاء. والهبة بشرط العوض هبة ابتداء معاوضة انتهاء وينبغى أن لا يملكهما الوكيل بالتوكيل العام لأنه لا يملكهما إلا من يملك التبرعات ، ولذا لا يجوز إقراض الوصى مال اليتيم ولا هبته بشرط العوض وإن كانت معاوضة فى الإنتهاء وظاهر العموم أنه يملك قبض الدين واقتضاءه وإيفاءه والدعوى بحقوق الموكل وسماع الدعوى بحقوق على الموكل والأقارير على الموكل بالديون ، ولا يختص بمجلس القاضى لأن ذلك فى الوكيل بالخصومة لا فى العام .

فى تنوير البصائر وزواهر الجواهر وسيجىء أن به يفتى واعتمده فى الملتقط فقال : وأما الهبات والعتاق فلا يكون وكيلا عند أبى حنيفة خلافا لمحمد وفى الشرنبلالية ولو لم يكن للموكل صناعة معروفة فالوكالة باطلة (وهو إقامة الغير مقام) نفسه ترفها أو عجزا (فى تصرف جائز معلوم) فلو جهل ثبت الأدنى وهو الحفظ (ممن يملكه) أى التصرف نظرا إلى أصل التصرف

فإن قلت : لو وكله بصيغة وكلتك وكالة مطلقة عامة فهل يتناول الطلاق والعتاق والتبرعات .

قلت : لم أره صريحا والظاهر أنه لا يملكها على المفتى به لأن من الألفاظ ما صرح قاضيخان ، وغيره بأنه توكيل عام ومع ذلك قالوا بعدمه اه ما ذكره ابن نجيم فى رسالته ملخصا (قوله وسيجىء أن به يفتى) فيه حذف اسم أن (قوله ولو لم يكن للموكل صناعة معروفة فالوكالة باطلة) عبارة الشرنبلالية نقلا عن الخانية.

وفى فتاوى الفقيه أبى جعفر قال لغيره : وكلتك فى جميع أمورى التى يجوز بها التوكيل وأقمتك مقام نفسى لا تكون الوكالة عامة تتناول البياعات والأنكحة وفى الوجه الأول إذا لم تكن عامة ينظر إن كان الرجل يختلف ليس له صناعة معروفة فالوكالة باطلة ، وإن كان الرجل تاجرا تجارة معروفة تنصرف إليها اه وبه يعلم ما فى كلام الشارح إذ صورة البطلان ليست فى قوله : أنت وكيلى فى كل شىء كما بنى عليه الشارح هذه العبارات بل فى غيرها وهى : وكلتك فى جميع أمورى الخ إلا أن يقال هما سواء فى عدم العموم ولكن مبنى كلامه على أن ما ذكره عام ولكنك قد علمت ما فيه مما نقلناه سابقا أن ما ذكره ليس مما الكلام فيه (قوله وهو) أى التوكيل إقامة الغير ، ولابد أن يكون معلوما فلا يصح توكيل المجهول فقول الدائن لمديونه : من جاءك بعلامة كذا أو من أخذ أصبعك أو قال : لك كذا فادفع إليه مالى عليك لم يصح ، لأنه توكيل مجهول . فلا يبرأ بالدفع إليه كما فى القنية (قوله مقام نفسه ترفها) أى تنعما لنفسه وإراحة لها من مشقة الخصومة والعمل (قوله أو عجزا) بأن كان لا يحسن الخصومة فرب مبطل يحسن التعبير ، ويصور الباطل حقا ورب محق لا يحسن التعبير لحصول حقه فتتوجه الخصومة عليه (قوله فى تصرف جائز) أخرج بذلك ما لو وكل الصبى غيره فى طلاق زوجته أو عتق عبده أو هبة ماله (قوله معلوم) أورد عليه التوكيل العام ، وأجيب بأنه معلوم فى الجملة حتى لو لم يكن معلوما أصلا كمن كثرت معاملاته بطل التوكيل (قوله فلو جهل) كما لو قال : وكلتك بمالى منح وفتح عن المبسوط أو قال : أنت وكيلى فى كل شىء (قوله ثبت الأدنى وهو الحفظ) أى كان وكيلا بالحفظ كما إذا قال : وكلتك بمالى كما فى المنح . وفى الخانية لا أنهاك عن طلاق امرأتى لا يكون وكيلا ، ولو قال لعبده : لا أنهاك عن التجارة لا يصير مأذونا عند البعض والصحيح يصير .

قال لغيره : اشتر جارية بألف درهم لا يصير وكيلا ويكون مشورة .

قال لرجلين : وكلت أحدكما ببيع هذا صح وأيهما باع جاز وكذا لو قال لرجل : بع هذا أو هذا وكذا لو دفع المديون لرجل وقال : اقض فلانا أو فلانا (قوله ممن يملكه) متعلق بقوله صحيح وقوله : وهو إقامة الغير الخ معترض بينهما ، ويجوز أن يكون متعلقا بإقامة وحينئذ فلا اعتراض . قال فى المنح : بيان للشرط فى الموكل .

قال فى البحر : وشمل قوله ممن يملكه الأب والوصى فى ملك الصبى فلهما أن يوكلا بكل ما يفعلانه . قال السائحانى قوله : ممن يملكه يصح أن يكون حالا من الغير فلا يصح توكيل الذمى مسلما ببيع الخمر لأنه لا يلى بيعه ويؤيد هذا قولهم حكم الوكالة جواز مباشرة الوكيل بما وكل فيه ، ويصح أن يكون حالا من نفسه أى من يملك تصرفا يملك التوكيل به ، والذى يملك التصرف الأب والوصى اه (قوله نظرا إلى أصل التصرف)

وإن امتنع فى بعض الأشياء بعارض النهى ابن كمال (فلا يصح توكيل مجنون وصبى لايعقل مطلقا وصبى يعقل بـ) تصرف ضار

أى من حيث أنه لا يعارضه غيره فيه من غير نظر إلى حكم شرعى ، فدخل فيه توكيل المسلم ذميا ببيع خمر أو خنزير ومحرم حلالا ببيع الصيد ، لأنه صحيح عنده ولا يملكه الموكل وهو جواب عما يرد على هذا الشرط لكن هذا النظر يعكر على التقييد ، بقوله : جائز وهذا إنما يتأتى على أن الأصل فى الأشياء الإباحة ويرد على هذا الشرط أيضا العبد المأذون فى تزويج نفسه لا يملك التوكيل كما فى المحيط مع أنه يملك أن يتزوج بنفسه والجواب : أنه بمنزلة الوكيل عن سيده وإن كان عاملا لنفسه والوكيل لايوكل إلا بإذن أو تعميم كما فى البحر (قوله وإن امتنع فى بعض الأشياء بعارض النهى) هذا جواب عما يرد على قولهم يوكل بكل ما يباشره بنفسه ممن يملكه أنه غير مطرد ولا منعكس مع أن الذمى يملك بيع الخمر . ولا يملك توكيل المسلم فيه والمسلم لايملك بيع الخمر ويوكل الذمى فيه .

وحاصل الجواب : أن الذمى وإن ملك التصرف لايملك توكيل المسلم لأنه منهى عنه والمسلم لا يملك التصرف فى الخمر لعارض النهى . وأما أصل التصرف وهو البيع مثلا فجائز ولذلك صح توكيل الذمى ببيعه، لكن هذا إنما يتأتى على أن الأصل فى الأشياء الإباحة (قوله ابن كمال) عبارته اعلم أن من شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف ، لأن الوكيل يستفيد ولاية التصرف منه ويقدر عليه من قبله ومن لا يقدر على شىء كيف يقدر عليه غيره وقيل هذا على قولهما . وأما على قوله فالشرط أن يكون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل . فأما كون الموكل مالكا له فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمى بشراء الخمر ، وقيل المراد به : أن يكون مالكا للتصرف نظرا إلى أصل التصرف . وإن امتنع فى بعض الأشياء بعارض النهى ومثله فى التبيين . وذكر بعده أنه لابد أن يكون الموكل ممن تلزمه الأحكام لأن المطلوب من الأسباب أحكامها فلا يصح توكيل الصبى والعبد المحجور عليهما اهـ (قوله فلا يصح توكيل مجنون وصبى) مصدر مضاف للفاعل (قوله لا يعقل مطلقا) سواء كان ضارا أو نافعا أو مترددا بينهما (قوله وصبى يعقل) أى بأن البيع سالب للمبيع جالب للثمن وأن الشراء بالعكس (قوله بتصرف) متعلق بتوكيل (قوله ضار) الضرر بالنظر إلى وجه اكتساب المال ظاهرا ، وإن كان نافعا فى نفس الأمر فإنهما سبب الخلف فى الدنيا والثواب فى العقبى ونفع عباد الله الذى هو غاية الكمال فى العبد والتنصل من سيمة البخل . لكنها ليست طريق الإكتساب بل تنقيص المال ظاهرا ، فلا يملكه الصبى ، وإن كان عاقلا لأن تمام نفعها بحسن النية : وهى لا تكون إلا بتمام العقل فلا يصح توكيله به . ولهذا حكى ابن الكمال ما نقله عنه الشارح بقيل لأنه لو نظرنا إلى أصل التصرف ، لصح توكيل الصبى بالصدقة ، لأنه يملك أصل التصرف ويمتنع فى البعض بعارض ، وهو وارد أيضا على ما قدمه ابن كمال من أن الشرط أن يكون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل . فإن الوكيل يملك الصدقة ونحوها إذا كان بالغا عاقلا ، ولا يصح توكيل الصبى له فى ذلك والجواب عن الثانى : بأن الوكيل يملك التصرف فى ذلك من مال نفسه لا من مال غيره إلا بإذنه ولا يصح إذن الصبى فى ذلك لقصور تمام عقله ، بخلاف بيع الخمر والخنزير، فإن الذمى يملكه بمال نفسه ، وبمال غيره بإذنه والعاقل البالغ يصح إذنه فى ذلك بإسقاط حقه عن الخمر والخنزير ، ألا يرى أن له إهراق الخمر وتسييب الخنزير فكذا له أن يسقط حقه للذمى فيتصرف الذمى بولاية نفسه ، لأن الحقوق ترجع إليه . وهو العاقل حقيقة فحينئذ ينبغى أن يقال : بما يملكه الوكيل مع صحة التفويض

(بنحو طلاق وعتاق وهبة وصدقة وصح بما ينفعه) بلا إذن وليه (كقبول هبة و) صح بما تردد بين ضرر ونفع كبيع وإجارة إن مأذونا وإلا توقف على إجازة وليه) كما لو باشره بنفسه (ولايصح توكيل عبد محجور وصح لو مأذونا أو مكاتبا وتوقف توكيل مرتد فإن أسلم نفذ وإن مات أو لحق أو قتل لا) خلافا لهما (و) صح (توكيل مسلم ذميا ببيع خمر أو خنزير) وشرائهما كما مر فى البيع الفاسد (ومحرم حلالا ببيع صيد) و (إن امتنع عنه الموكل) لعارض النهى كما قدمنا فتنبه، ثم ذكر شرط الوكيل فقال (إذا كان الوكيل يعقل العقد ولو صبيا أو عبدا

مع الأصيل تأمل رحمتى (قوله بنحو طلاق) لأن فيه إلزام المهر أو بعضه وإلزامه النفقة فى العدة وغير ذلك (قوله وعتاق وهبة وصدقة) تقدم آنفا أن هذا ضار بالنظر إلى وجه اكتساب المال ظاهرا وإن كان نافعا فى نفس الأمر الخ (قوله بلا إذن وليه) متعلق بصح (قوله إن مأذونا) : أى إن كان الصبى الموكل مأذونا (قوله ولا يصح توكيل عبد) مضاف لفاعله (قوله وتوقف توكيل مرتد) أى إذا وكل المرتد أحدا توقف، وأما جعله وكيلا فلا توقف فيه وهذا إذا كان بمبادلة مال بمال أو عقد تبرع بناء على توقف تصرفه فيه عند الإمام، وينفذ عندهما فيصح توكيله وأما فى النكاح والشهادة فلا يصح منه اتفاقا فلا يصح توكيله فيه، وأما ما يعتمد المساواة وهو المفاوضة وولاية متعدية، وهى التصرف على ولده الصغير فيتوقف اتفاقا فيتوقف توكيله فيه اتفاقا.

قال فى البحر: وما يرجع إلى الوكيل أى من الشرائط فالعقل، فلا يصح توكيل مجنون وصبى لا يعقل لا البلوغ والحرية وعدم الردة فيصح توكيل المرتد ولا يتوقف لأن المتوقف ملكه والعلم للوكيل بالتوكيل، فلو وكله ولم يعلم فتصرف توقف على إجازة الموكل أو الوكيل بعد علمه وثبت العلم بالمشافهة أو الكتاب إليه أو الرسول إليه أو بإخبار رجلين فضوليين أو واحد عدل أو غير عدل وصدقه الوكيل اه كما قدمناه أول الوكالة (قوله خلافا لهما) فقالا هو نافذ منح (قوله وصح توكيل مسلم ذميا الخ) قال فى النهر من باب البيع الفاسد صورته: بأن أسلم عليهما ومات قبل أن يزيلهما وله وارث مسلم فيرثهما فيوكل كافرا ببيعهما غير أن عليه أن يتصدق بثمنهما، وهذا عند الإمام خلافا لهما اه وتقدم فى بابه بأتم مما هنا فراجعه إن شئت (قوله وشرائهما) أى يصح عند الإمام مع أشد كراهة وهى كراهة التحريم كما مر فى البيع الفاسد. قال فى النهر ثمة فيجب عليه أن يخلل الخمر، أو يريقها ويسيب الخنزير اه.

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى: وانظر لم لم يقولوا ويقتل الخنزير مع أن تسييب السوائب لايحل اه أقول: ولعل ذلك لعدم تمولها (قوله لعارض النهى) فى بعض النسخ بالباء بدل اللام وهو من إضافة الموصوف لصفته (قوله كما قدمنا) ومثله ما لو اشترى عبدا شراء فاسدا أو أعتقه قبل قبضه لايصح، ولو أمر البائع بإعتاقه يصح، لأنه يصير قابضا اقتضاء كما قدمه فى البيع الفاسد (قوله فتنبه) أشار به إلى أنه لاتنافى بين كلاميه كما قدمه (قوله ثم ذكر) عطف على محذوف أى ذكر شرط الموكل ثم ذكر الخ تأمل، وإضافته الشرط للوكيل بمعنى فى أى ثم ذكر الشرط فى الوكيل قاله بعض الأفاضل (قوله إذا كان يعقل العقد) أى يعقل أن الشراء جالب للمبيع سالب للثمن والبيع على عكسه، ويعرف لغبن الفاحش من اليسير، ويقصد بذلك ثبوت الحكم والربح لا الهزل ذكره ابن الكمال. لكن نظر فيه فى البحر بأنه لاحاجة إلى اشتراط عقلية الغبن الفاحش من اليسير لجواز بيع الوكيل عند الإمام بما قل وكثر. نعم إن قيد عليه أن لايبيعه بغبن فاحش اشترط اه واعترضه فى المنح بقوله: ليس ماذكر من النظر واقعا موقعه لأن التعريف إنما هو للصبى العاقل، وهو المميز

مطلقا ، كما ذكره المحققون فى تعريفه ، لا بالنظر إلى خصوص الوكالة حتى يحتاج إلى ذكر هذا النظر والجواب عنه اه.ويرد عليه مافى اليعقوبية حيث قال : قوله : ويعرف الغبن اليسير من الفاحش كذا فى أكثر الكتب ، وهو مشكل لأنهم اتفقوا على أن توكيل الصبى العاقل صحيح ، وفرق الغبن اليسير من الفاحش مما لايطلع عليه أحد إلا بعد الاشتغال بعلم الفقه فلا وجه لصحة اشتراطه فى صحة التوكيل كما لايخفى اه ولا يخفى عليك أنه حيث كان تعريف الصبى العاقل مأخوذا فيه معرفة الغبن الفاحش من اليسير كان شرطا فى الوكالة أيضا ، ثم كان الظاهر أن يقول : إلا بعد الاشتغال بالبيع والشراء ، ومعرفة أثمان المبيعات ، لأنه ليس المراد أن يعرف ماحده الفقهاء ، بل أن يعرف أن هذا الشئ قيمته كذا ، وأنه لو اشتراه أو باعه بكذا يكون مغبونا تأمل ، وعلى كل فاشتراط معرفة الغبن مشكل فقد يكون الرجل من أعقل الناس ، وأذكاهم ويغبن فى بعض الأشياء لعدم وقوفه على مقدار قيمة مثلها . ولعل مرادهم اشتراط ذلك فيما تكون قيمته معروفة مشهورة . وانظر ماياتى عند قوله : وتقييد شراؤه بمثل القيمة ، ثم رأيت فى الحواشى السعدية قال مانصه : قوله مما لايطلع عليه أحد الخ ممنوع فإنا نرى كثيرا من الصبيان يعرف ذلك من غير اشتغال بعلم الفقه ، بل بالسماع من الثقات ، وكثرة المباشرة بالمعاملات ، ثم قد يقام التمكن من الشئ مقام ذلك الشئ كما سبق فى مباحث عدم قبول شهادة الأعمى فى هذا الكتاب ، وأما فيما نحن فيه فالتمكن من المعرفة بالعقل وذلك موجود فى الصبى الذى كلامنا فيه فليتأمل اه .

قلت : والظاهر أن مرادهم أن يعرف أن الخمسة فيما قيمته عشرة مثلا غبن فاحش ، وأن الواحد فيها يسير فإن من لم يدرك الفرق بينهما غير عاقل كصبى دفع له رجل كعبا ، وأخذ ثوبه فإذا فرح به ، ولا يعرف أنه مغبون فى ذلك لايصح تصرفه أصلا . وقدمنا عن البحر أن مايرجع إلى الوكيل العقل فلا يصح توكيل مجنون وصبى لايعقل الخ ، وصريح عبارة المصنف وغيره يدل على عدم صحة توكيل المجنون لكن فى المقدسى ، ولو وكل مجنونا بطلاق امرأته فقبل الوكالة فى حال جنونه ، ثم أفاق فهو على وكالته لأن الإفاقة تزيد التمكن من التصرف ، ولا تزيل الثابت .

قلت : وفيه بحث لأن قبول المجنون لغو فلم يثبت اه .

قلت : يؤيد هذا البحث أن هذا الفرع مخالف للمتون التى هى معتمد المذهب وإن أريد به من يعقل البيع والشراء كما ذكرنا فهذا ليس بمجنون بل كصبى محجور .

وفى الواقعات الحسامية : الوكيل إذا اختلط عقله بشراب نبيذ ويعرف الشراء والقبض جاز على الموكل شراؤه ولو اختلط ببنج ويعرف الشراء لم يجز وهو كالمعتوه اه .

قال المقدسى : يشكل نفاذ تصرفه على الموكل لأنا عاملناه معاملة الصحيح زجرا له ولا ذنب للموكل حتى ينصرف الزجر له ، ويعامل عليه بنفاذ فعل الوكيل المذكور عليه . ثم رأيت بحثى هذا منقولا قال قاضيخان: إن أبا سليمان الجوزجانى قال يجوز على الموكل وقال غيره : لايسرى عليه وعلل بما ذكرته فليراجع اه .

قال فى جامع أحكام الصغار : فإن كان الصبى مأذونا فى التجارة فصار وكيلا بالبيع بثمن حال أو مؤجل ، فباع جاز بيعه ولزمته العهدة وإن كان وكيلا بالشراء ، فإن كان بثمن مؤجل لاتلزمه العهدة قياسا واستحسانا وتكون العهدة على الأمر حتى أن البائع يطالب الآمر بالثمن دون الصبى ، وإن وكله بالشراء بثمن حال فالقياس أن لاتلزمه العهدة وفى الاستحسان تلزمه اه .

محجورا) لايخفى أن الكلام الآن فى صحة الوكالة لا فى صحة بيع الوكيل فلذا لم يقل ويقصده تبعا للكنز

قال فى البحر : وقوله : أى صاحب الكنز إن لم يكن محجورا شامل للحر الذى لم يحجر عليه لسفه ، والعبد المأذون والصبى المأذون ولم يذكر شارحوا الهداية المحجور عليه بالسفه هنا ، وإنما زدته هنا لدخوله تحت المحجور عليه فى كلامهم ، ولقول قاضيخان فى الحجر أن المحجور عليه بالسفه بمنزلة الصبى إلا فى أربعة فلاتلزمه عهدة كهو وظاهر كلام المصنف أن العهدة على المأذون مطلقا ، وفصل فى الذخيرة بين أن يكون وكيلا بالبيع فالعهدة عليه ، سواء باع بثمن حال أو مؤجل ، وبين أن يكون وكيلا بالشراء ، فإن كان بثمن مؤجل فهى على الموكل ، لأنه فى معنى الكفالة وإن كان بثمن حال فهى على الوكيل لكونه ضمان ثمن اه . وخالف فى الإيضاح : فيما إذا اشترى بثمن مؤجل فجعل الشراء له لا للموكل لا أن الشراء للموكل والعهدة عليه كما فى الذخيرة ، وإيضاحه فى الشرح : أى الزيلعى ، وقيد بقوله إن لم يكن محجورا لأن المحجور تتعلق الحقوق بموكله كالرسول والقاضى وأمينه ولو قبضه مع هذا صح قبضه لأنه هو العاقد فكان أصيلا فيه ، وانتفاء اللزوم لايدل على انتفاء الجواز ثم العبد إذا أعتق تلزمه تلك العهدة والصبى إذا بلغ لاتلزمه لأن المانع المولى مع أهليته . وقد زال وفى الصبى حق نفسه ، ولا يزول بالبلوغ ولو وقع التنازع فى كونه محجورا أو مأذونا حال كونه وكيلا لم أره .

وفى الخانية من الحجر : عبد اشترى من رجل شيئا فقال البائع : لا أسلم إليك المبيع لأنك محجور وقال العبد : أنا مأذون كان القول قول العبد ، فإن أقام البائع بينة على أن العبد أقر أنه محجور قبل أن يتقدم إلى القضاء بعد الشراء لم تقبل بينته ، ثم قال عبد باع من رجل شيئا ثم قال : هذا الذى بعتك لمولاى وأنا محجور وقال المشترى بل أنت مأذون كان القول قول المشترى ولا يقبل قول العبد اه .

وحاصلهما : أن القول لمن يدعى الإذن لأن الأصل النفاذ وإقدامهما يدل عليه ، ومن هنا يقع الفرق بينهما وبين ما إذا كان وكيلا ، فإن النفاذ حاصل بدون الإذن ولزوم العهدة بشىء آخر فينبغى أن يقبل قول العبد أنه محجور عليه لتنتفى العهدة عنه اه (قوله محجورا) صفة لهما وهو من باب التنازع يعنى بأن يكون كل واحد منهما محجورا وأفرده بالعطف بأو ، والأولى بالواو قال فى الإصلاح : وصبيا وعبدا محجورين وقدمنا عن ابن الكمال أنه قال وأما على قول الإمام ، فالشرط أن يكون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل ، والعبد المحجور والصبى لايملكان التصرف ، فكيف صح توكيلهما ويجاب بأن العبد يملك التصرف لكمال أهليته ، وإنما يمتنع لأنه لامال له وتصرفه واقع فى مال مولاه ، فتوقف على إذن المولى ، لأنه لايتصرف فى ماله بدون إذنه ، فإذا كان من أهل التصرف جاز توكيله ، ولا ترجع الحقوق إليه لئلا يستضر به مولاه وكذا الصبى من أهل التصرف بصحة عبارته ، ووجود عقله إلا أنه يمتنع ذلك لقصور فى رأيه خشية أن يضر بنفسه فجاز أن يباشر العقد بغيره برأى ذلك الموكل ولا ترجع الحقوق إليه كذلك وفى الشمنى ، وعن أبى يوسف أن المشترى إذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبى محجور أو عبد محجور له خيار الفسخ ، وإن كانا مأذونين لزمهما الثمن ورجعا به على الآمر استحسانا (قوله فلذا لم يقل ويقصده) أى البيع احترازا عن بيع الهازل والمكره كما ذكره صاحب الهداية .

قال يعقوب باشا بعد كلام : والأولى أن قوله ويقصده تأكيد لقوله يعقد والعطف عطف تفسير ، لأنه بالقصد يعلم كمال العقد كما لايخفى فليتأمل (قوله تبعا للكنز) مفعول لأجله عامله لم يقل أو حال من فاعله أى

ثم ذكر ضابط الموكل فيه فقال

حال كونه تابعا للكنز فى عدم القول أشار بهذا إلى ماوقع فى الهداية وغيرها من زيادة إنما هو للاحتراز عن بيع المكره ، والهازل فإنه لايقع عن الآمر .

قال فى البحر : هذا خارج عن المقصود لأن الكلام فى صحة التوكيل وهذا فى صحة بيع الوكيل فلذا تركه المصنف اه . وهذا معنى قول الشارح هنا تبعا للكنز أى تابعا للكنز فى تركه هذا القول (قوله ثم ذكر ضابط الموكل فيه) أى ماذكره المصنف ضابط لاحد فلا يرد عليه أن المسلم لايملك بيع الخمر ، ويملك تمليك الذمى به لأن إبطال القواعد بإبطال الطرد لا العكس ، ولا يبطل طرده عدم توكيل الذمى مسلما ببيع خمره وهو يملكه لأنه يملك التوصل به بتوكيل الذمى به فصدق الضابط ، لأنه لم يقل كل عقد يملكه يملك توكيل كل أحد به بل التوصل به فى الجملة ، وإنما يرد عليه توكيل الوكيل بلا إذن وتعميم ، فإنه يملك العقد الذى وكل به ، ولا يملك التوكيل به وأجابوا بأن المراد لنفسه لكن يرد عليه الأب والجد يملكان شراء مال ولده الصغير ولا يملكان التوكيل به كما فى السراج . وفى التبيين قبيل الغصب : إنه يصح فلا يرد .

قال شيخنا : ثم ظهر لى تسليم الورود وأنه لامخالفة بين مافى السراج والتبيين ، وذلك أن مافى السراج من أنه لايملك تملك مال ولده بالتوكيل بشرائه أى قصدا وما فى التبيين إنما ملك تملكه لكونه فى ضمن التوكيل ببيعه ، فملك الشراء ممن وكله بالبيع اه بأن قال الأب لشخص : وكلتك ببيع عبد ابنى منى ، ويرد عليه الاستقراض أيضا فإنه يباشره بنفسه لنفسه ، ولا يملك التوكيل به ، فيقع للوكيل والجواب منع عدم صحته به لما فى الخانية إن وكل بالاستقراض ، فإن أضاف الوكيل الاستقراض إلى الموكل كان للموكل وإلا كان للوكيل اه .

وفى البزازية : استقرض منه ألفا وأمره أن يعطيه رسوله فلانا ، وزعم المقرض الإعطاء ، وأقر الرسول أى بالقبض وأنكر المستقرض دفع المقرض لايلزم المستقرض شىء اه وهل يلزم الرسول الجواب لا لأنه أمين يقبل قوله فى حق براءة نفسه لا فى لزوم الدين ذمة المستقرض كرسول المديون بالدين إلى الدائن إذا أنكر وصوله إليه ، وادعى الرسول إيصاله إليه يقبل قوله فى حق براءة نفسه لا فى حق الدين تأمل ، ثم قال بعده : صح التوكيل بالإقراض لا بالاستقراض وفى القنية التوكيل بالاستقراض لايصح والتوكيل بقبض القرض يصح بأن يقول لرجل : أقرضنى ثم يوكل رجلا بقبضه يصح اه .

قال فى الحواشى اليعقوبية : ولا يرد الاستقراض ، لأن محل العقد من شروطه وليس بموجود فى التوكيل بالاستقراض ، لأن الدراهم التى يستقرضها الوكيل ملك المقرض ، والأمر بالتصرف فى ملك الغير باطل ، وهذا من باب التخلف لمانع وقيد عدم المانع فى الأحكام الكلية غير لازم ، وعن أبى يوسف أن التوكيل بالاستقراض جائز ، فعلى هذا لانقض به على مذهبه فليتأمل اه .

قال فى أواخر الفصل التاسع والعشرين من نور العين : برمز جف بعث رجلا ليستقرضه فأقرضه فضاع فى يده ، فلو قال : أقرض للمرسل ضمن مرسله ، ولو قال : أقرضنى للمرسل ضمن رسوله .

والحاصل : أن التوكيل بالإقراض جائز لا بالاستقراض والرسالة بالاستقراض تجوز ولو أخرج وكيل الاستقراض كلامه مخرج الرسالة يقع القرض للآمر ولو مخرج الوكالة بأن أضافه إلى نفسه يقع للوكيل وله منعه من آمره .

يقول الحقير : إنما لم يجوزوا التوكيل بالاستقراض ظنا أنه لامحل فيه لعقد الوكالة ، وقد أطال شراح الهداية

(بكل مايباشره) الموكل (بنفسه) لنفسه فشمل الخصومة فلذا قال (فصح بخصومة فى حقوق العباد برضا الخصم

الكلام فى هذا المقام ، وفى زمان تدريسى كنت كتبت فى هذا المبحث رسالة طويلة الذيول لطيفة بحيث قبلها كثير من الفحول وحاصلها أن محل العقد فيه عبارة الموكل كما فى التوكيل بالنكاح ونحوه مما يكون فيه الوكيل سفيرا محضا فلا بأس أصلا بأن تسمى الرسالة بالاستقراض وكالة كما تسمى الرسالة بالنكاح ، ونحوه وكالة ويؤيد ماذكرناه ماقال الإمام الكاشانى فى البدائع ويجوز التوكيل فى الاستقراض والقرض ، وماقال الإمام الزيلعى أيضا فى شرح الكنز ؛ وعند أبى يوسف أن التوكيل بالاستقراض جائز لايقال لو كان وكالة لما دفع للموكل فيما إذا أضافه إلى نفسه لأنا نقول حال الوكالة بالشراء أيضا كذلك ، لأن الوكيل بشراء شىء لابعينه إذا شراه يكون هو له إلا أن ينوى الشراء لموكله إذا العقد إلى دراهم موكله كما ذكره فى الهداية وغيرها والله تعالى أعلم انتهى (قوله بكل) متعلق بقول الماتن أول الباب التوكيل صحيح أى التوكيل صحيح بكل شىء يباشره الموكل ولما ورد عليه الوكيل ، فإنه ليس له أن يوكل غيره مع أنه يباشر بنفسه دفعه الشارح بقوله لنفسه (قوله لنفسه) جواب عما يقال إن الوكيل يملك التصرف فيما وكل فيه مع أنه لايملك التوكيل إلا بتفويض أو نص وحاصل الجواب أن الوكيل يملك التصرف لغيره لالنفسه ح .

فإن قلت : أنه يوكل بإذن مع أنه لايصدق عليه التعريف يجاب بأنه إذا وكل بإذن صار الوكيل الثانى وكيلا عن الموكل الأول والموكل الأول يباشر لنفسه وأورد على هذا القيد الأب والوصى ، إذا وكلا فى مال الصبى فإنه يصح مع أنهما يتصرفان فيه لغيرهما فراجع ويرد عليه الاستقراض ، فإنه يجوز أن يباشره لنفسه لالغيره . ولا يجوز أن يوكل فيه غيره كما تقدم بيانه مفصلا .

والجواب: أن عقد القرض لايفيد الملك بمجرده بل لابد من القبض أيضا فلو صح التوكيل به لكان توكيلا بقبض مالم يملك للموكل ، وهو لايجوز وفى معين المفتى يشكل على الأصل المذكور أنه لايجوز توكيل الأب أنه يزوج بنته الصغيرة بأقل من مهر المثل كما فى القنية .

أقول : لاإشكال فإنه لم يوكله بأن يزوجها بأقل من مهر مثلها وإنما وكله بتزويجها فزوجها بأقل من مهر مثلها كما هو صريح عبارة القنية فتأمل ، وأورد أيضا أن المأذون بالنكاح يباشره لنفسه ، ومع ذلك ليس له أن يوكل غيره وأجيب بأنه وكيل عن سيده فى العقد (قوله فشمل الخصومة) تفريع على قوله بكل مايباشره ، وهو أولى من قول الكنز بكل مايعقده لشموله العقد وغيره كالخصومة والقبض كما فى البحر (قوله فصح بخصومة) هى فى لغة الجدل والخصم المخاصم والجمع خصوم وقد يكون للجمع والإثنين والمؤنث وفى الشرع الجواب بنعم أولا وفسرها فى الجوهرة بالدعوى الصحيحة أو الجواب الصريح (قوله فى حقوق العباد) شمل بعضها معينا وجميعها كما فى البحر وفيه عن منية المفتى ، ولو وكله فى الخصومة له لاعليه فله إثبات ماللموكل ، فلو أراد المدعى عليه الدفع لم يسمع وإذا أثبت الحق على الموكل لم يلزمه ولا يحبس عليه ، ولو كان وكيلا عاما لأنها لم تنتظم الأمر بالأداء ، ولا الضمان .

فالحاصل : أنها تتخصص بتخصيص الموكل وتعمم بتعميمه ، ولا يقبل من الوكيل بينة على وكالته من غير خصم حاضر ولو قضى بها صح لأنه قضاء فى مختلف فيه وفيه عن البزازية ، ولو وكله بكل حق هو له وبخصومته فى كل حق له ولم يعين المخاصم به والمخاصم فيه جاز اه وتمامه فيه (قوله برضا الخصم) أطلق فيه فشمل الطالب والمطلوب كما شملهما الموكل والشريف والوضيع . قال الإمام قاضيخان : التوكيل بالخصومة لايجوز عند أبى حنيفة سواء كان التوكيل من قبل الطالب أو من قبل المطلوب اه .

وجوازه بلا رضاه وبه قالت الثلاثة وعليه فتوى أبي الليث وغيره واختاره العتابي وصححه في النهاية والمختار للفتوى تفويضه للحاكم درر

قال في البزازية : وأصله أن التوكيل بلا رضا الخصم من الصحيح المقيم طالبا كان أو مطلوبا وضيعا أو شريفا إذا لم يكن الموكل حاضرا في مجلس الحكم لايصح عند الإمام : أي لايجبر خصمه على قبول الوكالة وعندهما والشافعي يصح أي يجبر على قبوله وبه أفتى الفقيه ، وقال العتابي وهذا هو المختار وبه أخذ الصفار انتهى ويأتي تمامه :

أقول : ويقول أبي حنيفة أفتى الرملي قائلا ، وعليه المتون واختاره غير واحد والمحبوبي والنسفي وصدر الشريعة وأبو الفضل المعلى ورجح دليله في كل مصنف فلزم العمل به ولا سيما في هذا الزمان الفاسد كما في الخيرية .

أقول : لكن العمل الآن على صحة التوكيل وإن لم يرض به الخصم وبه صدر أمر السلطان نصره الرحمن كما في ١٥١٦ من المجلة (قوله وجوازه بلا رضاه) قال في الهداية : ولا خلاف في الجواز وإنما الخلاف في اللزوم ومعناه أنه إذا وكل من غير رضاه هل يرتد برده أو لا فعند أبي حنيفة نعم وعندهما لا ويجبر فعلى هذا يكون قوله لايجوز التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم مجازا لقوله ، ولا يلزم ذكر الجواز وأراد اللزوم فإن الجواز لازم للزوم ، فيكون ذكر اللازم وأراد الملزوم وفيه نظر لأنا لانسلم أن الجواز لازم للزوم عرف ذلك في أصول الفقه سلمناه ، لكن ذلك ليس بمجاز ، والحق أن قوله لايجوز التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم ، بل إن رضي به الخصم صح ، وإلا فلا حاجة إلى قوله : ولا خلاف في الجواز وإلى التوجيه بجعله مجازا لها أن التوكيل تصرف في خالص حقه : أي في حق الموكل وهذا لأنه وكله إما بالجواب أو بالخصومة وكلاهما حق الموكل ، فإذا كان كذلك ، فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بتقاضي الديون أي بقبض الديون ، لأنه وكله بالجواب والخصومة لدفع الخصم عن نفسه وذلك حقه لامحالة والتصرف في خالص حقه لايتوقف على رضا غيره كالتوكيل بالتقاضي أي بقبض الديون وإيفائها ، ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى أنا لا نسلم أنه تصرف في خالص حقه ، فإن الجواب مستحق على الخصم ، ولهذا يستحضره في مجلس القاضي والناس يتفاوتون في الخصومة وفي جوابها ، فرب إنسان يصوز الباطل بصورة الحق ، ورب إنسان لايمكنه تمشية الحق على وجهه فيحتمل أن الوكيل ممن له حذق في الخصومات فيتضرر بذلك الخصم ، فيشترط رضاه والمستحق للغير لايكون خالصا له سلمنا خلوصه له لكن تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره ، وههنا ليس كذلك ، لأن الناس متفاوتون في الخصومة . فلو قلنا بلزومه : أي التوكيل بالخصومة لتضرر به الخصم ، فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك إذا كاتبه أحد الشريكين فإنها تتوقف على رضا الآخر وإن كان تصرفا في خالص حقه لمكان ضرر الشريك الآخر بين أن يرضى به وبين أن يفسخه دفعا للضرر عنه ، فيتخير بين القضاء والفسخ ، وعلى هذا فإذا كانت الوكالة برضا الخصم كانت لازمة بالاتفاق ، فلا ترتد برد الخصم ويلزمه الحضور . والجواب بخصومة الوكيل وإذا كانت بلا رضاه صحت ، ولكن يقبل عند الإمام الارتداد برده ولا يلزمه الحضور والجواب بخصومة الوكيل كما في الشروح (قوله والمختار للفتوى تفويضه للحاكم) أي القاضي بحيث أنه إذا علم من الخصم التعنت في الإباء عن قبول التوكيل ، لايمكنه من ذلك وإن علم من الموكل قصد الإضرار لخصمه بالحيل كما هو صنيع وكلاء المحكمة

(إلا أن يكون) الموكل (مريضا) لايمكنه حضور مجلس الحكم بقدميه ابن كمال (أو غائبا مدة سفر أومريدا له) ويكفي قوله أنا أريد السفر ابن كمال

لايقبل منه التوكيل إلا برضاه وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي ، كذا في الكافي ونحوه في الزيلعي ، وزاد في معراج الدراية وبه أخذ الصفار وقال الإمام السرخسي : إذا علم القاضي التعنت من المدعي في إباء التوكيل يفتي بالقبول بغير رضاه وهو الصحيح وفي الخلاصة قال شمس الأئمة الحلواني في أدب القاضي المفتي مخير في هذه المسألة إن شاء أفتى بقول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، وإن شاء أفتى بقولهما ، ونحن نفتي أن الرأى إلى القاضي اه هذا في قضاتهم لما علموا من أحوالهم من الصلاح والدين أما قضاة زماننا ، فلا يلاحظون ماقالوه بيقين ، بل قصدهم حصول المحصول . ولو علموا من الوكيل التزوير والإضرار في الدعوى وفي غاية البيان الأولى أن لايحضر مجلس الخصومة بنفسه عندنا ، وعند العامة وقال البعض الأولى أن يحضر بنفسه لأن الامتناع من الحضور إلى مجلس القاضي من علامات المنافقين والجواب الرد من المنافقين والإجابة من المؤمنين اعتقادا اه .

وفي خزانة المفتين : وإذا وكله بالخصومة عند القاضي فلان كان للوكيل أن يخاصمه إلى قاض آخر ولو وكله بالخصومة إلى فلان الفقيه لم يكن له أن يخاصمه إلى فقيه آخر اه .

أقول : وكأن وجهه أنه جعل هذا الفقيه حكما فلا يكون الآخر حكما بدون أمره بخلاف القاضي الآخر فإن ولايته ثابتة وإن لم يأمر تأمل (قوله إلا أن يكون الموكل مريضا) أى فيلزم التوكيل من غير رضا الخصم ووجه لزوم التوكيل بلا توقف على رضا الخصم إذا وجد عذر من مرض ونحوه أن جواب خصمه حينئذ غير مستحق عليه أبو السعود (قوله لا يمكنه حضور مجلس الحكم بقدميه) سواء كان مدعيا أو مدعى عليه ، وإن قدر على الخصومة على ظهر دابة أو إنسان ، فإن زاد مرضه بذلك لزم توكيله فإن لم يزدد فالصحيح لزومه بزازية وفي الجوهرة أما المريض الذي لا يمنعه المرض من الحضور وهو كالصحيح اه فالمفهوم فيه تفصيل ط لكن في الشمني ومنلا مسكين : يلزم منه بلا رضاه وإن كان لا يزيده الركوب مرضا في الأصح وظاهره المخالفة لما في البزازية ، ووجه المخالفة ما ذكره السيد الحموي حيث قال : وظاهره أنه لو لم يزد مرضه بالركوب لا يصح توكيله .

قلت : هذا الظاهر إنما يتم لو كان المراد بالصحيح ما قابل الفاسد ولا يتعين إذ يحتمل أن يراد به ما قابل الأصح وعليه فلا تخالف ألا ترى إلى ما ذكره في العناية في بحث الاختلاف بين الرازي والكرخي فيما إذا اختلف الزوجان في المهر، فإنهما لا يتحالفان في الوجوه كلها أى فيما إذا شهد مهر المثل له أولها أولم يشهد لواحد منهما واختلف شراح الهداية في الترجيح ففي النهاية ذكر أن قول الرازي أصح وغيره من الشارحين ذكر أن قول الكرخي هو الصحيح ، فقال في العناية : إن أرادوا بقولهم هو الصحيح أن غيره يجوز أن يكون أصلح فلا كلام وإن أرادوا أن غيره فاسد فالحق ماقاله في النهاية الخ (قوله أو غائبا مدة سفر) قيد بمدة السفر لأن مادونها كالحاضر كذا في الجوهرة :

وفي المحيط : إن كان الموكل مريضا أو مسافرا ، فالتوكيل منهما لايلزم بدون رضا الخصم بل يقال للمدعي إن شئت جواب خصمك فاصبر حتى يرتفع العذر ، وإن لم تصبر فسبيلك الرضا بالتوكيل ، فإذا رضي لزمه التوكيل برضاه في ظاهر الرواية اه وهو خاص بتوكيل المدعى كما لا يخفى بحر (قوله أو مريدا له الخ) قال

أو مخدرة) لم تخالط الرجال كما مر (أو حائضا) أو نفساء (والحاكم بالمسجد) إذا لم يرض الطالب بالتأخير بحر (أو محبوسا من غير حاكم) هذه (الخصومة) فلو منه فليس بعذر

فى البحر وإرادة السفر أمر باطنى فلا بد من دليلها وهو إما تصديق الخصم بها أو القرينة الظاهرة ، ولا يقبل قوله إنى أريد السفر لكن القاضى ينظر فى حاله وفى عدته فإنها لا تخفى هيئة من يسافر كذا ذكره الشارح وفى البزازية ، وإن قال أخرج بالقافلة الفلانية سألهم عنه كما فى فسخ الإجارة اهـ وفى خزانة المفتين وإن كذبه الخصم فى إرادته السفر يحلفه القاضى بالله أنك تريد السفر اهـ والمتأخرون من أصحابنا اختاروا للفتوى أن القاضى إن علم التعنت من إبائه من قبول التوكيل لا يمكنه من ذلك وإن علم من الموكل قصد الإضرار بالخصم لا يقبل منه التوكيل إلا برضاه فقول الشارح بعد ، ويكفى قوله إذا أريد السفر محمول على ما إذا صدقه الخصم (قوله أو مخدرة) فإنه يلزم التوكيل منها كما قاله الإمام الكبير أبو بكر الجصاص أحمد بن على الرازى ، لأنها لو ضرت لم تستطع أن تنطق بحقها لحيائها فيلازم توكيلها أو يضيع حقها . قال المصنف : وهذا شيء استحسنه المتأخرون يعنى أما على ظاهر إطلاق الأصل وغيره عن أبى حنيفة لا فرق بين البكر والثيب المخدرة والبرزة والفتوى على ما اختاروه من ذلك ، وحينئذ فتخصيص الإمام الرازى ثم تعميم المتأخرين ، ليس إلا لفائدة أنه المبتدىء بتفريع ذلك وتبعوه كذا فى النتح ، والمخدرة لغة : من الخدر كالأخدار والتخدير بفتح الخاء الزام البنت الخدر بكسر الخاء وهو ستر يمد للجارية فى ناحية البيت وهى مخدورة ومخدرة ، وفى الشرع . هى التى لم تجر عادتها بالبروز ومخالطة الرجال قال الحلوانى : والتى تخرج فى حوائجها برزة وذكر فى النهاية فى تفسيرها عن البزدوى أنها التى لا يراها غير المحارم من الرجال ، أما التى جليت على المنصة فرآها الرجال لا تكون مخدرة قال فى الفتح : وليس هذا بحق بل ما ذكره المصنف من قوله : وهى التى لم تجر عادتها بالبروز فأما حديث المنصة فقد يكون عادة للعوام فيفعله بها والدها ثم لم (١) يعد لها بروز ومخالطة فى قضاء حوائجها بل يفعله لها غيرها لزم توكيلها لأن فى إلزامها بالجواب تضييع حقها ، وهذا شيء استحسنه المتأخرون وعليه الفتوى ، ثم إذا وكلت فلزمها يمين بعث الحاكم إليها ثلاثة من العدول يستحلفها أحدهم ويشهد الآخران على يمينها أو نكولها اهـ (قوله لم تخالط الرجال) أى لغير حاجة ، لأن الخروج للحاجة التى لا تخرج عن التخدير يلزمه مخالطة الرجال غالبا والخروج للحاجة لا يقدح فى تخديرها مالم يكثر بأن تخرج لغير حاجة بزازية ، وفيها والتى تخرج إلى حوائجها والحمام مخدرة إذا لم تخالط الرجال على ما ذكره فى الفتوى وكلام الحلوانى هذا محمول على المخالطة بالرجال اهـ وليس للطالب مخاصمة مع زوجها ، ولكن لا يمنعه الزوج من الخصومة مع وكيل امرأته أو معها كذا فى خزانة المفتين ولو اختلفا فى كونها مخدرة ، فإن كانت من بنات الأشراف فالقول لها بكرا أو ثيبا لأنه الظاهر من حالها وفى الأوساط قولها لو بكرا وفى الأسافل لا يقبل قولها فى الوجهين كذا فى البحر ، ومثله فى البزازيه وسيأتى فى كلام المصنف قريبا (قوله كما مر) أى فى باب الشهادة على الشهادة من أنها التى لا تخالط الرجال وإن خرجت لحاجة وحمام (قوله أو حائضا أو نفساء الخ) قال فى خزانة المفتين ومن الأعذار الحيض أو النفاس إذا كان القاضى يقضى فى المسجد وهذه المسئلة على وجهين إما أن تكون طالبة أو مطلوبة فإن كانت طالبة قبل منها التوكيل وإن كانت مطلوبة إن أخرها الطالب حتى يخرج القاضى من المسجد ، لا يقبل منها التوكيل بغير رضا الخصم الطالب ، لأنه لا عذر لها إلى التوكيل ، وإن لم يؤخرها قبل منها التوكيل اهـ بزيادة من الجوهرة (قوله إذا لم يرض الطالب بالتأخير) أما إذا رضى به فلا يكون عذرا (قوله فلو منه فليس بعذر) لأنه يخرجه فيجيب

---

(١) (قوله ثم لم) كذا بالأصل ولعله ثم إن لم تأمل اهـ مصححه .

بزازية بحثا (أو لا يحسن الدعوى) خانية (لا) يكون من الأعذار (إن كان الموكل شريفا خاصم من دونه) بل الشريف وغيره سواء بحر (وله الرجوع عن الرضا قبل سماع الحاكم الدعوى) لا بعده.

عن الدعوى، ثم يعاد ولو مدعيا يدعى إن لم يؤخر دعواه ثم يعاد اه بحر (قوله بزازية بحثا) عبارتها وكونه محبوسا من الأعذار يلزمه توكيله، فعلى هذا لو كان الشاهد محبوسا له أن يشهد على شهادته.

قال القاضى: إن فى سجن القاضى لايكون عذرا لأنه يخرجه حتى يشهد، ثم يعيدوه على هذا يمكن أن يقال فى الدعوى أيضا كذلك بأن يجيب عن الدعوى ثم يعاد اه.

قلت: ولا يخفى أنه مفهوم عبارة المصنف وهى ليست من عنده بل واقعة فى كلام غيره والمفاهيم حجة. بل صرح به فى الفتح حيث قال: ولو كان الموكل محبوسا فعلى وجهين إن كان فى حبس هذا القاضى لايقبل التوكيل بلا رضاه لأن القاضى يخرجه من السجن ليخاصم ثم يعيده. وإن كان فى حبس الوالى ولا يمكنه من الخروج للخصومة يقبل منه التوكيل اه.

أقول: وفى زماننا لايمنع الوالى من حبس فى محبسه من الخروج لخصومة له أو عليه عند القاضى بل يخرج مع محافظ فى كل وقت طلبه القاضى ويعود للحبس على أنه صار المحبس واحدا (قوله أو لايحسن الدعوى) بأن علم القاضى أنه عاجز عن بيان الخصومة بنفسه (قوله خانية) عبارتها: ويجوز للمرأة المخدرة أن توكل، وهى التى لم تخالط الرجال بكرا كانت أو ثيبا كذا ذكر أبو بكر الرازى. وعليه الفتوى. وكذا إذا علم القاضى أن الموكل عاجز عن البيان فى الخصومة بنفسه يقبل منه التوكيل.

[تتمة]: يلزم التوكيل إذا كان الموكل حاضرا مع الوكيل فى المجلس. وطريق إثبات الوكالة بالخصومة أن يشهدوا بها على غريم الموكل سواء كان منكرا للوكالة أو مقرا بها ليتعدى إلى غيره. كما فى الخزانة. ولا تقبل الشهادة على المال حتى تثبت الوكالة. وفى القنية: لاتقبل من الوكيل بالخصومة بينة على وكالته من غير خصم حاضر ولو قضى بها صح لأنه قضاء فى المختلف اه.

قال قاضيخان: وكله بقبض فأقر المديون بوكالته، وأنكر الدين فبرهن عليه الوكيل لايقبل إذ البينة لاتقبل إلا على خصم، وبإقرار المديون لم تثبت الوكالة فلم يكن خصما ألا ترى أنه لو أقر بالوكالة فقال الوكيل: إنى أبرهن على وكالتى مخافة أن يحضر الطالب، وينكر الوكالة تقبل بينته ولو قامت على المقر. وكذا وصى أقر المديون بوصايته، وأنكر الدين فأثبت الوصى وصايته ببينة تقبل وكذا من ادعى دينا على الميت. وأحضر وارثا فأقر الوارث بالدين فقال المدعى: أنا أثبت ببينة فبرهن يقبل نور العين. وفى التنقيح فى صك كتب فيه أقر زيد وجماعة من أهالى قرية كذا فزيد بالأصالة عن نفسه وبالوكالة عن جماعة آخرين من أهل القرية بشهادة فلان وفلان، والجماعة الأولون عن أنفسهم أن عليهم، وعلى الموكلين لعمرو مبلغا قدره من الدراهم كذا مؤجلا إلى كذا وصدر ذلك لدى حاكم شرعى لم يثبت التوكيل المزبور لديه فى وجه خصم شرعى؛ ثم حل الأجل وطلب عمرو المبلغ من الأصلاء والموكلين وهم يجحدون التوكيل فى ذلك فكيف الحكم.

فأجاب: حيث أنكروا التوكيل المذكور على الوجه المزبور فلا عبرة بمضمون الصك المرقوم فى ثبوت التوكيل بل لابد من إثباته بوجهه الشرعى، والحالة هذه والله تعالى أعلم ثم قال بعد كلام، ولا عبرة بشهادة شهود الوكالة لكونها فى غير وجه خصم قال فى الكافى فى كتاب الشهادات لايجوز إثبات الوكالة والولاية بلا خصم حاضر اه (قوله بل الشريف وغيره سواء بحر) عن خزانة المفتين (قوله وله) أى للمدعى عليه

قنية (ولو اختلفا فى كونها مخدرة إن من بنات الأشراف فالقول لها مطلقا) ولو ثيبا فيرسل أمينه ليحلفها مع شاهدين بحر وأقره المصنف (وإن من الأوساط فالقول لها لو بكرا وإن) هى (من الأسافل فلا فى الوجهين) عملا بالظاهر بزازية (و) صح (بإيفائها و) كذا بـ (استيفائها ،

الرجوع عن الرضا ، ولو بعد مدة والتقييد باليوم فى القنية اتفاقى كما نبه عليه صاحب البحر (قوله قنية) عبارتها لو رضى ثم مضى يوم وقال : لا أرضى له ذلك انتهى وذكره فى شرح المجمع معزيا إليها .

قال فى البحر : والتقييد باليوم اتفاقى وإنما المقصود أن له الرجوع عن الرضا مالم يسمع القاضى الدعوى لما فى القنية أيضا : لو ادعى وكيل المدعى عند القاضى ، ثم أتى بشهود ليقيمها ، ولم يرض الخصم أى المدعى عليه بالوكيل ، ويريد أن يخاصم مع الخصم ليس له ذلك بعد سماع الدعوى على أصل أبى حنيفة . وفى البزازية : ولو وكله بكل حق هو له وبخصومته فى كل حق له ولم يعين المخاصم به والمخاصم فيه جاز اه وإذا وكله بقبض كل حق يحدث له والخصومة فيه جائز أمره فإنه يدخل فيه الدين والوديعة والعارية وكل حق ملكه . أما النفقة فمن الحقوق التى لا يملكها كذا فى الخزانة (قوله ولو اختلفا الخ) أى ولا بينة (قوله إن من بنات الأشراف) أى شرف نسب أو علم ويلحق بذلك بنات الصلحاء والأمراء والأغنياء (قوله فالقول لها مطلقا) أى سواء كانت بكرا أو ثيبا لأنه الظاهر من حالها منح (قوله فيرسل أمينه) أى القاضى يعنى إذا قبل توكيلها ، وتوجه عليه اليمين يرسل أمينه الخ قال فى الفتح : ثم إذا وكلت فلزمها يمين بعث الحاكم إليها ثلاثة من العدول يستحلفها أحدهم ، ويشهد الآخران على يمينها أو نكولها ه

وفى أدب القاضى للصدر الشهيد : إذا كان المدعى عليه مريضا أو مخدرة وهى التى لم يعهد لها خروج إلا لضرورة فإن كان القاضى مأذونا بالاستخلاف بعث نائبا يفصل الخصومة هناك ، وإن لم يكن بعث أمينا وشاهدين يعرفان المرأة والمريض فإن بعثهما ليشهدا على إقرار كل منهما أو إنكاره مع الأمين لينقلاه إلى القاضى ، ولابد للشهادة من المعرفة فإذا شهدا عليها قال الأمين : وكل من يحضر خصمك مجلس الحكم فيحضر وكيله ، ويشهدان عند القاضى بإقراره أو نكوله لتقام البينة على ذلك الوكيل ، ولو توجه يمين على إحداهما عرضه الأمين عليه ، فإن أبى الحلف عرضه ثلاثا فإذا نكل أمره أن يوكل من يحضر المجلس ، ليشهدا على نكوله بحضرته ، فإذا شهدا بنكوله حكم القاضى عليه بالدعوى بنكوله : قال السرخسى هذا اختيار صاحب الكتاب ، فإنه لا يشترط للقضاء بالنكول أن يكون على أثر النكول فأما غيره من المشايخ فشرطوه ، فلا يمكن القضاء بذلك النكول فقال بعضهم : الأمين يحكم عليها بالنكول ، ثم ينقله الشاهدان إلى القاضى مع وكيلهما فيمضيه القاضى ، وقال بعضهم : يقول القاضى للمدعى أتريد حكما يحكم بينكما بذلك ثمة ، فإذا رضى بعث أمينا بالتحكيم إلى الخصم يخبره بذلك فإذا رضى بحكمه وحكم فإن كان مما لا اختلاف فيه نفذ ، وإن كان فيه خلاف توقف على إمضاء القاضى والقضاء بالنكول مختلف فيه فإذا أمضاه نفذ على الكل انتهى (قوله فى الوجهين) أى فيما إذا كانت بكرا أو ثيبا لأن الظاهر غير شاهد لها (قوله عملا بالظاهر) علة لجميع المسائل ، وانظر هل المراد بالشرف العرفى فيدخل أغنياء الدنيا فإنهن بغناهن مصونات عن الخروج ، وإن لم تكن من بنات العلماء ولا آل البيت الظاهر نعم ط (قوله وصح بإيفائها) أى حقوق العباد أى يصح التوكيل بإيفاء جميع الحقوق ، واستيفائها إلا فى الحدود والقصاص ، لأن لكل منهما مباشرة الموكل بنفسه ، فيملك التوكيل به بخلاف الحدود والقصاص فإنها تندرئ بالشبهات ، والمراد بالإيفاء هنا دفع ما عليه وبالإستيفاء القبض ، فيكون معناه صح التوكيل بدفع ما عليه وبقبض ماله منح (قوله وكذا باستيفائها) قال فى المنح : المراد بالإيفاء هنا دفع ما عليه وبالإستيفاء القبض فيكون معناه صح التوكيل بدفع ما عليه ، وبقبض ماله قاله فى البحر .

أما الأول : فمن مسائله قالوا لو وكله بقضاء الدين وكله بأن يدفع الوكيل من مال نفسه إلى دائن الموكل ، فجاء الوكيل وزعم قضاءه وصدقه موكله فيه فلما طالبه وكيله برد ماقضاه لأجله قال الموكل أخاف أن يحضر الدائن وينكر قضاء وكيلي ، ويأخذه مني ثانيا لايلتفت إلى قول الموكل ؛ ويؤمر بالخروج عن حق وكيله فإذا حضر الدائن . وأخذ من الموكل يرجع الموكل على الوكيل بما دفعه إليه ، وإن كان صدقه بالقضاء اهـ وتمامه فيه قال العلامة الحموى نقلا عن العلامة المقدسي : هذا إذا قال : أخاف أن ينكر الدائن القبض فلو قال الدائن : أنكر القبض وطالبني ، هل يكون كما قال : أخاف أو يتوقف ينبغي أنه إن برهن على إنكاره يرجع وإلا فلا لأن الوكيل يبرأ بحلفه كما ذكره في الكافي اهـ أما لودفع إليه دراهم وقال له : اقض بها ديني الذى لزيد فادعى الوكيل الدفع إلى زيد الدائن وكذبه كل من الموكل والدائن فالقول للوكيل في براءة نفسه بيمينه ، والقول للدائن في إنكاره القبض بيمينه أيضا كما في فتاوى قارئ الهداية . وفى البحر أيضا وفى كتاب الحوالة : أمره بقضاء دينه أى من مال نفسه أى مال الوكيل فقال : قضيت وصدقه الآمر فيه ثم حلف الدائن على عدم وصوله إليه ، وأخذه من الآمر لايرجع المأمور بما قضاه بمال نفسه على الآمر لأن الآمر كذب في إقراره حيث قضى عليه بالدين لأن الإقرار إنما يبطل بالحكم على خلافه إذا كان الحكم بالبينة أما بغيرها فلا والصحيح أنه يعلل لعدم رجوع المأمور على الآمر إن المأمور وكيل بشراء مافى ذمة الآمر بمثله ، ونقد الثمن من مال نفسه ، وإنما يرجع على الآمر إذا سلم له ما في ذمته كالمشترى إنما يؤمر بتسليم الثمن إلى الآمر إذا سلم الآمر ماشتراه . أما إذا لم يسلم فلا وذكر القدورى أن رب الدين يرجع على المأمور والمأمور يرجع على المديون بما قضى قال : قضيت دينك بأمرك لفلان فأنكر كونه مديون فلان ، وأمره وقضاءه أيضا والدائن غائب ، فبرهن المأمور على الدين والآمر والقضاء يحكم بالكل ، لأن الدائن وإن غائبا لكنه عنه خصم حاضر ، فإن المدعى على الغائب سبب لما يدعى على الحاضر ، لأنه مالم يقض دينه لا يجب له عليه شيء وبينهما اتصال أيضا ، وهو الأمر وبعد السببية والاتصال ينتصب خصما ، ولو قال : لا تدفع الدين إلا بمحضر فلان ففعل بلا محضره ضمن كذا في البزازية ، ولو ادعى الوكيل أنه دفع بمحضره أو قال : لا تدفع إلا بشهود فادعى دفعه بشهود ، وأنكر الدائن القبض حلف الوكيل أنه دفع بشهود ، فإذا حلف لم يضمن كذا في كافي الحاكم ولو قال : ادفعه بشهود فدفع بغيرهم لم يضمن قال في التتارخانية في أواخر الفصل الحادى عشر عازيا للمحيط : نوع آخر فيما إذا حصل التوكيل بشرط مايجب اعتباره ، ومالايجب الأصل في هذا النوع أن الموكل إذا شرط على الوكيل شرطا مفيدا من كل وجه بأن كان ينفعه من كل وجه ، فإنه يجب على الوكيل مراعاة شرطه أكده بالنفي ، أو لم يؤكده بيانه فيما إذا قال بعه بخيار فباعه بغير خيار لايجوز ، وإن شرط في العقد شرطا لا يفيد أصلا بأن كان لا ينفعه بوجه ، بل يضره لا يجب على الوكيل مراعاته أكده الموكل بالنفي ، أو لم يؤكده بيانه فيما إذا قال : بعه بألف نسيئة أو قال : لاتبعه إلا بألف نسيئة فباعه بألف نقدا يجوز على الأمر ، فإذا شرط شرطا يفيد من وجه ولا يفيد من وجه بأن كان ينفع من وجه ولا ينفع من وجه إن أكده بالنفي يجب مراعاته ، وإن لم يؤكده بالنفي لايجب مراعاته .

بيانه : فيما إذا قال بعه في سوق كذا فباعه في سوق آخر ، فإن لم يؤكده بالنفي بأن لم يقل لا تبعه إلا في سوق كذا ، فباعه في سوق آخر ينفذ على الآمر ، وإن أكده بالنفي لا ينفذ على الآمر كافي ولو قال : بعه في السوق لا ينفذ به ، حتى لو باع في داره جاز وعند زفر لا يجوز م .

إلا فى حد وقود

وإذا عرفنا هذه الجملة جئنا إلى تخريج المسائل فنقول : إذا أمره أن يبيع ويشهد على بيعه فإن لم يؤكده بالنفى بأن قال : بع وأشهد فباع ولم يشهد جاز وإن أكده بالنفى بأن قال : لا تبع إلا بالمشهود فباع ولم يشهد لا يجوز وإذا أمره أن يبيع برهن أو كفيل فباع من غير رهن أو من غير كفيل لا يجوز أكده بالنفى أو لم يؤكده وإذا قال : برهن ثقة لم يجز إلا برهن يكون بقيمته وفاء بالثمن أو تكون قيمته أقل مقدار ما يتغابن الناس فيه ، وإذا أطلق جاز برهن قليل وعندهما لا يجوز إلا بنقصان لا يغتابن الناس فيه ، وتمام التفاريع فيها فراجعها ، وأما الثانى : أعنى الوكيل بقبض الدين فيقبل قوله فى قبضه وضياعه ودفعه إلى الموكل ، ويبرأ الغريم ولو كان ممن لا تقبل شهادته للوكيل بخلاف إقراره بقبض الطالب ، ولو وجب على الوكيل بالقبض مثله لمديون موكله وقعت المقاصة ، وكان الوكيل مديون الموكل ، ولا يملك الوكيل بقبضه الإبراء والهبة ، وأخذ الرهن وملك أخذ الكفيل ، بخلاف الوكيل بالبيع حيث ملك الكل وليس للوكيل بالقبض قبول الحوالة ، ويصح التوكيل بالقبض والقضاء بلا رضا الخصم ولا ينعزل بموت المطلوب ، وينعزل بموت الطالب . فلو زعم الوكيل قبضه وتسليمه إلى الطالب حال حياته لم يصدق بلا حجة فإن احتال الطالب بالمال بعد التوكيل على إنسان ليس للوكيل أن يطالب المحيل . والمحتال . فلو توى المال على المحال عليه وعاد الدين على المحيل فالوكيل يملك الطلب ، ولو كان بالمال كفيل أو أخذ الطالب كفيلا بعد التوكيل ليس للوكيل أن يتقاضى الكفيل ، وللوكيل بالقبض قبض بعضه إلا إذا نص على أن لا يقبض إلا الكل معا اه . ما فى البزازية لكن قال فى الأشباه : كل أمين ادعى إيصال الأمانة إلى مستحقها قبل قوله كالمودع والوكيل والناظر إلا فى الوكيل بقبض الدين إذا ادعى بعد موت الموكل أنه قبضه ودفعه له فى حياته لم يقبل إلا ببينة بخلاف الوكيل بقبض العين والفرق فى الولوالجية اه .

وأقول : تعقبه الشرنبلالى أخذا من كلام الولوالجية وغيرها من كتب المذهب بأن دعوى الوكيل الإيصال تقبل لبراءته بكل حال ، وأما سراية قوله على موكله ليبرأ غريمه ، فهو خاص بما إذا ادعى الوكيل حال حياة موكله ، وأما بعد موته فلا تثبت براءة الغريم إلا ببينة أو تصديق الورثة إلى آخر ما ذكره فى الرسالة المسماة [بمنة الجليل فى قبول قول الوكيل] كذا فى حاشية أبى السعود .

قلت : وللعلامة المقدسى أيضا رسالة فى هذه المسألة ذكرها الشرنبلالى فى مجموعــة رسائله عقب الرسالة التى ألفها واستشهد بها على ما ادعاه فارجع إلى تلك الرسالتين ، فقد أشبعنا الكلام فيهما جزاهما الله تعالى خيرا .

والحاصل : أن الوكيل بقبض الدين يخالف الوكيل بالبيع وقبض الثمن فى مسائل ، فلو كفل الوكيل بقبض الثمن المشترى صحت ، ولو كفل الوكيل بالبيع لم تصح كما فى الخانية وتقبل شهادة الوكيل بقبض الدين به على المديون كما فى شهادة البزازية بخلاف الوكيل بالبيع ، ولو باع الوكيل وقبض الثمن ثم رد المبيع بعيب بعد ما دفع الثمن للموكل ، فللمشترى مطالبة الوكيل بخلاف الوكيل بقبض الثمن لا مطالبة عليه كما فى القنية ولا يصح إبراء الوكيل بالقبض ولا حطه ولا أخذه الرهن ولا تأجيله ولا قبول الحوالة بخلاف الوكيل بالبيع (قوله إلا فى حد وقود) أى قصاص فى نفس أو ما دونها وهذا استثناء من قوله : وبإيفائها واستيفائها وقوله بغيبة موكله قيد للثانى فقط ، كما نبه عليه فى البحر . لكن ظاهر كلام الزيلعى ، وصريح كلام العينى ، والفتح قصر المستثنى منه على الاستيفاء حيث قال : وهو استثناء من قوله واستيفائها لامن قوله : وصح التوكيل لأن التوكيل

بغيبة موكله عن المجلس ملتقى (وحقوق عقد لابد من إضافته) أى ذلك العقد

بإثباتهما جائز ، ولكن لا يجوز استيفاؤهما إن غاب الموكل ووجه العدول عما هو الظاهر من كون الاستثناء من كل من الإيفاء والإستيفاء، أن الإيفاء تسليم ظهر القاذف وتسليم نفس الجانى ، وهذا لا يتصور الوكالة فيه كما نقله السيد الحموى عن شرح النقاية آخرا ، لكن نقل أولا عن شرح الطحاوى وما يخالف ذلك ، وأن الاستثناء من كل منهما لكن فى الإيفاء على إطلاقه وفى الإستيفاء إن غاب الموكل عن المجلس ، أما إذا كان حاضرا وأمر باستيفائه فإنه يجوز اه .

واعلم أن ظاهر ما سبق عن العينى صحة التوكيل بإثبات الحد مطلقا . وليس كذلك كما قدمناه . وقدمنا أن ما ذكره الزيلعى من صحة التوكيل بإثبات حد السرقة مخالف لما ذكره قاضيخان بقوله : رجل وكل رجلا بإثبات السرقة إن كان الوكيل يريدالقطع كان باطلا ، وإن كان يريد المال فهومقبول وهو كما لو طلب المسروق منه أن يحلف السارق يقول له القاضى تريد المال أوالقطع إن قال : أريد المال حلفه وإن قال أريدالقطع لا يحلفه الخ اللهم إلا أن يحمل كلام الزيلعى على ما إذا كان الموكل لا يريد القطع بالمال .

واعلم أن جواز التوكيل بإثبات القذف مذهب الإمام ومنعه أبو يوسف وقول محمد مضطرب . وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص غير أن الوكيل لا يقبل عليه لأن فيه شبهة عدم الأمر به وغير خاف أن قصر الاستثناء على الحد والقود يشعر بصحة التوكيل بإثبات التعزير وبه صرح القهستانى عن شرح الطحاوى (قوله بغيبة موكله عن المجلس) هو قيد للاستيفاء فقط إذ الموكل لو كان حاضرا وأمر باستيفائهما يجوز كما فى شرح الطحاوى وغيره ، وعلله فى غاية البيان باحتمال العفو المندوب إليه بخلاف حال حضرته لانعدام الشبهة ، وبخلاف حال غيبة الشهود حيث يستوفيان حال غيبتهم وإن كان رجوعهم محتملا ، لأن الظاهر عدمه احترازا عن الكذب والفسق ، ولم يذكر المؤلف التوكيل بإثباتهما لدخولهما تحت قوله : فصح بخصومة لأن التوكيل بإثباتهما هو التوكيل بالخصومة فيهما ، فهو جائز خلافا لأبى يوسف كما فى العينى : أما التوكيل بإثبات حد الزنا والشرب فباطل اتفاقا إذ لاحق لأحد فيه ، بل تقام البينة حسبة وأما التوكيل باستيفاء التعزير ، فيجوز مطلقا لأنه حق العبد ولا يسقط بشبهة (قوله وحقوق عقد) مبتدأ خبره قوله تتعلق به ، وجملة قوله لابد من إضافته فى محل جر صفة قوله عقد ، والمراد بالإضافة المعنى اللغوى وهو الإسناد بأن يقول بعت أجرت صالحت (قوله لابد من إضافته إلى الوكيل الخ) قال فى البحر والمراد فيما يضيفه الوكيل فى كل عقد لابد من إضافته إليه لينفذ على الموكل ، وليس المراد ظاهر العبارة من أنه قد يضيفه ، وقد لا يضيفه فإن أضافه إلى نفسه تتعلق بالوكيل ، وإن أضافه إلى موكله تتعلق بالموكل كما فهمه ابن ملك فى شرح المجمع لما فى الخلاصة والبزازية وكيل شراء العبد جاء إلى مالكه فقال : بعت هذا العبد من الموكل وقال الوكيل : قبلت لايلزم الموكل لأنه خالف حيث أمره أن لا ترجع إليه العهدة وقد رجع .

قال أبو القاسم الصفار : والصحيح أن الوكيل يصير فضوليا ويتوقف العقد على إجازة الموكل اه . وفى المجمع : وتعلق حقوق العقد فيما يضاف إلى الوكيل به .

قال ابن ملك : قيد بقوله فيما يضاف إلى الوكيل ، لأن الوكيل بالبيع والشراء لو أضاف العقد إلى الموكل ترجع حقوق العقد إلى الموكل اتفاقا كذا فى الفصول اه . فقد ادعي الاتفاق مستندا للفصول فكيف يكون مجرد فهم منه فتأمل .

وفي المجتبي : كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه أراد به أن تصح إضافته إلى نفسه ويستغني عن إضافته إلى الموكل لا أنه شرط ، ولهذا لو أضاف الوكيل بالشراء الشراء إلى الموكل صح بالإجماع ، وقوله : وكل عقد لو أضافه إلى الموكل كالنكاح مراده أنه لا يستغني عن الإضافة إلى موكله ، حتى لو أضافه إلى نفسه لا يصح ، فلفظ الإضافة واحد ومراده مختلف اهـ .

قال الخير الرملي : هذا شاهد لما فهمه شارح المجمع اهـ . وهو بظاهره إقرار لصاحب البحر بأن ما في شرح المجمع فهم من شارحه إلا أن يكون ذكره مجاراة لعبارة البحر هذا ولك أن تنفي المنافاة بين ما في البزازية ، وشرح المجمع بحمل ما في شرح المجمع ، من قوله : لأن الوكيل بالبيع والشراء على النافذين لتبادرهما لغيرهما لا تتعلق حقوقه بالموكل قبل الإجازة لفرعية تعلق الحقوق عن النفاذ ، وليس في عبارة البزازية ما ينفي تعلق الحقوق بالموكل بعد النفاذ بالإجازة فلنلتزمه ليحصل التوفيق. وقد علمت أن عدم تعلق الحقوق بالموكل في مسألة البزازيه إنما تأتي من المخالفة ، فلو صدر التوكيل على وجه ينفي المخالفة بأن أذن له الموكل بإضافة العقد إليه ، فالظاهر نفاذ العقد لعدم المخالفة كما هو مفهوم البزازية وإذا نفذ العقد هل تتعلق بالموكل أو الوكيل ؟ لا شيء في كلام البزازية يدل على إيجابه أو نفيه .

فنقول : تتعلق بالموكل عملا بما في شرح المجمع والمجتبى إذ لم يوجد ما ينافيهما كيف ، وقد ادعيا الاتفاق فتأمله بعين التحقيق فإنه بالتأمل حقيق ليظهر حقيقة الحال ، والله الميسر لبلوغ الآمال . وتوجيه ما في البحر بأن يقال إن عبارة شرح المجمع مطلقة فالظاهر أنها شاملة لصورة المخالفة الواقعة في البزازية ، وأنه إذا أضاف إلى الموكل فيهما ينفذ البيع للحال . وتتعلق الحقوق به مع أن المنقول بخلافه ، وحيث وقع في الفصول الحكم مطلقا كما استند إليه الشارح المذكور فهو مقيد بما في البزازية غير أن الشارح فهمه على إطلاقه ، ولم يقيده بالبيع النافذ وظاهر من كلام البحر : عدم منع الحكم في النفاذ وإذا حملت كلام شارح المجمع على ما قلناه ، وقيدت مستنده بما في البزازية ، وعلمت أن كلام البحر لا ينبو عن الحكم المذكور ارتفع الخلاف كما يشهد بذلك الإنصاف فالمؤاخذة التي وردت على صاحب شرح المجمع من صاحب البحر تستند إلى إطلاق عبارة شارح المجمع لا غير والله تعالى أعلم .

أقول : فما في شرح المجمع مقيد بما إذا أجاز الموكل العقد . فلا ينافي ما ذكره الصفار . وإذا صح هذا التوفيق ظهر الجواب عما نقل عن المقدسي من قوله : ثم إذا أجاز الموكل ذلك هل ترجع الحقوق إلى الوكيل ، لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة اهـ وهذا التعليل مؤيد للتوفيق المتقدم والله أعلم .

وفي حاشية أبي السعود : وتعبير ابن الكمال بقوله يكتفي بالإضافة إلى نفسه صريح في أن إضافته إلى نفسه ليس بلازم خلافا لمن عبر به بلابد كالبحر ، وتبعه المصنف لكن الشارح نقل كلام ابن ملك وأمر بحفظه ، وأيده بقول ابن الكمال المتقدم ورد على المصنف فيما يأتي بقوله فقوله : لابد فيه ما فيه وحينئذ يتجه ما ذكره ابن ملك . ويسقط ما اعترض به في البحر عليه . وما في الخلاصة والبزازية لا ينافي جواز الإضافة إلى كل منهما وإن كان اللزوم على الموكل فيما إذا لم يضف الوكيل العقد إلى نفسه بأن أضافه إلى الموكل يتوقف على صدور الإجازة منه . ثم رأيت في الزيلعي من باب الوكالة بالبيع والشراء التصريح بعدم لزوم إضافة الوكيل في الشراء ونحوه العقد إلى نفسه حيث قال في شرح قول المصنف ، ولو وكله بشراء شيء بعينه لا يشتريه لنفسه

(إلى الوكيل كبيع وإجارة وصلح عن إقرار يتعلق به)

ما نصه بخلاف ما لو وكله أن يزوجه امرأة معينة حيث جاز له أن يتزوج بها ، لأن النكاح الذى أتى به الوكيل غير داخل تحت أمره ، لأن الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف إلى الموكل ، وفى الوكالة بالشراء الداخل فيها شراء مطلق غير مقيد بالإضافة إلى أحد ، فكل شيء أتى به لا يكون مخالفا الخ ، فهذا من الزيلعى صريح فيما ذكره ابن ملك .

واعلم أن قول الزيلعى وفى الوكالة بالشراء الداخل فيها شراء مطلق الخ صريح أيضا فى أن الوكيل إذا أضاف العقد إلى الموكل لا يكون مخالفا ، ويلزمه العقد ولا يتوقف على إجازته خلافا لما سبق عن الخلاصة والبزازية اه ملخصا .

أقول : وفى نور العين رامزا للجامع الأصغر أمره بشراء قن بألف فقال مالكه بعت قنى هذا من فلان الموكل فقال الوكيل : قبلت لزم الوكيل إذا أمره الوكيل أن يقبل عن نفسه ليلزم العهدة على الوكيل فخالف بقبوله على موكله قاضيخان فيه نظر . وينبغى أن يلزم الموكل أو يتوقف على إجازته إذ الوكيل لما خالف صار كأن البائع قال ابتداء: بعت عبدى من فلان بكذا وقال الوكيل: قبلت يتوقف على إجازة الموكل ولا يصير الوكيل مشتريا لنفسه .

يقول الحقير : أصاب فى إيراد النظر لكنه أهمل جانب قوله : يلزم الموكل حيث لم يعلله بل أفاد بما ذكره من تعليل التوقف على الإجازة أنه لا يلزم الموكل بل يتوقف فبين كلاميه تناف غير خاف على ذى فهم صاف ، ثم إن الظاهر أنه لا يتوقف بل يلزم الموكل لما مر فى شراء الفضولى نقلا عن شحى إن الفضولى لو شرى شيئا وأضاف عقد الشراء إلى من شرى له بأن قال لبائعه بعه من فلان . وقبله له يتوقف على فلان، ولو قال شريته لفلان فقال بائعه : بعت أو قال : بعته منك لفلان فقال المشترى : قبلت نفذ على نفسه، ولم يتوقف وهذا لو لم يسبق من فلان التوكيل ولا الأمر فلوسبق أحدهما فشرى الوكيل نفذ على موكله ، وإن أضاف الوكيل الشراء إلى نفسه ، وعلى الوكيل العهدة اه .

يقول الحقير : وظهر بقوله وعلى الوكيل العهدة أن الوكيل لم يخالف موكله كما ظنه الإمام قاضيخان تبعا لصاحب الجامع الأصغر غاية ما فى الباب أن يكون فى المسألة روايتان أو يكون أحد ماذكر فى شرح الطحاوى وفتاوى قاضيخان غير صواب كما لا يخفى على ذوى الألباب اه .

أقول : الذى يظهر أنه لا ينافى إذ التعليل إنما هو للحكم بالتوقف إذ فيه غموض يجب إيضاحه ، ولم يذكر علة لقوله يلزم الموكل إذ لزومه إياه واضح وجهه عنده أو بالنسبة إلى من له مسكة بالفقه ، بل علته ظاهرة إذ الوكيل شرى ما وكله بشرائه موكله فالظاهر لزوم الموكل : وعدم لزومه يحتاج لدليل ، أما اللزوم فلا فليتأمل .

وأقول : ومراده بما فى شرح الطحاوى ما رمزه بقوله شحى وهو موافق لما مر عن الزيلعى فتأمل فى هذا المحل فإنه من مداحض الأقدام والله تعالى أعلم بالصواب (قوله إلى الوكيل) أى إسناده فى الصيغة (قوله وصلح عن إقرار) أى فى دعوى مال ومنفعة لأنه حينئذ يكون بيعا أو إجارة وهذه الأمثلة للعقد ذى الحقوق ، ويأتى أمثلة الحقوق فقط (قوله يتعلق به) أى بالوكيل بخلاف الرسول لأنه يضيف العقد إلى مرسله وبخلاف النكاح لأنه لابد فيه من ذكر الموكل وإسناد العقد إليه عينى ، ولو اختلفا فى كون المشترى رسولا أو وكيلا فالقول

مادام حيا ولو غائبا ابن ملك (إن لم يكن محجوزا كتسليم مبيع

للمشترى والبينة على البائع بحر . وعند مالك والشافعى وأحمد تتعلق بالموكل لأن الحقوق تتعلق بالحكم والوكيل ليس بأصل فيه . فلا يكون أصلا فيها فصار كالرسول ، والوكيل بالنكاح .

ولنا أن الوكيل أصل فى العقد بدليل استغنائه عن إضافته إلى الموكل ولو كان سفيرا كما زعموا لما استغنى ، وإنما جعل نائبا فى الحكم للضرورة . كى لا يبطل مقصود الموكل ولا ضرورة فى حق الحقوق ، ولأن العاقد الآخر اعتمد رجوع الحق إليه فلو لم يرجع لتضرر على تقدير كون الموكل مفلسا أومن لا يقدر على مطالبته عينى (قوله ما دام حيا) أما إذا مات الوكيل . قال الفضلى : تنتقل الحقوق إلى وصيه لا الموكل وإن لم يكن وصى رفع إلى الحاكم ينصب وصيا عند القبض وهو المعقول ، وقيل ينتقل إلى موكله ولاية قبضه فيحتاط عند الفتوى محيط هذا إذا اتفقا على أنه وكيل أما إذا اشترى فقال : الشراء لفلان وقال البائع بل لك فالحكم فيه ما قاله مؤيد زاده اشترى شيئا وقال : كنت رسول فلان ولا ثمن لك على وقال البائع بعته منك فالقول للمشترى ، وفى الخيرية عن الخلاصة : امرأة اشترت شيئا وقالت كنت رسول زوجى إليك ، ولا ثمن لك على وقال البائع : إنما بعت منك والثمن عليك فالقول قولها ، وعلى البائع البينة ونقل مثله عن الخانية ، وكثير من الكتب ثم قال فى البحر : والوكيل بالشراء إذا اشترى بالنسيئة فمات الوكيل حل عليه الثمن ، ويبقى الأجل فى حق الموكل وجزمه هنا يدل على أن المعتمد فى المذهب ما قال إنه المعقول . وقد أفتيت به بعد ما احتطت كما قال فيما سبق اه وتأتى عبارة البحر قريبا (قوله ولو غائبا) فإذا باع وغاب لا يكون للموكل قبض الثمن كما فى البحر (قوله إن لم يكن) أى الوكيل محجوزا فإن كان محجورا كالعبد والصبى المحجورين فإنهما إذا عقدا بطريق الوكالة تتعلق حقوق عقدهما بالموكل إذ لا يصح من المحجور التزام العهدة لقصور أهليته . ولحق مولى العبد كما فى الرسول والقاضى . وأمينه ثم العبد إذا أعتق تلزمه تلك العهدة والصبى إذا بلغ لا تلزمه . وفى الخانية : عبد شرى شيئا فقال البائع : لا أسلم لك المبيع لأنك محجور . وقال العبد : أنا مأذون فالقول للعبد . فلو برهن البائع أن العبد قال أنا محجور قبل أن يتقدم إلى القضاء بعد الشراء . لم يقبل ، ولو قال عبد : بعتك وأنا محجور وقال المشترى : وأنت مأذون القول للمشترى . لأن الإقدام على البيع دليل الإذن ، والأصل بقاء ماكان على ماكان عليه ، وقوله إن لم يكن محجورا يشير إلى أن العبد والصبى المأذون لهما تتعلق بهما الحقوق . وتلزمهما العهدة وظاهر كلام المصنف أن العهدة على المأذون مطلقا . وفصل فى الذخيرة بين أن يكون وكيلا بالبيع فالعهدة عليه سواء باع بثمن حال أو مؤجل . وبين أن يكون وكيلا بالشراء . فإن كان بثمن مؤجل فهو على الموكل لأنه فى معنى الكفالة وإن كان بثمن حال فهو على الوكيل لكونه ضمان ثمن حوى .

وفيه : إيماء إلى ما بسطه الزيلعى من الفرق وفى البحر ما فى الزيلعى عن الإيضاح : إذا أمره أن يشترى بالنقد جاز والعهدة عليه وإن أمره بالشراء نسيئة كان ما اشتراه له دون الآمر مخالف لما فى الذخيرة (قوله كتسليم مبيع) هذا وما بعده أمثلة للحقوق التى تتعلق بالوكيل . ففى كلامه لف ونشر مرتب : أى إذا كان وكيل البائع وأطلقه فشمل ما إذا قبض الوكيل الثمن أولا وماذا قال لا تدفع المبيع بعد البيع حتى تقبض الثمن ، فدفع الوكيل قبل قبض الثمن فإنه جائز عندهما خلافا للثانى . وكان النهى باطلا كما فى القنية وقيده فى البزازية بما إذا كان المبيع فى يد الوكيل ، فلو فى يد الموكل وأبى عن الدفع قبل قبض ثمنه له ذلك ، أما لو نهاه عن البيع حتى يقبض الثمن لم يجز بيعه ، حتى يقبض الثمن من المشترى ثم يقول بعتك بهذه الدراهم التى قبضت منك ،

ولو دفع وكيل البيع المبيع إلى الدلال فضاع في يده يضمن في المختار كما لو قال : بعته وسلمته من رجل لا أعرفه وضاع الثمن يضمن قال القاضي : لأنه لا يملك التسليم قبل قبض ثمنه والحكم صحيح ، والعلة لا لما مر أن النهي عن التسليم قبل قبض ثمنه لا يصح فلما لم يعمل النهي عن التسليم فلأن لا يكون ممنوعا عن التسليم أولى . وهذه المسألة تخالف مسألة القمقمة اهـ .

قلت : مراد القاضي أنه لا يملك التسليم ممن لا يعرفه لا مطلقا فصح التعليل أيضا حموي .

مطلب مسألة القمقمة

أقول : ومسئلة القمقمة ما قاله في متفرقات الوكالة من التتارخانية عازيا للظهيرية الوكيل إذا دفع قمقمة إلى إنسان لإصلاحها بأمر الموكل ، ونسي من دفعها إليه لا يضمن قال في النوازل : وصار كالذي وضعه في موضع من داره ثم نسيه ، فلا ضمان عليه كذا هذا اهـ .

قال في العلامه أبو السعود وأقول : لم يظهر لي وجه ما في القنية من بطلان النهي عن تسليم المبيع قبل قبض ثمنه مع أن المصرح به أن المشتري يؤمر بتسليم الثمن أولا حيث كان الثمن حالا وعللوا ذلك بقولهم ليتعين حق البائع فيه ، أما المشتري فقد تعين حقه في المبيع بمجرد العقد ، لأن الثمن لا يتعين بالتعيين حتى لو أضيف العقد إلى دراهم معينة كان له أن ينقد غيرها فالظاهر أن ما في القنية من بطلان النهي عن تسليم المبيع قبل قبض ثمنه ضعيف انتهى .

أقول : وينبغي تقييد ضمان وكيل البيع إذا دفع للدلال وغاب أوضاع في يده بما إذا لم تكن العادة جارية في ذلك أما إذا كان شيئا لا يبيعه الوكيل بنفسه بل يدفع في العادة إلى دلال ليعرضه على البيع لا يضمن لأنه بمقتضى العادة يكون مأذونا بذلك .

وفي الفتاوى الخيرية : سئل فيما إذا جرت عادة التجار أن يبعث بعضهم إلى بعض ببضاعة يبيعها ، ويبعث بثمنها مع من يختاره ، ويعتقد أمانته من المكارية بحيث اشتهر ذلك بينهم اشتهارا شائعا فيهم ، وباع المبعوث إليه البضاعة المبعوثة في مدينته ، وأرسل مع من اختاره منهم لباعثها ثمنها على دفعات متعددة حسبما تيسر له ، وأنكر المبعوث إليه بعض الدفعات هل يكون القول قول باعث الثمن بيمينه ، وإن لم يعلم تفاصيل ذلك لطول المدة أم لا بدله من البينة .

أجاب : القول قوله بيمينه إذ له بعثه مع من يختاره ، ويراه أمينا لأنه أمين لم تبطل أمانته والحالة هذه بالإرسال مع من ذكر وقد ذكر الزاهدي رامزا لبكري خواهر زاده جرت عادة حاكة الرستاق أنهم يبعثون الكرابيس إلى من يبيعها لهم في البلد ، ويبعث بأثمانها إليهم بيده من شاء ، ويراه أمينا فإذا بعث البائع ثمن الكرابيس بيد شخص ظنه أمينا وأبق ذلك الرسول لا يضمن الباعث إذا كانت هذه العادة معروفة عندهم قال أستاذنا رحمه الله تعالى : وبه أجبت أنا وغيري اهـ وقد عضد بقولهم المعروف عرفا كالمشروط شرطا والعادة محكمة والعرف قاض إلى غير ذلك من كلامهم اهـ ما في الخيرية .

تنبيه : اعلم أن الحقوق التي للوكيل كقبض المبيع ومطالبة ثمنه والمخاصمة في العيب والرجوع بثمن المستحق غير واجبة عليه ، لأنه متبرع لكن ينبغي أن يوكل الموكل بهذه الأفعال . وأما الحقوق التي على الوكيل كتسليم المبيع والثمن ، ونحوهما فالوكيل فيها يدعى عليه فللمدعي أن يجبره على ذلك كما في الكافي والبرجندي وصدر

وقبضه وقبض ثمن ورجوع به عند استحقاقه وخصومة فى عيب

الشريعة (قوله وقبضه) أى إذا كان وكيل المشترى (قوله وقبض ثمن) أى من المشترى أى إذا كان وكيل البائع فعلم أن مراده بالوكيل بالبيع مايشمل الشراء وكذلك فى الإجارة مايشمل الاستئجار قال فى البحر : واستفيد من قوله : وقبض ثمن أنه لو ضمن الوكيل الثمن لا يصح ضمانه ، ولو أحال المشترى الموكل على وكيله به بشرط براءة المشترى لم يصح ولو أحال الوكيل موكله بالثمن على المشترى صحت : وهى وكالة لا حوالة لأنه لا شىء للموكل على وكيله ، وأن الوكيل لو منع المشترى من دفع الثمن إلى موكله صح ، وله الامتناع عن الدفع إليه ، ولكن لو دفع له صح وبرىء استحسانا وأنه يصح ، ويصح إبراء وكيل البيع قبل قبضه الثمن وحوالته على الأملإ والمماثل والأدون وإقالته وحطه وتأجيله والتجوز بدون حقه عندهما ، ويضمن خلافا لأبى يوسف هذا قبل قبضه ، أما بعد قبضه لا يملك الحط والإبراء والإقالة ، وبعدما قبل بالثمن حوالة لا يصح كما بعد الاستيفاء والوكيل بالإجارة إذا فسخها بعدها صح لا بعد مضى المدة وبعد قبض الأجرة دينا كان أو عينا لا يصح الفسخ وأن الوكيل لو وكل موكله بقبض الثمن صح وله عزله إلا إذا خاصم الموكل معه فى تأخيره المطالبة ، فألزم القاضى الوكيل أن يوكل موكله لا يملك عزله ومن أحكامه أن وكيل البيع لا يطالب بالثمن من مال نفسه ، بخلاف وكيل الشراء ، ولا يجبر على التقاضى لأنه متبرع بخلاف الدلال والسمسار والبياع لأنهم يعملون بأجر اه عن البزازية (قوله ورجوع به عند استحقاقه) أى رجوع الوكيل بالبيع أو الشراء عند استحقاق ماقبضه من مبيع أو ثمن أى، عند ظهور المستحق للمبيع وكذا الرجوع بالثمن عند استحقاقه .

والحاصل : أن هذه المسألة شاملة لمسألتين : الأولى : ما إذا كان الوكيل بائعا وقبض الثمن من المشترى ، ثم استحق المبيع فإن المشترى يرجع بالثمن على الوكيل سواء كان الثمن باقيا فى يده أو سلمه إلى الموكل وهو يرجع على موكله : الثانية : ما إذا كان مشتريا فاستحق المبيع من يده ، فإنه يرجع بالثمن على البائع دون موكله .

وفى البزازية : المشترى من الوكيل باعه من الوكيل ثم استحق من الوكيل رجع الوكيل على المشترى منه ، وهو على الوكيل والوكيل على الموكل وتظهر فائدته عند اختلاف الثمن اه بحر .

قال الحموى قلت : فعلى هذا يكون المصدر مشتركا بين مصدر الفاعل والمفعول (قوله وخصومة فى عيب) أى فيرد المعيب إلى البائع لو كان بيده وبعد تسليمه إلى الموكل يرده بإذنه . قال فى البحر وهو شامل لمسألتين أيضا ، أما إذا كان بائعا فيرده المشترى عليه ، وأما إذا كان مشتريا فيرده الوكيل على بائعه لكن بشرط كونه فى يده ، فإن سلمه إلى الموكل فلا يرده إلا بإذنه كما سيأتى فى الكتاب .

وأشار المؤلف إلى أن الوكيل لو رضى بالعيب لزمه ، ثم الموكل إن شاء قبله وإن شاء ألزم الوكيل وقبل أن يلزم الوكيل لو هلك يهلك من الموكل ، ولو مات الوكيل بالشراء وظفر الموكل بالمشترى عيبا يرده وارثه أو وصيه وإلا فالموكل .

وكيل البيع إذا مات وظفر مشتريه به عيبا رده على وصى الوكيل أو وارثه وإلا فعلى الموكل كذا فى البزازية.

وفى الخانية : الوكيل بالشراء لا يملك إبراء البائع عن العيب عند أبى حنيفة ومحمد . واختلفوا فى قول أبى يوسف : والوكيل بالشراء إذا اشترى بالنسيئة فمات الوكيل حل عليه الثمن ، ويبقى الأجل فى حق الموكل وجزمه هنا يدل على أن المعتمد فى المذهب ما قال إنه المعقول ، وقد أفتيت به بعد ما احتطت كما قال فيما سبق ، وقد كتبنا فى الأشباه والنظائر حكم التوكيل بالتوكيل .

فلا فصل بين حضور موكله وغيبته) لأنه العاقد حقيقة وحكما لكن فى الجوهرة لو حضرا فالعهدة على آخذ الثمن لا العاقد فى أصح الأقاويل ، ولو أضاف العقد إلى الموكل تتعلق الحقوق بالموكل اتفاقا ابن ملك فليحفظ فقوله لابد فيه ما فيه ولذا قال ابن الكمال يكتفى بالإضافة إلى نفسه فافهم .

(وشرط) الموكل (عدم تعلق الحقوق به) أى بالوكيل (لغو) باطل جوهرة (والملك يثبت للموكل ابتداء) فى الأصح

ومما فرع على أن الوكيل أصيل فى الحقوق ما فى كافى الحاكم ولو وكل القاضى وكيلا ببيع شىء فباعه ثم خاصمه المشترى فى عيبه جاز قضاء القاضى للوكيل اهـ (قوله بل فصل) حال من مدخول الكاف وهو الحقوق المتقدمة (قوله بين حضور موكله) أى حالة العقد لأن الموكل لو كان حاضرا حالة العقد ترجع الحقوق على الوكيل كما لو كان غائبا كما أوضحه فى المنح (قوله وغيبته) أى وقت عقد الوكيل (قوله لأنه) أى الوكيل العاقد حقيقة لأن العقد يقوم بالكلام وهو منه (قوله وحكما) فإن أحكام العقد ترجع إليه وهو محط العلة (قوله فى أصح الأقاويل) وقال القاضى الإمام أبو المعالى : إن العهدة على الموكل ، لأنه إذا كان حاضرا كان كالمباشر بنفسه فعليه العهدة (قوله اتفاقا) هذا ينافى مافى الخلاصة والبزازية وكيل بشراء العبد جاء إلى مالكه فقال : بعت هذا العبد من الموكل ، وقال الوكيل : قبلت لايلزم الموكل وقد تقدم تعليله والكلام عليه مستوفى (قوله فيه مافيه) أى فيه نظر وعبر عنه بما تفخيما : أى لأن البدية منقوضة بما ذكر ابن ملك ، وبما قال ابن الكمال أيضا لو أضاف الوكيل بالشراء الشراء لموكله صح بالإجماع ، على أن البدية الآتية منقوضة أيضا بمسألة الطلاق ووكيل المرأة فى النكاح كما يأتى .

وأقول : توضيحه أنك قد علمت من كلامه أنه لايكون وكيلا إلا إذا أضافه إلى نفسه وإذا أضافه إلى الموكل ففيه الخلاف السابق فى المنح ، وقيد بالوكيل لأن الرسول لا ترجع الحقوق إليه . وشرطه : الإضافة إلى مرسله لما فى البزازية ، والرسول فى البيع والطلاق والعتاق والنكاح إذا أخرج الكلام مخرج الوكالة بأن أضاف إلى نفسه ، بأن قال طلقتك وبعتك وزوجت فلانة منك لا يجوز ، لأن الرسالة لا تتضمن الوكالة لأنها فوقها وإن أخرجه مخرج الرسالة جاز بأن يقول إن مرسلى يقول بعت منك اهـ (قوله يكتفى) أى من غير لزوم (قوله لغو) كما لو نهاه عن تسليم المبيع حتى يقبض الثمن فإنه يكون باطلا كما تقدم وكما لو وكله بالبيع بشرط أن لا يقبض الثمن فالنهى باطلا أيضا ، ولو كتب الصك باسم الموكل لا يسقط حقه فى قبض الثمن إلا أن يقرأ الموكل بقبضه ط (قوله والملك يثبت للموكل ابتداء) جواب عن سؤال مقدر تقديره إذا كانت الحقوق فى هذا الفصل راجعة إلى الوكيل ينبغى أن يعتق قريبه إذا اشتراه بالوكالة لأن شراء القريب إعتاق .

فأجاب عنه بقوله : والملك يثبت للموكل ابتداء أى فى ابتداء الأمر خلافة عنه بمعنى أن الوكيل أصل فى حق العقد ، لكن فى حق الحكم يخلفه الموكل فيقع له من غير أن يكون أصلا فيه كالعبد يتهب أو يصطاد فكما أن المولى يثبت الملك له ابتداء فيما اتهبه عبده أو اصطاد خلافة عنه ، فكذا الموكل يثبت له الملك ابتداء فيما اشتراه وكيله خلافة عنه . قال الشمنى : وهذه طريقة أبى طاهر الدباس وقال فى البحر أنه الأصح وقال الكرخى : يثبت للوكيل ثم ينتقل للموكل . وقال القاضى أبو زيد : الوكيل نائب فى حق الحكم أصيل فى الحقوق فوافق الكرخى فى الحقوق وأبا طاهر فى الحكم وهو حسن كذا فى البزازية (قوله فى الأصح) قال الشمنى وعلى طريقة الكرخى لا يعتق أيضا ، لأنه يثبت للوكيل ملك غير متقرر وكذا لا يفسد نكاحه إذا اشترى زوجته بالوكالة فلا ثمرة لهذا الاختلاف ، لأن الموجب للملك والفساد الملك المستقر ، ولهذا إذا اشترى

(فلا يعتق قريب الوكيل بشرائه ولا يفسد نكاح زوجته به و) لكن (هما) ثابتان (على الموكل لو اشترى وكيله قريب موكله وزوجته) لأن الموجب للعتق والفساد الملك المستقر (وفى كل عقد لابد من إضافته إلى موكله يعنى لا يستغنى عن الإضافة إلى موكله حتى لو أضافه إلى نفسه لا يصح ابن كمال

الوكيل قريب موكله يعتق عليه ، ويفسد نكاحه إذا اشترى زوجة موكله (قوله فلا يعتق قريب الوكيل بشرائه ولا يفسد نكاح زوجته به) فى هذا التفريع نظر ، فإن هذه الأحكام ثابتة على القولين كما أفاده فى المنح ؛ أما على الأصح فظاهر ، وأما على قول الكرخى : فلما عال به الشارح من قوله ، لأن الموجب الخ وإن كان ظاهره تعليلا للقول الأصح لكنه لايصح علة له (قوله لأن الموجب) قد علمت أن هذا لا يناسب كلام المصنف بل هو جار على القول الثانى من أنه يثبت للوكيل ابتداء ثم ينتقل إلى الموكل (قوله حتى لو أضاف لنفسه لا يصح) أى على الموكل فلا ينافى قوله الآتى : حتى لو أضاف النكاح لنفسه وقع النكاح له كما ظن :

وفى البزازية : الوكيل بالطلاق والعتاق إذا أخرج الكلام مخرج الرسالة ، بأن قال . إن فلانا أمرنى أن أطلق أو أعتق ينفذ على الموكل لأن عهدتهما على الموكل على كل حال ، ولو أخرج الكلام فى النكاح والطلاق مخرج الوكالة بأن أضافه إلى نفسه صح إلا فى النكاح . والفرق أن فى الطلاق أضافه إلى الموكل معنى لأنه بناه على ملك الرقبة ، وتلك للموكل فى الطلاق والعتاق فأما فى النكاح فذمة الوكيل قابلة للمهر ، حتى لو كان بالنكاح من جانبها ، وأخرج مخرج الوكالة لا يصير مخالفا لإضافته إلى المرأة معنى ؛ فكأنه قال : ملكتك بضع موكلتى اه .

قال العلامة أبو السعود : ليس المراد أن الطلاق والعتاق يقع بمجرد قوله إن فلانا أمرنى أن أطلق أو أعتق بل لابد من الإيقاع مضافا إلى موكله فيما إذا خرج الكلام مخرج الرسالة أو إلى نفسه إذا خرج الكلام مخرج الوكالة على ما يأتى اه .

قلت : وفى السابع والعشرين من التتارخانية ، ولو قال الوكيل : طلقتك الزوج لايقع هو الصحيح اه قال فى البحر فعلى هذا معنى الإضافة إلى الموكل مختلف ففى وكيل : النكاح من قبل الزوج على وجه الشرط وفيما عداه على وجه الجواز فيجوز عدمه اه وفى الأشباه : الوكيل بالإبراء إذا أبرأه ولم يضفه إلى موكله لم يصح كذا فى الخزانة اه .

أقول : وظاهر ما فى البحر أنه لا تلزمه الإضافة إلا فى النكاح ، وهو مخالف لكلام غيره قال فى الدرر بعد قوله فى المتن : تتعلق بالموكل وفسره أن الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب ، لأنها من قبيل الإسقاطات والوكيل أجنبى عن الحكم فلا بد من إضافة العقد إلى الموكل ليكون الحكم مقارنا للسبب . أما النكاح فلأن الأصل فى البضع الحرمة فكان النكاح إسقاطا لها والساقط يتلاشى ، فلا يتصور صدور السبب عن شخص على سبيل الأصالة ، ووقوع الحكم لغيره فجعل سفيرا ليقارن الحكم السبب ، حتى لو أضاف النكاح إلى نفسه وقع له . بخلاف البيع فإن حكمه يقبل الفصل عن السبب كما فى البيع بخيار فجاز صدور السبب عن شخص أصالة ووقوع الحكم لغيره خلافة . وأما الخلع فلأنه إسقاط للنكاح والناكح المرء والمنكوحة المرأة والوكيل إما منه ، أو منها وعلى التقديرين يكون سفيرا محضا فلابد من الإضافة إلا الموكل وأما الصلح عن إنكار فإنه أيضا إسقاط لا يشوبه معاوضة فلا بد من الإضافة إلى الموكل ، وكذا الصلح عن دم العمد فإنه إسقاط محض والوكيل أجنبى سفير فلابد من الإضافة إلى الموكل ، وكذا الحال فى البواب هذا ملخص ما ذكره القوم فى هذا المقام انتهى .

(كنكاح وخلع

أقول : يمكن التوفيق بأن يكون معنى الإضافة اشتراط ذكر الموكل، وإن أسند الوكيل الفعل إلى نفسه فإذا كان وكيلا من جانب المرأة يقول للزوج : خالع امرأتك على هذه الألف فخالع يتم بقبول الوكيل كما صرحوا به فى الخلع أما لو قال خالع فقط فلا ، ولو كان وكيلا من الجانبين فقال : خلعت فلانة من زوجها على كذا جاز فى الصحيح من أنه يكون وكيلا من الجانبين فى الخلع . وصرحوا أيضا بأنه لو قال لغيره : طلق امرأتى رجعية فبين فقال لها الوكيل: طلقتك بائنا تقع رجعية ، ولو وكله بالبائن فقال لها الوكيل: أنت طالق تطليقة رجعية تقع واحدة بائنة ، وصرحوا بأنه يصح توكيل الصبى والمجنون ، ويصير كأنه عاق الطلاق على تلفظهما ، وفى طلاق التتاوى الهندية الوكيل فى الطلاق والرسول ، سواء كذا فى التتارخانية الرسالة أن يبعث الزوج طلاق امرأته الغائبة على يد إنسان ، فيذهب الرسول إليها ويبلغها الرسالة على وجهها فيقع عليها الطلاق كذا فى البدائع فقد ثبت بهذا أن قول الوكيل ; خلعت وطلقت يكفى ثم الذى يظهر من كلامهم أن المراد هنا بالوكيل الوكيل من جهة من يثبت له الملك بقرينة التعليل بأن الحكم فيها لا يقبل عن السبب . فى النكاح يقول وكيل الزوج : زوج بنتك لفلان ، فيضيفة إلى الموكل ولو قال: زوجنى وقع اه لاللموكل ،وأما وكيل الزوجة فيقول زوجت فيصح وفى الطلاق يقول وكيل الزوج: طلقت فلانة ، وفى الخلع يقول وكيل الزوج : خالعتها على ألف وأما وكيل المرأة فيقول : قبلت بدون إضافة إليها، وكذا فى العتق على مال والكتابة، ولو كان الطلب من جهة وكيل المرأة أو العبد يقول: طلق فلانة بألف أو اخلعها بألف على ألف أو أعتق عبدك بكذا ، أوكاتبه على كذا فيقون وكيل الزوج ، أو السيد : فعلت فيكتفى بالإضافة من أحد الجانبين لأن الملك من كل منهما فإن المرأة تملك نفسها وكذا العبد كما أن الزوج أو السيد يملك العوض ، وفى الصلح عن إنكار أو دم عمد يقول الوكيل : صالح فلانا عن دعواك عليه ، على هذا المال أو الدم فيقبل المدعى ولو قال الوكيل فى هذه المواضع : أعتقنى أو طلقنى . أوكاتبنى أو صالحنى لم يصح بخلاف بعنى ، وأجرنى فإنه يصح إضافتها إلى نفسه كما مر . وكذا بقية الصور الآتية يقول الوكيل من جهة طالب التملك هب فلانا أو تصدق عليه أو أعره أو أودعه ، أو ارهن عنده كذا أو أقرضه كذا ، ولو قال هبنى أو تصدق على أو أعرنى الخ يقع له لا للموكل ، وأما الوكيل من الجانب الآخر كما إذا دفع لرجل مالا ووكاه بأن يهبه لفلان مثلا ، فإنه يقول وهبتك أو تصدقت عليك ، أو أعرتك ، أو أودعتك الخ من غير أن يقول : وهبتك هذه الألف التى لفلان الموكل :

ثم اعلم أن هذه المذكورات يفترق بعضها عن بعض من حيث إن ما كان منها إسقاطا يضيفه الوكيل إلى نفسه مع التصريح بالموكل ، فيقول : زوجتك فلانة وصالحتك عما تدعيه على فلان من المال أو الدم ، أما ما كان منها تمليكا امين أو منفعة أو حفظ ، فلا يضيفه إلى نفسه بل إلى الموكل فقط كقوله لفلان كذا ، أو أودعه كذا أو أقرضه كذا فلابد فى هذا من إخراج كلامه مخرج الرسالة ، فلا يصح أن يقول : هبنى كذا كما مر ولا هبنى لفلان وأودعنى لفلان ، وعلى هذا فقولهم التوكيل بالاستقراض باطل معناه : أنه فى الحقيقة رسالة لاوكالة ، فلو أخرج الكلام مخرج الوكالة لم يصح بل لابد من إخراجه مخرج الرسالة كما قلنا. وبه علم أن ذلك غير خاص بالاستقراض ، بل كل ما كان تمليكا إذا كان الوكيل من جهة طالب التملك لامن جهة المملك ، فإن التوكيل بالإقراض والإعارة صحيح لابالاستقراض والاستعارة ، بل هو رسالة هذا ما ظهر لى فتأمله أفاده سيدى الوالد رحمه الله تعالى آمين(قوله كنكاح) فلو لم يضف النكاح إلى الموكل، وأضافه إلى نفسه وقع له قال فى البحر معزيا

وصلح عن دم عمد أو عن إنكار وعتق على مال وكتابةوهبة وتصدقوإعارة وإيداع ورهن وإقراض) وشركة ومضاربة عيني (تتعلق بموكله) لا به لكونه فيها سفيرا محضا حتى لوأضافه لنفسه وقع النكاح له

للبزازية ، الوكيل بالطلاق والعتاق إذا أخرج الكلام مخرج الرسالة بأن قال إن فلانا أمرني أن أطلق ، أو أعتق ينفذ على الموكل، لأن عهدتهما على الموكل على كل حال .ولو أخرج الوكيل الكلام في النكاح والطلاق مخرج الوكالة بأن أضاف إلى نفسه صح إلا في النكاح . والفرق أن في الطلاق أضافه إلى الموكل معنى ، لأنه بناه على ملك المتعة والرقبة ، وهو للموكل وأما في النكاح فذمة الوكيل قابلة للمهر ،حتى لو كان وكيلا بالنكاح من جانبها وأخرج الكلام مخرج الوكالة لايصير مخالفا لإضافته إلى المرأة معنى لأن صحة النكاح بملك البضع وهولها فكأنه قال : ملكتك بضع موكلتي وفي الجوهرة : إذا قال أبو الصغيرة زوجتها من ابنك فقال الأب : قبلت ، ولم يقل لابني جاز النكاح للابن لأن الإيجاب له والقبول يتقيد به فصار كقوله قبلت لابني ، ولو قال : زوجت ابنتي ولم يزد وقع للأب هو الصحيح . وينبغي للوكيل بالنكاح أن يقول : قبلت لأجل فلان .

واعلم أن مافي البزازية من أنه لو أضاف الطلاق إلى نفسه يصح حكاه في جامع الفتاوى بقيل حيث قال : ولو قال أنت مني طالق أو أنت طالق مني لم يقع ، وقيل يقع وقوله :مني لغو قال واستفيد الوقوع بأنت طالق من غير إضافة بالاتفاق انتهى (قوله وصلح عن دم عمد أو عن إنكار) ومثله عن السكوت يعني أن زيدا إذا ادعى دارا على عمرو فوكل عمرو ، وكيلا على أن يصالح على المائة فيقول زيد : صالحت عن دعوى الدار على عمرو بالمائة ، ويقبل الوكيل فيتم الصلح ، ولا فرق بين أن يكون الصلح عن إنكار أم عن إقرار كما في صدر الشريعة ورد عليه ابن كمال بقوله : هذا الصلح لاتصح إضافته إلى الوكيل بخلاف الصلح عن إقرار فإنه تصح إضافته إلى كل منهما ، وقد عرفت اختلاف الإضافة في الموضعين فافترق الصلحان في الإضافة . قال العلامة أبو السعود : قال الشيخ باكير : في التقييد بكون الصلح عن إنكار نظر فإنه لافرق في الصلح بين أن يكون عن إنكار أو عن إقرار في الإضافة ، فإن زيدا إذا ادعى على عمرو ، فوكل عمرو وكيلا على أن يصالح على مائة فإذا قال زيد : صالحت عن دعوى الدار على عمرو ، بالمائة وقبل الوكيل هذا الصلح يتم الصلح ، سواء كان عن إقرار أو إنكار إلا أنه إذا كان عن إقرار يكون كالبيع فترجع الحقوق إلى الوكيل كما في البيع فتسليم بدل الصلح على الوكيل ، وإذا كان عن إنكار فهو فداء يمين في حق المدعى عليه ، فالوكيل سفير محض فلا ترجع إليه الحقوق حموي .

قلت : هذا الذي ذكره الشيخ باكير هو عبارة صدر الشريعة وما اعترضه في الدرر رده عزمي زاده اه (قوله وهبة وتصدق) قال سيدي الوالد رحمه الله تعالى : لنظر ماحقوق الهبة والصدقة المتعلقة بالموكل اه .

أقول : لعلها عند استحقاق عين الهبة والصدقة والرجوع فيهما وليحرر (قوله وشركة ومضاربة) يزاد الإبراء لأنه لابد من إضافته إلى موكله فلو لم يضف إليه لم يصح كما ذكرنا (قوله تتعلق بموكله لابه)قال في الدرر : والسر فيه أن الحكم فيها لايقبل الفصل عن سبب ، لأنها من قبيل الإسقاطات والوكيل أجنبي عن الحكم فلابد من إضافة العقد إلى الموكل ليكون الحكم مقارنا للسبب إلى آخر ماقدمناه وفي البزازية وقبض المهر لها لاللوكيل (قوله لكونه فيها سفيرا محضا) فإنه يضيفها إلى موكله فإنه يقول خالعك موكلي بكذا وكذا في أمثاله ابن ملك قال مثلا على السفير حاك قول غيره . ومن حكى قول غيره لايلزمه حكم ذلك القول اه . والسفير : الرسول والمصلح بين القوم صحاح : أي يظهر عن موكله عبارته فالعاقد هو الموكل بهذه العقود لاالوكيل ولذا لايستغني

فكان كالرسول (فلا مطالبة عليه) فى النكاح (بمهر وتسليم) للزوجة (وللمشترى الإباء عن دفع الثمن للموكل وإن دفع له صح ولو مع نهى الوكيل) استحسانا (ولا يطالبه الوكيل ثانيا) لعدم الفائدة نعم تقع المقاصة بدين الوكيل لو وحده ويضمنه لموكله بخلاف وكيل يتيم وصرف عينى (ومثله) أى مثل الوكيل عبد (مأذون لا دين عليه مع مولاه)

عن الإضافة إلى موكله ولذا غياه بقوله : حتى لو أضافه لنفسه ، وقع النكاح له فالغايتان فى الحقيقة لشىء واحد فقوله فيما تقدم ، حتى لو أضافه لنفسه لايصح عند عدم إمكان إنصراف العقد إليه وقوله هنا : حتى لو أضافه الخ عند الإمكان إذ يصح إنصراف النكاح إليه (قوله فكان كالرسول) أى فى كونه سفيرا محضا فى نوعى العقود حتى لابد أن يقول : أرسلنى إليك فلان بكذا فيضيفه إلى مرسله بلفظها فترجع الحقوق إلى مرسله لاإليه فى النوعين قال فى البحر : وشرطه الإضافة إلى مرسله بأن يقول : إن مرسلى يقول بعت منك ونحوه اه وقال فى المنح : وهذا لأن الحكم فيها لايقبل الفصل عن السبب لأنه إسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا اه (قوله فلا مطالبة عليه فى النكاح بمهر) أى إذا كان وكيل الزوج (قوله وتسليم للزوجة) أى إذا كان وكيلها ولا يلى قبض مهرها كما أن الوكيل بالخلع لايلى قبض البدل ويصح ضمانه مهرها ، وتخير المرأة بين مطالبته أو الزوج ، فإذا أخذت من الوكيل لاترجع على الزوج ، ولو ضمن وكيل الخلع البدل صح ، وإن لم تأمره المرأة بالضمان ولذا يرجع قبل الأداء اه بحر (قوله وللمشترى الإباء عن دفع الثمن للموكل) لكونه أجنبيا عن الحقوق لرجوعها إلى الوكيل أصالة . وقدمنا أحكام قبض الثمن وأنه لافرق بين حضرة الوكيل وغيبته وإن وصى الوكيل ترجع الحقوق إليه بعد موته لاإلى الموكل ، فلو وكل الوكيل الموكل بقبض الثمن فله ذلك ، ولا يقدر على المنع أفاده عزمى زاده . ولو دفع الموكل بالشراء الثمن إلى الوكيل فاستهلكه وهو معسر كان للبائع حبس المبيع ، ولا مطالبة له على الموكل فإن لم ينقد الموكل الثمن إلى البائع باع القاضى الجارية بالثمن إذا رضيا وإلا فلا اه خزانة المفتين (قوله وإن دفع له صح) لأن الثمن المقبوض حق الموكل وقد وصل إليه ، ولا فائدة فى الأخذ منه ثم الدفع إليه (قوله لعدم الفائدة) لأن المقبوض حقه وبرئت ذمة المشترى لوصول الثمن إلى مستحقه عينى (قوله نعم تقع المقاصة بدين الوكيل لو وحده) أى لو كان وكيل البيع وحده مديونا للمشترى وقع الثمن مقاصة بما عليه من الدين ويضمن الوكيل للموكل لأنه قضى دينه بمال الموكل وهذا عندهما وقال أبو يوسف : لاتقع المقاصة بدين الوكيل ، وهو مبنى على جواز إبراء الوكيل بالبيع من الثمن فعندهما يجوز إبراؤه فتقع المقاصة وعنده لايجوز فلا تقع ، ووجه البناء أن المقاصة إبراء بعوض ، فيعتبر بالإبراء بغير عوض ، ولو كان للمشترى دين على الموكل تقع المقاصة بمجرد العقد ، ولو كان له عليهما دين تقع المقاصة بدين الموكل دون دين الوكيل ذكره فى البحر تبعا للشمنى . وبه يعلم قول الشارح ، لو وحده فتنبه ومثل المقاصة فى جانب الوكيل يقال فيما إذا باعه من دائنه بدينه فإنه يصح وبرئ وضمن الوكيل للموكل كما فى الذخيرة (قوله ويضمنه) أى الوكيل لموكله لأنه قضى دينه بمال الموكل وإن هلك المبيع فى يده قبل تسليمه بطلت المقاصة ، ولا ضمان للموكل على الوكيل ، لأنه بالهلاك انفسخ البيع من أصله ، ولو أبرأ الوكيل والموكل المشترى عن الثمن معا برئ بإبراء الموكل (قوله بخلاف وكيل يتيم) الجار متعلق بقول المتن فإن دفع له صح ، والمراد بوكيل اليتيم وصيه كما فى العينى يعنى لو دفع المشترى من الوصى الثمن لليتيم لايصح ، لأنه لايخرج عن العهدة بل يجب عليه الدفع للوصى ثانيا لأن اليتيم ليس له قبض ماله فكان الدفع إليه تضييعا فلا يعتد به أبو السعود (قوله وصرف) أى وكيل صرف يعنى أن الوكيل بالصرف إذا صارف وقبض الموكل بدل الصرف يبطل الصرف لإفتراق أحد العاقدين من غير قبض ، لأن التقابض فيه بمنزلة الإيجاب والقبول ، وهما يتعلقان بالمتعاقدين ، فكذا التقبض فيه ذكره الشمنى (قوله مع مولاه) متعلق

فلا يملك قبض ديونه ولو قبض صح استحساناً ما لم يكن عليه دين لأنه للغرماء بزازية .
[فرع] التوكيل بالاستقراض باطل لا الرسالة درر والتوكيل بقبض القرض صحيح فتنبه .

باب الوكالة بالبيع والشراء

الأصل أنها إن عمت

قوله مأذون (قوله فلا يملك) أى المولى قبض ديونه لأنه أعلى منزلة من الوكيل لأنه يتصرف لنفسه والوكيل لغيره (قوله مالم يكن عليه دين) إلا قعد فى التعبير أما إذا كان عليه دين الخ ويكون محترز قول المصنف لادين عليه ط (قوله لأنه للغرماء) أى لأن الحق فيما بيده والأولى التصريح به (قوله التوكيل بالاستقراض باطل) وعليه الفتوى قهستانى عن الخزانة حتى لو وكل به فاستقرض كان له لا للموكل ، لأن البدل فيه لا يجب ديناً فى ذمة المستقرض بالعقد بل بالقبض والأمر بالقبض لا يصح ، لأنه ملك الغير بخلاف البيع ، فإن حكمه يثبت بالعقد فيقوم غيره مقامه فيه . والمذكور فى الذخيرة ونحوه فى الخانية أن المأمور بالاستقراض إن تصرف فى عبارة نفسه بأن قال للمقرض : أقرضنى عشرة دراهم كان الاستقراض لنفسه لا للآمر ، فله أن يمنع العشرة منه وإن تصرف فى عبارة الآمر بأن قال مثلا إن فلانا استقرض منك عشرة دراهم فقبل القرض كانت العشرة للآمر لكن المأمور فى هذه الصورة رسول لا وكيل والباطل الوكالة فى الاستقراض دون الرسالة ط وقدمنا الكلام عليه مستوف فلا تغفل (قوله لا الرسالة) أى فإنها غير باطلة لإنتفاء تفويض التصرف فيها : لأن الرسول سفير محض ، وقد مر أن التوكيل بالإقراض صحيح لأنه تفويض التصرف فى ملكه (قوله والتوكيل بقبض القرض صحيح) بأن يقول لرجل أقرضنى ثم يوكل رجلا بقبضه اهـ وفى هذه الصورة منافاة لقوله فى العبارة التى قبل هذه والأمر بالقبض لا يصح لأنه ملك الغير ط وارجع إلى ماقدمناه .

[فرع] التوكيل بالإقرار صحيح ، ولا يكون التوكيل به قبل الإقرار إقراراً من الموكل ، وعن الطواويسى معناه أن يوكل بالخصومة ويقول : خاصم فإذا رأيت لحوق مؤنة أو خوف عار على فأقر بالمدعى يصح إقراره على الموكل كذا فى البزازية ، وللشافعية فيها قولان أصحهما لا يصح . وقدم الشيخ يعنى صاحب البحر فى كتاب الشركة فى الكلام على الشركة الفاسدة أنه لا يصح التوكيل فى أخذ المباح ، وأنه باطل رملى على البحر والفرع سيأتى متناً فى باب الوكالة بالخصومة والله تعالى أعلم وأستغفر الله العظيم

باب الوكالة بالبيع والشراء

أفردهما بباب على حدة وقدمهما على سائر الأبواب لكثرة أحكامهما وكثرة الاحتياج إليهما وقدم بحث الشراء لأنه ينبئ عن إثبات الحق والبيع ينبئ عن إزالته والإزالة بعد الإثبات .

واعلم : أن الوكيل بالشراء إذا اشترى نسيئة فحل بموته لا يحل على الآمر كما فى منية المفتى (قوله الأصل أنها إن عمت) بأن يقول . ابتع ما رأيت جازت الوكالة لأنه فوض الأمر إلى رأيه ، فأى شىء اشتراه له يكون ممتثلا به درر .

وفى البحر عن البزازية : ولو وكله بشراء أى ثوب شاء صح ، ولو قال : اشتر لى الأثواب لم يذكره محمد رحمه الله تعالى قيل : يجوز وقيل : لا ولو أثوابا لا يجوز ، ولو ثيابا أو الدواب أو الثياب أو دواب يجوز وإن لم يقدر الثمن اهـ . وفى حاشية الدرر للمولى عبد الحليم : وفرقوا بين ثيابا وأثوابا فقالوا الأول للجنس ،

أو عامت أو جهلت جهالة يسيرة وهى جهالة النوع المحض كفرس صحت وإن فاحشة وهى جهالة الجنس كدابة بطلت وإن متوسطة

لاكان الفرق نشأ من عرفهم كذا فى الكافى والخلاصة والتحقيق فيه أنه ذكر الثياب ونحوها من ألفاظ العموم يصح التفويض إلى الوكيل بخلاف ثوب أو أثواب لايظهر العموم فيها فيصير شائعا فى جنسه متفاحش الجهالة فلا يصح كما فى المقدسى اه (قوله أو علمت) أى بالشخص كأن قال : هذا الشىء المعين أو بالنوع المحض وأراد به ماتقاربت آحاده وهو الذى عناه بقوله أو جهلت جهالة يسيرة الخ .

مطلب الجهالة ثلاثة أنواع

(قوله أو جهلت بجهالة يسيرة) قال فى الكفاية: الأصل أن الجهالة ثلاثة أنواع : فاحشة : وهى جهالة الجنس كالتوكيل بشراء الثوب والدابة والرقيق ، وهى تمنع صحة الوكالة وإن بين الثمن ويسيرة وهى جهالة النوع كالتوكيل بشراء الحمار والبغل والفرس والثوب الهروى والمروى فإنها لاتمنع صحة الوكالة ، وإن لم يبين الثمن ومتوسطة : وهى بين الجنس والنوع كالتوكيل بشراء عبد وشراء أمة أو دار فإن بين الثمن أو النوع تصح ، وتلحق بجهالة الجنس لأنه يمنع الامتثال (قوله وهى جهالة النوع المحض كفرس صحت) احتراز بالمحض عما تردد بين الجنس والنوع كالعبد والدار ففيه التفصيل المتقدم والآتى (قوله وإن فاحشة وهى جهالة الجنس كدابة بطلت) أى وإن بين الثمن والجنس عند الفقهاء ، وهو المقول على كثيرين مختلفين فى الأحكام ، ولا شك أن الدابة فى اللغة مايدب على الأرض ويشمل المكلف والطاهر ونجس العين ونجس السؤر . وما فيه الزكاة وما يحل بيعه إلى غير ذلك . وفى العرف : ذوات الأربع ، وهو قريب منه فإذا جرى العرف على غير ذلك اتبع لأن المتكلم يقصد المتعارف عنده فالمدنى إذا قال : وكلتك بشراء دابة لايقصد منها إلا الحمار ، فهو كما لو سماه وفى بعض الجهات يريدون بالحيوان الحمار ، ولا يعرفون للحيوان معنى سواه . وفى دمشق يباع ثياب معلومة من القطن فى سوق معين بعد صلاة العصر ، فلو وكل أحدا ممن يتعاطاها أن يشترى له ثوبا لم ينصرف إلا لها، وعلى هذا يقاس قوله وإن متوسطة : وهى جهالة النوع الغير المحض وهو ماتفاوتت أفراده تفاوتا فاحشا كعبد ولذا لايجرى فيه الجبر على القسمة .

قال فى النهاية : وحاصل هذا أن الجهالة لاتخلوا ما إن كانت فى المعقود عليه ، وهو المبيع والمشترى ، أو فى المعقود به وهو الثمن فالجهالة بالمعقود عليه لاتخلو من ثلاثة أوجه جهالة فاحشة : وهى ما كانت فى الجنس مثل التوكيل بشراء الثوب والدابة والرقيق ، فلا يصح سواء سمى الثمن أو لم يسم ، لأن إسم الرقيق يتناول الذكر والأنثى وهما من بنى آدم جنسان مختلفان ، حتى لو اشترى شخصا على أنه غلام ، فإذا هو جارية كان البيع باطلا وكذلك إسم الدابة يقع على مايدب على وجه الأرض دليله قوله تعالى — ومامن دابة فى الأرض إلا على الله رزقها — وجهالة يسيرة وهى ما كانت فى النوع المحض كالتوكيل بشراء شاة أو بقر أو فرس أو ثوب هروى أو بجارية تركية أو هندية ، وهو صحيح بين الثمن أو لم يبين وجهالة متوسطة بين منزلة الجنس . والنوع كالتوكيل بشراء عبد أو جارية أو دار أو لؤلؤ فهذه الأشياء ملحقة بالجنس من وجه ، لأن اختلاف العبد والجوارى أكثر من اختلاف سائر الأنواع ، وعادة الناس فى ذلك مختلفة فإذا لم يسم الثمن أو الصفة ألحق بمجهول الجنس ، وإذا سمى الثمن أو الصفة بأن قال تركى أو هندى ألحق بمجهول النوع ، وهذا لأن العبيد جنس واحد باعتبار منفعة العمل أجناس مختلفة باعتبار منفعة الجمال وأن منفعة الجمال مطلوبة من بنى آدم ، ولهذا يجعل رؤية الوجه من بنى آدم كرؤية الكل فى إسقاط خيار الرؤية . وفى هذه المنفعة يختلف التركى والهندى اختلافا

. . . .

فاحشا فكان جنسا واحدا من وجه دون وجه ، فألحقناه بالجنس الواحد عند بيان الثمن والصفة والجنس المختلف إذا لم يبين أحدهما عملا بالشبهين ، ولنا جهالة جنس المعقود به لاتمنع صحة التوكيل ، حتى أن من وكل ببيع عين من أعيان ماله جاز وإن لم يبين الثمن ، وجاز له أن يبيع بأى ثمن شاء عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، لأن المعقود به اكتساب المالية والأجناس كلها فى المالية ، سواء فمن هذا الوجه اتحد الجنس ، ولا يختلف وأما المعقود عليه فالمالية كما هى مقصودة فمرافق أخر أيضا مقصودة كالسكن والركوب، وباعتبارها يختلف الجنس، فلم تجز الوكالة عند اختلاف الجنس ، كذلك ولهذا قلنا : لايشترط بيان الجنس ، ولا بيان النوع فى المضاربة إذ المقصود بها اكتساب المالية والأنواع والأجناس ، سواء فى اعتبار المالية كذا ذكره الإمام المرغينانى والمحبوبى رحمهما الله تعالى . والأصل : أن الجهالة اليسيرة تتحمل فى الوكالة كجهالة الوصف استحسانا وإنما قيد بقوله استحسانا لأن القياس يأباه .

فإن قلت : قد ذكر فى المبسوط وإن سمى الجنس والنوع ، ولم يبين الصفة جازت الوكالة ، سواء سمى الثمن أو لم يسم وهذا استحسان . وفى القياس لايجوز مالم يبين الصفة وجه القياس : أن التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء، فلا يجوز إلا ببيان وصف المعقود عليه . ألا ترى أنا نجعل الوكيل كالمشترى لنفسه، ثم كالبائع من الموكل ، وفى ذلك الجهالة تمنع الصحة فكذا فيما اعتبر به ، وكان بشر المريسى يأخذ بالقياس إلى أن نزل به ضيف فدفع دراهم إلى إنسان ليأتى بالرؤوس المشوية فجعل يصفها له ، فعجز عن إعلامه بالصفة فقال : اصنع مابدا لك فذهب الرجل واشترى الرؤوس وحملها إلى عياله وعاد إلى بشر بعد ما أكلها فقال له أين ماقلت لك قال : ما قلت لى اصنع مابدا لك وقد بدا لى مافعلت فرجع عن قوله . وأخذ بالاستحسان . وجه الاستحسان ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه دفع دينارا إلى حكيم بن حزام وأمره أن يشترى شاة للأضحية » ولم يبين صفتها وأيضا فإن وجه الاستحسان ماذكره أن مبنى التوكيل على التوسعة لأنه استعانة وفى اشتراط عدم الجهالة اليسيرة حرج فلو اعتبرناه لكان مافرضناه توسعة ضيقا ، وحرجا وذلك خلف باطل فلا بد من بيان الجهالة اليسيرة وغيرها ليتميز مايفسد الوكالة عما لايفسدها .

فنقول : إذا كان اللفظ يجمع أجناسا كالدابة والثوب أو ماهو فى معنى الأجناس كالدار والرقيق على مايجىء(١) فى الكتاب المولد فإنه راد وذكر فى المغرب المولدة التى ولدت ببلاد الإسلام والسطة(٢) مع الوسط كالعدة والوعد والعظة الوعظ فى أن التاء عوضت فى آخرها عن الواو الساقطة من أولها فى المصدر والفعل من حد ضرب ومن قال لآخر : اشتر لى ثوبا أو دارا أو دابة فالوكالة باطلة أى وإن بين الثمن ، وقد ذكرنا ولما بطلت الوكالة كان الشراء واقعا على الوكيل وبه صرح فى نسخ الجامع الصغير فقال رجل: أمر رجلا أن يشترى له ثوبا أو دابة فاشترى فهو مشتر لنفسه ، والوكالة باطلة وكذا الدار أى لايصح التوكيل بشراء الدار مطلقا ، وذكر الإمام قاضيخان رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير والدار أيضا من الجنس والنوع ، لأنها تختلف بقلة المرافق وكثرتها فإن بين الثمن يلحق بجهالة النوع ، وإن لم يبين يلحق بجهالة الجنس وعلى تحرير المتأخرين يشترط المحلة لأنها تختلف باختلاف المحال ، ولما سمى من الثمن توجد الدار فى كل محلة وكذا لو قال : اشتر لى

---

(١) (قوله على ما يجىء الخ) هكذا الأصل، ولتحرر هذه العبارة فإنها غير ظاهرة ولذلك نبه المؤلف رحمه الله تعالى فى آخر المقولة على أن النسخة محرفة جدا .
(٢) أى الوسط

كعبد فإن بين الثمن أو الصفة كتركى صحت وإلا لا (وكله بشراء ثوب هروى أو فرس أو بغل صح) بما يتحمله حال الآمر

حنطة لا يصح مالم يبين عدد القفزان أو الثمن ، لأن هذا الإسم يتناول القليل والكثير وإن سمى ثمن الدار ، ووصف جنس الدار والثوب جاز معناه فى نوعه ، ويعيده بذكر نوع الدار مخالف لرواية المبسوط فقال فيه: وإن وكله بأن يشترى له دارا ولم يسم ثمنا لم يجز ذلك على الآمر ، ثم قال : وإن سمى الثمن جاز لأن تسمية الثمن تصير معلومة عادة ، وإن بقيت جهالة فهى يسيرة مستدركة والمتأخرون من مشايخنا يقولون فى ديارنا لا يجوز إلا ببيان المحلة وكذا إذا سمى نوع الدابة بأن قال حمار يصح التوكيل بشراء الحمار ، وإن لم يسم الثمن ، لأن الجنس صار معلوما بالتسمية ، وإنما بقيت الجهالة فى الوصف فتصح الوكالة بدون تسمية الثمن وإن كانت الحمير أنواعا منها للركوب ، ومنها للحمل فإن هذا اختلاف الوصف ، وذلك لا يضر مع أن ذلك يصير معلوما بمعرفة حال الموكل اه مافى النهاية ولتراجع نسخة أخرى ، لأن النسخة التى بيدى محرفة جدا (قوله كعبد) فى الجوهرة الشاة مثله « لأن النبى صلى الله عليه وسلم أعطى عروة دينارا وأمره أن يشترى له شاتا فذكر الجنس والثمن » وإن قال اشتر شاة أو عبدا ولم يذكر ثمنا ولا صفة فالوكالة باطلة لأن اختلاف العبيد والجوارى أكثر من اختلاف سائر الأنواع ، وعادة الناس فى ذلك مختلفة فكانت بين الجنس والنوع (قوله فإن بين الثمن الخ) لأن بتقدير الثمن يصير النوع معلوما أطلقه فشمل ما إذا كان الثمن مخصصا نوعا أولا وبه اندفع مافى الجوهرة حيث قال : وهذا إذا لم يوجد بهذا الثمن من كل نوع أما إذا وجد لا يجوز عند بعض المشايخ انتهى .

أقول : جزم منلا خسرو فى متنه الغرر حيث قال : فإن بين النوع أو ثمن عين نوعا صحت وإلا لا انتهى . ومثله فى غرر الأفكار مختصر النهاية ، لكن قال القهستانى فى شرحها والأحسن ترك الصفة يعنى الثمن بقوله : عين نوعا فإن النوع صار معلوما بمجرد تقدير الثمن كما فى الهداية وعن أبى يوسف أنه ينصرف إلى مثل مايليق بحال الموكل اه ولا يخفى مافيه .

أقول : قال المقدسى بعد نقله عبارة الجوهرة المذكورة مؤيدا لها .

قلت : ولا شك أن الخمسين مثلا يوجد بها من الحبشى والهندى وغيرهما اه (قوله صحت) أى الوكالة (قوله وإلا) أى وإن لم يبين الثمن أو الصفة لا يصح (قوله وكله بشراء ثوب هروى) منسوب إلى هراة مدينة بخراسان فتحت زمن عثمان رضى الله تعالى عنه قال الإتقانى : فإن قال : اشتر ثوبا هرويا ولم يسم الثمن فهو جائز إذا اشتراه بما يشترى مثله أو زاد على ذلك بما يتغابن الناس فى مثله ، وكذلك كل جنس سماه من الثياب فإن سمى له ثمنا فزادا على ذلك الثمن لم يلزم الآمر ، وإن نقص من ذلك الثمن لم يلزم الآمر ، فإن وصف له صفة وسمى له ثمنا فاشترى له تلك الصفة بأقل من ذلك الثمن ، جاز ذلك على الآمر اه .

والأصل فيه أنه إذا بين الموكل به بجنسه ونوعه ووصفه تصح الوكالة به لا محالة وإن ترك جميع ذلك وذكر لفظا يدل على أجناس مختلفة فذاك مجهول ، فلم تصح الوكالة أصلا لتمام الجهل وإن بين الجنس وذكر لفظا يدل على أنواع مختلفة ، فإن ضم إليه بيان النوع أو الثمن صحت الوكالة وإلا فلا وإن بين النوع ولم يبين الوصف كالجودة وغيرها فكذلك أى تصح الوكالة كذا فى العناية والمقدسى (قوله أو فرس أو بغل) قيد بهما للاختلاف فى الشاة كما تقدم فمنهم من جعلها من هذا القبيل أى الجهالة الفاحشة ، ومنهم من جعلها من قبيل المتوسطة (قوله صح بما يتحمله حال الآمر) حتى لو أن عاميا وكله بشراء فرس فاشترى فرسا يليق بالملوك

زيلعى فراجعه (وإن لم يسم ثمنا) لأنه من القسم الأول (وبشراء دار أو عبد جاز إن سمى) الموكل (ثمنا) يخصص نوعا أولا بحر (أو نوعا) كحبشى زاد فى البزازية : أو قدراكـكذا قفيزا (وإلا) يسم ذلك (لا) يصح وألحق بجهالة الجنس (و) هى ما لو وكله (بشراء ثوب أو دابة لا) يصح (وإن سمى ثمنا)

لزم الوكيل قال الإتقانى وإنما جعل جهالة النوع عفوا لأن التفاوت بين النوع والنوع يسير فلا يمنع الامتثال لـكن تنصرف الوكالة إلى مايليق بحال الموكل اهـ (قوله زيلعى فراجعه) عبارته لأن الوكيل قادر على تحصيل مقصود الموكل بأن ينظر فى حاله ثم . وفى الـكفاية : فإن قيل الحمير أنواع منها مايصلح لركوب العظماء ومنها مالا يصلح إلا ليحمل عليه .

قلنا : هذا اختلاف الوصف مع أن ذلك يصير معلوما بمعرفة حال الموكل حتى قالوا إن القارىء إذا أمر إنسانا بأن يشترى له حمارا ينصرف إلى ماركب مثله ، حتى لو اشتراه مقطوع الذنب أو الأذنين لايجوز عليه (قوله لأنه من القسم الأول) أى مما فيه جهالة يسيرة : وهى جهالة النوع المحض لأنه ببيان الصفة صارت يسيرة وإن لم يسم ثمنا (قوله وبشراء دار) جعل الدار كالعبد تبعا للكنز موافقا لقاضيخان لـكنه شرط مع بيان الثمن بيان المحلة كما فى فتاواه مخالفا للهداية ، فإنه جعلها كالثوب من الجهالة الفاحشة ، لأنها تختلف باختلاف الأغراض ، والجيران والمرافق والمحال والبلدان ولذا لو تزوّج على دار لم تـكن تسمية صحيحة وذكر فى المعراج أنه مخالف لرواية المبسوط قال : والمتأخرون قالوا فى ديارنا لايجوز إلا ببيان المحال ، ووفق فى البحر بحمل مافى الهداية على ما إذا كانت تختلف فى تلك الديار اختلافا فاحشا وكلام غيره على ما إذا كانت لاتتفاحش (قوله يخصص نوعا أولا) بأن كان يوجد بهذا الثمن أنواع وقصد به الرد على مافى الجوهرة على مامر ، وعبارة المقدسى الأولى أن يقول كما قال فى البحر أطلقه فشمل إذا ما كان ذلك الثمن يخصص نوعا أو لا ثم قال : وبه اندفع مافى الجوهرة حيث قال : وهذا إذا لم يوجد بهذا الثمن من كل نوع ، أما إذا وجد لم يجز عند بعض المشايخ .

وفى الـكافى لو قال : اشتر لى بألف درهم ثيابا أو دواب أو شيئا أو ماشئت أو ما رأيت أو أدنى شىء حضرك ، أو ما يوجد أو مايتفق صح . لأن التعميم دلالة التفويض إلى رأيه وكذا لو قال : اشتر لى بألف وبع أو اجعل ألفا من مالك بضاعة لأنه تفويض ، وكذا لفظ البضاعة يدل على التعميم (قوله زاد فى البزازية أو قدرا) أى فى مكيل تتفاوت أفراده

قال فى البحر : والحنطة من هذا القبيل وبيان المقدار كبيان الثمن كما فى البزازية والخانية ، وأراد التفاوت فى القلة والـكثرة ولذا تزول ببيان القدر وهو الـكيل فى المـكيلات والوزن فى الموزونات ، فلو قال : اشتر لى حنطة لايصح مالم يبين القدر فيقول : كذا قفيزا ويتعين البلد الذى فيه كما فى البزازية (قوله وإلا يسم ذلك) أى ماذكر من الثمن والنوع والقدر (قوله وهى) أى جهالة الجنس (قوله لايصح وإن سمى ثمنا للجهالة الفاحشة) فإن الدابة لغة إسم لما يدب على وجه الأرض وعرفا للخيل والبغل والحمار ، فقد جمع أجناسا وكذا الثوب ، لأنه يتناول الملبوس من الأطلس إلى الـكساء ، ولهذا لايصح تسميته مهرا كما تقدم وإذا اشترى الوكيل وقع الشراء له كما قدمناه عن النهاية . وسيأتى متنا فى هذا الباب لو وكله بشراء شىء بغير عينه ، فالشراء للوكيل إلا إذا نواه للموكل أو شراه بماله أى مال الموكل ، والظاهر أنه مقيد بما إذا سمى ثمنا أو نوعا تأمل . ويكون قوله بغير عينه مقابلا لما سمى عينه بعد بيان الجنس .

للجهالة الفاحشة (وبشراء طعام وبين قدره أودفع ثمنه وقع) فى عرفنا (على المعتاد) المهيأ (للأكل) من كل مطعوم يمكن أكله بلا إدام (كلحم مطبوخ أو مشوى) وبه قالت الثلاثة (وبه يفتى) عينى وغيره اعتبارا للعرف

قال فى البحر : قيد بالمنكر ، لأنه لوكان معينا لايحتاج إلى تسمية الجنس والصفة وأشار بثوب إلى أن ثيابا كذلك لوجود جهالة الجنس اه لكنه مخالف لما سيذكره : أى صاحب البحر عن البزازية من أنه لو قال : أثوابا لايجوز ولو ثيابا يجوز ، وفى حاشية مسكين، ولو وكله بشراء ثياب صح وبشراء أثواب لا لأن ثيابا يراد به الجنس مفوضا إلى الوكيل لدلالته على العموم لكونه جمع كثرة ، بخلاف أثواب خلافا لما فى البحر مقدسى اه لأنه عكس الحكم

وفى التتارخانية عن العتابية ولو قال : اشترلى شيئا أوثوبا لم يصح لأنه مجهول جدا إلا إذا وجد دلالة التفويض ، وهو التعميم بأن قال ثيابا أو الثياب أو الدواب يجوز يتناول أدنى ما ينطلق عليه الاسم ، وإذا قال اشتر بها شيئا أو ثوبا أو أثوابا أو قال : ما أريده أو أحتاج إليه لا يصح بخلاف اشترلى ما اتفق لك أو ما شئت أو ما اشتريت فهولى (قوله للجهالة الفاحشة) هذا هو القسم الثالث منها (قوله وبين قدره أودفع ثمنه) فلوقال : اشترلى طعاما أى من غير دفع ثمن ، ولا بيان مقدار لم يجز على الآمر أفاده صاحب البحر (قوله وقع فى عرفنا على المعتاد الخ) هذه عبارة البزازية وفى عرف الكوفة إلى البر ودقيقه وهو الاستحسان والقياس أن يتناول كل مطعوم ، لإطلاق الاسم واعتبارا للحقيقة كما فى اليمين على الأكل إذا الطعام اسم لما يطعم . قال فى النهر : الطعام يعم ما يؤكل على وجه التطعم كجبن وفاكهة لكن فى عرفنا لا اه .

وجه الاستحسان أن العرف أملك وهو على ما ذكرناه إذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء . ولا عرف فى الأكل فبقى على الوضع أطلقه فشمل ما إذا كثرت الدراهم أو قلت . وقيل ينظر إليها فإن كانت كثيرة فعلى البر وأن كانت قليلة فعلى الخبز وإن كانت بين الأمرين فعلى الدقيق ، والفارق العرف . ويعرف بالاجتهاد حتى إذا عرف أنه بالكثير من الدراهم يريد به الخبز بأن كان عنده وليمة يتخذها هو جازله أن يشترى الخبزله وقال بعض مشايخ ماوراء النهر فى عرفنا : ينصرف إلى ما يمكن أكله يعنى المعتاد للأكل كاللحم المطبوخ والمشوى أى ما يمكن أكله من غير إدام دون الحنطة والخبز قال فى الذخيرة وعليه الفتوى اه وهذا هو الذى عول عليه الماتن رحمه الله تعالى (قوله اعتبارا للعرف) أقول : ماذكره بناء على ماقاله فى الكنز من أنه على البر ودقيقه كما عرفت ، أماما اختاره هنا من أنه يقع على ما اعتاده للأكل كلحم مطبوخ . ومشوى فلا يلائم قوله فيما تقدم بين قدره ، لأنه لا مقدار له حينئذ لأن المقدار هو الكيل والوزن ، ولا يجرى فيما تؤثر فيه النار لعدم انضباطه به لاختلاف مقدار استوائه ونضجه بالطبخ والشى بل يصير قيميا يعرف بدفع الثمن أو تسميته على أن فى عرفنا الآن لا يطلق الطعام على المشوى . بل يعتبر العرف وحال الموكل . فإن التخاطب على حسب ذلك فإذا تعورف شراء الطعام مطبوخا وأعطاه ثمنا يليق بحاله أو يقاربه يشترى له ذلك ، وإن أعطاه مالا كثيرا ينبغى أن يقسطه على حسب حاله إلا أن يكون متخذا وليمة تقضى مثل ذلك ، وأن كان العرف على البر والدقيق والخبز صرف الكثير إلى البر والمتوسط إلى الدقيق، والقليل إلى الخبز إلا إن اقتضى الحال خلافه وهذا كله إذا دفع إليه دراهم ، وقال : اشترلى طعاما أما إذا لم يدفع إليه دراهم . وقال : اشترلى طعاما لم يجز على الآمر لأنه لم يبين له مقدارا وجهالة القدر فى المكيلات ، والموزونات كجهالة الجنس من حيث إن الوكيل لا يقدر على محصول تحصيل الآمر بما يسمى له . .

كما فى اليمين (وفى الوصية له) أى لشخص (بطعام يدخل كل مطعوم) ولو دواء به حلاوة كسكنجبين بزازية .

(وللوكيل الرد بالعيب ما دام المبيع فى يده) لتعلق الحقوق به (ولوارثه أو وصيه ذلك بعد موته) أى موت الوكيل (فإن لم يكونا فلموكله ذلك) أى الرد بالعيب وكذا الوكيل بالبيع

والحاصل : أن الطعام قيل هو اسم للبر ودقيقه ، وقيل هو اسم لكل مطعوم وقيل بالتفصيل والأول عرف أهل الكوفة وجرى عليه فى الكنز كما عرفت ، والثانى عرف غيرهم وعليه المصنف ، والثالث ذكره فى الوقاية لكن قال صدر الشريعة ينبغى أن تكون باطلة إن قلنا : إن الطعام يقع على كل ما يطعم فتكون جهالة جنسه فاحشة . وجوابه أنه يدفع الثمن وبيان المقدار يعلم النوع فتنتفى جهالة الجنس والله تعالى أعلم .

وأقول : أن هذه المسألة غير محررة تأليفا وفقها وتحريرها أن يقال : إذا قرن الطعام بالبيع ؛ والشراء ينظر إلى عرف الوكيل . فإن كان البر فقط فلابد من بيان القدر أو الثمن وإن كان الطعام فى عرفه كما فى الخانية أنه اللحم المطبوخ والمشوى . ومايؤكل مع الخبز أو وحده فيظهر لى أنه من جهالة الجنس ، فلا يصح التوكيل بين ثمنا أولا نظير الثوب والدابة إلا أن يقول اشتر من الطعام الذى يعجبك كما يستفاد من الهداية ولما فى المقدسى . قال اشتر لى : أى ثوب شئت . فإن قلت : تقدم صحة التوكيل بشراء الثياب بألف؟ قلت : ليست الصحة لأجل ذكر الثمن بل لأجل أن المراد الجنس ، لكن لا كله لا ستحالته بل ما تيسر منه ولعل هذا من قبيل إذا ضاق الأمر اتسع . وإلا فما المانع من إرادة الجنس فيما لو وكله بشراء ثوب .

تنبيه : قال اشتر لى بهذه الدراهم وأشار إلى دنانير كان وكيلا بالدنانير ، حتى لو اشترى بالدراهم كان مشتريا لنفسه .

تنبيه آخر : أطلق الدراهم فشمات القليل : وهى من الواحد إلى الثلاثة والمتوسطة وهى من الثلاثة إلى الخمسة والكثيرة وهى العشرة وما فوقها كما فى الكافى والتبيين (قوله كما فى اليمين) أى فإنه يعتبر فيه العرف أى فإن ألفاظ الوكالة كألفاظ اليمين تبنى على العرف كما قدم فى باب اليمين فى الأكل (قوله كل مطعوم) لأن الوصية أخت الميراث فكما يكون فى كل متروك تكون الوصية لزيد بطعام الموصى بكل مطعوم (قوله ولو دواء الخ) هذا إنما ذكره البزازى فى الأيمان لا فى الوصية قال فى البحر : ومن أيمانها لا يأكل طعام فأكل دواء ليس بطعام ولا غذاء كالسقمونيا لا يحنث ولو به حلاوة كالسكنجبين يحنث انتهى فليتأمل . ولعل الشارح قصد بذلك للتنبيه على أن الوصيه فى حكم اليمين والسكنجبين خل وعسل (قوله به حلاوة) كأنه محمول على ما إذا خصه العرف بذلك .

بقى هل يعم المأكول والمشروب أو يخص الأول جعل السكنجبين منه يقتضى الأول (قوله وللوكيل للرد بالعيب) أطلقه فشمل ما إذا كان رده بإذن الموكل أو بغير إذنه ، لأنه من حقوق العقد وكلها إليه وأشار إلى أنه لو رضى بالعيب فإنه يلزمه ثم الموكل إن شاء قبله وإن شاء ألزم الوكيل وقبل أن يلزم الوكيل لو هلك يهلك من مال الموكل كذا فى البزازية (قوله بعد موته أى موت الوكيل) أشار المصنف إلى أن الرد عليه لو كان وكيلا بالبيع فوجد المشترى بالمبيع عيبا ما دام الوكيل حيا عاقلا من أهل لزوم العهدة فإن كان محجورا يرد على الموكل وإلى أن الموكل أجنبى فى الخصومة بالعيب ، فلو أقر به الموكل وأنكره الوكيل لم يلزمهما شىء بخلاف عكسه فإنه يلزم الوكيل لا الموكل إلا أن يكون عيبا لا يحدث مثله فى تلك المدة للقطع بقيام العيب عند الموكل وإن أمكن حدوث مثله فى المدة لا يرده على الموكل إلا ببرهان ، وإلا يحلفه فإن نكل رده ، وإلا لزم الوكيل بحر عن البزازية (قوله فلموكله ذلك) تقدم أنه ينصب القاضى وصيا يأخذ الثمن ويدفعه للموكل وينبغى أن يكون هنا كذلك (قوله وكذا الوكيل بالبيع) أى فإنه يرد عليه ما دام الوكيل حيا عاقلا من أهل لزوم العهدة إلى آخر ما تقدم وعلى وارثه

وهذا إذا لم يسلمه (فلو سلمه إلى موكله امتنع رده إلا بأمره) لانتهاء الوكالة بالتسليم بخلاف وكيل باع فاسدا فله الفسخ مطلقا لحق الشرع قنية (و) للوكيل (حبس المبيع بثمن دفعه) الوكيل (من ماله أولا) بالأولى لأنه كالبائع

أو وصيه ، وإن لم يكن فعلى الموكل وعلى مامر ينصب القاضي وصيا ويرد عليه (قوله وهذا الخ) أي في مسألة المتن إنما يرد الوكيل بالعيب إذا لم يسلمه إلى موكله ، ولا حاجة إليه مع قول المتن مادام المبيع في يده (قوله فلو سلمه) أي الوكيل (قوله امتنع) أي على الوكيل رده (قوله لانتهاء الوكالة بالتسليم) أي إلى الموكل ولأن فيه أبطال يده الحقيقية ، فلا يتمكن منه إلا بإذنه ولهذا كان خصما لمن يدعي في المشترى دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم إلى الموكل لا بعده وفي جامع الفصولين الوكيل إذا قبض الثمن لا يملك الإقالة إجماعا اهـ منح (قوله باع فاسدا) قال في المنح قيد بالعيب لأنه لو وكله ببيع متاعه فباعه بيعا فاسدا وسلمه وقبض الثمن وسلمه إلى الموكل فله أن يفسخ البيع ، ويسترد الثمن من الموكل بغير رضاه لحق الشرع كذا في القنية (قوله مطلقا) أي ولو سلم المبيع إلى المشترى ، ولو دفع الثمن إلى الموكل فله الفسخ بغير إذن الموكل ، ويسترد الثمن منه بغير رضاه (قوله قنية) عبارتها ما قدمناه عن المنح (قوله وللوكيل) أي بالشراء (قوله حبس المبيع) أي الذي اشتراه للموكل (قوله بثمن دفعه الوكيل من ماله) وإن لم يكن الدفع بأمره به صريحا فليس بمتبرع ، لأن الحقوق لما كانت راجعة إليه وقد علمه الموكل فيكون راضيا بدفعه من ماله (قوله أولا) أي لم يدفعه أصلا أو دفعه لا من ماله (قوله بالأولى) متعلق بقوله أولا ووجه الأولوية أنه مع الدفع ربما يتوهم أنه متبرع بدفع الثمن ، فلا يحبسه فأفاد بالحبس أنه ليس بمتبرع ، وإن له الرجوع على موكله بما دفعه ، فكيف إذا لم يدفع أصلا فله الحبس بالأولى ولأنه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا لو اختلفا في الثمن يتحالفان .

وفي وصايا الخانية · الوصي إذا نفذ الوصية من مال نفسه له أن يرجع في تركة الميت على كل حال : أي سواء كانت الوصية للعبد ، أولم تكن وعليه الفتوى .

وفي الخلاصة الوكيل بالشراء إذا اشترى ما أمر به ثم أنفق الدراهم بعد ما سلم إلى الآمر ، ثم نقد البائع غيرها جاز ولو اشترى بدنانير غيرها ، ثم نقد دنانير الموكل فالشراء للوكيل وضمن للموكل دنانيره للتعدي .

وفي الخانية الوكيل بالشراء إذا لم يكن أخذ الثمن من الموكل يطالب بتسليم الثمن من مال نفسه ، والوكيل بالبيع لا يطالب بأداء الثمن من مال نفسه .

وفي البحر عن كفالة الخانية : لو ادعى الوكيل بالشراء دفع الثمن من ماله وصدقه الموكل وكذبه البائع لم يرجع الوكيل على الموكل اهـ لكن قال الرملي : تصديق الموكل ليس بقيد لأنه لو كذبه فبالأولى عدم الرجوع .

وعبارة الخانية : رجل عليه ألف لرجل فأمر المديون رجلا أن يقضي الطالب الألف التي له عليه فقال المأمور قضيت وصدقه الآمر ، وكذبه صاحب الدين لا يرجع المأمور على الآمر ، لأن المأمور بقضاء الدين وكيل بشراء ما في ذمته فإذا لم يسلم له ما في ذمته ، ويرجع المأمور على الآمر كالوكيل بشراء العين إذا قال : اشتريت ونقدت الثمن من مال نفسي ، وصدقه الموكل وكذبه البائع لا يرجع الوكيل على الموكل ، فإن أقام المأمور بينة على قضاء الدين قبلت بينته ، ويرجع المأمور على الآمر ويبرأ الآمر عن دين الطالب اهـ ولا يخفى أن معنى قوله : لا يرجع الوكيل على الموكل لا يرجع بما ضاع عليه بجحود البائع وإلا فالثمن الذي وجب له بالعقد الحكمي يطالبه به بلا شبهة ، لأن الوكيل بالشراء ينزل منزلة البائع من الموكل ولذلك يتحالفان إذا اختلفا في الثمن ويفسخ العقد الذي جرى بينهما حكما كما سيأتي فافهم (قوله لأنه كالبائع) تعليل للحبس لا للأولوية هذا إذا كان الثمن حالا فإن اشتراه بثمن مؤجل تأجل في حق الموكل أيضا .

(ولو اشتراه) الوكيل (بنقد ثم أجله البائع كان للوكيل المطالبة به حالا) وهي الحيلة خلاصة ولو وهبه كل الثمن رجع بكله ولو بعضه رجع بالباقي لأنه حط بحر .

(هلك المبيع من يده قبل حبسه هلك من مال موكله ولم يسقط الثمن) لأن يده كيده (ولو) هلك (بعد حبسه فهو كمبيع) فيهلك بالثمن

قال في جامع الفصولين من السابع والعشرين فظ الوكيل لو لم يقبض ثمنه حتى لقي الآمر فقال : بعت ثوبك لفلان فإنا أقضيك عنه ثمنه فهو متطوع ، ولا يرجع على المشترى ، ولو قال : أقضيكه على أن يكون المال الذى على المشترى لى لم يجز ورجع الوكيل على موكله بما دفع عدة .

[تتمة] : بياع عنده بضائع لناس أمروه ببيعها فباعها بثمن مسمى ، فعجل الثمن من ماله لأصحابها على أن أثمانها له إذا قبضها فأفلس المشترى فللبائع أن يسترد ما دفع لأصحاب البضائع حموى (قوله ولو اشتراه الوكيل بنقد) أى بثمن حال فلو بمؤجل تأجل في حق الموكل أيضا فليس للوكيل طلبه حالا بحر (قوله المطالبة به حالا) فالحاصل أن العبرة لما وقع عليه العقد (قوله وهي الحيلة) أى لحلوله على الموكل دون الوكيل (قوله ولو وهبه) أى وهب البائع للوكيل (قوله كل الثمن) أى جملة واحدة أما لو وهب له نصفه ثم وهب له النصف الآخر لا يرجع الوكيل على الآمر إلا بالخمسمائة الأخرى لأن الأول : حط والثاني : هبة . قال في البحر : ولو وهبه خمسمائة ثم الخمسمائة الباقية لم يرجع الوكيل على الآخر إلا بالأخرى لأن الأولى حط والثانية هبة (قوله رجع) أى الوكيل على الآمر (قوله بالباقي) أى بالخمسمائة الأخرى كما في مسئلتنا (قوله لأنه) أى لأن الأولى (قوله حط) أى والثانية هبة وهذه المسألة مبنية على ما تقدم في البيوع أن هبة بعض الثمن حط لا هبة كله لأن الحط يلتحق بأصل البيع . وفي حط البعض يبقى البيع بالباقي ، فيرجع به على موكله هنا ولو جعل هبة الكل حطا لصار بيعا بلا ثمن فيفسد به البيع ، فلذلك جعل هبة مبتدأة للوكيل فيرجع على الموكل بالثمن للمعقود عليه كله . فلو وهبه إياه بدفعتين أو أكثر كان ما قبل الأخير حطا ، وكانت الهبة الأخيرة مبتدأة فيرجع على الموكل بقدرها فقط (قوله هلك المبيع من يده قبل حبسه) ولو هلك الثمن في يده فمن مال الآمر ، وإن اشترى ثم نقده الموكل فهلك الثمن قبل دفعه إلى البائع عند الوكيل يهلك من مال الوكيل

وفي الخانية : رجل دفع إلى رجل ألف درهم وأمره أن يشترى له بها عبدا ، فوضع الوكيل الدراهم في منزله وخرج إلى السوق ، واشترى له عبدا بألف درهم ، وجاء بالعبد إلى منزله فأراد أن يدفع الدراهم إلى البائع فإذا الدراهم قد سرقت ، وهلك العبد في منزله فجاء البائع ، وطلب منه الثمن وجاء الموكل يطلب منه العبد كيف يفعل قالوا يأخذ الوكيل من الموكل ألف درهم ، ويدفعها إلى البائع والعبد والدراهم هلكا على الأمانة في يده .

قال الفقيه أبو الليث : هذا إذا علم بشهادة الشهود أنه اشترى العبد ، وهلك في يده أما إذا لم يعلم ذلك إلا بقوله فإنه يصدق في نفي الضمان عن نفسه اهـ (قوله ولم يسقط الثمن) كان الأولى ولم يسقط الثمن عنه (قوله لأن يده كيده) أى لأن الوكيل عامل له فيصير الموكل قابضا بقبضه حكما (قوله ولو هلك بعد حبسه) قيد بالهلاك لأنه لو ذهبت عينه عنده بعد حبسه لم يسقط شيء من الثمن ، لأنه وصف والأوصاف لا يقابلها شيء لكن يخير الموكل إن شاء أخذه بكل الثمن وإن شاء تركه (قوله فهو كمبيع) هلك في يد البائع والبائع إذا حبس المبيع لاستيفاء الثمن يسقط بهلاكه ، فكذا هنا ولا رجوع للوكيل سواء تساوت قيمته مع ثمنه أو تفاوتا

وعند الثانى كرهن (ولا اعتبار بمفارقة الموكل) ولو حاضرا كما اعتمده المصنف تبعا للبحر خلافا للعينى وابن ملك (بل بمفارقة الوكيل)

ولو كان وكيلا بالاستئجار ، وقبض الوكيل الدار ليس له أن يحبسها على الموكل بالأجرة ولو شرط تعجيلها فإن حبسها حتى مضت المدة فقيل الأجر على الوكيل ويرجع على الموكل وقيل يسقط عن الموكل (قوله وعند الثانى كرهن) أى فيهلك بأقل من قيمته ومن الثمن لأنه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد إن لم يكن ، وهو الرهن بعينه فيهلك بالأقل من قيمته ، ومن الثمن حتى لو كان الثمن أكثر من قيمته رجع الوكيل بذلك الفضل على موكله ، وعند زفر يضمن جميع قيمته ، لأنه كغصب فإن كان الثمن مساويا لقيمته فلا اختلاف ، وإن كان الثمن عشرة والقيمة خمسة عشر فعند زفر يضمن خمسة عشر ، لكن يرجع الموكل على الوكيل بخمسة وعند الباقين يضمن عشرة ، وإن كان بالعكس فعند زفر يضمن عشرة ، ويطلب الخمسة من الموكل ، وكذا عند أبى يوسف ، لأن الرهن يضمن بالأقل من قيمته والدين ، وعند محمد يكون مضمونا بالثمن وهو خمسة عشر ابن كمال .

والحاصل : أن المبيع يكون مضمونا ضمان المبيع عندهما وهو سقوط الثمن أقل أو أكثر من القيمة وضمان الرهن عند أبى يوسف وهو مضمون بالأقل من قيمته ومن الثمن ، وضمان الغصب عند زفر وهو مضمون بالمثل لو مثليا وبالقيمة لو قيميا بالغة ما بلغت ، وباقى التفصيل فى صدر الشريعة وغيره وبعض الشارحين رجحوا هنا قول أبى يوسف : واختار صاحب الدرر قولهما كالمصنف حيث لم يتعارضا للاختلاف كما لا يخفى (قوله كما اعتمده المصنف الخ) قال العينى : قال فى النهاية : هذا إذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد ، أما إذا كان حاضرا يصير كأن الموكل صارف بنفسه فلا تعتبر مفارقة الوكيل وعزاه إلى خواهر زاده .

قال الشارح : هذا مشكل فإن الوكيل أصيل فى البيع حضر الموكل العقد ، أو لم يحضر قلت هذا ليس بمشكل ، فإن الوكيل نائب عنه فإذا حضر الأصل فلا يعتبر النائب قال المصنف : وانتظم كلامه ما إذا كان الموكل حاضرا أو غائبا . قال شيخنا فى بحره بعد أن ذكر ما قدمناه من عدم الفرق بين حضور الموكل وغيره ، وما فى النهاية ضعيف لكون الوكيل أصيلا فى الحقوق فى البيع مطلقا اهـ فى قوله : أصيلا الخ رد لقول العينى فإن الوكيل نائب عنه تأمل ، ويأتى تمامه فى المقولة الثانية (قوله خلافا للعينى وابن ملك) أى والحدادى نقلا عن المستصفى ، ومشى عليه فى درر البحار وعزاه صاحب النهاية إلى الإمام خواهر زاده واستشكله الزيلعى ، وصاحب العناية بأن الوكيل أصيل فى باب البيع حضر الموكل العقد أو لم يحضر ، وقال الزيلعى : وإطلاق المبسوط ، وسائر الكتب دليل على أن مفارقة الموكل لا تعتبر أصلا ، ولو كان حاضرا وهذا منشأ ما مشى عليه المصنف تبعا للبحر ، لكن أجاب العينى عن الإشكال بأن الوكيل نائب فإذا حضر الأصيل فلا يعتبر النائب اهـ .

وتعقبه الحموى بأن الوكيل نائب فى أصل العقد أصيل فى الحقوق ، وحينئذ فلا اعتبار بحضرة الموكل ، ومما يتضح به تزييف جواب العينى ما ذكره هو نفسه عند قول المصنف : وللمشترى منع الموكل عن الثمن من أن الموكل أجنبى عن العقد ، وحقوقه لأنها تتعلق بالعاقد على ما بينا كذا أفاده أبو السعود ، وذكر فى الحواشى السعدية أنه توارد مع الزيلعى فى هذا الإشكال ، ثم نقل عبارة الزيلعى ، وقال : وعليك بالتأمل وبه علمت أن ما ذكره الشارح : أى العينى فى غير محله .

ولو صبيا (فى صرف وسلم فيبطل العقد بمفارقة صاحبه قبل القبض) لأنه العاقد والمراد بالسلم الإسلام لا قبول السلم لأنه لا يجوز ابن كمال (والرسول فيهما)

أقول : وبالله التوفيق الذى يقطع عرق الإشكال من أصله ماقدمه الشارح عن الجوهرة ، والمصنف فى منحه من أن المعتمد أن العهدة على آخذ الثمن ، لا العاقل لو حضرا فى أصح الأقاويل ، وما ذكره العينى مبنى على القول الآخر من أنه لا عبرة بحضرته وهو ما مشى عليه فى المتن سابقا فتنبه (قوله ولو صبيا) أى بالمبالغة لأنه محل توهم حيث لا ترجع الحقوق إليه قال المصنف : والمستحق بالعقد قبض العاقد ، وهو الوكيل فيصح قبضه وإن كان لا تتعلق به الحقوق كالصبى والعبد المحجور عليه ولذا أطلقه فى المختصر تبعا للكنز وغيره (قوله فيبطل العقد) تفريع على الأصل المذكور كذا قاله صاحب الهداية والكافى وسائر المتأخرين درر (قوله بمفارقة صاحبه) أى مفارقة الوكيل صاحبه وهو العاقد منح (قوله والمراد بالسلم الإسلام) بأن يوكل رب السلم شخصا بدفع رأس السلم إلى المسلم فيه (قوله لا قبول السلم) بأن يوكل المسلم إليه من يقبض له رأس مال السلم لأن الوكيل إذا قبض رأس المال بقى المسلم فيه فى ذمته وهو مبيع ، ورأس المال ثمنه وقد وكل فى قبضه ، ولا يجوز أن يبيع الإنسان ماله بشرط أن يكون الثمن لغيره كما فى بيع العين ، وإذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب المسلم فيه فى ذمته ورأس المال مملوك له ، وإذا أسلمه إلى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضا اهـ نعم يجوز توكيل المسلم اليه بدفع المسلم فيه (قوله لأنه لا يجوز) نقله فى البحر عن الجوهرة ، وعبارتها بأن وكله يقبل له السلم ، وعبارة الهداية ومراده التوكيل بالإسلام دون قبول السلم .

قال الرملى : وقد تواردت الشراح وغيرهم على هذا قال فى العناية : واعترض بأن قبول السلم عقد يملكه الموكل ، فالواجب أن يملكه الوكيل حفظا للقاعدة المذكورة عن الانتقاض وبأن التوكيل بالشراء جائز لا محالة والثمن يجب فى ذمة الموكل والوكيل مطالب به فلم لايجوز أن يكون المال للمسلم إليه والوكيل مطالب بتسليم المسلم فيه . وأجيب عن الإيرادين بجوابين ردهما الرملى ثم قال : ويختلج فى صدرى جواب لعله يكون صحيحا إن شاء الله تعالى ، وهو أنه لما اختلف العلماء ، كما قرروه فى الملك هل يثبت للموكل ابتداء أو للوكيل ثم ينتقل للموكل أثر هذا الاختلاف فى المحل شبهة ، فأوجب عدم الجواز فيما القياس فيه المنع مطلقا احتياطا إذ العقود الفاسدة مجراها مجرى الربا والأمر المتوهم فى الربا كالمحقق فى مسألة بيع الزيتون بالزيت ، فعدم جواز التوكيل من المسلم إليه لما فيه من بيع المسلم فيه قبل القبض عند من يقول : إنه ينتقل من الوكيل للموكل ولاحتماله عند القائل بثبوته ابتداء للموكل ، لأنه مجتهد فيه وهو محل الاحتمال والفاسد ملحق بالربا والربا يثبت بالشبهة والتوهم اهـ .

قال الشيخ خليل الفتال فى حاشيته : وتعقبه بعض حنفية زماننا حيث قال قوله ، ولعله يكون صحيحا يختلف فيه الرجاء فأحسن التدبر يظهر لك ذلك .

وحاصله : أن بيع المسلم فيه قبل قبضه إنما يتأتى لو كان الوكيل من طرف رب السلم والمسئلة فى الوكيل من طرف المسلم إليه وأى بيع للمسلم فيه قبل قبضه . نعم يمكن أن يكون المستفاد من هذا التقرير هو احامل لتصحيح المشايخ القول بثبوت الملك للموكل ابتداء إذ على مقابله : وهو القول بالانتقال يشكل صحة التوكيل بالإسلام لما فيه من بيع المسلم فيه قبل قبضه اهـ .

قلت : وفى قوله نعم يمكن الخ نظر ظاهر فقد بناه على ما تقتضيه عبارته فكيف يثبت غرضه

أى الصرف والسلم (لاتعتبر مفارقته بل مفارقة مرسله) لأن الرسالة فى العقد لا القبض واستفيد صحة التوكيل بهما .
(وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم

(قوله أى الصرف) صورته أن يقول : إن فلانا أرسلنى إليك لتصرف له هذا الدينار فقبل ، وقام الرسول قبل قبض البدل لا يفسد الصرف ، فإذا قام المرسل إليه قبل دفع البدل إلى المرسل أو نائبه أو قام المرسل من مجلسه فسد الصرف (قوله والسلم) صورته : أن يقول : إن فلانا أرسلنى إليك لتقبل منه السلم فى كذا بكذا وذهب الرسول قبل قبض رأس المال لايفسد العقد ، وإنما يفسد إذا قام المرسل إليه عن المجلس قبل قبضه أو قام المرسل كذلك أفاده ر (قوله بل مفارقة مرسله) الأولى العاقد (قوله لأن الرسالة فى العقد) أى حصلت فى العقد (قوله لا القبض) وكلام الرسول ينتقل إلى المرسل ، فيكون العاقد هو المرسل ، فيكون قبض الرسول غير قبض العاقد ، فلا يجوز عينى ويترتب على ذلك حرمة العقد بين الرسول والآخر لخلوه عن القبض فالخلاص أن يوكله فى الصرف ، ولو بالأمر ط (قوله واستفيد صحة التوكيل بهما) الأولى تقديم هذه الجملة قبل مسألة الرسول .

أقول : ومنشأ الاستفادة أن كلا منهما مما يباشره الموكل فيوكل فيه .

واعلم أن هذا ليس بعزيز إذ قد صرح به متن الدرر نعم يتجه لو قال واستفيد صحة الإرسال ليكون خلافا لما فى الجوهرة لا يصح الصرف بالرسالة لأن الحقوق تتعلق بالمرسل وهما مفترقان حالة العقد .

واعلم أن ما فى الجوهرة حقيق بالقبول إذا لم يكن المرسل حاضرا فى مجلس العقد (قوله وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم) قيد بالموزون لأنه فى القيمى لا ينفذ بشىء على الموكل إجماعا فلو وكله بشراء ثوب هروى بعشرة فاشترى له ثوبين هرويين بعشرة مما يساوى كل واحد منهما عشرة لا يلزم الآمر واحد منهما عنده لعدم إمكان الترجيح ، لأن ثمن كل واحد منهما مجهول إذ لا يعرف إلا بالحزر بخلاف اللحم ، لأنه موزون مقدر فيقسم الثمن على أجزائه زيلعى بحر ، وأما على تقدير كون اللحم قيميا كما هو فى غير الصحيح فالفرق بينهما أن التفاوت بين العشرة أرطال وضعفها قليل ساقط عن درجة الاعتبار إذا كانا من جنس واحد ، وهو المفروض بخلاف الثوب ، فإن التفاوت يتصور بين أفراده مادة وطولا وعرضا ورفعة ودقة كما فى العناية ، ولو أمره بشراء ثوب بعينه ، والمسألة بحالها لزمه ذلك الثوب بحصته من عشرة ، وكذا لو أمره بشراء حنطة بعينها كذا فى الوجيز للكردرى .

قال فى الهندية : والأصل فى هذه المسائل أن الموكل متى جمع بين الإشارة والتسمية فى ثمن ما وكل بشرائه والمشار إليه خلاف جنس المسمى فإما أن يكونا جاهلين بحال المشار إليه أو أحدهما أو كانا عالمين ، ولا يعلم أحدهما بعلم صاحبه أو عالمين بهما ففى الثلاثة الأول تتعلق الوكالة بالمسمى لدفع الغرر عنهما أو عن أحدهما ، وفى الرابع تتعلق بالمشار إليه ، لأن الإشارة أبلغ فى التعريف من التسمية من غير مانع الغرر ، وإن كان المشار إليه من جنس المسمى ، فالوكالة تتعلق بالمشار إليه إلا إذا كان فيه ضرر بالوكيل بأن يتقرر عليه الثمن من غير رضاه .

قال لغيره : اشتر لى جارية بما فى هذا الكيس من الألف الدراهم ودفع الكيس إلى الوكيل فاشترى جارية بألف درهم كما أمر به ، ثم نظر إلى الكيس فإذا فيه ألف دينار أو ألف فلس أو تسعمائة درهم فالشراء جائز على الآمر إذا كانا جاهلين بما فى الكيس ، أو كان أحدهما جاهلا أو كانا عالمين إلا أن كل واحد لا يعلم أن صاحبه يعلم به وكذلك لو نظر الوكيل إلى ما فى الكيس وعلم به ، ثم اشترى جارية بألف درهم كان الشراء

فاشترى ضعفه بدرهم مما يباع به عشرة بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم) خلافا لهما والثلاثة قلنا إنه مأمور بأرطال مقدرة فينفذ الزائد على الوكيل ولو شرى مالا يساوى ذلك وقع للوكيل إجماعا كغير موزون (ولو وكله بشراء شيء بعينه)

الموكل ، لأن الوكالة حال وجودها تعلقت بالمسمى ، وكذلك لو كان فى الكيس ألف وخمسمائة فاشترى جارية بألف درهم فالشراء نافذ على الموكل ، وكذا إذا قال اشتر لى جارية بألف درهم نقد بيت المال الذى فى هذا الكيس فاشترى له كما أمر به ، فإذا فى الكيس ألف درهم غلة أو قال اشتر لى جارية بألف درهم غلة الذى فى هذا الكيس فاشترى له كما أمر به فإذا فى الكيس ألف درهم نقد بيت المال فالشراء جائز على الآمر هكذا فى المحيط اهـ (قوله فاشترى ضعفه) قيد بالزيادة الكثيرة لأن القليلة كعشرة أرطال ونصف رطل لازمة للآمر ، لأنها تدخل بين الوزنين فلا يتحقق حصول الزيادة بحر عن غاية البيان (قوله خلافا لهما) فعندهما يلزمه العشرون بدرهم ، لأنه فعل المأمور وزاده خيرا وصار كما إذا وكله ببيع عبده بألف فباعه بألفين ولأبى حنيفة أنه أمره بشراء عشرة ، ولم يأمره بالزيادة فينفذ الزائد عليه ، بخلاف ما استشهدا به لأن الزيادة فيه بدل ملكه زيلعى .

قال الحموى : وهو مخالف لما ذكره فى باب ما يجوز من الإجارة وكله بالبيع بألف درهم فباعه بألف دينار لا ينفذ بيعه فليتأمل اهـ .

وأقول : سيأتى أنه متى اختلف جنس الثمن بأن أمره بالدراهم فباع بالدنانير يصير مخالفا مطلقا ولو إلى خير (قوله ولو شرى ما لا يساوى ذلك) بأن اشترى ما يساوى العشرون منه درهما بدرهمين وقع للوكيل لأنه خلاف إلى شر كشرائه مهزولا ، لأن الأمر تناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الآمر ط (قوله وقع للوكيل إجماعا) لأنه خالف إلى شر (قوله كغير موزون) أى من القيميات كما تقدم بأن أمره بعبد بمائة فاشترى بها عبدين كل واحد يساوى المائة فالكل للمأمور إجماعا .

أقول : ومثل الموزون المكيل والمعدود المتقارب (قوله ولو وكله بشراء شيء بعينه(١)) أى وعينه له إما باسم الإشارة أو باسم العلم أو بالإضافة كأن وكله أن يشترى له هذا العبد بثمن مسمى ، وقبل الوكيل الوكالة ثم خرج من عند الموكل وأشهد على نفسه أنه يشتريه لنفسه ثم اشترى العبد بمثل ذلك الثمن فهو للموكل كما فى الهندية .

والأصل أن الوكيل يعزل نفسه بحضرة موكله لا فى غيبته دفعا للغرور هذا فى العزل القصدى ، أما فى الضمنى كما لو كان ذلك بمخالفة الموكل يصح مطلقا وعليه ، فلو وكله أن يزوجه معينة فتزوجها فقد عزل نفسه عزلا ضمنيا لأنه جعله مزوجا لامتزوجا فالذى عقده غير مسلط عليه من قبل الموكل فهو يخالف فيه ، فيكون عزلا ضمنيا بخلاف الشراء فإنه إنما فوض إليه أن يشتريه ، وقد اشترى فلم تحصل المخالفة إلا أنه نواه لنفسه لا للآمر ، فتبطل نيته ابقاء الوكالة ، وعدم عزله لعدم المخالفة منه إذ لم يباشر المأمور به حتى لو اشتراه بخلاف ما سمى له من الثمن أو بغير النقود كان مخالفا أمره فينعزل عزلا ضمنيا ، فلا يتوقف على علم الموكل .

قال الحموى : ومثل التوكيل بشراء شيء بعينه التوكيل بالاستئجار إلا أنى لم أره صريحا وهى

---

(١) الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه وإن قال عند العقد شريته لنفسى إلا إن خالف فى قدر الثمن أو جنسه هذا إذا كان الموكل غائبا وإن حاضرا وصرح الوكيل بأنه يشتريه لنفسه صار مشتريا لنفسه بزازية اهـ منه .

بخلاف الوكيل بالنكاح إذا تزوجها لنفسه صح منية والفرق فى الوانى (غير الموكل لايشتريه لنفسه)

خادثة الفتوى : ولو اشترى نصف المعين فالشراء موقوف إن اشترى باقيه قبل الخصومة لزم الموكل عند أصحابنا الثلاثة .

ولو خاصم الموكل الوكيل إلى القاضى قبل أن يشترى الوكيل الباق ، وألزم القاضى الوكيل ثم إن الوكيل اشترى الباق بعد ذلك لزم الوكيل بالإجماع ، وكذا كل ما فى تبعيضه ضرر ، وفى تشقيصه عيب كالعبد والأمة والدابة والثوب ، وهذا بخلاف ما إذا وكله ببيع عبده فباع نصفه أو جزء منه معلوما فإنه يجوز عند الإمام سواء باع الباقى منه أولا وإن وكله بشراء شىء ليس فى تبعيضه ضرر ولا فى تشقيصه عيب فاشترى نصفه يلزم الموكل ولا يتوقف لزومه على شراء الباقى اه (قوله بخلاف الوكيل بالنكاح) أى بنكاح معينة والأنسب وضعها بعد قول المصنف لا يشتريه لنفسه ح (قوله والفرق فى الوانى) أى بين التوكيل بشراء معين وبين التوكيل بنكاح معينة مذكور فى الوانى محشى الدرر ، وذكره الزيلعى أيضا :

وحاصله أن النكاح الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف إلى الموكل فينعزل إذا خالف ، وأضافه إلى نفسه بخلاف الشراء فإنه مطلق غير مقيد بالإضافة لكل أحد : وعبارة الزيلعى لأن النكاح الذى أتى به الوكيل غير داخل تحت أمره لأن الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف إلى الموكل ، فكان مخالفا بإضافته إلى نفسه فانعزل. وفى الوكالة بالشراء الداخل فيها شراء مطلق غير مقيد بالإضافة إلى الموكل . فكل شىء أتى به لايكون مخالفا به إذ لا يعتبر فى المطلق إلا ذاته دون صفاته ، فيتناول الذات على أى صفة كانت فيكون موافقا بذلك ، حتى لو خالف مقتضى كلام الآمر فى جنس الثمن وقدره كان مثله اه :

قلت : حاصله أن النكاح من العقود التى تضاف إلى الموكل ، ولا تتحقق له إلا بالإضافة بخلاف الشراء فإنه يكون للموكل ولو أضافه الوكيل إلى نفسه كما يعلم مما مر .

أقول : وعبارة الوانى فإن قيل ما الفرق بين هذا وبين ما إذا وكله بتزويج امراة بعينها حيث جاز له أن يتزوجها ؟ قلنا : هو أن النكاح الذى أتى به الوكيل غير الذى أمر به ، لأن المأمور به النكاح الذى أضيف إلى الآمر ، وهذا أضيف إلى الوكيل ، فكان مخالفا وأما فى مسألتنا فالمأمور مطلق الشراء غير مقيد بالإضافة إلى أحد هكذا قيل ، ولا يخفى أن قوله: وفى مسألتنا المأمور مطلق الشراء ممنوع فإن المأمور فيها أيضا البيع الذى أضيف إلى الآمر فإنه قال : اشتر لى هذا ، فكيف يكون هذا أمرا بمطلق الشراء اه .

أقول : ومثله فى النهاية والزيلعى والحواشى اليعقوبية وغيرهم فليراجع (قوله غـــير الموكل) بالجر صفة لشىء مخصصة وبالنصب استثناء منه أو حال لأنه لايجوز بالوجهين بدليل ما يأتى فلو قال غير الموكل والموكل لكان أوضح .

قال فى المنح : وإنما قيدنا بغير الموكل للاحتراز عما إذا وكل العبد من يشتريه له من مولاه أو وكل العبد بشرائه له من مولاه فاشترى فإنه لا يكون للآمر ما لم يصرح به للمولى أن يشتريه فيهما للآمر مع أنه وكيل بشراء شىء بعينه لما سيأتى اه . وكان وجه الاحتراز عما ذكره من الصورتين باعتبار احتمال لفظ الموكل لاسم الفاعل واسم المفعول ، ولا يخفى ما فيه فكان الأولى أن يقول : غير الموكل والموكل أو يقول : ولو وكله بشراء معين غير نفس الآمر وأفاد مسكين أن التعيين إما بالإشارة أو باسم العلم أو بالإضافة (قوله لا يشتريه لنفسه) لأن فيه عزل نفسه وهو لا يملك عزل نفسه ، والموكل غائب حتى لو كان الموكل حاضرا وصرح بأنه يشتريه

ولا لموكل آخر بالأولى (عند غيبته

لنفسه كان له لأن له أن يعزل نفسه بحضرة الموكل ، وليس له العزل من غير علمه لأنه فسخ عقد ، فلا يصح بدون علم صاحبه كسائر العقود عيني وزيلعي وغيرهما كالعناية وغاية البيان والمنح. وأورد عليهم أن العلم بالعزل فى باب الوكالة يحصل بأسباب متعددة منها حضور صاحبه ، ومنها بعث الكتاب ووصوله إليه ، ومنها إرسال الرسول وتبليغ الرسالة ، ومنها إخبار واحد عدل أو اثنين غير عدلين بالإجماع أو إخبار واحد عدل كان أو غيره عند أبي يوسف ومحمد وقد صرح بها فى عامة المعتبرات سيما فى البدائع واشتراط علم الآخر فى فسخ أحد المتعاقدين العقد القائم بينهما لا يقتضي أن لا يملك الوكيل عزل نفسه إلا بمحضر من الموكل لأن انتفاء سبب واحد لا يستلزم انتفاء سائر الأسباب فلا يتم التقريب . اللهم إلا أن يحمل وضع المسألة على انتفاء سائر أسباب العلم بالعزل أيضا لكنه غير ظاهر من عبارات الكتب أصلا قاضي زاده أفاده أبو السعود (قوله ولا لموكل آخر بالأولى) أى بأن وكله رجل آخر بأن يشترى له هذا الشيء بعينه ، فاشتراه له كان للموكل الأول دون الثانى لأنه إذا لم يملك الشراء لنفسه فلا يملكه لغيره بالأولى وهذا إن لم يقبل وكالة الثانى بحضرة الأول وإلا فهو للثانى ، وإن كان الأول وكله بشرائه بألف والثانى بمائة دينار فاشتراه بمائة دينار ، فهو للثانى لأنه يملك شراءه لنفسه بمائة ، فيملك شراءه لغيره أيضا بخلاف الفصل الأول كذا فى البزازية .

قال المقدسي : فلو أضافه إلى الثانى ينبغي أن يكون للثانى كما لو قبل وكالة الثانى بحضرة الأول أو شراه بما عينه الثانى مخالفا للأول اه .

وفى كافى الحاكم : رجل وكل رجلا بشراء أمة بعينها فقال الوكيل : نعم فشراها لنفسه ، ووطئها فحبلت منه يدرأ عنه الحد : وتكون الأمة وولدها للآمر ولا يثبت النسب اه .

قال الرملي ، يستفاد من قول الوكيل نعم أنه لو لم يقبلها لم يكن كذلك وهو ظاهر فإذا لم يقبلها واشترى وقع له والله تعالى أعلم .

ونقل فى البحر عن البزازية : اشتر لى جارية فلان فسكت وذهب واشتراها ، إن قال اشتريتها لى فله ، وإن قال للموكل فله . وإن أطلق ولم يضف ثم قال كان لك ، إن قائمة ولم يحدث بها عيب صدق ، وإن هالكة أو حدث بها عيب لا يصدق اه .

وفى الأشباه والنظائر : سكوت الوكيل قبول ويرتد برده اه . وقدمنا عن البحر أول الوكالة أن ركنها ما دل عليها من الإيجاب والقبول ولو حكما ليدخل السكوت ، وصاحب البحر فهم من عبارة البزازى كما ذكره أن الجارية لم تتعين بالإضافة إلى المالك فيه . والذى يلوح لى أن فرع البزازية فى المعينة أيضا . ويفرق بين السكوت وبين التصريح بالقبول أخذا من تقييده فى كافى الحاكم بقوله فقال الوكيل نعم ، وتقييده فى البزازية بقوله فسكت وإلا لا يكون فى ذكر ذلك فائدة ، وعليك أن تتأمل .

قلت : وقد ذكر عبارة البزازية فى التتارخانية نقلا عن شركة العيون ، وأبدل قول البزازية فسكت بقوله ولم يقل المأمور نعم ولم يقل لا ، ثم قال فى آخرها هذا كله رواية الحسن عن أبي حنيفة ، وربما يستفاد منه أن فى المسألة رواية أخرى تأمل ، ثم معنى قوله ويفرق بين السكوت وبين التصريح بالقبول أنه إن سكت فعلى التفصيل المذكور فى البزازية : وإن صرح فهى للمأمور ، لأنه إن سكت لم تصح الوكالة لمنافاته لما فى البزازية وهو ظاهر (قوله عند غيبته) أما لو كان حاضرا وصرح بأنه يشتريه لنفسه كان المشترى له ، لأن له أن يعزل

حيث لم يكن مخالفا) دفعا للغرر (فلو اشتراه بغير النقود أو بخلاف ما سمى الموكل له (من الثمن وقع الشراء للوكيل) لمخالفة أمره

نفسه بحضرة الموكل وليس له ذلك بغير علمه لأن فيه تغريرا له ح (قوله حيث لم يكن مخالفا) تعليل للحكم وإشارة للفرق بين التوكيل بالشراء والنكاح كما سبق (قوله دفعا للغرر) علة ثانية : أى إنما منع شراؤه لنفسه لأنه يؤدى إلى تغرير الآمر من حيث أنه اعتمد عليه ، ولأن فيه عزل نفسه ولا يملكه إلا بمحضر من الموكل . والأصل فى هذه المسائل المارّة أن الوكيل يعزل نفسه بحضرة موكله لا فى غيبته دفعا للغرر ، هذا بالعزل القصدى . أما الضمنى كما لو كان ذلك بمخالفة الموكل فيصح مطلقا ، وعليه يبنى قوله المارّ فلو وكله أن يزوّجه معينة فتزوّجها فقد عزل نفسه عزلا ضمنيا لأنه جعله مزوجا لا متزوّجا ، فالذى عقده غير مسلط عليه من قبل الموكل فهو مخالف فيه فيكون عزلا ضمنيا ، بخلاف الشراء فإنه إنما فوّض إليه أن يشتريه وقد اشترى فلم تحصل المخالفة ، إلا إذا نواه لنفسه لا للآمر فتبطل نيته لبقاء الوكالة وعدم عزله لعدم المخالفة منه إذ لم يباشر المأمور به ، حتى لو اشتراه بخلاف ما سمى له من الثمن أو بغير النقود كان مخالفا لأمره فيعزل عزلا ضمنيا فلا يتوقف على علم الموكل كما قدمناه (قوله فلو اشتراه) تفريع على قوله حيث لم يكن مخالفا (قوله بغير النقود) أى بأن اشترى بالعروض أو بالحيوان ولم يكن الثمن مسمى ، وهذا إذا أمره بالنقود على ما فى مسكين ، ولو ساوى المسمى قيمته .

واعلم أن الأولى أن يقول فلو اشتراه بحضرته وقع للوكيل ثم يستطرد ويقول وكذا بغير ما عين ، وسيأتى إذا خالف فى الدنانير بدراهم قيمتها كالدنانير يصح للموكل وقد تقدم أيضا ، ويجب تقييده بما إذا لم يضف العقد إلى الموكل . أما إذا أضافه إليه بأن قال : بعته لموكلك ، فقال الوكيل : اشتريت له يتوقف على إجازة الموكل بلا شبهة كما علم مما تقدم فى الكلام على شراء الفضولى ، وسيأتى ذكره قريبا فى شرح قوله قال بعنى هذا لعمرو .

قلت : وفيه كلام قدمناه أول الوكالة فى شرح قوله وبإيفائها واستيفائها فلا تغفل (قوله أو بخلاف ماسمى) أى إن كان الثمن مسمى ، وأطلق فى المخالفة فشمل المخالفة فى الجنس والقدر كما فى البزازية ، وقيده فى الهداية والمجمع ، بخلاف الجنس فظاهره أنه إذا سمى له ثمنا فزاد عليه أو نقص عنه فإنه لا يكون مخالفا ، وظاهر ما فى الكافى للحاكم أنه يكون مخالفا فيما إذا زاد لا فيما إذا نقص فإنه قال وإن قال اشتر لى ثوبا هرويا ولو لم يسم الثمن فهو جائز على الآمر وإن سمى ثمنا فزاد عليه شيئا لم يلزم الآمر وكذلك إن نقص من ذلك الثمن إلا أن يكون وصفه له بصفة وسمى له ثمنا فاشترى بتلك الصفة بأقل من ذلك الثمن فيجوز على الآمر وإن كان معينا فهو كالموصوف ، فشمل ما إذا كان خلاف الجنس عرضا أو نقدا خلافا لزفر فى الثانى ، وما إذا كان ما اشترى به مثل قيمة ما أمر به أو أقل كما فى البزازية ونقله عنه فى البحر (قوله من الثمن) قال الحموى : أى بأن يأمره بالشراء بألف درهم فيشتريه بمائة دينار وقد جعل محمد الدراهم والدنانير جنسين إذ لو جعلهما جنسا واحدا لصار الوكيل مشتريا للآمر حينئذ .

وقد ذكر فى شرح الجامع الصغير فى باب المساومة أن الدراهم والدنانير جنسان مختلفان قياسا فى حق حكم الربا ، حتى جاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا ، وفيما عدا حكم الربا جعلا جنسا واحدا استحسانا حتى يكمل نصاب أحدهما بالآخر . والقاضى فى قيم المتلفات بالخيار ، إن شاء قوم بالدراهم وإن شاء قوم بالدنانير والمكره

وينعزل فى ضمن المخالفة حينئذ (وإن) بشراء شىء (بغير عينه) فالشراء للوكيل

على البيع بالدراهم إذا باع بالدنانير أو على العكس كأن يبيعه بيع مكره وصاحب الدراهم إذ ظفر بدنانير غريمه كان له أن يأخذها بجنس حقه ؛ كما لو ظفر بدراهمه إلا رواية شاذة عن محمد . وإذا باع شيئا بالدراهم اشتراه بالدنانير قبل نقد الثمن أو على العكس والثانى أقل من قيمة الأول كان البيع فاسدا استحسانا ، وتبين بما ذكر أنهما اعتبرا جنسين مختلفين فى حكم الربا .

شهد بالدراهم والآخر بالدنانير أو شهد بالدراهم والمدعى دنانير أو على العكس لا تقبل الشهادة ، وكذلك فى باب الإجارة اعتبرا جنسين مختلفين ، على أن من استأجر من آخر دارا بدراهم وأجرها من غيره بدنانير أو على العكس وقيمة الثانى أكثر من الأول تطيب له الزيادة . فما ذكر فى الجامع أنهما جعلا جنسا واحدا فيما عدا حكم الربا على الإطلاق غير صحيح كذا فى التتارخانية اه .

قلت : وذكر العمادى فى فصوله : الدراهم أجريت مجرى الدنانير فى سبعة مواضع ، وقد ذكر صاحب البحر أوائل البيوع عند قوله ولابد من معرفة قدر ووصف ثمن أنه ليس للحصر (قوله وينعزل فى ضمن المخالفة) يفيد أنه لو شراه له بعد ذلك لا ينفذ على الموكل .

وفى المقدسى عن القنية وكله بشراء أمة بعينها بعشرة فشراها فقال الآمر شريتها بعشرة وقال المأمور شريتها لنفسى بخمسة عشر فالقول للوكيل والبينة بينته .

وفى المقدسى أيضا : ولو سمى له ثمنا فزاد عليه شيئا لم يلزم الآمر ، وكذلك إن نقص من ذلك الثمن إلا أن يكون وصف له بصفة وسمى له ثمنا فاشتراه بتلك الصفة بأقل من ذلك الثمن فيجوز على الآمر ، وإذا كان معينا فهو كالموصوف .

وفى الواقعات . قال أسير لرجل : اشترنى بألف درهم فشراه بمائة دينار أو بعرض جاز وله أن يرجع على الأسير اه . وفى خزانة المفتين من الصرف : الأسير إذا أمر رجلا أن يفديه بألف ففداه بألفين عليه يرجع بألفين عليه وليس بمنزلة الوكيل بالشراء .

وفى الزيادة قال له : اشتر لى بهذه الألف درهم أمة ولم يسلم الألف حتى سرقت فشرى أمة بألف لزم الموكل والأصل أن النقدين لايتعينان فى الوكالة قبل التسليم بلا خلاف ، وبعده اختلف فيه وعامتهم أنها لا تتعين (١) اه .

أقول : ويتفرع على ما فى الخلاصة وكيل الشراء إذا شرى ما أمر به ثم أنفق الدراهم بعد ما سلم الآمر ثم نقد للبائع غيرها جاز ، وسيأتى تصحيح مقابل هذا عن الخانية وعليه قول الزيادات : ولو دفع الدراهم للوكيل فسرقت لم يضمن فإن شرى أمة بألف نفذ عليه علم بهلاكها أو لم يعلم . ولو سرقت خمسمائة فشرى أمة بألف فهى له ، وإن شرى بخمسمائة تساوى ألفا فهى للموكل ، وكذا لو دفع كيسا فقال اشتر بالألف التى فيه فلم يجد سوى خمسمائة ، وإذا دفع إليه ألفا ليشترى له شيئا بعينه فهلك فشرى فهو للوكيل ، وإن هلكت بعد الشراء فللموكل ويرجع بها عليه هذا إذا اتفقا على تلفها قبل أو بعد ، فإن اختلفا فالقول للآمر بيمينه (قوله وإن بشراء شىء بغير عينه فالشراء للوكيل) هذه المسئلة على وجوه كما فى البحر : إن أضاف العقد إلى دراهم الآمر كان للآمر ، وهو المراد عندى بقوله أو يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لأن فيه تفصيلا وخلافا

(١) (قوله إنها لاتتعين) كذا بالأصل ولعله أنهما لايتعينان ، وليحرر اه مصححه .

وهذا بالإجماع وهو مطلق ، وإن أضافه إلى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا أو يفعله عادة ، إذا الشراء لنفسه بإضافة العقد إلى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا . وإن أضافه إلى دراهم مطلقة ، فإن نواها للآمر فهو للآمر وإن نواها لنفسه فلنفسه لأن له أن يعمل لنفسه ويعمل للآمر فى هذا التوكيل . وإن تكاذبا فى النية يحكم النقد بالإجماع لأنه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا . وإن توافقا على أنه لم تحضره النية . أو اختلفا بأن قال الوكيل لم تحضرنى النية وقال الموكل بل نويت لى أو بالعكس . قال محمد هو للعاقد لأن الأصل أن كل أحد يعمل لنفسه إلا إذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت . وعند أبى يوسف يحكم النقد لأن ما أطلقه يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا ، فمن أى المالين نقد نفذ فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولأن مع تصادقهما يحتمل النية للآمر وفيما قلنا حمل حاله على الصلاح كما فى حالة التكاذب والتوكيل بالإسلام فى الطعام على هذه الوجوه اهـ ومثله فى الهداية والمقدسى وقول الإمام فيما ذكره العراقيون مع محمد، وغيرهم ذكروه مع الثانى .

وبهذا علم أن معنى الشراء للموكل إضافة العقد إلى ماله لا النقد من ماله ، وأن محل النية للموكل ما إذا أضافه إلى دراهم مطلقة ، وظاهر ما فى الكتاب ترجيح قول محمد من أنه عند عدم النية يكون للوكيل لأنه جعله للوكيل إلا فى مسئلتين ، وظاهر ما فى الهداية أنه لا اعتبار بنيته لنفسه إذا أضافه إلى مال موكله ولا بينة لموكله إذا أضافه إلى مال نفسه وأن نقده الثمن من مال موكله علامة نيته له وإن لم يضفه إلى ماله . قال المقدسى : وفى الثانى نظر لأنه لا محذور فى ذلك إذ دفع ماله عن غيره غير مستنكر اهـ . هذا إذا اشتراه بثمن حال . وإن بمؤجل فهو للوكيل .

قال فى التتارخانية : وإن اشترى بدراهم مطلقة فهو على وجهين : وإن اشترى حالا يحكم النقد : إن نقد من دراهم الموكل فالشراء للموكل ، وإن نقد من مال نفسه فالشراء له ، وإن لم ينقد يرجع فى البيان إلى الوكيل . ثم قال : وإن اشترى مؤجلا فالشراء يكون للوكيل ، حتى لو ادعى الشراء بعد ذلك للموكل لا يصدق إلا أن يصدقه الموكل اهـ .

وحاصل ما قدمناه أنه إن أضاف العقد إلى مال أحدهما كان المشترى له ، وإن أضافه إلى مال مطلق : فإن نواه للآمر فهو له ، وإن نواه لنفسه فهو له ، وإن تكاذبا فى النية يحكم النقد إجماعا ، وإن توافقا على عدمها فللعاقد عند الثانى وحكم النقد عند الثالث . وبه علم أن محل النية للموكل فيما إذا أضافه إلى مال مطلق سواء نقده من ماله أو من مال الموكل ، وكذا قوله ولو تكاذبا ، وقوله ولو توافقا محله فيما إذا أضافه إلى مال مطلق ، لكن فى الأول يحكم النقد إجماعا ، وفى الثانى على الخلاف السابق .

وفى كافى الحاكم : ولو وكله أن يشترى له أمة وسمى جنسها ولم يسم الثمن فشرى أمة وأرسل بها إليه فوطئها الآمر فعلقت ، فقال الوكيل ما اشتريتها لك يحلفه على ذلك ويأخذها وعقرها وقيمة ولدها للشبهة التى دخلت ، وإن كان حين أرسل بها إليه أقر أنه شراها له أو قال هى الجارية التى أمرتنى أن أشتريها لك لم يستطع الرجوع فى شىء من أمرها ، فإن أقام البينة أنه حين شراها شراها لنفسه لم يقبل منه ذلك اهـ . وبه علم أن الإرسال للموكل لا يكون معينا كونه اشتراها له ، وأنهما إذا تنازعا فى كون الشراء وقع له يحلف الوكيل ، ومحله إن لم ينقد الثمن وإلا فقدمنا أنه يحكم النقد بالإجماع عند التكاذب .

وذكر الزيلعى أنه إذا نقد من مال الموكل فيما اشتراه لنفسه يجب عليه الضمان ، وهو ظاهر فى أن قضاء

إلا إذا نواه للموكل وقت الشراء (أو شراه بماله) أى بمال الموكل ؛ ولو تكاذبا فى النية

الدين بمال الغير صحيح موجب لبراءة الدافع موجب للضمان . وذكر فى بيع الفضولى أيضا أن من قضى دينه بمال الغير صار مستقرضا فى ضمن القضاء ، فيضمن مثله إن كان مثليا ، وقيمته إن كان قيميا ، وفى منظومة ابن وهبان :

وكيل قضى بالمال دينا لنفسه يضمن مايقضيه عنه ويهدر

ومعنى يهدر أنه يكون متبرعا قال شارحها : مسألة البيت من القنية قال الوكيل بقضاء الدين : صرفت مال الموكل إلى دين نفسه ثم قضى دين الموكل من مال نفسه ضمنه وكان متبرعا ، ومقتضاه سقوط الدين عن الموكل ، وإليه أشار بقوله ويهدر اهـ .

مطلب حادثة الفتوى

قال المقدسى : وهى حادثة الفتوى حدثت لبعض المتأخرين من المتكلمين على الكنز ، وفيه كلام ، فإنه إن أراد بقوله إن قضاء الدين بمال الغير صحيح أنه جائز ونافذ ولا إثم فيه وينقض ، فهو باطل ضرورة أن هذا المال مغصوب ولم يقل أحد(١) بأن المغصوب لايجوز التصرف فيه ويقضى به الدين ولو طلبه صاحبه لايمكن فيه ، ولا شك أن رب دراهم الغصب لو رآها مع الدائن وبرهن عليها له أخذها وينقض القضاء ، وما نقله عن الزيلعى وغيره لايشهد له لأنه جعله قرضا ، والقرض إنما يصح بالاختيار والرضا والضمان ، والرضا لايجوز على الجواز . ويحمل على ما إذا أجاز رب الدراهم وإلا فله عليها ومنع الوفاء بها ونقض القضاء، نعم إذا هلكت عند الدائن فله تضمين أى شاء من الدافع والقابض لا ، صحيح القضاء يقتضى أن لايطالب القابض بل الدافع . وأما مسألة المنظومة ففيها دفع مال نفسه باختياره ورضاه عن دين الموكل فلا يمس مانحن فيه فصح وصار متبرعا فلا رجوع له فيما كان عنده من المال ، لأنه لزم ذمته وتبرع من عنده بقضاء الدين اهـ .

أقول : وأراد المقدسى ببعض المتكلمين على الكنز صاحب البحر (قوله إلا إذا نواه للموكل) علم مما تقدم أنه يجب حمله على ما إذا لم يضف العقد إلى مال نفسه ، سواء أضافه إلى مال الموكل أو إلى مال مطلق ، وسواء نقد الثمن من ماله أو من مال الموكل (قوله أو شراه بماله) معناه إضافة العقد إلى ماله لا النقد من ماله ، يعنى إذا أضاف العقد إلى دراهم الآمر ينبغى أن يقع للآمر ، لأنه لو لم يقع للآمر كان واقعا للوكيل، فلو وقع له كان غاصبا لدراهم الآمر وهو لايحل شرعا ، كذا قال صاحب النهاية وعليه عامة الشراح .

أقول : فيه نظر لأن الغصب إنما يلزم لو نقد من دراهم الآمر ، وأما إذا أضافه إلى دراهم الآمر ولم ينقد من دراهمه بل نقد من دراهم نفسه فلا يلزم الغصب قطعا ، كذا ذكره أبو السعود فى حاشية مسكين . وذكر أيضا عند قول الكنز : أو يشتريه بماله أى إن أضاف العقد إلى مال الموكل سواء نقد الثمن من ماله أو من مال غيره أن فيه إشارة إلى أن المراد من قول المصنف تبعا للقدورى أو يشتريه بماله الإضافة عند العقد إلى دراهم الموكل دون النقد من مال الموكل بغير إضافة إليه .

قال صاحب الهداية : وقول القدورى أو يشتريه بمال الموكل مطلق لا تفصيل فيه ، فيحمل على الإضافة إلى مال الموكل ، كذا قاله جمهور الشراح .

---

(١) (قوله ولم يقل أحد الخ) هكذا بالأصل ، وليحرر اهـ .

حكم بالنقد إجماعا ، ولو توافقا أنها لم تحضره فروايتان .
(زعم أنه اشترى عبدا لموكله فهلك وقال موكله بل شريته لنفسك ، فإن) كان العبد (معينا وهو حي قائم فالقول للمأمور) إجماعا (مطلقا) نقد الثمن أولا لإخباره عن أمر يملك استئنافه

قال قاضي زاده أقول : فيه نظر لأنهم حملوا التفصيل المذكور فى قول المصنف لأن فيه تفصيلا ، على أنه إن نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وليس بصحيح ، لأن ذلك تفصيل للنقد المطلق لا للنقد من مال الموكل كما لايخفى ، وما يصلح لترجيح كون المراد بقول القدورى أو يشتريه بمال الموكل الإضافة إلى دراهم الموكل دون النقد من ماله إنما هو وقوع التفصيل فى النقد من مال الموكل لا وقوعه فى النقد المطلق إذ لامساس له بكلام القدورى ، فإن المذكور فيه مال الموكل دون مطلق المال اهـ (قوله حكم بالنقد إجماعا) لأن دلالته على التعيين مثل دلالة إضافة الشراء إليه زيلعي (قوله فروايتان) أى عن أبى حنيفة ، فعند أبى يوسف يحكم النقد . وعند محمد هو للوكيل وإن نقد الثمن من دراهم الموكل حموى ، لأن الأصل أن كل أحد يعمل لنفسه إلا إذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت ، وظاهر مافى الكنز ترجيح قول محمد لدخوله تحت قول المصنف فالشراء للوكيل ، فإنه لم يخرج عنه إلا في مسألتين إذا نواه للآمر أو أضافه إلى ماله ، وإليه مال الزيلعي حيث قدمه على قول أبى يوسف ، وعلله بقوله لأن مايطلقه الإنسان من التصرفات يكون لنفسه (قوله زعم الخ) صور المسألة فيما إذا كان بعد هلاك العبد ، وعمم فى الجواب وبين الحكم فيما إذا كان حيا أو ميتا ، فعلم بتعميمه جواب المسألة وهو ما إذا هلك وزاده عليها بيان ما إذا كان حيا فلا خطأ فى حق من أفاد الجواب وزاده عليه .
واعلم أن هذه المسألة على ثمانية أوجه كما قال الزيلعى ، واحد على الاختلاف . والبواقى على الوفاق ، والخلافية هى ما لو كان العبد المأمور بشرائه بغير عينه حيا ولم يكن الثمن منقودا كما فى أبى السعود : لأن العبد المأمور بشرائه إما أن يكون معينا أو غير معين ، وكل على وجهين : إما أن يكون الثمن منقودا أو غير منقود ، وكل وجه على وجهين : إما أن يكون العبد حيا حين أخبر الوكيل بالشراء أو ميتا .
ثم قال : فحاصله أن الثمن إن كان منقودا فالقول للمأمور فى جميع الصور ومنها حالة الهلاك والتعيب ، وإن كان غير منقود ينظر ، فإن كان الوكيل لايملك الإنشاء بأن كان ميتا فالقول للآمر ، وإن كان يملك الإنشاء فالقول للمأمور عندهما ، وكذا عند أبى حنيفة فى غير موضع التهمة ، وفى موضع التهمة القول للآمر اهـ فلافرق عندهما فى أن القول للمأمور إذا كان يملك الإنشاء بين أن يكون الموضع موضع تهمة أولا .
فإن قلت بماذا تثبت التهمة ، قلت بالرجوع إلى أهل الخبرة ، فإن أخبروا أن الثمن يزيد على القيمة زيادة فاحشة تثبت وإلا فلا .
أقول : ولعل المراد بموضع التهمة ما إذا كان بعد التعيب فتأمل (قوله فهلك) الصواب إسقاطه لمنافاته لقوله الآتى وهو حى كما فى الشرنبلالية ، لكنه تبع فيه صاحب الدرر وصدر الشريعة (قوله وهو حى قائم) لاحاجة إليه أيضا لأن المأمور يدعى هلاكه فكيف يقال وهو حى ، فالقول للمأمور ، إلا أن يقال أراد أنه قائم من كل وجه ليحترز به عما إذا حدث به عيب أو أبق فإنه كالهلاك كما فى البزازية تأمل (قوله فالقول للمأمور) أى مع يمينه يعقوبية (قوله لإخباره عن أمر يملك استئنافه) بجعل الشراء للموكل ولا تهمة فيه ، لأن الوكيل بشراء شىء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن فى حال غيبته على مامر كما فى البحر .
قال المقدسي : فالمخبر به في التحقق والثبوت يستغني عن إشهاد فصدق كقوله لمطلقته فى العدة راجعتك ،

(وإن ميتا و) الحال أن (الثمن منقود فكذلك) الحكم (وإلا) يكن منقودا (فالقول للموكل) لأنه ينكر الرجوع عليه (وإن) العبد (غير معين) وهو حي أو ميت (فكذا) أي يكون للمأمور (إن الثمن منقود) لأنه أمين (وإلا فللآمر) للتهمة خلافا لهما (قال بعني هذا لعمرو فباعه ثم أنكر الآمر) أي أنكر المشتري أن عمرا أمره بالشراء (أخذه عمرو ولغا إنكاره) الأمر لمناقضته لإقراره بتوكيله بقوله بعني لعمرو (إلا أن يقول عمرو لم آمره به) أي بالشراء (فلا) يأخذه عمرو لأن إقرار المشتري ارتد برده (إلا أن يسلمه المشتري إليه) أي إلى عمرو لأن التسليم على وجه البيع بيع بالتعاطي وإن لم يوجد نقد الثمن

وبهذا وقع التقضي عن المولى إذا أقر على موليته بالنكاح حيث لايثبت عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى اه ولأن من ملك الإنشاء ملك الإقرار (قوله وإن ميتا) أي كان العبد ميتا .

قال العلامة أبو السعود : وهذه مسألة الكتاب ، نظر السيد الحموي بأن مسألة الكتاب تشمل موت العبد وحياته وقت قول المأمور اشتريته للآمر كما في البحر ، فإن كان ميتا أخبر عن أمر لايملك استئنافه ، وإن كان حيا فهو يدعي حق الرجوع على الآمر وهو ينكره ، ولا خلاف في الأول أنه على التفصيل المذكور ، وفي الثاني الاختلاف ، فقال الإمام : هو كذلك على التفصيل . وقالا : القول للمأمور وإن لم يكن الثمن منقودا (قوله فكذلك الحكم) أي يكون القول للمأمور مع يمينه لأنه أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة فيقبل قوله (قوله وإلا) أي وإن لم يكن الثمن منقودا والحال أن العبد ميت إذ الكلام فيه ، أما لو كان حيا فقد تقدم الكلام فيه وأن القول فيه قول المأمور سواء كان الثمن منقودا أو لا (قوله فالقول للموكل) يعني أن المأمور يريد استحقاق الرجوع بالثمن عليه ، والقول قول الأمين فيما ينفي به الضمان عن نفسه لا فيما يستحق به الرجوع على غيره ، بل القول قول الآمر لأنه ينكر استحقاق الرجوع ، بل إنما يكون أمينا فيما دفع إليه بطريق الأمانة ، ومالم يقبضه لايسمى أمينا بالنظر إليه .

فإن قلت : كيف يتأتى هذا والوكيل بشراء شيء بعينه لايشتريه لنفسه فهو غير قادر على مخالفة الموكل كما تقدم ، ويجاب بأنه يمكن أنه فعل ذلك بحضرته أو بمخالفته بما عينه من الثمن أو شراه بعرض أو لعله محمول على ما إذا أنكر الآمر الشراء أصلا وربما يرشد إلى هذا عبارة التبيين والدر قوله إنه ينكر الرجوع عليه بالثمن والقول للمنكر (قوله وإلا) أي وإن لم يكن الثمن منقودا سواء كان العبد حيا أو ميتا (قوله للتهمة) فإنه يحتمل أنه اشتراه لنفسه فلما رأى الصفقة خاسرة أراد إلزامه للموكل (قوله خلافا لهما) الخلاف فيما إذا كان منكرا حيا والثمن غير منقود فقط ، ولا يوهم أن خلافهما في الصورتين الداخلتين تحت إلا مع أن خلافهما فيما ذكرنا . فعلم مما تقرر أن صورة المسألة فيما إذا كان بعد هلاك العبد وعمم الشارح في الجواب وبين الحكم فيما إذا كان حيا أو ميتا ، فعلم بتعميمه جواب المسألة وهو ماإذا هلك وزاد عليها بيان ما إذا كان حيا ، وحينئذ فلا خطأ في حق من أفاد الجواب وزاد عليه كما قدمناه (قوله الأمر) على وزن نصر مصدر أمر يأمر (قوله ولغا إنكاره الأمر لمناقضته الخ) أي لأن قوله بعني لعمرو إقرار منه بأنه وكله ، فإن أنكر الوكالة بعده صار تناقضا فلا يسمع قوله فيكون العبد للموكل وهذا معنى قوله ولغا : أي بطل إنكاره مع إنكاره (قوله بتوكيله) متعلق بالإقرار (قوله بقوله بعني) بدل من قوله بتوكيله وهو تصوير للإقرار ودلت المسألة على أن بعني لفلان ليس إضافة إلى فلان وإلا كان عقد فضولي، لأن قوله لفلان يحتمل أن يكون لشفاعة فلان اه . وصورة الإضافة أن يقول بع عبدك من فلان كما في الفتح من الفضولي ط (قوله إلا أن يسلمه المشتري) أي القائل

للعرف .

(أمره بشراء شيئين معينين) أو غيره معينين إذا نواه للموكل كما مر بحر (و) الحال أنه (لم يسم ثمنا فاشترىله أحدهما بقدر قيمته أو بزيادة) يسيرة (يتغابن الناس فيها

يعنى هذا لعمرو ، وقوله إليه : أى إلى عمرو قيد بالتسليم لأن عمرا او قال أجزت بعد قوله لم آمره لايعتبر والعبد للمشترى لأن العقد نافذ على المشترى والإجازة إنما تلحق الموقوف لا الجائز معراج (قوله للعرف) أى واوجود التراضى به ، وهو المعتبر فى باب المعاوضات المالية لقوله تعالى - إلا أن تكون تجارة عن تراض - منح .

أقول : وتكون العهدة على المشترى الذى هو عمرو بتسليم الثمن (قوله معينين أو غير معينين) قال فى البحر : ولم يذكر الشارحون فائدة التقييد بالمعينين ، والظاهر أنه اتفاقى فغير المعين كالمعين إذا نواه للموكل أو اشتراه له اه . وتبعه بعضهم كالحموى والشارح وغيرهما .

قال العلامة أبو السعود : وأقول دعوى أن التقييد اتفاقى غير مسلم لأنه عند عدم التعيين يبطل التوكيل لعدم تسمية الثمن أو مايقوم مقامه من بيان النوع كالتركى والحبشى ، فهذا غفلة عن قول المصنف فيما سبق قريبا أمره بشراء دار أو عبد جاز إن سمى ثمنا وإلا فلا اه .

أقول : بيان الثمن أو النوع لايخرجه عن كونه غير معين ، وقد قدم المؤلف أن الإضافة إلى المالك مثل جارية فلان لاتعينه .

ونقل فى البزازية : وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى من قطعت يده نفذ على الموكل عند الإمام . ولايخفى أنه مقيد ببيان النوع أو الثمن وإلا لم تصح الوكالة ، وتقدم متنا أيضا : او وكله بشراء شىء بغير عينه فالشراء للوكيل إلا أن ينوى للموكل أو يشتريه بماله تأمل . قال بعض الفضلاء : إنما قيدت المتون بالمعينين ليعم الشىء الدور والعبيد وغيرهما . وأما او تركوه وقد صرحوا بعدم ذكر الثمن فلربما يتوهم أنه لايجرى فى العبيد والدور لأنهما إذا لم يعينا ولم يذكر لهما ثمن لم يدخلا لعدم صحة الوكالة بهما حينئذ ، ومن غفل عن هذا قال ماقال ، فقوله أو غير معينين يحمل على جهالة النوع . وقوله إذا نواه للموكل يغنى عنه اه (قوله وإن لم يوجد الخ) هو أحد أقوال ثلاثة تقدمت فى أول كتاب البيوع (قوله إذا نواه للموكل) قيد فى غير المعينين : أى إنما يقع الشراء للموكل فى غير المعينين إذا نواه له ، وكذا يقال فيما إذا دفع الثمن من مال الموكل على ماتقدم (قوله كما مر) أى قريبا فى قوله وأن بغير عينه فالشراء للوكيل إلا إذا نواه للموكل (قوله أو بزيادة يسيرة يتغابن الناس فيهما) أى وهو مايدخل تحت تقويم المقومين ، وما لايدخل تحت تقويم المقومين فاحش ، لأن القيمة تعرف بالحزر والظن بعد الاجتهاد فتعذر فيما يشتبه لأنه يسير لايمكن الاحتراز عنه ، ولا يعذر فيما لايشتبه لفحشه ولا مكان الاحتراز عنه لأنه لايقع فى مثله عادة إلا عمدا وقيل حد الفاحش فى العروض نصف عشر القيمة ، وفى الحيوان عشر القيمة ، وفى العقار خمس القيمة ، وفى الدراهم ربع عشر القيمة لأن الغبن يحصل لقلة الممارسة فى التصرف فلماكانت الممارسة فيه أقل كان الغبن فيه أكثر فيعفى عن التفاوت بحسب الممارسة ، والصحيح الأول .

وفى النهاية : جعل هذا القدر معفواً عنه أو هو خلاف ما ذكره صاحب الهداية والكافى ، وقيل لايتحمل الغبن اليسير أيضا وليس بشىء هذا كله إذا كان سعره غير معروف بين الناس ويحتاج فيه إلى تقويم المقومين ،

صح) عن الآمر (وإلا لا) إذ ليس لوكيل الشراء الشراء بغبن فاحش إجماعا بخلاف وكيل البيع كما سيجيء (و) كذا (بشرائهما بألف وقيمتهما سواء فاشترى أحدهما بنصفه أو أقل صح و) لو (بالأكثر) ولو يسيرا (لا) يلزم الآمر (إلا أن يشترى الثانى) من المعينين مثلا (بما بقى) من الألف (قبل الخصومة) لحصول المقصود ، وجوّزاه إن بقى مايشترى بمثله الآخر (و) لو آمر رجل مديونه (بشراء شيء) معين (بدين له عليه وعينه أو) عين (البائع صح) وجعل البائع وكيلا بالقبض دلالة فيبرأ الغريم بالتسليم إليه بخلاف غير المعين ، لأن توكيل المجهول باطل ولذا قال

وأما إذا كان معروفا كالخبز واللحم والموز والجبن لا يعفى فيه الغبن وإن قل ولو كان فلسا واحدا كذا ذكره الزيلعى (قوله صح) لأن التوكيل مطلق غير مقيد بثمن مقدر عينى أى مطلق عن قيد اشترائهما متفرقين أو مجتمعين فيجرى على إطلاقه أبو السعود (قوله عن الآمر) أى ويقع له لأنه قابل الألف بالعبدين وقيمتهما سواء فتنقسم عليهما نصفين دلالة فيكون أمرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ضرورة . فالشراء بخمسمائة موافقة ، وبأقل منها مخالفة إلى خير . وبأكثر منها إلى شر . فلا يلزم الموكل إلا أن يشترى الباقى بما بقى من الألف قبل أن يختصما استحسانا لأن غرضه المصرح به تحصيل العبدين بالألف وقد حصل وما ثبت الانقسام إلا دلالة والصريح يفوتها فلا تعتبر معه زيلعى (قوله فاشترى الخ) حاصله أن الوكيل بشراء جملة له شراء كلها أو بعضها مما لا يتعيب بالقسمة ولا تعيبه الشركة بثمن المثل بالغبن اليسير عند عدم تعيين الثمن (قوله بخلاف وكيل البيع) فله أن يبيع بغبن فاحش عند الإمام حموى . والفرق كما فى الزيلعى أن الوكيل بالشراء لشيء بعينه لا يكون له أن يشتريه بغبن فاحش وإن كان لا تملك شراءه لنفسه لأنه بالمخالفة فيه يكون مشتريا لنفسه فكانت التهمة فيه باقيه ، بخلاف الوكيل بالبيع لأنه لا تهمة فيه لعدم احتمال الشراء لنفسه فيجوز بالقليل والكثير اهـ (قوله صح) لأنه قابل الألف بهما وقيمتهما سواء إلى آخر ما تقدم (قوله لا يلزم الآمر) لمخالفته إلى ضرر لأنه حيث عين الألف لهما والحال أن قيمتهما سواء فقد عين الصنف لأحدهما ، بخلاف مالو شرى بالأقل فإنه خلاف إلى خير فلا يضر كما مر (قوله من المعينين مثلا) أى أو الجماعة . وليس المراد غير المعينين أيضا لعدم تأتى ذلك فيه (قوله قبل الخصومة) أما إذا اختصما وفسخ العقد فلا يعود صحيحا لأن المفسوخ لا يرجع إلى الجواز (قوله لحصول المقصود) وهو تحصيل العبدين (قوله وجوّزه الخ) فيجوز شراء أحدهما بغبن يسير عندهما (قوله بشراء شيء معين) لا حاجة لقوله معين لقول المتن وعينه مع أنه يوهم اشتراط تعيينه مع تعيين البائع وليس كذلك . بل تعيين البائع يغنى عنه كما صرح به المصنف بقوله أو عين البائع (قوله أو عين البائع صح) أى على الآمر ولزمه قبضه ، وإن مات قبل القبض عند المأمور مات على الآمر لأن البائع يكون وكيلا على الآمر فى قبض الدين ثم يتملكه ، بخلاف ما إذا وكله بشراء عبد غير معين فاشترى لا يكون للآمر بل ينفذ على المأمور ، حتى لو مات عند المأمور مات من مال المأمور . فإن قبضه الآمر فهو له أبو السعود (قوله وجعل البائع وكيلا بالقبض) راجع إلى الصورتين (قوله غير معين) أى من مبيع وبائع (قوله لأن توكيل المجهول باطل) هذا تعليل غير الآتى له من قوله بناء الخ على أنه جار فيما ذكره لأن البائع قد يكون مجهولا فى الصورة الأولى ، فالأولى الاقتصار على ما يأتى ط .

والأصل أنه لا يصح تمليك الدين من غير من عليه الدين إلا إذا وكله بقبضه وأن الدراهم والدنانير يتعينان فى الوكالات فلما أمره بالشراء بدين له عليه ، فإن كان المبيع معينا تعين البائع ضرورة ، لأنه إنما يبيعه مالكه وإذا كان المبيع معينا كان بائعه معينا ، وكذا لو عين البائع مثال الأول إذا قال له اشتر فلانا العبد فإن بائعه مالك

(وإلا) يعين (فلا) يلزم الآمر (ونفذ على المأمور) فهلاكه عليه خلافا لهما ، وكذا الخلاف لو أمره أن يسلم ما عليه أو يصرفه بناء على تعين النقود فى الوكالات عنده وعدم تعينها فى المعاوضات عندهما .

العبد . ومثال الثانى اشترلى عبد فلان ، وفى الحالين البائع معلوم فكأنه وكله بقبض الدين الذى على الوكيل المجهول ثمنا فجاز تمليك الدين منه وكان الشراء بذلك الدين وكان موافقا للموكل بالثمن الذى عينه له لأجل شراء العبد مثلا ، وإذا كان المبيع غير معين ولم يكن بائعه معينا لم يمكن أن يكون وكيلا بقبض الدين فلم يصح الشراء منه بذلك الدين ، فلو تم العقد لكان مخالفا للآمر فى الثمن الذى عينه له وهو الدين ، لأن البائع لايصح أن يكون وكيلا بقبضه لأن توكيل المجهول باطل. وعندهما صح البيع لأن الدراهم والدنانير فى المعاوضات لاتتعين والوكالة منها فصح الشراء ، والحقوق ترجع إلى العاقد فيلزمه ثمن المبيع ويرجع به على آمره فيلتقيان قصاصا بالدين الذى له عليه (قوله وإلا يعين) أى وإن لم يعين المبيع ولا البائع (قوله فهلاكه عليه) أى إذا لم يقبضه الآمر ، وإن قبضه الآمر فهو بيع له بالتعاطى (قوله خلافا لهما) فقالا يلزم الآمر إذا قبضه المأمور بحر : أى فى الوجهين كنز ، يعنى بهما ما إذا كان العبد المأمور بشرائه معينا أو غير معين أبو السعود (قوله وكذا الخلاف لو أمره أن يسلم ما عليه) أى يعقد عقد السلم ؛ بأن قال أسلم الدين الذى لى عليك إلى فلان جاز وإن لم يعين فلانا لم يجز عنده وعندهما يجوز كيفما كان (قوله أو يصرفه) أى يعقد عقد الصرف ، بأن أمره أن يصرف ما عليه من الدين إذا كان دراهم بدنانير أو دنانير بدراهم مثلا. وأصله أن التوكيل بالشراء إذا أضيف إلى دين لا يصح عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى إذا لم يكن البائع أو المبيع متعينا . وعندهما يصح كيفما كان .

لهما أن النقدين لا يتعينان فى المعاوضات عينا كان أو دينا ، ولهذا لو اشترى شيئا بدين للمشترى على البائع ثم تصادقا أن لادين يبطل الشراء ويجب عليه مثله فإذا لم تتعين صار الإطلاق والتقييد به سواء كما فى غير الدين ، وقول العينى : ولهذا لو اشترى شيئا بدراهم على المشترى الخ تبع فيه الزيلعى . وصواب العبارة بدين للمشترى على البائع كما ذكرنا .

ولأبى حنيفة رحمه الله تعالى أن النقود تتعين فى الوكالات ، ولهذا لو قيدها بالعين منها أو بالدين منها ثم هلك العين أو أسقط الدين بطلت الوكالة ، فإذا تعينت فيها كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين وذلك لايجوز إلا إذا وكله بقبضه له ثم لنفسه وتوكيل المجهول لايجوز فكان باطلا ؛ كما إذا اشترى بدين على المشترى أو يكون أمرا بصرف مالا يملك إلا بالقبض قبله وذلك باطل كما إذا قال أعط مالى عليك من شئت بخلاف ما إذا عين . البائع لأنه يصير وكيلا عنه بالقبض ثم يتملكه ، وبخلاف ما إذا أمره بالتصدق لأنه جعل ماله لله تعالى وهو معلوم . وأما مسألة التصادق بأن لادين عليه بعد الشراء به فلأن النقود لاتتعين فى البيع دينا كان أو عينا ، فإذا لم تتعين لايبطل البيع ببطلان الدين بخلاف الوكالة فإن النقود تتعين فيها . وفى النهاية أن النقود لاتتعين فى الوكالة قبل القبض بالإجماع ، وكذا بعده عند عامتهم ، وعزاه إلى الزيادات والذخيرة ، فعلى هذا لايلزمهما ماقاله أبو حنيفة زيلعى ، والمراد بالمشترى فى قوله كما إذا اشترى بدين على غير المشترى هو الوكيل أبو السعود عن شيخه (قوله بناء على تعين النقود فى الوكالات عنده) بدليل أن الآمر لو قيد الوكالة بالعين منها أو بالدين منها ثم استهلكت العين أو سقط الدين بطلت الوكالة كما تقدم قريبا (قوله فى المعاوضات) عينا كانت النقود أو دينا (قوله عندهما) قال فى البحر : تنبيه فى حكم النقود فى الوكالة فى بيوع خزانة المفتين : ولو قال لغيره اشترلى

(ولو أمره) أى أمر رجل مديونه (بالتصدق بما عليه صح) أمره بجعله المال لله تعالى

بهذه الألف الدراهم جارية فأراه الدراهم ولم يسلمها إلى الوكيل حتى سرقت ثم اشترى جارية بألف لزمت الوكيل . والأصل أن الدراهم والدنانير يتعينان فى الوكالة قبل التسليم بلا خلاف وكذا بعده على الأصح .

وفائدة النقد والتسليم على الأصح شيئان : أحدهما توقف بقاء الوكالة ببقاء الدراهم المنقودة . والثانى قطع الرجوع على الموكل فيما وجب للوكيل على الموكل بالثمن ، ولو كان الموكل دفع الدراهم إلى الوكيل فسرقت من يده لا ضمان عليه . فإن اشترى بعد ذلك نفذ الشراء عليه ، وإن هلكت بعد الشراء فالشراء للموكل ويرجع بمثله ، فإن اختلفا فى كون الهلاك قبله أو بعده فالقول للآمر مع يمينه انتهى . ونقل مثله فى نور العين فى الفصل السابع عشر . ونقل فيه قبله ما نصه شيخ : يتعين النقدان فى التبرعات كهبة وصدقه ، والنقود تتعين فى الشركات والمضاربات والوكالات بعد التسليم إلى هؤلاء لكونها أمانة وقبل التسليم لاتتعين وجيز .

النقدان لا يتعينان فى المعاوضات وفسوخها وإن عينت حتى لا يستحق عينها ، وللمشترى أن يمسكها ويرد مثلها ، ويتعينان فى الغصوب والأمانات والوكالات والشركات ونحوها انتهى .

وقال فى الأشباه والنظائر فى أحكام النقود وفى وكالة البناية : اعلم أن عدم تعيين الدراهم والدنانير فى حق الاستحقاق لاغير ، فإنهما يتعينان جنسا وقدرا ووصفا بالاتفاق ، وبه صرح الإمام العتابى فى شرح الجامع الصغير اه . قال الحموى يعنى أن من حكم النقود أنها لاتتعين : ولو عينت فى عقود المعاوضات وفسوخها فى حق الاستحقاق فلا يستحق عينها فللمشترى إمساكها ودفع مثلها جنسا وقدرا ووصفا هذا هو المراد اه . وقدم فى الاستدلال للإمام وصاحبيه أن الدراهم والدنانير لايتعينان فى المعاوضات عندهما . ويتعينان عنده فى الوكالات ثم عليك بالتأمل فى قوله : وفائدة النقد والتسليم الخ بعد ما ذكره من الأصل المذكور وهو أنهما لايتعينان . وكذا ما ذكره بعده من أنه لو اشترى بعد ما سرقت بعد الشراء عليه فإنه دليل على تعينهما كما هو قول الإمام لا على عدمه ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

قال فى الحواشى الحموية : وإنما لم تتعين فى عقد المعاوضات لأن النقد خلق ثمنا والأصل فيه وجوبه فى الذمة لتوصله إلى العين المقصودة واعتبار التعيين فيه يخالف ذلك . بخلاف تعينه فى الهبة لعدم وجوبه فى الذمة . وكذا فى الصدقة والشركة والمضاربة والوكالة والغصب إذا قام عينه ، ولو هلك النقد فى يد الوكيل انعزل ولو هلك بعد البيع قبل التسليم انفسخ البيع ولا يطالب الوكيل بعد بتسليم مثله وعين ذلك النقدين بالتعيين فى عقد المعاوضة وفسخه . والشافعى وأحمد وافقاه كزفر لأنه صادر عن أهله مضافا إلى محله فيعتبر كما فى عقد المعاوضة وقيد بالنقد لأن ماهو مصوغ من الذهب والفضة يتعين بالتعيين اتفاقا . وكذا غيرهما من المثليات . وأثر الخلاف أنه لو عين الدراهم ليس للمشترى أن يسلم غيرها . وعندنا له أن يسلم مثلها . ولا ينقض العقد بالهلاك والاستحقاق بل يطالب بتسليم مثلها . كذا فى شرح درر البحار للعلامة شيخ البخارى . وقوله وكذا غيرهما من المثليات يعنى يتعين بالتعيين اتفاقا . وهذا محله إذا كان المثلى حاضرا مشارا إليه ، يفهم هذا القيد من قوله يتعين بالتعيين إذ التعيين لايكون فى الغائب . وذكر فى الذخيرة أن الفلوس بمنزلة الدراهم والدنانير فى أنها لاتتعين بالتعيين انتهى .

وفى شرح الجامع الصغير للتمرتاشى : الدراهم لاتتعين فى العقود والفسوخ وفرّع عليه وجوب زكاة الأجرة المعجلة فى الإجارة الطويلة على الآجر فى السنين التى كانت الأجرة فى يده لأنه ملكها بالقبض ، وبالفسخ لاينتقض ملكه إذا كانت الأجرة دراهم وما شاكلها .

وهو معلوم (كما) صح أمره (او أمر) الآجر (المستأجر بمرمة مااستأجره مما عليه من الأجرة) وكذا لو أمره بشراء عبد يسرق الدابة وينفق عليها صح اتفاقا للضرورة لأنه لا يجد الآجر كل وقت فجعل المؤجر كالمؤجر فى القبض .

قلت : وفى شرح الجامع الصغير لقاضيخان : إن كان ذلك قبل وجوب الأجرة لا يجوز وبعد الوجوب قيل على الخلاف الخ فراجعه .

(ولو) أمره (بشرائه بألف ودفع) الألف (فاشترى وقيمته كذلك فقال الآمر اشتريت بنصفه وقال المأمور) بل (بكله صدق) لأنه أمين (وإن) كان (قيمته نصفه ف) القول (للآمر) بلا يمين درر وابن كمال

وعن السرخسى : يجب على المستأجر أيضا لأنه يعد ذلك دينا على الآجر ، وكذا فى بيع الوفاء : زكاة ذلك المال على البائع والمشترى ، وليس هذا إيجاب الزكاة على شخصين فى مال واحد لأن الدراهم لاتتعين فى العقود والفسوخ انتهى (قوله وهو معلوم) هو جواب عما يقال إنه أمره بالتصدق وهو تمليك للفقير ، وهو مجهول ، وتوكيل المجهول باطل .

وحاصل الجواب أنه جعله لله تعالى وهو معلوم ، فيكون الله سبحانه وتعالى هو القابض للصدقة ، لأن الصدقة تقع فى كف الرحمن والفقير نائب عنه ، ولا تضر جهالة النائب ، كما قالوا : لو تصدق بما يحتمل القسمة على فقيرين صح مع أن الصدقة بالمشاع قبل القسمة لاتصح ، لأن الصدقة تقع فى كف الرحمن وهو واحد، ولا يضر تعدد النائب (قوله وكذا لو أمره بشراء عبد) أى من الأجرة (قوله لأنه لايجد الآجر) أى المؤجر وهو بدل بما قبله (قوله فجعل المؤجر) بفتح الجيم : أى العين المستأجرة وهو كالدار مثلا (قوله كالمؤجر) بكسر الجيم ، أى فجعلت الدار مثلا قائمة مقام الآجر . وفى البحر : فأقيمت العين مقام المؤجر فى القبض (قوله قبل وجوب الأجرة لايجوز) لأنه لادين له عنده حينئذ ، فكأنه أمره بالتصدق بمال نفسه فلا يرجع به على الآمر ولا يقتطعه من الأجرة ، لأن الأجرة لم تكن وجبت (قوله على الخلاف) أى لايصح عنده لأنه أمره بإتلاف نفسه مال فلا يرجع عليه به، ويصح عندهما لأنه حيث شرط أن يكون ذلك من الأجرة فكأنه قال لترجع به على تأمل (قوله فراجعه) أقول : الذى رأيته فى الشرح المذكور فى هذا المحل مثل ماقدمه ، ونصه : وأما مسألة إجارة الحمام ونحوها ، قيل ذلك قولهما وإن كان قول الكل ، فإنما جاز باعتبار الضرورة لأن المستأجر لايجد الآجر فى كل وقت فجعلنا الحمام قائما مقام الآجر فى القبض انتهى ولم أجد هذه العبارة فيه ، لكن لاتخالف ماذكره المتن لأن وجوب الأجرة يكون بعد استيفاء المنفعة ، أو باشتراط التعجيل وهو معنى قول المتن مما عليه من الأجرة .

قال المقدسى : وفرع الحمام ممنوع ، ولئن سلم فللضرورة لأن المؤجر لايوجد كل حين فأقيم الحمام مقامه اهـ .

[تنبيه] إذا ادعى المستأجر أنه عمر لم يقبل منه إلا ببينة، بخلاف الأمين المأذون بالدفع إذا ادعاه فإنه يقبل قوله كما فى فتاوى قارئ الهداية وغيرها . وفى وديعة البزازية مايخالف مسألة الدين فلينظر ثمة (قوله لأنه أمين) ادعى الخروج عن عهدة الأمانة والآمر يدعى عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر (قوله فالقول للآمر) وينفذ على المأمور زيلعى، لأن الوكيل بالشراء ليس له أن يشترى بالغبن الفاحش اتفاقا ، ولأنه إنما أمره أن يشترى له عبدا بألف والعبد الذى قيمته نصف الألف غير المأمور به فلم يكن وكيلا فى شرائه، فنفذ الشراء وصار ضامنا للمال فخرج عن كونه أمينا فلذا كان القول للآمر (قوله بلا يمين) فى الأشباه : كل من قبل قوله فعليه اليمين إلا فى مسائل

تبعا لصدر الشريعة حيث قال : صدق فى الكل بغير الحلف وتبعهم المصنف ، لكن جزم الوانى بأنه تحريف وصوابه بعد الحلف (وإن لم يدفع) الألف (وقيمته نصفه ف) القول (للآمر) بلا يمين قاله المصنف تبعا للدرر كما مر .

عشر وعدها، وليس منها ماذكره هنا، ويمكن الجواب تأمل (قوله صدق فى الكل بغير الحلف) أى فى صورتى الدفع وعدمه إذا كانت القيمة مقدار نصف الثمن (قوله لكن جزم الوانى بأنه تحريف) اعترض ط وغيره من محشى هذا الكتاب على الوانى بأنه لاوجه لنسبة الوانى هؤلاء الجهابذة إلى التواطؤ على التحريف لأن العلة كما فى الهداية وغيرها أن الوكيل ليس له الشراء بالغبن الفاحش اتفاقا ، بخلاف الوكيل بالبيع ، ولأنه وكله بشراء عبد بألف وقداشترى عبدا يساوى خمسمائةوهو غير المأمور بهوهو الذى يساوى الألف، فحينئذ لاوجه لتحليف الموكل لظهور مخالفته له وشرائه بالغبن الفاحش وهو ممنوع عنه . ولا فرق بين أن يدفع له الألف أولا ، غير أن معنى تصديق الموكل عدم إلزامه بالعبد الذى لايساوى الألف بالغبن الفاحش ، وظهوره أنه غير المأمور به على أنه مقتف أثر صدر الشريعة ومع ذلك هو مطالب بتصحيح النقل؛ولم نجده فيما بين أيدينا من الكتب وكذا الحال فيما بعده .

والحاصل أن ادعاء التحريف من هؤلاء الأفاضل من غير نقل من مدعيه سوء ظن بهم وتخطئتهم فى غير محلها ، وحينئذ فالقول للآمر لكون المأمور مخالفا بشرائه بالغبن الفاحش انتهى حاصل إعتراضهم .

أقول : وعبارة الوانى أقول : ماذكره الشارح من قوله بلا يمين مخالف للعقل والنقل . أما العقل فلأن القول إذا كان للآمر يحكم بلزوم العبد مثلا على المأمور، فهذا الحكم بمجرد قول الخصم بلا يمينه بعيد وجد .

وأما النقل فلأنه قال فى الهداية : ولو أمره أن يشترى له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المأمور بألف وصدق البائع المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه اه . على أن تصديق البائع إذا احتيج إلى تحليف المأمور فبدونه يكون أولى :

فإن قيل : سكوت صاحب الهداية وغيره عن ذكر اليمين فى الصورة السابقة وتعرضهم لها فى هذه الصورة يشعر أن لايجب اليمين فيها كما قال الشارح . قلنا : لعل سكوتهم فى الصورة المذكورة بناء على ظهورها وأما تعرضهم لها فى هذه الصورة فللتوطئة لبيان الاختلاف الآتى هل يجب اليمين فقط أو تحالف الجانبين .

لايقال : إذا كان الغبن فاحشا لايلزم على الآخر سواء حلف أو لم يحلف فلا يكون فائدة ويكون قول الشارح بلا يمين فى موقعه . لأنا نقول : فائدتها أن المأمور قد يتضرر ببقاء العبد عليه ، فلو استحلف الآمر يحتمل أن يقرر اشتراءه بأكثر ،ومثل هذا الاعتراض يرد على صدر الشريعة أيضا ، فإنه قال : إعلم أن المراد بقوله صدق فى جميع ماذكر التصديق بغير الحلف وكأنه مأخذ الشارح، ويحتمل أن تكون كلمة بغير تصحيفا عن بعد وهذا توجيه تفرد به أضعف العباد ، والله تعالى الهادى .

واعترض ذلك أيضا فى الحواشى اليعقوبية حيث قال : هذا ليس بمذكور فى غير هذا الكتاب، وفيه كلام وهو أنه صرح فى الكافى فى المسألة السابقة المذكورة فى المتن بقوله : فإن قال شريت عبداً للآمر فمات فقال الآمر الخ بأن المراد من تصديق الوكيل تصديقه مع يمينه ، لأن الثمن كان أمانة فى يده وقد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة من الوجه الذى أمر به فكان القول له ، ولا فرق فى تصديق الوكيل لأجل كونه أمينا بين موضع وموضع فيكفى التصريح فى موضع فلا يتم قول الشارح كما لايخفى فليتأمل اه .

قلت : لكن فى الأشباه القول للوكيل بيمينه إلا فى أربع فبالبينة ، فتنبه

قلت : وذكر فى نور العين فى مسائل اليمين قبيل الفصل السادس عشر القول فى كل أمانة للأمين مع يمينه وكذا البينة بينته والضمين تقبل بينته لايمينه على الإيفاء اه . وعلى هذا فكيف يكون القول للمأمور بلا يمين فى المسألة الأولى، وكذا كيف يكون للآمر فى الثانية بلا يمين فتدبر (قوله لكن فى الأشباه) هذا فى مقام الاستدراك على التعميم الواقع فى صدر الشريعة من نفى اليمين عن الوكيل والموكل . على أن ما فى الأشباه فى الوكيل وفى مسألتنا لم يبق وكيلا لما علمت ، وحينئذ فلا حاجة إلى هذه العبارة . ونص عبارة الأشباه : الوكيل يقبل قوله بيمينه فيما يدعيه إلا الوكيل بقبض الدين إذا ادعى بعد موت الموكل أنه كان قبضه فى حياته ودفعه له فإنه لايقبل قوله إلا ببينة كما فى فتاوى الولوالجية من الوكالة ، وقد ذكرناه فى الأمانات ، وفيما إذا ادعى بعد موت الموكل أنه اشترى لنفسه وكان الثمن منقودا ؛ وفيما إذا قال بعد عزله بعته أمس وكذبه الموكل ؛ وفيما إذا قال بعد موت الموكل بعته من فلان بألف درهم وقبضتها وهلكت وكذبه الورثة فى البيع فإنه لايصدق إن كان المبيع قائما بعينه ، بخلاف ما إذا كان مستهلكا الكل من الولوالجية من الفصل الرابع فى اختلاف الوكيل مع الموكل اه .

قال المحشى الحموى : أقول : وأما ورثة الوكيل فنص عليهم قارئ الهداية فى فتاويه بعد نحو أربع ورقات مع بقية ورثة الأمناء وذكرها المصنف فى فتاويه فى الكراس الأخير مما عند كاتبه . وقد سئل شيخ مشايخنا شيخ الإسلام نور الدين على بن غانم المقدسى فى الوكيل بعد عزله هل يقبل قوله فى الدفع لموكله أم لا ، وهل يقبل قوله فى الدفع لموكله بعد موته فيفرق فى ذلك بين العزل الحكمى والحقيقى أم لا ، وهل قول العمادى فى فصوله ولو كان الموكل هو الميت بطلت : أى الوكالة ، فإن قال قد كنت قبضت فى حياة الموكل ودفعت إليه لم يصدق فى ذلك لأنه أخبر عما لا يملك إنشاءه فكان متهما فى إقراره ، وقد انعزل بموت الموكل ومثله فى الخلاصة صحيح يعتمد عليه إفتاء وقضاء أولا .

وقد ذكر العمادى فى موضع أنه يقبل قول الوكيل بعد الموت أعنى موت الموكل حيث قال : ولو وكله بقبض وديعة أو عارية فمات الموكل فقد خرج الوكيل عن الوكالة ، فإن قال الوكيل قد كنت قبضتها فى حياته ودفعتها إلى الموكل يصدق فى ذلك ، وتأتى المسألة بعد ذلك إن شاء الله تعالى ، ثم ذكر ما قدمناه من عدم تصديق الوكيل بعد موت موكله ، فهل يمكن التوفيق بين هذين الفرعين أم لا ، وهل إذا فرق بينهما بكون الأول فى الدين والثانى فى الوديعة يكون الفرق صحيحا ، فأجاب هذا السؤال حسن ، وقد كان يختلج بخاطرى كثيرا أن أجمع فى تحريره كلاما يزيح إشكالا ويوضح مراما : لكن الوقت الآن يضيق عن كمال التحقيق ، فنقول وبالله التوفيق . التأمل فى مقالهم والتفحص لأقوالهم يفيد أن الوكيل بعد العزل يقبل قوله فى بعض المواضع دون بعض ، فمما يفيد عدم قبول قوله لو قال الموكل ببيع عبد مثلا لوكيله قد أخرجتك عن الوكالة فقال قد بعته أمس لم يصدق لأنه حكى عقدا لا يملك إنشاءه للحال ، نظير ما لو قال لمطلقته بعد انقضاء العدة كنت راجعتك فيها لا يصدق ، ومما يفيد القبول قولهم فى الفرع المذكور : لو مات الموكل وقال ورثته لم تبعه وقال الوكيل بعته من فلان بألف درهم وقبضت الثمن وهلك وصدقه المشترى يصدق الوكيل إن كان العبد هالكا ، قالوا لأن بهذا الإخبار لا يريد إزالة ملك الورثة بل ينكر وجوب الضمان بإضافة البيع إلى حالة الحياة والورثة يدعون الضمان بالبيع بعد الموت فيكون القول للمنكر . وأما العزل الحكمى والحقيقى فمعلوم : والفرق بينهما بأن

. . . .

الحقيقى يتوقف على علم الوكيل بخلاف الحكمى . وأما ما ذكره فى الفصول العمادية فلا خفاء أن أحد المحلين فى الوديعة والآخر فى الدين .

وقد استشكله صاحب جامع الفصولين بقياس أحدهما على الآخر ، لكن الحكم مصرح به بالاختلاف بين الوديعة والدين كما فى الولوالجية اهـ ، وقوله إلا الوكيل بقبض الدين الخ . قيل عليه ليس لهذا الاستثناء الذى ذكره أصل بل هو مخالف لما صرحوا به ، وقد اغتر بظاهر عبارة المصنف بعض المفتين فأفتى بأنه لا يقبل قول الوكيل المذكور إلا ببينة .

وتقرير الكلام بما يدفع الشبهة والأوهام أن الوكيل إما أن يكون وكيلا بقبض دين ثابت لموكله فى ذمة غيره أو دين استقرضه الموكل بنفسه ووكله فى قبضه من غيره ، وإذا ادعى الوكيل إيصال ما قبضه لموكله ، إما أن يكون دعواه فى حياة موكله أو بعد موته ، وفى كل منهما يقبل قول الوكيل بيمينه لبراءة ذمته ، ودعواه هلاك ما قبض فى يده كدعواه الإيصال ابراءة ذمته فى كل حال . وأما سراية قوله على موكله ليبرأ غريمه فهو خاص بما إذا ادعى الوكيل حال حياة موكله بالقبض ، وأمابعد موته فلايثبت به براءة الغريم إلا ببينة يقيمها أوتصديق الورثة على قبض الوكيل لو أنكروا إيصاله لموكله .

وأما الوكيل بقبض ما استدانه الموكل فلا يسرى قوله على موكله حال حياته إذا أنكر قبضه على المفتى به كما بعد موته فلابد من البرهان ، وهذه عبارة الولوالجية تفيد ما قدمناه قال : ولو وكله بقبض وديعة ثم مات الموكل فقال الوكيل قبضت فى حياته وهلك وأنكر الورثة أو قال دفعت إليه صدق ، ولو كان دينا لم يصدق لأن الوكيل فى الموضعين حكى أمرا لا يملك استئنافه أى استئناف سببه على طريق مجاز الحذف لكن من حكى أمرا لا يملك استئنافه ، إن كان فيه إيجاب الضمان على الغير لا يصدق ، وإن كان فيه نفى الضمان عن نفسه يصدق والوكيل بقبض الوديعة فيما حكى يوجب الضمان على الموكل وهو ضمان مثل المقبوض فلا يصدق اهـ وقوله وقد ذكره فى الأمانات .

أقول : وكذا فى المداينات ، وقد حصل الاشتباه بنقل المصنف تلك العبارة عن الولوالجية فى ثلاثة مواضع مختصرة لا على الوجه الأكمل هنا ، وقد علمت ما فيه .

وفى كتاب الأمانات حيث قال : كل أمين ادعى إيصال الأمانة إلى مستحقها قبل قوله كالمودع إلى قوله إلا الوكيل بقبض الدين .

وفى كتاب المداينات حيث قال : تفرع على أن الديون تقضى بأمثالها مسائل : منها الوكيل بقبض الدين إذا ادعى بعد موت الموكل أنه كان قبض فى حياته ودفعه إليه فإنه لا يقبل قوله إلا ببينة لأنه يريد إيجاب الضمان على الميت ، بخلاف الوكيل بقبض العين اهـ . فقد حصل الاشتباه بقوله لا يقبل قوله إلا ببينة هل النفى عام فى حقه وحق موكله أو المنفى ثبوت الدين على الآمر فقط لا براءة الوكيل بالقبض بقوله قبضت فى حياته ودفعت له ، وقد علمت ما هو الصواب اهـ . وقوله لم يصدّق : أى فى قوله قبضت ودفعت يعنى بالنسبة إلى المديون لا بالنسبة إلى نفسه ، وإذا لم يصدق ترجع الورثة على المديون ، فإن صدق المديون الوكيل فى الدفع فلا يعين عليه ولا يرجع المديون عليه لأنه أقر بأنه أوصل الحق إلى مستحقه ، وأن رجوع الورثة بطريق الظلم والمظلوم لا يظلم غيره ، وإن كذبه فى الدفع يحلف إذ الضابط أن كل من أقر بشىء لزمه يحلف إذا هو أنكره ، ولو أقر

(وإن) كان(قيمته ألفافيتحالفان ثم يفسخ العقد) بينهما (فيلزم) المبيع (المأمور ، و) كذا لو أمره (بشراء معين من غير بيان ثمن فقال المأمور اشتريته بكذا ، و) إن (صدقه بائعه)

بأن المال موجود عنده لم يدفعه أخذه منه فإذا حلف برىء لأنه بالنسبة إليه مودع والقول قوله فى براءة نفسه ، وإنما كان مودعا لأنه مصدق له فى الوكالة والقبض بطريق الوكالة وبذلك صار المال فى يده أمانة كما صرحوا به فى كتاب الوكالة ، وإن نكل عن اليمين رجع عليه ، وإن صدقه الورثة فى القبض وكذبوه فى الدفع فالقول قوله بيمينه ، لأنه بالقبض صار المال فى يده وديعة فتصديقهم له فيه اعتراف بأنه مودع وأن المديون قد برئت ذمته بذلك ، فإن حلف برىء ، وإن نكل عن اليمين لزمه المال المدعى ، وإن أقام بينة على الدفع جاز واندفعت عنه اليمين ، ولو أن الورثة فى صورة إنكار القبض والدفع حين أرادوا الرجوع على المديون أقام المديون بينة أنه دفع المال للوكيل حال حياة الموكل اندفعت دعواهم عليه ، ثم إذا أرادوا تحليف الوكيل على الدفع لهم ذلك لأن الثابت بالبينة كالثابت عيانا فكان قبضه معاينا دون دفعه ، فإن حلف برىء ، وإن نكل لزمه دعواهم ، ولو لم يقم المديون بينة على الدفع للوكيل وأراد تحليف الورثة على نفى العلم بالدفع للوكيل يحلفون ، فإن حلفوا ثبت عليه المدعى ، وإن نكلوا لزمهم دعواه وهو الدفع . ثم إذا ثبت الدفع للوكيل بنكولهم وكذبوه فى الدفع للموكل لهم تحليفه على دفعه له ، فإن حلف برىء ، وإن نكل لزمه دعواهم .

والحاصل أنه متى ثبت قبض الوكيل الدين من المديون بوجه من الوجوه كان القول قوله بيمينه فى الدفع لأنه صار بعده مودعا ، والقول قوله فى الدفع . وقد ظهر من هذا أنه ينتصب خصما للورثة ، حتى إذا أقام عليهم بينة بالدفع للميت جاز واندفعت خصومتهم عن المديون ، فإذا صادقوه فى القبض منه والدفع أو نكلوا عن اليمين على نفى العلم كما شرحنا ثبت عليهم بالدفع واندفعوا عن الوكيل والمديون ، وإنما قلنا بأن له أن يحلف الوكيل على الدفع لأنه مصدق له فى القبض لا فى الدفع ، ولما دفع المال للورثة ثانيا صار أحد المالين له فانتصب الوكيل خصما له فيما قبضه ولتحليفه فائدة ، وهو أنه ربما ينكل عن اليمين أو يقر بعد الدفع فيرد المدفوع لربه وهذا يعلم من مسائل ذكرت فى دعوى المديون لإيفاء الدين فى جواب الوكيل بقبض الدين ، فراجع تلك المسائل وافهم العلة يظهر لك الحكم والله تعالى أعلم كذا حرره بعض الفضلاء اه .

وتكلم الشرنبلالى على عبارة الأشباه كلاما طويلا حرره فى رسالة حافلة ، وكذا المقدسى ، ورسالة لخصها الحموى فى حاشيته ونقله الفتال فراجع ذلك إن شئت ، وسيأتى فى كتاب العارية من كلام المصنف والشارح فى هذا البحث بما لا مزيد عليه فراجعه إن شئت (قوله وإن كان قيمته ألفا فيتحالفان) أى فى صورة ما إذا لم يدفع الألف فإنه إنما يكون أمينا حيث دفع إليه المال فى المال المدفوع إليه فكان القول له بيمينه ليبرئ نفسه عن الضمان ، ومع عدم الدفع ليس معه شىء هو أمين فيه إنما يريد الرجوع على الآمر وهو بالنسبة إليه بمنزلة البائع منه لأنه أصيل فى الحقوق كما تقدم ، وعند اختلاف البائع والمشترى فى الثمن يتحالفان فكذا هذا (قوله ثم يفسخ العقد) أى الذى جرى بينهما حكما (قوله فيلزم المبيع المأمور) أى فى الصورتين كما فى الزيلعى (قوله من غير بيان ثمن) فإن بعد القبض كان القول قول المأمور بيمينه لأنه أمين يريد إبراء نفسه من الضمان .

فإن قلت كيف يتصور بعد القبض من غير بيان ثمن .

قلت : بأن يدفع له مقدارا من المال فيقول له اشتر لى عبدا وادفع من هذا المال ثمنه ولم يبين مقدار مايدفع

على الأظهر (وقال الآمر بنصفه تحالفا) فوقوع الاختلاف فى الثمن يوجب التحالف .

وإن كان قبل القبض يتحالفان ولا عبرة بتصديق البائع لأن قوله لا ينفذ على الآمر ولو كان معه شاهد آخر لأنه لا يصلح أن يكون شاهدا على فعل نفسه (قوله على الأظهر) وهو قول أبى منصور وعليه المعظم ، لأن البائع بعد استيفاء الثمن أجنبى عنهما وقبله أجنبى عن الموكل إذ لم يجر بينهما عقد فلا يصدق عليه فبقى الخلاف فيتحالفان ، وقيل لا تحالف لأنه ارتفع الخلاف بتصديق البائع إذ هو حاضر فيجعل تصادقهما بمنزلة استئناء عقد فى الحال ، وفى المسألة الأولى هو غائب فاعتبر الاختلاف .

والحاصل أن التصحيح قد اختلف ، فصحح قاضيخان عدم التحالف تبعا للفقيه أبى جعفر ، وصحح فى الكافى التحالف تبعا للهداية بناء على أن قول الهداية وهو أظهر بمعنى أصح . ونص محمد فى الجامع الصغير أن القول للمأمور بيمينه ، فنهم من نظر إلى ظاهره فنفى التحالف ، ومنهم من قال إنه أراد التحالف لكنه اكتفى بذكر يمين الوكيل لأنه مدع ، ولا يمين عليه إلا فى صورة التحالف فهو المقصود ، لولا ذلك لكان القول للآمر لإنكاره فيأخذ المبيع بما حلف عليه ولم يذكر يمين الوكيل كذا ذكروا .

واستشكل الزيلعى قول من قال إن مراده التحالف الخ بأنه وإن كان يدل على ما ذكروا من حيث المعنى لكن لفظه لايدل على ذلك ولا على الأول ، فإن قوله إن القول للمأمور بيمينه يدل على أن المأمور يصدق فيما قال وفى التحالف لا يصدق واحد منهما ، ولو كان مراده التحالف لما قال ذلك . قال المحبوبى فى شرح الجامع الصغير : وهذا فيما إذا اتفقا أنه أمره بالشراء بألف فلو قال أمرتك بخمسمائة وقال المأمور بألف فالقول للآمر بيمينه لأن الآمر فيه يستفاد ويلزم العبد المأمور لمخالفته ، وإن برهنا فالبينة بينة الوكيل لكثرتها كذا فى النهاية والدراية .

قيل يرد على ظاهره أن وضع المسألة فيما إذا لم يسم عند التوكيل الثمن فكيف يقول المحبوبى هذا إذا تصادقا على الثمن عند التوكيل . وأجيب بأن التصادق فى الثمن يخالف التحالف فيه فيصور بأن يتفقا على تسمية ثمن معين وبأن يتفقا على عدم تسميته أصلا . وبالجملة فالتصادق على الثمن من حيث تسميته ومن حيث عدم تسميته ، والثانى هو المراد فى قول المحبوبى ، كذا فى المقدسى . قال فى البحر : ولم يذكر ما إذا كانت قيمتها بينهما اهـ .

أقول : والذى يفهم من عبارة ابن الكمال فى الإصلاح ، فإن أعطاه الألف صدق هو إن ساواه وإلا فالآمر وإن لم يكن أعطاه الألف وساوى أقل منه صدق الآمر ، وإن ساواه تحالفا (قوله فوقوع الاختلاف فى الثمن) أى الحكمى لأن بينه وبين الموكل مبادلة حكمية .

وفى الجامع : دفع إليه ألفا يشترى له أمة وأمره أن يزيد من عنده إلى خمسمائة فشرى أمة وقال شريتها بألف وخمسمائة وقال الآمر بألف ، فإن برهن أحدهما قضى ببينته ، وإن برهنا قضى ببينة الوكيل ، وإن لم يكن لأحدهما بينة حلف كل على دعوى صاحبه ويبدأ بيمين الموكل ، فإذا حلفا صارت الأمة أثلاثا ثلثاها للموكل وثلثها للوكيل .

[فرع] فى التتارخانية : دفع له ألف درهم وأمره أن يشترى بها عبدا بعينه فشراه ودفعه ثم اشتراه الوكيل من البائع فزاده ثوبا وقبله ، قيل يقسم الألف على قيمة العبد وقيمة الثوب ، فما أصاب الثوب لزم المشترى رده

(ولو اختلفا فى مقداره) أى الثمن (فقال الآمر أمرتك بشرائه بمائة وقال المأمور بألف فالقول للآمر) بيمينه (فإن برهنا قدم برهان المأمور) لأنها أكثر إثباتا (و) لو أمره (بشراء أخيه فاشترى الوكيل فقال الآمر ليس هذا) المشترى (بأخي فالقول له) بيمينه (ويكون الوكيل مشتريا لنفسه) والأصل أن الشراء متى لم ينفذ على الآمر ينفذ على المأمور ، بخلاف البيع كما مر فى خيار الشرط (وعتق العبد عليه) أى على الوكيل لزعمه عتقه على موكله فيؤاخذ به خانية (و) لو أمره عبد (بشراء نفس الأمر من مولاه بكذا ودفع) المبلغ (فقال) الوكيل (لسيده اشتريته) لنفسه فباعه على هذا الوجه (عتق) على المالك (وولاؤه لسيده) وكان الوكيل سفيرا (وإن قال) الوكيل (اشتريته) ولم يقل لنفسه (فالعبد) ملك (للمشترى والألف للسيد فيهما) لأنه كسب عبده (وعلى العبد ألف أخرى فى) الصورة (الأولى) بدل الإعتاق (كما على المشترى) ألف (مثلها فى الثانية) لأن الأول مال المولى

للموكل فكأنه شراه مع ثوب بألف ، فالعبد نافذ على الآمر والثوب على المشترى بحصته (قوله ولو اختلفا فى مقداره) أى فى تسمية مقداره : أى الثمن كما دل عليه التصوير ، وهنا اتفقا على بيان شيء لكن الاختلاف فى المقدار بخلاف الصورة التى قبلها فإنه لم يبين فيها شيء من الثمن .

واعلم أن كل الاختلاف السابق إنما هو فى الثمن ، فالأولى الإظهار فيقول : ولو اختلفا فى مقدار الثمن عند الآمر ، وما فى الزيلعى سهو كما علمته ، ونبه عليه فى البحر بقوله : وقولى هنا إنهما اتفقا على عدم تسمية الثمن أولى من قول الزيلعى ، وهذا فيما إذا اتفقا على أنه أمره أن يشترى له بألف ، إذ المسألة إنما فرضها المؤلف وغيره فيما إذا لم يسم ثمنا فهو سهو ، والله سبحانه وتعالى أعلم اهـ (قوله فالقول للآمر بيمينه) لأن ذلك يستفاد من جهته فكان القول قوله ويلزم العبد المأمور لمخالفته (قوله لأنها أكثر إثباتا) أنث الضمير باعتبار كون البرهان بينة (قوله بشراء أخيه) أى أخى الآمر ، والمراد به قريب ذو رحم محرم منه (قوله فالقول له) أى للآمر (قوله ويكون الوكيل مشتريا) هذا يفيد أن الولاء للوكيل (قوله بخلاف البيع) فإنه يبطل ويبقى على ملك الموكل (قوله ولو أمره عبد) الأولى حذفه لأنه أوجب ركاكة لفظية فإن المقصود أن العبد أمر رجلا أن يشتريه من سيده (قوله بكذا) أى بألف مثلا وكان ينبغى التعبير به لقوله بعد والألف للسيد (قوله ودفع المبلغ) فإذا لم يدفعه عتق على ألف وهى واحدة (قوله عتق على المالك) لأن بيع العبد منه إعتاق وشراء العبد نفسه قبول الإعتاق ببدل فصار كأنه اشترى نفسه لنفسه (قوله وكان الوكيل سفيرا) فلا ترجع الحقوق إليه والمطالبة بالألف الأخرى على العبد لا على الوكيل هو الصحيح .

قال فى البحر : فصار كأنه اشترى نفسه بنفسه ، وإذا كان إعتاقا أعقب الولاء ، وإن لم يبين للمولى فهو عبد للمشترى لأن اللفظ حقيقة للمعاوضة وأمكن العمل بها إذا لم يبين فيحافظ عليه ، بخلاف ما لو وكله غير العبد أن يشتريه له فإنه يصير مشتريا للآمر ، سواء أعلم الوكيل البائع أنه اشتراه لغيره أو لم يعلمه ، وهنا ما لم يعلمه أنه يشترى للعبد لا يصير مشتريا للعبد لأن ثمة على نمط واحد لأنه فى الحالين شراء وفى الحالين المطالبة متوجهة إلى الوكيل فلا يحتاج إلى البيان . أما ههنا أحدهما إعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب فى المعاوضة المحضة فلابد من البيان اهـ بتصرف (قوله والألف للسيد فيهما) أى فى صورتى ما إذا قال لنفسه أولا (قوله وعلى العبد ألف أخرى فى الصورة الأولى بدل الإعتاق) قال الإمام قاضيخان فى الجامع الصغير : وفيما إذا بين الوكيل للمولى أنه يشتريه للعبد هل يجب على العبد ألف أخرى : لم يذكر فى الكتاب . ثم قال :

فلا يصلح بدلا (وشراء العبد من سيده إعتاق) فتلغوا أحكام الشراء ، فلذا قال .

(فلو شرى) العبد (نفسه إلى العطاء صح) الشراء بحر (كما صح فى حصته إذا اشترى نفسه من مولاه ومعه رجل) آخر (وبطل) الشراء (فى حصة شريكه) بخلاف ما لو شرى الأب ولده مع رجل آخر فإنه يصح فيهما ، بيوع الخانية من بحث الاستحقاق . والفرق انعقاد البيع فى الثانى لا الأول لأن الشرع

وينبغى أن يجب لأن الأول مال المولى فلا يصح بدلا عن ملكه كذا فى النهاية (قوله فلا يصلح بدلا) أى لا بدلا عن العتق فى الصورة الأولى ولا عن المبيع فى الصورة الثانية ، وحيث استحق البدل وجب بدل العتق على العبد وبدل المبيع على المشترى .

قال منلا مسكين : لقائل أن يقول قد ذكر فيما تقدم أن الوكيل بشراء شىء بعينه لا يملك شراءه لنفسه ، فلا يجوز أن يكون للمشترى . ويمكن أن يجاب عنه بأن توكيل العبد بشراء نفسه يكون توكيلا بقبول الإعتاق ، وحقيقة شراء الوكيل لنفسه يكون إتيانا بجنس تصرف آخر اهـ .

الوكيل إذا خالف وأتى بجنس آخر من التصرفات نفذ عليه حموي ، وتقدم فى كلام الشارح معزيا للخلاصة والدرر أن الوكيل إذا خالف إن خلافا إلى خير فى الجنس كبع بألف فباعه بألف ومائة نفذ ، ولو بمائة دينار لا ولو خيرا اهـ . واستفيد منه أن الدراهم والدنانير فى باب الوكالة جنسان (قوله إعتاق) أى معنى وإن كان شراء صورة (قوله فتلغو أحكام الشراء) فلا يبطل بالشروط الفاسدة ولا يدخله خيار الشرط (قوله صح الشراء) ولو كان شراء حقيقة لكان فاسدا لجهالة الأجل (قوله فلو شرى العبـــد نفسه إلى العطاء صح) أى لأنه إعتاق لا حقيقية الشراء ، إذ لو كان شراء حقيقيا لأفسده الأجل المجهول (قوله كما صح فى حصته) أى العبد . وصورته : عبد اشترى نفسه مع مشتر آخر بألف وكان مثل قيمته فصح الشراء فى حق العبد بحصته من الألف وكان البيع إعتاقا بالخمسمائة ، وحينئذ فلم يصح شراء الآخر لعدم البيع الحقيقى ، ولو قلنا بصحته للآخر لزم كون البيع مجازا عن العتق فى حق المشترى وحقيقة فى حق الآخر فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز وهو لا يجوز .

وفى البحر : عبد اشترى نفسه من مولاه ومعه رجل آخر بألف درهم صفقة واحدة يجوز فى حصـــة العبد ، وفى حصة الشريك باطل ، ولا يشبه هذا الأب إذا اشترى ولده مع رجل آخر بألف درهم فإنه يجوز العقد فى الكل اهـ .

فإن قلت : كيف صح المجاز دون الحقيقة وكان الأولى القلب . قلت لما كان هو الأرفق كان هو المعتبر (قوله ومعه رجل آخر) أى تشارك الرجل والعبد فى شراء نفس العبد صفقة واحدة كما علمت : ولو كان بيعا لم يصح لأنه ضم بيع صحيح إلى بيع باطل ، فإن شراء العبد نفسه من سيده صحيح وشراء الشريك باطل لأنه شراء مبعض لكن لما كان شراء العبد إعتاقا وهو لا يبطل بالشروط الفاسدة كما علمت صح قوله فيهما : أى فى حصة الأب والأجنبى (قوله فإنه يصح فيهما) أى فى حصة الأب والأجنبى وعتق الأب ، ولا يضمن عند الإمام لشريكه لانعدام التعدى علم الشريك حاله أولا كما فى الدرر (قوله والفرق انعقاد البيع فى الثانى) أى فى شراء الأب مع الأجنبى لأن صيغة الشراء استعملت فى معناها الحقيقى فيتبعه العتق فى حصة الأب (قوله لا الأول) لأن ما وقع من العبد لم يكن صيغة تفيد الشراء فهو مجاز عن قبول الإعتاق ببدل ، لأن اعتباره بيعا حقيقة غير ممكن لأنه لا يملك فبطل شراء الأجنبى لئلا يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز وإلى هذا أشار بقوله لأن الشرع جعله الخ

جعله إعتاقا ولذا بطل فى حصة شريكه للزوم الجمع بين الحقيقة والمجاز .

(قال لعبد اشتر لى نفسك من مولاك فقال لمولاه بعنى نفسى لفلان ففعل) أى باعه على هذا الوجه (فهو للآمر) فلو وجد به عيبا ، إن علم به العبد فلا رد لأن علم الوكيل كعلم الموكل ، وإن لم يعلم فالرد للعبد اختيار (وإن لم يقل لفلان عتق) لأنه أتى بتصرف آخر فنفذ عليه وعليه الثمن فيهما لزوال حجره بعقد باشره مقترنا بإذن المولى درر .

[فرع] الوكيل إذا خالف، إن خلافا إلى خير فى الجنس كبع بألف درهم فباع بألف

(قوله جعله إعتاقا) أى فى حق العبد (قوله للزوم الجمع بين الحقيقة) وهو ثبوت الملك للمشترى والمجاز وهو الإعتاق ، وهذا جواب سؤال حاصله لماذا يجعل إعتاقا فى حق العبد ومفيدا للملك فى حق صاحبه .

وحاصله ماأشار إليه من الجواب أن ذلك لايستقيم لأنه يلزم منه استعمال اللفظ الواحد وهو الصيغة الصادرة فى معناه المجازى وهو الإعتاق ، ومعناه الحقيقى وهو ثبوت الملك لها .

والحاصل أنه يعتق على الأب نصيبه لأنه ملك ذا رحم محرم منه ، وقد حصل العتق بعد تحقق الشراء من الأب والأجنبى . وأما شراء العبد نفسه من سيده كلا أو بعضا فقد جعله الشرع إعتاقا فشراء الآخر وقع على مبعض فبطل (قوله ففعل) أشار به إلى أنه يتم بقول المولى بعت ولا يحتاج إلى قول العبد قبلت بعد قوله بعنى نفسى لأنه إعتاق فيستبد به المولى بناء على أن الواحد يتولى طرفى العقد فى العتق والنكاح . وهذا إنما يظهر لو كان وقع الشراء للعبد ، أما إذا كان الشراء للآمر فلا بد من قبول العبد لأنه بيع فلا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول . وعلى كل من الوجهين فيكون الثمن فى ذمة العبد . أما إذا وقع الشراء له فظاهر ، وأما إذا وقع للآمر فلأنه هو المباشر للعقد فترجع الحقوق إليه فيطالب بالثمن ويرجع به هو على الآمر أفاده العينى (قوله فهو للآمر) لأن العبد يجوز توكيله فى شراء نفسه ، لأن الشراء يقع على ماليته وهو أجنبى عن نفسه من حيث المالية ، وليس للبائع حبس العبد لأخذ الثمن لأن العبد فى يد نفسه ، والمبيع إذا كان فى يد الوكيل بالشراء حاضرا فى مجلس العقد لا يكون للبائع حق حبسه لأنه بالعقد يصير مخليا بينه وبين المشترى فكان قابضا بالشراء حموى (قوله فالرد للعبد) لأن الوكيل أصل فى الحقوق والرد منها ، إذ لو كان محجورا فقد صار مأذونا بهذا العقد حيث رضى به سيده فترجع الحقوق إليه .

وفيه أن الوكيل إذا أضاف العقد إلى الموكل تتعلق الحقوق بالموكل ، وتقدم أن من جملة الحقوق الخصومة فى العيب فهى هنا تتعلق بالآمر دون العبد فتأمل (قوله وإن لم يقل لفلان) بأن قال بعنى نفسى أو أطلق بأن قال بع نفسى . أما الأول فلأنه قبول للعتق لأن بيعه من نفسه إعتاق معنى ، وإن كان بيعا لفظا فلم يقع امتثالا . وأما الثانى فلأن المطلق يصلح لذا ولذا فلا يقع امتثالا بالشك فبقى لنفسه لا بعقد البيع والشراء ط (قوله لأنه أتى بتصرف آخر) هذا جواب عما يقال المأمور بشراء معين لايملكه لنفسه . فأجاب بأن ذاك إذا لم يخالف ، وأما هنا فقد خالف لأنه أتى بصيغة توجب العتق لا الملك (قوله وعليه الثمن فيهما) أى بدل العتق فى الصورة الثانية والثمن فى الصورة الأولى لأن الحقوق ترجع إليه لما بينه بقوله لزوال حجره الخ . أما الأولى فلكونه وكيلا يرجع بما دفع على الآمر ، وأما الثانية فلكونه أصيلا (قوله لزوال حجره) جواب سؤال مذكور فى الدرر ، وهو أن العبد إذا كان محجورا عليه لاترجع الحقوق إليه . قلنا زال الحجر هنا بالعقد الذى باشره مقترنا بإذن المولى ، وهذا إنما يظهر فى المسألة الأولى ، ولله در الشارح حيث علل فى منع المسألة المتقدمة

ومائة نفذ، ولو بمائة دينار لا ولو خيرا خلاصة ودرر .

فصـــــل

لايعقد وكيل البيع والشراء والإجارة والصرف والسلم ونحوها

بلزوم الجمع بين الحقيقة والمجاز ، وقال وعليه الثمن فاستعمله فى حقيقته ومجازه ، فإن قال أردت به عموم المجاز فنقول : يمكن أن يراد فى المسألة الأولى ذلك بل الجواب الصحيح ماذكرناه من التعليل (قوله ومائة) أى من الدراهم (قوله نفذ) لأن الخيرية فى جنس الدراهم (قوله ولو بمائة دينار لا ولو خيرا) لاختلاف الجنس إذ قد يكون غرضه فى الدراهم .

قال فى الأشباه : المأمور بالشراء إذا خالف فى الجنس نفذ عليه إلا فى مسألة ، وهى الأسير المسلم فى دار الحرب إذا أمر إنسانا أن يشتريه بألف درهم فخالف فى الجنس فإنه يرجع عليه بألف اه أى بأن اشتراه بمائة دينار أو عروض جاز له أن يرجع . والفرق أن شراء الوكيل شراء حقيقة والشراء بمائة دينار أو عروض غير الشراء بألف درهم ، ومسألة الأسير ليس بشراء حقيقة بل طريق للتخليص وقد رضى بالتخليص بألف فيلزمه الألف كما قدمناه .

قال فى الخانية : رجل أمر غيره أن يبيع غلامه بمائة دينار فباعه المأمور بألف درهم ثم قال المأمور للآمر بعت الغلام فقال المولى أجزت ذلك . ذكر فى المنتقى أنه يجوز لانصراف الإجازة إلى كل بيع .

وفى المنح عن البزازية : أمره بأن يشتريه بعشرة دنانير فاشتراه بمائة درهم قيمتها مثل الدنانير لزم الموكل خلافا لزفر ومحمد ، ولو بعرض قيمتها مثل النقد لايلزم إجماعا .

وفى التهذيب كل موضع يكون خلافا فى البيع فهو موقوف على إجازة الآمر ، وفى الشراء يكون مشتريا لنفسه إلا إذا كان الوكيل صبيا أو عبدا محجورا أو مرتدا فهو موقوف .

وفى البزازية : وكله بأن يبيع عبده بألف وقيمته كذلك ثم زادت قيمته إلى ألفين لايملك بيعه بألف اه (قوله خلاصة ودرر) نقله فى الدرر عن الخلاصة ، فالأولى الاقتصار على الخلاصة ، والله تعالى أعلم ، وأستغفر الله العظيم .

فصـــــل

لايعقد وكيل البيع والشراء مع من تردّ شهادته له

(قوله وكيل البيع الخ) شمل المضارب إلا إذا كان بمثل القيمة فإنه يجوز اتفاقا لأنه متصرف لنفسه من وجه ، وقيد بالوكيل لأن الوصى لو باع منهم بمثل القيمة فإنه يجوز ، وإن حابى فيه لايجوز ، وإن قل ، والمضارب كالوصى بحر .

وفى جامع الفصولين : لو باع القيم مال الوقف أو أجر ممن لاتقبل شهادته له لم يجز عند أبى حنيفة وفيه : المتولى إذا أجر دارا من ابنه البالغ أو أبيه لم يجز عند أبى حنيفة إلا بأكثر من أجر المثل كبيع الوصى ، ولو أجر من نفسه يجوز لو خيرا وإلا لا ، وقيد بوكيل العقد احترازا عن وكيل القبض ، كما لو وكل شخصا بقبض دين على أبيه أو ولده أو مكاتب لولده أو عبده فقال الوكيل قبضت الدين وهلك وكذبه الطالب فالقول قول الوكيل اه

وفى النهاية : إنه إذا باع منه بأكثر من القيمة يجوز بلا خلاف ، وبأقل بغبن فاحش لايجوز إجماعا ، وبمثل القيمة فى رواية الوكالة والبيع عنه لايجوز ورجحه فى الخانية (قوله ونحوها) كالتزويج ، فلو وكله

(مع من ترد شهادته له) للتهمة ، وجوازه بمثل القيمة إلا من عبده ومكاتبه (إلا إذا أطلق له الموكل) كبع ممن شئت (فيجوز بيعه لهم بمثل القيمة) اتفاقا (كما يجوز عقده معهم بأكثر من القيمة) اتفاقا : أى بيعه لاشراؤه بأكثر منها اتفاقا ، كما لو باع بأقل منها بغبن فاحش

بتزويج فزوجه بنته ولو كبيرة أو من لاتقبل شهادته لها لايجوز عنده خلافا لهما ، وعلى هذا فلو حذف قوله بالبيع والشراء لكان أولى (قوله مع من ترد شهادته له) أى كأصله وفرعه وسيد لعبده ومكاتبه وشريكه فيما يشتركانه لأن مواضع التهم مستثناة من الوكالات وهذا موضع التهم بدليل عدم قبول الشهادة كما فى الدرر .

وفى القنية : وكيل يبيع ممن أحب إلا من أربعة اتفاقا : عبده المأذون ومكاتبه وولده الصغير وولد مكاتبه ، وأربعة عند أبى حنيفة خلافهما : ولده الكبير وولده ووالده وزوجته ، وقيل وزوجها إن كانت امرأة ، وقيل ولد ولده الصغير ، ولا يجوز إذا مات أبوه ولم يترك وصيا اتفاقا ، وقيل مدبره المأذون . ولايجوز له البيع أو الشراء من نفسه عندهم جميعا سواء كان خيرا أو شرا للموكل أو الوكيل كما فى فتاوى قاضيخان .

قال فى البحر : وهو مفهوم من كلام المصنف بأولى ، لأنه إذا لم يملك العقد مع من ترد شهادته له فأولى أن لايملكه من نفسه ولو بمثل القيمة فى إحدى الروايتين عن الإمام ، وقيد بقوله له لأنه لو عقد على من ترد شهادته للموكل كأبيه وابنه ومكاتبه وعبده المديون جاز ، وكذا الوكيل العبد إذا باع من مولاه ، والحيلة فى جواز بيعه من نفسه أن يبيعه من آخر ثم يشتريه منه :

واعلم أن الأولوية بالنسبة لمذهب الإمام ، وأما الصاحبان فلا يمنعان الوكيل من العقد مع من ترد شهادته له إذا كان بمثل القيمة إلا من عبده ومكاتبه كما يأتى قريبا فى كلام الشارح ، بخلاف منعه من البيع من نفسه فإنهما مع الإمام فيه كما نبه عليه أبو السعود (قوله للتهمة) وهذا موضعها بدليل عدم قبول الشهادة ، ولأن المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه .

قال فى التاجية : التهمة من وهم بالفتح : أى ذهب ، يعنى يذهب الوهم إلى أنه إنما يختار هذا لنفع نفسه فيكون عاملا لنفسه والوكيل من يعمل لغيره اهـ (قوله بمثل القيمة إلا من عبده) أى لايجوز عندهما بيعه من عبده ، أى وإن أحاط الدين بماله ورقبته ، لأن مع ذلك مذهبهما بقاء ملك السيد فى ماله (قوله ومكاتبه) لأن مال المكاتب لمولاه على تقدير عجزه ، ومثله ابنه الصغير وشريكه مفاوضة . أما شريكه عنانا فيجوز عقده معه إذا لم يكن ذلك من تجارتهما ، وقيد فى المبسوط العبد بغير المديون ، أما لو كان مديونا فإنه يجوز معراج فالمستثنى حينئذ من قولها أربع (قوله كبيع ممن شئت) استدركه المقدسى بأن الوكيل بمجرد الوكالة يبيع ممن شاء فلا يجوز إلا أن ينص على بيعه من هؤلاء حتى يكون إطلاقا . ورده الحموى بأن كون الوكيل بمجرد الوكالة يبيع ممن شاء ممنوع ، فإن مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات والبيع ممن ذكر موضع تهمة ، وقيد بما ذكر من المسائل ، أما غيرها كالحوالة والإقالة والحط والإبراء والتجوز بدون حقه فيجوز عندهما ويضمن . وعند أبى يوسف لايجوز (قوله كما يجوز عقده معهم بأكثر من القيمة اتفاقا) أى عند عدم الإطلاق (قوله أى بيعه) أشار به إلى أن المصنف أطلق فى محل التقييد ، لأن قوله كما يجوز عقده يشمل البيع والشراء ، فأفاد أنه أراد بالعقد البيع لأنه حيث كان بأكثر من القيمة انتفت التهمة ، أما الشراء بأكثر منها فهو ظاهر التهمة والخيانة ، فلا يجوز اتفاقا من أبى حنيفة وصاحبيه ، كما لو باع بأقل من القيمة . ونظير البيع بأكثر من القيمة الشراء بأقل منها فيجوز اتفاقا (قوله لاشراؤه بأكثر منها) أى ممن ترد شهادته له (قوله بغبن فاحش) أى ممن ترد

لايجوز اتفاقا ، وكذا بيسير عنده خلافا لهما ابن ملك وغيره .

وفى السراج : لو صرح بهم جاز إجماعا إلا من نفسه وطفله

شهادته له (قوله لايجوز اتفاقا) وجاز مع غيره عنده (قوله وكذا بيسير عنده) أى لايجوز عنده ، لأنه حيث لم يجز العقد بمثل القيمة لم يجز بالغبن اليسير بالأولى (قوله خلافا لهما) لأنه لما جاز بمثل القيمة وكان الغبن اليسير لايمكن الاحتراز عنه لأن حقيقته مايقوّمه معه بعض المقومين جاز البيع معه . والنكتة فى ذكر عدم جواز البيع عنده بالغبن اليسير مع أنها معلومة من عدم جواز بيعه منهم عنده بمثل القيمة بالطريق الأولى ليبنى عليه خلافهما وجواز ذلك عندهم أيضا (قوله وفى السراج لو صرح بهم جاز إجماعا) قال فيه : لو أمره بالبيع من هؤلاء فإنه يجوز إجماعا إلا أن يبيعه من نفسه أو ولده الصغير أو عبدة ولادين عليه فلا يجوز قطعا وإن صرح له الموكل اه منح .

لكن فى البزازية : الوكيل بالبيع لايملك شراءه لنفسه ، لأن الواحد لايكون مشتر وبائعا فيبيعه من غيره ثم يشتريه منه ، وإن أمره الموكل أن يبيعه من نفسه أو أولاده الصغار أو ممن لاتقبل شهادته له فباع منهم جاز اه .

ولا يخفى مابينهما من المخالفة ، وذكر مثل مافى السراج فى النهاية عن المبسوط ، ومثل مافى البزازية فى الذخيرة عن الطحاوى ، حيث قال وفى وكالة الطحاوى : لايجوز بيع الوكيل من نفسه أو ابن صغير له أو عبد له غير مديون ، وإن أمره الموكل بالبيع من هؤلاء أو أجاز له ماضنع جاز اه .

وفى النهاية عن المبسوط : او باعه الوكيل بالبيع من نفسه أو ابن صغير له لم يجز وإن صرح الموكل بذلك لأن الواحد فى باب البيع إذا باشر العقد من الجانبين يؤدى إلى تضاد الأحكام فإنه يكون مشتريا ومستقضيا قابضا ومسلما مخاصما فى العيب ومخاصما وفيه من التضاد مالا يخفى اه :

وهذا موافق لما عن السراج ، وكأن فى المسألة قولين ، خلافا لمن ادعى أنه لامخالفة بينهما . والوجه مافى النهاية إلا إذا أجاز الموكل بعد البيع فلا يرد ماذكره تأمل ، ولأن مافى البزازية من أنه يجوز لنفسه محله إذا صرح له بالعقد من نفسه فيه مافيه . فعلم مما تقدم أن قول الإمام مقيد بثلاثة قيود: أن لايطلق له كبع من شئت ، وأن لايبيعهم بأزيد من القيمة أو يشترى منهم بأقل منها ، وأن لايصرح بهم ، فى هذه الصور يجوز اتفاقا ، وما قاله فى السراج مفهوم من القيد الأول ، فإنه إذا جاز بقوله بع من شئت يجوز بالتصريح بهم بالأولى ، وعلم من تصريحه باستثناء نفسه ، وما عطف عليه بما إذا صرح بهم أنه عند الإطلاق لايجوز بيعه من نفسه وما عطف عليه، وكذلك بالأكثر من القيمة (قوله إلا من نفسه وطفله) فلايجوز سواء كان شراؤه من نفسه لنفسه أو لطفله أو لموكله لأنه يصير متوليا طرفى العقد قابلا ومجيبا والواحد لايتولى طرفى العقد ، فقوله من نفسه يغنى عن قوله وطفله لأن الطفل يعقد له أبوه ، وإنما نص عليه لأنه إذا كان يعقل البيع والشراء يجوز أن يعقد بنفسه لإذن وليه ، فدفع توهم أن يجوز بيعه له لأنه إنما يستفيد الإذن من أبيه فكان الأب هو العاقد فلا يصح وإن قال له بعه من طفلك .

وعبارة المنح عن السراج : أو ولده الصغير بدل طفله ، والمراد بهما واحد فلذا عبر الشارح بلفظ الطفل لأن مرادهم من الطفل والصغير ما كان دون البلوغ .

قال فى المنح فى باب النفقة : وقيد بالطفل وهو الصبى حين يسقط من البطن إلى أن يحتلم ، وقال الراغب

وعبده غير المديون .
(وصح بيعه بما قل أو كثر وبالعرض)

فى المفردات : الطفل الولد مادام ناعما اه . والذى يدل على بقاء إسم الطفل إلى البلوغ قوله تعالى - وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم - (قوله وعبده غير المديون) أما المديون الذى أحاط الدين بماله ورقبته لايملك سيده مافى يده عند أبى حنيفة فجاز بيعه من حيث صرح به الموكل أما إذا لم يصرح فينبغى أن لايجوز لأنه إذا لم يجز بيعه من المكاتب حيث كان لسيده حق فى كسبه وحقيقة بعد العجز ، فالمديون كذلك لاحتمال وفاء الدين وظهور ملكه فى كسبه فليراجع .

قال الحجندى : جملة من يتصرف بالتسليط حكمهم على خمسة أوجه .

منهم : من يجوّز بيعه وشراؤه بالمعروف وهو الأب والجد والوصى ، وقدر مايتغابن يجعل عفوا .

ومنهم : من يجوز بيعه وشراؤه على المعروف وعلى خلافه وهو المكاتب والمأذون عند أبى حنيفة ، يجوز لهم أن يبيعوا مايساوى ألفا بدرهم ويشتروا مايساوى درهما بألف . وعندهما لايجوز إلا على المعروف . وأما الحر البالغ العاقل يجوز بيعه كيفما كان ، وكذا شراؤه إجماعا .

ومنهم : من يجوّز بيعه كيفما كان ، وكذا شراؤه على المعروف ، وهو المضارب وشريك العنان والمفاوضة والوكيل بالبيع المطلق ، يجوز بيع هؤلاء عند أبى حنيفة بما عز وهان ، وعندهما لايجوز إلا بالمعروف . وأما شراؤهم فلا يجوز إلا على المعروف إجماعا ، فإن اشتروا بخلاف المعروف والعادة أو بغير النقود نفذ شراؤهم على أنفسهم وضمنوا مانقدوا فيه من مال غيرهم إجماعا .

ومنهم : من لايجعل قدر ما يتغابن فيه عفوا ، وهو المريض : إذا باع فى مرض موته وحابى فيه قليلا وعليه دين مستغرق فإنه لايجوز محاباته وإن قلت ، والمشترى بالخيار إن شاء وفى الثمن إلى تمام القيمة ، وإن شاء فسخ . وأما وصيه بعد موته إذا باع تركته لقضاء ديونه وحابى فيه قدر مايتغابن فيه صح بيعه ويجعل عفوا ، وكذا لو باع ماله من بعض ورثته وحابى فيه ، وإن قلّ لايجوز البيع على قول أبى حنيفة ، وإن كان أكثر من قيمته حتى تجيز سائر ورثته وليس عليه دين ، ولو باع الوصى ممن لاتجوز شهادته له وحابى فيه قليلا لايجوز وكذا المضارب .

ومنهم : من لايجوز بيعه وشراؤه مالم يكن خيرا وهو الوصى إذا باع ماله من اليتيم أو اشترى : فعند محمد لايجوز بحال وعندهما إن خيرا فخير وإلا لم يجز اه .

مطلب تفسير الخيرية

قلت : وفى وصايا الخانية : فسر السرخسى الخيرية بما إذا اشترى الوصى لنفسه مالى اليتيم مايساوى عشرة بخمسة عشر أو باع مال نفسه من اليتيم مايساوى عشرة بثمانية ، وذكر ماقدمناه فى منية المفتى بعبارة أخصر مما قد قدمناه (قوله بما قل أو كثر) ولو بغبن فاحش عنده لأن التوكيل مطلق فيجرى على إطلاقه ، وقد يمل الإنسان من الشىء فيتجاوز فيه بغبن ط ، وكذا التوكيل بالإجارة . ومن المشايخ من قال قولهما كقول أبى حنيفة فى الإجارة كما فى الذخيرة .

وفى الهندية : والوكيل إذا أخر الثمن وأبرأ المشترى منه أو قبل الحوالة أو اقتضى الزيوف وتجوّز به جاز وضمن الثمن للآمر ، وهو قول الإمام . وأجمعوا أن الثمن لو دينا مقبوضا أو عينا فوهبه للمشترى لايصح .

وخصاه بالقيمة وبالنقود وبه يفتى بزازية . ولا يجوز فى الصرف كدينار بدرهم بغبن فاحش إجماعا لأنه بيع من وجه شراء من وجه صيرفية (و) صح (بالنسيئة إن) التوكيل (بالبيع) للتجارة (وإن) كان (للحاجة لا) يجوز (كالمرأة إذا دفعت غزلا إلى رجل ليبيعه لها ويتعين النقد) به يفتى خلاصة ، وكذا فى كل موضع قامت الدلالة على الحاجة كما أفاده المصنف ، وهذا أيضا إن باع بما يبيع الناس نسيئة ، فإن طوّل المدة لم يجز به يفتى

أقول : وكذا وكيل المرأة لو زوجها بأقل من مهر مثلها بزازية أى فإنه يصح بما قل أو كثر (قوله وخصاه الخ) لأن التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها ، والمتعارف البيع بمثل الثمن وبالنقود فلا يجوز عندهما بيعه بنقصان لايتغابن الناس فيه ، ولا يجوز إلا بالدراهم والدنانير حالة أو إلى أجل متعارف ، لأن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد بسكون الميم: هو ما جمد من الماء والأضحية بزمان الحاجة ؛ فى الفحم بالشتاء والجمد بالصيف ، وفى الأضحية بزمانها ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه، وكذا المقايضة بيع من وجه شراء من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع .

وفى الخلاصة الوكيل بالطلاق والعتاق على مال على الخلاف : ومحل الخلاع عند عدم التقييد من الآمر فإن عين شيئا تعين اه (قوله وبه يفتى) قال العلامة قاسم فى تصحيحه على القدورى : ورجح دليل الإمام ، وهو المعول عليه عند النسفى ، وهو أصح الأقاويل ، والاختيار عند المحبوبى ، ووافقه الموصلى وصدر الشريعة اه رملى ، وعليه أصحاب المتون الموضوعة لنقل المذهب بما هو ظاهر الرواية ، خصوصا وقد قالوا : يفتى بقول أبى حنيفة على الإطلاق خصوصا مع ظهور وجهه فإنه أطلق له البيع وهو صادق على ذلك كله ، وقد يكون مقصودا للبائع فى بعض الأحياء كما لو مل من السلعة أو اضطر إلى الثمن أو نحو ذلك ، حتى لو قامت قرينة على أمر عمل بها كما هو مذهب الإمام (قوله كدينار بدرهم) أما إذا اتحد الجنس فلا يجوز ولو بغبن يسير للربا (قوله لأنه بيع من وجه شراء من وجه) والوكيل بالشراء لا يجوز له بالغبن الفاحش اتفاقا (قوله وصح بالنسيئة) أى المتعارفة لا إن طول المده عند الإمام بحر (قوله كالمرأة إذا دفعت غزلا الخ) لأن بيع المرأة للحاجه إلى النفقة عادة فلا ينفعها النسيئة ولا البيع بالعرض للقرينة ، ولذا لو قال له أنى أخشى أن أغبن فى بيع هذه السلعة فأريد أن تبيعها برأيك صيانة لمالى عن الضياع فليس له أن يبيعها بالغبن حينئذ كما أفاده المصنف (قوله كما أفاده المصنف) حيث قال : استفتيت فى غاز يريد الجهاد فوكل إنسانا أن يبيع له غلامه فباعه بالنسيئة مع قيام دلالة حاله أنه يريد الاستعانة بالثمن على سفرة فأفتيت بعدم جواز البيع بالنسيئة لوجود الدلالة الظاهرة على إرادة خلافه ويقال مثله لو باعها بالسلعة (قوله وهذا أيضا) أى قول الإمام بجواز البيع بالنسيئة أى وإنما قال الإمام يجوز البيع بالنسيئة إن باع الخ (قوله لم يجز به يفتى) أشار بذلك إلى أن هناك من تقبل عن الإمام جواز النسيئه مطلقا قال فى البحر ، أطلق فى جواز بيعه نسيئه وهو مقيد بما إذا كان للتجارة فإن كان للحاجة لايجوز اه . وفى المواهب وتأجيله ثمن التجارة جائز وإن طال وقيداه بالمتعارف اه وبه تعلم أن الشرط الذى ذكره المصنف قول أبى يوسف وما ذكر الشارح قولهما .

والحاصل أن الوكيل بالبيع يجوز بيعه بالنسيئه عند أبى حنيفة مطلقا لأنه وكله ببيع مطلق وهذا مطلق فينفذ عليه كيفما كان . وعند أبى يوسف مقيد بقيدين : أن يكون البيع للتجارة وأن يكون الأجل متعارفا .

قال فى المنيه : الوكيل بالبيع المطلق باع بثمن مؤجل جاز وإن طالت المده ، قيل على قول الإمام . وعندهما جاز بأجل متعارف فى تلك السلعة وبدونه لا . وعن أبى يوسف : إن وكله يبيعه للتجارة جاز بالنسيئة ، وإن

ابن ملك ؛ ومتى عين الآمر شيئا تعين إلا فى بعه بالنسيئة بألف فباع بالنقد بألف جاز بحر.

قلت : وقدمنا أنه إن خالف إلى خير فى ذلك الجنس جاز وإلا لا

وكله به لحاجة إلى النفقة أو قضاء الدين لا (قوله ومتى عين الآمر شيئا تعين) قال فى المحيط : الموكل متى شرط فى البيع على الوكيل شرطا ينظر ، إن كان مفيدا نافعا من كل وجه يجب على الوكيل مراعاته شرطه أكد بالنفى أولا ، وإن كان شرطا لايفيد ولا ينفعه بل يضره لايجب مراعاته ، وإن أكده بالنفى وإن كان شرطا مفيدا نافعا من وجه ضارا من وجه إن أكده بالنفى يجب مراعاته ، وإن لم يؤكده بالنفى لا يجب مراعاته لأنه متى أكده بالنفى دل على إرادة وجوده ، لأن إدخال حرف التأكيدا والتأبيد فى الكلام يدل على زيادة المبالغة فى إرادة الحال .

مثال الأول : بعه بخيار فباعه بغير خيار لا يجوز ، فإن شرط الخيار نافع مفيد من كل وجه لأنه لا يزيل ملكه للحال فيجب على الوكيل مراعاته .

ومثال الثانى : لو قال بع هذا العبد بنسيئة أو قال لا تبع إلا بالنسيئة فباع بالنقد جاز لأن هذا شرط غير مفيد ، لأن البيع بالنسيئة يضره بالنقد وينفعه فلم يجب عليه مراعاته .

ومثال الثالث : ادفع بشهود أو بحضرة فلان فدفع بغير ذلك لم يضمن ، وإن قال لا تدفع إلا بشهود أو بحضرة فلان فقضاه بغير شهود أو بغير حضرة فلان يضمن كما فى الوكيل بالبيع . قالوا : هذا إذا كان رجلا رفيع القدر تحتشم الناس مخالفته ، وإن كان وضيع القدر لا يصير مخالفا لأنه شرط شرطا لا يفيد فلا يجب على المأمور مراعاته ، وإن أكده بالنفى كما لو قال لا تبع إلا بألف أولا تبع إلا بالنسيئة فباع بألفين أو بالنقد جاز لأنه غير مفيد أصلا ، ومنه لا تبعه فى سوق كذا فباعه فى غيره نفذ ، لا تبعه إلا فى سوق كذا لا ينفذ : أى عند التفاوت لتفاوت الرغبات اهـ ومثله فى الحواشى الحمويه وقدمنا نظيره عند قوله وباستيفائها فراجعه .

أقول لم يظهر لى التمثيل فى الثانى بقوله بع هذا العبد نسيئه الخ لأنه نافع من وجه دون وجه . لأنه بالنسيئة يزيد الثمن فإذا باعه نقدا فاتت زيادة الثمن إلا أن يقال إذا اتحد الثمن فى النسيئة والنقد تأمل (قوله إلا فى بعه بالنسيئة بألف) قيد ببيان الثمن ، لأنه لو لم يعين وباع بالنقد لايجوز كما بينه فى البحر . وأما لو قال بعه إلى أجل من غير تعيين الثمن فباع بالنقد قال الإمام السرخسى الأصح أنه لا يجوز بالإجماع اهـ . قال البحر : ولا مخالفة بين الفرعين لأن ما تقدم عين له ثمنا وهذه لم يعينه اهـ .

أقول : لعل وجه عدم الجواز فيما إذا لم يعين الثمن أن البيع نسيئه يكون بثمن أزيد من ثمن المبيع بالنقد فيكون مزادة البيع بالثمن الزائد ، لأنه قد يكون الثمن الزائد فى المآل أنفع له من الثمن الأقل فى الحال لعدم احتياجه إليه الآن ، وهذا بخلاف المسألة الأولى ، لأنه قد باعه بالنقد بالثمن الذى أمره ببيعه به بالنسيئة فقد حصل له الثمن الزائد فى الحال مع أنه دفع عنه عرضه الهلاك بإفلاس المشترى أو حجوده وبهذا اتضح وجه عدم المخالفة وقدمنا عن المحيط قريبا ، وكذا أول الباب عند قول المصنف وبإفائها واستيفائها أن الشرط تارة يجب اعتباره مطلقا وتارة لا يجب مطلقا وتارة يجب إن قيده بالنفى فلا تغفل . ثم إن الفرع الثانى إنما يظهر إذا باع بالنقد ولم يكن ما باع به مثل ما يباع بلا نقد ، أما لو كان فلا يظهر بين الفرعين فرق .

ثم رأيت فى الذخيره : وإذا وكله بالبيع نسيئه فباعه بالنقد ، إن باع بالنقد بما يباع بالنسيئة جاز ومالا فلا (قوله فيباع بالنقد بألف جاز) لأنه وإن صار مخالفا إلا أنه إلى خير من كل وجه كما علمت (قوله فى ذلك الجنس جاز وإلا لا) أى فلو باع بدنانير تساوى ألفا بالنقد لا يجوز وإن كان خلافا إلى خير لاختلاف الجنس

وأنها تتقيد بزمان ومكان ، لكن فى البزازية : الوكيل إلى عشرة أيام وكيل فى العشرة وبعدها فى الأصح وكذا الكفيل ، لكنه لايطالب إلا بعد الأجل كما فى تنوير البصائر .

وفى زواهر الجواهر : قال بعه بشهود أو برأى فلان أو علمه أو معرفته وباع بدونهم جاز ، بخلاف لاتبع إلا بشهود أو إلا بمحضر فلان به يفتى .

(قوله وإنها) بكسر الهمزة لأنها مقول قلت معطوفة على وقدمنا لعدم تقدم هذه المسئلة فى كتاب الوكاله وكأنه قال قلت وتتقيد الخ لا بالفتح معطوفة على قوله إن خالف الخ لأنها حنئذ تكون معموله لقدمنا ، والواقع أنه لم يقدمه كما ذكرنا ح بزيادة (قوله تتقيد بزمان) كأن يقول له بعه يوم الجمعة أو فى شهر كذا أو زمن الصيف ، فلو قال بعه غدا لم يجز بيعه اليوم ، وكذا الطلاق والعتاق ، وبالعكس فيه روايتان والصحيح أنه كالأول .

قال فى الخانية : قال لغير بع عبدى غدا فباعه اليوم لايجوز لأن التوكيل مضافا إلى غد فلا يكون قبله ، ولو قال بع عبدى اليوم واشتر اليوم ففعل غدا فيه روايتان ، قيل الصحيح أنها لا تبقى بعد اليوم ، وقيل تبقى وذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت ، ولو وكل رجلا ببيع العبد وعتقه غدا ففعل بعد غد جاز قولا واحدا ، بخلاف ما إذا كان اليوم ففيه خلاف . والصحيح أن ذكر اليوم للتوقيت فلينظر الفرق أفاده الحموى (قوله ومكان) بأن يقول له بعه فى سوق كذا أو فى بلد كذا ، فلو خالفه لم يجز ، وهذا عند التفاوت كما ذكرنا ، وليس منه قوله بعه إلى وقت كذا الآن ذلك تهوين عليه وعدم التضييق فى البيع لامنعا له بعد المدة ، كما لو قال له أنا كفيله إلى ثلاثة أيام فهو لتأجيل المطالبة لا الكفالة حتى يكون كفيلا قبلها وبعدها كما تقدم (قوله لكن فى البزازية) استدراك على تقييدها بزمان ، والأولى عدم ذكر هذه العبارة وعدم قوله ومتى عين الآمر الخ استغناء عنهما بما فى الزواهر (قوله وبعدها فى الأصح) ويحمل التقييد بالزمان على إرادة التسهيل على الوكيل وللموكل عزله متى شاء فلا ضرر عليه فى ثبوت وكالته بعدها .

قال فى الخانية : دفع الوصى المال إلى رجل ليحج عن الميت فى هذه السنة فأخذ وأحرم بالحج من قابل جاز عن الميت ولا يكون ضامنا مال الميت لأن ذكر السنة يكون للاستعجال دون التقييد ، كما لو وكل رجلا بأن يعتق عبده أو يبيعه غدا فأعتق أو باع بعد الغد جازاها أى ويكون ذكر الغد للاستعجال لاللتوقيت قولا واحدا ، ولو قال بع أو اشتر أو عتق اليوم ففعل ذلك غدا فيه روايتان ، والصحيح أنها لا تبقى بعد اليوم كما قدمناه قريبا . وقال بعضهم تبقى إلا أن يدل الدليل على خلافه (قوله وكذا الكفيل) أى بالنفس كما تقدم (قوله لكنه لا يطالب إلا بعد الأجل) فإن قلت : ما فائدة كونه كفيلا قبل الأجل . قلت : فائدته إنه إذا سلمه قبل الأجل برئ كما تقدم هناك ح ، فلو قال كفلته إلى ثلاث أيام كان كفيلا بعد الثلاثة ، كما لو قال لامرأته أنت طالق إلى ثلاثة أيام يقع الطلاق بعدها أو باع عبدا بكذا إلى ثلاثة أيام يصير مطالبا بعدها . قال الحلوانى : وهذا على خلاف ما يظنه الناس ، وهذا إذا لم يذكر الغاية الأولى ، فلو قال أنا كفيل من هذا اليوم إلا عشرة أيام كان كافلا حالا إلى انتهائه وانتهت الكفالة فى قولهم (قوله بعه بشهود الخ) لأنه يحتمل المشورة والإرشاد ، ويحتمل التقييد فلا يصير تقييدا بالشك ، بخلاف لا تبع إلا بشهود فإنه نص فى التقييد (قوله وباع بدونهم جاز) الذى فى المقدسى عن الخانية : بعه بشهود أو رهن أو بعه وخذ كفيلا أو رهنا فباع بغير شهود أو كفيل أو رهن لم يجز (قوله بخلاف لا تبع إلا بشهود أو إلا بمحضر فلان) فإنه نص فى التقييد به ، وجملة الأمر أن كل ماقيد به

قلت : وبه علم حكم واقعة الفتوى: دفع له مالا وقال اشتر لى زيتا بمعرفة فلان فذهب واشترى بلامعرفته فهلك الزيت لم يضمن بخلاف لاتشتر إلا بمعرفة فلان فليحفظ (و) صح (أخذه رهنا وكفيلا بالثمن فلا ضمان عليه إن ضاع) الرهن (فى يده أو توى) المال (على الكفيل)

الموكل ، إن مفيدا من كل وجه يلزم رعايته إلى آخر ما تقدم (قوله قلت وبه علم الخ) جعل ذلك قاعدة كلية استنبط منها حكم الواقعة وليس بكلى .

فنى الهندية عن المحيط : إذا أمر أن يبيع برهن أو بكفيل فباع من غير رهن ومن غير كفيل لم يجز أكده بالنفى أو لم يؤكده إلا أنه فيما ذكره الشرط دائر بين الإفادة وعدمها ، وما فى الهندية مفيد محض (قوله واقعة الفتوى) المسألة مصرح بها فى وصايا الخانية ، لكن بلفظ بمحضر فلان والحكم فيها ماذكره هنا (قوله لم يضمن) لأنه لم يكن مخالفا أى وقد اشتراه بغير غبن فاحش ولا عيب وإلا فلا يمضى على الموكل (قوله بخلاف لاتشتر إلا بمعرفة فلان) فإنه يضمن بانفراده لأن فلانا قد يكون أعرف بالطيب من الزيف والردىء وبالأسعار فهو مفيد من وجه (قوله وصح أخذه) أى الوكيل (قوله رهنا وكفيلا بالثمن) أى لأن العقد فى حق الحقوق وقع له لأنه أصيل فى الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثقا به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما ، بخلاف الوكيل بقبض الدين لأنه يفعل نيابة ، وقد أنابه فى قبض الدين دون الكفالة وأخذ الرهن ، والوكيل بالبيع يقبض أصالة ، ولهذا لو حجره الموكل عن أخذ الرهن والكفيل عن تسليم المبيع قبل القبض لاينفذ حجره ، ولو هلك الرهن فى يده حتى سقط الثمن عن المشترى يظهر السقوط فى حق الموكل كذا فى شرح الجامع الصغير للتمرتاشى ، ومثله فى الهداية ، وهو مخالف لما فى الخلاصة والبزازية من أن الوكيل بقبض الدين له أخذ الكفيل فيحمل كلام الهداية على أخذ الكفيل بشرط براءة الأصيل فإنها حينئذ حوالة وهو لايملكها ، لما فى البزازية : ولو أخذ به كفيلا بشرط البراءة فهو حوالة لايجوز للوكيل بقبض الدين قبولها اه .

ومن هنا قال صاحب النهاية : المراد بالكفالة هنا الحوالة لأن التوى لايتحقق فى الكفالة ، وقيل الكفالة على حقيقتها لأن التوى يتحقق فيها بأن مات الكفيل والمكفول عنه مفلسين . قال الزيلعى : أخذا من الكافى وهذا كله ليس بشىء ، لأن المراد هنا توى مضاف إلى أخذه الكفيل بحيث إنه لو لم يأخذ كفيلا لم يتو دينه كما فى الرهن ، والتوى الذى ذكره هنا غير مضاف إلى أخذه الكفيل بدليل أنه لو لم يأخذ كفيلا أيضا لتوى بموت من عليه الدين ، وحمله على الحوالة فاسد لأن الدين لايتوى فيه بموت المحال عليه مفلسا بل يرجع به على المحيل ، وإنما يتوى بموتهما مفلسين فصار كالكفالة . والأوجه أن يقال المراد بالتوى توى مضاف إلى أخذ الكفيل وذلك يحصل بالمرافعة إلى حاكم يرى براءة الأصيل كما يأتى بيانه . قال فى نور العين : وكيل البيع لو أقال أو احتال أو أبرأ أو حط أو وهب أو تجوز صح عند أبى حنيفة ومحمد ، وضمن لموكله لاعند أبى يوسف ، والوكيل لو قبض الثمن لايملك الإقالة إجماعا اه . قلت : وكذا بعد قبض الثمن لايملك الحط والإبراء بزازية (قوله فلا ضمان عليه إن ضاع) أى فلا ضمان على الوكيل للموكل فيما هلك من الثمن لهلاك الرهن . وفى الدراية وأخذه الرهن يقع للموكل فلو رده الوكيل جاز ويضمن للموكل الأقل من قيمته ومن الدين عند أبى حنيفة . وقال أبو يوسف : لايصح رده . وفى البزازية : ولا يملك الوكيل بقبض الدين الرهن ويملك أخذ الكفيل (قوله أو توى المال على الكفيل) وصورة التوى وكله ببيع شىء فباعه وأخذ بالثمن كفيلا وعجز عن التحصيل من الكفيل وامتنع الأصيل من إعطائه متعللا بأنه حيث كفل المال الذى عليه برىء منه ورافعه إلى قاض يرى ذلك وحكم عليه ببراءة الأصيل حيث كفل وعجز عن تحصيله من الكفيل لايضمن لموكله بحر .

لأن الجواز الشرعي ينافي الضمان (وتقيد شراؤه بمثل القيمة وغبن يسير) وهو مايقوم به مقوم ، وهذا (إذا لم يكن سعره معروفا ، وإن كان) سعره (معروفا) بين الناس (كخبز ولحم) وموز وجبن (لاينفذ على الموكل

أقول : والقاضي الذي يرى ذلك هو من كان على مذهب سيدنا الإمام مالك فإنه يرى براءة الأصيل عن الدين بالكفالة ، ولا يرى الرجوع على الأصيل بموته مفلسا (قوله لأن الجواز الشرعي ينافي الضمان) أي مايسوغ له فعله في الوكالة لإصلاحها ، ونفع موكله لايكون سببا لضمانه لامطلق الجواز الشرعي فلا ينافي قولهم إن من جاز له شيء لمصلحته يتقيد بوصف السلامة ، حتى لو وقع ثوبه على أحد في الطريق فقتله أو على شيء فأتلفه لزمه ضمانه ولو ضرب زوجته فماتت ضمنها (قوله وتقيد شراؤه بمثل القيمة) المراد به أن يشترى بنقد مثل القيمة فلا ينفذ بغير النقدين كمكيل وموزون ودين في الذمة ، قيد بالشراء لأن الوكيل بالنكاح إذا زوّجه بأكثر من مهر مثلها فإنه يجوز لعدم التهمة كما في الحموي ، ولأن التهمة في الأكثر متحققة فلعله اشتراه لنفسه فإذا لم يوافقه ألحقه بغيره على مامر ، وأطلقه فشمل ماإذا كان وكيلا بشراء معين فإنه وإن كان لايملك شراءه لنفسه فبالمخالفة يكون مشتريا لنفسه فالتهمة باقية كما في الزيلعي . وفي الهداية قالوا : ينفذ على الآمر ، وذكر في البناية أنه قول عامة المشايخ والأول قول البعض . وفي الذخيرة أنه لانص فيه بحر ملخصا .

أقول : فظهر أن ماجرى عليه الزيلعي من أن الوكيل بشراء شيء بعينه لايكون له أن يشتريه للموكل بالغبن الفاحش وإن كان لا يملك شراءه لنفسه لأنه بالمخالفة فيه يكون مشتريا لنفسه فكانت التهمة فيه باقية اه خلاف ما عليه العامة ، والظاهر أن المراد بالمخالفة مخالفة ما هو المتعارف في ثمنه وإلا فالكلام مفروض فيما إذا لم يقدّر الآمر ثمنه (قوله وغبن يسير) الواو بمعنى أو . قال في القاموس : غبنه في البيع يغبنه غبنا ويحرك خدعه : والتغابن : أن يغبن بعضهم بعضا اه فالمراد بالتغابن الخداع ، فقولهم لايتغابن الناس فيه أي لايخدع بعضهم بعضا لفحشه وظهوره ، وقولهم يتغابن الناس فيه أي يخدع بعضهم بعضا لقلته اه بحر بتصرف ط .

مطلب في حد الفاحش

(قوله وهو ما يقوم به مقوّم) أي ما يدخل تحت تقويم أحد من المقومين وهو الأصح ، أما مالا يدخل تحت تقويمهم فغبن فاحش ، وقيل حد الفاحش في العروض نصف القيمة ، وفي الحيوان عشر القيمة ، وفي العقار خمسها ، وفي الدراهم ربع عشرها . قال مسكين : فلو قوّمه عدل عشرة وعدل آخر ثمانية وآخر سبعة فما بين العشرة والسبعة داخل تحت تقويم المقومين . أما الزائد في الشراء والناقص في البيع فلا وهذا هو الأصح في حد الغبن اليسير والفاحش أي فلا يكون مما يتغابن فيه وهذا إنما يتم في البيع على قولهما لا على قوله . وأقول : هذا لبيان الحد الفاصل بين الغبن اليسير والفاحش وهو متفق عليه لاخلاف الإمام فيه سواء كان وكيلا بالشراء وبالبيع ، وأما أن الوكيل في البيع هل يملك البيع على الآمر ولو بالغبن الفاحش ؟ فعند الإمام نعم خلافا لهما فهذا شيء آخر ليس مما الكلام الآن فيه ، وقيل في العروض ده نيم : أي نصف العشر ، وفي الحيوانات ده يازده : أي العشر ، وفي العقار ده دوازده : أي الخمس ، وفيما يتغابن فيه من الدراهم والدنانير مع العشر ، ووجهه أن التصرف يكثر وجوده في العروض ويقل في العقار ويتوسط في الحيوان وكثرة الغبن لقلة التصرف ، وجعل الزيلعي نصف العشر في العروض فاحشا اه بزيادة (قوله كخبز ولحم) هذا باعتبار الغالب من أن هذه الأشياء سعرها معروف ، فلوكان في مكان وزمان يختلف السعر في هذه الأشياء كانت كغيرها (قوله وجبن) هو بسكون الباء في لغة وبضمها مع تخفيف النون أو بالضم مع تشديد النون مختار

وإن قلت الزيادة) ولو فلسا واحدا به يفتى بحر وبناية .
(وكله ببيع عبد فباع نصفه صح) لإطلاق التوكيل . وقالا : إن باع الباقى قبل الخصومة جاز وإلا لا ، وقولهما استحسان ملتقى وهداية ، وظاهره ترجيح قولهما ، والمفتى به خلافه بحر . وقيد ابن الكمال الخلاف بما يتعب بالشركة وإلا جاز اتفاقا فليراجع (وفى الشراء يتوقف على شراء باقيه قبل الخصومة)

(قوله ولو فلسا واحدا) لأنه لما كان معلوما بين الناس صار بمنزلة المعين منه فلايقبل الزيادة به (قوله وبناية) هى شرح الهداية (قوله صح) أى عند أبى حنيفة (قوله لإطلاق التوكيل) أى إطلاقه عن قيد الاجتماع والافتراق كما لو وكله ببيع مكيل ونحوه ألا ترى أنه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده ، فإذا باع النصف أولى (قوله وإلا لا) لضرر الشركة وهى عيب تنقص القيمة فلا يراد بالمطلق (قوله وقولهما استحسان) قال الإتقانى : وأصل ذلك أن أبا حنيفة يعتبر العموم والإطلاق فى التوكيل بالبيع . وأما فى التوكيل بالشراء فيعتبر المتعارف الذى لا ضرر فيه ولا تهمة . وعندهما كلاهما سواء اه .

قال المقدسى : وفيه كلام، وهو أن الظاهر أن المراد أن قول أبى حنيفة قياس بالنسبة إلى قولهما وقولهما استحسان بالنسبة إليه، وليس كذلك بل قياس قولهما أنه لاينفذ أصلا واستحسنا القول بالتوقف وكذا فى قول أبى حنيفة فتأمل اه .

وفيه أيضا عن المبسوط : لو وكل رجلين ببيع عبده فباع كل منهما لرجل فمن باع أولا جاز وبطل الثانى بخلاف الوصيين كما سيجيء ، وإن لم يعلم الأول فلكل مشتر نصفه بنصف الثمن لأنه ليس أولى واستوى المشتريان ويخير كل منهما لتفرق الصفقة ، ولا ترجيح إلا إذا كان فى يد أحد المشتريين فهو له لترجيح جانبه لتأكد شرائه وتمكنه من القبض دليل سبق شرائه اه (قوله وظاهره ترجيح قولهما) أى لأنه جعله استحسانا . قال فى البحر : ولذا أخره مع دليله كما هو عادته (قوله والمفتى به خلافه بحر) الذى فى البحر : وقد علمت أن المفتى به خلاف قوله كما قدمناه اه أى خلاف قوله فيما استشهد به .

قلت : وقد علمت ما قدمناه عن العلامة قاسم من ترجيح قوله وعليه المعول وأنه أصح الأقاويل (قوله وقيد ابن الكمال الخ) ومثله فى البحر عن المعراج . ونقل الاتفاق أيضا فى الكفاية عن الإيضاح (قوله وفى الشراء يتوقف على شراء باقيه قبل الخصومة) يعنى لو وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف اتفاقا ؛ فإن اشترى باقيه لزم الموكل وارتفع التوقف لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن كان موروثا بين جماعة فيحتاج إلى شرائه شقصا شقصا فإذا اشترى الباقى قبل رد الآمر الشراء تبين أنه وسيلة فينفذ على الآمر وهذا بالاتفاق بحر .

قال الحموى : وهذا بالإجماع ، بخلاف الوكيل ببيع العبد عند أبى حنيفة للفرق الآتى بيانه ، وهذا إذا شرى الوكيل النصفين ، فلو شرى النصف ثم شرى الموكل النصف لم ينفذ على الآمر بخلاف عكسه اه .

واعلم أن ما اعترض به العينى على الزيلعى حيث قال : فإن اشترى باقيه قبل أن يختصما لزم الموكل وإلا لزم الوكيل وهذا بالإجماع قاله الشارح .

قلت : فيه خلاف زفر والثلاثة الخ ساقط ، لأن كلام الزيلعى فيما إذا كان وكيلا بالشراء فاشترى نصفه ثم اشترى الباقى فلا يرد على دعوى الإجماع ما اعترض به العينى ، لأن خلاف زفر والثلاثة بالنسبة لما إذا كان وكيلا بالبيع فباع نصفه ثم باع الباقى .

اتفاقا .

(ولو رد مبيع بعيب على وكيله) بالبيع (ببينة أو نكوله أو إقراره فيما لا يحدث) مثله فى هذه المدة

ولئن سلمنا كون خلاف زفر والثلاثة فى مسألة التوكيل بالشراء فنقول : أراد بالإجماع إجماع الإمام مع الصاحبين كما يدل عليه قوله بخلاف الوكيل ببيع العبد عند أبى حنيفة الخ أفاده أبو السعود قال الزيلعى : ولافرق فيه بين التوكيل بشراء عبد بعينه أو بغير عينه اهـ .

وفيه : لا يقال إنه لا يتوقف بل ينفذ على المشترى . لأنا نقول : إنما لا يتوقف إذا وجد نفاذا على العاقد وههنا شراء النصف لا ينفذ على الوكيل لعدم مخالفته من كل وجه ، ولا على الآمر لأنه لم يوافق أمره من كل وجه فقلنا بالتوقف ، فلو أعتقه الآمر زمن التوقف نفذ عند أبى يوسف لا المأمور ، وعكس محمد لأنه مخالف لما أمره وبتوقفه لتوهم رفع الخلاف بشراء الباقى فبقى الخلاف قبل الشراء فلا ينفذ على الآمر ، وأبو يوسف يقول توقف على إجازة الموكل والإعتاق إجازة اهـ (قوله اتفاقا) الفرق لأبى حنيفة رحمه الله تعالى بين البيع والشراء إن فى الشراء تتحقق تهمة أنه اشتراه لنفسه فرأى الصفقة خاسرة فأراد أن يلزم به الموكل ولأن الأمر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه الإطلاق والأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلايعتبر فيه التقييد والإطلاق كما فى الهداية (قوله ولو رد مبيع) أطلقه فشمل ما إذا قبض الثمن أولا ، وأشار إلى أن الخصومة مع الوكيل فلا دعوى للمشترى على الموكل ، فلو أقر الموكل بعيب فيه وأنكره الوكيل لايلزمهما شىء لأن الموكل أجنبى فى الحقوق ، ولو بالعكس رده المشترى على الوكيل لأن إقراره صحيح فى حق نفسه لا الموكل بزازية ، ولم يذكر الرجوع بالثمن . وحكمه أنه على الوكيل إن كان نقده ، وعلى الموكل إن كان نقده كما فى شرح الطحاوى وإن نقده إلى الوكيل ثم هو إلى الموكل ثم وجد الشارى عيبا أفتى القاضى أنه يرده على الوكيل كذا فى البزازية (قوله بعيب) قيد به لأنه لورد عليه بخيار شرط أو رؤية فهو على الآمر ، ولو من غير قضاء كرده عليه بعيب بغير قضاء قبل القبض فإنه جائز على الآمر (قوله بالبيع) قيد به لأن الوكيل بالإجارة إذا أجر وسلم ثم طعن المستأجر فيه بعيب فقبل الوكيل بغير قضاء يلزم الموكل ولم يعتبر إجارة جديدة بحر (قوله ببينة) لأن الثابت بالبينة ثابت فى حق الكافة لأن البينة حجة مطلقة متعدية فيلزم الموكل كما لزم الوكيل . أما النكول فهو بذل أو إقرار ، وكل منهما حقه أن لاينفذ على الموكل لكنه لما كان النكول مضطرا إليه ببعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع لزم الآمر دفعا للضرر عن الوكيل ، وكذا الإقرار فيما لا يحدث لأن القاضى تيقن حدوث العيب فى يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا إلى هذه الحجج (قوله أو نكوله) أى الوكيل لأنه مضطر فى النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الآمر بحر .

وفيه دليل على أن الدعوى لو وقعت فى ثمن المبيع بأن ادعى المشترى دفعه للوكيل وأنكره الوكيل وطلب المشترى يمينه على عدم الدفع له فنكل فقضى عليه أنه يضمن الثمن للموكل لفقد العلة المذكورة ولكونه إما باذلا أو مقرا ، وعلى التقديرين يضمن وهى واقعة الفتوى فتأمل اهـ رملى .

قلت : وفى الكفاية قوله والوكيل مضطر الخ يشير إلى أن الوكيل يحلف على البتات إذ لو كان على العلم لم يكن مضطرا لبعد العيب عن علمه ولكن عامة الروايات على أن الوكيل يحلف على العلم فإذا علم بالعيب فحينئذ يضطر إلى النكول اهـ (قوله أو إقراره فيما لا يحدث مثله فى هذه المدة) لأن القاضى يتيقن بحدوث العيب فى يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا إلى الإقرار ولا إلى البينة والنكول ، لأن العيب لما كان لايحدث

(رده) الوكيل (على الآمر

مثله كالإصبع الزائدة لم يتوقف القضاء على وجود هذه الحجج من البينة والإقرار وإباء اليمين بل ينبغي أن يقضى بعلمه قطعا بوجود العيب عند البائع بدون الحجج فيجب عدم توقفه على وجودها فى العيب الذى لا يحدث مثله لأن تأويل اشتراطها فى الكتاب أن القاضى يعلم أنه لا يحدث فى مدة شهر مثلا لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيفتقر إلى هذه الحجج لظهور هذا التاريخ أو كان عيبا لا يعرفه إلا النساء والأطباء ، وقولهن وقول الطبيب حجة فى توجه الخصومة لا فى الرد فيفتقر إليها فى الرد ، حتى لو كان القاضى عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج إلى شيء منها قيد بما لا يحدث لأنه لو رد عليه بإقراره فيما يحدث فإنه يلزم المأمور لأن الإقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر إليه لإمكانه السكوت والنكول إلا أنه له أن يخاصم الموكل فيلزم ببينته أو بنكوله ، بخلاف ما إذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له أن يخاصم موكله لأنه بيع جديد فى حق ثالث والبائع ثالثهما والرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضى ، غير أن الحجة قاصرة وهو الإقرار ، فمن حيث الفسخ كان له أن يخاصم ، ومن حيث القصور لا يلزم الموكل إلا بحجة ، وإن كان العيب غير حادث أى كسن زائدة أو كان حادثا إلا أنه لا يحدث مثله فى تلك المدة رده على الوكيل بإقراره بغير قضاء لزم الوكيل ، وليس له أن يخاصم الموكل فى عامة روايات المبسوط .

وذكر فى البيوع أنه يكون ردا على الموكل لأنهما فعلا عين ما يفعله القاضى لو رفع إليه إذ لا يكلفه القاضى على إقامة البينة ولا على الحلف فى هذه الصورة بل يرده عليه بلا حجة فكان الحق متعينا فى الرد .

قلنا الرد بالتراضى بيع جديد فى حق ثالث والموكل ثالثهما ، ولا نسلم أن الحق متعين فى الرد بل يثبت حقه أولا فى وصف السلامة ثم إذا عجز ينتقل إلى الرد ثم إذا امتنع الرد بحدوث العيب أو بزيادة حدثت فيه ينتقل إلى الرجوع بالنقصان فلم يكن الرد متعينا وهكذا ذكر الروايتين فى شرح الجامع الصغير وغيره ، وبين الروايتين تفاوت كبير لأن فيه نزولا من اللزوم إلى أن لا يخاصم بالكلية ، وكان الأقرب أن يقال لا يلزمه ولكن له أن يخاصم زيلعى ، وبه علم أن قول المتن أو إقراره فيما لا يحدث مثله أى فيلزم الموكل مبنى على رواية البيوع المخالفة لعامة روايات المبسوط من لزومه للوكيل ، ولذا قال فى المواهب : او رد عليه بما لا يحدث مثله بإقرار يلزم الوكيل ولزوم الموكل رواية اهـ فتنبه (قوله ورده الوكيل على الآمر) لو قال فهو رد على الآمر لكان أولى لأن الوكيل لا يحتاج إلى خصومة مع الموكل إلا إذا كان عيبا يحدث مثله ورد عليه بإقرار بقضاء ، وإن بدون قضاء لا تصح خصومته لكونه مشتريا .

وحاصل هذه المسألة أن العيب لا يخلو إما أن لا يحدث مثله كالسن أو الإصبع الزائدة ، أو يكون حادثا لكن لا يحدث مثله فى هذه المدة ، أو يحدث فى مثلها ، ففى الأول والثانى يرده القاضى من غير حجة من بينة أو إقرار أو نكول لعلمه بكونه عند البائع ، وتأويل اشتراط الحجة فى الكتاب أن الحال قد يشتبه على القاضى بأن لا يعرف تاريخ البيع فيحتاج إليها ليظهر التاريخ ، أو كان عيبا لا يعرفه إلا الأطباء أو النساء ، وقولهم حجة فى توجه الخصومة لا فى الرد فيفتقر إلى الحجة للرد ، حتى لو عاين القاضى البيع وكان العيب ظاهرا لا يحتاج إلى شيء منها ، وكذا الحكم فى الثالث إن كان ببينة أو نكول لأن البينة حجة مطلقة وكذا النكول حجة فى حقه فيرده عليه ، والرد فى هذه المواضع على الوكيل رد على الموكل . وأما إن رده عليه فى هذا

و) لو (بإقراره فيما يحدث لا) يرده ولزم الوكيل (الأصل فى الوكالة الخصوص، وفى المضاربة العموم) وفرّع عليه بقوله (فإن باع) الوكيل (نسيئة فقال أمرتك بنقد وقال أطلقت صدق الآمر وفى) الاختلاف فى (المضاربة)

الثالث بإقراره ، وإن كان بقضاء فلا يكون ردا على الموكل لأنه حجة قاصرة فلا تتعدى، ولكن له أن يخاصم الموكل فيرده عليه ببينة أو بنكوله ، لأن الرد فسخ لأنه حصل بالقضاء كرها عليه فانعدم الرضا ، وإن كان بغير قضاء فليس له الرد لأنه إقالة وهى بيع جديد فى حق ثالث وهو الموكل فى الأول ، والثانى لو رد على الوكيل بالإقرار بدون قضاء لزم الوكيل ، وليس له أن يخاصم الموكل فى عامة الروايات . وفى رواية يكون ردا على الموكل كما قدمناه قريبا عن الزيلعى. قال فى الإصلاح : وكذا بإقرار فيما لا يحدث مثله إن رد بقضاء اهـ (قوله ولو بإقراره فيما يحدث لا يرده ولزم الوكيل) إلا أنه إن كان الرد بقضاء فللوكيل أن يخاصم الموكل فيلزمه ببينة أو بنكوله .

قال المقدسى : ولا يرده إلا ببرهان أنه كان عنده وإلا يحلف ، فإن نكل يرده وإلا لزم الوكيل. ثم قال: فإن قيل : كيف يرده ويخاصم الموكل مع أن الرد بالإقرار فسخ فى حق المتعاقدين بيع جديد فى حق الموكل ؟ قلنا الرد ما حصل بإقراره بل بقضاء القاضى بكره منه فجعل فسخا لكن استند لدليل قاصر فعممنا الفسخ عند البرهان ولزم الوكيل عند عدمه عملا بقصور المستند وهو الإقرار .

قال فى النهاية : قضاء القاضى مع إقرار الوكيل متصور إذا أقر بالعيب وامتنع من القبول فيجبره عليه ، وإن رده المشترى بإقرار الوكيل بغير قضاء لزمه ولم يخاصم بحال .

وفى كافى الحاكم : إذا قبل الوكيل المبيع بغير قضاء بخيار شرط أو رؤية جاز على الآمر كرده بعيب قبل القبض ، ولو قبل وكيل الإيجار المعيب من المستأجر بغير قضاء يلزم الموكل لأن المنافع غير مقبوضة (قوله الأصل فى الوكالة الخصوص) لأن الموكل يقيم الوكيل مقام نفسه بالإستعانة به فى أمر خاص ، حتى لا تصح ببيان الجنس بل حتى يبين النوع أو الثمن . ومبنى المضاربة على تحصيل الربح ، ووجوه تحصيله متباينة ، قد يكون بالنقد ، وقد يكون بالنسيئة ، وقد يكون بالبيع المطلق ، وقد يكون بالمقابضة (قوله وفى المضاربة العموم) فيملك الإيداع والإبضاع ، وهذا بخلاف ما لو ادعى رب المال المضاربة فى نوع والآخر فى نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لأنه سقط الإطلاق بتصادقهما فنزل إلى الوكالة المحضة (قوله فإن باع الوكيل نسيئة) لو قال المصنف : لو اختلفا فيما عينه الموكل فالقول للآمر لكان أولى ليشمل ما ذكر ، ويشمل ما إذا باع الوكيل بخمسمائة فقال الآمر أمرتك بألف أو قال أمرتك بدينار أو بحنطة أو شعير أو قال بكفيل وقال الوكيل بغيره فالقول للآمر ، كما إذا أنكر أصل الأمر ووكيل الخلع والمقدار والصفة من حلول وتأجيل بحر .

واعلم أن قياس ما سبق عن الخلاصة يقتضى أن يكون المراد من أمر الآمر وكيله بالبيع نقدا أن يقول له لا تبعه إلا بالنقد لا مجرد الأمر بالبيع بالنقد ، ألا ترى إلى ما سبق من أنه لو قال له بعه بالنقود فباع بالنسيئة جاز ، بخلاف لا تبع إلا بالنقد ، ومقتضاه أنه لو قال بعه من فلان بكفيل فباعه منه بغير كفيل جاز بخلاف لا تبعه منه إلا بكفيل ، لكن فى البحر عن الكافى : أمره أن يبيعه من فلان بكفيل فباع بغير كفيل لم يجز ، فتدبر فى وجه الفرق ، وانظر ما قدمنا قبل ثلاث أوراق عند قول الشارح وبه علم الخ (قوله صدق الآمر) لأن الأمر يستفاد من جهته .

صدق (المضارب) عملا بالأصل .
(لاينفذ تصرف أحد الوكيلين)

[تنبيه] ما مر نقل صريح فى اعتبار قول الآمر لا يجوز العدول عنه ، فقول بعض المتأخرين فيما تقدم فيما لو وكله بقضاء دينه لفلان فقال قضيته فقال الآمر إنما أمرتك لفلان غيره حيث قال إن القول للمأمور لأنه أمين قول مخالف لصريح المنقول المعتبر المقبول كما نبه عليه المقدسى (قوله عملا بالأصل) علة للمسألتين ، لأن تصديق الآمر فى أمره بالنقد لتخصيص الوكالة وتصديق المضارب لإطلاقها ، فلو ادعى الوكيل الفعل وأنكره موكله ، فإن كان إخبار الوكيل بعد عزله فالقول للموكل ، وإن قبل فى حياة الموكل فالقول للوكيل إن كان المبيع مسلما إليه وإلا لا ، وإن كان بعد موته حال هلاك العين فكذلك وإلا لم يقبل قوله إذا كذبه الوارث هذا فى الوكيل بالبيع ، وأما الوكيل بالشراء فسبق حكمه عند الاختلاف ، وأما وكيل العتق فلا يقبل قوله كما إذا قال أعتقته أمس وكذبه الموكل لا يعتق ، وأما وكيل الكتابة فيقبل قوله فى العقد لا فى قبض البدل والهلاك ، كما إذا قال كاتبته وقبضت بدلها فالقول له فى الكتابة لا فى قبضت بدلها . أما لو قال كاتبته ثم قال قبضت بدلها ودفعته للموكل فهو صحيح يصدق لأنه أمين ، ولا يقبل قول وكيل النكاح والوكيل بقبض الدين إذا ادعى القبض والهلاك يصدق .

وفى خزانة المفتين : وكل رجلا بأن يشترى أخاه فاشترى فقال الآمر ليس هذا أخى فالقول له مع يمينه لأنه ينكر وجوب الثمن عليه ويكون الوكيل مشتريا لنفسه ويعتق العبد على الوكيل بقوله هذا أخوك اهـ . وإذا اتفقا أن عقد المضاربة وقع خاصا واختلفا فيما خص العقد فيه فالقول لرب المال لاتفاقهما على العدول عن الظاهر والإذن يستفاد من قبله ، فيعتبر قوله وأمرتك بالإتجار فى البر وادعى الإطلاق فالقول للمضارب لادعائه عمومه . وعن الحسن عن الإمام أنه لرب المال لأن الإذن يستفاد منه ، وإن برهنا فإن نص شهود العامل أنه أعطاه مضاربة فى كل تجارة فهى أولى لإثباته الزيادة لفظا ومعنى وإن لم ينصوا على هذا الحرف فلرب المال ، وكذا إذا اختلفا فى المنع من السفر لاقتضاء المضاربة إطلاقها على الروايات المشهورة .

قال المضارب : هو فى الطعام وقال رب المال هو فى الكرباس فالقول له ، ولو برهنا فللمضارب لأن رب المال لا يحتاج إلى الإثبات والمضارب يحتاج إلى إثباته لدفع الضمان عن نفسه ، وإن وقتا فالوقت الأخير أولى كما فى مضاربة البزازية ، والبضاعة كالمضاربة إلا أن المضارب يملك البيع والمستبضع إلا إذا كان فى لفظه ما يعلم أنه قصد الاسترباح أو نص على ذلك كذا فى وكالة البزازية ، والظاهر أنها كالوكالة من حيث أن الأصل فيها التقييد إلا أنه لا يملك الإبضاع والإيداع وبيع ما اشتراه إلا بالتنصيص بخلاف المضارب اهـ .

مطلب الشركة مثل المضاربة فى أن الأصل فيها الإطلاق

قال الرملى : ومثل المضاربة الشركة الظاهر أن الأصل فيها الإطلاق لأنها مبنية عليها ، وماعلل به الزيلعى كالصريح فيه فتأمل اهـ (قوله لاينفذ تصرف أحد الوكيلين) لأن الموكل رضى برأيهما لا برأى أحدهما ، والبدل وإن كان مقدرا ولكن التقدير لايمنع استعمال الرأى فى الزيادة واختيار المشترى بحر : أى التقدير للبدل لمنع النقصان عنه ، فربما يزداد عند الاجتماع وربما يختار الثانى مشتريا مليا ، والأول لايهتدى إلى ذلك ، وأشار بالتعبير بالنفاذ ولم يقل لايصح إلى أن تصرف أحدهما موقوف إن تصرف بحضرة صاحبه ، فإن أجاز صاحبه جاز وإلا فلا ، ولو كان غائبا فأجازه لم يجز فى قول الإمام كذا فى التبيين . قال الحاكم أبو الفضل : هذا خلاف ما فى الأصل .

معاكوكلتكما بكذا (وحده) ولو الآخر عبدا أو صبيا أو مات أو جن

وقال أبو يوسف : يجوز ، ولو باع أحدهما من صاحبه شيئا لم يجز ؛ لما فى وصايا الخانية : لو باع أحد الوصيين شيئا من التركة لصاحبه لايجوز عند أبى حنيفة ومحمد ، ويجوز عند أبى يوسف اه (قوله معاكوكلتكما بكذا) أى ببيع عبدى هذا أو بخلع امرأتى ، أما إذا وكلهما بكلامين على التعاقب فينفرد أحدهما ، وكذا إذا لم يمكن اجتماعهما كالخصومة ، وكذا مالا يحتاج إلى الرأى كالطلاق بغير مال كما فى المجمع وشرحه ، وكل ذلك يؤخذ من كلام الشارح رحمه الله تعالى ، وأتى الشارح بقوله معا لبيان مراد الماتن بدليل استثنائه ما إذا وكلهما على التعاقب بعد ذلك ولبيان تقييد امتناع تصرف أحدهما بما إذا وكلهما مجتمعين ، ولا يخرج بذلك الاستثناء عن كونه متصلا لأن الاستثناء واقع فى المتن ولفظ الظرف تقييد من الشارح (قوله ولو الآخر عبدا أو صبيا) محجورا عليه : أى لا يتصرف أحد الوكيلين وحده لأن الموكل رضى برأيهما لا برأى أحدهما ، والبدل وإن كان مقدرا ولكن التقدير لايمنع استعمال الرأى فى الزيادة واختيار المشترى كما قدمناه عن البحر .

أقول : ولا عبرة بكون أحدهما ضعيف التصرف كالعبد والصبى فإن الحقوق لاترجع إليهما إلا بإذن من وليهما ولا دخل لهذا فى اختياره رأيهما ، لأن مناط الاختيار معرفتهما بوجوه التصرف ، وما عندهما من الصدق والأمانة فقد يكون فيهما أرجح من البالغ والحر أطلقه فشمل ما إذا كان أحدهما عاقلا حرا بالغا والآخر عبدا أو صبيا محجورا عليه لكنه مقيد بما إذا وكلهما بكلام واحد كما علمت .

أما إذا كان توكيلهما على التعاقب فإنه يجوز لأحدهما الانفراد لأنه رضى برأى كل واحد منهما على الانفراد وقت توكيله فلا يتغير بعد ذلك ، بخلاف الوصيين فإنه إذا أوصى إلى كل منهما بكلام على حدة لم يجز لأحدهما الانفراد فى الأصح لأنه عند الموت صارا وصيين جملة واحدة وفى الوكالة يثبت حكمهما بنفس التوكيل بحر (قوله أو مات أو جن) أى الوكيل الآخر أى فلا يجوز للآخر التصرف وحده لأنه إنما فوّض للباقى مع الذى قد فات رأيه ولم يفوض له بانفراده فلا يملك التصرف وحده لعدم رضاه برأيه وحده ، ولو كانا وصيين فمات أحدهما لايتصرف الحى إلا بأمر القاضى كما فى وصايا الخانية .

وفى الخانية : رجل قال لرجلين وكلت أحدكما بشراء أمة لى بألف درهم فاشترى أحدهما ثم اشترى الآخر فإن الآخر يكون مشتريا لنفسه ، ولو اشترى كل واحد منهما جارية ووقع شراؤهما فى وقت واحد كانت الجاريتان للموكل كذا ذكر فى النوازل وعليه الفتوى اه .

وفى الذخيرة عن محمد : رجل وكل رجلا بقبض كل حق له ثم فارقه ثم وكل آخر بقبض كل دين له فقبض الوكيل الأول شيئا من الدين فليس للوكيل الثانى أن يقبضه من الأول لأنه الساعة عين وليس بدين ، ولو وكل الأول بقبض كل حق له ثم وكل الثانى بقبض كل شىء له وقبض الأول شيئا من الدين فللثانى أن يقبضه من الأول ، ولو وكل رجلا بقبض داره التى فى موضع كذا التى فى يد فلان فمضى الوكيل ثم وكل آخر بعده بمثل ماوكل به الأول فى قبض هذه بعينها ، فإن كان الأول قد قبض الدار قبل توكيل الثانى فللثانى أن يقبضها من الأول ، وإن وكل الثانى قبل أن يقبض الأول الدار فليس للثانى أن يقبضها لأنها صارت مقبوضة لصاحبها اه .

ومثله فى التاترخانية فى الرابع عشر ، لكن ذكر بدل التعليل قوله والشىء بعينه لايشبه ماليس بعينه ؛ ألا ترى أن رجلا لو وكل رجلا بقبض عبد له بعينه فى يد رجل ثم قبضه المولى ثم أودعه إنسانا آخر فللوكيل أن يقبضه اه .

(إلا) فيما إذا وكلهما على التعاقب ، بخلاف الوصيين كما سيجيء في بابه و (في خصومة) بشرط رأي الآخر لا حضرته على الصحيح

ومثله في الخلاصة في الفصل الثالث (قوله إلا فيما إذا وكلهما على التعاقب) فإنه يجوز لأحدهما الانفراد كما علمت ، وكان ينبغي للشارح أن يحذف قوله فيما تقدم معا ليحسن هذا الاستثناء لأنه لايكون إلا من عام ومع تقييده بمعا صار خاصا فلا يستثنى منه إذ لايدخل هذا في الاستثناء كما بيناه قريبا (قوله بخلاف الوصيين) فإنه لاينفرد أحدهما كما علمت .

قال في تنوير البصائر : وفيه اختلاف واختلاف تصحيح . فقيل الخلاف فيما إذا أوصى لهما معا . أما لو أوصى بكل على حدة فينفرد إجماعا . قال في الخزانة : وهو الأصح وبه نأخذ ، وقيل في الفصلين : وقيل هذا أصح . قال في المبسوط : لكن الأصح أن الخلاف في الفصلين والمراد بالخلاف الخلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ، فعند أبي حنيفة ومحمد لاينفرد فيما عدا ما استثنى خلافا لأبي يوسف .

قلت : ويستثنى مسائل أخر ينفرد فيها بالتصرف أحد الوصيين : تجهيز الميت ، وشراء مالا بد منه للصغير كالطعام والكسوة ، وبيع مايخشى عليه التلف ، وتنفيذ الوصية المعينة ، وقضاء دين الميت إذا كان في التركة من جنسه ، والخصومة ، ورد المغصوب ، ورد الودائع ، وقبول الهبة ، وجمع الأموال الضائعة . ورد المشترى فاسدا ، وقسمة مايكال ويوزن ، وإجارة اليتيم في عمل يتعلم ، وفي الإيصاء بأن يتصدق على فقراء كذا وعينه ، وإعتاق النسمة المعينة وحفظ الأموال .

قلت : والظاهر أنه لافرق بين أن يكون نصبهما الميت أو نصبهما قاض واحد أو نصبهما قاضيا بلدتين وليس كذلك ، فإنه في مسألة ما لو نصب كل واحد منهما قاضي بلدة ينفرد كل واحد منهما بالتصرف .

قال في الملتقطات : قيمان نصب كل واحد منهما قاضي بلدة جاز أن ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في مال الميت لأن كل واحد من القاضيين لو تصرف جاز فكذا نائبه ، فلو أراد كل واحد من القاضيين عزل المتولى الذي نصبه الآخر جاز إذا رأى المصلحة في ذلك اهـ فهذا تقييد لكلام الأشباه من أن محله فيما إذا كانا وصيين من جهة الميت أو من جهة قاض واحد ، أما لو كانا من جهة قاضيين من بلدتين فينفرد أحدهما بالتصرف .

قلت : وفي قوله فكذا نائبه نظر ظاهر ، لما علم من كلام علمائنا أن وصي القاضي نائب عن الميت لا عن القاضي حتى تلحقه العهدة ، بخلاف أمين القاضي لأنه نائب عنه فلا تلحقه العهدة ، ومقتضى كون وصي القاضي نائبا عنه أن لايكون القاضي محجورا عن التصرف في مال اليتيم كما إذا كان أمينه ، والمنقول أنه محجور عن التصرف في مال اليتيم مع وجود وصي ولو منصوبه بخلافه مع أمينه ، ومقتضى كون القاضي نائبا عنه أن لايملك القاضي شراء مال اليتيم من وصي نصبه كما لو كان أمينه والحكم بخلافه كما في غالب كتب المذهب اهـ (قوله كما سيجيء في بابه) ونصه : وبطل فعل أحد الوصيين ولو كان إيصاؤه لكل منهما على الانفراد ، وسيجيء أيضا قريبا متنا في قوله بخلاف الوصاية . (قوله وفي خصومة) أي فإن لأحدهما أن يخاصم وحده ، لأنها وإن كانت تحتاج إلى رأي إلا أن اجتماعهما على الخصومة والتكلم يتعذر ، واللغط يوقع في الغلط لأنه يلتبس على القاضي فهم الدعوى ويصير شغبا بفتح الشين وسكون الغين : هيجان الشر ، وبالفتح لغة ضعيفة ، حتى لو باشر يهدون رأي الآخر لايجوز عندنا عيني . أما اجتماعهما على البيع فغير متعذر بحر (قوله لا حضرته على الصحيح) لأن حضورهما في الخصومة ليس بشرط عند عامتهم ، وقيل يشترط ، وهو قول زفر والشافعي

إلا إذا انتهيا إلى القبض فحتى يجتمعا جوهرة (وعتق معين وطلاق معينة لم يعوضا) بخلاف معوض وغير معين (وتعليق بمشيئتهما) أى الوكيلين فإنه يلزم اجتماعهما عملا بالتعليق قاله المصنف.

قلت: وظاهره عطفه على لم يعوّضا كما يعلم من العيني والدرر فحق العبارة ولا علقا بمشيئتهما فتدبر

(قوله إلا إذا انتهيا) الأولى إلا إذا انتهت الخصومة (قوله فحتى يجتمعا) هذا بناء على أن الوكيل بالخصومة يملك القبض والمفتى به قول زفر هنا أنه لا يملكه كما يأتى قريبا، وبه أفتى أبو السعود (قوله وعتق معين وطلاق معينة لم يعوضا) أى بلا بدل لأنه مما لا يحتاج إلى الرأى وتعبير المثنى فيه كالواحد وقوله معين: أى ولو كان التعيين بسبب تفرد المأمور بعتقه وطلاقها كأن قال له طلق زوجتي أو أعتق عبدى ولا زوجة وعبد له سوى واحد. قال العلامة مسكين: والمراد بالطلاق والعتاق أن يكونا منجزين، بأن قال طلقاها وأعتقاها، أما لو قال طلقاها إن شئتما أو قال أمرها بأيديكما لا ينفرد أحدهما بالطلاق والعتاق اهـ وهذا معنى قول المصنف وتعليق بمشيئتهما ويكون معطوفا على لم يعوّضا كما قال الشارح (قوله بخلاف معوض) على صيغة اسم المفعول أى مجعولا العوض فى مقابلته وهو صفة لما وكلا به من عتق أو طلاق: أى لو وكلهما بطلاق وعتق بعوض لا ينفرد أحدهما لأنه اعتمد على رأيهما وهذا مما يحتاج إلى الرأى فى زيادة القدر المأخوذ من العوض وغير ذلك من الأمور التى يحتاج إليها فى التصرفات، وكذا إذا كان العبد أو الزوجة غير معينة فإن ذلك يحتاج إلى الرأى باختيار العبد الذى يعتقانه أو المرأة التى يطلقانها.

فالحاصل أنه إذا لم يعوض المعتق والمطلقة لا يحتاج إلى رأى فمباشرة الواحد والاثنين سواء، بخلاف العتق والطلاق المعوض وغير المعينين فإنه يحتاج إلى الرأى فإذا رضى برأيهما لا يستقل أحدهما والمناسب أن يعطف عليه ولا علقا أى العتق والطلاق بمشيئتهما أى مشيئة الوكيلين، فإن علقا فباشر أحدهما لم ينفذ لعدم وجود المعلق عليه وهو مشيئتهما، وقول المتن وتعليق لا يصح عطفه على لم يعوّضا إلا بتأويل.

وعبارة البحر بلا بدل وتعليق وهو صحيح لأنه عطف اسم صريح على اسم صريح وهو حسن صحيح (قوله وغير معين) أى وكذا إذا كان العبد أو الزوجة غير معين فإن ذلك يحتاج إلى الرأى أيضا كما علمت (قوله وتعليق بمشيئتهما) كما إذا قال طلقاها إن شئتما، ومثل ذلك إذا جعل أمرها بيدهما ففيهما يكون تفويضا فيقتصر على المجلس: أى الذى هما فيه لكونه تمليكا فى التفويض أو يكون تعليقا فيشترط فعلهما لوقوع الطلاق، لأن المعلق بشيئين لا ينزل عند وجود أحدهما (قوله فإنه يلزم اجتماعهما عملا بالتعليق) فلو باشر أحدهما لم ينفذ لعدم وجود المعلق عليه وهو مشيئتهما (قوله قلت وظاهره عطفه على لم يعوضا) الضمير فى قوله وظاهره يعود على ماقاله المصنف، والضمير فى عطفه يعود على التعليق، أى ظاهر ماقاله المصنف عطف التعليق على لم يعوّضا أى نظرا إلى المعنى كأنه قيل لم يقع فيهما تعويض ولا تعليق بمشيئتهما، والأحسن أن يقول على يعوضا بإسقاط لم لتسلط النفى عليه وفيه ركاكة زائدة (قوله كما يعلم من العيني والدرر) حيث قال بعد قوله لم يعوّضا، بخلاف ما إذا قال لهما طلقاها إن شئتما أو قال أمرها بأيديكما لأنه تفويض إلى مشيئتهما فيقتصر على المجلس اهـ (قوله فحق العبارة) أى حقها الواضح وإلا فهى صحيحة على ماسلف.

واستثنى فى البحر من إطلاق المصنف مسائل:

الأولى: لو قال طلقاها جميعا ليس لأحدهما أن يطلقها وحده ولا يقع عليها طلاق أحدهما، ولو قال طلقاها جميعا ثلاثا فطلقها أحدهما طلقة والآخر طلقتين لا يقع.

(و) فى (تدبير ورد عين) كوديعة وعارية ومغصوب ومبيع فاسد خلاصة بخلاف استردادها، فلو قبض أحدهما ضمن كله لعدم أمره بقبض شيء منه وحده سراج (و) فى (تسليم هبة) بخلاف قبضها ولوالجية (وقضاء دين) بخلاف اقتضائه عينى (و) بخلاف (الوصاية)

الثانية : قال لوكيلى طلاق لايطلقها أحد دون صاحبه وطلق أحدهما ثم الآخر أو طلق واحد ثم أجازه الآخر لايقع مالم يجتمعا ، وكذا فى وكيلى عتاق كذا فى منية المفتى اهـ .

أقول : واعترضه الرملى بأنه إنما لم يستثن المصنف الأولى لعدم دخولها لأن فيها زيادة وهى شرط اجتماعهما صريحا فتأمل ، وكذا لم يستثن الثانية لعارض النهى عن الانفراد (قوله وفى تدبير) أى لمعين لأنه كالإعتاق لايحتاج إلى الرأى منح فلأحدهما الانفراد به ، وإنما قدر « فى » فى هذا وفيما بعده ليعلم أنه ينفرد أحدهما فيها (قوله ورد عين كوديعة الخ) لأنه لايحتاج له الرأى (قوله بخلاف استردادها) فليس لأحدهما القبض بدون إذن صاحبه لإمكان اجتماعهما ، وللموكل فيه غرض صحيح لأن حفظ اثنين خير من حفظ واحد فإذا قبض أحدهما ضمن كله لأنه قبض بغير إذن المالك :

فإن قيل : ينبغى أن يضمن النصف لأن كل واحد منهما مأمور بقبض النصف . قلنا ذاك مع إذن صاحبه . وأما فى حال الانفراد فغير مأمور بقبض شيء منه بحر عن السراج . واعترضه أبو السعود بقوله وما فى البحر عن السراج من قوله : فإن قيل ينبغى أن يضمن النصف الخ فيه نظر لأنه إذا قبض بإذن صاحبه لايلزمه الضمان أصلا اهـ . واعترض أيضا على تعليل البحر المذكور بقوله لأن اجتماعهما فيه ممكن بأن الحكم لو كان معلولا بإمكان الاجتماع لم يجز لأحدهما الانفراد فى التوكيل برد الوديعة اهـ . وعليه فالأولى الاقتصار على قوله لأن للموكل فيه غرضا صحيحا لأن حفظ اثنين خير من حفظ واحد (قوله فلو قبض أحدهما) أى بدون إذن صاحبه كما صرح به فى الذخيرة لابدون حضوره كما توهمه عبارة البحر كما علمت أى وهلك فى يده سواء كان كل المقبوض أو بعضه (قوله ضمن كله لعدم أمره بقبض شيء منه وحده) إذ أمره تناولها مجتمعين لامنفردين فلم يكن مأمورا فى حالة الانفراد بقبض شيء (قوله وفى تسليم هبة) أى لموهوب له معين فإن لأحدهما الانفراد اتفاقا ، وإن لم يعين الموهوب له لاينفرد أحدهما عندهما وينفرد عند الثانى ط (قوله بخلاف قبضها) فليس لأحدهما الانفراد ، والعلة ماذكر فى الاسترداد وهى العلة فى الاقتضاء (قوله وقضاء دين) فهو كرد الوديعة واقتضائه فهو كاستردادها بحر (قوله وبخلاف الوصاية) مبتدأ(١) خبره قوله الآتى كالوكالة ، وزاد بعد الواو قوله بخلاف ليعطفه على قوله بخلاف اقتضائه ، فالمعطوف خمسة والسادس المعطوف عليه ، فلا اعتراض فى كلامه فتنبه ، لكن لايحسن تشبيه مسألة الاقتضاء بالوكالة لأنها وكالة حقيقة ، وحينئذ فقول بعض الأفاضل إن المسائل المعدودة خمسة لا ستة فيه مافيه ، ووقع فى بعض النسخ والوصاية بدون قوله بخلاف على أنها مبتدأ وقوله كالوكالة خبز وهى أولى ، لأن ظاهر النسخة الأولى أن الوصيين لاينفردان أصلا ولا فى المسائل المستثناة حتى تصح أن تكون الوكالة بخلاف الوصاية وليس كذلك ، فإن ماينفرد به أحد الوكيلين ينفرد به أحد الوصيين . وزاد مسائل أخر تأتى فى باب الوصى ، ولذا جعل صاحب البحر حكم الوصيين والوكيلين واحدا حيث قال : اعلم أن الوكالة والوصاية والمضاربة والقضاء والتولية على الوقف سواء ليس لأحدهما الانفراد ، وقدمنا حكم القاضيين

---

(١) (قوله وبخلاف الوصاية مبتدأ) كذا بالأصل . وعبارة الطحطاوى : قوله وبخلاف الوصاية عطف على قوله بخلاف اقتضائه ، وهى ظاهرة اهـ مصححه.

لاثنين (و) كذا (المضاربة والقضاء) والتحكيم (والتولية على الوقف) فإن هذه الستة (كالوكالة فليس لأحدهما الانفراد) بحر إلا فى مسألة ماإذا شرط الواقف النظر له أو الاستبدال مع فلان فإن للواقف الانفراد دون فلان أشباه .
(والوكيل بقضاء الدين) من ماله أو مال موكله (لا يجبر عليه)

فى القضاء والناظر إما وكيل أو وصى فلا ينفرد أحدهما ؛ فقد سوى بين الوكالة والوصاية كما ترى . قال الرملى والصحيح أن الناظر وكيل . لكن قال قاضيخان : هو عند أبى حنيفة وأبى يوسف وكيل الواقف حتى كان له أن يعزله وإن لم يشترطه لنفسه . وعند محمد وكيل الفقراء حتى لم يكن له عزله اهـ (قوله لاثنين) ولو متعاقب (قوله وكذا المضاربة) أى إذا عقد معهما عقد المضاربة معا فليس لأحدهما الانفراد لأن المضاربة مما تحتاج إلى الرأى (قوله والقضاء) قيل ليس المراد أن السلطان إذا قلد شخصين قضاء بلدة ليس لأحدهما الانفراد بالقضاء فى غيبة الآخر كما يتوهم ، وإنما المراد أنه إذا فوض أمرا إلى قاضيين متوليين قبل تفويض الأمر ليس لأحدهما الانفراد بالتصرف فى ذلك الأمر بدون رأى الثانى انتهى .

أقول : ما نمى أن يكون مرادا هو المصرح به كما فى منية المفتى . وعبارتها السلطان أو الإمام الأكبر فوض قضاء ناحية إلى اثنين فقضى أحدهما لم يجز كأحد وكيلى بيع كذا ذكره الحموى فى البحر عن الخانية ، ولو أن واحدا من هذين القاضيين أراد أن يعزل القيم الذى أقامه القاضى الآخر ، فإن رأى المصلحة فى ذلك كان له ذلك وإلا فلا اهـ (قوله والتولية على الوقف) أى إذا نصبهما قاض واحد أو كانا منصوبى الواقف (قوله فإن هذه الستة) أى مع ضم الوكالة وإلا فهى خمس والتحكيم على استثنائه وإن أراد جميع ماتقدم ممالم يجز فيه الانفراد فهى تسع عشرة صورة مع مسئلة الوكالة (قوله كالوكالة فليس لأحدهما الانفراد) لأن ما ذكر يحتاج إلى الرأى ، ولم يذكر فى البحر التحكيم ، ولم يذكر فى الأشباه المضاربة بل زاد على ماهنا المودعين والمشروط لهما الاستبدال والإدخال والإخراج ، فباعتبار ما هنا تكون المسائل المثبتة بالوكالة ثمانية .

والحاصل أن الشيء المفوض إلى اثنين لايملكه أحدهما كالوكيلين والوصيين والناظرين والقاضيين اللذين يضعهما قاض واحد ، أما لو كانا منصوبى قاضيين فلأحدهما الانفراد والمحكمين والمودعين والمشروط لهما الإدخال والاستبدال والإخراج كما فى الأشباه (قوله إلا فى مسألة ماإذا شرط الواقف الخ) قال الحموى: يستفاد منه أن الناظرين أعم من أن يكون أحدهما المفوض أو غيره وعلى هذا فالاستثناء متصل لامنقطع (قوله له) أى للواقف نفسه (قوله فإن للواقف الانفراد دون فلان) لأن الواقف هو الذى شرط لذلك الرجل ، وما شرطه لغيره فهو مشروط لنفسه لتقييده ط (قوله والوكيل بقضاء الدين) أعم من هذا عبارة الأشباه حيث قال: ولا يجبر الوكيل إذا امتنع عن فعل ماوكل فيه إلا فى مسائل وهى الثلاث الآتية اهـ . وعلله فى الملتقطات بأن فعل ذلك ليس بواجب عليه (قوله أو مال موكله) هكذا استنبطه العمادى من مسألة ذكرها عن الخانية حيث قال بعد نقله لعبارة الخانية : والفرع الأخير من هذه المسألة دليل على أن الوكيل بقضاء الدين من مال الوكيل لايجبر على أداء الدين إذا لم يكن للموكل على الوكيل دين والمسألة كانت واقعة الفتوى اهـ ، وهى التى أرادها الشارح ولكن ذكر قبله عنها مايدل على خلافه من أنه لو كتب فى آخر كتابه أنه يخاصم ويخاصم ثم ادعى قوم قبل الموكل الغائب مالا فأقر الوكيل بالوكالة وأنكر المال فأحضروا الشهود على الموكل لايكون لهم أن يحبسوا الوكيل لأنه جزاء الظلم ولم يظهر ظلمه إذ ليس فى هذه الشهادة أمر بأداء المال ولا ضمان الوكيل عن الموكل فإذا لم يجب على الوكيل أداء المال من مال الموكل بأمر موكله ولا بالضمان عن موكله لايكون الوكيل ظالما بالامتناع اهـ ملخصا ،

إذا لم يكن للموكل على الوكيل دين ، وهي واقعة الفتوى كما بسطه العمادى ، واعتمده المصنف .
قال : ومفاده أن الوكيل ببيع عين من مال الموكل لوفاء دينه لا يجبر عليه كما لا يجبر الوكيل بنحو طلاق ولو بطلبها على المعتمد وعتق وهبة من فلان وبيع منه لكونه متبرعا إلا فى مسائل : إذا وكله بدفع عين ثم

ومفاده أنه لو ثبت أمر موكله أو كفالته عنه يؤمر بالأداء ، وعليه يحمل كلام قارئ الهداية تأمل .
ثم رأيت فى حاشية المنح حيث قال : أقول كلام الخانية صريح فيما أفتى به قارئ الهداية فإنه صريح فى وجوب أداء المال بأحد شيئين : إما أمر الموكل أو الضمان فليكن المعول عليه فليتأمل اه .

ثم قال موفقا بين عبارة الخانية السابقة وعبارتها الثانية القائلة : وإن لم يكن له دين على الوكيل لايجبر وبين عبارة الفوائد لابن نجيم القائلة لايجبر الوكيل إذا امتنع عن فعل ماوكل فيه إلا فى مسائل الخ مانصه أقول : الذى ذكره فى الفوائد مطلق عن قيد كونه من ماله أو من مال موكله أو من دين عليه . والفرع الأخير المنقول عن الخانية مقيد بما إذا لم يكن عليه دين وماقبله بما إذا لم يكن له مال تحت يده . وأنت إذا تأملت وجدت المسألة ثلاثية : إما أن يوجد أمره ولا مال له تحت يده ولا دين أوله واحد منهما ، والظاهر أن الوديعة مثل الدين لصحة التوكيل بقبضها كهو فيحمل الدين فى الفرع الثانى على مطلق المال حتى لايخالف كلامه فى الفرع الأول كلامه فى الفرع الثانى لصحة وجهه ، ويحمل كلامه فى الفوائد على عدم وجود واحد منهما فيحصل التوفيق فلا مخالفة فتأمل اه .

قلت : ويحصل التوفيق أيضا مع ماأفتى به قارئ الهداية من قوله إنما يجبر على دفع ماثبت على موكله من الدين إذا ثبت أن الموكل أمر الوكيل بدفع الدين أو كان للموكل مال تحت يده بدليل ذكره فى السؤال .

وحاصله أنه لايجبر إذا لم يكن له عند الوكيل مال ولا دين ، وعليك بالتأمل فى هذا التوفيق (قوله إذا لم يكن للموكل على الوكيل دين) أما إذا كان وقد أمره بقضاء دينه بماله عليه فإنه يجبر كما يفيده مفهومه (قوله قال) أى المصنف (قوله لايجبر عليه) أى على البيع (قوله ولو بطلبها) أى ولو كان التوكيل بطلبها ، وقوله على المعتمد راجع إليه ، أما إذا لم يكن بطلبها فلا خلاف فى عدم الإجبار . وسيأتى فى باب عزل الوكيل .
أقول : وما فى الخلاصة من أنه يجبر لو بطلبها فخلاف الراجح لأنه لاحق للمرأة فى طلب الطلاق .
قال فى الخانية : الرجل إذا وكل بطلاق امرأته بطلبها لايملك عزله إلا بمحضر منها . قال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسى : الصحيح أنه يملك لأنه لاحق للمرأة فى طلب الطلاق وطلب التوكيل كما فى تنوير البصائر (قوله وعتق وهبة) مثله التدبير والكتابة كما فى الأشباه .

قال فى الخانية : رجل قال لغيره ادفع هذا الثوب إلى فلان واعتق عبدى هذا ودبر عبدى هذا وكاتب عبدى هذا فقبل الوكيل ذلك وغاب الموكل فجاء هؤلاء وطلبوا منه ذلك لايجبر على شىء منه إلا فى دفع الثوب فإن الثوب يحتمل أن يكون ملك فلان فيؤمر بالدفع إليه اه ذكره الحموى (قوله لكونه متبرعا) علة لقوله لا يجبر (قوله إذا وكله بدفع عين) كما إذا قال ادفع هذا الثوب إلى فلان فيجبر على الدفع لأن الثوب يحتمل أن يكون ملك فلان فيجب دفعه له فيؤمر بالدفع إليه خانية . وكذا رد الوديعة لأنه من باب دفع الأمانة إلى أهلها وهو قادر فيجبره عليه ، وهل يبرأ الموكل عن عهدة ضمانها بمجرد الدفع للوكيل أولا إلا إذا وصلت للمالك لم أره ، والظاهر الثانى إلا إذا كان وكيلا من جانب المالك فى استردادها فحينئذ يبرأ الغاصب من ضمانها بمجرد الدفع له .

غاب . أو ببيع رهن شرط فيه أو بعده فى الأصح ، أو بخصومة بطلب المدعى وغاب المدعى عليه أشباه خلافا لما أفتى به قارئ الهداية .

قلت : وظاهر الأشباه أن الوكيل بالأجر يجبر

قال فى الأشباه : والمغصوب والأمانة سواء لكن لايجب عليه الحمل اهحموى أفاده ط. قال بعض الفضلاء: قد عبر عن هذا فى البحر بقوله ومن أحكامه أنه لاجبر عليه فى فعل ما وكل به إلا فى رد وديعته بأن قال ادفع هذا الثوب إلى فلان الخ وعزاه للمحيط وهذا هوالظاهر لأن ماهنا صادق بما إذا دفع له عينا لقضاء دينه فيناقى ماسيذكره بعد أسطر بقوله وقضاء دين فلان الخ اه (قوله شرط فيه أو بعده) أى سواء شرط فى عقد الرهن التوكيل بالبيع أو بعده . قال فى نور العين : لولم يشرط التوكيل بالبيع فى عقد الرهن وشرط بعده ، قيل لايجبر ، وقيل يجبر . وهذا أصح اه .

أقول : وجه الجبر خشية أن يتوى حق المرتهن وهل قيد الغيبة المعتبرة فى المعطوف عليه معتبر فى المعطوف أو ليس معتبرا ؛ قيل الظاهر الأول لأن الموكل بغيبته صار معتمدا على الوكيل فيتضرر بامتناع الوكيل عن الفعل لو لم يجبر عليه ذكره الحموى . قال النسفى رحمه الله تعالى هذا إذا كان التسليط على البيع مشروطا فى عقد الرهن ، فإن كان بعد تمام الرهن ذكر شمس الأئمة السرخسى أنه فى ظاهر الرواية لايجبر العدل على البيع لأن رضا المرتهن بالرهن قد تم بدونه وهو توكيل مستأنف ليس فى ضمن عقد لازم .

وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى أن التوكيل بالبيع بعد الرهن يلحق بأصل العقد ويصير كالمشروط فيه قال شيخ الإسلام خواهر زاده وفخر الإسلام البزدوى : هذه الرواية أصح ، لأن محمدا رحمه الله تعالى أطلق الجواب فى الجامع الصغير والأصل ، ولم يفصل بين أن يكون البيع مشروطا أو غيره ، فظاهر ما أطلق يدل على أنه يجبر فى الحالتين اه من تنوير البصائر (قوله بطلب المدعى) متعلق بوكله المقدر ، والمراد أن المدعى عليه وكل بطلب المدعى وإنما أجبر الوكيل فيها لتعلق حق الغير وهو المدعى بالوكيل ولو لم يجبر بعد غيبة الموكل لتضرر المدعى غاية الضرر مع تعلق حقه بالوكيل ط . قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : أشار إلى أن المراد بوكيل الخصومة وكيل المدعى عليه فقول الدرر وكيل خصومة او أبى عنها لا يجبر عليها لأنه وعد أن يتبرع ينبغى أن يخص بوكيل المدعى كما يفهم مما هنا كما نبه عليه فى نور العين . ويبعده قوله إذا غاب المدعى فالأحسن ماسنذكره بعد . وسيذكر بيانه فى باب عزل الوكيل (قوله خلافا لما أفتى به قارئ الهداية) هذا مرتبط بقول المصنف المار والوكيل بقضاء الدين لا يجبر عليه .

قال فى المنح أقول : ما ذكره مولانا من أنه لا يجبر وهو الذى عولنا عليه فى هذا المختصر مخالف لما أفتى به شيخ الإسلام سراج الدين قارئ الهداية ، حيث سئل هل يحبس الوكيل فى دين وجب على موكله إذا كان للموكل مال تحت يده : أى يد وكيله وامتنع الوكيل من إعطائه سواء كان الموكل حاضرا أو غائبا ، فأجاب إنما يجبر على دفع ما ثبت على موكله من الدين إذا ثبت أن الموكل أمر الوكيل بدفع الدين أو كان كفيلا به وإلا فلايحبس اه . قال الطحطاوى : والذى فى تنوير البصائر أن عدم الجبر إنما هو إذا كان مأمورا بالدفع من مال نفسه وهو مراد قارئ الهداية فيكون هو المعتمد (قوله قلت وظاهر الأشباه الخ) الذى فى الأشباه هو أنه لا يجبر الوكيل بغير أجر على تقاضى الثمن وإنما يحيل الموكل اه . ويستفاد هذا من قول الشارح لكونه متبرعا قبل الاستثناء ، فافهم أنه إذا كان بأجر يجبر ، ولذا قال بيرى زاده فى حاشيته : أما إذا كان بأجر كالدلال والسمسار

فتدبر ، ولا تنس مسألة واقعة الفتوى وراجع تنوير البصائر فلعله أوفق .

وفي فروق الأشباه : التوكيل بغير رضا الخصم لا يجوز عند الإمام إلا أن يكون الموكل حاضرا بنفسه

والبياع يجبر على استيفاء الثمن ذكره الصدر الشهيد كما في الذخيرة : وفي الصغرى لأن من سواهم متبرع ، فإن فعل فبها ، وإن امتنع لا .

قال صاحب الأشباه : وإنما يحيل الموكل أي يقال له أحل الموكل على المشترى اه وقد صرحوا به في المضاربة بعد التفاسخ أنه إذا كان في المال ربح يجبر المضارب على تقاضي الديون وإلا لا يوكل رب المال بتقاضيه وهذا غير ما نحن فيه، وهو ما إذا امتنع عن مباشرة ما وكل به أنه لا يجبر عليه ، ليس في الأشباه ما يدل على أنه يجبر بل هو متوقف على صحة عقد الإجارة في مثله ، فإن صح العقد أجبر للخروج عن عهدة ما استؤجر عليه فليراجع فإن صحة الإجارة موقوفة على كون المنفعة المستأجر عليها معلومة تأمل .

ثم رأيت في الأشباه ذكر في الفن الثالث فيما افترق فيه الوكيل والوصي أنه لو استأجر الموكل الوكيل ، فإن كان على عمل معلوم صحت وإلا لا اه .

وفي شرح المجمع لابن أبي الضياء بعد كلام : وأما الذي يبيع بالأجر كالبياع والسمسار فيجعل كإجارة صحيحة بحكم العادة ويجبر على التقاضي والاستيفاء لأنه وصل إليه بدل عمله كالمضارب إذا كان ربح يجبر على التقاضي واستيفاء الثمن ، ولو ضمن العاقد لرب المال هذا الدين لم يجز لأنه أمين اه ومثله في الحموي (قوله فتدبر) أي بزيادة هذه على المستثنى (قوله ولا تنس الخ) أي زدها على المستثنى أيضا (قوله واقعة الفتوى) أي السابقة آنفا ، وهي ما إذا وكله بقضاء الدين مما له عليه فتصير المستثنيات خمسة بضم الوكيل بالأجر ، ولعله أراد بها ما ذكره في الخانية : رجل أكرى جمالا إلى بلخ وحمل حمولات على الجمال وأمر الجمال بتسليم الحمولات إلى وكيله ببلخ ويقبض الكراء منه فجاء الجمال بالحمولات إلى الوكيل ببلخ فقبل الوكيل الحمولات وأدى بعض الكراء وامتنع عن أداء الباقي قال : إن كان لصاحب الحمولات دين على الوكيل وهو يقر بالدين والأمر يجبر على دفع الباقي من الكراء وإن أنكر الأمر يحلفه بالله ما يعلم أن صاحب الحمولات أمره بالقبض ، وإن لم يكن له دين على الوكيل لا يجبر .

قال العمادي في فصوله بعد نقله لما ذكر عن قاضيخان : والفرع الأخير من هذه المسألة دليل على أن الوكيل بقضاء الدين من مال الوكيل لا يجبر على أداء الدين إذا لم يكن للموكل على الوكيل دين ، والمسألة كانت واقعة الفتوى اه من المنح ، فيحتمل قوله والمسألة الخ أن يكون من كلام العمادي أو من كلام صاحب المنح ولعلها هي التي أرادها الشارح ، ولا تنس ما قدمناه عند قول الشارح أو مال موكله (قوله فلعله أوفق) عبارته وظاهر إطلاق المؤلف أنه لا فرق بين أن يكون مأمورا بقضاء الدين من مال نفسه أو من مال الآمر وليس كذلك فإنه إذا كان مأمورا بقضاء الدين من مال نفسه لا يجبر ، ولو وكله من مال الآمر يجبر . قال في الفصول العمادية : وكذلك لا يجبر الوكيل على البيع ، وكذا المأمور بقضاء الدين من مال نفسه .

وفي متفرقات كفالة الذخيرة : إذا قبل الإنفاق أو قضاء الدين من مال نفسه ثم امتنع لا يجبر إذا كان وكيلا بقضاء الدين وقبل الوكالة اه . ثم قال : فقد ظهر لك أن الذي ذكره المصنف محله ما إذا كان مأمورا بقضاء الدين من مال نفسه ، وهو إطلاق في محل التقييد ، وهو غير مناسب . وبما ذكرنا ظهر لك أن الذي في خلاصة الفتاوى محمول على ما إذا كان مأمورا بقضائه من مال الآمر وحينئذ يتضح الحال اه ط (قوله وفي فروق الأشباه) هذه المسألة مكررة مع ما تقدم أول كتاب الوكالة اهـ ح أي إلا قوله حاضرا بنفسه ، وانظر ما معنى

أو مسافرا أو مريضا أو مخدرة .
(الوكيل لا يوكل إلا بإذن آمره) لوجود الرضا (إلا) إذا وكله (فى دفع زكاة) فوكل آخر ثم وثم ، فدفع الأخير جاز ولا يتوقف . بخلاف شراء الأضحية أضحية الخانية (و) إلا الوكيل (فى قبض الدين) إذ وكل من فى عياله صح ابن ملك

هذا فإنى لم أر من ذكره ، بل المذكور تعذر حضوره شرط كما مر ، ومع هذا فلا مناسبة هنا ، وقد تتبعت فروق الأشباه فلم أرها فيها . وإنما فيها ما افترق فيه الوكيل والوصى ، ولا يستحق الوكيل أجرة على عمله ، بخلاف الوصى .

وفى الخانية : ولو استأجر الموكل الوكيل ، فإن كان على عمل معلوم صحت وإلا لا اه فلعله سبق قلم (قوله الوكيل لا يوكل إلا بإذن آمره) لأنه فوض إليه التصرف دون التوكيل به وقد رضى برأيه دون غيره ، والناس مختلفون فى الآراء ، والمراد أنه لا يوكل فيما وكل فيه ، فخرج التوكيل بحقوق العقد فيما ترجع فيه الحقوق إلى الوكيل فله التوكيل بلا إذن لأنه أصيل فيها ولذا لا يملك الموكل نهيه عنها . وصح توكيل الموكل كما قدمناه بحر . وفيه : وخرج عنه ما لو وكل الوكيل بقبض الدين من فى عياله فدفع المديون إليه فإنه يبرأ لأن يده كيده ذكره الشارح فى السرقة اه وذكر الثانى المصنف . قيل هل المراد عدم الجواز من كون الوكيل لا يوكل إلا بإذن : أى عدم الحل أو عدم الصحة . فإن أريد الأول لا يناقض ما سيأتى عن قريب ، وإن أريد الثانى ناقضه ، وستقف على الآتى يعنى قول الأشباه : الوكيل إذا وكل بغير إذن أو تعميم وأجاز ما فعله وكيله نفذ .

ووجه المناقضة أن الموقوف قسم الصحيح . قال العلامة الرملى : المراد نفى النفاذ لا نفى الصحة ، حتى لو وكل بدونهما فأجاز الموكل نفذ فيكون فضوليا ، يعلم هذا من قولهم كل ما صح التوكيل به إذا باشره الفضولى يتوقف اه .

قلت : ويعلم مما نذكره قريبا (قوله لوجود الرضا) تعليل لمحذوف تقديره فيصح التوكيل (قوله فى دفع زكاة) لأن المقصود منها البراءة من سمة البخل فى حق المزكى ونفع الفقير القابض لها فلذا جاز النيابة فيها عند العجز والقدرة . ولا فرق فى ذلك بين نائب ونائب ، وأطلق فى دفع الزكاة فشمل الدفع المعين وغير معين (قوله بخلاف شراء الأضحية) أى إذا وكل الوكيل فيها فاشترى فإنه يكون موقوفا على إجازة الأول إن أجاز جاز وإلا فلا . وكذلك وكيل الوكيل لو وكل غيره ثم وثم فاشترى الأخير يكون موقوفا على إجازة الأول ، إن أجاز جاز وإلا فلا بحر عن الخانية ، لأن الوكيل بالشراء ليس له أن يوكل إلا بالشروط المذكورة . ولا يقال : إن الأضحية مقصود بها الأجر . لأن الإنسان لا يرضى بالشراء بأزيد من القيمة ولا شراء المزيلة بثمن السمينة ولأن القربة تقوم بإراقة الدم وتعظيم الأجر بحسن الأضحية ، وله أن ينتفع باللحم فإذا اختار نائبا غيره ليس له أن ينيب غيره إلا بإذنه لأنه قد اعتمد رأيه (قوله من فى عياله صح) ويبرأ المديون بالدفع إليه لأن يده كيده فلو لم يكن فى عياله لا يصح التوكيل ، فلو هلك من يده كان للآمر الرجوع بدينه على المديون . وفيه أن وكل لا يتعدى باللام ولا وجه لزيادتها فالأولى حذفها . وعبارة الأشباه : إلا الوكيل بقبض الدين له أن يوكل من فى عياله ولا غبار عليها ، وما ذكره المصنف مخالف لما فى جامع الفصولين من الفصل الرابع والثلاثين من أن الوكيل بقبض الدين لا يوكل غيره لتفاوت الناس فى القبض اه .

قال الحموى : ويمكن التوفيق بأن يحمل ما فى جامع الفصولين على ما إذا وكل بالقبض من ليس فى عياله

(وإلا عند تقدير الثمن) من الموكل الأول (له) أى لوكيله فيجوز بلا إجازته لحصول المقصود درر .

لما فى القنية : وكله بقبض دينه فوكل الوكيل فقبضه وهلك فى يده ، فإن كان الوكيل الثانى من عيال الأول لا يرجع الدائن على أحد وإلا يرجع على المديون بدينه اه وذكره الزيلعى فى السرقة ، وعزاه فى البحر إلى وكالة الخزانة (قوله وإلا عند تقدير الثمن الخ) أى لو عين ثمنه لوكيله فله أن يوكل به لعدم الاحتياج إلى رأى أما لو وكله بشراء فينبغى أن يعين المشترى أيضا لأنه رضى برأيه واختياره فليس له أن يفوض إلى غيره ، ولا شك أن المشترى تتفاوت أفراده ، وهذا تقرير كلام الشارح ، وقد تبع فيه صاحب الدرر . والذى جرى عليه المصنف فى شرحه هو تعيين الوكيل لوكيل وهو صريح كلام الهداية ، وقال : إن الرأى يحتاج إليه لتقدير الثمن ظاهرا أى من الوكيل وقد حصل. وقال : أما إذا لم يقدر الثمن وفوّض إلى الأول كان غرضه رأيه فى معظم الأمر وهو التقدير فى الثمن ، كذا فى الهداية ، فقد جعل معظم الأمر تقدير الثمن ، وجعل اختيار المشترى تابعا فأفاد أنه لا فرق بين الوكيل بالبيع والشراء ، وهو محل تأمل فى وكيل الشراء .

ونقل عن منية المفتى : إذا باع الثانى بثمن عينه الموكل جاز بغيبة الأول. وفى الأصح لا إلا بحضرة الأول وهى مسألة الشارح التى تبع فيها صاحب الدرر .

فإن قيل : كيف يصح إذا عين الوكيل الأول الثمن لوكيله ولا يصح إذا عين الوكيل لوكيله .

الجواب : إن الموكل إذا قدر الثمن لوكيله علم أنه يقصد رأيه فى غير الثمن إذ القصد من التوكيل الانتفاع برأى الوكيل ، وأما إذا لم يعين الثمن كان مقصوده رأى الوكيل فى تقديره إذ هو معظم الأمر كما تقدم عن الهداية فإذا قدره الوكيل لوكيله فقد حصل المقصود .

فإن قيل : كيف يوكل للوكيل بدون تقدير ثمن مع تقدير الموكل ولابد من موافقة تعيينه ؟

الجواب : يصح حيث وافق وكيله تقديره موكله من غير قصد فليتأمل ويأتى تمامه وتوضيحه قريبا (قوله من الموكل الأول) مخالف لما فى البحر وللتعليل كما ظهر مما ذكرناه والموافق لما فى البحر أن يقول من الوكيل الأول له ، أى للوكيل الثانى (قوله أى لوكيله) أفاد اقتصاره على هذه المسائل أن الوكيل فى النكاح ليس له التوكيل ، وبه صرح فى الخلاصة والبزازية والبحر من كتاب النكاح ، وتقدم فى باب الولى فراجعه خلافا لما قاله ط هناك بحثا من أن له التوكيل قياسا على هذه المسألة الثالثة فافهم . ثم رأيت فى شرح المجمع عازيا للمنتقى : وكيل النكاح والخلع والكتابة كوكيل البيع اه (قوله لحصول المقصود) لأن الاحتياج فيه إلى الرأى لتقدير هذا الثمن ظاهر وقد حصل ، بخلاف ما إذا وكل وكيلين وقدر الثمن لأنه لما فوّض إليهما مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأيهما فى الزيادة واختيار المشترى كما مر هداية .

وفى منية المفتى : وقيل إذا باع الثانى بثمن عينه الموكل جاز بغيبة الأول. وفى الأصح لا إلا بحضرة الأول اه.

قال فى البحر : ولا مخالفة بين ما فى الهداية وما صححه فى المنية لأن الأول فيما إذا قدر الوكيل الثمن لوكيله، والثانى فيما إذا قدر الموكل الأول لوكيله كما لا يخفى اه .

قال الرملى : هذا غير صحيح بل بينهما مخالفة : إذ فى المسألة اختلاف الرواية . قال فى الكفاية عند قول صاحب الهداية : ولو قدر الأول الثمن للثانى فعقد بغيبته يجوز ، أطلق الجواز وهو رواية كتاب الرهن ، وقد اختارها لأن الرأى يحتاج فيه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل . وفى كتاب الوكالة : لايجوز لأن تقدير الثمن لمنع النقصان لا لمنع الزيادة و، مما يزيد الأول على هذا الثمن لو كان هو المباشر للعقد اه . وفى التاترخانية نقلا عن

(والتفويض إلى رأيه) كاعمل برأيك (كالإذن) فى التوكيل (إلا فى طلاق وعتاق) لأنهما مما يحلف به فلا يقوم غير مقامه قنية (فإن وكل) الوكيل غيره (بدونهما) بدون إذن وتفويض

الخانية : وإن كان بغير محضر من العدل وبين الثمن للوكيل بالبيع فوكل الوكيل غيره فباعه الثانى بذلك الثمن ذكر فى رواية أنه يجوز كما ذكر فى كتاب الرهن . وفى عامة الروايات لا يجوز وإن بين الثمن ما لم يجز المالك أو الوكيل الأول اهـ فكيف مع هذا يحمل على اختلاف الموضوع وقد ظهر بقول صاحب المنية . وفى الأصح لا إلا بحضرة الأول وبقول الخانية وفى عامة الروايات لا يجوز ضعف ما فى الهداية ، ووجهه ظاهر لأن التقدير يمنع النقصان لا الزيادة واختيار المشترى خصوصا إذا كان الثمن مؤجلا لتفاوته فى الذمم والاحتياج إلى الرأى فى ذلك كما هو واضح فتأمل .

وفى الخانية أيضا : رجل وكل رجلا أن يبيع له هذا الثوب بعشرة دراهم فوكل الوكيل بذلك غيره فباعه الثانى بحضرة الأول . روى عن أبى يوسف أنه يجوز هذا البيع كان الوكيل الأول حاضرا أو غائبا ، ولايتوقف على الإجازة . وقال أبو حنيفة ومحمد : لايجوز كان الوكيل الأول حاضرا أو غائبا . وقال ابن أبى ليلى : يجوز كان الوكيل الأول حاضرا أو غائبا لأن الموكل رضى بزوال ملكه بالثمن المقدر اهـ فهو مؤيد لما قلناه فتدبر اهـ كلام الرملى .

قلت : وفيه نظر إذ لا شك فيما قاله المؤلف من أن ما فى الهداية تقدير الثمن من جهة الوكيل ، وما فى المنية من جهة موكله . وغاية ما نقله المحشى وجود خلاف فى الأولى ، ولا يلزم منه وجوده فى الثانية إلا بنقل صريح نعم على تقدير عدمه يحتاج إلى الفرق بين المسألتين ، وهو ظاهر من كلام الهداية كما قدمناه قريبا ، وذلك أن عند تقدير الثمن من الموكل لوكيله يظهر أن غرضه حصول رأيه فى الزيادة الخ (قوله والتفويض) فى البحر عن البزازية : قيل للوكيل اصنع ما شئت له التوكيل ؛ ولو قال الوكيل ذلك لوكيله لا يملك الثانى توكيل ثالث ، ولو قال السلطان استخلف من شئت له الاستخلاف أيضا ثمة وثمة (قوله إلا فى طلاق وعتاق) إلى آخر المعاطيف هذا بالنظر إلى التفويض . وأما إذا أذن له صريحا فى التوكيل بها فلا شبهة فى الصحة (قوله لأنهما مما يحلف به) فيصح تعليقه بالشرط فكان التوكيل به تعليقا بإيقاعه ، فلا يقع بإيقاع غيره لا فرق أن يكون ذلك بحضرته أو غيبته أجازه أولا ، لأنه لم يعلقه بإجازته بل بإيقاعه ، هذا بالنظر إلى التفويض . وأما إذا أذن له صريحا فى التوكيل بها فلا شبهة فى الصحة . قال فى منية المفتى : التوكيل باليمين وبالطلاق جائز اهـ (قوله قنية) محصل ما فيها أن الإذن فى التوكيل بقوله اصنع ماشئت يختص بما يصح التوكيل به كالبيع والشراء دون مالايصح التوكيل فيه كالطلاق فإنه مما يحلف به أى فيصح تعليقه بالشرط فلا يقوم غيره مقامه ، بخلاف البيع فإنه لايحلف به فيقوم غيره مقامه اهـ .

وحاصل ما يقال فى التفويض : لوقال رجل لآخر فوّضت أمر مالى إليك صار وكيلا فى الحفظ ، ولوقال : فوضت أمرى إليك ، قيل باطل ، وقيل يصير وكيلا بالحفظ والنفقة ، ولو قال أنت وكيلى فى كل شىء جائز أمرك فهو وكيل بالحفظ والبيع والشراء والهبة والصدقة لأنه فوّض إليه التصرفات عاما فصار كأنه قال ماصنعت من شىء فهو جائز فيملك أنواع التصرفات ، وعليه فلو طلق امرأته يصح .

قال أبو نصر : لو طلق الوكيل امرأة الموكل فى هذه الصورة أو وقف أرضه لا يجوز ، وبه أخذ الفقيه أبو الليث ، وهكذا كان يقول لمن قال لغيره وكلتك فى أمورى ، لأن الوكيل او طلق امرأته أو أعتق أو وقف

(فعل الثانى) بحضرته أو غيبته (فأجازه) الوكيل (الأول صح) وتتعلق حقوقه بالعاقد على الصحيح (إلا فى) ما ليس بعقد نحو (طلاق وعتاق) لتعلقهما بالشرط فكأن الموكل علقه بلفظ الأول دون الثانى (وإبراء) عن الدين قنية

أرضه لا يجوز ، وكان يقول : لا نراه بمثل هذا التوكيل توكيلا بالطلاق والعتاق . وكان الصدر الشهيد وتاج الدين يستحسن قول الفقيه أبى النصر وعن أبى حنيفة ما يؤكد هذا فإنه قال فى هذه الصورة ، هذا توكيل بالمعاوضات دون الهبات والإعتاق ، وبه يفتى من التتارخانية .

والحاصل أن التفويض ينتظم به التوكيل كالإذن ، ولا ينتظم الطلاق والعتاق على ما فيه من الخلاف (قوله ففعل الثانى بحضرته) لأن المقصود حضور رأيه وقد حصل وترجع الحقوق إلى الثانى فى الأصح كما يذكره الشارح لأنه العاقد . وقيل إلى الأول لأن الموكل رضى بلزوم العهدة للأول ، وظاهر كلامه الإكتفاء بالحضرة وهو قول البعض ، والعامة على أنه لابد من إجازة الوكيل أو الموكل وأن حضرة الوكيل الأول لا تكفى كما فى النهاية والسراج والخانية قيد بالعقد احترازا عن الطلاق والعتاق لأنهما يقبلان التعليق بالشرط فكأن الموكل علقه بلفظ الأول . قال فى البحر : ويزاد الإبراء عن الدين كما سيذكره المصنف ، فإذا وكله بأن يبرئ غريمه فوكل الوكيل فأبرأه بحضرة الأول لم يصح ويزاد الخصومة وقضاء الدين كما يذكره المصنف ، فلا تكفى الحضرة كما فى شرح المجمع ، ويخالفه فى الخصومة ما فى الخانية الخ البحر ، ومنه يعلم ما فى كلام الشارح من الإيهام ، إذ ظاهر كلامه يفيد أن الاكتفاء بالحضرة فى غير الخصومة أيضا بالنسبة للخانية وليس كذلك كما نبه عليه أبو السعود (قوله فأجازه الوكيل الأول صح) وهو المعتمد لأن توكيل الوكيل لما لم يصح التحق بالعدم فيكون الثانى فضوليا لا يتم بمجرد حضرة الأول حتى يجيزه ، وقيل تكفى الحضرة من غير توقف على الإجازة ، لأنه إنما فعل بأمره وبحضرته فأغناه عن الإجازة .

أقول : هذا إذا لم يبين الثمن كما فى شرح المجمع لابن ملك ، فإن كان بينه جاز بلا إجازته اهـ يعنى لو قدر الوكيل للثانى ثمنا ، بأن قال بعه بكذا فباعه الثانى بغيبته جاز بلا إجازة الأول ، وهذه رواية كتاب الرهن ، ووجهها أن مقصود الموكل أن يكون البيع برأى الوكيل الأول ، وإذا قدر ثمنا فهو بيع برأيه ، وهذا بخلاف ما لو وكل وكيلين وقدر الثمن فباع أحدهما بذلك الثمن حيث لم يجزه لأن المقصود هنا اجتماع رأيهما فى الزيادة واختيار المشترى ، وعلى رواية كتاب الوكالة لا يجوز لأن الأول لو كان هو الذى يباشر ربما يبيع بالزيادة على ذلك المقدار لذكائه وهدايته كما فى حواشى الأشباه (قوله لتعلقهما بالشرط) أى لجواز تعلقهما بالشرط بخلاف البيع (قوله فكأن الموكل علقه بلفظ الأول دون الثانى) أى فلا يوجد بإيقاع الثانى ولا بإجازة الأول وحضوره لا يكفى ، لأنه لم يعلق بذلك كما مر .

والحاصل أن الوكيل بالطلاق وما شاكله رسول لأنه لا عهدة عليه ، والرسالة نقل عبارة المرسل فإذا أمر غيره فإنما أمر بنقل ملك الغير فلا يصح الأمر ، وإذا لم يصح صار وجوده وعدمه سواء ، فأما الوكيل فى باب البيع أمر الثانى بما يملكه لأنه أمره بالبيع وهو مالك للبيع بنفسه ، فإن العبارة فى البيع له حتى كأن حقوق العقد له ، وكان ينبغى أن يصح البيع الثانى حال غيبة الأول إلا أنه لم يصح لأنه لم يحضر هذا البيع رأيه والموكل إنما رضى بزوال ملكه إذا حضر رأى الأول كما فى حاشية الحموى (قوله وإبراء عن الدين) هذا معطوف على

(وخصومة وقضاء دين) فلا تكفى الحضرة ابن ملك خلافا للخانية (وإن فعل أجنبي فأجازه الوكيل) الأول (جاز إلا فى شراء) فإنه ينفذ عليه ، ولا يتوقف متى وجد نفاذا (وإن وكل به) أى بالأمر أو التفويض (فهو) أى الثانى (وكيل الآمر) وحينئذ (فلا ينعزل بعزل موكله أو موته وينعزلان بموت الأول) كما مر فى القضاء .

طلاق وتقدم مثاله قريبا . قال فى البحر : وكان ينبغى أن يصح لأنه لا يقبل التعليق بالشرط كالبيع اه (قوله وخصومة وقضاء دين) نقله المصنف عن شرح المجمع .

قال : ويخالفه مافى الخانية ، وإن خاصم الوكيل الثانى والموكل حاضر جاز لأن الأول إذا كان حاضرا كأن الأول خاصم بنفسه كالوكيل بالبيع اه ولذا قال الشارح ابن ملك خلافا للخانية ، ولا يظهر وجه مانقله عن القنية وابن ملك لاسيما وقد خالف الخانية والشارحين كما نبهنا عليه قريبا (قوله خلافا للخانية) راجع إلى الخصومة فقط كما قيده فى المنح والبحر وتقدمت عبارتها (قوله وإن فعل أجنبي) أى ماوكل به وكيلا فأجازه الوكيل الأول جاز ظاهره أن الأجنبي وكيل ثان وهو كذلك مآلا لأن الفضولى بعد إجازة عقده يصير وكيلا لما علم أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة وترجع الحقوق إلى الثانى على الصحيح لأنه هو العاقد كما فى مسألة العقد بالحضرة كما فى البحر (قوله جاز) أى ولو فى النكاح على مافى الذخيرة آخرا ، ويؤيده إطلاق المتون والشروح ، وكذا مايأتى قريبا عن منية المفتى والأشباه من التصريح به وأن عليه الفتوى (قوله فإنه ينفذ عليه) أى على الوكيل الأول(١) بحر عن السراج ، وظاهره جواز فعل الأجنبي فى كل شىء ماعدا الشراء وليس كذلك .

قال فى منية المفتى : وكل بالطلاق أو العتاق ففعل الأجنبي فأجاز لم يجز لأن المطلوب عبارته ، وكذا لو وكل الوكيل فطلق الثانى بحضرة الأول ، بخلاف الوكيل بالبيع والنكاح والخلع والكتابة إذا وكل وفعل الثانى بحضرته أو فعل أجنبي جاز اه ونقله فى الأشباه ، وعليه فكان الأولى زيادة الطلاق والعتاق فى الاستثناء (قوله ولا يتوقف متى وجد نفاذا) أى فلا يتصور أن يكون فضوليا فى الشراء لأنه يقع لنفسه ، فلا يتصور فيه الإجازة وتقدم فى فصل الفضولى أنه لو اشترى لغيره نفذ عليه إلا إذا كان المشترى صبيا أو محجورا عليه فيتوقف لأنه لم يجد نفاذا على العاقد ، وهذا إذا لم يضفه إلى غيره ، فلو أضافه بأن قال بعنى هذا العبد لفلان أو اشتريته لفلان توقف على إجازته (قوله وإن وكل) أى الوكيل (قوله به أى بالأمر) أى وكالة ملتبسة بالأمر بالتوكيل : أى بالإذن به (قوله فهو أى الثانى وكيل الآمر) فللآمر إخراجه سواء كان الوكيل الأول حيا أو ميتا بحر (قوله فلا ينعزل بعزل موكله) يصح أن يكون من إضافة المصدر لفاعله أو مفعوله ، وعلى الأول معناه فلا ينعزل بأن يعزله موكله أى لايكون له أن يعزله كما صرح به العينى ، وعلى الثانى أى لاينعزل بانعزاله (قوله وينعزلان) أى الوكيل الأول والثانى (قوله بموت الأول) أى الموكل الأول وكان الأولى التصريح به ح . قال الزيلعى : وهو نظير استخلاف القاضى حيث لايملكه إلا بإذن الخليفة ، ثم لاينعزل بعزل القاضى الأول ولا بموته ، وينعزلان بعزل الخليفة لهما ، لكن لاينعزلان بموته .

والفرق : أن الخليفة عامل للمسلمين فلا ينعزل القاضى الذى ولاه هو أو ولاه القاضى بإذنه والموكل عامل لنفسه فينعزل وكيله بموته لبطلان حقه اه (قوله كما مر فى القضاء) بأن نائب القاضى لاينعزل بعزله ولا بموته

---

(١) أى على الوكيل الأجنبي اه منه .

وفى البحر عن الخلاصة والخانية : له عزله فى قوله اصنع ما شئت لرضاه بصنعه وعزله من صنعه ، بخلاف اعمل برأيك . قال المصنف : فعليه لو قيل للقاضى اصنع ما شئت فله عزل نائبه بلا تفويض العزل صريحا لأن النائب كوكيل الوكيل .

واعلم أن الوكيل وكالة عامة مطلقة مفوضة إنما يملك المعاوضات لا الطلاق والعتاق أو التبرعات به يفتى زواهر الجواهر وتنوير البصائر .

(قال) لرجل (فوضت إليك أمر امرأتى صار وكيلا بالطلاق وتقيد) طلاقه (بالمجلس ، بخلاف قوله وكلتك) فى أمر امرأتى فلا يتقيد به درر . من لا ولاية له على غيره لم يجز تصرفه فى حقه وحينئذ (فإذا باع عبد أو مكاتب أو ذمى) أو حربى

(قوله وفى البحر الخ) كالاستدراك على قوله فلا ينعزل بعزل موكله . والذى فى البحر نسبة أن الثانى صار وكيل الموكل ، فلا يملك عزله فيما إذا قال اعمل برأيك إلى الهداية ، ونسبة أن له عزله فى قوله اصنع ماشئت إلى الخلاصة ثم قال : وهو مخالف للهداية إلا أن يفرق بين اصنع ماشئت وبين اعمل برأيك ، والفرق ظاهر . وعلل فى الخانية بأنه لما فوضه إلى صنعه فقد رضى بصنعه وعزله من صنعه اه فليس فى كلام الخلاصة والخانية التصريح بمخالفة أحدهما للآخر فيحتمل أن فى المسألة قولين ، ودعوى صاحب البحر ظهور الفرق غير ظاهرة ، لما فى الحواشى اليعقوبية والحواشى السعدية أنه ينبغى أن يملكه فى صورة اعمل برأيك لتناول العمل بالرأى العزل كما لايخفى فتأمل اه .

وفى منية المفتى : وكل الوكيل وقد قيل له اعمل برأيك صار الثانى وكيل الموكل ، وينعزل الأول والثانى بموت الموكل ولا ينعزل الثانى بموت الأول وانعزاله ، ويملك الأول عزل الثانى اه (قوله وعزله من صنعه) مبتدأ وخبر ، يعنى لما فوضه إلى صنعه فقد رضى بصنعه وعزله من صنعه (قوله بخلاف اعمل برأيك) أى فإنه لايملك عزله لأن العزل كف عن العمل ، وبحث فيه فى الحواشى اليعقوبية والسعدية كما علمت . قال المصنف : والفرق ظاهر ، وعلله قاضى خان بأنه لما فوّضه إلى صنعه فقد رضى بصنعه وعزله من صنعه اه (قوله واعلم) تكرار مع ماتقدم أول الكتاب .

وحاصل مايقال : إن الوكيل وكالة عامة يملك كل شىء إلا الطلاق والعتاق والوقف والهبة على المفتى به ، وينبغى أن لايملك الهبة والحط عن المديون لأنهما من قبيل التبرع ، وينبغى أن لايملك الإقراض والهبة بشرط العوض وإن كانا معاوضة انتهاء ، ويملك قبض الدين وإيفاءه واقتضاءه والدعوى بحقوق للموكل وسماع الدعوى بحق على الموكل والأقارير بالديون على الموكل ، ولا يختص بمجلس القاضى لأن ذلك فى الوكيل بالخصومة لاالعام (قوله زواهر الجواهر وتنوير البصائر) هما حاشيتان على الأشباه الأولى للشيخ صالح والثانية لأخيه الشيخ عبد القادر ولد الشيخ محمد بن عبدالله الغزى المصنف صاحب المنح (قوله وتقيد طلاقه بالمجلس) أى إن طلق بالمجلس صح وإلا لادرر (قوله فلا يتقيد به) فإن طلق بعده صح درر (قوله لم يجز تصرفه فى حقه) لأن صحة التصرف مبنية على الولاية ، لأن التفويض تمليك وهو مما يقتصر على المجلس ، فإذا انتفت الثانية انتفت الأولى درر (قوله فإذا باع عبد أو مكاتب أو ذمى أو حربى) قال الزيلعى : وأما المرتد فإن ولايته على أولاده وأموالهم موقوفة بالإجماع لأنها تبنى على النظر والنظر يحصل باتفاق الملة لأن اتحادهما داع إلى النظر وهو متردد فى الحال فوجب التوقيف فيه فإذا أسلم جعل كأنه لم يزل مسلما فينفذ تصرفه ، وإذا مات أو قتل على ردته تقررت جهة انقطاع الولاية فيبطل

عيني (مال صغيره الحر المسلم أو شرى واحد منهم به أو زوج صغيرة كذلك) أي حرة مسلمة (لم يجز) لعدم الولاية (والولاية في مال الصغير إلى الأب ثم وصيه ثم وصي وصيه) إذ الوصي يملك الإيصاء (ثم إلى) الجد (أبي الأب ثم إلى وصيه) ثم وصي وصيه (ثم إلى القاضي) ثم إلى من نصبه القاضي ثم وصي وصيه.

تصرفه، بخلاف تزوجه بنفسه حيث لم يجز وإن أسلم بعد ذلك، لأن جواز النكاح يعتمد الملة ولا ملة للمرتد فلا يتوقف إذ لا مجيز له في الحال، لأن شرط التوقف أن يكون له مجيز في الحال فصار نظير إعتاق الصبي وطلاقه وهبته حيث لا يتوقف عليه إذ لا مجيز لها في الحال وهو الولي أو القاضي فيتوقف، فإن أسلم نفذت فصح النكاح وإلا بطل بخلاف تصرفاته في ماله عندهما لأنها تنبئ عن الملك وملكه قائم ثابت في أمواله ما دام حيا فينفذ بلا توقف اهـ (قوله عيني) وكأنه عدل عن قول الكنز كافر للاحتراز عن المرتد فإن ولايته على أمواله وأولاده موقوفة بالإجماع كما علمت، لكن يرد على المصنف أن الحربي كالذمي، والعذر له أنه إذا علم أن الذمي لا ولاية له علم أن الحربي كذلك بالأولى (قوله مال صغيره الحر) راجع إلى العبد والمكاتب، وقوله المسلم راجع إلى الذمي والحربي (قوله أو شرى واحد منهم به) أي بمال الصغير، قيد به لأنه لو شرى له بمال نفسه كان مشتريا لنفسه بحر (قوله لعدم الولاية) لأن شرطها على الصغير في نفسه وماله حرية الولي مطلقا وإسلامه إن كان صغيرا مسلما وإلا لا، والرق والكفر يقطعان الولاية ألا ترى أن المرقوق لا يملك إنكاح نفسه فكيف يملك إنكاح غيره، وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه قال الله تعالى – ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا – والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم، ولا فرق أن يكون الكافر ذميا أو حربيا، وكذا لا ولاية لمسلم على كافرة في نكاح ولا مال كما في البحر في كتاب النكاح، وتقدم هناك أيضا متنا وشرحا فليحفظ، قال الله تعالى – والذين كفروا بعضهم أولياء بعض – (قوله والولاية في مال الصغير إلى الأب) إذا لم يكن سفيها، أما السفيه فلا ولاية له في مال ولده أشباه في القاعدة من الجمع والفرق، وليس للأب تحرير قنه بمال وغيره ولا أن يهب ماله بعوض ولا إقراضه في الأصح كما في جامع الفصولين. وللقاضي أن يقرض مال اليتيم والوقف والغائب، بخلاف وصي القاضي أو الأب فإنه ليس لهما إقراضه كما في العدة (قوله ثم وصي وصيه) أي وإن بعد كما في جامع الفصولين (قوله إذ الوصي يملك الإيصاء) سواء كان وصي الميت أو وصي القاضي، وفي الثاني خلاف منح. وظاهر هذا التعليل أن الوصي يملك الإيصاء ولو تعدد ط (قوله ثم وصي وصيه) قال في المنح عن العمادية: ووصي الجد أبي الأب ووصي وصيه ووصي القاضي ووصي وصيه بمنزلة وصي الأب إلا في خصلة، وهي أن القاضي إذا جعل وصيا في نوع كان وصيا في ذلك النوع خاصة والأب إذا جعل وصيا في أي نوع كان وصيا في الأنواع كلها اهـ. وفيها قال في الكتاب: إذا مات الرجل وترك وصيا وأبا كان الوصي أولى من الأب، فإن لم يكن له وصي فالأب أولى اهـ (قوله ثم إلى من نصبه القاضي) ظاهره أن تصرف منصوب القاضي مع القاضي لا يصح مع أنهم صرحوا أن القاضي لا يتصرف مع الوصي ولو منصوبه لأن الولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة، وكأن المصنف لم يقصد إلا أن وصي القاضي قد استفاد الولاية منه فكان مؤخرا عنه بهذا الاعتبار مقدما عليه في التصرف لما سمعت، وفهم من كلام المصنف أن وصي وصي القاضي لا يتصرف مع القاضي فقد صرح به في المنح عن الخانية حيث قال: إذا كان غائبا، إذ الظاهر أن الضمير في كان راجع إلى القاضي لأنه إنما يصير وصيا بموت الموصي. قال بعض الفضلاء: وتعبيره بثم يقتضي تأخيره عن القاضي، وهو مخالف لما سيأتي

(وليس لوصى الأم) ووصى الأخ (ولاية التصرف فى تركة الأم مع حضرة الأب أو وصيه أو وصى وصيه أو الجد) أى الأب (وإن لم يكن واحد مما ذكر فله) أى لوصى الأم (الحفظ ، و) له (بيع المنقول لا العقار) ولا يشترى إلا الطعام والكسوة لأنهما من جملة حفظ الصغير خانية .

[فروع] وصى القاضى كوصى الأب إلا إذا قيد القاضى بنوع تقيد به ، وفى الأب يعم الكل عمادية .

فى كتاب المأذون من قوله ثم القاضى أو وصيه أيهما تصرف يصح فلذا لم يقل ثم (قوله وليس لوصى الأم ووصى الأخ) أى مثلا (قوله فى تركة الأم) الأنسب زيادة الأخ ، والمراد بالتصرف مايعم الحفظ كما يؤخذ مما بعد ، وانظر مامعنى زيادة الأخ هنا فإن كان الأب حيا فمات الأخ فتركته لأبيه ، ولا شيء لأخيه حتى ينفى تصرف الوصى ، وإنما تصرفه ذلك فيما إذا مات الأب وله وصى ثم مات الأخ وله وصى فلا يتصرف وصى الأخ مع وصى الأب (قوله وإن لم يكن واحد مما ذكر) أى من الأربعة ، وظاهره أنه يملك ذلك مع وصى الجد والقاضى ووصيه .

وفى التنوير من كتاب المأذون ما نصه: ووليه أبوه ثم وصيه ثم جده ثم وصيه ثم القاضى أو وصيه دون الأم أو وصيها اه ط (قوله وله بيع المنقول) لأنه من الحفظ (قوله لا العقار) ظاهر أن الوصى يملك بيع العقار حيث لم يكن وصى الأم مع أن المصرح به عدمه إلا لمسوغ كأن يكون الثمن بضعف القيمة أو يكون فى يد متغلب أو أشرف على الخراب أو يكون على الميت دين فيملكه بقدر الدين أو يكون لنفقة الصغير أو اوصيه بدراهم مطلقة ليس لها نفاذ إلا من ثمن العقار أو تزيد مؤنته على غلته كما سيذكره الشارح فى كتاب الوصايا معزيا للدرر والأشباه .

وفى الواقعات ، الأب إذا باع عقار ابنه الصغير بمثل القيمة ، فإن كان الأب محمودا عند الناس يجوز وليس للابن نقضه بعد البلوغ بخلاف ما إذا كان فاسقا حيث يملك نقضه هو المختار .

قلت : والمسئلة مختلف فيها ، فما هنا يبتنى على ظاهر الرواية من جواز بيعه بمثل القيمة قال الحلوانى: وهذا جواب السلف وما فى الدرر والأشباه من عدم جواز البيع إلا بأحد الأعذار المتقدمة جواب المتأخرين ، قال فى الواقعات : وبه يفتى أفاده أبو السعود (قوله ولا يشترى إلا الطعام والكسوة الخ) قال فى البحر : وليس لوصى الأم ولاية التصرف فى تركة الأم مع حضرة الأب أو وصيه أو وصى وصيه أو الجد ، وإن لم يكن واحد مما ذكر فله الحفظ وبيع المنقول لا العقار والشراء للتجارة ، وما استفاده الصغير غير مال الأم مطلقا اه أى ليس لوصى الأم ولاية التصرف فى مال استفاده من غير الأم .

قال فى جامع الفصولين فى الفصل السابع والعشرين : لو لم يكن أحد منهم فله الحفظ ، وبيع المنقول من الحفظ وليس له بيع عقاره ولا ولاية الشراء على التجارة إلا شراء مالابد منه من نفقة أو كسوة ، وما ملكه اليتيم من مال غير تركة أمه فليس لوصى أمه التصرف فيه منقولا أو غيره .

والأصل فيه أن أضعف الوصيين فى أقوى الحالين كأقوى الوصيين فى أضعف الحالين : وأضعف الوصيين وصى الأم والأخ والعم ، وأقوى الحالين حال صغر الورثة وأقوى الوصيين وصى الأب والجد والقاضى ، وأضعف الحالين حال كبر الورثة ثم وصى الأم فى حال صغر الورثة كوصى الأب فى حال كبر الورثة عند غيبة الوارث فللوصى بيع منقوله لا عقاره كوصى الأب حال كبرهم اه (قوله ووصى القاضى) سبق ما فيه قريبا ، وسيأتى فى كلام الشارح أنه مثله إلا فى ثمان صور ، منها ليس لوصى القاضى الشراء لنفسه من مال الصغير (قوله عمادية) قال فيها وصى الجد أو الأب ووصى وصيه ووصى القاضى ووصى وصيه بمنزلة وصى الأب

في متفرقات البحر : القاضي أو أمينه لا ترجع حقوق عقد باشراه لليتيم إليهما بخلاف وكيل ووصي وأب، فلو ضمن القاضي أو أمينه ثمن ماباعه لليتيم بعد بلوغه صح بخلافهم .

وفي الأشباه : جاز التوكيل بكل مايعقده الوكيل لنفسه إلا الوصي فله أن يشتري مال اليتيم لنفسه لا لغيره بوكالة

إلا في خصلة : وهي أن القاضي إذا جعل في نوع تقيد به . وفي الأب كان وصيا في الأنواع كلها (قوله لا ترجع حقوق عقد باشراه الخ) تقدمت هذه المسئلة وإنما أعادها ليفرع عليها : صحة ضمان القاضي أو أمينه دون الوكيل والوصي والأب لأن الحقوق لاترجع إليه بخلافهم (قوله صح) لأن الحقوق لا ترجع إليهما لأنهما أجنبيان عن الحقوق بخلافهم فإن حق الإستيفاء لهم فلايصح ضمانهم لنفسهم (قوله بخلافهم) أي الأب والوصي والوكيل، فلو باع القاضي أوأمينه عبدا للغرماء وأخذ المال فضاع عنده واستحق العبدلم يضمن القاضي أوأمينه للمشتري ، وإنما يرجع على الغرماء لأنهما كالإمام ، وكل منهم لايضمن كيلا يتقاعد الناس عن قبول هذه الأمانة بخلاف ما إذا أمر القاضي الوصي ببيع العبد والمسئلة بحالها ، فإن المشتري يرجع على الوصي ثم هو على الغرماء ، وكذا لو ضاع العبد من أحدهما قبل التسليم لايضمن ولو قال أمينه بعت وقبضت الثمن وقضيت الغريم صدق بلا يمين وعهدة إلحاقا بالقاضي اه .

قال في القنية في باب بيع الأم والجد والوصي من كتاب البيوع ما نصه : العهدة على وصي الميت وعلى من جعله القاضي وصيا عن الميت، ولا كذلك إذا جعله أمينا في أمور الميت لأن وصي القاضي نائب عن الميت وأمينه نائب عنه ولا عهدة عليه ، فالقاضي محجور عن التصرف في مال اليتيم عند وصي الميت ، وعند من نصبه وصيا عن الميت ، بخلاف ماإذا جعله أمينا اه وأمين القاضي من يقول له القاضي جعلتك أمينا في بيع هذا العبد مثلا، وأما إذا قال بع هذا العبد ولم يزدعليه اختلف المشايخ فيه، والصحيح أنه تلحقه عهدته كما في الولوالجية والعهدة كما في القاموس : الرجعة ، والمراد بها هنا الرجوع كما في الحواشي الحموية (قوله وفي الأشباه جاز التوكيل بكل ما يعقده الوكيل لنفسه) الذي كتب عليه أبو السعود ، وهو الموافق لما تقدم بكل ما يعقده الموكل لنفسه .

وفي المجمع : وتجوز الوكالة بكل عقد يجوز للموكل مباشرته . وقال في الهداية : كل عقد جاز أن يعقده الإنسان لنفسه جاز أن يوكل به غيره والآمر في صورة الوصي كذلك فإنه كما يجوز للوصي أن يشتري مال اليتيم لنفسه عند ظهور النفع يجوز أن يوكل فيه غيره فيشتريه الوكيل ، ولم يقولوا كل ما يعقده الإنسان لنفسه جاز أن يكون وكيلا فيه حتى يتم ما ذكره من خروج مسئلة الوصي اه . وعليه فعبارة الأشباه معترضة . والأولى أن تكون كما قالوا يجوز التوكيل بكل ما يعقده الموكل بنفسه كما نبه عليه الحموي (قوله إلا الوصي) الاستثناء غير صحيح لأن مسئلة الوصي لم تدخل في الأصل الذي ذكره حتى تخرج عنه ، فإن الشراء فيها لم يقع من وكيل الوصي وإنما وقع من الوصي بطريق وكالته عن الغير (قوله فله أن يشتري مال اليتيم لنفسه) أي إذا كان النفع ظاهرا كما في الأشباه وغيره (قوله لا لغيره بوكالة) وذلك لأن الحقوق من جانب اليتيم ترجع إليه، ومن جانب الآمر كذلك ، فيؤدي إلى المضادة ، بخلاف نفسه ، وهذا إذا كان وصي الأب كما بينه في باب الوصي . والأصل أن من ملك تصرفا بالأصالة أو الولاية العامة يملك تمليكه اعتبارا بتمليك الأعيان ، وشرطه أن لايؤدي ذلك التفويض إلى التضاد والتنافي ، وهو أن يجعل المفوض إليه متولي طرفي أمر يحتاج إلى الإيجاب والقبول كمبادلة المال بالمال فإنه يؤدي إلى أن الواحد يصير قاضيا ومقتضيا ومسلما ومتسلما وذلك متحقق هنا ، وهذا تناقض

وجاز التوكيل بالتوكيل .

باب الوكالة بالخصومة والقبض

(وكيل الخصومة والتقاضى) أى أخذ الدين (لا يملك القبض) عند زفر وبه يفتى لفساد الزمان ، واعتمد فى البحر العرف (و) لا (الصلح) إجماعا بحر (ورسول التقاضى يملك القبض لا الخصومة) إجماعا بحر ، أرسلتك أو كن رسولا عنى إرسال ، وأمرتك بقبضه توكيل

فى الأحكام الشرعية ، والأحكام الشرعية تصان عنه ذكر هذا الأصل محمد فى الجامع الكبير كما فى الحواشى الحموية (قوله وجاز التوكيل بالتوكيل) وهذا معلوم مما مر أنه لو أذن له بالتوكيل جاز . فلو وكله أن يوكل فلانا فى شراء كذا ففعل واشترى الوكيل رجع بالثمن على المأمور . وهو على أمره ولا يرجع الوكيل على الآمر : أى الأول أشباه ، والله تعالى أعلم وأستغفر الله العظيم .

باب الوكالة بالخصومة والقبض

لما كانت الخصومة مهجورة شرعا أخر بابها ، والخصومة هى الدعوى الصحيحة أو الجواب الصريح بنعم أولا وقد سبق (قوله والقبض) الواو بمعنى أو المجوزة للجمع ، وقد زاد فى المسائل على الترجمة ، فقد ذكر وكيل الملازمة والتقاضى وغير ذلك (قوله والتقاضى) أى الطلب وهذا فى العرف وفى أصل اللغة القبض لأنه تفاعل من تقاضيت دينى واقتضيت بمعنى أخذت ، ويأتى تمامه قريبا ، وذكر حكم صورة الاجتماع ليعلم منه حكم التوكيل بأحدهما بالأولى (قوله أى أخذ الدين) هذا لغة ومعناه عرفا المطالبة عناية ، وكان عليه أن يذكر هذا المعنى فإنهم بنوا الحكم عليه معللين بأن العرف قاض على اللغة ، ولا يخفى عليك أن أخذ الدين بمعنى قبضه فلو كان المراد المعنى اللغوى يصير المعنى الوكيل بقبض الدين لا يملك القبض وهو غير معقول تدبر .

قال بعض الفضلاء : تفسير التقاضى هنا بأخذ الدين ليس مما ينبغى ، فإن الوكيل بأخذ الدين هو الوكيل بقبضه ، والوكيل بقبضه له قبضه بالإجماع ، بل المراد بالتقاضى المطالبة به والإلحاح به على المديون ، فحينئذ التقاضى بهذا المعنى كالوكيل بالخصومة له الخصومة فيه عند القاضى وليس له القبض .

قال فى التبيين : المطالبة غير القبض ، فالوكيل بها لا يملك القبض فجعل التقاضى هو المطالبة وهو المناسب اهـ (قوله عند زفر) وعند علمائنا الثلاثة يملك القبض وهو ظاهر الرواية عينا كان المتقاضى أو دينا ، حتى لو هلك المال فى يده يهلك على الموكل لأن الوكيل بالشىء وكيل بإتمامه وإتمام الخصومة والتقاضى يكون بالقبض وفى غرر الأفكار : وروى عن أبى يوسف أنه لا يملك القبض (قوله واعتمد فى البحر العرف) أى حيث قال وفى الفتاوى الصغرى ، التوكيل بالتقاضى يعتمد العرف ، إن كان فى بلدة كان العرف بين التجار ، إن المتقاضى هو الذى يقبض الدين كان التوكيل بالتقاضى توكيلا بالقبض وإلا فلا اهـ وليس فى كلامه ما يقتضى اعتماده نعم نقل فى المنح عن السراجية أن عليه الفتوى ، وكذا فى القهستانى عن المضمرات (قوله ولا الصلح إجماعا) لأنه غير ما وكل فيه لأن الوكيل بعقد لا يملك عقدا آخر . قال فى الذخيرة لا يجوز للوكيل بقبض الدين أن يهبه من المديون أو يبرأه أو يؤخره إلى أجل (قوله ورسوله التقاضى يملك القبض) لأنه بمنزلة الرسول فى القبض ط ولأنه كالمرسل . والعجب من كون الرسول يملك القبض باتفاق لا الوكيل مع أنه أعلى حالا من الرسول (قوله أرسلتك أو كن رسولا عنى إرسال ، وأمرتك بقبضه توكيل) يخالف هذا ما فى مجموعة مؤيد زاده عن

خلافا للزيلعى (ولا يملكهما) أى الخصومة والقبض (وكيل الملازمة، كما لا يملك الخصومة وكيل الصلح) بحر (ووكيل قبض الدين يملكها) أى الخصومة

التتارخانية : صورة التوكيل أن يقول المشترى لغيره كن وكيلا عنى فى قبض المبيع. وصورة الرسول أن يقول: كن رسولا عنى ، أو يقول أمرتك بقبضه اهـ فقد جعل المأمور رسولا وهو الموافق لما فى الزيلعى (قوله خلافا للزيلعى) حيث جعل من الإرسال أمرتك بقبضه .

قال فى المنح : فإن قلت : فما الفرق بين التوكيل والإرسال فإن الإذن والأمر توكيل كما علمت من كلام البدائع من قوله الإيجاب من الموكل أن يقول وكلتك بكذا أو افعل كذا وأذنت لك أن تفعل كذا ونحوه قلت: الرسول أن يقول أرسلتك أو كن رسولا عنى فى كذا ، وقد جعل الزيلعى منها فى باب خيار الرؤية أمرتك بقبضه وصرح فى النهاية فيه معزيا إلى الفوائد الظهيرية أنه من التوكيل وهو الموافق لما فى البدائع إذ لا فرق بين افعل كذا وأمرتك بكذا اهـ وهذه عبارة البحر فى أول كتاب الوكالة .

وذكر فى باب خيار الرؤية عن المعراج الفرق بين الرسول والوكيل أن الوكيل لا يضيف العقد إلى الموكل والرسول لا يستغنى عن إضافته إلى المرسل وإليه الاشارة بقوله تعالى - يا أيها الرسول بلغ - وقوله - وما أنت عليهم بوكيل - .

وفى الفوائد : صورة التوكيل أن يقول المشترى لغيره : كن وكيلا فى قبض المبيع أو وكلتك بقبضه. وصورة الرسول : كن رسولا عنى فى قبضه أو أمرتك بقبضه أو أرسلتك لتقبضه أو قل لفلان يدفع المبيع إليك ، وقيل لا فرق بين الرسول والوكيل فى فصل الأمر بأن قال اقبض المبيع فلا يسقط الخيار اهـ فقد جعل المأمور رسولا موافقا للزيلعى فتأمل (قوله ولا يملكهما وكيل الملازمة) لأن الملازمة لا تنتظمهما (قوله كما لا يملك الخصومة وكيل الصلح) لأن الصلح مسالمة لا مخاصمة وهو غير ما وكل به (قوله ووكيل قبض الدين يملكها)أى الوكيل بقبض الدين يلى الخصومة مع المديون عند أبى حنيفة، حتى لو أقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل أو إبرائه تقبل عنده ، بخلاف العين . وقالا : لا يكون خصما ، وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة لأن القبض غير الخصومة ، وليس كل من يؤتمن على المال يهتدى فى الخصومات فلم يكن الرضا بالقبض رضا به بحر.

والذى فى جامع الفصولين فى الفصل الخامس : ويوقف عندهما فى الكل العين والدين . والحق أن قولها أقوى ، وهو رواية عنه ، كذا فى عدة وغيره اهـ ملخصا ومثله فى نور العين ، لكن فى تصحيح العلامة قاسم: وعلى قول الإمام المحبوبى فى أصح الأقاويل والاختيارات والنسفى والموصلى وصدر الشريعة ، قيد بإقامة البينة عليه على استيفاء الموكل أو إبرائه ، لأنه لو ادعى دينا على الموكل وأراد مقاصصته به لا يكون الوكيل خصما عنه وهى واقعة الفتوى، وكذلك لو ادعى المشترى على وكيل البائع فى قبض ثمن المبيع عيبا وأراد رده عليه لا يكون خصما فيه كما يدل عليه الكلام الآتى ، وهى واقعة الفتوى أيضا تأمله تفهم . والذى ذكره فى المجتبى شرح القدورى كالصريح فيما قلناه ، فإنه قال : والوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة فيه عند أبى حنيفة ، فقوله فيه : أى فى الدين يمنع كونه وكيلا بالخصومة فى غيره كادعاء المديون الدين وكادعائه العيب فى واقعتى الحال فتأمل ، أفاده الرملى .

وأفاد أيضا أنه يؤخذ من هذا أن الجابى يملك المخاصمة مع مستأجرى الوقف إذا ادعوا استيفاء الناظر ، لأن الناظر إذا أقام جابيا صار وكيلا عنه فى القبض لما عليهم وهى واقعة الفتوى اهـ .

قال فى فى البحر : من أحكامه : أى الوكيل بقبض الدين أنه يقبل قوله فى دعوى القبض والهلاك فى يده

خلافا لهما لو وكيل الدائن ولو وكيل القاضي لا يملكها اتفاقا كوكيل قبض العين اتفاقا . وأما وكيل القسمة وأخذ شفعة ورجوع هبة ورد بعيب فيملكها مع القبض اتفاقا ابن ملك .

(أمره بقبض دينه وأن لا يقبضه إلا جميعا فقبضه إلا درهما لم يجز قبضه) المذكور (على الآمر) لمخالفته

والدفع إلى موكله ، لكن فى حق براءة المديون لا فى حق الرجوع على الموكل على تقدير الاستحقاق ؛ حتى لو استحق إنسان ما أقر الوكيل بقبضه وضمن المستحق الوكيل فإنه لا يرجع الوكيل على موكله (قوله خلافا لهما) فلا تقبل البينة عليه باستيفاء الموكل أو إبرائه فلا يبرأ ، لكن تقصر يد الوكيل حتى لا يتمكن من قبضه ، بل يوقف الأمر إلى حضور الغائب .

ولأبي حنيفة أنه وكله بالتملك لأن الديون تقضى بأمثالها ، إذ قبض الدين نفسه لا يتصور إلا أنه جعل استيفاء العين حقه من وجه وإنما كان كذلك لئلا يمتنع قضاء ديون لا يجوز الاستبدال بها كبدل السلم والصرف فأشبه الوكيل بأخذ الشفعة والرجوع فى الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب ، وهذه أشبه بأخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الأخذ هنالك ، إذ الوكيل بأخذ الشفعة خصم فى الإثبات ولا يصير خصما فيما إذا ادعى عليه تسليم الآخر لما فيه من إبطال حق الموكل ، لكن المعتمد أنه ينتصب خصما وتسمع عليه البينة ، وتوضيحه فى البحر (قوله لو وكيل الدائن) أى موضع الخلاف بين الإمام والصاحبين فى وكيل الدائن (قوله ولو وكيل القاضي) يعنى إذا وكله القاضي بقبض ديون الغائب كما تقدم فى باب المفقود (قوله كوكيل قبض العين) فإنه لا يلي الخصومة لأنه أمين محض فأشبه الرسول ، حتى لو وكله بقبض عبده فبرهن ذو اليد أن الموكل باعه إياه وقف الأمر حتى يحضر الغائب استحسانا .

والأصل فى هذه المسائل أن التوكيل باستيفاء عين حقه لم يكن توكيلا بالخصومة ، لأن التوكيل وقع بالقبض لا غير ويمكن حصوله بلا خصومة فلا حاجة إلى جعله وكيلا بغير ما وكل به ، وإن وقع بالتملك كان وكيلا بالخصومة لأن التملك إنشاء تصرف وحقوق العقد تتعلق بالعاقد لأنه لا يمكن التحصيل إلا بها والخصومة من جملتها ، فالصاحبان جعلا الوكيل بقبض الدين وكيلا باستيفاء عين حقه حكما ولذا لو قبض أحد الشريكين شيئا من الدين كان للآخر أن يشاركه فيه ومعنى التملك ساقط حكما ؛ حتى كان له أن يأخذه بلا قضاء ولا رضا كما فى الوديعة والغصب فلا ينتصب خصما كما فى الوكيل بقبض العين . وعنده الوكيل بقبض الدين وكيل بالتملك لأن الديون تقضى بأمثالها ، لأن المقبوض ليس ملكا للموكل بل بدل حقه إلا أن الشرع جعل ذلك طريقا للاستيفاء فانتصب خصما تبيين ملخصا (قوله فيملكها مع القبض اتفاقا) فتسمع البينة عليه أن موكله سلم الشفعة أو أبرأ عن العيب وأن الهبة بعوض وأن حصته فى القسمة كذا ط (قوله ابن ملك) عبارته : أما وكيل القسمة ، بأن وكل أحد الشريكين رجلا بالقسمة مع شريكه فقال إن شريكي استوفى نصيبه وأنكر الوكيل فأقام الشريك البينة على الاستيفاء فإنها تقبل . وأما أخذ الشفعة ، بأن أقام المشترى البينة على الوكيل بأخذ الشفعة على أن الموكل سلمها تقبل لكونه وكيلا . وأما الرجوع فى الهبة ، بأن أقام الموهوب له البينة على أن الواهب أخذ عوضا أو أحدث فيه زيادة تقبل . وأما الرد بالعيب ، بأن وجد المشترى بالمبيع عيبا فوكل رجلا بالرد به فقال البائع رضى المشترى بهذا العيب وأنكر الوكيل فأقام البائع البينة على الرضا تقبل كما فى التاجية اهـ .

قال منلا مسكين : الوكيل بنقل المرأة والمملوك من بلد إلى بلد إذا أقامت المرأة بينة على الطلاق أو المملوك على العتاق لا تقبل على إثبات الطلاق أو العتاق وتقبل فى قصر يد الوكيل حتى يحضر الغائب انتهى ، كما إذا

له فلم يصر وكيلا (و) الآمر (له الرجوع على الغريم بكله) وكذا لا يقبض درهما دون درهم بحر (فلو لم يكن للغريم بينة) على الإيفاء فقضى عليه بالدين (وقبضه الوكيل فضاع منه ثم برهن المطلوب على الإيفاء) للموكل (فلا سبيل له) للمديون (على الوكيل، وإنما لا يرجع على الموكل) لأن يده كيده ذخيرة .

(الوكيل بالخصومة إذا أبى) الخصومة (لا يجبر عليها) فى الأشباه لا يجبر الوكيل إذا امتنع عن فعل ماوكل فيه لتبرعه إلا فى ثلاث كما مر (بخلاف الكفيل) فإنه يجبر عليها للالتزام .

(وكله بخصوماته وأخذ حقوقه من الناس على أن لا يكون وكيلا فيما يدعى على الموكل جاز) هذا التوكيل

أقام الخصم البينة أن الموكل عزله عن الوكالة فإنها تقبل فى حق قصر اليد لا فى حق ثبوت العزل استحسانا .
والقياس أن يسلم إلى الوكيل لأن البينة قامت لاعلى خصم فلم تعتبر . وجه الاستحسان أنه خصم فى قصر يده لقيامه مقام الموكل فتقصر يده فى القبض والتسليم فتقتصر يده بحر (قوله وكذا لايقبض درهما دون درهم) معناه لايقبض متفرقا ، فلو قبض شيئا دون شىء لم يبرأ الغريم من شىء جامع الفصولين لكونه مخالفا ، لو استوفى جميعه بعد . فلو هلك هلك عليه ، لمخالفته ويرجع الآمر على الغريم كما فى المسألة السابقة .

وفى جامع الفصولين : وكيل قبض الوديعة قبض بعضها جاز ، فلو أمر أن لايقبضها إلا جميعا فقبض بعضها ضمن ولم يجز القبض ، فلو قبض مابقى قبل أن يهلك الأول جاز القبض على الموكل اهـ .

قال فى البحر : ولو احتال الطالب بالمال على آخر لم يكن للوكيل بالقبض أن يقبضه من المحتال عليه ولا من الأول وإن توى المال ورجع إلى الأول فالوكيل على وكالته ، وكذا لو اشترى الموكل بالمال عبدا من المطلوب فاستحق من يده أو رده بعيب بقضاء بعد القبض أو بغير قضاء قبل القبض أو بخيار فالوكيل على وكالته ، وكذا لوكان قبض الدراهم فوجدها زيوفا ، ولو أخذ الطالب منه كفيلا لم يكن للوكيل أن يتقاضى الكفيل ، والمقبوض فى يد الوكيل بمنزلة الوديعة، ولو وجده الكفيل زيوفا أو ستوقة فرده فإنه ينبغى أن يضمن قياسا ، ولكن أستحسن أن لا أضمنه انتهى (قوله لأن يده كيده) وفى نسخة يديه لأن يد الوكيل كيد الموكل ، وهذا هو الذى فى المنح والبحر وغيرهما . وفى نسخة لأن يده يد أمانة ، ولا يصلح تعليلا لما قبله وإنما يحسن لقوله فلا سبيل له على الوكيل (قوله لايجبر عليها) مالم يغب موكله ، فإذا غاب يجبر عليها لدفع ضرر كما تقدم نقله عن الأشباه (قوله فى الأشباه لايجبر الوكيل الخ) عبارتها : لايجبر الوكيل إذا امتنع عن فعل ماوكل فيه إلا فى ثلاث مسائل : إذا وكله بدفع عين ثم غاب ، أو ببيع رهن شرط فيه ، أو بعده فى الأصح ، أو بخصومة بطلب المدعى وغاب المدعى عليه ، والظاهر أنه أراد بالنقل المذكور الإشارة إلى مخالفته لما فى الأشباه فإن مانقله من جملة الثلاث كما تقدم قبل هذا الباب كما ذكرنا أنه يجبر الوكيل بخصومة بطلب المدعى إذا غاب المدعى عليه وقد تبع المصنف صاحب الدرر .

وقال فى العزمية : لم نجد هذه المسألة هنا لا فى المتون ولا فى الشروح . ثم أجاب كالشرنبلالى بأنه لايجبر عليها ، يعنى مالم يغب موكله فإذا غاب يجبر عليها كما ذكره المصنف فى باب الرهن بوضع عند عدل اهـ وهذا أحسن مما قدمنا عن نور العين تأمل . هذا ، ولكن المذكور فى المنح متننا موافق لما فى الأشباه فإنه ذكر بعد قوله لايجبر عليها إلا إذا كان وكيلا بالخصومة بطلب المدعى وغاب المدعى عليه، وكأنه ساقط من المتن الذى شرح عليه الشارح تأمل (قوله كما مر) أى عن الأشباه فى شرح قوله والوكيل بقضاء الدين لايجبر عليه (قوله بخلاف الكفيل) أى بالخصومة ويراجع تصويرها . ويمكن أن يتصور بأن يكفل عن شخص بما ذاب عليه وأقر

(فلو أثبت) الوكيل (المال له) أى لموكله (ثم أراد الخصم الدفع لا يسمع على الوكيل) لأنه ليس بوكيل فيه درر .

(وصح إقرار الوكيل بالخصومة) لا بغيرها مطلقا (بغير الحدود والقصاص) على موكله (عند القاضى دون غيره) استحسانا (وإن انعزل) الوكيل (به) أى بهذا الإقرار

بخمسمائة وادعى الطالب ألفا فإنه يخاصم فيما ثبت على المديون (قوله لايسمع على الوكيل) أى ويحكم بالمال على المدعى عليه ويتبع الدائن بدفعه (قوله وصح إقرار الوكيل) يعنى إذا ثبت وكالة الوكيل بالخصومة وأقر على موكله سواء كان موكله المدعى فأقر باستيفاء الحق أو المدعى عليه فأقر بثبوته عليه درر . وقال زفر : لايصح ولا ينفذ عليه لأنه أتى بغير المأمور به لأنه مأمور بخصومة عنه فى مجلس القاضى ، وما أتى به من الإقرار جواب فلا يصح ، وبه قالت الثلاثة ، وهو قول أبى يوسف أولا .

ولنا أن التوكيل صحيح فيدخل تحته بملك الموكل الجواب مطلقا ويراد بالخصومة مطلق الجواب عرفا لأنها سببها فذكر السبب وأراد المسبب وهو شائع عينى (قوله بالخصومة) متعلق بالوكيل (قوله لا بغيرها) أى لايصح إقرار الوكيل بغير الخصومة أى وكالة كانت كوكيل الصلح أو القبض أو الملازمة ، ويصح إقرار وكيل القبض بالقبض والدفع للموكل بزازية وسبق صحة إقرار الأب بقبض مهر غير البالغة ومهر البالغة البكر وصحة دعوى وكيل البيع قبض الثمن (قوله مطلقا) أى سواء كان بمجلس القاضى أو غيره .

قال فى الشرنبلالية : قيد بالخصومة احترازا عن الوكيل بالصلح فإنه لايملك الإقرار لأن الوكيل بالخصومة إنما ملك الإقرار لكونه من أفراد الجواب والصلح مسالمة لا مخاصمة ، ولهذا قلنا الوكيل بالصلح لايملك الخصومة ، والوكيل بالخصومة لايملك الصلح ، لأن الوكيل بعقد لايباشر عقدا آخر (قوله بغير الحدود والقصاص) متعلق بإقرار ، أما هما فلا يصح إقرار الوكيل بهما على موكله للشبهة بحر (قوله استحسانا) راجع إلى قوله وصح إقرار الوكيل بالخصومة ، ووجهه أن التوكيل صحيح ، وصحته تتناول مايملكه ، وذلك مطلق الجواب بالإقرار أو الإنكار دون أحدهما عينا فينصرف إليه تحريا للصحة ، وصحح أبو يوسف إقراره مطلقا . وأبطله زفر مطلقا وهو القياس ، لأنه مأمور بالخصومة وهى منازعة والإقرار ضدها لأنه مسالمة . والأمر بشئ لايتناول ضده . والقياس أن يصح عند غير القاضى لأن الوكيل قائم مقام الموكل وإقراره لايختص بمجلس القضاء فكذا نائبه .

ووجه الاستحسان فى الأول أن حقيقة المخاصمة لاتحل شرعا فحملت على مايحل وهو مطلق الجواب ، وهو صادق على الإنكار والإقرار .

ووجه التخصيص بمجلس القاضى أنه إنما وكله بالخصومة ، وحقيقتها لاتكون إلا عند القاضى فلم يكن وكيلا فى غيره لأن غير مجلس القاضى ليس محلا للخصومة التى هو وكيل فيها لكنه يخرج عن الدعوى كما قال : إن انعزل الوكيل الخ (قوله وإن انعزل الوكيل) أى عزل نفسه لأجل رفع الخصم وانى ، ورده عزمى زاده .

قال فى الهداية : لو أقيمت البينة على إقراره فى غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة اهـ (قوله بهذا الإقرار) الواقع فى مجلس القاضى لأجل دفع الخصومة ، ومثل ذلك الأب والوصى إذا أقرا فى مجلس القاضى لايصح إقرارهما حموى أى وينعزلان فى تلك الحادثة بزازية فلا يدفع المال إليهما هداية ، وإنما لايصح إقرارهما لأن ولايتهما نظرية ، ولا نظر فى الإقرار على الصغير .

حتى لا يدفع إليه المال وإن برهن بعده على الوكالة للتناقض درر (وكذا إذا استثنى) الموكل (إقراره) بأن قال: وكلتك بالخصومة غير جائز الإقرار صح التوكيل والاستثناء على الظاهر بزازية (فلو أقر عنده) أى القاضى (لا) يصح (وخرج) به (عن الوكالة) فلا تسمع خصومته درر.

(وصح التوكيل بالإقرار ولا يصير به) أى بالتوكيل (مقراً) بحر (وبطل توكيل الكفيل بالمال) لئلا يصير عاملا لنفسه

وأما التفويض من الموكل حصل مطلقا غير مقيد بشرط النظر فيدخل تحته الإنكار والإقرار جميعا غير أن الإقرار صحته تختص بمجلس القضاء على ماذكرنا كذا فى الكفاية (قوله حتى لايدفع إليه المال) أى بأن وكله أن يخاصم عنه عن دعوى بيع فأقر عليه بأنه باع فإنه لايملك قبض الثمن من مدعى الشراء (قوله للتناقض) لأنه زعم أنه مبطل فى دعواه درر (قوله والاستثناء على الظاهر) أى ظاهر الرواية ، ومثله استثناء الإنكار فيصح منهما فى ظاهر الرواية .

قال العينى : ولو استثنى الموكل بالخصومة الإقرار ، فعن أبى يوسف أنه لايصح . وعن محمد أنه فرق بين الطالب والمطلوب . وصححه من الطالب دون المطلوب ، ومثله صحة استثناء الإنكار فى ظاهر الرواية ، وجعله فى الصغرى قول محمد خلافا لأبى يوسف . وعلل قول محمد بأن الإنكار قد يضر الموكل بأن كان المدعى وديعة . فلو أنكر الوكيل لاتسمع منه دعوى الهلاك والرد وتسمع قبل الإنكار . وبقى قسم ثالث ، وهو لو وكله غير جائز الإقرار والإنكار ، قيل لايصح لعدم بقاء فرد تحته ، وقيل يصح لبقاء السكوت كذا فى البزازية .

والحاصل أن المسألة على خمسة أوجه: الأول: أن يوكل بالخصومة فيصير وكيلا بهما. الثانى: أن يستثنى الإقرار فيكون وكيلا بالإنكار فقط. الثالث: عكسه فيصير وكيلا بالإقرار فقط فى ظاهر الرواية. الرابع: أن يوكله بالخصومة جائز الإقرار فيكون وكيلا بهما. الخامس: أن يوكله بها غير جائز الإقرار ففيه اختلاف المتأخرين . ولا يصير به مقرا لأنه يمكن أنه وكله بالإقرار خوف الشغب والخصومة وإن لم يكن عليه شىء ، لأن كل أحد لايقدر عليها .

وفى الخلاصة : ولو كان التوكيل بسؤال الخصم واستثنى الإقرار موصولا صح ومفصولا لايصح ، ولو استثنى الإقرار والإنكار ، فقيل لايصح لعدم بقاء فرد تحته ، وقيل يصح لبقاء السكوت بحر عن البزازية (قوله ولا يصير به مقرا) يعنى التوكيل بالإقرار صحيح ، ولا يكون التوكيل به قبل الإقرار إقرارا من الموكل. وعن الطواويسى : معناه أن يوكل بالخصومة ويقول خاصم فإذا رأيت لحوق مؤنة أو خوف عار على فأقر بالمدعى يصح إقراره على الموكل ، كذا فى البزازية .

قلت : ويظهر منه وجه عدم كونه إقرارا ونظيره صلح المنكر (قوله وبطل توكيل الكفيل) أى توكيل الدائن الكفيل . وسيأتى هذا فى قوله بخلاف العكس ففيه تكرار (قوله بالمال) متعلق بالكفيل : أى بقبض المال من المديون .

وصورته : إذا كان لرجل دين على آخر وكفل به رجل فوكل الطالب الكفيل بقبض ذلك الدين من المدعى عليه الأصل لم يصح التوكيل عينى (قوله لئلا يصير عاملا لنفسه) أى لأن الوكيل هو الذى يعمل لغيره ، ولو صححنا هذه الوكالة صار عاملا لنفسه ساعيا فى براءة ذمته فانعدم الركن فبطل ، ولأنه مطالب بالمال ،

(كما) لا يصح (لو وكله بقبضه) أى الدين (من نفسه أو عبده) لأن الوكيل متى عمل لنفسه بطلت إلا إذا وكل المديون بإبراء نفسه فيصح ، ويصح عزله قبل إبرائه نفسه أشباه

وفى طلبه من المديون الدفع عن نفسه ولأن حق الطالب له بعد أدائه المال ؛ فلو وكله المكفول له بقبضه صار كأنه جعل له المطالبة مع أن المطالبة حقه فلا يصح .

قال فى البحر : وإذا بطلت الوكالة فى مسألة الكتاب وقبضه من المدين وهلك فى يده لم يهلك على الطالب اه .

وأورد عليه أنه كما هو ساع فى براءة نفسه ساع فى تحصيل المال للطالب ، ولو أبرأه عن الكفالة لا تنقلب صحيحة لوقوعها باطلة ابتداء كالوكيل عن غائب فإنه يقع باطلا ، ثم إذا بلغه فأجازه لم يجز ، وتقييد الكفالة بالمال للاحتراز عما سيأتى متنا من قوله بخلاف كفيل النفس حيث يصح توكيله بالخصومة لأن الواحد يقوم بهما عينى وزيلعى (قوله كما لا يصح لو وكله بقبضه من نفسه) لما سيأتى من استحالة كونه قاضيا ومقتضيا (قوله أو عبده) أى المأذون المديون لأنه يصير عاملا لنفسه من حيث أنه حفظ العبد على نفسه من بيع الغريم له كما استظهره الطحطاوى (قوله لأن الوكيل متى عمل لنفسه) أى فقط بطلت أى الوكالة (قوله إلا إذا وكل المديون بإبراء نفسه) أى هى مستثناة من هذه القاعدة فإنها أجيزت مع كونه عاملا لنفسه وليست خارجة عنها ، لأن شرط الوكالة كونه عاملا لغيره لا كونه غير عامل لنفسه كما قاله المصنف ، لأن مسألة الكفالة والحوالة كذلك فإن كلا منهما عامل لنفسه ولغيره ، ولم تجز وكالتهما لأنه تمليك وليس بتوكيل كما قاله الزيلعى ، إذ لو كان كذلك لم يصح رجوع الدائن عنه قبل إبراء المديون نفسه مع أنه يصح لكن يحتاج إلى معرفة إخراجها من القاعدة أفاده الرحمتى .

وقال الرملى : ولقائل أن يقول التمليك لا يكون إلا بعد إبرائه نفسه وبعده لا يصح رجوعه فتأمل (قوله فيصح) قال فى البحر : وأورد على بطلان توكيل الكفيل بالمال المعلل بأنه عامل لنفسه توكيل المديون بإبراء نفسه فإنه صحيح مع كونه عاملا لنفسه .

والتحقيق فى جوابه ما فى منية المفتى من قوله : ولو وكله بإبراء نفسه يصح لأنه وإن كان عاملا لنفسه بتفريغ ذمته فهو عامل لرب الدين بإسقاط دينه ، وشرط الوكالة كونه عاملا لغيره لا كونه غير عامل لنفسه اه .

إذا علمت ماذكر فلا وجه لقول المؤلف لأن الوكيل متى عمل لنفسه بطلت إلا أن يحمل على ما إذا كان العمل لنفسه محضا ط .

قال العلامة المقدسى بعد ذكر مسألة توكيل الكفيل بالمال المذكورة : ونوقض بتوكيل المديون بإبراء نفسه من دين عليه صح وإن عمل لنفسه . وأجيب بالمنع مستندا لما ذكره شيخ الإسلام أنه لا يصح على خلاف ما فى الجامع ، ولئن سلم فالإبراء تمليك بدليل أنه يرتد بالرد وليس بتوكيل .

وأجاب فى المنية بأن شرط الوكالة كونه عاملا لغيره لا كونه غير عامل لنفسه ؛ وزعم بعضهم أنه هو التحقيق وفيه نظر لأنه إذا كان عملا واحدا وهو لنفسه فلا يجتمع مع كونه عاملا لغيره .

واعترض بأن عمل الوكيل لنفسه ضمنى لكون الموكل أصيلا فى باب الوكالة والضمنيات قد لا تعتبر . وأجيب بمنع ذلك بل الأصل وقوع التصرف لنفس العامل اه (قوله ويصح عزله قبل إبرائه نفسه) ولو كان

(أو وكل المحتال المحيل بقبضه من المحال عليه) أو وكل المديون وكيل الطالب بالقبض لم يصح لاستحالة كونه قاضيا ومقتضيا قنية (بخلاف كفيل النفس والرسول ووكيل الإمام ببيع الغنائم والوكيل بالتزويج) حيث يصح ضمانهم

ذلك تمليكا كما قال الزيلعي ، وتبعه العيني لم يصح رجوع الدائن عنه قبل إبرائه نفسه مع أنه يصح بحر .

فإن قلت : إذا تكفل بما توكل بقبضه صحت الكفالة وبطلت الوكالة ، فكان ينبغي أن لا يصح توكيل الكفيل بالمال وتبطل الكفالة . قلت : إنما صح تكفيل الوكيل لأن الكفالة أقوى لكونها لازمة فكانت ناسخة بخلاف العكس كما في الزيلعي ، لكن قوله فكانت ناسخة يقتضي كون الكفالة بعد الوكالة مع أن ذلك لا يتعين . قال المصنف : الكفالة بالمال مبطلة للوكالة تقدمت الوكالة أو تأخرت (قوله أو وكل المحتال المحيل بقبضه من المحال عليه) فيه أن المحيل انتقل الدين من ذمته بالإحالة وصار أجنبيا فلم لم يصح توكيله بالقبض . وأجيب بأنه ساع في تحصيل براءة نفسه ، فإنه إذا مات المحال عليه مفلسا أو أنكر الحوالة ولا بيان رجع الدين على المحيل (قوله بالقبض) يصح أن يتعلق بوكل وبوكيل (قوله قنية) عبارتها كما في المنح : ولو وكله بقبض دينه على فلان فأخبر به المديون فوكله ببيع سلعته وإيفاء ثمنه إلى رب الدين فباعها وأخذ الثمن وهلك يهلك من مال المديون لاستحالة أن يكون قاضيا ومقتضيا ، فالواحد لا يصلح أن يكون وكيلا للمطلوب والطالب في القضاء والاقتضاء اهـ .

قال في البحر : ولا يخالفه ما في الواقعات الحسامية : المديون إذا بعث بالدين على يد وكيله فجاء به إلى الطالب وأخبره ورضي به وقال اشتر لي شيئا فذهب واشترى ببعضه شيئا وهلك منه الباقي . قال بعضهم : يهلك من مال المديون . وقال بعضهم من مال الطالب ، وهذا أصح ، لأن أمره بالشراء بمنزلة قبضه اهـ لأن ما في القنية فيما إذا سبق توكيل الطالب وما في الواقعات فيما إذا سبق توكيل المطلوب كما لا يخفى (قوله بخلاف كفيل النفس) محترز الكفيل بالمال ، وقيده الزيلعي بأن يوكله بالخصومة . قال في البحر : وليس بقيد ، إذا لو وكله بالقبض من المديون صح اهـ . قال البدر العيني : وقيد بقوله الكفيل بالمال لأنه يجوز توكيل الكفيل بالنفس بالخصومة لأن الواحد يقوم بهما اهـ . والأولى أن يقول بدل الخصومة بقبض المال ، وهذا لأن الوكالة والكفالة لا يجتمعان ، فمتى صحت إحداهما بطلت الأخرى إذا تواردتا على محل واحد ، بخلاف كفيل النفس فإنه يصح توكيله بقبض المال لاختلاف المورد (قوله والرسول) أي لقبض الدين تصح كفالته المطلوب لأنه سفير ، وكذلك ينبغي أن يصح لو وكله المديون بقضاء دين مرسله ، ووكيل الإمام يصح كفالته بثمن ما باعه من الغنائم لعدم رجوع الحقوق كما مر في خيار العيب من أن الإمام ووكيله أمين والأمين لا ينتصب خصما (قوله ووكيل الإمام) مقتضى كونه سفيرا أنه لا يلحقه عهدة وهو كذلك (قوله والوكيل بالتزويج) لأنه سفير ومثله الولي وقد مر في النكاح (قوله حيث يصح ضمانهم) العبارة وهكذا في الدرر معزية إلى كفالة التبيين ، ولا يخفى أن المقابلة تقتضي أن يقول حيث يصح توكيلهم والخطب سهل ح .

أقول : أي لأن قوله بخلاف كفيل النفس مقابل لقوله وبطل توكيل الكفيل بالمال ، يعني أن كفيل النفس يصح توكيله من المكفول له ، فمقتضى هذه المقابلة أن يكون المراد من قوله والرسول وما عطف عليه توكيلهم أيضا مع أن المراد ضمانهم ، فقول الحلبي والخطب سهل ليس المراد منه أن إرادة توكيلهم هنا جائزة لأن الرسول والوكيل لا يوكلان ، بل مراده أنه وإن كانت المقابلة تقتضي ذلك ، إلا أن المراد غير ذلك المقتضى وهذا الإيهام سهل مغتفر لعلمه مما مر ، والذي سهله أن المقصود ما يجتمع فيه الكفالة والوكالة فكأنه قال

لأن كلا منهم سفير (الوكيل بقبض الدين إذا كفل صح وتبطل الوكالة) لأن الكفالة أقوى للزومها فتصبح ناسخة (بخلاف العكس ، وكذا كلما صحت كفالة الوكيل بالقبض بطلت وكالته تقدمت الكفالة أو تأخرت) لما قلنا .

(وكيل البيع إذا ضمن الثمن للبائع عن المشترى لم يجز) لما مر أنه يصير عاملا لنفسه (فإن أدى بحكم الضمان رجع) لبطلانه (وبدونه لا) لتبرعه .

(ادعى أنه وكيل الغائب بقبض دينه فصدقه الغريم أمر بدفعه إليه)

لايجتمعان إلا فى كفيل النفس والرسول الخ تأمل ، لكن لا يظهر فى مسألة وكيل الإمام ببيع الغنائم (قوله لأن كلا منهم سفير) أى معبر عن غيره فلا تلحقه العهدة (قوله بخلاف العكس) أى فى قوله وبطل توكيل الكفيل بالمال فإن الوكالة أضعف من الكفالة لعدم لزومها فلا تصلح ناسخة ، لكن إذا لوحظ ارتباطه بقول الشارح فتصلح ناسخة إظهارا للفرق بينهما لم يكن تكرارا تأمل (قوله وكذا كلما صحت إلى قوله بطلت وكالته) تكرار محض مع ماقبلها ح.

قال ط : والذى فى متن المنح الذى بيدى : الوكيل بقبض الدين إذا كفل صح وبطلت الوكالة تقدمت عن الكفالة أو تأخرت اه ولا تكرار فيها ولا تدافع .

وقد يقال : لما ذكر بعض ما دخل تحت القاعدة بين عمومه بقاعدة كلية ومثل هذا لايسمى تكرارا والأحسن ملاحظة ارتباطه بقول الشارح فتصلح إلى آخر ماقدمناه قريبا (قوله تقدمت الكفالة أو تأخرت) فى تقدم الكفالة عدم صحة الوكالة ابتداء فجعله إبطالا للوكالة توسع ، لأن إبطال الشيء بعد ثبوته (قوله لما قلنا) من أنها أقوى (قوله للبائع) المناسب للموكل (قوله لم يجز) استشكله الشرنبلالى بوكيل الإمام ببيع الغنائم . ودفعه أبو السعود بما مر من أنه سفير ومعبر فلاتلحقه عهدة (قوله لما مر أنه يصير عاملا لنفسه) لأن حق الاقتضاء له لأنه من حقوق العقد وهو أصيل فيها ، لكن الذى مر عكسه وهو عدم جواز توكيل الكفيل للعلة المذكورة والعلة هنا أن الحقوق ترجع إليه فإذا ضمن على المشترى الثمن فكأنه كفل مطلوبه لنفسه وهو محال ، لأن الكفالة ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل مطالبة أو دينا ، ومن المحال أن يصير له مطالبة على نفسه أو دين عليها والبائع يطلب الثمن ، فلو كان كفيلا للبائع كان كافلا نفسه ولامعنى له (قوله رجع) أى على موكله بالبيع (قوله لبطلانه) أى لبطلان الضمان ، وإذا كان الضمان باطلا وقد أدى بحكم الضمان كان الأداء باطلا أيضا لأن المبنى على الباطل باطل ولأن حكم الوكالة الفاسدة أنه لو أدى على ظن لزومها له أن يرجع بما أدى (قوله وبدونه) أى الضمان (قوله لا) أى لا يرجع (قوله لتبرعه) قال فى الشرنبلالية : ولقائل أن يقول التبرع حصل فى أدائه إليه بجهة الضمان كأدائه بحكم الكفالة عن المشترى بدون أمره فليتأمل اه .

ولا يخفى أن التبرع فى المقيس عليه إنما هو فى نفس الكفالة . وأما الأداء فهو ملزم به شاء أو أبى ، بخلاف مسألتنا على أنه إذا أدى على حكم الضمان لايسمى متبرعا بل هو ملزم به فى ظنه .

وقد ذكر المسألة فى الخانية ونقلها عنها فى الهندية من تغير تعرض لهذا التفصيل . وعبارة الأولى : الوكيل بالبيع إذا باع وكفل بالثمن عن المشترى لاتصح كفالته اه .

وفى الهندية : ولو صالح الآمر عن الثمن على المشترى على عبد للوكيل بعينه أو قضى الوكيل الثمن عن المشترى كان ذلك جائزا ويبرأ المشترى ويصير العبد للموكل ولا يكون للوكيل أن يرجع بشيء لا على الآمر ولا على المشترى (قوله فصدقه الغريم) ويصح إثبات التوكيل بالبينة مع إقرار المديون به بحر (قوله أمر بدفعه) أى أمر إجبار سراج أى فى مال نفســه . لأن الديون تقضى بأمثالها بخلاف إقراره بقبض الوديعة الآتى

عملا بإقراره ، ولا يصدق لو ادعى الإيفاء (فان حضر الغائب فصدقه) فى التوكيل (فبها) ونعمت (وإلا أمر الغريم بدفع الدين إليه) أى الغائب (ثانيا) لفساد الأداء بإنكاره مع يمينه (ورجع) الغريم (به على الوكيل إن باقيا فى يده ، ولو حكما) بأن استهلكه فإنه يضمن مثله خلاصة (وإن ضاع لا) عملا بتصديقه (إلا إذا كان قد (ضمنه عند الدفع) لقدر ما يأخذ الدائن ثانيا ،

لأن فيها إبطال حق المالك فى العين (قوله عملا بإقراره) لأن مايدفعه خالص حقه ، ولأن المديون إنما يقضى الدين من مال نفسه عما فى ذمته فإقراوه إنما هو على نفسه فينفذ (قوله ولا يصدق لو ادعى الإيفاء) أى لايثبت الإيفاء بمجرد دعواه ، بل إن برهن على ذلك صح لأن الوكيل بالقبض لايملك الخصومة ، وسيأتى متنافى قوله ولو وكله بقبض مال فادعى الغريم مايسقط حق موكله الخ (قوله وإلا أمر الغريم بدفع الدين إليه) أى الغائب ثانيا لفساد الأداء لأنه لم يثبت الاستيفاء حيث أنكر الوكالة ، فقوله بإنكاره الباء للسببية ومع ظرف متعلق بالمصدر قبله أى مع أن الفساد بسبب الإنكار مع اليمين على عدم الوكالة .

وفى البحر عن البزازية : ولو ادعى الغريم على الطالب حين أراد الرجوع عليه أنه وكل القابض وبرهن يقبل ويبرأ ، وإن أنكر حلفه ، فإن نكل برىء اه . وفيه عنها أيضا : وإن أراد الغريم أن يحلفه بالله ماوكاته له ذلك ، وإن دفع عن سكوت ليس له إلا إذا عاد إلى التصديق ، وإن دفع عن تكذيب ليس له أن يحلفه ، وإن عاد إلى التصديق لكنه يرجع على الوكيل اه فإطلاق الشارح فى محل التقييد تأمل (قوله ورجع الغريم به) أى بما دفعه إن باقيا بيده لأنه ملكه وانقطع حق الطالب عنه (قوله بأن استهلكه) أى الوكيل فإنه يضمن مثله ، الأولى بدله تأمل ، فإن ادعى الوكيل هلاكه أو دفعه إلى الموكل حلفه على ذلك ، وإن مات الموكل وورثه غريمه أو وهبه وهو قائم فى يد الوكيل أخذ منه فى الوجوه كلها ، ولو هالكا ضمنه إلا إذا صدقه على الوكالة كما فى الخلاصة (قوله وإن ضاع) أى المقبوض فى يد الوكيل ، وكذا لو ادعى مدعى الوكالة دفعه إلى موكله كما يفهم مما يأتى (قوله لا) أى لا رجوع عليه (قوله عملا بتصديقه) لأنه بتصديقه اعترف أنه محق فى القبض والظالم هو الطالب بالأخذ منه ثانيا والمظلوم لايظلم غيره .

فإن قلت : يرد على هذا أن أحد الإبنين إذا صدق المديون فى دعواه الإيفاء للميت وكذبه الآخر ورجع المكذب عليه بالنصف فإن للمديون الرجوع على المصدق بالنصف إن كان للميت تركة غير الدين مع أنه فى زعمه أن المكذب ظالم فى الرجوع عليه .

قلت : أجيب عنه بأن الرجوع على المصدق لكونه أقر على أبيه بالدين (قوله إلا إذا ضمنه عند الدفع) بأن يقول أنت وكيله ، لكن لا آمن أن يجحد الوكالة ويأخذ منى ثانيا فيضمن ذلك المأخوذ فيصح لإضافته لسبب الوجوب كقوله ما غصبك فعلىّ وما ذاب لك عليه فعلىّ ، لأن ما أخذه ثانيا غصب وما يأخذه الوكيل أمانة لا يصح ضمانه لتصادقهما على أنه وكيله ، ولفظ ضمنه مروىّ بالتشديد والتخفيف ، فمعنى التشديد أن يضمن الغريم الوكيل ، فالضمير المستتر عائد إلى الغريم والبارز إلى الوكيل ، ومعنى التخفيف أن يضمن الوكيل المال الذى أخذه الدائن من الغريم لا الذى أخذه الوكيل ، فالضمير المستتر فى وكله عائد إلى الوكيل والبارز إلى المال (قوله لقدر ما يأخذه) فى بعض النسخ باللام وهى تناسب التشديد وفى البعض بالباء لأن المكفول به هو ما يأخذه الدائن كأنه قال له إن أخذ الدائن منك شيئا فأنا كفيله ، وما يأخذه الدائن ظلما فى زعم الآخذ والدافع ، لأن الآخذ يزعم أنه وكيل والدافع يصدقه فتكون من قبيل قولهم ما غصبك فلان فعلىّ فيكون الرجوع بقدر ما أخذه الدائن

لاما أخذه الوكيل لأنه أمانة لا تجوز بها الكفالة زيلعي وغيره (أو قال له قبضت منك على أنى أبرأتك من الدين) فهو كما لو قال الأب للختن عند أخذ مهر بنته آخذ منك عن أنى أبرأتك من مهر بنتي ، فإن أخذته البنت ثانيا رجع الختن على الأب فكذا هذا بزازية .

(وكذا) يضمنه (إذا لم يصدقه على الوكالة) يعم صورتى السكوت والتكذيب (ودفع له ذلك على زعمه) الوكالة ، فهذه أسباب للرجوع عند الهلاك (فإن ادعى الوكيل هلاكه أو دفعه لموكله صدق) الوكيل (بحلفه ، وفى الوجوه) المذكورة (كلها) الغريم (ليس له الاسترداد حتى يحضر الغائب) وإن برهن أنه ليس بوكيل أو على إقراره بذلك أو أراد استحلافه

لا يرجع بما أخذه الوكيل من المديون لأنه أمانة فى زعمهما والكفالة بها لا تجوز ، فلو صالحه على بعض الدين عند ضمان الوكيل ونحوه يرجع على الوكيل بقدر المصالح عليه (قوله لا ما أخذه الوكيل) أى لا يرجع بما أخذه الوكيل من المديون أى إنما وقع الضمان على ما أخذه الدائن ثانيا على ما ذكر لا على ما أخذه الوكيل أمانة فى يده (قوله لأنه أمانة) أى فى زعمهما والأمانة لاتجوز بها للكفالة (قوله لاتجوز بها الكفالة) وفيه أنه تقدم أن الوكيل بالقبض تصح كفالته ، والجواب بأنها للموكل فيما تقدم وهنا للمديون فى نفس ما يأخذه وهو أمانة فلا ينقلب غرامة (قوله أو قال) أى مدعى الوكالة (قوله على أنى أبرأتك من الدين) كأن وجهه والله تعالى أعلم ، أن كلا من القابض والدافع متصادقان على الوكالة عن الدائن ، وقول القابض قبضت منك على أنى أبرأتك يحتمل أن يريد براءة الاستيفاء أو براءة الإسقاط فإن كانت براءة الإسقاط فقد جعلها فى مقابلة ماقبضه، وإن كانت براءة الاستيفاء فكأنه اعترف بأنه استوفى ما عليه من الدين، فإذا رجع الدائن بدينه يرجع عليه بما قبضه فى مقابلة الإسقاط لأنه بمنزلة البيع ، فقد التزم له السلامة بأخذ اليد ، وكذلك فى براءة الاستيفاء لأنه حيث أخذ منه تبين بطلان استيفائه فيرجع عليه بما استوفى ، وهو مشكل لأن فى زعمهما أن المستوفى ثانيا ظالم باستيفائه وأنه قد برئت ذمة المديون بقبض الوكيل وأن الوكيل أمين فيما قبض فما وجه الرجوع عليه فى مثل هذه الصورة وكذا منها مسألة الختن لأن الأب إنما يقبضه وكالة عن ابنته تأمل (قوله وكذا يضمنه إذا لم يصدقه على الوكالة) فإنه يرجع عليه لأنه إنما دفع له على رجاء الإجازة فإذا انقطع رجاؤه رجع عليه (قوله يعم صورتى السكوت والتكذيب) أى عدم تصديقه بسكوته أو بتكذيبه له لأن الأصل فى السكوت عدم التصديق (قوله ودفع له ذلك على زعمه الوكالة) فإنه يرجع عليه كما ذكرنا (قوله فهذه) أى الثلاثة (قوله فإن ادعى الوكيل هلاكه) أى فى صورة ما لا ضمان عليه بهلاكه وهى ما عدا المسائل الثلاثة (قوله أو دفعه لموكله صدق الوكيل بحلفه) بدعواه الضياع أو أداء المال للموكل لأنه أمين ادعى إيصال الأمانة إلى مستحقها ، فيصدق فى براءة نفسه ولا يصدق فيما إذا ضمن ما يأخذه منه ؛ وكذلك فى بقية الصور السابقة . والأولى ذكر هذه المسألة بعد قوله المار وإن ضاع لا عملا بتصاديقه تأمل (قوله وفى الوجوه كلها) وهو ما إذا دفع مع تصديق أو تكذيب أو سكوت ضمنه عند الدفع أو قال الآخذ قبضت منك على أنى أبرأتك من الدين اه (قوله ليس له الاسترداد حتى يحضر الغائب) لأن المؤدى صار حقا للغائب إما ظاهرا أو محتملا ، فصار كما إذا دفعه إلى فضولى على رجاء الإجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الإجازة هداية وهو أحد قولين كما فى جامع الفصولين .

قال العلامة المقدسي : وعندى إشكال فى المنع لاسيما إذا سمع عنه عدم الأمانة حموى . وعلى القول بالاسترداد لو دفع إلى رجل ليدفعه إلى رب الدين فله أن يسترد لأنه وكيل المديون ، وقيل لا لأن من باشر التصرف لغرض ليس له أن ينقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه (قوله أو على إقراره بذلك) بقى لو كان الوكيل

لم يقض لسعيه فى نقض ما أوجبه للغائب ، نعم لو برهن أن الطالب جحد الوكالة وأخذ منى المال تقبل بحر ، ولو مات الموكل وورثه غريمه أو وهبه له أخذه قائما ، ولو هالكا ضمنه إلا إذا صدقه على الوكالة ، ولو أقر بالدين وأنكر الوكالة حلف ما يعلم أن الدائن وكله عينى .

(قال إنى وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه) على المشهور

مقرا فى الحال ربما يفهم من كلام الشارح أنه يلزمه الدفع ، وبالنظر إلى كونه قد تعلق حق الغائب فيما قبضه ولا يملك إبطال حقه بإقراره ينبغى أن لا يعتبر إقراره فليراجع (قوله لم يقبل) أى ما ذكر ، أما بالنظر للبرهان فعدم القبول ظاهر ، وأما بالنظر إلى إرادة الاستحلاف فالمراد به أنه لا يمكن من استحلافه ومع هذا لا يكون له حق الاسترداد ، ولو قال لم يقبل وليس له استحلافه لكان أظهر ط بزيادة (قوله لسعيه فى نقض ما أوجبه للغائب) وهو المدفوع فإنه حقه ويريد الدافع الرجوع فيه ، وهذا فى الصورتين ، وفى الأولى لأنها بينة على النفى (قوله تقبل) لأن النقض من الموكل لأن الثابت بالبيان كالثابت بالعيان (قوله وورثه غريمه) أى مديونه (قوله أو وهبه له) أى وهب الموكل الدين للمديون لأن هبة الدين من المديون إبراء ، ولو أبرأ الغريم المديون بعد قبض الدين رجع عليه به فكذا يرجع على وكيله ، هذا إذا كان قائما ولو حكما ، وكذا لو كان هالكا ولم يصدقه على الوكالة ، أما إن صدقه فقد جعله أمينا فلا ضمان عليه فى الهالك ، وكذا فيما إذا ادعى الدفع إلى الموكل بيمينه (قوله إلا إذا صدقه على الوكالة) فيأخذه قائما ولو حكما لا هالكا (قوله حلف ما يعلم) فى بعض النسخ : ماعلم .

وعبارة العينى : ما يعلم أن الطالب وكله بقبض دينه ، فإذا حلف لم يدفع إليه وإن نكل قضى عليه بالمال للوكيل اهـ .

وعن أبى حنيفة : أنه لا يحلفه لأن حق التحليف بناء على أنه خصم ولم يثبت بلاحجة (قوله فصدقه المودع) وإذا لم يصدقه لا يؤمر بالدفع بالأولى (قوله لم يؤمر بالدفع إليه على المشهور) لأنه إقرار بمال الغير ، بخلاف ما إذا ادعى أنه وكيل بقبض الدين لأنه إقرار بمال نفسه إذ الدين يقضى بمثله لا بعينه ، فلو هلكت الوديعة عنده بعد ما منع لا يضمن وينبغى أن يضمن لأنه منع من وكيل المودع بزعمه فهو كمنعه من الموكل ، ولو سلمها له فهلكت فى يده وأنكر المودع الوكالة يضمن المودع بتسليمه وله تحليفه أنه ما وكله فإن نكل برئت ذمته فإن حلف ضمن ولا يرجع على الوكيل لأن فى زعمه المودع ظالم بتضمينه والمظلوم لا يظلم إلا إذا ضمنه عند الدفع كما مر ، ولو دفع له ولم يصدقه على الوكالة رجع عليه مطلقا كانت العين موجودة أولا ، ولو كانت قائمة أخذها فى كل الوجوه لأنه ملكها بالضمان ، ولو أراد استردادها لم يملكه واختلفوا فى الملتقط لو أقر باللقطة لرجل هل يؤمر بالدفع إليه بحر .

قال فى جامع الفصولين : وإذا قبض رجل وديعة رجل فقال رب الوديعة ما وكلته وحلف على ذلك وضمن المستودع رجع على القابض إن كان بعينه ، فلو حضر ربه وكذبه فى الوكالة لا يرجع المودع على الوكيل لو صدقه ولم يشرط الضمان عليه وإلا رجع بعينه لو قائما وبقيمته او هالكا .

أقول : لو صدقه ودفعه بلا شرط ينبغى أن يرجع على الوكيل لو قائما ، إذ غرضه لم يحصل فله نقضه على قياس ما مر فى الهداية من أن المديون يرجع بما دفعه إلى وكيل صدقه لو باقيا كذا هذا ، والله تعالى أعلم اهـ .

قلت : ما بحثه مستفاد من كلام الكافى كما هو غير خاف .

أقول : وهذا كله إذا لم يثبت وكالته بالبينة ، فلو أقام بينة بأنه وكيل بقبضها فإنه يؤمر بدفعها ، فلو امتنع مع ذلك ضمن إذا كان بعد حكم الحاكم الشرعى المستوفى شرائطه الشرعية ، فلو أقامها ولم يقض عليه بالدفع

خلافا لابن الشحنة ، ولو دفع لم يملك الاسترداد مطلقا لما مر (وكذا) الحكم (لو ادعى شراءها من المالك وصدقه) المودع لم يؤمر بالدفع لأنه إقرار على الغير .

(ولو ادعى انتقالها بالإرث أو الوصية منه وصدقه أمر بالدفع إليه) لاتفاقهما على ملك الوارث (إذا لم يكن على الميت دين مستغرق) ولابد من التلوم فيهما لاحتمال ظهور وارث آخر .

(ولو أنكر موته أو قال لا أدرى لا) يؤمر به

لا يضمن تأمل (قوله خلافا لابن الشحنة) فيه أن ابن الشحنة نقل رواية عن أبي يوسف أنه يؤمر بالدفع فقط وما هنا هو المذهب المشهور فلا معارضة ، ومنه يعلم أن ما ادعاه السيد الحموى من أنه لا يؤمر بالدفع إليه إجماعا فيه نظر أبو السعود (قوله مطلقا) أى صدقه أو كذبه أو سكت (قوله لما مر) من أنه يكون ساعيا فى نقض ما أوجبه للغائب (قوله وكذا الحكم لو ادعى شراءها من المالك) أى مثل ما ذكر من الحكم لو ادعى رجل شراء الوديعة من المالك وصدقه المودع (قوله لم يؤمر بالدفع إليه) لأنه ما دام حيا كان إقرارا بملك الغير لأنه من أهله فلا يصدقان فى دعوى البيع عليه (قوله لأنه إقرار على الغير) أى بأنه باع ماله أى أو أنه وكله فى قبضه فهو علة للمسألتين (قوله ولو ادعى) أى الوارث أو الموصى له لا الوكيل كما توهمه العينى ، لأن المودع لا يؤمر بالتسليم إلى مدعى الوكالة أصلا . ح . وفيه أن الوكيل بهذه الدعوى صار وارثا أو موصى له وخرج عن الوكالة (قوله لاتفاقهما على ملك الوارث) أو الموصى له وينظر ما الفرق بين مدعى الإرث ومدعى الوصية ومدعى الشراء ، وإن علل فى مسألة الشراء بأنه إقرار على الغائب بالبيع فهما أيضا إقرار على المودع بالموت وبأن هذا وارثه فليتأمل (قوله إذا لم يكن على الميت دين مستغرق) فإن كان ودفع الوديعة إلى الوارث بغير أمر القاضي ضمن ، ولو أدى مديون إلى الوصى يبرأ أصلا جامع الفصولين ، ولعل المراد بالمستغرق ما يحتاج كلها أو بعضها فى قضائه ط : وكذا يضمن إن لم يكن مستغرقا ودفع إلى الوارث بلا أمر القاضى على ما يستفاد من سياق كلام البحر معزيا إلى جامع الفصولين (قوله ولابد من التلوم فيهما) أى فى صورتى الوارث والموصى له ولم يبين مدة التلوم ، والظاهر تفويضه إلى رأى القاضى ، وقد تقدمت هذه المسائل فى متفرقات القضاء وتقدم الكلام عليها (قوله لا يؤمر به) أى بالدفع لعدم اتفاقهما على ملك المدعى ، ولو لم يقل فى صورة دعوى الوصية لم يترك وارثا لم يكن ذو اليد خصما وقيد بدعوى الإرث والوصية للاحتراز عن دعوى الإيصاء إليه ، فإنه لو ادعى الإيصاء إليه وصدقه ذو اليد لم يؤمر بالدفع له إذا كان عينا فى يد المقر لأنه أقر أنه وكيل صاحب المال بقبض الوديعة أو الغصب بعد موته فلا يصح ، كما لو أقر أنه وكيله فى حياته بقبضها ، وإن كان المال دينا على المقر فعلى قول محمد الأول يصدق ويؤمر بالدفع إليه ، وعلى قوله الأخير وهو قول أبى يوسف لا يصدق ولا يؤمر بالتسليم إليه وإن كان إقرارا على نفسه لكنه إقرار على الغائب من وجه ودعوى لبراءة نفسه بدفع المال له ، فإنه لو تحقق موته ما برئ بالدفع إليه بصحة أمر القاضى بذلك ، حتى لو حضر الوارث وأنكر وصايته لا يلتفت إليه ولا له ولاية اتباع الغريم فيؤدى إلى أن يبرأ من الدين بلا حجة ، بخلاف ما لو أقر بوكالته فى حياته لأنه لو حضر وأنكر كان له أن يتبعه بدينه لأن أمر القاضى بالدفع لم يصح كذا فى التبيين عن التيسير ، لكن قال فى جامع الفصولين فى بحث أحكام الوكلاء : وفرق بينه وبين الوكيل بوجهين : أحدهما أن للقاضي ولاية نصب الوصى ، فلو قضى بدفعه يكون إقراره مؤديا إلى إسقاط حق الغير وهو براءة ذمته بدفعه إليه ، بخلاف الوكالة إذ القاضي لا يملك نصب الوكيل .

ما لم يبرهن، ودعوى الإيصاء كوكالة فليس لمودع ميت ومديونه الدفع قبل ثبوت أنه وصى، ولو لاوصى فدفع إلى بعض الورثة برئ عن حصته فقط.

(ولو وكله بقبض مال فادّعى الغريم ما يسقط حق موكله) كأداء أو إبراء أو إقراره بأنه ملكي (دفع الغريم (المال) ولو عقارا (إليه) أى الوكيل لأن جوابه تسليم

والثانى: أنه لو قضى له بدفعه إليه يصير وصيا فى جميع المال بخلاف الوكيل اه (قوله مالم يبرهن) وعليه فإذا برهن الوكيل بقبض الوديعة يؤمر الوديع بدفعها له كما تفيده مسألة الوصى (قوله ودعوى الإيصاء كوكالة) فإذا صدقه ذو اليد لم يؤمر بالدفع إليه إذا كان عينا إلى آخر ما قدمنا. (قوله فدفع إلى بعض الورثة) أى جميع ما عليه (قوله ولو وكله بقبض مال) أى كان له على غريمه (قوله أو إقراره) أى الموكل بأنه ملكى.

قال فى جامع الفصولين: ادعى أرضا وكالة أنه ملك موكلى فبرهن فقال ذواليد إنه ملكى وموكلك أقر به فلو لم يكن له بينة فله أن يحلف الموكل لا وكيله، فوكله لو غائبا فللقاضى أن يحكم به لموكله فلو حضر الموكل وحلف أنه لم يقر له بقى الحكم على حاله، ولو نكل بطل الحكم اه. وبه يظهر ما فى كلام الشارح من قوله ولو عقارا مع قوله ما لم يبرهن، لأنه وإن برهن فى العين يدفعها كما مر ويأتى، ولم يذكر حكم ما إذا نكل الطالب عن اليمين وحكم ما إذا برهن المديون على الإيفاء.

وفى جامع الفصولين: وإن نكل عن اليمين لزمه المال دون الوكيل، فإن كان المال عند الوكيل فلا سبيل له عليه إنما هذا مال الطالب الأول وقد قامت البينة على القضاء، فإن شاء أخذ به الموكل، وإن شاء أخذ المال من الوكيل إن كان قائما، فإن قال الوكيل قد دفعته إلى الموكل وهلك منى فالقول قوله مع يمينه، وإن قال أمرنى فدفعته إلى وكيل له أو غريم له أو وهبه لى أو قضى لى من حق كان لى عليه لم يصدق وضمن المال اه.

قال الخير الرملى: قوله ولم يذكر حكم ما إذا نكل الطالب عن اليمين الخ لإقرار مثل النكول.

وأقول: ولم يذكر الشارح فى هذه المسألة ما إذا أنكر رب المال الوكالة. والذى يظهر أن الأمر يرجع فيها إلى مسألة دعوى الوكالة عن الغائب، فيأخذ الغريم المال من الوكيل إن كان قائما، ويضمنه إن استهلكه. وإذا هلك لا رجوع له عليه إلا إذا ضمنه أخذا من قولهم إن دعواه الإيفاء إقرار بالدين وبالوكالة، فتأمل وراجع المنقول فإنى لم أر من صرح بذلك والله تعالى أعلم هذا.

ويقرب من هذا الجواب ما ذكره الأصحاب فى تعليل المسألة بقولهم: وهذا لأنه لو لم يكن محقا عنده فى طلب الدين ما اشتغل بذلك فصار كما إذا طلب منه الدين فقال أوفيتك فإنه يكون إقرارا ولم يثبت الإيفاء بمجرد دعواه فيؤمر بالدفع إليه، كما لو أقر بالوكالة صريحا تأمل اه (قوله دفع المال إليه) فيه إشارة بأنه لايحبسه حتى يحلف الموكل بل يدفعه ويتبع الموكل أو يصبر حتى يحضر فيحلفه، وكذا فى الوكيل بالاستحقاق وبه صرح فى الهندية (قوله ولو عقارا) أى فإنه إذا برهن على الإيفاء للموكل يقبل عند الإمام فى الدين بخلاف العين، ويوقف عندهما فى الدين والعين كما فى جامع الفصولين (قوله لأن جوابه) أى المطلوب بما تقدم (قوله تسليم) أى إقرار بالدين وبالوكالة حيث قال: أديت لرب المال أو أبرأنى منه فهو إقرار بالدين والوكالة، ثم زعم الإيفاء أو الإبراء بلا بينة فلا يقبل زعمه. ووجه الإقرار خفى علىّ.

قال السيد الحموى: وقد جعلوا دعواه الإيفاء لرب المال جوابا للوكيل إقرارا بالدين وبالوكالة، وأنت ترى أن هذا لايصلح تعليلا، والتعليل ماذكروه من أن الوكالة تثبت ولم يثبت الإيفاء بمجرد دعواه فلا يؤخر

مالم يبرهن ، وله تحليف الموكل لا الوكيل لأنالنيابة لا تجزى فى اليمين خلافا لزفر .

حقه اه (قوله مالم يبرهن) فإذا برهن على دعواه الإيفاء مثلا قبل على الوكيل وإن كان وكيلا بالقبض ، لأن الوكيل به وكيل بالخصومة ، بخلاف وكيل إجارة الدار وقبض الغلة إذا ادعى بعض السكان أنه عجل الأجرة لموكله وبرهن توقف ، ولا يحكم بقبض الأجر حتى يحضر الغائب بحر عن جامع الفصولين .

والفرق أن هذا وكيل فى العقد فحق القبض له أصالة ، فلو أثبت على الغائب كان حكما على الغائب ابتداء ، وفى المسألة السابقة هو وكيل بالقبض فقط والدين لم يثبت بعقده مقدسى (قوله وله تحليف الموكل) أى على أخذه واستيفائه ، فلو كان غائبا فللقاضى أن يحكم له بالدفع فإذا حضر وحلف أنه لم يقر له مثلا بقى الحكم على حاله ، وإن نـكل بطل الحكم ولزمه المال دون الوكيل ، فإن كان المال هلك عند الوكيل فلا سبيل له عليه ، ولو أقام البينة على القضاء ، فإن شاء أخذ به الموكل ، وإن شاء أخذه من الوكيل لو قائما ، فإن قال الوكيل قد دفعته إلى الموكل أو هلك منى فالقول قوله مع يمينه ، وإن قال أمرنى فدفعته إلى وكيل له أو غريم أو وهبه لى أو قضى من حق كان لى عليه لم يصدق وضمن المال اه (قوله لا الوكيل) ولو على عدم العلم باستيفاء الموكل ، إذ لو أقر لم ينفذ على موكله لأنه على الغير ، وكذا أب طالب زوج بنته البالغة بمهرها وقال ابنتى بكر فى منزلى وقال الزوج بل دخلت بها ولم يبق لها حق القبض صدق الأب لتمسكه بالأصل والزوج يدعى العارض والأب ينـكر ، ولا يحلف الأب أنه لايعلم بدخوله ، إذ لو أقر به لم يجر عليها لما مر جامع الفصولين .

أقول : وهذا التعليل أظهر مما ذكره الشارح من أن النيابة لاتجرى فى اليمين لأنها لاتظهر فيه : لأن هذه اليمين على هذا الوجه لا نيابة فيها ، وكأن الشارح تبع الدرر فتدبر .

ثم رأيت الوانى نقل عن صدر الشريعة مايقوى هذا البحث ، وأفاد أن المدعى عليه يريد بذلك إبطال وكالته كأنه يقول له إن صحت وكالتك وحق خصومتك معى موقوفة على بقاء الدين وأنت تعلم أدائى إياه فوكالتك باطلة فإنه إن أنـكرت أدائى فاحلف بالله ماتعلمه . قال : والحق أن ماقاله زفر قريب إلى الصواب .

قال فى نور العين عن الخلاصة : وفى الزيادات فى كل موضع لو أقر لزمه فإذا أنـكر يستحلف إلا فى ثلاث مسائل :

وكيل شراء وجد عيبا فأراد الرد وأراد البائع تحليفه بالله ما يعلم أن البائع رضى بالعيب لايحلف ، فإن أقر الوكيل لزمه .

الثانية وكيل قبض الدين إذ ادعى عليه المديون أن موكله أبرأه عن الدين واستحلف الوكيل على العلم لايحلفه ولو أقر به لزمه .

يقول الحقير : لم يذكر الثالثة فى الخلاصة ، وفى الثانية نظر ، إذ المقر به هو الإبراء الذى يدعيه المديون فكيف يتصور لزومه على الوكيل اه .

أقول : وفى كلام الفصولين من أنه لو أقر به على موكله لم يجر إشكال لأن الوكيل بالخصومة يملك الإقرار كما علمت ، وهذا يخالف ماذكر آخر العبارة من أنه لو أقر به لزمه : أى لزم الموكل ولعلهما قولان تأمل (قوله خلافا لزفر) فقال أحلفه على علمه ، فإن أبى خرج عن الوكالة لأن البينة لما جاز سماعها عليه لما فيها من إسقاط حقه فى الخصومة جاز أن يستحلف لينـكل فيثبت هذا المعنى .

ولأبى حنيفة وأبى يوسف أن الوكيل قام مقام الموكل فى الخصومة والقائم عن غيره لايستحلف فيما يدعى قبله من الاستيفاء كالوصى اه شلبى .

(ولو وكله بعيب فى أمة وادعى البائع أن المشترى رضى بالعيب لم يرد عليه حتى يحلف المشترى) والفرق أن القضاء هنا فسخ لا يقبل النقض ، بخلاف ما مر خلافا لهما (فلو ردها الوكيل على البائع بالعيب فحضر الموكل وصدقه على الرضا كانت له لا للبائع) اتفاقا فى الأصح ، لأن القضاء لا عن دليل بل للجهل بالرضا ثم

وفى العناية : ولم يذكر محمدا إما أنه لا رواية عنه ، أو أنه مع زفر . قال بعضهم وقول زفر هو الحق اه ومثله فى حاشية المولى عبد الحليم (قوله بعيب فى أمة) أى برد أمة بسبب عيب ح (قوله لم يرد عليه) أى لم يرد الوكيل على البائع ح (قوله حتى يحلف المشترى) يعنى لا يقضى القاضى عليه بالرد حتى يحضر المشترى ويحلف أنه لم يرض بالعيب وهذا عند عدم البينة ، فإن أقام البينة على الرضا قضى بلزوم البيع (قوله والفرق الخ) أى بين هذه المسألة حيث لا ترد الأمة على البائع وبين الذى قبلها حيث يدفع الغريم المال إلى الوكيل ح بزيادة .

أقول : هذا الفرق يخالف ما يأتى قريبا أنه إذا صدقه كانت له اتفاقا ، ولعل الأولى فى التعليل أن يقال إن البائع منكر لاستحقاق الرد عليه فيكون القول قوله ما لم يثبت عليه بيمين المشترى ، بخلاف الدين فإنه قد اعترف باشتغال ذمته به ثم يريد الخروج عنه فلا يصدق إلا ببرهان ، ولا شك أن البائع هنا دافع استحقاق الرد عليه والمديون رافع الدين قد لزمه باعترافه والدفع أسهل من الرفع .

ولا يقال : إن قوله هنا لم يرد عليه : أى لا يقضى الحنفى بذلك ، وقوله لأن القضاء لا عن دليل أى قضاء غير الحنفى لأن القضاء يرفع الخلاف مطلقا سواء كان القاضى حنفيا أو غيره إلا فى مسائل مستثناة إلا أن تجعل هذه المسألة منها . ولا يقال إن الحنفى قضى بخلاف مذهبه لأن المعتمد فى المسألة أنه لا ينفذ قضاؤه فى ذلك ولا يقال معنى قولهم لم يرد لا ينبغى أن يرد لأنه خلاف المعروف فى مثل هذه العبارة وتأكد ذلك بقرينة مقابله وهو دفع الغريم المال ، وليس هو من قبيل ينبغى بل يجب ، ويرده قوله إن القضاء هنا فسخ لا يقبل النقض ، وصرح فى البحر والتبيين بأن بعد القضاء لا يستحلف المشترى لعدم الفائدة لأن القضاء ينفذ عنده ظاهرا وباطنا (قوله فسخ لا يقبل النقض) لأن التدارك ممكن هنا باسترداد ما قبضه الوكيل إذا ظهر الخطأ عند نكوله ، ولا يمكن ذلك فى العيب لأن القضاء بالفسخ نافذ ظاهرا وباطنا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى فيصح القضاء ويلزم ، ولا يستحلف المشترى بعد ذلك لأنه لا يفيد إذ لا يجوز فسخ القضاء . وفى مسألة الدين ليس فيه قضاء وإنما فيه الأمر بالتسليم ، فإذا ظهر الخطأ فيه أمكن نزعه منه ودفعه إلى الغريم من غير نقض القضاء ولأن حق الطالب فى الدين ثابت بيقين لتحقق الموجب فلا يمتنع عن الوكيل استيفاؤه ما لم يثبت الغريم ما يسقطه ، ولا كذلك العيب لأنه لم يتيقن بثبوت حق المشترى فى الرد لاحتمال أنه رأى العيب ورضى به وقت التسليم فيمتنع ثبوت حقه فى الرد أصلا . وقالوا : عند أبى يوسف ومحمد يجب أن لا يفرق بين المسألتين بل يرد فيهما . وقيل الأصح عند أبى يوسف أن يؤخر فى الفصلين لأن من مذهبه أن القاضى لا يرد بالعيب على البائع ما لم يستحلف المشترى بالله ما رضيت بهذا العيب ، وإن لم يدع البائع الرضا فلا بد من حضور المشترى وحلفه اه (قوله بخلاف ما مر) أى من مسألة الدين ، لأن التدارك فيها ممكن باسترداد ما قبضه الوكيل إذا ظهر الخطأ عند نكوله إذ القضاء لم ينفذ باطنا لأنه ما قضى إلا بمجرد التسليم فلم يكن قضاء فى العقود والفسوخ (قوله خلافا لهما) أى لأبى يوسف ومحمد حيث قالا : لا يؤخر القضاء فى الفصلين لأن قضاء القاضى عندهما ينفذ ظاهرا فقط إذا ظهر الخطأ ح ، وأراد بقوله فى الفصلين فصل الرد بالعيب وفصل الدين عند ادعاء ما يبرئه ، وقيل الأصح عند أبى يوسف أنه يؤخر فى الفصلين ، لأن مذهبه أن القاضى لا يرد بالعيب على البائع ما لم يستحلف المشترى بالله ما رضيت بهذا العيب وإن لم يدع البائع الرضا إلى آخر ما قدمناه قريبا عن مذهبه (قوله فلو ردها الوكيل الخ)

ظهر خلافه فلا ينفذ باطنا نهاية (والمأمور بالإنفاق على أهل أو بناء) أو القضاء لدين أو الشراء أو التصدق عن زكاة (إذ أمسك ما دفع إليه ونقد من ماله) ناويا الرجوع ، كذا قيد الخامسة فى الأشباه (حال قيامه لم يكن متبرعا) بل يقع التقاص استحسانا

مناف لما تقدم من أن القاضى لايقضى بالرد ، اللهم إلا أن يقال معناه لاينبغى له ذلك ، فلو فعل كان القضاء موقوفا ، فإن حضر المشترى وكذب البائع مضى القضاء على الصحة ، وإن صدقه استردها تأمل ح . ولاتنس ماتقدم قريبا والمراد بردها : أى بالقضاء، يدل له قوله لأن القضاء لا عن دليل الخ وإذا كان الرد بدون قضاء فالحكم كذلك بالأولى .

ولا يقال إنه لم يرد عليه للعلة المتقدمة فكيف يقال فلو ردها الخ فهذا تناقض . لأنا نقول لم يرد عليه أى لايسوغ للقاضى الحنفى أن يحكم عليه بالرد لئلا يتضرر البائع للزوم الفسخ ، وقوله فلو ردها عليه أى بقضاء غير حنفى يرى ذلك لم يكن فسخا اتفاقا لأن القضاء لا عن دليل الخ لكن بهذا التعليل يبطل ماعلل به أولا بمنع الرد على البائع إلا أن يجعل هذا من المسائل التى لاينفذ فيها حكم القاضى حيث كانت لا عن دليل ولذا لايسوغ للحنفى أن يقضى بها فتأمل .

وأقول : إن ردها أيضا على المشترى البائع عند الإمام لايكون إلا بعد حلف المشترى فلم يكن القضاء عن جهل بل عن دليل ، ولو ردها بلا حلفه لم يكن له ذلك عنده، إلا أن يقال إنه حكم به على قولهما فإذا حضر وصدق على الرضا كان القضاء باطلا اتفاقا ، أو يقال إن البائع أسقط حقه فى اليمين فليتأمل (قوله فلا ينفذ باطنا) اعترض بأنه إذا جاز نقض القضاء هنا عند أبى حنيفة أيضا بأى سبب كان لايتم الدليل المذكور للفرق بين المسألتين (قوله أو الشراء) قيد به لما فى البحر عن الخلاصة : الوكيل ببيع الدينار إذ أمسكه وباع ديناره لايصح ، والوكيل بالشراء إذا اشترى ما أمر به ثم أنفق الدراهم بعد ماسلم إلى الآمر ثم نقد البائع غيرها جاز ، ولو اشترى بدنانير غيرها ثم نقد دنانير الموكل فالشراء للوكيل وضمن للموكل دنانيره للتعدى اهـ وبه ظهر أن التفصيل هو المختار خلافا لما أطلقه المصنف والشارح كما علمته مما نقلناه (قوله عن زكاة) الظاهر أنه ليس بقيد ح ، ويدل عليه إطلاق مايأتى عن المنتقى (قوله ناويا الرجوع) أى ناويا جعل الذى قبضه من الموكل عوض ماتصدق به من مال نفسه (قوله كذا قيد الخامسة فى الأشباه الخ) الظاهر أنه قيد فى المسائل كلها لكن ديانة ، لأن الوكيل فى غير معين لايقع مافعله لموكله إلا بالنية ، فإن تصادقا عليها فلا كلام ، وإن جحد الموكل نيته نظر إلى نقد الثمن ، فإن نقده من مال الموكل كان لموكله وإلا كان لنفسه وكل ذلك فى القضاء ، أما الديانة فالشراء لموكله متى نواه له فيحرم على الموكل دفعه إن غلب على ظنه صدقه ، والواقع فى مسألتنا أنه اشترى بغير مال الموكل فلا بد من النية (قوله حال قيامه) أما لو استهلكه ثم أنفق من عنده يكون متبرعا إجماعا لأن الوكالة قد بطلت فدفع العوض إلى غير مالكه بغير أمره تبرع كما قرره الإتقانى (قوله لم يكن متبرعا) إذا كان المال قائما ، قيل يفيد بمفهومه أنه لو اشترى بالمدفوع إليه شيئا لنفسه ثم اشترى بمال نفسه المأمور بشرائه للموكل لايجوز ولا ينفذ على الموكل .

وقضيته نفوذه على نفسه ويكون ضامنا مال الموكل ، لكن يبقى مالو كان المدفوع غير النقدين مثليا أو قيميا فاشترى لنفسه وكان المدفوع باقيا فى يد من اشترى منه هل للموكل المطالبة بعين ماله أم يضمن الوكيل المثل أو القيمة ؟ محل تأمل ، والظاهر الأول فتدبر كذا فى الحواشى الحموية (قوله بل يقع التقاص استحسانا)

(إذا لم يضف إلى غيره) فلو كانت وقت إنفاقه مستهلكة ولو بصرفها الدين نفسه أو أضاف العقد إلى دراهم نفسه ضمن وصار مشتريا لنفسه متبرعا بالإنفاق لأن الدراهم تتعين فى الوكالة نهاية وبزازية نعم فى الملتقى : لو أمره أن يقبض من مديونه ألفا ويتصدق فتصدق بألف ليرجع على المديون

لأن الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء لأن الإنفاق لايكون بدون الشراء فيكون التوكيل به توكيلا بالشراء ، والوكيل بالشراء يملك النقد من مال نفسه ثم يرجع به على الآمر ، وهذا لأنه لايستصحب مال الآمر فى كل مكان وينفق له ما أمره من غير قصد فيشتريه له ويحتاج للنقد من مال نفسه فلم يكن متبرعا تحقيقا لقصد الآمر ونفيا للحرج عن المأمور .

والقياس أن يكون متبرعا لأنه خالف أمره وأنفق ماله على غيره بغير أمره فيرد مال الموكل ، لأن الموكل أمره أن ينفق من ماله لا من مال نفسه فلما أنفق من مال نفسه خالف وكان متطوعا كما فى المقدسى والدرر .

قال قاضيخان : رجل دفع إلى رجل عشرة دراهم وأمره أن يتصدق بها فأمسكها الوكيل وتصدق بعشرة دراهم من عنده جاز استحسانا وتكون العشرة له بالعشرة اهـ (قوله إذا لم يضف إلى غيره) أى غير مال الآمر سواء أضاف إلى مال الآمر أو أطلق ، ومفهومه صرح به المؤلف فى قوله أو أضاف العقد إلى دراهم نفسه (قوله فلو كانت وقت إنفاقه مستهلكة) ومثله الشراء والصدقة وبهما صرح فى البحر (قوله ولو بصرفها لدين نفسه) أو غيره (قوله أو أضاف العقد إلى دراهم نفسه) هذا محمول على ما إذا لم ينو أو نوى لنفسه ، أما لو نوى لموكله فإن الوكيل يصح أن يشترى من مال نفسه ويرجع على موكله ، لكن حيث أضاف إلى دراهم نفسه كان الظاهر أنه مشتر لها فلا يصدق قضاء ، وكذا بعد استهلاكها أفاده الرحمتى (قوله وصار مشتريا لنفسه) ومثل وكيل النفقة وكيل الشراء عند محمد وهو الصحيح ولذا مشى عليه المتن ، لأن الوكالة تبطل بهلاك مال الآمر قبل الشراء خانية ، لكن ذكر فيها فى مسألة النفقة أن الضمان قول محمد ، وعدمه قول أبى يوسف وقدمه .

وفى البزازية : أمره بإنفاق عشرة من عنده ليرجع فقال المأمور أنفقت وكذبه الآمر وطلب المأمور أن يحلفه مايعلم أنه أنفق على أهله فله ذلك اهـ فأفاد أنهما إذا اختلفا فى أصل الإنفاق فالقول للمنكر ، ولو اختلفا فى القدر فالقول لمنكر الزيادة على مدعيها البينة فتاوى خير الدين . وفيها : ولو اختلفا فى القدر وقد دفع الآمر للمأمور مالا لينفق منه حكى قولين بتصديق المأمور وعدمه ومال إلى الأول فاحفظه .

وفى البزازية : قال استدن وأنفق على زوجتى وأولادى الصغار كل شهر عشرة فقال فعلت وصدقته المرأة وكذبه الآمر لم يصدق إلا إذا كان الحاكم فرض لها ذلك لأخذها ذلك بإذن الحاكم ، ولو كذبه الآمر وأراد المأمور يمين الآمر حلف الآمر بالله ماتعلم أنه أنفق على أهلك كذا ، ولو زعم الآمر أنه أنفق دون ذلك فالقول للمأمور ولا يشبه هذا الوصى (قوله لأن الدراهم تتعين فى الوكالة) فإذا هلكت الدراهم قبل الإنفاق أو قبل الشراء بها فى التوكيل بالشراء بطلت الوكالة ، فإذا أنفق عشرة من عنده كان متبرعا فلا يكون له أن يرجع على الموكل ولأنه خالف الأمر فيرد مال الموكل ، لأن الموكل أمره بأن ينفق من ماله لا من مال نفسه فلما أنفق من مال نفسه خالف وكان متطوعا ط عن الإتقانى :

أقول : ومقتضى ما تقدم أنه مذهب الإمام . وعندهما لا تتعين فى المعاملات والوكالة منها تأمل (قوله نعم فى الملتقى) الذى فى البحر عزوه إلى المنتقى بالنون وهو كذلك فى بعض النسخ وكذا فى المنح ، ومن غير استدراك بنعم .

جاز استحساناً .

(وصى أنفق من ماله و) الحال أن (مالى اليتيم غائب فهو) أى الوصى كالأب (متطوع إلا أن يشهد أنه قرض عليه أوأنه يرجع) عليه جامع الفصولين وغيره ، وعلله فى الخلاصة بأن قول الوصى وإن اعتبر فى الإنفاق لـكن لا يقبل فى الرجوع فى مال اليتيم إلا بالبينة .

[فروع] الوكالة المجردة لا تدخل تحت الحكم

والوجه فيها أن الدراهم التى أمر بقبضها من مديونه كأنها قائمة وقد تصدق من ماله مع قيامها فلا يكون متبرعا فظهر أنه لا وجه للاستدراك بنعم لأنها لا تنافى ما قبلها ، فإن قيام الدين فى ذمة المديون كقيام المال فى يد الوكيل ط و ح (قوله جاز استحساناً) أى جاز قضاء لا ديانة لأنه لم يأمره بالشراء بمال معين بل بمال فى ذمة المديون فكان بمنزلة مالو كانت الدراهم عنده كما علمت (قوله ومال اليتيم غائب) والحاضر كذلك بالأولى ح (قوله جامع الفصولين) عبارته كما فى البحر نقد من ماله ثمن شىء شراه لولده ونوى الرجوع يرجع ديانة لا قضاء ما لم يشهد ، ولو ثوبا أو طعاما وأشهد أنه يرجع فله أن يرجع لو له مال وإلا فلا لوجوبهما عليه حلبى ، ولو قنا أو شيئا لا يلزمه رجع ، وإن لم يكن له مال لو أشهد وإلا لا ، ولو أنفق عليه الوصى من ماله ومال اليتيم غائب وهو متطوع إلا أن يشهد أنه قرض عليه أو أنه يرجع اهـ .

ونقل الشارح فى آخر كتاب الوصايا ما يوافق هذا وما يخالفه ، فقد اضطرب كلام أئمتنا فى الرجوع مطلقا أو بالإشهاد عليه والتحرير ما فى أدب الأوصياء عن المحيط أن فى رجوع الوصى بلا إشهاد للرجوع اختلاف المشايخ .

والذى حرره سيدى الوالد ثمة أن فى المسئلة قولين : أحدهما عدم الرجوع بلا إشهاد فى كل من الأب والوصى . والثانى اشتراط الإشهاد فى الأب فقط ، ومثله الأم والوصى على أولادهما ، وعللوه بأن الغالب من شفقة الوالدين الإنفاق على الأولاد للبر والصلة لا للرجوع ، بخلاف الوصى الأجنبى فلا يحتاج فى الرجوع إلى الإشهاد والقول الأول استحسانا والثانى قياس ، ومقتضاه ترجيح الأول وعليه مشى المصنف هنا ، وهذا كله فى القضاء ، والله تعالى أعلم اهـ وتمامه وتمام الفوائد على ذلك هناك فراجعه إن شئت (قوله فروع) تكرار مع ما يأتى قريبا أول الباب (قوله الوكالة المجردة) أى عن حضور خصم ما جاحد أو مقرّ بها قال فى الكافى : ولا يجوز إثبات الوكالة والولاية بلا خصم حاضر ، وقدمنا أنه لا يثبت التوكيل بشهود مضمون الحجة ما لم يشهد الشهود بالتوكيل بناء على دعوى صحيحة فراجعه (قوله لا تدخل تحت الحكم) يعنى لا تثبت بسماع القاضى : قال المولى عبد الحليم : الوكالة المجردة ولو كانت وكالة عامة لا تتضمن الأمر بالأداء ولا الضمان ، ومن ذلك تفرع على ذلك أنه لا يجبر الوكيل بالإعتاق والتدبير والكتابة والهبة من فلان والبيع وطلاق فلانة وقضاء دين فلان إذا غاب الموكل ولا يحبس الوكيل بدين موكله ولو كانت وكالة عامة إلا إن ضمن كما فى الأشباه .

اعترض عليه أن قارئ الهداية سئل هل يحبس الوكيل فى دين وجب على موكله إذا كان للموكل مال تحت يد وكيله وامتنع الوكيل من إعطائه سواء كان الموكل حاضرا أو غائبا ؟ أجاب : إنما يجبر على دفع ما ثبت على موكله من الدين إذ ثبت أن الموكل أمر الوكيل بدفع الدين أو كان كفيلا وإلا فلا يحبس اهـ .

قلت : هذا الاعتراض ساقط عن آخره ، لما أن ما فى الأشباه مبتنية على الوكالة المجردة وهى لا تتضمن الأمر بالأداء ولا الضمان فيكون متبرعا فى فعله ما لم يؤمر به ولم يتعلق حق الغير بوكالته فيكون كالواهب حيث لا يجبر

وبيانه فى الدرر .
صح التوكيل بالسلم لا بقبول عقد السلم . فللناظر أن يسلم من ريعه فى زيته وحصره ، وليس له أن يوكل

على التسليم (قوله وبيانه فى الدرر) يستغنى عنه بما سيأتى من قول المصنف أول الباب الآتى ولا يصح الحكم بها مقصودا قال فيها نقلا عن الصغرى: الوكيل بقبض الدين إذا أحضر خصما فأقر بالتوكيل وأنكر الدين لا تثبت الوكالة، حتى لو أراد الوكيل إقامة البينة على الدين لا تقبل، وإذا ادعى أن فلانا وكله بطلب كل حق له بالكوفة وبقبضه والخصومة فيه وجاء بالبينة على الوكالة أو الموكل غائب ولم يحضر الوكيل أحد للموكل قبله حق فإن القاضى لا يسمع من شهوده حتى لا يحضر خصما جاحدا ذلك ومقرا به فحينئذ يسمع ويقرر الوكالة فإن أحضر بعد ذلك غريما يدعى عليه حقا للموكل لم يحتج إلى إعادة البينة ، ولو كان يدعى أنه وكله بطلب كل حق له قبل إنسان بعينه يشترط حضرة ذلك بعينه . ولو أثبت ذلك بمحضر من ذلك المعين ثم جاء بخصم آخر يدعى عليه حقا يقيم البينة على الوكالة مرة أخرى اهـ ثم قال فيها بعده : لو أقام الوكيل بقبض كل حق بينة شهدت دفعة على الوكالة، وعلى الحق للموكل على المدعى عليه . قال أبو حنيفة : تقبل على الوكالة لا غير ، فإذا قضى بها يؤمر الوكيل بإعادة البينة على الحق للموكل على المدعى عليه . وعندهما تقبل على الآمر ويقضى بالوكالة أولا ثم بالمال ، وكذا الخلاف فى دعوى الوصاية أو الوراثة مع المال اهـ فقوله ولم يحضر الوكيل أحدا أى من الكوفة للموكل من قبله حق أى عليه حق للموكل سواء كان مقرا بتوكيله أو جاحدا وهو المراد من إطلاقه وتعميمه ، وقوله قبله نصب على نزع الخافض متعلق بحق وهو مبتدأ خبره للموكل والجملة صفة أحدا وذلك إشارة إلى التوكيل ، كما أن الضمير المجرور فى به عائد إليه . يعنى إذا أحضر خصما جاحدا أو مقرا يسمع القاضى دعوى وكالته ويقبل بينته عليها هذا هو المراد لا أنه ثبتت وكالته بالإقرار . ويتقرر مطلقا من غير حاجة إلى البينة كما ظن (قوله صح التوكيل بالسلم) أى الإسلام بأن يدفع الدراهم لإنسان ليسلمها على بر مثلا فهو جائز كالبيع والشراء ، وقد تقدم التنبيه على هذه المسئلة فى باب الوكالة بالبيع والشراء حيث قال هناك : والمراد بالسلم الإسلام لا قبول السلم فإنه لا يجوز ابن كمال وأوضحناه بعبارة الزيلعى فراجعه .

وفى شرح الوهبانية قال فى المبسوط : وإذا وكله أن يأخذ الدراهم فى طعام مسمى فأخذها الوكيل ثم دفعها إلى الموكل فالطعام على الوكيل ، وللوكيل على الموكل الدراهم قرض لأن أصل التوكيل باطل ، لأن المسلم إليه أمره ببيع الطعام من ذمته إلى ذمة الوكيل . ولو أمره أن يبيع عين ماله على أن يكون الثمن على الآمر كان باطلا فكذلك إذا أمره أن يبيع طعاما فى ذمته وقبول السلم من صنيع المفاليس فالتوكيل به باطل اهـ (قوله لا بقبول عقد السلم) فإذا وكله أن يأخذ الدراهم فى طعام مسمى فأخذها الوكيل إلى آخر ما قدمناه فى المقولة السابقة (قوله فللناظر أن يسلم الخ) فرعه على ما قبله لأنه كالوكيل على ما صرحوا به وفى هذه العبارة إيجاز ألحقها بالألغاز ، وهى مشتملة على مسئلتين :

إحداهما : يجوز للقيم أن يسلم من ريع الوقف فى زيته وحصره كالوكيل بعقد السلم ثم رأس المال ، وإن ثبت فى ذمته كالمسئلة السابقة فهو مأمور بدفع بدله من غلة الوقف ، وليس المراد ثبوته فى الذمة متأخرا ليفسد العقد، بل المراد أنه كالثمن ثبت فى الذمة ثم ما يعطيه يكون بدلا عما وجب وهنا يعطيه فى المجلس كالتوكيل بالشراء يصح وإن لم يكن الثمن مالكه . أو نقول : الثمن هنا معين أى رأس مال السلم لأن مال الأمانة يتعين بالتعيين .

ثانيتهما : قد علمت أن قيم الوقف وكيل الوقف ، والوكالة أمانة لا يصح بيعها ولما اشتهرت أن ذلك لا يصح

به من يجعله بجعل أمينا على القرية فيأمره بعقد السلم ويستلم منه على ما قرر له باطنا لأنه وكيل الواقف والوكالة أمانة لا يصح بيعها ، وتمامه فى شرح الوهبانية .

باب عزل الوكيل

جعل النظار له حيلة إذا أرادوا أن يجعلوا فى القرية أمينا يحفظ زرعها ويقررون له على ذلك جعلا ، وهى أن يأمروه بعقد السلم ويستلموا من الوكلاء على ما هو مقرر لهم باطنا فالغلة المسلم فيها تثبت فى ذمة الوكيل ، ولو صرفها من غلة الوقف ضمنها ، ولو صرف مال المسلم على المستحقين لم يرجع به فى غلة الوقف وكان متبرعا لأنه صرف مال نفسه فى غير ما أذن له فيه تخريجا عن المسئلة السابقة لأنه توكيل بقبول السلم ، هذا حاصل ما ذكره شراح الوهبانية فى هذا المحل ، وقد صعب علىّ فهم هذا الكلام ولم يتلخص منه حاصل مدة طويلة حتى فتح المولى بشىء يغلب على ظنى أنه هو المراد فى تصوير هذه الحيلة فى المسئلة الثانية . وهى أن شخصا يكون ناظرا على وقف فيريد أن يجعل أمينا قادرا عليه بحيث ينتفع هو عاجلا والأمين آجلا فإذا أخذ من الأمين شيئا على ذلك ليقوم مقامه ويأخذ مستغلات الوقف بدلا عن الجعل فهو لا يجوز لأنه بيع الوكالة فى المعنى . لما علمت أن الناظر وكيل الواقف ، وهذا يفعل فى زماننا كثير فى المقاطعات والأوقاف ويسمونه التزامات . فإذا تحيل له بهذه الحيلة وهى أن يأخذ الناظر من الأمين مبلغا معلوما سلما على غلة الوقف ليصرفه ويأخذ منه ما عينه له الواقف من العشر مثلا ويستغل ذلك الأمين غلة الوقف على أنه المسلم فيه ليحصل للناظر نفع بنظارته وللأمين بأمانته فهو أيضا لا يجوز لأن الناظر وكيل عن الواقف فكأنه صار وكيلا عن الواقف فى قبول عقد السلم وأخذ الدراهم على الغلة الخارجة . وقد علمت أن الجائز التوكيل بعقد السلم لا بقبوله ، فإذا أخذ الدراهم وصرفها على المستحقين يكون متبرعا صارفا من مال نفسه وثبتت الغلة فى ذمته فيلزمه مثلها ، هذا ما ظهر لى ثم لا يخفى أن هذا كله إنما يكون بعد بيان مقدار المسلم فيه مع سائر شروط السلم وإلا فيكون فساده من جهة أخرى كما لا يخفى . والله تعالى أعلم ، أفاده سيدى الوالد رحمه الله تعالى (قوله به) أى بقبول السلم (قوله من يجعله) أى متولى الوقف بمقابلة جعل يتراضيان عليه كما علمت (قوله أمينا) مفعول يجعل (قوله فيأمره بعقد السلم) فيما يخرج من حبوب أرض الوقف وهذا هو محط الفائدة وإنما لم يجز لما علمت (قوله ويستلم) أى يقبض قدر ما تراضيا عليه من الجعل بجعله أمينا على القرية (قوله لأنه) أى متولى الوقف (قوله لا يصح بيعها) أى الوكالة التى هى أمانة . فلا يصح التزام الجعل فى مقابلتها أى ولا الحيلة التى اصطنعها لأن التوكيل فى قبول الاستلام باطل (قوله وتمامه فى شرح الوهبانية) حاصله أنه فيه أربع مسائل :

الأولى : التوكيل بالسلم جائز كالبيع والشراء وهى معروفة وتقدمت . الثانية : لا يجوز التوكيل بقبول عقد السلم وقد علمته مما تقدم أيضا . الثالثة : قيم الوقف وكيل الواقف والوكالة أمانة لا يصح بيعها إلى آخر ما تقدم أيضا . الرابعة : يجوز للقيم أن يسلم من ريعه فى زيته وحصيره بمنزلة الوكيل بعقد السلم ورأس المال ، وإن ثبت فى ذمته فهو مأمور بدفع بدله من غلة الوقف ، وليس المراد ثبوته فى ذمته متأخرا فيفسد العقد بل المراد أنه كالمترتب فى الذمة ثم ما يعطيه يكون بدلا عما وجب كما تقدم ، وأستغفر الله العظيم .

باب عزل الوكيل

من إضافة المصدر إلى فاعله أو مفعوله ، وأخره عن الوكالة لما أنه يقتضي سبق ثبوتها وهو رافعها فناسب

(الوكالة من العقود الغير اللازمة) كالعارية (فلا يدخلها خيار شرط ، ولا يصح الحكم بها مقصودا وإنما يصح في ضمن دعوى صحيحة على غريم) وبيانه في الدرر .
(فللموكل العزل متى شاء ما لم يتعلق به حق الغير) كوكيل خصومة بطلب الخصم كما سيجيء ولو الوكالة دورية

ذكره آخرا (قوله الوكالة من العقود الغير اللازمة)لأنها عقد تبرع ولا لزوم في التبرعات إلا بعد استيفائها ، والوكالة والعارية ينعقدان على أمر مستقبل فلا يلزمان فيه قبل وجوده (قوله فلا يدخلها خيار شرط) تفريع على عدم اللزوم ، لأن الأمر اللازم ربما تتبين مضرته فيعقبه الندم فشرع فيه الخيار لدفع ما يتوقع ولا حاجة فيه للأمر الغير اللازم (قوله ولا يصح) أي ويتفرع أيضا على عدم لزومها عدم صحة الحكم بها مقصودا لأنه لا فائدة في ذلك حيث لم تكن لازمة ، لكنها تصح في ضمن دعوى صحيحة ليتمكن من الجري على مقتضاها ، وهذا ما قدمه في الفروع من قوله الوكالة المجردة الخ (قوله وبيانه في الدرر) تقدم نقل عبارتها قريبا (قوله فللموكل العزل متى شاء) حيث لم تكن لازمة من الجانبين فللموكل الخ أي هذا هو الأصل فيها ، وقد تصير لازمة لعارض تعلق حق الغير كما بينه بقوله مالم الخ ، وإنما يتوقف بطلان الوكالة على العزل إذا لم ينته الأمر ، فإذا بلغ نهايته انعزل بلا عزل كما يأتي . قال الرملي : أطلق العزل فشمل مالو وكله وشرط على نفسه عدم العزل أو مدة حياته أو أبدا كما هو ظاهر . فقد صرح في الإسعاف أن منصوب الواقف كالوكيل عنه فيملك عزله متى شاء وإن شرط أنه لا يعزل : والله تعالى أعلم (قوله كوكيل خصومة) أي عن المطلوب وهو تمثيل للمدخول النفي : أي ليس له عزله وإن علم به الوكيل لتعلق حق الغير به . قال في الفصول : وهذا إذا علم الوكيل بالوكالة ، وإن لم يعلم بها فله عزله على كل حال .

قال في البحر : ثم يطرأ على الوكالة اللزوم في مسائل : منها الوكالة ببيع الرهن سواء كانت مشروطة في عقد الرهن أو بعده على الأصح فتلزم كالرهن . ومنها الوكالة بالخصومة بالتماس الطالب عند غيبة المطلوب ، لأنه إنما خلى سبيله اعتمادا على أنه يتمكن من إثبات حقه متى شاء ، فلو جاز عزله لتضرر به الطالب عند اختفاء المطلوب بخلاف ما إذا كان المطلوب حاضرا أو كانت الوكالة من غير التماس الطالب أو كانت من جهته لتمكنه من الخصومة مع المطلوب في الوجه الأول ولعدم تعلق حقه بالوكالة في الوجه الثاني إذ هو لم يطالب . وفي الوجه الثالث العزل إلى الطالب وهو صاحب الحق ، فله أن يعزله ويباشر الخصومة بنفسه . وله أن يتركها بالكلية ، وعلى هذا قال بعض المشايخ : إذا وكل الزوج بطلاق زوجته بالتماسها ثم غاب لا يملك عزله وليس بشيء بل له عزله في الصحيح لأن المرأة لا حق لها في الطلاق اهـ . قال العلامة قاسم زيادة في التعليل : ولأن الزوج غير مجبور على الطلاق وعلى التوكيل به . وإنما جعله وكيلا باختياره فيملك عزله كما في سائر الوكالات اهـ .

وعلى هذا قالوا : لو قال الموكل للوكيل كلما عزلتك فأنت وكيلي لا يملك عزله لأنه كلما عزله تجددت الوكالة له ، وقيل ينعزل بقوله كلما وكلتك فأنت معزول .

وقال صاحب النهاية إنه يملك عزله بأن يقول عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف ذلك إلى المعلق والمنفذ وكلاهما ليس بشيء ، ولكن الصحيح إذا أراد عزله وأراد أن لا تنعقد الوكالة بعد العزل أن يقول رجعت عن المعلقة وعزلتك عن المنجزة ، لأن مالا يكون لازما يصح الرجوع عنه والوكالة منه زيلعي ملخصا . وسيأتي قريبا نظيره عن البزازية (قوله كما سيجيء) أي قريبا (قوله ولو الوكالة دورية) كقوله كلما عزلتك فأنت وكيلي ، ثم لا يخلو إما أن يكون مبالغة علي قوله فللموكل العزل أو علي قوله مالم يتعلق به حق الغير ، فعلي الأول

فى طلاق وعتاق على ما صححه البزازى ، وسيجىء عن العينى خلافه فتنبه

يكون المعنى أن له العزل ولو كانت الوكالة دورية والمبالغة حينئذ ظاهرة ، وعلى الثانى أنه ليس له العزل فى الوكالة الدورية ، وعلى كل ففى كلام الشارح مناقشة ، أما على الأول فلمنافاته لقوله وسيجىء عن العينى خلافه . لأن الذى سيجىء أن له العزل فليس خلافه . وأما على الثانى فلأنه يقتضى أنه مما تعلق به حق الغير وليس كذلك لأن من يقول بعدم عزله فى الوكالة الدورية يقول إنه لايمكن ، لأنه كلما عزله تجددت له وكالة . وقوله فى طلاق وعتاق يحتمل أنه حال من الوكالة الدورية ، ويحتمل أنه مسألة أخرى من مدخول لو أيضا أى ولو فى طلاق وعتاق لا بقيد كونه فى الوكالة الدورية ، وفى كل مناقشة أيضا ، لأن البزازى لم يصحح شيئا منهما ، بل قال وكله غير جائز الرجوع . قال بعض المشايخ : ليس أن يعزله فى الطلاق والعتاق . وقال بعض مشايخنا : له العزل وليس فيه رواية مسطورة ، وقال قبله : وعزل الوكيل بالطلاق والنكاح لايصح بلا علم ، لأنه وإن لم يلحقه ضرر لكنه يصير مكذبا فيكون غررا اه نعم يصح حمله على الثانى إن جعلت المبالغة على قوله فللموكل عزله .

ولا يرد حينئذ عليه أنه مما لاحق فيه للغير كما سيصرح به ، والظاهر أن قوله وسيجىء عن العينى خلافه وقع من سهو القلم ولو حذفه لاستقام الكلام وانتظم .

والعبارة الجيدة أن يقال : فللموكل العزل متى شاء ولو الوكالة دورية مالم يتعلق به حق الغير كوكيل خصومة بطلب الخصم يشترط علم الوكيل ولو فى طلاق وعتاق . أفاده سيدى الوالد رحمه الله تعالى .

قال فى البزازية : وإذا أراد الموكل عزله عن الوكالة الدورية كيف يعزله ؟ قيل يقول عزلتك كلما وكلتك وأنه لايصح لأن فيه تعليق العزل بالشرط حيث قال إن صرت وكيلى فأنت معزول ولأن المعلقة بالعزل غير ثابتة فكيف يصح العزل عنه ، واختار شمس الأئمة أن يقول عزلتك عن الوكالات كلها أو عزلتك عن ذلك كله وأنه أيضا مشكل ، لأن الإخراج قبل الدخول فى ذلك الشىء لايتصور والعزل إخراج والمعلقة غير نازلة فلا يتصور الإخراج . قال الفقيه أبو جعفر والإمام ظهير الدين يقول رجعت عن المعلقة وعزلته عن المنفذة ، ولا يقدم العزل عن المنفذة على الرجوع عن المعلقة لأنه إذا قدم العزل عن المنفذة تنجز وكالة أخرى من المعلقة فلا ينعزل بعد عنها بالرجوع عن المعلقة اه .

قال فى البحر : ثم اعلم أنه لو قال كلما وكلتك فأنت معزول لم يصح . والفرق أن التوكيل يصح تعليقه بالشروط والعزل لا كما صرح به فى الصغرى والصيرفية ، فإذا وكله لم ينعزل اه وهذا بخلاف مايأتى قريبا فى كلام الشارح عن العينى فتنبه ، وسيأتى آخر الكتاب فى مسائل شتى (قوله فى طلاق وعتاق) قال الطحطاوى عازيا للخلاصة : المختار أنه يملك عزله بمحضر منه إلا فى الطلاق والعتاق والتوكيل بسؤال الخصم .

وفى منية المفتى قال مشايخنا : يملك عزله فى الفصول كلها وهذا إن شاء الله هو المعتمد بحر أى فى غير التوكيل بسؤال الخصم (قوله على ماصححه البزازى) قدمنا قريبا عبارته . وعلل أيضا بأن الوكيل ينعزل مالم يتعلق به حق الغير أو كانت دورية فى طلاق وعتاق صيانة لحق الغير فيما تعلق به ، ولأن الطلاق والعتاق يتعلقان بالأخطار فكانا يمينين ، ولا يصح الرجوع عن اليمين : هذا خلاصة ماحرره البزازى وقد علمت ضعفه (قوله وسيجىء الخ) أى قريبا حيث أطلق فى قوله ولا قوله كلما عزلتك فأنت وكيلى ولم يفرق بين طلاق وعتاق وغيرهما تأمل . لكن الشارح ساق مايأتى قريبا فى مقام عزل الوكيل نفسه ، وهنا فى عزل الموكل وكيله

(بشرط علم الوكيل) أى فى القصدى . أما الحكمى فيثبت وينعزل قبل العلم كالرسول (ولو) عزله (قبل وجود الشرط فى المعلق به) أى بالشرط به يفتى شرح وهبانية (ويثبت ذلك) أى العزل (بمشافهة به وبكتابة) مكتوب بعزله (وإرساله رسولا) مميزا (عدلا أو غيره) اتفاقا (حرا أو عبدا صغيرا أو كبيرا) صدقه أو كذبه ، ذكره المصنف فى متفرقات القضاء .

(إذا قال) الرسول (الموكل أرسلنى إليك لأبلغك عزله إياك عن وكالته . ولو أخبره فضولى) بالعزل (فلابد من أحد شطرى الشهادة) عدد أو عدالة (كأخواتها) المتقدمة فى المتفرقات . وقدمنا أنه متى صدقه قبل ولو فاسقا اتفاقا ابن ملك ، وفرّع على عدم لزومها من الجانبين بقوله :

(قوله بشرط علم الوكيل) فلو أشهد على العزل فى غيبة الوكيل لم ينعزل بحر وإنما لاينعزل إذا لم يبلغه لأنه نهى بعد الأمر فلا يعمل بدون العلم ، وفقهه أنه يلزم الوكيل ضرر ، ومحل اشتراط علم الوكيل إذا علم بالوكالة ، أما إذا وكله ولم يعلم بها فله عزله وإن لم يعلم به بزازية ، لكن نظر فيه سيدى الوالد رحمه الله تعالى بأنه قبل علمه لايكون وكيلا ، حتى لو باع لاينفذ ولا يكون بيعه إجازة للوكالة بخلاف الوصى ، وحينئذ فعزله قبل علمه ليس عزلا حقيقة تأمل (قوله كالرسول) فإنه ينعزل وإن لم يعلم ، ولا يتوقف عزله على علمه أى مطلقا ، ولو قصديا لأنه مبلغ عبارته فعزله رجوع عن الإيجاب مقدسى (قوله ولو) وصلية أى له العزل فى الوكالة المنجزة ، وفى المعلقة على شرط بعد وجوده وقبله (قوله عزله) بصيغة المصدر مبالغة على قوله فللموكل العزل (قوله به يفتى) كذا فى الصغرى ، وقيل لايصح لأن العزل لايتصور إلا بعد تحقق الوكالة وهى لم تتحقق بعد (قوله وبكتابة مكتوب بعزله) أى إن وصل إليه المكتوب كما سيأتى فى الفروع آخر الباب (قوله وإرساله رسولا) أى ووصل إليه أيضا منية (قوله مميزا) خرج المجنون والمعتوه والصبى الذى لايميز ط (قوله ذكره المصنف فى متفرقات القضاء) وقدمنا الكلام عليه هناك مستوفى فراجعه (قوله إذا قال الرسول الخ) قال المصنف فى متفرقات القضاء : وظاهر مافى العمادية أنه لابد أن يقول له إنى رسول بعزلك اه ونقلناه ثمة عن البحر (قوله الموكل أرسلنى الخ) الجملة مقول القول . واحترز به عما إذا أشهد على عزله حال غيبة الموكل فإنه لاينعزل كذا وقع التعبير بالموكل فى البحر والحموى والمنح . ولعل الأولى الوكيل لتظهر فائدة الاحتراز ط (قوله ولو أخبره الخ) ومنه الرسول الذى لم يقل أرسلنى إليك لأبلغك الخ (قوله عددا أو عدالة) منصوب على الحال المبينة أو مفعول لمحذوف تقديره أعنى أو على تمييز المبهم فى أحد شطرى الشهادة . وهذا على قول الإمام الأعظم فلا يثبت بخبر المرأة والعبد والصبى وإن وجد العدد أو العدالة كما قدمنا التنبيه عليه فى شتى القضاء ، وقدمنا أيضا أن العدالة لاتشترط فى العدد فراجعه إن شئت (قوله كأخواتها) أى أخوات الوكالة (قوله المتقدمة فى المتفرقات) وهى إخبار السيد بجناية عبده ، والشفيع بالبيع ، والبكر بالنكاح . والمسلم الذى لم يهاجر بالشرائع ، والإخبار بعيب لمريد شراء ، وحجر مأذون . وفسخ شركة . وعزل قاض ، ومتولى وقف اه أى فإنها يشترط فيها إحدى شطرى الشهادة كما تقدم (قوله قبل) أى خبره (قوله اتفاقا) يوهم أنه مما قدمه وليس كذلك . وعبارته هناك : ولا يثبت عزله إلا بإخبار عدل أو فاسق إن صدقه عناية .

قال فى منية المفتى : وبخبر واحد غير عدل إن صدقه انعزل وإلا فلا فى قول الإمام وإن ظهر صدق الخبر . وقالا : ينعزل إذا ظهر صدق الخبر وإن كذبه اه فهذا ينافى حكاية الاتفاق (قوله وفرع على عدم لزومها من الجانبين) لم يذكر المصنف سابقا إلا كونها من العقود الغير اللازمة . وأما كون عدم اللزوم من جانب أو من

(فللوكيل) أى بالخصومة وبشراء لمعين لا الوكيل بنكاح وطلاق وعتاق وببيع ماله وبشراء شيء بغير عينه كما فى الأشباه (عزل نفسه بشرط علم موكله) وكذا يشترط علم السلطان يعزل قاض وإمام نفسهما وإلا لا كما بسطه فى الجواهر .

جانبين فلم يتعرض له فلا وجه للتفريع . والأولى كما فعله المصنف أن يكون قوله وعدم اللزوم مبتدأ ، وقوله من الجانبين خبر أى وعدم اللزوم المتقدم فى عبارته ثابت من الجانبين فعدم لزومه من جانب الموكل قد سبق وهنا بين عدمه من جانب الوكيل بأنها لما كانت غير لازمة من جانب الموكل فللموكل العزل ، ولما لم تكن لازمة من جانب الوكيل فللوكيل عزل نفسه ، وكما يشترط هناك عدم تعلق حق الغير يشترط هنا علم موكله صيانة لحقه لاعتماده على صحة وكالته ، فلو صح أن يعزل نفسه بدون علمه لكان فيه تغرير للموكل (قوله فللوكيل) خبر مقدم عزل نفسه إذا علم موكله ، فإن علم انعزل إلا إذا تعلق به حق الغير كما تقدم فإنه لاينعزل بعزل الموكل الصريح إلا بعلم الخصم فكذا هذا وتأمله ط (قوله أى بالخصومة) تفسير لما يتقيد بعلم موكله (قوله وبشراء المعين) كما إذا وكله بأن يشترى له عبدا معينا ، فإذا أراد الوكيل أن يشتريه لنفسه أو يوكل من يشتريه له فاشتراه فهو للأول لأنه لايملك عزل نفسه عند غيبة الآمر ، إلا إذا اشتراه بأكثر مما وكل به أو بخلاف ماوكل به بزازية (قوله لا الوكيل بنكاح) أى فإنه لايتقيد بعلم الموكل ، وحينئذ فلو عزل نفسه ثم باشر ماوكل به لنفسه أو لغيره يصح لعدم تقيد عزله حينئذ بعلم الموكل ، بل بمجرد مباشرة العقد يصير تاركا للوكالة لمخالفته الآمر (قوله وببيع ماله) أى مال الموكل (قوله وبشراء شيء بغير عينه) أى لو وكله بشراء عبد مثلا فاشترى عبدا ليس للموكل أخذه ويقول له أنت وكيلى لأنه لايقع للموكل فى غير المعين مالم ينوه له أو ينقد الثمن من ماله أو يضيف العقد إلى دراهمه .

والحاصل أن الموكل له أن يعزل نفسه فى هذه الأشياء وإن لم يعلم الموكل لعدم تضرره ، وكان الأولى أن يذكر هذه الجملة بعد قوله شرط علم موكله (قوله كما فى الأشباه) عبارتها : لايصح عزل الوكيل نفسه إلا بعلم الموكل إلا الوكيل بشراء شيء بغير عينه أو بيع ماله ، وكذا الوكيل بالنكاح والطلاق والعتاق فانحصر فى الوكيل بشراء شيء معين والخصومة اه (قوله عزل نفسه) أى عن الوكالة وهو مبتدأ مؤخر .

قال الزيلعى : عزل نفسه عن الوكالة ثم تصرف فيما وكل إليه قبل علم الموكل العزل صح تصرفه فيه اه .

قال الباقانى : لايصح عزله نفسه ، ولايخرج عن الوكالة قبل علم الموكل اه (قوله وإمام) أى إمام الجمعة ، حتى لو عزل نفسه وعاد وصلى بالناس صحت صلاته ولا يحتاج إلى إذن جديد مالم يعلم الخليفة بعزل القاضى نفسه والإمام ، وكذا والى البلدة من قبله لأن فى انعزالهم قبل علمه تغريرا له وضررا بالمسلمين كما يأتى نقله موضحا قريبا (قوله وإلا) يعلم لايصح العزل إلا بعلم المولى .

ونص الجواهر : لاينعزل إلا إذا علم به السلطان ورضى بعزله كما يأتى فى المقولة الثانية نص عبارتها تماما (قوله كما بسطه فى الجواهر) أى حيث سئل عن قاضى بلدة عزل نفسه عن القضاء والسلطان الذى ولاه القضاء فى بلد آخر هل ينعزل بعزل نفسه حتى لو جلس فى بيته أياما ويقول عزلت نفسى عن القضاء ثم خرج بشفاعة الناس وجلس للقضاء هل ينفذ ، أجاب لاينعزل إلا إذا علم به السلطان ورضى بعزل نفسه ، وهذا كالوكيل بشراء شيء معين لما فيه من تغرير الموكل ، كذلك ههنا الإمام والسلطان لما فوض هنا الأمر إليه فقبل ، فقد انتقل هذا الأمر عن السلطان إليه ووجب عليه القيام ، كذا الإمام فى باب الصلاة إذا صار إماما لزمه القيام بها

(وكله بقبض الدين ملك عزله إن بغير حضرة المديون ، وإن) وكله (بحضرته لا) لتعلق حقه به كما مر (إلا إذا علم به) بالعزل (المديون) فحينئذ ينعزل ، ثم فرع عليه بقوله (فلو دفع المديون دينه إليه) أى الوكيل (قبل علمه) أى المديون (بعزله يبرأ) وبعده لا لدفعه لغير وكيل .

(ولو عزل العدل) الموكل ببيع الرهن (نفسه بحضرة المرتهن ، إن رضى به) بالعزل (صح وإلا لا) لتعلق حقه به ، وكذا الوكالة بالخصومة بطلب المدعى عند غيبته كما مر ، وليس منه توكيله بطلاقها بطلبها على

ولم يكن له أن يعزل نفسه إلا إذا صار بحال لايمكنه المضى فيها ، فحينئذ يستحق العزل وإنما ينعزل بإقامة غيره مقام نفسه حتى لاتبطل صلاة القوم ، فكذلك هنا مادام أهلا للقضاء لايملك عزل نفسه لما فيه من تغرير السلطان وإبطال حقوق المسلمين ، فإذا عزل نفسه وعلم السلطان أنه يعجز عن القيام به فإنه يخرجه عنه ويكون إخراجه بإقامة غيره مقامه كما فى الصلاة إذا سبقه الحدث ينعزل بالاستخلاف وإلا فلا ، وإن لم ينعزل بعزله نفسه فله أن يعود لقضائه لقيام ولايته كما كانت اهـ نقله الحلبى (قوله إن بغير حضرة المديون) أى إن صدر التوكيل بغير حضرة المديون (قوله وإن وكله بحضرته لا لتعلق حقه به) أى لأنه يلحقه به مضرة وتغرير لأنه قد يدفع المال إلى الوكيل لما علم من الوكالة ، فلو صح عزله بدون علمه لكان مغرورا بذلك حيث دفع لغير وكيل مع اعتماده على ماعلم من وكالته ، ولا يندفع ذلك التغرير إلا إذا علم بالعزل ، والظاهر أنه يلحق به ما إذا وكله بغير حضرته فبلغته الوكالة فينبغى أن يتوقف عزله حينئذ على علمه لأن علمه مثل حضوره أفاده الرحمتى (قوله ولو عزل العدل) العدل فاعل عزل ، والظاهر أن التقييد به جرى على الغالب ، وإلا فالتوكيل ببيع الرهن لايقتصر على العدالة والمراد به(١) الموكل ببيع الرهن فى عقد الرهن وأن يوفى الدين من ثمنه لايصح عزله سواء كان الوكيل العدل أو غيره كما يأتى التصريح به ، والمراد بالعدل من وضع الرهن على يده غير الراهن والمرتهن باتفاقهما عليه ، فلو شرط فى عقد الرهن أن يبيعه ويفى الدين بثمنه أو وكل غيره أجنبيا أو لمرتهن لايملك عزله لتعلق حق المرتهن به (قوله الموكل) بالبناء للمجهول صفة للعدل (قوله نفسه) مفعول عزل (قوله بحضرة المرتهن) متعلق بعزل ويعلم منه حكم ما إذا كانت بغير حضرته (قوله إن رضى) أى المرتهن (قوله بطلب المدعى) أما إذا كانت بغير طلبه فيصح عزله وإن كان فيه إبطال حق الطالب من حيث إن حقه يفوت برضاه لأنه لم يلتمس منه وكيلا بالخصومة كذا فى غاية البيان (قوله عند غيبته) أى غيبة الخصم الموكل وهو متعلق بإسم الإشارة فى قوله كذا ، فإن معناه أنه لايملك عزل نفسه بدون رضا الخصم عند غيبة المدعى عليه فيكون متعلقا بقوله عزله ، أما عند حضور المدعى عليه فيملك الوكيل عزل نفسه لعدم الضرر (قوله وليس منه) أى مما تعلق به حق الغير حتى لايملك عزل نفسه مراعاة له .

والحاصل أنه لو وكل رجلا بالخصومة ثم عزله حال غيبة الخصم فهذا على وجهين :
الأول : إن كان وكيل الطالب فيصح عزله وإن كان المطلوب غائبا . والثانى : بأن كان وكيل المطلوب فهذا على وجهين :
الأول : أن يكون التوكيل من غير التماس أحد ، وفى هذا الوجه العزل صحيح ، وإن كان الطالب غائبا .
والثانى : أن يكون التوكيل بالتماس الخصم ، وفى هذا الوجه إن كان الوكيل غائبا وقت التوكيل أو لم يعلم بالتوكيل صح عزله على كل حال ، وإن كان حاضرا وقت التوكيل أو غائبا لكن علم بالوكالة ولم يردها لايصح عزله

---

(١) قوله (والمراد الخ) تحرر هذه العبارة .

الصحيح لأنه لاحق لها فيه ولا قوله كلما عزلتك فأنت وكيلي لعزله بكلما وكلتك فأنت معزول عيني . (وقول الوكيل بعد القبول بحضرة الموكل ألغيت توكيلي أوأنا برىء من الوكالة ليس بعزل كجحود الموكل) بقوله لم أوكلك لا يكون عزلاً (إلا أن يقول) الموكل للوكيل (والله لا أوكلك بشيء فقد عرفت تهاونك فعزل) زيلعي ، لكنه ذكر فى الوصايا أن جحوده عزل ، وحمله المصنف على ما إذا وافقه الوكيل على الترك لكن أثبت القهستاني اختلاف الرواية ، وقدم الثانى وعلله بأن جحود ما عدا النكاح فسخ . ثم قال : وفى رواية لم ينعزل بالجحود اه فليحفظ .

حال غيبة الطالب ويصح حال حضرته رضي به أو سخط كما فى مشتمل الأحكام (قوله لأنه لاحق لها فيه) قال العلامة المقدسي : فلو أبرأته بشرط الطلاق فوكل به ينبغى أن لا يملك عزله ط عن الحموى . ونص عبارته : لو وكل بطلاق فغاب لا يملك عزله .

قلت : فلو أبرأته بشرط الطلاق فوكل به ينبغي أن لا يملك عزله ، والصحيح أن له العزل لأن المرأة لاحق لها فى الطلاق اه (قوله ولا قوله كلما عزلتك فأنت وكيلي) معطوف على توكيله : أى فإنه لم يتعلق به حق الوكيل (قوله لعزله) قدمنا عن الزيلعي ، وكذا عن البزازية طرق عزله عن الوكالة الدورية وما هو الصحيح فيها ، ورد ماذكره هنا بأنه لا ينعزل بقوله كلما وكلتك فأنت معزول فلا تغفل ، يؤيده ماذكره الحموى . وقيل ينعزل بقوله كلما وكلتك فأنت معزول وهذا غير صحيح لأنه تعليق العزل بالشرط وهو باطل (قوله كجحود الموكل بقوله لم أوكلك لا يكون عزلا) كذا فى البحر عن الزيلعي .

قال فى المنح بعد نقل عبارة الزيلعي : لكن ذكر الشارح المذكور فى كتاب الوصايا أن جحود التوكيل يكون عزلا . وذكر فى مسائل شتى بعد كتاب القضاء أن جميع العقود تنفسخ بالجحود إذا وافقه صاحبه بالترك إلا النكاح فينبغي حمل مافى الوصايا على ما إذا وافقه الوكيل على ترك الوكالة ، والله تعالى أعلم اه (قوله وحمله المصنف) بناء على ماذكره الزيلعي فى مسائل شتى من القضاء أن جميع العقود تنفسخ بالجحود إذا وافقه صاحبه بالترك اه ولا معنى لهذا الحمل لأنه إنما يحتاج لموافقة صاحبه فى العقود اللازمة والوكالة من العقود الجائزة الغير اللازمة فلا معنى لتوقفها على موافقة صاحبه لأنه لاحق له بها تأمل (قوله لكن أثبت القهستاني اختلاف الرواية) وكذا نقله السيد الحموى عن الولوالجية حيث قال : وفيها فى الفصل الثانى من الوصايا : لو جحد الوصاية فهو رجوع . ثم قال : وفى الجامع الكبير لا يكون رجوعا ، ففيه روايتان ، وعلى الخلاف جحود الوكالة من الوكيل أو الموكل وجحود الشركة وجحود الوديعـــة من المودع وجحود المتبايعين أو المستأجرين ، والصحيح غير مافى الجامع أنه يكون رجوعا وعليه الفتوى لأن الجحود صار مجازا عن الفسخ حتى لا يلغو اه .

قال العلامة المقدسي : يحتمل أن التصحيح فى خصوص الوصية أو فى الجميع اه .

قلت : والمتبادر الثانى ط (قوله وقدم الثانى) وهو كون الجحود عزلا (قوله وعلله الخ) هذا يؤيد ماقلنا إن التصحيح راجع إلى الجميع ط (قوله وفى رواية لم ينعزل بالجحود) قد علمت أن الفتوى على العزل بالجحود وأنه الصحيح .

وفى شرح القهستاني : ويدخل فيه يعني العزل جحود الوكالة فإن جحود ما عدا النكاح فسخ ، وفى رواية

(وينعزل الوكيل) بلا عزل (بنهاية) الشيء (الموكل فيه ، كما لو وكله بقبض دين فقبضه) بنفسه (أو) وكله (بنكاح فزوّجه) الوكيل بزازية . ولو باع الموكل والوكيل معا أو لم يعلم السابق فبيع الموكل أولى عند محمد . وعند أبي يوسف يشتركان ويخيران كما فى الاختيار وغيره (و) ينعزل (بموت أحدهما وجنونه مطبقا)

لم ينعزل بالجحود وهى مرجوحة (قوله وينعزل الوكيل الخ) وفى شركة العناية : يشكل على هذا أن من وكل بقضاء الدين فقضاه الموكل ثم قضاه الوكيل قبل العلم لم يضمن مع أنه عزل حكمى . وأجيب بأن الوكيل بقضاء الدين مأمور بأن يجعل المؤدى مضمونا على القابض لأن الديون تقضى بأمثالها وذلك يتصور بعد أداء الموكل ولذا يضمنه القابض لو هلك ، بخلاف الوكيل بالتصدق إذا دفع بعد دفع الموكل، فلو لم يضمن الوكيل يتضرر الموكل لأنه لا يتمكن من استرداد الصدقة من الفقير ولا تضمينه اه بنوع تصرف (قوله فزوّجه الوكيل) أى ينعزل الوكيل إذا فعل ما وكل فيه أو فعله الموكل ، وأشار بهذا وبما قبله إلى أن نهاية الموكل فيه إما أن تكون من جهة الموكل أو من جهة الوكيل وينعزل الوكيل بها ، فلو طلق الوكيل المرأة فليس للوكيل أن يزوّجه إياها لأن الحاجة قد انقضت .

وفى البزازية : وكله بالتزويج فتزوجها ووطئها وطلقها وبعد العدة زوّجها من الموكل صح لبقاء الوكالة .

أقول : الظاهر أن الضمير فى تزوجها للوكيل لا للموكل وإلا نافى ما هنا . وما يأتى من أن تصرفه بنفسه عزل تأمل .

قال فى المحيط : وكله ببيع عين له عزله إلا أن يتعلق به حق الوكيل ، بأن يأمره بالبيع واستيفاء الثمن بأداء دينه اه .

أقول : وهذا إذا لم يكن الدين مؤجلا . أما إذا كان مؤجلا، ففى القهستانى عن الجواهر : ولو وكل الدائن بدين مؤجل ببيع داره بسؤاله عند الأجل كان له عزله قبله اه فتنبه (قوله يشتركان) أى المشتريان من الوكيل والأصيل ، ومقتضى القواعد أن المعتمد قول أبى يوسف ط (قوله ويخيران) أى المشتريان فى الصورتين أى يثبت لكل منهما الخيار لتفرق الصفقة عليهما (قوله وينعزل بموت أحدهما) أى وإن لم يعلم الآخر كما أفاده فى البحر بقوله : رجل غاب وجعل دارا له فى يد رجل ليعمرها فدفع إليه مالا ليحفظه ثم فقد الدافع فله أن يحفظ وليس له أن يعمر الدار إلا بإذن الحاكم لأنه لعله قد مات ، ولا يكون الرجل وصيا للمفقود حتى يحكم بموته تجنيس من باب المفقود . وبهذا علم أن الوكالة تبطل بفقد الموكل فى حق التصرف لا الحفظ اه ، لكن رده المقدسى بأن ظاهر ما فى التجنيس أنه إنما دفع المال ليحفظه ، وحينئذ فلا يدل على ما استنبطه . فلقائل أن يقول : لو دفعه ليعمر منه كان له ذلك وإنما امتنع لعدم إذنه كذا فى حاشية أبى السعود عن الحموى .

أقول ، كيف يصح قوله كان له ذلك مع التعليل بأنه لعله قد مات وليس هذا وصية . ثم لا يخفى أن أمره بتعمير الدار لا يخلو إما أن يكون من هذا المال المدفوع أو من مال آخر دفعه له أو من مال المأمور ، وعلى كل فقوله ليس له أن يعمر الدار الخ يدل على عزله فى التصرف دون الحفظ فثبت ما قاله فى البحر فتأمله منصفا ولو قال المصنف فى هذه الأعذار وتبطل لكان أولى . ووجهه أن التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه فلابد من قيام الأمر وقد بطل بهذه العوارض .

قال فى اليعقوبية : ذكر موت الوكيل وقع فى الهداية والكافى أيضا ، لكن كون الموت مبطلا لتصرف الوكيل ظاهر فلا فائدة له إلا لدفع توهم جريان الإرث وإن كان فى غاية البعد (قوله وجنونه مطبقا) قيد به

بالكسر : أى مستوعبا سنة على الصحيح درر وغيرها ، لكن فى الشرنبلالية عن المضمرات شهر وبه يفتى ، وكذا فى القهستانى والباقانى ؛ وجعله قاضيخان فى فصل فيما يقضى بالمجتهدات قول أبى حنيفة وأن عليه الفتوى فليحفظ (و) بالحكم (بلحوقه مرتدا)

لأن قليله بمنزلة الإغماء ، فكما لا تبطل الوكالة بالإغماء لا تبطل بقليل الجنون حموى (قوله بالكسر) قال فى المصباح : والعامة تفتح الباء على معنى أطبق الله عليه الحمى والجنون : أدامهما ،كما يقال أحمه الله وأجنه : أى أصابه بهما ، وعلى هذا فالأصل مطبق عليه فحذفت الصلة تخفيفا ويكون الفعل ممـا يستعمل لازما ومتعديا اه .

أقول : ولعله أو يكون بأو دون الواو لأنه إذا كان مما يستعمل لازما ومتعديا لا يحتاج إلى دعوى حذف الصلة تخفيفا فإن ماحذفت منه الصلة يكون متعديا وما ذكرت فيه يكون لازما فتعين ما قلنا تأمل أفاده سيدى الوالد رحمه الله تعالى (قوله سنة على الصحيح درر) قال فيها : وهو قول محمد، وعلله فى البحر لسقوط جميع العبادات فقدر به احتياطا اه وقيل دائما كذا قيل .

وأقول : قال فى البحر : فالمطبق : أى الدائم زاد فى البناية وقيل مستوعبا (قوله شهر) أى مقدار شهر ، وهو قول أبى يوسف اعتبارا بما يسقط به الصوم . وعنه أكثر من يوم وليلة لسقوط الصلوات الخمس به فقدر به احتياطا وهو الصحيح كما ذكره الزيلعى (قوله وأن عليه الفتوى فليحفظ) ونقل المقدسى عن شرح الكافى أنه به يفتى لامحالة (قوله وبالحكم بلحوقه) أى بلحوق أحدهما موكلا كان أو وكيلا، يعنى إذا ارتد فوكل فلحق ، وقيد بالحكم بلحاقه لأن تصرفات المرتد قبله موقوفة عنده فكذا وكالته فإن أسلم نفذ ، وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة ، فأما عندهما فتصرفاته نافذة ، فلا تبطل وكالته إلا أن يموت أو يقتل على ردته أو يحكم بلحاقه بحر .

وفيه عن إيضاح الإصلاح المراد باللحاق ثبوته بحكم الحاكم اه لكن عبارة درر البحار ولحاقه بحرب مبطل من غير حكم به . قال شارحه لأن أهل الحرب أموات فى أحكام الإسلام وبلحاقه صار منهم اه .

وفى المجمع ولحاق الموكل بعد ردته بدار الحرب مبطل وقالا إن حكم به ، قال ابن ملك لأن لحاقه إنما يثبت بقضاء القاضى ، قيد باللحاق لأن المرتد قبله لا يبطل توكيله عندهما وموقوف عنده ، إن أسلم نفذ وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطل اه فعلم أن مافى الإيضاح على قولهما .

وبحث فيه فى اليعقوبية حيث قال : قوله ولحاقه بدار الحرب مرتدا هذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى . وعندهما يبطل لو حكم بلحاقه ، وقد مر فى السير كذا فى الهداية .

وههنا كلام ، وهو أن المعلوم مما ذكر فى كتاب السير أن المرتد إذا لحق بدار الحرب تكون تصرفاته موقوفة عند أبى حنيفة ، فإن عاد مسلما صار كأن لم يزل مسلما وتصح تصرفاته، وإن مات أو حكم بلحاقه استقر كفره فتبطل تصرفاته . وعندهما تصرفاته نافذة إلا أن يموت أو يحكم بلحاقه ، والوكالة من جملة التصرفات فلاوجه للحكم ههنا بمجرد اللحاق عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى كما لا يخفى ، اللهم إلا أن يراد من بطلان الوكالة عدم نفوذها لكنه بعيد لا يخفى فليتأمل .

وقال فى الهداية : وتبطل الوكالة بموت الموكل أوجنونه جنونا مطبقا أو لحاقه بدار الحرب مرتدا . ثم قال بعده ، وإن كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلحق بدار الحرب لأن ردتها لاتؤثر

ثم لا تعود بعوده مسلما على المذهب ولا بإفاقته بحر .

وفى شرح المجمع : واعلم أن الوكالة إذا كانت لازمة لاتبطل بهذه العوارض فلذا قال (إلا) الوكالة اللازمة (إذا وكل الراهن العدل أو المرتهن ببيع الرهن عند حلول الأجل فلا ينعزل) بالعزل ولا (بموت الموكل وجنونه كالوكيل بالأمر باليد والوكيل ببيع الوفاء) .

فى عقودها على ماعرف ، ويعلم من هذا أن الرجل الموكل إذا ارتد تبطل وكالته بمجرد الارتداد بدون اللحوق ، فينبغى أن يقول فى قوله السابق وارتد بدل قوله ولحاقه بدار الحرب مرتدا كما لا يخفى اه .

وفى الكفاية : ذكر شيخ الإسلام فى المبسوط وإن لحق الوكيل بدار الحرب مرتدا فإنه لا ينعزل عن الوكالة عندهم جميعا مالم يقض القاضى بلحاقه اه وهذا كما ترى مؤيد لما بحثه المحشى .

ثم اعلم أن المذكور فى السير أن تصرفات المرتد كالمبايعة والعتق ونحوهما موقوفة عند الإمام، إن أسلم نفذت وإن هلك أو لحق بدار الحرب وحكم به بطلت ، وأجازاها مطلقا ، وهذا كما ترى ليس خاصا بما إذا لحق بل الحكم أعم وتأمل (قوله ثم لا تعود بعوده مسلما على المذهب) أى سواء كان وكيلا أو موكلا كما فى البحر .

قال فى الحواشى اليعقوبية : واعلم أن الوكيل إن عاد مسلما بعد لحوقه بدار الحرب مرتدا والقضاء به تعود الوكالة عند محمد رحمه الله تعالى ، ولا تعود عند أبى يوسف ، ولو عاد الموكل مسلما بعد اللحوق والقضاء به لا تعود الوكالة عندهم فى ظاهر الرواية . وعن محمد أنه تعود كما قال فى الوكيل .

والفرق له على الظاهر أن مبنى الوكالة فى حق الموكل على الملك وقد زال بردته والقضاء بلحاقه ، وفى حق الوكيل على معنى قائم به وهو الأهلية ، ولم تزل بالقضاء بلحاقه كذا ذكر فى الهداية وشروحها . وعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ينبغى أن تعود الوكالة الباطلة بمجرد اللحوق بدون القضاء كما هو قوله إذا عاد الموكل مسلما بعده كما لا يخفى فليتأمل اه (قوله ولا بإفاقته بحر) عبارته : ومقتضاه أنه لو أفاق بعد جنونه مطبقا لا تعود وكالته وكأنه أخذه بحثا عن عدم عودها بالعود إلى الإســلام (قوله لا تبطل بهذه العوارض) هذا بإطلاقه ينافى التفصيل الآتى ، والأولى الاقتصار عليه (قوله أو المرتهن) عطف على العدل ح ، ولا يصح عطفه على الراهن لأن المرتهن لا يملك البيع (قوله ببيع الرهن عند حلول الأجل) أطلقه فشمل ما إذا شرطت الوكالة فى عقد الرهن أو بعده على ما اختاره الشارح فيما مضى ويأتى (قوله كالوكيل بالأمر باليد) الباء للاستعانة أى كالوكيل الذى صار وكيلا بسبب جعل الأمر بيده وهو المرأة : بأن قال وكلتك فى أن تجعل أمر زوجتى بيدها وفى ذلك مسامحة لأنه حينئذ يكون تمليكا لاتوكيلا ولذا لا تبطل بجنونه (قوله والوكيل ببيع الوفاء) أى بالتوكيل بجعله منجزا عند حلول الأجل إذا كانت الوكالة حالة العقد أو بعده على ما اختاره الشارح ، وهى داخلة تحت مسألة الرهن قاله الرحمتى .

لكن قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : لعل وجهه أن بيع الوفاء فى حكم الرهن فيصير وكيلا بأن يرهن ذلك الشىء فيكون مما تعلق به حق الغير وهو المشترى أى المرتهن تأمل . ثم رأيته منقولا عن الحموى ، وما ذكره السائحانى من أنه بيع الرهن فهو غفلة فتنبه اه فافهم ، لأن الصحيح فى بيع الوفاء أنه رهن له أحكام الرهن .

قال فى جامع الفصولين : باعه جائزا بوكالة ثم مات موكله لاينعزل بموته الوكيل اه والبيع الجائز هو بيع الوفاء اصطلاحا بحر . قال العلامة المقدسى : وهو ظاهر لتعلق حق البائع اه .

لا ينعزلان بموت الموكل ، بخلاف الوكيل بالخصومة أو الطلاق بزازية .

قلت : والحاصل كما فى البحر أن الوكالة ببيع الرهن لا تبطل بالعزل حقيقيا أو حكميا ولا بالخروج عن الأهلية بجنون وردة وفيما عداها من اللازمة لا تبطل بالحقيقى بل بالحكمى وبالخروج عن الأهلية .

قلت : فإطلاق الدرر فيه نظر (و) ينعزل (بافتراق أحد الشريكين)

والأولى أن يقول لتعلق حق المشترى قاله بعض الفضلاء أى لأنه رهن فى المعنى على ما عليه العمل اليوم ، فالمشترى مرتهن (قوله لاينعزلان) أى الوكيل بالأمر باليد والوكيل ببيع الوفاء (قوله بخلاف الوكيل بالخصومة) يعنى وإن كانت لازمة إن كانت بطلب الخصم وغيبة الموكل لكنه ينعزل بموت الموكل لتعذر خصومته بعد موته ولأن الحق المتنازع فيه ينتقل إلى غيره فتكون الخصومة متجددة مع من خلف الموكل والوكيل ليس بوكيل عنه (قوله أوالطلاق) قد تقدم أنه لو قال له كلما عزلتك فأنت وكيلى يلزم فى الطلاق والعتاق لأنهما من الإسقاطات المحضة فيصح تعليقهما بالشرط فيكون ذلك تعليقا فلا يصح الرجوع عنه ومع ذلك يبطل بموت الموكل ، لأن التعليق يبطل بموت المعلق لأن شرطه بقاء الملك ولا ملك له فى الزوجة والرقيق بعد موته أفاده بعض الأفاضل .

قال الحلبى : وذكره الطلاق هنا فيه أن التوكيل به غير لازم كما تقدم اه والظاهر أنه مبنى على مقابل الأصح من أنه لازم (قوله بزازية) فإنه جعل ذلك فيها من الوكالة اللازمة كما قدم تصحيحه عنه فى شرح قوله فللموكل العزل ، وتقدم لنا أن المعتمد أنها غير لازمة فيه .

ونص البزازية : فأما فى الرهن فإذا وكل الراهن العدل أو المرتهن ببيع الرهن عند حلول الأجل أو الوكيل بالأمر باليد لا ينعزل ، وإن مات الموكل أو جن والوكيل بالخصومة بالتماس الخصم ينعزل بجنون الموكل وموته والوكيل بالطلاق ينعزل بموت الموكل استحسانا لا قياسا بحر فتأمل (قوله وفيما عداها) أى فيما عدا الوكالة ببيع الرهن فإن الوكيل ينعزل فيها بالموت والجنون الخ ينافى قول المتن كالوكيل بالأمر باليد والوكيل ببيع الوفاء ، فالأولى ذكرهما مع الوكالة ببيع الرهن .

أقول : ولعله لم يستثنهما ، لما علمت من أن الأمر باليد تمليك لا توكيل وبيع الوفاء رهن على المفتى به تأمل (قوله وبالخروج عن الأهلية) ومنه موته بعد قوله فى التوكيل فى الطلاق والعتاق كلما عزلتك فأنت وكيلى (قوله قلت فإطلاق الدرر فيه نظر) أى حيث قال وذا : أى انعزال الوكيل فى الصور المذكورة إذا لم يتعلق به أى بالتوكيل حق الغير . أما إذا تعلق به ذلك فلا ينعزل كما إذا شرطت الوكالة فى بيع الرهن كما مر ، أو جعل أمر امرأته فى يدها ثم جن الزوج اه فإن قوله أما إذا تعلق به حق الغير فيدخل فيه الوكالة بالخصومة بالتماس الطالب والحكم فيها ليس كذلك ح وأصله فى المنح . ولا يخفى أنه وارد على ما نقله الشارح عن شرح المجمع أيضا ، وحينئذ فلا وجه لتخصيص النظر بما فى الدرر بل الأمر فيها أسهل مما تقدم عن شرح المجمع فإنه وارد عليه أيضا ، وقد علمت أن هذا فى مسألة الرهن فقط ، وفى غيرها لاينعزل بالحقيقى بل بالحكمى ولذا قال فيه نظر (قوله وينعزل بافتراق أحد الشريكين) هذا يحتمل أمرين :

أحدهما : أن يكون الافتراق بهلاك المالين أو مال أحدهما قبل الشراء فإن الشركة تبطل به ، فتبطل الوكالة الضمنية التى دخلت فى ضمن عقد الشركة علما به أولا لأنه عزل حكمى إذا لم تكن الوكالة مصرحا بها عند عقد الشركة .

ولو بتوكيل ثالث بالتصرف (وإن لم يعلم الوكيل) لأنه عزل حكمي (و) ينعزل (بعجز موكله لو مكاتبا وحجره) أي موكله (لو مأذونا كذلك) أي علم أولا لأنه عزل حكمي كما مر ، وهذا (إذا كان وكيلا في العقود والخصومة . أما إذا كان وكيلا في قضاء دين واقتضائه وقبض وديعة فلا) ينعزل بعجز وحجر ؛ ولو عزل المولى وكيل عبده

وثانيهما : أن أحدهما أو كليهما لو وكل من يتصرف في المال جاز ، فلو افترقا انعزل هذا الوكيل في حق غير الموكل منهما إذا لم يصرحا بالإذن في التوكيل وإنما ذكرنا الوجهين إذ لو بقي الافتراق على ظاهره لم يصح قولهم وإن لم يعلم الشريك إذ لا يصح أن ينفرد أحدهما بفسخ الشركة المستلزمة للوكالة بلا علم صاحبه اهـ درر ، وهذا الذي عناه الشارح بقوله ولو بتوكيل ثالث (قوله ولو بتوكيل ثالث) أي توكيل الشريكين أو أحدهما ثالثا يعني أنه تبطل الوكالة التي في ضمن الشركة ووكالة وكيلهما بالتصرف (قوله بالتصرف) والحاصل أنه تبطل الوكالة التي في ضمن الشركة ووكالة وكيلهما بالتصرف إذا هلك المالان أو أحدهما قبل الشركة فتبطل به وتبطل الوكالة التي كانت في ضمنها علما بذلك أو لم يعلما لأنه عزل حكمي إذا لم تكن الوكالة مصرحا بها عند عقد الشركة ، وكذا إذا وكل الشريكان أو أحدهما وكيلا للتصرف في المال ، فلو افترقا انعزل في حق غير الموكل منهما إذا لم يصرحا بالإذن في التوكيل (قوله وإن لم يعلم الوكيل) راجع إلى قول الشارح ولو بتوكيل ثالث لأنه لا يمكن إرجاعه إلى الوكالة الضمنية لأنها واقعة بين الشريكين ، ويبعد أن يفترقا ولا يعلمان بافتراقهما وكأن المصنف هو الذي أراده والشارح عمم في كلامه تكثيرا للفائدة ، نعم يمكن إرجاعها للوكالة الضمنية بأن كان انفساخ الشركة بهلاك المالين أو أحدهما قبل الشراء فإنه قد لا يطلع الشريكان على ذلك أو أحدهما ومع ذلك تبطل وكالته الضمنية فيصح رجوعه إلى المسألة على عمومها (قوله وبعجز موكله) أي عن أداء بدل الكتابة (قوله أو مكاتبا) يؤخذ من عموم بطلان الوكالة بعزل الموكل أن للمكاتب والمأذون عزل وكيلهما أيضا كما نبه عليه في البحر . وقال فيه : وإن باع العبد ، فإن رضي المشتري أن يكون العبد على وكالته فهو وكيل ، وإن لم يرض بذلك لم يجبر على الوكالة كذا في كافي الحاكم ، وهو يقتضي أن توكيل عبد الغير موقوف على رضا السيد وقد سبق إطلاق جوازه لأنه لا عهدة عليه في ذلك ، إلا أن يقال إنه من باب استخدام عبد الغير فيتوقف على رضا سيده لأنه لا يملك منافعه تأمل اهـ .

وفيه : وقد سئلت عن ناظر وكل وكيلا في أمر الوقف ثم عزله القاضي هل ينعزل وكيله بعزله؟ فأجبت : أنه ينعزل أخذا من قولهم هنا يشترط لدوامها ما يشترط لابتدائها ، والله تعالى أعلم (قوله وحجره) إنما ثبت العزل بهما لأن قيام الوكالة يعتمد قيام الأمر وقد بطل بالعجز والحجر علم أو لم يعلم بحر . وفيه : ويؤخذ منه أن للمكاتب والمأذون عزل وكيلهما (قوله وهذا) أي العزل بالعجز والحجر .

قال في شرح المجمع لابن ملك : ثم المكاتب لو كوتب بعد ذلك أو أذن المحجور لم تعد الوكالة لأن صحتها باعتبار ملك الموكل التصرف عند التوكيل وقد زال ذلك ولم يعد بالكتابة الثانية أو الإذن الثاني (قوله إذا كان وكيلا في العقود والخصومة) لأنه إنما ينعزل فيما امتنع عنه موكله بعجزه وحجره ، والمكاتب بعد عجزه والمأذون بعد حجره لا يملك العقود والخصومة فينعزل عنها وكيله ، ولا يتحجر عن قضاء الدين واقتضائه وقبض الوديعة لأنه أصيل في عقود باشرها واسترداد أمانته وردها فولايتها إليه ولو بعد حجره فلا ينعزل وكيله عنه (قوله أما إذا كان وكيلا) أي عن المكاتب والمأذون ثم عجز أو حجر عليه (قوله فلا ينعزل بعجز) أي عجز موكله عن أداء بدل الكتابة (قوله وحجر) لأن العجز والحجر لا يوجبان الحجر عليه من قضاء الدين واقتضائه

المأذون ولم ينعزل (و) ينعزل (بتصرفه) أى الموكل (بنفسه فيما وكل فيه تصرفا بعجز الوكيل عن التصرف معه وإلا لا ؛ كما لو طلقها واحدة والعدة باقية) فللوكيل تطليقها أخرى لبقاء المحل ؛ ولو ارتد الزوج أو لحق وقع طلاق وكيله مابقيت العدة (وتعود الوكالة إذا عاد إليه) أى الموكل قديم ملكه كأن وكله ببيع فباع موكله ثم رد عليه بما هو فسخ بقى على وكالته

إلى آخر ماقدمناه قريبا (قوله لم ينعزل) لأنه حجر خاص والإذن فى التجارة لايكون إلا عاما فكان العزل باطلا ، ألا ترى أن المولى لايملك نهيه عن ذلك مع بقاء الإذن . ولأن العبد كامل الرأى صحيح العبارة غير أنه لايملك نفسه ، وما فى يده وكل ذلك ملك لسيده فلا تصح تصرفاته صيانة لحق مولاه . فإذا أذن له المولى فقد أسقط حقه فيتصرف العبد بولاية نفسه أصالة لا نيابة عن سيده فلا يملك سيده إلا حجره صيانة لحق نفسه لا إبطال تصرف تصرفه بولاية نفسه لأن المولى قد أسقط حقه بالإذن ومنها توكيله فكذا لايملك عزل وكيله (قوله وينعزل بتصرفه بنفسه) لانقضاء الحاجة به . كما لو وكله بإعتاق عبده أو بكتابته فأعتقه الموكل أو كاتبه أو بتزويج امرأة أو بشراء شىء ففعل بنفسه أو بطلاق فطلقها ثلاثا أو واحدة وانقضت عدتها أو بالخلع فخالعها بنفسه بحر (قوله وإلا لا) أى وإن لم يعجز الوكيل عنه ، كما إذا أذن للعبد فى التجارة وغير ذلك لاينعزل .

وفى الخلاصة : لو وكله بشراء حنطة بعينها أو ببيعها فجعلت دقيقا أو سويقا خرج من الوكالة . ولو وكله إلى عشرة أيام هل تنتهى بمضى العشرة ؟ روايتان . والأصح لافليحفظ (قوله والعدة) الواو استئنافية لاللحال فافهم (قوله لبقاء المحل) قال فى الهندية : ولو وكلت بالتزويج ثم إن المرأة تزوجت بنفسها خرج الوكيل عن الوكالة علم بذلك الوكيل أو لم يعلم ، ولو أخرجته عن الوكالة ولم يعلم الوكيل لايخرج عن الوكالة . وإذا زوجها جاز النكاح ، ولو كان وكيلا من جانب الرجل بتزويج امرأة بعينها ثم إن الزوج تزوج أمها أو بنتها خرج الوكيل عن الوكالة كذا فى المحيط اهـ (قوله ولو ارتد الزوج) أى ولم يلحق بدار الحرب أو لحق أى بعد الردة ولم يحكم بلحاقه فإن طلاقه واقع اتفاقا لأنه لايعتمد الملة فكذا وكالته فيه لأنها قيام الغير مقامه فيما يملكه وهو يملك الطلاق ، فكذا يملك التوكيل به . أما لو حكم بلحاقه فقد تقدم أنه ينعزل به وكيله . وصرح هنا فى البحر والمنح أن لحوقه بمنزلة موته : أى بعد الحكم به ، وصرح المصنف أنها إذا بطلت باللحاق من أحدهما لاتعود بعوده مسلما على المذهب الظاهر .

فإن قلت : هذا ينافى ماذكره فى المنية بقوله : ارتد الموكل أو لحق بدار الحرب تتوقف وكالة وكيله : وكذا ماتقدم من انعزاله باللحاق مرتدا . قلت : لامنافاة لأن ذلك فى الوكيل يتصرف بمايتوقف من المرتد كالبيع وهذا فيما لايتوقف اتفاقا كالطلاق ، فحيث نفذ من الموكل نفذ من الوكيل . وأيضا فإن المراد من انعزاله باللحاق مرتدا المحكوم به ثمة وهنا المجرد عن الحكم كما هو المقرر من كلامهم فتأمل (قوله أو لحق) أى ولم يحكم به ، فلا ينافى ماتقدم كما علمت (قوله وتعود الوكالة) أى يعود ملك التصرف للوكيل بموجب الوكالة السابقة . وليس المراد أنها تعود بعد زوالها لأنه لم ينعزل كما يفهم من قوله قبله وإلا لا . وعبارة الزيلعى : فالوكيل باق على وكالته (قوله ثم رد عليه بما هو فسخ) كخيار رؤية وشرط أو عيب بقضاء أو فساد بيع (قوله بقى على وكالته) لأن ملكه القديم قد عاد إليه بالفسخ فتعود الوكالة ، وإن رد بما لايكون فسخا لاتعود الوكالة ، كما لو وكله فى هبة شىء ثم وهبه الموكل ثم رجع فى هبته لم يكن للوكيل الهبة ، ولو وكله بالبيع ثم رهنه الموكل أو أجره فسلمه فهو على وكالته فى ظاهر الرواية ، ولو وكله أن يؤجر داره ثم أجرها الموكل بنفسه ثم انفسخت الإجارة يعود على

(أو بقى أثره) أى أثر ملكه كمسألة العدة . بخلاف ما لو تجدد الملك .

وكالته . ولو وكله ببيع داره ثم بنى فيها فهو رجوع عنها عند الإمام ومحمد لا التجصيص ؛ وكذا لو وكله ببيع أرضه ثم غرس فيها . بخلاف ما إذا وكله ببيع أرض وزرع فيها فيبيع الوكيل الأرض دون الزرع لأن البناء والغرس يقصد بهما القرار لا الزرع .

أمره بشراء أرض وهى بيضاء فبنى فيها ليس له أن يشتريها بعده ، ولو كانت مبنية فزاد فيها حائطا أو جصصها له البيع بحر . وعبارة الهندية بعد قوله أو جصصها لزم الآمر : وكذلك الوكالة بالبيع اهـ . وفى البحر : والوصية بمنزلة الوكالة .

ففى وصايا الخانية : ولو قال أوصيت بهذا الرطب الذى فى نخلتى فصار تمرا قبل موت الموصى فى القياس تبطل الوصية ولا تبطل استحسانا ، ولو قال أوصيت بزرعى هذا لفلان وهو بقل فصار حنطة أو شعيرا قبل موت الموصى بطلت الوصية . وفى الوكالة إذا تغير فى هذا كله بطلت الوكالة ، وفى البيع بشرط الخيار إذا تغير فى أيام الخيار لا يبطل البيع ولا الخيار اهـ .

وفى البدائع : إذا باع الموكل ما وكل ببيعه ولم يعلم الوكيل فباعه وقبض الثمن فهلك فى يده ومات العبد قبل التسليم ورجع المشترى على الوكيل رجع الوكيل على الموكل . وكذا لو دبره أو أعتقه أو استحق أو كان حر الأصل لأنه صار مغرورا من جهة ، ولو مات الموكل أو جن لا يرجع لعدم الغرور ، والوكيل بقبض الدين لو قبضه وهلك فى يده بعد ما وهبه الموكل للمديون ولم يعلم الوكيل لم يضمن وتمامه فيه اهـ (قوله أو بقى أثره) أى أثر ملكه أى وتبقى الوكالة إذا بقى أثره كمسألة العدة . وهى ما إذا وكله بطلاقها ثم طلق الآمر انفسه بقيت الوكالة لبقاء أثر الملك . وقد أمكن إيقاع الوكيل فيه فلم يكن تصرف الموكل معجزا عن تصرف الوكيل معه . قال بعض الفضلاء هذا ليس على إطلاقه بل مقيد بزوال حاجة الموكل ، وهو موجود فيما إذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل أن يهب كما قدمناه قريبا لأن الواهب مختار بالرجوع فتبين برجوعه عدم حاجته إلى الهبة ، لأنه لو كان محتاجا لما رجع فكان دليلا على نقض الوكالة ولهذا صرح المصنف بأنه إذا وكله بطلاق زوجته فطلقها واحدة والعدة قائمة بقيت الوكالة لأن الوكيل يمكنه بتقييد ما وكل به ولا دليل لزوال الحاجة ، وكذا ما ذكره الشارح إذا وكله بالبيع فباع ثم رد عليه بعيب بقضاء فللوكيل أن يبيعه لأن الرد بقضاء بلا اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة ، فله أن يبيعه لأن الحاجة قائمة كذا فى الحواشى اليعقوبية ، ومثله فى العناية وغيرهما من المعتبرات (قوله كمسألة العدة) وهى ما إذا وكله بطلاق امرأته ثم طلق الآمر بنفسه بقيت الوكالة لبقاء أثر الملك وقد أمكن إيقاع الوكيل فيه فلم يكن تصرف الموكل معجزا عن تصرف الوكيل معه فتصرف الوكيل بأن يوقع الباقى غير متعذر كذا فى الفتاوى الصغرى .

قال فى الشرنبلالية : والمراد بالباقى الطلقة الواحدة الباقية لا أكثر منها ، لأن قوله إذا طلق امرأته واحدة وهى فى العدة مفيد إيقاع الواحدة فى العدة من طلقة سابقة ، ولأن التوكيل بالتطليق لا يقتضى إيقاع أكثر من واحدة اهـ . والأصل فيه أن ما كان الموكل فيه قادرا على الطلاق كان وكيله كذلك ، وكذا إذا وكل بالخلع فخالعها كذا فى العناية (قوله بخلاف ما لو تجدد الملك) كما إذا اشترى ما وكل فى بيعه من مشتريه فلا يعود التوكيل لعدم عود قديم الملك ، وإنما هو ملك مستأنف . ومثله فيما يظهر لو نكحها بعد زوج آخر وقد طلقها ثلاثا ط .

قال الزيلعى : ولو وكله ببيع عبده فأسره العدو وأدخلوه فى دارهم ثم رجع إلى الموكل بملك جديد بأن اشتراه

[فروع] فى الملتقط عزل وكتب لا ينعزل ما لم يصله الكتاب .
وكل غائبا ثم عزله قبل قبوله صح وبعده لا .
دفع إليه قمقمة ليدفعها إلى إنسان يصلحها فدفعها ونسى لا يضمن الوكيل بالدفع .
أبرأه مما له عليه برئ من الكل قضاء . وأما فى الآخرة فلا إلا بقدر ما يتوهم أن له عليه .
وفى الأشباه : قال لمديونه من جاءك بعلامة كذا أو من أخذ أصبعك أو قال لك كذا فادفع إليه لم يصح ؛ لأنه توكيل مجهول فلا يبرأ بالدفع إليه .

منهم لاتعود الوكالة ، ولو أخذه من المشترى منهم بالثمن أو بالقيمة ممن وقع فى سهمه من الغانمين فهو على وكالته لأنه بالأخذ بهذا الطريق عاد إلى قديم ملكه اه قاله أبو الطيب (قوله لاينعزل مالم يصله الكتاب) لأنه عزل قصدى يشترط فيه العلم وعلمه بوصول الكتاب إليه ط (قوله صح) أى وإن لم يعلم (قوله وبعده لا) أى إلا إذا علم فى العزل القصدى ، وليس معناه أنه لاينعزل مطلقا (قوله ونسى) أى نسى من دفعها إليه (قوله لايضمن الوكيل بالدفع) لأنه فعل ماأمر به ولم يكن متعديا بالنسيان ، وهذا بخلاف مسألة ذكرها البزازى : وهى : وكيل البيع قال بعته وسلمته من رجل لا أعرفه وضاع الثمن ، قال القاضى يضمن لأنه لايملك التسليم قبل قبض ثمنه والحكم صحيح ، والعلة لالما مر أن النهى عن التسليم قبل قبض ثمنه لايصح فلما لم يعمل النهى عن التسليم فلأن لايكون ممنوعا عن التسليم أولى اه (قوله أبرأه مما له عليه) أى إجمالا ولكن فى ظنه أنه عشرة فتبين أنه مائة (قوله برئ من الكل قضاء) اعتمادا على إطلاق البراءة (قوله إلا بقدر مايتوهم أن له عليه) وهو عشرة ؛ والأولى ذكر اسم إن وانظر مامناسبة ذكر هذا الفرع هنا (قوله قال لمديونه) قال الشرنبلالى : قال للمديون من جاءك بعلامة كذا أو من أخذ خنصرك أو قال لك كذا فادفع إليه مالى لايصح التوكيل لأنه للمجهول فيضمن المأمور بالدفع لذلك ولا يخرج عن العهدة مالم يكن أمر إنسانا بعينه بالقبض . فعلم أن المراد أنه بالقول الأول لايصير وكيلا . أما لو قال لإنسان بعده اقبض دين فلان واقبض خنصره علامة صدقك صار وكيلا ولكن يحتاج إلى ثبوت ذلك عن رب المال ، ولا يثبت بمجرد قبض الخنصر ونحوها (قوله لأنه توكيل مجهول فلا يبرأ بالدفع إليه) ولو لم يدفع إليه حتى هلكت لم يضمن لجواز أن غير رسوله يأتى بتلك العلامة بيرى عازيا إلى الملتقطات ، ومحل عدم صحة توكيل المجهول إذا كانت الجهالة فاحشة تؤدى إلى المنازعة . أما إذا كانت يسيرة كما إذا قال مالك عبد : إن باعه أحد هذين الرجلين فهو جائز فأيهما باع كان جائزا اه ، أبو السعود فى حاشية الأشباه .

وقد ذكر هذه المسألة فى القنية آخر الكتاب فى المسائل التى لم يوجد فيها رواية منصوصة ولا جواب من المتأخرين : إذا قال المودع للمودع من جاءك بعلامة كذا بأن أخذ أصبعك أو قال لك كذا فادفع إليه الوديعة فهل يصح هذا التوكيل أم لايصح لكون الوكيل مجهولا ويضمن بالدفع اه فقد جزم هنا بعدم صحة الوكالة وتردد فيما إذا وكل بعض الورثة إنسانا ليستوفى نصيبه من ديون مورثه على الناس ولا يعلم الموكل والوكيل بعض من عليهم الديون يصح ، أفتى به تاج الدين أخو الحسام الشهيد بعد التأمل والمباحثة الكثيرة اه مع أنها توكيل مجهول تأمل .

[فرع] قال فى الولوالجية : رجل غاب وأمر تلميذه أن يبيع السلعة ويسلم ثمنها إلى فلان فباعها وأمسك الثمن عنده ولم يسلمه حتى هلك لايضمن لأن أستاذه لايضيق عليه عادة فلا يصير بتأخير الأداء ضامنا اه .

وفى الوهبانية :

ومن قال أعط المال قابض خنصر — فأعطاه لم يبرأ وبالمال يخسر

وبعه وبع بالنقد أو بع لخالد — فخالفه قالوا يجوز التغير

بعث المديون المال على يد رسول فهلك ، فإن كان رسول الدائن هلك عليه ، وإن كان رسول المديون هلك عليه ، وقول الدائن ابعث بها مع فلان ليس رسالة منه فإذا هلك هلك على المديون ، بخلاف قوله ادفعها إلى فلان فإنه إرسال : فإذا هلك هلك على الدائن وبيانه فى شرح المنظومة اهـ أشباه (قوله وفى الوهبانية الخ) هذه الأبيات منها ليست على نسق واحد بل من مواضع متعددة (قوله لم يبرأ) قال العلامة عبد البر : ورأيت بخط بعض العلماء بطرة القنية فى هذا الموضع : هـذا الجواب إنما يستقيم على قولهما ، والله تعالى أعلم بالصواب (قوله وبعه وبع بالنقد) هذه صورة واحدة فإنه يجوز له فيها أن يبيع بالنسيئة فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وقوله أو بع لخالد : يعنى إذا قال له بعه وبعه لخالد جاز له أن يبيعه من غيره ويحمل على المشهورة ، كما إذا قال لمضاربه خذ هذا المال مضاربة واشتر به البر وبعه فله أن يشترى غير البر لأن الكلام مشورة منه ، بخلاف ماإذا قال بعه بالنقد أو قال بعه من فلان فلا يجوز له المخالفة ، كما لو قال : لاتبع إلا من فلان فباع من غيره لايجوز .

وفى المبسوط : الوكيل بالبيع من فلان لايبيع من غيره لأن المقصود الثمن ، وإنما رضى بكونه فى ذمة من سماه لأن الناس يتفاوتون فى ملاءة الذمم فلا يجوز بيعه من غير من سماه . وفى البزازية : بعه من فلان فباعه من غيره جاز . وفى الكافى : لايجوز .

قال العلامة ابن الشحنة فى شرح الوهبانية : وإذا تأملت فيما ذكروا من الأصل رأيت أن من قال بالجواز فى بعه من فلان فباع لغيره رأى أن هذا مفيد من وجه فقط ولم يوجد التأكيد بالنفى ، ومن قال لايجوز بيعه من غيره رآه مفيدا من كل وجه اهـ .

وفى الخلاصة وجامع البزازى : لو قال بعه إلى أجل فباع نقدا . قال الإمام السرخسى : الأصح أنه لايجوز بالإجماع .

وفى الوجيز شرح الجامع الكبير : ولو دفع إليه عبدا وأمره بالبيع ونهاه عن التسليم بعد البيع حتى يقبض الثمن . قال محمد : النهى باطل ، وقيل أبو حنيفة معه . وقال أبو يوسف : يصح ، حتى لو سلم يضمن الثمن إن هلك وإلا له أن يسترد ، وكذا لو باع ثم نهاه عن التسليم اهـ .

وفى الخانية : وكله بالبيع ثم نهاه عن البيع حتى يقبض الثمن فباع قبل الثمن وسلم المبيع كان البيع باطلا حتى يسترد المبيع من المشترى ثم يبيع اهـ .

قال الشرنبلالى فى شرحه عليها : لو قال بعه وبع بالنقد أو بعه وبع لخالد فخالفه جاز البيع ، قال لأنه لما أمر بالبيع كان مطلقا ، ثم قوله وبع بالنقد أو بع لخالد بعده كان مشورة ، بخلاف قوله بالنقد بع لخالد فإنه قيد فيه فلا يبيعه نسيئة ، كما لو قال لاتبع إلا بالنقد وباع بالنسيئة لايجوز ؛ ولو قال بع لفلان لايجوز لغيره ، ونقل خلاف هذا لو قال بعه لزيد أو فى سوق كذا جاز فى غيره ولغيره . ولو قال لاتبعه إلا لزيد أو إلا فى سوق كذا لايجوز فى غيره ولا لغيره ولهذا الخلاف أتى بصيغة قالوا لأنها تذكر فيما فيه الخلاف اهـ (قوله فخالفه) أى الوكيل (قوله قالوا يجوز) أى للوكيل التغير أى المخالفة ، لأنه لما أمر بالبيع كان مطلقا ، فإن قيد فيه فلا يخالفه كما مر .

وفى الدفع قل قول الوكيل مقدم كذا قول رب الدين والخصم يجبر
ولو قبض الدلال مال المبيع كى يسلمه منـــه وضاع يشطر

والحاصل أن قوله بعه وبع بالنقد وبعه وبع لخالد ليس بتقييد ولاتبع إلا بالنقد وإلا لخالد تقييد ، وكذا قوله بالنقد بع لخالد كما علمت . والضابط لهذه المسائل كما قدمنا أن الموكل متى شرط على الوكيل شرطا ينظر فيه ، إن كان نافعا من كل وجه يجب مراعاة شرطه مطلقا ، وإن ضارا من كل وجه لايجب مراعاته مطلقا ؛ وإن كان نافعا من وجه ضارا من وجه إن أكده بالنفى يجب مراعاته ، وإن لم يؤكده لايجب مراعاته وذكرنا أمثلة ذلك فيما تقدم فراجعها إن شئت (قوله وفى الدفع قل قول الوكيل مقدم) صورته دفع إلى آخر مالا وقال اقض به دينى لفلان فقال المأمور فعلت وقضيت وقال الدائن لم يقبض شيئا فالقول قول الوكيل فى براءة نفسه عن الضمان ، سواء كان فى حال حياة الآمر ، وقد دفع إليه المال ليدفعه للطالب أو أمره باقتضاء دين له ليأتى به إليه أو يدفعه لغريمه أو كان بعد موت الآمر ولا فرق بين الوكيل بقبض الدين والعين فإن القول قوله إذا قال سلمته لأنه أمين ولا يسرى على الطالب ، والقول له فى عدم القبض ويجبر الخصم على قضاء حقه ؛ وهذا معنى قوله كذا قول رب الدين ، ومعنى قوله مقدم : أى على قول الموكل إنه مادفع . وعلى قول الدائن إنه ماقبض لكن فى حق إبرائه فقط لا فى سقوط حق الدائن حتى كان القول قوله إنه ماقبض ولا يسقط دينه عن الموكل ، وهذا أيضا معنى قوله كذا قول رب الدين الخ (قوله كذا قول رب الدين) يعنى قوله مقدم على قول الموكل والوكيل فى عدم سقوط حقه (قوله والخصم) يعنى الموكل يجبر على الدفع إلى دائنه لعدم نفاذ قول الأمين عليه ، بل إنما كان القول قوله فى براءة نفسه فقط ، فقوله قول الوكيل مقدم أى فى براءة نفسه لأنه أمين ينفى الضمان عن نفسه وقوله كذا قول رب الدين أى فى عدم وصول حقه إليه بمجرد دعوى الوكيل الإيصال لأن القول قول الأمين فى نفى الضمان عن نفسه لا فى إلزام غيره فيما يدعيه . وإذا كان القول قول رب الدين فى بقاء دينه فالخصم وهو المديون الموكل يجبر على إيفاء مافى ذمته لعدم سقوط حق الدائن ؛ ولا رجوع على الوكيل لأنه أمين والقول قوله فى براءته. ثم الموكل إن كذبه الطالب وصدق الوكيل حلفه ، فإن حلف لم يظهر قبضه ، وإن نكل ظهر وسقط حقه ، وإن عكس حلف الوكيل ؛ ومثل ماذكر فى الدين من التفصيل يقال فى الوديعة ط بزيادة (قوله ولو قبض الخ) أى أخذ الدلال ثمن المبيع ليسلمه للمالك فضاع منه يصالح بينهما بالنصف فيضمن الدلال نصفه .

قال المصنف : ينبغى إن أذن له المالك فى القبض لايضمن وإلا ضمن رب السلعة أيا شاء ، فإن ضمن المشترى يرجع على الدلال مالم يكن رسولا فى الدفع إلى البائع . والظاهر أن هذا فى غير ماحصل منه إذن فى القبض أو نهى عنه كذا فى شرح الوهبانية للشرنبلالى ثم ينبغى أن يكون هذا فى دلال توسط بين البائع والمشترى ، أما لو دفع الثوب ليبيعه كان وكيلا عن مالكه ورجعت حقوق العقد إليه وكان قبض الثمن له ولايعتبر حينئذ إذن البائع ولا نهيه ، وأستغفر الله العظيم .

كتاب الدعوى

لايخفى مناسبتها للوكالة بالخصومة

(هى) لغة قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره وألفها للتأنيث فلا تنوّن وجمعها دعاوى بفتح الواو كفتوى وفتاوى درر . لكن جزم فى المصباح بكسرها أيضا فيهما محافظة على ألف التأنيث . وشرعا (قول مقبول) عند القاضى (يقصد به طلب حق قبل غيره)

كتاب الدعوى

لايخفى مناسبتها للخصومة : أى لما اقتضى كون العزل معقبا للوكالة تقديم باب عزل الوكيل فتأخرت الدعوى عن الوكالة بالخصومة عنه . ووجه مناسبتها له أن الخصومة شرعا هى الدعوى والجواب عنها : فكان ذكرها بعد الوكالة بالخصومة من قبيل التفصيل بعد الإجمال (قوله قول الخ) ظاهره يشمل الشهادة إلا أن يكون تعريفا لأعم . فإن أريد إخراج الشهادة يزاد لنفسه (قوله إيجاب حق على غيره) أى من غير تقييد بمنازعة ولامسالمة حموى ولا تعرض فيه إلى الدفع عن حق نفسه . والمصدر الادعاء وهو افتعال من ادعى والدعوى اسم منه ، وتطلق على دعوى الحرب . وهى أن يقال يا لفلان وكذا الدعوة والدعاوة بالفتح والكسر اسمان منه . والدعوة بالفتح أيضا المرة والحلف والدعاء إلى الطعام وتضم وبالكسر فى النسب ط . وقيل الدعوى فى اللغة قول يقصد به الإنسان إيجاب الشىء على غيره إلا أن اسم المدعى يتناول من لاحجة له فى العرف ولا يتناول من له حجة : فإن القاضى يسميه مدعيا قبل إقامة البينة وبعدها يسميه محقا لا مدعيا . ويقال لمسيلمة الكذاب مدعى النبوة لأنه عجز عن إثباتها . ولا يقال لحضرة سيدنا رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم مدعى النبوة لأنه قد أثبتها بالمعجزة (قوله وألفها للتأنيث) هى لغة بعض العرب وبعضهم يؤنثها بالتاء مصباح (قوله جزم فى المصباح الخ) قال بعضهم الكسر أولى وهو المفهوم من كلام سيبويه . لأنه ثبت أن مابعد ألف الجمع لايكون إلا مكسورا وأما فتحه فإنه مسموع لايقاس عليه . وقال بعضهم الفتح أولى لأن العرب آثرت التخفيف ففتحت ح (قوله فيهما) أى فى الدعاوى والفتاوى ح (قوله محافظة على ألف التأنيث) أى التى يبنى عليها المفرد . والظاهر أنه ساقط لفظ وفتحها بعد قوله بكسرها كما هو صريح عبارة الشرنبلالية والمصباح . أو يقال إنما جزم صاحب المصباح بفتحها أيضا محافظة الخ فلا سقط تأمل (قوله وشرعا قول) أى إن قدر عليه وإلا فتكفى كتابته . قال فى خزانة المفتين : ولو كان المدعى عاجزا عن الدعوى عن ظهر القلب يكتب دعواه فى صحيفة ويدعى بها فتسمع دعواه اه (قوله عند القاضى) أى فلا تسمع هى ولا الشهادة إلا بين يدى الحاكم بحر . وأراد بالقبول الملزم فخرج غيره كما يأتى .

أقول : وينبغى أن يكون المحكم كالقاضى فيما يجوز به التحكيم بشروطه فإنه شرط كما فى الاختيار ونبه عليه الشارح فى شرحه عن الملتقى .

قال فى الشرنبلالية بعد أن ذكر القاضى قال : وينبغى أن يكون المحكم كذلك لأنه يلزم الخصم بالحق ويخلصه اه .

وأقول : قد صدر الأمر السلطانى الآن بنفاذ حكم المحكم إذا رفع للحاكم الشرعى وكان موافقا نفذه كما فى كتاب القضاء من مجلة الأحكام العدلية (قوله يقصد به طلب حق) أى معلوم قبل غيره . هذا التعريف

خرج الشهادة والإقرار (أو دفعه) أى دفع الخصم (عن حق نفسه) دخل دعوى دفع التعرض فتسمع به يفتى بزازية ، بخلاف دعوى قطع النزاع فلا تسمع سراجية .

خاص بدعوى الأعيان والديون . فخرج عنه دعوى إيفاء الدين والإبراء عنه بحر .

ورده العلامة المقدسى بأن هذا إنما يكون من جانب المدعى عليه لدفع الدعوى : أى فليس بدعوى . وأيضا إذا علم أن الديون تقضى بأمثالها فالإيفاء دعوى دين والإبراء دعوى تملك معنى اه . وقوله طلب حق يفيد أنه حال المنازعة فخرج الإضافة حال المسالمة فإنها دعوى لغة لا شرعا . ونظيره مافى البزازية : عين فى يد رجل يقول هو ليس لى وليس هناك منازع لايصح نفيه . فلو ادعاه بعده لنفسه صح . وإن كان ثمة منازع فهو إقرار بالملك للمنازع . فلو ادعاه بعد ذلك لنفسه لايصح . وعلى رواية الأصل لايكون إقرارا بالملك له اه بحر .

أقول : كلام البزازية مفروض فى كون النفى إقرارا للمنازع أو لا وليس فيه دعواه الملك لنفسه حالة المسالمة (قوله خرج الشهادة) فإنها وإن كانت قولا مقبولا إلا أنه يقصد به إثبات حق للغير (قوله والإقرار) أى وكذا الإقرار .

وأورد على التعريف يمين الاستحقاق فإنه قول مقبول يقصد به طلب حق قبل الغير . وأجيب بأنه خرج بالطلب فإن المراد به طلب خاص وهو ماكان بلفظ الدعوى ونحوه ط (قوله أو دفعه) أى دفع الخصم عن حق نفسه . زاد الباقانى فى الحد بعد دعوى صحيحة لينطبق على المحدود اه وعطفه بأو التنويعية إشارة إلى أن الدعوى نوعان ، والقصد به الإدخال فلا اعتراض بإدخال أو فى التعريف (قوله دخل دعوى دفع التعرض) أى بقوله أو دفعه ، وهو أن يدعى كل منهما أرضا أنها فى يده وبرهن أحدهما على دعواه فكان مدعيا دفع تعرض الآخر حيث أثبت بالبينة أنها فى يده والبينة لاتقبل إلا بعد صحة الدعوى فعلم صحة دعوى دفع التعرض .

قال فى البزازية : والفتوى على أن دعوى دفع التعرض صحيحة فإنه ذكر فى الجامع الصغير : أرض يدعيها رجلان كل يقول فى يدى لايقضى باليد لواحد منهما . ولو أحدهما باليد لآخر لايقضى له به . ولو برهن أحدهما باليد يقضى له باليد لأنه قام على خصم لنزاعه معه فى اليد ، دل على أن دعوى دفع التعرض مسموعة لعدم ثبوت اليد للآخر اه أفاده الرحمتى ، لكن صورها الطحطاوى بقوله أن يقول إن فلانا يتعرض لى فى كذا بغير حق وأطالبه بدفع التعرض فإنها تسمع فينهاه القاضى عن التعرض له بغير حق . فما دام لاحجة له فهو ممنوع عن التعرض فإذا وجد حجة تعرض بها اه .

قال الحموى ناقلا عن بعض الفضلاء : لأنه وقع عنده تردد فيما إذا سمع القاضى دعوى دفع التعرض ومنع الخصم من معارضته بعدها هل يكون قضاء منه مالعا للخصومة من المقضى عليه فى الحادثة المتنازع فيها أم لا ؟ فإن كان مانعا ظهر نتيجته . وإذا لم يكن مانعا فأى فائدة فيه ، ولم أر من صرح بذلك اه .

أقول : فائدته فيما يظهر عدم سماع ذلك القاضى منه دعوى التعرض قبل وجود الحجة معه .

واعلم أن النزاع والتعرض متقاربان . لكن إن أريد بالتعرض أن يكون بغير حق بل مجرد أذية وأريد بالنزاع أن يكون بمستند يتوهم وجوده فالفرق ظاهر (قوله بخلاف دعوى قطع النزاع) أى بينه وبين غيره ، حقيقته أن يأتى بشخص للقاضى ويقول هذا يدعى على دعوى ، فإن كان له شىء فليبينه وإلا يشهد على نفسه

وهذا إذا أريد بالحق فى التعريف الأمر الوجودى، فلو أريد ما يعم الوجودىّ والعدمى لم يحتج لهذاالقيد (والمدعى من إذا ترك) دعواه (ترك) أى لا يجبر عليها

بالإبراء وهذا غير صحيح ؛ وهذه الدعوى غير مسموعة لأن المدعى من إذا ترك ترك .

قال فى البحر : سئل قارئ الهداية عن الدعوى بقطع النزاع بينه وبين غيره . فأجاب لايجبر المدعى على الدعوى لأن الحق له اه .

والذى رأيته فى عبارة قارئ الهداية : سئل إذا ادعى شخص على آخر أنه يقطع النزاع بينه وبينه ، إن كان له عليه حق أو مطالبة يدعى به ويطالبه ؛ وإن كان ليس له عليه حق يشهد عليه أنه لايستحق عليه شيئا من الحقوق والدعاوى والطلبات ؛ فهل تسمع هذه الدعوى من المدعى أم لا ؟ أجاب لايجب عليه أن يدعى عليه لأن الحق له . إن شاء طلبه وإن شاء تركه اه وهى التى عناها الشارح بقوله سراجية : أى فتوى سراج الدين قارئ الهداية . وهذا بخلاف دعوى دفع التعرض كما علمت ؛ لأن ذلك يقول هذه الأرض فى يدى وهذه البينة تشهد لى بها وهذا يدعى أنها له وفى يده ولا بينة له على دعواه فأريد أن لايتعرض لى لأنى أثبت أنى ذو يد دونه (قوله وهذا الخ) يعنى لما عرفنا أن الدعوى قول مقبول يقصد به طلب حق ، فإن أردنا بالحق الأمر الوجودى كأن يقول هذا المال لى أريد أن يسلمه إلىّ بقى من أنواع الدعوى دعوى دفع التعرض فيزاد أو دفعه عن حق نفسه . وإن أراد بالحق أعم من الوجودى وهو ماتقدم ومن العدمىّ وهو أن يقول هذا لاحق له فى مالى لأنى أثبت أنى ذويد وأطلب أن لا يتعرض لى بغير حق وعدم تعرضه حق لكنه عدمى فيستغنى عن هذه الزيادة وهى قوله أو دفعه (قوله الأمر الوجودى) فلا يشمل العدمىّ كالدفع فيحتاج إلى زيادته لإدخاله فى تعريف الدعوى . والمراد بالعدمى ما يشمل الاعتبار فإن الدفع ليس عدميا لأن المراد به كفه عن المنازعة ط (قوله لهذا القيد) أى فيستغنى فى التعريف عن هذا القيد وهو قوله أودفعه فإنه فصل قصد به الإدخال والفصل بعد الجنس قيد فافهم. والأوضح أن يقول لم يحتج إلى زيادة أو دفعه (قوله والمدعى الخ) اسم فاعل من ادعى يدعى وأصله متدعى لأن ثلاثيه دعا فنقل إلى باب الافتعال فصار اتدعى وقلبت التاء دالا وأدغمت الدال فى الدال فصار ادعى وكذلك فى باب التصرفات من المضارع والأمر والمصدر . وإنما أبدلت التاء دالا ولم يعكس لأنها من المهموسة والدال من المجهورة ؛ فالأقوى لا يتحول إلى الضعيف .

[تتمة] لما كان قوله والمدعى الخ للأغلب من المتنازعين فعلا احترز عنه فى الدرر بقوله من المتنازعين قولا . ولما كان هذا متناولا للمتنازعين فى المباحث احترز عنه بقوله فى الحق : أى حق العبد اه .

قال شيخنا : يوضحه أنه إذا تضاربا وكان الظافر أحدهما فإنه يطلق عليه مدع مع أنه إذا ترك لا يترك . فاحتاج إلى إخراجه بقوله من المتنازعين قولا اه أبو السعود .

والحاصل أن طالب الحق يسمى مدعيا والطالب إذا ترك لا يتعرض له ، والمطلوب هو المدعى عليه لا يتأتى منه الترك حتى يسلم ما عليه (قوله من إذا ترك ترك) أى لا يجبر عليها لأن حق الطلب له فإذا تركه لا سبيل عليه عينى .

أقول : وهذا أحسن ما قيل فيه . وقال محمد فى الأصل : قيل المدعى عليه هو المنكر والآخر المدعى .

قال الزيلعى : وهذا صحيح غير أن التمييز بينهما يحتاج لمه فقه وحدّة ذكاء ؛ إذ العبرة للمعانى دون الصور والمبانى . ولأن الكلام قد يوجد من الشخص فى صورة الدعوى وهو إنكار معنى كالمودع إذا ادعى أداء

(والمدعى عليه بخلافه) أى يجبر عليها فلو فى البلدة قاضيان كل فى محلة فالخيار للمدعى عليه عند محمد به يفتى بزازية ، ولو القضاة فى المذاهب الأربعة على الظاهر

الوديعة أو هلاكها فإنه مدّع صورة ومنكر لوجوب الضمان معنى ، ولهذا يحلفه القاضى إذا ادعى رد الوديعة أو هلاكها أنه لا يلزمه رده ولا ضمان ، ولا يحلفه أنه رده لأن اليمين أبدا تكون على النفى كما فى الشرنبلالية (قوله والمدعى عليه بخلافه) أى ملتبس بمخالفته ، وهو من إذا ترك لا يترك بل يجبر على الخصومة إذا تركها وهذا فرق صحيح حموى .

قال القهستانى : فلا يشكل بوصى اليتيم فإنه مدعى عليه معنى فيما إذا أجبره القاضى على الخصومة لليتيم ، وإنما عرفهما بذلك وعدل عما يقتضى التعريف إشارة إلى اختلاف المشايخ فيهما ، وقيل المدعى من يخبر بحق له على غيره ، والمدعى عليه من يخبر بأن لاحق لغيره عليه ، وقيل المدعى من يلتمس خلاف الظاهر ، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر اه وقيل المدعى من لا يستحق إلا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يستحق بقوله بلا حجة كذى اليد .

قلت : وهذا تعريف بالحكم فيه دور ، وأصح ما ذكر فيه الذى مشى عليه المصنف (قوله فلو فى البلدة قاضيان كل فى محلة) أى بخصوصها وليس قضاؤه عاما وأشار به إلى أن الجبر فى أصل الدعوى لا فيمن يدعى بين يديه والتفريع لا يظهر ، وفى بعض النسخ بالواو بدل الفاء (قوله فالخيار للمدعى عليه عند محمد به يفتى بزازية) ليس ما ذكره عبارة البزازية . وعبارتها كما فى المنح : قاضيان فى مصر طلب كل واحد منهما أن يذهب إلى قاض فالخيار للمدعى عليه عند محمد وعليه الفتوى اه .

وفى المنح قبل هذا عن الخانية قال : ولو كان فى البلدة قاضيان كل واحد منهما فى محلة على حدة فوقعت الخصومة بين رجلين أحدهما من محلة والآخر من محلة أخرى والمدعى يريد أن يخاصمه إلى قاضى محلته والآخر يأبى ذلك اختلف فيها أبو يوسف ومحمد ، والصحيح أن العبرة لمكان المدعى عليه ، وكذا لو كان أحدهما من أهل العسكر والآخر من أهل البلدة اه . وعلله فى المحيط كما فى البحر بأن أبا يوسف يقول إن المدعى منشىء للخصومة فيعتبر قاضيه ، ومحمد يقول إن المدعى عليه دافع لها اه .

وبيان التعليل كما قال الرملى أن عند أبى يوسف رحمه الله تعالى المدعى إذا ترك ترك فهو منشىء فيتخير إن شاء أنشأ الخصومة عند قاضى محلته ، وإن شاء أنشأها عند قاضى محلة خصمه ، وأن محمدا رحمه الله تعالى يقول المدعى عليه دافع له والدافع يطلب سلامة نفسه والأصل براءة ذمته فأخذه إلى من يأباه لريبة ثبتت عنده وتهمة وقعت له ربما يوقعه فى إثبات ما لم يكن ثابتا فى ذمته بالنظر إليه ، واعتباره أولى لأنه يريد الدفع عن نفسه وخصمه يريد أن يوجب عليه الأخذ بالمطالبة . ومن طلب السلامة أولى بالنظر ممن طلب ضدها تأمل وإنما حمل الشارح عبارة البزازية على ما فى الخانية من التقييد بالمحلة لما قاله المصنف فى المنح ، هذا كله وكل عبارات أصحاب الفتاوى يفيد أن فرض المسألة التى وقع فيها الخلاف بين أبى يوسف ومحمد فيما إذا كان فى البلدة قاضيان كل قاض فى محلة ، وأما إذا كانت الولاية لقاضيين أو لقضاة على مصر واحد على السواء فيعتبر المدعى فى دعواه فله الدعوى عند أىّ قاض أراده إذ لا تظهر فائدة فى كون العبرة للمدعى أو المدعى عليه ، ويشهد لصحة هذا ما قدمناه من تعليل صاحب المحيط اه .

ورده الخير الرملى وادعى أن هذا بالهذيان أشبه ، وذكر أنه حيث كانت العلة لأبى يوسف أن المدعى منشىء للخصومة . ولمحمد أن المدعى عليه دافع لها لا يتجه ذلك فإن الحكم دائر مع العلة اه وهو الذى يظهر

وبه أفتيت مرارا بحر .

قال المصنف : ولو الولاية لقاضيين فأكثر على السواء فالعبرة للمدعى ، نعم لو أمر السلطان

كما قال شيخنا ، لكنه لم يأت اراده بوجه يقويه ، والظاهر أنه لم يظهر له المراد وهو الذى نذكره فى الحاصل آخر هذه العباره .

وأقول : التحرير فى هذه المسألة ما نقله الشارح عن خط المصنف ، ومشى عليه العلامة المقدسى كما نقله عنه أبو السعود .

وحاصله أن ما ذكروه من تصحيح قول محمد بأن العبرة لمكان المدعى عليه إنما هو فيما إذا كان قاضيان كل منهما فى محلة وقد أمر كل منهما بالحكم على أهل محلته فقط بدليل قول العمادى : وكذا لو كان أحدهما من أهل العسكر والآخر من أهل البلد فأراد العسكرى أن يخاصمه إلى قاضى العسكر فهو على هذا ولا ولاية القاضى العسكر على غير الجندى ، فقوله ولا ولاية دليل واضح على ذلك . أما إذا كان كل منهما مأذونا بالحكم على أى من حضر عنده من مصرى وشامى وحلبى وغيرهم كما فى قضاة زماننا فينبغى التعويل على قول أبى يوسف لموافقته لتعريف المدعى والمدعى عليه أى فإن المدعى هو الذى له الخصومة فيطلبها عند أى قاض أراد ، وبه ظهر أنه لا وجه لما فى البحر من أنه لو تعدد القضاة فى المذاهب الأربعة كما فى القاهرة فالخيار للمدعى عليه حيث لم يكن القاضى من محلتهما . قال : وبه أفتيت مرارا .

أقول . وقد رأيت بخط بعض العلماء نقلا عن المفتى أبى السعود العمادى أن قضاة الممالك المحروسة ممنوعون من الحكم على خلاف مذهب المدعى عليه اهـ وأشار إليه الشارح ، وذكر شيخ شيوخ مشايخنا السائحانى بعد كلام قال فى قضاء البزازية : فوّض قضاء ناحية إلى رجلين لا يملك أحدهما القضاء ، ولو قلد رجلين على أن ينفرد كل منهما بالقضاء لا رواية فيه . وقال الإمام ظهير الدين : ينبغى أن يجوز لأن القاضى نائب السلطان ويملك التفرد اهـ .

فتحصل أن الولاية لو لقاضيين فأكثر كل واحد فى محلة فتفرد القاضى صحيح والعبرة للمدعى عليه ، وإن كانوا فى محل واحد على السواء فقد سمعت أنه لا يملك أحدهم التفرد فلا فائدة فى اختيار أحدهم ، وإن أمر كل واحد بالتفرد جاز وحينئذ فلا يظهر فرق بين كل واحد فى محلة أو مجتمعين ، فما فهمه المصنف ليس على إطلاقه بل على هذا التفصيل اهـ وكان عليه أن يذكر بعد قوله جاز والعبرة للمدعى . وقد اتضح المرام من هذه المسألة على أتم وجه ، ولله تعالى الحمد ، لكن صدر الأمر السلطانى الآن بالعمل على ما فى المجلة من المادة ١٨٠٣ من أن العبرة للمدعى عليه فاحفظه والسلام (قوله وبه أفتيت مرارا) رده العلامة المقدسى ، وذكر أنه ينبغى التعويل على قول أبى يوسف لموافقته تعريف المدعى والمدعى عليه ، وذكر أنه غير صحيح . أما أولا فإن النسخ المشهورة من البزازية على الإطلاق الذى ادعاه وبنى عليه فتواه بل على ما قيده من أن كلا من المتداعيين يطلب المحاكمة عند قاضى محلته كما علمت من عبارته المتقدمة . وعلى تقدير أن فى نسخته إطلاقا فهو محمول على التقييد المصرح به فى العمادية والخانية وغيرهما ، فإن الذى ولاه خصمه بتلك البلدة أو بتلك المحلة . ولهذا قال فى جامع الفصولين : اختصم غريبان عند قاضى بلدة صح قضاؤه على سبيل التحكيم .

أقول : ولا يحتاج إلى هذا لأن القضاة يفوّض لهم الحكم على العموم فى كل من هو فى بلدهم أو قريتهم ولو من الغرباء التى تولوا القضاء بها كما ذكرناه وهو الذى ذكره المؤلف بعد عن المصنف (قوله على السواء)

بإجابة المدعى عليه لزم اعتباره لعزله بالنسبة إليها كما مر مرارا .

قلت : وهذا الخلاف فيما إذا كان كل قاض على محلة على حدة ، أما إذا كان فى المصر حنفى وشافعى ومالكى وحنبلى فى مجلس واحد والولاية واحدة فلا ينبغى أن يقع الخلاف فى إجابة المدعى ، لما أنه صاحب الحق كذا بخط المصنف على هامش البزازية فليحفظ .

(وركنها إضافة الحق إلى نفسه) لو أصيلا كلى عليه كذا (أو) إضافته (إلى من ناب) المدعى (منابه) كوكيل وصى (عند النزاع) متعلق بإضافة الحق (وأهلها العاقل المميز)

أى فى عموم الولاية لأن قضاة المذاهب فى زماننا ولايتهم على السواء فى التعميم ، وهو ردّ على البحر (قوله بإجابة المدعى عليه) بأن قال له من اختار غيرك من القضاء فلا تحكم عليه (قوله لزم اعتباره) أى أمر السلطان أى العمل به وقد أمر كما مر فلا تنسه (قوله لعزله) أى لعزل من اختاره المدعى عن الحكم بالنسبة إلى هذه الدعوى عملا بأمر السلطان فكأنه خصص قضاءه بالحكم على من اختاره والقضاء يتخصص (قوله كما مر مرارا) من أن القضاء يتقيد (قوله قلت وهذا الخلاف) أى بين محمد القائل باعتبار المدعى عليه وبين أبى يوسف القائل باعتبار المدعى (قوله على حدة) أى لا يقضى على غير أهلها (قوله أما إذا كان فى المصر حنفى وشافعى الخ) أى وقد ولى الحنفى على أن يحكم على جميع أهل المصر وكذا الشافعى ونحوه فليس هو كمن ولى على محلة (قوله فى مجلس واحد) قيد اتفاقى ، والظاهر أنه أراد فى بلدة واحـــدة لأن المدار على عموم الولاية كما تقدم ، فلو اقتصر على قوله والولاية واحدة لكان أحسن ، ويعنى باتحادها عمومها (قوله والولاية واحدة) أى لم يخصص كل واحد بمحله (قوله لما أنه صاحب الحق) هذا ما يعطيه كلام المقدسى وهو يفيد اعتبار المدعى ولو كان أحد القضاة يساعد المدعى عليه وهذا التعليل منه أولى من تعليله السابق بقوله إذ لا تظهر فائدة فى كون العبرة للمدعى أو المدعى عليه ط .

قال الشارح فى الدر المنتقى بعد أن ذكر نحو هذا : وأفتى بعض موالى الروم بأنه إن انضم إليه احتمال ظلمه فللمدعى عليه ، والله تعالى الموفق اه (قوله وركنها) أى الدعوى إضافة الحق إلى نفسه . الركن جزء الماهية ، وقد قدم أنها قول مقبول الخ فهى مركبة من إضافة الحق إلى نفسه ومن القول الدال عليه ومن كونه عند القاضى فيكون أركانها ثلاثة ويحتمل أن كونها عند القاضى شرط كما سيصرح به فيكون الركن شيئين فقط القول ومدلوله وظاهر كلام الشارح أن الركن هو المدلول فقط . وأما القول فهو وسيلة إليه فيكون أراد بالركن الماهية وكثيرا ما يقع ذلك فى كلامه فليتأمل (قوله كوكيل ووصى) الأولى كوكل ويتيم (قوله عند النزاع الخ) إنما تسمى دعوى عند النزاع لأنه حينئذ يسمى مدعيا ، أما بعد ثبوت حقه وانقطاع النزاع عنه فلا يسمى مدعيا وكذا عند المسالمة فإنها ليست دعوى شرعا .

قال فى البحر : فخرج الإضافة حالة المسالمة فإنها دعوى لغة لا شرعا اه ونظير ما تقدم عن البزازية عند قوله يقصد به طلب حق (قوله وأهلها) أدخله فى البحر فى الشروط ونظم الحموى الشروط بقوله :

أيا طالبا منى شرائط دعوة ... فتلك ثمان من نظامى لها حلا
فحضرة خصم وانتفاء تناقض ... ومجلس حكم بالعدالة سربلا
كذلك معلومـيـة المدعى به ... وإمكانه والعقل دام لك العلا
كذاك لسان المدعى من شروطها ... وإلزامه خصما به النظم كملا

ولو وصيا لو مأذه نا فى الخصومة وإلا لا أشباه .

(قوله ولو صبيا) أى ولو المميز صبيا (قوله وإلا) أى وإن لم يكن مأذونا لا تصح دعواه كسائر عبارته الدائرة بين الضر والنفع .

[تتمة] نقل العلامة أبو السعود عن الزيلعى أن الصبى العاقل المأذون له يستحلف ويقضى عليه بالنكول، ولا يستحلف الأب فى مال الصبى والوصى فى مال اليتيم ولا المتولى فى مال الوقف إلا إذا ادعى علىهم العقد فيستحلفون حينئذ ويأتى تمامه فى محله إن شاء الله تعالى .

وفى الفصول العمادية : لو ادعى على صبى محجور عليه شيئا وله وصى حاضر لا تشترط حضرة الصبى ذكره فى كتاب القسمة ، ولم يفصل بين ما إذا كان المدعى عينا أو دينا وجب بمباشرة هذا الوصى أو وجب لا بما شرته كضمان الاستهلاك ونحوه .

وذكر الخصاف فى أدب القاضى : لو ادعى على صبى محجور مالا بالإستهلاك أو بالغصب ، إن قال المدعى لى بينة حاضرة تسمع دعواه ويشترط حضور الصغير لأن الصبى مؤاخذ بأفعاله والشهود محتاجون إلى الإشارة لكن يحضر معه أبوه أو وصيه حتى إذا ألزم الصغير بشىء يؤدى عنه أبوه من ماله يعنى من مال الصغير .

وذكر بعض المتأخرين حضرة الصغير عند الدعاوى شرط ، سواء كان الصغير مدعيا أو مدعى عليه . والصحيح أنه لا يشترط حضرة الأطفال الرضع عند الدعاوى ، هكذا ذكر فى المحيط وذكر رشيد الدين فى فتاواه أن المختار أنه يشترط حضرة الصبى عند الدعاوى اه .

وفى جامع أحكام الصغار للاستروشنى :ولو ادعى رجل على صبى محجور شيئا وله وصى حاضر لايشترط حضور الصبى ، هكذا ذكر شيخ الإسلام، ولم يفصل بين ما إذا كان المدعى دينا أو عينا وجب الدين بمباشرة هذا الوصى أولا .

وذكر الناطفى فى أجناسه إذا كان الدين واجبا بمباشرة هذا الوصى لا يشترط إحضار الصبى .

وفى أدب القاضى للخصاف إذا وقع الدعوى على الصبى المحجور عليه إذا لم يكن للمدعى بينة فليس له حق إحضاره إلى باب القاضى : لأنه لو حضر لايتوجه عليه اليمين ، لأنه لو نكل لا يقضى بنكوله ، وإن كانت له بينة وهو يدعى عليه الاستهلاك كان له حق إحضاره ، لأن الصبى مؤاخذ بأفعاله والشهود يحتاجون إلى الإشارة إليه فكان له حق إحضاره ولكن يحضر معه أبوه حتى إذا لزم الصبى شىء يؤدى عنه أبوه من ماله .

وفى كتاب الأقضية أن إحضار الصبى فى الدعاوى شرط ، وبعض المتأخرين من مشايخ زماننا منهم من شرط ذلك سواء كان الصغير مدعيا أو مدعى عليه ، ومنهم من أبى ذلك . وإذا لم يكن للصبى وصى وطلب المدعى من القاضى أن ينصب عنه وصيا أجابه القاضى إلى ذلك .

وفى فتاوى القاضى ظهير الدين : والصحيح أنه لايشترط حضرة الأطفال الرضع عند الدعوى، وتشترط حضرة الصبى عند نصب الوصى للإشارة إليه هكذا فى الفتاوى .

وفى كتاب الأقضية : ومن مشايخ زماننا من أبى ذلك ، وقال لو كان الصبى فى المهد يشترط إحضار المهد مجلس الحكم ، ولا شك أن اشتراطه بعيد ، والأول أقرب إلى الصواب وأشبه بالفقه اه .

(وشرطها) أى شرط جواز الدعوى (مجلس القضاء وحضور خصمه)

وفى جامع أحكام الصغار للأستروشنى أيضا : الصبى التاجر والعبد التاجر يستحلف ويقضى عليه بالنكول. وذكر الفقيه أبو الليث أن الصبى المأذون له يستحلف عند علمائنا ، وبه نأخذ . وفى الفتاوى أنه لا يمين على الصبى المأذون حتى يدرك . وذكر فى النوادر : يحلف الصبى المأذون له ويقضى بنكوله . وفى المنية : الصبى العاقل المأذون له يستحلف ويقضى بنكوله .

وفى الولوالجية : صبى مأذون باع شيئا فوجد المشترى به عيبا فأراد تحليفه فلا يمين عليه حتى يدرك .

وعن محمد : لو حلف وهو صبى ثم أدرك لا يمين عليه كالنصرانى إذا حلف ثم أسلم لا يمين عليه ، فهذا دليل على أنه لو حلف يكون معتبرا

وعن محمد : إذا ادعى على الصبى دين وأنكر الغلام فالقاضى يحلفه ، وإن نكل يقضى بالدين عليه ولزمه فى ذلك بمنزلة الكبير ، وفى الصبى المحجور إذا لم يكن للمدعى بينة لا يكون له إحضاره إلى باب القاضى ، لأنه لو حلف ونكل لا يقضى عليه بنكوله ، ولو كان له بينة وهو يدعى عليه الاستهلاك له إحضاره لأنه مأخوذ بأفعاله ، وإن لم يكن مأخوذا بأقواله والشهود محتاجون إلى الإشارة إليه فيحضر ، لكن يحضر معه أبوه ومن هو فى معناه لأن الصبى بنفسه لا يلى شيئا فيحضر الأب حتى إذا لزمه يؤمر الأب بالأداء عنه فى ماله كذا فى الحواشى الحموية .

والحاصل أن المفهوم مما ذكر أنه لا يلزم إحضار الصغير ولو مدركا على الصحيح مالم يكن مستهلكا للإشارة إليه فى الشهادة ولكن يحضر معه أبوه أو وصيه (قوله وشرطها) لم أر اشتراط لفظ مخصوص للدعوى وينبغى اشتراط ما يدل على الجزم والتحقيق ، فلو قال أشك أو أظن لم تصح الدعوى بحر .

[فائدة] لا تسمع الدعوى بالإقرار ، لما فى البزازية عن الذخيرة ، ادعى أن له عليه كذا وأن العين الذى فى يده له لما أنه أقر له به أو ابتدأ بدعوى الإقرار وقال إنه أقر أن هذا لى أو أقر أن لى عليه كذا ، قيل يصح ، وعامة المشايخ على أنه لا تصح الدعوى لعدم صلاحية الإقرار للاستحقاق الخ بحر من فصل الاختلاف فى الشهادة وسيأتى متنا أول الإقرار (قوله أى شرط جواز الدعوى) أى صحتها (قوله مجلس القضاء) فيه مناقشة ، فإن شرط الشىء خارج عن ذلك الشىء وحضور مجلس القاضى مأخوذ فى مفهوم الدعوى حيث عرفها فى الدرر بأنها مطالبة حق عند من له الخلاص . وأما على تعريف الكنز بأنها إضافة الشىء إلى نفسه حالة المنازعة فلا ترد هذه المناقشة أبو السعود ، والمراد بمجلس القاضى محل جلوسه حيث اتفق ولو فى بيت أو دكان إذ لا تسمع الدعوى ولا الشهادة إلا بين يدى القاضى ، أما نوابه الآن فى محاكم الكنارات فلا يصح سماعهم الدعوى إلا بها مالم يطلق لهم الإذن بسماعها أينما أرادوا فإذا أطلق لهم صاروا مثله (قوله وحضور خصمه) قال فى البحر : ولابد من بيان من يكون خصما فى الدعاوى ليعلم المدعى عليه ، وقد أغفله الشارحون وهو مما لا ينبغى . فأقول : فى دعوى الخارج ملكا مطلقا فى عين فى يد مستأجر أو مستعير أو مرتهن فلابد من حضرة المالك وذى اليد إلا إذا ادعى الشراء منه قبل الإجارة فالمالك وحده يكون خصما ، وتشترط حضرة المزارع إن كان البذر منه أو كان الزرع نابتا وإلا لا ، وفى دعوى الغصب عليه لا تشترط حضرة المالك ، وفى البيع قبل التسليم لا بد فى دعوى الاستحقاق والشفعة من حضرة البائع والمشترى فاسدا بعد القبض خصم لمن يدعى الملك فيه وقبل القبض الخصم هو البائع وحده وأحد الورثة ينتصب خصما عن الكل فالقضاء عليه قضاء الكل وعلى الميت ،

فلا يقضى على غائب

وقيده فى الجامع بكون الكل فى يده وأن البعض فى يده فبقدره والموصى له ليس بخصم فى إثبات الدين إنما هو خصم فى إثبات الوكالة أو الوصاية إلا إذا كان موصى له بما زاد على الثلث ولا وارث فهو كالوارث .

واختلف المشايخ فى إثبات الدين على من فى يده مال الميت وليس بوارث ولا وصى ، ولا تسمع دعوى الدين على الميت على غريم الميت مديونا أو دائنا أى لأجل المخاصمة .

والخصم فى إثبات النسب خمسة : الوارث والوصى والموصى له والغريم للميت أو على الميت .

وقف على صغير له وصى ولرجل فيه دعوى يدعيـــه على متولى الوقف لا على الوصى لأن الوصى لا يلى القبض .

ولا تشترط حضرة الصبى عند الدعوى عليه وتكفى حضرة وصيه دينا أو عينا باشره الوصى أولا .

ولا تشترط حضرة العبد والأمة عند دعوى المولى أرشه ومهرها .

ولو ادعى على صبى محجور عليه استهلاكا أو غصبا وقال لى بينة حاضرة تسمع دعواه وتشترط حضرة الصبى مع أبيه أو وصيه وإلا نصب له القاضى وصيا ، وتشترط حضرته عند الدعوى مدعيا أو مدعى عليه .

والصحيح أنه لا تشترط حضرة الأطفال الرضع عند الدعوى .

والمستأجر خصم لمن يدعى الإجارة فى غيبة المالك على الأقرب إلى الصواب ، وليس بخصم على الصحيح لمن يدعى الإجارة أو الرهن أو الشراء والمشترى خصم للكل كالموهوب له .

وفى دعوى العين المرهونة تشترط حضرة الراهن والمرتهن وتصح الدعوى على الغاصب وإن لم تكن العين فى يده فلذا كان للمستحق الدعـــوى على البائع وحده وإن كان المبيع فى يد المشترى لكونه غاصبا والمودع أو الغاصب إذا كان مقرا بالوديعة والغصب لا ينتصب خصما للمشترى وينتصب خصما لوارث المودع أو المغصوب منه .

ومن اشترى شيئا بالخيار فادعاه آخر يشترط حضرة البائع والمشترى باطلا لا يكون خصما للمستحق وإذا استحق المبيع بالملك المطلق وقضى به فبرهن البائع على النتاج وبرهن على المشترى فى غيبة المستحق ليدفع عنه الرجوع بالثمن اختلف المشايخ ، والأصح أنه لا يشترط حضرته ، ومنهم من قال : المختار اشتراطها وأفتى السرخسى بالأول وهو الأظهر .

والأشبه أن الموصى له ينتصب خصما للموصى له فيما فى يده ، فإن لم يقبض ولكن قضى له بالثلث فخاصمه موصى له آخر ، فإن إلى القاضى الذى قضى له كان خصما وإلا فلا .

وإذا ادعى نكاح امرأة ولها زوج ظاهر يشترط حضرته لسماع الدعوى والبينة ودعوى النكاح عليها بتزويج أبيها صحيحة بدون حضرة أبيها .

ودعوى الواهب الرجوع فى الهبة للعبد عليه صحيحة إن كان مأذونا وإلا فلا بد من حضرة مولاه .

والقول للواهب أنه مأذون ولا تقبل بينة العبد أنه محجور ، فإن غاب العبد لم تصح دعوى الرجوع على مولاه إن كانت العين فى يد العبد ، وتمامه فى خزانة المفتين اهـ (قوله فلا يقضى على غائب) أى بالبينة سواء كان غائبا وقت الشهادة أو بعدها وبعد التزكية ، وسواء كان غائبا عن المجلس أو عن البلد إلا أن يكون ذلك ضروريا ، كما إذا توجه القضاء على الخصم فاستتر بشرطه المذكور فى موضعه ،

وهل يحضره بمجرد الدعوى إن بالمصر أو بحيث يبيت بمنزله ؟ نعم وإلا فحتى يبرهن أو يحلف

ابن الغرس : وأما إذا أقر عند القاضي فيقضي عليه وهو غائب ، لأن له أن يطعن فى البينة دون الإقرار ولأن القضاء بالإقرار قضاء إعانة ، لكن قال فى الخامس والعشرين من جامع الفصولين ناقلا عن الخانية : غاب المدعي عليه بعد ما برهن عليه أو غاب الوكيل بعد قبول البينة قبل التعديل أو مات الوكيل ثم عدلت تلك البينة لا يحكم بها . وقال أبو يوسف : يحكم وهذا أرفق بالناس ، ولو برهن على الموكل فغاب ثم حضر وكيله أو على الوكيل ثم حضر موكله يقضي بتلك البينة ، وكذا يقضي على الوارث ببينة قامت على مورثه ، وقد مر الكلام على ذلك مستوفى فى القضاء فراجعه .

وكذا لا تسمع الشهادة على غائب إلا إذا التمس المدعى بذلك كتابا حكميا للقضاء به فيجيبه القاضي إليه فيكتب إلى القاضي الغائب الذى بطرفه الخصم بما سمعه من الدعوى والشهادة ليقضي عليه كما فى الهندية عن البدائع (قوله وهل يحضره بمجرد الدعوى) أى يحضر القاضي الخصم (قوله فحتى يبرهن) يعنى قال بعضهم إنما يحضره إذا برهن على دعواه لا للقضاء بها بل ليعلم صدقه ، وقال بعضهم : إنما تقام البينة على الخصم ولا خصم هنا بل يحلفه بالله أنه صادق فيما يدعي عليه ليعلم بذلك صدقه ، فإن حلف أحضر له خصمه (قوله أو يحلف) أو لحكاية الخلاف ، لأنهما قولان لا قول واحد يخير فيه بين البرهان والتحليف .

قال فى البحر : إن كان فى المصر أو قريبا منه بحيث لو أجاب يبيت فى منزله ، وإن كان أبعد منه قيل يأمره بإقامته البينة على موافقة دعواه لإحضار خصمه والمستور فى هذا يكفي ، فإذا أقام يأمر إنسانا ليحضر خصمه . وقيل يحلفه القاضي ، فإن نكل أقامه عن مجلسه ، وإن حلف أمر بإحضاره اه . قال قاضيخان : فإذا أقام البينة قبلت بينته للأشخاص لا للقضاء اه أى بل لإحضاره ، فإذا حضر أعاد البينة ثانيا ، فإن عدلت قضى عليه كما فى شرح أدب القاضي .

قال الشلبي : وعمل قضاة زماننا على خلاف ماتقدم فإذا أتى لهم شخص فقال لى دعوى على شخص يأمرون بإحضاره من غير أن يستفسروا المدعى عن دعواه ليعلموا صحتها من فسادها ، وهذا منهم غفلة عما ذكروه أو جهل به اه .

وفى خزانة الأكمل : قال أبو يوسف : لو اختفي المدعى عليه فى البيت بعث إليه القاضي نساء وأمرهن بدخول داره ، فإن عرفنه وإلا عزل النساء فى بيت ثم يدخل الرجال فيفتشون بقية الدار . قال هشام لمحمد : ماتقول فى رجل له حق على ذى سلطان فلم يجيء معه إلى مجلس القاضي : فأخبرنى أن أبا يوسف كان يعمل بالإعداء وهو قول أهل البصرة وبه نأخذ . والإعداء أن يبعث القاضي إلى بابه من يأتيه به ، بأن يقول له إن القاضي يدعوك إلى مجلس الحكم . فإن أجابه فبها وإلا جعل القاضي وكيلا عنه . ولا يأخذ أبو حنيفة بالإعداء اه .

قال فى البحر : ولم يذكر الشارحون هنا حكم استيفاء ذى الحق حقه من الغير بلا قضاء ، وأحببت جمعه من مواضعه تكثيرا للفوائد وتيسيرا على طالبيها ، فإن كان الحق حد قذف فلا يستوفيه بنفسه لأن فيه حق الله تعالى اتفاقا . والأصح أن الغالب فيه حقه تعالى ، فلا يستوفيه إلا من يقيم الحدود ولكن يطلب المقذوف كما بيناه فى بابه ، وإن كان قصاصا فقال فى جنايات البزازية : قتل الرجل عمدا وله ولى له أن يقتص بالسيف فقضى به أولا ويضرب علاوته ولو رام قتله بغير سيف منع ، وإن فعل عزر لكن لا يضمن لاستيفائه حقه اه وإن كان تعزيرا ففى حدود القنية : ضرب غيره بغير حق وضربه المضروب أيضا أنهما يعزران ويبدأ بإقامة التعزير

. . . .

بالبادىء منهما لأنه أظلم والوجوب عليه أسبق اهـ . وأما إذا شتمه فله أن يقول له مثله ، والأولى تركه كما قدمناه فى محله ، بخلاف ما إذا قذفه فلا يجوز له أن يقول له مثله كما إذا قال له يا كلب لأنه كذب محض .

وقالوا للزوج أن يؤدب زوجته ، وله أن يضربها على عدم إجابته إذا دعاها لفراشه ولا مانع . وعلى ترك الزينة وهو يريدها ، وعلى ضربها ولده ، وعلى خروجها بغير إذنه بغير حق ، وعلى صعودها على السطح لتطلع على الجيران أو يراها الأجانب ، وحينئذ فله أن يقفل عليها الباب . والصحيح أنه لا يضربها على ترك الصلاة كما مر فى موضعه مفصلا .

وفى جامع الفصولين من التحليف : ومن عليه التعزير لو مكن صاحب الحق منه أقامه يعنى لم يختص الإمام بإقامته ، فإن الزوج يؤدب المرأة ، ولو رأى أحدا يفعل ذلك فله أن يمنعه ويضربه لو لم ينزجر بالمنع باللسان ولو كان حقه تعالى لانعكست هذه الأحكام اهـ وإن كان عينا . فى إجارة القنية : ولو غاب المستأجر بعد السنة ولم يسلم المفتاح إلى الآجر فله أن يتخذ مفتاحا آخر ، ولو أجره من غير إذن الحاكم جاز اهـ .

مطلب حادثة الفتوى

وقد صارت حادثة الفتوى مضت المدة وغاب المستأجر وترك متاعه فى الدار فأفتيت بأن له أن يفتح الدار ويسكن فيها ، وأما المتاع فيجعله فى ناحية إلى حضور صاحبه ، ولا يتوقف الفتح على إذن القاضى أخذا مما فى القنية .

وفى غصب منية المفتى : أخذت أغصان شجرة إنسان هواء دار آخر فقطع رب الدار الأغصان ، فإن كانت الأغصان بحال يمكن لصاحبها أن يشدها بحبل ويفرغ هواء داره ضمن القاطع ، وإن لم يكن لا يضمن إذا قطع من موضع او رفع إلى الحاكم أمر بالقطع من ذلك الموضع اهـ وإن كان دينا . فى مداينات القنية رب الدين إذا ظفر من جنس حقه من مال المديون على صفته فله أخذه بغير رضاه ، ولا يأخذ خلاف جنسه كالدراهم والدنانير . وعند الشافعى له أخذه بقدر قيمته . وعن أبى بكر الرازى له أخذ الدراهم بالدنانير استحسانا لا قياسا ولو أخذ من الغريم جنس الحق غير رب الدين ودفعه لرب الدين

قال ابن سلمة : هو غاصب والغريم غاصب الغاصب ، فإن ضمن الآخذ لم يصر قصاصا بدينه ، وإن ضمن الغريم صار قصاصا . وقال نصير بن يحيى : صار قصاصا بدينه والآخذ معين له وبه يفتى . ولو غصب غير الدائن جنس الدين من المديون فغصبه منه الدائن . فالمختار هنا قول ابن سلمة اهـ . وظاهر قول أصحابنا أن له الأخذ من جنسه مقرا كان أو منكرا له بينة أولا ، ولم أر حكم ما إذا لم يتوصل إليه إلا بكسر الباب ونقب الجدار ، وينبغى أن له ذلك حيث لا يمكنه الأخذ بالحاكم . وإذا أخذ غير الجنس بغير إذنه فتلف فى يده ضمنه ضمان الرهن كما فى غصب البزازية ، ولم أر حكم ما إذا ظفر بمال مديون مديونه والجنس واحد فيهما وينبغى أن يجوز اهـ بزيادة وبعض تغيير ، لكن فى إطلاق قوله ضمنه ضمان الرهن وعزوه لغصب البزازية نظر ، فإن الذى فى غصب البزازية رفع عمامة مديونه عن رأسه حين تقضاه الدين وقال لا أردها عليك حتى تقضى الدين فتلفت العمامة فى يده تهلك هلاك الرهن بالدين . قال : هذا إنما يصح إذا أمكنه استردادها فتركها عنده . أما إذا عجز فتركها لعجزه ففيه نظر اهـ . وأنت خبير بأن ماهنا مشكل إذ يقتضى أن الزائد على الدين أمانة مع كونه غاصبا إذ ليس له أخذ غير جنس حقه فتأمل ذلك . وفى البزازية فى الرهن تقاضى دينه فلم يقضه فرفع العمامة

منية (ومعلومية) المال (المدعى) إذ لايقضى بمجهول

عن رأسه وأعطاه منديلا فلفه على رأسه فالعمامة رهن لأن الغريم بتركها عنده رضى بكونها رهنا . وسيأتى فى الرهن متنا أخذ عمامة المديون لتكون رهنا عنده لم تكن رهنا اهـ .

وفى جامع الفصولين : أخذ عمامة مديونه لتكون رهنا لم يجز أخذه وهلكه كرهن . وهذا ظاهر لو رضى المديون بتركه رهنا اهـ . والتوفيق بين النقول ظاهر فتأمل . والله تعالى أعلم (قوله منية) عبارتها إذا طلب من القاضى إحضار الخصم وهو خارج المصر ، إن كان الوضع قريبا بحيث لو ابتكر من أهله أمكنه أن يحضر مجلس القاضى ويجيب خصمه ويبيت فى منزله يحضره بمجرد الدعوى ، كما إذا كان فى المصر . وإن كان أبعد قيل يأمره بإقامة البينة على موافقة دعواه لإحضار خصمه . وقيل يحلفه القاضى ، فإن نكل أقامه عن مجلسه وإن حلف يأمر بإحضاره اهـ كما قدمناه بأوضح من هذا (قوله ومعلومية المال المدعى) أى ببيان جنسه وقدره بالإجماع ، لأن الغرض إلزام المدعى عليه عند إقامة البينة ولا إلزام فيما لا يعلم جنسه وقدره .

قال فى البحر : وأشار باشتراط معلومية الجنس والقدر إلى أنه لابد من بيان الوزن فى الموزونات .

وفى دعوى وقر رمان أوسفرجل لابد من ذكر الوزن للتفاوت فى الوقر . ويذكر أنه حلو أو حامض أو صغير أو كبير .

وفى دعوى الكحل يذكر أنه من دقيق المغسول أو من غيره ، وما عليه من السمسم أنه أبيض أو أسود وقدر السمسم . وقيل لا حاجة إلى السمسم وقدره وصفته .

وفى دعوى الإبريسم بسبب السلم لا حاجة إلى ذكر الشرائط . والمختار أنه لابد من ذكر الشرائط .

وفى القطن يشترط بيان أنه بخارى أو خوارزمى . وفى الحناء لابد من بيان أنه مدقوق أو ورق . وفى الديباج إن سلما يذكر الأوصاف والوزن ، وإن عينا لاحاجة إلى ذكر الوزن ويذكر الأوصاف . ولابد من ذكر النوع والوصف مع ذكر الجنس والقدر فى المكيلات . ويذكر فى السلم شرائطه من إعلام جنس رأس المال وغيره ونوعه وصفته وقدره بالوزن إن كان وزنيا . وانتقاده بالمجلس حتى يصح . ولو قال بسبب بيع صحيح جرى بينهما صحت الدعوى بلا خلاف ، وعلى هذا فى كل سبب له شرائط قليلة يكتفى بقوله بسبب كذا صحيح ، وإن ادعى ذهبا أوفضة فلابد من بيان جنسه ونوعه إن كان مضروبا كبخارى الضرب وصنعته جيدا أو وسطا أورديئا إذا كان فى البلد نقود مختلفة .

وفى العمادى : إذا كان فى البلد نقود وأحدها أروج لاتصح الدعوى ما لم يبين ، وتمامه فى البزازية وخزانة المفتين اهـ .

قال فى البزازية : ولو قال بسلم صحيح ولم يذكر الشرائط : كان شمس الإسلام رحمه الله تعالى يفتى بالصحة وغيره لا ، لأن شرائطه مما لا يعرفه إلا الخواص ويختلف فيه بعضها . وفى المنتقى : لو قال بيبع يكفى : وعلى هذا كل ماله شرائط كثيرة لايكتفى فيه بقوله بسبب صحيح . وإذا قلت الشرائط يكتفى به . أجاب شمس الإسلام فيمن قال كفل كفالة صحيحة أنه لايصح كما فى السلم لأن المسألة مختلف فيها . فلعله صحيح على اعتقاده لافى الواقع ولا عند الحاكم ، والحنفى يعتقد عدم صحة الكفالة بلا قبول فيقول كفل وقبل المكفول له فى المجلس فيصح ويذكر فى القرض وأقرضه منه مال نفسه لجواز أن يكون وكيلا فى الإقراض من غيره والوكيل سفير فيه فلايملك الطلب ويذكر أيضا قبض المستقرض وصرفه إلى حوائجه ليكون دينا بالإجماع ، فإن كونه دينا عند الثانى موقوف على صرفه واستهلاكه وتمامه فيها (قوله إذ لايقضى بمجهول) أى لأن فائدة الدعوى القضاء بها ولا يقضى

ولا يقال : مدعى فيه وبه إلا أن يتضمن الإخبار (و) شرطها أيضا (كونها ملزمة) شيئا على الخصم بعد ثبوتها وإلا كان عبثا (وكون المدعى مما يحتمل الثبوت، فدعوى ما يستحيل وجوده) عقلا أو عادة (باطلة) لتيقن الكذب فى المستحيل العقلى ، كقوله لمعروف النسب أو لمن لايولد مثله لمثله : هذا ابنى ، وظهوره فى المستحيل العادى كدعوى معروف بالفقر أموالا عظيمة على آخر أنه أقرضه إياها دفعة واحدة أو غصبها منه فالظاهر عدم سماعها بحر ، وبه جزم ابن الغرس فى الفواكه البدرية .

بمجهول فلا تصح دعوى المجهول . ويستثنى من فساد الدعوى بالمجهول دعوى الرهن والغصب، لما فى الخانية: إذا شهدوا أنه رهن عنده ثوبا ولم يسموا الثوب ولم يعرفوا عينه جازت شهادتهم والقول للمرتهن فى أى ثوب كان وكذلك فى الغصب اه فالدعوى بالأولى .

وفى المعراج : وفساد الدعوى ، إما أن لا يكون لزمه شىء على الخصم أو يكون المدعى مجهولا فى نفسه ولا يعلم فيه خلاف إلا فى الوصية ، بأن ادعى حقا من وصية أو إقرار فإنهما يصحان بالمجهول، وتصح دعوى الإبراء المجهول بلا خلاف اه فبلغت المستثنيات خمسة اه .

وفى الأشباه : ولايحلف على مجهول إلا فى مسائل، الأولى : إذا اتهم القاضى وصى اليتيم. الثانية : إذا اتهم متولى الوقف فإنه يحلفهما نظرا للوقف واليتيم. الثالثة : إذا ادعى المودع خيانة مطلقة. الرابعة : الرهن المجهول. الخامسة: دعوى الغصب . السادسة : دعوى السرقة اه (قوله ولايقال مدعى فيه) قال الحلبى : تعديته بفى لم أرها فليراجع اه قال الشيخ أبو الطيب : لم أجد فى كتاب أن المدعى فيه خطأ أو لغو ولعل الشارح وجده اه . وفى طلبة الطلبة : ولا يقال مدعى فيه وبه وإن كان يتكلم به المتفقهة إلا أنه مشهور فهو خير من صواب مهجور حموى .

أقول : وحينئذ يستغنى عما قاله الشارح من أن الادعاء يضمن معنى الإخبار فيعدى بالباء تأمل (قوله إلا أن يتضمن الإخبار) فى بعض النسخ إلا بتضمن الإخبار بحذف أن وبالباء الموحدة فى تضمن أى فعل الدعوى يتعدى بنفسه فيقال ادعاه، وقد يضمن معنى الإخبار فيقال ادعى بأرض أى أخبر بأنها له فهو راجع إلى به وبقى الأول على عمومه (قوله وكونها ملزمة) فلا تصح دعوى التوكيل على موكله الحاضر لإمكان عزله بحر (قوله وظهوره) أى الكذب وهو بالجر عطفا على تيقن (قوله كدعوى معروف بالفقر)وهو أن يأخذ الزكاة من الأغنياء منح أى إن ادعى لنفسه ، أما لو ادعى وكالة عن غنى فيصح كما صرح به ابن الغرس لأنه غير مستحيل عادة (قوله أنه أقرضه إياها) نقدا منح (قوله دفعة واحدة) ظاهر التقييد بما ذكر أنه إذا ادعاها ثمن عقار كان له أو ادعاها قرضا بدفعات أن تسمع دعواه (قوله وبه جزم ابن الغرس فى الفواكه البدرية) فى القضايا الحكمية حيث قال : ومن شروط صحة الدعوى أن يكون المدعى به مما يحتمل الثبوت بأن لايكون مستحيلا عقلا أو عادة فإن الدعوى والحال ماذكر ظاهرة الكذب فى المستحيل العادى يقينية الكذب فى المستحيل العقلى مثلا الدعوى بالمستحيل العادى دعوى من هو معروف بالفقر والحاجة ، وهو أن يأخذ الزكاة من الأغنياء على آخر أنه أقرضه مائة ألف دينار ذهبا نقدا دفعة واحدة وأنه تصرف فيها بنفسه ويطالبه برد بدلها فمثل هذه الدعوى لايلتفت إليها القاضى لخروجها مخرج الزور والفجور ، ولا يسأل المدعى عليه عن جوابها اه . قال فى المنح : لكنه لم يستند فى منع دعوى المستحيل العادى إلى نقل عن المشايخ اه .

قال فى البحر فى آخر باب التحالف والله أعلم هل منقول أو قاله تفقها كما وقع لى ثم ذكر نحو ماذكره ابن الغرس إلى أن قال : قلت : اللهم إلا أن يقال غصب لى مالا عظيما كنت ورثته من مورثى المعروف بالغنى فحينئذ تسمع اه .

(وحكمها وجوب الجواب على الخصم) وهو المدعى عليه بلا أو بنعم ، حتى لو سكت كان إنكارا فتسمع البينة عليه إلا أن يكون أخرس اختيار ، وسنحققه . وسببها تعلق البقاء المقدر بتعاطى المعاملات (فلو كان ما يدعيه منقولا فى يد الخصم وذكر) المدعى (أنه فى يده بغير حق) لاحتمال كونه مرهونا فى يده أو محبوسا

قلت : لكن فى المذهب فروع تشهد له منها ماسيأتى آخر فصل التحالف (قوله حتى لو سكت) لايظهر التفريع ط . قال فى البحر : وزاد الزيلعى وجوب الحضور على الخصم ، وفيه نظر لأن حضوره شرطها كما قدمناه فكيف يكون وجوبه حكمها المتأخر عنها اه .

وأقول : وعبارة الزيلعى : وحكمها وجوب الجواب على الخصم إذا صحت ، ويترتب على صحتها وجوب إحضار الخصم ، والمطالبة بالجواب بلا أو نعم وإقامة البينة أو اليمين إذا أنكر اه فليس فى كلام الزيلعى مايفيد أنه جعل وجوب الحضور حكما . وغاية ماتستفيد من كلامه أن القاضى لايحضره بمجرد طلب المدعى بل بعد سماعه دعواه، فإن رآها صحيحة أحضره لطلب الجواب وإلا فلا فتدبر أبو السعود (قوله وسنحققه) أى فى شرح قول المصنف وقضى بنكوله مرة (قوله تعلق البقاء) أى بقاء عالم المكلفين (قوله المقدر) أى المحكم وهو نعت البقاء : أى الذى قدره الله تعالى (قوله بتعاطى المعاملات) أى بسبب تعاطى المعاملات ، وهو متعلق بتعلق : أى والمعاملات من نحو البيع والإجارة والإستئجار وغير ذلك يجرى فيها الزيادة والنقصان والإقرار والجحود والتوكيل وغير ذلك فكانت الدعوى مما يقتضى بقاءه، لأنه لو أهملت لضاعت أحواله لأن الإنسان مدنى بالطبع لايمكن أن يقوم بجميع مايحتاج إليه والدعوى من المعاملات ، فما كان سببا للمعاملات وهو تعلق البقاء كان سببا لها (قوله فلو كان مايدعيه منقولا) أى مجحودا غير وديعة أما المقر به لايلزم إحضاره لأنه يأخذه من المقر ، وكذا لو كان وديعة لايصح الأمر باحضارها إذ الواجب فيها التخلية لاالنقل ط .

ويرد عليه أن الدعوى فى العين الوديعة إنما تكون إذا جحدها ، وحينئذ فتكون مغصوبة والعين المغصوبة يكلف إحضارها تأمل . والقهستانى زاد : وذكر فى الخزانة أنهم لو شهدوا بشىء مغيب عن المجلس قبلت وإن أمكن إحضاره ، بخلاف ماقال بعض الجهال إنه لاتقبل اه لكنه غريب فليتأمل ويأتى خلافه (قوله وذكر المدعى أنه فى يده) فلو أنكر كونه فى يده فبرهن المدعى أنه كان فى يد المدعى عليه قبل هذا التاريخ بسنة هل يقبل ويجبر بإحضاره .

قال صاحب جامع الفصولين : ينبغى أن يقبل إذا لم يثبت خروجه من يده فتبقى ولا تزول بشك ، وأقره فى البحر ، وجزم به القهستانى . ورده فى نور العين بأن هذا استصحاب ، وهو حجة فى الدفع لافى الإثبات ، ولا شك أن ما ذكر من قبيل الإثبات .

قال صاحب التوضيح : ومن الحجج الفاسدة الاستصحاب ، وهو حجة عند الشافعى فى كل ما يثبت وجوده بدليل ثم وقع الشك فى بقائه . وعندنا حجة للدفع لا للإثبات ، إذ الدليل الموجب لا يدل على البقاء وهذا ظاهر اه (قوله بغير حق لاحتمال كونه مرهونا الخ) فإن الشىء قد يكون فى يد غير المالك بحق كالرهن فى يد المرتهن والمبيع فى يد البائع لأجل قبض الثمن . قال صدر الشريعة : هذه علة تشمل العقار أيضا فما وجه تخصيص المنقول بهذا الحكم .

أقول : دراية وجهه موقوفة على مقدمتين مسلمتين .

إحداهما : أن دعوى الأعيان لا تصح إلا على ذى اليد كما قال فى الهداية إنما ينتصب خصما إذا كان فى يده .

والثانية : أن الشبهة معتبرة يجب دفعها لا شبهة الشبهة ؛ كما قالوا : إن شبهة الربا ملحقة بالحقيقة لا شبهة الشبهة. إذا عرفتهما فاعلم أن فى ثبوت اليد على العقار شبهة لكونه غير مشاهد ، بخلاف المنقول فإن فيه مشاهدة فوجب دفعها فى دعوى العقار بإثباته بالبينة لتصح الدعوى وبعد ثبوته يكون احتمال كون اليد لغير المالك شبهة الشبهة فلا يعتبر. وأما فى اليد فى المنقول فلكونه مشاهدا لا يحتاج إلى إثباته ، لكن فيه شبهة كون اليد لغير المالك فوجب دفعها لتصح الدعوى اهـ .

قال المولى عبد الحليم : قد نشأ من كلام صدر الشريعة هذا كلمات للفضلاء المتأخرين وعد كل منهم ماطوّلوا تحقيقا وما لخصوا تدقيقا ، وقد وقع بينهم تدافع فذيلوا كلامهم بالحمد لله على كونهم مهتدين لما منحوا .

أقول : ومن الله التوفيق وبيده أزمة التحقيق والتدقيق : إنه لا خفاء فى أنه لا اختصاص لقوله بغير حق بالمنقول لأن مفاده دفع احتمال كون المدعى مرهونا أو محبوسا بالثمن فى يده ، ففى المنقول : كما احتاج إلى هذا الدفع احتاج فى العقار أيضا . ومن ذلك أن المشايخ صرحوا فى هذا الدفع بأنه وجب أن يقول فى المنقول بغير حق ، وأن يذكر فى العقار أنه يطالبه لأن ظاهر حال الطالب أن لا يطالبه إلا إذا كان له الطلب وذا لايكون إذا كان فى يد غيره بحق ، فمطالبته بالعقار تتضمن قوله بغير حق ، ولذلك دفعت هذا الاحتمال كما صرح به فى الهداية. وقد قال ظهير الدين المرغينانى إنه لابد فى دعوى العقار من معرفة القاضى كونه فى يد المدعى عليه ، فيذكر المدعى أنه فى يده اليوم بغير حق كما فى العمادية .

وأيضا لا اختصاص فى المطالبة بالعقار إلا أن وجوبها لما كان بعد إحضار المنقول وتضمنها طلب الإحضار فى الجملة لم يحتاجوا إلى التصريح بها ؛ ولله درهم فى التحقيق والتدقيق .

إذا عرفت هذا ظهر أن إشكال صدر الشريعة ساقط عن أصل وأنه لا فرق بينهما فى الاحتياج إلى هذا الدفع ، نعم وجد الفرق بينهما وهو أن المنقول لما غاب فيه الإعارة والرهن بل البيع وجرى الغصب عليه بالاتفاق دون العقار أوجبوا فى المنقول التصريح بأنه فى يده بغير حق ، واكتفوا فى العقار بتضمن كلامه هذا المعنى.

وأيضا ما ذكره المصنف هنا يصلح أن يكون علة أيضا للزوم التصريح فى المنقول بغير حق وللاكتفاء بتضمن كلامه ذلك فى العقار هذا ، خير الكلام ما قل ودل ، ولا تعجب من تبديل كلمات جم غفير فإنه ثمرة الإنتباه — ولا مبدل لكلمات الله — ولا يشاركها فيه كلمات من سواه يورثه من يشاء — الحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله — وهو حسبى ونعم الوكيل (قوله وطلب المدعى إحضاره) هذا إذا لم يكن المدعى عليه مودعا ، فإن ادعى عين وديعة لا يكلف إحضارها بل يكلف التخلية كما تقدم قريبا ، ونقله فى البحر عن جامع الفصولين .

قال فى غاية البيان : ثم إذا حضر ذلك الشىء إلى مجلس القاضى فشهدوا بأنه له ولم يشهدوا بأنه ملكه يجوز لأن اللام للتمليك ، وكذلك إن شهدوا بأن هذا مالك له أو شهدوا على إقرار المدعى عليه بأنه للمدعى وذلك لا إشكال فيه . إنما الإشكال فيما لو ادعى أنه أقر بهذا الشىء ولم يدع بأنه ملكى وأقام الشهود على ذلك هل يقبل وهل يقضى بالملك . منهم من يقول نعم ، فقد ذكرنا أن الشهود لو شهدوا بأن هذا أقر بهذا الشىء له تقبل وإن لم يشهدوا بأنه ملكه وكذلك المدعى ، وأكثرهم على أنه لا تصح الدعوى ما لم يقل أقر به وهو ملكى ، لأن الإقرار خبر والخبر يحتمل الصدق والكذب ، فاذا كان كذبا لا يوجب والمدعى يقول أقر به لى يصير

إن أمكن) فعلى الغريم إحضاره (ليشار إليه فى الدعوى والشهادة) والاستحلاف (وذكر) المدعى (قيمته إن تعذر) إحضار العين بأن كان فى نقلها مؤنة وإن قات ابن كمال معزيا للخزانة (بهلاكها أو غيبتها)

مدعيا للملك والإقرار غير موجب له فلم توجد دعوى الملك فلهذا شرط قوله وهو ملكى بخلاف الشهادة لأن الثابت بها كالثابت بالمعاينة اه ملخصا (قوله إن أمكن) المراد بالممكن مالا مؤنة فى نقله لاما يمكن مطلقا . لئلا يلزم تكليفه الإحضار مع الإمكان ولو فيما له حمل ومؤنة مع أنه لايلزمه أبو السعود . وقيل فى كلام المتون مساهلة لأن فى دعوى عين وديعة لا يكلف إحضارها وإنما يكلف التخلية .

أقول : سوق الكلام على أن المدعى الواجب إحضاره ما يكون فى يد الخصم بغير حق والوديعة ليست كذلك فلا يشملها صدر الكلام حتى يحتاج إلى تدارك إخراجها هنا كما لا يخفى ، اللهم إلا أن يقال بالإنكار لما صارت غصبا فيكلف إحضارها كما قدمناه عند قوله فاو كان ما يدعيــه منقولا فتدبر (قوله فعلى الغريم إحضاره) قدره ليفيد وجوبه وهذا إذا لم يكن هالكا ولا غائبا ولا ممتنع الوصول إليه بسبب من الأسباب ولا يحتاج إلى حمل ومؤنة كما يأتى قريبا (قوله ليشار إليه فى الدعوى) بأن يقول هذا ثوبى مثلا . لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط وذلك بالإشارة فى المنقول لأن النقل ممكن والإشارة أبلغ فى التعريف (قوله والشهادة) بأن يقول الشاهد أشهد أن هذا الثوب لهذا المدعى مثلا (قوله والاستحلاف) بالله العظيم هذا الثوب لى وهو فى يدك بغير حق (قوله بأن كان فى نقلها مؤنة) فيه أن هذا من قبيل الرحى والصبرة فذكره ههنا سهو . قال فى إيضاح الإصلاح : إلا إذا تعسر بأن كان فى نقله مؤنة وإن قلت ذكره فى الخزانة . والأولى فى التركيب أن يقول إن تعذر إحضار العين بهلاكها ، أو غيبتها أو تعسر بأن كان فى نقلها مؤنة أو يقول وهو مقيد بما لاحمل له ولا مؤنة كما فى البحر ، وهذا إذا كانت العين قائمة ، فلو كانت هالكة فهو كدعوى الدين فى الحقيقة كما فى جامع الفتاوى .

قال فى البحر : وتفسير الحمل والمؤنة كونه بحال لايحمل إلى مجلس القاضى إلا بأجرة مجانا ، وقيل مالا يمكن حمله بيد واحدة ، وقيل ما يحتاج فى نقله إلى مؤنة كبر وشعير لا مالا يحتاج فى نقله إلى مؤنة كمسك وزعفران قليل ، وقيل ما اختلف سعره فى البلدان فهو مما له حمل ومؤنة لا ما اتفق اه .

وعبارة ابن الكمال متنا وشرحا : وهى إنما تصح فى الدين بذكر جنسه وقدره . وفى العين المنقول : أى الذى يحتمل النقل بالإشارة إليه ، فعلى الغريم إحضاره مجلس القاضى إلا إذا تعسر بأن كان فى نقله مؤنة وإن قلت ذكره فى الخزانة ، حضر الحاكم عنده أو بعث أمينا اه فتأمله ، وتأمل هذا الشارح فإنه ظاهر فى أنه إذا كان فى النقل مؤنة يكتفى بذكر القيمة مع أن المصرح به أنه فى صورة التعسر يحضره الحاكم أو يبعث أمينه ليشير إليها كما سيجيء قريبا ، وذكر القيمة إنما هو فى المتعذر إحضاره حقيقة بأن يكون هالكا أو حكما بأن يكون غائبا ، وإن لم يكن بهذه المثابة بأن كان متعسر الإحضار مع بقائه كالرحى وصبرة الطعام وقطيع الغنم أرسل القاضى أمينه أو أحضره بنفسه فكان عليه أن يذكرها بعد قوله فيما سيأتى وإن تعذر إحضارها ، وكان الأولى للماتن أن يقول وإن تعسر بدل تعذر لأن الرحى وصبرة الطعام من قبيل المتعسر كما هو المصرح به فى غير كتاب فتأمل ، لكن الذى عليه العمل بموجب الأمر الشريف السلطانى أن المنقول متى احتاج إحضاره لمصرف ولا يمكن إلا بذلك فيكتفى فيه التعريف وذكر القيمة كما فى مادة ١٦٢٠ ومادة ١٦٢١ (قوله أو غيبتها) أى بحيث لا يمكن إحضارها ولا حضور القاضى بنفسه أو أمينه لبعد مسافة أو مانع آخر فيكون ذلك بمنزلة الهلاك فقد تعذر

لأنه مثله معنى (وإن تعذر) إحضارها (مع بقائها كرحى وصبرة طعام) وقطيع غنم (بعث القاضى أمينه) ليشار إليها (وإلا) تكن باقية (اكتفى) فى الدعوى (بذكر القيمة)

إحضارها حقيقة فى الهلاك وحكما فى الغيبة فيكتفى بذكر قيمتها ولذا قال قاضيخان بأن لا يدرى مكانها (قوله لأنه) أى المذكور وهو القيمة . وهذا مما يزيد العبارة غموضا لاحتياجه إلى التأويل وكأنه تحريف من الناسخ . والأولى أن يقال لأنها أى القيمة مثلها أى مثل العين كما فى شرحه على الملتقى (قوله مثله) أى مثل ما يدعيه ، وهو علة لقوله وذكر قيمته عند تعذر إحضار العين فكأنه قال لأن ذكر القيمة مثل إحضار العين لأن المقصود من المدعى ماليته والقيمة تماثله فى المالية فصح تذكير الضميرين ، وقد قالوا قيمة القيمى كعينه (قوله وإن تعذر) المراد بالتعذر هنا التعسر (قوله مع بقائها) أى والحال أن القاضى يمكنه أن يحضرها بنفسه أو أمينه ليفترق عما قدمه من قوله أو غيبتها (قوله بعث القاضى الخ) لأن أمينه يقوم مقام نفسه ، فلو ذهب بنفسه لكان هو الأصل فلا شبهة فى صحته . ومثله ما ذكره ابن الكمال حيث قال فعلى الغريم إحضاره إلا إذا تعسر ، بأن كان فى نقله مؤنة وإن قلت ذكره فى الخزانة حضر القاضى عنده أو بعث أمينا اهـ وهى التى قدمها الشارح ، وقدمنا أنه ذكرها فى غير محلها لأنه جعلها مثالا لما تعذر نقله وأنه يكتفى فيه بذكر القيمة والحال أنه مما تعسر لا مما تعذر وأن الحكم فيه أن الحاكم يحضر عنده أو يبعث أمينا ولا يكتفى فيه بذكر القيمة كما تفيده عبارة ابن الكمال التى نقل الشارح عنه تأمل .

قال شمس الأئمة الحلوانى : من المنقولات ما لا يمكن إحضاره عند القاضى كالصبرة من الطعام والقطيع من الغنم . فالقاضى فيه بالخيار : إن شاء حضر ذلك الموضع لو تيسر له ذلك ، وإن لم يتيسر له الحضور وكان مأذونا بالاستخلاف بعث خليفته إلى ذلك ، وهو نظير ما إذا كان القاضى يجلس فى داره ووقع الدعوى فى جمل لا يسع باب داره فإنه يخرج إلى باب داره أو يأمر نائبه حتى يخرج ليشير إليـه الشهود بحضرته ، وتمامه فى الدرر .

قال فى البحر : وفى الدابة يخير القاضى : إن شاء خرج إليها ، وإن شاء بعث إليها من يسمع الدعوى والشهادة بحضرتها كما فى جامع الفصولين اهـ لكن قال فى غاية البيان ، فإن كانت دابة ولا يقع بصر القاضى عليها ولا تتأتى الإشارة من الشهود والمدعى وهو على باب المسجد يأمر بإدخالها فإنه جائز عند الحاجة .

ألا ترى « أنه عليه الصلاة والسلام طاف بالبيت على ناقته » مع أن حرمة المسجد الحرام فوق حرمة سائر المساجد . وإن كان يقع بصر القاضى عليها فلا يدخلها لأنه لا يأمن ما يكون منها والحاجة منعدمة اهـ (قوله وإلا تكن باقية الخ) هذا تكرار مع قوله وذكر قيمته إن تعذر .

والحاصل : أن المدعى به إن أمكن إحضار عينه ، ولم يكن له حمل ومؤنة كلف المدعى عليه إحضاره ، وإن لم يمكن بأن تعذر لهلاك العين أو غيبتها . أو تعسر بأن كان فى نقلها مؤنة ذكر المدعى القيمة ، وإن لم تكن هالكة ولا غائبة ولا يمكن إحضارها إلى مجلس القاضى لتعذره كبستان ورحى أو تعسره كصبرة وقطيع غنم خير الحاكم إن شاء حضر بنفسه لأنه الأصل أو بعث أمينه ولا تنس ما قدمناه قريبا عن الهلة من أنه إذا لم يمكن إحضار المنقول إلا بمصرف يكفى تعريفه وذكر قيمته (قوله بذكر القيمة) لأن عين المدعى تعذر مشاهدتها ولا يمكن معرفتها بالوصف . فاشترط بيان القيمة لأنها شىء تعرف العين الهالكة به غاية البيان ، وفى شرح ابن الكمال : ولا عبرة فى ذلك للتوصيف لأنه لا يجدى بدون ذكر القيمة وعند ذكرها لا حاجة إليه أشير

وقالوا لو ادعى أنه غصب منه عين كذا ولم يذكر قيمتها تسمع فيحلف خصمه أو يجبر على البيان درر وابن ملك ولهذا لو (ادعى أعيانا مختلفة الجنس والنوع والصفة وذكر قيمة الكل جملة كفى ذلك) الإجمال على الصحيح وتقبل بينته أو يحلف خصمه على الكل مرة (وإن لم يذكر قيمة كل عين على حدة) لأنه لما صح دعوى الغصب بلا بيان فلأن يصح إذا بين قيمة الكل جملة بالأولى ،

إلى ذلك فى الهداية اه . وفى قوله : وذكر قيمته إن تعذر إشارة إلى أنه لا يشترط ذكر اللون فى الذكورة والأنوثة والسن فى الدابة ، وفيه خلاف كما فى العمادية . وقال السيد أبو القاسم : إن هذه التعريفات للمدعى لا زمة إذا أراد أخذ عينه أو مثله فى المثلى ، أما إذا أراد أخذ قيمته فى القيمى ، فيجب أن يكتفى بذكر القيمة كما فى محاضر الخزانة اه .

[فرع]: وصف المدعى المدعى فلما حضر خالف فى البعض إن ترك الدعوى الأولى وادعى الحاضر تسمع لأنها دعوى مبتدأة وإلا فلا بحر عن البزازية (قوله وقالوا لو ادعى أنه غصب منه عين كذا الخ) قال فى البحر : وأطلق فى بيان وجوب القيمة عند التعذر واستثنوا منه دعوى الغصب والرهن ففى جامع الفصولين : لو ادعى عينا غائبا لا يعرف مكانه بأن ادعى أنه غصب منه ثوبا أو قنا ولا يدرى قيامه وهلاكه ، فلو بين الجنس والصفة والقيمة تقبل دعواه ، وإن لم يبين قيمته أشار فى عامة الكتب إلى أنها تقبل ، فإنه ذكر فى كتاب الرهن لو ادعى أنه رهن عنده ثوبا ، وهو ينكر تسمع دعواه . وذكر فى كتاب الغصب : ادعى أنه غصب منه أمة وبرهن تسمع وبعض مشايخنا قالوا إنما تسمع دعواه إذا ذكر القيمة وهذا تأويل ماذكر فى الكتاب أن الشهود شهدوا على إقرار المدعى عليه بالغصب ، فيثبت غصب القن بإقراره فى حق الحبس والحكم جميعا ، وعامة المشايخ على أن هذه الدعوى والبينة تقبل ، ولكن فى حق الحبس وإطلاق محمد فى الكتاب يدل عليه . ومعنى الحبس : أن يحبسه حتى يحضره ليعيد البينة على عينه فلو قال : لا أقدر عليه حبس قدر ما لو قدر أحضره ثم يقضى عليه بقيمته اه . ولم يبين الحكم فيما إذا لم يدر قيمتها أيضا قال فى الدرر : قال فى الكافى : وإن لم يبين القيمة وقال غصبت منى عين كذا ، ولا أدرى أهو هالك أو قائم ولا أدرى كم كانت قيمته ذكر فى عامة الكتب أنه تسمع دعواه لأن الإنسان ربما لا يعلم قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به .

أقول : فائدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة توجه اليمين على الخصم إذا أنكر والجبر على البيان إذا أقر أو نكل عن اليمين فليتأمل . فإن كلام الكافى لا يكون كافيا إلا بهذا التحقيق اه وقوله فائدتها توجه اليمين : أى حيث لا بينة وإلا ففائدتها الحبس كما علمت وقوله : ذكر فى عامة الكتب أنه تسمع دعواه وعامة المشايخ على أن هذه الدعوى والبينة تقبل ولكن فى حق الحبس لا الحكم وقدر الحبس بشهرين كما فى الخانية .

والحاصل : أنه فى دعوى الرهن والغصب لا يشترط بيان الجنس والقيمة فى صحة الدعوى والشهادة ، ويكون القول فى القيمة للغاصب والمرتهن بحر أى مع اليمين كما هو الظاهر . قلت : وزاد فى المعراج دعوى الوصية والإقرار قال فإن فيهما يصحان بالمجهول وتصح دعوى الإبراء المجهول بلا خلاف اه فهى خمسة (قوله ولهذا) أى لسماع الدعوى فى الغصب وإن لم يذكر القيمة (قوله مختلفة الجنس والنوع) كثياب ودواب فإن تحتها أنواعا (قوله كفى ذلك الإجمال) أى ولا يشترط التفصيل هندية (قوله على الصحيح) كما فى خزانة المفتين وقاضيخان هندية (قوله وتقبل بينته) أى على القيمة (قوله أو يحلف) أى عند عدم البرهان (قوله على الكل مرة) أى ولا يحتاج أن يحلفه على كل واحد بخصوصه ، خلافا لمن اختار ذلك راجع ماهو الصواب فى ذلك (قوله لأنه) علة للعلة

وقيل فى دعوى السرقة يشترط ذكر القيمة ليعلم كونهما نصابا فأما فى غيرها فلايشترط عمادية وهذا كله فى دعوى العين لاالدين فلو (ادعى قيمة شىء مستهلك اشترط بيان جنسه ونوعه) فى الدعوى والشهادة ليعلم القاضى بماذا يقضى

(قوله وقيل فى دعوى السرقة) حكاه بقيل لأن ثبوت حق الاسترداد أو تضمين القيمة لايتوقف على ذلك ، بل يتوقف عليه لزوم القطع مع البينة من المدعى أو الإقرار من السارق وهذا مقابل لقول المصنف فيما تقدم ، وذكر قيمته إن تعذر .

قال فى البحر : وإنما يشترط ذكر القيمة فى الدعوى إذا كانت دعوى سرقة ليعلم أنها نصاب أولا فأما فيما سوى ذلك فلا حاجة إلى بيانها اه وعليه فكان الأولى ذكره هناك .

قال فى النهر : ينبغى أن يكون المعنى أنه إذا كانت العين حاضرة لايشترط ذكر قيمتها إلا فى دعوى السرقة والتقويم يكون من أهل الخبرة فيما يظهر لابقول المدعى (قوله فأما فى غيرها) أى السرقة فلا يشترط أى ذكر القيمة (قوله وهذا كله) أى المذكور من الشروط المذكورة من الاكتفاء بذكر القيمة (قوله فى دعوى العين) أى الشىء المتعين المخصوص المملوك للمدعى على زعمه كالمغصوب والوديعة (قوله لاالدين) أى الحق الثابت فى الذمة وسيأتى دعوى الدين فى المتن (قوله فلو ادعى الخ) هو تمثيل للدين لأن القيمة لازمة ذمة المدعى عليه فى زعم المدعى اه رحمتى لكن قال بعض الأفاضل : هو تفريع على كون الشروط المارة إنما هى فى دعوى العين وأما الدين فسيأتى بأقسامه تأمل (قوله بيان جنسه) أى جنس القيمة وكذا كل دين يدعى وجنسه كالذهب مثلا أو الفضة أو النحاس وكذا كل مكيل أو موزون يمكن ثبوته فى الذمة يبين جنسه ماهو فلا يكفى ذكر الفرش والخرف فى المدينة . لأنه كالعنقاء معلوم الاسم مجهول الجنس والنوع (قوله ونوعه) فنى الذهب يبين أنه من نوع كذا وكذا فى الفضة وكذا فى البر بأن يقول : حورانية أو بلدية أو جيدورية أو سلمونية قال ط : فيه أنه عند دعواه العين لايكفى ادعاء عين مجهولة . بل لابد من بيان جنسها ونوعها ثم يذكر القيمة فالقيمة إنما أغنت عن الحضور فحينئذ لابد من ذكر الجنس والنوع فى كل فليتأمل . ولذا قالوا فى التعليل لذكر القيمة لأن الأعيان تتفاوت . والشرط أن يكون فى معلوم . وقد تعذر مشاهدته لأنها خلف عنه . وفى الذخيرة إن كان العين غائبا وادعى أنه فى يد المدعى عليه فأنكر إن بين المدعى قيمته وصفته تسمع دعواه وتقبل بينته اه (قوله ليعلم القاضى بماذا يقضى) قال فى الذخيرة مثلا : او كان المدعى مكيلا لابد من بيان جنسه بأنه حنطة أوشعير ونوعه بأنها سقية أو برية . وصفتها بأنها جيدة أو رديئة وقدره بأن يقول كذا قفيزا وسبب وجوبها ذكره ابن ملك .

أقول : لى شبهة فى هذا المحل : وهى أنه لو ادعى أعيانا مختلفة فقد مر أنه يكتفى بذكر القيمة للكل جملة ، وذكر فى الفصولين أنه لو ادعى أن الأعيان قائمة بيده يؤمر باحضارها فتقبل البينة بحضرتها . ولو قال إنها هالكة وبين قيمة الكل جملة تسمع دعواه . فظهر أن ماقدمه المصنف فى دعوى الأعيان إنما هو إذا كانت هالكة وإلا لم يحتج إلى ذكر القيمة لأنه مأمور باحضارها وقدمنا عن ابن الكمال أن العين إذا تعذر إحضارها بهلاك ، ونحوه فذكر القيمة مغن عن التوصيف وهو موافق لما ذكره المصنف فى الأعيان من الاكتفاء بذكر القيمة ، فقوله هنا : اشترط بيان جنسه ونوعه مشكل . وإن قلنا إنه لابد مع ذكر القيمة من بيان التوصيف ، لم يظهر فرق بين دعوى القيمة . ودعوى نفس العين الهالكة فما معنى قوله : تبعا للبحر فيما تقدم وهذا كله فى دعوى العين لاالدين فليتأمل . وفى البحر عن السراجية : ادعى ثمن محدود لم يشترط بيان حدوده اه .

قال فى الهندية : إذا ادعى على آخر ثمن مبيع مقبوض ولم يبين المبيع أو محدود ولم يحدده يجوز وهو الأصح

(واختلف فى بيان الذكورة والأنوثة فى الدابة) فشرطه أبو الليث أيضا واختاره فى الاختيار وشرط الشهيد بيان السن أيضا وتمامه فى العمادية (وفى دعوى الإيداع لابد من بيان مكانه) أى مكان الإيداع (سواء كان له حمل أولا وفى الغصب أن له حمل ومؤنة فلابد) لصحة الدعوى (من بيانه وإلا) حمل له (لا) وفى غصب

وكذا فى دعوى مال الإجارة المفسوخة لايشترط تحديد المستأجر اهـ (قوله واختلف فى بيان الذكورة والأنوثة فى الدابة) أى المستهلكة أما القائمة فهى حاضرة فى المجلس مشار إليها وإذا كان هذا فى الدابة ففى الرقيق أولى (قوله فشرطه أبو الليث أيضا) أى كما شرط بيان القيمة (قوله وشرط الشهيد بيان السن أيضا) أى كما يشترط بيان القيمة والذكورة أو الأنوثة قال فى المنح : وذكر الصدر الشهيد إذا ادعى قيمة دابة مستهلكة لابد من ذكر الذكورة أو الأنوثة ، ولابد من بيان السن وهذا على أصل أبى حنيفة رحمه الله تعالى مستقيم ، لأن عنده القضاء بقيمة المستهلك بناء على القضاء بملك المستهلك ، لأن حق المالك عنده باق فى العين المستهلكه فإنه قال يصح الصلح عن العين المغصوب المستهلك على أكثر من قيمته ، فلو لم يكن العين المستهلك ملكا لايجوز الصلح على أكثر من قيمته ، لأنه حينئذ يكون الواجب فى ذمة المستهلك قيمة المغصوب ، وهو دين فى الذمة وإن صالح من الدين على أكثر من قيمته ، لايجوز وإذا كان القضاء بالقيمة بناء على القضاء بملك المستهلك لابد من بيان المستهلك فى الدعوى والشهادة ليعلم القاضى بماذا يقضى وهذا القائل يقول مع ذكر الأنوثة والذكورة لابد من ذكر النوع بأن يقول : فرس أو حمار أو ماأشبه ذلك ، ولا يكتفى بذكر اسم الدابة لأنها مجهولة اهـ .

قال فى الفصول العمادية : ولا يشترط ذكر اللون والشية فى دعوى الدابة ، حتى لو ادعى أنه غصب منه حمارا وذكر شيته ، وأقام البينة على وفق دعواه فأحضر المدعى عليه حمارا فقال المدعى : هذا الذى ادعيته وزعم الشهود كذلك أيضا فنظروا ، فإذا بعض شياته على خلاف ماقالوا ، بأن ذكر الشهود بأنه مشقوق الأذن وهذا الحمار غير مشقوق الأذن قالوا لايمنع هذا القضاء للمدعى ولا يكون هذا خللا فى شهادتهم اهـ .

قال فى الهندية : ادعى على آخر ألف دينار بسبب الاستهلاك أعيانا لابد وأن يبين قيمتها فى موضع الإستهلاك وكذا لابد وأن يبين الأعيان فإن منها مايكون مثليا ومنها مايكون من ذوات القيم اهـ وفيها وفى دعوى خرق الثوب ، وجرح الدابة لايشترط إحضار الثوب والدابة لأن المدعى به فى الحقيقة الجزء الفائت من الثوب والدابة كذا فى الخلاصة .

إذا ادعى جوهرا لابد من ذكر الوزن إذا كان غائبا وكان المدعى عليه منكرا كون ذلك فى يده كذا فى السراجية وفى اللؤلؤ يذكر دره وضوءه ووزنه كذا فى خزانة المفتين اهـ (قوله سواء كان له حمل أولا) لأن المودع عليه أن يخلى بينه ، وبين الوديعة وليس عليه أن ينقلها إليه مطلقا لأنه محسن وما على المحسنين من سبيل ، فلابد من بيان مكان الإيداع حتى يلزمه تسليمها فيه دفعا للضرر عنه لافرق بين ماله حمل أولا .

وفى فتاوى رشيد الدين : ينبغى أن تكون لفظة الدعوى فى دعوى الوديعة أن لى عنده كذا قيمته كذا فأمره ليحضره لأقيم عليه البينة على أنه ملكى إن كان منكرا وإن كان مقرا فأمره بالتخلية حتى أرفع ولا يقول فأمره بالرد كذا فى الفصول العمادية (قوله من بيانه) أى بيان موضع الغصب لأنه يلزمه تسليم ماغصبه منه غير أنه إذا كان له حمل ومؤنة لايلزمه بنقله لأنه لايكلف فوق جنايته فيشترط حينئذ محل بيان الغصب (قوله وإلا حمل له لا) أى وإن لم يكن له حمل ومؤنة لايلزم بيان المكان وما فسرنا به هو الموافق للقواعد . قال المصنف فى الغصب : ويجب رد عين المغصوب فى مكان غصبه قال المؤلف لتفاوت القيم باختلاف الأماكن اهـ ومقتضاه أن يجب بيان

غير المثلى يبين قيمته يوم غصبه على الظاهر عمادية (ويشترط التحديد فى دعوى العقار

المكان مطلقا إلا أن هذا فى الهالك وكلام المصنف فى القائم .

قال فى نور العين : وفى غصب غير المثلى وإهلاكه ينبغى أن يبين قيمته يوم غصبه فى ظاهر الرواية وفى رواية بتخيير المالك أخذ قيمته يوم غصبه أو يوم هلاكه فلابد من بيان أنها قيمة أى اليومين انتهى ، وإن كان المدعى به هالكا لاتصح الدعوى إلا ببيان جنسه وسنه وصفته وحليته وقيمته لأنه لايصير معلوما إلا بذكر هذه الأشياء ، وشرط الخصاف : بيان القيمة وبعض القضاة لايشترطون بيان القيمة كذا فى محيط السرخسى اهـ .

والحاصل : أنه يجب بيان مكان الإيداع مطلقا لأن الرد غير واجب على المودع وليس مؤنته عليه بل على المالك والواجب عليه تسليمها له بمعنى عدم المنع فلو لم يبين المكان ربما لحق المودع ضرر ، وهو مرفوع بخلاف الغصب فإن رد العين المغصوبة فى مكان غصبه واجب على الغاصب فلابد من بيانه إن كان للمغصوب حمل ومؤنة لاختلاف القيمى باختلاف الأماكن بخلاف مالا حمل له ولا مؤنة (قوله يوم غصبه على الظاهر) بصيغة الفعل والمصدر وظاهره جريان خلاف وسيأتى فى الغصب مانصه وتجب القيمة فى القيمى يوم غصبه إجماعا اهـ ط وفى رواية يخير كما مر قريبا عن نور العين .

[تتمة] قال فى الهندية : ودعوى الجمد حال انقطاعه لاتصح وإن كان من ذوات الأمثال لعدم وجوب رد مثله لانقطاعه فله أن يطالبه بقيمته يوم الخصومة كذا فى الوجيز للكردرى ، وفى دعوى الرهن وأشباهه إن كانت الدعوى بسبب البيع يحتاج إلى الاحضار للإشارة إليه ، وإن كانت بسبب الاستهلاك أو بسبب القرض أو بسبب الثمنية لايحتاج إلى الاحضار كذا فى خزانة المفتين اهـ (قوله ويشترط التحديد فى دعوى العقار) لأنه تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل فصير إلى التحديد فى الدعوى والشهادة ، وجمعه عقارات . قال فى المغرب العقار الضيعة وقيل كل ماله أصل كالدار والضيعة اهـ وقد صرح مشايخنا فى كتاب الشفعة : بأن البناء والنخل من المنقولات وأنه لاشفعة فيهما إذا بيعا بلاعرصة فإن بيعا معها وجبت تبعا ، وقد غلط بعض العصريين فجعل النخيل من العقار ونبه فلم يرجع كعادته بحر .

وذكر بعده على قول الكنز وقيل لخصمه : أعطه كفيلا الخ عن الفتاوى الصغرى : لو طلب المدعى من القاضى وضع المنقول على يد عدل ، فإن كان المدعى عليه عدلا لايجيبه وإن فاسقا أجابه وفى العقار : لايجيبه إلا فى الشجر الذى عليه الثمر لأن الثمر نقلى اهـ .

قال المؤلف هناك : وظاهره أن الشجر من العقار وقدمنا خلافه وفى حاشية أبى السعود هناك أقول : نقل الحموى عن المقدسى التصريح بأن الشجر عقار اهـ .

قلت : ويؤيده كلام المصباح لأنه إذا قيل إنه عقار يبتنى عليه وجوب التحديد فى الدعوى والشهادة وكيف يمكن ذلك فى شجرة ببستان بين أشجار كثيرة ؛ وفى حاشية أبى السعود وقوله لاشفعة فيها الخ يحمل على ما إذا لم تكن الأرض محتكرة وإلا فالبناء بالأرض المحتكرة تثبت فيه الشفعة لأنه لما له من حق القرار التحق بالعقار كما سيأتى فى الشفعة اهـ

أقول : لكن الذى اعتمده الشارح فى بابها عدم ثبوت الشفعة فيه بقوله : وأما ماجزم به ابن الكمال من أن البناء إذا بيع مع حق القرار يلتحق بالعقار فرده شيخنا الرملى ، وأفتى بعدمها تبعا للبزازية وغيرها فليحفظ اهـ وأقره سيدى الوالد رحمه الله تعالى وبالغ فى الرد على استدلال أبى السعود فراجعه ثمة .

قال فى جامع الفصولين : قال جماعة من أهل الشروط : ينبغى أن يذكر فى الحدود دار فلان ولا يذكر لزيق دار فلان وعندهما كلاهما سواء طحم : يكتب فى الحد ينتهى إلى كذا ويلاصق كذا أو لزيق كذا ولا يكتب أحد

حدوده كذا وقد قال ح لو كتب أحد حدوده دجلة أو الطريق أو المسجد فالبيع جائز ولا تدخل الحدود فى البيع إذ قصد الناس بها إظهار مايقع عليه البيع لكن س قال البيع فاسد إذ الحدود فيه تدخل فى البيع ». فاخترنا ينتهى أو لزيق أو يلاصق تحرزا عن الخلاف ولأن الدار على قول من يقول يدخل الحد فى البيع فى الموضع الذى ينتهى إليه فأما ذلك الموضع المنتهى إليه ، فقد جعل حدا وهو داخل فى البيع وعلى قول من يقول : لايدخل الحد فى البيع فالمنتهى إلى الدار لايدخل تحت البيع ، ولكن عند ذكر قولنا بحدوده يدخل فى البيع وفاقا قالوا والصحيح مع الجواب أن يقال : لو ذكر فى الحد لزيق أو ينتهى أونحوه تصح الشهادة ولو ذكر دار فلان أو طريق أو مسجد لاتصح الشهادة ط . والشهادة كالدعوى فيما مر من الأحكام .

فش : كتب فى الحد لزيق الزقيقة أو الزقاق وإليها المدخل أو الباب لايكفى لكثرة الأزقة فلابد أن ينسبها إلى ماتعرف به ولو كانت لاتنسب إلى شىء يقول زقيقة بها أى بالمحلة أو القرية أو الناحية ليقع به نوع معرفة .

أقول : دل هذا على أنه لايكفى ذكر الثلاثة ويحتمل أن يكون غرضه من قوله : لايكفى فلابد الخ أنه فى بيان الرابع لابد منه كذا وهذا لايدل على أن بيان الرابع لابد منه إذ بين قولنا بيان الرابع لابد منه وبين قولنا الرابع لايبين إلا بكذا فرق بين فلا دلالة حينئذ والله أعلم بغرضه .

وأقول : أيضا بالحدود الثلاثة تتميز تلك الزقيقة من سائر الأزقة فلا تضر الكثرة وأيضا فى قوله بها أى بالمحلة الخ نظر إذ المعرفة الحاصلة بذكر المحلة أو القرية تحصل بدون ذكرها إذ من المعلوم أن الزقيقة لاتكون إلا بالمحلة أو القرية فذكرها وعدمه سواء لكن يمنع أن الزقيقة لاتكون إلا بالمحلة أو القرية لجواز أن يكون مقابلها أو بقربها أو نحو ذلك فقط .

لو كان الحد الرابع ملك رجلين لكل منهما أرض على حدة فذكر فى الحد الرابع لزيق ملك فلان ولم يذكر الآخر يصح وكذا لو كان الرابع لزيق أرض أو مسجد فذكر الأرض لا المسجد يجوز ، وقيل الصحيح : أنه لا يصح الفصلان إذا جعل الحد الرابع كله لزيق ملك فلان فإذا لم يكن كله ملك فلان فدعواه لم تتناول هذا المحدود فلا يصح كما لو غلط فى أحد الأربعة بخلاف سكوته عن الرابع :

فش : لو كان المدعى أرضا وذكروا أن الفاصل شجرة لايكفى إذ الشجرة لاتحيط بكل المدعى به والفاصل يجب أن يكون محيطا بكل المدعى به حتى يصير معلوما .

فش : الشجرة والمسناة تصلح فاصلا .

والحاصل : أن الشجرة تصلح فاصلا إذا أحاطت وإلا لا .

أقول : ومثل الشجرة البئر وعين الماء عدة .

المقبرة لو كانت ربوة تصلح حدا وإلا فلا أى بأن كانت تلا ط لو ذكر فى الحد لزيق أرض الوقف لايكفى وينبغى أن يذكر أنها وقف على الفقراء أو على مسجد كذا ونحوه أو فى يد من أو ذكر الواقف .

أقول : ينبغى أن يكون هذا ومايتلوه من جنسه على تقدير عدم المعرفة إلا به وإلا فهو تضييق بلاضرورة .

جف : ذكر اسم جد المالك للحد شرط وكذا ذكر جد الواقف لو كان الحد وقفا إلا إذا كان مشهورا معروفا لا يلتبس به غيره .

طذ : لو ذكر لزيق ملك ورثة فلان لا يكفى إذ الورثة مجهولون منهم ذو فرض وعصبة وذو رحم فجهلت جهالة فاحشة ألا يرى أن الشهادة بأن هذا وارث فلان لا تقبل لجهالة فى الوارث .

كما) يشترط (فى الشهادة عليه واو) كان العقار (مشهورا) خلافا لهما (إلا إذا عرف الشهود الدار بعينها فلا يحتاج إلى ذكر حدودها) كما لو ادعى ثمن العقار لأنه دعوى الدين حقيقة بحر (ولابد من ذكر بلدة بها الدار ثم المحلة ثم السكة)

فش : لو ذكر لزيق دار ورثة فلان لا يحصل التعريف بذكر الاسم والنسب وقيل : يصح ذكره حدا لأنه من أسباب التعريف عدة .

لو كتب لزيق أرض ورثة فلان قبل القسمة قيل يصح وقيل لا. ش: كتب لزيق دار من تركة فلان يصح حدا كتب لزيق أرض مبان وهى لا تكفى كذا ذكره الشارح وقال : لأن أرض مبان وهى قد تكون للغائب، وقد تكون أرضا تركه مالكه على أهل القرية بالخراج وقد تكون أرضا تركت لرعى دواب القرية من وقت الفتح فهى مبان فبهذا القدر ما يحصل التعريف .

أقول: فيه نظر لأن أرض مبان وهو لو كان معروفا فى نفسه ينبغى أن يحصل به التعريف والجهالة فى مالكه وفى جهة تركه لا يضر التعريف .

ط : لو جعل الحد طريق العامة لايشترط فيه ذكر أنه طريق القرية أو البلدة لأن ذكر الحد لاعلام ماينتهى إليه المحدود ، وقد حصل العلم حيث انتهى إلى الطريق .

ط : الطريق يصلح حدا ولاحاجة فيه إلى بيان طوله وعرضه إلاعلى قول شح فإنه قال تبين الطريق بالذراع والنهر لا يصلح حدا عند البعض وكذا السور ، وهو رواية عن ح وظاهر المذهب أنه يصلح حدية والخندق كنهر فإنه يصلح حدا عندهما واختار مز قولهما ولاعبرة لمن قال إن النهر يزيد وينقص وإن السور يخرب ، وإن الطريق يترك السلوك فيه لأن تبدل دار فلان أسرع من تبدل السور ونحوه فينبغى أن يكون ذلك أولى: أى بصلاحيتها حدا.

ذ : ولو حد بأنه لزيق أرض فلان ولفلان فى هذه القرية التى فيها المدعاة أراض كثيرة متفرقة مختلفة تصح الدعوى والشهادة اه بزيادة وبعض تغيير (قوله كما يشترط فى الشهادة عليه) لأنه بها يصير معلوما عند القاضى (قوله ولو كان العقار مشهورا) لأنه يعرف به مع تعذر الإشارة إليه وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وهو الصحيح كذا فى الهندية عن السراج الوهاج لأن قدرها لا يصير معلوما إلا بالتحديد درر (قوله خلافا لهما) أى فإن عندهما إذا كان العقار مشهورا شهرة الرجل فلا يحتاج إلى تحديده (قوله إلا إذا عرف) بتشديد الراء الشهود الدار بعينها أى بأن أشاروا إليها حاضرة وقالوا نشهد أن هذه الدار لفلان فافهم (قوله فلا يحتاج إلى ذكر حدودها) قال شمس الأئمة السرخسى يشترط فى شراء القرية الخالصة أن يذكر حدود المستثنيات من المساجد والمقابر والحياض للعامة ونحوها ، وأن يذكر مقاديرها طولا وعرضا ، وكان يرد المحاضر والسجلات والصكوك التى فيها استثناء هذه الأشياء مطلقة بلا تحديد ولا تقرير وكان أبو شجاع لايشترط ذلك قال فى البحر: ومايكتبون فى زماننا وقد عرف المتعاقدان جميع ذلك وأحاطا به علما فقد استرذله بعض مشايخنا وهو المختار إذ البيع لا يصير به معلوما للقاضى عند الشهادة فلابد من التعيين اه أى بذكر حدوده أو بالإشارة إليه فى محله (قوله كما لو ادعى ثمن العقار الخ) ظاهره ولو غير مقبوض وفى جامع الفصولين لو ادعى ثمن مبيع لم يقبض لابد من إحضار المبيع مجلس الحكم حتى يثبت البيع عند القاضى بخلاف لو ادعى ثمن مبيع قبض فإنه لا يجب إحضاره لأنه دعوى الدين حقيقة اه . ومقتضاه أن يفصل فى العقار وذكر حدوده تقام مقام إحضاره (قوله ولابد من ذكر بلدة بها الدار) ذكر شيخ الإسلام الفقيه أحمد أبو النصر محمد السمرقندى فى شروطه ، وفى دعوى العقار لابد أن يذكر بلدة فيها الدار ، ثم المحلة ثم السكة فيبدأ أولا بذكر الكورة ثم المحلة اختيارا

فيبدأ بالأعم ثم الأخص فالأخص كما فى النسب (ويكتفى بذكر ثلاثة) فلو ترك الرابع صح وإن ذكره وغلط فيه لا ملتقى لأن المدعى يختلف به

لقول محمد فإن مذهبه أن يبدأ بالأعم ثم بالأخص وقيل يبدأ بالأخص ثم بالأعم فيقول دار فى سكة كذا فى محلة كذا وقاسه(١) على النسب حيث يقال فلان ثم يقال ابن فلان ثم يذكر الجد بما هو أقرب فيترقى إلى الأبعد ، وقول محمد أحسن إذ العام يعرف بالخاص ، لا بالعكس وفصل النسب حجة عليه (٢)إذ الأعم اسمه فإن أحمد فى الدنيا كثير فإن عرف وإلا ترقى إلى الجد كذا فى جامع الفصولين برمز ط والذى فى شرح أدب القاضى يجب على المدعى وعلى الشهود الإعلام بأقصى ما يمكن ، وهو فى الدار بالبلدة ثم المحلة التى فيها الدار فى تلك البلدة ثم يبين حدود الدار لأن أقصى ما يمكن فى التعريف هذا اه والشارح تبع ما فى جامع الفصولين قال ط : والذى يظهر الأول اه تأمل وذكر بعض الأفاضل على هامش الدر قوله : ولابد من ذكر بلدة بها الدار الخ وقال بعضهم : لا يلزم وذكر المرغينانى أنه لو سمع قاض(٣) تصح هذه الدعوى وقال القهستانى ويشترط تحديد الدار بما لا يتغير كالدور والأراضى والسور والطريق فخرج النهر لأنه يزيد وينقص ويعمر وإن لم تحد وقضى بصحة ذلك نفذ اه .

أقول : لكن قد علمت مما قدمناه قريبا عن الفصولين أنه لا عبرة لمن قال إن النهر يزيد وينقص الخ فلا تنسه.

وأقول : لكن المشاهد فى ديارنا دمشق الشام ، وبعض أنهارها فى بعض المحلات كنهر بردى فإنه كثيرا ما يترك أرضه ، ويمشى فى أرض أخرى مملوكة للغير ، ويمر على ذلك أعوام كثيرة بسبب انحدار الماء إلى تلك الأرض ويسفلها ويجعلها له طريقا آخر فتتغير الحدود ، وتصير نسيا منسيا وعليه فالنهر لا يصلح أن يكون حدا إلا إذا كان جريانه فى أرض لا يمكن للماء نحرها وتغيير محله بأن كانت حافتاه مبنيتين بالآجر والأحجار والمؤنة أو كان جريانه فى أرض منقوبة من صخر أو نحو ذلك والله تعالى أعلم (قوله كما فى النسب) أى إذا ادعى على رجل اسمه جعفر مثلا فإن عرف وإلا ترقى إلى الأخص فيقول ابن محمد فإن عرف وإلا ترقى إلى الجد (قوله ويكتفى بذكر ثلاثة) لأن للأكثر حكم الكل زيلعى فيجعل الرابع بإزاء الثالث حتى ينتهى إلى مبدأ الجد الأول فصولين.

وفى الحموى : وقال زفر : لابد من ذكر الحدود الأربعة لأن التعريف لا يتم إلا بها ولنا أن للأكثر حكم الكل على أن الطول يعرف بذكر الحدين والعرض بأحدهما وقد يكون بثلاثة روى عن أبى يوسف يكفى الإثنان وقيل الواحد والفتوى على قول زفر ولذا لو قال غلطت فى الرابع لا يقبل ، وبه قالت الثلاثة وهذه إحدى المسائل التى يفتى بها بقول زفر كما أشرت إلى ذلك فى منظومتى فيما يفتى به من أقوال زفر بقولى :

دعوى العقار بها لابد أربعة   من الحدود وهذا بين وجلى   اه ط بزيادة

لكن قال سيدى عبد الغنى النابلسى فى شرحه على المحبية بعد كلام طويل فإذا كانت الحدود الثلاثة كافية عند الأئمة الثلاثة كان الفتوى على ذلك فقول زفر لأنه لابد من الحدود الأربعة غير مفتى به اه .

أقول : وكون الفتوى على قول زفر لم أجده فى كتب المذهب ولا فى نظم سيدى الوالد رحمه الله تعالى المسائل العشرين التى يفتى بها على قول زفر (قوله فلو ترك) أى المدعى أو الشاهد الرابع صح فحكمها فى الترك والغلط واحد (قوله وإن ذكره) أى الحد الرابع وغلط فيه لا أى لا يصح وهو المفتى به ط لأنه يختلف المدعى ولا كذلك بتركه ونظيره إذا ادعى شراء بثمن منقود فإن الشهادة تقبل وإن سكتوا عن بيان جنس الثمن ، ولو ذكروه

---

(١) أى هذا القائل اه منه .   (٢) أى على ذلك القائل اه منه .

(٣) (قوله لو سمع قاض) الخ هكذا بالأصل وليحرر اه مصححه .

ثم إنما يثبت الغلط بإقرار الشاهد فصولين (وذكر أسماء أصحابها) أي الحدود.

واختلفوا فيه لم تقبل كذا فى الزيلعى (قوله بإقرار الشاهد) كذا فى البحر وفى الحموى والغلط إنما يثبت بإقرار المدعى أنه غلط الشاهد والظاهر أن الغلط يثبت بهما أما لو ادعى المدعى عليه الغلط لا تسمع هذه الدعوى ولو أقام بينة لا تقبل وبيانه فى البحر وغيره (قوله فصولين) وعبارته وإنما يثبت الغلط بإقرار الشاهد إنى غلطت فيه أما لو ادعاه المدعى عليه لاتسمع، ولا تقبل بينته لأن دعوى غلط الشاهد من المدعى عليه إنما تكون بعد دعوى المدعى. وجواب المدعى عليه حين أجاب المدعى، فقد صدقه أن المدعى بهذه الحدود، فيصير بدعوى الغلط مناقضا بعده أو نقول تفسير دعوى الغلط أن يقول المدعى عليه أحد الحدود ليس ما ذكره الشاهد أو يقول صاحب الحد ليس بهذا الاسم كل ذلك نفى والشهادة على النفى لاتقبل اه.

قال العلامة الرملى فى عبارة الفصولين: إسقاط من أصل النسخة ولابد منه وهو بعد قوله بدعوى الغلط بعده مناقضا فينبغى أن يفصل أيضا ويمكن أن يغلط لمخالفته لتحديد المدعى فلا تناقض ثم قال: أو نقول الخ وقد كتبت على نسختى جامع الفصولين فى هذا المحل كتابة حسنة فراجعها فإنها مفيدة وفى جامع الفصولين أيضا.

أقول: لو قال بعض حدوده كذا لا ما ذكره الشاهد والمدعى ينبغى أن تقبل بينته عليه من حيث إثباته أن بعض حدوده كذا فينفى ما ذكره المدعى ضمنا، فيكون شهادة على الإثبات لا على النفى، ويدل عليه مسألة ذكرت فى فصل التناقض أنه ادعى دارا محدودة فأجاب المدعى عليه أنه ملكى، وفى يدى ثم ادعى أن المدعى غلط فى بعض حدوده لم يسمع لأن جوابه إقرار بأنه بهذه الحدود، وهذا إذا أجاب بأنه ملكى أما لو أجاب بقوله ليس هذا ملكك ولم يزد عليه يمكن الدفع بعده بخطأ الحدود كذا حكى عن ط أنه لقن المدعى عليه الدفع بخطأ الحدود.

أقول: دل على هذا أن المدعى عليه لو برهن على الغلط يقبل فدل على ضعف الجوابين المذكورين فالحق ما قلت من أنه ينبغى أن يكون على هذا التفصيل والله تعالى أعلم اه قال فى نور العين: جميع ما ذكره المعترض فى هذا البحث محل نظر كما لا يخفى على من تأمل وتدبر اه.

أقول: والمخلص كما ذكره السائحانى أن يقول المدعى عليه هذا المحدود ليس فى يدى فيلزم أن يقول الخصم بل فى يدك ولكن حصل غلط فيمنع به، ولو تدارك الشاهد الغلط فى المجلس يقبل أو فى غيره إذا وفق. قال فى البزازية: ولو غلطوا فى حد واحد أو حدين ثم تداركوا فى المجلس أو غيره يقبل عند إمكان التوفيق بأن يقول كان اسمه فلانا ثم صار اسمه فلانا أو باع فلان واشتراه المذكور اه. وفيه مسائل أحببت ذكرها هنا تتميما للفائدة.

وفى ذ: بين حدوده ولم يبين أنه كرم أو أرض أو دار وشهدا كذلك قيل لا تسمع الدعوى، ولا الشهادة وقيل تسمع لو بين المصر والمحلة والموضع.

ادعى عشر دبرات(١) أرض وحد التسع لا الواحدة لو كانت هذه الواحدة فى وسط التسع تقبل ويقضى بالجملة لا لو على طرف.

جف: ادعى سكنى دار ونحوه وبين حدوده لا يصح إذ السكنى نقلى فلا يحد بشىء.

فش: وإن كان السكنى نقليا لكن لما اتصل بالأرض اتصال تأبيد كان تعريفه بما به تعريف الأرض

---

(١) الدبرات: قطعة من الأرض تزرع «قاموس».

(وأسماء أنسابهم ولابد من ذكر الجد) لكل منهم (إن لم يكن) الرجل مشهورا وإلا اكتفى باسمه لحصول المقصود

إذ في سائر النقليات إنما لا يعرف بالحدود لإمكان إحضاره فيستغنى بالإشارة إليه عن الحد أما السكنى فنقله لا يمكن لأنه مركب فى البناء تركيب قرار فالتحق بما لا يمكن نقله أصلا اه .

أقول : والمراد بالسكنى ما ركب في الأرض كما ظهر من كلامه أى لأنه منقول تعسر إحضاره فلا يكفى تحديده ولابد من الإشارة إليه عند الدعوى والشهادة والحكم عليه ، وقوله : وإن كان السكنى نقليا الخ هذا قول آخر نقله عن فتوى رشيد الدين أى فيكفى تحديده وإن كان نقليا لأنه التحق بالعقار لاتصاله بالأرض اتصال قرار .

أقول : ومنه يظهر حكم حادثة الفتوى وهى ما لوأراد متولى أرض وقف معلومة انتزاعها من يدمستأجرها بعد مضى مدة الإجارة ورفع يده عنها وكان قد غرس وبنى فيها المستأجر بإذن متوليها بحق القرار فأثبت بناءه وأشجاره الموضوعة فى الأرض على الوجه المذكور لدى الحاكم الشرعى بذكر حدود الأرض فقط من غير إشارة إلى البناء والأشجار وحكم له الحاكم الشرعى بحق القرار فيها فإنه يصح على هذا القول الثانى سيما وقد اتصل بحكم الحاكم .

وأقول : أيضا قد تأيد ذلك بأمر السلطان نصره الرحمن كما سمعته فى المنقول الذى يحتاج نقله إلى مصرف وقد تأيد ذلك عندى بعده بفتوى من مفتى الأنام بوأهم الله دار السلام أفتوا فيها بصحة حججج الاحترام طبق هذا المرام هذا ما ظهر لى فى هذا المقام فتأمله منصفا بكمال الإلمام .

وفيه برمز طظه : شرى علو بيت ليس له سفل يحد السفل لا العلو إذالسفل مبيع من وجه من حيث أن قرار العلو عليه ، فلابد من تحديده وتحديده يغنى عن تحديد العلو إذ العلو عرف بتحديد السفل ، ولأن السفل أصل والعلو تبع فتحديد الأصل أولى قال طى : هذا إذا لم يكن حول العلو حجرة فلو كانت ينبغى أن يحد العلو لأنه هو المبيع فلابد من إعلامه وهو يحده وقد أمكن (قوله وأسماء أنسابهم) جمع نسب بمعنى منسوب إليه . قال فى البحر : المقصود الإعلام اه وفى الملتقط ربما لايحد إلا بذكر الجد وإذا لم يعرف جده لا يتميز عن غيره إلا بذكر مواليه أو ذكر حرفته أو وطنه أو دكانه أو حليته فإنما التمييز هو المقصود فيحصل بما قل أو كثر اه . ولو ذكر مولى العبد وأبا مولاه يكفى على المفتى به ط .

مطلب المقصود التمييز لمعرفة الحد

(قوله وإلا اكتفى باسمه لحصول المقصود) قال فى الفصولين : أما الدار فلابد من تحديده ولو مشهورا عند أبى حنيفة وتمام حده بذكر جدصاحب الحد وعندهما التحديد ليس بشرط فى الدار المعروف كدار عمر بن الحرث بكوفة فعلى هذا لو ذكر لزيق دار فلان ، ولم يذكر اسمه ونسبه وهو معروف يكفيه إذ الحاجة إليهما لإعلام ذلك الرجل وهذا مما يحفظ جدا اه .

وفيه : ولو جعل أحد الحدود أرض المملكة يصح ، وإن لم يذكر أنه فى يد من لأنها فى يد السلطان بواسطة يد نائبه اه . وهذا إذا كان الأمير واحدا ، فلو كان اثنين لابد أن يبين اسم الأمير ونسبه كما فى الخلاصة .

رجل ادعى دارا فى يد رجل فقال له القاضى هل تعرف حدود الدار قال لا ، ثم ادعاها وبين الحدود لا تسمع أما إذا قال : لا أعرف أسامى أصحاب الحدود ثم ذكر فى المرة الثانية فتسمع ولا حاجة إلى التوفيق كذا فى الهندية عن الخلاصة .

(و) ذكر (أنه) أى العقار (فى يده) ليصير خصما (ويزيد) عليه (بغير حق إن كان) المدعى (منقولا) لما مر

وفيها : ولو أنه قال لا أعرف الحدود ثم ذكر الحدود بعد ذلك ثم قال : عنيت بقولى لا أعرف الحدود لا أعرف أسماء أصحاب الحدود قبل ذلك منه ، وتسمع دعواه كذا فى الذخيرة .

رجل ادعى محدودة وذكر حدودها وقال فى تعريفها : وفيها أشجار ، وكانت المحدودة بتلك الحدود ولكنها خالية عن الأشجار لا تبطل الدعوى وكذا لو ذكر مكان الأشجار الحيطان ولو كان المدعى قال فى تعريفها : ليس فيها شجر ولا حائط فإذا فيها أشجار عظيمة لا يتصور حدوثها بعد الدعوى إلا أن حدودها توافق الحدود التى ذكر تبطل دعواه .

ولو ادعى أرضا ذكر حدودها وقال : هى عشر دبرات أرض أو عشر جرب ، فكانت أكثر من ذلك لا تبطل دعواه وكذا لو قال : هى أرض يبذر فيها عشر مكاييل فإذا هى أكثر من ذلك ، أو أقل إلا أن الحدود وافقت دعوى المدعى لا تبطل دعوى المدعى ، لأن هذا خلاف يحتمل التوفيق وهى غير محتاجة إليه كذا فى فتاوى قاضيخان .

وفى الهندية : رجل ادعى على رجل أنه وضع على حائط له خشبا أو أجرى على سطحه ماء أو فى داره ميزابا أو ادعى أنه فتح فى حائط له بابا أو بنى على حائط له بناء أو ادعى أنه رمى التراب أو الزبل فى أرضه أو دابة ميتة فى أرضه أو غرس شجرا أو ما فيه فساد الأرض وصاحب الأرض يحتاج إلى رفعه ونقله ، وصحح دعواه بأن بين طول الحائط وعرضه وموضعه وبين الأرض بذكر الحدود وموضعها فإذا صحت دعواه وأنكر المدعى عليه يستحلفه على السبب ، ولو كان صاحب الخشب هو المدعى فقدم صاحب الحائط إلى القاضى وقال : كان لى على حائط هذا الرجل خشب ، فوقع أو قلعته لأعيده وأن صاحب الحائط يمنعنى عن ذلك لا تسمع دعواه ما لم يصحح وتصحيح الدعوى بأن يبين موضع الخشب وأن له حق وضع خشبة أو خشبتين أو ما أشبه ذلك وبين غلظ الخشبة وخفتها فإذا صحت الدعوى وأنكر المدعى عليه يحلفه القاضى على الحاصل بالله ما لهذا فى هذا الحائط وضع الخشب الذى يدعى وهو كذا وكذا فى موضع كذا من الحائط فى مقدم البيت أو مؤخره حق واجب له فإذا نكل ألزمه القاضى حقه اهـ (قوله وذكر أنه أى العقار فى يده الخ) أى لأن المدعى عليه لا يكون خصما إلا إذا كان العقار فى يده ، فلابد من ذكره ، وإنما خصصه فى الذكر ، لأن الكلام فيه وإلا فالمنقول كذلك ، ولذا جعل صاحب البحر الضمير راجعا إلى المدعى الشامل للمنقول والعقار قال : ولم أخصصه بالعقار كما فعل الشارح لكونه شرطا فيهما اهـ .

وفى كلامه إشارة إلى أن ذلك فى الدعوى ، أما إذا شهدوا بمنقول أنه فى ملك المدعى تقبل ، وإن لم يشهدوا أنه فى يد المدعى عليه بغير حق ، لأنهم شهدوا بالملك له وملك الإنسان لا يكون فى يد غيره إلا بعارض والبينة تكون على مدعى العارض ولا تكون على صاحب الأصل وقال بعضهم : ما لم يشهدوا أنه فى يد المدعى عليه بغير حق لا تقطع يد المدعى عليه ، والأول أصح وفيما سوى العقار لا يشترط أن يشهدوا أنه فى يد المدعى عليه لأن القاضى يراه فى يده فلا حاجة إلى البيان كذا فى الخانية بحر (قوله إن كان منقولا) هذا تكرار لا حاجة إليه مع قوله فيما تقدم فى المنقول ذكر أنه فى يده بغير حق إلا أن يقال : إنما ذكره مع ما تقدم ليشير أن فى العقار لا يتأتى ذلك لأن اليد لا تستولى عليه ولذا لا يثبت فيه الغصب تأمل (قوله لما مر) أى من احتمال كونه مرهونا فى يده أو محبوسا بالثمن فى يده أى ليصير خصما .

(ولا تثبت يده فى العقار بتصادقهما بل لابد من بينة أو علم قاض) لاحتمال تزويرهما بخلاف المنقول لمعاينة يده هذا ليس على إطلاقه بل (إذا ادعى) العقار

أقول : هذا يشمل العقار فالتقييد لايفيد وهكذا قال صدر الشريعة ، وفى القهستانى ويزيد أيضا فى العقار عند بعض المشايخ كما فى قاضيخان ، وهو المختار عند كثير من أهل الشروح ومثله فى الخزانة (قوله ولا تثبت لويده) أى يدالمدعى عليه بتصادقهما لأن اليد فيه غير مشاهدة ، ولعله فى يد غيرهما تواضعا فيه ليكون لهما ذريعة إلى أخذه بحكم الحاكم عينى وسيشير إليه الشارح ،لكن اعترض على تعليل العينى بأنه لايشمل ،الايمكن حضوره إلى مجلس الحكم كصبرة بر ورحى كبيرة ونحو ذلك فينبغى أن يلحق بالعقار لمشابهتها له .

أقول : هذا الاعتراض فى غاية السقوط لما سبق وسيجىء أن ما تعذر نقله من المنقول يحضره القاضى أو يبعث أمينا أو نائبه فيسمع ، ويقضى ثم يمضى القاضى.فى صورة الحضور مشاهد أيضا وفى صورة بعث القاضى كالمشاهد ، ولذلك أمضى قضاءه بخلاف العقار فإن كونه فى يد المدعى عليه قد لا يشاهده القاضى وإن حضر عنده ولذلك صرحوا بأن ثبوت يده عليه بالبينة لا غير .

أقول : وهذا مما يقع كثيرا ويغفل عنه كثير من قضاة زماننا حيث يكتب فى الصكوك فأقر بوضع يده على العقار المذكور فلابد أن يقول المدعى إنه واضع يده على العقار ويشهد له شاهدان ولذا نظم سيدى الوالد رحمه الله تعالى ذلك بقوله :

واليد لا يثبت فى العقار ... مع التصادق فلا تمارى

بل يلزم البرهان إن لم يدع ... عليه غصبا أو شراء مدعى

(قوله بل لابد من بينة) أى من المدعى تشهد أنهم عاينوه فى يده أى لصحة القضاء بالملك ، ولا يشترط ذلك لصحة الدعوى .

قال فى الخانية : قال أبو بكر : لا تقبل بينــة المدعى على الملك ما لم يقم البينة أنها فى يد ذى اليد ومثله فى القهستانى بأوضح بيان، ثم قال: وإذا شهدوا أنه فى يده يسألهم القاضى أنهم شهدوا عن سماع أو معاينة لأنهم ربما سمعوا إقراره أنه فى يده وهذا لا يختص به فإنهم لوشهدوا على البيع مثلا يسألهم عن ذلك لأنها شهادة بالملك للبائع والملك لايثبت بالإقرار (قوله أوعلم قاض) هذا بناء على أن القاضى يقضى بعلمه وكثيرا مايذكرونه فى المسائل والمفتى به : أنه لايقضى بعلمه فعليه لابد من البينة (قوله لاحتمال تزويرهما) هو الصحيح اعترضه صدر الشريعة بأن تهمة المواضعة ثابتة مع إقامة البينة أيضا فإن الدار مثلا إذا كانت أمانة فى يد المدعى عليه فتواضعا على أن لا يقر بالأمانة فيقيم البينة على اليد ، ثم إنها ملكه فيقضى عليه وأجيب بأن تهمة المواضعة فى صورة الإقرار ظاهرة وقريبة ، بل أكثر .وفى صورة إقامة البينة خفية وبعيدة بل نادرة وأبعد لأن مبنى ذلك على مواضعة الخصمين وشاهدى زور وارتكاب ضرر فإن المدعى عليه إذا حكم عليه ، وأخرجت من يده يتضرر فتدبر وعند البعض يكفى تصديق المدعى عليه أنها فى يده، ولا يحتاج إلى إقامة البينة ، لأنه إن كان فى يده وأقر بذلك فالمدعى يأخذ منه إن ثبت ملكيته بالبينة أو بإقرار ذى اليد أو نكوله ، وإن لم يكن فى يده لا يكون للمدعى ولاية الأخذ من ذى اليد لأن البينة قامت على غير خصم فالضرر لا يلحق إلا بذى اليد على أن التزوير يوجد لوكانت فى يده أمانة ، ولم يذكر إلا مجرد أنها فى يده كما علمت (قوله لمعاينة يده) قدمنا قريبا الاعتراض على هذا التعليل وإن الاعتراض المذكور فى غاية السقوط فلا تنسه (قوله ثم هذا) أى عدم ثبوت اليد بالتصادق

(ملكا مطلقا أما في دعوى الغصب و) دعوى (الشراء) من ذى اليد (فلا) يفتقر لبينة أيضا بزازية .
(و)(ذكر أنه يطالبه به) لتوقفه على طلبه ولاحتمال رهنه أو حبسه بالثمن وبه استغنى عن زيادة بغير حق
فافهم (ولو كان) ما يدعيه (دينا) مكيلا أو موزونا نقدا أو غيره (ذكر وصفه) لأنه لايعرف إلا به
(ولابد في دعوى المثليات

(قوله ملكا مطلقا) أى بلا بيان سبب الملك (قوله فلا يفتقر لبينة) أى أنه في يده بغير حق كما في العمادية وغيرها وظاهره أنه يصح دعوى العقار بلا بيان سبب .

وقال في البحر : فظهر بما ذكرناه وأطلقه أصحاب المتون أنه يصح دعوى الملك المطلق في العقار، بلا بيان سبب الملك ، ثم نقل عن البزازية أن صحة دعوى الملك المطلق في العقار في بلاد لم يقدم بناؤها ، أما في بلد قدم بناؤه فلا تسمع فيه دعوى الملك المطلق لوجوه بينها فيه . وظاهره اعتماد الأول هذا خلاصة كلامه وقيد بالدعوى لأن الشاهد إذا شهد أنه ملكه ، ولم يقل في يده بغير حق اختلفوا فيه ، والصحيح الذى عليه الفتوى أنه يقبل في حق القضاء بالملك لا في حق المطالبة بالتسليم ، حتى لو سأل القاضى الشاهد أهو في يد المدعى عليه بغير حق، فقال : لا أدرى يقبل على الملك نص عليه في المحيط كما في شهادة البزازية ، فظهر أن المدعى لو ادعى أنه في يد المدعى عليه بغير حق وطالبه، وشهد شاهداه أنه ملك المدعى ، وأنه في يد المدعى عليه عن معاينة يقضى القاضى بالملك والتسليم إذ لا فرق في ذلك بين أن يثبت كلا الحكمين بشهادة فريق واحد أو فريقين كما في غاية البيان مفصلا (قوله لأن دعوى الفعل) أشار بهذا إلى الفرق بين دعوى الملك المطلق ، ودعوى الفعل .

وحاصله : أن دعوى الفعل كما تصح على ذى اليد تصح على غيره أيضا فإنه يدعى عليه التمليك ، والتملك وهو كما يتحقق من ذى اليد يتحقق من غيره أيضا ، فعدم ثبوت اليد لا يمنع صحة الدعوى ، أما دعوى الملك المطلق فدعوى ترك التعرض بإزالة اليد وطلب إزالتها لايتصور إلا من صاحب اليد وباقراره لايثبت كونه ذا يد لاحتمال المواضعة أفاده في البحر (قوله وذكر أنه يطالبه به) أى سواء كان عينا أو دينا منقولا أو عقارا فلو قال : لى عليه عشرة دراهم ولم يزد على ذلك لم يصح مالم يقل للقاضى مره حتى يعطيه ، وقيل : تصح وهو الصحيح قهستانى ، قال العلامة أبو السعود : وليس المراد لفظ وأطالبه به بل هو أو ما يفيده من قوله مره ليعطينى حتى ، وأما أصحاب الفتاوى كالخلاصة جعلوا اشتراطه قولا ضعيفا فالصحيح على ما في الفتاوى عدم اشتراط المطالبة أصلا كذا بخط شيخنا اهـ ومثله في العمدة وسيأتى في دعوى الدين قريبا (قوله لتوقفه) أى توقف دعوى العقار ذكر الضمير ، وإن كان المرجع مؤنثا لاكتسابه التذكير من المضاف إليه (قوله ولاحتمال رهنه أو حبسه بالثمن) أو لدفع التأجيل في نحو الدين وكل ذلك يزول بالمطالبة (قوله وبه) أى بذكر أنه يطالبه لأنه لامطالبة له إذا كان محبوسا بحق (قوله استغنى عن زيادة بغير حق) فرجع الكلام إلى موافقة صدر الشريعة في التسوية بين المنقول والعقار (قوله فافهم) أشار به إلى أن ذكر كونه بغير حق غير لازم في العقار والمنقول لأن المطالبة تغنى عنه (قوله ولو كان ما يدعيه دينا) أى في الذمة (قوله مكيلا أو موزونا) إنما قيد به لأنه هو الذى يمكن ثبوته في الذمة ، ويلحق به المذروع إذا استوفى شروط السلم ، وكذا العددى المتقارب كالجوز والبيض واللبن الذى سمى فيه ملبنا معلوما ونحو ذلك مما يمكن ثبوته في الذمة (قوله نقدا أو غيره) تعميم في الموزون (قوله ذكر وصفه) أنه جيد أو ردىء لأنه لا يعرف إلا به وإنما يحتاج إلى ذكر وصفه إذا كان في البلد نقود مختلفة ، أما إذا كان في البلد نقد واحد فلا حوى زاد في الكنز ، وأنه يطالبه به .

من ذكر الجنس والنوع والصفة والقدر وسبب الوجوب) فلو ادعى كر برّ دينا عليه ولم يذكر سببا لم تسمع وإذا ذكر فني السلم إنما له المطالبة فى مكان عيناه وفى نحو قرض وغصب واستهلاك فى مكان القرض ونحوه بحر فليحفظ .

قال فى البحر : هكذا جزم به فى المتون والشروح وأما أصحاب الفتاوى فجعلوا اشتراطه قولا ضعيفا كما فى العمدة انتهى ، ولا يخفى أنه كان ينبغى للمصنف ذكره هنا أى فى دعوى الدين كما ذكره فى دعوى العقار لما قالوا : إن ما فى المتون والشروح مقدم على ما فى الفتاوى لكن هذا عند التصريح بتصحيح كل من القولين أو عدم التصريح أصلا ، أما لو ذكرت مسألة فى المتون ولم يصرحوا بتصحيحها ، بل صرحوا بتصحيح مقابلها فقد أفاد العلامة قاسم ترجيح الثانى ، لأنه تصحيح صريح ، وما فى المتون تصحيح التزامى والتصحيح الصريح مقدم على التصحيح الالتزامى أى التزام المتون ذكر ما هو الصحيح فى المذهب كما تقدم فى رسم المفتى أول الكتاب قال ط : ولو استغنى عن ذكر الدين وأدخله فى جملة المثليات التى ذكر حكمها بعد لكان أخصر (قوله من ذكر الجنس) كحنطة والنوع كبلدية أوحورانية والصفة كجيدة والقدر كعشرة أقفزة إن كان كيليا وعشرة أرطال إن كان وزنيا (قوله وسبب الوجوب) بأن يقول بسبب بيع صحيح جرى بينهما (قوله لم تسمع) وكذا لو ادعى مالا بسبب له كحساب جرى بينهما لا يصح ، لأن الحساب لا يصلح سببا لوجوب المال كما فى مشتمل الأحكام والهندية عن الخلاصة .

وفى الأشباه: لا يلزم المدعى بيان السبب وتصح بدونه إلا فى المثليات ودعوى المرأة لدين على تركة زوجها ، فلو ادعى مكيلا مثلا فلا بد من بيان سبب الوجوب لاختلاف الأحكام باختلاف الأسباب ، حتى من أسلم يحتاج إلى بيان مكان الإيفاء تحرزا عن النزاع ، وكذا لو ادعت المرأة على تركة الزوج لم تسمع مالم تبين السبب ، لجواز أن يكون دين النفقة وهى تسقط بموته جملة اه .

وفى الظهيرية : وإن وقعت الدعوى فى الدين فلا بد من بيان السبب ، لأنه لا يجب فى الذمة إلا بالاستهلاك بخلاف دعوى الأملاك والأعيان فلا يحتاج .

مطلب فيما يجب ذكره فى دعوى العقد

(قوله فى مكان عيناه) هذا عند الإمام ، وعندهما فى مكان العقد وهذا فيما له حمل ومؤنة ، وما لا حمل له كمسك لا يشترط فيه بيان مكان الإيفاء اتفاقا ، ويوفى حيث شاء كما تقدم فى السلم. وينبغى على قولهما أن يذكر فى الدعوى مكان العقد فيما له حمل ومؤنة لأن عندهما يجب تسليمه فيه براجع ، وقدمنا فى هذا الباب أنه يذكر فى السلم شرائطه من إعلام جنس رأس المال وغيره ونوعه وصفته وقدره بالوزن إن كان وزنيا وانتقاد بالمجلس حتى يصح الخ فراجعه (قوله وفى نحو قرض الخ) أى وفى دعوى نحو القرض الخ ولا بد أن يذكر أنه أقرضه كذا من مال نفسه ، لجواز أن يكون وكيلا بالإقراض والوكيل بالإقراض سفير ومعبر لا يطالب بالأداء ، ويذكر أيضا أنه صرف ذلك إلى حاجة نفسه ، ليصير ذلك دينا عليه إجماعا لأن القرض عند أبى يوسف لا يصير دينا فى ذمة المستقرض إلا بصرفه فى حوائج نفسه اه فلو كان باقيا عند المستقرض لا يصير دينا عنده ، ونحو القرض ثمن المبيع فإنه يتعين مكان العقد للإيفاء ط قال صدر الإسلام: لا يشترط بيان مكان الإيفاء فى القرض، وتعيين مكان العقد هندية عن الوجيز الكردى (قوله وغصب واستهلاك فى مكان القرض) وهذا فيما له حمل ومؤنة وإلا فلا كما تقدم قريبا (قوله ونحوه) أى من الغصب والاستهلاك فيتعين مكانهما للتسليم ، وقد مثل ذلك فى البحر بالحنطة لما أن محل ذلك فيما له حمل ومؤنة .

مطلب فى كلام المتون والشروح فى الدعوى قصور إذ لم يبينوا بقية الشروط

قال فى البحر : ثم اعلم أن فى كلام أصحاب المتون والشروح فى دعوى قصورا فإنهم لم يبينوا بقية شرائط دعوى الدين ولم يذكروا دعوى العقد .

أما الأول : فنى دعوى البضاعة والوديعة بسبب موته مجهلا لابد أن يبين قيمته يوم موته إذ هو يوم الوجوب، وفى المضاربة بموت المضارب مجهلا لابد من ذكر أن مال المضاربة يوم موته نقد أو عرض ، لأن العرض يدعى قيمته ، وفى مال الشركة لابد من ذكر أنه مات مجهلا لمال الشركة أو للمشترى بما لها إذ مالها يضمن بمثله والمشترى بمالها يضمن بالقيمة .

ولو ادعى مالا بكفالة لابد من بيان المال بأى سبب لجواز بطلانها إذ الكفالة بنفقة المرأة إذا لم تذكر مدة معلومة لا تصح إلا أن يقول : ما عشت أو دمت فى نكاحه والكفالة بمال الكتابة لا تصح ، وكذا بالدية على العاقلة ولابد أن يقول : وأجاز المكفول له الكفالة فى مجلس الكفالة حتى لو قال فى مجلسه : لم يجز ولا يشترط بيان المكفول عنه كما فى الخانية . ولو ادعت امرأة مالا على ورثة الزوج لم يصح مالم تبين السبب لجواز أن يكون دين النفقة ، وهى تسقط بموته وفى دعوى الدين على الميت لو كتب توفى بلا أدائه وخلف من التركة بيد هذا الوارث ما يفى تسمع هذه الدعوى وإن لم يبين أعيان التركة ، وبه يفتى ، لكن إنما يأمر القاضى الوارث بأداء الدين ، لو ثبت وصول التركة إليه ولو أنكر وصولها إليه لا يمكن إثباته إلا بعد بيان أعيان التركة فى يده لما يحصل به الإعلام .

ولو ادعى الدين بسبب الوراثة لابد من بيان كل ورثته وفى دعوى السعاية به إلى الحاكم لا يجب ذكر قابض المال ، ولكن فى محضر دعواها لابد أن يبين السعاية لينظر أنه هل يجب الضمان عليه لجواز أنه سعى بحق فلا يضمن .

ولو ادعى الضمان على الآمر أنه أمر فلانا وأخذ منه كذا تصح الدعوى على الأمر او سلطانا وإلا فلا .

مطلب فى شروط دعوى العقد

وأما دعوى العقد من بيع وإجارة ووصية وغيرها من أسباب الملك لابد من بيان الطوع والرغبة بأن يقول : باع فلان منه طائعا أو راغبا فى حال نفاذ تصرفه لاحتمال الاكراه ، وفى ذكر التخارج والصلح عن التركة لابد من بيان أنواع التركة ، وتحديد العقار ، وبيان قيمة كل نوع ، ليعلم أن الصلح لم يقع على أزيد من قيمة نصيبه ، لأنهم لو استهلكوا التركة ، ثم صالحوا المدعى على أزيد من نصيبه لم يجز عندهم كما فى الغصب إذا استهلكوا الأعيان وصالحوا وفى دعوى البيع مكرها لا حاجة إلى تعيين المكره هذا ماحررته من كلامهم اه .

قلت : إنما تركوا ذكر ذلك لذكرهم حكم كل واحد فى بابه ، وفى كتب الشروط استوفوا هذا .

قال فى الهندية : وإن ادعى الحنطة أو الشعير بالأمناء فالمختار للفتوى أنه يسأل المدعى عن دعواه ، فإن ادعى بسبب القرض والاستهلاك لايفتى بالصحة ، وإن ادعى بسبب بيع عين من أعيان ماله بحنطة فى الذمة أو بسبب السلم يفتى بالصحة هكذا فى الذخيرة ، وإن ادعى مكايلة حتى صحت الدعوى بلا خلاف ، وأقام البينة على إقرار المدعى عليه بالحنطة أو الشعير ولم يذكر الصفة فى إقراره قبلت البينة فى حق الجبر على البيان ، لا فى حق الجبر على الأداء كذا فى المحيط .

(ويسأل القاضى المدعى عليه) عن الدعوى فيقول : إنه ادعى عليك كذا فماذا تقول

وفى الدرة والمج : يعتبر العرف كذا فى الفصول العمادية .

إذا ادعى الدقيق بالقفيز لا تصح ومتى ذكر الوزن حتى صحت دعواه لابد أن يذكر دقيق منخول أو غير منخول مخبوز أو غير مخبوز والجودة والوساطة والرداءة هكذا فى الظهيرية .

وإذا ادعى على آخر مائة عدالية غصبا وهى منقطعة عن أيدى الناس يوم الدعوى ينبغى أن يدعى قيمته غير أن عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى تعتبر القيمة يوم الدعوى والخصومة ، وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى يوم الغصب وعند محمد رحمه الله تعالى يوم الانقطاع ولا بد من بيان سبب وجوب الدراهم فى هذه الصورة كذا فى الذخيرة. وفى الدين : لو ادعى المديون أنه بعث كذا من الدراهم إليه أو قضى فلان دينه بغير أمره صحت الدعوى ، ويحلف ولو ادعى عليه قرض ألف درهم وقال : وصل إليك بيد فلان وهو مالى لا تسمع دعواه كما فى العين كذا فى الخلاصة. وفى دعوى مال الاجارة المفسوخة بموت الآخر إذا كانت الأجرة دراهم أو عدالية ينبغى أن يذكر كذا دراهم كذا عدالية رائجة من وقت العقد إلى وقت الفسخ كذا فى الذخيرة .

وفى دعوى مال الإجارة المفسوخة لا يشترط تحديد المستأجر وكذا ثمن مبيع مقبوض ولم يبين البيع أو محدود ولم يحاده وهو الأصح ، ولو ادعى على آخر أنه استأجر المدعى لحفظ عين معين سماه . ووصفه كل شهر بكذا وقد حفظه مدة كذا فوجب عليه أداء الأجرة المشروطة ، ولم يحضر ذلك العين فى مجلس الدعوى ينبغى أن تصح الدعوى اه .

واختلفوا فى اشتراط حضرة المستعير مع المعير فى دعوى المستعار وحضرة المودع مع المودع فى دعوى الوديعة ، وكذا فى اشتراط حضور المزارع مع رب الأرض فى دعوى الأرض بزازية .

قال فى الهندية: تشترط حضرة الراهن والمرتهن فى دعوى عين رهن والعارية والإجارة كالرهن وأما حضرة المزارع فهل هى شرط فى دعوى الضياع إن كان البذر من المزارع فهو كالمستأجر يشترط حضوره ، وإن لم يكن البذر منه إن نبت الزرع فكذلك ، وإن لم ينبت لا يشترط هذا فى دعوى الملك المطلق أما إذا ادعى على آخر غصب ضيعته وأنها فى يد المزارع فلا تشترط حضرة المزارع لأنه يدعى عليه الفعل ولو كانت الدار فى يد البائع بعد البيع ،فجاء مستحق واستحقها لايقضى بالدار له إلا بحضرة البائع والمشترى كذا فى الخلاصة ، ولو ادعى مسيل ماء فى دار الآخر لا بد أن يبين أنه مسيل ماء المطر أو ماء الوضوء ، وينبغى أن يبين موضع المسيل أنه فى مقدم البيت أو مؤخره ولو ادعى طريقا فى دار الآخر ينبغى أن يبين طوله وعرضه وموضعه من الدار جامع الفصولين .

وفيه وفى دعوى الإكراه على بيع وتسليم ينبغى أن يقول : بعته مكرها وسلمته مكرها ولى حق فسخه فافسخه ولو قبض ثمنه يذكر وقبضت ثمنه مكرها ويبرهن على كل ذلك أما لو ادعى عليه أنه ملكى وفى يده بغير حق لاتسمع إذ بيع المكره يفيد الملك بقبضه فالا ستر داد بسبب فساد البيع ينبغى أن يكون كذلك .

وفيها لو ادعى فساد البيع يستفسر عن سبب فساده لجواز أن يظن الصحيح فاسدا وفى دعوى البيع مكرها لا حاجة إلى تعيين المكره كما لو ادعى السعاية فلا حاجة إلى تعيين العون (قوله ويسأل القاضى) أى بطلب المدعى وقيل : إن كان المدعى جاهلا يسأل القاضى المدعى عليه بدون طلبه اه سراجية .

وفيها : إذا حضر الخصمان لا بأس أن يقول مالكما ، وإن شاء سكت حتى يبتدئاه بالكلام ، وإذا تكلم

(بعد صحتها وإلا) تصدر صحيحة (لا) يسأل لعدم وجوب جوابه (فإن أقر) فيها لأن دعوى الفعل كما تصح على ذى اليد تصح على غيره (أو أنكر فبرهن المدعى قضى عليه) بلا طلب المدعى (وإلا) يبرهن (حلفه) الحاكم

المدعى يسكت الآخر ويسمع مقالته فإذا فرغ يقول للمدعى عليه بطلب المدعى ماذا تقول وقيل : إن المدعى إذا كان جاهلا فإن القاضى يسأل المدعى عليه بدون طلب المدعى اه وفى شهادات الخزانة : يجوز للقاضى أن يأمر رجلا يعلم المدعى الدعوى والخصومة إذا كان لا يقدر عليها ولا يحسنها اه (قوله بعد صحتها) أى إذا جازت وقامت دعوى المدعى برعاية ما سبق من شروط صحتها (قوله لعدم وجوب جوابه) الأولى أن يعلل بعدم الباعث على السؤال فتأمل ط (قوله فيها) إنما قدره فرارا من استعمال قضى الآتى فى كلام المصنف فى حقيقته ومجازه لأن الاقرار حجة ملزمة بنفسه ، ولا يحتاج فيه إلى القضاء فاطلاق اسم القضاء فيه مجاز عن الأمر بالخروج عما لزمه بالإقرار كما صرح به فى التبيين اه ح بخلاف البينة فإن الشهادة خبر محتمل بالقضاء تصير حجة وسقط احتمال الكذب كذا فى التبيين فقول الشارح : فيها أى فبالقضية المطلوبة حصل المقصود ولزمه الحق سواء قضى به القاضى أولا وبالقضاء لا يثبت أمر زائد ألا يرى أنه يلزمه الحق باقراره عند غير القاضى ، أو أنكر الخصم فبرهن المدعى قضى عليه بالبينة ، ولزمه الحق بالقضاء ويثبت حكم البينة به أما بدون القضاء فلا يثبت بالبينة حكم وكذا لا تعتبر فى غير مجلس القاضى قال فى الأشباه : لا يجوز للمدعى عليه الإنكار إذا كان عالما بالحق إلا فى دعوى العيب ، فإن للبائع إنكاره ليقيم المشترى البينة عليه ليتمكن من الرد على بائعه وفى الوصى إذا علم بالدين كذا فى بيوع النوازل .

قال فى البحر : وظاهر ما فى الكتاب أن القاضى لا يمهل المدعى عليه إذا استمهله وليس كذلك ففى البزازية ويمهله ثلاثة أيام إن قال المطلوب لى دفع وإنما يمهله هذه المدة لأنهم كانوا يجلسون فى كل ثلاثة أيام أو جمعة فإن كان يجلس كل يوم ومع هذا أمهله ثلاثة أيام جاز فإن مضت المدة ولم يأت بالدفع حكم اه (قوله أو أنكر فبرهن) ظاهره أن البينة لا تقام على مقر قال فى البحر : وظاهر ما فى الكتاب أن البينة لا تقام إلا على منكر فلا تقام على مقر وكتبنا فى فوائد كتاب القضاء أنها تقام على المقر فى وارث مقر بدين على الميت فتقام عليه للتعدى ، وفى مدعى عليه أقر بالوصاية فبرهن الوصى ، وفى مدعى عليه أقر بالوكالة فيثبتها الوكيل ثم زدت الآن رابعا من جامع الفصولين من فصل الاستحقاق قال المرجوع عليه عند الاستحقاق لو أقر بالاستحقاق، ومع ذلك برهن الراجع على الاستحقاق كان له أن يرجع على بائعه إذا الحكم وقع ببينة لا بإقرار ، لأنه محتاج إلى أن يثبت عليه الاستحقاق ليمكنه الرجوع على بائعه وفيه لو برهن المدعى ثم أقر المدعى عليه بالملك له يقضى له بالإقرار لا ببينة إذا البينة إنما تقبل على المنكر لا على المقر وفيه من موضع آخر فهذا يدل على جواز إقامتها مع الإقرار فى كل موضع يتوقع الضرر من غير المقر لولاها فيكون هذا أصلا اه (قوله بلا طلب المدعى) وإعلامه المدعى عليه أنه يريد القضاء عليه أدب غير لازم وتقدم فى القضاء أنه متى قامت البينة العادلة وجب على القاضى الحكم بلا تأخير .

مطلب لا يجوز للقاضى تأخير الحكم بعد شرائطه إلا فى ثلاث

قال فى الأشباه لا يجوز للقاضى تأخير الحكم بعد شرائطه إلا فى ثلاث مواضع(١) الأولى : رجاء الصلح بين الأقارب . الثانية : إذا استمهل المدعى . الثالثة : إذا كان عنده ريبة اه (قوله وإلا حلفه الحاكم) لأنه لا بد أولا

---

(١) (قوله مواضع) هكذا بأصله ولعله مسائل بدليل قوله ثلاث وقوله الأولى الخ اه مصححه .

(بعد طلبه) إذ لا بد من طلبه اليمين فى جميع الدعاوى إلا عند الثانى فى أربع على ما فى البزازية

من سؤال القاضى المدعى بعد إنكار الخصم عن البينة ليتمكن من الاستحلاف ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال للمدعى : «ألك بينة ؟ فقال : لا فقال : لك يمينه» سأل ورتب اليمين على عدم البينة . وإنما تعتبر إقامتها بعد الإنكار والاستشهاد من المدعى حتى لو شهدوا بعد الدعوى والإنكار بدون طلب المدعى الشهادة لاتسمع عند الطحاوى وعند غيره تسمع كما فى العمادية وفيها ثم بعد صحة الدعوى إنما يستحلف فيما سوى القصاص بالنفس فى موضع يجوز القضاء بالنكول وفى موضع لا يجوز القضاء بالنكول لايجوز الاستحلاف وتحليف الأخرس أن يقال له عليك عهد الله وميثاقه أنه كان كذا فيشير بنعم بحر . وإنما يظهر لو كان يسمع وانظر حكم الأخرس الذى لا يسمع ، ولا يستحلف الأب فى مال الصبى ولا الوصى فى مال اليتيم ولا المتولى فى مال الوقف وسيأتى فى كلام المصنف ويذكر تمامه إن شاء الله تعالى (قوله بعد طلبه) قيد به لأن الحلف حقه ولهذا أضيف إليه بحرف اللام فى الحديث وهى للتمليك وإنما صار حقاله لأن المنكر قصد إتواء حقه على زعمه بالإنكار فمكنه الشارع من إتواء نفسه باليمين الكاذبة : وهى الغموس إن كان كاذبا كما يزعم وهو أعظم من إتواء المال وإلا يحصل للحالف الثواب بذكر الله تعالى ، وهو صادق على وجه التعظيم ، ولابد أن يكون النكول فى مجلس القضاء لأن المعتبر يمين قاطع للخصومة ، ولا عبرة لليمين عند غيره ، ولو حلفه القاضى بغير طلبه ثم طلب المدعى التحليف فله أن يحلفه ثانيا كما فى العمادية ، ولو حلف بطلب المدعى بدون تحليف القاضى لم يعتبر ، وإن كان بين يديه لأن التحليف حق القاضى بطلب المدعى كما فى القنية . ويأتى تمامه فى كلام المصنف وأطلق الحالف فيشمل المسلم والكافر ولو مشركا إذ لا ينكر أحد منهم الصانع فيعظمون اسم الله تعالى ، ويعتقدون حرمته لا الدهرية والزنادقة وأهل الإباحة وهؤلاء أقوام لم يتجاسروا على إظهار نحلهم فى عصر من الأعصار إلى يومنا هذا ونرجو من فضل الله تعالى على أمة حبيبه أن لايقدرهم على إظهار ما انتحلوه إلى انقضاء الدنيا كما فى البدائع . ثم إذا حلف لايبطل حقه بيمينه لكنه ليس له أن يخاصم ، مالم يقم البينة على وفق دعواه فإن وجدها أقامها ، وقضى له بها درر .

قال الزيلعى : وهل يظهر كذب المنكر بإقامة البينة والصواب أنه لايظهر حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور اه .

وفيه أيضا أنه لايحنث لو كان حلفه بالطلاق ونحوه وقيل عند أبى يوسف يظهر كذبه وعند محمد لايظهر اه.

وفى الخانية : وفى رواية عن محمد يظهر أيضا والفتوى على أنه يحنث وهكذا فى الولوالجية وذكر فى المنبع والفتوى فى مسألة الدين أنه او ادعاه بلا سبب فحلف ثم برهن ظهر كذبه ، وإن ادعاه بسبب فحلف أنه لادين عليه ثم برهن على السبب لا يظهر كذبه لجواز أنه وجد القرض مثلا ثم وجد الإبراء أو الإيفاء اه وهكذا فى جامع الفصولين ، فظهر أن ما اختاره الزيلعى وتبعه فى الدرر من الصواب خلاف ما يفتى به سيما وقع فى أمر الدين تدبر (قوله إذ لابد من طلب اليمين فى جميع الدعاوى) قال فى الأشباه : الأصح أنه لا تحليف فى الدين المؤجل قبل حلوله لأنه لا تسوغ له المطالبة حتى يترتب على إنكاره التحليف اه وإذا أراد تحليفه ينبغى للمدعى عليه أن يسأل القاضى إن المدعى يدعى حالة أم نسيئة فإن قال حالة يحلف بالله ماله على هذه الدراهم التى يدعيها ويسعه ذلك كما فى البحر .

مطلب يحلف بلا طلب فى أربعة مواضع

(قوله إلا عند الثانى فى أربع) قال فى البحر : ثم اعلم أنه لا تحليف إلا بعد طلب عندهما فى جميع الدعاوى

قال : وأجمعوا على التحليف بلا طلب فى دعوى الدين على الميت (وإذا قال) المدعى عليه (لا أقر ولا أنكر لا يستحلف بل يحبس

وعند أبى يوسف يستحلف بلا طلب فى أربعة مواضع فى الرد بالعيب يستحلف المشترى على عدم الرضا به والشفيع على عدم إبطاله الشفعة والمرأة ، إذا طلبت فرض النفقة على زوجها الغائب تستحلف أنها لم يطلقها زوجها ولم يترك لها شيئا ولا أعطاها النفقة والرابع المستحق يحلف بالله تعالى ما بعت ، وهذا بناء على جواز تلقين الشاهد اه .

والأولى : أن يحلف على أنه لم يستوفه كلا أو بعضا بالذات أو بالواسطة ولم يبرئه منه ، ولم يكن عنده به رهن أو بشيء منه وقوله بالله ما بعت فيه قصور والأولى أن يحلف بالله ما خرج عن ملكك ليشمل مالو خرج عن ملكه بالبيع وغيره وانظر للمدعى عليه وكذا يحلف القاضى البكر الطالبة للتفريق أنها اختارت الفرقة حين بلغت وإن لم يطلبه الزوج كما فى جامع الفصولين .

قال فى التتمة : ولو ادعى دعاوى متفرقة لا يحلفه القاضى على كل شىء منها بل يجمعها ، ويحلفه يمينا واحدة على كلها إذا برهن فإنه يحلف كما وصفنا : وهى فى الخلاصة (قوله قال) أى البزازى (قوله وأجمعوا على التحليف) أى وإن أقر به المريض فى مرض موته كما فى الأشباه عن التتارخانية وقدمه الشارح قبيل باب التحكيم من القضاء (قوله فى دعوى الدين) قال فى البحر : ولا خصوصية لدعوى الدين بل فى كل موضع يدعى حقا فى التركة وأثبته بالبينة فإنه يحلف من غير خصم بل وإن أبى الخصم كما صرح به فى البزازية لأنه حق الميت أنه ما استوفى حقه وهو مثل حقوق الله تعالى يحلف من غير دعوى كذا فى الولوالجية اه . وقيد بإثباته بالبينة لأنه لو أقر به الوارث أو نكل عن اليمين المتوجهة عليه لا يحلف كما يعلم من مسألة إقرار الورثة بالدين ومما قدمناه من كون الإقرار حجة بنفسه ، بخلاف البينة تأمل لكن ذكر فى خزانة أبى الليث خمسة نفر جائز للقاضى تحليفهم ثم قال ورجل ادعى دينا فى التركة يحلفه القاضى بالله العظيم جل ذكره ما قبضته اه . فهذا مطلق وما هنا مقيد بما إذا أثبته بالبينة ، وتعليلهم بأنه حق الميت ربما يعكر على ما تقدم ، وقد يقال : التركة ملكهم خصوصا عند عدم دين على الميت ، وقد صادف إقرارهم ملكهم فأنى يرد بخلاف البينة فإنها حجة قائمة من غيرهم عليهم فيحتاط فيها وأما الإقرار فهو حجة منهم على أنفسهم فلا يتوقف على شىء آخر .

وأقول : ينبغى أن يحلفه القاضى مع الإقرار فيما إذا كان فى التركة دين مستغرق لعدم صحة إقرارهم فيها والحال هذه فيحلفه القاضى بطلب الغرماء ، إذا أقام بينة وبغير طلبهم لكن إذا صدقوه شاركهم لأنهم أقروا بأن هذا الشىء الذى هو بينهم خاص بهم لهذا فيه شركة معنا بقدر دينه تأمل .

قال فى البحر : ولم أر حكم من ادعى أنه دفع للميت دينه وبرهن ، هل يحلف وينبغى أن يحلف احتياطا اهـ .

قال الرملى : ينبغى أن لا يتردد فى التحليف أخذا من قولهم الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها وإذا كان كذلك فهو قد ادعى حقا للميت اهـ ذكره الغزى .

وأقول : ينبغى أن يقال بدل اللام على كما هو ظاهر .

وأقول : قد يقال إنما يحلف فى مسألة مدعى الدين على الميت احتياطا لاحتمال أنهم شهدوا باستصحاب الحال وقد استوفى فى باطن الأمر .

وأما فى مسألة دفع الدين فقد شهدوا على حقيقة الدفع فانتفى الاحتمال المذكور فكيف يقال ينبغى أن لا يتردد فى التحليف تأمل وسيأتى ذلك فى أواخر دعوى النسب (قوله بل يحبس) أى يحبسه القاضى ، لأنه

ليقر أو ينكر) درر وكذا لو لزم السكوت بلا آفة عند الثانى خلاصة .

قال فى البحر : وبه أفتيت لما أن الفتوى على قول الثانى فيما يتعلق بالقضاء اهـ .

ثم نقل عن البدائع الأشبه أنه إنكار فيستحلف قيدنا بتحليف الحاكم لأنهما لو (اصطلحا على أن يحلف عند غير قاض ويكون بريئا فهو باطل) لأن اليمين حق القاضى مع طلب الخصم

ظالم فجزاؤه الحبس (قوله ليقرأ وينكر) هذا عند أبى حنيفة وقالا يستحلفه كما فى المجمع وجه قولهما: إن كلاميه تعارضا وتساقطا فكأنه لم يتكلم بشىء فكان ساكتا والسكوت بلا آفة نكول فيستحلفه القاضى ويقضى بالنكول كما فى المنبع وفى البدائع هو الأشبه (قوله وكذا لو لزم السكوت بلا آفة عند الثانى) أى فإنه يحبس لأنه نكول حكما وهو قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ، وعند أبى يوسف السكوت ليس بإنكار ، فيحبس إلى أن يجيب صرح به السرخسى ، وقولهما: هو الأشبه كما فى البدائع وهو الصحيح كما فى المنبع ، وصرح فى روضة الفقهاء أن السكوت ليس بإنكار بلا خلاف .

وفى القنية والبزازية الفتوى على قول أبى يوسف فلو سكت الخصم بلا آفة وقضى صح وكذا لو نكل مرة لأن اليمين واجبة عليه لقوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » ترك هذا الواجب بالنكول دليل على أنه باذل ومقر وإلا قدم على اليمين تفصيا عن عهدة الواجب ودفعا للضرر عن نفسه ببذل المدعى أو الإقرار به والشرع ألزمه التورع عن اليمين الكاذبة دون الترفع عن اليمين الصادقة فترجح هذا الجانب أى جانب كون الناكل باذلا أو مقرا على جانب التورع فى نكوله كذا فى الدرر وسيأتى تمامه (قوله عند الثانى) وعندهما إذا لزم السكوت يؤخذ منه كفيل ، ثم يسأل جيرانه عسى أن يكون به آفة فى لسانه أو سمعه فإن أخبروا أنه لا آفة به يحضر مجلس الحكم فإن سكت ولم يجب ينزله منكرا أى فيحلف من غير حبس ط (قوله لما أن الفتوى على قول الثانى) أقول : ظهر مما هنا ومما تقدم أنه قد اختلف التصحيح والترجيح ولكن الأرجح قول أبى يوسف لما يقال فيه وعليه الفتوى وقد مر غير مرة ويأتى (قوله ثم نقل عن البدائع الخ) راجع إلى قول المتن وإذا قال الخ .

قال فى البحر : وفى المجمع : ولو قال لا أقر ولا أنكر فالقاضى لا يستحلفه قال الشارح : بل يحبس عند أبى حنيفة حتى يقر أو ينكر وقالا يستحلف وفى البدائع الأشبه أنه إنكار اهـ وهو تصحيح لقولهما فإن الأشبه من ألفاظ التصحيح كما فى البزازية .

فحاصل ما فى البحر : اختيار قول الثانى لو لزم السكوت بلا آفة فإنه يحبس حتى يقر أو ينكر واختيار قولهما فيما إذا قال : لا أقر ولا أنكر يقتضى اختيار جعله إنكارا فى مسألة السكوت بالأولى ، فكان نقل صاحب البحر تصحيح الثانى رجوعا عما أفتى به أولا فى مسألة السكوت ، فلذا قال الشارح : ثم نقل الخ . ليفيد أن تصحيح ما فى البدائع يقتضى تصحيح قول الإمامين فى الأولى ، ولا يشكل ما قدمناه عن روضة الفقهاء من أن السكوت ليس بإنكار بلا خلاف لأن الكلام هنا فيما إذا لزم السكوت ، وما هناك لا يعد نكولا بمجرد سكوته فيقضى عليه وشتان ما بينهما (قوله اصطلحا على أن يحلف الخ) سيذكر الشارح لو قال : إذا حلفت فأنت برىء من المال فحلف ، ثم برهن على الحق قبل لكن هنا اليمين من المدعى وسيأتى الكلام عليه ثمة (قوله لأن اليمين حق القاضى مع طلب الخصم) الأولى كما فى البحر عن القنية : لأن التحليف حق القاضى اهـ حتى لو أبرأه الخصم عنه لا يصح بزازية ، وكما أن التحليف عند غير القاضى ، لا يعتبر فكذلك

ولا عبرة ليمين ولا نكول عند غير القاضى (فلو برهن عليه) أى على حقه (يقبل وإلا يحلف ثانيا عند قاض) بزازية إلا إذا كان حلفه الأول عنده فيكفى درر .

ونقل المصنف عن القنية أن التحليف حق القاضى فما لم يكن باستحلافه لم يعتبر (وكذا لو اصطلحا أن المدعى لو حلف فالخصم ضامن) للمال (وحلف) أى المدعى (لم يضمن) الخصم لأن فيه تغيير الشرع (واليمين لاترد على مدع) لحديث « البينة على المدعى »

النكول عند غيره لا يوجب الحق ، لأن المعتبر يمين قاطعة للخصومة ، واليمين عند غير القاضى غير قاطعة درر . وكذلك لا عبرة لها عنده بلا تحليفه كما قيده بقوله مع طلب الخصم ، لكن الذى يشير إليه كلام الدرر ، والعينى أن اليمين حق المدعى :

واستدل له فى الدرر بقوله : ولهذا أضيف إليه بحرف اللام فى الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام « لك يمينه » قال : ووجه كونه حقا له أن المنكر قصد اتواء حقه الخ وكان الأولى له أن يعلل المسألة بقوله لأن المعتبر يمين قاطعة للخصومة الخ ثم يستدرك بما نقله المصنف عن القنية الآتى ذكره فلوفعل ذلك لسلم من التكرار (قوله ولا عبرة الخ) أى ولا يعتبر إبراؤه المعلق بهذا الشرط ، لأن الإبراء من الدين لا يصح تعليقه بالشرط كما تقدم (قوله فلو برهن عليه أى على حقه يقبل) هذا لا يصلح تفريعا على ما قبله ، فإنه لو حلف عند قاض ثم برهن المدعى يقبل كما سيأتى ح إلا أن يقال إنما فرعه عليه باعتبار قوله : وإلا يحلف ثانيا عند قاض : أى حيث لم يعتبر حلفه عند غير القاضى له تحليفه عند القاضى عند عدم البينة ، بخلاف مالو حلفه عندقاض فإنه لا يحلف ثانيا لأن الحلف الأول معتبر ، وهذا معنى قوله إلا إذاكان حلفه الخ (قوله إلا إذاكان حلفه الأول عنده) أى عند قاض فيكفى أى لا يحتاج إلى التحليف ثانيا هذا ولا موقع للاستثناء كما لا يخفى ح : أى لأنه استثناء منقطع ، لأن فرض المسألة فى أن الحلف الأول عند غير قاض . اللهم إلا أن يكون المراد عنده قبل تقلده القضاء تأمل وراجع (قوله درر) عبارتها يحلفه القاضى لو لم يكن حلفه الأول حين الصلح عنده (قوله ونقل المصنف عن القنية) هذه المسألة تغاير المتقدمة فى المتن فإن تلك فيما إذا حلف عند غير قاض وهذه فيما إذا حلف عند القاضى باستحلاف المدعى لا القاضى ح : أى وكما أنه لا يصح التحليف إلا عند القاضى لا يصح إلا تحليف القاضى حتى لو أن الخصم حلف خصمه فى مجلس القاضى لا يعتبر لأن التحليف حق القاضى لاحق الخصم (قوله وكذا لو اصطلحا الخ) فى الواقعات الحسامية قبيل الرهن وعن محمد قال لآخر لى : عليك ألف درهم فقال له الآخر إن حلفت أنها لك أديتها إليك فحلف فأداها إليه المدعى عليه إن كان أداها إليه على الشرط الذى شرط فهو باطل ، وللمؤدى أن يرجع بما أدى ، لأن ذلك الشرط باطل لأنه على خلاف حكم الشرع لأن حكم الشرع أن اليمين على من أنكر دون المدعى اه بحر (قوله لم يضمن) ولو أدى له على هذا الشرط رجع بما أدى لأن هذا الشرط باطل كماعلمت (قوله لحديث البينة على المدعى) تتمته « واليمين على ما أنكر » والدليل منه من وجهين(١) الأول أنه عليه الصلاة والسلام قسم بينهما والقسمة تنافى الشركة وجعل جنس الأيمان على المنكرين وليس وراء الجنس شىء .

الثانى : أن أل فى اليمين للاستغراق لأن لام التعريف تحمل على الاستغراق وتقدم على تعريف الحقيقة إذا لم يكن هناك معهود ، فيكون المعنى أن جميع الأيمان على المنكرين ، فلو رد اليمين على المدعى لزم المخالفة لهذا النص .

---

(١) (قوله من وجهين) هكذا بالأصل ولعله من وجوه بدليل المعدود وليحرر اه مصححه .

وحديث الشاهد واليمين ضعيف بل رده ابن معين بل أنكره الراوى عينى .

(برهن) المدعى (على دعواه وطلب من القاضى أن يحلف المدعى أنه محق فى الدعوى أو على أن الشهود صادقون أو محقون فى الشهادة لا يجيبه) القاضى إلى طلبته لأن الخصم لا يحلف مرتين فكيف الشاهد لأن لفظ أشهد عندنا يمين ولا يكرر اليمين لأنا أمرنا بإكرام الشهود ولذا لو (علم الشاهد أن القاضى يحلفه) ويعمل بالمنسوخ (له الامتناع عن أداء الشهادة) لأنه لا يلزمه بزازية (وبينة الخارج فى الملك المطلق) وهو الذى لم يذكر له سبب (أحق من بينة ذى اليد)

الثالث : إن قوله البينة على المدعى يفيد الحصر فيقتضى أن لا شىء عليه سواه . قال القسطلانى : والحكمة فى كون البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه إن جانب المدعى ضعيف ، لأن دعواه خلاف الظاهر فكانت الحجة القوية عليه وهى البينة ، لأنها لا تجلب لنفسها نفعا ولا تدفع عنها ضررا فيتقوى بها ضعف المدعى ؛ وجانب المدعى عليه قوى لأن الأصل فراغ ذمته فاكتفى فيه بحجة ضعيفة وهى اليمين ، لأن الحالف يجلب لنفسه النفع ويدفع عنها الضرر ، فكان ذلك فى غاية الحكمة اه وهذا من حيث ما ذكره ظاهر أى من ضعف اليمين وإلا فاليمين إذا كانت غموسا مهلكة لصاحبها فتأمل (قوله وحديث الشاهد واليمين) هو ما روى : « أنه عليه الصلاة والسلام قضى بشاهد ويمين » حلبى عن التبيين (قوله عينى) عبارته ولأنه يرويه ربيعة عن سهل بن أبى صالح وأنكره سهل فلا يبقى حجة بعد ما أنكره الراوى فضلا عن أن يكون معارضا لصحاح المشاهير اه (قوله وطلب من القاضى) يعنى المدعى عليه (قوله أن يحلف المدعى) المناسب أو الشهود ويأتى بضميرهم بعد بدل الاسم الظاهر ط (قوله أو على أن الشهود) أى أو طلب المدعى عليه من القاضى أن يحلف الشهود على أنهم صادقون كما يدل عليه اللحاق ح (قوله لا يجيبه القاضى) كما لا يجيب ذا اليد إذا طلب منه استحلاف المدعى ما تعلم أنى بنيت بناء هذه الدار قنية أى لأنه خلاف الشرع (قوله إلى طلبته) بكسر اللام ماطلبه والطلبة بالضم السفرة البعيدة والطلاب اسم مصدر طالب كالطلبة بالكسر قاموس (قوله لأن الخصم) فيه أنه لم يتقدم منه حلف فالأولى أن يعالل بقوله : لأنه خلاف الشرع ، ويجعل هذا التعليل للثانية ، وهو تحليف الشهود على الصدق أو أنهم محقون لا يجيبه لأن الخصم لا يحلف مرتين فكيف الشاهد (قوله لأن لفظ أشهد عندنا يمين) وإن لم يقل بالله فإذا طلب منه الشهادة فى مجلس القضاء وقال : أشهد فقد حلف (قوله لأنا أمرنا بإكرام الشهود) أى وفى التحليف تعطيل هذا الحق (قوله لأنه لا يلزمه) أى الأداء حينئذ (قوله وبينة الخارج) أى الذى ليس ذا يد (قوله فى الملك المطلق) قيد به لما سيأتى وأطلقه وهو مقيد بما إذا لم يؤرخا أو أرخا وتاريخ الخارج مساو أو أسبق ، أما إذا كان تاريخ ذى اليد أسبق ، فإنه يقضى له كما سيأتى بخلاف ما إذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد الشراء من فلان ، وبرهنا وأرخا وتاريخ ذى اليد أسبق ، فإنه يقضى للخارج كما فى الظهيرية وهذا بخلاف المقيد ، لأن البينة قامت على ما لا يدل عليه اليد فاستويا وترجحت بينة ذى اليد باليد فيقضى له هذا هو الصحيح بحر (قوله وهو الذى لم يذكر له سبب) السبب كشراء وارث فالمطلق ما يتعرض للذات دون الصفات لا بنفى ولا إثبات ط (قوله أحق من بينة ذى اليد) أى أولى بالقبول منها لأن الخارج أكثر إثباتا وإظهارا لأن ملك ذى اليد ظاهر فلا حاجة إلى البينة ، يعنى لو ادعى خارج دارا أو منقولا ملكا مطلقا وذو اليد ادعى ذلك وبرهنا ولم يؤرخا أو أرخا تاريخا واحدا لا تقبل بينة ذى اليد ، ويقضى للخارج أما إذا كان تاريخ ذى اليد أسبق يقضى لذى اليد ، ثم يستوى الجواب بين أن يكون الخارج مسلما أو ذميا أو مستأمنا أو عبدا أو حرا أو امرأة أو رجلا ، وبقولنا فى هذه المسألة قال الإمام أحمد وقال الإمام مالك والشافعى وزفر بينة ذى اليد

لأنه المدعي والبينة له بالحديث بخلاف المقيد بسبب كنتاج ونكاح فالبينة لذى اليد إجماعا كما سيجيء (وقضى) القاضي (عليه بنكوله مرة) لو نكوله (فى مجلس القاضى) حقيقة (بقوله لا أحلف أو) حكما كأن (سكت) وعلم أنه (من غير آفة) كخرس وطرش فى الصحيح سراج وعرض اليمين ثلاثا ثم القضاء أحوط

أولى ط باختصار (قوله لأنه المدعى) أى وذو اليد مدعى عليه لانطباق تعريف المدعى والمدعى عليه عليهما (قوله بخلاف المقيد بسبب) أى لايتكرر (قوله كنتاج) صورته أقام كل منهما بينة على أنها ولدت عنده فذو اليد أولى لأن بينته قد دلت على ما دلت عليه بينة الخارج أى على نظيره ومعه ترجيح اليد فكان أولى عيني (قوله ونكاح) صورته أقام كل منهما بينة أنه نكحها فذوا اليد أولى فالمراد بالملك ما يعم الحكمى (قوله فالبينة لذى اليد) أى فى الصورتين (قوله إجماعا) أى لأن بينته قامت على أولوية ملكه فلا يثبت للخارج إلا بالتلقى منه كما سيأتى بيانه مفصلا (قوله كما سيجيء) أى فيما يدعيه الرجلان والأولى ذكر هذه المسألة فى مقامها (قوله وقضى القاضى الخ) أى قضى عليه بما ادعاه المدعى وأفاد أن النكول لا يوجب شيئا إلا إذا اتصل به القضاء وبدونه لا يوجب شيئا وهو بذل على مذهب الإمام، وإقرار على مذهب صاحبيه وحيث لم يقدم على اليمين دل على أنه بذل الحق أو أقر وإذا بذل أو أقر وجب على القاضى الحكم به فكذا إذا نكل (قوله حقيقة) الأولى ذكره بعد قوله مرة لأن المتصف بكونه حقيقة وحكما أو صريحا ودلالة إنما هو النكول كما فى العينى (قوله أو حكما كأن سكت).

أقول: تقدم أنه ينزل منكرا على قولهما وعلى قول أبى يوسف يحبس إلى أن يجيب ولكن الأول فيما إذا لزم السكوت ابتداء، ولم يجب على الدعوى بجواب، وهذا فيما إذا أجاب بالإنكار ثم لزم السكوت تأمل كذا أفاده الخير الرملى. ومفاد ذكر المصنف للحكمى بالسكوت تصحيح لقولهما أيضا منقول عن السراج، كما تقدم اقتضاء تصحيحه عن البحر بعد أن أفتى بخلافه (قوله من غير آفة) أما إذا كان بها فهو عذر كما فى الاختيار ويأتى قريبا بيانه (قوله كخرس) وآفة باللسان تمنع الكلام أصلا (قوله وطرش) يقال طرش يطرش طرشا من باب علم أى صار أطروشا، وهو الأصم (قوله فى الصحيح) أى على قول الثانى الذى عليه الفتوى كما تقدم وقيل: إذا سكت يحبسه حتى يجيب، وأما إذا كان به آفة الخرس فإنه إما أن يحسن الكتابة، أو يسمع أولا يحسن شيئا فإذا لم يسمع وله إشارة معروفة فإشارته كالبيان، وإن كان مع ذلك أعمى نصب القاضى له وصيا، ويأمر المدعى بالخصومة معه إن لم يكن له أب أو جد أو وصيهما، وإذا كان يسمع يقول له القاضى عليك عهد الله وميثاقه إن كان كذا، فإن أومأ برأسه أن نعم، فإنه يصير حالفا فى هذا الوجه ولا يقول له بالله إن كان كذا لأنه إن أشار برأسه أن نعم لا يصير حالفا بهذا الوجه بل مقرا كما فى شرح الوهبانية (قوله وعرض) مبتدأ خبره قوله ثم القضاء (قوله أحوط) أى على وجه الندب، وإنما لم يعرج عليه المصنف لأنه غير ظاهر الرواية قال فى الكافى ينبغى للقاضى أن يقول إنى أعرض عليك اليمين ثلاث مرات، فإن حلفت وإلا قضيت عليك بما ادعى، وهذا الإنذار لإعلامه بالحكم إذ هو مجتهد فيه فكأنه مظنة الخفاء اهـ وعن أبى يوسف ومحمد: أن التكرار حتم حتى لو قضى القاضى بالنكول مرة لا ينفذ والصحيح أنه ينفذ وهو نظير إمهال المرتد كما فى التبيين.

قال القهستانى: لو كان مع الخصم بينة ولم يذكرها، وطلب يمين المنكر يحل له إن ظن أنه ينكل، وأما إذا ظن أنه يحلف كاذبا لم يعذر فى التحليف ثم على الأحوط، ذكر فى الخانية ولو أن القاضى عرض عليه اليمين فأبى، ثم قال قبل القاضى أنا أحلف يحلفه ولا يقضى عليه بشيء، وهذا الأحوط جعله صدر الشريعة متنا فتنبه لكن جعله ابن ملك

(وهل يشترط القضاء على فور النكول خلاف) درر ولم أر فيه ترجيحا قاله المصنف .
قلت : قدمنا أنه يفترض القضاء فورا إلا فى ثلاث (قضى عليه بالنكول ثم أراد أن يحلف لا يلتفت إليه والقضاء على حاله) ماض درر فبلغت طرق القضاء ثلاثا وعدها فى الأشباه سبعا بينة وإقرار ويمين ونكول عنه وقسامة وعلم قاض على المرجوح والسابع قرينة قاطعة كأن ظهر من دار خالية إنسان خائف بسكين متلوث بدم فدخلوها فورا فرأوا مذبوحا لحينه أخذ به إذ لا يمترى أحد أنه قاتله.

مستحبا فى موضع الخفاء ويترجح ما فى الخانية بكون المتن منع الحلف بعد القضاء فأفهم أنه قبله لا يمنع منه (قوله وهل يشترط) الأولى وهل يفترض (قوله على فور النكول خلاف) أى فيه خلاف ولم يبين الفور بما إذا يكون حموى .

قال ط : قلت : هو ظاهر وهو أن يقضى عقبه من غير تراخ قبل تكراره أو بعده على القولين (قوله قلت قدمنا) أى فى كتاب القضاء أى وجزمهم هناك به مطلقا حيث شمل كلامهم هناك ما بعد البينة والإقرار ، والنكول ترجيح لزوم الفور الذى هو أحد القولين ، وكأن المصنف غفل عنه حيث قال فيه : لم أر فيه ترجيحا إلا أن الحموى فى حاشية الأشباه قال : اعلم أنه يجب على القاضى الحكم بمقتضى الدعوى عند قيام البينة على سبيل الفور ، وعزاه لجامع الفصولين وقد خصه بالبينة كما ترى فلا يفيد ترجيح أحد القولين فى لزوم القضاء فورا بعد النكول، وحينئذ فما ذكر من الاستدراك فحله بعد البينة أو اليمين فتدبر (قوله إلا فى ثلاث) قدمنا أنها أن يرتاب القاضى فى طريق القضاء كالبينة وأن يستمهل الخصم أى المدعى ، وأن يكون لرجاء الصلح بين الأقارب، وظاهره أنه لا خلاف (قوله لا يلتفت إليه) لأنه أبطل حقه بالنكول فلا ينقض به القضاء قيد بالقضاء ، لأنه قبله إذا أراد أن يحلف يجوز ، ولو بعد العرض كما فى الدرر أما لو أقام البينة بعد النكول فإنها تقبل كما يأتى قريبا (قوله فبلغت طرق القضاء ثلاثا) بينة وإقرار ونكول وهو تفريع على قوله فإن أقر أو أنكر الخ (قوله سبعا) فيه أن القضاء بالإقرار مجاز كما تقدم والقسامة داخله فى اليمين ، وعلم القاضى مرجوح والقرينة مما انفرد بذكرها ابن الغرس فرجعت إلى ثلاث فتأمل ط (قوله بينة) لاشك أن البينة طريق للقضاء وأن الحكم لا يثبت بالبينة حتى يقضى بها كما تقدم (قوله وإقرار) تقدم أن الحق يثبت به بدون حكم وإنما يأمره القاضى بدفع ما لزمه بإقراره وليس لزوم الحق بالقضاء كما لو ثبت بالبينة ، فجعل الإقرار طريقا للقضاء إنما هو ظاهرا وإلا فالحق ثبت به لا بالقضاء (قوله ويمين) ليس اليمين طريقا للقضاء لأن المنكر إذا حلف وعجز المدعى عن البينة يترك المدعى فى يده لعدم قدرة المدعى على إثباته لا قضاء له بيمينه كما صرحوا به ، ولذا لو جاء المدعى بعد ذلك بالبينة يقضى له بها ، ولو ترك المال فى يده قضاء له لم ينقض فجعله طريقا للقضاء إنما هو ظاهر باعتبار أن القضاء يقطع النزاع ، وهذا يقطعه لأن الإتيان بالبينة بعد العجز عنها نادر (قوله ونكول عنه) الفرق بين النكول والإقرار أن الإقرار موجب للحق بنفسه لا يتوقف على قضاء القاضى ، فحين الإقرار يثبت الحق كما ذكرنا وأما النكول فليس بإقرار صريحا ، ولا دلالة لكن يصير إقرارا بقضاء القاضى بإنزاله مقرا ، وعليه يظهر كونه رابعا أما لو أرجعناه إلى الإقرار ، فلا يظهر كونه رابعا كما فى المحيط (قوله وقسامة) قال المصنف وسيأتى أن القسامة من طرق القضاء بالدية (قوله وعلم قاض على المرجوح) وظاهر ما فى جامع الفصولين أن الفتوى أنه لا يقضى بعلمه لفساد قضاة الزمان بحر (قوله والسابع قرينة) ذكر ذلك ابن الغرس قال فى البحر ولم أره إلى الآن لغيره اه .

قال بعض الأفاضل : صريح قول ابن الغرس فقد قالوا إنه منقول عنهم لا أنه قاله من عند نفسه ، وعدم

(شك فيما يدعى عليه ينبغى أن يرضى خصمه ولا يحلف) تحرزا عن الوقوع فى الحرام (وإن أبى خصمه إلا حلفه أن أكبر رأيه أن المدعى مبطل حلف وإلا) بأن غلب على ظنه أنه محق (لا) يحلف بزازية (وتقبل البينة او أقامها) المدعى وإن قال قبل اليمين لا بينة لى سراج خلافا لما فى شرح المجمع عن المحيط (بعد يمين المدعى عليه

رؤية صاحب البحر له لا يقتضى عدم وجوده فى كلامهم ، والمثبت مقدم . لكن. قال الخير الرملى: ولاشك أن مازاده ابن الغرس غريب خارج عن الجادة ، فلا ينبغى التعويل عليه مالم يعضده نقل من كتاب معتمد فلا تغتر به والله تعالى أعلم اه .

والحق أن هذا محل تأمل ، ولا يظن أن فى مثل ذلك يجب عليه القصاص مع أن الإنسان قد يقتل نفسه وقد يقتله آخر ويفر . وقد يكون أراد قتل الخارج فأخذ السكين ،وأصاب نفسه فأخذها الخارج وفرمنه،وخرج مذعورا وقد يكون اتفق دخوله فوجده مقتولا فخاف من ذلك وفر وقد يكون السكين بيد الداخل فأراد قتل الخارج ، ولم يتخلص منه إلا بالقتل ، فصار دفع الصائل ، فلينظر التحقيق فى هذه المسألة .

والحاصل : أن القضاء فى الإقرار مجاز والقسامة داخلة فى اليمين وعلم القاضى مرجوح والقرينة مما انفردبها ابن الغرس فرجعت إلى ثلاث فتأمل لكن فى المجلة فى مادة ١٧٤١ قد اعتبر القرينة القاطعة البالغة حد اليقين وصدر الأمر السلطانى بالعمل بموجبها (قوله ينبغى) أى تورعا ندبا بدليل قولهتحرزا لأن إتقاء الشبهات مندوب لا واجب ، وهو عند من يضن بدينه بمنزلة الواجب خوفا من اليمين الفاجرة التى تدع الديار بلاقع أى خالية عن أهلها وخوفا من أكل مال الغير لكن قد يقال : أن التحرز عن الحرام واجب لا مندوب تأمل (قوله وأن أبى خصمه) هذه غير مسألة الشك وقوله بأن غلب على ظنه أنه محق تقدم أن الشك نظيره (قوله حلف) لجواز بناء الأحكام والحلف على غالب الظن وإلاسلم أن لا يفعل بذلا للدنيا لحفظ الدين بل لو تحقق أبطال المدعى الأولى فى حقه أن يبذل له ما يدعيه ولا يحلف كما فعله السلف الصالح منهم عثمان ابن عفان رضى الله تعالى عنه (قوله بأن غلب على ظنه) ظاهر هذه العبارة مشكل لأنه يقتضى أنه إذا استوى عنده الطرفان أنه يحلف، وليس كذلك بل لا يجوز له الحلف إلا إذا غلب على ظنه أنه محق والشارح هنا تبع المصنف فى هذه العبارة ، والذى نقله فى البحر عن البزازية أن أكبر رأيه أن المدعى محق لا يحلف ، وأن مبطل ساغ له الحلف وهو فى غاية الحسن (قوله وتقبل البينة الخ) لإمكان التوفيق بالنسيان ثم بالتذكر بخلاف مالو قال : ليس لى حق ثم ادعى حقا لم تسمع للتناقض (قوله خلافا لما فى شرح المجمع) عبارة ابن ملك فيه وفى المحيط : إذا قال ليس لى بينة على هذا ثم أقام البينة عليه لا تقبل عند أبى حنيفة لأنه كذب بينته وتقبل عند محمد ، لأنه يحتمل أنه كان له بينة ونسيها انتهى ،فقد ذكر خلافا فى المسألة لكنه لم يتعرض لليمين ورجح فى السراجية قول محمد وفى الدرر قال: لا بينة لى ثم برهن أولا شهادة ثم شهد فيه روايتان فى رواية لا تقبل لظاهر التناقض ،وفى رواية تقبل والأصح القبول وحينئذ فلا منافاة بين ماذكره وبين مافى المجمع بل حكى قولين تأمل، لكن الآن قد صدر أمر السلطان نصره الرحمن بالعمل بموجب المجلة من أنه إذا قال المدعى : لا بينة لى أبدا ثم أحضر بينة لا تقبل أو قال : ليس لى بينة سوى فلان وفلان وأتى بغيرهما لاتقبل كما هو مصرح به فى المجلة فى مادة ١٧٥٣ (قوله بعديمين المدعى عليه) لأن حكم اليمين انقطاع الخصومة للحال مؤقتا إلى غاية احضار البينة عند العامة وهو الصحيح ، وقيل انقطاعها مطلقا ط وقوله بعد اليمين متعلق بتقبل : أى لو حلف المدعى عليه عند عدم حضور البينة من المدعى سواء قال :

كما تقبل البينة بعد القضاء بالنكول خانية (عندالعامة) وهو الصحيح لقول شريح : اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة ولأن اليمين كالخاف عن البينة فإذا جاء الأصل اه حكم الخاف كأنه لم يوجد أصلا بحر (ويظهر كذبه بإقامتها) أى البينة (لو ادعاه) أى المال (بلا سبب فحلف) أى المدعى عليه ثم أقامها

لا بينة لى أولا ثم أتى بها تقبل (قوله كما تقبل البينة بعد القضاء بالنكول) أى لو نكل المدعى عليه عن اليمين وقضى عليه بالنكول ثم جاء المدعى بالبينة يقضى بها أى كما يقضى بها مع الإقرار فى مسائل وقد مرت ، فإن قيل ما فائدة قبولها بعده ، وقد لزم حق المدعى بالقضاء .

قلت : فائدتها التعدى إلى غيره فى الرد بالعيب لأن النكول إقرار وهو حجة قاصرة بخلاف البينة (قوله خانية) قال فى البحر ثم اعلم أن القضاء بالنكول لايمنع المقضى عليه من إقامة البينة بما يبطله لما فى الخانية من باب ما يبطل دعوى المدعى رجل اشترى من رجل عبدا فوجد به عيبا ، فخاصم البائع فأنكر البائع أن يكون العيب عنده ، فاستحلف فنكل فقضى القاضى عليه ، وألزمه العبد ثم قال البائع بعد ذلك قد كنت تبرأت إليه من هذا العيب وأقام البينة قبلت بينته اه .

أقول : إن كان مبنى ماذكره من القاعدة هو ما نقله عن الخانية ففيه نظر ، فإن نكوله عن الحلف بذل أو إقرار بأن العيب عنده فإقامته البينة بعده على أنه تبرأ إليه من هذا العيب مؤكد لما أقر به فى ضمن نكوله : أما لو ادعى عليه مالا ونكل عن اليمين ، فقضى عليه به يكون إقرارا به وحكما به ، فإذا برهن على أنه كان قضاه إياه يكون تناقضا ونقضا للحكم فبين المسألتين فرق ، فكيف تضح قاعدة كلية ثم لايخفى أن كلام البحر فى إقامة المقضى عليه البينة ، وظاهر كلام الشارح أن المدعى هو الذى أقام البينة كما يدل عليه السياق فلا يدل عليه ما فى الخانية من هذا الوجه أيضا .

وعبارة صاحب البحر فى الأشباه : وتسمع الدعوى بعد القضاء بالنكول كما فى الخانية قال محشيها الحموى فى الخانية فى باب ، ما يبطل دعوى المدعى ما يخالف ما ذكره وعبارته : ادعى عبدا فى يد رجل أنه له فجحد المدعى عليه ، فاستحلفه فنكل وقضى عليه بالنكول ، ثم إن المقضى عليه أقام البينة أنه كان اشترى هذا العبد من المدعى قبل دعواه لا تقبل هذه البينة إلا أن يشهدأنه كان اشتراه منه بعد القضاء ، وذكر فى موضع آخر أن المدعى عليه وقال : كنت اشتريته منه قبل الخصومة وأقام البينة قبلت بينته ، ويقضى له انتهى .

قلت : وذكر فى البحر فى فصل رفع الدعوى عن البزازية وكما يصح الدفع قبل البرهان يصح بعد إقامته أيضا ، وكذا يصح قبل الحكم كما يصح بعده ودفع الدفع ودفعه وإن كثر صحيح فى المختار ، وسنذكر تمامه هناك إن شاء الله تعالى لكن ذكر فى البحر فى أول فصل دعوى الخارجين عن النهاية ما نصه : ولو لم يبرهنا حلف صاحب اليد ، فإن حلف لهما تترك فى يده قضاء ترك لاقضاء استحقاق ، حتى لو أقاما البينة بعد ذلك يقضى بها وإن نكل لهما جميعا يقضى به بينهما نصفين ثم بعده إذا أقام صاحب اليد البينة أنه ملكه لايقبل ، وكذا لو ادعى أحد المستحقين على صاحبه ، وأقام بينة أنها ملكه لاتقبل لكونه صار مقضيا عليه اه ولعله مبنى على القول الآخر المقابل للقول المختار تأمل (قوله عند العامة وهو الصحيح) راجع إلى القضاء بالبينة بعد اليمين بدليل تعليله بقول سيدنا شريح إذ لا يمين فاجرة مع النكول وبدليل قوله : ولأن اليمين الخ والمراد بالعامة الكافة لاما قابل ~~الخاصة~~ (قوله ويظهر كذبه) فيعاقب معاقبة شاهد الزور ولو ألحق بيمينه يمين طلاق أو عتاق يقع عليه (قوله بلا سبب) تقدم أنه لا يصح دعوى إلا بعد ذكر سببه والحلف لابد أن يكون بعد صحة الدعوى

حتى يحنث فى يمينه وعليه الفتوى طلاق الخانية خلافا لإطلاق الدرر (وإن) ادعاه (بسبب فحلف) أنه لادين عليه (ثم أقامها المدعى على السبب لا) يظهر كذبه لجواز أنه وجد العرض ثم وجد الإبراء أو الإيفاء وعليه الفتوى فصولين وسراج وشمنى وغيرهم

تأمل . فكيف يقال : لو ادعاه بلا سبب اللهم إلا أن يقال إن هذا فى دعوى عين لادين (قوله حتى يحنث فى يمينه) أى لو كان بطلاق أو عتاق لأنه هو الذى يدخل تحت القضاء (قوله وعليه الفتوى) وهو قول أبى يوسف (قوله طلاق الخانية) وعبارتها : ادعى عليه ألفا فقال المدعى عليه إن كان لك على ألف فامرأتى طالق ، وقال المدعى : إن لم يكن لى عليك ألف فامرأتى طالق ، فأقام المدعى بينة على حقه وقضى القاضى به وفرق بين المدعى عليه وبين امرأته ، وهذا قول أبى يوسف وإحدى الروايتين عن محمد وعليه الفتوى ، فإن أقام المدعى عليه البينة بعد ذلك أنه كان أوفاه ألف درهم تقبل دعواه ، ويبطل تفريق القاضى بين المدعى عليه ، وبين امرأته ، وتطلق امرأة المدعى إن زعم أنه لم يكن له على المدعى عليه إلا ألف درهم وإن أقام المدعى البينة على إقرار المدعى عليه بألف قالوا لم يفرق القاضى بين المدعى عليه وبين امرأته .

أقول : ظهر لك مما نقلناه ومن عبارة الشارح أن عبارة الشارح غير محررة لأن الذى نقله فى البحر عن طلاق الخانية والولوالجية من الحنث مطلق عن التقييد بالسبب . وعدمه ، وما فى الدرر من عدم الحنث مطلقا جعلوه إحدى الروايتين عن محمد ، والذى جعلوا الفتوى عليه هو الرواية الثانية عنه ، وهو قول أبى يوسف والتفصيل المذكور فى المتن ذكره فى جامع الفصولين ، وسنذكره قريبا إن شاء الله تعالى (قوله خلافا لإطلاق الدرر) تبعا للتبيين وعبارتها : وهل يظهر كذب المنكر بإقامة البينة والصواب أنه لا يظهر كذبه حتى لا يعاقب عقاب شاهد الزور اه ومثله فى العينى تبعا للزيلعى ، وقيل عند أبى يوسف : يظهر كذبه وعند محمد لا يظهر ، لجواز أن يكون له بينة أو شهادة فنسيها ، ثم ذكرها أو كان لا يعلمها ثم علمها وقيل : تقبل إن وفق وفاقا ذكره فى الملتقط ، وكذا إذا قال لا دفع لى ثم أتى بدفع ففيه روايتان ، وقيل : لا يصح دفعه اتفاقا لأن معناه ليس لى دعوى الدفع ومن قال : لا دعوى لى قبل فلان ثم ادعى عليه لاتسمع كذا ههنا وبعضهم قال : يصح وهو الأصح لأن الدفع يحصل بالبينة على دعوى الدفع لابدعوى الدفع فيكون قوله لادفع لى بمنزلة قوله لا بينة لى كذا فى العمادية (قوله وإن ادعاه بسبب) كقرض (قوله أنه لادين عليه) ظاهره أنه لو حلف أنه لم يقرضه يحنث وهو ظاهر ط (قوله ثم أقامها المدعى) سيعيد الشارح المسألة فى أثناء هذا الباب (قوله ثم وجد الإبراء أو الإيفاء) بحث فيه العلامة المقدسى بأن الأصل فى الثابت أن يبقى على ثبوته وقد حكمتم لمن شهد له بشىء أنه كان له أن الأصل بقاؤه ، وإذا وجد السبب ثبت والأصل بقاؤه انتهى .

وأجاب عنه سيدى الوالد رحمه الله تعالى بأن إثبات كون الشىء له يفيد ملكيته له فى الزمن السابق واستصحاب هذا الثابت يصلح لدفع من يعارضه فى الملكية بعد ثبوتها له : وقد قالوا الاستصحاب يصلح للدفع لا للإثبات وإذا أثبتنا الحنث بكون الأصل بقاء القرض يكون من الإثبات بالاستصحاب وهو لايجوز فالفرق ظاهر فتأمل (قوله وعليه الفتوى) أى على التفصيل الذى فى المصنف ، ومقابله إطلاق الدرر تبعا للزيلعى بل هو الذى عن إطلاق الخانية كما يفيده سياق المنح ويستغنى بعبارته هنا عن قوله أولا وعليه الفتوى طلاق الخانية ط (قوله فصولين) قال فى البحر وفى الجامع والفتوى فى مسألة الدين أنه لو ادعاه بلا سبب فحلف ثم برهن ظهر كذبه ولو ادعاه بسبب ، وحلف أنه لا دين عليه ثم برهن على السبب لا يظهر كذبه لجواز أنه وجد القرض ثم وجد الإبراء أو الإيفاء اه .

(ولا تحليف فى نكاح)

فإن قلت : هل يقضى بالنكول عن اليمين لنفى التهمة كالأمين إذا ادعى الرد أو الهلاك ، فحلف ونكل وعن اليمين التى للاحتياط فى مال الميت كما قدمناه .

قلت : أما الأول فنعم كما فى القنية وأما الثانى فلم أره اهـ وعبارة البحر قال الرملى : والوجه يقتضى القضاء بالنكول فيها أيضا إذ فائدة الاستحلاف القضاء بالنكول كما هو ظاهر تأمل قال فى نور العين حلف أن لا دين عليه ثم برهن عليه المدعى ، فعند محمد لا يظهر كذبه فى يمينه إذالبينة حجة من حيث الظاهر ، وعند أبى يوسف يظهر كذبه فيحنث ، والفتوى فى مسألة الدين : أنه لو ادعاه بلا سبب فحلف ثم برهن عليه يظهر كذبه ، ولو ادعاه بسبب وحلف أن لادين عليه ، ثم برهن على السبب لا يظهر كذبه لجواز أن وجد القرض ، ثم وجد الإيفاء أو الإبراء .

قلت : حلف بطلاق أو عتق ماله عليه شىء فشهدا عليه بدين له وألزمه القاضى ، وهو ينكر قال أبو يوسف يحنث وقال محمد : لا يحنث لأنه لا يدرى لعله صادق والبينة حجة من حيث الظاهر ، فلا يظهر كذبه فى يمينه .

ذكر محمد فى ح قال : امرأته طالق إن كان لفلان عليه شىء فشهدا أن فلانا أقرضه كذا قبل يمينه وحكم بالمال لم يحنث ، ولو شهدا أن لفلان عليه شيئا وحكم به حنث لأنه جعل شرط حنثه وجوب شىء من المال عليه ، وقت اليمين وحين شهدا بالقرض لم يظهر كون المال عليه وقت الحلف بخلاف ما لو شهدا أن المال عليه .

يقول الحقير : قوله : بخلاف مالو شهدا محل نظر إذ كيف يظهر كون المال عليه إذا شهدا بأن المال عليه بعد أن مر آنفا أن البينة حجة ظاهرا ، فلا يظهر كذبه فى يمينه ، وأيضا يرد عليه أن يقال فعلى ماذكر ، ثم ينبغى أن يحنث فى مسألة الحلف بطلاق أو عتق أيضا إذ لاشك أن الحاف عليهما لا يكون إلا بطريق الشرط أيضا .

والحاصل : أنه ينبغى أن يتحد حكم المسألتين نفيا أو إثباتا والفرق تحكم فالعجب كل العجب من التناقض بين كلامى محمد رحمه الله تعالى مع أنه إمام ذوى الأدب والأرب إلا أن تكون إحدى الروايتين عنه غير صحيحة اهـ ماقاله فى أواخر الخامس عشر (قوله ولا تحليف فى نكاح) أى مجرد عن المال عند الإمام رحمه الله تعالى بأن ادعى رجل على امرأة أو هى عليه نكاحا والآخر ينكر أما إذا ادعت المرأة تزوجها على كذا وادعت النفقة وأنكر الزوج يستحلف اتفاقا ، وهذه المسائل خلافية بين الإمام وصاحبيه ، والخلاف بينهم مبنى على تفسير الإنكار فقالا : إن النكول إقرار لأنه يدل على كونه كاذبا فى الإنكار فكان إقرارا أو بدلا عنه والإقرار يجرى فى هذه الأشياء وقال الإمام : إنه بذل والبذل لايجرى فى هذه الأشياء لأنه إنما يجرى فى الأعيان . وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول ، فلا يستحلف ، وإنما قلنا إن البذل لايجرى فى هذه المسائل ، لأنها لو قالت المرأة لانكاح بينى وبينك ولكن بذلت نفسى لك لم يصح ولو قال فى دعوى الولاء عليه : لست أنا مولاه بل أنا حر أو معتق فلان آخر ولكن أبحت له ولائى لايكون له عليه ولاء وكذا سائر الأمثلة وسيأتى بيانه قريبا بأوضح من هذا ، وصورة الاستحلاف فى النكاح على قولهما أن يقول فى يمينه ماهى بزوجة لى وإن كانت زوجة لى فهى طالق بائن لأنها إن كانت صادقة لايبطل النكاح بجحوده فإذا حلف تبقى معطلة إن لم يقل ماذكر ، ولا يلزمه مهر فإن أبى الحلف على هذه الصورة أجبره القاضى بحر عن البدائع ، وسيأتى أنه بالنكول عن الحلف يثبت ماادعته من الصداق أو النفقة دون النكاح ، فإن كان مدعى النكاح ، وهو الزوج لم يجز له تزوج أختها أو أربع سواها مالم يطلقها ، وإن كانت الزوجة وأنكره الزوج فليس لها التزوج بسواه ، والمخلص لها ماذكرناه إن كانت زوجة لى الخ وفى القنية يستحلف فى دعوى الإقرار بالنكاح قال فى البحر وظاهره أنه باتفاق اهـ .

أنكره هو أو هي (ورجعة) جحدها هو أو هي بعد عدة (وفيء) إيلاء أنكره أحدهما بعد المدة (واستيلاد) تدعيه الأمة ولا يتأتى عكسه لثبوته بإقراره (ورق ونسب) بأن ادعى مجهول أنه على قنه أو ابنه

أقول : وهذا إذا لم يجعل الإقرار سببا لدعوى النكاح بأن ادعى أنها زوجته لأنها أقرت بالزوجية لي أما لو ادعى نكاحها وأنها أقرت له به فإنها تسمع قال في الهندية : وكما لا تصح دعوى المال بسبب الإقرار لا تصح دعوى النكاح أيضا (قوله أنكره هو أو هي) قال في البحر ثم الدعوى في هذه الأشياء تتصور من أحد الخصمين أيهما كان إلا في الحد واللعان والإستيلاد وقد فرعوا فروعا على قول الإمام في هذه المسائل محل بيانها المطولات (قوله بعد عدة) قيد للثاني كما في الدرر أما قبل مضي العدة يثبت بقوله : وإن كذبته لأنه أمر يملك استئنافه للحال ولو ادعتها هي فيها فهي من مواضع الخلاف ولو ادعاها بعد مضيها وصدقته ثبت بتصادقهما بحر . ولو كذبته ولا بينة فعلى قولهما يحلف لا على قوله وهي مسألة المتن وكذا لو ادعت أنه راجعها وكذبها (قوله وفيء إيلاء) زاد الشارح لفظة إيلاء لتوضيح المسألة وإلا فالفيء لا يستعمل في عرف الفقهاء إلا في فيء الإيلاء فهو بمنزلة الحقيقة العرفية (قوله بعد المدة) ولو فيها ثبت بقوله لأنه يملك الاستئناف لو كان المدعي الزوج ولو كانت هي فهي من مواضع الخلاف . وصورة المسألة : لو حلف لا يقربها أربعة أشهر ثم قال : فئت وأنكرت فلو ادعاه في مدة الإيلاء ثبت بقوله : لأن من ملك الإنشاء ملك الإقرار ، ولو بعد مضيها فإن صدقته ثبت وإلا لا أما لو ادعت أنه فاء إليها وأنكر الزوج فلا يثبت سواء كانت في المدة أو بعدها .

والحاصل : أن التقييد به لا يظهر إلا فيما إذا ادعى عليها رجعة فأنكرت لأنه إذا ادعى في العدة الرجعة كان رجعة وأما إذا ادعت هي الرجعة فأنكر فلا لأن دعواها في العدة وبعدها سواء (قوله تدعيه الأمة) بأنها ولدت منه ولدا وقدمات أو أسقطت سقطا مستبين الخلق وصارت أم ولد وأنكره المولى فهو على هذا الخلاف ابن كمال (قوله لثبوته بإقراره) ولا يعتبر إنكارها وكذا الحد واللعان بخلاف سائر الأشياء المذكورة إذ يتأتى فيها الدعوى من الجانبين شيخنا عن الدرر وعزمي زاده ، وقوله : وكذا الحد واللعان أي لا يتصور أن يكون المدعي إلا المقذوف والأمة أي المقذوف بالنسبة للحد واللعان والأمة بالنسبة للاستيلاد فما في الزيلعي من قوله : والمولى سبق قلم والصواب والأمة .

بقي أن يقال : ظاهر كلام الشارح كغيره أنها ادعت الاستيلاد مجردا عن دعوى اعترافه والذي في صدر الشريعة ادعت أنها ولدت منه هذا الولد ، وادعاه أي ادعت أنه ادعاه فهو من تتمة كلامها كما ذكره أخي جلبي ، والذي يظهر أن التقييد به ليس احترازيا بل يبتني على ما هو المشهور من أنه يشترط لثبوت نسب ولد الأمة وجود الدعوى من السيد ، وعلى غير المشهور لا يشترط ذلك ، بل يكفي عدم نفيه ، وكذا ظاهر كلامهم ادعت أمة يفيد الإحتراز عن دعوى الزوجة ، ويخالفه قول القهستاني بعد قول المتن واستيلاد بأن ادعى أحد من الأمة والمولى والزوجة والزوج أنها ولدت منه ولدا حيا أو ميتا كما في قاضيخان . ولكن في المشاهير أن دعوى الزوج والمولى لا تتصور ، لأن النسب يثبت بإقراره ولا عبرة لإنكارها بعده ويمكن أن يقال إنه بحسب الظاهر لم يدع النسب كما يدل عليه تصويرهم اه أبو السعود قال البرجندي : ويمكن تصوير العكس فيه أيضا بأن حبلت من المولى فأعتقها قبل وضع الحمل وبعد قرب الولادة قتلت الولد ، وادعى المولى دية الولد عليها ، ولابد من ثبوت الولد فأنكرت الأمة ذلك اه وفيه تأمل (قوله ونسب) قال في المنظومة : وولاد قال في الحقائق لم يقل ونسب لأنه إنما يستحلف في النسب المجرد عندهما إذا كان يثبت بإقراره كالأب والابن في حق الرجل والأب في حق المرأة

وبالعكس (وولاء) عتاقة وموالاة ادعاه الأعلى أو الأسفل (وحد ولعان والفتوى على أنه يحلف) المنكر (فى الأشياء السبعة) ومن عدها ستة ألحق أمومية الولد بالنسب أو الرق .

والحاصل : أن المفتى به التحليف فى الكل إلا فى الحدود ومنها حد قذف ولعان

ابن كمال (قوله وبالعكس) بأن ادعى مجهول الحال على رجل أنه مولاه، وأنكر المولى أو ادعى مجهول الحال عليه أنه أبوه وهذا فى دعوى نسب مجرد عن المال أما إذا ادعى مالا بدعوى النسب بأن ادعى رجل على رجل أنه أخوه وقد مات الأب وترك مالا فى يد هذا ، وطلب الميراث أو ادعى على رجل أنه أخوه لأبيه وطلب من القاضى أن يفرض له النفقة ، وأنكر المدعى عليه ذلك فالقاضى يحلفه اتفاقا ، فإن نكل ثبت الحق ، ولا يثبت النسب إن كان مما لا يثبت بالإقرار ، وإن كان منه فعلى الخلاف المذكور ، وحينئذ فيلغز أى شخص أخذ الإرث ولم يثبت نسبه ط عن الحموى بزيادة وفيه عن الإتقانى : يثبت الاستحلاف عند أبى يوسف ومحمد فى النسب المجرد بدون دعوى حق آخر ، ولكن يشترط أن يثبت النسب بإقرار المقر : أى يكون النسب بحيث يثبت بالإقرار ، أما إذا كان بحيث لا يثبت النسب باقرار المقر فلا يجرى الاستحلاف فى النسب المجرد عندهما أيضا بيانه أن إقرار الرجل يصح بخمسة بالوالدين والولد والزوجة والمولى، لأنه إقرار بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير ، ولا يصح إقراره بما سواهم ويصح إقرار المرأة بأربعة بالوالدين والزوج والمولى ولا يصح بالولد ومن سوى هؤلاء لأن فيه تحميل النسب على الغير إلا إذا صدقها الزوج فى إقرارها بالولد أو تشهد بولادة الولد قابلة (قوله وولاء عتاقة) أى بأن ادعى على معروف الرق أنه معتقه أو مولاه (قوله أو موالاة) أى ادعى عليه أنه مولاه (قوله ادعاه الأعلى أو الأسفل) بأن ادعى على رجل معروف أنه مولاه أو ادعى المعروف ذلك وأنكر الآخر قال أبو السعود : وأشار إلى عدم الفرق فى دعوى الولاء بين المعروف والمجهول بخلاف دعوى الرق والنسب فإن مجهولية نسب المدعى على رقه ، ونسبه شرط صحة الدعوى شيخنا .

قلت : ولهذا قال الشمنى فى جانب دعوى الولاء بأن ادعى رجل على آخر بأن له عليه ولاء عتاقة أو موالاة أو العكس اه ولم يقيد بالمجهول (قوله وحد ولعان) هذان مما لا يحلف فيهما اتفاقا ، أما على قول الإمام فظاهر وأما على قولهما فإن النكول وإن كان إقرارا عندهما لكنه إقرار فيه شبهة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان فى معنى الحد ط (قوله والفتوى الخ) هو قول الصاحبين قال الزيلعى وهو قولهما والأول قول الإمام . قال الرملى : ويقضى عليه بالنكول عندهما (قوله فى الأشياء السبعة) أى السبعة الأولى من التسعة وعبر عنها فى جامع الفصولين بالأشياء السبعة . وفيه ادعى نكاحها فحيلة دفع اليمين عنها على قولهما : أن تتزوج فلا تحلف ، لأنها لو نكلت فلا يحكم عليها لأنها لو أقرت بعدما تزوجت لم يجز إقرارها ، وكذا لو أقرت بنكاح لغائب . قيل يصح إقرارها لكن يبطل بالتكذيب ، ويندفع عنها اليمين وقيل لا يصح إقرارها فلا يندفع عنها اليمين اه وفى الولوالجية : رجل تزوج امرأة بشهادة شاهدين ، ثم أنكرت وتزوجت بآخر ومات شهود الأول ليس للزوج الأول أن يخاصمها لأنها للتحليف ، والمقصود منه النكول ، ولو أقرت صريحا لم يجز إقرارها لكن يخاصم الزوج الثانى ويحلفه ، فإن حلف برىء وإن نكل ، فله أن يخاصمها ويحلفها ، فإن نكلت يقضى بها للمدعى وهذا الجواب على قولهما المفتى به اه (قوله بالنسب) نظرا إلى دعوى الأمة (قوله أو الرق) نظرا إلى إنكار المولى (قوله حد قذف ولعان) بأن ادعت المرأة على زوجها أنه قذفها بالزنا وعليك اللعان وهو منكر وفى الحد بأن ادعى على آخر بأنك قد قذفتنى بالزنا ، وعليك الحد وهو ينكر وهاتان الصورتان مما لا يمكن تصورهما إلا من جانب واحد كما تقدم (قوله فى الكل) لأن هذه حقوق تثبت بالشبهات فيجرى فيها الاستحلاف كالأموال ، واه

فلا يمين إجماعا إلا إذا تضمن حقا بأن علق عتق عبده بزنا نفسه فللعبد تحليفه فإن نكل ثبت العتق لا الزنا (و) كذا (يستحلف السارق) لأجل المال (فإن نكل ضمن ولم يقطع) وإن أقر بها قطع وقالوا يستحلف فى التعزير كما بسطه فى الدرر .

المتأخرون أنه إن كان المنكر متعنتا يستحلف أخذا بقولهما وإن كان مظلوما لا يستحلف أخذا بقول الإمام زيلعى صورة الاستحلاف على قولهما كما تقدم ماهى بزوجة لى وإن كانت زوجة لى، فهى طالق بائن إلى آخر ماقدمناه وقال بعضهم : يستحلف على النكاح فإن حلف يقول القاضى فرقت بينكما كما فى البدائع (قوله فلا يمين إجماعا) يرد عليه مافى البدائع من قوله وأما فى دعوى القذف إذا حلف على ظاهر الرواية فنكل يقضى بالحد فى ظاهر الأقاويل لأنه بمنزلة القصاص فى الطرف عند أبى حنيفة، وعندهما بمنزلة النفس وقال بعضهم بمنزلة سائر الحدود لا يقضى فيه بشىء ، ولا يحلف وقيل يحلف ويقضى فيه بالتعزير دون الحد كما فى السرقة يحلف ويقضى بالمال دون القطع شرنبلالية (قوله إلا إذا تضمن) أى دعوى الحد حقا أى حق عبد (قوله بأن علق) كأن قال إن زنيت فعبدى حر فادعى العبد زناه وأنكر (قوله فللعبد تحليفه) أى على السبب بالله مازنيت بعد ماحلفت بعتق عبدك هذا بحر قال العلامة سعدى : وينبغى أن يقول العبد أنه قد أتى بما علق عليه عتقى ولا يقول : زنى كيلا يكون قاذفا اه قال الرحمتى : ولا حد على العبد لأنه غير قاصد القذف وإنما يريد إثبات عتقه (قوله وكذا يستحلف السارق لأجل المال) يعنى كما أن مولى العبد يستحلف على الزنا لأجل عتق العبد لا لإقامة الحد كذا يستحلف السارق لأجل المال لا للقطع قال ط : هو من جملة المستثنى قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يستحلف فى شىء من الحدود لا فى الزنا، ولا فى السرقة ولا القذف ، ولا شرب الخمر ولا السكر إلا إن طالب المسروق منه بضمان المال استحلفه فإن نكل عن اليمين ضمنه المال ولم يقطعه وذلك لأن الدعوى تتضمن أمرين الضمان والقطع والضمان لا يستوفى بالنكول فوجب إثبات أحدهما وإسقاط الآخر اه وكذا يحلف فى النكاح إن ادعت المال أى إن ادعت المرأة النكاح وغرضها المال كالمهر والنفقة فأنكر الزوج يحلف ، فإن نكل يلزم المال ولا يثبت الحل عنده، لأن المال يثبت بالبذل لا الحل، وفى النسب : إذا ادعى حقا مالا كان كالإرث والنفقة أو غير مال كحق الحضانة فى اللقيط والعتق بسبب الملك وامتناع الرجوع فى الهبة ، فإن نكل ثبت الحق ، ولا يثبت النسب إن كان مما لا يثبت بالإقرار، وإن كان منه فعلى الخلاف المذكور وكذا منكر القود الخ ابن كمال وإنكار القود سيذكره المصنف . وفى صدر الشريعة فيلغز : أيما امرأة تأخذ نفقة غير معتدة ، ولا حائضة ولا نفساء ولا يحل وطؤها وفيه يلغز اللغز المتقدم .

والحاصل : أن هذه الأشياء لا تحليف فيها عند الإمام مالم يدع معها مالا فإنه يحلف وفاقا (قوله لأجل المال) أى بطلب المسروق منه فلو لم يطالب المال لا يحلف لأن اليمين لا تلزم إلا بطلب الخصم (قوله فإن نكل ضمن ولم يقطع) اعترض بأنه ينبغى أن يصح قطعه عند أبى حنيفة ، لأنه بدل كما فى قود الطرف .

والحاصل : أن النكول فى قطع الطرف والنكول فى السرقة ينبغى أن يتحدا فى إيجاب القطع وعدمه ويمكن الجواب بأن قود الطرف حق العبد فيثبت بالشبهة كالأموال بخلاف القطع فى السرقة فإنه خالص حق الله تعالى، وهو لا يثبت بالشبهة فظهر الفرق فليتأمل يعقوبية (قوله وقالوا يستحلف فى التعزير) لأنه محض حق العبد ، ولهذا يملك العبد إسقاطه بالعفو وحقوق العباد مبنية على المشاحة لا تسقط بالشبهة ، فلو كان التعزير لمحض حق الله تعالى كما لو ادعى عليه أنه قبل امرأة برضاها فإنه إذا أثبت عليه ذلك بالبينة يعزران وإذا أنكر ينبغى أن لا يستحلفا (قوله كما بسطه فى الدرر) ونصه ويحلف فى التعزير يعنى إذا ادعى على آخر مايوجب التعزير ،

وفى الفصول : ادعى نكاحها فحيلة دفع يمينها أن تتزوج فلا تحلف . وفى الخانية : لا استحلاف فى إحدى وثلاثين مسألة .

(النيابة تجرى فى الاستحلاف لا الحلف) وفرع على الأول بقوله (فالوكيل والوصى والمتولى وأبو الصغير يملك الاستحلاف فله طلب يمين خصمه ولا يحلف) أحد منهم

وأراد تحليفه إذا أنكر فالقاضى يحلفه لأن التعزير محض حق العبد ولهذا يملك العبد إسقاطه بالعفو ولا يمنع الصغر وجوبه ، ومن عليه التعزير إذ أمكن صاحب الحق منه أقامه ؛ ولو كان حق الله تعالى لكانت هذه الأحكام على عكس هذا والاستحلاف يجرى فى حقوق العباد سواء كانت عقوبة أو مالا اه وتعليله هنا : بأن التعزير محض حق العبد مخالف لما سبق له فى فصل التعزير أن حق العبد غالب فيه ولهذا قال عزمى زاده بين كلامه تدافع اه .

قلت : لايخلو حق العبد من حق الله تعالى فلا يستقل عبد بحق لأن الذى جعله حقه هو الحق تعالى الآمر لناهى فكلامه الثانى مؤوّل بالأول (قوله وفى الفصول) قدمنا هذه المسألة قريبا بأوضح مماهنا مع فروع أخر (قوله فحيلة دفع يمينها) أى على قولهما (قوله أن تتزوج) أى بآخر (قوله فلا تحلف) لأنها لو نكلت لايحكم عليها ولو أقرت بعد ما تزوجت لم يجز إقرارها ، وكذا لو أقرت بنكاح غائب فإنه يصح إقرارها على أحد قولين ، ولكن يبطل بالتكذيب وتندفع عنها اليمين قال بعض الأفاضل : هذه الحيلة ظاهرة او تزوجته أما لو تزوجت غيره فالظاهر عدم صحة العقد إلا إذا حلفت نعم لو تزوجت قبل الرفع إلى القاضى ربما يظهر اه تأمل (قوله فى إحدى وثلاثين مسألة) تقدمت فى الوقف وذكرها فى البحر هنا (قوله فى الاستحلاف) يعنى يجوز أن يكون شخص نائبا عن آخر له حق على غيره فى طلب اليمين على المدعى عليه إذا عجز عن إقامة البينة فالسين والتاء فى قوله الاستحلاف للطلب كما يفيده كلامه بعد ، وهذا الذى ذكره المصنف ضابط كلى أفاده عماد الدين فى فصوله فى مواضع إجمالا تارة وتفصيلا أخرى فى الفصل السادس عشر والمصنف لخصه كما نرى . وابن قاضى سماوة لخصه فى جامع الفصولين أخصر منه كما هو دأبه وهذا من المسائل التى أوردها المصنف فى كتابه ، ولم يوجد بها فى المتون المشهورة سوى الغرر ، وليس فى كلامه ما يخالف الأصل إلا فى تعميم الشارح ضمير إقراره ففيه نوع حزازة لأن كلا من الوصى ومن بعده ليسوا كالوكيل فى صحة إقرارهم تارة وعدمها أخرى وأيضا ليس الوكيل مطلقا كذلك كما أفاده التقييد فلو قال : إلا إذا كان الوكيل وكيلا بالبيع أو الخصومة فى الرد بالعيب لصحة إقراره بدل قوله أو صح إقراره الخ لكان سالما ثم إنه لا يلزم من عدم التحليف عدم سماع الدعوى ، بل يجعل كل منهم خصما فى حق سماع الدعوى وإقامة البينة عليه من غير استحلاف كما فى العمادية (قوله لا الحلف) يعنى لايجوز أن يكون شخص نائبا عن شخص توجه عليه اليمين ليحلف من قبله ويخالفه مايأتى عن شرح الوهبانية من أن الأخرس الأصم الأعمى يحلف وليه عنه وهو المستثنى من الضابط المذكور كما صرح به العلامة أبو السعود (قوله وفرع على الأول) الأولى إسقاطه وأن يقول : وفرع عليهما باعتبار المعطوف والمعطوف عليه فعلى الأول قوله : فالوكيل الخ وعلى الثانى قوله : فلا يحلف أحد منهم (قوله فله طلب) أى ظاهرا وإلا فنى الحقيقة خصمه الأصيل (قوله ولا يحلف) لو قال وفرع على الثانى بقوله ولا يحلف الخ لكان أسبك (قوله أحد منهم) أشار بذلك إلى جواب ما يرد على قوله يملك الاستحلاف حيث وقع خبرا عن قوله فالوكيل الخ حيث وقع خبرا عن المبتدأ وما عطف عليه ، وهو جملة فيجب اشتماله على ضمير مطابق ، فيقال يملكون ولا يحلفون فأجاب بأنه

(إلا إذا) ادعى عليه العقد أو (صح إقراره) على الأصيل، فيستحلف حينئذ كالوكيل بالبيع فإن إقراره صحيح على الموكل فكذا نكوله .

وفى الخلاصة : كل موضع لو أقر لزمه فإذا أنكره يستحلف إلا فى ثلاث ذكرها والصواب فى أربع وثلاثين لما مر عن الخانية وزاد ستة أخرى فى البحر ، وزاد أربعة عشر فى تنوير البصائر حاشية الأشباه والنظائر لابن المصنف ولولا خشية التطويل لأوردتها كلها .

(التحليف على فعل نفسه يكون على البتات)

مؤول أى يملك كل واحد منهم الإستحلاف ولا يحلف وكما يصح التأويل فى الخبر يصح فى المبتدأ والسر فى أنه يملك الإستحلاف ، ولا يحلف أحد منهم وذلك أن الوكيل وما عطف عليه لما كان له الطلب ، وقد عجز عن البينة فيحلف خصمه إذ لا مانع من ذلك وأما إذا ادعى عليهم، فإن الحلف يقصد به النكول ليقضى به والنكول إقرار أو بذل كما علم ، ولا يملك واحد منهم الإقرار على الأصيل ولا بذل ماله وهو نائب فى الدعوى قد يعلم حقيقتها وقد لا يعلم فكيف يحلف على مالا علم له به تأمل (قوله إلا إذا ادعى عليه العقد) أى عقد بيع أوشراء أو إجارة لأنه يكون حينئذ أصلافى الحقوق فتكون اليمين متجهة عليه لاعلى الأصيل ، فلا نيابة فى الحلف فالإستثناء منقطع . وهو شامل للأربعة والمراد بالعقد ما ذكر أما عقد النكاح فغير مراد هنا لأن الشارح قدم أنه لا تحليف فى تزويج البنت صغيرة أو كبيرة وعندهما يستحلف الأب الصغير تأمل أفاده الخير الرملى (قوله أوصح إقراره) مختص بالوكيل فقط كما أشار إليه بقوله كالوكيل الخ (قوله فيستحلف) الأولى فى المقابلة فيحلف (قوله حينئذ) لا حاجة إليه (قوله كالوكيل بالبيع) هو داخل تحت قوله : إذا ادعى عليه العقد فكان الأول مغنيا عنه تأمل . نعم كان الأولى بهذا الوكيل بالخصومة . فإنه يصح إقراره على الموكل ، فكان ينبغى أن يستحلف على مقتضى قوله : أو صح إقراره وليس كذلك بقى هل يستحلف على العلم أو على البتات .

ذكر فى الفصل السادس والعشرين من نور العين : أن الوصى إذا باع شيئا من التركة فادعى المشترى أنه معيب فإنه يحلف على البتات بخلاف الوكيل فإنه يحلف على عدم العلم اهـ فتأمله .

والحاصل : أن كل من يصح إقراره كالوكيل يصح استحلافه بخلاف من لا يصح إقراره كالوصى (قوله فإن إقراره صحيح) لم يبين إقراره بأى شىء وليحرر ط .

أقول : الظاهر أن إقراره فيما هو من حقوق العقد كالإقرار بعيب أو أجل أوخيار للمشترى (قوله إلا فى ثلاث ذكرها) هى الوكيل بالشراء إذا وجد بالمشترى عيبا فأراد أن يرده بالعيب وأراد البائع أن يحلفه بالله ما يعلم أن الموكل رضى بالعيب لا يحلف فإن أقر الوكيل لزمه ذلك ويبطل حق الرد. الثانية : لو ادعى على الآمر رضاه لا يحلف ، وإن أقر لزمه . الثالثة : الوكيل بقبض الدين إذا ادعى المديون أن الموكل أبرأه عن الدين وطلب يمين الوكيل على العلم لا يحلف وإن أقر به لزمه اهـ منح (قوله والصواب فى أربع وثلاثين) أى بضم الثلاثة إلى ما فى الخانية لكن الأولى منها مذكورة فى الخانية (قوله لابن المصنف) وهو الشيخ شرف الدين عبد القادر وهو صاحب تنوير البصائر وأخوه الشيخ صالح صاحب الزواهر (قوله ولولا خشية التطويل لأوردتها كلها) هذه ونظائرها تقتضى أنه لم يتقدمها وأخواتها قبيل البيوع مع أن ذكرها هناك لا مناسبة له ، وهو مفقود فى بعض النسخ الصحيحة ، ولعل الشارح جمعها فى ذلك المحل بعد تتميم الكتاب وبلغت هنالك إحدى وستين مسألة مسائل الخانية إحدى وثلاثون ومسائل الخلاصة ثلاث ومسائل البحر ستة وزيادة تنوير البصائر أربعة عشر وزيادة زواهر الجواهر

أى القطع بأنه ليس كذلك(و)التحليف(على فعل غيره)يكون(على العلم) أى أنه لا يعلم أنه كذلك لعدم علمه بما فعل غيره ظاهرا اللهم(إلا إذا كان) فعل الغير (شيئا يتصل به) أى بالحالف وفرع عليه بقوله (فإن ادعى) مشترى العبد (سرقة العبد أو إباقه) وأثبت ذلك (يحلف) البائع (على البتات) مع أنه فعل الغير وإنما صح باعتبار وجوب تسليمه سليما فرجع إلى فعل نفسه فحلف على البتات لأنها آكد ولذا تعتبر مطلقا بخلاف العكس درر عن الزيلعى .

سبعة ، وزاد عليها سيدى الوالد رحمه الله تعالى ثمان مسائل من جامع الفصولين فصارت تسعة وستين فراجعها ثمة إن شئت فى آخر كتاب الوقف قبيل البيوع (قوله أى القطع) فى بعض كتب الفقه البت بدل البتات وهو أولى وقد ذكر فى القاموس أن البت القطع وأن البتات الزاد والجهاز ومتاع البيت والجمع أبتة ط (قوله بأنه ليس كذلك) هذا فى النفى أو أنه كذلك فى الإثبات (قوله على العلم) أى على نفيه (قوله لعدم علمه بما فعل غيره ظاهرا) فلو حلف على البتات لامتنع عن اليمين مع كونه صادقا فيتضرر به ، فطولب بالعلم فإذا لم يقبل مع الإمكان صار باذلا أو مقرا وهذا أصل مقرر عند أئمتنا درر (قوله يتصل به) أى يتعلق حكمه به بحيث يعود إلى فعله (قوله أو إباقه) ليس المراد بالإباق الذى يدعيه المشترى الإباق الكائن عنده إذ لو أقر به البائع لا يلزمه شيء لأن الإباق من العيوب التى لابد فيها من المعاودة ، بأن يثبت وجوده عند البائع ثم عند المشترى كلاهما فى صغره أو كبره على ماسبق فى محله أبو السعود . وفى الحواشى السعدية قوله : يحلف على البتات بالله ماأبق .

أقول : الظاهر أنه يحلف على الحاصل بالله ما عليك حق الرد فإن فى الحلف على السبب يتضرر البائع أوقد يبرأ المشترى عن العيب (قوله وأثبت ذلك) أى على ما سبق فى محله من وجوده عند البائع ثم عند المشترى الخ (قوله يحلف البائع على البتات) يعنى أن مشترى العبد إذا ادعى أنه سارق أو آبق وأثبت إباقه أو سرقته فى يد نفسه، وادعى أنه أبق أو سرق فى يد البائع ، وأراد التحليف يحلف البائع بالله ماأبق بالله ما سرق فى يدك وهذا تحليف على فعل الغير درر (قوله فرجع إلى فعل نفسه) وهو تسليمه سليما (قوله لأنها آكد) أى لأن يمين البتات آكد من يمين العلم حيث جزم فى الأولى ولم يجزم فى الثانية ، مع أن فى الأولى إنما حلف على علمه أيضا إذ غلبة الظن تبيح له الحلف لكنه إذا جزم بها كانت آكد صورة (قوله ولذا تعتبر مطلقا) أى فى فعل نفسه وفعل غيره فلو حلف على البتات فى فعل غيره أجزأه بالأولى لأنه قد أتى بالآكد (قوله بخلاف العكس) يعنى أن يمين العلم لا تكفى فى فعل نفسه ح .

قال فى البحر : ثم فى كل موضع وجبت فيه اليمين على العلم فحلف على البتات كفى وسقطت عنه : وعلى عكسه لا ولا يقضى بنكوله عما ليس واجبا عليه اه .

قال فى الدرر : واعلم أن فى كل موضع اليمين فيه على البتات فحلف على العلم لايكون معتبرا حتى لايقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه ، وفى كل موضع وجب اليمين فيه على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط اليمين عنه ، ويقضى عليه إذا نكل لأن الحلف على البتات آكد فيعتبر مطلقا بخلاف العكس ذكره الزيلعى اه واستشكل الثانى العمادى قال الرملى: وجه الإشكال أنه كيف يقضى عليه مع أنه غير مكلف إلى البت ويزول الإشكال بأنه مسقط لليمين الواجبة عليه ، فاعتبر فيكون قضاء بعد نكول عن يمين مسقطة للحلف عنه بخلاف عكسه ، ولهذا يحلف فيه ثانيا لعدم سقوط الحلف عنه بها فنكوله عنه لعدم اعتباره والاجتزاء به فلا يقضى عليه بسببه تأمل .

أقول : يشكل قول الرملى بأنه يزول الإشكال الخ مع أنه لا يزول بذلك بعد قول البحر : ولا يقضى

وفى شرح المجمع عنه هذا إذا قال المنكر لا علم لى بذلك ولو ادعى العلم حلف على البتات كمودع ادعى قبض ربها وفرع على قوله وفعل غيره على العلم بقوله (وإذا ادعى) بكر (سبق الشراء) على شراء زيد ولا بينة (يحلف خصمه) وهو بكر (على العلم) أى أنه لا يعلم أنه اشتراه قبله لما مر (كذا إذا ادعى دينا

بنكوله عما ليس واجبا عليه تأمل . واستشكل فى السعدية الفرع الأول بأنه ليس كما ينبغى بل اللائق أن يقضى بالنكول فإنه إذا نكل عن الحلف على العلم ففى البتات أولى .

وأجاب عنه : بالمنع لأنه يجوز أن يكون نكوله لعلمه بعدم فائدة اليمين على العلم ، فلا يحلف حذرا عن التكرار ، وهو بمعنى ماذكره الرملى واستشكل الثانى أيضا بأنه محل تأمل ، فإنه إذا لم يجب عليه كيف يقضى عليه إذا نكل ، ولم يجب عنه بجواب واستشكله الخادمى أيضا بأن البتات أعم تحققا من العلم ، ويعتبر فى اليمين انتفاؤهما وانتفاء الأعم أخص من انتفاء الأخص ، فكيف يقضى بالنكول عن البتات فى موضع يجب عليه الحلف على العلم ، فإنه بعد هذا النكول يحتمل أن يحلف على العلم اه قال الفاضل يعقوب باشابعد نقله عن النهاية : وفيه كلام وهو أن الظاهر عدم الحكم بالنكول لعدم وجوب اليمين على البتات كما لا يخفى فتأمل اه قال عزمى زاده وفى هذا المقام كلام اه فليراجع .

[فرع] مما يحلف فيه على العلم ما إذاقال فى حال مرضه ليس لى شىء فى الدنيا ثم مات عن زوجة وبنت وورثة فللورثة أن يحلفوا زوجته وابنته على أنهما لا يعلمان بشىء من تركة المتوفى بطريقه اه بحر عن القنية (قوله عنه) أى عن الزيلعى (قوله هذا إذا قال المنكر الخ) حكى هذا القهستانى بقيل (قوله كمودع الخ) صورته قال رب الوديعة أو دعتك كذا فرده على فقال المودع ساحته إليك فالقول للمودع ، لأنه ينفى الضمان عن نفسه ويمينه على البتات بأن يقول : والله سلمته إليك إذ معناه النفى وهو أنك لا تستحق عندى شيئا ومثله وكيل البيع إذا ادعى قبض الموكل الثمن وكما لو قال إن لم يدخل فلان اليوم الدار فامرأته طالق ثم قال : إنه دخل يحلف على البتات بالله أنه دخل اليوم مع أنه فعل الغير لكونه ادعى علما بذلك أفاده فى البحر (قوله سبق الشراء) أى من عمرو مثلا (قوله وهو بكر) صوابه وهو زيد لأن بكرا هو المدعى والذى يحلف زيد المدعى عليه وكأنه جعله تفسيرا للهاء فى خصمه ، فيكون المعنى وهو خصم بكر وخصم بكر هو زيد والأولى أن يقول أى خصم بكر هو زيد .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : تبع الشارح فى هذا المصنف وصاحب الدرر قال بعض مشايخنا : صوابه زيد لأنه هو المنكر واليمين عليه ويمكن أن يقال أن يحلف بالبناء للفاعل لا للمفعول ، ومعناه أن يطلب من القاضى تحليفه لأن ولاية التحليف اه فيكون قوله : وهو بكر تفسيرا للضمير فى خصمه لكن فيه ركاكة اه (قوله لما مر) أي من أنه يحلف فى فعل الغير على العلم ولا حاجة إليه لعلمه من التفريع (قوله كذا إذا ادعى دينا) بأن يقول : رجل لآخر إن لى على مورثك ألف درهم ، فمات وعليه الدين ولا بينة له فيحلف الوارث على العلم درر : أى لا على البتات وهذا لو قبض الدين على ما اختاره الفقيه وقاضيخان ، خلافا للخصاف قهستانى .

وفى البحر وحاصل ما ذكره الصدر فى دعوى الدين على الوارث : أن القاضى يسأله أولا عن موت أبيه ليكون خصما فإن أقر بموته سأله عن الدين فإن أقر به يستوفيه المدعى من نصيبه فقط لأنه لا يصح إقرارا على الميت فيبقى إقرارا فى حق نفسه وإن أنكر فبرهن المدعى استوفاه من التركة ، لأن أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيا يدعى على الميت وإلا يبرهن المدعى وطلب يمين المدعى عليه استحلفه على العلم أى بالله ما تعلم أن لفلان بن فلان هذا على أبيك هذا المال الذى ادعاه ، وهو ألف درهم ولا شىء منه فقضى عليه ، فيستوفى من نصيبه إن أقر

أو عينا على وارث إذا علم القاضي كونه ميراثا أو أقر به المدعى أو برهن الخصم عليه) فيحلف على العلم .
(ولو ادعاهما) أي الدين ولعين (الوارث) على غيره (يحلف) المدعى عليه (على البتات) كموهوب وشراء درر

بوصول نصيبه من الميراث إليه وإلا يقر بوصوله إليه ، فإن صدقه المدعى فلا شيء عليه ، وإلا استحلف على البتات ما وصل إليه قدر مال المدعى ولا بعضه فإن نكل لزمه القضاء وإلا لا هذا إذا حلفه على الدين أولا فإن حلفه على الوصول أولا فحلف فله تحليفه على الدين ثانيا أي على العلم لاحتمال ظهور ماله فكان فيه فائدة منتظرة ، وإن لم يصل المال إليه ، فإنه متى استحلفه وأقر أو نكل وثبت الدين فإذا ظهر للأب مال من الوديعة أو البضاعة عند إنسان لا يحتاج إلى الإثبات فهذه الفائدة المنتظرة ، ولو أراد المدعى استحلافه على الدين والوصول معا فقيل له ذلك وعامتهم إنه يحلف مرتين ولا يجمع وإن أنكر موته حلفه على العلم ، فإن نكل حلف على الدين أي على العلم أيضا .

مطلب دعوى الوصية على الوارث كدعوى الدين إذا أنكرها يحلف على العلم

ودعوى الوصية على الوارث كدعوى الدين فيحلف على العلم لو أنكرها ومدعى الدين على الميت إذا ادعى على واحد من الورثة وحلفه فله أن يحلف الباقي ، لأن الناس يتفاوتون في اليمين وربما لا يعلم الأول به ويعلم الثاني ، ولو ادعى أحد الورثة دينا على رجل للميت وحلفه ليس للباقي تحليفه ، لأن الوارث قائم مقام المورث وهو لا يحلفه إلا مرة إنتهى مخلصا بزيادة (قوله أو عينا على وارث) صورته أن يقول أن هذا العبد الذي ورثته عن فلان ملكي وبيدك بغير حق ولا بينة له فإن الوارث يحلفه على العلم درر (قوله إذا علم القاضي كونه) أي العين ميراثا وإلا حلف على البيت وينبغي أن يخصص التقييد بذلك بصورة العين كما يظهر من العمادية فإن جريان ذلك في الدين مشكل عزمي ، وهذا بناء على أن القاضي يقضي بعلمه والمفتى به لا فيكون علمه كعدمه .

قال العلامة أبو الطيب : أقول في قوله فإن جريان ذلك في الدين مشكل نظر لما قال في نور العين نقلا عن المحيط البرهاني إنما يحلف على العلم في الإرث لو علم القاضي بالإرث ، أو أقر به المدعى أو برهن عليه وإلا يحلف بتا وكذا لو ادعى دينا على الوارث يحلف على العلم اهـ (قوله أو أقر به المدعى) هو كما سبق في التصوير (قوله أو برهن الخصم) وهو المدعى عليه (قوله فيحلف) أي الوارث على العلم فإن لم يعلم القاضي حقيقة الحال ولا أقر المدعى بذلك ولا أقام المدعى عليه بينة يحلف على البتات بالله ما عليك تسليم هذا العين إلى المدعى عمادية .

قال ط : يمكن تصويره بأن ادعى مدع على شخص إن هذه العين له وعجز عن إقامة البينة فطلب يمينه على البت فقال : إنها إرث وأراد اليمين على العلم فأنكر المدعى ذلك فأقام الوارث بينة على مدعاه فإنه يحلف على العلم أي فالشرط في تحليفه الوارث على العلم في دعوى العين أحد هذه الثلاثة (قوله والعين) الواو بمعنى أو (قوله الوارث) أي إنهما حق موروث وأنكر الخصم (قوله يحلف المدعى عليه على البتات) أي إنهما ليسا بحق مورثه (قوله كموهوب وشراء درر) يعني لو وهب رجل لرجل عبدا فقبضه أو اشترى رجل من رجل عبدا ، فجاء رجل وزعم أن العبد عبده ولا بينة له فأراد استحلاف المدعى عليه يحلف على البتات حلبي عن الدرر : أي أنه ليس بعبده والأولى كموهوب ومشترى أو كهبة وشراء للموافقة لفظا وعلله الزيلعي بأن الهبة والشراء سبب موضوع للملك باختيار المالك ومباشرته ، ولو لم يعلم أنه ملك للمملك له لما باشر السبب ظاهرا ، فيحلف على البتات ، فإذا امتنع عما أطلق له يكون باذلا أما الوارث فلأنه لا اختيار له في الملك ،

(و) يحلف (جاحد القود) إجماعا (فإن نكل فإن كان فى النفس حبس حتى يقر أو يحلف وفيما دونه يقتص) لأن الأطراف خلقت وقاية للنفس كالمال فيجرى فيها الابتذال خلافا لهما .

(قال المدعى لى بينة حاضرة) فى المصر (وطلب يمين خصمه لم يحلف)

ولا يدعى ما فعل المورث فلم يوجد ما يطلق له اليمين على البتات ، ولأن الوارث حلف على المورث واليمين لا تجرى فيها النيابة، فلا يحلف على البتات والمشترى والموهوب له أصل بنفسه، فيحلف عليه اه (قوله ويحلف جاحد القود) أى منكر القصاص بأن ادعى رجل عليه قصاصا عينى : أى سواء كان فى النفس أو الأطراف بالاتفاق دامادا (قوله حبس) أى ولا يقتص أما عنده فلأن النكول بذل ، ولا يجرى فى النفس ، ألا ترى أنه لو قتله بأمره يجب عليه القصاص فى رواية ، وفى أخرى الدية ولو قطع يده بأمره لا يجب عليه شىء إلا أنه لا يباح لعدم الفائدة أما ما فيه فائدة كالقطع للأكلة وقلع السن للوجع لا يأثم بفعله وأما عندهما فإنه وإن كان إقرارا إلا أن فيه شبهة فلايثبت فيه القود لأنه كالحدود من وجه (قوله حتى يقر) أى فيقتص منه (قوله أويحلف) أى عند الإمام فيبرأ من الدعوى . وفى الشلبى عن الإتقانى أو يموت جوعا لأن الأنفس لا يسلك بها مسالك الأموال ، فلا يجرى فيها البذل الذى هو مؤدى الإنكار ، وإذا امتنع القصاص واليمين حق مستحق يحبس به كما فى القسامة فإنهم إذا نكلوا عن اليمين يحبسون ، حتى يقروا أو يحلفوا .

وفى الخانية فى كيفية التحليف بالقتل روايتان فى رواية يستحلف على الحاصل بالله ماله عليك دم ابنه فلان مثلا ولا قبلك حق بسبب هذا الدم الذى يدعى وفى رواية يحلف على السبب بالله ماقتلت فلان بن فلان ولى هذا عمدا وفيما سوى القتل من القطع والشجة ونحو ذلك يحلف على الحاصل بالله ماله عليك قطع هذا العبد، ولا له عليك حق بسببها ، وكذلك فى الشجاج والجراحات التى يجب فيها القصاص اه (قوله وفيما دونه) أى دون القود من الأطراف (قوله يقتص) منه أى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى كما علم مما مر (قوله فيجرى فيها الابتذال) أى فتثبت بالنكول كما أن المال يثبت به والأولى البذل كما فى بعض النسخ (قوله خلافا لهما) فإنهما قالا : يجب عليه الأرش فيهما : ولا يقضى بالقصاص ، لأن القصاص فيما دون النفس عقوبة تدرأ بالشبهات ، ولا تثبت بالنكول كالقصاص فى النفس ، ولأن النكول وإن كان إقرارا عندهما ففيه شبهة العدم فلايثبت به القصاص. ويجب به المال خصوصا إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه خاصة كما إذا أقر بالخطأ والولى يدعى العمد وإذا امتنع القود تجب الدية وعند الثلاثة يقتص فيهما بعد حلف المدعى كما فى العينى ،وأما إذا كان الامتناع من جانب من له كما إذا أقام على ما ادعى وهو القصاص رجلا وامرأتين أو الشهادة على الشهادة فإنه لا يقضى بشىء لأن الحجة قامت بالقصاص ، لكن تعذر استيفاؤه ولم يشبه الخطأ فلا يجب شىء ولا تفاوت فى هذا المعنى بين النفس وما دونها كما فى العناية (قوله قال المدعى لى بينة الخ) أطلق حضورها فشمل حضورها فى المصر بصفة المرض وظاهر ما فى خزانة المفتين خلافه فإنه قال : الاستحلاف يجرى فى الدعاوى الصحيحة إذا أنكر المدعى عليه وبقول المدعى لا شهود لى أو شهودى غيب أو فى المصر اه بحر (قوله فى المصر) أراد به حضورهما فيه أو محل بينه وبين محل المدعى دون مسافة القصر : كما يفيده الكلام الآتى . وقيد فى المصر ، وإن كان إطلاق كلام المصنف متناولا لما لو كانت حاضرة فى المجلس لأنه المختلف فيه .

قال فى البحر : أطلق فى حضورها فشمل حضورها فى مجلس الحكم ، ولاخلاف أنه لا يحلف وحضورها فى المصر وهو محل الاختلاف (قوله لم يحلف) أى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لأن ثبوت الحق فى اليمين مرتب

خلافا لهما ولو حاضرة فى مجلس الحكم لم يحلف اتفاقا ولو غائبة عن المصر حلف اتفاقا ابن ملك وقدر فى المجتبى الغيبة بمدة السفر (ويأخذ القاضى) فى مسألة المتن فيما لا يسقط بشبهة (كفيلا ثقة) يؤمن هروبه بحر فليحفظ

على العجز عن إقامة البينة ، فلا تكون حقه دونه عيني : أى فلا تكون اليمين حقه دون العجز (قوله خلافا لهما) لأن اليمين حقه بالحديث الشريف ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « لك يمينه حين سأل المدعى فقال ألك بينة فقال لا فقال عليه الصلاة والسلام لك يمينه فقال يحلف ولا يبالى فقال صلى الله عليه وسلم ليس لك إلا هذا شاهداك أو يمينه » فصار اليمين حقا له لإضافته إليه بلام التمليك فإذا طالبه به يجيبه قال ط : وفى الاستدلال به نظر لأنه صلى الله عليه وسلم إنما جعل له اليمين عند فقده البينة .

قال فى البحر : اختلف النقل عن محمد فمنهم من ذكره مع أبى يوسف كالزيلعى والخصاف ، ومنهم من ذكره مع الإمام كالطحاوى (قوله وقدر فى المجتبى الغيبة بمدة للسفر) قال فيه بينتى غائبة عن المصر حلف عند أبى حنيفة وقيل قدر الغيبة بمسيرة سفر اه فقد خالف ما نقله المصنف عن ابن ملك من أن فى الغائبة عن المصر يحلف اتفاقا (قوله ويأخذ القاضى) أى بطلب المدعى كما فى الخانية وفى الصغرى هذا إذا كان المدعى عالما بذلك أما إذا كان جاهلا فالقاضى يطلب رواه ابن سماعة عن محمد بحر . والمراد بأخذ القاضى كفيلا أى ممن عليه الحق لا بالحق نفسه ، وقد تقدم فى كتاب الكفالة فى كفالة النفس أنه لو أعطى كفيلا بنفسه برضاه جاز اتفاقا ولا يجبر عليه عند الإمام خلافا لهما فعندهما يجبر بالملازمة فحينئذ لا حاجة للتقييد بهذا ، وليس مذكورا فى الدرر ولا فى شرح الكنز تأمل (قوله فى مسألة المتن) وهى قال المدعى لى بينة حاضرة الخ وقيد بها لأنه لو قال لا بينة لى أو شهودى غيب لا يكفل لعدم الفائدة كذا فى الهداية (قوله فيما لا يسقط بشبهة) أما فيما يسقط بها كالحدود والقصاص ، فلا يجبر على دفع الكفيل كما تقدم .

قال فى البحر : ادعى القاتل أن له بينة حاضرة على العفو أجل ثلاثة أيام ، فإن مضت ولم يأت بالبينة وقال لى بينة غائبة يقضى بالقصاص قياسا كالأموال . وفى الاستحسان : يؤجل استعظاما لأمر الدم اه .

قال الرملى : ومقتضى الإطلاق أن دعوى الطلاق كدعوى الأموال وإن احتاطوا فى الفروج لا تبلغ استعظام أمر الدماء ولذلك يثبت برجل وامرأتين اه (قوله كفيلا ثقة يؤمن هروبه) وله أن يطلب وكيلا بخصومته . قال فى الكافى : وله أن يطلب وكيلا بخصومته حتى لو غاب الأصل يقيم البينة على الوكيل ، فيقضى عليه وإن أعطاه وكيلا له أن يطالبه بالكفيل بنفس الوكيل ، وإذا أعطاه كفيلا بنفس الوكيل له أن يطالبه بالكفيل بنفس الأصيل لو كان المدعى دينا ، لأن الدين يستوفى من ذمة الأصيل دون الوكيل ، فلو أخذ كفيلا بالمال له أن يطلب كفيلا بنفس الأصيل لأن الاستيفاء من الأصيل قد يكون أيسر ، وإن كان المدعى منقولا له أن يطالب منه مع ذلك كفيلا بالعين ليحضرها ، ولا يغيبه المدعى عليه وإن كان عقارا لا يحتاج إلى ذلك لأنه لا يقبل التغييب ، وصح أن يكون الواحد كفيلا بالنفس ووكيلا بالخصومة لأن الواحد يقوم بهما ، فلو أقر وغاب قضى ، لأنه قضاء إعانة اه . وفيه ولو أقيمت البينة فلم تزك فغاب المشهود عليه فزكيت لا يقضى عليه حال غيبته فى ظاهر الرواية لأن له حق الجرح فى الشهود ، وعن أبى يوسف أنه يقضى اه .

واعلم أنه ينبغى أن يشترط فى الوكيل ماسبق فى الكفيل من كونه ثقة معروف الدار وفى البحر عن الصغرى لو أبى إعطاء الوكيل بالخصومة لم يجبر اه (قوله يؤمن هروبه) تفسير للثقة قال فى البحر وفسره فى الصغرى بأن لا يخفى نفسه ولا يهرب من البلد بأن يكون له دار معروفة وحانوت معروف لا يسكن فى بيت بكراء ويتركه ويهرب منه وهذا شيء يحفظ جدا ، وينبغى أن يكون الفقيه ثقة بوظائفه بالأوقاف ، وإن لم يكن له

(من خصمه) ولو وجيها والمال حقيرا فى ظاهر المذهب عينى (بنفسه ثلاثة أيام) فى الصحيح وعن الثانى إلى مجلسه الثانى وصحح فإن امتنع من) إعطاء (ذلك) الكفيل لازمه) بنفسه أو أمينه

ملك فى دار أو حانوت لأنه لا يتركها ويهرب اه . وفسره فى شرح المنظومة بأن يكون معروف الدار والتجارة ولا يكون لحوحا معروفا بالخصومة وأن يكون من أهل المصر لا غريبا اه . قال الحموى: وكذا العسكرى فإنه لا يهرب ويترك علوفته من الديوان .

والحاصل : أن المدار على الأمن من الهروب اه. وفى البحر أيضا عن كفالة الصغرى : القاضى أو رسوله إذا أخذ كفيلا من المدعى عليه بنفسه بأمر المدعى أولا بأمره فإن لم يضف الكفالة الى المدعى بأن قال : أعط كفيلا بنفسك ، ولم يقل للطالب ترجع الحقوق إلى القاضى ورسوله ، حتى لو سلم إليه الكفيل يبرأ ولو سلم إلى المدعى فلا ، وإن أضاف إلى المدعى كان الجواب على العكس اه وفيه عنها طلب المدعى من القاضى وضع المنقول على يد عدل ، ولم يكتف بكفيل النفس فإن كان المدعى عليه عدلا لا يجيبه القاضى ، ولو فاسقا يجيبه وفى العقار لا يجيبه إلا فى الشجر الذى عليه الثمر لأن الثمر نقلى اه .

قال فى البحر : وظاهره أن الشجر من العقار وقدمنا خلافه وفى أبى السعود عن الحموى عن المقدسى التصريح بأنه من العقار اه .

أقول وقدمنا الصحيح من ذلك فلا تنسه وفى الخزانة إذا أقام بينة ولم تزك فى جارية يضعها القاضى على يد امرأة ثقة حتى يسأل عن الشهود ، ولا يتركها فى يد المدعى عليه عدلا كان أولا هذا إن سأل المدعى من القاضى وضعها اه وإنما أخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسانا لأن فيه نظارا للمدعى ، وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لأن الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى فصح التكفيل بإحضاره أى من غير جبر كما قدمنا (قوله ولو وجيها) ضد الخامل والوجيه من له حظ ورتبة والخامل من خمل الرجل خمولا من باب قعد ساقط النباهة لا حظ له مصباح (قوله فى ظاهر المذهب) أى المعتمد وعن محمد أن الخصم إذا كان معروفا أو المال حقيرا والظاهر من حاله أنه لا يخفى نفسه بذلك القدر من المال لا يجبر على إعطائه الكفيل (قوله فى الصحيح) قال فى البحر : ثم تأقيت الكفالة بثلاثة أيام ونحوها ليس لأجل أن يبرأ الكفيل عنها بعد الوقت ، فإن الكفيل إلى شهر لا يبرأ بعده لكن التكفيل إلى شهر للتوسعة على الكفيل ، فلا يطالب إلا بعد مضيه ، لكن لو عجل يصح وهنا للتوسعة على المدعى فلا يبرأ الكفيل بالتسليم للحال إذ قد يعجز المدعى عن إقامتها وإنما يسلم إلى المدعى بعد وجود ذلك الوقت حتى لو أحضر البينة قبل الوقت يطالب الكفيل (قوله إلى مجلسه) أى القاضى (قوله لازمه بنفسه) أى دار معه حيث دار فلا يلازمه فى مكان معين ، ولا يلازمه فى المسجد لأنه بنى للذكر به يفتى بحر : وفيه ويبعث معه أمينا يدور معه ورأيت فى الزيادات أن الطالب او أمر غيره بملازمة مديونه فللمديون أن لا يرضى بالأمين عند أبى حنيفة خلافا لهما بناء على التوكيل بلا رضا الخصم ، لكنه لا يحبسه فى موضع ، لأن ذلك حبس وهو غير مستحق عليه بنفس الدعوى ، ولا يشغله عن التصرف بل هو يتصرف والمدعى يدور معه .

مطلب هل للطالب أن يمنعه من دخول داره إن لم يأذن له بالدخول معه ؟

وإذا انتهى المطلوب إلى داره فإن الطالب لا يمنعه من الدخول إلى أهله بل يدخل والملازم يجلس على باب داره اه وفى الذخيرة ومن القضاة المتأخرين من أوجب حبس الخصم . لأن المدعى يحتاج إلى طلب الشهود

مقدار (مدة التكفيل) لئلا يغيب (إلا أن يكون) الخصم (غريبا) أى مسافرا (ف) يلازم) أو يكفل (إلى انتهاء مجلس القاضي) دفعا للضرر حتى لو علم وقت سفره يكفله إليه وينظر فى زيه أو يستخبر رفقاءه لو أنكر المدعى بزازية .

(قال لا بينة لى وطلب يمينه فحلفه القاضي ثم برهن) على دعواه بعد اليمين (قبل ذلك) البرهان عند الإمام (منه) وكذا لو قال المدعى : كل بينة آتى بها

وغيره اه . وفى البحر عن الزيادات : أن المطلوب إذا أراد أن يدخل بيته فإما أن يأذن للمدعى فى الدخول معه أو يجلس معه على باب الدار لأنه لو تركه حتى يدخل الدار وحده ، فربما يهرب من جانب آخر فيفوت ماهو المقصود منها .

مطلب فيما لو كان المطلوب امرأة

وفى تعليق استاذنا : لو كان المدعى عليه امرأة فإن الطالب لايلازمها بنفسه ، بل يستأجر امرأة فتلازمها وفى أول كراهية الواقعات رجل له على امرأة حق فله أن يلازمها ويجلس معها ويقبض على ثيابها لأن هذا ليس بحرام فإن هربت ودخلت خربة لا بأس بذلك إذا كان الرجل يأمن على نفسه ، ويكون بعيدا منها يحفظها بعينه لأن فى هذه الخلوة ضرورة ، وأشار بملازمته إلى ملازمة المدعى لما فى خزانة المفتين إذا كان المدعى عليه متلافا وأبى عطاء الكفيل بالمدعى .

مطلب له ملازمة المدعي

فللمدعى أن يلازم ذلك الشيء أن يعطيه كفيلا وإن كان المدعى ضعيفا عن ملازمته يضع ذلك الشيء على يد عدل اه .

وظاهر ما فى السراج الوهاج أنه لا يلازمه إلا بإذن القاضي وذكر فيه أن منها أن يسكن حيث سكن . وفى المصباح : دار حول البيت يدور دورا ودورانا طاف به ودوران الفلك تواتر حركاته بعضها أثر بعض من غير ثبوت ولا استقرار ومنه قولهم : دارت المسألة أى كلما تعلقت بمحل توقف ثبوت الحكم على غيره فتنتقل إليه ثم يتوقف على الأول وهكذا اه (قوله مقدار مدة التكفيل) فإن لم يأت ببينة أمره أن يخلى سبيله ولا يقبل دعوته إلا بإحضار البينة كما لايخفى (قوله إلا أن يكون الخصم غريبا أى مسافرا) وأى تفسير مراد وأشار به إلى أن حكم المقيم مريد السفر كالغريب .

قال فى المنح : والمراد من الغريب المسافر (قوله إلى انتهاء مجلس القاضي) أطلق فى مقدار مجلس القاضي فشمل ما إذا كان يجلس فى كل خمسة عشر يوما مرة كذا فى البزازية (قوله دفعا للضرر) بأخذ الكفيل وبالملازمة أزيد من ذلك كذا علله فى الهداية لأن فى أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك إضرارا به بمنعه عن السفر ، ولا ضرر فى هذا المقدار ظاهرا (قوله حتى لو علم وقت سفره) بأن قال أخرج غدا مثلا فلو علم أن السفر قبل انتهاء مجلس القاضي يكون التكفيل إلى وقت السفر دفعا للضرر (قوله إليه) أى إلى وقت سفره (قوله أو يستخبر رفقاءه) بأن يبعث إليهم أمينا فإن قالوا : أعد للخروج معنا يكفله إلى وقت الخروج بحر (قوله لا بينة لى الخ) هذه المسألة من تتمة قوله وتقبل البينة لو أقامها بعد اليمين ، كما أشار إليه الشارح هناك بقوله ، وإن قال : قبل اليمين لا بينة لى فكان المناسب أن يذكرها هناك ح (قوله قبل ذلك البرهان) لأن اليمين

فهي شهود زور أو قال : إذا حلفت فأنت برىء من المال فحلف ثم برهن على الحق قبل خانية وبه جزم في السراج كما مر (وقيل لا) يقبل قائله محمد كما في العمادية وعكسه ابن ملك وكذا الخلاف لو قال ، لودفع لي ثم أتى بدفع أو قال الشاهد : لاشهادة لي ثم شهدوا الأصح القبول لجواز النسيان ثم التذكر كما في الدرر وأقره المصنف .

(ادعى المديون الإيصال فأنكر المدعى) ذلك (ولا بينة له) على مدعاه (فطلب يمينه فقال المدعى : اجعل حقى في الختم ثم استحلفنى له ذلك) قنية (واليمين بالله تعالى) لحديث « من كان حالفا فليحلف بالله تعالى أوليذر » وهو قول والله خزانة وظاهره أنه لوحلفه

الفاجرة ، أحق بالرد من البينة العادلة كما مر (قوله فهى شهود زور) لأن الشهادة تتعلق بالشهود ، ويجب عليهم أداؤها ويأثم كاتمها ، وهذا القول منه لا يثبت زور العدل لأنه قبل الشهادة ولأنه في غير معلوم ولأنه جرح مجرد ط (قوله أوقال) أى المدعى (قوله حلفت) بتاء الخطاب (قوله كامر) عند قول المصنف اصطلحا على أن يحلف عند غير قاض الخ لكن هناك اليمين من المدعى وقدمنا الكلام عليه هناك (قوله فأنكر المدعى) أى مدعى الدين (قوله ولابينة له) أى لمدعى الإيصال (قوله فطلب يمينه) أى يمين الدائن (قوله فقال المدعى) أى مدعى الدين (قوله اجعل حقى في الختم) المراد به ، والله تعالى أعلم : المنقد فإنه قال في القاموس أن الختم كمنبر آلة ينقد بها فراجعه ط .

أقول : ولعله المعد الذى يعد عليه الصيارفة والتجار وفي بيت المال الدراهم والمقصود إحضار الحق .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : المراد بالختم الصك ومعناه أكتب الصك بالبينة ثم استحلفنى أو المراد احضار نفس الحق في شيء مختوم وهو الأظهر . وفي حاشية الفتال عن الفتاوى الأنقروية يعنى أحضر حقى ثم استحلفنى ومثله في الحامدية (قوله لحديث من كان حالفا) صدره كما في الحموى لاتحلفوا بآبائكم ولابالطواغيث فمن كان حالفا الخ ، ولما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام سمع عمر يحلف بأبيه فقال : « إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت » رواه البخارى ، ومسلم وأحمد وعن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تحلفوا إلا بالله ولا تحلفوا إلا وأنتم صادقون » رواه النسائى عينى (قوله وظاهره) أى ظاهر قول الخزانة من قوله : وهو قوله والله إنه لو حلفه بغيره من أسماء الله أو صفة تعورف الحلف بها لم يكن يمينا يعنى في باب الدعوى ، ويمكن أن يكون وجهه أن لفظ الجلالة جامع لجميع الأسماء والصفات حتى صحح بعضهم أنه الاسم الأعظم ، وقد ورد تحليف الشارع به فيقتصر عليه ويحتمل أنه ذكره على سبيل التمثيل لما علم في كتاب الأيمان أنه ينعقد الحلف بكل اسم من أسماء الله تعالى ، وكل صفة تعورف الحلف بها وقد صرحوا هنا بما يدل على ذلك قال في خزانة المفتين : متى حلفه بالله الرحمن الرحيم كان يمينا واحدا وإذا حلفه بالله والرحمن والرحيم يكون ثلاثة أيمان اهـ فهذا صريح بأن الرحمن والرحيم يمين تأمل ومثله في التبيين فإنه قال : ويحترز عن عطف بعض الأسماء على بعض كيلا يتكرر عليه اليمين ، ولو أمره بالعطف فأتى بواحدة ونكل عن الباقى لا يقضى عليه بالنكول لأن المستحق عليه يمين واحدة وقد أتى بها اهـ .

وسيصرح الشارح به في قوله : ويجتنب العطف كى لا يتكرر اليمين ، وفي كتاب الأيمان والقسم بالله تعالى أو باسم من أسمائه كالرحمن والرحيم ، والحق أو بصفة يحلف بها من صفاته تعالى كعزة الله وجلاله وكبريائه وعظمته الخ فهذا كله يدل على كونه يمينا ، وكذا ما ثبت في الحديث « ورب الكعبة » ونحوه يقتضى أن الحلف بالرحمن والرحيم وغيره من أسمائه تعالى يكون يمينا على أنه صرح في روضة القضاة بأن اليمين يكون

بغيره لم يكن يمينا ولم أره صريحا بحر (لابطلاق وعتاق) وإن ألح الخصم وعليه الفتوى تتارخانية لأن التحليف بهما حرام خانية (وقيل إن مست الضرورة فوض إلى القاضى) اتباعا للبعض (فلو حلفه) القاضى (به فنكل فقضى عليه) بالمال (لم ينفذ) قضاؤه (على) قول (الأكثر) كذا فى خزانة المفتين وظاهره أنه مفرع على قول الأكثر أما على القول بالتحليف بهما فيعتبر نكوله ويقضى به وإلا فلا فائدة ، واعتمده المصنف .

قلت : ولو حلف بالطلاق أنه لا مال عليه ثم برهن المدعى على المال إن شهدوا على السبب كالإقراض

بالرحمن والرحيم وسائر أسمائه تعالى . وأما الحصر فى الحديث الشريف بالنسبة إلى الجبت والطاغوت ونحوهما (قوله بغيره) كالرحمن والرحيم بحر (قوله لم يكن يمينا) قد علمت أن الحق أنه يمين ، ولا يشكل عليه ما يفهم من ظاهر عبارة الدرر من قوله : والحلف بالله تعالى دون غيره ، وإن كان ظاهره أن هذا التركيب للحصر كما فى الحمد لله لأن المراد أن لا يكون الحلف إلا بذاته تعالى : أى باسم من أسمائه الذاتية أو الصفاتية فقد انتفى الإشكال على أنه هو المصرح به فى عمدة الكتب ، بل عامتهم ولا يمكن أن يقال أن ما ذكروه فى كتاب الأيمان فرق عن هنا : أى الدعوى لأنه لم يصرح أحد يفرق أصلا (قوله ولم أره صريحا بحر) حيث قال بعد نقله عبارة الخزانة ، وظاهره أنه لاتحليف بغير هذا الاسم ، فلو حلفه بالرحمن أو الرحيم لا يكون يمينا ولم أره صريحا اه .

قال العلامة المقدسى : فيه قصور لوجود النص على خلافه فقد ذكر فى كتاب الأيمان أنه لوقال : والرحمن أو الرحيم ، أو القادر فكل ذلك يمين ، ويدل عليه قولهم فيما إذا غلظ بذكر الصفة يحترز عن الإتيان بالواو لئلا تتكرر اليمين ونصه هنا فى تحليف الأخرس أن يقال له عهد الله عليك ولا فرق بينه ، وبين الصحيح بل صرح بهذا الصحيح ، وصرح فى روضة القضاة بأن الرحمن الرحيم ، وسائر أسماء الله تعالى تكون يمينا اه .

أقول : والعجب من المصنف حيث نقله وأقره عليه وكذا الشارح (قوله لابطلاق وعتاق وإن ألح الخصم) أى داوم على طلب اليمين بهما ومثل الطلاق والعتاق الحج كما فى العناية وقد قصد بهذا مخالفة الكنز والدرر حيث قال : إلا إذا ألح الخصم وحكاه فى الكافى بقيل وكذا فى الهداية فإن ما مشى عليه الشارح هو ظاهر الرواية (قوله لأن التحليف بهما حرام) بل فى القهستانى عن المضمرات اختلفوا فى كفره إذا قال حلفه بالطلاق وقدمنا الكلام قريبا على ما لو حلف بالطلاق أنه لا مال عليه ، ثم برهن المدعى على المال ، وسيأتى فى كلام الشارح (قوله وقيل إن مست الضرورة فوض إلى القاضى) قال فى المنية : وإن مست الضرورة يفتى أن الرأى فيه للقاضى (قوله وظاهره أنه مفرع على قول الأكثر) تبع فيه المصنف وصاحب البحر وهو عجيب فإن صاحب الخزانة صرح بأن ذلك على قول الأكثر فهو صريح لا ظاهر (قوله وإلا فلا فائدة) قال العلامة المقدسى : قد تكون فائدته اطمئنان خاطر المدعى إذا حلف فربما كان مشتبها عليه الأمر لنسيان ونحوه فإذا حلف له بهما صدقه اه .

وفى شرح الملتقى عن الباقلانى : الإقرار بالمدعى إذا احترز عنه اه أى تظهر فائدته فيما إذا كان جاهلا بعدم اعتبار نكونه فإذا طلب حلفه به ربما يمتنع ويقر بالمدعى (قوله واعتمده المصنف) حيث قال : وهذا كلام ظاهر يجب قبوله والتعويل عليه ، لأن التحليف إنما يقصد لنتيجته وإذا لم يقض بالنكول عنه فلا ينبغى الاشتغال به وكلام العقلاء فضلا عن العلماء العظام يصان عن اللغو والله تعالى أعلم بالصواب اه .

لكن عبارة ابن الكمال : فإن ألح الخصم قيل يصح بهما فى زماننا لكن لا يقضى عليه بالنكول لأنه امتنع

لا يفرق وإن شهدوا على قيام الدين يفرق لأن السبب لا يستلزم قيام الدين وقال محمد فى الشهادة على قيام المال لا يحنث لاحتمال صدقه خلافا لأبى يوسف كذا فى شرح الوهبانية للشرنبلالى، وقد تقدم

عما هو منهى عنه شرعا ، ولو قضى عليه بالنكول لا ينفذ انتهت ، واستشكل فى السعدية بأنه إذا امتنع عما هو منهى عنه شرعا فكيف يجوز للقاضى تكليف الإتيان بما هو منهى عنه شرعا ، ولعل ذلك البعض يقول النهى تنزيهى ، ومثل ما فى ابن الكمال فى الزيلعى وشرح درر البحار وظاهره : أن القائل بالتحليف بهما يقول : إنه غير مشروع ولكن يعرض عليه ، لعله يمتنع فإن من له أدنى ديانة لا يحلف بهما كاذبا فإنه يؤدى إلى طلاق الزوجة وعتق الأمة أو إمساكهما بالحرام ، بخلاف اليمين بالله تعالى فإنه يتساهل به فى زماننا كثيرا تأمل (قوله لا يفرق) أى بين الزوج والزوجة (قوله لأن السبب لا يستلزم قيام الدين) لاحتمال وفائه أو إبرائه أو هبته منه وهذا التفصيل هو المفتى به كما فى شرح عبد البرط (قوله وقال محمد فى الشهادة على قيام المال لا يحنث لاحتمال صدقه) .

أقول : تقدم قريبا قوله ويظهر كذبه بإقامتها لو ادعاه أى المال بلا سبب فحلف ، وإن ادعاه بسبب فحلف أن لا دين عليه ثم أقامها لا يظهر كذبه لجواز أنه وجد القرض ، ثم وجد الإبراء أو الإيفاء وعليه الفتوى اه . وقد ذكرنا هناك الكلام وبحث المقدسى فيه والجواب عنه فراجعه إن شئت (قوله وقد تقدم) أى فى كلام المصنف حيث قال : ويظهر كذبه بإقامتها لو ادعاه بلا سبب فحلف الخ وإنما أعاده هنا لأن هذه العبارة أوضح ، وأدل على المطلوب ، وفيها زيادة فائدة كذكر الخلاف بين محمد وأبى يوسف ، وهو كالشرح للعبارة المتقدمة فقد بين به أن إطلاق الدرر على قول أحد الشيخين ولا اعتراض على من أتى بالعبارة التامة بعد العبارة القاصرة كما قالوا فى عطف العام على الخاص ، لا يحتاج إلى نكتة لما فيه من زيادة الفائدة تأمل .

مطلب مسائل ذكرها الخصاف فى آخر كتاب الحيل

قال العلامة الشلبى فى حاشية الزيلعى ونذكر نبذا من مسائل ذكرها الخصاف فى آخر كتاب الحيل : إن قال : كل امرأة لى طالق مثلا ، ونوى كل امرأة أتزوجها باليمين أو الهند أو بالسند أو فى بلد من البلدان له نيته وإن ابتدأ اليمين يحتال ، ويقول : هو الله ويدغم ذلك حتى لا يفهم المستحلف .

فإن قال المستحلف : إنما أحلفك بما أريد وقل : أنت نعم ويريد أن يستحلفه بالله والطلاق والعتاق والمشى وصدقة ما يملك يقول : نعم وينوى نعماً من الأنعام ، وكذا لو قيل له نساؤك طوالق ونوى نساءه العور أو العميان أو العرجان أو المماليك أو اليهوديات فيكون له نيته .

وإن أراد أن يحلف أنه لم يفعل كذا وأحضر المملوك ليحلف بعتقه قال : يضع يده على رأس المملوك أو ظهره ويقول : هذا حر يعنى ظهره إن كان فعل فلا يعتق المملوك .

وإن حلف بعتق المملوك أنه لم يفعل كذا ، ونوى بمكة أو فى المسجد الحرام أو فى بلد من البلدان لا يحنث إن كان فعله فى غير ذلك الموضع .

وإن حلف بطلاق امرأته ويقول امرأتى طالق ثلاثا ، وينوى عملا من الأعمال كالخبز والغسل أو أطالق من وثاق وينوى بقوله ثلاثا ثلاثة أيام أو أشهر أو جمع فلا حنث .

ولو بلغ سلطانا عن رجل كلام فأراد السلطان أن يحلفه عليه فالوجه أن يقول : ما الذى بلغك عنى فإذا قال بلغنى عنك كذا ، وكذا فإن شاء حلف له بالعتاق والطلاق أنه ما قال هذا الكلام الذى حكاه هذا ولا سمع به إلا هذه الساعة

(ويغلظ بذكر أوصافه تعالى) وقيده بعضهم بفاسق ومال خطير (والاختيار)فيه و (فى صفته إلى القاضى)ويجتنب العطف كى لاتتكرر واليمين (فلو حلفه بالله ونكل عن التغليظ لايقضى عليه به) أى بالنكول لأن المقصود الحلف باللهوقد حصل زيلعى (لا) يستحب لتغليظ على المسلم (بزمان ولا بمكان) وكذا فى الحاوى وظاهره أنه مباح

فلاإثم عليه وإن شاء نوى فى الطلاق والعتاق ما شرحناه ، وإن شاءنوى أنه لم يتكلم بهذا الكلام بالكوفة مثلاغير البلد الذى تكلم فيه به أو الموضع ، أو ينوى عدم التكلم ليلا . وإن تكلمه نهارا أوعكسه أو ينوى زمنا غير الذى تكلم فيه اه ملخصا .

أقول : الظاهر فى ذلك أن الحالف مظلوما أما لو كان ظالما فلا ينوى بل العبرة بظاهر اللفظ العرفى الذى حلف به لأن الأيمان مبنية على الألفاظ لاعلى الأغراض كما علم ذلك من كتاب الأيمان فراجعه (قوله ويغلظ بذكر أوصافه تعالى) أى يؤكد اليمين بذكر أوصاف الله تعالى ، وذلك مثل قوله : والله الذى لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك . ولا قبلك هذا المال الذى ادعاه ، ولا شىء منه لأن أحوال الناس شتى فمنهم من يمتنع عن اليمين بالتغليظ . ويتجاسر عند عدمه فيغلظ عليه لعله يمتنع بذلك ، ولو لم يغلظ جاز وقيل لا تغليظ على المعروف بالصلاح . ويغلظ على غيره وقيل يغلظ على الخطير من المال دون الحقير عينى (قوله وقيده) أى قيد بعضهم التغليظ (قوله بفاسق) أى إذا كان المدعى عليه فاسقا (قوله ومال خطير) أى كما ذكرنا كما بينه فى خزانة المفتين وتبيين الحقائق (قوله والاختيار فيه) أى فى التغليظ لما علمت من أنه جائز ويجوز إرجاع الضمير إلى أصل اليمين أى الاختيار فى اليمين بأن يقول له : قل والله أو بالله أو الرحمن أو القادر على ما سلف وقد صرحوا أن التحليف حق القاضى أى الاختيار فى صفة التغليظ إلى القضاة يزيدون فيه ماشاءو أو ينقصون ماشاؤا ولايغلظون لو شاءوا كما فى البحر عن الخلاصة (قوله وفى صفته) أى التغليظ التى ينطلق بها (قوله إلى القاضى) أى تفويضه إلى القاضى . (قوله ويجتنب العطف) أى فى اليمين فلا يذكره بحرف العطف ويحترز عن عطف بعض الأسماء على بعض وإلا لتعدد اليمين ولو أمره بالعطف فأتى بواحدة ونكل عن الباقى لا يقضى عليه بالنكول لأن المستحق يمين واحدة وقد أتى بها كما أفاده الزيلعى وقدمناه قريبا فلاتنسه (قوله لا يستحب) وقيل : لايجب وقيل لايشرع وظاهر مافى الهداية أن المنفى وجوب التغليظ بهما ، فيكون مشروعا وظاهر مافى المحيط فى موضع أن المنفى كونه سنة وفى موضع بعده عدم مشروعيته حيث قال : لا يجوز التغليظ بالزمان والمكان وصرح فى غاية البيان أن للحاكم فعله عندنا إن رأى ذلك ، وإنما الخلاف فى كونه واجبا أوسنة . وفى البحر : لا يجوز التغليظ بالمكان قال فى الكافى : قيل لا يجب وقيل لا يشرع ، لأن فى التغليظ بالزمان تأخير حق المدعى إلى ذلك الزمان قال العلامة المقدسى : وكذا فى المكان لأن فيه التأخير إلى الوصول إلى ذلك المكان المغلظ به . فلا يشرع كذا فى التبيين والكافى اه .

قلت : وهذا لا يظهر إذا كان على وفق مطلوبه ، ولو علل بمخالفته المشروع لكان أولى وعند الشافعى يستحب هذا التغليظ فى قول ، ويجب فى قول به قال مالك كما فى البناية وغيره .

أقول : الظاهر أن المذهب عندنا عدم جواز هذا التغليظ وعليه دلائل مشايخنا المذكورة فى الشروح ، وأما سلب حسن هذا لتغليظ تارة وسلب الوجوب أخرى فى عبارتهم فمبنى على نفى مذهب الخصم تدبر (قوله بزمان) مثل يوم الجمعة (قوله ولا بمكان) مثل الجامع عند المنبر أوما بين الركن والمقام وعند قبره عليه الصلاة والسلام وعند صخرة بيت المقدس (قوله وظاهره أنه مباح) فيه أن المباح ما استوى طرفاه فكان يقول فهو خلاف الأولى .

(ويستحلف اليهودى بالله الذى أنزل التوراة على موسى والنصرانى بالله الذى أنزل الإنجيل على عيسى والمجوسى بالله الذى خلق النار) فيغلظ على كل بمعتقده فلو اكتفى بالله كالمسلم كفى اختيار (والوثنى بالله تعالى) لأنه يقرّ به وإن عبده غير

وأقول : كيف يكون مباحا وفيه زيادة على النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم « اليمين على من أنكر » وهو مطلق عن التقييد بزمان ، أومكان والتخصيص بهما زيادة على النص ، وهو نسخ كما أفاده العينى وفى شرح الملتقى للداماد وعند الأئمة الثلاثة يجوز أن تغلظ بهما أيضا إن كانت اليمين فى قسامة ولعان ومال عظيم قال القهستانى : وعن أبى يوسف أنه يوضع المصحف فى حجره ، ويقرأ الآية المذكورة وهى - إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا - الآية ثم يحلف فى مكان منها كما فى المضمرات (قوله ويستحلف اليهودى) قال فى المصباح(١) اليهودى نسبة إلى هود وهو اسم نبى عربى وسمى بالجمع والمضارع من هدى إذا رجع ويقال هم يهود وهو غير منصرف للعلمية ووزن الفعل ، وجاز تنوينه وقيل نسبة إلى يهود بن يعقوب (قوله بالله الذى أنزل التوراة على موسى) لقوله عليه الصلاة والسلام لابن صوريا الأعور «أنشدك بالله الذى أنزل التوراة على موسى أن حكم الزنا فى كتابكم هذا» كما فى البحر .

قال فى البدائع : ولا يحلف على الإشارة إلى مصحف معين أى من التوراة بأن يقول : بالله الذى أنزل هذه التوراة أو هذا الإنجيل لأنه ثبت تحريف بعضها فلا يؤمن أن تقع الإشارة إلى الحرف المحرف فيكون التحليف تعظيما لما ليس كلام الله تعالى شرنبلالية أو من حيث أن المجموع ليس كلام الله تعالى ط (قوله والنصرانى) قال فى المصباح رجل نصرانى بفتح النون وامرأة نصرانية ، وربما قيل نصران ونصرانة ويقال هو نسبة إلى قرية يقال لها نصرة ، ولهذا قيل فى الواحد نصرى على القياس والنصارى جمعه مثل مهرى ومهارى ثم أطلق النصرانى على كل من تعبد بهذا الدين اهـ (قوله والمجوسى) قال فى المصباح : هى كلمة فارسية يقال تمجس إذا دخل فى دين المجوس كما يقال تهود أو تنصر إذا دخل فى دين اليهود والنصارى (قوله فيغلظ على كل بمعتقده) لتكون ردعا له عن اليمين الكاذبة قال فى البحر : وما ذكره من صورة تحليف المجوسى مذكور فى الأصل ، وروى عن أبى حنيفة أنه لا يحلف أحد أى من أهل الكفر إلا بالله خالصا تحاشيا عن تشريك الغير معه فى التعظيم ، وذكر الخصاف أنه لا يحلف غير اليهودى والنصرانى إلا بالله واختاره بعض مشايخنا لما فى ذكر النار من تعظيمها ولا ينبغى ذلك بخلاف الكتابين ، لأنهما من كتبه تعالى ، وظاهر ما فى المحيط أن ما فى الكتاب قول محمد وما ذكره الخصاف قولهما .

فإن قلت : إذا حلف الكافر بالله فقط ونكل عما ذكر هل يكفيه أم لا ؟ قلت : لم أره صريحا وظاهر قولهم إنه يغلظ به أنه ليس بشرط وأنه من باب التغليظ ، فيكفى بالله ولا يقضى عليه بالنكول عن الوصف المذكور اهـ (قوله اختيار) قال فيه بعد قول المتن ويستحلف اليهودى الخ ولو اقتصر فى الكل على قوله بالله فهو كاف لأن الزيادة للتأكيد كما قلنا فى المسلم ، وإنما يغلظ ليكون أعظم فى قلوبهم فلا يتجاسرون على اليمين الكاذبة اهـ (قوله والوثنى) الوثن الصنم سواء كان من خشب أو حجر أو غيره والجمع وثن مثل أسد وأسد وأوثان ، وينسب إليه من يتدين بعبادته على لفظه فيقال : رجل وثنى وأراد بالوثنى المشرك سواء عبد صنما أو وثنا أو غيرهما (قوله لأنه يقرّ به وإن عبد غيره) أى يعتقد أن الله تعالى خالقه لكنه يشرك معه غيره قال تعالى - ولئن سألتهم

---

(١) (قوله قال فى المصباح الخ) بمراجعة عبارة المصباح يظهر لك ما فى هذه العبارة اهـ مصححه .

وجزم ابن الكمال بأن الدهرية لا يعتقدونه تعالى .

قلت : وعليه فبماذا يحلفون وبقى تحليف الأخرس أن يقول له القاضى : عليك عهد الله وميثاقه إن كان كذا وكذا فإذا أومأ برأسه أى نعم صار حالفا ، ولو أصم أيضا كتب له ليجيب بخطه إن عرفه وإلا فبإشاراته ، ولو أعمى أيضا فأبوه أو وصيه أو من نصبه القاضى شرح وهبانية (ولا يحلفون فى بيوت عباداتهم) لكراهة

من خلق السموات والأرض ليقولن الله - (قوله وجزم ابن الكمال بأن الدهرية) بفتح الدال أى الطائفة الذين يقولون : بقدم الدهر وينكرون الصانع ويقولون : إن هى إلا أرحام تدفع وأرض تبلع ، وما يهلكنا إلا الدهر قال فى القاموس : الدهر قد يعد فى الأسماء الحسنى والزمن الطويل والأمد الممدود وألف سنة والدهرى ويضم القائل ببقاء الدهر (قوله لا يعتقدونه تعالى) وإن قالوا بقدمه لأن قدمه عندهم بأنه قديم بالزمان وذلك لأن منهم من يقول القدماء خمسة الرب والدهر والفلك والعناصر ، والفراغ أى الخلاء وراء العام فالزهرا الخالق لها (١) وهى قديمة بالزمان لا بالذات كما فى حاشية الكبرى (قوله قلت وعليه فبماذا يحلفون) قلت يحلفون بالله تعالى لما فى معراج الدراية عن المبسوط الحر والمملوك والرجل والمرأة والفاسق والصالح والكافر والمسلم فى اليمين ، سواء لأن المقصود هو القضاء بالنكول ، وهؤلاء فى اعتقاد الحرمة فى اليمين الكاذبة سواء اه .

أقول : والزنديق والمباحى داخلون تحت المشركين إذ قدسبق فى صدر الكتاب من البدائع أنهم لم يتجاسروا فى عصر من الأعصار على إظهار نحلهم سوى كفرهم ، فلما لم يقروا بالواجب الوجود لله تعالى تقدس عما يقول الظالمون ، ولا نبى من الأنبياء ، ولم يقدروا على إظهار مللهم ألحقوا بالمشركين ، فيعدون منهم حكما على أنه قد صرح فى بعض الكتب أنهم يقرون به تعالى . ولكن ينفون القدرة عنه تعالى ، فظهر أن الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى وتعمهم الآية الكريمة المتقدمة ، فيستحلفون بالله تعالى ، سواء كان المستحلف ممن يعتقد الله تعالى أولا فإنه وإن لم يعلم الله تعالى ، فإن الله تعالى يعلمه فإذا حلف به كاذبا فالله تعالى يقطع دابره ويجعل درياه بلاقع أى خالية وحينئذ فلا معنى لقول الشارح : قلت الخ تأمل .

أقول : وهذا كله بخلاف الكتابيين كما مر من أنهم يحلفون بالله الذى أنزل التوراة أو الإنجيل ، وفى المقدسى لأنهما من كتبه تعالى قال فى شرح الأقطع : أما الصابئة إن كانوا يؤمنون بإدريس عليه السلام استحلفوا بالذى أنزل الصحف على إديس عليه السلام وإن كانوا يعبدون الكواكب استحلفوا بالذى خلق الكواكب اه إتقانى ولا تنس ما قررته (قوله أن يقول له القاضى عليك عهد الله) ولا يقول له : تحلف بالله ما لهذا عليك حق فإنه لا يكون يمينا ، ولو أشار بنعم لأنه يصير كأنه قال : احلف وذلك لا يكون يمينا أفاده الاتقانى قال فى الشرنبلالية ، ولا يقول اه بالله إن كان كذا لأنه إذا قال نعم يكون إقرارا لا يمينا اه (قوله فإذا أومأ برأسه أى نعم صار حالفا) وإن أشار بالإنكار صار نكولا ويقضى عليه قنية (قوله أن عرفه) أى الخط (قوله وإلا فبإشارته) ويعامل معاملة الأخرس عبد البر (قوله ولو أعمى أيضا) أى وهو أصم أخرس (قوله فأبوه الخ) مراده به ما يعم الجد كما أن المراد بوصيه ما يشمل وصى الجد أفاده عبد البر . وظاهره أنه يستحلف عنه ، فإن كان كذلك فإنه يكون مخصصا لما تقدم من قوله إن النيابة لا تجرى فى الحلف كذا أفاده بعض الفضلاء ، لكن صرح العلامة أبو السعود بأنه مستثنى من قولهم الحلف لا تجرى فيه النيابة ، وهو ظاهر فى أنه يحلف أبوه أو وصيه تأمل (قوله أو من نصبه القاضى) الصواب ثم من نصبه القاضى لأنه إنما ينصب عنه إذا فقد من سبق ذكره

---

(١) (قوله فالزهرا الخالق لها) هكذا بالأصل ولتحرر هذه العبارة .

دخولها بحر (ويحلف القاضى) فى دعوى سبب يرتفع (على الحاصل) أى على صورة إنكار المنكر فسره

عبد البر وهل يحلفون على العلم لكونه مما يتعلق به حق الغير أو على البت يحرر ط (قوله بحر) قال فيه والقاضى لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك كذا فى الهداية ولو قال المسلم : لا يحضرها لكان أولى لما فى التتارخانية يكره للمسلم الدخول فى البيعة والكنيسة من حيث إنه مجمع الشياطين والظاهر أنها تحريمية لأنها المرادة عند الإطلاق ، وقد أفتيت بتعزير مسلم لازم الكنيسة مع اليهود اه (قوله فى دعوى سبب يرتفع) أىّ سبب ملك ولو حكميا أو سبب ضمان . وقيد به لأن الدعوى إذا وقعت مطلقة عن سبب بأن ادعى عبدا أنه ملكه فاليمين على الحكم بلا خلاف فيقال : قل بالله ما هذا العبد لفلان هذا ولا شىء منه كما فى العمادية (قوله يرتفع) أى برافع كالإقالة والطلاق والرد (قوله أى على صورة إنكار المنكر) وهو صورة دعوى المدعى بحر هذا معناه الاصطلاحى ، أما معناه اللغوى فالحاصل من كل شىء ما بقى وثبت وذهب ماسواه كما فى القاموس ، ويمكن اعتباره هنا فإنه يحلف على الثابت والمستقر الآن ويكون قوله أى على صورة الخ تفسير مراد ، وإنما كان على صورته لأن المنكر يقول لم يكن بيننا بيع ولا طلاق ولا غصب .

والحاصل : أن التحليف على الحاصل نوع آخر من كيفية اليمين ، وهو الحلف على الحاصل والسبب ، والضابط فى ذلك أن السبب إما أن يكون مما يرتفع برافع أولا ، فإن كان الثانى فالتحليف على السبب بالإجماع وإن كان الأول فإن تضرر المدعى بالتحليف على الحاصل عند الطرفين ، وعلى السبب عند أبى يوسف كما سيأتى منفصلا .

قال فى نور العين : النوع الثالث فى مواضع التحليف على الحاصل والتحليف على السبب جف .

ثم المسألة على وجوه : إما أن يدعى المدعى دينا أو ملكا فى عين أو حقا فى عين ، وكل منها على وجهين إما أن يدعيه مطلقا أو بناء على سبب ، فلو ادعى دينا ولم يذكر سببه يحلف على الحاصل ماله قبلك ماادعاه ولا شىء منه . وكذا لو ادعى ملكا فى عين حاضر أو حقا فى عين حاضر ادعاه مطلقا ، ولم يذكر له سببا يحلف على الحاصل ماهذا لفلان ولا شىء منه ، ولو ادعاه بناء على سبب بأن ادعى دينا بسبب قرض أو شراء أو ادعى ملكا بسبب بيع أو هبة أو ادعى غصبا أو وديعة أو عارية يحلف على الحاصل فى ظاهر الرواية ، لا على السبب بالله ماغصبت ما استقرضت ماأودعك ما اشتريت منه كافى وعن أبى يوسف يحلف على السبب فى هذه الصور المذكورة إلا عند تعريض المدعى عليه نحو أن يقول : أيها القاضى قد يبيع الإنسان شيئا ثم يقيل فحينئذ يحلف القاضى على الحاصل صح وذكر شمس الأئمة الحلوانى رواية أخرى عن أبى يوسف إن المدعى عليه لو أنكر السبب يحلف على السبب ولو قال : ماعلى مايدعيه يحلف على الحاصل قاضيخان وهذا أحسن الأقاويل عندى وعليه أكثر القضاة .

يقول الحقير : وكذا فى مختارات النوازل لصاحب الهداية اه . وقال فخر الإسلام البزدوى : اللائق أن يفوض الأمر إلى القاضى فيحلف على الحاصل أو السبب أيهما رآه مصلحة كما فى الكافى ، وما فى المتن ظاهر الرواية كما فى الشروح ، واعترض على رواية عن أبى يوسف بأن اللائق التحليف على السبب دائما ، ولا اعتبار للتعريض ، لأنه لو وقع فعلى المدعى البينة وإن عجز فعلى المدعى عليه اليمين ، وأجيب بأنه قد لايقدر عليها والخصم ممن يقدم على اليمين الفاجرة فاللائق التحليف على الحاصل كى لايبطل الحق قال البرجندى : ماذكره المعترض إعتراض على قول أبى يوسف : بأنه لافرق فى ذلك بين التعريض وعدمه وهذا لايندفع بهذا الجواب

بقوله (أى بالله ما بينكما نكاح قائم و) ما بينكما (بيع قائم وما يجب عليك رده) لوقائما أو بدله لوهالكا (وما هى بائن منك) وقوله (الآن) متعلق بالجميع مسكين (فى دعوى نكاح وبيع وغصب وطلاق) فيه لف ونشر لا على السبب أى بالله ما نكحت وما بعت

(قوله أى بالله مابينكما نكاح قائم) إدخال النكاح فى المسائل التى يحلف فيها على الحاصل عندهما غفلة من صاحب الهداية ، والشارحين لأن أبا حنيفة لايقول بالتحليف بالنكاح إلا أن يقال إن الإمام فرع على قولهما كتفريعه فى المزارعة على قولهما بحر أو يقال إنه محمول على ماإذا كان مع النكاح دعوى المال كما نقل عن المقدسى ولكن ذكره فى اليعقوبية أيضا ثم قال : وهذا بعيد لأن الظاهر أنه يحلف عنده فى تلك الصورة على عدم وجوب المال لاعلى عدم النكاح فليتأمل اه (قوله وما بينكما بيع قائم الآن)هذا قاصر والحق مافى الخزانة من التفصيل قال المشترى : إذا ادعى الشراء فإن ذكر نقد الثمن فالمدعى عليه يحلف بالله ماهذا العبد ملك المدعى ، ولا شىء منه بالسبب الذى ادعى ، ولا يحلف بالله مابعته وإن لم يذكر المشترى نقد الثمن يقال له : أحضر الثمن فإذا أحضره استحلفه بالله مايملك قبض هذا الثمن ولا تسليم هذا العبد من الوجه الذى ادعى ، وإن شاء حلفه بالله مابينك وبين هذا شراء قائم الساعة .

والحاصل : أن دعوى الشراء مع نقد الثمن دعوى المبيع ملكا مطلقا وليست بدعوى العقد ولهذا تصح مع جهالة الثمن فيحلف على ملك المبيع ، ودعوى البيع مع تسليم المبيع ، ودعوى الثمن معنى وليست بدعوى العقد ولهذا تصح مع جهالة المبيع فيحلف على ملك الثمن (قوله وما يجب عليك رده الآن) الصواب مافى الخلاصة مايجب عليك رده ولا مثله ولابدله ولا شىء من ذلك انتهى . وإلى بعض ذلك أشار الشارح بقوله : أو بدله لأن المغصوب ، لو كان هالكا لايجب على الغاصب رد عينه لتعذر ذلك بل يجب عليه رد مثله لو مثليا أو قيمته لو قيميا ، فلو حلفه بالله مايجب عليك رده ، وكان ذلك بعد هلاكه وحلف على ذلك لم يحنث لعدم وجوب رده ح بل يحلفه بالله مايجب عليك رده ، ولا رد بدله ليعم حاله قيام المغصوب ، وهلاكه فلو ادعى عليه قيام المغصوب حلفه بالله مايجب عليك رده ، وإن ادعى عليه أن المغصوب قد هلك فى يده ويريد تضمينه حلف بالله مايجب عليك بدله ، وإنما عبر بالبدل ليعم المثل لو مثليا والقيمة لو قيميا (قوله وماهى بائن منك الآن) هذا فى البائن الواحد ، وأما إذا كان بالثلاث يحلف بالله ماطلقتها ثلاثا فى النكاح الذى بينكما ؛ وفى الرجعى يحلف بالله تعالى ماهى طالق فى النكاح الذى بينكما ، وهو معنى قوله الآن . قال الإسبيجابى : يحلف بالله ماطلقتها ثلاثا فى النكاح الذى بينكما (قوله وما بعت) أى أو ماغصبت ، أو ماطلقت لاحتمال أنه رده أو جدد النكاح بعد الإبانة قال فى البحر : ولم يستوف المؤلف رحمه الله تعالى المسائل المفرعة على هذا الأصل فمنها الأمانة والدين وقد ذكرناهما .

وفى منية المفتى : المدعى عليه الألف يحلف بالله ماله قبلك مايدعى ولا شىء منه ، لأنه قد يكون عليه الألف إلا درهما فيكون صادقا اه .

وفيما ذكره الإسبيجابى فى التحليف على الوديعة إذا أنكرها المدعى عليه يحلف على صورة إنكاره بالله ليس له عندك شىء ، ولا عليك دين وعند أبى يوسف بالله ماأودعه ولاباعه : ولا أقرضه قصور(١) والصواب مافى الخزانة.

وفى دعوى الوديعة : إذا لم تكن حاضرة يحلف بالله ماله هذا المال الذى ادعاه فى يديك وديعة ولا شىء

---

(١) (قوله قصور) هو مبتدأ خبره قوله فيما تقدم وفيما ذكره الإسبيجابى اه منه .

. . . .

منه . ولا له قبلك حق منه لأنه متى استهلكها أو دل إنسانا عليها لاتكون فى يديه ، ويكون عليه قيمتها فلا يكتفى بقوله فى يديك بل يضم إليه ولا له قبلك حق منه احتياطا اه .

ومنها : دعوى الملك المطلق . فإن كان فى ملك منقول حاضر فى المجلس يحلف بالله ماهذا العين ملك المدعى من الوجه الذى يدعيه ولا شىء منه ، وإن كان غائبا عن المجلس إن أقر المدعى عليه أنه فى يده وأنكر كونه ملك المدعى كلف احضاره ليشير إليه وإن أنكر كونه فى يده فإنه يستحلف بعد صحة الدعوى ماهذا فى يديك كذا ولا شىء منه ، ولا شىء عليك ولا قبلك ، ولا قيمة وهى كذا ولا شىء منها كذا فى الخزانة .

ومنها دعوى إجارة الضيعة أو الدار أو الحانوت أو العبد أو دعوى مزارعة فى أرض أو معاملة فى نخل بالله مابينك وبين هذا المدعى إجارة قائمة تامة لازمة اليوم فى هذا العين المدعى ولا له قبلك حق بالإجارة التى وصفت كذا فى الخزانة .

ومنها : مالو ادعت امرأة على زوجها أنه جعل أمرها بيدها ، وإنها اختارت نفسها وأنكر الزوج فالمسألة على ثلاثة أوجه : إما أن ينكر الزوج الأمر والاختيار جميعا وفيه لايحلف على الحاصل، بلا خلاف لأنه لو حلف ماهى بائن منك الساعة ربما تأول قول بعض العلماء إن الواقع بالأمر باليد رجعى، فيحلف على السبب ، ولكنه يحتاط فيه للزوج بالله ماقلت لها منذ آخر تزوج تزوجتها أمرك بيدك ، وماتعلم أنها اختارت نفسها بحكم ذلك الأمر وإن أقر بالأمر وأنكر اختيارها يحلف بالله ماتعلم أنها اختارت نفسها وإن أقر بالاختيار ، وأنكر الأمر يحلف بالله ماجعلت أمر امرأتك هذه بيدها قبل أن تختار نفسها فى ذلك المجلس، وكذا إن ادعت أن الزوج حلف بطلاقها ثلاثا أن لايفعل كذا وقد فعل فهو على التفصيل كذا فى الخزانة .

ومنها : أن ماذكره فى حلف البيع قاصر والحق مافى الخزانة وقد قدمناه قريبا .

ومنها : فى دعوى الكفالة إذا كانت صحيحة بأن ذكر أنها منجزة أو معلقة بشرط متعارف ، وأنها كانت بإذنه أو أجازها فى المجلس ، وإذا حلفه يحلفه بالله ماله قبلك هذه الألف بسبب هذه الكفالة التى يدعيها حتى لايتناوله كفالة أخرى، وكذا إذا كانت كفالة بعرض بالله ماله قبلك هذا الثوب بسبب هذه الكفالة ، وفى النفس بالله ماله قبلك تسليم نفس فلان بسبب هذه الكفالة التى يدعيها كذا فى الخزانة .

ومنها : تحليف المستحق قال فى الخزانة : رجل أعار دابة أو أجرها أو أودعها فجاء مدع ، وأقام بينة أنها له لايقضى له بشىء حتى يحلف بالله مابعت ولا وهبت ولا أذنت فيهما ، ولا هى خارجة عن ملكك للحال .

ومنها : إذا ادعى غريم الميت إيفاء الدين له وأنكر الوارث يحلف ماتعلم أنه قبضه، ولاشىء منه ولابرئ إليه منه كذا فى الخزانة وقدمنا كيفية تحليف مدعيه على الميت .

وفى جامع الفصولين أقول : قوله ولا برئ الخ لاحاجة إليه لأنه يدعى الإيفاء لا البراءة فلا وجه لذكره فى التحليف اه وأجبت عنه فيما كتبناه عليه بجواز أن الميت أبرأه ، ولم يعلم المديون أنه لايتوقف على قبوله اه .

أقول : وأجاب عنه أيضا فى نور العين حيث قال قوله : لاحاجة إليه محل نظر لأن المدعى هو إيفاء مجموع الدين . فلو أريد تسويته بالمحلوف عليه لاكتفى فى الحلف بلفظ ماتعلمون أن أباكم قبضه فزيادة لفظ ولا شئ منه تدل قطعا على أن المراد إنما هو دفع جميع الوجوه المحتملة فى جانب المورث نظرا للغريم وشفقة

خلافا للثانى نظرا للمدعى عليه أيضا لاحتمال طلاقه وإقالته (إلا إذا لزم) من الحلف على الحاصل (ترك النظر للمدعى فيحلف) بالإجماع (على السبب) أى على صورته دعوى المدعى (كدعوى شفعة بالجوار ونفقة مبتوتة والخصم لا يراهما) لكونه شافعيا لصدق حلفه على الحاصل فى معتقده

عليه ، ويجوز أن يكون وجه زيادة ، ولا يرىء إليه احتمال أن الغريم تجوّز فأراد بالإيفاء الإبراء نظرا إلى اتحاد مآلها وهو خلاص الذمة اه .

وفى البحر أيضا : ومنها فى دعوى الإتلاف . قال فى الخزانة : ادعى على آخر أنه خرق ثوبه ، وأحضر الثوب معه إلى القاضى لايحلفه ماخرقت لاحتمال أنه خرقه وأداه ضمانه ثم ينظر فى الخرق إن كان يسيرا وضمن النقصان يحلف ماله عليك هذا القدر من الدراهم التى تدعى ، ولا أقل منه وإن لم يكن الثوب حاضرا كلفه القاضى بيان قيمته ، ومقدار النقصان ثم تترتب عليه اليمين وكذلك هذا فى هدم الحائط أو فساد متاع أو ذبح شاة أو نحوه اه .

ثم اعلم أنه تكرر منهم فى بعض صور التحليف تكرار لا فى لفظ اليمين خصوصا فى تحليف مدعى دين على الميت ، فإنها تصل إلى خمسة وفى الاستحقاق إلى أربعة مع قولهم فى كتاب الأيمان اليمين تتكرر بتكرار حرف العطف ، مع قوله : لا كقوله : لا آكل طعاما ولا شرابا ومع قولهم هنا فى تغليظ اليمين : يجب الاحتراز عن العطف ، لأن الواجب يمين واحدة فإذا عطف صارت أيمانا ، ولم أر عنه جوابا بل ولا من تعرض له اه .

قال الرملى : إذا تأمل المتأمل وجد التكرار لتكرار للمدعى فليتأمل اه يعنى أن المدعى وإن ادعى شيئا واحدا فى اللفظ لكنه مدع لأشياء متعددة ضمنا فيحلف الخصم عليها احتياطا (قوله خلافا للثانى) فقال اليمين تستوفى لحق المدعى ، فيجب مطابقتها لدعواه والمدعى هو السبب إلا إذا عرض المدعى عليه بما ذكرنا بأن يقول المطلوب عند طلب يمينه قد يبيع الشخص شيئا ثم يقايل فيحلف حينئذ على الحاصل ط وقدمنا الكلام عليه مستوفى (قوله نظرا للمدعى عليه) أى كما هو نظر للمدعى وهذا تعليل لقول الإمام والثالث ، وهو مامشى عليه فى المتن من التحليف على الحاصل يعنى إنما يحلفه على الحاصل ، لا على السبب لاحتمال طلاقه بعد النكاح وإقالته بعد البيع أى وأدائه أو إبرائه بعد الغصب ، وتزوّجه بعد الإبانة ولو بعد زوج آخر فى الحرمة الغليظة فلو حلف على السبب لكان حانثا ، ولو ادعى الواقع بعد السبب لكلف إثباته ، فيتضرر بذلك فكان فى التحليف على الحاصل نظر للمدعى عليه (قوله لاحتمال طلاقه) أى فى دعوى النكاح (قوله وإقالته) أى فى البيع وإدائه أو إبرائه بعد الغصب وتزوّجه بعد الإبانة .

والحاصل : أن اليمين كما تقدم شرعت لرجاء النكول فإذا حلف على السبب الذى يرتفع برافع فنكل وأقر بالسبب ثم ادعى الرافع لايقبل منه فيتضرر ، بخلاف ما إذا حلف على الحاصل فإن فيه نظرا إليها (قوله على السبب) بأن يحلفه بالله ما اشتريت هذه الدار وما هى مطلقة منك بائنا فى العدة وتقدم تفصيله موضحا فارجع إليه (قوله كدعوى شفعة بالجوار ونفقة مبتوتة) قيد بهما لأن فى الشفعة بالشركة ونفقة الرجعى يستحلف على الحاصل عندهما وعند أبى يوسف على السبب إلا إذا عرض كما سبق أبو السعود (قوله لكونه شافعيا) ظاهر كلام الخصاف والصدر الشهيد أن معرفة كون المدعى عليه شافعيا إنما هو بقول المدعى ، ولو تنازعا فالظاهر من كلامهم أنه لا اعتبار بقول المدعى عليه بحر ؛ أى سواء كان فى جميع المسائل أو فى هذه المسألة فقط ، حتى لو كان حنفيا لحلف على السبب لاحتمال أن يقصد تقليد الشافعى فى هذه المسألة عند الحلف ،

فتضرر المدعى .
قلت : ومفاده أنه لا اعتبار بمذهب المدعى عليه وأما مذهب المدعى ففيه خلاف والأوجه أن يسأله القاضى هل تعتقد وجوب شفعة الجوار أولا واعتمده المصنف (وكذا) أى يحلف على السبب إجماعا (فى سبب لا يرتفع) برافع بعد ثبوته (كعبد مسلم يدعى) على مولاه (عتقه) لعدم تكرر رقه (و) أما (فى الأمة) واو مسلمة (والعبد الكافر) فلتكرر رقهما باللحاق حلف مولاهما (على الحاصل) والحاصل : اعتبار الحاصل إلا لضرر مدع وسبب غير متكرر (وصح فداء اليمين والصلح منه

لأن الشافعى يحلف على الحاصل معتقدا مذهبه أنها لا تستحق نفقة ولا شفعة مثلا فيضيع النفع . فإذا حلف أنه ما أبانها وما اشترى ظهر النفع ورعاية جانب المدعى أولى ، لأن السبب إذا ثبت ثبت الحق واحتمال سقوطه بعارض موهوم . والأصل عدمه حتى يقوم الدليل على العارض .

قال تاج الشريعة : حكى عن القاضى أبى على النسفى أنه قال : خرجت حاجا فدخلت على القاضى أبى عاصم فإنه كان يدرس وخليفته يحكم فوافق جلوسى أن امرأة ادعت على زوجها نفقة العدة ، وأنكر الزوج فحلفه بالله ما عليك تسليم النفقة من الوجه الذى تدعى ، فلما تهيأ الرجل ليحلف نظرت إلى القاضى ، فعلم أنى لماذا نظرت فنادى خليفته وقال : سل الرجل من أى محلة هو حتى إن كان من أصحاب الحديث حلفه بالله ماهى معتدة منك لأن الشافعى لا يرى النفقة للمبتوتة ، وإن كان من أصحابنا حلفه بالله ما لها عليك تسليم النفقة إليها من الوجه الذى تدعى نظراً لها اه (قوله فيتضرر المدعى) فإن قلت : التحليف على السبب روعى فيه جانب المدعى . ولا نظر فيه للمدعى عليه لأنه قد يثبت البيع والشراء ، ولا شفعة بأن يسلمها المدعى ، أو يسكت عن الطلب .

والجواب : أن القاضى لا يجد بدا من إلحاق الضرر بأحدهما ورعاية جانب المدعى أولى ، لأن سبب وجوب الحق له . وهو الشراء إذا ثبت ثبت الحق له وثبوته إنما يكون بأسباب عارضة فصح التمسك بالأصل حتى يقوم دليل على العارض كما قدمناه قريبا (قوله وأما مذهب المدعى ففيه خلاف) فقيل لا اعتبار به أيضا ، وإنما الاعتبار لمذهب القاضى ، فلو ادعى شافعى شفعة الجوار عند حنفى سمعها وقيل لا (قوله والأوجه أن يسأله) أى المدعى (قوله هل تعتقد وجوب شفعة الجوار أولا) فإن قال اعتقدها يحلف على الحاصل ، وإن كان لا يعتقدها يحلف على السبب (قوله واعتمده المصنف) أى تبعا للبحر . والذى يظهر القول بأنه لا اعتبار بمذهب المدعى عليه بل لمذهب القاضى كما هو أحد الأقوال الثلاثة . حتى لو ادعى شافعى شفعة الجوار عند حنفى سمعها ألا يرى أن أهل الذمة إذا تحاكموا إلينا نحكم عليهم بمعتقدنا . فهذا أولى فليتأمل على أن قضاة زماننا مأمورون بالحكم بمذهب سيدنا أبى حنيفة رحمه الله تعالى من السلطان عز نصره (قوله لعدم تكرر رقه) لأن المرتد لا يسترق وإن لحق بدار الحرب لأنه لو ظفر به فموجبه القتل فقط إن لم يسلم كما مر فى بابه والظاهر أنه يكتفى بإسلامه حال الدعوى عملا باستصحاب الحال كما فى مسألة الطاحون (قوله على الحاصل) فيحلف السيد على أنه ما بينكما عتق قائم الآن لا ما أعتقته ، لجواز أنه أعتقه فلحق ثم عاد إلى رقه فيتضرر بصورة هذا اليمين وكذا يقال فى الأمة ط (قوله وصح فداء اليمين) أى بمثل المدعى ، أو أقل حموى مثاله إذا توجه حلف على المدعى عليه فأعطى المدعى مثل المدعى أو أقل صح (قوله والصلح منه) أى على شىء أقل من المدعى لأن مبنى الصلح على الحطيطة حموى . فيكون الفداء أعم من الصلح وحينئذ فيحتاج إلى نكتة ، وظاهر

لحديث « ذبوا عن أعراضكم بأموالكم» وقال الشهيد الاحتراز عن اليمين الصادقة واجب .
قال فى البحر : أى ثابت بدليل جواز الحلف صادقا (ولا يحلف) المنكر (بعده) أبدا لأنه أسقط حقه (و) قيد بالفداء والصلح لأن المدعى (لو أسقطه) أى اليمين (قصدا بأن قال : برئت من الحلف أو تركته عليه أو وهبته لا يصح وله التحليف) بخلاف البراءة عن المال لأن التحليف للحاكم بزازية وكذا إذا اشترى يمينه لم يجز لعدم ركن البيع درر .
[فرع] استحلف خصمه فقال حلفتنى مرة أن عند حاكم أو محكم وبرهن قبل وإلا فله تحليفه درر .

ماقرره الشارح أن أخذ المال فى الفداء والصلح عن اليمين إنما يحل إذا كان المدعى محقا ليكون المأخوذ فى حقه بدلا كما فى الصلح عن إنكار فإن كان مبطلا لم يجز اهـ بحر (قوله لحديث ذبوا عن أعراضكم بأموالكم) قال الحموى : لما روى عن حذيفة رضى الله تعالى عنه أنه افتدى يمينه بمال ، وكذا عثمان رضى الله تعالى عنه افتدى يمينه حين ادعى عليه أربعون درهما فقيل : ألا تحلف وأنت صادق فقال : أخاف أن يوافق قدر يمينى فيقال : هذا بيمينه الكاذبة ، ولأن فيه صون عرضه وهو مستحسن عقلا وشرعا ، ولأنه لو حلف يقع فى القيل والقال ، فإن الناس بين مصدق ومكذب ، فإذا افتدى بيمينه فقد صان عرضه وهو حسن قال عليه الصلاة والسلام « ذبوا عن أعراضكم بأموالكم » (قوله أى ثابت) الأولى أن يقال أى لازم من جهة الحزم والمروءة وصيانة العرض أى متأكد الفعل بمنزلة الواجب العرفى لا الشرعى كما هو المتبادر من العبارة نعم هو غير واجب شرعا لما علل به (قوله بدليل جواز الحلف صادقا) وقد وقع من النبى صلى الله تعالى عليه وسلم تعليما وتشريعا (قوله ولا يحلف) بالتشديد من التحليف : أى ليس للمدعى أن يحلفه بعد (قوله لأنه) أى لأن المدعى أسقط حقه فى اليمين بأخذ الفداء أو الصلح عنه (قوله أسقط) الذى فى البحر لأنه أسقط خصومته بأخذ المال منه (قوله حقه) أى حق خصومته بأخذ المال منه (قوله لو أسقطه أى اليمين) ذكر باعتبار كون اليمين قسما وإلا فهى مؤنثة (قوله أو تركته عليه) الأوضح أو تركته لك ليناسب الخطاب قبله ولا يظهر التعبير بعلى (قوله بخلاف البراءة عن المال) أى فإنها له فيستقل بالبراءة منه وكذا عن الدعوى أى فيصح لأنه حقه (قوله لأن التحليف للحاكم) أى هو حق الحاكم ، حتى لو حلفه المدعى ، ولو عند الحاكم لايعتبر كما تقدم فلا يصح الإبراء عن حق غيره وإنما صح فى الفداء والصلح استحسانا على خلاف القياس بالحديث الذى ذكره ، ولأن بالفداء والصلح يأخذه المدعى على أنه هو مايدعيه على زعمه أو صلحا عنه فتسقط دعواه ، فيسقط اليمين ضمنا لا قصدا (قوله لعدم ركن البيع) وهو مبادلة المال بالمال فلم يجز لكن لايظهر تعليل الشارح فيما ذكر ، لأن الذى سبق له فى أول البيع بأن المال محل البيع على أن عبارة الدرر خلية عن ذلك حيث قال : لأن الشراء عقد تمليك المال بالمال ، واليمين ليست بمال وحينئذ فعبارة الدرر أظهر فتأمل . ولأنه إسقاط لليمين قصدا والمدعى لايملكه ، لأنه ليس حقا له بل للقاضى كما مر بخلاف الأول ، فإن الفداء والصلح وقع عن المدعى وهو حق المدعى على زعمه (قوله وإلا) أى وإن لم يكن عند حاكم أو محكم لأنه حينئذ غير معتبر وكذا إذا كان عند أحدهما ، لكن بتحليف المدعى لا الحاكم أو لم يبرهن لعدم ثبوت التحليف (قوله فله تحليفه) أى تحليف المدعى لما سبق من أن التحليف للحاكم فإذا وقع عند غيره لايبنى عليه حكم دنيوى .
قال فى نور العين : أراد تحليفه فبرهن أن المدعى حلفنى على هذه الدعوى عند قاضى كذا يقبل ، ولو لابينة له فله تحليف المدعى لأنه يدعى بقاء حقه فى اليمين ، ولو ادعى أن المدعى أبرأنى عن هذه الدعوى ، ليس

قلت : ولم أر ما لو قال : إنى قد حلفت بالطلاق أنى لا أحلف فليحرر .

باب التحالف

له تحليفه إن لم يبرهن إذ المدعى بدعواه استحق الجواب على المدعى عليه والجواب إما إقرار أو إنكار وقوله: أبرأنى الخ ليس بإقرار ولا إنكار فلا يسمع ، ويقال له أجب خصمك ثم ادع ماشئت ، وهذا بخلاف مالو قال : أبرأنى عن هذا الألف ، فإنه يحلف إذ دعوى البراءة عن المال إقرار بوجوبه والإقرار جواب ، ودعوى الإبراء مسقط فيترتب عليه اليمين ، ومنهم من قال : الصواب أن يحلف على دعوى البراءة كما يحلف على دعوى التحليف ، وإليه مال مح ، وعليه أكثر قضاة زماننا اه وعبارة الدرر : ولو لم يكن له بينة ، واستحلفه أى أراد تحليف المدعى جاز انتهت ، وبه علم مافى عبارة الشارح من الإيهام فتنبه أفاده سيدى الوالد رحمه الله تعالى .

ونقل أيضا من البحر عن البزازية ولو قال المدعى عليه حين أراد القاضى تحليفه : أنه حلفنى على هذا المال عنه قاض آخر أو أبرأنى عنه إن برهن قبل ، واندفع عنه الدعوى وإلا قال الإمام البزدوى : انقلب المدعى مدعى عليه ، فإن نكل اندفع الدعوى ، وإن حلف لزمه المال ، لأن دعوى الإبراء عن المال إقرار بوجوب المال عليه ، بخلاف دعوى الإبراء عن دعوى المال اه وظاهر هذا أن قول الشارح ، وإلا فله تحليفه أى وإلا يبرهن فله تحليفه أى تحليف المدعى الأول تأمل (قوله قلت ولم أر الخ) قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : وجدت فى هامش نسخة شيخنا بخط بعض العلماء مانصه : قد رأيتها فى أواخر القضاء قبيل كتاب الشهادة من فتاوى الكرنبشى معزيا لأول قضاء جواهر الفتاوى . وعبارته : رجل ادعى على آخر دعوى، وتوجهت عليه اليمين فلما عرض القاضى اليمين عليه فقال : إنى حلفت بالطلاق أن لا أحلف أبدا والآن لا أحلف ، حتى لايقع علىّ الطلاق فإن القاضى يعرض عليه اليمين ثلاثا ثم يحكم عليه بالنكول ولا يسقط عنه اليمين بهذا اليمين اه (قوله فليحرر) هو محرر لأنه ناكل عن اليمين فيقضى عليه به لأن الذى تقدم أن الآفة إنما هى قيد فى السكوت لا فى قوله : لا أحلف لو فرض أن هذا من الآفة وسبق عن العناية أن القاضى لايجد بدا من إلحاق الضرر بأحدهما فى الاستحلاف على الحاصل ، أو على السبب فمراعاة جانب المدعى أولى فعلى هذا لايعزر بدعواه بالحلف بالطلاق ، ويقضى عليه بالنكول على أن ذلك يكون بالأولى ، لأنه هو الذى ألحق الضرر بنفسه بإقدامه على الحلف بالطلاق كما أفاده أبو السعود .

وأقول : لو كان ذلك حجة صحيحة لتحيل به كل من توجهت عليه يمين فيلزم ضياع حق المدعى ومخالفة نص الحديث واليمين على من أنكر فتدبر والله تعالى أعلم وأستغفر الله العظيم .

باب التحالف

التحالف من الحلف بفتح الحاء : وهو القسم واليمين ، فيكون معناه التقاسم ، وأما الحلف بالكسر فهو : العهد وفى البحر عن القاموس : تحالفوا تعاهدوا وفى المصباح الحليف المعاهد يقال منه : تحالفا تعاهدا وتعاقدا على أن يكون أمرهما واحدا فى النصرة والحماية ، وليس بمراد هنا وإنما المراد حلف المتعاقدين عند الاختلاف يريد به أن كلا منهما لم يذكر التحالف بمعنى التقاسم ، وهذا اصطلاح جديد من الفقهاء ، ولا يذهب عليك أن هذا غفلة عن دأب أهل اللغة ، فإنهم يذكرون أصل المادة فى كل كلمة ثم يفرعون عليها المزيدات وثاة

لما قدم يمين الواحد ذكر يمين الإثنين (اختلفا) أى المتبايعان (فى قدر ثمن) أو وصفه أو جنسه (أو) فى قدر (مبيع حكم لمن برهن) لأنه نوّر دعواه بالحجة (وإن برهنا فلمثبت الزيادة) إذ البينات للإثبات (وإن اختلفا فيهما) أى الثمن والبيع جميعا (قدم برهان البائع لو) الاختلاف (فى الثمن وبرهان المشترى او فى المبيع) نظرا لإثبات الزيادة (وإن عجزا) فى الصور الثلاث عن البينة

ولا يفرعون أخرى ، وهنا كذلك حيث فرعوا بالمزيد على الحلف بالكسر ، ولم يفرعوا به على الحلف بالفتح تدرب كما لايخفى (قوله ذكر يمين الإثنين) ليناسب الوضع الطبع (قوله فى قدر ثمن) دخل فيه رأس المال فى السلم كما دخل المسلم فيه فى المبيع بحر (قوله أو وصفه) بأن ادعى البائع أنه بدراهم رائجة وادعى المشترى أنه بدراهم فاسدة (قوله أو جنسه) بأن ادعى البائع أنه بالدنانير والمشترى بالدراهم ، وكذا لو اختلفا فى جنس العقد كالهبة والبيع على المختار فيهما (قوله أو فى قدر مبيع) ولم يتعرض للاختلاف فى وصفه أو جنسه لأنه لايوجب التحالف بل القول فيه للبائع مع يمينه صرح بالأول فى الظهيرية على ماسنذكره إن شاء الله تعالى عند ذكر الشارح له ، ولم أر من صرح بالثانى ، ولكن يدخل تحت الاختلاف فى أصل البيع تدبر (قوله لأنه نوّر دعواه بالحجة) وبقى فى الآخر مجرد الدعوى والبينة أقوى لأنها تلزم الحكم على القاضى ، بخلاف الدعوى .

وفى البحر عن المصباح ، البرهان الحجة وإيضاحها قيل النون زائدة وقيل أصلية ، وحكى الأزهرى القولين فقال فى باب الثلاثى النون زائدة وقوله : برهن فلان مولد والصواب أن يقال أبره إذا جاء بالبرهان كما قال ابن الأعرابى وقال فى باب الرباعى برهن إذا أتى بحجة اه (قوله وإن برهنا فلمثبت الزيادة) بائعا كان أو مشتريا حموى إذ لا معارضة أى فى الزيادة : أى إن برهن كل منهما فى الصورتين حكم لمن أثبت الزيادة ، وهو البائع إن اختلفا فى قدر الثمن والمشترى إن اختلفا فى قدر المبيع هذا مقتضى ظاهر كلامه ، وكذا إذا اختلفا فى وصف الثمن أو جنسه ، وبرهن كل على مادعاه حكم لمثبت وصف أو جنس اقتضى زيادة ، وهذا مقتضى سياق كلامه وسياقه أيضا حيث صرح فى بيان اختلاف الأجل بأن التحالف يجرى فى الاختلاف فى وصف الثمن أو جنسه تدبر (قوله إذ البينات للإثبات) ومثبت الأقل لايعارض مثبت الأكثر ولأن النافى منكر ويكفيه اليمين فلا حاجة لبينته ، بخلاف مدعى الزيادة ، لأنه مدع حقيقة ، ولا يعطى بدعواه بلا برهان .

وفى الزيلعى : قال البائع : بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشترى : اشتريتها منك بمائة دينار وأقاما البينة فبينة البائع أولى ، لأنها تثبت الحق له فيه ، والأخرى تنفيه والبينة للإثبات دون النفى (قوله وإن اختلفا فيهما) أى الثمن والمبيع جميعا بأن ادعى البائع أكثر مما يدعيه المشترى من الثمن ، وادعى المشترى أكثر مما يقر البائع من المبيع فى حالة واحدة ، فبينة البائع أولى فى الثمن ، وبينة المشترى أولى فى المبيع لأن حجة البائع فى الثمن أكثر إثباتا وحجة المشترى فى المبيع أكثر إثباتا درر .

وصوره فى العناية بما إذا قال البائع بعتك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشترى : بعتنيها وأخرى معها بخمسين دينارا ، وأقاما البينة فبينة البائع أولى فى الثمن ، وبينة المشترى أولى فى المبيع نظرا إلى إثبات الزيادة فهما جميعا للمشترى بمائة دينار قيل هذا قول أبى حنيفة آخرا ، وكان يقول أولا ، وهو قول زفر : يقضى بهما للمشترى بمائة وخمسة وعشرين دينارا (قوله لو فى الثمن) يجب إسقاط لو هنا وفى قوله لو فى المبيع ح لأن فى زيادة لو هنا فى الموضعين خللا وعبارة الهداية ، ولو كان الاختلاف فى الثمن ، والمبيع جميعا فبينة البائع فى الثمن أولى وبينة المشترى فى المبيع أولى نظرا إلى زيادة الإثبات مدنى (قوله فى الصور الثلاث) فيهما

فإن رضى كل بمقالة الآخر فيها (و) إن (لم يرض واحد منهما بدعوى الآخر تحالفا) مالم يكن فيه خيار فيفسخ من له الخيار (وبدأ) بيمين (المشترى) لأنه البادئ بالإنكار وهذا (لو) كان (بيع عين بدين وإلا) بأن كان مقايضه أو صرفا (فهو مخير)

أو فى أحدهما (قوله فإن رضى كل بمقالة الآخر فيها) بأن رضى البائع بالثمن الذى ذكره المشترى عند الاختلاف فيه أو رضى المشترى بالمبيع الذى ذكره البائع إن كان الاختلاف فيه أو رضى كل بقول الآخر : إن كان الاختلاف فيهما .

والأولى فى التعبير أن يقول فإن تراضيا على شيء بأن رضى البائع بالثمن الذى ادعاه المشترى ، أو رضى المشترى بالمبيع الذى ادعاه البائع عند الاختلاف فى أحدهما، أو رضى كل بقول الآخر عند الاختلاف فيهما، لأن ماذكره الشارح لايشمل إلا صورة الاختلاف فيهما فتأمل (قوله وإن لم يرض واحد منهما بدعوى الآخر تحالفا) قيد به للإشارة إلى أن القاضى يقول لكل منهما إما أن ترضى بدعوى صاحبك ، وإلا فسخنا البيع لأن القصد قطع المنازعة ، وقد أمكن ذلك برضا أحدهما بما يدعيه الآخر ، فيجب أن لايعجل القاضى بالفسخ حتى يسأل كلا منهما بما يختاره كما فى الدرر ، وهذا قياسى إن كان قبل القبض لأن كلا منهما منكر واستحسانى بعده لأن المشترى لايدعى شيئا لأن المبيع سلم له بقى دعوى البائع فى زيادة الثمن والمشترى ينكره ، فكان يكتفى حلفه لكن عرفناه بحديث « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا» .

قال فى الأشباه : ويستثنى من ذلك ما إذا كان المبيع عبدا فحلف كل بعتقه على صدق دعواه ، فلا تحالف ولا فسخ ويلزم البيع ، ولا يعتق واليمين على المشترى كما فى الواقعات اه . ويلزم من الثمن ما أقر به المشترى لأنه منكر الزيادة لأن البائع قد أقر أن العبد قد عتق (قوله تحالفا) أى اشتركا فى الحلف قهستانى وظاهر كلامهم وما سيأتى أنه يقع أيضا على الحلف منهما (قوله مالم يكن فيه خيار) أى لأحدهما قال الحموى : وأشار بعجزهما إلى أن البيع ليس فيه خيار لأحدهما ولهذا .

قال فى الخلاصة : إذا كان للمشترى خيار رؤية أو خيار عيب أو خيار شرط لايتحالفان اه والبائع كالمشترى وظاهره أنه يتعين عليه الفسخ ، فلو أبى يجبر ويحرر والمقصود أن من له الخيار متمكن من الفسخ فلا حاجة إلى التحالف . ولكن ينبغى أن البائع إذا كان يدعى زيادة الثمن ، وأنكرها المشترى فإن خيار المشترى يمنع التحالف ، وأما خيار البائع فلا ، ولو كان المشترى يدعى زيادة المبيع والبائع ينكرها فإن خيار البائع يمنعه لتمكنه من الفسخ ، وأما خيار المشترى فلا هذا ماظهر لى تخريجا لا نقلا بحر .

وحاصله : أن من له الخيار لايتمكن من الفسخ دائما فينبغى تخصيص الإطلاق (قوله فيفسخ) لأنه يستغنى عن التحالف حينئذ (قوله وبدأ) أى القاضى بيمين المشترى أى فى الصور الثلاث كما فى شرح ابن الكمال ، وكذا فى صورتى الاختلاف فى الوصف والجنس (قوله لأنه البادىء بالإنكار) لأنه يطالب أولا بالثمن وهو ينكره ولاحتمال أن ينكل فتتعجل فائدة نكوله بإلزامه الثمن ، ولو بدأ بيمين البائع فنكل تأخرت مطالبته بتسليم المبيع ، حتى يستوفى الثمن ، وهذا ظاهر فى التحالف فى الثمن أما فى المبيع مع الاتفاق على الثمن ، فلا يظهر لأن البائع هو المنكر فالظاهر البداءة به ويشهد له ماسيأتى أنه إذا اختلف المؤجر والمستأجر فى قدر المدة بدىء بيمين المؤجر وإلى ذلك أومأ القهستانى وبحث مثل هذا العلامة الرملى (قوله وهذا) أى البدء بيمين المشترى (قوله مقايضة) وهى بيع سلعة بسلعة (قوله أو صرفا) هو بيع ثمن بثمن (قوله فهو مخير) لأن

وقيل يقرع ابن ملك ويقتصر على النفى فى الأصح (وفسخ القاضى) البيع بطلب أحدهما أو بطلبهما ولا ينفسخ بالتحالف ولا بفسخ أحدهما بل بفسخها بحر .

(ومن نكل) منهما (لزمه دعوى الآخر) بالقضاء وأصله قوله صلى الله عليه وسلم « إذا اختلف المتبايعان

كلا منهما فيهما مشتر من وجه فاستويا فيخير القاضى ولأنهما يسلمان معا فلم يكن أحدهما سابقا (قوله وقيل يقرع ابن ملك) هذا راجع إلى ماقبل فقط لا إلى المقايضة والصرف لأنه لم يحك فيهما خلافا .

قال العينى : وبدأ بيمين المشترى عند محمد وأبى يوسف وزفر وهو رواية عن أبى حنيفة وعليه الفتوى ، وعن أبى يوسف أنه يبدأ بيمين البائع وهو رواية عن أبى حنيفة ، وقيل : يقرع بينهما فى البداءة اه (قوله ويقتصر على النفى) بأن يقول البائع والله ماباعه بألف ويقول المشترى والله ما اشتراه بألفين ولا يزيد الأول ولقد بعته بألفين ولا يزيد الثانى ، ولقد باعنى بألف لأن الأيمان على ذلك وضعت ألا ترى أنه اقتصر عليه فى القسامة بقولهم ماقتلنا ولا علمنا له قاتلا .

والمعنى : أن اليمين تجب على المنكر وهو النافى فيحلف على هيئة النفى إشعارا بأن الحلف ، وجب عليه لإنكاره وإنما وجب على البائع والمشترى ؛ لأن كلا منهما منكر (قوله فى الأصح) إشارة إلى تضعيف مافى الزيادات بضم الإثبات إلى النفى تأكيدا وعبارته يحلف البائع بالله ماباعه بألف ، ولقد باعه بألفين ، ويحلف المشترى بالله ما اشتره بألفين ولقد اشتراه بألف .

قال فى المنح : والأصح الاقتصار على النفى لأن الأيمان على ذلك وضعت (قوله بطلب أحدهما) وهو الصحيح لأنهما لما حلفا لم يثبت مدعى كل منهما فبقى بيعا بثمن مجهول ، فيفسخه القاضى قطعا للمنازعة . وفرع عليه فى المبسوط بقوله : فلو وطىء المشترى الجارية المبيعة بعد التحالف ، وقبل الفسخ يحل لأنها لم تخرج عن ملكه مالم يفسخ القاضى درر وفسخ القاضى ليس بشرط ، حتى لو فسخاه انفسخ لأن الحق لهما ، وظاهره أن فسخ أحدهما لايكفى وإن اكتفى بطلبه بحر وحموى وقوله فى الدرر : لو وطىء المشترى الجارية الخ يفيد أن وطأه لايمنع من ردها بعد الفسخ للتحالف بخلاف ما لو ظهر بها عيب قديم بعد الوطء حيث لايملك ردها ، وإنما يرجع بالنقصان إلا إذا وطء لاختبار بكارتها فوجدها ثيبا ونزع من ساعته ولم يلبث اه فيفرق بين هذا واللعان وهو أن الزوجين إذا تلاعنا فالقاضى يفرق بينهما طلبا التفريق أو لم يطلباه ، لأن حرمة المحل قد ثبتت شرعا للعان على ماقاله عليه الصلاة والسلام « المتلاعنان لايجتمعان أبدا » وهذه الحومة حق الشرع ، وأما العقد وفسخه فحقهما بدليل قوله عليه الصلاة والسلام « تحالفا وترادا » (قوله أو طلبهما) لاحاجة إليه لعلمه بالأولى (قوله ولا ينفسخ بالتحالف) فى الصحيح أى بدون فسخ القاض لأنهما لما حلفا لم يثبت مدعاهما فيبقى بيعا مجهولا فيفسخه القاضى قطعا للمنازعة أو أنه لما لم يثبت بدل يبقى بيعا بلا بدل ، وهو فاسد فى رواية ولا بد من الفسخ فى الفاسد اه حموى (قوله ولا بفسخ أحدهما) لبقاء حق الآخر ولا ولاية لصاحبه عليه بخلاف القاضى فإن له الولاية العامة (قوله بل بفسخهما) أى بلا توقف على القاضى لأن لهما الفسخ بدون اختلاف فكذا معه ، فكما ينعقد البيع بتراضيهما ينفسخ به ولا يحتاج إلى قضاء .

قال فى البحر : وظاهر ماذكره الشارحون أنهما لو فسخاه انفسخ بلا توقف على القاضى وإن فسخ أحدهما لا يكفى وإن اكتفى بطلب أحدهما (قوله لزمه دعوى الآخر) لأنه جعل باذلا فلم تبق دعواه معارضة لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته منح أى بثبوت مدعي الآخر (قوله بالقضاء) متعلق بقوله لزم أى لا بمجرد النكول ،

والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا » وهذا كله لو الاختلاف في البدل مقصودا فلو في ضمن شيء كاختلافهما في الزق فالقول للمشترى في أنه الزق و تحالف كما لو اختلفا في وصف المبيع كقوله : اشتريته على أنه كاتب أوخباز وقال البائع لم أشترط فالقول للبائع ولاتحالف ظهيرية (و) قيد باختلافهما في ثمن ومبيع لأنه (لاتحالف في) غيرهما لكونه لايختل به قوام العقد نحو (أجل

بل إذا اتصل به القضاء . قال في التبيين : لأنه بدون اتصال القضاء به لايوجب شيئا أما على اعتبار البدل فظاهر، وأما على اعتبار أنه إقرار فلأنه إقرار فيه شبهة البدل فلا يكون موجبا بانفراده اهـ (قوله والسلعة قائمة) احتراز عما إذا هلكت وسيأتى متنا (قوله وهذا كله) أي من التحالف والفسخ (قوله كاختلافهما في الزق) أي الظرف بأن باعه التمر في زق ، ووزنه مائة رطل ثم جاء بالزق فارغا ليرده على صاحبه وزنه عشرون فقال البائع : ليس هذا زق وقال المشترى : هو زقك فالقول قول المشترى سواء سمى لكل رطل ثمنا أو لم يسم فجعل هذا اختلافا في المقبوض . وفيه القول قول القابض ، وإن كان في ضمنه اختلاف في الثمن لم يعتبر في إيجاب التحالف لأن الإختلاف فيه وقع مقتضى اختلافهمافي الزق (قوله فالقول للمشترى) لأن القول قول القابض أمينا كان أو ضمينا (قوله ولا تحالف) وأن لزم في ضمنهما الاختلاف في الثمن فالبائع يجعله تسعين والمشترى ثمانين ، لكنه ليس مقصودا بل وقع في وقع في ضمن اختلافهما في الزق .

وفي البحر من البيع الفاسد ولو رد المشترى الزق وهو عشرة أرطال فقال البائع : الزق غيره وهو خمسة أرطال فالقول قول المشترى مع يمينه ، لأنه إن اعتبر اختلافا في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان أو أمينا ، وأن اعتبر إختلافا في الثمن فيكون القول للمشترى لأنه ينكر الزيادة اهـ (قوله كما لو اختلفا في وصف المبيع) محترز قوله سابقا أو وصفه أي الثمن .

والحاصل : أنهما إذا اختلفا في الوصف فإن كان وصف الثمن تحالفا وإن كان وصف المبيع فالقول للبائع ولا تحالف (قوله فالقول للبائع ولاتحالف) لأن اختلافهما ليس في البدل لكن المشترى يدعى اشتراط أمر زائد والبائع ينكره والقول للمنكر بيمينه (قوله لكونه لا يختل به قوام العقد) لأنه اختلاف في غير المعقود عليه وبه فأشبه الاختلاف في الحط والإبراء (قوله نحو أجل) أطلقه فشمل الاختلاف في أصله وقدره ، فالقول لمنكر الزائد بخلاف ، ما او اختلفا في الأجل في السلم فإنهما يتحالفان كما قدمناه في بابه وخرج الاختلاف في مضيه فإن القول فيه للمشترى ، لأنه حقه وهو منكر استيفاء حقه كذا في النهاية بحر .

قال في البدائع : وقوله : والأجل أي في أصله أو في قدره أو في مضيه أو في قدره ومضيه ، ففي الأوائل القول قول البائع مع يمينه . وفي الثالث : القول قول المشترى. وفي الرابع : القول قول المشترى في المضي وقول البائع في القدر وباقي التفصيل فيها وفي غاية البيان ومنه ما لو ادعى عليه أنه اشترى بشرط كونه كاتبا أوخبازا فلا حاجة إلى تقديمه .

وفي البحر أيضا : ويستثنى من الاختلاف في الأجل ما لو اختلفا في الأجل في السلم بأن ادعاه أحدهما ونفاه الآخر ، فإن القول فيه لمدعيه عند الإمام، لأنه فيه شرط وتركه فيه مفسد للعقد وإقدامهما عليه يدل على الصحة، بخلاف ما نحن فيه لأنه لا تعلق له بالصحة والفساد فيه ، فكان القول لنا فيه اهـ وفيه عن الظهيرية قال محمد بن الحسن في رجلين تبايعا شيئا واختلفا في الثمن فقال المشترى : اشتريت هذا الشيء بخمسين درهما إلى عشرين شهرا على أن أؤدى إليك كل شهر درهمين ونصفا . وقال البائع : بعتكه بمائة درهم إلى عشرة أشهر على أن تؤدى

وشرط) رهن أو خيار أو ضمان (وقبض بعض ثمن والقول للمنكر) بيمينه .
وقال زفر والشافعي : يتحالفان (ولا) تحالف إذا اختلفا (بعد هلاك المبيع) أو خروجه عن ملكه،

إلى كل شهر عشرة دراهم وأقاما البينة . قال محمد: تقبل شهادتهما ويأخذ البائع من المشترى ستة أشهر كل شهر عشرة ، وفى الشهر السابع سبعة ونصفا ثم يأخذ بعد ذلك كل شهر درهمين ونصفا إلى أن تتم له مائة لأن المشترى أقر له بخمسين درهما على أن يؤدى إليه كل شهر درهمين ونصفا ، وبرهن دعواه بالبينة وأقام البائع البينة بزيادة خمسين على أن يأخذ من هذه الخمسين مع ما أقر له به المشترى فى كل شهر عشرة ، فالزيادة التى يدعيها البائع فى كل شهر سبعة ونصف ، وما أقربه المشترى له فى كل شهر درهمان ونصف فإذا أخذ فى كل شهر عشرة فقد أخذ فى كل ستة أشهر مما ادعاه خمسة وأربعين ومما أقربه المشترى خمسة عشر . بقى إلى تمام ما يدعيه من الخمسين خمسة ، فيأخذها البائع مع ما يقر به المشترى فى كل شهر ، وذلك سبعة ونصف ثم يأخذ بعد ذلك فى كل شهر درهمين ونصفا إلى عشرين شهرا حتى تتم المائة . وهذه مسألة عجيبة يقف عليها من أمعن النظر فيما ذكرناه اه (قوله وشرط رهن) أى بالثمن من المشترى (قوله أو خيار) فالقول لمنكره على المذهب ، وقد ذكر القولين فى باب خيار الشرط والمذهب ماذكروه هنا لأنهما يثبتان بعارض الشرط ، والقول لمنكر العوارض بحر . ولا فرق بين أصل شرط الخيار ، وقدره عند علمائنا الثلاثة ويتحالفان عند زفر والشافعي ومالك كما فى البناية (قوله أو ضمان) أى ضمان الثمن بأن قال بعتكه ، بشرط أن يتكفل لى بالثمن فلان ، وأنكر المشترى ومثله ضمان العهدة حموى فالقول قول المنكر (قوله وقبض بعض ثمن) أوحط البعض أو إبراء الكل وقيد بالبعض مع أن كل الثمن كذلك لدفع وهم ، وهو أن الاختلاف فى أصل بعض الثمن لما أوجب التحالف كماسبق ذهب الوهم إلى أن الاختلاف فى قبض بعضه يوجب التحالف أيضا فصرح بذكره دفعا له كما فى البرجندى فظهر أن القيد ليس للاحتراز بل لدفع الوهم وأراد بالقبض الاستيفاء ، فيشمل الأخذ والحط والإبراء ولو كلا كما فى معراج الدراية (قوله والقول للمنكر بيمينه) لأنه اختلاف فى غير المعقود عليه وبه فأشبه الاختلاف فى الحط والإبراء وهذا لأن بانعدامه لا يختل مابه قوام العقد ، بخلاف الاختلاف فى وصف الثمن أو جنسه ، فإنه بمنزلة الاختلاف فى القدر فى جريان التحالف لأن ذلك يرجع إلى نفس الثمن ، فإن الثمن دين وهو يعرف بالوصف ، ولا كذلك الأجل فإنه ليس بوصف ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه فالقول لمنكر الخيار ، والأجل مع يمينه لأنهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض بحر .

قال العلامة المقدسى : ولأن أصل الثمن حق البائع والأجل حق المشترى ، ولو كان وصفا له لتبع الأصل وكان حقا للبائع ، ولقائل أن يقول هذا خلاف المعقول ، لأنه استدلال ببقاء الموصوف على بقاء الصفة والصفة قد تزول مع بقاء الموصوف بأن تنزل صفاته فعندكم البيع يقع بثمن ثم يزاد أو ينقص مع بقائه اه تأمل (قوله وقال زفر والشافعي يتحالفان) أى فى المسائل الثلاثة وهى الأجل والشرط وقبض بعض الثمن وعليه صاحب المواهب بقوله : وإن اختلفا فى الأجل أو شرط خيار أو قبض الثمن لم يتحالفا عندنا واكتفيا بيمين المنكر حيث أشار بعندنا إلى خلاف مالك والشافعي ، وباكتفيا إلى خلاف زفر فكان على الشارح أن يزيد مالكا وجعل العينى الخلاف قاصرا على الأجل حيث قال : وعند زفر والشافعي ومالك يتحالفان فى الأجل إذ اختلفاق أصله وقدره (قوله ولا تحالف إذا اختلفا) أى فى مقدار الثمن معراج ومثله فى متن المجمع (قوله بعد هلاك المبيع) أى عند المشترى أما إذا هلك عند البائع قبل قبضه انفسخ البيع ط ومعراج وأفاد أنه فى الأجل وما بعده لافرق

أو تعيبه بما لا يرد به (وحلف المشترى) إلا إذا استهلكه فى يد البائع غـير المشترى

بين كون الإختلاف بعد الهلاك أو قبله (قوله أو تعيبه بمالا يرد به) هذا داخل فى الهلاك لأنه منه تأمل ، ثم إن عباراتهم هكذا أو صار بحال لايقدر على رده بالعيب قال فى الكفاية : بأن زاد زيادة متصلة أو منفصلةاه أى زيادة من الذات كسمن وولد وعقر .

قال فى غرر الأفكار : أو تغير إلى زيادة منشؤها الذات بعد القبض متصلة كانت أومنفصلة كولد وأرش وعقر ، وإذا تحالفا عند محمد يفسخ على القيمة إلا إذا اختار المشترى رد العين مع الزيادة ولو لم تنشأ من الذات سواء كانت من حيث السعر أو غيره كانت قبل القبض أو بعده يتحالفان اتفاقا ويكون الكسب للمشترى اتفاقا اه .

قال الرملى : وقد صرحوا بأن الزيادة المتصلة بالمبيع التى تتولد من الأصل مانعة من الرد كالغرس والبناء وطحن الحنطة وشىّ اللحم وخبز الدقيق ، فإذا وجد شىء من ذلك لاتحالف عندهما خلافا لمحمد والله تعالى أعلم.

ولم يذكر غالب الشارحين وأصحاب الفتاوى إختلافهما بعد الزيادة ولا بعد موت المتعاقدين أو أحدهما مع شدة الحاجة إلى ذلك وقد ذكر ذلك مفصلا فى التتارخانية فارجع إليه إن شئت ثم بحثت فى الكتب ، فرأيت ابن ملك قال فى شرح المجمع اعلم أن مسألة التغير مذكورة فى المنظومة ، وقد أهملها المصنف ثم تغيره إلى زيادة إن كان من حيث الذات بعد القبض متصلة كانت أو منفصلة متولدة من عينها كالولد أوبدل العين كالأرش والعقر يتحالفان عند محمد خلافا لهما ، وإذا تحالفا يترادان القيمة عنده إلا إن شاء المشترى أن يرد العين مع الزيادة؛ وقيل يترادان إن رضى المشترى أولا قيدنا الزيادة بقولنا من حيث الذات،لأنها لو كانت من حيث السعر يتحالفان ، سواء كان قبل القبض أو بعده وقيدنا بقولنا متولدة من عينها لأنها لو لم تكن كذلك يتحالفان اتفاقا ويكون الكسب للمشترى عندهم جميعا .

وفى التتارخانية : وفى التجريد : وإن وقع الاختلاف بين ورثتهما أو بين ورثة أحدهما وبين الحى فإن كان قبل قبض السلعة يتحالفان بالإجماع . وفى شرح الطحاوى إلا أن اليمين على الورثة على العلم وإن كان بعد القبض ، فكذلك عند محمد وعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف يتحالفان وفى شرح الطحاوى ، والقول قول المشترى أو قول ورثته بعد وفاته .

وفيها وفى الخلاصة : رجل اشترى شيئا فمات البائع أو المشترى ووقع الاختلاف فى الثمن بين الحى وورثة الميت إن مات البائع فإن كانت السلعة فى يد الورثة يتحالفان وإن كانت السلعة فى يد الحى لايتحالفان عندهما وقال محمد يتحالفان هذا إذا مات البائع فإن مات المشترى والسلعة فى يد البائع يتحالفان عند الكل وإن كانت السلعة فى يد ورثة المشترى عندهما لا يتحالفان ، وعلى قول محمد يتحالفان وهلاك العاقد بمنزلة المعقود عليه ، وممن ذكر مسألة التغير بالزيادة والنقص الاختيار والمنهاج والتغير بالعيب الدرر والغرر والله تعالى أعلم .

واقعة حال : اختلف المشترى مع الوكيل بقبض الثمن ، هل يجرى التحالف بينهما ؟ وقد كتبت الجواب : لايجرى إذ الوكيل بالقبض لايحلف وإن ملك الخصومة عند الإمام فيدفع الثمن الذى أقرّ به له وإذا حضر الموكل المباشر للعقد وطلبه بالزيادة يتحالفان حينئذ اه ثم إن الشارح تبع الدرر ولا يخفى أن ما قالوه أولى لما علمت من شموله العيب وغيره تأمل (قوله وحلف المشترى) لأنه ينكر زيادة الثمن فلو ادعى البائع أن ما دفعه إليه بعض منه هو المبيع والباقى وديعة ينبغى أن يكون القول قوله لأنه منكر تمليك الباقى وليراجع (قوله إلا إذا استهلكه البائع الخ) أى فإنهما يتحالفان لقيام القيمة مقام العين بخلاف ما إذا كان المستهلك المشترى فإنه يجعل

وقال محمد والشافعي يتحالفان ويفسخ على قيمة الهالك وهذا لو الثمن دينا فلو مقايضة تحالفا إجماعا لأن المبيع كل منهما ويرد مثل الهالك أو قيمته كما لو اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة بأن قال أحدهما دراهم والآخر دنانير تحالفا ولزم المشترى رد القيمة سراج (ولا) تحالف (بعد هلاك بعضه) أو خروجه عن ملكه كعبدين مات أحدهما عند المشترى بعد قبضهما ثم اختلفا فى قدر الثمن لم يتحالفا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى (إلا أن يرضى البائع بترك حصة الهالك) أصلا فحينئذ يتحالفان هذا على تخريج الجمهور

قابضا باستهلاكه ، ويلزمه المبيع ، وصار كما لو هلك فى يده ؛ فلا تحالف والقول له فى إنكار الزيادة بيمينه ، ولو استهلكه البائع كان فسخا للبيع كما لو هلك بنفسه ، فلا حاجة إلى التحالف ، ولذا قال قاضي زاده فى قوله بعد هلاك المبيع لو عند المشترى وأراد بغير المشترى الأجنبي فإنهما يتحالفان على قيمة المبيع كما فى التبيين والبحر (قوله وقال محمد والشافعي يتحالفان ويفسخ على قيمة الهالك) وهل تعتبر قيمته يوم التلف أو القبض أو أقلهما يراجع (قوله وهذا) أى الاقتصار على يمين المشترى (قوله لو الثمن دينا) بأن كان دراهم أو دنانير أو مكيلا أو موزونا ، وإن كان عينا بأن كان العقد مقايضة فاختلفا ، بعد هلاك أحد البدلين يتحالفان بالاتفاق كما صرح به الشارح (قوله فلو مقايضة تحالفا) وإن اختلفا فى كون البدل دينا أو عينا إن ادعى المشترى إنه كان عينا يتحالفان عندهما ، وإن ادعى البائع أنه كان عينا وادعى المشترى أنه كان دينا لا يتحالفان والقول قول المشترى كفاية (قوله لأن المبيع كل منهما) أى فكان العقد قائما ببقاء الباقى منهما (قوله ويرد مثل الهالك) إن كان مثليا وقيمته إن كان قيميا (قوله كما لو اختلفا فى جنس الثمن الخ) كألف درهم وألف دينار ، وهذا تشبيه بالمقايضة فإنهما يتحالفان بلا خلاف ؛ وإنما كان كذلك لأنهما لم يتفقا على ثمن ؛ فلا بد من التحالف للفسخ كما فى البحر وبهذا تعلم أن الاختلاف فى جنس الثمن كالاختلاف فى قدره إلا فى مسألة : وهى ما إذا كان المبيع هالكا .

والحاصل : أنه إذا هلك المبيع لا تحالف عندهما خلافا لمحمد إذا كان الثمن دينا واختلفا فى قدره أو وصفه أما إذا اختلفا فى جنسه أو لم يكن دينا فلا خلاف فى التحالف (قوله ولا تحالف بعد هلاك بعضه) أى هلاكه بعد القبض كما سيذكره قريبا لأن التحالف بعد القبض ثبت بالنص على خلاف القياس وورد الشرع به فى حال قيام السلعة والسلعة اسم لجميعها فلا تبقى بعد فوات جزء منها ؛ ولا يمكن التحالف فى القائم إلا على اعتبار حصته من الثمن ، ولابد من القسمة على قيمتهما والقيمة تعرف بالظن والحزر فيؤدى إلى التحليف مع الجهل وذلك لا يجوز (قوله عند المشترى) أى قبل نقد الثمن (قوله بعد قبضهما) فلو قبله يتحالفان فى موتهما وموت أحدهما وفى الزيادة لوجود الإنكار من الجانبين كفاية ولو عند البائع قبل القبض تحالفا على القائم عندهم (قوله لم يتحالفا عند أبى حنيفة) أى والقول قول المشترى بيمينه لأن التحالف مشروط بعد القبض بقيام السلعة وهى اسم لجميع المبيع كما تقدم ، فإذا هلك بعضه انعدم الشرط وقال أبو يوسف : يتحالفان فى الحى ويفسخ العقد فيه ولا يتحالفان فى الهالك ويكون القول فى ثمنه قول المشترى وقال محمد : يتحالفان عليهما ويفسخ العقد فيهما ، ويرد الحى وقيمة الهالك كما فى العيني (قوله إلا أن يرضى البائع بترك حصة الهالك أصلا) أى لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا أصلا ويجعل الهالك كأن لم يكن ، وكأن العقد لم يكن إلا على الحى القائم فحينئذ يتحالفان فى ثمنه ويكون الثمن كله فى مقابلة الحى وبنكول أيهما لزم دعوى الآخر كما فى غرر الأفكار (قوله يتحالفان) أى على ثمن الحى فإن حلفا فسخ العقد فيه وأخذه ، ولا يؤخذ من ثمن الهالك ولا من قيمته شىء ، وأيهما نكل لزمه دعوى الآخر كما فى التبيين (قوله هذا على تخريج الجمهور) أى صرف الاستثناء إلى التحالف ولفظ المبسوط يدل

وصرف مشايخ بلخ الاستثناء إلى يمين المشترى (ولا فى) قدر (بدل كتابه) لعدم لزومها (و) قدر (رأس مال بعد إقالة) عقد (السلم)

على هذا ، لأن المستثنى منه عدم التحالف حيث قال : لم يتحلفا إلا أن يرضى الخ (قوله وصرف مشايخ بلخ الإستثناء) أى المقدر فى الكلام لأن المعنى ، ولا تحالف بعد هلاك بعضه بل اليمين على المشترى قال فى غرر الأفكار بعد ذكره ما قدمناه : وقيل الاستثناء ينصرف إلى حلف المشترى المفهوم من السياق يعنى يأخذ من ثمن الهالك قدر ما أقر به المشترى ، وحلف لا الزائد إلا أن يرضى البائع أن يأخذ القائم ، ولا يخاصمه فى الهالك فحينئذ لا يحلف المشترى إذ البائع أخذ القائم صلحا عن جميع ما ادعاه على المشترى ، فلم يبق حاجة إلى تحليف المشترى . وعن أبى حنيفه أنه يأخذ من ثمن الهالك ما أقر به المشترى لا الزيادة فيتحالفان ويترادان فى القائم اه (قوله إلى يمين المشترى) اعلم أن المشايخ اختلفوا فى هذا الاستثناء فالعامّة على أنه منصرف إلى التحالف، لأنه المذكور فى كلام القدورى فتقدير الكلام لم يتحالفا إلا إذا ترك البائع حصة الهالك فيتحالفان . وقال بعضهم : إنه منصرف إلى يمين المشترى المقدر فى الكلام لأن المعنى ولا تحالف بعد هلاك بعضه بل اليمين على المشترى إلا أن يرضى الخ أى فحينئذ لا يمين على المشترى ، لأنه لما أخذ البائع بقول المشترى ، وصدقه لا يحلف المشترى ، ويكون القول قوله بلا يمين ، وهذا إنما يظهر أن لو كان الثمن مفصلا أو كانت قيمة العبدين سواء أو متفاوتة معلومة . أما إذا كانت قيمة الهالك مجهولة ،وتنازعا فى القدر المتروك لها ، فلم أره والظاهر أن القول قول المشترى فى تعيين القدر ويحرر ط .

والحاصل : أنه إذا هلك بعض المبيع أو أخرجه المشترى عن ملكه لا تحالف ، والقول للمشترى بيمينه إلا أن يرضى البائع بترك حصة الهالك، فيتحالفان فيحلف البائع أنه ماباعه بما يقول المشترى، ويحلف المشترى بأنه ما اشتراه بما يقوله البائع ويفسخ العقد بينهما ، ويأخذ البائع القائم فقط ولا شىء له سواه ، لأنه رضى بإسقاط حصة الهالك هذا ما تفيده عبارة المبسوط ، وجعله الشارح تبعا للزيلعى تخريج الجمهور ، والذى تفهمه عبارة الجامع الصغير ، واختاره مشايخ بلخ عدم التحالف مطلقا ، وأن القول للمشترى بيمينه إلا أن يرضى البائع بترك حصة الهالك، وأخذ القائم صلحا عما يدعيه من جملة الثمن ولا شىء له سواه لرضاه به والله تعالى أعلم (قوله ولا فى قدر بدل كتابة) أى إذا اختلف المولى والمكاتب، فلا تحالف عند الإمام لأن التحالف فى المعاوضات اللازمة ، وبدل الكتابة غير لازم على المكاتب مطلقا فلم يكن فى معنى البيع ، ولأن فائدة النكول ليقضى عليه ، والمكاتب لا يقضى عليه ولأن البدل فى الكتابة مقابل بفك الحجر ، وهو ملك التصرف واليد فيه للحالف وقد سلم ذلك له ولا يدعى على مولاه شيئا وقد بينا أن التحالف بعد القبض على خلاف القياس ، فلا يتحالفان فيكون القول قول العبد لكونه منكرا ، وإنما يصير مقابلا بالعتق عند الأداء وقبله لا يقابله أصلا ، فتعليل الشارح تبع فيه المصنف حيث قال للإمام القائل بعدم التحالف فى الكتابة بأن التحالف فى المعاوضات اللازمة وبدل الكتابة غير لازم على المكاتب مطلقا ، فلم يكن فى معنى البيع وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة كالبيع ، وإن أقام أحدهما بينة قبلت وإن أقاماها فبينة المولى أولى لإثباتها الزيادة لكن يعتق بأداء قدر ما برهن عليه ولا يمتنع وجوب بدل الكتابة بعد عتقه كما لو كاتبه على ألف على أنه إذا أدى خمسمائة عتق وكما لو استحق البدل بعد الأداء كما فى التبيين (قوله وقدر رأس مال بعد إقالة عقد السلم) أى بأن اختلف رب السلم والمسلم إليه فى قدر رأس المال بعد إقالة السلم فقال رب السلم رأس المال عشرة وقال المسلم إليه خمسة

بل القول للعبد والمسلم إليه ولا يعود السلم .

(وإن اختلفا) أى المتعاقدان (فى مقدار الثمن بعد الإقالة) ولا بينة (تحالفا) وعاد البيع (لو كان كل من المبيع والثمن مقبوضا ولم يرده المشترى إلى بائعه) بحكم الإقالة (فإن رده إليه بحكم الإقالة لا) تحالف خلافا لمحمد (وإن اختلفا) أى الزوجان (فى) قدر (المهر) أو جنسه (قضى لمن أقام البرهان وإن برهنا فللمرأة إذا

لم يتحالفا ، لأن التحالف موجبه رفع الإقالة وعود السلم أى مع أنه دين وقد سقط والساقط لايعود ولأنها ليست ببيع بل هى إبطال من وجه فإن رب السلم لا يملك المسلم فيه بالإقالة بل يسقط فلم يكن فيها معنى البيع ، حتى يتحالفا واعتبر حقيقة الدعوى والإنكار والمسلم إليه هو المنكر فكان القول قوله ، وقيد بالاختلاف بعدها لأنهما لو اختلفا قبلها فى قدره تحالفا كالاختلاف فى نوعه وجنسه وصفته ، كالاختلاف فى المسلم فيه فى الوجوه الأربعة على ماقدمناه (قوله بل القول للعبد والمسلم إليه) مع يمينهما بحر (قوله ولا يعود السلم) لأن الإقالة فى باب السلم لا تحتمل النقض ، لأنه إسقاط فلا يعود بخلاف البيع كما سيأتى . وينبغى أخذا من تعليلهم أنهما لو اختلفا فى جنسه أو نوعه أو صفته بعدها فالحكم كذلك ، ولم أره صريحا بحر . وفيه وقد علم من تقريرهم هنا أن الإقالة تقبل الإقالة إلا فى إقالة السلم وأن الإبراء لا يقبلها وقد كتبناه فى الفوائد (قوله وإن اختلفا فى مقدار الثمن الخ) بأن اشترى أمة بألف درهم وقبضها ثم تقايلا البيع حال قيام الأمة ثم اختلفا فى مقدار الثمن بعد الإقالة قبل أن يقبض البائع الأمة بحكم الإقالة تحالفا ويعود البيع الأول (قوله ولا بينة) أما إذا وجدت لأحدهما عمل بها له وإن برهنا فبينة مثبت الزيادة مقدمة وهذا قياس ما تقدم ط (قوله وعاد البيع) حتى يكون حق البائع فى الثمن وحق المشترى فى المبيع كما كان قبل الإقالة ، لأن التحالف قبل القبض موافق للقياس لما أن كل واحد منهما مدع ومنكر فيتعدى إلى الإقالة ، ولابد من الفسخ منهما أو من القاضى أبى السعود (قوله لو كان كل من المبيع والثمن مقبوضا) فلو لم يكونا مقبوضين أو أحدهما ، فلا يعود البيع والقول قول منكر الزيادة مع يمينه هذا ما ظهر لى ط وفى مسكين والقول للمنكر (قوله خلافا لمحمد) لأنه يرى النص معلولا بعد القبض أيضا وهما قالا : كان ينبغى أن لا تحالف مطلقا لأنه إنما ثبت فى البيع المطلق بالنسبة ، والإقالة فسخ فى حقهما إلا أنه قبل القبض على وفق القياس ، فوجب القياس عليه كما قسنا الإجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما إذا استهلكه فى يد البائع غير المشترى بحر (قوله وإن اختلفا فى قدر المهر) كألف وألفين هذه المسألة وقعت مكررة لأنها ذكرت فى باب المهر وتبع فيه صاحب الهداية والكنز ، ولذلك لم يذكرها هنا صاحب الوقاية ، لأن محلها الأنسب ثمة إلا أن المصنف ذكر هذه المسألة على تخريج الكرخى هنا وعلى تخريج الرازى ثمة ، وهكذا فى الكنز وقصد منه نكتة تخرجها عن حد التكرار على ماتقف عليه الآن إن شاء الله تعالى. وقيد بقدر المهر ، لأن الاختلاف لو كان فى أصله يجب مهر المثل لما سبق فى بابه والاختلاف فى جنسه كالاختلاف فى قدره إلا فى فصل واحد ، وهو أنه إذا كان مهر مثلها كقيمة ماعينته المرأة مهرا أو أكثر فلها قيمته لا عينه كما يأتى ذكره فى الهداية وغيرها (قوله أو جنسه) كما إذا ادعى أن مهرها هذا العبد وادعت أنه هذه الجارية فحكم القدر والجنس واحد إلا فى صورة وهو أنه إذا كان مهر مثلها مثل قيمة الجارية أو أكثر فلها قيمة الجارية لا عينها بحر .

وفيه لم يذكر حكمه بعدالطلاق قبل الدخول ، وحكمه كما فى الظهيرية أن لها نصف ما إدعاه الزوج وفى مسألة العبد والجارية لها المتعة إلا أن يتراضيا على أن تأخذ نصف الجارية اه (قوله قضى لمن أقام البرهان) لأنه نوّر

كان مهر المثل شاهدا للزوج) بأن كان كمقالته أو أقل (وإن كان شاهدا لها) بأن كان كمقالتها أو أكثر (فبينته أولى) لإثباتها خلاف الظاهر (وإن كان غير شاهد لكل منهما) بأن كان بينهما (فالتهاتر) للاستواء (ويجب مهر المثل) على الصحيح (وإن عجزا) عن البرهان (تحالفا ولم يفسخ النكاح) لتبعية المهر بخلاف البيع (ويبدأ بيمينه) لأن أول التسليمين عليه فيكون أول اليمينين عليه ظهيرية

دعواه بها أما قبول بينة المرأة فظاهر لأنها تدعى الألفين ولا إشكال وإنما يرد على قبول بينة الزوج لأنه منكر للزيادة فكان عليه اليمين لا البينة ، فكيف تقبل بينته .

قلنا : هو مدع صورة لأنه يدعى على المرأة تسليم نفسها بأداء ما أقر به من المهر ، وهى تنكر والدعوى كافية لقبول البينة كما فى دعوى المودع رد الوديعة معراج (قوله بأن كان كمقالته أو أقل) لأنها تثبت الزيادة وبينة الزوج تنفى ذلك والمثبت أولى ولأن الظاهر يشهد له وبينة المرأة تثبت خلاف الظاهر وهذا هو المعتبر فى البينات (قوله فبينته أولى) هذا ماقاله بعض المشايخ وجزم به فى الملتقى ، وكذا الزيلعى هنا وفى باب المهر وقال بعضهم : تقدم بينتها أيضا لأنها أظهرت شيئا لم يكن ظاهرا بتصادقهما كما فى البحر .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى . قلت : بقى ما إذا لم يعلم مهر المثل كيف يفعل والظاهر أنه يكون القول للزوج لأنه منكر للزياة كما تقدم فيما إذا لم يوجد من يماثلها تأمل (قوله لإثباتها خلاف الظاهر) علة للمسألتين أى والظاهر مع من شهد له مهر المثل (قوله وإن كان غير شاهد لكل منهما بأن كان بينهما) ليس المراد أنه متوسط بينهما بل المراد أنه أقل مما ادعته وأكثر مما ادعاه وبه عبر فى الدرر (قوله فالتهاتر) أى التساقط أى فالحكم حينئذ التهاتر مع الهتر بكسر الهاء وهو السقط من الكلام ، أو الخطأ فيه عناية (قوله للاستواء) أى فى الإثبات لأن بينتها تثبت الزيادة وبينته تثبت الحط ، وليس أحدهما بأولى من الآخر درر (قوله ويجب مهر المثل على الصحيح) قيد للتهاتر .

قال فى البحر : والصحيح التهاتر ويجب مهر المثل (قوله تحالفا) أى عند أبى حنيفة وأيهما نكل لزمه دعوى الآخر : لأنه صار مقرا بما يدعيه خصمه ، أو باذلا درر وعند أبى يوسف لا يتحالفان والقول قول الزوج مع يمينه إلا أن يأتى بشىء مستنكر لا يتعارف مهرا لها وقيل هو أن يدعى ما دون عشرة دراهم كما فى الجوهرة ، وقال الإمام خواهر زاده : هو أن يدعى مهرا لا يتزوج مثلها عليه عادة كما لو ادعى النكاح على مائة درهم ومهر مثلها ألف وقال بعضهم : المستنكر ما دون نصف المهر فإذا جاوز نصف المهر لم يكن مستنكرا عينى (قوله ولم يفسخ النكاح لتبعية المهر) لأن أثر التحالف فى انعدام التسمية وذا لا يخل بصحة النكاح أى لأن يمين كل منهما يبطل ما يدعيه صاحبه من التسمية ، وهو لا يفسد النكاح إذ المهر تابع فيه بخلاف البيع ، فإن عدم تسميته الثمن يفسده كما مر ويفسخه القاضى قطعا للمنازعة بينهما (قوله ويبدأ بيمينه) نقل الرملى عن مهر البحر عن غاية البيان أنه يقرع بينهما استحبابا لأنه لا رجحان لأحدهما على الآخر واختار فى الظهيرية وكثيرون أنه يبدأ بيمينه ، لأن أول التسليمين عليه ، فيكون أول اليمينين عليه كتقديم المشترى على البائع والخلاف فى الأولوية (قوله لأن أول التسلمين) التسليمان هما تسليم الزوج المهر وتسليم المرأة نفسها والسابق فيهما تسليم معجل المهر ، وما ذكر تخريج الكرخى فيقدم التحالف عند العجز عن البرهان . فى الوجوه كلها ، يعنى فيما إذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج أو أقل منه أو مثل ما ادعته المرأة أو أكثر منه ، أو كان بينهما خمسة أوجه ، وأما على تخريج الرازى فلا تحالف إلا فى وجه واحد ، وهو ما إذا لم يكن

(ويحكم) بالتشديد أى يجعل (مهر مثلها) حكما لسقوط اعتبار التسمية بالتحالف (فيقضى بقوله لو كان كمثالته أو أقل وبقولها لو كمثالها أوأكثر وبه لو بينهما) أى بين ما تدعيه ويدعيه .

(ولو اختلفا) أى المؤجر والمستأجر (فى) بدل (الإجارة) أو فى قدر المدة (قبل الاستيفاء) للمنفعة (تحالفا وترادا) وبدىء بيمين المستأجر لو اختلفا فى البدل والمؤجر لو فى المدة

مهر المثل شاهدا لأحدهما وفيما عداه فالقول قوله بيمينه إذا كان مهر المثل مثل ما يقول أو أقل، وقولها مع يمينها إذا كان مثل ما ادعته أو أكثر أبو السعود عن العناية .

وحاصله : أن التحالف فيما إذا خالف قولهما أما إذا وافق قول أحدهما ، فالقول له وهو المذكور فى الجامع الصغير ، وعلى تخريج الكرخى يتحالفان فى الصور الثلاث ، ثم يحكم مهر المثل وصححه فى المبسوط والمحيط به جزم فى الكنز .

قال فى البحر : ولم أر من رجح الأول وتعقبه فى النهر بأن تقديم الزيلعى وغيره له تبعا للهداية يؤذن بترجيحه وصححه فى النهاية وقال قاضيخان أنه الأولى ولم يذكر شرح الجامع الصغير غيره ، والأولى البداءة بتحليف الزوج وقيل يقرع بينهما (قوله ويحكم بالتشديد) وهذا أعنى التحالف أولا ثم التحكيم قول الكرخى لأن مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف ، فلهذا يقدم فى الوجوه كلها . وأما على تخريج الرازى فالتحكيم قبل التحالف ، وقد قدمناه فى المهر مع بيان اختلاف التصحيح وخلاف أبى يوسف بحر .

قال العلامة أبو السعود : ولقائل أن يقول ما بالهم لا يحكمون قيمة المبيع إذا اختلف المتبايعان فى الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر كما فى النكاح فإنه لا محظور فيه، ويمكن أن يجاب عنه بأن مهر المثل أمر معلوم ثابت بيقين فجاز أن يكون حكما بخلاف القيمة ، فإنها تعلم بالحزر والظن فلا تفيد المعرفة فلا تجعل حكما عناية (قوله ولو اختلفا الخ) وجه التحالف أن الإجارة قبل قبض المنفعة كالبيع قبل قبض المبيع فى كون كل من المتعاقدين يدعى على الآخر ، وهو ينكر وكون كل من العقدين معاوضة يجرى فيها الفسخ فالتحقت به واعترض بأن قيام المعقود عليه شرط لصحة التحالف ، والمنفعة معدومة ، وأجيب بأن الدار مثلا أقيمت مقام المنفعة فى حق إيراد العقد عليها فكأنها قائمة تقديرا درر (قوله فى بدل الإجارة) أى فى قدرها بأن ادعى المؤجر أنه آجر شهرا بعشرة وادعى المستأجر أنه آجره بخمسة (قوله أو فى قدر المدة) بأن ادعى المؤجر أنه آجر شهرا والمستأجر شهرين (قوله قبل الاستيفاء للمنفعة) لأن التحالف فى البيع قبل القبض على وفق القياس والإجارة قبل الاستيفاء نظيره بحر .

وفيه : المراد بالاستيفاء التمكن منه فى المدة وبعدمه عدمه لما عرف أنه قائم مقامه فى وجوب الأجر اه . فلو أبدل المصنف قوله قبل الاستيفاء بقوله قبل التمكن من الاستيفاء لكان أولى ، وأشار فى البحر بقوله فى وجوب الأجر إلى الاحتراز عن الإجارة الفاسدة ، فإن أجر المثل إنما يجب بحقيقة الاستيفاء لا بمجرد التمكن على ما سيأتى (قوله تحالفا) وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه وأيهما برهن قبل (قوله وبدىء بيمين المستأجر) لأنه هو المنكر للزيادة فإن قيل كان الواجب أن يبدأ بيمين الآجر لتعجيل فائدة النكول ، فإن تسلم المعقود عليه واجب . وأجيب بأن الأجرة إن كانت مشروطة التعجيل ، فهو الأسبق إنكارا فيبدأ به وإن لم يشترط لا يمنع الآجر من تسليم العين المستأجرة ، لأن تسليمه لا يتوقف على قبض الأجرة أبو السعود (قوله والمؤجر لو فى المدة) وإن كان الاختلاف فيهما قبلت بينة كل منهما فيما يدعيه من الفضل نحو : أن يدعى هذا شهرا بعشرة

ولو برهنا فالبينة للمؤجر فى البدل وللمستأجر فى المدة (وبعده لا والقول للمستأجر) لأنه منكر للزيادة (ولو) اختلفا (بعد) التمكن من (استيفاء البعض) من المنفعة (تحالفا وفسخ العقد فى الباقى والقول فى الماضى للمستأجر) لانعقادها ساعة فساعة فكل جزء كعقد بخلاف البيع .

(وإن اختلف الزوجان)

ولمستأجر شهرين بخمسة فيقضى بشهرين بعشرة بحر (قوله وإن برهنا فالبينة للمؤجر فى البدل) نظرا إلى إثبات الزيادة . ولو اختلفا فيهما فتقدم حجة كل فى زائد يدعيه (قوله وللمستأجر فى المدة) نظرا إلى إثبات الزيادة (قوله وبعده) أى بعد الاستيفاء لا تحالف والمراد من الاستيفاء التمكن كما تقدم (قوله والقول للمستأجر) أى إذا كان الاختلاف فى الأجرة . فلو كان الاختلاف فى المدة كأن ادعى المستأجر بعد الاستيفاء مدة أكثر مما ادعاه المؤجر لا يكون القول للمستأجر بل للمؤجر ، وكأنهم تركوا التنبيه على ذلك لظهوره أبو السعود (قوله وفسخ العقد فى الباقى) لأنه من الاختلاف فى العقد (قوله والقول فى الماضى للمستأجر) لأنه من الاختلاف فى الدين وهذا بالإجماع فأبو يوسف مر على أصله فى هلاك بعض المبيع ، فإن التحالف فيه يتقدر بقدر الباقى عنده ، فكذا هنا وهما خالفا أصلهما فى المبيع ، والفرق لمحمد ما بيناه فى استيفاء الكل من أن المنافع لا تتقوم إلا بالعقد ، فلو تحالفا لا يبقى العقد . فلم يمكن إيجاب شىء والفرق لأبى حنيفة أن العقد فى الإجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع ، فيصير كل جزء من المنافع كالمعقود عليه عقدا مبتدأ على حدة . فلا يلزم من تعذر التحالف فى الماضى التعذر فيما بقى إذ هما فى حكم عقدين مختلفين . فيتحالفان بخلاف ما إذا هلك بعض المبيع حيث يمنع التحالف فيه عنده لأنه عقد واحد فإذا امتنع فى البعض امتنع فى الكل ضرورة كى لا يؤدى إلى تفريق الصفقة على البائع زيلعى (قوله لانعقادها ساعة فساعة) أى على حسب حدوث المنفعة المعقود عليها فى الإجارة (قوله فكل جزء كعقد) أى فيصير كل جزء من المنفعة كالمعقود عليه ابتداء (قوله بخلاف البيع) أى بخلاف ما إذا هلك بعض المبيع لأن كل جزء ليس بمعقود عليه عقدا مبتدأ بل الجملة معقودة بعقد واحد فإذا تعذر العقد فى بعضه بالهلاك تعذر فى كله ضرورة (قوله وإن اختلف الزوجان الخ) قيد باختلافهما للاحتراز عن اختلاف نساء الزوج دونه . فإن متاع النساء بينهن على السواء إن كن فى بيت واحد ، وإن كانت كل واحدة منهن فى بيت على حدة فما فى بيت كل امرأة بينها وبين زوجها على ما ذكر بعد ، ولا يشترك بعضهن مع بعض كذا فى خزانة الأكمل والخانية والاحتراز عن اختلاف الأب والابن فيما فى البيت .

قال فى خزانة الأكمل ، قال أبو يوسف : إذا كان الأب فى عيال الابن فى بيته فالمتاع كله للابن كما لو كان الابن فى بيت الأب وعياله فمتاع البيت للأب اهـ وانظر هل يأتى التفصيل هنا كما ذكروه فى الزوجين بأن يكون أحدهما عالما مثلا والآخر جاهلا . وفى البيت كتب ونحوها مما يصلح لأحدهما فقط ، وكذا لو كانت البنت فى عيال أبيها فهل لها ثياب النساء . ويقع كثيرا إن البنت يكون لها جهاز فيطلقها زوجها فتسكن فى بيت أبيها فهل تكون كمسألة الزوجين أو كمسألة الإسكاف والعطار الآتية لم أره فليراجع .

قال فى البحر : قال محمد : رجل زوج ابنته وهى وختنه فى داره وعياله ثم اختلفوا فى متاع البيت فهو للأب ، لأنه فى بيته وفى يده ولهم ما عليهم من الثياب انتهى لكن قال العلامة المقدسى : وهو مخالف لما مر عن خزانة الأكمل من عدم اعتبار البيت بل اليد هى المعتبرة كما سيذكره الشارح عنها .

أقول : ويظهر من هذا جواب المسألة المذكورة : وهى لو طلقت البنت ولها جهاز وسكنت عند أبيها

ولو مملوكين أو مكاتبين أو صغيرين والصغير يجامع أو ذمية مع مسلم قام النكاح أولا في بيت لهما أو لأحدهما خزانة الأكمل لأن العبرة لليد لا للملك (في متاع) هو هنا ما كان في (البيت) ولو ذهبا أو فضة (فالقول لكل

فتأمل ، وللاحتراز عن إسكاف وعطار ، اختلفا في آلة الأساكفة أو آلة العطارين : وهي في أيديهما فإنه يقضى بها بينهما ولا ينظر إلى ما يصلح لأحدهما ، لأنه قد يتخذه لنفسه أو للبيع ، فلا يصلح مرجحا وللاحتراز عما إذا اختلف المؤجر والمستأجر في متاع البيت فإن القول فيه للمستأجر لكون البيت مضافا إليه بالسكنى والاحتراز عن اختلاف الزوجين في غير متاع البيت ، وكان في أيديهما فإنهما كالأجنبيين يقسم بينهما وقد ذكر المؤلف بعد بعض ما ذكر (قوله ولو مملوكين) أي أو حرين أو مسلمين أو كافرين أو كبيرين وأما إذا كان أحدهما حرا والآخر مملوكا فسيأتي وأشار باختلافهما أنهما حيان ، ولذلك فرع عليه بعد حكم موت أحدهما (قوله والصغير يجامع) قيد بالجماع ليكون القول قوله في الصالح لهما لأن المرأة لا تكون مع ما في يدها في يد الزوج إلا بذلك بخلاف الصغير الذي لم يبلغ حد الجماع : فإنه لا يد له على زوجته أما في الصالح له فالقول لوليه فيه . سواء كان يجامع أولا ثم معنى كون القول للصغير أن القول لوليه لأن عبارته غير معتبرة (قوله أو ذمية) لأن لهم ما لنا وعليهم ما علينا في المعاملات (قوله قام النكاح أولا) بأن طلقها مثلا ويستثنى ما إذا مات بعد عدتها كما سيأتي . قال الرملي : أي سواء وقع الاختلاف بينهما حال قيام النكاح أو بعده وما هنا هو الذي مشى عليه الشراح ، وإن كان في لسان الحكام ما يخالف ذلك (قوله في متاع) متعلق باختلف (قوله هو هنا ما كان في البيت) الأولى أن يقول : البيت وما كان فيه بدليل ما ذكره في البحر عن خزانة الأكمل معزيا للإمام الأعظم : من أن المنزل والعقار والمواشي والنقود مما يصلح لهما تأمل . وسيذكر الشارح أن البيت للزوج إلا أن يكون لها بينة أي لكونه ذا يد . وهو تبع له في السكنى وهي خارجة معنى كما علل به في الخانية . والمتاع لغة : كل ما ينتفع به كالطعام والبز وأثاث البيت ، وأصله ما ينتفع به من الزاد وهو اسم من متعته بالتثقيل إذا أعطيته ذلك والجمع : أمتعة كذا في المصباح بحر .

قال الرملي : أقول : الذي يظهر أن المراد بقوله في متاع هو هنا ما كان في البيت أي ما ثبت وضع أيديهما عليه أو تصرفهما فيه بأن كانت أيديهما تتعاقب عليه وتختلف بالتصرف ، يدل عليه التعليل في مسائل هذا الباب باليد وعدمها في الأخذ بقول المدعي وعدمه تأمل اهـ (قوله ولو ذهبا أو فضة) أقول : جعل الشارح في الدر المنتقى النقود مما يصلح لهما ، ومثله في القهستاني (قوله فيما صلح له) أي لكل منهما مع يمينه فالصالح له العمامة ، والقباء والقلنسوة والطيلسان والسلاح والمنطقة والكتب والفرس والدرع الحديد والصالح لها الخمار والدرع والأساور وخواتيم النساء والحلي والخلخال ونحوها ، وهذا كله إذا لم تقر المرأة أن هذا المتاع اشتراه : فإن أقرت بذلك سقط قولها لأنها أقرت بأن الملك للزوج ، ثم ادعت الانتقال إليها فلا يثبت الانتقال إلا بالبينة ، ولا شك أنه لو برهن على شرائه كان كإقرارها به فلا بد من بينة على انتقاله لها اهـ بدائع . وكذا إذا ادعت أنها اشترته منه مثلا فلا بد من بينة على الانتقال إليها منه بهبة أو نحو ذلك ، ولا يكون استمتاعها بمشريه ورضاه بذلك دليلا على أنه ملكها ذلك كما تفهمه النساء والعوام ، وقد أفتيت بذلك مرارا بحر .

أقول : وظاهر قوله وهذا كله إذا لم تقر المرأة الخ شامل لما يختص بالنساء تأمل ، وينبغي تقييده بما لم يكن من ثياب الكسوة الواجبة على الزوج تأمل . وفي البحر عن القنية من باب ما يتعلق بتجهيز البنات : افترقا وفي بيتها جارية نقلها معها ، واستخدمتها سنة والزوج عالم به ساكت ثم ادعاها فالقول له لأن يده كانت ثابتة ولم يوجد المزيل اهـ ، وبه علم أن سكوت الزوج عند نقلها ما يصلح لها لا يبطل دعواه اهـ .

واحد منهما فيما صلح له مع يمينه) إلا إذا كان كل منهما يفعل أو يبيع مايصلح للآخر فالقول له لتعارض الظاهرين درر وغيرها

أقول : قوله لايبطل دعواه أى ولا دعواها لأن الجارية صالحة لهما (قوله فيما صالح له(١)) أى لكل منهما مع يمينه وتقدم الفرق بين الصالح له والصالح لها (قوله فالقول له) أى للذى يفعل أو يبيع من الزوجين قال الشرنبلالى ليس هذا على ظاهره ، لأن المرأة وما فى يدها فى يد الزوج والقول فى الدعاوى لصاحب اليد بخلاف مايختص بها لأنه عاوض يد الزوج ماهو أقوى منها ، وهو الاختصاص بالاستعمال كما فى العناية لكنه خلاف ماعليه الشروح فقد صرح العينى بخلافه (قوله لتعارض الظاهرين) أى ظاهر صالحيته لها ، وظاهر اصطناعه أو بيعه له فتساقطا ورجعنا إلى اعتبار اليد : وهى وما فى يدها فى يده .

وبهذا الحل ظهر أنه لاوجه لتوقف سيدى أبى السعود فإنه قال : واعلم أن فى التعليل بتعارض الظاهرين تأملا لأنه حيث استويا فى القوة لايصلح أن يكون تعارضهما مرجحا لأحدهما هكذا توقفت برهة ثم راجعت عبارة الدرر . فلم أجد فيها التعليل المذكور اه فإنه يجعل التعارض مرجحا أى بل هو مسقط والمرجح اليد فليتأمل .

والحاصل : أن ماعلل به الشارح لايصلح علة لوجهين الأول إذا كان الزوج يبيع مايصلح له يشهد له ظاهران اليد والبيع لا ظاهر واحد . فلا تعارض وكذلك إذا كانت هى تبيع ذلك لايترجح ملكها إلا إذا كان مما يصلح لها على أن التعارض لايقتضى الترجيح ، بل التهاتر الثانى أنه إذا كان الزوج يبيع فلا تعارض ، وإن كانت هى تبيع فكذلك . وحينئذ الأوجه فى التعليل أن يقال : لأن ظاهر الذى يفعل ويبيع أظهر ، وأقوى كما أن ظاهرها فيما يختص بها أظهر وأقوى من ظاهره مع أنه له يد عليه تأمل (قوله درر وغيرها) عبارة الدرر إلا إذا كان كل منهما يفعل أو يبيع مايصلح للآخر اه : أى إلا أن يكون الرجل صائغا وله أساور ، وخواتيم النساء والحلى والخلخال ونحوها ، فلا يكون لها وكذا إذا كانت المرأة دلالة تبيع ثياب الرجال أو تاجرة تتجر فى ثياب الرجال أو النساء أو ثياب الرجال وحدها كذا فى شروح الهداية .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : قول الدرر : وكذا إذا كانت المرأة دلالة الخ معناه أن القول فيه للزوج أيضا إلا أنه خرج منه مالو كانت تبيع ثياب النساء بقوله قبله ، فالقول لكل منهما فيما يصلح له ، ويمكن حمل كلام الشارح على هذا المعنى أيضا بجعل الضمير فى قوله : فالقول له راجعا إلى الزوج ، ثم قوله لتعارض الظاهرين لايصلح علة سواء حمل الكلام على ظاهره . أو على هذا المعنى أما الأول ، فلأنه إذا كان الزوج يبيع يشهد له ظاهران اليد والبيع لا ظاهر واحد ، فلا تعارض إلا إذا كانت هى تبيع ، فلا يرجح ملكها لما ذكره الشرنبلالى إلا إذا كان مما يصلح لها على أن التعارض لايقتضى الترجيح بل التهاتر ، وأما الثانى ، فلأنه إذا كان الزوج يبيع ، فلا تعارض كما مر وأما إذا كانت تبيع هى . فكذلك لما مر أيضا فتنبه .

أقول : وما ذكره فى الشرنبلالية عن العناية صرح به فى النهاية . لكن فى الكفاية مايقتضى أن القول للمرأة حيث قال : إلا إذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال وما يصلح للنساء كالخمار والدرع والملحفة والحلى فهو للمرأة أى القول قولها فيها لشهادة الظاهر اه ومثله فى الزيلعى قال : وكذا إذا كانت المرأة تبيع مايصلح للرجال لايكون القول قوله فى ذلك اه فالظاهر أن فى المسألة قولين فليحرر اه

---

(١) قول المحشى (قوله فيما صلح له) هذه المقولة يغنى عنها المقولة قولها اه مصححه .

(والقول له فى الصالح لهما) لأنها وما فى يدها فى يده والقول لذى اليد بخلاف ما يختص بها لأن ظاهرها أظهر من ظاهره وهو يد الاستعمال (ولو أقاما بينة يقضى ببينتها) لأنها خارجة خانية والبيت للزوج إلا أن يكون لها بينة بحر وهذا لو حيين (وإن مات أحدهما واختلف وارثه مع الحى فى المشكل)

أقول : والحاصل أن القول للرجل فيما يختص به ، وفى المتشابه سواء كانت المرأة دلالة أو لا وإذا كان يصنع أو يبيع ثياب النساء وحليهن فالقول له فى الأجناس كلها فى المشهور (قوله والقول له فى الصالح لهما) أى القول له فى متاع يصلح للرجل وللمرأة (قوله لأنها وما فى يدها فى يد الزوج) أى والقول فى الدعاوى لصاحب اليد وشمل كلامه ما إذا كان فى ليلة الزفاف فيكون القول له لكن قال الأكمل فى الخزانة : لو ماتت المرأة فى ليلة زفافها فى بيته لايستحسن أن يجعل متاع البيت من الفرش وحلى النساء وما يليق بهن للزوج والطنافس والقماقم والأباريق والفرش والخدم واللحف للنساء وكذا مايجهز مثلها إلا أن يكون الرجل معروفا بتجارة جنس منها فهو له ، واستثنى أبو يوسف من كون مايصلح لهما له ما إذا كان موتها ليلة الزفاف فكذا إذا اختلفا حال حياتهما فيما يصلح لهما . فالقول له وإذا كان الاختلاف فى ليلة الزفاف فالقول لها فى الفرش ونحوها لجريان العرف غالبا من الفرش والصناديق والخادم تأتى به المرأة ، وينبغى اعتماده للفتوى إلا أن يوجد نص فى حكمه ليلة الزفاف عن الإمام بخلافه فيتبع بحر . لكن قال العلامة المقدسى بعد نقله عبارة الأكمل : فينبغى أن يتأمل فيه اه (قوله بخلاف مايختص بها الخ) جواب سؤال ورد على الكلام السابق تقريره إذا كان القول فى الدعاوى لذى اليد والمرأة وما فى يدها فى يد الزوج يكون القول للزوج أيضا فى المختص بها لأنه فى يده ط (قوله وهو) أى ظاهرها (قوله لأنها خارجة) أى عن اعتبار الظاهر إذ الظاهر أنه له لأنه فى يده وبينة الخارج مقدمة على بينة ذى اليد لكن تقدم أن هذا مقيد بما إذا كانت البينة على الملك المطلق ، فإن كانت على النتاج وسبب ملك لايتكرر كانت البينة لذى اليد فينبغى أن يجرى هذا هنا (قوله والبيت للزوج) أى لو اختلفا فى البيت فهو له لأنه من الصالح لهما وفى يده حتى لو برهنا قضى ببرهانها خارجة خانية ، وفيها إن كان غير الزوجة فى عيال أحد كابن فى عيلة أب أو القلب كان المتاع عند الاشتباه للذى يعول (قوله إلا أن يكون لها بينة) أى فيكون البيت لها وكذا لو برهنت على كل ماصلح لهما أو له والبيت المسكن . وبيت الشعر معروف مصباح ، والبيت اسم لمسقف واحد مغرب ولم يذكر الدار . وإن كان داخلا فى العقار فالظاهر أن حكمه مثل البيت بدليل مانقله سيدى الوالد رحمه الله تعالى فى باب الدخول والخروج ، وكذا صاحب البحر عن الكافى أن العرف الآن أن الدار والبيت واحد . فيحنث إن دخل صحن الدار وعليه الفتوى اه إلا أن يفرق بين هذا وبين اليمين .

أقول : والذى نقله الشارح هنا عن البحر أنها للزوج على قولهما ويؤيده ماقدمناه ولله الحمد .

قال فى البحر : إذا اختلف الزوجان فى غير متاع البيت ، وكان فى أيديهما فإنهما كالأجنبيين يقسم بينهما اه .

وبه علم أن العقار إذا لم يكونا ساكنين فيه لم يدخل فى مسمى متاع البيت لأن الكلام فى متاع البيت فقط ، وقد علمت تفسير متاع البيت مما قدمناه من أن الأولى فى تفسيره بالبيت . وبما كان فيه لما ذكرناه من الاختلاف فى نفس البيت كذلك فعلم أن قول البحر : وإذا اختلف الزوجان فى غير متاع البيت المراد به ما كان خارجا عن سكناهما فيقسم بينهما فيتعين تقييد العقار بما كانا ساكنين فيه فليتأمل (قوله وهذا) أى ماتقدم لو حيين (قوله فى المشكل) والجواب

الصالح لها (فالقول) فيه (للحى) ولو رقيقا .

وقال الشافعي ومالك : الكل بينهما وقال ابن أبي ليلى : الكل له وقال الحسن البصرى : الكل لها وهى المسبعة وعد فى الخانية تسعة أقوال (ولو أحدهما مملوكا) ولو مأذونا أو مكاتبا وقالا والشافعى هما كالحر (فالقول للحر فى الحياة وللحى فى الموت) لأن يد الحر أقوى ولا يد للميت .

(أعتقت الأمة) أو المكاتبة أو المدبرة (واختارت نفسها فما فى البيت قبل العتق فهو للرجل وما بعده قبل أن تختار نفسها

فى غير المشكل على مامر حموى أى أن القول لكل منهما فيما يختص به ط (قوله الصالح لها) بيان للمراد بالمشكل على حذف أى التفسيرية (قوله فالقول فيه للحى) أى بيمينه إذ لابد للميت در منتقى ، وأما مايصلح لأحدهما ، ولا يصلح للآخر فهو على ماكان قبل الموت ويقوم ورثته مقامه فيه عينى . وأفاد قوله يقوم وارثه مقامه أنه يعمل ببينة وارث الزوجة فى الصالح لها (قوله ولو رقيقا) لأن الرقيق له يد وهذا لايناسب المقام ، لأن الكلام فيما إذا كانا حرين وأما إذا كان أحدهما مملوكا فهى المسألة الآتية وعليه فلو حذفه ، واستغنى بما يأتى فى المتن لكان أولى (قوله وهى المسبعة) أى التى فيها سبعة أقول لأرباب الاجتهاد (قوله تسعة أقوال) الأول : مافى الكتاب وهو قول الإمام ، الثانى : قول أبى يوسف للمرأة جهاز مثلها والباقى للرجل يعنى فى المشكل فى الحياة والموت ، الثالث : قول ابن أبى ليلى : المتاع كله له ولها ماعليها فقط ، الرابع : قول ابن معن وشريك هو بينهما ، الخامس قول الحسن البصرى : كله لها وله ماعليه ، السادس : قول شريح : البيت للمرأة ، السابع : قول محمد : إن المشكل للزوج فى الطلاق والموت ، ووافق الإمام فيما لايشكل ، الثامن : قول زفر المشكل بينهما ، التاسع : قول مالك رضى الله تعالى عنه لكل بينهما هكذا حكى الأقوال فى خزانة الأكمل ، ولا يخفى أن التاسع : هو الرابع حلبى عن البحر .

قال فى الكفاية : وعلى قول الحسن البصرى إن كان البيت بيت المرأة فالمتاع كله لها إلا ماعلى الزوج من ثياب بدنه وإن كان البيت للزوج فالمتاع كله له اهـ (قوله ولو أحدهما مملوكا فالقول للحر فى الحياة وللحى فى الموت) كما فى عامة شروح الجامع وذكر السرخسى أنه سهو والصواب أنه للحر مطلقا .

وفى المصفى ذكر فخر الإسلام أن القول هنا فى الكل لا فى خصوص المشكل لكن اختار فى الهداية قول العامة فاقتفى أصحاب المتون أثره ، وهو قول الإمام وعندهما المأذون والمكاتب كالحر كما فى الداماد شرح الملتقى (قوله هما كالحر) لأن لهما يدا معتبرة وله أن يد الحر أقوى وأكثر تصرفا فتقدمت (قوله فالقول للحر) قال القهستانى : وقوله الكل مشير إلى وقوع الاختلاف فى مطلق المتاع على ماذكر فخر الإسلام كما فى المصفى ، لكن فى الحقائق قيده بما إذا كان الاختلاف فى الأمتعة المشكلة اهـ بتصرف ذكره أبو السعود (قوله وللحى فى الموت) حرا كان أو رقيقا إذ لايد للميت فبقيت يد الحى بلا معارض هكذا ذكره فى الهداية ، والجامع الصغير للصدر الشهيد وصدر الإسلام وشمس الأئمة الحلوانى وقاضيخان . وفى رواية محمد والزعفرانى للحر منهما بالراء اهـ درر (قوله لأن يد الحر أقوى) علة للمسألة الأولى ، وقوله : ولا يد للميت علة للمسألة الثانية : وهى كون القول للحى فيما إذا مات أحدهما سواء كان الحى الحر أو العبد لأنها إنما تظهر قوة يد الحر إذا كانا حيين أما الميت فلا يد له حرا كان أو عبدا فلذا كان القول للحى منهما ، وفيه لف ونشر مرتب وبحث فيه صاحب اليعقوبية فليراجع (قوله واختارت نفسها) أى لم ترض ببقائها فى نكاحه فاختارت نفسها (قوله فهو للرجل) لتحققه عنده وهى رقيقة والرقيق لاملك له (قوله قبل أن تختار نفسها) الظاهر أنه قيد اتفاق بل الحكم

فهو على ما وصفناه فى الطلاق) بحر وفيه : طلقها ومضت العدة فالمشكل للزوج ولورثته بعده لأنها صارت أجنبية لا يد لها ولما ذكرنا أن المشكل للزوج فى الطلاق فكذا لوارثه أما لومات، وهى فى العدة فالمشكل لها فكأنه لم يطلقها بدليل إرثها ولو اختلف المؤجر والمستأجر فى متاع البيت

كذلك ، ولو بعد الاختيار لأنه لايشترط قيام النكاح كما تقدم ، وعليه فلا فرق وإن وقع الاختلاف بعد الفرقة أو بعد انقضاء المدة تأمل ط بزيادة (قوله فهو على ماوصفناه فى الطلاق) يعنى المشكل للزوج ولها ماصلح لها لأنها وقته حرة كما هو معلوم من السياق واللحاق . ويؤيده قول السراج : ولوكان الزوج حرا والمرأة مكاتبة أو أمة أو مدبرة أو أم ولد وقد أعتقت قبل ذلك ، ثم اختلفا فى متاع البيت فما أحدثا قبل العتق فهو للرجل ، وما أحدثاه بعده فهما فيه كالحرين اه :

قال فى البحر : ثم اعلم أن هذا أى جميع مامر إذا لم يقع التنازع بينهما فى الرق والحرية والنكاح وعدمه ، فإن وقع قال فى الخانية : ولوكانت الدار فى يد رجل وامرأة فأقامت المرأة البينة أن الدار لها وأن الرجل عبدها ، وأقام الرجل البينة أن الدار له والمرأة امرأته تزوجها بألف درهم ، ودفع إليها ولم يقم البينة أنه حر يقضى بالدار والرجل للمرأة ولا نكاح بينهما ، لأن المرأة أقامت البينة على رق الرجل والرجل لم يقم البينة على الحرية فيقضى بالرق ، وإذا قضى بالرق بطلت بينة الرجل فى الدار والنكاح ضرورة وإن كان الرجل أقام بينة أنه حر الأصل والمسألة بحالها يقضى بحرية الرجل ، ونكاح المرأة ويقضى بالدار للمرأة لأنا لم قضينا بالنكاح صار الرجل فى الدار صاحب يد والمرأة خارجة ، فيقضى بالدار لها كما لو اختلف الزوجان فى دار فى أيديهما كانت الدار للزوج فى قولها ، ولو اختلفا فى المتاع والنكاح فأقامت البينة أن المتاع لها وأنه عبدها وأقام أن المتاع له وأنه تزوجها بألف ونقدها فإنه يقضى به عبدا لها وبالمتاع أيضا لها ، وإن برهن على أنه حر الأصل قضى له بالحرية وبالمرأة والمتاع إن كان متاع النساء وإن كان مشكلا قضى بحريته وبالمرأة وبالمتاع لها اه (قوله طلقها ومضت العدة فالمشكل للزوج) قد استفيد هذا من التعميم السابق فى قوله : قام النكاح أولا وصاحب البحر إنما فرض المسألة فيما إذا مات الزوج بعد انقضاء العدة ، وجعل المشكل لوارث الزوج ولا اعتبار للزوجة ، وإن كانت حية لأنها صارت أجنبية إلى آخر مايأتى عن المنح قريبا ولما شرطية والجواب فكذا يكون القول لوارثه ط (قوله لأنها صارت أجنبية) تعليل لقوله : ولورثته بعده يعنى إنما قلنا أن القول للحى لو مات وهى فى نكاحه ، أما بعد انقضاء العدة ، فقد صارت أجنبية فلم يبق لها يد على الصالح لها فكان القول فيه لورثة الزوج ، لأن المتاع فى يدهم بعد مورثهم وفيه تأمل أو هو محمول على ما إذا انتقلت وتركت المتاع بالبيت أما لو بقيت ساكنة بعد انقضاء العدة ، فالظاهر أن المتاع باق فى يدها فيكون القول قولها فى الصالح لها فليحرر .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : ويستفاد من التعليل أنهما لو ماتا فكذلك (قوله ولما ذكرنا الخ) الأولى إسقاطه لعلمه من قوله : ولورثته بعده ولذا لم يذكره فى البحر (قوله أما لو مات الخ) لعله محمول على ما إذا كان الطلاق فى مرض الموت بدليل تعليله بقوله : بدليل إرثها . قال فى المنح قيد بكونهما زوجين للاحتراز عما إذا طلقها فى المرض ، ومات الزوج بعد انقضاء العدة فإن المشكل لوارث الزوج ، لأنها صارت أجنبية لم يبق لها يد وإن مات قبل انقضاء العدة كان المشكل للمرأة فى قول أبى حنيفة ، لأنها ترث فلم تكن أجنبية ، فكان هذا بمنزلة مالو مات الزوج قبل الطلاق كذا فى الخانية .

فالقول للمستأجر بيمينه وليس للمؤجر إلا ما عليه من ثياب بدنه ، ولو اختلف اسكافي وعطار في آلات الأساكفة ، وآلات العطارين وهي في أيديهما فهي بينهما بلا نظر لما يصلح لكل منهما وتمامه في السراج .

(رجل معروف بالفقر والحاجة صار بيده غلام وعلى عنقه بدرة وذلك بداره فادعاه رجل عرف باليسار وادعاه صاحب الدار فهو للمعروف باليسار وكذا كناس في منزل رجل وعلى عنقه قطيفة يقول) الذي هي على عنقه (هي لي وادعاها صاحب المنزل فهي لصاحب المنزل .

رجلان في سفينة بها دقيق فادعى كل واحد السفينة وما فيها وأحدهما يعرف ببيع الدقيق والآخر يعرف بأنه ملاح فالدقيق للذي يعرف ببيعه والسفينة لمن يعرف بأنه ملاح) عملا بالظاهر ، ولو فيها راكب

مطلب تورك على عبارة الشارح

وهذه العبارة هي التي نقلها الشارح هنا إلا أنه أخل بقوله طلقها في المرض ، ثم نقل المصنف بعدها عن البحر وإن علم أنه طلقها ثلاثا في صحته أو في مرضه وقد مات بعد انقضاء عدتها فما كان من متاع الرجال والنساء فهو لورثة الزوج ، وإن مات في عدة المرأة فهو للمرأة كأنه لم يطلق اه فيمكن أن يرجع قوله : وإن مات في عدة المرأة الخ إلى قوله أو مرضه ، ليوافق مانقله عن الخانية ولظهور وجهه حينئذ تأمل (قوله فالقول للمستأجر بيمينه) لأن البيت مضاف إليه بالسكنى ، وقد سبق ذلك في المحترزات .

مطلب تورك على كلام الشارح

(قوله في آلات الأساكفة وآلات العطارين) لعل الواو بمعنى أو ، أى اختلفا في آلات الأساكفة منفردة أو آلات العطارين منفردة ، لأن مااختلفا فيه في أيديهما فيقسم بينهما كما لو اختلفا في سفينة في أيديهما ، أو في دقيق في أيديهما وكان أحدهما ملاحا والآخر بائع الدقيق ، فإن كلا من السفينة والدقيق يقسم بينهما لما ذكرنا بخلاف ما إذا اختلفا فيهما مجتمعين ، فإنه يعطى لكل منهما مايناسبه ، كما لو اختلفا في سفينة ودقيق : وهي التي تأتي في المتن أما لو لم نحمل الواو على معنى أو وتركنا العبارة على ظاهرها وأعطينا الإسكاف نصف آلات العطار والعطار نصف آلات الإسكاف فنكون تركنا الاستصحاب والعمل بالظاهر من الحال ويكون خالف هذا الفرع ماقبله وما بعده ، ويعكر علينا ذلك ، لأن تلك الفروع تقتضي أن لكل ماعرف به فتأمل وراجع (قوله فهي بينهما الخ) لأنه قد يتخذه لنفسه أو البيع ، فلا يصلح مرجحا تأمل وتفطن (قوله وعلى عنقه بدرة) هي كيس فيه ألف أو عشرة آلاف درهم أو سبعة آلاف دينار اه قاموس والظاهر أن المراد بها المال الكثير (قوله وذلك بداره) يفهم مفهومه بالأولى (قوله فهو للمعروف باليسار) وهذا كالذى بعده مما عمل فيه الأصحاب بظاهر الحال .

مطلب استنبط صاحب البحر أن من شرط صحة الدعوى

أن يكذب المدعى ظاهر حاله وقد تقدم تحقيقه أول الدعوى

قال في البحر : وقد استنبطت من فرع الغلام أن من شرط سماع الدعوى أن لايكذب المدعى ظاهر حاله كما هو مصرح به في كتب الشافعية فلو ادعى فقير ظاهر الفقر على رجل أموالا عظيمة قرضا أو ثمن مبيع لاتسمع فلا جواب لها وقدمنا تحقيق ذلك أوائل الدعوى (قوله وعلى عنقه قطيفة) القطيفة دثار مخمل والجمع قطائف وقطف مثل صحيفة وصحف كأنهما جمع قطيف وصحيف ومنه القطائف التي تؤكل صحاح (قوله الذى هي) هكذا

وآخر ممسك وآخر يجذب وآخر يمدها وكلهم يدعونها فهى بين الثلاثة أثلاثا ولا شىء للماد .

رجل يقود قطارا بل وآخر راكب أن على الكل متاع الراكب فكلها له والقائد أجيره وأن لا شىء عليها فللراكب ما هو راكبه والباقى للقائد بخلاف البقر والغنم وتمامه فى خزانة الأكمل .

فى نسختى التى بيدى وهى الصحيحة وفى بعض النسخ كنسخة الطحطاوى الذى هو بضمير المذكر وكتب عليها الأولى : هى بضمير المؤنثة وكذا يقال فى ادعاه (قوله وآخر ممسك) الظاهر أنه ماسك الدفة التى هى للسفينة بمنزلة اللجام للدابة (قوله وآخر يجذب) بحبلها على البر (قوله وآخر يمدها) أى يجريها بمقدافها (قوله ولا شىء للماد) لأنه لايدله فيها أو أجبرهم على العمل بخلاف الباقين لأنهم المتصرفون فيها التصرف المعتاد (قوله وآخر راكب) أى بعيرا منها (قوله إن على الكل متاع الراكب) أى إن كان على جميع الإبل متاع الراكب فجميع الإبل للراكب وإن لم يكن على الإبل شىء من الحمل فللراكب البعير الذى هو راكب عليه مع ماعليه وباقى الإبل للقائد قاله أبو الطيب ، والظاهر أن الحكم كذلك لو كان على الكل متاع القائد ، فإن اختلفا فى المتاع كيف يكون ويراجع :

مطلب تورك على كلام الشارح

(قوله بخلاف البقر والغنم) أى إذا كان عليها رجلان أحدهما قائد ، والآخر سائق فهى للسائق إلا أن يقود شاة معه ، فتكون له تلك الشاة وحدها بحر عن نوادر المعلى : أى إلا أن يكون السائق للبقر أو الغنم معه شاة يقودها : أى أو بقرة فيكون له تلك للشاة أو البقرة وحدها ، وانقطع حكم السوق ، ويكون الباقى لقائدها وعليه فكلام الشارح غير تام (قوله وتمامه فى خزانة الأكمل) ويأتى تمام تفاريع هذه المسائل فى الفصل الآتى وذكر فى المنح مسائل من هذا القبيل فقال : دخل رجل فى منزل يعرف الداخل أنه ينادى ببيع الذهب والفضة أو المتاع ، ومعه شىء من ذلك فادعياه ، فهو لمن يعرف ببيعه ، ولا يصدق رب المنزل وإن لم يكن كذلك القول قول رب المنزل .

رجل خرج من دار إنسان وعلى عنقه متاع رآه قوم وهو معروف ببيع مثله من المتاع فقال صاحب الدار : ذلك المتاع متاعى ، والحامل يدعيه فهو للذى يعرف به وإن لم يعرف به ، فهو لصاحب الدار اهـ .

مطلب لاتسمع الدعوى بعد مضى المدة

قال فى البحر عن ابن الغرس رجل ترك الدعوى ثلاثا وثلاثين سنة ولم يكن له مانع من الدعوى ثم ادعى لم تسمع دعواه لأن ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهرا ، وقدمنا عنهم أن من القضاء الباطل القضاء بسقوط الحق بمضى سنين ، لكن مافى المبسوط لايخالفه ، فإنه ليس فيه قضاء بالسقوط ، وإنما فيه عدم سماعها .

مطلب نهى السلطان عن سماع حادثة لها خمس عشرة سنة

وقد كثر السؤال بالقاهرة عن ذلك مع ورود النهى من السلطان أيده الله تعالى بعدم سماع حادثة لها خمس عشرة سنة وقد أفتيت بعدم سماعها عملا بنهيه اعتمادا على مافى خزانة المفتين ، والله سبحانه وتعالى أعلم اهـ .

. . . .

مطلب لاتسمع الدعوى بعد مضى ثلاثين سنة إذا كان الترك بلا عذر شرعى

من كون المدعى غائبا أو صبيا أو مجنونا وليس لهما ولى أو المدعى عليه
ذا شوكة أو أرض وقف ليس لها ناظر

وفى الحامدية عن الولوالجية : رجل تصرف زمانا فى أرض ورجل آخر رأى الأرض، والتصرف ولم يدع مات على ذلك لم تسمع بعد ذلك دعوى ولده فتترك على يد المتصرف ، لأن الحال شاهد اه.

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى فى عقوده الدرية بعد كلام أقول: والحاصل من هذه النقول أن الدعوى بعد مضى ثلاثين سنة أو بعد ثلاثةوثلاثين لاتسمع إذاكان الترك بلا عذر من كون المدعى غائبا أو صبيا أو مجنونا، وليس لهما ولى أو المدعى عليه أميرا جائرا يخاف منه أو أرض وقف ليس لها ناظر ، لأن تركها هذه المدة مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهرا كما مر عن المبسوط ، وإذاكان المدعى ناظرا ومطلعا على تصرف المدعى عليه إلى أن مات المدعى عليه لاتسمع الدعوى على ورثته كما مر عن الخلاصة . وكذا لو مات المدعى لاتسمع دعوى ورثته كما مر عن الولوالجية، والظاهر أن الموت ليس بقيد وأنه لاتقدير بمدة مع الإطلاع على التصرف لما ذكره المصنف ، والشارح فى مسائل شتى آخر الكتاب .

مطلب باع عقارا أو غيره وزوجته أو قريبه حاضر ساكت يعلم البيع لاتسمع دعواه

باع عقارا أو حيوانا أو ثوبا وابنه وامرأته أو غيرهما من أقاربه حاضر يعلم به ثم ادعى الابن مثلا أنه ملكه لاتسمع دعواه كذا أطلقه فى الكنز والملتقى وجعل سكوته كالإفصاح قطعا للتزوير والحيل ه

مطلب لا يعد سكوت الجار رضا بالبيع إلا إذا سكت عند التسليم والتصرف

بخلاف الأجنبى فإن سكوته ولو جارا لايكون رضا إلا إذا سكت الجار وقت البيع والتسليم ، وتصرف المشترى فيه زرعا وبناء فحينئذ لاتسمع دعواه على ماعليه الفتوى قطعا للأطماع الفاسدة اه ، وقوله : لاتسمع دعواه أى دعوى الأجنبى ، ولو جارا كما فى حاشية الخير الرملى على المنح وأطال فى تحقيقه فى فتاويه الخيرية من كتاب الدعوى، فقد جعلوا فى هذه المسألة مجرد السكوت عند البيع مانعا من دعوى القريب ونحوه كالزوجة بلا تقييد باطلاع على تصرف المشترى ، كما أطلقه فى الكنز والملتقى ، وأما دعوى الأجنبى ، ولو جارا فلا يمنعها مجرد السكوت عند البيع ، بل لابد من الاطلاع على تصرف المشترى ، ولم يقيدوه بمدة ولا بموت كما ترى .

مطلب مايمنع صحة دعوى المورث يمنع صحة دعوى وارثه

لأن مايمنع صحة دعوى المورث يمنع صحة دعوى الوارث لقيامه مقامه كما فى الحاوى الزاهدى وغيره وتأمل ثم إن مافى الخلاصة والولوالجية يدل على أن البيع غير قيد بالنسبة إلى الأجنبى ، ولو جارا بل مجرد الاطلاع على التصرف مانع من الدعوى وإنما فائدة التقييد بالبيع هى الفرق بين القريب والأجنبى فإن القريب للبائع لاتسمع دعواه إذا سكت عند البيع بخلاف الأجنبى ، فإنه لاتسمع إذ اطلع على تصرف المشترى وسكت

فالمانع لدعواه هو السكوت عند الاطلاع على التصرف لا السكوت عند البيع فلأجل الفرق بينهما صوروا المسألة بالبيع ووجه الفرق بينهما مع تمام بيان هذه المسألة محرر في [حواشينا رد المحتار على الدر المختار].

ثم رأيت في فتاوى المرحوم العلامة الغزى صاحب التنوير ما يؤيد ذلك ونصه : سئل عن رجل له بيت في دار يسكنه مدة تزيد على ثلاث سنوات ، وله جار بجانبه والرجل المذكور يتصرف في البيت المزبور هدما وعمارة مع إطلاع جاره على تصرفه في المدة المذكورة ، فهل إذا ادعى البيت أو بعضه بعد ماذكر من تصرف الرجل المذكور في البيت هدما وبناء في المدة المذكورة تسمع دعواه أم لا : أجاب ؟ لاتسمع دعواه على ماعليه الفتوى اهـ .

فانظر كيف أفتى بمنع سماعها من غير القريب بمجرد التصرف مع عدم سبق البيع ، وبدون مضى خمس عشرة سنة أو أكثر .

ثم اعلم أن عدم سماع الدعوى بعد مضى ثلاثين سنة أو بعد الإطلاع على التصرف ليس مبنيا على بطلان الحق ذلك ، وإنما هو مجرد منع للقضاة عن سماع الدعوى مع بقاء الحق لصاحبه، حتى لو أقر به الخصم يلزمه ، ولو كان ذلك حكما ببطلانه لم يلزمه ويدل على ما قلناه تعليلهم للمنع بقطع التزوير والحيل كما مر فلا يرد ما في قضاء الأشباه من أن الحق لا يسقط بتقادم الزمان ، ثم رأيت التصريح بما نقلناه في البحر قبيل فصل دفع الدعوى وليس أيضا مبنيا على المنع السلطاني حيث منع السلطان عز نصره قضاته من سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة في الأملاك وثلاثين سنة في الأوقاف، بل هو حكم اجتهادى نص عليه الفقهاء كما رأيت فاغتنم تحرير هذه المسألة فإنه من مفردات هذا الكتاب والحمد لله المنعم الوهاب اهـ .

أقول : وعلى هذا لو ادعى على آخر دارا مثلا وكان المدعى عليه متصرفا فيها هدما وبناء أو مدة ثلاثين سنة وسواء فيه الوقف والملك ، ولو بلا نهى سلطانى أو خمس عشرة سنة ، ولو بلا هدم وبناء فيهما ، والمدعى مطلع على التصرف في الصور الثلاث مشاهد له في بلدة واحدة ، ولم يدع ولم يمنعه من للدعوى مانع شرعى لا تسمع دعواه عليه . أما الأول : فلاطلاعه على تصرفه هدما وبناء وسكوته ، وهو مانع من الدعوى كما عرفت. وأما الثانى : فلتركه الدعوى للمدة المزبورة وسكوته، وهو دليل عدم الحق له ، ولأن صحة الدعوى شرط لصحة القضاء والمنع منه حكم اجتهادى كما علمت . وأما الثالث : فللمنع من السلطان نصره الرحمن قضاته في سائر ممالكه عن سماعها بعد خمس عشرة سنة إذا كان تركها لغير عذر شرعى في الملك لا لكون التقادم يبطل الحق بدليل أن الحق باق ، ويلزمه لو أقر به في مجلس القاضى ، فلو قال : لا أسلمها لمضى هذه المدة مع عدم دعواه علىّ وهو مانع منها لا يلتفت إلى تعلله وتنزع من يده فلو ادعى أن المدعى عليه أقر لى بها في أثناء هذه المدة ، وهو ينكره ينبغى أن لا تسمع أيضا لأنه لما كان المنع من سماع أصل الدعوى ففرعها وهو الإقرار أولى بالمنع لما أن النهى مطلق فيشملهما إلا إذا كان الإقرار عند القاضى كما عرفت ، فتنزع من يده لإبطاله ملكه ولإلزامه الحجة على نفسه : وهى الإقرار بعدم صحة تصرفه .

مطلب لو ترك دعواه المدة ثم أقام بينة على أن المدعى عليه أقر له بها تسمع

لكن يعارض ذلك إطلاق عبارة الإسماعيلية حيث قال فيما إذا كانت دار بين زيد وهند فوضع زيد يده على الدار المزبورة مدة تزيد على خمس عشرة سنة ، وطلبت هند منه في أثناء المدة أن يقسم لها حصتها وأجابها

إلى ذلك ، ومات ولم يقسم لها فطالبت أولاده بحصتها فى الدار فذكروا بأن والدهم تصرف أكثر من خمس عشرة سنة ولم تدع عليه هند ولم يمنعها من الدعوى مانع شرعى ، فلا تسمع دعواها بذلك ، فهل تسمع دعواها حيث كان معترفا بأن لها فى الدار حصة أجاب : تسمع دعواها حيث كان معترفا بأن لها حصة اه إلى غير ذلك من الأجوبة إلا أنه لم يعز ذلك لأحد كما هو عادته فى فتاواه لكن يؤيده إطلاق التنقيح أيضا فتأمل وراجع يظهر لك الحق أما عدم ترك الدعوى فى مدة الخمس عشرة سنة ، فيشترط كون الدعوى عند القاضى ، فإن ادعى عند القاضى مرارا فى أثناء المدة التى هى خمس عشرة سنة إلا أن الدعوى لم تفصل ، فإن دعواه تسمع ولا يمنع مرور الزمان أما لو كان المدعى أو المدعى عليه غائبا مسافة لسفر ثم حضر مرارا فى أثناء المدة التى هى خمس عشرة سنة وسكت ثم أراد أن يدعى بعد ذلك ، فلا تسمع دعواه كذا فى فتاوى على أفندى ، وإذا كان المانع شوكة المدعى عليه وزالت فلا يمنع الدعوى إلا إذا استدام زوال شوكته خمس عشرة سنة ، فلو زالت شوكته أقل من خمس عشرة سنة ثم صار ذا شوكة لا يمنع بعد ذلك من الدعوى لأنه لم يصدق أنه ترك الدعوى فى مسألة زوال الشوكة خمس عشرة سنة ، وإنما قيدت بقولى عند القاضى ، فلو ترك المدة المزبورة إلا أنه فى أثناء ذلك ادعى مرارا عند غير القاضى لا تعتبر دعواه كما فى تنقيح سيدى الوالد رحمه الله تعالى ، هذا ما ظهر لى تفقها أخذا من مفهوم عبارات السادة الأعلام بوأهم الله تعالى دار السلام .

وأقول : لكن المعتبر الآن ما تقرر فى المجلة الشرعية فى الأحكام العدلية ، وصدر الأمر الشريف السلطانى بالعمل بمواجبه أن دعوى الإقرار بعد مضى مدة المنع من سماع الدعوى لاتسمع إذا ادعى أنه أقرله بها من جمعة أو سنة مثلا إلا إذا كان الإقرار عند القاضى أو تحرر به سند شرعى بإمضاء المقر أو ختمه المعروفين ، وكان بمحضر من الشهود وشهدوا بذلك فإنها تسمع حينئذ إذالم يمضى على الإقرارخمس عشرة سنة ، أو كان دعوى الإقرار على عقار وكان يستأجره المدعى عليه مدة تزيد على خمس عشرة سنة ، والمستأجر يدعى التصرف ، وينكر الاستئجار وأثبت المدعى الاستئجار ، ومواصلة الأجرة فى كل سنة وكان ذلك معروفا بين الناس ، فإنها تسمع الدعوى حينئذ ، وليس للمدعى عليه حق فى دعوى التصرف المدة الممنوع من سماع الدعوى بها وأيضا فإن أول ابتداء مدة المنع من حين زوال العذر كما تقدم .

ودعوى المرأة مهرها المؤجل إذا تركت دعواه والوقف المرتب بثم إذا كان المدعى محجوبا بالطبقة إذا استحق بزوالها وترك دعواه ، فإنه يعتبر مدة الترك من حين الوفاة أو الطلاق وزوال الدرجة لو كان خمس عشرة سنة لا تسمع .

ودعوى الدين على معسر أيسر إذا تركها المدة المذكورة من حين اليسار

ومدة عدم سماع الدعوى فى الوقف ست وثلاثون سنة إذا كان بدون عذر شرعى وكان للوقف متول .

وأما دعوى الأراضى الأميرية فمن بعد مرور عشر سنين لا تسمع الدعوى بها ولا بشىء من حقوقها .

وأما الدعوى فى المنافع العامة كالطريق العام والنهر العام والمرعى ، وأمثال ذلك إذتصرف بها أحد أى مدة كانت فإنها تسمع الدعوى عليه بها .

وأن القاصر إذا ادعى عقارا إرثا عن والده مثلا بعد بلوغه ، وأثبته بالبينة الشرعية فلا يسرى سماع الدعوى لبقية الورثة الباقين البالغين التاركين للدعوى مدة المنع ومثله من كان مسافرا .

وأنه إذا ترك شخص الدعوى عشر سنين مثلا بلا عذر شرعى ومات ، وترك دعواها وارثه أيضا البالغ

. . . .

عشر سنين أو خمس سنين ، فلاتسمع دعوى الوارث حينئذ لأن مجموع المدتين مدة المنع وأيضا المالك والمشترى منه إذا تركا الدعوى كذلك لا تسمع دعوى المشترى فيما يتعلق بحقوق المبيع إذا كان مجموع المدتين خمس عشرة سنة كما فى الباب الثانى من كتاب الدعوى من المجلة وفيها من المادة (١٨٣٠) لو أقر المدعى عليه ثم غاب قبل الحكم عليه وكان الإقرار لدى القاضى ، فله أن يحكم عليه فى غيابه . وكذلك لو ثبت الحق عليه بالبينة الشرعية وغاب قبل التزكية والحكم ، فللحاكم أن يزكى الشهود ويحكم عليه فى غيبته وفيها من المادة (١٨٣٤) لو أقيمت البينة على وكيل المدعى عليه ثم حضر المدعى عليه بالذات فللحاكم أن يحكم عليه . وكذا بالعكس يحكم على الوكيل وكذلك لو أقيمت البينة على أحد الورثة بحق ، ثم غاب فللحاكم أن يحضر وارثا آخر ليحكم عليه وفيها فى المادة المذكورة إذا طلب الحاكم الشرعى الخصم بطلب المدعى ، وامتنع عن الحضور بلا عذر فللحاكم إحضاره جبرا وإذا لم يمكن احضاره فبعد طلبه بورقة الأحضار ثلاث مرات فى ثلاثة أيام ولم يمكن إحضاره فللحاكم أن ينصب عنه وكيلا لتقام عليه الدعوى والبينة ويحكم عليه .

مطلب فى أمرد كره خدمة سيده لفسقه فادعى السيد عليه مبلغا سماه

وقامت الأمارات على السيد بأن غرضه استبقاؤه لاتسمع دعواه

فرع : سئل فى شاب أمرد كره خدمة من هو فى خدمته لمعنى هو أعلم بشأنه وحقيقته فخرج من عنده فاتهمه أنه عمد إلى سبته وكسره فى حال غيبته وأخذ منه كذا المبلغ سماه وقامت أمارة عليه بأن غرضه منه بذلك استبقاؤه واستقراره فى يده على مايتوخاه هل يسمع القاضى والحالة هذه عليه دعواه ، ويقبل شهادة من هو متقيد بخدمته ، وأكله وشربه من طعامه ومرقته ، والحال أنه معروف بحب الغلمان الجواب ، ولكم فسيح الجنان .

الجواب : قد سبق لشيخ الإسلام أبى السعود العمادى رحمه الله تعالى فى مثل ذلك فتوى بأنه يحرم على القاضى سماع مثل هذه الدعوى معللا بأن مثل هذه الحيلة معهود فيما بين الفجرة واختلاقاتهم فيما بين الناس مشتهرة وفيها من لفظه رحمه الله تعالى : لابد للحكام أن لايصغو لمثل هذه الدعاوى ، بل يعزروا المدعى ، ويحجزوه عن التعرض لمثل ذلك الغمر المنخدع وبمثله أفتى صاحب تنوير الأبصار ، لانتشار ذلك فى غالب القرى والأمصار ، ويؤيد ذلك فروع ذكرت فى باب الدعوى ، تتعلق باختلاف حال المدعى ، وحال المدعى عليه ، ويزيد ذلك بعد إشهاده من بعشاه يتعشى ، وبغداه يتغدى ، فلا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم إنا لله وإنا إليه راجعون ما شاء الله كان وما لم يشأ لم يكن والله تعالى أعلم فتاوى الخيرية .

وعبارة المصنف فى فتاويه بعد ذكره فتوى أبى السعود وأنا أقول : إن كان الرجل معروفا بالفسق وحب الغلمان والتحيل لا تسمع دعواه ولا يلتفت القاضى لها وإن كان معروفا بالصلاح والفلاح فله سماعها والله تعالى أعلم وأستغفر الله العظيم .

فصل فى دفع الدعاوى

لما قدم من يكون خصما ذكر من لا يكون خصما (قال ذواليد هذا الشيء) المدعى به منقولا كان أوعقارا (أودعنيه أو أعارنيه أو آجرنيه

مطلب دفع الدعوى صحيح وكذا دفع الدفع وما زاد عليه قبل الحكم وبعده على الصحيح إلا فى المخمسة

فصل فى دفع الدعاوى

قال فى الأشباه دفع الدعوى صحيح وكذا دفع الدفع وما زاد عليه يصح هو المختار وكما يصح الدفع قبل إقامة البينة يصح بعدها وكما يصح قبل الحكم يصح بعده إلا فى المسألة المخمسة كما كتبناه فى الشرح ، وكما يصح عند الحاكم الأول يصح عند غيره وكما يصح قبل الاستمهال يصح بعده هو المختار إلا فى ثلاث : الأولى : إذا قال لى دفع ولم يبين وجهه لا يلتفت إليه . الثانية : لو بينه لكن قال : بينتى غائبة عن البلد لم تقبل . الثالثة : لو بين دفعا فاسدا ولو كان الدفع صحيحا وقال بينتى حاضرة فى المصر يمهله إلى المجلس الثانى كذا فى جامع الفصولين والإمهال هو المفتى به كما فى البزازية ، وعلى هذا : لو أقر بالدين فادعى إيفاءه أو لإبراء فإن قال : بينتى فى المصر لا يقضى عليه بالدفع ، وإلا قضى عليه الدفع بعد الحكم صحيح إلا فى المسألة المخمسة كما ذكرته فى الشرح

مطلب لا يصح الدفع من غير المدعى عليه إلا إذا كان أحد الورثة

الدفع من غير المدعى عليه لا يصح إلا إذا كان أحد الورثة اه أى فإنه يسمع دفعه وإن ادعى على غيره لقيام بعضهم مقام الكل ، حتى لو ادعى مدع على أحد الورثة فبرهن الوارث الآخر أن المدعى أقر بكونه مبطلا فى الدعوى تسمع كما فى البحر ، لأن أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما لهم وعليهم (قوله ذكر من لا يكون خصما) لأن معرفة الملكات قبل معرفة الإعدام ، فإن قيل الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصما أيضا قلت : نعم من حيث الفرق لا من حيث القصد الأصلى عناية (قوله هذا الشيء أودعنيه الخ) أطلق قوله هذا فشمل أنه قال ذلك وبرهن عليه قبل تصديقه المدعى فى أن الملك اه أو بعد تصديقه كما فى تلخيص الجامع ، أو أنكر كونه ملكاله ، فطلب من المدعى البرهان فأقامه ولم يقض القاضى حتى دفعه المدعى بأحد هذه الأشياء كما فى الشروح . فظهر أن قوله فى التصوير زيد لغائب بناء لما فى الشروح فيحمل على التمثيل ، لكن فى نور العين برمز قش : ادعى ذواليد وديعة ولم يمكنه إثباتها حتى حكم للمدعى ونفذ حكمه ، ثم لو برهن على الإيداع لا يقبل فلو قدم الغائب فهو على حجته .

مطلب لا تندفع الدعوى لو كان المدعى هالكا

يقول الحقير : فيه إشكال لما سيأتى فى أواخر هذا الفصل نقلا عن الذخيرة أنه كما يصح الدفع قبل الحكم يصح بعده أيضا ، ولعله بناء على أن الدفع بعد الحكم لا يسمع ، وهو خلاف القول المختار كما سيأتى أيضا هناك والله تعالى أعلم اه وأشار بقوله هذا الشيء إلى أن المدعى به قائم كما صرح به الشارح إذ لو كان هالكا لا تندفع الخصومة ، فيقضى بالقيمة على ذى اليد للمدعى ، ثم إن حضر الغائب فصدقه فيما قال : ففى الوديعة والرهن والإجارة والمضاربة والشركة يرجع المدعى عليه على الغائب بما ضمن ، ولا يرجع المستعير والغاصب والسارق

أو رهنيه زيد الغائب أو غصبته منه) من الغائب (وبرهن عليه) على ما ذكر

كما فى العمادية وإلى أنه أعم من أن يكون منقولا أو عقارا كما صرح به الشارح أيضا كما فى المبسوط ، وظاهر هذا القول على أن ذا اليد ادعى إيداع الكل أو عاريته أو رهنه الخ .

مطلب قال النصف لى والنصف وديعة لفلان هل تبطل الدعوى فى الكل وفى النصف

ولو ادعى أن نصفه ونحوه ملكه ونصفه الآخر وديعة فى يده لفلان الغائب قيل لا تبطل دعوى المدعى إلا فى النصف وإليه الإشارة فى بيوع الجامع الكبير كما فى الذخيرة وقيل تبطل فى الكل لتعذر التمييز وعليه كلام المحيط والخانية والبحر واختار فى الاختيار ولكن قال صاحب العمادية فى هذا القول نظر فيظهر منه أن المختار عنده عدم البطلان فى النصف ونقل فى جامع الفصولين هذا النظر من غير تعرض وكذا صاحب نور العين واقتصر المصنف على الدفع بما ذكر للاحتراز عما إذا زاد وقال كانت دارى بعتها من فلان وقبضها ثم أودعنيها أو ذكر هبة وقبضا لم تندفع إلا أن يقر المدعى بذلك ولو أجاب المدعى عليه بأنها ليست لى أو هى لفلان ولم يزد لا يكون دفعا حموى ملخصا .

قال فى البحر : وأشار بقوله وبرهن عليه أى على ما قال إلى أنه لو برهن على إقرار المدعى أنه لفلان ولم يزيدوا فالخصومة بينهما قائمة كما فى خزانة الأكمل اهـ لكن يخالفه ما ذكره بعد عن البزازية أنها تندفع فى هذه الصورة وكذا مخالف لما قدمه قبل أسطر عن خزانة الأكمل لكن ما قدمه فيه الشهادة على إقرار المدعى أن رجلا دفعه إليه وما هنا على إقراره بأنه لفلان بدون التصريح بالدفع فتأمل .

مطلب حيلة إثبات الرهن على الغائب

(قوله أو رهنيه) هذه مما تصلح حيلة لإثبات الرهن فى غيبة الراهن كما فى حيل الولوالجية .

مطلب لا بد من تعيين الغائب فى الدفع والشهادة

(قوله زيد الغائب) أتى باسم العلم لأنه لو قال أودعنيه رجل لا أعرفه لم تندفع فلابد من تعيين الغائب فى الدفع وكذا فى الشهادة كما يذكره الشارح فلو ادعاه من مجهول وشهدا بمعين أو عكسه لم تندفع بحر وفيه عن خزانة الأكمل والخانية لو أقر المدعى أن رجلا دفعه إليه أو شهدوا على إقراره بذلك فلا خصومة بينهما .

مطلب أطلق فى الغائب فشمل البعيد والقريب

وأطلق فى الغائب فشمل ما إذا كان بعيدا معروفا يتعذر الوصول إليه أو قريبا (قوله أو غصبته منه) المراد أن المدعى ادعى ملكا مطلقا فى العين ولم يدع فعلا وحاصل جواب المدعى عليه أنه ادعى أن يده يد أمانة أو مضمونة والملك لغيره (قوله وبرهن عليه) مزاده بالبرهان أى بعد إقامة المدعى البرهان على مدعاه لأنه لما ادعى الملك أنكره المدعى عليه فطلب منه البرهان ولم يقض القاضى به حتى دفعه المدعى عليه بما ذكرنا وبرهن على الدفع ، ولابد من ذلك حتى لو قضى للمدعى لم يسمع برهان ذى اليد كما فى البحر . لكن قدمنا عن نور العين معزيا للذخيرة أن المختار خلافه ، وهو أنه كما يصح الدفع قبل الحكم يصح بعده أيضا فلا تنسه ، وقد يجاب بأنه إذا لم يدع الإيداع أو ادعاه ، ولم يبرهن عليه لم يظهر أن يده ليست يد خصومة فتوجهت عليه دعوى الخارج ، وصح الحكم بها بعد إقامة البينة على الملك لأنها قامت على خصم ، ثم إذا أراد المدعي عليه أن يثبت

. . . .

الإيداع لا يمكنه ؛ لأنه صار أجنبيا يريد إثبات الملك للغائب ، وإيداعه فلم تتضمن دعواه إبطال القضاء السابق والدفع إنما يصح إذا كان فيه برهان على إبطال القضاء ، ولما لم يقبل برهانه ولا دعواه لما قلنا لم يظهر بطلان القضاء ، وعلى هذا لا ترد المسألة على القول المختار فليتأمل .

قال فى نور العين : ادعى ملكا مطلقا فقال المدعى عليه اشتريته منك فقال المدعى : قد أقلت البيع فلو قال الآخر : إنك أقررت أني ما اشتريته يسمع إذا ثبتت العدالة إذ ويصح الدفع قبل إقامة البينة وبعدها وقبل الحكم وبعده ودفع الدفع ، وإن كثر صحيح فى المختار ، حتى لو برهن على مال وحكم له فبرهن خصمه أن المدعى أقر قبل الحكم أنه ليس عليه شيء بطل الحكم .

قال صاحب جامع الفصولين أقول : ينبغي أن لا يبطل الحكم لو أمكن التوفيق بحدوثه بعد إقراره على ما سيأتي قريبا فى فش أنه لم يبطل الحكم الجائز بشك .

يقول الحقير : قوله : ينبغي محل نظر لأن ما فى ذ بناء على اختيار اشتراط التوفيق، وعدم الاكتفاء بمجرد إمكان التوفيق كما مر مرارا فقط متقدمو مشايخنا جوزوا دفع الدفع وبعض متأخريهم على أنه لا يصح ، وقيل يصح ما لم يظهر احتيال وتلبيس .

فش : حكم له بمال ثم رفعا إلى قاض آخر وجاء المدعى عليه بالدفع يسمع ، ويبطل حكم الأول وفيه لو أتى بالدفع بعد الحكم فى بعض المواضع لا يقبل نحو أن يبرهن بعد الحكم أن المدعى أقر قبل الدعوى أنه لا حق له فى الدار لا يبطل الحكم لجواز التوفيق بأنه شراه بخيار فلم يملكه فى ذلك الزمان ، ثم مضى الخيار وقت الحكم فملكه فلما احتمل هذا لم يبطل الحكم الجائز بشك ولو برهن قبل الحكم يقبل ولا يحكم إذ الشك يدفع الحكم ولا يرفعه .

يقول الحقير : الظاهر أنه لو برهن قبل الحكم فيما لم يكن التوفيق خفيا ينبغي أن لا يقبل ، ويحكم على مذهب من جعل إمكان التوفيق كافيا إذ لا شك حينئذ لأن إمكانه كتصريحه عندهم والله تعالى أعلم اهـ :

ثم نقل عن البزازية المقتضى عليه : لا تسمع دعواه بعده فيه إلا أن يبرهن على إبطال القضاء بأن ادعى دارا بالإرث وبرهن، وقضى ثم ادعى المقضى عليه الشراء من مورث المدعى أو ادعى الخارج الشراء من فلان وبرهن المدعى عليه على شرائه من فلان أو من المدعى قبله أو يقضى عليه بالدابة فبرهن على نتاجها عنده اهـ .

مطلب أراد بالبرهان الحجة سواء كانت بينة أو إقرار المدعى

ومراده بالبرهان وجود حجة على ما قال سواء كانت بينة أو إقرار المدعى كما فى البحر ، وقدمنا ما يدل عليه قريبا لكن لا تشترط المطابقة اعين ما ادعاه لما فى البحر أيضا عن خزانة الأكمل قال : شهدوا أن فلانا دفعه إليه ولا ندرى لمن هو ، فلا خصومة بينهما ، ولو لم يبرهن المدعى عليه ، وطلب يمين المدعى استحلفه القاضى فإن حلف على العلم كان خصما وإن نكل فلا خصومة اهـ .

وفى الخزانة : ولو لم يبرهن المدعى عليه وطلب يمين المدعى استحلفه القاضى ، فإن حلف على العلم كان خصما وإن نكل فلا خصومة اهـ وإن ادعى أن الغائب أودعه عنده يحلفه الحاكم بالله لقد أودعها إليه على البتات لا على العلم ، لأنه وإن كان فعل الغير لكن تمامه به وهو القبول بزازية .

قال البدر العيني : والشرط إثبات هذه الأشياء دون الملك حتى لو شهدوا بالملك للغائب دون هذه الأشياء

والعين قائمة لاهالكة وقال الشهود نعرفه باسمه ونسبه أو بوجهه وشرط محمد معرفته بوجهه أيضا فلو حلف لا يعرف فلانا وهو لا يعرفه إلا بوجهه لايحنث ذكره الزيلعي وفى الشرنبلالية عن خط العلامة المقدسي عن البزازية : أن تعويل الأئمة على قول محمد اه فليحفظ .

(دفعت خصومة المدعي)

لم تندفع الخصومة وبالعكس تندفع (قوله والعين قائمة) مفهومه أنها لاتندفع لو كان المدعى هالكا وسيأتى ، وبه صرح فى العناية أخذا من خزانة الأكمل فقال : عبد هلك فى يد رجل أقام رجل البينة أنه عبده ، وأقام الذى مات فى يده أنه أودعه فلان أو غصبه أو آجره ولم يقبل وهو خصم ، فإنه يدعى القيمة عليه وإيداع الدين لايمكن ، ثم إذا حضر الغائب وصدقه فى الإيداع والإجارة والرهن رجع عليه بما ضمن للمدعى . أما لو كان غصبا لم يرجع وكذا فى العارية والإباق مثل الهلاك ههنا ، فإن عاد العبد يوما يكون عبدا لمن استقر عليه الضمان اه . وكأن الشارح أخذ التقييد من الإشارة بقوله المار : هذا الشيء لأن الإشارة الحسية لا تكون إلا إلى موجود فى الخارج كما أفاده فى البحر وأشرنا إليه فيما سبق (قوله وقال الشهود نعرفه) أى الغائب المودع باسمه ونسبه .

قال فى البحر : لابد من تعيين الغائب فى الدفع والشهادة فلو ادعاه من مجهول وشهدا بمعين أو عكسه لم تندفع (قوله أو بوجهه) فمعرفتهم وجهه فقط كافية عند الإمام كما فى البزازية (قوله وشرط محمد معرفته بوجهه أيضا) صواب العبارة وشرط محمد معرفته بوجهه واسمه ونسبه أيضا أو يقول : ولم يكتف محمد بمعرفة الوجه فقط .

قال فى المنح : فعنده لابد من معرفته بالوجه والاسم والنسب اه ومحل الاختلاف فيما إذا ادعاه الخصم من معين بالاسم ، والنسب فشهدا بمجهول لكن قالا : نعرفه بوجهه أما لو ادعاه من مجهول لم تقبل الشهادة إجماعا كذا فى شرح أدب القاضي للخصاف (قوله فلو حلف لايعرف فلانا) لا يخفى أن التفريع غير ظاهر فكان الأولى أن يقول : ولم يكتف محمد بمعرفة الوجه فقط يدل عليه قول الزيلعي والمعرفة بوجهه فقط لا تكون معرفة ألا ترى إلى قوله عليه الصلاة والسلام لرجل « أتعرف فلانا ؟ فقال : نعم فقال : هل تعرف اسمه ونسبه ؟ فقال لا : فقال إذا لا تعرفه » وكذا لو حلف لا يعرف فلانا ، وهو لايعرفه إلا بوجهه لا يحنث (قوله ذكره الزيلعي) عبارته وهذا كله فيما إذا قال الشهود نعرف صاحب المال وهو المودع أو المعير باسمه ونسبه ووجهه لأن المدعي يمكنه أن يتبعه وإن قالوا لا نعرفه بشيء من ذلك لايقبل القاضي شهادتهم ولا تندفع الخصومة عن ذى اليد بالإجماع ، لأنهم ما أحالوا المدعى على رجل معروف تمكن مخاصمته ، ولعل المدعى هو ذلك الرجل ، ولو اندفعت لبطل حقه ولأنه لو كان المدعى هو المودع لا يبطل ، وإن كان غيره يبطل فلا يبطل بالشك والاحتمال دفعا للضرر عنه إلا إذا أحاله على معروف يمكن الوصول إليه كى لا يتضرر المدعى والمعرفة بوجهه فقط لا تكون معرفة الخ .

والحاصل على ما يؤخذ من كلامهم : إذ قالوا نعرفه باسمه ونسبه ووجهه تندفع اتفاقا وإذ قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه تندفع عند أبى حنيفة ، ولا تندفع عند محمد وأبى يوسف فإنهما يشترطان معرفته باسمه ووجهه ، وأما معرفته باسمه دون وجهه فلا تكفى كما فى الشرنبلالية (قوله وفى الشرنبلالية) وفى المنح تبعا للبحر وتعويل الأئمة على قول محمد (قوله دفعت خصومة المدعي) أى حكم القاضي بدفعها لأنه أثبت ببينته

للملك المطلق لأن يد هؤلاء ليست يد خصومة . وقال أبو يوسف إن عرف ذو اليد بالحيل لاتندفع وبه يؤخذ ملتقى واختاره فى المختار وهذه مخمسة كتاب الدعوى

أن يده ليست يد خصومة ، بخلاف ما إذا ادعى الفعل عليه كالغصب وغيره ، لأن ذا اليد صار خصما للمدعى باعتبار دعوى الفعل عليه . فلا تندفع الخصومة بإقامة البينة أن العين ليس للمدعى زيلعى . وأفاد أنه لو أعاد المدعى الدعوى عند قاض آخر لايحتاج المدعى عليه إلى إعادة الدفع بل يثبت حكم القاضى الأول كما صرحوا به وظاهر قوله : دفعته أنه لا يحلف للمدعى أنه لا يلزمه تسليمه إليه ، ولم أره الآن بحر وفيه نظر فإنه بعد البرهان كيف يتوهم وجوب الحلف أما قبله . فقد نقل عن البزازية أنه يحلف على البتات لقد أودعها إليه لا على العلم . ثم نقل عن الذخيرة أنه لا يحلف لأنه مدع الإيداع ، ولو حلف لا تندفع بل يحلف المدعى على عدم العلم ، اللهم إلا أن يقال إن صاحب البحر لاحظ أنه يمكن قياسه على مديون الميت تأمل .

قال ط : وأطلق فى اندفاعها فشمل ما إذا صدقه ذو اليد على دعوى الملك ، ثم دفعه بما ذكر فإنها تندفع كما فى البزازية . ولم يشترط أحد من أئمتنا لقبول الدفع إقامة المدعى البينة فقول صاحب البحر : ولا بد من البرهان من المدعى غير مسلم لأنه لم يستند فيه إلى نقل أبو السعود اه .

قال فى جامع الفصولين : شح قال ذو اليد : أنه للمدعى إلا أنه أو دعنى فلان تندفع الخصومة لو برهن وإلا فلا فش لا تندفع الخصومة إذا صدقه .

أقول : فعلى إطلاقه يقتضى أن لا تندفع ولو برهن على الإيداع وفيه نظر اه (قوله للملك المطلق) أى من غير زيادة عليه واحترز به عما إذا ادعى عبدا أنه ملكه وأعتقه فدفعه المدعى عليه بما ذكر وبرهن فإنه لا تندفع الخصومة ، ويقضى بالعتق على ذى اليد فإن جاء الغائب ، وادعى وبرهن أنه عبده أو أنه أعتقه يقضى به ، فلو ادعى على آخر أنه عبده لم يسمع وكذا فى الإستيلاد والتدبير ، ولو أقام العبد بينة أن فلانا أعتقه وهو يملكه فبرهن ذو اليد على إيداع فلان الغائب بعينه يقبل ، وبطلت بينة العبد . فإذا حضر الغائب قيل للعبد أعد البينة عليه . فإن أقامها قضينا بعتقه وإلا رد عليه . ولو قال العبد : أنا حر الأصل قبل قوله ، ولو برهن ذواليد على الإيداع . ولا ينافيه دعوى حرية الأصل . فإن الحر قد يودع وكذا الإجارة والإعارة . وأما فى الرهن قال بعضهم : الحر قد يرهن وقال بعضهم : لا يرهن فتعتبر العادة كذا فى خزانة الأكمل اه لكن قال الرملى قالوا : الحر لا يجوز رهنه لأنه غير مملوك .

وأقول : فلو رهن رجل قرابته كابنه أو أخيه على ما جرت به عادة السلاطين . فلا حكم له لقوله تعالى - فرهان مقبوضة - والحر لا تثبت عليه اليد قال بعضهم : ورأيت فى مصنف ابن أبى شيبة عن إبراهيم وهو النخعى قال : إذا رهن الرجل الحر ، فأقر بذلك كان رهنا حتى يفكه الذى رهنه أو يفك نفسه وجه كلام النخعى المؤاخذة بإقراره اه . ومن الملك المطلق دعوى الوقف ودعوى غلبته .

قال فى البحر : لو ادعى وقفية ما فى يد آخر وبرهن فدفعه ذواليد بأنه مودع فلان ونحوه فبرهن فإنها تندفع خصومة المدعى كما فى الإسعاف (قوله وقال أبو يوسف أن عرف ذو اليد بالحيل) بأن يأخذ مال إنسان غصبا ثم يدفعه سرا إلى مريد سفر ويودعه بشهادة الشهود حتى إذا جاء المالك ، وأراد أن يثبت ملكه فيه أقام فواليد بينة على أن فلانا أودعه فيبطل حقه أفاده الحلبى (قوله وبه يؤخذ ملتقى) واختاره فى المختار قال فى التبيين ، فيجب على القاضى أن ينظر فى أحوال الناس ويعمل بمقتضى حالهم فقد رجع أبو يوسف إلى هذا القول بعد

لأن فيها أقوال خمسة علماء كما بسط فى الدرر أو لأن صورها خمس عيني وغيره .
قلت : وفيه نظر إذ الحكم كذلك لو قال وكلني صاحبه بحفظه أو أسكنني فيها زيد الغائب أو سرقته منه أو انتزعته منه أو ضل منه فوجدته بحر أو هى فى يدى مزارعة بزازية فالصور إحدى عشرة .
قلت : لكن ألحق فى البزازية المزارعة بالإجارة

ماولى القضاء وابتلى بأمور الناس وليس الخبر كالعيان اه ومثله فى معراج الدراية (قوله لأن فيها أقوال خمسة علماء) الأول : ما فى الكتاب . الثانى : قول أبي يوسف إن كان المدعى عليه صالحا فكما قال الإمام وإن كان معروفا بالحيل لم تندفع عنه . الثالث : قول محمد : إنه لابد من معرفة الاسم والنسب والوجه الرابع قول ابن شبرمه : إنها لا تندفع عنه مطلقا لأنه تعذر إثبات الملك للغائب ، لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه الخامس قول ابن أبي ليلى تندفع بدون بينة لإقراره بالملك للغائب وقد علم مما ذكر من قول محمد : إن الخلاف لم يتوارد على مورد واحد وشبرمة بضم الشين المعجمة ، وسكون الباء الموحدة ، وضم الراء واسمه عبد الله بن صبية بفتح الصاد وتشديد الباء الموحدة ابن الطفيل أحد فقهاء الكوفة ونظمها بعضهم فقال :

إذا قال أني مودع كان دافعا ... لمن يدعى ملكا لدى ابن أبي ليلى
كذا عندنا إن جاء فيه بحجة ... ولم تندفع عند ابن شبرمة الدعوى
ويكفي لدى النعمان قول شهوده ... بإنا عرفنا ذلك المرأ بالمرأى
كذاك لدى الثانى إذا كان مصلحا ... وآخرهم يأبى إذا لم يكن سمى

قوله أو لأن صورها خمس : هى المذكورة فى المتن (قوله عيني) لم يقتصر العيني على هذا الوجه وإنما ذكر الاحتمالين (قوله وفيه نظر الخ) فيه نظر لأن وكلنى يرجع إلى أودعنيه ، وأسكننى إلى أعارنيه وسرقته منه إلى غصبته منه وضل منه فوجدته إلى أودعنيه وهى فى يدى مزارعة إلى الإجارة أو الوديعة ، فلا يزاد على الخمس بحسب أصولها ، وإلا فبحسب الفروع أحد عشر كما ذكره الشارح وبه يندفع التنظير ويندفع ما أورده صاحب البحر على البزازية ونسبة الذهول إليه كما فى المقدسى (قوله أو أسكننى فيها زيد الغائب الخ) هى وما قبلها ألحقهما فى البحر بالأمانة : أى الوديعة والعارية وفى الكافى ادعى دارا أنها داره ، فبرهن ذو اليد أن فلانا أسكنه بها فهذا على أربعة أوجه إن شهدا باسكان فلان ، وتسليمه أو بإسكانه وكانت فى يد ساكن يومئذ أولا فى يد الساكن تندفع ، وإن قالوا كانت يومئذ فى يد ثالث لا تقبل ، أما الأول : فلأنهما شهدا على إسكان صحيح لأن الصحيح يكون فيه تسليم وتسلم وكذا الثانى : لأن القبض الموجود عقب العقد يضاف إليه ، وكذا الثالث : لأن تحكيم الحال لمعرفة المقدار أصل مقرر والرابع فاسد (قوله أو بسرقته منه) هى والتى بعدها ألحقهما فى البحر بالغصب (قوله أو انتزعته منه) عبر فى البحر بدله بقوله أو أخذته منه والحكم واحد ط (قوله بحر) ذكر فيه بعد هذا ما نصه وإلا ولأن راجعان إلى الأمانة والثلاثة الأخيرة إلى الضمان لم يشهد فى الأخيرة وإلا فإلى الأمانة فالصور عشر وبه علم أن الصور لم تنحصر فى الخمس اه .

وقد علمت أن عدم انحصارها بحسب فروعها وإلا فعلى ما قرره من رجوع الخمسة المزيدة إلى الخمسة الأصول فهى منحصرة فالمراد انحصار أصولها فى الخمسة ولا يخفى أنه بعد رجوع مازاده لى ماذكر لا محل للاعتراض بعدم الانحصار تأمل (قوله أو هى فى يدى مزارعة) مقتضى كلامها أن هذه ليست فى البحر مع أنها والتى بعدها فيه ح (قوله ألحق) بصيغة الماضي المعلوم (قوله المزارعة بالإجارة) من حيث إن العامل إذا دفع

أو الوديعة قال فلا يزاد على الخمس وقد حررته فى شرح الملتقى (وإن) كان هالكا أو قال الشهود : أودعه من لا نعرفه

البذر منه كان مستأجرا لها وذلك فيما إذا كانت الأرض لواحد والبذر والعمل للآخر . فإنه يجعل كأنه أجره أرضه بما شرطه من الخارج [(قوله أو الوديعة) من حيث عدم الضمان لنصيب صاحبه إذا ضاع منه من غير تعد كما إذا كان العمل لواحد . والباقى لآخر أو العمل والبقر ، فإنه يجعل كأنه استأجره ، أو استأجره مع بقره ليعمل له فى أرضه ببذر صاحب الأرض وصارت الأرض والبذر فى يد العامل بمنزلة الوديعة (قوله قال) أى فى البزازية (قوله فلا يزاد على الخمس) أى لا تزاد مسألة المزارعة التى زادها البزازى ، وقد علمت مما فى البحر أنه لا يزاد لباقية أيضا لكن فى البزازية لم يبين إلا إلحاق المزارعة ، وما فى البحر من رجوع الأولين إلى الأمانة والثلاثة الباقية إلى الضمان ليس فيه بيان الحاق لأن الأمانة والضمان ليستا من المسائل الخمس غايته أنه بين أن بعضها راجع إلى الأمانة والأمانة أنواع وكذا الضمان نعم قوله أسكننى فيها راجع إلى العارية : وهى من الصور الخمس وانتزعته منه راجع إلى الغصب . وهو كذلك فالحق أنها ثمان صور أو تسع لأن المزارعة وإن رجعت إلى غيرها لكنها تميزت باسم على حدة وكذا بأحكام فإن الإجارة بالمجهول وإعطاء الأجير من عمله مشروطا له ذلك لا يصح وفيها يصح (قوله وقد حررته فى شرح الملتقى) حيث عمم قوله : غصبته منه بقوله : ولو حكما فأدخل فيه بقوله أو سرقته منه أو انتزعته منه . وكذا عمم قوله أو دعنيه بقوله : ولو حكما فأدخل فيه الأربعة الباقية ولا يخفى أنه تحرير أحسن مما هنا فإنه هنا أرسل لاعتراض ولم يجب عنه إلا فى مسألة المزارعة فأوهم خروج ما عداها عما ذكروه مع أنه داخل فيه كما علمت فافهم .

مطلب إذا حضر الغائب وصدق المدعى عليه فى الإيداع

والإجارة والرهن رجع عليه بما ضمن للمدعى

وحاصل : ما يقال أنه إذا حضر الغائب وصدقه فى الإيداع والإجارة والرهن رجع عليه بما ضمن للمدعى ، لأنه هو الذى أوقعه فى هذه المسائل . لأنه عامل له أما فى الإيداع فظاهر . وأما فى الإجارة : فلأنه لما أخذ البدل صار كأنه هو المستوفى للمنفعة بإستيفائه بدلها فصار المستأجر عاملا له ، وكذا الراهن فإنه موف لدينه بالرهن ، والمرتهن مستوف به دينه فأشبه عقد المعاوضة فإن منفعة الرهن له ليحصل به غرضه عن وصوله إلى الدين . أما لو كان غصبا فلأن ضمان المغصوب عليه . وقد أداه فلا يرجع به على غيره : لكن ظاهر كلام المنح أنه ليس للمقر له رجوع عليه بالقيمة بعد استيفاء المدعى ، لأنه صار مكذبا شرعا فى إقراره للغائب ، وكذا العارية ، لا يرجع فيها على المعير لأن المستعير عامل لنفسه . والمعير محسن وما على المحسنين من سبيل فلا رجوع له على معيره . وينبغى أن يرجع على الموكل لأنه عامل له والمسروق منه كالمغصوب منه . وينظر فى اللقطة هل يرجع عليه لأنه عامل له يتأمل فى ذلك والمزارعة كالإجارة (قوله وإن كان هالكا) محترز قوله والعين قائما ، وقد سبق أنه يدعى الدين عليه وهو قيمة الهالك وإيداع الدين لا يمكن وكذا أخوات الإيداع (قوله أو قال الشهود أودعه من لا نعرفه) لأنهم ما أحالوا المدعى على رجل تمكن مخاصمته : ولعل المدعى هو ذلك الرجل . ولو اندفعت لبطل حقه كما مر . لكن قد يقال : إن مقتضى البينة لشيئين ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعى وهو خصم . فيثبت وكذا ينبغى أن يقال فى المجهول أن لا يثبت للمجهول وتندفع

أو أقر ذو اليد بيد الخصومة كأن (قال) ذواليد (اشتريته) أو اتهبته (من الغائب أو) لم يدع الملك المطلق بل ادعى عليه الفعل بأن (قال المدعى غصبته) منى (أو) قال (سرق منى) وبناء للمفعول للستر عليه فكأنه سرقته منى

خصومة المدعى تأمل (قوله أو أقر ذواليد بيد الخصومة) كيد الملك فإن القاضى يقضى ببرهان المدعى لأن ذا اليد لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصما .

قال فى البزازية : ولو برهن بعده على الوديعة لم تسمع (قوله قال ذواليد اشتريته) ولو فاسدا مع القبض كما فى البحر وأطلق فى الشراء فعم الفاسد كما فى أدب القاضى ، وأشار إلى أن المراد من الشراء الملك المطلق ، ولو هبة كما يذكر .

وحاصل هذه : إن المدعى ادعى فى العين ملكا مطلقا ، فأنكره المدعى عليه فبرهن المدعى على الملك فدفعه ذو اليد بأنه اشتراها من فلان الغائب ، وبرهن عليه لم تندفع عنه الخصومة يعنى فيقضى القاضى ببرهان المدعى لأنه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصما بحر .

وفيه عن الزيلعى : وإذا لم تندفع فى هذه المسألة وأقام الخارج البينة فقضى له ، ثم جاء المقر له الغائب ، وبرهن تقبل بينته لأن الغائب لم يصر مقضيا عليه وإنما قضى على ذى اليد خاصة اهـ .

لكن فيه أن القضاء على ذى اليد قضاء على من تلقى ذواليد الملك منه أيضا فلا تسمع دعواه أيضا إلا إذا ادعى النتاج ونحوه كما تقدم فى باب الاستحقاق تأمل . وحينئذ فيجب تصويرها فيما إذا قال المدعى عليه : هذا الشيء ملك فلان الغائب ولم يزد على ذلك فإنه لا تندفع الدعوى عنه بذلك فإذا جاء المقر له الخ فبناؤها على ما قبلها غير صحيح وهو خلط مسألة بمسألة تأمل (قوله أو اتهبته من الغائب) أى وقبضته ومثلها الصدقة كما فى البحر ، وهذا كما ترى ليس فيه إلا دعوى ما ذكر من غير أن يدعى ذواليد أن المدعى باعها من الغائب ، فلو ادعى ذلك أى وبرهن تقبل وتندفع الخصومة وكذا إذا ادعى ذواليد ذلك وإن لم يدع تلقى الملك من الغائب ط (قوله أو لم يدع الملك المطلق) الضمير فى يدعى يرجع إلى المدعى لا إلى ذى اليد والأوضح إظهاره لدفع التشتيت وقد سبق بيانه (قوله بل ادعى عليه) أى على ذى اليد الفعل وقيد به للاحتراز عن دعواه على غيره فدفعه ذو اليد لواحد مما ذكر وبرهن فإنها تندفع كدعوى الملك المطلق كما فى البزازية بحر .

وأشار الشارح إلى هذا أيضا بقوله بخلاف قوله غصب منى الخ لكن قوله : وبرهن ينافيه ماسننقله عن نور العين من أنه لا يحتاج إلى البينة وكذا مسألة الشراء التى ذكرها المصنف ، وهى مسألة المتون بأن قال المدعى : غصبته منى أو سرق منى ذكر الغصب والسرقة تمثيل ، والمراد دعوى فعل عليه فلو قال المدعى أودعتك إياه أو اشتريته منك وبرهن ذو اليد كما ذكرنا على وجه لا يفيد ملك الرقبة له لا يندفع كذا فى البزازية بحر فكان الأولى أن يقول : كأن قال سرق منى (قوله وبناه للمفعول للستر عليه) والأولى لدرء الحد عنه ، لأن الستر يحتاج إليه كل من السارق والغاصب ، لأن فعلهما معصية لكن الغصب لا حد فيه والسرقة فيها الحد ويعلم بالأولى حكم ما إذا بناه للفاعل فقد نص على الموهوم وموضع الخلاف ، فإن محمدا يجعلها كالغصب فلو بناه للفاعل فهو محل اتفاق على عدم صحة الدفع (قوله فكأنه قال سرقته منى) فإنه لا تندفع الخصومة اتفاقا لأنه يدعى عليه الفعل ، وأما سرق منى فهو عند الإمام الأول والثانى ومحمد يقول : تندفع الخصومة لأنه لم يدع عليه الفعل فهو كقوله غصب منى ، وقولهما استحسان ، لأنه فى معنى سرقته منى ، وإنما بناء للمفعول

بخلاف غصب مني أو غصبه مني فلان الغائب كما سيجيء حيث تندفع وهل تندفع بالمصدر؟ الصحيح لا بزازية (وقال ذو اليد) في الدفع (أودعنيه فلان وبرهن عليه لا) تندفع في الكل لما قلنا .

(قال في غير مجلس الحكم أنه ملكي ثم قال في مجلسه إنه وديعة عندي) أو رهن (من فلان تندفع مع البرهان على ما ذكر ولو برهن المدعي على مقالته الأولى يجعله خصما ويحكم عليه) لسبق إقرار يمنع الدفع بزازية (وإن قال المدعي اشتريته من فلان) الغائب (وقال ذو اليد أودعنيه فلان ذلك) أي بنفسه فلو بوكيله

لما قدمناه لدرء الحد الخ (قوله بخلاف غصب مني) أي بالبناء للمفعول فإن الخصومة تندفع فيه لاحتمال أن الغاصب غير ذي اليد .

قال في الهندية : وكذا أخذ مني اهـ ومفاده أن الأخذ كالغصب كما تقدم (قوله أو غصبه مني فلان الخ) قال في البحر : وقيد بدعوى الفعل على ذي اليد للاحتراز عن دعواه على غيره فدفعه ذو اليد بواحد مما ذكرناه وبرهن فإنها تندفع كدعوى الملك المطلق كما في البزازية (قوله وهل تندفع) أي خصومة المدعي بالمصدر بأن قال المدعي : هذا ملكي ، وهو في يد المدعى عليه غصب فبرهن ذو اليد عن الإيداع ونحوه ، قيل : تندفع لعدم دعوى الفعل عليه ، والصحيح أنها لا تندفع ، أما في السرقة فيجب أن لا تندفع كما في بنائه للمفعول خير الدين على المنح ، ومثال السرقة أن يقول : هذا ملكي في يده سرقة (قوله الصحيح لا) أي لا تندفع بل تتوجه الخصومة عليه لما قلنا ، وقيل : تندفع لعدم دعوى الفعل عليه (قوله بزازية) قال ادعى أنه ملكه وفي يده غصب فبرهن ذو اليد على الإيداع قيل : تندفع لعدم دعوى الفعل عليه والصحيح أنها لا تندفع بحر (قوله أودعنيه) ظاهر البزازية أن الوديعة مثال . وعبارتها : لو برهن المدعي أنها له سرقت منه لا يندفع وإن برهن المدعى عليه على الوصول إليه بهذه الأسباب (قوله وبرهن عليه) أراد بالبرهان إقامة البينة فخرج الإقرار لما في البزازية معزيا إلى الذخيرة من صار خصما لدعوى الفعل عليه إن برهن على إقرار المدعي بإيداع الغائب منه تندفع ، وإن لم تندفع بإقامة الإيداع بثبوت إقرار المدعي أن يده ليست يد خصومة بحر (قوله لا تندفع في الكل) أي فيقضى ببرهان المدعي (قوله لما قلنا) أي من أنه أقر ذو اليد بيد الخصومة أما في مسائل المتن فأشار إلى علة الأولى بقوله : أو أقر ذو اليد بيد الخصومة ، وإلى علة الثانية بقوله : ادعى عليه الفعل أي فإنه صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده ، بخلاف دعوى الملك المطلق ، لأنه خصم فيه باعتبار يده كما في البحر .

وأما علة ما إذا كان هالكا فلم يشر إليها : وهي أنه يدعي الدين ومحله الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصما بذمته وبالبينة أنه كان في يده وديعة لا يتبين أن ما في ذمته لغيره ، فلا تندفع كما في المعراج وكذا علة ما إذا قال الشهود أودعه من لا نعرفه : وهي أنهم ما أحالوا المدعي على رجل تمكن مخاصمته كذا قيل (قوله قال) أي ذو اليد (قوله ثم قال في مجلسه) أي مجلس الحكم (قوله ولو برهن المدعي) قال الطحطاوي : تطويل من غير فائدة والأخصر الأوضح أن يقول : إلا إذا برهن المدعي على ذلك الإقرار ، ومحصله : إن ادعاه المدعي إقراره في غير مجلس الحكم لا يقبل إلا إذا برهن عليه (قوله يجعله الخ) أي يجعل الحاكم ذا اليد خصما فيحكم عليه بإثباته للمدعي (قوله لسبق إقرار) بإضافة سبق إلى إقرار ، ويمنع فعل مضارع والدفع مفعوله ولا يخفى ما فيه من التعقد (قوله يمنع الدفع) أي دفع ذي اليد بأنه عارية مثلا من فلان (قوله ذلك) أي المذكور في كلام المدعي الذي يدعي الشراء منه ، وقيد به للاحتراز عما لو ادعى الشراء من فلان الغائب المالك وبرهن ذو اليد على إيداع غائب آخر منه لا تندفع ذكره في البحر (قوله أي بنفسه) تقييد لقوله أودعنيه لا تفسير لقوله ذلك ح

لم تندفع بلا بينة .
(دفعت الخصومة وإن لم يبرهن) لتوافقهما أن أصل الملك للغائب إلا إذا قال : اشتريته ووكلني بقبضه وبرهن ولو صدقه فى الشراء لم يؤمر بالتسليم لئلا يكون قضاء على الغائب بإقراره وهى عجيبة ثم اقتصار الدرر وغيرها على دعوى الشراء قيد اتفاقى فلذا قال (ولو ادعى أنه له غصبه منه فلان الغائب وبرهن عليه وزعم ذو اليد أن هذا الغائب أودعه عنده اندفعت) لتوافقهما أن اليد لذلك الرجل (ولو كان مكان دعوى الغصب دعوى سرقة لا) تندفع بزعم ذى اليد إيداع ذلك الغائب

(قوله لم تندفع) أى الخصومة بلا بينة لأنه لم يثبت تلقى اليد ممن اشترى هو منه لإنكار ذى اليد ولا من جهة وكيله لإنكار المشترى بحر ولأن الوكالة لاتثبت بقوله معراج (قوله دفعت الخصومة) جواب إن (قوله وإن لم يبرهن) لم يذكر يمين ذى اليد وفى البناية ، ولو طلب المدعى يمينه على الإيداع يحلف على البتات انتهى بحر (قوله لتوافقهما أن أصل الملك للغائب) فيكون وصولها إلى يده من جهته فلم تكن يده يد خصومة (قوله إلا إذا قال) أى المدعى (قوله اشتريته) أى من الغائب (قوله ووكلنى بقبضه) أى منك أعنى واضع اليد فيأخذه لكونه أحق بالحفظ عينى (قوله وبرهن) أى فحينئذ يصح دعواه .

والحاصل : أنه بدعوى الوديعة يندفع المدعى إلا إذا ادعى أنه اشتراه من الغائب ، وأن البائع أمره بالقبض (قوله بإقراره) أى بإقرار ذى اليد والإقرار حجة قاصرة لاتسرى علىّ المالك .

وحاصل هذه المسألة : أن المدعى ادعى الملك بسبب من جهة الغائب فدفعه ذو اليد بأن يده من الغائب ، فقد اتفقا على أن الملك فيه للغائب فيكون وصولها إلى ذى اليد من جهته ، فلم تكن يده يد خصومة إلا أن يقيم المدعى بينة أن فلانا وكله بقبضه لأنه أثبت ببينته كونه أحق بإمساكها ، ولو صدقه ذو اليد فى شرائه منه لايأمره القاضى بالتسليم إليه حتى لايكون قضاء على الغائب (قوله وهى عجيبة) سبقه على التعجب الزيلعى ولا عجب أصلا ، لأن إقراره على الغير غير مقبول ، لأن الإقرار حجة قاصرة لاتتعدى إلى غير المقر ، وقد اتفقا على أن المدعى به ملك الغائب فلا ينفذ إقرار مودعه عليه ، ولها نظائر كثيرة كمتولى الوقف ، وناظر اليتيم فإنه يلزمه بالبرهان لا بالإقرار وتقدمت هذه بعينها فى كتاب الوكالة أن المودع لو أقر له أن المودع وكله بقبض الوديعة لايؤمر بالدفع إليه لعدم نفوذ إقرار المودع على المودع فى إبطال يده ، ولو برهن على الوكالة أمر بالدفع إليه ، بخلاف مالو كان مديون الغائب ، وادعى عليه شخص الوكالة بالقبض وصدقه ، فإنه يدفع إليه لأن الديون تقضى بأمثالها فكان إقرارا على نفسه لا على الغائب ، ويمكن أن يقال فى وجه العجب أن فى كل من المسألتين قضاء على الغائب وقد أمر بالتسليم فى الأولى دون الثانية ، ولأنا نلزمه بالتسليم بالبرهان لا بالإقرار تأمل (قوله ولو ادعى أنه له) قلت وكذا لو ادعى أنه أعاره لفلان كما يظهر من العلة (قوله اندفعت) أى بلا بينة نور العين (قوله ولو كان مكان الغصب سرقة لاتندفع) أى دعوى سرقة الغائب وفيه أنهما توافقا أن اليد لذلك الرجل .

قال صاحب البحر : وقد سألت بعد تأليف هذا المحل بيوم عن رجل أخذ متاع أخته من بيتها ورهنه وغاب فادعت الأخت به على ذى اليد .

فأجاب : بالرهن فأجبت إن ادعت الأخت غصب أخيها وبرهن ذو اليد على الرهن اندفعت وإن ادعت السرقة لا والله تعالى أعلم : أى لاتندفع ، وظاهره أنها ادعت سرقة أخيها مع أنا قدمنا عنه أن تقييد دعوى الفعل على ذى اليد للاحتراز عن دعواه على غيره ، فإنه لو دفعه ذو اليد بواحد مما ذكر وبرهن تندفع كدعوى

استحسانا بزازية :

وفى شرح الوهبانية للشرنبلالى : لو اتفقا على الملك لزيد وكل يدعى الإجارة منه لم يكن الثانى خصما للأول على الصحيح ولا لمدعى رهن أو شراء أما المشترى فخصم للكل .

[فروع] قال المدعى عليه لى دفع يمهل إلى المجلس الثانى صغرى .

للمدعى تحليف مدعي الإيداع على البتات درر وله تحليف المدعى على العلم

الملك المطلق ، فيجب أن يحمل كلامه هنا على أنها ادعت أنه سرق منها مبنيا للمجهول لتكون الدعوى على ذى اليد ، وإن أبقى على ظاهره يكون جريا على مقابل الاستحسان الآتى قريبا لكن يتأتى الحمل المذكور قولها إن أخاها أخذه من بيتها تأمل ، وقيد بقوله غصبه منه أو سرقه للاحتراز عن قوله : إنه ثوبى سرقه منى زيد وقال ذو اليد أودعنيه زيد ذلك لاتندفع الخصومة استحسانا :

يقول الحقير : لعل وجه الاستحسان هو أن الغصب إزالة اليد المحققة بإثبات اليد المبطلة كما ذكر فى كتب الفقه فاليد للغاصب فى مسألة الغصب ، بخلاف مسألة السرقة إذ اليد فيها لذى اليد إذ لايد للسارق شرعا ، ثم إن فى عبارة لايد للسارق نكتة لايخفى حسنها على ذوى النهى نور العين ، وهذا أولى مما قاله السائحانى : يجب حمله على ما إذا قال سرق منى ، أما لو قال سرقه الغائب منى فإنها تندفع لتوافقهما أن اليد للغائب ، وصار من قبيل دعوى الفعل على غير ذى اليد : وهى تندفع كما فى البحر لكن ذكر بعده هذه المسألة ، وأفاد أنها مبنية للفاعل وصرح بذلك فى الفصولين فلعل فى المسألة قولين قياسا واستحسانا انتهى (قوله استحسانا) قدمنا وجهه قريبا عن نور العين ولعل وجهه أيضا دفع إفساد السراق لأن الضرورة فى السرقة أعظم من غيرها ، لأنها تكون خفية ولذا شرع فيها الحد (قوله لم يكن الثانى خصما للأول) أى مالم يدع عليه فعلا أو حتى يحضر المالك بمنزلة المستعير ، لأنه لايدعى ملك العين فلا يكون خصما للأول اه عبد البر ولا يحتاج فى دفع هذه إلى البينة لاتفاقهما على ملك زيد وأنه صاحب اليد (قوله ولا لمدعى رهن أو شراء) لما ذكرنا من العلة (قوله أما المشترى فخصم للكل) وكذلك الموهوب له أى من يدعى الشراء أو الهبة مع القبض إذا برهن يكون خصما للمستأجر ، ولمدعى الرهن ولمدعى الشراء .

قال فى البزازية : بيده دار زعم شراءها من فلان الغائب أو صدقة مقبوضة أو هبة منذ شهر أو أمس ، وبرهن أولا وبرهن آخرا أن ذلك الغائب رهنها منذ شهر وأجرها أو أعارها ، وقبضها يحكم بها للمستعير والمستأجر والمرتهن ، ثم ذو اليد بالخيار إن شاء سلم المدعى وتربص إلى انقضاء المدة أو فك الرهن ، وإن شاء نقض البيع ، وإن كان المدعى برهن أن الدار له أعارها أو أجرها أو رهنها من الغائب أو اشتراها الغائب منه ، ولم ينقد الثمن قبل أن يشتريها ذو اليد يقضى بها للمدعى فى الوجوه كلها أما فى الإعارة : فلعدم اللزوم ، وأما فى الإجارة فلأنه عذر فى الفسخ لأنه يريد إزالتها عن ملكه ، وأما فى الشراء فلأن له حق الاسترداد لاستيفاء الثمن ، فإن دفع الحاكم الدار إلى المدعى ، فإن كان أجرها ولم يقبض الأجرة أخذ منه كفيلا بالنفس إلى انقضاء المدة ، وإن كان قبض الأجرة أو كان ادعى رهنا لاتدفع للمدعى وتوضع على يد عدل :

وفى القنية : فلو ادعى ذو اليد أن المدعى باع العين للغائب وبرهن ذكر فى أجناس الناطفى أنها تقبل وتندفع الخصومة (قوله يمهل إلى المجلس الثانى) أى مجلس القاضى وظاهر الإطلاق يعم ماطال فصله ، وقصر وهذا بعد السؤال عنه وعلمه بأنه دفع صحيح كما تقدم قبيل التحكيم (قوله للمدعى تحليف مدعي الإيداع على البتات)

وتمامه فى البزازية :

وكل بنقل أمته فبرهنت أنه أعتقها قبل للدفع لا للعتق ما لم يحضر المولى ابن ملك .

يعنى إذا ادعى شراء شىء من زيد وادعى ذو اليد إيداعه منه فإنها تندفع الخصومة من غير برهان لاتفاقهما على أن أصل الملك للغائب لكن لمدعى الشراء تحليف ذى اليد على الإيداع على البت لا على العلم لأنه وإن كان فعل الغير لكن تمامه به وهو القبول .

وفى الذخيرة : لايحلف ذو اليد على الإيداع لأنه مدعى الإيداع ولا حلف على المدعى، ولو حلف أيضا لاتندفع ولكن له أن يحلف المدعى على عدم العلم اه .

فأفاد بذكر عبارة الذخيرة أن مانقله أولا معناه أن حقه لو حلف يحلف على البتات، ولكنه بحلفه لاتندفع الدعوى كما هو ظاهر ولذا قال فى الدرر : الظاهر أن التحليف يقع على التوكيل لاعلى الإيدع ، فإن طلب مدعى الإيداع يمين مدعى التوكيل ، بناء على ما ادعى من الإيداع ، وعجز عن إقامة البرهان عليه حلف على البتات يعنى على عدم توكيله إياه لا على عدم علمه بتوكيله إياه . وعبارة الدرر غير صحيحة لأنه جعل اليمين على مدعى التوكيل وإنما هى على المدعى عليه أى مدعى الإيداع كما هوظاهر من قول الكافى فإن طلب المدعى : أى مدعى الشراء يمينه أى يمين مدعى الإيداع كذا فى الشرنبلالية .

وحاصله : أنه لو ادعى الشراء من المالك وأنه وكله بقبضه فأنكر ذو اليد الوكالة ، وعجز المدعى عن إثباتها للمدعى أن يحلف ذا اليد على أنه لم يوكله بقبض ماباعه إياه مما هو تحت يد المدعى عليه على البتات ولكن فى تحليفه حينئذ على البتات تأمل لأنه تحليف على فعل الغير فلذا اضطربت عباراتهم فى هذه المسألة وحاصل كلام الشارح للمدعى : أى مدعى الشراء من الغائب وتوكيله إياه بالقبض إذا جحد مدعى الإيداع توكيله إياه وعجز عن البرهان أن يحلف مدعى الإيداع بالله ماوكله الغائب بقبض ماباعه إياه على البتات لا على العلم لكن ينظر هل هذا موافق لعبارة الدرر فيصح عزوه إليها ويمكن حمل كلام الدرر على ما إذا ادعى الشراء والتوكيل بالقبض ، فإن برهن قبل برهانه وله أخذه ، فإن عجز عن البرهان ، وطلب يمين مدعى الإيداع على ما ادعى من الإيداع حلف على البتات قال عزمى : وهو صريح عبارة التسهيل حيث قال : وحلف ذو اليد على الإيداع بطلب مدعى البيع إذا لم يكن له بينة على التوكيل اه وعليه فكان على الشارح أن يذكر هذا الفرع فى محله كما نقله صاحب الدرر فتأمل .

وحاصله : أنه لو ادعى الشراء من المالك وأنه وكله بقبضه فأنكر ذو اليد الوكالة وعجز المدعى عن إثباتها للمدعى أن يحلف ذا اليد على أنه لم يوكله بقبض ماباعه إياه مما هو تحت يد المدعى عليه على البتات (قوله وتمامه فى البزازية) وعبارتها كما فى البحر : وإن ادعى ذو اليد الوديعة ولم يبرهن عليها ، وأراد أن يحلف أن الغائب أودعه عنده يحلف الحاكم المدعى عليه بالله تعالى لقد أودعها إليه على البتات ، لا على العلم لأنه وإن كان فعل الغير لكنه تمامه به، وهو القبول وإن طلب المدعى عليه يمين المدعى فعلى العلم بالله تعالى مايعلم إيداع فلان عنده لأنه فعل الغير ولا تعلق له به اه (قوله ابن ملك) ذكر ذلك فى جواب سؤال ورد على دفع الدعوى بأحد الأمور المتقدمة ونصه : فإن قيل ذو اليد خصم ظاهرا ودفع الخصومة عن نفسه تابع لثبوت الملك للغائب ، وهذه البينة لم تثبته ، فكيف يثبت التابع بلا ثبوت الأصل ؟ قلنا : هذه البينة تقتضى أمرين : أحدهما : الملك للغائب ، وهو ليس بخصم فيه إذ لا ولاية له فى إدخال شىء فى ملك غيره بلا رضاه . وثانيهما : دفع الخصومة عنه وهو

. . . .

خصم فيه فكانت مقبولة كمن وكل وكيلا بنقل أمته ، فأقامت بينة أنه أعتقها تقبل فى قصر يد الوكيل عنها ، ولا تقبل فى وقوع العتاق مالم يحضر الغائب والله تعالى أعلم اه .

أقول : وكذا إذا وكله بنقل امرأته فأقامت البينة أنه طلقها ثلاثا تقبل فى قصر يد الوكيل عنها ، ولا تقبل فى وقوع الطلاق مالم يحضر الغائب كما فى الكافى .

[فروع] فى يديه وديعة لرجل جاء رجل ، وادعى أنه وكيل المودع بقبضها ،وأقام على ذلك بينة ، وأقام الذى فى يديه الوديعة بينة أن المودع قد أخرج هذا من الوكالة قبلت بينته ، وكذا إذا أقام بينة أن شهود الوكيل عبيد كذا فى المحيط .

ادعى على آخر دارا فقال ذو اليد : إنها وديعة من فلان فى يدى ، وأقام البينة عليه حتى اندفعت عنه الخصومة ثم حضر الغائب وسلمها ذواليد إليه ، وأعاد المدعى والدعوى فى الدار . فأجاب : أنها وديعة فى يدى من فلان ، وأقام البينة عليه قال : تندفع الخصومة عنه أيضا كما فى الابتداء كذا فى محيط السرخسى إذا ادعى على ذى اليد فعلا لم تنته أحكامه بأن ادعى الشراء منه بألف ولم يذكر أنه نقد الثمن ولا قبض منه ، فأقام الذى فى يديه البينة أنه لفلان الغائب أودعنيه أو غصبته منه لا تندفع عنه الخصومة فى قولهم وإن ادعى عليه عقدا انتهت أحكامه بأن ادعى أنه اشترى منه هذه الدار أو هذا العبد ونقده الثمن ، وقبض منه المبيع ، ثم أقام المدعى عليه البينة أنه لفلان الغائب ، أودعنيه اختلفوا فيه قال بعضهم : تندفع عنه الخصومة وهو الصحيح كذا فى فتاوى قاضيخان فى دعوى الدور والأراضى .

عبد أقام البينة أن فلانا أعتقه وأقام صاحب اليد البينة أن فلانا ذلك أودعه تقبل ، وتبطل بينة العبد ولايحال بينه وبين العبد قياسا ويحال استحسانا ويؤخذ من العبد كفيل بنفسه استيثاقا حتى لايهرب فإذا حضر الغائب فإن أعاد البينة عتق ، وإلا فهو عبد كذا فى محيط السرخسى ، وكذا لو أقام ذو اليد البينة أن فلانا آخر أودعه إياه كذا فى الخلاصة .

لو ادعى العبد أنه حر الأصل فإن أقام ذو اليد البينة على الملك ، وإيداعه تقبل وإن أقام على إيداعه فحسب لا تقبل ، بخلاف الدار وإن برهن على الملك والإيداع وبرهن العبد على حرية الأصل حيل بينهما بكفيل كذا فى الكافى .

عبد فى يد رجل ادعى رجل أنه قتل وليا له خطأ وأقام ذو اليد البينة أن العبد لفلان أودعه اندفعت عنه الخصومة كذا فى الخلاصة .

رجل ادعى على آخر أنه باعه جارية فقال : لم أبعها منك قط فأقام المشترى البينة على الشراء فوجد بها أصبعا زائدة وأراد ردها وأقام البائع البينة أنه برئ إليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع . وذكر الخصاف رحمه الله تعالى هذه المسألة فى آخر أدب القاضى وقال على قول أبى يوسف رحمه الله تعالى : تقبل بينته كذا فى شرح الجامع للصدر الشهيد .

ادعى على آخر محدودا فى يده وقال هذا ملكى باعه أبى منك حال ما بلغت وقال ذو اليد باعه منى حال صغرك فالقول قول المدعى كذا فى الفصول العمادية :

اشترى دارا لابنه الصغير من نفسه وأشهد على ذلك شهودا وكبر الابن ولم يعلم بما صنع الأب ثم إن الأب

. . . .

باع تلك الدار من رجل وسلمها إليه ثم إن الابن استأجر الدار من المشترى ثم علم بما صنع الأب فادعى الدار على المشترى ، وقال إن أبي كان اشترى هذه الدار من نفسه فى صغرى وإنها ملكى، وأقام على ذلك بينة فقال المدعى عليه فى دفع دعوى المدعى إنك متناقض فى هذه الدعوى ، لأن استئجارك الدار منى إقرار بأن الدار ليست لك فدعواك بعد ذلك الدار ، لنفسك يكون تناقضا فهذه المسألة صارت واقعة الفتوى .

مطلب واقعة الفتوى

وقد اختلفت أجوبة المفتين فى هذا والصحيح أن هذا لايصلح دفعا لدعوى المدعى ودعوى المدعى صحيحة وإن ثبت التناقض إلا أن هذا تناقض فيما طريقه طريق الخفاء كذا فى الذخيرة .

ادعى دارا بسبب الشراء من فلان فقال المدعى عليه : إنى اشتريت من فلان ذلك أيضا وأقام بينة وتاريخ الخارج أسبق فقال المدعى عليه : إن دعواك باطلة لأن فى التاريخ الذى اشتريت هذه الدار من فلان كانت رهنا عند فلان ولم يرض بشرائك ، وأجاز شرائى لأنه كان بعد ما فك الرهن وأقام البينة لا يصح هذا الدفع كذا فى الفصول العمادية . ولو كان المدعى ادعى إن هذا العين كان لفلان رهنه بكذا عندى وقبضته ، وأقام البينة وأقام المدعى عليه فى دفع دعواه أنه اشتريته منه ونقدته الثمن كان ذلك دفعا لدعوى الرهن كذا فى فتاوى قاضيخان فى باب اليمين .

ادعى عليه دارا فى يده إرثا أو هبة فبرهن المدعى عليه على أنه اشتراها منه وبرهن المدعى على إقالته صح دفع الدفع كذا فى الوجيز للكردرى .

دار فى يد رجل جاء رجل وادعى أن أباه مات وترك هذه الدار ميراثا له ، وأقام بينة شهدوا أن أباه مات وهذه الدار فى يديه وأخذ هذا الرجل هذه الدار من تركته بعد وفاته أو أخذها من أبى هذا المدعى فى حال حياته وأقام ذو اليد البينة أن الوارث أو أباه أقر أن الدار ليست له فالقاضى يقضى بدفع الدار إلى الوارث هكذا فى المحيط .

رجل ادعى على آخر ضيعة فقال : الضيعة كانت لفلان مات وتركها ميراثا لأخته فلانة ثم ماتت فلانة وأنا وارثها وأقام البينة تسمع ، فلو قال المدعى عليه فى الدفع : إن فلانة ماتت قبل فلان مورثها صح الدفع كذا فى الخلاصة .

رجل ادعى على آخر مائة درهم فقال المدعى عليه : دفعت إليك منها خمسين درهما وأنكر المدعى قبض ذلك منه فأقام المدعى عليه البينة أنه دفع إلى المدعى خمسين درهما فإنه لا يكون دفعا ما لم يشهدوا أنه دفع إليه ، أو قضى هذه الخمسين التى يدعى كذا فى جواهر الفقه .

ادعى على غيره كذا كذا دينارا أو دراهم فادعى المدعى عليه الإيفاء وجاء بشهود شهدوا أن المدعى عليه دفع هذا المال كذا كذا درهما من الدراهم ، ولكن لا يدرى بأى جهة دفع هل يقبل القاضى هذه الشهادة وهل تندفع بها دعوى المدعى ؟ عن بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى : أنه يقبل وتندفع بها دعوى المدعى وهو الأشبه والأقرب إلى الصواب هكذا فى المحيط الكل من الهندية من الباب السادس فيما تدفع به دعوى المدعى وفى نور العين : ادعى إرثا له ولأخيه فقال المدعى عليه إنك أقررت إن أخى باعه منك وسلم وهذا إقرار بأنه ملك الأخ فلايصح منك دعوى الإرث قيل لا يندفع ، لأنه لم يقر أن أخى باع بيعا جائزا لكن أقر بالبيع فقط ومن أقر أن فلانا

. . . .

باعه، ثم ادعى أنه ملكه يسمع إلا إذا أقر أنه باع بيعا صحيحا جائزا فحينئذ لا يسمع دعواه بعده وقيل: اوباع والدار بيده وقت البيع أو قال باع وسلم فهذا يكفي لأنه مما يدل على الملك.

وفيه لو برهن ذو اليد على إقرار الوصي بأنه باعه بوصاية قالوا لا يقبل لا أن يشهدوا أنه وصي من جهة المورث أو القاضي إذ الوصاية لا تثبت بإقراره اهـ.

الإبراء العام في ضمن عقد فاسد لا يمنع الدعوى.

أبرأه عن الدعاوى ثم ادعى مالا بالوكالة أو الوصاية يقبل.

لا تسمع دعواه في شيء من الأشجار بعد ما ساقى عليها.

التناقض يمنع الدعوى لغيره كما يمنعه لنفسه.

من أقر بعين لغيره فكما لا يملك أن يدعيه لنفسه لا يملك أن يدعيه لغيره بوكالة أو وصاية لا ينفذ القضاء بالدفع قبل يمين الاستظهار.

الدعوى على بعض الورثة صحيحة.

لا تسمع دعوى الموقوف عليهم إلا بإذن القاضي أو كون المدعي ناظرا.

الخصم في إثبات النسب خمسة الوارث والوصي والموصى له والغريم للميت أو على الميت كما تقدم.

دعوى الملك لا تصح على غير ذي اليد.

ادعى أنه عم الميت لا بد أن يفسر أنه لأبيه أو لأمه وأن يقول هو وارثه ولا وارث له غيره بعد أن ينسب الشهود الميت والمدعي لبنوة العمومة حتى يلتقيا إلى أب واحد بعد دعوى المال.

العبد إذا انقاد للبيع لا تسمع دعواه حرية الأصل بدون بينة.

الابن إذا كان في عيال الأب يكون معينا له فيما يصنع.

ما اكتسبه الابن يكون لأبيه إذا اتحدت صنعتهما ولم يكن مال سابق لهما وكان الابن في عيال أبيه، لأن مدار الحكم كونه معينا لأبيه.

القول للدافع لأنه أعلم بجهة الدفع.

دفع إلى ابنه مالا فأراد أخذه صدق في أنه دفعه قرضا.

يصح إثبات الشراء في وجه مدعي دين التركة المستغرقة.

التناقض لا يمنع دعوى الحرية سواء كانت أصلية أو عارضة.

لا تسمع الدعوى بالعين أنها له بعد ما ساومه عليها.

لا تسمع الدعوى بعد الإبراء العام إلا ضمان الدرك، وإلا إذا ظهر شيء للقاصر بعد إبرائه وصيه بعد بلوغه ولم يكن يعلمه.

يدخل في قوله لا حق لي قبله كل عين ودين وكفالة وجناية وإجارة وحبس.

لا تسمع دعوى الكفالة بعد الإبراء العام.

ادعى نكاح امرأة لها زوج يشترط حضرة الزوج الظاهر.

السباهي لا ينتصب خصما لمدعي الأرض ملكا أو وقفا.

. . . .

الاستيداع يمنع دعوى الملك .

لأحد الورثة حق الاستخلاص من التركة المستغرقة بأداء قيمته إلى الغرماء إذا امتنع الباقون .

ليس له الدعوى على وكيله بقبض الرسومات بما أخذه من الرسومات له بل الدعوى لهم عليه .

إذا برهن على مديون مديونه لا يقبل ، وليس له أخذه منه بدون وكالة أو حوالة .

لايجوز الإبراء عن الأعيان ، ويجوز عن دعواها .

الإرث جبرى لا يسقط بالإسقاط .

هل يشترط حضرة الراهن والمرتهن فى دعوى الرهن : قولان .

هل يشترط حضرة المودع فى إثبات الوديعة ، فيه اختلاف المشايخ .

ادعى الشراء ثم ادعى الإرث تقبل ؛ وبعكسه لا .

كل ماكان مبنيا على الخفاء يعفى فيه التناقض ، فالمديون بعد قضاء الدين لو برهن على إبراء الدائن ، والمختلعة بعد أداء بدل الخلع لو برهنت على طلاق الزوج قبل الخلع يقبل ، وكذلك الورثة إذا قاسموا مع الموصى له بالمال ثم ادعوا رجوع الموصى يصح لانفراد الموصى بالرجوع .

التناقض إذا كان ظاهرا والتوفيق خفيا لا يكفى إمكان التوفيق ، بل لا بد من بيانه وإلا يكفى الإمكان .

جحد الأمين الأمانة ثم اعترف وادعى الرد لا يقبل إلا ببينة .

التصديق إقرار إلا فى الحدود .

إذا ثبت استحقاقه فطلبه على من تناول الغلة لا على الناظر .

لا تصح دعوى التمليك ما لم يبين أنه بعوض أو بلا عوض .

إذا ادعى المأذون بالإنفاق أو الدفع يصدق إن كان المال أمانة ، وإن كان دينا فى ذمته فلا .

الدعوى متى فصلت مرة بالوجه الشرعى لا تنقض ولا تعاد ما لم يكن فى إعادتها فائدة بأن أتى بها مع دفع أقام عليه البينة فإنها تسمع .

غلط الاسم لا يضر لجواز أن يكون له اسمان .

لا يلزم الابن وفاء دين أبيه من استحقاقه المنتقل إليه عنه فى وقت أهلى .

ادعى بعد ما أقر بالمال : إن بعضه قرض وبعضه ربا يسمع .

مات لا عن وارث وعليه دين لزيد أثبته زيد فى وجه وصى نصبه القاضى له أخذه من التركة .

لا يكلف الأب إحضار ابنه البالغ لأجل دعوى عليه .

لا تصح الدعوى على جميع الضاربين بالبندق إذا أصابت واحدا بندقة فقتلته إذا لم يعلم الضارب .

العبد إذا ادعى حرية الأصل ثم العتق العارض تسمع والتناقض لا يمنع الصحة . وفى حرية الأصل لا تشترط الدعوى . وفى الإعتاق المبتدأ تشترط الدعوى عند أبى حنيفة . وعندهما ليست بشرط . وأجمعوا على أن دعوى الأمة ليست بشرط لأنها شهادة بحرمة الفرج فهى حسبة الكل من التنقيح لسيدى الوالد رحمه الله تعالى .

كفل بثمن أو مهر ثم برهن الكفيل على فساد البيع أو النكاح لا يقبل ، لأن إقدامه على التزام المال إقرار منه بصحة سبب وجود المال فلا يسمع منه بعده دعوى الفساد ، ولو برهن على إيفاء الأصيل أو على إبرائه لا يقبل لأنه تقرير للوجوب السابق .

. . . .

ادعى دارا فأنكر ذو اليد فصالحه على ألف على أن يسلم الدار لذى اليد ثم برهن ذو اليد على صلح قبل هذا الصلح صح الصلح الأول وبطل الثانى .

مى وقال كل صلح بعد صلح فالثانى باطل ، ولو شراه ثم شراه بطل الأول ونفذ الثانى .

ولو صالح ثم شرى جاز الشراء وبطل الصلح : أى فى الصلح الذى هو بمعنى البيع ينبغى أن يبطل الأول لا الثانى كما فى الشراء . وأصله أن الشراء الثانى فسخ للأول اقتضاء، ويعرف بهذا مسائل كثيرة.

(يقول الحقير) : يؤيده مافى خلاصة الفتاوى قال القاضى الإمام : إن ما فى المنتقى من قوله كل ص ُ ح بعد صلح باطل فالمراد به الصلح الذى هو إسقاط ، أما إذا كان الصلح على عوض ثم اصطلحا على عوض آخر فالثانى هو الجائز وانفسخ الأول كالبيع .

يقبل عذر الوارث والوصى والمتولى بالتناقض للجهل .

الإقرار المتأخر يرفع الإنكار المتقدم ، والإقرار المتقدم يمنع الإنكار المتأخر .

ادعى مالا فصالح ثم ظهر أنه لا شىء عليه بطل الصلح .

من دفع شيئا على ظن أنه عليه ثم تبين أنه ليس عليه له الرجوع بما دفع .

دعوى الدفع من المدعى عليه ليس بتعديل للشهود ، حتى لو طعن فى الشاهد أو فى الدعوى يصح من نور العين ومن أراد استيفاء المقصود من مسائل الدفوع فليرجع إليه الفصل الثامن عشر .

وذكر فى المجلة فى مادة ١٨٨ البيع بشرط متعارف بين الناس فى البلدة صحيح ، والشرط معتبر وإن كان فيه نفع لأحد المتعاقدين أولها ، وإن كان لا يلائم العقد .

وفى ١٩٢ الإقالة بالتعاطى القائم مقام الإيجاب والقبول صحيحة . وفى ٢٢٠ بيع الصبرة كل مد بقرش يصح فى جميع الصبرة . وفى ٣٨٩ كل شىء تعومل بيعه بالاستصناع يصح فيه على الإطلاق إذا وصف المصنوع وعرفه على الوجه الموافق المطلوب ويلزم وليس لأحدهما الرجوع إذا كان على الأوصاف المطلوبة وإذا خالف يكون المشترى مخيرا . وأما مالا يتعامل استصناعه إذا بين فيه المدة صار سلما فتعتبر فيه حينئذ شرائط السلم ، وإذا لم يبين فيه المدة كان من قبيل الاستصناع أيضا .

وفى ٣٩٨ إذا شرط فى بيع الوفاء أن يكون قدر من منافع المبيع للمشترى صح ويلزم الوفاء بالشرط .

وفى ٤٤٠ الإجارة المضافة صحيحة لازمة قبل حلول وقتها ، وقد صدر الأمر الشريف السلطانى بالعمل بمقتضى ذلك كله فاحفظه والسلام والله تعالى أعلم وأستغفر الله العظيم .

تم الجزء السابع المسمى [قرة عيون الأخيار تكملة رد المحتار] للسيد محمد علاء الدين ،
ويليه الجزء الثامن ، وأوله باب دعوى الرجلين

فهرست الجزء السابع

المسمى قرة عيون الأخيار تكملة رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار

للسيد محمد علاء الدين أفندى نجل المؤلف

تكملة

حاشية رد المحتار

لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين

على

الدر المختار شرح تنوير الأبصار

في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان

المجلد الثامن

دار الفكر
للطباعة والنشر والتوزيع
بيروت

حاشية

قرة عيون الأخيار

تكملة

رد المحتار على الدر المختار

شرح تنوير الأبصار

فى فقه مذهب الإمام أبى حنيفة النعمان

لسيدى محمد علاء الدين أفندى

نجل المؤلف

وقد وضع الشرح والمتن بأعلا الصحائف
وبأسفل الصحائف تقارير لبعض العلماء

الجزء الثامن

الطبعة الثانية

١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م

دار الفكر

١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م

« مَنْ يُرِدِ اللهُ بِهِ خَيْرًا يفقِّههُ فِي الدِّينِ »

« حديث شريف »

بسم الله الرحمن الرحيم

باب دعوى الرجلين

(تقدم حجة خارج فى ملك مطلق)

بسم الله الرحمن الرحيم

باب دعوى الرجلين

لا يخفى عليك أن عقد الباب لدعوى الرجلين على ثالث وإلا فجميع الدعاوى لا تكون إلا بين اثنين ، وحينئذ لا تكون هذه المسألة من مسائل هذا الكتاب فلذلك ذكره صاحب الهداية والكنز فى أوائل كتاب الدعوى . وقلت : ولعل صاحب الدرر إنما أخرها إلى هذا المقام مقتفيا فى ذلك أثر صاحب الوقاية ، لتحقق مناسبة بينها وبين مسائل هذا الباب بحيث تكون فاتحة لمسائله وإن لم تكن منه عزمى (قوله تقدم حجة خارج) هو الذى لم يكن ذا يد والخارج المدعى لأنه خارج عن يده فأسند إلى المدعى تجوّزا ، وإنما قدمت بينة الخارج لأن الخارج هو المدعى والبينة بينة المدعى بالحديث ، وفيه خلاف الشافعى ، وإنما كان الخارج مدعيا لصدق تعريفه عليه (قوله فى ملك مطلق) أى ملك المال ، بخلاف ملك النكاح فإن ذا اليد مقدم ولو بلا برهان مالم يسبق تاريخ الخارج كما سيأتى ، وقيد الملك بالمطلق احترازا عن المقيد بدعوى النتاج وعن المقيد بما إذا ادعيا تلقى الملك من واحد وأحدهما قابض ، وبما إذا ادعيا الشراء من اثنين وتاريخ أحدهما أسبق فإن فى هذه الصور

أى لم يذكر له سبب كما مر (على حجة ذى اليد وإن وقت أحدهما فقط)

تقبل بينة ذى اليد بالإجماع كما سيأتى درر ، أى ولم يلزم انتقاض مقتضى القسمة لأن قبول بينة ذى اليد إنما هو من حيث ما ادعى من زيادة النتاج وغيره ، فهو مدّع من تلك الجهة ، والمراد بالقبض التلقى من شخص مخصوص مع قبضه ، فلا يرد ما قيل كون المدعى فى يد القابض أمر معاين لا يدعيه ذو اليد فضلا عن إقامة البينة عليه وقبولها بالإجماع .

فإن قلت : هل يجب على الخارج اليمين لكونه إذ ذاك مدعى عليه ؟.

قلت : لا لأن اليمين إنما يجب عند عجز المدعى عن البينة وهنا لم يعجز كما فى العناية :

أو رد عليه بأن مراد السائل هل يجب على الخارج اليمين عند عجز ذى اليد عن البينة وإلا فلا تمشية لسؤاله أصلا اه . يريد به أن الجواب لم يدفع السؤال بل هو باق ، ولم يتصدّ للجواب عنه .

أقول : الظاهر أن يجب اليمين على الخارج عند عجز ذى اليد عن بينة فيما إذا ادعى الزيادة لأنه مدّع بالنسبة إليها ولهذا لزم عليه البرهان فيكون المدعى مدعى عليه بالنسبة إليها ، فيلزم عليه اليمين عند العجز عن البرهان ، وبينة المدعى لم تعمل ما لم تسلم من دفع ذى اليد إذ هو معارض لها ، ودعوى ذى اليد لم تسقط بعجزه عن البرهان عليها بل تتوجه اليمين على من كان فى مقابله كما هو شأن الدعوى ، فيحلف على عدم العلم بتلك الزيادة فإن حلف يحكم للمدعى ببينته لكونها سالمة عن المعارض ، وإن نكل يكون مقرا أو باذلا فيمنع ويبقى المدعى فى يد ذى اليد ، نعم لا يجبر الخارج على الجواب عن دعوى ذى اليد لو ترك دعواه لعدم كونه ذا يد لا لقصور فى كون ذى اليد مدعيا فيما ادعاه كما توهمه صاحب التكملة ، هذا هو التحقيق تدبر عبد الحليم (قوله أى لم يذكر له سبب) أى معين أو مقيد بتاريخ كما سيأتى ، وكذا لو ذكر له سبب يتكرر ، فإن ذكر له سبب لا يتكرر قدم ببينة ذى اليد كما يأتى أيضا ، ومن هذا القبيل ما فى منية المفتى : أقاما بينة على عبد فى يد رجل أحدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما ، أى لأن المودع بالجحود يصير غاصبا .

قال فى جامع الفصولين : الخارج وذو اليد لو ادعيا إرثا من واحد فذو اليد أولى كما فى الشراء ، هذا إذا ادعى الخارج وذو اليد تلقى الملك من جهة واحدة ، فلو ادعيا من جهة اثنين يحكم للخارج إلا إذا سبق تاريخ ذى اليد ، بخلاف ما لو ادعياه من واحد فإنه هنا يقضى لذى اليد إلا إذا سبق تاريخ الخارج والفرق فى الهداية ولو كان تاريخ أحدهما أسبق فهو أولى ، كما لو حضر البائعان وبرهنا وأرخا وأحدهما أسبق تاريخا والمبيع فى يد أحدهما يحكم للأسبق اه من الثامن ، وتمامه فيه .

وفى الأشباه قبيل الوكالة : إذا برهن الخارج وذو اليد على نسب صغير قدم ذو اليد إلا فى مسألتين فى الخزانة .

الأولى : لو برهن الخارج على أنه ابنه من امرأته هذه وهما حران وأقام ذو اليد بينة أنه ابنه ولم ينسبه إلى أمه فهو للخارج .

الثانية : لو كان ذو اليد ذميا والخارج مسلما فبرهن الذمى بشهود من الكفار وبرهن الخارج قدم الخارج سواء برهن بمسلمين أو بكفار ، ولو برهن الكافر بمسلمين قدم على المسلم مطلقا اه (قوله وإن وقت أحدهما فقط) إن وصلية ومقتضاها العموم ، أى إن لم يوقتا أو وقتا متساويا أو مختلفا أو وقت أحدهما وعليه مؤاخذة وهو أنه إذا وقتا واختلف تاريخهما فالعبرة للسابق منهما على ماتقدم لأن للتاريخ عبرة فى دعوى الملك المطلق إذا كان من الطرفين عند أبى حنيفة ، ووافقاه فى رواية : وخالفاه فى أخرى ، فكان عليه أن يقول إن لم يوقتا

وقال أبو يوسف : ذو الوقت أحق ، وثمرته فيما لو (قال) فى دعواه (هذا العبد لى غاب عنى منذ شهر وقال ذو اليد لى منذ سنة قضى للمدعى) لأن ما ذكره تاريخ غيبة لا ملك فلم يوجد التاريخ من الطرفين فقضى ببينة الخارج . وقال أبو يوسف : يقضى للمؤرخ ولو حالة الانفراد ، وينبغى أن يفتى بقوله لأنه أوفق وأظهر كذا فى جامع الفصولين وأقره المصنف (ولو برهن خارجان على شىء

أو وقتا وأحدهما مساو للآخر أو وقت أحدهما فقط . قال فى الغرر : حجة الخارج فى الملك المطلق أولى إلا إذا أرخا وذو اليد أسبق (قوله وقال أبو يوسف ذو الوقت أحق) أى فيما لو وقت أحدهما فقط ، لأن التاريخ من أحد الطرفين معتبر عنده .

والحاصل أن الخارج فى الملك المطلق أولى إلا إذا أرخا وذو اليد أسبق (قوله وثمرته) أى ثمرة الخلاف المعلوم من المقام (قوله هذا العبد لى) تقدمت المسألة متنا قبيل السلم (قوله تاريخ غيبة) أى غيبة العبد عن يده ، لأن قوله منذ شهر متعلق بغاب فهو قيد للغيبة ، وقوله منذ سنة متعلق بما تعلق به قوله لى أى ملك لى منذ سنة فهو قيد للملك وتاريخ والمعتبر تاريخ الملك ولم يوجد من الطرفين (قوله فلم يوجد التاريخ) أى تاريخ الملك (قوله من الطرفين) بل وجد من طرف ذى اليد والتاريخ حالة الإنفراد لا يعتبر عند الإمام ، فكان دعوى صاحب اليد دعوى مطلق الملك كدعوى الخارج فيقضى ببينة الخارج (قوله وقال أبو يوسف) أى فيما لو وقت أحدهما فقط (قوله ولو حالة الإنفراد) أى قال أبو يوسف يقضى للمؤرخ سواء أرخا معا(١) وكذا لو أرخا حالة الإنفراد ، لأن التاريخ حالة الإنفراد معتبر عنده ، والحكم فيما لو أرخا معا أولى بالحكم حالة الانفراد لأنه متفق عليه ، والثانى مذهبه فقط كما هى القاعدة فى لو الوصلية : أى الحكم فى المقدر قبلها أولى بالحكم مما بعدها . والمراد بما إذا أرخا معا سبق تاريخ أحدهما . أما لو استوى تاريخهما فهو كما لو لم يؤرخا لتساقطهما والفقهاء يطلقون العبارة عند ظهور المعنى ، وحينئذ فقول بعض المحشين الأولى إسقاط لو لأن الكلام فى حالة الإنفراد ، وكلامه ينحل أنه يقضى للمؤرخ حال صدور التاريخ منهما . وفى حالة الإنفراد ولا معنى للقضاء للمؤرخ فيما إذا أرخا لتحققه منهما بل القضاء للسابق اه غير لازم ، لأن إعمال الكلام أولى من إهماله (قوله كذا فى جامع الفصولين) حيث قال استحق حمارا فطلب ثمنه من بائعه فقال البائع للمستحق من كم مدة غاب عنك هذا الحمار؟ فقال منذ سنة فبرهن البائع أنه ملكه منذ عشر سنين قضى به للمستحق لأنه أرخ غيبته لا الملك والبائع أرخ الملك ودعواه دعوى المشترى لتلقيه من جهته فصار كأن المشترى ادعى ملك بائعه بتاريخ عشر سنين غير أن التاريخ لا يعتبر حالة الإنفراد عند أبى حنيفة ، فبقى دعوى الملك المطلق فحكم للمستحق .

أقول : يقضى بها للمؤرخ عند أبى يوسف لأنه يرجح المؤرخ حالة الانفراد اه ملخصا (قوله وأقره المصنف) وناقشه الخير الرملى بأن صاحب الفصولين ذكره فى الفصل الثامن عشر وقدم فى الثامن الصحيح المشهور عن الإمام أنه لاعبرة للتاريخ فى الملك المطلق حالة الانفراد وحاصله أن صاحب الفصولين فى الثامن فى دعوى الخارجين ، نقل أن الصحيح المشهور عن الإمام عدم اعتباره حالة الانفراد وفى الثامن عشر فى الاستحقاق قال ينبغى أن يفتى بقول أبى يوسف من اعتباره لأنه أوفق وأظهر وما ذكره الفقيه فى بابه أولى بالاعتبار وهو ماذكره فى الثامن ولا سيما أنه نقله جازما به وأقره والثانى فى غير بابه وعبر عنه بينبغى مع ماقالوا أنه يفتى بقول الإمام قطعا ولاسيما إذا كان معه غيره كما هنا فإنه وافقه محمد تأمل (قوله ولو برهن خارجان على شىء) يعنى إذا ادعى اثنان عينا فى يد غيرهما وزعم كل واحد منهما أنها ملكه ولم يذكرا سبب الملك

---

(١) (قوله سواء أرخا معا الخ) هكذا بالأصل ، ولعل الظاهر أو أرخا حالة الانفراد ، فليحرر .

قضى به لهما ، فإن برهنا فى) دعوى (نكاح سقطا)

ولا تاريخه قضى بالعين بينهما لعدم الأولوية وأطلقه فشمل ما إذا ادعيا الوقف فى يد ثالث فيقضى بالعقار نصفين لكل وقف النصف وهو من قبيل دعوى الملك المطلق باعتبار ملك الواقف ولهذا قال فى القنية دار فى يد رجل أقام عليه رجل بينة أنها وقفت عليه وأقام قيم المسجد بينة أنها وقف المسجد فإن أرخا فهى للسابق منهما وإن لم يؤرخا فهى بينهما نصفين اه ولا فرق فى ذلك بين أن يدعى ذو اليد الملك فيها أو الوقف على جهة أخرى.

مطلب دعوى الوقف من قبيل دعوى الملك المطلق

والحاصل : أن دعوى الوقف من قبيل دعوى الملك المطلق ، ولهذا لو ادعى وقفية مافى يد آخر وبرهن فدفعه ذو اليد بأنه مودع فلان ونحوه وبرهن فإنها تندفع خصومة المدعى كما فى الإسعاف ، فدعوى الوقف داخل فى المسألة المخمسة ، وكما تقسم الدار بين الوقفين كذلك لو برهن كل على أن الواقف جعل له الغلة ولا مرجح فإنها تكون بينهما نصفين ، لما فى الإسعاف من باب إقرار الصحيح بأرض فى يده أنها وقف : او شهد اثنان على إقرار رجل بأن أرضه وقف على زيد ونسله وشهد آخران على إقراره بأنها وقف على عمرو ونسله تكون وقفا على الأسبق وقتا إن علم ، وإن لم يعلم أو ذكروا وقتا واحدا تكون الغلة بين الفريقين أنصافا ، ومن مات من ولد زيد فنصيبه لمن بقى منهم ، وكذلك حكم أولاد عمرو . وإذا انقرض أحد الفريقين رجعت إلى الفريق الباقى لزوال المزاحم اه وقيد بالبرهان منهما ، إذ لو برهن أحدهما فقط فإنه يقضى له بالكل. فلو برهن الخارج الآخر يقضى له بالكل لأن المقضى له صار ذا يد بالقضاء له ، وإن لم تكن العين فى يده حقيقة فتقدم بينة الخارج الآخر عليه ، ولو لم يبرهنا حلف صاحب اليد ، فإن حلف لهما تترك فى يده قضاء ترك لاقضاء استحقاق ، حتى لو أقاما البينة بعد ذلك يقضى بها ، وإن نكل لهما جميعا يقضى به بينهما نصفين ، ثم بعده إذا أقام صاحب اليد البينة أنه ملكه لاتقبل ، وكذا إذا ادعى أحد المستحقين على صاحبه وأقام بينة أنها ملكه لاتقبل لكونه صار مقضيا عليه بحر ، لكن قدمنا عن الأشباه أنها تسمع الدعوى بعد القضاء بالنكول كما فى الخانية ، ونقلنا عن محشيها الحموى مايخالف ماذكر من أن المدعى عليه لو نكل عن اليمين للمدعى وقضى عليه بالنكول ثم إن المقضى عليه أقام البينة أنه كان اشترى هذا المدعى من المدعى قبل دعواه لاتقبل هذه البينة إلا أن يشهد أنه كان اشتراه منه بعد القضاء ، وقدمنا أنه كما يصح الدفع قبل البرهان يصح بعد إقامته أيضا ، وكذا يصح قبل الحكم كما يصح بعده ، ودفع الدفع ودفعه وإن كثر صحيح فى المختار ، ولعل مامشى عليه صاحب البحر هنا مبنى على القول الآخر المقابل للقول المختار تأمل (قوله قضى به لهما) لما روى عن أبى موسى « أن رجلين ادعيا بعيرا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث كل واحد منهما بشاهدين فقسمه رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين » رواه أبو داود ، ولأن البينات من حجج الشرع فيجب العمل بها ما أمكن ، وقد أمكن هنا لأن الأيدى قد تتوالى فى عين واحدة فى أوقات مختلفة فيعتمد كل فريق ماشاهد من السبب المطلق للشهادة وهو اليد فيحكم بالتنصيف بينهما ، وتمامه فى الزيلعى (قوله فإن برهنا فى دعوى نكاح) أى معا لأنه لو برهن مدعى نكاحها وقضى له به ثم برهن الآخر على نكاحها لايقبل ، كما فى الشراء إذا ادعاه من فلان وبرهن عليه وحكم له به ثم ادعى آخر شراءه من فلان أيضا لاتقبل ويجعل الشراء المحكوم به سابقا ولا وجه للتفريع فالأولى الإتيان بإلا الاستثنائية (قوله سقطا) الضمير للخارجين ، فلو أحدهما خارجا والآخر ذا يد فالخارج أحق قياسا على الملك ، وقيل ذو اليد أولى

لتعذر الجمع لو حية ، ولو ميتة قضى به بينهما وعلى كل نصف المهر ، ويرثان ميراث زوج واحد ، ولو ولدت يثبت النسب منهما وتمامه فى الخلاصة (وهى لمن صدقته

على كل حال ، ويأتى تمامه قريبا إن شاء الله تعالى (قوله لتعذر الجمع) أى اجتماع الزوجين على زوجة واحدة فإنه متعذر شرعا ؛ لأن النكاح لايقبل الاشتراك فتهاتر البينتان ويفرق القاضى بينهما حيث لامرجح ، وإن كان ذلك قبل الدخول فلا شيء على كل واحد منهما كما فى البحر (قوله لو حية) أى هذا الحكم كما ذكر لو حية ، ولو ميتة قضى به : أى بالنكاح بينهما سواء أرخا واستوى تاريخهما أو أرخ أحدهما فقط أو لم يؤرخا . وفائدة القضاء تظهر فيما يترتب عليه ، ولا يلزم جمع على وطء لأنه حينئذ دعوى مال وهو الميراث ، أو دعوى نسب ويمكن ثبوته منهما كما هو المعروف فى المذهب ، وسيأتى فى باب دعوى النسب أنهما لو ادعيا نسب مجهول كان ابنهما بتصديقه وهنا ثبوت الفراش يقوم مقام التصديق (قوله وعلى كل نصف المهر) ولو ماتت قبل الدخول ، لأن الموت متمم للمهر .

فإن قلت : كل منهما مدعى الزوجية معترف بأن عليه المهر كاملا فينبغى أن يلزمه ذلك المسمى إن أثبت تسميته وإلا فهر المثل . فالجواب أنه لما قضى بدعوى رفيقه فى النصف صار مكذبا شرعا بالنسبة إلى نصف المهر فوجب عليه النصف فقط (قوله ويرثان ميراث زوج واحد) لأنه داخل تحت أول المسألة فإن كلا منهما يدعى الميراث كاملا فينصف بينهما (قوله ولو ولدت) أى الميتة قبل الموت ، وظاهر العبارة أنها ولدت بعده ولكن لينظر هل يقال له ولادة ؟ استظهر بعض الفضلاء عدم اتصاف الميتة بالولادة الحقيقية وأن المراد بالولادة انفصال الولد منها بنفسه أو غيره من الأحياء (قوله يثبت النسب منهما) أى لو ادعيا بعد الموت أنها كانت زوجة لهما قبل الولادة أو ولدت بعد الموت وقد ادعى كل منهما أنها زوجته (قوله وتمامه فى الخلاصة) وهو أنهما يرثان منه ميراث أب واحد ويرث من كل منهما ميراث ابن كامل منح ، وما لو كان(١) البرهانان بلا تاريخ أو بتاريخ مستو أو من أحدهما كما فى الخلاصة .

وفى المنية : ولا يعتبر فيه الإقرار واليد ، فإن سبق تاريخ أحدهما يقضي له ، ولو ادعيا نكاحها وبرهنا ولا مرجح ثم ماتا فلها نصف المهر ونصف الميراث من كل منهما ، ولو ماتت قبل الدخول فعلى كل واحد منهما نصف المسمى ؛ ولو مات أحدهما فقالت هو الأول لها المهر والميراث مقدسى عن الظهيرية (قوله وهى لمن صدقته) أى إن لم يسبق تاريخ الآخر لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين فيرجع إلى تصديقها إلا إذا كانت فى بيت أحدهما أو دخل بها أحدهما فيكون هو أولى ، ولايعتبر قولها لأن تمكنه من نقلها أو من الدخول بها دليل على سبق عقده إلا أن يقيم الآخر البينة أنه تزوجها قبله فيكون هو أولى لأن الصريح يفوق الدلالة زيلعى .

وفى البحر عن الظهيرية : لو دخل بها أحدهما وهى فى بيت الآخر فصاحب البيت أولى ، وأطلق فى التصديق فشمل ما إذا سمعه القاضى أو برهن عليه مدعيه بعد إنكارها له .

قال فى التبيين : حاصله أنهما إذا تنازعا فى امرأة وأقاما البينة ، فإن أرخا وكان تاريخ أحدهما أقدم كان أولى ، وإن لم يؤرخا أو استوى تاريخهما ، فإن كان مع أحدهما قبض كالدخول بها أو نقلها إلى منزله كان أولى ، وإن لم يوجد شيء من ذلك يرجع إلى تصديق المرأة .

---

(١) (قوله وما لو كان الخ) هكذا بالأصل ، وليحرر .

إذا لم تمكن في يد من كذبته ولم يكن دخل) من كذبته (بها) هذا إذا لم يؤرخا (فإن أرخا فالسابق أحق بها) فلو أرخ أحدهما فهي لمن صدقته أو لذى اليد بزازية .

قلت : وعلى ما مر عن الثاني ينبغي اعتبار تاريخ أحدهما ولم أر من نبه على هذا فتأمل (وإن أقرت لمن

وفى البحر : والحاصل أن سبق التاريخ أرجح من الكل ثم اليد ثم الدخول ثم الإقرار ثم ذو التاريخ اه .

ثم اعلم أن بعضهم عبر بإقرارها وبعضهم بتصديقها ، فالظاهر أنهما سواء هنا ، ولكن فرقوا بينهما فقال الزيلعي في باب اللعان : فإن أبت حبست حتى تلاعن أو تصدقه . وفى بعض نسخ القدورى : أو تصدقه فتحد وهو غلط ، لأن الحد لايجب بالإقرار مرة ، وهو لايجب بالتصديق أربع مرات لأن التصديق ليس بإقرار قصدا لكنه إقرار ضمنا فلا يعتبر فى حق وجوب الحد ، ويعتبر فى درئه فيندفع به اللعان ولا يجب به الحد اه وتقدم فى حد القذف أنه لو قال لرجل يازانى فقال له غيره صدقت حد المبتدئ دون المصدق ، ولو قال صدقت هو كما قلت فهو قاذف أيضا اه وإنما وجب فى الثانية للعموم فى كاف التشبيه لا للتصديق ، فعلم بهذا أن الحد لايجب بالتصديق .

قال فى البزازية : قال لى عليك كذا فقال صدقت يلزمه إذا لم يقل على وجه الاستهزاء ويعرف ذلك بالنغمة اه فهو صريح فيما ذكرنا .

وأقول : لو اختلفا فى كونه صدر على وجه الاستهزاء أم لا فالقول لمنكر الاستهزاء بيمينه ، والظاهر أنه على نفى العلم لا على فعل الغير تأمل .

وفى شرح أدب القضاء : وإن شهدا عليه فقال بعد ماشهدا عليه الذى شهد به فلان علىّ هو الحق ألزمه القاضى ولم يسأل عن الآخر ، لأن هذا إقرار منه ، وإن قال قبل أن يشهدا عليه الذى يشهد به فلان على حق أو هو الحق فلما شهدا قال للقاضى سل عنهما فإنهما شهدا علىّ بباطل وما كنت أظنهما يشهدان لم يلزمه وسأل عنهما لأنه إقرار معلق بالخطر فلا يصح اه (قوله إذا لم تكن فى يد من كذبته) فلو وجد أحدهما لايعتبر قولها كما علمت (قوله ولم يكن دخل من كذبته بها) لأن بالدخول صار ذا يد ، وذلك دليل سبق عقده ظنا بالمسلم خيرا وحملا لأمره على الصلاح ، ولأهل الذمة مالنا فى المعاملات (قوله هذا إذا لم يؤرخا) مثل عدم التاريخ منهما إذا أرخا تاريخا مستويا أو أرخ أحدهما بحر (قوله فالسابق أحق بها) أى وإن صدقت الآخر أو كان ذا يد أو دخل بها لأنه لايعتبر مع السبق وضع يد ولا دخول لكونه صريحا وهو يفوق الدلالة كما علمت (قوله فهى لمن صدقته) إن لم يكن لأحدهما يد ، أى أو دخول (قوله أو لذى اليد) أى إن كانت يد ولا يعتبر تصديق معه أى إن أرخ أحدهما وللآخر يد فإنها لذى اليد (قوله وعلى مامر عن الثانى) أى من أنه يقضى للمؤرخ حالة الانفراد على ذى اليد ، فيقضى هنا للمؤرخ وإن كان الآخر ذا يد لترجح جانب المؤرخ حالة الانفراد عند أبى يوسف ، وقدمنا عن الزيلعى أنه لو برهن أنه تزوجها قبله فهو أولى وسيأتى متنا (قوله ولم أر من نبه على هذا) ذكره فى البحر بحثا حيث قال : فالحاصل كما فى البزازية أنه لايترجح أحدهما إلا بسبق التاريخ أو باليد أو بإقرارها بدخول أحدهما اه وكان ينبغى أن يزيد أو بتاريخ من أحدهما فقط كما علمته اه ولعل وجه عدم التنبيه أنهما إذا أرخ أحدهما وللآخر يد فاليد دليل على العقد والتاريخ ليس بدليل عليه (قوله فتأمل) أى هل يجرى قوله هنا ويعتبر التاريخ من جانب واحد أو لايعتبر احتياطا فى أمر الفروج والذى يظهر الثانى فراجعه (قوله وإن أقرت) أى المرأة لمن لا حجة له فهى له لما عرفت من أن النكاح يثبت

لاحجة له فهي له ، وإن برهن الآخر قضى له ، ولو برهن أحدهما وقضى له ثم برهن الآخر لم يقض له إلا إذا ثبت سبقه) لأن البرهان مع التاريخ أقوى منه بدونه (كما لم يقض ببرهان خارج على ذى يدظهر نكاحه إلا إذا ثبت سبقه) أى إن نكاحه أسبق

بتصادق الزوجين (قوله وإن برهن الآخر) أى بعد الحكم للأول بموجب الإقرار ، والأولى أن يقول فإن لم تقم حجة فهي لمن أقرت له ثم إن برهن الآخر قضى له (قوله قضى له) لأنه أقوى من التصادق لأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ويثبت فى حق الكل ، بخلاف الإقرار فإنه حجة قاصرة يثبت فى حق المقر فقط ، فإقرارها إنما نفذ عليها لا على من أقام البرهان على أنها زوجته ، وإنما قلنا فى حق الكل لأن القضاء لا يكون على الكافة إلا فى القضاء بالحرية والنسب والولاء والنكاح ولكن فى النكاح شرط هو أن لا يؤرخا ، فإن أرخ المحكوم له ثم ادعاها آخر بتاريخ أسبق فإنه يقضى له ويبطل القضاء الأول ويشترك ذلك أيضا فى الحرية الأصلية كما فى البحر ، وقوله ولكن فى النكاح الخ أى القضاء فى النكاح إنما يكون على الكافة إذا لم يؤرخا ويحمل على ما إذا ترجحت بينته بمرجح آخر غير التاريخ كالقبض والتصديق وإلا فلا يتصور القضاء له لاستوائهما فى عدم التاريخ (قوله لم يقض له) لتأكد الأول بالقضاء (قوله إلا إذا ثبت سبقه) أى سبق الخارج بالتاريخ بأن أرخ الأول تاريخا مع البرهان وأرخ الثانى تاريخا سابقا وأقام البرهان فإنه يقدم .

قال المقدسى : ونظيره الشراء من زيد لو حكم به ثم ادعاه آخر من زيد وبرهن : وكذا النسب والحرية بخلاف الملك المطلق اه يعنى الحكم فيه لمن برهن بعد الحكم لآخر وإن لم يثبت السبق (قوله لأن البرهان مع التاريخ) أى السابق بدليل ما قال فى المتن إلا إذا ثبت سبقه ولأن من المعلوم أنه إنما يكون أقوى بالسبق (قوله أقوى منه بدونه) أى بدون التاريخ السابق .

وصورة المسئلة : ادعى أنه تزوجها العام وأقام بينة على ذلك فقضى له ثم ادعى آخر نكاحها قبل العام تسمع ويقضى له لسبقه لأن السبق لا يتحقق إلا عند التاريخ منهما ، لكن لما كان الثانى سابقا فكأن الأول لم يؤرخ أصلا (قوله ظهر نكاحه) أى ثبت نكاحه وظهوره إنما يكون بالبينة . وفيه إشارة إلى أن ذا اليد لو برهن بعد ما قضى للخارج يقبل . وقال بعضهم : إن لم يقض له (قوله إلا إذا ثبت سبقه) أى سبق نكاحه أى سبق الخارج بالتاريخ فإنه يقدم على ما علم مما ذكرناه من الحاصل عن التبيين والبحر ، وقد تبع المصنف صاحب الدرر فى ذكر هذه العبارة . وقال الشرنبلالى : وهى موجودة فى النسخ بصورة المتن ولعله شرح إذ ليس فيه زيادة على المتقدم اه .

واعلم أنه إذا ادعى نكاح صغيرة بتزويج الحاكم له لا تسمع إلا بشروط : أن يذكر اسم الحاكم ونسبه وأن السلطان فوض إليه التزويج وأنه لم يكن لها ولى كما فى البزازية .

ثم اعلم أن يوم الموت لا يدخل تحت القضاء ويوم القتل يدخل ، هكذا فى الظهيرية والعمادية والولوالجية والبزازية وغيرها ، وفرعوا على الأول مالو برهن الوارث على موت مورثه فى يوم ثم برهنت امرأة على أن مورثه كان نكاحها بعد ذلك اليوم يقضى لها بالنكاح .. وعلى الثانى لو برهن الوارث على أنه قتل يوم كذا فبرهنت امرأة على أن هذا المقتول نكحها بعد ذلك اليوم لا تقبل وعلى هذا جميع العقود والمداينات وكذا لو برهن الوارث على أن مورثه قتل يوم كذا فبرهن المدعى عليه أنه كان مات قبل هذا بزمان لا يسمع ، ولو برهن على أن مورثه قتل يوم كذا فبرهن المدعى عليه أنه قتله فلان قبل هذا بزمان يكون دفعا لدخوله

(وإن) ذكرا سبب الملك بأن (برهنا على شراء شيء من ذى يد فلكل نصفه بنصف الثمن) إن شاء (أو تركه) إنما خير لتفريق الصفقة عليه (وإن ترك أحدهما بعد ما قضى لهما لم يأخذ الآخر كله)

تحت القضاء هذه عبارة البزازية ، وزاد الولوالجى موضحا لدعوى المرأة النكاح بعد ثبوت القتل فى يوم كذا بقوله ألا ترى أن امرأة لو أقامت البينة أنه تزوجها يوم النحر بمكة فقضى بشهودها ثم أقامت أخرى بينة أنه تزوجها يوم النحر بخراسان لاتقبل بينة المرأة الأخرى لأن النكاح يدخل تحت القضاء فاعتبر ذلك التاريخ ، فإذا ادعت امرأة أخرى بعد ذلك التاريخ بتاريخ لم يقبل اهـ .

أقول: وجه الشبه بين المسئلتين أن تاريخ برهان المرأة على نكاح المقتول مخالف لتاريخ القتل إذ لا يتصور بعد قتله أن ينكح ، كما أن نكاح الثانية له يوم النحر بخراسان لايتصور مع نكاح الأولى له يومه بمكة فهو مخالف من هذه الحيثية ، فأشبهت هذه المسألة الأولى فى المخالفة ، وكل من النكاح والقتل يدخل تحت الحكم فتأمل .

وفى الظهيرية : ادعى ضيعة فى يد رجل أنها كانت لفلان مات وتركها ميراثا لفلانة لا وارث له غيرها ، ثم إن فلانة ماتت وتركتها ميراثا لى لا وارث لها غيرى وقضى القاضى له بالضيعة فقال المقضى عليه دفعا للدعوى إن فلانة التى تدعى أنت الإرث عنها لنفسك ماتت قبل فلان الذى تدعى الإرث عنه لفلانة اختلفوا . بعضهم قالوا إنه صحيح ، وبعضهم قالوا إنه غير صحيح بناء على أن يوم الموت لايدخل تحت القضاء اهـ . وإذا كان الموت مستفيضا علم به كل صغير وكبير وكل عالم وجاهل لايقضى له ولا يكون بطريق أن القاضى قبل البينة على ذلك الموت بل يكون بطريق التيقن بكذب المدعى .

قال فى التتارخانية فى الفصل الثامن فى التهاتر نقلا عن الذخيرة : فيما لو ادعى المشهود عليه أن الشهود محدودون فى قذف من قاضى بلد كذا فأقام الشهود أنه : أى القاضى مات فى سنة كذا الخ أنه لايقضى به إلا إذا كان موت القاضى قبل تاريخ شهود المدعى عليه مستفيضا اهـ مع غاية الاختصار ، فراجعه إن شئت ، والله تعالى الموفق ، وتمام التفاريع على هذه المسئلة فى جامع الفصولين ونور العين والبحر وغيرها ، وقد مر تحقيقه فى فصل الحبس فراجعه إن شئت. (قوله وإن ذكرا) هو مقابل لقوله وإن برهن الخارجان معطوف عليه : أى إن برهنا على مطلق الملك فقد تقدم حكمه : وإن ذكرا سبب الملك فحكمه هذا (قوله بأن برهنا على شراء شىء من ذى يد) مثله ماإذا برهن الخارجان على ذى يد أن كلا أودعه الذى فى يده فإنه يقضى به بينهما نصفين وكذا الإرث ، فلو ادعى كل من خارجين الميراث عن أبيه وبرهن قضى به بينهما ، وأفاد المصنف باقتصار كل على دعوى الشراء مجردة أنه لو ادعى أحدهما شراء وعتقا والآخر شراء فقط يكون مدعى العتق أولى ، فإن العتق بمنزلة القبض ذكره فى خزانة الأكمل .

وفيه إشارة إلى أنه لو أرخ أحدهما فهو له وفى قوله من ذى يد إشارة إلى أنه لو فى يد أحدهما فهو أولى ، وإن أرخ الخارج ، نعم لو تلقياه من جهتين كان الخارج أحق وهذا أوضح مما فى المتن (قوله فلكل نصفه) لاستوائهما فى السبب لكنه يخير كما ذكره بعد فصار كفضوليين باع كل منهما من رجل وأجاز المالك البيعين فإن كلا منهما يخير لأنه تغير عليه شرط عدم عقده فلعل رغبته فى تملك الكل اهـ (قوله بنصف الثمن) أى الذى عينه أحدهما ، وإن كان خلاف ما عينه الآخر ، كأن ادعى أحدهما أنه اشتراه بمائة والآخر بمائتين أخذ الأول نصفه بخمسين والآخر نصفه بمائة ، وقيد بالشراء من ذى اليد لأنه لو ادعيا الشراء من ذى اليد فإنه يأتى حكمه (قوله لتفريق الصفقة عليه) فلعل رغبته فى تملك الكل (قوله وإن ترك أحدهما بعد ما قضى لهما)

لانفساخه بالقضاء ، فلو قبله فله (وهو) أى ما ادعيا شراءه (للسابق) تاريخا (إن أرخا) فيرد البائع ماقبضه من الآخر إليه سراج (و) هو (لذى يد إن لم يؤرخا أو أرخ أحدهما) أو استوى تاريخهما

أفاد أنه بالقضاءله بالنصف لا يجبر على أخذه لما فيه من الضرر (قوله لا نفساخه) أى انفساخ البيع فى النصف بالقضاء أى لأنه صار مقضيا عليه بالنصف لصاحبه فانفسخ البيع فيه فلا يكون له أن يأخذه بعد الانفساخ ، لأن العقد متى انفسخ بقضاء القاضى لايعود إلا بتجديده ولم يوجد (قوله فلو قبله) أى فلو ترك أحدهما قبل القضاءبه بينهما فللآخر أن يأخذه كله لأنه أثبت ببينته أنه اشترى الكل ، وإنما يرجع إلى النصف بالمزاحمة ضرورة القضاء به ولم يوجد ، ونظيره تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء ، ونظير الأول تسليمه بعد القضاء كما فى البحر (قوله للسابق تاريخا إن أرخا) أى لأنه أثبت الشراء فى زمن لاينازعه فيه أحد فاندفع الآخر به ، وهذا كما علمت فيما إذا ادعيا الشراء من واحد ، فلو اختلف بائعهما لم يترجح أسبقهما تاريخا ولا المؤرخ فقط لأن ملك بائعهما لاتاريخ له (قوله فيرد البائع ماقبضه) أى الثمن (قوله وهو الذى يد) أى المدعى بالفتح إنلم يؤرخا الخ . لما ذكر ما إذا ادعى الخارجان الشراء من ذى اليد وفيه لا يترجح واحد إلا بسبق التاريخ أخذ يتكلم على ما إذا ادعى خارج وذويد الشراء من واحد ويترجح ذواليد لأنها دليل سبقه ولأنهما استويافى الإثبات وترجيح ذىاليد بها وليس للثانى ما يعارضها فلا يساويه . ولأن يد الثابت لا تنقض بالشك ، ويكون الترجيح أيضا فى هذه المسألة بسبق التاريخ فيترجح ذواليد فى أربع : ما إذا سبق تاريخه وهو ظاهر ، وما إذا لم يؤرخا لما ذكر : وما إذا كان التاريخ من جانب لأنه غير معتبر كما لو لم يؤرخا ، وما إذا استوى التاريخان لتعارضهما فصار كما لو لم يؤرخا ويترجح الخارج فى واحدة ، وهو ما إذا سبق تاريخه .

ويمكن أن تجعل هذه المسألة من تفاريع ماإذا ادعى الخارجان الشراء من ذى اليد وأثبت أحدهما بالبينة قبضه فيما مضى من الزمان على مانقله فى البحر عن المعراج .

ويشكل عليه ماذكره بعد عن الذخيرة من أن ثبوت اليد بأحدهما بالمعاينة . ويمكن أن يقال ماثبت بالبينة معاينة لأن المعاينة لا تكفى من القاضى لأنه لا يقضى بعلمه فلم يبق إلا معاينة الشهود .

قال فى البحر : ولى إشكال فى عبارة الكتاب : هو أن أصل المسألة مفروض فى خارجين تنازعا فيما فى يد ثالث فإذا كان مع أحدهما قبض كان ذايد تنازع مع خارج فلم تكن المسألة .

ثم رأيت فى المعراج مايزيله من جواز أنه أثبت بالبينة قبضه فيما مضى من الزمان وهو الآن فى يد البائع انتهى . إلا أنه يشكل ماذكره بعد عن الذخيرة بأن ثبوت اليد لأحدهما بالمعاينة انتهى .

والحق أنها مسألة أخرى وكان ينبغى إفرادها .

وحاصلها أن خارجا وذا يد ادعى كل الشراء من ثالث وبرهنا قدم ذواليد فى الوجوه الثلاثة والخارج فى وجه واحد انتهى كلام البحر . وفيه الإشكال الذى ذكره عن الذخيرة .

وأجاب المقدسى بأن قوله وهو لذى يد إن لم يؤرخا يرجع إلى مطلق مدعيين لابقيد كونهما خارجين ، وقد أشار المصنف إلى ما قدمنا من أن الحق أنها مسألة أخرى وكان ينبغى إفرادها حيث ذكر قوله ولذى وقت ، ولكن كان عليه أن يقدمه على قوله ولذى يد لأنه من تتمة المسألة الأولى ويكون قوله ولذى استئناف مسألة أخرى .

[فرع] لو برهنا على ذى يد بالوديعة يقضى بها لهما نصفين ثم إذا أقام أحدهما البينة على صاحبه أنه لم يسمع ،

(و) هو (الذى وقت إن وقت أحدهما فقط و) الحال أنه (لا يد لهما) وإن لم يوقتا فقد مر أن لكل نصفه بنصف الثمن (والشراء أحق من هبة

ولو برهن أحدهما وأقام الآخر شاهدين ولم يزكيا قضى به لصاحب البينة ثم أقام الآخر بينة عادلة أنه ملكه أودعه عند الذى فى يده أولم يذكروا ذلك فقضى به له على المقضى له أولا ، وهذا يخالف الشراء فإن فيه لا يحكم للثانى ولعله لأن الإيداع من قبيل المطلق (قوله وهو لذى وقت الخ) الأولى تقديمها على قوله وهو لذى يد لأنها من تتمة الأولى ، وإنما كان القول له لثبوت ملكه فى ذلك الوقت مع احتمال الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى له بالشك ، وإنهما اتفقا على أن الملك للبائع ولم يثبت الملك لهما إلا بالتلقى منه وأن شراءهما حادث والحادث يضاف إلى أقرب الأوقات إلا إذا ثبت التاريخ فيثبت تقدمه فلهذا كان المؤرخ أولى ، بخلاف ما إذا اختلف بائعهما على ما بينا ، وبخلاف ما إذا ادعى الملك ولم يدع الشراء من ذى اليد حيث لم يكن التاريخ أولى عند أبى حنيفة ومحمد .

[تنبيه] قال المدنى : أقول التاريخ فى الملك المطلق لا عبرة به من طرف واحد بخلافه فى الملك بسبب كما هو معروف اه .

وفيه عن القهستانى عن الخزانة أنه لو وقت أحدهما شهرا والآخر ساعة فالساعة أولى والتاريخ هو قلب التأخير . واصطلاحا هو تعريف وقت الشىء بأن يسند إلى وقت حدوث أمر شائع كظهور دولة أو غيره كطوفان وزلزلة لينسب إلى ذلك الوقت الزمانى الآتى ، وقيل هو يوم معلوم نسب إليه ذلك الزمان ، وقيل هو مدة معلومة بين حدوث أمر ظاهر وبين أوقات حوادث أخر كما فى نهاية الإدراك (قوله والحال أنه لا يد لهما) بأن كان المبيع فى يد ثالث (قوله وإن لم يوقتا الخ) لا حاجة إليه (قوله والشراء أحق من هبة) أى لو برهن خارجان على ذى يد أحدهما على الشراء منه والآخر على الهبة منه كان الشراء أولى ، لأنه أقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولأنه يثبت الملك بنفسه والملك فى الهبة يتوقف على القبض ، فلو أحدهما ذا يد والمسألة بحالها يقضى للخارج أو للأسبق تاريخا ، وإن أرخت إحداهما فلا ترجيح ، ولو كل منهما ذا يد فهو لهما ، أو للأسبق تاريخا كدعوى ملك مطلق ، ولو اختلف المملك استويا لأن كلا منهما خصم عن مملكه فى إثبات ملكه وهما سواء ، بخلاف مالو اتحد لاحتياجهما إلى إثبات السبب ، وفيه يقدم الأقوى ، وأطلق فى الهبة وهى مقيدة بالتسليم وبأن لا تكون بعوض وإلا كانت بيعا ، وأشار إلى استواء الصدقة والهبة المقبوضتين الاستواء فى التبرع ، ولا ترجيح للصدقة باللزوم لأنه يظهر فى ثانى الحال وهو عدم التمكن من الرجوع فى المستقبل والهبة قد تكون لازمة كهبة محرم والصدقة قد لا تلزم بأن كانت لغنى كذا فى البحر ملخصا .

وفيه : ولم أر حكم الشراء الفاسد مع القبض والهبة مع القبض فإن الملك فى كل متوقف على القبض وينبغى تقديم الشراء للمعاوضة . ورده المقدسى بأن الأولى تقديم الهبة لكونها مشروعة والبيع الفاسد منهى عنه ، ولم يذكر مالو اختلفا فى الشراء مع الوقف فحكمه ما فى مشتمل الأحكام عن القنية قال : ادعى على رجل أن هذه الدار التى فى يده وقف مطلق وذو اليد ادعى أن بائعى اشتراها من الوقف وأرخا وأقاما البينة فبينة الوقف أولى ، ثم إذا أثبت ذو اليد تاريخا سابقا على الوقف فبينته أولى وإلا فبينة الوقف أولى اه.

وفى فتاوى مؤيد زاده : ادعى عليه دارا أنه باعها منى منذ خمس عشرة سنة وادعى الآخر أنها وقف عليه مسجل وأقاما بينة . فبينة مدعى البيع أولى ، وإن ذكر الواقف بعينه فبينة الوقف أولى لأنه يصير مقضيا عليه

وصدقة) ورهن ولو مع قبض وهذا (إن لم يؤرخا . فلو أرخا واتحد المملك فالأسبق أحق) لقوته (ولو أرخت إحداهما فقط فالمؤرخة أولى) ولو اختلف المملك استويا وهذا فيما لايقسم اتفاقا .

واختلف التصحيح فيما يقسم كالدار ، والأصح أن الكل لمدعى الشراء لأن الاستحقاق

(قوله وصدقة) قال فى البحر : الصدقة المقبوضة والهبة كذلك سواء للتبرع فيهما ، ولا ترجيح للصدقة باللزوم لأن أثر اللزوم يظهر فى ثانى الحال وهو عدم التمكن من الرجوع فى المستقبل والترجيح يكون بمعنى قائم فى الحال والهبة قد تكون لازمة بأن كانت لمحرم والصدقة قد لا تلزم بأن كانت لغنى (قوله ورهن ولو مع قبض) إنما قدم الشراء عليه لأنه يفيد الملك بعوض للحال والرهن لا يفيد الملك للحال فكان الشراء أقوى ، وقد علمت أن الهبة بعوض كالشراء فتقدم عليه ، وقوله ولو مع قبض راجع إلى الرهن فقط لأن دعوى الهبة أو الصدقة غير المقبوضة لا تسمع (قوله واتحد المملك) أما إذا كان المملك مختلفا فلا يعتبر فيه سبق التاريخ أبو السعود ، بل يستويان كما يأتى قال فى البحر : أطلقه وهو مقيد بأن لا تاريخ لهما ، إذ لو أرخا مع اتحاد المملك كان للأسبق فأخذه منه وذكر ماذكر من خلل صاحب الكنز بهذا القيد مع جواز الاعتذار بحمل المطلق على الخالى من التاريخ إذ الأصل عدمه فتأمل ، أفاده الرملى (قوله ولو أرخت إحداهما) أى إحدى البينتين لما تقدم فيما إذا أرخت إحدى بينتى مدعى الشراء من واحد (قوله فالمؤرخة أولى) لأنهما اتفقا على الملك والملك لا يتلقى إلا من جهة المملك وهو واحد فإذا أثبت أحدهما تاريخا يحكم له به درر (قوله استويا) لأن كلا منهما خصم عن مملكه فى إثبات ملكه وهما فيه سواء ، بخلاف ما إذا اتحد لا حتياجهما إلى إثبات السبب . وفيه يقدم الأقوى كما فى البحر أى فينصف المدعى بين مدعى الشراء ومدعى الهبة والصدقة ، وهذا ظاهر فى غير الرهن أما فيه فينبغى أن لا يصح فيه مطلقا لعدم صحة رهن المشاع شيوعا مقارنا أو طارئا على حصة شائعة يقسم أولا كما سيأتى فى بابه . وأما طرّوه على حصة مفروزة فلا يبطله كما نبه عليه المقدسى فتنبه .

وفى البحر : لو ادعى الشراء من رجل وآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من أبيه والرابع الصدقة من آخر قضى بينهم أرباعا لأنهم يلتقون الملك من مملكهم فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق (قوله وهذا) أى الاستواء .

اعلم أن صاحب البحر والهندية جعلا ذلك فيما إذا كانت العين فى أيديهما . وعبارة البحر بعد أن صرح بأن مدعى الشراء والهبة مع القبض خارجان ، ادعيا على ثالث نصها : وقيد بكونهما خارجين للاحتراز عما إذا كانت فى يد أحدهما والمسألة بحالها فإنه يقضى للخارج إلا فى أسبق التاريخ فهو للأسبق ، وإن أرخت إحداهما فلا ترجيح لها كما فى المحيط وإن كانت فى أيديهما فيقضى بينهما إلا فى أسبق التاريخ فهى له كدعوى ملك مطلق ، وهذا إذا كان المدعى مما لا يقسم كالعبد والدابة ، وأما فيما يقسم كالدار فإنه يقضى لمدعى الشراء لأن مدعى الهبة أثبت بالبينة الهبة فى الكل ثم استحق الآخر نصفه بالشراء واستحقاق نصف الهبة فى مشاع يحتمل القسمة يبطل الهبة بالإجماع فلا تقبل بينة مدعى الهبة فكان مدعى الشراء منفردا بإقامة البينة اه ونقلاها عن المحيط ، وكلام المؤلف يفيد أن ذلك فيما إذا اختلف المملك واستويا ، والحكم واحد لأن الإشاعة تتحقق فى حال اختلافه أيضا ط (قوله لأن الاستحقاق) أى استحقاق مدعى الشراء النصف ، وهو جواب عما قاله فى العمادية من أن الصحيح أنهما سواء لأن الشيوع الطارىء لا يفسد الهبة ويفسد الرهن اه وأقره فى البحر وصدر الشريعة. قال المصنف نقلا عن الدرر . عده صورة الاستحقاق من أمثلة الشيوع الطارىء غير صحيح . والصحيح مافى

من قبيل الشيوع المقارن لاالطارئ هبة الدرر (والشراء والمهر سواء) فينصف وترجع هى بنصف القيمة وهو بنصف الثمن أو يفسخ لما مر (هذا إذا لم يؤرخا أو أرخا واستوى تاريخهما، فإن سبق تاريخ أحدهما كان أحق) قيد بالشراء لأن النكاح أحق من هبة أو رهن أو صدقة عمادية والمراد من النكاح

الكافى والفصولين، فإن الاستحقاق إذا ظهر بالبينة كان مستندا إلى ما قبل الهبة فيكون مقارنا لها لاطارئا عليها انتهت أى وحيث كانت من قبيل المقارن وهو يبطل الهبة إجماعا ينفرد مدعى الشراء بالبرهان فيكون أولى (قوله من قبيل الشيوع المقارن) أى وهو يبطل الهبة بالإجماع كما علمت، فينفرد مدعى الشراء بإقامة البينة فيكون أولى (قوله لا الطارىء) لأنه لا يفسد الهبة والصدقة بخلاف المقارن كما علمت، وهذا جواب عما قاله العمادى كما تقدم، والرجوع ببعض الهبة كالشيوع الطارئ (قوله هبة الدرر) ومثله فى التبيين والمنح (قوله والشراء والمهر سواء) يعنى إذ [illegible] ادعاهما الشراء من ذى يد وادعت امرأة أنه تزوجها عليه فهما سواء لا ستوائهما فى القوة، فإن كل واحد [illegible] معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عندهما. وقال محمد: الشراء أولى (قوله وترجع هى) أى على الزوج بنصف القيمة لا ستحقاق نصف المسمى (قوله وهو بنصف الثمن) أى إن كان نقده (قوله أو يفسخ) بالبناء للمجهول ليشمل المهر والمشترى لأن كلا منهما دخل عليه عيب تفريق الصفقة، فللمرأة أن ترده وترجع بجميع القيمة والمشترى بجميع الثمن (قوله لما مر) أى من تفرق الصفقة عليه (قوله أو أرخا واستوى تاريخهما الخ) قال فى ترجيح البينات للبغدادى: قامت بينة على المال وبينة على البراءة وأرخا فإن كان تاريخ البراءة سابقا يقضى بالمال. وإن كان لاحقا يقضى بالبراءة، وإن لم يؤرخا أو أرخت إحداهما، دون الأخرى أو أرخا وتاريخهما سواء فالبراءة أولى لأن البراءة إنما تكتب لتكون حجة صحيحة ولا صحة لها إلا بعد وجوب المال، والظاهر أنه كان بعد وجوب المال الأول اه (قوله قيد بالشراء) أى فى جعله مع المهر سواء لأن الهبة وأخواتها لا تساوى المهر ولذا قال الشارح لأن النكاح أحق (قوله لأن النكاح أحق من هبة أو رهن أو صدقة) انظر ما معنى هذه العبارة مع قوله المار والشراء والمهر سواء فلم يظهر لى فائدتها سوى أنه تكرار محض تأمل (قوله والمراد من النكاح) أى فى قول العمادى لأن النكاح الخ المهر. قال فى البحر ناقلا عن جامع الفصولين: لو اجتمع نكاح وهبة يمكن أن يعمل بالبينتين لو استويا بأن تكون منكوحة لذا وهبة للآخر بأن يهب أمته المنكوحة فينبغى أن لا تبطل بينة الهبة حذرا من تكذيب المؤمن، وكذا الصدقة مع النكاح، وكذا الرهن مع النكاح اه وهو وهم لأنه فهم أن المراد لو تنازعا فى أمة أحدهما ادعى أنها ملكه بالهبة والآخر أنه تزوجها وليس مرادهم. وإنما المراد من النكاح المهر كما عبر به فى المحيط فى الكتاب ولذا قال فى المحيط: والشراء أولى من النكاح عند محمد. وعند أبى يوسف هما سواء. لمحمد أن المهر صلة من وجه قد أطلق النكاح وأراد المهر. ومما يدل على ما ذكرناه أن العمادى بعدما ذكر أن النكاح أولى قال ثم إن كانت العين فى يد أحدهما فهو أولى إلا أن يؤرخا وتاريخ الخارج أسبق فيقضى للخارج. ولو كانت فى أيديهما يقضى بها بينهما نصفين إلا أن يؤرخا وتاريخ أحدهما أسبق فيقضى له اه. وكيف يتوهم أن الكلام فى المنكوحة بعد قوله تكون بينهما نصفين.

وينبغى لو تنازعا فى الأمة ادعى أحدهما أنها ملكه والآخر أنها منكوحته وهما من رجل واحد وبرهنا ولا مرجح أن يثبتا لعدم المنافاة فتكون ملكا لمدعى الملك هبة أو شراء منكوحة الآخر كما بحثه فى الجامع ولم أره صريحا اه.

المهر كما حرره فى البحر مغلطا للجامع ، نعم يستوى النكاح والشراء اوتنازعا فى الأمة من رجل واحد ولا مرجح فتكون ملكا له منكوحة للآخر فتدبر .

(ورهن مع قبض أحق من هبة بلاعوض معه) استحسانا واو به فهى أحق لأنها بيع انتهاء والبيع ولو بوجه أقوى من الرهن ، ولو العين معهما استويا ما لم يؤرخا وأحدهما أسبق (وإن برهن خارجان) على ملك مؤرخ

فالحاصل أن صاحب البحر استحسن بحث صاحب الفصولين ولكنه لم يره منقولا ، ووهمه فى حمله قولهم النكاح أولى من الهبة أن المراد ادعاء أحدهما نكاح الأمة والآخر هبتها بدليل ماذكره فى العمادية أنها لو كانت فى أيديهما ولا مرجح يقضى بينهما ولا يصح ذلك فى المدعى نكاحها ، وأن صاحب المحيط أطلق النكاح وأراد المهر كما بينه (قوله المهر) فيكون من إطلاق الشيء وإرادة أثره المترتب عليه (قوله كما حرره فى البحر مغلطا للجامع) أى جامع الفصولين فى قوله لو اجتمع نكاح وهبة إلى آخر ما قدمناه (قوله نعم الخ) هذا الذى جعله صاحب البحر بحثا لصاحب الفصولين وذكر أنه لم يره منقولا كما تقدم ، وهو استدراك على قوله والمراد من النكاح المهر (قوله او تنازعا فى الأمة) أى وبرهنا (قوله ولا مرجح) كسبق التاريخ (قوله فتكون ملكاله الخ) لعدم المنافاة (قوله ورهن مع قبض الخ) أى إن لم يكن مع واحد منهما تاريخ (قوله معه) أى مع القبض قال المصنف فى منحه : قولى بلا عوض هو قيد لازم أخل به صاحب الكنز والوقاية . قال الرملى : هو لصاحب البحر مع أنه لا يضر تركه إذ الهبة إذا أطلقت يراد بها الخالية عن العوض كما هو ظاهر . بل لقائل أن يقول ذكرها ربما يشبه التكرار لأنها بيع انتهاء حتى جرت أحكام البيع عليها فعلم حكمها منه تأمل (قوله استحسانا) وجه الاستحسان أن الرهن مضمون فكذا المقبوض بحكم الرهن والهبة أمانة والمضمون أقوى فكان أولى . والقياس أن الهبة أولى لأنها تثبت الملك والرهن لا يثبته (قوله ولو العين معهما استويا) يعنى أن ما تقدم فيما إذا كانا خارجين ، فإن كانت فى يديهما فهما سواء ، وإن كانت فى يد أحدهما فهو أولى إلا أن يؤرخا وتاريخ الخارج أسبق فيقضى له .

وبحث فيه العمادى بأن الشيوع الطارئ يفسد الرهن فينبغى أن يقضى بالكل لمدعى الشراء ، لأن مدعى الرهن أثبت رهنا فاسدا فلا تقبل بينته فصار كأن مدعى الشراء انفرد بإقامة البينة ، ولهذا قال شيخ الإسلام خواهر زاده إنه إنما يقضى به بينهما فيما إذا اجتمع الشراء والهبة إذا كان المدعى مما لا يحتمل القسمة كالعبد والدابة أما إذا كان شيئا يحتملها يقضى بالكل لمدعى الشراء ، قال لأن مدعى الشراء قد استحق النصف على مدعى الهبة واستحقاق نصف الهبة فى مشاع يحتمل القسمة يوجب فساد الهبة فلا تقبل بينة مدعى الهبة ، غير أن الصحيح ما أعلمتك من أن الشيوع الطارئ لا يفسد الهبة والصدقة ويفسد الرهن والله تعالى أعلم بحر .

قلت : وعلى مامر من أن الاستحقاق من الشيوع المقارن ينبغى أن يقضى لمدعى الشراء بالأولى ، فالحكم بالاستواء على كل من القولين مشكل فليتأمل .

قال المصنف فى المنح : هذا الكلام من العمادى يشير إلى أن الاستحقاق من قبيل الشيوع الطارئ وليس كذلك بل هو من الشيوع المقارن المفسد كما صرح به فى جامع الفصولين ، وصححه فى شرح الدرر والغرر ، ونقله فى الكنز فى كتاب الهبة وأقره (قوله وإن برهن خارجان على ملك مؤرخ الخ) قيد بالملك لأنه لو أقاماها على أنها فى يده منذ سنين ولم يشهد أنها له قضى بها للمدعى لأنها شهدت باليد لا بالملك كما فى البحر .

وفيه : ومن أهم مسائل هذا الباب معرفة الخارج من ذى اليد .

وفى جامع الفصولين : ادعى كل أنه فى يده فلو برهن أحدهما يقبل ويكون الآخر خارجا ولولا بينة لهما لايحلف واحد منهما (١) .
ولو برهن أحدهما على اليد وحكم بيده ثم برهن على الملك لا تقبل إذ بينة ذى اليد على الملك لاتقبل .

مطلب من أهم مسائله دعوى الرجلين معرفة الخارج من ذى اليد

أخذ عينا من يد آخر وقال إنى أخذته من يده لأنه كان ملكى وبرهن على ذلك تقبل لأنه وإن كان ذايد بحكم الحال لكنه لما أقر بقبضه منه فقد أقر أن ذااليد فى الحقيقة هو الخارج .
ولو غصب أرضا وزرعها فادعى رجل أنها له وغصبها منه ، فلو برهن على غصبه وإحداث يده يكون هو ذايد والزارع خارجا ، ولو لم يثبت إحداث يده فالزارع ذويد والمدعى هو الخارج .
بيده عقار أحدث الآخر عليه يده لا يصير به ذايد ، فلو ادعى عليه أنك أحدثت اليد وكان بيدى فأنكر يحلف اهـ . وبه علم أن اليد الظاهرة لا اعتبار بها .
ثم اعلم : أن الرجلين إذا ادعيا عينا ، فإما أن يدعيا ملكا مطلقا أو ملكا بسبب متحد قابل للتكرار أوغير قابل أو مختلف أحدهما أقوى من الآخر أو مستويان من واحد أو من متعدد أويدعى أحدهما الملك المطلق والآخر الملك بسبب أو أحدهما ما يتكرر والآخر ما لا يتكرر فهى تسعة ، وكل منهما إما أن يبرهن أو يبرهن أحدهما فقط . أولا برهان لواحد منهما ولا مرجح أو لأحدهما مرجح ، فهى أربعة صارت ستا وثلاثين ، وكل منها إما أن يكون المدعى فى يد ثالث أو فى يدهما أو فى يد أحدهما فهى أربعة صارت مائة وثمانية وعشرين(٢) وكل منها على أربعة : إما أن لايؤرخا أوأرخا واستويا أوسبق أحدهما أوأرخ أحدهما صارت خمسمائة واثنى عشراه .
وقد أوصلها فى التسهيل لجامع الفصولين إلى سبعة آلاف وستمائة وسبعين مسألة . وأفردها برسالة خاصة ، وقد تخرج مع هذا العاجز الحقير زيادة على ذلك بكثير حررته فى ورقة حين اطلاعى على تلك الرسالة ، وسأجمع فى ذلك رسالة حافلة إن شاء الله تعالى ولكن ذكر ذلك هنا يطول ولا حاجة إلى ذكره ؛ بل أقتصر على ما ذكره العلامة عبد الباقى أفندى أسيرى زاده حيث جعل لها ميزانا إلا أنه أوصل الصور إلى ستة وتسعين فقال :
اعلم أن الرجلين إذا ادعيا عينا وبرهنا فلا يخلو ، إما أن ادعى كلاهما ملكا مطلقا ، أو ادعى كلاهما بسبب واحد بأن ادعيا إرثا أو شراء من اثنين أو من واحد ، أو ادعى أحدهما ملكا مطلقا والآخر نتاجا ، أو ادعى كلاهما نتاجا ، أو ادعى كلاهما ملكا وأنه إما أن يكون المدعى به فى يد ثالث أو فى يد أحدهما ، وكل وجه على أربعة أقسام : إما إن لم يؤرخا أو أرخا تاريخا واحدا ، أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق ، أو أرخ أحدهما لاالآخر وجملة ذلك ستة وتسعون فصلا كما سيجيء تفصيله إن شاء الله تعالى ، وهى هذه كما ترى أحببت ذكرها تسهيلا للمراجعة وتقريبا وإن كان فى المصنف والشارح شيء كثير منها لكن بهذه الصورة يقرب المأخذ ، وإن تكرر فإن المكرر للحاجة يحلو .

---

(١) إذ لم يثبت كون أحدهما غصبا للآخر ، إذ يصير غصبا بالبينة ولم يثبت به واحد منهما اه منه .
(٢) (قوله صارت مائة وثمانية وعشرين) لعل الصواب مائة وأربعة وأربعين ، وقوله الآتى (صارت خمسمائة واثنى عشر) لعل صوابه خمسمائة وستة وسبعين فليحرر اه .

ادعيا عينا ملكا مطلقا والعين فى يد ثالث :

١ إن لم يؤرخا يقضى بينهما ٢ أو أرخا تاريخا واحدا يقضى بينهما ٣ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق عندهما يقضى للأسبق. وعند محمد فى رواية يقضى بينهما ٤ أو أرخ أحدهما لاالآخر عند أبى حنيفة يقضى بينهما . وعند أبى يوسف للمؤرخ . وعند محمد لمن أطلق ومشايخنا أفتوا بقول أبى حنيفة .

ولو ادعيا ملكا مطلقاوالعين فى يد ثالث ولم يؤرخا أوأرخاتاريخا واحداوبرهنايقضى بينهمالاستوائهما فى الحجة.

وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى للأسبق لأنه أثبت الملك لنفسه فى زمان لاينازعه فيه غيره فيقضى بالملك له ثم لايقضى بعده لغيره إلا إذا تلقى الملك منه ومن ينازعه لم يتلق الملك منه فلا يقضى له به .

مطلب تستحق الزوائد المتصلة والمنفصلة

ولو أرخ أحدهما لاالآخر . فعند أبى حنيفة لاعبرة للتاريخ ويقضى بينهما نصفين لأن توقيت أحدهما لايدل على تقدم ملكه لأنه يجوز أن يكون الآخر أقدم منه ، ويحتمل أن يكون متأخرا عنه فيجعل مقارنا رعاية للاحتمالين . وعند أبى يوسف للمؤرخ لأنه أثبت لنفسه الملك فى ذلك الوقت يقينا ، ومن لم يؤرخ ثبت للحال يقينا وفى ثبوته فى وقت تاريخ صاحبه شك ولا يعارضه . وعند محمد يقضى لمن أطلق لأن دعوى الملك المطلق من الأصل ، ودعوى الملك المؤرخ يقتصر على وقت التاريخ ولهذا يرجع الباعة بعضهم على بعض، أو تستحق الزوائد المتصلة والمنفصلة فكان المطلق أسبق تاريخا فكان أولى ، هذا إذا كان المدعى فى يد ثالث .

وفى الخلاصة من الثالث عشر من الدعوى : يقضى للأسبق لأنه أثبت الملك لنفسه فى زمان لاينازعه فيه غيره فيقضى بالملك له ثم لايقضى بعده لغيره إلا إذا تلقى الملك منه ، ومن ينازعه لم يتلق الملك منه فلا يقضى له به .

من المحل المزبور : فعند أبى حنيفة لاعبرة للتاريخ ويقضى بينهما نصفين لأن توقيت أحدهما لايدل على تقدم ملكه لأنه يجوز أن يكون الآخر أقدم منه ، ويحتمل أن يكون متأخرا عنه فيجعل مغايرا رعاية للاحتمالين .

من المحل المزبور : وعند أبى يوسف للمؤرخ لأنه أثبت لنفسه الملك فى ذلك الوقت يقينا ، ومن لم يؤرخ ثبت للحال يقينا ، وفى ثبوته فى وقت تاريخ صاحبه شك فلا يعارضه

من المحل المزبور : وعند محمد يقضى لمن أطلق لأن دعوى الملك المطلق دعوى الملك من الأصل ودعوى الملك المؤرخ تقتصر على وقت التاريخ .

ادعيا ملكا مطلقا والعين فى أيديهما :

٥ لم يؤرخا يقضى بينهما ٦ أو أرخا تاريخا واحدا يقضى بينهما ٧ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق عندهما يقضى للأسبق . وعند محمد فى رواية يقضى بينهما ومشايخنا أفتوا بأولوية الأسبق على قول الإمامين ٨ أو أرخ أحدهما لاالآخر عند أبى حنيفة يقضى بينهما . وعند أبى يوسف للمؤرخ . وعند محمد لمن أطلق ومشايخنا أفتوا على قول أبى حنيفة .

ولو ادعيا ملكا مطلقا ، فإن كانت العين فى أيديهما فكذلك الجواب أى كما كانت العين فى يد ثالث لأنه

. . . .

لم يترجح أحدهما على الآخر باليد ولم ينحط حاله عن حال الآخر باليد جامع الفصولين من الفصل الثامن .

ادعيا ملكا مطلقا والعين في يد أحدهما :

٩ لم يؤرخا يقضي للخارج ١٠ أو أرخا تاريخا واحداً يقضي للخارج ١١ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق ، عندهما يقضي لأسبقهما ، وعند محمد يقضي للخارج ، أفتى مشايخنا بأولوية الأسبق على قول الإمامين ١٢ أو أرخ أحدهما لاالآخر ، عند أبي يوسف يقضي للمؤرخ ، وعند محمد يقضي للخارج ، أفتى مشايخنا على قول محمد .

ولو ادعيا ملكا مطلقا ، فإن كانت العين في يد أحدهما فإن كانا أرخا سواء أو لم يؤرخا فهو للخارج ، لأن بينته أكثر إثباتا ، وإن أرخا وأحدهما أسبق فهو لأسبقهما . وعن محمد أنه رجع عن هذا القول وقال : لاتقبل بينة ذي اليد على الوقت ولا على غيره لأن البينتين قامتا على الملك المطلق ولم يتعرضا لجهة الملك فاستوى التقدم والتأخر فيقضي للخارج .

مطلب البينة مع التاريخ تتضمن معنى بينة دفع الخارج

ولهما أن البينة مع التاريخ تتضمن الدفع ، فإن الملك إذا ثبت للشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لايكون إلا بالتلقي منه فصارت بينة ذي اليد بذكر التاريخ متضمنة دفع بينة الخارج على معنى أنها لاتصح إلا بعد إثبات التلقي من قبله وبينته على الدفع مقبولة ، وعلى هذا إذا كانت الدار في أيديهما فصاحب الوقت الأول أولى عندهما وعنده يكون بينهما .

وإن أرّخ أحدهما لاالآخر ، فعند أبي يوسف يقضي للمؤرخ لأن بينته أقدم من المطلق ، كما لو ادعى رجلان شراء من آخر وأرخ أحدهما لاالآخر كان المؤرخ أولى . وعند أبي حنيفة ومحمد يقضي للخارج ، ولا عبرة للوقت لأن بينة ذي اليد إنما تقبل إذا كانت متضمنة معنى الدفع ، وهنا وقع الاحتمال في معنى الدفع لوقوع الشك في وجوب التلقي من جهته لجواز أن شهود الخارج لو وقتوا لكان أقدم ، فإذا وقع الشك في تضمنه معنى الدفع فلا يقبل مع الشك والاحتمال جامع الفصولين من الفصل الثامن .

قال الرملي أقول : هذه المسألة المنقولة عن الخلاصة ليست من باب دعوى الملك المطلق ؟

وفي الخلاصة إذا ادعيا تلقي الملك من رجلين والدار في يد أحدهما فإنه يقضي للخارج سواء أرخا أو لم يؤرخا أو أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر إلا إذا كان تاريخ صاحب اليد أسبق اه .

قال : رجل ادعى دارا أو عقارا أو منقولا في يد رجل ملكا مطلقا وأقام البينة على الملك المطلق وأقام ذو اليد بينة أيضا أنه ملكه فبينة الخارج أولى عند علمائنا الثلاثة ، وهذا إذا لم يذكرا تاريخا ، وأما إذا ذكراه وتاريخهما سواء فكذلك يقضي ببينة الخارج ، وإن كان تاريخ أحدهما أسبق فلأسبقهما تاريخا سواء كان خارجا أو صاحب يد ، وهو قول أبي حنيفة وقول أبي يوسف وقول محمد أولا . وعلى قول أبي يوسف أولا ، وهو قول محمد آخرا ، لاعبرة فيه للتاريخ بل يقضي للخارج ، وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فكذلك يقضي للخارج من صرة الفتاوى نقلا من الذخيرة . حجة الخارج في الملك المطلق أولى من حجة ذي اليد لأن الخارج هو المدعي والبينة بينة المدعي بالحديث إلا إذا كانا أرخا وذو اليد أسبق لأن للتاريخ عبرة عند أبي حنيفة في دعوى الملك المطلق(١)

(١) نسخة : مطلق ملك .

. . . .

إذا كان من الطرفين ، وهو قول أبي يوسف آخرا ، وقول محمد أولا . وعلى قول أبي يوسف أولا وهو قول محمد آخرا لاعبرة له بل يقضي للخارج درر .

ادعيا ملكا إرثا من أبيه والعين فى يد ثالث :

١٣ لم يؤرخا يقضي بينهما نصفين ١٤ أو أرخا تاريخا واحدا يقضي بينهما نصفين ١٥ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق عند علمائنا الثلاثة يقضي للأسبق إن كان تاريخهما الملك مورثهما ، وإن كان تاريخهما الموت مورثهما عند محمد يقضي بينهما نصفين ١٦ أو أرخ أحدهما لاالآخر يقضي بينهما إجماعا .

ولو ادعى كل واحد منهما إرثا من أبيه ، فلو كان العين فى يد ثالث ولم يؤرخا أو أرخا سواء(١) فهو بينهما نصفين لإستوائهما فى الحجة ، وإن أرخا وأحدهما أسبق فهو لأسبقهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وكان أبو يوسف يقول أولا يقضي به بينهما نصفين فى الإرث والملك المطلق ثم رجع إلى ماقلنا . وقال محمد فى رواية أبي حفص كما قاله أبو حنيفة . وقال فى رواية أبي سليمان : لاعبرة للتاريخ فى الإرث فيقضي بينهما نصفين ، وإن سبق تاريخ أحدهما لأنهما لايدعيان الملك لأنفسهما إبتداء بل لمورثهما ثم يجرانه إلى أنفسهما ولا تاريخ لملك المورثين ، فصار كما لو حضر المورثان وبرهنا على الملك المطلق ، حتى لو كان لملك المورثين تاريخ يقضي لأسبقهما :

أقول : ينبغي أن يكون حكم هذا كحكم دعوى الشراء من اثنين لأن المورثين كبائعين فى تلقي الملك منهما فمن لم يعتبر التاريخ فى الشراء من البائعين ينبغي أن لايعتبر التاريخ فى الإرث أيضا ، فرد الإشكال على من خالف فيشكل التفصي : أي التخلص إلا بالحمل على الروايتين .

والحاصل أن فى اعتبار تاريخ تلقي الملك من البائعين اختلاف الروايات على ما سيجيء فكذا الإرث فلا فرق بينهما فى الحكم فلا إشكال حينئذ ، وإن أرخ أحدهما لا الآخر يقضي بينهما نصفين إجماعا لأنهما ادعيا تلقي الملك من رجلين فلا عبرة للتاريخ وقيل يقضي للمؤرخ عند أبي يوسف جامع الفصولين من الفصل الثامن :

وفى كتاب الدعوى من الخلاصة : وإن أرخا لملك مورثهما يعتبر سبق التاريخ فى قولهم جميعا اه أي بأن أقام أحدهما بينة أن أباه مات منذ سنة وتركها ميراثا له وأقام الآخر بينة أن أباه مات منذ سنتين وتركها ميراثا له ، ففي هذا الوجه خالف محمدا نقوري فى دعوى الإرث .

ادعيا ملكا إرثا من أبيهما والعين فى أيديهما أي ادعى كل منهما الإرث من أبيه :

١٧ لم يؤرخا يقضي بينهما نصفين ١٨ أو أرخا تاريخا واحدا يقضي بينهما نصفين ١٩ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق عند علمائنا الثلاثة يقضي للأسبق إن كان تاريخهما لموت مورثهما ، وإن كان تاريخهما لملك مورثهما عند محمد يقضي بينهما نصفين ، ورجح صاحب جامع الفصولين قول محمد هنا ٢٠ أو أرخ أحدهما لا الآخر يقضي بينهما إجماعا أي كما لو كانت العين فى يد ثالث ، ولو ادعيا ملكا إرثا فإن كانت العين فى أيديهما فكذلك الجواب(٢) فى أول الثامن من الفصولين ملخصا .

---

(١) أي إذا لم يؤرخا أو أرخا سواء . (٢) أي كما لو كانت العين فى يد ثالث اه منه .

ادعيا ملكا إرثا لأبيه والعين فى يد أحدهما:

٢١ لم يؤرخا يقضى للخارج ٢٢ أو أرخا تاريخا واحدا يقضى للخارج . ٢٣ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق عندهما يقضى للخارج ، ومشايخنا أفتوا بأولوية الأسبق على قول الإمامين . ٢٤ أو أرخ أحدهما لا الآخر يقضى للخارج إجماعا .

ولو ادعيا ملكا إرثا لأبيه ، إن كانت العين فى يد أحدهما ولم يؤرخا أو أرخا سواء(١) يقضى للخارج ، وإن أرخا وأحدهما أسبق فهو لأسبقهما . وعند محمد للخارج لأنه لاعبرة للتاريخ هنا ، وإن أرخ أحدهما لا الآخر فهو للخارج إجماعا ، وقيل يقضى للمؤرخ عند أبى يوسف من جامع الفصولين فى الثامن .

أقول : أو أرخا وتاريخ الخارج أسبق ، وإن أرخا وتاريخ ذى اليد أسبق فهو له .

والحاصل : أنه للخارج إلا إذا سبق تاريخ ذى اليد كما سيأتى ، ووضع المسألة فى تلقى الملك عن اثنين خير الدين .

وفى الخلاصة من الثالث عشر من الدعوى : ولو ادعيا الميراث كل واحد منهما يقول هذا لى ورثته من أبى لو كان فى يد أحدهما فهو للخارج إلا إذا كان تاريخ ذى اليد أسبق فهو أولى عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى ، وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فهو للخارج بالإجماع .

قال فى الرابع من الاستروشنية والثامن من العمادية نقلا عن التجريد : لو ادعى صاحب اليد الإرث عن أبيه وادعى خارج مثل ذلك وأقام البينة يقضى للخارج فى قولهم جميعا ، ولو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق قضى للأسبق عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وعند محمد يقضى للخارج اه .

قال فى غاية البيان نقلا عن المبسوط لخواهر زاده : إن ادعيا ملكا بسبب بأن ادعى كل تلقى الملك من اثنين بالميراث أو بالشراء فالجواب عنه كالجواب فى الملك المطلق على التفصيل الذى ذكرناه اه .

وقد ذكر أن العين فى الملك المطلق إن كانت فى يد أحدهما وأرخا وتاريخ أحدهما أسبق فعلى قول أبى حنيفة وقول أبى يوسف الآخر وهو قول محمد الأول يقضى لأسبقهما تاريخا ، وعلى قول أبى يوسف الأول وهو قول محمد الآخر يقضى للخارج من هامش الانقروى فى نوع دعوى الإرث من كتاب الدعوى .

ادعيا الشراء من اثنين والعين فى يد ثالث:

٢٥ لم يؤرخا يقضى بينهما نصفين . ٢٦ أو أرخا تاريخا واحدا يقضى بينهما نصفين .

٢٧ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق عند علمائنا الثلاثة للأسبق إن كان تاريخهما لملك بائعهما ، وإن كان تاريخهما لوقت اشترائهما عند محمد يقضى بينهما نصفين ، ورجح صاحب الفصولين قول محمد .

١٨ أو أرخ أحدهما لا الآخر يقضى بينهما اتفاقا .

وإن ادعيا الشراء من اثنين والدار فى يد الثالث ، فإن لم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء قضى بالدار بينهما ، وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فهو على الاختلاف الذى ذكرنا فى الميراث ، يعنى أن فيه ثلاثة أقوال ، وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فهو على ماذكرنا فى الميراث أيضا . وأما إذا ادعيا الشراء من اثنين وأرخا الشراء وتاريخ أحدهما أسبق ، فقد روى عن محمد أنهما إذا لم يؤرخا ملك البائعين يقضى بينهما نصفين كما فى فصل الميراث ، فعلى هذه الرواية لايحتاج إلى الفرق بين الشراء والميراث ، وفى ظاهر الرواية يقضى

(٢) أى إذا لم يؤرخا أو أرخا سواء اه منه .

. . . .

فى فصل الشراء لأسبقهما تاريخا عند محمد ، وعلى ظاهر رواية محمد يحتاج إلى الفرق أنقروى من نوع فى دعوى الشراء والبيع .

وفى جامع الفصولين : وإن ادعيا الشراء من واحد ولم يؤرخا أو أرخا سواء فهو بينهما نصفين لاستوائهما فى الحجة ، وإن أرخا وأحدهما أسبق يقضى لأسبقهما اتفاقا ، بخلاف ما لو ادعيا الشراء من رجلين لأنهما يثبتان الملك لبائعهما ولا تاريخ بينهما لملك البائعين فتاريخه لملكه لايعتد به وصارا كأنهما حضرا وبرهنا على الملك بلا تاريخ فيكون بينهما . أما هنا فقد اتفقا على أن الملك كان لهذا الرجل وإنما اختلفا فى المتلقى منه وهذا الرجل أثبت التلقى لنفسه فى وقت لاينازعه فيه صاحبه فيقضى له به ثم لايقضى به لغيره بعد إلا إذا تلقى منه وهو لايتلقى منه انتهى .

وفيه أيضا أقول : يتراءى لى أن الأصوب هو أن لايعتبر سبق التاريخ فى صورة التلقى من اثنين إذ لا تاريخ لابتداء ملك البائعين ، فتاريخ المشترى لملكه لايعتد به مع تعدد البائع فصارا كأنهما حضرا وبرهنا على الملك المطلق بلا تاريخ اه .

ادعيا شراء من اثنين والعين فى أيديهما :

٢٩ لم يؤرخا يقضى بينهما نصفين . ٣٠ أو أرخا تاريخا واحدا يقضى بينهما نصفين .
٣١ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لأسبقهما . ٣٢ أو أرخ أحدهما لا الآخر يقضى بينهما نصفين .

وفى الرابع من دعوى المحيط فى نوع فى دعوى صاحب اليد تلقى الملك من جهة غيرهما ادعيا تلقى الملك من جهة واحدة ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء يقضى بالعين بينهما وكذلك إذا أرخ أحدهما دون الآخر يقضى بينهما بالدار ، وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لأسبقهما تاريخا ، وإن ادعيا تلقى الملك من جهة اثنين فكذلك الجواب على التفصيل الذى قلنا فيما إذا ادعيا التلقى من جهة واحدة أنقروى فى آخر دعوى الشراء والبيع .

ادعيا عينا شراء من اثنين والعين فى يد أحدهما :

٣٣ لم يؤرخا يقضى للخارج . ٣٤ أو أرخا تاريخا واحدا يقضى للخارج ٣٥ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لأسبقهما . ٣٦ أو أرخ أحدهما لا الآخر(١) يقضى للخارج إذا ادعيا تلقى الملك من رجلين والدار فى يد أحدهما فإنه يقضى للخارج سواء أرخا أو لم يؤرخا أو أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر إلا إذا كان تاريخ صاحب اليد أسبق خلاصة من الثالث عشر من كتاب الدعوى .

وفى البزازية : عبد فى يد رجل برهن رجل على أنه كان لفلان اشتراه منه منذ عشرة أيام وبرهن ذو اليد على أنه كان لآخر اشتراه منه منذ شهر بكذا وسماه ، فعلى قول الثانى فى قوله الثانى هو لأسبقهما تاريخا وهو ذو اليد . وقال محمد فى قوله الآخر : هو للمدعى ، وعلى قياس قول الثانى أولا هو المدعى اه .

---

(١) (قوله وإن أرخ أحدهما لا الآخر الخ) أقول : أى وهما خارجان والبائع واحد .
وذكر فى الفصولين بعد ورقة : ولو أرخ أحدهما فذو اليد أولى ، إذ وقت الساكت يحتمل فلا ينقض قبضه بالشك ، ولو كان المبيع فى يد بائعه ولأحد المدعيين تاريخ فالمؤرخ أولى إذ لا مزاحم فى وقته فراجعه إذ هو قيد فيما هنا ، ولكن قوله فيما ذكره بعد وإن كانت العين فى أيديهما وقوله بعده وإن فى يد أحدهما شاهد أن وضع ما هنا فيما إذا كان المبيع فى يد ثالث وتقرر هو له أيضا والمفروض فى الشكل أن البائع واحد فتأمل اه منه .

. . . .

أقول : فعلى هذا ينبغى أن يفتى لأسبقهما تاريخا ، كما لو ادعيا الشراء من واحد لأن العمل بظاهر الرواية أولى .

ادعيا عينا شراء من واحد والعين فى يد ثالث :

٣٧ لم يؤرخا يقضى بينهما نصفين . ٣٨ أو أرخا تاريخا واحدا يقضى للخارج . ٣٩ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لأسبقهما . ٤٠ أو أرخ أحدهما لا الآخر يقضى للخارج ، وإن ادعيا الشراء من واحد ولم يؤرخا أو أرخا سواء فهو بينهما نصفين لاستوائهما فى الحجة ، وإن أرخا وأحدهما أسبق يقضى لأسبقهما اتفاقا ، وإن أرخ أحدهما أى وهما خارجان لا الآخر فهو للمؤرخ اتفاقا من الفصولين من الثامن .

ولو ادعيا الشراء والدار فى يد ثالث ، إن ادعى كل واحد منهما الشراء من صاحب اليد ولم يؤرخا وأقاما البينة يقضى بينهما نصفين لكل واحد منهما النصف بنصف الثمن ، ولهما الخيار ، إن شاء قبض كل واحد منهما النصف بنصف الثمن ، وإن شاء ترك ، فإن ترك أحدهما ، إن ترك قبل القضاء فالآخر يأخذه بجميع الثمن بلا خيار ، وإن ترك بعد القضاء لايقبض إلا النصف بنصف الثمن ، ولو ادعيا الشراء من غير صاحب اليد فهى بينهما نصفين ، هذا إذا لم يؤرخا أو أرخا تاريخا واحدا ، ولو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فأسبقهما تاريخا أولى بالإجماع ، فإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر يقضى لصاحب التاريخ خلاصة من الثالث عشر من الدعوى ، ولو كان المبيع فى يد بائعه فبرهن أحدهما على الشراء وأنه قبضه منذ شهر وبرهن آخر على الشراء وأنه قبضه منذ عشرة أيام فذو الوقت الأول أولى جامع الفصولين .

ادعيا شراء من واحد والعين فى أيديهما :

٤١ لم يؤرخا يقضى بينهما نصفين . ٤٢ أو أرخا تاريخا واحدا يقضى بينهما نصفين .
٤٣ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لأسبقهما . ٤٤ أو أرخ أحدهما لا الآخر يقضى بينهما نصفين ، وإن ادعيا الشراء من واحد والعين فى أيديهما فهو بينهما إلا إذا أرخا وأحدهما أسبق فحينئذ يقضى لأسبقهما من جامع الفصولين من الثامن ملخصا .

إذا ادعيا تلقى الملك من جهة واحدة ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء يقضى بالعين بينهما ، وكذلك إذا أرخ أحدهما دون الآخر يقضى بينهما وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لأسبقهما تاريخا فى الرابع من دعوى المحيط .

وفى باب بيان اختلاف البينات فى البيع والشراء من دعوى المحيط : إن كانت العين فى أيديهما يقضى بينهما فى الفصول إلا إذا أرخا وتاريخ أحدهما أسبق . وفى غاية البيان عن مبسوط خواهر زاده : إن كانت العين فى أيديهما إن لم يؤرخا أو أرخ سواء أو أرخ أحدهما دون الآخر يقضى بينهما نصفين ، أما فى الأولين فلا إشكال فيه . وأما إذا أرخ أحدهما دون الآخر فكذلك يقضى بينهما نصفين لأنه لاعبرة للتاريخ حالة الانفراد إذا كانت العين المؤرخ بيدهما معا ، ألا ترى أنه لو كان فى يد أحدهما فأرخ الخارج لايكون تاريخ أحدهما عبرة لاتنتقض يد ذى اليد بالاحتمال فكذا لايكون التاريخ عبرة إذا كان فى أيديهما حتى لاينقض مايثبت من يد الآخر فى النصف ، وإن لم يكن للتاريخ حالة الانفراد عبرة بمقابلة اليد صار وجود التاريخ وعدمه بمنزلة ، ولو عدم يقضى بالدار بينهما نصفين من هامش الأنقروى فى أول دعوى الشراء والبيع :

. . . .

ادعيا عينا شراء من واحد والعين فى يد أحدهما :

٤٥ لم يؤرخا يقضى لذى اليد . ٤٦ أو أرخا تاريخا واحدا يقضى لذى اليد . ٤٧ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لأسبقهما . ٤٨ أو أرخ أحدهما لا الآخر يقضى لذى اليد . وإن ادعيا الشراء من واحد والعين فى يد أحدهما فهو لذى اليد سواء أرخ أو لم يؤرخ إلا إذا أرخا وتاريخ الخارج أسبق فيقضى به للخارج فى أول الفصل الثامن من الفصولين .

وفيه فى أواسط الفصل المذكور : ولو ادعى الخارج وذو اليد بسبب بهذا السبب نحو شراء وإرث وشبهه فلا يخلو إما أن يدعيا تلقى الملك من جهة واحد أو من جهة اثنين . فلو ادعياه من جهة واحد وبرهنا حكم به لذى اليد لولم يؤرخا أو أرخا سواء ، فلو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فهو أولى ، ولو أرخ أحدهما فذو اليد أولى إذ وقت الساكت محتمل فلا ينقض قبضه بشك اه . وفيه أيضا فى المحل المزبور بإشارة المبسوط : وأجمعوا أن الخارج وذا اليد لو أثبتا الشراء من واحد وأرخ أحدهما لا الآخر فذو التاريخ أولى (فش) ذو اليد أولى (فث) إذ تاريخ الخارج فى حقه مخبر به والقبض فى حق ذى اليد معاين وهو دليل على سبق عقده ، والمعاينة أقوى من الخبر إلا إذا أرخا وتاريخ الخارج أسبق يحكم للخارج اه .

وفيه بعده مسألة : ولو برهن من ليس بيده على أنه قبضه منذ شهر وبرهن ذو اليد على قبضه بلا توقيت أو برهن على الشراء ولم يذكرشهوده القبض فالمبيع له إذ يده فى الحال تدل على سبق قبضه وقد ثبت له التاريخ ضمنا ولا يدرى أنه قبل قبض الخارج أو بعده فلغت البينتان وترجح ذو اليد بيده القائمة فى الحال اه .

ادعيا عينا أحدهما ملكا سطلقا والآخر نتاجا والعين فى يد ثالث :

٤٩ لم يؤرخا يقضى لصاحب النتاج . ٥٠ أو أرخا تاريخا واحدا يقضى لصاحب النتاج .

٥١ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لصاحب النتاج . ٥٢ أو أرخ أحدهما لا الآخر يقضى لصاحب النتاج .

ادعيا عينا ملكا مطلقا والآخر نتاجا والعين فى أيديهما .

٥٣ لم يؤرخا يقضى لصاحب النتاج . ٥٤ أو أرخا تاريخا واحدا يقضى لصاحب النتاج .

٥٥ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لصاحب النتاج . ٥٦ أو أرخ أحدهما لا الآخر يقضى لصاحب النتاج .

ادعيا عينا أحدهما ملكا مطلقا والآخر نتاجا والعين فى أيديهما :

٥٧ لم يؤرخا يقضى لصاحب النتاج . ٥٨ أو أرخا تاريخا واحدا يقضى لصالح النتاج .

٥٩ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لصاحب النتاج . ٦٠ أو أرخ أحدهما لا الآخر يقضى لصاحب النتاج .

فى باب دعوى الرجلين من الدرر والغرر : ولو برهن أحدهما من الخارج وذى اليد على الملك المطلق والآخر على النتاج فذو النتاج أولى .

وفى الباب المزبور من الملتقى : ولو برهنا على الملك والآخر على النتاج فهو أولى ، وكذا لوكانا خارجين اه .

وفى باب ما يدعيه الرجلان من شرح المجمع : لو أقام أحد المدعيين بينة على الملك والآخر على النتاج

. . . .

قدم صاحب النتاج سواء كان خارجا أو ذايد ، لأن صاحب النتاج يثبت أولية الملك فلا يملكه الغير إلا بالتلقى منه اه .

وقال أبو السعود العمادى فى تحريراته : قد علم من هذه النقول أنه لا فرق فى أولوية صاحب النتاج بين أن تكون العين فى يد أحدهما أو فى يد ثالث ، فإن كانت العين فى يدهما فكذلك صاحب النتاج أولى ، لأن كل واحد من صاحب اليد ذويد فى نصفه وخارج فى النصف الآخر كذى اليد مع الخارج .

والحاصل إذا برهن المدعيان أحدهما على الملك المطلق والآخر على النتاج تقدم بينة النتاج سواء كان العين فى يد أحدهما أو فى يدهما أو فى يد ثالث كما بين فى الأصول اه .

وقال فى البحر الرائق فى القضاء : أطلقوا هذه العبارة وهى قولهم تقدم بينة النتاج على بينة الملك المطلق ، فشمل ما إذا أرخا واستويا أو سبق أحدهما أو أرخ أحدهما أو لم يؤرخا أصلا فلا اعتبار للتاريخ مع النتاج إلا من أرخ تاريخا مستحيلا بأن لم يوافق سن المدعى اوقت ذى اليد ووافق وقت الخارج فحينئذ يحكم للخارج ، ولو خالف سنه للوقتين لغت البينتان عند عامة المشايخ ويترك فى يد ذى اليد على ماكان. والنتاج بكسر النون: ولادة الحيوان ووضعه عند من نتجت عنده بالبناء للمفعول ولدت ووضعت كما فى المغرب ، والمراد ولادته فى ملكه أو ملك بائعه أو مورثه اه . والمراد لكون التاريخ مستحيلا فى دعوى النتاج عدم موافقة التاريخ لسن المولود .

ودعوى النتاج دعوى سبب الملك بالولادة فى ملكه لأن سبب ذلك نوعان : أحدهما لا يمكن تكرزه والثانى يمكن تكرره ، فما لا يمكن تكرره هو النتاج ، فوقوع النتاج فى الخارج مرتين محال : يعنى لايتصور عود الوالد إلى بطن أمه ثم خروجه مرة بعد أخرى ، فإذا كان الأمر كذلك الولد لايعاد ولادته بعد الولادة مرة أخرى ، وما كان من المتاع كذلك ولا يصنع مرة أخرى بعد نقضه فلا يكون نحو النتاج(١) كما صرح به فى المفصلات اه فدعوى النتاج دعوى ما لا يتكرر كما صرح به قاضيخان فى آخر دعوى المنقول ، ودعوى النتاج دعوى أولية الملك كما ذكروا فى آخر الفصل الثامن من الفصولين ، فيكون كل دعوى أولية الملك كالنتاج وعلى هذا اتفاق الأئمة الفحول فى الفروع والأصول كما حققه جوى زاده(٢) فكل سبب للملك من المتاع ما لايتكرر يعنى لا يعاد ولا يصنع مرة بعد أخرى بعد نقضه فهو فى معنى النتاج ودعوى الملك بهذا السبب كدعواه بالنتاج فإن مثله فى عدم التكرر فحكمه كحكمه فى جميع أحكامه ، وأما كل سبب للملك من المتاع ما يتكرر يعنى يعاد ويصنع مرة بعد أخرى بعد نقضه : فهو لا يكون بمعنى النتاج بل يكون فى منزلة الملك المطلق كما صرح به فى المحيط والمبسوط والزيلعى والظهيرية وغيرها اه .

مثال ما لا يتكرر كنسج ثياب قطنية أو كتانية لا تنسج إلا مرة فنسج ثوب قطن أو كتان سبب للملك لا يتكرر فهو كالنتاج ، فلو أقام خارج وذو يد على أن هذا الثوب ملكه وأنه نسج عنده فى ملكه كان ذو اليد أولى كما فى الخانية والبزازية وغيرهما اه وكحلب لبن فحلب لبن سبب للملك لا يتكرر فهو كالنتاج ،

---

(١) (قوله فلا يكون نحو النتاج) لعله سقط قبله وما كان من المتاع يصنع مرة بعد أخرى بعد نقضه ليوافق كلامه الآتى ، وبالجملة فليحرر هذا المقام .

(٢) نسخة خواهر زاده

. . . .

فلو برهن كل من خارج وذى يد على أن هذا اللبن حلب فى ملكه كان ذواليد أولى كما نقله شارح الملتقى وحدتى عثمان أفندى الأسكوبى .

ومثال ما يتكرر كالمنطقة المصنوعة من الذهب والفضة وغيرهما كالبناء والشجر المغروس والبر المزروع وسائر الحبوب ونحوها مثلا فهو مما يتكرر ويعاد له بعد النقض مرة أخرى . فلو برهن كل من الخارج وذى اليد أن المنطقة صنعت فى ملكه وأن الشجر المغروس له فى ملكه وأن البر له زرعه والحبوب المملوكة له كان الخارج أولى لاحتمال أن الخارج فعله أولا ثم غصبه ذو اليد منه ونقضه وفعل ثانيا فيكون ملكا له بهذا الطريق ، فلم يكن فى معنى النتاج بل يكون بمنزلة الملك المطلق كما ذكره ابن ملك على المجمع . فإن الذهب المصنوع والفضة المصنوعة والبناء ينقض ويعاد ثانيا والشجر يغرس ثم يقطع من الأرض ويغرس ثانيا والحبوب تزرع ثم تغربل مع التراب فتميز ثم تزرع ثانيا ، وكذلك المصحف الشريف مما يتكرر . فلو أقام كل من الخارج وذى اليد البينة أنه مصحفه كتبه فى ملكه فإنه يقضى به للمدعى . لأن الكتابة مما يتكرر يكتب ثم يمحى ثم يكتب كما فى دعوى المنقول من قاضيخان .

وفى الخلاصة فى الثالث عشر من الدعوى : أما السيف فمنه ما يضرب مرتين ومنه ما يضرب مرة واحدة فيسأل علماء الصياقلة ، إن قالوا يضرب مرتين يقضى للمدعى ، وإن قالوا مرة يقضى لذى اليد فإن أشكل عليهم أو اختلفوا ، ففى رواية أبى سليمان يقضى به لذى اليد ، وفى رواية حفص يقضى للخارج .

وفى الوجيز للسرخسى : وإن كان مشكلا فالأصح أنه ملحق بالنتاج اه . وفى الدرر : فإن أشكل يرجع إلى أهل الخبرة لأنهم أعرف به ، فإن أشكل عليهم قضى به للخارج لأن القضاء ببينة هو الأصل والعدول عنه بحديث النتاج فإذا لم يعلم يرجع إلى الأصل اه .

ادعيا عينا نتاجا والعين فى يد ثالث :

٦١ لم يؤرخا ، إن ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر قضى به بينهما نصفين ، وإن ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق يقضى به بينهما نصفين . ٦٢ أو أرخا تاريخا واحدا ، إن ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع يقضى به بينهما نصفين ، ولا يعتبر التاريخ فيه إن ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق إن وافق سن المولود للوقت الذى ذكر قضى به بينهما ، وإن لم يوافق بأن أشكل عليهما قضى به بينهما كذلك نصفين ، وإن خالف منه الوقت الذى ذكرا بطلت البينتان عند البعض ويقضى به بينهما عند البعض وهو الأصح على ما قاله الزيلعى وحققه صاحب الدرر . ٦٣ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق ، إن ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع يقضى به بينهما نصفين ولا يعتبر التاريخ فيه وإن ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق إن وافق سن المولود لتاريخ أحدهما قضى به إن وافق سنه وقته ، وإن لم يوافق بأن أشكل عليهما يقضى بينهما نصفين ، وإن أشكل على أحدهما قضى به لمن أشكل عليه ، وإن خالف للوقتين يطلب البيان عند البعض وهو الأصح على ماقاله الزيلعى وحققه صاحب الدرر ، وإن خالف سن المولود لأحد الوقتين قضى به للآخر . ٦٤ أو أرخ أحدهما لا الآخر إن ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع يقضى به بينهما نصفين ولا يعتبر التاريخ فيه ، وإن ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان أو الرقيق ، إن وافق سن المولود التاريخ المؤرخ قضى به للمؤرخ ، وإن لم يوافق بأن أشكل عليهما يقضى به

. . . .

بينهما نصفين وإن خالف سنه لوقت المؤرخ يقضى به لمن لم يؤرخ ، لأنه إذا كان سن الدابة مخالفا لأحد الوقتين وهو مشكل فى الوقت الآخر قضى بها لمن أشكل عليه وهو من لم يؤرخ .

ادعيا نتاجا والعين فى أيديهما(١)

٦٥ لم يؤرخا إن ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع يقضى به بينهما نصفين وإن ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق يقضى به بينهما نصفين . ٦٦ أو أرخا تاريخا واحدا ، إن ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع يقضى به بينهما نصفين ولا يعتبر التاريخ فيه ، وإن ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق ، إن وافق سن المولود للوقت الذى ذكر قضى به بينهما وإن لم يوافق بأن أشكل عليهما قضى به بينهما كذلك نصفين ، وإن خالف سنه للوقت الذى ذكرا بطلت البينتان عند البعض ويقضى به بينهما عند البعض وهو الأصح على ما قاله الزيلعى وحققه صاحب الدرر . ٦٧ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق ، إن ادعيا بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع يقضى به بينهما نصفين ولا يعتبر التاريخ فيه ، وإن ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق ، إن وافق سن المولود لتاريخ أحدهما قضى به لمن وافق سنه وقته ، وإن لم يوافق بأن أشكل عليهما يقضى بينهما نصفين ، وإن أشكل على واحد منهما قضى به لمن أشكل عليه ، وإن خالف سنه للوقتين بطلت البينتان عند البعض وهو الأصح على ما قاله الزيلعى وحققه صاحب الدرر ، وإن خالف سن المولود لأحد الوقتين قضى به للآخر ٦٨ أو أرخ أحدهما لا الآخر ، إن ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع يقضى به بينهما نصفين ولا يعتبر التاريخ فيه ، وإن ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق ، إن وافق سن المولود لتاريخ المؤرخ قضى به للمؤرخ ، وإن لم يوافق بأن أشكل يقضى بينهما نصفين ، وإن خالف الوقت المؤرخ يقضى به لمن لم يؤرخ انتهى ، لأنه إذا كان سن الدابة مخالفا لأحد الوقتين وهو أشكل الوقت الآخر قضى به لمن أشكل عليه وهو من لم يؤرخ .

فى أواخر الفصل الثامن من الفصولين التاريخ فى دعوى النتاج لغو على كل حال أرخا سواء أو مختلفين أو لم يؤرخا أو أرخ أحدهما فقط انتهى .

وفيه : برهن الخارجان على النتاج ، فلو لم يؤرخا أو أرخا سواء أو أرخ أحدهما لا الآخر فهو بينهما لفقد المرجح ، ولو أرخا وأحدهما أسبق ، فلو وافق سنه لأحدهما فهو له لظهور كذب الآخر ، ولو خالفهما أو أشكل فهو بينهما لأنه لم يثبت الوقت فكأنهما لم يؤرخا ، وقيل فيما خالفهما بطلت البينتان لظهور كذبهما فلا يقضى لهما اه .

واعلم أنه إذا تنازعا فى دابة وبرهنا على النتاج عنده أو عند بائعه ولم يؤرخا يحكم بها لذى اليد إن كانت فى يد أحدهما ، أو يحكم لهما إن كانت فى أيديهما أو فى يد ثالث كما ذكره الزيلعى .

وفى الثامن عشر من دعوى التتارخانية : وإن أرخا سواء ينظر إلى سن الدابة ، إن كان موافقا للوقت الذى ذكرا يقضى بها بينهما ، وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى لصاحب الوقت الذى سن الدابة عليه اه يعنى قضى لمن وافق سنها وقته ، وإن أرّخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر ووافق سن الدابة الوقت المؤرخ قضى به للمؤرخ أيضا ، لأنه إذا كان أحدهما أسبق قضى به لمن وافق سنها وقته ، فإذا كان الأمر كذلك ، إن أرخ أحدهما

---

(١) حكم صاحب اليد فى النتاج كحكم الخارجين منه .

. . . .

ولم يؤرخ الآخر كان وقت غير المؤرخ مبهما لعدم ذكر التاريخ ، فإن فرض المؤرخ سابقا أوغير سابق يستقيم على صورة مسألة سبق أحد التاريخين وفى ذلك قضى لمن وافق سنها فهنا كذلك قضى للمؤرخ لموافقة تاريخه سنها ، وإن فرض المؤرخ مساويا لغير المؤرخ قضى للمؤرخ أيضا لأن فى موافقة غير المؤرخ شكا فلا يعارضه موافقته المؤرخ كذا حققه جوى زاده فى تحريراته اهـ فلا فرق للقضاء لمن وافق سنها بين أن تكون الدابة فى يد أحدهما أو فى يديهما أو فى يد ثالث لأن المعنى لا يختلف ، وإن خالف سنها للوقتين أو أشكل يقضى بها بينهما إن كانت فى أيديهما أو فى يد ثالث ، وإن كانت فى يد أحدهما قضى بها لذى اليد كما حققه صاحب الدرر نقلا عن الزيلعى وأيده بقوله وهو الأصح اهـ .

ثم اعلم أن هذا إذا كان سن الدابة مخالفا للوقتين ، أما إذا كان سن الدابة مخالفا لأحد الوقتين وهو مشكل فى الوقت الآخر قضى بالدابة لصاحب الوقت الذى أشكل سن الدابة عليه ، كذا فى الثانى عشر من دعوى التتارخانية اهـ ، هذا إن أرخا كلاهما ، وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر وكان سن الدابة مخالفا لتاريخ المؤرخ يقضى لمن لم يؤرخ لأنه بالطريق الأولى فى أن يكون مشكلا على من لم يؤرخ ، لأن من لم يؤرخ أبهم وقته فتحقق الإشكال بينه وبين سن الدابة بالطريق الأولى فيقضى بالدابة لمن أشكل عليه سن الدابة وهو من لم يؤرخ كذا حققه جوى زاده فى تحريراته انتهى . وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر وكان سن الدابة مشكلا عليهما قضى بينهما كما فى الثانى عشر والثالث عشر من دعوى التتارخانية انتهى . هذا إذا كانت الدابة فى أيديهما أو فى يد ثالث . وأما إذا كانت فى يد أحدهما قضى بها لذى اليد إن أرخ أحدهما ، ولم يؤرخ الآخر وكان سن الدابة مشكلا عليهما كما حققه جوى زاده فى تحريراته ، والمراد من المخالفة بين السن والوقتين كون الدابة أكبر من الوقتين أو أصغر منهما كما فى الثامن عشر من دعوى المحيط .

وفى عبارة دعوى التتمة فى فصل ما يترجح به إحدى البينتين : إذا كان سن الدابة دون الوقتين أو فوقهما يكون مخالفا للوقتين ، والمراد بالإشكال عدم ظهور سن الدابة كما قال ابن ملك على المجمع فى باب ما يدعيه الرجلان ، فإن أشكل : أى إن لم يظهر سن الدابة اهـ .

واختلفت عبارات بعض النسخ فيما إذا خالف سن الدابة للوقتين . قال فى الهداية فى باب مايدعيه الرجلان : وإن خالف سن الدابة للوقتين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم وتبعه فى الكافى والنهاية وغاية البيان والبدائع . وقال محمد : والأصح أن تكون الدابة بينهما ، لأنه إذا خالف سن الدابة للوقتين أو أشكل يسقط اعتبار ذكر الوقت فينظر إلى مقصودهما وهو إثبات الملك فى الدابة وقد استويا فى الدعوى والحجة فوجب القضاء بها بينهما نصفين كذا فى الكافى كما حققه جوى زاده فى تحريرته :

وفى آخر الفصل الثامن من الفصولين : التاريخ فى دعوى النتاج لغو على كل حال أرخا سواء أو مختلفين أو لم يؤرخا أو أرخ أحدهما فقط . قال المولى قاضى زاده أخذا من كلام صاحب الدرر والبدائع : بأن مخالفة السن للوقتين مكذب الوقتين لا مكذب البينتين فاللازم منه سقوط اعتبار ذلك الوقت لا سقوط اعتبار أصل البينتين ، لأنا لم نتيقن بكذب إحدى البينتين لجواز أن يكون سن الدابة موافقا للوقتين ولا يعرف الناظر كما أشار إليه السرخسى فى محيطه : وقد يشاهد أن بعض أهل النظر نظر فى سن فرس وقال إن سنه اثنان ونصف وكان سنه ثلاثا ونصفا .

. . . .

فإذا تقرر هذا فاعلم أنه إذا لم يثبت الوقت صار كما لو لم يوقت على ما ذكر شيخ الإسلام الإسبيجابى فى شرح الكافى لأن الأصل عدم اعتبار التاريخ فى النتاج كما مر آنفا من الفصولين كذا حققه جوى زاده فى تحريراته.

وقال : قال قاضيخان فى أواخر دعوى المنقول : وإن خالف سن الدابة الوقتين فى رواية يقضى لهما وفى رواية يبطل البينتان اه وكذا فى خزانة الأكمل.

وفى الثامن من العمادية . وفى الرابع عشر من الاستروشنية كما فى الخانية : والظاهر من كلام قاضيخان أنه رجح القضاء بينهما لأنه قال فى أول كتابه : وفيما كثرت فيه الأقاويل من المتأخرين اختصرت على قول أو قولين وقدمت ما هو الأظهر وافتتحت بما هو الأشهر.

وقال الزيلعى فى شرح الكنز نقلا من المبسوط : والأصح أنهما لا تبطلان ، بل يقضى بينهما إذا كانا خارجين أو كانت فى أيديهما ، وإن كانت فى يد أحدهما يقضى بها لذى اليد وهكذا ذكر محمد. وأما ما ذكره الحاكم بقوله بطلت البينتان ، وهو قول بعض المشايخ وهو ليس بشىء اه. واعتمد صاحب الدرر ما فى الزيلعى. وقال كما فى الزيلعى : وقول الزيلعى ظاهر الرواية وهو اختيار الأئمة الثلاثة كما فى معراج الدراية.

وفى رضاع البحر : الفتوى إذا اختلفت كان الترجيح بظاهر الرواية تمت النقول من تحريرات المرحوم أنقروى أفندى رحمه الله تعالى .

ادعيا عينا نتاجا والعين فى يد أحدهما:

٦٩ لم يؤرخا إن ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع قضى به لذى اليد ، وإن أقام كل منهما بينة على النتاج فصاحب اليد أولى كذا أفتى المولى على أفندى ، وإن ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق قضى به لذى اليد من باب دعوى الرجلين فى دعوى الهندية . ٧٠ أو أرخا تاريخا واحدا ، إن ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع قضى به لصاحب اليد ، ولا يعتبر التاريخ فيه إن ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق ، إن وافق سن المولود للوقت الذى ذكرا قضى به لذى اليد ، وإن لم يوافق بأن أشكل أو خالفهما قضى به لذى اليد كذلك . ٧١ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق ، إن ادعيا الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع قضى به لصاحب اليد ، ولا يعتبر التاريخ فيه إن ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق ، إن وافق سن الدابة لتاريخ أحدهما قضى به لمن وافق سنه وإن لم يوافق بأن أشكل عليهما قضى به لذى اليد ، وإن أشكل على أحدهما قضى به لمن أشكل عليه ، وإن خالف سنه للوقتين قضى به لذى اليد ، وإن خالف لأحد الوقتين قضى به للآخر ٧٢ أو أرخ أحدهما لا الآخر ، إن ادعيا أن الملك بسبب عملهما فيما لا يتكرر من المتاع قضى به لصاحب اليد ، ولا يعتبر التاريخ فيه إن ادعيا الملك بسبب الولادة من الحيوان والرقيق ، إن وافق سن المولود لتاريخ المؤرخ قضى به للمؤرخ ، وإن لم يوافق بأن أشكل عليهما قضى به لذى اليد ، وإن خالف سنه لوقت المؤرخ يقضى به لمن لم يؤرخ ، لأنه إذا كان سن الدابة مخالفا لأحد الوقتين وهو مشكل فى الوقت الآخر قضى به لمن أشكل عليه وهو من لم يؤرخ .

قال محمد فى الأصل : إذا ادعى الرجل دابة فى يد إنسان أنها ملكه نتجت عنده وأقام بينة عليه وأقام صاحب اليد بينة بمثل ذلك القياس يقضى بها للخارج .

وفى الاستحسان يقضى بها لصاحب اليد سواء أقام صاحب اليد البينة على دعواه قبل القضاء بها للخارج أو بعده . وفى الهداية : وهذا هو الصحيح فى أوائل الثانى عشر من دعوى التتارخانية ، هذا إذا لم يؤرخا ، وإن

. . . .

أرخا قضى بها لصاحب اليد إلا إذا كان سن الدابة مخالفا لوقت صاحب اليد موافقا لوقت الخارج فحينئذ يقضى للخارج فى الثانى عشر من دعوى المحيط ، ولا عبرة للتاريخ مع النتاج إلا إذا أرخا وقتين مختلفين ووافق سن الدابة تاريخ الخارج فإنه يقضى بها للخارج ، وإن وافق تاريخ ذى اليد أو كان مشكلا أو خالفهما قضى بها لذى اليد كما فى دعوى الوجيز ، فاعلم هذا إذا كان سن الدابة مخالفا للوقتين . أما إذا كان سن الدابة مخالفا لأحد الوقتين فلا يخلو من أن يكون موافقا أو مخالفا أو مشكلا للآخر فإن كان موافقا فكما مر حكمه آنفا قضى لمن وافق وإن كان مخالفا للوقتين قضى بها لذى اليد كما مر ، وإن كان مشكلا قضى بها لمن أشكل عليه لما ذكر فى التتارخانية والمحيط مطلقا إذا كان سن الدابة مخالفا لأحد الوقتين وهو مشكل فى الوقت الآخر قضى بالدابة لصاحب الوقت الذى أشكل سن الدابة عليه اهـ . هذا إذا كانا أرخا كلاهما ، وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر وكان سن الدابة مخالفا لتاريخ المؤرخ يقضى لمن لم يؤرخ لأنه بالطريق الأولى من أن يكون مشكلا على من لم يؤرخ ، لأن من لم يؤرخ أبهم وقته فتحقق الإشكال بينه وبين سن الدابة بالطريق الأولى فيقضى بالدابة لمن أشكل عليه سن الدابة وهو من لم يؤرخ ، وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر وكان سن الدابة مشكلا عليهما قضى بها لذى اليد كما حققه جوى زاده اهـ .

وفى باب دعوى الرجلين فى ملتقى الأبحر : وإن برهن خارج وذواليد على النتاج فذواليد أولى ، وكذا لو برهن كل من تلقى الملك من آخر على النتاج عنده اهـ ، يعنى لو كان النتاج ونحوه عند بائعه فذواليد أولى ، كما لو كان النتاج ونحوه عند نفسه فإن كلا منهما إذا تلقى الملك من رجل وأقام البينة على سبب ملك عنده لا يتكرر فهو بمنزلة من أقامها على ذلك السبب عند نفسه ، لأن بينة ذى اليد قامت على أولية الملك فلا يثبت للخارج إلا بالتلقى منه كما صرح به فى الدرر والغرر فى باب دعوى الرجلين اهـ .

وفى الهداية فى باب ما يدعيه الرجلان : ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل على حدة وأقام البينة على على النتاج عنده فهو بمنزلة إقامتها على النتاج عند نفسه اهـ وسواء تلقى كل واحد منهما بشراء أو إرث أو هبة أو صدقة مقبوضتين كما أشار إليه فى الثامن من شهادات البزازية .

وفى آخر دعوى المنقول من قاضيخان : عبد فى يد رجل أقام رجل البينة أنه عبده اشتراه من فلان آخر وأنه ولد فى ملك بائعه فلان فإنه يقضى بالعبد لذى اليد لأن كل واحد منهما ادعى نتاج بائعه ودعوى نتاج بائعه كدعوى نتاج نفسه فيقضى ببينة ذى اليد انتهى لأن كل واحد من الخارج وذى اليد خصم فى إثبات نتاج بائعه كما أنه خصم فى إثبات الملك له ، ولو حضر البائعان وأقاما البينة على النتاج كان صاحب النتاج أولى فكذا من قام مقامهما كما صرح به الزيلعى انتهى :

وفى الدرر فى باب دعوى الرجلين . قال فى الذخيرة : والحاصل أن بينة ذى اليد على النتاج إنما تترجح على بينة الخارج على النتاج أو على مطلق الملك ، بأن ادعى ذواليد النتاج وادعى الخارج النتاج ، أو ادعى الخارج الملك المطلق إذا لم يدع الخارج على ذى اليد فعلا نحو الغصب أو الوديعة أو الإجارة أو الرهن أو العارية ونحوها فأما إذا ادعى الخارج فعلا مع ذلك فبينة الخارج أولى .

وقال فى العمادية بعد نقل كلام الذخيرة : ذكر الفقيه أبو الليث فى باب دعوى النتاج من المبسوط ما يخالف المذكور فى الذخيرة فقال : دابة فى يد رجل أقام آخر بينة أنها دابته آجرها من ذى اليد أو أعارها منه أو رهنها

. . . .

إياه وذواليد أقام بينة أنها دابته نتجت عنده فإنه يقضى بها لذى اليد لأنه يدعى النتاج والآخر يدعى الإجارة أو الإعارة والنتاج أسبق منهما فيقضى لذى اليد وهذا خلاف ما نقل عنه اه .

وفى البرهانى فى الفصل الثانى عشر من كتاب الدعوى : إذا ادعى ذواليد النتاج وادعى الخارج أنه ملكه غصبه منه ذواليد كانت بينة الخارج أولى، وكذا إذا ادعى ذواليد النتاج وادعى الخارج أنه ملكه أجره أوأودعه أو أعاره كانت بينة الخارج أولى .

قال شيخ الإسلام، الحاصل أن بينة ذى اليد على النتاج إنما تترجح على بينة الخارج على النتاج أو على الملك المطلق ، بأن ادعى ذواليد النتاج وادعى الخارج الملك المطلق أو النتاج إذا لم يدع الخارج على ذى اليد فعلا نحو الغصب أو الوديعة أو الإجارة أو الرهن أو العارية أو ما أشبه ذلك . أما إذا ادعى الملك المطلق ومع ذلك فعلا فبينة الخارج أولى . وأشار محمد ثمة إلى هذا المعنى لأن بينة الخارج فى هذه الصورة أكثر إثباتا انتهى هكذا فى الظهيرية فى النوع الثانى من كتاب الدعوى ، تمت النقول ، وأفتى مشايخنا بمسألة المحيط ، يعني يفتى بترجيح بينة الخارج فى الصورة المذكورة .

ادعيا ملكا بسببين مختلفين من واحد والعين فى يد ثالث (١):

٧٣ لم يؤرخا يقضى لمدعى الشراء ٧٤ أو أرخا تاريخا واحدا يقضى لمدعى الشراء ٧٥ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى للأسبق ٧٦ أو أرخ أحدهما لا الآخر يقضى للمؤرخ .

ادعيا ملكا بسببين مختلفين من واحد والعين فى يدهما (٢):

٧٧ لم يؤرخا يقضى بينهما ٧٨ أو أرخا تاريخا واحدا يقضى بينهما ٧٩ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى للأسبق ٨٠ أو أرخ أحدهما لا الآخر يقضى بينهما

ادعيا ملكا بسببين مختلفين من واحد والعين فى يد أحدهما (٣):

٨١ لم يؤرخا يقضى لذى اليد ٨٢ أو أرخا تاريخا واحدا يقضى لذى اليد ٨٣ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى للأسبق ٨٤ أو أرخ أحدهما لا الآخر يقضى لذى اليد .

ادعيا ملكا بسببين مختلفين من اثنين والعين فى يد ثالث (٤):

٨٥ لم يؤرخا يقضى بينهما كما فى الملك المطلق ٨٦ أو أرخا تاريخا واحدا يقضى بينهما كما فى الملك المطلق ٨٧ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق عند الإمامين يقضى للأسبق . وعند محمد يقضى بينهما كما فى الملك المطلق ؛ ومشايخنا أفتوا على قول الإمامين ٨٨ أو أرخ أحدهما لا الآخر يقضى بينهما عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف يقضى للمؤرخ وعند محمد لمن أطلق كما فى الملك المطلق ، ومشايخنا أفتوا على قول أبى حنيفة .

ادعيا ملكا بسببين مختلفين من اثنين والعين فى يدهما :

٨٩ لم يؤرخا يقضى بينهما كما فى الملك المطلق ٩٠ أو أرخا تاريخا واحدا يقضى بينهما كما فى الملك المطلق ٩١ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق . عند الإمامين يقضى للأسبق . وعند محمد يقضى بينهما كما فى الملك المطلق

---

(١) بأن ادعى أحدهما شراء من زيد والآخر رهنا أو هبة منه .

(٢) بأن ادعى أحدهما شراء من زيد والآخر رهنا أوهبة منه .

(٣) بأن ادعى أحدهما شراء من زيد والآخر رهنا أوهبة منه .

(٤) بأن ادعى أحدهما شراء من زيد والآخر هبة من عمرو اه منه .

. . . .

ومشايخنا أفتوا على قول الإمامين ٩٢ أو أرخ أحدهما لاالآخر عند أبي حنيفة يقضى بينهما . وعند أبي يوسف يقضى للمؤرخ . وعند محمد لمن أطلق كما فى الملك المطلق ، ومشايخنا أفتوا على قول أبي حنيفة .

ادعيا ملكا بسببين مختلفين من اثنين والعين فى يد أحدهما :

٩٣ لم يؤرخا يقضى للخارج كما فى الملك المطلق ٩٤ أو أرخا تاريخا واحدا يقضى للخارج كما فى الملك المطلق ٩٥ أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق عند الإمامين يقضى للأسبق . وعند محمد يقضى للخارج كما فى الملك المطلق ومشايخنا أفتوا على قول الإمامين ٩٦ أو أرخ أحدهما لاالآخر عند محمد يقضى للخارج . وعند أبي يوسف يقضى للمؤرخ كما فى الملك المطلق ، ومشايخنا أفتوا على قول محمد .

ادعيا عينا فى يد آخر فبرهن أحدهما أنه اشتراه من زيد وبرهن الآخر أنه ارتهنه من زيد ولم يؤرخا أو أرخا سواء فالشراء أولى ، وإن أرّخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فالمؤرخ أولى . ولو أرخا وأحدهما أقدم فهو أولى ، ولو كانت العين فى يد أحدهما فهو أولى إلا إذا سبق تاريخ الخارج فهو للخارج ، ولو ادعى أحدهما هبة وقبضا من زيد وادعى الآخر شراء من زيد ولم يؤرخا أو أرخا سواء فالشراء أولى ، وكذا جميع مامر فى الرهن ، ولو كانت العين بيدهما فهو بينهما إلا أن يؤرخ وأحدهما أقدم فهو أولى ، والصدقة مع الشراء كالهبة مع الشراء ، ولو اجتمعت الهبتان فحكمه حكم مااجتمع الشراءان .

فى أواخر الفصل الثامن من الفصولين : وإذا اجتمعت الهبة مع القبض والصدقة(١) مع القبض فالجواب فيه كالجواب فيما إذا اجتمع الشراءان من أنقروى .

فى دعوى الرجلين بسببين مختلفين من كتاب الدعوى نقلا فى الرابع من دعوى التتارخانية .

هذا لو ادعيا تلقى الملك من جهة واحد بسببين مختلفين فلو ادعياه من جهة اثنين بسببين مختلفين ، بأن ادعى أحدهما هبة والآخر شراء ، لو كانت العين بيد ثالث أو بيدهما أو بيد أحدهما فحكمه كحكم ما إذا ادعيا ملكا مطلقا إذ كل منهما يثبت الملك المطلق لمملكه ثم يثبت الانتقال إلى نفسه فكأن المملكين ادعيا ملكا مطلقا وبرهنا ففى كل موضع ذكرنا فى دعوى الملك المطلق أنه يقضى بينهما فكذا هنا ، كذا ذا . وفى يس عين بيده وبرهن آخر أنه شراه من زيد وبرهن آخر أن بكرا وهبه فهو بينهما ولو برهنا على التلقى من واحد فالشراء أولى إذا تصادقا على أنه لواحد فبقى النزاع فى السبق فالشراء أسبق لأنه لما لم يبين سبق أحدهما جعلا كأنهما وافقا معا ، ولو تقارنا كان الشراء أسرع نفاذا من الهبة لأنها لاتصح إلا بقبض والبيع يصح بدونه هذا .

وإن ادعى أحدهما الشراء من زيد والآخر هبة وقبضا من الآخر والعين فى يد ثالث قضى بينهما ، وكذا لو ادعى ثالث ميراثا عن أبيه وادعى رابع صدقة وقبضا من آخر قضى بينهم أرباعا عند استواء الحجة إذ تلقوا الملك من مملكهم فكأنهم حضروا وبرهنوا على الملك المطلق فصولين من أواخر الثامن .

وإن ادعى أحدهما شراء من زيد والآخر الهبة من الآخر والعين فى يد ثالث قضى بينهما ، وكذا إن ادعى ثالث ميراثا عن أبيه وادعى رابع صدقة من آخر قضى بينهم أرباعا وإن كانت العين فى يد أحدهما يقضى للخارج إلا فى أسبق التاريخ ، وإن كان فى أيديهما يقضى بينهما إلا فى أسبق التاريخ فهو له ، وهذا إذا كان

(١) : أقول دخل فى الصدقة دعوى الوقت ، بأن ادعى زوبه هبة من والده وادعى آخر وقفا منه وأرخ الأول لا الواقف والحكم العمل ببينة ذى التاريخ تأمل (خير الدين) اه منه .

(أو شراء مؤرخ من واحد) غير ذى يد (أو) برهن (خارج على ملك مؤرخ وذو يد على ملك مؤرخ أقدم فالسابق أحق ، وإن برهنا على شراء متفق تاريخهما) أو مختلف عينى وكل يدعى الشراء

المدعى مما لايقسم كالعبد والدابة . وأما مايقسم كالدار والعقار فإنه يقضى لمدعى الشراء أنقروى ، وإنما يصح أن يقضى بينهما لو كان المدعى مما لايحتمل القسمة أما المحتمل فيقضى بكله لمدعى الشراء . والصحيح فى الهبة أن يقضى بينهما احتمل القسمة أولا ، إذ الشيوع الطارئ لايفسد الهبة والصدقة فى الصحيح ويفسد الرهن ، كذا فى أواخر الفصل الثامن من الفصولين ، وهذا آخر ماوجدته ونقلته من نسخة محرفة تحريفا كليا بعد أن صححت ماظهر لى من الغلط بالرجوع إلى أصوله التى هى فى يدى ، ومتى ظفرت ببقية الأصول المنقول عنها تمم تصحيحها إن شاء الله تعالى (قوله أو شراء مؤرخ) أشار بذكره بعد ذكر الملك إلى أنه لافرق بين دعوى الملك المطلق والذى بسبب .

قال العينى : وأما الصورة الثانية : أى صورة الشراء فلأنهما لما ادعيا الشراء من شخص واحد فقد اتفقا أن الملك له فمن أثبت منهما التلقى من جهته فى زمان لايزاحمه فيه أحد كان أولى اه ، فقوله وإن برهن خارجان الخ يشتمل على ثمان مسائل من الصور المتقدمة (قوله من واحد غير ذى يد) إنما قيد به تبعا للهداية ؛ لأن دعوى الخارجين الشراء من ذى يد قد تقدمت فى قوله ولو برهن خارجان على شىء قضى به لهما فلا فائدة فى التعميم بحر .

وفيه : وقيد بالبرهان على التاريخ أى منهما فى الأولى ، لأنه لو أرخت إحداهما دون الأخرى فهو سواء كما لو لم يؤرخا عنده . وقال أبو يوسف : المؤرخ أولى . وقال محمد : المبهم أولى ، بخلاف ما إذا أرخت إحداهما فقط فى الثانية فإن المؤرخ أولى .

والحاصل أنهما إذا لم يؤرخا أو أرخا واستويا فهى بينهما فى المسألتين ، وإن أرخا وسبق أحدهما فالسابق أولى فيهما ، وإن أرخت إحداهما فقط فهى الأحق فى الثانية لا فى الأولى ، وقدمنا أن دعوى الوقف كدعوى الملك المطلق فيقدم الخارج والأسبق تاريخا (قوله وذو يد على ملك) قيد بالملك ، لأنها لو أقامها على أنها فى يده منذ سنتين ولم يشهدا أنها له قضى بها للمدعى لأنها شهدت باليد لا بالملك (قوله فالسابق أحق) لأنه أثبت أنه أول المالكين فلا يتلقى الملك إلا من جهته ولم يتلق الآخر منه ، وقيد بالتاريخ منهما لأنه إذا لم يؤرخا أو استويا فهى بينهما فى المسألتين الأوليين ، وإن سبقت إحداهما فالسابقة أولى فيهما ، وإن أرخت إحداهما فقط فهى الأحق فى الثانية لا الأولى ، وأما فى الثانية فالخارج أولى فى الصور الثلاث ، وتمامه فى البحر (قوله متفق) يجوز أن يقرأ بالرفع خبر لمبتدإ محذوف أى هو أى الشأن متفق ، ويجوز النصب على الحال من فاعل برهنا (قوله أو مختلف عينى) ومثله فى الزيلعى تبعا للكافى .

وادعى فى البحر أنه سهو وأنه يقدم الأسبق فى دعوى الشراء من شخص واحد فإنه يقدم الأسبق تاريخا ورده الرملى بأنه هو الساهى ، فإن فى المسألة اختلاف الرواية .

ففى جامع الفصولين : ولو برهنا على الشراء من اثنين وتاريخ أحدهما أسبق اختلف الروايات فى الكتب فما ذكر فى الهداية يشير إلى أنه لاعبرة لسبق التاريخ . وفى المبسوط مايدل على أن الأسبق أولى ، ثم رجح صاحب جامع الفصولين الأول اه ملخصا .

وفى نور العين عن قاضيخان : ادعيا شراء من اثنين يقضى بينهما نصفين . وإن أرخا وأحدهما أسبق فهو

(من) رجل (آخر أو وقت أحدهما فقط استويا) إن تعدد البائع ، وإن اتحد فذو الوقت أحق ، ثم لابد من ذكر المدعي وشهود ما يفيد ملك بائعه

أحق فى ظاهر الرواية . وعن محمد : لايعتبر التاريخ يعنى يقضى بينهما ، وإن أرخ أحدهما فقط يقضى بينهما نصفين وفاقا ، فلو لأحدهما يد فالخارج أولى خلاصة إلا إذا سبق تاريخ ذى اليد هداية .

برهن خارجان على شراء شيء من اثنين وأرخا فهما سواء لأنهما يثبتان الملك لبائعهما فيصير كأنهما حضرا وادعيا ثم يخير كل منهما كما فى مسألة دعوى الخارجين شراء من ذى اليد كفاية .

لو برهنا على شراء من اثنين وتاريخ أحدهما أسبق اختلفت روايات الكتب ، فما فى الهداية يشير إلى أنه لاعبرة لسبق التاريخ بل يقضى بينهما ، وفى المبسوط مايدل صريحا أن الأسبق أولى .

يقول الحقير : ويؤيده مامر عن قاضيخان أنه ظاهر الرواية ، فما فى الهداية اختيار قول محمد اه . ثم قال : ودليل ما فى المبسوط وقاضيخان وهو أن الأسبق تاريخا يضيف الملك إلى نفسه فى زمان لاينازعه غيره أقوى من دليل ما فى الهداية وهو أنهما يثبتان الملك لبائعهما فكأنهما حضرا أو ادعيا الملك بلا تاريخ . ووجه قوة الأول غير خاف على من تأمل ويرجحه أنه ظاهر الرواية اه ، وكذا بحث فى دليل ما فى الهداية فى الحواشي السعدية فراجعها ، وبه علم أن تقييد المصنف باتفاق التاريخ مبنى على ظاهر الرواية فهو أولى مما فعله الشارح متابعا للدرر وإن وافق الكافى والهداية ، وأما الحكم عليه بالسهو كما تقدم عن البحر فما لاينبغى (قوله من رجل آخر) أى غير الذى يدعى الشراء منه صاحبه زيلعى (قوله استويا) لأنهما فى الأول يثبتان الملك لبائعهما فكأنهما حضرا ، ولو وقت أحدهما فتوقيته لايدل على تقدم الملك لجواز أن يكون الآخر أقدم ؛ بخلاف ما إذا كان البائع واحدا لأنهما اتفقا على أن الملك لايتلقى إلا من جهته ، فإذا أثبت أحدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره بحر . ثم قال : وإذا استويا فى مسألة الكتاب يقضى به بينهما نصفين ثم يخير كل واحد منهما ، إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن ، وإن شاء ترك اه (قوله وإن اتحد الخ) ذكرنا الكلام عليه آنفا ، وتقدمت فى هذا الباب فى محلها عن السراج (قوله مايفيد ملك بائعه) بأن يشهدوا أنه اشتراها من فلان وهو يملكها .

قال فى البحر : ثم اعلم أن البينة على الشراء لاتقبل حتى يشهدوا أنه اشتراها من فلان وهو يملكها كما فى خزانة الأكمل .

وفى السراج الوهاج : لاتقبل الشهادة على الشراء من فلان حتى يشهدوا أنه باعها منه وهو يومئذ يملكها أو يشهدوا أنها لهذا المدعى اشتراها من فلان بكذا ونقده الثمن وسلمها إليه لأن الإنسان قد يبيع مالا يملك لجواز أن يكون وكيلا أو متعديا فلا يستحق المشترى الملك بذلك فلا بد من ذكر ملك البائع أو مايدل عليه اه .

قلت : إذا كان البائع وكيلا فكيف يشهدون بأنه باعها وهو يملكها فليتأمل اه .

أقول : إذا عرف الشهود أن البائع وكيل فالظاهر أنهم يقولون باعها بالوكالة عمن يملكها لأن خصوص وهو يملكها غير لازم .

قال فى نور العين فى آخر الفصل السادس رامزا للمبسوط : لاتقبل بينة الشراء من الغائب إلا بالشهادة بأحد الثلاثة ، إما بملك بائعه بأن يقولوا باع وهو يملكه ، وإما بملك مشتريه بأن يقولوا هو للمشترى اشتراه من فلان ، وإما بقبضه بأن يقولوا هو للمشترى اشتراه منه وقبضه اه .

إن لم يكن المبيع فى يد البائع ، ولو شهدوا بيده فقولان بزازية ، فإن برهن خارج على الملك وذو اليد على الشراء منه) أو برهنا على سبب ملك لايتكرر (كالنتاج)

وفيه رامز الفتاوى القاضى ظهير : ادعى إرثا ورثه من أبيه وادعى آخر شراءه من الميت وشهوده شهدوا بأن الميت باعه منه ولم يقولوا باعه منه وهو يملكه ، قالوا : لوكانت الدار فى يد مدعى الشراء أو مدعى الإرث فالشهادة جائزة لأنها على مجرد البيع ، إنما لاتقبل إذا لم تكن الدار فى يد المشترى أو الوارث ، أما لو كانت فالشهادة بالبيع كالشهادة ببيع وملك اه .

وفى البحر عن البزازية : إذا كان المبيع فى يد البائع تقبل من غير ذكر ملك البائع ، وإن كان فى يد غيره والمدعى يدعيه لنفسه ، إن ذكر المدعى وشهوده أن البائع يملكها أو قالوا سلمها إليه وقال سلمها إلى أو قال قبضت وقالوا قبض أو قال ملكى اشتريتها منه وهى لى تقبل ، فإن شهدوا على الشراء والنقد ولم يذكروا القبض ولا التسليم ولا ملك البائع ولا ملك المشترى لاتقبل الدعوى ولا الشهادة ، ولو شهدوا باليد للبائع دون الملك اختلفوا اه (قوله إن لم يكن المبيع فى يد البائع) أى وهو يدعى الشراء منه وبرهن فإنه لايحتاج إلى شهادة الشهود بملك البائع لمعاينة وضع يده (قوله ولو شهدوا بيده) أى بيد البائع دون الملك أى والمبيع ليس فى يده (قوله فقولان) ينبغى أن يعتمد عدم صحة ذلك لأن اليد تتنوع إلى يد ملك ويد غصب ويد أمانة ، وبيان العام لايحقق الخاص وهو المطلوب الذى هو الملك تأمل (قوله وذو اليد على الشراء منه) صورته : عبد فى يد زيد ادعاه بكر أنه ملكه وبرهن عليه وبرهن زيد على الشراء منه فذو اليد أولى ، لأن الخارج إن كان يثبت أولية الملك فذو اليد يتلقى الملك منه فلا تنافى فيه ، فصار كما إذا أقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه ، وكذا لو برهن الخارج على الإرث فصولين ، ولو برهن على الشراء من أجنبى فالخارج أحق .

مطلب لااعتبار بالتاريخ مع النتاج إلا من أرخ تاريخا مستحيلا

(قوله أو برهنا) أى الخارج وذو اليد . وفى البحر أطلقه فشمل ما إذا أرخا واستوى تاريخهما أو سبق أو لم يؤرخا أصلا أو أرخت إحداهما فلا اعتبار للتاريخ مع النتاج إلا أن من أرخ تاريخا مستحيلا بأن لم يوافق سن المدعى لوقت ذى اليد ووافق وقت الخارج فحينئذ يحكم للخارج ، ولو خالف سنه للوقتين لغت البينتان عند عامة المشايخ يترك فى يد ذى اليد على ما كان وهو بينهما نصفين كذا فى رواية كذا فى جامع الفصولين .

وفيه : برهن خارج أن هذه أمته ولدت هذا القن فى ملكى وبرهن ذو اليد على مثله يحكم بها للمدعى لأنهما ادعيا فى الأمة ملكا مطلقا فيقضى بها للمدعى ثم يستحق القن تبعا اه .

مطلب يقدم ذو اليد فى دعوى النتاج إن لم يكن النزاع فى الأم

وبهذا ظهر أن ذا اليد إنما يقدم فى دعوى النتاج على الخارج إن لم يتنازعا فى الأم ، أما لو تنازعا فيها فى الملك المطلق وشهدوا به وبنتاج ولدها فإنه لايقدم وهذه يجب حفظها اه .

تعريف النتاج

(قوله كالنتاج) هو ولادة الحيوان ، من نتجت عنده بالبناء للمفعول ولدت ووضعت كما فى المغرب ،

مطلب المراد بالنتاج ولادته فى ملكه أو ملك بائعه أو مورثه

والمراد ولادته فى ملكه أو ملك بائعه أو مورثه .

مطلب هذا الولد ولدته أمته ولم يشهدوا بالملك له لايقضى له

ولذا قال فى خزانة الأكمل : لو أقام ذو اليد أن هذه الدابة نتجت عنده أو نسج هذا الثوب عنده أو أن هذا الولد ولدته أمته ولم يشهدوا بالملك له فإنه لايقضى له اه وكذا لو شهدوا أنها بنت أمته لأنهم إنما شهدوا بالنسب كذا فى الخزانة .

وفى جامع الفصولين : برهن كل من الخارج وذى اليد على نتاج فى ملك بائعه حكم لذى اليد إذ كل منهما خصم عن بائعه فكأن بائعيهما حضرا وادعيا ملكا بنتاج لذى اليد اه وإنما حكم لذى اليد لأن البينة قامت على مالاتدل عليه اليد وترجحت بينة ذى اليد باليد فقضى له وهذا هو الصحيح ، والقضاء ببينة الخارج هو الأصل ، وإنما عدلنا عنه بخبر النتاج ، وهو ماروى جابر بن عبد الله « أن رجلا ادعى ناقة فى يد رجل وأقام البينة أنها ناقته نتجت عنده وأقام الذى هى فى يده بينة أنها ناقته نتجها ، فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم للذى هى فى يده » وهذا حديث مشهور صحيح فصارت مسألة النتاج مخصوصة كما فى المحيط .

وفى القنية كما تقدم : بينة ذى اليد إذا أثبتت أولية الملك بالنتاج عنده فكذا إذا ادعاه عند مورثه اه ولو برهن أنه له ولد فى ملكه وبرهن ذو اليد أنه له ولد فى ملك بائعه حكم به لذى اليد لأنه خصم عمن تلقى الملك منه ويده يد المتلقى منه فكأنه حضر وبرهن على النتاج والمدعى فى يده يحكم له به كذا هذا اه .

مطلب لايترجح نتاج فى ملكه على نتاج فى ملك بائعه

وبه ظهر أنه لايترجح نتاج فى ملكه على نتاج فى ملك بائعه .

مطلب لايشترط أن يشهدوا أن أمه فى ملكه

ولا يشترط أن يشهدوا بأن أمه فى ملكه ، لكن لو شهدت بينة بذلك دون أخرى قدمت عليها ، لما فى الخزانة : عبد فى يد رجل أقام رجل البينة أنه عبده ولد فى ملكه وأقام آخر البينة أنه عبده ولد فى ملكه من أمته هذه قضى للذى أمه فى يده ، فإن أقام صاحب اليد البينة أنه عبده ولد فى ملكه من أمة أخرى فصاحب اليد أولى .

مطلب برهن كل من خارجين أنه عبده ولد من أمته

وعبده هذين ينصف وهو ابن عبدين وأمتين

عبد فى يد رجل أقام رجل البينة أنه عبده ولد من أمته هذه من عبده هذا وأقام رجل آخر البينة بمثل ذلك فيكون بينهما نصفين فيكون ابن عبدين وأمتين . وقال صاحباه : لايثبت نسبه منهما اه . ومحل تقديم بينة ذى اليد فى النتاج إذا لم يدع الخارج نتاجا وعتقا وإلاكان الخارج أولى ، لأن بينة النتاج مع العتق أكثر إثباتا لأنها أثبتت أولية الملك على وجه لايستحق عليه أصلا وبينة ذى اليد أثبتت الملك على وجه يتصور استحقاق

وما فى معناه كنسج لايعاد وغزل قطن (وحاب ابن وجز صوف) ونحوها ولو عند بائعه درر (فذو اليد أحق) من الخارج إجماعا إلا إذا ادعى الخارج عليه فعلا كغصب أو وديعة أو إجارة ونحوها فى رواية درر

ذلك عليه ، بخلاف ما إذا ادعى الخارج العتق مع مطلق الملك وذو اليد ادعى النتاج فبينة ذى اليد أولى .

مطلب رأى دابة تتبع دابة وترتضع يشهد بالملك والنتاج

وفى شهادات البزازية الشاهد عاين دابة تتبع دابة وترتضع له أن يشهد بالملك والنتاج اهـ .

قال فى الخلاصة : وعلى هذا لو شهد شاهدان على النتاج لزيد وآخران على النتاج لعمرو ، ويتصور هذا بأن رأى الشاهدان أنه ارتضع من لبن أنثى كانت فى ملكه وآخران رأيا أنه ارتضع من لبن أنثى فى ملك آخر فتحل الشهادة للفريقين اهـ (قوله وما فى معناه) مما لايتكرر (قوله كنسج لايعاد) كالثياب القطنى (قوله وحلب لبن) واتخاذ الجبن واللبد والمرعزاء وجز الصوف ، فإذا ادعى خارج وذو يد أن هذه ثيابى نسجت عندى أو لبنى حلب عندى أو جبنى أو لبدى اتخذ عندى أوصوفى جز عندى فإنه يقدم ذو اليد كما فى النتاج والعلة مافى النتاج والجبن بضمة وبضمتين كقبل قاموس . والمرعزاء إذا شددت الزاى قصرت وإذا خففت مدت والميم والعين مكسورتان ، وقد يقال مرعزاء بفتح الميم مخففا ممدودا وهى كالصوف تحت شعر العنز مغرب . قال أبو السعود : هو الشعر الخفيف الذى ينتف من ظهر المعز ويعمل منه الأقمشة الرفيعة اهـ .

أقول : ويوجد جنس مخصوص يسمى المرعز يعمل من صوفه الشال اللاهور والفرماش ، وهو يشبه المعز فى الخلقة والغنم فى الصوف إلا أنه ألين من صوف الغنم ، ولعله هو هو .

قال فى البحر : ولابد من الشهادة بالملك مع السبب الذى لايتكرر كالنتاج اهـ ط (قوله ولو عند بائعه) أوعند مورثه كما تقدم ، أى لافرق بين أن يدعى كل منهما النتاج ونحوه عنده أوعند بائعه فحكم النتاج يجرى على مافى معناه من كل غير متكرر (قوله فذو اليد أحق) أطلقه فشمل ما إذا أرخا واستوى تاريخهما أو سبق أحدهما إلى آخر ماقدمناه قريبا عن البحر (قوله إلا إذا ادعى الخارج الخ) أى حيث تكون بينة الخارج أولى وإن ادعى ذو اليد النتاج ، لأن بينة الخارج فى هذه الصور أكثر إثباتا لأنها تثبت الفعل على ذى اليد وهو الغصب وأشباهه إذ هو غير ثابت أصلا ، وأولية الملك إن لم يكن ثابتا باليد فأصل الملك ثابت بها ظاهرا فكان ثابتا باليد من وجه دون وجه فكان إثبات غير الثابت من كل وجه أولى إذ البينة للإثبات كما فى التبيين .

بقى ما إذا ادعى الخارج فعلا ونتاجا يقدم بالأولى . ويمكن إدخالها فى عبارته بأن يقال دابة فى يد رجل أقام آخر بينة أنها دابته ملكا أو نتاجا أخذها من ذى اليد تأمل (قوله فعلا) أى وإن لم يدع الخارج النتاج تأمل .

مطلب ادعى الخارج الفعل على ذى اليد المدعى النتاج فالخارج أولى

(قوله كغصب أو وديعة) قال فى البحر : وقد يكون كل منهما مدعيا للملك والنتاج فقط ، إذ لو ادعى الخارج الفعل على ذى اليد كالغصب والإجارة والعارية فبينة الخارج أولى ، وإن ادعى ذو اليد النتاج ، لأن بينة الخارج فى هذه الصورة أكثر إثباتا لإثباتها الفعل على ذى اليد إذ هو غير ثابت أصلا كما ذكره الشارح اهـ (قوله فى رواية) الأولى أن يقول فى قول كما فى الشرنبلالية ، وإنما قال ذلك لما قال فى العمادية بعد نقل كلام الذخيرة : ذكر الفقيه أبو الليث فى باب دعوى النتاج عن المبسوط ما يخالف المذكور فى الذخيرة ، فقال :

. . . .

دابة فى يد رجل أقام آخر بينة أنها دابته آجرها من ذى اليد أو أعارها منه أو رهنها إياه وذو اليد أنها دابته نتجت عنده فإنه يقضى بها لذى اليد لأنه يدعى ملك النتاج والآخر يدعى الإجارة أو الإعارة والنتاج أسبق منهما فيقضى لذى اليد وهذا خلاف ما نقل عنه درر ، واستظهر فى نور العين أن ما فى الذخيرة هو الأصح والأرجح وبه ظهر عدم الاختلاف بين العبارتين ، بأن يحمل الأول على أن كلا منهما ادعى النتاج ونحوه وزاد دعوى الفعل ، وما نقله عن أبى الليث أن الخارج إنما ادعى الفعل فقط بدون النتاج ، لكن تعليل الزيلعى يقتضى أن المثبت للفعل أكثر إثباتا سواء كان معه دعوى نتاج أولا فلذلك حكم صاحب الدرر أنها رواية ثانية ، وعليها اقتصر فى البحر وشراح الهداية . وعبارة الزيلعى بعد تعليل : تقديم ذى اليد فى دعوى النتاج بأن اليد لا تدل على أولية الملك فكان مساويا للخارج فيها ، فبإثباتها يندفع الخارج ، وبينة ذى اليد مقبولة للدفع ، ولا يلزم ما إذا ادعى الخارج الفعل على ذى اليد حيث تكون بينته أرجح وإن ادعى ذو اليد النتاج ، لأنه فى هذه أكثر إثباتا لإثباتها ما هو غير ثابت أصلا اه ملخصا ، ويؤيدها ما نذكره قريبا إن شاء الله تعالى عند قول المصنف قضى بها لذى اليد ، ويستثنى أيضا ما إذا تنازعا فى الأم كما مر ، وما إذا ادعى الخارج إعتاقا على النتاج كما مر ويأتى .

[فروع] فى البحر : شاتان فى يد رجل إحداها بيضاء والأخرى سوداء فادعاها رجل وأقام البينة أنهما له وأن هذه البيضاء ولدت هذه السوداء فى ملكه وأقام ذو اليد البينة أنهما له وأن هذه السوداء ولدت هذه البيضاء فى ملكه فإنه يقضى لكل واحد منهما بالشاة التى ذكرت شهوده أنها ولدت فى ملكه أى فيقضى للأول بالسوداء وللثانى بالبيضاء .

قال فى التتارخانية : هكذا ذكر محمد ، وهذا إذا كان سن الشاتين مشكلا ، فإن كانت واحدة منهما تصلح أما للأخرى والأخرى لاتصلح أما لهذه كانت علامة الصدق ظاهرة فى شهادة شهود أحدهما فيقضى بشهادة شهوده .

وعن أبى يوسف فيما إذا كان سن الشاتين مشكلا : إنى لا أقبل بينتهما وأقضى بالشاة لكل واحد منهما بالشاة فى يده ، وهذا قضاء ترك لا قضاء استحقاق .

ولو أقام الذى فى يده البيضاء أن البيضاء شاتى ولدت فى ملكى والسوداء التى فى يد صاحبى شاتى ولدت من هذه البيضاء وأقام الذى السوداء فى يده أن السوداء ولدت فى ملكى والبيضاء التى فى يد صاحبى ملكى ولدت من هذه السوداء فإنه يقضى لكل واحد منهما بما فى يده اه .

وإن كان فى يد رجل حمام أو دجاج أو طير مما يفرخ أقام رجل البينة أنه له فرخ فى ملكه وأقام صاحب اليد البينة على مثل ذلك قضى به لصاحب اليد .

ولو ادعى لبنا فى يد رجل أنه له ضربه فى ملكه وبرهن ذو اليد يقضى به للخارج ، ولو كان مكان اللبن آجر أو جص أو نورة يقضى به لصاحب اليد وغزل القطن لايتكرر فيقضى به لذى اليد ، بخلاف غزل الصوف وورق الشجر وثمرته بمنزلة النتاج ، بخلاف غصن الشجرة والحنطة لابد من الشهادة بالملك مع السبب الذى لا يتكرر كالنتاج .

لو برهن الخارج على أن البيضة التى تفلقت عن هذه الدجاجة كانت له لم يقض له بالدجاجة ويقضى على صاحب الدجاجة ببيضة مثلها لصاحبها ، لأن ملك البيضة ليس بسبب لملك الدجاجة ، فإن من غصب بيضة

أو كان سببا يتكرر كبناء وغرس ونسج خز وزرع بر ونحوه أو أشكل على أهل الخبرة فهو للخارج لأنه الأصل وإنما عدلنا عنه بحديث النتاج (وإن برهن كل) من الخارجين أو ذوى الأيدى أو الخارج وذى اليد عينى (على الشراء من الآخر بلا وقت سقطا وترك المال) المدعى به (فى يد من معه)

وحضنها تحت دجاجة له كان الفرخ للغاصب وعليه مثلها ، بخلاف الأمة فإن ولدها لصاحب الأم ، وجلد الشاة يقضى به لصاحب اليد والجبة المحشوة والفرو وكل مايقطع من الثياب والبسط والأنماط والثوب المصبوغ بعصفر أو زعفران يقضى بها للخارج اهـ (قوله أو كان سببا يتكرر) عطف على ادعى ، يعنى أن ذا اليد أحق فى كل حال إلا فى حال ما إذا ادعى غصبا أو كان سببا يتكرر فإنه يقضى للخارج بمنزلة الملك المطلق (قوله كبناء) أى كما إذا ادعى ذو اليد أن هذا الآجر ملكى بنيت به حائطى وادعى الخارج كذلك يقدم الخارج لأنه يمكن تكرره (قوله وغرس) قال الحموى : والحنطة مما يتكرر ، فإن الإنسان قد يزرع فى الأرض ثم يغربل التراب فيميز الحنطة منها ثم يزرع ثانية فإذا ادعى كل أنها حنطته زرعها وأقاما برهانا فإنه يقدم الخارج ، والنخل يغرس غير مرة فإذا تنازعا فى أرض ونخيل : أى كل يدعى غرسه وبرهنا فإنه يقضى للخارج بهما وكذا الأرض المزروعة ، يعنى أنها أرضه زرعها كل يدعى ذلك ، أما إذا كان الزرع مما يتكرر فظاهر وإلا كان تبعا للأرض كما فى الخلاصة .

والحاصل أن المنظور إليه فى كونه يتكرر أولا يتكرر هو الأصل لا التبع كما فى البحر (قوله ونسج خز) الخز اسم دابة ثم سمى الثوب المتخذ من وبره خزا ، قيل هو نسيج إذا بلى يغزل مرة ثانية ثم ينسج عزمى (قوله أو أشكل على أهل الخبرة) قال فى البحر : ونصل السيف يسأل عنه ، فإن أخبروا أنه لا يضرب إلا مرة كان لذى اليد وإلا للخارج أى فإذا ادعى خارج وذو يد أن هذا النصل له ضربه بيده وأقاما برهانا فهو على هذا اهـ . قال أبو السعود : فإن أشكل على أهل الخبرة قضى به للخارج والواحد منهم يكفى والإثنان أحوط . عزمى وزيلعى .

وذكر فى غاية البيان أنه إذا أشكل على أهل الخبرة اختلفت الرواية ، ففى رواية أبى سليمان يقضى لذى اليد وفى رواية أبى حفص يقضى للخارج اهـ (قوله لأنه الأصل) أى كون المدعى للخارج المبرهن لأن القضاء ببينة هو الأصل ، فإذا لم يعلم يرجع إلى الأصل (قوله وإنما عدلنا عنه بحديث النتاج) سبق ما فيه قال الخير الرملى : النتاج بالكسر مصدر ، يقال نتجت الناقة بالبناء للمفعول نتاجا ولدت . قال شيخ الإسلام زكريا : النتاج بكسر النون من تسمية المفعول بالمصدر ، يقال نتجت الناقة بالبناء للمفعول نتاجا ولدت اهـ . وقال ابن الملقن فى ضبط كلام المنهاج : النتاج بفتح النون ، ورأيت بخط المصنف فى الأصل بكسرها فى ثلاثة مواضع اهـ . قال الهيتمى : ضبطه المصنف يعنى النووى بكسر النون وضبطه الأستاذ بالفتح اهـ .

[تتمة] المقضى عليه فى حادثة لا تسمع دعواه بعده إلا إذا برهن على إبطال القضاء أو على تلقى الملك من المقضى له أو على النتاج كما فى العمادية والبزازية . قال الرملى : والظاهر أن ما فى خزانة الأكمل هو الراجح كما يشهد له الاقتصار عليه فى العمادية والبزازية وغيرهما ، فازدد نقلا فى المسألة إن شئت ، وقدمنا الكلام عليه فى دفع الدعوى (قوله من الآخر) أى من خصمه الآخر (قوله بلا وقت) قيد به لأنهما لو أرخا يقضى به لصاحب الوقت الأخير كذا فى خزانة الأكمل (قوله وترك المال المدعى به فى يد من معه) أى لا على وجه القضاء بل عملا بالأصل ، لأنه لما تهاترت البينتان رجع إلى الأصل ، وهو أن وضع اليد من أسباب الملك

وقال محمد: يقضى للخارج . قلنا الإقدام على الشراء إقرار منه بالملك له ، ولو أثبتا قبضا تهاترتا اتفاقا درر .
(ولا ترجح بزيادة عدد الشهود) فإن الترجيح عندنا بقوة الدليل

(قوله وقال محمد يقضى للخارج) أى لإمكان العمل بالبينتين وبأن يجعل ذواليد كأنه اشترى من الآخر وقبض ثم باع ، لأن القبض دليل الشراء فيؤمر بالدفع إليه لأن تمكنه من القبض دليل السبق ، ولا يعكس الأمر لأن البيع قبل القبض لايجوز وإن كان فى العقار عنده ، وهذا فيما إذا كانت فى يد أحدهما كما يظهر من تقرير كلامه. وجه قولهما كما فى البحر أن الإقدام على الشراء إقرار منه بالملك للبائع فصار كأنهما قامتا على الإقرارين . وفيه التهاتر بالإجماع كذا هنا ، ولأن السبب يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء لذى اليد إلا بملك مستحق فبقى القضاء بمجرد السبب وأنه لا يفيده ، ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالألف بالألف قصاص عندهما إذا استويا لوجود قبض المضمون من كل جانب ، وإن لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده (قوله قلنا الإقدام) أى من الخارج على الشراء الذى ادعاه والإقدام من ذى اليد على الشراء الذى ادعاه (قوله إقرار منه) أى من القادم بالملك له للآخر فصارت بينة كل واحد منهما كأنها قامت على إقرار الآخر وفيه التهاتر بالإجماع لتعذر الجمع (قوله ولو أثبتا قبضا تهاترتا اتفاقا) لأن الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الأول وهذا فى غير العقار ، أما فى العقار ، فإن وقتت البينتان ولم يثبتا قبضا . فإن كان وقت الخارج أسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كأن الخارج اشترى أولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز فى العقار عندهما . وعند محمد يقضى للخارج لأنه لا يصح بيعه قبل القبض فبقى على ملكه، وإن أثبتا قبضا يقضى بها لصاحب اليد بالإجماع ، وإن كان وقت صاحب اليد أسبق يقضى بها للخارج سواء شهدوا بالقبض أو لم يشهدوا كما فى البحر عن الهداية . وفيه وفى المبسوط ما يخالفه كما علم من الكافى اهـ .
أقول : ثم رأيت فى الشرنبلالية ما يكون تأييد الكلام الهداية ، حيث قال: وعند محمد يقضى بالبينتين، يعنى إن ذكروا القبض الخ تأمل .

وفى البحر أيضا عن الكافى: دار فى يد زيد برهن عمرو على أنه باعها من بكر بألف وبرهن بكر على أنه باعها من عمرو بمائة دينار وجحد زيد ذلك كله قضى بالدار بين المدعيين ولايقضى بشىء من الثمنين لأنه تعذر القضاء بالبيع لجهالة التاريخ ولم يتعذر القضاء بالملك . وعند محمد يقضى بها بينهما . ولكل واحد نصف الثمن على صاحبه ، لأنه لم يسلم لكل واحد إلا نصف المبيع .

ولو ادعت امرأة شراء الدار من عمرو بألف وعمرو ادعى أنه اشتراها منها بألف وزيد وهوذو اليد يدعى أنها له اشتراها من عمرو بألف وأقاموا البينة قضى لذى اليد لتعارض بينتى غيره فبقيت بينته بلا معارض . وعند محمد يقضى بالدار لذى اليد بألف عليه للخارج ويقضى لها على الخارج بألف ، لأن ذا اليد والمرأة ادعيا التلقى من الخارج فيجعل كأنها فى يده اهـ .

مطلب برهن كل على إقرار الآخر أنها له تهاترا

وأشار المؤلف إلى أنه لو برهن كل على إقرار الآخر أن هذا الشىء له فإنهما يتهاتران ويبقى فى يد ذى اليد كذا فى الخزانة (قوله ولا ترجح) يحتمل أن يقرأ الفعل بالتذكير أو التأنيث، فعلى الأولى يعود الضمير المستتر على الحكم، وعلى الثانى يعود على الدعوى إلى هذا أشار العينى (قوله فإن الترجيح عندنا) أى وعند الشافعى فى القديم وبعض المالكية يرجحون بكثرة العدد (قوله بقوة الدليل) بأن يكون أحدهما متواترا والآخر من

لا بكثرته .

ثم فرع على هذا الأصل بقوله (فلو أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء) فى ذلك (وكذا لا ترجيح بزيادة العدالة) لأن المعتبر أصل العدالة ولاحد للأعدلية .

(دار فى يد آخر ادعى رجل نصفها وآخر كلها وبرهنا فللأول ربعها والباقى للآخر بطريق المنازعة) وهو أن النصف سالم لمدعى الكل بلا منازعة ثم استوت منازعتهما فى النصف الآخر فينصف (وقالا الثلث له والباق

الآحاد أو كان أحدهما مفسرا والآخر مجملا ، فيرجح المفسر على المجمل والتواتر على الآحاد لقوة فيه ، وكذا لا يرجح أحد القياسين ولا الحديث بحديث آخر ، وشهادة كل شاهدين علة تامة فلا تصلح للترجيح كما فى البحر وسيأتى قريبا تمامه (قوله لا بكثرته) ولذا لا ترجح الآية بآية أخرى ولا الخبر بالخبر ولا أحد القياسين بقياس آخر . قال فى غاية البيان : لأن الترجيح يكون بقوة العلة لا بكثرة فى العلل، ولذلك قلنا : إن الخبرين إذا تعارضا لا يترجح أحدهما على الآخر بخبر آخر بل بما به يتأكد معنى الحجة فيه ، وهو الاتصال برسول الله صلى الله عليه وسلم حتى يترجح المشهور بكثرة رواته على الشاذ لظهور زيادة القوة فيه من حيث الاتصال برسول الله صلى الله عليه وسلم ويترجح بفقه الراوى وحسن ضبطه وإتقانه لأنه يتقوى به معنى الاتصال برسول الله صلى الله عليه وسلم على الوجه الذى وصل إلينا بالنقل ، وكذلك الآيتان إذا وقعت المعارضة بينهما لا تترجح إحداهما بآية أخرى ، بل بقوة فى معنى الحجة وهو أنه نص مفسر والآخر مؤول ، وكذلك لا يترجح أحد الخبرين بالقياس ، فعرفنا أن مايقع به الترجيح هو ما لا يصلح علة للحكم ابتداء بل ما يكون(١) مقويا لما به صارت العلة موجبة للحكم اه .

قال المولى عبد الحليم : قوله فلأن الترجيح لا يقع بكثرة العلل بل الترجيح يقع بقوة العلة ولذلك ترجح شهادة العدل على شهادة المستور ، كما يرجح كون أحد الخبرين أو الآيتين مفسرا أو محكما على الآخر اه (قوله فهما سواء فى ذلك) أى فى الإقامة المأخوذة من أقام أى فى حكمها .

قال شيخ مشايخنا : ينبغى أن يقيد ذلك بما إذا لم يصل إلى حد التواتر فإنه يفيد حينئذ العلم فلا ينبغى أن يجعل كالجانب الآخر اه .

أقول : ظاهر ما فى الشمنى والزيلعى يفيد ذلك حيث قال : ولنا أن شهادة كل شاهدين علة تامة كما فى حالة الانفراد ، والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوتها ، بأن يكون أحدهما متواترا والآخر آحادا أو يكون أحدهما مفسرا والآخر مجملا فيرجح المفسر على المجمل والمتواتر على الآحاد اه بيرى. وفى شرح الملتقى أن عدد الشهود إذا بلغ حد التواتر ينبغى أن يرجح على من لم يبلغه قياسا على الخبر من أنه يرجح كون أحد الخبرين إلى آخر ما قدمناه قريبا ولم أظفر على الرواية اه .

أقول : قد ذكر فى التحرير وشرحه ما حاصله : فرق بين الشهادة والخبر ، لأن السمع ورد فى الشهادة على خلاف القياس بأن يكون نصابها اثنين فلا يكون لكثرتهم قوة زائدة تمنع ما اعتبره السمع فى الطرف الآخر ، بخلاف الرواية فى الخبر فإن الحكم فيه نيط برواية كل من الراوى ، فلا شك أن كثرتهم تزيد الظن والقوة وفيه فافترقا على أن ما ورد فيه النص لا يؤثره القياس تدبر (قوله لأن المعتبر أصل العدالة) بل المعتبر فيه الولاية بالحرية والناس فيه سواء والعدالة شرطت لظهور أثر الصدق حتى وجب على القاضى القضاء ولذلك لم يلتفت إلى زيادة قوة فى العدالة ، وباقى التفصيل فى شرح الملتقى الشارح الهندى (قوله ولا حد للأعدلية) أى فلا يقع الترجيح بها لاحتمال أن يجد الآخر ما هو أعدل فلا يستقر الحكم على حالة (قوله بطريق المنازعة)

---

(١) (قوله بل ما يكون) لعل مازائدة ، وليراجع الأصل .

للثانى بطريق العول) لأن المسألة كلا ونصفا فالمسألة من اثنين وتعول إلى ثلاثة .

واعلم أن أنواع القسمة أربعة : ما يقسم بطريق العول إجماعا وهو ثمان : ميراث وديون ووصية ومحاباة ودراهم مرسلة

اعلم أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى اعتبر فى هذه المسألة طريق المنازعة ، وهو أن النصف سالم لمدعى الكل بلا منازعة ، بقى النصف الآخر وفيه منازعتهما على السواء فينصف ، فلصاحب الكل ثلاثة أرباع ولصاحب النصف الربع ، وهما اعتبرا طريق العول والمضاربة ، وإنما سمى بهذا لأن فى المسألة كلا ونصفا . فالمسألة من اثنين وتعول إلى ثلاثة ، فلصاحب الكل سهمان ولصاحب النصف سهم هذا هو العول . وأما المضاربة فإن كل واحد يضرب بقدر حقه ، فصاحب الكل له ثلثان من الثلاثة فيضرب الثلثان فى الدار وصاحب النصف له ثلث من الثلاثة فيضرب الثلث فى الدار فحصل ثلث الدار لأن ضرب الكسور بطريق الإضافة فإنه إذا ضرب الثلث فى الستة معناه ثلث الستة وهو اثنان منح .

قال فى الهداية : إن لهذه المسألة نظائر وأضدادا لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرناها فى الزيادات اه وسيأتى الكلام عليها قريبا إن شاء الله تعالى عن شرح الزيادات لقاضيخان (قوله بطريق العول) هو فى اللغة الزيادة والارتفاع . وعند أهل الحساب أن يزاد على المخرج من أخواته إذا ضاق عن فرض ذى السهم (قوله فالمسألة من اثنين) لوجود كسر مخرجه ذلك وهو النصف (قوله وتعول إلى ثلاثة) فلصاحب الكل سهمان ولصاحب النصف سهم فيقسم أثلاثا بينهما . والأصل أنه إذا وقعت الدعوى فى شىء معين كانت القسمة بطريق المنازعة ، ومتى كانت الدعوى فى جزء غير معين وكان باسم السهم والنصيب كانت القسمة بطريق العول ، فالوجه لهما أن الدعوى وقعت فى جزء غير معين وهو النصف فيقسم على طريق العول كما فى المواريث .

وله أن الدعوى وقعت فى العين وإن كانت باسم النصف شائعا ، لكن الدعوى لاتصح إلا بالإضافة والإشارة إلى محل معين كأن يقول نصف هذه الدار ، فإذا صحت الدعوى على تعيين المحل الذى وقعت الدعوى فيه أخذ حكم دعوى شىء معين والعين قط لا تعول فيقسم على طريق المنازعة ، بخلاف المواريث والديون لأن المنازع فيه ابتداء هو الديون فى ذمة الميت دون العين ، وكذا المواريث أنصباء غير معينة بل هى شائعة فى التركة كذا فى الكافى شرح المنظومة (قوله ميراث) يعنى إذا اجتمعت سهام الفرائض فى التركة وضاقت التركة عن الوفاء بها تقسم على طريق العول ، فإن ماتت وتركت زوجا وأختا شقيقة وأختا لأم فالمسألة من ستة وتعول إلى سبعة (قوله وديون) بأن كان عليه مائتان وترك مائة فيعطى لكل ذى مائة خمسون ، فلو كان لأحدهما مائة وللآخر خمسون قسمت المائة ثلاثة أسهم اثنان لصاحب المائة وواحد لصاحب الخمسين (قوله ووصية) أى بما دون الثلث كما قيده الزيلعى إذا اجتمعت وزادت على الثلث ، كما لو أوصى لرجل بسدس ماله ولآخر بثلثه ولم تجز الورثة يقسم الثلث بينهما بطريق العول. فيجعل الثلث ثلاثة أسهم سهم لصاحب السدس وسهمان لصاحب الثلث (قوله ومحاباة) أى الوصية بالمحاباة ، بأن أوصى بأن يباع عبد يساوى مائة بخمسين وعبد يساوى مائتين بمائة ولم يترك غيرهما ولم تجز الورثة كان ثلث المال مائة والمحاباة مائة وخمسين فتجعل المائة ثلاثة أسهم سهمان للمحابى بمائة وسهم للمحابى بخمسين (قوله ودراهم مرسلة) أى مطلقة غير مقيدة بثلث أو نصف أو نحوهما ، كما إذا أوصى لرجل بمائة ولآخر بمائتين ولم يترك إلا ثلثمائة فكان ثلث المال مائة ولم تجز الورثة تقسم المائة ثلاثة أسهم سهم لصاحب

وسعاية وجناية رقيق .

وبطريق المنازعة إجماعا : وهو مسألة الفضوليين .

وبطريق المنازعة عنده والعول عندهما ، وهو ثلاث مسائل : مسألة الكتاب وإذا أوصى لرجل بكل ماله، أو بعبد بعينه ولآخر بنصف ذلك .

وبطريق العول عنده والمنازعة عندهما وهو خمس كما بسطه الزيلعي والعيني ،

المائة وسهمان لصاحب المائتين (قوله وسعاية) بأن أوصى بعتق عبدين أو أعتقهما فى مرض موته ولم يترك غيرهما ولم تجز الورثة يسعى كل بثلثي قيمته ، فلو أعتق واحدا ونصف الآخر أو أوصى بعتقهما كذلك وقيمتهما سواء وكان ذلك جميع التركة ولم تجز الورثة وقيمة العبد مائة وقيمة نصف العبد خمسون وثلث والمال خمسون يجعل الخمسون ثلاثة أسهم سهمان للعبد ويسعى فى باقى قيمته وسهم لنصف العبد ويسعى فى الباقى (قوله وجناية رقيق) أدخل فى هذه صورتين : جناية العبد الرقيق غير المدبر والمدبر .

وصورة الأولى : عبد فقأ عين رجل وقتل آخر خطأ فإنه يدفع لهما بطريق العول، فأولياء المقتول يريدونه كله وصاحب العين يريد نصفه والكل نصفان مع نصف صاحب العين فيجعل ثلاثة أسهم سهمان لولى المقتول وسهم للمقلوع عينه .

وصورة الثانية : جناية المدبر إذا جنى على هذا الوجه فإنه يدفع السيد قيمته ثلثاها لولى المقتول وثلثها لصاحب العين وكأنها سقطت من الكاتب فإنها لم توجد فى نسخ الدر . وبقى من الصور الوصية بالعتق وبهاتم الثمان (قوله وهى مسألة الفضوليين) بأن باع فضولى عبد إنسان بمائة وفضولى آخر نصف ذلك العبد بخمسين وأجاز المالك البيعين كان لصاحب الكل ثلاثة أرباع العبد أو ترك ولصاحب النصف ربعه أو ترك بطريق المنازعة عندهم جميعا (قوله وإذا أوصى لرجل بكل ماله) أى ولآخر بنصفه وأجازت الورثة ذلك ، فعند أبى حنيفة صاحب النصف لا ينازع صاحب الكل فى أحد النصفين فيسلم له ويتنازعان فى النصف الثانى فيقتسمانه . وعندهما للموصى له بالكل نصفان وللموصى له بالنصف واحد ، فيجعل المال ثلاثة أسهم : سهمان للموصى له بالكل وسهم للموصى له بالنصف ، وكذا الموصى له بالعبد ثلاثة أرباعه عنده وللموصى له بالنصف ربعه . وعندهما يجعل ثلاثة أسهم (قوله وهو خمس) الأولى : عبد مأذون بين رجلين أدانه أحد الموليين مائة ، يعنى باعه شيئا نسيئة بمائة وأدانه أجنبى مائة فبيع العبد بمائة عند أبى حنيفة يقسم ثمن العبد بين المولى الدائن وبين الأجنبى أثلاثا ثلثاه للأجنبى وثلثه للمولى ، لأن إدانته تصح فى نصيب شريكه لا فى نصيبه .

الثانية : إذا أدانه أجنبى مائة وأجنبى آخر خمسين وبيع العبد عند أبى حنيفة يقسم الثمن بينهما أثلاثا وعندهما أرباعا .

الثالثة : عبد قتل رجلا خطأ وآخر عمدا وللمقتول عمدا وليان فعفا أحدهما يخير مولى العبد بين الدفع والفداء، فإن فدى المولى يفدى بخمسة عشر ألفا خمسة آلاف لشريك العافى وعشرة آلاف لولى الخطأ فإن دفعه يقسم العبد بينهما أثلاثا عند أبى حنيفة ، وعندهما أرباعا .

الرابعة : لو كان الجانى مدبرا والمسألة بحالها ودفع المولى القيمة .

الخامسة : أم ولد قتلت مولاها وأجنبيا عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا أحد ولى كل واحد منهما على التعاقب سعت فى ثلاثة أرباع قيمتها وكان للساكت من ولى الأجنبى ربع القيمة ويقسم نصف القيمة بينهما بطريق

وتمامه فى البحر .

العول أثلاثا عند أبي حنيفة . وعندهما أرباعا بطريق المنازعة كذا فى البحر . والذى فى التبيين : فيعطى الربع لشريك العاق آخرا والنصف الآخر بينه وبين شريك العاق أولا أثلاثا ثلثاه لشريك العاق أولا والثلث لشريك العاق آخرا عنده وعندهما أرباعا .

مطلب جنس مسائل القسمة أربعة

(قوله وتمامه فى البحر) نقله عن شرح الزيادات لقاضيخان حيث قال وجنس مسائل القسمة أربعة : منها ما يقسم بطريق العول والمضاربة عند الكل . ومنها ما يقسم بطريق المنازعة عندهم. ومنها ما يقسم بطريق المنازعة عند أبي حنيفة ، وعندهما بطريق العول والمضاربة . ومنها ما يقسم على عكس ذلك .

مطلب مايقسم بطريق العول عندهم ثمانية

أما ما يقسم بطريق العول عندهم فثمانية .

إحداها : الميراث : إذا اجتمعت سهام الفرائض فى التركة وضاقت التركة عن الوفاء بها تقسم التركة بين أرباب الديون بطريق العول .

والثانية : إذا اجتمعت الديون المتفاوتة وضاقت التركة عن الوفاء بها تقسم التركة بين أرباب الديون بطريق العول .

والثالثة : إذا أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بربعه ولآخر بسدس ماله ولم يجز الورثة حتى عادت الوصايا إلى الثلث يقسم الثلث بينهم على طريق العول .

والرابعة : الوصية بالمحاباة : إذا أوصى بأن يباع العبد الذى قيمته ثلاثة آلاف درهم من هذا الرجل بألفى درهم وأوصى لآخر بأن يباع العبد الذى يساوى ألفى درهم بألف حتى حصلت المحاباة لهما بألفى درهم كان الثلث بينهما بطريق العول .

والخامسة : الوصية بالعتق : إذا أوصى بأن يعتق من هذا العبد نصفه وأوصى بأن يعتق من هذا الآخر ثلثه وذاك لا يخرج من الثلث يقسم ثلث المال بينهما بطريق العول ويسقط من كل واحد منهما حصته من السعاية .

والسادسة : الوصية بألف مرسلة : إذا أوصى لرجل بألف ولآخر بألفين كان الثلث بينهما بطريق العول .

والسابعة : عبد فقأعين رجل وقتل آخر خطأ فدفع بها يقسم الجانى بينهما بطريق العول ثلثاه لولى القتيل وثلثه للآخر .

والثامنة : مدبرجنى على هذا الوجه ودفعت القيمة إلى أولياء الجناية كانت القيمة بينهما بطريق العول .

مطلب مايقسم بطريق المنازعة مسألة واحدة

وأما مايقسم بطريق المنازعة فسألة واحدة ذكرها فى الجامع : فضولى باع عبدا من رجل بألف درهم وفضولى آخر باع نصفه من آخر بخمسمائة فأجاز المولى البيعين جميعا خير المشتريان ، فإن اختارا الأخذ أخذا بطريق المنازعة ثلاثة أرباعه لمشترى الكل وربعه لمشتري النصف عندهم جميعا .

مطلب مايقسم بطريق المنازعة عنده و بطريق العول عندهما ثلاث مسائل

وأماما يقسم بطريق المنازعة عند أبي حنيفة وعندهما بطريق العول فثلاث مسائل .

إحداها : دار تنازع فيها رجلان أحدهما يدعى كلها والآخر يدعى نصفها وأقاما البينة . عند أبى حنيفة تقسم الدار بينهما بطريق المنازعة ، ثلاثة أرباعها لمدعى الكل والربع لمدعى النصف . وعندهما أثلاثا ثلثاها لمدعى الكل وثلثها لمدعى النصف .

والثانية : إذا أوصى بجميع ماله لرجل ونصفه لآخر وأجازت الورثة عند أبى حنيفة المال بينهما أرباعا وعندهما أثلاثا .

والثالثة : إذا أوصى بعبد بعينه لرجل وبنصفه لآخر وهو يخرج من ثلثه أو لايخرج وأجازت الورثة كان العبد بينهما أرباعا عند أبى حنيفة وعندهما أثلاثا .

مطلب مايقسم بطريق العول عنده وبطريق المنازعة عندهما خمس مسائل

وأماما يقسم بطريق العول عند أبى حنيفة وعندهما بطريق المنازعة فخمس مسائل :

منها : ما ذكره فى المأذون : عبد مأذون بين رجلين أدانه أحد المولبين مائة يعنى باعه شيئا بنسيئة وأدانه أجنبى مائة فبيع العبد بمائة . عند أبى حنيفة يقسم ثمن العبد بين المولى المدين وبين الأجنبى أثلاثا ثلثاه للأجنبى وثلثه للمولى ، لأن إدانته تصح فى نصيب شريكه لا فى نصيبه .

والثانية : إذا أدانه أجنبى مائة وأجنبى آخر خمسين وبيع العبد . عند أبى حنيفة يقسم الثمن بينهما أثلاثا . وعندهما أرباعا .

والثالثة : عبد قتل رجلا خطأ وآخر عمدا وللمقتول عمدا وليان فعفا أحدهما يخير مولى العبد بين الدفع والفداء فإن هذا المولى يفدى بخمسة عشر ألفا خمسة آلاف لشريكه العافى وعشرة آلاف لولى الخطأ فإن دفع يقسم العبد بينهما أثلاثا عند أبى حنيفة وعندهما أرباعا .

والرابعة : لو كان الجانى مدبرا والمسألة بحالها ودفع المولى القيمة .

والخامسة : مسألة الكتاب : أم ولد قتلت مولاها وأجنبيا عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا أحد وليى كل واحد منهما على التعاقب سعت فى ثلاثة أرباع قيمتها كان للساكت من وليى الأجنبى ربع القيمة ، ويقسم نصف القيمة بينهما بطريق العول أثلاثا عند أبى حنيفة . وعندهما أرباعا بطريق المنازعة .

والأصل لأبى يوسف ومحمد أن الحقين متى ثبتا على الشيوع فى وقت واحد كانت القسمة عولية وإن ثبتا على وجه التميز أو فى وقتين مختلفين كانت القسمة نزاعية ، والمعنى فيه أن القياس يأبى القسمة بطريق العول ، لأن تفسير العول أن يضرب كل واحد منهما بجميع حقه أحدهما بنصف المال والآخر بالكل والمال الواحد لا يكون له كل ونصف آخر ، ولهذا قال ابن عباس رضى الله تعالى عنهما : من شاء باهلته ، إن الله تعالى لم يجعل فى المال الواحد ثلثين ونصفا ولا نصفين وثلثا ، وإنما تركنا القياس فى الميراث بإجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم فيلحق به ما كان فى معناه ، وفى الميراث حقوق الكل ثبتت على وجه الشيوع فى وقت واحد وهو حالة الموت ، وفى التركة إذا اجتمعت حقوق متفاوتة حق أرباب الديون وثبت فى وقت واحد وهو حالة الموت

. . . .

أو المرض فكانت فى معنى الميراث ، وكذلك فى الوصايا وفى العبد والمدبر إذا فقأ عين إنسان وقتل آخر خطأ حق أصحاب الجناية ثبت فى وقت واحد وهو وقت دفع العبد الجانى أو قيمة المدبر لأن موجب جناية الخطأ لا يملك قبل الدفع ولهذا لايجب فيه الزكاة قبل القبض ولا تصح به الكفالة ، وإنما يملك التسليم ووقت الدفع واحد . وفى مسألة دعوى الدار الحق إنما يثبت بالقضاء ووقت القضاء واحد فكانت فى معنى الميراث ، وفى مسألة بيع الفضولى وقت ثبوت الحقين مختلف لأن الملك ثبت عند الإجازة مستندا إلى وقت العقد ووقت العقد مختلف . وفى القسم الرابع وقت ثبوت الحقين مختلف . أما فى مسألة الإدانة فلأن الحق ثبت بالإدانة ووقت الإدانة مختلف .

وفى العبد إذا قتل رجلا عمدا وآخر خطأ وللمقتول عمدا وليان فعفا أحدهما واختار المولى دفع العبد أوكان الجانى مدبرا والمسألة بحالها فدفع المولى القيمة عندهما يقسم بطريق المنازعة لأن وقت ثبوت الحقين مختلف ، لأن حق الساكت من ولى الدم كان فى القصاص لأنه مثل والمال بدل عن القصاص ووجوب البدل مضاف إلى سبب الأصل وهو القتل فكان وقت ثبوت حقه القتل وحق ولى الخطأ فى القيمة ، إذ العبد المدفوع يثبت عند الدفع لا قبله لأنه صلة معنى والصلات لا تملك قبل القبض فكان وقت الحقين مختلفا فلم يكن فى معنى الميراث وكانت القسمتين نزاعية .

وفى جناية أم الولد وجوب الدية للذى لم يعف مضاف إلى القتل لما قلنا والقتلان وجدا فى وقتين مختلفين فكانت القسمة نزاعية عندهما .

والأصل لأبى حنيفة أن قسمة العين متى كانت بحق ثابت فى الذمة أو بحق ثبت فى العين على وجه الشيوع فى البعض دون الكل كانت القسمة عولية ، ومتى وجب قسمة العين بحق ثبت على وجه التمييز أو كان حق أحدهما فى البعض الشائع وحق الآخر فى الكل كانت القسمة نزاعية . والمعنى فيه أن الحقوق متى وجبت فى الذمة فقد استوت فى القوة لأن الذمة متسعة فيضرب كل واحد منهما بجميع حقه فى العين ، وكذا إذا كان حق كل واحد فى العين لكن فى الجزء الشائع فقد استوت فى القوة ، لأن مامن جزء ثبت فيه حق أحدهما إلا وللآخر أن يزاحمه فكانت الحقوق مستوية فى القوة . والأصل فى قسمة العول الميراث كما قالا وثمة حق كل واحد منهما ثبت فى البعض الشائع . وإذا ثبت الحقان على وجه التمييز لم يكن فى معنى الميراث ، وكذا إذا كان حق أحدهما فى البعض الشائع وحق الآخر فى الكل لم يكن فى معنى الميراث ، لأن صاحب الكل يزاحم صاحب البعض فى كل شىء أما صاحب البعض فلا يزاحم صاحب الكل فلم يكن فى معنى الميراث ولأن حق كل واحد منهما إذا كان فى البعض الشائع وما يأخذ كل واحد منهما بحكم القسمة غير مقرر وأنه غير الشائع كان المأخوذ بدل حقه لا أصل حقه فيكون فى معنى الميراث والتركة التى اجتمعت فيها الديون .

وفى مسائل القسمة إنما وجبت بحق ثابت فى الذمة لأن حق كل واحد منهما فى موجب الجناية وموجب الجناية يكون فى الذمة فكانت القسمة فيها عولية ، فعلى هذا تخرج المسائل . هذا إذا لم يكن لها ولد من المولى ، فإن كان لها ولد من المولى يرثه فلا قصاص عليها بدم المولى لأن الولد لايستوجب القصاص على والديه ، ولهذا لو قتلت المرأة ولدها لايجب عليها القصاص لأن الوالدة سبب لوجوده فلا يستحق قتلها ، ولهذا لايباح له قتل واحد من أبويه وإن كان حربيا أو مرتدا أو زانيا محصنا . فإذا سقط حق ولدها سقط حق الباقى وانقلب الكل مالا ، لأن

والأصل عنده أن القسمة متى وجبت لحق ثابت فى عين أو ذمة

القصاص تعذر استيفاؤه لالمعنى من جهة القاتل بل حكما من جهة الشرع فانقاب الكل مالا بخلاف ماتقدم ، لأن ثمة العافى أسقط حق نفسه فلا ينقلب نصيبه مالا .

فإن قيل : إذا لم تكن هذه الجناية موجبة للقصاص عليها بدم المولى ينبغى أن تكون هدرا كما لو قتلته خطأ قلنا الجناية وقعت موجبة للقصاص لأنه يجب للمقتول والمولى يستوجب القصاص على مملوكه ، وإنما سقط القصاص ضرورة الانتقال إلى الوارث وهى حرة وقت الانتقال فتنقلب مالا وتلزمها القيمة دون الدية اعتبارا بحالة القتل .

هذا كمن قتل رجلا عمدا وابن القاتل وارث المقتول كان لابن المقتول الدية على والده القاتل كذلك هنا ، ولورثة الأجنبى القصاص كما كان لأن حقهما يمتاز عن حق ورثة المولى فكان لهما القصاص، إن شاءا أخرا حتى يؤدى القيمة إلى ورثة المولى ، وإن شاءا عجلا القتل ، لأنهما لو أخرا إلى أن يؤدى السعاية ربما لايؤدى مخافة القتل فيبطل حقهما فكان لهما التعجيل . فإن عفا أحد وليى الأجنبى وجب للساكت منهما نصف القيمة أيضا . وجنايات أم الولد وإن كثرت لاتوجب إلا قيمة واحدة فصارت القيمة مشتركة بين ورثة المولى ووارث الأجنبى .

ثم عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه تقسم قيمتها بينهما أثلاثا وعندهما أرباعا لما ذكرنا ، فإن كانت سعت فى قيمتها لورثة المولى ثم عفا أحد وليى الأجنبى ، إن دفعت القيمة إلى ورثة المولى بقضاء القاضى لاسبيل لوارث الأجنبى عليها لأن الواجب عليها قيمة واحدة وقد أدت بقضاء القاضى فتفرغ ذمتها ويتبع وارث الأجنبى ورثة المولى ويشاركهم فى تلك القيمة لأنهم أخذوا قيمة مشتركة ، وإن دفعت بغير قضاء عندهما كذلك . وعند أبى حنيفة وارث الأجنبى بالخيار . إن شاء يرجع على ورثة المولى ، وإن شاء يرجع على أم الولد .

لهما أنها فعلت عين مايفعله القاضى لو رفع الأمر إليه فيستوى فيه القضاء وعدمه كالرجوع فى الهبة لما كان فسخا بقضاء لو حصل بتراضيهما يكون فسخا .

ولأبى حنيفة أن موجب الجناية فى الذمة ، فإذا أدت فقد نقلت من الذمة إلى العين فيظهر أثر الانتقال فى حق الكل إن كان بقضاء ولا يظهر إذا كان بغير قضاء فكان له الخيار ، إن شاء رضى بدفعها ويتبع ورثة المولى . وإن شاء لم يرض ويرجع عليها بحقه وهو ثلث القيمة عند أبى حنيفة وترجع هى على ورثة المولى ، هذا إذا دفعت القيمة إلى ورثة المولى ثم عفا ولى الأجنبى ، فإن عفا أحد وليى الأجنبى ثم دفعت القيمة قال بعضهم : إن كان الدفع بغير قضاء يتخير وارث الأجنبى عندهم ، وإن كان بقضاء عند أبى حنيفة يتخير . وعندهما لايتخير . والصحيح أن هنا يتخير عند الكل سواء كان الدفع بقضاء أو بغير قضاء لأن قضاء القاضى بدفع الكل إلى ورثة المولى بعد تعلق حق الأجنبى وثبوته لايصح ، بخلاف الوصى إذا قضى دين أحد الغريمين بأمر القاضى حيث لايضمن لأن للقاضى أن يضع مال الميت حيث شاء ، أما هنا فبخلافه ، وإذا لم يصح قضاء القاضى فلأن لايصح فعلها بغير قضاء أولى (قوله والأصل عنده) أى عند أبى حنيفة أن القسمة أى قسمة العين (قوله فى عين أو ذمة) أى بحق ثابت فى ذمة الأولى زيادة فى البعض ، بأن يقول أو لأحدهما فى البعض شائعا أى أو وجبت القسمة لأحدهما الخ ، أو أن يقول فى ذمة أو عين شائعا لأنه لايعقل التبعيض فى الذمة . والأولى أن يقول شائعا فى البعض دون الكل . وعبارة البحر : والأصل لأبى حنيفة أن قسمة العين متى كانت بحق

شائعا فعولية ، أو مميزا أو لأحدهما شائعا وللآخر فى الكل فمنازعة . وعندهما متى ثبتا معا على الشيوع فعولية وإلا فمنازعة فليحفظ ، ولو (الدار فى أيهما فهى للثانى) نصف لا بالقضاء ونصف به لأنه خارج ؛ ولو فى يد ثلاثة وادعى أحدهم كلها وآخر نصفها وآخر ثلثها وبرهنوا قسمت عنده بالمنازعة وعندهما بالعول ، وبيانه فى الكافى .

ثابت الخ كما قدمناها قريبا (قوله شائعا) أى على وجه الشيوع فى بعض دون الكل (قوله فعولية) أى كانت القسمة عولية (قوله أو مميزا) أى ومتى وجب قسمة العين بحق ثابت على وجه التمييز دون الشيوع (قوله أو لأحدهما) أى كان حق لأحدهما فى البعض شائعا (قوله وللآخر فى الكل) أى وحق الآخر فى الكل (قوله فمنازعة) أى كانت القسمة نزاعية ، وقدمنا الحاصل على قول الإمام فلا تنسه (قوله وإلا) أى بأن ثبتا فى وقتين مختلفين أو على وجه التمييز فمنازعة ، فحقوق الكل فى الميراث ثبتت على وجه الشيوع فى وقت واحد وهو وقت الموت فتقسم بطريق العول . وكذا التركة إذا اجتمعت فيها ديون متفاوتة فإن حقهم يثبت فى وقت واحد وهو حالة الموت أو المرض فكانت فى معنى الميراث وكذلك الوصايا ، وفى العبد والمدبر إلى آخر ماقدمناه عن البحر فلا تنسه (قوله فهى للثانى) وهو مدعى الكل (قوله نصف لا بالقضاء) لأن دعوى مدعى النصف منصرفة إلى مابيده لتكون يده محقة فسلم النصف لمدعى الجميع بلا منازعة فيبقى مافى يده لا على وجه القضاء إذ لاقضاء بدون الدعوى ، واجتمع بينة الخارج وذى اليد فيما فى يد صاحب النصف فتقدم بينة الخارج ، وسيأتى بيانه فى المقولة الثانية موضحا (قوله ونصف به) لأنه خارج ، يعنى دعوى مدعى النصف منصرفة إلى مابيده لتكون يده محقة ولا يدعى شيئا مما فى يد صاحبه فسلم النصف لمدعى الجميع بلا منازعة فيبقى مافى يده لا على وجه القضاء إذ لاقضاء بدون الدعوى . وأما مدعى الكل فإنه يدعى مافى يد نفسه ومافى يد الآخر ولا ينازعه أحد فيما فى يده فيترك مافى يده لا على وجه القضاء ، وقد اجتمعت بينة الخارج وذى اليد فيما فى يد صاحب النصف فكانت بينته أولى فتقدم لأنه خارج فيه فيقضى له فى ذلك النصف ، فسلم له كل الدار نصفها بالترك لا على وجه القضاء والنصف الآخر بالقضاء كما فى العينى (قوله وآخر ثلثها) الأولى ثلثيها كما سيتضح فى المقولة الآتية (قوله وبيانه فى الكافى) هذه المسألة فى المجمع وشرحه لابن ملك حيث قال : ولو ادعى أحد ثلاثة فى يدهم دار كلها والآخر ثلثيها والآخر نصفها وبرهن كل على ما ادعاه ؛ فلنفرض اسم مدعى الكل كاملا ومدعى الثلثين ليثا ومدعى النصف نصرا فهى مقسومة بينهم . عند أبى حنيفة بالمنازعة من أربعة وعشرين لكامل خمسة عشر وهى خمسة أثمان الدار وربعها لليث وثمنها لنصر .

بيانه أنا نجعل الدار ستة لاحتياجنا إلى النصف والثلثين ، وأقل مخرجهما ستة فى يد كل منهم سهمان ، ومعلوم أن بينة كل منهم على مافى يده غير مقبولة لكونه ذا يد وإن بينة الخارج أولى فى الملك المطلق ، فاجتمع كامل وليث على مافى يد نصر فكامل يدعى كله وليث نصفه وذلك لأنه يقول حقى فى الثلثين ثلث فى يدى وبقى لى ثلث آخر نصفه فى يد كامل ونصفه فى يد نصر فسلم لكامل نصف مافى يده وهو سهم بلا نزاع والنصف الآخر وهو سهم بينهما نصفان فيضرب مخرج النصف وهو اثنان فى ستة فصارت اثنى عشر ، ثم كامل ونصر اجتمعا على مافى يد ليث وهو أربعة فكامل يدعى كله ونصر ربعه لأنه يقول حقى فى النصف ستة وقد أخذت الثلث أربعة وبقى لى سدس من الدار وهو سهمان سهم فى يد الليث وسهم فى يد كامل وثلاثة من الأربعة سلمت لكامل وتنازعا فى سهم فيضرب مخرج النصف فى اثنى عشر فصارت الدار أربعة وعشرين فى يد كل منهم ثمانية ، اجتمع كامل وليث على الثمانية التى فى يد نصر فأربعة سلمت لكامل بلا نزاع لأن ليثا يدعى الثلثين

(ولو برهنا على نتاج دابة) فى أيديهما أو أحدهما أو غيرهما (وأرّخا قضى لمن وافق سنها تاريخه) بشهادة الظاهر (فلو لم يؤرخا قضى بها لذى اليد .

وهو ستة عشر ثمانية منها فى يده وأربعة فى يد نصر وأربعة فى يد كامل والأربعة بين كامل وليث نصفين لاستوائهما فى المنازعة فحصل لكامل ستة ولليث سهمان ثم اجتمع كامل ونصر على مافى يد ليث فنصر يدعى ربع مافى يده وهو سهمان فسلمت ستة لكامل واستوت منازعتهما فى سهمين فصار لكل واحد منهم سهم فحصل لكامل سبعة ولنصر سهم ، ثم اجتمع ليث ونصر على مافى يد كامل فليث يدعى نصف مافى يده أربعة ونصر يدعى ربع مافى يده سهمين وفى المال سعة فيأخذ ليث أربعة ونصر سهمين فيبقى مافى يد كامل سهمان فحصل لكامل مما فى يد نصر ستة ومما فى يد ليث سبعة ومما فى يده سهمان فجميعه خمسة عشر ، وللثانى ستة وهى ربع الدار لأنه حصل له مما فى يد نصر سهمان ومما فى يد كامل أربعة فذاك ستة ؛ وللثالث وهو نصر ثلاثة وهى ثمن الدار لأنه حصل له مما فى يد ليث سهم ومما فى يد كامل سهمان وذا ثلاثة .

وبالاختصار تكون المسألة من ثمانية : خمسة أثمانها لكامل وربعها سهمان لليث وثمنها واحد لنصر وهذا قول الإمام . وقالا بالعول تقسم .

وبيانه أن الدار بينهم أثلاثا الكامل والليث اجتمعا على مافى يد نصر فكامل يدعى كله وليث نصفه فنأخذ أقل عدد له نصف وهو اثنان فيضرب الكامل بكله سهمين وليث بنصفه سهما فعالت إلى ثلاثة ، ثم الكامل والنصر اجتمعا على مافى يد ليث والكامل يدعى كله ونصر ربعه ومخرج الربع أربعة فيضرب بربعه سهم وكامل بكله أربعة فعالت إلى خمسة ، ثم ليث ونصر اجتمعا على مافى يد كامل فليث يدعى نصف مافى يده ونصر يدعى ربعه والنصف والربع يخرجان من أربعة فنجعل مافى يده أربعة لأن فى المال سعة فنصفه سهمان لليث وربعه سهم لنصر وبقى ربع لكامل فحصل هنا ثلاثة وخمسة وأربعة وانكسر حساب الدار على هذا وهى متباينة فضربنا الثلاثة فى الأربعة فصارت اثنى عشر ضربناها فى خمسة صارت ستين ضربناها فى أصل المسألة ثلاثة بلغت مائة وثمانين فى يد كل واحد ستون فلكامل مائة وثلاثة لأن ربع مافى يده وهو الخمسة عشر سلم له وأخذ من نصر ثلثى مافى يده وهو أربعون ومن ليث أربعة أخماسه وهى ثمانية وأربعون فصار المجموع مائة وثلاثة ولليث خمسون لأن ليثا أخذ نصف مافى يد كامل وهو ثلاثون وثلث فى يد نصر وهو عشرون وللثالث وهو نصر سبعة وعشرون لأنه أخذ خمس مافى يد ليث وهو اثنا عشر وربع مافى يد كامل وهو خمسة عشر اهـ حلبى بتصرف وهذا كله اعتبار وتقدير ط وذكره فى غرر الأفكار فراجعه (قوله ولو برهنا الخ) يتصور هذا بأن رأى الشاهدان أنه ارتضع من لبن أنثى كانت فى ملكه وآخران رأيا أنه ارتضع من لبن أنثى فى ملك آخر فتحل الشهادة للفريقين بحر عن الخلاصة ، وقدمناه وقدمنا عنه أيضا أنه لا اعتبار بالتاريخ مع النتاج إلا من أرخ تاريخا مستحيلا الخ فتأمل (قوله تاريخه) أى تاريخ البينة ، وإنما ذكر الضمير بتأويل البرهان حموى (قوله بشهادة الظاهر) لأن علامة الصدق ظهرت فيمن وافق تاريخه سنها فترجحت بينته بذلك ، وفى الأخرى ظهرت علامة الكذب فيجب ردها منح ، ولا فرق فى ذلك بين أن تكون الدابة فى أيديهما أو فى يد أحدهما أو فى يد ثالث لأن المعنى لا يختلف ، بخلاف ما إذا كانت الدعوى فى النتاج من غير تاريخ حيث يحكم بها لذى اليد كما صرح به المصنف إن كانت بيد أحدهما أو لهما إن كانت فى أيديهما أو فى يد ثالث زيلعى (قوله قضى بها لذى اليد) لأن ذا اليد مقدم على الخارج فى دعوى النتاج . قال فى الأشباه : هكذا أطلق أصحاب المتون .

ولهما إن في أيديهما أو في يد ثالث ، وإن لم يوافقهما) بأن خالف أو أشكل (فلهما إن كانت في أيديهما أو كانا خارجين ، فإن في يد أحدهما قضى بها له) هو الأصح .

قلت : وهذا أولى مما وقع في الكنز

قلت : إلا مسألتين : الأولى لو كان النزاع في عبد فقال الخارج إنه ولد في ملكي وأعتقته وبرهن وقال ذو اليد ولد في ملكي فقط قدم على ذي اليد أي لأن بينته أكثر إثباتا ، بخلاف مالو قال الخارج كاتبته أو دبرته فانه لايقدم ، لكن في الأشباه أيضا الشهادة بحرية العبد بدون دعواه لاتقبل عند الإمام إلا في مسألتين إلى أن قال : والصحيح عنده اشتراط دعواه في العارضة والأصلية ، ولا تسمع دعوى الإعتاق من غير العبد إلا في مسألة الخ .

وفي فتاوى الحانوتي جوابا عن سؤال حيث اعترف العبد بالعبودية لسيده بانقياده للبيع يكون عبدا له وسواء كان هناك بينة أم لا ، ولا عبرة بقول المنازع إنه حر الأصل مع عدم دعوى العبد لذلك ، لأن حرية العبد لاتثبت إلا بعد دعواه ، ولا تجوز فيها دعوى الحسبة ، بخلاف الأمة لأنها شهادة بحرمة الفرج إلى آخر ماقال .

الثانية : لو قال الخارج ولد في ملكي من أمتي هذه وهو ابني قدم على ذي اليد اه . وقدمنا أنه إنما يقضى بالنتاج لذي اليد فيما إذا ادعى كل منهما النتاج فقط ، أما لو ادعى الخارج الفعل على ذي اليد كالغصب والإجارة والعارية فبينة الخارج أولى لأنها أكثر إثباتا لإثباتها الفعل على ذي اليد كما في البحر عن الزيلعي ، ونقله في نور العين عن الذخيرة على خلاف مافي المبسوط وقال : الظاهر أن مافي الذخيرة هو الأصح والأرجح ، لما في الخلاصة من كتاب الولاء لخواهر زاده أن ذا اليد إذا ادعى النتاج وادعى الخارج أنه ملكه غصبه منه ذواليد أو أودعه له أو أعاره منه كانت بينة الخارج أولى ، وإنما تترجح بينة ذي اليد على النتاج إذا لم يدع الخارج فعلا على ذي اليد ، أما لو ادعى فعلا كالشراء وغير ذلك فبينة الخارج أولى لأنها أكثر إثباتا لأنها تثبت الفعل عليه اه ، ولا تنس ما قدمناه عند قول الشارح في رواية : قال ط : والظاهر أن حكم موافقتهما لسنها أنه يحكم بها لذي اليد (قوله ولهما أن في أيديهما) لأن أحدهما ليس أولى من الآخر (قوله وإن لم يوافقهما بأن خالف أو أشكل) أي فلو خالف السن تاريخهما كان كما لو لم يؤرخا ، وكذا إذا أشكل وقد تقدم أنه يحكم لذي اليد (قوله فلهما إن الخ) لعدم ترجيح أحدهما (قوله قضى بها له) لأنه لما أشكل أي أو خالف سقط التاريخان فصار كأنهما لم يؤرخا (قوله هو الأصح) مقابله ما في الهداية ، إذا خالف سنها الوقتين بطلت البينتان لظهور كذب الفريقين فتترك في يد من كانت في يده (قوله وهذا أولى مما وقع في الكنز) أي ماذكر المصنف بقوله وإن لم يوافقهما لعمومه أولى مما في الكنز وما عطف عليه من تعبيره بقوله وإن أشكل .

أقول : قد ذكره المصنف في شرح المنح تبعا للبحر حيث قال : وإن لم يوافقهما يشمل ما إذا أشكل سنها بأن لم يعلم وما إذا خالف سنها تاريخهما فإنها تكون لهما على الأصح .

قال الرملي ، الأولى من هذا التعبير وإن خالفها أو أشكل فلهما . على أن لنا أن لا نسلم عدم شمول ما في الكنز وشمول ما عبر به ، إذ الإشكال الالتباس . وفي الصورتين التباس الأمر على الحاكم وعدم موافقتهما غير عدم العلم أصلا لأنه للعلم بالمخالفة كما قرره الشراح فكيف يدخل فيه عدم العلم بشيء لأنه مع عدم العلم يحتمل الموافقة والمخالفة .

والصور ثلاثة : إما عدم الموافقة لهما وهو المخالفة ، بأن تحقق مخالفته للتاريخين ، وإما الموافقة لأحدهما

والدرر والملتقى فتبصر .
(برهن أحد الخارجين على الغصب) من زيد (والآخر على الوديعة) منه (استويا) لأنها بالجحد تصير غصبا .

فقط والمخالفة للآخر ، وإما عدم معرفة شيء وهي لا تدخل في صورة المخالفة التي هي عدم الموافقة فلم يشملها قوله وإن لم يوافقهما على أن الظاهر أن اختيار صاحب الكنز في صورة المخالفة بطلان البينتين والترك في يد ذي اليد كما أفصح عنه في الكافي ، فخص صورة الإشكال ليحترز به عن صورة المخالفة ، فتنبه لكلام هذا العالم النحرير يظهر لك منه حسن التعبير اهـ .

ثم الظاهر أن مراد صاحب البحر والمنح من قوله وإن لم يوافقهما أي لم تظهر موافقة السن للتاريخين فشمل الصورتين لكنه تأويل ، فلذا قال العلامة الرملي : الأولى من هذا التعبير ولم يقل الصواب تأمل (قوله في الكنز والدرر والملتقى) حيث قال وإن أشكل فلهما ، لأن قوله وإن لم يوافقهما أعم من قول الكنز ، وكذا قول الكنز فلهما مقيد بما إذا لم يكن في يد أحدهما .

وعبارة الملتقى والغرر : وإن أشكل فلهما ، وإن خالفهما بطل . قال الشارح في شرح الملتقى : فيقضى لذي اليد قضاء ترك كذا اختاره في الهداية والكافي .

قلت : لكن الأصح أنه كالمشكل كما جزم به في التنوير والدرر والبحر وغيرها فليحفظ اهـ .

قلت : نقل الشرنبلالي عن كافي الحاكم أن الأول هو الصحيح للتيقن بكذب البينتين فيترك في يد ذي اليد ، وقال : ومحصله اختلاف التصحيح اهـ . قال المولى عبد الحليم ، بل اللائق على المصنف أن يقول هكذا : وإن أشكل أو خالف الوقتين فلهما إن لم يكن في يد أحدهما فقط والإفلا .

واعلم أن سن الدابة لو خالف الوقتين ففيه روايتان : في رواية يقضى لهما ، وفي رواية تبطل البينتان صرح به الإمام قاضيخان في فتاواه من غير ترجيح إحداهما على الأخرى ، وبطلانهما رواية أبي الليث الخوارزمي . واختاره الحاكم الشهيد حيث قال وهو الصحيح ، وتبعه صاحب الهداية ومن تابعه ، والقضاء بينهما ظاهر الرواية ، اختاره في المبسوط حيث قال وهو الأصح ، وتبعه الزيلعي ومن تابعه . وقد اختلف التصحيح والرجحان لظاهر الرواية وقد سبق غير مرة ، هذا زبدة ما في الشروح والفتاوى ، فظهر أن المصنف اختار ما هو الأرجح اهـ (قوله برهن أحد الخارجين) على المدعى عليه وهو زيد (قوله من زيد) هكذا وقع في النسخ وصوابه على الغصب من يده أي من يد أحد الخارجين . قال الزيلعي والمنح : معناه إذا كان عين في يد رجل فأقام رجلان عليه البينة أحدهما بالغصب منه والآخر بالوديعة استوت دعواهما حتى يقضى بها بينهما نصفين ، لأن الوديعة تصير غصبا بالجحود حتى يجب عليه الضمان مدني ، والظاهر أنه أراد على الغصب الناشيء من زيد فزيد هو الغاصب ، فمن ليست صلة الغصب بل ابتدائية تأمل (قوله والآخر) أي برهن الآخر (قوله على الوديعة منه) أي قال الآخر هو مالي أودعته من زيد وزيد ينكر ذلك (قوله استويا) أي الخارجان في الدعوى ، لأنه لو كان كما يدعي الثاني وديعة من زيد صارت غصبا حيث جحدها المودع ، ولهذا قال الشارح لأنها : أي الوديعة بالجحد تصير غصبا حتى يجب عليه الضمان ولا يسقط بالرجوع إلى الوفاق بالإقرار حتى يرد إلى صاحبه ، بخلاف ما إذا خالف بالفعل بلا جحود ثم عاد إلى الوفاق كما في الحموي ، فمن في قوله من زيد للابتداء ، وفي قوله منه صلة الوديعة لأنها تتعدى بمن ، وإنما احتاج إليها في الأول لأن الغصب محلى بأل في عبارة المصنف فلم يمكنه إضافته

إلى زيد ، وحينئذ فما نقله بعض الأفاضل عن عزمى زاده من أن هذا التصوير سهو والأولى إسقاطه فيه ما فيه فراجعه (قوله الناس أحرار) لأن الدار دار الحرية أو لأنهم أولاد آدم وحواء عليهما السلام وقد كانا حرين (قوله الشهادة) أى فلا يكتفى فيها بظاهر الحرية بل يسأل عنه إذا طعن الخصم بالرق ، أما إذا لم يطعن فلا يسأل كما فى التبيين ، لأن الحرية تثبت بطريق الظهور والظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق فلا يستحق المدعى إلزام المدعى عليه إلا باثبات حرية شهوده ، وكذا لايستحق الشاهد استحقاق الولاية على المشهود عليه ونفاذ شهادته عليه إلا بذلك فإن قال الشهود نحن أحرار لم نملك قط لم يقبل قولهما بالنسبة إلى قبول شهادتهما حتى يأتيا بالبينة على ذلك وإلا فهما مصدقان فى قولهما إنا أحرار لم نملك قط بحسب الظاهر .

وفى أبى السعود على الأشباه تفسيره فى الشهادة : إذا شهد شاهدان لرجل بحق من الحقوق فقال المشهود عليه هما عبدان وإنى لا أقبل شهادتهما حتى أعلم أنهما حران .

وتفسيره فى الحد : إذا قذف إنسانا ثم زعم القاذف أن المقذوف عبد فإنه لايحد القاذف حتى يثبت المقذوف حريته بالحجة . وفى القصاص إذا قطع يد إنسان وزعم القاطع أن المقطوع يده عبد فإنه لايقضى بالقصاص حتى يثبت حريته . وفى الدية إذا قتل إنسانا خطأ وزعمت العاقلة أنه عبد فإنه لايقضى عليهم بالدية حتى تقوم البينة على حريته .

وفى البيرى : لو كان المدعى به حدا أو قصاصا سأل القاضى عنهم طعن الخصم أولا بالإجماع اهـ لأن فى القذف أى مثلا إلزام الحد على القاذف ، وفى القصاص إيجاب العقوبة على القاطع ، وفى القتل خطأ إيجاب الدية على العاقلة ، وذلك لا يجوز إلا باعتبار حرية الشاهد ، فما لم تثبت الحرية بالحجة لا يجوز القضاء بشىء من ذلك ط .

مطلب الأصل فى الناس الفقر والرشد والأمانة والعدالة وإنما على القاضى

أن يسأل عن الشهود سرا وعلنا

قال الحموى : وقد سئل شيخ مشايخنا الشيخ عبد الغنى العبادى : هل الأصل فى الناس الرشد أو السفه ، وهل الأصل فى الناس الفقر أو الغنى ، وهل الأصل فى الناس الأمانة أو الخيانة ، وهل الأصل فى الناس الجرح أو التعديل ؟ فأجاب : الأصل الرشد والفقر والأمانة والعدالة ، وإنما على القاضى أن يسأل عن الشهود سرا وعلنا لأن القضاء مبنى على الحجة وهى شهادة العدل فيتعرف عن العدالة وفيه صون قضائه عن البطلان ، والله تعالى أعلم . وفى قوله صون قضائه عن البطلان نظر فتدبره اهـ .

ووجهه أنه إذا قضى بشهادة الفاسق يصح قضاؤه .

مطلب منع السلطان عن نصرة قضاته عن الحكم بشهادة الشهود

إلا بعد التزكية سرا وعلانية

لكن فى زماننا قد تكرر أمر السلطان نصره الله تعالى فى منع قضاته فى سائر مملكته أن يحكموا بعد الشهادة بدون تزكية السر والعلانية فافهم (قوله والحدود) فلو أنكر القاذف حرية المقذوف لا يحد حتى يثبت حريته لأنه لايستحق عليه الحد إلا بالحرية ، والظاهر لا يكفى للاستحقاق ولأن الحدود تدرأ بالشبهات فيحتاط

والقصاص والقتل) كذا فى نسخة المصنف وفى نسخة : والعقل . وعبارة الأشباه والدية ، وحينئذ (فلو ادعى على مجهول الحال) أحر أم لا (أنه عبده فأنكر وقال: أنا حر الأصل فالقول له) لتمسكه بالأصل (واللابس) للثوب (أحق من آخذ الكم والراكب) أحق (من آخذ اللجام ، ومن فى السرج من رديفه ، وذو حملها ممن علق كوزه بها) لأنه أكثر تصرفا .

(والجالس على البساط والمتعلق به سواء) كجالسيه

فى إثباتها، ولاتنس ماقدمناه عن البيرى (قوله والقصاص) أى فى الأطراف ، فلو أنكر القاطع حرية المقطوع لايقطع حتى يثبت حريته، لأنه لايستحق عليه القطع إلابالحرية إذ لاقصاص بين طرفى . رو عبد لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال (قوله والقتل) أى خطأ فلا تثبت الدية على العاقلة حتى تثبت حرية القاتل لأنه يريد استحقاق العقل عليه فلا يثبت بظاهر الحرية ، ولذا وقع فى نسخة العقل : يعنى لايثبت العقل إلا بعد ثبوت الحرية ، وهو معنى عبارة الأشباه من قوله والدية (قوله وفى نسخة والعقل) هو فى معنى الأول ، يعنى لايثبت العقل إلا بعد ثبوت الحرية ، ولو قال فى الحرية وعدمها لكان أوضح (قوله وعبارة الأشباه والدية) الثلاث بمعنى واحد فى المآل (قوله أحر أم لا) بيان لوجه جهالة حاله . ولو قال فى الحرية وعدمها لكان أوضح (قوله لتمسكه بالأصل) أى وهو دافع ، وظاهر الحال يكفى للدفع عينى (قوله واللابس للثوب الخ) شروع فى مسائل يصدق فيها واضع اليد بلا برهان ، وهل يصدق بيمينه ، ينظر ، ويأتى حكمه فى التنبيه الآتى ط ، وإنما كان اللابس أحق لأن تصرفه أظهر لا قتضائه الملك فكان صاحب يدوالآخذخارجاوذواليد أولى، بخلاف ما إذا أقام آخذ الكم البينة حيث يكون أولى والعلة المذكورة تجرى فيما بعد . قال العلامة قاسم: فيقضى له قضاء ترك لا استحقاق ، حتى لو أقام الآخر البينة بعد ذلك يقضى له شرنبلالية (قوله ومن فى السرج) أى أولى من رديفه ، لأن تمكنه فى ذلك الموضع دليل على تقدم يده . قال الشرنبلالى : نقل الناطفى هذه الرواية عن النوادر ، وفى ظاهر الرواية هى بينهما نصفين ، بخلاف ما إذا كانا راكبين فى السرج فإنها بينهما قولا واحدا كما فى العناية : ويؤخذ منه اشتراكهما إذا لم تكن مسرجة اهـ .

أقول : لكن فى الهداية والملتقى مثل ما فى المتن فتنبه ، وما فى الهداية وهو على رواية النوادر ولو كان أحدهما متعلقا بذنبها والآخر ماسك بلجامها قالوا ينبغى أن يكون الماسك أولى (قوله ممن علق كوزه بها) احترز بذكر الكوز عما لو كان له بعض حملها، فلو كان لأحدهما منّ وللآخر مائةمنّ كانت بينهماشرنبلالية عن التبيين . والحمل : بكسر الحاء مايحمل على ظهر أورأس حموى (قوله لأنه أكثر تصرفا) علة لجميع المسائل.

أقول : لكن فيه أنه لا يعتبر الأكثر تصرفا كمسألة المنّ والمائة منّ ، والأولى أن يعلق بأنه لا يعد متصرفا عرفا كمسألة الهرادى الآتية تأمل (قوله والجالس على البساط والمتعلق به سواء) لأن الجلوس ليس بيد عليه ، لأن اليد تثبت بكونه فى بيته أو بنقله من موضعه، بخلاف الركوب واللبس حيث يكون بهما غاصبا لثبوت يده ولا يصير غاصبا بالجلوس على البساط كما فى الدرر ، لكن ينبغى أن يكون القاعد أحق من المتعلق تأمل .

وعبارة الدرر : وينصف البساط بين جالسه والمتعلق به بحكم الاستواء بينهما لا بطريق القضاء الخ .

وفى النهاية : يقضى بينهما .

واعترض عليه بأن بين الكلامين تدافعا وأجيب بأن المنفى قضاء الاستحقاق لا قضاء الترك .

واعترض على هذا الجواب بأن قضاء الترك يقتضى ثبوت اليد على ماصرحوا به فى مسألة التنازع فى الحائط.

وأجيب بأن قضاء الترك يتحقق فى المنقول من غير ثبوت اليد المعتبرة شرعا بثبوت اليد ظاهرا فإن القاضى علم

وراكبي سرج (كمن معه ثوب وطرفه مع آخر لاهدبته) أى طرته الغير منسوجة لأنها ليست بثوب (بخلاف جالسي دار تنازعا فيها) حيث لا يقضى لهما لاحتمال أنها فى يد غيرهما، وهنا علم أنه ليس فى يد غيرهما عيني . (الحائط لمن جذوعه عليه

حسا وعيانا أن هذا البساط ليس فى يد غيرهما فقضى بينهما لانعدام مدع غيرهما عيانا باليد أو بالملك هذا (قوله وراكبي سرج) أى فينصف بينهما أى فى الصورتين (قوله وطرفه مع آخر) فيتنصف بينهما لأن يد كل منهما ثابتة فيه وإن كان يد أحدهما فى الأكثر فلا يرجح به، لما مر أنه لا ترجيح بالأكثرية درر أى كما فى مسألة كثرة شهود أحد المدعيين، هذا كله إذا لم يقم البينة فإذا أقاما البينة فبينة الخارج أولى من بينة ذى اليد كما مر (قوله لاهدبته) ويقال له بالتركى سجق ويستعمل هذا اللفظ الآن فى بلادنا (قوله الغير منسوجة) الأولى أن يقول المنسوجة بالألف واللام لأن غير بمنزلة اسم الفاعل لا يضاف إلا لما فيه أل أو ما أضيف إلى ما فيه أل كالضارب رأس الجانى ط (قوله لأنها ليست بثوب) فلم يكن فى يده شيء من الثوب فلا يزاحم الآخر (قوله بخلاف جالسي دار) كذا قال فى العناية .

ويخالفه ما فى البدائع : لو ادعيا دارا وأحدهما ساكن فيها فهى للساكن، وكذلك لو كان أحدهما أحدث فيها شيئا من بناء أو حفر فهى له، ولو لم يكن شيء من ذلك ولكن أحدهما داخل فيها والآخر خارج عنها فهى بينهما وكذا لو كانا جميعا فيها لأن اليد على العقار لا تثبت بالكون فيها وإنما تثبت بالتصرف اه .

أقول : لكن الذى يفهم من التعليل ومما تقدم قريبا أنه لا يقضى لهما فى مسألة كون أحدهما داخلا فيها والآخر خارجا عنها تأمل .

[تنبيه] قال فى البدائع : كل موضع قضى بالملك لأحدهما لكون المدعى فى يده يجب عليه اليمين لصاحبه إذا طلب، فإن حلف برىء، وإن نكل قضى عليه به اه شرنبلالية (قوله حيث لا يقضى لهما) لا بطريق الترك ولا بغيره لأن الجلوس لا يدل على الملك اه درر (قوله وهنا) أى فى الجلوس على البساط إذا كانا جالسين عليه . قال فى الزيلعى : وكذا إذا كانا جالسين عليه فهو بينهما، بخلاف ما إذا كانا جالسين فى دار وتنازعا فيها حيث لا يحكم لهما بها لاحتمال أنها فى يد غيرهما، وهنا علم أنه ليس فى يد غيرهما اه .

مطلب مسائل الحيطان

(قوله الحائط لمن جذوعه عليه) جمع جذع بالجيم والذال المعجمة للنخلة وغيرها، والمراد الأخشاب التى ترص على الجدران لأجل تركيب السقف عليها، وذلك لأنه فى يد صاحب الجذوع لأن يده يد استعمال والحائط ما بنى إلا له فوضعه علامة ملكه، ولو كان لكل منهما عليه ثلاثة جذوع فهو بينهما لاستوائهما فى أصل العلة ولا يعتبر بالكثرة والقلة بعد أن تبلغ ثلاثا، وإنما شرطت الثلاثة لأن الحائط يبنى للتسقيف وذلك لا يحصل بما دون الثلاث غالبا فصار الثلاث كالنصاب له، ولو كان عليه جذوع لأحدهما ثلاثة وللآخر أقل فهو لصاحب الثلاثة عند أبى حنيفة استحسانا . والقياس أن يكون بينهما نصفين، وهو مروى عنه، ولو كان لأحدهما جذع واحد ولا شيء للآخر قيل هما سواء، وقيل صاحب الجذع أولى عيني .

وفى الفتاوى الخيرية من فصل الحيطان : فلو كان لكل جذع مشترك، فلو اختلفا وأقيمت البينة عمل بها وينظر فى وضع الآخر، فإن كان قديما يترك على قدمه إذ الأصل بقاء ما كان على ما كان للظن بأنه ما وضع إلا بوجه شرعي .

مطلب حد القديم مالا يحفظ الأقران وراءه

وحد القديم أن لا يحفظ أقرانه وراء هذا الوقت كيف كان فيجعل أقصى الوقت الذى يحفظه الأقران حد القديم ، وإن كان حادثا يؤمر برفعه ، وإن سقط ليس له إعادته بغير رضا مالكه ، لأنه إن كان بإذنه فهو معير وللمعير أن يرجع متى شاء ، وإن كان بغير إذنه فهو غاصب . وإذا اختلفا فى الحدوث ، فإن ثبت بالبينة أمر برفعه وإزالته عن ملك الغير شرعا ، وإن لم يثبت بالبينة لا يهدم ، وتمامه فيه .

والحاصل أن الحائط تارة يثبت بالبينة والبرهان وتارة بغيرها ، فإن أقام أحد الخصمين البينة قضى له ، ولو أقاما البينة قضى لهما قضاء الترك ، حتى لو أقام الآخر البينة قضي له كما فى الفيض . وأما ما يثبت بغيرها فقال فى المنتقى : الأيدى فى الحائط على ثلاث مراتب : اتصال تربيع ، واتصال ملازقة ومجاورة ، ووضع جذوع ومحاذاة ، فأولاهم صاحب التربيع ، فإن لم يوجد فصاحب الجذوع ، فإن لم يوجد فصاحب اتصال الملازقة .

بيانه حائط بين دارين يدعيانه ، فإن كان متصلا ببناء أحدهما دون الآخر فصاحب الإتصال أولى ، وإن كان متصلا ببنائهما اتصال تربيع أو ملازقة فهو بينهما ، وإن كان لأحدهما اتصال تربيع وللآخر اتصال ملازقة فلصاحب التربيع أو للآخر عليه جذوع ، فالحائط لصاحب الاتصال ، ولصاحب الجذوع موضع جذوعه . وروى الطحاوى أن الكل لصاحب التربيع ، وإن لأحدهما اتصال ملازقة وللآخر جذوع فصاحب الجذوع أولى ، وسيأتى قريبا بأوضح من هذا .

أقول : ذكر الحنابلة فى كتبهم أن المعتبر فى التربيع أساس الحائط دون اللبن وهو حسن وكأنه لما يحصل له من التغير ، وظاهر نصوص أئمتنا الإطلاق كما ترى ، وكأنهم لم يعتبروا هذا لأنه عارض ويدرك عروضه ، نعم لو كان التربيع فى الأساس دون اللبن فالظاهر أن العبرة للأساس لأنه أقوى لما يعرض للبن من الإصلاح هذا ولو كان لأحدهما التربيع فى الأساس وللآخر فى اللبن فالظاهر أنه لصاحب تربيع الأساس ولم أره .

ثم قال صاحب المنتقى : وإذا كان الحائط المتنازع فيه متصلا من جانب واحد يقع فيه الترجيح وهو الصحيح ذكره الطحاوى : وذكر الكرخى أنه لا يقع به الترجيح ما لم يكن موصولا طرفاه بالحائطين .

قلت : وظاهر الرواية يشترط من جوانبه الأربع كما فى الفيض وغيره ، لكن قالوا : الأظهر ما قاله الطحاوى وعليه مشى فى الخلاصة والبزازية وغيرهما من المعتمدات كالهندية والمحيط والخانية وغيرها .

ثم ذكر أيضا : حائط بين دارين يدعيه صاحب أحدهما ولم يكن متصلا ببناء أحدهما ، فإن كان لأحدهما عليه جذوع فهو أولى ، وإن كان لأحدهما عليه جذع واحد ولا شىء للآخر ، قيل هو بينهما ، وقيل لصاحب الجذع ، وإن كان لكل واحد منهما ثلاثة جذوع فهو بينهما ولا عبرة لكثرة الجذوع لأحدهما أى بعد الثلاثة .

أقول : بعد ما كان(١) لأحد الشريكين ثلاثة جذوع وللآخر أكثر لا يترجح بها ، ولكن فى العمادية ما نصه : وإن كان جذوع أحدهما أسفل وجذوع الآخر أعلى بطبقة وتنازعا فى الحائط فإن لصاحب الأسفل لسبق يده ولا ترفع جذوع الأعلى اهـ .

فالذى يظهر من كلام العمادية أن محل وجود الخشب على الحائط لكل موجب للاشتراك إذا لم يكن خشب

---

(١) قوله (بعد ما كان) كذا بالأصل ، ولعله : بعد ما لو كان الخ فقوله القول ولكن الخ اهـ مصححه .

أحدهما أعلى وخشب الآخر أسفل ، أما إذا كان كذلك وتنازعا فى الحائط فهو لصاحب الأسفل ولا ترفع جذوع الآخر ، وأنت خبير بأن هذا مقيد لكلامهم ، ولكن لا تظهر ثمرة ذلك إلا فى التصرف فى الحائط وعمارته فافهم .

ثم قال صاحب المنتقى : وإن كان لأحدهما ثلاثة وللآخر واحد فهو لصاحب الثلاثة إلاموضع الجذع الواحد وهو الأصح ، وما بين الجذوع قيل يكون بينهما نصفين ، وقيل يكون على أحدعشر جزءا ، وإن كان الحائط طويلا وكل واحد منهما منفرد ببعض الحائط فى الاتصال ووضع الجذوع قضى لكل واحد بما يوازى ساحته من الحائط وما بينهما من القضاء يقضى بكونه بينهما نصفين . لكل واحدمنهما بوار وهو القصب فهو بينهما .

لأحدهما عليه جذوع وللآخر عليه بوار يقضى به لصاحب الجذوع ولكن لا يؤمر برفع البوارى .

لأحدهما خشب عليه وللآخر عليه حائط سترة فالحائط الأسفل لصاحب الخشب ولصاحب السترة سترته ، ولو تنازعا فى الحائط والسترة جميعا فهما لصاحب الخشب اه ما فى المنتقى .

وقال برهان الدين الكركى فى الفيض : حائط ادعاه رجلان وغلق الباب إلى أحدهما يقضى بالحائط والباب بينهما نصفين عند أبى حنيفة ، وعندهما الحائط بينهما والباب للذى الغلق إليه ، وأجمعوا أنه إذا كان للباب غلقان فى كل جانب واحد فهو بينهما .

وذكر فيه أيضا : رجلان ادعيا حائطا وليس الحائط متصلا ببناء أحدهما وليس لأحدهما جذوع أو غيرها يقضى به بينهما ، وإن كانت لأحدهما هرادى أو بوار فكذلك ، وإن كان لأحدهما عليه جذع واحد ولا شىء للآخر أو له عليه هرادى لم يذكر فى الكتاب . قال بعضهم : لا يترجح بجذع واحد . وقد روى عن محمد : يقضى له ، ولو كان لأحدهما عليه خشبة وللآخر عليه عشر خشبات يقضى به لصاحب العشرة وللآخر موضع جذعه . والصحيح أن الحائط لصاحب الجذوع ولا ينزع جذع الآخر .

أقول : أى لأن الملك الثابت بكثرة الجذوع ههنا ثابت بنوع الاستظهار فهو صالح للدفع لا لإبطال حق صاحب الجذع ، بخلاف ما لو أقام صاحب الجذوع البينة كان الحائط له البتة فإنه يرفع جذع الآخر كما بينه صاحب الذخيرة ، وسيأتيك بأوضح من هذا . وعن أبى يوسف أن الحائط بينهما على أحد عشر سهما .

ولو كان لأحدهما عليه جذعان وللآخر عشرة اختلف المشايخ فيه . قال بعضهم : جذعان بمنزلة جذع واحد وقال بعضهم بمنزلة الثلاثة ، ولو كان لأحدهما ثلاثة وللآخر عشرة فهو بينهما ، وكذا لو كان لأحدهما خمسة وللآخر عشرة فهو بينهما نصفين وقيل أثلاثا .

تنازعا فى خص أو حائط بين داريهما ولا بينة والقمط : أى الحبل الذى يشد به الخص والوجه أى وجه الحائط أو الطاقات أو أنصاف اللبن إلى أحدهما . قال أبو حنيفة : هو بينهما إذ الإنسان كما يجعل المذكور إلى جانبه فى ملكه الخاص يجعله إلى جانبه فى المشترك أيضا إذا تولى العمل فلا يصلح حجة . وقالا : هو لمن المذكور إلى جانبه إذ الظاهر يشهد له ، لأن الإنسان يزين وجه داره إلى نفسه لا إلى جاره ، وكذا القمط لأنه وقت العقد يقوم على سطحه فيجعل القمط إليه .

زاد فى الهندية : هذا إذا جعل وجه البناء حين بنى . وأما إذا جعل الوجه بعد البناء بالنقش والتطيين

أو متصل به اتصال تربيع) بأن تتداخل أنصاف لبناته فى لبنات الآخر ، ولو من خشب فبأن تكون الخشبة مركبة فى الأخرى لدلالته على أنهما بنيا معا ولذا سمى بذلك لأنه حينئذ يبنى مربعا (لا لمن له) اتصال ملازقة أو نقب وإدخال أو (هرادى) كقصب وطبق يوضع على الجذوع (بل) يكون (بين الجارين) لو تنازعا ، ولا يخص به صاحب الهرادى

فلا يستحق به الحائط فى قولهم جميعا ، كذا فى غاية البيان شرح الهداية (قوله أو متصل به) الأوضح أن يقول أو هو متصل ببنانه اتصال تربيع (قوله بأن تتداخل أنصاف لبناته) أى مثلا فدخل الآجر والحجر .

واختلف فى صفة اتصال التربيع ، فقال الكرخى : صفته أن يكون الحائط المتنازع فيه متصلا بحائطين لأحدهما من الجانبين جميعا والحائطان متصلان بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه حتى يصير مربعا يشبه القبة ، فحينئذ يكون الكل فى حكم شىء واحد . والمروى عن أبى يوسف أن اتصال جانبى الحائط المتنازع فيه بحائطين لأحدهما يكفى ، ولا يشترط اتصال الحائطين بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه .

وعبارة الكافى : هو أن يكون أحد طرفى الآخر فى هذا الحائط والطرف الآخر فى الحائط الآخر حتى يصير فى معنى حائط واحد وبناء واحد فيكون ثبوت اليد على البعض ثبوتا على الكل ، وهو عين ما روى عن أبى يوسف ، ومعنى التربيع فيما قال الكرخى أظهر .

وفى الهندية : وذكر الطحاوى : إن كان متصلا بحائط واحد يقع به الترجيح . قالوا : والصحيح رواية الطحاوى اه وعزاه إلى محيط السرخسى (قوله ولو من خشب) عطف على محذوف تقديره إذا كان الحائط من لبن ولو من خشب الخ (قوله لدلالة) هذه علة لكون صاحب اتصال التربيع أولى (قوله على أنهما) أى الحائط المتنازع فيه والحائطين المتصلين به (قوله ولذا سمى بذلك) أى لكونهما بنيا معا سمى باتصال التربيع قد علمت تفسير اتصال التربيع على قول الكرخى وهو ظاهر وتسميته به على قول أبى يوسف باعتبار التربيع فى حائطيه باللبنات (قوله يبنى مربعا) هذا إنما يظهر على قول الكرخى (قوله لا لمن له اتصال ملازقة) بأن يكون الحائط المتنازع فيه ملازقا لحائط أحدهما من غير إدخال فيه (قوله أو نقب وإدخال) وهذا فيما لو كان من خشب : أى بأن نقب وأدخلت الخشبة فيه ، وهذا محترز قوله فى حائط الخشب ، بأن تكون الخشبة مركبة فى الأخرى .

قال البدر العينى : وإذا كان الجدار من خشب فالتربيع أن يكون ساج أحدهما مركبا على الآخر . وأما إذا نقب وأدخل فلا يكون مربعا فلا عبرة به ولا باتصال الملازقة من غير تربيع لعدم المداخلة فلا يدل على أنهما بنيا معا اه ومثله فيما يظهر النقب فى جدار نحو اللبن (قوله أو هرادى) جمع هردية : قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم فترسل عليها قصبات الكرم كذا فى ديوان الأدب وصحح فيها الحاء والهاء جميعا ، وأنكر الهاء صاحب الصحاح ، والرواية فى الأصل والكافى للشهيد بالحاء . وفى الجامع الصغير وشرح الكافى بالهاء لاغير شلبى فى الحاشية ملخصا . وفى المنح : هى خشبات توضع على الجذوع ويلقى عليها التراب . وفى الوافى : هى جمع هردى بكسر الهاء وسكون الزاء وفتح الدال المهملتين وقصر الألف . وفى منهوات العزمية : الهردية بضم الهاء وسكون الراء المهملة وكسر الدال المهملة والياء المشددة . والهرادى بفتح الهاء وكسر الدال : نوع من النبت ، وقيل قصب يوضع فوق الحائط فهى كالزرب أو المكعب ، ومثل الهرادى البوارى ، وهى والبورى والبورية والبورياء والبارى والبارياء والبارية : الحصير المنسوج ، وإلى بيعه ينسب الحسن بن الربيع البوارى شيخ البخارى

بل صاحب الجذع الواحد أحق منه خانية ولو لأحدهما جذوع وللآخر اتصال فلذا لاتصال وللآخر حق الوضع وقيل لذى الجذوع ملتقى وتمامه فى العينى وغيره .

ومسلم كما فى القاموس (قوله بل صاحب الجذع الواحد الخ) قال فى غاية البيان : والثلاث هى المعتبرة ، حتى لو كان لأحدهما ذلك وللآخر أكثر لااعتبار له . فالحائط بينهما ، ولو كان لأحدهما جذع أو اثنان وللآخر ثلاثة أو أكثر فهو له ، وأما لصاحب مادون الثلاثة فموضع جذوعه : يعنى ماتحته فى رواية ، وله حق الوضع فى رواية اه .

وفى نور العين : ولو لأحدهما جذع واحد وللآخر هرادى أو لاشىء له لم يذكره محمد فى ظاهر الرواية ، وقد قيل لايقضى به له إذ الحائط لايبنى لوضع جذع واحد . وعن محمد إنه لرب الجذع ، إذ له مع اليد نوع استعمال ، إذ وضعه استعمال حتى قضى لرب الجذع فيكون واحدها استعمالا للحائط بقدره وليس للآخر ذلك وقد يبنى الحائط لوضع جذع واحد لو كان البيت صغيرا ، وهذا كله لو لم يتصل الحائط ببنائهما ، فلو اتصل اتصال تربيع أو ملازقة فيقضى به نصفين بينهما إذا استويا اه .

وفى الزيلعى : وإن كان لأحدهما جذع واحد ولا شىء للآخر اختلف المشايخ فيه ، فقيل هما سواء لأن الواحد لايعتد به ، وقيل صاحب الجذع أولى لأن الحائط قد يبنى لجذع واحد ، وإن كان ذلك غير غالب قال فى شرح الملتقى للداماد : والهرادى غير معتبرة وكذا البوارى لأنه لم يكن استعمالا وضعا إذ الحائط لايبنى لها بل للتسقيف وهو لايمكن على الهرادى والبوارى كما فى الدرر انتهى : وفيه : ولا معتبر بكثرة الجذوع وقلتها بعد أن تبلغ ثلاثا لأن الترجيح بالقوة لابالكثرة على مابينا ، واشترط أن يبلغ الثلاث لأن الحائط يبنى للتسقيف وذلك لايحصل بما دون الثلاث غالبا فصار الثلاث كالنصاب له اه فتأمل (قوله وقيل لذى الجذوع) وصححه السرخسى ، وصحح الأول الجرجانى .

وقال فى المحيط : الأيدى على ثلاث مراتب : اتصال تربيع واتصال ملازقة ومجاورة ووضع جذوع ومحاذاة بناء ولا علامة فى الحائط سوى هذا ، فأولاهم صاحب التربيع ، فإن لم يوجد فصاحب الجذوع . فإن لم يوجد فصاحب المحاذاة اه .

قال فى الخلاصة : وإن كان كلا الاتصالين اتصال تربيع أو اتصال مجاورة يقضى بينهما ، وإن كان لأحدهما تربيع وللآخر ملازقة يقضى لصاحب التربيع ، وإن كان لأحدهما تربيع وللآخر عليه جذوع فصاحب الاتصال أولى ، وصاحب الجذوع أولى من اتصال الملازقة ، ثم فى اتصال التربيع هل يكفى من جانب واحد ؟ فعلى رواية الطحاوى يكفى ، وهذا أظهر وإن كان فى ظاهر الرواية يشترط من جوانبه الأربع ، ولو أقاما البينة قضى لهما ، ولو أقام أحدهما البينة قضى له اه وقدمنا نحوه (قوله وتمامه فى العينى وغيره) قال العلامة العينى : ولو كان لكل واحد منهما ثلاثة جذوع فهو بينهما لاستوائهما فى أصل العلة ، ولا يعتبر بالكثرة والقلة بعد أن تبلغ ثلاثة ، وإنما شرطت الثلاثة لأن الحائط يبنى للتسقيف وذلك لايحصل بدون الثلاثة غالبا فصارت الثلاثة كالنصاب له ، ولو لأحدهما ثلاثة وللآخر أقل فهو لصاحب الثلاثة استحسنه الإمام والقياس المناصفة وقد روى عنه أيضا ، ثم لصاحب الجذع الواحد أو الإثنين حق الوضع ، لأنا حكمنا بالحائط لصاحب الجذوع . أى الثلاثة فأكثر بالظاهر ، وهو يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق ، فلا يؤمر بالقلع إلا إذا ثبت بالبينة أن الحائط لصاحب الجذوع فحينئذ يؤمر بالقلع اه وهل الحكم كذلك إذا أقر له به ؟ الظاهر نعم .

. . . .

قال فى جامع الفصولين برمز (جع) : جذوع أحدهما فى أحد النصفين وجذوع الآخر فى النصف فلكل منهما ماعليه جذوعه ، وما بين النصفين والجذوع أولى من السترة ، فالحائط لرب الجذوع ، وكذا السترة لو تنازعا فيها ، ولو توافقا أن السترة للآخر لاترفع كمن له سفل وتنازعا فى سقفه وما عليه فالكل لذى السفل ولو توافقا أن العلو للآخر لايرفع إلا إذا برهن اه أى لأنه هو المتنازع فيه ، فإذا برهن ذو السفل أن السقف له رفع ماهو موضوع عليه بغير حق فتأمل ، وإنما لم يرفع أولا قبل إقامة البينة لأن الظاهر أن وضعه بحق ولم يحكم له بالسفل لأن الظاهر يصلح للدفع لاللاستحقاق وهو لصاحب السفل كما هو صريح الخانية .

فإن قلت : ماالفرق بين ثبوته بالبينة حيث يرفع بها وبين ثبوته بظاهر اليد ولم يرفع : قلت : البينة كاسمها بينة ، وهى حجة متعدية فيلزم بها الرفع ، واليد حجة لصاحب الحال فصلحت للدفع لاللرفع فتأمل .

ومما يتصل بمسائل الحيطان مانقله فى الهندية : ولو كان لأحد المدعين على الحائط المتنازع فيه أزج من لبن أو آجر : أى ضرب من الأبنية فهو بمنزلة السترة كذا فى فتاوى قاضيخان .

جذوع شاخصة إلى دار رجل ليس له أن يجعل عليها كنيفا إلا برضا صاحب الدار ، وليس لصاحب الدار قطعها إذا أمكنه البناء عليها ، وإن لم يمكن البناء عليها بأن كانت جذوعا صغارا أو جذعا واحدا ينظر ، إن كان قطعها يضر ببقية الجذوع ويضعفها لايملك القطع ، وإن لم يضربها يطالبه بالقطع ، ولو أراد صاحب الدار أن يعلق على أطراف هذه الجذوع شيئا ليس له ذلك كذا فى محيط السرخسى .

جدار بين اثنين لهما عليه حمولة غير أن حمولة أحدهما أثقل فالعمارة بينهما نصفين ، ولو كان لأحدهما عليه حمولة وليس للآخر عليه حمولة والجدار مشترك بينهما . قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى : للآخر أن يضع عليه بمثل حمولة صاحبه إن كان الحائط يحتمل ذلك ، ألا ترى أن أصحابنا رحمهم الله تعالى قالوا فى كتاب الصلح لو كان جذوع أحدهما أكثر فللآخر أن يزيد فى جذوعه إن كان يحتمل ذلك ولم يذكروا أنه قديم أو حديث كذا فى الخلاصة فى كتاب الحيطان ، وإن لم يكن لهما عليه خشب فأراد أحدهما أن يضع عليه خشبا له ذلك وليس للآخر أن يمنعه ويقال له ضع أنت مثل ذلك إن شئت كذا فى الفصول العمادية .

لو كان لأحدهما عليه جذوع وليس للآخر عليه جذوع فأراد أن يضع والجدار لايحتمل جذوع اثنين وهما مقران بأن الحائط مشترك بينهما ، يقال لصاحب الجذوع إن شئت فارفع ذلك عن الحائط لتستوى بصاحبك وإن شئت فحط عنه بقدر مايمكن لشريكك من الحمل كذا فى الخلاصة .

جدار بين رجلين لأحدهما عليه بناء فأراد أن يحول جذوعه إلى موضع آخر . قال : إن كان يحول من الأيمن إلى الأيسر أو من الأيسر إلى الأيمن ليس له ذلك ، وإن أراد أن يسفل الجذوع فلا بأس به ، وإن أراد أن يجعله أرفع مما كان لايكون له ذلك كذا فى فتاوى قاضيخان .

حائط بينهما وكان لكل واحد جذوع فالذى هو صاحب السفل أن يرفعها بحذاء صاحب الأعلى إن لم يضر بالحائط ، ولو أراد أحدهما أن ينزع جذوعه من الحائط له ذلك إن لم يكن فى نزعه ضرر بالحائط هكذا فى الفصول العمادية .

إذا كانت جذوع أحدهما مرتفعة وجذوع الآخر متسفلة فأراد أن ينقب الحائط لينزل فيه الخشب هل له ذلك ؟ قيل ليس له ذلك وكان أبو عبد الله الجرجانى يفتى بأن له ذلك وقيل ينظر ، إن كان ذلك مما يوجب

. . . .

فيه وهنا لم يكن له ذلك ، وإن كان مما لايدخل فيه وهنا فله ذلك كذا فى محيط السرخسى .

جدار بين رجلين أراد أحدهما أن يزيد فى البناء لايكون له ذلك إلا بإذن الشريك أضر الشريك ذلك أو لم يضر كذا فى فتاوى قاضيخان .

قال أبو القاسم : حائط بين رجلين انهدم جانب منه فظهر أنه ذو طاقين متلازقين فيريد أحدهما أن يرفع جداره ويزعم أن الجدار الباقى يكفيه للستر فيما بينهما قبل أن يتبين أنهما حائطان فكلا الحائطين بينهما ، وليس لأحدهما أن يحدث فى ذلك شيئا بغير إذن شريكه ، وإن أقرا أن كل حائط لصاحبه فلكل واحد منهما أن يحدث فيه ماأحب كذا فى الفتاوى الصغرى فى كتاب الحيطان .

جدار بين اثنين وهى وأراد أحدهما أن يصلحه وأبى الآخر ينبغى أن يقول له ارفع حمولتك بعمد لأنى أرفعه فى وقت كذا ويشهد على ذلك ، فإن فعل فبها ، وإن لم يفعل فله أن يرفع الجدار ، فإن سقطت حمولته لايضمن كذا فى الخلاصة .

وعن الشيخ الإمام أبى القاسم : جدار بين رجلين لأحدهما عليه حمولة وليس للآخر شىء فمال الجدار إلى الذى لا حمولة فأشهد على صاحب الحمولة فلم يرفعه مع إمكان الرفع بعد الإشهاد حتى انهدم وأفسد شيئا قال : إذا ثبت الإشهاد وكان مخوفا وقت الإشهاد يضمن المشهود علـيه نصف قيمة ما أفسد من سقوطه هكذا فى فتاوى قاضيخان .

قال أبو القاسم : حائط بين رجلين لأحدهما عليه غرفة وللآخر عليه سقف بيته فهدما الحائط من أسفله ورفعا أعلاه بالأساطين ثم اتفقا جميعا حتى بنيا فلما بلغ البناء موضع سقف هذا أبى صاحب السقف أن يبنى بعد ذلك لايجبر أن ينفق فيما جاوز ذلك كذا فى الصغرى .

رجل له ساباط أحد طرفى جذوع هذا الساباط على حائط دار رجل فتنازعا فى حق وضع الجذوع فقال صاحب الدار جذوعك على حائطى بغير حق فارفع جذوعك عنه وقال صاحب الساباط هذه الجذوع على حائطك بحق واجب ، ذكر صاحب كتاب الحيطان الشيخ الثقفى أن القاضى يأمره برفع جذوعه وقال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى : وبه يفتى ، وإن تنازعا فى الحائط يقضى بالحائط لصاحب الدار فى ظاهر مذهب أصحابنا ، لأن الحائط متصل بملك صاحب الدار وبالاتصال تثبت اليد ، ولكن هذا إذا كان الاتصال اتصال تربيع ، أما إذا كان اتصال ملازقة فصاحب الساباط أولى ، هكذا فى المحيط فى كتاب الحيطان الكل من الهندية .

أقول : ثم التصرف فى الحائط المشترك بعد ثبوته شرعا قسمان : ممتنع إلا بإذن شريكه وهو مقتضى شركة الملك والقياس . وجائز لضرورة منفعة الاشتراك بغير إذن شريكه .

أما الممتنع فهو زيادة خشب على خشب شريكه أو اتخاذ ستر عليه أو فتح كوة أو باب ، وهو محل إطلاقهم الواقع فى بعض عباراتهم من أنه ليس له : أى الشريك أن يحدث فى الحائط المشترك حدثا بغير إذن شريكه أو يزيد عليه .

وأما الجائز بغير إذنه فله صور :

منها ماهو جائز بالاتفاق ، وهو ما إذا لم يكن عليه لواحد منهما خشب فأراد أحدهما أن يضع عليه خشبا له ذلك ولا يكون لصاحبه منعه ولكن يقال له ضع أنت مثل ذلك إن شئت .

. . . .

ومنها ما هو جائز بالاتفاق أيضا ، وهو ما إذا كان له جذوع ولشريكه أكثر منها فله المساواة باتفاق كلماتهم كما ستطلع عليه قريبا إن شاء الله تعالى كذا قالوا .

وأقول : هذه المسألة ، وهى ما إذا كانت حمولته محدثة ينبغى أن تكون عين المسألة الأولى الجائزة بالإتفاق فتأمل .

ومنها ما هو مقيد على قول والراجح الإطلاق . وهى ما إذا كان لأحدهما عليه حمولة وليس للآخر ذلك فأراد أن يحدث حمولة فالمرجح له أن يحدث إذا كان الحائط يحتمل ذلك . وقال بعضهم فى هذه الصورة : إن كانت حمولة صاحبه محدثة فله ذلك . وإن كانت قديمة فليس له ذلك . ثم فى هذه الصورة على الراجح قد صرحوا بأنه إن كان الحائط لا يحتمل حمولتين يؤمر الآخر برفع حمولته لتحصل التسوية مع صاحبه أو برفع البعض لتمكن شريكه من الحمل فهو كالمهايأة .

ومنها ما هو مقيد بعدم المضرة ، وهو ما إذا كان لهما عليه حمولة وحمولة أحدهما أسفل من حمولة الآخر فأراد هو أن يرفع حمولته ويضعها بإزاء حمولة صاحبه فله ذلك وليس لصاحبه منعه ، وكذا لو كانت حمولة أحدهما فى وسط الجدار وحمولة الآخر فى أعلاه فأراد أن يضع حمولته فى أعلى الجدار له ذلك إذا لم يدخل على الأعلى مضرة ، وكذا إذا أراد أن يسفل الجذوع ، وقيده بعضهم بما إذا(١) انهدم أو هدماه ، لأنه إذا يحصل ذلك يحصل مضرة ولابد ، والمدار فى أجناس هذا على عدم الضرر .

ومنها ما هو مختلف فيه وهو التعلى ، وهو أن يزيد فى أعلى الجدار فى هواء المشترك كان للآخر منعه لأنه تصرف فى شىء مشترك ، وهو المروى عن محمد ، وقيل لا يمنع .

أقول : والحاصل أن فى مسألة التعلى ثلاثة أقوال : أحدها له التعلى مطلقا . ثانيها له بما إذا لم يكن خارجا عن الرسم المعتاد . واعتمده ابن الشحنة والشرنبلالى . ثالثها المنع مطلقا ، واعتمده قاضيخان ، واقتصر عليه فى الخيرية فكان عليه الاعتماد ، وبالعمل به صدر الأمر السلطانى وجرى عليه فى المجلة فى مادة ألف ومائتين وعشرة .

قال فى الذخيرة : إذا كان الحائط بين رجلين وليس لواحد منهما فأراد أحدهما أن يضع عليه خشبا له ذلك ، ولا يكون لصاحبه أن يمنعه عن ذلك ولكن يقال : أنت ضع مثل ذلك إن شئت ، هكذا حكى الإمام النيسابورى ، وكان بين(٢) هذا وبين ما إذا كان لهما عليه خشب فأراد أحدهما أن يزيد عليه خشبا على خشب صاحبه وأراد أن يتخذ سترا أو يفتح كوة أو بابا حيث لا يكون له ذلك إلا بإذن صاحبه وكان لصاحبه ولاية المنع . والفرق أن القياس أن لا يكون له ولاية وضع الخشب من غير إذن شريكه لأنه تصرف فى شىء مشترك إلا إذا تركنا القياس لضرورة أنا لو منعناه عن وضع الخشب من غير إذن شريكه ربما لا يأذن له شريكه فى ذلك فتتعطل عليه منفعة الحائط ، وهذه الصورة معدومة فى زيادة الخشب وفتح الكوة فيرد إلى القياس اه ومثله فى البزازية وغيرها من الكتب المعتبرة ، لكنه مقيد فى البزازية بما إذا كان الحائط يحتمل ذلك وهذا القيد لابد منه فى أمثال هذا . وعبارة الذخيرة أغفلته وقيدناه فيما أسلفناه لك فتنبه :

قال السرخسى فى الوجيز عن النوادر : حائط بين رجلين ولأحدهما عليه عشر خشبات وللآخر أربع

---

(١) (قوله بما إذا) كذا بالأصل ، وليحرر .

(٢) (قوله وكان بين الخ) كذا بالأصل وليحرر اه مصححه .

. . . .

فلصاحب الأربع أن يتم عشر خشبات مثل صاحبه وليس له الزيادة ، وإن كان لأحدهما عليه خشب ولا شيء للآخر عليه فأراد أن يحمل مثل خشب صاحبه ، قيل له ذلك ، وقيل ليس له ذلك اه . فانظر كيف نقل الخلاف فى الصورة الثانية ولم يحكه فى الأولى ، والفرق بينهما واضح كما ستقف عليه .

قال برهان الدين الكركى فى الفيض من كتاب الحيطان : حائط بين رجلين وكان لأحدهما عليه جذوع أكثر من جذوع الآخر فلصاحب القليل أن يزيد فى جذوعه حتى تكون مثل جذوع صاحبه اه .

وفى العمادية : ولو كان جذوع أحدهما أكثر فللآخر أن يزيد فى جذوعه إذا كان الحائط يحتمل ذلك ولم يفصلوا بين القديم والحديث اه .

قال فى الخانية : ولو كان الحائط بين دارى رجلين كل واحد منهما يدعيه ولكل واحد منهما عليه جذوع يقضى بينهما نصفين هو المختار ، فإن كانت جذوع أحدهما أكثر فللآخر أن يزيد فى جذوعه حتى تكون مثل جذوع الآخر ، وهذا إذا كان الحائط يحتمل الزيادة ، فإن كان لا يحتمل ليس له أن يزيد اه .

قلت : وانظر إلى قوله وكل واحد يدعيه إلى قوله يقضى تجده صريحا فى أنه لا يلزم فى هذه الصورة أن يكون الحائط ثابتا بالبينة بينهما خلافا لمن وهم من أنها لا تثبت المساواة فى وضع الجذوع إلا إذا ثبت الحائط لهما بالبينة ، ومنشؤه أخذا من عبارة الذخيرة وذلك من عدم التأمل بها .

وحاصل عبارة الذخيرة أن الملك الثابت بنوع ظاهر كالاتصال والتربيع لا يصلح لإبطال حق الآخر لأنا ههنا لم نبطل حق الآخر بل قصدنا المساواة ، نعم هذا يظهر لمن ثبت له الحائط بالتربيع وكان لصاحبه جذوع فليس له أن يرفع جذوع الآخر إلا إذا ثبت الحائط بالبينة فله رفع جذوع الآخر كما ستراه فى عبارة الذخيرة هذا وقد اتفقت كلمتهم فى كتاب الصلح على أنه لو كان جذوع أحدهما أكثر فللآخر أن يزيد فى جذوعه إن كان يحتمل .

ولما كانت هذه المسئلة اتفاقية قاس عليها الفقيه أبو الليث المسئلة الثالثة ، وهى ما إذا كان لأحدهما عليه جذوع وأراد الآخر أن يحدث جذوعا فرجح هو والحسام الشهيد وهما من أهل الترجيح جواز إحداث الجذوع أيضا مطلقا قديمة كانت الأولى أولا وإن كان بعضهم قد أبدى فرقا بين الحديثة والقديمة كما ستطلع عليه .

قال الحسام الشهيد فى الفتاوى الصغرى : ولو كان لأحدهما عليه حمولة وليس للآخر عليه حمولة ويريد الذى لا حمولة له أن يضع على هذا الجدار حمولة مثل حمولة شريكه ، إن كانت حمولته عليها محدثة فللآخر أن يضع عليه حمولة مثلها وإن كانت الحمولة التى له قديمة فليس للآخر أن يضع حمولة قال الفقيه أبو الليث : للآخر أن يضع عليه حمولة مثل حمولة صاحبه إن كان الحائط يحتمل مثل ذلك مطلقا : أى سواء كانت حمولة صاحبه محدثة أو قديمة ، ألا ترى أن أصحابنا قالوا فى كتاب الصلح : لو كان جذوع أحدهما أكثر فللآخر أن يزيد فى جذوعه إن كان يحتمل ذلك ولم يشترطوا لا قديما ولا حديثا .

وقال أبو القاسم : فى حائط بين رجلين لأحدهما عليه جذوع فأراد الآخر أن ينصب عليه جذوعا فمنعه من ذلك صاحبه والجدار لا يحتمل ذلك : أى الجملين يقال لصاحب الجذوع : إن شئت فحط حملك لتستوى مع صاحبك ، وإن شئت فحط عنه ما يمكن شريكك من الحمل ، لأن البناء الذى عليه إن كان بغير رضا صاحبه فهو معتد ظالم ، وإن كان بإذن صاحبه فهو عارية ، ألا يرى أن دارا بين رجلين وأحدهما ساكنها فأراد الآخر أن يسكن معه والدار لا تسع لسكنهما فإنهما يتهايآن بها ، كذا هنا قال الفقيه أبو الليث : وروينا عن أبى بكر خلاف هذا ، وبقول أبى القاسم نأخذ .

. . . .

ووجه القائل بالمنع الفرق . لجواز أن يكون هذا مستحقا لأحدهما من أصل الملك وذلك حال القسمة بأن يقع الحائط بنصيب أحدهما ويكون للآخر عليه حق الخشب ، أما تلك المسئلة وهي مالو كان لكل واحد منهما عليه خشبات ففيها دل على أن التصرف فى الابتداء ثبت لهما فيثبت بعد ذلك لهما ، كذا فى شرح الوهبانية لابن الشحنة .

أقول . ومقتضى كلامه أن المسئلة الثانية اتفاقية فافهم .

والحاصل أن كلا الشريكين إذا لم يكن لهما عليه حمولة كان لكل واحد منها وضع حمولة بلا إذن شريكه اتفاقا وأن أحد الشريكين إذا كان له حمولة أنقص من حمولة صاحبه كان له المساواة اتفاقا أيضا ، وأن أحد الشريكين إذا كان له حمولة والثانى لا حمولة له كان له أن يساوى مع صاحبه على ما رجحه أبو الليث والحسام الشهيد قياسا على المسئلة الاتفاقية كما تقدم . وأن أحد الشريكين إذا أراد أن يسفل الجذوع أو يعليها أو يتوسط بها للمساواة عند عدم الضرر له ذلك ، وأن أحد الشريكين إذا أراد أن يعلى بأن يزيد فى الجدار فى هواء مشترك لم يكن للآخر منعه . والمروى عن محمد له المنع ولذا قدمه ابن وهبان فى المنظومة بقوله :

وما لشريك أن يعلى حيطه   وقيل التعلى جائز فيعمر

وعلى المنع مطلقا مشى فى الخانية فليكن هو المعول .

وفى الفصولين : ولو أراد أحدهما نزع جذوعه من الحائط فله ذلك لو لم يضر بالحائط . وفيه : انهدم حائط بينهما فبنى أحدهما فإنه على وجهين : إما عليه حمولة أولا .

والأحكام ثلاثة : أحدها طلب أحدهما قسمة عرصة الحائط وأبى الآخر . والثانى أراد أحدهما أن يبنى ابتداء بلا طلب القسمة وأبى الآخر . وثالثها لو بناه بلا إذن شريكه هل يرجع عليه بشيء .

أما الوجه الأول وهو عدم الحمولة عليه . فأما الحكم الأول وهو طلب القسمة وإباء الآخر فقد ذكر فى بعض المواضع مطلقا أنه لايجبر . وبه نأخذ ص . أما لو لم تكن عرصة الحائط عريضة بحيث لو قسمت لايصيب كلا منهما شيء يمكنه أن يبنى فيه فظاهر لتعنته فى طلب القسمة : وأما لو عريضة بحيث يصيب كلا منهما مايمكن البناء فيه فلأن القاضى لو قسم يقرع بينهما . وربما يخرج فى قرعة كل منهما مايلى دار شريكه فلا ينتفع به فلا تقع القسمة مفيدة . وإليه أشار م فيما روى عنه هشام : انهدم حائط بينهما فقال أحدهما أقسم والآخر أبى قال لا أقسم بينهما إذ ربما يصيب كلا منهما مايلى دار شريكه . وبعض المشايخ قالوا : لو كان القاضى لايرى القسمة إلا بإقراع لايستقيم لما مر . وأما لو يراها بلا إقراع فيقسمه لو كانت العرصة عريضة على وجه مر ويجعل نصيب كل منهما مما يلى داره تتميما للمنفعة عليهما .

مطلب لو كانت عرصة الحائط عريضة تقسم بينهما ويعطى كلا من جهة داره بلا قرعة ويجبر الآبى به يفتى

وقال ص : لو عريضة فالقاضى يجبر الآبى على كل حال وبه يفتى ، إذ العرصة لو عريضة على وجه مر فطالب القسمة طلب بها تتميم المنفعة عليه فيجبر شريكه عليه كدار وأرض . س : يجبر الآبى على قسمة حائط بينهما وذكر الجبر بلا فصل بين العريضة وغيرها اه .

أقول : يؤخذ من هذا جواب حادثة الفتوى ، وهي دار لزيد ودار أخرى مشتركة بينه وبين عمرو أراد

زيد قسمتها وأخذ حصته منها من جهة داره حيث لايمكن الاتصال إليها إلا من داره والدار قابلة للقسمة والمعادلة ممكنة فللقاضي قسمتها على هذا الوجه وإن لم يرض عمرو بذلك ، ولا تلزم القرعة فى هذا ، على أن القرعة ليست بواجبة على القاضي ، غاية مافى الباب أنهم قالوا : وينبغى أن يقرع بينهما تطييبا لقلوبهما ، ولا نقول إن ينبغى هنا بمعنى يجب لما أنهم صرحوا فى غير ماكتاب أنها مستحبة لاسيما وفيه رفع الضرر عن أحدهما وعدم الضرر بالآخر فتأمل وراجع .

وفى الفصولين : الحكم الثانى أراد أحدهما أن يبنى ابتداء بلا طلب القسمة وأبى الآخر ، فلو عرصة الحائط عريضة بحيث لو قسمت أصاب كل واحد منهما مايمكنه أن يبنى فيه حائطا لنفسه لايجبر على البناء فى ملك شريكه إلا إذا تضرر شريكه بتركه ولا ضرر هنا ، ولو غير عريضة فاختلف المشايخ ، قيل لايجبر ، وقيل يجبر وهو الأشبه إذ بتركه يتضرر شريكه بتعطيل منافع الحائط والبانى لايتضرر ببنائه إذ يحصل له بدل ماأنفق ، ومال إلى الثانى الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل والشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة ، الحكم الثالث لو بنى أحدهما بلا إذن شريكه هل يرجع على شريكه بشىء اختلاف المشايخ فيه : قيل لايرجع مطلقا وهكذا ذكر فى كتاب الأقضية ، وهكذا ذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى فى النوازل عن أصحابنا ، وقيل لو عريضة على مابينا لايرجع لأنه غير مضطر فيه ، وإن كانت غير عريضة يرجع . قلت : لأحدهما أن يمتنع من البناء إذ له أن يقاسم أرض الحائط نصفين ، ولو بنى أحدهما لايرجع على شريكه إذ ليس له أخذه بالبناء .

الوجه الثانى لو كان على الحائط حمولة بأن كان عليه جذوع فهو على وجهين : أحدهما وهو مالو كان لهما عليه جذوع وطلب أحدهما قسمة عرصة الحائط لايجبر شريكه عليها إلا عن تراض منهما ولو عريضة على مابينا إذ تعلق حق كل منهما بكل العرصة وهو وضع الجذوع على جميع الحائط ، فلو قسمت بلا رضا أحدهما يسقط حقه عما حصل لشريكه بلا رضاه وأنه لم يجز ، فإذا أراد أحدهما البناء وأبى الآخر قال ض : لايجبر لو عريضة وذكر شيخ الإسلام أنه لايجبر بلا تفصيل ذكر شح أنه يجبر من غير تفصيل وبه يفتى : إذ فى عدم الجبر تعطيل حق شريكه إذ له حق وضع الجذوع على جميع الحائط ، ولو بنى أحدهما بدون إذن شريكه ، قيل لو عريضة على مافسرنا لايرجع البانى ويكون متطوعا . وكذا عن محمد وهو الصحيح إذ للثانى حق وضع الجذوع على جميع الحائط ولا يتوصل إليه إلا ببناء جميع الحائط فكان مضطرا فى البناء فلا تبرع كما لو غير عريضة فبناه أحدهما اه . وفى الهندية : هكذا ذكر الخصاف فى نفقاته ، وبعض مشايخنا قالوا لايكون متطوعا وإليه أشار فى كتاب الأقضية ، وهكذا روى عن ابن سماعة فى نوادره رحمه الله تعالى وهو الأصح هكذا فى المحيط .

قال صاحب جامع الفصولين أقول : مر أن الفتوى على أن شريكه يجبر على البناء ولا اضطرار فيما يجبر وسيجىء تحقيقه فينبغى أن تكون الفتوى على أنه متبرع والله تعالى أعلم .

وإن كان بناه بإذنه ليس له أن يمنعه ، لكن يرجع عليه بنصف ماأنفق كذا فى فتاوى قاضيخان .

صل : انهدم حائطهما وعليه جذوع لأحدهما وطلب رب الجذوع البناء من شريكه لايجبر عليه ويقال لهما إن شئتما اقتسما أرض الحائط ، ولو شاء رب الجذوع البناء وأراد الآخر القسمة يقسم بينهما نصفين .

الوجه الثانى من هذا الوجه : لو لأحدهما عليه حمولة وطلب هو القسمة وأبى الأخير يجبر الآبى لو عريضة كما مر وهو الصحيح وبه يفتى ، ولو أراد ذو الحمولة البناء وأبى الآخر فالصحيح أنه يجبر لما مر فيما لهما عليه

. . . .

حولة ؛ ولو بنى ذو الحمولة فحكمه حكم مالهما عليه حمولة فالصحيح أنه يرجع لما مر ثمة أنه مضطر ، ولو بناه الآخر وعرصة الحائط عريضة كما مر فهو متبرع إذ لم يضر فى البناء إذ لا يجبر به حقا لنفسه ، ثم فى كل محل لم يكن البانى متبرعا كماله أو لهما عليه حمولة كان للبانى منع صاحبه من الانتفاع إلى أن يرد عليه ما أنفق أو قيمة البناء على ما اختلفوا فيه على ما يأتى إن شاء الله تعالى ، فلو قال صاحبه أنا لا أتمتع بالبناء هل يرجع البانى ؟ قيل لا يرجع ، وقيل يرجع .

شجى : رب العلو يرجع على رب السفل بقيمة السفل مبنيا لا بما أنفق .

فض : يرجع بما أنفق فى السفل ، وأما فى الحائط المشترك فيرجع بنصف ما أنفق .

واستحسن بعض المتأخرين فقالوا لو بنى بأمر القاضى يرجع بما أنفق ، ولو بنى بلا أمر القاضى رجع بقيمة البناء لأحدهما بناء وأبى جاره أن يبنى لايجبر . قال ت : هو القياس وهو قول علمائنا . وقال بعضهم لابد من بناء يكون سترا بينهما وبه نأخذ ، وإنما قال أصحابنا إنه لا يجبر لأنهم كانوا فى زمن الصلاح ، أما فى زماننا فلابد من حاجز بينهما .

جص : جدار بين كرمين لرجلين انهدم فاستعدى أحدهما على السلطان لما أبى شريكه أن يبنى فأمر السلطان بناء برضا المستعدى أن يبنيه على أن يأخذ الأجر منهما فله أخذه منهما .

وقال أبو بكر : انهدم جدار بينهما وأحدهما غائب فبناه الحاضر فى ملكه من خشب وبقى موضع الحائط على حاله ثم قدم الغائب فأراد أن يبنى على طرف الحائط مما يلى جاره ويجعل ساحة الحائط إلى ملكه ليس له ذلك ، ولو أراد أن يبنى حائطا غلظه كالأول أو يبنى أدق منه فى وسط الأس ويدع الفضل من أسه مما يلى ملكه له ذلك كذا فى جامع الفصولين ومثله فى نور العين .

لكن قال فى المندية : جدار بين رجلين انهدم وأحد الجارين غائب فبنى الحاضر فى ملكه جدارا من خشب وترك موضع الحائط على حاله فقدم الغائب فأراد أن يبنى الحائط فى الموضع القديم ومنعه الآخر . قال الفقيه أبو بكر : إن أراد الذى قدم أن يبنى على موضع طرف الحائط مما يليه جاز وإن جعل ساحة أس الحائط إلى جانب نفسه ليس له ذلك ، وإن أراد أن يبنى الحائط كما كان أو أدق منه ويترك الفضل من الجانبين سواء له ذلك كذا فى فتاوى قاضيخان فى الحيطان اه .

أقول : وهذا أشبه بالقواعد ، ولم يظهر لى ما نقله فى جامع الفصولين ، وتبعه فى نور العين .

وفى جامع الفصولين : وقال فى جدار بينهما ولكل منهما عليه حمولة فوهى الحائط فأراد أحدهما رفعه ليصلحه وأبى الآخر ينبغى أن يقول مريد الإصلاح للآخر ارفع حمولتك باسطوانات وعمد ويعلمه أنه يريد رفعه فى وقت كذا ويشهد على ذلك فلو فعله وإلا فله رفع الجدار ، فلو سقط حمولته لم يضمن .

فض : حائط بينهما وهى وخيف سقوطه فأراد أحدهما نقضه وأبى الآخر يجبر على نقضه ، ولو هدما حائطا بينهما فأبى أحدهما عن بنائه يجبر ، ولو انهدم لا يجبر ولكنه يبنى الآخر فيمنعه حتى يأخذ نصف ما أنفق لو أنفق بأمر القاضى ونصف قيمة البناء لو أنفق بلا أمر القاضى انتهى .

أقول : قوله لايجبر صريح فى أنه ليس للآخر منعه من البناء لأن له غرضا فى وصوله إلى حقه ، فلا يقال هو تصرف فى المشترك فكان ينبغى أن لا يجوز بدون رضا الشريك .

وأقول : قيد بقوله وهى لأنه لو لم يكن كذلك لايملك هدمه وبناءه لأنه تصرف فى المشترك ولابد وأن

وأما حق المطالبة برفع جذوع وضعت تعديا

يكون معنى قوله ولكنه يبنى : أى بغير النقض المشترك ، أما به لا لأنه تصرف فى المشترك تأمل رملى .

وفى جامع الفصولين برمز ت : قال أبو بكر فى جدار بينهما وبيت أحدهما أسفل وبيت الآخر أعلى قدر ذراع أو ذراعين فانهدم فقال ذو الأعلى لذى الأسفل ابن لى حذاء أسى ثم نبنى جميعا ليس له ذلك بل يبنيانه جميعا من أسفله إلى أعلاه .

قال ت : ولو بيت أحدهما أسفل بأربعة أذرع أو نحوها قدر ما يمكن أن يتخذ بيتا فإصلاحه على ذى الأسفل حتى ينتهى إلى محل البيت الآخر لأنه كحائطين سفل وعلو وقيل يبنيان الكل .

قال أبو القاسم : فى حائط بينهما عليه لأحدهما غرفة وللآخر سقف بيت فهدما الحائط من أسفله ورفعا أعلاه بأساطين ثم اتفقا حتى يبنيا فلما بلغ البناء موضع سقف هذا أبى رب السقف أن يبنى بعمده لا يجبر أن ينفق فيما جاوزه وقال : حائط بينهما انهدم جانب منه فظهر أنه ذو طاقين متلاصقين فأراد أحدهما رفع جداره وزعم أن الجدار الباقى يكفى للآخر سترة بينهما وزعم الآخر أن جداره لو بقى ذا طاق يهى وينهدم ، فلو سبق منهما إقرار أن الحائط بينهما قبل أن يتبين أنه حائطان فكلاهما بينهما ، وليس لأحدهما أن يحدث فى ذلك شيئا إلا بإذن الآخر ، ولو أقر أن كل حائط لصاحبه فلكل منهما أن يحدث فيه ما أحب قاضيخان .

حائط بين رجلين انهدم فبناه أحدهما عند غيبة شريكه . قال أبو القاسم : إن بناه بنقض الحائط الأول فهو متبرع ولا يكون له أن يمنع شريكه من الحمل عليه ، وإن بناه بلبن أو خشب من قبل نفسه فليس للشريك أن يحمل على الحائط حتى يؤدى نصف قيمة الحائط .

أراد أحدهما نقض جدار مشترك وأبى الآخر فقال له صاحبه أنا أضمن لك كل شىء ينهدم لك من بيتك وضمن ثم نقض الجدار بإذن شريكه فانهدم من منزل المضمون له شىء لا يلزمه ضمان ذلك ، وهو بمنزلة ما لو قال رجل لآخر ضمنت لك ما يهلك من مالك لا يلزمه شىء خلاصة .

حائط بين اثنين لهما عليه خشب فبنى أحدهما للبانى أن يمنع الآخر من وضع الخشب على الحائط حتى يعطيه نصف البناء مبنيا .

وفى الأقضية : حائط بين اثنين أراد أحدهما نقضه وأبى الآخر ، لو بحال لا يخاف سقوطه لا يجبر ، ولو يخاف فعن الفضلى أنه يجبر ، فإن هدما وأراد أحدهما أن يبنى وأبى الآخر او أس الحائط عريضا يمكنه بناء حائطه فى نصيبه بعد القسمة لا يجبر الشريك ، ولو لم يمكن يجبر وعليه الفتوى ، وتفسير الجبر أنه إن لم يوافقه الشريك فهو ينفق على العمارة ويرجع على الشريك بنصف ما أنفق لو أس الحائط لا يقبل القسمة .

وفى فتاوى الفضلى : ولو هدماه وأبى أحدهما عن البناء يجبر ، ولو انهدم لا يجبر ولكن يمنع من الانتفاع به مالم يستوف نصف ما أنفق فيه منه إن فعل ذلك بقضاء القاضى ، ولو بغير قضاء فنصف قيمة البناء ، وإن انهدم أو خيف وقوعه فهدم أحدهما لا يجبر الآخر على البناء . ولو كان الحائط صحيحا فهدمه أحدهما بإذن الآخر لا شك أنه يجبر الهادم على البناء إن أراد الآخر البناء كما لو هدماه .

وعن ابن أبى سلمة لو لهما عليه حمولة وانهدم وأبى الآخر العمارة فبنى أحدهما يمنع الآخر من وضع الحمولة حتى يؤدى نصف ما أنفق ، وإن لم يكن عليه حمولة لا يجبر على العمارة ولا يرجع بشىء لأنه بمنزلة الستارة ، وهذا كله إذا أنفق فى العمارة بغير إذن صاحبه ، فلو بإذنه أو بأمر الحاكم يرجع عليه بنصف ما أنفق ، وفى البناء

فلا يسقط بإبراء ولا صلح وعفو وبيع وإجارة أشباه ، من أحكام الساقط لا يعود فليحفظ .
(وذو بيت من دار) فيها بيوت كثيرة (كذى بيوت) منها (فى حق ساحتها فهى بينهما نصفين) كالطريق

المشترك لو أحدها غائبا فهدم الآخر بإذن القاضى أو بلا إذنه لكن بنى بإذن القاضى فهو كإذن شريكه لو حاضرا فيرجع عليه بما أنفق لو حضر كذا فى نور العين .

أقول : أما قوله وإن لم يكن عليه حمولة لا يجبر الخ هذا على جواب المتقدمين. وأما على ما اختاره المتأخرون من أنه إذا كان له حرم فهو بمنزلة ما لو كان له عليه حمولة فتأمل وراجع (قوله فلا يسقط بإبراء) أى عن رفع الجذوع ، لأن الإبراء لا يكون فى الأعيان بل عما فى الذمة (قوله ولا صلح) بشىء عن الوضع لجهالة مدة الوضع (قوله وبيع) أى إذا باع الواضع أو الموضوع على حائط داره فللمشترى حق المطالبة بالرفع . وذكر الحموى أن المراد بالبيع بيع الحائط الموضوع عليه الجذوع وإجارتها (قوله وإجارة) أى إذا آجر داره منه لا تسقط المطالبة بالرفع بالإجارة (قوله أشباه من أحكام الساقط لا يعود) صوابه لا يقبل الإسقاط من الحقوق وما لا يقبله وهو قبله ، ولذا قال ط : ولم أقف عليه ، وسيأتى للشارح فى العارية عن الأشباه : تلزم العارية فيما إذا استعار جدار غيره لوضع جذوعه فوضعها ثم باع المعير الجدار ليس للمشترى رفعها ، وقيل نعم إلا إذا شرطه وقت البيع .

قلت : وبالقيل جزم فى الخلاصة والبزازية وغيرهما ، وكذا قاضيخان من باب ما يدخل فى البيع تبعا من الفصل الأول ، ومثله فى الأشباه من العارية ، لكن فيه أن الشرط إذا كان لا يقتضيه العقد لا يلائمه وفيه نفع لأحد المتعاقدين أو لآخر من أهل الاستحقاق ولم يتعارف بين الناس يفسد البيع ، فلو كان متعارفا كبيع نعل على أنه يحذوه البائع فالبيع صحيح للعرف تأمل (قوله وذو بيت) يعنى إذا كان بيت من دار فيها بيوت كثيرة فى يد رجل والبيوت الباقية فى يد آخر (قوله فى حق ساحتها) بالحاء المهملة هى عرصة فى الدار أو بين يديها .

قال فى شرح الطحاوى : ولو كان العلو فى يد أحدهما والسفل فى يد آخر والساحة فى أيديهما ولم يكن لهما بينة وحلفا وكل منهما يدعى الجميع يترك السفل فى يد صاحبه والعلو كذلك والساحة لصاحب السفل ، ولصاحب العلو حق المرور فى رواية ، وفى رواية أخرى الساحة بينهما نصفان اهـ (قوله فهى بينهما نصفين) لأنهما استويا فى استعمال الساحة فى المرور ووضع الأمتعة وكسر الحطب ونحو ذلك ولم تكن فى يد أحدهما دون الآخر وهما فى ذلك سواء فتنصف بينهما كالطريق لأن الترجيح بالقوة لا بالكثرة .

قال العلامة أبو السعود : واعلم أن القسمة على الرؤوس : فى الساحة والشفعة وأجرة القسام والنوائب : أى الهوائية المأخوذة ظلما والعاقلة وما يرمى من المركب خوف الغرق والحريق اهـ (قوله كالطريق) فإنه يستوى فيها صاحب البيت وصاحب المنزل وصاحب الدار إتقانى وصاحب بيت وصاحب بيوت .

قال فى القنية : الطريق يقسم على عدد الرؤوس : لا بقدر ساحة الأملاك إذا لم يعلم قدر الأنصباء ، وفى الشرب متى جهل قدر الأنصباء يقسم على قدر الأملاك لا الرؤوس اهـ .

واعترض بأن البيوت الكثيرة تجمع عادة جمعا كثيرا بالنسبة إلى البيت الواحد فيكون احتياجهم إلى نحو التوضى أكثر وقوعا فينبغى أن يرجح صاحبها ولا أقل أن يساوى .

أقول : المسألة من مسائل الجامع الصغير والمجتهد ليس بغافل عن مثل هذه الملاحظة ، فاللازم علينا أن نلاحظ وجه الاستنباط وذاهنا أنه ثبت فى أصولهم أن الترجيح لا يقع بكثرة العلل فتفرع عليه مسائل جمة : منها

(بخلاف الشرب) إذا تنازعا فيه (فإنه يقدر بالأرض) بقدر سقيها .

(برهنا) أى الخارجان (على يد) لكل منهما (فى أرض قضى بيدهما) فتنصف (ولو برهن عليه) أى على اليد (أحدهما أو كان تصرف فيها) بأن لبّن أو بنى (قضى بيده) لوجود تصرفه .

هذه المسألة ، ومنها مسألة أنه لا يرجح صاحب الجراحات على صاحب جراحة واحدة ، فإنه إذا مات المجروح يجب القصاص عليهما فى العمد والدية نصفين فى الخطإ حيث لم يعتبروا عدد الجراحات مع إمكان اعتبار تقسيم الدية عليها فكذا لم يعتبروا تعدد البيوت فى تقسيم الساحة عليها فضلا أن يرجح صاحبها ويحكم بكل الساحة له سوى حق المرور لصاحب البيت تدبر (قوله بخلاف الشرب) لأن الشرب يحتاج إليه لأجل سقى الأرض ، فعند كثرة الأراضى تكثر الحاجة إليه فيقدر بقدر الأراضى منح .

وفى الثالث عشر من البزازية : دار فيها عشرة أبيات لرجل وبيت واحد لرجل تنازعا فى الساحة أو ثوب فى يد رجل وطرف منه فى يد آخر تنازعا فيه فذلك بينهما نصفان ولا يعتبر بفضل اليد ، كما لا اعتبار لفضل الشهود لبطلان الترجيح بكثرة الأدلة اهـ وبه علم أن ذلك حيث جهل أصل الملك ، أما لو علم كما لو كانت الدار المذكورة كلها لرجل ثم مات عن أولاد تقاسموا البيوت منها فالساحة بينهم على قدر البيوت (قوله يقدر بالأرض بقدر سقيها) فعند كثرة الأراضى تكثر الحاجة إليه فيتقدر بقدر الأراضى ، بخلاف الانتفاع بالساحة فإنه لا يختلف باختلاف الأملاك كالمرور فى الطريق زيلعى (قوله برهنا أى الخارجان الخ) أى أن لكل يد فيها ، ولعل معناه أنها كانت فى أيديهما لأنهما فى حالة الدعوى خارجان . وعبارة الشارح هنا تبع فيها الدرر والمنح . وعبارة الزيلعى كغيرها تفيد أنهما ذو أيد .

وفى الفصولين خ : ادعى كل منهما أنه له وفى يده ، ذكر محمد فى الأصل أن على كل منهما البينة وإلا فاليمين إذ كل منهما مقر بتوجه الخصومة عليه لما ادعى اليد لنفسه ، فلو برهن أحدهما حكم له باليد ويصير مدعى عليه والآخر مدعيا ، ولو برهنا يجعل المدعى فى يدهما لتساويهما فى إثبات اليد ، وفى دعوى الملك فى العقار لا تسمع إلا على ذى اليد ، ودعوى اليد تقبل على غير ذى اليد لو نازعه ذلك الغير فى اليد فيجعل مدعيا لليد مقصودا ومدعيا للملك تبعا اهـ .

وفى الكفاية : وذكر التمرتاشى فإن طلب كل واحد يمين صاحبه ماهى فى يده حلف كل واحد منهما ماهى فى يد صاحبه على البتات ، فإن حلفا لم يقض باليد لهما وبرىء كل عن دعوى صاحبه وتوقف الدار إلى أن يظهر الحال ، فإن نكلا قضى لكل بالنصف الذى فى يد صاحبه ، وإن نكل أحدهما قضى عليه بكلها للحالف نصفها الذى كان فى يده ونصفها الذى كان فى يد صاحبه بنكوله ، وإن كانت الدار فى يد ثالث لم تنزع من يده لأن نكوله ليس بحجة فى حق الثالث اهـ فعلم أن الخارجين قيد اتفاقى فالأولى حذفه (قوله قضى بيدهما فتنصف) لأن اليد فيها غير مشاهدة لتعذر إحضارها والبينة تثبت ما غاب عن علم القاضى درر . وفيه إشارة إلى أن اليد لا تثبت فى العقار بالتصادق وكذا بالنكول عن اليمين لاحتمال أنها فى يد غيرهما ، وإن ادعيا أنها فى يد أحدهما فكذلك لأنهما يمكن أنهما تواضعا على ذلك ط : وأشار إلى أنه لو طلبا القسمة لم يقسم بينهما مالم يبرهنا على الملك ، قيل هذا بالاتفاق ، وقيل هذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى . وعندهما يقسم بينهما كما فى الشروح (قوله بأن لبّن أو بنى) ولبن بتشديد الباء : أى ضرب فيها البنا وهو الطوب النىء ، بخلاف المشوى فإنه آجر (قوله قضى بيده لوجود تصرفه) لأن التمكن من هذه الأشياء دليل على أنها فى يده ، ومحل ذلك إذا لم

(ادعى الملك فى الحال وشهد الشهود أن هذا العين كان ملكه تقبل) لأن ما ثبت فى زمان يحكم ببقائه ما لم يوجد المزيل درر .

(صبى يعبر عن نفسه) أى يعقل ما يقول (قال أنا حر فالقول له) لأنه فى يد نفسه كالبالغ (فإن قال أنا عبد لفلان) لغير ذى اليد (قضى) به (لذى اليد) كمن لا يعبر عن نفسه لإقراره بعدم يده (فلو كبر وادعى الحرية تسمع مع البرهان) لما تقرر أن التناقض فى دعوى الحرية لا يمنع صحة الدعوى .

يقم الآخر برهانا كما لا يخفى زيلعى (قوله لأن ما ثبت فى زمان يحكم ببقائه) فشهادتهم تثبت الملك فى الحال والماضى (قوله فالقول له) فلا تقبل دعوى أحد عليه أنه عبده عند إنكاره إلا ببينة اه درر ، وهذا لأن الأصل أن يكون لكل إنسان يد فى نفسه إبانة لمعنى الكرامة ، إذ كونه فى يد غيره دليل الإهانة ومع قيام يده على نفسه لا تثبت يد الغير عليه للتنافى بين اليدين حموى (قوله قضى به لذى اليد) لا يقال : الإقرار بالرق من المضار فلا يعتبر من الصبى . لأنا نقول لم يثبت بقوله بل بدعوى ذى اليد لعدم المعارض ، ولا نسلم أنه من المضار لإمكان التدارك بعده بدعوى الحرية . ولا يقال : الأصل فى الآدمى الحرية ، فلا تقبل الدعوى بلا بينة ، وكونه فى يده لا يوجب قبول قوله عليه كاللقيط لا يقبل قول الملتقط إنه عبده وإن كان فى يده . لأنا نقول : إذا اعترض على الأصل دليل خلافه بطل وثبوت اليد دليل الملك ، ولا نسلم أن اللقيط إذا عبر عن نفسه وأقر بالرق يخالفه فى الحكم وإن لم يعبر فليس فى يد الملتقط من كل وجه لأنه أمين زيلعى ملخصا حموى (قوله كمن لا يعبر عن نفسه) مفهوم من يعبر (قوله لإقراره بعدم يده) حيث أقر على نفسه بالملك وثبتت رقيته بدعوى ذى اليد الخالية عن المعارض لا بإقراره فكان ملكا لمن فى يده كالقماش ومن لا يعبر بمنزلة المتاع فلا يقبل قوله أنا حر ، لكن هنا بعد أن صرح بأنه عبد فلان فيكون مقرا بما للغير فلا يسرى إقراره عليه أى على الغير ، بخلاف ما إذا لم يكن بيد أحد حيث يصح إقراره لأنه حينئذ فى يد نفسه تأمل (قوله لا يمنع صحة الدعوى) لاسيما وقد صدر الإقرار الأول حال عدم التكاليف .

[فروع] رحى ماء بينهما فى بيت لهما فخربت كلها حتى صارت صحراء لم يجبرا على العمارة وتقسم الأرض بينهما أى بطلبهما أو بطلب أحدهما ، ولو قائمة ببنائها وأدواتها إلا أنه ذهب شىء منها يجبر الشريك على أن يعمر مع الآخر ، ولو معسرا قيل لشريكه أنفق أنت لو شئت فيكون نصفه دينا على شريكك ، وكذا الحمام لو صار صحراء تقسم الأرض بينهما ، ولو تلف شىء منه يجبر الآبى على عمارته .

ن عن م : فى حمام بينهما انهدم بيت منه أو احتاج إلى قدر ومرمة وأبى أحدهما لا يجبر ويقال للآخر إن شئت فابنه أنت وخذ من غلته نفقتك ثم تستويان .

ط عن بعض المتأخرين : لو أبى أحدهما فالقاضى يخرج الحمام من أيديهما ويؤجره ثم يعمره فيأخذ نفقته من أجرته كذا فى جامع الفصولين .

وفى الخانية من باب الحيطان : دار بين رجلين انهدمت أو بيت بين رجلين انهدم فبناه أحدهما لا يرجع هو على شريكه بشىء لأن الدار تحتمل القسمة فإذا أمكنه أن يقسم يكون متبرعا فى البناء والبيت كذلك إذا كان كبيرا يحتمل القسمة وكذلك الحمام إذا خرب وصار ساحة وكذلك البئر أراد به إذا امتلأت من الحمأة فله أن يطالب شريكه بالبناء ، فإذا لم يطالبه وأصلحها وفرغها كان متبرعا اه ومفاد هذا أن الدار لو كانت صغيرة لا تمكن قسمتها أنه لا يكون متبرعا لأنه حينئذ يكون مضطرا إلى البناء ليتوصل إلى الانتفاع بملكه ، بخلاف

. . . .

ما إذا كانت كبيرة لأنه يمكنه أن يقسم حصته منها ثم يبني فى حصته فإذا بنى قبل القسمة لم يكن مضطرا فيكون متبرعا ولذا قيد الحمام بما إذا خرب وصار ساحة لأنه حينئذ تمكن قسمته فإذا لم يقسم يكون متبرعا ، لكن فى البئر ينبغى أن لا يكون متبرعا لكونه مما لا يقسم ، لكن أشار صاحب الخانية إلى الفرق بأن له أن يطالب شريكه بالبناء أى فيجبر شريكه عليه كما صرح به غيره .

مطلب الأصل أن ما اضطر إلى بنائه مما لا يقسم لا يكون متبرعا

وإذا أجبر لم يكن الآخر مضطرا فصار الأصل أن ما اضطر إلى بنائه بأن كان مما لا يقسم أو مما لا يجبر الشريك على بنائه فبناه أحدهما لم يكن متبرعا وإلا فهو متبرع ، لكن استشكل هذا فى جامع الفصولين بأن من له حمولة على حائط لو بنى الحائط يرجع لأنه مضطر إذ لا يتوصل إلى حقه إلا به مع أن الشريك يجبر أيضا كالبئر فينبغى أن يتحد حكمهما .

مطلب التبرع والرجوع دائر على الجبر وعدمه

ثم قال : والتحقيق أن الاضطرار يثبت فيما لا يجبر صاحبه كما سيجئ ، فينبغى أن يدور التبرع والرجوع على الجبر وعدمه ، إلى أن قال : وهذا يخلصك من التحير بما وقع فى هذا الباب من الاضطراب ، ويرشدك إلى الصواب اه لكن عبارة الخلاصة التى ذكرها المؤلف تدل على أن للقاضى أن يأمره ببناء الدار ، فإن كان كذلك لم يكن مضطرا إلى البناء إذا أبى شريكه لأنه يمكنه استئذان القاضى. وقد يجاب بأن للقاضى ذلك إذا كان الشريك غائبا مثلا لأنه حينئذ لا يمكن طلب البناء منه ولا القسمة معه .

فالحاصل أنه إذا كانت الدار تحتمل القسمة ، فإن أذن له شريكه بنى وإلا قسمها جبرا عليه ثم بنى فى حصته ، فإن لم يمكن استئذانه يبنى بإذن القاضى ، وفيما عدا ذلك فهو متطوع

وذكر سيدى الوالد رحمه الله تعالى فى كتاب القسمة من تنقيحه أن فى غير محتمل القسمة للطالب أن يبنى ثم يؤجر ثم يأخذ نصف ما أنفق فى البناء من الغلة .

وذكر هناك عن الأشباه أنه يرجع بما أنفق لو بنى بأمر قاض وإلا فبقيمة البناء وقت البناء اه ، وهذا هو المحرر كما قال فى الوهبانية ، لكن هذا التفصيل إنما ذكروه فى السفل إذا انهدم وعبارة الأشباه مطلقة . والذى يظهر الإطلاق إذ لا فرق يظهر ، فيجرى ذلك فى كل ما يضطر فيه أحدهما إلى البناء كالسفل والجدار والرحى والحمام والبيت والدار الصغيرة والله تعالى أعلم .

وفى الهندية : لو ادعى على آخر حق المرور ورقبة الطريق فى داره فالقول قول صاحب الدار ، ولو أقام المدعى البينة أنه كان يمر فى هذه الدار لم يستحق بهذا شيئا كذا فى الخلاصة ، ولو شهد الشهود أن له طريقا فى هذه الدار جازت شهادتهم وإن لم يحدوا الطريق وهو الصحيح كما فى الخانية والمحيط ، لكن فى المحيط عبر بالأصح إذا كان له باب مفتوح من داره على حائط فى زقاق أنكر أهل الزقاق أن يكون له حق المرور فى زقاقهم فلهم منعه إلا أن تقوم بينة على أن له طريقا ثابتا فيها كذا فى المحيط .

إذا كان الميزاب منصوبا إلى دار رجل واختلفا فى حق إجراء الماء وإسالته ، فإن كان فى حال عدم جريان الماء لا يستحق إجراء الماء وإسالته إلا ببينة هكذا فى محيط السرخسى ، وليس لصاحب الدار أيضا أن يقطع الميزاب كذا فى المحيط .

باب دعوى النسب

الدعوة نوعان: دعوة استيلاد وهو أن يكون أصل العلوق فى ملك المدعى. ودعوة تحرير، وهو بخلافه. والأول أقوى لسبقه واستنادها لوقت العلوق واقتصار دعوة التحرير على الحال وسيتضح.

(مبيعة ولدت لأقل من ستة أشهر منذ بيعت فادعاه) البائع

وحكى الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى أنهم استحسنوا أن الميزاب إذا كان قديما وكان تصويب السطح إلى داره وعلم أن التصويب قديم وليس بمحدث أن يجعل له حق التسبيل وإن اختلفا فى حال جريان الماء، قيل القول لصاحب الميزاب ويستحق إجراء الماء وقيل لا يستحق، فإن أقام البينة على أن له حق المسيل وبينوا أنه لماء المطر من هذا الميزاب فهو لماء المطر، وليس له أن يسيل ماء الاغتسال والوضوء فيه وإن بينوا أنه لماء الاغتسال والوضوء فهو كذلك، وليس له أن يسيل ماء المطر فيه، وإن قالوا له فيها حق مسيل ماء ولم يبينوا أنه لماء المطر أو غيره صح، والقول لرب الدار مع يمينه أنه لماء المطر أو لماء الوضوء والغسالة. وقال بعض مشايخنا: لا تقبل هذه الشهادة فى المسيل. وفى الطريق تقبل، كذا فى المحيط، ولو لم تكن للمدعى بينة أصلا استحلف صاحب الدار ويقضى فيه بالنكول كذا فى الحاوى.

رجل له قناة خالصة عليها أشجار لقوم أراد صاحب القناة أن يصرف قناته من هذا النهر ويحفر له موضعا آخر ليس له ذلك، ولو باع صاحب القناة القناة كان لصاحب الشجرة شفعة جوار، كذا فى الفصول العمادية فى الفصل الرابع والثلاثين اهـ، والله تعالى أعلم وأستغفر الله العظيم.

باب دعوى النسب

حقه التقديم بالنظر إلى أنه دعوى الأنفس، إلا أن دعوى المال لما كانت كثيرة الوقوع والأنواع قدمها اهتماما. والدعوة إلى الطعام بالفتح، وفى النسب بالكسر، وقد يعكس وأما بالحرب فبالضم نهاية (قوله الدعوة نوعان) زاد أبو السعود ثالثة، وهى دعوى شبهة، وهى دعوة الأب ولد أمة ابنه فيثبت منه النسب وإن لم يصدقه ابنه بشرط أن تكون الأمة فى ملك ابنه من حين العلوق إلى حين الدعوة (قوله وهو أن يكون أصل العلوق فى ملك المدعى) أى حقيقة أو حكما، كما إذا وطئ جارية ابنه فولدت فادعاه فإنه يثبت ملكه فيها ويثبت عتق الولد ويضمن قيمتها لولده كما تقدم، وحينئذ فيكون النوع الثانى على قسمين دعوة الملك ودعوة شبهة الملك فتبقى الدعوة نوعين لا ثلاثة، لكن الإتقانى جعلها ثلاثة كما قدمناه عن أبى السعود (قوله وهو بخلافه) بأن لا يكون العلوق فى ملك المدعى (قوله واستنادها لوقت العلوق) عطف علة على معلول. قال فى الدرر: والأولى أولى لأنها أسبق لاستنادها حلبى. وأنث باعتبار المعنى (قوله مبيعة) ولو بيعا بخيار للبائع أو المشترى أولها إلى وقت الولادة حموى. والظاهر أنه على قولها وإلا فمدة الخيار عنده ثلاثة أيام ط (قوله ولدت لأقل من ستة أشهر) أفاد أنهما اتفقا على المدة وإلا ففى التتارخانية عن الكافى: قال البائع بعتها منك منذ شهر والولد منى وقال المشترى بعتها منى لأكثر من ستة أشهر والولد ليس منك فالقول للمشترى بالاتفاق، فإن أقاما البينة فالبينة للمشترى أيضا عند أبى يوسف. وعند محمد للبائع وسيذكره الشارح بقوله ولو تنازعا الخ، وقيد بدعوى البائع، إذ لو ادعاه ابنه وكذبه المشترى صدقه البائع أولا فدعوته باطلة وتمامه فيها (قوله فادعاه البائع) أى ولو أكثر من واحد قهستانى،

(ثبت نسبه) منه إستحسانا لعلوقها فى ملكه ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض (و)إذا صحت استندت فـ (صارت أم ولده فيفسخ البيع ويرد الثمن ، و) لكن (إذا ادعاه المشترى

والأداء بالفاء يفيد أن دعوته قبل الولادة موقوفة ، فإن ولدت حيا ثبت وإلا فلا كما فى الاختيار ويلزم البائع أن الأمة لو كانت بين جماعة فشراها أحدهم فولدت فادعوه جميعا ثبت منهم عنده وخصاه باثنين وإلا فلا كما فى النظم ، وبالإطلاق أنه لو لم يصدق المشترى البائع وقال لم يكن العلوق عندك كان القول للبائع بشهادة الظاهر ، فإن برهن أحدهما فبينته ، وإن برهنا فبينة المشترى عند الثانى وبينة البائع عند الثالث كما فى المنية شرح الملتقى (قوله ثبت نسبه) صدقه المشترى أولا كما فى غرر الأفكار ، وأطلق فى البائع فشمل المسلم والذمى والحر والمكاتب ، كذا رأيته معزوا للاختيار ، وشرط أبو السعود أن لا يسبقه المشترى فى الدعوى (قوله استحسانا) أى لا قياسا ، لأن بيعه إقرار منه بأنها أمة فيصير مناقضا . والقياس أن لا يثبت ، وبه قال زفر والشافعى لأن بيعه إقرار كما علمت .

وجه الاستحسان أنه تناقض فى محل الخفاء فيغتفر لأن النسب يبتنى على العلوق ، وفيه من الخفاء مالا يخفى.

ونظيره المختلعة تدعى الطلاق وتريد الرجوع بالبدل مدعية أنه طلقها قبل الخلع تسمع دعواها وإن كانت متناقضة كما قدمناه لأن إقدامها على الخلع كالإقرار بقيام العصمة ، لكن لما كان التناقض فى محل الخفاء جعل عفوا لأن الزوج يستقل بالطلاق فلعله طلق ولم تعلم فإذا أقامت البينة على الطلاق قبلت (قوله لعلوقها الخ) قال فى المنح : ولنا أن مبنى النسب فيه على الخفاء فيعفى فيه التناقض فتقبل دعوته إذا تيقن بالعلوق فى ملكه بالولادة للأول فإنه كالبينة العادلة فى إثبات النسب منه ، إذ الظاهر عدم الزنا منها وأمر النسب على الخفاء ، فقد يظن المرء أن العلوق ليس منه ثم يظهر أنه منه فكان عذرا فى إسقاط اعتبار التناقض اهـ (قوله وإذا صحت) أى الدعوى (قوله فيفسخ البيع) لعدم جواز بيع أم الولد (قوله ويرد الثمن) لأن سلامة الثمن مبنية على سلامة المبيع (قوله ولكن إذا ادعاه المشترى الخ) قال العلامة أبو السعود فى حاشيته على مسكين : والحاصل أن البائع إذا ادعى ولد المبيعة فلا يخلو ، إما أن تجىء به لأقل من ستة أشهر أم لا . والثانى لا يخلو إما أن تجىء به لأقل من سنتين أم لا ، ثم ذلك لا يخلو إما أن يصدقه المشترى فى الدعوة أم لا ، وكل ذلك لا يخلو إما أن يسبقه المشترى فى الدعوة أم لا ، بأن ادعاه مع البائع أو بعده أو لم يدع أصلا ، وكل ذلك لا يخلو إما أن يكون الولد المدعى نسبه حيا أو ميتا ، والأول لا يخلو إما أن يوقع المشترى به ما لا يمكن نقضه كالعتق والتدبير ، أو ما يمكن كالبيع والكتابة والرهن والإجارة والهبة أم لا ، وكذلك الأم على هذا التقسيم إما أن تكون وقت الدعوة حية أو ميتة ، فإن كانت حية فإما أن يكون المشترى أوقع بها ما لا يمكن نقضه وهو العتق والتدبير ، أو يمكن وهو البيع والكتابة والرهن والإجارة والهبة والتزويج .

إذا عرف هذا فنقول : إذا ادعى البائع ولد المبيعة ينظر إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر وهو حى لم يتصف بالعتق أو التدبير ولم يسبقه المشترى فى الدعوة ثبت النسب من البائع مطلقا صدقه المشترى أم لا ، فالتقييد بالحياة للاحتراز عن الوفاة حيث لا يثبت نسبه لأن الحقوق لا تثبت للميت ابتداء ولا عليه ، والتقييد بعدم اتصافه بالعتق أو التدبير للاحتراز عما إذا كان الولد عند الدعوة عتيقا أو مدبرا ، بأن أعتقه المشترى أو دبره حيث لا يثبت نسبه أيضا ، لأن ثبوت نسبه يستلزم نقض عتقه أو تدبيره ، وكل منهما بعد وقوعه لا ينتقض ، بخلاف ما إذا ادعى نسبه بعد أن باعه المشترى أو كاتبه أو رهنه أو وهبه أو آجره حيث يثبت نسبه وتنقض

قبله ثبت) نسبه (منه) لوجود ملكه وأميتها بإقراره، وقيل يحمل على أنه نكحها ثم استولدها ثم اشتراها .
(ولو ادعاه معه) أى مع ادعاء البائع (أو بعده لا) لأن دعوته تحرير والبائع استيلاد فكان أقوى كما مر
(وكذا) يثبت من البائع (لو ادعاه بعد موت الأم ،

هذه التصرفات ، والتقييد بعدم سبق المشترى البائع فى الدعوة للاحتراز عما إذا ادعاه قبله فإن النسب منه يثبت ولا يتصور بعده ثبوت النسب من البائع ، بخلاف ما إذا ادعاه معه أو قبله حيث لا تعتبر دعوة المشترى مع دعوة البائع لأن دعوة البائع أقوى لاستنادها إلى وقت العلوق ، بخلاف دعوة المشترى فإنها تقتصر ولا تستند لعدم كون العلوق فى ملكه ، فيفرق بين ما إذا ادعاه بعد موته أو عتقه أو تدبيره ، وبين ما إذا ادعاه بعد كتابته أو رهنه أو نحو ذلك ، ففى الثانى يثبت النسب لا فى الأول، بخلاف ما إذا ادعاه بعد موت أمه أو عتقها أو تدبيرها حيث لا يفترق الحال فى ثبوت النسب بين موتها وعتقها وتدبيرها وبين كتابتها وإجارتها وتزويجها ونحو ذلك مما سبق الكلام عليه ، بل يثبت نسب ولدها بالدعوة مطلقا ولا يمنع منه ثبوت هذه الأوصاف لأمه غير أنه فى الوجه الأول أعنى الموت وأخويه لا يثبت لها أمومية الولد ، أما فى الموت فلما سبق من أن الميت لا يثبت له الحقوق ابتداء ولا عليه ، وأما فى العتق ونحوه فلأن ثبوت أمومية الولد لها يستلزم نقض العتق وهو بعد وقوعه لا ينتقض فى الوجه الثانى ، أعنى الكتابة وأخواتها يثبت لها أمومية الولد بالتبعية لثبوت نسب الولد لعدم المانع لأن الكتابة ونحوها تنتقض ضمن ثبوت الاستيلاد لها ، هذا كله إذا ادعى نسبه والحال أنها قد جاءت به لأقل من ستة أشهر ، فإن جاءت به لأكثر ردت دعوته إلا أن يصدقه المشترى ، فإن صدقه ثبت منه النسب سواء جاءت به لأقل من سنتين أو لأكثر منهما، وهل يثبت لأمه الاستيلاد فينتقض البيع ويرد الثمن أم لا ؟ إن جاءت به لأقل من سنتين انتقض البيع وثبت لها الاستيلاد فتصير أم ولد البائع ويرد الثمن وإلا فلا (قوله قبله) أى قبل ادعاء البائع (قوله لوجود ملكه) وهو المجوّز للدعوى، ألا ترى أنه يجوز إعتاقه وإعتاق أمه (قوله وأميتها) بالرفع عطف على فاعل ثبت . ح : وهذا لو جهل الحال لما سبق فى الاستيلاد أنه لو زنى بأمة فولدت فملكها لم تصر أم ولد ، وإن ملك الولد عتق عليه، ومر فيه متنا استولد جارية أحد أبويه وقال: ظننت حلها لى فلا نسب ، وإن ملكه عتق عليه .

قال الشارح ثمة وإن ملك أمه لا تصير أم ولده لعدم ثبوت نسبه (قوله بإقراره) ثم لا تصح دعوى البائع بعده لاستغناء الولد بثبوت نسبه من المشترى ولأنه لا يحتمل الإبطال زيلعى (قوله وقيل يحمل الخ) أى حملا لحاله على الصلاح فإنه حيث لم يكن تحته حرة فنكاحه صحيح وإلا ففاسد وكلاهما يثبت به النسب ، ومع كل فدعوة البائع مقدمة ، لأن ملكه وقت العلوق محقق وملك المشترى مفروض فلا يعارضه تأمل ولم يذكر فى المنح ولا فى غيرها لفظة قيل (قوله لأن دعوته تحرير) على أنه لما ثبت نسبه من البائع بطل البيع فلم يدخل فى ملك المشترى فهو كأجنبى كما فى المقدسى .

قال ط : فيه أنها دعوة استيلاد أيضا إلا أن يقال إنها دعوة تحرير بعد دعوة البائع (قوله وكذا يثبت من البائع لو ادعاه بعد موت الأم) أى وقد ولدت لأقل من ستة أشهر وذلك لأن الولد هو الأصل فى النسب ولذلك تضاف إليه ويقال أم الولد والإضافة إلى الشىء أمارة أصالة المضاف إليه ولأنها تستفيد منه الحرية ، ألا ترى إلى قوله صلى الله تعالى عليه وسلم « أعتقها ولدها » قاله حين قيل به وقد ولدت مارية القبطية إبراهيم من رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم ألا تعتقها فالثابت لها حق الحرية وله حقيقة الحرية ، والحقيقة أولى من الحق فيستتبع

بخلاف موت الولد) لفوات الأصل (ويأخذه) البائع بعد موت أمه (ويسترد المشترى كل الثمن) وقالا حصته (وإعتاقهما) أى إعتاق المشترى الأم والولد (كموتهما) فى الحكم (والتدبير كالإعتاق) لأنه أيضا لايحتمل الإبطال

الأدنى ولايضره فوات التبع (قوله بخلاف موت الولد) أى دون الأم لفوات الأصل وهو الولد أى وقد ولدت لدون الأقل فلا يثبت الاستيلاد فى الأم لفوات الأصل لأنه استغنى بالموت عن النسب وكان الأولى للشارح التعليل بالاستغناء كما لا يخفى فتدبر .

وعللوا لموت الولد بتعذر ثبوت النسب فيه لأن الحقوق لا تثبت للميت ولا عليه كما سبق ، وإذا لم يثبت النسب لم يثبت الاستيلاد لأنه فرع النسب وكانت الأم بحالها إتقانى (قوله ويسترد المشترى كل الثمن) لأنه تبين أنه باع أم ولده وماليتها غير متقومة عنده فى العقد والغصب فلا يضمنها المشترى وعندهما متقومة فيضمنها هداية (قوله وقالا حصته) أى الولد فقط ، ولا يرد حصة الأم لأنها متقومة عندهما فتضمن بالغصب والعقد فيضمنها المشترى ، فإذا رد الولد دونها يجب على البائع رد حصة ما سلم له وهو الولد كى لا يجتمع البدل والمبدل فى ملكه ولا يجب رد حصة الأم .

قال الزيلعى : هكذا ذكروا الحكم على قولهما ، وكان ينبغى أن يرد البائع جميع الثمن عندهما أيضا ثم يرجع بقيمة الأم ، لأنه لما ثبت نسب الولد منه تبين أنه باع أم ولده وبيع أم الولد غير صحيح بالإجماع فلا يجب فيه الثمن ولا يكون لا جزاء المبيع منه حصة ، بل يجب على كل واحد من المتعاقدين رد ما قبضه إن كان باقيا وإلا فبدله اه .

قال المقدسى : لعل مرادهم ما ذكره بناء على أن الغالب تساوى الثمن والقيمة اه (قوله وإعتاقهما أى إعتاق المشترى الأم والولد) الواو بمعنى أو المجوزة للجمع (قوله كموتهما) حتى لو أعتق الأم لا الولد فادعى البائع أنه ابنه صحت دعوته وثبت نسبه منه ، ولو أعتق الولد لا الأم لم تصح دعوته لا فى حق الولد ولا فى حق الأم كما فى الموت ، أما الأول فلأنها إن صحت بطل إعتاقه وللعتق بعد وقوعه لا يحتمل البطلان . وأما الثانى فلأنها تبع له فإذا لم تصح فى حق الأصل لم تصح فى حق التبع ضرورة اه منح ، فقوله أما الأول أى عدم صحته فى حق الولد وقوله وأما الثانى أى عدم صحته(١) فى حق الأم .

ويشكل على قوله والعتق بعد وقوعه إلى آخره ما سيأتى متنا فى قوله باع أحد التوأمين إلى أن قال وبطل عتق المشترى . قال فى المنح لأن الذى عنده ظهر أنه حر الأصل وقال الشارح بأمر فوقه وهو حرية الأصل فكذا يقال هنا فينبغى أن تصح دعوته بعد الإعتاق لأنه ظهر أنه أعتق حر الأصل فلم يصح إعتاقه تأمل. وأجاب عنه العينى تبعا للزيلعى بأنه لو بطل فيه بطل مقصود الأجل دعوة البائع وأنه لا يجوز .

وفى مسئلة التوأمين تثبت الحرية فى الذى لم يبع ثم يتعدى إلى آخر ضمنا وتبعا ، إذ يستحيل أن يلحقا من ماء واحد وأحدهما حر والآخر رقيق ، وكم من شىء يثبت ضمنا وإن لم يثبت مقصودا اه .

فإن قلت : تحرير المشترى تبين أنه وقع فى غير ملكه لأنه أعتق حر الأصل فلم يصح عتقه يجاب بأنه أعتق ملكه فى وقت لا ينازعه فيه أحد فنفذ عتقه وثبت ولاؤه ، وكل من الولاء والإعتاق لا يحتمل النقض ، وبثبوت ذلك صار البائع مكذبا شرعا فى ادعائه فلم تصح دعوته وتبين صحة عتق المشترى (قوله لأنه أيضا لا يحتمل الإبطال) لثبوت بعض آثار الحرية كامتناع التمليك للغير منح ويرد عليه ما ورد على ما قبله ، وعلم

---

(١) أى صحة دعوته اه منه .

ويرد حصته اتفاقا ملتقى وغيره وكذا حصتها أيضا على الصحيح من مذهب الإمام كما فى القهستانى والبرهان ، ونقله فى الدرر والمنح عن الهداية على خلاف ما فى الكافى عن المبسوط .

وعبارة المواهب: وإن ادعاه بعد عتقها أو موتها ثبت منه وعليه رد الثمن واكتفيا برد حصته وقيل : لا يرد حصتها فى الإعتاق بالاتفاق اه فليحفظ .

(ولو ولدت) الأمة المذكورة (لأكثر من حولين من وقت البيع وصدقه المشترى ثبت النسب) بتصديقه (وهى أم ولده) على المعنى اللغوى .

جوابه مما مر عن العينى . والأولى أن يقول وإعتاقهما وتدبيرهما كموتهما إذ لا يظهر فائدة فى تشبيه الإعتاق بالموت ثم تشبيه التدبير بالإعتاق تأمل (قوله ويرد حصته اتفاقا) أى فيما إذا أعتق المشترى الأم أو دبرها فقط دون الولد فيقسم الثمن على قيمة الأم وقيمة الولد ، فما أصاب الولد يرده وما أصاب الأم لا يرده، وتعتبر قيمة الأم يوم القبض وقيمة الولد يوم الولادة لأنها دخلت فى ضمانه بالقبض وصار له قيمة بالولادة فتعتبر القيمة بذلك كما فى صدر الشريعة والشرنبلالية (قوله وكذا حصتها أيضا) أى فى التدبير والإعتاق . وأما فى الموت فيرد حصتها أيضا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى قولا واحدا كما يدل عليه كلام الدرر . قال : وفيما إذا أعتق المشترى الأم أو دبرها يرد البائع على المشترى حصته من الثمن عندهما . وعنده يرد كل الثمن فى الصحيح كما فى الموت كذا فى الهداية ح فصار الحاصل من هذا أن البائع يرد كل الثمن وهو حصة الأم وحصة الولد فى الموت والعتق عند الإمام ، ويرد حصة الولد فقط فيهما عندهما . وعلى ما فى الكافى يرد حصته فقط فى الإعتاق عند الإمام كقولهما(قوله على الصحيح من مذهب الإمام) لأن أم الولد لا قيمة لها عنده ولا تضمن بالعقد فيؤاخذ بزعمه (قوله ونقله فى الدرر والمنح عن الهداية) قال فى الدرر : وذكر فى المبسوط : يرد حصته من الثمن لا حصتها بالاتفاق ، وفرق على هذا بين الموت والعتق بأن القاضى كذب البائع فيما زعم حيث جعلها معتقة من المشترى فبطل زعمه ولم يوجد التكذيب فى فصل الموت فيؤاخذ بزعمه فيسترد حصتها كذا فى الكافى اه لكن رجح فى الزيلعى كلام المبسوط وجعله هو الرواية فقال بعد نقل التصحيح عن الهداية : وهو يخالف الرواية، وكيف يقال يسترد جميع الثمن والبيع لم يبطل فى الجارية حيث لم يبطل إعتاقه ، بل يرد حصة الولد فقط بأن يقسم الثمن على قيمتهما يعتبر قيمة الأم يوم القبض لأنها دخلت فى ضمانه بالقبض وقيمه الولد يوم الولادة لأنه صار له القيمة بالولادة فتعتبر قيمته عند ذلك اه وقدمناه قريبا فلا تغفل عنه (قوله على خلاف ما فى الكافى عن المبسوط) من أنه لا يرد حصتها عنده أيضا وقد تقدم ذلك (قوله وقيل لا يرد حصتها فى الإعتاق بالاتفاق) هو المعتمد كما تقدم ، وهـذا من تتمة عبارة المواهب فلا يعترض بأنه مكرر لأنه عين ما فى المبسوط (قوله لأكثر من حولين) مثله تمام الحولين إذ لم يوجد اتصال العلوق بملكه يقينا وهو الشاهد والحجة شرنبلالية (قوله ثبت النسب بتصديقه) إذ عدم ثبوته لرعاية حقه . وإن صدقه زال ذلك المانع ولم يبطل بيعه بالجزم بأن العلوق ليس فى ملكه فلا تثبت حقيقة العتق ولا حقه لأنها دعوة تحرير ، وغير المالك ليس من أهله .

قال فى التاترخانية : وإن ادعاه المشترى وحده صح وكانت دعوة استيلاد ، وإن ادعياه معا أو سبق أحدهما صحت دعوة المشترى لا البائع (قوله على المعنى اللغوى) أى أنها كانت زوجته وأتت منه بولد وليست أم ولده بالمعنى الاصطلاحى ، وهى من استولدها فى ملكه لما تقدم من تيقن أنها فى غير ملكه .

والحاصل أن الاستيلاد لا يصح فى غير الملك ، بل لو ملكها بعد ذلك لصارت بعد ذلك أم ولده شرعا

(نكاحا) حملا لأمره على الصلاح .

بقى لو ولدت فيما بين الأقل والأكثر ، إن صدقه فحكمه كالأول لاحتمال العلوق قبل بيعه وإلا لاملتقى . ولو تنازعا

أيضا (قوله نكاحا) أى يحمل على أنه زوجه إياها المشترى وإلا كان زناويعطى الولد حكم ولد أمة الغير المنكوحة فيكون للمشترى والنسب ثابت من البائع . وفى الشرنبلالية : ويبقى الولد عبدا ، فهو كالأجنبى إذا ادعاه لأنه بتصادقهما أن الولد من البائع لا يثبت كون العلوق فى ملكه لأن البائع لا يدعى ذلك ، وكيف يدعي والولد لايبقى فى البطن أكثر من سنتين فكان حادثا بعد زوال ملك البائع ، وإذا لم يثبت العلوق فى ملك البائع لا يثبت حقيقة العتق للولد ولا حق العتق للأمة ولا يظهر بطلان البيع ، ودعوى البائع هنا دعوة تحرير ، وغير المالك ليس بأهل لها اه (قوله حملا لأمره على الصلاح) علة لقوله نكاحا : أى فهو ولد نكاح لازنا حملا الخ .

والحاصل أنه لو ولدت لأكثر من سنتين من وقت البيع ردت دعوة البائع إلا إذا صدقه المشترى فيثبت النسب منه ، ويحمل أن البائع استولدها بحكم النكاح حملا لأمره على الصلاح ويبقى الولد عبدا للمشترى ولا تصير الأمة أم ولد للبائع ؛ كما لو ادعاه أجنبي آخر لأن بتصادقهما أن الولد من البائع لايثبت كون العلوق فى ملكه لأن البائع لا يدعى ذلك ، وكيف يدعى والولد لايبقى فى بطن أمه أكثر من سنتين فكان حادثا بعد زوال ملك البائع ، وإذا لم يثبت العلوق فى ملك البائع لا يثبت حقيقة العتق للولد ولا حق العتق للأمة ، ولا يظهر بطلان البيع ، ودعوة البائع هنا دعوة تحرير غير المالك ليس بأهلها فلذا حول الشارح رحمه الله تعالى العبارة وحملها على المعنى اللغوى ، لكن إنما يتم هذا الحمل إذا لم يكن تحته حرة ، أما لو كان فإن نكاحه لايصح ومع ذلك يثبت به النسب كما مر (قوله فيما بين الأقل والأكثر) المراد بالأقل آخر الأقل من ستة أشهر ليشمل ماإذا ادعاه فى ستة أشهر كما أفاده القهستانى (قوله فحكمه كالأول) يعنى يثبت نسبه وأميتها فيكون الولد حرا ويفسخ البيع ويرد الثمن لاحتمال أن يكون العلوق فى ملك البائع درر .

قال أبو السعود : والحاصل أن رد الدعوة فيما إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر لولا التصديق لا فرق فيه بين ما إذا جاءت به لأقل من سنتين أو لأكثر إلا من جهة ثبوت الاستيلاد للأم بعد التصديق ونقض البيع فيها ورد الثمن أى فى الأقل منهما دون الأكثر اه بتصرف ط (قوله لا حتمال العلوق قبل بيعه) قال فى التاترخانية : هذا الذى ذكرنا إذا علمت المدة فإن لم تعلم أنها ولدت لأقل من ستة أشهر أو لأكثر إلى سنتين أو أكثر من وقت البيع ، فإن ادعاه البائع لا يصح إلا بتصديق المشترى ، وإن ادعاه المشترى يصح ، وإن ادعياه معا لاتصح دعوة واحد منهما ، وإن سبق أحدهما ، فلو المشترى صحت دعوته ، ولو البائع لم تصح دعوة واحد منهما (قوله وإلا لا) أى لا يصدقه بأن كذبه ولم يدعه أو ادعاه أو سكت فإنه لا يجرى حكم الأول فيه فهو أعم من قوله ولو تنازعا .

والحاصل أنه يثبت نسبه وتصير أم ولده شرعا لا على المعنى اللغوى كما فى الصورة التى قبلها ، ويرد الثمن ويجرى فيه ما تقدم من التفاريع كلها (قوله ولو تنازعا) أى فى كونه لأقل من ستة أشهر أو لأكثر بأن قال البائع بعتهالك منذ شهر والولد منى وقال المشترى لأكثر من ستة أشهر والولد ليس منك فالقول للمشترى لأنه مدعى الصحة فالظاهر شاهد له ، وكذا لو ادعى الولد صحت دعوته لوقوع العلوق فى ملكه دون البائع تمكنا للحال ، وأما إذا سكت فقد تقدم حكم سكوت المدعي عليه بعد الدعوى فإنه يجعل إنكارا ، فقوله ولو تنازعا

فالقول للمشترى اتفاقا ، وكذا البينة له عند الثانى خلافا للثالث شرنبلالية وشرح مجمع .

وفيه : لو ولدت عند المشترى ولدين أحدهما لدون ستة أشهر والآخر لأكثر ثم ادعى البائع الأول ثبت نسبهما بلا تصديق المشترى .

(باع من ولد عنده ادعاه بعد بيع مشتريه ثبت نسبه) لكون العلوق فى ملكه (ورد بيعه) لأن البيع يحتمل النقض (وكذا) الحكم (لو كاتب للولد أورهنه منه أو آجره

يشمل الصور الثلاث (قوله فالقول للمشترى اتفاقا) لأنه ينكر دعوى البائع نقض البيع ولأنه واضع اليد فهو منكر والآخر خارج فهو مدع والبينة للمشترى (قوله وكذا البينة له عند الثانى) لأنه أثبت زيادة مدة للشراء وهذا أمر حادث وهو صحة ملكه (قوله خلافا للثالث) فقال البينة بينة البائع لأنه يثبت نسب الولد واستيلاد الأمة ونقض البيع حموى عن الكافى أى وهو إثبات خلاف الظاهر كما هو شأن البينات ، لأن الظاهر وقوع العقد صحيحا ، وبينة البائع أثبتت فساده فكانت أولى بالقبول ، ولأن البائع يدعى فساد العقد والمشترى ينكره والبينة بينة المدعى ، والذى يظهر أوجهية قول محمد فليتأمل (قوله والآخر لأكثر) أى وليس بينهما ستة أشهر (قوله ثبت نسبهما) أى التوأمين من البائع لأنهما خلقا من ماء واحد . وإذا صحت الدعوى فيهما كانت فى حكم أول مسألة من الفصل فيفسخ البيع ويرد الثمن فتأمل .

وفى الإتقانى عن المغرب : يقال هما توأمان كما يقال هما زوجان ، وقولهم هما توأم وهما زوج خطأ اه (قوله لكون العلوق فى ملكه) أى فهو كالبينة الشاهدة له على مدعاه وهذا يفيد تقييد المصنف ، فقوله باع من ولد عنده أى وعلق عنده . أما إذا كان العلوق عند غيره والوضع عنده فهى دعوة تحرير ط (قوله ورد بيعه) لأنه تبين أنه باع حر الأصل ، وكذا يقال فيما بعده من كتابة الولد ورهنه ، أما فى إجارته فالذى يرد نفاذها ، أما لو رأى الأب إجازتها فينبغى أن يجوز لأن للأب إجارته فكذا يملك إجازة إيجار الفضولى له (قوله لأن البيع يحتمل النقض) أى وماله من حق الدعوى لا يحتمله فينتقض البيع لأجله (قوله وكذا الحكم لو كاتب) أى المشترى الولد أورهنه منه كذا فى نسخة ، ولا وجود للفظ منه فيما شرح عليه المصنف ولا فى أصله الذى نقل عنه وهو الدرر ، والضمير فى الأفعال راجع إلى المشترى .

واعلم أن عبارة الهداية هكذا : ومن باع عبدا ولد عنده وباعه المشترى من آخر ثم ادعاه البائع الأول فهو ابنه وبطل البيع ، لأن البيع يحتمل النقض وماله من حق الدعوة لا يحتمله فينتقض البيع لأجله ، وكذلك إذا كاتب الولد أو رهنه أو آجره أو كاتب الأم أو رهنها أو زوجها ثم كانت الدعوة ، لأن هذه العوارض تحتمل النقض فينقض ذلك كله وتصح الدعوة ، بخلاف الإعتاق والتدبير على ما مر . قال صدر الشريعة : ضمير كاتب إن كان راجعا إلى المشترى وكذا فى قوله أو كاتب الأم يصير تقدير الكلام ومن باع عبدا ولد عنده وكاتب المشترى الأم وهذا غير صحيح لأن المعطوف عليه بيع الولد لا بيع الأم فكيف يصح قوله وكاتب المشترى الأم ، وإن كان راجعا إلى من فى قوله ومن باع عبدا فالمسألة أن رجلا كاتب من ولد عنده أو رهنه أو آجره ثم كانت الدعوة فحينئذ لا يحسن قوله بخلاف الإعتاق لأن مسألة الإعتاق التى مرت ما إذا أعتق المشترى الولد لأن الفرق الصحيح أن يكون بين إعتاق المشترى وكتابته لا بين إعتاق المشترى وكتابة البائع إذا عرفت هذا فرجع الضمير فى كاتب الولد هو المشترى ، وفى كاتب الأم من فى قوله من باع اه .

أقول : الأظهر أن المرجع فيهما المشترى ، وقوله لأن المعطوف عليه بيع الولد لابيع الأم مدفوع بأن

أو كاتب الأم أو رهنها أو آجرها أو زوّجها ثم ادعاه) فيثبت نسبه وترد هذه التصرفات بخلاف الإعتاق كما مر .

(باع أحد التوأمين المولودين) يعنى علقا وولدا (عنده وأعتقه المشترى ثم ادعى البائع) الولد (الآخر ثبت نسبهما وبطل عتق المشترى) بأمر فوقه وهو حرية الأصل لأنهما علقا فى ملكه ،

المتبادر بيعه مع أمه بقرينة سوق الكلام ، ودليل كراهة التفريق بحديث سيد الأنام عليه الصلاة والسلام نعم كان مقتضى ظاهر عبارة الوقاية أن يقال بالنظر إلى قوله بعد بيع مشتريه ؛ وكذا بعد كتابة الولد ورهنه الخ لكنه سهو وانى على الدرر (قوله أو كاتب الأم) أى لو كانت بيعت مع الولد فالضمير فى الكل للمشترى وبه سقط ما فى صدر الشريعة (قوله وترد هذه التصرفات) لأنه باع حر الأصل فتصرف المشترى فى غير محله فينقض ، وهذا ظاهر فى غير الإجارة ، أما فيها فالذى يرد نفاذها إلى آخر ماقدمناه قريبا (قوله بخلاف الإعتاق) أى إعتاق المشترى ، ومثل الإعتاق التدبير كما فى عزمى زاده . قال : وكذلك إذا ادعاه المشترى أوّلا ثم ادعاه البائع حيث لايثبت النسب من البائع كما مر (قوله باع أحد التوأمين المولودين يعنى علقا وولدا) لما كان لفظ المصنف وهو قوله المولودين عنده محتملا لشيئين كون العلوق عنده أو عند غيره بأن اشتراها بعد الولادة أو اشترى أمهما وهى حبلى بهما وكان الحكم مختلفا فسره بقوله يعنى التى يؤتى بها إذا كان التفسير بغير الظاهر من اللفظ . قال فى الرمز تبعا للتبيين : هذا إذا كان العلوق فى ملكه بأن اشتراهما بعد الولادة أو اشترى أمهما وهى حبلى بهما أو باعها فجاءت بهما لأكثر من سنتين يثبت نسبهما أيضا لأنهما لا يفترقان فيه لكن لا يعتق الذى ليس فى ملكه ، وإن كان المشترى قد أعتقه لا يبطل عتقه لأن هذه الدعوى دعوة تحرير لعدم العلوق فى الملك ، بخلاف المسألة الأولى ، وهو ما إذا كان العلوق فى ملكه حيث يعتقان جميعا لأنها دعوة استيلاد فتستند ومن ضرورته عتقهما بدليل أنهما حرا الأصل فتبين أنه باع حرا اه ؛ فقوله أو باعها فجاءت بهما الخ أى ثم ملك واحد منهما فادعاه، وقوله علقا محترزه قوله حتى لو اشتراها حبلى الخ (قوله ثبت نسبهما) أى التوأمين من البائع لأن دعوة البائع صحت فى الذى لم يبعه لمصادفة العلوق والدعوى ملكه فيثبت نسبه ؛ ومن ضرورته ثبوت الآخر لأنهما من ماء واحد فيلزم بطلان عتق المشترى ، بخلاف ما إذا كان الولد واحدا . وتمامه فى الزيلعى (قوله وهو حرية الأصل) أى الثابتة بأصل الخلقة ، وأما حرية الإعتاق فعارضة ؛ وحرية الأصل هنا فى الذى أعتقه لأن الذى عند البائع ظهر أنه حر الأصل فاقتضى كون الآخر أيضا كذلك إلى آخر ماقدمناه (قوله لأنهما علقا فى ملكه) أى وقد خلقا من ماء واحد وهذا كله يصلح جوابا لما يرد من أن نقض الإعتاق مخالفا . لما سبق من أن العتق بعد وقوعه لا يحتمل الانتقاض والبطلان .

وحاصله أن الممنوع هو انتقاض العتق إلى الرقية وهى دونه لا إلى شىء فوقه وهى الحرية أى لأنها ثابتة بأصل الخلقة كما أفاده عزمى ، وهذا لا يتم ولا يطرد ؛ فإن فى السابقة وهى دعوة من والد عند المشترى لأقل من ستة أشهر فأعتقه لا يقبل مع أنه انتقض العتق بأمر فوقه ، وهذا الأمر لا يتم فى هذا المقام ؛ فإن حرية أحد التوأمين يظهر حرية الآخر وينعدم تأثير الإعتاق . وعبارة العينى : فإذا ثبت نسبهما بطل عتق المشترى إياه لأن دعوة البائع بهذه صحت فى الذى لم يبع ، ومن ضرورة ذلك ثبوت نسب الآخر لأنهما من واحد فيلزم منه بطلان عتق المشترى لكونهما حرى الأصل ، إذ يستحيل أن يكون أحدهما حر الأصل والآخر رقيقا وهما من ماء واحد بخلاف ما إذا كان الولد واحدا حيث لا يبطل فيه إعتاق المشترى ؛ لأنه لو بطل فيه بطل مقصودا لأجل حق الدعوى للبائع وأنه لا يجوز وهنا تثبت الحرية فى الذى لم يبع ثم تتعدى إلى الآخر ضمنا وتبعا ، وكم

حتى لو اشتراها حبلى لم يبطل عتقه لأنها دعوة تحرير فتقتصر عيني وغيره ، وجزم به المصنف .

ثم قال : وحيلة إسقاط دعوى البائع أن يقر البائع أنه ابن عبده فلان فلا تصح دعواه أبدا مجتبى .

من شيء يثبت ضمنا وإن لم يثبت مقصودا اه ، فالشارح رحمه الله تعالى ذكر آخر عبارة الدرر وترك صدرها فكان الأولى فى التعليل لأنهما علقا فى ملكه من ماء واحد ، فإذا ثبت حرية أحدهما ثبتت حرية الآخر تبعا والشيء قد يثبت تبعا وإن لم يثبت قصدا (قوله حتى لو اشتراها) أى البائع حبلى وجاءت بهما لأكثر من سنتين . عينى (قوله لم يبطل عتقه) قال الأكمل : ونوقض بما إذا اشترى رجل أحد توأمين واشترى أبوه الآخر فادعى أحدهما الذى فى يده بأنه ابنه يثبت نسبهما منه ويعتقان جميعا ولم تقتصر الدعوى . وأجيب بأن ذلك لموجب آخر ، وهو أن المدعى إن كان هو الأب فالابن قدملك أخاه ، وإن كان هو الابن فالأب قدملك حافده فيعتق ، ولو ولدت توأمين فباع أحدهما ثم ادعى أبو البائع الولدين وكذباه : أى ابنه البائع والمشترى صارت أم ولده بالقيمة وثبت نسبهما وعتق الذى فى يد البائع ، ولا يعتق المبيع لما فيه من إبطال ملكه الظاهر ، بخلاف النسب لأنه لا ضرر فيه .

والفرق بينه وبين البائع إذا كان هو المدعى أن النسب ثبت فى دعوى البائع بعلوق فى ملكه وهنا حجة الأب شبهة « أنت ومالك لأبيك » تظهر فى مال ابنه البائع فقط .

وفى التاترخانية : فإن باع الأمة مع أحد الوالدين ثم ادعى أبو البائع نسب الولدين جميعا وكذبه المشترى والبائع ، ففى قول محمد دعوى الأب باطلة . وعند أبى يوسف : ودعوى الأب لاتصح فى حق الأمة ولا تصير أم ولده . وتصح دعوته فى حق الولدين نسبا ، ولا يحكم بحرية المبيع ، والولد الثانى حر بالقيمة ، وإن صدق المشترى وكذب البائع فالأمة تصير أم ولده اتفاقا وعليه قيمتها للابن ، ويثبت نسب الولدين منه ، والمبيع حر بالقيمة على الأب عند أبى يوسف . وعند محمد حر بغير القيمة ، وإن صدقه البائع وكذبه المشترى ثبت نسب الولدين من أبى البائع ، فمن المشايخ من ظن أن ثبوت نسبهما من أبى البائع قول أبى يوسف ، وقول محمد ينبغى أن لا يثبت نسبهما منه . والصحيح أن ماذكره محمد قول الكل ولم يذكر محمد حكم الأم .

وقال أبو حازم والقاضى أبو الهيثم على قياس أبى يوسف ومحمد : يضمن البائع قيمتها للأب لا على قول أبى حنيفة . وقال أكثر مشايخنا : لا يضمن شيئا لصاحبه بالاتفاق ، كذا فى المقدسى .

وفيه : رجل حملت أمته عنده وولدت فكبر عنده فزوجه أمة له فولدت له ابنا فباع المولى هذا الابن وأعتقه المشترى فادعى البائع نسب الأكبر ثبت وبطل العتق ، وإن ادعى نسب الثانى لا تسمع ، ولو باع الأم مع أحدهما ثم ادعى الأب صحت عند أبى يوسف وثبت نسبهما والولد المبيع مع أمه بقيا على ملك المشترى ، وعند محمد لاتصح (قوله لأنها دعوة تحرير) لعدم العلوق فى ملكه (قوله فتقتصر) بخلاف المسألة الأولى ، وهو ما إذا كان العلوق فى ملكه حيث يعتقان جميعا لما ذكر أنها دعوة استيلاد فتستند ومن ضرورته عتقهما بطريق أنهما حرا الأصل فتبين أنه باع حرا عينى (قوله فلا تصح دعواه أبدا) أى وإن جحد العبد ، وهذا عند الإمام ، وعندهما تصح دعواه إن جحد العبد .

ووجه قول الإمام أن الإقرار بالنسب من الغير إقرار بما لا يحتمل النقض فلا تصح دعوة المقر بعد ذلك ، وإنما قلنا إنه لا يحتمل النقض لأن فى زعم المقر أنه ثابت النسب من الغير والنسب إذا ثبت لا ينتقض بالجحود والتكذيب ، ولهذا لو عاد المقر له إلى تصديقه جاز وثبت النسب منه وصار كالذى لم يصدقه ولم يكذبه ط

وقد أفاده بقوله (قال) عمرو (لصبي معه) أو مع غيره عيني (هو ابن زيد) الغائب (ثم قال هو ابني لم يكن ابنه) أبدا (وإن) وصلية (جحد زيد بنوته) خلافا لهما ، لأن النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته ، حتى لو صدقه بعد تكذيبه صح ، ولذا لو قال لصبي هذا الولد مني ثم قال ليس مني لايصح نفيه لأنه بعد الإقرار به لاينتفي بالنفي فلا حاجة إلى الإقرار به ثانيا ، ولا سهو في عبارة العمادي

(قوله وقد أفاده) أي أفاد نظيره لا عينه (قوله معه أو مع غيره) أشار إلى أن ما وقع من التقييد بكونه معه ليس احترازيا . قال الزيلعي : لا يشترط لهذا الحكم أن يكون الصبي في يده ، واشتراطه في الكتاب وقع اتفاقيا اهـ شرنبلالية (قوله الغائب) إتقاني أيضا (قوله خلافا لهما) فقالا تصح دعوة المقر بعد جحود المقر له أن يكون ابنه ، لأن إقراره له بطل بجحود المقر له فصار كأنه لم يقر ، وقد تقدم توجيه قول الإمام ، وذكره المؤلف .

وعبارة الدرر : هما قالا إذا جحد زيد بنوته فهو ابن لمقر ، وإذا صدقه زيد أو لم يدر تصديقه ولا تكذيبه لم تصح دعوة المقر عندهم .

لهما أن الإقرار ارتد برد زيد فصار كأن لم يكن ، والإقرار بالنسب يرتد بالرد ؛ ولهذا إذا أكره على الإقرار بالنسب فأقر به لايثبت ، وكذا لو هزل به ، وإن لم يحتمل النسب نفسه النقض ، وله أن النسب لايحتمل النقض بعد ثبوته ، والإقرار بمثله لايرتد بالرد : أي بمثل مالا يحتمل النقض إذ تعلق به حق المقر له ، حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه . وأيضا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له اهـ .

قال قاضيخان : ومن جملة النسب لايرتد بالرد في حق المقر لأن في زعمه أنه ثابت النسب من الغير فيصلح حجة في حق نفسه وإن لم يصلح على الغير ، كمن أقر بحرية عبد إنسان وكذبه المولى لايبطل إقراره في حق نفسه حتى لو ملكه بعد ذلك يعتق عليه اهـ ولا يرتد بالرد في حق المقر ، ومن ذلك لو صدقه الخ ولا في حق الولد لاحتياجه إلى النسب (قوله بعد ثبوته) وهنا أثبت من جهة المقر للمقر له (قوله حتى لو صدقه) أي صدق المقر له المقر ، وفي التفريع خفاء لأنه ليس هذا متفرعا على مازعمه بل على أن الإقرار بما لايحتمل النقض لايرتد بالرد إذا تعلق به حق الغير ، كمن أقر بحرية عبد غيره فكذبه مولاه فيبقى في حق المقر حرا ولا يرتد بالرد ، حتى لو ملكه عتق عليه ، وكمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة فادعاه الشاهد لاتقبل .

ولا يرد مالو أقر المشتري على البائع باعتاق المبيع قبل البيع وكذبه البائع ثم قال المشتري أنا أعتقه يتحول الولاء إليه لأنها من محل الخلاف ، ولو سلم فالنسب ألزم من الولاء لقبوله التحول من موالي الأم إلى موالي الأب أو إلى مولى آخر فيما لو ارتدت المعتقة ثم سبيت بعد مالحقت فاشتراها آخر وأعتقها .

ولا يرد أيضا مالو أقر أن عبده ابن الغير ثم ادعاه حيث يعتق لأن العتق ليس لثبوت نسبه منه ، بل لأن إقراره يسري على نفسه كقوله لعبده الثابت نسبه من غيره هو ابني . وعبارة الدرر كما سمعتها في المقولة السابقة : فظهر أنه مفرع على تعلق حق المقر له به تأمل (قوله فلا حاجة إلى الإقرار به ثانيا) بأن يقول هو ابني (قوله ولا سهو في عبارة العمادي) عبارته هكذا : هذا الولد ليس مني ثم قال هو مني صح ، إذ بإقراره بأنه منه ثبت نسبه فلا يصح نفيه ، قال في الدرر : هذا سهو لأن التعليل يقتضي أن هناك ثلاث عبارات : إثبات ونفي وعود إلى الإثبات .

قال الشرنبلالي : والذي يظهر لي أن عوده إلى التصديق ليس له فائدة في ثبوت النسب لأنه بعد الإقرار لاينتفي بالنفي .

كما زعمه منلاخسرو كما أفاده الشرنبلالى وهذا إذا صدقه الابن ، وأما بدونه فلا إلا إذا عاد الأبن إلى التصديق لبقاء إقرار الأب .

(ولو أنكر الأب الإقرار فبرهن عليه الابن قبل . وأما الإقرار بأنه أخوه فلا يقبل لأنه إقرار على الغير)

[فروع] لو قال لست وارثه ثم ادعى أنه وارثه وبين جهة الإرث صح ، إذ التناقض فى النسب عفو ، ولو ادعى بنوة العم لم يصح

وأقول : هذا يقرر مدعى الدرر ، وليس بجواب عن العمادى .

وفى الزيلعى : نفى النسب عن نفسه لايمنع الإقرار به بعده ، بأن قال ليس هذا بابنى ثم قال هو ابنى اهـ .

وأقول : ليس فى عبارة العمادى سبق الإقرار على النفى ، وانظر تحقيقه فيما يأتيك فى المقولة الآتية (قوله كما زعمه منلا خسرو) راجع إلى المنفى الذى هو السهو ، ونصه قال : هذا الولد منى ثم قال هذا الولد ليس منى ثم قال هو منى صح ، إذ بإقراره بأنه منه تعلق حق المقر له إذ ثبت نسبه من رجل معين حتى ينتفى كونه مخلوقا من ماء الزنا ، فإذا قال ليس منى هذا الولد لايملك إبطال حق الولد ، فإذا عاد إلى التصديق صح .

أقول : قد وقعت العبارة فى الاستروشنية كالعمادية : هذا الولد ليس منى ثم قال هو منى صح ، إذ بإقراره أنه منه الخ الظاهر أنه سهو من الناسخ الأول . يدل عليه التعليل الذى ذكره لأنه يقتضى أن يكون هنا ثلاث عبارات : تمهيد الأولى إثبات البنوة ، والثانية نفيها ، والثالثة العود إلى الإثبات ، والمذكور فيهما العبارتان فقط .

قال الشرنبلالى : والذى يظهر لى أن اللفظ الثالث وهو قوله ثم قال هو منى ليس له فائدة لثبوت النسب لأنه بعد الإقرار به لاينتفى بالنفى ولا يحتاج إلى الإقرار به بعده فليتأمل اهـ ولذلك قال فى الخلاصة : ولو قال هذا الولد ليس منى ثم قال منى يصح . ولو قال منى ثم قال ليس منى لايصح النفى اهـ فاقتصر هنا على العبارتين كالعمادية والاستروشنية لكن كلام الشرنبلالى لايدفع كلام صاحب الدرر ؛ لأن مناقشته إنما هى فى إسقاط الأولى ، أما الثالثة فهى موجودة فى عبارة العمادية والاستروشنية . فصاحب الدرر ناقش : فى إسقاط الأولى والشرنبلالى فى إسقاط الثالثة تأمل .

والحاصل أن الاعتبار إنما هو إلى وجدان الإقرار سواء تقدم عليه النفى أو تأخر عنه كما علم من صريح الخلاصة . ومما ذكرنا ، فظهر أن الخلل فى سبك تعليل الاستروشنى وتبعه العمادى ، وأن منلا خسرو لم يتفطنه وظن أنه محتاج إلى عبارة أخرى وليس كذلك ، إذ الإقرار الواحد يكفى سواء وجد مقدما على النفى أو متأخرا عنه كما لايخفى فتدبر (قوله كما أفاده الشرنبلالى) راجع إلى النفى الذى هو عدم السهو ط عن الحلبى ، وتقدم نص عبارة الشرنبلالية ، ومقتضى مايظهر لى أنه راجع إلى قوله فلا حاجة إلى الإقرار به ثانيا (قوله وهذا) أى ثبوت النسب إذا صدقه الابن ، أما بدونه فلا لأنه إقرار على الغير بأنه جزؤه فلا يتم إلا بتصديق ذلك الغير وهذا التفصيل إنما يأتى فى الإقرار بصبى يعبر عن نفسه ، أما لو كان صغيرا لايعبر عن نفسه يصدق المقر استحسانا كما فى الخلاصة (قوله أما بدونه فلا) أى فلا يتم إلا بتصديق ذلك الغير (قوله لبقاء إقرار الأب) لأن إقرار الأب لم يبطل لعدم تصديق الابن فيثبت النسب كما فى الدرر (قوله قبل) لأنه إقرار على نفسه بأنه جزؤه درر (قوله فلا يقبل) أى على الغير (قوله وبين جهة الإرث صح) قال فى جامع الفصولين : إذ إثبات الوراثة لايصح مالم يعين جهة الإرث (قوله ولو ادعى بنوة العم) عبارة الدرر : ادعى الأخوة ولم يذكر اسم الجد صح ، بخلاف دعوى كونه ابن عمه حيث يشترط فيها ذكر اسم الجد كما فى العمادية ح .

مالم يذكر اسم الجد .

وفى الخيرية : ومما صرحوا به أن دعوى بنوة العم تحتاج إلى ذكر نسبة العم والأم إلى الجد ليصير معلوما لأنه لايحصل العلم للقاضى بدون ذكر الجد، وتحقق العمومة بأنواع منها العم لأم ذكره فى كتاب الوقف .

وفى التنقيح أن الشهود إذا شهدوا بنسب ، فإن القاضى لايقبلهم ولا يحكم به إلا بعد دعوى مال إلا فى الأب والابن وأن ينسب الشهود الميت والمدعى لبنوة العمومة حتى يلتقيا إلى أب واحد وأن يقول هو وارثه لاوارث له غيره كما صرح قاضيخان ، ولابد أن يكون الأب الواحد الملتقى إليه معروفا للقاضى بالاسم والنسب بالأب والجد إذ الخصام فيه ، والتعريف بذلك عند الإمام الأعظم رحمه الله تعالى ، وعليه الفتوى ، فإذا لم يوجد شرط من هذه الشروط لاتقبل البينة ولا يصح القضاء بها ، وينبغى الاحتياط بالشهادة بالنسب سيما فى هذا الزمن .

قال الحامدى : قلت هذا مناقض لما ذكره فى الظهيرية والعمادية وغيرهما من أنه يشترط ذكر الجد الذى التقيا إليه وقد مثل له فى الظهيرية مثالا ولم يذكر اسم أب الجد ولا اسم جده ، لكن أفتى الإمام أبو السعود باشتراط ذكر الأب كما ذكره اليشمقجى فى فتاويه، وأظن أن الرحيمية(١) اشترط ذلك بناء على قولهم كصاحب التنوير وغيره : إذا كانت الدعوى على غائب يشترط ذكر أبيه وجده ، وإن حكم بدون ذكر الجد نفذ وأنه ظن أن الدعوى على الجد الذى التقيا إليه والحال أن الدعوى على الميت الذى يطلبون إرثه فتنبه اه .

قال فى الدرر : قال أحد الورثة : لادعوى لى فى التركة لاتبطل دعواه ، لأن ماثبت شرعا من حق لازم لايسقط بالإسقاط ، كما لو قال لست ابنا لأبى قال ذو اليد ليس هذا لى ونحوه : أى ليس ملكى ولاحق لى فيه ونحو ذلك ولا منازع ثمة ثم ادعاه فقال : أى ذو اليد هو لى صح والقول قوله ؛ لأن هذا الكلام لم يثبت حقا لأحد ، لأن الإقرار للمجهول باطل والتناقض إنما يبطل إذا تضمن إبطال حق على أحد ، ولو كان ثمة منازع كان إقرارا له فى رواية وهى رواية الجامع الصغير ، وفى أخرى لاوهى رواية دعوى الأصل ، لكن قالوا : القاضى يسأل ذا اليد أهو ملك المدعى ؟ فإن أقر به أمره بالتسليم إليه ، وإن أنكر أمر المدعى بإقامة البينة عليه ولو قاله : أى قال ليس هذا لى ونحوه الخارج لايدعى ذلك الشىء بعده للتناقض وإنما لم يمنع ذو اليد على مادر لقيام اليد كذا فى العمادية .

أقول ، لكن قيده فى جامع الفصولين بما إذا قال ذلك مع وجود النزاع ، أما لو قاله قبل النزاع فعلى الخلاف على عكس ذى اليد ، وقوله لقيام اليد وهو دليل الملك فنفى الملك عن نفسه من غير إثبات للغير لغو .

وفى الدرر أيضا : ادعى العصوبة وبين النسب وبرهن الخصم أن النسب بخلافه ، إن قضى بالأول لم يقض به وإلا تساقطا للتعارض وعدم الأولوية (قوله ما لم يذكر اسم الجد) بخلاف الأخوة فإنها تصح بلا ذكر الجد كما فى الدرر .

واعلم أن دعوى الأخوة ونحوها مما لو أقر به المدعى عليه لا يصح مالم يدع قبله مالا .

قال فى الولوالجية : ولو ادعى أنه أخوه لأبويه فجحد فإن القاضى يسأله ألك قبله ميراث تدّعيه أو نفقة أو حق من الحقوق التى لا يقدر على أخذها إلا بإثبات النسب ، فإن كان كذلك يقبل القاضى ببينته على إثبات النسب وإلا فلا خصومة بينهما، لأنه إذا لم يدّع ما لا لم يدع حقا لأن الأخوّة المجاورة بين الأخوين فى الصلب

---

(١) (قوله الرحيمية) هكذا بالأصل ، فليحرر .

ولو برهن أنه أقر أنى ابنه تقبل لثبوت النسب بإقراره : ولا تسمع إلا على خصم هو وارث أو دائن أو مديون أو موصى وله لو أحضر رجلا ليدعى عليه حقا لأبيه وهو مقربه أولا فله إثبات نسبه بالبينة عند القاضى بحضرة ذلك الرجل .

ولو ادعى إرثا عن أبيه ، فلو أقر به أمر بالدفع إليه ولا يكون قضاء على الأب ، حتى لو جاء حيا يأخذه من الدافع والدافع على الابن ولو أنكر قيل للابن برهن على موت أبيك وأنك وارثه ولا يمين والصحيح تحليفه

أو الرحم : ولو ادعى أنه أبوه وأنكر فأثبته يقبل ، وكذا عكسه وإن لم يدع قبله حقا ، لأنه لو أقر به صح فينتصب خصما وهذا لأنه يدعى حقا فإنّ الابن يدعى حق الانتساب إليه والأب يدعى وجوب الانتساب إلى نفسه شرعا . وقال عليه الصلاة والسلام : « من انتسب إلى غير أبيه أو انتمى إلى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين » اه ملخصا .

قال فى البزازية : ادعى على آخر أنه أخوه لأبويه ، إن ادعى إرثا أونفقة وبرهن تقبل ويكون قضاء على الغائب أيضا ، حتى لو حضر الأب وأنكر لا يقبل ولا يحتاج إلى إعادة البينة لأنه لا يتوصل إليه إلا بإثبات الحق على الغائب ، وإن لم يدّع مالا بل ادعى الأخوة المجردة لا يقبل لأن هذا فى الحقيقة إثبات البنوة على أب المدعى عليه والخصم فيه هو الأب لا الأخ ، وكذا لو ادعى أنه ابن ابنه أو أبو أبيه والابن والأب غائب أوميت لايصح ما لم يدع مالا ، فإن ادعى مالا فالحكم على الغائب والحاضر جميعا كما مر ، بخلاف ما إذا ادعى رجل أنه أبوه أو ابنه وتمامه فيها (قوله ولو برهن الخ) مكرر مع ما قدمه قريبا (قوله تقبل لثبوت النسب بإقراره) أى ويزاحم الوارث المعروف ، ويظهر أن الأبوة مثل ذلك كما علمت مما مر .

بقى : فيما لم يثبت بإقراره فيشترط أن يدعى حقا آخر كإرث أو نفقة ، فلو برهنت أنه عمها مريدة النفقة منه فبرهن على زيد أنه أخوها برئ العم ، بخلاف دعوى الأبوة كما فى الهندية .

وقال فى جامع الفصولين : أقر ذو ابن بأن فلانا وارثه ثم مات الابن ثم المقر يأخذ المقر له المال يعنى بحكم الوصية لأن هذا وصية ، حتى لو قال هو قريبى ومات المقر عن زوجة أخذت الربع والباقى للمقر له اه وأشار بهذا إلى أنه لايلزم معرفة جهة القرابة وإلا فإنه لوادعى الإرث بالأخوة يلزم ، والله تعالى أعلم (قوله ولاتسمع) أى بينة الإرث كما فى الفصولين ، لكن فى الأشباه تقبل الشهادة حسبة فى النسب .

ويمكن أن يوفق بينها وبين ما هنا فيما إذا لم يكن خصم ، كما لو ترك صغيرا وارثا فإن الشهادة حسبة تقبل ولا تكون التركة فى بيت المال ، بخلاف ما إذا حصل خصام من الورثة مع المدعى فلابد مما ذكر هنا (قوله وهو وارث) وكذا على الوصى نور العين (قوله أو دائن) أى على ما ذكره الخصاف وخالفه بعض المشايخ وانظر ما صورته ولعل صورته أن يدعى دينا على الميت وينصب له القاضى من يثبت فى وجهه دينه فحينئذ يصير خصما لمدعى الإرث ومثل ذلك يقال فى الموصى له تأمل .

ويمكن التصوير لهما : أى الوارث والدائن بأن يكون دفع القاضى التركة للدائن بدينه ثم حضر مدعى الإرث ونازع الدائن بأنه يريد استلام التركة ودفع جميع الدين إليه فأنكر الدائن أن يكون المدعى وارث الميت يكون خصما فى إثبات النسب (قوله فلو أقر) أى المدعى عليه (قوله به) أى بالبنوة بالموروث (قوله والدافع على الابن) على بمعنى من أو متعلق بمحذوف : أي ويرجع الدافع على الابن (قوله ولو أنكر) أى المدعى عليه دعوة البنوة (قوله والصحيح تحليفه) أى تحليف المنكر على العلم أى على أنه لا يعلم أنك ابن فلان ، فإذا

على العلم بأنه ابن فلان وأنه مات ثم يكلف الابن البينة بذلك ، وتمامه فى جامع الفصولين من الفصـــل السابع والعشرين .

(ولو كان) للصبى (مع مسلم وكافر فقال المسلم هو عبدى وقال الكافر هو ابنى فهو حر ابن الكافر) لنيله الحرية حالا والإسلام مآلا ، لكن جزم ابن الكمال بأنه يكون مسلما لأن حكمه حكم دار الإسلام وعزاه للتحفة فليحفظ .

(قال زوج امرأة لصبى معهما هو ابنى من غيرها وقالت هو ابنى من غيره

أراد الولد أخذ المال كلف إقامة البينة على مدعاه (قوله على العلم) أى على نفى العلم (قوله بأنه ابن فلان) الظاهر أن تحليفه على أنه ليس بابن فلان إنما هو إذا أثبت المدعى الموت وإلا فلافائدة فى تحليفه إلا على عدم العلم بالموت تأمل (قوله ثم يكلف الابن الخ) أى إن حلف ، وإن نكل يكون مقرا ، فإن كان منكرا للمال يحلف عليه (قوله وتمامه فى جامع الفصولين) حيث قال : ولو نكل يصير مقرا بنسب وموت ، وصار كما لو أقر بهما صريحا وأنكر المال ، ولو كان كذلك لايجعل القاضى الابن خصما فى إقامة البينة على إثبات المال ولكن يجعله خصما فى حق التحليف على المال وأخذه منه فيحلفه بتا (قوله من الفصل السابع والعشرين) صوابه الثامن والعشرين (قوله هو عبدى) قيد به لأنه لو قال هو ابنى يقدم المسلم (قوله والإسلام مآلا) لظهور دلائل التوحيد لكل عاقل، وفى العكس يثبت الإسلام تبعا ، ولا يحصل له الحرية مع العجز عن تحصيلها درر .

واستشكله الأكمل بمخالفته لقوله تعالى — ولعبد مؤمن خير من مشرك — ودلائل التوحيد وإن كانت ظاهرة لكن الألفة مع الكفار مانع قوى، ألا ترى أن آباءه كفروا مع ظهور أدلة التوحيد، ويؤيده أن الذمية المطلقة أحق بولدها المسلم ما لم يعقل الأديان أو يخف أن يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده . وأجاب بأن قوله تعالى — ادعوهم لآبائهم — يوجب دعوة الأولاد لآبائهم ، ومدعى النسب أب لأن دعوته لا تحتمل النقض فتعارضت الآيتان وكفر الآباء جحود والأصل عدمه ، ألا ترى إلى انتشار الإسلام بعد الكفر فى الآفاق . وأما الحضانة فتركها لا يلزم منه رق اه ، بخلاف ترك النسب هنا فإن المصير بعده إلى الرق وهو ضرر عظيم لا محالة اه .

أقول : لكن بعد استدراك الشارح الآتى عن ابن كمال بأنه يكون مسلما فلا إشكال وإن اعترض عليه فإنك ستسمع الاعتراض والجواب . قال فى شرح الملتقى : وهذا إذا ادعياه معا ، فلو سبق دعوى المسلم كان عبدا له ، ولوادعيا البنوة كان ابنا للمسلم إذ القضاء بنسبه من المسلم قضاء بإسلامه (قوله لكن جزم ابن الكمال بأنه يكون مسلما) أى تبعا للدار وابنا للكافر بالدعوة كما صرح به فيه لأن حكمه حكم دار الإسلام ، وفيه أنه لا عبرة للدار مع وجود أحد الأبوين ح .

قلت : يخالفه ما ذكروا فى اللقيط لو ادعاه ذمى يثبت نسبه منه وهو مسلم تبعا للدار ، وتقدم فى كتابه عن الولوالجية : ولا يقال إن تبعية الدار إنما تكون عند فقد الأبوين لأن تبعيته قبل ثبوت أن الذمى أب له حيث كان فى يد المسلم والكافر يتنازعان فيه ، وهو قول فى غاية الحسن وإن كان مخالفا الظاهر تعليل الهداية وغيرها فليتبصر (قوله قال زوج امرأة لصبى معهما) أى فى يدهما احترز به عما لو كان فى يد أحدهما .

قال فى التاترخانية : وإن كان الولد فى يد الزوج أو يد المرأة فالقول للزوج فيهما ، وقيد بإسناد كل منهما الولد إلى غير صاحبه، لما فيها أيضا عن المنتقى: صبى فى يد رجل وامرأة قالت المرأة هذا ابنى من هذا الرجل

فهو ابنهما) إن ادعيا معا وإلا ففيه تفصيل ابن كمال وهذا (لو غير معبر وإلا) بأن كان معبرا (فهو لمن صدقه)

وقال ابني من غيرها يكون ابن الرجل ولا يكون للمرأة ، فإن جاءت بامرأة شهدت على ولادتها إياه كان ابنها منه وكانت زوجته بهذه الشهادة ، وإن كان في يده وادعاه وادعت امرأته أنه ابنها منه وشهدت امرأة على الولادة لا يكون ابنها منه بل ابنه لأنه في يده ، واحترز عما فيها أيضا : صبي في يد رجل لايدعيه أقامت امرأة أنه ابنها ولدته ولم تسمّ أباه وأقام رجل أنه ولد في فراشه ولم يسم أمه يجعل ابنه من هذه المرأة ولايعتبر الترجيح باليد ، كما لو ادعاه رجلان وهو في يد أحدهما فإنه يقضى لذى اليد (قوله فهو ابنهما) لأن كل واحد منهما أقر للولد بالنسب وادعى ما يبطل حق صاحبه ولا رجحان لأحدهما على الآخر لاستواء أيديهما فيه فيكون ابنهما ، هذا إذا كان لا يعبر عن نفسه وإلا فهو لمن صدقه عيني (قوله إن ادعيا) هذا إذا كان النكاح بينهما ظاهرا ، وإن لم يكن ظاهرا بينهما يقضى بالنكاح بينهما هندية عن شرح الطحاوى (قوله وإلا ففيه تفصيل ابن كمال) حيث قال وإلا فعلى التفصيل الذى فى شرح الطحاوى ولم يبين ذلك التفصيل ، وظاهر إطلاق المتون والشروح أنه لا فرق بين أن يدعيا معا أو متعاقبا وهي الموضوعة لنقل المذهب فليكن العمل عليها ولأن مايدعيه أحدهما غير ما يدعيه الآخر إذ هو يدعى أبوته وهى تدعى الأمومة ولا ينافى إحدى الدعوتين الأخرى ، غير أن كلا يكذب صاحبه في حق لايدعيه لنفسه فيلغو قوله ولا يعتبر السبق فيه والله تعالى أعلم .

قال فى الهندية : ولو ادعى الزوج أولا أنه ابنه من غيرها وهو فى يديه يثبت النسب من غيرها فبعد ذلك إذا ادعت المرأة لايثبت النسب منها ، وإن ادعت المرأة أولا أنه من غيره وهو فى يدها فادعى الرجل أنه ابنه من غيرها بعد ذلك ، فإن كان بينهما نكاح ظاهر لايقبل قولها فهو ابنهما ، وإن لم يكن بينهما نكاح ظاهر فالقول قولها ، ويثبت نسبه منها إذا صدّقها ذلك الرجل ، هذا إذا كان الغلام لايعبر عن نفسه أما إذا كان يعبر عن نفسه وليس هناك رقّ ظاهر فالقول قول الغلام أيهما صدقه يثبت نسبه منه بتصديقه كذا فى السراج الوهاج ، وأوضحه فى العناية إيضاحا حسنا حيث قال : إذا ادعت امرأة صبيا أنه ابنها فإما أن تكون ذات زوج أو معتدة أو لا منكوحة ولا معتدة ، فإن كانت ذات زوج وصدقها فيما زعمت أنه ابنها منه ثبت النسب منهما بالتزامه فلا حاجة إلى حجة وإن كذبها لم تجز دعوتها حتى تشهد بالولادة امرأة لأنها تدعى تحميل النسب على الغير فلا تصدق إلا بالحجة ، وشهادة القابلة كافية لأن التعيين يحصل بها وهو المحتاج إليه إذ النسب يثبت بالفراش القائم ، وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام قبل شهادة القابلة على الولادة وإن كانت معتدة احتاجت إلى حجة كاملة عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى أى وهى شهادة رجلين أو رجل وامرأتين إلا إذا كان هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج . وقالا : يكفى فى الجميع شهادة امرأة واحدة ، وقد مر فى الطلاق : وإن لم تكن ذات زوج ولا معتدة قالوا يثبت النسب بقولها لأن فيه إلزاما على نفسها دون غيرها ، وفى هذا لا فرق بين الرجل والمرأة ، ومنهم من قال لا يقبل قولها سواء كانت ذات زوج أولا .

والفرق هو أن الأصل أن كل من ادعى أمرا لايمكنه إثباته بالبينة كان القول فيه قوله من غير بينة ، وكل من ادعى أمرا يمكن إثباته بالبينة لا يقبل قوله فيه إلا بالبينة والمرأة يمكنها إثبات النسب بالبينة لأن انفصال الولد منها مما يشاهد فلا بد لها من بينة والرجل لا يمكنه إقامة البينة على الإعلاق لخفاء فيه فلا يحتاج إليها والأول هو المختار لعدم التحميل على أحد فيهما اهـ (قوله وهذا لو غير معبر) أى إذا كان الغلام لا يعبر عن نفسه (قوله فهو لمن صدقه) أى فالقول قول الغلام أيهما صدقه يثبت نسبه منه بتصديقه ، فلو لم يصدقهما جميعا

لأن قيام أيديهما وفراشهما يفيد أنه منهما .

(ولو ولدت أمة اشتراها فاستحقت غرم الأب قيمة الولد) يوم الخصومة لأنه يوم المنع (وهو حر) لأنه مغرور ، والمغرور من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين أو نكاح فتلد منه ثم تستحق فلذا قال (وكذا الحكم (لو ملكها بسبب آخر) أى سبب كان عينى

فالظاهر أن العبرة لقوله ط (قوله لأن الخ) علة لقوله فهو ابنهما فكان الأولى تقديمه على قوله وإلا وأما كونه لمن كان صدقه إذا كان معبرا فعلته أنه فى يد نفسه (قوله ولو ولدت أمة) أى من المشترى وادعى الولد حموى (قوله غرم الأب قيمة الولد) ولا يغرم الولد حتى لو كان الأب ميتا تؤخذ من تركته ، وولاؤه للمستحق عليه لأنه علق حر الأصل وإنما قدر الرق ضرورة القضاء بالقيمة فلا تعدو محلها (قوله يوم الخصومة) لا يوم القضاء ولا يوم الولادة . وقال الطحاوى : يغرم قيمة الولد يوم القضاء ، وإليه يشير قوله لأنه يوم المنع أى منع الولد من المستحق ، لكن فى حاشية الشيخ حسن الشرنبلالى ما يخالفه حيث فسر يوم التخاصم بيوم القضاء واستدل عليه بعبارة الزيلعى وشرح الطحاوى ، ولا شك أن المغايرة بينهما أظهر لا حتمال تأخر القضاء عن التخاصم بأن لم يقم المستحق البينة فى يوم دعوى الاستحقاق بل فى يوم آخر وكان بين اليومين تفاوت بالقيمة يؤيده أن قول الطحاوى صريح فى المغايرة بين يومى التخاصم والقضاء إلا أن يقال الجمع بينهما ممكن تأمل (قوله وهو حر) أطلقه ولكن هذا إذا كان حرا ، أما إذا كان مكاتبا أو عبدا مأذونا له فى التزوج يكون ولده عبدا أى قنا للمستحق عند أبى حنيفة وأبى يوسف خلافا لمحمد ، وهو حر بالقيمة عنده ، وباقى التفصيل مذكور فى بابه (قوله لأنه مغرور) أى والأمة ملك للمستحق والولد جزؤها فاستوجب المستحق النظر إليه والمغرور معذور ، وقد بنى الأمر على سبب صحيح فوجب الجمع بين النظرين مهما أمكن وذلك بجعل الولد حر الأصل فى حق الأب ورقيقا فى حق المستحق لأن استحقاق الأصل سبب استحقاق الجزء فيضمن الأب قيمته يوم الخصومة .

واعلم أن ولد المغرور حر الأصل من غير خلاف ، ولا خلاف أنه مضمون على الأب إلا أن السلف اختلفوا فى كيفية الضمان ، فقال عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه : يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية ، يعنى إذا كان الولد غلاما فعلى الأب غلام مثله ، وإن كان جارية فعليه جارية مثلها . وقال على بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه : قيمته ، وإليه ذهب أصحابنا ، فإنه قد ثبت بالنص أن الحيوان لا يضمن بالمثل ، وتأويل الحديث الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية ، ولأن النظر من الجانبين واجب دفعا للضرر عنهما فيجعل الولد حر الأصل فى حق أبيه رقيقا فى حق مدعيه نظرا لهما عناية (قوله فلذا قال) أى لكون المغرور من اعتمد فى وطئه على ملك يمين الخ أى ولم يقيد بالشراء ، فعلم أن قول المصنف أولا اشتراها اتفاقى (قوله وكذا الحكم لو ملكها بسبب آخر) كما لو ملكها أجرة عين له آجرها أو اتهبها أو تصدق بها عليه أو أوصى له بها إلا أن رجوع المغرور بما ضمن لا يعم هذه الصور ، بل يقتصر على المشتراة والمجعولة أجرة والمنكوحة بشرط الحرية لا الموهوبة والمتصدق بها والموصى بها أفاده أبو السعود (قوله عينى) حيث قال : النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الأصل فى حق الأب رقيقا فى حق المستحق فيضمن قيمته يوم الخصومة لأنه يوم المنع ، ويجب على الأب دون الولد ، حتى لو كان الأب ميتا تؤخذ من تركته ولا ولاء للمستحق عليه لأنه علق حر الأصل ، وكذا إذا ملكها بسبب آخر غير الشراء ، وكذا إذا تزوجها على أنها حرة فولدت ثم استحقت ، روى ذلك عن عمر رضى الله تعالى عنه فى النكاح . وعن على رضى الله تعالى عنه فى الشراء بمحضر من الصحابة رضى الله تعالى عنهم

(كما لو تزوجها على أنها حرة فولدت له ثم استحقت) غرم قيمة ولده (فإن مات الولد قبل الخصومة فلا شيء على أبيه) لعدم المنع كما مر (وإرثه له) لأنه حر الأصل فى حقه فيرثه (فإن قتله أبوه أو غيره) وقبض الأب من ديته قدر قيمته (غرم الأب قيمته) للمستحق كما لو كان حيا : ولو لم يقبض شيئا لا شيء عليه ،وإن قبض أقل لزمه بقدره عيني (ورجع بها) أى بالقيمة فى الصورتين (ك) ما يرجع بـ (ثمنها) ولو هالكة (على بائعها)

من غير نكير فكان إجماعا اه (قوله كما لو تزوجها على أنها حرة) أى بأن كان المزوّج وليا أو وكيلا عنها، وهذا بخلاف ما إذا أخبره رجل أنها حرة فتزوجها ثم ظهر أنها مملوكة فلا رجوع بقيمة الولد على المخبر إلا فى ثلاث مسائل : منها إذا كان الغرور بالشرط كما لو زوجه امرأة على أنها حرة ثم استحقت فإنه يرجع على المخبر بما غرمه للمستحق من قيمة الولد ، وتمامه فى باب المرابحة والتولية وفى باب الاستحقاق (قوله غرم قيمة ولده) أى ويرجع ذلك على المخبر كما مر فى آخر باب المرابحة (قوله وارثه له) أى لو مات الولد وترك مالا فهو لأبيه ولا يغرم شيئا لأن الإرث ليس بعوض عن الولد فلا يقوم مقامه فلم يجعل سلامة الإرث كسلامته (قوله لأنه حر الأصل) فإن قلت : إنه ظهر منه أنه رقيق فى حق المستحق فوجب أن تكون التركة بينهما ، قلت : بل هو حر فى حق المستحق أيضا ، حتى لو لم يكن له ولاء فيه(١) وإنما جعل رقيقا ضرورة القضاء بالقيمة ، وما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها كما فى الشروح ، فظهر أن معنى قوله لأنه حر الأصل فى حقه أنه حر فى جميع الأحكام من كل وجه فى حق غير المستحق ، وفى حق المستحق إنما هو رقيق فى حق الضمان (قوله فإن قتله أبوه) إنما غرم لأن المنع تحقق بقتله (قوله غرم الأب قيمته للمستحق) لوجود المنع منه فيما إذا كان هو القاتل ولقبضه بدله فيما إذا كان القاتل غيره فلذا لا يؤخذ منه فوق ما قبض كما سيأتى ، بخلاف ميراث الولد فإنه ليس بدلا عنه بل آل إليه خلافة عنه كما هو طريقة الإرث وهو حر الأصل فى حقه والغرامة فى ماله لو كان الولد حيا لافى مال الولد وهو لم يمنعه ولا بدله فلا شيء عليه (قوله لا شيء عليه) لأن المنع لايتحقق فيما لم يصل إليه (قوله لزمه بقدره) اعتبارا للبعض بالكل (قوله فى الصورتين) أى صورتى الملك والتزوج ، أما فى صورة الملك فلأن البائع صار كفيلا بما شرطه من البدل لوجوب سلامة البدلين فى البيع ولما سلم الثمن للبائع وجب سلامة المبيع للمشترى ، وذلك بجعل البائع كفيلا لتملكه البدل ، ولأنه ضمن سلامتها من عيب والاستحقاق عيب. وأما فى صورة النكاح فلأن الاستيلاد مبنى على التزوج وشرط الحرية صار كوصف لازم للتزوج فنزل ، أى المزوج قائلا : أنا كفيل بما لزم فى هذا العقد ، بخلاف ما إذا أخبره رجل أنها حرة أو أخبر به هى وتزوجها من غير شرط الحرية حيث يكون الولد رقيقا ، ولا يرجع على المخبر بشيء لأن الإخبار سبب محض ، لأن العقد حصل باختيار الرجل والمرأة ، وإنما يؤخذ حكم العلة بالغرور وذلك بأحد أمرين : بالشرط أو بالمعاوضة كما فى المقدسى ، وهذا ظاهر فيما إذا أرجعنا الصورتين إلى ماذكرنا ، أما إذا أرجعنا الصورتين إلى قوله فإن قتله أبوه أوغيره كما فى الشرنبلالية فلا يظهر فيما إذا قتله الأب لأنه ضمان إتلاف فكيف يرجع بما غرم وقد صرح الزيلعى بذلك أى بالرجوع فيما إذا قتله غيره وبعدمه بقتله ، والأولى إرجاع الصورتين إلى ما إذا استولدها وما إذا قتله غير الأب فتأمل (قوله ولو هالكة) يعنى إذا هلكت عند المشترى فضمنه أى المستحق قيمتها وقيمة الولد فإنه يرجع على البائع بثمنها وبقيمة الولد لا بما ضمن من قيمتها ، لأنه لما أخذ المستحق قيمتها صار كأنه أخذ عينها ، وفى أخذ العين لا يرجع إلا بالثمن فكذا فى أخذ القيمة .

---

(١) (قوله حتى لو لم الخ) هكذا بالأصل ، ولعل الظاهر إسقاط لو فليحرر .

وكذا لو استولدها المشترى الثانى ، لكن إنما يرجع المشترى الأول على البائع الأول بالثمن فقط كما فى المواهب وغيرها (لابعقرها) الذى أخذه منه المستحق للزومه باستيفاء منافعها كما مر فى بابى المرابحة والاستحقاق مع مسائل التناقض ، وغالبها مر فى متفرقات القضاء ويجىء فى الإقرار .

[فروع] التناقض فى موضع الخفاء عفو .

والحاصل أن المستحق يأخذها لو قائمة وقيمتها لو كانت هالكة . ويرجع بذلك على بائعه لأنه بعقد البيع ضمن له السلامة بخلاف الواهب أو المعير لو هلكت فى يده فضمنه المستحق قيمتها لأنهما محسنان وما على المحسنين من سبيل فلا يرجع عليهما كما ذكرنا (قوله وكذا لو استولدها المشترى الثانى) فإن المشترى الثانى يرجع على المشترى الأول بالثمن وبقيمة الولد (قوله لكن إنما يرجع المشترى الأول على البائع الأول بالثمن فقط) ولا يرجع بقيمة الولد عند الإمام . وقالا : يرجع عليه بقيمة الولد أيضا ، لأن البائع الأول ضمن للثانى سلامة الولد فى ضمن البيع ولم يسلم له حيث أخذ منه قيمة الولد فيرجع به عليه كما فى الثمن والرد بالعيب .

ولأبى حنيفة أن البائع الأول ضمن للمشترى سلامة أولاده دون أولاد المشترى منه لأن ضمان السلامة إنما يثبت بالبيع والبيع الثانى لا يضاف إليه وإنما يضاف إلى البائع الثانى لمباشرته باختياره فينقطع به سبب الأول ، بخلاف الثمن لأن البائع الأول ضمن للبائع الثانى سلامة المبيع ولم يسلم له فلا يسلم للبائع الثمن ، وبخلاف الرد بالعيب لأن المشترى الأول استحقه سليما ولم يوجد اهـ منح (قوله كما فى المواهب) وعبارتها : ولو استحقت أمة بعدما استولدها المشترى الثانى غرم العقر وقيمة الولد وقت الخصومة ، ويرجع بالثمن وقيمته على البائع وهو يرجع بالثمن فقط انتهى (قوله لابعقرها) أى لايرجع بالعقر الذى أخذه منه المستحق لأنه لزمه باستيفاء منافعها : أى منافع بضعها وهو الوطء وهى ليست من أجزاء المبيع فلم يكن البائع ضامنا لسلامته صدر الشريعة ، وقوله باستيفاء منافعها على حذف مضاف أى منافع بضعها ، دل على ذلك قول الزيلعى : العقر عوض عما استوفى من منافع البضع ، فلو رجع به سلم له المستوفى مجانا ، وقال الشافعى : يرجع بالعقر أيضا على البائع (قوله التناقض فى موضع الخفاء عفو) فى الأشباه : يعذر الوارث والوصى والمتولى للجهل اهـ ، لعله لجهله بما فعله المورث والموصى والمولى .

وفى دعوى الأنقروى فى التناقض المديون بعد قضاء الدين أو المختلفة بعد أداء بدل الخلع : لو برهنت على طلاق الزوج قبل الخلع وبرهن على إبراء الدين يقبل ، ثم نقل أنه إذا استمهل فى قضاء الدين ثم ادعى الإبراء لايسمع سائحانى ، وقدمنا نظيره ومنه الإقرار بالرضاع ، فلو قال هذه رضيعتى ثم اعترف بالخطأ يصدق فى دعواه الخطأ ، وله أن يتزوجها بعد ذلك وهذا مشروط بما إذا لم يثبت على إقراره بأن قال هو حق أو صدق أو كما قلت أو أشهد عليه بذلك شهودا أو ما فى معنى ذلك من الثبات اللفظى الدال على الثبات النفسى ، واتفقت فى ذلك مباحث طويلة الذيول لا يحتمل هذه الأوراق إيرادها ، والعذر للمقر فى رجوعه عن ذلك لأنه مما يخفى عليه ، فقد يظهر بعد إقراره خطأ الناقل .

ومنها تصديق الورثة الزوجة على الزوجية ودفع الميراث لها ثم دعواهم استرجاع الميراث بحكم الطلاق المانع منه حيث تسمع دعواهم لقيام العذر فى ذلك لهم حيث استصحبوا الحال فى الزوجية وخفيت عليهم البينونة .

ومنها ما إذا أدى المكاتب بدل الكتابة ثم ادعى العتق قبل الكتابة قبل لأنه يخفى عليه العتق .

ومنها ما إذا استأجر دارا ثم ادعى ملكها على المؤجر وأنها صارت إلى المستأجر ميراثا عن أبيه إذ هو مما يخفى.

ومنها ماإذا استأجر ثوبا مطويا فى جراب أو منديل أو غير ذلك فلما نشره قال هذا متاعى تسمع دعواه وتقبل بينته ، فالدعوى مسموعة مع التناقض فى جميع هذه الصور مطلقا لمطلق العذر على الراجح المفتى به . ومن المشايخ من اعتبر التناقض فى جميع هذه الصور فمنع سماع الدعوى إذا تقدم ماينافيها إلا فى مسألة الرضاع ومسألة إكذاب القاضى المدعى فى التناقض السابق ، وهى ما إذا أمر إنسانا بقضاء دينه فزعم المأمور أنه قضاه عن أمره وصدقه الآمر وكان الإذن بالقضاء مشروطا بالرجوع فرجع المأمور على الآمر بالمال الذى صدقه على أدائه للدائن فجاء رب الدين بعد ذلك وادعى على الآمر المديون بدينه وأن المأمور لم يعطه شيئا وحلف على ذلك يقضى له القاضى على الآمر بأداء الدين فإذا أداه ثم ادعى الآمر على المأمور بما كان رجع به عليه بحكم تصديقه، فهل الدعوى مسموعة مع التناقض لأن القاضى أكذب المدعى الذى هو الآمر فيما سبق منه من تصديق المأمور حيث قضى عليه بدفع الدين إلى الدائن والحال ماذكر مانعا من الرجوع عليه بالمال ؟ ثم قال : وهل يشترط فى صحة سماع الدعوى إبداء المدعى عذره عند القاضى والتوفيق بين الدعوى وبين ماسبق ، أو لايشترط ذلك ويكتفى القاضى بإمكان العذر والتوفيق ، وقدمنا الكلام عليه مستوفى فراجعه .

ومما يتصل بهذا الفرع أعنى قوله التناقض فى موضع الخفاء عفو ماذكره فى جامع الفصولين : قدم بلدة واستأجر دارا فقيل له هذه دار أبيك مات وتركها ميراثا لك فادعاها المستأجر وقال ماكنت أعلم بها لاتسمع للتناقض .

أقول : ينبغى أن تسمع فيه وفى أمثاله إذ التناقض إنما يمنع مالم يوفق أو لم يمكن توفيقه . وأما إذا وفق فينبغى أن تسمع إذ لاتناقض حينئذ حقيقة . أما لو أمكن توفيقه ولكن لم يوفق ففيه اختلاف ، ونص فى هذا وغيره على أن الإمكان يكفى اه وقدمنا أنه فى محل الخفاء لايكفى الإمكان وإلا فلا بد منه .

قال الخير الرملى : والظاهر أن صاحب الفصولين لم يطلع على نص صريح يفيد سماعها ، وقد ظفرت به فى البحر الرائق فى باب الاستحقاق ، وفى شرح قوله لا الحرية والنسب والطلاق حيث قال : وفى العيون : قدم بلدة واشترى أو استأجر دارا ثم ادعاها قائلا بأنها دار أبيه مات وتركها ميراثا وكان لم يعرفه وقت الاستيام لايقبل والقبول أصح اه ذكره الغزى .

أقول : قوله أقول الخ لايدل على عدم اطلاعه بل هو اختيار منه لما هو الأصح وتعليل له . وأقول : قوله واشترى يدل على أنه لو قاسم فهو كذلك ، وهى واقعة الفتوى . قاسم عمرو كرما ثم اطلع على أن الجميع لوالده غرسه بيده ثم مات وتركه له ميراثا ولم يعلم بذلك وقت القسمة ، وسيأتى ماهو أدل فليتأمل . والظاهر أن قوله قدم بلدة ليس بقيد بل لأنه غالبا محل الخفاء ، وإذا كان مقيما لايخفى غالبا ، يؤيده ماقدمه من قوله شراه أبى فى صغرى فتأمل اه .

وفى الفصولين فى الفصل الثامن والعشرين : دفع الوصى جميع تركة الميت إلى وارثه وأشهد على نفسه أنه قبض منه جميع تركة والده ولم يبق من تركة والده قليل ولا كثير إلا استوفاه ثم ادعى دارا فى يد الوصى أنها من تركة والدى ولم أقبضها قال أقبل بينته وأقضى بها له ، أرأيت إن قال قد استوفيت جميع ماتركه والدى من دين على الناس وقبضت كله ثم ادعى دينا على رجل لأبيه ألا أقبل بينته وأقضى له بالدين اه .

وفى البزازية : لو أبرأ أحد الورثة الباقى ثم ادعى التركة وأنكر وإلا تسمع دعواه ، وإن أقروا بالتركة أمروا بالرد عليه .

لاتسمع الدعوى على غريم ميت

وفيها : لو قال تركت حتى من الميراث أو برئت منها ومن حصتى لايصح وهو على حقه لأن الإرث جبرى لايصح تركه اه .

وفى الخانية : فى الوصايا من تصرفات الوصى : أشهد اليتيم على نفسه بعد البلوغ أنه قبض من الوصى جميع تركة والده ولم يبق له من تركة والده عنده من قليل ولا كثير إلا قد استوفاه ثم ادعى فى يد الوصى شيئا وقال هومن تركة والدى وأقام البينة قبلت بينته ، وكذا لو أقر الوارث أنه قد استوفى جميع ماترك والده من الدين على الناس ثم ادعى لأبيه دينا على رجل تسمع دعواه اه . وقول قاضيخان أشهد اليتيم على نفسه أنه قبض تركة والده .

أقول : ذكر الطرسوسى فى شرح فوائده المنظومة قلت : انتقض قولهم إن النكرة فى سياق النفى تعم ، لان قوله لم يبق حق نكرة فى سياق النفى ، فعلى مقتضى القاعدة لاتصح دعواه بعد ذلك لتناقضه والمتناقض لاتسمع دعواه ولا بينته اه .

أقول : إنما اغتفر مثله لأنه محل الخفاء بكونه لايحيط علمه بما ترك والده بل قد يخفى عليه ذلك فيعفى التناقض تأمل .

وأقول : قد حرر سيدى الوالد رحمه الله تعالى المسألة برسالة سماها [إعلام الأعلام بأحكام الإبراء العام] وفق فيها بين عبارات متعارضة ورفع مافيها من المناقضة .

وحاصل مافيها الفرق بين إقرار الابن للوصى وبين إقرار بعض الورثة للبعض ، لما فى البزازية عن المحيط لو أبرأ أحد الورثة الباقى إلى آخر عبارتها المتقدمة .

ووجه الفرق بينهما أن الوصى هو الذى يتصرف فى مال اليتيم بلا اطلاعه فيعذر إذا بلغ وأقر بالاستيفاء منه لجهله ، بخلاف بقية الورثة فإنهم لاتصرف لهم فى ماله ، ولا فى شىء من التركة إلا باطلاع وصيه القائم مقامه فلا يعذر بالتناقض ، ومن أراد مزيد البيان ورفع الجهالة فعليه بتلك الرسالة ففيها الكفاية لذوى الدراية (قوله لاتسمع الدعوى) أى من أى مدع كان كغريم دائن ومودع هذا . وقد تقدم أن دعوى أنه وارث تسمع على الدائن والمديون (قوله على غريم ميت) بالإضافة ، والمراد به دائن الميت كما هو المتبادر من البيرى . واستظهر الحموى أنه مديون الميت .

والحاصل أنه إذا ادعى قوم على الميت ديونا وأرادوا أن يثبتوا ذلك فليس لهم أن يثبتوا على غريم للميت عليه دين ولا على موصى له بل لابد من حضور وارث أو وصى .

قال فى البزازية : وإثبات الدين على من فى يده مال الميت هل يصح ؟ اختلف المشايخ . وصورته : المريض مرض الموت وهب كل ماله فى مرضه أو أوصى بجميع ماله ثم ادعى رجل دينا على الميت ؟ قال السعدى : نصب القاضى وصيا وسمع الخصومة عليه . وقال شمس الأئمة : يسمع على من فى يده المال اه . ومن هنا تعلم أن قوله الآتى زائدا صوابه ذا يد كما هو فى أصل عبارة الأشباه .

وفى البحر : واختلف المشايخ فى إثبات الدين على من فى يده مال الميت وليس بوارث ولا وصى ، ولا تسمع دعوى دين على ميت على غريم الميت مديونا أو دائنا اه .

وفى حاشية الأشباه للحموى : واستثناء الموهوب له من غريم الميت منقطع ، إذ ليس هو من الغرماء حتى يكون متصلا .

إلا إذا وهب جميع ماله لأجنبي وسلمه له فإنها تسمع عليه لكونه زائدا .
لا يجوز للمدعى عليه الإنكار مع علمه بالحق إلا فى دعوى العيب ليبرهن فيتمكن من الرد ، وفى الوصى

وفى البزازية : تقبل بينة إثبات الدين على الميت على الموصى له أو مديون الميت أو الوارث أو الذى له على الميت دين ومثله فى العطائية .

وفى قاضيخان من الوصايا : رجل مات وعليه دين محيط بماله . قال أبو بكر : الوارث لايصير خصما للغرماء لأنه لايرث . وقال على بن محمد : الوارث يصير خصما ويقوم مقام الميت فى الخصومة وبه نأخذ . ثم قال : والصحيح أن يكون الوارث خصما لمن يدعى الدين على الميت وإن لم يملك شيئا .

وفى البزازية أيضا : والخصم فى إثبات كونه وصى الوارث أو الموصى له أو مديون الميت أو دائنه ، وقيل الدائن ليس بخصم .

قال فى نور العين من الخامس : لاتقبل دعوى من يدعى على ميت بحضرة رجل يدعى أنه وصى الميت وأقر المدعى عليه بالوصاية اه ، فتبين من هذا أن الدعوى إنما تسمع على وصى محقق .

وفيه من السادس فى دعوى دين على الميت : يكفى حضور وصيه أو وارثه ، ولا حاجة إلى ذكر كل الورثة اه .

وعبارة الأشباه : لاتسمع الدعوى بدين على ميت لاعلى وارث أو وصى أو موصى له ، ولا تسمع على غريم له كما فى جامع الفصولين إلا إذا وهب جميع ماله لأجنبى وسلمه له فإنها تسمع عليه لكونه ذا يد كما فى خزانة المفتين انتهى ، فعلى هذا قوله غريم ميت تركيب إضافى بمعنى اللام .

[فرع] قال فى خزانة الأكمل : لو مات رجل فى بلد بعيد وترك مالا وادعى رجل عليه دينا وورثته فى بلد منقطع عنه فإن القاضى ينصب له وصيا ويسمع بينته ويقضى له بالدين ، ولو لم يكن منقطعا لا تسمع بينته على غير الوارث انتهى (قوله إلا إذا وهب الخ) صورته : رجل وهب جميع ماله لإنسان وسلمه إياه ثم مات فادعى عليه آخر أن هذه العين له أو أنه له على الميت كذا من الدين فإنها تسمع دعواه عليه لأن فى الأولى العين التى يدعيها فى يد الموهوب له ، وفى الثانية الدين متعلق بالتركة وهى فى يده ، لكن فى الثانية يشترط أن تكون الهبة فى مرض الموت لأن الدين إنما يتعلق بها فيه ، فعلم أن الاستثناء هنا منقطع لأن الموهوب له ليس بغريم . وفى البزازية أن الموصى له بجميع المال أو بما زاد على الثلث خصم لعدم الوارث لأن استحقاق الزائد على الثلث من خصائص الوارث فيلحق بالوارث حموى (قوله لكونه زائدا) أى على الثلث كما تقدم وفى نسخة ذايد : أى صاحب يد وقد علمت توجيهه وإن كان الأول صوابا أيضا كما ذكر فى البزازية (قوله لا يجوز للمدعى عليه الإنكار الخ) قال بعض الفضلاء يلحق بهذا مدعى الاستحقاق للمبيع فإنه ينكر الحق حتى يثبت ليتمكن من الرجوع على بائعه ، ولو أقر لايقدر .

وأيضا ادعاء الوكالة أو الوصاية وثبوته لا يكون إلا على وجه الخصم الجاحد كما ذكره قاضيخان ، فإن أنكر المدعى عليه ليكون ثبوت الوكالة والوصاية شرعا صحيحا يجوز فيلحق هذا أيضا بهما ، ويلحق بالوصى أحد الورثة إذا ادعى عليه الدين فإنه لو أقر بالحق يلزمه الكل من حصته ، وإذا أنكر فأقيمت البينة عليه يلزم من حصته وحصتهم حموى (قوله ليبرهن فيتمكن من الرد) لأنه إن قبله بغير قضاء لم يكن له الرد والظاهر أن هذا فيما إذا كان بائعه تملكه بالشراء من آخر ، أما إذا كان موروثا أو موهوبا أوموصى به أو نتاجا فلا ينكر

إذا علم بالدين .

لاتحليف مع البرهان إلا فى ثلاث : دعوى دين على ميت ، واستحقاق مبيع ، ودعوى آبق .

الإقرار لا يجامع البينة إلا فى أربع :

البتة . وصورته أن لا يكون عالما بالعيب قبل البيع وإلا كان راضيا به فلا يتمكن من الرد (قوله إذا علم بالدين) فإنه لو أقر يلزمه ولا يرجع ، بخلاف ما إذا أنكر وأقيمت البينة زاد أبو السعود أو إذا علم الوصى بالنسب كما فهمه من عبارة الحانوتى فى فتاواه (قوله لا تحليف مع البرهان) قيل عليه : لو قال مع البينة لكان صوابا إذ لاتحليف مع الإقرار بعين وهو برهان اه . والجواب أن المطلق محمول على الفرد الكامل وهو البينة اه (قوله دعوى دين على ميت) فى أوائل دعوى التنقيح : أجمعوا على أن من ادعى دينا على الميت يحلف بلاطلب وصي ووارث : بالله ما استوفيت دينك منه ولا من أحد أداه عنه وما قبضه قابض ولا أبرأته ولا شيئا منه ، ولا أحلت به ولا بشيء منه على أحد ولا عندك ولا بشيء منه رهن ، فإذا حلف أمر بالدفع إليه وإن نكل لم يؤمر بالدفع إليه خلاصة ، فلو حكم القاضى بالدفع قبل الاستحلاف لم ينفذ حكمه ، وتمامه فيها ؛

وفيها عن البحر : ولم أر حكم من ادعى أنه دفع للميت دينه وبرهن هل يحلف وينبغى أن يحلف احتياطا ؛ لكن رده الرملى بأنه فى مسالة دفع الدين شهدوا على حقيقة الدفع فانتفى احتمال أنهم شهدوا باستصحاب الحال ، وقد استوفى فى باطن الأمر كما فى مدعى الدين ، وارتضاه سيدى الوالد رحمه الله تعالى بقوله : وكلام الرملى هو الأوجه كما لا يخفى على من تنبه ، وقدمناه بما لا مزيد عليه (قوله واستحقاق مبيع) يعنى إذا استحق المبيع بالبينة من المشترى فللمستحق عليه تحليف المستحق بالله ما بعته ولا وهبته ولا تصدقت به ولا خرجت العين عن ملكك بوجه من الوجوه (قوله ودعوى آبق) أى دعوى تملك آبق .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : لعل صورتها فيما إذا ادعى على رجل أن هذا العبد عبدى أبق منى وأقام بينة على أنه عبده فليحلف أيضا لاحتمال أنه باعه تأمل .

ثم رأيت فى شرح هذا الشرح نقل عن الفتح هكذا . وعبارته قال فى الفتح : يحلف مدعى الآبق مع البينة بالله أنه باق على ملكك إلى الآن لم يخرج ببيع ولاهبة ولا نحوها اه .

وصورة ط : بما إذا حبس القاضى الآبق فجاء رجل وادعاه وأقام بينة أنه عبده يستحلف بالله أنه باق فى ملكه ولم يخرج ببيع ولاهبة فإذا حلف دفعه إليه وذلك صيانة لقضائه عن البطلان ونظرا لمن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشتر وموهوب له ويلحق بهذه المسائل ما إذا قامت البينة للغريم المجهول حاله بأنه معدم فلابد من يمينه أنه ليس له مال ظاهر ولا باطن وإن وجد مالا يؤدى حقه عاجلا لأن البينة إنما قامت على الظاهر ولعله غيب ماله وما لو شهد الشهود أن له عليه دراهم سواء قالوا لا نعرف عددها ، أم لا تجعل ثلاثة ويحلف على نفى ما زاد عنها إذا كان المدعى يدعى الزيادة اه (قوله الإقرار لا يجامع البينة) لأنها لا تقام إلا على منكر ، وذكر هذا الأصل فى الأشباه فى كتاب الإقرار عن الخانية ، واستثنى منه أربع مسائل : وهى ما سوى دعوى الآبق ، وكذا ذكرها قبله فى كتاب القضاء والشهادات ولم يذكر الخامسة بل زاد غيرها وأوصلها إلى سبع وتأتى هنا مفصلة مع زيادة ثلاثة أخر ، وعليه فتكون عشرة .

قال فى جامع الفصولين : وهذا يدل على جواز إقامتها مع الإقرار فى كل موضع يتوقع الضرر من المقر لولاها فيكون هذا أصلا (قوله إلا فى أربع) الذى ذكره هنا خمسة ولكنها سبعة كما فى الحموى .

ملخصها أنه لا تسمع البينة علي مقر إلا علي وارث مقر بدين علي الميت فتقام البينة للتعدي ، وفى مدعي

وكالة ووصاية ، وإثبات دين على ميت ، واستحقاق عين من مشتر ، ودعوى الآبق .
لا تحليف على حق مجهول إلا فى ست :

عليه أقر بالوصاية فبرهن الوصى ، وفى مدعى عليه أقر بالوكالة فيثبتها الوكيل دفعا للضرر . وفى الاستحقاق تقبل البينة به مع إقرار المستحق عليه ليتمكن من الرجوع على بائعه ، وفيما لو خوصم الأب بحق عن الصبى فأقر لايخرج عن الخصومة ولكن تقام البينة عليه مع إقراره ، بخلاف الوصى وأمين القاضى إذا أقر خرج عن الخصومة ، وفيما لو أقر الوارث للموصى له فإنها تسمع البينة عليه مع إقراره . وفيما لو أجر دابة بعينها من رجل ثم من آخر فأقام الأول البينة ، فإن كان الآجر حاضرا تقبل عليه البينة ، وإن كان يقر بما يدعى (قوله وكالة) يعنى لو أقر بوكالة رجل بقبض دين عليه لموكله فإن الوكيل يقيم بينته ، إذ لو دفعه بلا بينة يتضرر إذ لا تبرأ ذمته إذا أنكر الموكل وكالته اه ط .

زاد الفاضل الحموى ثامنة وتاسعة نقلهما عن البدائع من كتاب القسمة . الثامن الورثة إذا كانوا مقرين بالعقار لا بد من إقامة البينة على بعضهم على قول أبى حنيفة. التاسع الأب أو الوصى إذا أقر على الصغير لابد من بينة تقام عليه مع كونه مقرا اه. وزاد بعض الفضلاء عاشرا: وهو ادعى على آخر عقارا أنه فى يده وهو مستحق فأقر باليد تسمع بينته أنه ذو اليد مع إقراره اه (قوله ووصاية) يعنى إذا أقر المدعى عليه بالوصاية .
وصورته : رجل قال للقاضى إن فلان بن فلان الفلانى أقامنى وصيا ومات وله على هذا كذا أو فى يد هذا كذا فصدقه المدعى عليه فالقاضى لا يثبت وصايته باقراره حتى يقيم البينة عليها ، لأنه إذا دفع إليه المال اعتمادا على الإقرار فقط لا تبرأ ذمته من الدين إذا أنكر الوارث ، أما لو دفع بعد البرهان تبرأ ذمته أفاده صاحب تنوير الأذهان (قوله وإثبات دين على ميت) صورته : ادعى على بعض الورثة دين على الميت فأقر الوارث بالدين فإنه يستوفى من نصيبه قدر ما يخصه من الدين ، وللطالب أن يقيم بينة على حقه ليكون حقه فى كل التركة ، وكذا إذا أقر جميع الورثة تقبل بينته لأن المدعى يحتاج إلى إثبات الدين فى حقهم وحق دائن آخر .

وفى البيرى : اختلفوا فيما إذا أقر المدعى عليه بعد إقامة البينة هل يقضى عليه بالإقرار أو بالبينة ؛ قيل يقضى بالبينة لأنه بالإنكار وإقامة البينة استحق عليه الحكم فلا يبطل الحق السابق بالإقرار اللاحق، ولأن زيادة التعدى الثابتة بالبرهان حقه فلايؤثر الإقرار اللاحق فى بطلانه اه موضحا ط وقدمنا الكلام عليه (قوله واستحقاق عين من مشتر) فإن المشترى إذا أقر بالاستحقاق للمستحق لايتمكن من الرجوع بالثمن على بائعه ، فإذا أقيمت عليه البينة أمكنه ذلك ، وقد تقدم أنه يسوغ له الإنكار مع العلم لأجل هذا التمكن ط ، لكن قد يقال مع الإقرار كيف يكون له الرجوع تأمل (قوله ودعوى الآبق) يعنى إذا ادعى على شخص أن العبد الذى عنده أبق منه ، وأقر واضع اليد بذلك فله أن يطالب البينة على ذلك لاحتمال أن الغير تملكه منه (قوله لا تحليف على حق مجهول) أى ادعى به مدع ، كما لو ادعى على شريكه خيانة مبهمة لم يحلف كما فى الخانية ، لكن أفتى قارئ الهداية بخلافه .

وعبارته : سئل إذا ادعى أحد الشريكين على آخر خيانة وطلب من الحاكم يمينه هل يلزم أم لا ، أجاب : إذا ادعى عليه خيانة فى قدر معلوم وأنكر فحلف عليه ، فإن حلف برئ ، وإن نكل ثبت ما ادعاه ، وإن لم يعين مقدارا فكذا الحكم ، لكن إذا نكل عن اليمين لزمه أن يبين مقدار ما كان فيه ، والقول فى مقداره إلى

إذا اتهم القاضي وصي يتيم ومتولي وقف وفى رهن مجهول ودعوى سرقة وغصب وخيانة مودع .
لايحلف المدعي إذا حلف المدعي عليه إلا فى مسألة فى دعوى البحر قال : وهي غريبة يجب حفظها أشباه .
قلت : وهي ما لو قال المغصوب منه كانت قيمة ثوبي مائة وقال الغاصب لم أدر ولكنها لا تبلغ مائة صدق

المقر مع يمينه لأن نكوله كالإقرار بشيء مجهول ، والبيان فى مقداره إلى المقر مع يمينه إلا أن يقيم خصمه بينة على الأكثر ، ومثله المضارب مع رب المال (قوله إذا اتهم القاضي وصي يتيم ومتولي وقف) ولم يدع عليه شيئا معلوما فإنه يحلف نظرا لليتيم والوقف حموي (قوله وفى رهن مجهول) أي لو ادعى الراهن رهنا مجهولا أي كثوب مثلا فأنكر المرتهن فإنه يحلف ، وقيده بعض الفضلاء عازيا إلى القنية بما إذا ذكر المدعي قدر الدين الذي وقع به الرهن ط (قوله ودعوى سرقة) أقول : فيه نظر لما نقل قاضيخان من أنه يشترط ذكر القيمة فى الدعوى إذا كانت سرقة ليعلم أنها نصاب أولا ، فأما فيما سوى ذلك فلا حاجة إلى بيانها أبو السعود ، ولعل ذلك فى حق القطع لا الضمان كما يفيده كلامه ط .

قال فى جامع الفصولين : ادعى أعيانا مختلفة الجنس والنوع والصفة وذكر قيمة الكل جملة ولم يذكر كلا على حدة ، اختلف فيه المشايخ : قيل لابد من التفصيل ، وقيل يكتفى بالإجمال وهو الصحيح إذ المدعي لو ادعى غصب هذه الأعيان لايشترط لصحة دعواه بيان القيمة ، فلو ادعى أن الأعيان قائمة فيؤمر بإحضارها فتقبل البينة بحضرتها ، ولو قال إنها هالكة وبين قيمة الكل تسمع دعواه .

وفى ج : ولو ادعى أنه غصب أمته ولم يذكر قيمتها تسمع دعواه ويؤمر برد الأمة ، ولو هالكة فالقول فى قدر القيمة للغاصب فلما صح دعوى الغصب بلا بيان القيمة فلأن يصح إذا بين قيمة الكل جملة أولى ، وقيل إنما يشترط ذكر القيمة لو كانت الدعوى سرقة ليعلم أن السرقة كانت نصابا وفى غيرها لايشترط ذكره الحموي ، فظهر أن إيرادها فى هذا المحل فى حق الضمان لا القطع كما قدمناه عن ط (قوله وغصب) قال فى الدرر والغرر ، ولو قال غصب مني عين كذا ولا أدري أنه هالك أو قائم ولا أدري كم كانت قيمته . وذكر فى عامة الكتب أنها تسمع الدعوى لأن الإنسان ربما لا يعرف قيمة ماله ؛ فلو كلف بيان القيمة لتضرر . وفائدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة توجه اليمين على الخصم إذا أنكر والجبر على البيان إذا أقر ونكل عن اليمين اه ، وقدمناه فى الدعوى مع ما عليه من الكلام فراجعه (قوله وخيانة مودع) فإنه يحلف ما خان فيما ائتمن ، فإن حلف برىء ، وإن نكل يجبر على بيان قدر ما نكل عنه ، وقيل لايستحلف حتى يقدر شيئا يستحلف عليه .

وذكر بعض الفضلاء : أن سماع الدعوى فى مثل هذه المسائل مع الجهالة متفق عليه إلا فى دعوى الوديعة ودعوى الغصب حيث يشترط لسماعها فيهما بيان القيمة عند بعض المشايخ اه . وينبغي زيادة دعوى السرقة كما يعلم من الحموي .

قال شمس الأئمة الحلواني : الجهالة كما تمنع قبول البينة تمنع الاستحلاف إلا إذا اتهم القاضي وصي اليتيم الخ . وحينئذ فدعوى المجهول لا يستحلف عليها ، فلو ادعى على رجل أنه استهلك ماله وطلب التحليف من القاضي لا يحلفه ، وكذا لو قال بلغني أن فلان بن فلان أوصى لي ولا أدري قدره وأراد أن يحلف الوارث لا يجيبه القاضي ، وكذا المديون إذا قال قضيت بعض ديني ولا أدري كم قضيت أو قال نسيت قدره وأراد تحليف الطالب لايلتفت إليه كما فى الخانية (قوله إلا فى مسألة فى دعوى البحر الخ) أي قبل قوله ولا ترد يمين على مدع (قوله وهي غريبة يجب حفظها) ستأتي هذه المسألة فى كتاب الغصب ، وكتب المحشي هناك على قوله فلو لم يبين فقال

بيمينه وألزم ببيانه . فلو لم يبين يحلف على الزيادة ثم يحلف المغصوب منه أيضا أن قيمته مائة ، ولو ظهر خير الغاصب بين أخذه أو قيمته فليحفظ ، والله تعالى أعلم .

الظاهر أن فى النسخة خللا لأنه إذا لم يبين فما تلك الزيادة التى يحلف عليها : أى على نفيها ، وفى ظنى أن أصل النسخة فإن بين ، يعنى أنه لو بين حلف على نفى الزيادة التى هى أكثر مما بينه وأقل مما يدعيه المالك هذا . وينبغى أن يتارب فى البيان ، حتى او بين قيمة فرس بدرهم لا يقبل منه كما تقدم نظيره اه وكتب على قوله هناك ولوحلف المالك أيضا على الزيادة أخذها لم يظهر وجهه فليراجع اه (قوله وألزم ببيانه) لأنه أقر بقيمة مجهولة فإن أخبر بشىء يحلف على ما يدعيه المغصوب منه من الزيادة ، فإن حلف لا يثبت ما ادعاه المغصوب منه ، وإن نـكل لا يثبت أيضا ما لم يحلف المدعى أن قيمته مائة فإن حلف أخذ من الغاصب مائة ، وقوله يحلف على ما يدعيه المغصوب منه فيه أنه حلف أولا على ذلك ، فلو كانت هذه اليمين على ما ذكره من القيمة بأن يحلف أن قيمته ما ذكره .

وحاصله أن يمين المدعى عليه أنها لم تكن قيمته مائة ويمين المدعى أن قيمته المائة (قوله يحلف على الزيادة) أى التى يدعيها المالك ، فإن حلف لايثبت ما ادعاه المغصوب منه ، وإن نكل لا يثبت أيضا ما لم يحلف المدعى أن قيمته مائة وإلى هذا أشار بقوله ثم يحلف المغصوب منه الخ . والظاهر أن ثمرة هذا اليمين ثبوت الخيار له إذا ظهر (قوله ثم يحلف المغصوب منه أيضا أن قيمته مائة) فإن حلف أخذ من الغاصب مائة ، لكن قد يقال : إذا لم يبين فما تلك الزيادة التى يحلف عليها ، وعليه فالأولى أن يقول فإن بين حلف على نفى الزيادة التى هى أكثر مما بينه وأقل مما يدعيه المالك تأمل (قوله ولوظهر) أى الثوب (قوله بين أخذه) أى الثوب بما دفعه من الدراهم لا بقيمة الثوب فى ذاته وإن كانت أنقص أو أزيد لأن المالك لم يرض إلا بدفعه بالمائة (قوله أو قيمته) عطف على الضمير المجرور أى أو أخذ قيمته بأن يرده ويأخذ القيمة التى دفعها .

وفى متفرقات إقرار التاترخانية : ويجبر الغاصب على البيان لأنه أقر بقيمة مجهولة ، وإذا لم يبين يحلف على مايدعى المالك من الزيادة . فإن حلف ولم يثبت ما ادعاه المالك يحلف أن قيمته مائة . ويأخذ من الغاصب مائة فإذا أخذ ثم ظهر الثوب خير الغاصب بين أخذه أو رده وأخذ القيمة ، وحكى عن الحاكم أبى محمد العينى أنه كان يقول ما ذكر من تحليف المغصوب منه وأخذ المائة بثمنه من الغاصب هذا بالإنكار يصح ، وكان يقول : الصحيح فى الجواب أن يجبر الغاصب على البيان فإن أبى يقول له القاضى أكان قيمته مائة ، فإن قال لا يقول أكان خمسين . فإن قال لا . يقول خمسة وعشرين إلى أن ينتهى إلى ما لا تنقص عنه قيمته عرفا وعادة فيلزمه ذلك اه لكن قال بعض الفضلاء الحصر ممنوع لأنهما إذا اختلفا فى قدر الثمن أو المبيع ولابينة تحالفا . ولواشترى أمة بألف وقبضها ثم تقايلا وقبل قبضها اختلفا فى قدر الثمن تحالفا . ولو اختلفا فى الأجرة أو المنفعة أو فيهما قبل التمكن فى المدة تحالفا حموى ، وفيه أن كلا منهما فى هذه المسائل مدع ومدعى عليه ط عن الطورى ومثله فى حاشية الحموى .

[تذنيب] برهن أنه ابن عمه لأبيه وأمه وبرهن الدافع أنه ابن عمه لأمه فقط أو على إقرار الميت به أى بأنه ابن عمه لأمه فقط كان دفعا قبل القضاء بالأول لابعده لتأكده بالقضاء .

ادعى ميراثا بالعصوبة فدفعه أن يدعى خصمه قبل الحكم بإقراره بأنه من ذوى الأرحام إذ يكون حينئذ متناقضا .

ادعى قيمة جارية مستهلكة فبرهن الخصم أنها حية رأيناها فى بلد كذا لايقبل إلا أن يجىء بها حية .
الكفيل ينصب خصما عن الأصل بلا عكس لأن القضاء على الكفيل قضاء على الأصيل ولا عكس .
إذا اشترك الدين بين شريكين لابجهة الإرث فأحدهما لا ينتصب خصما عن الآخر الكل من الدرر .
رجل غاب عن امرأته وهى بكر أو ثيب فتزوجت بزوج آخر وولدت كل سنة ولدا قال أبو حنيفة : الأولاد للأول . وعنه أنه رجع عن هذا وقال لايكون الأولاد للأول إنما هم للثانى وعليه الفتوى كما فى الخانية ولو ادعى عليه مهر امرأة فقال ما تزوجتها ثم ادعى الإبراء عن المهر فهو دفع مسموع إن وفق كما فى القنية .
وفيها : ادعى عليه شيئا فأمره القاضى بالمصالحة فقال لا أرضى بهذه المصالحة وتركته أصلا فهو إسقاط لما يدعيه عليه إذا قال تركته أصلا فهو إبراء . وعنه : لو قال تركت دعواى على فلان وفوضت أمرى إلى الآخرة لا تسمع دعواه بعده .
أقول : قيد القاضى اتفاقى كما لايخفى .
وفى الفتاوى النجدية : رجل مات فقالت امرأة لابن الميت كنت امرأة أبيك محمد إلى يوم موته وطلبت المهر والميراث فأنكر الابن وقال اسم أبى لم يكن محمدا وإنما كان عمر ثم جاءت فادعت أنها امرأة أبيه عمر إلى يوم موته وطلبتهما تسمع دعواها وليس بتناقض لجواز أن يكون له اسمان شذ تسمع إذا وفق المدعى .
أقول : وجه التوفيق بأن تقول كنت أعلم أن لأبيه اسمين فادعت بأحدهما فلما أنكر ادعيت بالآخر ، وفهم من هذه المسألة أن تسمع الدعوى على الميت بدون اسم أبيه ونسبه تدبر .
قال فى التاترخانية فى الخامس عشر من الدعوى : غلط الاسم لا يضر لجواز أن يكون له اسمان ، ومثله فى صور المسائل عن الفتاوى الرشيدية .
وفى البزازية فى السادس عشر من الاستحقاق ، وكذا فى الخيرية من العشر والخراج وقدمناه عن التنقيح .
ولنختم هذا الباب بمسألة ختم بها كتاب الدعوى فى الجامع الصغير ، نسأل الله حسن الخاتمة . وهى أنه إذا قالت المرأة أنها أم ولد هذا الرجل وأرادت استحلافه ليس لها ذلك فى قول أبى حنيفة خاصة لأن أمومية الولد تابعة للنسب وهو لا يرى اليمين فى النسب اه ؛ والله تعالى أعلم ، وأستغفر الله العظيم .

كتاب الإقرار

ثبت بالكتاب وهو قوله تعالى — وليملل الذى عليه الحق — أمره بالإملال ، فلو لم يقبل إقراره لما كان للإملال معنى وقوله — كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم — والمراد به إقرار زيلعى . والسنة ، فقد قبل صلى الله تعالى عليه وسلم إقرار ماعز والغامدية . والإجماع فقد أجمعت الأمة على أن الإقرار حجة فى حق نفسه حتى أوجبوا الحد والقصاص بإقراره وإن لم يكن حجة فى حق غيره لعدم ولايته عليه فأولى المال والمعقول ، فإن العاقل لا يقر على نفسه كاذبا فيما فيه ضرر على نفسه أوماله فترجحت جهة الصدق فى حق نفسه لعدم التهمة وكمال الولاية اه بخلاف إقراره فى حق غيره ، حتى لو أقر مجهول النسب بالرق جاز ذلك على نفسه وماله ولايصدق على أولاده وأمهاتهم ومدبريه ومكاتبيه ، بخلاف ما إذا ثبت بالبينة لأن البينة إنما تصير حجة بالقضاء والقضاء ولاية عامة فينفذ فى حق الكل. أما الإقرار فحجة بنفسه ولا يحتاج فيه إلى القضاء فينفذ

مناسبته أن المدعى عليه

عليه وحده الخ ، وقوله ولا يصدق على أولاده الخ لأنه ثبت لهم حق الحرية أو استحقاقها فلا يصدق عليهم كما في الدرر (قوله مناسبته) أي للدعوى .

ووجه تأخيره عنها أن الدعوى تنقطع به فلا يحتاج بعده إلى شيء آخر حتى إذا لم يوجد يحتاج إلى الشهادة وركنه لفظ أو ما في حكمه دالّ عليه كقوله لفلان على كذا أو ما يشبهه لأنه يقوم به ظهور الحق وانكشافه حتى لا يصح شرط الخيار فيه بأن أقر بدين أو بعين على أنه بالخيار إلى ثلاثة أيام فالخيار باطل وإن صدقه المقر له والمال لازم كما في محيط السرخسي : وله شروط ستذكر في أثناء الكلام ، وهي : العقل والبلوغ بلا اخلاف والحرية في بعض الأحكام دون البعض ، حتى لو أقر العبد المحجور بالمال لاينفذ في حق المولى ؛ ولو أقر بالقصاص يصح كذا في المحيط ، ويتأخر إقراره بالمال إلى ما بعد العتق وكذا المأذون له يتأخر إقراره بما ليس من باب التجارة كإقراره بالمهر بوطء امرأة تزوجها بغير إذن مولاه ، وكذا إذا أقر بجناية موجبة للمال لايلزمه بخلاف ما إذا أقر بالحدود والقصاص كما في التبيين ، وكون المقر به مما يجب تسليمه إلى المقر له ، حتى لو أقر أنه غصب كفا من تراب أو حبة حنطة لايصح لأن المقر به لايلزمه تسليمه إلى المقر له ومنها الطواعية والاختيار حتى لا يصح إقرار المكره كما في النهاية وإقرار السكران بطريق محظور صحيح إلا في حد الزنا وشرب الخمر مما يقبل الرجوع وإن كان بطريق مباح لا كما في البحر ، وحكمه ظهور المقر به : أي لزومه على المقر بلا تصديق وقبول من المقر له فإنه يلزم على المقر ما أقر به لوقوعه دالا على المخبر به لا ثبوته ابتداء كما في الكافي لأنه ليس بناقل للملك المقر إلى المقر له فلذا فرع عليه ما سيأتي من صحة الإقرار بالخمر للمسلم حتى يؤمر بالتسليم إليه ولوكان تمليكا مبتدأ لما صح . وكذلك لايصح الإقرار بالطلاق والعتاق مع الإكراه والإنشاء يصح مع الإكراه كما في المحيط .

وحاصله أن قول المقر إن هذا الشيء لفلان معناه أن الملك فيه ثابت لفلان وليس معناه أنه ملك للمقر وجعله للمقر له فهو إخبار دالّ على المخبر به فيلزمه الصدق ، ويحتمل الكذب فيجوز تخلف مدلوله عنه كما في الإقرار بالطلاق مكرها كما قلنا . وسيأتي لقيام دليل الكذب وهو الإكراه ولو كان معناه الثبوت ابتداء لصح لكونه إنشاء والإنشاء لايتخلف مدلوله عنه كما سيأتي تمامه قريبا ، ولو أقر لغيره بمال والمقر له يعلم أنه كاذب في إقراره لايحل له ديانة إلا أن يسلمه بطيب من نفسه فيكون هبة منه ابتداء كما في القنية وإنما يعتبر الإقرار إظهارا في حق ملكية المقر به حتى يحكم بملكيته للمقر له بنفس الإقرار ولا يتوقف على تصديق المقر له . أما في حق الرد فيعتبر تمليكا مبتدأ كالهبة حتى يبطل برد المقر له وبعد ما وجد التصديق من المقر له لايعمل رده لو رد الإقرار بعد ذلك . ثم الإقرار إنما يبطل برد المقر له إذا كان المقر له يبطل بالرد حق نفسه خاصة ، أما إذا كان يبطل حق غيره فلا يعمل رده . كما إذا أقر لرجل أني بعت هذا العبد من فلان بكذا فرد المقر له إقراره وقال ما اشتريت منك شيئا ثم قال بعد ذلك اشتريت فقال البائع مابعتكه لزم البائع البيع بما سمى لأنه جحد البيع بعد تمامه . وجحود أحد المتعاقدين لايضر . حتى إن المشترى متى قال ما اشتريت وصدقه البائع وقال نعم ما اشتريت ثم قال لا بل اشتريت لايثبت الشراء وإن أقام البينة على ذلك لأن الفسخ تم بجحودهما . ثم في كل موضع بطل الإقرار برد المقر له . لو أعاد المقر ذلك الإقرار فصدقه المقر له كان للمقر له أن يأخذه بإقراره ، وهذا استحسان هكذا في المحيط .

إما منكر أو مقر وهو أقرب لغلبة الصدق .

(هو) لغة الإثبات ، يقال قر الشيء إذا ثبت. وشرعا (إخبار بحق عليه) الغير (من وجه

ثم اعلم أن السكوت نزلوه منزلة الإقرار فى مسائل سيذكرها الشارح ونذكر تمامها إن شاء الله تعالى كذلك الإيماء بالرأس وسيذكره المصنف (قوله إما منكر أو مقر) واللائق بحال المسلم الإقرار بالحق كى لايحتاج المدعى إلى تدارك الشهود والملازمة فى باب القاضى للإحضار ولا سيما وما يلزم عليه فى هذا الزمان للتسبب بالوصول إلى سحت المحصول ، كما أن اللائق بالمدعى أن تكون دعواه حقا لئلا يلزم المدعى عليه الدفع لسحت المنع وقدمه ؛ أى الإقرار على مابعده وهو الصلح لترتبه على الإنكار غالبا ، ثم إذا حصل بالصلح شىء إما أن يستربح فيه بنفسه وتقدم طريقه فى البيع أو بغيره وهو المضاربة ، وإن لم يستربح فإما أن يحفظه بنفسه ولا يحتاج إلى بيان حكمه أو بغيره وهو الوديعة (قوله وهو) أى الإقرار أقرب أى لحال المسلم (قوله لغلبة الصدق) أى من المدعى فى دعواه ومن المقر فيما أقر به لأن العاقل لايقر على نفسه كاذبا فيما فيه ضرر على نفسه أو ماله ، فترجحت جهة الصدق فى حق نفسه لعدم التهمة وكمال الولاية ، بخلاف إقراره فى حق غيره (قوله هو لغة) فإذا كان حسيا يقال أقره ، وإذا كان قوليا يقال أقر به فالإقرار إثبات لما كان متزلزلا بين الجحود والثبوت أبو السعود ؛ وهو مشتق من القرار درر .

قال فى المنح : وهو فى اللغة إفعال ، من قر الشىء إذا ثبت وأقره غيره إذا أثبته (قوله وشرعا إخبار) أى فى الأصح وليس بإنشاء لصحته فى ملك غيره ، ولو أقر مريض بماله لأجنبى صح من غير توقف على إجازة وارث . قال فى الحواشى السعدية : ولعله ينتقض بالإقرار بأن لاحق له على فلان وبالإبراء وإسقاط الدين ونحوه كإسقاط حق الشفعة اهـ .

وقد يقال فيه إخبار بحق عليه وهو عدم وجوب المطالبة تأمل وللقول بأنه إنشاء فروع تشهد له : منها لو رد إقراره ثم قبل لايصح ، وكذا الملك الثابت بالإقرار لايظهر فى حق الزوائد المستهلكة فلا يملكها المقر له حموى .

أقول : قوله لايظهر فى حق الزوائد المستهلكة يفيد بظاهره أنه يظهر فى حق الزوائد الغير المستهلكة . وهو مخالف لما فى الخانية : رجل فى يده جارية وولدها أقر أن الجارية لفلان لايدخل فيه الولد ، ولو أقام بينة على جارية أنها له يستحق أولادها اهـ . والفرق أنه بالبينة يستحقها من الأصل ، ولذا قلنا إن الباعة يتراجعون فيما بينهم ، بخلاف الإقرار حيث لايتراجعون .

بقى أن يقال فى قول السيد الحموى هو إخبار فى الأصح وليس بإنشاء مخالفة لما صرح به فى البحر وجرى عليه المصنف من أنه إخبار من وجه إنشاء من وجه ، فللأول يصح إقراره بمملوك الغير ويلزمه تسليمه إذا ملكه ، ولو أقر بالطلاق والعتاق مكرها لايصح ، وللثانى لو رد إقراره ثم قبل لايصح ، وكذا الملك الثابت بالإقرار لايظهر فى حق الزوائد المستهلكة فلا يملكها المقر له اهـ من غير ذكر خلاف ، ومنه تعلم أن ماذكره السيد الحموى مما يدل على ثبوت الخلاف فيه حيث صحح كونه إخبار الإنشاء لايصح عزوه لصاحب البحر كما وقع فى كلام بعضهم فتنبه (قوله بحق عليه للغير) قيده بأن يكون عليه ، لأنه لو كان على غيره لغيره يكون شهادة ولنفسه يكون دعوى زيلعى ، وأطلق الحق فى قوله هو إخبار بحق عليه ليشمل مالو كان الحق المقر به من قبيل الإسقاطات كالطلاق والعتاق ، إذ الطلاق رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح ، فإذا أقر بالطلاق يثبت للمرأة

إنشاء من وجه) قيد بعليه لأنه لو كان لنفسه يكون دعوى لا إقرار .
ثم فرع على كل من الشبهين فقال (فلـ) لوجه (الأول) وهو الإخبار (صح إقراره بمال مملوك للغير) ومتى قر بملك الغير (يلزمه تسليمه إلى المقر له

من الحق مالم يكن لها من قبل ، وكذا العبد يثبت له على سيده حق الحرية إذا أقر سيده بعتقه ، فما قيل من أنه يرد على التعريف الإقرار بالإسقاطات كالطلاق والعتاق لعدم الإخبار فيها عن ثبوت حق للغير غير سديد (قوله إنشاء من وجه) هو الصحيح ، وقيل إنشاء وينبنى عليه ماسيأتى ، لكن المذكور فى غاية البيان عن الاستر وشنية. قال الحلوانى: اختلف المشايخ فى أن الإقرار سبب للملك أو لا؟ قال ابن الفضل: لا، واستدل بمسألتين :

إحداهما المريض الذى عليه دين إذا أقر بجميع ماله لأجنبى يصح بلا إجازة الوارث ، ولو كان تمليكا لاينفذ إلا بقدر الثلث عند عدم الإجازة .

والثانية أن العبد المأذون إذا أقر لرجل بعين فى يده يصح ، ولو كان تمليكا يكون تبرعا منه فلا يصح . وذكر الجرجانى أنه تمليك واستدل بمسائل : منها إن أقر لوارثه بدين فى المرض لايصح ولو كان إخبارا لصح اه ملخصا ، فظهر أن ماذكره المصنف وصاحب البحر جمع بين الطريقتين وكأن وجهه ثبوت ما استدل به الفريقان تأمل أفاده سيدى الوالد رحمه الله تعالى ، لكن لو كان إخبارا من وجه وإنشاء من وجه كما ذكره المصنف لعرف بحد يشملها ولا قائل به ، ولأنهم قالوا : لو أقر بمال للغير لزمه تسليمه للمقر له إذا ملكه ، ولو أقر بالطلاق والعتاق الخ فأمثال هذه المسائل دلت على أن الإقرار إخبار لا إنشاء ، إذ لو كان إنشاء لم تكن كذلك ، وما استدل به على كونه إنشاء مطلقا أو من وجه أنه لو أقر لرجل فرد إقراره ثم قبل لم يصح ولو كان إخبارا لصح ، وأنه لو ثبت الملك بسبب الإقرار لم يظهر فى حق الزوائد المتقدم ذكرها ، ولو كان إخبارا لصارت مضمونة عليه .

أقول : أما الجواب عن الأول فهو أن ارتداده بالرد ناشئ من أن حكمه الظهور لا الثبوت ابتداء وذلك ناشئ من كونه حجة قاصرة ، فلما صار مرتدا بالرد جعل كأنه لم يكن فلذلك لم يصح قبوله بعده . على أن هذا الدليل مشترك الإلزام حيث أنه دليل على أنه ليس بإنشاء إذ الإنشاء مما لايرتد بالرد فيما يكون من قبيل الإسقاطات، كما لو قال هذا الولد منى يرتد برد الولد فهذا دليل على أن الإقرار إخبار ثم عاد الولد إلى التصديق يثبت النسب نظرا إلى احتياج المحل وقد سبق .

وأما الجواب عن الثانى أن الإقرار لما كان حجة قاصرة اقتصر ثبوت الملك وظهوره على المقر به فلم يتعد إلى الزوائد المستهلكة كما مر ويأتى، فتبين أنه ليس بإنشاء أصلا تدبر (قوله لأنه لو كان لنفسه) أى على الغير ، ولو للغير على الغير يكون شهادة كما قدمناه (قوله لا إقرارا)ولا ينتقض بإقرار الوكيل والولى ونحوهما لنيابتهم مناب المنوبات شرعا شرح الملتقى (قوله ثم فرع على كل من الشبهين) صوابه من الوجهين لأنه لم يقل الإقرار يشبه الإخبار ويشبه الإنشاء ، بل قال من وجه ومن وجه : أى إخبار من وجه بالنظر لترتب بعض أحكام الإخبارات عليه ، وإنشاء من وجه من حيث ترتب بعض أحكام الإنشاءات عليه ، وقد تبع الشارح المصنف فالمعنى أنه يعطى حكم الإخبار فى بعض الجزئيات وحكم الإنشاء فى بعض آخر ، وأما بالنظر للفظه فهو إخبار عن ثبوت حق عليه لغيره لاغير (قوله فللوجه الخ) علة مقدمة على المعلول (قوله صح إقراره) لأن الإخبار فى ملك الغير صحيح لكن بالنظر للمقر ، وأفاد أنه لايحتاج إلى القبول كما قدمناه .

. . . .

وفى المنح عن تتمة الفتاوى : الإقرار يصح من غير قبول ، لكن البطلان يقف على الإبطال والملك للمقر له يثبت من غير تصديق وقبول لكن يبطل برده ، والمقر له إذا صدق المقر فى الإقرار ثم رده لا يصح الرد ، وأفاد أيضا صحة الإقرار للغائب . وأيضا يستفاد هذا مما سيأتى من قوله هى أى الألف المعينة لفلان لا بل لفلان لايجب عليه للثانى شىء ،أى لأنه أقر بها للأول ثم رجع وشهد بها للثانى فرجوعه لايصح وشهادته لاتقبل ، وبهذا تبين ضعف ما فى الخانية من قوله لو أقر لغائب ثم أقر لآخر قبل حضور الغائب صح إقراره للثانى ،لأن الإقرار للغائب لايلزم بل يتوقف على التصديق انتهى .

ويمكن أن يقال : معنى صحته للثانى ليست لاحتياجه للتصديق وإنما لأجل أن يرتد بالرد ، فأفاد فى الخانية أنه يأخذه الثانى فإذا جاء الأول وصادق قبل رده الإقرار يأخذه ، وإن قال ليس لى يكون ملكا للثانى ،ولكن أفاد فى البدائع أنه إن دفع للأول بلا قضاء يضمن للثانى لأن إقراره بها صحيح فى حق الثانى إذا لم يصح للأول اه وأنت خبير بأن هذا التعليل ربما يرد عليه ، وحينئذ فتعليل المنح ظاهر وهو الموافق لظواهر الكتب المعتمدة .

وفى المنح فى مسائل شتى فسر الرد بأن يقول ماكان لى عليك شىء أو يقول بل هو لك أو لفلان .

قال العلامة الخير الرملى : قولهم الإقرار صحيح بدون التصديق لا يعارض قول العمادى إن إقراره للغائب توقف عمله على تصديق الغائب ، إذ لا مانع من توقف العمل مع الصحة كبيع الفضولى يصح ويتوقف ؛ وكذا لا يعارض ما فى الخانية من قوله : وأما الإقرار للغائب لايلزم بل يتوقف على التصديق ، إذ معناه يتوقف لزومه لا صحته ، وقوله : فإن كان صحيحا يمتنع الإقرار به للغير غير مسلم لعدم الملازمة ؛ ألا ترى أن للفضولى قبل إجازة المالك أن يبيع المبيع الذى باعه الآخر ويتوقف فلم يلزم من صحته عدم صحة بيعه للآخر ، بل الإقرار بمال الغير يصح ويلزم تسليمه إذا ملكه وهذا يدل على أن الإقرار ليس بسبب للملك كما سيأتى فكيف يلزم من صحة إقراره لغائب لا يلزمه ذلك حتى كان له الرد عدم صحة الإقرار به للغير .

والحاصل أن الإقرار يصح مطلقا بلا قبول ولايلزم لو كان المقر له غائبا ولعدم لزومه جاز أن يقر به لغيره قبل حضوره فاجتمعت كلمتهم على أن القبول ليس من شرط صحة الإقرار ، وأما لزومه فشىء آخر ، والمصنف لم يفرق بين الصحة واللزوم فاستشكل فى منحه على الصحة المجتمعة عليها كلمتهم باللزوم . وأما ما أجاب به المجيب المذكور ففيه نظر ، إذ لو كان كما فهمه لما افترق الإقرار للحاضر والغائب مع أن بينهما فرقا فى الحكم ، ألا ترى إلى قوله فى الخانية : ولو أقر لولده الكبير الغائب أو أجنبى بعد قوله وأما الإقرار للغائب لايلزم فالذى يظهر أن الإقرار للغائب لا يلزم من جانب المقر حتى صح إقراره لغيره كما لا يلزم من جانب المقر له حتى صح رده . وأما الإقرار للحاضر فيلزم من جانب المقر حتى لا يصح إقراره به لغيره قبل رده ولا يلزم من جانب المقر له فيصح رده . وأما الصحة فلا شبهة فيها فى الجانبين بدون القبول كما يفهم من كلامهم انتهى .

وفيه : ويشكل على ما فى الفصول العمادية من قوله : وإن ادعى الرجل عينا فى يد رجل وأراد استحلافه فقال صاحب اليد هذه العين لفلان الغائب لا يندفع اليمين عنه ما لم يقم البينة على ذلك ، بخلاف ما إذا قال هذا لابنى الصغير . والفرق أن إقراره للغائب توقف عمله على تصديق الغائب فلا يكون العين مملوكا له بمجرد إقرار ذى اليد فلا يندفع اليمين . وأما إقراره للصبى فلا يتوقف على تصديق الصبى فيصير العين ملكا للصبي

(إذا ملكه) برهة من الزمان لنفاذه على نفسه ، ولو كان إنشاء لما صح لعدم وجود الملك :

وفى الأشباه : أقر بحرية عبد ثم شراه عتق عليه ولا يرجع بالثمن أو بوقفية دار ثم شراها أو ورثها صارت وقفا مؤاخذة له بزعمه (ولا يصح إقراره بطلاق وعتاق مكرها) ولو كان إنشاء لصح لعدم التخلف :

(وصح إقرار العبد المأذون بعين فى يده والمسلم بخمر وبنصف داره مشاعا والمرأة بالزوجية من غير شهود) ولو كان إنشاء لما صح (ولا تسمع دعواه عليه) بأنه أقر له (بشىء) معين (بناء على الإقرار) له بذلك به يفتى

بمجرد إقراره فلا يصح إقراره بعد ذلك لغيره فلا يفيد التحليف لأن فائدته النكول الذى هو كالإقرار .

أقول : لايشكل ذلك ، فإن قوله توقف عمله صريح فى صحته ولكن لما توقف عمله وهو اللزوم على تصديقه لم تندفع اليمين بمجرده ما لم يقم البينة عليه تأمل (قوله إذا ملكه برهة من الزمان) أى قليلا من الزمان ، حتى لو تصرف فيه لغير المقر له بعد ملكه لاينفذ تصرفه وينقض لتصرفه فى ملك غيره كما يؤخذ من القواعد .

ويؤخذ من هذا الفرع كما قال أبو السعود أنه لو ادعى شخص عينا فى يد غيره فشهدله بها شخص فردت شهادته لتهمة ونحوها كتفرد الشاهد ثم ملكها الشاهد يؤمر بتسليمها إلى المدعى انتهى (قوله لماصح) أى إقراره للغير : أى ولو ملكه بعد (قوله ولا يرجع بالثمن) على البائع أى لاقتصار إقراره عليه فلا يتعدى لغيره (قوله صارت وقفا) بخلاف ما إذا غصب دارا من رجل فوقفها ثم اشتراها حيث لا يجوز وقفه . والفرق أن فعل الغاصب إنشاء فى غير ملكه فلا يصح ، لأن شرط صحته ملكه له ، بخلاف الإقرار لكونه إخبارا لا إنشاء (قوله مكرها) حال من الضمير المضاف إليه الإقرار ، وإنما لم يصح إقراره بها مكرها لقيام دليل الكذب وهو الإكراه والإقرار إخبار يحتمل الصدق والكذب فيجوز تخلف مدلوله الوضعى عنه منح (قوله ولو كان إنشاء لصح لعدم التخلف) أى تخلف مداول الإنشاء عنه أى لأنه يمتنع فى الإنشاء تخلف مدلول لفظه الوضعى عنه أى متى وجد اللفظ الدال على إنشاء الطلاق أو العتاق سواء وجد مدلوله فى حال الطواعية أو الإكراه وهذا مخصوص فيما يصح مع الإكره ، بخلاف مالا يصح معه كالبيع فإنه يتخلف مدلوله عنه مع الإكراه ، أى وهو إثبات الملك غير مستحق الفسخ (قوله وصح إقرار العبد المأذون بعين فى يده) ولو كان إنشاء لايصح لأنه يصير تبرعا منه وهو ليس أهلا له (قوله والمسلم بخمر) حتى يؤمر بالتسليم إليه ، ولو كان تمليكا مبتدأ لما صح كما فى الدرر . وفيه إشارة إلى أن الخمر قائمة لا مستهلكة إذ لايجب بدلها للمسلم نص عليه فى المحيط كما فى الشرنبلالية (قوله وبنصف داره مشاعا) أى الدار القابلة للقسمة فإنه يصح الإقرار بها لكونه إخبارا ، ولو كان إنشاء لكان هبة ، وهبة المشاع القابل للقسمة لاتتم ، ولو قبض بخلاف مالا يقسم كبيت وحمام صغيرين فإنها تصح فيه وتتم بالقبض (قوله والمرأة بالزوجية من غير شهود) لأنه إخبار عن عقد سابق ، ولو كان إنشاء لما صح إقرارها بالزوجية من غير شهود لأن إنشاء عقد النكاح يشترط لصحته حضورهم كما مر فى بابه (قوله ولا تسمع دعواه عليه بأنه أقر له بشىء معين بناء على الإقرار له بذلك) يعنى إذا ادعى عليه شيئا لما أنه أقر له به لاتسمع دعواه لأن الإقرار إخبار لا سبب للزوم المقربه على المقر ، وقد علل وجوب المدعى به على المقر بالإقرار ، وكأنه قال أطالبه بما لا سبب لوجوبه عليه أو لزومه بإقراره وهذا كلام باطل منح ، وبه ظهر أن الدعوى بالشىء المعين بناء على الإقرار كما هو صريح المتن لا بالاقرار بناء على الإقرار ، فقوله بأنه أقر له لا محل له ، وفى إقحامه ركاكة تأمل (قوله به يفتى)مقابله أنها تسمع كما فى جامع الفصولين .

وحاصله أن الإقرار هل هو باق فى الشرع أو هو إنشاء فى المعنى فيكون سببا لذلك ، فمن جعله إنشاء سوغ

لأنه إخبار يحتمل الكذب ، حتى لو أقر كاذبا لم يحل له لأن الإقرار ليس سببا للملك ، نعم لو سلمه برضاه كان ابتداء هبة وهو الأوجه بزازية (إلا أن يقول) فى دعواه (هو ملكى) وأقر لى به أو يقول لى عليه كذا وهكذا أقر به فتسمع إجماعا لأنه لم يجعل الإقرار سببا للوجوب ، ثم لو أنكر الإقرار هل يحلف ؟ الفتوى أنه لا يحلف على الإقرار بل على المال وأما دعوى الإقرار فى الدفع فتسمع عند العامة (ول) وجه (الثانى) وهو الإنشاء (لورد) المقر له (إقراره ثم قبل لايصح) ولو كان إخبارا لصح

هذه الدعوى ، ومن جعله باقيا على معناه الأصلى لم يجوز سماعها وعليه الجمهور وجميع المتأخرين، وهو الصحيح المعول عليه كما فى الخلاصة (قوله لأنه إخبار) أى لا سبب للزوم المقر به على المقر، وهو قد جعل سبب وجوب المدعى به على المقر الإقرار فكأنه قال أطالبه بلا سبب لوجوبه عليه أو لزومه بإقراره ، وهذا باطل لما علم من كلام مشايخنا (قوله لم يحل له) أى للمقر له : أى لايجوز له أخذه جبرا ديانة كإقراره لامرأته بجميع ما فى منزله وليس لها عليه شىء اه بحر ، أى ولو كان إنشاء يحل أخذه كما فى الدرر ، وما نقله فى القنية عن بعض المشايخ من أن الإقرار كاذبا يكون ناقلا للملك فخلاف المعتمد الصحيح من المذهب الذى إليه يذهب (قوله نعم لو سلمه برضاه كان ابتداء هبة وهو الأوجه) هذا ظاهر إذا تعمد الكذب ، أما إذا كان يظن أنه واجب عليه يتعين الإفتاء بعدم الحل .

[فرع] الإبراء والإقرار لايحتاجان إلى القبول أفاده السائحانى (قوله أو يقول لى عليه كذا وهكذا أقر به) أى إنه لى عليه .

وفى شرح تحفة الأقران : وأجمعوا أنه لو قال هذا العين ملكى وهكذا أقر به المدعى عليه يقبل (قوله ثم لو أنكر الإقرار) أى وقد ادعى ما أقر به لكونه ملكه ولم يبن على مجرد إقراره لما تقدم (قوله الفتوى أنه لايحلف على الإقرار بل على المال) قال ابن الغرس : ثم لايجوز أن يحلف أنه ما أقر به قولا واحدا لأن الصحيح أن الإقرار ليس بسبب للملك ، وقد علمت الحكم فى الأسباب الشرعية المتفق على سببيتها وأن الصحيح أنه لا يحلف عليها فكيف الحال فيما سببيته قول مرجوح اه وقيل : يحلف بناء على أنه إنشاء ملك (قوله وأما دعوى الإقرار فى الدفع) بأن أقام المدعى عليه بينة أن المدعى أقر أنه لا حق له قبل المدعى عليه ، أو أقام المدعى عليه بينة أن المدعى أقر أن هذه العين ملك المدعى عليه فتسمع ، وأما دعوى الإقرار بالاستيفاء فقيل : لاتسمع لأنها دعوى الإقرار فى طرف الاستحقاق إذ الدين يقضى بمثله .

فنى الحاصل هذا دعوى الدين لنفسه فكان دعوى الإقرار فى طرف الاستحقاق، فلا تسمع جامع الفصولين معزيا للمحيط والذخيرة ومثله فى البزازية لكن زاد فيها وقيل : يسمع لأنه فى الحاصل يدفع أداء الدين عن نفسه ، فكان فى طرف الدفع ذكره فى المحيط . وذكر شيخ الإسلام برهن المطلوب على إقرار المدعى بأنه لا حق له فى المدعى ، أو بأنه ليس بملك له أو ما كانت ملكا له يندفع الدعوى إن لم يقر به لإنسان معروف وكذا لو ادعاه بالإرث ، فبرهن المطلوب على إقرار المورث بما ذكرنا وتمامه فيها (قوله فتسمع عند العامة) كما فى الدرر وشرح أدب القاضى والخانية ، وهذا مقابل قول المصنف ولا تسمع دعواه عليه (قوله لايصح) هذا فى الإقرار بما يرتد أما فيما لا يرتد بالرد كالرق والنسب، فإنه لو أقر به ثم ادعاه المقر له بعد رده يقبل مبسوط والعقود اللازمة مثل النكاح مما لا يرتد بالرد فلو قال لها تزوجتك أمس فقالت : لا، ثم قالت : بلى وقال هو لا، لزمه النكاح لأن إقراره لم يبطل إذ النكاح عقد لازم لا يبطل بمجرد جحود أحد الزوجين ، فيصح بتصديقها بعد التكذيب فيثبت ، ولا يعتبر إنكاره بعد اه سرى الدين ملخصا ط ،

وأما بعد القبول فلا يرتد بالرد ولو أعاد المقر إقراره فصدقه لزمه لأنه إقرار آخر ثم لو أنكر إقراره الثانى لايحلف ولا تقبل عليه بينة .

قال البديع : والأشبه قبولها واعتمده ابن الشحنة وأقره الشرنبلالى (والملك الثابت به) بالإقرار (لايظهر فى حق الزوائد المستهلكة فلا يملكها المقر له) ولو إخبارا لملكها

قال السيد الحموى قوله : لايصح محله فيما إذا كان الحق فيه لواحد مثل الهبة والصدقة أما إذا كان لهما مثل الشراء والنكاح فلا ، وهو إطلاق فى محل التقييد ويجب أن يقيد أيضا بما إذا لم يكن المقر مقصرا على إقراره لما سيأتى من أنه لا شيء له إلا أن يعود إلى تصديقه وهو مصر اه .

وفى الخلاصة : لو قال لآخر كنت بعتك العبد بألف فقال الآخر : لم أشتره منك فسكت البائع حتى قال المشترى فى المجلس أو بعده بلى اشتريته منك بألف فهو جائز وكذا النكاح ، وكل شيء يكون لهما جميعا فيه حق وكل شيء يكون الحق فيه لواحد مثل الهبة والصدقة لا ينفعه إقراره بعد ذلك (قوله وأما بعد القبول فلا يرتد بالرد) يعنى لأنه صار ملكه ونفى المالك ملكه عن نفسه عند عدم المنازع لا يصح . نعم لو تصادقا على عدم الحق صح لما تقدم فى البيع الفاسد أنه طلب ربح مال ادعاه على آخر فصدقه على ذلك فأوفاه إياه ثم ظهر عدمه بتصادقهما إنه لم يكن عليه شيء فانظر كيف التصادق اللاحق نقض السابق مع أن ربحه طيب حلال (قوله لأنه إقرار آخر) أى وقد صدقه فيه فيلزمه قاله العلامة عبد البر .

وفى التاترخانية : وفى كل موضع بطل الإقرار برد المقر له لو عاد المقر إلى ذلك الإقرار وصدقه المقر له كان له أن يأخذه بإقراره ، وهذا استحسان والقياس أن لا يكون له ذلك اه .

ووجه القياس : أن الإقرار الثانى عين المقر به فالتكذيب فى الأول تكذيب فى الثانى :

ووجه الاستحسان : أنه يحتمل أنه كذبه بغير حق لغرض من الأغراض الفاسدة فانقطع عنه ذلك الغرض فرجع إلى تصديقه فقد جاء الحق وزهق الباطل حموى (قوله ثم لو أنكر إقراره الثانى) أى وادعاه المقر له لكونه ملكه وأقام بينة عليه لا تسمع ولو أراد تحليفه لايلتفت إليه للتناقض بين هذه الدعوى ، وبين تكذيبه الإقرار الأول (قوله قال البديع) هو أستاذ صاحب القنية فإنه عبر فيها بقال أستاذنا قال عبد البر : يعنى للقاضى البديع وفى بعض النسخ قال فى البدائع : وليس بصواب ط (قوله والأشبه) أى بالصواب والقواعد (قوله واعتمده ابن الشحنة وأقره الشرنبلالى) وعبارته ولو أنكر المقر الإقرار الثانى لا يحلف ، ولا تقبل عليه بينة للتناقض من الكذب للإقرار الأول . وقال القاضى البديع : ينبغى أن تقبل بينة المقر له على إقراره ثانيا وهو الأشبه بالصواب وقال الشارح أى عبد البر ناظما له :

وقد صوب القاضى البديع قبولها   وعندى له الوجه الصحيح المنور

ومن أراد المزيد فعليه بشرحه (قوله لا يظهر فى حق الزوائد المستهلكة) يفيد بظاهره أنه يظهر فى حق الزوائد الغير المستهلكة ، وهو مخالف لما فى الخانية كما قدمناه عنها وقيد بها فى الاستروشنية ونقله عنها فى غاية البيان ، وتقدم فى الاستحقاق نظير ما قدمناه عن الخانية وأنه فرق فى الاستحقاق لولد المستحقة بين الإقرار ، فلا يتبعها ولدها وبين الإثبات فيتبعها ولدها وكذا سائر الزوائد ، وهو عام يشمل المستهلكة وغيرها وهنا قد قيدها بالمستهلكة فأفهم أن القائمة يظهر بها الإقرار فليحرر . ولعله أراد الاحتراز بالمستهلكة عن الهالكة بنفسها لأنها غير مضمونة مطلقا لأنها كزوائد المغصوب تأمل (قوله فلايملكها المقر له ولو إخبارا لملكها) قال فى نور العين : شرى أمة فولدت عنده لا باستيلاده ، ثم استحقت ببينة يتبعها ولدها ، ولو أقر

(أقر حر مكلف) يقظان طائعا (أو عبد) أو صبي أو معتوه (مأذون) لهم إن أقروا بتجارة كإقرار محجور بحد وقود وإلا

بها لرجل لا والفرق أنه بالبينة يستحقها من الأصل ، ولذا قلنا إن الباعة يتراجعون فيما بينهم بخلاف الإقرار حيث لايتراجعون ف . ثم الحكم بأمة حكم بولدها وكذا الحيوان إذ الحكم حجة كاملة بخلاف الإقرار ، فإنه لم يتناول الولد لأنه حجة ناقصة ، وهذا الولد بيد المدعى عليه فلو فى ملك آخر هل يدخل فى الحكم اختلف المشايخ اه .

ففيه مخالفة لمفهوم كلام لمصنف ويشبه أن تكون هذه التفريعات كلها جامعا بين قول من قال إن الإقرار إخبار بحق لآخر لا إثبات ، وهو قول محمد بن الفضل ، والقاضى أبى حازم وقول من قال : إنه تمليك فى الحال وهو أبو عبد الله الجرجانى قاله فى الشرنبلالية . وذكر استشهاد كل على ما قال بمسائل ذكرت فى الفصل التاسع من الاستروشنية .

والحاصل أن الإقرار هل هو إخبار بحق لآخر أم تمليك فى الحال على ما قدمنا من الخلاف وقد علمت أن الأكثر على الأول الذى عليه المعول وقد ذكروا لكل مسائل تدل على ما قال والله تعالى أعلم بحقيقة الحال (قوله أقر حر مكلف) أى بالغ عاقل درر قيد بالحر ، لأن العبد المحجور عليه يتأخر إقراره بالمال إلى ما بعد العتق ، وكذا المأذون له يتأخر إقراره بما ليس من باب التجارة كما قدمناه . وكذا إذا أقر بجناية موجبة للمال لا يلزمه لأن الإذن لم يتناول إلا التجارة بخلاف ما إذا أقر بالحدود والقصاص، لأن العبد مبقى على أصل الحرية فى حقهما زيلعى (قوله مكلف) شرط التكليف لأن إقرار الصبى والمعتوه والمجنون لا يصح لانعدام أهلية الالتزام إلا إذا كان الصبى مأذونا له فيصح إقراره بالمال لكونه من ضرورات التجارة لأنه لو لم يصح إقراره لا يعامله أحد فدخل فى الإذن كل ما كان طريقه التجارة كالديون والودائع والعوارى والمضاربات والغصوب فيصح إقراره بها لالتحاقه فى حقها بالبالغ العاقل لأن الإذن يدل على عقله بخلاف ما ليس من باب التجارة كالمهر والجناية والكفالة حيث لا يصح إقراره بها لأن التجارة مبادلة المال بالمال والمهر مبادلة مال بغير مال والجناية ليست بمبادلة والكفالة تبرع ابتداء ، فلا تدخل تحت الإذن والنائم والمغمى عليه كالمجنون لعدم التمييز وإقرار السكران جائز إذا سكر بمحظور ، لأنه لا ينافى الخطاب إلا إذا أقر بما يقبل الرجوع كالحدود الخالصة وإن سكر بمباح كالشرب مكرها لايلزمه شيء زيلعى والردة كالحدود الخالصة حموى (قوله يقظان) أخرج به النائم فلا يؤاخذ بما أقر به فى النوم لارتفاع الأحكام عنه (قوله طائعا) أخرج به المكره فلا يصح إقراره ، ولو بطلاق وعتاق كما تقدم أما طلاقه وعتاقه فيقعان (قوله إن أقروا بتجارة) أى بمال فيصح وجوابه قول المصنف الآتى صح أى صح للحال (قوله كإقرار محجور) أى عبد لأنه مبقى على أصل الحرية فى الحدود والقصاص ولأنه غير متهم بهذا الإقرار لأن ما يدخل عليه بهذا الإقرار من المضرة أعظم مما يدخل على مولاه ، وليس هو عائدا إلى الصبى والمعتوه فإنه لا حد عليهما ، ولا قود لأن عمد الصبى خطأ والمعتوه كالصبى ، ويدل على تخصيصه بالعبد قول الشارح وإلا فبعد عتقه أى إلا يكن إقرار العبد المحجور بحد أو قود بل بمال ، فإنه لا ينفذ عليه فى الحال لأنه وما فى يده لمولاه والإقرار حجة قاصرة لاتتعدى لغير المقر ، فلا ينفذ على مولاه فإن عتق سقط حق المولى عنه فنفذ إقراره على نفسه والأولى أن يعبر بدل المحجور بالعبد وأن يؤخره بعد قوله الآتى صح (قوله بحد وقود) أى مما لا تهمة فيه كما ذكرنا فيصح للحال وقوله : وإلا أى بأن كان

فبعد عتقه ونائم ومغمى عليه كمجنون وسيجيء السكران ومر المكره (بحق معلوم أو مجهول صح) لأن جهالة المقر به لا تضر إلا إذا بين سببا تضره الجهالة كبيع وإجارة .

وأما جهالة المقر فتضر كقوله لك على أحدنا ألف درهم لجهالة المقضى عليه إلا إذا جمع بين نفسه وعبده فيصح، وكذا تضر جهالة المقر له إن فحشت كالواحد من الناس على كذا وإلا لا كلأحد هذين على كذا فيصح

مما فيه تهمة (قوله فبعد عتقه) أى فتتأخر المؤاخذة به إلى عتقه وكذا المأذون رعاية لحق المولى عيني (قوله ونائم) قصد بهذا كالذى قبله وبعده بيان المحترزات (قوله أو مجهول) إنما صح الإقرار به لأن الحق قد يلزمه مجهولا بأن أتلف مالا لا يدرى قيمته أو جرح جراحة لا يعلم أرشها والضمير فى صح يرجع للإقرار المعلوم من أقر (قوله لأن جهالة المقر به لاتضر) كما إذا أقر أنه غصب من رجل مالا مجهولا فى كيس أو أودعه مالا فى كيس صح الغصب والوديعة ، وثبت حكمهما لأن الحق قد يلزمه مجهولا الخ (قوله إلا إذا بين سببا تضره الجهالة كبيع) أى لو قال له سهم من دارى غير معين ولا معلوم مقداره ، لأنى قد كنت بعته ذلك لايصح لأن البيع المجهول فاسد ، وكذا لو كان الإقرار بإجارة كذلك .

واعلم أن المقر بالمجهول تارة يطلق وتارة يبين سببا لاتضره الجهالة كالغصب والجناية وتارة يبين سببا تضره الجهالة فالأول يصح ، ويحمل على أن المقر به لزمه بسبب لاتضره الجهالة ، والثانى ظاهر ، والثالث لايصح الإقرار به كالبيع والإجارة ؛ فإن من أقر أنه باع من فلان شيئا أو آجر من فلان شيئا أو اشترى من فلان كذا بشيء لايصح إقراره ، ولا يجبر المقر على تسليم شيء أفاده فى الدرر والشرنبلالية (قوله كقوله لك على أحدنا ألف) ظاهره أن القائل واحد من جماعة، ولو يحصون وصدوره من أحدهم لايعين أنه هو المطالب، وأنه لايجبر المتكلم على البيان (قوله إلا إذا جمع بين نفسه وعبده فيصح) هذا فى حكم المعلوم لأن ما على عبده يرجع إليه فى المعنى لكن إنما يظهر هذا فيما يلزمه فى الحال أما ما يلزمه بعد الحرية فهو كالأجنبي فيه فإذا جمعه مع نفسه كان كقوله لك على أو على زيد وهو مجهول لايصح حموى قال فى الأشباه إلا فى مسألتين فلا يصح الأولى أن يكون العبد مديونا الثانية أن يكون مكاتبا فافهم (قوله وكذا تضر جهالة المقر له) أى فتبطل فائدة الإقرار لعدم اعتباره (قوله وإلا لا) أى لاتضر الجهالة إن لم تتفاحش على ماذكر شيخ الإسلام فى مبسوطه والناطفى فى واقعاته وسوى شمس الأئمة بين المتفاحشة وغيرها فى عدم الاعتبار ، لأن المجهول لايصلح مستحقا إذ لايمكنه جبره على البيان من غير تعيين المدعى فلا يفيد فائدته كما فى المنح .

قال الحموى : أقول : مثل شراح الهداية وغيرها للفاحشة بأن قال لواحد من الناس ولغير الفاحشة بأن قال لأحدكما ووقع تردد بدرس شيخ مشايخنا بين أهل الدرس ، لو قال لأحدكم وهم ثلاثة أو أكثر محصورون هل هو من الثانى أو الأول فمال بعضهم إلى أنه من قبيل غير الفاحشة ، وانتصر له بما فى الخانية لو قال من بايعك من هؤلاء وأشار إلى قوم معينين معدودين فأنا قبيل بثمنه جاز اه . قال السائحانى : ويظهر لى أن المتفاحش مائة .

أقول : لكن الذى يظهر لى أن المتفاحش ما زاد على المائة أخذا من قولهم فى كتاب الشهادات من الباب الرابع فيمن تقبل شهادته من الهندية عن الخلاصة شهادة الجند للأمير لاتقبل إن كانوا يحصون ، وإن كانوا لايحصون تقبل نص فى الصيرفية فى حد الإحصاء مائة وما دونه ، وما زاد عليه فهؤلاء لايحصون كذا فى جواهر الإخلاطى وقدمناه فى الشهادات (قوله فيصح) لأن صاحب الحق لايعدو من ذكره وفى مثله يؤمر بالتذكر لأن المقر قد

ولا يجبر على البيان لجهالة المدعى بحر ونقله فى الدرر لكن باختصار مخل كما بينه عزمى زاده

ينسى صاحب الحق منح وهذا قول الناطفى وقال السرخسى : إنها تضر أيضا (قوله ولا يجبر على البيان) أى إن فحشت أولا زاد الزيلعى : ويؤمر بالتذكر لأن المقر قد ينسى صاحب الحق وزاد فى غاية البيان أنه يحلف لكل واحد منهما إذا ادعى وفى التاترخانية ، ولم يذكر أنه يستحلف لكل واحد منهما يمينا على حدة بعضهم قالوا نعم ويبدأ القاضى بيمين أيهما شاء أو يقرع ، وإذا حلف لكل لايخلو من ثلاثة أوجه : إن حلف لأحدهما فقط يقضى بالعبد للآخر فقط ، وإن نكل لهما يقضى به وبقيمة الولد بينهما نصفين سواء نكل لهما جملة بأن حلفه القاضى لهما يمينا واحدة أو على التعاقب بأن حلفه لكل على حدة ، وإن حلف فقد برئ عن دعوة كل فإن أراد أن يصطلحا وأخذا العبد منه لهما ذلك فى قول أبى يوسف الأول . وهو قول محمد كما قبل الحلف ثم رجع أبو يوسف وقال : لايجوز اصطلاحهما بعد الحلف قالوا ولا رواية عن أبى حنيفة اهـ .

أقول : والحاصل : أن قول الشارح ولا يجبر على البيان موافق لما فى البحر والزيلعى والعينى ، وشرح السيد الحموى ويخالفه مافى الدرر عن الكافى حيث قال : وإن لم يفحش بأن أقر أنه غصب هذا العبد من هذا أو من هذا فإنه لايصح عند شمس الأئمة السرخسى ، لأنه إقرار للمجهول وقيل يصح وهو الأصح لأنه يفيد وصول الحق إلى المستحق ، لأنهما إذا اتفقا على أخذه فلهما حق الأخذ ويقال له : بين المجهول لأن الإجمال من جهته كما لو أعتق أحد عبديه ، وإن لم يبين أجبره القاضى على البيان إيصالا للحق إلى المستحق اهـ وكلام الشرنبلالية يفيد موافقة مافى الدرر من أنه يجبر على البيان حيث قال قوله : كما لو أعتق أحد عبديه يعنى من غير تعيين أما لو أعتق أحدهما بعينه ، ثم نسيه لايجبر على البيان كما فى المحيط اهـ .

وأقول : قوله لأن الإجمال الخ هكذا فى الهداية وعامة الشراح قاطبة ربطوا هذا الكلام على صحة الإقرار للمجهول وصاحب الدرر ظن أنه مرتبط بالإقرار بالمجهول ، وليس كذلك كما يظهر لمن نظر نظر التدبر فى كلام صاحب الكافى أيضا وقد سبق أنه لاجبر على المقر لبيان المقر له عند كونه مجهولا غير متفاحش ، فاللائق عليه أن يأتى بهذا الكلام فى شرح قوله : ولزمه بيان ماجهل .

أقول : وإنما يجبره القاضى على البيان فيما إذا أعتق أحد عبديه من غير تعيين ، لأن الظاهر من حال المقر هو العلم بالحق الذى أقر به ، فيجب عليه البيان لايقال إنه تقدم عند قوله أو مجهول أن المقر قد يتلف مالا لايدرى قيمته أو يجرح جراحة لايعلم أرشها لأنا نقول إن ذلك احتمال اعتبر هناك بتصحيح الإقرار بالمجهول ، ولا يلزم من ذلك أن يسمع قوله لاأدرى فى جميع ماأقر به بل على القاضى أن يعتمد على ظاهر الحال ولا يصدقه فيما هو محتمل .(قوله لجهالة المدعى) أى فيهما ولأنه قد يؤدى إلى إبطال الحق على المستحق والقاضى إنما نصب لإيصال الحق إلى مستحقه لا لإبطاله اهـ منح .(قوله بحر) تتمة عبارته ولكل منهما أن يحلفه (قوله ونقله فى الدرر لكن باختصار مخل كما بينه عزمى زاده) .ليس فى كلامه اختصار مخل بل زيادة مضرة ذكرها فى غير موضعها وقد سمعت عبارته وصدرها ، ولم يصح الإقرار للمجهول إذا فحشت جهالته بأن يقول : هذا العبد لواحد من الناس لأن المجهول لايكون مستحقا ، وإن لم تفحش إلى آخر ماقدمنا عنها واعترضه عزمى زاده بأن قوله : ويقال له بين المجهول مرتبط بصحة الإقرار ، مع جهالة المقر به لابعدم الصحة فى جهالة المقر له ولا مساغ لحمله على ذلك لأنه علل المسألة بأنه إقرار للمجهول ، ولا يفيد لأن فائدته الجبر على البيان ، وصاحب الحق مجهول وكان الواجب ذكر هذه المسألة فى أثناء شرح قوله : أقر بمجهول صح ليوافق كلامه كلامهم ومرامه مرامهم اهـ .

وحاصله : أن ماذكره صاحب الدرر من الجبر إنما هو فيما إذا جهل المقر به لا المقر له لقول الكافى لأنه إقرار للمجهول ، وأنه لايفيد لأن فائدته الجبر على البيان ، ولا يجبر على البيان لأنه إنما يكون ذلك لصاحب الحق وهو مجهول .

[فرع] لم يذكر الإقرار العام وذكره فى البحر ، وفى المنح وصح الإقرار بالعام كما فى يدى من قليل أو كثير أو عبد أو متاع أو جميع مايعرف بى أو جميع ماينسب إلىّ لفلان وإن اختلفا فى عين أنها كانت موجودة وقت الإقرار أولا فالقول قول المقر إلا أن يقيم المقر له البينة أنها كانت موجودة فى يده وقته .

واعلم أن القبول ليس من شرط صحة الإقرار ، لكنه يرتد برد المقر له صرح به فى الخلاصه ، وكثير من الكتب المعتمدة واستشكل المصنف بناء على هذا قول العمادى وقاضيخان الإقرار للغائب يتوقف على التصديق ثم أجاب عنه وبحث فى الجواب الرملى ثم أجاب عن الإشكال بما حاصله أن اللزوم غير الصحة ، ولا مانع من توقف العمل مع صحته كبيع الفضولى ، فالمتوقف لزومه لاصحته فالإقرار للغائب لايلزم ، حتى صح إقراره لغيره كما لايلزم من جانب المقر له حتى صح رده ، وأما الإقرار للحاضر فيلزم من جانب المقر حتى لايصح إقراره لغيره به قبل رده ، ولا يلزم من جانب المقر له فيصح رده وأما الصحة فلا شبهة فيها من الجانبين بدون القبول وقدمنا شيئا من ذلك فارجع إليه (قوله ولزمه بيان ماجهل) أى يجبر عليه إذا امتنع كما فى الشمنى ، لأنه لزمه الخروج عما وجب عليه بالإقرار لأن كثيرا من الأسباب تتحقق مع الجهالة كالغصب والوديعة ، لأن الإنسان يغصب مايصادف ويودع ماعنده من غير تحرير فى قدره وجنسه ووصفه ، فيحمل عليه ، حتى ، لو فسره بالبيع أو الإجارة لايصح إقراره ، لأن هذه العقود لاتصح مع الجهالة فلا يجبر على البيان زيلعى .

قال العلامة الخير الرملى : أقول به استخرجت جواب حادثة الفتوى كرم وقف استهلك العامل عليه حصة الوقف مدة سنين أو مات العامل وأقر ورثته باستهلاك ثمرته فى السنين المعينة إقراراً مجهولا فى الغلة .

فأجبت : بأنهم يجبرون على البيان والقول لهم مع الحلف إلا أن يقيم المتولى بينة بأكثر فتأمل اهـ .

وقال أيضا : ذكر صاحب البحر فى البيع فى شرح قوله : وإن اختلفت النقود فسد البيع لو أقر بعشرة دنانير حمر وفى البلد نقود مختلفة حمر لايصح بلا بيان بخلاف البيع فإنه يتصرف إلى الأروج اهـ ولا ريب أن معنى قوله : لا يصح بلا بيان : أى لا يثبت به شىء بلا بيان بخلاف البيع فإنه يثبت الأروج بدون بيان إذ صحة الإقرار بالمجهول مقررة وعليه البيان تأمل وفى المقدسى . ولو بين الغصب فى عقار أو خمر مسلم صح لأنه مال فإن قيل الغصب أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده ، وهو لايصدق على العقار وخمر المسلم . وأجيب : بأن ذلك حقيقة وقد تترك بدلالة العادة وفى خير مطلوب سواء عين فى هذه البلدة أو غيرها ولو قال : الدار التى فى يد فلان صح بيانه ، ولا تؤخذ من يده ولا يضمن المقر شيئا لأنه أقر بغصبها وهى لا تضمن بالغصب اهـ .

أقول : وإنما يلزمه بيان ما جهل هذا إذا لم يمكن الحكم عليه من الخارج أما إذا أمكن فلا ويحكم عليه بالمتيقن ، ألا يرى أنه لو قال : لاأدرى له علىّ سدس أو ربع فإنه يلزم الأقل وسيأتى ما يوضح ما ظهر لى وفى المقدسى له على عبد أو قال له شرك فيه أوجب أبو يوسف قيمة وسط فى الأول والشطر فى الثانى ومحمد البيان فيهما ولو قال له عشرة دراهم ودانق أو قيراط فهما من الدراهم . وفى الخانية له على ثوب أو عبد صح

كشىء وحق (بذى قيمة) كفلس وجوزة لا بما لا قيمة له كحبة حنطة وجلد ميتة وصبى حر لأنه رجوع فلا يصح (والقول للمقر مع حلفه) لأنه المنكر (إن ادعى المقر له أكثر منه) ولا بينة (ولا يصدق فى أقل من درهم فى على مال ومن النصاب) أى نصاب الزكاة فى الأصح اختيار وقيل : إن المقر فقيرا فنصاب السرقة وصحح (فى مال عظيم)

ويقضى بقيمة وسط عند أبى يوسف وقال محمد : القول له فى القيمة وفى الأشباه الإقرار بالمجهول صحيح واعترضه الحموى بما فى الملتقط إذا قال على دار أو شاة قال أبو يوسف : يلزمه الضمان بقيمة المقر به والقول قوله ، وقال بشر : تجب الشاة اه ويمكن الجواب بمشى الأشباه على قول الإمام والخانية والملتقط على قول غيره ، ولعل المراد بالوسط أو القيمة من أقل المقر به لأنه مقر بأحدهما المبهم إلا بالاثنين وحينئذ فحاف بشر لفظى كذا بخط العلامة السائحانى (قوله كشىء وحق) بأن قال على لفلان شىء أو حق لأن الحق قد يلزم مجهولا بأن يتلف مالا أو يجرح جراحة أو تبقى عليه باقية حساب لا يعرف قيمتها ، ولا أرشها ولا قدرها كما فى العينى ولو قال فى قوله : على حق أردت به حق الاسلام لم يصدق مطلقا سواء قاله موصولا أو مفصولا وهو ظاهر كلام الزيلعى والعينى والكفاية لأنه خلاف العرف ، فإذا بين بغير ذلك كان رجوعا فلا يصح وعليه المعول كما فى التبيين .

وفى تكملة قاضى زاده أنه إذا وصله صدق وإن فصله لا يصدق وعليه مشى فى التاترخانية ونقله الحموى وكذا نقله صاحب الكفاية عن المحيط والمستزاد كما فى الشلبى .

قال السيد الحموى بقى لو مات قبل البيان توقف فيه الشيخ الخانونى قال العلامة الشرنبلالى : وينبغى أن يرجع فيه للورثة اه وفيه أن الوارث إذا كان لا يعلم كيف يرجع إليه فليحرر بالنقل وفيه أن الوارث قد يعلم فالرجوع إليه لاستكشاف ما عنده فإن علمه وافق عمل به قال العلامة المقدسى : ينبغى أن يصدق فى حق الشفعة أو التطرق ونحوه اه (قوله والقول للمقر مع حلفه لأنه المنكر) ولأنه لما كذبه فيما بين وادعى شيئا آخر بطل إقراره بتكذيبه وكان القول للمقر فيما ادعى عليه اه (قوله ولا يصدق فى أقل من درهم فى على مال) لأن ما دونه من الكسور لا يطلق عليه اسم المال عادة وهو المعتبر زيلعى ومثله فى الهداية . وهذا استحسان وفى القياس يصدق فى القليل والكثير كما قال القدورى .

قال ط : وظاهر البحر أنه يلزمه درهم ، ولا يجبر على البيان وعبارته ولو قال : لفلان على دار أو عبد لا يلزمه شىء أو مال قليل أو درهم عظيم أو دريهم لزمه درهم (قوله ومن النصاب) معطوف على قوله من درهم وكذا المعطوفات بعده (قوله أى نصاب الزكاة) لأنه عظيم فى الشرع حتى اعتبر صاحبه غنيا وأوجب عليه مواساة الفقراء وفى العرف حتى يعد من الأغنياء عادة منح (قوله وقيل إن المقر فقيرا الخ) قال فى المنح والأصح أنه على قوله مبنى على حال المقر فى الفقر والغنى فإن القليل عند الفقير عظيم ، وأضعاف ذلك عند الغنى ليس بعظيم وهو فى الشرع متعارض ، فإن المائتين فى الزكاة عظيم وفى السرقة والمهر العشرة عظيم ، فيرجع إلى حاله كذا فى النهاية (قوله فى مال عظيم) معطوف على قوله فى على مال المعمول ليصدق ففيه العطف على معمولين لعاملين مختلفين ، وهو لا يجوز والأولى أن يقول : ولزم فى على مال درهم وفى على مال عظيم نصاب ، وحينئذ ففيه العطف على معمولين لعامل واحد تأمل .

واعلم أن المال القليل درهم فإذا قال فى له على مال عظيم وسئل البيان فقال لا قليل ولا كثير لزمه مائتان

لو بينه (من الذهب أو الفضة ومن خمس وعشرين من الإبل) لأنها أدنى نصاب يؤخذ من جنسه (ومن قدر النصاب قيمة فى غير مال الزكاة ومن ثلاثة نصب فى أموال عظام) ولو فسره بغير مال الزكاة اعتبر قيمتها كما مر (وفى دراهم ثلاثة و) فى (دراهم) أو دنانير أو ثياب (كثيرة عشرة) لأنها نهاية اسم الجمع (وكذا درهما درهما)

لأنه لما قال لاقليل لزمه الكثير كذا عن محمد ويظهرلى أن يلزمه عند الإمام عشرة إذهى الكثير عنده ولو قال له على شىء من الدراهم أو من دراهم فعليه ثلاثة .

قلت : وعلى تقدير من تبعيضية لايظهر مقدسى (قوله لو بينه الخ) بأن قال مال عظيم من الذهب أو قال من الفضة لزمه النصاب من المقر به ومن الابل أخذ نصابها أيضا فإن قال : من ثياب أو كتب اعتبر النصاب بالقيمة (قوله ومن خمس وعشرين من الإبل) أى ولا يصدق فى أقل من خمس وعشرين لو قال : مال عظيم من الإبل (قوله لأنها أدنى نصاب يؤخذ من جنسه) جواب سؤال حاصله : أن أدنى نصاب الإبل خمس فإنه يؤخذ فيها شاة .

وحاصل الجواب : أن مادون الخمس والعشرين من الإبل لايجب فيه الزكاة من جنسه ، وإن وجبت فيه الزكاة وتقرير ذلك أن الخمس من الإبل ، وإن كانت مالا عظيما فعظمه لمالكه نسبى فصار له جهتان جهة الغنى بتملكها فأوجبنا الشاة فيها وجهة عدم العظم الحقيقى فقلنا بعدم جواز صدقة فيها منها أفاده الحموى . والظاهر أنه يعتبر فى البقر والغنم نصابهما إذا بين بهما كما يستفاد من المنح ط (قوله ومن ثلاثة نصب فى أموال عظام) لأن أقل الجمع ثلاثة فلا يصدق فى أقل منه للتيقن به ، وينبغى على قياس قول الإمام أن يعتبر فيه حال المقر منح .

وفى الذخيرة : ولو قال مال نفيس أو كريم أو خطير أو جليل قال الناطفى لم أجده منصوصا وكان الجرجانى يقول يلزمه مائتان وروى ابن سماعة عن أبى يوسف أنه إذا قال : على دراهم مضاعفة فعليه ستة دراهم لأن أدنى الجمع ثلاثة وضعفها ستة ولو قال : دراهم أضعاف مضاعفة يلزمه ثمانية عشر درهما لأن أضعافا لفظ الجمع ، وأقله ثلاثة فتصير تسعة ومضاعفة التسعة ثمانية عشر ذكره الشمنى (قوله ثلاثة) لأنها أدنى الجمع (قوله عشرة) عند الإمام وقالا نصاب ، والأصل أن رعاية الكثرة واجبة لكنه اعتبر العرف لغة وهما اعتبراه شرعا (قوله لأنها نهاية اسم الجمع) الإضافة للبيان أى نهاية اسم هو الجمع وهو دراهم إذ هو جمع درهم ، وليس المراد اسم الجمع المصطلح عليه كما لا يخفى يعنى أن العشرة أقصى ما يذكر بلفظ الجمع فكان هو الأكثر من حيث اللفظ فينصرف إليه وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وقالا : لا يصدق فى أقل من نصاب : والأصل فيه ما قدمنا من أن رعاية الكثرة واجبة الخ وهو أول ما يصدق عليه جمع الكثرة أما تعليل الشارح ، فيوهم أن العبرة لأقل ما يصدق اللفظ لا لنهايته إذهى مشكوكة والمال لا يثبت بالشك فتعين ما قلنا تأمل (قوله وكذا درهما درهم) أى لا يصدق فى أقل من درهم فى قوله له على كذا درهما لأنه تفسير للمبهم كذا فى الهداية وفيه ما سبق من مخالفة العطف ، قال الإتقانى : وينبغى أن يلزمه فى هذا أحد عشرة لأنه أول العدد الذى يقع مميزه منصوبا هكذا نقل عن أهل اللغة فلا يصدق فى بيانه بدرهم والقياس فيه ماقاله فى مختصر الأسرار إذا قال له كذا درهم أنه يلزمه عشرون لأنه ذكر جملة وفسرها بدرهم منصوب . وذلك يكون من عشرين إلى تسعين فيجب الأقل وهو عشرون لأنه متيقن اه ومثله فى الشرنبلالية .

وفى السراج : وإن قال كذا درهما لزمه عشرون وإن قال كذا درهم بالخفض لزمه مائة وإن قال : كذا

على المعتمد ولو خفضه لزمه مائة درهم وفى دريهم أودرهم عظيم درهم والمعتبر الوزن المعتاد إلا بحجة زيلعى . (وكذاكذا) درهما (أحد عشر وكذا وكذا أحد وعشرون) لأن نظيره بالواو أحد وعشرون (ولو ثلث بلا واو فأحد عشر) إذ لا نظير له فحمل على التكرار (ومعها فمائة وأحد وعشرون وإن ربع) مع الواو (زيد ألف)

درهم بالرفع أو بالسكون لزمه درهم واحد لأنه تفسير للمبهم (قوله على المعتمد) لأن ما فى المتون مقدم على مافى الفتاوى شرنبلالية وفى التتمة والذخيرة درهمان ، لأن كذا كناية عن العدد وأقله اثنان إذ الواحد لايعد حتى يكون معه شيء وفى شرح المختار قيل: يلزمه عشرون وهو القياس لأن أقل عدد غير مركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون منح (قوله ولو خفضه لزمه مائة درهم) كذا روى عن محمد وإن قال كذا كذا درهم بالخفض لزمه ثلثمائة والتوجيه فى غاية البيان (قوله وفى دريهم الخ) أى بالتصغير ، وكذا لو صغر الدينار يلزمه تاما لأن التصغير يكون لصغر الحجم وللاستحقار ولخفة الوزن فلا ينقص الوزن بالشك ط (قوله أو درهم عظيم) إنما لزمه درهم لأن الدرهم معلوم القدر فلا يزداد قدره بقوله عظيم لأنه وصف اه تبيين .

قال المقدسى : ينبغى إذا كانت الدراهم مختلفة أن يجب من أعظمها عملا بالوصف المذكور حموى (قوله والمعتبر الوزن المعتاد إلا بحجة) قال صاحب الهداية ، وينصرف إلى الوزن المعتاد أى بين الناس ، وذلك لأن المطلق من الألفاظ ينصرف إلى المتعارف وهو غالب نقد البلد . ولا يصدق فى أقل من ذلك لأنه يريد الرجوع عما اقتضاه كلامه .

قال فى تحفة الفقهاء: ولو قال على ألف درهم فهو على ما يتعارفه أهل البلد من الأوزان أو العدد وإن لم يكن شيئا متعارفا يحمل على وزن سبعة فإنه الوزن المعتبر فى الشرع ، وكذلك فى الدينار يعتبر المثاقيل إلا فى موضع متعارف فيه بخلافه اه شلبى .

وفى الكافى : وإن كان نقد البلد مختلفا فهو على الأقل من ذلك اه ولا يصدق إن ادعى وزنا دون ذلك اه بتصرف فقوله إلا بحجة إن أريد بها البيان فالأمر ظاهر وإن لم يكن بيانا فالحجة عرف البلد فتدبر ط (قوله وكذا كذا درهما) بالنصب (قوله أحد عشر) لأنه ذكر عددين مبهمين بدون حرف العطف وأقل ذلك من العدد المفسر أحد عشر وأكثره تسعة عشر ، والأقل يلزمه من غير بيان والزيادة تقف على بيانه منح وبالخفض ثلثمائة وفى كذا وكذا درهما ، وكذا وكذا دينارا عليه من كل أحد عشر ، وفى كذا كذا دينارا ودرهما أحد عشر منهما جميعا ويقسم ستة من الدراهم وخمسة من الدنانير احتياطا ولا يعكس ، لأن الدراهم أقل مالية والقياس خمسة ونصف من كل لكن ليس فى لفظه ما يدل على الكسر غاية البيان ملخصا .

أقول : لكن مقتضى الاحتياط أن يلزمه دينار واحد وعشرة دراهم لأنه أقل مايصدق عليه القول المذكور تأمل (قوله لأن نظيره الخ) لو قال : لأن أقل نظير له واحد وعشرون لكان أولى .

قال فى المنح : لأنه فصل بينهما بحرف العطف وأقل ذلك من العدد المفسر أحد وعشرون ، وأكثره تسعة وتسعون والأقل يلزمه من غير بيان والزيادة تقف على بيانه اه (قوله ولو ثلث) بأن قال كذا كذا كذا درهما (قوله إذ لا نظير له) وما قيل نظيره مائة ألف ألف فسهو ظاهر لأن الكلام فى نصب الدرهم وتمييز هذا العدد مجرور ولينظر هل إذا جره يلزمه ذلك وظاهر كلامهم لا (قوله فحمل على التكرار) أى تكرار لفظ كذا الأخير (قوله زيد ألف) فيجب ألف ومائة وأحد وعشرون لأنه أقل ما يعبر عنه بأربعة أعداد مع

ولو خمس زيد عشرة آلاف ولو سدس زيد مائة ألف ولو سبع زيد ألف ألف وهكذا يعتبر نظيره أبدا .

(و) لو قال له (على أو) له (قبلى) فهو (إقرار بدين) لأن على للإيجاب وقبلى للضمان غالبا (وصدق إن وصل به هو وديعة) لأنه يحتمله مجازا (وإن فصل لا) يصدق لتقرره بالسكوت (عندى أو معى أو فى بيتى أو) فى (كيسى أو) فى (صندوقى) إقرار بال (أمانة) عملا بالعرف (جميع ما) لى أو ما (أملكه له) أو له

الواو ط عن أبى السعود (قوله ولو خمس زيد عشرة آلاف) هذا حكاه العينى بلفظ ينبغى لكنه غلط ظاهر ، لأن العشرة آلاف تتركب مع الألف بلا واو فيقال : أحد عشر ألفا فتهدر الواو التى تعتبر مهما أمكن وهنا ممكن فيقال : أحد وعشرون ألفا ومائة وأحد وعشرون درهما . نعم قوله : ولو سدس الخ مستقيم سائحانى أى بأن قال مائة ألف وأحد وعشرون ألفا وأحد وعشرون درهما ، وكذا لو سبع زيد قبله ألف ألف وما ذكره أحسن من قول بعضهم قوله زيد عشرة آلاف فيه أنه يضم الألف إلى العشرة آلاف فيقال : أحد عشر والقياس لزوم مائة ألف وعشرة آلاف الخ اه لأن أحد وعشرون ألفا أقل من مائة ألف وقد أمكن اعتبار الأقل ، فلا يجب الأكثر ويلزم أيضا اختلال المسائل التى بعده كلها فيقال لو خمس زيد مائة ألف ، ولو سدس زيد ألف ألف وهكذا بخلافه على ما مر فتدبر (قوله وهكذا يعتبر نظيره أبدا) أى كلما زاد معطوفا بالواو زيد عليه ما جرت به العادة إلى مالا يتناهى كما فى البحر : وفيه والمعتبر الوزن المعتاد فى كل زمان أو مكان والنيف مجهول يرجع إليه فيه والبضعة للثلاثة اه فلو قال : عشرة ونيف فالبيان فى النيف إليه فإن فسره بأقل من درهم جاز . لأن النيف مطلق الزيادة . ولو قال : بضع وعشرون ففى البدائع البضع فى عرف اللغة من الثلاثة إلى التسعة فيحمل على الأقل للتيقن وفى البزازية : البضعة النصف (قوله لأن على للإيجاب) قال الإتقانى: أما قوله على فإنما كان إقرارا بالدين بسبيل الاقتضاء . وإن لم يذكر الدين صريحا لأن كلمة على تستعمل فى الإيجاب . ومحل الإيجاب الذمة والثابت فى الذمة الدين لا العين فصار إقراره بالدين مقتضى قوله على والثابت اقتضاء كالثابت نصا . ولو نص فقال : لفلان على ألف درهم دين كان مقرا بالدين لا بالعين فكذلك هنا اه (قوله وقبلى للضمان غالبا) قال الإتقانى : لأن قوله قبلى وإن كان يستعمل فى الإيجابات والأمانات يقال لفلان قبلى وديعة وقبلى أمانة غلب استعماله فى الإيجابات والمطلق من الكلام ينصرف إلى ما هو الغالب فى الاستعمال اه .

قال الزمخشرى : كل من تقبل بشىء مقاطعة وكتب عليه بذلك كتابا فالكتاب الذى يكتب هو القبالة بالفتح والعمل قبالة بالكسر لأنه صناعة اه .

وفى بعض النسخ : وقبل عوض وقبلى (قوله وصدق إن وصل به هو وديعة) أى بأن يقول له على ألف درهم وديعة فلا تكون على الإلزام وكذا لو قال : أردت به الوديعة متصلا عينى (قوله لأنه يحتمله مجازا) وذلك لأن لفظ على وقبلى ينشآن عن الوجوب . وهو متحقق فى الوديعة إذ حفظها واجب فقوله : له على كذا أى يجب له على حفظ كذا فأطلق محل وجوب الحفظ . وهو المال وأراد الحال فيه وهو وجوب حفظه ، وأما قبلى فقد تقدم أنها تستعمل فى الأمانة ط (قوله لتقرره بالسكوت) فلا يجوز تغييره بعد ذلك كسائر المغيرات من الاستثناء والشرط ط (قوله عندى) أى له عندى وكذا يقال فى الجميع (قوله عملا بالعرف) لأن الكل إقرار بكون الشىء فى يده وذا يكون أمانة لأنه قد يكون مضمونا وقد يكون أمانة وهذه أقلهما وفى كفالة الخيرية عن التاترخانية لفظة عندى : للوديعة لكنه بقرينة الدين تكون كفالة وفى الزيلعى مطلقه يحتمل العرف . وفى العرف إذا قرن بالدين يكون ضمانا وقد صرح قاضيخان بأن عند إذا استعملت فى الدين يراد به الوجوب اه .

من مالى أو دراهمى كذا فهو (هبة لا إقرار) ولو عبر بفى مالى أو بفى دراهمى كان إقرارا بالشركة (فلابد) لصحة الهبة (من التسليم) بخلاف الإقرار والأصل أنه متى أضاف المقر به إلى ملكه كان هبة ولا يرد ما فى بيتى

أقول : وكأنه فى عرفهم إقرار بالأمانة أما العرف اليوم فى عندى ومعى للدين لكن ذكروا علة أخرى تفيد عدم اعتبار عرفنا اه .

قال المقدسى : لأن هذه المواضع محل العين لا الدين إذ محله الذمة والعين يحتمل أن تكون مضمونة وأمانة والأمانة أدنى فحمل عليها والعرف يشهد له أيضا ، فإن قيل : له على مائة وديعة دين أو دين وديعة لا تثبت الأمانة مع أنها أقلهما . أجيب : بأن أحد اللفظين إذا كان للأمانة والآخر للدين فإذا اجتمعا فى الإقرار يترجح الدين اه أى بخلاف اللفظ الواحد المحتمل لمعنيين كما هنا تأمل .

قال الخير الرملى : والظاهر فى كلمة عندى أنها عند الإطلاق للأمانة ولذا قال فى التاترخانية إنها بقرينة الدين تكون للكفالة ، ويستفاد من هذا أنها بقرينة الغصب تكون له كما لو قال : غصبت منى كذا فقال : عندى فتأمل . ويستفاد منه أيضا أنه لو سأل القاضى المدعى عليه عن جواب الدعوى فقال : عندى يكون إقرارا بالمدعى وقد نص عليه السبكى من أئمة الشافعية ولا تأباه قواعدنا فتأمل اه (قوله فهو هبة لا إقرار) أى لأن ماله أو ما ملكه يمتنع أن يكون لآخر فى ذلك الحال ، فلا يصح الإقرار واللفظ يحتمل الإنشاء فيحمل عليه ويكون هبة (قوله كان إقرارا بالشركة) قال الحموى : لو قال له فى مالى ألف درهم أو فى دراهمى هذه فهو إقرار ، ثم إن كان مميزا فوديعة وإلا فشركة اه فكان عليه أن يقول : أو بالوديعة (قوله بخلاف الإقرار) فإنه لو كان إقرارا لا يحتاج إلى التسليم ، والأوضح أن يقول بخلاف ما لو كان إقرارا كما أن الأوضح فلابد فيها من التسليم (قوله والأصل أنه متى أضاف المقر به الخ) ينبغى تقييده بما إذا لم يأت بلفظ فى كما يعلم مما قبله (قوله كان هبة) لأن إضافته إلى نفسه تنافى حمله على الإقرار الذى هو إخبار لا إنشاء فيجعل إنشاء ، فيكون هبة فيشترط فيه ما يشترط فى الهبة منح . إذا قال : اشهدوا أنى قد أوصيت لفلان بألف ، وأوصيت أن لفلان فى مالى ألفا فالأولى وصية والأخرى إقرار وفى الأصل : إذا قال فى وصيته سدس دارى لفلان فهو وصية ، ولو قال : لفلان سدس فى دارى فإقرار ، لأنه فى الأول جعل له سدس دار جميعها مضاف إلى نفسه وإنما يكون ذلك بقصد التمليك وفى الثانى جعل دار نفسه ظرفا للسدس الذى سماه كان لفلان(١) وإنما يكون داره ظرفا لذلك السدس إذا كان السدس مملوكا لفلان قبل ذلك فيكون إقرارا ، أما لو كان إنشاء لا يكون ظرفا لأن الدار كلها له فلا يكون البعض ظرفا للبعض . وعلى هذا إذا قال له ألف درهم من مالى فهو وصية استحسانا إذا كان فى ذكر الوصية وإن قال فى مالى فهو إقرار اه من النهاية .

فقول المصنف : فهو هبة أى إن لم يكن فى ذكر الوصية وفى هذا الأصل خلاف كما ذكره فى المنح وسيأتى فى متفرقات الهبة عن البزازية وغيرها الدين الذى لى على فلان لفلان أنه إقرار واستشكله الشارح هناك وأوضحه سيدى الوالد ثمة فراجعه (قوله ولا يرد) أى على منطوق الأصل المذكور فإن الإضافة موجودة ومع ذلك جعل إقرارا لكن الإضافة فى الظرف لا المظروف وهو المقر به (قوله ما فى بيتى) أى فإنه إقرار وكذا ما فى منزلى ، ويدخل فيه الدواب التى يبعثها فى النهار وتأوى إليه بالليل وكذا العبيد كذلك كما فى التاترخانية

---

(١) قوله (الذى سماه كان لفلان) هكذا بأصله . والذى فى حاشية والده رحمه الله تعالى : الذى كان لفلان بحذف سماه فليحرر اه مصححه .

لأنها إضافة نسبة لا ملك ولا الأرض التى حدودها كذا لطفلى فلان فإنه هبة وإن لم يقبضه لأنه فى يده إلا أن يكون مما يحتمل القسمة فيشترط قبضه مفرزا اهـ. للإضافة تقديرا بدليل قول المصنف أقر لآخر بمعين ولم يضفه لكن من المعلوم لكثير من الناس أنه ملكه

(قوله لأنها إضافة نسبة) أى فإنه أضاف الظرف لا المظروف المقر به كما علمت يعنى أن الإضافة هنا كلا إضافة لاحتمال أن البيت أو الصندوق أو الكيس ملك غيره ، ومر فى الأيمان أن المراد بالبيت ما ينسب إليه بالسكنى سواء كان بملك أو إجارة أو إعارة أو غير ذلك والمقر به هنا ما فى البيت وهو غير مضاف أصلا فيكون قوله ما فى بيتى إقرارا لا تمليكا لعدم وجود إضافة المقر به إلى ملكه بل جعله مظروفا فيما أضيف إليه نسبة (قوله ولا الأرض) عطف على ما قبله أى ولا يرد على عكس القاعدة قوله الأرض ، وهو أنه إذا لم يضفه كان إقرارا وإنما لاورود لها على الأصل المتقدم إذ لا إضافة فيها إلى ملكه . نعم نقلها فى المنح عن الخانية على أنها تمليك ثم نقل عن المنتقى نظيرتها على أنها إقرار ، وكذا نقل عن القنية ما يفيد ذلك حيث قال : إقرار الأب لولده الصغير بعين من ماله تمليك إن أضافه إلى نفسه فى الإقرار وإن أطلق فإقرار كما فى سدس دارى وسدس هذه الدار ، ثم نقل عنها ما يخالفه ثم قال قلت : بعض هذه الفروع يقتضى التسوية بين الإضافة وعدمها فيفيد أن فى المسألة خلافا ومسألة الابن الصغير يصح فيها الهبة بدون القبض ، لأن كونه فى يده قبض فلا فرق بين الإقرار والتمليك بخلاف الأجنبى . ولو كان فى مسألة الصغير شىء مما يحتمل القسمة ظهر الفرق بين الإقرار والتمليك فى حقه أيضا لافتقاره إلى القبض مفرزا اهـ .

ثم قال : وهنا مسألة كثيرة الوقوع : وهى ما إذا أقر لآخر إلى آخر ما ذكر الشارح مختصرا .

وحاصله أنه اختلف النقل فى قوله الأرض التى حدودها كذا لطفلى هل هو إقرار أو هبة ، وأفاد أنه لا فرق بينهما إلا إذا كان فيها شىء مما يحتمل القسمة فتظهر حينئذ ثمرة الاختلاف فى وجوب القبض ، وعدمه وكأن مراد الشارح الإشارة إلى أن ما ذكره المصنف آخرا يفيد التوفيق بأن يحمل قول من قال : إنها تمليك على ما إذا كانت معلومة بين الناس أنها ملكه فيكون فيها الإضافة تقديرا وقول من قال : إنها إقرار على ما إذا لم تكن كذلك فقوله : ولا الأرض أى ولا ترد مسألة الأرض التى الخ على الأصل السابق فإنها هبة أى لو كانت معلومة أنها ملكه للإضافة تقديرا لكن لا يحتاج إلى التسليم كما اقتضاه الأصل لأنها فى يده وحينئذ يظهر دفع الورود تأمل (قوله وإن لم يقبضه) قال فى المنح ومسألة الابن الصغير يصح فيها الهبة بدون القبض ، لأن كونه فى يده قبض له فلا فرق بين الإظهار أى الإقرار والتمليك بخلاف الأجنبى ، فإنه يشترط فى التمليك القبض دون الإقرار اهـ . وإنما يتم فى حق الصغير بدون قبض لأن هبة الأب لطفله تتم بقوله وهبت لطفلى فلان كذا ، ويقوم مقام الإيجاب والقبول ويكفى فى قبضها بقاؤها فى يده لأن الأب هو ولى طفله فيقوم إيجابه مقام إيجابه عن نفسه وقبوله لطفله لأنه هو الذى يقبل له وبقاؤها فى يده قبض لطفله إلا إذا كان ما وهبه مشاعا يحتمل القسمة فلابد من إفرازه وقبضه لطفله بعد القسمة لعدم صحة هبة المشاع (قوله إلا أن يكون مما يحتمل القسمة) أى وقد ملكه بعضه (قوله مفرزا) فى بعض النسخ بعد هذا اللفظ لفظ اهـ وفى بعضها بياض (قوله للإضافة تقديرا) علة لقوله ولا الأرض : أى إنما كانت تمليكا فى هذه المسألة وإن لم يوجد فيها إضافة صريحا، لأن فيها إضافة تقديرية كأنه قال : أرضى الخ والدليل عليها أن ملكه إياها معلوم للناس .

فالحاصل : أن الإضافة إلى نفسه التى تقتضى التمليك إما أن تكون صريحة أو تقديرية تعلم بالقرائن كأن

فهل يكون إقرارا أو تمليكا ينبغي الثاني فيراعى فيه شرائط التمليك فراجعه .

(قال لى عليك ألف فقال اتزنه أو انتقده أو أجلنى به أو قضيتك إياه أو أبرأتنى منه أو تصدقت به على أو وهبته لى أو أحلتك به على زيد) ونحوذلك (فهو إقرار له بها)

كان مشهورا بين الناس أنها ملكه وبهذا يظهر الجواب عن مسائل جعلوها تمليكا ولا إضافة فيها فلا حاجة إلى ما ادعاه المصنف من ثبوت الخلاف فى المسألة حيث قال بعض هذه الفروع تقتضى التسوية أى فى التمليك بين الإضافة ، وعدمها فنفيد أن فى المسألة خلافا اه فليتأمل ط . ولا تنس ما قدمناه من إفادة التوفيق (قوله فهل يكون إقرارا أو تمليكا) أقول : المفهوم من كلامهم أنه إذا أضاف المقر به أو الموهوب إلى نفسه كان هبة وإلا يحتمل الإقرار والهبة فيعمل بالقرائن ، لكن يشكل على الأول ماعن نجم الأئمة البخارى أنه إقرار فى الحالتين وربما يوفق بين كلامهم بأن الملك إذا كان ظاهرا للملك فهو تمليك وإلافهو إقرار إن وجدت قرينة وتمليك إن وجدت قرينة تدل عليه فتأمل فإنا نجد فى الحوادث ما يقتضيه رملى .

وقال السائحانى : أنت خبير بأن أقوال المذهب كثيرة والمشهور هو ما مر من قول الشارح والأصل الخ .
وفى المنح : عن السعدى : أن إقرار الأب لولده الصغير بعين ماله تمليك إن أضاف ذلك إلى نفسه فانظر لقوله : بعين ماله ، ولقوله لولده الصغير فهو يشير إلى عدم اعتبار ما يعهد بل العبرة للفظ اه .

قلت : ويؤيده ما مر من قوله ما فى بيتى وما فى الخانية جميع ما يعرف بى أو جميع ما ينسب إلى لفلان قال الإسكاف إقرار اه فإن ما فى بيته وما يعرف به وينسب إليه يكون معلوما لكثير من الناس أنه ملكه ، فإن اليد والتصرف دليل الملك ، وقد صرحوا بأنه إقرار وأفتى به فى الحامدية . وبه تأيد بحث السائحانى ، ولعله إنما عبر فى مسألة الأرض بالهبة لعدم الفرق فيها بين الهبة والإقرار إذا كان ذلك لطفله ولذا ذكرها فى المنتقى فى جانب غير الطفل مضافة للمقر حيث قال : إذا قال أرضى هذه وذكر حدودها لفلان أو قال الأرض التى حدودها كذا لولدى فلان وهو صغير كان جائزا ويكون تمليكا فتأمل والله تعالى أعلم .

أقول : لعله إنما كان كذلك أى تمليكا من حيث أن الأرض مشهورة إنها ملك والده واستفادة الملك إنما تكون من جهته وذلك بالتمليك منه ، بخلاف الإقرار للأجنبى ولولده الكبير حيث يمكن أن تكون ملكهما من غير جهة المقر تأمل (قوله فقال أتزنه) أصله أو تزنه قلبت الواو تاء ، وأدغمت فى التاء وهو أمر معناه خذ بالوزن الواجب لك على (قوله ونحو ذلك) كأحل بها غرماءك أو من شئت منهم أو أضمنها له أو يحتال بها على أو قضى فلان عنى حوى أو خذها أو تناولها أو استوفها منح أو سأعطيكها أو غدا أعطيكها أوسوف أعطيكها أو قال : ليست اليوم عندى أو أجلنى فيها كذا أو أخرها عنى أو نفسنى فيها أو تبرأتنى بها أو أبرأتنى فيها أو قال : والله لا أقضيكها أو لا أزنها لك اليوم أو لا تأخذها منى اليوم أو قال حتى يدخل على مالى أو حتى يقدم على غلامى أو لم يحل بعد أو قال غدا أو ليست بمهيأة أو ميسرة اليوم أو قال : ما أكثر مما تتقاضى بها هندية عن محيط السرخسى (قوله فهو إقرار له بها) وكذا لا أقضيكها أو والله لا أعطيكها فإقرار مقدسى ، وكذا غممتنى بها ، ولزمتنى بها وأذيتنى فيها ذكره العينى وفى المقدسى أيضا قال : أعطنى الألف التى لى عليك فقال : اصبر أو سوف تأخذها لا يكون إقرارا وقوله : اتزن إن شاء الله إقرار . وفى البزازية قوله عند دعوى المال ما قبضت منك بغير حق لا يكون إقرارا ولو قال : بأى سبب دفعه إلى قالوا يكون إقرارا وفيه نظر اه قدمه إلى الحاكم قبل حلول الأجل وطالبه به فله أن يحلف ما له على اليوم شىء ، وهذا الحلف لا يكون إقرارا وقال

لرجوع الضمير إليها فى كل ذلك عزمى زاده فكان جوابا وهذا إذا لم يكن على سبيل الاستهزاء فإن كان وشهد الشهود بذلك لم يلزمه شيء أما لو ادعى الاستهزاء لم يصدق (وبلا ضمير) مثل اتزان الخ وكذا نتحاسب أو ماستقرضت من أحد سواك أو غيرك أو قبلك أو بعدك (لا) يكون إقرارا لعدم انصرافه إلى المذكور فكان كلاما مبتدأ. والأصل أن

الفقيه : لا يلتفت إلى قول من جعله إقرارا سائحانى . وفى الهندية : رجل قال اقضنى الألف التى لى عليك فقال : نعم فتمد أقر بها وكذلك إذا قال فاقعد فاتزنها فانتقدها فاقبضها وفى نوادر هشام قال سمعت محمدا رحمه الله تعالى يقول فى رجل قال لآخر : أعطنى ألف درهم فقال اتزنها قال لا يلزمه شيء لأنه لم يقل أعطنى ألفى كذا فى المحيط اه (قوله لرجوع الضمير إليها فى كل ذلك) فكان إعادة فكأنه قال : اتزن الألف التى لك على ونحوه (قوله فكان جوابا) لاردا ولا ابتداء فيكون إثباتا للأول (قوله وهذا إذا لم يكن على سبيل الاستهزاء) ويستدل عليه بالقرائن (قوله أما لو ادعى الاستهزاء لم يصدق) أفاد كلامه أن مجرد دعواه الاستهزاء لا تعتبر ، بل لابد من الشهادة عليه ، ولا تعتبر القرينة كهز الرأس مثلا ويدل له ما سيأتى من أنه إذا ادعى الكذب بعد الإقرار لا يقبل ، ويحلف المقر له عند أبى يوسف .

وفى الفتاوى الخيرية : سئل عن دعوى النسيان بعد الإقرار لا تسمع دعواه النسيان كما هو ظاهر الرواية وعلى الرواية التى اختارها المتأخرون : أن دعوى الهزل فى الإقرار تصح ويحلف المقر له على أن المقر ما كان كاذبا فى إقراره اه . فلعل قول الشارح : أما لو ادعى الاستهزاء لم يصدق جرى على ظاهر الرواية نعم يرد عليه مسألة الصلح الآتية حيث قالوا : تسمع دعواه بعين بعد الإبراء العام وقوله لا حق لى عنده : أى مما قبضته فقد اكتفوا بالقرينة ، وسيأتى فى عبارة الأشباه ما يفيد اعتبار القرينة لكن فيها عن القنية فى قاعدة السؤال معاد فى الجواب ، قال لآخر : لى عليك ألف فادفعه إلى فقال استهزاء نعم أحسنت فهو إقرار عليه ويؤخذ به اه .

وقال فى الهندية : ولو قال أعطنى الألف التى عليك فقال اصبر أو قال سوف تأخذها لم يكن إقرارا لأن هذا قد يكون استهزاء واستخفافا به اه معزيا للمحيط .

وفيها عن النوازل : إذا قال المدعى عليه كيسه بدون قبض كن أى خيط الكيس واقبض لا يكون إقرارا وكذا قوله ، بكير : أى أمسك لا يكون إقرارا لأن هذه الألفاظ تصلح للابتداء وكذا إذا قال : كنش كيسه بدون شيء لا يكون إقرارا لأن هذه الألفاظ تذكر للاستهزاء ثم ذكر مسائل بالفارسية أيضا وقال : قد اختلف المشايخ والأصح أنه إقرار لأن هذه الألفاظ لا تذكر على سبيل الاستهزاء ولا تصلح للابتداء فتجعل للبناء مربوطا كذا فى المحيط اه فليتأمل .

قال الخير الرملى : ولو اختلفا فى كونه صدر على وجه الاستهزاء أم لا فالقول لمنكر الاستهزاء بيمينه والظاهر أنه على نفى العلم لا على فعل الغير كما سيأتى ذكر ذلك مفصلا فى مسائل شتى قبيل الصلح إن شاء الله تعالى (قوله لعدم انصرافه) الأولى فى التعليل أن يقال لأنه يحتمل أنه أراد ما استقرضت من أحد سواك فضلا عن استقراضى منك وكذلك فيما بعدها وهو الظاهر فى مثل هذا الكلام ويحتمل ما استقرضت من أحد سواك بل منك فلا يكون إقرارا مع الشك (قوله إلى المذكور) أى انصرافا متعينا وإلا فهو محتمل (قوله والأصل أن الخ) كالألفاظ المارة وعبارة الكافى بعد هذا كما فى المنح ، فإن ذكر ضمير صلح جوابا لابتداء وإن لم

كل ما يصلح جوابا لا ابتداء يجعل جوابا وما يصلح للابتداء لا للبناء أو يصلح لهما يجعل ابتداء لئلا يلزمه المال بالشك اختيار .

وهذا إذا كان الجواب مستقلا فلو غير مستقل كقوله : نعم كان إقرارا مطلقا حتى لو قال : أعطني ثوب عبدى هذا أو افتح لى باب دارى هذه أوجصص لى دارى هذه أوأسرج دابتى هذه أو أعطنى سرجها أولجامها فقال : نعم كان إقرارا منه بالعبد والدار والدابة كافى .

(قال أليس لى عليك ألف فقال بلى فهو إقرار له بها وإن قال نعم لا) وقيل : نعم لأن الإقرار يحمل على العرف لا على دقائق العربية كذا فى الجوهرة . والفرق أن بلى

يذكره لا يصلح جوابا أو يصلح جوابا وابتداء فلا يكون إقرارا بالشك (قوله كل ما يصلح جوابا) كما لو تقاضاه بمائة درهم فقال : أبرأتنى فإنه يصلح جوابا لأن الضمير يعود إلى كلام المدعى . ولو كان ابتداء بقى بلا مرجع (قوله وما يصلح للابتداء) كتصدقت على ووهبت لى وما استقرضت من أحد سواك ونحوه (قوله لا للبناء) أى على كلام سابق بأن يكون جوابا عنه (قوله أو يصلح لهما) كاتزن (قوله لئلا يلزمه المال بالشك) تعليل لما يصلح لهما وذلك كقوله : ما استقرضت من أحد الخ كما تقدم .

والحاصل : أنه إن ذكر الضمير صلح جوابا للابتداء ، وإن لم يذكره لا يصلح جوابا أو يصلح جوابا وابتداء فلا يكون إقرارا بالشك لعدم التيقن بكونه جوابا وبالشك لا يجب المال (قوله وهذا) أى التفصيل بين ذكر الضمير وعدمه كما يستفاد مما نقلناه قبل (قوله إذا كان الجواب مستقلا) أى بالمفهومية بأن يفهم معنى يحسن السكوت عليه فيتأتى فيه التفصيل المتقدم (قوله فلو غير مستقل) بأن لا يتأتى فهمه إلا بالنظر إلى ما بنى عليه (قوله كان إقرارا مطلقا) ذكره بضمير بأن يقول نعم هو على بعد قوله ، لى عليك ألف أولا كما مثل ، وحينئذ فلا يظهر ما قاله لأن نعم لا تستقل بالفهومية فإنها حرف جواب يقدر معها جملة السؤال فتكون إقرارا ولذلك لا يتأتى الإطلاق لأن فيه التفصيل إذ لا يمكن أن تكون ابتداء لا بناء ولايصلح لهما لأنها وضعت للجواب . فنى لفظ الإطلاق هنا تسامح وفى الحموى عن المقدسى لقائل أن يقول : نعم جواب فى الخبر لا فى الإنشاء وهذه الأمور إنشاء مع أنه قد يقوله ليستعيد الكلام ، فكأنه يقول ماذا تقول ، ويمكن أن يقال الكلام المذكور وإن كان إنشاء لكنه متضمن للخبر فنعم جواب له اه (قوله بالعبد) أى والثوب حموى (قوله والدابة) أى والسرج كما يفيده الحموى (قوله فهو إقرار له بها) لأن بلى تقع جوابا لاستفهام داخل على نفى فتفيد إبطاله (قوله وإن قال نعم) لأن نعم تصديق للمستخبر بنفى أو إيجاب فقوله بلى بعد أليس لى عليك ألف إبطال للنفى فصار كأنه قال لك على ألف فكان إقرارا بخلاف نعم بعد النفى كأنه قال : نعم ليس لك على ألف فيكون جحودا (قوله وقيل نعم)أى نعم يكون مقرا بقوله نعم بعد قوله أليس الخ (قوله لأن الإقرار يحمل على العرف) لأن المتكلم يتكلم بما هو المتعارف عنده والعوام لا يدركون الفرق بين بلى ونعم والعلماء لايلاحظون ذلك فى محاوراتهم فيما يتكلمون به بين الناس ، وإنما يلاحظونه فى مسائل العلم ولذلك كان مسائل الإقرار والوكالة والأيمان مبنية على العرف (قوله والفرق) الأوضح تقديمه على قوله وقيل نعم . وهـذا على القول بالفرق بين بلى ونعم وهو ما مشى عليه المصنف ، وأما ما نقله الشارح عن الجوهرة فلا فرق (قوله أن بلى الخ) ذكر فى التحقيق أن موجب نعم تصديق ما قبلها من كلام منفى أو مثبت استفهاما كان أو خبرا كما إذا قيل لك : قام زيد أو أقام زيد أو لم يقم زيد فقلت : نعم كان تصديقا لما قبله وتحقيقا لما بعد الهمزة

جواب الاستفهام المنفى بالإثبات ونعم جوابه بالنفى (والإيماء بالرأس) من الناطق (ليس بإقرار بمال وعتق وطلاق وبيع ونكاح وإجارة وهبة بخلاف إفتاء ونسب وإسلام وكفر) وأمام كافر وإشارة محرم لصيد والشيخ برأسه فى رواية الحديث

وموجب بلى إيجاب ما بعد النفى استفهاما كان أو خبرا فإذا قيل : لم يقم زيد فقلت : بلى كان معناه قد قام إلا أن المعتبر فى أحكام الشرع العرف حتى يقام كل واحد منهما مقام الآخر ذكره فى شرح المنار لابن نجيم (قوله من الناطق) احترز به عن الأخرس ، فإن إشارته قائمة مقام عبارته فى كل شىء من بيع وإجارة وهبة ورهن ونكاح وطلاق وعتاق وإبراء وإقرار وقصاص على المعتمد فيه إلا الحدود ولو حد قذف والشهادة وتعمل إشارته ولو قادرا على الكتابة على المعتمد ولا تعمل إشارته إلا إذا كانت معهودة وأما معتقل اللسان فالفتوى على أنه إن دامت العقلة إلى وقت الموت يجوز إقراره بالإشارة والإشهاد عليه وقد اقتصر فى الأشباه وغيرها على استثناء الحدود وزاد فى التهذيب : ولا تقبل شهادته أيضا وأما يمينه فى الدعاوى فقدمناه وظاهر اقتصار المشايخ على استثناء الحدود فقط صحة إسلامه بالإشارة ، ولم أره الآن نقلا صريحا وكتابة الأخرس كإشارته .

واختلفوا فى أن عدم القدرة على الكتابة شرط للعمل بالإشارة أولا والمعتمد : لا قال ابن الهمام : لايخفى أن المراد بالإشارة التى يقع بها طلاقه الإشارة المقرونة بتصويت منه إذ العادة منه ذلك فكانت بيانا لما أجمله الأخرس اهـ ولو أشار الأخرس بالقراءة وهو جنب ينبغى أن يحرم أخذا من قولهم يجب على الأخرس تحريك لسانه فجعلوا التحريك قراءة ، ولو علق رجل الطلاق بمشيئة أخرس فأشار بالمشيئة ينبغى الوقوع لوجود الشرط ولو علق بمشيئة رجل ناطق فخرس فأشار بالمشيئة ينبغى الوقوع أيضا نور العين عن الأشباه وفيه عن الهداية أخرس قرئ عليه كتاب وصية فقيل له : نشهد عليك بما فى هذا الكتاب فأومأ برأسه : أى نعم أو كتب فإذا جاء من ذلك مايعرف أنه إقرار فهو جائز ، ولا يجوز ذلك فى معتقل اللسان ، والفرق أن الإشارة إنما تعتبر إذا صارت معلومة ، وذلك فى الأخرس لافى معتقل اللسان ، حتى لو امتد الاعتقال وصارت له إشارة معلومة قالوا هذا بمنزلة الأخرس ، ولو كان الأخرس يكتب كتابا أو يومى إيماء يعرف به جاز نكاحه وطلاقه وبيعه وشراؤه ويقتص منه ولا يحد ، ولا يحد له والفرق أن الحد لايثبت ببيان فيه شبهة . وأما القصاص ففيه معنى العوضية لأنه شرع جابرا فجاز أن يثبت مع الشبهة كالمعاوضات اهـ (قوله بخلاف إفتاء) أى لو سأل مفتيا عن حكم فقال : أهكذا الحكم فأشار برأسه أى نعم كما نقله فى القنية عن علاء الدين الزاهدى ، ونقل عن ظهير الدين المرغينانى : أنه لايعتبر قال لأن الإشارة من الناطق لاتعتبر . وفى مجمع الفتاوى : تعتبر ومثله فى تنقيح المحبوبى ونور العين وغيرهما لأن جواب المفتى به ليس بحكم متعلق باللفظ إنما اللفظ طريق معرفة الجواب عند المستفتى وإذا حصل هنا المقصود استغنى المستفتى عن اللفظ كما لو حصل الجواب بالكتابة بخلاف الشهادة والوصية فإنهما يتعلقان باللفظ والإشارة إنما تقوم مقام اللفظ عند العجز .

وفى شرح الشافية : أن جارية أريد إعتاقها فى كفارة فجىء بها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألها . « أين الله تعالى فأشارت إلى السماء فقال أعتقها فإنها مسلمة » كما فى الحواشى الحموية وغيرها (قوله ونسب) بأن قيل له أهذا ابنك فأشار بنعم ط قال أبو السعود وقوله : ونسب أى الإشارة من سيد الأمة تنزل منزلة صريح الدعوى (قوله وكفر) بأن قال له قائل أتعتقد هذا المكفر فأشار بنعم (قوله وإشارة محرم لصيد) فإذا أشار لشخص يدله على طير فقتله يجب جزاء على المشير (قوله والشيخ برأسه فى رواية الحديث) أى لو قيل له :

ولطلاق فى : أنت طالق هكذا وأشار بثلاث إشارة الأشباه اليمين كحلفه لا يستخدم فلانا أو لا يظهر سره او لا يدل عليه وأشار حنث عمادية فتحرر بطلان إشارة الناطق

أجزنى برواية كذا عنك فأشار برأسه كفى أما لو قرأ عليه ، وهو ساكت فإنه يرويه عنه ، ولا يحتاج إلى إشارة ومسألة الشيخ ملحقة بمسألة الافتاء (قوله والطلاق) أى وإشارة عدد الطلاق المتلفظ به (قوله هكذا وأشار بثلاث) فالإشارة مبينة لهذا المبهم فلو قال : أنت طالق وأشار بثلاث لم يقع إلا واحدة أشباه قال فيها : ولم أر الآن حكم أنت هكذا مشيرا بأصبعه ولم يقل طالق اه والظاهر عدم الوقوع لأنه ليس من صريح الطلاق ولا كنايته لأنه ليس بلفظ يحتمله وغيره ط .

أقول : المفهوم من عبارة الشارح المنقولة عن الأشباه فى قوله : والطلاق فى أنت طالق أى وبخلاف الطلاق الكائن فى أنت طالق هكذا ، وأشار بثلاث فإن الإشارة بالرأس فيه كالنطق . لكن تقدم فى كتاب الطلاق أنه لو قال هكذا وأشار بثلاث يقع ثلاث ولو لم يشر بالرأس ، فالظاهر أنه فى هذه الصورة لا فائدة فى إشارة الرأس وقال فى الأشباه ويزاد أخذا من مسألة الافتاء بالرأس وإشارة الشيخ فى رواية الحديث . وأمان الكافر أخذا من النسب لأنه محتاط فيه لحقن الدم ، ولذا يثبت بكتاب الإمام كما تقدم أو أخذا من الكتاب والطلاق إذا كان تفسيرا المبهم كما لو قال : أنت طالق هكذا وأشار بثلاث وقعت بخلاف ما إذا قال : أنت وأشار بثلاث لم يقع إلا واحدة كما علم فى الطلاق اه من أحكام الإشارة . نعم لو قيل مخالفة هذه المسألة لما قبلها فى كونها تعتبر فيها الإشارة مطلقا كان الكلام منتظما كما قاله أبو الطيب .

أقول : وعبارة المنح فى كتاب الطلاق هكذا ولو قال : أنت طالق وأشار بأصابعه ولم يقل هكذا فهى واحدة لفقد التشبيه ، لأن الهاء للتنبيه والكاف للتشبيه اه .

وفى البحر عن المحيط : لو قالت لزوجها طلقنى فأشار إليها بثلاث أصابع وأراد به ثلاث تطليقات لا يقع مالم يقل هكذا لأنه لو وقع وقع بالضمير والطلاق لا يقع بالضمير اه وأنت خبير بأن اعتراض المحشى ليس فى محله لأنه إذا أتى بقوله هكذا اعتبرت الإشارة فإذا قيل له أطلقت امرأتك هكذا ، وأشار إليه بثلاث أصابع فأومأ برأسه : أى نعم فإنه يقع الثلاث كما هو ظاهر تأمل (قوله إشارة الأشباه) أى كذا فى أحكام الإشارة من الأشباه فى الفن الثالث (قوله ويزاد اليمين الخ) ظاهره أن جميع الأيمان يحنث فيها بالإشارة لأن المذكور أمثلة ، وليس كذلك فإنه إذا حلف ليضربن فأشار بالضرب لا يبرأ أو حلف لا يضرب فأشار بالضرب : لا يحنث إذا كان مثله ممن يباشره .

والذى فى المنح عن أيمان البزازية : إذا حلف لا يظهر سر فلان أو لا يفشى أو لا يعلم فلانا بسر فلان أو حلف ليكتمن سره أو ليخفينه أو ليسترنه أو حلف لا يدل على فلان فأخبر به بالكتابة أو برسالة أو كلام أو سأله أحد أكان سر فلان كذا أو أكان فلان بمكان كذا فأشار برأسه أى نعم حنث فى جميع هذه الوجوه ، وكذا إذا حلف لا يستخدم فلانا فأشار إليه بشىء من الخدمة حنث فى يمينه خدمه فلان أو لا يخدمه اه ط .

أقول : وإنما حنث للعرف إذ الأيمان مبناها عليه وهو فى العرف يكون بذلك مظهرا سره ومفشيه ومعلما به كما هو مقرر فى محله ، وهذا هو السبب فى خروجها عن الضابط المذكور فافهم (قوله وأشار حنث) قال فى الأشباه : حلفه السراق أن لا يخبر بأسمائهم فالحيلة أن يعد عليه الأسماء فمن ليس بسارق يقول : لا والسارق يسكت عن اسمه فيعلم الوالى السارق ، ولا يحنث الحالف اه . وفى مسألتنا : الحيلة أن يقال له أنا تذكر أمكنة

إلا فى تسع فليحفظ .

وأشياء من السر فما ليس بمكان فلان ولا سره فقل لافإذا تكلمنا بسره أو مكانه فاسكت أنت ففعله واستدلوا به على سره ومكانه لايحنث (قوله إلا فى تسع) ويدخل تحت اليمين منها ثلاث صور . وينبغى أن يزاد على التسع تعديل الشاهد من العالم بالإشارة فإنها تكفى كما قدمناه فى الشهادات .

فقال : اعلم أن من القواعد الفقهية أنه لاينسب إلى ساكت قول كما فى مسائل .

منها : رأي أجنبيا يبيع ماله ولم ينهه لايكون وكيلا لسكوت المالك .

ومنها : لو رأى القاضى الصبى أو المعتوه أو عبدهما يبيع ويشترى فسكت لايكون إذنا فى التجارة .

ومنها : لو رأى المرتهن راهنه يبيع الرهن فسكت لايبطل الرهن ولا يكون مأذونا بالبيع وزاد فى الأشباه قوله فى رواية .

ومنها : لو رأى غيره يتلف ماله فسكت لايكون إذنا بإتلافه .

ومنها : لو رأى عبده يبيع عينا من أعيان المالك فسكت لايكون إذنا .

ومنها : لو سكت على وطء أمته لم يسقط المهر وكذا عن قطع عضوه أخذا من سكوته عند إتلاف ماله .

ومنها : لو رأى قنه أو أمته يتزوج فسكت ولم ينهه لايصير له آذنا فى النكاح .

ومنها : لو زوجت غير كفء فسكت الولى عن مطالبة التفريق ليس برضا وإن طال ذلك لأن فى الموانع كثرة أى مالم تلد منه .

ومنها : سكوت امرأة العنين ليس برضا وإن أقامت معه سنين .

ومنها : الإعارة لاتثبت بسكوت .

ومنها : حلف لايسلم شفعة فلم يسلمها ولكن سكت عن خصومة فيها حتى بطلت شفعته لايحنث .

ومنها : حلف لايؤخر عن فلان حقا له عليه شهرا فلم يؤخره شهرا وسكت عن تقاضيه حتى مضى الشهر لايحنث .

ومنها : لو وهبت شيئا والموهوب له ساكت لايصح مالم يقل قبلت بخلاف الصدقة كما يأتى .

ومنها : لو أجرقنه أو عرضه للبيع أو ساومه أو زوجه فسكت القن لايكون إقرارا برقه بخلاف مالو باعه أو رهنه أو دفعه بجناية فسكت كما سيأتى أيضا .

ومنها : أحد شريكى عنان قال لصاحبه ، إنى اشتريت هذه الأمة لنفسى بخاصة ، فسكت صاحبه فشراها لاتكون له مالم يقل صاحبه نعم كذا فى جامع الفصولين موافقا للخلاصة وغيرها وزيد فى مختارات النوازل فإذا قال : نعم فهى له بغير شىء عند أبى حنيفة إذ الإذن يتضمن هبة نصيبه منه إذ الوطء لايحل إلا بالملك بخلاف طعام وكسوة .

يقول الحقير : وفى الأشباه : فسكت صاحبه لاتكون لهما وذكر هذه المسألة فيما يكون السكوت فيه كالنطق كل ذلك سهو واضح لمخالفته لما مر آنفا من المعتبرات ، واحتمال كون المسألة خلافية فيها روايتان بعيد إذ لو كانت كذلك لتعرض له أحد من أصحاب المعتبرات المنقول عنها .

ثم اعلم أنه خرج عن القاعدة السابقة مسائل كثيرة صار السكوت فيها كالنطق أى يكون رضا .

فمنها : سكوت البكر عند استئمار وليها عنها قبل التزويج وبعده هذا لو زوجها الولي ، فلو زوج الجد مع

. . . .

قيام الأب لايكون سكوتها رضا .

ومنها : سكوتها عندقبض مهرها لو قبض المهر أبوها أو من زوجها فسكتت يكون إذنا بقبضه إلاأن تقول لاتقبضه فحينئذ لم يجز القبض عليها ولا يبرأ الزوج .

ومنها : سكوت الصبية إذا بلغت بكرا يكون رضا ويبطل خيار بلوغها لالو بلغت ثيبا .

ومنها : بكر حلفت أن لاتزوج نفسها فزوجها أبوها ، فسكتت حنثت فى يمينها كرضاها بكلام ولو حلفت بكر أن لاتأذن فى تزويجها فزوجها أبوها فسكتت لاتحنث إذلم تأذن ولزم النكاح بالسكوت .

ومنها : تصدق على إنسان فسكت المتصدق عليه يثبت الملك ولا يحتاج إلى قبوله قولا بخلاف الهبة .

ومنها : قبض هبة وصدقة بحضرة المالك وهو ساكت كان إذنا بقبضه .

ومنها : لو أبرأ مديونه فسكت المديون يبرأ ولو رد يرتد برده .

ومنها : الإقرار يصح ولو سكت المقر له ويرتد برده .

ومنها : لو وكله بشىء فسكت الوكيل وباشره صح ويرتد برده فلو وكله ببيع قنه فلم يقبل ولم يرد فباعه جاز ويكون قبولا .

ومنها : لو أوصى إلى رجل فسكت فى حياته فلما مات باع الوصى بعض التركة أو تقاضى دينه فهو قبول للوصاية .

ومنها : الأمر باليد إذا سكت المفوض إليه صح ويرتد برده .

ومنها : الوقف على رجل معين صح ولو سكت الموقوف عليه ولو رده قيل يبطل وقيل لا .

ومنها : تواضعا على تلجئة ثم قال أحدهما لصاحبه : قد بدا لى أن أجعله بيعا صحيحا ، فسكت الآخر ثم تبايعا صح البيع وليس للساكت إبطاله بعد ماسمع قول صاحبه .

ومنها : سكوت المالك القديم حين قسم ماله بين الغانمين رضا كما لو أسر قن لمسلم فوقع فى الغنيمة وقسم ومولاه الأول حاضر فسكت بطل حقه فى دعوى قنه .

ومنها : لوكان المشترى مخيرا فى قن شراه فرأى القن يبيع ويشترى فسكت بطل خياره ، ولو كان الخيار للبائع لايبطل خياره .

ومنها : للبائع حبس المبيع لثمنه فلو قبضه المشترى ورآه البائع وسكت كان إذنا فى قبضه الصحيح والفاسد فيه سواء فى رواية وهو رضا بقبض فى الفاسد لافى الصحيح فى رواية .

ومنها : علم الشفيع بالبيع وسكت يبطل شفعته .

ومنها : رأى غير القاضى قنه يبيع ويشترى وسكت كان مأذونا فى التجارة لافى بيع ذلك العين .

ومنها : لو حلف المولى لايأذن لقنه فرآه يبيع ويشترى فسكت يحنث فى ظاهر الرواية لافى رواية عن أبى يوسف .

ومنها : باع قن شيئا بحضرة مولاه ثم ادعاه المولى أنه له فلو كان مأذونا يصح دعوى المولى ولو محجورا صح قال الاستروشنى : فإن قيل ألم يصر مأذونا بسكوت مولاه قلنا نعم ولكن أثر الإذن يظهر فى المستقبل .

ومنها : باع قنا والقن حاضر علم به وسكت وفى بعض الروايات فانقاد للبيع والتسليم ثم قال : أنا حر لايقبل

. . . .

قوله كذا فى جامع الفصولين موافقا لما فى فتاوى قاضيخان . وفى فوائد العتابى : ولو سكت القن وهو يعقل فهو إقرار برقه وكذا لو رهنه أو دفعه بجناية والقن ساكت بخلاف مالو آجره أو عرضه للبيع أو ساومه أو زوجه فسكوته هنا ليس بإقرار برقه .

يقول الحقير : قوله : وفى بعض الروايات الخ ظاهره يشعر بضعف اشتراط الانقياد أو تساوى الاحتمالين لكن الأظهر أن الانقياد شرط لما ذكر فى محل آخر من فتاوى قاضيخان : رجل شرى أمة وقبضها فباعها من آخر والثانى من ثالث فادعت حريتها فردها الثالث على الثانى فقبلها ثم أراد ردها على الأول ، فلم يقبل له ذلك لو ادعت عتقا إذ العتق لايثبت بقولها ولو ادعت حرية الأصل فلو كانت حين بيعت ، وسلمت انقادت لبيع وتسليم فكذلك إذ الانقياد إقرار بالرق وإن لم تنقد فليس للأول أن لايقبل اه .

ومنها : حلف لاينزل فلانا داره وفلان نازل فيها فسكت الحالف حنث لالو قال له أخرج فأبى أن يخرج فسكت .

ومنها : ولدت ولدا فهنأ الناس زوجها فسكت الزوج لزمه الولد وليس له نفيه كإقراره .

ومنها : أم ولد ولدت فسكت مولاها حتى مضى يومان لهذا الولد لايملك نفيه بعده .

ومنها : السكوت قبل البيع عند الإخبار بالعيب رضا به حتى لو قال رجل : هذا الشيء معيب فسمعه وأقدم مع ذلك على شرائه فهو رضا لو المخبر عدلا لالو فاسقا عند أبى حنيفة وعندهما هو رضا ولو فاسقا .

ومنها : سكوت بكر عند إخبارها بتزويج الولى على خلاف مامر آنفا .

ومنها : باع عقارا وامرأته أو ولده أو بعض أقاربه حاضر فسكت ثم ادعاه على المشترى من كان حاضرا عند البيع أفتى مشايخ سمرقند أنه لايسمع وجعل سكوته فى هذه الحالة كإقرار دلالة قطعا للأطماع الفاسدة ، وأفتى مشايخ بخارى أنه ينبغى أن يسمع فينظر المفتى فى ذلك ، فلو رأى أنه لايسمع لاشتهار المدعى بحيلة وتلبيس وأفتى به كان حسنا سدا لباب التزوير .

ومنها : الحاضر عند البيع او بعث البائع إلى المشترى ، وتقاضاه الثمن لايسمع دعواه الملك لنفسه بعده لأنه يصير مجيزا للبيع بتقاضيه .

ومنها : رآه يبيع عرضا أو دارا فتصرف فيه المشترى زمانا وهو ساكت سقط دعواه .

يقول الحقير : وفى الفتاوى الولوالجية رجل تصرف أيضا زمانا ورجل آخر رأى الأرض والتصرف ، ولم يدع ومات على ذلك لايسمع بعد ذلك دعوى ولده فيترك على يد المتصرف ؛ لأن الحال شاهد .

ومنها : لو قال الوكيل بشراء شيء بعينه لموكله إنى أريد شراءه لنفسى ، فسكت موكله ثم شراه يكون للوكيل .

يقول الحقير : وجه الفرق بين هذه المسألة وبين مامر نحو ورقة من مسألة شريكى العنان ، وهو ماذكره صاحب الخلاصة بعد ذكر هاتين المسألتين بقوله : والفرق أن الوكيل يملك عزل نفسه إذا علم الموكل رضى أم سخط بخلاف أحد الشريكين إذ لايملك فسخ الشركة إلا برضا صاحبه .

ومنها : ولى صبى عاقل رأى الصبى يبيع ويشترى فسكت يكون إذنا .

ومنها : سكوت رجل رأى غيره شق زقه حتى سال مافيه يكون رضا .

(وإن أقر بدين مؤجل وادعى المقر له حلوله لزمه) الدين (حالا) وعند الشافعى رضى الله عنه مؤجلا بيمينه (كإقراره بعبد فى يده أنه لرجل وإنه استأجره منه) فلا يصدق فى تأجيل وإجارة لأنه دعوى بلا حجة (و) حينئذ (يستحلف المقر له فيهما بخلاف ما لو أقر بالدراهم السود فكذبه فى صفتها) حيث (يلزمه ما أقر به فقط) لأن السود نوع والأجل عارض لثبوته بالشرط والقول للمقر فى النوع وللمنكر فى العوارض (كإقرار الكفيل بدين مؤجل) فإن القول له فى الأجل لثبوته فى كفالة المؤجل بلا شرط

ومنها : سكوت الحالف بأن لايستخدم فلانا أى مماوكه ثم خدمه فلان بلا أمره ولم ينهه حنث .

ومنها : امرأة دفعت فى تجهيزها لبنتها أشياء من أمتعة الأب والأب ساكت فليس له الاسترداد .

ومنها : أنفقت الأم فى تجهيز بنتها ماهو معتاد فسكت الأب لاتضمن الأم .

ومنها : باع أمة وعليها حلى وقرطان ولم يشترط ذلك لكن تسلم المشترى الأمة وذهب بها والبائع ساكت كان سكوته بمنزلة التسليم فكان الحلى لها .

ومنها : القراءة على الشيخ وهو ساكت تنزل منزلة نطقه فى الأصح .

ومنها : ماذكر فى قضاء الخلاصة . ادعى على آخر مالا فسكت ، ولم يجب أصلا يؤخذ منه كفيل ثم يسأل جيرانه عسى به آفة فى لسانه أو سمعه فلو أخبروا أنه لا آفة به يحضر مجلس الحكم فإن سكت ولم يجب ينزل منزلة المنكر عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف يحبس حتى يجيب فإن فهم أنه أخرس يجيب بالإشارة انتهى .

ومنها : سكوت المزكى عند سؤاله عن حال الشاهد تعديل .

ومنها : سكوت الراهن عند قبض المرتهن العين المرهونة .

يقول الحقير : فصارت المسائل التى يكون السكوت فيها رضا أربعين مسألة ثلاثون منها ذكرت فى جامع الفصولين وعشرة منها زيادة صاحب الأشباه والنظائر نقلها عن الكتب المعتبرة انتهى الكل من نور العين . وقد ذكرنا بعض هذه فيما قدمنا محررا فراجعه إن شئت وتقدمت فى كلام الشارح قبيل البيوع آخر الوقف وزاد على ماهنا مسائل كثيرة ، وكتب عليها سيدى الوالد رحمه الله تعالى وزاد عليها فراجعها ثمة (قوله لزمه الدين حالا) قال فى الدرر : لأنه أقر بحق على نفسه وادعى لنفسه حقا فيه فيصدق فى الإقرار بلا حجة دون الدعوى اه . قال فى الواقعات : هذا إذا لم يصل الأجل بكلامه أما إذا وصل صدق اه (قوله لأنه دعوى بلا حجة) قال الحموى : لأنه أقر بحق على نفسه وادعى حقا على المقر له فإقراره حجة عليه ولا تقبل دعواه بلا حجة اه (قوله لثبوته بالشرط) الأوضح أن يقول يثبت بالشرط ويكون بيانا لقوله عارض وعبارة الحموى والأجل عارض ولا يثبت بنفس العقد بل بالشرط والقول للمنكر فى العارض اه (قوله والقول للمقر فى النوع وللمنكر فى العوارض) أى فكانت من قبيل الإقرار بالنوع لا بالعارض لأن حقيقة النوع أن يكون الشىء من أصله موصوفا بتلك الصفة وكذلك الدين المؤجل المكفول به فإنه مؤجل بلا شرط ، بل من حين كفله كان مؤجلا فإذا أقر به لم يكن مقرا بالحال كما أن الدراهم السود من أصلها سود ، وليس السواد عارضا بالشرط فكان إقرارا بالنوع بخلاف الدين فإن الأصل فيه الحلول ، ولا يصير مؤجلا إلا بالشرط فكان الإقرار بالدين المؤجل إقرارا بالدين ، وادعاء لحصول العارض والمقر له ينكر العارض والقول للمنكر ومثله إجارة العبد كما أفاده بعض الأفاضل .

والحاصل : أن الأجل عارض لا يثبت بنفس العقد بل بالشرط والقول للمنكر فى العارض (قوله لثبوته فى كفالة المؤجل بلا شرط) فالأجل فيها نوع فكانت الكفالة المؤجلة أحد نوعى الكفالة فيصدق لأن إقراره

(وشراؤه) أمة (متنقبة إقرار بالملك للبائع كثوب فى جراب وكذا الاستيام والاستيداع) وقبول الوديعة بحر .
(والإعارة والاستيهاب والاستئجار)

بأحد النوعين لايجعل إقرارا بالنوع الآخر لأن حقيقة النوع أن يكون للشيء من أصله موصوفا بتلك الصفة ، وكذلك الدين المؤجل المكفول به فإنه مؤجل بلا شرط بل من حين كفله كان مؤجلا فإذا أقر به لم يكن مقرا بالحال كما أن الدراهم السود من أصلها سود كما قدمناه قريبا ، وقد مرت المسألة فى كتاب الكفالة عند قوله : لك مائة درهم إلى شهر فراجع (قوله وشراؤه أمة متنقبة) فإذا لم تكن متنقبة فأولى بالحكم المذكور وقوله : كثوب فى جراب أى كشراء ثوب فى جراب . وفى البزازية : علل لذلك بقوله : والضابط أن الشيء إن كان مما يعرف وقت المساومة كالجارية القائمة المتنقبة بين يديه لايقبل إلا إذا صدقه المدعى عليه فى عدم معرفته إياها فيقبل . وإن كان مما لا يعرف كثوب فى منديل ، أو جارية قاعدة على رأسها غطاء لا يرى منها شيء يقبل ، وهذا اختلفت أقاويل العلماء فى ذلك اهـ وبه ظهر أن الثوب فى الجراب كهو فى المنديل، ويدل عليه ما فى الفواكه البدرية لابن الغرس حيث عد مسألة الثوب فى الجراب ، مما يغتفر فيه التناقض فقال وإذا اشترى ثوبا مطويا فى جراب أو منديل فلما نشره قال : هذا متاعى نسمع دعواه فالدعوى مسموعة مع التناقض فى جميع هذه المسائل: أى التى منها هذه على الراجح المفتى به ، ومن المشايخ من اعتبر التناقض مطلقا فمنع سماع الدعوى إذا تقدم ما يناقضها وقدمنا ذلك فى الدعوى فراجعه (قوله وكذا الاستيام والاستيداع) أى طلب إيداعه عنده ومثله يقال فى الاستيهاب والاستئجار .

قال فى تنوير البصائر : ومما يجب حفظه هنا أن المساومة إقرار بالملك للبائع أو بعدم كونه مالكا له ضمنا لا قصدا وليس كالإقرار صريحا بأنه ملك البائع والتفاوت إنما يظهر فيما إذا وصل العين إلى يده ويؤمر بالرد إلى البائع فى فصل الإقرار الصريح ، ولا يؤمر فى فصل المساومة .

وبيانه : اشترى متاعا من إنسان وقبضه ثم إن أبا المشترى استحقه بالبرهان من المشترى وأخذه ثم مات الأب وورثه الابن المشترى لا يؤمر برده إلى البائع ، ويرجع بالثمن على البائع ويكون المتاع فى يد المشترى هذا بالإرث ولو أقر عند البيع بأنه ملك البائع ثم استحقه أبوه من يده ، ثم مات الأب وورثه الابن المشترى هذا لا يرجع إلى البائع لأنه فى يده بناء على زعمه بحكم الشراء الأول لما تقرر أن القضاء للمستحق لا يوجب فسخ البيع قبل الرجوع بالثمن اهـ كذا فى جامع البزازى (قوله والإعارة) الأولى أن يقال : الإستعارة كما فى جامع الفصولين من الفصل العاشر : أى لو قبل إعارة الثوب والجارية المذكورين كان قبوله إقرارا بالملك فإن القبول هو الذى يتأتى منه والإعارة فعل ذى اليد فكيف تكون إقرارا بالملك والذى سهل ذلك وقوعها بين الاستيداع والاستيهاب .

والحاصل : أن الاستعارة هى التى تكون إقرارا بالملك للغير أما الإعارة فهى فعل المعير تأمل (قوله والاستيهاب والاستئجار) قال فى الأشباه الاستئجار إقرار بعدم الملك له على أحد القولين وفى الحموى : إن مما يغتفر التناقض استئجار دار ثم ادعاء ملكها ، لأنه موضع خفاء وقيل يجب تقييده بما إذا لم يكن ملكه فيه ظاهرا فإنهم صرحوا بأن الراهن أو البائع وفاء إذا استأجر الرهن أو المبيع لايصح وهو كالصريح فى عدم كون الاستئجار إقرارا بعدم الملك له اهـ ومثله فى الحواشى الرملية .

قال العلامة الحموى : قيل عليه الاستئجار إقرار بعدم الملك له اتفاقا وإنما الخلاف فى كونه إقرارا للذى

ولو من وكيل فكل ذلك إقرار بملك ذى اليد

اليد بالملك فقد اشتبه على صاحب الأشباه الأول بالثانى فأجرى الخلاف بالأول كما فى الثانى ، وهو سهو عظيم ورد بأن الضمير فى له راجع للمؤخر والقرينة عليه قوله : على أحد القوابين اه وهو بعيد جدا وقد صحح العمادى كلا القوابين فى فصوله فى الفصل السادس .

وفى الأشباه : إلا إذا استأجر المولى عبده من نفسه لم يكن إقرارا بحريته كما فى القنية (قوله ولو من وكيل) أى وكيل واضع اليد والاستنكاح فى الأمة يمنع دعوى الملك فيها ودعواه فى الحرة يمنع دعوى نكاحها كذا فى الدرر (قوله فيمنع دعواه لنفسه ولغيره الخ)قال فى الشرنبلالية : كون هذه الأشياء إقرارا بعدم الملك للمباشر متفق عليه ، وأما كونها إقرارا بالملك لذى اليد ففيه روايتان على رواية الجامع يفيد الملك لذى اليد ، وعلى رواية الزيادات لا وهو الصحيح كذا فى الصغرى .

قال فى عدة الفتاوى: الاستعارة والاستيداع والاستيهاب من المدعى عليه ، أو من غيره وكذا الشراء والمساومة وما أشبهه من الإجارة وغيرها تمنع صاحبها من دعوى الملك لنفسه ولغيره .

قال صاحب جامع الفصولين أقول : كون هذه الأشياء إقرارا بعدم الملك للمباشر ظاهر ، وأما كونها إقرارا بالملك لذى اليد ففيه روايتان كما سيأتى قريبا . قال : والظاهر عندى أن مجرد ذلك ليس بإقرار لذى اليد إذ قد يفعل مع وكيل المالك فلا يكون إقرارا بالملك لذى اليد ، فلابد أن يميز بالقرائن فيجعل إقرارا فى موضع دون موضع بحسب القرائن ، فعلى هذا ينبغى أن تصح دعواه لغيره فى بعض المواضع لا فى بعضها ، فإن برهن المدعى عليه على وكيل الخصومة أنه سبقت منه مساومة أو استعارة أو نحوهما عزل من الوكالة ، لأنه لو فعله عند القاضى عزله والموكل على حقه لو شرط أن إقراره عليه لايجوز .

قال صاحب نور العين : قوله : لو شرط الخ مستدرك إذ لو صدر ذلك من الوكيل فى غير مجلس القاضى لا يعتبر ، فلا حاجة إلى الشرط المذكور هذا إذا كان قوله والموكل على حقه معطوفا على قوله عزل من الوكالة أما إذا كان معطوفا على قوله فعله عند القاضى عزله فلا استدراك حينئذ لكن مسألة الأولى ناقصة حيث لم يتعرض فيها إلى كون الموكل على حقه أولا فى صورة مساومة وكيله فى غير مجلس القاضى ، وهذا قصور وإبهام فى مقام بيان وإعلام كما لا يخفى على ذوى الأعلام اه وفيه الاستيام هل هو إقرار ، وفيه روايتان على رواية الزيادات : يكون إقرارا بكونه ملك البائع وفى رواية : لا يكون إقرارا والأول أصح ، وعلى الروايتين لاتسمع دعواه بعد الاستيام والاستيام من غير البائع كالاستيام من البائع والاستيداع والاستعارة والاستيهاب والاستئجار وإقرار بأنه لذى اليد سواء ادعاه لنفسه أو لغيره ، ولو أقيمت البينة على أن الوكيل ساومه فى مجلس القضاء خرج من الخصومة هو وموكله أيضا ولو كانت المساومة فى غير مجلس القضاء خرج هو من الخصومة دون موكله اه وفى جامع الفصولين صحح رواية إفادته الملك فاختلف التصحيح للروايتين ويبتنى على عدم إفادته ملك المدعى عليه جواز دعوى المقر بها لغيره اه ونقل السائحانى عن الأنقروى أن الأكثر على تصحيح ما فى الزيادات وأنه ظاهر الرواية اه .

قلت : فيفتى به لترجحه بكونه ظاهر الرواية وإن اختلف التصحيح كما تقدم .

أقول شمومثل ما تقدم من الاستعارة والاستيداع وأخواتها الاقتسام قال فى جامع الفصولين رامز الفتاوى رشيد الدين : قسم تركة بين ورثة أو قبل تولية لوقف أو وصاية فى تركة بعد العلم ، واليقين بأن هذا تركة

فيمنع دعواه لنفسه ولغيره بوكالة أو وصاية للتناقض بخلاف إبرائه عن جميع الدعاوى ثم الدعوى بهما لعدم التناقض ذكره فى الدرر قبيل الإقرار وصححه فى الجامع خلافا لتصحيح الوهبانية

أو وقف ثم ادعاه لنفسه لا تسمع اه وتمامه فيه (قوله فيمنع دعواه لنفسه) هذا متفق عليه ، وأما كونه إقرارا بالملك لذى اليد ففيه روايتان مصححتان كما علمت (قوله ولغيره) قال فى جامع الفصولين : الحاصل من جملة ما مر : أن المدعى لو صدر عنه ما يدل على أن المدعى ملك المدعى عليه تبطل دعواه لنفسه ، ولغيره للتناقض ولو صدر عنه ما يدل على عدم ملكه ، ولا يدل على عدم ملك المدعى عليه بطل دعواه لنفسه لا لغيره لأنه إقرار بعدم ملكه لا بملك المدعى عليه ولو صدر عنه ما يحتمل الإقرار وعدمه ، فالترجيح بالقرائن وإلا فلا يكون إقرارا للشك اه (قوله بوكالة أو وصاية) يعنى إذا أقر الرجل بمال أنه لفلان ، ثم ادعاه لنفسه لم يصح وكذا إذا ادعاه بوكالة أو وصاية أو ورثة موصيه لأن فيه تناقضا لأن المال الواحد لا يكون لشخصين فى حالة واحدة كما فى الدرر (قوله للتناقض) محله ما إذا كان لا يخفى سببه كما تقدم (قوله بخلاف إبرائه) أى لو أبرأه من جميع الدعاوى ثم ادعى عليه وكالة للغير أو ليتيم هو وصيه صح لعدم التناقض ، لأنه إنما أبرأه عن حق نفسه لا عن حق غيره (قوله بهما) أى بالوكالة والوصاية (قوله لعدم التناقض) لأن إبراء الرجل عن جميع الدعاوى المتعلقة بماله لا يقتضى عدم صحة دعوى مال لغيره على ذلك الرجل درر (قوله ذكره فى الدرر) الضمير راجع إلى المذكور متنا من قوله : وكذا الخ سوى الإعادة وإلى المذكور شرحا فجميع ذلك مذكور فيها والضمير فى قوله : وصححه فى الجامع الخ راجع إلى ما فى المتن فقط يدل عليه قول المصنف فى المنح ، وممن صرح بكونه إقرارا منلاخسرو . وفى النظم الوهبانى لعبد البر ذكر خلافا .

ثم قال والحاصل : أن رواية الجامع أن الاستيام والاستئجار والاستعارة ونحوها إقرار بالملك للمساوم منه والمستأجر منه ورواية الزيادات أنه لا يكون ذلك إقرارا بالملكية وهو الصحيح كذا فى العمادية وحكى فيها اتفاق الروايات على أنه لاملك للمساوم ونحوه فيه ، وعلى هذا الخلاف ينبنى صحة دعواه ملكا لما ساوم فيه لنفسه أو لغيره اه . وإنما جزمنا هنا بكونه إقرارا أخذا برواية الجامع الصغير والله تعالى أعلم اه .

قال السائحانى : ويظهر لى أنه إن أبدى عذرا يفتى بما فى الزيادات من أن الاستيام ونحوه لا يكون إقرارا وفى العمادية وهو الصحيح . وفى السراجية أنه الأصح ، وقدمنا عن الأنقروى أنه قال : والأكثر على تصحيح ما فى الزيادات وأنه ظاهر الرواية اه .

أقول : لكن فى الاستيام لنفسه على كل من الروايتين يكون إقرارا بأنه لا ملك له فيه فكيف يدعيه لنفسه نعم له أن يدعيه لغيره لعدم التناقض بناء على رواية الزيادات ، ومما يؤيد ذلك ما نذكره قريبا فى المقولة الآتية فى التتمة حتى لو برهن يكون دفعا تأمل (قوله وصححه فى الجامع) أى صحح ما مر من أن الاستيام والاستعارة والاستئجار ونحوها إقرار بالملك للمساوم منه والمستعار منه ، والمستأجر منه والمراد بالجامع جامع الفصولين ، وهذه رواية الجامع للإمام محمد .

[تتمة] الاستشراء من غير المدعى عليه فى كونه إقرارا بأنه لا ملك للمدعى كالاستشراء من المدعى عليه حتى لو برهن يكون دفعا قال فى جامع الفصولين بعد نقله عن الصغرى أقول ينبغى أن يكون الاستيداع ، وكذا الاستيهاب ونحوه كالاستشراء (قوله خلافا لتصحيح الوهبانية) أى فى مسألة الاستيام ، لأن المبيع يحتمل أن يكون فى يد البائع عارية أو غصبا أو يكون وكيلا أو فضوليا ، فلم يقتض ثبوت الملك للبائع كذا ذكره ابن وهبان

ووفق شارحها الشرنبلالي بأنه إن قال بعنى هذا كان إقرارا وإن قال أتبيع هذا لا يؤيده مسألة كتابته وختمه على صك البيع فإنه ليس بإقرار بعدم ملكه (و) له عليّ

وهذا ما فى الزيادات (قوله ووفق شارحها الشرنبلالى) أى بين ما فى الجامع والزيادات (قوله بأنه إن قال بعنى هذا) أى مثلا أوهبنى أوأجرنى ونحوه (قوله كان إقرارا) أى اعترافا له بالملك لأنه جازم بأنه ملكه، وقد طلب شراءه منه أو هبته أو إجارته (قوله وإن قال أتبيع هذا) أو هل أنت بائع هذا لا يكون إقرارا بل استفهاما لأنه يحتمل أن يقصد بذلك استظهار حاله ، هل يدعى الملكية وجواز البيع له أولا أو يكون مراده طلب إشهاد على إقراره بإرادة بيع ملك القائل ، فيلزمه به بعد ذلك أى بإقراره الضمنى بناء على رواية الجامع ونفتى بهذه المسألة برواية الزيادات لكن قد يقال : إن ما ذكره لايصلح أن يكون توفيقا بين القولين بل هو تفصيل فى كون المذكورات قد يكون بعضها إقرارا بعدم ملك المقر ، وقد يكون ملك المقر فتأمل .

والحاصل : أنه إذا قال بعنى إياه إنما يصح ذلك فيما إذا كان مملوكا للمخاطب فإن الإنسان لايطلب من غيره أن يبيعه مال نفسه ، فيكون ذلك اعترافا منه له بالملك فلا يدعيه بعد ذلك لنفسه ، ولا لغيره وإن قال : أتبيع فلعله يريد أن يبيعه له وكالة عنه أو فضولا فلا يكون إقرارا له بالملك (قوله صك البيع) أى وثيقة المبايعة (قوله فإنه) أى ما ذكر من كتابة الاسم والختم (قوله ليس بإقرار بعدم ملكه) أى فما هنا أولى أو مساو أى فله أن يدعيه بعد ذلك لنفسه ولغيره أى فقوله : أتبيع هذا أولى بأن لا يكون إقرارا بعدم ملكه وصورة مسألة كتابته وختمه على صك البيع هى أنه لو كتب شهادته وختم عليها على صك فيه باع فلان لا يكون اعترافا منه بالبيع ، فإن الإنسان قد يبيع مال غيره فضولا بخلاف ما لو كان الصك مكتوبا فيه بيعا صحيحا أو نافذا ، فإن كتابة الشهادة عليه حينئذ تكون اعترافا له بالملك ، فلا يصح بعد ذلك أن يدعيه لنفسه ، وكذلك هنا إذا قال بعنيه إنما يصح ذلك فيما إذا كان مملوكا للمخاطب ، فإن الإنسان لا يطلب من غيره أن يبيعه مال نفسه إلى آخر ما قدمناه ويجب تقييده أيضا بغير أحد الزوجين والرحم المحرم وبما إذا لم يصرح فى صك البيع .

[مهمة] فى البزازية عن الزيادات : ساوم ثوبا ثم ادعى أنه كان له قبل المساومة أو كان لأبيه يوم مات قبل ذلك وتركه ميراثا لا يسمع أما لو قال : كان لأبى وكلك بالبيع فساومته ، ولم يتفق البيع يسمع ، ولو ادعاه أبوه يسمع أيضا وكذا لو قال : قضى لأبى ومات قبل القبض وتركه ميراثا لى يسمع أيضا وإن لم يقض للأب حتى مات وتركه ميراثا لا يقضى ؛ لأن دوام الخصومة شرط ولا يمكن ، لأنه لا يصلح خصما بعد المساومة ، وعلى هذا لو ادعى رجل شراء ثوب وشهدا له بالشراء من المدعى عليه وقضى أولا ثم زعم أحد الشاهدين أن الثوب له أو لأبيه وورثه هو عنه لا يسمع دعواه لما قلنا . ولو قال عند الشهادة : هذا الثوب باعه منه هذا لكنه لى أو لأبى ورثته عنه يقضى بالبيع ، ويسمع دعوى الشاهد ، فاذا برهن على مدعاه قضى له لانعدام التناقض ، ولو قال قولا ، ولم يؤديا الشهادة ثم ادعاه لنفسه أو أنه لأبيه وكله بالطلب يقبل ، وكذا إذا شهد بالاستئجار أو الاستيداع أو الاستيهاب أوالاستعارة من المدعى بطل دعواه لنفسه أو لغيره . وسواء طلب تحقيق هذه العقود المدعى من المدعى عليه ، أو غيره ولو ساوم ، ثم ادعاه مع الآخر يقبل فى نصيب الآخر ، ولايقبل فى نصيب المساوم ومساومة الابن لا تمنع دعوى الأب ، لكن بعد موت الأب لايملك الدعوى ، وإن كان الأب ادعاه وقضى له به أخذه الابن ، وقبل القضاء لا لما مر آنفا ولو برهن .

وفي الأقضية : ساوم ولدجارية أو زرع أرض أو ثمرة نخل ثم برهن على أن الأصل ملكه تقبل وإن ادعى

(مائة ودرهم كلها دراهم) وكذا المكيل والموزون استحسانا

الفرع مع الأصل يقبل فى حق الأصل لا الفرع ، فعلى هذا لو ادعى شجرا فقال المدعى عليه : ساومنى ثمره أو اشترى منى لا يكون دفعا لجواز أن يكون الشجر له والثمر لغيره .

وفى الخزانة ، ادعى عليه شيئا فقال : اشتريته من فلان وأجزت البيع لا يكون دفعا لأن الإنسان قد يجيز بيع الغير ملك الغير .

وفى المحيط : برهن على أن هذا الكرم له فبرهن المدعى عليه أنه كان آجر منه نفسه فى عمل هذا الكرم يندفع.

وفى المنتقى : استأجر ثوبا ثم برهن أنه لابنه الصغير تقبل قال القاضى : هذه على الرواية التى جعل الاستئجار ونحوه إقرارا بعدم الملك له فعدم كونه ملكا يمنع كونه ملكا لغيره ، فجاز أن ينوب عن الغير فأما على الرواية التى تكون إقرارا بأنه ملك للمطلوب لا تسمع الدعوى لغيره كما لا تسمع لنفسه اه (قوله مائة ودرهم) وكذا لو قال مائة ودرهمان أو مائة وثلاثة دراهم كما فى الخانية : وعليه التعليل الآتى وأراد بدرهم مال مقدر فشمل الدينار وسائر الموزونات والمكيل .

والحاصل أنه إذا ذكر بعد عقد من الأعداد شىء من المقدرات أو عدد مضاف نحو مائة وثلاثة أثواب أوأفراس يكون بيانا وإلا فلا يكون بيانا كما فى المنبع (قوله كلها دراهم) أى فيلزمه مائة درهم ودرهم فى قوله: له على مائة ودرهم قال فى المختار ولو قال: له علىّ مائة ودرهم فالكل دراهم وكذا كل ما يكال ويوزن .

واعلم أن صاحب الدرر ذكر مميز المائة بصيغة الجمع ، ولفظه إذا قال له على مائة ودرهم لزمه مائة دراهم ودرهم وتعقبه عزمى بأن الصواب مائة درهم بالإفراد واستدل بما فى المقدمة الحاجبية حيث قال. ومميز مائة وألف مخفوض مفرد اه واعترضه أيضا عبدالحليم بأن الألف فى دراهم من طغيان القلم لأن مميز مائة مفرد لاغير وأجاب شيخ المولى أبو السعود بأن دعوى التصويب ساقطة ، وما ذكره ابن الحاجب فى المقدمة هو الكثير وما وقع لصاحب الدرر حيث أضاف المائة إلى الجمع قليل ، وليس بخطأ ومنه قراءة حمزة والكسائى - ولبثوا فى كهفهم ثلاث مائة سنين - بإضافة مائة إلى سنين.

والحاصل : أن العدد المضاف على قسمين أحدهما : ما لايضاف إلا إلى جمع وهو ثلاثة إلى عشرة والثانى ما لا يضاف كثيرا إلا إلى مفرد وهو مائة وألف وتثنيتهما نحو مائتا درهم وألفا درهم الخ (قوله وكذا المكيل والموزون) كمائة وقفيز حنطة أو ورطل كذا ، واو قال : له نصف درهم ودينار وثوب فعليه نصف كل منها وكذا نصف هذا العبد وهذه الجارية لأن الكلام كله وقع على شىء بغير عينه أو بعينه فينصرف النصف إلى الكل بخلاف ما لو كان بعضه غير معين كنصف هذا الدينار ودرهم يجب عليه نصف الدينار والدرهم كله قاله الزيلعى .

وأصله : أن الكلام إذا كان كله على شىء بعينه أو كان كله على شىء بغير عينه فهو كله على الإنصاف ، وإن كان أحدهما بعينه والآخر بغير عينه فالنصف على الأول منهما شرنبلالية لكن قال العلامة المقدسى بعد أن عزا وجوب كل الدرهم للتبيين : فيه أن هذا على تقدير خفض الدرهم مشكل ، وأما فى الرفع والسكون فسلم اه .

وأقول : لا إشكال على لغة الجواز على أن الغالب على الطلبة عدم اعتبار الإعراب أى فضلا عن العوام ولكن الأحوط الاستفسار فإن الأصل براءة الذمة فلعله قصد الجر تأمل (قوله استحسانا) والقياس أن يلزمه

(وفى مائة وثوب ومائة وثوبان يفسر المائة) لأنها مبهمة (وفى مائة وثلاثة أثواب كلها ثياب) خلافا للشافعى رضى الله عنه .

قلنا : الأثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف التفسير إليهما لاستوائهما فى الحاجة إليه (والإقرار بدابة فى اصطبل تلزمه) الدابة (فقط) والأصل أن مايصلح ظرفا إن لزماه أمكن نقله

المعطوف ويرجع فى بيان المعطوف عليه إليه وبالقياس أخذ الإمام الشافعى رحمه الله تعالى (قوله وفى مائة ثوب) نحو مائة وشاة ومائة وعبد (قوله لأنها مبهمة) قال فى التبيين : وجه الاستحسان أن عطف الموزون والمكيل على عدد مبهم ، يكون بيانا للمبهم عادة لأن الناس استثقلوا تكرار التفسير وهو الدرهم عند كثرة الاستعمال . وذلك فيما يجرى فيه التعامل وهو ما يثبت فى الذمة ، وهو المكيل والموزون لأنها تثبت دينا فى الذمة سلما وقرضا وثمنا واكتفوا بذكره مرة لكثرة أسبابه ودورانه فى الكلام بخلاف الثياب وغيرها مما ليس من المقدرات أى مما لا يكال ولايوزن ، لأنها لايكثر التعامل بها لعدم ثبوتها فى الذمة فى جميع المعاملات والثياب . وإن ثبتت فى الذمة فى السلم والنكاح إلا أنهما لايكثران كثرة القرض والثمن فلم يستثقلوا ذكرها لعدم دورانها فى الكلام والاكتفاء بالثانى للكثرة ولم توجد فبقى على القياس بخلاف قوله : مائة وثلاثة أثواب حيث يكون الأثواب تفسيرا للمائة أيضا ويستوى فيه المقدرات وغيرها ، لأنه ذكر عددين مبهمين وأعقبهما تفسيرا فينصرف إليهما فيكون بيانا لهما وهذا بالإجماع لأن عادتهم جرت بذلك ألا ترى أنهم يقولون : أحد وعشرون وثلاثة وخمسون درهما فينصرف التفسير إليهما لاستوائهما فى الحاجة إليه اهـ .

قال أبو السعود : والمتقارب الذى لا تختلف آحاده بالكبر والصغر كالمكيل والموزون (قوله وفى مائة وثلاثة أثواب) أو دراهم أوشياه (قوله كلها ثياب) لأنه ذكر عددين مبهمين وأردفها بالتفسير فصرف إليهما لعدم العاطف وهذا بالإجماع (قوله خلافا للشافعى) ظاهر كلامه أن مخالفته فى هذه المسألة فقط . وليس كذلك قال العينى : وعند الشافعى ومالك تفسير المائة إليه فى الكل وعند أحمد المبهم من جنس المفسر فى الفصلين اهـ ونحوه فى الدرر (قوله لم تذكر بحرف العطف) بأن يقول مائة وأثواب ثلاثة كما فى مائة وثوب (قوله فانصرف التفسير) أى بالأثواب (قوله إليهما) يعنى أنها تكون تفسيرا لهما لاستواء المعطوف والمعطوف عليه فى الحاجة إلى التفسير (قوله تلزمه الدابة فقط) لأن غصب العقار لا يتحقق عندهما وعلى قياس قول محمد يضمنهما (قوله والأصل أن مايصلح ظرفا إن أمكن نقله) كتمر فى قوصرة لزماه ، ومثله طعام فى جوالق أو فى سفينة (قوله لزماه) لأن الإقرار بالغصب إخبار عن نقله ونقل المظروف حال كونه مظروفا لا يتصور إلا بنقل الظرف فصار إقرارا بغصبهما ضرورة ويرجع فى البيان إليه لأنه لم يعين هكذا قرر فى غاية البيان وغيرها هنا وفيما بعده وظاهره قصره على الإقرار بالغصب ، ويؤيده ما فى الخانية له على ثوب أو عبد صح ويقضى بقيمة وسط عند أبى يوسف وقال محمد : القول له فى القيمة اهـ .

وفى البحر والأشباه : لا يلزمه شىء اهـ ولعله قول الإمام فهذا يدل على أن ما هنا قاصر على الغصب وإلا لزمه القيمة أو لم يلزمه شىء ثم رأيته فى الشرنبلالية عن الجوهرة حيث قال : إن أضاف ما أقر به إلى فعل بأن قال غصبته منه تمرا فى قوصرة لزمه التمر والقوصرة وإلا يضفه إلى فعل بل ذكره ابتداء وقال له على تمر فى قوصرة فعليه التمر دون القوصرة لأن الإقرار قول والقول يميز البعض دون البعض كما لو قال : بعت له زعفرانا فى سلة والله تعالى الحمد ومثله فى حاشية أبى السعود على منلا مسكين ، ولعل المراد بقوله فعليه التمر قيمته تأمل اهـ سيدى الوالد رحمه الله تعالى .

لزمه المظروف فقط خلافا لمحمد وإن لم يصلح لزم الأول فقط كقوله : درهم فى درهم درر .

قلت : ومفاده أنه لو قال : دابة فى خيمة لزماه ، ولو قال ثوب فى درهم لزمه الثوب ولم أره فليحرر (وبخاتم) تلزمه (حلقته وفصه) جميعا (وبسيف جفنه) وحمائله ونصله (وبحجلة) بحاء فجيم بيت مزين بستور وسرر (للعيدان والكسوة) وبتمر فى قوصرة أو بطعام (فى

أقول : ولعل عليه التمر لاقيمته لأنه مثلى تأمل (قوله وإلا لزم المظروف فقط) وهذا عندهما لأن الغصب الموجب للضمان لا يتحقق فى غير المنقول ، ولو ادعى أنه لم ينقل لم يصدق لأنه أقر بغصب تام لأنه مطلق فيحمل على الكمال (قوله خلافا لمحمد) بناء على غصب الغائب العقار فعندهما غير متصور ، فيكون الإقرار بالمظروف فقط وعنده متصور فيكون إقرارا بالظرف والمظروف (قوله وإن لم يصلح) أى ما جعل ظرفا صورة وهو قوله فى درهم والدرهم لايصلح أن يكون ظرفا للدرهم فيكون قوله فى درهم لغوا ويلزمه درهم فقط (قوله فى خيمة) فيه أن الخيمة لا تسمى ظرفا حقيقة والمعتبر كونه ظرفا حقيقة كما فى المنح (قوله فليحرر) هو ظاهر الحكم أخذا من الأصل ، ويدل عليه ما يأتى متنا وهو قوله ثوب فى منديل أو ثوب بل هنا أولى .

وفى غاية البيان : ولو قال : غصبتك كذا فى كذا والثانى مما يكون وعاء للأول لزماه وفيها ، ولو قال : على درهم فى قفيز حنطة لزمه الدرهم فقط وإن صلح القفيز ظرفا بيانه ما قال خواهر زاده : إنه أقر بدرهم فى الذمة وما فيها لا يتصور أن يكون مظروفا فى شىء آخر اه ونحوه فى الاسبيجابى :

واستظهر سيدى الوالد رحمه الله تعالى أن هذا فى الإقرار ابتداء أما فى الغصب فيلزمه الظرف أيضا كما فى غصبته درهما فى كيس بناء على ما قدمناه ويفيده التعليل ، وعلى هذا التفصيل درهم فى ثوب تأمل (قوله وبخاتم) بأن يقول هذا الخاتم لك (قوله تلزمه حلقته) الحلقة بسكون اللام فى حلقة الباب وغيره والجمع حلق بفتحتين على غير قياس . وقال الأصمعى بكسر الأول كقصعة وقصع وبدرة وبدر وحكى يونس عن ابن العلاء أن الفتح لغة فى السكون ط (قوله وفصه) هو ما يركب فى الخاتم من غيره وفى القاموس الفص للخاتم مثلثة والكسر غير لحن (قوله جميعا) لأن اسم الخاتم يشملهما ولهذا يدخل الفص فى بيع الخاتم من غير تسمية ط عن الشلبى (قوله جفنه) بفتح الجيم غمده وقرابه (قوله وحمائله) جمع حمالة بكسر الحاء علاقته ط وهى ما يشد به السيف على الخاصرة قطعة جلد ونحوها قال الأصمعى : لا واحد لها من لفظها وإنما واحدها محمل عينى (قوله ونصله) حديده لأن اسم السيف يطلق على الكل (قوله بيت مزين بستور وسرر) مقتضى هذا التفسير أن يلزم البيت أيضا وفى الحموى وقيل يتخذ من خشب وثياب وهو ظاهر وفى العينى : هو بيت يزين بالثياب والأسرة والستور ، ويجمع على حجال قال منلا مسكين واسمه بشخانه وقيل خرشمانه اه . ويقال لها الآن : الناموسية والظاهر لزومها لأنها من مفهومها وصدق الإسم على الكل كما لزمته العلاقة لصدق السيف عليها ويمكن الفرق بالاتصال وعدمه تأمل (قوله العيدان) بضم النون جمع عود كدود جمعه ديدان والدود جمع دودة صحاح (قوله فى قوصرة) بالتشديد وقد تخفف مختار الصحاح قال صاحب الجمهرة أما القوصرة فأحسبها دخيلا وقد روى :

أفلح من كانت له قوصره   يأكل منها كل يوم مره

ثم قال : ولا أدرى ما صحة هذا البيت اه وهى وعاء التمر منسوج من قصب ويسمى بها ما دام التمر فيها وإلا فهى تسمى بالزنبيل كما فى المغرب .

جوالق أو) فى (سفينة أو ثوب فى منديل أو) فى (ثوب يلزمه الظرف كالمظروف) لما قدمناه (ومن قوصرة) مثلا (لا) تلزمه القوصرة ونحوها (كثوب فى عشرة وطعام فى بيت) فيلزمه المظروف فقط لما مرإذ العشرة لاتكون ظرفا لواحد عادة (وبخمسة فى خمسة وعنى) معنى على أو (الضرب خمسة) لما مر

أقول : والزنبيل معروف ، ويسمى فى عرف الشام قفة فإذا كسرته شددت(١) فقلت زنبيل ، لأنه ليس فى الكلام فعليل بالفتح كذا فى الصحاح بقى أن يقال : مقتضى قوله: فإذا كسرته الخ يفيد جواز الفتح وقوله : لأنه ليس فى كلام العرب الخ يقتضى عدم جوازه وعبارة القاموس تفيد جوازه مع القلة (قوله جوالق) كصحائف جمع جولق بكسر الجيم واللام وبضم الجيم وفتح اللام وكسرها وعاء معروف قاموس أى وهو العدل (قوله أو ثوب فى منديل) لأنه ظرف له وهو ممكن حقيقة فيدخل فيه على ما بينا زيلعى والمنديل بكسر الميم قال فى المغرب تمندل بمنديل خيش(٢) أى شده برأسه ويقل : تمندلت بالمنديل وتمندلت أى تمسحت به حموى (قوله يلزمه الظرف كالمظروف لما قدمناه) أى من أن الصالح للظرفية حقيقة إن أمكن نقله لزماه وإلا لزم المظروف فقط عندهما وكذا لو أقر بأرض أو دار يدخل البناء والأشجار إذا كانا فيهما حتى لو أقام المقر بينة بعد ذلك أن البناء والأشجار والفص والجفن والعيدان لى لم يصدق ولم تقبل بينته كما فى المنبع وغيره بخلاف ما لو قال هذه الدار لفلان إلا بناؤها فإنه لى وكذا فى سائرها ، وإن لم يصح الاستثناء ، ويكون الكل للمقر له إلا أنه لو أقام البينة تقبل كما فى الخانية (قوله لا تلزمه القوصرة) لأن من للانتزاع فكان إقرارا بالمنتزع (قوله كثوب فى عشرة وطعام فى بيت) هو على قولها وقياس محمد لزومهما (قوله فيلزمه المظروف فقط) عندهما وألزمه محمد الكل لأن النفيس قد يلف فى عشرة ، ونوقض بما لو قال كرباس فى عشرة حريرا (قوله لاتكون ظرفا لواحد عادة) والممتنع عادة كالممتنع حقيقة . وفى قد تأتى بمعنى بين أى على معنى البين والوسط مجازا كقوله تعالى — فادخلى فى عبادى — فوقع الشك والأصل براءة الذمة والمال لا يجب مع الاحتمال ، وفى كلام الشرح أن فى الآية بمعنى مع (قوله وعنى معنى على) لأن غصب الشيء من محل لا يكون مقتضيا غصب المحل كما فى النهاية عن المبسوط زيلعى فى تعليل قوله: بخلاف ما إذا قال : غصبت إكافا على حمار حيث يلزمه الإكاف دون الحمار ، لأن الحمار مذكور لبيان محل المغصوب حين أخذه فيقال هنا إذا قال خمسة فى خمسة ، وعنى على فقد أقر باغتصاب خمسة مستقرة على خمسة فالمغصوب هو الخمسة المستقرة والخمسة المستقر عليها مذكورة لبيان محل المغصوب حين أخذه ، وغصب الشيء من محل لايكون مقتضيا بالغصب المحل تأمل (قوله أو الضرب خمسة) لأن أثر الضرب فى تكثير الأجزاء لا فى تكثير المال درر .

قال فى الولوالجية : إن عنى بعشرة فى عشرة الضرب فقط أو الضرب وتكثير الأجزاء فعشرة ، وإن نوى بالضرب تكثير العين لزمه مائة (قوله لما مر) أى فى الطلاق من أن الضرب يكثر الأجزاء لا المال فإذا قلت : خمسة فى خمسة تريد به أن كل درهم من الخمسة مثلا خمسة أجزاء .

وفى الولوالجية : أى فيما إذا قال له على عشرة فى عشرة إن نوى الضرب إن قال : نويت تكثير الأجزاء لا يلزمه إلا عشرة وإن نوى تكثير العين لزمه مائة وإن نوى الضرب ولم ينو شيئا آخر لزمه عشرة حملا على نية الأجزاء اه ، وهذا يقتضى ثبوت خلاف فى هذه الصورة ونحوها ، ومعلوم أن ذلك عند التجاحد أما عند

---

(١) (قوله شددت الخ) كذا بالأصل ونص الصحاح والزنبيل معروف فاذا كسرته شددت فقلت زنبيل أو زنبيل الخ تأمل اه مصححه.

(٢) قوله (خيش) هكذا بالأصل فليحرر .

وألزمه زفر بخمسة وعشرين (وعشرة إن عنى مع) كما مر فى الطلاق (ومن درهم إلى عشرة أو ما بين درهم إلى عشرة تسعة) لدخول الغاية الأولى ضرورة إذ لا وجود لما فوق الواحد بدونه

الإتفاق فالأمر ظاهر (قوله وألزمه زفر بخمسة وعشرين) وهو قول الحسن بن زياد وفى الشارح وقال زفر : عليه عشرة فلعل عن زفر روايتين ، وفى التقريب ذكر أن مذهب زفر مثل قول الحسن كما ذكره العينى مخالفا للزيلعى .

قال فى التبيين : وقال زفر عليه عشرة وقال الحسن بن زياد : خمسة وعشرون لعرف الحساب ، لأنهم يريدون به ارتفاع أحد العددين بقدر العدد الآخر ، ولزفر أن حرف فى يستعمل بمعنى مع ، وإن ما يراد به ارتفاع أحد العددين بقدر الآخر عند الخواص من الناس فتعين المجاز المتعارف بين الناس ، وقلنا لما تعذرت الحقيقة وهى الظرفية لغا ولايصار إلى المجاز لأن المجاز متعارض لأنها تستعمل بمعنى الواو وبمعنى مع وبمعنى على وليس حملها على البعض أولى من البعض فلغت اه ملخصا (قوله وعشرة إن عنى مع) لأن اللفظ يحتمل المعية فقد نوى محتمل كلامه فيصدق وفى البيانية على درهم مع درهم أو معه درهم لزماه وكذا قبله أو بعده ، وكذا درهم فدرهم أو ودرهم بخلاف درهم على درهم أو قال درهم درهم ، لأن الثانى تأكيد وله على درهم فى قفيز بر لزمه درهم ، وبطل القفيز كعكسه وكذا له فرق زيت فى عشرة مخاتيم حنطة ودرهم ثم درهمان لزمه ثلاثة ودرهم بدرهم واحد لأنه للبداية اه ملخصا .

وفى الحاوى القدسى : له على مائة ونيف لزمه مائة والقول له فى النيف ، وفى قريب من ألف عليه أكثر من خمسمائة والقول له فى الزيادة (قوله كما مر فى الطلاق) من أنه لو قال : أنت طالق واحدة فى ثنتين طلقت واحدة إن لم ينو أونوى الضرب ، وإن نوى واحدة وثنتين فثلاث ، وإن نوى مع الثنتين فثلاث وبثنتين فى ثنتين بنية الضرب ثنتان ، وإن نوى الواو أو مع كما مر وكذا يقال مثله فى مسألتنا فلو قال : له على عشرة فى عشرة إن نوى الضرب بأن قال : نويت تكثير الأجزاء لا تلزمه إلا عشرة وإن نوى تكثير العين لزمه مائة ، وإن نوى الضرب ولم ينو شيئا آخر لزمه عشرة حملا على نية الأجزاء كما فى الولوالجية وهذا يقتضى ثبوت خلاف فى هذه الصورة ونحوها لأن ذلك عند التجاحد ، أما عند الاتفاق فالأمر ظاهر كما مر قريبا تأمل (قوله تسعة) أى عند الإمام وعندهما عشرة وعند زفر ثمانية وهو القياس لأنه جعل الدرهم الأول والآخر حدا والحد لا يدخل فى المحدود ولهما أن الغاية يجب أن تكون موجودة إذ المعدوم لايجوز أن يكون حدا للموجود ووجوده بوجوبه فتدخل الغايتان ، وله أن الغاية لا تدخل فى المغيا لأن الحد يغاير المحدود لكن هنا لابد من إدخال الأولى لأن الدرهم الثانى والثالث لا يتحقق بدون الأول . فدخلت الغاية الأولى ضرورة ولا ضرورة فى الثانية درر .

وفى المنح : ولأن العدد يقتضى ابتداء ، فإذا أخرجنا الأول من أن يكون ابتداء صار الثانى هو الأول فيخرج هو أيضا من أن يكون ابتداء كالأول وكذا الثالث والرابع الخ فيؤدى إلى خروج الكل من أن يكون واجبا وهو باطل اه .

والمراد بالغاية الثانية المتمم للمذكور فالغاية فى العشرة العاشر وفى الألف الآخر الأخير(١) وهكذا فما قاله أبوحنيفة فى الغاية الأولى : استحسان ، وفى الثانية : قياس وما قالاه فى الغايتين استحسان ، وما قاله زفر فيهما قياس كما

---

(١) قوله (الآخر الأخير) لعله الفرد الأخير كما سيأتى فى هذه الصحيفة .

بخلاف الثانية وما بين الحائطين .

فلذا قال (و) فى له (كر حنطة إلى كر شعير لزماه) جميعا (إلا قفيزا) لأنه الغاية الثانية (ولو قال له على عشرة دراهم إلى عشرة دنانير يلزمه الدراهم وتسعة دنانير) عند أبى حنيفة رضى الله عنه لما مر نهاية (وفى) له (من دارى ما بين هذا الحائط إلى هذا الحائط له ما بينهما) فقط لما مر .

فى قاضى زاده (قوله بخلاف الثانية) أى مابعد إلى فإن للتسعة وجودا بدون العاشر فلادليل على دخوله فلايدخل بالشك (قوله وما بين الحائطين) أى بخلاف ما بين الحائطين أى لو قال : له فى دارى من هذا الحائط إلى هذا الحائط فإنهما لا يدخلان فى الإقرار لأن الغاية لا تدخل فى المغيا فى المحسوس ، ولا المبدأ بخلاف ما تقدم ، وبخلاف المعدوم فإنه لا يصلح حدا إلا بوجوده ووجوده بوجوبه ، ومن ذلك لو وضع بين يديه عشرة دراهم مرتبة فقال : ما بين هذا الدرهم إلى هذا الدرهم ، وأشار إليهما لفلان لم يدخل الدرهمان تحت الإقرار بالاتفاق كما فى المنبع (قوله فلذا قال) أى لما كان فى المعدود تدخل الغاية الأولى ، دون الثانية قال وفى له كر حنطة الخ لأن الكر معدود بالقفيز عادة فكأنه قال : من قفيز إلى تمام القفزان من قفيزى حنطة وشعير ، فتدخل الغاية الأولى ولا يدخل القفيز الأخير من كر الشعير ، لأنه ذكر الشعير بعد إلى فيلزمه كر حنطة وكر شعير إلا قفيزا قال فى المنح : لأن القفيز الأخير من الشعير هو الغاية الثانية وعندهما يلزمه الكران (قوله إلا قفيزا) من شعير قال القدورى فى التقريب : قال أبو حنيفة : فيمن قال لفلان على ما بين كر شعير إلى كر حنطة لزمه كر شعير وكر حنطة إلا قفيزا ولم يجعل الغاية جميع الكر لأن العادة أن الغاية لا تكون أكثر الشىء ولا نصفه والكر عبارة عن جملة من القفزان فوجب أن يصير الانتهاء إلى واحد منها اه شلبى عن الإتقانى . ومثل هذا يقال فى مسألة المصنف . ونقل الشلبى أيضا عن قاضيخان لو قال له : على ما بين مائة إلى مائتين فى قول أبى حنيفة : يلزمه مائة وتسعة وتسعون فتدخل فيه الغاية الأولى دون الثانية اه ولو قال : من عشرة دراهم إلى عشرة دنانير فعنده تلزمه الدراهم وتسعة دنانير وعندهما الكل ذكره الزيلعى عن النهاية وانظر ماوجه لزوم الكر من الشعير إلا قفيزا مع أنه جعل الغاية نفس الكر (قوله لما مر) أى من أن الغاية الثانية لا تدخل لعدم الضرورة والغاية الأولى داخلة لضرورة بناء العدد عليها .

واعلم أن المراد بالغاية الثانية المتمم للمذكور فالغاية فى إلى عشرة العاشر . وفى إلى ألف الفرد الأخير وهكذا على مايظهر لى .

قال المقدسى : ذكر الإتقانى عن الحسن أنه لو قال : من درهم إلى دينار لم يلزمه الدينار وفى الأشباه : على من شاة إلى بقرة لم يلزمه شىء سواء كان بعينه أولا ورأيت معزيا لشرحها قال أبو يوسف : إذا كان بغير عينه فهما عليه ولو قال مابين درهم إلى دراهم فعليه درهم عند أبى حنيفة ودرهمان عند أبى يوسف سائحانى (قوله له ما بينهما فقط) أى دون الحائطين لقيامهما بأنفسهما شرنبلالية عن البرهان ، وعلل المسألة فى الدرر تبعا للزيلعى بقوله : لما ذكرنا أن الغاية لا تدخل فى المغيا اه ولا يخفى ما فيه بالنسبة للمبدأ لدخوله فيما سبق ، بخلاف ماهنا ولهذا زاد العينى على ما اقتصر عليه الزيلعى حيث قال : لأن الغاية لا تدخل فى المحسوس ولا المبدأ بخلاف ما تقدم اه وقدمناه قريبا (قوله لما مر) هو لم يقدم له تعليلا وإنما ذكر مخالفته لقوله من درهم إلى عشرة أو بين درهم إلى عشرة وقد ذكره فى المنح بقوله بخلاف ما ذكر من المحسوس لأنه موجود فيصلح حدا فلا يدخلان اه

(وصح الإقرار بالحمل المحتمل وجوده وقته) أى وقت الإقرار بأن تلد لدون نصف حول او مزوجة أو لدون حولين لو معتدة لثبوت نسبه (ولو) الحمل (غير آدمى) ويقدر بأدنى مدة يتصور ذلك عند أهل الخبرة زيلعى. لـكن فى الجوهرة : أقل مدة حمل الشاة أربعة أشهر وأقلها لبقية الدواب ستة أشهر (و) صح (له إن بين) المقر (سببا صالحا) يتصور للحمل (كالإرث والوصية) كقوله : مات أبوه

والمحسوس هو هذه المسألة ط (قوله وصح الإقرار بالحمل) سواء كان حمل أمة أو غيرها بأن يقول : حمل أمتى أو حمل شاتى لفلان ، وإن لم يبين له سببا ، لأن لتصحيحه وجها وهو الوصية من غيره كأن أوصى رجل بحمل شاة مثلا لآخر ومات فأقر ابنه بذلك فحمل عليه حموى (قوله المحتمل) اسم فاعل من احتمل : أى يصح أن يحمل عليه لفظ الوجود فيقال : هذا الحمل موجود وهو أعم من كونه لأن ماله أولا(١) فإنها إذا ولدت بعده لدون نصف حول كان موجودا محققا ولدون حولين لو معتدة غير محقق ، لـكنه ممكن ويمكن أن يقال : إنه محقق شرعا لثبوت نسبه ، وكذا غير الآدمى إذا قدر بأدنى مدة الحمل المتصورة فيه كان محققا وجوده فلوقال : المعلوم وجوده أو المحتمل كما فى التبيين لـكان أظهر واستغنى عن التكلف ، واقتصر على المعلوم وجوده لما علم فى مسألة المعتدة أنه معلوم شرعا ، ولعل أصل العبارة كالتبيين فسقط لفظ المعلوم من قلم الناسخ مع أنه يرد على قوله المحتمل ما لو جاءت به المزوجة لدون سنتين ، فإنه محتمل وجوده بمعنى الإمكان مع أنه لا يصح الإقرار به حينئذ فتعين الاقتصار على قولنا لمعلوم وجوده ويدخل فيه ولد المعتدة لدون السنتين كما علمت (قوله بأن تلد) أى الأمة (قوله لدون نصف حول لو مزوجة) وإنما كان كذلك لما تقرر أن أقل مدة الحمل ستة أشهر ، وأكثرها سنتان فإذا كانت مزوجة وجاءت بالولد لأقل من ستة أشهر علم أنه موجود وقت الإقرار وكونه ابن الزوج لا يمنع الإقرار به لغيره ، لأن ولد الأمة رقيق كما فى الدرر (قوله أو لدون حولين لو معتدة) أى او كانت معتدة فجاءت به لأقل من حولين يصح الإقرار به للعلم بوجوده وقت الإقرار (قوله لثبوت نسبه) أى أنه لما حكم الشارع بثبوت نسبه من المطلق كان حكما بوجوده وقت الإقرار به (قوله ولو الحمل غير آدمى) كحمل الشاة مثلا بأن قال : حمل شاتى لفلان كما مر بشرط أن يتيقن بوجوده وقت الإقرار (قوله ذلك) أى الحمل ولا حاجة إليه لأن الموضع للإضمار (قوله لـكن فى الجوهرة) الاستدراك على ما تضمنه الـكلام السابق من الرجوع إلى أهل الخبرة إذ لا يلزم فيما ذكر .

مطلب أقل مدة الحمل للآدمى وغيره

(قوله أقل مدة حمل الشاة الخ) سيأتى فى كتاب الوصايا نقلا عن القهستانى أن أقل مدة الحمل للآدمى ستة أشهر وللفيل : أحد عشر ، وللابل وللخيل والحمير : سنة وللبقر تسعة أشهر ، وللشاة : خمسة أشهر ومثله المعز ، وللسنور : شهران وللـكلب : أربعون يوما ، وللطير : إحدى وعشرون يوما (قوله وصح له) أى للحمل المحتمل وجوده وقت الإقرار بأن جاءت به لدون نصف حول أو لسنتين أى وهى زوجة حلال وأبوه ميت أما لو جاءت به لسنتين وأبوه حى ووطء الأم له حلال فالاقرار باطل ، لأنه يحال بالعلوق إلى أقرب الأوقات ، فلا يثبت الوجود وقت الاقرار لا حقيقة ولا حكما بيانية وكفاية (قوله إن بين سببا صالحا يتصور للحمل) أى يتصور ثبوته للحمل : أى بأن بين سببا صالحا لثبوت الحكم له (قوله كالارث والوصية) الـكاف استقصائية لانحصار السبب الصالح

---

(١) قوله (لأن ماله أولا) هكذا بالأصل ولتحرر العبارة .

فورثه أو أوصى له به فلان فيجوز وإلا فلا كما يأتى (فإن ولدته حيا لأقل من نصف حول) مذ أقر (فله ما أقر وإن ولدت حيين فلهما) نصفين ولو أحدهما ذكرا والآخر أنثى فكذلك فى الوصية بخلاف الميراث (وإن ولدت ميتا ف) يرد (لورثة) ذلك (الموصى والمورث) لعدم أهلية الجنين (وإن فسره به) ما لا يتصور كهبة أو (بيع أو إقراض أو أبهم الإقرار) ولم يبين سببا (لغا) وحمل محمد المبهم على السبب الصالح، به قالت الثلاثة.

فيهما (قوله فورثه) الحمل واستهلكت من مال المورث ألفا مثلا (قوله وإلا) أى وإن لم يبين سببا صالحا بأن لم يبين مبيا أصلا، أو بين سببا غير صالح لا يصح الإقرار بل يلغو كما يأتى قريبا (قوله كما يأتى) أى فى قوله وإن فسره الخ (قوله لأقل من نصف حول) أى بأن كانت ذات زوج أو لأقل من سنتين إن كانت معتدة فإن ولدته لأكثر من ستة أشهر لم يستحق شيئا حموى، ومثله فى ابن الكمال (قوله وإن ولدت حيين) أى ذكرين أو أنثيين (قوله فلهما) لأن مجموعهما هو الحمل وهو خبر لمبتدأ محذوف تقديره فالموروث أو الموصى به، وقوله: نصفين نصب على الحال من الضمير فى الخبر أى فهو لهما نصفين (قوله فكذلك) أى نصفان فى الوصية، لأن المال للحمل وهو مجموعهما ولا أرجحية لأحدهما على الآخر فيه (قوله بخلاف الميراث) فإن فيه للذكر مثل حظ الأنثيين (قوله لورثة ذلك) لاحاجة إلى اسم الاشارة (قوله الموصى والمورث) عبارة البحر: وإن ولدت ميتا يرد إلى ورثة الموصى أو ورثة أبيه اه.

قال العلامة الرملى: أقول: يعنى إذا قال المقر أوصى له به فلان، ثم ولد ميتا فإنه يرد إلى ورثة الموصى الذى قال المقر: إنه أوصى للحمل، وقوله: أو ورثة أبيه يعنى إن قال المقرمات أبوه فورثه فإنه يرد إلى ورثة أبيه إن ولد ميتا عملا بقول المقر فى المسئلتين (قوله لعدم أهلية الجنين) أى لأن هذا الإقرار فى الحقيقة لهما أى للموصى والمورث، وإنما ينتقل للجنين بعد ولادته حيا، ولم ينفصل حيا فيكون لورثتهما كما فى الدرر.

والحاصل: أن الحمل لا يكون أهلا لأن يرث ويورث، ويستحق الوصية إلا إذا خرج أكثره حيا (قوله كهبة) أى للحمل فانها لا تصح له لأن حكمها ثبوت الملك للموهوب له والحمل لا يملك (قوله أو بيع أو إقراض) بأن قال الحمل: باع منى أو أقرضنى درر إذ لا يتصور شىء منه من الجنين لا حقيقة، وهو ظاهر ولا حكما لأنه لا يولى عليه (قوله أو أبهم الإقرار ولم يبين سببا) بأن قال لحمل فلانة كذا (قوله لغا) أى بطل فلا يلزمه شىء أيضا عند أبى يوسف، لأن مطلق الاقرار ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة، ولهذا حمل إقرار المأذون، وأحد المتفاوضين عليه فيصير كما إذا صرح به ولا يصح فكذا هذا درر (قوله وحمل محمد المبهم على السبب الصالح) لأنه يحتمل الجواز والفساد، ولأن الإقرار إذا صدر من أهله مضافا إلى محله كان حجة يجب العمل بها، ولا نزاع فى صدوره من أهله لأنه هو المفروض، وأمكن إضافته إلى محله بحمله على السبب الصالح حملا لكلام العاقل على الصحة كالعبد المأذون، إذا أقر بدين فإن إقراره، وإن احتمل الفساد بكونه صداقا أو دين كفالة والصحة بكونه من التجارة كان صحيحا تصحيحا لكلام العاقل عناية. وأبو يوسف يبطله، لأن لجوازه وجهين الوصية والإرث، ولبطلانه وجوها وليس أحدهما بأولى من الآخر، فحكم بالفساد نظيره: لو شرى عبدا بألف ثم قبل النقد باعه وعبدا آخر من البائع بألف وخمسمائة وقيمتهما سواء فإنه يبطل، وإن أمكن جوازه بأن يجعل الألف أو أكثر حصة المشترى، والباقى حصة الآخر زيلعى وفيه نظر إذ لا نسلم أن تعدد جهة الجواز توجب الفساد لم لا يكفى فى صحة الحمل على الجواز صلاحية فرد من الوجهين، وإن لم يتعين خصوصية ألا ترى أن جهالة نفس المقر به لا تمنع صحة الإقرار اتفاقا فكيف تمنعها جهالة سبب المقر به حموى

(و) أما (الإقرار للرضيع) فإنه (صحيح وإن بين) المقر (سببا غير صالح منه حقيقة كالإقراض) أو ثمن مبيع (لأن) هذا (المقر محل لثبوت الدين) للصغير فى الجملة أشباه .

عن قاضى زاده وهذا ترجيح منه لقول محمد ويقوى بحث قاضى زاده ماذكره فى الشرنبلالية حيث قال : ولقائل أن يقول قد تقدم من الزيلعى فى الإقرار بالمجهول أنه إذا لم يبين السبب يصح ، ويحمل على أنه وجب عليه بسبب تصح معه الجهالة ، فما الفرق بينه وبين ما ذكرهنا من عدم حمله على السبب الموجب للصحة ، على قول القائل به وفى كل احتمال الفساد والصحة اه .

وفى التبيين : ولا يقال إن ظاهر إقراره يقتضى الوجوب ، فكيف يقدر على إبطاله ببيان سبب غير صالح والإبطال رجوع عن الإقرار ، وهو لا يملك الرجوع لأنا نقول ليس برجوع وإنما هو بيان سبب يحتمل ، لأنه يحتمل أن أحدا من أوليائه باعه منه فحسب أن ذلك صحيح فيقربه ويضيفه إلى الجنين مجازا اه ملخصا ثم على قول محمد : إذا صح الإقرار مع إبهام السبب ، ثم ولد الحمل ميتا أو لم يوجد حمل لمن يرد المقر به يراجع ، وأفاد فى الزيلعى والعناية أنه تحصل أن للمسألة ثلاث صور إما أن يبهم الإقرار فهو على الخلاف ، وإما أن يبين سببا صالحا ، فيجوز بالاجماع ، وإما أن يبين سببا غير صالح فلا يجوز بالاجماع ، فإن قيل : ظاهر إقراره يقتضى الوجوب ، فكيف يقدر على إبطاله ببيان سبب غير صالح ، والابطال رجوع ، وهو فى الإقرار لا يصح .

أجيب : بأنه ليس برجوع بل ظهور كذبه بيقين كما لو قال : قطعت يد فلان عمدا أو خطأ ويد فلان صحيحة اه ثم قال المنلا عبد الحليم : وقيل أبو حنيفة مع أبى يوسف ، واختار صاحب الهداية قول أبى يوسف على ما هو دأبه فى ترتيب المسائل وتبعه صاحب الوقاية ، حيث ترك قول محمد رأسا إشارة إلى رجحان قول أبى يوسف : وعليه أكثر الشراح حيث قووا دليله اه ثم قال : فظهر أن قول أبى يوسف : هو المختار وأقوى وإن من قال ولم نظفر فيما عندى من المعتبرات ما يرجح قول أحدهما على قول الآخر أظهر عدم تتبعه كما لا يخفى اه (قوله فإنه صحيح) لأن الإقرار لا يتوقف على القبول ويثبت الملك للمقرله من غير تصديق ، لكن بطلانه يتوقف على الإبطال كما فى الأنقروى ، وأما الإقرار للصغير فلا يتوقف على تصديقه : فيصير الشىء المقر به له ملكاله بمجرد الاقرار ، ولا يصح إقرار المقر بعد ذلك للغير كما قدمناه عن الخير الرملى موضحا فراجعه إن شئت (قوله لأن هذا المقر الخ) قال العلامة الاتقانى : بخلاف ما لو أقر لرضيع أن عليه ألف درهم بالبيع أو الاجارة لأن الرضيع من أهل أن يستحق الدين بهذا السبب بتجارة وليه ، لأنه يتجر له إن كان لا يتجر هو بنفسه بخلاف الجنين اه أى فإنه لا يلى أحد عليه قال بعض الفضلاء الفرق بين الرضيع والحمل حيث جاز الاقرار للأول ، وإن بين أنه قرض أو ثمن مبيع ، ولم يجز للثانى لأنه لا يتصور البيع مع الجنين ولا يلى عليه أحد بخلاف الصغير لثبوت الولاية عليه فيضاف إليه عقد الولى مجازا هكذا فهمت من كلامهم اه .

أقول : وجه فى المحيط صحة الاقرار للصغير وإن بين سببا غير صالح بأنه أقر بوجوب الدين بسبب ، وإن لم يثبت لأنه لا يتصور من الصبى نفى الاقرار بالدين كما لو كذبه المقر له فى السبب بأن قال لك على ألف غصبا فقال المقرله : بل دينا يلزمه المال وإن لم يثبت السبب كذا هذا ومثله فى الحواشى الحموية (قوله فى الجملة أشباه) قال محشيه الحموى : يعنى لأن البيع أو القرض صدر من بعض أوليائه فاضافته إلى الصغير مجاز انتهى

(أقر بشيء على أنه بالخيار) ثلاثة أيام (لزمه بلا خيار) لأن الإقرار إخبار فلا يقبل الخيار (وإن) وصلية (صدقه المقر له) فى الخيار لم يعتبر بتصديقه (إلا إذا أقر بعقد) بيع (وقع بالخيار له) فيصح باعتبار العقد إذا صدقه أو برهن فلذا قال (إلا أن يكذبه المقر له) فلا يصح لأنه منكر والقول له (كإقراره بدين بسبب كفالة على أنه بالخيار فى مدة ولو) المدة (طويلة) أو قصيرة فإنه يصح

(قوله أقر بشيء على أنه بالخيار الخ) يعنى بأن قال له : على ألف درهم قرض أو غصب أو وديعة أو عارية قائمة أو مستهلكة على أنى بالخيار ثلاثة أيام منح (قوله لزمه بلا خيار) لوجود الصيغة الملزمة (قوله فلا يقبل الخيار) لأن المقصود من الخيار هو الفسخ ولما لم يحتمل الاقرار والفسخ لم يجز شرط الخيار له ، ولزمه المال ، لأنه إن كان صادقا فهو واجب العمل به ، وإن لم يختر وإن كان كاذبا فهو واجب الرد فلا يتغير باختياره ، وعدم اختياره وإنما تأثير اشتراط الخيار فى العقود ليتخير من له الخيار بين فسخه وإمضائه درر وعناية .

فإن قيل : الاقرار يرتد بالرد وهو فسخ ؟ قلنا : ليس بفسخ للإقرار لأنه رفع للشيء بعد ثبوته ورد الإقرار ليس رفعا له بعد ثبوته فى حقه ، بل بيان أنه غير ثابت أصلا لأنه يحتمل الصدق والكذب ، فإذا كذبه المقر له ثبت الكذب فى حقه لأنه إقرار على نفسه وإذا صح التكذيب فى حقه ظهر أن الاقرار لم يثبت من الأصل بخلاف البيع لأنه تصرف يحتمل الفسخ بعد وقوعه ، لأن ما هو المقصود منه وهو الملك مما ينفسخ بانفساخ البيع ، لأنه ثابت به والمقصود من فسخ السبب فسخ حكمه ، فإذا كان حكم السبب محتملا للفسخ كان السبب كذلك وعكسه (قوله لم يعتبر تصديقه) الأولى حذفه بل ينبغى أن يقول : فإنه لم يعتبر لأن إن وصلية فلاجواب لها : أى بل جوابها مفهوم من الكلام السابق إلا أن يقال : هذا بيان لذلك المفهوم فلا اعتراض حينئذ (قوله إلا إذا أقر بعقد) أى بدين لزمه بسبب عقد الخ بأن يقول له على ألف ثمن مبيع بخيار (قوله وقع بالخيار له) فحينئذ يثبت الخيار له إذا صدقه المقر له أو أقام عليه بينة إلا أن يكذبه المقر له فلا يثبت الخيار ، وكان القول قول المقر له كما يأتى قريبا . فإن قيل : إن لم يقبل الإقرار الفسخ فالسبب الذى به وجب المال وهو التجارة تقبل ، فيجب أن يكون الخيار مشروطا فى سبب الوجود قلنا السبب غير مذكور ، وإنما يعتبر مذكورا ضرورة صحة الإقرار ، وإذا ثبت مقتضى صحته اعتبر مذكورا فى حقه فقط دون صحة الخيار ، وأما إذا قال : على ألف ثمن مبيع بخيار فيصح إن صدقه المقر له أو برهن ، لأن المقر به عقد يقبل الخيار ، وهو من العوارض فلا بد من التصديق أو البيان ، وإن أقر بدين بسبب كفالة على أنه بالخيار مدة معلومة ، ولو طويلة جاز إن صدقه ، لأن الكفالة تحتمل من الجهالة ، والخطر ما لا يحتمله البيع ، فإذا جاز شرطه فيه ففيها أولى ثم لم يقدر فيها لأن إطلاق الخيار فى البيع ينافى حكمة الملك المطلق وحكم الخيار منع السبب من العمل وحكم الكفالة لزوم الدين وأنه يصح مطلقا ومقيدا مقدسى (قوله لأنه منكر) للخيار فى العقد الذى هو من العوارض والقول فيها للمنكر (قوله أو قصيرة) الأولى حذفها كما لا يخفى حلبى ، وإنما جازت الكفالة مطلقة ومقيدة لأن حكمها ههنا لزوم الدين ، وهو يصح مطلقا ومقيدا فلا يكون اشتراط الخيار كذلك منافيا لها ، بخلاف البيع فلا بد من التوقيت فيه بثلاثة لأن إطلاق الخيار ينافى حكم البيع ، لأن حكمه الملك المطلق وحكم الخيار منع السبب من العمل ، وبينهما منافاة .

والحاصل : لأنه كما أن البيع عقد يصح فيه شرط الخيار ، ولا يزاد فيه على ثلاثة أيام عند الامام والكفالة عقد أيضا يصح فيه شرط الخيار ، ويصح اشتراطه مدة طويلة أو قصيرة ، لأنها عقد تبرع يتوسع فيها بعد أن

إذا صدقه لأن الكفالة عقد أيضا بخلاف ما مر لأنها أفعال لا تقبل الخيار زيلعى .

(الأمر بكتابة الإقرار إقرار حكما) فإنه كما يكون باللسان يكون بالبنان فلو قال للصكاك : اكتب خط إقرارى بألف على أو اكتب ببيع دارى أو طلاق امرأتى صح كتب أم لم يكتب وحل الصكاك أن يشهد إلا فى حد وقود خانية وقدمنا فى الشهادات

تكون المدة معلومة لكن قد صدر فى سنة خمس وثمانين بعد المائتين والألف أمر حضرة السلطان نصره الرحمن لسائر قضاته ونوابه فى الممالك المحروسة بالحكم على قول الصاحبين فى امتداد خيار الشرط أكثر من ثلاثة أيام موافقا لما فى المادة الثلثمائة من الجزء الأول من كتاب البيع من الأحكام العدلية حين كنت فى الاستانة العلية ، ومتشرفا بتوظيفى بتلك الجمعية العلمية بأمر من حضرته نصره الله تعالى بجمعها (قوله إذا صدقه) فإذا كذبه يلزمه المال من غير شرط والقول له لأنه يدعى عليه التأخير وهو ينكر إتقانى (قوله لأن الكفالة عقد أيضا) علة للتشبيه المستفاد من الكاف (قوله بخلاف مامر) أى من قوله أقر بشىء كما بيناه (قوله لأنها أفعال) لأن الشىء المقر به قرض أو غصب أو وديعة عارية أو قائمة أو مستهلكة فالقرض وما عطف عليه أفعال قد أخبر بوقوعها فلا يصح فيها شرط الخيار (قوله الأمر بكتابة الإقرار) بخلاف أمره بكتابة الاجارة وأشهد ، ولم يجر عقد لا تنعقد أشباه (قوله إقرار حكما) لأن الأمر إنشاء والإقرار اختبار فلا يكونان متحدين حقيقة بل المراد أن الأمر بكتابة الإقرار إذا حصل حصل الإقرار حلبى عن الدرر (قوله يكون بالبنان) بالباء الموحدة والنون ومقتضى كلامه : أن مسألة المتن من قبيل الإقرار بالبنان ، والظاهر أنها من قبيل الإقرار باللسان بدليل قوله : كتب أم لم يكتب ، وبدليل ما فى المنح عن الخانية حيث قال : وقد يكون الإقرار بالبنان كما يكون باللسان رجل كتب على نفسه ذكر حق بحضرة قوم أو أملى على إنسان ليكتب ثم قال : اشهدوا على بهذا لفلان كان إقرارا اه فإن ظاهر التركيب أن المسألة الأولى مثال للإقرار بالبنان والثانية للإقرار باللسان فتأمل ح (قوله خط إقرارى) أى الخط الدال على إقرارى فالإضافة من إضافة الدال إلى المدلول والدلالة التزامية ، وفى أحكام الكتابة من الأشباه إذا كتب ولم يقل شيئا لاتحل الشهادة . قال القاضى النسفى : إن كتب مصدرا يعنى كتب فى صدره إن فلان بن فلان له على كذا أو أما بعد فلفلان على كذا يحل للشاهد أن يشهد ، وإن لم يقل اشهد على به والعامة على خلافه لأن الكتابة قد تكون للتجربة ولو كتب ، وقرأه عند الشهود حلت ، وإن لم يشهدهم ، ولو كتب عندهم وقال : إشهدوا على بمافيه إن علموا بما فيه كان إقرارا وإلا فلا وذكر القاضى ادعى على آخر مالا ، وأخرج خطا وقال : إنه خط المدعى عليه بهذا المال فأنكر كونه خطه فاستكتب وكان بين الخطين مشابهة ظاهرة تدل على أنهما خط كاتب واحد لا يحكم عليه بالمال فى الصحيح ، لأنه لايزيد على أن يقول : هذا خطى ، وأنا حررته لكن ليس على هذا المال وثمة لايجب كذا هنا إلا فى دفتر السمسار والبياع والصراف انتهى ومثله فى البزازية .

قال السائحانى : وفى المقدسى عن الظهيرية لو قال : وجدت فى كتابى أن له على ألفا أو وجدت فى ذكرى أو فى حسابى أو بخطى أو قال : كتبت بيدى أن له على كذا كله باطل وجماعة من أئمة بلخ قالوا فى دفتر البياع إن ما وجد فيه بخط البياع ، فهو لازم عليه لأنه لايكتب إلا ما على الناس له وما للناس عليه صيانة عن النسيان والبناء على العادة الظاهرة واجب انتهى .

فقد استفدنا من هذا أن قول أئمتنا لا يعمل بالخط يجرى على عمومه ، واستثناء دفتر السمسار والبياع

عدم اعتبار مشابهة الخطين .

(أحد الورثة أقر بالدين) المدعى به على مورثه وجحده الباقون

لا يظهر بل الأولى أن يعزى إلى جماعة من أئمة بلخ وأن يقيد بكونه فيما عليه ، ومن هنا يعلم أن رد الطرسوسي العمل به مؤيد بالمذهب ، فليس إلى غيره نذهب وانظر ما تقدم فى كتاب القاضى إلى القاضى ، وما قدمناه فى الشهادات .

وحاصل ما تحرر فى مسألة الخط : أن عامة علمائنا على عدم العمل به إلا ما وجده القاضى فى أيدى القضاة الماضين ، وله رسوم فى دواوينهم أى السجلات وخط السمسار والبياع والصراف ، وإن لم يكن معنونا ظاهرا بين الناس ، وكذلك ما يكتب الناس فيما بينهم على أنفسهم فى دفاترهم المحفوظة عندهم بخطهم المعلوم بين التجار وأهل البلد فهو حجة عليه ، ولو بعد موتهم وكذلك كتاب الأمان والبراءات السلطانية والدفتر الخاقانى كما قدمنا ذلك فى الشهادات موضحا بأدلته فراجعه ومشى فى الفتاوى النعيمية فى رجل كان يستدين من زيد ويدفع له ثم تحاسبا على مبلغ دين تبقى لزيد بذمة الرجل ، وأقر الرجل بأن ذلك آخر كل قبض وحساب ، ثم بعد أيام يريد نقض ذلك وإعادة الحساب فهل ليس له ذلك .

الجواب : نعم لقول الدرر لاعذر لمن أقر اه وفيهافى شريكى تجارة حسب لهما جماعة الدفاتر فتراضيا وانفصل المجلس ، وقد ظنا صواب الجماعة فى الحساب ثم تبين الخطأ فى الحساب لدى جماعة أخر فهل يرجع للصواب ؟

الجواب : نعم لقول الأشباه : لا عبرة بالظن البين خطؤه فى شريكى عنان تحاسبا ثم افترقا بلا إبراء أوبقيا على الشركة ثم تذكر أحدهما أنه كان أوصل لشريكه أشياء من الشركة غير ما تحاسبا عليه ، فأنكر الآخر ولا بينة فطلب المدعى يمينه على ذلك فهل له ذلك لأن اليمين على من أنكر الجواب نعم اه (قوله عدم اعتبار مشابهة الخطين) هو الصحيح فإذا ادعى عليه حقا ، وأظهر خط يده فاستكتب فكتب فإذا الخط يشبه الخط لايقضى عليه وقال بعضهم : يقضى عليه ومشى عليه فى المجلة فى مادة ١٦٠٧ وفى ١٦٠٩ وفى ١٦١٠ وفى ١٨٣٦ وفى ١٧٣٧ وفى ١٧٣٨ وفى ١٧٣٩ وصدر الأمر الشريف السلطانى بالعمل بموجبه إذا كان خاليا من الشبهة والتصنع والتزوير فيعمل بها ككتاب القضاة والوقفية إذا كانت مسجلة وسجلات القضاة والبرات السلطانية والدفاتر الخاقانية ، ودفاتر التجار فيما عليهم والصكوك والقامبيالى والوصول ، وعلم الخبر إذا كانت بخط من عليه الدين أو إمضائه ، وختمه المعروفين فلو لم تكن معروفة يستكتب عند أهل الخبرة فإذا وافق الخط الخط وكانا كخط واحد يلزم بالمال وعليه قارئ الهداية وبموجبه صدر الأمر السلطانى كما علمت (قوله وجحده الباقون) وإن صدقوا جميعا لكن على التفاوت كرجل مات عن ثلاثة بنين وثلاثة آلاف فاقتسموها ، وأخذ كل واحد ألفا فادعى رجل على أبيهم ثلاثة آلاف فصدقه الأكبر فى الكل والأوسط فى الألفين والأصغر فى الألف أخذ من الأكبر ألفا ومن الأوسط خمسة أسداس الألف ومن الأصغر ثلث الألف عند أبى يوسف وقال محمد فى الأصغر والأكبر كذلك وفى الأوسط يأخذ الألف ووجه كل فى الكافى .

[تنبيه] لو قال المدعى عليه عند القاضى : كل ما يوجد فى تذكرة المدعى بخطه فقد التزمته ليس بإقرار لأنه قيده بشرط لا يلائمه فإنه ثبت من أصحابنا رحمهم الله تعالى أن من قال كل ما أقر به على فلان فأنا مقر به فلا يكون إقرارا لأنه يشبه وعدا كذا فى المحيط شرنبلالية .

[فرع] ادعى المديون أن الدائن كتب على قرطاس بخطه أن الدين الذى لى على فلان بن فلان أبرأته عنه

(يلزمه) الدين (كله) يعنى إن وفى ماورثه به برهان وشرح مجمع (وقيل حصته) واختاره أبو الليث دفعا للضرر ولو شهد هذا المقر مع آخر أن الدين كان على الميت قبلت وبهذا علم أنه لا يحل الدين فى نصيبه بمجرد إقراره بل بقضاء القاضى عليه بإقراره فلتحفظ هذه الزيادة درر .

صح وسقط الدين لأن الكتابة المرسومة المعنونة كالنطق به وإن لم يكن كذلك لا يصح الابراء ، ولا فرق بين أن تكون الكتابة بطلب الدائن أولا بطلبه بزازية من آخر الرابع عشر من الدعوى (قوله يلزمه كل الدين) أى فى قول أصحابنا منح (قوله وقيل حصته) عبر عنه بقيل لأن الأول ظاهر الرواية كما فى فتاوى المصنف ، وسيجىء أيضا وهذا بخلاف الوصية لما فى جامع الفصولين : أحد الورثة او أقر بالوصية يؤخذ منه ما يخصه وفاقا . وفى مجموعة منلاعلى عن الحاوية فى الفصل التاسع والثلاثين : أحد الورثة إذا أقر بالوصية يؤخذ منه مايخصه بالاتفاق ، وإذا مات وترك ثلاث بنين وثلاثة آلاف درهم فأخذ كل ابن ألفا فادعى رجل أن الميت أوصى له بثلث ماله وصدقه أحد البنين فالقياس أن يؤخذ منه ثلاثة أخماس ما فى يده ، وهو قول زفر وفى الاستحسان يؤخذ منه ثلث ما فى يده وهو قول علمائنا رحمهم الله تعالى لنا أن المقر أقر بألف شائع فى الكل ثلث ذلك فى يده وثلثاه فى يد شريكيه فما كان إقرارا فيما فى يده قبل وما كان إقرارا فى يد غيره لا يقبل فوجب أن يسلم إلى الموصى له ثلث ما فى يده اهـ (قوله دفعا للضرر) أى عن المقر أى لأنه إنما أقر بما تعلق بكل التركة (قوله ولو شهد هذا المقر مع آخر الخ) وكذا لو برهن الطالب على هذا المقر تسمع البينة عليه كما فى وكيل قبض العين : لو أقر من عنده العين أنه وكيل بقبضها لايكفى إقراره ، ويكلف الوكيل إقامة البينة على إثبات الوكالة حتى يكون له قبض ذلك فكذا هنا جامع الفصولين وفيه خ ينبغى للقاضى أن يسأل المدعى عليه هل مات مورثك فإن قال : نعم فحينئذ يسأله عن دعوى المال ، فلو أقر وكذبه بقية الورثة ، ولم يقض بإقراره حتى شهد هذا المقر وأجنبى معه يقبل ، ويقضى على الجميع وشهادته بعد الحكم عليه بإقراره لاتقبل ، ولو لم يقم البينة أقر الوارث أو نكل ، ففى ظاهر الرواية يؤخذ كل الدين من حصة المقر ، لأنه مقر بأن الدين مقدم على إرثه وقال ث : هو القياس ولكن المختار عندى أن يلزمه مايخصه وهو قول الشعبى والحسن البصرى ومالك وسفيان وابن أبى ليلى وغيرهم ممن تابعهم ، وهذا القول أعدل وأبعد من الضرر ، ولو برهن لايؤخذ منه إلا مايخصه وفاقا انتهى بقى مالو برهن على أحد الورثة بدينه بعد قسمة التركة فهل للدائن أخذ كله من حصة الحاضر .

قال المصنف فى فتاويه : اختلفوا فيه فقال بعضهم : نعم فاذا حضر الغائب رجع عليه وقال بعضهم : لايأخذ منه إلا مايخصه انتهى ملخصا (قوله وبهذا) أى بقبول شهادة المقر مع آخر أنه على الميت (قوله بمجرد إقراره) إذ لو أقر ولزمه جميع المال ثم شهد مع آخر ، وقبلت شهادته لزمه بقدر حصته ، فيكون فى شهادته دفع مغرم عن نفسه والشهادة كذلك لاتقبل فقبولها دليل أن إقراره الأول لايعتبر ولا يلزمه به دين وهو مشكل فإن إقرار الإنسان حجة فى حق نفسه ، والقضاء فيه مظهر لامثبت ولو جعل هذا الفرع مخرجا على قول الفقيه لكان ظاهرا لأنه لم يدفع بهذه الشهادة مغرما عن نفسه ط . قال الباقانى : ولو كان الدين يحل فى نصيبه بمجرد الإقرار ماقبلت شهادته لما فيه من دفع المغرم عنه (قوله فلتحفظ هذه الزيادة) وهى كون الإقرار غير ملزم إلا بالقضاء لما ذكرنا وحاصل مايقال : إنه إذا ادعى رجل دينا على ميت ، وأقر بعض الورثة به ففى قول أصحابنا يؤخذ من حصة المقر جميع الدين قال الفقيه أبو الليث : هو القياس لكن الاختيار عندى أن يؤخذ منه مايخصه من الدين ، وهذا القول أبعد من الضرر وذكره شمس الأئمة الحلوانى أيضا وقال مشايخنا هنا زيادة شىء لم تشترط فى الكتب ، وهو أن يقضى القاضى عليه بإقراره إذ بمجرد الإقرار لايحل الدين فى نصيبه ، بل يحل

(أشهد على ألف فى مجلس وأشهد رجلين آخرين فى مجلس آخر) بلا بيان السبب (لزم) المالان

بقضاء القاضى ، ويظهر ذلك بمسألة ذكرها فى الزيادات : وهى أن أحد الورثة إذا أقر بالدين ثم شهد هو ورجل أن الدين كان على الميت فإنها تقبل وتسمع شهادة هذا المقر إذا لم يقض عليه القاضى بإقراره ، فلو كان الدين يحل فى نصيبه بمجرد إقراره لزم أن لاتقبل فيها لما فيه من الغرم .

قال صاحب الزيادات : وينبغى أن تحفظ هذه الزيادة فإن فيها فائدة عظيمة كذا فى العمادية لكن يشكل على هذا أن إقرار الإنسان حجة فى حق نفسه والقضاء فيه مظهر لا مثبت كما ذكروا وأيضا فإن المال يلزمه بمجرد الإقرار والقضاء إنما يحتاج فى البينة إذ لا يتهم المرء فيما أقر به على نفسه ، ولهذا لو أقر بعين لإنسان ثم أقر به لآخر كان للأول ولا شىء للثانى على أنه يكون حينئذ فى عرضية أن يقضى عليه ، فلازم رد شهادته كما ترد شهادة أهل قرية وجد فيها قتيل ، وقد ادعى وليه القتل على بعضهم فلو جعلوا هذا الفرع مخرجا على قول الفقيه لكان ظاهرا لأنه لم يدفع بهذه الشهادة مغرما عن نفسه تأمل (قوله أشهد على ألف الخ) نقل المصنف فى المنح عن الخانية اروايتين عن الإمام ليس ما فى المتن واحدة منهما إحداهما : أن يلزمه المالان إن أشهد فى المجلس الثانى : عين الشاهدين الأولين ، وإن أشهد غيرهما كان المال واحدا وأخراهما أنه إن أشهد على كل إقرار شاهدين يلزمه المالان جميعا سواء أشهد على إقراره الثانى الأولين أو غيرهما اه فلزوم المالين إن أشهد فى مجلس آخر آخرين ليس واحدا مما ذكر ونقل فى الدرر عن الإمام الأولى ، وأبدل الثانية بما ذكره المصنف متابعة له ، واعترضه فى العزمية بما ذكرنا وإنه ابتداع قول ثالث غير مسند إلى أحد ولا مسطور فى الكتب تأمل (قوله فى مجلس آخر) بخلاف ما لو أشهد أولا واحدا وثانيا آخر فى موطن أو موطنين فالمال واحد اتفاقا ، وكذا لو أشهد على الأول واحدا وعلى الثانى أكثر فى مجلس آخر فالمال واحد عندهما وكذا عنده على الظاهر منح (قوله لزم المالان) اعلم أن تكرار الإقرار لا يخلو إما أن يكون مقيدا بسبب ، أو مطلقا والأول على وجهين إما بسبب متحد فيلزم مال واحد وإن اختلف المجلس أو بسبب مختلف فالان مطلقا ، وإن كان مطلقا فإما بصك أولا والأول على وجهين إما بصك واحد فالمال واحد مطلقا ، أو بصكين فالان مطلقا ، وأما الثانى : فإن كان الإقرار فى موطن واحد يلزم مالان عنده وواحد عندهما ، وإن كان فى موطنين فإن أشهد على الثانى شهود الأول فمال واحد عنده إلا أن يقول المطلوب هما مالان وإن أشهد غيرهما فالان ، وفى موضع آخر عنه على عكس ذلك ، وهو إن اتحد الشهود فالان عنده وإلا فواحد عندهما .

وأما عنده فاختلف المشايخ منهم من قال : القياس على قوله مالان وفى الاستحسان مال واحد وإليه ذهب السرخسى .

ومنهم من قال على قول الكرخى : مالان وعلى قول الطحاوى : واحد وإليه ذهب شيخ الإسلام اه ملخصا من التاترخانية ، وكل ذلك مفهوم من الشرح ، وبه ظهر أن ما فى المتن رواية منقولة ، وأن اعتراض العزمية على الدرر مردود حيث جعله قولا مبتدعا غير مسطور فى الكتب مستندا إلى أنه فى الخانية حكى فى المسألة روايتين .

الأولى : لزوم مالين إن اتحد الشهود ، وإلا فمال واحد .

الثانية : لزوم مالين إن أشهد على كل إقرار شاهدين اتحد أولا وقد أوضح المسألة فى الولوالجية فراجعها وسنذكر توضيحها قريبا إن شاء الله تعالى ، فقد تحقق أن كلام المصنف هنا هو ما فى الخانية وليس فيه ما يخالف

(ألفان) كما لو اختلف السبب بخلاف مالو اتحد السبب أوالشهود أو أشهد على صك واحد أو أقر عند الشهود ثم عند القاضي أو بعكسه ابن ملك والأصل أن المعرف أوالمنكر إذا أعيد معرفا كان الثانى عين الأول أو منكرا فغيره ولو نسى الشهود أفى موطن أم موطنين فهما مالان مالم يعلم اتحاده وقيل واحد وتمامه فى الخانية .

ما فيها كما لايخفى على من نظر فيها (قوله ألفان) بدل كل من قوله المالان قال فى الأشباه : وإذا تعدد الإقرار بموضعين لزمه الشيئان إلا بالإقرار بالقتل بأن قال : قتلت ابن فلان ثم قال : قتلت ابن فلان وكذا فى العبد ، فهو إقرار بواحد إلا أن يكون سمى اسمين مختلفين ، وكذا التزويج والإقرار بالجراحة فهو ثلاث ولايشبه الإقرار بالمال فى موضعين اه .

قال فى الدرر : هذا عند أبى حنيفة لكن بشرط مغايرة الشاهدين الآخرين للأولين فى رواية وشرط عدم مغايرتهما لها فى أخرى وهذا بناء على أن الثانى غير الأول ، وعندهما لا يلزمه إلا ألف واحدة لدلالة العرف على أن تكرار الإقرار لتأكيد الحق بالزيادة فى الشهود اه (قوله كما لو اختلف السبب) ولو فى مجلس واحد .

قال فى البزازية : جعل الصفة كالسبب حيث قال إن أقر بألف بيض ، ثم بألف سود فالمالان ولو ادعى المقر له اختلاف السبب وزعم المقر اتحاده أو الصك أو الوصف فالقول للمقر ، ولو اتحد السبب والمال الثانى أكثر يجب المالان وعندهما يلزم الأكثر سائحانى (قوله بخلاف مالو اتحد السبب) بأن قال له على ألف ثمن هذا العبد ، ثم أقر بعده كذلك فى ذلك المجلس أو فى غيره منح (قوله أو الشهود) هذا على ما ذهب إليه السرخسى كما علمته مما مر ، ويأتى لكن قال الطحاوى هذا لم يوافق أحد القولين السابقين ، فإن القول الأول حاصله أن اتحاد الشهود يوجب التعدد واختلافهم لا يوجبه ، والثانى اعتبر اختلاف المواطن فتأمل اه .

أقول : لايخفى عليك أن ما مر من التفصيل يؤيد كلام الشارح وأنه الاستحسان بأنه مال واحد فتأمل . ويؤيده ما يأتى قريبا (قوله ثم عند القاضى) إنما كان واحدا لأنه أراد بإقراره عنده تثبيته على نفسه خوف موته أو جحوده ، وكذا لو كان كل عند القاضى فى مجلسين ط .

أقول : ولا تنس ما قدمناه عن المجلة وصدور الأمر الشريف السلطانى بالعمل بموجبه وفيها أيضا فى مادة ١٦١١ لو كتب على نفسه سندا وأمضاه أو ختمه على المرسوم المتعارف كما مر وسلمه للدائن ثم مات من عليه الدين ، وأنكر الورثة الخط والدين فإذا كان خطه وختمه مشهورين ومعروفين بين الناس يعمل بموجب السند وفى مادة ١٦١٢ لو وجد عند الميت صرة نقود مكتوب عليها بخط الميت هذه أمانة فلان الفلانى ودراهمه من يده تؤخذ من التركة ولا يحتاج لإثباتها إذا كان الخط معروفا بأنه خطه (قوله أو بعكسه) لأنه يخبر عما لزمه فى مجلسه (قوله أن المعرف) كما إذا عين سببا واحدا للمال فى الإقرارين (قوله أو المنكر) كما إذا أقر بألف مطلق عن السبب ، ثم أقر بألف ثمن هذا العبد (قوله أو منكرا فغيره) كما إذا أقر بألف ثم بألف أوأقر بألف ثمن عبد ثم بألف ثمن عبد وصورة إعادة المعرف منكرا ما إذا أقر بألف ثمن هذا العبد ثم أقر بألف والمسألة الأولى هى الخلافية هل يعتبر اتحاد الشهود أو اتحاد الموطن على القولين السابقين فكونه غيرا عند التنكير على هذا التفصيل ط (قوله ولو نسى الشهود) أى فى صورة تعدد الاشهاد (قوله وقيل واحد) لأن المال لا يجب بالشك (قوله وتمامه فى الخانية) وحاصله : أن الصور أربع فى اثنين يكون الثانى عين الأول، وفى اثنين يكون غيرا وهذا كله فيما إذا اتحد المالان أما إذا اختلفا قلة وكثرة فقد ذكره فى المجمع والمنظومة .

وعبارة المجمع : وتعدد المشهد أى موضع الإشهاد والشاهدين العدلين ملزم للمالين والزيادة بالأكثر إن تفاوتا .

. . . .

قال شارحه : رجل أقر بألف فى مجلس وأشهد عليه شاهدين عدلين، ثم أقر فى مجلس آخر بألف، أوأقل أو أكثر وأشهد عدلين آخرين . قال أبو حنيفة : يلزمه المالان وقالا : يلزمه مال واحد إن تساويا وإن تفاوتا لزمه أكثرهما لأن الإقرار إخبار بالحق الثابت والإخبار قد يكرر فيكون الثانى عين الأول ، فصار كما لو أقر بهما فى مجلس واحد أو أشهد عدلا واحدا فى الأول أو فاسقين ، وله أنهما إقراران مختلفان والمال قد يجب وقتا بعد وقت ، والظاهر أن الثانى غير الأول على أن النكرة إذا كررت لم يكن الثانى عين الأول إلا إذا أعيدت معرفة كقوله تعالى – كما أرسلنا إلى فرعون رسولا فعصى فرعون الرسول – وفى الكافى شرح المنظومة : من أقر على نفسه لرجل بمائة درهم مثلا فى موضع ، وأشهد شاهدين ثم أقر وأشهد فى موضع آخر شاهدين على مائة درهم ، أو أقل أو أكثر فعليه المالان إذا ادعى الطالب المالين وقالا : عليه مال واحد فإن تفاوتا فعليه أكثرهما وهذا إذا لم يبين سببا ، فإن بين السبب متحدا بأن قال فى المرتين : عن هذا العبد يلزمه مال واحد ، وإن بين سببا مختلفا بأن قال أولا ثمن هذا العبد وثانيا ثمن هذه الجارية يلزمه المالان قيد أى صاحب المجمع بتعدد الإشهاد والمشهد ، لأنه إذا اتحد أحدهما أو كلاهما يلزمه مال واحد اتفاقا ولو قال : له على ألف بل ألفان لزمه ألفان وقال زفر يلزمه ثلاثة اه .

والحاصل: أن هذه المسألة على وجوه لأنه إما أن يضيف إقراره إلى سبب أولا والأول إما أن يكون السبب متحدا أو مختلفا فإن أضاف إلى سبب واحد بأن قال له على ألف درهم ثمن هذا العبد ثم أقر بعد ذلك فى ذلك المجلس أو مجلس آخر أن لفلان علىّ ألف درهم ثمن هذا العبد والعبد واحد لا يلزمه إلا ألف واحدة على كل حال فى قولهم جميعا ، وإن كان السبب مختلفا بأن قال : لفلان على ألف درهم ثمن هذه الجارية ثم قال : لفلان على ألف درهم ثمن هذا العبد يلزمه المالان فى قولهم أقر بذلك فى موطن أو موطنين والثانى إما أن يكتب به صكا على نفسه، فإن كان الصك واحدا لزمه مال واحد ، وإن كان كتب صكين وأقر بهذا ثم بهذا لزمه المالان ونزل اختلافهما بمنزلة اختلاف السبب ، وإن لم يكتب صكا لكنه أقر مطلقا فإن تعدد الإقرار ، والأول عند غير القاضى ، والثانى عنده لزمه مال واحد ، وكذا لو كان كل عند القاضى لكن فى مجلسين فادعى الطالب مالين والمطلوب يقول : إنه واحد فالقول قول المطلوب ، وإن تعدد الإقرار عند غير القاضى ، فإن أشهد على كل إقرار فردا فالمال واحد عند الكل تعدد المجلس أو اختلف وإن أشهد على الأول واحدا ، وعلى الثانى جماعة فالمعتمد لزوم مال واحد عند الجميع ، وإن أشهد على كل إقرار شاهدين ، فقال الإمام : يلزمه مالان إن لم يتغير الشهود ، فإن تغيروا كان المال واحدا فبعض المشايخ قالوا إن كان ذلك فى موطنين ، وأشهد على إقراره شاهدين فإنه يلزمه المالان جميعا ، سواء أشهد على إقراره الثانى الأولين أو غيرهما .

قال شمس الأئمة الحلوانى: كذا ذكره الخصاف، والظاهر أن الخلاف بينهم فيما إذا كان الإقراران فى موطنين، أما إذا كان فى موطن واحد فيكون المال واحدا .

وحاصله أن الصور الوفاقية والخلافية ثمانية واحدة خلافية والباقى وفاقية ، وذلك لأنه إذا لم يبين السبب واختلف المجلس والشهود لزم مالان عنده خلافا لهما وإن اتحد المجلس وبه صك فاللازم ألف واحدة اتفاقا وإن كان لا صك فى تخريج الكرخى ألفان وفى تخريج الطحاوى ألف وإن بين السبب ، فإن كان مختلفا فألفان وإن متحدا فألف وكذا إن اتحد الشهود أو اتحد الصك ، وإن كان صكان فأشهد عليهما لزم مالان .

(أقر ثم ادعى) المقر (أنه كاذب فى الإقرار يحلف المقر له أن المقر لم يكن كاذبا فى إقراره) عند الثانى وبه يفتى درر (وكذا) الحكم يجرى (لو ادعى وارث المقر) فيحلف (وإن كانت الدعوى على ورثة المقر له فاليمين عليهم بالعلم أنا لا نعلم أنه كان كاذبا) صدر الشريعة .

وحاصل الصور العقلية اثنتان وسبعون صورة لأنه لايخلو : إماأن لايبين السبب أو يبين سببا مختلفا أو متحدا فهى ثلاث . وفى كل : إما أن يكون فى مجلس أو فى مجلسين فهى ستة ، وفى كل : إما أن تتحد الشهود أو تختلف فهى اثنا عشر ، وفى كل : إما أن لا يكون به صك أو به صك واحد أو صكان فهى ستة وثلاثون وفى كل : إما أن يتحدا المالان أو يختلفا فهى اثنان وسبعون هذا خلاصة ماحققه المحشون فى هذا المحل فاغتنمه فإنه من فيض المنعم الأجل (قوله أقر) أى بدين أو غيره كما فى شتى الفرائض من الكنز (قوله عند الثانى) وعندهما لا يلتفت إلى قوله (قوله وبه يفتى) وهو المختار بزازية ظاهره أن المقر إذا ادعى الإقرار كاذبا يحلف المقر له ، أو وارثه على المفتى به من قول أبى يوسف مطلقا ، سواء كان مضطرا إلى الكذب فى الإقرار أو لا قال شيخنا : وليس كذلك لماسيأتى من مسائل شتى قبيل كتاب الصلح عند قول المصنف : أقر بمال فى صك ، وأشهد عليه به ثم ادعى أن بعض المال المقر به قرض وبعضه ربا الخ حيث نقل الشارح عن شرح الوهبانية للشرنبلالى ما يدل على أنه إنما يفتى بقول أبى يوسف ، من أنه يحلف المقر له أن المقر ما أقر كاذبا فى كل صورة يوجد فيها اضطرار المقر إلى الكذب فى الإقرار أبو السعود . وفيه : أنه لايتعين الحمل على هذا ، لأن العبارة هناك فى هذا ونحوه فقوله ونحوه يحتمل أن يكون المراد به كل ماكان من قبيل الرجوع بعد الإقرار مطلقا ، ويدل عليه ما بعده من قوله وبه جزم المصنف فراجعه اه .

أقول : وقدمنا شيئا منه فى شتى القضاء وسيأتى فى شتى الإقرار (قوله درر) نصها وهو استحسان ووجهه أن العادة جرت بين الناس أنهم إذا أرادوا الاستدانة يكتبون الصك قبل الأخذ ، ثم يأخذون المال فلا يكون الإقرار دليلا على اعتبار هذه الحالة فيحلف ، وعليه الفتوى لتغير أحوال الناس ، وكثرة الخداع والخيانات وهو يتضرر والمدعى لا يضره اليمين إن كان صادقا فيصار إليه وعندهما يؤمر بتسليم المقر به إلى المقر له ، وهو القياس لأن الإقرار حجة ملزمة شرعا كالبينة بل أولى لأن احتمال الكذب فيه أبعد اه .

وقيده فى الفتاوى الخيرية بأنه لم يصر محكوما عليه بالإقرار . فإن صار محكوما عليه بالإقرار لايحلف كما هو صريح كلام البزازية .

قال فى المنح : كما فى كثير من المعتبرات ، وعند أبى حنيفة ومحمد لا يلتفت إلى قوله قال فى الخانية بعد ذكر الخلاف فى كتاب الإقرار ، فإذا كان فى المسئلة خلاف أبى يوسف والشافعى يفوض ذلك إلى رأى القاضى والمفتى ذكره فى كتاب الدعوى فى باب اليمين (قوله فيحلف) أى المقر له أنه لم يكن المورث كاذبا فيما أقر وبعضهم على أنه لا يحلف بزازية ، والأصح التحليف حامدية عن صدر الشريعة (قوله وإن كانت الدعوى) أى من المقر أو من وارثه (قوله أنا لا نعلم) بدل مما قبله (قوله إنه كان كاذبا) إذا لم يكن إبراء عام ، فلو كان لاتسمع لكن للعلامة ابن نجيم رسالة أفتى فيها بسماعها حاصلها : لو أقرت امرأة فى صحتها لبنتها بمبلغ معين ثم وقع بينهما إبراء عام ، ثم ماتت فادعى الوصى أنها كاذبة تسمع دعواه ، وله تحليف البنت ، ولا يصح الحكم قبل التحليف . لأنه حكم بخلاف المفتى به . لأن الإبراء هنا لايمنع ، لأن الوصى يدعى عدم لزوم شىء بخلاف ما إذا دفع المقر المال المقر به إلى المقر له ، فإنه ليس له تحليف المقر له لأنه يدعى استرجاع المال والبراءة مانعة .

باب الاستثناء

وما فى معناه فى كونه مغيرا كالشرط ونحوه

(هو) عندنا (تكلم بالباقى بعد الثنيا

من ذلك . أما الأولى ، فإنه لم يدع استرجاع شىء وإنما يدفع عن نفسه فافترقا والله تعالى أعلم .

وفى جامع الفصولين : أقر فمات فقال ورثته إنه أقر كاذبا فلم يجز إقراره والمقر له عالم به ليس لهم تحليفه إذ وقت الإقرار لم يتعلق حقهم بمال المقر فصح الإقرار ، وحيث تعلق حقهم صار حقا للمقر له ص .

أقر ومات فقال ورثته إنه أقر تلجئة يحلف المقر له بالله لقد أقر لك إقرارا صحيحا ط .

وارث ادعى أن مورثه أقر تلجئة قال بعضهم : له تحليف المقر له ولو ادعى أنه أقر كاذبا لا يقبل ، قال فى نور العين : يقول الحقير : كان ينبغى أن يتحد حكم المسألتين ظاهرا إذ الإقرار كاذبا موجود فى التلجئة أيضا ولعل وجه الفرق هو أن التلجئة أن يظهر أحد شخصين أو كلاهما فى العلن خلاف ما تواضعا عليه فى السر ففى دعوى التلجئة يدعى الوارث على المقر له فعلا له ، وهو تواضعه مع المقر فى السر . فلذا يحلف بخلاف دعوى الإقرار كاذبا كما لا يخفى على من أوتى فهما صافيا اهـ من أواخر الفصل الخامس عشر والله تعالى أعلم وأستغفر الله العظيم .

باب الاستثناء

لما ذكر الإقرار بلا تغيير شرع فى بيان موجبه مع التغيير بالاستثناء والشرط ونحوه ، وهو استفعال من الثنى وهو لغة : الصرف والرد فالاستثناء صرف القائل أى رده عن المستثنى ، فيكون حقيقة فى المتصل والمنفصل لأن إلا هى التى عدت الفعل إلى الاسم حتى نصبته فكانت بمنزلة الهمزة فى التعدية ، والهمزة تعدى الفعل إلى الجنس وغير الجنس حقيقة وفاقا فكذا ما هو بمنزلتها حموى . واصطلاحا : ما ذكره الشارح وهو متصل وهو الإخراج ، والتكلم بالباقى ومنفصل وهو ما لا يصح إخراجه كما فى العناية (قوله وما فى معناه) أى مثل التعليق بمشيئة الله وكقوله لفلان على ألف درهم وديعة كما هو مقرر فى كلامهم قتال (قوله كالشرط ونحوه) أى فى كونه مغيرا كالشرط وهو الصفة والحال ، واعترض قاضى زاده على من قال : وهو الشرط بأنه يقتضى حصر ما فى معناه فى الشرط ، فلا يدخل أكثر ما فى هذا الباب فالأولى ما فى شرح تاج الشريعة والكفاية من قوله : كالشرط وغيره كما عبر الشارح ، فلا غبار على عبارة الشارح حيث قال ونحوه لأنها بيان لما فى قول المصنف ، وما فى معناه فإنه قد صرح بها بما علم التزاما من كاف التمثيل المشعر عن الكثرة كما هو المشهور بين الجمهور ، وهذا الجمع بينهما قد وقع من صاحب المفتاح فى مواضع والمراد بنحو الشرط ما ذكرنا وماسيجىء من أن إقراره بدين ثمن عبد غير عين وإنكاره قبضه وإقراره بثمن متاع وبيانه بأنه زيوف ونحوهما فظهر أن من فسر قوله وما بمعناه بقوله وهو الشرط لم يصب لأنه يوهم الحصر كما لا يخفى (قوله هو عندنا تكلم بالباقى) أى معنى لا صورة (قوله بعد الثنيا) بضم فسكون وفى آخره ألف مقصورة اسم من الاستثناء وكذلك الثنوى بالفتح مع الواو وفى الحديث «من استثنى فله ثنياه» أى ما استثناه والمراد هنا بعد الثنيا أى بعد المستثنى ، فيكون الاستثناء عندنا لبيان أن الصدر لم يتناول المستثنى ، وعند الشافعى إخراج بطريق المعارضة . قال فى شرح المنار لابن ملك : فصار تقدير قول الرجل لفلان على ألف إلا مائة عندنا لفلان على تسعمائة ، وإنه لم يتكلم بالألف

باعتبار الحاصل من مجموع التركيب ونفى إثبات باعتبار الأجزاء) فالقائل له على عشرة إلا ثلاثة له عبارتان مطولة وهى ماذكرناه ومختصرة وهى أن يقول ابتداء له على سبعة وهذا معنى قولهم تكلم بالباقى بعد الثنيا أى بعد الاستثناء .

فى حق لزوم المائة وعند الشافعى إلا مائة فإنها ليست على فإن صدر الكلام يوجبه والاستثناء ينفيه ، فتعارضا فتساقطا بقدر المستثنى اه .

واستشكل الزيلعى مذهب الشافعى بوقوعه فى الطلاق والعتاق ، فلوكان إخراجا بطريق المعارضة لما صح لأن الطلاق والعتاق لايحتملان الرجوع والرفع بعد الوقوع قال : وتظهر ثمرة الخلاف فيما إذا قال لفلان على ألف درهم إلا مائة أو خمسين فعندنا يلزمه تسعمائة لأنه لما كان تكلما بالباقى وكان مانعا من الدخول شككنا فى المتكلم به ، والأصل براءة الذمم فلا يلزمه الزائد بالشك ، فصار نظير مالو قال على تسعمائة أو تسعمائة وخمسون ، فإنه يلزمه الأقل وعنده لما دخل الألف كله صار فى المخرج شك ، فيخرج الأقل وهو خمسون والباقى على حاله انتهى لكن قول الزيلعى فعندنا يلزمه تسعمائة خلاف الأصح .

قال فى البحر : وإذا استثنى عددين بينهما حرف الشك كان الأقل مخرجا بحوله على ألف درهم إلا مائة أو خمسين لزمه تسعمائة وخمسون على الأصح انتهى . كذا فى حاشية أبى السعود على مسكين .

أقول : لكن نقل المقدسى عن متفرقات وصايا الكافى : أن القائل بأن المستثنى خمسون العامة ، وقال محمد : إنه مائة . وذكر فى الظهيرية والولوالجية أن قول محمد رواية أبى حفص ، وتلك رواية سليمان وفى الدراية صححها وصحح قاضى خان فى شرح الزيادات رواية أبى حفص وقال : وهو الموافق لقواعد المذهب وسيأتى للفرع تتمة (قوله باعتبار الحاصل من مجموع التركيب) هذا كالتأكيد لما قبله ، فإن التكلم بالباقى بعد الثنيا لايتأتى إلا بالنظر لما بعد إلا وما قبلها فالمتحصل من مجموع له عشرة إلا ثلاثة له على سبعة .

قال فى البحر : لاحكم فيما بعد الإ بل مسكوت عنه عند عدم القصد كمسألة الإقرار فى قوله : له على عشرة إلا ثلاثة لفهم أن الغرض الإثبات فقط ، فنفى الثلاثة إشارة لاعبارة وإثبات السبعة عكسه ، وعند القصد يثبت لما بعدها نقيض ماقبلها ككلمة التوحيد نفى ، وإثبات قصدا فالاستثناء تكلم بالباقى بعد الثنيا باعتبار الحاصل من مجموع التركيب ونفى وإثبات باعتبار الأجزاء اه فالباقى والثنيا هما عين النفى والإثبات فلو صدر بالنفى لم يكن مقرا بشىء كمالو قال : ليس له على سبعة كما فى التنقيح قال فأصل هذا يفيد أن لاإله إلا الله لايفيد التوحيد مع أنهم أجمعوا على الافادة الجواب : أن إلهنا متفق على وجوبه ثم قلنا بنفى غيره ، وقد أفاده هذا التركيب وبهذا الاعتبار أفاد التوحيد (قوله باعتبار الأجزاء) أى اللفظية فصدر الجملة الاستثنائية نفى وعجزها إثبات أو بالعكس ط (قوله فالقائل له على عشرة إلا ثلاثة) أى فالمقر بسبعة بقوله له عبارتان (قوله وهذا) الظاهر أنه راجع إلى قول المصنف هو تكلم بالباقى الخ ولا حاجة إليه حينئذ أى إلى قوله : باعتبار الحاصل من مجموع التركيب ط . أقول : هذا إشارة إلى ماذكره الأصوليون فى الاستثناء قال فى التنقيح وشرحه : واختلفوا فى كيفية عمل بيان التغيير ففى قوله له على عشرة إلا ثلاثة لايخلو أما إن أطلق العشرة على السبعة فحينئذ قوله إلا ثلاثة يكون بيانا لهذا فهو كأن قال : ليس على ثلاثة منها ، فيكون كالتخصيص بالمستقل أو أطلق العشرة على عشرة أفراد ثم أخرج له ثلاثة بحكم وهذا تناقض وإن كان بعد الإقرار ولا أظنه مذهب أحد أو قبله ، ثم حكم على الباقى أو أطلق عشرة إلا ثلاثة على السبعة فكأنه قال : على سبعة فحصل ثلاثة مذاهب ، فعلى هذين أى المذهبين الآخرين يكون الاستثناء تكلما بالباقى فى صدر الكلام بعد الثنيا : أى المستثنى فى قوله له على عشرة إلا ثلاثة

(وشرط فيه الاتصال بالمستثنى منه) إلا لضرورة (كتنفس أو سعال أو أخذ فم) به يفتى (والنداء بينهما لا يضر) لأنه للتنبيه والتأكيد (كقوله لك على ألف درهم يا فلان إلا عشرة بخلاف لله على ألف فاشهدوا (إلا كذا ونحوه) مما يعد فاصلا لأن الإشهاد يكون بعد تمام الإقرار فلم يصح الاستثناء (فمن استثنى بعض ما أقر به صح) استثناؤه ولو الأكثر عند الأكثر (ولزمه الباقى) ولو مما لا يقسم كهذا العبد لفلان إلا ثلثه أو ثلثيه صح على المذهب .

صدر الكلام عشرة والثنيا ثلاثة ، والباقى فى صدر الكلام بعد المستثنى سبعة فكأنه تكلم بالسبعة وقال له على سبعة ، وإنما قلنا على الآخرين تكلم بالباقى بعد الثنيا أما على المذهب الأخير فلأن عشرة إلا ثلاثة موضوعة للسبعة فيكون تكلما بالسبعة ، وأما على المذهب الثانى فلأنه أخرج الثلاثة قبل الحكم من إفراد العشرة ثم حكم على السبعة فالتكلم فى حق الحكم يكون بالسبعة أى يكون الحكم على السبعة فقط لا على الثلاثة لا بالنفى ولا بالإثبات اه .

[فرع] له على عشرة إلا سبعة إلا خمسة إلا ثلاثة إلا درهما فطريقه أن تخرج الأخير وهو الدرهم مما يليه يبقى درهمان ، ثم تخرجهما مما بينهما وهو الخمسة يبقى ثلاثة فأخرجها من السبعة يبقى أربعة فأخرجها من العشرة يبقى ستة سائحانى (قوله وشرط فيه) أى فى اعتباره شرعا (قوله الاتصال بالمستثنى منه) لأن تمام الكلام بآخره ، وإذا انقطع فقد تم عينى ونقل عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما جواز التأخير درر قال أبو السعود فى حاشيته على مسكين عند قوله : وكذا إن كان مفصولا بطل الاستثناء خلافا لابن عباس رضى الله تعالى عنهما استدل بما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال « والله لأغزون قريشا ثم قال بعد سنة إن شاء الله » قلنا هو مغير والمغير لا يصح إلا متصلا كالشرط ، واستثناء النبى عليه الصلاة والسلام كان لامتثال أمره تعالى بقدر الإمكان فلا يمنع الانعقاد زيلعى وقوله : لامتثال أمره تعالى يعنى قوله تعالى — ولا تقولن لشىء إنى فاعل ذلك غدا إلا أن يشاء الله — (قوله لأنه للتنبيه) أى تنبيه المنادى لما يلقى إليه من الكلام (قوله ولتأكيد) بتعيين المقر له فصار من الإقرار ، لأن المنادى هو المخاطب ، ومفاده لو كان المنادى غير المقر له يضر نقله الحموى عن الجوهرة ، ولم أره فيها ، لكن قال فى غاية البيان : ولو قال لفلان على ألف درهم يافلان إلا عشرة كان جائزا ، لأنه أخرجه مخرج الإخبار لشخص خاص ، وهذا صيغته فلا يعد فاصلا اه تأمل .

قال فى الولوالجية : لأن النداء لتنبيه المخاطب وهو محتاج إليه لتأكيد الخطاب والإقرار ، فصار من الإقرار اه .

ثم اعلم أن الملائم للإقرار لا يمنع الاتصال وغير الملائم يمنعه فمن قبيل الأول التنفس والسعال وأخذ الفم ونحوها ، فإنها لا تفصل الاستثناء ، وكذا النداء سواء كان مفردا نحو يافلان أو مضافا نحو يا ابن فلان ، سواء كان المنادى مقرا له أو غيره نحو لك على مائة درهم يافلان أو يا ابن فلان إلا عشرة ، ونحو قولك لزيد على مائة درهم ياعمرو إلا عشرة من قبيل الثانى مالو هلل أو سبح أو كبر أو قال فاشهدوا ، فإن كلا منها جعل فاصلا كما فى الغاية والظهيرية ، وباقى التفصيل فى تنوير تلخيص الجامع الكبير فى باب الاستثناء يكون على الجمع (قوله ولو الأكثر عند الأكثر) أى ولو أكثر من النصف عند أكثر النحاة قال الفراء : استثناء الأكثر لا يجوز لأن العرب لم تتكلم به والدليل على جوازه قوله تعالى — قم الليل إلا قليلا نصفه أو انقص منه قليلا أو زد عليه — وقوله تعالى — إن عبادى ليس لك عليهم سلطان إلا من اتبعك من الغاوين — فاستثنى المخلصين تارة والغاوين

(و) الاستثناء (المستغرق باطل ولو فيما يقبل الرجوع كوصية) لأن استثناء الكل ليس برجوع بل هو استثناء فاسد هو الصحيح جوهرة وهذا (إن كان) الاستثناء (بـ) عين (لفظ لصدر أو مساويه) كما يأتي (وإن بغيرهما كعبيدى أحرار إلا هؤلاء أو إلا سالما وغانما وراشدا) ومثله نسائى طوالق إلا هؤلاء أو إلا زينب وعمرة وهند (وهم الكل صح) الاستثناء وكذا ثلث مالى لزيد إلا ألفا والثلث ألف صح فلا يستحق شيئا إذ الشرط إيهام البقاء لاحقيقة حتى لو طلقها ستا إلا أربعا صح

أخرى ، فأيهما كان أكثر لزمه ولا تمنع صحته ، وإن لم تتكلم به العرب إذا كان موافقا لطريقهم كاستثناء الكسور لم تتكلم به العرب وهو صحيح لكن يدل على تكلم العرب به ، وروده فى القرآن كما سمعت النص الكريم وقال الشاعر :

أدوا التى نقصت تسعين من مائة ثم ابعثوا حكما بالعدل حكام(١)

استثنى تسعين من مائة وإن لم يكن بأداته لأنه فى معناه وقال صاحب النهاية : ولا فرق بين استثناء الأقل والأكثر ، وإن لم تتكلم به العرب ولا يمنع صحته إذا كان موافقا لطريقهم وعن أبى يوسف وهو قول مالك والفراء لايصح الاستثناء إلا إذا كان الباقى أكثر كما فى مسكين (قوله والاستثناء المستغرق باطل ولو فيما يقبل الرجوع) قال فى المنح : لما تقرر من أنه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ، ولا حاصل بعد الكل فيكون رجوعا والرجوع عن الإقرار باطل موصولا كان أو مفصولا كذا فى العناية وغيرها ، لكن مقتضى هذا الكلام صحة استثناء الكل من الكل فيما يقبل الرجوع ، وليس كذلك ومن ثم قلت : ولو فيما يقبل الرجوع كوصية قال فى الجوهرة : واختلفوا فى استثناء الكل فقال بعضهم هو رجوع ، لأنه يبطل كل الكلام وقال بعضهم : هو استثناء فاسد وليس برجوع وهو الصحيح لأنهم قالوا فى الموصى إذا استثنى جميع الموصى به بطل الاستثناء والوصية صحيحة ولو كان رجوعا لبطلت الوصية لأن الرجوع فيها جائز اهـ (قوله هو الصحيح) على خلاف مافى الدرر حيث قال : لأنك قد عرفت أنه تكلم بالباقى بعد الثنيا ، ولاباقى بعد الكل فيكون رجوعا والرجوع بعد الإقرار باطل موصولا كان أو مفصولا (قوله بعين لفظ الصدر) كنسائى طوالق إلا نسائى وكعبيدى أحرار إلا عبيدى (قوله أو مساويه) نحو نسائى طوالق إلا زوجاتى أو عبيدى أحرار إلا مماليكى .

قال فى المنح نقلا عن العناية معزيا إلى الزيادات : استثناء الكل من الكل إنما لايصح إذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ . أما إذا كان بغير ذلك فيصح كما إذا قال نسائى طوالق إلا نسائى لايصح الاستثناء ولو قال : إلا عمرة وزينب وسعاد حتى أتى على الكل صح قيل وتحقيق ذلك أن الاستثناء إذا وقع بغير اللفظ الأول أمكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثنيا لأنه إنما صار كلا ضرورة عدم ملكه فيما سواه لا لأمر يرجع إلى اللفظ الأول ، فبالنظر إلى ذات اللفظ أمكن أن يجعل المستثنى بعض ماتناوله الصدر والامتناع من خارج بخلاف ما إذا كان بعين ذلك اللفظ ، فإنه لم يمكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثنيا ، فإن قيل : هذا مرجح جانب اللفظ على المعنى وإهمال المعنى رأسا فما وجه ذلك .

أجيب : بأن الاستثناء تصرف لفظى ألا ترى أنه إذا قال أنت طالق ست تطليقات إلا أربعا صح الاستثناء ، ووقع تطليقتان وإن كانت الست لاصحة لها من حيث الحكم لأن الطلاق لايزيد على الثلاث ، ومع هذا يجعل كأنه قال : أنت طالق ثلاثا إلا أربعا فكان اعتباره أولى انتهى (قوله وإن بغيرهما) بأن يكون أخص منه فى المفهوم لكن فى الوجود يساويه (قوله إذ الشرط إيهام البقاء) أى بحسب صورة اللفظ لأن الاستثناء تصرف

---

(١) (قوله حكام) هكذا بالأصل وصوابه حكاما إلا أن يكون لضرورة القافية وليحرر اهـ مصححه .

ووقع ثنتان (كما صح استثناء الكيلي والوزني والمعدود الذى لا تتفات آحاده كالفلوس والجوز من الدراهم والدنانير ويكون المستثنى القيمة) استحسانا لثبوتها فى الذمة فكانت كالثمنين .

(وإن استغرقت) القيمة (جميع ما أقر به) لاستغراقه بغير المساوى (بخلاف) له على (دينار إلا مائة درهم لاستغراقه بالمساوى) فيبطل لأنه استثنى الكل بحر .

لكن فى الجوهرة وغيرها : علىّ مائة درهم إلا عشرة دنانير وقيمتها مائة أو أكثر لا يلزمه شيء

لفظى فلا يضر إهمال المغنى أفاده المصنف (قوله ووقع ثنتان) وإن كان الستة لاصحة لها من حيث الحكم لأن الطلاق لايزيد على الثلاث ومع هذا لايجعل كأنه قال : أنت طالق ثلاثا إلا أربعا فكان اعتبار اللفظ أولى كما فى العناية وهذا مبنى على أن الاستثناء من جملة الكلام السابق ، لا من جملة الكلام الذى يحكم بصحته ، فإن الكلام السابق ست والأربع بعضه ، فلم يكن مستغرقا ولو جعلناه استثناء من الكلام الذى يحكم بصحته لكان مستغرقا فيبطل الكلام الذى يحكم بصحته ، لو طلقها ستا فثلاث لأنه غاية الطلاق والأربع تزيد عليها . والشارح جعله غاية لكونه شرط الاستثناء ، أن يكون بلفظ الصدر أو مساويه ، والأربعة ليست بلفظ الست ولا مساوية لها بل بعضها فصح استثناؤه ، لأن الثنتين لها عبارتان كما ذكره الشارح ، والست إلا أربع هى العبارة المطولة فاشتراط كون الاستثناء من جملة الكلام السابق مبنى على هذا (قوله كما صح استثناء الكيلى) فصله عما قبله لأنه بيان للاستثناء من خلاف الجنس ، فإن مقدرا من مقدر صح عندهما استحسانا وتطرح قيمة المستثنى مما أقر به وفى القياس لايصح ، وهو قول محمد وزفر وإن غير مقدر من مقدر لايصح عندنا قياسا واستحسانا . خلافا للشافعى نحو مائة درهم إلا ثوبا لكن حيث لم يصح هنا الاستثناء يجبر على البيان ، ولا يمتنع به صحة الإقرار لما تقرر أن جهالة المقر به لاتمنع صحة الإقرار ولكن جهالة المستثنى تمنع صحة الاستثناء ذكره فى الشرنبلالية عن قاضى زاده .

قال العينى : وخرج بما ذكر القيمى كما إذا قال له على مائة درهم إلا ثوبا وقال الشافعى يصح من حيث أنهما متحدا المالية وبه قال مالك (قوله ويكون المستثنى القيمة) مثاله أن يقول له علىعشرة قروش إلا أردب قمح يصح ذلك ، ويكون بالقيمة وإن استغرقت القيمة المستثنى منه يصح كما فىالبحر (قوله استحسانا) والقياس أن لايصح هذا الاستثناء كما تقدم لأن الاستثناء إخراج بعض مايتناوله صدر الكلام علىمعنى أنه لولا الاستثناء لكان داخلا تحت الصدر ، وهذا لايتصور فى خلاف الجنس ، لكن أبا حنيفة وأبا يوسف صححاه استحسانا كما فى الدرر (قوله لثبوتها) أى هذه المذكورات فى الذمة ، لأنها مقدرات وهى جنس واحد معنى وإن كانت أجناسا صورة ، لأنها تثبت فى الذمة ثمنا أما الدينار والدرهم إذا استثنيا فظاهر ، وكذا غيرهما من المكيلات والموزونات لأن الكيلى والوزنى مبيع بأعيانهما ثمن بأوصافهما ، حتى لو عينا تعلق العقد بأعيانهما ولو وصفا ولم يعينا صار حكمهما كحكم التمييز ، فكانت فى حكم الثبوت فى الذمة كجنس واحد معنى فالاستثناء فيها تكلم بالباقى معنى لا صورة ، كأنه قال : ثبت لك فى ذمتى كذا إلا كذا أى إلا قيمة كذا ، ولو استثنى غير المقدرات من المقدرات لايصح قياسا واستحسانا كما قدمناه لأن ماليته غير معلومة لكونه متفاوتا فى نفسه ، فيكون استثناء للمجهول من المعلوم فيفسد ، فلا ينافى مايأتى ولأن الثوب لايجانس الدراهم لاصورة ولا وجوبا فى الذمة وتمامه فى الإتقانى (قوله فكانت كالثمنين) لأنها بأوصافها أثمان حتى لو عينها تعلق العقد بعينها ولو وصفت ولم تعين صار حكمها كحكم الدينار كفاية (قوله لاستغراقه بغير المساوى) أى وهو يوهم البقاء وإيهام البقاء كاف (قوله لكن فى الجوهرة) ومثله فى الينابيع ، ونقله قاضى زاده عن الذخيرة كما فى الشرنبلالية

فيحرر (وإذا استثنى عددين بينهما حرف الشك كان الأقل مخرجا نحو له على ألف درهم إلا مائة) درهم (أو خمسين) درهما فيلزمه تسعمائة وخمسون على الأصح بحر (وإذا كان المستثنى مجهولا

وفيها قال الشيخ على المقدسى رحمه الله تعالى ، او استثنى دنانير من دراهم أو مكيلا أو موزونا على وجه يستوعب المستثنى كقوله : له على عشرة دراهم إلا دينارا وقيمته أكثر والا كر بر كذلك إن مشينا على أن استثناء الكل بغير لفظه صحيح ، ينبغى أن يبطل الإقرار .

لكن ذكر فى البزازية مايدل على خلافه قال : على دينار إلا مائة درهم بطل الاستثناء ، لأنه أكثر من الصدر مافى هذا الكيس من الدراهم لفلان إلا ألفا ينظر إن فيه أكثر من ألف فالزيادة للمقر له والألف للمقر ، وإن ألف أو أقل فكلها للمقر له لعدم صحة الاستثناء . قلت : ووجهه ظاهر بالتأمل اه .

قلت : فكان ينبغى للمصنف أن يمشى على مافى الجوهرة حيث قال فيما قبله ، وإن استغرقت تأمل .

قال العلامة أبو السعود قلت : ولا شك أن مافى الجوهرة أوجه لما سبق من أن بطلان الاستثناء المستغرق مقيد بما إذا كان بلفظه أو بمرادفه .

واعلم أن المصنف تبع قاضيخان فى تفريعه على هذه المسألة أعنى صحة استثناء الكيلى والوزنى ونحوهما من المقدرات . التى تثبت فى الذمة من الدراهم والدنانير فقال لو قال له دينار إلا درهما أو إلا قفيزا أو إلا مائة جوزة صح ، ويطرح من المقدم قدر قيمة المستثنى ، فإن كانت قيمته تأتى على جميع ما أقربه لايلزمه شىء وإن لم يكن المستثنى من جنس ماأقربه وليس له جنس من مثله كقوله : دينار إلا ثوبا أو شاة لم يصح الاستثناء ، وإن كان من جنسه صح الاستثناء فى قولهم إلا أن يستثنى جميع ماتكلم به فلا يصح الاستثناء اه وآخره يخالف أوله كذا بخط السيد الحموى عن الرمز .

وأقول : يمكن الجواب بحمل ماذكره قاضيخان آخرا على ماإذا كان الاستثناء بمرادفه كقوله : له على ألف دينار إلا خمسمائة وخمسمائة فلا يخالف ماذكره أولا لأن الاستغراق فيه من حيث القيمة فتدبر (قوله فيحرر) الظاهر أن فى المسألة روايتين مبنيتين على أن الدراهم والدنانير جنس واحد أو جنسان ح .

وتوضيحه : أنهم جعلوا الدراهم والدنانير نوعا واحدا فى بعض المسائل نظرا لأن المقصود منها الثمنية وفى بعض المسائل جعلوها نوعين باعتبار الصورة كما بينه الشارح فى غير هذا المحل ، فصاحب البحر جعلها فى مسألة الاستثناء مما هى معتبرة فيه نوعا واحدا فكان استثناء المائة درهم من الدينار استثناء بالمساوى لأنها تبلغ قيمة الدينار أو تزيد عليه ، وصاحب الجوهرة نظر إلى أنهما نوعان فى نفس الأمر كما اعتبروها كذلك فى بعض المسائل ، فلذلك كان استثناء العشرة الدنانير من المائة الدرهم ، وهى تبلغها قيمة أو تزيد استثناء صحيحا فإنه ليس بلفظ الأول ولا مساوية لأنهما نوعان إذ الشرط إيهام البقاء لاحقيقة كما ذكره الشارح ، والإيهام موجود هنا ويؤيده مسألة استثناء المكيل والموزون والمعدود .

والحاصل : أن الاستثناء المستغرق إن كان بلفظ الصدر فباطل وإن لم يكن بلفظ الصدر ولا مساويا له كاستثناء كر بر من الدراهم صحيح لما تقدم أن الشرط إيهام البقاء لاحقيقته وإن كان بغير لفظ الصدر لكن بمساويه كاستثناء الدراهم من الدنانير أو العكس فوقع فيه اختلاف إذا كان مستغرقا فى البحر عن البزازية يقتضى بطلانه ومافى الجوهرة والينابيع والذخيرة يخالفه (قوله على الأصح) لأن الألف متيقنة الثبوت والخمسون متحققة الخروج وتمام المائة مشكوك فى خروجها والمتيقن ثبوته لايبطل فى المشكوك بخروجه ، وهو تمام المائة بل بالمتيقن خروجه

ثبت الأكثر نحو له عليّ مائة درهم إلا شيئا أو) إلا (قليلا أو) إلا (بعضا لزمه أحد وخمسون) لوقوع الشك في المخرج فيحكم بخروج الأقل .

(ولو وصل إقراره بإن شاء الله تعالى) أو فلان أو علقه بشرط على خطر لا بكإن

وهو خمسون لكن فيه مخالفة لما مهده أولا من أن الاستثناء تكلم بالباقي عندنا، وإنما يناسب مانقلناه عن الشافعي رحمه الله تعالى أنه إخراج بعد الدخول بطريق المعارضة وقدمنا أن ثمرة الخلاف إنما تظهر في مثل هذا التركيب فعندنا يلزمه تسعمائة وخمسون على هذه الرواية: وهي رواية أبي سليمان وفي رواية تسعمائة: وهي رواية أبي حفص وهي الموافقة لقواعد المذهب، لأنه لما كان تكلما بالباقي وكان مانعا من الدخول شككنا في المتكلم به، والأصل فراغ الذمة فلا يلزمه الزائد بالشك وعليه فكان الأولى التفريع على قاعدة المذهب، ثم يذكر هذا على أنه قول آخر تأمل (قوله ثبت الأكثر) أي أكثر المقر به (قوله إلا شيئا)لأن استثناء الشيء استثناء الأقل عرفا فأوجبنا النصف وزيادة درهم فقد استثنى الأقل اهـ شلبي (قوله فيحكم بخروج الأقل) وهو مادون النصف لأن استثناء الشيء استثناء الأقل عرفا فأوجبنا النصف وزيادة درهم ، لأن أدنى ماتتحقق به القلة النقص عن النصف بدرهم (قوله ولو وصل إقراره بإن شاء الله) ولو من غير قصد كما في غاية البيان نقلا عن الواقعات الحسامية ، وقيد بالوصل لأنه لو كان مفصولا لايؤثر خلافا لابن عباس كما سبق إلا إذا كان عدم الوصل لعذر من الأعذار التي تقدمت قال العيني : ولو قال لامرأته أنت طالق فجرى على لسانه إن شاء الله من غير قصد ، وكان قصده إيقاع الطلاق لايقع ،لأن الاستثناء موجود حقيقة ،والكلام مع الاستثناء لايكون إيقاعا ومثل تعليقه بمشيئة الله تعليق إقراره بمشيئة من لاتعلم مشيئته كالجن والملائكة حموي عن المختار . وإنما بطل الإقرار في هذه لأن التعليق بمشيئة الله تعالى إبطال عند محمد فبطل قبل انعقاده للحكم وتعليق بشرط لايوقف عليه عند أبي يوسف درر ، وثمرة الخلاف فيما إذا قدم المشيئة فقال : إن شاء الله أنت طالق فعند من قال إنه إبطال لايقع الطلاق وعند من قال إنه تعليق يقع لأنه إذا قدم الشرط ، ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق ، وبقي الطلاق من غير شرط ، فيقع كفاية واختار قول محمد صاحب الكفاية ، وغاية البيان وصاحب العناية ، وكذا تظهر أيضا ثمرة الخلاف فيما إذا قال لامرأته : إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال أنت طالق إن شاء الله تعالى يحنث عند أبي يوسف لأنه يمين عنده وعند محمد لايكون يمينا فلايحنث عيني .

[تنبيه] ماسبق من أن التعليق بمشيئة الله إبطال عند محمد وتعليق بشرط لايوقف عليه عند أبي يوسف يشكل بما نقلناه مما يقتضي كون الخلاف بين الصاحبين على عكس ماذكر في الدرر ، وجوابه أن النقل عنهما قد اختلف ففي الشرنبلالية بعد أن ذكر مانقلناه من الخلاف قال : وقيل الخلاف على العكس واختاره بعض شراح الهداية ، وأيضا فإن ماذكرنا من أنه عند أبي يوسف تعليق بشرط لايوقف عليه أحد وجهين والوجه الثاني هو أن الإقرار لايحتمل التعليق بالشرط كما في الشرنبلالية عن قاضي زاده (قوله أوفلان) فيبطل ولو قال فلان : شئت لأنه علق وما نجز واللزوم حكم التنجيز لاالتعليق ، ولأن مشيئة فلان لاتوجب الملك شلبي .

أقول : وينظر مع ماقدمنا في تعليق الطلاق بمشيئة العبد فشاء في مجلسه صح ، ووقع الطلاق شرنبلالية وجوابه أن الإقرار إخبار فلا يصح تعليقه والطلاق إنشاء لاإسقاط فصح تعليقه واقتصرت مشيئته على المجلس نظرا لمعنى التمليك أبو السعود (قوله أو علقه بشرط على خطر) كقوله لفلان علي ألف درهم إن شاء فلان ، وكذا كل إقرار علق بالشرط نحو قوله إن دخلت الدار وإن أمطرت السماء أو هبت الريح أو إن قضى الله تعالى

كإن مت فإنه ينجز (بطل إقراره) بقى لو ادعى المشيئة هل يصدق لم أره وقدمنا فى الطلاق أن المعتمد لا فليكن الإقرار كذلك لتعلق حق العبد قاله المصنف .

أو أراده أو رضيه أو أحبه أو قدره أو دبره كما فى العينى . ومنه إن حلفت فلك ماادعيت فلو حلف لايلزمه ، ولو دفع بناء على أنه يلزمه فله أن يسترد المدفوع كما فى البحر فى فصل صلح الورثة بقوله : ولو قال المدعى عليه إن حلفت أنها لك دفعتها فحلف المدعى ، ودفع المدعى عليه الدراهم إن كان دفع له بحكم الشرط فهو باطل وللدافع أن يسترد اه وقيد فى البحر التعليق على خطر بأن لم يتضمن دعوى الأجل قال وإن تضمن مثل إذا جاء رأس الشهر فلك على كذا لزمه للحال ويستحلف المقر له فى الأجل اه تأمل وفى البحر أيضا ، ومن التعليق المبطل له ألف إلا أن يبدو لى غير ذلك أو أرى غيره أو فيما أعلم ، وكذا اشهدوا أن له على كذا فيما أعلم انتهى أو قال : على ألف فى شهادة فلان أو علمه ، لأنه فى معنى الشرط بخلاف مالو قال ذلك بالباء لأنها للإلصاق ولو قال : وجدت فى كتابى أى دفترى أنه على كذا فهو باطل وقال جماعة من أئمة بلخ : أنه يلزمه لأنه لايكتب فى دفتره إلا ماعليه الناس صيانة عن النسيان ، وللبناء على العادة الظاهرة فعلى هذا لو قال البياع : وجدت فى يادكارى بخطى أو كتبت فى يادكارى بيدى أن لفلان على ألف درهم كان إقرارا ملزما وفى الولوالجية ولو قال فى ذكرى أو بكتابى لزمه اه حموى وقد تقدم ذلك مبسوطا ، وأن موضوع الكلام فيما عليه لافيما له وتصوير الإقرار بما عليه فى كتابه هو ماذكرها قال الحموى : ولا يفرق بين قوله فى كتابى أو فى كتاب فلان نقله عن الولوالجية قال العلامة المقدسى فى الرمز : وأنت خبير بأن كتاب فلان غير مأمون عليه من التغيير بخلاف كتاب المقر اه قال ط : وهذا يفيد أنه لايعمل بإقراره بما عليه إلا إذا كان بكتابته ، وأنه لايعمل بكتابته ماله على الناس لأنه إثبات حق على غيره بمجرد كتاب المدعى ، ولا نظير له فى الشريعة فالإفتاء بلزومه بمجرد ذلك ضلال مبين (قوله كأن مت فإنه ينجز) المعلق بكائن لأنه ليس تعليقا حقيقة بل مراده به أن يشهدهم ابتراً ذمته بعد موته إن جحد الورثة فهو عليه مات أو عاش فرجعه إلى تأكيد الإقرار كما فى الحموى . والزيلعى وغيرهما ؛ والشارح تبع فيه المصنف وهو تبع صاحب البحر .

قال ط : ومنه يعلم أن قوله فى البحر وإن بشرط كائن فتنجيز كعلى ألف درهم إن مت لزمه قبل الموت منظور فيه ولقائل أن يقول : إن قوله إن مت فى عبارة الشرح يحتمل رجوعه إلى الإقرار لا إلى الشهادة ، وأجيب بأن تصرف العاقل يصان عن الإلغاء ماأمكن ، وذلك بجعله شرطا للشهادة فلو قال المقر : أردت تعليق الإقرار ورضى بإلغاء كلامه . قلنا : تعلق حق المقر له يمنع ذلك كما فى الرمز اه مختصرا .

قال ط : بقى لو كان الكلام من أول الأمر بصورة صاحب البحر والظاهر اللزوم حالا كما قال لتعلق حق المقر ، ولا يجعل وصية وقد استفيد هذا من قوله : فلو قال المقر أردت الخ اه لكن قدم فى متفرقات البيع أنه يكون وصية • والحاصل أن التعليق على ثلاثة أقسام : إما أن يصل إقراره بإن شاء الله ، فإنه باطل عند محمد ؛ وتعليق عند أبى يوسف ، وإما أن يصله بإن شاء فلان ونحوه مما هو تعليق على خطر فهو تعليق اتفاقا والإقرار لايصح تعليقه بالشرط ، وإما أن يعلقه بكائن لامحالة فهو تنجيز فلا يبطل الإقرار ، وكذا إذا قال إذا جاء رأس الشهر أو أفطر الناس أو إلى الفطر أو إلى الضحى ، لأن هذا ليس بتعليق وإنما هو دعوى الأجل إلى الوقت المذكور فيقبل إقراره ودعواه الأجل لاتقبل إلا ببينة أو إقرار الطالب (قوله بقى لو ادعى المشيئة) أى ادعى أنه قال : إن شاء الله تعالى (قوله قاله المصنف) وعبارته ويقبل قوله إن ادعاه وأنكره فى ظاهر المروى عن صاحب المذهب وقيل : لايقبل إلا ببينة على الاعتماد لغلبة الفساد خانية ، وقيل : إن عرف بالصلاح فالقول له قال الرملى فى حواشيه ؛

(وصح استثناء البيت من الدار لا استثناء البناء) منهما لدخوله تبعا فكان وصفا واستثناء الوصف لايجوز (وإن قال بناؤها لى وعرصتها لك فكما قال) لأن العرصة هى البقعة لا البناء حتى لو قال وأرضها لك كان له البناء أيضا لدخوله تبعا إلا إذا قال بناؤها لزيد والأرض لعمرو فكما قال .

أقول : الفقه يقتضى أنه إذا ثبت إقراره بالبينة لايصدق إلا ببينة أما إذا قال : ابتداء أقررت له بكذا مستثنيا فى إقرارى يقبل قوله بلا بينة كأنه قال له عندى كذا إن شاء الله تعالى بخلاف الأول لأنه يريد إبطاله بعد تقرره تأمل اه (قوله وصح استثناء البيت من الدار) لأنه جزء من أجزائها فيصح استثناء الجزء من الكل كالثلث أو الربع بدائع ولو قال هذه النخل بأصولها لفلان ، والثمر لى كان الكل للمقر له ولا يصدق المقر إلا بحجة كما فى الخانية (قوله منهما) أى من الدار والبيت (قوله لدخوله تبعا) أى لدخول البناء معنى وتبعا لا لفظا والاستثناء تصرف فى الملفوظ ، وذلك لأن الدار اسم لما أدير عليه البناء من البقعة وبحث منلا خسرو بأنه لاينكر أن البناء جزء من الدار لايرد المنصوص ، ولهذا لو استحق البناء فى البيع قبل القبض لايسقط شىء من الثمن بمقابلته ، بل يتخير المشترى بخلاف البيت تسقط حصته من الثمن أو حاصله . (قوله واستثناء الوصف لايجوز) كقوله له هذا العبد إلا سواده (قوله وإن قال بناؤها لى وعرصتها لك فكما قال) وكذا لو قال : بياض هذه الأرض لفلان وبناؤها لى (قوله هى البقعة) فقصر الحكم عليها يمنع دخول الوصف تبعا (قوله حتى لو قال وأرضها لك كان له البناء أيضا) .

أقول : هذا مخالف للعرف الآن ، فإن العرف أن الأرض بمعنى العرصة ، وعليه فينبغى أن لايكون البناء تابعا للأرض تأمل (قوله إلا إذا قال بناؤها لزيد والأرض لعمرو فكما قال) لأنه لما أقر بالبناء لزيد صار ملكه ، فلا يخرج عن ملكه بإقراره لعمرو بالأرض ، إذ لايصدق قوله فى حق غيره بخلاف المسألة الأولى . لأن البناء مملوك له ، فإذا أقر بالأرض لغيره يتبعها البناء ، لأن إقراره مقبول فى حق نفسه .

وحاصله : أن الدار والأرض اسم لما وضع عليه البناء لا إسم للأرض والبناء ، لكن البناء يدخل تبعا فى بيعه والإقرار به والعرصة اسم للأرض خالية عن البناء ، فلا يدخل فيها البناء لا أصلا ولا تبعا . والأصل : أن الدعوى لنفسه لا تمنع الإقرار لغيره والإقرار لغيره يمنع الإقرار لشخص آخر إذا علم هذا فإذا أقر بالدار لشخص فقد أقر بالأرض التى أدير عليها البناء ، ولفظ الدار لا يشمل البناء ، لكنه يدخل تبعا ، فكان بمنزلة الوصف . والاستثناء أمر لفظى لايعمل إلا فيما يتناوله اللفظ ، فلا يصح استثناؤه للبناء ، لأنه لم يتناوله لفظ الدار ، بل إنما دخل تبعا ، وهذا معنى قوله ، واستثناء الوصف لايجوز بخلاف البيت ، فإنه اسم لجزء من الدار مشتمل على أرض ، وبناء فصح استثناؤه باعتبار ما فيه من الأصل ، وهو الأرض ، فكان متناوله لفظ الدار . والاستثناء : إخراج لما تناوله لفظ المستثنى منه ، ولايضركون البناء جزءا من مسمى البيت مع أنه وصف من الدار ، لأنه لم يستثن الوصف منفردا بل قائما بالأصل الذى هو الأرض .

وتخريج جنس هذه المسائل على أصلين . أحدهما : أن الدعوى قبل الإقرار لا تمنع صحة الإقرار والدعوى بعد الإقرار لبعض ما دخل تحت الإقرار لا تصح . والثانى : أن إقرار الإنسان على نفسه جائز وعلى غيره لايجوز إذا عرفنا هذا فنقول(١) إذا قال بناء هذه الدار لى وأرضها لفلان كان البناء والأرض للمقر له ، لأنه لما قال بناء هذه الدار لى فقد ادعى لنفسه ، فلما قال وأرضها لفلان فقد جعل مقرا بالبناء للمقر له تبعا للإقرار

---

(١) تفريع على الشق الأول من الأصل الأول اه منه .

بالأرض ، لأن البناء تبع للأرض إلا أن الدعوى قبل الإقرار لا تمنع صحة الإقرار(١) وإن قال : أرضها لى وبناؤها لفلان كانت الأرض له وبناؤها لفلان لأنه لما قال أولا : أرضها لى فقد ادعى الأرض لنفسه، وادعى البناء أيضا لنفسه تبعا للأرض ، فإذا قال بعد ذلك : وبناؤها لفلان فقد أقر لفلان بالبناء بعد ما ادعاه لنفسه، والإقرار بعد الدعوى صحيح فيكون لفلان البناء دون الأرض ، لأن الأرض ليس بتابع للبناء(٢) وإن قال : أرضها لفلان وبناؤها لى كانت الأرض والبناء للمقر له بالأرض، لأنه لما قال أولا : أرضها لفلان فقد جعل مقرا لفلان وبناؤها لى(٣) كان الأرض للمقر له بالأرض ، لأنه لما قال أولا : أرضها لفلان فقد جعل مقرا بالبناء فلما قال : بناؤها لى فقد ادعى لنفسه بعد ما أقر لغيره والدعوى بعد الإقرار لبعض ما تناوله الإقرار لا يصح(٤) وإن قال : أرضها لفلان وبناؤها لفلان آخر كان الأرض والبناء للمقر له الأول لأنه جعل مقرا للمقر له الأول بالبناء ، فإذا قال بناؤها لفلان جعل مقرا على الأول لا على نفسه ، وقد ذكرنا أن إقرار المقر على نفسه جائز وعلى غيره لا يجوز(٥) وإن قال : بناؤها لفلان وأرضها لفلان آخر كان كما قال لأنه لما أقر بالبناء أولا صح إقراره للمقر له لأنه إقرار على نفسه، فإذا أقر بعد ذلك بالأرض لغيره فقد أقر بالبناء لذلك الغير تبعا للإقرار بالأرض، فيكون مقرا على غيره وهو المقر له الأول وإذا أقر الإنسان على غيره لا يصح لما علمت من الأصل الثانى من أن إقرار الإنسان على غيره لا يجوز .

أقول : لكن نقض بما لو أقر مستأجر بدين فيسرى على المستأجر ، ويفسخ به عند الإمام : ولو أقرت زوجته بدين تحبس به ويمنع منها كما فى المقدسى (قوله واستثناء فص الخاتم) أى بأن قال هذا الخاتم لفلان إلا فصه وفى الذخيرة عن المنتقى إذا قال : هذا الخاتم لى إلا فصه فإنه لك أو قال هذه المنطقة لى إلا حليتها فإنها لك أو قال هذا السيف لى إلا حليته أو قال إلا حمائله فإنها لك أو قال هذه الجبة لى إلا بطانتها فإنها لك والمقر له يقول هذه الجبة لى فالقول قول المقر ، فبعد ذلك ينظر إن لم يكن فى نزع المقر به ضرر للمقر يؤمر المقر بالنزع والدفع للمقر له ، وإن كان فى النزع ضرر وأحب المقر أن يعطيه قيمة ما أقر به فله ذلك . وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى اه ولو قال : الحلقة له والفص لى ، يصح ذكره صدر الشريعة (قوله ونخلة البستان) ومثله نخلة الأرض إلا أن يستثنيها بأصولها لأن أصولها دخلت فى الإقرار قصدا لا تبعا .

وفى الخانية بعد ذكر الفص والنخلة وحلية السيف قال : لا يصح الاستثناء وإن كان موصولا إلا أن يقيم المدعى البينة على ما ادعاه .

لكن فى الذخيرة : لو أقر بأرض أو دار لرجل دخل البناء والأشجار ، حتى لو أقام المقر بينة بعد ذلك على أن البناء والأشجار له لم تقبل بينته اه إلا أن يحمل على كونه مفصولا لا موصولا كما أشار لذلك فى الخانية سائحانى .

---

(١) تفريع على الشق الأول من الأصل الأول أيضا اه منه .

(٢) تفريع على الشق الثانى من الأصل الأول اه منه

(٣) (قوله وبناؤها الخ) كان الظاهر أن يقول ولما قال ثانيا وبناؤها الخ ليوافق سابقه اه مصححه .

(٤) تفريع على الأصل الثانى اه منه .

(٥) تفريع على الأصل الثانى اه منه .

وطوق الجارية كالبناء) فيما مر (وإن قال) مكلف (له على ألف من ثمن عبد ما قبضته) الجملة صفة عبد وقوله (موصولا) بإقراره حال منها ذكره فى الحاوى فليحفظ (وعينه) أى عين العبد وهو فى يد المقر له (فإن سلمه إلى المقر لزمه الألف وإلا لا) عملا بالصفة (وإن لم يعين) العبد (لزمه) الألف (مطلقا) وصل أم فصل وقوله ما قبضته لغو لأنه رجوع

وفى الخانية : لو قال هذا البستان لفلان إلا النخلة بغير أصولها فإنها لى لايصح الاستثناء: بخلاف إلا نخلها بأصولها ، وكذلك هذه الجبة لفلان إلا بطانتها لأن البطانة تدخل فى البيع تبعا فكانت كالبناء ، ثم قال : وهو محمول على جبة بطانتها فى النفاسة دون الظهارة قال فى الرمز : وما نقل عن السير الكبير أن الإمام لو قال : من أصاب جبة خز فهى له فله الظهارة دون البطانة حمل على جبة بطانتها كظهارتها نفاسة ، فلا تتبعها فهى كجبتين ، وما هنا على مادون البطانة حتى لو استويا صح الاستثناء اه .

أقول : ومثل نخلة البستان نخلة الأرض ، لأن الشجر يدخل فى البستان والأرض تبعا فلا يصح استثناء بخلاف نخلة عرصة البستان ، لأن العرصة لا تتناول الشجرة كما لا تتناول البناء لا أصلا ولا تبعا إلا أن يستثنيها بأصولها كما ذكرنا (قوله وطوق الجارية) استشكل بأنهم نصوا أنه لا يدخل معها تبعا إلا المعتاد للمهنة لا غير كالطوق إلا أن يحمل على أنه لا قيمة له كثيرة كطوق حديد أو نحاس وفيه نظر ط عن الحموى .

أقول : ذلك فى البيع لأنها وما عليها للبائع أما هنا فإنه لما أقر بها ظهر أنها للمقر له والظاهر منه أن ما عليها لمالكها فيتبعها ولو جليلا تأمل (قوله فيما مر) أى من أنه لا يصح (قوله قال مكلف له على ألف من ثمن عبد ما قبضته) قيد بقوله على لأنه لو قال ابتداء ، اشتريت منه مبيعا إلا أنى لم أقبضه قبل قوله كما قبل قول البائع بعته هذا ، ولم أقبض الثمن والمبيع فى يد البائع ، لأنه منكر قبض المبيع أو الثمن والقول للمنكر ، بخلاف ما هنا لأن قوله ما قبضته بعد قوله له على كذا رجوع ، فلا يصح أفاده الرملى (قوله حال منها) أى حال كون قوله ما قبضته موصولا بالكلام الأول فلو لم يصله لم يصدق أفاده المصنف والذى يظهر أنه حال من الضمير فى قال أى قال حال كونه واصلا (قوله فإن سلمه) لعلهم أرادوا بالتسليم هنا الإحضار أو يخص هذا من قولهم يلزم المشترى تسليم الثمن أولا ، لأنه ليس ببيع صريح مقدسى ملخصا (قوله عملا بالصفة) قال فى المنح : وإن لم يوجد ما ذكر من القيد ، وهو التسليم لا يلزمه لأنه أقر له بالألف على صفة فيلزمه الصفة التى أقر بها وإذا لم توجد لا يلزمه اه وصل أو فصل هذا مذهب الإمام وقالا : إن وصل صدق فلا يلزمه وإن فصل لا يصدق (قوله وإن لم يعين العبد لزمه الألف مطلقا وصل أم فصل) كأنه بيان لوجه الإطلاق ، ويحتمل أنه أراد بالإطلاق سواء كذبه المقر له أو صدقه بدليل ما يأتى حيث قيدها بقوله وإن كذبه المقر له ، وهو أولى لأنه حينئذ يتجه فصلها لكنه يبعد أن يلزمه ذلك مع اعتراف كل منهما أنه حرام أو ربا تأمل (قوله لأنه رجوع) أى عما أقر به وذلك لأن الصدر موجب وإنكار قبض مبيع غير معين ينافيه ، ولأنه لو ادعى تأخير الثمن شهرا لم يقبل ، فكيف دهرا إذ ما من عبد يأتى به البائع إلا يأتى للمشترى منع كونه المبيع بخلاف المعين ، وما ذكره المصنف أحد وجوه أربعة فى المسألة .

والثانى : أن يقول المقر له : العبد عبدك ما بعتكه وإنما بعتك عبدا آخر وسلمته إليك ، والحكم فيه كالأول لأنهما اتفقا على ما أقر به من أن كل واحد منهما يستحق ما أقر به غير أنهما اختلفا فى سبب الاستحقاق ، ولايبالى باختلافهما ، ولا باختلاف السبب عند حصول المقصود واتحاد الحكم ، فصار كما إذا أقر له بغصب ألف درهم فقال المقر له : هى قرض فإنه يؤمر بالدفع إليه لاتفاقهما على الاستحقاق .

(كقوله من ثمن خمر أوخنزير أو مال قمار أو حر أو ميتة أو دم) فيلزمه مطلقا (وإن وصل) لأنه رجوع (إلا إذا صدقه أو أقام بينة) فلا يلزمه (ولو قال له على ألف درهم حرام أو ربا فهى لازمة مطلقا) وصل أم فصل لاحتمال حله عند غيره (ولوقال على زورا أو باطلا لزمه إن كذبه المقر له وإلا) بأن صدقه (لا) يلزمه .

(والإقرار بالبيع تلجئة) هي أن يلجئك إلى أن تأتى أمرا باطنه على خلاف ظاهر فإنه (على هذا التفصيل) إن كذبه لزم البيع وإلا لا (ولو قال له على ألف درهم زيوف) ولم يذكر السبب (فهى كما قال على الأصح) بحر (ولو قال له على ألف) من ثمن متاع أو قرض وهى زيوف مثلا لم يصدق مطلقا لأنه رجوع ولو قال (من غصب أو وديعة إلا أنها زيوف أو نبهرجة

والثالث : أن يقول العبد عبدى مابعسكه وحكمه أن لايلزم المقر شيء لما ذكر أنه أقر له على صفة وهى سلامة العبد ، فلا يلزمه بدونها .

والرابع : أن يقول المقر له لم أبعك هذا العبد وإنما بعتك عبدا آخر فحكمه أن يتحالفا لأنهما اختلفا فى المبيع إذ كل منهما مدع ومنكر فإذا حلفا انتفى دعوى كل عن صاحبه ، فلا يقضى عليه بشيء والعبد سالم فى يده اه وتمامه فى الزيلعى والدرر موضحا (قوله كقوله من ثمن خمر الخ) تشبيه للمسألة السابقة حكما وخلافا (قوله أو مال قمار) الأنسب تأخيره عما بعده ليسلط لفظ الثمن على الحر والميتة والدم وهو معطوف على ثمن (قوله فيلزمه مطلقا) عنده وعندهما إن وصل صدق ، وإن فصل لا كما فى المسألة الأولى (قوله إلا إذا صدقه) أى المقر له (قوله أوأقام عليه) أى المقر واعتمد المصنف فى تعيين مرجع الضميرين المقام والظهور (قوله لاحتمال حله عند غيره) أى فى مذهب غيره كما إذا باع ما اشتراه قبل قبضه من بائعه بثمن أقل مما اشترى به فالزيادة هذه عندنا حرام أو ربا وعند الشافعى يجوز هذا البيع ، وليس زيادة أحد الثمنين حراما ولا ربا وظاهر هذا التعليل أنهما إذا اتفقا على ذلك لايلزم المقر شيء ط (قوله ولو قال على زورا أو باطلا) أى هو على حال كونه زورا أو باطلا ، أو من جهة ذلك فهما منصوبان على الحال أو التمييز (قوله لزمه إن كذبه) أى فى كونه زورا أو باطلا (قوله هى أن يلجئك الخ) قال الشارح فى التذنيب آخر الصرف هو أن يظهرا عقدا وهما لايريدانه يلجأ إليه لخوف عدو وهو ليس ببيع فى الحقيقة ، بل كالهزل انتهى (قوله إن كذبه) أى المشترى البائع (قوله وإلا لا) قال فى البدائع كما لا يجوز بيع التلجئة لا يجوز الإقرار بالتلجئة بأن يقول لآخر إنى أقر لك فى العلانية بمال وتواضعا على فساد الإقرار لا يصح إقراره ، حتى لا يملكه المقر له (قوله زيوف) جمع زيف وصف بالمصدر ثم جمع على معنى الاسمية ، يقال : زافت الدراهم تزيف زيفا ردأت والمراد به ما يرده بيت المال ويقبله التجار والنبهرجة دون الزيوف ، فإنها مما يردها التجار والستوقة أردأ من النبهرجة وتقدم آخر البيوع وقدمناه فى شتى القضاء (قوله ولم يذكر السبب) كثمن مبيع أوغصب أو وديعة (قوله على الأصح) أى إجماعا وقيل على الخلاف الآتى (قوله وهى زيوف مثلا) أى أو نبهرجة (قوله لم يصدق مطلقا) أى عنده وقالا يصدق إن وصل : أى فى قوله زيوف أو نبهرجة بل يلزمه الجياد لأن العقد يقتضيها .

فدعوى الزيف رجوع عما أقر به بخلاف ما إذا قال : إلا أنها وزن خمسة ونقد البلد وزن سبعة حيث يصح موصولا لا مفصولا ، لأنه استثنى القدر فصار مغيرا فيصح بشرط الوصل ولو قال على كر حنطة من ثمن دار اشتريتها منه إلا أنها رديئة يقبل موصولا ومفصولا لأن الرداءة نوع لا عيب فطلق العقد لا يقتضى السلامة عنها بخلاف الجودة زيلعى . وقوله مطلقا أى وصل أم فصل وقال زفر يبطل إقراره إذا قال المقر له هى جياد

صدق مطلقا) وصل أم فصل (وإن قال ستوقة أو رصاص فإن وصل صدق وإن فصل لا) لأنها دراهم مجازا (وصدق) بيمينه (فى غصبته) أو أودعنى (ثوبا إذا جاء بمعيب) ولا بينة (و) صدق (فى له على ألف) ولو من ثمن متاع مثلا (إلا أنه ينقص كذا) أى الدراهم وزن خمسة لا وزن سبعة (متصلاوإن فصل) بلا ضرورة (لا) يصدق لصحة استثناء القدر لا الوصف كالزيافة (ولوقال) لآخر (أخذت منك ألفا وديعة فهلكت) فى يدى بلا تعد (وقال الآخر بل) أخذتها منى (غصبا ضمن) المقرلإقرارهبالأخذ وهوسببالضمان (وفى)قولهأنت

(قولهصدق مطلقا) لأن الغاصب يغصب مايصادف والمودع يودع ماعندهفلا يقتضى السلامة (قوله وصل أمفصل) إذ لا اختصاص للغصب والوديعة بالجياد دون الزيوف إلى آخر ما قدمناه ، فلم يكن قوله زيوفا تفسيرا لأول كلامه بل هى بيان للنوع فصح موصولا ومفصولا درر. وحاصل الفرق بينهما وبين ما تقدم أن فيما تقدم أقربحقه البيع أو القرض والعقد يقتضى سلامة العوضين عن العيب كما تقدم ، وهنا أقر بالغصب والوديعة وهما لايقتضيان السلامة وهو قابض والقول للقابض أمينا كان أو ضمينا (قوله لأنها دراهم مجازا) فكان هذا من باب التغيير فلا يصح مفصولا (قوله وصدق بيمينه فى غصبته أو أودعنى) لأن الغصب والوديعة لا يقتضيان وصف السلامة كما تقدم (قوله مثلا) أى أو قرضا (قوله إلا أنه ينقص كذا) أى الدراهم ومثله فى الشرنبلالية لكن فى العينى قوله إلا أنه ينقص كذا أى مائة درهم وهو ظاهر (قوله أىالدراهم الخ) أى أن كل عشرة من دراهم هذا الألف وزن خمسة مثاقيل لا وزن سبعة منها (قوله متصلا) أى قال ذلك متصلا (قوله وإن فصل بلا ضرورة لايصدق) .

قال الزيلعى : ولو كان الانقطاع بسبب انقطاع النفس أو بسبب دفع السعال ، فعن أبى يوسف أنه يصح إذا وصله به وعليه الفتوى لأن الإنسان يحتاج إلى أن يتكلم بجميع ذلك بكلام كثير ويذكر الاستثناء فى آخره ولا يمكنه أن يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد ، فلو لم يجعل عذرا يكون عليهم حرج وعليه الفتوى اه (قوله لا الوصف كالزيافة) فلذا لم يصح له على ألف من ثمن متاع إلا أنها زيوف فهو كما لو قال : وهى زيوف .

وحاصل الفرق بين هذا وبين ما إذا قال هى زيوف حيث لا يصدق هناك لأن الزيافة وصف فلا يصح استثناؤها وهذا قدر (قوله ضمن المقر) ما أقربأخذه له لأنه أقر بسبب الضمان وهوالأخذ ثم إنه ادعى مايوجب البراءة ، وهو الإذن بالأخذ والآخر ينكر ، فالقول قوله مع يمينه بخلاف ما إذا قال له المقر له بل أخذتها قرضا ، حيث يكون القول للمقر كما سيأتى وكذالو قال أخذته عارية فقال بل بيعا فالقول للآخذ لإنكاره البيع وهذا إذا لم يلبسه بزازية والعلة فى عدم الضمان هو اتفاقهما أن الأخذ كان بالإذن سائحانى .

ولعل العارية محرفة عن الوديعة لأن اللبس فى العارية مباح دون الوديعة ، ومعلوم أن العارية تبيح التصرف كالبيع ، فلا يصلح اللبس هنا فارقا لكن فى البدائع قال : أعرتنى ثوبك فهلك وقال المقر له لا بل غصبته فإن الهلاك بعد اللبس يضمن ، لأن لبس ثوب الغير سبب لوجوب الضمان فى الأصل فدعوى الإذن دعوى براءة عن الضمان فلا يثبت إلا بحجة اه (قوله وهو سبب الضمان) قال صلى الله تعالى عليه وسلم « على اليد ما أخذت حتى ترده » أى ثم بعد إقراره بالأخذ ادعى ما يوجب براءته ، وهو الإذن بالأخذ والآخر ينكر ، فكان القول له بيمينه فإن نكل عنه لا يلزم أما لو قال له بعد قوله : أخذتها وديعة بل أخذتها قرضا يكون القول للمقر، لأنهما تصادقا على أن الأخذ حصل بالإذن ، وهو لايوجب الضمان ثم إن المالك يدعي عقد القرض

(أعطيتنيه وديعة وقال الآخر) بل (غصبته) منى (لا) يضمن بل القول له لإنكاره الضمان (وفى هذا كان وديعة) أو قرضا لى (عندك فأخذته) منك (فقال) المقر له (بل هو لى أخذه المقر له) لو قائما وإلا فقيمته لإقراره باليد له ثم بالأخذ منه وهو سبب الضمان (وصدق من قال آجرت) فلانا (فرسى) هذه (أو ثوبى هذا فركبه أو لبسه) أو أعرته ثوبى أو أسكنته بيتى (ورده أو خاط) فلان (ثوبى هذا بكذا فقبضته) منه وقال فلان بل ذلك لى (فالقول للمقر) استحسانا لأن اليد لا فى إجارة ضرورية.

والمقر ينكره فالقول له ، ومثله او قال : أخذتها بيعا بعد قوله ما تقدم أفاده المصنف ومثله فى العينى (قوله أعطيتنيه) قال الخير الرملى : ومثله دفعتها لى وديعة ونحوه مما يكون من فعل المقر له تأمل (قوله لإنكاره الضمان) قال المصنف لأنه لم يقر بسبب الضمان بل أقر بالإعطاء وهو فعل المقر له ، فلا يكون مقرا على نفسه بسبب الضمان والمقر له يدعى عليه سبب الضمان ، وهو ينكر والقول قول المنكر .

قال فى الهداية : والفرق أن فى الفصل الأول أقر بسبب الضمان وهو الأخذ ، ثم ادعى ما يبرئه وهو الإذن والآخر ينكره ، فيكون القول له مع اليمين وفى الثانى أضاف الفعل إلى غيره وذلك يدعى بسبب الضمان وهو الغصب ، وهو ينكر فيكون القول للمنكر مع اليمين ، ومما يكثر وقوعه ما فى التاترخانية أعرتنى هذه الدابة فقال لا ، ولكنك غصبتها ، فإن لم يكن المستعير ركبها فلا ضمان وإلا ضمن ، وكذا دفعتها لى عارية أو أعطيتنيها عارية .

وقال أبو حنيفة : إن قال أخذتها منك عارية وجحد الآخر ضمن وإذا قال : أخذت هذا الثوب منك عارية فقال : أخذته منى بيعا فالقول للمقر ما لم يلبسه لأنه منكر الثمن فإن لبس ضمن. أعرتنى هذا فقال لا بل أجرتك لم يضمن إن هلك بخلاف قوله غصبته حيث يضمن إن كان استعمله اهـ (قوله وإلا فقيمته) فيه أن فرض المسألة فى المشار إليه إلا أن يقال كان موجودا حين الإشارة ثم استهلكه المقر تأمل (قوله لإقراره باليد ثم بالأخذ منه) أى ثم ادعى الاستحقاق بعد فلا يصدق بلا برهان (قوله وصدق من قال آجرت فلانا فرسى هذه الخ) أقول صورة المسألة فى يد إنسان فرس أو ثوب فقال مخاطبا لزيد إنك كنت أجرت أو أعرت فرسى هذه أو ثوبى هذا لعمرو فرده عمرو علىّ وكذبه عمرو أى قال لم أستأجره ولم أستعره ، فالقول للمقر الذى هو ذو اليد ولا يكون قوله لزيد أجرته أو أعرته إقرارا لزيد بالملك لقوله فرسى أو ثوبى تأمل ذكره فى الحواشى الخيرية (قوله فالقول للمقر استحسانا) وهو قول الإمام وقالا القول قول المأخوذ منه ، وكذا الإعارة والإسكان لأنه أقر له باليد ، ثم ادعى الاستحقاق وله أن اليد فيما ذكر لضرورة استيفاء المعقود عليه، فلا يكون إقرارا باليد قصدا فبقيت فيما وراء الضرورة فى حكم يد المالك ، بخلاف الوديعة والقرض ونحوهما ، ولأن فى الإجارة ونحوها أقر بيد من جهته فالقول له فى كيفيتها ، ولم يقر بذا فى الوديعة فيحتمل أنها وديعة بإلقاء الريح فى بيته حتى لو قال : أودعتها فهو على الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الأخذ فى الوديعة ونحوها كما توهمه الزيلعى ، لأنه ذكر الأخذ فى الطرف الآخر فى الإقرار كذا فى التبيين ، وأنت خبير بأنه لم يذكر فى القرض ما ذكر فى الوديعة ، فكان قاصرا وما ذكره فيها نادر لا يبتنى عليه حكم إلا أن يقال : اكتفى بماسيذكره بعد فى توجيه حكم قوله : قبضت منه ألفا كانت لى عليه فإنه يشمل القرض كما لا يخفى .

ونقل الزيلعى عن النهاية : أن الخلاف إذا لم يكن المقر به معروفا للمقر وإلا فالقول له إجماعا وعزاه إلى الأسرار وفيه بأنه إذا كان معروفا به فالقاضى لا يعرف ذلك إلا بشهادة العارفين عنده لا بمجرد قوله

بخلاف الوديعة (هذا الألف وديعة فلان لا بل وديعة فلان فالأول للأول وعلى المقر) ألف (مثله للثانى بخلاف هى لفلان لا بل لفلان) بلا ذكر إيداع (حيث لايجب عليه للثانى شيء) لأنه لم يقر بإيداعه وهذا (إن كانت معينة وإن كانت غير معينة لزمه أيضا كقوله غصبت فلانا مائة درهم ومائةدينار وكر حنطة لا بل فلانا لزمه لكل

فليتأمل . وإن قلتم القاضى يعلم ذلك قلنا : لايقضى بعلمه الآن ، ولو قال : قبضت منه ألفا كانت لى عليه ، وأنكر عليه أخذها لأنه أقر له بالملك وأنه أخذ بحقه وهو مضمون عليه إذ الدين يقضى بمثله وادعى ما يبرئه والآخر ينكر ، بخلاف الإجارة ونحوها لما بينا ولأنالو آخذنا الناس بإقرارهم فيها لامتنعوا عنها والحاجة ماسة إليها ، فلا يؤاخذ به استحسانا دفعا للحرج .

وفى الولوالجية : وعلى هذا الخلاف لو قال أودعت فلانا هذه الألف ثم أخذتها منه هما يقولان أقر بسبب يوجب ضمان الرد وادعى مايبرئه فلا يصدق إلا ببينة كما لو قال : أخذت منك ألفا كانت وديعة لى عندك وقال المأخوذ منه : بل ملكى وأبو حنيفة يقول الإقرار(١) بالإجارة والإعارة والإيداع أولا [illegible] ، لأنه أقر بما فى يده وليس بحقه دعوى البراءة عن الضمان فصار الثابت بالإقرار كثابت عيانا ، ولو عاينا أنه أعار أو آجر أو أودع ثم أخذ لايلزمه الرد ، كذا ههنا فأما إذا قال أخذت منه ، وهو كان عنده عارية أو إجارة أو وديعة ، فالإقرار بهذه الأشياء لايصح ، فصار كما لو سكت عن دعوى الثلاثة ولو قال : [illegible] ساكن فى هذه الدار فالقول للساكن أنها له ، ولو قال زرع هذه الأرض أو بنى هذه الدار أو غرس الكرم ، وهو بيد المقر أو خاط القميص ، ولم يقل قبضته منه فقال : بل ملكى فالقول للمقر والإقرار بالسكنى إقرار باليد ولو قال : ذا اللبن أو الجبن من بقرته أو الصوف من غنمه أو التمر من نخله أو العسل من نحله وطلبه أمر بالدفع إليه .

وفى الخانية : ولدت أمة فى يده وقال الأمة لفلان والولد لى فكما قال لأن الإقرار بالجارية لايكون إقرارا بالولد بخلاف البناء ونحوه وكذا سائر الحيوان والثمار المحرزة فى الأشجار بمنزلة ولد الجارية ولو قال لصندوق فيه متاع فى يده الصندوق لفلان والمتاع لى أو هذه الدار لفلان وما فيها من المتاع لى فالقول له مقدسى (قوله بخلاف الوديعة) ومثلها القرض لأن اليد فيهما مقصورة فيكون الإقرار بهما إقرارا باليد كما فى المنح (قوله وعلى المقر ألف مثله للثانى) لأن الإقرار صح للأول وقوله لا بل وديعة فلان إضراب عنه ورجوع فلا يقبل قوله فى حق الأول ، ويجب عليه ضمان مثلها للثانى لأنه أقر له بها وقد أتلفها عليه بإقراره بها للأول فيضمن له منح وسيأتى قبيل الصلح مالو قال : أوصى أبى بثلث ماله لفلان بل لفلان (قوله بخلاف هى لفلان الخ) فلم يكن مقرا بسبب الضمان بخلاف الأولى فإنه حيث أقر بأنه وديعة لفلان الآخر يكون ضامنا حيث أقر بها للأول لصحة إقراره بها للأول ، فكانت ملك الأول ولا يمكن تسليمها للثانى ، بخلاف ما إذا باع الوديعة ولم يسلمها للمشترى لايكون ضامنا بمجرد البيع حيث يمكنه دفعها له بها هذا ماظهر فتأمل . وأيضا لأنه أقر بها للأول ثم رجع وشهد بها للثانى فرجوعه لايصح وشهادته لاتقبل منح :

[فرع] أقر بمالين واستثنى كله على ألف درهم ومائة دينار إلا درهما فإن كان المقر له فى المالين واحدا يصرف إلى المال الثانى ، وإن لم يكن من جنسه قياسا وإلى الأول استحسانا او من جنسه وإن كان المقر له رجلين يصرف إلى الثانى مطلقا مثل لفلان على ألف درهم ، ولفلان آخر على مائة دينار إلا درهما هذا كله قولهما وعلى قول محمد إن كانا لرجل يصرف إلى جنسه وإن لرجلين لايصح الاستثناء أصلا تاترخانية عن المحيط (قوله لزمه أيضا) الثانى ألف لأنه أقر له بشيء تقبله الذمة بأن كان دينا أو قرضا وهى تقبل حقوقا شتى كالدين والقرض

(١) قوله (يقول الإقرار الخ) هكذا بالأصل ولعله أن الإقرار فليحرر مصححه .

واحد منهما كله وإن كانت بعينها فهى للأول وعليه للثانى مثلها، ولو كان المقر له واحدا يلزمه أكثرهما قدرا وأفضلهما وصفا) نحو له ألف درهم لا بل ألفان أو ألف درهم جياد لا بل زيوف أو عكسه (ولو قال الدين الذى لى على فلان) لفلان (أو الوديعة التى عنه فلان) هى (لفلان فهو إقرار له وحق القبض للمقر) لكن (لو سلم إلى المقر له برئ) خلاصة لكنه مخالف لما مر أنه إن أضاف لنفسه كان هبة فيلزم التسليم .

ولذا قال فى الحاوى القدسى : ولو لم يسلطه على القبض فإن قال واسمى فى كتاب الدين عارية صح وإن لم يقله لم يصح .

قال المصنف : وهو المذكور فى عامة المعتبرات خلافا للخلاصة

ونحوها (قوله وعليه للثانى مثلها) لما تقدم فى الوديعة (قوله ولو كان المقر له واحدا) وقد زاد فى أحد الإقرارين قدرا أو وصفا (قوله يلزمه أكثرها قدرا وأفضلهما وصفا) أى سواء كان مابعد بل هو الأفضل أو ماقبلها، وسواء كان الفضل فى الذات أو فى الصفة لأنه حيث أقر بالقدر الزائد أو الوصف الفاضل لايصح الرجوع عنه أو أخذه ، لأنه إن لم يقر به أولا فقد أقر به ثانيا وهذا إذا كان جنسا واحدا فلو كان جنسين كألف درهم لا بل دينار لزمه الألفان (قوله أو عكسه) راجع إلى المسألتين والقياس أن يلزمه المالان وبه قال زفر كما إذا اختلف جنس المالين بأن قال لفلان ألف درهم بل ألف دينار . فإنه يلزمه المالان بالإجماع كما قدمنا .

والحاصل : أن هذه المسألة على وجهين أحدهما : أن يكون المال متحدا . والثانى : أن يكون مختلفا فإن كان متحدا فإنه يلزمه أفضل المالين . سواء كان مابعد بل هو الأفضل أو ماقبلها وسواء كان الفضل فى الذات، أو فى الصفة كما قدمنا فلذا قال فى المبسوط إذا أقر لفلان بألف درهم ثم قال : بل بخمسمائة فعليه ألف وكذا لو قال خمسمائة بل ألف . ولو قال عشرة دراهم بيض لا بل سود أو قال : سود لا بل بيض أو قال : جيد لا بل ردىء أو ردىء لا بل جيد فعليه أفضلهما وإن كان مختلفا فعليه المالان ، لأن الغلط لايقع فى الجنس المختلف عادة فرجوعه عن الأول باطل والتزامه الثانى صحيح فلو قال: له على درهم بل دينار لزمه درهم ودينار ولو قال: له على كر حنطة لا بل كر شعير لزمه الكران اه كما فى شرح المنار لابن نجيم (قوله فهو إقرار له) أى للمقر له قال فى شرح الملتقى ، وإن تعددت الديون والودائع . ولا يصدق المقر لو قال عنيت بعضها اه (قوله وحق القبض للمقر) فيأخذ ماذكر ويدفعه للمقر له قال فى شرح الملتقى : ولو جحد المودع ضمن للمقر له إذا تلف (قوله برئ) أى إذا أقر المقر أنه أذن له كذا فى شرح الملتقى (قوله لكنه مخالف الخ) هذا الاستدراك وجيه ومؤيد بما لايقبل التغيير ، وربما كلمة لى فى الخلاصة من زيادة الناسخ ، ولذا لم توجد فى الوديعة بعده لكن كلام الحاوى يؤيد الزيادة وزيادة الحاوى وجيهة على ماظهر لى حيث أن العبرة لآخر الكلام (قوله لما مر الخ) أى أوائل كتاب الإقرار عند قول المصنف جميع مالى أو ماأملكه هبة لا إقرار . وقدمنا الجواب عن ذلك والتوفيق بما يشفى الغليل فراجعه إن شئت (قوله إن أضاف إلى نفسه كان هبة) أى فيراعى شروطها ولا يكون إقرارا لأنه إخبار وقضية الإضافة إلى نفسه منافية له فيكون هبة (قوله فيلزم التسليم) لأن هبة الدين لاتصح من غير من عليه الدين إلا إذا سلط على قبضه (قوله ولذا قال فى الحاوى القدسى) عبارته كما فى المنح قال : الدين الذى لى على زيد فهو لعمرو ولم يسلطه على القبض لكن قال واسمى فى كتاب الدين عارية صح ولو لم يقل هذا لم يصح اه فهو من غير ذكر لفظ لو واستفيد من هذا أنه لو سلطه على قبضه أو قال هذه الجملة صح على أنه إقرار وإلا لايصح إقرارا بل هبة (قوله قال المصنف وهو) أى قوله : وإن لم يقله لم يصح هو المذكور فى عامة المعتبرات خلافا للخلاصة .

فتأمل عند الفتوى .

باب إقرار المريض

حاصله أنه إن سلطه على قبضه أو لم يسلطه ولـكن قال : اسمى فيه عارية يصح كما فى فتاوى المصنف ، وعلى الأول يكون هبة وعلى الثانى إقرارا وتـكون إضافته إلى نفسه إضافة نسبة لاملك كما ذكره الشارح فيما مر ، وإنما اشترط قوله واسمى عارية ليكون قرينة على إرادة إضافة النسبة وعليه يحمل كلام المتن ويكون إطلاقا فى محل التقييد فلا إشكال حينئذ فى جعله إقرارا ولا يخالف الأصل المار للقرينة الظاهرة .

وفى شرح الوهبانية : امرأة قالت الصداق الذى لى على زوجى ملك فلان بن فلان لاحق لى فيه وصدقها المقر له ثم أبرأت زوجها قيل يبرأ وقيل لاوالبراءة أظهر لما أشار إليه المرغينانى من عدم صحة الإقرار ، فيكون الإبراء ملاقيا لمحله اهـ أى فإن هنا الإضافة للملك ظاهرة ، لأن صداقها لايكون لغيرها فكان إقرارها له هبة بلا تسليط على القبض ، وأعاد الشارح المسألة فى متفرقات الهبة واستشكلها وقد علمت زوال الإشكال بعون الملك المتعال فاغتنمه (قوله فتأمل عند الفتوى) العبرة لما فى عامة كتب المذهب : وفى شرح العلامة عبد البر وقالوا إذا أضاف المال إلى نفسه بأن قال : عبدى هذا لفلان يكون هبة على كل حال ، وإن لم يضف إلى نفسه بأن قال هذا المال لفلان يكون إقرارا اهـ وهذه المسألة ذكرها ابن وهبان حيث قال :

ومن قال دينى ذا لذا صح دفعه ... إلى ذا وذا حيث التصادق يذكر

قال شارحها عبد البر : مسألة البيت من التتمة وغيرها قال المقر له بالدين إذا أقر أن الدين لفلان وصدقه فلان صح ، وحق القبض للأول دون الثانى لـكن مع هذا لو أدى إلى الثانى برئ ، وجعل الأول كوكيل ، والثانى كموكل اهـ وظاهره أنه يكون لفلان بمجرد التصادق وإن لم يقل اسمى عارية ، ولم يسلط المقر له على قبضه فـكان هذا التصادق مفيدا للملك المقر له . وكان المقر كالوكيل عن المقر له ، وإن حمل مافى الحاوى على أن المقر له كان ساكتا ومسألة البيت فيما إذا وجد منه تصديق حصل التوافق وزال التنافى والاضطراب والله تعالى أعلم بالصواب وأستغفر الله العظيم .

باب إقرار المريض

وجه تأخيره ظاهر لأنه عارض وإفراده فى باب على حدة لاختصاصه بأحكام على حدة ولأن فى بعضها اختلافا .

قال فى نور العين : ومن الأمور المعترضة على الأهلية المرض ، وهو لاينافى أهلية وجوب الحكم حتما لله تعالى أو للعبد ، ولا لأهلية العبارة حتى صح نـكاح المريض وطلاقه وسائر مايتعلق بالعبارة ، ولـكن المرض لما كان سبب الموت والموت عجز خالص كان المرض من أسباب العجز ، فشرعت العبادات على المريض بقدر القدرة ولما كان الموت علة خلافة الوارث والغرماء فى المال كان المرض من أسباب تعلق حق الوارث والغريم بما له فيكون المرض من أسباب الحجر على المريض بقدر مايتعلق به صيانة للحقين ، إذا اتصل المرض بالموت مستندا إلى أول المرض ، حتى لايورث المرض فيما لايتعلق به حق غريم ، ووارث كنكاح بمهر المثل حيث يصح منه لأنه من الحوائج الأصلية وحقهم يتعلق فيما فضل عنها ، فيصح فى الحال كل تصرف يحتمل الفسخ كهبة وبيع بمحاباة ، ثم ينتقض إن احتيج إليه وما لايحتمل النقض جعل كمعلق بالموت كإعتاق إذا وقع على حق

يعنى مرض الموت وحده مر فى طلاق المريض وسيجىء فى الوصايا (إقراره بدين لأجنبى نافذ من كل ماله) بأثر عمر ولو بعين فكذلك

غريم أو ورث . بخلاف إعتاق الراهن حيث ينفذ لأن حق المرتهن فى ملك اليد دون الرقبة اه (قوله يعنى مرض الموت) أشار به إلى أن أل للعهد. ولما كانت أل تحتمل الاستغراق وغيره فسرها بيعنى وكان المقام أى (قوله مر فى طلاق المريض) وهو قوله من غالب حاله الهلاك بمرض أو غيره بأن أضناه مرض عجز به عن إقامة مصالحه خارج البيت أو بارز رجلا أو قدم ليقتل من قصاص أو رجم أو بقى على لوح من السفينة أو افترسه سبع . وبقى فى فيه ولا يصح تبرعه إلا من الثلث اه ومنه : لو قدمه ظالم ليقتله ومنه لو تلاطمت الأمواج ، وخيف الغرق فهو كالمريض أى ومات من ذلك كله كما قيده ثمة وأوضحه سيدى الوالد رحمه الله تعالى فراجعه (قوله وسيجىء فى الوصايا) حيث قال المؤلف هناك : قيل مرض الموت أن لايخرج لحوائج نفسه ، وعليه اعتمد فى التجريد بزازية والمختار أنه ما كان الغالب منه الموت . وإن لم يكن صاحب فراش قهستانى عن هبة الذخيرة اه واختاره صاحب الهداية فى التجنيس .

لكن فى المعراج : وسئل صاحب المنظومة عن حد مرض الموت فقال : كثرت فيه أقوال المشايخ واعتمادنا فى ذلك على قول الفضلى وهو أن لايقدر أن يذهب فى حوائج نفسه خارج الدار والمرأة لحاجتها داخل الدار لصعود السطح ونحوه اه وهذا الذى جرى عليه فى باب طلاق المريض وصححه الزيلعى .

أقول : والظاهر أنه مقيد بغير الأمراض المزمنة التى طالت ، ولم يخف منها الموت كالفالج ونحوه وإن صيرته ذا فراش ومنعته عن الذهاب فى حوائجه فلا يخالف ماجرى عليه أصحاب المتون والشروح هنا تأمل .

قال فى الاسماعيلية : من به بعض مرض يشتكى منه وفى كثير من الأوقات يخرج إلى السوق ، ويقضى مصالحه لايكون به مريضا مرض الموت وتعتبر تبرعاته من كل ماله وإذا باع لوارثه أو وهبه لايتوقف على إجازة باقى الورثة اه وتمام الكلام على ذلك مفصلا فى المحابين المذكورين (قوله إقراره بدين لأجنبى) المراد بالأجنبى من لم يكن وارثا وإن كان ابن ابنه (قوله نافذ من كل ماله) لكن يحلف الغريم كما مر قبيل باب التحكيم ومثله فى قضاء الأشباه (قوله بأثر عمر) رضى الله تعالى عنه ، وهو ماروى عنه أنه قال : إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه فى جميع تركته والأثر فى مثله كالخبر لأنه من المقدرات. فلا يترك بالقياس فيحمل على أنه سمعه من النبى صلى الله تعالى عليه وسلم ، ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية لأن فيه تفريغ ذمته ورفع الحائل بينه وبين الجنة فيقدم على حق الغرماء كسائر حوائجه ، لأن شرط تعلق حقهم الفراغ من حقه ، ولهذا يقدم كفنه عليهم ، والقياس أن لاينفذ إلا من الثلث لأن الشرع قصر تصرفه على الثلث ، وعلق حق الورثة بالثلثين فكذا إقراره كذا فى الزيلعى وفيه ولأنه لو لم يقبل إقراره لامتنع الناس عن معاملته حذرا من إتواء مالهم فينسد عليهم طريق التجارة أو المداينة اه . وفى بعض النسخ بأثر ابن عمر رضى الله تعالى عنهما : وهى الموافقة لما فى الإتقانى عن المبسوط .

أقول : وفى البخارى فى كتاب الوصايا مانصه : ويذكر أن شريحا وعمر بن عبد العزيز وطاوسا وعطاء وابن أذينة أجازوا إقرار المريض بدين اه فلعل مراد الشارح بأثر عمر هو عمر بن عبد العزيز (قوله ولو بعين فكذلك) قال العلامة الرملى فى حاشيته على المنح : قوله إقراره بدين ليس احترازا عن العين لأن إقراره له بها صحيح .

إلا إذا علم تملكه لها فى مرضه فيتقيد بالثلث ذكره المصنف

قال فى مجمع الفتاوى : إذا أقر المريض لأجنبى بجميع ماله صح ، ولو أقر لغير الوارث بالدين يصح ، ولو أحاط بجميع ماله وبه نأخذ وفيها المريض الذى ليس عليه دين إذا أقر بجميع ماله صح إقراره ولا يتوقف على إجازة الورثة ، ولو كان تمليكا لاينفذ إلا بقدر الثلث عند عدم الإجازة ، وقد ذكر الزيلعى لو كان عليه دين لايصح إقراره بدين ولا بعين فى يده لآخر فى حق غرماء الصحة والمرض بأسباب معاوضة اه (قوله إلا إذا علم تملكه) أى بقاء ملكه لها فى زمن مرضه (قوله فيتقيد بالثلث) أى فيكون إقراره له تمليكا له والتمليك فى المرض وصية ، وهو معنى ما أفاده الحموى أن إقراره بالعين للأجنبى صحيح إن كان إقراره حكاية وإن كان بطريق الابتداء يصح من الثلث كما فى فصول العمادى . وقد سئل العلامة المقدسى : عن المراد بالحكاية والابتداء .

فأجاب : بأن المراد بالابتداء مايكون صورته صورة إقرار ، وهو فى الحقيقة ابتداء تمليك بأن يعلم بوجه من الوجوه أن ذلك الذى أقر به ملك له ، وإنما قصد إخراجه فى صورة الإقرار ، حتى لايكون فى ذلك منع ظاهر على المقر كما يقع أن الإنسان يريد أن يتصدق على فقير ، ولكنه يعرض عنه بين الناس وإذا خلا به تصدق عليه كى لايحسد على ذلك من الورثة فيحصل منهم إيذاء فى الجملة بوجه ما . وأما الحكاية فهى على حقيقة الإقرار اه وقول المقدسى : بأن يعلم الخ يفيد إطلاقه أن التقييد من المؤلف بقوله فى مرضه اتفاقى ط .

قال : إذا أقر الرجل فى مرضه بدين لغير وارث ، فإنه يجوز وإن أحاط ذلك بماله وإن أقر لوارث فهو باطل إلا أن يصدقه الورثة اه وهكذا فى عامة المعتمدة المعتبرة من مختصرات الجامع الكبير وغيرها لكن فى الفصول العمادية : إن إقرار المريض للوارث لايجوز حكاية ولا ابتداء ، وإقراره للأجنبى يجوز حكاية من جميع المال وابتداء من ثلث المال اه .

قلت : وهو مخالف لما أطلقه المشايخ ، فيحتاج إلى التوفيق وينبغى أن يوفق بينهما بأن يقال المراد بالابتداء مايكون صورته صورة إقرار وهو فى الحقيقة ابتداء تمليك بأن يعلم بوجه من الوجوه أن ذلك الذى أقر به ملك له وإنما قصد إخراجه فى صورة الإقرار ، حتى لايكون فى ذلك إظهار على المقر له ، وكما يقع لبعض أن يتصدق على فقير الخ . وأما الحكاية فهو على حقيقة الإقرار وبهذا الفرق أجاب العلامة المقدسى ، ونقله عن السيد الحموى كما نقله الرملى فى حاشية جامع الفصولين .

أقول : ومما يشهد لصحة ماذكرنا من الفرق ماصرح به صاحب القنية أقر الصحيح بعبد فى يد أبيه لفلان ثم مات الأب والإبن مريض ، فإنه يعتبر خروج العبد من ثلث المال لأن إقراره متردد بين أن يموت الإبن أولا فيبطل أو الأب أولا فيصح فصار كالإقرار المبتدأ فى المرض .

قال أستاذنا : فهذا كالتنصيص أن المريض إذا أقر بعين فى يده للأجنبى ، فإنما يصح إقراره من جميع المال إذا لم يكن تمليكه إياه فى حال مرضه معلوما حتى أمكن جعل إقراره إظهارا أى لحق المقر له لا تمليكا ، فأما إذا علم تملكه فى حال مرضه فإقراره به لايصح إلا من ثلث المال قال رحمه الله تعالى وأنه حسن من حيث المعنى اه .

قلت : وإنما قيد حسنه بكونه من حيث المعنى لأنه من حيث الرواية مخالف لما أطلقوه فى مختصرات الجامع الكبير ، فكان إقرار المريض لغير وارثه صحيحا مطلقا ، وإن أحاط بماله والله سبحانه أعلم معين المفتى ونقله

. . . .

شيخ مشايخنا منلا على ثم قال بعد كلام طويل: فالذى تحرر من المتون والشروح أن إقرار المريض لأجنبى صحيح، وإن أحاط بجميع ماله وشمل الدين والعين والمتون لاتمشى غالبا إلا على ظاهر الرواية وفى البحر من باب قضاء الفوائت متى اختلف الترجيح رجح إطلاق مافى المتون اه وقد علمت أن التفصيل مخالف لما أطلقوا وإن حسنه من حيث المعنى لا الرواية اه فقد علمت أن مانقله الشارح عن المصنف لم يرتضه المصنف .

أقول : حاصل هذا الكلام : أن إقرار المريض لأجنبى صحيح ، وإن أحاط بكل ماله لكنه مشروط بما إذا لم يعلم أنه ابتداء تمليك فى المرض كما إذا علم أن ما أقر به إنما دخل فى ملكه فى مرضه كما إذا أقر فى مرض موته بشىء لأجنبى لم يعلم تملكه له فى مرضه ، ولم يكن عليه دين الصحة ، فإن إقراره بأنه ملك فلان الأجنبى دليل على أنه ابتداء تمليك كما يقع كثيرا فى زماننا من أن المريض يقر بالشىء لغيره إضرارا لوارثه ، فإذا علم ذلك تقيد بثلث ماله ، وهو معنى قول الفصول العمادية وابتداء من ثلث ماله ، لكن أنت خبير بأن المعتمد أن الإقرار إخبار لا تمليك وأن المقر له بشىء إذا لم يدفعه له المقر برضاه لايحل له أخذه ديانة إلا إذا كان قد ملك ذلك بنحو بيع أو هبة وإن كان يحكم له بأنه ملكه بناء على ظاهر الأمر ، وإن المقر صادق فى إقراره فعلى هذا إذا علمنا أن هذا المقر كاذب فى إقراره وأنه قصد به ابتداء تمليك فبالنظر إلى الديانة لايملك المقر له شيئا منه وبالنظر إلى القضاء فى ظاهر الشرع يحكم له بالكل ، فلا وجه لتخصيص نفاذه من الثلث ، لأنا حيث صدقناه فى إقراره فى ظاهر الشرع لزم نفاذه من كل ماله ، وإن أحاط به ، فلذا أطلق أصحاب المتون والشروح نفاذ الإقرار للأجنبى من كل المال ، فليس فيما ذكره فى القنية شىء من الحسن ، لا من حيث المعنى ولا من حيث الرواية ، ولا يكون فيه تأييد لما ذكره من الفرق إلا أن يحمل الإقرار المزبور على الهبة ؛ وهى فى المرض وصية لكنه يشترط فيها التسليم والأصل أنه متى أضاف المقر به إلى ملكه كان هبة فعلى هذا فيمكن حمل ماذكر على الوصية حيث كان المقر فى ذكر الوصية ، فلا يشترط التسليم وإلا حمل على الهبة واشترط التسليم كما علمت ، وهذا كله أيضا حيث أضاف ما أقر به إلى نفسه كقوله : دارى أو عبدى لفلان بخلاف قوله : هذه الدار أو العبد لفلان ولم يكن معلوما للناس بأنه ملك المقر ، فإنه حينئذ لايمكن حمله على التمليك بطريق الهبة أو الوصية ، لأنه يكون مجرد إقرار وهو إخبار لا تمليك كما فى المتون والشروح . وما نقل عن القنية محمول على أنه إنشاء تمليك ابتداء ولذا قيد نفاذه بكونه من الثلث إلا أن يقال : إن إقرار هذا الإبن كان إخبارا فى حال صحته لكنه لما دخل العبد فى ملكه ، وهو مريض ولزمه تسليمه إلى المقر له فى تلك الحالة اعتبر تبرعا فى المرض فتقيد بالثلث ، وما نقل عن العمادية فالمراد به الإقرار بالإبراء عن العين يعنى أنه إذا أقر المريض أنه أبرأ وارثه عن دين له عليه لايصح حكاية بأن يسند الإبراء إلى حال الصحة ، ولا ابتداء بأن يقصد إبراءه الآن ، وأما الأجنبى إذا حكى أنه أبرأه فى الصحة يجوز من كل المال ، وإذا ابتدأ إبراءه الآن لا على سبيل الحكاية فمن الثلث لأنه تبرع ، وما نقل عن جامع الفصولين من أنه لم يجز فصرح فى الجوهرة بأنه أى من كل المال ، وإنما يجوز من الثلث وعليه فلا فرق فى إقراره بإبراء الأجنبى بين كونه حكاية أو ابتداء ، حيث ينفذ من الثلث بخلاف الإقرار بقبض الدين منه فإنه من الكل كما مر اه ملخصا من التنقيح لسيدى الوالد رحمه الله تعالى .

أقول : لكن فى قوله فى صدر العبارة وإن أقر لوارث فهو باطل فيه نظر لأن الباطل لاتلحقه الإجازة ، فيتعين أن يقال إنه موقوف لا باطل تأمل .

فى معينه خر فليحفظ (والإرث عنه ودين الصحة) مطلقا (وما ازمه فى مرضه بسبب معروف) ببينة أو بمعاينة قاض (قدم على ما أقر به فى مرض موته) ولو المقر به (وديعة) وعند الشافعى الكل سواء (والسبب المعروف)

وفى المجلة من المادة ١٦٠١ : الإقرار لأجنبى صحيح من جميع المال فى مرض الموت إذا لم يكن عليه دين الصحة ، ولم يعلم أن المقر ملكه بسبب هبة أو إرث أو شراء من مدة قريبة وأما إذا علم أن المريض كان ملكه بسبب مما ذكر ، وكان قريب عهد فى تملكه ، فيكون من الثلث سواء حمل على الوصية إن كان فى مذاكرة الوصية وإلا فعلى الهبة إذا كان معلوما ذلك عند كثير من الناس (قوله فى معينه) وهو معين المفتى للمصنف (قوله وأخر الإرث عنه) لأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية لأن فيه تفريغ ذمته ورفع الحائل بينه ، وبين الجنة كما قدمنا فيقدم على حق الورثة (قوله ودين الصحة مطلقا) سواء علم بسبب معروف أو بإقراره ، سواء كان لوارث أم لا بعين أو بدين ط وقوله ودين مبتدأ خبره جملة قدم ، ويصح جره والأولى قول الشارح فى الفرائض ، ويقدم دين الصحة على دين المرض إن جهل سببه وإلا فسيان (قوله وما لزمه فى مرضه بسبب معروف) وإنما ساوى ماقبله لأنه لما علم سببه انتفت التهمة عن الإقرار منح .

قال فى المبسوط : إذا استقرض مالا فى مرضه ، وعاين الشهود دفع المقرض المال إلى المستقرض أو اشترى شيئا بألف درهم ، وعاين الشهود قبض المبيع ، أو تزوج امرأة بمهر مثلها أو استأجر شيئا بمعاينة الشهود ، فإن هذه الديون تكون مساوية لديون الصحة ، وذلك لأنها وجبت بأسباب معلومة لامرد لها ولأنه بالقرض ، والشراء لم يفوت على غرماء الصحة شيئا لأنه يزيد فى التركة مقدار الدين الذى تعلق بها ، ومتى لم يتعرض لحقوقهم بالإبطال نفذ مطلقا اه جلبى . وفى التعليل الثانى نظر لاحتمال استهلاك ما اقترضه أو ما اشتراه ط (قوله أو بمعاينة قاض) هذا بناء على أن القاضى يقضى بعلمه وهو مرجوح كما مر مرارا (قوله قدم على ما أقر به فى مرض موته) حتى لو أقر من عليه دين فى صحته فى مرضه لأجنبى بدين ، أو عين مضمونة أو أمانة بأن قال : مضاربة أو وديعة أو غصب يقدم دين الصحة ، ولا يصح إقراره فى حق غرماء الصحة ، فإن فضل شيء من التركة يصرف إلى غرماء المرض إتقانى . وإنما قدم عليه ، لأن المريض محجور عن الإقرار بالدين مالم يفرغ عن دين الصحة فالدين الثابت بإقرار المحجور لايزاحم الدين الثابت بلا حجر كعبد مأذون أقر بدين بعد حجره ، فالثانى لايزاحم الأول حموى . وفيه : ولنا أن حق غرماء الصحة تعلق بمال المريض مرض الموت فى أول مرضه ، لأنه عجز عن قضائه من مال آخر فالإقرار فيه صادف حق غرماء الصحة ، فكان محجورا عليه ومدفوعا به (قوله ولو المقر به وديعة) أى لم يتحقق ملكه لها فى مرضه وإلا كانت وصية (قوله وعند الشافعى الكل سواء) لأنه إقرار لاتهمة فيه لأنه صادر عن عقد والذمة قابلة للحقوق فى الحالين ، ولنا أن المريض محجور عن الإقرار بالدين مالم يفرغ عن دين الصحة فالدين الثابت بإقرار المحجور لايزاحم الدين الثابت بلا حجر كعبد مأذون أقر بالدين بعد الحجر ، فالثانى لايزاحم الأول درر .

والحاصل : أن الدين الثابت قبل الحجر لايزاحمه الثابت بعده ، ولكن مالو علم منه سبب بلا إقرار يلحق بالثابت قبل الحجر فيؤخر عنهما الثابت بمجرد الإقرار ثم الدين الثابت بالسبب نوعان : نوع لو قبض صاحبه من المريض ذلك لايشاركه فيه صاحب دين الصحة كالمقرض ، والمبيع فيه ، ونوع : يشارك فيه معه كمهر قبضته المرأة وأجرة قبضها الآجر كما فى غاية البيان ، وأجرة مسكنه ومأكله وملبسه ، ومنه أدويته وأجرة طبيبه من النوع الأول لو قبضت لايشاركها الغرماء والمهر من النوع الثانى ، ولم يعد من التبرعات لأن النكاح

ما ليس بتبرع (كنكاح مشاهد) إن بمهر المثل أما الزيادة فباطلة وإن جاز النكاح عناية (وبيع مشاهد وإتلاف كذلك) أى مشاهد (و) المريض (ليس له أن يقضى دين بعض الغرماء دون بعض ولو) كان ذلك (إعطاء مهر وإيفاء أجرة) فلا يسلم لهما (إلا) فى مسألتين (إذا قضى ما استقرض فى مرضه أو نقد ثمن ما اشترى فيه) لو بمثل القيمة كما فى البرهان (وقد علم ذلك) أى ثبت كل منهما (بالبرهان) لا بإقراره للتهمة (بخلاف) إعطاء المهر ونحوه و (ما إذا لم يؤد حتى مات فإن البائع أسوة للغرماء) فى الثمن (إذا لم تكن العين)

من الحوائج الأصلية كما مر ويأتى (قوله كنكاح مشاهد) أى للشهود وإنما جعل النكاح من جملة مايجب تقديمه لأنه من الحوائج الأصلية كما مر ، وإن كانت رابعة لشيخ فان لأن النكاح فى أصل الوضع من مصالح المعيشة والأصل الوضع لا الحال لأن الحال مما لايتوقف عليها كما فى المنح (قوله أما الزيادة فباطلة) أى مالم تجزها الورثة لأنها وصية لزوجته الوارثة فافهم (قوله وبيع مشاهد) إنما يكون مشاهدا بالبينة على ماتقدم (قوله والمريض) بخلاف الصحيح كما فى حبس العناية (قوله ليس له) أى للمريض ومفاده أن تخصيص الصحيح صحيح كما فى حجر النهاية شرح الملتقى (قوله دين بعض الغرماء) ولو غرماء صحة لتعلق حق كل الغرماء بما فى يده ، والتقييد بالمريض يفيد أن الحر غير المحجور لايمنع من ذلك .

قال فى الدرر : ولم يجز تخصيص غريم بقضاء دينه وهذا ظاهر فى أنه لو أداه شاركه الغرماء الآخر بخلاف قوله : وليس له الخ فإنه محتمل ويدل على ذلك قول الشارح فلا يسلم لهما (قوله فلا يسلم) بفتح اللام المخففة من السلامة (قوله لهما) بل يشاركهما غرماء الصحة لأن ماحصل له من النكاح ، وسكنى الدار لايصلح لتعلق حقهم بعين التركة ، فكان تخصيصهما إبطالا لحق الغرماء بخلاف مابعده من المسألتين لأنه حصل فى يده مثل مانقد وحق الغرماء تعلق بمعنى التركة لا بالصورة فإذا حصل له مثله لايعد تفويتا كما فى الكفاية ، وهذا فى الأجرة المستوفية المنفعة أما إذا كانت الأجرة مشروطة التعجيل ، وامتنع من تسليم العين المؤجرة حتى يقبض الأجرة فهى كمسألة ثمن المبيع الآتية الذى امتنع من تسليمه حتى يقبض ثمنه (قوله إلا فى مسألتين الخ) وذلك لأن المريض إنما منع من قضاء دين بعض الغرماء لما فيه من إسقاط حق الباقين فإذا حصل للغرماء مثل ماقضى ، ولم يسقط من حقهم شيء جاز القضاء ، ولأن حق الغرماء فى معنى التركة لا فى عينها كما مر . فإذا اشترى عبدا وأوفى ثمنه من التركة فمعنى التركة حاصل لهم لم يسقط منه شيء فجاز مافعله ط (قوله او بمثل القيمة) والزيادة تبرع فهى وصية (قوله أى ثبت كل منهما) أى من القرض والشراء (قوله بخلاف إعطاء المهر ونحوه) أى كإيفاء أجرة عليه ، وذكرهما ليفيد الحكم فيهما وفيما ذكره المصنف بعد .

قال فى خزانة المفتين : المريض إذا تزوج امرأة وأعطاها مهرها يسترد منها ما أخذت ويكون بين الغرماء بالحصص ، والمرأة واحدة منهم بخلاف ثمن المبيع ، فإن الثمن يسلم للدافع أى للبائع الذى دفع السلعة ، أما إذا لم يدفعها فإن له حبسها حتى يقبض الثمن على كل حال ، ولكن ينظر الفرق بين المهر وبدل الأجرة ، وبين ثمن المبيع والقرض والفرق أن المهر تبرع من وجه وصلة وعوض من وجه فباعتبار ما فيه من المعاوضة تشارك الغرماء ، وباعتبار ما فيه من الصلة والتبرع يسترد ما أخذته فى المرض والأجرة بعد استيفاء المنفعة دين فى ذمة المستأجر فساوت بقية الديون أما قضاء ما استقرض فى مرضه لا يسترد دفعا للحرج ، لأن المقرض إذا علم عدم وفائه فى المرض يمتنع عن إقراضه وكذا البائع فيلحق المريض الحرج ، وما جعل عليكم فى الدين من حرج (قوله وما إذا لم يؤد) أى وبخلاف ما إذا لم يؤد بدل ما استقرض أو ثمن ما اشترى فى المرض (قوله فإن البائع) أى والمقرض (قوله أسوة) بضم الهمزة وكسرها وبهما قرئ فى السبع (قوله فى الثمن) الأولى أن

المبيعة (فى يده) أى يد البائع فإن كانت كان أولى (وإذا أقر) المريض (بدين ثم) أقر (بدين تحاصا وصل أو فصل) للاستواء ولو أقر بدين ثم وديعة تحاصا وبعكسه الوديعة أولى (وإبراؤه مديونه وهو مديون غير جائز) أى لا يجوز (إن كان أجنبيا وإن) كان (وارثا فلا) يجوز (مطلقا) سواء كان المريض مديونا أولا للتهمة وحيلة صحته أن يقول لا حق لى عليه كما أفاده بقوله (وقوله لم يكن لى على هذا المطلوب شىء) يشمل الوارث وغيره

يقول فى التركة (قوله كان أولى) فتباع ويقضى من ثمنها ماله فإن زاد رده فى التركة ، وإن نقص حاصص بنقصه كما لا يخفى (قوله أقر المريض الخ) ولو للمريض على الوارث دين فأقر بقبضه لم يجز ، سواء وجب الدين بصحته أولا على المريض دين أو لا فصولين (قوله ثم أقر بدين) وقد تساوى الدينان صحة أو مرضا (قوله للاستواء) فى الثبوت فى ذمة المقر (قوله ولو أقر بدين ثم بوديعة تحاصا) لأنه لما بدأ بالإقرار بالدين تعلق حق الغريم بالألف التى فى يده ، فإذا أقر أنها وديعة يريد أن يسقط حق الغريم عنها فلا يصدق إلا أنه قد أقر بوديعة تعذر تسليمها بفعله ، فصارت كالمستهلكة فتكون دينا عليه ، ويساوى الغريم الآخر فى الدين ولو أقر بوديعة ثم بدين ، فصاحب الوديعة أولى بها لأنه لما بدأ بالوديعة ملكها المقر له بعينها فإذا أقر بدين لم يجز أن يتعلق بمال الغير ط عن الحموى (قوله وبعكسه الوديعة أولى) يعنى أن الألف المعين يصرف للوديعة من غير محاصصة فيه لأنه حين أقر بها علم أنها ليست من تركته ثم إقراره بالدين لا يكون شاغلا لما لم يكن من حملة تركته بزازية .

والحاصل : أن فى الصورة الأولى يتحاصان وفى الصورة الثانية ينصرف للوديعة من غير تحاصص ويلزمه ما أقر به ، وإقراره بمال فى يده إنه بضاعة أو مضاربة حكمه مساو للوديعة كما فى البدائع (قوله وإبراؤه مديونه وهو مديون) أى بمستغرق قيد به احترازا عن غير المديون فإن لم يكن مديونا وأبرأ الأجنبى فهو نافذ من الثلث كما فى الجوهرة .

قال أبو السعود فى حاشية الأشباه ما نصه : ليس على إطلاقه بل يقيد أن لا يبقى له من المال الفارغ عن الدين ما يمكن خروج القدر المبرأ من ثلثه ولابد من قيد آخر وهو أن يكون له وارث ولم يجز (قوله للتهمة) علله أبو السعود فى حاشية الأشباه بقوله : لأن إبراء الوارث فى مرض موته وصية : وهى للوارث لا تجوز ما لم يجز الوارث الآخر لكن الشارح تبع المنح والأظهر ما نقلناه عن أبى السعود (قوله إن كان أجنبيا) إلا أن يكون الوارث كفيلا عنه فلا يجوز إذ يبرأ الكفيل ببراءة الأصيل جامع الفصولين ولو أقر باستيفائه دينه منه صدق كما بسطه فى الولوالجية (قوله وإن كان وارثا فلا يجوز) أى سواء كان من دين له عليه أصالة أو كفالة وكذا إقراره بقبضه واحتياله به على غيره فصولين (قوله وحيلة صحته الخ) قال فى الأشباه : وهى الحيلة فى إبراء المريض وارثه مرض موته ، بخلاف قوله : أبرأتك فإنه يتوقف كما فى حيل الحاوى القدسى ، وعلى هذا لو أقر المريض بذلك لأجنبى لم تسمع الدعوى عليه بشىء من الوارث فكذا إذا أقر بشىء لبعض ورثته كما فى البزازية (قوله يشمل الوارث وغيره) صرح به فى جامع الفصولين حيث قال : مريض له على وارثه دين ، فأبرأه لم يجز ولو قال : لم يكن لى عليك شىء ، ثم مات جاز إقراره قضاء لا ديانة اه وينبغى لو ادعى الوارث الآخر أن المقر كاذب فى إقراره ، أن يحلف المقر له بأنه لم يكن كاذبا بناء على قول أبى يوسف المفتى به كما مر قبيل باب الاستثناء

(صحيح قضاء لا ديانة) فترتفع به مطالبة الدنيا لا مطالبة الآخرة حاوى إلا المهر فلا يصح على الصحيح بزازية أى لظهور أنه عليه غالبا بخلاف إقرار البنت فى مرضها بأن الشىء الفلانى ملك أبى أو أمى لا حق لى فيه أو أنه كان عندى عارية فإنه يصح ولا تسمع دعوى زوجها فيه

وفى البزازية : ادعى عليه ديونا ومالا ووديعة ، فصالح الطالب على يسير سرا وأقر الطالب فى العلانية أنه لم يكن له على المدعى عليه شىء وكان ذلك فى مرض المدعى ، ثم مات فبرهن الوارث أنه كان لمورثى عليه أموال كثيرة ، وإنما قصد حرماننا لا تسمع ، وإن كان المدعى عليه وارث المدعى وجرى ما ذكرنا فبرهن بقية الورثة على أن أبانا قصد حرماننا بهذا الإقرار تسمع اه ، وينبغى أن يكون فى مسألتنا كذلك لكن فرق فى الأشباه بكونه متهما فى هذا الإقرار لتقدم الدعوى عليه والصلح معه على يسير والكلام عند عدم قرينة على التهمة اه .

قلت : وكثيرا ما يقصد المقر حرمان بقية الورثة فى زماننا ، وتدل عليه قرائن الأحوال القريبة من الصريح فعلى هذا تسمع دعواهم بأنه كان كاذبا وتقبل بينتهم على قيام الحق على المقر له وكذا الحكم يجرى لو ادعى وارث المقر ، فيحلف والنفى عبر عنه فى البحر هنا بالإقرار وتارة عبر عنه بالإبراء فى أول الإقرار ، وفى الصلح وكذا البزازى ، وحينئذ فما فى المتن إما إقرار أو إبراء وكلاهما لا يصح للوارث كما فى المتون والشروح فما فى المتن هنا غريب لا يعول عليه ، لئلا يصير حيلة لإسقاط الإرث الجبرى مع ضعفه ويوضحه ما لو قالوا قصد حرماننا بذلك تسمع دعواهم كما سمعت ويأتى والله تعالى أعلم (قوله صحيح قضاء لا ديانة) لأنه فى الديانة لا يجوز إذا كان بخلاف الواقع ، ونفس الأمر بأن كان له فى الواقع عليه شىء لاستلزامه إيثار بعض الورثة ، وحرمان البعض إذ لو قال طابق الواقع إقراره بأن لم يكن عليه شىء لصح قضاء وديانة كما لا يخفى (قوله إلا المهر) أى إذا قالت فى مرض موتها لا مهر لى عليه أو لم يكن لى عليه مهر (قوله على الصحيح) مقابله ما فى المنح عن البزازية معزيا إلى حيل الخصاف قالت فيه ليس على زوجى مهر أو قال فيه لم يكن لى على فلان شىء يبرأ عندنا خلافا للشافعى اه (قوله لظهور أنه عليه غالبا) لعل المراد ما تعورف تأجيله غالبا تأمل (قوله بخلاف) راجع إلى قوله فلا يصح (قوله فإنه يصح ولا تسمع دعوى زوجها فيه) اعلم أن صاحب الأشباه استنبط هذه المسألة من مسألة الإقرار المصدر بالنفى ، وقال : إن هذا الإقرار منها أى البنت بمنزلة قولها لا حق لى فيه ، فيصح وليس من قبيل الإقرار بالعين للوارث لأنه فيما إذا قال هذا لفلان فليتأمل ويراجع المنقول اه .

وأقره على ذلك المصنف فى منحه حيث قال : وفى التاترخانية من باب إقرار المريض معزيا إلى العيون : ادعى على رجل مالا وأثبته وأبرأه لا تجوز براءته إن كان عليه دين ، وكذا لو أبرأ الوارث لا يجوز سواء كان عليه دين أولا ، ولو أنه قال لم يكن لى على هذا المطلوب شىء ثم مات جاز إقراره فى القضاء اه .

وفى البزازية معزيا إلى حيل الخصاف قالت فيه ليس لى على زوجى مهر وقال فيه لم يكن لى على فلان شىء يبرأ عندنا خلافا للشافعى اه وفيها قبله وإبراء الوارث لا يجوز فيه قال فيه : لم يكن لى عليه شىء ليس لورثته أن يدعوا عليه شيئا فى القضاء وفى الديانة لا يجوز هذا الاقرار وفى الجامع : أقر الابن فيه أنه ليس له على والده شىء من تركة أمه صح ، بخلاف ما لو أبرأه أو وهبه وكذا لو أقر بقبض ماله منه اه .

وبهذا علم صحة ما أفتى به مولانا صاحب البحر : فيما لو أقرت البنت فى مرض موتها بأن الأمتعة الفلانية ملك أبيها لا حق لها فيها أنه يصح ، ولا تسمع دعوى زوجها فيها مستندا إلى ما ذكرناه وقد خالفه فى ذلك شيخنا

أمين الدين ابن عبد العال المصرى ، وأفتى بعدم الصحة مستندا إلى عامة ما فى المعتبرات من أن الإقرار للوارث لا يصح وكثير من النقول الصحيحة يشهد بصحة هذا أى إفتاء صاحب البحر ، وليس هذا من قبيل الاقرار لوارث كما لا يخفى .

قال مولانا صاحب البحر : ولا ينافيه ما فى البزازية معزيا للذخيرة قولها فيه لا مهر لى عليه أولا شىء لى عليه أولم يكن لى عليه مهر قيل يصح وقيل لايصح والصحيح أنه لايصح اه لأن هنا فى خصوص المهر لظهور أنه عليه غالبا ، وكلا منا فى غير المهر ولا ينافيه أيضا ما ذكره فى البزازية أيضا بعده : ادعى عليه مالا وديونا ووديعة ، فصالح مع الطالب على شىء يسير سرا ، وأقر الطالب فى العلانية أنه لم يكن له على المدعى عليه شىء وكان ذلك فى مرض المدعى ، ثم مات ليس لورثته أن يدعوا على المدعى عليه بشىء ، وإن برهنوا على أنه كان لمورثنا عليه أموال لـكنه قصد بهذا الإقرار حرماننا لاتسمع ، وإن كان المدعى عليه وارث المدعى ، وجرى ما ذكرنا فبرهن بقية الورثة على أن أبانا قصد حرماننا بهذا الإقرار وكان عليه أموال تسمع اه لـكونه متهما فى الدعوى عليه والصلح معه على يسير والـكلام عند عدم قرينة على التهمة والله تعالى أعلم اه ما ذكره فى المنح ، وأقره على ذلك الشارح كما ترى قال محشيه الفاضل الخير الرملى قوله : وبهذا علم صحة ما أفتى به مولانا صاحب البحر الخ .

أقول : لا شاهد له على ذلك مما تقدم وحيث كانت الأمتعة فى يد البنت المقرة لا يصح إقرارها بها لأبيها يدل عليه ما صرح به الزيلعى وغيره من أنه لو أقر بعين فى يده لآخر لا يصح فى حق غرماء الصحة ، وإذا لم يصح فى حق غرماء الصحة لا يصح فى حق بقية الورثة لاشتراكهما فى الحـكم لشمول العلة وهى التهمة لها ، وما قدمه من قوله بخلاف إقراره بأن هذا العبد لفلان ، فإنه كالدين فإذا كان كالدين فـكيف يصح الإقرار به للوارث ، أما عدم شهادة ما تقدم له فبيانه أن قوله : ليس لى على فلان أو لم يكن لى عليه دين مطابق لما هو الأصل من خلو ذمته عن دينه ، فلم يكن من باب الإقرار له فصار كاعترافه بعين فى يد زيد بأنها لزيد فانتفت التهمة ، ومثله ليس له على والده شىء من تركة أمه ، وليس لى على زوجى مهر على القول المرجوح وقدعلمت أن الأصح أنه لا يصح بخلاف الأمتعة التى بيد المقرة ، فإنه إقرار بها للوارث بلا شك ، لأن أقصى ما يستدل به على الملك اليد ، فقد أقرت بما هو ملـكها ظاهرا لوارثها فأنى يصح وأنى تنتفى التهمة ، وقوله : وكثير من النقول الصحيحة نشهد بصحة هذا ، وليس هذا من باب الإقرار لوارث غير صحيح لأنا لم نجد فى النقول الصحيحة ولا الضعيفة ما يشهد بصحته ، ووجدنا النقول مصرحة بأن الإقرار بالعين التى فى يد المقر كالإقرار بالدين ، ولم يبعد عهدك بنقلها وقول صاحب البحر ولا ينافيه الخ .

أقول : بل يفهم منه عدم الصحة بالأولى : وذلك لأنه إذا لم يصح فيما فيه الأصل براءة الذمة فـكيف يصح فيما فيه الملك مشاهد ظاهرا باليد نعم لوكانت فى الأمتعة يد الأب هى المشاهدة لا يد البنت ، فلا كلام فى الصحة فالحق ما أفتى به ابن عبد العال ويدل أيضا لصحة ما قلنا ما فى شرح القدورى المسمى بمجمع الرواية من قوله قال فى حاشية الهداية قوله وإقرار المريض لوارثه لايصح إلا أن يصدقه بقية الورثة هذا إشارة إلى أن إقرار المريض لوارثه إذا كان هناك وارث آخر غير المقر له إنما لا يصح لا لعدم المحلية بل لحق بقية الورثة فإذا لم يكن له وارث غير المقر له صح إقراره دل عليه ما ذكر فى الديات إذا ماتت المرأة وتركت زوجا وعبدين

لا مال لها غيرهما فأقرت أن هذا العبد بعينه وديعة لزوجها عندها ، ثم ماتت فذلك جائز ويكون العبد للزوج بالإقرار بالوديعة والعبد الآخر ميراث نصفه للزوج ونصفه لبيت المال اه . فهذا صريح فى أنه إذا كان هناك وارث غير الزوج وغير بيت المال لايصح إقرارها بالعبد للزوج ، وأى فرق بين قول البنت هذه الأمتعة التى بيدى ، أو فى بيتى ملك أبى لا حق لى فيها ، وبين قول الزوجة هذا العبد ملك زوجى ، فإن كان زيادة لاحق لى فيها فهذا نفى حقها المشاهد باليد ظاهرا بعد إثباته للأب ، وبه لا يخرج عن كونه إقرارا للوارث بعين فى يده فتأمل اه ما ذكره الشيخ خير الدين الرملى رحمه الله تعالى فالعجب من الشارح مع قول شيخه الخير الرملى فى حاشيته على الأشباه أيضا : أن كل ما أتى به من الشواهد لايشهد له مع تصريحهم بأن إقرار المريض بعين فى يده لوارثه لايصح ، ولا شك أن الأمتعة التى بيد البنت ، وملكها فيها ظاهر باليد إذا قالت : هى ملك أبى لا حق لى فيها إقرار بالعين للوارث ، بخلاف قوله لم يكن لى عليه شىء أو لا حق لى عليه ، أو ليس لى عليه شىء ونحوه من صور النفى لتمسك النافى فيه بالأصل ، فكيف يستدل به على مدعاه ، ويجعله صريحا فيه ثم قال : وقد خالفه فى ذلك علماء عصره بمصر ، وأفتوا بعدم الصحة ، ومنهم والد شيخنا الشيخ أمين الدين بن عبد العال ، وبعد هذا البحث والتحرير رأيت شيخ شيخنا شيخ الإسلام الشيخ على المقدسى رد على المؤلف : أى صاحب الأشباه كلامه ، وكذلك الشيخ محمد الغزى على هامش نسخة الأشباه والنظائر ، فقد ظهر الحق واتضح ولله الحمد والمنة اه كلام الخير الرملى أيضا وتبعه السيد الحموى فى حاشية الأشباه ، وكذلك رد عليه العلامة جوى زاده كذا رأيته منقولا عنه فى هامش نسختى الأشباه ، ورد عليه أيضا العلامة البيرى وقال بعد كلام : وعليه فلا يصح الاستدلال لمفت ، ولا لقاض بما أفتى به من صحة الإقرار للوارث بالعروض فى مرض الموت الواقع فى زماننا لأن الخاص والعام يعلمون أن المقر مالك لجميع ما حوته داره لاحق فيه للمقر له بوجه من الوجوه وإنما قصد حرمان باقى الورثة أى تهمة بعد هذه التهمة يا عباد الله اه وكذا رد عليه الشيخ إسماعيل الحائك مفتى دمشق الشام سابقا حيث سئل : فيمن أقر فى مرضه أن لا حق له فى الأمتعة المعلومة مع بنته وملكه فيها ظاهر .

فأجاب بأن الإقرار باطل على ما اعتمده المحققون ، ولو مصدرا بالنفى خلافا للأشباه وقد أنكروا عليه اه، وكذا رد عليه شيخنا السائحانى وغيره .

والحاصل كما رأيته منقولا عن العلامة جوى زاده أن الأمتعة إن كانت فى يد البنت فهو إقرار بالعين للوارث بلا شك وإن لم تكن فى يدها فهو صحيح ، وبه يشعر كلام الخير الرملى المتقدم ، وصرح به أيضا فى حاشيته على المنح ، وأطال فى الرد على الأشباه كما علمت .

مطلب الإقرار للوارث موقوف إلا فى ثلاث

فإن قلت : قد ذكر الشارح فيما يأتى عن الأشباه أن إقراره للوارث موقوف إلا فى ثلاث : منها : إقراره كلها الخ وقول البنت هذا الشىء لأبى إقرار بالأمانة بالأمانات فيصح وإن كان فى يدها .

قلت : المراد يصح إقرارها بقبض الأمانة التى له عند وارثه لأن صاحب الأشباه ذكر عن تلخيص الجامع أن الإقرار للوارث موقوف إلا فى ثلاث : لو أقر باتلاف وديعته المعروفة ، أو أقر بقبض ما كان عنده وديعة أو بقبض ما قبضه الوارث بالوكالة من مديونه ثم قال فى الأشباه : وينبغى أن يلحق بالثانية إقراره بالأمانات

كما بسطه فى الأشباه قائلا فاغتنم هذا التحرير فإنه من مفردات كتابى .
(وإن أقر المريض لوارثه) بمفرده

كلها ولو مال الشركة أو العارية والمعنى فى الكل أنه ليس فيه ايثارا لبعض اه يعنى أن الوديعة فى قوله : أو أقر بقبض ماكان عنده وديعة غير قيد : بل ينبغى أن يلحق بها الأمانات كلها فيكون إقراره بقبضها كاقراره بقبض الوديعة ، ويؤيد هذا البحث ماقدمناه عن نور العين من قوله : مريض عليه دين محيط فأقر بقبض وديعة أوعارية أو مضاربة كانت له عند وارثه صح إقراره ، لأن الوارث لوادعى ردالأمانة إلى مورثه المريض وكذبه المورث يقبل قول الوارث اه .

فقد تبين لك أنه ليس المراد إقراره بأمانة عنده لوارثه بل المراد ما قلنا فتنبه لذلك . فإنى رأيت من يخطىء فى ذلك مع أن النقول صريحة بأن إقراره لوارثه بعين غير صحيح كما مر ثم إن ما ذكره فى الأشباه من استثناء المسئلة الثالثة الظاهر أنه يستغنى عنه بالثانية ، لأن المريض إذا كان له دين على أجنبى ، فوكل المريض وارثه بقبض الدين المذكور فقبضه صارذلك الدين أمانة فى يد الوارث فإذا أقر بقبضه منه فقد أقر له بقبض ما كان له أمانة عنده ، لأن المال فى يد الوكيل أمانة تأمل .

وقد ذكر فى جامع الفصولين صورة المسئلة الأولى من المسائل الثلاث فقال : صورتها أودع أباه ألف درهم فى مرض الأب أوصحته عند الشهود ، فلما حضره الموت أقر باهلاكه صدق إذ لو سكت ومات ولايدرى ما صنع كانت فى ماله فإذا أقر بإتلافه فأولى اه وقوله : عند الشهود قيد به لتكون الوديعة معرفة بغير إقراره ولهذا قيد فى الأشباه بقوله : المعروفة فيدل على أنه لو أقر باهلاك وديعة لوارثه ولا بينة على الايداع لا يقبل قوله وبه تعلم ما فى عبارة المصنف والشارح من الخلل حيث قال : بخلاف إقراره له أى لوارثه بوديعة مستهلكة فإنه جائز .

وصورته : أن يقول : كانت عندى وديعة لهذا الوارث فاستهلكتها جوهرة اه فإنه كان عليه أن يقول بخلاف إقراره له باستهلاك وديعة معرفة فإنه جائز فاغتنم ذلك (قوله كما بسطه فى الأشباه الخ) أقول : وقد خالفه علماء عصره ، وأفتوا بعدم الصحة كما علمت .

وقد كتب العلامة الحموى فى حاشية الأشباه فى الرد على عبارتها فقال : كل ما أتى به المصنف أى صاحب الأشباه لا يشهد له مع تصريحهم بأن إقراره بعين فى يده لوارثه لا يصح ، ولا شك أن الأمتعة التى بيد البنت ملكها فيها ظاهر باليد فإذا قالت : هى ملك أبى لا حق لى فيها ، فيكون إقرارا بالعين للوارث بخلاف قوله : لم يكن لى عليه شىء أولا حق لى عليه أو ليس لى عليه شىء ونحوه من صورة النفى لتمسك النافى فيه بالأصل ، فكيف يستدل به على مدعاه ، ويجعله صريحا فيه .

وذكر الشيخ صالح فى خاشيته على الأشباه متعقبا لصاحبها فى هذه المسئلة مانصه : أقول : ما ذكره المصنف هنا لا يخرج عن كونه إقرارا للوارث بالعين ، وهو غير صحيح وبه أفتى شيخ الإسلام أمين الدين وليس هذا داخلا تحت صور النفى التى ذكرها مستدلا بها ، وقال أخو المؤلف الشيخ عمر بن نجيم : لا يخفى مافى إقرارها من التهمة خصوصا إذاكان بينها وبين زوجها خصومة كتزوجه عليها وقال البيرى : الصواب أن ذلك إقرار للوارث بالعين بصيغة النفى ، ولا نزاع فى عدم صحة ذلك للوارث فى مرض الموت ، وما استند له المصنف مفروض فى إقرار بصيغة النفى فى دين لا فى عين ، والدين وصف قائم بالذمة وإنما يصير مالا باعتبار قبضه اه

أو مع أجنبي بعين أو دين (بطل) خلافاللشافعي رضى الله تعالى عنه. ولنا حديث « لا وصية لوارث ولا إقرار له بدين» (إلا أن يصدقه) بقية (الورثة) فلو لم يكن وارث آخر أو أوصى ازوجته أو هي له صحت الوصية

وقول المصنف ، وليس هذا من قبيل الإقرار للوارث فيه نظر (قوله أو مع أجنبي) قال فى نور العين : أقر لوارثه ولأجنبي بدين مشترك بطل إقراره عندهما تصادقا فى الشركة أو تكاذبا ، وقال محمد للأجنبي بحصته، لو أنكر الأجنبي الشركة ، وبالعكس لم يذكره محمد ويجوز أن يقال: إنه على اختلاف والصحيح أنه لم يجز على قول محمد كما هو قولهما اه لهما أن الاقرار إخبار ، ولا يصح أن ينفذ على خلاف الوجه الذى أقر به ، فإذا أقر مشتركا لا يمكن أن ينفذ غير مشترك . وفى أحكام الناطفي : لو أقر لاثنين بألف فرد أحدهما وقبل الآخر فله النصف (قوله بعين) قيست على الدين المذكور فى الحديث ومثال العين أن يقر المريض بأن هذه العين وديعة وارثي أو عاريته أو غصبتها أو رهنتها منه (قوله بطل) أى على تقدير عدم الاجازة وإلا فهو موقوف اه منح لكنه لو طلب سلم إليه ثم إن مات لا يرد لا حتمال صحة الإقرار بالتحاق صحة المريض اه حموى عن الرمز (قوله ولنا حديث «لاوصية لوارث ولا إقرار له بدين») رواه الدار قطنى لكن فى المبسوط أن الزيادة شاذة ولذلك تركها فى الدرر والمشهور: لا وصية لوارث ولدلالة نفي الوصية على نفي الاقرار له بالطريق الأولى، لأن بالوصية إنما يذهب ثلث المال ، وبالإقرار يذهب كله فابطالها إبطال للإقرار بالطريق الأولى كما فى المنبع . فظهر أن ما يقال المدعى عدم جواز الإقرار والدليل دليل على عدم جواز الوصية .

فالصواب ما أتى به صاحب الهداية ساقط غايته أن الدليل لم ينحصر على عبارة النص كما صرح به فى الأصول (قوله إلا أن يصدقه بقية الورثة) أى بعد موته ولا عبرة لاجازتهم قبله كما فى خزانة المفتين وإن أشار صاحب الهداية لضده ، وأجاب به ابنه نظام الدين وحافده عماد الدين ذكره القهستاني شرح الملتقى .

وفى النعيمية: إذا صدق الورثة إقرار المريض لوارثه فى حياته لايحتاج لتصديقهم بعد وفاته وعزاه لحاشية مسكين قال فلم تجعل الإجازة كالتصديق ولعله لأنهم أقروا اه .

قال العلامة أبو السعود فى حاشية مسكين : وكذا لو كان له دين على وارثه فأقر بقبضه لا يصح إلا أن يصدقه البقية زيلعي ، فإذا صدقوه فى حياة المقر فلا حاجة إلى التصديق بعد الموت ، بخلاف الوصية بما زاد على الثلث حيث لا تنفذ إلا باجازة الورثة بعد موت الموصى حموى.اه .

أقول : ينبغى أن يكون على هذا المنوال رضا الغرماء قبل موته تدبر .

وأقول : وكذا وقف بيعه لوارثه على إجازتهم كما قدمه فى باب الفضولي وأشار فى الخزانة إلى أنهم لو قالوا أجزنا إقراره فى حياته فلهم الرجوع : أى فلا مخالفة لأن التصديق كصريح الإقرار بخلاف الإجازة (قوله فلو لم يكن وارث آخر) أى ذو فرض أو تعصيب أو رحم محرم (قوله أو أوصى لزوجته) يعنى ولم يكن له وارث آخر وكذا فى عكسه كما فى الشرنبلالية وفى بعض النسخ : وأوصى بدون ألف وهى الأولى لأنه تصوير للوصية للوارث الذى ليس له وارث غيره وذلك لا يتصور بغير أحد الزوجين لما قاله من أن غيرهما يرث فرضا وردا (قوله صحت الوصية) ولو كان معها بيت المال لما أنه غير وارث ، بل يوضع فيه المال على أنه مال ضائع لابطريق الارث، فلا يعارضه الوصية والإقرار ولا المحاباة، كما أفاده الخير الرملي فى فتاواه آخر الوصايا قال فيها وحيث لا وارث نفذت محاباتها مع زوجها بلا توقف ، ولو أوصت بكل مالها نفذت وصيتها له لكن قد يقال: إن ما ذكره الشارح أنه لا يوافق مسئلة المصنف ، لأن موضوعها الإقرار لا بملاحظة أن هذا الإقرار يكون وصية

وأما غيرهمافيرث الكل فرضا وردا فلا يحتاج لوصية شرنبلالية .

وفى شرحه للوهبانية : أقر بوقف لا وارث له فلو على جهة عامة صح تصديق السلطان أو نائبه ، وكذا لو وقف خلافا لما زعمه الطرسوسى فليحفظ (ولو)كان ذلك (إقرارا بقبض دينه) أو غصبه أو رهنه

بدليل قوله إلا أن يصدقه الورثة فإنه يصح الإقرار ؛ إن لم يكن وارث آخر.

والحاصل : أن المسئلة في حد ذاتها صحيحة إلا أنها لاتوافق مسئلة المصنف لما ذكرنا تأمل (قوله وأما غيرهما) أى غير الزوجين ولوكان ذارحم شرنبلالية (قوله فرضا وردا) المناسب زيادة أو تعصيبا ط (قوله فلا يحتاج لوصية شرنبلالية) والحاصل أن إقرار المريض لوارثه لايصح إذاكان هناك وارث آخر غير المقرله لالعدم المحلية بل لحق الورثة فإذا لم يكن له وارث آخر غير المقر له صح إقراره (قوله أقر بوقف الخ) هذا كلام مجمل يحتاج إلى بيان ذكر الشارح العلامة عبد البر عن الخانية : رجل أقر فى مرضه بأرض فى يده أنها وقف إن أقر بوقف من قبل نفسه كان من الثلث كما لو أقر المريض بعتق عبده ، وإن من جهة غيره إن صدقه ذلك الغير أو ورثته جاز فى الكل ، وإن لم يبين أنه منه أومن غيره فهو من الثلث وفى منية المفتى مثله ، وسواء أسند الوقف إلى حال الصحة أولم يسند فهو من الثلث إلا أن يجيز الورثة أو يصدقوه فى الاسناد إلى الصحة ولوكان المسند إليه مجهولا أو معروفا ولم يصدق ، ولم يكذب أو مات ، ولا وارث له إلا بيت المال فالظاهر أنه يكون من الثلث ، لأن التصديق منه أو من الوارث شرط فى كونه من جميع المال ، وفرع عليه صاحب الفوائد أنه لا يعتبر تصديق السلطان فيما إذا لم يكن له وارث إلا بيت المال ، وهذا منقول من كلام شيخنا وإن قاله الطرسوسى تفقها اه بتصرف .

وفى شرح الشرنبلالى : وإن أجاز ورثته أو صدقوه فهو من جميع المال لأنه مظهر باقراره لا منشىء فلو لم يكن للغير وارث .

قال المصنف : لا يعتبر تصديق السلطان كذا أطلقه .

قلت : وهذا فى الوقف لا على جهة عامة ظاهر لتضمنه إقراره على غيره ، وإبطال حق العامة ، وأما الوقف على جهة عامة فيصح تصديق السلطان كإنشائه لما تقدم من صحة وقف السلطان شيئا من بيت المال على جهة عامة ، ثم لايخفى أن المقر إذا لم يسنده لغيره ولم يكن له وارث تجوز إجازة السلطان ، ومن له بيت المال كذا فى البزازية ولمنافيه رسالة ولايعمل بما فهمه الطرسوسى كما نقله المصنف عنه من أنه يكون من الثلث مع عدم اعتبار تصديق السلطان أنه نافذ من كل المال ط (قوله فلو على جهة عامة) كبناء القناطر والثغور (قوله صح تصديق السلطان) لأن له أن يفعل ذلك من بيت المال ، ومن حكى أمرا يملك استئنافه صدق (قوله وكذا لو وقف) . أى أنشأ وقفا فى مرض موته ، ولا وارث له على جهة عامة ، فإنه ينفذ من الجميع بتصديق الساطان (قوله خلافا لما زعمه الطرسوسى) هو يقول : لو لم يكن له وارث إلا بيت المال لا يعتبر تصديق السلطان بل يكون من الثلث كما يؤخذ من شرح الوهبانية لعبد البر السابقة ووجه فساد ما زعمه الطرسوسى أن الوقف والحالة هذه وصية وهى مقدمة على بيت المال ، بل لا يحتاج ذلك لتصديق السلطان (قوله ولو كان ذلك) أى الاقرار ولو وصلية (قوله إقرارا بقبض دينه أو غصبه) بأن أقر أنه قبض ما غصبه وارثه منه .

قال فى الخانية : لايصح إقرار مريض مات فيه بقبض دينه من وارثه ، ولا من كفيل وارثه ، ولو أقر لوارثه وقت إقراره ووقت موته وخرج من أن يكون وارثا فيما بين ذلك بطل إقراره عند أبى يوسف لاعند محمد

ونحو ذلك (عايه) أى على وارثه أو عبد وارثه أو مكاتبه لا يصح لوقوعه لمولاه ولو فعله ثم برئ ثم مات جاز كل ذلك لعدم مرض الموت اختيار ولو مات المقر له

ويأتى تمامه وقيد بدين الوارث احترازا عن إقراره باستيفاء دين الأجنبى والأصل فيه أن الدين لو كان وجب له على أجنبى فى صحته جاز إقراره باستيفائه ، ولو عليه دين معروف ، سواء وجب ماأقر بقبضه بدلا عما هو مال الثمن أولا كبدل صلح دم العمد والمهر ونحوه ، ولو دينا وجب له فى مرضه ، وعليه دين معروف أو دين وجب عليه بمعاينة الشهود بمرضه فلو ما أقر بقبضه بدلا عما هو مال لم يجز إقراره : أى فى حق غرماء الصحة أو المرض بمعاينة الشهود كما فى البدائع ولو بدلا عما ليس بمال جاز إقراره بقبضه ، ولو عليه دين معروف جامع الفصولين .

وفيه : لو باع فى مرضه شيئا بأكثر من قيمته فأقر بقبض ثمنه والمسألة بحالها من كون المقر مديونا دينا معروفا ببينة لم يصدق وقيل للمشترى أد ثمنه مرة أخرى أو انقض البيع عند أبى يوسف ، وعند محمد يؤدى قدر قيمته أو ينقض البيع .

قال فى جامع الفصولين : أقر بدين لوارثه أو لغيره ، ثم برىء فهو كدين صحته ، ولو أوصى لوارثه ثم برئ بطلت وصيته اه .

وفى الخلاصة : نفس البيع من الوارث لايصح إلا بإجازة الورثة يعنى فى مرض الموت وهو الصحيح وعندهما يجوز لكن إن كان فيه غبن أو محاباة يخير المشترى بين الرد وتكميل القيمة اه :

أقول : وبيان ماتقدم أن حق الغرماء يتعلق بذمة المديون فى الصحة فإذا مرض تعلق بمعنى التركة ، وهى أعيانها والدين مطلقا ليس منها فلم يكن أتلف عليهم بهذا الإقرار شيئا وأما إذا مرض وتعلق حقهم بعين التركة فإذا باع منها شيئا أو أقر باستيفاء ثمنه فقد أتلف عليهم وقوله : وقيل للمشترى أد ثمنه مرة أخرى أى على زعمك وإلا بأن أقروا أى الغرماء بدفع الثمن لايكون لهم مطالبة ، وهذا الفرع مشكل من حيث أن البيع صحيح نافذ فكيف يتخير والحالة هذه بين نقض البيع أو تأدية الثمن . وقول محمد أشد إشكالا من حيث إن الواجب فى البيع الثمن دون القيمة ويمكن تصويره على قول الإمام ، وذلك بأن يكون المشترى وارثا والبيع منه غير نافذ عنده ، بل موقوف على إجازة الورثة فإذا ولم يجيزوا ولم يردوا كان للمشترى الخيار . وحينئذ يخير بين الفسخ وعدمه : فإذا قالت له الورثة : إن شئت فادفع الثمن لنجيز البيع ، وإن شئت رد علينا بخيارك صح لكن يشكل عليه قول محمد وأن القولين منسوبان للصاحبين ، وهما يجيزان البيع من الوارث مطلقا غير أنه يقال له فى صورة المحاباة أد القيمة أو افسخ تأمل (قوله ونحو ذلك) كأن يقر أنه قبض المبيع فاسدا منه أو أنه رجع فيما وهبه له مريضا حموى ط أو أنه استوفى ثمن ماباعه كما فى الهندية (قوله بقبض دينه) فيه إشارة إلى أن إقراره بقبض وديعة له كانت عنده صحيح وبه صرح فى الأشباه ثم قال : وينبغى أن يلحق بذلك الإقرار بالأمانات كلها (قوله لايصح لوقوعه لمولاه) ملكا فى العبد والمكاتب إذا عجز وحقا فيه إن لم يعجز نفسه .

والحاصل : أنه لايصح إقرار مريض مات فيه بقبض دين من وارثه ، ولا من كفيل وارثه أو عبد وارثه لأن الإقرار لعبد الوارث إقرار لمولاه ، وما أقر به للمكاتب فيه حق لمولاه لذلك قال فى المنح ، لأنه يقع لمولاه ملكا أو حقا اه (قوله ولو فعله) أى الإقرار بهذه الأشياء للوارث (قوله ثم برئ) أى من مرضه (قوله لعدم مرض الموت) فلم يتعلق به حق الورثة (قوله ولو مات المقر له) أى الوارث للمقر ثم المريض المقر

ثم المريض وورثه المقر له من ورثة المريض جاز إقراره كإقراره للأجنبي بحر وسيجيء عن الصيرفية (بخلاف إقراره له) أى لوارثه (بوديعة مستهلكة) فإنه جائز .

وصورته أن يقول : كانت عندى وديعة لهذا الوارث فاستهلكتها جوهرة .

والحاصل : أن الإقرار للوارث موقوف إلا فى ثلاث مذكورة فى الأشباه

(قوله وورثة المقر له من ورثة المريض) صورته : أقر لابن ابنه ثم مات ابن الابن عن أبيه ثم مات المقر عن ذلك الابن فقط أو ابنين أحدهما والد المقر له أو أقر لامرأته بدين فماتت ثم مات هو وترك منها وارثا (قوله جاز إقراره) عند أبى يوسف آخرا ومحمد لخروجه عن كونه وارثا فى الصورة الأولى وفى الصورة الثانية : فلأن العبرة لكون المقر له وارثا أولا وقت موت المقر : وهى إذ ذاك ليست وارثة، لأن الميت ليس بوارث وهذا هو الذى يأتى قريبا عن الصيرفية (قوله كإقراره للأجنبى) يعنى لو كان المقر له أجنبيا ومات قبل المقر وورثته ورثة المقر فإن إقراره جائز لأنه لم يقر لوارث حين أقر ، أما فى الأجنبى فظاهر ، وأما فى الوارث الذى مات فإنه بموته قبل المقر خرج عن كونه وارثا له.قال فى المنح ولو أقر لوارثه ثم مات المقر له ثم المريض ووارث المقر له من ورثة المريض لم يجز إقراره عند أبى يوسف أولا وقال آخرا يجوز وهو قول محمد (قوله وسيجيء) أى قريبا (قوله بوديعة مستهلكة) أى وهى معروفة لعدم التهمة ، ولو كذبناه ومات وجب الضمان من ماله لأنه مات مجهلا ، وعليه بينة فلا فائدة فى تكذيبه ، ولو كانت الوديعة غير معروفة لايقبل إقراره باستهلاكها إلا أن يصدقه بقية الورثة كما فى التبيين والأصوب أن يقول المصنف باستهلاكه الوديعة أى المعروفة بالبينة بدل قوله بوديعة مستهلكة (قوله وصورته) لم يبين بهذه الصورة أن الوديعة معروفة كما صرح به فى الأشباه وقد أوضح المسألة فى الولوالجية فراجعها وصورها فى جامع الفصولين راقما .

صورتها : أودع أباه ألف درهم فى مرض الأب أو صحته عند الشهود ، فلما حضره الموت أقر بإهلاكه صدق إذ لو سكت ومات ولا يدرى ماصنع كانت دينا فى ماله ، فإذا أقر باستهلاكه فأولى . ولو أقر أولا بتلفها فى يده فنكل عن اليمين ومات لم يكن لوارثه فى ماله شيء اه .

والحاصل : أن مدار الإقرار هنا على استهلاك الوديعة المعروفة لاعليها ومنه تعلم أن قوله : ومنها إقراره بالأمانات كلها مقيد بما هنا ثم فيه أيضا لو أقر المريض بقبض ثمن ماباعه لوارثه بأمره أو بولاية لم يصدق إذا أقر بدين لوارثه إلا أن يدعى الهلاك لكونه دينا فى تركته فلو قال : قبضت الثمن وأتلفته يبرأ المشترى، ولو أدى لم يرجع وكذا لايصدق فى قبض ثمن ماباع لغيره من وارثه إلا أن يقول ضاع عندى أو دفعته إلى الآمر اه .

واللام فى لوارثه ، ولغيره : لام العلة أو الملك لا التعدية وقوله إلا أن يدعى الهلاك لكونه دينا فى تركته صوابه لكونه ليس دينا فى تركته ، لأن الوكيل أمين غير ضمين ويدل على ذلك أيضا قوله بعده إلا أن يقول ضاع عندى أو دفعته إلى الآمر ، لأنه لم يصر دينا فى التركة لالوارث ولا من جهة الوارث ، وقوله : قبضت الثمن وأتلفته هو مثل إقراره لوارثه بوديعة استهلكها فتقيد المبايعة بمعاينة الشهود وحينئذ فإذا أدى ضمان ذلك للوارث لم يرجع على المشترى، ويمكن رجوع ضمير أدى للمشترى وإنما لايرجع لأنه متبرع وسيأتى فى آخر كتابته على الوصايا مايخالفه : ولكن ماهنا أولى .

وفى خزانة المفتين : باع عبدا من وارثه فى صحته ، ثم أقر باستيفاء الثمن فى المرض لايصح . وفى الزيلعى : لو كانت الوديعة غير معروفة لايقبل قوله استهلكتها إلا أن يصدقه بقية الورثة (قوله والحاصل الخ) فيه مخالفة

منها إقراره بالأمانات كلها .

للأشباه ونصها : وأما مجرد الإقرار للوارث فهو موقوف على الإجازة ، سواء كان بعين أو دين أو قبض منه أو أبرأه إلا في ثلاث لو أقر باتلاف وديعته المعروفة أو أقر بقبض ما كان عنده وديعة أو بقبض ماقبضه الوارث بالوكالة من مديونه كذا في تلخيص الجامع وينبغي أن يلحق بالثانية إقراره بالأمانات كلها ولو مال الشركة أو العارية والمعنى في الكل أنه ليس فيه إيثار البعض فاغتنم هذا التحرير فإنه من مفردات هذا الكتاب اه .

وقد ظن من لا خبرة له أن النفي من قبيل الإقرار وهو خطأ وقال قبل هذا : لو قال المريض مرض الموت لا حق لي على فلان الوارث لم تسمع الدعوى عليه من وارث آخر وعلى هذا يقع كثيرا أن البنت في مرض موتها تقر بأن الأمتعة الفلانية ملك أبيها لا حق لها فيها ، وقد أجبت فيها مرارا بالصحة لما في التتارخانية من باب إقرار المريض : ادعى على رجل مالا وأثبته وأبرأه لاتجوز براءته إن كان مديونا وكذا لو أبرأ الوارث لايجوز سواء كان مديونا أولا ، ولو قال : لم يكن لي على هذا المطلوب شيء ثم مات جاز إقراره في القضاء .

وفي البزازية قالت فيه ليس لي على زوجي مهر يبرأ عندنا خلافا للشافعي وفيها قبله قال فيه لم يكن لي عليه شيء ليس لورثته أن يدعوا عليه شيئا في القضاء وفي الديانة لايجوز هذا الإقرار . وفي الجامع : أقر الابن فيه أنه ليس له على والده شيء من تركة أمه صح ، بخلاف مالو أبرأه أو وهبه ، وكذا لو أقر بقبض ماله منه فهذا صريح فيما قلناه ، ولا ينافيه مافي البزازية قولها فيه : لامهر لي عليه أو لاشيء لي عليه أو لم يكن عليه مهر قيل لايصح ، وقيل يصح والصحيح أنه لايصح اه لأن هذا في خصوص المهر لظهور أنه عليه غالبا وكلامنا في غير المهر ، ولا ينافيه ماذكره البزازي أيضا : ادعى عليه ديونا ومالا ووديعة فصالح الطالب على يسير سرا وأقر الطالب في العلانية أنه لم يكن له على المدعى عليه شيء ، وكان ذلك في مرض المدعي ثم مات فبرهن الوارث أنه كان لمورثي عليه أموال كثيرة ، وإنما قصد حرماننا لاتسمع وإن كان المدعى عليه وارث المدعي وجرى ماذكرنا فبرهن بقية الورثة على أن أبانا قصد حرماننا بهذا الإقرار تسمع اه لكونه متهما في هذا الإقرار لتقدم الدعوى عليه والصلح معه على يسير والكلام عند عدم قرينة على التهمة اه كلام الأشباه .

فقول الشارح منها إقراره الخ وقوله : ومنه هذا الشيء الخ إنما هما بحثان لا منقولان فتحريره في غير محله لأن المراد بالأمانة قبضها منه لا أنها له وقدسها أيضا في الأخير لأنه من الإقرار بالعين للوارث ، وقدم هو عدم صحة ذلك وقياسه على قول المورث لم يكن لي على الوارث دين قبل ثبوته قياس مع الفارق لأن العين غير الدين ، وهو لايصح ويأتي قريبا تأييد الموافقة لما فهمته عن الخير الرملي والحموي والحامدي ولله تعالى الحمد والمنة وقدمنا مايفيد ذلك مع بعض النقول المذكورة (قوله منها إقراره بالأمانات كلها) أي بقبض الأمانات التي عند وارثه لا بأن هذه العين لوارثه فإنه لايصح كما صرح به الشارح قريبا ، وصرح به في الأشباه وهذا مراد صاحب الأشباه بقوله : وينبغي أن يلحق بالثانية إقراره بالأمانات كلها فتنبه لهذا فإنا رأينا من يخطئ فيه ويقول إن إقراره لوارثه بها جائز مطلقا مع أن النقول مصرحة بأن إقراره له بالعين كالدين كما قدمناه عن الرملي . ومن هذا يظهر لك مافي بقية كلام الشارح ، وهو متابع فيه للأشباه مخالفا للمنقول ، وخالفه فيه العلماء الفحول كما قدمناه .

وفي الفتاوى الإسماعيلية : سئل فيمن أقر في مرضه أن لاحق له في الأسباب والأمتعة المعلومة مع بنته المعلومة وأنها تستحق ذلك دونه من وجه شرعي فهل إذا كانت الأعيان المرقومة في يده وملكه فيها ظاهر ،

ومنها النفي : كلا حق لي قبل أبي أو أمي وهي الحيلة في إبراء المريض وارثه ومنه هذا الشيء الفلاني ملك أبي أو أمي كان عندي عارية وهذا حيث لا قرينة وتمامه فيها فليحفظ فإنه مهم .

ومات في ذلك المرض فالإقرار بها للورثة باطل .

الجواب : نعم على ما اعتمده المحققون ، ولو مصدرا بالنفي خلافا للأشباه وقد أنكروا عليه اهـ ونقله السائحاني في مجموعته ورد على الأشباه والشارح في هامش نسخته .

وفي الحامدية : سئل في مريض مرض الموت أقر فيه أنه لايستحق عند زوجته هند حقا وأبرأ ذمتها عن كل حق شرعي ومات عنها ، وعن ورثة غيرها وله تحت يدها أعيان وله بذمتها دين والورثه لم يجيزوا الإقرار ، فهل يكون غير صحيح .

الجواب : يكون الإقرار غير صحيح والحالة هذه والله تعالى أعلم اهـ .

أقول : لكن يجب تقييد عدم الصحة بما إذا كان ملكه فيها معلوما أيضا ليكون ذلك قرينة على قصد الإضرار بباقي الورثة لئلا يتنافى كلامهم تأمل (قوله ومنها النفي) فيه أنه ليس بإقرار للوارث كما صوبه في الأشباه وقوله كلاحق لي هذا صحيح في الدين لا في العين كما مر (قوله وهي الحيلة) أي في قوله : لاحق لي قبل أمي وأبي يعني إذا علم أنه لاحق له قبلهما ، وخاف أن يتعلل عليهما أحد من الورثة أو يدعي عليهما بشيء أما لو كان له حق فلا يحل له إضرار باقي الورثة فليتق الله من كان خارجا من الدنيا مقبلا على الآخرة (قوله ومنه) الأولى ومنها كما قال في سابقه إلا أن يقال إنه عائد إلى النفي أي ومن النفي السابق هذا الخ (قوله هذا) غير صحيح كما علمته مما مر لأنه مخالف لعامة المعتبرات (قوله وهذا حيث لاقرينة) لم يذكر ذلك في الأشباه أصلا وحيث كان هذا إقرارا بعين لوارث وأنه لايصح فلا حاجة إلى هذا التقييد (قوله فليحفظ فإنه مهم) الحاصل أن الشارح رحمه الله تعالى تابع صاحب الأشباه وقد علمت أنه مخالف للمنقول واستنبط من كلامه أشياء مخالفة أيضا وقد ظهر لك بما قدمناه حقيقة الحال بعون الملك المتعال .

[تتمة] قال في البحر في متفرقات القضاء : ليس لي على فلان شيء ثم ادعى عليه مالا وأراد تحليفه لم يحلف وعند أبي يوسف يحلف وسيأتي في مسائل شتى آخر الكتاب أن الفتوى على قول أبي يوسف، واختاره أئمة خوارزم ، لكن اختلفوا فيما إذا ادعاه وارث المقر على قولين ، ولم يرجح في البزازية منهما شيئا وقال الصدر الشهيد الرأي في التحليف إلى القاضي ، وفسره في فتح القدير بأنه يجتهد في خصوص الوقائع فإن غلب على ظنه أنه لم يقبض حين أقر يحلف له الخصم ، ومن لم يغلب على ظنه ذلك لايحلفه ، وهذا إنما هو في المتفرس في الأخصام اهـ .

قلت : وهذا مؤيد لما بحثناه ، والحمد لله .

قال في التاترخانية عن الخلاصة : رجل قال استوفيت جميع مالي على الناس من الدين لايصح إقراره وكذا لو قال : أبرأت جميع غرمائي لايصح إلا أن يقول قبيلة فلان ، وهم يحصون فحينئذ يصح إقراره ، ويبرأ وفي التاترخانية أيضا عن واقعات الناطفي أشهدت المرأة شهودا على نفسها لابنها أو لأخيها تريد بذلك إضرار الزوج ، أو أشهد الرجل شهودا على نفسه بمال لبعض الأولاد يريد به إضرار باقي الأولاد والشهود يعلمون ذلك وسعهم أن لايؤدوا الشهادة إلى آخر ماذكره العلامة البيري ، وينبغي على قياس ذلك أن يقال إذا كان للقاضي

(أقر فيه) أى فى مرض موته (لوارثه يؤمر فى الحال بتسليمه إلى الوارث فإذا مات يرده) بزازية . وفى القنية تصرفات المريض نافذة وإنما ينتقض بعد الموت (والعبرة لكونه وارثا وقت الموت لا وقت الإقرار) فلو أقر لأخيه مثلا ثم ولد له صح الإقرار لعدم إرثه إلا إذا صار وارثا وقت الموت (بسبب جديد كالتزويج وعقد الموالاة) فيجوز كما ذكره بقوله (فلو أقر لها) أى لأجنبية (ثم تزوجها صح بخلاف إقراره

علم بذلك لايسعه الحكم كذا فى حاشية أبى السعود على الأشباه والنظائر (قوله يؤمر فى الحال بتسليمه) لاحتمال صحة هذا الإقرار بصحته من هذا المرض (قوله يرده) أى إن كان له وارث غيره ولم يصدقه (قوله تصرفات المريض نافذة) لما تقدم من احتمال صحته ويظهر لى أن يتفرع على هذا ما فى الخانية ، وهو لو أقر لوارثه بعبد فقال ليس لى لكنه لفلان الأجنبى فصدقه ثم مات المريض فالعبد للأجنبى ويضمن الوارث قيمته وتكون بينه وبين سائر الورثة (قوله وإنما ينتقض) أى التصرف المأخوذ من التصرفات . وهذا فى تصرف ينتقض أما ما لا ينتقض كالنكاح فالأمر فيه ظاهر وفى نسخة بالتاء (قوله بعد الموت) محله ما إذا تصرف لوارث ، وأما إذا كان لغير وارث فإن كان تبرعا أو محاباة ينفذ من الثلث وإلا فصحيح كالنكاح (قوله والعبرة لكونه وارثا الخ) قال الزيلعى : اعلم أن الإقرار لايخلو إما أن يكون المقر له وارثا وقت الإقرار ، دون الموت أو كان وارثا فيهما . وإن لم يكن وارثا فيما بينهما أو لم يكن وارثا وقت الإقرار وصار وارثا وقت الموت ، فإن كان وارثا وقت الإقرار دون وقت الموت بأن أقر لأخيه مثلا ثم ولد له ولد يصح الإقرار ، لعدم كونه وارثا وقت الموت . وإن كان وارثا فيهما لا فيما بينهما بأن أقر لامرأته ثم أبانها وانقضت عدتها ثم تزوجها أو والى(١) رجلا فأقر له ثم فسخ الموالاة ثم عقدها ثانيا لايجوز الإقرار عند أبى يوسف . لأن المقر متهم بالطلاق . وفسخ الموالاة ثم عقدها ثانيا وعند محمد يجوز ، لأن شرط امتناع الإقرار أن يبقى وارثا إلى الموت بذلك السبب ولم يبق . ولأنه لما صار أجنبيا تعذر الإقرار كما لو أنشأه فى ذلك الوقت ألا ترى أنه لو لم يعقد ثانيا كان جائزا فكذا إذا عقد . وإن لم يكن وارثا وقت الإقرار ثم صار وارثا وقت الموت ينظر فإن صار وارثا بسبب كان قائما وقت الإقرار بأن أقر لأخيه وله ابن ثم مات الإبن قبل الأب لايصح إقراره فإن صار وارثا بسبب جديد كالتزوج وعقد الموالاة جاز . وقال زفر : لايجوز لأن الإقرار حصل للوارث وقت العقد فصار كما إذا صار وارثا بالنسب ولنا أن الإقرار حين حصل للأجنبى لا للوارث ، فينفذ ولزم فلا يبطل ، بخلاف الهبة لأنها وصية ولهذا يعتبر من الثلث . فيعتبر وقت الموت بخلاف ما إذا صار وارثا بالنسب بأن أقر مسلم مريض لأخيه الكافر . ثم أسلم قبل موته أو كان محجوبا بالإبن ثم مات الابن ، حيث لايجوز الإقرار له لأن سبب الإرث كان قائما وقت الإقرار . ولو أقر لوارثه ثم مات المقر له ثم المريض ووارث المقر له من ورثة المريض لم يجز إقراره عند أبى يوسف أولا ، لأن إقراره حصل للوارث ابتداء وانتهاء وقال آخرا يجوز وهو قول محمد لأنه بالموت قبل موت المريض خرج من أن يكون وارثا وكذلك لو أقر لأجنبى ثم مات المقر له ثم المريض وورثة المقر له من ورثة المقر . لأن إقراره كان للأجنبى فيتم به ثم لايبطل بموته اهـ (قوله لعدم إرثه) أى وقت الموت (قوله فيجوز) يعنى لو أقر لأجنبى فى مرض موته وكان المقر مجهول النسب وعقد الموالاة معه فلما مات كان وارثا بعقد الموالاة . فلا يبطل إقراره له لأن الإرث إنما كان بسبب حادث بعد الإقرار فيبقى الإقرار صحيحا لكن لاتظهر له ثمرة لأن مولى الموالاة لايرث مع وارث قريب أو بعيد ، وإنما

---

(١) من الموالاة اهـ منه .

لأخيه المحجوب) بكفر أوابن (إذا زال حجبه) بإسلامه أوبموت الابن فلا يصح لأن إرثه بسبب قديم لاجديد (وبخلاف الهبة) لها فى مرضه (والوصية لها) ثم تزوجها فلا تصح لأن الوصية تمليك بعد الموت وهى حينئذ وارثة .

(أقر فيه أنه كان له على ابنته الميتة عشرة دراهم قد استوفيتها وله) أى للمقر (إن ينكر ذلك صح إقراره) لأن الميت ليس بوارث (كما لوأقر لامرأته فى مرض موته بدين ثم ماتت قبله وترك) منها (وارثا) صح الإقرار (وقيل لا) قائله بديع الدين صيرفية ولو أقر فيه لوارثه ولأجنبى بدين لم يصح .

يتوقف لحق الوارث ولا وارث معه إذ لو كان معه وارث لم يستحق الميراث فلا يكون وارثا وربما يظهر ثمرته مع أحد الزوجين فإن الإقرار ينفذ فى حق الزوج المقر لما تقرر . ، وكذا إن صح عقد الولاء مع اثنين بعد أن أقر لأحدهما فليراجع هذا الأخير (قوله لأن إرثه بسبب قديم) أى قائم وقت الإقرار ولو أقر لوارثه وقت إقراره ووقت موته وخرج من أن يكون وارثا فيما بين ذلك بطل إقراره عند أبى يوسف لاعند محمد نور العين عن قاضيخان .

أقول : وإيضاحه أنه لو أقر لمن كان وارثا وقت الإقرار ثم خرج عن ذلك بعده . ثم صار وارثا عند الموت فالأولى أن يقول ، فلو أقر لمن هو وارث وقت الخ .

وفى جامع الفصولين : أقر لابنه وهو قن ثم عتق فمات الأب جاز لأن الإقرار للمولى لا للقن بخلاف الوصية لابنه وهو قن ثم عتق فإنها تبطل لأنها حينئذ للإبن اه وبيانه فى المنح ، وانظر ماحرره سيدى الوالد رحمه الله تعالى فى الوصايا (قوله بخلاف الهبة) الظاهر أنه لابد من القبض فى الهبة وإلا فلا اعتبار لها (قوله فلا تصح) يعنى لو وهب لها شيئا أو أوصى لها ثم تزوّجها فإنهما يبطلان اتفاقا (قوله لأن الوصية تمليك بعد الموت وهى حينئذ وارثة) تعليل لقوله : والوصية لها ثم تزوّجها وكذا الهبة لها فى مرضه ، لأن الهبة فى مرض الموت وصية (قوله أقر فيه الخ) يفيد أنها لو كانت حية وارثة لم يصح .

قال فى الخانية : لايصح إقرار مريض مات فيه بقبض دينه من وارثه ولا من كفيل وارثه ، ولو كفل فى صحته وكذا لو أقر بقبضه من أجنبى تبرع عن وارثه .

وكل رجلا ببيع شيء معين فباعه من وارث موكله وأقر بقبض الثمن من وارثه أو أقر أن وكيله قبض الثمن ودفعه إليه لايصدق ، وإن كان المريض هو الوكيل وموكله صحيح فأقر الوكيل أنه قبض الثمن من المشترى وجحد الموكل صدق الوكيل ، ولو كان المشترى وارث الوكيل والموكل ، والوكيل مريضان فأقر الوكيل بقبض الثمن لايصدق إذ مرضه يكفى لبطلان إقراره لوارثه بالقبض فمرضهما أولى .

مريض عليه دين محيط فأقر بقبض وديعة أو عارية أو مضاربة كانت له عند وارثه صح إقراره لأن الوارث لو ادعى رد الأمانة إلى مورثه المريض وكذبه المورث يقبل قول الوارث اه ، من نور العين قبيل كتاب الوصية .

[فرع] باع فيه من أجنبى عبدا وباعه الأجنبى من وارثه أو وهبه منه صح إن كان بعد القبض لأن الوارث ملك العبد من الأجنبى لا من مورثه بزازية (قوله وترك منها وارثا) الظاهر أن قول المؤلف منها اتفاق ويحمل كلام المصنف على أنه ترك وارثا منكرا ما أقر به (قوله ولو أقرفيه لوارثه ولأجنبى بدين لم يصح) أى للوارث ولا للأجنبى (قوله خلافا لمحمد) فإنه يجيزه فى حق الأجنبى ويبطل منه ما أصاب الوارث وهذا مستدرك بقوله

وحينئذ (ثبت نسبه ولو) المقر (مريضا و) إذا ثبت (شارك الغلام (الورثة) فإن انتفت هذه الشروط يؤاخذ المقر من حيث استحقاق المال كما لو أقر بأخوة غيره كما مر عن الينابيع كذا فى الشرنبلالية فيحرر عند الفتوى (و) الرجل (صح إقراره) أى المريض (بالولد والوالدين) .

منزلة البهيمة فلم يعتبر تصديقه بخلاف المميز لأنه فى يد نفسه وعند الأئمة الثلاثة بلا تصديقه لو كان غير مكلف (قوله وحينئذ) ينبغى حذفها فإنه بذكرها بقى الشرط بلا جواب ح (قوله ولو المقر مريضا) لا حاجة إليه بعد كون الباب باب إقرار المريض (قوله شارك الغلام الورثة) لأنه من ضرورات ثبوت النسب زيلعى ثم لا يصح الرجوع ، لأن النسب بعد ثبوته لا يقبل الإبطال ، بخلاف الرجوع عن الإقرار لنسب نحو الأخ ، فإنه يصح لعدم ثبوته لأنه كالوصية وإن صدقه المقر له كما فى البدائع ، لكن يأتى فى كلام الشارح عن المصنف قريبا بالتصديق يثبت فلا ينفع الرجوع الخ ويأتى الكلام عليه (قوله فإن انتفت هذه الشروط) أى أحدها بأن علم نسبه أو لم يولد مثله لمثله ، أو لم يصدقه الغلام فيصير مكذبا فلا يثبت النسب ، لكنه يؤاخذ المقر من حيث استحقاق المال كما قال (قوله يؤاخذ المقر من حيث استحقاق المال) أى ولا يثبت النسب لما علمت ، وكونه يؤاخذ المقر من حيث استحقاق المال لا يظهر هنا لأن هذا فى مجرد الإقرار بالنسب لا الإقرار بالمال أيضا .

وإنما يظهر ذلك فى المسألة السابقة وهى ما إذا أقر لأجنبى ، ثم ادعى بنوته فإنه إذا لم توجد هذه الشروط لزمه المال ، وإن كان النسب لا يثبت ، ولا يراد بالمال ما يلزمه من النفقة والحضانة والإرث كما يأتى لما فيه من تحميل النسب على الغير فإنه إذا انتفى هنا التصديق كيف يرثه أو تجب عليه نفقته ، وكذا إذا كان لا يولد مثله لمثله أو كان معلوم النسب ، وما يأتى محله إذا وجدت الشروط اللائقة ولم يصدق المقر عليه ، أى وقد أقر له مع ذلك بمال فإن النسب لا يثبت ، لأن فيه تحميلا على الغير ، ولكنه يصح إقراره بالمال كما لو أقر بأخوة غيره فما فى يده من مال أبيه كان للمقر له نصفه وظاهره أنه يقدم على دين الصحة ، فيكون مخالفا لما مر أن ما أقر به فى المرض مؤخر عنه على أن المؤاخذة حينئذ ليست للمقر بل للورثة حيث يشاركهم فى الإرث ومع هذا فإن كان الحكم كذلك فلابد له من نقل صريح حتى يقبل .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى: وقد راجعت عدة كتب فلم أجده ولعله لهذا أمر الشارح بالتحرير فتأمل (قوله كما مر عن الينابيع) الذى قدمه الشرنبلالى عن الينابيع فى المسئلة السابقة نصه ولو كذبه أو كان معروف النسب من غيره لزمه ما أقر به ولا يثبت النسب اه وعبارة الشارح ركيكة فلو قال: فلو انتفى أحد هذه الشروط، وقد له أقر بمال يؤاخذ به المقر لكان أوضح لأن المانع من صحة الإقرار ثبوت النسب فحيث لم يثبت لزم المقر به وهذا هو تحرير المقام ط (قوله فيحرر عند الفتوى) قال الحلبى : لم يظهر لى المخالفة الموجبة للتحرير فتأمل (قوله والرجل صح إقراره) فى بعض النسخ هكذا بزيادة لفظ الرجل لإفادة أن الإقرار بالمذكورات ليس قاصر على المريض فقوله بعد أى المريض تفسير مضر ولا حاجة إليه بعد تقدم مرجعه إلا أن يجعل مرفوعا تقييد الرجل ، وهو تقييد مضر أيضا كما فى ط لكن الأولى كما فى بعض النسخ المحذوف منها لفظ الرجل أن يقال : قيد بالمريض ليعلم أى الصحيح كذلك بالأولى وإنما قيده به لأن الكلام فى إقرار المريض (قوله بالولد والوالدين) لأنه إقرار على نفسه وليس فيه حمل النسب على الغير وأعاد صحة الإقرار بالولد لذكر جملة ما يصح لى جانب الرجل وأفاد بالصراحة صحة الإقرار بالأم كما يأتى قريبا اعتماد الشارح له تبعا للمصنف .

قال فى البرهان وإن عليا .

قال المقدسى وفيه نظر لقول الزيلعى : لو أقر بالجد أو ابن الابن لا يصح لأن فيه حمل النسب على الغير (بالشروط) الثلاثة (المتقدمة) فى الابن (و) صح (بالزوجة بشرط خلوها عن زوج وعدته وخلوه) أى المقر (عن أختها) مثلا أو أربع سواها (و) صح (بالمولى) من جهة العتاقة (إن لم يكن ولاؤه ثابتا من جهة غيره) أى غير المقر (و) المرأة صح (إقرارها بالوالدين والزوج والمولى) الأصل أن إقرار الإنسان على نفسه حجة لا على غيره .

قال فى العناية وهو رواية تحفة الفقهاء وشرح الفرائض للإمام سراج الدين والمذكور فى المبسوط والإيضاح والجامع الصغير للمحبوبى : أن إقرار الرجل يصح بأربعة بالابن والأب والمرأة ومولى العتاقة اه ومن الظاهر : أن الابن ليس بقيد مخرج صحة الإقرار بالبنت اه (قوله وإن عليا) أى الوالدان ، ولا يرجع الضمير إلى الوالدين والابن لأنه لايقال فيه وإن علا وعبارة البرهان يصح إقراره بالولد والوالدين يعنى الأصلى وإن علا اه ولاغبار عليها (قوله وفيه نظر) وجهه ظاهر فهو كإقراره ببنت ابن.

قال فى جامع الفصولين : أقر ببنت فلها النصف والباقى للعصبة إذ إقراره ببنت جائز لا ببنت الابن اه وما ذاك إلا لأن فيه تحميل النسب على الابن فتدبر ط (قوله لا يصح) سيأتى التصريح به فى المتن وهو مؤيد أيضا لكلام المقدسى (قوله بالشروط الثلاثة المتقدمة فى الابن) لم يذكرها اتكالا على ما تقدم إلا أن فى دعواه هذا أبى يشترط أن يكون المقر مجهول النسب ، وأن يولد مثل المقر لمثل المقر له (قوله بشرط خلوها الخ) ينبغى أن يزاد وأن لا تكون مجوسية أو وثنية ، ولم أر من صرح به حموى وفى حاشية سرى الدين على الزيلعى قوله : والزوجة أى بشرط أن تكون الزوجة صالحة لذلك اه كافى وأدخل فى ذلك ما إذا كانت حرمتها بالرضاع (قوله مثلا) أشار به إلى أن الأخت ليست بقيد بل مثلها كل امرأة لايحل جمعها معها فى عقد كخالتها وعمتها (قوله وأربع سواها) أى وكذلك لو كان معه أربعة سواها أو معه حرة وأقر بنكاح الأمة .

قال المصنف فى منحه : وقد أخل بهذه القيود صاحب الكنز والوقاية وكذلك مما لا ينبغى الإخلال به اه .

قال العلامة الرملى : أقول : أيتوهم متوهم صحة الإقرار بالزوجة مع وجود زوج وعدته أو أختها أو أربع سواها فلا أدرى لهذا مثلا إلا ما اعترض به بعض جهلة الأروام على قول الكنز فى الماء الجارى ، وهو مايذهب بتبنه حيث قال : الجمل يذهب بأتبان فتأمل وانصف (قوله وصح بالمولى من جهة العتاقة) سواء كان أعلى أو أسفل بأن كان معتقا أو معتقا فإن الإقرار لكل واحد صحيح إذا صدقه المقر له وقوله من جهة العتاقة أى وكذا من جهة الموالاة إن كان الأول قد عقل عنه (قوله إن لم يكن ولاؤه ثابتا من جهة غيره) قال المصنف فى المنح وهذا قيد لابد منه ، وقد أخل به فى الكنز والوقاية أيضا لأن موجب إقراره يثبت بينهما بتصادقهما من غير إضرار بأحد فينفذ اه .

قال الخير الرملى أقول : إذا كان ولاؤه ثابتا من جهة غيره لايصح إقرار الصحيح به فكيف يصح إقرار المريض به والكلام إنما هو فى مسائل يخالف المريض الصحيح فيها فما الحاجة إلى ذكر مالاحاجة إلى ذكره لعدم خطوره ببال من له بال وهذا الاستدراك كالذى قبله ففى ذكره خلل لافى تركه فليتأمل اه (قوله أى غير المقر) صوابه المقر له وكأنها سقطت من قلم الناسخ ، وذلك لأن موجب الإقرار يثبت بتصادقهما ، وليس فيه تحميل النسب على الغير .

قلت : وما ذكره من صحة الإقرار بالأم كالأب هو المشهور الذى عليه الجمهور .
وقد ذكر الإمام العتابى فى فرائضه : أن الإقرار بالأم لا يصح وكذا فى ضوء السراج لأن النسب للآباء لا للأمهات وفيه حمل الزوجية على الغير فلا يصح اه ولكن الحق صحته بجامع الأصالة فكانت كالأب فليحفظ (و) كذا صح (بالولدان شهدت) امرأة ولو (قابلة) بتعيين الولد ، أما النسب فبالفراش شمنى .

والحاصل : أن الولاء كالنسب وثبوت النسب من الغير يمنع صحة الإقرار فكذا الولاء (قوله من صحة الإقرار بالأم) فى جانب الرجل والمرأة (قوله لأن النسب للأباء لا للأمهات) فيه أنه لا ينكر انتساب الولد إلى أمه وإنما معناه أنه ينظر فى النسب والدعوة للأب .

قال الحموى : وفى حواشى شيخ الإسلام الحفيد على صدر الشريعة هذا : أى ماذكر من صحة إقرار الرجل بالولد والوالدين والزوجة والمولى وما ذكر من صحة إقرارها بالوالدين والزوج والمولى موافق لتقدير الهداية والكافى وتحفة الفقهاء لكنه مخالف لعامة الروايات على ما فى النهاية ولتقرير الخلاصة والمحيط وقاضيخان حيث صرحوا بأنه لا يجوز إقرار الرجل بوارث مع ذى قرابة معروفة إلا بأربعة : الابن والأب ، والزوجة ، والمولى فقيما وراء الأربعة كالأم مثلا لا ترث مع الوارث المعروف أما الإقرار فصحيح فى نفسه حتى يقدم المقر له على بيت المال إذا لم يبق وارث معروف تأمل اه ط (قوله وفيه حمل الزوجية على الغير) المضر تحميل النسب على الغير لا الزوجية على أن المقر يعامل بإقراره من جهة الإرث ، وإن كان إقراره لا يسرى على الزوج ط (قوله ولكن الحق الخ) الظاهر من نقل الحفيد أنهما قولان (قوله بجامع الأصالة) وهو فى الأب معلول بأن الانتساب إليه كما قدمه من التعليل على مافيه ولا يظهر ذلك فى حق الأم وليست العلة الأصالة وإلا لثبت النسب فى الآباء الأعلين وقد تقدم عن الزيلعى خلافه (قوله وكذا صح) أى إقرارها (قوله ولو قابلة) أشار به إلى أن القابلة ليست بقيد ، ومن قيد به فباعتبار العادة من حضورها وقت الولادة أفاده الرحمتى . وأفاد بمقابلته بقوله بعده أو صدقها الزوج أن هذا حيث جحد الزوج وادعته منه ، وأفاد أنها ذات زوج بخلاف المعتدة كما صرح به الشارح أما إذا لم تكن ذات زوج ، ولا معتدة أوكان لها زوج ، وادعت أن الولد من غيره فلا حاجة إلى أمر زائد على إقرارها صرح بذلك كله ابن الكمال وسيأتى ، فقد علم أن قوله : إن شهدت الخ محله عند التجاحد ، وأفاد كلامه أنه إذا لم يوجد شرط صحة الإقرار لا يعمل به فى حقه أيضا .

وفى الشلبى عن الاتقانى : ولا يجوز إقرار المرأة بالولد وإن صدقها ولكنهما يتوارثان إن لم يكن لها وارث معروف ، لأنه اعتبر إقرارها فى حقها ، ولا يقضى بالنسب ، لأنه لا يثبت بدون الحجة ، وهو شهادة القابلة فإن شهدت لها امرأة على ذلك ، وقد صدقها الولد ثبت نسبه منها وكذلك إذا لم تشهد لها امرأة ، وقد صدقها زوجها ثبت النسب منهما ، لأن النسب يثبت بتصادقهما لأنه لا يتعدى إلى غيرهما كذا فى شرح الكافى اه فليتأمل وهذا يفيد أن شهادة القابلة مثلا لثبوت النسب إذا أنكر ولادتها فقوله بتعيين الولد إنما يكون هذا إذا تصادقا على الولادة ، واختلفا فى التعيين . وعبارة غاية البيان عن شرح الأقطع فتثبت الولادة بشهادتها ، ويلتحق النسب فى الفراش اه والظاهر أن ما أفاده الشارح حكمه كذلك (قوله بتعيين الولد) وكذا بإثباته لو جحد . أما الثابت بالفراش فبعد اعترافه بالولادة : أى إذا اعترف أنها ولدت ثبت أنه منه لقيام فراشه ، فإن نفاه لا عن أما لو جحد للولادة ،أو تعيين الولد فإنه يثبت بشهادة امرأة لأنه مما لا يطلع عليه الرجال عادة ، حتى لو شهد

ولو معتدة جحدت ولادتها فبحجة تامة كما مر فى باب ثبوت النسب (أو صدقها الزوج إن كان) لها زوج (أو كانت معتدة) منه (و) صح (مطلقا إن لم تكن كذلك) أى مزوجة ولا معتدة (أو كانت) مزوجة (وادعت أنه من غيره) فصار كما لو ادعاه منها لم يصدق فى حقها إلا بتصديقها .

قلت : بقى لو لم يعرف لها زوج غيره لم أره فيحرر .

به رجل صح كما يفهم هذا كله من باب ثبوت النسب ، ولا بد فيه من العدالة كما هو فى سائر أنواع الشهادة (قوله ولو معتدة الخ) إلا معتدة الرجعى إذا جاءت به لأكثر من سنتين فإنه يثبت به الرجعة ، فكانت زوجة لامعتدة فيكتفى فى إثباته عند الجحد بشهادة امرأة على ما اختاره فى البحر وأقره عليه فى النهر والشارح فى باب ثبوت النسب (قوله جحدت) بالبناء للمجهول أى جحد الزوج ، أو ورثته (قوله أو صدقها الزوج إن كان لها زوج) بيان لمحل اشتراط شهادة المرأة وما عطف عليها (قوله أو كانت معتدة منه) بأن طلقها أو مات عنها فادعت الولد ، فلابد من تصديق الزوج أو الورثة ، فإن كذبت يكفى شهادة القابلة أو امرأة غيرها هذا ما يفهم مما هنا ، وبه صرح العينى تبعا للزيلعى ، لكن تقدم فى باب ثبوت النسب أن المعتدة إذا جحدت ولادتها لايثبت نسب ولدها إلا بحجة تامة ، ويكتفى بالقابلة عندهما فلعله جرى هنا على قولهما .

وفى المواهب : ولو جحد ولادة معتدته فثبوتها بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، أو بحبل ظاهر أو اعترافه أو تصديق الورثة واكتفينا بامرأة ثقة كتعينه بها اهـ . وهذا كله فى عدة البائن أما معتدة الرجعى فإنه يثبت نسبه وإن جاءت به لأكثر من سنتين ، ويكون رجعة وحينئذ فتكون زوجة لامعتدة ويكتفى فى إثباته عند الجحد بشهادة امرأة على مااختاره فى البحر كما قدمناه آنفا .

واعلم أن ماذكره من الشروط إنما هو لصحة الإقرار بالنسب ، لئلا يكون تحميلا على الزوج فلو فقد شرط صح إقرارها عليها فيرثها الولد وترثه إن صدقها ، ولم يكن لهما وارث غيرهما فصار كالإقرار بالأخ ويفهم هذا مما قدمناه (قوله وصح) أى إقرارها مطلقا أى وإن لم يوجد شهادة ولا تصديق من زوج (قوله ولا معتدة) لأن فيه إلزاما على نفسها دون غيرها فينفذ عليها (قوله وادعت أنه من غيره) أى فيصح إقرارها فى حقها فقط (قوله فصار كما لو ادعاه منها الخ) لكن يفرق بينها وبين ماقبلها بأن دعوى الزوج لاتتوقف على تصديق المرأة لأنه يتزوج غيرها ، ويتسرى بملك اليمين ، ولكن لايلزمها لو ادعى أنه منها إلا بتصديقها ، والمرأة لو صح إقرارها بالولد للزم الزوج ، لأن الولد للفراش فلابد من تصديقه أو حجة تقوم عليه ، ويكفى الواحدة لأنه مما لايطلع عليه الرجال إلا إن قالت : هو من غيره فقد نفته عنه فيلزمها ولا يلزمه (قوله قلت) أقول : غاية مايلزم على عدم معرفة زوج آخر كونه من الزنا مع أنه ليس بلازم ، وبفرض تحقق كونه من الزنا يلزمها أيضا لأن ولد الزنا واللعان يرث بجهة الأم فقط فلا وجه للتوقف فى ذلك أبو السعود (قوله بقى لو لم يعرف لها زوج غيره) أى وقد ادعت أنه من غير هذا الزوج ، والظاهر ثبوته منها لعدم تحميل نسب على معلوم ، فيرثها قال الرحمتى هو داخل تحت قوله : وادعت أنه من غيره لشموله ما إذا عرف لها زوج غيره ، أو لم يعرف إذ يكفى فى ذلك الإمكان العقلى كما هو ظاهر إطلاقهم (قوله فيحرر) وهو أنه يثبت نسبه من الأم كما علمت ، لأن غاية مايكون

(ولابد من تصديق هؤلاء إلا فى الولد إذا كان لايعبر عن نفسه) لما مر أنه حينئذ كالمتاع (ولوكان المقر له عبد الغير اشترط تصديق مولاه) لأن الحق له (وصح التصديق) من المقر له (بعد موت المقر) لبقاء النسب والعدة بعد الموت (إلا تصديق الزوج بعد موتها) مقرة لانقطاع النكاح بموته ولهذا ليس له غسلها بخلاف عكسه .

(ولوأقر) رجل (بنسب) فيه تحميل (علىغيره) لم يقل من غير ولاد كما فى الدرر لفساده بالجد وابن الابن

كونه من الزنا ، وهو يثبت من الأم لاالأب (قوله ولابد من تصديق هؤلاء) يعنى الولد والوالدين والزوجة والمولى والزوج ، لأن إقرار غيرهم لايلزمهم لأن كلا منهم فى يد نفسه عينى (قوله ولو كان المقر له عبد الغير) أى فادعى أنه ابنه أو أبوه أو أنه زوجها أو كانت أمة فأقر أنها زوجته (قوله وصح التصديق من المقر له) بنسب أو زوجية : أى ولو بعد جحود المقر لقول البزازى : أقر أنه تزوج فلانة فى صحة أو مرض ثم جحد وصدقته المرأة فى حياته أو بعدموته جاز اه (قوله لبقاء النسب والعدة بعد الموت) بهذا علم أن المراد بموت المقرفى جانب الزوجية الزوج ، وإذا صح إقراره كان لها الميراث والمهر أبو السعود : أى لبقاء حكم النكاح وهو العدة (قوله إلا تصديق الزوج بعدموتها) أى إن أقرت بنكاح لرجل وماتت ، فصدقها الزوج لم يصح تصديقه عند أبى حنيفة وعندهما يصح فعليه مهرها وله الميراث منها لأبى حنيفة أنها لما ماتت زال النكاح بعلائقه، حتى يجوز له أن يتزوج أختها وأربعا سواها ولا يحل له أن يغسلها فبطل إقرارها ، فلا يصح التصديق بعد بطلان الإقرار . وقول العينى وكذا إذا أقر الرجل بالزوجية فصدقته المرأة بعد موته عند أبى حنيفة ظاهر فى التسوية بين الزوج والزوجة ، وليس كذلك ولهذا تعقبه الشيخ شاهين بأن تصديق الزوجة بعد موت الزوج صحيح بالاتفاق، لأن حكم النكاح باق فى حقها وهى العدة فإنها من آثار النكاح ، ولهذا جاز لها غسله ميتا كما فى حال الحياة وإنما الخلاف فى تصديق الزوج بعد موتها فعند أبى حنيفة لايجوز وعندهما يجوز زيلعى (قوله بموتها) كذا فى نسخة وهو الصواب موافقا لما فى شرحه على الملتقى (قوله بخلاف عكسه) أى فإن النكاح لم ينقطع بعلائقه (قوله ولو أقر رجل) مثله المرأة (قوله كما فى الدرر) عبارته أقر بنسب من غير ولاد كأخ وعم لايثبت : أى النسب ولا يقبل إقراره فى حقه، لأن فيه تحميل النسب على الغير فإن ادعى نفقة أو حضانة يقبل فى حقها ، ويورث إلا مع وارث وإن بعد يعنى إذا كان للمقر وارث معروف قريب أو بعيد ، فهو أحق بالإرث من المقر له، حتى لو أقر بأخ وله عمة أو خالة فالإرث للعمة والخالة، لأن نسبه لم يثبت فلا يزاحم الوارث المعروف اه (قوله لفساده بالجد وابن الابن) فإنهما فى حكم غيرهما مما فيه تحميل على الغير إلا أن يخص كلام الدرر بالأب والابن ، لأنه أراد به الولاد الأصلى أو الفرعى، بلا واسطة ، وهو الكامل، فيشمل الغير ابن الابن والجد كما صرح بهما فى الكافى أراد بابن الابن : فرع الولد وبالجد أصل الأبوين ومثل هذا الإجمال غير قليل فى المتون فلا يعد مخلا كما لايخفى لايقال : إن صاحب الدرر قال ، وإن أقر بنسب من غير ولاد لايصح وهو غير شامل لمن إذا ادعى أنه جده أو ابن ابنه مع أنه لايصح أيضا لما فيه من تحميل النسب على الغير وقوله هنا : وإن أقر بنسب فيه تحميل الخ شامل لذلك ، فكان أولى لحمل كلامه على ماقلنا تأمل .

أقول : ولا تنس ماتقدم من صحته عن البرهان ومن تنظير المقدسى له، وقول صاحب الدرر أيضا : ويرث إلا مع وارث وإن بعد أطلقه ، فشمل الزوج والزوجة وهذا مستقيم على قول بعض مشايخنا أنه يرد عليهما أيضا فى زماننا كما فى القنية والأصح أن ليس لهما الرد فيرث المقر له معهما كما فى البرجندى ، وأراد بالقريب صاحب

كما قال (كالأخ والعم والجد وابن الابن لا يصح) الإقرار (فى حق غيره) إلا ببرهان ومنه إقرار اثنين كما مر فى باب ثبوت النسب فليحفظ وكذا لو صدقه المقر عليه أوالورثة وهم من أهل التصديق (ويصح فى حق نفسه حتى تلزمه) أى المقر (الأحكام من النفقة والحضانة والإرث إذا تصادقا عليه) أى على ذلك الإقرار لأن إقرارهما حجة عليهما (فإن لم يكن له) أى لهذا المقر (وارث غيره مطلقا) لا قريبا كذوى الأرحام ولا بعيدا

فرض وعصبة، ولو مولى العتاقة وبالبعيد من كان من ذوى الأرحام ومولى الموالاة، ولا يكون له الثلث بالوصية لأنه ماأوجبه وصية وإنما أوجبه إرثا كما فى الكافى وغيره . وأنت خبير بأن هذا لم يخالف ماسبق عن القنية تدبر (قوله وابن الابن) أى إذا كان فى حياة ابنه . لأن فيه حمل النسب على الغير كما قيده الحموى .

قال العلامة أبو السعود : واعلم أن الإقرار بابن الابن ذكره فى التنوير وشرحه مطلقا لكن ذكره الحموى بخطه مقيدا بما إذا أقر به فى حياة ابنه معللا بأن فيه حمل النسب على الغير اه فليحفظ (قوله إلا ببرهان) يعم ما إذا أقامه المقر أو المقر له على المقر عليه ، وهو من حمل عليه النسب (قوله ومنه إقرار اثنين) أى من ورثة المقر عليه فيتعدى الحكم إلى غيرهما وإنما قيد باثنين لأن المقر لو كان واحدا اقتصر حكم إقراره عليه . أما إقرار ورثة المقر له لايثبت النسب، فإنه كتصديقه . وأطلق فى الإثنين فشمل الرجل والمرأتين قال فى البدائع إن الوارث لو كان كثيرا فأقر واحد منهم بأخ آخر ونحوه لايثبت نسبه، ولا يرث معهم ولو أقر منهم رجلان أو رجل وامرأتان يثبت نسبه بالاتفاق، ولو كان الوارث واحدا فأقر به يثبت به عند أبى يوسف خلافا لأبى حنيفة ومحمد، وبقول أبى يوسف : أخذ الكرخى اه وظاهر إطلاق المتون على ترجيح قولهما كما لايخفى (قوله كما مر فى باب ثبوت النسب) حيث قال أو تصديق بعض الورثة ، فيثبت فى حق المقرين وإنما يثبت النسب فى حق غيرهم ، حتى الناس كافة إن تم نصاب الشهادة بهم : أى بالمقرين وإلا يتم نصابها لايشارك المكذبين لأنها لاتكون شهادة حينئذ حتى تتعدى بل يكون مجرد إقرار وهو قاصر على المقر فقط . بل لابد من الشهادة ونصابها حتى تكون حجة تتعدى على غيرهما (قوله وكذا لو صدقه المقر عليه) هو من حمل عليه النسب (قوله أو الورثة) يغنى عنه قوله : ومنه إقرار اثنين لكن كلامه هنا فى تصديق المقر وهناك فى نفس الإقرار . وإن كان فى المعنى سواء لكن بينهما فرق ، وهو أن التصديق بعد العلم بإقرار الأول كقوله : نعم أو صدق والإقرار لايلزم منه العلم تأمل . قال : ويمكن التفرقة بينهما بأن صورة الأولى : أقر اثنان من ورثة المقر عليه فبه يثبت النسب وصورة الثانية : أقر المقر وصدقه اثنان من ورثة المقر عليه (قوله وهم من أهل التصديق) بأن يكونوا بالغين عاقلين ، وتم نصاب الشهادة كما يأتى قريبا مايفيده لكن هذا بالنظر لثبوت النسب ، أما بالنظر لاستحقاق الإرث فيستحقه ولو المصدق امرأة واحدة كانت هى الوارثة فقط مع المقر ط (قوله حتى تلزمه) برفع تلزم لأن حتى للتفريع لاللغاية (قوله من النفقة) أى إذا كان ذا رحم محرم من المقر (قوله والحضانة) فيه أنه يشترط فى لزوم هذه الأحكام تصديق المقر له ، وهو لايكون محضونا فيراد بالحضانة الضم إليه فيما إذا كان المقر له بنتا بالغة يخشى عليها ، ولا يقال تظهر فى فرع المقر له إذا مات عنه .

قلنا : الظاهر أن الحضانة كالإرث لا تظهر فى غير المقر له أفاده العلامة الطحطاوى (قوله والإرث) أى فى حقهما فقط بحيث لا يمنعان بإقرارهما وارثا آخر كما سيأتى (قوله كذوى الأرحام) قد علمت مما قدمناه عن الكافى تفسير القريب والبعيد .

قال فى الشرنبلالية ناقلا عن العناية مفسرا للقريب بذوى الفروض ، والعصبات والبعيد بذوى الأرحام

كمولى الموالاة عينى وغيره (ورثه وإلا لا) لأن نسبه لم يثبت فلا يزاحم الوارث المعروف والمراد غير الزوجين لأن وجودهما غير مانع قاله ابن الكمال ، ثم للمقر أن يرجع عن إقراره لأنه وصية من وجه زيلعى : أى وإن صدقه المقر كما فى البدائع لكن نقل المصنف عن شروح السراجية أن بالتصديق يثبت النسب فلا ينفع الرجوع

بعد ذكر ما مشى عليه الشارح ، والأول أوجه ، لأن مولى الموالاة إرثه بعد ذوى الأرحام مقدما على المقر له بنسب الغير اه فتنبه (قوله ورثه) أى المقر له ويكون مقتصرا عليه ولا ينتقل إلى فرع المقر له ولا إلى أصله لأنه بمنزلة الوصية أبو السعود عن جامع الفصولين (قوله لأن نسبه لم يثبت) قال فى المنح : وهذا لأنه أقر بشيئين بالنسب وباستحقاق ماله بعده ، وهو فى النسب مقر على غيره فيرد وفى استحقاق ماله مقر على نفسه ، فيقبل عند عدم المزاحم ، لأن ولاية التصرف فى ماله عند عدم الوارث له فيضعه حيث شاء ، حتى كان له أن يوصى بجميع المال فلذا كان له أن يجعله لهذا المقر له . والظاهر أن المقر يرث المقر له ، لأنه صدقه وهو إقرار ولكنه يتأخر عن الوارث المعلوم (قوله فلا يزاحم الوارث المعروف) قريبا أو بعيدا فهو أحق بالإرث من المقر له ، حتى لو أقر بأخ وله عمة أو خالة فالإرث للعمة أو للخالة لأن نسبه لم يثبت فلا يزاحم الوارث المعروف (قوله والمراد غير الزوجين) أى بالوارث الذى يمنع المقر له من الإرث لأنه وصية من وجه لأن نسبه لم يثبت فثبت حق الرجوع وارث من وجه ، حتى لو أوصى لغيره بأكثر من الثلث لا ينفذ إلا بإجازة المقر له ما دام المقر مصرا على إقراره لأنه وارث حقيقة كما فى الزيلعى وفيه إشارة إلى أن المقر بنحو الولد والوالدين ليس له الرجوع عنه وبذلك صرح فى الاختيار (قوله أى وإن صدقه المقر له) صوابه المقر عليه كما عبر به فيما مر ، ويدل عليه قطعا كلام المنح حيث قال : وقوله أى الزيلعى للمقر أن يرجع عنه محله ما إذا لم يصدق المقر له على إقراره ، أو لم يقر بمثل إقراره الخ ، وعزاه لبعض شروح السراجية فقوله : أو لم يقر لاشك أن الضمير فيه للمقر عليه لا للمقر له فعلم أن قوله : المقر له صوابه المقر عليه كما عبر به صاحب المنح فى كتاب الفرائض ، ويدل عليه قوله الآتى إن بالتصديق يثبت النسب ، ولا يكون ذلك إلا من المقر عليه .

قال فى روح الشروح على السراجية : واعلم أنه إن شهد مع المقر رجل آخر أو صدقه المقر عليه ، أو الورثة وهم من أهل الإقرار ، فلا يشترط الإصرار على الإقرار إلى الموت ، ولا ينفع الرجوع لثبوت النسب حينئذ اه.

وفى شرح فرائض الملتقى للطرابلسى : وصح رجوعه لأنه وصية معنى ولا شىء للمقر له من تركته قال فى شرح السراجية المسمى بالمنهاج : وهذا إذا لم يصدق المقر عليه إقراره قبل رجوعه أو لم يقر بمثل إقراره ، أما إذا صدق إقراره قبل رجوعه ، أو أقر بمثل إقراره ، فلا ينفع المقر رجوعه عن إقراره لأن نسب المقر له قد ثبت من المقر عليه اه فهذا كلام شراح السراجية فالصواب التعبير : بعليه كما عبر به فى المنح فى كتاب الفرائض ، وإن كانت عبارتها هنا كعبارة الشارح وعبارة الشارح فى الفرائض غير محررة فتنبه .

أقول : لكن قد يقال إن هذا التصويب غير صحيح وإنما الخطأ فى الاستدراك بعده ، لأن الإقرار هنا من المقر له وهناك من المقر عليه فالاستدراك به غلط تأمل (قوله لكن الخ) استدراك عن الزيلعى والبدائع ، ولا شك أن الزيلعى وصاحب البدائع أولى بالاعتماد من شروح السراجية ، مع أن الوجه ظاهر معهما لأنه جعله وصية من وجه فباعتباره يصح الرجوع ، والوصية يصح الرجوع عنها ، سواء قبل الموصى له أم لا وما فى الزيلعى والبدائع موافق لما فى الكتب وعبارة الهداية : حتى لو أقر فى مرضه بأخ وصدقه المقر له ، ثم أنكر المقر وراثته

فليحرر عند الفتوى (ومن مات أبوه فأقر بأخ شاركه فى الإرث) فيستحق نصف نصيب المقر (ولم يثبت نسبه)

ثم أوصى بماله كله لإنسان كان ماله للموصى له ولو لم يوص لأحد كان لبيت المال لأن رجوعه صحيح لأن النسب لم يثبت فبطل الإقرار اه وأقره الشراح ، وقد صرح بأنه بعد تصديق المقر له لم يصح رجوعه، ونقله المصنف مزاد به بعد تصديق المقر عليه ، وهو الأب مثلا فيما إذا أقر بأخ .

وقال فى الدرر المنتقى : وعندى فى ثبوته بمجرد تصادقهما تردد ، ولعل مراد بعض شراحها بالتصديق تصديق أخ آخر كما مر فتدبر اهوذكر بعده فرعا آخر لو أقر الأخ بابن هل يصح ؟ قال الشافعية : لا لأن ما دعا وجوده إلى نفيه انتفى من أصله ولم أره لأئمتنا صريحا وظاهر كلامهم نعم فليراجع اه .

وتوضيحه : أن أخا الميت لو أقر أن للميت ابنا قالت الشافعية لا يصح إقراره ، لأنه لو صح لبطل كونه وارثا، وإذا بطل كونه وارثا لم يصح إقراره، وظاهر كلام أئمتنا أنه أقر بسقوط حق فى الميراث، وأن المستحق له من أقر ببنوته للميت فينفذ عليه .

قال فى غاية البيان : وينبغى لك أن تعرف أن الرجوع عن الإقرار بالنسب إنما يصح إذا كان الرجوع قبل ثبوت النسب كما نحن فيه ، لأن النسب لم يثبت لكونه تحميلا على الغير ، وليس له ذلك فإذا ثبت النسب ، فلا يصح الرجوع بعد ذلك لأن النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته اه وإنما يثبت النسب بتصديق المقر عليه وهو الأب فيما إذا أقر بأخ لا بتصديق الأخ المقر له والله تعالى أعلم (قوله فليحرر عند الفتوى) تحريره أنه لو صدقه المقر له فله الرجوع ، لأنه لم يثبت النسب وهو ما فى البدائع ، ولو صدقه المقر عليه لا يصح رجوعه ، لأنه بعد ثبوته وهو ما فى شروح السراجية فنشأ الاشتباه تحريف الصلة فالموضوع مختلف ولا يخفى أن هذا كله فى غير الإقرار بنحو الولد أفاده سيدى الوالد رحمه الله تعالى .

أقول : ويقال أيضا فى تحريره أن الإقرار بالنسب إن لم يكن فيه تحميل على الغير ووجد التصديق لا يصح الرجوع فيه ، وإن كان فيه تحميل على الغير وصدقه المقر عليه فله الرجوع فالكلام فى مقامين ، وهذا حيث لم يكن الإقرار بنحو الولد كما علمت فتأمل(١) (قوله ومن مات أبوه الخ) هذه المسئلة بعينها فهمت مما تقدم فتقع مكررة إلا إن يقال إن المقر فى المسئلة السابقة مورث وهنا وارث وإن كانتا سواء فى عدم ثبوت النسب كما فى أبى السعود عن العينى .

قال فى البدائع : إذا أقر وارث واحد بوارث كمن ترك ابنا فأقر بأخ لا يثبت نسبه عندهما .

وقال أبو يوسف : يثبت وبه أخذ الكرخى ، لأنه لما قبل فى الميراث قبل فى النسب وإن كان أكثر من واحد بأن كانا رجلين أو رجلا وامرأتين فصاعدا يثبت النسب بإقرارهم بالإجماع لكمال النصاب ، ويستحق حظه من نصيب المقر اه حموى (قوله فأقر بأخ) وإن كان للمقر له أولاد فلا يشترط فى المقر أن يكون وارثا للمقر له ، بل ولو فى الجملة ط (قوله فيستحق نصف نصيب المقر) ولو معه وارث آخر شرح الملتقى وبيانه

---

(١) وأقول فالذى تحرر من كلامهم إن من أثبت بشاهدين إقرار الميت بالبنوة أو الأبوة صح لا بالأخوة ونحوها إلا أن يبرهن على تصديق المقر عليه أو يقر أحد الورثة أو يشهد آخر بنحو إقرار الميت .

واعلم أن إثبات الأخوة لابد من تفسيرها فى الدعوى والشهادة هل هى لأب مع أم أو لأب فقط أو لأم فقط وكذا كل قرابة وفى البزازية إن لم يدع مالا وادعى الأخوة المجردة لايقبل لأن هذا فى الحقيقة إثبات البنوة على أبى المدعى عليه والخصم فيه هو الأب لا الأخ

وفى الزيلعى ولو أقر ابن وبنت بأخ وكذبهما ابن وبنت يقسم نصيب المقرين أخماسا اه فانظر كيف المصادق لاثنين والمقام لما مالم يثبت نسبه لاحتياجه إلى امرأة أخرى فكيف بمن صادق واحد فقط اه منه .

لما تقرر أن إقراره مقبول فى حق نفسه فقط .
قلت : بقى لو أقر الأخ بابن هل يصح ؟ قال الشافعية : لا لأن ما أدى وجوده إلى نفيه انتفى من أصله ولم أره

فى الزيلعى (قوله لما تقرر أن إقراره مقبول فى حق نفسه فقط) فصار كالمشترى إذا أقر أن البائع كان أعتق العبد المبيع يقبل إقراره فى العتق ، ولم يقبل فى الرجوع بالثمن بيانية .

وفى الزيلعى : فإذا قبل إقراره فى حق نفسه يستحق المقر له نصف نصيب المقر مطلقا عندنا وعند مالك وابن أبى ليلى يجعل إقراره شائعا فى التركة فيعطى المقر من نصيبه ما يخصه من ذلك، حتى لو كان لشخص مات أبوه أخ معروف فأقر بأخ آخر ، فكذبه أخوه المعروف فيه أعطى المقر نصف ما فى يده ، وعندهما يعنى عند مالك وابن أبى ليلى ثلث ما فى يده ، لأن المقر قد أقر له بثلث شائع فى النصفين فنفذ إقراره فى حصته، وبطل ما كان فى حصة أخيه ، فيكون له ثلث ما فى يده وهو سدس جميع المال والسدس الآخر فى نصيب أخيه بطل إقراره فيه لما ذكرنا ، ونحن نقول إنه فى زعم المقر أنه يساويه فى الاستحقاق والمنكر ظالم بإنكاره ، فيجعل ما فى يد المنكر كالهالك ، فيكون الباقى بينهما بالسوية ولو أقر بأخت تأخذ ثلث ما فى يده ، وعندهما خمسه ، ولو أقر ابن وبنت بأخ وكذبهما ابن وبنت يقسم نصيب المقرين أخماسا ، وعندهما أرباعا والتخريج ظاهر ، ولو أقر بامرأة أنها زوجة أبيه أخذت ثمن ما فى يده ، ولو أقر بجدة هى أم الميت أخذت سدس ما فى يده فيعامل فيما فى يده كما يعامل لو ثبت ما أقر به اهـ وتمامه فيه (قوله بابن) أى من أخيه الميت (قوله لأن ما أدى الخ) أى لأن ما أدى صحة وجوده وهو الإقرار إلى نفيه انتفى وهنا لو صح إقراره بابن الأخ تبين أنه ليس بوارث وإذا لم يكن وارثا لا يصح إقراره فأدى وجود هذا الإقرار إلى نفيه ، فينتفى من أصله يعنى لا يصح .

والحاصل : أن الأخ بإقراره بالابن يصير مقرا على نفسه فيحرم من الميراث بسبب الابن ، وإذا خرج من الميراث صار أجنبيا فإقراره غير صحيح ، ولم يكن مقرا على نفسه فلا يرث الابن فيعود الميراث له ، وهكذا فيلزم الدور الحكمى الذى عده الشافعية من موانع الإرث لأنه يلزم من التوريث عدمه ، فقد أدى وجود الإقرار إلى عدمه بيانه كما فى شرح البولاقى على شرح الشنشورى : أنه إذا أقر أخ حائز بابن للميت يثبت نسبه ، ولا يرث لأنه لو ورث لحجب الأخ ، فلا يكون الأخ وارثا حائزا فلا يقبل إقراره بالابن، فلا يثبت نسبه فلا يرث ، لأن إثبات الإرث يؤدى إلى نفيه ، وما أدى إثباته إلى نفيه انتفى من أصله وهذا هو الصحيح من مذهبهم . ويجب على المقر باطنا أن يدفع له التركة إن كان صادقا فى إقراره ، لأنه يعلم استحقاقه المال والقول الثانى للشافعى : أنه يثبت نسبه ويرث وبه قال أحمد : ونقل عن أبى حنيفة وقيل : لا يثبت ولا يرث وبه قال داود . وقال أبو يوسف : لا يثبت نسبه إلا بإقرار اثنين من الورثة وعند مالك يرث المقر له ولا يثبت نسبه إلا إذا أقر به عدلان من الورثة أو أقر به عدل ، وصدقه عدل آخر من الورثة هذا غاية ما رأيته .

ثم رأيت بعض الأفاضل أوضح المقام بقوله بيان الملازمة أو الإقرار لا يصح إلا من وارث ، وإذا صح هذا الإقرار صار هذا الأخ مع وجود الابن غير وارث ، وإذا صار غير وارث لم يصح الإقرار بالبنوة فلم تحصل فائدة ، فصار هذا الإقرار عبثا .

ولنا أنه أقر بشيئين المال والنسب على الغير . ومن المعلوم أن إقرار الشخص يسرى على نفسه ، والمال ملك نفسه فينفذ فيه ، ويلزمه دفعه له . وأما تحميل النسب على غيره ، فلا يملكه فلا ينفذ فيه إقراره على أنه

لأئمتنا صريحا وظاهر كلامهم نعم فليراجع .

(وإن ترك) شخص (ابنين وله على آخر مائة فأقر أحدهما بقبض أبيه خمسين منها فلا شيء للمقر) لأن إقراره ينصرف إلى نصيبه (وللآخر خمسون) بعد حلفه أنه لا يعلم أن أباه قبض شطر المائة قاله الأكمل .

قلت : وكذا الحكم لو أقر أن أباه قبض كل الدين

النسب يثبت فى حق المقر مؤاخذة له بزعمه حتى لو مات المقر لا عن وارث فإرثه لهذا المقر له لا لبيت المال هذا ما أفاده المتن قريبا .

فلهذا قال الشارح وظاهر كلامهم نعم . والأولى أن يجزم : لأن الإطلاق السابق يعمل به حتى يوجد ما يخصصه والمطلق السابق هو قوله وإن أقر بنسب على غيره إلى قوله ويصح فى حق نفسه ، ونظيره لو أقر بعبد فاكتسب ثم مات ثم صدقه المقر له يلزمه دفع الأكساب له مع أن الإقرار بالعبد نفسه بطل بالموت ، وكذا لو أقر المشترى بأن البائع أعتق العبد ينفذ فى حق نفسه (قوله وظاهر كلامهم نعم فليراجع) أى يصح الإقرار لأن مقتضى ما ذكروه هنا أن المقر إذا ثبت إقراره بنصاب الشهادة يثبت النسب ، وإن كان النصاب من الورثة وإلا فيعمل بالإقرار فى حق نفسه ، وإن لم يثبت النسب ، وهنا أقر بنسب على الغير ، فلا يقبل وأقر بالمال الذى يستحقه ظاهرا إنما هو للمقر له فيكون إقراره به على نفسه فيقبل . ويكفى فى إقراره كونه وارثا ظاهرا ، وإن تبين بإقراره أنه ليس بوارث لكن تقدم فى الشهادات أنه تقبل شهادة العتيق على معتقه إلا فى مسألة وهى رجل مات عن عم وبنت وأمتين وعبدين ، فأعتق العم العبدين فشهدا أن الثانية أخت الميت قبل الأولى : أى قبل الشهادة بالبينة أو بعدها أو معها لا تقبل بالإجماع لأنا لو قبلناها لصارت عصبة مع البنت ، فيخرج العم عن الوراثة فيبطل العتق اه .

والحاصل : أن ظاهر كلامهم صحة إقرار هذا الأخ بالابن وثبت نسبه فى حق نفسه فقط ، فيرث الابن دونه لما قالوا إن الإقرار بنسب على غيره يصح فى حق نفسه : حتى تلزمه الأحكام من النفقة والحضانة لا فى حق غيره . وقد رأيت المسئلة منقولة ولله الحمد والمنة فى فتاوى العلامة قاسم بن قطلو بغا الحنفى .

ونصه : قال محمد فى الأصل : ولو كانت للرجل عمة أو مولى نعمة ، فأقرت العمة أو مولى النعمة بأخ للميت أبيه أو أمه أو بعم أو بابن عم أخذ المقر له الميراث كله لأن الوارث المعروف أقر بأنه مقدم عليه فى استحقاق ماله وإقراره حجة على نفسه اه هذا كلامه .

ثم قال : فلما لم يكن فى هذا دور عندنا لم يذكر فى الموانع وذكر فى بابه اه وهذا مؤيد لما قدمناه قريبا عن بعض الأفاضل أيضا فاغتنمه (قوله فلا شيء للمقر) سبق قبل الاستثناء أن مختار أبى الليث أنه لا يلزمه قدر حصته ، وكان وضع هذا الفرع هنالك أولى لأن الديون تقضى بأمثالها (قوله لأن إقراره ينصرف إلى نصيبه) وذلك لأن المائة صارت ميراثا بينهما ، فلما أقر أحدهما باقتضاء أبيه ذلك صح فى نصيبه خاصة ، لا فى نصيب أخيه فبقيت حصة الآخر كما كانت ، فيجعل كأن المقر استوفى نصيبه ، ولأن الديون تقضى بأمثالها . وقد أقر المقر أن أباه أخذ خمسين فوجبت ، ثم تلتقى قصاصا على المديون فقد أقر بدين على الميت هو لا ينفذ فى حق الوارث الآخر ، وينفذ فى حقه خاصة ، والدين مقدم على الميراث فاستغرق نصيبه فلا يأخذ منه شيئا كما إذا أقر عليه بدين آخر فيلزم المقر كما مر قبيل باب الاستثناء ولا يجرى فى هذه المسألة الخلاف السابق كما لا يخفى على الحاذق (قوله بعد حلفه) أى حلف المنكر لأجل الأخ لا لأجل الغريم لأنه لا ضرر على الغريم ، فلا ينافى ما يأتى

لكنه هنا يحلف لحق الغريم زيلعي .

فصل فى مسائل شتى

(أقرت الحرة المكلفة بدين) لآخر (فكذبها زوجها صح) إقرارها (فى حقه أيضا) عند أبى حنيفة (فتحبس) المقرة (وتلازم) وإن تضرر الزوج وهذه إحدى المسائل الست الخارجة من قاعدة الإقرار حجة قاصرة على المقر . ولا يتعدى إلى غيره وهى فى الأشباه . وينبغى أن يخرج أيضا من كان فى إجارة غيره فأقر

ولو نكل شاركه المقر فى الخمسين (قوله لكنه الخ) الاستدراك يقتضى أن لا يحلف فى الأولى وبه صرح الزيلعى . وهو مخالف لما قدمه عن الأكمل ومر جوابه (قوله يحلف) أى المنكر بالله لم يعلم أنه قبض الدين ، فإن نكل برئت ذمة المدين وإن حلف دفع إليه نصيبه بخلاف المسئلة الأولى حيث لا يحلف لحق الغريم ، لأن حقه كله حصل له من جهة المقر فلا حاجة إلى تحليفه . وهنا لم يحصل إلا النصف فيحلفه زيلعى . وقد وفق أبو السعود بين العبارتين كما ذكرنا ، وحينئذ اندفع ما أبداه الحلبى من التنافى وحينئذ ، فقوله : حيث لايحلف مخالف لما قاله الأكمل فى المسألة الأولى يحلف الأخ بالله الخ . ولعل الذى نفاه الزيلعى الحلف لحق الغريم . والذى قاله الأكمل لحق أخيه المقر لأن كل من إذا أقر بشىء لزمه يحلف عند إنكاره ليقضى عليه بالنكول تأمل .

وفى الدر المنتقى : ولو مات عن ابنين وكان لأبيهما الميت دين على شخص فأقر أحدهما بقبض أخيه نصفه صح فى حصته وحينئذ فالنصف الباقى للآخر بعد حلفه .

قلت : وكذا الحكم لو أقر بقبض كله لكن هنا يحلف لحق الغريم ذكره الزيلعى وغيره اهـ .

والحاصل : أن فى المسألة الأولى لا يحلف لحق الغريم ، لأن حقه كله حصل له من جهة المقر فلا حاجة إلى تحليفه بخلاف المسألة الثانية فإنه يحلف المنكر بالله ما تعلم أنه قبض الدين فإن نكل برئت ذمته وإن حلف دفع إليه نصيبه . والله تعالى أعلم وأستغفر الله العظيم .

فصل فى مسائل شتى

قال عزمى زاده : أفرز صاحب التسهيل ههنا مسائل مهمة وأدرجها تحت زيادة على سائر المتون ، واقتفى صاحب الدرر أثره : وانتخب المسائل المذكورة فيه من الكافى اهـ والشارح رحمه الله تعالى جمع بين ما أتى به فى التسهيل . وبين ماجرت به عادة المتون من ذكر مسائل شتى . فترجم بها وفيه ظرفية الشىء فى نفسه ؛ لأن الفصل هو المسائل إلا أن يقال الفصل مراد به الألفاظ مراد بها المعانى فيكون من ظرفية الدال فى المدلول (قوله المكلفة) أى العاقلة البالغة أى وهى حرة أو مأذونة ط (قوله فكذبها زوجها) أما إذا صدقها فيظهر فى حقه اتفاقا (قوله أيضا) أى كما يصح فى حقها وتركه لظهوره (قوله ولا يتعدى إلى غيره) لأن كونه حجة إنما هو فى زعم المقرر وزعمه ليس حجة على غيره . ولذا لايظهر فى حق الولد والثمرة ٧ بخلاف البينة فإنها حجة فى حق الكل ، لأن حجيتها بالقضاء وهو عام حموى (قوله وهذه إحدى المسائل الست) الثانية : لو أقر المؤجر بدين لاوفاء له إلا من ثمن العين المؤجرة فللدائن بيعها ، وإن تضرر المستأجر قال الشيخ صالح فى هذا إشارة إلى أن رب الدين إذا أراد حبس المديون ، وهو فى إجارة الغير يحبس ، وإن بطل حق المستأجر قاله تفقها فوافق بحث المؤلف الآتى .

لآخر بدين فإن له حبسه وإن تضرر المستأجر وهي واقعة الفتوى ولم نرها صريحة (وعندهما لا) تصدق فى حق الزوج فلا تحبس ولا تلازم درر .

قلت : وينبغى أن يعول على قولها إفتاء وقضاء لأن الغالب أن الأب يعلمها الإقرار له أو لبعض أقاربها ليتوصل بذلك إلى منعها بالحبس عنده عن زوجها كما وقفت عليه مرارا حين ابتليت بالقضاء كذا ذكره المصنف.

(مجهولة النسب أقرت بالرق لإنسان) وصدقها المقر له (ولها زوج وأولاد منه) أى الزوج (وكذبها) زوجها (صح فى حقها خاصة)

الثالثة لو أقرت مجهولة النسب بأنها بنت أبى زوجها وصدقها الأب انفسخ النكاح بينهما، ومثل الأب الجد بخلاف ما إذا أقرت بالردة ، ولو طلقها ثنتين بعد الإقرار بالرق لم يملك الرجعة .

الرابعة : إذا ادعى ولد الأمة المبيعة، وللمدعى على أخ ثبت نسبه وتعدى إلى حرمان الأخ من الميراث .

الخامسة : المكاتب إذا ادعى نسب ولد حرة فى حياة أخيه صحت ، وميراثه لولده دون أخيه .

السادسة : باع المبيع ثم أقر أن البيع كان تلجئة وصدقه المشترى ، فله الرد على بائعه بالعيب كذا فى الجامع قال الحموى قوله : لو أقر المؤجر الخ قال بعض الفضلاء : يؤخذ من هذا جواب حادثة لم أجد فيها نقلا، وهو أن رب الدين إذا أراد حبس المديون ، وهو فى إجارة الغير هل يحبس وإن بطل حق المستأجر ، فهذا يشير إلى أنه يحبس وإن بطل حق المستأجر ، وقوله : لو أقرت مجهول النسب الخ .

وقعت حادثة بالقاهرة : وهي أن شخصا أقر فى مرض موته بأن فلانا أخى وشقيقى ، ولهذا المقر أخت شقيقة والمقر له غير أب المقر ، وكل منهما حر الأصل من الأب وصدقت على إقرار أخيها حتى لا يشاركها بيت المال ، وهي شافعية المذهب وثبت الإقرار بين يدى قاض حنفى ، وحكم بصحة قاض شافعى فنازع صاحب بيت المال المقر له ، ودار سؤالهم بين العلماء ، فمنهم من أجاب : بصحة الإقرار ،وهم الأكثر ، ومنهم : من أجاب ببطلانه ، ومنهم علامة الورى الشمس الرملى معللا بأنه محال شرعى إذ يستحيل أن يكون لواحد أبوان وقال بعض الفضلاء من الحنفية مقتضى مذهبنا بطلان الإقرار أى فى خصوص هذه المسئلة وإلا فلا يستحيل شرعا أن يكون للواحد أبوان أو ثلاثة إلى خمسة كما فى ولد الجارية المشتركة إذا ادعاه الشركاء. بل قد يثبت نسب الواحد الحر الأصل من الطرفين كما فى اللقيط إذا ادعاه رجلان حران كل واحد منهما من امرأة حرة كما فى التاترخانية اه (قوله ولم نرها صريحة) هذا البحث لصاحب المنح : ومثله فى حاشية الأشباه للحموى كما قدمناه قريبا (قوله وعندهما لا) لما لم يقف على من يرجح قول الإمام على قولهما صرح بذكر قولهما فى المتن : فإن عادته كعادة أرباب المتون المألوفة التصريح بقولهما أيضا عند رجحان قولهما على قوله وكذا عند التساوى بينهما كما فى المولى عبد الحليم ولكن يأتى تصحيح قول الإمام (قوله فلا تحبس ولا تلازم) لأن فيه منع الزوج عن غشيانها وإقرارها فيما يرجع إلى بطلان حق الزوج لا يصح انتهى درر والظاهر أنه على قولهما يأمرها القاضى بالدفع وبيع عليها ما يباع فى الدين ط (قوله إفتاء وقضاء) منصوبين على الحال (قوله لأن الغالب الخ) فيه نظر إذ العلة خاصة والمدعى عام، لأنه لا يظهر فيما إذا كان الإقرار لأجنبى ، وقوله : لتوصل بذلك إلى منعها بالحبس عنده لا يظهر أيضا إذا بالحبس عند القاضى لا عند الأب فإذا المعول عليه قول الإمام اه إذ لم يستند فى هذا التصحيح لأحد من أئمة الترجيح ط لكن قوله ، إذ الحبس عند القاضى مخالف لما مر فى بابه أن الخيار فيه للمدعى (قوله فى حقها خاصة) أى فى بعض الأحكام ، فإنه يظهر فى حق الزوج فى المستقبل حتى لو جاءت بولد بعده يكون

فولد علق بعد الإقرار رقيق خلافا لمحمد (لا فى حقـه) يرد عليه انتقاص طلاقها كما حققه فى الشرنبلالية (وحق الأولاد) .

وفرع على حقه بقوله : (فلا يبطل النكاح) وعلى حق الأولاد بقوله(وأولاد حصلت قبل الإقرار وما فى بطنها وقته أحرار) لحصولهم قبل إقرارها بالرق (مجهول النسب حرر عبده ثم أقر بالرق لإنسان وصدقه)

ملكا للمقر له . ويملك عليها الزوج طلقتين فقط . وقد كان يملك عليها ثلاثا ، وهذا عند أبى يوسف فى حق الأولاد وإجماعا فى الطلاق والعدة ، فإن طلاقها اثنتان وعدتها حيضتان ، وقد كان يملك عليها ثلاثا وتعتد بثلاث حيض ، والعدة حق الزوج وحق الشرع . فقد ظهر إقرارها فى حق غيره كما نقله الشرنبلالى عن المحيط عن المبسوط (قوله فولد) التفريع غير ظاهر ، ومحله فيما بعد والظاهر أن يقال : فتكون رقيقة له كما فى العزمية ، ويأتى قريبا(قوله رقيق) عند أبى يوسف لأنه حكم برقيتها وولد الرقيقة رقيق درر (قوله خلافا لمحمد) هو يقول تزوجها بشرط حرية أولاده منها فلا تصدق فى إبطال هذا الحق اه منح : أى فيكون أولادها بعد الإقرار أحرارا وهذا ليس على إطلاقه لما فى الأشباه مجهول النسب إذا أقر بالرق لإنسان وصدقه المقر له صح ، وصار عبدا وهذا إذا كان قبل تأكد الحرية بالقضاء أما بعد قضاء القاضى عليه بحد كامل أو بالقصاص فى الأطراف لايصح إقراره بالرق بعد ذلك اه (قوله يرد عليه) أى على عدم صحة إقرارها فى حقه (قوله انتقاص طلاقها) وكذا عدتها كما علمت (قوله كما حققه فى الشرنبلالية) حيث قال : ويرد على كون إقرارها غير صحيح فى حقه انتقاص طلاقها لأنه نقل فى المحيط عن المبسوط : أن طلاقها ثنتان وعدتها حيضتان بالإجماع لأنها صارت أمة ، وهذا حكم يخصها .

ثم نقل عن الزيادات : ولو طلقها الزوج تطليقتين ، وهو لايعلم بإقرارها ملك عليها الرجعة ولو علم لايملك وذكر فى الجامع لا يملك علم أولم يعلم قيل ما ذكره فى الزيادات قياس . وما ذكره فى الجامع استحسان .

وفى الكافى : آلى وأقرت قبل شهرين فهما مدته وإن أقرت بعد مضى شهرين فأربعة والأصل أنه متى أمكن تدارك ما خاف فوته بإقرار الغير . ولم يتدارك بطل حقه ، لأن فوات حقه مضاف إلى تقصيره ، فإن لم يمكن التدارك لا يصح الإقرار فى حقه ، فإذا أقرت بعد شهر أمكن الزوج التدارك وبعد شهرين لايمكنه وكذا الطلاق والعدة حتى لو طلقها ثنتين ، ثم أقرت يملك الثالثة ولو أقرت قبل الطلاق تبين بثنتين ، ولو مضت من عدتها حيضتان ثم أقرت يملك الرجعة ، ولو مضت حيضة ثم أقرت تبين بحيضتين اه .

قلت : وعلى ما فى الكافى لا إشكال لقوله إن فوات حقه مضاف إلى تقصيره تأمل (قوله وفرع على حقه) الأولى أن يقول على قوله لا فى حقه (قوله مجهول النسب) قيد به احترازا عمن علم نسبه وحريته . فلا يصح إقراره بالرق لتكذيب العيان له كما لايخفى وكذا من علم أنه عتيق الغير ، ويصح هذا الإقرار من المجهول ، ولو كان صبيا مميزا كما فى تنوير الأذهان ويستثنى منه اللقيط حيث لايصح إقراره بأنه عبد لفلان إلا إذا كان بالغا أبو السعود .

وفى الأشباه : مجهول النسب : لو أقر بالرق لإنسان وصدقه المقر له صح وصار عبده إن كان قبل تأكد حريته بالقضاء أما بعد قضاء القاضى عليه بحد كامل ، أو بالقصاص فى الأطراف لايصح إقراره بالرق بعد ذلك وإذا صح إقراره بالرق فأحكامه بعده فى الجنايات والحدود وأحكام العبيد وفى التتف يصدق إلا فى خمسة : زوجته ومكاتبه ومدبره وأم ولده ومولى عتقه انتهى .

المقر له (صح) إقراره (فى حقه) فقط (دون إبطال العتق فإن مات العتيق يرثه وارثه إن كان) له وارث يستغرق التركة (وإلا فيرث) الكل أو الباقى كافى وشرنبلالية .

(المقر له قال مات المقر ثم العتيق فإرثه لعصبة المقر) ولو جنى هذا العتيق سعى فى جنايته لأنه لا عاقلة له ، ولو جنى عليه يجب أرش العبد وهو كالمملوك فى الشهادة لأن حريته بالظاهر ، وهو يصلح للدفع لا للاستحقاق .

(قال) رجل لآخر (لى عليك ألف فقال) فى جوابه (الصدق أو الحق أو اليقين أو نكر) كقوله حقا

أقول : وهذا يفيد مجهولة النسب أيضا (قوله صح إقراره فى حقه) أى وصار عبده إن كان قبل تأكد حريته بالقضاء كما علمت (قوله دون إبطال العتق) أى دون ما يتعلق بعصبة المقر من إرث المعتق بعد موت المقر (قوله يرثه وارثه الخ) لأنه مقدم على المعتق (قوله وإلا) صادق بأن لم يكن له وارث أصلا ، أو وارث لا يرث الكل كأحد الزوجين (قوله فيرث الكل) أى إن لم يكن له وارث أصلا (قوله أو الباقى) إن كان له وارث لا يستغرق (قوله كافى وشرنبلالية) الأولى شرنبلالية عن الكافى لقوله كذا فى الكافى . وعبارة الشرنبلالية عن المحيط وإن كان للميت بنت كان النصف لها ، والنصف للمقر له اهـ .

فعلم أن المراد بالوارث ذو الفرض أو العصبة ، وإن كان المقر له مقدما على الرد وهل يقدم على ذوى الأرحام يراجع .

قال فى الشرنبلالية : وإن جنى هذا العتيق سعى فى جنايته لأنه لاعاقلة له ، وإن جنى عليه يجب عليه أرش العبد ، وهو كالمملوك فى الشهادة ، لأن حريته فى الظاهر وهو يصلح للدفع لا للاستحقاق اهـ (قوله المقر له) فاعل يرث أى وإلا فيرث الكل أو الباقى المقر له (قوله فإرثه لعصبة المقر) لأنه لما مات انتقل الولاء إليهم ، بخلاف ما إذا كان حيا درر ، وذلك لأن إقراره بالرق لا يظهر فى حقهم ، فلو كان عصبة أولاده فمن قبل الإقرار أحرار يرثون ، ومن بعده من أمة أرقاء لا ترثون فتدبر ط .

والحاصل : أن الإقرار حجة قاصرة فما دام حيا يكون إرث العتيق للمقر له عند عدم الوارث وبعد المقر ينتقل الولاء لعصبته ، فيكون الإرث لهم فلا ينفذ إقراره عليهم ، ويستحقون الميراث دون المقر له (قوله لأنه لاعاقلة له) إذ الذى أعتقه صار رقيقا والمقر له لم يظهر حكمه فى حق ذلك العتيق (قوله ولو جنى عليه يجب أرش العبد) وعليه فقد صار الإقرار حجة متعدية فى حق المجنى عليه ، فينبغى زيادة هذه المسألة على الست المتقدمة آنفا (قوله لأن حريته بالظاهر) لأنا نظرنا فيها إلى ظاهر حرية المعتق حال إعتاقه (قوله قال رجل لآخر لى عليك ألف الخ) . أقول : هذه المسائل معرفة أو منكرة أو مكررة أو مقرونا بها البر ينبغى أن تذكر عند قول المصنف فى كتاب الإقرار قال : أليس لى عليك ألف فقال : بلى الخ لوجهين .

الأول : أنها من قبيل نعم .

والثانى : أنها نظيرة اتزنها واتزن فنظير الأول قوله : الحق ونحوه ، لأن المفعول المطلق أو المفعول به لا يستقل بنفسه لأن الهاء لابد له من مرجع سابق ونظير الثانى قوله الحق حق ونحوه ، لأنه كلام تام غير محتاج إلى ماقبله وكذلك اتزن ثم هذه الألفاظ الرواية فيها النصب ، وعليه كلام المصنف حيث صرح به فى النكرة إما بكونه على المصدرية والتقدير القول الحق الخ أو بكونه مفعولا به : أى ادعيت الحق الخ وجاز فى الكل الرفع على أنه خبر مبتدإ محذوف ، يدل عليه فحوى الكلام . فالتقدير : قولك الحق أو دعواك الحق الخ ، ولو قدر مجرورا فله وجه

ونحوه (أو كرر لفظ الحق أو الصدق) كقوله الحق الحق أو حقا حقا (ونحوه أو قرن بها البر) كقوله : البر حق أو الحق بر الخ (فإقرار ولو قال الحق حق أو الصدق صدق أو اليقين يقين لا) يكون إقرارا لأنه كلام تام بخلاف ما مر لأنه لا يصلح للابتداء فجعل جوابا فكأنه قال ادعيت الحق الخ .

(قال لأمته يا سارقة يا زانية يا مجنونة يا آبقة أو قال هذه السارقة فعلت كذا وباعها فوجد بها واحد منها) أى من هذه العيوب (لا ترد به) لأنه نداء أو شتمة لا إخبار (بخلاف هذه سارقة أو هذه آبقة أو هذه زانية أو هذه مجنونة) حيث ترد بأحدها لأنه إخبار وهو لتحقيق الوصف (وبخلاف يا طالق) أو هذه المطلقة فعلت كذا حيث تطلق امرأته لتمكنه من إثباته شرعا فجعل إيجابا ليكون صادقا بخلاف الأول درر .

(إقرار السكران بطريق محظور) أى ممنوع محرم (صحيح) فى كل حق فلو أقر بقود أقيم عليه الحد فى سكره

أيضا فيكون التقدير قولك : أو دعواك بالحق ولو لم يعرب فيحمل على واحد منهما ، فلا يختلف الحكم فى الجميع فى الصحيح كذا فى الجامع العاملى (قوله ونحوه) بأن كرر اليقين أيضا معرفا أو منكرا (قوله أو قرن بها البر) قيد به لأنه لو قرن بها الصلاح لم يكن إقرارا لأن الصلاح محكم فى الرد إذ القول لا يوصف به فيكون أمرا بالصلاح والاجتناب عن الكذب ، فيحمل ماقرن به عليه أطلقه ولكنه مقيد بالنصب ، إذ لو رفع يكون جملة تامة من مبتدأ وخبر فلا يجعل جوابا لما سبق بخلاف تكرير هذه الألفاظ حيث يحمل على التأكيد . وأشار بالمقارنة إلى أن البر لو انفرد معرفا أو منكرا أو مكررا لايكون إقرارا لعدم العرف عبد الحليم (قوله البر حق) هذا مما يصلح للاخبار ولا يتعين جوابا ، والذى فى نسخة الدرر البر الحق وهو فى بعض النسخ كذلك ، وهو ظاهر فإنه يحمل على الإبدال ط (قوله لأنه كلام تام) من مبتدأ وخبر مستقل بنفسه هذا هو المنطوق وجعله جوابا إنما هو باعتبار دلالة الحال ، وذا ساقط فى مقابله وقوله : لأنه لايصلح للإبتداء : أى لأن يكون كلاما مبتدأ هذا هو الظاهر أولا يصلح لأن يكون مبتدأ ، لأنه لو رفع يكون خبرا لمبتدأ يقدر بدلالة الحال ، وهو قولك أو دعواك على ما أشرنا إليه (قوله ياسارقة الخ) مأخذ هذه المسألة بتفاريعها من باب الإقرار بالعيب فى الجامع الكبير وإتيان المصنف بها فى أواخر باب العيب أنسب من إتيانه بها هنا كما لا يخفى (قوله لأنه نداء) أى فيما عدا الأخير والنداء إعلام المنادى وإحضاره لا لتحقيق الوصف ولهذا لو قال لامرأته : يا كافرة لا يفرق بينهما اه درر (قوله أو شتمة) أى فى الأخيرة وهى قوله هذه السارقة فعلت كذا أى ولم يكن لتحقيق الوصف وفى نسخة شتيمة : ويحتمل أن أو بمعنى الواو فإن كل أمثلة النداء تصلح للشتم وينفرد الشتم فى الأخيرة ط (قوله بخلاف هذه سارقة) وكذا هذه السارقة بلام التعريف الحاصل أن الاعتبار إلى مجىء الوصف خبرا فيستوى حينئذ كونه معرفا أو منكرا بخلاف مجيئه نعتا فحينئذ يحمل على الشتم هذا هو المصرح به فى تلخيص الجامع الكبير . وعليه كلام الكافى فيظهر منه أن تنكير هذه الأوصاف فى عبارة المصنف ليس للاحتراز (قوله حيث ترد بأحدها) أى لو اشتراها من لم يعلم بهذه الأخبار ثم علم ط .

أقول : فيه نظر لأن الشرط فى رد المبيعة بالعيب أن يوجد عند المشترى ، والبائع فلو أقر البائع بالعيب عنده ولم يوجد عند المشترى لا ترد بل يكون قد زال تأمل (قوله بخلاف الأول) فإن السيد لا يتمكن من إثبات هذه الأوصاف فيها (قوله بطريق محظور) متعلق بالسكران (قوله محرم) لاحاجة إليه (قوله صحيح) لتكليفه شرعا لقوله تعالى — لاتقربوا الصلاة وأنتم سكارى — خاطبهم تعالى ونهاهم حال سكرهم أشباه (قوله أقيم عليه الحد فى سكره) لعله سبق قلم . والصواب القصاص لأنه لافائدة فى انتظاره ، وأشار إلى أن الحد تارة يقصد به

وفى السرقة يضمن المسروق كما بسطه سعدى أفندى فى باب حد الشرب (إلا فيما) يقبل الرجوع كالردة و (حد الزنا وشرب الخمر وإن) سكر (بطريق مباح) كشربه مكرها (لا) يعتبر بل هو كالإغماء إلا فى سقوط القضاء وتمامه فى أحكامات الأشباه .

تأديب بإيصال الألم إليه ، وهذا لا يحصل فى حال السكر فلا يقام عليه فيه لأنه لا يحس به كحد الشرب والقذف وتارة يقصد به تأديب غيره أو تحصل ثمرته ، وإن أقيم فى حال السكر لبقاء أثره بعده كالقود فإنه إن كان فى النفس يحصل به إزهاق الروح ، فلا فرق أن يكون فى حال الصحو لحصول المقصود به ، وهو زجر غيره أن يفعل كفعله وكذا فيما دون النفس المقصود به يحصل فى حال السكر أو فى حال الصحو . وينبغى أن يكون حد السرقة كذلك لبقاء أثره بعد الصحو (قوله وفى السرقة يضمن المسروق) أى لو أقر بالسرقة يتضمن ذلك الإقرار حق الله ، وهو إقامة الحد وحق العبد ، وهو ضمان المال فلا يلزمه الحد لدرئه بالشبهات ويصح فى حق العبد فيضمن المال المسروق (قوله سعدى أفندى) وعبارته هناك .

وقال صاحب النهاية : ذكر الإمام التمرتاشى ولا يحد السكران بإقراره على نفسه بالزنا والسرقة ، لأنه إذا صحا ورجع بطل إقراره ولكن يضمن المسروق ، بخلاف حد القذف والقصاص حيث يقام عليه فى حال سكره لأنه لا فائدة فى التأخير لأنه لا يملك الرجوع ، لأنهما من حقوق العباد ، فأشبه الإقرار بالمال والطلاق والعتاق انتهى .

ولا يخفى عليك أن قوله لأنه لا فائدة فى التأخير محل بحث وفى معراج الدراية بخلاف حد القذف فإنه يحبس حتى يصحو ثم يحد للقذف ، ثم يحبس حتى يخف منه الضرب ، ثم يحد للسكر ذكره فى المبسوط . وفى معراج الدراية : قيد بالإقرار لأنه لو زنى أو سرق فى حاله يحد بعد الصحو بخلاف الإقرار وكذا فى الذخيرة انتهى انتهت .

أقول : لكن فى قوله بخلاف الإقرار أن الإقرار كذلك فما وجه المخالفة تأمل (قوله إلا فيما يقبل الرجوع كالردة) أى ولو بسب النبى صلى الله تعالى عليه وسلم فإنها كسائر ألفاظ الردة خلافا لما قدمه الشارح فى بابها .

وكتب عليه سيدى الوالد رحمه الله تعالى كتابة حسنة حرر فيها أن القبول هو المذهب وأن عدم القبول هو مذهب مالك رحمه الله تعالى فارجع إليه والحكمة فى عدم صحة إقراره فيما يقبل الرجوع أن الردة مبنية على الاعتقاد وهو يعتمد وجود العقل ولا عقل له مع السكر ، ولو أقر ولذا لو ارتد فى سكره لا تصح ردته ، وعليه فينبغى أن لا تلحقه أحكام المرتد من بينونة زوجة ونحوه فليراجع أما من ثبتت ردته بالبينة وأنكر فإن إنكاره توبة فتلزمه أحكام المرتد كما صرحوا به (قوله وشرب الخمر) أى إذا أقر وهو سكران بأنه شرب الخمر الذى هو فيه أو غيره لا يصح إقراره فلا يقام عليه الحد وإنما ترتب على البينة مثلا الأحكام ط (قوله لا يعتبر) أى إقراره (قوله إلا فى سقوط القضاء) أى قضاء الصلاة أزيد من يوم وليلة ، فتسقط بالإغماء لا بالسكر ، لأنه بصنعه كما فى الأشباه (قوله وتمامه فى أحكامات الأشباه) وعبارتها أحكام السكران هو مكلف لقوله تعالى — لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى — خاطبهم تعالى ونهاهم حال سكرهم ، فإن كان السكر من محرم ، فالسكران منه هو المكلف ، وإن كان من مباح فلا فهو كالمغمى عليه لا يقع طلاقه .

واختلف التصحيح فيما إذا سكر مكرها أو مضطرا فطلق وقدمنا فى الفوائد أنه من محرم كالصاحى إلا

فى ثلاث : الردة والإقرار بالحدود الخالصة والإشهاد على شهادة نفسه ، وزدت على الثلاثة : تزويج الصغير والصغيرة بأقل من مهر المثل أو بأكثر فإنه لاينعقد .

الثانية : الوكيل بالطلاق صاحيا إذا سكر فطلق لم يقع .

الثالثة : الوكيل بالبيع ، ولو سكر فباع لم ينفذ على موكله .

الرابعة : غصب من صاح ورده عليه وهو سكران وهى فى فصول العمادى فهو كالصاحى إلا فى سبع فيؤاخذ بأقواله وأفعاله . واختلف التصحيح بما إذا سكر من الأشربة المتخذة من الحبوب أو العسل والفتوى على أنه سكر محرم ، فيقع طلاقه وعتاقه ولو زال عقله بالبنج لم يقع وعن الإمام أنه إن كان يعلم أنه بنج حين يشرب يقع وإلا فلا ، وصرحوا بكراهة أذان السكران ، واستحباب إعادته وينبغى أن لايصح أذانه كالمجنون . وأما صومه فى رمضان فلا إشكال أنه إن صحا قبل خروج وقت النية أنه يصح إذا نوى لأنا لانشرط التبييت فيها ، وإذا خرج وقتها قبل صحوه أثم وقضى ، ولا يبطل الاعتكاف بسكره ويصح وقوفه بعرفات كالمغمى عليه ، لعدم اشتراط النية فيه واختلفوا فى حد السكران ، فقيل : من لايعرف الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة وبه قال الإمام الأعظم : وقيل من فى كلامه اختلاط وهذيان ، وهو قولهما وبه أخذ أكثر المشايخ والمعتبر فى قدح السكر فى حق الحرمة ماقالاه احتياطا فى الحرمات ، والخلاف فى الحد والفتوى على قولهما فى انتقاض الطهارة وفى يمينه لايسكر كما بيناه فى شرح الكنز .

[تنبيه] قولهم إن السكر من مباح كالإغماء ، يستثنى منه سقوط القضاء فإنه لايسقط عنه ، وإن كان أكثر من يوم وليلة لأنه بصنيعه كذا فى المحيط انتهى ماذكره فى الأشباه .

قال فى نور العين : ويلحق السكران بالصاحى فى العبادات والحقوق فيلزمه سجدة تلاوة وقضاء الصلاة شح ، وإذا أفاق يلزمه الوضوء اوكان بحال لايعرف الذكر من الأنثى لا كمغمى عليه ومن سكر من شراب محرم أو من المثلث لزمه كل التكاليف الشرعية ، ويصح جميع عباراته وتصرفاته سواء شرب مكرها أو طائعا بزدوى .

السكر لو بمباح كشرب مكره ، ومضطر ، وشرب دواد ، وشرب مايتخذ من حبوب وعسل عند أبى حنيفة كالإغماء يمنع من صحة طلاق ، وعتاق وسائر التصرفات ، والسكر بمحظور كسكر من كل شراب محرم ، ونبيذ المثلث ، ونبيذ الزبيب المطبوخ المعتق لاينافى الخطاب ، فيلزمه جميع أحكام الشرع ، وتصح عباراته كلها بطلاق وعتاق وبيع وشراء ، وأقارير ، ويصح إسلامه لاردته استحسانا ولو أقر بقصاص أو باشر سببا لزمه حكمه ولو قذف أو أقر به لزمه الحد ولو زنى حد إذا صحا ولو أقر أنه سكر من خمر طائعا لم يحد حتى يصحو فيقرأ وتقوم عليه البينة ، ولو أقر بشىء من الحدود لم يحد إلا فى حد قذف ، وتقام عليه الحدود إذا صحا .

قال فى الهداية : لايحد السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ وأنه شربه طوعا إذ السكر من المباح لايوجب الحد كالبنج ولبن الرماك وكذا شرب المكره ، لايوجب الحد ولا يحد السكران حتى يزول عنه السكر تحصيلا لمقصود الانزجار والسكران الذى يحد عند أبى حنيفة ، هو من لايعقل منطقا لا قليلا ولا كثيرا ، ولا يعقل الرجل من المرأة وعندهما من يهذى ويخلط كلامه إذ هو السكران فى العرف ، وإليه مال أكثر المشايخ والمعتبر

. . . .

فى القدح المسكر فى حق الحرمة ماقالا إجماعا أخذا بالاحتياط انتهى .

وقدمنا عن الأشباه أن الفتوى على قولها فى انتقاض الطهارة ، وفى يمينه أن لايسكر وأنه يستثنى سقوط القضاء من قولهم السكر بمباح كإغماء ، فإنه لايسقط عنه وإن كان أكثر من يوم وليلة لأنه بفعله قال قاضيخان: يجوز جميع تصرفات السكران إلا الردة والإقرار بالحدود والإشهاد على شهادة نفسه ، وفى محل آخر منه من سكر من خمر أو شراب متخذ من أصل الخمر وهو العنب والزبيب والتمر كنبيذ ومثلث وغيرهما ينفذ جميع تصرفاته عندنا وبه أخذ عامة المشايخ وقال الحسن ابن زياد الطحاوى والكرخى والصفار ومالك والشافعى فى أحد قوليه وداود الأصفهانى: لايصح منه تصرف ماوردته لاتصح عندنا استحسانا إذ الكفر واجب النفى لاواجب الإثبات وعن أبى يوسف أنه كان يأخذ بالقياس ، ويقول تصح ردته انتهى . قال : فلو قضى قاض بقول واحد من هؤلاء نفذ قضاؤه .

واختلاف المشايخ فيما يتخذ من حبوب وثمار وعسل من قال : بوجوب الحد بالسكر به يقول ينفذ تصرفاته ليكون زجرا له ومن قال : لايجب الحد به وهو الفقيه أبو جعفر والإمام السرخسى يقول لاينفذ تصرفاته واو شرب شرابا حلوا فلم يوافقه وذهب عقله بالصداع لا بالشراب فطلق قال محمد : لايقع وبه يفتى هذ كله فى الشراب طائعا فلومكرها فطلق فالصحيح أنه لايقع وفى محل آخر منه ، ولوشرب الخمر مكرها أو لضرورة وسكر فطلق اختلفوا فيه ، والصحيح أنه كما لايلزمه الحد لايقع طلاقه ، ولاتنفذ تصرفاته ولوسكر مما يتخذ من حبوب وفواكه ، وعسل اختلفوا فيه قال الفقيه أبو جعفر : أنه كما لايلزمه الحد لاتنفذ تصرفاته قاضيخان .

لو كانت الخمر مغلوبة بالماء تحرم ، لكن لايحد شاربها مالم يسكر وفيما سوى الخمر مما يتخذ من عنب وزبيب ، لايحد شاربه مالم يسكر ، ومن سكر بالبنج فالصحيح أنه لايحد ، ولاتصح تصرفاته ولاتقع ردته ابن الهمام .

عدم وقوع طلاق السكران بالبنج والأفيون لعدم المعصية ، فإنه يكون للتداوى غالبا فلا يكون زوال العقل بسبب هو معصية ، حتى لو لم يكن للتداوى بل للهو وإدخال الآفة قصدا ينبغى أن نقول : يقع وقال أيضا اتفق مشايخ الحنفية والشافعية بوقوع طلاق من زال عقله بأكل الحشيش ، وهو المسمى ورق القنب لفتواهم بحرمته اتفاقا من متأخريهم إذ لم يظهر أمر الحشيش فى زمن المتقدمين سنى طلاق السكران غير واقع ، وبه أخذ كثير من مشايخ بلخ ، وهو قول عثمان رضى الله تعالى عنه هذا نبيذ عسل وتين وحنطة وشعير وذرة حلال وإن لم يطبخ عند أبى حنيفة ، وأبى يوسف إذا شرب بلا لهو ولا طرب لقوله عليه الصلاة والسلام « الخمر من هاتين الشجرتين وأشار إلى كرم ونخل » خص التحريم بهما إذ المراد بيان الحكم ثم قيل : يشترط الطبخ لإباحته ، وقيل : لا وهو المذكور فى الكتاب وهل يحد إذا سكر منه قيل لايحد وقالوا الأصح أنه يحد إذ روى عن محمد فيمن سكر من الأشربة أنه يحد بلا تفصيل إذ الفساق يجتمعون عليه فى زماننا كما على سائر الأشربة بل فوق ذلك .

يقول الحقير : قوله الأصح موافق لما اختاره صاحب المبسوط كما مر لكنه مخالف لما نقله قاضيخان عن الفقيه أبى جعفر . ولما نقله البزدوى أيضا عن أبى حنيفة ، كما مر كلاهما فى أول المبحث والله تعالى أعلم بالصواب هداية المثلث العنبى حلال عند أبى حنيفة وأبى يوسف إذا قصد به التقوية لا التلهى ، وعند محمد: حرام وعنه أنه حلال ، وعنه أنه مكروه وعنه أنه توقف فيه مختارات النوازل نبيذ تمر ، ونبيذ زبيب

(المقر له إذا كذب المقر بطل إقراره) لما تقرر أنه يرتد بالرد (إلا) فى ست على ما هنا تبعا للأشباه :

إذا طبخ أدنى طبيخ وإن اشتد إذا شرب مايغلب على ظنه ، أنه لايسكر من غير لهو ، ولا طرب جاز عند أبى حنيفة ، وأبى يوسف وهو الصحيح ، لأنه أبعد من تفسيق الصحابة رضى الله تعالى عنهم ، ونبيذ حنطة وشعير وعسل حلال وإن لم يطبخ إذا شرب منه بلا لهو ، عند أبى حنيفة ، وأبى يوسف ، فهو المثلث ولايحد شاربه عندهما ، ولايقع طلاقه وإن سكر منه ، وعن محمد أنه حرام ، ويحد شاربه إذا سكر منه ، ويقع طلاقه والأصح فيه قول محمد ، وكذا المتخذ من الألبان إذا اشتد ، فهو على هذا الخلاف أشباه صرحوا بكراهة أذان السكران ، والاستحباب الإعادة وينبغى أن لايصح أذانه كالمجنون فضمك .

سكران جمح فرسه فاصطدم إنسانا فمات ، لو كان يقدر على منعه فليس بمسير له فلا يضاف إليه سيره ، وكذا غير السكران لو عاجزا عن منعه .

زوج بنته الصغيرة بأقل من مهرها لو صاحيا جاز عند أبى حنيفة ، أما عندهما فقيل : يجوز النكاح لا النقصان ونص فى جمع أنه لايجوز النكاح عندهما ، ولو فى سكر اختلف على قول أبى حنيفة قيل : يجوز وقيل لا وهو الصحيح فقط .

تزوج امرأة بحضرة سكارى وعرفوا أمر النكاح إلا أنهم لايذكرون بعد صحوهم جاز ط .

وكله بطلاق فطلقها وهو سكران ، فلو وكله وهو سكران يقع إذ رضى بعبارته ولو وكله وهو صاح لايقع إذ رضى بعبارة الصاحى لا السكران خ .

وكيل ببيع وشراء إذا سكر بنبيذ تمر فلو يعرف البيع والشراء والقبض . قال سنجر : جاز عقده على موكله كما باشر لنفسه لا لو ببنج كمعتوه . وقال غيره : لايجوز فى النبيذ أيضا إذ بيع السكران إنما جاز زجرا عليه ، فلا يجوز على موكله فسقط رد الغصب على سكران ورفع ثوبه للحفظ مر فى أوائل فصل الضمان انتهت قال بعض الفضلاء وهل يدخل فى ذلك تصرفات الصبى السكران من إسلامه وغيره وكانت واقعة الفتوى تأمل .

أقول : الظاهر أنه لايدخل فى ذلك لأن البالغ السكران من محرم جعل مخاطبا زجرا له وتغليظا عليه والصبى ليس أهلا للزجر والتغليظ كذا ذكره فى الحواشى الحموية (قوله بطل إقراره) قال فى الذخيرة : من أقر لإنسان بشىء وكذبه المقر له فقال المقر أنا أقيم البينة على ذلك لاتقبل بينته اه بيرى ولو عاد المقر فى الإقرار ثانيا وصدقه المقر له كان للمقر له أن يؤاخذه بإقراره الثانى تاترخانية . والمعنى : أنه إذا كذبه ثم صدقه لايعمل تصديقه إلا فى المواضع المذكورة فإنه يعمل تصديقه بعد التكذيب ط .

أقول : وما نقله فى التاترخانية استحسان ، والقياس أن لايكون له ذلك وفى الذخيرة وصدقه المقر له بأن قال : لك على ألف درهم فقال المقر له : أجل لى عليك ولو أقر بالبيع وجحد المشترى ووافقه المقر فى الجحود أيضا ، ثم إن المقر له ادعى الشراء لايثبت الشراء ، وإن أقام المشترى بينة على ذلك ولو صدقه البائع على الشراء يثبت الشراء اه .

قال السيد الحموى أقول : وجه القياس أن الإقرار الثانى عين المقر به أولا فالتكذيب فى الأول تكذيب فى الثانى ووجه الاستحسان أن يحتمل أنه كذبه بغير حق لغرض من الأغراض الفاسدة ، فانقطع عنه ذلك الغرض ، فرجع إلى تصديقه فجاء الحق وزهق الباطل اه (قوله على ماهنا) أى على مافى المتن وإلا فسيأتى

(الإقرار بالحرية والنسب وولاء العتاقة والوقف) فى الإسعاف لو وقف على رجل فقبله ثم رده لم يرتد وإن ردّه قبل القبول ارتد (والطلاق والرق) فكلها لا ترتد ويزاد الميراث بزازية والنكاح كما فى متفرقات قضاء البحر وتمامه ثمة واستثنى ثمة مسألتين من الإبراء وهما إبراء الكفيل لا يرتد وإبراء المديون بعد قوله

زيادة عليها (قوله الإقرار بالحرية) فإذا أقر أن العبد الذى فى يده حر تثبت حريته ، وإن كذبه العبد ط (قوله والنسب) قد تقدم فى باب دعوى النسب فيما تصح فيه دعوى الرجل والمرأة أنه لابد من تصديق هؤلاء إلا فى الولد إذا كان لايعبر عن نفسه ، ومن جملة مايشترط تصديقه مولى العتاقة إلا أن يحمل أنه إذا عاد إلى التصديق بعد الرد يقبل كما قلنا . ويدل على ذلك عبارة البحر فى المتفرقات ، فإنه قال وقيد بالإقرار بالمال احترازا عن الإقرار بالرق ، والطلاق ، والعتاق والنسب والولاء ، فإنها لاترتد بالرد أما الثلاثة الأول ففى البزازية قال لآخر أنا عبدك ، فرد المقر له ثم عاد إلى تصديقه ، فهو عبده ولا يبطل الإقرار بالرق بالرد كما لايبطل بجحود المولى ، بخلاف الإقرار بالعين والدين ، حيث يبطل بالرد والطلاق والعتاق لايبطلان بالرد لأنهم إسقاط يتم بالمسقط وحده ، وأما الإقرار بالنسب ، وولاء العتاقة فى شرح المجمع من الولاء ، وأما الإقرار بالنكاح فلم أره الآن اه فتصـــور المسائل المذكورة هنا مثل تصوير الرق إلا الطلاق والعتاق لما علل به ط (قوله والوقف) قال فى الأشباه : إن المقر له إذا رده ثم صدقه صح كما فى الإسعاف (قوله فى الإسعاف لو وقف على رجل الخ) يشير به للرد على المتن ، ولكن رأيت معزيا للخزانة مايوافق المتن ، وهو لو قال : لا أقبل يبطل وقيل لايبطل ، وهو المختار عند بعض المتأخرين اه لكن فيه أن الكلام فى الإقرار بالوقف ، لا فى الوقف وأيضا الكلام فيما لايرتد ، ولو قبل القبول على أن عبارة الإسعاف على مافى الأشباه والمنح هكذا ويزاد الوقف ، فإن المقر له إذا زاده ثم صدقه صح وهى موافقة لما نحن بذكره من أن الإقرار لايرتد بالرد ، ولو قبل القبول ، ومانقله الشارح من أن الوقف يرتد بالرد قبل القبول لابعده هو غير مانحن فيه . ونقل الحموى عن الاسعاف مايناسب هذا ، فقال : ولو أقر لرجلين بأرض فى يده أنها وقف عليهما أو على أولادهما ونسلهما أبدا ثم من بعدهم على المساكين فصدقه أحدهما وكذبه الآخر ولا أولاد لهما يكون نصفها وقفا على المصدق منهما والنصف الآخر للمساكين لو رجع المنكر إلى التصديق رجعت الغلة إليه . وهذا بخلاف مالو أقر لرجل بأرض فكذبه المقر له ثم صدقه فإنها لاتصير له مالم يقر له بها ثانيا ، والفرق أن الأرض المقر بوقفيتها لاتصير ملكا لأحد بتكذيب المقر له فإذا رجع ترجع إليه والأرض المقر بكونها ملكا ترجع إلى ملك المقر بالتكذيب اه وهذا غير مانقله الشارح عنه كما علمت وهو المناسب للمقام والملائم لأن المقر له قد كذب المقر ثم صدقه يصح تصديقه فتأمل (قوله والرق) أى لو قال له أنا رفيقك فأنكر ثم ادعاه وصدقه العبد صح ومنه ماقدمه الشارح فى كتاب العتق عن الخلاصة قال لعبده أنت غير مملوك الخ (قوله ويزاد الميراث) أى فلا يعمل رد الوارث إرثه من المورث (قوله كما فى متفرقات قضاء البحر) وعبارته قيد بالإقرار بالمال احترازا عن الإقرار بالرق والطلاق والعتاق والنسب والالاء ، فإنها لاترتد بالرد .

أما الثلاثة الأول . ففى البزازية قال لآخر : أنا عبدك فرد المقر له ثم عاد إلى تصديقه فهو عبده ، ولا يبطل الإقرار بالرق بالرد كما لايبطل بجحود المولى بخلاف الإقرار بالعين والدين حيث يبطل بالرد ، والطلاق والعتاق لايبطلان بالرد لأنهما إسقاط يتم بالمسقط وحده وأما الإقرار بالنسب وولاء العتاقة ففى شرح المجمع من الولاء وأما الإقرار بالنكاح ، فلم أره الآن انتهى (قوله واستثنى ثمة مسألتين من الإبراء) أى من قولهم الإبراء يرتد بالرد

أبرئني فأبرأه لايرتد فالمستثنى عشرة فلتحفظ وفى وكالة الوهبانية ومتى صدقه فيها ثم رده لايرتد بالرد

ولا حاجة إلى ذكرهما هنا فإنهما ليسا مما نحن فيه ح : أى لأن الكلام فى الإقرار وما ذكره فى الإبراء .

وعبارته قال : ثم اعلم أن الإبراء يرتد إلا فيما إذا قال المديون : أبرئنى فأبرأه فإنه لايرتد كما فى البزازية وكذا إبراء الكفيل ، لايرتد بالرد فالمستثنى مسألتان كما أن قولهم : إن الإبراء لايتوقف على القبول ، ولايخرج عنه الإبراء عن بدل الصرف والسلم فإنه يتوقف على القبول ليبطلاه كما قدمنا فى باب السلم .

والحاصل : أن الكلام فى أن الإقرار يرتد بالرد إلا فى مسائل وهاتان المسئلتان ليستا منها وحينئذ فلاوجه لزيادة ذلك قال فى كتاب المداينات الإقرار يرتد بالرد إلا فى مسائل .

الأولى : إذا أبرأ المحتال عليه فرده لم يرتد .

الثانية : إذا قال المديون أبرئنى فأبرأه فرده لا يرتد .

الثالثة : إذا أبرأ الطالب الكفيل فرده لم يرتد وقيل يرتد .

الرابعة : إذا قبله ثم رده لم يرتد اه إلا أن يراد بقوله واستثنى مسئلتين من قولهم الإبراء يرتد بالرد أى كما أنه يستثنى من قولهم : إن الإبراء لايتوقف على القبول إلا الإبراء عن بدل الصرف والسلم ، فإنه يتوقف على القبول ليبطلاه فإذا كان الإبراء فى هاتين المسئلتين لا يرتد بالرد وإن لم يقبله بعد فمن باب أولى إذا رده ثم قبله فإنه لا يبطل ، وبهذا الاعتبار عدهما مسئلتين مما نحن فيه فتأمله (قوله فالمستثنى عشرة) أى على هذا المقال (قوله ومتى صدقه فيها) أى فى الإقرار بعين أو دين والإبراء والوكالة والوقف هذا ماتفيده عبارة العلامة عبدالبر ط .

أقول : ذكر فى شرح الوهبانية خمس مسائل مسئلة : الوكالة فقال : لو قال لآخر وكلتك ببيع هذا ، وسكت يصير وكيلا ولو قال : لا أقبل بطل وسيأتى فى المقولة الآتية إمكان تصويرها ، وهذه المسئلة الأولى من النظم وقال أيضا الإقرار والإبراء لا يحتاجان إلى القبول ، ويرتدان بالرد وهما أن الثانية والثالثة من النظام وقال أيضا : إذا سكت الموقوف عليه فى الوقف على فلان جاز ، ولو قال : لا أقبل بطل وفى وقف الأصل لا تبطل ، وهذه المسئلة الخامسة من النظم ثم قال : ولو صدقه فى هذا كله ثم رده لا يرتد انتهى . فغير هذا الشارح عبارته إلى ما ترى فضمير فيها يرجع إلى أربع مسائل مذكورة فى شرح الوهبانية : لا إلى الوكالة والمسئلة الرابعة من شرح الوهبانية هى هبة الدين ممن عليه الدين لا تصح من غير قبول ، خلافا لزفر كذا اختار السرخسى ، وقيل : الخلاف على العكس ، وفى قاضى خان مثله ، وذكر أبو الليث أنها تصح من غير قبول إلا أنها تبطل بالرد ، وفى الذخيرة والواقعات أن عامة المشايخ على أن هبة الدين (١) وإبراءه يتم من غير قبول .

وفى العمادية المذكور فى أكثر الكتب والشروح ، أن القبول ليس بشرط عندنا وهو الصحيح ، ثم ذكر عن الصغرى أنه يرتد بالرد انتهى ، فهذه خمس مسائل لكن لم يذكر قوله : ولو صدقه فى هذا كله الخ إلا بعد الأربعة الأول : وهى الوكالة والإقرار والابراء والوقف ولا شك أن هذا المقصود لا يفهم من هذا الشرح (قوله لايرتد بالرد) قد علمت أن من جملة مرجع الضمير الوكالة وهى عقد غير لازم ، فكيف لا ترتد بالرد ويمكن تصويرها فيما إذا وكله بشراء معين ، وقبل الوكالة فاشتراه بمثل ما دين له من قدر الثمن ثم ادعى أنه رد

---

(١) هبة الدين من عليه أو إبراؤه لايحتاج فيهما إلى القبول اه منه .

وهل يشترط لصحة الرد مجلس الإبراء خلاف والضابط أن ما فيه تمليك مال من وجه يقبل الرد وإلا فلا كإبطال شفعة وطلاق وعتاق لا يقبل الرد وهذا ضابط جيد فليحفظ .

(صالح أحد الورثة وأبرأ إبراء عاما)

الوكالة فلا يقبل ط (قوله وهل يشترط لصحة الرد مجلس الإبراء) ذكره العلامة عبد البر فى إبراء الدائن مديونه من الدين ، وعبارته بعد ذكر هذه المسئلة . وهل يشترط لصحة الرد مجلس الإبراء اختلاف المشايخ.

ولو قال : أبرئنى مما لك على فقال أبرأتك فقال : لا أقبل فهو برىء وفى بعض النسخ هبة الدين ممن عليه لا تتم إلا بالقبول والإبراء يتم ، لكن للمديون حق الرد قبل موته إن شاء انتهى (قوله والضابط) قال العلامة عبد البر عن تقويم الدبوسى : الصدقة بالواجب : أى الثابت فى الذمة إسقاط كصدقة الدين على الغريم ؛ وهبة الدين له فتتم له بغير قبول وكذا سائر الاسقاطات تتم من غير قبول إلا أن مافيه تمليك مال من وجه قبل الارتداد بالرد وما ليس فيه تمليك مال لم يقبل كإبطال حق الشفعة والطلاق وهذا ضابط جيد فتنبه له اهـ .

قال بعض الفضلاء: هذا الضابط ظاهر فيما يقبل الرد من الإنشاءات لكن هو خارج عما البحث فيه من كون الإقرار يرتد أولا يرتد إذ الإقرار لا تمليك فيه تأمل (قوله صالح الخ) وليت هذا الفرع ما حمل متنا ولا شرحا إذ أصل العبارة قال تاج الإسلام : وبخط شيخ الإسلام وجدته : صالح أحد الورثة وأبرأ إبراء عاما . ثم ظهر شىء فى التركة لم يكن وقت الصلح لا رواية فى جواز الدعوى ؛ ولقائل أن يقول : تجوز دعوى حصته منه . وهو الأصح ولقائل أن يقول : لا اهـ ثم اختصرها فى الأشباه وتبعه هنا قال الشرنبلالى نقلها فى الأشباه بما فيه اشتباه لا يليق . لأنه معزو إلى الخط . وفيه نظر وبرهن عليه فى رسالة اهـ ويؤيده ما سيأتى : لو صالح الورثة أحدهم ثم ظهر عين لم يعلموها هل تدخل فى الصلح ؟ قولان : أشهرهما : لا فهذا بلا إبراء فيه رواية مشهورة بعدم السماع . فكيف مع الإبراء الذى بمفرده يمنع السماع .

قال فى المحيط : لو أبرأ أحد الورثة الباقى ؛ ثم ادعى التركة وأنكروا لا تسمع دعواه . وإن أقروا بالتركة أمروا بالرد عليه اهـ أى لأن الإبراء عن العين إذا منع دعواها فمصادقتهم له يعمل بها . وأيضا فرع المتن يحتمل أن يكون ما ظهر تحت يد الورثة وأنهم أقروا بأنه من التركة بعد ذلك فيكون بسبب الصلح فيه روايتان قيل : لا تسمع دعواه لأن المصالح خرج عن كل التركة ، والأشهر تسمع لأنه ما خرج إلا من قدر ما علم ، فإذا انضم الإبراء إليه ربما ازداد غير الأشهر قوة عليه وإذا كانت تحت يد أجنبى ، فكذا يقال إلا أن الإبراء لا يقوى غير الأشهر ، لعدم يد المبرأ ، وخلط الشارح يد الوصى بهذا الفرع فيه نظر آخر وإن ظهر تحت يد الورثة ، وأنكروا أنه من التركة فالابراء بانفراده مانع من الدعوى ، فكيف مع الصلح فكيف كان قوله لا رواية فيه ، فيه ما فيه بل قيل : يعمل بالإبراء الواقع فى ضمن صلح ظهر فساده بفتوى الأئمة فكيف به فى الصحيح ، فليت التاج أخذ تخريجه على هذا .

ويمكن توجيهه بأنه أراد أنه ظهر تحت يد أجنبى وتقدم عن ابن الغرس أنه لو أبرأه مطلقا ثم ظهر أنه كان قبل الإبراء مشغول الذمة بشىء من تركة أبى المبرئ ،ولم يعلم بذلك ، ولا بموت أبيه إلا بعد الإبراء عمل الإبراء عمله ، ولا يعذر المبرئ .

وفى الخلاصة أبرأه عن الدعاوى ثم ادعى عليه مالا بالإرث عن أبيه إن مات أبوه قبل إبرائه صح الإبراء ولا تسمع دعواه ، وإن لم يعلم بموت الأب عند الإبراء اهـ ويأتى تمام الكلام على ذلك قريبا إن شاء الله تعالى

أو قال لم يبق لى حق من تركة أبى عند الوصى أو قبضت الجميع ونحو ذلك (ثم ظهر فى) يد وصيه من (التركة شىء لم يكن وقت الصلح) وتحققه (تسمع دعوى حصته منه على الأصح) صلح البزازية ولا تناقض لحمل قوله لم يبق لى حق أى مما قبضته

(قوله أو قال) عطف على صالح لأنها مسئلة أخرى (قوله أو قبضت الجميع) أى لو أقر الوارث أنه قبض ما على الناس من تركة والده ثم ادعى على رجل دينا تسمع دعواه منح عن الخانية.

وصى الميت إذا دفع ما كان فى يده من تركة الميت إلى ولد الميت، وأشهد الولد على نفسه أنه قبض التركة، ولم يبق من تركة والده قليل ولا كثير إلا قد استوفاه ثم ادعى فى يد الوصى شيئا وقال من تركة والدى وأقام على ذلك بينة قبلت بينته.

قلت: ووجه قبولها أن إقرار الولد لم يتضمن إبراء شخص معين وكذا إقرار الوارث بقبضه جميع ما على الناس ليس فيه إبراء، ولو تنزلنا للبراءة فهى غير صحيحة فى الأعيان شرح وهبانية للشرنبلالى، وفيه نظر لأن عدم صحتها معناه: أن لا تصير ملكا للمدعى عليه وإلا فالدعوى لا تسمع كما يأتى فى الصلح (قوله ثم ظهر فى يد وصيه) هذا إنما يظهر فى مسئلة الوصى لافى غيرها فلو ساق المصنف بتمامه إلى قوله: وقت الصلح ثم يقول أو ادعى فى يد الوصى شيئا وقال هذا من تركة والدى أو ادعى على رجل دينا لوالده تسمع دعواه فيما ذكر لكان أنسب فتأمل (قوله لم يكن وقت الصلح) أى لم يذكر (قوله وتحققه) المراد أنه أثبته وإلا فتحققه من غير إثبات لا يعتبر (قوله تسمع دعوى حصته منه على الأصح) قال فى الدرر: وفى المنتقى إذا دفع الوصى إلى اليتيم ماله بعد البلوغ فأشهد اليتيم على نفسه أنه قبض جميع تركة والده ولم يبق له من تركة والده قليل أو كثير إلا وقد استوفاه ثم ادعى شيئا فى يد الوصى، وقال هو من تركة أبى وأقام البينة قبلت بينته، وكذا لو أقر الوارث أنه قد استوفى جميع ما ترك والده من الدين على الناس، ثم ادعى دينا على رجل تسمع دعواه انتهى.

قال الشرنبلالى: وصحة دعواه به لعدم ما يمنع منها لأن إشهاده أنه قبض جميع تركة والده الخ ليس فيه إبراء المعلوم عن معلوم ولا عن مجهول فهو إقرار مجرد لا يستلزم إبراء فليس ما نعا من دعواه، ثم قال: وكذلك الحكم فى إقرار الوارث أنه استوفى دين والده. فلا يمنع هذا الإقرار دعوى الوارث بدين لمورثه على خصم له لأنه إقرار غير صحيح لعدم إبرائه شخصا معينا أو قبيلة معينة، وهم يحصون، وهذا بخلاف الاباحة لكل من يأكل شيئا من ثمرة بستانه فإنه يجوز، وبه يفتى وبخلاف الإبراء، عن مجهول لمعلوم فإنه صحيح كقول زيد لعمرو حاللنى من كل حق لك على ففعل برىء مما علم ومما لم يعلم وبه يفتى اه.

قال فى الخزانة: رجل قال لآخر حاللنى من كل حق لك على إن كان صاحب الحق عالما بما عليه برىء المديون حكما وديانة، وإن لم يكن عالما بما عليه برىء حكما لا ديانة فى قول محمد. وقال أبو يوسف: يبرأ حكما وديانة وعليه الفتوى اه قبل وإن لم تسمع الدعوى لا يحلف لأن اليمين فرع الدعوى، إلا أن يدعى عدم صحة إقراره بأن قال كنت مكرها فى إقرارى أو كذبت فيه فإنه يحلف المقر له فقولهم: لعدم صحة الدعوى وعدم التحليف بعد الإبراء العام إنما هو فيما إذا لم يقع النزاع فى نفس الإقرار الذى تبتنى عليه الدعوى واليمين تأمل ولا تغفل عند الفتوى فإنه بحث بعضهم معى فى ذلك انتهى حموى (قوله صلح البزازية) عبارتها قال تاج الإسلام وبخط شيخ الإسلام وجدته: صالح أحد الورثة وأبرأ إبراء عاما ثم ظهر فى التركة شىء لم يكن وقت الصلح لا رواية فى جواز الدعوى، ولقائل أن يقول: تجوز دعوى حصته منه، وهو الأصح ولقائل أن يقول لا انتهت (قوله ولا تناقض)

على أن الإبراء عن الأعيان باطل ، وحينئذ فالوجه عدم صحة البراءة كما أفاده ابن الشحنة واعتمده الشرنبلالى

هذا وارد على ما إذا قال الوارث للوصى قبضت تركة والدى ، ولم يبق لى حق من تركة والدى لا قليل ، ولا كثير وحاصل الإبراء كما فى المنح وأصله لابن وهبان أن قولهم النكرة فى سياق النفى تعم انتقض لأن قوله : ولم يبق لى حق نكرة فى سياق النفى فعلى مقتضى القاعدة لا يصح دعواه بعد ذلك لتناقضه والمتناقض لاتقبل دعواه ، ولا بينته ، ثم أجاب بما ذكره المؤلف ط (قوله على أن الإبراء عن الأعيان باطل) أى الصادر من الوارث للوصى والمعنى لو أبقينا عموم النكرة ، لايصح لما ذكره وظاهر هذا ،ولو ذكرت وقت الصلح حيث كان الصلح عنها نفسها لا عن بدلها مستهلكة ، لأن الإبراء يشمل الدراهم والدنانير التى فى يد الموصى . أو باقى الورثة إذ هى أعيان والدين ما يكون ثابتا فى الذمة .

أقول : وكما أن الإبراء عن الأعيان باطل فكذا إجازة تلف المتلفات قال فى الوجيز من الدعوى : أتلف مال إنسان ثم قال المالك رضيت بما صنعت ، وأجزت ما صنعت لا يبرأ اه وأما الإبراء عن دعوى الأعيان فصحيح ، ولوارثا كما فى البرازية عن العدة . وقول المصنف : فى الصلح أو الإبراء عن دعوى الباقى صريح فى ذلك ، وقول الشارح : ثمة : وظاهر الرواية الصحة مطلقا يفيد صحة البراءة عن الأعيان . ثم حققه يحمل بطلان الإبراء عن الأعيان على بطلانه فى الديانة ، وقيد فى البحر بطلان الإبراء عن الأعيان بالإنشاء . أما لو على وجه الإخبار ، كهو برىء مما لى قبله فهو صحيح متناول للدين والعين وكذا لا ملك لى فى هذا العين . وفى المبسوط ويدخل فى لاحق لى قبل فلان كل عين أو دين ، وكل كفالة أو إجارة أو جناية أو حد ثم قال شيخنا : وقوله لا حق لى ونحوه ليس من الإبراء بل إقرار ، ثم نقل عن الفواكه البدرية ما نصه أبرأ مطلقا أو أقر أنه لا يستحق عليه شيئا ثم ظهر أن المقر له كان مشغول الذمة بتركة أبى المقر ولم يعلم المقر بذلك ولا بموت أبيه إلا بعد الإقرار أو الإبراء عمل الإبراء والإقرار عمله ولا يعذر المقر كما قدمناه .

أقول إنما لم يفرق بين الإنشاء ، والإخبار لأنه الصحيح وظاهر الرواية ، وفيه قطع النزاع وقد تعورف من القضاة العمل عليه ، وقوله ليس من الإبراء يرده قول البزازية : اتفقت الروايات على أن المدعى لو قال لا دعوى لى ، أولا خصومة لى قبل فلان يصح ولا تسمع دعواه إلا فى حق حادث بعد الإبراء اه وسيأتى تمامه قريبا إن شاء الله تعالى (قوله كما أفاده ابن الشحنة) لعله فى غير هذا المحل فإنه لم يذكره هنا عند ذكر هذه المسئلة ط (قوله واعتمده الشرنبلالى) أى فى حاشية الدرر وشرح الوهبانية : وعبارته فى الشرح بعد نقل ما قدمنا عن المنتقى عازيا لقاضيخان .

فإن قلت : إن إقرار الولد لم يتضمن إبراء شخص معين وكذا إقرار الوارث بقبضه جميع ما على الناس ليس فيه إبراء فتقبل دعواه ، ولو تنزلنا للبراءة فهى غير صحيحة فى الأعيان ، فإن الإبراء عن الأعيان لا يصح ، بخلاف البراءة عن دعواه . ويعلم بهذا أن لا نقض على قول أئمتنا النكرة فى سياق النفى تعم . وإيراد صاحب عقد الفرائض أن هذه المسئلة انقضاء عليها لظنه أنه من قبيل الإبراء وليس كذلك ، فلا احتياج لما تكلفه الشارح أيضا من الجواب . وقد قال إنه ظهر له أن الوجه عدم صحة البراءة وهو كذلك وهذا ما لخصه اه . وللشرنبلالى رسالة سماها [تنقيح الأحكام فى الإقرار والإبراء الخاص والعام] أجاب فيها بأن البراءة العامة بين الوارثين مانعة من دعوى شىء سابق عليها عينا كان أو دينا بميراث أو غيره وحقق ذلك بأن البراءة إما عامة كلا حق أولا دعوى أولا خصومة لى قبل فلان أوهو برىء من حقى أولا دعوى لى عليه أولا تعلق لى عليه أولا أستحق

. . . .

عليه شيئا أو أبرأته من حق أو مما لى قبله ؛ وإما خاصة بدين خاص كأبرأته من دين كذا أو عام كأبرأته مما لى عليه فيبرأ عن كل دين دون العين ، وإما خاصة بعين فتصح لنفى الضمان لا الدعوى فيدعى بها على المخاطب وغيره ، وإن كان عن دعواها فهو صحيح كما علمت .

ثم إن الإبراء لشخص مجهول لا يصح ، وإن لمعلوم صح ولو بمجهول ، فقوله قبضت تركة مورثى كلها أو كل من لى عليه شىء أو دين فهو برىء ليس إبراء عاما ولا خاصا بل هو إقرار مجرد لا يمنع من الدعوى ، لما فى المحيط قال لا دين لى على أحد ثم ادعى على رجل دينا صح لاحتمال وجوبه بعد الإقرار اه .

أقول : لكن فيه أن هذا الاحتمال يصدق فى الدعاوى كلها أو أكثرها بعد الإبراء العام مع أنها لا تسمع . والصواب التعليل بعدم صحة الإبراء للمجهول تأمل . وفيه أيضا : وقوله هو برىء مما لى عنده إخبار عن ثبوت البراءة لا إنشاء .

وفى الخلاصة : لا حق لى قبله ، فيدخل فيه كل عين ودين وكفالة وإجارة وجناية وحد اه . وفى الأصل : فلا يدعى إرثا ولا كفالة نفس أو مال ولا دينا أو مضاربة أو شركة أو وديعة أو ميراثا أو دارا أو عبدا أو شيئا من الأشياء حادثا بعد البراءة اه ، فما فى شرح المنظومة عن المحيط : أبرأ أحد الورثة الباقى ثم ادعى التركة وأنكروا لا تسمع دعواه ، وإن أقروا بالتركة أمروا بالرد عليه اه ، ظاهر فيما إذا لم تكن البراءة عامة لما علمته ، ولما سنذكر أنه لو أبرأه عاما ثم أقر بعده بالمال المبرإ به لا يعود بعد سقوطه .

وفى العمادية : قال ذو اليد ليس هذا لى أو ليس ملكى أو لا حق لى فيه أو نحو ذلك ولا منازع له حينئذ ثم ادعاه أحد فقال ذو اليد هو لى فالقول له ، لأن الإقرار لمجهول باطل والتناقض إنما يمنع إذا تضمن إبطال حق على أحد اه ومثله فى الفيض وخزانة المفتين ، فبهذا علمت الفرق بين أبرأتك أو لا حق لى قبلك وبين قبضت تركة مورثى أو كل من عليه دين فهو برىء ولم يخاطب معينا ، وعلمت بطلان فتوى بعض أهل زماننا بأن إبراء الوارث وارثا آخر إبراء عاما لا يمنع من دعوى شىء من التركة . وأما عبارة البزازية أى التى قدمناها فأصلها معزو إلى المحيط ، وفيه نظر ظاهر ومع ذلك لم يقيد الإبراء بكونه لمعين أو لا ، وقد علمت اختلاف الحكم فى ذلك .

ثم إن كان المراد به اجتماع الصلح المذكور فى المتون والشروح فى مسألة التخارج مع البراءة العامة لمعين فلا يصح أن يقال فيه لا رواية فيه . كيف وقد قال قاضيخان : اتفقت الروايات على أنه لا تسمع الدعوى بعده إلا فى حادث ، وإن كان المراد به الصلح والإبراء بنحو قوله قبضت تركة مورثى ولم يبق لى فيها حق إلا استوفيته فلا يصح قوله لا رواية فيه أيضا لما قدمنا من النصوص على صحة دعواه بعده .

واتفقت الروايات على صحة دعوى ذى اليد المقر بأن لا ملك له فى هذا العين عند عدم المنازع . والذى يتراءى أن المراد من تلك العبارة الإبراء لغير معين مع ما فيه .

ولو سلمنا أن المراد به المعين وقطعنا النظر عن اتفاق الروايات على منعه من الدعوى بعده فهو مباين لما فى المحيط عن المبسوط والأصل والجامع الكبير ومشهور الفتاوى المعتمدة كالخانية والخلاصة فيقدم ما فيها ولا يعدل عنها إليه .

وأما ما فى الأشباه والبحر عن القنية افترق الزوجان وأبرأ كل صاحبه عن جميع الدعاوى وللزوج أعيان

قائمة لاتبرأ المرأة منها ، وله الدعوى لأن الإبراء إنما ينصرف إلى الديون لا الأعيان اهـ فحمل على حصوله بصيغة خاصة كقوله أبرأتها عن جميع الدعاوى مما لى عليها ، فيختص بالديون فقط لكونه مقيدا بمالى عليها ويؤيده التعليل ، ولو بقى على ظاهره فلا يعدل عن كلام المبسوط والمحيط وكافى الحاكم المصرح بعموم البراءة لكل من أبرأ إبراء عاما إلى مافى القنية اهـ هذا حاصل ماذكره الشرنبلالى فى رسالته المذكورة ، ومن رام الزيادة فليرجع إليها .

قال الشارح فى شرحه على الملتقى : وأما لو قال أبرأتك عنها أو عن خصومتى فيها فإنه باطل ، وله أن يخاصم ؛ كما لو قال لمن بيده عبد برئت منه فإنه يبرأ ، ولو قال أبرأتك لا لأنه إنما أبرأه عن ضمانه كما فى الأشباه من أحكام الدين .

قلت : ففرقوا بين أبرأتك وبرئت وأنا برىء لإضافة البراءة لنفسه فتعم ، بخلاف أبرأتك لأنه خطاب الواحد فله مخاصمة غيره كما فى حاشيتها معزيا للولوالجية .

ومن المهم مافى العمادية من الفصل السابع عن دعوى الخانية : اتفقت الروايات أن قوله لادعوى لى قبل فلان أو لاخصومة لى قبله يمنع الدعوى إلا فى حق حادث بعد البراءة كقوله برئت من هذا العبد ، أو خرجت منه ، أو لا ملك لى فيه فإنه يمنع دعواه اهـ كقوله لاحق لى قبله فإنه يعم كل عين ودين وكفالة وغيرها مطلقا لأن لاحق نكرة فى النفى والنكرة فى النفى تعم ، كذا أطلقه محشى الأشباه وغيره .

قلت : وهذا قضاء إلا المهر على ماقدمناه قبيل الصلح فتأمل ، وكما لو أبرأه عن الدعاوى فإنه يعم كلها إلا إذا دعى مالا إرثا عن أبيه ولم يعلم بموته وقلت الإبراء تسمع دعواه لا إن علم كما فى البزازية من الرابع عشر فى دعوى الإبراء ، ووقع فيها(١) بكراس وفى غيرها بترك جواب الشرط فليتنبه لذلك كذا أفاده الحانوتى فى فتاويه ، وذكر أن معنى الإبراء العام أن يكون للعموم مطلقا لا بقيد تركته أو تركتها فلا يحتاج لما استثناه فى الأشباه لأنه مخصص بتركة والده ، وقد قدمنا عدم سماعها ولو بالإرث حيث علم بموت مورثه إلا أن تخص المسألة المستثناة بمسألة الوصى دون الوارث فتأمل . قال : وذلك كله حيث لم تكن البراءة والإقرار بعد دعوى بشئ خاص ولم يعمم بأن يقول أية دعوة كانت أو مايفيد ذلك ، لما فى البزازية أيضا بعد قوله السابق بقوله : وفى المنية ادعى عليه دعاوى معينة ثم صالحه وأقر أنه لادعوى له عليه ثم ادعى عليه حقا تسمع ، وحمل إقراره على الدعوى الأولى إلا إذا عمم وقال أية دعوة كانت ونحوه كلا خصومة بوجه من الوجوه كما ذكره فى الصلح أى ونحوه مما يفيد العموم زائدا على قوله لادعوى له ، وبهذا الحل اضمحل توهم تناقض كلامهم ، لأن من صرح بعدم سماعها بعد الإبراء العام المطلق صرح بسماعها بعد إبراء الوارث وغيره لكن فى محال مختلفة ، وبهذا صارت مؤتلفة وبالله التوفيق ، انتهى مافى شرح الملتقى ، وقدمنا قبيل الإقرار عند قوله والتناقض فى موضع الخفاء عفو خلاصة ماحرره سيدى الوالد رحمه الله تعالى فى رسالته [إعلام الأعلام بأحكام الإبراء العام] التى وفق فيها بين عبارات متعارضة ، ودفع مافيها من المناقضة ، فارجع إليها فإنها مفيدة فى بابها ، كافية لطلابها .

والذى تحرر فيها فى خصوص مسألتنا أن الإبن إذا أشهد على نفسه أنه قبض من وصيه جميع تركة والده

---

(١) (قوله ووقع فيها الخ) هكذا بالأصل ولتحرر هذه العبارة .

وسنحققه فى الصلح .

(أقر) رجل (بمال فى صك وأشهد عليه) به (ثم ادعى أن بعض هذا المال) المقر به (قرض وبعضه ربا عليه ، فإن أقام على ذلك بينة تقبل) وإن كان متناقضا لأنا نعلم أنه مضطر إلى هذا الإقرار شرح وهبانية .

قلت : وحرر شارحها الشرنبلالى أنه لا يفتى بهذا الفرع لأنه لا عذر لمن أقر ، غايته أن يقال بأنه يحلف المقر له على قول أبى يوسف المختار للفتوى فى هذه ونحوها اه .

ولم يبق له منها قليل ولا كثير إلا استوفاه ثم ادعى دارا فى يد الوصى وقال هذه من تركة والدى تركها ميراثا لى ولم أقبضها فهو على حجته وتقبل بينته كما نص عليه فى آخر أحكام الصغار للاستروشنى معزيا للمنتقى ، وكذا فى الفصل الثامن والعشرين من جامع الفصولين ، وكذا فى أدب الأوصياء فى كتاب الدعوى معزيا إلى المنتقى والخانية والعتابية مصرحين بإقرار الصبى بقبضه من الوصى ، فليس إلا إقرار المجهول كما ادعاه الشرنبلالى .

وممن نص على ذلك التصريح أيضا العلامة ابن الشحنة فى شرح الوهبانية وذكر الجواب عن مخالفة هذا الفرع لما أطبقوا عليه من عدم سماع الدعوى بعد الإبراء العام بأن الظاهر أنه استحسان .

ووجهه أن الابن لايعرف ماتركه أبوه على وجه التفصيل غالبا فاستحسنوا سماع دعواه اه ولهذا جعل صاحب الأشباه المسألة مستثناة من ذلك العموم الذى أطبقوا عليه ، وهذا بخلاف إقرار بعض الورثة بقبض ميراثه من بقية الورثة وإبرائه لهم فإنه لاتسمع دعواه ، خلافا لما أفتى به الخير الرملى مستندا إلى مالا يدل له كما أوضحه سيدى الوالد رحمه الله تعالى فى رسالته المذكورة ، فلا يعدل عما قالوه لعدم النص فى ذلك .

فالحاصل الفرق بين إقرار الإبن للوصى وبين إقرار بعض الورثة للبعض ، لما فى البزازية عن المحيط : لو أبرأ أحد الورثة الباقى ثم ادعى التركة وأنكروا لاتسمع دعواه ، وإن أقروا بالتركة أمروا بالرد عليه اه .

ووجه الفرق بينهما أن الوصى هو الذى يتصرف فى مال اليتيم بلا اطلاعه فيعذر إذا بلغ وأقر بالاستيفاء منه لجهله . بخلاف بقية الورثة فإنهم لاتصرف لهم فى ماله ولا فى شىء من التركة إلا باطلاع وصيه القائم مقامه فلم يعذر بالتناقض ، ومن أراد زيادة بيان ورفع الجهالة فعليه بتلك الرسالة ففيها الكفاية لذوى الدراية . وبه علم أنه ماكان ينبغى للمصنف أن يذكر مافى البزازية متنا . وأما ماسيجىء آخر الصلح فليس فيه إبراء عام، وأما الأمر بالرد فقد بينا وجهه قريبا فلا تنسه فتدبر (قوله وسنحققه فى الصلح) كان عليه أن يقول وسنحقق خلافه لأن جعل الإبراء عن الأعيان مبطلا لدعواها قضاء ، وقد علمت أنه ليس فيه إبراء عام (قوله ربا عليه) أى على القرض (قوله شرح وهبانية) أى لابن الشحنة . ومثله فى القنية معزيا لعبد القادر فى الطبقات عن علاء الدين . وبه أفتى فى الحامدية ، والخير الرملى فى فتاويه الخيرية من الدعوى (قوله قلت وحرر الخ) أقول : يتعين الإفتاء بالمنقول لأنه مضطر ، فلا يرد لاعذر لمن أقر لاسيما وقد علمت أنه أفتى بالمتن هؤلاء الأجلاء المتأخرون (قوله لأنه لاعذر لمن أقر) فيه أن اضطراره إلى هذا الإقرار عذر (قوله غايته أن يقال الخ) ولأنه لايتأتى على قول الإمام لأنه يقول بلزوم المال ولا يقبل تفسيره وصل أو فصل . وعندهما إن وصل قبل وإلا فلا . ولفظة ثم تفيد الفصل فلا يقبل اتفاقا شرنبلالى ، وقد ضمن يقال معنى يفتى فعداه بالباء ط .

وحاصل مايقال من تحرير الشرنبلالى أنه لافائدة لدعواه أن بعض المقر به ربا إلا تحليف المقر له بناء على قول الثانى إذا ادعى أنه أقر كاذبا يحلف المقر له ، وهذه المسألة من أفرادها فلذا قال فى هذه ونحوها . ولقد أبعد من حمل قول أبى يوسف على الضرورة فقط كما فى هذه المسألة كما مر قبيل استثناء ولاتنس ماقدمناه فى شق القضاء فتحصل أن المفتى به هو المنقول الذى مشى عليه المصنف (قوله بأنه يحلف المقر له) على أنه لم يكن بعضه ربا

قلت : وبه جزم المصنف فيمن أقر فتدبر .

(أقر بعد الدخول) من هنا إلى كتاب الصلح ثالث فى نسخ المتن ساقط من نسخ الشرح (أنه طلقها قبل الدخول لزمه مهر) بالدخول (ونصف) بالإقرار .

(أقر المشروط له الريع) أو بعضه (أنه) أى ريع الوقف (يستحقه فلان دونه صح) وسقط حقه

بل كله دين ثابت فى ذمته شرعا (قوله وبه) أى بقول أبى يوسف فيمن أقر : أى قبيل الاستثناء ، وفى بعض النسخ فيما مر .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : ويمكن التوفيق بين الكلامين ، بأن يقال : إن قامت البينة على إقراره بالمال ينبغى أن لاتسمع دعواه أن بعضه ربا ، وإن قامت على أن بعضه ربا تقبل فتأمل (قوله من نسخ الشرح) أى المنح (قوله لزمه مهر بالدخول) فيه أن إقراره بعد الدخول أنه طلقها قبل الدخول إقرار بالزنا . وليس فيه شبهة دارئة للحد ، لا شبهة فعل ولا شبهة محل ولا شبهة عقد ، إذ لم تذكر الموطوأة بعد الطلاق قبل الدخول فى واحدة منها ولا عدة عليها فكيف يلزمه المهر ، وقد تتبعت المجمع وغيره فلم أر فيه سوى مسألة واحدة فى فصل المهر وهى لو أزال عذرتها بدفع وطلقها قبل الدخول فعليه نصفه ، وأفتى بكله .

وفى متن المواهب أخرى وتقدمت هنا فى باب العدة وهى لو أقر بطلاقها منذ سنين فكذبته أو قالت لا أدرى تعتد من وقت الإقرار وتستحق النفقة والسكنى ، وإن صدقته اعتدت من حين الطلاق : وقيل الفتوى على وجوبها من وقت الإقرار بلا نفقة اهـ . قال الشارح : غير أنه إن وطئها لزمه مهران ، ولا نفقة ولا كسوة ولا سكنى لها لقبول قولها على نفسها خانية .

قال : ثم لو وطئها حد : أى بعد الثبوت والظهور . وأفاد فى البحر أنه بعد العدة لعدم الحد بوطء المعتدة اهـ . فتأمل وراجع . وقد يقال : إنما سقط الحد هنا لعدم الإقرار بالزنا أربعا صريحا فتأمل (قوله وسقط حقه) قيل عليه الإقرار على الراجح إخبار ، وبنوا عليه أنه إذا أقر بشىء ولم يكن مطابقا لنفس الأمر لايحل للمقر له أخذه ، فغاية ما حصل بالإقرار المؤاخذة به ظاهرا : والسؤال إنما هو عن سقوط الحق حقيقة فأين هذا من ذاك ؟ لكن الإقرار باستحقاق فلان الريع لايستلزم الإقرار بكونه هو الموقوف عليه كما قد يتوهم كما يأتى تتمته قريبا مع بيان ما فيه عند قوله ولو كتاب الوقف بخلافه .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : قوله وسقط حقه الظاهر أن المراد سقوطه ظاهرا : فإذا لم يكن مطابقا للواقع لا يحل للمقر له أخذه . ثم إن هذا السقوط ما دام حيا ، فإذا مات عاد على ما شرط الواقف .

قال السائحانى فى مجموعته : وفى الخصاف قال المقر له بالغلة عشر سنوات من اليوم لزيد . فإن مضت رجعت للمقر له ، فإن مات المقر له أو المقر قبل مضيها ترجع الغلة على شرط الواقف فكأنه صرح ببطلان المصادقة بمضى المدة أو موت المقر .

وفى الخصاف أيضا : رجل وقف على زيد وولده ثم للمساكين فأقر زيد به وبأنه على بكر ثم مات زيد بطل إقراره لبكر .

وفى الحامدية : إذا تصادق جماعة الوقف ثم مات أحدهم عن ولد فهل تبطل مصادقة الميت فى حقه الجواب : نعم ، ويظهر لى من هذا أن من منع عن استحقاقه بمضى المدة الطويلة إذا مات فولده يأخذ ما شرطه الواقف له لأن الترك لا يزيد على صريح المصادقة ، ولأن الولد لم يتملكه من أبيه وإنما تملكه من الواقف اهـ.

ولو كتاب الوقف بخلافه

أقول : اغتر كثيرا بهذا الإطلاق وأفتوا بسقوط الحق بمجرد الإقرار . والحق الصواب أن السقوط مقيد بقيود يعرفها الفقيه .

قال العلامة الكبير الخصاف : أقر فقال غلة هذه الصدقة لفلان دونى ودون الناس جميعا بأمر حق واجب ثابت لازم عرفته ولزمنى الإقرار له بذلك . قال أصدقه على نفسه وألزمها أقربه مادام حيا . فإذا مات ردت الغلة إلى من جعلها الواقف له لأنه لما قال ذلك جعلته كأن الواقف هو الذى جعل ذلك للمقر له . وعلله أيضا بقوله لجواز أن الواقف قد إن له أن يزيد وينقص وأن يخرج وأن يدخل مكانه من رأى فيصدق زيد على حقه اه .

أقول : يؤخذ من هذا أنه لو علم القاضى أن المقر إنما أقر بذلك لأخذ شيء من المال من المقر له عوضا عن ذلك لكى يستبد بالوقف أن ذلك الإقرار غير معمول به لأنه إقرار خال عما يوجب تصحيحه مما قاله الإمام الخصاف وهو الإقرار الواقع فى زماننا فتأمله . ولا حول ولاقوة إلا بالله بيرى . أى لوعلم أنه جعله لغيره ابتداء لايصح كما تقدم فى الوقف .

أقول : وإنما قال أصدقه على نفسه الخ لأنه إذا كان الوقف على زيد وأولاده ونسله ثم على الفقراء فأقر زيد بأن الوقف عليهم وعلى هذا الرجل لا يصدق على ولده ونسله فى إدخال النقص عليهم بل تقسم الغلة على زيد وعلى من كان موجودا من ولده ونسله . فما أصاب زيدا منها كان بينه وبين المقر له ما دام زيد حيا فإذا مات بطل إقراره ولم يكن للمقر له حق . وإن كان الوقف على زيد ثم من بعده على الفقراء فأقر زيد بهذا الإقرار لهذا الرجل شاركه الرجل فى الغلة مادام حيا فإذا مات زيد كانت للفقراء ولم يصدق زيد عليهم . وإن مات الرجل المقرله وزيد حى فنصف الغلة للفقراء والنصف لزيد فإذا مات زيد صارت الغلة كلها للفقراء اهخصاف ملخصا وتمام الكلام على ذلك فى التنقيح لسيدى الوالد رحمه الله تعالى مع فوائد نفيسة . وقد مر فى الوقف فراجعه

(قوله ولو كتاب الوقف بخلافه) حملا على أن الواقف رجع عما شرطه وشرط ما أقر به المقر ذكره الخصاف فى باب مستقل أشباه .

أقول : لم أر شيئا منه فى ذلك الباب . وإنما الذى فيه ما نقله البيرى آنفا . وليس فيه التعليل بأنه رجع عما شرطه . ولذا قال الحموى إنه مشكل . لأن الوقف إذا لزم لزم ما فى ضمنه من الشروط إلا أن يخرج على قول الإمام بعدم لزومه قبل الحكم ويحمل كلامه على وقف لم يسجل اه ملخصا .

قلت : ويؤيده ما مر عن الدرر قبيل قول المصنف اتحد الواقف والجهة . وهذا التأويل يحتاج إليه بعد ثبوت النقل عن الخصاف والله تعالى أعلم .

والإقرار باستحقاق فلان الريع لايستلزم الإقرار بكونه هو الموقوف عليه حقيقة كما قد يتوهم ويصح الإقرار مع كون المقر هو الموقوف عليه . ألا ترى أن الوقف لو كان بستانا وقد أثمر فأقر الموقوف عليه بأن زيدا هو المستحق لهذه الثمرة صح الإقرار بطريق أنه باعه تلك الثمرة ، أما جعلها له بطريق التمليك فلا يملكه لكونه تمليك الثمر بدون الشجر إذ الاتصال بملك الواهب مخل بالقبض الذى هو شرط تمام التمليك اه .

قال الحموى : وفيه تأمل . وجهه أن بين ثمرة البستانى وريع الوقف فرقا . وهو أن الثمرة عين موجودة يمكن قسمتها وتناولها فالإقرار به للغير يحمل على التمليك بطريق البيع وهو صحيح مطلقا . وجعلها للغير تمليك لا بطريق البيع بل بطريق الهبة وهبة المشاع قبل قسمته باطلة . وأما ريع الوقف فهو ما يخرج منه من أجرة

(ولو جعله لغيره) أو أسقطه لا لأحد (لم يصح وكذا المشروط له النظر على هذا) كما مر فى الوقف ،

وغيرها فالإقرار بها للغير لا يكون بطريق البيع (قوله ولو جعله لغيره) بأن أنشأ الجعل من غير إسقاط لتحسن المقابلة بينه وبين قوله أو أسقطه الخ لأنه إسقاط لمجهول فلا يسقط حقه (قوله لم يصح) أى لا يصح أن يصير لغيره لأن تصحيح الإقرار إنما هو معاملة له بإقراره على نفسه من حيث ظاهر الحال تصديقا له فى إخباره مع إمكان تصحيحه حملا أن الواقف هو الذى جعل ذلك للمقر له كما مر .

أما إذا قال المشروط له الغلة أو النظر جعلت ذلك لفلان لا يصح لأنه ليس له ولاية إنشاء ذلك من تلقاء نفسه ، وفرق بين الإخبار والانشاء ، نعم لو جعل النظر لغيره فى مرض موته يصح إذا لم يخالف شرط الواقف لأنه يصير وصياعنه ، وكذا لو فرغ عنه لغيره وقرر القاضى ذلك الغير يصح أيضا لأنه يملك عزل نفسه والفراغ عزل ، ولا يصير المفروغ له ناظرا بمجرد الفراغ بل لابد من تقرير القاضى كما تحرر سابقا ، فإذا قرر القاضى المفروغ له صار ناظرا بالتقرير لا بمجرد الفراغ وهذا غير الجعل المذكور هنا فافهم .

وأما جعل الريع لغيره فقال ط : إن كان الجعل بمعنى التبرع لغيره بأن يوكله ليقبضه ثم يأخذه لنفسه فلا شبهة فى صحة التبرع به ، وإن كان بمعنى الإسقاط فقال فى الخانية : إن الاستحقاق المشروط كإرث لا يسقط بالإسقاط اهـ .

قلت : ماعزاه للخانية الله أعلم بثبوته فراجعها ، نعم المنقول فى الخانية ماسيأتى ، وقد فرق فى الأشباه فى بحث مايقبل الإسقاط من الحقوق بين إسقاطه لمعين ولغير معين ، وذكر ذلك فى جملة مسائل كثر السؤال عنها ولم يجد فيها نقلا فقال : إذا أسقط المشروط له الريع حقه لا لأحد لايسقط كما فهمه الطرسوسى ، بخلاف ما إذا أسقط حقه لغيره انتهى أى فإنه يسقط ، لكنه ذكر أنه لايسقط مطلقا فى رسالته المؤلفة فى بيان مايسقط من الحقوق ومالا يسقط أخذا ممافى شهادات الخانية : من كان فقيرا من أصحاب المدرسة يكون مستحقا للوقف استحقاقا لايبطل بابطاله ، فلو قال أبطلت حقى كان له أن يأخذه انتهى .

قلت : لكن لايخفى أن مافى الخانية إسقاط لالأحد ، نعم ينبغى عدم الفرق إذ الموقوف عليه الريع إنما يستحقه بشرط الواقف فإذا قال أسقطت حقى منه لفلان أو جعلته له يكون مخالفا لشرط الواقف حيث أدخل فى وقفه مالم يرضه الواقف لأن هذا إنشاء استحقاق ، بخلاف إقراره بأنه يستحقه فلان فإنه إخبار يمكن تصحيحه كما مر . ثم رأيت الخير الرملى أفتى بذلك ، وقال بعد نقل مافى شهادات الخانية : وهذا فى وقف المدرسة فكيف فى الوقف على الذرية المستحقين بشرط الواقف من غير توقف على تقرير الحاكم ، وقد صرحوا بأن شرط الواقف كنص الشارع فأشبه الإرث فى عدم قبوله الإسقاط ، وقد وقع لبعضهم فى هذه المسألة كلام يجب أن يحذر انتهى .

فإن قلت : إذا أقر المشروط له الريع أو بعضه أنه لاحق له فيه وأنه يستحقه فلان هل يسقط حقه ؟ قلت نعم ولو كان مكتوب الوقف بخلافه كما ذكره الخصاف فى باب مستقل .

[فرع] فى إقرار الإسماعيلية فيمن أقرت بأن فلانا يستحق ريع مايخصها من وقف كذا فى مدة معلومة بمقتضى أنها قبضت منه مبلغا معلوما فالإقرار باطل لأنه بيع الاستحقاق المعدوم وقت الإقرار بالمبلغ المعين ، وإطلاق قولهم لو أقر المشروط له الريع أنه يستحقه فلان دونه يصح ولو جعله لغيره لم يصح يقضى ببطلانه فإن الإقرار بعوض معاوضة (قوله وكذا المشروط له النظر على هذا) يعنى لو أقر أنه يستحقه فلان دونه صح ولو جعله

وذكره فى الأشباه ثمة وهنا ، وفى الساقط لا يعود فراجعه .

(القصص المرفوعة إلى القاضى لايؤاخذ رافعها بما كان فيها من إقرار وتناقض) لما قدمنا فى القضاء أنه لا يؤاخذ بما فيها (إلا إذا أقر) بلفظه صريحا .

(قال له على ألف فى علمى أو فيما أعلم أو أحسب أو أظن لا شىء عليه) خلافا للثانى فى الأول . قلنا : هى للشك عرفا ، نعم لو قال قد علمت لزمه اتفاقا .

لغيره لم يصح كذا فى شرح تنوير الأذهان ، فلو أقر الناظر أن فلانا يستحق معه نصف النظر مثلا يؤاخذ بإقراره ويشاركه فلان فى وظيفته ماداما حيين .

بقى لو مات أحدهما ، فإن كان هو المقر فالحكم ظاهر ، وهو بطلان الإقرار وانتقال النظر لمن شرطه له الواقف بعده . وأما لو مات المقر له فهى مسألة تقع كثيرا ، وقد سئل عنها سيدى الوالد رحمه الله تعالى مرارا . وأجاب عنها فى تنقيح الحامدية بأن الذى يقتضيه النظر بطلان الإقرار أيضا ، لكن لاتعود الحصة المقر بها إلى المقر لما مر ، وإنما يوجهها القاضى للمقر أو لمن أراد من أهل الوقف لأنا صححنا إقراره حملا على أن الواقف هو الذى جعل ذلك للمقر له كما مر عن الخصاف ، فيصير كأنه جعل النظر لإثنين ليس لأحدهما الانفراد . وإذا مات أحدهما أقام القاضى غيره ، وليس للحى الانفراد إلا إذا أقامه القاضى كما فى الإسعاف انتهى . ولا يمكن هنا القول بانتقال ماأقر به إلى المساكين كما فى الإقرار بالغلة إذ لاحق لهم فى النظر وإنما حقهم فى الغلة فقط ، هذا ماحررد وقال ولم أر من نبه عليه فاغتنمه (قوله وذكره فى الأشباه ثمة وهنا) أى عند قوله يملك الإقرار من لايملك الإنشاء حيث قال : وعلى هذا لو أقر المشروط له الريع أنه يستحقه فلان دونه صح ولو جعله له لم يصح اه (قوله وفى الساقط لايعود فراجعه) عبارته هناك . قال قاضيخان فى فتاويه من الشهادات فى الشهادة بوقف المدرسة : إن من كان فقيرا من أهل المدرسة إلى آخر ماقدمناه قريبا (قوله القصص المرفوعة) فى عرضحال ونحوه من المكتوب (قوله لايؤاخذ) أى القاضى صاحبها بما فيها من إقرار ونحوه لأنه لاعبرة بمجرد الخط فافهم (قوله فى الأول) هو قوله فى علمى ، وظاهره أنه لاخلاف فى قوله فيما أعلم مع أنه بمعناه إذ قوله فى علمى أى معلومى (قوله لزمه اتفاقا) لأن قد فى مثله للتحقيق ط .

قال فى الكافى : من قال لفلان على ألف درهم فيما أعلم أو قال فى علمى لزمه المال وقالا : لايلزمه . له أنه أثبت العلم بما أقر به فيوجب تأكيده كما لو قال قد علمت . ولهما أن التشكيك يبطل الإقرار ، فقوله فيما أعلم يذكر للشك عرفا فصار كقوله فيما أحسب وأظن ، بخلاف قوله قد علمت لأنه للتحقيق اه .

والحاصل أن الشك عندنا هو التردد بين الطرفين مطلقا كان أحدهما راجحا أو مرجوحا فيكون شاملا للظن فالراجح هو الظن والمرجوح هو الوهم عند أهل المعقود ، وغالب الظن هو الطرف الراجح الذى يكون قريبا من الجزم وفوق الظن ، وهو عندهم ملحق باليقين . قال فى الهندية فى الباب الثانى من الإقرار : ولو قال لفلان على ألف درهم فيما أعلم أو فى علمى أو فيما علمت . قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى : هذا باطل كله . وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : هو إقرار صحيح .

وأجمعوا على أنه لو قال علمت أن افلان على ألف درهم أو قال لفلان على ألف درهم وقد علمت ذلك أن ذلك إقرار صحيح ، كذا فى الذخيرة . ولو قال له على ألف درهم فيما أظن أو فيما ظننت أو فيما أحسب أو فيما حسبت أو فيما أرى أو فيما رأيت فهو باطل كذا فى المبسوط اه . وفى البزازية : وفيما علمت يلزم .

(قال غصبنا ألفا) من فلان (ثم قال كنا عشرة أنفس) مثلا (وادعى الغاصب) كذا فى نسخ المتن ، وقد علمت سقوط ذلك من نسخ الشرح ، وصوابه وادعى الطالب كما عبر به فى المجمع وقال شراحه : أى المغصوب منه (إنه هو وحده) غصبها (لزمه الألف كلها) وألزمه زفر بعشرها . قلنا هذا الضمير يستعمل فى الواحد ، والظاهر أنه يخبر بفعله دون غيره فيكون قوله كنا عشرة رجوعا فلا يصح ، نعم لو قال غصبناه كلنا صح اتفاقا لأنه لا يستعمل فى الواحد .

(قال) رجل (أوصى أبى بثلث ماله لزيد بل لعمرو بل لبكر فالثلث للأول وليس لغيره شىء) وقال زفر : لكل ثلثه وليس للابن شىء . قلنا : نفاذ الوصية فى الثلث وقد أقر به للأول فاستحقه فلم يصح رجوعه بعد ذلك للثانى بها ، بخلاف الدين لنفاذه من الكل ، الكل من المجمع .

[فروع] أقر بشىء ثم ادعى الخطأ لم يقبل إلا إذا أقر بالطلاق بناء على إفتاء المفتى ثم تبين عدم الوقوع لم يقع يعنى ديانة قنية .

وفى الخانية قال : علمى أن لفلان علىّ ألف درهم كان إقرارا فى قولهم ، وله علىّ ألف فى شهادة فلان أو فى علمه لايلزم شىء ، وبشهادة فلان أو بعلمه كان إقراراً لأن حرف الباء للإلصاق يقتضى وجود الملصوق به . وفى قضاء فلان القاضى أو الحكم برضانا يلزمه المال (قوله مثلا) فالمراد أنه أشرك معه غيره ولو واحدا (قوله كذا فى نسخ المتن) أى بعضها . وفى بعض نسخ المتن المغصوب منه (قوله وألزمه زفر بعشرها) لأنه أضاف الإقرار إلى نفسه وإلى غيره فيلزمه بحصته . قال فى الكافى : وعلى هذا الخلاف لو قال أقرضنا أو أودعنا أوله علينا أو أعارنا . وعلى هذا لو قال : كنا ثلاثة أو أربعة يلزمه الثلث أو الربع اه (قوله يستعمل فى الواحد) قال تعالى — إنا أرسلنا — وإنما قلنا بذلك وإن كان مجازا لما ذكره من قوله والظاهر (قوله وقال زفر لكل ثلثه) لأن إقراره للأول صحيح ، ولم يصح رجوعه بقوله بل ، وصح إقراره للثانى والثالث فاستحقا ، وقاسه على مسألة الدين إذا أقر به هكذا (قوله لنفاذه من الكل) وقد تقدم قبيل إقراره المريض (قوله أقر بشىء ثم ادعى الخطأ لم يقبل) عزاه فى المنح إلى الخانية .

قال محشيه الخير الرملى أقول : وذكر فى البزازية من كتاب القسمة فى الثانى من دعوى الغلط فيها : وإن ادعى أنه أخذ من حصته شيئا بعد القسمة يبرهن عليه وإلا حلف عليه ، وهذا إذا لم يقر بالاستيفاء ، فإن أقر وبرهن على ذلك لاتصح الدعوى إلا على الرواية التى اختارها المتأخرون أن دعوى الهزل فى الإقرار تصح ويحلف المقر له أنه ماكان كاذبا فى إقراره اه وهذا يدل على أنه يقبل ويحلف ، اللهم إلا أن يحمل كلام الخانية على أنه لايقبل فى حق البينة أو أنه على قول أبى حنيفة ومحمد لاعلى قول أبى يوسف الذى اختاره المتأخرون للفتوى وهو الظاهر فتأمله هذا .

وقد ذكر فى الخانية فى باب اليمين الخلاف المذكور ، ثم قال : يفوض ذلك إلى رأى القاضى والمفتى فراجعه إن شئت . ثم إنا لم نر فى إقرار الخانية هذه العبارة والشارح هنا تبع فى النقل مافى الأشباه والنظائر ، فإن هذه الفروع منقولة منه فكن على بصيرة .

وفى البحر عن خزانة المفتين : لو أقر بالدين ثم ادعى الإيفاء لا تقبل إلا إذا تفرقا عن المجلس اه (قوله لم يقع يعنى ديانة) أما إذا كان ذلك بين يدى القاضى فلا يصدقه فى البناء المذكور كما يؤخذ من مفهومه ، وبه صرح فى حواشى الأشباه ، كما لو أقر أن هذه المرأة أمه مثلا ثم أراد أن يتزوجها وقال وهمت ونحوه وصدقته

إقرار المكره باطل إلا إذا أقر السارق مكرها فأفتى بعضهم بصحته ظهيرية .

الإقرار بشيء محال

المرأة فله أن يتزوجها لأن هذا مما يجرى فيه الغلط ، وكذا لو طلق امرأة ثلاثا ثم تزوجها وقال لم أكن تزوجتها حين الطلاق صدق وجاز النكاح بيرى .

فإن قيل : كيف يتبين خلافه أجيب بأنه يحتمل أن يكون المفتى غير ماهر في المذهب فأفتى من أعلم منه بعدم الوقوع ، ويحتمل أن المفتى أفتى أولا بالوقوع من غير تثبت ثم أفتى بعد التثبت بعدمه .

قال في البزازية : ظن وقوع الثلاث بإفتاء من ليس بأهل فأمر الكاتب بصك الطلاق فكتب ثم أفتاه عالم بعدم الوقوع له أن يعود إليها في الديانة لكن القاضي لا يصدقه لقيام الصك اهـ .

ومن فروع هذه المسئلة ما في جامع الفصولين : تكلمت فقال هذا كفر وحرمت على به فتبين أن ذلك اللفظ ليس بكفر ، فعن النسفي أنها لا تحرم .

وفي مجمع الفتاوى : ادعى على إنسان مالا أو حقا في شيء فصالحه على مال ثم تبين أنه لم يكن ذلك المال عليه وذلك الحق لم يكن ثابتا كان للمدعى عليه حق استرداد ذلك المال كذا ذكره الحموى (قوله فأفتى بعضهم بصحته) ولا يفتى بعقوبة السارق لأنه جور تجنيس وقهستاني وقد سلف ط .

نقل في كتاب السرقة عن إكراه البزازية : من المشايخ من أفتى بصحة إقراره بها مكرها قال : وهو الذي يسع الناس وعليه العمل وإلا فالشهادة على السرقات من أندر الأمور . ونقل عن الزيلعي جواز ذلك سياسة وينبغي التعويل عليه في زماننا لغلبة الفساد . وحكى عن عصام أنه سئل عن سارق ينكر ، فقال عليه اليمين ، فقال الأمير سارق ويمين هاتوا بالسوط فما ضربوه عشرة حتى أقر فأتى بالسرقة فقال : سبحان الله ما رأيت جورا أشبه بالعدل من هذا (قوله الإقرار بشي محال) كقوله إن فلانا أقرضى كذا في شهر كذا وقد مات قبله أو أقر له بأرش يده التي قطعها خمسمائة دينار ويداه صحيحتان لم يلزمه شيء كما في حيل التاترخانية .

وعلى هذا أفتيت ببطلان إقرار إنسان بقدر من السهام لوارث وهو أزيد من الفريضة الشرعية لكونه محالا شرعا ، مثلا لو مات عن ابن وبنت فأقر الابن أن التركة بينهما نصفان بالسوية فالإقرار باطل لما ذكرنا ، ولكن لا بد من كونه محالا من كل وجه ، وإلا فقد ذكر في التاترخانية من كتاب الحيل لو أقر أن لهذا الصغير على ألف درهم قرضا أقرضنيه أو من ثمن مبيع باعنيه صح الإقرار مع أن الصبي ليس من أهل البيع والقرض ولا يتصور أن يكون منه ، لكن إنما يصح باعتبار أن هذا المقر محل لثبوت الدين للصغير عليه في الجملة اهـ .

أقول : قال المحشي الحموى : هل منه ما إذا أقرت عقب العقد أن مهرها لزيد مثلا . قال في شرح المنظومة والقنية : إذا أقرت وقالت المهر الذى لى على زوجى لفلان أو لوالدى فإنه لا يصح اهـ .

ويؤخذ من هذا واقعة الفتوى أن الرجل لو أقر لزوجته بنفقة مدة ماضية هي فيها ناشزة ومن غير سبق قضاء أو رضا وهي معترفة بذلك فإقراره باطل لكونه محالا شرعا .

قال بعض الفضلاء : وقد أفتيت أخذا من ذلك بأن إقرار أم الولد لمولاها بدين لزمها بطريق شرعى باطل شرعا وإن كتب به وثيقة لعدم تصور دين للمولى على أم ولده إذ الملك له فيها كامل والمملوك لا يكون عليه دين لمالكه اهـ .

وفي الحموى أن عدم صحة إقرار المرأة بالمهر الذى لها على زوجها لوالدها لكونه هبة دين لغيره من عليه

وبالدين بعد الإبراء منه باطل ولو بمهر بعد هبتها له على الأشبه؛ نعم لو ادعى دينا بسبب حادث بعد الإبراء العام

الدين ومنه ما إذا أقر أنه باع عبده من فلان ولم يذكر الثمن ثم جحد صح جحوده لأن الإقرار بالبيع بغير ثمن باطل كما فى قاضيخان وهو إحدى روايتين كما فى الولوالجية. ومنه إذا زوج بنته ثم طلبوا منه أن يقر بقبض شىء من الصداق فالإقرار باطل لأن أهل المجلس يعرفون أنه كذب ولوالجية.

قال فى البيرى: يؤخذ منه حكم كثير من مسائل الإقرار الواقعة فى زماننا (قوله وبالدين بعد الإبراء منه الخ) قيد به لأن إقراره بالعين بعد الإبراء العام صحيح مع أنه أمن الأعيان فى الإبراء العام كما صرح به فى الأشباه. وتحقيق الفرق فى رسالة الشرنبلالى فى الإبراء العام.

قال الطحطاوى: صورة المسئلة: وهبت ازوجها مهرها ثم أقر به بعد الهبة لا يصح إقراره، وهذا لا ينافى ما ذكره العلامة عبد البر نقلا عن الخلاصة والصغرى قال رجل أقر لامرأته بمهر ألف درهم فى مرض موته ومات ثم أقامت الورثة البينة أن المرأة وهبت مهرها من زوجها فى حياة الزوج لاتقبل لاحتمال الإبانة والإعادة على المهر المذكور، لكن فى فصول العمادى ما يقتضى أن الإقرار إنما يصح بمقدار مهر المثل اهملخصا. ثم نقلا عن المصنف أن الهبة فى المهر تخالف الإبراء، فلو أبرأته منه ثم أقر به لا يصح إقراره انتهت عبارة الطحطاوى.

قال فى جامع الفصولين: برهن أنه أبرأنى عن هذه الدعوى ثم ادعى المدعى ثانيا أنه أقر لى بالمال بعد إبرائى فلو قال المدعى عليه أبرأنى وقبلت الإبراء وقال صدقته فيه لا يصح الدفع يعنى دعوى الإقرار، ولو لم يقله يصح الدفع لاحتمال الرد، والإبراء يرتد بالرد فيبقى المال عليه بخلاف قبوله إذ لا يرتد بالرد بعده اه لكن كلامنا فى الإبراء عن الدين، وهذا فى الإبراء عن الدعوى.

وفى الرابع والعشرين من التاترخانية، ولو قال أبرأتك مما لى عليك فقال على ألف قال صدقت فهو برىء استحسانا لا حق لى فى هذه الدار فقال كان لك سدس فاشتريته منك فقال لم أبعه فله السدس، ولو قال خرجت من كل حق لى فى هذه الدار أو برئت منه إليك أو أقررت لك فقال الآخر اشتريتها منك فقال لم أقبض الثمن فله الثمن اه.

وفيها عن العتابية: ولو قال لا حق لى قبله برىء من كل عين ودين، وعلى هذا لو قال فلان برىء مما لى قبله دخل المضمون والأمانة، ولو قال هو برىء مما لى عليه دخل المضمون دون الأمانة، ولو قال هو برىء مما لى عنده فهو برىء من كل شىء أصله أمانة، ولا يبرأ عن المضمون، ولو ادعى الطالب حقا بعد ذلك وأقام بينة، فإن كان أرخ بعد البراءة تسمع دعواه وتقبل بينته، وإن لم يؤرخ فالقياس أن تسمع ويحمل على حق وجب بعدها. وفى الاستحسان لا تقبل بينته انتهى. قال بعض الفضلاء بعد أن ذكر عبارة جامع الفصولين المذكورة: فهذا أولى بالاستثناء مما ذكره وسيذكره المصنف فى بيان الساقط لا يعود، وبحث فيه بعض الفضلاء بأنه لا أولوية ولا مساواة عند التأمل لأن هنا إنما صحت دعواه لاحتمال الرد كما اعترف به. وأما ما استثناه المصنف فالمقصود بالهبة الهبة المعتبرة شرعا المشتملة على الإيجاب والقبول وشرط الصحة واللزوم لأنها عند الإطلاق تنصرف إلى الكاملة هذا.

وعندى فى كون هذا الفرع داخلا تحت الأصل المذكور فى التاترخانية نظر يعرف بالتأمل فى كلامهم، لأنه إنما جاز ذلك لأنه يجعل زيادة فى المهر، والزيادة فى المهر جائزة عندنا. وأما ما وقع الإبراء منه وسقط فلا يعود

وأنه أقر به يلزمه ذكره المصنف فى فتاويه .

قلت : ومفاده أنه لو أقر ببقاء الدين أيضا فحكمه كالأول وهى واقعة الفتوى فتأمل الفعل فى المرض أحط من فعل الصحة إلا مسألة إسناد الناظر النظر لغيره بلا شرط فإنه صحيح فى المرض لا فى الصحة تتمة ، وتمامه فى الأشباه وفى الوهبانية :

لأن الساقط لا يعود . وعبارة البزازية تفيد ما قلته بعينه .

قال فى المحيط : وهبت المهر منه ثم قال اشهدوا أن لها على مهر كذا فالمختار عند الفقيه أن إقراره جائز وعليه المهر المذكور إذا قبلت لأن الزيادة لا تصح بلا قبولها . والأشبه أن لا يصح ولا تجعل زيادة بغير قصد الزيادة فاستثناؤه فى غير محله كما لا يخفى كذا فى الحواشى الحموية ، ويأتى أواخر الباب إن شاء الله تعالى (قوله ذكره المصنف فى فتاويه) ونصه : سئل عن رجلين صدر بينهما إبراء عام ثم إن رجلا منهما بعد الإبراء العام أقر أن فى ذمته مبلغا معينا للآخر فهل يلزمه ذلك أم لا؟ أجاب إذا أقر بالدين بعد الإبراء منه لم يلزمه كما فى الفوائد الزينية نقلا عن التاترخانية نعم إذا ادعى عليه دينا بسبب حادث بعد الإبراء العام وأنه أقربه يلزمه انتهى، وانظر ما فى إقرار تعارض البينات لغانم البغدادى (قوله قلت ومفاده) أى مفاد تقييد اللزوم بدعواه بسبب حادث (قوله أنه) أى الغريم (قوله ببقاء الدين) أى الذى أبرأه منه فليس دينا حادثا أى بأن ما أبرأنى منه باق فى ذمتى والفرق بين هذا وبين قوله السابق وبالدين بعد الإبراء منه أنه قال هناك بعد الإبراء لفلان على كذا وفى الثانية قال دين فلان باق على ، والحكم فيهما واحد وهو البطلان تأمل (قوله فحكمه كالأول) أى الإقرار بالدين بعد الإبراء منه أى فإنه باطل (قوله الفعل فى المرض) كالإقرار فيه بدين وكالتزوج والعتق والهبة والمحاباة (قوله أحط من فعل الصحة) فإن الإقرار فيه بدين مؤخر عن دين الصحة والتزوج ينفذ فيه بمهر المثل وتبطل الزيادة بخلاف الصحة والعتق وما بعده فى المرض تنفذ من الثلث ، وفى الصحة من الكل (قوله إلا فى مسئلة إسناد الناظر النظر لغيره) المراد بالإسناد التفويض فإنه إذا فوضه فى صحته لا يصح إلا إذا شرط له التفويض ، وإذا فوضه فى مرضه صح (قوله بلا شرط) أى شرط الواقف التفويض له أما إذا كان هناك شرط فيستويان (قوله تتمة) أى انتهى من التتمة ، وهى اسم كتاب .

والحاصل أن الناظر إذا فوض النظر لغيره فتارة يكون بالشرط وتارة لا ، وعلى كل إما فى الصحة أو فى المرض وقد تقدم فى الوقف فارجع إليه (قوله وتمامه فى الأشباه) قال فيها بعد عبارة التتمة : وفى كافى الحاكم من باب الإقرار فى المضاربة : لو أقر المضارب بربح ألف درهم فى المال ثم قال غلطت أنها خمسمائة لم يصدق وهو ضامن لما أقر به انتهى .

اختلفا فى كون الإقرار للوارث فى الصحة أو فى المرض فالقول لمن ادعى أنه فى المرض ، وفى كونه فى الصغر أو البلوغ فالقول لمن ادعى الصغر كذا فى إقرار البزازية . ولو طلق أو أعتق ثم قال كنت صغيرا فالقول له وإن أسند إلى حال الجنون ، فإن كان معهودا قبل وإلا فلا .

مات المقر فبرهن وارثه على الإقرار ولم يشهدوا له أن المقر له صدق المقر أو كذبه تقبل كما فى القنية .

أقر فى مرضه بشىء وقال كنت فعلته فى الصحة كان بمنزلة الإقرار بالمرض من غير إسناد إلى زمن الصحة .

قال فى الخلاصة : لو أقر فى المرض الذى مات فيه أنه باع هذا العبد من فلان فى صحته وقبض الثمن وادعى ذلك المشترى فإنه يصدق فى البيع ، ولا يصدق فى قبض الثمن إلا بقدر الثلث ،

أقر بمهر المثل فى ضعف موته فبينة الإيهاب من قبل تهدر
وإسناد بيع فيه للصحة اقبلن وفى القبض من ثلث التراث يقدر
وليس بلا تشهد مقرا نعده ولو قال لا تخبر فخلف يسطر

وفى العمادية : لايصدق على استيفاء الثمن إلا أن يكون العبد قد مات قبل مرضه انتهى ، وتمامه فى شرح ابن وهبان انتهى (قوله أقر بمهر المثل) هو إصلاح بيت الوهبانية لشارحها ابن الشحنة ، وبيت الأصل :

أقر بألف مهرها صح مشرفا ولو وهبت من قبل ليس يغير

وصورتها: مريض مرض الموت أقر لزوجته بألف مهرها ثم مات فأقامت ورثته بينة أن المرأة وهبت مهرها لزوجها قبل مرضه لا تقبل والمهر لازم بإقراره . وفى فصول العمادى ما يقتضى أن ذلك إذا كان بمقدار مهر المثل ، وقد تقدم ذلك قريبا فلاتنسه ، وسيأتى قريبا . قال ابن الشحنة : ومسئلة البيت من الخلاصة والصغرى .

أقول : وقيد بمهر المثل ، إذ لو كان الإقرار بأزيد منه لم يصح ، ولا ينافى هذا ما قدمه الشارح من بطلان الإقرار بعد الهبة لاحتمال أنه أبانها ثم تزوجها على المهر المذكور فى هذه الصورة . وفيه أن الاحتمال موجود ثمة تأمل (قوله فبينة الإيهاب) أى لو أقامت الورثة البينة ومثله الإبراء كما حققه ابن الشحنة (قوله من قبل تهدر) أى البينة فى حال الصحة أن المرأة وهبت مهرها من زوجها فى حياته لا تقبل ، وهذا ظاهر على قول الفقيه الذى اختاره . وأما على المذهب فيظهر لى أن الإقرار بعد الهبة هو المهدر ؛ لأنهم على ما يظهر فرضوا هذا الخلاف فى الصحة فيكون فى المرض بالأولى ، قال فى المنح : أقر بالدين بعد الإبراء منه لم يلزمه إلا إذا أقر لزوجته بمهر بعد هبتها المهر منه على ما اختاره الفقيه ويجعل زيادة على المهر إن قبلت ، والأشبه خلافه لعدم قصد الزيادة اه ومر نحوه قريبا فلا تنسه (قوله وإسناد بيع) بالنصب مفعول لأقبلن أو مبتدأ خبره جملة اقبلن (قوله فيه) أى فى مرض موته (قوله اقبلن) أى إذا صدقه المشترى .

وصورة المسئلة كما فى المنتقى : لو أقر فى المرض الذى مات فيه أنه باع هذا العبد من فلان فى صحته وقبض الثمن وادعى ذلك المشترى فإنه يصدق فى البيع ، ولا يصدق فى قبض الثمن إلا بقدر الثلث ، هذه مسئلة النظم إلا أنه أغفل فيه تصديق المشترى ابن الشحنة . وفى العمادية : لايصدق على استيفاء الثمن إلا أن يكون العبد قد مات قبل موته اه .

أقول : عدم التصديق فى القبض يفيد عدم نفاذ المحاباة فى هذا البيع ، ويشهد له ما فى شرح تحفة الأقران أقر فى مرضه بشىء وقال كنت فعلته فى الصحة كان بمنزلة الإقرار فى المرض من غير إسناد إلى زمن الصحة اه وارجع إلى ما قدمناه أوائل إقرار المريض عند قوله وإبرائه مديونه ولا تغفل (قوله التراث) أى الميراث (قوله وليس بلا تشهد الخ) هذا تصويب العلامة عبد البر لا بيت الأصل وهو :

وليس بإقرار مقالة لا تكن شهيدا ولا تخبر يقال فينظر

ملخصه أنه لو قال لا تشهد أن لفلان على كذا لايكون إقرارا بالاتفاق ، وإن قال لا تخبره أن له على كذا من حقه أو لحقه اختلف فيه . قال الكرخى : وعامة مشايخ بلخ أن الصحيح أنه ليس بإقرار . وقال مشايخ بخارى : الصواب أنه إقرار . قال فى القنية والمنية : هو الصحيح .

والفرق على كونه إقرارا أن النهى عن الشهادة نهى عن زور يشهد به والنهى عن خبر استكتام علمه عليه ، وقوله تشهد بسكون الدال المهملة (قوله نعده) بالنون وتشديد الدال أى لا نعد ذلك فى حكم الإقرار (قوله فخلف) قال المقدسى : ذكر محمد أن قوله لا تخبر فلانا أن له على ألفا إقرار .

ومن قال ملكي ذا لذاكان منشئا ... ومن قال هذا ملك ذا فهو مظهر
ومن قال لا دعوى لي اليوم عند ذا ... فما يدعي من بعد منها فمنكر

كتاب الصلح

مناسبته أن إنكار المقر سبب للخصومة المستدعية للصلح .
(هو) لغة اسم من المصالحة . وشرعا (عقد يرفع النزاع)

وزعم السرخسي أن فيه روايتين . قال ط : ينظر فيما إذا قاله ابتداء وذكر رواية الكرخي ومشايخ بلخ ورواية مشايخ بخارى المذكورتين . ثم قال : وجه كونه إقرارا أن النهي عن الاخبار يصح مع وجود المخبر عنه لقوله تعالى ـ وإذا جاءهم أمر من الأمن أو الخوف أذاعوا به ـ ذمهم على الإخبار مع وجود المخبر عنه ، ومن شرط صحة الإخبار عنه في الإثبات فكذلك في النفي ، فكأنه أثبت المخبر عنه ، وكأنه قال لفلان على ألف درهم فلا تخبره بأن له على ذلك ، ولو قال ذلك كان إقرارا اهـ . ووجه كونه غير إقرار ما تقدم في لا تشهد ، ومسئلتا البيت المذكورتان من قاضيخان من الملتقى (قوله ومن قال ملكي الخ) ملخصه و لو أضاف الشيء إلى نفسه فقال ملكي هذا المعين لفلان كان هبة يقتضي التسليم فلا يتم إلا به ، وإن لم يضفه إلى نفسه كان إظهارا وإقرارا لا يقتضي التسليم ، وهبة الأب لصغيره تتم بالإيجاب فلا يحتاج لقبض ابنه الصغير .

والحاصل أنه إذا قال ملكي ذا لهذا الشخص كان منشئا لتمليكه فيعتبر فيه شرائط الهبة ، ومن قال هذا ملك ذا فهو مظهر أي مقر ومخبر فلا يشترط فيه شروط الهبة (قوله لذا) أي لهذا الشخص (قوله كان منشئا) أي لتمليكه هبته (قوله فهو مظهر) أي مقر ومخبر ومسئلة البيت من قاضيخان من الملتقى (قوله ومن قال لا دعوى لي اليوم) صورتها : قال لآخر لا دعوى لي عليك اليوم فلا تسمع دعواه بعد ذلك اليوم بما تقدم لأنه إبراء عام حتى يتجدد له غيره عليه بعده وكذا لو قال تركته أصلا فهو إبراء ، وكذا لو قال تركت دعواي على فلان وفوضت أمري إلى الآخرة لا تسمع دعواه بما لم يتجدد بعد الإبراء ، والله تعالى أعلم كما في الشرنبلالية أي ولو إرثا حيث علم بموت مورثه وقته بزازية .

وفي الخلاصة أبرأه عن الدعاوى والخصومات ثم ادعى عليه مالا بالإرث عن أبيه ، إن مات أبوه قبل إبرائه صح الإبراء ولا تسمع دعواه ، وإن لم يعلم بموت الأب عند الإبراء اهـ وتقدم ذلك (قوله لي اليوم) بتحريك الياء من لي (قوله منها) أي من دعاوى اليوم أو ما تقدمه ، أما إذا كان بسبب حادث فتسمع كما سمعت (قوله فمنكر) بتخفيف الكاف مع إشباع الراء : أي ينكره الشرع ولا يقبله .

أقول : ومسئلة البيت من القنية على مانقله صاحب الفوائد عنها ، والله تعالى أعلم ، وأستغفر الله العظيم .

كتاب الصلح

(قوله مناسبته الخ) يعني أن الصلح يتسبب عن الخصومة المترتبة على إنكار المقر إقراره ، أي فتناسب الصلح والإقرار بواسطتين ولكنها مناسبة خفية . والأظهر أن يقال إن الصلح يكون عن الإقرار في بعض وجوهه كما سيبينه فلذا ذكره بعده ثم ذكر معه قسميه تتميما للفائدة (قوله المقر) الصواب المدعى عليه كما في الدرر (قوله اسم من المصالحة) وهي المسالمة والأولى اسم للمصالحة والتصالح خلاف المخاصمة والتخاصم ، وأصله من الصلاح وهو استقامة الحال على ما يدعو إليه العقل ، ومعناه دال على حسنه الذاتي ، وكم من فساد انقلب به إلى الصلاح

ويقطع الخصومة .

(وركنه الإيجاب) مطلقا (والقبول) فيما يتعين ، أما فيما لا يتعين كالدراهم فيتم بلا قبول عناية وسيجيء.

(وشرطه العقل لا البلوغ والحرية فصح من صبي مأذون إن عرى) صلحه (عن ضرر بين و) صح (من عبد مأذون

ولهذا أمر الله تعالى به عند حصول الفساد والفتن بقوله وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما والصلح خير - والصالح : المستقيم الحال في نفسه ذكره القهستاني.

وفي صلاة الجوهرة : الصالح القائم بحقوق الله تعالى وحقوق العباد ؛ وإنما ذكر الضمير بقوله هو لكونه مما يذكر ويؤنث كما في الصحاح (قوله ويقطع الخصومة) عطف تفسير كما يفيده الحموي ، فإنه فسر رفع النزاع بقطع الخصومة (قوله مطلقا) أي فيما يتعين وفيما لا يتعين (قوله فيما يتعين) إنما اشترط القبول لأنه ليس من الإسقاط حتى يتم بالمسقط وحده لعدم جريانه في الأعيان ط (قوله فيتم بلا قبول) أي من المطلوب إذا بدأ هو بطلبه ، بأن ادعى شخص على شخص دراهم ونحوها فطلب المدعى عليه الصلح على نصفها فقال المدعي صالحتك على ذلك ، فلا يشترط قبول المدعى عليه لأن ذلك إسقاط من المدعي وهو يتم بالمسقط وحده ، وهذا إنما يظهر في صورة الإقرار ط .

والحاصل أن الموجب هو المدعي فيشترط قبول المدعى عليه فيما يتعين لا فيما لا يتعين . وأما إذا كان الموجب هو المدعى عليه فلابد من القبول من المدعي مطلقا سواء فيه ما يتعين وما لا يتعين (قوله وسيجيء) أي قريبا (قوله العقل) لاحاجة إليه لأنه شرط في جميع العقود والتصرفات الشرعية فلا يصح صلح مجنون وصبي لا يعقل درر ، وكذا لا يصح صلح المعتوه والنائم والمبرسم والمدهوش والمغمى عليه إذ ليس لهم قصد شرعي ؛ وخص بذكرهما لكونهما منصوصا عليهما بعدم جريان الأحكام الفرعية عليهما فيدخل حكم هؤلاء في حكمهما بالدلالة أو بالقياس ، لأن حالهم كحالهما بل أشد تارة صرح به في الفصول . وأما السكران فلا يدخل فيهم لأنه مخاطب زجرا له وتشديدا عليه لزوال عقله بمحرم ، ولذلك قال في منية المفتي : صلح السكران جائز .

أقول : قد سبق في كتاب الطلاق وفي شتى الإقرار إنما هو عند أكثر أئمتنا . وأما الكرخي والطحاوي ومحمد بن سلام قالوا بعدم وقوعه فيجري على الخلاف المذكور ، لكن علمت أن الأصح الوقوع وعليه فينبغي صحة صلحه على الأصح (قوله فصح من صبي مأذون) ويصح عنه بأن صالح أبوه عن داره وقد ادعاها مدع وأقام البرهان ط (قوله إن عرى) بكسر الراء أي خلا ، وأما بفتحها فمعناه حل ونزل (قوله عن ضرر بين) بأن كان نفعا محضا أولا نفع فيه ولا ضرر أو فيه ضرر غير بين : فإذا ادعى الصبي المأذون على إنسان دينا وصالحه على بعض حقه ، فإن لم يكن له عليه بينة جاز الصلح إذ عند انعدامها لا حق له إلا الخصومة والحلف والمال أنفع منهما ، وإن كانت البينة لم يجز لأن الحط تبرع وهو لا يملكه ، ومثال ما لا ضرر فيه ولا نفع صلحه عن عين بقدر قيمتها ، ومثال ما لا ضرر فيه بين ما إذا أخر الدين فإنه يجوز لأنه من أعمال التجارة ط .

أقول : وهذا ظاهر في الصبي والمكاتب والمأذون المديون . وأما المأذون الغير المديون فينبغي صحة صلحه كيفما كان حيث كان بإذن سيده لأنه وما في يده لمولاه فيكون صلحه كصلح مولاه ولا حق في ماله لغريم كالمديون ولا تصرفه منوط بالمصلحة كالصبي والمكاتب تأمل (قوله وصح من عبد مأذون) أو لم يكن فيه ضرر بين ، لكنه لا يملك الصلح على حط بعض الحق إذا كان له عليه بينة ويملك التأجيل مطلقا وحط بعض الثمن للعيب لما

ومكاتب) لو فيه نفع (و) شرط، أيضا (كون المصالح عليه معلوما إن كان يحتاج إلى قبضه

ذكر ، ولو صالحه البائع على حط بعض الثمن جاز لما ذكر في الصبي المأذون كما في الدرر (قوله ومكاتب) فإنه نظير العبد المأذون في جميع ماذكر لأنه عبد مابقي عليه درهم . فإن عجز المكاتب فادعى عليه رجل دينا فاصطلحا أن يأخذ بعضه ويؤخر بعضه . فإن لم يكن له عليه بينة لم يجز لأنه لما عجز صار محجورا فلا يصح صلحه درر .

أقول : قوله فادعى عليه رجل دينا : أي كان في زمن كتابته إلا أن الصلح واقع بعد العجز هذا هو المراد فحينئذ لايكون الشرط الثاني مستغنى عنه ، وقيد به لأنه لو كان للمدعى بينة صلح المحجور لامن حيث إنه محجور بل من حيث أن دينه دين في زمن كتابته تدبر .

وأقول : ومثل المكاتب المعتوه المأذون فإنه نظير العبد المأذون على ماسبق (قوله لو فيه نفع) لو قال لو لم يكن فيه ضرر بين لكان أولى ليشمل ما إذا لم يكن فيه نفع ولا ضرر أو كان فيه ضرر غير بين كما تقدم أمثلة ذلك قريبا (قوله معلوما) سواء كان مالا أو منفعة ، بأن صالح على خدمة عبد بعينه سنة أو ركوب دابة بعينها أو زراعة أرض أو سكنى دار وقتا معلوما فإنه يجوز ويكون في معنى الإجارة ، وخرج مالم يكن كذلك فلايصح الصلح عن الخمر والميتة والدم وصيد الإحرام والحرم ونحو ذلك لأن في الصلح معنى المعاوضة ، فما لايصلح للعوض والبيع لايصلح عوضا في الصلح ط ، قال في المنح : أن يكون معلوما بذكر المقدار في مثل الدراهم فيحمل على النقد الغالب في البلد ، وبذكر المقدار والصفة في نحو بر ، وبمكان التسليم أيضا عند أبي حنيفة ، وبالأجل أيضا في نحو ثوب ، وبإشارة وتعيين في نحو حيوان كما في العمادية ، لأن جهالة البدل تفضى إلى المنازعة فيفسد الصلح انتهى .

قال في جامع الفصولين عازيا للمبسوط : الصلح على خمسة أوجه :

صلح على دراهم أو دنانير أو فلوس ، فيحتاج إلى ذكر القدر .

الثاني على تبر أو كيلي أو وزني مما لاحمل له ولا مؤنة ، فيحتاج إلى ذكر قدر وصفة ، إذ يكون جيدا أو وسطا أو رديئا فلابد من بيانه .

الثالث على كيلي أو وزني مما له حمل ومؤنة ، فيحتاج إلى ذكر قدر وصفة ومكان تسليمه عند أبي حنيفة كما في السلم .

الرابع صلح على ثوب ، فيحتاج إلى ذكر ذرع وصفة وأجل إذ الثوب لايكون دينا إلا في السلم وهو عرف مؤجلا .

الخامس صلح على حيوان ، ولا يجوز إلا بعينه إذ الصلح من التجارة والحيوان لايصلح دينا فيها انتهى (قوله إن كان يحتاج إلى قبضه) فإن كان لايحتاج إلى قبضه لايشترط معلوميته ، مثل أن يدعى حقا في دار رجل وادعى المدعى عليه حقا في أرض بيد المدعى فاصطلحا على ترك الدعوى جاز وإن لم يبين كل منهما مقدار حقه ، لأن جهالة الساقط لاتفضى إلى المنازعة كما في الدرر .

قال في العناية : ويفسده جهالة المصالح عليه لأنها تفضى إلى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لأنه يسقط ، وهذا ليس على إطلاقه بل فيه تفصيل ، وهو أن الصلح باعتبار بدايه على أربعة أوجه : إما أن يكون عن معلوم

و) كون (المصالح عنه حقا يجوز الاعتياض عنه ولو) كان غير مال كالقصاص والتعزير (معلوما كان) المصالح عنه (أو مجهولا لا) يصح (لو) المصالح عنه (مما لا يجوز الاعتياض عنه).

على معلوم وهو جائز لامحالة . وإما أن يكون عن مجهول على مجهول . فإن لم يحتج فيه إلى التسليم والتسلم ، مثل أن يدعى حقا فى دار رجل وادعى المدعى عليه حقا فى أرض بيد المدعى فاصطلحا على ترك الدعوى جاز وإن احتيج إليه ، وقد اصطلحا على أن يدفع أحدهما مالا ولم يبينه على أن يترك الآخر دعواه أو على أن يسلم إليه ماادعاه لم يجز . وإما أن يكون عن مجهول على معلوم وقد احتيج إليه إلى التسليم ، كما لو ادعى حقا فى دار فى يد رجل ولم يسمه فاصطلحا على أن يعطيه المدعى مالا معلوما ليسلم المدعى عليه ما ادعاه وهو لايجوز ، وإن لم يحتج فيه إلى التسليم كما إذا اصطلحا فى هذه الصورة على أن يترك المدعى دعواه جاز . وإما أن يكون عن معلوم على مجهول وقد احتيج فيه إلى التسليم لايجوز . وإن لم يحتج إليه جاز . والأصل فى ذلك أن الجهالة المفضية للمنازعة المانعة عن التسليم والتسلم هى المفسدة ، فما لايجب التسلم والتسليم جاز . وما وجبا فيه لم يجز مع الجهالة لأن القدرة على تسليم البدل شرط لكونه فى معنى البيع انتهى (قوله وكون المصالح عنه حقا) أى للمصالح ثابتا فى المحل لاحقا لله تعالى فخرج بقولنا أى للمصالح ما إذا ادعت مطلقة على زوجها أن صبيا فى يد أحدهما ابنها منه فصالحها على شىء لتترك الدعوى فإنه يبطل لأن النسب حق الصبى لاحقها فلا تملك الاعتياض عن حق غيرها . وخرج بقولنا ثابتا فى المحل مصالحة الكفيل بالنفس على مال على أن يبرئه من الكفالة ، لأن الثابت للطالب حق المطالبة بتسليم نفس الأصيل، وهو عبارة عن ولاية المطالبة وأنها صفة الوالى فلا يجوز الصلح عنه كما يأتى .

واختلفت الرواية فى بطلان الكفالة كما فى الكافى ، والأصح بطلانها كما فى منية المفتى وبه يفتى كما فى العناية والبيانية . وبقى من الشروط قبض بدله إن كان دينا بدين وإلا لا كما سيأتى (قوله كالقصاص) فى النفس ، إنما جاز الصلح عنه لأن المحل فيه يصير مملوكا فى حق الاستيفاء فكان الحق ثابتا فى المحل فيملك الاعتياض عنه بالصلح ط (قوله والتعزير) الذى هو حق العبد كأن صالحه عن سبه بما دون قذف . أما التعزير الذى هو حق الله تعالى كقبلة من أجنبية فالظاهر عدم صحة الصلح عنه لأن الصلح لايكون إلا من صاحب الحق كما أفاده الرحمتى (قوله أو مجهولا) كأن ادعى عليه قدرا من المال فصولح أو ادعى عليه القصاص ولم يبين أنه فى نفس أو طرف أو شتمه ولم يبين بماذا شتمه ، وتقدم فى باب الاستحقاق صحة الصلح عن مجهول على معلوم ، لأن جهالة الساقط لاتفضى إلى المنازعة ، ولأن المصالح عنه ساقط فهو مثل الإبراء عن المجهول فإنه جائز عندنا لما ذكر ، بخلاف عوض الصلح فإنه لما كان مطلوب التسليم اشترط كونه معلوما لئلا يفضى إلى المنازعة . وانظر ماتقدم عن الفتح أواخر العيب ، وكونه مجهولا : أى بشرط أن يكون مالا يحتاج إلى التسليم كترك الدعوى مثلا ، بخلاف مالو كان عن التسليم المدعى به .

قال فى جامع الفصولين : ادعى عليه مالا معلوما فصالحه على ألف درهم وقبض بدل الصلح وذكر فى آخر الصك وأبرأ المدعى عن جميع دعواه وخصوماته إبراء صحيحا عاما ، فقيل لم يصح الصلح لأنه لم يذكر قدر المال المدعى به ولابد من بيانه ليعلم أن هذا الصلح وقع معاوضة أو إسقاطا أو وقع صرفا شرط فيه التقابض فى المجلس أولا ، وقد ذكر قبض بدل الصلح ولم يتعرض لمجلس الصلح ، فمع هذا الاحتمال لايمكن القول بصحة الصلح . وأما الإبراء فقد حصل على سبيل العموم فلا تسمع دعوى المدعى بعده للإبراء العام لا للصلح .

وبينه بقوله : (كحق شفعة وحد قذف وكفالة بنفس) ويبطل به الأول والثالث ، وكذا الثاني لو قبل الرفع للحاكم

قال في البحر : والجهالة فيه إن كانت تفضي إلى المنازعة كوقوعها فيما يحتاج إلى التسليم منعت صحته وإلا لا فبطل إن كان المصالح عليه ، أو عنه مجهولا يحتاج إلى التسليم كصالحه بعد دعواه مجهولا على أن يدفع له مالا ولم يسمه اه .

أقول : لكن في قول جامع الفصولين : ولابد من بيانه نظر ، لأن المال بالصورة معلوم بدليل قوله أول عبارته ادعى عليه مالا معلوما ، والظاهر أن لفظ معلوما زائد حتى يتم المراد تأمل (قوله كحق شفعة) يعني إذا صالح المشتري الشفيع عن الشفعة التي وجبت له على شيء على أن يسلم الدار للمشتري فالصلح باطل ، إذ لا حق للشفيع في المحل سوى حق التمليك وهو ليس بأمر ثابت في المحل ، بل هو عبارة عن ولاية الطلب ، وتسليم الشفعة لا قيمة له فلا يجوز أخذ المال في مقابلته كما في الدرر وأطلقه . وهو على ثلاثة أوجه :

أن يصالح على دراهم معلومة على أن يسلم الدار للمشتري ، وأن يصالح على بيت معين منها بحصته من الثمن وأن يصالح على نصف الدار بنصف الثمن ، ففي الأولين يبطل الصلح وكذا الشفعة في الأول ، ويصح الصلح في الثالث والشفعة لا تبطل فيه وفي الثاني كما في المبسوط وغيره ، فظهر أن المراد بقول الدرر على شيء دراهم معلومة ونحوها (قوله وحد قذف) بأن قذف رجلا فصالحه على مال على أن يعفو عنه لأنه وإن كان للعبد فيه حق فالغالب فيه حق الله تعالى والمغلوب ملحق بالمعدوم ، وكذلك لا يجوز الصلح عن حق الله تعالى ولو ماليا كالزكاة ولا حد الزنا والسرقة وشرب الخمر ، بأن أخذ زانيا أو سارقا من غيره أو شارب خمر فصالحه على مال على أن لا يرفعه إلى ولي الأمر لأنه حق الله تعالى ، ولا يجوز عنه الصلح لأن المصالح بالصلح يتصرف إما باستيفاء كل حقه أو استيفاء بعضه وإسقاط الباقي أو بالمعاوضة ، وكل ذلك لا يجوز في غير حقه كما في الدرر ، وإنما لا يجوز الصلح عن حقوقه تعالى لأن الأصل فيه أن الاعتياض عن حق الغير لا يجوز ، والحدود المشروعة لما كانت حقا لله تعالى خالصا أو غالبا ، فلا يجوز لأحد أن يصالح على شيء في حق الله تعالى ، والمراد من حق الله تعالى ما يتعلق به النفع العام لأهل العالم فلا يختص به أحد كحرمة الزنا ، فإن نفعه عائد إلى جميع أهل العالم وهو سلامة أنسابهم وصيانة فرشهم وارتفاع السيف بين العشائر بسبب التنازع بين الزناة ، ولذلك لا يباح الزنا بإباحة المرأة أو أهلها ، وإنما نسب إلى الله تعالى مع أن النفع عائد إلى العبـــاد تعظيما لأنه متعال عن أن ينتفع بشيء ، ولا يجوز أن يكون حقا له بجهة التخليق لأن الكل سواء في ذلك كذا في شرح المنار لجلال الدين (قوله وكفالة بنفس) الوجه فيه كالوجه في سابقه ، وقدمنا الكلام عليها قريبا ، وقيد الكفالة بكفالة النفس لأنه لو صالحه عن كفالة المال يكون إسقاطا لبعض الدين عنه وهو صحيح (قوله ويبطل به الأول) أي حق الشفعة لرضا الشفيع بسقوط حقه (قوله والثالث) أي كفالة النفس كما قدمناه لرضا الطالب بسقوط حقه (قوله وكذا الثاني) أي حد القذف (قوله لو قبل الرفع للحاكم) ظاهره أنه يبطل الصلح أصلا وهو الذي في الشرنبلالية عن قاضيخان ، فإنه قال بطل الصلح وسقط الحد إن كان قبل أن يرفع إلى القاضي ، وإن كان بعده لا يبطل الحد . وقد سبق أنه إنما سقط بالعفو لعدم الطلب ، حتى لو عاد وطلب حد .

قال في الأشباه : لا يصح الصلح عن الحد ولا يسقط به حد القذف إن كان قبل المرافعة كما في الخانية .

قال البيري : أي فإن الحد يسقط وإن كان الصلح لم يجز ، أما إذا كان بعد المرافعة فلا يسقط .

أقول : هذا الذي في الخانية ينافي ما ذكره في الإيضاح بأن له أن يطالب بعد العفو والصلح عن ذلك

لاحد زنا وشرب مطلقا .

(وطلب الصلح كاف عن القبول من المدعى عليه إن كان المدعى به مما لا يتعين بالتعيين) كالدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك لأنه إسقاط للبعض وهو يتم بالمسقط (وإن كان مما يتعين) بالتعيين (فلا بد من قبول المدعى عليه) لأنه كالبيع .

فراجعه فى الإقرار . وعبارة الأشباه فى الإقرار : ولا يملك المقذوف العفو عن القاذف ، ولو قال المقذوف كنت مبطلا فى دعواى سقط الحد كذا فى حيل التاترخانية من حيل المداينات . قال البيرى : قال فى الإيضاح : وإذا ثبت الحد لم يجز الإسقاط ولا العفو ، ولذا إذا عفا قبل المرافعة أو أبرأ أو صالح على مال فذلك باطل ويرد مال الصلح ، وله أن يطالبه بالحد بعد ذلك اهـ .

وقدم الشارح فى باب حد القذف : ولا رجوع بعد إقرار ولا اعتياض أى أخذ عوض ولا صلح ولا عفو فيه وعنه ، نعم لو عفا المقذوف فلا حد لا لصحة العفو بل لترك الطلب ، حتى لو عاد وطلب حد شهود ولذا لا يتم إلا بحضرته ، فأفاد أنه لا صلح فلا يسقط ، وظاهره ولو قبل المرافعة . ولا يقام إلا بطلب المقذوف فى الموضعين إلا أن يحمل ما فى الخانية على البطلان لعدم الطلب ، وكذا يقال فى حد السرقة فإنه لا يصح عنه الصلح كما فى مجمع الفتاوى فكان على المصنف والشارح أن يستثنيه أيضا (قوله لا حد زنا) أى لا يصح الصلح عنه .

صورته : زنى رجل بامرأة رجل فعلم الزوج وأراد أحدهما الصلح فتصالحا معا أو أحدهما على معلوم على أن يعفو كان باطلا وعفوه باطل ، سواء كان قبل الرفع أو بعده ، والرجل إذا قذف امرأته المحصنة حتى وجب اللعان كان باطلا وعفوها بعد الرفع باطل وقبل الرفع جائز خانية (قوله وشرب مطلقا) أى إذا صالح شارب الخمر القاضى على أن يأخذ منه مالا ويعفو عنه لا يصح الصلح ويرد المال على شارب الخمر سواء كان ذلك قبل الرفع أو بعده كما فى الخانية فليحفظ ، والآن مبتلون بذلك ، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم .

[فرع] قال فى البزازية : وفى نظم الفقه : أخذ سارقا فى دار غيره فأراد رفعه إلى صاحب المال فدفع له السارق مالا على أن يكف عنه يبطل ويرد البدل إلى السارق لأن الحق ليس له ولو كان الصلح مع صاحب السرقة برىء من الخصومة بأخذ المال ، وحد السرقة لا يثبت من غير خصومة ويصح الصلح اهـ .

وفيها أيضا : اتهم بسرقة وحبس فصالح ثم زعم أن الصلح كان خوفا على نفسه ، إن حبس الوالى تصح الدعوى لأن الغالب أنه حبس ظلما ، وإن فى حبس القاضى لا تصح لأن الغالب أنه يحبس بحق اهـ .

أقول : وهذا على ما كان فى زمنهم من تصرف الوالى برأيه ، وأما فى زماننا فلا فرق يظهر بينهما فإنهما على السواء حتى صار حبسهما واحدا إذ لا يحبس الواحد إلا بعد ثبوت حبسه بوجهه (قوله من المدعى عليه) متعلق بالقبول وحذف نظيره من الأول فإن المعنى وطلب الصلح من المدعى عليه (قوله كالدراهم والدنانير) الكاف للاستقصاء إذ ليس معناه ما لا يتعين غيرهما (قوله وطلب الصلح) لا حاجة إلى هذه الجملة بعد قول المتن وطلب الصلح كاف (قوله على ذلك) كذا فى بعض النسخ ، وفى بعضها عن بدل على (قوله لأنه إسقاط) سيأتى فى الصلح فى الدين أنه أخذ لبعض حقه وإسقاط للباقى ، لكن ليس ذلك مخصوصا بما لا يتعين بالتعيين بل كل ما يثبت فى الذمة (قوله وهو يتم بالمسقط) هذا يفيد أنه لا يشترط الطلب كما لا يشترط القبول ، وإن هذا فى الإقرار كما صرح به الشارح نقلا عن العناية فتأمل (قوله لأنه كالبيع) أى فتجرى فيه أحكام البيع فينظر ،

(وحكمه وقوع البراءة عن الدعوى) ووقوع الملك فى مصالح عليه وعنه لو مقرا (وهو صحيح مع إقرار أو سكوت أو إنكار فالأول) حكمه (كبيع) إن وقع عن مال بمال

إن وقع على خلاف جنس المدعى فهو بيع وشراء كما يذكره بعد ، وإن وقع على جنسه ، فإن وقع بأقل من المدعى فهو حط وإبراء ، وإن كان مثله فهو قبض واستيفاء ، وإن كان بأكثر منه فهو فضل وربا (قوله وحكمه) أى أثره الثابت له منح .

قال فى البحر : وحكمه فى جانب المصالح عليه وقوع الملك فيه للمدعى سواء كان المدعى عليه مقرا أم منكرا وفى المصالح عنه وقوع الملك فيه للمدعى عليه إن كان مما يحتمل التمليك كالمال وكان المدعى عليه مقرا به ، وإن كان مما لا يحتمل التمليك كالقصاص ووقوع البراءة كما إذا كان منكرا مطلقا اه . وظاهره أنه لا يملك المصالح عنه مع الإنكار مع أنه معاوضة فى حق المدعى ولذا يؤخذ منه بالشفعة إن كان عقارا وهذا يقتضى أنه يملك (قوله وقوع البراءة عن الدعوى) لما مر أنه عقد يرفع النزاع أى ما لم يعرض مبطل كاستحقاق البدل ، أطلقه فشمل أن حكمه ذلك فى أنواعه الثلاثة ، حتى لو أنكر فصالح ثم أقر لا يلزمه ما أقر به ، وكذا لو برهن بعد صلحه لا يقبل . ولو برهن على إقرار المدعى أنه لا حق له من قبل الصلح أو قبل قبض البدل لا يصح الصلح كصلح بعد الحلف فإنه لا يصح عند الشيخين خلافا لمحمد ، وصلح مودع يدعي الاستهلاك مع المودع يدعى الضياع فإنه لا يصح عند الطرفين خلافا لأبى يوسف كما فى المقدسى (قوله ووقوع الملك) أى للمدعى أو المدعى عليه (قوله فى مصالح عليه) أى مطلقا ولو منكرا (قوله وعنه لو مقرا) قال فى المنح : وفى المصالح عنه وقوع الملك فيه للمدعى عليه إن كان مما يحتمل التملك كالمال وكان المدعى عليه مقرا به إلى آخر ما تقدم عن البحر ، وقوله لو مقرا قيد فى قوله وعنه . وأما إذا كان منكرا فالحكم البراءة عن الدعوى سواء كانت فيما يحتمل التمليك أو لا أفاده الحموى (قوله وهو صحيح) لقوله تعالى — والصلح خير — وقوله عليه الصلاة والسلام « كل صلح جائز فيما بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا » ومعنى جواز الصلح اعتباره حتى يملك المدعى بدل الصلح ولا يسترده المدعى عليه ويبطل حق المدعى فى الدعوى ؛ والمراد بقوله : « صلحا أحل حراما » أى لعينه كالخمر ، وقوله « أو حرم حلالا » أى لعينه كالمصالحة على ترك وطء الضرة . وأما دفع الرشوة لدفع الظلم فجائز ، وليس بصلح أحل حراما . ولا بسحت إلا على من أكله .

قال محمد فى السير الكبير : بلغنا عن الشعثاء جابر بن زيد أنه قال : ما وجدنا فى زمن الحجاج أو زياد ابن زياد شيئا خيرا لنا من الرشا اه .

قال أبو السعود : ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام « أحل حراما الخ » كما إذا صالح على أن لا يتصرف فى بدل الصلح أو أن يجعل عوض الصلح خمرا أو خنزيرا ، وقوله عليه الصلاة والسلام « لعن الله الراشى والمرتشى » والمراد به إذا كان هو الظالم فيدفعها لبعض الظلمة يستعين بها على الظلم . وأما لدفع الضرر عن نفسه فلا شبهة فيها ، حتى روى عن أبى يوسف أنه أجاز ذلك للوصى من مال اليتيم لدفع الضرر عن اليتيم الخ رملى (قوله مع إقرار الخ) قال الأكمل : الحصر فى هذه الأنواع ضرورى ، لأن الخصم وقت الدعوى إما أن يسكت أو يتكلم مجيبا وهو لا يخلو عن النفى والإثبات . لا يقال : قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع لأنه سقط بقولنا مجيبا اه منح ، وقوله مع إقرار أطلقه فشمل ما يكون حقيقة وصريحا وحكما كطلب الصلح والإبراء عن المال أو الحق فيرجع إليه بالبيان كما فى المحيط . وفيه تفصيل لطيف فراجعه إن شئت (قوله فالأول حكمه كبيع)

وحينئذ (فتجرى فيه) أحكام البيع (كالشفعة والرد بعيب وخيار رؤية وشرط ويفسده جهالة البـــدل) المصالح عليه

أى فتجرى فيه أحكام البيع فينظر ، إن وقع على خلاف جنس المدعى فهو بيع وشراء كما ذكر هنا ، وإن وقع على جنسه ، فإن كان بأقل من المدعى فهو حط وإبراء ، وإن كان بمثله فهو قبض واستيفاء ، وإن كان بأكثر منه فهو فضل وربا ذكره الزيلعى ، وقدمناه قريبا .

قال فى البحر : فإن وقع عن مال بمال بإقرار اعتبر بيعا إن كان على خلاف الجنس إلا فى مسألتين .

الأولى : إذا صالح من الدين على عبد وصاحبه مقر بالدين وقبض العبد ليس له المرابحة من غير بيان .

الثانية : إذا تصادقا على أن لا دين بطل الصلح ، كما لو استوفى عين حقه ثم تصادقا أن لا دين ، فلو تصادقا على أن لا دين لا يبطل الشراء اهـ (قوله وحينئذ) زيادة حينئذ اقتضت زيادة الفاء فى فتجرى أتى التفريعية فى المصنف ، وقوله فيه : أى فى هذا الصلح منح فيشمل المصالح عنه والمصالح عليه وهو بدل الصلح ، حتى او صالح عن دار بدار وجب فيهما الشفعة (قوله الشفعة) أى ويلزم الشفيع مثل بدل الآخر او مثليا وقيمته لو قيميا غير عقار ، حتى لو كان البدلان عقارا لا شفعة فى واحد منهما قهستانى . ثم قال فى فصل السكوت والإنكار : تجب الشفعة فى الدار المصالح عليها عن دار أو غيرها فإنه معاوضة فى زعم المدعى اهـ تأمل ، هذا مع ماقبله ممعنا .

والذى يظهر لى أنه إذا كان الصلح عن إقرار على دار بدار تجب الشفعة فيهما لأن كلا منهما عوض عن الثانية ، وإن كان عن سكوت أو إنكار فتجب فى الدار المصالح عليها دون الدار المصالح عنها ، لأن المعاوضة هنا فى الدار المصالح عليها فقط أما عبارة القهستانى الأولى فلم أر ما يدل عليها بل صريح النقول يخالفها .

قال فى المجلة من كتاب الصلح فى المادة الخمسين وخمسمائة بعد الألف ما نصه : عن إنكار ياخود عن سكوت صلح أولاق مدعى حقنده معاوضة ومدعى عليه حقنده يميندن خلاص إيله قطع منازعه دربناء على ذلك مصالح عليه أو لأن عقارده شفعه جريان ايدر إما مصالح عنه أو لأن عقارده شفعه جريان ايتمز (قوله والرد بعيب) نحو إذا كان بدل الصلح عبدا مثلا فوجد المدعى فيه عيبا له أن يرده ، وظاهر إطلاقه أنه يرده ، بيسير العيب وفاحشه وقد ذكره الطحاوى ، أفاده الحموى وأطلق الرد بالعيب وهو المراد فى الإقرار . قال الطحاوى : بالإقرار يرد بيسير وفاحش ، وفى الإنكار بالفاحش كخلع ومهر وبدل صلح عن دم عمد (قوله وخيار رؤية) فيرد العوض إذا رآه وكان لم يره وقت العقد ، وكذلك يرد المصالح عنه إن كان لم يره (قوله وشرط) بأن تصالحا على شىء فشرط أحدهما الخيار لنفسه مثلا قال فى المنبع ويبطل الصلح بالرد بأحد هذه الخيارات الثلاث (قوله ويفسده جهالة البدل المصالح عليه) أى إن كان يحتاج إلى تسليمه وإلا فلا يفسد ، كما إذا ادعى عليه ثلث داره فصالحه على أن يترك دعواه فى حق مجهول فى أرض المدعى كما فى العناية لأنه بيع فصار كجهالة الثمن عينى ، وكذا يفسد بجهالة الأجل إذا جعل البدل مؤجلا زيلعى .

قال الرملى : إن جهالة المصالح عليه تفسد الصلح وكذا جهالة المصالح عنه إن كان يحتاج إلى التسليم .

وأقول : ليس جهالة المصالح عليه مفسدة للصلح مطلقا ، بل محله إذا لم يكن مستغنيا عن القبض والتسليم فإن جهالته لا تفسد كما فى السراج الوهاج .

وفى القهستانى : ويكفى أن يكون بيان قدر المصالح عليه فحسب إذا كان دراهم أو دنانير أو فلوسا لأن معاملات الناس تغنى عن بيان الصفة فيقع على النقد الغالب اهـ. قال السائحانى : ولطالما طلبت نفسى هذا النقل لأن

لاجهالة المصالح عنه لأنه يسقط وتشترط القدرة على تسليم البدل .

(وما استحق من المدعى) أى المصالح عنه (يرد المدعى حصته من العوض) أى البدل إن كلا فكلا أو بعضا فبعضا .

(وما استحق من البدل يرجع) المدعى (بحصته من المدعى) كما ذكرنا لأنه معاوضة وهذا حكمها

المشهور أنه لا بد فى العقود من بيان الوصف على أن العرف بخلافه (قوله لاجهالة المصالح عنه) أى إذا لم يحتج إلى تسليمه كما مر أيضا أشار إلى ذلك بقوله لأنه يسقط فإنه تعليل لقوله لاجهالة المصالح عنه ، أى والساقط لاتفضى جهالته إلى المنازعة . لكن قال بعض الأفاضل لاجهالة المصالح عنه إلا إذا احتيج إلى تسليمه كأن يصالحه على أن يدفع له الحق المجهول الذى يدعيه أو يدفع المدعى البدل من عنده اه تأمل (قوله وتشترط القدرة على تسليم البدل) استئناف واقع موقع التعليل لقوله ويفسده جهالة البدل ، ولا يصح عطفه على يسقط ، وحيث كان كلاما مستأنفا استفيد منه أنه لا يصح الصلح على عبده الآبق وطيره فى الهواء وسمكه فى الماء وجذعه فى السقف وذراع من ثوب تضره القسمة وحمل الجارية والبهيمة لأنه لا يقدر على تسليمه ، ومنه جهالة البدل فإنه لا يقدر على تسليم المجهول فبذلك يصير الكلام تعليلا لقوله ويفسده جهالة البدل ، فبين التعليل والمعال لف ونشر مشوش الأول للثانى والثانى للأول (قوله وما استحق من المدعى الخ) هذا لو الصلح على ترك المدعى فى يد المدعى عليه . أما لو أخذه ويدفع لمن فى يده شيئا صلحا فلا يرجع لو استحق لأنه أخذه على أنه ملكه زعما فيؤاخذ به فلا يرجع بالشىء الذى دفعه لرفع النزاع كما فى العمادى (قوله إن كلا فكلا أو بعضا فبعضا) المصنف صريح فى البعض لقوله حصته ، فلو قال المؤلف بعد المتن وإن استحق الكل رد الكل لكان أوضح ، وأشار بأن إلى أنها بيانية أو تبعيضية وكل مراد فتأمل (قوله بحصته من المدعى) أى المصالح عنه ، هذا إذا كان البدل مما يتعين بالتعيين . فإن كان مما لا يتعين بالتعيين وهو من جنس المدعى به فحينئذ يرجع بمثل ما استحق ولا يبطل الصلح كما إذا ادعى ألفا فصالحه على مائة وقبضها فإنه يرجع عليه بمائة عند استحقاقها سواء كان الصلح بعد الإقرار أو قبله كما لو وجدها ستوقة أو نبهرجة . بخلاف ما إذا كان من غير الجنس كالدنانير هنا إذا استحقت بعد الافتراق فإن الصلح يبطل وإن كان قبله رجع بمثلها ، ولا يبطل الصلح كالفلوس كذا فى حاشية الحموى نقلا عن البحر .

وفى المنح : هذا إذا كان البدل مما يتعين بالتعيين ، وإن كان مما لا يتعين كالدراهم والدنانير لا يبطل بهلاكه لأنهما لا يتعينان فى العقود والفسوخ فلا يتعلق العقد بهما عند الإشارة إليهما ، وإنما يتعلق بمثلهما فى الذمة فلا يتصور فيه الهلاك اه . فقول المتن وما استحق من البدل محمول على ما إذا أمكن استحقاقه وهو ما يتعين بالتعيين . وأما ما لا يتعين بالتعيين فلا يمكن استحقاقه لأنه ينعقد الصلح على جنسه وقدره لا على عينه فتأمل .

وفى القهستانى : وللمدعى أن يرد الباقى ويرجع بكل المدعى ، كما لو استحق كل العوض ، وهذا إذا كان المستحق لم يجز الصلح . فإن أجازه وسلم العوض للمدعى رجع المستحق على المدعى عليه بقيمته كما فى شرح الطحاوى (قوله كما ذكرنا) أى إن كلا فكلا أو بعضا فبعضا ، وهذا إذا كان البدل يتعين بالتعيين إلى آخر ما قدمناه فى المقولة السابقة (قوله لأنه معاوضة) مقتضى المعاوضة أنه إذا استحق الثمن ، فإن مثليا رجع بمثله أو قيميا فبقيمته ولا يفسد العقد فالصلح يجرى على هذا سيأتى الوالد .

(و) حكمه (كإجارة إن وقع) الصلح (عن مال بمنفعة) كخدمة عبد وسكنى دار (فشرط التوقيت فيه) إن احتيج إليه وإلا لا كصبغ ثوب .
(ويبطل بموت أحدهما

أقول : لكن هذا فيما يتمحض للثمنية كالدراهم وأما مثل المذكور فهي من المقايضة وحكمها أن كلا من البدلين يكون ثمنا وبيعا باعتبارين فلذا فسد العقد أي باعتبار أنه مبيع وعليه فكان على الشارح أن يقول لأنه مقايضة تأمل (قوله وحكمه كإجارة الخ) صورته : ادعى رجل على رجل شيئا فاعترف به ثم صالحه على سكنى داره سنة أو على ركوب دابة معلومة أو على لبس ثوبه أو على خدمة عبده أو على زراعة أرضه مدة معلومة فهذا الصلح جائز فيكون في معنى الإجارة ، فيجرى فيه أحكام الإجارة كذا صوره العيني (قوله إن وقع الصلح عن مال بمنفعة الخ) قال في الحواشي الحموية : وكذا إذا وقع عن منفعة بمال اعتبر بالإجارة لأن العبرة في العقود للمعاني ، فيشترط فيه العلم بالمدة كخدمة العبد وسكنى الدار والمسافة كركوب الدابة بخلاف صبغ الثوب وحمل الطعام فالشرط بيان تلك المنفعة ، ويبطل الصلح بموت أحدهما في المدة إن عقده لنفسه وكذا بفوات المحل قبل الاستيفاء ، ولو كان بعد استيفاء البعض بطل فيما بقي ويرجع المدعي بقدر ما لم يستوف من المنفعة ، ولو كان الصلح على خدمة عبد فقتل وإن كان القاتل المولى بطل وإلا ضمن قيمته واشترى بها عبدا يخدمه إن شاء كالموصى بخدمته ، بخلاف المرهون حيث يضمن المولى بالإتلاف والعتق والاعتبار بالإجارة قول محمد. قال في شرح المجمع : وهو الأظهر ، واعتمده المحبوبي والنسفي ، وكذا بطلان الصلح بموت أحدهما في المدة قول محمد وقال أبو يوسف : إن مات المدعى عليه لا يبطل الصلح ، وللمدعي أن يستوفي جميع المنفعة من العين بعد موته كما لو كان حيا ، وإن مات المدعي لا يبطل الصلح أيضا في خدمة العبد وسكنى الدار وزراعة الأرض ، وتقوم ورثة المدعي مقامه في استيفاء المنفعة ، ويبطل الصلح في ركوب الدابة ولبس الثوب لأنه يتعين فيه العاقد ، ثم إنما يعتبر إجارة عند محمد إذا وقع على خلاف جنس المدعى به . فإن ادعى دارا فصالحه على سكناها شهرا فهو استيفاء بعض حقه لا إجارة فتصح إجارته للمدعى عليه كما في البحر .

وصورة الصلح عن منفعة بمال : ادعى السكنى لدار سنة وصية من مالكها فأقر به وارثه فصالحه على مال ذكره الحموي . قال بعض الفضلاء : إنما قيد بكون المصالح عنه مالا لأنه لو صالح عن منفعة بمال كان الإنكار كالإقرار ، فلو ادعى ممرا في دار ومسيلا على سطح أو شربا في نهر فأقر أو أنكر ثم صالحه على شيء معلوم جاز ، والظاهر أن هذا حكمه غير حكم الإجارة لأنها لا تجري في هذه الأشياء فكان حكم الصلح في هذه الصحة ، ولعل كلام الشارح الآتي في منفعة غير هذه (قوله فشرط التوقيت فيه) أي في الصلح الواقع عن مال بمنفعة (قوله إن احتيج إليه) كسكنى دار : أي إن كانت المنفعة تعلم بالوقت كالذي مثل به . قال العلامة مسكين : وإنما يشترط التوقيت في الأجير الخاص ، حتى لو تصالحا على خدمة عبده أو سكنى داره يحتاج إلى التوقيت ، وفي المشترك لا يحتاج إليه كما إذا صالحه على صبغ ثوب أو ركوب دابة إلى موضع كذا أو حمل طعام إليه اهـ (قوله وإلا لا كصبغ ثوب) أي مما تعلم المنفعة فيه بالتسمية ، وكذا ما تعلم المنفعة فيه بالإشارة كنقل هذا الطعام إلى كذا فالمدار على العلم بالمنفعة كما يأتي بيانه في كتاب الإجارة (قوله ويبطل بموت أحدهما) أي إن عقده لنفسه بحر وهذا عند محمد أيضا . وقال أبو يوسف إن مات المدعى عليه لا يبطل الصلح ، وللمدعي أن يستوفي جميع المنفعة من العين بعد موته كما قدمناه .

وبهلاك المحل فى المدة) وكذا لو وقع عن منفعة بمال أو بمنفعة عن جنس آخر ابن كمال لأنه حكم إجارة .
(والأخيران) أى الصلح بسكوت وإنكار (معاوضة فى حق المدعى وفداء يمين وقطع نزاع فى حق الآخر)
وحينئذ (فلا شفعة فى صلح عن دار مع أحدهما) أى مع سكوت أو إنكار ، لكن للشفيع أن يقوم مقام المدعى
فيدلى بحجته ، فإن كان للمدعى بينة أقامها الشفيع عليه وأخذ الدار بالشفعة ، لأن بإقامة البينة تبين أن الصلح

[فرع] إذا أقر المدعى فى ضمن الصلح أنه لا حق له فى هذا الشيء ثم بطل الصلح يبطل إقراره الذى فى ضمنه ، وله أن يدعيه بعد ذلك ، والمدعى عليه إذا أقر عند الصلح بأن هذا الشيء للمدعى ثم بطل الصلح فإنه يرد ذلك الشيء إلى المدعى انتهى ، وقد أوضحه الحموى فى شرحه (قوله وبهلاك المحل) أى قبل الاستيفاء، فلو قبض بعضه بطل فيما بقى فيرجع بقدره ، وما ذكر من البطلان بالموت والهلاك قول محمد . وقال أبو يوسف : إن مات المطلوب لا يبطل الصلح والمدعى يستوفيه إلى آخر ما قدمناه (قوله فى المدة) تنازع فيه موت وهلاك على أن يكون صفة لكل منهما : أى لو هلك أحد المتصالحين عن مال بمنفعة فى المدة أو هلك المحل الذى قامت به تلك المنفعة فيها بطل الصلح لأنه إجارة ، وهى تبطل بذلك إن كانت فى كل المدة ، وإن كانت فى بعضها فبقدره من حين الموت والهلاك (قوله وكذا) يصح لو وقع : أى الصلح عن دعوى منفعة بمال وأقر بها . وفيه أن المنفعة منفعة ملك المدعى عليه ولا يصح استئجار منفعة ملكه(قوله أو بمنفعة عن جنس آخر) كخدمة عبد فى سكنى دار ، بخلاف ما إذا اتحد الجنس ، كما إذا صالح عن سكنى دار على سكنى دار أو الخدمة بالخدمة والركوب بالركوب فإنه لا يجوز بيع المنفعة بالمنفعة مع اتحاد الجنس ، كما لا يجوز استئجار المنفعة بجنسها من المنافع فكذا الصلح ، لكن صور المسألة القهستانى بما لو أوصى بسكنى داره لرجل ثم مات ثم ادعى الموصى له السكنى فصالحه عن هذه السكنى على سكنى دار أخرى أو دراهم مسماة فتبين منه أن المراد من اختلاف جنس المنفعة اختلاف عينها تأمل وراجع ، وكان ينبغى أن يذكر هذه المسألة قبل قوله شرط التوقيت فيه (قوله ابن كمال) قال فى الإيضاح : لكن إنما يجوز بمنفعة عن منفعة إذا كانتا مختلفتى الجنس انتهى ، كما إذا صالحه عن سكنى دار على خدمة عبد ، بخلاف ما إذا اتحد الجنس ، كما إذا صالح عن سكنى دار على سكنى دار فإنه لا يجوز كما قدمناه قريبا (قوله لأنه) أى انفساخ العقد بذلك هو حكم الإجارة ، يعنى إذا كان الصلح عن المال بالمنفعة (قوله أى الصلح) يشير إلى تقدير مضاف فى المصنف ، وقوله بسكوت وإنكار الباء بمعنى فى : أى الصلح الواقع فى سكوت وإنكار والظرفية مجازية ، ولا يصلح جعلها سببية لأن سبب الصلح الدعوى (قوله وإنكار) الواو بمعنى أو (قوله معاوضة فى حق المدعى) لأنه يأخذه عوضا عن حقه فى زعمه درر فبطل الصلح على دراهم بعد دعوى دراهم إذا تفرقا قبل القبض بحر (قوله وفداء يمين وقطع نزاع فى حق الآخر) إذ لولاه لبقى النزاع ولزم اليمين . قال الزيلعى : وهذا فى الإنكار ظاهر ،لأنه تبين بالإنكار أن ما يعطيه لقطع الخصومة وفداء اليمين وكذا فى السكوت لأنه يحتمل الإقرار والإنكار ، وجهة الانكار راجحة إذ الأصل فراغ الذمم فلا يجب بالشك ولا يثبت به كون ما فى يده عوضا عما وقع بالشك أى مع أن حمله على الإنكار أولى لأن فيه دعوى تفريغ الذمة وهو الأصل كما علمت (قوله فلا شفعة فى صلح عن دار مع أحدهما) يعنى إذا ادعى رجل على آخر داره فصالح عنها بدفع شيء لم تجب الشفعة لأنه يزعم أنه يستبقى الدار المملوكة له على نفسه بهذا الصلح ويدفع خصومة المدعى عن نفسه ، لا أنه يشتريها وزعم المدعى لا يلزمه منح (قوله فيدلى بحجته) أى فيتوصل الشفيع بحجة المدعى إلى إثبات الدعوى عليه أى على المدعى المنكر أو الساكت (قوله لأن بإقامة البينة)

كان فى معنى البيع ، وكذا لولم يكن له بينة فحلف المدعى عليه فنكل شرنبلالية (وتجب فى صلح) وقع (عليها بأحدهما) أو بإقرار ، لأن المدعى يأخذها عن المال فيؤاخذ بزعمه .

(وما استحق من المدعى رد المدعى حصته من العوض ورجع بالخصومة فيه) فيخاصم المستحق لخلو العوض عن الغرض (وما استحق من البدل رجع إلى الدعوى فى كله أو بعضه) هذا إذا لم يقع الصلح بلفظ البيع

حذف اسم إن (قوله فحلف) بتشديد اللام : أى الشفيع المدعى عليه أن الدار لم تكن للمدعى .

قال فى الخانية : ادّعيا أرضا فى يد رجل بالإرث من أبيهما فجحد ذواليد فصالحه أحدهما على مائة لم يشاركه الآخر ، لأن الصلح معاوضة فى زعم المدعى فداء يمين فى زعم المدعى عليه فلم يكن معاوضة من كل وجه ، فلا يثبت للشريك حق الشركة بالشك . وفى رواية عن أبى حنيفة يشاركه انتهى ملخصا .

أقول : لم لم يؤاخذ بزعمه كما يأتى نظيره ؟ ولعل العلة فى ذلك أنه باع نصيبه فقط ولا شركة لأخيه فيه ، بخلاف ما لو صالح المديون على مقدار معلوم حيث يشاركه أخوه كما هو ظاهر تأمل (قوله وتجب) أى تجب الشفعة فى دار وقع الصلح عليها بأن تكون بدلا (قوله بأحدهما) أى الإنكار أو السكوت (قوله أو بإقرار) لا حاجة إليه للاستغناء عنه بقوله فى الصلح عن إقرار فتجرى فيه الشفعة (قوله عن المال) أل عوض عن الضمير (قوله فيؤاخذ بزعمه) حتى لو ادعى دارا فأنكر فصالحه عنها عن دار أخرى وجبت الشفعة فى التى صالح عليها دون الأخرى لما ذكرنا عينى ، وإنكار الآخر المعارضة لا تمنع وجوب الشفعة فيها ، ألا ترى أن رجلا لو قال أنا اشتريت هذه الدار من فلان وفلان ينكر يأخذها الشفيع بالشفعة . وكذا لو ادعى أنه باع داره من فلان وهو ينكر يأخذها الشفيع منه بالشفعة لأن زعمه حجة فى نفسه زيلعى (قوله وما استحق من المدعى) من فيه للتبعيض ، فهو قاصر على ما إذا استحق بعضه (قوله فيه) أى فى البعض المستحق (قوله لخلو العوض عن الغرض) علة لقوله رد المدعى حصته وذلك لأن المدعى عليه لم يدفع العوض إلا ليدفع خصومته عن نفسه ويبقى المدعى فى يده بلا خصومة أحد ، فإذا استحق لم يحصل له مقصوده ، وظهر أيضا أن المدعى لم يكن له خصومة فيرجع عليه انتهى منح (قوله رجع) أى المدعى (قوله فى كله) إن استحق كل العوض (قوله أو بعضه) إن استحق بعضه لأن المبدل فى الصلح عن إنكار هو الدعوى ، فإذا استحق البدل وهو المصالح عليه رجع بالمبدل وهو الدعوى : أى إلا إذا كان مما لا يقبل النقض فإنه يرجع بقيمة المصالح عليه كالقصاص والعتق والنكاح والخلع كما فى الأشباه عن الجامع الكبير .

قال الحموى : قوله كالقصاص فيه نظر ، فإنه ذكر فى الجامع الكبير أنها لوكانت الدعوى قصاصا فصالحه المدعى عليه من غير إقرار على جارية فاستولدها المدعى ثم استحقت فأخذها المستحق وضمنه العقر وقيمة الولد فإن المدعى يرجع إلى دعواه فلو أقام البينة أو نكل المدعى عليه رجع بقيمة الولد وقيمة الجارية أيضا ولا يرجع بما ادعاه ، بخلاف ما تقدم ، يعنى لو ادعى على رجل ألفا فجحدها أو سكت فصالحه على جارية فقبضها واستولدها ثم استحقها مستحق فأخذها فإنه لا يرجع بقيمة الجارية ويرجع بما ادعاه وهو الألف .

والفرق أن الصلح ثمة وقع عن دعوى المال وأنه يحتمل الفسخ بالإقالة والرد بالعيب والخيار فكذا تنفسخ بالاستحقاق ، وإذا انفسخ عادت الدعوى كما كانت فيرجع بما ادعاه وهو الألف . أما الصلح عن القصاص فلا يحتمل الفسخ لأنه بعد سقوطه لا يحتمل العود ، لأن الصلح عفو فلا يحتمل النقض كالعتق والنكاح والخلع فإذا لم يفسخ باستحقاق الجارية بقى الصلح على حاله وهو السبب الموجب تسليم الجارية وقد عجز عن تسليمها

فإن وقع به رجع بالمدعى نفسه لا بالدعوى ، لأن إقدامه على المبايعة إقرار بالملكية عيني وغيره .

(وهلاك البدل) كلا أو بعضا (قبل التسليم له) أى للمدّعى (كاستحقاقه) كذلك (فى الفصلين) أى مع إقرار أو مع سكوت أو إنكار ، وهذا لو البدل مما يتعين وإلا لم يبطل بل يرجع بمثله عيني .

(صالح عن) كذا فى نسخ المتن والشرح وصوابه على (بعض ما يدعيه) أى عين يدعيها لجوازه فى الدين

فيجب قيمتها كذا فى شرح تلخيص الجامع للفخر الماردينى .

ثم قال : وفيه إشكال ، وهو أن يقال : إذا أقررتم أن الصلح عن الدم لاينتقض باستحقاق الجارية وجب أن لا يرجع إلى دعواه يعنى سواء كان الصلح عن إنكار أو بينة أو نكول لأن الرجوع إلى الدعوى نتيجة انتقاض الصلح كما تقدم آنفا ولم ينتقض انتهى .

قال فى البحر : ولو استحق المصالح عليه أو بعضه رجع إلى الدعوى فى كله أو بعضه إلا إذا كان مما لا يتعين بالتعيين وهو من جنس المدعى به فحينئذ يرجع بمثل ما استحق ولا يبطل الصلح ، كما إذا ادعى ألفا فصالحه على مائة وقبضها فإنه يرجع عليه بمائة عند استحقاقها سواء كان الصلح بعد الإقرار أو قبله كما لو وجدها ستوقة أو نبهرجة ، بخلاف ما إذا كان من غير الجنس كالدنانير ، هذا إذا استحقت بعد الافتراق فإن الصلح يبطل ، وإن كان قبله رجع بمثلها ولا يبطل الصلح كالفلوس اهـ (قوله فإن وقع به) أى بلفظ البيع ، بأن عبر بلفظ البيع عن الصلح فى الإنكار والسكوت بأن قال أحدهما بعتك هذا الشىء بهذا وقال الآخر اشتريته حيث يرجع المدعى عند الاستحقاق على المدعى عليه بالمدعى نفسه لا بالدعوى ، لأن إقدام المدعى عليه على المبايعة إقرار منه بأن المدعى ملك المدعى فلا يعتبر إنكاره ، بخلاف الصلح لأنه لم يوجد منه مايدل على أنه أقر بالملك له إذ الصلح قد يقع لدفع الخصومة كما يأتى قريبا (قوله لأن إقدامه) أى المدعى عليه (قوله إقرار بالملكية) أى للمدعى ، بخلاف الصلح لأنه لم يوجد منه ما يدل على أنه أقر بالملك له إذ الصلح قد يقع لدفع الخصومة (قوله قبل التسليم له) وأما هلاكه بعد تسليمه له فيهلك على المدعى لدخوله فى ضمانه (قوله كاستحقاقه) أى كاستحقاق بدل الصلح كذلك أى كلا أو بعضا (قوله فى الفصلين) أى مع إقرار أو مع سكوت وإنكار فيرجع بالمدعى أو بالدعوى ، فإن كان عن إقرار رجع بعد الهلاك إلى المدعى ، وإن كان عن إنكار رجع إلى الدعوى ، وإذا هلك بعضه يكون كاستحقاق بعضه حتى يبطل الصلح فى قدره ويبقى فى الباقى منح (قوله وهذا) أى رجوعه إلى الدعوى عند استحقاق البدل أو هلاكه قبل التسليم (قوله لو البدل) أى لو كان البدل مما يتعين (قوله وإلا) بأن كان لا يتعين وهو من جنس المدعى به (قوله لم يبطل) أى الصلح (قوله بل يرجع بمثله) كأن كان دراهم أو دنانير ، فإن الصلح لا يبطل بهلاكه لأنهما لا يتعينان فى العقود والفسوخ فلا يتعلق بهما العقد عند الإشارة إليهما وإنما يتعلق بمثلهما فى الذمة فلا يتصور فيه الهلاك .

والحاصل أنه إذا ادعى عليه ألفا فصالحه على مائة وقبضها فإنه يرجع عليه بالمائة عند استحقاقها سواء كان الصلح قبل الافتراق أو بعده ، بخلاف ما إذا كان من غير الجنس كالدنانير هنا إذا استحقت بعد الافتراق فإن الصلح يبطل ، وإن كان قبله فإنه يرجع لمثلها ولا يبطل الصلح كالفلوس كما قدمنا (قوله كذا فى نسخ المتن والشرح) لعله هو الذى وقع له . والذى فى نسخة الشرح التى بيدى علىّ (قوله أى عين يدعيها) تفسير لما وتخصيص لعمومها فإنها تشمل الدين حلبى ، وهذا لو قائما ، ويأتى حكم ما إذا كان هالكا عند قول المتن والصلح عن المغصوب الهالك (قوله لجوازه فى الدين) لجواز إسقاطه ، وهو علة للتخصيص المذكور :

كما سيجيء ، فلو ادعى عليه دارا فصالحه على بيت معلوم منها ، فلو من غيرها صح قهستانى (لم يصح) لأن ما قبضه من عين حقه وإبراء عن الباقى والإبراء عن الأعيان باطل قهستانى ، وحيلة صحته ما ذكره بقوله (إلا بزيادة شىء) آخر كثوب ودرهم (فى البدل) فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقى (أو) يلحق به (الإبراء عن دعوى الباقى) لكن ظاهر الرواية

إنما كان هذا خاصا بالعين لجوازه فى الدين ، لأن الصلح عن دين ببعضه أخذ البعض حقه وإسقاط للباقى كما يأتى وإسقاط الدين جائز ، وإنما لم يجز فى العين لأن الإبراء عن الأعيان لا يصح ، ولذا لو زاد على البعض ثوبا أو درهما صح لأنه يجعل الثوب أو الدرهم بدلا عن الباقى ، وكذا لو أبرأه عن الدعوى فى باقيها يصح ، فلو صالحه على بيت منها على أن يترك الدعوى فى باقيها كان أخذ البعض حقه وإبراء عن الدعوى فى الباقى والإبراء عن الدعوى صحيح ، فليس له أن يدعى بعد ذلك ولكن لا يملكها ديانة لعدم وجود التمليك لها لفقد سببه (قوله فلو ادعى عليه دارا) تفريع على المتن وتمثيل له ح (قوله على بيت معلوم منها) الظاهر أنه إذا كان على بعض شائع منها كذلك للعلة المذكورة (قوله فلو من غيرها صح) الأولى تأخيره عن قوله لم يصح وعلته ليكون مفهوما للتقييد بقوله منها، وليسلم من الفصل بين لو وجوابها وهو قوله لم يصح بأجنبى وهو قوله فلو من غيرها صح (قوله لأن ما قبضه من عين حقه) أى بعض عين حقه وهو على دعواه فى الباقى ، لأن الصلح إذا كان على بعض عين المدعى كان استيفاء لبعض الحق وإسقاطا للبعض والإسقاط لا يرد على العين بل هو مخصوص بالدين ، حتى إذا مات واحد وترك ميراثا فأبرأ بعض الورثة عن نصيبه لم يجز لكون براءته عن الأعيان درر ويأتى قريبا بأوضح مما هنا (قوله كثوب ودرهم) أشار بذلك إلى أنه لا فرق بين القيمى والمثلى (قوله فيصير ذلك) أى المزيد من الثوب والدرهم (قوله عوضا عن حقه فيما بقى) أى فيكون مستوفيا بعض حقه وآخذ العوض عن البعض (قوله أو يلحق) منصوب بأن مضمرة مثل — أو يرسل— فيكون مؤولا بمصدر مجرور معطوف على مجرور الباء وهو بضم الياء من الأفعال (قوله عن دعوى الباقى) لأن الإبراء عن عينه غير صحيح أى فى حق الدعوى وسقوط العين ديانة كما فى المبسوط ، ولذا قيد به .

وأما الإبراء عن دعوى العين فجائز كما فى الدرر ، وهو أن يقول برئت عنها أو عن خصومتى فيها أو عن دعواى هذه الدار فلا تسمع دعواه ولا بينته . وأما لو قال أبرأتك عنها أو عن خصومتى فيها فإنه باطل ، وله أن يخاصم : أى غير المخاطب ، كما لو قال لمن بيده عبد برئت منه فإنه يبرأ ، ولو قال أبرأتك لا لأنه إنما أبرأه عن ضمان كما فى الأشباه من أحكام الدين .

قلت : ففرقوا بين أبرأتك وبرئت أو أنا برىء لإضافة البراءة لنفسه فتعم ، بخلاف أبرأتك لأنه خطاب الواحد فله مخاصمة غيره كما فى حاشيتها معزيا للولوالجية شرح الملتقى .

وفى البحر : الإبراء إن كان على وجه الإنشاء كأبرأتك ، فإن كان عن العين بطل من حيث الدعوى فله الدعوى بها على المخاطب وغيره ويصح من حيث نفى الضمان ، وإن كان عن دعواها ، فإن أضاف الإبراء إلى المخاطب كأبرأتك عن هذه الدار أو عن خصومتى فيها أو عن دعواى فيها لا تسمع دعواه على المخاطب فقط وإن أضافه إلى نفسه كقوله برئت عنها أو أنا برىء فلا تسمع مطلقا : هذا لو على طريق الخصوص : أى عين مخصوصة ، فلو على العموم فله الدعوى على المخاطب وغيره ، كما لو تبارأ الزوجان عن جميع الدعاوى وله أعيان قائمة له الدعوى بها لأنه ينصرف إلى الديون لا الأعيان . وأما إذا كان على وجه الإخبار كقوله هو برىء مما لى

الصحة مطلقا شرنبلالية ومشى عليه فى الاختيار .

قبله فهو صحيح متناول للدين والعين فلا تسمع الدعوى ، وكذا لاملك لى فى هذا العين ذكره فى المبسوط والمحيط فعلم أن قوله لا أستحق قبله حقا مطلقا ولا دعوى يمنع الدعوى بالعين والدين ، لما فى المبسوط : لاحق لى قبله يشمل كل عين ودين ، فلو ادعى حقا لم يسمع ما لم يشهدوا أنه بعد البراءة اه ما فى البحر ملخصا ، وقوله بعد البراءة يفيد أن قوله لاحق لى إبراء عام لا إقرار (قوله الصحة مطلقا) ولو من غير هذه الحيلة فلا تصح الدعوى بعده وإن برهن .

أقول : الإبراء عن الأعيان لا يصح اتفاقا أما فى خصوص المسألة ، وهو ما إذا ادعى دارا وصالحه على بيت منها يصح فى ظاهر الرواية ويجعل كأنه قبل منه بعض حقه وأبرأه عن الدعوى فى باقيه كما قدمنا ، لأن الإبراء عن العين إبراء عن الدعوى فيه ، والإبراء عن الدعوى فى الأعيان صحيح . وعلى ما فى المتن وهو رواية ابن سماعة لم يجعله إبراء عن الدعوى وقال بعدم صحته .

قال فى الاختيار : ولو ادعى دارا فصالحه على قدر معلوم منها جاز ويصير كأنه أخذ بعض حقه وأبرأه عن دعوى الباقى ، والبراءة عن العين وإن لم تصح لكن البراءة عن الدعوى تصح فصححناه على هذا الوجه قطعا للمنازعة اه .

وفى الذخيرة البرهانية : ادعى دارا فى يد رجل واصطلحا على بيت معلوم من الدار فهو على وجهين : إن وقع الصلح على بيت معلوم من دار أخرى للمدعى عليه فهو جائز ، وإن وقع الصلح على بيت معلوم من الدار التى وقع فيها الدعوى فذلك الصلح جائز لأنه فى زعم المدعى أنه أخذ بعض حقه وترك البعض ، وفى زعم المدعى عليه أنه فداء عن يمينه ، وإذا جاز هذا الصلح هل يسمع دعوى المدعى بعد ذلك، وهل تقبل؟ إن كان البيت من دار أخرى ؟ لاتسمع دعواه باتفاق الروايات لأن هذا معاوضة باعتبار جانب المدعى فكأنه باع ما ادعى بما أخذ .

وفيما إذا وقع الصلح على بيت من هذه الدار ذكر شيخ الإسلام نجم الدين النسفى فى شرح الكافى أنه تسمع وهكذا يفتى الشيخ الإمام الأجل ظهير الدين المرغينانى . وذكر شيخ الإسلام فى شرحه أنه لا تسمع دعواه . وروى ابن سماعة عن محمد أنه تسمع .

قالوا : وهكذا ذكر فى بعض روايات الصلح ، واتفقت الروايات أن المدعى عليه لو أقر بالدار للمدعى أنه يؤمر بتسليم الدار إليه . وفى رواية ابن سماعة أن المدعى بهذا الصلح استوفى بعض حقه أو أبرأ عن الباقى إلا أن الإبراء لاقى عينا والإبراء عن الأعيان باطل فصار وجوده وعدمه بمنزلة شىء واحد . ووجه ظاهر الرواية أن الإبراء لاقى عينا ودعوى فإن المدعى كان يدعى جميع الدار لنفسه والإبراء عن الدار صحيح ، وإن كان الإبراء عن العين لا يصح ، فإن من قال لغيره أبرأتك عن دعوى هذا العين صح الإبراء حتى لو ادعى بعد ذلك فلا تسمع .

أو نقول : الإبراء لاقى الدعوى ، فإن قوله أبرأتك عن هذه العين معناه أبرأتك عن دعوى هذه العين ، ألا ترى أن قول المغصوب منه للغاصب أبرأتك عن العبد المغصوب معناه أبرأتك عن ضمان العبد المغصوب ، وبهذه المسألة تبين أن معنى قولنا البراءة عن الأعيان لاتصح أن العين لا تصير ملكا للمدعى عليه بالإبراء لا أن يبقى المدعى على دعواه .

وعزاه فى العزمية للبزازية .

وفى الجلالية لشيخ الإسلام : وجعل ما فى المتن رواية ابن سماعة ، وقولهم الإبراء عن الأعيان باطل معناه بطل الإبراء عن دعوى الأعيان ولم يصر ملكا للمدعى عليه ، ولذا لو ظفر بتلك الأعيان حل له أخذها لكن لا تسمع دعواه فى الحكم .

وأما الصلح على بعض الدين فيصح ويبرأ عن دعوى الباقى

وفى آخر كتاب الدعوى فى منتقى ابن سماعة عن محمد: فى رجل خاصم رجلا فى دار يدعيها ثم قال أبرأتك عن هذه الدار أو قال أبرتك عن خصومتى هذا كله باطل وله أن يخاصم ، ولو قال برئت من هذه الدار أو قال برئت من دعوى هذه الدار كان جائزا ولاحق فيها ، ولو جاء ببينة لم أقبلها .

وفى منتقى إبراهيم بن رستم عن محمد : رجل ادعى دارا فى يد رجل فصالحه المدعى عليه على نصفها وقال برئت من دعواى فى النصف الباقى أو قال برئت من النصف الباقى أو قال لاحق لى فى النصف الباقى ثم أقام البينة على جميع الدار لا تقبل بينته ، ولوقال صالحتك على نصفها على أنى أبرأتك من دعواى فى النصف الآخر ثم أقام بينة كان له أن يأخذ الدار كلها ، وفرق بين قوله برئت وبين قوله أبرأتك . قال : ألا ترى أن عبدا فى يد رجل لوقال لرجل برئت منه كان بريئا منه ، ولوقال أبرأتك منه كان له أن يدعيه وربما أبرأه من ضمانه. قال : وقال أصحابنا رحمهم الله تعالى أنت منى برىء وأنا منك برىء كان له أن يدعى فى العبد اه (قوله فى العزمية) ووجهه كما فى الحموى أن الإبراء لاقى عينا ودعوى والإبراء عن الدعوى صحيح ، فإن من قال لغيره أبرأتك عن دعوى هذه العين صح ، ولو ادعاه بعد لم تسمع (قوله للبزازية) عبارتها: وهذا هو المذكور فى أكثر الفتاوى على اختلاف ظاهر الرواية ، وفى ظاهر الرواية يصح ، ولا تصح الدعوى وإن برهن (قوله وقولهم) جواب سؤال وارد على ظاهر الرواية ، تقديره : كيف صح الصلح على بعض العين المدعاة مطلقا مع أنه يلزم منه البراءة عن باقيها .

وقد قالوا : الإبراء عن الأعيان باطل ، ومقتضاه أنه لا يصح أفاده الطحطاوى ، لكن ما ذكره وارد على كلام الماتن لا على ظاهر الرواية إذ لا تعرض للإبراء فيها ، وما تضمنه الصلح إسقاط للباقى لا إبراء فافهم وتأمل (قوله عن دعوى الأعيان) الأنسب هنا حذف قوله دعوى كما يظهر مما تقدم من عبارة الذخيرة ، وهو المناسب لسياق كلامه ولما يأتى من الاستدراك الآتى فى قوله لكن تسمع دعواه فى الحكم ، إذ لو بطل الإبراء عن الدعوى لسمعت دعواه ولأن الفقه صحة البراءة عن دعوى الأعيان كما مر بلا خلاف فيها ، ولو قال الإبراء عن الأعيان باطل ديانة لا قضاء لكان أحكم ، والله تعالى أعلم (قوله ولم يصر ملكا للمدعى عليه) هو المقصود من المقام: أى أن معنى بطلان البراءة عن الأعيان أنها لا تصير ملكا للمبرإ منها فحل للمدعى أخذها إن وجدها ، وليس معنى البطلان المذكور أنه يسوغ له الدعوى بها بعد الإبراء منها أبو السعود (قوله وأما الصلح على بعض الدين) مفهوم قوله سابقا أى عين يدعيها .

قال المقدسى معزيا للمحيط : له ألف فأنكره المطلوب فصالحه على ثلثمائة من الألف صح ويبرأ عن الباقى قضاء لا ديانة ، ولو قضاه الألف فأنكر الطالب فصالحه بمائة صح ولا يحل له أخذها ديانة ، فيؤخذ من هنا ومن أن الربا لا يصح الإبراء عنه ما بقيت عينه عدم صحة براءة قضاة زماننا مما يأخذونه ويطلبون الإبراء فيبرئونهم بل ما أخذه عن الربا أعرق(١) بجامع عدم الحل فى كل .

---

(١) (قوله أعرق) بالقاف : أى أشد حالا فى التحريم من الربا اه منه .

أى قضاء لاديانة فلذا لو ظفر به أخذه قهستانى، وتمامه فى أحكام الدين من الأشباه ، وقد حققته فى شرح الملتقى

واعلم أن عدم براءته فى الصلح استثنى منه فى الخانية ما لو زاد وأبرأتك عن البقية سائحانى : أى حيث يبرأ حينئذ قضاء وديانة .

قلت : ويظهر من هذا أن ما تضمنه الصلح من الإسقاط ليس إبراء من وجه وإلا لم يحتج لقوله وأبرأتك عن البقية (قوله أى قضاء لا ديانة) هذا إذا لم يبرئ الغريم من الباقى وإلا برئ ديانة كما علمت .

أقول : تأمل فيه مع أنهم قالوا : إن الصلح عن الدين على بعضه أخذ لبعض حقه وإسقاط للباقى وإسقاط الدين يصح . فالذى يظهر أنه يسقط قضاء وديانة ، ولو تم ما ذكره هنا لم يبق فرق بين الدين والعين على ظاهر الرواية تأمل (قوله وتمامه فى أحكام الدين من الأشباه) وعبارتها : ومنها صحة الإبراء عن الدين ، ولا يصح الإبراء عن الأعيان والإبراء عن دعواها صحيح ، فلو قال أبرأتك عن دعوى هذا العين صح الإبراء فلا تسمع دعواه بها بعده ، ولو قال برئت من هذه الدار ومن دعوى هذه لم تسمع دعواه وبينته ، ولو قال أبرأتك عنها أو عن خصومتى فيها فهو باطل وله أن يخاصم ، وإنما أبرأه عن ضمانه كذا فى النهاية من الصلح .

وفى كافى الحاكم : لا حق لى قبله يبرأ من الدين والعين والكفالة والإجارة والحدود والقصاص اهـ . وبه علم أنه يبرأ من الأعيان فى الإبراء العام ، لكن فى مداينات القنية : افترق الزوجان وأبرأ كل واحد منهما صاحبه عن جميع الدعاوى وكان للزوج بذر فى أرضها وأعيان قائمة الحصاد والأعيان القائمة لاتدخل فى الإبراء عن جميع الدعاوى اهـ . ويدخل فى الإبراء العام الشفعة فهو مسقط لها قضاء لا ديانة إن لم يقصدها كذا فى الواوالجية .

وفى الخانية : الإبراء عن العين المغصوبة إبراء عن ضمانها وتصير أمانة فى يد الغاصب . وقال زفر: لايصح الإبراء وتبقى مضمونة ، ولو كانت العين مستهلكة صح الإبراء وبرىء من قيمتها اهـ ، فقولهم حينئذ الإبراء عن الأعيان باطل ، معناه أنها لا تكون ملكا له بالإبراء وإلا فالإبراء عنها لسقوط ضمانها صحيح أو يحمل على الأمانة اهـ أى إن البطلان عن الأعيان محله إذا كانت الأعيان أمانة لأنها إذا كانت أمانة لا تلحقه عهدتها فلاوجه للابراء عنها تأمل .

وحاصله أن الإبراء المتعلق بالأعيان ، إما أن يكون عن دعواها وهو صحيح مطلقا ؛ وإن تعلق بنفسها ، فإن كانت مغصوبة هالكة صح أيضا كالدين ، وإن كانت قائمة فهى بمعنى البراءة عنها عن ضمانها لو هلكت وتصير بعد البراءة من عينها كالأمانة لا تضمن إلا بالتعدى عليها ، وإن كانت العين أمانة فالبراءة لا تصح ديانة بمعنى أنه إذا ظفر بها مالكها أخذها وتصح قضاء فلايسمع القاضى دعواه بعد البراءة ، هذا ملخص ما استفيد من هذا المقام ط ، وقدمنا قريبا زبدته وزيادة وهو كلام حسن يرشدك إلى أن قول الشارح معناه الخ محمول على الأمانة إلى أن قوله فتصح قضاء فيه أنه باطل والحالة هذه فلا تصح لا قضاء ولا ديانة ، بل حملوا إطلاق قولهم البراءة عن الأعيان باطلة على هذه الصورة تأمل .

بقى لو ادعى عينا عليه فى يده فأنكره ثم أبرأه المدعى عنها فهو بمنزلة دعوى الغصب لأنه بالإنكار صار غاصبا ، وهل تسمع الدعوى بعده لو قائمة؟ الظاهر نعم (قوله وقد حققته فى شرح الملتقى) نصه قلت: وقولهم عن الأعيان لا يصح معناه أن العين لا تصير ملكا للمدعى عليه لا أنه يبقى على دعواه بل تسقط فى الحكم إذا كان الإبراء مضافا للمتكلم كالصلح عن بعض الدين فإنه إنما يبرأ عن باقيه فى الحكم لا فى الديانة أى عن غير ما فى غير الذمة إذ لايسقط بالإسقاط . أما القائم بها فيسقط به ، والصلح إما إسقاط للباقى أو إبراء عنه وكلاهما

(و) صح الصلح (عن دعوى المال مطلقا) ولو بإقرار أو بمنفعة (و) عن دعوى (المنفعة) ولو بمنفعة عن جنس آخر (و) عن دعوى (الرق وكان عتقا على مال)

صحيح فى دين الذمة ، ولذا لو ظفر به أخذه قهستانى وبرجندى وغيرهما . وأما الإبراء عن دعوى الأعيان فصحيح بلا خلاف اهـ . لكن قوله لأنه يبقى على دعواه إلخ مخالف لما نقلناه عن شرح الملتقى آنفا عند قوله عن دعوى الباقى .

وفى الخلاصة : أبرأتك عن هذه الدار أو عن خصومتى فيها أو عن دعواى فيها فهذا كله باطل ، حتى لو ادعى بعده تسمع ، ولو أقام بينة تقبل اهـ لكن فى قوله لو ادعى بعده تسمع أى على غير المخاطب كما مر عن البحر تأمل .

والحاصل أن الذى تعطيه عبارة الكتب المشهورة إن كان الإبراء عنها على وجه الإنشاء ، فإما أن يكون عن نفس العين أو عن الدعوى بها ، فإن كان عن نفس العين فهو باطل من جهة أن له الدعوى بها على المخاطب وغيره صحيح من جهة الإبراء عن وصف الضمان ، فالإبراء الصادر فى المنقول والعقار إبراء عن الأعيان لا يمنع الدعوى بأدواتها على المخاطب ولا غيره فافهم تغنم (قوله وصح الصلح عن دعوى المال) لأنه فى معنى البيع ، فما جاز بيعه جاز صلحه درر .

ولما كان جواز الصلح وعدم جوازه دائراً على أصل وهو وجوب حمل الصلح على أقرب عقد من العقود المعهودة وأشباهها مهما أمكن وصح هذا الصلح لأنه محمول على عقد البيع لاشتراكهما فى مبادلة المال بالمال وهى حقيقة البيع وصح عن دعوى المنفعة حملا على الإجارة وعن دعوى الرق حملا على العتق بمال لاشتراكهما فى تمليك المنفعة بعوض فى الأول وفى أصل المعنى فى الثانى فيراعى فى الملحق ما يراعى فى الملحق به مهما أمكن . وذكر فساد صلح الزوج عن دعوى المرأة النكاح وفساد صلح عن دعوى حد الخ بناء على هذا الأصل أيضا لأنه لما لم يمكن الحمل على واحد من العقود المعهودة ولم يكن مصحح آخر فى كل منها حكم بفساده تدبر (قوله ولو بإقرار) بيان لوجه الإطلاق أى سواء كان بإقرار أو سكوت أو إنكار ، وسواء كان بمال أو بمنفعة (قوله وبمنفعة) أى ولو بمنفعة ، ويكون بمعنى الإجارة إذا كان عن إقرار (قوله وعن دعوى المنفعة) صورته أن يدعى على الورثة أن الميت أوصى بخدمة هذا العبد وأنكر الورثة لأن الرواية محفوظة . على أنه لو ادعى استئجار عين والمالك ينكر ثم صالح لم يجز اهـ . وفى الأشباه الصلح جائز عن دعوى المنافع إلا دعوى إجارة كما فى المستصفى اهـ رملى ، وهذا مخالف لما فى البحر تأمل (قوله ولو بمنفعة عن جنس آخر) الأولى التعبير بمن كالصلح عن السكنى على خدمة العبد ، بخلاف الصلح عن السكنى على سكنى فلا يجوز كما فى العينى والزيلعى . قال السيدى الحموى : لكن فى الولوالجية ما يخالفه ، حيث قال : وإذا ادعى سكنى دار فصالحه على سكنى دار أخرى مدة معلومة جاز ، وإجارة السكنى بالسكنى لا تجوز . قال : وإنما كان كذلك لأنهما ينعقدان تمليكا بتمليك اهـ أبو السعود ، وذكره ابن ملك فى شرح الوقاية مخالفا لما ذكره فى شرحه على المجمع . قال فى اليعقوبية : والموافق للكتب ما فى شرح المجمع .

والحاصل أن الجنس إحدى علتى الربا وبإحدى العلتين يحرم ، فتمليك المنافع لا يكون إلا نسيئة لحدوثه آنا بعد آن فيمتنع مع اتحاد الجنس لا مع اختلافه (قوله وعن دعوى الرق وكان عتقا على مال) صورته : إذا ادعى على مجهول الحال أنه عبده فصالحه المدعى عليه على مال جاز وكان عتقا بمال مطلقا : أى فى حق المدعى والمدعى

ويثبت الولاء لو بإقرار وإلا لا إلا ببينة درر .

قلت : ولا يعود بالبينة رقيقا . وكذا فى كل موضع أقام بينة بعد الصلح لايستحق المدعى لأنه بأخذ البدل باختياره نزل بائعا فليحفظ (و) عن دعوى الزوج (النكاح) على غير مزوّجة (وكان خلعا) ولا يطيب لو مبطلا ، ويحل لها التزوج لعدم الدخول ، ولو ادعته المرأة فصالحها لم يصح وقاية ونقاية ودرر وملتقى وصححه

عليه إن كان عن إقرار ، وفى حق المدعى إن كان عن سكوت أو إنكار ويكون حينئذ فداء يمين وقطعا للخصومة فى حق المدعى عليه (قوله ويثبت الولاء) لو وقع الصلح بإقرار : أى من المدعى عليه وهو العبد (قوله وإلا) أى وإن لم يكن بإقرار بأن كان الصلح عن إنكار أو سكوت (قوله لا) أى لايثبت الولاء لأنه لم يصدقه على أنه معتقه بل ينكر العتق ويدعى أنه حر الأصل ، ومن ادعى ولاء شخص لايثبت له إلا بتصديق المدعى عليه كما تقدم فى الإقرار (قوله إلا ببينة) أى إلا أن يقيم المدعى البينة بعد ذلك فتقبل بينته فى حق ثبوت الولاء عليه لاغير حتى لايكون رقيقا ، لأنه جعل معتقا بالصلح فلا يعود رقيقا منح (قوله ولا يعود بالبينة الخ) يغنى عنه قوله وكان عتقا على مال ، لأن بالبينة أثبت أنه كان رقيقا قبل الصلح وقد وقع الصلح عتقا على مال على ماقدمه فلا وجه لعوده رقيقا (قوله المدعى) بالبناء للمجهول ، وسيأتى آخر الباب استثناء مسألة ، وهى قوله إلا فى الوصى على مال الخ (قوله بأخذ البدل) متعلق بنزل . قال الحموى : ولو كان المدعى كاذبا لايحل له البدل ديانة (قوله نزل بائعا) أى بأخذ البدل : أى فيما يصلح أن يكون بائعا فيه أو مستأجرا أو مؤجرا أو معتقا على مال أو مختلفا فيما يصلح له (قوله عن دعوى الزوج) لو أسقط لفظ الزوج ماضر . قال فى الشرنبلالية : لو أسقط لفظ الزوج لكان أولى . ثم قال : وهذا إذا لم تكن ذات زوج ، لأنه لو كان لها زوج لم يثبت نكاح المدعى فلا يصح الخلع انتهى (قوله على غير مزوجة) أما لو كان لها زوج : أى ثابت لم يثبت نكاح المدعى فلا يصح الخلع شرنبلالية . قال القهستانى : لأنه لو كانت ذات زوج لم يصح الصلح ، وليس عليها العدة ولا تجديد النكاح من زوجها كما فى العمادية . وشمل كلامه ما إذا ادعى أنها زوجته قبل أن يتزوجها هذا الزوج الموجود فى حال الدعوى لأنه حين ادعى النكاح ادعاه على غير مزوجة . أما لو ادعى أنه تزوجها فى حال قيام الزوجية لم تصح دعواه فلا يصح صلحه لعدم تأتى كونه خلعا ، وكذا لو لم يحل له نكاح المدعى عليه كتزوج أختها أو أربع سواها فدعواه لاتصح حينئذ ، ولا وجه لصحة صلحه لعدم إمكان كونه خلعا لأن الخلع لايكون إلا بعد النكاح الصحيح (قوله وكان خلعا) ظاهر أنه ينقص عدد الطلاق فيملك عليها طلقتين لو تزوجها بعد ، أما إذا كان عن إقرار فظاهر ، وأما إذا كان عن إنكار أو سكوت فعاملة له بزعمه فتدبر ط (قوله ولا يطيب لو مبطلا) هذا عام فى جميع أنواع الصلح كفاية .

والحاصل أن مايأخذه بدلا عن الصلح إن كان محقا فى دعواه فإنه يطيب له ، فإن كان فى دعوى المال فإنه بدل ماله ، وإن كان فى دعوى المنفعة فإنه أجرة ماله ، وإن كان فى دعوى الرق فإنه بدل العتق ، وإن كان فى دعوى النكاح فإنه بدل الخلع ، ولو كان مبطلا فى دعواه لايطيب له مايأخذه لأنه أكل مال أخيه بالباطل وهذا عام فى كل مسائل الصلح (قوله لعدم الدخول) أى إذا كان كذلك فى نفس الأمر . أما لو علم صحة دعواه وأنه دخل بها أو اختلى لايحل لها إلا بعد انقضاء العدة (قوله لم يصح) لأنه إن جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج فى الفرقة منها ، كما إذا مكنت ابن زوجها وإن لم تجعل فرقة فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى ، لأن الفرقة لما لم توجد كانت الدعوى على حالها لبقاء النكاح فى زعمها فلم يكن شىء ثمة يقابله العوض فكان رشوة اهـ درر . والظاهر أنه لايجوز لها التزوج بغيره معاملة لها بزعمها ط .

فى المجتبى والاختيار وصحح الصحة فى درر البحار .

(وإن قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز صلحه عن نفسه) لأنه ليس من تجارته فلم يلزم المولى ، لكن يسقط به القود ويؤاخذ بالبدل بعد عتقه (وإن قتل عبد له) أى للمأذون (رجلا عمدا وصالحه) المأذون (عنه جاز) لأنه من تجارته والمكاتب كالحر .

قال الزيلعى : وإن كانت هى المدعية والزوج ينكر ذكر فى بعض نسخ المختصر أنه لايجوز ، لأنه لو جعل ترك الدعوى منها طلاقا فالزوج لايعطى العوض فى الفرقة إذلم يسلم له شىء فى هذه الفرقة وهى يسلم لها المال والنفس ، وإن لم يجعل فرقة فالحال بعد الصلح على ماكان عليه قبله فتكون على دعواها فلا يكون هذا الصلح مفيدا قطع الخصومة فلا يصار إليه . وذكر فى بعضها أنه يجوز لأنه يجعل كأنه زادها على مهرها ثم خالعها على أصل المهر دون الزيادة فيسقط المهر غير الزيادة انتهى . قال الحموى : وأطال صاحب غاية البيان فى ترجيح عدم الجواز (قوله وصحح الصحة فى درر البحار) لأنه يجعل كأنه زاد فى مهرها إلى آخر ماقدمناه ، وأقره فى غرر الأفكار ، وعليه اقتصر فى البحر فكان فيه اختلاف التصحيح . وعبارة المجتبى ادعت هى نكاحه فصالحها جاز ، وقيل لم يجز .

[فائدة] فى فروق المحبوبى : لو ادعت امرأة أن زوجها طلقها ثلاثا وأنكر الزوج فصالحها على مائة درهم على أن تبرئه من الدعوى لم يصح ويرجع الزوج عليها والمرأة على دعواها . ولو ادعى على امرأة نكاحها فجحدت فصالحها على مائة درهم لتقر فأقرت صح ويلزمه المال ويكون هذا ابتداء عقد . وبه يظهر الفرق بين الأولى والثانية لأن فى الفصل الأول لايمكن جعله ابتداء عقد ، وفى الثانية ممكن (قوله المأذون له) أى بالتجارة (قوله عمدا) قيد به ، لأنه لو كان القتل خطأ فالظاهر الجواز لأنه يسلك به مسالك الأموال ط (قوله فلم يلزم المولى) لأنه لم يأذن به وإنما أذن له فيما هو من أعمال التجارة وليس هذا منها . قال المقدسى : فإن أجازه صح عليه وإلا لا (قوله لكن يسقط به القود) لأنه صحيح بينه وبين أولياء المقتول لأنه مكلف فيصح تصرفه فى حق نفسه لافى مال الغير وهو المولى بغير إذنه لأن الولى أسقطه بالبدل ولا مانع من جانبه .

وحاصله كما فى العناية أن نفس العبد ليست من كسبه فلا يجوز له التصرف فيها ولم يجب البدل فى حق المولى بل تأخر إلى مابعد العتق لأن صلحه عن نفسه صحيح لكونه مكلفا ولم يصح فى حق المولى فصار كأنه صالحه على بدل مؤجل يؤاخذ به بعد العتق (قوله ويؤاخذ) أى المأذون المصالح ، لأنه قد التزم المال وهو معسر فى حال رقه فينظر إلى الميسرة وهى تكون بعد عتقه (قوله وإن قتل عبد له) عبد فاعل قتل (قوله وصالحه المأذون) على تقدير مضاف أى صالح أولياءه ، يعنى إذا كان لهذا المأذون عبد قتل رجلا عمدا فصالح عنه مولاه المأذون جاز وهكذا التصوير فى غاية البيان : فالمراد بالمولى العبد المأذون وهو مولى عبد قاتل عمدا وأطلق صحة هذا الصلح فشمل أنه صحيح سواء كان على هذا المولى المأذون دين أو لم يكن ، وسواء كان على عبده دين أو لم يكن كما فى تكملة الديرى . وفى التعبير بالمولى عن المأذون تعسف كما نبه عليه عزمى زاده . ووجهه أن المولى إنما يطلق على الأسفل بعد عتقه ورق المأذون قائم فلا يصح إطلاق المولى عليه كما أفاده المولى أبو السعود (قوله لأنه من تجارته) لأن استخلاصه كشرائه منح ، لأنه باستحقاق القتل كالزائل عن ملكه وهو لو خرج عن ملكه كان له أن يشتريه فكذا له أن يستخلصه ، بخلاف المكاتب حيث يجوز له أن يصالح عن نفسه كما سيأتى (قوله والمكاتب كالحر) أى لخروجه عن يد المولى إذ هو حر يدا واكتسابه له مالم يعجز ، بخلاف المأذون فإنه عبد من كل وجه وكسبه

(والصلح عن المغصوب الهالك على أكثر من قيمته قبل القضاء بالقيمة جائز) كصلحه بعرض (فلا تقبل بينة الغاصب بعده) أى الصلح على (أن قيمته أقل مما صالح عليه ولا رجوع للغاصب) على المغصوب منه بشىء (لو تصادقا بعد وأنها أقل) بحر .

لمولاه ولهذا نفذ تصرفه على نفسه حيث جاز صلحه عنها . قال فى الدرر : ولهذا إن ادعى أحد رقيته فإنه يكون خصما فيه ، وإذا جنى عليه كان الأرش له ، وإذا قتل لاتكون قيمته للمولى ، بل لورثته تؤدى منها كتابته ، ويحكم بحريته آخر حياته ، ويكون الفضل لهم ، فصار كالحر فيجوز صلحه عن نفسه ولا كذلك المأذون ذكره الزيلعى انتهى (قوله والصلح عن المغصوب)أى القيمى ، لأنه لو كان مثليا فهلك فالمصالح إن كان من جنس المغصوب لاتجوز الزيادة اتفاقا ، وإن كان من خلاف جنسه جاز اتفاقا ابن ملك أى جاز مع اختلاف الجنس (قوله الهالك) قيد به لأنه لاخلاف فى الصلح بالأكثر عند قيامه ، إذ لانظر للقيمة حينئذ أصلا ابن ملك (قوله على أكثر من قيمته) أى ولو بغبن فاحش . قال فى غاية البيان : بخلاف الغبن اليسير فإنه لما دخل تحت تقويم المقومين لم يعد ذلك فضلا فلم يكن ربا : أى عندهما ، وقيد بقوله على أكثر من قيمته لأنه محل الخلاف .

قال فى جامع الفصولين : غصب كر بر أو ألف درهم فصالح على نصفه ، فلو كان المغصوب هالكا جاز الصلح . ولو قائما لكن عينه أو أخفاه وهو مقر أو منكر جاز قضاء لاديانة ، ولو حاضرا يراه لكن غاصبه منكر جاز كذلك ، فلو وجد المالك بينة على بقية ماله قضى له به ، والصلح على بعض حقه فى كيلى أو وزنى حال قيامه باطل . ولو أقر بغصبه وهو ظاهر فى يده ويقدر مالكه على قبضه فصالحه على نصفه على أن يبرئه مما بقى جاز قياسا لا استحسانا ، ولو صالحه فى ذلك على ثوب ودفعه جاز فى الوجوه كلها إذ يكون مشتريا للثوب بالمغصوب . ولو كان المغصوب قنا أو عرضا فصالح غاصبه مالكه على نصفه وهو مغيبه عن ملكه وغاصبه مقر أو منكر لم يجز إذ صلحه على نصفه إقرار بقيامه ، بخلاف كيلى أو وزنى إذ يتصور هلاك بعضه دون بعضه عادة بخلاف ثوب وقن اه (قوله قبل القضاء بالقيمة) أما بعد القضاء لايجوز ، لأن الحق انتقل بالقضاء إلى القيمة منح فيرد الزيادة على القيمة أبو السعود (قوله جائز) عند الإمام خلافا لهما لأن حق المالك فى الهالك لم ينقطع ولم يتحول إلى القيمة فكان صلحا عن المغصوب لاعن قيمته فلا يكون اعتياضه بأكثر من من قيمته ربا ، والزائد على المالية يكون فى مقابلة الصورة الباقية حكما لا القيمة . وعندهما لايجوز إذا كان بغبن فاحش لأن حقه فى القيمة فالزائد عليها ربا ، ومحل ذلك إذا لم يكن مثليا صولح عنه على مثله فإنه لاتجوز الزيادة حينئذ ، وإن كان من خلاف جنسه جاز اتفاقا .

والحاصل أن الإمام يقول إن الضمان بدل عن العين المستهلكة فيجوز بالغا مابلغ ، كما إذا كانت قائمة حقيقة ، والصاحبان يقولان إن القيمة هى الواجبة فى ضمان العدوان لأنها هى التى يمكن وجوبها فى الذمة دون العين فيكون المأخوذ بدلا عن القيمة عند الصاحبين ، فما زاد عن القيمة يكون ربا أبو السعود (قوله كصلحه بعرض) أى سواء كانت قيمته كقيمة الهالك أو أقل أو أكثر ، وإنما ذكرها الشارح هنا مع أنها ستأتى متنا إشارة إلى أن محلها هنا وظاهره أن الصلح عن قيمى بعرض وإن كانت قيمته أكثر جاز على هذا الخلاف وليس كذلك ، بل الصلح على عرض وإن كانت قيمته أكثر من قيمة المغصوب جائز اتفاقا صرح به فى الكافى وغيره .

غاية مايقال : إن مقارنته بما قبله لمجرد تساويهما فى الصحة عند زيادة البدل عن قيمة المبدل وإن كان أحدهما اختلافيا والآخر اتفاقيا ، نعم لو أفرده بالذكر كما فى الهداية وكما فعل المصنف لكان أولى (قوله فلاتقبل الخ) لأن بالصلح قد أخذ بعض حقه وأسقط باقيه والساقط لايعود (قوله ولا رجوع للغاصب على المغصوب منه بشىء) أى سواء

(ولو أعتق موسر عبدا مشتركا فصالح) الموسر (الشريك على أكثر من نصف قيمته لا يجوز) لأنه مقدر شرعا فيبطل الفضل اتفاقا (كالصلح فى) المسألة (الأولى على أكثر من قيمة المغصوب) بعد القضاء (بالقيمة) فإنه لا يجوز لأن تقدير القاضى كالشارع (وكذا لو صالح بعرض صح وإن كانت القيمة أكثر من قيمة مغصوب تلف) لعدم الربا (و) صح (فى) الجناية (العمد) مطلقا ولو فى نفس مع إقرار (بأكثر من الدية والأرش) أو بأقل لعدم الربا (وفى الخطإ) كذلك

كان قبل القضاء بقيمة المغصوب أو بعده لعدم ظهور الربا بين العرض وقيمة المغصوب لفقد العلتين فيه ، بخلاف مالو دفعها من جنس القيمة بعد القضاء بها لأن تقدير القاضى كتقدير الشارع ، فإذا دفع أزيد منه تحقق الربا إن كان من جنس ماقدره القاضى . أما لو قضى بالدراهم فدفع الدنانير أو بالعكس فيجوز أيضا لفقد العلة وهو اتحاد الجنس ، لكن يشترط القبض فى مجلس الصلح لئلا يفترقا عن دين بدين أفاده الرحمتى .

[تنبيهات] الصلح على أكثر من مهر المثل جائز ، ولو طلقها بعد الدخول أو ماتت لايجوز إلا على قدر مهر المثل لأنه يصير بمنزلة الدين ولم يبق له حكم المهر ولذا لايجوز الزيادة فيه .

استهلك إناء فضة وقضى بالقيمة وافترقا قبل القبض لم يبطل وكذا لو اصطلحا بلا قضاء غصب طوق ذهب مائتا مثقال فضاع فصالحه على مائة ثم أقر المدعى أن أحدهما كان ملك المدعى عليه فالصلح جائز عن الثانى ولا يرجع عليه ، ولو أقام المدعى بينة على الألف والدار بعد الصلح كان على حقه فى الدار لأن المائتين التى أخذها إنما هما من الألف وقد حط عن الباقى منها ، ولو ادعى دارا أو ألفا فصالحه على ألف ثم برهن على نصف الدار ونصف الألف لم يكن له من ذلك شيء ، ولو أقام البينة على ألف درهم ونصف الدار كانت الألف قضاء بالألف وأخذ نصف الدار ، ولو استحقت الدار من يد المدعى عليه لم يرجع من الألف بشيء لأنه يقول الألف التى قبضت عن التى ادعيت وقياس الألف والدار الدرهم والدينار .

ووجه عدم كون البدل عن الجميع أو الشراء الواحد لا ينتظم الإسقاط والمعاوضة . ولو أعطاه ثوبا عن جميع حقه فهو صلح الجميع (قوله ولو أعتق موسر عبدا الخ) قيد بالموسر ، لأنه لو كان معسرا يسعى العبد فى نصفه كما فى مسكين (قوله لا يجوز لأنه مقدر شرعا) قال فى الدرر لأن القيمة فى العتق منصوص عليها ، وتقدير الشارع ليس أدنى من تقدير القاضى فلا تجوز الزيادة عليه اه بخلاف ماتقدم لأنها غير منصوص عليها ، وإن صالحه على عرض جاز كيفما كان لأنه لا يظهر الفضل عند اختلاف الجنس عينى (قوله لعدم الربا) لأنه قوبل صورة بصورة على قوله أو قيمة بصورة على قولهما ، وعلى كل فلاربا (قوله وصح فى الجناية العمد الخ) شمل ما إذا تعدد القاتل أو انفرد ، حتى لو كانوا جماعة فصالح أحدهم على أكثر من قدر الدية جاز وله قتل البقية والصلح معهم ، لأن حق القصاص ثابت على كل واحد منهم على سبيل الانفراد تأمل رملى (قوله ولو فى نفس مع إقرار) تفسير للإطلاق : أى سواء كان العمد فى النفس أو مادونها ، وسواء كان الصلح عن إقرار أو إنكار أو سكوت (قوله بأكثر من الدية) أى فى النفس (قوله والأرش) أى فى الأطراف (قوله أو بأقل) أى على أقل وإن كان أقل من عشرة دراهم لأنه لا موجب له وإنما يجب بالعقد فيقدر بتقديرهما ، بخلاف النكاح حيث لا يجوز تسمية ما دون العشرة فيه لأنه مقدر شرعا (قوله لعدم الربا) لأن الواجب فيه القصاص وهو ليس بمال فلا يتحقق فيه الربا ، فلا يبطل الفضل لعدم المجانسة بين موجب العمد وهو القصاص والمدفوع من المال (قوله كذلك) أى بأكثر من الدية أى مطلقا فى النفس أو الأطراف مع الإقرار أو السكوت

(لا) تصح الزيادة . لأن الدية فى الخطإ مقدرة ، حتى لو صالح بغير مقاديرها صح كيفما كان بشرط المجلس لئلا يكون دينا بدين . وتعيين القاضى أحدهما يصير غيره كجنس آخر ولو صالح على خمر فسد فتلزم الدية فى الخطإ ويسقط القود لعدم ما يرجع إليه اختيار .

(وكل) زيد (عمرا بالصلح عن دم عمد أو على بعض دين يدعيه) على آخر

أو الإنكار (قوله لا تصح الزيادة) أفاد بالتقييد بالزيادة صحة النقص ويجعل إسقاطا ط . وإذا لم تصح الزيادة فالصلح صحيح والزيادة غير لازمة كما فى الدرر والشرنبلالية (قوله لأن الدية فى الخطإ مقدرة) أى شرعا والزيادة عليها تكون ربا فيبطل الفضل . ومقاديرها مائة بعير أو مائتا بقرة أو مائتا شاة أو مائتا حلة أو ألف دينار أو عشرة آلاف درهم عزمى عن الكافى فلا تجوز الزيادة عليه ، كما لا يجوز الصلح فى دعوى الدين على أكثر من جنسه ط .

قال الرحمتى : وهذا فى الدراهم والدنانير ظاهر . وأما فى الإبل فينبغى الجواز لفقد القدر اه .

أقول : سيأتى قريبا ما يؤيده فافهم (قوله بغير مقاديرها) أى بغير الذهب والفضة والإبل كأن صالح بعروض أو حيوان غير ما ذكر صح سواء كانت قيمته قدر دية أولا . وأفاد أن الكلام فيما إذا صالح على أحد مقادير الدية المتقدمة (قوله بشرط المجلس) أى بشرط القبض فى المجلس إذا كان ما وقع عليه الصلح دينا فى الذمة . وهذا مقيد بما إذا كان الصلح بمكيل أو موزون كما قيده فى العناية ح بزيادة من ط (قوله لئلا يكون دين بدين) أى افترقا عن دين وهو الدية بدين وهو ما وقع عليه الصلح (قوله أحدهما) كالإبل مثلا (قوله يصير) بضم الياء وفتح الصاد وكسر الياء المشددة فعل مضارع (قوله كجنس آخر) فلو قضى القاضى بمائة بعير فصالح القاتل عنها على أكثر من مائتى بقرة وهى عنده ودفعها جاز . لأن الحق تعين فيه بالقضاء فكان غيره من المقادير كجنس آخر فأمكن الحمل على المعاوضة منح .

وفى الجوهرة : إنما جاز ذلك لأن قضاء القاضى عين الوجوب فى الإبل . فإذا صالح على البقر فالبقر الآن ليست بمستحقة وبيع الإبل له بالبقر جائز .

وإذا صالح عن الإبل بشىء من المكيل والموزون مؤجلا فقد عارض دينا بدين فلا يجوز . وإن صالح عن الإبل على مثل قيمة الإبل أو أكثر مما يتغابن فيه جاز لأن الزيادة غير متعينة وإن كان لا يتغابن فيها لا لأنه صالح على أكثر من المستحق اه . وقوله على أكثر الظاهر أنه بالأقل كذلك بالأولى قاله أبو الطيب (قوله فسد) لأن هذا صلح عن مال فيكون نظير الصلح عن سائر الديون (قوله ويسقط القود) أى فى العمد أى مجانا : إن سمى نحو خمر . يعنى يصير الصلح الفاسد فيما يوجب القود عفوا عنه . وكذا على خنزير أو حر كما فى الهندية هذا بخلاف ما إذا فسد بالجهالة .

قال فى المنح فى الكلام على العمد : ثم إذا فسدت التسمية فى الصلح كما إذا صالح على دابة أو ثوب غير معين تجب الدية لأن الولى لم يرض بسقوط حقه مجانا فيصار إلى موجبه الأصلى بخلاف ما إذا لم يسم شيئا أوسمى الخمر ونحوه حيث لا يجب شىء لما ذكرنا أى من أن القصاص إنما يتقوم بالتقويم ولم يوجد . وفى قوله فيصار إلى موجبه الأصلى نظر لأنه القصاص لا الدية . وبعد خطور ذلك بالذهن رأيت سرى الدين نبه عليه ط (قوله بالصلح عن دم عمد) محله إذا صدر التوكيل من الجانى (قوله أو على) نسخ المتن أو عن بدل على (قوله يدعيه على آخر) تبع الشارح فى هذا المصنف فى شرحه . وفى العبارة قلب والصواب يدعيه عليه آخر .

من مكيل وموزون (لزم بدله الموكل) لأنه إسقاط فكان الوكيل سفيرا (إلا أن يضمنه الوكيل) فيؤاخذ بضمانه (كما لو وقع الصلح) من الوكيل (عن مال بمال عن إقرار) فيلزم الوكيل لأنه حينئذ كبيع (أما إذا كان عن إنكار لا) يلزم الوكيل مطلقا بحر ودرر .

لما علمت أن التوكيل من طرف المدعى عليه وإلا فإذا كان مدعيا على آخر دينا فوكل من يصالحه على بعضه كيف يقال البدل يلزم الموكل مع أنه هنا آخذ البدل لا دافعه ، ويدل عليه قوله الآتى لزم بدله الموكل ، وعبارة الدرر هكذا وليس فيها كلمة على. وعبارة الكنز : ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح الوكيل لم يلزم الوكيل ما صالح عليه وهى أحسن ، ولو حذف كلمة على آخر كما صنع الدرر لسلم من هذا إلا أن تحمل عبارته هنا على ما ذكرنا ، بأن يقال أو على بعض دين يدعيه آخر عليه فتأمل .

قال الشمنى : لأن هذا الصلح إسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا يكون البدل عليه كالوكيل بالنكاح إلا أن يضمنه ، فإنه حينئذ يؤاخذ به لضمانه لا لعقد الصلح اهـ (قوله من مكيل وموزون) هكذا قيد بهذا القيد فى الدرر وتبعه الشارح ، إلا أن عبارة الدرر بلفظ أو والواو بمعنى أو أى سواء كان دينا منها بحسب الأصل أو بحسب التقدير .

قال أبو الطيب : إن كان المراد من مكيل وموزون أن من بيانية للدين فلا حاجة إلى اشتراط أن يكون الدين بدل المكيل والموزون لأن الدين لا يكون إلا أحدهما لأن الأعيان لا تكون ديونا اهـ وبه ظهر قول بعض الأفاضل هل مثله المعدود المتقارب والمذروع إذا بين طوله وعرضه وصفته ، فإنهم قالوا : يجوز فيه حينئذ السلم ويصح ثبوته فى الذمة يراجع اهـ فتأمل (قوله لزم بدله الموكل) هذا ظاهر فيما إذا كان الوكيل من طرف الجانى ، ولا يظهر إذا كان من طرف الولى لأنه آخذ فكيف يقال يلزمه ؛ وكذا لا يظهر فى جانب الدين إذا كان الموكل هو المدعى لأن الموكل مدع فكيف يلزمه ؛ وأطلق فى لزومه الموكل فشمل الصلح بأقسامه الثلاثة وبه صرح العينى (قوله لأنه إسقاط) أى للقود عن القاتل وبعض الدين عن المدعى عليه (قوله فيؤاخذ بضمانه) أى ويرجع على الموكل به ، وكذا الصلح فى الخلع ؛ وكذا يرجع فى الصورة التالية لهذه كما فى المقدسى : وفى النكاح لا يرجع لأن الأمر بالصلح عنه أمر بالأداء عنه ليفيد الأمر فائدته إذ الصلح عنه جائز بلا أمره ، بخلاف النكاح لأنه لا ينفذ عليه من الأجنبى ؛ والأمر بالخلع كالأمر بالصلح حتى يرجع على الآمر إن ضمن وأدى عنه زيلعى .

قال عبد الحليم : قوله إلا أن يضمنه : أى يكفل الوكيل البدل وأن يضيف العقد إلى نفسه وإلى مال نفسه اهـ وهذا كله فيما إذا كان الصلح عن دم العمد كما ذكره المصنف عن إقرار أو سكوت أو إنكار أو فيما لا يحمل على المعاوضة كالصلح على بعض الدين كما ذكره المصنف أيضا لأنه إسقاط ؛ فكان الوكيل سفيرا فلا يلزمه شىء إلا بالالتزام . وأما فيما يحمل على المعاوضة فسيذكره بقوله الآتى هنا ، كما إذا وقع عن مال بمال الخ (قوله فيلزم الوكيل) أى ثم يرجع به على الموكل كما مر قريبا لأن الوكيل أصل فى المعاوضات المالية فترجع الحقوق إليه دون الموكل فيطالب هو بالعوض دون الموكل عينى (قوله لأنه حينئذ كبيع) أى والحقوق فى عقد البيع ترجع إلى المباشر فكذا فيما إذا كان بمنزلته فيلزم الوكيل ما صالح عليه ثم يرجع به على الموكل ، ومقتضى الإطلاق أنه يرجع وإن لم تكن الكفالة بأمر الموكل كما صرحت به عند قوله الآتى بأمره (قوله مطلقا) سواء كان عن مال بمال أولا ؛ وسواء كان فى دم عمد ودين أو غيرهما ؛ وهذا إنما يظهر فى جانب

(صالح عنه) فضولى (بلا أمر صح إن ضمن المال أو أضاف) الصلح (إلى ماله أو قال على) هذا أو (كذا وسلم) المال صح وصار متبرعا فى الكل إلا إذا ضمن بأمره عزمى زاده (وإلا) يسلم فى الصورة الرابعة (فهو موقوف ، فإن أجازه المدعى عليه جاز

المدعى عليه إذ هو فى جانبه فداء يمين وقطع نزاع : وهذا إنما يعود إلى الموكل لا إلى الوكيل (قوله صالح عنه) أى عن المدعى عليه فضولى الخ . هذا فيما إذا أضاف العقد إلى المصالح عنه لما فى آخر تصرفات الفضولى من جامع الفصولين .

ف : الفضولى إذا أضاف العقد إلى نفسه يلزمه البدل وإن لم يضمنه ولم يضفه إلى مال نفسه ولا إلى ذمة نفسه ، وكذا الصلح عن الغير اه . قال الزيلعى : وهذا مفروض فيما لم يحمل على المعاوضة كدعوى القصاص وأخواته . أما إذا كان عن معاوضة فيمضى على الفضولى إذا كان شراء عن إقرار (قوله بلا أمر) قيد به لأنه لو كان بأمر نفذ الصلح عن المدعى عليه وعليه البدل إلا فى صورة الضمان فالبدل على المصالح عند الإمام الحلوانى : وذكر شيخ الإسلام أنه عليه وعلى المدعى عليه أيضا فيطالب المدعى به أيهما شاء قهستانى عن المحيط (قوله صح إن ضمن المال) لأن الحاصل للمدعى عليه البراءة ، وفى مثله يستوى المدعى عليه والأجنبى لأنه لا يسلم للمدعى عليه شىء كما يسلم للأجنبى . والمقصود من هذا الصلح رضا صاحب الحق لا رضا المدعى عليه إذ لا حظ له فيه . والمدعى ينفرد بالصلح فيما لا معاوضة فيه غير أنه لم يرض بسقوط حقه مجانا فإذا سلم له العوض من جهة المتبرع صح اه (قوله أو أضاف الصلح) أى البدل الذى وقع عليه الصلح (قوله إلى ماله) بأن يقول صالحتك على ألف من مالى أو على عبدى فلان لأن الإضافة إلى نفسه التزام منه للتسليم إلى المدعى وهو قادر على ذلك فيلزمه تسليمه (قوله أو قال على هذا) أى وأشار إلى نقد أو عين ، وإنما صح فيه لأن المعروف المشار إليه كالمضاف إلى نفسه لأنه تعين التسليم إليه بشرط أن يكون ملكه فيتم به الصلح (قوله أو كذا) أشار به إلى الصورة الرابعة وهى صورة الإطلاق بأن قال على ألف (قوله وسلم المال) أى فى الأخير وهى الصورة الرابعة (قوله صح) مكرر بما فى المتن ، وإنما صح لأنه بالتسليم حقيقة تم رضاه فصار فوق الضمان والإضافة إلى نفسه .

قال فى الدرر : أما الأول فلأن الحاصل للمدعى عليه البراءة وفى حقها الأجنبى والمدعى عليه سواء ، ويجوز أن يكون الفضولى أصيلا إذا ضمن كالفضولى للخلع إذا ضمن البدل . وأما الثانى فلأنه إذا أضافه إلى نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح . وأما الثالث فلأنه إذا عينه للتسليم فقد اشترط له سلامة العوض فصار العقد تاما بقبوله . وأما الرابع فلأن دلالة التسليم على رضا المدعى فوق دلالة الضمان والإضافة إلى نفسه على رضاه اه باختصار (قوله وصار متبرعا فى الكل) أى فى أربع صور الفضولى المارة آنفا : وهى ما إذا ضمن المال ، وما إذا أضاف الصلح لماله ، وما إذا قال صالحتك عنه بألف ولم يزد وسلمها ، وما إذا قال على ألفى هذه أو عبدى هذا وسلم ، فلو استحق العوض فى الوجوه التى تقدمت أو وجده زيوفا أو ستوقا لم يرجع المصالح لأنه متبرع التزم تسليم شىء معين ولم يلتزم الإيفاء من غيره فلا يلزمه شىء آخر ، ولكن يرجع بالدعوى لأنه لم يرض بترك حقه مجانا إلا فى صورة الضمان فإنه يرجع على المصالح لأنه صار قرينا فى ذمته ، ولهذا لو امتنع عن التسليم يجبر عليه زيلعى (قوله إلا إذا ضمن بأمره) ثم يرجع على المصالح عنه إن كان الصلح بغير أمره بزازية فتقييد الضمان اتفاقى . وفيها الأمر بالصلح والخلع أمر بالضمان لعدم توقف صحتهما على الأمر فيصرف الأمر إلى إثبات حق الرجوع ، بخلاف الأمر بقضاء الدين اه . أقول لم يظهر لى الفرق تأمل (قوله عزمى زاده) لم أجده فيه فليراجع (قوله وإلا يسلم فى الصورة الرابعة) الأولى ترك هذا القيد وإبقاء لا على العموم ، بأن يقول

ولزمه) البدل (وإلابطل . والخلع فى جميع ماذكرنا من الأحكام) الخمسة (كالصلح . أدعى وقفية أرض ولا بينة له فصالحه المنكرلقطع الخصومة جازوطاب له) البدل (لوصادقا فى دعواه ، وقيل) قائله صاحب الأجناس

وإلا يكن كذلك أى إن لم يضمن ولم يضف ولم يشر ولم يسلم ، أو يقول وإلا يوجد شيء مما ذكر من الصور الأربعة فهو موقوف لأنه لم يسلم للمدعى عوض فلم يسقط حقه مجانا لعدم رضاه . فإن أجازه المدعى عليه جاز ولزمه المشروط لا لتزامه باختياره، وإن رده بطل لأن المصالح لا ولاية له على المطلوب فلاينفذ عليه تصرفه ، ومن جعل الصور أربعا جعل الرابعة بشقيها وهى التسليم وعدمه صورة واحدة كالزيلعى ، وبعضهم جعلهاخمسة باعتبار التسليم صورة وعدمه أخرى ، وهذه الصورة الخامسة مترددة بين الجواز والبطلان .

ووجه الحصر كما فى الدرر أن الفضولى إما أن يضمن المال أولا ، فإن لم يضمن ، فإما أن يضيف إلى ماله أولا ، فإن لم يضفه ، فإما أن يشير إلى نقد أو عرض أولا ؛ فإن لم يشر ، فإما أن يسلم العوض أولا : فالصلح جائز فى الوجوه كلها إلا الأخيرة وهو ما إذا لم يضمن البدل ولم يضفه إلى ماله ولم يشر إليه ولم يسلم إلى المدعى حيث لا يحكم بجوازه ، بل يكون موقوفا على الإجازة إذ لم يسلم للمدعى عوض انتهى . وجعل الزيلعى الصور أربعا ، وألحق المشار بالمضاف .

أقول : لكن غير الصورة المذكورة لايتوقف على الإجازة ، وحينئذ فلا يتوجه على الشارح اعتراض تأمل (قوله ولزمه البدل) المشروط لا لتزامه باختياره (قوله وإلا بطل) لأن المصالح لا ولاية له على المطلوب فلا ينفذ عليه تصرفه (قوله والخلع) أى إذا صدر من فضولى عن المرأة ببدل ، فإن ضمنه أو أضافه إلى مال نفسه أو أشار صح ولزمه وكان متبرعا ، وإن أطلق إن سلم صح وإلا توقف على إجازتها قال فى التبيين وجعل فى بعض شروح الجامع فى باب الخلع الألف المشار إليه أو العبد المشار إليه مثل الألف المنكر حتى جعل القول إلى المرأة انتهى (قوله من الأحكام الخمسة) التى خامسها قوله وإلا بطل أو التى خامسها قوله وإلا فهو موقوف بعد قوله أو على هذا ، ويؤيده قول الشارح سابقا فى الصورة الرابعة . والأولى فى التعبير أن يقول والخلع فى جميع ماذكرنا من الأحكام فى الصور الخمسة كالصلح لأنه ليس لنا إلا حكمان وهما الجواز فى الصور الأربع وعدمه فى الخامسة فتأمل (قوله ادعى وقفية أرض) أطلق فيه فعم الوقفية من نفسه وغيره (قوله ولا بينة له) مفهومه أنه : إذا أوجد البينة لا يجوز الصلح لأنه لا مصلحة فيه ، ولا نظر لكون البينة قد ترد والقاضى قد لا يعدل (قوله وطاب له)أى للمدعى ولم يذكر هل يطيب للمدعى عليه الأرض إذا كان المدعى صادقا ، والظاهر أنها لا تطيب (قوله لو صادقا فى دعواه) فيه أنه لو كان صادقا فى دعواه كيف يطيب له وفى زعمه أنها وقف وبدل الوقف حرام تملكه من غير مسوغ فأخذه مجرد رشوة ليكف دعواه فكان كما إذا لم يكن صادقا .

وقد يقال إنه إنما أخذه ليكف دعواه لا ليبطل وقفيته ، وعسى أن يوجد مدع آخر ط ، لكن أطلق فى وقف الحامدية الجواب بأنه لا يصح قال لأن المصالح يأخذ بدل الصلح عوضا عن حقه على زعمه فيصير كالمعاوضة ، وهذا لا يكون فى الوقف لأن الموقوف عليه لا يملك الوقف فلا يجوز له بيعه ، فههنا إن كان الوقف ثابتا فالاستبدال به لا يجوز وإلا فهذا يأخذ بدل الصلح لا عن حق ثابت فلا يصح ذلك على حال كذا فى جواهر الفتاوى اه ثم نقد الحامدى ما هنا ثم قال فتأمل .

أقول : تأملته فوجدت أن المعاوضة فى الوقف والحالة هذه جائزة لما صرحوا به من جواز استبداله إذا وقع

(لا) يطيب لأنه بيع معنى وبيع الوقف لا يصح .

(كل صلح بعد صلح فالثانى باطل ، وكذا) النكاح بعد النكاح والحوالة بعد الحوالة و (الصلح بعد الشراء) والأصل أن كل عقد أعيد فالثانى باطل

فى يد غاصب ، نعم يلزم أن يجعله حينئذ بدل الموقوف ، أما إذا كان من أهل الاستحقاق لغلة الوقف وأخذه ما أخذه بالمصالحة عوضا عن حقه فى الغلة طاب له ذلك ما لم يتجاوز عن قدر استحقاقه منه تأمل ، وانظر ما تقدم فى باب البيع الفاسد عن النهر عند قوله بخلاف بيع قن ضم إلى مدبر (قوله وبيع الوقف لا يصح) الظاهر أنه من قال يطيب له : أى يطيب له الأخذ ويجعله مكانا موقوفا لعجزه عن تحصيل الوقف بفقد البينة ، ومن قال لا يطيب له أراد لا يطيب له التصرف فيه لأنه بدل الوقف فى زعمه فيكون له حكم الوقف تأمل (قوله فالثانى باطل) فلو ادعى دارا فأنكر ذواليد فصالحه على ألف على أن يسلم الدار لذى اليد ثم برهن ذواليد على صلح قبله فالصلح الأول ماض والثانى باطل حموى ، وهذا إذا كان الصلح على سبيل الإسقاط أما إذا كان الصلح على عوض ثم اصطلحا على عوض آخر فالثانى هو الجائز ويفسخ الأول كالبيع نور العين عن الخلاصة ، وكذا نقله البيرى عن الخلاصة عن المنتقى .

قلت : لكن استظهر سيدى الوالد رحمه الله تعالى أن الصلح على سبيل الإسقاط بمعنى الإبراء ، وبطلان الثانى ظاهر ولكنه بعيد الإرادة هنا ، فالمناسب حمل الصلح على المتبادر منه ، ويكون المراد به ما إذا كان بمثل العوض الأول بقرينة قوله كالبيع ؛ وعليه فالظاهر أن حكمه كالبيع فى التفصيل المار فيه كما ذكره فى أول البيوع (قوله وكذا النكاح بعد النكاح) فلا يلزمه إلا المهر الأول ، ولا ينفسخ العقد الأول إذ النكاح لا يحتمل الفسخ والمسألة ذات خلاف ؛ فقيل تجب التسمية الثانية ، وقيل كل منهما .

قال فى جامع الفتاوى : تزوج امرأة بألف ثم تزوجها بألفين فالمهر ألفان ، وقيل ألف .

وفى المنية تزوج على مهر معلوم ثم تزوج على آخر تثبت التسميتان فى الأصح حموى (قوله والحوالة بعد الحوالة) أى إذا صدرت حوالة عن شخص فقبلها ، ثم إذا صدرت على شخص آخر فالثانية باطلة لأن الدين ثبت فى ذمة الأول بالحوالة عليه فلا ينتقل بالحوالة الثانية على غيره كما ذكره ط .

واستفيد منه أن المحال عليه فى الثانية غيره فى الأولى ، وبه صرح فى الأشباه بقوله الكفالة بعد الكفالة صحيحة لزيادة التوثق ، بخلاف الحوالة فإنها نقل فلا يجتمعان كما فى التنقيح . قال الحموى : وهذا يخرج المسألة عن كونها من جزئيات القاعدة ، إذا المتبادر من تجديد عقد البيع تجديده بالنسبة إلى البيع الأول بعينه والمشترى الأول بعينه ، وكذا الكلام فى الصلح بعد الصلح والكفالة بعد الكفالة ، ووزانه فى الحوالة اتحاد المحال عليه والمحال به فى الحوالتين معا ، وحينئذ لا ينتهض قوله لأنها نقل فلا يجتمعان ، وينبغى أن تصح الحوالة الثانية وتكون تأكيدا للأولى على طبق الكفالة فتدبر ذلك اه .

وعليه فالمناسب فى تصوير المسألة بأن يقال : بأن كان له على آخر ألف فأحال عليه بها شخصا ثم أحال عليه بها شخصا آخر أو كما تقدم ، بأن أحال زيد عمرا بدينه على بكر حوالة صحيحة ثم أحاله بها على بشر لا تصلح الحوالة الثانية لأن الحوالة نقل الدين من ذمة إلى ذمة ، وحيث فرغت ذمة المحيل فكيف يصح أن يحيل مرة ثانية ، نعم لو تفاسخا الإحالة الأولى صحت الثانية (قوله والصلح بعد الشراء) بعد ما اشترى المصالح عنه .

إلا فى ثلاث مذكورة فى بيوع الأشباه الكفالة والشراء والإجارة فلتراجع .

(أقام) المدعى عليه (بينة بعد الصلح عن إنكار ، إن المدعى قال قبله) قبل الصلح (ليس لى قبل فلان حق فالصلح ماض) على الصحة (ولو قال) المدعى (بعده ما كان لى قبله) قبل المدعى عليه (حق بطل) الصلح بحر

أقول : فيه أنه تكون الدعوى حينئذ فاسدة والصلح بعد الدعوى الفاسدة صحيح تأمل .

وصورتها إذا اشترى شخص دارا مثلا من آخر ثم ادعى المشترى على البائع أن الدار ملكه فصالحه البائع فهذا الصلح باطل لتناقضه ، فإن إقدامه على الشراء منه دليل أنها ملك البائع ثم الدعوى والصلح بعدها يناقضه. قال فى جامع الفصولين : ولو كان الشراء بعد الصلح فالشراء صحيح والصلح باطل اه (قوله إلا فى ثلاث مذكورة فى بيوع الأشباه الكفالة) أى لزيادة التوثق ، فلو أخذ منه كفيلا ثم أخذمنه كفيلا آخر صح ولا يبرأ الأول بكفالة الثانى كما فى الخانية (قوله والشراء) أى يصح بعد الشراء ويبطل الأول ، أطلقه فى جامع الفصولين ، وقيده فى القنية بأن يكون الثانى أكثر ثمنا من الأول أو أقل أو بجنس آخر وإلا فلا يصح أشباه .

وفى البحر :وإذا تعدد الإيجاب والقبول انعقد الثانى وانفسخ الأول إن كان الثانى بأزيد من الأول أوأنقص ، وإن كان مثله لم ينفسخ الأول انتهى .

قال فى التاترخانية : قال بعتك عبدى هذا بألف درهم بعتكه بمائة دينار فقال المشترى قبلت ينصرف إلى الإيجاب الثانى ويكون بيعا بمائة دينار ، ولو قال : بعتك هذا العبد بألف درهم وقبل المشترى ثم قال بعته منك بمائة دينار فى المجلس أو فى مجلس آخر وقال المشترى اشتريت ينعقد الثانى وينفسخ الأول ، وكذا لو باعه بجنس الثمن الأول بأقل أو بأكثر نحو أن يبيعه منه بعشرة ثم باعه بتسعة أو بأحد عشر فإن باع بعشرة لاينعقد الثانى ويبقى الأول بحاله اه فهذا مثال لتكرار الإيجاب فقط ومثال لتكرار العقد (قوله والإجارة) أى بعد الإجارة من المستأجر الأول فالثانية فسخ للأولى كما فى البزازية . قال فى البحر : وينبغى أن المدة إذا اتحدت فيهما واتحد الأجران لاتصح الثانية كالبيع . وزاد فى الفصولين الشراء بعد الصلح فإنه يجوز ويبطل الصلح (قوله عن إنكار) إنما خصه لأن ما ذكره لا يتأتى عند الإقرار .

قال فى جامع الفصولين : ادعى عليه ثوبا فأنكر ثم برهن أن المدعى أقر قبل الصلح أنه ليس لى لا يقبل ونفذ الصلح والقضاء لا فتداء اليمين ، ولو برهن أنه أقر بعد الصلح أن الثوب لم يكن له بطل الصلح لأن المدعى بإقراره هذا زعم أنه أخذ بدل الصلح بغير حق ، بخلاف إقراره قبل الصلح لجواز أن يملكه بعد إقراره قبل الصلح ذكره الحموى (قوله فالصلح ماض على الصحة) ولا تقبل البينة لا حتمال أنه ثبت له حق بعد هذا الإقرار ، بخلاف المسألة الثانية فإنه إقرار من المدعى أنه مبطل فى دعواه .

وذكر الشرنبلالى فى رسالة الإبراء عن هاشم عن محمد فى توجيه المسألة أنه إنما صالحه على اعتبار أنه فدى يمينه بالصلح والافتداء اليمين بالمال جائز فكان إقدامه على الصلح اعترافا منه بصحة الصلح فبدعواه بعد ذلك أنه لم يصح الصلح صار متناقضا والمناقضة تمنع صحة الدعوى وأفاد تعليل الثانية بنحو ما ذكرنا .

صورة ذلك ادعى ثوبا فأنكر فصالح على شىء ثم أقام البينة أن المدعى قال قبل الصلح أنه لا حق لى فى هذا الثوب لا تقبل بينته ويكون الصلح والقضاء ماضيين لأنه افتدى لليمين حيث وقع عن إنكار فلا ينقض أفاده بعض الفضلاء (قوله بطل الصلح) لأنه بإقراره هذا زعم أنه أخذه بعد الصلح بغير حق ، بخلاف إقراره

قال المصنف وهو مقيد لإطلاق العمادية، ثم نقل عن دعوى البزازية أنه لو ادعى الملك بجهة أخرى لم يبطل فيحرر .

قبل الصلح لجواز أن يملكه بعد إقراره قبل الصلح .

والحاصل أن عدم قبول بينته فى الأولى لما فيه من التناقض لأن التناقض يمنع قبول البينة لا لإقراره، بخلاف الثانية لأنه لم يظهر وجه التناقض لأن الصلح ليس اعترافا بالملك كما صرحوا به فإنه يكون عن إقرار وسكوت وإنكار (قوله قال المصنف وهو مقيد لإطلاق العمادية) نصه : وفى العمادية ادعى فأنكر فصالحه ثم ظهر بعده أن لا شىء عليه بطل الصلح اﻫ .

أقول : يجب أن يقيد قوله ثم ظهر بغير الإقرار قبل الصلح لما تقدم من مسألة المختصر ، وبه صرح مولانا فى بحره ح . ولا يخفى أن غاية مضى الصلح على الصحة فى مسألة المتن المتقدمة عدم قبول الشهادة لما فيه من التناقض فلم يظهر حينئذ أن لا شىء عليه فلم تشملها عبارة العمادية فافهم ، أفاده سيدى الوالد رحمه الله تعالى .

أقول : لكن ليس هذا من التناقض المردود لأنه يدعى أمرا كان خفيا عليه وهو إقرار المدعى بعدم حقه فى المدعى قبل الصلح ، ولو كانت العلة ما ذكره لما صحت فى الثانية أيضا لأنه متناقض فيهما بعد إقدامه على الصلح . والعلة الصحيحة فى ذلك أنه إن ثبت أنه قال ذلك قبل الصلح لا يكون مانعا من صحة الصلح لاحتمال حصول حق له بعد ذلك قبل الصلح ، وفى الثانية لايحتمل .

قال فى الخلاصة من آخر الدعوى : لو استعار من آخر دابة فهلكت فأنكر رب الدابة الإعارة فصالحه المستعير على مال جاز ، فلو أقام المستعير بينة بعد ذلك على العارية قبلت بينته وبطل الصلح اﻫ أى لظهور أن لا شىء والله أعلم .

وفى البزازية أيضا مايفيد أن المراد بالظهور لامن طريق إقامة المصالح البينة أنها لا تقبل لما فيه من التناقض. ونص عبارته فى كتاب الدعوى من نوع فى الصلح :

وفى المنتقى : ادعى ثوبا أو صالح ، ثم برهن المدعى عليه على إقرار المدعى أنه لاحق له فيه إن على إقراره قبل الصلح فالصلح صحيح ، وإن بعد الصلح يبطل الصلح ، وإن علم الحاكم إقراره بعدم حقه ولو قبل الصلح يبطل الصلح ، وعلمه بالإقرار السابق كإقراره بعد الصلح ، هذا إذا اتحد الإقرار بالملك بأن قال لاحق لى بجهة الميراث ثم قال إنه ميراث لى عن أبى ، فأما غيره إذا ادعى ملكا لابجهة الإرث ، بعد الإقرار بعدم الحق بطريق الإرث ، بأن قال حق بالشراء أو بالهبة لا يبطل اﻫ (قوله ثم نقل) أى المصنف (قوله عن دعوى البزازية) عبارتها عن المنتقى : ادعى ثوبا وصالح ثم برهن المدعى عليه على إقرار المدعى أنه لاحق له فيه ، إن على إقراره قبل الصلح فالصلح صحيح ، وإن بعد الصلح يبطل ، وإن علم الحاكم إقراره بعدم حقه ولو قبل الصلح يبطل الصلح ، وعلمه بالإقرار السابق كإقراره بعد الصلح ، هذا إذا اتحد الإقرار بالملك بأن قال إنه ميراث لى عن أبى ثم قال لا حق لى من هذه الجهة ، فأما إذا ادعى ملكا لا بجهة الإرث بعد الاقرار بعدم الحق بطريق الإرث بأن قال حق بالشراء أو بالهبة لا يبطل اﻫ . فظهر أن مراده أنه لو قال بعد الصلح لاحق لى قبل المدعى إنما يبطل الصلح إذا أطلق . أما إذا عين ، بأن قال لا حق لى من جهة الإرث مثلا فقيل له قد بطل الصلح فقال إنه حق بجهة الشراء مثلا بقى الصلح صحيحا على حاله وأن علم الحاكم غير معتبر الآن على المفتى به (قوله فيحرر) ما نقله عن البزازية .

أقول : لايحتاج إلى تحرير لأن ما ذكره البزازى من قوله هذا إذا اتحد الإقرار تقييد لعدم صحة الصلح

(والصلح عن الدعوى الفاسدة يصح وعن الباطلة لا) والفاسدة ما يمكن تصحيحها بحر .
وحرر الأشباه أن الصلح عن إنكار بعد دعوى فاسدة فاسد إلا فى دعوى بمجهول فجائز

إذا أقر المدعى ولا إشكال فيه ، ولعله أراد تحرير ما قاله المصنف من تقييد ما فى العمادية فإنه غير ظاهر كما علمت ، والله تعالى أعلم .

[فرع] ذكر المصنف عن آخر الدعوى من الخلاصة : لو ادعى أنه استعار دابة فلان وهلكت عنده فأنكر المالك الإعارة وأراد التضمين فصالحه مدعى العارية على مال ثم أقام بينة على العارية قبلت بينته وبطل الصلح (قوله عن الدعوى الفاسدة) كدعوى وقع فيها تناقض (قوله وعن الباطلة) كدعوى خمر وخنزير من مسلم (قوله والفاسدة ما يمكن تصحيحها) بالتوفيق فى التناقض مثلا أى والباطلة مالا يمكن تصحيحها : كما لو ادعى أنها أمته فقالت أنا حرة الأصل فصالحها عنه فهو جائز ، وإن أقامت بينة على أنها حرة الأصل بطل الصلح إذ لا يمكن تصحيح هذه الدعوى بعد ظهور حرية الأصل .

ومثال الدعوى التى يمكن تصحيحها لو أقامت بينة أنها كانت أمة فلان أعتقها عام أول وهو يملكها بعد ما ادعى شخص أنها أمته أى وصالحها لا يبطل الصلح ، لأنه يمكن تصحيح دعوى المدعى وقت الصلح بأن يقول إن فلانا الذى أعتقك كان غصبك منى ، حتى لو أقام بينة على هذه الدعوى تسمع منى ، وقوله هنا وهو يملكها جملة حالية ط .

أقول : وشهادة الشهود أنه أعتقها وهو يملكها لاتنافى ذلك لأن لهم أن يشهدوا بالملك لهبظاهر اليد تأمل ، ومن الباطلة الصلح عن دعوى حد وعن دعوى أجرة نائحة أو مغنية أو تصوير محرم اه . وعلم أن قوله قالت أنا حرة الأصل أى وبرهنت عليه بدليل ما قال بعد ظهور حرية الأصل ، فإن الظهور بالبينة وبدليل ما قال فى مقابلتها لو أقامت بينة أنها كانت الخ ، وقول صاحب الأشباه وهو توفيق واجب .

قال محشيه فى شرح الوقاية لصدر الشريعة : ومن المسائل المهمة أنه هل يشترط لصحة الصلح صحة الدعوى أم لا فبعض الناس يقولون يشترط ، ولكن هذا غير صحيح لأنه إذا ادعى حقا مجهولا فى دار فصولح على شىء يصح الصلح على مامر فى باب الحقوق والاستحقاق ، ولا شك أن دعوى الحق المجهول دعوى غير صحيحة وفى الذخيرة ألحق مسائل تؤيد ما قلناه .

قال الشيخ محمد فى معين المفتى إذا علمت .هذا علمت أن الصحيح عدم اشتراط صحة الدعوى لصحة الصلح وعليه فلا يحتاج إلى التوفيق اه .

أقول : إنما صح الصلح فى المسئلة التى استند إليها صدر الشريعة لأن الدعوى فيها يمكن تصحيحها بتعيين الحق المجهول وقت الصلح . على أن دعوى أن الصحيح عدم اشتراط صحة الدعوى مطلقا سواء أمكن تصحيح الدعوى أم لا ممنوع لما فى الفتاوى البزازية : والذى استقر عليه فتوى أئمة خوارزم أن الصلح عن دعوى فاسدة لا يمكن تصحيحها لايصح . والذى يمكن تصحيحها كما إذا ترك ذكر الحد أو غلط فى أحد الحدود يصح .

وفى مجمع الفتاوى : سئل شيخ الإسلام أبو الحسن عن الصلح عن الإنكار بعد دعوى فاسدة هل هو صحيح أم لا قال : لا ولابد أن تكون صحيحة اه . وقد ذكر بما ذكرنا أن قوله فلا يحتاج إلى التوفيق من عدم التوفيق ذكره الحموى — وحينئذ فلا بد من التوفيق فليحرر (قوله وحرر فى الأشباه) هذا التحرير غير محرر .ورده الرملى وغيره بما فى البزازية .

فليحفظ (وقيل اشتراط صحةالدعوى لصحة الصلح غير صحيح مطلقا) فيصح الصلح مع بطلان الدعوى كما اعتمده صدر الشريعة آخر الباب ، وأقره ابن الكمال وغيره فى باب الاستحقاق كما مر فراجعه .

(وصح الصلح عن دعوى حق الشرب

والذى استقر عليه فتوى أئمة خوارزم أن الصلح عن دعوى الخ وهذا ما ذكره المصنف ، وقد علمت أنه الذى اعتمده صدر الشريعة وغيره فكان عليه المعول (قوله فليحفظ) أقول : عبارة الأشباه الصلح عن إنكار بعد دعوى فاسدة فاسد كما فى القنية ، ولكن فى الهداية فى مسائل شتى من القضاء أن الصلح عن إنكار جائز بعد دعوى مجهول فليحفظ ، ويحمل على فسادها بسبب مناقضة المدعى لا لترك شرط المدعى كما ذكره وهو توفيق واجب فيقال إلا فى كذا ، والله تعالى أعلم اهـ .قال الحموى : وعليه لا يظهر لهذا الحمل فائدة ، لأن صاحب الهداية صرح بجواز الصلح فيها سواء كان فسادها بسبب المناقضة أو لترك شرط الدعوى ، فإذا صح الصلح مع فسادها بأى سبب كأن خالف ما فى القنية فتأمل . قال الرملى وغيره : ما حرره فى الأشباه غير محرر كما علمته آنفا (قوله وقيل اشتراط صحة الدعوى) تطويل من غير فائدة ،فلو قال وقيل يصح مطلقا لكان أوضح ، وقد علمت المفتى به (قوله كما اعتمده صدر الشريعة آخر الباب) قد علمت ما فيه من النظر وقد علمت عبارته وأن المتبادر أنه أراد الفاسدة بدليل التمثيل لأنه يمكن تصحيحها بتعيين الحق المجهول الخ

قال الرملى فى حاشيته على المنح بعد نقل عبارته أقول : هذا لا يوجب كون الدعوى الباطلة كالفاسدة إذ لا وجه لصحة الصلح عنها ؛ كالصلح عن دعوى حد أو ربا وحلوان الكاهن وأجرة النائحة والمغنية ، ودعوى الضمان على الراعى الخاص أو المشترك إذا قال أكلها السبع أو سرقت فصالحه رب الغنم على دراهم معلومة لا يجوز على قول أبى حنيفة كما فى الخانية ، فقول المصنف المتقدم فى كتابه معين المفتى كما قدمناه قريبا : الصحيح عدم اشتراط صحة الدعوى لصحة الصلح فيه نظر ، لأنه إن أراد بعدم الصحة ما يشمل الباطل فهو باطل ، وإن أراد به الفاسد فقد قدمه فتأمل اهـ .

وكذا ذكر فى حاشيته على الفصولين نقلا عن المصنف بعد ذكر عبارة صدر الشريعة قال ما نصه : فقد أفاد أن القول باشتراط صحة الدعوى لصحة الصلح ضعيف اهـ (قوله كما مر فراجعه) أى فى باب الاستحقاق عند قوله ولا رجوع فى دعوى حق مجهول من دار صولح على شىء معين واستحق بعضها لجواز دعواه فيما بقى ولو استحق كلها رد كل العوض لدخول المدعى فى المستحق .

واستفيد منه أى من جواب المسئلة أمران :

أحدهما : صحة الصلح عن مجهول على معلوم ، لأن جهالة الساقط لا تفضى إلى المنازعة .

والثانى : عدم اشتراط صحة الدعوى لصحته لجهالة المدعى به ، حتى لو برهن لم يقبل مالم يدع إقراره به اهـ .

والحاصل أن ما استدل به صدر الشريعة من أنه إذا ادعى حقا مجهولا فى دار فصولح على شىء يصح الصلح لا يفيد الإطلاق ، بل إنما صح الصلح فيه ، لأن الدعوى يمكن تصحيحها بتعيين الحق المجهول وقت الصلح ، ومع هذا فقد علمت المفتى به مما استقر عليه فتوى أئمة خوارزم من أن الصلح إذا كان عن دعوى فاسدة لا يمكن تصحيحها لا يصح ، وإن أمكن تصحيحها يصح ، هذا غاية ما حققه المحشون فاغتنمه (قوله وصح الصلح عن دعوى حق الشرب) والشرب وهو نصيب الماء ، وكذا مرور الماء فى أرض على ما يظهر ط أى فتسقط الدعوى ، ولا يلزم من صحة الصلح لزوم البدل ، لما تقدم من أن الصلح عن الشفعة يسقطها ولا يوجب البدل

وحق الشفعة وحق وضع الجذوع على الأصح) الأصل أنه متى توجهت اليمين نحو الشخص فى أى حق كان فافتدى اليمين بدراهم جاز حتى فى دعوى التعزير مجتبى ، بخلاف دعوى حد ونسب درر.

وكذلك عن دعوى حق الشرب ووضع جذوع فإنه دعوى حق لايجوز الاعتياض عنه إذ لا يجوز بيع الشرب ولا بيع حق وضع الجذوع (قوله وحق الشفعة) معطوف على حق الشرب أى يجوز الصلح عن دعوى حق الشفعة لدفع اليمين . أما الصلح عن حق الشفعة الثابت فلا يجوز ، لما مر أنه غير مال فلا يجوز الاعتياض عنه (قوله وحق وضع الجذوع على الأصح) لما علمت من أنه يجوز الصلح عما ذكر فى حق سقوط الدعوى ، ولا يلزم من صحة الصلح لزوم البدل ، لما مر أن الصلح عن الشفعة إلى آخر ما قدمناه قريبا .

قال الزيلعى : ولو كان لرجل ظلة أو كنيف على طريق العامة فخاصمه رجل على نقضه فصالحه على شىء كان الصلح باطلا ، لأن الحق فى طريق النافذ لجماعة المسلمين فلا يجوز أن يصالح واحد على الانفراد ، وبخلاف ما إذا صالح الإمام عنه على مال حيث يجوز لأن للإمام ولاية عامة : وله أن يتصرف فى مصالحهم ، فإذا رأى فى ذلك مصلحة ينفذ لأن الاعتياض من المشترك العام جائز من الإمام ، ولهذا لو باع شيئا من بيت المال صح بيعه ، وبخلاف ما إذا كان ذلك فى طريق غير نافذ فصالحه رجل من أهل الطريق حيث يجوز فى حقه ، لأن الطريق مملوكة لأهلها فيظهر فى حق الأفراد ، والصلح معه مفيد لأنه يسقط به حقه ثم يتوصل إلى تحصيل رضا الباقين فيجوز اه (قوله فى أى حق كان) ولو كان مما لايقبل الاعتياض عنه (قوله حتى فى دعوى التعزير) بأن ادعى أنه كفره أو ضلله أو رماه بسوء ونحوه حتى توجهت عليه اليمين فافتداها بدراهم فإنه يجوز على الأصح ، وهذا يدل على أنه يستحلف فى دعوى التعزير (قوله مجتبى) قال فيه بعد أن رمز سنج صالح عن دعوى حق الشرب وحق الشفعة أو حق وضع الجذوع ونحوه ، فقيل لايجوز افتداء اليمين لأنه لايجوز شراؤه قصدا والأصح أنه يجوز لأن الأصل أنه متى توجهت اليمين نحو الشخص بأى حق كان فافتدى اليمين بدراهم يجوز على الأصح .

قلت : وهذا يدل على أنه يستحلف فى دعوى التعزير . قال وكذلك إن صالحه من يمينه على عشرة أو من دعواه فهو كله جائز اه وهذا مناف لما قدمه أول الباب من أن شرط صحة الصلح كون المصالح عليه حقا يجوز الاعتياض عنه ، وما فى المجتبى أعم منه كما ترى ، ولعل التوفيق أن يقال إنه جائز فى حق المدعى عليه لدفع الخصومة عنه لا فى حق المدعى إذا كان حقا لايجوز الاعتياض عنه ، لأن ما يأخذه عوض عن حقه فى زعمه فلابد من إمكان الاعتياض عن حقه ، ولعله فى المجتبى يفرق بين الصلح عن الشفعة وعن دعوى الشفعة فلايصح فى الأول كما أطبقوا عليه من عدم لزوم البدل ووجوب رده بعد أخذه ويصح فى الثانى فليحرر (قوله بخلاف دعوى حد) أى لايصح الصلح عنها ، لما عرفت أن الصلح لايجوز فى حق الله تعالى ولو حد قذف ، ولا عن الإبراء منه منح .

قال فى الفوائد الزينية : لا يصح الصلح عن الحدود ، ولا يسقط به إلا حد القذف إلا إذا كان قبل المرافعة كما فى الخانية (قوله ونسب) كما إذا ادعت أن هذا ولده منها فصالحها لترك دعواها فالصلح باطل لأن الصلح إما إسقاط أو معاوضة والنسب لايحتملهما درر ، وأطلقه فشمل ما لو كانت الدعوى من المطلقة أنه ابن المطلق منها أو الدعوى من الابن أنه ابنه منها وجحد الرجل فصالح عن النسب على شىء فالصلح باطل فى كلتا الصورتين لما سبق أن النسب لا يقبل الاعتياض مطلقا ، وعليه إطلاق المصنف فى الدعوى وفى عدم احتمال النسب المعاوضة

(الصلح إن كان بمعنى المعاوضة بأن كان دينا بعين (ينتقض بنقضهما) أى بفسخ المتصالحين (وإن كان لابمعناها) أى المفاوضة بل بمعنى استيفاء البعض وإسقاط البعض (فلا) تصح إقالته ولا نقضه لأن الساقط لايعود قنية وصيرفية فليحفظ .

(ولو صالح عن دعوى دار على سكنى بيت منها أبدا أو صالح على دراهم إلى الحصاد أو صالح مع المودع بغير دعوى الهلاك لم يصح الصلح) فى الصور الثلاث سراجية .

هذا ، فظهر أن من أراد التخصيص بالصورة الأولى لم يصب كما لايخفى (قوله بأن كان دينا بعين) أى بدل الصلح دينا والمصالح عليه عينا أو عكسه فالباء للمقابلة والعوض ، وكذا بدين من غير جنسه كالدراهم عن الدنانير وعكسه كان ذلك معاوضة إن كان بإقرار ، وكذا بإنكار وسكوت فى حق المدعى ، والمعاوضة تصح الإقالة فيها فلذا ينتقض بنقضهما : أى لو فسخ ذلك الصلح المتصالحان انفسخ لجواز الإقالة فيه كما تقدم أول الكتاب ، وفى نسخة بدين عوضا عن قوله بعين ، ومثله فيما يظهر العين بالعين (قوله ينتقض بنقضهما) أى بفسخ المتصالحين أى لو فسخ ذلك فسخ ذلك الصلح المتصالحان انفسخ لجواز الإقالة فيه (قوله بل بمعنى الخ) وذلك الصلح عن الدين ببعضه فإنه أخذ لبعض حقه وإسقاط للباقى فلا ينتقض بنقضهما لأنه قد سقط والساقط لايعود (قوله قنية وصيرفية) الأولى الاختصار على العزو إلى القنية ، لأنه فى الصيرفية نقل الخلاف فى الصحة وعدمها مطلقا . وأما فى القنية فقد حكى القولين ثم وفق بينهما بما هنا بحثا منه ، فقال الصواب أن الصلح إن كان الخ .

وحاصله أن الصلح إن كان بمعنى المعاوضة ينتقض بنقضهما ، وإن كان بمعنى استيفاء البعض وإسقاط البعض لاينتقض بنقضهما .

أقول : والذى يظهر لى أن الصلح : إن تحصل من فسخه ثمرة وجدت البينة أو توسم الإقرار أو النكول يصح ، وقوله الساقط لايعود لايرد علينا لأن الساقط فى هذا الباب إنما هو قضاء لا ديانة ، فهو فى الحقيقة باق غير ساقط وإن لم تظهر ثمرة من الفسخ يفتى برواية عدم الصحة (قوله ولو صالح) العلة فيه ما تقدم فيما لو صالحه على بيت منها ، وقد تقدم أن فيها يصح الصلح ويجعل إبراء عن دعوى الباقى فى ظاهر الرواية فينبغى أن يكون هنا كذلك قاله الرحمتى ، لكن قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : قيد بالسكنى لأنه لو صالحه على بيت منها كان وجد عدم الصحة كونه جزءا من المدعى بناء على خلاف ظاهر الرواية الذى مشى عليه فى المتن سابقا ، وقيد بقوله أبدا ومثله حتى يموت كما فى الخانية لأنه لو بين المدة يصح لأنه صلح على منفعة فهو فى حكم الإجارة فلا بد من التوقيت كما مر ، وقد اشتبه الأمر على بعض المحشين اهـ (قوله إلى الحصاد) لأنه أجل مجهول فيؤدى إلى المنازعة ولأنه بيع معنى فيفسده جهالة الأجل (قوله أو صالح مع المودع بغير دعوى الهلاك) أى الدعوى من المودع لم يصح الصلح فى الصور الثلاثة :

أما الأولى : فلأنه صلح عن بعض ما يدعيه وقد تقدم أنه باطل .

وأما الثانية : فلأن الصلح بيع معنى كما ذكرنا . وهاتان المسئلتان من مسائل السراجية التى نقلها عنها صاحب المنية .

وأما الثالثة : فعلى أربعة أوجه :

الأول : ادعى صاحب المال الإيداع وجحد المودع ثم صالحه على شىء معلوم جاز الصلح فى قولهم لأن الصلح يبنى جوازه على زعم المدعى وفى زعمه أنه صار غاصبا بالجحود فيجوز الصلح معه .

قيد بعدم دعوى الهلاك لأنه لو ادعاه وصالحه قبل اليمين صح به يفتى خانية .

(ويصح) الصلح (بعد حلف المدعى عليه دفعا للنزاع) بإقامة البينة ، ولو برهن المدعى

الثانى : إذا ادعى صاحب المال الوديعة وطالبه بالرد فأقر المستودع بالوديعة وسكت ولم يقل شيئا وصاحب المال يدعى عليه الاستهلاك ثم صالحه على شيء معلوم جاز الصلح فى قولهم أيضا .

الثالث : ادعى الاستهلاك والآخر الرد أو الهلاك ثم صالحه جاز فى قول محمد وأبى يوسف الأول وعليه الفتوى . وأجمعوا على أنه لو صالح بعد حلف المستودع أنه رد أو هلك لا يجوز .

الرابع : إذا ادعى المودع الرد أو الهلاك وصاحب المال لا يصدقه فى ذلك ولا يكذبه بل سكت ذكر الكرخى أنه لا يجوز هذا الصلح فى قول أبى يوسف الأول ، ويجوز فى قول محمد . ولو ادعى صاحب المال الاستهلاك والمودع لم يصدقه فى ذلك ولم يكذبه فصالحه على شيء ذكرنا أنه يجوز هذا الصلح فى قولهم اهـ كما فى المنح ، فقد ظهر من هذا أن الصلح بغير دعوى الهلاك يصح كما سمعته ولم يذكر فيما إذا أقر بالوديعة وصالحه عليها ، والذى يقتضيه الفقه جوازه لأنه صلح عن مال بمال بإقرار تأمل (قوله قيد بعدم دعوى الهلاك) صادق بسكوته وبدعواه الرد ، وقد تقدم أنه يصح الصلح فيهما (قوله لأنه لو ادعاه) أى الهلاك والمالك يدعى أنه استهلكه (قوله وصالحه قبل اليمين) أما لو صالحه بعد حلف المستودع أنه هلك أو رد لا يجوز الصلح إجماعا . وفيه أن ذلك داخل فى مسألة المصنف المذكورة بعد وفيها خلاف كما ذكره المصنف (قوله خانية) هذا ما نقله فى المنح عنها لكن سقط من عبارته شيء اختل به المعنى فإنه قال فى الوجه الثالث جاز الصلح فى قول محمد وأبى يوسف الأول وعليه الفتوى :

والذى رأيته فى الخانية أن الفتوى على عدم الجواز .

وبقى خامسة ذكرها المقدسى ، وهى ادعى ربها الاستهلاك فسكت فصلحه جائز لكن هذا هو الثانى فى الخانية .

ثم اعلم أن كلام الماتن والشارح غير محرر لأن قوله بغير دعوى الهلاك شامل للجحود والسكوت ودعوى الرد هو الوجه الأول والثانى وأحد شقى الثالث والرابع ، وقد علمت أنه فى الأول والثانى جائز اتفاقا وكذا فى أحد شقى الثالث والرابع على الراجح . والصواب أن يقول بعد دعوى الرد أو الهلاك بإسقاط غير والتعبير ببعد وزيادة الرد فيدخل فيه الوجه الثالث بناء على المفتى به . الوجه الرابع بناء على قول أبى يوسف وهو المعتمد لتقديم صاحب الخانية إياه كما هو عادته ، وقوله لأنه لو ادعاه أى الهلاك شامل لما إذا ادعى المالك الاستهلاك وهو أحد شقى الوجه الثالث أو سكت وهو أحد شقى الرابع وعلمت ترجيح الجواز فيهما ، فقوله صح به يفتى فى غير محله ، وقوله وصالحه قبل اليمين هذا وارد على إطلاق المتن أيضا ، ورأيت عبارة الأشباه نحو ماذكرنا. ونصها : الصلح عقد يرفع النزاع ولا يصح مع المودع بعد دعوى الهلاك إذ لا نزاع . ثم رأيت عبارة متن المجمع مثل ما قلته . ونصها : وجاز صلح الأجير الخاص والمودع بعد دعوى الهلاك أو الرد، ولله الحمد ، أفاده سيدى الوالد رحمه الله تعالى (قوله ويصح الصلح الخ) أى لو ادعى مالا فأنكر وحلف ثم ادعاه عند قاض آخر فأنكر فصولح صح ولا ارتباط لهذه بمسألة الوديعة (قوله دفعا للنزاع) علة لقوله يصح ، وقوله بإقامة البينة متعلق بالنزاع يعنى أن الصلح عن الإنكار يكون افتداء لليمين وقطعا للنزاع وبعد الحلف يصح للاحتياج إلى قطع النزاع ، فإن المدعى يمكنه بعد اليمين أن يأتى بالبينة فلم يكن اليمين قاطعا للنزاع بل القاطع له الصلح ،

بعده على أصل الدعوى لم تقبل إلا فى الوصى عن مال اليتيم على إنكار إذا صالح على بعضه ثم وجد البينة فإنها تقبل ولو بلغ الصبى فأقامها تقبل ، ولو طلب يمينه لايحلف أشباه (وقيل لا) جزم بالأول فى الأشباه ، وبالثانى فى السراجية ، وحكاهما فى القنية مقدما للأول .

(طلب الصلح والإبراء عن الدعوى لا يكون إقرارا) بالدعوى عند المتقدمين ، وخالفهم المتأخرون ،

والذا قال ولو برهن المدعى بعده على أصل الدعوى لم تقبل لأن بالصلح قد أبرأه عن الدعوى فسقط توجهها عليه والساقط لا يعود (قوله بعده) أى بعد الصلح أى وإن لم يكن هناك حلف (قوله إلا فى الوصى) ومثله الأب (قوله عن مال اليتيم) أى إذا صالح عن مال اليتيم ، وقوله إذا صالح على بعضه بدل من هذا المقدر ط . ويمكن أن تكون عن بمعنى فى : أى فى ماله إذا صالح عن إنكار على بعضه ، فعن بمعنى فى ، وقوله على إنكار على بمعنى عن متعلق بصالح أى ولم يكن هناك بينة . أما إذا كان الخصم مقرا بدين اليتيم أو كان عليه بينة فالذى يؤخذ من المفهوم أنه لايجوز الصلح على البعض لعدم المصلحة لليتيم وصرح بذلك فى أدب الأوصياء (قوله فإنها تقبل) لأنه إنما يتصرف له بحسب المصلحة فيجوز صلحه عند عدم البينة فإذا وجدت البينة تبين أن لا مصلحة فى هذا الصلح وأنه باطل فتقبل البينة ، وصرح فى البزازية بأن البينة لو موجودة عند الصلح وفيه غبن لايصح الصلح اهـ وهو مستفاد أيضا من كلام الشارح (قوله ولو بلغ الصبى فأقامها تقبل) يعنى إذا ادعى وصى أو أب على رجل ألفا لليتيم ولا بينة له وصالح بخمسمائة عن ألف عن إنكار ثم وجد بينة عادلة فله أن يقيمها على الألف سواء فى ذلك الأب أو الوصى أو اليتيم بعد بلوغه .

قال فى القنية : وفائدة قوله فى الكتاب إذا لم يكن للأب أو الوصى بينة على ما يدعى للصبى فصالح بأقل منه يجوز أن تمتنع دعواها ' الحال ودعوى الصبى بعد البلوغ فى حق الاستحلاف فليس لهم أن يحلفوه وإنما لهم إقامة البينة كما فى حاشية الأشباه (قوله ولو طلب) بالبناء للمجهول أى لو طلب الوصى بعد الصلح يمين المدعى عليه أو طلبه اليتيم بعد بلوغه كما فى حواشى الأشباه (قوله وقيل لا) أى لايصح الصلح بعد حلف المدعى عليه لأن اليمين بدل عن المدعى فإذا حلف فقد استوفى البدل فلا يصح ، وقدمناه عن القنية قريبا (قوله جزم بالأول فى الأشباه) هو رواية محمد عن الإمام (قوله وبالثانى فى السراجية) وهو قولهما ، وهو الصحيح كما فى معين المفتى ، وكذا جزم به فى البحر . قال الحموى : وما مشى عليه فى الأشباه رواية محمد عن أبى حنيفة ، وما مشى عليه فى البحر قولهما وهو الصحيح انتهى ، وجعله نظير الصلح مع المودع بعد دعوى الاستهلاك أى فإنه لايصح . قال المصنف فى منحه : وبالأول جزم ابن نجيم فى الفوائد الزينية ولم يعزه إلى كتاب معروف . وقيل لايصح ذكره صاحب السراجية ولم يحك به خلافا انتهى ، إنما ذكر الخلاف فى القنية كما يأتى بعده قريبا (قوله وحكاهما فى القنية) فقال : ادعى عليه مالا فأنكر وحلف ثم ادعاه عند آخر فأنكر فصولح لايصح ، وقيل يصح وروى عن الإمام . ووجه القول بعدم الصحة أن اليمين بدل المدعى فإذا حلفه فقد استوفى البدل فلا يصح انتهى (قوله مقدما للأول) صوابه للثانى على ما نقله الحموى وعلى ما سمعت من عبارته (قوله طلب الصلح والإبراء) الواو هنا وفيما يأتى بمعنى أو ، ومثلهما طلب تأخير الدعوى كما فى الخلاصة (قوله لا يكون إقرارا بالدعوى) أى بالمدعى به كذا فى البزازية فى بحث الاستثناء من كتاب الإقرار .

وفى الخلاصة : لو قال أخرها عنى أو صالحنى فإقرار ، ولو قال أبرئنى عن هذه الدعوى أو صالحنى عن هذه الدعوى لا يكون إقرارا ، وكذا فى دعوى الدار انتهى .

والأول أصح بزازية (بخلاف طلب الصلح) عن المال (والإبراء عن المال فإنه) إقرار أشباه .
(صالح عن عيب) أو دين وظهر عدمه (أو زوال) العيب (بطل الصلح) ويردّ ما أخذه أشباه درر.

فصل فى دعوى الدين

وفى البزازية : إذا صالحه من حقه فقد أقر بالحق ، والقول فى بيان الحق له لأنه المجمل ، وإن صالحه من دعوى الحق لم يكن إقرارا انتهى .

ووجهه أن الصلح عن الدعوى أو الإبراء عنها المقصود منه قطع النزاع فلايفيد ثبوت الحق ، بخلاف طلب الصلح أو الإبراء عن الحق فإنه يقتضى ثبوته ، وحينئذ يلزمه المدعى به (قوله والأول أصح بزازية) قال الشيخ أبو الطيب : عزو الشارح إلى البزازية فيه ما فيه ، لأن هذه المسألة بتمامها ليست فيها وإنما فيها دعوى البراءة الخ . وأماما فى الصرفية فهو الموافق لما فى المتن ، وليس من عادة البزازية أن تنقل عن الصيرفية فليتأمل اه (قوله عن عيب) أىّ عيب كان بياضا فى العين أو حبلا أو تزوجا (قوله وظهر عدمه) أى العيب أو الدين ، بأن ظهر أن لا دين عليه أصلا ، أو أنه على غيره .

وعبارة الغرر كهذا المتن : صالح عن عيب فظهر عدمه أو زال بطل الصلح ، فلو قال الشارح بعد قوله فظهر عدمه أو عن دين فظهر كذلك كان أوضح لأن عبارته هذه ظاهرة فى أن ضمير عدمه للدين وضمير زال للعيب والحال أنهما للعيب .

وصورة العيب على ما فى الدرر عن العمادية : ادعى عيبافى جارية اشتراها فأنكر البائع فاصطلحا على مال على أن يبرئ المشترى البائع من ذلك العيب ثم ظهر أنه لم يكن بها عيب أو كان ولكنه قد زال فللبائع أن يسترد بدل الصلح اه .

وقال فى المنح عن السراجية : اشترى حيوانا فوجد بعينه بياضا فصالحه منه على دراهم ثم ذهب البياض بطل الصلح اه .

وفى البدائع : ولو صالحه من العيب ثم زال العيب بأن كان بياضا فى عين العبد فانجلى بطل الصلح اه . قاله أبو الطيب .

أقول : وفى المنح فزوع نفيسة فراجعها إن شئت (قوله أو زال العيب الخ) عزاه فى الدرر إلى العمادية لكن فى منية المفتى ما يناقضه . وعبارتها : اشترى حيوانا فوجد فى عينه بياضا فصالحه على دراهم ثم ذهب البياض يصح الصلح اه لكن ما نقله الشارح ذكره من نقلنا عنهم كما سمعت .

وذكره مؤيد زاده عن الخزانة ونصها : ادعى المشترى العيب وأنكر البائع فاصطلحا على أن يرد البائع شيئا من الثمن ثم يبين أنه لم يكن بالمبيع عيب كان على البائع أن يسترد ما أدى ، كما لو كان العيب متحققا ثم زال بعد الصلح .

وعلى هذا لو ادعى على إنسان حقا أو مالا ثم صالحه على مال فتبين أنه لم يكن عليه ذلك المال أو ذلك الحق أى إن لم يكن ثابتا كان للمدعى عليه حق استرداد كل المال اه ، والله تعالى أعلم ، وأستغفر الله العظيم .

فصل فى دعوى الدين

وهو الذى يثبت فى الذمة عينى . والأولى أن يقول : فصل فى الصلح عن دعوى الدين ويقال مثله فى العبارة الآتية للمصنف .

(الصلح الواقع على بعض جنس ماله عليه) من دين أو غصب (أخذ لبعض حقه وحط لباقيه لامعاوضة) للربا، وحينئذ (فصح الصلح بلا اشتراط قبض بدله عن ألف حال على مائة حالة أو على ألف مؤجل وعن

قال الحموى: لما ذكر الصلح مطلقا فى عموم الدعاوى ذكر الصلح فى الدين لأنه صلح مقيد والمقيد بعد المطلق اه لأن ما ذكره فى هذا الباب حكم الخاص وهو دعوى الدين لأن الخصوص أبدا يكون بعد العموم، والأصل أنه متى كان المصالح عليه أدون من حقه قدرا ووصفا أو فى أحدهما فهو إسقاط للبعض وأخذ للباقى، وإن كان أزيد منه بأن دخل فيه مالم يستحق من وصف أو ما هو فى معناه كتعجيل مؤجل فمعاوضة (قوله الصلح الواقع الخ) أطلق الصلح ولكن المراد كونه على أقل مما عليه من الدين كما هو ظاهر العادة، فتخرج منه صورة التساوى إذ هى استيفاء وقبض عين حقه، وصورة كون المصالح عليه زيادة من الدين فيكون ربا وحراما وكلاهما ليسا بصلح، وأشار بالصلح إلى أنه لو باع ما فى ذمته من الألف بخمسمائة مثلا لم يجز صرح به فى الظهيرية وسيأتى تمامه (قوله من دين) يشمل بدل القرض وثمن المبيع وضمان المتلف وبدل المغصوب وكل ما لزم فى الذمة وقيد فى البعض ليفيد أنه لايجوز على الأكثر، وأنه يشترط معرفة قدره، لكن قال فى غاية البيان عن شرح الكافى: ولو كان لرجل على رجل دراهم لايعرفان وزنها فصالحه منها على ثوب أو غيره فهو جائز لأن جهالة المصالح عنه لا تمنع مع صحة الصلح، وإن صالحه على دراهم فهو فاسد فى القياس لأنه يحتمل أن بدل الصلح أكثر منه، ولكنى أستحسن أن أجيزه لأن الظاهر أنه كان أقل مما عليه لأن مبنى الصلح على الحط والإغماض فكان تقديرهما بدل الصلح بشىء دلالة ظاهرة على أنهما عرفاه أقل ممـــا عليه وإن كان لا يعرفان قدر ما عليه فى نفسه اه.

أقول: لكن فى قوله أستحسن أن أجيزه الخ شبهة الربا كما علمت وهى محرمة أيضا، فالظاهر اعتماد ما فى الشرح تأمل (قوله أو غصب) أى غصب قيمى أو مثلى أو غصب منه أحد النقدين وهو باق فى يده معترفا ببقائه فصالحه على بعض مقدار من جنسه (قوله أخذ) خبر مبتدإ (قوله وحط لباقيه) لأن تصرف العاقل البالغ يصح ما أمكن، ولا يمكن تصحيحه معاوضة لما فيه من الربا، وقد أمكن الإسقاط فيحمل عليه فلو قال المدعى للمدعى عليه المنكر صالحتك على مائة من ألف عليك كان أخذا للمائة وإبراء عن تسعمائة وهذا قضاء لا ديانة إلا إذا زاد أبرأتك قهستانى، وقدمنا مثله معزيا للخانية (قوله للربا) أى لايجعل معاوضة لما يلزم عليه من الربا ولا يصح، وتصرف العاقل يحمل على الصحة ما أمكن كما ذكرنا فيجعل حطا (قوله وحينئذ) أى حين إذ كان ما ذكر أخذ البعض الحق وإسقاطا لباقيه لا معاوضة (قوله فصح الصلح) أى عن ألف على مائة، أطلق الصلح فشمل كون المدعى عليه مقرا أو منكرا أو ساكتا، والمراد بالألف ثمن مبيع كما هو مقتضى عقد المداينة، وقيد بالألف والمائة بكونهما حالتين احترازا عما إذا كانت الألف مؤجلة والمائة حالة كما سيذكره بعد، وسنذكر أن هذا فيما إذا شرط ذلك (قوله بلا اشتراط قبض بدله) أى الصورى وهو ما وقع عليه الصلح وإلا فليس هناك بدل بل هو أخذ لبعض الحق، وهذا إنما يظهر فى غير المغصوب، أما هو مع الاعتراف ببقائه فليس مادفعه عين حقه إلا أن يجعل عينه حكما، وذلك إنما هو فى العقود والفسوخ لا فى الغصب فليحرر، ولعله أراد بالغصب بدله بعد هلاكه (قوله على مائة حالة) ويكون الصلح إسقاطا لبعض الحق فقط (قوله أو على ألف مؤجل) ويحمل على إسقاط وصف الحلول (قوله عن ألف جياد على مائة زيوف) هذا شامل لما إذا كان بدل الصلح مؤجلا أو حالا لأنه يصح كما ذكره بخلاف ما إذا كان له ألف زيوف وصالحه

ألف جياد على مائة زيوف ، ولا يصح عن دراهم على دنانير مؤجلة) لعدم الجنس فكان صرفا فلم يجز نسيئة (أو عن ألف مؤجل على نصفه حالا) إلا فى صلح المولى مكاتبه فيجوز زيلعى (أو عن ألف سود على نصفه بيضا) والأصل

على خمسمائة جياد حيث لايجوز لعدم استحقاق الجياد فيكون معاوضة ضرورة كما فى التبيين ، وحينئذ فيكون قد أسقط حقه فى الكم والكيف فأسقط من الكم تسعمائة ومن الكيف صفة الجودة ، وكذا لو كانت المائة مؤجلة يصح أيضا لأنه قد أسقط فيها أيضا وصف الحلول ، وإنما جاز هذا لأن من استحق الجياد استحق الزيوف ، وهذا لو تجوز به فى الصرف والسلم جاز ، ولولم يستحقه بالعقد لما جاز لأن المبادلة برأس مال السلم وبدل الصرف لا تجوز بخلاف ما إذا كان له ألف زيوف وصالحه على خمسمائة جياد حيث لايجوز لعدم استحقاق الجياد فيكون معاوضة ضرورة أى لأنه لا يمكن حمله على أنه استوفى بعض حقه ، وأسقط الباقى لأنه لا يستحق الجياد فلا يجوز التفاضل فيها لأن جيدها ورديئها سواء كما فى الشرنبلالية (قوله لعدم الجنس) فكان معاوضة ، ولو كان من الجنس لكان أخذ البعض الحق فيجوز مؤجلا (قوله فكان صرفا) أى بدلا عنه ، والاستبدال بالأثمان بعضها عن بعض صرف فيشترط فيه التقابض (قوله فلم يجز نسيئة) أى ولا حالا بدون القبض لاشتراطه فى الصرف كما علم فى بابه (قوله أو عن ألف مؤجل على نصفه حالا) لأن المعجل غير مستحق بعقد المداينة إذ المستحق به هو المؤجل والمعجل خير منه ، فقد وقع الصلح على مالم يكن مستحقا بعقد المداينة فصار معاوضة والأجل كان حق المديون وقد تركه بإزاء ماحطه عنه من الدين فكان اعتياضا عن الأجل وهو حرام ، ألا يرى أن ربا النسيئة حرم لشبهة مبادلة المال بالأجل فلأن يحرم حقيقة أولى اهـ درر (قوله إلا فى صلح المولى مكاتبه) يعنى إذا صالح المولى مكاتبه على ألف مؤجلة على خمسمائة حالة فإنه يجوز لأن معنى الإرفاق فيما بينهما أظهر من معنى المعاوضة فلا يكون هذا مقابلة الأجل ببعض المال ولكنه إرفاق من المولى بحط بعض البدل وهو مندوب إليه فى الشرع ، ومساهلة من المكاتب فيما بقى قبل حلول الأجل لتوصل به إلى شرف الحرية ، وهو أيضا مندوب إليه فى الشرع ذكره الزيلعى .

وذكر فى شرح الكافى للإسبيجابى جواز هذا الصلح مطلقا على قياس قول أبى يوسف لأنه إحسان من المديون فى القضاء بالتعجيل وإحسان من صاحب الدين فى الاقتضاء بحط بعض حقه ، وحسن هذا إذا لم يكن مشروطا فى الآخر ، وأما إذا شرط أحدهما فى مقابلة الآخر فدخل فى الصلح معاوضة فاسدة فيكون فاسدا وهكذا فى غاية البيان (قوله أو عن ألف سود على نصفه بيضا) لأن البيض غير مستحقة بعقد المداينة ، لأن من له السود لا يستحق البيض فقد صالح على ما لا يستحق بعقد المعاوضة فكان معاوضة الألف بخمسمائة وزيادة وصف الجودة فكان ربا منح ، بخلاف ما لو صالح على قدر الدين وهو أجود لأنه معاوضة المثل بالمثل ، ولا معتبر بالجودة لأنها ساقطة الاعتبار فى الأموال الربوية إلا أنه يشترط القبض فى المجلس لأنه صرف الأصل أنه متى كان الذى وقع عليه الصلح دون الحق قدرا أو وصفا أو وقتا فهو إسقاط للبعض واستيفاء للباقى لأنه استوفى دون حقه ، وإن كان أزيد منه بأن دخل فيه ما لايستحق من وصف أو تعجيل مؤجل أو كان خلاف جنسه فهو معاوضة لتعذر جعله استيفاء فى غير المستحق فيشترط فيه شروط المعاوضة كما فى الشمنى .

أقول : وشرطها عند اتحاد الجنس المساواة ، فمن له دراهم سود لايستحق البيض فيكون أخذها بطريق المعاوضة ولم توجد ، حتى لو صالحه على ألف حالة عن الألف المؤجلة أو صالحه على ألف بيض عن الألف

أن الإحسان إن وجد من الدائن فإسقاط ، وإن منهما فمعاوضة .

(قال) لغريمه (أد إلىّ خمسمائة غدا من ألف لى عليك على أنك برئ من) النصف (الباقى فقبل) وأدى فيه برىء ، وإن لم يؤد ذلك فى الغد (عاد دينه) كما كان لفوات التقييد بالشرط .

ووجوهها خمسة : أحدها هذا (و) الثانى (إن لم يوقت) بالغد (لم يعد) لأنه إبراء مطلق . والثالث (وكذا لو صالحه من دينه على نصفه يدفعه إليه غدا وهو برئ مما فضل على أنه إن لم يدفعه غدا فالكل عليه كان الأمر) كالوجه الأول (كما قال) لأنه صرح بالتقييد والرابع (فإن أبرأه عن نصفه على أن يعطيه ما بقى غدا فهو برىء أدى الباقى) فى الغد (أولا) لبداءته بالإبراء بالأداء (و) الخامس (لو علق بصريح الشرط

السود جاز بشرط قبضه فى المجلس لوجود المساواة فى القدر وهو المعتبر فى الصرف دون المساواة فى الصفة ، ولو كان عليه ألف فصالحه على طعام موصوف فى الذمة مؤجل لم يجز لأنه يكون افتراقا عن دين بدين ، ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم جاز سواء كانت حالة أو مؤجلة لأنه يجعل إسقاطا للدنانير كلها وللدراهم إلا مائة وتأجيلا للمائة التى بقيت ، ولا يحمل على المعاوضة لأن فيه فسادا كما فى العينى .

أقول : ويظهر مما قدمناه قريبا عن شرح الإسبيجابى أن المديون لو أعطى الدائن خمسمائة بيضا فأسقط الدائن الألف السود من ذمته وأسقط هو البيض من ذمة الآخر لابشرط المقابلة ينبغى أن يصح ولكنه لا يسمى ذلك صلحا كما لايخفى (قوله أن الإحسان إن وجد من الدائن) بأن صالح على شيء هو أدون من حقه قدرا أو وصفا أو وقتا (قوله وإن منهما) أى من الدائن والمدين ، بأن دخل فى الصلح ما لايستحقه الدائن من وصف كالبيض بدل السود أو ما هو فى معنى الوصف كتعجيل المؤجل أو عن جنس بخلاف جنسه (قوله فمعاوضة) أى ويجرى فيه حكمها . فإن تحقق الربا أو شبهته فسدت وإلا صحت (قوله عاد دينه) عندهما . وعند أبى يوسف يبرأ (قوله لفوات التقييد بالشرط) أى من حيث المعنى ، فكأنه قيد البراءة من النصف بأداء خمسمائة فى الغد ، فإذا لم يؤد لا يبرأ لعدم تحقق الشرط .

والحاصل أن كلمة على وإن كانت للعوض لكنها قد تكون بمعنى الشرط ، وقد تعذر العمل بمعنى المعاوضة فتحمل على الشرط تصحيحا لتصرفه كما فى الدرر (قوله والثانى إن لم يوقت بالغد) أى لم يذكر لفظ غد بل قال ادفع إلىّ خمسمائة على أنه برئ من الباقى لم يعد دينه لعدم الأداء ويبرأ مطلقا أدى الخمسمائة فى الغد أو لم يؤدّ لأن البراءة قد حصلت بالإطلاق وإلا فلا تتغير بما يوجب الشك فى آخره منح (قوله لم يعد) أى الدين مطلقا أدى أو لم يؤد (قوله لأنه إبراء مطلق) لأنه لما لم يوقت للأداء وقتا لم يكن الأداء غرضا صحيحا لأنه واجب على الغريم فى كل زمان فلم يتقيد بما حمل على المعاوضة وهو لايصلح عوضا . والظاهر أن الإبراء مقيد بأدائه ولو فى آخر جزء من أجزاء حياته ، حتى إذا مات ولم يؤد يؤخذ كل الدين من تركته لأن التعليق بالأداء موجود معنى . بخلاف الوجه الرابع فإنه يبرأ مطلقا لبداءته بالإبراء (قوله كالوجه الأول) خبر أول ، وقوله كما قال خبر ثان (قوله لبداءته بالإبراء لا بالأداء) قال فى الدرر : لأنه أطلق الإبراء وأداء خمسمائة لايصلح عوضا ويصلح شرطا مع الشك فى تقييده بالشرط فلا يتقيد بالشك ، بخلاف ما إذا بدأ بأداء خمسمائة لأن الإبراء حصل مقرونا به ، فمن حيث أنه لايصلح عوضا يقع مطلقا ، ومن حيث أنه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الإطلاق بالشك فافترقا اهـ (قوله بصريح الشرط) قال القهستانى : وفيه إشعار بأنه لو قدم الجزاء صح .

كإن أديت إلىّ) كذا أو إذا أو متى (لا يصح) الإبراء لما تقرر أن تعليقه بالشرط صريحا باطل لأنه تمليك من وجه .

(وإن قال) المديون (لآخر سرا لا أقر لك بمالك حتى تؤخره عني أو تحط) عني (ففعل) الدائن التأخير أو الحط (صح) لأنه ليس بمكره عليه .

فى الظهيرية : لو قال حططت عنك النصف إن نقدت إلىّ نصفا فإنه حط عندهم وإن لم ينقده (قوله كإن أديت إلىّ كذا) الخطاب للغريم ، ومثله الكفيل كما صرح به الإسبيجابى فى شرح الكافى وقضيخان فى شرح الجامع .

قال فى غاية البيان : وفيه نوع إشكال لأن إبراء الكفيل إسقاط محض ولهذا لايرتد برده فينبغى أن يصح تعليقه بالشرط إلا أنه كابراء الأصيل من حيث أنه لايحلف به كما يحلف بالطلاق فيصح تعليقه بشرط متعارف لاغير المتعارف ، ولذا قلنا إذا كفل بمال عن رجل وكفل بنفسه أيضا على أنه إن وافى بنفسه غدا فهو برىء عن الكفالة بالمال فوافى بنفسه برىء عن المال لأنه تعليق بشرط متعارف فصح اه (قوله لما تقرر الخ) قال فى المنح : إنما لايصح لأن الإبراء المعلق تعليقا صريحا لايصح لأن الإبراء فيه معنى التمليك ومعنى الإسقاط فالإسقاط لاينافى تعليقه بالشرط والتمليك ينافيه فراعينا المعنيين ، وقلنا إن كان التعليق صريحا لايصح وإن لم يكن صريحا يصح اه (قوله لأنه تمليك من وجه) بدليل أنه لايرتد بالرد والتمليكات لا تحتمل التعليق بالشرط وهو إسقاط أيضا بدليل أنه لايتوقف على القبول والإسقاط يحتمل ذلك ، فلمعنى التمليك فيها قلنا إذا صرح بالتعليق بالشرط لم يصح ، ولمعنى الإسقاط(١) إذا لم يصرح بالتعليق بالشرط بتقييد كذا فى الكافى (قوله وإن قال المديون لآخر سرا الخ) هذا القيد أهمله فى الكنز ولم ينبه عليه شارحه الزيلعى ، ونبه عليه ملا مسكين وصاحب الدرر وملتقى الأبحر والهداية ، وعبارته بعد ذكر المسئلة مطلقة . ومعنى المسئلة : إذا قال ذلك سرا ، أما إذا قال علانية يؤخذ به لأن قوله لا أقر بمالك الخ يتضمن الإقرار به حيث أضافه إليه بقوله مالك أو لأنه تعليق الإقرار بالشرط فيلزم فى الحال ، ولذا قيدبه ملا مسكين فى عبارة الكنز حيث لم تتقيد بقوله سرا كما علمت ، وقد عزاه هنا وفى البحر إلى المجتبى ولكن النظر إلى العلة التى ذكرها الزيلعى وغيره وهى كونه ليس بمكره لتمكنه من إقامة البينة أو التحليف فينكل ، وهو نظير الصلح مع الإنكار لأن كل واحد منهما لاينافى الطوع ، والاختيار فى تصرفه أقصى ما فى الباب أنه مضطر لكن الاضطرار لايمنع من نفوذ تصرفه كبيع ماله بالطعام عند المخمصة يوجب التسوية بين الحالتين فتأمل ذكره الرملى .

أقول : معنى الأخذ : أى بإقراره وهو قوله بمالك والمال مجهول فيؤمر ببيانه ولا يلزمه ما ادعاه المدعى لعدم إقراره به تأمل (قوله بمالك) بفتح اللام وكسرها حموى (قوله صح) أى فليس له المطالبة فى الحال بعد التأخير ولا فى المحطوط كما فى المنح (قوله لأنه ليس بمكره) لأنه لو شاء لم يفعل ذلك إلى أن يجد البينة أو يحلف الآخر فينكل عن اليمين إتقانى ، وقوله وليس بمكره على صيغة اسم المفعول ، إذ يمكنه أن يبرهن أو يحلفه فينكل عن اليمين ففعله بلا شروع إلى أحدهما كان رضا بذلك فنفذ فيكون كصلح عن إنكار ، ومن ذلك ذكرت هذه المسئلة هنا ، هذا هو الموافق لما فى غاية البيان وشرح المقدسى ، وما فى الكفاية يقتضى كون الضمير المنصوب عائد إلى المديون وأن يكون مكره على صيغة اسم الفاعل كما فسر به البعض هنا ، والأول هو المتبادر كما لايخفى (قوله عليه) جعل لفظ عليه صلة لمكره وهو خلاف ما فى العينى والدرر . قال العينى

---

(١) (قوله ولمعنى الإسقاط الخ) هكذا بالأصل ، ولعله (ولا لمعنى الإسقاط) قلنا : إذ لم يصرح بالتعليق بالشرط يصح فليحرر .

(ولو أعلن ما قاله سرا أخذ منه الكل للحال) ولو ادعى ألفا وجحد فقال أقرر لى بها على أن أحط منها مائة جاز ؛ بخلاف على أن أعطيك مائة لأنه رشوة . ولو قال إن أقررت لى حططت لك منها مائة فأقر صح الإقرار لا الحط مجتبى :

(الدين المشترك) بسبب متحد كثمن مبيع بيع صفقة واحدة

عند قول الكنز صح : أى هذا الفعل عليه : أى على الدائن ، يعنى إن أخره يتأخر ، وإن حط عنه بعضه ينحط لأن المديون ليس بمكره اهـ ، ومثله فى الدرر إلا أنه قال صح : أى التأخير والحط لأنه ليس بمكره عليه أى على الدائن فوصل عليه بمكره فتوهم الشارح أنه متعلق به ، وليس الأمر كذلك لأن لفظ عليه من المتن فى الكنز والدرر . ويحتمل أنها هنا كذلك إلا أن الناسخ سوّدها وحينئذ فالعبارة صح عليه : أى نفذ عليه التأخير أو الحط لأنه ليس بمكره . وضمير عليه أى على الدائن حتى إنه بعد التأخير لايتمكن من مطالبته فى الحال ، وفى الحط لايتمكن من مطالبته ما حطه أبدا (قوله ولو أعلن ما قاله سرا) يعنى أنه تكلم به أولا بين الناس ؛ وليس المراد أنه بعد أن اتفقا على الحط أو التأخير أعلن فإنه لاينقض الصلح ، والمراد أن الدائن سكت : إذ لوحط فى الإعلان أو أقر صح بل هو أولى من حالة السر ط .

أقول : وظاهر كلام المصنف يوهم أنه بعد ما أخر أو حط عنه كما فهمته مما قدمناه مع أنه ليس كذلك ، فلو قال ولو أعلن بقوله لا أقر لك حتى تؤخره عنى أو تحط يكون إقرارا فيؤخذ للحال كله إن لم يؤخر أو يحط قال المولى عبد الحليم : وقوله ولو أعلن : أى المديون ، وقوله ما قاله سرا أشار به إلى أن مفعوله محذوف وهو قوله لا أقر لك بمالك الخ (قوله أخذ الكل منه للحال) أى تمكن من أخذ الكل بلا تأخير إن أخر ولا حط إن حط . قال ط : لعل هذا إذا لم يؤخره الطالب ولم يحط ، أما لو فعل ذلك صح لعدم إكراهه اهـ (قوله فقال أقرر) بهمزة قطع مفتوحة من أقر (قوله جاز) أى الحط لأنه ليس من تعليق الإبراء صريحا بل معنى ، وقد سبق جوازه (قوله بخلاف على أن أعطيك مائة) فإذا أقر صح الإقرار ، ولا يلزم الدائن شيء (قوله لا الحط) لأن الحط إبراء وهو معلق بصريح الشرط فلا يصح كما تقدم حلبى . والأولى أن يقول لأنه وعد معلق بالشرط لايجب الوفاء به شرعا (قوله الدين المشترك بسبب متحد) شامل لما إذا اشتركا فى المبيع بأن كان عينا واحدة أولم يشتركا بأن كانا عينين لكل عين بيعتا صفقة واحدة بلا تفصيل ثمن اهـ شرنبلالية (قوله كثمن مبيع بيع صفقة واحدة) بأن كان لكل واحد منهما عين على حدة أوكان لهما عين واحدة مشتركة بينهما وباعا الكل صفقة واحدة من غير تفصيل ثمن نصيب كل واحد منهما زيلعى .

واحترز بالصفقة الواحدة عن الصفقتين ، حتى لو كان عبد بين رجلين باع أحدهما نصيبه من رجل بخمسمائة درهم وباع الآخر نصيبه من ذلك الرجل بخمسمائة درهم وكتبا عليه صكا واحدا بألف وقبض أحدهما منه شيئا لم يكن للآخر أن يشاركه لأنه لا شركة لهما فى الدين . لأن كل دين وجب بسبب على حدة عزمية ، وإنما تتحد الصفقة إذا اتحد اللفظ وقدر الثمن ووصفه . كأن قالا بعناك هذا العبد بألف لكل خمسمائة فقبل كان صفقة واحدة . أما لو باع أحدهما بخمسمائة ثم الآخر بخمسمائة أو باعاه بألف على أن لأحدهما خمسمائة بيضا وللآخر سودا أو لأحدهما ستمائة وللآخر أربعمائة فذلك كله صفقتان فلا يشارك أحدهما الآخر فيما قبض كما يفهم ذلك من المنح ، وقيد بالدين المشترك لأنه لوكان الصلح عن عين مشتركة يختص المصالح ببدل الصلح ، وليس لشريكه أن يشاركه فيه لكونه معاوضة من وجه لأن المصالح عنه مال حقيقة . بخلاف الدين زيلعى ، فليحفظ فإنه كثير الوقوع .

أو دين موروث أو قيمة مستهلك مشترك (إذا قبض أحدهما شيئا منه شاركه الآخر فيه) إن شاء أو اتبع الغريم كما يأتي، وحينئذ (فلو صالح أحدهما عن نصيبه على ثوب) أى على خلاف جنس الدين

وفى الخانية: رجلان ادعيا أرضا أو دارا فى يد رجل وقالا هى لنا ورثناها من أبينا فجحد الذى هى فى يده فصالحه أحدهما عن حصته على مائة درهم فأراد الابن الآخر أن يشاركه فى المائة لم يكن له أن يشاركه لأن الصلح معاوضة فى زعم المدعى فداء يمين فى زعم المدعى عليه، فهو معاوضة من وجه استيفاء من وجه فلا يثبت للشريك حق الشركة بالشك. وعن أبى يوسف فى رواية لشريكه أن يشاركه فى المائة اهـ.

سئل العلامة الشلبى عن دار مشتركة بين ثلاثة أوقاف كل وقف له حصة معلومة ومستحقون مختصون به فإذا قبض بعض النظار شيئا من الأجرة هل لباقى النظار أن يشاركه فى المقبوض أم لا؟ فأجاب بأن لباقى النظار الشركة فيما قبضه أحدهم حيث صدرت الإجارة منهم صفقة واحدة قياسا على ثمن المبيع صفقة واحدة اهـ. وتعقبه العلامة الحموى بأن جوابه إنما يصح إذا كان ما أجره كل من النظار معينا غير مشاع.

وأقول: هذا إنما يرد أن لو صدرت الإجارة فى بعض الدار لما يلزم عليه حينئذ من إجارة المشاع لغير الشريك ولا شيوع هنا لصدور الإجارة فى كل الدار فتنبه (قوله أو دين موروث) أو كان موصى به لهما أو كان بدل قرضهما أبو السعود (قوله إذا قبض) أطلقه فشمل قبضا على طريق الاقتضاء أو الصلح (قوله شاركه الآخر فيه) هذا أصل كلى يتفرع عليه فروع، يعنى إذا كان لرجلين دين على آخر فقبض أحدهما شيئا منه ملكه مشاعا كأصله فلصاحبه أن يشاركه فى المقبوض، لأنه وإن ازداد بالقبض إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض، لكن هذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق فيصير كزيادة الثمرة والولد فله حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه فيضمن لشريكه حصته درر، وليس بين قوله ملكه مشاعا كأصله، وقوله ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض مخالفة لأن المقبوض عين الدين من وجه وغيره من وجه كما صرح به فى عامة الكتب، والاعتبار الأول يقتضى كون المقبوض مشتركا والاعتبار الثانى يوجب الاختصاص بالقابض، فعملنا بالوجهين وقلنا على الوجه الأول إنه يكون للآخر ولاية المشاركة، وعلى الوجه الثانى إنه يدخل فى ملك القابض وينفذ تصرفه، ومن هذا يظهر الحسن قوله فله حق المشاركة: أى فى المقبوض، أشار به إلى أنه ليس له حقيقة المشاركة وإلا لما نفذ تصرف القابض فيه قبل المشاركة والمشبه لا يلزم أن يكون فى حكم المشبه به من كل وجه، فلا يلزم من تحقق حقيقة المشاركة فى الثمرة والولد تحقق حقيقتها فى المقبوض من الدين كما لا يخفى (قوله أو اتبع الغريم) فلو اختار اتباعه ثم توى نصيبه بأن مات الغريم مفلسا رجع على القابض بنصف ما قبض ولو من غيره بحر أى من غير ما قبض لأن حقه فيه سقط بالتسليم فيرجع بمثله ويكون ما قبضه أخيرا صرفا عما فى الذمة.

وعبارة الزيلعى رجع عليه كما فى الحوالة، لكن ليس له أن يرجع فى عين تلك الدراهم المقبوضة لأن حقه فيها قد سقط بالتسليم فلا يعود حقه فيها بالتوى ويعود إلى ذمته فى مثلها اهـ. وعليه فكان ينبغى إسقاط لفظ ولو وبقول هكذا ورجع على القابض بنصف ما قبض من غيره وذلك لأن حقه فيها قد سقط بالتسليم فلا يعود حقه فيها بالتوى ويعود إلى ذمته فى مثلها تأمل (قوله وحينئذ فلو صالح) فى التفريع نظر لأن الأصل أن يقبض من الدين شيئا وهذا صلح عن نصيبه لا قبض تأمل (قوله أى على خلاف جنس الدين) احتراز عما إذا كان على جنسه كما تقدم فإنه يشاركه فيه أو يرجع على المدين، وليس للقابض فيه خيار لأنه بمنزلة قبض بعض الدين

(أخذالشريك الآخر نصفه إلا إن ضمن) له (ربع) أصل (الدين) فلا حق له فى الثوب .
(ولو لم يصالح بل اشترى بنصفه شيئا ضمنه) الشريك (الرابع) لقبضه النصف بالمقاصة

(قوله أخذ الشريك الآخر نصفه) أى نصف الدين من غريمه أو أخذ نصف الثوب لأن الصلح وقع عن نصف الدين وهو مشاع ، وقسمة الدين حال كونه فى الذمة لا تصح ، وحق الشريك متعلق بكل جزء من الدين فيتوقف على إجازته وأخذه النصف دال على إجازة العقد فيصح ذلك (قوله إلا إن ضمن) أى الشريك المصالح (قوله ربع الدين) يعنى إلا أن يغرم له حصته من أصل الدين الواصل بواسطة الصلح .

وأفاد أن المصالح مخير إذا اختار شريكه اتباعه ، فإن شاء دفع له حصته من المصالح عليه ، وإن شاء ضمن له ربع الدين . ولا فرق بين كون الصلح عن إقرار أو غيره وبعد ضمان المصالح الربع لا يكون للآخر سبيل على الثوب .

وحاصله أن الشريك الآخر مخير بين الإتباع للمديون والشريك المصالح ، وأن المصالح مخير فى دفع نصف الثوب المقبوض وربع الدين ، ولم يلزم عليه دفع الربع لاحتمال تضرر المصالح ، لأن الصلح على الحط غالبا فيكون ما استوفاه أنقص بل يحتمل أن لا يبقى له شىء من مقبوضه ، وأشار بكون البدل ثوبا إلى أن هذا فيما كان بدل الصلح خلاف جنس الدين . أما إذا وقع على جنسه ليس للمصالح خيار فيه بل لشريكه المشاركة فى المقبوض أو يرجع على المديون لأنه بمنزلة قبض بعض الدين كما فى المبسوط . وأطلق الصلح فشمل مايكون عن إقرار أو سكوت أو إنكار .

ثم الحيلة فى أن لا يرجع عليه شريكه أن يهب له الغريم مقدار حظه من الدين ويقبضه ثم يبرئه عن حظه أو يبيعه شيئا يسيرا ولو كفا من زبيب بقدر حصته من الدين ثم يبرئه عن الدين ويأخذ ثمن المبيع كما فى الذخيرة والتتمة (قوله فلا حق له فى الثوب) لأن حقه فى الدين وقد ضمنه له ، وقد علم أن الخيار للمصالح .

والحاصل أن فى تخيير الشريك قيدين : أن يكون المصالح عنه دينا والمصالح عليه ثوبا ، فإن كان المصالح عنه عينا مشتركة ليس لشريكه أن يشاركه فيه ، ولو كان المصالح عليه من جنس الدين شاركه الشريك أو يرجع على المدين .

والفرق بين الصلح على الجنس وغيره أنه إذا صالحه على الجنس يشاركه الشريك فيه أو يرجع على الغريم وفى الصلح على خلاف الجنس كذلك إلا أن يضمن له ربع الدين لأن حقه فى الدين لا فى الثوب (قوله ضمنه شريكه الربع) يعنى إن شاء لأنه صار قابضا حقه بالمقاصة ولا ضرورة عليه لأن مبنى البيع على المماكسة ، بخلاف الصلح لأن مبناه على الإغماض والحطيطة ، فلو ألزمناه دفع ربع الدين لتضرر .

لا يقال : قسمة الدين قبل القبض لا تتصور فكيف تتصور المقاصة فيه . لأنا نقول : قسمة الدين قبل القبض تجوز ضمنا ، وإنما لا تجوز قصدا ، وهنا وقعت القسمة فى ضمن صحة الشراء وصحة المصالحة وللشريك أن لا يتبع القابض فى الجميع ويرجع على المدين لأن القابض قبض حقه إلا أن له حق المشاركة ، ولو كان للمطلوب على أحدهما دين قبل وجوب دينهما عليه حتى صار دينه قصاصا به فلا ضمان عليه لأنه أحد الدينين قضاء لأولهما لا اقتضاء ، والضمان إنما يجب بالاقتضاء ، وكذا المشاركة لا تجب بالقضاء وإنما تجب بالاقتضاء ، ولو أبرأه أحدهما عن نصيبه لا يضمن ، ولو غصب أحدهما من المدين عينا أو اشترى منه شراء فاسدا فهلك عنده فهو قبض والاستئجار بنصيبه قبض لا التزوج به لعدم إمكان المشاركة فيه كالجناية على نفس المدين وكالإبراء ، بخلاف التزوج على دراهم

(أو اتبع غريمه) فى جميع مامر لبقاء حقه فى ذمته .

(وإذا أبرأ أحد الشريكين الغريم عن نصيبه لا يرجع) لأنه إتلاف لا قبض (وكذا) الحكم (إن) كان للمديون على أحدهما دين قبل وجوب دينهما عليه حتى (وقعت المقاصة بدينه السابق) لأنه قاض لا قابض .

(ولو أبرأ) الشريك المديون (عن البعض قسم الباقى على سهامه) ومثله المقاصة ، ولو أجل نصيبه صح عند الثانى ؛ والغصب والاستئجار بنصيبه قبض لا التزوج ،

مطلقة فإنه قبض بالإجماع لوقوع التقاص" زيلعى (قوله أو اتبع غريمه فى جميع مامر) أى فى مسألة الصلح والبيع أو القبض (قوله لبقاء حقه فى ذمته) ولأن القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن يشارك (قوله لايرجع)أى الشريك بنصف المبرإ على الذى أبرأ (قوله لأنه إتلاف لاقبض) والرجوع يكون فى المقبوض لافى المتلف ، ولم يزدد نصيب المشترى بالبراءة فلم يرجع عليه (قوله قبل وجوب دينهما عليه) أما لو كان حادثا حتى التقيا قصاصا فهو كالقبض ويشاركه فيه كما فى البحر (قوله عليه) أى المديون (قوله لأنه قاض لاقابض) أى والمشاركة إنما تثبت فى المقبوض لا فى القضاء (قوله ولو أبرأ الشريك المديون) بالنصب مفعول أبرأ ، والأولى أن يقول أحد الشريكين (قوله قسم الباقى على سهامه) أى على سهام الباقى ، لأنه لعل المراد بالسهام السهام الباقية لا لأصلها ، يظهر ذلك فيما لو كان له الثلثان فأبرأه عن الثلث يقسم مايؤخذ نصفين لأن الحق عاد إلى هذا القدر ، ولو اعتبرنا الأصل قسم أثلاثا ، وقد صرح ابن الكمال بالأول (قوله ومثله المقاصة) بأن كان للمديون على الشريك خمسة مثلا قبل هذا الدين فإن القسمة على مابقى بعد المقاصصة (قوله صح عند الثانى) اعتبارا بالإبراء المطلق خلافا للطرفين لأنه يؤدى إلى قسمة الدين قبل القبض كما فى الهداية .

وفى النهاية : ماذكره من صفة الاختلاف مخالف لما ذكر فى عامة الكتب حيث ذكر قول محمد مع قول أبى يوسف ، وذلك سهل لجواز أن يكون المصنف قد اطلع على رواية لمحمد مع الإمام .

قال فى البرهان : تأجيل نصيبه موقوف على رضا شريكه عند أبى حنيفة ، وبه نأخذ . وعندهما لا . وفى عامة الكتب محمد مع أبى يوسف ، وذكره فى الهداية مع أبى حنيفة فكان عنه روايتان كما فى الشرنبلالية .

وفى البحر : وإن أجله أحدهما فإن لم يكن واجبا بعقد كل منهما بأن ورثا دينا مؤجلا فالتأجيل باطل ؛ وإن كان واجبا بإدانة أحدهما ، فإن كانا شريكين شركة عنان ، فإن أخر الذى ولى الإدانة صح تأجيله فى جميع الدين ، وإن أخر الذى لم يباشرها لم يصح فى حصته أيضا ، وإن كانا متفاوضين وأجل أحدهما أيهما أجل صح تأجيله اه ولم يظهر وجه لذكر قول الثانى وترك قول الإمام مع عدم تصحيحه (قوله والغصب) أى إذا غصب أحدهما منه عينا وهلكت عنده فإنه ينزل قابضا نصيبه فيشاركه فيه الآخر سواء كان من جنس الدين أو من غير جنسه وهلك فى يد الغاصب وقضى عليه بقيمته من جنس الدين ، فلو كان من غير جنس الدين وكان موجودا رد عينه كما فى الرحمتى أى لأنه يملكه من وقت الغصب عند أداء الضمان (قوله والاستئجار) أى بأجرة من جنس الدين لأنها بيع المنافع ، فصار بمنزلة ما إذا اشترى بنصيبه شيئا فإنه يرجع عليه بربع الدين فكذا هذا وكذا خدمة العبد وزراعة الأرض .

وصورتها بأن استأجر أحدهما من المديون دارا بحصته سنة وسكنها ، وكذا لو استأجره بأجر مطلق .

وروى ابن سماعة عن محمد : لو استأجر بحصته لم يشاركه الآخر وجعله كالنكاح ، هذا إذا أضاف العقد إلى الدين لأنه إتلاف كما فى الزيلعى (قوله لا التزوج) أى تزوج المديونة على نصيبه فإنه لايكون قبضا لأنه ليس

والصلح عن جناية عمد .

وحيلة اختصاصه بما قبض أن يهبه الغريم قدر دينه ثم يبرئه أو يبيعه به كفا من تمر مثلا ثم يبرئه ملتقط وغيره ، ومرت في الشركة .

(صالح أحد ربي السلم عن نصيبه على ما دفع من رأس المال : فإن أجازه الشريك) الآخر (نفذ عليهما ،

بدل مال فكان فيه معنى الإتلاف من وجه فأشبه الإبراء ، بخلاف ماإذا تزوجها على دراهم مطلقة أى حتى التقت قصاصا بنصيبه فإنه يكون كالقبض كما في الإتقاني .

وفي الشرنبلالية : والتزوج بنصيبه إتلاف في ظاهر الرواية حتى لايرجع عليه صاحبه بشيء . وعن أبي يوسف أنه يرجع بنصيبه منه لوقوع القبض بطريق المقاصة والصحيح الأول انتهى (قوله والصلح عن جناية عمد) أى لو جني أحدهما عليه جناية عمد فيما دون النفس أرشها مثل دين الجاني فصالحه على نصيبه ، وكذا لو كان فيها قصاص لأنه لم يملك بمقابلته شيئا قابلا للشركة كما في البرهان وغيره ، قيد بالعمد لأن الخطأ يسلك فيه مسلك الأموال فكأنه قابض أفاده في النهاية وغيرها .

وفي الإيضاح : لايلزمه لشريكه شيء لأنه كالنكاح . وفي العناية بعد نقله ماتقدم : وأرى أنه قيد بذلك لأن الأرش قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضيا ، وتمامه في تكملة قاضي زاده .

قال الزيلعي : وقوله لاالتزوج والصلح عن جناية عمد : أى بأن كان لهما دين على امرأة فزوجته عليه نفسها أو على مولى الأمة فزوجها المولى منه عليه أو على المكاتب أو على الأمة المأذون لها فتزوجها عليه بإذن المولى ليس بقبض في ظاهر الرواية حتى لايرجع عليه شريكه ، لأنه لم يسلم له شيء يمكنه المشاركة فيه فصار كالجناية على نفس المدين . وعن أبي يوسف أنه يرجع عليه لوجود القبض بطريق المقاصة على مابينا ، والصحيح الأول لأنه إتلاف ، ولأن النكاح يتعلق بعين الدين عند الإضافة إليه فيملكه بعينه ثم يسقط عن ذمتها كالهبة ، بخلاف ماإذا لم يضف العقد إليه بأن سمى دراهم مطلقة فوقع التقابض بنصيبه حيث يرجع إليه شريكه بالإجماع لأنها لم تملكه وإنما ملكت غيره فالتقيا قصاصا ، والصلح عليه عن جناية العمد ليس بقبض لأنه لم يملك شيئا قابلا للشركة بمقابلته اه(قوله أن يهبه الغريم)أى المديون فيكون المقبوض هبة لادينه(قوله ثم يبرئه) الضمير في يبرئه لأحد الدائنين ففيه تشتيت : أى يبرئ الشريك الغريم ، فإن بإبرائه المديون لايرجع عليه بشيء كما مر (قوله أو يبيعه) أى الطالب وهو معطوف على يهبه : أى يبيع الشريك للمديون كفا الخ بقدر دينه فلم يكن مقتضيا الدين بل آخذا ثمن المبيع وقابضا للهبة في الصورة الأولى ثم يبرئه من دينه ولا رجوع للشريك عليه بالإبراء (قوله به) أى بقدر نصيبه من الدين بأن يجعل ثمن التمر بقدر نصيبه فيكون المقبوض ثمن المبيع لانصيبه من الدين (قوله ثم يبرئه)أى أحد الدائنين وهو من باع التمر(قوله صالح أحد ربي السلم)إطلاق الصلح هنا مجاز عن الفسخ كما حرره صاحب غاية البيان لأنه فسخ في الحقيقة . قالوا : أطلق عليه الصلح بما فيه من الحطيطة التي هي من خواص الصلح كما في تكملة المولى زكريا .

أقول : الحطيطة هي التي لزمت على المسلم إليه من المسلم فيه حيث سقطت بهذه المصالحة تدبر كما لا يخفى (قوله عن نصيبه) أى من المسلم فيه (قوله على ما دفع من رأس المال) على حصته منه ، قيد به لأنه لو كان على غيره لا يجوز بالإجماع لما فيه من الاستبدال بالمسلم فيه قبل قبضه زيلعي (قوله نفذ عليهما) فيكون المقبوض بينهما ، وكذا ما بقي من المسلم فيه درر البحار ، أى فيكون نصف رأس المال بينهما وباقي الطعام بينهما سواء

وإن رده رد) لأن فيه قسمة الدين قبل قبضه وإنه باطل ، نعم لو كانا شريكى مفاوضة جاز مطلقا بحر .

فصل فى التخارج

(أخرجت الورثة أحدهم عن) التركة وهى (عرض أو) هى (عقار بمال) أعطوه له (أو) أخرجوه (عن) تركة هى (ذهب بفضة) دفعوها له (أو) على (العكس) أو عن نقدين بهما (صح) فى الكل صرفا للجنس ، بخلاف جنسه

كان رأس المال مخلوطا أولا بحر (قوله وإن رده رد) وبقى المسلم فيه على حاله بحر (قوله لأن فيه قسمة الدين) وهو المسلم فيه وهذا مذهبهما . وقال أبو يوسف : يجوز اعتبارا بسائر الديون . ولهما أنه لو جاز ، فإما أن يجوز فى نصيبه خاصة أو فى النصف من النصيبين ، فعلى الأول لزم قسمة الدين قبل القبض لأن خصوصية نصيبه لا تظهر إلا بالتميز ولا تميز إلا بالقسمة وهى باطلة ؛ وإن كان الثانى فلا بد من إجازة الآخر لأنه فسخ على شريكه عقده فيفتقر إلى رضاه درر (قوله مفاوضة) نصب على التميز (قوله جاز مطلقا) الذى فى البحر جاز ولو فى الجميع : أى جميع المسلم فيه ، يعنى أن الجواز لايخص نصيبه بل إذا فسخ فى الجميع جاز . قال : وأما إذا كانت عندنا توقف أيضا إن لم يكن من تجارتهما .

فى الكافى : لو أسلم فى كر بر ثم اصطلحا على أن يزيد المسلم إليه نصف كر لم يصح إجماعا ، لأنها لو صحت لخرج بعض رأس المال من ذلك السلم فيجعل بازاء الزيادة فيصير دينا على المسلم إليه فكأنه أسلم دينا ، وإذا لم يجز فعليه أن يرد ثلث رأس المال إلى رب السلم وعليه كر تام عند الإمام . وقالا : لا يرد لأن الإخراج للزيادة وبطلت فيبطل . قلنا : قصدا شيئين الإخراج والإدخال فصح الأول لا الثانى اهـ والله تعالى أعلم ، وأستغفر الله العظيم .

فصل فى التخارج

قال فى المنح : هو من الخروج ، وهو أى شرعا أن يصطلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم ، ووجه تأخيره قلة وقوعه فإنه قلما يرضى أحد بأن يخرج من الورثة بغير استيفاء حقه . وسببه طلب الخارج من الورثة ذلك عند رضا غيره به ، وله شروط تذكر فى أثناء كلام اهـ (قوله أخرجت الورثة أحدهم) أى أو الموصى له بمبلغ من التركة سائحانى . وفى آخر الأشباه عن الكتاب : لو صولح الموصى له بالثلث على السدس صح اهـ .

أقول : لكنه مشكل لأنه من قبيل الإسقاط فى الأعيان وهو لا يجوز ، وقد صرحوا بأن الوارث لايسقط حقه من التركة بالإسقاط وهذا مثله . وأما الخارجة فبيع ويأتى تمامه (قوله صح فى الكل) أى ويقسم الباقى بينهم على سهامهم الخارجة قبل التخارج إلا أن يجعل هذا التخارج كأن لم يكن .

بيانه : امرأة وبنت وأخ شقيق أصلها ثمانية واحد للمرأة وأربعة للبنت والباقى للأخ فإذا أخرجت المرأة قسم الباقى على سبعة ، ولو جعلت كأن لم تكن قسم نصفين حموى عن الشيخ عماد الدين .

واعلم أنه إذا أخرجوا واحدا فحصته تقسم بين البقية على السواء إن كان ماأعطوه من مالهم غير الميراث ، وإن كان مماورثوه فعلى قدر ميراثهم . وقيده الخصاف بأن يكون عن إنكار . أما إذا كان عن إقرار فهو بينهم على السواء مطلقا أبو السعود ، ويأتى ذلك أواخر الفصل (قوله صرفا للجنس بخلاف جنسه) علة لقوله أو نقدين بهما ، والأولى تأخيره عن قوله قل ما أعطوه أو كثر ، ويوجد فى بعض النسخ التعبير باللام عوضا

(قل) ماأعطوه (أو كثر) لـكن بشرط التقابض فيما هو صرف (و) فى إخراجه عن (نقدين وغيرهما بأحد النقدين لا) يصح (إلا أن يكون ما أعطى له أكثر من حصته من ذلك الجنس)

عن الباء فى بخلاف الجنس ، وهى أولى من الباء: أى لو صالح عن الذهب والفضة بذهب وفضة صح ويصرف الذهب للفضة وهى له ، والمراد بالصرف فى كلامه الصرف المصطلح عليه فى الفقه وهو بيع الثمن بالثمن والباء فيه للمقابلة ، ولو كان المراد بالصرف اللغوى لا ختص بمسألة واحدة ، وهى مااذا اشتملت التركة على ذهب وفضة ودفع البدل كذلك ولعداه بإلى أو اللام ، ولقوله بعد ذلك لكن بشرط التقابض فيما هو صرف فإنه متعين للصرف الاصطلاحى (قوله قل ماأعطوه أو كثر) لأنه معاوضة لا إبراء إذ الإبراء عن الأعيان باطل كذا قيل .

وأقول : ما قيل إن الإبراء عن الأعيان باطل ، قيده فى البحر بما إذا كان على وجه الإنشاء ، فإن كان على وجه الإخبار كقوله هو برىء مما لى قبله فهو صحيح متناول للدين والعين فلا تسمع الدعوى ، وكذا إذا قال لا ملك لى فى هذا العين ذكره فى المبسوط والمحيط ، فعلم أن قوله لا أستحق قبله حقا مطلقا ولا استحقاقا ولا دعوى يمنع الدعوى بحق من الحقوق قبل الإقرار عينا كان أو دينا ، وتقدم الكلام عليه أوائل الإقرار ، وسيأتى آخر الفصل مستوفى إن شاء الله تعالى (قوله لـكن بشرط التقابض) قال فى البحر : ولا يشترط فى صلح أحد الورثة المتقدم أن تـكون أعيان التركة معلومة ، لـكن إن وقع الصلح عن أحد النقدين بالآخر يعتبر التقابض فى المجلس غير أن الذى فى يده بقية التركة إن كان جاحدا يكتفى بذلك القبض لأنه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح ، وإن كان مقرا غير مانع يشترط تجديد القبض اهـ .

أقول : بيانه أن التركة فى يد أحد الورثة أمانة ، فإذا أنكرها أو منع صار غاصبا والغاصب ضامن وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان فيلزم تجديد القبض فيما لو كان مقرا غير مانع وإلا لا ، وهذا فى غير النقدين . أما هنا فى صورة ما إذا صالحا على جنسهما فلا بد من حضور ذلك للمجلس وتجديد القبض فيه لأنه صرف محض كما يأتى (قوله وغيرهما) وكذا عن النقدين فقط (قوله بأحد النقدين) قيد بأحد النقدين احترازا عما إذا كان بدل الصلح مجموع النقدين فإنه يصح كيف كان ، لأنا نصرف الجنس إلى خلاف الجنس تصحيحا للعقد كما فى المبيع بل أولى ، لأن المقصود من الصلح قطع المنازعة ولـكن يشترط فيه التقابض قبل الافتراق لأنه صرف ط (قوله إلا أن يكون ما أعطى له أكثر من حصته من ذلك الجنس) فلو كان ماأعطوه أقل أو مساويا لنصيبه أو لايعلم قدر نصيبه من الدراهم فسد الصلح ط .

قال فى البحر : ولو صالحوه عن النقدين وغيرهما بأحد النقدين لا يصح الصلح ما لم يعلم أن ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس إن كانوا متصادقين ، وإن أنكر وراثته جاز مطلقا بشرط التقابض فيما يقابل النقد منه ، وإن لم يعلم قدر نصيبه من ذلك الجنس فالصحيح أن الشك إن كان فى وجود ذلك فى التركة جاز الصلح ، وإن علم وجود ذلك فى التركة لـكن لا يدرى أن بدل الصلح من حصتها أقل أو أكثر أو مثله فسد كذا فى فتاوى قاضيخان اهـ .

وفى المقدسى قال الحاكم إنما يبطل حال التصادق ، وفى التناكر يجوز لا يكون (١) حينئذ بدلا فى حق الآخذ ولا حق الدافع

---

(١) (قوله لا يكون الخ) هكذا بالأصل . وعبارة والده رحمه الله تعالى فى حاشية الدرر : وقال الحاكم الشهيد : إنما يبطل على أقل من نصيبه فى مال الربا حالة التصادق . وأما فى حالة التناكر بأن أنـكروا وراثته فيجوز . وجه ذلك أن فى حالة التكاذب ما يأخذه لا يكون بدلا فى حق الآخذ ولا فى حق الدافع اهـ وهى واضحة بل سيأتى له فى الصحيفة بعد هذه عبارة الحاكم تامة اهـ مصححه .

تحرزا عن الربا ، ولابد من حضور النقدين عند الصلح وعلمه بقدر نصيبه شرنبلالية وجلالية ، ولو بعرض جاز مطلقا لعدم الربا ، وكذا لو أنكروا إرثه لأنه حينئذ ليس ببدل

وفى الغاية : قال شيخ الإسلام الصحيح أنه باطل فى الوجهين ، لأنه يكون معاوضة فى حق المدعى فيدخل فيه معنى الربا من الوجه الذى قلنا ، وإن زاد صح فيكون قدر حظه به والباقى بحقه فى باقى التركة (قوله تحرزا عن الربا) قال فى الدرر ليكون حصته بمثله والزيادة بمقابلة حقه من بقية التركة صونا عن الربا ، فلابد من التقابض فيما يقابل حصته من الذهب أو الفضة لأنه صرف فى هذا القدر اهـ (قوله ولابد من حضور النقدين عند الصلح) لم يذكر هذا فى الشرنبلالية ، ولا وجه لا شتراطه ، وإن أراد به حضور البدل إذا كان منهما فقد أفاده بقوله سابقا لكن بشرط التقابض فيما هو صرف ط إلا أن يقال أراد بالحضور الحكمى بأن يحضرهما قبل الافتراق لأن الشرط التقابض فى المجلس ، أو يكون ما يراد أن يعطى المدفوع له تحت يده لابطريق الأمانة (قوله وعلمه بقدر نصيبه) أى ليعلم أن ما أخذه أزيد من نصيبه من ذلك الجنس تحرزا عن الربا .

قال أبو السعود : وإنما اشترط العلم بقدر نصيبه لاحتمال الربا لان الفساد على تقدير كونه مساويا له أو أقل فكان أرجح وأولى بالاعتبار ، بخلاف الصحة فإنها من جانب واحد ، وهو ما إذا كان المأخوذ أكثر عن نصيبه فكانت العبرة لجانب الفساد لكونه من وجهين انتهى .

واعلم أن صحة الصلح على الوجه المذكور ثبتت بالأثر ، وهو أن تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف صالحها ورثته عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار ، وقيل على ثلاثة وثمانين ألفا بمحضر من الصحابة . وروى أن ذلك كان نصف حقها زيلعى . وتماضر بنت أصبغ بن عمرو الكلبى التى طلقها عبد الرحمن فى مرض موته ثلاثا ثم مات وهى فى العدة فورثها عثمان وكانت مع ثلاث نسوة أخر فصالحوها عن ربع ثمنها على ثلاثة وثمانين ألفا ، فى رواية هى دراهم ، وفى رواية هى دنانير ابن كمال باشا .

وتماضر بضم المثناة الفوقية وكسر الضاد المعجمة : قدم بها المدينة فولدت أبا سلمة فى سريته إلى دومة الجندل فى شعبان سنة ست كما فى المواهب . قال : والضمير فى سريته لعبد الرحمن بن عوف . ودومة بضم الدال وفتحها : مدينة بينها وبين دمشق نحو عشر مراحل ، وبعدها من المدينة نحو ثلاث عشرة مرحلة ؛ سميت بدوما بن إسماعيل ؛ لأنه كان نزلها عليه السلام . وأصبغ هذا من المخضرمين أدرك الجاهلية والإسلام ولم يجتمع به عليه السلام ، أسلم على يد سيدنا عبد الرحمن بن عوف ، وقوله روى أن ذلك كان نصف حقها فعلى كون بدل الصلح كان ثمانين ألفا وأنها نصف حقها يكون جميع ماله المتروك رضى الله عنه خمسة آلاف ألف ألف ومائة وعشرين ألفا ويكون ثمنه ستمائة ألف وأربعين ألفا وربع الثمن مائة ألف وستون ألفا ونصف ربع الثمن ثمانون ألفا (قوله ولو بعرض) يعنى لو كان بدل الصلح عرضا فى الصور كلها جاز مطلقا وإن قل ولم يقبض فى المجلس ، وظاهره يعم مالو كان العرض من التركة إذ حقه ليس فى جميعه فيكون مبادلا عن نصيبه فى بقية التركة بما زاد عن حقه فيه (قوله وكذا لو أنكروا إرثه) أى فإنه يجوز مطلقا .

قال فى الشرنبلالية : وقال الحاكم الشهيد إنما يبطل على أقل من نصيبه فى مال الربا حالة التصادق . وأما فى حالة التناكر بأن أنكروا وراثته فيجوز . وجه ذلك أن فى حال التكاذب مايأخذه ليكون بدلا فى حق الآخذ ولا فى حق الدافع هكذا ذكره المرغينانى ، ولا بد من التقابض فيما يقابل الذهب والفضة منه لكونه صرفا ،

بل لقطع المنازعة (وبطل الصلح إن أخرج أحد الورثة وفى التركة ديون بشرط أن تكون الديون لبقيتهم) لأن تمليك الدين

ولو كان بدل الصلح عرضا فى الصور كلها جاز مطلقا وإن قل ولم يقبض فى المجلس اه .

أقول : لكن فى قوله لا يكون بدلا لا فى حق الآخذ فيه أنه بدل فى زعمه ، وعليه فينبغى أن لا يحل له الأخذ مالم يعلم مقدار حقه من ذلك الجنس ، لأنه إن لم يعلم قدر نصيبه من ذلك الجنس لا يصح لأن فيه شبهة الربا وهى محرمة ، وإن شك فى وجود ذلك الجنس فى التركة صح لأنه حينئذ يكون شبهة الشبهة وهى لا تحرم (قوله بل لقطع المنازعة) هذا فى حق المدعى عليه ، أما فى حق المدعى فأخذ لبعض حقه وإسقاط للباقى لأنهم بجحودهم حقه صاروا غاصبين وصار المال مضمونا عليهم فى ذمتهم من قبيل الدين ، وقد علم حكم الصلح عن الدين بجنسه ، بخلاف ما إذا أقروا بذلك فإن المال حينئذ عين وإن كان من النقدين ، ولا يصح الإسقاط فى الأعيان فلذلك تعين أن يكون صرفا لكن قد يقال فيه إن المال القائم إذا صار مضمونا لا ينتقل للذمة ، وعليه فلا فرق بين الصورة المذكورة وما بعدها ، فى أن بكل منها إسقاط العين وهو لا يجوز ، وإنما جوزوا الصورة الأولى باعتبار أن ما يأخذه بدلا لا فى حق الآخذ ولا فى حق الدافع تأمل (قوله وبطل الصلح الخ) أى فى الكل عند الكل على الأصح ، وقيل عندهما يبقى العقد صحيحا فيما وراء الدين ط . قال العلامة أبو السعود هذا ليس على إطلاقه لما سبق عن الزيلعى من أنه ينبغى أن يجوز عندهما فى غير الدين إذا بينت حصته وأنه يشكل إن كان هو قول الكل لاخلاف لها لأن قياس مذهبهما فى الجمع بين الحر والعبد والشاة الذكية والميتة حيث جوز العقد فى العبد والذكية إذا بين ثمن كل منهما أن يجوز الصلح عندهما فى غير الدين إذا بينت حصته ، اللهم إلا أن يحمل هذا على ما إذا لم يبين ما يقابل كل واحد منهما أو يفرق عندهما بين البيع والصلح ، والظاهر أنه لم يرد نص فى الصلح عنهما ولهذا ذكره الزيلعى بلفظ ينبغى قياسا على البيع ، وكذا قول الشارح . قيل هذا قول أبى حنيفة ، وقيل هو قول الكل ظاهر فى عدم ورود نص عنهما فلهذا اختلف المشايخ فيه انتهى (قوله وفى التركة ديون) أى على الناس لقرينة ما يأتى ، وكذا لو كان الدين على الميت .

قال فى البزازية : وذكر شمس الإسلام أن التخارج لا يصح إن كان على الميت دين : أى يطلبه رب الدين لأن حكم الشرع أن يكون الدين على جميع الورثة اهـ (قوله بشرط) متعلق بأخرج (قوله لأن تمليك الدين الخ) وهو هنا حصة المصالح .

قال فى الدرر : لأنه يصير مملكا حصته من الدين لسائر الورثة بما يأخذ منهم من العين وتمليك الدين من غير من عليه الدين باطل وإن كان بعوض ، وإذا بطل فى حصة الدين بطل فى الكل اهـ ، فقول الدرر لأنه : أى المصالح عن الدين والعين يعم العرض والعقار والمكيل والموزون الحاضر وغير من عليه الدين هنا بقية الورثة وقوله بطل فى الكل لأن العقد الواحد إذا فسد فى بعض المعقود عليه فسد فى الكل ، وهو قول أبى حنيفة والدليل له فى مسألة البيوع(١) وعندهما يبقى العقد صحيحا فيما وراء الدين ، وقيل هو قول الكل كما فى الكافى وغيره كما قدمناه عنه قريبا .

أقول : وينبغى أن ليس اختلاف القولين بين المشايخ على إطلاقه بل اللائق كون البطلان قول الكل إذا لم

---

(١) (قوله والدليل له فى مسئلة البيوع) وهى ما إذا جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة وبين حصة كل واحد منهما من الثمن بطل فى حق الكل عنده . وعندهما صح فى العبد لأن الصفقة لا تتعدد بتفصيل الثمن بل لابد من تكرر لفظ العقد عنده خلافا لهما اهـ منه .

من غير من عليه الدين باطل .
ثم ذكر لصحته حيلا فقال (وصح لو شرطوا إبراء الغرماء منه) أي من حصته لأنه تمليك الدين ممن عليه فيسقط قدر نصيبه عن الغرماء (أو قضوا نصيب المصالح منه) أى الدين (تبرعا) (منهم وأحالهم بحصته أو أقرضوه قدرحصته منه وصالحوه عن غيره) بما يصلح بدلا (وأحالهم بالقرض على الغرماء) وقبلوا الحوالة وهذه أحسن الحيل ابن كمال . والأوجه أن يبيعوه كفا من تمر أو نحوه بقدر الدين ثم يحيلهم على الغرماء ابن ملك.

يبين حصة الدين فى البذل. وأما إذا بين فيصح الصلح عندهما فيما وراء الدين بحصته إذ لا موجب للبطلان حينئذ فيه عندهما تدبر ، وأشار إلى ذلك ابن ملك (قوله من غير من عليه الدين) وهوالورثة هنا (قوله باطل) لما ذكر من أنه يصير مملكا حصته من الدين إلى آخر ماقدمناه عن الدرر أى ثم يتعدى البطلان إلى الكل لأن الصفقة واحدة سواء بين حصة الدين أو لم يبين .

وأقول : هذا إذا لم يسلطهم ولم يوكلهم فى مقدار نصيبه من الدين ، وأما إذا سلطهم فينبغي أن يصح الصلح كذا قيل (قوله وصح لو شرطوا إبراء الغرماء) أى إبراء المصالح للغرماء ، والظاهر أن هذه الحيل لخروجه عن كل التركة ، ولذا قال فى السراج والمنح : وفى الوجهين ضرر ببقية الورثة فلا يصح قول الشارح وأحالهم بحصته لأنها سقطت عن الغرماء كما صرح به البزازى أيضا ، وسنبينه قريبا فى المقو[illegible] إن شاء الله تعالى ، ولم يذكر حيلة مع أنها أحسن مما ذكر وكنت أقتصر عليها . ورأيتها فى المقدسى [illegible] يأمرهم ليقبضوه له ثم لهم لكن له أن يرجع فالوجه الآتى أولى .

[فرع] ادعت امرأة ميراثها فصولحت على أقل من حظها أو مهرها صح ولا يطيب لهم إن علموا ، فإن برهنت بعد ذلك بطل الصلح اه وسيأتى فى المتن أنه الأشهر أوأنه محمول على قول المتن السابق صوالح على بعض ما يدعيه الخ وإلا فهو بعيد عن القواعد إلا أن يحصل على الديانة لكنه بعيد أيضا لا سيما وقد صولحت إحدى زوجات سيدنا عبد الرحمن بن عوف على أقل من حظها بكثير بحضور جمع من الصحابة رضى الله تعالى عنهم أجمعين كما قدمناه قريبا فلا تنسه (قوله منه) أى من الدين ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فحينئذ يصح الصلح لأنه حينئذ يكون تمليك الدين الخ أو لأنه إسقاط (قوله وأحالهم بحصته) لا محل لهذه الجملة هنا وهى موجودة فى شرح الوقاية لابن ملك ، وهى سبق قلم إذ لم يبق له حصة بعد ما قضوه ، ولذا قال فى المنح : ولا يخفى ما فيه من ضرر بقية الورثة أى لأنه لم يستفيدوا من نصيبه فى الدين شيئا اه ، وضاع عليهم ما قضوه من الدين عن الغرماء . وفى بعض النسخ أو أحالهم . قال ط : ذكره ردا على صاحب الدرر وتبعه المصنف حيث قالا : ولا يخفى ما فيه : أى هذا الوجه من الضرر ببقية الورثة ولكنه لا يدفع لأنه يرجع عليهم بما أحالهم به فيكون الضرر عليهم مرتين اه .

أقول : فى قوله فيكون الضرر الخ يأتى بيانه قريبا عن الإتقانى (قوله منه) أى من الدين (قوله عن غيره) أى عما سوى الدين (قوله بالقرض) أى ببدله الذى أخذه منهم (قوله وقبلوا) أى الغرماء والمصالحون لأن الشرط قبول المحال عليه والمحتال (قوله وهذه أحسن الحيل) لأن فى الأولى ضررا للورثة حيث لا يمكنهم الرجوع إلى الغرماء بقدر نصيب المصالح وكذا فى الثانية لأن النقد خير من النسيئة إتقانى (قوله والأوجه الخ) لأن فى الأخيرة لا يخلو عن ضرر وهو تأخير وصولهم قدر حصته مع أنه ليس لهم نفع فى هذا القدر وهو خلاف وضع الصلح غالبا (قوله ثم يحيلهم على الغرماء) أو يحيلهم ابتداء من غير بيع ليقبضوه له ثم يأخذوه

(وفى صحة صلح عن تركة مجهولة) أعيانها ولا دين فيها (على مكيل أو موزون) متعلق بصلح (اختلاف) والصحيح الصحة زيلعى لعدم اعتبار شبهة الشبهة . وقال ابن الكمال إن فى التركة جنس بدل الصلح لم يجز وإلا جاز ، وإن لم يدر فعلى الاختلاف .

(ولو) التركة (مجهولة وهى غير مكيل أو موزون فى يد البقية) من الورثة (صح فى الأصح) لأنها لاتفضى إلى المنازعة لقيامها فى يدهم ، حتى لو كانت فى يد المصالح أو بعضها لم يجز

لأنفسهم (قوله ولا دين فيها) أما إذا كان فيها دين فلا يصح الصلح لما تقدم (قوله اختلاف) فقال الفقيه أبو جعفر بالصحة وهو الصحيح . وقال ظهير الدين المرغينانى : لايصح (قوله لعدم اعتبار شبهة الشبهة) لأن عدم الصحة باحتمال أن يكون فى التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح فيكون ربا ، وقيل يصح لاحتمال أن لا يكون فى التركة مكيل أو موزون ، وإن كان فيحتمل أن يكون نصيبه أقل من بدل الصلح فكان القول بعدم الجواز مؤديا إلى اعتبار شبهة الشبهة ولا عبرة بها اه وإنما العبرة للشبهة .

وفى فتاوى قاضيخان : والصحيح ما قاله أبو جعفر من أنه يجوز هذا الصلح لأن الثابت هنا شبهة الشبهة وذلك لا يعتبر اه لأنه يحتمل أن يكون فى التركة من جنس بدل الصلح على تقدير أن يكون زائدا على بدل الصلح ، فاحتمال الاحتمال يكون شبهة الشبهة (قوله جنس بدل الصلح) تركيب إضافى بإضافة جنس إلى بدل الصلح (قوله لم يجز) أى حتى يكون ما يأخذه أزيد من حصته من ذلك الجنس ليكون الزائد فى مقابلة مايخصه من غير الجنس ، ويشترط القبض لأنه بمنزلة البيع وبيع ما جمعهما قدر وجنس أو أحدهما لايجوز نسيئة كذا تقتضيه القواعد ، والمراد أنه لا يجوز اتفاقا كما أن الثانى يجوز اتفاقا (قوله وإلا) أى إن لا يكن فى التركة جنس بدل الصلح ، وهذا التفصيل لغير ما نحن فيه (قوله وإن لم يدر فعلى الخلاف) هى مسألة المتن ويدرى بالبناء للمجهول (قوله وهى غير مكيل أو موزون) كذا وقع فى الغرر ، ولا وجه للتقييد به إلا إذا كان المصالح عليه مكيلا أو موزونا . أما إذا كان غيرهما فلا يظهر لهذا التقييد وجه ، وقد نقل المصنف هذه المسألة عن الزيلعى ، وعبارة الزيلعى خالية عن هذا التقييد ، ونصها : وهذا يدل على أن الصلح مع جهالة التركة يجوز ، وقيل لايجوز لأنه بيع وبيع المجهول لايجوز ، والأول أصح لأن الجهالة هنا لا تفضى إلى المنازعة لأنها فى يد بقية الورثة فلا يحتاج فيها إلى التسليم ، حتى لو كانت فى يد المصالح أو بعضها لايجوز حتى يصير جميع ما فى يده معلوما للحاجة إلى التسليم ط .

أقول : وكذا يشترط أن لا يكون فيها دين ووقع الصلح على مكيل وموزون كما فى الإتقانى (قوله صح فى الأصح) وقيل لا يجوز لأنه بيع المجهول لأن المصالح باع نصيبه من التركة وهو مجهول بما أخذ من المكيل والموزون إتقانى (قوله لأنها) أى جهالة التركة المصالح عنها (قوله لاتفضى إلى المنازعة لقيامها فى يدهم) يعنى أن العلة فى عدم جواز المبيع إذا كان المبيع مجهولا لإفضائه إلى المنازعة ، وهنا لايفضى إليها لأن المصالح عنه فى يد بقية الورثة فلا يحتاج فيه إلى التسليم ولايطلبون شيئا آخر من المصالح بمقابلة بدل الصلح كذا فى العزمية كمن أقر بغصب شىء فباعه المقر له منه جاز وإن جهلا قدره ، وقيل لايصح لأن المصالح باع نصيبه من التركة وهو مجهول بما أخذه من المكيل والموزون ومع جهالة المبيع لا يصح كما فى شرح المجمع .

قلت : فاستفيد منه أن ما يحتاج لتسليمه تلزم معرفته ومالا فلا در منتقى .

أقول : واستفيد أن نفس الجهالة غير مانعة لجواز البيع ، بل الجهالة المفضية إلى المنازعة مانعة ، ألا ترى

ما لم يعلم جميع ما فى يده للحاجة إلى التسليم ابن ملك (وبطل الصلح والقسمة مع إحاطة الدين بالتركة) إلا أن يضمن الوارث الدين بلا رجوع أو يضمن أجنبى بشرط براءة الميت أو يوفى من مال آخر (ولا) ينبغى أن (يصالح) ولا يقسم (قبل القضاء) للدين (فى غير دين محيط ، ولو فعل الصلح) والقسمة (صح) لأن التركة لا تخلو عن قليل دين : فلو وقف الكل تضرر الورثة فيوقف قدر الدين استحسانا وقاية

أنه لو باع قفيزا من صبرة يجوز البيع مع الجهالة ، وكذلك لو باع المغصوب كما ذكرنا (قوله ما لم يعلم جميع ما فى يده) أى لا يجوز حتى يصير جميع ما فى يده معلوما للحاجة إلى التسليم كما ذكرنا عن الإتقانى ، بخلاف ما إذا كانت فى أيدى بقية الورثة فإنه يجوز مع الجهالة لأنه لايحتاج فيها إلى التسليم كما مر ويأتى (قوله ابن ملك) لم يذكر هذا القيد أصلا .

[خاتمة] التهايؤ : أى تناوب الشريكين فى دابتين غلة أو ركوبا يختص جوازه بالصلح عند أبى حنيفة لا الجبر . وجائز فى دابة غلة أو ركوبا بالصلح فاسد فى غلتى عبدين عنده ولو جبرا درر البحار .

وفى شرحه غرر الأفكار : ثم اعلم أن التهايؤ جبرا فى غلة عبد أو دابة لا يجوز اتفاقا للتفاوت وفى خدمة عبد أو عبدين جاز اتفاقا لعدم التفاوت ظاهرا أو لقلته . وفى غلة دار أودارين أو سكنى دار أو دارين جاز اتفاقا لإمكان المعادلة، لأن التغير لايميل إلى العقار ظاهرا وأن التهايؤ صلحا جائز فى جميع الصور كما جوز أبوحنيفة أيضا قسمة الرقيق صلحا اهـ (قوله وبطل الصلح) أى مع أحد الورثة ليخرجوه عنها ، فلو قسموا التركة بين الورثة ثم ظهر دين محيط قيل للورثة اقضوه فإن قضوه صحت القسمة وإلا فسخت لأن الدين مقدم على الإرث فيمنع وقوع الملك لهم إلا إذا قضوا الدين أو أبرأ الغرماء ذممهم فحينئذ تصح القسمة لزوال المانع فكذا إذا لم يكن محيطا لتعلق حق الغرماء بها إلا إذا بقى فى التركة ما يفى بالدين فحينئذ لا تفسخ لعدم الاحتياج كذا فى قسمة الدرر (قوله والقسمة) أى قسمة التركة بين الورثة لأنهم لايملكون التركة حينئذ لتقدم حاجته فللغريم إبطالها ، ولو أجاز قبل أن يصل إليه حقه .

وفى الظهيرية : ولو لم يضمن الوارث ولكن عزلوا عينا لدين الميت فيه وفاء بالدين ثم صالحوا فى الباقى على نحو ما قلنا جاز اهـ . قال العلامة المقدسى : فلو هلك المعزول لابد من نقض القسمة (قوله بلا رجوع) أما لو كان برجوع كانت التركة مشغولة .

قال فى التبيين : ولو ضمن رجل بشرط أن لا يرجع فى التركة جاز الصلح لأن هذا كفالة بشرط براءة الأصيل وهو الميت فتصير حوالة ، فيخلو مال اليتيم عن الدين فيجوز تصرفهم فيه اهـ (قوله بشرط براءة الميت) تبع فيه المصنف ، وقد علم من عبارة الزيلعى أن المدار على اشتراط عدم الرجوع فى التركة وقد بين وجهه ط (قوله يوفى) بالبناء للمجهول بضم ففتح فتشديد (قوله من مال آخر) الأولى تقديمه على أو يضمن أجنبى فإن الضمير فيــه يرجع إلى الوارث إذا لم يبن للمجهول لفظ يوفى ، وسواء وفى الوارث من ماله الخاص به أو من عين أخرى ظهرت للميت (قوله ولا ينبغى أن يصالح) أى بل يكره ، وهل هى تنزيهية أو تحريمية حرره ط .

أقول : معنى لا ينبغى خلاف الأولى ، وخلاف الأولى مكروه تنزيها . قال فى البحر : لاينبغى الأولى أن لايفعلوا ذلك حتى يقضوا الدين اهـ (قوله استحسانا) والقياس أن لا يجوز ، لأن كل جزء من أجزاء التركة مشغول بالدين لعدم الأولوية بالصرف إلى جزء دون جزء فصار كالمستغرق فيمنع من دخوله فى ملك الورثة .

لئلا يحتاجوا إلى نقض القسمة بحر .

(ولو أخرجوا واحدا) من الورثة فحصته تقسم بين الباقى عن السواء إن كان ما أعطوه من مالهم غير الميراث (وإن كان) المعطى (مما ورثوه فعلى قدر ميراثهم) يقسم بينهم ،

ووجه الاستحسان ما ذكره من التعليل بقوله لأن التركة لا تخلو عن قليل دين الخ . والأولى تقديم قوله استحسانا عند قوله صح لأن التركة الخ لأنه يوهم خلاف المراد ، وماهنا موافق لما فى الزيلعى مخالف لما فى مسكين والعينى ، فإن عبارة مسكين : ولو على الميت دين محيط : أى مستغرق جميع التركة بأن لا يبقى شىء بعد أدائه بطل الصلح والقسمة ، وإن لم يكن مستغرقا لا ينبغى أن يصالحوا مالم يعطوا دينه . ولوفعلوا قالوا يجوز الصلح. وذكر الكرخى رحمه الله تعالى فى القسمة أنها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا اهـ وعبارة الزيلعى : وإن لم يكن مستغرقا جاز استحسانا ، والقياس أن لايجوز الخ (قوله لئلا يحتاجوا) علة لقوله فيوقف. قال صدر الشريعة : ولو صالح فالمشايخ قالوا صح لأن التركة لا تخلو عن قليل دين والدائن قد يكون غائبا ، فلو جعلت التركة موقوفة اتضرر الورثة والدائن لا يتضرر ، لأن على الورثة قضاء دينه ووقف قدر الدين وقسم الباقى استحسانا ووقف الكل قياس الخ (قوله على السواء) أفاد أن أحد الورثة إذا صالح البعض دون الباقى يصح وتكون حصته له فقط وكذا لو صالح الموصى له كما فى الأنقروى .

[مسألة] فى رجل مات عن زوجة وبنت وثلاثة أبناء عم عصبة وخلف تركة اقتسموها بينهم ثم ادعت الورثة على الزوجة بأن الدار التى فى يدها ملك مورثهم المتوفى فأنكرت دعواهم فدفعت لهم قدرا من الدراهم صلحا عن إنكار فهل يوزع بدل الصلح عليهم على قدر مواريثهم أو على قدر رؤوسهم؟ الجواب قال فى البحر : وحكمه فى جانب المصالح عليه وقوع الملك فيه للمدعى سواء كان المدعى عليه مقرا أو منكرا ، وفى المصالح عنه وقوع الملك فيه للمدعى عليه اهـ ومثله فى المنح .

وفى مجموع النوازل : سئل عن الصلح على الإنكار بعد دعوى فاسدة هل يصح ؟ قال : لا لأن تصحيح الصلح عن الإنكار من جانب المدعى أن يجعل ما أخذ عين حقه أو عوضا عنه لابد أن يكون ثابتا فى حقه ليمكن تصحيح الصلح من الذخيرة ، فمقتضى قوله وقوع الملك فيه للمدعى وقوله أن يجعل عين حقه أو عوضا عنه أن يكون على قدر مواريثهم سيدى الوالد رحمه الله تعالى عن مجموعة منلا على التركمانى أمين الفتوى بدمشق الشام (قوله إن كان ما أعطوه من مالهم) أى وقد استووا فيه ، ولا يظهر عند التفاوت ط (قوله فعلى قدر ميراثهم) قال فى السراجية وشرحها : من صالح عن شىء من التركة فاطرح سهامه من التصحيح ثم اقسم باقى التركة على سهام الباقين كزوج وأم وعم فصالح الزوج عن نصيبه على ما فى ذمته من المهر وخرج من البين فيقسم باقى التركة بين الأم والعم أثلاثا بقدر سهامهما سهمان للأم وسهم للعم :

فإن قلت : هلا جعلت الزوج بعد المصالحة وخروجه من البين بمنزلة المعدوم وأى فائدة فى جعله داخلا فى تصحيح المسألة مع أنه لا يأخذ شيئا وراء ما أخذه .

قلت : فائدته أنا لو جعلناه كأن لم يكن وجعلنا التركة ما وراء المهر لانقلب فرض الأم من ثلث أصل المال إلى ثلث الباقى ، إذ حينئذ يقسم الباقى بينهما أثلاثا فيكون للأم سهم وللعم سهمان وهو خلاف الإجماع ، إذ حقها ثلث الأصل ، وإذا أدخلنا الزوج فى المسألة كان للأم سهمان من الستة وللعم سهم واحد ويقسم الباقى بينهما على هذه الطريقة فتكون مستوفية حقها من الميراث اهـ ملخصا ط ، وسيأتى آخر كتاب الفرائض بيان قسمة التركة

وقيده الخصاف بكونه عن إنكار ، فلو عن إقرار فعلى السواء ، وصالح أحدهم عن بعض الأعيان صحيح ، ولو لم يذكر فى صك التخارج أفى التركة دين أم لا فالصك صحيح ، وكذا لو لم يذكره فى الفتوى فيفتى بالصحة ويحمل على وجود شرائطها مجمع الفتاوى .

(والموصى له) بمبلغ من التركة (كوارث فيما قدمناه) من مسألة التخارج (صالحوا) أى الورثة (أحدهم وخرج من بينهم (ثم ظهر للميت دين أو عين لم يعلموها هل يكون ذلك داخلا فى الصالح) المذكور (قولان

مفصلا (قوله وقيده الخصاف) أى قيد جريان هذا التفصيل بما إذا كان الورثة منكرين (قوله فعلى السواء) أى مطلقا منح سواء كان الدفع من التركة أو من غيرها لأنه بمنزلة البيع فكأنهم اشتروه جميعا ولا يظهر التساوى إلا إذا كان المدفوع متساويا بينهم ، وعليه فينبغى أن يرجع الأكثر حصة فى التركة على الأقل حصة بقدر مادفع من ماله عنه فليتأمل .

قال الشرنبلالى فى شرح الوهبانية والوجه أنهما فى الإقرار يكونان مشتريين فيتنصف ، وفى الإنكار مدعيين العين للتركة فيكون على قدر الأنصباء ، واختاره البعض (قوله عن بعض الأعيان) أشار به إلى أنه كما يصح الصلح معه عن كل أعيانها يصح عن بعضها اعتبارا للجزء بالكل .

وفى المجتبى : ادعى مالا أى معلوما أو غيره فجاء رجل واشترى ذلك من المدعى يجوز الشراء فى حق المدعى ويقوم مقامه فى الدعوى فإن استحق شيئا كان له وإلا فلا ، فإن جحد المطلوب ولا بينة فله أن يرجع اه حموى ، ومثله فى البحر . قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : وتأمل فى وجهه .

ففى البزازية من أول كتاب الهبة : وبيع الدين لايجوز ، ولو باع من المديون أو وهبه جاز اه .

أقول : لم يظهر لى وجهه مع تصريحهم بعدم صحة بيع الدين لغير من عليه الدين فهو غير صحيح فيما يظهر وفوق كل ذى علم عليم (قوله أفى التركة دين) هكذا فى بعض النسخ وفى بعضها أن بدل أفى وعليها فيلزم نصب دين وعليها كتب ط ، والمراد أن الصك صحيح ، يعنى إذا أقر بما فيه عمل به وليس له نقضه إلا بمسوغ (قوله وكذا لو لم يذكره فى الفتوى) أى فى السؤال الذى رفع ليكتب عليه أو يجاب عنه أى فلا يجب على المفتى البحث ط (قوله والموصى له بمبلغ من التركة كوارث) صورتها : رجل أوصى لرجل بعبد أو دار فترك ابنا وابنة فصالح الابن والابنة الموصى له بالعبد على مائة درهم . قال أبو يوسف ، إن كانت المائة من مالهما غير الميراث كان العبد بينهما نصفين ، وإن صالحاه من المال الذى ورثاه عن أبيهما كان المال بينهما أثلاثا لأن المائة كانت بينهما أثلاثا .

وذكر الخصاف فى الحيل أن الصلح إن كان عن إقرار كان العبد الموصى به بينهما نصفين ، وإن كان عن إنكار فعلى قدر الميراث ، وعلى هذا بعض المشايخ ، وكذلك فى الصالح عن الميراث ، كذا فى قاضيخان (قوله من مسئلة التخارج) أى بتفاصيلها (قوله صالحوا الخ) أقول : قال فى البزازية فى الفصل السادس من الصالح ولو ظهر فى التركة دين بعد التخارج لا رواية فى أنه هل يدخل تحت الصلح أم لا ، ولقائل أن يقول يدخل ، ولقائل أن يقول لا اه . ثم قال بعد نحو ورقتين : قال تاج الإسلام وبخط صدر الإسلام وجدته : صالح أحد الورثة وأبرأ إبراء عاما ثم ظهر فى التركة شىء لم يكن وقت الصح لارواية فى جواز الدعوى . ولقائل أن يقول بجواز دعوى حصته منه وهو الأصح . ولقائل أن يقول لا .

وفى المحيط : لو أبرأ أحد الورثة الباقى ثم ادعى التركة وأنكروا لا تسمع دعواه وإن أقروا بالتركة أمروا

أشهرهما لا) بل بين الكل . والقولان حكاهما فى الخانية مقدما لعدم الدخول . وقد ذكر فى أول فتاواه أنه يقدم ما هو الأشهر فكان هو المعتمد كذا فى البحر .

قلت : وفى البزازية أنه الأصح ولا يبطل الصلح . وفى الوهبانية :

وفى مال طفل بالشهود فلم يجز وما يدعى خصم ولا يتنور

بالرد عليه اهـ كلام البزازية ثم قال بعد أسطر : صالحت : أى الزوجة عن الثمن ثم ظهر دين أو عين لم يكن معلوما للورثة . قيل لا يكون داخلا فى الصلح ويقسم بين الورثة لأنهم إذا لم يعلموا كان صالحهم عن المعلوم الظاهر عندهم لا عن المجهول فيكون كالمستثنى من الصلح فلا يبطل الصلح . وقيل يكون داخلا فى الصلح لأنه وقع عن التركة والتركة اسم للكل . فإذا ظهر دين فسد الصلح ويجعل كأنه كان ظاهرا عند الصلح اهـ .

والحاصل من مجموع كلامه المذكور أنه لو ظهر بعد الصلح فى التركة عين هل تدخل فى الصلح فلا تسمع الدعوى بها أم لا تدخل فتسمع الدعوى ؟ قولان . وكذا لو صدر بعد الصلح إبراء عام ثم ظهر للمصالح عين هل تسمع دعواه فيه قولان أيضا . والأصح السماع بناء على القول بعدم دخولها تحت الصلح فيكون هذا تصحيحا للقول بعدم الدخول . وهذا إذا اعترف بقية الورثة بأن العين من التركة وإلا فلا تسمع دعواه بعد الإبراء كما أفاده ما نقله عن المحيط وإنما قيد بالعين . لأنه لو ظهر بعد الصلح فى التركة دين فعلى القول بعدم دخوله فى الصلح يصح الصلح ويقسم الدين بين الكل . وأما على القول بالدخول فالصلح فاسد كما لو كان الدين ظاهرا وقت الصلح إلا أن يكون مخرجا من الصلح بأن وقع التصريح بالصلح عن غير الدين من أعيان التركة . وهذا أيضا ذكره فى البزازية حيث قال : ثم ما ظهر بعد التخارج على قول من قال من أنه لا يدخل تحت الصلح ، لاخفاء . ومن قال يدخل تحته فكذلك . إن كان عينا لا يوجب فساده . وإن دينا إن مخرجا من الصلح لا يفسد وإلا يفسد اهـ (قوله أشهرهما لا) وعلى مقابله فإن كان الذى ظهر دينا فسد الصلح كأنه وجد فى الابتداء فيكون هو وغيره بين الكل وإن كان عينا لا اهـ منح (قوله بل بين الكل) أى بل يكون الذى ظهر بين الكل (قوله قلت وفى البزازية الخ) وفى الثامن والعشرين من جامع الفصولين أنه الأشبه (قوله ولا يبطل الصلح) أى لو ظهر فى التركة عين . أما لو ظهر فيها دين فقد قال فى البزازية إن كان مخرجا من الصلح لا يفسد وإلا يفسد كما سمعته : أى إن كان الصلح وقع على غير الدين لا يفسد . وإن وقع على جميع التركة فسد كما لو كان الدين ظاهرا وقت الصلح (قوله وفى مال طفل) أى والصلح فى مال الطفل الثابت بالشهود لم يجز إذ لا مصلحة له . ومفهومه . أنه يجوز الصلح حيث لا بينة للطفل . والضمير فى لم يجز إلى الصلح (قوله وما يدعى) عطف على مأخوذ من المقام : أى فلم يجز الصلح فى مال الطفل الثابت بالشهود ولا فيما يدعى خصم ولا يتنور : أى لم ينور دعواه لبينة .

وحاصل المعنى إذا كان لطفل مال بشهود لم يجز الصلح فيه ولم يجز مصالحه من يدعى شيئا على الصغير بدون بينة بمال الصغير . لأن المدعى لم يستحق سوى الاستحلاف . ولا يستحلف الأب ولا الوصى ولا الصبى حال صغره . والأب لا يصح أن يفدى اليمين بمال الصغير ، وإن تبرع الأب بماله صح كالأجنبى . وإذا كان للمدعى بينة يصح الصلح بمال الصغير بمثل القيمة وزيادة يتغابن فيها كالشراء ، وهذه المسائل تجرى فى الأب والجد ووصيهما والقاضى ووصيه . وسواء كان الصلح فى عقار أو عبد أو غيرهما فى الكل أو البعض . وعليه فالصور أربع فيما إذا لم يكن للطفل بينة وحيث كان للخصم بينة . فهذه أربع صور . وأشار المصنف إلى أن الأربعة تجرى

وصح على الإبراء من كل عائب ولو زال عيب عنه صالح يهدر
ومن قال إن تحلف فتبرأ فلم يجز ولو مدع كالأجنبى يصور

مع الأب والجد والوصى من جهة الأب أو الجد، ومن جهة الوصى أو من جهة أحدهما أو القاضى أو وصى القاضى فبلغ اثنتين وثلاثين مسئلة، وسواء كان الصلح فى عقار أو عبد أو غيرهما فيبلغ ستة وتسعين، وسواء كان فى الجميع أو البعض فيبلغ مائة واثنين وتسعين حكما كل ذلك مما ذكره صاحب المبسوط.

قلت: بقى عليه وصى الأم فى تركتها ووصيه والأخ. قال فى المبسوط: وصلح وصى الأم والأخ مثل صلح وصى الأب فى غير العقار، فيبلغ أضعاف ذلك كما فى شرح الوهبانية لابن الشحنة، وتمامه فيه (قوله وصح على الإبراء عن كل عائب) الضمير فى صح يعود إلى الصلح، يعنى جاز الصلح عن البراءة من كل عيب، لأن الإبراء عن العيب بلا بدل صحيح فكذلك معه، كما لو سمى عيبا معلوما لأنه إسقاط الحق. ولو قال اشتريت منك العيوب بكذا لم يصح ط؛ وهذا البيت للعلامة عبد البر ذكره بعد أبيات بعد البيت الأول (قوله ولو زال عيب) أى لو صالحه على عيب فى المبيع ودفع له بدلا عن الصلح ثم زال العيب بطل الصلح ويسترد البدل ويسقط عنه إن لم يكن دفعه لعود السلامة، وكذا كل عيب زال كطلاق المشتراة، أولم يوجد يرد بدله كعدم الحبل، وكما لو ظهر الدين على غير المصالح يرد بدله كما فى الشرنبلالية (قوله ومن قال) أى لو ادعى عليه شيئا فأنكر فقال له إن تحلف على عدم ثبوت هذا الحق عليك فأنت برىء منه لم تجز هذه البراءة لعدم جواز تعليقها بالشرط، فإن كان حلف عند غير القاضى له أن يحلفه عند القاضى؛ ولو أقام بينة قبلت، وإن عجز أعاد اليمين عليه (قوله ولو مدع) لو للوصل: أى لو قال للمدعى إن حلفت على ما تدعيه فهو لك فحلف لا يستحق المدعى (قوله كالأجنبى) خبر لمبتدإ محذوف أى وما ذكر من المدعى عليه والمدعى كالأجنبى حال كونه يصور أى لو قال له إن حلف فلان الأجنبى فلك ما تدعيه أو أنت برىء مما ادعى عليك فحلف الأجنبى لا يبرأ.

والحاصل أنه اشتمل هذا البيت على ثلاث مسائل من قاضيخان.

الأولى: اصطلحا على أنه إن حلف المدعى عليه فهو برىء فحلف أن ماله قبله شىء فالصلح باطل.

الثانية: اصطلحا على أنه إن حلف المدعى على دعواه فالمدعى عليه يكون ضامنا لما يدعى فالصلح باطل، فلا يجب المال على المدعى عليه.

الثالثة: اصطلحا على أنه إن حلف فلان وهو غير الطالب فالمال على المدعى عليه كان باطلا فلا يلزمه المال وهى المفادة بقوله كالأجنبى وهذه المسائل تقدمت فى كتاب الدعوى.

[خاتمة] نسأل الله حسنها. فى البحر عن مجموع النوازل: وقع بين امرأة وزوجها مشاجرة فتوسط المتوسطون بينهما للصلح فقالت لا أصالحه حتى يعطينى خمسين درهما يحل لها ذلك لأن لها عليه حقا من المهر وغيره اه. قال الحموى نقلا عن المقدسى قلت: هذه دعوى لا دليل عليها فقد يكون لا شىء لها وتطلب ذلك اه.

وأقول: ما ذكره فى مجموع النوازل من أنه يحل لها الأخذ مفروض فيما إذا وافقها الزوج بأن أعطاها ما طلبت بطريق الصلح، وحينئذ لا يتوقف الأخذ على أن يكون لها شىء عليه إذ ليس هو بأدنى مما سبق التصريح به من أن الصلح يجوز ولو عن إنكار، وقدمنا عن الزيلعى التصريح بأنه يحل للمدعى أخذه لأنه فى

زعمه عين حقه أو بدله وإن كان المدعى عليه يزعم أنه لا شيء عليه ومع هذا حل له الدفع أيضا للشر عن نفسه وحينئذ فقوله لأن لها عليه حقا من المهر وغيره إنما ذكره تحسينا للظن بها لا لأنه شرط لجواز الصلح أبو السعود.

وفي البحر عن الخلاصة : ولو استقرض من رجل دراهم بخارية ببخارى أو اشترى سلعة بدراهم بخارية ببخارى فالتقيا ببلدة لا يوجد بها البخارية ، قالوا : يؤجل قدر المسافة ذاهبا وجائيا ويستوثق منه بكفيل .

وفيه عنها : إذا أقر الوصي أن عنده ألف درهم للميت وللميت ابنان فصالح أحدهما من حقه على أربعمائة لم يجز ، وإن كان استهلكها ثم صالحهما جاز اهـ . ولو صالح امرأته من نفقتها سنة على حيوان أو ثوب سمى جنسه جاز مؤجلا وحالا ، بخلاف مالو صالحها بعد الفرض أو بعد تراضيهما عن النفقة لا يجوز ، كذا في محيط السرخسي .

ولو صالحته عن أجر رضاع الصبي بعد البينونة كان جائزا ، ثم ليس لها أن تصالح بما ثبت لها من دراهم الأجر على طعام بغير عينه كذا في المبسوط .

رجل صالح امرأته المطلقة من نفقتها على دراهم معلومة على أن لا يزيدها عليها حتى تنقضي عدتها وعدتها بالأشهر جاز ذلك ، وإن كان عدتها بالحيض لا يجوز لأن الحيض غير معلوم ، قد تحيض ثلاث حيض في شهرين وقد لا تحيض عشرة أشهر . كذا في فتاوى قاضيخان .

لو صالحت مع زوجها من نفقتها مادامت زوجة له على مال لا يجوز .

لو كانت امرأته مكاتبة أو أمة قد بوأها المولى بيتا فصالحها على دراهم مسماة من النفقة والكسوة لكل سنة جاز ذلك ، وكذلك لو صالح مولى الأمة ، فلو لم يكن بوأها المولى بيتا لم يجز هذا الصلح . وكذلك إن كانت المرأة صغيرة لا يستطيع الزوج أن يقربها فصالح أباها عن نفقتها لم يجز ، وإن كانت كبيرة والزوج صغير فصالح أبوه عن النفقة وضمن جاز . وإذا صالح الفقير امرأته على نفقة كثيرة في الشهر لم يلزمه إلا نفقة مثلها كذا في المبسوط .

لو صالح على نفقة المحارم ثم ادعى الإعسار صدق وبطل الصلح كذا في التاتارخانية .

إذا صالح الرجل بعض محارمه عن النفقة وهو فقير لم يجبر على إعطائه إن أقروا أنه محتاج ، فإن لم يعرف حاله وادعى أنه فقير فالقول قوله ، ويبطل عنه ما صالح عليه إلا أن تقوم بينة أنه موسر فيقضى بالصلح عليه ، ونفقة الولد الصغير كنفقة الزوجة من حيث أن اليسار ليس بشرط لوجوبها . فالصلح فيه يكون ماضيا ، وإن كان الوالد محتاجا ، فإن كان صالح على أكثر من نفقتهم بما يتغابن الناس فيه أبطلت الفضل عنه . وكذلك الصلح في الكسوة للحاجة ، والمعتبر فيه الكفاية كالنفقة .

لو صالح امرأته من كسوتها على درع يهودى ولم يسم طوله وعرضه ورفعته جاز ذلك ، وكذلك كسوة القرابة .

ولو صالح رجل أخاه وهو صحيح بالغ على دراهم مسماة لنفقته وكسوته كل شهر لم يجبر ذلك ولم يجبر عليه كذا في المبسوط .

إن صالحت المبانة زوجها عن سكناها على دراهم لا يجوز كذا في فتاوى قاضيخان .

إذا صالح امرأته من نفقتها وكسوتها لعشر سنين على وصيف وسط إلى شهر أو لم يجعل له أجلا فهو جائز كذا في المبسوط .

. . . .

سئل الحسن بن على عمن ادعى على آخر فسادا فى البيع بعد قبض المبيع ولم يتهيأ له إقامة البينة فصولح بينهما عن دعوى الفساد على دنانير هل يصح الصلح ؟ فقال لا قيل : ولو وجد بينة بعد الصلح هل تسمع البينة ؟ فقال نعم ، كذا فى التاترخانية ناقلا عن اليتيمة . وفى حكم الرد بالعيب المصالح عليه كالبيع يرد بالعيب اليسير والفاحش ويرجع فى الدعوى إن كان رده بحكم أو غير حكم كذا فى المبسوط .

لو وجد بما وقع عليه الصلح عيبا فلم يقدر على رده لأجل الهلاك أو لأجل الزيادة أو لأجل النقصان فى يد المدعى فإنه يرجع على المدعى عليه بحصة العيب ، فإن كان الصلح عن إقرار رجع بحصة العيب على المدعى عليه فى المدعى ، وإن كان عن إنكار رجع بحصة العيب على المدعى عليه فى دعواه ، فإن أقام البينة أو حلفه فنكل استحق حصة العيب منه ، فإن حلفه فحلف فلا شىء عليه كذا فى السراج الوهاج .

لو اشترى جارية فولدت عند المشترى ثم وجدها عوراء وأقر البائع أنه دلسها له فصالحه على أن يردها وولدها وزيادة ثوب على أن يرد عليه الآخر الثمن فهو جائز ، وكذلك هذا فى نقض بناء الدار وزيادة بنائها هكذا فى المبسوط .

ادعى عيبا فى جارية اشتراها وأنكر البائع فاصطلحا على مال على أن يبرئ المشترى البائع من ذلك العيب ثم ظهر أنه لم يكن بها عيب أو كان ولكنه قد زال فللبائع أنه يسترد بدل الصلح كذا فى الفصول العمادية .

اشترى رجلان شيئا فوجدا به عيبا فصالح أحدهما فى حصته جاز وليس للآخر أن يخاصم عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى . وعندهما لآخر على خصومته ، لأن عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لو أبرأ أحدهما عن حصته بطل حق الآخر خلافا لهما كذا فى محيط السرخسى .

إذا اشترى ثوبين كل واحد بعشرة دراهم وقبضهما ثم وجد بأحدهما عيبا فصالح على أن يرده بالعيب على أن يزيد فى ثمن الآخر درهما فالرد جائز ، وزيادة الدرهم باطلة فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى كذا فى الحاوى .

لو قال لجارية أنت أمتى وقالت لا بل أنا حرة وصالحها من ذلك على مائة درهم فهو جائز ، فإن أقامت البينة أنها كانت أمته أعتقها عام أول أو أنها حرة الأصل من الموالى أو من العرب حرة الأبوين رجعت بالمائة عليه ، ولو أقامت البينة أنها كانت أمة لفلان فأعتقها عام أول لم أقبل ذلك منها ولم ترجع بالمائة كذا فى المبسوط .

إذا ادعى دارا فى يد رجل وأنكر المدعى عليه فصالحه المدعى على دراهم ثم أقر المدعى عليه فأراد المدعى أن ينقض صلحه وقال إنما صالحتك لأجل إنكارك ليس له أن ينقض الصلح كذا فى المحيط .

لو ادعى فى بيت رجل حقا فصالحه المدعى عليه من ذلك على أن يبيت على سطحه سنة ذكر فى الكتاب أنه يجوز . وقال بعض المشايخ : هذا إذا كان السطح محجرا ، فإن لم يكن محجرا لا يجوز الصلح ، كما لا يجوز إجارة السطح . وقال بعضهم : يجوز الصلح على كل حال ، كذا فى الظهيرية .

اختصم رجلان فى حائط فاصطلحا على أن يكون أصله لأحدهما وللآخر موضع جذوعه وأن يبنى عليه حائطا معلوما ويحمل جذوعا معلومة لا يجوز كذا فى محيط السرخسى .

إذا اختصم رجلان فى حائط فاصطلحا على أن يهدماه وكان مخوفا وأن يبنياه على أن لأحدهما ثلثه وللآخر ثلثيه والنفقة عليهما على قدر ذلك ، وعلى أن يحملا عليه من الجذوع بقدر ذلك فهو جائز كذا فى الحاوى .

. . . .

إذا وقع الصلح من دعوى الدار على دراهم وافترقا قبل قبض بدل الصلح لا ينتقض الصلح كذا فى المحيط .

إذا كان لإنسان نخلة فى ملكه فخرج سعفها إلى دار جاره فأراد الجار قطع السعف فصالحه رب النخلة على دراهم مسماة على أن يترك النخلة فإن ذلك لايجوز ، وإن وقع الصلح على القطع ، فإن أعطى صاحب النخلة جاره دراهم ليقطع كان جائزا وأنه أعطى الجار دراهم لصاحب النخلة ليقطع كان باطلا .

رجل اشترى دارا لها شفيع فصالح الشفيع على أن يعطى للشفيع دراهم مسماة ليسلم الشفيع الشفعة بطلت الشفعة ولا يجب المال ، وإن كان أخذ المال رده على المشترى كذا فى فتاوى قاضيخان .

ولو صالح المشترى مع الشفيع على أن أعطاه الدار وزاده الشفيع على الثمن شيئا معلوما فهو جائز كذا فى المبسوط ، وإن صالح على أن يأخذ نصف المشترى أو ثلثه أو ربعه على أن يسلم الشفعة فى الباقى كان جائزا ، فإن وجد هذا الاصطلاح منهما بعد تأكد حق الشفيع بطلب المواثبة وطلب الإشهاد فإنه يصير آخذا للنصف بالشفعة حتى لا يتجدد فيما أخذ بالشفعة مرة أخرى ويصير مسلم الشفعة فى النصف ، حتى لو كان هذا الشفيع شريكا فى المبيع أو فى الطريق كان للجار أن يأخذ النصف الذى لم يأخذه هذا الشفيع بالشفعة ، وإن كان هذا الاصطلاح قبل وجود الطلب من الشفيع فإنه يصير آخذا للنصف بشراء مبتدإ ويتجدد فيما أخذ الشفعة هكذا فى المحيط .

لو صالح المشترى الشفيع على أن يسلم الشفعة على بيت من الدار بحصته من الثمن فالصلح باطل وحق الشفعة باطل ، وهذا إذا كان الصلح بعد تأكد حقه بالطلب فأما قبل الطلب بطلت الشفعة كذا فى محيط السرخسى .

إذا ادعى رجل شفعة فى دار فصالحه المشترى على أن يسلم له دارا أخرى بدراهم مسماة على أن يسلم له الشفعة فهذا فاسد لايجوز كذا فى المبسوط .

رجل قتل رجلا عمدا وقتل آخر خطأ ثم صالح أولياءهما على أكثر من ديتين فالصلح جائز ولصاحب الخطأ الدية وما بقى فلصاحب العمد ، ولو صالح أولياءهما على ديتين أو أقل منهما كان بينهما نصفين كذا فى محيط السرخسى وبدل الصلح فى دم العمد جار مجرى المهر ، فكل جهالة تحملت فى المهر تتحمل هنا ، وما يمنع صحة التسمية يمنع وجوبه فى الصلح ، وعند فساد التسمية يسقط القود ويجب بدل النفس وهو الدية ، نحو أن يصالح على ثوب كما يجب مهر المثل فى النكاح إلا أنهما يفترقان من وجه ، وهو أنه إذا تزوجها على خمر يجب مهر المثل . ولو صالح عن دم العمد على خمر لايجب شىء كذا فى الكافى . وفى الخطأ تجب الدية كذا فى الاختيار شرح المختار . ولو صالحه بعفو عن دم على عفو عن دم آخر جاز كالخلع كذا فى الاختيار .

جرح رجلا عمدا فصالحه لايخلو . إما إن برئ أو مات منها ، فإن صالحه من الجراحة أو من الضربة أو من الشجة أو من القطع أو من اليد أو من الجناية لاغير جاز الصلح إن برئ بحيث بقى له أثر ، وإن برئ بحيث لم يبق له أثر بطل الصلح ، فأما إذا مات من ذلك بطل الصلح عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ووجبت الدية خلافا لهما ، وإن صالحه عن الأشياء الخمسة وما يحدث منها فالصلح جائز إن مات منها ، وأما إذا برئ منها ذكر ههنا أن الصلح جائز وذكر فى الوكالة لو أن رجلا شج رجلا موضحة فوكل إنسانا ليصالح عن الشجة وما يحدث منها إلى النفس ، فإن مات كان الصلح من النفس ، وإن برئ يجب تسعة أعشار المال ونصف عشره

ويسلم للمشجوج نصف عشر المال . وقال عامة مشايخنا اختلفا لاختلاف الوضع ، فإن الوضع ثمة أنه صالح عن الجراحة وعما يحدث منها إلى النفس وهو معلوم فأمكن قسمة البدل على القائم والحادث جميعا ، وههنا صالحه عن الجراحة ، وكل مايحدث منها وهو مجهول قد يحدث وقد لايحدث ، وإذا حدث لايدرى أى قدر يحدث فتعذر قسمة البدل على القائم والحادث فصار البدل كله بإزاء القائم . وأما إذا صالحه عن الجناية يجوز الصلح فى الفصول كلها إلا إذا برئ بحيث لم يبق له أثر كذا فى محيط السرخسى .

رجل قتل عمدا وله ابنان فصالح أحدهما عن حصته على مائة درهم فهو جائز ولا شركة لأخيه فيها ، ولو كان القتل خطأ فصالحه أحدهما على مال كان لشريكه أن يشاركه فى ذلك إلا أن يشاء المصالح أن يعطيه ربع الأرش هكذا فى المبسوط .

فى المنتقى عن ابن سماعة عن أبى يوسف رحمه الله قال فى رجل قطع يمين رجل فصالحه المقطوع يده على أن يقطع يسار القاطع فقطعه فهذا عفو عن الأول ، ولا شئ على قاطع اليسار ولا شئ له على قاطع اليمين ، وإن اختصما قبل أن يقطع يساره وقد صالحه على ذلك فليس له أن يقطع يساره ولكن رجع بدية يمينه ، وإن صالحه على أن يقطع يد القاطع ورجله أو على أن يقتل عبد القاتل ، إن قطع يده ورجله رجع عليه بدية رجله ، وإن قتل عبده فله عليه قيمة عبده مقاصة منها بدية يده ويترادان الفضل . ولو صالح على أن يقطع يد هذا الحر أو على أن يقتل عبد فلان ففعل يغرم دية الحر الآخر وقيمة عبده ويرجع المقطوع يده على القاطع بدية يده كذا فى محيط السرخسى .

إذا كان فى الديوان عطاء مكتوب باسم رجل فنازعه فيه آخر وادعى أنه له فصالحه المدعى عليه على دراهم أو دنانير حالة أو إلى أجل فالصلح باطل ، وكذلك لو صالحه على شيء بعينه فهو باطل كذا فى المبسوط .

له عطاء فى الديوان مات عن ابنين فاصطلحا على أن يكتب فى الديوان باسم أحدهما ويأخذ العطاء والآخر لاشيء له من العطاء ويبذله من كان له العطاء مالا معلوما فالصلح باطل ويرد بدل الصلح والعطاء للذى جعل الإمام العطاء له كذا فى الوجيز للكردرى .

مطلب لايصح صلح وكيل الخصومة

الوكيل بالخصومة إذا صالح لايصح ، بخلاف ما إذا أمر كذا فى متفرقات الذخيرة .

لايجوز التصرف فى بدل الصلح قبل الصلح إذا كان منقولا ، فلا يجوز للمدعى بيعه وهبته ونحو ذلك ، فإن كان عقارا يجوز عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى .

لاينبغى للقاضى أن يباشر الصلح بنفسه بل يفوض ذلك إلى غيره من المتوسطين ، وسبيل القاضى أن لايبادر فى القضاء بل يرد الخصوم إلى الصلح مرتين أو ثلاثا إذا كان يرجو الإصلاح بينهم بأن كانوا يميلون إلى الصلح ولا يطلبون القضاء لا محالة ، فأما إذا طلبوا القضاء لامحالة وأبوا الصلح ، إن كان وجه القضاء ملتبسا غير مستبين للقاضى أن يردهم إلى الصلح . أما إذا كان وجه القضاء مستبينا ، فإن وقعت الخصومة بين أجنبيين يقضى بينهم ولا يردهم إلى الصلح حين أبوا ، وإن وقعت الخصومة بين أهل قبيلتين أو بين المحارم يردهم إلى الصلح مرتين أو ثلاثا ، وإن أبوا الصلح هكذا فى الذخيرة .

الكفيل بالنفس إذا صالح على مال على أن يبرئه من الكفالة فالصلح باطل ، وهل تبطل الكفالة فيه روايتان . فى رواية تسقط هكذا فى البدائع وبه يفتى كذا فى الذخيرة اه والله تعالى أعلم وأستغفر الله العظيم .

كتاب المضاربة

(هى) لغة مفاعلة من الضرب فى الأرض وهو السير فيها .-وشرعا (عقد شركة فى الربح بمال من جانب)

كتاب المضاربة

قال منلا مسكين : هى كالمصالحة من حيث أنها تقتضى وجود البدل من جانب واحد اه . قال الحموى : وفيه تأمل لأن الصلح إذا كان عن مال بإقرار يكون بيعا والبيع يقتضى وجود المبادلة من الجانبين اه . وأجاب عنه أبو السعود عن شيخه بأنه يكفى فى بيان وجه المناسبة اشتراك المضاربة والصلح فى الوجود الصورى وباعتباره يكون قاصرا على المصالح عليه ، ولا شك أن وجوده من جانب واحد كرأس مال المضاربة . وأما اعتبار الصلح عن مال بإقرار بيعا فبالنظر إلى المعنى كما لايخفى اه أى أنه لايلزم فى المناسبة أن تكون من كل الوجوه وقد اعتبرت هنا فى قسمين من الصلح الصلح عن إنكار أو سكوت (قوله هى مفاعلة) لكونها على غير بابها (قوله وهو السير فيها) قال الله تعالى — وآخرون يضربون فى الأرض يبتغون من فضل الله — يعنى يسافرون للتجارة، وسمى هذا العقد بها لأن المضارب يسير فى الأرض غالبا لطلب الربح ، ولهذا قال الله تعالى — يضربون فى الأرض يبتغون من فضل الله — وهو الربح وأهل الحجاز يسمون هذا العقد مقارضة ، وهو مشتق من القرض لأن صاحب المال يقطع قدرا من ماله ويسلمه للعامل . وأصحابنا اختاروا لفظة المضاربة لكونها موافقة لما تلونا من نظم الآية ، وهى مشروعة لشدة الحاجة إليها من الجانبين ، فإن من الناس من هو صاحب مال ولا يهتدى إلى التصرف ، ومنهم من هو بالعكس فشرعت لتنتظم مصالحهم ، فإنه عليه الصلاة والسلام بعث والناس يتعاملون بها فأقرهم عليها وتعاملتها الصحابة رضى الله تعالى عنهم ، ألا ترى إلى ما يروى « أن عباس ابن عبد المطلب كان إذا دفع مالا مضاربة شرط عليه أن لايسلك به بحرا ولا ينزل واديا ولا يشترى ذات كبد رطب ، فإن فعل ذلك ضمن فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسنه » فصارت مشروعة بالسنة والإجماع كذا ذكره الزيلعى . ووجه المناسبة بين الكتابين من حيث أن كلا منهما مشتمل على الاسترباح . أما المضاربة فإن مبناها على هذا . وأما الصلح فإن المصالح من المدعى عليه مستربح سواء كان الصلح عن إقرار أو عن إنكار أو عن سكوت عينى (قوله وشرعا عقد شركة) قال فى النهاية : ومن يحذو حذوه أنها دفع المال إلى غيره ليتصرف فيه ويكون الربح بينهما على ماشرطا . ورجح البرجندى هذا التعريف ، وضعفه صاحب التكملة بأن المضاربة ليست الدفع المذكور ، بل هى عقد يحصل قبل ذلك أو معه . ثم عقد الشركة فى الربح لايستلزم وجود الربح ، فلا يرد عليه أنه قد لايوجد الربح أصلا ، وخروج الفاسدة عن التعريف لايقدح فيه لأنها تنقلب حينئذ إلى الإجارة كذا أفاده المنلا عبد الحليم (قوله فى الربح) وإن لم يشتركا فى الربح خرج العقد إلى البضاعة أو القرض .

قال فى البحر : فلو شرط الربح لأحدهما لاتكون مضاربة اه ، ويجوز التفاوت فى الربح ، وإذا كان المال من اثنين فلا بد من تساويهما فيما فضل من الربح ، حتى لو شرط لأحدهما الثلثان وللآخر الثلث فيما فضل فهو بينهما نصفان لاستوائهما فى رأس المال اه كما يأتى (قوله بمال من جانب الخ) أى هذا مسمى المضاربة ، وأما كونه إيداعا ابتداء فليس هو مفهوما لها بل هو حكمها كما ذكره ، لأنه ترك ماله فى يد غيره لا على طريق الاستبدال ولا الوثيقة فيكون أمانة ، فهو داخل فى معنى الوديعة وليس هو مسمى عقد المضاربة ، فإذا عمل فيه كان عاملا فيه بإذن مالكه ، وهو معنى الوكيل له فلذلك كان من حكمها أنها توكيل مع العمل ، فإن ربح

رب المال (وعمل من جانب) المضارب .
(وركنها الإيجاب والقبول . وحكمها) أنواع لأنها (إيداع ابتداء) .

كان شريكا لأنها قد عقدت بمال من جانب رب المال وعمل من جانب الآخر على أن يكون الربح بينهما ، فلما حصل الربح كان له نصيب منه فكانت شركة حينئذ وغصب إن خالف لأنه تصرف فى ماله بغير إذنه حيث خالف ماشرط عليه وخرجت حينئذ عن كونها مضاربة فلذا لاتعود وإن أجاز رب المال ، لأن عقد المضاربة قد انفسخ بالمخالفة والمفسوخ لاتلحقه الإجازة ، وإجارة فاسدة إن فسدت لأن الربح إنما يستحق بعقد المضاربة ، فإذا فسدت لايستحق شيئا منه ولذا قال فلا ربح للمضارب لكنه عمل فى ماله بإذنه غير متبرع فيكون إجارة فلذا وجب أجر مثله ربح أولا كما هو حكم الإجارة ، وإنما كانت فاسدة لعدم وجود العقد الصحيح المفيد للإجارة ، وبهذا التقرير اندفع ما أورده صدر الشريعة تأمل (قوله وعمل من جانب المضارب) لأنه قبض المال بإذن مالكه لا على وجه المبادلة والوثيقة ، بخلاف المقبوض على سوم الشراء لأنه قبضه بدلا ، وبخلاف الرهن لأنه قبضه وثيقة درر وهو أى عمل بالرفع كذا ضبطه الشرح اه شلبى فيكون عطفا على قوله عقد فيقتضى أن حقيقتها العقد والعمل وهو ينافى مابعد من قوله وركنها الخ فلو كان مجرورا عطفا على مال والجار والمجرور فى قوله بمال متعلق بمحذوف تقديره وتكون لكان وجيها .

فالأولى أن يقول وهى عبارة عن عقد على الشركة فى الربح بمال من أحد الجانبين وعمل من الآخر كما فعل فى الهندية ، وهو مؤيد ماقلنا كما فى ط .

وإنما قيد الشارح بالمضارب لأنه لو اشترط رب المال أن يعمل مع المضارب فسدت كما سيصرح به المصنف فى باب المضارب يضارب ، وكذا تفسد لو أخذ المال من المضارب بلا أمره وباع واشترى به ، إلا إذا صار المال عروضا فلا تفسد لو أخذه من المضارب كما سيأتى فى فصل المتفرقات (قوله وركنها الإيجاب والقبول) قال الحموى فى شرحه : وركنها اللفظ الدال عليها كقوله دفعت إليك هذا المال مضاربة أو مقارضة أو معاملة أو خذ هذا المال واعمل به على أن لك من الربح نصفه أو ثلثه أو قال ابتع به متاعا فما كان من فضل فلك منه كذا أو خذ هذا بالنصف ، بخلاف خذ هذا الألف واشتر هرويا بالنصف ولم يزد عليه فليس مضاربة بل إجارة فاسدة له أجر مثله إن اشترى وليس له البيع إلا بأمر اه ويقول المضارب قبلت أو مايؤدى هذا المعنى اه قاضى زاده (قوله وحكمها أنواع) لكنها بأنظار مختلفة.قال المنلا عبد الحليم : قوله :وحكمها أنواع :

الأول : أقول : اللائق أن يدرج فى غيره أيضا قولنا الثانى والثالث وغيرهما كما أدرج فى قوله وشرطها وعد الأنواع المذكورة أحكامها بناء على أن حكم الشىء مايثبت به ويبتنى عليه ، ولا خفاء فى أنه يراعى ذلك فى كل حكم منها فى وقته ، فلا يرد عليه أن معنى الإجارة والغصب ناقض لعقد المضاربة مناف لصحتها فكيف يجعل حكما من أحكامها ، ومن هذا يظهر حسن سبك المصنف فى تحرير المتن حيث قال وأما دفع المال الخ لأن الإبضاع والإقراض لم يبتنيا على هذا العقد بل يفترقان عنه أول الأمر كما لايخفى اه (قوله لأنها إيداع ابتداء) لأنه قبض المال بإذن مالكه لا على وجه المبادلة والوثيقة إلى آخر ماقدمناه قريبا ، ولو حذف قوله لأنها ويكون قوله إيداع بدلا مما قبله ماضره ، وقوله ابتداء ظاهره أنها لاتكون فى البقاء كذلك مع أنها تكون أمانة فيه فحكم الابتداء والبقاء سواء .

ومن حيل الضمان أن يقرضه المال إلا درهما ثم يعقد شركة عنان بالدرهم وبما أقرضه على أن يعملا والربح بينهما ثم يعمل المستقرض فقط ، فإن هلك فالقرض عليه (وتوكيل مع العمل) لتصرفه بأمره (وشركة إن ربح ،

فإن قيل : أراد الإيداع حقيقة وهى فى البقاء أمانة قلنا : هذا غير ظاهر فتدبر ط . قال الخير الرملى : سيأتى أن المضارب يملك الإيداع فى المطلقة مع ما تقرر أن المودع لايودع ، فالمراد فى حكم عدم الضمان بالهلاك وفى أحكام مخصوصة لا فى كل حكم فتأمل (قوله ومن حيل الضمان الخ) ليست هذه حيلة فى المضاربة بل قد خرج العقد إلى الشركة فى رأس المال .

وذكر الزيلعى حيلة أخرى أيضا فقال : وإذا أراد رب المال أن يضمن المضارب بالهلاك يقرض المال منه ثم يأخذه منه مضاربة ثم يبضع المضارب كما فى الواقعات . وذكر هذه الحيلة القهستانى ، وفيه نظر لأنها تكون شركة عنان شرط فيها العمل على الأكثر مالا وهو لا يجوز ، بخلاف العكس فإنه يجوز كما ذكره فى الظهيرية فى كتاب الشركة عن الأصل للإمام محمد تأمل ؛ وكذا فى شركة البزازية حيث قال : وإن لأحدهما الألف وللآخر ألفان واشتركا واشترطا العمل على صاحب الألف والربح أنصافا جاز ؛ وكذا لو شرطا الربح والوضيعة على قدر المال والعمل من أحدهما بعينه جاز ، ولو شرطا العمل على صاحب الألفين والربح نصفين لم يجز الشرط والربح بينهما أثلاثا لأن ذا الألف شرط لنفسه بعض ربح الآخر بغير عمل ولا مال ، والربح إنما يستحق بالعمل أو المال أو بالضمان اه ملخصا ، لكن فى مسألة الشارح شرط العمل على كل منهما لا على صاحب الأكثر فقط وهو صحيح سالم من الفساد كما سيصرح به .

والحاصل أن المفهوم من كلامهم أن الأصل فى الربح أن يكون على قدر المال كما قدمناه عن البحر إلا إذا كان لأحدهما عمل فيصح أن يكون أكثر ربحا بمقابلة عمله ، وكذا لو كان العمل منهما يصح التفاوت أيضا تأمل (قوله ثم يعقد شركة عنان) وهى لا يلزمها أن يكون الربح فيها على قدر المال فلهما أن يتفقا على مناصفة الربح ح (قوله على أن يعملا) ذكره لأنه لو شرط العمل على أحدهما فسدت كما مر فيها والمفسد اشتراط عمل أحدهما لا الإطلاق (قوله ثم يعمل المستقرض فقط) أى بطيب نفس منه لا بشرط عليه لأن شرط الشركة أن يكون العمل عليهما كما قال على أن يعملا ، لكن الشرط إنما هو اشتراط العمل عليهما لا وجوده منهما ، فإن العمل لا يتأتى من اثنين عادة فيصح أن ينفرد أحدهما به بعد أن شرط عليهما كما هو مقتضى عقد الشركة ويكون الربح بينهما على حسب الشرط ، لأن كلا منهما وكيل بما يعمله عن صاحبه فيقع شراء كل لهما بالأصالة عن نفس المباشر ، وبالوكالة عن شريكه لأن الشركة تتضمنها ويكون الربح على حسب الشرط كما تقدم فى بابها (قوله وتوكيل مع العمل) حتى يرجع بما لحقه من العهدة عليه منح ، كما لو ورد على المضارب بالعيب ولم يوجد ما يؤدى ثمنه من مال المضاربة أو استحق فى يد المشترى ورجع على المضارب بثمنه ولم يوجد مايؤديه فأدى من مال نفسه يرجع إلى رب المال ، هذا ما ظهر لى وكما سيجىء من قوله شرى عبدا بألفها وهلك الألف قبل نقده دفع المال ثمنه ثم وثم ، يعنى يرجع المضارب بالثمن على المالك .

وأقول هذه الوكالة ضمنية كما فى وكالة الشركة كما ذكرنا فشملت وكالة بمجهول الجنس وجازت ، بخلاف الوكالة القصدية فإنها لم تجز وكالة بمجهول الجنس نحو التوكيل بشراء ثوب ونحوه على ما مر (قوله وشركة إن ربح) لأن الربح حصل بالمال والعمل فيشتركان فيه منح .

وغصب إن خالف وإن أجاز) رب المال (بعده) لصيرورته غاصبا بالمخالفة (وإجارة فاسدة إن فسدت فلا ربح) للمضارب (حينئذ بل له أجر مثل عمله مطلقا) ربح أولا (بلا زيادة على المشروط) خلافا لمحمد

أقول ، بل تكون شركة بمجرد الشراء ، ألا ترى أنه ليس لرب المال فسخها بعده ، ولو كانت وكالة لكان له فسخها حينئذ وأخذ البضاعة ، نعم استحقاقه لشيء من المال موقوف على ظهور الربح ولذا لو عتق عبد المضاربة لايعتق ما لم يتحقق الربح تأمل (قوله وغصب إن خالف) لتعديه على مال غيره فيكون ضامنا واستشكل قاضي زاده عد الغصب والإجارة من أحكامها لأن معنى الإجارة إنما يظهر إذا فسدت المضاربة ؛ ومعنى الغصب إنما يتحقق إذا خالف المضارب وكلا الأمرين ناقض لعقد المضاربة مناف لصحتها فكيف يصح أن يجعلا من أحكامها وحكم الشيء ما يثبت به ، والذى يثبت بمنافيه لا يثبت به قطعا .

فإن قلت : قد صلحا أن يكونا حكما للفاسدة . قلنا : الأركان والشروط المذكورة هنا للصحيحة فكذا الأحكام على أن الغصب لا يصح حكما للفاسدة لأن حكمها أن يكون للعامل أجر عمله ولا أجر للغاصب اه مختصرا ط ، ولا تنس ماقدمناه عند قوله بمال من جانب الخ (قوله وإن أجاز رب المال بعده) حتى لو اشترى المضارب مانهي عنه ثم باعه وتصرف فيه ثم أجاز رب المال لم يجز منح فيضمن بالغصب ويكون الربح بعد ما صار مضمونا عليه له ولكن لا يطيب له عندهما . وعند الثاني يطيب له كالغاصب والمودع إذا تصرفا وربحا فإنهما على الخلاف المذكور اه شلبي عن الغاية . وفى سرى الدين عن الكافى أنه بعد الإجازة يكون كالمستبضع ، يعنى أن البضاعة وديعة فى يده ، وإذا خالف ينقلب إلى الغصب ولو أجاز بعده اه وفيه مخالفة لما هنا كل المخالفة ، وينبغى اعتماد ما هنا ط بزيادة (قوله لصيرورته غاصبا بالمخالفة) فيه تعليل الشيء بنفسه (قوله بل له أجر مثل عمله مطلقا) وهو ظاهر الرواية قهستاني لأنه لا يستحق المسمى لعدم الصحة ولم يرض بالعمل مجانا فيجب أجر المثل . وعن أبي يوسف إن لم يربح فلا أجر له وهو الصحيح لئلا تربو الفاسدة على الصحيحة شيخنا عن ابن الغرس على الهداية اه أبو السعود .

وفى الهداية : وعن أبي يوسف إذا لم يربح لا يجب الأجر اعتبارا بالمضاربة الصحيحة اه . اتفق الشراح على صحة هذا التعليل لأن الفاسد يؤخذ حكمه من الصحيح من جنسه أبدا كما فى البيع الفاسد ، ولكن تصدوا فى الجواب عنه بأنه نعم كذلك إذا كان انعقاد الفاسد كانعقاد الصحيح كما فى المنبع ، وهنا ليس كذلك لأن المضاربة الصحيحة تنعقد شركة والفاسدة تنعقد إجارة فتعتبر بالإجارة الصحيحة عند إيفاء العمل . ورده صاحب البيانية باعتبار فاسد المضاربة بصحيحها أولى من جعلها إجارة لأنهما رضيا أن يكون للعامل جزء من الربح لو حصل ، وبالحرمان إن لم يحصل ولم يرض رب المال أن يكون فى ذمته شيء فى مقابلة عمله ، فإيجابه يكون إيجابا بغير دليل ، فهدم الأصل الضعيف أولى من إلغاء التعليل الصحيح هذا (قوله بلا زيادة على المشروط) أى المسمى كما هو حكم الإجارة الفاسدة وقد مر ، وهذا فيما إذا ربح وإلا فلا تتحقق الزيادة ولا يكون له أجر ما لم يربح أو يكن الفساد بسبب تسمية دراهم معينة للعامل لأنه لم يرض حينئذ بالحرمان عند عدم الربح تأمل (قوله خلافا لمحمد) فيه إشعار بأن الخلاف فيما إذا ربح ، وأما إذا لم يربح فأجر المثل بالغا ما بلغ لأنه لا يمكن تقدير بنصف الربح المعدوم كما فى الفصولين ، لكن فى الواقعات ما قاله أبو يوسف مخصوص بما إذا ربح ، وما قاله محمد بأن له أجر المثل بالغا مابلغ فيما هو أعم ذكره الشمنى .

وأفاد فى الشرنبلالية نقلا عن التبيين وشرح المجمع والخلاصة أن وجوب أجر المثل مطلقا قول محمد ؛ ومعنى الإطلاق ربح أو لم يربح زاد على المسمى أولا وعند أبي يوسف يجب إن ربح وإلا فلا ولا يجاوز

والثلاثة .(إلا فى وصى أخذ مال يتيم مضاربة فاسدة) كشرطه لنفسه عشرة دراهم (فلا شىء له) فى مال اليتيم (إذا عمل) أشباه ، فهو استثناء من أجر عمله (و) الفاسدة (لا ضمان فيها) أيضا -(كصحيحة) لأنه أمين (ودفع المال إلى آخر مع شرط الربح) كله (للمالك بضاعة) فيكون وكيلا متبرعا (ومع شرطه للعامل قرض) لقلة ضرره .

المشروط اه وحينئذ فيكون مشى فى وجوب الأجر مطلقا على قول محمد ، ومشى فى عدم مجاوزة المشروط على قول أبى يوسف ،

فحاصل ماقاله أبو يوسف مخصوص بما إذا ربح ، وما قاله محمد بأن له أجر المثل بالغا ما بلغ فهو أعم كما ذكرنا (قوله إلا فى وصى أخذ مال يتيم مضاربة الخ) ظاهره أن للوصى أن يضارب فى مال اليتيم بجزء من الربح وسيأتى بيانه فى الفروع ، وكلام الزيلعى فيه أظهر ، وأفاد الزيلعى أيضا أن للوصى دفع المال إلى من يعمل فيه مضاربة بطريق النيابة عن اليتيم كأبيه أبو السعود ،

قال فى أحكام الصغار : الوصى يملك أخذ مال اليتيم مضاربة ، فإن أخذ على أن له عشرة دراهم من الربح فهذه مرابحة فاسدة ولا أجر له ، وهذا مشكل لأن المضاربة متى فسدت تنعقد إجارة فاسدة ويجب أجر المثل ومع هذا قال لايجب ، لأن حاصل هذا راجع إلى أن الوصى يؤجر نفسه لليتيم وأنه لا يجوز اه ، ومنه يعلم أن الاستثناء الذى ذكره ليس فى عبارة الكتاب المذكور وأنه أسقط من عبارته مابه يتضح الحكم المذكور .

وفى البزازية بعد أن ذكر الاشكال الذى ذكره فى جامع أحكام الصغار قال : والجواب أنه قد برهن على أن المنافع غير مقوّمة وأنه الأصل فيها فلو لزم الأجر لزم إيجاب التقوّم فى غير المتقوم نظرا إلى الأصل وأنه لايجوز فى مال اليتيم والصغير والتقوم بالعقد الصحيح بالنصوص الدالة عليه والنص لم يرد فى الفاسد ، والوارد فى الصحيح لايكون واردا فى الفاسد فى حق الصغير اه ذكره الحموى (قوله كشرطه لنفسه عشرة دراهم) الكاف لتمثيل المضاربة الفاسدة حلبى (قوله فلا شىء له) لأنه من باب إيجار الوصى لنفسه لليتيم وهو لا يجوز كما ذكرنا (قوله فهو استثناء من أجر عمله) لا حاجة إليه لأن المصنف دفع الايهام الذى وقع فيه بقوله فلا شىء له وذلك لأنه يحتمل أن يكون استثناء من قوله بل له أجر مثله أو من قوله بلازيادة والمؤلف قصد التوضيح (قوله والفاسدة لا ضمان فيها) لأن الفاسد من العقود يأخذ الحكم من الصحيح منها ولأنه عين فى يد أجيره ، ولو تلف بعد العمل فله أجر مثله ، وقيل هذا عند أبى حنيفة ، وعندهما يضمن إذا تلف فى يده بما يمكن التحرز عنه اه ،

وفى النهاية : والمضاربة الفاسدة غير مضمونة بالهلاك ، وذكر ابن سماعة عن محمد أنه ضامن للمال ، فقيل المذكور فى الكتاب قول أبى حنيفة وهو بناء على اختلافهم فى الأجير المشترك إذا تلف المال فى يده من غير صنعه ، وعندهما هو ضامن إذا هلك فى يده بما يمكن التحرز عنه وكذلك فى كل مضاربة فاسدة كذا فى المبسوط (قوله كله للمالك بضاعة) هو أن يعمل له متبرعا (قوله فيكون وكيلا متبرعا) أى بعمله حيث لم يشترط له جزءا من الربح (قوله لقلة ضرره) أى القرض بالنسبة للهبة فجعل قرضا ولم يجعل هبة ، لكن فيه اختصار مخل ، وكان عليه أن يقول قرض لا هبة لقلة ضرره . قال فى التبيين : وإنما صار المضارب مستقرضا باشتراط كل الربح له لأنه لا يستحق الربح كله إلا إذا صار رأس المال ملكا له لأن

(وشرطها) أمور سبعة (كون رأس المال من الأثمان) كما مر فى الشركة (وهو معلوم) للعاقدين

الربح فرع المال كالثمر للشجر وكالولد للحيوان ، فإذا شرط أن يكون جميع الربح له فقد ملكه جميع رأس المال مقتضى .

وقضيته أن لا يرد رأس المال لأن التمليك لا يقتضى الرد كالهبة لكن لفظ المضاربة يقتضى رد رأس المال فجعلناه قرضا لا شتماله على المعنيين عملا بهما ولأن القرض أدنى التبرعين لأنه يقطع الحق عن العين دون البدل والهبة تقطعه عنهما فكان أولى لكونه أقل ضررا اه (قوله سبعة) بضم قوله ومن شروطها .

مطلب لا تصح المضاربة بالفلوس الكاسدة

(قوله كون رأس المال من الأثمان) أى الدراهم والدنانير عندهما ، وبالفلوس النافقة . ولو دفع له عرضا وقال له بعه واعمل مضاربة فى ثمنه فباع بدراهم أو دنانير فتصرف صح ذكره مسكين . لكن فيه مخالفة لما فى القهستانى عن الكبرى ونصه : فى المضاربة بالتبر روايتان . وعن الشيخين أنها تصح بالفلوس وعند محمد لا تصح وعليه الفتوى اه وإنما جاز فى مسألة ثمن الثوب لأن المضاربة ليس فيها إلا توكيل وإجازة وكل ذلك قابل للإضافة على الإنفراد فكذا عند الاجتماع كما فى الزيلعى ، وإنما اشترط كون رأس المال من الأثمان لأنها شركة عند حصول الربح فلابد من مال تصح به الشركة وهو الدراهم والدنانير والتبر والفلوس النافقة اه منح . وجوازها بالتبر إن كان رائجا وإلا فهو كالعروض ، فلا تجوز المرابحة عليه إلا إذا بيعت العروض فصارت نقودا فإنها تنقلب مضاربة ، وكذلك الكيلى والوزنى لا يصلح أن يكون رأس المال عندنا خلافا لابن أبى ليلى كما فى النهاية .

وذكر فى تكملة الديرى وما نقله البعض أنه عند مالك تصح بالعروض لا يكاد يصح ، وإنما المنقول عن ابن أبى ليلى أنه يجوز بكل مال وعليه كلام الكاكى اه وقيد فى الدرر بالفلوس النافقة أيضا .

قال فى الهندية : والفتوى على أنه تجوز بالفلوس الرائجة ، كذا فى التاترخانية ناقلا عن الكبرى . ولا يجوز بالذهب والفضة إذا لم تكن مضروبة فى رواية الأصل كذا فى فتاوى قاضيخان .

وفى الكبرى : فى المضاربة بالتبر روايتان ، ففى كل موضع يروج التبر رواج الأثمان تجوز المضاربة هكذا فى التاترخانية والمبسوط والبدائع . وتجوز بالدراهم النبهرجة والزيوف ولا يجوز بالستوقة ، فإن كانت الستوقة تروج فهى كالفلوس ، كذا فى فتاوى قاضيخان .

وفى الحامدية : سئل فيما إذا دفع زيد لعمرو بضاعة على سبيل المضاربة وقال لعمرو بعها ومهما ربحت يكون بيننا مثالثة فباعها وخسر فيها فالمضاربة غير صحيحة ولعمرو أجر مثله بلا زيادة على المشروط اه .

رجل دفع لآخر أمتعة وقال بعها واشتر بها وما ربحت فبيننا نصفين فخسر فلا خسران على العامل ، وإذا طلب صاحب الأمتعة بذلك فتصالحا على أن يعطيه العامل إياه لا يلزمه ، ولو كفل إنسان ببدل الصلح لا يصح ولو عمل هذا العامل فى هذا المال فهو بينهما على الشرط ، لأن ابتداء هذا ليس بمضاربة بل هو توكيل ببيع الأمتعة ، ثم إذا صار الثمن من النقود فهو دفع مضاربة بعد ذلك فلم يضمن أولا لأنه أمين بحق الوكالة ثم صار مضاربا فاستحق المشروط جواهر الفتاوى (قوله كما مر فى الشركة) من أنها لا تصح مفاوضة وعنانا بغير النقدين والفلوس النافقة والتبر والنقرة إن جرى التعامل بهما (قوله وهو معلوم للعاقدين) لئلا يقعا فى المنازعة ولو مشاعا ، لما فى التاترخانية .

(وكفت فيه الإشارة) والقول فى قدره وصفته للمضارب بيمينه والبينة للمالك .
(وأما المضاربة بدين فإن على المضارب لم يجز ، وإن على ثالث

مطلب قرض المشاع جائز

وإذا دفع ألف درهم إلى رجل وقال نصفهاعليك قرض ونصفهامعك مضاربة بالنصف صح وهذه المسألة نص على أن قرض المشاع جائز ، ولا يوجد لهذا رواية إلا ههنا . وإذا جاز هذا العقدكان لكل نصف حكم نفسه ، وإن قال على أن نصفها قرض وعلى أن تعمل بالنصف الآخر مضاربة على أن الربح كله لى جاز ويكره لأنه قرض جر منفعة ، وإن قال على أن نصفها قرض عليك ونصفها مضاربة بالنصف فهو جائز ولم يذكر الكراهية هنا ، فمن المشايخ من قال سكوت محمد عنها هنا دليل على أنها تنزيهية ؛

وفى الخانية : قال على أن تعمل بالنصف الآخر على أن الربح لى جاز ولا يكره ، فإن ربح كان بينهما على السواء والوضيعة عليهما لأن النصف ملكه بالقرض والآخر بضاعة فى يده ، وفى التجريد يكره ذلك .

وفى المحيط : ولو قال على أن نصفها مضاربة بالنصف ونصفها هبة لك وقبضها غير مقسومة فالهبة فاسدة والمضاربة جائزة ، فإن هلك المال قبل العمل أو بعده ضمن النصف حصة الهبة فقط ، وهذه المسألة نص على أن المقبوض بحكم الهبة الفاسدة مضمون على الموهوب له اهـ ملخصا ، وتمامه فيه فليحفظ فإنه مهم ، وهذه الأخيرة ستأتى قبيل كتاب الإيداع قريبا من أن الصحيح أنه لا ضمان فى حصة الهبة أيضا ، لأن الصحيح أن الهبة الفاسدة تملك بالقبض اهـ لكن فيه أن الواهب سلط الموهوب له على قبض ماله فى الهبة المذكورة فكيف يضمن ، وقد أوضح الجواب عنه فى [نور العين] بأن الهبة الفاسدة تنقلب عقد معاوضة فتكون كالمقبوض على حكم البيع الفاسد وهو مضمون اهـ ، وقوله فإن ربح كان بينهما على السواء : أى ربح جميع الألف بدليل التعليل المذكور .

ولا يشكل هذا على قولهم إن الشرط الموجب انقطاع الشركة يفسدها أى المضاربة به لأنا نقول مافى الصورة المذكورة يحق نصف الألف هو بضاعة لا مضاربة تأمل (قوله وكفت به) أى فى الإعلام منح (قوله الإشارة) كما إذا دفع لرجل دراهم مضاربة وهو لا يعرف قدرها فإنه يجوز فيكون القول فى قدرها وصفتها للمضارب مع يمينه والبينة للمالك : أى إذا أشار إليها لئلا يقعا فى المنازعة له فى الدرر (قوله والبينة للمالك) أى لو ادعى رب المال أنه دفع إليه ألفين وقال المضارب ألفا فسقط أو ادعى رب المال أنها بيض وقال المضارب سودفالقول للمضارب بيمينه لأنه منكر والبينة لرب المال لأنه مدع (قوله لم يجز) لأن المضارب أمين ابتداء ولا يتصور كونه أمينا فيما عليه من الدين أى لأنه لا يبرأ إلا بتسليمه لربه ويكون الربح للمشترى فى قول أبى حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : الربح لرب الدين ويبرأ المضارب عن الدين كذا فى الخانية عن العزمية .

قال فى البحر ، وأما المضاربة بدين ، فإن كان على المضارب فلا يصح وما اشتراه له والدين فى ذمته اهـ والأوجه تأخير هذا عند قوله وكون رأس المال عينا لا دينا بطريق التفريع عليه كما فعل صاحب الدرر (قوله وإن على ثالث) بأن قال اقبض مالى على فلان ثم اعمل به مضاربة ، ولو عمل قبل أن يقبض الكل ضمن ، ولو قال فاعمل به لا يضمن ، وكذا بالواو ، لأن ثم للترتيب فلا يكون مأذونا بالعمل إلا بعد قبض الكل بخلاف الفاء والواو ، ولو قال اقبض دينى لتعمل به مضاربة لا يصير مأذونا ما لم يقبض الكل بحر أى فلو عمل قبل أن يقبضه كله ضمن . وبحث فيه بأن القول بأن الفاء كالواو فى هذا الحكم نظر ، لأن ثم تفيد الترتيب والتراخى

جاز وكره) ولو قال اشتر لى عبدا نسيئة ثم بعه وضارب بثمنه ففعل جاز . كقوله لغاصب أو مستودع أو مستبضع اعمل بما فى يدك مضاربة بالنصف جاز مجتبى (وكون رأس المال عينا لا دينا) كما بسط فى الدرر (وكونه مسلما إلى المضارب)

والفاء تفيد التعقيب والترتيب فينبغى أن لا يثبت الإذن فيهما قبل القبض بل يثبت عقبه ؛ بخلاف الواو فإنها لمطلق الجمع من غير تعرض لمقارنة ولا ترتيب وعليه عامة أهل اللغة وأئمة الفتوى تأمل (قوله جاز) لأن هذا توكيل بالقبض وإضافة للمضاربة إلى ما بعد قبض الدين وذلك جائز ، بخلاف ما إذا قال اعمل بالدين الذى لى عليك حيث لا يجوز للمضاربة لأن المضاربة توكيل بالشراء والتوكيل بالشراء بدين فى ذمة الوكيل لايصح حتى يعين البائع أو المبيع عند أبى حنيفة فبطل التوكيل بالكلية ، حتى لو اشترى كان للمأمور ، وكذا لا يصح التوكيل بقبض ما فى ذمة نفسه فلا يتصور المضاربة فيه . وعندهما يصح التوكيل بالشراء بما فى ذمة الوكيل من غير تعيين ما ذكرنا حتى يكون مشتريا للآمر ، لكن المشترى عروض فلا تصح المضاربة بها على ما بينا اه زيلعى .

مطلب حيلة جواز المضاربة فى العروض

(قوله وكره) لأنه اشترط لنفسه منفعة قبل العقد منح ، ويظهر هذا فى المسألة التى بعد قوله ولو قال اشتر لى عبدا نسيئة الخ هذا يفهم أنه لودفع عرضا وقال له بعه واعمل بثمنه مضاربة أنه يجوز بالأولى كما ذكرنا وقد أوضحه الشرح ، وهذه حيلة لجواز المضاربة فى العروض. وحيلة أخرى ذكرها الخصاف أن يبيع المتاع من رجل يثق به ويقبض المال فيدفعه إلى المضارب مضاربة ثم يشترى هذا المضارب هذا المتاع من الرجل الذى ابتاعه من صاحبه ط (قوله مجتبى) ومثله فى البحر (قوله وكون رأس المال عينا) أى معينا ، وليس المراد بالعين العرض (قوله كما بسط فى الدرر) حيث قال فيه لأن المضارب أمين ابتداء ولا يتصور كونه أمينا فيما عليه من الدين ، فلو قال اعمل بالدين الذى بذمتك مضاربة بالنصف لم يجز ، بخلاف ما لو كان له دين على الثالث فقال اقبض مالى من فلان واعمل به مضاربة حيث يجوز لأنه أضاف المضاربة إلى زمان القبض والدين فيه يصير عينا وهو يصلح أن يكون رأس المال اه وهو كالذى قدمه فى الدين قريبا ، وذكر فيه تفصيل كما هنا بأن هذا إذا كان دينا على المضارب . أما لو كان على غيره جاز وكره لأن ما كان على الغير بقبضه يصير عينا فتقع المضاربة عليه لا على الدين كما سمعت ، فمن قال إنه مكرر مع ما تقدم توهم أنه متقدم متنا ، ومن قال إنه موهم للإطلاق : أى يوهم أنه لا فرق أن يكون الدين على المضارب أو على الأجنبى ، وقد علمت الجواب أن ما على الأجنبى يصير عينا بقبضه فلم يقع العقد على الدين بل على العين المقبوضة (قوله وكونه مسلما إلى المضارب) لأن المال فى المضاربة من أحد الجانبين والعمل من جانب الآخر فلأن يخلص المال للعامل ليتمكن فى التصرف منه ولأن المال يكون أمانة عنده فلا يتم إلا بالتسليم إليه كالوديعة ، فلو شرط رب المال أن يعمل مع المضارب لا تجوز المضاربة لأنه شرط يمنع من التسليم والتخلية بين المال والمضارب ، سواء كان المالك عاقلا أولا كالأب والوصى إذا دفع مال الصغير مضاربة وشرط عمل شريكه : أى الصغير مع المضارب لا تصح المضاربة .

وفى السغناقى : وشرط عمل الصغير لايجوز ، وكذا أحد المتفاوضين أو شريكى العنان إذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه فسد العقد تاترخانية ، ولو شرط أن يكون المال كل ليلة عند المالك فسدت المضاربة قهستانى .

لمكنه التصرف (بخلاف الشركة) لأن العمل فيها من الجانبين (وكون الربح بينهما شائعا) فلو عين قدرا فسدت

وقال الإسبيجابى : إذا رد المضارب رأس المال على المالك وأمره أن يبيع يشترى على المضاربة ففعل وربح فهو جائز على المضاربة والربح على ما شرطا لأنه لم يوجد صريح النقض ولا دلالته لأنه صار مستعينا به على العمل . وإذا وقع العمل من رب المال إعانة لا يجعل استردادا ، بخلاف ما إذا شرط عمل رب المال حال العقد أفسد .

وحكى الإمام القاضى العامرى عن محمد بن إبراهيم الضرير أن شرط عمل رب المال مع المضارب إنما يكون مفسدا إذا شرط العمل جملة أما إذا شرط رب المال لنفسه أن يتصرف فى المال بانفراده متى بدا له وأن يتصرف المضارب فى جميع المال بانفراده متى بدا له جازت المضاربة كما فى الذخيرة ، وقيد برب المال لأن العاقد لو لم يكن رب المال ، فإن كان أهلا لأن يكون مضاربا فى ذلك المال كالأب والوصى يجوز شرط العمل عليه ، وإن لم يكن أهلا كالمأذون لا يجوز كما فى الشرنبلالية اهـ ، وسيأتى فى الباب الآتى متنا بعض هذا (قوله لمكنه التصرف) أى ولأنها فى معنى الإجارة والمال محل فيجب تسليمه (قوله لأن العمل فيها من الجانبين) فلو شرط خلوص اليد لأحدهما لم تنعقد الشركة لانتفاء شرطها وهو العمل منهما كذا فى الدرر (قوله شائعا) أنصافا أو أثلاثا مثلا لتحقق المشاركة بينهما فى الربح قل أو كثر قاله فى البرهان .

وفى البحر : الرابع أن يكون الربح بينهما شائعا كالنصف والثلث لا سهما معينا يقطع الشركة كمائة درهم أو مع النصف عشرة اهـ ط أى لاحتمال أن لا يحصل من الربح إلا مقدار ما شرط له . وإذا انتفى الشركة فى الربح لا تتحقق المضاربة لأنها جوزت ، بخلاف القياس بالنص بطريق الشركة فى الربح فيقتصر على مورد النص . وفى المتن إيماء إلى أن المشروط للمضارب إنما يكون من الربح ، حتى لو شرط من رأس المال أو منه ومن الربح فسدت كما فى الخزانة وعليه تعريف المضاربة (قوله فلو عين قدرا فسدت) لقطعه الشركة فى الربح : وإذا فسدت فله أجر مثله لا يجاوز المشروط عند أبى يوسف لرضاه به إذا كان المسمى معلوما : أما لو كان مجهولا كما هنا أو لم يوجد ربح لا يقال رضى بالقدر المشروط زيادة عن حصته من الربح لأنه لم يرض بها إلا مع نصف الربح وهو معدوم فالمسمى غير معلوم فيجب أجر المثل بالغا ما بلغ وقد يجاب بأن هذا العقد لما كان فاسدا كان ما سمى فيه محظورا فقطع النظر عما هو موجب المضاربة وعول على ما عين معه على أنه أجر مثل فى إجارة لا موجب مضاربة ولهذا قالوا هذه إجارة فى صورة مضاربة حموى عن المقدسى .

قلت : مابحثه المقدسى صرح به القهستانى معزيا للفصولين ، ونصه بعد أن حكى الخلاف عن الصاحبين فى أن أجر المثل هل يجب بالغا مابلغ أولا يجاوز به المشروط . قال : والخلاف فيما إذا ربح ، وأما إذا لم يربح فأجر المثل بالغا مابلغ لأنه لايمكن تقديره الخ ، وحينئذ لاحاجة إلى تكلف الجواب ، ولا ينافى كلام القهستانى ماسيأتى فى الشارح من قوله وعن أبى يوسف إن لم يربح فلا أجر له لأنه ذكره بلفظ عن فلا ينافى كون المذهب عنده استحقاق الأجر له بالغا مابلغ .

بقى أن يقال ظاهر كلام المقدسى أن المسمى للمضارب من الربح إذا كان جزءا شائعا كالنصف يقال إنه معلوم ، وهو مخالف لما فى الشمنى حيث قال : فإن كان المسمى معلوما لايزاد عليه ، وإن كان مجهولا كدابة أو ثوب يجب بالغا مابلغ ، وإن كان معلوما من وجه دون وجه كالجزء الشائع مثل النصف والربع فعند محمد يجب بالغا مابلغ لأنه مجهول إذ يكثر بكثرة مايحصل وينقص بقلته . وعندهما لايزاد على المسمى لأنه معلوم من

(وكون نصيب كل منهما معلوما) عند العقد . ومن شرطها كون نصيب المضارب من الربح ، حتى لو شرط له من رأس المال أو منه ومن الربح فسدت .

وفى الجلالية كل شرط يوجب جهالة فى الربح أو يقطع الشركة

جملة مايحصل بعمله اه أبو السعود ، وإنما تكون إجارة فاسدة إذا فسدت إن لم يبين مدة معلومة . أما لو بينها ينبغى أن يكون أجيرا خاصا فيستحق بتسليم نفسه فى المدة كما هو حكم الأجير الخاص وليراجع (قوله وكون نصيب كل منهما معلوما عند العقد) لأن الربح هو المعقود عليه وجهالته توجب فساد العقد اه درر (قوله فسدت) لأنهما شرطان لايقتضيهما العقد قال فى التاترخانية وما لا يوجب شيئا من ذلك لايوجب فساد المضاربة نحو أن يشترطا أن تكون الوضيعة عليهما .

وفى الفتاوى العتابية : ولو قال إن الربح والوضيعة بيننا لم يجز ، وكذا لو شرطا الوضيعة أو بعضها على المضارب فسدت . وذكر الكرخى : أن الشرط باطل ، وتصح المضاربة إذا شرط فيه نصف الربح .

وفى الذخيرة : ذكر شيخ الإسلام فى أول المضاربة أن المضاربة لاتفسد بالشروط الفاسدة . وإذا شرط للمضارب ربح عشرة فسدت لأنه شرط فاسد لأنه شرط تنتفى به الشركة فى الربح اه (قوله يوجب جهالة فى الربح) كما إذا شرط له نصف الربح أو ثلثه أو ربعه بأو الترديدية حلبى ، يعنى ذكر مجموع الثلاثة بطريق الترديد لإقتضاء الترديد جهالة الربح (قوله أو يقطع الشركة) كما لو شرط لأحدهما دراهم مسماة حلبى .

وأورد الأكمل شرط العمل على رب المال فإنه يفسدها وليس بواحد منهما . وأجيب بأن المراد بالفساد مابعد الوجود وهى عند اشتراط ذلك لم توجد المضاربة أصلا ، إذ حقيقتها أن يكون العمل فيها من طرف المضارب . وفى المقدسى قال الزيلعى وغيرها : فالأصل أن كل شرط يوجب جهل الربح أو قطع الشركة مفسد وما لا فلا .

قال الأكمل : شرط العمل على رب المال لايفسدها وليس بواحد منهما فلم يطرد . والجواب أنه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها . وإذا شرط العمل عليه فليس ذلك مضاربة وسلب الشىء عن المعدوم صحيح يجوز أن تقول زيد المعدوم ليس ببصير وقوله بعد وشرط العمل على المالك مفسد معناه مانع عن تحققه قال بعض المحققين مضمونه وإن لم يكن فاسدا فى نفسه إلا أنه مفسد لمعنى المقام لأن معنى القسم الثانى من الأصل على ما صرحوا به هو أن غير ذلك من الشروط لا يفسد المضاربة بل تبقى صحيحة ويبطل الشرط ، وقد أشار إليه المصنف بقوله كاشتراط الوضيعة على المضارب وقد كان اعترف به أولا حيث قال : ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل فى نفسه وتبقى المضاربة صحيحة أراد أن يشير إلى ذلك بأمر جلى فقال شرط الخ ولا شك أن المضاربة لا تندرج فى هذا المعنى اه ما فى المقدسى . وعبارة الدرر كذا أن يفسد المضاربة كل شرط يوجب جهالة الربح ، كما لو قال لك نصف الربح أو ثلثه أو ربعه ؛ لما مر أن الربح هو المعقود عليه فجهالته تفسد العقد وغيره لا أى غير ذلك من الشروط الفاسدة ، بل يبطل الشرط كاشتراط الخسران على المضارب فإنه لايقطعها وهو على رب المال . قال المولى عبد الحليم : قوله كما لو قال لك نصف الربح أو ثلثه أو ربعه ولم يعين واحدا من هذه الكسور والأعداد . وفى بعض النسخ أو شرط أن يدفع المضارب داره إلى رب المال ليسكنها أو أرضه سنة ليزرعها وهو الموافق لما فى شروح الهداية قوله وغيره أى غير كل شرط يوجب جهالة الربح أو غير كل شرط يوجب قطع الشركة فى الربح أو جهالة لايفسد ذلك الغير من الشروط الفاسدة عقد

فيه يفسدها وإلا بطل الشرط وصح العقد اعتبارا بالوكالة .

(ولو ادعى المضارب فسادها فالقول لرب المال وبعكسه فللمضارب) الأصل أن القول لمدعى الصحة فى العقود إلا إذا قال رب المال شرطت لك ثلث الربح إلا عشرة وقال المضارب الثلث فالقول لرب المال

المضاربة بل يبطل الشرط وتبقى المضاربة صحيحة هذا هو المعنى من سوق الكلام ومقتضى الكلام ولكن اعترض عليه بأن شرط العمل على رب المال شرط ليس بواحد منهما فلم يطرد هذا الضابط الكلى .

أقول : دفعه على ما نسقه المصنف ظاهر لأنه ذكر هذا الشرط أولا وأتى بالضابط الكلى بعده فيحمل على غير هذا الشرط بقرينة المقابلة . وأما على ما هو ترتيب صاحب الهداية حيث أخر ذكر هذا الشرط عن ذلك فيكون مخصصا لعمومه بل يكون بمنزلة الاستثناء به عنه ، ونظائره أكثر من أن تحصى كما لا يخفى على من تدرب هذا . ولبعض الشراح هنا جواب عنه ولبعضهم اعتراض عليه ولذلك تركناه ، وما ذكرناه أولى .

وما يقال فى دفع الاعتراض من أن الشرط الذى يوجب جهالة الربح ليس فساد المضاربة به لمقارنة شرط فاسد بل لانعدام صحتها وهو معلومية الربح وكذا فسادها بشرط العمل على رب المال ليس لكونه شرطا مفسدا بل لتضمنه انتفاء شرط صحة المضاربة وهو تسليم المال إلى المضارب .

أقول : كون كل من هذين الشرطين متفرعا على شرط من الشروط الستة لا يمنع ورود ذلك الشرط على هذا الضابط الكلى لأنه فى بيان الشرط المفسد وغير المفسد والفرق بينهما .

وأقول : الأمر أقرب من ذلك كله . فيقال : هذه الكلية غير صحيحة ويزاد فيما يفسد المضاربة اشتراط العمل الخ تأمل (قوله يفسدها) فللعامل أجر مثل عمله لأنه لم يرض بالعمل مجانا ولا سبيل إلى المسمى المشروط للفساد فيصار إلى أجر المثل ضرورة والربح لرب المال لأنه نماء ملكه درر (قوله وإلا) أى وإلا يكن واحد منهما : أى لم يوجب الشرط جهالة فى الربح ولا قطعا فى الشركة بطل الشرط كاشتراط الخسران على المضارب وكذا على رب المال أو عليهما كما فى التحفة (قوله وصح العقد اعتبارا بالوكالة) لأن الخسران جزء هالك من المال فلا يجوز أن يلزم غير رب المال لكنه شرط زائد لا يوجب قطع الشركة فى الربح والجهالة فيه لا تفسد المضاربة بالشروط الفاسدة كالوكالة . ولأن صحتها تتوقف على القبض فلا تبطل بالشرط كالهبة درر (قوله ولو ادعى المضارب فسادها) الأخصر الأوضح أن يقول والقول لمدعى الصحة منهما (قوله الأصل أن القول لمدعى الصحة فى العقود) قيده فى الذخيرة بما إذا اتحد العقد . أما لو اختلف العقد فالقول لرب المال إلا إذا اتفقا على ما يكفى لصحة المضاربة وادعى رب المال شرط الزيادة ليوجب فساد العقد فلا يقبل .

وبيانه أنه لو ادعى المضارب اشتراط ثلث الربح وادعى رب المال استثناء عشرة منه فالقول لرب المال لأن المضارب يدعى صحة المضاربة ورب المال يدعى الإجارة الفاسدة وهما مختلفان . فصار كما لو أقر بالإجارة الفاسدة وادعى الآخر الشراء الصحيح منه كان القول لرب المال لاختلاف العقدين . أما لو ادعى المضارب أن المشروط ثلث الربح وادعى رب المال الثلث وعشرة دراهم كان القول للمضارب لأنه يدعى شرطا زائدا يوجب فساد العقد فلا يقبل قوله كما فى البيع إذا اتفقا عليه وادعى أحدهما أجلا مجهولا يوجب فساد العقد وأنكر الآخر . بخلاف قوله اشترطت لك ثلث الربح إلا عشرة لأن هناك اتفقا على ما يكفى لصحة العقد لأن الكلام المقرون بالاستثناء تكلم بما وراء المستثنى وذلك مجهول يمنع صحة العقد (قوله ولو فيه فسادها) لأنه يمكن أن لا يظهر ربح إلا العشرة فاستثناؤها مؤدّ إلى قطع الشركة فى الربح (قوله إلا إذا قال رب المال شرطت لك ثلث الربح) قيل عليه لا يظهر استثناء هذا الفرع من القاعدة لأن رب المال يدعى الفساد والمضارب الصحة

ولو فيه فسادها لأنه ينكر زيادة يدعيها المضارب خانية ، وما فى الأشباه فيه اشتباه فافهم .

(ويملك المضارب فى المطلقة)

والقول لمدعيها فهو داخل تحت القاعدة كما لا يخفى .

أقول : ليست القاعدة على إطلاقها بل هى مقيدة بما إذا لم يدفع مدعى الفساد بدعوى الفساد استحقاق مال على نفسه كما هنا ، فحينئذ يكون القول قوله كما قدمناه عن الذخيرة ، وحينئذ لا صحة لقول المصنف فالقول للمضارب : والصواب فالقول لرب المال لأنه المدعى للفساد ليدفع بدعواه الفساد استحقاق مال عن نفسه ، وحينئذ يتم الاستثناء ، ولاوجه لما قيل إن القول فى هذه الصورة قول مدعى الصحة حيث كانت القاعدة مقيدة بما ذكرناه اهـ كلام الحموى ، فلما كان فى كلام الأشباه مايقتضى عدم صحة الاستثناء على ما ذكره المصنف موافقا لما فى الخانية والذخيرة البرهانية فى الفصل الرابع عشر منها من المضاربة ومخالفا للصواب حيث قال فالقول للمضارب والصواب فالقول لرب المال على ما ذكره الحموى مستندا لعبارة الذخيرة التى نقله عنها قال الشارح : وما فى الأشباه فيه اشتباه ، فليحرر ما يكشف ذلك الاشتباه .

والذى نقله الحموى عن الذخيرة هو ما ذكره فى البيوع فى الفصل العاشر ، وهو أن ما ذكر فى عبارته كما نقله عنه ما إذا قال المضارب لرب المال شرطت لى نصف الربح إلا عشرة ورب المال يدعى جواز المضاربة بأن قال شرطت لك نصف الربح :

وقد صرح صاحب الذخيرة فى كتاب المضاربة بأنه لوقال المضارب شرطت لى نصف الربح وزيادة عشرة أن القول فيه للمضارب ، وعلله بأن رب المال يدعى شرطا زائدا يوجب فساد العقد فلا يقبل كما تقدم فى عبارته فلا يتم ما قاله المحشى الحموى لمجرد تعليل صاحب الذخيرة مع نصه أن الحكم خلاف ذلك ولا سيما أن ما ذكره الفقيه فى غير بابه فالحق ما جرى عليه فى المنح تأمل (قوله وما فى الأشباه) من قوله القول قول مدعى الصحة إلا إذا قال رب المال شرطت لك الثلث وزيادة عشرة وقال المضارب الثلث فالقول للمضارب كما فى الذخيرة اهـ (قوله فيه اشتباه) فإنه ظن أن الفرع خارج عن القاعدة مع أنه داخل فيها لأنا جعلنا القول فيه لمدعى الصحة وهو المضارب المدعى وقوعها بالثلث فلا يصح قوله إلا إذا قال رب المال الخ كذا فى المنح ، وذكر نحوه أنه الشيخ صالح فى حاشيته عليها ، وحينئذ فلا وجه لما ذكره الحموى فى حل هذه العبارة ونصه ، قوله أى صاحب الأشباه القول لمدعى الصحة ليس هذا على إطلاقه بل هو مقيد بما إذا لم يدفع مدعى الفساد بدعوى الفساد استحقاق مال عن نفسه ، كما إذا ادعى المضارب فساد العقد بأن قال رب المال شرطت فى الربح إلا عشرة ورب المال يدّعى جواز المضاربة بأن قال شرطت لك نصف الربح فالقول قول رب المال ، لأن المضارب بدعوى الفساد لايدفع استحقاقا عن نفسه ، لأن المستحق على المضارب منافعه والمستحق له على رب المال جزء من الربح وإنه عين المال والمال خير من المنفعة والاستحقاق بعوض هو خير كالاستحقاق فلم يكن المضارب بدعوى الفساد دافعا عن نفسه استحقاقا فلا يقبل قوله ، ورب المال إذا ادعى فساد المضاربة بأن قال للمضارب شرطت نصف الربح إلا عشرة والمضارب ادعى جواز المضاربة بأن قال شرطت لى نصف الربح فالقول لرب المال لأنه بدعوى الفساد يدفع عن نفسه استحقاق مال ، لأن ما يستحق لرب المال منفعة المضارب ، وما يستحق على رب المال عين مال وهو خير من الربح والعين خير من المنفعة ، وإن كان كذلك كان رب المال بدعوى الفساد دافعا عن نفسه استحقاق زيادة المال فكان القول قوله كذا فى الذخيرة (قوله فى المطلقة) بسكون الطاء المهملة كأن

التى لم تتقيد بمكان أو زمان أو نوع (البيع) ولو فاسدا (بنقد ونسيئة متعارفة والشراء والتوكيل بهما والسفر برا وبحرا)

يقول دفعت إليك هذا المال مضاربة ولم يزد عليه (قوله التى لم تقيد بمكان) أما لو قيده فى البلد فليس له أن يسافر عنها ، كما لو قيده ببلدة أخرى فيتعين السفر ، ولا يبيع فى بلده للزوم القيد ، وكلام المؤلف على حذف أى التفسيرية فهو بيان للمطلقة (قوله أو زمان) فلو قيد بالشتاء فليس له أن يبيع بالصيف كعكسه (قوله أو نوع) فلو قيد بالبر ليس له أن يتجر فى الرقيق مثلا ، وينبغى أن يزاد أو شخص من المعاملين بعينه كما سيذكره فإنها حينئذ من المقيدة كما حققه قاضى زاده ، ثم لايجوز للمضارب أن يعمل فى غير ذلك المقيد شلبى (قوله البيع) قال الشهاب الشلبى فى شرحه : اشترى المضارب أو باع بمالا يتغابن الناس فيه يكون مخالفا قال له رب المال اعمل برأيك أولا لأن الغبن الفاحش تبرع وهو مأمور بالتجارة لا بالتبرع . ولو باع مال المضاربة بمالا يتغابن فيه أو بأجل غير متعارف جاز عند الإمام خلافا لهما كالوكيل بالبيع اه وإنما يبيع ويشترى من غير أصوله وفروعه كذا فى سرى الدين عن الولوالجية ط (قوله ولو فاسدا) لأن المبيع فيه يملك بالقبض فيحصل الربح بعقد المعاوضة وهو صنيع التجار . بخلاف الباطل كما فى الأشباه وليس المراد منه أنه يجوز له مباشرته لحرمته بل المراد أنه لايكون به مخالفا فلايكون غاصبا فلا يخرج المال عن كونه فى يده أمانة أبوالسعود (قوله ونسيئة) النسيئة بالهمز والنساء بالمد : التأخير ، ولو اختلفا فى النقد والنسيئة فالقول للمضارب فى المضاربة وللموكل فى الوكالة كما مر متنا فى الوكالة (قوله متعارفة) احترز به عما إذا باع إلى أجل طويل زيلعى : أى كسنتين فى عرفنا أو أجل لم يعهد عند التجار كعشرين سنة كما فى الدرر ، وإنما جاز له النسيئة لأنه عسى لايحصل له الربح إلا بالنسيئة ، حتى لو شرط عليه البيع بالنقد لايجوز له أن يبيع بنسيئة . وفى شرط النسيئة يجوز له أن يبيع بالنقد .

وفى الهندية عن المبسوط قالوا : وهذا إذا باعه بالنقد بمثل قيمته أو أكثر أو بمثل ماسمى له من الثمن ، فإن كان بدون ذلك فهو مخالف ؛ ولو قال لاتبعه بأكثر من ألف فباع بأكثر جاز لأنه خير لصاحبه كذا فى الحاوى .

لو كانت المضاربة مطلقة فخصها رب المال بعد عقد المضاربة نحو إن قال له لاتبع بالنسيئة أو لاتشتر دقيقا ولا طعاما أو لاتشتر من فلان أو لاتسافر ، فإن كان التخصيص قبل أن يعمل المضارب أو بعد ماعمل فاشترى وباع وقبض الثمن وصار المال ناضجا جاز تخصيصه ، وإن كان التخصيص بعد ماعمل وصار المال عرضا لايصح ، وكذا لو نهاه عن السفر فعلى الرواية التى يملك السفر فى المضاربة المطلقة إن كان المال عرضا لايصح نهيه كذا فى فتاوى قاضيخان ، فإذا اشترى ببعض المال شيئا ثم قال لاتعمل به إلا فى الحنطة لم يكن له أن يشترى بالباقى إلا الحنطة ، فإذا باع ذلك الشيء وصار نقدا لم يشتر به إلا الحنطة كذا فى الحاوى انتهى (قوله والشراء) أى نقدا أو نسيئة بغبن يسير ، فلو اشترى بغبن فاحش فمخالف ، وإن قال له اعمل برأيك كما فى الذخيرة والإطلاق مشعر بجواز تجارته مع كل أحد ، لكن فى النظم أنه لايتجر مع امرأته وولده الكبير العاقل ووالديه عنده خلافا لهما ، ولا يشترى من عبده المأذون ، وقيل من مكاتبه بالاتفاق قهستانى (قوله والتوكيل) لأنه دون المضاربة وجزء منها المضاربة تتضمن الإذن به (قوله بهما) أى بالبيع والشراء (قوله والسفر برا وبحرا) إلا أن ينهاه عنه نصا مطلقا على الأصح كما فى الظهيرية .

ولو دفع له المال فى بلده على الظاهر (والإبضاع) أى دفع المال بضاعة ولو لرب المال ولا تفسد به) المضاربة كما يملك (و) يجىء (الإيداع والرهن والارتهان والإجارة والاستئجار) فلو استأجر أرضا بيضاء ليزرعها أو يغرسها جاز ظهيرية (والاحتيال) أى قبول الحوالة (بالثمن مطلقا) على الأيسر والأعسر لأن كل ذلك

وفى الخانية : له أن يسافر برا وبحرا فى ظاهر الرواية فى قول أبى حنيفة ، ومحمد هو الصحيح. وعن أبى حنيفة أنه لايسافر ، وهو قول أبى يوسف كما فى المقدسى .

وفى القهستانى : ولا يسافر سفرا مخوفا يتحامى عنه الناس فى قوتهم . قال الرحمتى : وله السفر برا وبحرا : أى فى وقت لايغلب فيه الهلاك وفى مكان كذلك (قوله ولو دفع له المال فى بلده على الظاهر) وعن أبى يوسف عن الإمام أنه إن دفع إليه المال فى بلده ليس له أن يسافر به ، وإن دفع إليه فى غربة كان له أن يسافر به إلى بلده ، لأن الظاهر أن صاحبه رضى به إذ الإنسان لايقيم فى دار الغربة دائما غالبا فإعطاؤه المال فى هذه الحالة ثم علمه بحاله يدل على رضاه به .

وجه الظاهر أن المضاربة مشتقة من الضرب فى الأرض فيملكه بمطلق العقد إذ اللفظ دال عليه ولا نسلم أنه تعريض على الهلاك لأن الظاهر فيه السلامة ولا معتبر بالموهوم كما فى الزيلعى (قوله ولو لرب المال) أراد بالإبضاع له استعانة فيكون ما اشتراه وما باعه على المضاربة لا ماهو المتعارف من أن يكون المال للمبضع والعمل من الآخر كما فى البرجندى (قوله ولا تفسد به المضاربة) لأن حق التصرف للمضارب فيصلح أن يكون رب المال وكيلا عنه فى التصرف خلافا لزفر ، لأن رب المال عنده حينئذ متصرف لنفسه وهو لايصلح أن يكون وكيلا فيه فيكون مستردا ، وقول العينى : ويكون الربح للعامل صوابه ولا يكون أن يحمل العامل على المضارب الذى وجد منه الإبضاع وإن لم يعمل بالفعل كذا ذكره الشيخ شاهين ، وليس المراد بالربح الذى يكون للمضارب فى كلام الشيخ شاهين دون رب المال إذا دفع إليه المال بضاعة أصل الربح بل مايخصه منه فتنبه أبو السعود (قوله كما يجىء) أى فى أول المتفرقات (قوله والرهن والارتهان) قال فى البحر : وله أن يرهن ويرتهن بها ، ولو أخذ نخلا أو شجرا معاملة على أن ينفق فى تلقيحها وتأبيرها من المال لم يجز عليها ، وإن قال له اعمل برأيك ، فإن رهن شيئا من المضاربة ضمنه ، ولو أخر الثمن جاز على رب المال ، ولا يضمن بخلاف الوكيل الخاص لو حط بعض الثمن إن لعيب طعن المشترى فيه ، وما حط حصته أو أكثر يسيرا جاز ، وإن كان لايتغابن الناس فى الزيادة يصح ويضمن ذلك من ماله لرب المال وكان رأس المال مابقى على المشترى ، ويحرم عليه وطء الجارية ولو بإذن رب المال ، ولو تزوجها بتزويج رب المال جاز إن لم يكن فى المال ربح وخرجت الجارية عن المضاربة ، وإن كان فيه ربح لايجوز ، وليس له أن يعمل مافيه ضرر ولا مالا يعمله التجار ، وليس لأحد المضاربين أن يبيع أو يشترى بغير إذن صاحبه ، ولو اشترى بما لايتغابن الناس فى مثله يكون مخالفا وإن قيل له اعمل برأيك ، ولو باع بهذه الصفة جاز خلافا لهما كالوكيل بالبيع المطلق . وإذا اشترى بأكثر من المال كانت الزيادة له ولا يضمن بهذا الخلط الحكمى ؛ ولو كان المال دراهم فاشترى بغير الأثمان كان لنفسه وبالدنانير للمضاربة لأنهما جنس هنا انتهى (قوله والاستئجار) أى استئجار العمال للأعمال والمنازع لحفظ الأموال والسفن والدواب كما فى الخانية والإيجار كذلك عبد الحليم (قوله فلو استأجر الخ) كان هذا فى عرفهم أنه من صنيع التجار ، وفى عرفنا ليس هو من صنيعهم فينبغى أن لايملكه (قوله أى قبول الحوالة) هذا ليس معنى الاحتيال لأن الاحتيال كونه محتالا وذلك برضا المحيل والمحال عليه والمحال وإنما اقتصر عليه

من صنيع التجار (لا) يملك (المضاربة) والشركة والخلط بمال نفسه (إلا بإذن أو اعمل برأيك) إذ الشيء لايتضمن مثله

لأنه المقصود هنا ط (قوله من صنيع التجار) أى عملهم وفى بعض النسخ صَناع جمع صنعة بمعنى مصنوعة (قوله لايملك المضاربة) هذا إذا كانت المضاربتان صحيحتين . أما إذا كانت إحداهما فاسدة أو كلتاهما فلا يمنع منه المضارب قاله سرى الدين ، وهذا أيضا إذا كانت مع غير رب المال . أما إذا كانت معه فهى صحيحة كما تقدم عن الإسبيجابى .

قال الصدر الشهيد : التصرفات فى المضاربة ثلاثة أقسام .

قسم هو من باب المضاربة وتوابعها فيملكها بمطلق الإيجاب وهو الإيداع والإبضاع والإجارة والاستئجار والرهن والارتهان وما أشبه ذلك .

وقسم آخر ليس من المضاربة المطلقة لكنه يحتمل أن يلحق بها عند وجود الدلالة وهو إثبات الشركة فى المضاربة بأن يدفع إلى غيره مضاربة أو يخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره فإنه لايملك هذا بمطلق المضاربة ، لأن رب المال لم يرض بشركة غيره ، وهو أمر زائد على ماتقوم به التجارة فلا يتناوله مطلق عقد المضاربة ، لكن يحتمل أن يلحقها بالتعميم .

وقسم لايمكن أن يلحق بها وهو الإقراض والاستدانة على المال لأن الإقرار ليس بتجارة ، وكذا الاستدانة على المال بل تصرف بغير رأس المال والتوكيل مقيد برأس المال انتهى (قوله والشركة) لأنها فوقها (قوله والخلط بمال نفسه) وكذا بمال غيره كما فى البحر : أى لأنه شركة إلا أن تكون معاملة التجار فى تلك البلد أن المضاربين يخلطون ولا ينهونهم ، فإن غلب التعارف فى مثله وجب أن لايضمن كما فى التاترخانية .

وفيها من الثانى عشر : دفع إلى رجل ألفا بالنصف ثم ألفا أخرى كذلك فخلط المضارب المالين فهو على ثلاثة أوجه : أما إن قال المضارب فى كل من المضاربتين اعمل برأيك أو لم يقل فيهما أو قال فى إحداهما فقط ، وعلى كل فإما أن يكون قبل الربح فى المالين أو بعده فيهما أو فى أحدهما .

ففى الوجه الأول لايضمن مطلقا . وفى الثانى إن خلط قبل الربح فيهما فلا ضمان أيضا ، وإن بعده فيهما ضمن المالين وحصة رب المال من الربح قبل الخلط ، وإن بعد الربح فى أحدهما فقط ضمن الذى لاربح فيه .

وفى الثالث إما أن يكون قوله اعمل برأيك فى الأولى أو يكون فى الثانية ، وكل على أربعة أوجه : إما أن يخلطهما قبل الربح فيهما أو بعده فى الأولى فقط أو بعده فى الثانية فقط أو بعده فيهما قبل الربح فيهما أو بعده فى الثانية ، فإن قال فى الأولى لايضمن الأول ولا الثانى فيما لو خلط قبل الربح فيهما اهـ .

قال فى مشتمل الأحكام : وفى فتاوى أبى الليث إذا دفع إلى رجل دراهم مضاربة ولم يقل اعمل فى ذلك برأيك والحال أن معاملة التجار فى تلك البلدة يخلطون الأموال وأرباب الأموال لاينهونهم عن ذلك وقد غلب التعارف فى مثل هذا رجوت أن لايضمن ويكون الأمر محمولا على ماتعارفوا (قوله إلا بإذن أو اعمل برأيك) وفى المقدسى : ومما تفارق المضاربة فيه الوكالة لو قال اعمل برأيك فللمضارب أن يضارب ويقول للثانى اعمل برأيك ويكون للثانى أن يضارب ، بخلاف الوكيل الثانى . ومنها لو رام رد عبد بعيب فنكل عن اليمين أنه مارضى به بقى العبد على المضاربة ، بخلاف الوكيل . وفى الأشباه : إذا قال له اعمل برأيك ثم قال له لاتعمل برأيك صح نهيه إلا إذا كان بعد العمل اهـ (قوله إذ الشيء لايتضمن مثله) هذا إنما يظهر علة لنفى المضاربة لا لنفى الشركة منه والخلط ، فالأولى أن يقول ولا أعلى منه لأن الشركة والخلط أعلى من المضاربة لأنها شركة فى أصل المال *

(و) لا (الإقراض والاستدانة وإن قيل له ذلك) أى اعمل برأيك لأنهما ليسا من صنيع التجار فلم يدخلا فى التعميم (ما لم ينص) المالك (عليهما) فيملكهما وإذا استدان كانت شركة وجوه

وأورد على قولهم إذ الشيء لايتضمن مثله المأذون فإنه يأذن لعبده والمكاتب له أن يكاتب والمستأجر له أن يؤجر والمستعير له أن يعير مالم يختلف بالاستعمال . وأجيب بأن هؤلاء يتصرفون بطريق الملكية لا النيابة والكلام فى الثانى . أما المأذون فلأن الإذن فك الحجر ثم بعد ذلك يتصرف العبد بحكم الملكية الأصلية والمكاتب صار حرا يدا والمستأجر والمستعير ملكا المنفعة والمضارب يعمل بطريق النيابة فلا بد من التنصيص عليه أو التفويض المطلق إليه ط بزيادة من الكفاية (قوله ولا الإقراض والاستدانة) قال فى شرح الأقطع : لايجوز للمضارب أن يستدين على المضاربة وإن فعل ذلك لم يجز على رب المال ، ألا ترى أنه إذا اشترى برأس المال فهلك قبل التسليم يرجع المضارب عليه بمثله ، وإذا كان كذلك فرب المال لم يرض أن يضمن إلا مقدار رأس المال ، فلو جوزنا الاستدانة لزمه ضمان مالم يرض به وذلك لايصح ، وإذا لم يصح استدامته على رب المال ازمه العين خاصة ؛ وقد قالوا : ليس للمضارب أن يأخذ سفتجة لأن ذلك استدانة وهو لايملك الاستدانة وكذا لايعطى سفتجة لأن ذلك قرض وهو لايملك القرض ، ولو قال له اعمل برأيك انتهى ط عن الشلبى مختصرا . وإذا لم تصح الاستدانة لزم الدين خاصة وأطلق الاستدانة فشمل الاستدانة على مال المضاربة والاستدانة على إصلاح مال المضاربة كالاستئجار على حمله أو على قصارته وهو متطوع فى ذلك .

وفى القهستانى عن شرح الطحاوى : صورتها كما إذا اشترى سلعة بثمن دين وليس عنده من مال المضاربة شيء من جنس ذلك الثمن ، فلو كان عنده من جنسه كان شراء على المضاربة ولم يكن من الاستدانة فى شيء ، والظاهر أن ماعنده إذا لم يوف فما زاد عليه استدانة ، وقدمنا عن البحر : إذا اشترى بأكثر من المال كانت الزيادة له ولا يضمن بهذا الخلط الحكمين .

وفى البدائع : كما لاتجوز الاستدانة على مال المضاربة لاتجوز على إصلاحه فلو اشترى بجميع مالها ثيابا ثم استأجر على حملها أو قصرها أو قتلها كان متطوعا عاقدا لنفسه ط عن الشلبى ، وهذا ماذكره المصنف بقوله فلو شرى بمال المضاربة ثوبا الخ فأشار بالتفريع إلى الحكمين (قوله أى اعمل برأيك) أشار إلى أن اسم الإشارة راجع له خاصة لا له وللإذن فإن بالإذن الصريح يملك ذلك كما سيقول مالم ينص عليهما (قوله مالم ينص المالك عليهما) قال فى البزازية : وكذا الأخذ بالشفعة لايملكه إلا بالنص ويملك البيع الفاسد لا الباطل نقله فى الأشباه (قوله وإذا استدان كانت شركة الخ) أى استدان بالإذن ، وما اشترى بينهما نصفان وكذا الدين عليهما ، ولا يتغير موجب المضاربة فربح مالها على ماشرط قهستانى .

أقول : وشركة الوجوه هى أن يتفقا على الشراء نسيئة ويكون المشترى عليهما أثلاثا أو أنصافا والربح يتبع هذا الشرط ، ولو جعلاه مخالفا ولم يوجد ماذكر فيظهر لى أن يكون المشترى بالدين للآمر لو المشترى معينا أو مجهولا جهالة نوع وسمى ثمنه أو جهالة جنس وقد قيل له اشتر ماتختاره وإلا فللمشترى كما تقدم فى الوكالة ، لكن ظاهر المتون أنه لرب المال وربحه على حسب الشرط ، ويغتفر فى الضمنى مالا يغتفر فى الصريح ، وقوله كانت شركة أى بمنزلة شركة الوجوه كما فى الهداية .

وصورة الاستدانة أن يشترى بالدراهم شيئا أو الدنانير بعد ما اشترى برأس المال سلعة أو يشترى بمكيل أو موزون ورأس المال فى يده دراهم أو دنانير ، لأنه اشترى بغير رأس المال فكان استدانة ، بخلاف ما لو

وحينئذ (فلو اشترى بمال المضاربة ثوبا وقصر بالماء أو حمل) متاع المضاربة (بماله و) قد (قيل له ذلك فهو متطوع) لأنه لايملك الاستدانة بهذه المقالة وإنما قال بالماء لأنه لو قصر بالنشاء فحكمه كصبغ (وإن صبغه أحمر فشريك بما زاد) الصبغ ودخل فى اعمل برأيك كالخلط (و) كان (له حصة) قيمة (صبغه إن بيع وحصة الثوب) أبيض (فى مالها) ولو لم يقل اعمل برأيك لم يكن شريكا بل غاصبا ، وإنما قال أحمر لما مر أن السواد نقص عند الإمام فلا يدخل فى اعمل برأيك بحر (ولا) يملك أيضا (تجاوز بلد

اشترى بدنانير ورأس المال فى يده دراهم أو بدراهم ورأس المال فى يده دنانير ، لأن الدراهم والدنانير جنس فى الثمنية فلا يكون هذا اشتراء بدين كذا فى شرح الوافى . واستفيد مما ذكره الشارح أن شركة الوجوه لايلزم فيها الخلو عن المال أصلا بل أن يشتريا بالنسيئة سواء كان مع ذلك شراء بمال كما هنا أو بالنسيئة فقط (قوله وحينئذ) أى حين لايملك القرض والاستدانة ، وكان الأولى تقديمه على قوله مالم ينص عليهما (قوله فلو اشترى) تفريع على عدم جواز الاستدانة كما ذكرنا (قوله أوحمل متاع المضاربة)أى أعطى أجرة الحمال من عند نفسه لا بما لها كذا فى أخى جلبى (قوله بماله) متعلق بكل من قصر وحمل (قوله وقد قيل له ذلك) أى اعمل برأيك منح (قوله فهو متطوع) أى بما زاد فليس له حصته من الثمن (قوله لأنه لايملك الاستدانة بهذه المقالة) وهى اعمل برأيك .

قلت : والمراد بالاستدانة نحو ماقدمناه عن القهستانى فهذا يملكه إذا نص ؛ أما لو استدان نقودا فالظاهر أنه لايصح لأنه توكيل بالاستقراض وهو باطل كما مر فى الوكالة .

وفى الخانية من فصل شركة العنان : ولا يملك الاستدانة على صاحبه ويرجع المقرض عليه لا على صاحبه، لأن التوكيل بالاستدانة توكيل بالاستقراض وهو باطل لأنه توكيل بالتكدى إلا أن يقول الوكيل للمقرض إن فلانا يستقرض منك كذا فحينئذ يكون على الموكل لا الوكيل انتهى أى لأنه رسالة لا وكالة كما قدمناه فى باب الوكالة ؛ والظاهر أن المضاربة كذلك كما قلنا فليراجع (قوله فشريك بما زاد الصبغ) أى والنشاء . والأولى أن يقول فشريك بقدر قيمة الصبغ ، حتى لو بيع ينقسم الثمن على قيمة الصبغ والثوب الأبيض كما يأتى قريبا (قوله كالخلط) أى يصير شريكا به أيضا ، فلا يضمن به لما ساف أنه يملك الخلط بالتعميم ، وفى بعض النسخ بالخلط أى بسبب خلط ماله وهو الصبغ أو النشاء بمال المضاربة وكلاهما صحيح (قوله وكان له حصة قيمة صبغه الخ) أى إذا بيع الثياب كان حصة قيمة الصبغ فى الثوب للمضارب وحصة الثوب الأبيض فى مال المضارب قاله أبو الطيب : أى فلو كان الثوب على تقدير أنه أبيض يساوى خمسة ، وعلى تقدير كونه أحمر يساوى ستة كان له سدس الثمن وخمسة الأسداس للمضاربة رأس المال لصاحبه والربح بينهما على ماشرطا (قوله فى مالها) أى مال المضاربة فيجريان فيه على ما اشترطا فى الربح (قوله بل غاصبا) فيخرج مال المضاربة عن أن يكون أمانة فيضمن ويكون الربح له على مامر ، وسيأتى فى كتاب الغصب أنه إذا غصب ثوبا فصبغه فالمالك بالخيار ، إن شاء ضمنه الثوب أبيض أو أخذ الثوب وأعطاه قيمة الصبغ (قوله نقص عند الإمام) وعندهما كالأحمر وهو المفتى به ، وقد مر أنه اختلاف زمان لا برهان ، وفى زماننا لايعد نقصا بل هو من أحسن الألوان فيدخل فى اعمل برأيك سائر الألوان كالحمرة (قوله ولا يملك أيضا تجاوز بلد) أشار به إلى أنه لو عين سوقا من بلد لم يصح التعيين ، لأن البلد مع تباين أطرافه كبقعة واحدة إلا إذا صرح بنهى سوق منه أو قال لاتعمل بغير هذا السوق منه فحينئذ يصح كما فى الهداية ويأتى قريبا . ثم مجموع صور قيدت المضاربة فيها بالمكان ثمانية : ستة

أو سلعة أو وقت أو شخص عينه المالك) لأن المضاربة تقبل التقييد المفيد

منها يفيد التقييد فيها ، واثنتان لا ؛ فالذى يفيد ستة وهى دفعت المال إليك مضاربة بكذا فى الكوفة أو على أن تعمل به فيها أو لتعمل به فيها أو تعمل به رفعا أو خذه تعمل به فيها جزما أو فاعمل به فيها ، واللذان لا يفيدان وهما دفعت إليك مضاربة اعمل به فيها أو واعمل به . والأصل أنه متى عقب بما لا يبتدأ به ويمكن بناؤه على ماقبله يجعل مبنيا عليه كما فى الألفاظ الستة ، وإن صح الابتداء به لا يبنى على ماقبله ويجعل مبتدأ ومستقلا كما فى اللفظين الأخيرين ، وحينئذ تكون الزيادة شورى وكان له أن يعمل بالكوفة وغيرها كما فى الهندية عن الكافى .

واعترض عليه أن صورة تعمل به بالرفع ينبغى أن تكون مما لا يفيد التخصيص لأن تعمل كما يحتمل أن يكون حالا يحتمل أن يكون استئنافا . وأجيب عنه فى الشروح بأجوبة أحسنها أن قوله اعمل بدون الواو استئناف قطعا وبالواو استئناف أو عطف لا يحتمل الحال لأن الإنشاء لا يقع حالا صرح به فى محله والسوق يقتضى كون تعمل به حالا وهو المتبادر فيحمل عليه .(قوله أو سلعة) بأن قال له خذ هذا المال مضاربة على أن تشترى به الطعام مثلا أو الرقيق كما فى المحيط (قوله أو وقت) بأن وقت للمضاربة وقتا بعينه بأن قال له اعمل بالصيف أو الخريف أو الليل كما فى القهستانى .

ويمكن أن المراد بالوقت أيضا توقيتها بمدة سنة مثلا حتى يبطل العقد بمضيه كما فى الهندية عن الكافى (قوله أو شخص عينه المالك) بأن قال على أن يشترى به من فلان ويبيع منه صح التقييد ، وليس أن يشترى ويبيع من غيره كما فى الهندية عن الكافى لأنه لم يملك التصرف إلا بتفويضه فيتقيد بما فوض إليه وهذا التقييد مفيد لأن التجارات تختلف باختلاف الأمكنة والأمتعة والأوقات والأشخاص ، وكذا ليس له أن يدفعه مضاربة(١) إلى من يخرجه من تلك البلدة لأنه لا يمكن أن يتصرف بنفسه فى غير هذا البلد فلا يمكن أن يستعين بغيره أيضا درر .

قال مسكين : لا يتجاوز عما عينه من هذه الأشياء كما لا يتعدى أحد الشريكين فى الشركة المقيدة مع شىء فيها ، والمراد بالشخص شخص معين ، لأنه لو قال على أن تشترى من أهل الكوفة أو قال على أن تعمل فى الصرف وتشترى فى الصيارفة وتبيع منهم فباع فى الكوفة من رجل ليس من أهل الكوفة أو من غير الصيارفة جاز اهـ ؛ فقوله على أن تشترى من أهل الكوفة الخ كذا لو قال خذ هذا المال تعمل به فى الكوفة لأنه تفسير له أو قال فاعمل به فى الكوفة لأن الفاء للوصل . أو قال خذه بالنصف بالكوفة لأن الباء للإلصاق ، أو قال خذه مضاربة بالنصف فى الكوفة لأن فى للظرف وإنما يكون ظرفا فإذا حصل الفعل فيه أو قال على أن تعمل بالكوفة لأن على للشرط فيتقيد به ، بخلاف ما لو قال خذ هذا المال واعمل به فى الكوفة حيث كان له أن يعمل فيها وفى غيرها لأن الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة زيلعى .

أقول : وهذا معنى التخصص ، وقوله جاز لأن المقصود من هذا الكلام التقييد بالمكان أو بالنوع ، حتى لا يجوز له أن يخرج من الكوفة فى الأول ويبيع فيها من أهلها أو من غير أهلها ، ولا يجوز له أن يعمل فى غير الصرف فى الثانى ويشترى ويبيع من الصيارفة وغيرهم ، لأن التقييد بالمكان والنوع مفيد ، ولا يفيد التقييد بأهل الكوفة والصيارفة ، لأن كل واحد منهما جمع كثير لا يمكن إحصاؤه زيلعى (قوله لأن المضاربة تقبل التقييد المفيد) أى كما فى الشركة بحر ، فأفاد أن الشركة تكون بالأولى فى قبول التقييد المفيد .

(١) (قوله مضاربة) فى نسخة (بضاعة) كذا بهامش الأصل .

ولو بعد العقد مالم يصر المال عرضا لأنه حينئذ لايملك عزله فلايملك تخصيصه كما سيجيء ؛ قيدنا بالمفيد لأن غير المفيد لايعتبر أصلا كنهيه عن بيع الحال . وأما المفيد فى الجملة كسوق من مصر ، فإن صرح بالنهى صح وإلا لا : (فإن فعل ضمن) بالمخالفة (وكان ذلك الشراء له) ولو لم يتصرف فيه حتى عاد للوفاق

وفى الذخيرة : لو نهاه عن التصرف والمال عرض فباعه بعرض آخر لايعمل نهيه ، فلو باع بالدراهم يعمل النهى اه .

قال وفى الهندية : الأصل أن رب المال متى شرط على المضارب شرطا فى المضاربة ، إن كان شرطا لرب المال فيه فائدة فإنه يصح ويجب على المضارب مراعاته والوفاء به وإذا لم يف به صار مخالفا وعاملا بغير أمره ، وإن كان شرطا لافائدة فيه لرب المال فإنه لايصح ويجعل كالمسكوت عنه كذا فى المحيط (قوله ولو بعد العقد) قبل التصرف فى رأس المال أو بعد التصرف ثم صار المال ناضا فإنه يصح تخصيصه لأنه يملك عزله فيملك تخصيصه والنهى عن السفر يجرى على هذا كما فى المنح (قوله مالم يصر المال عرضا الخ) قيل لعل العلة فى ذلك ظهور كون ما اشترى من البضاعة يروج كمال الرواج فى بلدة كذا ، فإذا ظهر له ذلك فالمصلحة حينئذ فى السفر إلى تلك البلدة ليكون الربح أوفر اه .

قال فى الفتاوى الظهيرية : والأصح أن نهيه عن السفر عامل على الإطلاق اه (قوله لايملك عزله) ولانهيه منح (قوله فلا يملك تخصيصه) قدمنا قريبا عن الزيلعى معنى التخصيص (قوله كنهيه عن بيع الحال) يعنى ثم باعه بالحال بسعر مايباع بالمؤجل كما فى العينى .

وقد يكون فى بيع المؤجل ربح وفائدة : منها أنه يباع بربح أكثر من الحال عادة ولذا قدم فى الوكالة أنه لو أمره بالنسيئة فباع بالنقد جاز إن عين له الثمن ، أفاد أنه عند عدم تعيين الثمن لايجوز لأن النسيئة يكون الثمن أزيد .

قال فى الهندية : ولو أمره أن يبيع بالنسيئة ولا يبيع بالنقد فباع بالنقد فهو جائز . قالوا : وهذا إذا باعه بالنقد بمثل قيمته أو أكثر أو بمثل ماسمى له من الثمن ، فإن كان بدون ذلك فهو مخالف كذا فى المبسوط ، لو قال لاتبعه بأكثر من ألف فباع بأكثر جاز لأنه خير لصاحبه كذا فى الحاوى اه وقدمناه قريبا .

أقول : لكن هذا القيد لايظهر على مافى الشرح من عدم اعتباره أصلا ، ومقتضاه الإطلاق ، نعم ذكروا ذلك فى تقييد الوكيل كما سمعت وهو مفيد هناك ، فيلزم أن لايبيع بدون الثمن الذى عينه له وهو ثمن النسيئة ، فإن باع نقدا بثمنها صح إذ لايبقى بعده إلا التقييد بالنسيئة وهو غير مفيد بانفراده قطعا تأمل (قوله فإن صرح بالنهى) مثل لاتبع فى سوق كذا (قوله صح وإلا لا) وهذا بخلاف ماإذا قال على أن تشترى فى سوق الكوفة حيث لايصح التقييد إلى آخر ماقدمناه (قوله فإن فعل) أى تجاوز ، بأن خرج إلى غير ذلك البلد فاشترى سلعة غير ماعينه أو فى وقت غير ماعينه أو بايع أو اشترى مع غير من عينه (قوله ضمن بالمخالفة) وهل يضمن بنفس الإخراج ، الصحيح نعم ، لكن بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد إلى البلد الذى عينه كما فى الهداية (قوله وكان ذلك الشراء له) وله ربحه وعليه خسرانه لأنه تصرف فى مال غيره بغير أمره درر أى لأنه فضولى فيه فينفذ عليه حيث أمكن تنفيذه ، أما لو باع مال المضاربة مخالفا لرب المال كان بيعه موقوفا على إجازته كما هو عقد الفضولى ، قال الإتقانى ولكن يتصدق بالربح عندهما . وعند أبى يوسف يطيب له أصله المودع إذا تصرف فيها وربح (قوله ولو لم يتصرف فيه) أشار إلى أن أصل الضمان واجب بنفس المخالفة لكنه غير

عادت المضاربة، وكذا لو عاد فى البعض اعتبارا للجزء بالكل (ولا) يملك (تزويج قن من مالها ولا شراء من يعتق على رب المال بقرابة

قادر إلا بالشراء فإنه على عرضية الزوال بالوفاق . وفى رواية الجامع أنه لايضمن إلا إذا اشترى والأول هو الصحيح كما فى الهداية قهستانى .

قلت : والظاهر أن ثمرته فيما لو هلك بعد الإخراج قبل الشراء يضمن على الأول لا على الثانى (قوله عادت المضاربة) أى لو تجاوز بلدا عينها رب المال أو هم بشراء سلعة غير التى عينها أو فى وقت أو مع شخص كذلك ثم عاد للوفاق ، بأن رجع للبلد واشترى السلعة التى عينها وانتظر الوقت وعامل مع ذلك الشخص صح تصرفه لعدم المخالفة ، ففى قوله عادت المضاربة تسامح لأن العود لايكون بعد الانصراف والانصراف عن المضاربة بفسخها ولم يوجد مايقتضيه ؛ ولو فسخت لم تعد لأن المفسوخ لايعود جائزا بدون عقد جديد كذا أفاده الرحمتى .

وقد يقال : المراد بالعود الإبراء عن الضمان لأنه أمين خالف ثم عاد إلى الوفاق ورجع مع مال المضاربة على حاله ، لأن المال باق فى يده بالعقد السابق كما فى المنح ، وهو يفيد أنه لايتصور العود إذا خالف فى سلعة عينها أو فى شخص عينه ، نعم يظهر فى مخالفته فى المكان تأمل .

وحاصل المعنى أنه إذا عين له بلدا فتجاوز إلى أخرى خرج المال عن المضاربة خروجا موقوفا على شرف الزوال ، فإن رجع إلى ما عينه رب المال زال الضمان ورجع إلى الوفاق وبقيت المضاربة ، على حالها كالمودع إذا خالف فى الوديعة ثم ترك فإذا حمل على هذا فلا إشكال تأمل (قوله وكذا لو عاد) أى إلى الوفاق فى البعض أى بعض المال بعد المخالفة فى البعض الآخر ، فإن ما اشتراه مع المخالفة وقع لنفسه ، وما بقى لم تحصل به المخالفة ، فإذا عاد إلى الوفاق صح تصرفه فيه لأن ذلك إذا كان حكم كل المال كان حكم جزئه اعتبارا للجزء بالكل وحكم ما باعه مع المخالفة حيث أنه عقد فضولى والفضولى يملك الفسخ قبل إجازة المالك كما تقدم ؛ فلو عاد فيه إلى الوفاق صح تصرفه فيه لأن الفسخ بعدم البيع .

قال الاتقانى : فإن اشترى ببعضه فى غير الكوفة ثم بما بقى فى الكوفة فهو مخالف فى الأول ، وما اشتراه بالكوفة فهو على المضاربة لأن دليل الخلاف وجد فى بعضه دون بعضه انتهى (قوله ولا يملك تزويج قن من مالها) أى لا يملك المضارب تزويج عبد أو أمة من مال المضاربة كالشريك عنانا أو مفاوضة كما فى البحر . وعن أبى يوسف أن للمضارب تزويج الأمة لأنه من الاكتساب لأنه يصل إلى المهر وإلى سقوط نفقتها ، بخلاف تزويج العبد فإن فيه إشغال رقبته فى الدين واستحقاق بيعه به . ولهما أنه ليس من باب التجارة ، فلا يدخل تحت الإطلاق لأن لفظ المضاربة يدل على تحصيل المال بطريق التجارة لا بأى طريق كان ، ألا ترى أنه ليس له أن يكاتب ولا يعتق على مال وإن كان بأضعاف قيمته ، على أن فى تزويج الأمة خطرا وهو الحمل وعدم الخلاص منه كما فى المنبع ، بخلاف المكاتب حيث يجوز له أن يزوج الأمة دون العبد لأن الكتابة تقتضى الاكتساب دون التجارة ، ولهذا كان له أن يكاتب فيملك تزويج الأمة أيضا ونظيرها الأب والوصى حيث يملكان تزويج الأمة والمكاتبة دون تزويج العبد لأن تصرفهما مقيد بالنظر للصغير ، فمهما كان فيه نظر للصغير فعلاه وما لا فلا ذكره الزيلعى قال القهستانى : وفيه إشارة إلى أنه لا يحل للمضارب وطء جارية المضاربة ربح أولا وأذن به أولا كما فى المضمرات انتهى (قوله بقرابة) كابنه وأبيه لكونه مخالفا للمقصود

أو يمين ، بخلاف الوكيل بالشراء)فإنه يملك ذلك (عند عدم القرينة) المفيدة للوكالة كاشتر لى عبدا أبيعه أو أستخدمه أو جارية أطؤها (ولا من يعتق عليه) أى المضارب (إذا كان فى المال ربح) هو هنا أن تكون قيمة هذا العبد أكثر من كل رأس المال كما بسطه العينى فليحفظ :

(فإن فعل) شراء من يعتق على واحد منهما (وقع الشراء لنفسه وإن لم يكن) ربح

(قوله أو يمين) بأن قال إن ملكته فهو حر لأن المضاربة إذن بتصرف يحصل به الربح وهذا إنما يكون بشراء ما يمكن بيعه وهذا ليس كذلك درر . ونظير المضاربة الشريك شركة عنان أو مفاوضة حتى كان تزويجه الأمة على الخلاف زيلعى (قوله فإنه يملك ذلك) لأن التوكيل مطلق فيجرى على إطلاقه .

قال الشمنى : والفرق بينه وبين المضارب حيث يصح شراء الوكيل لمن يعتق على الموكل ولا يصير به مخالفا ، إذ الوكالة فى الوكيل بالشراء مطلقة فتجرى على إطلاقها ، وفى المضاربة مقيدة بما يظهر فيه الربح بالبيع ، فإذا اشترى مالا يقدر على بيعه خالف انتهى .

وكذا لو وجد فى الوكالة أيضا ما يدل على التقييد بأن قال اشترلى عبدا أبيعه أو جارية أطؤها كان الحكم كذلك كما ذكره المصنف بقوله عند عدم القرينة ، فلو اشترى من يعتق على رب المال صار مشتريا لنفسه ويضمن لأنه نقد الثمن من مال المضاربة . وعند مالك لو كان عالما موسرا ضمن وإلا فلا كذا ذكره العينى ، ومقتضاه الضمان عندنا مطلقا موسرا أولا (قوله ولا من يعتق عليه) لأنه يعتق نصيبه ويفسد بسببه نصيب رب المال أو يعتق على الخلاف بين الإمام وصاحبيه (قوله إذا كان فى المال ربح هو هنا الخ) قال الزيلعى : والمراد من ظهور الربح المذكور أن تكون قيمة العبد المشترى أكثر من رأس المال سواء كان فى جملة مال المضاربة ربح أو لم يكن ، لأنه إذا كان قيمة العبد مثل رأس المال أو أقل لايظهر ملك المضارب فيه بل يجعل مشغولا برأس المال ، حتى إذا كان رأس المال ألفا وصار عشرة آلاف ثم اشترى المضارب من يعتق عليه وقيمته ألف أو أقل لا يعتق عليه ، وكذا لو كان له ثلاثة أولاد أو أكثر وقيمة كل واحد ألف أو أقل فاشتراهم لايعتق شىء منهم لأن كل واحد مشغول برأس المال ولا يملك المضارب منهم شيئا حتى يزيد قيمة كل عين على رأس المال على حدة من غير ضمنه إلى آخر اه لأنه يحتمل أن يهلك منهم اثنان فيتعين الباقى لرأس المال ولعدم الأولوية .

وقال فى المنح : والمراد من الربح هنا أن تكون قيمة العبد المشترى أكثر من رأس المال سواء كان فى جملة مال المضاربة ربح أولم يكن ، حتى لو كان المال ألفا فاشترى بها المضارب عبدين قيمة كل واحد منهما ألف فأعتقهما المضارب لا يصح عتقه ، وأما بالنسبة إلى استحقاق المضارب فإنه يظهر فى الجملة ربح ، حتى لو أعتقهما رب المال فى هذه الصورة صح وضمن نصيب المضارب منهما وهو خمسمائة موسرا كان أو معسرا كذا فى الفتاوى الظهيرية اه وإن لم يظهر ربح بالمعنى المذكور جاز شراؤه لعدم ملكه بحر (قوله كما بسطه العينى) عبارته هى عين التى نقلناها عن الزيلعى فى المقولة السابقة (قوله وقع الشراء لنفسه) لأن الشراء متى وجد نفاذا على المشترى ينفذ عليه اه منح وضمن فى الصورتين .

ففى الوجه الأول يضمن جميع الثمن إذا دفع من مال المضاربة إذ ليس له فيه من نصيب لعدم ظهور الربح فيه ، بخلاف الوجه الثانى حيث يسقط عنه من ثمنه بحسب ما يخصه فيما يظهر فيه من الربح ، هذا ما ظهر لى وكأنهم تركوا التنبيه عليه لظهوره اه أبو السعود (قوله وإن لم يكن ربح) أى فى الصورة الثانية وهى ما إذا

كما ذكرنا (صح) للمضاربة (فإن ظهر) الربح (بزيادة قيمته بعد الشراء عتق حظه ولم يضمن نصيب المالك) لعتقه لا بصنعه (وسعى) العبد (المعتق فى قيمة نصيب رب المال ولو اشترى الشريك من يعتق على شريكه أو الأب أو الوصى من يعتق على الصغير نفذ عل العاقد) إذ لا نظر فيه للصغير (والمأذون إذا اشترى من يعتق على المولى صح وعتق عليه إن لم يكن مستغرقا بالدين وإلا لا) خلافا لهما زيلعى.

(مضارب معه ألف بالنصف اشترى أمة فولدت ولدا مساويا له) أى للألف (فادعاه موسرا فصارت

(قوله كما ذكرنا) أى من كون قيمته أكثر من رأس المال. (قوله صح اشترى المضارب من يعتق عليه) لعدم المفسد لأنه لا يعتق عليه شىء، إذ لا ملك له فيه لكونه مشغولا برأس المال فيمكنه أن يبيعه للمضاربة فيجوز (قوله فإن ظهر الربح) أى فى صورة ما إذا اشترى المضارب من يعتق عليه ولم يكن فيه ربح ظاهر لأن قيمته لا تزيد على رأس المال ثم غلا سعره أو زادت أوصافه حتى غلت قيمته (قوله لعتقه لا بصنعه) لأنه إنما أعتق عند الملك لا بصنع منه بل بسبب زيادة قيمته بلا اختيار فصار كما لو ورثه مع غيره بأن اشترت امرأة ابن زوجها ثم ماتت وتركت هذا الزوج وأخا عتق نصيب الزوج ولا يضمن شيئا لأخيها لعدم الصنع منه درر.

[تتمة] شرى نصفه بمال المضاربة ولا فضل فيه ونصفه بماله صح لأن هذا النصف لا ربح فيه فلم يثبت العتق فيه، وإنما دخل العتق فيه حكما لما اشتراه لنفسه فلم يصر مخالفا زيلعى عن الكافى (قوله وسعى العبد المعتق الخ) قال فى الجوهرة: وولاؤه بينهما على قدر الملك عند أبى حنيفة، وعندهما عتق كله وسعى فى رأس المال وحصة رب المال من الربح اه وإنما سعى العبد لأنه احتبست مالية العبد عند العبد فيسعى فيه عناية (قوله من يعتق على الصغير) ومثله المعتوه حموى (قوله إذ لا نظر فيه للصغير) أى فى شراء الأب والوصى وهى علة قاصرة، والعلة فى الشريك هى المذكورة فى المضارب من قصد الاسترباح ط. وأما الشريك فلأن الشركة تتضمن الوكالة والوكيل لا يشترى من يعتق على الموكل عند التهمة كما مر آنفا والشركة قرينة قصد الربح كالمضاربة (قوله وإلا) بأن كان مستغرقا (قوله لا) أى لا يعتق ما اشتراه من قريب المولى عند الإمام (قوله خلافا لهما) وهذا الخلاف مبنى على أن المولى هل يملك أكساب عبده المأذون المستغرق بالدين أولا؟ فعنده لا يملك، وعندهما يملك أى فيعتق وإن كان المديون مستغرقا بالدين لماله ورقبته لأن السيد يملك ما فى يده وإن أحاط الدين بذلك، وحينئذ يملك السيد قيمة العبد المعتق لغرماء المديون عندهما وعند الكل إذا لم يكن مستغرقا (قوله زيلعى) قال: وإن كان فيه دين محيط برقبته وكسبه لا يعتق عنده وعندهما يعتق بناء على أنه هل يدخل فى ملك المولى أم لا اه (قوله بالنصف) متعلق بمضارب (قوله اشترى أمة) أى قيمتها ألف (قوله فولدت) أى ووطئها المضارب فولدت (قوله ولدا مساويا له) أى الولد وحده مساويا للألف، فلو كانت قيمة الولد أكثر من الألف نفذت دعوته فى الحال لظهور الربح فيه (قوله فادعاه موسرا) لأنه ضمان عتق.

قال منلا مسكين: واعلم أن قوله موسرا ليس بقيد لازم، بل ذكره لأنه لما لم يضمن فى الولد مع أنه موسر فلأن لا يضمن إذا كان معسرا أولى اه أى إنما قيد به لنفى الشبهة، وهى أن الضمان بسبب دعوة المضارب وهو الإعتاق فيختلف باليسار والإعسار، فكان الواجب أن يضمن المضارب إذا كان موسرا ومع ذلك لا يضمن، لأن نفوذ العتق معنى حكمى لا صنع للمضارب فيه فلا يجب عليه الضمان لعدم التعدى، إذ لا يجب ضمان التعق إلا بالتعدى كما فى أخى جلبى.

قيمته) أى الولد وحده كما ذكرنا (ألفا ونصفه أى خمسمائة نفذت دعوته لوجود الملك بظهور الربح المذكور فعتق (سعى لرب المال فى الألف وربعه) إن شاء المالك (أو أعتقه) إن شاء (ولرب المال بعد قبضه ألفه) من الولد

والحاصل أنه لا يضمن لاموسرا ولا معسرا ، وإنما قيد به ليعلم أن الموسر لا يضمن بالطريق الأولى (قوله كما ذكرنا) أى فى قوله مساويا له فالكاف بمعنى مثل خبر صار وألفا بدل منه أو ألفا هو الخبر والجار والمجرور قبله حال منه (قوله نفذت دعوته) بخلاف ما لو أعتقه فزادت قيمته لأنه إنشاء والدعوة إخبار فتتوقف على ظهور الربح .

فإن قلت : قد ظهر الربح بظهور الولد قلنا : هذا قول زفر . وأما المذهب فلا يظهر الربح إذا كان رأس المال أجناسا مختلفة كل منها قدر رأس المال . قال الشيخ أبو الطيب : وإنما لم تنفذ دعوته إلا بعد صيرورة قيمته ألفا ونصفه إذ كل واحد منهما رأس المال فلا يظهر الربح ، لما عرف أن مال المضاربة إذا صار أجناسا مختلفة كل واحد منها لا يزيد على رأس المال لا يظهر الربح عندنا خلافا لزفر ، لأن بعضها ليس بأولى من البعض ، فإذا كان كذلك لم يكن للمضارب نصيب فى الأمة ولا فى الولد وإنما الثابت له مجرد حق التصرف فلا تنفذ دعوته ، فإذا زادت قيمة الغلام وصارت ألفا وخمسمائة ظهر فيه فى ذلك الوقت فللك المضارب منه نصف الزيادة فنفذت دعوته السابقة فيه لوجود شرطها وهو الملك اهـ (قوله فعتق) قال فى التبيين : فإذا نفذت دعوته صار الغلام ابنا له وعتق بقدر نصيبه منه وهو ربعه ولم يضمن المضارب حصة رب المال من الولد لأن العتق ثبت بالملك والنسب ، فصارت العلة ذات وجهين والملك آخرهما وجودا فيضاف الحكم وهو العتق إليه لأن الحكم يضاف إلى الوصف الأخير ، أصله وضع الفقة على السفينة والقدح الأخير ولا صنع للمضارب فى الملك فلا يجب عليه الضمان لعدم التعدى ، إذ لا يجب ضمان العتق إلا بالتعدى اهـ مختصرا .

قال صاحب الكافى : سفينة لا تحمل إلا مائة منّ فأوقع فيها رجل منا زائدا على المائة فغرقت كان الضمان كله عليه اهـ والقدح الأخير المسكر هو المحرم أى على قول الإمام دون ما قبله وإن كان المفتى به قول محمد أن ما أسكر كثيره فقليله حرام ط (قوله سعى) حيث زاد الشارح نفذت يحتاج إلى واو العطف هنا بأن يقول وسعى عطفا على جواب المسألة التى زادها الشارح (قوله فى الألف وربعه) أى سعى الولد لرب المال فى الألف وربعه وهو مائتان وخمسون لأن الألف مستحق له برأس المال ومائتان وخمسون نصيبه من الربح ، فإذا قبض منه ألف درهم صار مستوفيا لرأس ماله وظهر أن الأم كلها ربح لفراغها عن رأس المال فكانت بينهما نصفين ونفذ فيها دعوة المضاربة وصارت كلها أم ولد له ، ويجب نصف قيمتها لرب المال موسرا كان أو معسرا لأنه ضمان التملك ، وهو لا يختلف باليسار والإعسار ولا يتوقف على التعدى ، بخلاف ضمان الإعتاق فإنه ضمان الإفساد فلا يجب عليه بغير تعدّ ولا على معسر عينى .

فإن قيل : لم لم يجعل المقبوض من الولد من الربح وهو ممكن بأن يجعل الولد كله ربحا والجارية مشغولة برأس المال على حالها قلنا : المقبوض من جنس رأس المال فكان أولى بجعله رأس المال ولأن رأس المال مقدم على الربح إذ لا يسلم له شىء من الربح إلا بعد سلامة رأس المال لرب المال فكان جعله به أولى بعد وصوله إلى يده اهـ تبيين (قوله أو أعتقه إن شاء) أى رب المال لكونه قابلا للعتق ، فإن المستسعى كالمكاتب عناية ، فيكون لرب المال الخيار إن شاء استسعى الغلام فى ألف ومائتين وخمسين وإن شاء أعتقه (قوله بعد قبضه ألفه من الولد) أى ولو حكما كما لو أعتقه ، فإن بإعتاقه يصير قابضا حكما إنما شرط قبض رب المال الألف من الغلام

(تضمين المدعى) ولو معسرا لأنه ضمان تملك (نصف قيمتها) أى الأمة لظهور نفوذ دعوته فيها، ويحمل على أنه تزوجها ثم اشتراها حبلى منه. ولو صارت قيمتها ألفا ونصفه صارت أم ولد وضمن للمالك ألفا وربعه لو موسرا، فلو معسرا فلا سعاية عليها لأن أم الولد لا تسعى وتمامه فى البحر. والله أعلم.

حتى تصير الجارية أم ولد للمضارب لأنها مشغولة برأس المال فإذا قبضه من الغلام فرغت عن رأس المال وصارت كلها ربحا فظهر فيها ملك المضارب فصارت أم ولد له زيلعى (قوله تضمين المدعى) وهو المضارب (قوله لأنه ضمان تملك) وهو لايختلف باليسار والإعسار ولا يتوقف على التعدى زيلعى. بخلاف ضمان الولد لأنه ضمان عتق وهو يعتمد التعدى ولم يوجد (قوله لظهور) أى وقوع نفوذ دعوته صحيحة ظاهرا فيها بظهور ملكه فيها (قوله ويحمل على أنه تزوجها الخ) بأن يحمل أن البائع زوجها منه ثم باعها منه وهى حبلى حملا لأمره على الصلاح، لكن لا تنفذ هذه الدعوى لعدم الملك وهو شرط فيها إذ كل واحد من الجارية وولدها مشغول برأس المال فلا يظهر الربح فيه لما عرف أن مال المضاربة إذا صار أجناسا مختلفة كل واحد منها لا يزيد على رأس المال لا يظهر الربح عندنا لأن بعضها ليس بأولى به من البعض، فحينئذ لم يكن للمضارب نصيب فى الأمة ولا فى الولد، وإنما الثابت له مجرد حق التصرف فلا تنفذ دعوته. فإذا زادت قيمته وصارت ألفا وخمسمائة ظهر الربح وملك المضارب منه نصف الزيادة فنفذت دعوته السابقة لوجود شرطها وهو الملك فصار ابنه وعتق بقدر نصيبه منه وهو سدسه ولم يضمن حصة رب المال من الولد؛ لأن العتق ثبت بالملك والنسب فصارت العلة ذات وجهين والملك آخرهما وجودا فيضاف العتق إليه ولا صنع له فى الملك فلا ضمان لعدم التعدى، فإذا اختار الاستسعاء استسعاه فى ألف رأس ماله وفى سدسه نصيبه من الربح: فإذا قبض الألف صار مستوفيا لرأس ماله وظهر أن الأم كلها ربح بينهما نصفين ونفذ فيها دعوة المضارب وصارت كلها أم ولد له، لأن الاستيلاد إذا صادف محلا يحتمل النقل لا يتجزأ إجماعا ويجب نصف قيمتها لرب المال، هذا حاصل ما تقدم فى هذه المسألة (قوله منه) تنازع فيه كل من تزوجها واشتراها (قوله وضمن للمالك ألفا الخ) لأنها لما زادت قيمتها ظهر فيها الربح وملك المضارب بعد الربح فنفذت دعوته فيها، ويجب عليه لرب المال رأس ماله وهو ألف، ويجب عليه أيضا نصيبه من الربح وهو مائتان وخمسون، فإذا وصل إليه ألف درهم استوفى رأس المال وصار الولد كله ربحا فيملك المضارب منه نصفه فيعتق عليه. وما لم يصل الألف إليه فالولد رقيق على حاله على نحو ما ذكرنا فى الأم، وبهذا علم أنها مسألة مستقلة موضوعها أنه لم يقبض الألف من الغلام فتدبر، وقوله لو موسرا كذا وقع فى البحر.

والذى يستفاد من كلامهم أن الضمان عليه مطلقا لأنه ضمان تملك فصار ذلك الضمان ببدل، والضمان إذا كان ببدل يستوى فيه اليسار والإعسار، ويدل عليه قول المؤلف فلا سعاية عليها لأنه لايضيع على المالك حقه وما لم يصل إلى رب المال رأس ماله فالولد رقيق ولذلك أطلقه العينى، وحينئذ فقوله لو موسرا لامفهوم له، لأنه لو كان معسرا فكذلك وتقدم أيضا ما يفيده (قوله وتمامه فى البحر) قال فيه: ولو لم تزد قيمة الولد على ألف وزادت قيمة الأم حتى صارت ألفا وخمسمائة صارت الجارية أم ولد للمضارب ويضمن لرب المال ألفا ومائتين وخمسين إن كان موسرا، وإن كان معسرا فلا سعاية عليها لأن أم الولد لا تسعى. وما لم يصل إلى رب المال رأس ماله فالولد رقيق ثم يأخذ منه مائتين وخمسين على أنه نصيبه من الربح، ولو زادت قيمتهما عتق الولد وصارت الجارية أم ولد له لأن الربح ظهر فى كل واحد منهما ويأخذ رأس المال من المضارب

باب المضارب يضارب

لاما وجب لما قدم المفردة شرع فى المركبة فقال (ضارب المضارب) آخر (بلا إذن) المالك (لم يضمن بالدفع ما لم يعمل الثانى ربح) الثانى (أولا) عل الظاهر لأن الدفع إيداع وهو يملكه ، فإذا عمل تبين أنه مضاربة فيضمن

لاماوجب عليه(١) أيسر المالين لأنه معجل وهو موسر والسعاية مؤجلة والعبد معسر، ويأخذ منه أيضًا مابقى من نصيبه من الربح ويضمن أيضا نصف عقرها لأنه لما استوفى رأس المال ظهر أنه ربح لأن عقر مال المضاربة يكون للمضاربة ، ويسعى الغلام فى نصيب رب المال ويسقط عنه نصيب المضارب اه مع إصلاح من عبارة الزيلعى ، أما قوله ويضمن الخ تقدم أنه يحمل على الاستيلاد بالنكاح فكيف يجب العقر كذا بخط الحلبى نقلا عن قارى الهداية ، والله تعالى أعلم ، وأستغفر الله العظيم .

باب المضارب يضارب

يصح فى باب التنوين وعدمه على أنه مضاف للمضارب وجملة يضاب حال من المضارب أو صفة لأن المضارب بمنزلة النكرة إذ الألف واللام فيه للجنس وهذا على جعلهما متضايفين ، أما على التنوين فالظاهر أن جملة يضارب خبر المضارب . والمعنى أن المضارب تقع منه المضاربة . ويرد على الحالية أن الحال لايجىء من المضاف إلا فى صور ثلاث وليس هذا منها . ويرد على القطع أن المضارب ممنوع منها إلا بإذن والباب معقود للمضارب خاصة فتأمل ط بزازية (قوله لما قدم المفردة شرع فى المركبة) لأن المركب يتلو المفرد طبعا فكذا وضعا حموى .

ورده قاضى زاده بأن مضاربة المضارب وإن كانت بعد مضاربة رب المال إلا أنها مفردة أيضا غير مركبة من المضاربتين ، ألا يرى أن الثانى يتلو الأول ولكنه ليس بمركب من الأول ومن نفسه قطعا وإنما المركب منهما الاثنان . واستوجه فى المناسبة ما فى النهاية ومعراج الدراية حيث قالا : لما ذكر حكم المضاربة الأولى ذكر فى هذا الباب حكم المضاربة الثانية إذ الثانية تتلو الأولى أبدا فكذا بيان حكمها اه ط (قوله بلا إذن) أى أو تفويض بأن لم يقل له رب المال اعمل برأيك ، لأنه إذا قال له ذلك يملك أن يضارب حينئذ اه شلبى أى لأن المضارب لايملك أن يضارب إلا بإذن رب المال (قوله على الظاهر) أى ظاهر الرواية عن الإمام وهو قولهما . وفى رواية الحسن عنه لم يضمن ما لم يربح لأنه يملك الإبضاع فلا يضمن بالعمل ما لم يربح ، فإذا ربح فقد ثبت له شركة فى المال فيصير كخلط مالها بغيره فيجب الضمان .

وجه ظاهر الرواية : أن الربح إنما يحصل بالعمل فيقام سبب حصول الربح مقام حقيقة حصوله فى صيرورة المال مضمونا به وهذا إذا كانت المضاربة الثانية صحيحة ، فإذا كانت فاسدة لا يضمن الأول وإن عمل الثانى لأنه أجير فيه والأجير لا يستحق شيئا من الربح فلا تثبت الشركة له ، بل له أجر مثله على المضارب الأول وللأول ما شرط له من الربح اه منح (قوله فإذا عمل تبين أنه مضاربة فيضمن) لأنه حصل العمل فى المال على وجه لم يرض به المالك فتحقق الخلاف فوجب الضمان ، فجعل الأمر مراعى أى موقوفا قبل العمل حتى إذا عمل الثانى وجب الضمان وإلا فلا ط .

فإن قلت إنه بالعمل مستبضع ولا تظهر المخالفة إلا بظهور الربح ، يجاب بأنه لم يعمل مجانا حتى يكون

---

(١) (قوله لاما وجب عليه الخ) كذا بالأصل وليحرر اه .

إلا إذا كانت الثانية فاسدة فلا ضمان وإن ربح ، بل للثانى أجر مثله على المضاوب الأول ، وللأول الربح المشروط (فإن ضاع) المال (من يده) أى يد الثانى (قبل العمل) الموجب للضمان (فلا ضمان) على أحد (وكذا لا ضمان (لو غصب المال من الثانى و) إنما (الضمان على الغاصب فقط ، ولو استهلكه الثانى أو وهبه فالضمان عليه خاصة (فإن عمل) حتى ضمنه (خير رب ، المال إن شاء ضمن المضارب الأول رأس ماله .

مستبضعا بل عمل على طمع الأجر وهو ما شرط له من الربح فتحصل المخالفة بمجرد العمل فيوجد سبب الضمان (قوله إلا إذا كانت الثانية فاسدة) قال فى البحر : وإن كانت إحداهما فاسدة أو كلاهما فلاضمان على واحد منهما وللعامل أجر المثل على المضارب الأول ويرجع به الأول على رب المال ، والوضيعة على رب المال والربح بين الأول ورب المال على الشرط بعد أخذ الثانى أجرته إذا كانت المضاربة الأولى صحيحة فللأول أجر مثله اه أى لأنه حينئذ يكون الثانى أجيرا والمضارب له أن يستأجر .

قال فى التبيين : هذا إذا كانت المضاربتان صحيحتين . وأما إذا كانت إحداهما فاسدة أو كلتاهما فلا ضمان على واحد منهما ، لأنه إن كانت الثانية هى الفاسدة صار الثانى أجيرا ، وللأول أن يستأجر من يعمل فى المال ، وإن كانت هى الأولى فكذلك لأن فسادها يوجب فساد الثانية ، لأن الأولى لما فسدت صارت إجارة وصار الربح كله لرب المال ، ولو صحت الثانية فى هذه الحالة لصار الثانى شريكا ، وليس للأجير أن يشارك غيره فكانت فاسدة بالضرورة وكانا أجيرين ، وكذا إذا كانتا فاسدتين ، وإذا كانا أجيرين لا يضمن واحد منهما اه بتصرف ما .

والحاصل أن صحة الثانية فرع عن صحة الأولى ، فلا تصح الثانية إلا إذا كانت الأولى صحيحة ، فاشتراط صحة الثانية اشتراط لصحة الأولى (قوله على المضارب الأول) ويرجع به الأول على رب المال (قوله وللأول الربح المشروط) يعنى والربح بين الأول ورب المال على الشرط بعدأخذ الثانى أجرته إذاكانت المضاربة الأولى صحيحة وإلا فللأول أجر مثله أيضا وربح كله لرب المال كما ذكرنا (قوله ولو استهلكه الثانى) قال الإتقانى : والحاصل أنه لاضمان على واحد منهما قبل عمل الثانى فى ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة ، وإذا عمل الثانى فى المال إن عمل عملا لم يدخل تحت المضاربة بأن وهب المضارب الثانى المال من رجل أو استهلكه فالضمان على الثانى دون الأول ، وإن عمل عملا دخل تحت المضاربة بأن اشترى بالمال شيئا : فإن ربح فعليهما الضمان ، وإن لم يربح فلا ضمان على واحد منهما فى ظاهر الرواية اه وفيه تأمل ط (قوله فالضمان عليه خاصة) والأشهر الخيار فيضمن أيهما شاء كما فى الاختيار (قوله فإن عمل حتى ضمنه) حتى للتفريع ، فإن الضمان مرتب بالعمل فقط وضمن بالبناء للمجهول فإن الضمان مرتبط بالعمل فقط (قوله خير رب المال) قال فى التبيين : ثم رب المال بالخيار ، إن شاء ضمن الأول رأس ماله لأنه صار غاصبا بالدفع إلى غيره بغير إذنه ، وإن شاء ضمن الثانى لأنه قبض مال الغير بغير إذن صاحبه ، فإن ضمن الأول صحت المضاربة بين الأول والثانى والربح بينهما على ما شرطا لأنه بأداء الضمان ملكه من وقت خالف ، فصار كما لو دفع مال نفسه مضاربة إلى الثانى ، وإن ضمن الثانى يرجع بما ضمن على الأول لأنه التزم له سلامة المقبوض له عن الضمان ، فإذا لم يسلم رجع عليه بالمخالفة إذ هو مغرور من جهته كمودع الغاصب وصحت المضاربة بينهما ، لأنه لما كان قرار الضمان عليه ملك المدفوع مستندا إلى وقت التعدى ، فتبين أنه دفع مضاربة ملك نفسه ويكون الربح بينهما على ما شرطا لصحة المضاربة ويطيب للثانى ماربح لأنه يستحقه بالعمل ولا خبث فى عمله ، ولايطيب للأول لأنه يستحقه برأس المال وملكه

وإن شاءضمن الثاني) وإن اختار أخذ الربح ولايضمن ليس له ذلك بحر (فإن أذن) المالك (بالدفع ودفع بالثلث وقد قيل) للأول (مارزق الله فبيننا نصفان فللمالك النصف) عملا بشرطه (وللأول السدس الباقي وللثاني الثلث) المشروط .

(ولو قيل ما رزقك الله بكاف الخطاب) والمسألة بحالها (فللثاني ثلثه والباقي بين الأول والمالك نصفان) باعتبار الكاف فيكون لكل ثلث (ومثله ما ربحت من شيء أو ما كان لك فيه من ربح ونحو ذلك) وكذا لو شرط للثاني أكثر من الثلث أو أقل فالباقي بين المالك والأول .

(ولو قال له ما ربحت بيننا نصفان ودفع بالنصف فللثاني النصف واستويا فيما بقي) لأنه لم يربح سواه .

(ولو قيل ما رزق الله فلي نصفه أو ما كان من فضل الله فبيننا نصفان فدفع بالنصف فللمالك النصف وللثاني كذلك ولا شيء للأول) لجعله ماله للثاني .

فيه ثبت مستندا فلايخلو عن شبهة فيكون سبيله التصدق اه لأن الثابت بالاستناد ثابت من وجه دون وجه فلايثبت الملك من كل وجه فيتمكن الخبث في الربح فلا يطيب اه اتقاني .

وفي البحر : ولو دفع الثاني مضاربة إلى ثالث وربح الثالث أو وضع فإن قال الأول للثاني اعمل فيه برأيك فلرب المال أن يضمن أي الثلاثة شاء ويرجع الثالث على الثاني والثاني على الأول والأول لا يرجع على أحد إذا ضمنه رب المال وإلا لا ضمان على الأول وضمن الثاني والثالث كذا في المحيط . قوله وإلا لا ضمان على الأول : أي إن لم يقل الأول للثاني اعمل فيه برأيك (قوله وإن شاء ضمن الثاني) فيه إشعار بأنه إذا ضمن يرجع على الأول ويطيب الربح له دون الأول لأنه ملكه مستندا قهستاني (قوله ليس له ذلك) لأن المال بالعمل صار غصبا وليس للمالك إلا تضمين البدل عند ذهاب العين المغصوبة ، وليس له أن يأخذ الربح من الغاصب كذا ظهر لي ط (قوله فإن أذن) مفهوم قوله بلا إذن (قوله عملا بشرطه) لأنه شرط نصف جميع الربح له (قوله الباقي) أي الفاضل عما اشترطه للثاني . لأن ما أوجبه الأول له ينصرف إلى نصيبه خاصة . إذ ليس له أن يوجب شيئا لغيره من نصيب المالك . وحيث أوجب للثاني الثلث من نصيبه وهو النصف يبقى له السدس .

قال في البحر : وطلب الربح للجميع لأن عمل الثاني عمل عن المضارب كالأجير المشترك إذا استأجر آخر بأقل مما استؤجر (قوله وللثاني الثلث المشروط) لأن الدفع الثاني صحيح لأنه بأمر المالك وقد شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله وجعل الأول للثاني ثلثه فينصرف ذلك إلى نصيبه إلى آخر ما تقدم . وكان المناسب أن يقول من كل المال عوضا عن قوله الباقي (قوله والباقي بين الأول والمالك نصفان) لأن رب المال هنا شرط أن يكون ما رزق الله المضارب الأول بينهما نصفين والمرزوق للأول هو الثلثان . لأن الثلث استحقه الثاني بشرط الأول وهو مأذون له فلم يكن من رزق الأول إلا الثلثان فيكون ذلك بينهما نصفين ويطيب لهم بلا شبهة أيضا عيني (قوله باعتبار الكاف) أي في قوله ما رزقك فقد جعل المناصفة فيما رزق المضارب الأول وهو لم يرزق إلا الثلثين فينصفان (قوله ونحو ذلك) كما كان لك من فضل الله أو النماء أو الزيادة (قوله ولو قال له) أي رب المال للمضارب (قوله واستويا فيما بقي) لأن الأول شرط للثاني النصف وشرطه صحيح لأنه بإذن المالك واستويا فيما بقي وهو النصف . لأن رب المال لم يشترط لنفسه هنا إلا نصف مارنجه الأول ولم يربح الثاني الأول إلا النصف والنصف الآخر صار للثاني بشرطه فلم يكن من ربح الأول عيني .

أقول : لا فرق بين هذه والتي تقدمت إلا من حيث اشتراط المضارب الثاني ، فإن في الأول شرط له الثلث فكان ما بقي بينهما وفي الثانية شرط له النصف فكان النصف الباقي بينهما كذا في بعض الحواشي (قوله ولا شيء للأول) لأن قول رب المال ما رزق الله أو ما كان من فضل ينصرف إلى جميع الربح فيكون له

(ولو شرط) الأول (للثانى ثلثيه) والمسألة بحالها (ضمن الأول للثانى سدسا) بالتسمية لأنه التزم سلامة الثلثين (وإن شرط) المضارب (للمالك ثلثه و) شرط (لعبد المالك ثلثه) وقوله (على أن يعمل معه) عادى وليس بقيد (و) شرط (لنفسه ثلثه صح) وصار كأنه اشترط للمولى ثلثى الربح كذا فى عامة الكتب ،

النصف من الجميع وقد شرط المضارب الأول للثانى جميع الربح فلم يبق للأول شىء عينى (قوله ضمن الأول للثانى سدسا) لأن رب المال شرط لنفسه النصف من مطلق الربح فله ذلك واستحق المضارب الثانى ثلثى الربح بشرط الأول ، لأن شرطه صحيح لكونه معلوما : لكن لا ينفذ فى حق رب المال ، إذ لا يقدر أن يغير شرطه فيغرم له قدر السدس لأنه ضمن له سلامة الثلثين بالعقد لأنه غره فى ضمن عقد المضاربة عينى (قوله لأنه التزم سلامة الثلثين) قال فى الدرر لأنه شرط للثانى شيئا هو مستحق للمالك وهو السدس فلم ينفذ فى حق المالك ووجب عليه الضمان بالتسمية لأنه التزم السلام ، فإذا لم يسلم رجع عليه كمن استأجر رجلا ليخيط له ثوبا بدرهم فاستأجر الأجير رجلا آخر ليخيط بدرهم ونصف فإنه يضمن له زيادة الأجر اه (قوله وشرط لعبد المالك) التيقييد بعبد المالك ليس للاحتراز لأن عبد المضارب كذلك ، وقيل التقييد به لدفع توهم أن يده للمولى فلم يحصل التخلية وعليه كلام الدرر . وقيل لما فيه خلاف بين أصحاب الشافعى والحنبلى وغيرهما لا الأحد ، وعبد المالك وعبد المضارب سواء فى جواز الشرط والمضاربة لو شرط العمل ، وإن لم يشترط ففى عبد المالك كذلك وفى عبد المضارب كذلك عندهما وعلى قول أبى حنيفة لم يصح الشرط ويكون المشروط لرب المال كما لم يصح الشرط لأجنبى أو لمن لا يقبل شهادة المضارب أو شهادة رب المال له فيكون المشروط لرب المال هذا زبدة ما فى الذخيرة والبيانية .

قال فى البحر : قيد بعبد رب المال لأن عبد المضارب لو شرط له شىء من الربح ولم يشترط عمله لا يجوز ويكون ما شرط له لرب المال إذا كان على العبد دين وإلا لا يصح سواء شرط عمله أولا ويكون للمضارب . وقيد بكون العاقد المولى لأنه لو عقد المأذون له عقدها مع أجنبى وشرط عمل مولاه لا يصح إن لم يكن عليه دين وإلا صح كما يأتى ، وشمل قوله العبد ما لو شرط للمكاتب بعض الربح فإنه يصح ، وكذا لو كان مكاتب المضارب لكن بشرط أن يشترط عمله فيهما وكان المشروط للمكاتب له لا لمولاه ، وإن لم يشترط عمله لا يجوز وعلى هذا غيره من الأجانب فتصح المضاربة وتكون لرب المال ويبطل الشرط اه وسيأتى الكلام فيه ، والمرأة والولد كالأجانب هنا كذا فى النهاية ، وقيد باشتراط عمل العبد لأن اشتراط عمل رب المال مع المضارب مفسد لها كما سيأتى (قوله عادى) أى اشتراط عمل العبد عادى ، فإن العادة فى نحو ذلك أن يكون العبد معينا فى العمل فهو اتفاق لا احترازى (قوله وليس بقيد) أى للصحة ، إذ لو اشترط له الثلث ولم يشترط عمله صح ويكون لمولاه ، لكن فائدة اشتراط عمله تظهر فى أخذ غرمائه ما شرط له حينئذ وإلا فليس لهم بل للمولى .

قال الزيلعى : وهذا ظاهر لأنه باشتراط عمله صار مضاربا فى مال مولاه فيكون كسبه له فيأخذه غرماؤه وإلا فهو للمولى الخ . واستفيد منه أنه إذا اشترط عمله فلم يعمل لم يكن للغرماء بل للمولى لأنه حيث لم يعمل لم يكن من كسبه أبو السعود (قوله صح) أى تقسيم الربح وشرط عمل العبد ، وعلة الأول ما ذكره المؤلف ، وعلة الثانى أن العبد أهل أن يضارب فى مال مولاه ، وللعبد يد حقيقة ولو كان محجورا حتى يمنع السيد عن أخذ ما أودعه عبده المحجور ، والعبد هنا صار مأذونا باشتراط العمل عليه فلا يد لمولاه بعد تسليم المال

وفى نسخ المتن والشرح هنا خلط فاجتنبه .

(ولو عقدها المأذون مع أجنبى وشرط) المأذون (عمل مولاه لم يصح إن لم يكن) المأذون (عليه دين) لأنه كاشتراط العمل على المالك (والأصح) لأنه حينئذ لا يملك كسبه (واشتراط عمل رب المال مع المضارب مفسد) للعقد لأنه يمنع التخلية فيمنع الصحة (وكذا اشتراط عمل المضارب مع مضاربه أو عمل رب المال مع) المضارب (الثانى) بخلاف مكاتب شرط عمل مولاه كما لو ضارب مولاه .

(ولو شرط بعض الربح للمساكين أو للحج أو فى الرقاب) أو لامرأة المضارب أو مكاتبه صح العقد (ولم يصح الشرط

إليه فصحت المضاربة زيلعى (قوله وفى نسخ المتن والشرح هنا خلط) أى فى تعبيره للمالك بثلثين أو فى تعبيره فى بعض النسخ بالثانى ، أما نسخ المتن فقد رأيت فى نسخة منه : ولو شرط للثانى ثلثيه ولعبد المالك ثلثه على أن يعمل معه ولنفسه ثلثه صح اه وهو فاسد كما ترى لعدم اجتماع أثلاث أربعة ولعدم وجود مضارب ثان فى المسألة .

وأما الشرح فنصه : وقوله على أن يعمل معه عادى وليس بقيد بل يصح الشرط ويكون لسيده ، وإن لم يشرط عمله لا يجوز اه فإن الصواب حذف قوله لايجوز لما علمت من العبارة السابقة اه حلبى بإيضاح ط .

أقول : وسبق الشارح إلى التنبيه على ذلك محشى المنح العلامة الخير الرملى (قوله إن لم يكن عليه دين) أى مستغرق لماله ورقبته لأن به يخرج المال عن ملك سيده ، وهذا عند الإمام كما تقدم ويأتى ، لأن المولى لايملك كسب عبده المدين فصار من أهل أن يعمل فى مال المضاربة . وعندهما يملك سيده مافى يده وإن أحاط دينه بماله ورقبته فينبغى أن لايصح اشتراط العمل على المولى عندهما مطلقا فليراجع (قوله لايملك كسبه) فصار السيد من أهل أن يعمل فى مال المضاربة وهذا على الخلاف كما سمعت (قوله واشتراط عمل رب المال مع المضارب مفسد الخ) لأن المضاربة لابد فيها من عمل المضارب ولا يمكنه العمل مع عدم التخلية وهى العلة فى المسألة الثانية والثالثة ، وهذه المسألة كالتعليل لما قبلها فكان الأولى تقديمها وتفريع الأولى عليها (قوله بخلاف مكاتب شرط عمل مولاه) أى إذا دفع المكاتب مال مضاربة لآخر وشرط عمل مولاه فيها فإنه لايفسد مطلقا سواء كان عليه دين أو لا لأنه لايملك إكتابه لأنه يعامل معاملة الأحرار فيما فى يده ، فإن عجز قبل العمل ولا دين عليه فسدت كما فى البحر وكان الأنسب ذكره بعد مسألة المأذون (قوله كما لو ضارب مولاه) فإنه يصح لما قلنا (قوله أو فى الرقاب) أى فكها من أسر الرق وفساد الشرط فى الثلاثة لعدم اشتراط العمل كما سيظهر (قوله أو لامرأة المضارب أو مكاتبه الخ) لكن عدم صحة الشرط فى هذين إذا لم يشترط عملهما كما سيشير إليه بقوله ومتى شرط لأجنبى الخ ومر عن النهاية أن المرأة والولد كالأجنبى هنا .

وفى التبيين : ولو شرط بعض الربح لمكاتب رب المال أو المضارب إن شرط عمله جاز وكان المشروط له لأنه صار مضاربا وإلا فلا ، لأن هذا ليس بمضاربة وإنما المشروط هبة موعودة فلا يلزم : وعلى هذا غيره من الأجانب إن شرط له بعض الربح وشرط عمله عليه صح وإلا فلا (قوله ولم يصح الشرط) وما فى السراجية من الجواز فيما إذا شرط ثلث الربح لامرأة المضارب أو مكاتبه أو للمساكين أو فى الرقاب أو الحج محمول على جواز عقد لا الشرط ويكون ذلك لرب المال ، فلا يخالف ماهنا ولا يحتاج إلى ماوجهه العلامة أبو السعود من أن المسألة خلافية لأنه لم يقف على هذا التوفيق هو ولا شيخه فجعل المسألة ذات خلاف ، ومحل عدم الشرط

ويكون) المشروط (لرب المال . ولو شرط البعض لمن شاء المضارب ، فإن شاءه لنفسه أولرب المال صح) الشرط (وإلا) بأن شاءه لأجنبي (لا) يصح . ومتى شرط البعض لأجنبي إن شرط عليه عمله صح الشرط وإلا لا ، لكن فى القهستانى أنه يصح مطلقا . والمشروط للأجنبي إن شرط عمله وإلا فللمالك أيضا ، وعزاه للذخيرة خلافا للبرجندى وغيره فتنبه :

ولو شرط البعض لقضاء دين المضارب أو دين المالك جاز ويكون للمشروط له قضاء دينه ،

فى امرأة المضارب ومكاتبه إذا لم يشترط عملهما (قوله ويكون المشروط لرب المال) لأنه لما بطل الشرط كان الربح تبعا لأصله وهو رأس المال وهو لرب المال فكذا ربحه (قوله لايصح) حيث لم يشرط عمله فوافق مابعده (قوله إن شرط عليه عمله صح) أى الاشتراط كالعقد (قوله وإلا لا) أى إن شرط البعض للأجنبي ولم يشترط عمله لايصح الاشتراط ويكون لرب المال ، أما العقد فصحيح .

واستفيد من هذا الشرط أنه لايشترط المساواة بين المضاربين فى المال الواحد لأنه أطلق البعض فشمل ما إذا كان مثل ماشرط للمضارب أو أقل أو أكثر لأن أحدهما قد يكون أهدى للعمل أو فيه مرجح آخر كما فى الشركة :

والحاصل أن ماشرط لثالث إن كان يرجع إلى المضارب جاز ويكون للمضارب كاشتراطه لعبده غير المديون وإلا فهو لرب المال . والفرق أن شرط الربح لعبده كالشرط له فيصح له ، بخلاف الشرط لزوجته ونحوها لأنه لايثبت الملك له لأن الزوجة والولد كالأجنبي هنا كما قدمناه ، وفهم هذا من قول القهستانى : وفيه إشارة إلى أنه إن شرط شيء لعبد المضارب أو لأجنبي ليعمل مع المضارب صح والمشروط للمضارب ، يعنى فى الأولى وللأجنبي يعنى فى الثانية وإلى أنه لو لم يشترط عمل أحد منهم صح العقد والمشروط للمالك سواء كان على العبد دين أو لا ، وتمامه فى الذخيرة ، فليت الشارح سلك هذا النظام ولم يغير التحرير والبيان (قوله لكن فى القهستانى) لا محل للاستدراك مع هذا التقرير ، لأن قوله يصح مطلقا : أى عقد المضاربة صحيح سواء شرط عمل الأجنبي أو لا ، غير أنه إن شرط عمله فالمشروط له وإلا فلرب المال لأنه بمنزلة المسكوت عنه ، ولو كان المراد أن المشروط صحيح مطلقا نافى قوله وإلا : أى وإن لم يشترط عمله فللمالك (قوله وإلا فللمالك) أى وإن لم يشترط عمله فللمالك .

قال فى النهاية معزيا للذخيرة : إذا شرط فى المضاربة بعض الربح لغير المضارب ، فإن كان لأجنبي وشرط عمله فالمضاربة جائزة والشرط جائز ويصير رب المال دافعا المال مضاربة لرجلين ، وإن لم يشترط عمل الأجنبي فالمضاربة جائزة والشرط باطل ويجعل المشروط للأجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب المال اهـ (قوله خلافا للبرجندى) كلامه فى العبد لا فى الأجنبي كما يعلم بمراجعة شرح الملتقى (قوله جاز) قال فى البحر : وإذا كان الاشتراط للعبد اشتراطا لمولاه فاشتراط بعض الربح لقضاء دين المضارب أو لقضاء دين رب المال جائز بالأولى إلى آخر ماهنا (قوله ويكون) أى البعض (قوله قضاء دينه) اسم يكون ضمير يعود على البعض والجار والمجرور هو الخبر وقضاء دينه نائب فاعل المشروط . والمعنى ويكون ذلك البعض للذى شرط له قضاء دينه من المضارب أو المالك .

واستفيد مما مر أنه لابد أن يكون البعض شائعا فى جميع المال كالثلث والربع والسدس ، أما لو كانت دراهم معينة فإنه تفسد به المضاربة لأنه يؤدى لقطع الشركة فى الربح ، وإنما أطلقه هنا اعتمادا على ماقدمه بأن

ولا يلزم بدفعه لغرمائه بحر .

(وتبطل) المضاربة (بموت أحدهما) لكونها وكالة ، وكذا بقتله وحجر يطرأ على أحدهما وبجنون أحدهما مطبقا قهستانى .

وفى البزازية : مات المضارب والمال عروض باعها وصيه . ولو مات رب المال والمال نقد تبطل فى حق التصرف ولو عرضا تبطل فى حق المسافرة لا التصرف فله بيعه بعرض ونقد

لايشترط لأحدهما دراهم مسماة من الربح (قوله ولا يلزم) أى كل من المالك والمضارب .

وعبارة البحر : ولا يجبر على دفعه لغرمائه (قوله بموت أحدهما) سواء علم المضارب بموت رب المال أم لم يعلم ، حتى لايملك الشراء بعد ذلك بمال المضاربة ولا يملك السفر ويملك بيع ما كان عرضا لنض المال لأنه عزل حكمى قاضيخان (قوله وحجر يطرأ على أحدهما) بجنون أو سفه أو حجر مأذون (قوله وبجنون أحدهما مطبقا) هو داخل تحت قوله وحجر إلا أنه ذكره لتقييده بالإطباق (قوله باعها وصيه) أى وصى المضارب، لأن العزل لايمكن حينئذ فى المضارب فلا يجرى على وصيه . وقيل إن ولاية البيع تكون لرب المال ووصى المضارب كليهما ، وهو الأصح لأن الحق كان للمضارب ولكن الملك لرب المال فصار بمنزلة مال مشترك بين اثنين فيكون الأمر إليهما اه .

قلت : فلو لم يكن له وصى هل يستبد المالك بالبيع أو ينصب القاضى وصيا يبيع معه ، الظاهر نعم حموى .

والذى فى الهندية : فإن لم يكن له وصى جعل القاضى له وصيا يبيعها فيوفى رب المال رأس ماله وحصته من الربح ويعطى حصة المضارب من الربح غرماءه أى إن كان له غرماء فغرماء المضارب لايأخذون عروضها لأنها مال الغير ط (قوله تبطل فى حق التصرف) أى ولاتبطل فى حق كونه وديعة (قوله تبطل فى حق المسافرة) أى إلى غير بلد رب المال ،فلو أتى مصرا واشترى شيئا فمات رب المال وهو لايعلم فأتى بالمتاع مصرا آخر فنفقة المضارب فى مال نفسه وهو ضامن لما هلك فى الطريق، فإن سلم المتاع جاز بيعه لبقائها فى حق البيع ولو خرج من ذلك المصر قبل موت رب المال ثم مات لم يضمن نفقته فى سفره اه بزازية وقوله فأتى بالمتاع مصرا يعنى غير مصر رب المال ، فإنه لو أخرجه يعنى بعد موت رب المال إلى مصر رب المال لايضمن لأنه يجب عليه تسليمه فيه ذكره فيها أيضا وذكره قاضيخان، لكن تقدم أن التخصيص يصح قبل صيرورتها عروضا لابعده، وكل موضع صح العزل فيه صح التخصيص فيه ومالا فلا .

ونقل فى النهاية أنه لايصح نهيه عن المسافرة فى الرواية المشهورة ، وإن نهاه لم يتعلق بنهيه حكم حتى ينض ثمنه نحو أن يقول لاتبع نسيئة لأن حق التصرف ثابت له لأنه يحتاج إلى أن يبيعه ليظهر الربح فإذا نهاه عن ذلك فقد أبطل حقه فى التصرف فلم يصح . وإذا لم يملك عزله حتى ينض لم يملك تخصيص الإذن أيضا لأنه عزل من وجه . وأما إذا نهاه عن المسافرة لم يصح نهيه على الروايات المشهورة لأنه يملك المسافرة بإطلاق العقد .

ثم قال : وفى الذخيرة وكل جواب عرفته فى الفصول كلها إذا منع رب المضارب عن التصرف فهو الجواب فيما إذا مات رب المال اه فعلم منه أن مانقله الشارح هنا من بطلانها فى حق المسافرة على غير الروايات المشهورة فتدبر (قوله فله بيعه) أى مال المضاربة بعرض وتقدم ثم يكون العرض الثانى كالأول فله بيعه بعرض أيضا إلى أن يصير مال المضاربة مثل رأس المال وإن كان مال المضاربة من جنس رأس المال من حيث الثمنية إلا أنه

(و) بالحكم (بلحوق المالك مرتدا ، فإن عاد بعد لحوقه مسلما فالمضاربة على حالها) حكم بلحاقه أم لا عناية (بخلاف الوكيل) لأنه لا حق له بخلاف المضارب ، ولو ارتد المضارب فهى على حالها (فإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه بطلت)

من خلاف جنسه من حيث الحقيقة بأن كان رأس المال دراهم ومال المضاربة دنانير أو على العكس بعمل نهى رب المال إياه عما هو شر من كل وجه ، حتى لا يملك شراء العروض به ويملك صرفه بما هو من جنس رأس المال أى مال المضاربة ، وعلى هذا موت رب المال فى بيع العروض ، يعنى إذا مات رب المال والمال عروض فللمضارب أن يبيع العروض حتى ينض رأس المال ونحوها بأن كان رأس المال دراهم والمال دنانير كان له أن يبيع الدنانير كما فى العزل نهاية (قوله وبالحكم بلحوق المالك مرتدا) أى إذا حكم بلحوقه من يوم ارتد وانتقل ملكه إلى ورثته ، فإن كان المال يومئذ قائما فى يده لم يتصرف فيه ثم اشترى بعد ذلك فما اشتراه له ربحه وعليه وضيعته لأنه قد انعزل عن المضاربة وزال ملك الأمر عن المال فصار متصرفا فى ملك الورثة بغير أمره ، وإن كان المال مشاعا أو عروضا أو غير الدراهم والدنانير من سائر الأموال فبيع المضارب وشراؤه فيه جائز حتى يحصل رأس المال كما فى السراج الوهاج ، وإنما بطلت لأن اللحوق بمنزلة الموت ولهذا يورث ماله ويعتق أمهات أولاده ومدبروه زيلعى ، والمراد بالمالك خصوص الرجل .

ولهذا قال فى غاية البيان : ولو كان رب المال امرأة فارتدت فهى بمنزلة المسلمة لأنها لا تقتل فلم تنعقد الردة سبب التلف فى حقها اه ، وسيشير الشارح إليه قريبا (قوله فإن عاد الخ) ينبغى أن يكون هذا إذا لم يحكم بلحوقه ، أما إذا حكم بلحوقه فلا تعود المضاربة لأنها بطلت كما هو ظاهر عبارة الإتقانى فى غاية البيان ، لكن فى العناية أن المضاربة تعود سواء حكم بلحاقه أم لا فتأمل .

ونص عبارته : وإذا ارتد رب المال عن الإسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة ، يعنى إذا لم يعد مسلما . أما إذا عاد مسلما قبل القضاء أو بعده كانت المضاربة كما كانت اه .

أقول : لكن يشكل على ماذكر بأن الباطل لا يعود صحيحا فكيف تصح المضاربة بعد الحكم بلحوقه بعوده والحال أنها بطلت بالحكم بلحوقه ، إلا أن يجاب بأن البطلان موقوف إلى حال التبيين ، فإذا تبين رجوعه بقيت على أصلها ، ويدل لذلك عبارة غاية البيان كانت المضاربة كما كانت ، فيكون قوله بطلت أى بطلانا موقوفا إن تبين وإلا فباتا تأمل (قوله حكم بلحاقه أم لا) أما قبل الحكم فلأنه بمنزلة الغيبة وهى لا توجب بطلان المضاربة ، وأما بعده فلحق المضارب كما لو مات حقيقة ط عن الشرنبلالية (قوله بخلاف الوكيل) أى إذا ارتد الموكل وحكم بلحاقه فإن الوكالة تبطل ولا تعود بعوده إلى الإسلام لأن محل التصرف خرج عن ملك الموكل ولم يتعلق به حق الوكيل (قوله بخلاف المضارب) فإن له حقا فإذا عاد المالك فهى على حالها ، والأولى حذفه لأنه مستفاد مما تقدم فلا حاجة إليه (قوله ولو ارتد المضارب فهى على حالها) عندهما ، حتى لو تصرف وربح ثم قتل كان ربحه بينهما على ماشرطا اه برهان ، فإن لحق وباع واشترى هناك ثم رجع مسلما فله جميع ما اشترى وباع فى دار الحرب ولا ضمان عليه فى شىء من ذلك هندية ، وذلك لأن تصرفات المرتد إنما توقفت بالنظر إلى ملكه ولا ملك للمضارب فى مال المضاربة وله عبارة صحيحة ، فلا توقف فى ملك المالك فبقيت المضاربة على حالها .

قال فى العناية : وتوقف تصرف المرتد لتعلق حق الورثة ، ولا توقف فى ملك رب المال لعدم تعلقه به ،

وما تصرف نافذ ، وعهدته على المالك عند الإمام بحر .

(ولو ارتد المالك فقط) أى ولم يلحق (فتصرفه) أى المضارب (موقوف وردة المرأة) لأنها لا تقبل فلم ينعقد بسبب التلف فى حقها (غير مؤثرة ، وينعزل بعزله) لأنه وكيل (إن علم به) بخبر رجلين مطلقا أو فضولى عدل أو رسول مميز (وإلا) يعلم (لا) ينعزل (فإن علم) بالعزل ولو حكما كموت المالك ولو حكما (والمال عروض) هو هنا ماكان خلاف جنس رأس المال ، فالدراهم والدنانير هنا جنسان

أى فلا يعطى له حكم الموت بالنسبة إليه وظاهره سواء لحق ولم يحكم به أولا كما فى الدرر وصدر الشريعة (قوله وما تصرف نافذ الخ) أى حيث كانت المضاربة باقية على حالها فى قولهم جميعا فجميع مافعل ذلك جائز والربح بينهما على ماشرطا خلا أن مايلحقه من العهدة فيما باع واشترى حيث يكون على رب المال فى قول أبى حنيفة لأن حكم العهدة يتوقف بردته لأنه لو لزمته لقضى من ماله ولا تصرف له فيه فكان كالصبى المحجور إذا توكل عن غيره بالبيع والشراء . وفى قولهما حاله فى التصرف بعد الردة كهى فيه قبلها فالعهدة عليه ويرجع على رب المال كما فى العناية ، وكان الأولى تقديم هذه العبارة على قوله فإن مات .

والحاصل فرق بين الارتدادين قبل اللحوق وبعده لافرق بينهما (قوله ولو ارتد المالك فقط) محترز قوله وبلحوق المالك ، وعلى هذا لافرق بين المالك والمضارب ، فلو قال وبلحوق أحدهما ثم قال ولو ارتد أحدهما فقط الخ لكان أخصر وأظهر تأمل ، لكن الفرق أنه إذا ارتد المضارب فتصرفه نافذ (قوله أى ولم يلحق) ومثله إذا لحق ولم يحكم بلحاقه (قوله فتصرفه) أى المضارب موقوف عند الإمام أى لتعلق حق ورثة المالك بالمال لزوال ملكه بالردة ، فإن عاد إلى الإسلام عاد ملكه ونفذ تصرف المضارب ، وإن مات أو قتل أو حكم بلحاقه عاد المال إلى الورثة ، ويبطل تصرف المضارب وعليه لافرق بين المالك والمضارب لابالتصرف فإن تصرف المضارب نافذ دون المالك ، وعليه فالأخصر أن يقول وبلحوق أحدهما ثم يقول ولو ارتد أحدهما فقط الخ (قوله وردة المرأة غير مؤثرة) سواء كانت هى صاحبة المال أو المضاربة إلا أن تموت أو تلحق بدار الحرب فيحكم بلحاقها لأن ردتها لاتؤثر فى أملاكها فكذا لاتؤثر فى تصرفاتها منح (قوله إن علم به) أى ولو العزل حكما فلا ينعزل فى الحكمى إلا بالعلم ، بخلاف الوكيل حيث ينعزل فى الحكمى وإن لم يعلم كذا قالوا .

فإن قلت : ماالفرق بينهما ، قلت : قد ذكروا أن الفرق بينهما أنه لاحق له ، بخلاف المضارب منح .

والذى فى الهندية عن الخانية : تبطل المضاربة بموت رب المال علم بذلك أو لم يعلم ، حتى لايملك الشراء بعد ذلك بمال المضاربة ولا يملك السفر اه وتقدم ذكره (قوله مطلقا) أى وإن لم يكونا عدلين ، بأن كانا فاسقين أو مستورين (قوله أو فضولى عدل) كان الأنسب أن يقول أو واحد عدل بقرينة السياق وكأنه راعى ماتقدم فى باب عزل الوكيل من أن العزل يثبت بمشافهة وكتابة ورسالة وإخبار فضولى ، ويعتبر فيه أحد شطرى الشهادة من العدد أو العدالة (قوله مميز) أى ولو رقيقا أنثى غير بالغ ولا عدل ، لأن الرسول والوكيل كالأصيل ، وهذا عند الإمام . وعندهما لافرق بين الرسول وغيره كما فى أخواتها (قوله ولو حكما) كموت المالك أى ولو كان العزل حكما فإنه يشترط فيه العلم على ماسلف لأنه عزل حكمى (قوله ولو حكما) كارتداده مع الحكم باللحوق وجنونه مطبقا (قوله فالدراهم والدنانير هنا جنسان) التفريع غير ظاهر لأنهما قد يكونان جنسا واحدا فى كثير من المسائل ، وحينئذ ، فالأولى الواو كما فى البحر والمنح ، فإن كان رأس المال دراهم وعزله ومعه دنانير فله بيعها بالدراهم استحسانا ، وبالعكس بعد العلم بالعزل حتى يكون من جنس رأس المال ليتميز الربح فيتبين حظه

(باعها) ولو نسيئة وإن نهاه عنها (ثم لايتصرف فى ثمنها) ولا فى نقد من جنس رأس ماله ويبدل خلافه به استحسانا لوجوب رد جنسه وليظهر الربح (ولا يملك المالك فسخها فى هذه الحالة)

منه ، لكن تقدم فى البيع الفاسد أن الدراهم والدنانير جنس واحد فى ثمان مسائل : منها فى المضاربة ابتداء وانتهاء وبقاء اه .

وكتب سيدى الوالد رحمه الله تعالى ثمة قوله ومضاربة ابتداء وانتهاء وبقاء لم يذكر ذلك التقسيم فى العمادية وإنما ذكر صورتين فى المضاربة .

إحداهما ما إذا كانت المضاربة دراهم فمات رب المال أو عزل المضارب عن المضاربة وفى يده دنانير لم يكن للمضارب أن يشترى بها شيئا ولكن يصرف الدنانير بالدراهم، ولو كان مافى يده عروضا أو مكيلا أو موزونا له أن يحوله إلى رأس المال ، ولو باع المتاع بالدنانير لم يكن له أن يشترى بها إلا الدراهم .

ثانيتهما لو كانت المضاربة دراهم فى يد المضارب فاشترى متاعا بكيلى أو وزنى لزمه ، ولو اشترى بالدنانير فهو على المضاربة استحسانا عندهما اه ملخصا ، فالصورة الأولى تصلح مثالا للانتهاء والثانية للبقاء ، لكن لم يظهر لى كون الأولى مما نحن فيه، إذ لو كانت الدراهم والدنانير فيها جنسا واحدا ما كان يلزمه أن يصرف الدنانير بالدراهم تأمل ، ثم رأيت الشارح فى باب المضاربة جعلها جنسين فى هذه المسألة ، وهذا عين مافهمته ، ولله تعالى الحمد .

وأما مسألة المضاربة ابتداء فقد زادها الشارح وقال ط : صورته عقد معه المضاربة على ألف دينار وبين الربح فدفع له دراهم قيمتها من الذهب تلك الدنانير صحت المضاربة والربح على ماشرطا أولا كذا ظهر لى اه كلام سيدى الوالد رحمه الله تعالى(قوله باعها)أى له بيعها ولا يمنعه العزل من ذلك إتقانى (قوله وإن نهاه عنها) أى عن النسيئة ولا يملك المالك فسخها فى هذه الحالة كما لايصح نهيه عن المسافرة فى الروايات المشهورة ، وكما لايملك عزله لايملك تخصيص الإذن لأنه عزل من وجه بحر عن النهاية وسيأتى ، وإنما لايملك ذلك لأن له حقا فى الربح (قوله ثم لايتصرف فى ثمنها) أى إذا كان من جنس رأس مالها لأن البيع بعد العزل كان للضرورة حتى يظهر الربح إن كان فيه ولا حاجة إليه بعد النص، فصار كما إذا عزله بعد مانص وصار من جنس رأس المال زيلعى (قوله ولا فى نقد) أى لايتصرف إذا كان رأس المال فضة بفضة ولو أجود كما يفيده عمومه ط (قوله ويبدل خلافه به) أى له أن يبدل خلاف رأس المال من النقد برأس المال (قوله استحسانا) والقياس لايبدل لأن النقدين من جنس واحد من حيث الثمنية (قوله لوجوب رد جنسه) أى إلى رب المال إن امتنع المالك من أخذ خلاف الجنس كما يفيده ماقدمناه عن الإتقانى .

وفى الهندية عن الكافى : له أن يبيعها بجنس المال استحسانا وهو يفيد الجواز ، فإن حمل على عدم التنازع زال الإشكال ط بزيادة (قوله وليظهر الربح) جعله فى العينى والدرر علة لبيع الضرورة حيث قال لأن له حقا فى الربح ، ولا يظهر ذلك إلا بالنص فيثبت له حق البيع ليظهر ذلك ، وموته وارتداده مع اللحوق وجنونه مطبقا والمال عروض كعزله والمال عروض زيلعى (قوله ولا يملك الخ) هذا معطوف على باعها عطف علة على معلول، وليته قدمه على ثم لايتصرف ، ولا تنس مامر فى موت المضارب والمال عروض . ويفهم منه أنه إذا فسخها والمال عروض يبيعها بالنقد .

[فرع] قال فى القنية من باب المضاربة : أعطاه دنانير مضاربة ثم أراد القسمة له أن يستوفى دنانير ، وله أن يأخذ من المال بقيمتها وتعتبر قيمتها يوم القسمة لا يوم الدفع اه .

بل ولا تخصيص الإذن لأنه عزل من وجه نهاية (بخلاف أحد الشريكين إذا فسخ الشركة ومالها أمتعة) صح:
(افترقا وفى المال ديون وربح يجبر المضارب على اقتضاء الديون) إذ حينئذ يعمل بالأجرة (وإلا) ربح
(لا) جبر لأنه حينئذ متبرع (و) يؤمر بأن (يوكل المالك عليه) لأنه غير العاقد (وحينئذ فالوكيل بالبيع
والمستبضع كالمضارب) يؤمران بالتوكيل (والسمسار يجبر على التقاضى) وكذا الدلال لأنهما يعملان بالأجرة.
[فرع] استؤجر على أن يبيع ويشترى لم يجز لعدم قدرته عليه. والحيلة أن يستأجره مدة للخدمة ويستعمله

وفى شرح الطحاوى من المضاربة : ويضمن لرب المال مثل ماله وقت الخلاف بيرى فى بحث القول بثمن المثل ، وهذه فائدة طالما توقفت فيها، فإن رب المال يدفع دنانير مثلا بعدد مخصوص ثم تغلو قيمتها ويريد أخذها عددا لا بمثل القيمة تأمل .

والذى يظهر من هذا أنه لو علم عدد المدفوع ونوعه فله أخذه ، ولو أراد أن يأخذ القيمة من نوع آخر يأخذه بالقيمة الواقعة يوم الخلاف أى يوم النزاع والخصام، وكذا إذا لم يعلم نوع المدفوع كما يقع كثيرا فى زماننا حيث يدفع أنواعا ثم تجهل فيضطر إلى أخذ قيمتها لجهالتها فيأخذ بالقيمة يوم الخصام تأمل ، والله تعالى أعلم (قوله ولا تخصيص الإذن) أفاده بقوله آنفا وإن نهاه عنها (قوله صح) أى الفسخ والربح بعد ذلك للعامل كما سلف فى الشركة (قوله افترقا) أى فسخا المضاربة أو انتهت (قوله وفى المال ديون) أى وقد باع المضارب عروضا بثمن لم يقبضه من المشترين (قوله على اقتضاء الديون) أى أخذها واستخلاصها (قوله إذ حينئذ يعمل بالأجرة) عبارة البحر : لأنه كالأجير والربح كالأجرة وطلب الدين من تمام تكملة العمل فيجبر عليه . وظاهره ولو كان الربح قليلا .

قال فى شرح الملتقى : ومفاده أن نفقة الطلب على المضارب ، وهذا لو الدين فى المصر وإلا ففى مال المضاربة .

قال فى الهندية : وإن طال سفر المضارب ومقامه حتى أتت النفقة فى جميع الدين ، فإن فضل على الدين حسب له النفقة مقدار الدين وما زاد على ذلك يكون على المضارب كذا فى المحيط (قوله وإلا) أى وإن لم يكن فى المال ربح (قوله لا جبر لأنه حينئذ متبرع) أى لأنه وكيل محض ولا جبر على المتبرع على إنهاء ما تبرع به، ولهذا لا يجبر الواهب على التسليم زيلعى .

ولا يقال : الردّ واجب عليه وذلك إنما يكون بالتسليم كما أخذه . لأنا نقول : الواجب عليه رفع الموانع وذلك بالتخلية لا بالتسليم حقيقة. ط عن أبى السعود (قوله لأنه) أى المالك غير العاقد فالحقوق لا ترجع إليه بل إلى العاقد الذى هو المضارب فقبض الثمن له لا للمالك، ولا يلزم التقاضى لأنه متبرع فيؤمر بتوكيل المالك ليقدر على تحصيل الديون كما فى العينى (قوله وحينئذ) أى حين إذ كان المتبرع لا يجبر على الاقتضاء ، والأولى أن يقول ولهذا كان الوكيل الخ (قوله والسمسار) بكسر السين الأولى المهملة وهو المتوسط بين البائع والمشترى ليبيع بأجر من غير أن يستأجر والدلال الواسطة بين المتبايعين اه . وفى منلا مسكين: السمسار الدلال (قوله يجبر على التقاضى) أى طلب الثمن إن عقد البيع لأنه يبيع ويشترى للناس عادة بأجرة فجعل ذلك بمنزلة الإجارة الصحيحة بحكم العادة فيجب التقاضى والاستيفاء لأنه وصل إليه بدل عمله فصار كالمضارب إذا كان فى المال ربح زيلعى (قوله وكذا الدلال) مقتضى كلام الشارح أن الدلال غير السمسار كما فى القهستانى بأن الدلال يحمل السلعة إلى المشترى ويخبر بالثمن ويبيع ، بخلاف السمسار فإنه لم يكن فى يده شىء ، ومقتضى ما مر عن مسكين عدم الفرق بينهما . وفى الدرر كالدلال فإنه يعمل بالأجرة . والسمسار : هو الذى يجلب إليه العروض والحيوانات لبيعها بأجر من غير أن يستأجر إلى آخر ما فيه (قوله لعدم قدرته عليه) لأن الشراء أو البيع لا يتم

فى البيع زيلعى (وما هلك من مال المضاربة يصرف إلى الربح) لأنه تبع (فإن زاد الهالك على الربح لم يضمن) ولو فاسدة من عمله لأنه أمين (وإن قسم الربح وبقيت المضاربة ثم هلك المال أو بعضه ترادا الربح

إلا بمساعدة غيره وهو البائع أو المشترى فلا يقدر على تسليمه زيلعى (قوله زيلعى) وتمام كلامه: وإنما جازت هذه الحيلة لأن العقد يتناول المنفعة وهى معلومة ببيان قدر المدة وهو قادر على تسليم نفسه فى المدة، ولو عمل من غير شرط وأعطاه شيئا لا بأس به لأنه عمل معه حسنة فجازاه خيرا وبذلك جرت العادة، وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن اه (قوله وما هلك من مال المضاربة يصرف إلى الربح).

أقول: وكذلك ما هلك من مال الشركة يصرف إلى الربح والباقى من الربح يصرف على ما شرطا ورأس المال على حكمه فإذا زاد الهالك على الربح فهو عليهما بقدر ماليهما، وبه علم حكم حادثة الفتوى.

مطلب فى حكم حادثة الفتوى

شريكان ما لهما متفاوت والعمل مشروط عليهما والربح سوية بينهما هلك بعد الربح شىء من المال وبقى شىء من الربح فما الحكم؛ الجواب: ما فضل من الربح على ما شرطا ورأس المال على حكمه والهالك عليهما وهو ظاهره ذكره الخير الرملى (قوله لأنه تبع) أى ورأس المال أصل وصرف الهالك إلى ما هو تابع أولى كما يصرف إلى العفو فى الزكاة ولأن الربح فرع عن رأس المال فلا يثبت له حكم قبل ثبوت أصله كما فى العينى.

مطلب القول للشريك والمضارب فى مقدار الربح والخسران

وفى الضياع والرد للشريك

والقول للشريك والمضارب فى مقدار الربح والخسران مع يمينه، ولا يلزمه أن يذكر الأمر مفصلا، والقول قوله فى الضياع والرد للشريك نهر فى الشركة.

[تتمة] هلك مال المضاربة قبل أن يشترى به شيئا بطلت، وإن استهلكه المضارب ضمنه ولم يكن له الشراء بعد ذلك لصيرورته ضمينا، وإن استهلكه غيره فأخذه منه كان له الشراء على المضاربة حموى عن الأقطع (قوله لم يضمن) لكونه أمينا سواء كان من عمله أولا بحر (قوله ولو فاسدة) لأنها أمانة عند الإمام. وعندهما إن كانت فاسدة فالمال مضمون (قوله من عمله) ولو الهلاك من عمله المسلط عليه عند التجار. وأما التعدى فيظهر أنه ضمن به سائحانى أى سواء كانت المضاربة صحيحة أو فاسدة، وسواء كان الهلاك من عمله أولا، ويقبل قوله فى هلاكه وإن لم يعلم ذلك كما يقبل فى الوديعة منح بزيادة، ولم أر زيادة من عمله فى العينى ولا فى الدرر وحواشيه، فليتأمل معنى قوله من عمله؛ ولو اقتصر على قوله ولو فاسدة لكان المعنى أظهر.

ثم رأيت فى فروق المحبوبى ما نصه: وإذا عمل فى المضاربة الفاسدة وربح كان كل الربح لرب المال وللمضارب أجر مثل عمله، ولا ضمان إذا هلك المال فى يده اه (قوله لأنه أمين) علة لعدم الضمان ويقبل قوله فى الهلاك وإن لم يعلم ذلك كما يقبل فى الوديعة منح.

أقول: وينبغى أن يضمن ما تلف بعمله لأنه أجير مشترك. وعلى قولهما يضمن ما تلف فى يده وإن لم يكن من عمله كما علم فى باب ضمان الأجير ولعله محمول على ما إذا سافر بمال المضاربة فإنه يكون بمنزلة الأجير الخاص وليحرر (قوله ترادا الربح) فيضمن المضارب ما أخذه على أنه ربح لأنه أخذه لنفسه، بخلاف

ليأخذ المالك رأس ماله وما فضل فهو بينهما ، وإن نقص لم يضمن) لما مر .

ثم ذكر مفهوم قوله وبقيت المضاربة فقال (وإن قسم الربح وفسخت المضاربة والمال فى يد المضارب ثم عقداها فهلك المال لم يترادا وبقيت المضاربة) لأنه عقد جديد وهذه هى الحيلة النافعة للمضارب .

فصل فى المتفرقات

(المضاربة لا تفسد بدفع كل المال أو بعضه) تقييد الهداية بالبعض اتفاقى عناية (إلى المالك بضاعة لامضاربة

ما بقى فى يده لا يضمنه إذا لم يأخذه لنفسه حموى (قوله ليأخذ المالك رأس ماله) فيبدأ برأس المال ثم بالمنفعة ثم بالربح الأهم فالأهم اختيار ، فإن فضل شىء اقتسماه اهـ در منتقى أى لأن الربح تابع كما ذكرنا فلا يسلم بدون سلامة الأصل عينى (قوله وما فضل فهو بينهما) لأن رب المال لم يبق له حق بعد استيفاء ماله إلا فى الربح عينى (قوله لم يضمن) أى إن نقص الربح عن الهالك لم يضمن المضارب (قوله لما مر) من أنه أمين فلايكون ضمينا (قوله والمال فى يد المضارب) مثله فى العزمية عن صدر الشريعة وهو نص على المتوهم ، وإلا فبالأولى اذا دفعه لرب المال بعد الفسخ ثم استرده وعقدا أخرى (قوله لأنه عقد جديد) أى لأن المضاربة الأولى قد انتهت بالفسخ وثبوت الثانية بعقد جديد فهلاك المال فى الثانية لايوجب انتقاض الأولى فصار كما إذا دفع إليه مالا آخر (قوله وهذه هى الحيلة النافعة للمضارب) أى لو خاف أن يسترد منه رب المال الربح بعد القسمة بسبب هلاك ما بقى من رأس المال ، وعلم مما مر آنفا أنه لا يتوقف صحة الحيلة على أن يسلم المضارب رأس المال إلى رب المال ، وتقييد الزيلعى به اتفاقى كما نبه عليه أبو السعود ، والله تعالى أعلم ، وأستغفر الله العظيم .

فصل فى المتفرقات

(قوله لا تفسد الخ) حتى لو اشترى رب المال به شيئا وباع فهو على المضاربة لأن الشرط هو التخلية وقد تحققت ، والإبضاع توكيل بالتصرف والتصرف حق المضارب فيصح التوكيل به . وقال زفر : لا تفسد ولا يستحق المضارب من ربحه شيئا لأن رب المال تصرف فى مال نفسه بغير توكيل ولم يصرح به فيكون مستردا للمال ولهذا لا يصح اشتراط العمل عليه ابتداء .

ولنا أن الواجب له التخلية وقد تمت وصار التصرف حقا للمضارب ، وله أن يوكل رب المال صالحا لذلك والإبضاع توكيل لأنه استعانة ولما صح استعان المضارب بالأجنبى فرب المال أولى لكونه أشفق على المال فلا يكون استردادا ، بخلاف شرط العمل عليه ابتداء لأنه يمنع التخلية .

فإن قلت : رب المال لا يصلح وكيلا لأن الوكيل من يعمل فى مال غيره ورب المال لا يعمل فى مال غيره بل فى مال نفسه ؛ قلت : أجيب بأن المالك بعد التخلية صار كالأجنبى فجاز توكيله ؛

فإن قلت : الأمر كذلك لصحة المضاربة مع رب المال ، قلت : أجيب بأن المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال هنا ، فلو جوزناه أدى إلى قلب الموضوع اهـ (قوله بدفع كل المال) أفاد بالدفع أن المضارب لا بد أن يتسلم المال أولا ، حتى لو جعل المال بضاعة قبل أن يتسلمه لا يصح لأن التسلم شرط فيها اهـ مكى (قوله تقييد الهداية) الأولى الإتيان بالفاء (قوله بضاعة) المراد بالبضاعة هنا الاستعانة لأن الإبضاع الحقيقى هنا لا يتأتى لأن الربح جميعه فيه لرب المال وليس الأمر هنا كذلك (قوله لا مضاربة) عطف على بضاعة المسلط عليه المنفى من عامله ؛ فالمعنى لاينتفى الفساد بدفعها مضاربة بل تفسد لأن نفى النفى إثبات وقد تبع المؤلف ، ومفهومه أنه لو دفعه مضاربة تفسد الأولى مع أن الذى يفسد هو الثانية لا الأولى كما فى الهداية ، قال فى البحر :

لما مر (وإن أخذه) أى المالك المال (بغير أمر المضارب وباع واشترى بطلت إن كان رأس المال نقدا) لأنه عامل لنفسه (وإن صار عروضا لا) لأن النقد الصريح حينئذ لايعمل فهذا أولى عناية. ثم إن باع بعرض بقيت وإن بنقد بطلت لما مر.

(وإذا سافر) ولو يوما فطعامه وشرابه وكسوته

وتقييده بالبضاعة اتفاقى، لأنه لو دفع المال إلى رب المال مضاربة لا تبطل الأولى بل الثانية لأن المضاربة به تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال هنا، فلو جوّزناه يؤدى إلى قلب الموضوع؛ وإذا لم يصح بقى عمل رب المال بأمر المضارب فلا تبطل الأولى كما تقدم عن الهداية، وبه علم أنها بضاعة وإن سميت مضاربة لأن المراد بالبضاعة هنا الاستعانة، لأن الإبضاع الحقيقى لا يتأتى هنا، وهو أن يكون المال للمبضع والعمل من الآخر ولا ربح للعامل، وفهم من مسألة الكتاب جواز الإبضاع كالأجنبى بالأولى وما وقع فى الدرر من أنه لاتبطل بالدفع إلى المالك بضاعة أو مضاربة فإنه محمول على ما ذكرنا من عدم صحة المضاربة الثانية وإبقاء الأولى (قوله لما مر) أى من أن الشيء لايتضمن مثله (قوله وإن أخذه) محترز قوله يدفع (قوله أى المالك الخ) قال فى المبسوط: و الحاصل أن كل تصرف صار مستحقا للمضارب على وجه لايملك رب المال منعه فرب المال فى ذلك يكون معينا له سواء باشره بأمره أو بغير أمره وكل تصرف يتمكن رب المال أن يمنع المضارب منه فرب المال فى ذلك التصرف عامل لنفسه إلا أن يكون بأمر المضارب فحينئذ يكون معينا له اهـ منح.

قال الرملى فى حاشيته عليها: قوله وإن صار عرضا الخ، أقول: استفيد من ذلك جواز بيع المال عروض المضاربة وهى واقعة الفتوى اهـ.

قلت: وينطق به الحاصل الذى ذكره صاحب المنح لأن هذا التصرف صار مستحقا للمضارب على وجه لايملك رب المال منعه فرب المال معينا له باشره بأمره أو بغير أمره. فإن باشره حتى صار نقدا كان تصرفه بعد ذلك لنفسه، ولتكن على ذكر مما تقدم أن النقد إذا لم يكن من جنس رأس مال المضاربة يملك المضارب تبديله من جنس رأس مال المضاربة، فلو بدله المالك كان معينا للمضارب ولو بغير أمره. أما لو اشترى المالك بنقد ليس من جنس رأس مال المضاربة هل يكون ذلك للمضاربة أم لنفسه يحرر (قوله ثم إن باع بعرض) أى ما صار عرضا (قوله وإن بنقد بطلت) قال فى المنح: فلو باع العروض بنقد ثم اشترى عروضا كان للمضارب حصته من ربح العروض الأولى لا الثانية لأنه لما باع العروض وصار المال نقدا فى يده كان ذلك نقضا للمضاربة فشراؤه به بعد ذلك يكون لنفسه. فلو باع العروض بعروض مثلها أو بمكيل أو موزون وربح كان بينهما على ما شرطا لأن رب المال لايتمكن من نقض المضاربة ما دام المال عروضا اهـ ونقله ط عن حاشية المكى (قوله لما مر) من أنه عامل لنفسه (قوله وإذا سافر) أطلق السفر، فشمل السفر للتجارة ولطلب الديون فيرجع بما أنفق بطلبه إلا إذا زاد على الدين فلا يرجع بالزيادة كما صرح به فى المحيط، وأطلق عمله فى المصر فشمل عمله للتجارة ولا قتضاء الديون، ولا رجوع له فى ماله فيما أنفقه فى الخصومة كما فى المحيط كذا فى البحر (قوله ولو يوما) لأن العلة فى وجوب النفقة حبس نفسه لأجلها، فعلم أن المراد من السفر هنا أن لايمكنه أن يبيت فى منزله، وإن خرج من المصر وأمكنه أن يعود إليه فى ليلة فهو فى المصر لانفقة له منح.

ثم نقل عن السراجية: وإذا خرج بنية السفر قل أو كثر فنفقته فى مال المضاربة إلا إذا كان يغدو إلى بعض نواحى المصر اهـ (قوله فطعامه) ولو فاكهة حموى أى معتادة واللحم كما كان يأكل، كذا وروى عن

وركوبه بفتح الراء ما يركب ولو بكراء (وكل مايحتاجه عادة) أى فى عادة التجار بالمعروف (فى مالها) لو صحيحة لافاسدة لأنه أجير فلا نفقة له كمستبضع ووكيل وشريك كاف ، وفى الأخير خلاف

أبى يوسف : وإنما لا تلزم نفقة غلمان المالك لأن نفقتهم كنفقة نفسه وهو لو سافر معه ليعينه على العمل فى مال المضاربة لم يستوجب نفقة فى مال المضاربة بهذا السبب فكذا نفقة غلمانه ودوابه ، بخلاف غلمان المضارب ودوابه اه مبسوط ط (قوله وركوبه) أى فى الطريق شمنى وكذا فرش نومه ملتقى وبحر عن المحيط (قوله بفتح الراء) ويجوز أن يكون بالضم على أنه مصدر أريد به اسم المفعول وهو الجارى على الألسنة مكى عن الشلبى ، وكذا أجرة خادمه وعلف دابته . وأما نفقة عبيد المالك ودوابه لو سافر بهم المضارب فعلى المالك لا فى مال المضاربة ، ولو أنفق عليهم المالك نفسه من المضاربة كان استرداد الرأس المال لا من الربح اه ط عن الحموى (قوله ولو بكراء) هذا يفيد أن له أن يشترى دابة للركوب ، فإن لم يشتر واكترى لزمه الكراء فلو قال أو كراؤه كان أوضح ط (قوله وكل ما يحتاجه عادة) قال الزيلعى : ومن مؤنته الواجبة فيه غسل ثيابه وأجرة من يخدمه والدهن فى موضع يحتاج إليه كالحجاز وأجرة الحمام والحلاق وقص الشارب كل ذلك من مال المضاربة لأن العادة جرت بها ولأن نظافة البدن والثياب يوجب كثرة من يعامله لأن صاحب الوسخ يعدونه الناس من المفاليس فيجتنبون معاملته فيطلق له كل ذلك بالمعروف ، حتى إذا زاد يضمن ، ولو رجع إلى بلده وفى يده شىء من النفقة رده إلى مال المضاربة كالحاج عن الغير إذا بقى شىء فى يده رده على المحجوج عنه أو على الورثة وكالغازى إذا خرج من دار الحرب يرد إلى الغنيمة ما معه من النفقة وكالأمة إذا بوأها المولى منزلا مع الزوج ثم أخرجها إلى الخدمة ، وقد بقى شىء من النفقة فى يدها استردها المولى . وعن الحسن عن أبى حنيفة أن الدواء أيضا يكون فى مال المضاربة لأنه لا إصلاح دونه وتمكنه من العمل وصار كالنفقة. وجه الظاهر أن النفقة معلوم وقوعها والحاجة إلى الدواء من العوارض فكان موهوما فلا يجب كما فى حق المرأة .

وفى النهاية : الشريك إذا سافر بمال الشركة فنفقته فى ذلك المال روى ذلك عن محمد . قال فى التاترخانية نقلا عن الخانية قال محمد : هذا استحسان اه أى وجوب نفقته فى مال الشركة وحيث علمت أنه استحسان فالعمل عليه لما علمت أن العمل على الاستحسان إلا فى مسائل ليست هذه منها ذكره الخير الرملى . وذكر فى الكافى بعد ما ذكر وجوب النفقة للمضارب فقال : بخلاف الشريك لأنه لم يجر التعارف أن الشريك العامل ينفق عن نفسه من مال الشريك الآخر اه قال فى الشرنبلالية نقلا عن البزازية : وكذا له الخضاب وأكل الفاكهة كعادة التجار اه (قوله بالمعروف) فإن جاوز المعروف ضمن الفضل كما سيأتى (قوله فى مالها) سواء كان المال قليلا أو كثيرا حموى . لأن النفقة تجب جزاء الاحتباس كنفقة القاضى والمرأة والمضارب فى المصر ساكن بالسكن الأصلى ، وإذا سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق النفقة قيد بالمضارب لأن الأجير والوكيل والمستبضع لا نفقة لهم مطلقا لأن الأجير يستحق البدل لا محالة والوكيل والمستبضع متبرعان ، وكذا الشريك إذا سافر بمال الشركة لا نفقة له فى ظاهر الرواية ، وفى الاستحسان له النفقة كما علمت وسيأتى (قوله لافاسدة) كنفقة المضارب فيها من مال نفسه منح (قوله لأنه أجير) أى فى الفاسدة (قوله كمستبضع ووكيل) فهما متبرعان . وفى الإتقانى : لانفقة للمستبضع فى مال البضاعة لأنه متطوع فيها إلا أن يكون أذن له فيها اه (قوله وفى الأخير خلاف) قال فى المنح : وكذا الشريك إذا سافر بمال الشركة لانفقة له لأنه لم يجز التعارف به ذكره النسفى فى كافيه ، وصرح فى النهاية بوجوبها فى مال الشركة اه وكأنه حبس نفسه للمالين فتكون النفقة على قدرهما وقدمنا قريبا أن الوجوب استحسان وأن العمل عليه هنا لكن فى ابن ملك ما يفيد أن المعتمد عدم الوجوب فإنه نقل الوجوب رواية عن محمد فقط .

(وإن عمل فى المصر) سواء ولد فيه أو اتخذه دارا (فنفقته فى ماله) كدوائه على الظاهر . أما إذا نوى الإقامة بمصر ولم يتخذه دارا فله النفقة ابن ملك ما لم يأخذ مالا لأنه لم يحتبس بمالها ؛ ولو سافر بماله وماذا

فالحاصل أن الذى عليه الفتوى الوجوب لاسيما وقد أفتى به فى الحامدية وأقره سيدى المرحوم الوالد فى تنقيحه على أن العرف الآن عليه فاغتنمه (قوله وإن عمل فى المصر الخ) لأنه لم يحبس نفسه لأجل المضاربة بل هو ساكن بالسكن الأصلى كما قدمناه قريبا (قوله كدوائه على الظاهر) أى ظاهر الرواية ، يعنى إذا مرض كان دواؤه من ماله مطلقا أى فى السفر والحضر ، لأنه قد يمرض وقد لايمرض فلا يكون من جملة النفقة برهان وغيره . وعن أبى حنيفة أن الدواء فى مال المضاربة لأنه لإصلاح بدن وكذلك النورة والدهن فى قولهما خلافا لمحمد فى الدهن . وفى سرى الدين عن المبسوط : الحجامة والكحل كالدواء اه (قوله فله النفقة) فلو أخذ مالا بالكوفة وهو من أهل البصرة وكان قدم الكوفة مسافرا فلا نفقة فى المال ما دام فى الكوفة فإذا خرج منها مسافرا فله النفقة حتى يأتى البصرة لأنه خروج لأجل المال ولا ينفق من المال ما دام بالبصرة لأن البصرة وطن أصلى له فكانت إقامته فيه لأجل الوطن لا لأجل المال ، فإذا خرج من البصرة له أن ينفق من المال إلى أن يأتى الكوفة لأن خروجه من البصرة لأجل المال وله أن ينفق أيضا ما أقام بالكوفة حتى يعود إلى البصرة لأن وطنه بالكوفة كان وطن إقامة وأنه يبطله بالسفر الخ (قوله مالم يأخذ مالا) هذه العبارة تفيد أنه إذا أخذ مالا غير مال المضاربة بأن تركه فى بلده وسافر بمال آخر وأقام بالكوفة فإنه لا نفقة له بدليل المقابلة والتعليل ، وليس الأمر كذلك ، وكأنه فهم ذلك من قول المنح ، فلو أخذ مالا بالكوفة وهو من أهل البصرة وكان قدم الكوفة مسافرا فلا نفقة له اه .

والمقصود من هذه العبارة هو ما لو نوى الإقامة بمصر ولم يتخذه دارا فله النفقة إلا إذا كان قد أخذ مال المضاربة فى ذلك المصر فلا نفقة له ما دام فيه ، ويدل له ما فى المبسوط : ولو دفع المال إليه مضاربة وهما بالكوفة وليست الكوفة بوطن للمضارب لم ينفق على نفسه من المال ما دام بالكوفة ، لأن إقامته فيها ليست للمضاربة فلا يستوجب النفقة مالم يخرج منها فإن خرج منها إلى وطنه ثم عاد إليها فى تجارة أنفق فى الكوفة من مال المضاربة لأن وطنه بها كان مستعارا وقد انتقض بالسفر فرجوعه بعد ذلك إلى الكوفة وذهابه إلى مصر آخر سواء مكى .

قال فى البحر : فلو أخذ مالا بالكوفة وهو من أهل البصرة وكان قدم الكوفة مسافرا فلا نفقة له فى المال ما دام بالكوفة ، فإذا خرج منها مسافرا فله النفقة حتى يأتى البصرة لأن خروجه لأجل المال ولا ينفق من المال ما دام بالبصرة ، لأن البصرة وطن أصلى له فكان إقامته فيه لأجل الوطن لا لأجل المال ، فإذا خرج من البصرة له أن ينفق من المال إلى أن يأتى الكوفة لأن خروجه من البصرة لأجل المال ، وله أن ينفق أيضا ما أقام بالكوفة حتى يعود إلى البصرة لأن وطنه بالكوفة كان وطن إقامة وأنه يبطل بالسفر ، فإذا عاد إليها وليس له بها وطن فكأن إقامته فيها لأجل المال كذا فى البدائع والمحيط والفتاوى الظهيرية اه . ويظهر منه أنه لو كان له وطن فى الكوفة أيضا ليس له الإنفاق إلا فى الطريق ورأيت التصريح به فى التاترخانية من الخامس .

والحاصل أنه إذا أخذ مالا بالكوفة وهو من أهل البصرة وكان قدم الكوفة مسافرا قبل ذلك فلا نفقة له ما دام بها حتى يرتحل عنها ، وعليه فلا يخفى مما فى كلام الشارح من الإيجاز الملحق بالألغاز .

أقول : وحق العبارة هكذا : ما لم يأخذ مالها فيه لأنه لم يحتبس به ، ويفيد بمفهومه أنه إذا احتبس به بأن

أو خلط بإذن أو بمالين لرجلين أنفق بالحصة وإذا قدم رد مابقى مجمع ، ويضمن الزائد على المعروف، ولو أنفق من ماله ليرجع فى مالها له ذلك ، ولو هلك لم يرجع على المالك (ويأخذ المالك قدر ماأنفقه المضارب من رأس المال إن كان ثمة ربح فإن استوفاه وفضل شيء) من الربح (اقتسماه) على الشرط لأن ماأنفقه يجعل كالهالك والهالك يصرف إلى الربح كما مر (وإن لم يظهر ربح فلا شيء عليه) أى المضارب (وإن باع المتاع مرابحة حسب ما أنفق

سافر من البلدة التى أخذ المال فيها ثم عاد بالمال إليها كان له النفقة لأنه احتبس به حينئذ (قوله أو خلط الخ) أو بعرف شائع كما قدمنا أنه لايضمن به (قوله بإذن) أى تصير شركة ملك فلا تنافى المضاربة ونظيره ما قدمناه لو دفع إليه ألفا نصفها قرض ونصفها مضاربة صح ولكل نصف حكم نفسه اه مع أن المال مشترط شركة ملك فلم يضمن المضاربة ، وبه ظهر أنه لا ينافى ما قدمه الشارح عن الكافى من أنه ليس للشريك نفقة فافهم (قوله أو بمالين لرجلين) هذا مخصوص بأن لا يكون المال الآخر بضاعة .

قال فى المحيط البرهانى : ولو كان أحدهما بضاعة فنفقته فى المضاربة إلا أن يتفرغ للعمل فى البضاعة ففى ماله إلا أن يأذن له المستبضع بالنفقة منها لأنه متبرع :

تاترخانية فى الخامس عشر فيها من العتابية ، ولو رجع المضارب من سفره بعد موت رب المال فله أن ينفق من المال على نفسه وعلى الرقيق وكذا بعد النهى ، ولوكتب إليه ينهاه وقد صار المال نقدا لم ينفق فى رجوعه اه (قوله رد ما بقى) أى لو ميز مالا للنفقة فأنفق بعضه وبقى منه شيء حين قدم مصره رد ما بقى إلى المضاربة لأن الاستحقاق أمر ينتهى بانتهاء السفر رحمتى عن ابن ملك، والظاهر أنه يرد ما زاد عنه مما اشتراه للنفقة من كسوة وطعام عند انتهاء السفر (قوله ولو أنفق من ماله) أو استدان على المضاربة للنفقة بحر ، وهذا يفيد أن قولهم لا يملك الاستدانة مقيد بغير النفقة (قوله له ذلك) وكذا لو استدان على المضاربة للنفقة لأن التدبير فى الإنفاق إليه كالوصى إذا أنفق من مال نفسه على الصغير اه بحر (قوله ولو هلك) أى مال المضاربة قبل أن يرجع (قوله لم يرجع على المالك) لفوات محل النفقة بحر (قوله ويأخذ الخ) أى أن المالك يأخذ المال الذى أنفقه المضارب من رأس المال من المال الذى جاء به المضارب فإذا استوفى رب المال رأس ماله الذى دفعه إلى المضارب بما اشترى به البضاعة وما أنفقه وفضل شيء اقتسماه ،وإن لم يظهر ربح فلا شيء على المضارب عوضا عما أنفقه على نفسه (قوله من رأس المال) متعلق بأنفق .

قال فى البحر : وفيه إشارة إلى أن المضارب له أن ينفق على نفسه من مال المضاربة قبل الربح اه قيد بالنفقة لأنه لو كان فى المال دين غيرها قدم إيفاؤه على رأس المال كما فى المنح .

وفى البحر أيضا : وأطلق المضارب ليفيد أنه لا فرق بين المضارب ومضاربه إذا كان أذن له فى المضاربة وإلا فلا نفقة للثانى (قوله إن كان ثمة ربح) الأوضح أن يقول من الربح إن كان ثمة ربح (قوله وإن لم يظهر ربح فلا شيء عليه) أى على المضارب عوضا عما أنفقه على نفسه .

وحاصل المسألة أنه لو دفع له ألفا مثلا فأنفق المضارب من رأس المال مائة وربح مائة يأخذ المالك المائة الربح بدل المائة التى أنفقها المضارب ليستوفى المالك جميع رأس ماله ، فلو كان الربح فى هذه الصورة مائتين يأخذ مائة بدل النفقة ويقتسمان المائة الثانية بينهما على ما شرطاه فتكون النفقة مصروفة إلى الربح ولا تكون مصروفة إلى رأس المال ، لأن رأس المال أصل والربح تبع فلا يسلم لهما التبع حتى يسلم لرب المال الأصل عينا (قوله حسب ما أنفق الخ) وفى الكافى : شرى بالمال ثيابا وهو ألف واستقرض مائة للحمل رابح بألف ومائة عنه

على المتاع من الحملان وأجرة السمسار والقصار والصباغ ونحوه) مما اعتيد ضمه (ويقول) البائع (قام على بكذا وكذا يضم إلى رأس المال مايوجب زيادة فيه حقيقة أو حكما أو اعتاده التجار) كأجرة السمسار هذا هو الأصل نهاية (لا) يضم (ماأنفقه على نفسه) لعدم الزيادة والعادة .

(مضارب بالنصف شرى بألفها بزا) أى ثيابا (وباعه بألفين وشرى بهما عبدا فضاعا فى يده) قبل نقدهما لبائع العبد (غرم المضارب) نصف الربح (ربعهما و) غرم (المالك الباقى و) يصير (ربع العبد) ملكا (للمضارب) خارجا عن المضاربة لكونه مضمونا عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما تناف (وباقيه لها ورأس المال) جميع ما دفع المالك وهو (ألفان وخمسمائة) ولكن (ربح) المضارب فى بيع العبد (على ألفين) فقط لأنه شراه بهما .

(ولو بيع) العبد (بضعفهما) بأربعة آلاف

الإمام وعندهما على مائة فقط ، ولو باعها بألفين قسم على أحد عشر جزءا سهم له والعشرة للمضاربة (قوله من الحملان) قال فى مجمع البحرين : والحملان بالضم الحمل مصدر حمله ، والحملان أيضا أجر ما يحمل اه وهو المراد ط (قوله وأجرة السمسار) هو تكرار مع ماتقدم فى المتن (قوله وكذا يضم إلى رأس المال مايوجب زيادة) لأنها بالزيادة عن الثمن صارت كالثمن زيلعى ، وهو مستغنى عنه بما قبله ط (قوله حقيقة) كالخياطة وكسوة المبيع وغيره (قوله أو حكما) كالقصارة وحمل الطعام وسوق الغنم وسقى الزرع وغيره (قوله وهذا هو الأصل نهاية) أشار بهذا إلى ما مر فى باب المرابحة بقوله : وضابطه كل ما يزيد فى المبيع أو فى قيمته يضم ، واعتمد العينى عادة التجار بالضم ، فإذا جرت العادة بضم ذلك يضم (قوله على نفسه) أى فى السفر فنى الإقامة أولى (قوله لعدم الزيادة والعادة) لما كان(١) فى عبارة المنح ما يشعر بأن بعض النفقة تكون سببا لزيادة الثمن لكن لم تجر العادة بضمها وهذا البحث يتعلق بباب المرابحة وقد تقدم تحقيقه ، وعلى كل فهو تكرار مع ما فى المتن ، والأولى التمثيل بما يأخذه العشار (قوله بزا) قال محمد فى السير : البز عند أهل الكوفة ثياب الكتان أو القطن لا ثياب الصوف أو الخز منح عن المغرب . وقيل هو متاع البيت ذكره مسكين (قوله أى ثيابا) أطلقه إشارة إلى أن الحكم غير مقيد بحقيقة البز التى هى الكتان أو القطن أو متاع البيت (قوله فضاعا) أى الألفان هلكا فى يده من غير تقصير منه برهان (قوله غرم المضارب ربعهما) لأن المال لما صار ألفين ظهر الربح فى المال وهو ألف وكان بينهما نصفين فيصيب المضارب منه خمسمائة ، فإذا اشترى بالألفين عبدا صار مشتركا بينهما فربعه للمضارب وثلاثة أرباعه لرب المال ، ثم إذا ضاع الألفان قبل النقد كان عليهما ضمان العبد على قدر ملكهما فى العبد ، فربعه على المضارب وهو خمسمائة وثلاثة أرباعه على رب المال وهو ألف وخمسمائة منح ، وهو مشكل لأن مال المضاربة فى يده أمانة وما شراه إنما شراه للمضاربة ألا يرى أنه بعد اقتسام الربح قبل فسخ المضاربة لو وقع خسران يسترد منه الربح ، فعلمنا أن الربح لم يملكه بمجرد حصوله ولم يقع الشراء له فليتأمل وجهه (قوله وغرم المالك الباقى) ولكن الألفان يجبان جميعا للبائع على المضارب ثم يرجع المضارب على رب المال بألف وخمسمائة لأن المضارب هو المباشر للعقد وأحكام العقد ترجع إليه إتقانى (قوله لكونه مضمونا) علة لقوله خارجا عن المضاربة (قوله وبينهما) أى بين الضمان المفهوم من مضمون وبين الأمانة (قوله وباقيه لها) لأن ضمان رب المال لاينافى المضاربة (قوله ولو بيع العبد) أى والمسألة

---

(١) (قوله لما كان الخ) هكذا بالأصل ، ولتحرر هذه العبارة اه .

(فحصتها ثلاثة آلاف) لأن ربعه للمضارب (والربح منها نصف الألف بينهما) لأن رأس المال ألفان وخمسمائة .

(ولو شرى من رب المال بألف عبدا شراه) رب المال (بنصفه رابح بنصفه) وكذا عكسه لأنه وكيله ، ومنه علم جواز شراء المالك من المضارب وعكسه .

(ولو شرى بألفها عبدا قيمته ألفان فقتل العبد رجلا خطأ فثلاثة أرباع الفداء على المالك وربعه على المضارب) على قدر ملكيهما .

(والعبد يخدم المالك ثلاثة أيام والمضارب يوما) لخروجه عن المضاربة بالفداء للتنافى

بخلافها (قوله فحصتها ثلاثة آلاف) ثمن ثلاثة أرباع العبد (قوله لأن ربعه) أى ربع العبد ملك للمضارب كما تقدم (قوله بينهما) أى والألف يختص بها المضارب كما مر (قوله ولو شرى من رب المال بألف عبدا) أى قيمته ألف فالثمن والقيمة سواء ، وإنما قلنا ذلك لأنه لو كان فيهما فضل بأن اشترى رب المال عبدا بألف قيمته ألفان ثم باعه من المضارب بألفين بعد ما عمل المضارب فى ألف المضاربة وربح فيها ألفا فإنه يبيعه مرابحة على ألف وخمسمائة حصة المضارب : أما لو كان مال المضاربة ألفين فهى كالمسألة الأولى ، وكذا إذا كان فى قيمة المبيع فضل دون الثمن بأن كان العبد يساوى ألفا وخمسمائة فاشتراه رب المال بألف وباعه من المضارب بألف يبيعه المضارب مرابحة على ألف ومائتين وخمسين ، وكذا عكسه بأن شرى عبدا قيمته ألف بألف فباعه منه بألف . فالمسألة رباعية : قسمان لا يرابح فيهما إلا على ما اشترى رب المال ، وهما إذا كان لا فضل فيهما أو لا فضل فى قيمة المبيع فقط . وقسمان يرابح عليه وعلى حصة المضارب ، وهما إذا كان فيهما فضل أو فى قيمة المبيع فقط . وهذا إذا كان البائع رب المال ، فلو كان المضارب فهو على أربعة أقسام أيضا كما يأتى ، وتمامه فى البحر عن المحيط (قوله شراه رب المال بنصفه) صفة عبد (قوله رابح بنصفه) جواب شراه ، أى فلا يجوز أن يبيعه مرابحة على ألف لأن بيعه من المضارب كبيعه من نفسه لأنه وكيله فيكون بيع ماله بماله فيكون كالمعدوم وهو لا يجوز .

وفى حاشية الشلبى لأن عقد المرابحة عقد أمانة فيجب تنزيهه عن الخيانة وعن شبهة الخيانة والعقد الأول وقع لرب المال والثانى كذلك ، لأن شراء المضارب لا يخرج عن ملك رب المال إلا أنه صح العقد لزيادة فائدة وهى ثبوت اليد والتصرف للمضارب فبقى شبهة عدم وقوع العقد الثانى فبيعه مرابحة على الثمن الأول وذلك خمسمائة (قوله وكذا عكسه) وهو ما لو كان البائع المضارب والمسألة بحالها بأن شرى رب المال بألف عبدا شراه المضارب بنصفه ورأس المال ألف فإنه يرابح بنصفه : أى يبيعه مرابحة على خمسمائة لأن البيع الجارى بينهما كالمعدوم . وهذا إذا كانت قيمته كالثمن لا فضل فيهما ، ومثله لو الفضل فى القيمة فقط . أما لو كان فيهما فضل أو فى الثمن فقط فإنه يرابح على ما اشترى به المضارب وحصة المضارب ، وبه علم أنه المسألة رباعية أيضا ، وتمامه فى البحر (قوله ومنه علم جواز شراء المالك من المضارب وعكسه) أما شراء المالك من المضارب مال المضاربة فإنه وإن كان مال المالك لكنه لا يملك التصرف فيه بعد صيرورته عرضا ، وصحة العقد تحتمل حصول الثمرة وقد حصلت بملكه التصرف . وأما شراء المضارب من رب المال فهو صحيح لأن ما شراه لا يملك فيه العين ولا التصرف ، وهو وإن شراه للمالك لأنه وكيل عنه ، لكن فى شرائه فائدة وهو حصول الربح له . وفيه فائدة للمالك أيضا لأنه ربما يعجز عن بيعه بنفسه (قوله ولو شرى) أى من معه ألف بالنصف كما قيد به فى الكنز (قوله لخروجه عن المضاربة بالفداء) لأن الفداء مؤنة الملك فيتقدر

كما مر . ولو اختار المالك الدفع والمضارب الفداء فله ذلك لتوهم الربح حينئذ .

بقدره فإذا فدياه خرج العبد كله عن المضاربة . أما نصيب المضارب فإنه صار مضمونا عليه . وأما نصيب رب المال فبقضاء القاضى بانقسام الفداء عليهما لأن قضاءه بالفداء يتضمن قسمة العبد بينهما لأن الخطاب بالفداء يوجب سلامة المفدى ولا سلامة إلا بالقسمة زيلعى .

قال فى البحر : لأن الفداء مؤنة الملك وقدكان الملك بينهما أرباعا لأنه لما صار المال عينا واحدا ظهر الربح وهو ألف بينهما وألف لرب المال ، فإذا فدياه خرج عن المضاربة لأن نصيب المضارب صار مضمونا عليه ونصيب رب المال صار له بقضاء القاضى بالفداء عليهما ، وإذا خرج عنها بالدفع أو بالفداء غرما على قدر ملكهما اه .

والفرق بين هذا وبين مامر حيث لا يخرج هناك ماخص رب المال عن المضاربة وهنا يخرج ، لأن الواجب هناك ضمان التجارة وهو لا ينافى المضاربة وهنا ضمان الجناية وهو ليس من التجارة فى شىء فلا يبقى على المضاربة كفاية (قوله كما مر) أى قريبا من أن ضمان المضارب ينافى المضاربة (قوله ولو اختار المالك الدفع الخ) قال فى البحر : قيد بقوله قيمته ألفان ، لأنه لو كانت قيمته ألفا فتدبير الجناية إلى رب المال لأن الرقبة على ملكه لا ملك للمضارب فيها ، فإن اختار رب المال الدفع والمضارب الفداء مع ذلك فله ذلك لأنه يستبقى بالفداء مال المضاربة وله ذلك لأن الربح يتوهم كذا فى الإيضاح اه ونحوه فى غاية البيان .

ولايخفى أن الربح فى مسألة المصنف محقق ، بخلاف هذه فقد علل لغير مذكور ، على أن الظاهر أنه فى مسألة المتن لا ينفرد أحدهما بالخيار لكون العبد مشتركا ، يدل عليه ما فى غاية البيان ويكون الخيار لهما جميعا إن شاء فديا وإن شاء دفعا فتأمل اه .

أقول : لكن صدر عبارة البحر ينافى آخرها ، ولعلهما قولان :

الأول : أن الخيار لرب المال لأن العبد ملكه وحده .

والثانى : أن الخيار للمضاربة لتوهم الربح ولاستبقاء المضاربة . ثم لا تنافى بين قوله هنا لاستبقاء المضاربة وقول الشارح فيما مر إنه يخرج عن المضاربة بالفداء ، لأن مامر فيه للمضارب ربح فضمن قدر ربحه من الفداء والضمان ينافى المضاربة ، بخلاف ما هنا تأمل .

وفى البحر قال : ثم اعلم أن العبد مشترك فى المضاربة إذ جنى خطأ لا يدفع بها حتى يحضر المضارب ورب المال سواء كان الأرش مثل قيمة العبد أو أقل أو أكثر ، وكذا لو كانت قيمته ألفا لا غير لايدفع إلا بحضرتهما لأن المضارب له فيه حق ملك حتى ليس لرب المال أن يأخذه ويمنعه من بيعه كالمرهون إذا جنى خطأ لايدفع إلا بحضرة الراهن والمرتهن .

والحاصل أنه يشترط حضرة رب المال والمضارب للدفع دون الفداء إلا إذا أبى المضارب الدفع والفداء وقيمته مثل رأس المال فلرب المال دفعه لتعنته ، فإن كان أحدهما غائبا وقيمة العبد ألفا درهم ففداه الحاضر كان متطوعا لأنه أدى دين غيره بغير أمره وهو غير مضطر فيه ، فإنه لو أقام بينة على الشركة لايطالب بحصة صاحبه لا بالدفع ولا بالفداء كذا فى النهاية . وذكر قاضيخان أن المضارب ليس له الدفع والفداء وحده لأنه ليس من أحكام المضاربة فلذا كان إليهما اه .

قال المقدسى : ولو اختار المضارب وحده الدفع دفع حصته والمالك مخير فى الباقى بين الدفع والفداء اه

(اشترى بألفها عبدا وهلك الثمن قبل النقد) للبائع لم يضمن لأنه أمين بل (دفع المالك) للمضارب (ألفا أخرى ثم وثم) أى كلما هلك دفع أخرى إلى غير نهاية (ورأس المال جميع ما دفع) بخلاف الوكيل ، لأن يده ثانيا يد استيفاء لا أمانة .

(معه ألفان فقال) للمالك (دفعت إلى ألفا وربحت ألفا وقال المالك دفعت ألفين فالقول للمضارب) لأن القول فى مقدار المقبوض للقابض أمينا أو ضمينا ، كما لو أنكره أصلا .

(ولو كان الاختلاف مع ذلك فى مقدار الربح فالقول لرب المال فى مقدار الربح

(قوله اشترى) أى المضارب (قوله ثم وثم) فيه حذف المعطوف ودخول العاطف على مثله حموى (قوله ورأس المال جميع مادفع) يعنى لايكون للمضارب شىء من الربح حتى يصل رب المال إلى جميع ما أوصله المضارب على أنه ثمن . أما إذا أراد المضارب أن يبيعه مرابحة لايرابح إلا على ألف كما تقدم اه شلبى (قوله بخلاف الوكيل) إذا كان الثمن مدفوعا إليه قبل الشراء ، ثم هلك بعد الشراء فإنه لايرجع إلا مرة لأنه أمكن جعله مستوفيا لأن الوكالة تجامع الضمان كالغاصب إذا وكل ببيع المغصوب ، ثم فى الوكالة فى هذه الصورة يرجع مرة . وفيما إذا اشترى ثم دفع الموكل إليه المال فهلك بعده لايرجع لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده . أما المدفوع إليه قبل الشراء أمانة فى يده وهو قائم على الأمانة بعده فلم يصر مستوفيا فإذا هلك يرجع عليه مرة ثم لايرجع لوقوع الاستيفاء بحر .

والحاصل أن الوكيل إذا قبض الثمن بعد الشراء ثم هلك فإنه لايرجع لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده . وأما لو دفع إليه قبل الشراء فهلك بعد الشراء يرجع مرة لأن المدفوع إليه قبل أمانة فى يده وهو قائم على الأمانة بعده ، فإذا هلك يرجع عليه مرة ثم لايرجع لوقوع الاستيفاء أفاده المصنف (قوله لأن يده ثانيا يد استيفاء لا أمانة) بيانه أن المال فى يد المضارب أمانة ولا يمكن حمله على الاستيفاء لأنه لايكون إلا بقبض مضمون . فكل ماقبض يكون أمانة وقبض الوكيل ثانيا استيفاء لأنه وجب له على الموكل مثل ماوجب عليه للبائع . فإذا قبضه صار مستوفيا له فصار مضمونا عليه فيهلك عليه ، بخلاف ما إذا لم يكن مدفوعا إليه إلا بعد الشراء حيث لايرجع أصلا لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده إذ المدفوع إليه قبله أمانة وهو قائم على الأمانة بعده فلم يصر مستوفيا ، فإذا هلك يرجع مرة فقط لما قلنا (قوله معه) أى المضارب (قوله فالقول للمضارب) وقال زفر : القول لرب المال . وهو قول أبى حنيفة أولا لأن المضارب يدعى الربح والشركة فيه ورب المال ينكره . فالقول قول المنكر . ثم رجع وقال القول قول المضارب وهو قولهما بأن حاصل اختلافهما فى المقبوض فالقول قول القابض فى مقدار المقبوض ولو ضمنيا اعتبارا بما لو أنكره أصلا فإن القول له (قوله لأن القول فى مقدار المقبوض للقابض) لأنه أحق بمعرفة مقدار المقبوض (قوله أمينا) أى كالمودع (قوله أو ضمنيا) كالغاصب (قوله كما لو أنكره) أى القبض أصلا فالقول قوله (قوله ولو كان الاختلاف مع ذلك) أى مع الاختلاف فى المقبوض الاختلاف فى مقدار الربح ، بأن قال المال رب رأس المال ألفان وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب رأس المال ألف وشرطت لى نصف الربح كان القول للمضارب فى قدر رأس المال لأنه القابض والقول لرب المال فى مقدار الربح لأنه المنكر للزيادة . وهو لو أنكر استحقاق الربح عليه بالكلية بأن ادعى البضاعة قبل منه فكذا فى إنكاره الزيادة ذكره

فقط) لأنه يستفاد من جهته (وأيهما أقام بينة تقبل، وإن أقاماها فالبينة بينة رب المال في دعواه الزيادة في راس المال و) بينة (المضارب في دعواه الزيادة في الربح) قيد الاختلاف بكونه في المقدار، لأنه لو كان في الصفة فالقول لرب المال فلذا قال (معه ألف فقال هو مضاربة بالنصف وقد ربح ألفا وقال المالك هو بضاعة فالقول للمالك) لأنه منكر (وكذا لو قال المضارب هي قرض وقال رب المال هي بضاعة أو وديعة أو مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب) لأنه يدعى عليه التمليك والمالك ينكر.

(وأما لو ادعى المالك القرض والمضارب المضاربة فالقول للمضارب) لأنه ينكر الضمان، وأيهما أقام البينة قبلت (وإن أقاما) بينة (فبينة رب المال أولى) لأنها أكثر إثباتا.

الزيلعي (قوله فقط) لا في رأس المال، بل القول فيه للمضارب لأنه القابض كما علمت (قوله لأنه يستفاد من جهته) أي من جهة رب المال من حيث أن الربح نماء ملكه (قوله وإن أقاماها الخ) أي لأن بينة رب المال في زيادة رأس المال أكثر إثباتا، ولأن بينة المضارب في زيادة الربح أكثر إثباتا كما في الزيلعي.

ويؤخذ من هذا ومن الاختلاف في الصفة أن رب المال لو ادعى المضاربة وادعى من في يده المال أنها عنان وله في المال كذا وأقاما البينة فبينة ذى اليد أولى لأنها أثبتت حصة من المال وأثبتت الصفة.

أقول: لكن قد يقال إن كلتا البينتين أثبتت حصة وصفة وتزيد بينة رب المال بأنه خارج، إلا أن يقال إن الصفة التي أثبتتها بينة القابض أقوى لأن شركة العنان أقوى من المضاربة فليتأمل (قوله في المقدار) أي مقدار المقبوض (قوله لأنه لو كان في الصفة) أي صفة الدفع هل هو مضاربة أو بضاعة، وقال المالك بضاعة ولم أجعل لك من الربح شيئا، وقال من في يده المال مضاربة وجعلت لى نصف الربح فالقول لرب المال لأن العامل يدعى عليه استحقاق أجر على عمله وهو ينكر والقول للمنكر، وكان الأولى تقديم هذه المسألة على المسألة السابقة فيقول قيد بكونه في مقدار المقبوض لأنه لو كان في مقدار الربح أيضا أو في الصفة فالقول لرب المال.

قال العلامة الرحمتي وقوله لأنه لو كان في الصفة ليس على إطلاقه لأنه لو ادعى المالك القرض والقابض المضاربة أو البضاعة أو الوديعة كان القول للقابض كما سيأتى متنا (قوله فقال) أي المضارب (قوله وقال المالك) الأولى ذو اليد (قوله فالقول للمالك) لأنه منكر ولأن المضارب يدعى عليه تقويم عمله أو شرطا من جهته أو يدعى الشركة في الربح وهو ينكر ذكره ابن الكمال (قوله واو قال المضارب) الأولى واضع اليد لأن المسألتين الأوليين اتفقا فيهما على عدم المضاربة (قوله هي قرض) أي وجميع الربح لى (قوله أو وديعة) إنما كان القول له وإن كان الربح ليس له منه شئ لما ذكره المؤلف من أنه يدعى عليه التمليك وهو ينكر (قوله والبينة بينة المضارب) سواء أقامها وحده أو مع رب المال لأنها تثبت أمرا زائدا وهو التمليك بالقرض (قوله لأنه يدعى عليه التمليك) أي تمليك بعض الربح فيما إذا ادعى المضاربة وتمليك عين المال فيما إذا ادعى القرض لأن المستقرض يملكه ولذا كان ربحه له (قوله لأنه ينكر الضمان) أي ورب المال يدعيه والقول للمنكر، فقد خرجت هذه عن قاعدة الاختلاف في الوصف لهذه العلة لأنها أكثر إثباتا لأنها تثبت عليه ضمان البدل ط (قوله فبينة رب المال أولى لأنها أكثر إثباتا) لأنه يدعى عليه الضمان بالقرض، وهذا معنى قوله لأنها أكثر إثباتا وهذا ظاهر فيما إذا ادعى المالك القرض لأنها تثبت الضمان على المستقرض. أما لو ادعى القابض القرض فينبغى أن تكون البينة له لأن بينته أكثر إثباتا وهو تملك المال المقبوض وكذا لو ادعى المضاربة لأنها تثبت استحقاقا في الربح تأمل.

وأما الاختلاف فى النوع ، فإن ادعى المضارب العموم أو الإطلاق وادعى المالك الخصوص فالقول للمضارب لتمسكه بالأصل .

والحاصل أن القول لمدعى المضاربة فى الوجهين والبينة بينة مدعى القرض فيهما على ماذكر .

وفى البدائع قال : دفعت لى ألفا مضاربة فهلكت فقال المقر له لا بل غصبتها منى ، فإن الهلاك قبل التصرف فلا ضمان ، وإن بعده يضمن يعنى لأن التصرف فى مال الغير سبب لوجوب الضمان فى الأصل فكان دعوى الإذن دعوى البراءة عن الضمان فلا يثبت إلا بحجة . والظاهر أن هذا لايجرى فيما نحن فيه لأنه أقر بالقبض المبيح للتصرف (قوله وأما الاختلاف فى النوع) هذا مقابل قوله المار ، لأنه لوكان فى الصفة وكان عليه أن يؤخر هذا إلى قوله ولو ادعى كل نوعا لأن الاختلاف فى العموم والخصوص ليس من الاختلاف فى النوع بل من الصفة فلا يتم التفريع الآتى عليه وهو قوله فإن ادعى المضارب الخ .

قال فى البدائع : فإن اختلفا فى العموم والخصوص فالقول قول من يدعى العموم بأن ادعى أحدهما المضاربة فى جميع التجارات أو فى عموم الأمكنة أو مع عموم الأشخاص ، لأن قول من يدعى العموم يوافق المقصود بالعقد إذ المقصود هو الربح وهنا المقصود بالعموم أوفر ، وكذا لو اختلفا فى الإطلاق والتقييد فالقول قول من يدعى الإطلاق ، حتى لو قال رب المال أذنت لك أن تتجر فى الحنطة دون ماسواها ، وقال المضارب ماسميت لى تجارة بعينها فالقول قول المضارب مع يمينه ، لأن الإطلاق أقرب إلى المقصود بالعقد على مابينا .

وقال الحسن بن زياد: القول قول رب المال فى الفصلين ، فإن قامت لهما بينة فالبينة بينة من يدعى الخصوص فى دعوى العموم والخصوص وفى دعوى الإطلاق والتقييد بينة من يدعى التقييد لأنها تثبت زيادة قيد وبينة الإطلاق ساكتة . ولو اتفقا على الخصوص لكنهما اختلفا فى ذلك الخاص بأن قال رب المال دفعت المال إليك مضاربة فى البر وقال المضارب فى الطعام فالقول قول رب المال اتفاقا لأنه لايمكن الترجيح هنا بالمقصود من العقد لاستوائهما فى ذلك فترجح بالإذن ، وأنه يستفاد من رب المال ، فإن أقاما البينة فالبينة بينة المضارب لأن بينته مثبتة وبينة رب المال نافية لأنه لايحتاج إلى الإثبات والمضارب يحتاج له لدفع الضمان عن نفسه فالبينة المثبتة للزيادة أولى كذا فى الحواشى الحموية (قوله فإن ادعى المضارب العموم) أى فى أنواع التجارات (قوله أو الإطلاق) بأن قال أطلقت لى فى السفر برا وبحرا (قوله وادعى المالك الخصوص) أى بنوع من التجارة .

والمناسب أو التقييد لتحسن المقابلة بأن قال قيدت لك السفر بالبر (قوله فالقول للمضارب) لأن الأصل فى المضاربة العموم إذ المقصود منها الاسترباح والعموم والإطلاق يناسبانه ، وهذا إذا تنازعا بعد تصرف المضارب ، فلو قبله فالقول للمالك ، كما إذا ادعى المالك بعد التصرف العموم والمضارب الخصوص فالقول للمالك در منتقى ، ومثله فى الخانية وغاية البيان والزيلعى والبحر وغيرها . وحكى ابن وهبان فى نظمه قولين .

وفى مجموعة الأنقروى عن محيط السرخسى : لو قال رب المال هو قرض والقابض مضاربة ، فإن بعد ماتصرف فالقول لرب المال والبينة بينته أيضا والمضارب ضامن ، وإن قبله فالقول قوله ولا ضمان عليه أى القابض لأنهما تصادقا على أن القبض كان بإذن رب المال ولم يثبت القرض لإنكار القابض اه ونقل فيها عن الذخيرة من الرابع مثله ، ومثله فى كتاب القول لمن عن غانم البغدادى عن الوجيز ، وبمثله أفتى على أفندى مفتى الممالك العثمانية ، وكذا قال فى فتاوى ابن نجيم القول لرب المال .

ولو ادعى كل نوعا فالقول للمالك والبينة للمضارب فيقيمها على صحة تصرفه ويلزمها نفى الضمان .
ولو وقتت البينتان قضى بالمتأخرة وإلا فبينة المالك مال الصغير إلى نفسه .
[فروع] دفع الوصى مضاربة جاز ، وقيده الطرسوسى بأن لا يجعل الوصى لنفسه من الربح أكثر مما يجعل لأمثاله ، وتمامه فى شرح الوهبانية .

ويمكن أن يقال إن مافى الخانية والمصنف وما قدمناه عن الدر المنتقى فيما إذا كان قبل التصرف حملا للمطلق على المقيد لاتحاد الحادثة والحكم ، وبالله التوفيق ، كذا فى مجموعة منلا على ملخصا (قوله ولو ادعى كل نوعا) بأن قال أحدهما فى بز وقال الآخر فى بر (قوله فالقول للمالك) لأنهما اتفقا على الخصوص فكان القول قول من يستفاد من جهته الإذن والبينة بينة المضارب لحاجته إلى نفى الضمان وعدم حاجته إلى البينة ذكره الزيلعى (قوله والبينة للمضارب فيقيمها على صحة تصرفه) يعنى أن البينة تكون حينئذ على صحة تصرفه لا على نفى الضمان حتى تكون على النفى فلا تقبل (قوله ولو وقتت البينتان) بأن قال رب المال أديت إليك مضاربة أن تعمل فى بز فى رمضان وقال المضارب دفعت إلى لأعمل فى طعام فى شوال وأقاما البينة (قوله قضى بالمتأخرة) لأن آخر الشرطين ينقض الأول عناية (قوله وإلا) أى إن لم يوقتا أو وقتت إحداهما دون الأخرى (قوله فبينة المالك) لأنه يتعذر القضاء بهما معا للاستحالة ، وعلى التعاقب لعدم الشهادة على ذلك ، وإذا تعذر بهما القضاء فبينة رب المال أولى لأنها تثبت ماليس بثابت أفاده الأكمل ، وهذا ينافى ماقدمه من أن البينة للمضارب إذ هو عند تعارض البينتين وإلا فهى لمن أقامها إلا أن يحمل على أن البينة أقامها المضارب فقط وهو بعيد ، لأنه إذا انفرد كل بإقامة البينة قبلت منه فلا وجه للتخصيص .

وحاصله أنه لم يظهر وجه ماذكره لأن المفهوم من تصوير صاحب الدرر والعزمية أنهما اتفقا على المضاربة واختلفا فى الوقت وأقاما بينة وأرخت البينتان يقضى بالمتأخرة فلا يقال وإلا لأنهما إذا لم يوقتا لاحاجة إليهما بعد الاتفاق على المضاربة ، إلا أن يقال إلا أن الاختلاف فى التوقيت مبنى على الاختلاف فى النوع ، لكن المفهوم خلافه .

قال خير الدين الرملى : وجهه أن المضارب بقوله ماسميت لى تجارة بعينها يدعى التعميم وهو أصل فى المضاربة فالقول قول من يدعيه ورب المال بدعواه النوع ادعى التخصيص وهو خلاف الأصل فيها والبينة للإثبات والإثبات على من خالف الأصل .

وأقول : على هذا الاختلاف بين الوكيل والموكل فى ذلك على العكس تأمل .

قال فى البحر فى الوكالة : أمرتك بالاتجار فى البر وادعى الإطلاق فالقول للمضارب لا دعائه عمومه . وعن الحسن عن الإمام أنه لرب المال لأن الإذن يستفاد منه ، وإن برهنا فإن نص شهود العامل أنه أعطاه مضاربة فى كل تجارة فهو أولى لإثباته الزيادة لفظا ومعنى ، وإن لم ينصوا على هذا الحرف فارب المال اهـ (قوله جاز) فيكون عاقدا من الجانبين كما فى النكاح وهبة الأب من طفله (قوله وقيده الطرسوسى) أى بحثا منه . ورده ابن وهبان بأنه تقييد لإطلاقهم برأيه مع قيام الدليل على الإطلاق . واستظهر ابن الشحنة ما قاله الطرسوسى نظرا للصغير أى ويكون هذا التقييد مراد من أطلق ليحصل به نفى التهمة ، لكن فى جامع الفصولين عن الملتقط : ليس للوصى فى هذا الزمان أخذ مال اليتيم مضاربة فهذا يفيد المنع مطلقا (قوله بأن لا يجعل الوصى لنفسه من الربح أكثر مما يجعل لأمثاله) بأن كان الغير يجعل لليتيم النصف منه فجعل الوصى الثلث له (قوله وتمامه فى شرح الوهبانية) أى لابن الشحنة ، لأنه إذا أطلق شرح الوهبانية ينصرف إليه كما إذا أطلق شرح الكنز ينصرف

وفيها : مات المضارب ولم يوجد مال المضاربة فيما خلف عاد دينا فى تركته :
وفى الاختيار : دفع المضارب شيئا للعاشر ليكف عنه ضمن لأنه ليس من أمور التجارة ، لكن صرح فى مجمع الفتاوى بعدم الضمان فى زماننا . قال : وكذا الوصى

للشارح الزيلعى ، وكذا شرح الوقاية للشارح الشمنى ، وشرح الهداية لصاحب فتح القدير ، وشرح القدورى للجوهرة كما هو مقتضى كلامهم .

وعبارة ابن الشحنة : حيث قال بعد الذى ذكره الشارح : حتى لو كان الناس يعتقدون المضاربة بالنصف حتى عقدها هو لنفسه فى مال الصغير بالثلث لايجوز له ذلك ، وقال إنه ما زاد ذلك إلا دفعا لما توهمه عبارة الذخيرة من الجواز للتعليل بالاستنماء وعدم الاستحقاق فى مال الصغير ، وإنما هو من الربح الحاصل بعمل المضارب ؛ وقال إنه لم يقف على هذا التقييد فى كلام الأصحاب ، ولكنه ينبغى أن يكون كذلك نظرا للصبى .

وتعجب المصنف من تقييده بما أطلقه المشايخ برأيه مع قيام الدليل على الإطلاق لأنه نفع صرف ، ووثوق الوصى بنفسه ليس كوثوقه بغيره ، نعم لو جعله من باب الديانة والمروءة لكان حسنا ، لكن لو عقد بأقل صح اهـ .

قلت : الأظهر عندى ما قاله الطرسوسى ، لأن تصرف الوصى إنما هو بالولاية النظرية ولا نظر للصبى فى المضاربة فى مال بأقل مما يفعله أمثال الوصى من الثقات ، بل النظر فيه لجانب الوصى فإنه يحصل لنفسه ربحا به يتعذر حصوله بدون مال اليتيم مع الحيف على اليتيم وإن كان مصلحة من حيث أنه يحصل الربح فى الجملة ، اللهم إلا أن يقال يكفى حصول المصلحة فى الجملة وإن أمكن ما هو أولى منها اهـ . قال الشرنبلالى بعد نقل ما عن الطرسوسى : ونازعه المصنف وارتضى الشارح ذلك القيد نظرا للصغير بحثا منه انتهى .

أقول : ولا تنس ما قدمناه عن جامع الفصولين عن الملتقط (قوله وفيها) أى الوهبانية (قوله مات المضارب الخ) وكذا المودع والمستعير وكل من كان المال فى يده أمانة إذا مات قبل البيان ولا تعرف الأمانة بعينها فإنه يكون عليه دينا فى تركته ، لأنه صار بالتجهيل مستهلكا للوديعة أى مثلا ولا يصدق ورثته على الهلاك والتسليم إلى رب المال ؛ ولو عين الميت فى حال الحياة أو علم ذلك يكون ذلك أمانة فى يد وصيه أو وارثه كما كان فى يده ، ويصدقون على الهلاك والدفع إلى صاحبه كما يصدق الميت حال حياته انتهى ، وسيأتى تمامه فى الوديعة (قوله عاد دينا فى تركته) أى لأنه صار بالتجهيل مستهلكا كما علمت ، وأفتى به فى الحامدية قائلا وبه أفتى قارىء الهداية (قوله لكن صرح فى مجمع الفتاوى) نقل فى المنح عنه ما نصه : قال الشيخ الإمام الأجل : وكان شيخنا يقول : الجواب فى زماننا بخلاف هذا ، ولا ضمان على المضارب فيما يعطى من مال المضاربة لسلطان طمع فيه وقصد أخذه بطريق الغصب ، وكذا الوصى إذا صانع فى مال اليتيم لأنهما يقصد أن الإصلاح بهذه المصانعة فلو لم يفعل أخذ المصانع جميع المال فدفع البعض لإحراز ما بقى من جملة الحفظ فى زماننا ، والأمين فيما يرجع إلى الحفظ لا يكون ضامنا ، فأما فى زمانهم فكانت القوة لسلاطين العدل ، انتهى مختصرا .

ويؤخذ من هذا أنه إذا دفع من مال نفسه يكون متبرعا فيضيع عليه ما دفع إلا إذا أشهد عند الدفع أنه يرجع ويحرر . قال الرحمتى لا يضمن فى زماننا لغلبة أهل الظلم والرشوة إذا كانت لدفع الضرر عن نفسه وعن

لأنهما يقصدان الصلاح، وسيجيء آخر الوديعة .

وفيه: لو شرى بمالها متاعا فقال أنا أمسكه حتى أجد ربحا كثيرا وأراد المالك بيعه، فإن فى المال ربح أجبر على بيعه لعمله بأجر كما مر إلا أن يقول للمالك أعطيك رأس المال وحصتك من الربح فيجبر المالك على قبول ذلك .

وفى البزازية : دفع إليه ألفا نصفها هبة ونصفها مضاربة فهلكت يضمن حصة الهبة اه .

قلت ، والمفتى به أنه لا ضمان مطلقا ، لا فى المضاربة لأنها أمانة ، ولا فى الهبة لأنها فاسدة وهى تملك بالقبض على المعتمد المفتى به كما سيجىء فلا ضمان فيها ، وبه يضعف قول الوهبانية :

رب المال كانت جائزة للدافع مأذونا فيها عادة من المالك وإن حرمت على الآخذ انتهى (قوله لأنهما يقصدان الإصلاح) أى فى هذه الرشوة فدفع البعض لإحراز ما بقى من جملة الحفظ والأمين فيما يرجع للحفظ لا يكون ضامنا منح (قوله وسيجىء آخر الوديعة) ونصه : إذا هدد وخاف تلف نفسه أو عضوه أو خشى أخذ ماله كله فلا ضمان ، وفيما سوى ذلك يضمن فتأمل ، وسيأتى الكلام على ذلك إن شاء الله تعالى (قوله وفيه لو شرى الخ) نقله فى المنح بأبسط من هذا حيث قال : وفيه أيضا : إذا اشترى المضارب بالمال متاعا فقال المضارب أنا أمسكه حتى أجد ربحا كثيرا وأراد رب المال بيعه فهذا على وجهين : إما أن يكون فى مال المضاربة فضل بأن كان رأس المال ألفا فاشترى به متاعا يساوى ألفين أو لم يكن فى المال فضل بأن كان رأس المال ألفا واشترى به متاعا يساوى ألفا ففى الوجهين جميعا لا يكون للمضارب حق إمساك المتاع من غير رضا رب إلا أن يعطى رب المال رأس المال ، إن لم يكن فيه فضل ورأس المال وحصته من الربح إن كان فيه فضل فحينئذ له حق إمساكه ، وإن لم يعط ذلك ولم يكن له حق إمساكه هل يجبر على البيع ، إن كان فى المال فضل يجبر المضارب على بيعه لأنه سلم له بدل عمله فيجبر على العمل إلا أن يقول لرب المال أعطيك رأس المال وحصتك من الربح إن كان فى المتاع فضل أو يقول أعطيك رأس المال إن لم يكن فضل فإن اختار ذلك فحينئذ لا يجبر على البيع ويجبر رب المال على قبول ذلك نظرا من الجانبين ، وإن لم يكن فى المال فضل لا يجبر على البيع ويقال لرب المال المتاع كله خالص ملكك، فإما أن تأخذه برأس مالك أو تبيعه حتى تصل إلى رأس مالك انتهى من مضاربة الذخيرة والمحيط.

والحاصل أن الكلام هنا فى موضعين : الأول حق إمساك المضارب المتاع من غير رضا رب المال . والثانى إجبار المضارب على البيع حيث لا حق له فى الإمساك .

أما الأول: فلا حق له فيه سواء كان فى المال ربح أولا إلا أن يعطى لرب المال رأس المال فقط إن لم يربح أو مع حصته من الربح فحينئذ له حق الإمساك .

وأما الثانى : وهو إجباره على البيع فهو أنه إن كان فى المال ربح أجبر على البيع إلا أن يدفع للمالك رأس ماله مع حصته من الربح وإن لم يكن فى المال ربح لا يجبر ، ولكن له أن يدفع للمالك رأس ماله أو يدفع له المتاع برأس ماله ، هذا حاصل ما فهمته من عبارة المنح عن الذخيرة ، وهى عبارة معقدة كما سمعت ، وقد راجعت عبارة الذخيرة فوجدتها كما فى المنح ونقلها فى الهندية عن المحيط ومثله فى الفتاوى العطائية ، وبقى ما إذا أراد المالك أن يمسك المتاع والمضارب يريد بيعه وهو حادثة الفتوى ويعلم جوابها مما مر قبيل الفصل من أنه لو عزله وعلم به والمال عروض باعها وإن نهاه المالك ولا يملك المالك فسخها ولا تخصيص الإذن لأنه عزل من وجه (قوله كما مر) الذى مر تعليل لغير هذا وهو أنه يجبر على قضاء الدين إن كان فى المال ربح (قوله يضمن حصة الهبة) لأن هبة المشاع الذى يقبل القسمة غير صحيحة فتكون فى ضمانه (قوله وهى تملك بالقبض على المفتى به) قال السائحانى أقول : لا تنافى بين الملك بالقبض والضمان اه ونص عليه فى جامع الفصولين حيث قال

وأودعه عشرا على أن خمسة ‏ ‏ له هبة فاستهلك الخمس يخسر

رامز الفتاوى الفضلي : الهبة الفاسدة تفيد الملك بالقبض وبه يفتى ، ثم إذا هلكت أفتيت بالرجوع للواهب هبة فاسدة لذى رحم محرم منه إذ الفاسدة مضمونة فإذا كانت مضمونة بالقيمة بعد الهلاك كانت مستحقة الرد قبل الهلاك اهـ فتنبه (قوله وأودعه عشرا) بعده بيت متوقف عليه وهو :

له سبعة قالوا ونصفا إذا نوت ‏ ‏ له الخمسة الأخرى وفى الشرع ينشر

قال الشرنبلالى: صورتها رجل دفع لغيره عشرة دراهم وقال خمسة منها هبة لك وخمسة وديعة عندك فاستهلك القابض منها خمسة وهلكت الخمسة الباقية ضمن سبعة ونصفا لأن الخمسة الموهوبة مضمونة على القابض لأنها هبة مشاع يحتمل القسمة وهى فاسدة والخمسة التى استهلكها نصفها من الهبة ونصفها من الأمانة فيضمن هذه الخمسة والخمسة التى ضاعت نصفها من الهبة فيضمن نصفها فصار المضمون سبعة ونصفا .

قلت : وهذا على غير الصحيح لأن الهبة الفاسدة تملك بالقبض وقد سلطه المالك عليها فلا ضمان فيها ، وكذلك لا ضمان فى الوديعة ، لما فى البزازية : دفع إليه ألفا نصفها هبة ونصفها مضاربة فهلكت يضمن حصة الهبة لا حصة المضاربة لأنها أمانة ، وقوله يضمن حصة الهبة لا حصة المضاربة إنما هو على رواية عدم الملك وهو خلاف المفتى به ، أما على المفتى به ، فلا ضمان مطلقا لا فى الوديعة ولا فى الهبة الفاسدة لأنه ملكها بالقبض فلذا قال الشارح وبه يضعف قول الوهبانية اهـ بتصرف وإصلاح من شرح العلامة عبدالبر ، ويضمن درهمين ونصفا من الأمانة التى استهلكها ط .

أقول : قوله وكذلك لا ضمان فى الوديعة الخ فيه أن فرض مسألة الوهبانية فى الاستهلاك وما استشهد به فى الهلاك فينبغى أن يضمن درهمين ونصفا بناء على المفتى به لأن الخمسة التى استهلكها نصفها من الهبة فلا يضمن ونصفها من الأمانة فيضمن ، وأما الخمسة التى ضاعت فلا يضمن شيئا منها تأمل .

[فروع] سئل فيما إذا مات المضارب وعليه دين وكان مال المضاربة معروفا فهل يكون رب المال أحق برأس ماله وحصته من الربح ؟ الجواب نعم كما صرح به فى الخانية والذخيرة البرهانية حامدية .

وفيها عن قارىء الهداية من باب القضاء فى فتاويه : إذا ادعى أحد الشريكين خيانة فى قدر معلوم وأنكر حلف عليه ، فإن حلف برىء ، وإن نكل ثبت ما ادعاه ، وإن لم يعين مقدارا فكذا الحكم ، لكن إذا نكل عن اليمين لزمه أن يعين مقدار ما خان فيه ، والقول قوله فى مقداره مع يمينه لأن نكوله كالإقرار بشىء مجهول ، والبيان فى مقداره إلى المقر مع يمينه إلا أن يقيم خصمه بينة على أكثر اهـ .

كل ما جاز للمضارب فى المضاربة الصحيحة من شراء أو بيع أو إجارة أو بضاعة أو غير ذلك فهو جائز له فى المضاربة الفاسدة ، ولا ضمان على المضارب ، وكذلك لو قال اعمل برأيك جاز له ما يجوز له فى المضاربة الصحيحة كذا فى الفصول العمادية .

رجلان دفعا إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف ونهياه عن الشركة فانشق الكيس الذى فيه الدراهم واختلط بدراهم المضارب ، من غير فعله فله أن يشترى بذلك ولا ضمان عليه والشركة بينهما ثابتة ، وليس له أن يخص نفسه ببيع شىء من ذلك المتاع ولا يشترى بثمنه شيئا لنفسه دون صاحبه ، ولكن لو كان قبل أن يشترى بالمال شيئا اشترى للمضاربة متاعا بألف درهم وأشهد ثم نقدها من المال ثم اشترى لنفسه متاعا بألف درهم ونقدها من المال فهذا جائز كذا فى المحيط هندية .

لو كان رب المال ملك العبد بغير شيء فباعه من المضارب بألف المضاربة لم يبعه مرابحة حتى يبين أنه اشتراه من رب المال هندية عن المبسوط .

إذا دفع رجل إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف ثم دفع إلى آخر ألف درهم بالنصف فاشترى أحد المضاربين عبدا بخمسمائة من المضاربة فباعه من المضارب الآخر بألف فأراد الثانى أن يبيعه مرابحة يبيعه على أقل الثمنين ، ولو باعه الأول من الثانى بألفين ألف من المضاربة وألف من مال نفسه فإن الثانى يبيعه مرابحة على ألف ومائتين وخمسين لأن الثانى اشترى نصفه لنفسه وقد كان الأول اشترى ذلك النصف الثانى بمائتين وخمسين كذا فى البدائع . ولو قال رب المال استقرض على ألفا واتبع بها على المضاربة ففعل كان ذلك على نفسه ، حتى لو هلك فى يده قبل أن يدفعه لرب المال لزمه ضمانه لأن الأمر بالاستقراض باطل هندية عن الحاوى .

وفيها : كل مضاربة فاسدة لا نفقة للمضارب فيها على مال المضاربة ، فإن أنفق على نفسه من المال حسب من أجر مثل عمله وأخذ بما زاد إن كان ما أنفق منه أكثر من أجر المثل كذا فى المبسوط .

لو قال المضارب لرب المال دفعت إليك رأس المال والذى فى يدى ربح ثم قال لم أدفع ولكنه هلك فهو ضامن كذا فى الحاوى .

الأصل أن قسمة الربح قبل قبض رب المال رأس ماله موقوفة ، إن قبض رأس المال صحت القسمة ، وإن لم يقبض بطلت كذا فى محيط السرخسى .

ولو دفع حربى إلى مسلم مال المضاربة ثم دخل المسلم دار الحرب بإذن رب المال فهو على المضاربة كذا فى خزانة المفتين .

إذا دفع المسلم إلى النصرانى مالا مضاربة بالنصف فهو جائز إلا أنه مكروه ، فإن اتجر فى الخمر والخنزير فربح جاز على المضاربة فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وينبغى للمسلم أن يتصدق بحصته من الربح . وعندهما تصرفه فى الخمر والخنزير لا يجوز على المضاربة ، فإن اشترى ميتة فنقد فيه مال المضاربة فهو مخالف ضامن عندهم جميعا ، وإن أربى فاشترى درهمين بدرهم كان البيع فاسدا ولكن لا يصير ضامنا لمال المضاربة والربح بينهما على الشرط .

ولا بأس بأن يأخذ المسلم مال النصرانى مضاربة ولا يكره له ذلك ، فإن اشترى به خمرا أو خنزيرا أو ميتة ونقد مال المضاربة فهو مخالف ضامن ، فإن ربح فى ذلك رد الربح على من أخذ منه إن كان يعرفه ، وإن كان لايعرفه تصدق به ، ولا يعطى رب المال النصرانى منه شيئا .

ولو دفع المسلم ماله مضاربة إلى مسلم ونصرانى جاز من غير كراهة ، كذا فى المبسوط من باب شراء المضارب وهبته ، والله تعالى أعلم ، وأستغفر الله العظيم .

كتاب الإيداع

لا خفاء فى اشتراكه مع ما قبله فى الحكم وهو الأمانة (هو) لغة من الودع : أى الترك . وشرعا (تسليط الغير على حفظ ماله صريحا أو دلالة) كأن انفتق زق رجل

كتاب الإيداع

كان القياس أن يقول كتاب الوديع بدون التاء لأنه فعيل بمعنى مفعول وفيه يستوى المذكور والمؤنث؛ تقول رجل جريح وامرأة جريح ، وإنما عدل عن القياس لأنه جعل من عدد الأسماء تدخل عليه التاء كالذبيحة والنطيحة فتكون للنقل لا للتأنيث نوح أفندى . وأصله أوداع وقعت الواو إثر كسرة قلبت ياء فصار إيداع اه سرى الدين ؛

واعلم أن الفقهاء يبحثون عن أفعال المكلف ، لكن الفقهاء يعنونون بعض الكتب بها كقولهم كتاب النكاح كتاب البيع والهبة ، وفى بعضها بما يتعلق بتلك الأفعال ككتاب العارية والمأذون والوجه فيه غير ظاهر در منتقى ، وحفظ الأمانة يوجب سعادة الدارين والخيانة توجب الشقاء فيهما ، قال عليه الصلاة والسلام «الأمانة تجر الغنى ، والخيانة تجر الفقر» .

وروى أن زليخا لما ابتليت بالفقر وابيضت عيناها من الحزن على يوسف عليه السلام قامت له تنادى أيها الملك اسمع كلامى فوقف يوسف عليه السلام فقالت : الأمانة أقامت المملوك مقام الملوك والخيانة أقامت الملوك مقام المملوك . فسأل عنها فقيل إنها زليخا فتزوجها مرحمة عليها انتهى زيلعى . والإيداع والاستيداع بمعنى وفى المغرب يقال أودعت زيدا مالا واستودعته إياه إذا دفعته إليه ليكون عنده فأنا مودع ومستودع بالكسر وزيد مودع ومستودع بالفتح والمال مودع ومستودع أى وديعة اه ط بزيادة (قوله وهو الأمانة) قال الزيلعى : وحكم الوديعة الحفظ على المستودع ووجوب الأداء عند الطلب وصيرورة المال أمانة فى يده .

وفى العناية : وجه مناسبة هذا الكتاب لما تقدم قد مر فى أول الإقرار وهو أن المال الثابت له إن حفظه بنفسه فظاهر ، وإن بغيره فوديعة ثم ذكر بعده العارية والهبة والإجارة للتناسب بالترقى من الأدنى إلى الأعلى ، لأن الوديعة أمانة بلا تمليك شىء ، والعارية أمانة مع تمليك المنفعة بلا عوض ، والهبة تمليك عين بلا عوض والإجارة تمليك المنفعة بعوض ، وهى أعلى من الهبة لأنه عقد لازم واللازم أقوى وأعلى مما ليس بلازم اه أى فكان فى الكل الترقى من الأدنى إلى الأعلى ، فأول الغيث قطر ثم ينسكب • (قوله من الودع) فالمزيد مشتق من المجرد . قال فى الدر المنتقى : من ودع ودعا : أى ترك وكلاهما مستعمل فى القرآن والحديث ذكره ابن الأثير فلا ينبغى أن يحكم بشذوذهما انتهى . وفى الزيلعى : من الودع ، وهو مطلق الترك ، وما ذكره النحاة من أن العرب أماتوا مصدر يدع رده قاضى زاده بأنه عليه الصلاة والسلام أفصح العرب وقد قال « لينتهين أقوام عن ودعهم الجماعات أو ليختمن على قلوبهم أو ليكتبن من الغافلين » أى عن تركهم إياها ، والمراد من الختم فى الحديث أن يحدث فى نفوسهم هيئة تمرنهم على عدم نفوذ الحق فيها كذا بخط شيخنا ، وقوله ليختمن بضم الياء التحتية وفتح التاء المثناة من فوق وبفتح الميم أيضا ، وقوله ليكتبن بضم الياء التحتية وفتح التاء المثناة من فوق وبضم الباء الموحدة من تحت كذا السماع من شيخنا أبى السعود وقال تعالى ـ ماودعك ربك وما قلى ـ قرئ بالتخفيف والتشديد (قوله وشرعا الخ) الأنسب بالمعنى اللغوى أن يقول هو ترك ماله عند غيره لحفظه (قوله كأن انفتق) عبر به لأنه لو فتقه مالكه وتركه فلا ضمان على أحد ، ولو فتقه غيره فالضمان على الفاتق

فأخذه رجل بغيبة مالكه ثم تركه ضمن لأنه بهذا الأخذ التزم حفظه دلالة بحر .
(والوديعة ما تترك عند الأمين) وهى أخص من الأمانة كما حققه المصنف وغيره .
(وركنها الإيجاب صريحا) كأودعتك (أو كناية)

كذا ظهر لى ويحرر ط (قوله فأخذه رجل) أما إذا لم يأخذه ولم يدن منه لا يضمن منح عن المحيط ، وهذا يفيد أنه إذا دنا منه لزمه وإن لم يأخذه والعلة تنافيه (قوله بغيبة مالكه) أما إذا كان المالك حاضرا لم يضمن فى الوجهين منح أى فى الأخذ وعدمه (قوله ثم تركه ضمن) ما ذكره من التعريف ليس خاصا بالوديعة بل يشمل اللقطة لأنه إذا رفعها لزمه حفظها ومع هذا لا تسمى وديعة ثم فى تعريفه على ما ذكره المصنف نظر ، لأن المذكور فى المصنف التسليط وهو فعل المالك وهذا التزام وهو فعل الأمين ، ولم يكن بتسليط من المالك لاصريحا ولا دلالة وإنما التسليط دلالة فيما سيأتى ، وهو ما لو وضع ثوبا بين يدى رجل ولم يقل شيئا فتأمل .

ويقرب من هذا ماذكره فى الأشباه فى فن الحكايات عن أبى حنيفة قال : كنت مجتازا فأشارت إلى امرأة إلى شىء مطروح فى الطريق فتوهمت أنها خرساء وأن الشىء لها فلما رفعته إليها قالت احفظه حتى تسلمه لصاحبه فإنه لقطة انتهى ، إلا أن يقال المراد تسليط الشرع فإنه بالأخذ التزم حفظه شرعا تأمل (قوله لأنه بهذا الأخذ التزم حفظه دلالة) علة لقوله ضمن . ووجه كونه من التسليط على الحفظ دلالة أن المالك يجب حفظ ماله ويجب المعاونة على حفظه فكأنه أمره بالحفظ ، والمؤلف جعل الدلالة من قبل المودع بالفتح وهو خلاف الموضوع ، فلو قال لأنه بهذا سلطه على حفظه دلالة لكان أليق ط (قوله والوديعة ماتترك عند الأمين) أى للحفظ زاد البرجندى فقط ليخرج العارية لأنها تترك للحفظ والانتفاع ، وإنما لم يقيد به تبعا لصاحب الكنز لاعتباره فى تعريف الإيداع السابق (قوله وهى أخص من الأمانة) لأن الأمانة اسم لما هو غير مضمون فيشمل جميع الصور التى لاضمان فيها كالعارية والمستأجر والموصى بخدمته فى يد الموصى له بها والوديعة ماودع للحفظ بالإيجاب والقبول فكانا متغايرين أى بالعموم والخصوص . والحكم فى الوديعة أنه يبرأ عن الضمان إذا عاد إلى الوفاق ولا يبرأ عن الضمان إذا عاد الوفاق فى الأمانة . والفرق بين الوديعة والأمانة العموم والخصوص ، فإن كل وديعة أمانة والعكس ليس كذلك وحمل الأعم على الأخص يجوز كما فعله صاحب الدرر دون عكسه كما فعله القدورى ، لأن الأمانة تشمل ماإذا كان من غير قصد ، كما إذا هبت الريح فى ثوب إنسان فألقته فى حجر غيره .

ومايقال من أن الوديعة قد تكون من غير صنع المودع على ماصرح به صاحب الهداية فى آخر باب الاستثناء من كتاب الإقرار فدفعه بحمل الوديعة ثمة على معناها اللغوى لا الاصطلاحى ومثل هذا كثير لايخفى على من تدرب (قوله كما حققه المصنف وغيره) قال المصنف فى منحه : والفرق بينهما من وجهين .

أحدهما أن الوديعة خاصة بما ذكرنا والأمانة عامة تشمل مالو وقع فى يده شىء من غير قصد ، بأن هبت الريح بثوب إنسان وألقته فى حجر غيره وحكمها مختلف فى بعض الصور ، لأن فى الوديعة يبرأ من الضمان بعد الخلاف إذا عاد إلى الوفاق ، وفى الأمانة لايبرأ عن الضمان بعد الخلاف .

الثانى أن الأمانة علم لما هو غير مضمون فتشمل جميع الصور التى لاضمان فيها كالعارية والمستأجر والموصى بخدمته فى يد الموصى له بها ، والوديعة ماوضع للأمانة بالإيجاب والقبول فكانا متغايرين ، واختاره صاحب الهداية والنهاية . ونقل الأول عن الإمام بدر الدين الكردرى اهـ وقد أوسع الكلام فى هذا المقام العلامتان صدر الشريعة وقاضى زاده (قوله وركنها الإيجاب صريحا) أى قولا أو فعلا (قوله أو كناية) المراد بها ماقابل الصريح مثل

كقوله لرجل أعطنى ألف درهم أو أعطنى هذا الثوب مثلا فقال أعطيتك كان وديعة بحر ، لأن الإعطاء يحتمل الهبة ، لكن الوديعة أدنى وهو متيقن فصار كناية (أو فعلا) كما لو وضع ثوبه بين يدى رجل ولم يقل شيئا فهو إيداع (والقبول من المودع صريحا) كقبلت

كنايات الطلاق لاالبيانية كما نذكره قريبا (قوله كقوله لرجل أعطنى الخ) لو قال كقوله لرجل أعطيتك بعد قوله أعطنى كان أوضح ، لأن الإيجاب هو قوله أعطيتك على أن قوله أعطنى ليس بلازم فى التصوير ط (قوله لأن الإعطاء يحتمل الهبة) أى ويحتمل الوديعة . وفيه أن احتمال الوديعة فى مثل هذه العبارة بعيد جدا لغة وعرفا فلماذا عدلوا عن المتبادر إلى غيره (قوله لكن الوديعة أدنى) هذا التعليل ذكره فى البحر أيضا ، ويشير إلى أن المراد بالكناية الكناية البيانية وهى إطلاق الملزوم وإرادة اللازم كقوله : فلان طويل النجاد كثير الرماد على ماعرف فى فن البيان ، وليس كذلك لعدم انتقاله من اللازم إلى الملزوم ولا عكسه ، فعلمنا أن المراد بالكناية مااحتملها وغيرها كما ذكرنا ، فلو قال صريحا أو احتمالا لكان أظهر تأمل (قوله ولم يقل شيئا) فلو ذهب وتركه ضمن إذا ضاع فهذا من الإيجاب دلالة كما أنه من القبول كذلك ، أما لو قال لا أقبل الوديعة لايضمن إذ القبول عرفا لايثبت عند الرد صريحا .

قال صاحب جامع الفصولين : أقول دل هذا أن البقار لايصير مودعا فى بقرة من بعثها إليه فقال البقار للرسول اذهب بها إلى ربها فإنى لاأقبلها فذهب بها فينبغى أن لايضمن البقار وقد مر خلافه .

يقول الحقير : قوله ينبغى لاينبغى إذ الرسول لما أتى بها إليه خرج عن حكم الرسالة وصار أجنبيا فلما قال البقار ردها على مالكها صار كأنه ردها إلى أجنبى أو ردها مع أجنبى فلذا يضمن بخلاف مسألة الثوب نور العين وتمامه فيه .

وفيه أيضا عن الذخيرة : ولو قال لم أقبل حتى لم يصر مودعا وترك الثوب ربه فذهب فرفعه من لم يقبل وأدخله بيته ينبغى أن يضمن لأنه لما يثبت الإيداع صار غاصبا برفعه .

يقول الحقير : فيه إشكال ، وهو أن الغصب إزالة يد المالك ولم توجد ورفعه الثوب لقصد النفع لاللضرر بل ترك المالك ثوبه إيداع ثان ورفع من لم يقبل قبول ضمنا ، فالظاهر أنه لايضمن ، والله تعالى أعلم اهـ .

وفى البحر عن الخلاصة : لو وضع كتابه عند قوم فذهبوا وتركوه ضمنوا إذا ضاع ، وإن قاموا واحدا بعد واحد ضمن الأخير لأنه تعين للحفظ فتعين للضمان اهـ فكل من الإيجاب والقبول فيه غير صريح كمسألة الخانى الآتية قريبا بل بطريق الدلالة .

أقول : لكن فى النفس شىء من بحث نور العين فى مسألة البقار ، وهو أن البقار لما لم يقبل البقرة لم يصر مودعا قطعا والرسول لما أدى الرسالة انتهت يده المأذون بها من المالك وصار كل منهما أجنبيا فى حق حفظ البقرة والبقرة فى حكم اللقطة حينئذ فإذا أمر أجنبيا آخر برفع اللقطة وحفظها لربها لايضمن الآمر قطعا فكذا لايضمن هنا . وأما تضمين الرسول فلا وجه له أيضا لأنه من قبيل من رد الضالة لربها وهو مأذون به عادة ، هذا ماظهر لى فليراجع .

[فرع] فى جامع الفصولين : لو أدخل دابته دار غيره وأخرجها رب الدار لم يضمن لأنها تضر بالدار ، ولو وجد دابة فى مربطه فأخرجها ضمن (قوله فهو إيداع) أى الوضع المرقوم إيداع .

وفى الفصولين فى الغصب : والوديعة إذا وضع بين يدى المالك برئ لافى الدين حتى يضعه فى يده أو حجره اهـ

(أو دلالة) كما لوسكت عند وضعه فإنه قبول دلالة كوضع ثيابه فى حمام بمرأى من الثيابى ، وكقوله لرب الخان

فصار ابتداء الإيداع وانتهاؤه سواء (قوله أو دلالة كما لو سكت) أى فإنه قبول . وبعد أن ذكر هذا فى الهندية قال : وضع شيئا فى بيته بغير أمره فلم يعلم حتى ضاع لايضمن لعدم التزام الحفظ .

وضع عند آخر شيئا وقال احفظه فضاع لايضمن لعدم التزام الحفظ اه . ويمكن التوفيق بالقرينة الدالة على الرضا وعدمه سائحانى (قوله دلالة) أى حالية ، ولو قال لاأقبل لايكون مودعا لأن الدلالة لم توجد ذكره المصنف والأولى مافى شرح المنتقى حيث قال لأن الدلالة لا تعارض الصريح اه ومثله فى كثير من الكتب ، فظهر من هذا سقوط ما فى القنية من أول كتاب الوديعة : وضع عنده شيئا وقال له احفظه حتى أرجع فصاح لا أحفظه وتركه صاحبه صار مودعا ، ويضمن إن ترك حفظه فهو مشكل لأن فيه تقديم الدلالة على الصريح ، بخلاف ما إذا قال ضعه فى الجانب من بيتى إلا أنى لا ألتزم حفظه حتى يصير مودعا لتعارض الصريحين فتساقط فبقى وديعة عنده (قوله بمرأى من الثيابى) ولا يكون الحمامى مودعا مادام الثيابى حاضرا . فإذا كان غائبا فالحمامى مودع اه بحر .

وفيه عن الخلاصة : لبس ثوبا فظن الثيابى أنه ثوبه فإذا هو ثوب الغير ضمن وهو الأصح اه أى لأنه بترك السؤال والتفحص يكون مفرطا فلا ينافى مايأتى من أن اشتراط الضمان على الأمين باطل ، أفاده أبوالسعود . والثيابى : بكسر الثاء المثلثة هو حافظ الثياب فى الحمام ، وهو المعروف فى بلادنا بالناطور . قال فى القاموس : محمود بن عمر المحدث : الثيابى كان يحفظ الثياب فى الحمام اه .

وفى الذخيرة : رجل دخل الحمام وقال لصاحب الحمام احفظ الثياب فلما خرج لم يجد ثيابه ، فإن أقر صاحب الحمام أن غيره رفعها وهو يراه ويظن أنه رفع ثياب نفسه فهو ضامن ، لأنه ترك الحفظ حيث لم يمنع القاصد وهو يراه ، وإن أقر إنى رأيت واحدا قد رفع ثيابك إلا أنى ظننت أن الرافع أنت فلا ضمان عليه لأنه لم يصر تاركا للحفظ لما ظن أن الرافع هو ، وإن سرق وهو لايعلم به فلا ضمان عليه إن لم يذهب عن ذلك الموضع ولم يضيع وهو قول الكل ، لأن صاحب الحمام مودع فى حق الثياب إذا لم يشترط له بإزاء حفظه الثياب أجرا أما إذا شرط له بإزاء حفظ الثياب أجرا وقال الأجرة بإزاء الانتفاع بالحمام والحفظ فحينئذ يكون على الاختلاف ، وإن دفع الثياب إلى الثيابى وهو الذى يقال بالفارسية جامه دار فعلى الاختلاف لا ضمان عليه فيما سرق عند أبى حنيفة خلافا لهما لأنه أجير مشترك .

رجل دخل الحمام ونزع الثياب بين يدى صاحب الحمام ولم يقل بلسانه شيئا فدخل الحمام ثم خرج ولم يجد ثيابه ، إن لم يكن للحمام ثيابى يضمن صاحب الحمام ما يضمن المودع ، وإن كان للحمام ثيابى إلا أنه لم يكن حاضرا فكذلك ، وإن كان حاضرا لايضمن صاحب الحمام لأن هذا استحفاظ إلا إذا نص على استحفاظ صاحب الحمام ، بأن قال له أين أضع الثياب فيصير صاحب الحمام مودعا فيضمن ما يضمن المودع .

وفى التجنيس : رجل دخل الحمام ونزع الثياب بمحضر من صاحب الحمام ثم خرج فوجد صاحب الحمام نائما وسرقت ثيابه ، إن نام قاعدا أو مضطجعا بأن وضع جنبه على الأرض ، ففى الوجه الأول لايضمن ، وفى الوجه الثانى قال بعضهم يضمن اه .

وفى الفصول العمادية : رجل دخل حماما وقال للحمامى أين أضع ثيابى فأشار الحمامى إلى موضع فوضعه ثمة ودخل الحمام ثم خرج رجل ورفع الثياب فلم يمنعه الحمامي لما أنه ظنه صاحب الثوب ضمن الحمامي لأنه

أين أو بطها فقال هناك كان إيداعا خانية ، وهذا فى حق وجوب الحفظ ، وأما فى حق الأمانة فتم بالإيجاب وحده ، حتى لو قال للغاصب أودعتك المغصوب برئ عن الضمان وإن لم يقبل اختيار .

(وشرطها كون المال قابلا لإثبات اليد عليه) فلو أودع الآبق أو الطير فى الهواء لم يضمن (وكون المودع

استحفظه وقد قصر فى الحفظ . وهذا قول ابن سلمة وأبى نصير الدبوسى . وكان أبو القاسم يقول : لا ضمان على الحمامى والأول أصح اه .

أقول : وهو الموافق لما مر قريبا عن الذخيرة .

وفى فتاوى الفضلى : امرأة دخلت الحمام ودفعت ثيابها إلى المرأة التى تمسك الثياب فلما خرجت لم تجد عندها ثوبا من ثيابها قال محمد بن الفضل : إن كانت المرأة دخلت أولا فى هذا الحمام ودفعت ثيابها إلى التى تمسك الثياب فلا ضمان على الثيابية فى قولهم جميعا إذا لم تعلم أنها تحفظ الثياب بأجر ، لأنها إذا دخلت أول مرة ولم تعلم بذلك ولم تشترط لها الأجر على الحفظ كان ذلك إيداعا والمودع لا يضمن عند الكل إلا بالتضييع ، وإن كانت هذه المرأة قبل هذه المرأة قد دخلت الحمام وكانت تدفع ثيابها إلى هذه الممسكة وتعطيها الأجر على حفظ الثياب فلا ضمان عليها عند أبى حنيفة خلافا لهما لأنها أجيرة مشتركة . والمختار فى الأجير المشترك قول أبى حنيفة ، وقيل هو قول محمد ، والفتوى على قول أبى حنيفة أن الثيابى لايضمن إلا بما ضمن المودع . وذكر قاضيخان أنه ينبغى أن يكون الجواب فى هذه المسئلة عندهما على التفصيل إن كان الثيابى أجير الحمامى يأخذ منه كل يوم أجرا معلوما بهذا العمل لا يكون ضامنا عند الكل بمنزلة تلميذ القصار والمودع اه .

وفى منهوات الأنقروى : دخل الحمام فوضع الحارس له الفوطة ليضع ثيابه عليها فنزع أثوابه ووضعها على الفوطة ودخل واغتسل وخرج ولم يجد عمامته هل يضمنها الحارس ؟ أجاب : نعم يضمنها لأنه استحفظ وقد قصر فى الحفظ كذا فى فتاوى ابن نجيم .

وفى زماننا الثيابى أجير مشترك بلا شبهة ، والمختار فى الأجير المشترك الضمان بالنصف ، فعلى هذا ينبغى أن يفتى فى الثيابى بضمان النصف تأمل اه (قوله كان إيداعا) هذا من الإيجاب والقبول دلالة (قوله وهذا) أى اشتراط القبول أيضا . قال فى المنح : وما ذكرنا من الإيجاب والقبول شرط فى حق وجوب الحفظ ، وأما فى حق الأمانة فتتم بالإيجاب اه والمراد بحق الأمانة أنه لا يكون مضمونا (قوله وإن لم يقبل) قد مر أن القبول صريح ودلالة فنفيه هنا بمعنى الرد ، أما لو سكت فهو قبول دلالة . والحاصل أن المراد نفى القبول بقسميه فتأمل (قوله وشرطها كون المال قابلا الخ) فيه تسامح إذا المراد إثبات اليد بالفعل وبه عبر الزيلعى ، ولايكفى قبول الإثبات كما أشار إليه فى الدرر بقوله وحفظ شىء بدون إثبات اليد عليه محال اه وجرى عليه بعضهم كالحموى والشرنبلالى . وأجاب عنه العلامة أبو السعود بأنه ليس المراد من جعل القابلية شرطا عدم اشتراط إثبات اليد بالفعل ، بل المراد الاحتراز عما لا يقبل ذلك بدليـــل التعليل والتفريع اللذين ذكرهما الشارح فتدبر اه .

أقول : لكن الذى قدمه فى الدرر يفيد كفاية قبول وضع اليد ، فإن من وضع ثيابه بين يدى رجل ساكت كان إيداعا ، وكذلك وضع الثياب فى الحمام وربط الدابة فى الخان مع أنه ليس فيه إثبات اليد بالفعل ، وقوله وحفظ الشىء بدون إثبات اليد عليه معناه بدون إمكان إثباتها فتأمل ، وعليه فيكون المراد بقولها إثبات اليد وقت الإيداع والطائر ونحوه ساعة الإيداع غير قابل لذلك (قوله لم يضمن) الأولى أن يقول لا يصح لأنه إذا وجده بعد ووضع يده عليه وهلك من غير تعد لم يضمن فتدبر ط .

مكلفا شرط لوجوب الحفظ عليه) فلو أودع صبيا فاستهلكها لم يضمن ، ولو عبدا محجورا ضمن بعد عتقه (وهي أمانة) هذا حكمها مع وجوب الحفظ

قال فى الجوهرة : أودع صبيا وديعة فهلكت منه لا ضمان عليه بالإجماع ، فإن استهلكها ، إن كان مأذونا فى التجارة ضمنها إجماعا ، وإن كان محجورا عليه ، إن قبضها باذن وليه ضمن أيضا إجماعا ، وإن قبضها بغير إذن وليه لا ضمان عليه عندهما لا فى الحال ولا بعد الإدراك . وقال أبو يوسف : يضمن فى الحال ، وإن أودعه عبدا فقتله ضمن إجماعا .

والفرق أن الصبى من عادته تضييع الأموال فإذا سلمه مع علمه بهذه العادة فكأنه رضى بالإتلاف فلم يكن له تضمينه ، وليس كذلك القتل لأنه ليس من عادة الصبيان فيضمنه ويكون قيمته على عاقلته ، وإن جنى عليه فيما دون النفس كان أرشه فى مال الصبى اه .

قال العلامة الخير الرملي أقول : يستثنى من إيداع الصبى ما إذا أودع صبى محجور مثله وهى ملك غيرهما فللمالك تضمين الدافع والأخذ كذا فى الفوائد الزينية .

وأجمعوا على أنه لو استهلك مال الغير من غير أن يكون عنده وديعة ضمن فى الحال كذا فى العناية لأنه محجور عليه فى الأقوال دون الأفعال كما ذكر فى الحجر ، وسيأتى مزيد تفصيل فى المسئلة فى كتاب الجنايات قبل القسامة بأسطر فراجعه إن شئت اه (قوله ولو عبدا محجورا ضمن بعد عتقه) أى لو بالغا فلو قاصرا لا ضمان عليه أصلا أبو السعود ، وإنما لم يضمن فى الحال لحق مالكه ، فإن المودع لما سلطه على الحفظ وقبله العبد حقيقة أو حكما كما لو كان ذلك بالتعاطى فكان من قبيل الأقوال ، والعبد محجور عنها فى حق سيده فإذا عتق ظهر الضمان فى حقه لتمام رأيه ، وهذا إذا لم تكن الوديعة عبدا ، فلو أودع صبيا عبدا فقتله الصبى ضمن عاقلته سواء قتله عمدا أو خطأ لأن عمده خطأ ، وليس مسلطا على القتل من جانب المولى لأن المولى لا يملك القتل فلا يملك التسليط عليه ، فإن أودع العبد عند عبد محجور فقتله خطأ كان من قبيل الأفعال وهو غير محجور عنها ، ولم تكن من الأقوال لأن مولى العبد لا يملك تفويض قتله للمودع فكان على مولى العبد المودع القاتل أن يدفعه أو يفديه كما هو حكم الخطأ ، وإن قتله عمدا قتل به إلا أن يعفو وليه رحمتى (قوله وهى أمانة) هذا من قبيل حمل العام على الخاص وهو جائز كالإنسان حيوان ، ولا يجوز عكسه لأن الوديعة عبارة عن كون الشيء أمانة باستحفاظ صاحبه عند غيره قصدا ، والأمانة قد تكون من غير قصد ، والوديعة خاصة والأمانة عامة ، والوديعة بالعقد والأمانة أعم ، فتنفرد فيما إذا هبت الريح بثوب إنسان وألقته فى حجر غيره ، وتقدم أنه يبرأ عن الضمان فى الوديعة إذا عاد إلى الوفاق ، والأمانة غيرها لا يبرأ عن الضمان بالوفاق ط : ومثله فى النهاية والكفاية . قال يعقوب باشا : وفيه كلام ، وهو أنه إذا اعتبر فى إحداهما القصد وفى الأخرى عدمه كان بينهما تباين لا عموم وخصوص . والأولى أن يقال والأمانة قد تكون بغير قصد كما لا يخفى انتهى ، لكن يمكن الجواب بأن المراد بقوله والأمانة ما يقع فى يده من غير قصد كونها بلا اعتبار قصد ، لا أن عدم القصد معتبر فيها حتى يلزم التباين بل هى أعم من الوديعة لأنها تكون بالقصد فقط والأمانة قد تكون بالقصد بغير تدبر .

وما فى العناية من أنه قد ذكرنا أن الوديعة فى الاصطلاح هى التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد والأمانة أعم من ذلك فإنها قد تكون بغير عقد فيه كلام ، وهو أن الأمانة مباينة للوديعة بهذا المعنى لا أنها أعم منها لأن التسليط على الحفظ فعل المودع وهو المعنى والأمانة عين من الأعيان فيكونان متباينين . والأولى

والأداء عند الطلب واستحباب قبولها (فلا تضمن بالهلاك) إلا إذا كانت الوديعة بأجر أشباه معزيا للزيلعي (مطلقا) سواء أمكن التحرز عنه أم لا هلك معها شيء أم لا ،

أن يقبل الوديعة ما تترك عند الأمين كذا في هذا المختصر داماد (قوله والأداء عند الطلب) أي إلا في مسائل ستأتي : منها ما إذا كانت سيفا وأراد قتل آخر ظلما كما في الدر المنتقى (قوله واستحباب قبولها) قال الشمني : وشرعية الإيداع بقوله تعالى —إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها— وأداء الأمانة لا يكون إلا بعدها ، ولأن قبول الوديعة من باب الإعانة لأن حفظها لصاحبها ، وهي مندوبة لقوله تعالى —وتعاونوا على البر والتقوى— وقوله صلى الله تعالى عليه وسلم «والله تعالى في عون العبد مادام العبد العبد في عون أخيه» اه. قال الزيلعي : وقال عليه الصلاة والسلام « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن ، وحفظها يوجب سعادة الدارين ، والخيانة توجب الشقاء فيهما الخ ومن محاسنها اشتمالها على بذل منافع بدنه وماله في إعانة عباد الله واستيجابه الأجر والثناء حموي .

والحاصل أنه يبتني على الإيداع أربعة أشياء : كون الوديعة أمانة ، ووجوب الحفظ على المودع ، ووجوب الأداء عند الطلب . واستحباب قبولها (قوله فلا تضمن بالهلاك) تفريع على كونها أمانة (قوله إلا إذا كانت الوديعة بأجر) سيأتي أن الأجير المشترك لا يضمن وإن شرط عليه الضمان ، وبه يفتى . وأيضا قول المصنف قريبا واشتراط الضمان على الأمين باطل به يفتى . فكيف يقال مع عدم الشرط أنه يضمن .

وفي البزازية : دفع إلى صاحب الحمام واستأجره وشرط عليه الضمان إذا تلف فذكر أنه لا أثر له فيما عليه الفتوى . لكن قال الخير الرملي : صرح الزيلعي في كتاب الإجارة في باب ضمان الأجير الوديعة إذا كانت بأجر تكون مضمونة . وسيأتي مثله في هذا الشرح ، ومثله في النهاية والكفاية شرح الهداية وكثير من الكتب اه . وعللوه بأن الحفظ حينئذ مستحق عليه كما قدمنا : فأفاد أن الأجرة تخرج الوديعة عن كونها أمانة إلى الضمان .

وفي صدر الشريعة : إذا سرق من الأجير المشترك والحال أنه لم يقصر في المحافظة يضمن عندهما ، كما في الوديعة التي تكون بأجر فإن الحفظ مستحق عليه . وأبو حنيفة يقول الأجرة في مقابلة العمل دون الحفظ فصار كالوديعة بلا أجر اه . فأفاد أن الوديعة بأجر مضمونة اتفاقا وبلا أجر غير مضمونة اتفاقا . وأما الأجير المشترك فيضمن عندهما لأن الأجرة في مقابلة العمل والحفظ . ولا يضمن عنده لأنها في مقابلة العمل فقط ، فحصل الفرق بين المودع بأجر والأجير المشترك .

قال سيدي الوالد رحمه الله تعالى : وقد يفرق بأنه هنا مستأجر على الحفظ قصدا ، بخلاف الأجير المشترك فإنه مستأجر على العمل اه يؤيده ما سمعت وما قدمنا .

والحاصل أن الأجير المشترك من يعمل لغيره عملا غير مؤقت ولا مخصوص كالحمامي والحارس فهو مستأجر لحفظ المكان الذي فيه المتاع . فلم يكن مودعا بخلاف المودع بأجر فإنه يقال له احفظ هذه الوديعة ولك من الأجر كذا . فينطبق عليه اسم المودع وهو تسليط الغير على حفظ ماله فتأمل (قوله معزيا للزيلعي) ذكره في ضمان الأجير . وعلل الضمان بأن الحفظ واجب عليه مقصودا ببدل اه (قوله سواء أمكن التحرز عنه أم لا) وليس منه النسيان . كما لو قال وضعت عندي فنسيت وقت بل يكون مفرطا ، بخلاف ما إذا قال ضاعت ولا أدري كيف ذهبت الوديعة من منزلي ولم يذهب من منزلي شيء فإن القول قوله مع يمينه ، ولا يضمن لأنه أمين اه حموي بتصرف ط .

لحديث الدارقطنى « ليس على المستودع غير المغل ضمان» (واشتراط الضمان على الأمين) كالحمامى والخانى (باطل به يفتى) خلاصة وصدر الشريعة .
(وللمودع حفظها بنفسه

قال مؤيد زاده : إذا قال ذهبت يقبل قوله مع يمينه واقعات (قوله لحديث الدارقطنى) قال فى المنح : وإنما كانت الوديعة أمانة لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم « ليس على المستعير غير المغلّ ضمان ، ولا على المستودع غير المغل ضمان » والغلول والإغلال الخيانة ، إلا أن الغلول فى المغنم خاصة والإغلال عام . وهذا الحديث مسند عن عبد الله بن عمر عن النبى صلى الله تعالى عليه وسلم اه ملخصا ، ولأن شرعيتها لحاجة الناس إليها ، ولو ضمنا المودع امتنع الناس عن قبولها وفى ذلك تعطيل المصالح (قوله واشتراط الضمان الخ) ولو ضمن تسليمها صح أبو السعود (قوله كالحمامى) أى معلم الحمام الذى يأخذ الأجرة فى مقابلة انتفاع الداخل بالحمام ، أما من جرى العرف بأنه يأخذ فى مقابلة حفظه شيئا وهو المسمى بالناطور فى زماننا وهو الذى سماه الشارح الثيابى فإنه يضمن لأنه وديعة بأجرة كما تقدم ، لكن الفتوى على عدمه ويأتى تمامه (قوله والخانى) أى فإنه لانفع له غير الحفظ فينبغى أن يكون من قبيل الحافظ بالأجر ، إلا أن يقال قد يقصد الخان لدفع الحر والبرد ومنع الدابة عن الهروب فلم يكن مستأجرا للحفظ تأمل (قوله باطل به يفتى) قال مؤيد زاده فى أنواع الضمانات : استأجر رجلا لحفظ خان أو حوانيت فضاع منها شىء قيل يضمن عندهما لو ضاع من خارج الحجرة لأنه أجير مشترك ، وقيل لا فى الصحيح : وبه يفتى . ولو ضاع من داخلها بأن نقب اللص فلا يضمن الحارس فى الأصح وحارس السوق على هذا الخلاف ، واختار أبو جعفر أنه يضمن ما كان خارج السوق لا داخله جامع الفصولين .

وفى البزازية : نقب حانوت رجل وأخذ متاعه لايضمن حارس الحوانيت على ماعليه الفتوى ؛ لأن الأمتعة محروسة بأبوابها وحيطانها والحارس يحرس الأبواب . وعلى قول أبى حنيفة لا يضمن مطلقا وإن كان المال فى يده لأنه أجير اه .

وفى المنية : دفع الثوب إلى الحمامى ليحفظه فضاع لايضمن إجماعا لأنه مودع لأن محل الأجر بإزاء الانتفاع بالحمام إلا أن يشترط بإزاء الانتفاع به الحفظ فحينئذ على الخلاف . وإذا دفع إلى من يحفظ بأجر كالثيابى فعلى الاختلاف خلاصة وصدر الشريعة (قوله حفظها بنفسه) قال فى المنح : وذلك بالحرز وباليد . أما الحرز فداره ومنزله وحانوته سواء كان ملكا أو إجارة أو عارية .

قال الرملى أقول : لا يخفى أن لفظ الحرز مشعر باشتراط كونه حصينا ، حتى لو لم يكن كذلك بحيث يعد الوضع فيه تضييعا يضمن ذلك كالدار التى ليس لها حيطان ولا لبيوتها أبواب . وقد سئلت عن خياطة فى دار بهذه الصفة خرجت منها هى وزوجها ليلا لعرس جارتها فسرقت أثواب الناس منها فأفتيت بالضمان والحالة هذه لأن مثل ذلك يعد تضييعا تأمل اه .

وفى الأنقروى من الوديعة : سوقى قام من حانوته إلى الصلاة وفى حانوته ودائع فضاع شىء منها لا ضمان عليه لأنه غير مضيع لما فى حانوته لأن جيرانه يحفظونه إلا أن يكون هذا إيداعا من الجيران فيقال ليس للمودع أن يودع ، لكن هذا مودع لم يضيع واقعات : فى الوديعة : قوله ليس للمودع أن يودع الخ ذكر الصدر الشهيد ما يدل على الضمان فتأمل عند الفتوى فصولين من الثالث والثلاثين .

وعياله) كماله (وهم من يسكن معه حقيقة أوحكما لا من يمونه) فلو دفعها لولده المميز أو زوجته ولا يسكن معهما ولا ينفق عليهما لم يضمن خلاصة، وكذا لو دفعتها لزوجها لأن العبرة للمساكنة لا للنفقة ، وقيل يعتبران معا عيني (وشرط كونه) أى من فى عياله (أمينا) فلو علم خيانته

وفى البزازية : قام من حانوته إلى الصلاة وفيه ودائع الناس وضاعت لا ضمان ، وإن أجلس على بابه ابنا له صغيرا فضاع إن كان الصبى يعقل الحفظ ويحفظ لا يضمن وإلا يضمن اهـ .

وقال قبيله : والحاصل أن العبرة للعرف ، حتى لو ترك الحانوت مفتوحا أو علق الشبكة على بابه ونام ، فى النهار ليس بتضييع ، وفى الليل إضاعة . وفى خوارزم لا يعد إضاعة فى اليوم والليلة .

أقول : الذى يظهر فى مسألة الحانوتى عدم الضمان سواء أجلس صبيا أولا حيث جرى عرف أهل السوق لأنه غير مودع قصدا بل تركها فى حرزها مع ماله فقد حفظها بما يحفظ به ماله، ولهذا نقل فى جامع الفصولين بعد ما تقدم رامزا إلى فتاوى القاضى ظهير الدين أنه يبرأ على كل حال لأنه تركها فى الحرز فلم يضيع اهـ .

والحاصل أنه يجب حرز كل شىء فى حرز مثله ، بخلاف الحرز فى السرقة فإن كل ما كان حرز النوع فهو حرز لسائر الأنواع فيقطع بسرقة لؤلؤة من اصطبل ، أما هنا فإن حرز كل شىء بحسبه .

فى البزازية : لو قال وضعتها بين يدى وقمت ونسيتها فضاعت يضمن، ولو قال وضعتها بين يدى فى دار والمسألة بحالها إن مما لا يحفظ فى عرصة الدار كصرة النقدين ضمن، ولو كانت مما يعد عرصتها حصنا له لا يضمن اهـ وسيأتى تمامه إن شاء الله تعالى (قوله وعياله) بالكسر جمع عيل بفتح فتشديد وهو من يقوته ، لكن المراد هنا فى تفسير من فى عياله أن يسكن معه سواء كان فى نفقته أو لم يكن ، والعبرة فى هذا للمساكنة إلا فى حق الزوجة والولد الصغير والعبد، لكن يشترط فى الولد الصغير أن يقدر على الحفظ : فعلى هذا التفسير ينبغى أن لا يضمن بالدفع إلى أجنبى يسكن معه ذكره حفيد السعد فى حواشى صدر الشريعة .

ويؤيده ما فى الولوالجية رجل أجر بيتا من داره إنسانا ودفع الوديعة إلى هذا المستأجر، إن كان الكل واحد منهما غلق على حدة يضمن لأنه ليس فى عياله ولا بمنزلة من فى عياله وإن لم يكن لكل منهما غلق على حدة وكل واحد منهما يدخل على صاحبه بغير حشمة لا يضمن لأنه بمنزلة من فى عياله اهـ .

وفى الخلاصة : مودع غاب عن بيته ودفع مفتاحه إلى غيره فلما رجع إلى بيته لم يجد الوديعة لا يضمن ويدفع المفتاح إلى غيره وبدفع المفتاح إلى غيره لم يجعل البيت فى يد غيره اهـ ط (قوله أوحكما) تفسير لمن يسكن معه فى عياله (قوله فلو دفعها) تفريع على قوله أوحكما وتفسير له كما تشعر به عبارة المنح (قوله المميز) بشرط أن يكون قادرا على الحفظ بحر (قوله ولا يسكن معها) لأنها فى الحكم كأنها فى مسكن زوجها (قوله خلاصة) قال فيها وفى النهاية : لو دفعها إلى ولده الصغير أو زوجته وهما فى محلة والزوج يسكن فى محلة أخرى لا يضمن ولو كان لا يجىء إليهما ولا ينفق عليهما ، لكن يشترط فى الصغير أن يكون قادرا على الحفظ فإن الزوجة أى والولد الصغير وإن كانا فى مسكن آخر إلا أنهما فى الحكم كأنهما فى مسكن الزوج والأب اهـ .

قال الرملى : وقد زاد صاحب المجتبى العبد الذى لم يكن فى منزله وكل ذلك يرجع إلى قولهم يحفظها بما يحفظ به ماله فتنبه لذلك اهـ (قوله وقيل يعتبران معا) أقول : وعليه فيدخل عبده وأمته وأجيره الخاص كالمشاهرة، بشرط أن يكون طعامه وكسوته عليه دون الأجير بالمياومة وولده الكبير إن كان فى عياله كما ذكره بعضهم فتأمل (قوله عينى) نصه : وتعتبر المساكنة وحدها دون النفقة ، حتى أن المرأة لو دفعتها إلى زوجها لا تضمن وإن لم يكن الزوج فى عيالها ، لأن العبرة فى هذا الباب للمساكنة دون النفقة . وقيل تعتبر المساكنة مع النفقة اهـ .

ضمن خلاصة .
(و) جاز (لمن فى عياله الدفع لمن فى عياله ، ولو نهاه عن الدفع إلى بعض من فى عياله فدفع إن وجد بدّا منه) بأن كان له عيال غيره ابن ملك (ضمن وإلا لا وإن حفظها بغيرهم ضمن)

(قوله ضمن) أى بدفعها له ، وكذا لو تركه فى بيته الذى فيه ودائع الناس وذهب فضاعت ضمن بحر عن الخلاصة . قال ط : فلا يضمن فى صورتين : أما إذا علم أمانته وما إذا لم يعلم حاله أصلا (قوله الدفع لمن فى عياله) الضمير فى عياله الأخير يصح أن يرجع للعيال الأول وبه صرح الشرنبلالى ، ويصح أن يرجع للمودع وبه صرح المقدسى . وفيه لا يشترط فى الأبوين كونهما فى عياله ، وبه يفتى . ولو أودع غير عياله وأجاز المالك خرج من البين ، ولو وضع فى حرز غيره بلا استئجار يضمن لأن الوضع فى الحرز وضع فى يد من فى يده الحرز فيكون كالتسليم إليه زيلعى أى فيكون وديعة وليس للمودع أن يودع رملى .

وفى سكوتهم عن الدفع لعيال المودع بكسر الدال إشارة إلى أنه لا يملكه . ونقل العلامة أبو السعود اختلافا فقال والرد إلى عيال المالك كالرد إلى المالك فلا يكون إيداعا ، بخلاف الغاصب إذا رد إلى من فى عيال المالك فإنه لا يبرأ .

وفى الخلاصة : إذا رد الوديعة إلى منزل المودع أو إلى من فى عياله فضاعت لا يضمن . وفى رواية القدورى يضمن ، بخلاف العارية .

قال فى البحر : والفتوى على الأول ، وهذا إذا دفع إلى المرأة للحفظ . أما إذا أخذت لتنفق على نفسها وهو دفع يضمن اهـ فعلى ما ذكر إذا كان ابنها فى عيالها ولم يكن متهما يلزمها اليمين أنها دفعتها لابنها المذكور ويسئل المدفوع إليه ماذا صنع ويجعل كأنه نفس المودع ، ويجرى الحكم الشرعى فيه ، لما فى فتاوى مؤيد زاده وصور المسائل عن الفصولين : أتلفها من فى عيال المودع ضمن المتلف صغيرا أو كبيرا لا المودع اهـ .

المودع إذا قال دفعت الوديعة إلى ابنى وأنكر الابن ثم مات الابن فورث الأب مال ابنه كان ضمان الوديعة فى تركة الابن خانية .

وفى فتاوى قاضيخان : عشرة أشياء إذا ملكها إنسان ليس له أن يملك غيره لا قبل القبض ولا بعده : المرتهن لا يملك أن يرهن ، والمودع لا يملك الإيداع ، والوكيل بالبيع لا يملك أن يوكل غيره ، ومستأجر الدابة أو الثوب لا يؤجر غيره ، والمستعير لا يعير ما يختلف بالمستعمل ، والمزارع لا يدفع الأرض مزارعة إلى غيره والمضارب لا يضارب والمستبضع لا يملك الإبضاع ، والمودع لا يملك الإيداع اهـ ولم يذكر العاشر فى البحر . وذكره الخير الرملى فقال : العاشر المساقى لا يساقى غيره بغير إذن كما فى السراجية وشرح الوهبانية اهـ .

وفى الخلاصة والوديعة لا تودع ولا تعار ولا تؤجر ولا ترهن ، وإن فعل شيئا منها ضمن ، والمستأجر يؤجر ويعار ويودع ولم يذكر حكم الرهن ، وينبغى أن لا يرهن كما هو الصحيح من عبارة الخلاصة ، ويأتى بيانها فى العارية موضحا .

وفى التجريد : وليس للمرتهن أن يتصرف بشئ فى الرهن غير الإمساك ، لا يبيع ولا يؤجر ولا يعير ولا يلبس ولا يستخدم ، فإن فعل كان متعديا ولا يبطل الرهن انتهى (قوله بأن كان له عيال غيره) أى غير البعض الذى نهاه عنه ضمن بدفعه إلى المنهى عنه ، وإن لم يكن له إلا ذلك البعض لا يضمن بدفعه إليه (قوله وإلا لا) يعنى مع كون المدفوع إليه أمينا لأنه شرط جواز الدفع كما مر (قوله وإن حفظها بغيرهم ضمن) أى لأن

وعن محمد : إن حفظها بمن يحفظ ماله كوكيله ومأذونه وشريكه مفاوضة وعنانا جاز ، وعليه الفتوى ابن ملك ، واعتمده ابن الكمال وغيره ، وأقره المصنف (إلا إذا خاف الحرق أو الغرق وكان غالبا محيطا) فلو غير محيط ضمن (فسلمها إلى جاره أو) إلى (فلك آخر)

صاحبها لم يرض بيد غيره والأيدى تختلف بالأمانة ، ولأن الشيء لا يتضمن مثله كالمضارب لا يضارب أبو السعود . قال الرملي : إنما يضمن إذا كان بغير إذن صاحبها اه .

[فرع] لو قال ادفعها لمن شئت يوصلها إلىّ فدفعها إلى أمين فضاعت ، قيل يضمن ، وقيل لا يضمن تاترخانية .

[فرع آخر] حضرتها الوفاة فدفعت الوديعة إلى جارتها فهلكت عند الجارة . قال البلخي : إن لم يكن بحضرتها عند الوفاة أحد ممن يكون في عيالها لا تضمن ، كما لو وقع الحريق في مال المودع له دفعها لأجنبي خانية (قوله وعن محمد) رحمه الله تعالى أن المودع إذا دفع الوديعة إلى وكيله وليس في عياله أو دفع إلى أمين من أمنائه ممن يثق في ماله وليس في عياله لا يضمن لأنه حفظه مثل ما يحفظ ماله وجعله مثله فلا يجب عليه أكثر من ذلك ذكره في النهاية . ثم قال : وعليه الفتوى ، وعزاه إلى التمرتاشي ، وهو إلى الحلواني . ثم قال : وعلى هذا لم يشترط في التحفة في حفظ الوديعة العيال ، فقال : ويلزم المودع حفظه إذا قبل الوديعة على الوجه الذي يحفظ ماله ، وذكر فيه أشياء ، حتى ذكر أن له أن يحفظ بشريك العنان والمفاوضة وعبده المأذون له الذي في يده ماله ، وبهذا يعلم أن العيال ليس بشرط في حفظ الوديعة اه ، وسيأتي ذكره ط (قوله كوكيله) أي بالكاف لأن أمينه كذلك وإن لم يكن في عياله ، وعليه الفتوى كما علمت ، وبه صرح في الذخيرة .

وفي التاترخانية : ولو قال ادفعها لمن شئت يوصلها إلىّ فدفعها إلى أمين فضاعت ، قيل يضمن ، وقيل لا يضمن (قوله واعتمده ابن الكمال) حيث قال وله حفظها بنفسه وأمينه ، لم يقل وعياله لأن الدفع إلى العيال إنما يجوز بشرط الأمانة ، وعند تحققه لا حاجة إلى كونه عيالا .

قال في الذخيرة : لو دفعها إلى أمين من أمنائه ليس في عياله يجوز وعليه الفتوى اه (قوله وأقره المصنف) ونقله في البحر وقال قبله : وظاهر المتون أن كون الغير في عياله شرط ، واختاره في الخلاصة وقال : والأبوان كالأجنبي حتى يشترط كونهما في عياله ، لكن قد علمت ما قدمناه قريبا عن المقدسي من أن المفتى به عدم اشتراط كونهما في عياله فلا تنسه (قوله إلا إذا خاف الحرق أو الغرق) الحرق بالسكون من النار ، وبالتحريك من دق القصار ، وقد روى فيه السكون مغرب . وفي المصباح : الحرق بفتحتين اسم من إحراق النار اه ، وللغرق : بفتحتين مصدر غرق في الماء فهو غريق مكى ، ومثل خوف الغرق والحرق خوف اللصوص .

وفي الخلاصة : فإن دفع لضرورة بأن احترق بيت المودع فدفعها إلى جاره ، وكذا فيما يشبه هذا اه إتقاني أي فإنه لا يضمن ط (قوله وكان غالبا محيطا) لا حاجة إليه لأن فرض المسألة أنه خاف الحرق أو الغرق وهو إنما يكون عند كونه غالبا محيط إلا أن يراد الغالب الكثير ، وحينئذ فلا منافاة ، والمراد أن ذلك في بيت المودع .

قال الحموي : لابد أن يكون غالبا محيط بمنزلة المودع . وفي القهستاني إلا إذا خاف الحرق أي حرقا يحيط بجميع محلها انتهى (قوله فلو غير محيط ضمن) إذ الخوف منتف عند عدم الغلبة والإحاطة فتأمل قاله الرملي . قال في الخلاصة : أما إذا لم يكن محيطا يضمن بالدفع إلى الأجنبي اه (قوله فسلمها إلى جاره) الظاهر من

إلا إذا أمكنه دفعها لمن فى عياله أو ألقاها فوقعت فى البحر ابتداء أو بالتدحرج ضمن زيلعى (فإن ادعاه) أى الدفع لجاره أو فلك آخر (صدّق إن علم وقوعه) أى الحرق (ببينه) أى بدار المودع (وإلا) يعلم وقوع الحرق فى داره (لا) يصدق (إلا ببينة)

أساليب الكلام أنه لايجب أن يسلمها إلى جاره ، حتى او تركها فى داره فحرقت لايضمن وليحرر ، أفاده سرى الدين عن المجتبى ، لكن فى الهندية عن التمرتاشى أنه يضمن ط .

وفى التاترخانية عن التتمة : وسئل حميد الوبرى عن مودع احترق بيته ولم ينقل الوديعة إلى مكان آخر إن مع تمكنه منه فتركها حتى احترقت ضمن اه ومثله فى الحاوى ونجامع الفتاوى . ومثله مالو تركها حتى أكلها العث خلافا لما يأتى فى النظم . قال فى الحاوى : ويعرف من هذا كثير من الواقعات .

وفى نور العين : ذكر محمد فى حريق وقع فى دار المودع فدفعها إلى أجنبى لم يضمن ، فلو خرج من ذلك ولم يستردها ضمن ، كما لو دفعها إلى امرأته ثم طلقها ومضت عدتها ، فلو لم يستردها ضمن إذ يجب عليه الاسترداد ، ولأن الإيداع عقد غير لازم فكان لبقائه حكم الابتداء . وقال قاضيخان : لايضمن ، إذ المودع إنما ضمن بالدفع وحين دفع كان غير مضمون عليه فلا يضمن عليه .

يقول الحقير : هذا الدليل عليل إذ للبقاء حكم الابتداء ، فلو دفع الوديعة إلى أجنبى ابتداء ضمن ، فكذا إذا لم يستردها فى كلتا المسألتين خصوصا فى مسألة الحريق ، فإن الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها ، فبعد زوال الحريق ارتفعت الضرورة فلم يستردها من الأجنبى فكأنه أودعها إياه ابتداء ، فالصواب أن يضمن فى كلتا المسألتين كما ذكره صاحب المحيط ، والله تعالى أعلم .

وفى عدة الفتاوى : لايضمن بدفعها إلى جاره لضرورة كحريق . قال أبو جعفر فى فتاويه : هذا لو لم يجد بدا من الدفع إلى أجنبى ، أما لو أمكنه الدفع إلى من فى عياله ضمن بدفعها إلى أجنبى . قال الإمام خواهر زاده : هذا لو أحاط الحريق بالمنزل وإلا ضمن بدفعها إلى أجنبى اه .

وفى العتابية : لايشترط هذا الشرط فى الفتوى تاترخانية فى الفصل الثانى من الوديعة (قوله إلا إذا أمكنه الخ) أى وقت الحرق والغرق (قوله أو ألقاها) أى أو ألقى الوديعة فى السفينة فوقعت فى البحر يضمن لأنها قد تلفت بفعله وإن كان ذلك بالتدحرج لأنه منسوب إليه فهو كفعله . والظاهر أن قيد فى السفينة ساقط من النساخ لوجوده فى الأصول .

قال الزيلعى : هذا إذا لم يمكنه أن يدفعها إلى من هو فى عياله ، وإن أمكنه أن يحفظها فى ذلك الوقت بعياله فدفعها إلى الأجنبى يضمن لأنه لاضرورة فيه ، وكذا لو ألقاها فى سفينة أخرى وهلكت قبل أن تستقر فيها بأن وقعت فى البحر ابتداء بالتدحرج يضمن لأن الإتلاف حصل بفعله اه (قوله صدق) أى بيمينه كما هو الظاهر أبو السعود (قوله أى بدار المودع) كأن هذا من قبيل الاحتباك وأصلها أى الحرق أو الغرق ، وقوله بدار المودع راجع إلى الحرق وحذف من الثانى أو سفينته الراجع إلى الغرق لدلالة كل مذكور على ماحذف بإزائه وهذا على مانحاه الشارح فى شرحه ، وأما على مابينا من أصل عبارة الزيلعى فالأمر ظاهر ، وأما جوهر المتن على أنه يصدق إن علم دفعه لها عند خوف الحرق أو الغرق بالبينة وهو الذى ذكره الشارح بعد قوله وإلا يعلم الخ .

وحاصله أن صاحب المتن ذكر أنه لايصدق مدعى الدفع للحرق أو الغرق إلا ببينة ، والشارح صرف

فحصل بين كلامى الخلاصة والهداية التوفيق وبالله التوفيق .
(ولو منعه الوديعة ظلما بعد طلبه) لرد وديعته فاولحملها إليه لم يضمن ابن ملك (بنفسه) ولوحكما كوكيله بخلاف رسوله

كلامه وقال إن علم ذلك بالبينة على وقوعه فى داره وفلكه أغنى عن البينة عن الدفع للخوف على نفس الوديعة ، وإن لم تقم البينة على وقوع الحرق والغرق فى داره وفلكه فلا بد من البينة على الدفع لخوف ذلك على نفس الوديعة ، ثم إن الغرق كما يخشى منه على نفس السفينة قد يخشى منه على نفس الدار إذا كانت البيوت متصلة بطرف البحر أو النهر أو مجرى السيل ، ومثل خوف الحرق والغرق لو خاف فسادها بخرير أسقفه من كثرة الأمطار وعند وقوع النهب فى داره ودفعها إلى جاره عند توهم سلامتها عنده (قوله فحصل بين كلامى الخلاصة والهداية التوفيق وبالله التوفيق) وقد ذكر أيضا صاحب الذخيرة عن المنتقى :

قال المصنف : فإن ادعاه أى ادعى المودع التسليم إلى جاره أو إلى فلك آخر صدق إن علم وقوعه ببينة أى بينة المودع وإلا لا : أى وإن لم يعلم لايصدق . وفى الهداية وشرح الكنز للزيلعى أنه لايصدق على ذلك إلا ببينة ، لأن تسليم الوديعة إلى غيره يوجب الضمان ، ودعوى الضرورة دعوى مسقط فلا تقبل إلا ببينة ، كما إذا أتلفها فى الصرف فى حاجته بإذن صاحبها .

وفى الخلاصة : أنه إذا علم أنه وقع الحريق فى بيته قبل قوله وإلا فلا . ويمكن حمل كلام الهداية على ما إذا لم يعلم وقوع الحريق فى بيته وبه يحصل التوفيق ، والذى أحوجه إلى ذلك حمل كلام صاحب الهداية والزيلعى قولها لايصدق على ذلك : أى على تسليم الوديعة ، ولو حمل لايصدق على ذلك : أى على وقوع الحرق أو الغرق بدليل قولها ودعوى الضرورة الخ فإن الضرورة إنما هى فى الحرق والغرق لا فى التسليم لاتحدت مع عبارة الخلاصة تأمل (قوله فلو لحملها إليه لم يضمن) لأن مؤنة الرد على المالك حموى وإنما الضمان بمنع التخلية بينه وبين الوديعة بعد الطلب ، أما لو كلفه حملها وردها إليه فامتنع عن ذلك لم يضمن لأنه لايلزمه سوى التخلية فلو كان طلب المودع بكسر الدال بحملها إليه فامتنع المودع من ذلك لم يضمن هكذا صريح عبارة ابن ملك المنقول عنه ، وأما ماوقع فى نسخة الشيخ أبى الطيب فإنه تحريف . والنسخة التى كتب عليها فلو حملها إليه : أى لو حمل المودع الوديعة إلى ربها يعنى لو طلب استردادها من المودع فحملها إليه لم يضمن لأن حملها إليه يخرجه عن المنع :

وفى القهستانى : لو استردها فقال لم أقدر أحضر هذه الساعة فتركها فهلكت لم يضمن لأنه بالترك صار مودعا ابتداء اه وعزاه إلى المحيط .

وفى البحر : إن تركها عن رضا وذهب لايضمن ، وإن كان من غير رضا يضمن كذا فى الخلاصة . ولو قال له بعد طلبه اطلبها ثم ادعى ضياعها : فإن قال ضاعت بعد الإقرار فلا ضمان وإلا ضمن (قوله ولو حكما كوكيله بخلاف رسوله) سوّى فى التجنيس بين الوكيل والرسول وقال إذا منعها عنهما لايضمن : وفى العمادية ذكر الضمان فى المنع من الرسول فالمسألة ذات خلاف فيهما ، واقتصار المصنف على ماذكره يدل على اعتماده ، وقد نقله القهستانى عن المضمرات .

وفى الخلاصة : المالك إذا طلب الوديعة فقال المودع لايمكننى أن أحضر الساعة فتركها وذهب ، إن تركها عن رضا فهلكت لايضمن ، لأنه لما ذهب فقد أنشأ الوديعة ، وإن كان عن غير رضا يضمن ، ولو كان الذى يطلب الوديعة وكيل المالك يضمن لأنه ليس إنشاء للوديعة بخلاف المالك انتهى ، وهذا صريح فى أنه يضمن

. . . .

بعدم الدفع إلى وكيل المالك كما لايخفى ، وهو خلاف ماتقدم فى كتاب الوكالة فى باب الوكالة بالخصومة .

ونصه : قال إنى وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه على المشهور الخ . وكتب سيدى الوالد رحمه الله تعالى أن مقابل المشهور ماعن أبى يوسف ، ومحمد أنه يؤمر بالدفع ، فلعل ماهنا على هذه الرواية .

وفى مجموعة مؤيد زاده : ولو قال إنى وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بتسليم الوديعة إليه لأنه مأمور بالحفظ فقط ثم قال قد جاء رسولك فدفعتها إليه وكذبه المالك ضمنها ، ولا يرجع بما ضمن على الرسول إن صدقه فى كونه رسوله ولم يشترط عليه الرجوع ، وإن كذبه ودفع إليه أو لم يصدقه ولم يكذبه يرجع على الرسول ، وكذلك إن صدقه وشرط عليه الرجوع كما فى الوجيز . ثم قال : ولو دفعها إلى رسول المودع فأنكر المودع الرسالة ضمن اهـ .

وفى فصول العمادى معزيا إلى الظهيرية : ورسول المودع إذا طلب الوديعة فقال لا أدفع إلا للذى جاء بها ولم يدفع إلى الرسول حتى هلك ضمن . وذكر فى فتاوى القاضى ظهير الدين هذه المسألة وأجاب عنها نجم الدين أنه يضمن ، وفيه نظر بدليل أن المودع إذا صدق من ادعى أنه وكيل بقبض الوديعة فإنه قال فى الوكالة لايؤمر بدفع الوديعة إليه ، ولكن لقائل أن يفرق بين الوكيل والرسول لأن الرسول ينطق على لسان المرسل ولا كذلك الوكيل ، ألا ترى أنه لو عزل الوكيل قبل علم الوكيل بالعزل لايصح ، ولو رجع عن الرسالة قبل علم الرسول صح كذا فى فتاواه اهـ منح .

قال محشيها الرملى فى حاشية البحر : ظاهر مافى الفصول أنه لايضمن فى مسألة الوكيل كما هو منقول عن التجنيس ، فهو مخالف للخلاصة كما هو ظاهر ، ويتراءى لى التوفيق بين القولين بأن يحمل مافى الخلاصة على ما إذا قصد الوكيل إنشاء الوديعة عند المودع بعد منعه ليدفع له فى وقت آخر . وما فى فتاوى القاضى ظهير الدين والتجنيس على ما إذا منع ليؤدى إلى المودع بنفسه ، ولذلك قال فى جوابه لا أدفع إلا للذى جاء بها . وفى الخلاصة ماهو صريح فى أن الوكيل لو تركها وذهب عن رضا بعد قول المودع لايمكننى أن أحضرها الساعة أى وأدفعها لك فى غير هذه الساعة ، فإذا فارقه فقد أنشأ الإيداع ليس له ذلك بخلاف قوله لا أدفعها إلا للذى جاء بها فإنه استبقاء للإيداع الأول لا إنشاء إيداع فتأمل ، ولم أر من تعرض لهذا التوفيق ، والله تعالى هو الموفق انتهى .

فالحاصل أنه إذا منعها عن الرسول لايضمن على ظاهر الرواية كما نقله عن البحر عن الخلاصة . وأما إذا منعها عن الوكيل ففيه اختلاف . ففى الخلاصة والقاعدية والوجيز والتاترخانية والحاوى الزاهدى والمضمرات أنه يضمن ، واختاره المصنف فى منحه ، وتبعه الشارح هنا .

وفى شرحه على الملتقى : فتعين المصير إلى ماعليه الأكثر خصوصا والمضمرات شرح القدورى والشروح مقدمة ففى مسألتنا منع المودع الوديعة من الوكيل ظلما ولم يقل له لم أدفعها إلا إلى الذى جاء بها حتى يكون استبقاء للإيداع الأول ، لأن قول الشارح كوكيله يقتضى المنع ظلما ، وبه يظهر أن ماذكره فى الفصول العمادية من الفرق المتقدم بين الوكيل والرسول مبنى على خلاف ظاهر الرواية كما نبه عليه فى نور العين .

ثم اعلم أن كلام التاترخانية يفيد تفصيلا فى مسألة الوكيل ، وذلك أن المودع إنما يضمن بالمنع عن الوكيل

ولو بعلامة منه على الظاهر (قادرا على تسليمها ضمن وإلا)

إذا كان توكيله ثابتا بالمعاينة أو بالبينة ، أما إذا كان بتصديق المودع فإنه لا يضمن ، وكذا لو كذبه بالأولى ، وانظر هل يجرى على هذا التفصيل فى مسألة الرسول أيضا ، ومقتضى ما نذكره فى المقولة الآتية عن الخانية من قوله فجاء رجل وبين تلك العلامة فلم يصدقه المودع حتى هلكت الوديعة لا ضمان أنه لو صدقه يضمن فيخالف مسألة الوكيل ، إلا أن يقال إن قوله فلم يصدقه ليس قيدا احترازيا فلا مفهوم له ، وهذا إن حمل على أنه رسول ، وكذا إن حمل على أنه وكيل يخالف ما ذكرنا من التفصيل . ثم قال فى البحر وينبغى أن يكون محل هذا التفصيل أى فى أصل المسألة فيما إذا ترك عن رضا وذهب لا يضمن ، وفيما إذا كان عن غير رضا يضمن ما إذا كان المودع يمكنه وكان كاذبا فى قوله . أما إذا كان صادقا فلا يضمن مطلقا لما قلنا انتهى :

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : فيه نظر ؛ لما فى التجنيس أنه لو طلبها بوكيله أو رسوله فحبسها لا يضمن فتأمل ، وانظر إلى ما ذكره بعيده من قوله ولو بعلامة منه يحتج بأنه إنما منعه ليوصلها إلى الأصيل بنفسه لتكذيبه إياه ، وفرع الخلاصة فيه المنع للعجز عن التسليم والترك والذهاب عن رضا إلى وقت آخر ، وفيه إنشاء إيداع بخلاف الأول ، حتى لو كذبه فى الفرع الذى تفقه فيه مع ذلك ، والمسألة بحالها لا يضمن فتأمل (قوله ولو بعلامة منه) لإمكان إتيان غير الرسول بهذه العلامة إلا أن يبرهن أنها له كما فى الخلاصة وغيرها .

قال فى الخانية : رجل أودع عند إنسان وديعة وقال فى السر من أخبرك بعلامة كذا وكذا فادفع إليه الوديعة فجاء رجل وبين تلك العلامة فلم يصدقه المودع حتى هلكت الوديعة قال أبو القاسم لا ضمان على المودع اه .

وفى حاشية جامع الفصولين للخير الرملى ، وهل يصح هذا التوكيل ولا يضمن المودع بالدفع أم لا يصح لكون الوكيل مجهولا ويضمن بالدفع ؟ قال الزاهدى فى حاويه رامزا : فيه تفصيل ، لو كانا عند ذلك الاتفاق بمكان لا يمكن لأحد من الناس استماع كلامهما فالدفع لمن جاء إليه بتلك العلامة ، وأما استماعه ذلك من أجنبى فنادر ، وإن كانا عند ذلك بمكان فيه أحد من الناس ممن يفهم اتفاقهما على ذلك أو بمكان يمكن فيه لأحد استماع اتفاقهما على ذلك خفية وهما لا يريانه فالوكالة باطلة والدفع مضمن اه ، هذا ما نقله الرملى .

قلت : كثيرا ما يقع أن المالك بعد اتفاقه مع المودع على ذلك يبعث رجلا بتلك العلامة فيسمعه آخر فيسبق الأول ويخبر المودع بتلك العلامة .

وقد يقال إن هذا لا ينافى صحة التوكيل بعد وجود شرطه المتقدم عند اتفاق المالك مع المودع : والظاهر أن المالك إذا قال لم أذكر العلامة لهذا الرجل الذى جاء وإنما ذكرتها لغيره أن يكون القول له لأنه منكر فيضمن المودع ، فتأمل والله تعالى أعلم ، أفاده سيدى الوالد رحمه الله تعالى (قوله على الظاهر) أى ظاهر المذهب ، وهو راجع إلى الوكيل والرسول ، وقال الثانى يضمن كما فى الهندية ، وقد اختلفت الفتاوى فى هذا ، وقد علمت المعتمد (قوله ضمن) إن ضاعت لوجود التعدى بمنعه لأنه صار غاصبا وهذا لأنه لما طالبه لم يكن راضيا بامساكه بعده فيضمنها بحبسه عنه داماد .

قال فى البحر : ولو قال له بعد طلبه اطلبها غدا ثم ادعى ضياعها ، فإن قال ضاعت بعد الإقرار لا ضمان وإلا ضمن انتهى . قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : قوله بعد الإقرار : أى الإقرار ضمنا فى قوله اطلبها غدا ، وقوله بعد الإقرار ظرف لضاعت لا لقال .

وفى جامع الفصولين : طلبها ربها فقال اطلبها غدا فقال فى الغد تلفت ، فلو قال تلفت قبل قولى اطلبها غدا ضمن لا لو قال بعده للتناقض فى الأول لا الثانى .

بأن كان عاجزا أو خاف على نفسه أو ماله بأن كان مدفونا معها ابن ملك (لا) يضمن كطلب الظالم (فلو كانت الوديعة سيفا أراده صاحبه أن يأخذ ليضرب به رجلا ظلما فله المنع من الدفع) إلى أن يعلم به ترك الرأى الأول وأنه ينتفع به على وجه مباح جواهر (كما لو أودعت) امرأة (كتابا فيه إقرار منها للزوج بمال أو بقبض مهرها منه) فله منعه منها لئلا يذهب حق الزوج خانية (ومنه) أى من المنع ظلما (موته) أى موت المودع (مجهلا فإنه يضمن) فتصير دينا فى تركته

قال ربها : ادفعها إلى قنى هذا فطلبها فأبى أو قال غدا يضمن اه أى لأنه كأنه وكل قنه بحضرة المودع والوكيل لا يملك ابتداء الإيداع فى قوله غدا انتهى ، والمسألة فى الخانية أيضا (قوله بأن كان عاجزا) أى عجزا حسيا كأن لا يستطيع الوصول إلى محل الوديعة أو معنويا ، وهو ما أشار إليه بقوله أو خاف على نفسه : أى من ظالم أن يقتله أو دائن أن يحبسه وهو غير قادر على الوفاء أو كانت امرأة وخافت من فاسق أو خاف على ماله بأن كان مدفونا معهما فإذا ظهر اغتصبه منه غاصب فامتنع عن التسليم لذلك لا يضمن لأنه لم يكن ظالما (قوله أو خاف على نفسه أو ماله) فى المحيط : لو طلبها أيام الفتنة فقال لم أقدر عليها هذه الساعة لبعدها أو لضيق الوقت فأغاروا على تلك الناحية فقال أغير عليها لم يضمن والقول له اه (قوله كطالب الظالم) أى وديعته ليظلم بها فإنه بمنعها لا يكون ظالما ، حتى لو ضاعت لا يكون ضامنا كمنعه منه وديعة عبده فإنه به لا يكون ظالما ؛ لأن المولى ليس له قبض وديعة عبده مأذونا كان أو محجورا مالم يحضر ويظهر أنه من كسبه لاحتمال أنه مال الغير فإذا ظهر أنه للعبد بالبينة فحينئذ يأخذه خلاصة ط . وإنما كان المراد بالظالم هنا المالك لأن الكلام فى طلبه هو فما بعده مفرع عليه ، أعنى قوله فلو كانت الوديعة سيفا الخ ، يدل عليه قول المصنف فى المنح لما فيه من الإعانة على الظلم (قوله فلو كانت) تفريع على عدم الضمان بالمنع عند طلب الظالم .

وحاصله أنه لايضمن بطلب صاحب الوديعة حيث كان ظالما بأن كانت الوديعة سيفا فطلبه ليقتل به رجلا مظلوما بغير حق ولو معاهدا أو امرأة أو صبيا ، فلو منعه لا يضمن لكون الطالب ظالماومثل السيف كل مؤذ فيما يظهر (قوله ليضرب به رجلا) أى مظلوما ولومعاهدا أو امرأة أو صبياط (قوله إلى أن يعلم الخ) فلوشك فيما ذكر لا يعد بمنعه ظالما فلا يضمن بهلاكه كذا يفاد من مفهومه ط (قوله كما لو أودعت) أتى بالكاف ليفيد أنه مثال غير مخصص ، فمثله كل ما كان فى معناه فيما يظهر .

قال فى الأشباه : لا يجوز للمودع المنع بعد الطلب إلا فى مسائل : لو كان سيفا ليضرب به ظلما ، ولو كان كتابا فيه إقرار بمال الغير أو قبض اه (قوله أى موت المودع) بفتح الدال مجهلا ، أما بتجهيل المالك فلاضمان ، والقول للمودع بيمينه بلا شبهة . قال الحانوتى : وهل من ذلك الزائد فى الرهن على قدر الدين اه .

أقول : الظاهر أنه منه لقولهم : ما تضمن به الوديعة يضمن به الرهن ، فإذا مات مجهلا يضمن ما زاد ، وقد أفتيت به رملى ملخصا قال ط : من الوديعة الزائد من الرهن على مقدار الدين فيضمن بالموت عن تجهيل وتكون الوديعة ونحوها كدين الصحة فيحاصص ربها الغرماء لأن اليد المجهولة عند الموت تنقلب يد ملك ، ولأنه لما مات ولم يبين صار بالتجهيل مستهلكا لها اه .

قال فى مجمع الفتاوى : المودع أو المضارب أو المستعير أو المستبضع وكل من كان المال بيده أمانة إذا مات قبل البيان ولا تعرف الأمانة بعينها فإنه يكون دين عليه فى تركته ، لأنه صار مستهلكا الوديعة بالتجهيل ؛ ومعنى موته مجهلا أن لا يبين حال الأمانة كما فى الأشباه .

إلا إذا علم أن وارثه يعلمها فلا ضمان .

ولو قال الوارث أنا علمتها وأنكر الطالب ، إن فسرها وقال هي كذا وأنا علمتها وهلكت

وقد سئل الشيخ عمر بن نجيم عما لو قال المريض عندى ورقة فى الحانوت لفلان ضمنها دراهم لا أعرف قدرها فمات ولم توجد . فأجاب بأنه من التجهيل لقوله فى البدائع هو أن يموت قبل البيان ولم يعرف الأمانة بعينها اه . قال الحموى : وفيه تأمل . قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : ولينظر ما وجه التأمل .

وفى نور العين : لو مات المودع مجهلا ضمن ، يعنى لو مات ولم يبين حال الوديعة ، أما إذا عرفها الوارث والمودع يعلم أنه يعرف فمات لم يضمن ؛ فلو قال الوارث أنا علمتها وأنكر الطالب ، لو فسرها بأن كانت كذا وكذا وقد هلكت صدق لكونها عنده .

وفى الذخيرة قال ربها : مات المودع مجهلا وقالت ورثته كانت قائمة يوم موت المودع ومعروفة ثم هلكت بعد موته صدق ربها هو الصحيح ، إذ الوديعة صارت دينا فى التركة فى الظاهر فلا يصدق الورثة ، ولو قال ورثته : ردها فى حياته أو تلفت فى حياته لا يصدقون بلا بينة لموته مجهلا فيقرر الضمان فى التركة ، ولو برهنوا أن المودع قال فى حياته رددتها يقبل إذ الثابت ببينة كالثابت بعيان اه (قوله إلا إذا علم) بالبناء للفاعل وضميره للمودع بالفتح الذى مات مجهلا ، وإذا قال الوارث ردها فى حياته أو تلفت فى حياته لم يصدق بلا بينة ، ولو برهن أن المودع قال فى حياته رددتها يقبل .

قال الحموى فى شرحه : وقيد فى الخلاصة ضمان المودع بموته مجهلا بأن لا يعرفها الوارث ، أما إذا عرفها والمودع يعلم أنه يعرف فمات ولم يبين لا يضمن اه وذلك بأن سئل عنها فقال عند فلان علمها .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى فى تنقيحه فى جواب سؤال والذى تحرر من كلامهم أن المودع إن أوصى بالوديعة فى مرض موته ثم مات ولم توجد فلا ضمان فى تركته ، وإن لم يوص فلا يخلو إما أن يعرفها الورثة أولا ، فإن عرفوها وصدقهم صاحبها على المعرفة ولم توجد لا ضمان فى التركة ؛ وإن لم يعرفوها وقت موته فلا يخلو ، إما أن تكون موجودة أولا ، فإن كانت موجودة وثبت أنها وديعة إما ببينة أو إقرار الورثة أخذها صاحبها ولا يتوهم أنه فى هذه الحالة مات مجهلا فصارت دينا فيشارك أصحاب الديون صاحبها لأن هذا عند عدم وجودها ، أما عند قيامها فلا شك أن صاحبها أحق بها ، فإن لم توجد فحينئذ هى دين فى التركة وصاحبها كسائر غرماء الصحة ، وإن وجد بعضها وفقد بعضها ، فإن كان مات مجهلا أخذ صاحبها الموجود ورجع بالمفقود فى التركة وإلا أخذ الموجود فقط ؛ وإن مات وصارت دينا ، فإن كانت من ذوات الأمثال وجب مثلها وإلا فقيمتها ، فعليك بحفظ هذا التحرير ، والله سبحانه وتعالى أعلم نقل من فتاوى التمرتاشى .

وأجاب قارىء الهداية عن سؤال بقوله : إذا أقام المودع بينة على الإيداع وقدمات المودع مجهلا للوديعة ولم يذكرها فى وصيته ولا ذكر حالها لورثته فضمانها فى تركته ، فإن أقام بينة على قيمتها أخذت من تركته ، وإن لم تكن له بينة على قيمتها فالقول فيها قول الورثة مع يمينهم ؛ ولا يقبل قول الورثة إن مورثهم ردها لأنه لزمهم ضمانها فلا يبرءون بمجرد قولهم من غير بينة شرعية على أن مورثهم ردها اه .

وقال فى جواب آخر : ادعوا أن مورثهم ادعى قبل موته أنه رده إلى مالكه أو أنه تلف منه وأقاموا بينة على أنه قال ذلك فى حياته تقبل بينتهم ؛ وكذلك إذا أقاموا بينة أنه حين موته كان المال المذكور قائما وأن مورثهم قال هذا المال لفلان عندى وديعة أو قرض أو قبضته لفلان بطريق الوكالة أو الرسالة لأدفعه إليه فادفعوه إليه ولكنه ضاع بعد ذلك من عندنا لا ضمان عليهم ولا فى تركته اه .

صدق هذاوما لو كانت عنده سواء إلا فى مسألة، وهى أن الوارث إذا دل السارق على الوديعة لايضمن والمودع إذا دل ضمن خلاصة إلا إذا منعه من الأخذ حال الأخذ (كما فى سائر الأمانات) فإنها تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل كشريك ومفاوض (إلا فى) عشر على ما فى الأشباه منها (ناظر أودع غلات الوقف ثم مات مجهلا)

أقول: وفى قوله أو قرض نظر، إن حمل على أن الميت استقرضه منه لأنه دخل فى ملكه وصار مطالبا ببدله وإذا هلك يهلك عليه بعد قبضه إلا أن يحمل على أن المالك كان استقرضه ووضعه عند الميت أمانة فليتأمل هذا.

وفى حاشية الأشباه للبيرى عن منية المفتى ما نصه: وارث المودع بعد موته إذا قال ضاعت فى يد مورثى، فإن كان هذا فى عياله حين كان مودعا يصدق وإن لم يكن فى عياله لاه (قوله صدق) يعنى لو ادعى الطالب التجهيل بأن قال مات المودع مجهلا وادعى الوارث أنها كانت قائمة يوم مات وكانت معروفة ثم هلكت بعد موته فالقول للطالب فى الصحيح إذ الوديعة صارت دينا فى التركة فى الظاهر فلا يصدق الوارث كما فى جامع الفصولين والبزازية كما علمت (قوله وما لو كانت عنده) أى عند المورث؛ يعنى أن الوارث كالمودع فيقبل قوله فى الهلاك إذا فسرها فهو مثله إلا أنه خالفه فى مسألة وهى قوله الآتى إلا فى مسئلة وهى الخ (قوله إلا إذا منعه) أى المودع السارق، يعنى أن المودع بعد مادل السارق على الوديعة فجاء السارق ليأخذها فمنعه فأخذها السارق قهرا لايضمن. قال فى الخلاصة: المودع إنما يضمن إذا دل السارق على الوديعة إذا لم يمنعه من الأخذ حال الأخذ، فإن منعه لم يضمن اه (قوله إلا إذا منعه) أى المودع السارق فأخذ كرها فصولين، وهو استثناء من قوله والمودع إذا دل ضمن (قوله كما فى سائر الأمانات) ومنها الرهن إذا مات المرتهن مجهلا يضمن قيمة الرهن فى تركته كما فى الأنقروى، والمراد بالضمان أى الزائد كما قدمناه عن الرملى؛ وكذا الوكيل إذا مات مجهلا كما يؤخذ مما هنا، وبه أفتى الحامدى بعد الخيرى.

وفى إجارة البزازية: المستأجر يضمن إذا مات مجهلا ما قبضه اه سائحانى. ومنها المأمور بالدفع إذا مات مجهلا كما فى التنقيح لسيدى الوالد رحمه الله تعالى. وفيه الأب إذا مات مجهلا يضمن لكن صحح عدم ضمانه إذا الأب ليس أدنى حالا من الوصى بل هو أو فى حالا من الوصى حيث لا يضمن إلا إذا كان الأب ممن يأكل مهور البنات كالفلاحين والأعراب فالقول بتضمينه إذا مات مجهلا ظاهر لأنه غاصب من أول الأمر، لأنه إنما قبض المهر لنفسه لا لبنته فليكن التعويل على هذا التفصيل ومثله الجد كما مر اه ملخصا (قوله فإنها تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل) ويكون أسوة الغرماء بيرى على الأشباه (قوله ومفاوض) عطف خاص وكمرتهن أنقروى وتقدم عنه (قوله إلا فى عشر على مافى الأشباه) وعلى ما فى الشرنبلالى على الوهبانية تسعة عشر كما تقف عليه. وفيه شبه اعتراض على المصنف حيث اقتصر فى الاستثناء على ثلاثة والسبعة الباقية ذكرها فى الأشباه صارت عشرة.

وعبارة الأشباه: الوصى إذا مات مجهلا فلا ضمان عليه كما فى جامع الفصولين والأب إذا مات مجهلا مال ابنه، والوارث إذا مات مجهلا ما أودع عند مورثه، وإذا مات مجهلا لما ألقته الريح فى بيته أو لما وضعه مالكه فى بيته بغير علمه، وإذا مات الصبى مجهلا لما أودع عنده محجورا اه ملخصا، وقدمنا قريبا ذكر الأب والجد فلا تنسه، ومن السبعة الباقية أحد المتفاوضين، ويأتى للشارح اعتماد الضمان، ونذكر تمامه إن شاء الله تعالى (قوله ناظر أودع غلات الوقف) عبارة الدرر قبض وهى أولى تأمل. والذى فى الأشباه: الناظر إذا مات مجهلا غلات الوقف، ثم كلام المصنف عام فى غلات المسجد وغلات المستحقين.

فلا يضمن قيد بالغلة لأن الناظر لو مات مجهلا لمال البدل ضمنه

أقول : هكذا أطلقت المسألة فى كثير من الكتب ، ووقع فيها كلام من وجهين :

الأول : أن قاضيخان قيد ذلك بمتولى المسجد إذا أخذ غلات المسجد ومات من غير بيان ، أما إن كانت الغلة مستحقة لقوم بالشرط فيضمن مطلقا بدليل اتفاق كلمتهم فيما إذا كانت الدار وقفا على أخوين غاب أحدهما وقبض الحاضر غلتها تسع سنين ثم مات الحاضر وترك وصيا ثم حضر الغائب. وطالب الوصى بنصيبه من الغلة . قال الفقيه أبو جعفر : إذا كان الحاضر الذى قبض الغلة هو القيم على هذا الوقف كان للغائب أن يرجع فى تركة الميت بحصته من الغلة ، وإن لم يكن هو القيم إلا أن الأخوين أجرا جميعا فكذلك ، وإن أجرا الحاضر كانت الغلة كلها له فى الحكم ولا يطيب له انتهى كلامه، وهذا مستفاد من قولهم غلة الوقف وماقبض فى يد الناظر ليس غلة الوقف بل هو مال المستحقين بالشرط .

قال فى الأشباه من القول فى الملك : وغلة الوقف يملكها الموقوف عليه وإن لم يقبل انتهى ، وينبغى أن يلحق بغلة المسجد ما إذا شرط ترك شىء فى يد الناظر للعمارة ، والله أعلم ، كذا حرره شيخ مشايخنا منلا على رحمه الله تعالى .

الثانى : أن الإمام الطرسوسى فى أنفع الوسائل ذكر بحثا أنه يضمن إذا طالبه المستحق ولم يدفع له ثم مات بلا بيان ، أما إذا لم يطالب ، فإن محمودا معروفا بالأمانة لا يضمن وإلا ضمن ، وأقره فى البحر على تقييد ضمانه بالطلب أى فلا يضمن بدونه . أما به فيضمن وهو ظاهر ، وبه أفتى الشيخ إسماعيل الحائك ، لكن ذكر الشيخ صالح فى زواهر الجواهر أنه يضمن وإن لم يطالبه المستحق لأن لما مات مجهلا فقد ظلم ، وقيده بحثا بما إذا لم يمت فجأة ، أما إذا مات على غفلة لايضمن لعدم تمكنه من البيان ، بخلاف ما إذا مات بمرض ونحوه وأقره الشارح وعدم تمكنه من البيان لو مات فجأة إنما يظهر لو مات عقب قبضه الغلة كما يأتى .

والحاصل أن المتولى إذا قبض غلة الوقف ثم مات مجهلا بأن لم توجد فى تركته ولم يعلم ماصنع بها لايضمنها فى تركته مطلقا كما هو المستفاد من أغلب عباراتهم ، ولا كلام فى ضمانه بعد طلب المستحق ولا فى عدم ضمانه لو كانت الغلة لمسجد ، وإنما الكلام فيما لو كانت غلة وقف لها مستحقون ماليكون لها هل يضمنها مطلقا على مايفهم من تقييد قاضيخان ، أو إذا كان غير محمود ولا معروف بالأمانة كما بحثه الطرسوسى ، أو إذا كان موته بعد مرض لا فجأة كما بحثه فى الزواهر ؟ فليتأمل ، وهذا كله فى غلة الوقف . أما لو مات مجهلا لمال البدل : أى لثمن الأرض المستبدلة أو لعين الوقف فإنه يضمن بموته مجهلا بالأولى كما قال الشارح عن المصنف ، وبه يعلم أن إطلاق المصنف والشارح فى محل التقييد فتنبه (قوله لأن الناظر لو مات مجهلا لمال البدل ضمنه) أما لو علم ضياعه لايضمن .

قال فى البحر عن المحيط : لو ضاع الثمن من المستبدل لاضمان عليه اهـ وهذا صريح فى جواز الاستبدال بالدراهم والدنانير ، فلا يشترط كون البدل عقارا ، وهو ينافى ماقدمه فى الوقف من اشتراط كون البدل عقارا ، أفاده أبو السعود فى حاشية الأشباه ط .

أقول : لكن قدم الشارح فى الوقف عن الأشباه أنه لايجوز استبدال العامر إلا فى أربع .

قلت : لكن فى معروضات المفتى أبو السعود أنه فى سنة ٩٥١ ورد الأمر الشريف بمنع استبداله وأمر بأن يصير بأمر السلطان تبعا لترجيح صدر الشريعة اهـ فليحفظ اهـ ونقله سيدى الوالد رحمه الله تعالى فى تنقيحه .

أشباه : أى لثمن الأرض المستبدلة .
قلت : فلعين الوقف بالأولى كالدراهم الموقوفة على القول بجوازه قاله المصنف وأقره ابنه فى الزواهر ، وقيد موته بحتا بالفجأة ، فلو بمرض ونحوه ضمن لتمكنه من بيانها فكان مانعا لها ظلما فيضمن . ورد ما بحثه فى أنفع الوسائل فتنبه (و) منها (قاض مات مجهلا لأموال اليتامى) زاد فى الأشباه : عند من أودعها ،

أقول : وعليه المعوّل (قوله أشباه) قال محشيه الحموى : البدل بالدال المهملة ثمن أرض الوقف إذا باعها بمسوّغ الاستبدال كما صرح به فى الخانية ، قيد بالتجهيل إذ لو علم ضياعه لايضمن .
قال فى الذخيرة : إن المال فى يد المستبدل أمانة لايضمن بضياعه اه وإنما ضمن بالموت عن تجهيل لأنه الأصل فى الأمانات إذا حصل المتوت فيها عن تجهيل فافهم . ويستفاد من قولهم إذا مات مجهلا لمال البدل يضمن جواب واقعة الفتوى، وهى أن المولى إذا مات مجهلا لعين الوقف كما إذا كان الوقف دراهم أو دنانير على القول بجوازه وعليه عمل الروم أن يكون ضامنا ، لأنه إذا كان يضمن بتجهيل مال البدل فبتجهيل عين الوقف أولى ذكره المصنف فى منحه مع زيادة إيضاح (قوله على القول بجوازه) حيث جرت به العادة وعليه عمل أهل الروم كما علمت (قوله قاله المصنف) أى فى منحه (قوله وأقره ابنه) الشيخ صالح (قوله وقيد) أى صاحب الزواهر (قوله موته بحتا بالفجأة) لعدم تمكنه من البيان فلم يكن حابسا ظلما .
قلت : هذا مسلم لو مات فجأة عقب القبض تأمل ، وهذا راجع إلى المتن فى البحث فى غلة المستحقين كما يفيده كلامه الذى رد به على الطرسوسى لا إلى مال البدل وعين الوقف ، حيث قال : لكن يقول العبد الضعيف : ينبغى أن يقال إذا مات فجأة على غفلة لايضمن لعدم تمكنه من بيانها فلم يكن حابسا ظلما ، وإن مات بمرض ونحوه فإنه يضمن لأنه تمكن من بيانها ولم يبين وكان مانعا لها ظلما فيضمن اه وكان الأولى تقديم هذه المسألة هناك (قوله ورد مابحثه فى أنفع الوسائل) كما سمعته قريبا وما ذكره ابن المصنف من الرد .
وحاصل ماذكره بحثا تفصيلا : إن حصل طلب المستحقين منه المال وأخر حتى مات مجهلا يضمن ، وإن لم يحصل طلب منهم ومات مجهلا ينبغى أن يقال أيضا : إن كان محمودا بين الناس معروفا بالديانة والأمانة لاضمان عليه ، وإن لم يكن كذلك ومضى زمان والمال فى يده ولم يفرقه ولم يمنعه من ذلك مانع شرعى يضمن ، وما ذكره الشيخ صالح ابن المصنف هو قوله .
أقول : هو لما مات مجهلا فقد ظلم وقصر حيث لم يبين قبل موته فكان حابسا لها ظلما فيضمن سواء طلب منه أو لا ، ولا دخل لكونه محمودا أو غير محمود ، ولو كان محمودا لبينها قبل موته فى مرضه وخلص نفسه ، فالحسن ماعليه المشايخ الأعلام ، ثم ذكر بحثه السابق .
قال العلامة الرملى : العمل بإطلاقهم متعين ولا نظر لما قاله الطرسوسى ، وينبغى أن يقال ذلك فيما قال ابن المصنف فى زواهره اه . ثم إن هذا من المؤلف خلط مقام بمقام فإنه لاخلاف فى عدم ضمانه بموته مجهلا غلات المسجد ، وأما إذا مات مجهلا استحقاق المستحقين ففيه اختلاف المشايخ ، وما عليه مشايخ المذهب أنه يضمن مطلقا خلافا لتفصيل الطرسوسى .
والحاصل أن بحث الطرسوسى وصاحب الزواهر فى غلة المستحقين ، ولا تنس ماقدمناه قريبا من حاصل الكلام فى هذه المسألة والسلام (قوله ومنها قاض مات مجهلا لأموال اليتامى) قال المصنف فى شرح تحفة الأقران : إذا خلط الأمين بعض أموال الناس ببعض أو الأمانة بماله فإنه ضامن إلا فى مسائل : لايضمن الأمين

ولابد منه لأنه لو وضعها فى بيته ومات مجهلا ضمن لأنه مودع ، بخلاف ما لو أودع غيره لأن للقاضى ولاية إيداع مال اليتيم على المعتمد كما فى تنوير البصائر فليحفظ (و) منها (سلطان أودع بعض الغنيمة عند غاز ثم مات مجهلا) وليس منها مسألة أحد المتفاوضين على المعتمد

بالخلط القاضى إذا خلط ماله بمال غيره أو مال رجل آخر ، والمتولى إذا خلط مال الوقف بمال نفسه وقيل يضمن اه .

واعلم أن ماذكره المصنف تبع فيه الأشباه من أن القاضى إذا مات مجهلا أموال اليتامى لايضمن ، لكنه مخالف لما فى جامع الفصولين من السابع والعشرين : لو وضع قاض مال اليتيم فى بيته ومات مجهلا ضمن لأنه مودع ، ولو دفعه القاضى إلى قوم ثقة ولا يدرى إلى من دفع لم يضمن إذ المودع غيره اه تأمل .

وفيه أيضا : ولا يضمن الوصى بموته مجهلا ، ولو خلطاه بماله ضمن وضمن الأب بموته مجهلا ، ولو وضع القاضى مال اليتيم فى بيته ومات مجهلا ضمن لأنه مودع الخ .

أقول : لعل وجه الضمان كونها لاتتخطى الورثة فالغرم بالغنم ، ويظهر من هذا الوصى إذا وضع مال اليتيم فى بيته ومات مجهلا يضمن لأن ولايته قد تكون مستمدة من القاضى أو الأب فضمانه بالأولى . وفى الخيرية : وفى الوصى قول بالضمان ، ويأتى تمام الكلام على ذلك قريبا إن شاء الله تعالى .

وأقول : وكذا الغاصب كما ذكره الكمال فى فصل الشهادة على الإرث ، وكذا المستأجر كما فى البزازية فى مسائل موت أحد المتعاقدين أيضا (قوله ولابد منه) ويؤيده قول جامع الفصولين : مات المودع ولا تدرى الوديعة بعينها صارت دينا فى ماله ، وكذا كل شىء أصله أمانة وتفصيل الأشباه وعبارة الظهيرية والفصولين (قوله لأنه لو وضعها فى بيته ومات مجهلا ضمن) وقدمنا وجهه ، وكذا إذا جن جنونا لايرجى برؤه ، كذا فى شرح البيرى معزيا لخزانة الأكمل أبو السعود ، لكن ذكر قاضيخان عن إبراهيم بن رستم : لو مات القاضى ولم يبين ماعنده من مال اليتيم لايضمن شرنبلالية .

وفى البزازية : إذا قبض ماله ووضعه فى منزله ولا يدرى أين وضعه ومات يضمن إلا إذا قال للقاضى حال حياته ضاع أو أنفقته عليه لايضمن اه فتأمل (قوله ومنها سلطان أودع الخ) وذلك إنما يكون قبل القسمة .

أقول : وكذا إذا مات مجهلا أموال اليتيم عنده كما فى العمادية .

قال ط : ومنها الوصى إذا مات مجهلا فلا ضمان عليه كما فى جامع الفصولين . ومنها الأب إذا مات مجهلا ما ابنه . ومنها إذا مات الوارث مجهلا ماأودع عند مورثه ، وهذه لم يعزها صاحب الأشباه لأحد . ومنها إذ مات مجهلا ما ألقته الريح فى بيته . ومنها إذا مات مجهلا لما وضعه مالكه فى بيته بغير علمه كذا فى الأشباه :

قال السيد الحموى : والصواب بغير أمره كما فى شرح الجامع ، إذ يستحيل تجهيل مالا يعلمه . ومنها إذا مات الصبى مجهلا لما أودع عنده محجورا لأنه لم يلتزم الحفظ وهى الستة تمام العشرة ، وكذلك إذا بلغ ثم مات إلا أن يشهدوا أنها فى يده بعد البلوغ لزوال المانع وهو الصبا ، والمعتوه كالصبى فى ذلك .

وذكر البيرى أنه إذا مات الصبى بعد البلوغ ولم يدر متى هلكت الوديعة ولم يعلم كيف حالها لم يوجب القاضى ضمانا فى ماله بالعقد الموقوف حتى يقيم المدعى بينة يشهدون أنهم رأوها فى يده بعد البلوغ اه (قوله وليس منها مسألة أحد المتفاوضين) ذكر محمد فى كتاب شركة الأصل مسألة رابعة ، وهي أن أحد المتفاوضين إذا

لما نقله المصنف هنا .

وفى الشركة عن وقف الخانية أن الصواب أنه يضمن نصيب شريكه بموته مجهلا وخلافه غلط .

قلت : وأقره محشوها ، فبقى المستثنى تسعة فليحفظ وزاد الشرنبلالى فى شرحه للوهبانية على العشرة تسعة : الجد ووصيه ووصى القاضى وستة من المحجورين .

مات ولم يبين المال الذى كان فى يده لم يضمن نصيب شريكه كما فى المنبع نقلا عن تهذيب الواقعات للحسام الشهيد . وهكذا فى الولوالجية ، ولكن فى فتاوى قاضيخان : وأما أحد المتفاوضين إذا كان المال عنده ولم يبين حال المال الذى كان عنده فمات ، ذكر بعض الفقهاء أنه لا يضمن وأحاله إلى شركة الأصل وذلك غلط ، بل الصحيح أنه يضمن نصيب صاحبه انتهى .

والعلامة الكمال بن الهمام قال فى كتاب الشركة : الأمين إذا مات مجهلا يضمن إلا فى ثلاث ، وجعل عدم ضمان المفاوض منها ، ثم صرح فى كتاب الوقف بأن المستثنى ثلاث وسكت عن ضمان المفاوض وأورد بدله غيره فليوفق .

أقول : من الله التوفيق ، وغايته الحمل على اختلاف الروايتين ، ولكن يدفعه تغليط قاضيخان عدم الضمان ويصحح ضمان نصيب صاحبه ، ويدل عليه مانصه : فى القنية مات أحد المتفاوضين ومال الشركة ديون على الناس ولم يبين ذلك بل مات مجهلا يضمن ، كما لو مات مجهلا للعين انتهى . فظهر أن هذا هو المذهب وأن ماذكره المحقق الكمال ضعيف .

قال المصنف تبعا للبحر : وأما أحد المتفاوضين إذا كان المال عنده ولم يبين حال المال الذى كان عنده فمات ذكر بعض الفقهاء أنه لا يضمن وأحاله إلى شركة الأصل وذلك غلط ، بل الصحيح أنه يضمن نصيب صاحبه كذا فى الخانية من الوقف ، وبه يتضح أن مافى الفتح وبعض الفتاوى ضعيف وأن الشريك يكون ضامنا بالموت عن تجهيل عنانا أو مفاوضة ومال المضاربة مثل مال الشركة إذا مات المضارب مجهلا لمال المضاربة أو للمشترى بمالها .

قال فى البزازية من النوع الخامس عشر فى أنواع الدعاوى مانصه : وفى دعوى مال الشركة بسبب الموت مجهلا لابد أن يبين أنه مات مجهلا لمال الشركة ، وأما المشترى بمالها لا ومال الشركة مضمون بالمثل والمشترى بمالها مضمون بالقيمة ومثله مال المضاربة إذا مات المضارب مجهلا لمال المضاربة أو للمشترى بمالها وهذا صريح فى الضمان فإذا أقر فى مرضه أنه ربح ألفا ثم مات من غير بيان لاضمان إلا إذا أقر بوصولها إليه كما فى قاضيخان من كتاب المضاربة (قوله لما نقله المصنف هنا وفى الشركة) ونقله صاحب البحر فى الشركة (قوله أنه يضمن نصيب شريكه) عنانا أو مفاوضة ، ومال المضاربة مثل مال الشركة إذا مات المضارب مجهلا كما علمت (قوله وأقره محشوها) أى أقر الصواب محشو الأشباه (قوله فبقى المستثنى تسعة) أى بخروج الشريك من العشرة وهى الثلاثة المذكورة فى المصنف والستة المذكورة فى الأشباه (قوله وزاد الشرنبلالى فى شرحه للوهبانية على العشرة) أى بزيادة مسألة أحد المتفاوضين على ماتقدم (قوله الجد) قلت : يفهم من ذكر الأب ، فإن أحكامه أحكامه إلا فيما استثنى وهذه ليست منها ، وقدمنا ذكرها (قوله ووصيه ووصى القاضى) هما داخلان فى الوصى فى كلام الأشباه فلا وجه لزيادة ماذكر ، إلا أن يقال حمله على وصى الأب لبيان التفصيل للإيضاح فتأمل (قوله وستة من المحجورين) أى والسابع وهو الصبى المحجور عليه مذكور هنا .

لأن الحجر يشمل سبعة، فإنه لصغر ورق وجنون وغفلة ودين وسفه وعته ؛ والمعتوه كصبي ؛ وإن بلغ ثم مات لايضمن إلا أن يشهدوا أنها كانت في يده بعد بلوغه لزوال المانع وهو الصبا . فإن كان الصبي والمعتوه مأذونا لهما ثم ماتا قبل البلوغ والإفاقة ضمنا كذا في شرح الجامع الوجيز . قال فبلغ تسعة عشر ، ونظم عاطفا على بيتي الوهبانية بيتين وهي :

وكل أمين مات والعين يحصر وما وجدت عينا فدينا تصير
سوى متولي الوقف ثم مفاوض ومودع مال الغنم وهو المؤمر

قلت : هي تعلم من ذكر الصبي ط أي لو أودع عندهم وماتوا مجهلين فلا ضمان عليهم والستة من المحجورين وهم ماعدا الصغرى . وإنما أسقطه لأنه مذكور في الأشباه ؛ ومراده الزيادة على مافي الأشباه فافهم (قوله لأن الحجر يشمل سبعة) أي وقد قدمنا مالو كان المودع صبيا وهي من الصور التي ذكرها في الأشباه ولم يذكرها شارحنا هنا (قوله فإنه) أي الحجر لصغر مسألة الصغر من العشرة التي في الأشباه إلا أن يقول عدها هنا باعتبار قوله وإن بلغ ثم مات لايضمن تأمل . أو يقال : إن مراده مجرد المحجورين سبعة وأن مراده ستة منهم ماعدا الصغر لأنه مذكور في الأشباه ، ولذا قال وستة من المحجورين . (قوله ورق) قال في الظهيرية : لو أن عبدا محجورا عليه أودعه رجل مالا ثم أعتقه المولى ثم مات ولم يبين الوديعة فالوديعة دين في ماله سواء شهد الشهود بقيام الوديعة بعد العتق أم لا . وإن مات وهو عبد فلا شيء على مولاه إلا أن تعرف الوديعة فترد على صاحبها اهـ (قوله ودين) بفتح الدال وسكون الياء (قوله والمعتوه كصبي) قال في تلخيص الجامع : أودع صبيا محجورا يعقل ابن اثنتي عشرة سنة ومات قبل بلوغه مجهلا لايجب الضمان انتهى . ولعله قصد بكاف التشبيه الإشارة إلى مايأتي عن الوجيز تأمل . وعلل في الوجيز شرح الجامع الكبير عدم ضمانه بأنه لم يلتزم الحفظ ، ثم قال : وإن بلغ ثم مات فكذلك إلا أن يشهدوا أنها في يده بعد البلوغ لزوال المانع وهو الصبا ، والمعتوه كالصبي في ذلك فإن كان مأذونا لهما في ذلك ثم ماتا قبل البلوغ والإفاقة ضمنا اهـ وبه تتضح عبارة الشارح (قوله وإن بلغ) أي الصبي ومثله إذا أفاق المعتوه كما يؤخذ مما سلف (قوله مأذونا لهما) أي في التجارة كما في البيري عن خزانة الأكمل . أو في قبول الوديعة كما في الوجيز ، فإن عبارته كما في الحموي : فإن كانا مأذونا لهما في ذلك ثم ماتا قبل البلوغ والإفاقة ضمنا اهـ . ونص في الهندية على ضمانه في الصورتين إجماعا ط (قوله ثم ماتا قبل البلوغ والإفاقة ضمنا) هذا نشر على سبيل اللف . وهذه ثمرة تشبيه الشارح المعتوه بالصبي دون غيره . لأن ثمرته جعل السبعة ستة بتداخل العته في الصغر لأن الصبي المحجور عليه من عشرة الأشباه (قوله شرح الجامع) أي الكبير . وقوله الوجيز بدل من شرح فإن اسمه الوجيز (قوله قال) أي الشرنبلالي فبلغ : أي المستثنى (قوله تسعة عشر) أي بناء على عد المفاوض منها وهو غلط كما تقدم نقله عن قاضي خان (قوله ونظم الخ) أي نظم التسعة وبقية عشرة الأشباه (قوله وهي) أي الأبيات الأربعة الأولان لابن وهبان (قوله والعين) مفعول مقدم ليحصر والجملة حال : أي كل أمين مات والحال أنه يحوز العين . وما وجدت تلك العين بعينها فتصير دينا فضمير وجدت وتصير راجعان إلى العين . وكلمة ما نافية وضمير يحصر للأمين . ومعناه يحفظ (قوله وما وجدت) أي العين الأمانة عينا : أي معينة مشخصة (قوله تصير) بالبناء للمجهول (قوله ثم مفاوض) هذا على خلاف المعتمد كما قدمناه (قوله ومودع) بكسر الدال اسم فاعل . من أودع أي سوى مودع مال اليتيم ء . يعني إذا خرج السلطان إلى الغزو وغنموا فأودع بعض الغنيمة عند الغانمين ومات ولم يبين عند من أودع لاضمان عليه قاله أبو الطيب (قوله وهو المؤمر) أي الذي جعل أميرا على الجيش فإن ذلك له قبل القسمة فالمؤمر بصيغة اسم المفعول

وصاحب در ألقت الريح مثل ما   او القاه ملاك بها ليس يشعر
كذا والد جد وقاض وصيهم   جميعا ومحجور فوارث يسطر

(وكذا او خلطها المودع) بجنسها أو بغيره (بماله) أو مال آخر ابن كمال (بغير إذن) المالك

(قوله ألقت الريح) أى فى تلك الدار شيئا (قوله لو القاه) بدرج الهمزة (قوله ملاك) جمع مالك (قوله بها) أى بالدار (قوله ليس يشعر) تبع فيه صاحب الأشباه حيث قال بغير علمه. واعترضه الحموى بأن الصواب بغير أمره كما فى شرح الجامع إذ يستحيل تجهيل مالا يعلمه اهـ وقدمناه قريبا فكان عليه أن يقول فى النظم ليس يأمر (قوله جميعا) يعنى أن وصى الأب والجد والقاضى لا يضمن، وليس المراد أن الجميع أوصوا إليه، وقد مر الكلام على ذلك، ويأتى قريبا إن شاء الله تعالى (قوله ومحجور) بأنواعه السبعة: فإن كان المراد من المحجور ستة كما قدمه يكون الموجود فى النظم سبعة عشر تأمل (قوله فوارث) بغير تنوين: أى إذا مات مجهلا لما أخبره المورث به من الوديعة (قوله يسطر) خبر لمبتدإ محذوف أى وهذا يسطر لحفظه ويسطر مخفف.

قال ابن الشحنة: وفى التبيين قاعدة استثنى منها مسائل، فالقاعدة قال فى البدائع: او مات المضارب ولم يوجد مال المضاربة فإنه يعود دينا فيما خلف المضارب، وكذا المودع والمستعير وكل من كان المال فى يده أمانة إذا مات قبل البيان، ولا تعرف الأمانة بعينها فإنه يكون عليه دينا فى تركته لأنه صار بالتجهيل مستهلكا للوديعة ولا تصدق ورثته على الهلاك والتسليم إلى رب المال، ولو عين الميت المال فى حال الحياة أو علم ذلك تكون تلك الأمانة فى يد وصيه أو يد وارثه كما كانت فى يده: ويصدقون على الهلاك والدفع إلى صاحبه كما يصدق الميت فى حال حياته.

والمسائل الثلاثة المستثناة ذكرها بعد القاعدة فى التتمة ناقلا عن واقعات الناطفى، الأمانات تنقلب مضمونة بالموت إذا لم يبين إلا فى ثلاث مسائل:

إحداها متولى الأوقاف إذا مات ولم يعرف حال غلتها الذى أخذ ولم يبين لاضمان عليه.

الثانية إذا خرج السلطان إلى الغزو وغنموا فأودع بعض الغنيمة عند بعض الغانمين ومات ولم يبين عند من أودع لاضمان عليه.

الثالثة أن أحد(١) المتفاوضين إذا مات وفى يده مال الشركة اهـ: وقد علم ذلك مما قدمناه قريبا (قوله وكذا لو خلطها المودع) خلط مجاورة كقمح بقمح أو ممازجة كمائع بمائع.

اعلم أن الخلط على أربعة أوجه:

خلط بطريق المجاورة مع تيسر التمييز كخلط الدراهم البيض بالسود والدراهم بالدنانير والجوز باللوز وأنه لايقطع حق المالك بالإجماع، ولو هلك قبل التمييز هلك أمانة كما لو هلك قبل الخلط.

وخلط بطريق المجاورة مع تعسر التمييز كخلط الحنطة بالشعير، وذلك يقطع حق المالك ويوجب الضمان فى الصحيح، وقيل لاينقطع حق المالك عن المخلوط بالإجماع هنا ويكون له الخيار. وقيل القياس أن يكون المخلوط ملكا للخالط عند أبى حنيفة، وفى الاستحسان لايصير.

وخلط الجنس بخلافه ممازجة كخلط الخل بالشيرج وهو دهن السمسم والخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه وإنه يوجب انقطاع حق المالك إلى الضمان بالإجماع.

---

(١) (قوله أن أحد الخ) لعل الظاهر إسقاط لفظ أن أو زيادة لاضمان عليه بعد قوله مال الشركة فليحرر اهـ مصححه.

. . . .

وخلط الجنس بالجنس ممازجة كخلط دهن اللوز بدهن اللوز أو دهن الجوز بدهن الجوز أو اللبن باللبن أو خلط الجنس بالجنس مجاورة كخلط الحنطة بالحنطة أو الشعير بالشعير أو الدراهم البيض بالدراهم البيض أوالسود بالسود، فعند أبي حنيفة هو استهلاك مطلقا لاسبيل لصاحبه إلا التضمين المودع مثله أوقيمته وصار المخلوط ملكا للخالط ، ولا يباح له قبل أداء الضمان ، ولا سبيل للمالك عليها عند أبي حنيفة ، ولو أبرأه سقط حقه من العين والدين وعندهما لاينقطع ملك المالك عن المخلوط بل له الخيار ، إن شاء ضمن الخالط مثله ، وإن شاء شاركه فى المخلوط بقدر دراهمه ، لأنه يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكا من وجه فيميل إلى أيهما شاء لأن القسمة فيما لاتتفاوت آحاده إفراز وتعيين حتى ملك كل واحد من الشريكين أن يأخذ حصته عينا من غير قضاء ولا رضا ، فكان إمكان الوصول إلى عين حقه قائما معنى فيخير . وله أنه استهلاك من كل وجه لأنه فعل يتعذر معه الوصول إلى عين حقه ولا يكون الاستهلاك من العباد أكثر من ذلك لأن إعدام المحل لايدخل تحت قدرتهم فيصير ضامنا زيلعي ومسكين . وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه جعل الأقل تابعا للأكثر ، وقال محمد رحمه الله تعالى : يشاركه بكل حال ، وكذلك أبو يوسف رحمه الله تعالى فى كل مائع خلطه بجنسه يعتبر الأكثر . وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول بانقطاع حق المالك فى الكل ، ومحمد رحمه الله تعالى بالتشريك فى الكل هندية .

ولو خلط المتولى ماله بمال الوقف لم يضمن وفى الخلاصة ضمن ، وطريق خروجه من الضمان الصرف فى حاجة المسجد أو الرفع إلى الحاكم منتقى .

القاضى لو خلط مال صبى بماله لم يضمن ، وكذا سمسار خلط مال رجل بمال آخر ، ولو بماله ضمن ، وينبغى أن يكون المتولى كذلك ، ولا يضمن الوصى بموته مجهلا ، ولو خلط بماله ضمن .

يقول الحقير : وقد مر نقلا عن المنتقى أيضا أن الوصى لو خلط ماله بمال اليتيم لم يضمن .

وفى الوجيز أيضا قال أبو يوسف : إذا خلط الوصى مال اليتيم بماله فضاع لايضمن نور العين من أواخر السادس والعشرين .

وبخط السائحانى عن الخيرية : وفى الوصى قول بالضمان اهـ قلت : فأفاد أن المرجح عدمه .

والحاصل أن من لا يضمن بالخلط بماله المتولى والقاضى والسمسار بمال رجل آخر والوصى ، وينبغى أن الأب كذلك ، يؤيده ما فى جامع الفصولين : لايصير الأب غاصبا بأخذ مال ولده ، وله أخذه بلا شىء لو محتاجا وإلا فلو أخذه لحفظه فلا يضمن إلا إذا أتلفه بلا حاجة اهـ بل هو أولى من الوصى تأمل ، والمراد بقوله ولده الولد الصغير كما قيده فى الفصول العمادية .

وفى الهندية : ولو خالطت الفضة بعد الإذابة صار من المائعات لأنه مائع حقيقة عند الخلط فيكون على الخلاف المذكور كذا فى التبيين .

وفى الفتاوى العتابية : ولو كان عنده حنطة وشعير لواحد فخلطهما ضمنهما كذا فى التاتارخانية ، وإن كان الذى خلط الوديعة أحدا ممن هو فى عياله كزوجته وابنه فلا ضمان عليه والضمان على الخالط . وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا سبيل للمودع والمودع على العين إذا خلطها الغير ويضمنان الخالط . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى إن شاءا ضمنا الخالط وإن شاءا أخذا العين وكانا شريكين سواء كان الخالط كبيرا أو صغيرا كذا فى السراج الوهاج ، حرا كان أو عبدا كذا فى الذخيرة .

(بحيث لاتتميز) إلا بكلفة كحنطة بشعير ودراهم جياد بزيوف مجتبى (ضمنها) لاستهلاكه بالخلط، لكن لأيباح تناولها قبل أداء الضمان وصح الإبراء ، ولو خلطه بردىء ضمنه لأنه عيبه وبعكسه شريك لعدمه مجتبى (وإن بإذنه اشتركا) شركة أملاك كما لو اختلطت بغير صنعه كأن انشق الكيس لتعدم التعدى ؛ وإن خلطها غير المودع ضمن الخالط ولو صغيرا ، ولا يضمن أبوه خلاصة .
(ولو أنفق بعضها فرد مثله فخلطه بالباقى) خلطا لايتميز معه (ضمن) الكل لخلط ماله بها؛ فلو تأتى التميز

وقد قالوا إنه لا يسع الخالط أكل هذه الدنانير حتى يؤدى مثلها إلى أربابها ، وإن غاب الذى خاطها بحيث لا يقدر عليه ، فإن تراضيا على أن يأخذها أحدهما وقد دفع قيمة مال الآخر جاز ، وإن أبيا ذلك أو أبى أحدهما وقالا نبيع ذلك فباعاها ضرب كل واحد منهما فى الثمن بحصته ، فإن كان المخلوط حنطة وشعيرا ضرب صاحب الحنطة بقيمتها حنطة مخلوطة وضرب صاحب الشعير بقيمة شعيره غير مخلوط كذا فى السراج الوهاج اه (قوله بحيث لا تتميز) أى أصلا كخلط الشيرج مع الزيت أو مع التعسر كما مثل به الشارح بقوله إلا بكلفة كحنطة . واستفيد منه أن المراد بعدم التميز عدمه على وجه التيسير لاعدم إمكانه مطلقا كما فى البحر (قوله ضمنها لاستهلاكه بالخلط) وإذا ضمنها ملكها ، ولا تباح له قبل أداء الضمان ، ولا سبيل للمالك عليها عند أبى حنيفة كما قدمناه (قوله وصح الإبراء) فلو أبرأه سقط حقه من العين والدين كما قدمنا (قوله ولو خلطه) أى الجيد (قوله ضمنه) أى الجيد : أى ضمن مثل الجيد (قوله وبعكسه) أى لو خلط ردىء الوديعة بجيدها (قوله شريك) نقل نحوه المصنف عن المجتبى . ونص عبارته : لو خلط الوديعة بماله حتى لا تتميز يضمنها به ولا سبيل للمودع عليها عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى . وعندهما يشركه إلى أن ذكر : ولو صب الردىء على الجيد يضمن مثل الجيد لأنه تعيب ، وفى عكسه كان شريكا لأن الردىء لايتعيب بالجيد اه فقد عرفه على قولهما القائلين بأن الخلط سبب الشركة ثم استثنى منها ماإذا خلط الردىء بالجيد وهو صحيح كما علمت مما قدمناه وأما ما ذكره هنا مع اقتصاره على قول الإمام فإنه لا معنى له لأنه إذا خلطه ملكه ووجب ضمانه ولو أبرأه عنه طاب سواء خلطه بالجيد أو بالردىء أو بالمماثل ، إلا أن هذا فى غير الوديعة أو قول مقابل لما سبق من أن الخلط فى الوديعة يوجب الضمان مطلقا إذا كان لايتميز تأمل وتدبر (قوله لعدمه) أى عدم التعدى وهو علة المحذوف أى ولا يضمن . قال فى المنح : فإن هلك بعضها هلك من مالهما جميعا ويقسم الباقى بينهما على قدر ماكان لكل واحد منهما كالمال المشترك اه (قوله كأن انشق الكيس) فى صندوقه فاختلط بدراهمه اشتركا أى المودع والمودع فى المخلوط ، حتى لو هلك بعضها هلك من ماليهما دراهم ، ويقسم الباقى بينهما على قدر ماكان لكل منهما أبو السعود (قوله ولو خلطها غير المودع) أى سواء كان أجنبيا أو من فى عياله كما علمت (قوله ضمن الخالط) عند الإمام . وقالا إن شاء ضمنها الخالط وإن شاء أخذ العين وكانا شريكين كما قدمناه عن الهندية (قوله ولو صغيرا) لأنه من التعدى على أموال الناس ، كما لو كسر زجاجات الغير فإن الضمان عليه (قوله فرد مثله) قال ابن سماعة عن محمد : فى رجل أودع رجلا ألف درهم فاشترى بها ودفعها ثم استردها بهبة أو شراء وردها إلى موضعها فضاعت لم يضمن . وروى عن محمد أو قضاها غريمه بأمر صاحب الوديعة فوجدها زيوفا فردها على المودع فهلكت ضمن تاترخانية (قوله خلطا لا يتميز) أى الباقى مع الخلط (قوله لخلط ماله بها) قال فى البحر: ضمن الكل البعض بالإنفاق والبعض بالخلط لأنه متعد بالإنفاق منها، وما رده باق على ملكه اه (قوله فلو تأتى التميز) كخلط الدراهم السود بالبيض أو الدراهم بالدنانير فإنه لا يقطع حق المالك

أو أنفق ولم يرد أو أودع وديعتين فأنفق إحداهما ضمن ما أنفق فقط مجتبى ، وهذا إذا لم يضره التبعيض .

(وإذا تعدى عليها) فلبس ثوبها أو ركب دابتها أو أخذ بعضها (ثم رد) عينه إلى يده (حتى زال التعدى زال) ما يؤدى إلى (الضمان) إذا لم يكن من نيته العود إليه أشباه من شروط النية

بإجماع كما قدمناه (قوله أو أنفق ولم يرد) فهلك الباقى لايضمن لأنه حافظ للباقى (قوله وهذا إذا لم يضره التبعيض) مرتبط بقوله أو أنفق ولم يرد كما فى البحر .

وفيه : وقيد بقوله فرد مثلها لأنه لو لم يرد كان ضامنا لما أنفق خاصة لأنه حافظ للباقى ، ولم يتعيب لأنه مما لا يضره التبعيض ، لأن الكلام فيما إذا كانت الوديعة دراهم أو دنانير أو أشياء من المكيل والموزون اه .

قال الطحاوى : ولم أر فيما إذا فعل ذلك فيما يضره التبعيض هل يضمن الجميع أو ما أخذ ونقصان ما بقى فيحرر اه .

أقول : وتحريره ما قاله العلامة أبو الطيب : فردتا ظفار إذا باع أحدهما فعيب تعيب الثانى أو باع بعض الفردة فيضمن الكل اه (قوله وإذا تعدى) أى المودع عليها ، أما إذا هلكت من غير تعد فلا ضمان وشرط الضمان باطل كشرط عدمه فى الرهن أبو السعود فى حاشية الأشباه (قوله أو ركب دابتها) أو استخدم عبدها أو أودعها غيره (قوله حتى زال التعدى) بأن رد الثوب إلى مكانه والدابة إلى مربطها وأخذ البعض برده إلى يده وترك استخدام العبد واسترد الوديعة من الغير (قوله زال ما يؤدى إلى الضمان) وهو التعدى، ولاحاجة إلى هذه الزيادة لأنها أدت إلى ركاكة عبارة المصنف ، لأنه يصير المعنى ثم زال التعدى زال التعدى ، لأن ما يؤدى إلى الضمان هو التعدى ، فلو أسقطه لكان أحسن كما وقع فى العينى والدرر حيث قالا : وإن زال التعدى زال الضمان ، بمعنى أن الوديعة إذا ضاعت بعد العود إلى يده لم يضمن خلافا للشافعى . قال العينى لأن الضمان وجب دفعا للضرر الواقع وقد ارتفع بالعود إلى الوفاق فلا يضمن ، وهذا مقيد بما لم ينقصها الاستعمال فإن نقصها ضمن أى النقصان لصيرورته حابسا لجزء منها على وجه التعدى ، وكذا فى شرح تنوير الأذهان ، وإنما زال الضمان لأنه مأمور بالحفظ فى كل الأوقات فإذا خالف فى البعض ثم رجع أتى بالمأمور به ، كما إذا استأجره للحفظ شهرا فترك الحفظ فى بعضه ثم حفظ فى الباقى استحق الأجرة بقدره اه منح (قوله إذا لم يكن من نيته العود إليه) فلو لبس ثوب الوديعة ونزعه ليلا ومن عزمه أن يلبسه نهارا ثم سرق ليلا لايبرأ عن الضمان بحر من الجنايات معزيا للظهيرية ، ولم يذكر المصنف حكم دعواه العود هل يكتفى بمجرد دعواه العود وإن لم يصدقه صاحب الوديعة ، وهو مذكور فى العمادية : وعبارتها : ولو أقر المودع أنه استعملها ثم ردها إلى مكانها فهلكت لايصدق إلا ببينة .

فالحاصل أن المودع إذا خالف فى الوديعة ثم عاد إلى الوفاق إنما يبرأ عن الضمان إذا صدقه المالك فى العود فإن كذبه لا يبرأ إلا أن يقيم البينة على العود إلى الوفاق .

ورأيت فى موضع آخر : المودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق فكذبه المودع فالقول قول المودع كما فى الرهن ، بخلاف ما إذا جحد الوديعة أو منعها ثم اعترف فإنه لايبرأ إلا بالرد على المالك كما فى الحواشى الحموية (قوله أشباه) عبارتها : قالوا فى المودع إذا لبس ثوب الوديعة ثم نزعه ومن نيته أن يعود إلى لبسه لم يبرأ من الضمان اه .

قال البيرى : هذا عجيب من المؤلف حيث قال قالوا المشعر بأن ذلك قول علمائنا كافة مع علمه بأن ذلك

بخلاف المستعير والمستأجر ، فلو أزال لم يبرء لعملهما لأنفسهما ، بخلاف مودع ووكيل بيع أو حفظ أو إجارة أو استئجار

قول لصاحب الظهيرية وتخريجه ، وقد نقله عنه فيما يأتى ، ونصه : عندى المودع إذا لبس قميص الوديعة بغير إذن المودع فنزعه بالليل للنوم فسرق القميص فى الليل ، فإن كان من قصده أن يلبس القميص من الغد لا يعد هذا ترك الخلاف حتى لا يضمن اهـ وبه انتهى كلام البيرى .

أقول : ويمكن أنه أتى بلفظ قالوا للتبرى ، ويؤيد ذلك قول صاحب البحر عقب ذكره عبارة الخلاصة قوله فراجعه : لكن قال فى الذخيرة : لو وضع طبق وديعة على رأس الجب فوقع فيه ، إن وضع على وجه الاستعمال ضمن وإلا فلا اهـ .

وفى جامع الفصولين : وضع طبق الوديعة على رأس الخابية ضمن لو فيها شىء يحتاج إلى التغطية كماء ودقيق ونحوه لأنه استعمال صيانة لما فيها لا لو لم يكن فيها شىء ، ولو وضع ثوبا على عجين ضمن للاستعمال؛ وضع الطشت على رأس التنور ضمن لو قصد التغطية وإلا لا لأنه مستعمل فى الأول لا فى الثانى اهـ وأنت خبير بأن ما فى الذخيرة أعم فتأمل .

مطلب رجل تناول مال إنسان بلا أمره فى حياته ثم رده لورثته بعد موته

[فرع] رجل تناول مال إنسان فى حال حياته ثم رده إلى ورثته بعد موته يبرأ عن الدين ويبقى حق الميت فى مظلمته إياه ولا يرجى له الخروج عنها إلا بالتوبة والاستغفار للميت والدعاء له اهـ نور العين عن الخانية (قوله بخلاف المستعير والمستأجر) يعنى إذا تعدى فى المستعار والمستأجر بأن استعار ثوبا ليلبسه فلبسه يومين ونزعه للتسليم أو استأجر الدابة ليركبها أياما معدودة أو ليحمل عليها أمنانا معلومة فركبها أو حملها أكثر منها ثم ردها كما كانت لم يبرأ خلافا لزفر رحمه الله تعالى فيهما ، لأن البراءة منه إنما تكون بإعادة يد المالك حقيقة أو حكما ولم يوجد ذلك لأن قبضهما لأنفسهما ، بخلاف المودع فإن يده يد المالك حكما لأنه عامل له فى الحفظ زيلعى . وقيل إذا استأجر الدابة ذاهبا وجائيا يبرأ ، وإن ذاهبا فقط لا يبرأ لأن العقد انتهى بالوصول إلى ذلك المكان وبالعود إليه لا يعود العقد بينهما شلبى .

قال فى جامع الفصولين : مستأجر الدابة والمستعير لو نوى أن لا يردها ثم ندم لو كان سائرا عند النية ضمن لو هلكت بعد النية ، أما لو كان واقفا إذا ترك نية الخلاف عاد أمينا اهـ .

واعلم أن ما مشى عليه المصنف تبعا للكنز هو المفتى به كما فى الشرنبلالية احترازا عما ذكره فى الدرر من أن منهم من قال المستعير والمستأجر إذا خالفوا ثم عادوا إلى الوفاق برءوا عن الضمان إذا كانت مدة الإيداع والإعارة باقية الخ (قوله فلو أزال) أى التعدى (قوله لعملهما لأنفسهما) وعلله البيرى بأنهما مأموران بالحفظ تبعا للاستعمال أى المأذون فيه مقصودا ، فإذا انقطع الاستعمال المذكور لم يبق الحفظ ثابتا فلا يبرءان بالعود اهـ ط .

وفى جامع الفصولين : ولو مأمورا بحفظ شهر فمضى شهر ثم استعملها ثم ترك الاستعمال وعاد إلى الحفظ ضمن إذا عاد والأمر بالحفظ قد زال اهـ (قوله بخلاف مودع) لا حاجة إليه لأنه أصل المسألة المقصودة بالذكر ولكن إنما ذكره ليظهر عدها ، ويتضح الاستثناء فى قوله إلا فى هذه العشرة ط (قوله ووكيل بيع) بأن استعمل ما وكل ببيعه ثم ترك وضاع لا يضمن (قوله أو حفظ) تقدمت صورته قريبا (قوله أو إجارة) بأن وكله ليؤجر له دابته فركبها ثم ترك (قوله أو استئجار) بأن دفع له دراهم ليستأجر له بيتا فدفعها فى استئجار دكان

ومضارب ومستبضع وشريك عنانا أو مفاوضة ومستعير رهن أشباه .
والحاصل أن الأمين إذا تعدى ثم أزاله لا يزول الضمان إلا فى هذه العشرة لأن يده كيد المالك ، ولو كذبه فى عوده للوفاق فالقول له ، وقيل للمودع عمادية (و) بخلاف (إقراره بعد جحوده) أى جحود الإيداع ،

ثم استردها بعينها فهلكت فإنه لا يضمن (قوله ومضارب ومستبضع) إذا خالف ودفع المال لنفقته ثم عاد إلى الوفاق صار مضاربا ومستبضعا أبو السعود عن الشيخ صالح (قوله وشريك عنانا أو مفاوضة) فإنهما يعودان أمينين بالعود إلى الوفاق أبو السعود ، أما شريك الملك فإنه إذا تعدى ثم أزال التعدى لا يزول الضمان كما هو ظاهر ، لما تقرر أنه أجنبى فى حصة شريكه ، فلو أعار دابة الشركة فتعدى ثم أزال التعدى لا يزول الضمان ، ولو كانت فى نوبته على وجه الحفظ فتعدى ثم أزاله يزول الضمان وهى واقعة الفتوى سئلت عنها فأجبت بما ذكرت وإن لم أرها فى كلامهم للعلم بها بما ذكر إذ هو مودع فى هذه الحالة. وأما استعمالها بلا إذن الشريك فهى مسئلة مقررة مشهورة عندهم بالضمان ويصير غاصبا رملى على المنح (قوله ومستعير رهن) أى إذا استعار عبدا ليرهنه أو دابة فاستخدم العبد وركب الدابة قبل أن يرهنها ثم رهنها بمال بمثل القيمة ثم قضى بالمال ولم يقبضها حتى هلكت عند المرتهن لا ضمان على الراهن لأنه قد برىء عن الضمان حين رهنها فإذا كان أمينا خالف فقد عاد إلى الوفاق ، وإنما كان مستعير الرهن كالمودع لأن تسليمها إلى المرتهن يرجع إلى تحقيق مقصود المعير ، حتى لو هلك بعد ذلك يصير دينه مقضيا فيستوجب المعير الرجوع على الراهن بمثله فكان ذلك بمنزلة الرد عليه حكما فلهذا برىء عن الضمان ، كذا فى البحر معزيا إلى المبسوط اه نقله فى المنح ، وإنما قال ثم قضى المال ولم يقبضها لما ذكره أنه لو هلكت قبل أن يقضى المال كان قاضيا بها دينه فيضمن قيمتها لمالكها ، وقوله ثم رهنها بمال بمثل قيمتها ، الأولى أن يقول بما شرطه المرتهن لأنه لا يتجاوزه كما يأتى فى بابه تأمل . وقد علمت أن هذه المسألة مقيدة بما إذا تعدى ثم رهن ، فلو استعار ليرهن فتعدى ولم يرهن وضاعت فالضمان عليه ويكون داخلا فى حكم المستعير المذكور فى المصنف ، وأن هذه المسألة مستثناة من قول المصنف بخلاف المستعير كما أفاده فى شرح ط .

وقد سئل الخير الرملى عن المرتهن إذا مات مجهلا للرهن هل يضمنه كملا أم لا ؟ فأجاب نعم ، لأن الزائد عن الدين أمانة فتضمن كما هو ظاهر اه (قوله ثم أزاله) أى التعدى (قوله إلا فى هذه العشرة) بعد الشريك صورتين (قوله لأن يده كيد المالك) أى حكما لأنه عامل فى الحفظ ، وهذه علة لمسألة الوديعة المذكورة فى المصنف .

والحاصل أن كل أمين خالف ثم عاد إلى الوفاق عاد أمينا لأن يده يد المالك حكما لأنه عامل فى الحفظ إلا المستعير والمستأجر فإنهما ضامنان مطلقا لأن قبضهما العين كان لأنفسهما لاستيفاء المنافع ، فإذا ترك الخلاف لم يوجد الرد إلى صاحبها لا حقيقة ولا حكما ، بخلاف المودع وما عطف عليه فإن يده يد المالك حكما لأنه عامل فى الحفظ كما ذكرنا (قوله فالقول له) أى للمالك إلا أن يقيم المودع البينة على العود إلى الوفاق ، والأولى التصريح بذلك لدفع اللبس الواقع فى العبارة فتأمل ط (قوله وقيل للمودع) بفتح الدال لأنه ينفى الضمان عنه أى ولا يشترط إقامة البينة على العود إلى الوفاق ، وظاهر كلامهم اعتماد الأول (قوله وبخلاف إقراره بعد جحوده) بأن قال لم تودعنى . أما لو قال ليس له على شىء ثم ادعى ردا أو تلفا صدق أبو السعود عن الشرنبلالية ومثله جحوده بلا إقرار بأن أقام بينة بعد الجحود كما فى الدرر ، وقوله وبخلاف إقراره معطوف على قوله

حتى لو ادعى هبة أو بيعا لم يضمن خلاصة ، وقيد بقوله (بعد طلب) ربها (ردها) فلو سأله عن حالها فجحدها فهلكت لم يضمن بحر ، وقيد بقوله (ونقلها من مكانها وقت الإنكار) أى حال جحوده ، لأنه لو لم ينقلها وقته فهلكت لم يضمن خلاصة ، وقيد بقوله (وكانت) الوديعة (منقولا) لأن العقار

بخلاف المستعير والمستأجر (قوله حتى لو ادعى هبة أو بيعا) يعنى قيد بقوله بعد جحوده ، لأنه لو ادعى أن المالك وهبها له أو باعها منه وأنكر صاحبها ثم هلكت لاضمان على المودع لأنهما اتفقا على اليد واختلفا فى الجهة فيحمل على المحقق وهو يد الأمانة والملك للمالك (قوله وقيد بقوله بعد طلب ربها) ومثله طلب امرأة الغائب وجيران اليتيم من الوصى لينفق عليه من ماله كما فى الخانية ، ومثله فى التاترخانية ، وقوله بعد متعلق بقوله بجحوده (قوله فلو سأله عن حالها) بأن قال ماحال وديعتى عندك ليشكره على حفظها بحر ، والأولى أن يقول لأنه الخ بدل الفاء وكذا يقال فيما يأتى (قوله فجحدها) قال الرملى : هذا ليس بجحود حقيقة ، وإنما هو حفظ فاستغنى فى الكنز عن ذكره (قوله لم يضمن) لأن كتمان الوديعة أمكن فى حفظها لأن بذكرها قد يتنبه لها الظالم والسارق فكان جحوده من باب الحفظ ، بخلاف ما إذا كان جحوده عند طلب المالك لها فإن بالطلب ينتهى الإيداع فإنه ما أوعها إلا ليسلمها له عند حاجته إليها فبالمنع يكون غاصبا فيضمن ولم تبق يده يد المالك ، فبإقراره بعد ذلك لم يحصل الرد إلى مالكها لاحقيقة ولا حكما فلذا لايبرأ عن الضمان إلا بتسليمها إلى المالك حقيقة (قوله ونقلها من مكانها وقت الإنكار) المراد به زمن الإنكار ، وليس المراد نقلها وقته حقيقة لأنه لايتأتى إلا فى نادر من الصور .

وعبارة الخلاصة : وفى غصب الأجناس إنما يضمن إذا نقلها عن موضعها الذى كانت فيه حال الجحود وإن لم ينقلها وهلكت لايضمن اه وهو ظاهر ، وعليه فهو متعلق بقوله مكانها ، وانظر مالو كان نقلها قبله وفى نيته الجحود ، وقد نقل هذا التقييد الشرنبلالى عن الناطفى . ونقل عن جامع الفصولين أنه يضمن بجحوده الوديعة كالعارية ولو لم يحوّلها ، وقوله وكانت منقولا لاحاجة إليه بعد قوله ونقلها من مكانها ، ولو قدمه عليه لكان أولى (قوله لأنه لو لم ينقلها وقته) صادق بعدم النقل أصلا وبنقلها بعده وقبله ، وإنما اعتبر النقل ليتحقق الغصب فى المنقول ، إذ الغصب إزالة اليد المحققة وإثبات اليد المبطلة ، وهو إنما يتحقق بنقلها من مكانها وقت الجحود لأن يده عليها يد أمانة لاضمان ، فإذا جحدها فنقلها فقد أزال يد الأمانة وأثبت يد الغصب ، بخلاف ما إذا لم ينقلها فإن يد الأمانة باقية ، وقد نقل هذا القيد الشرنبلالى كما قدمناه .

ونصه : إذا جحد المودع الوديعة بحضرة صاحبها يكون ذلك فسخا للوديعة ، حتى لو نقلها المودع من المكان الذى كان فيه حالة الجحود يضمن ، وإن لم ينقلها عن ذلك المكان بعد الجحود فهلكت لايضمن اه ونقله فى التاترخانية عن الخانية معزيا للناطفى ، لكن ذكر فى جامع الفصولين أنه يضمن بجحود الوديعة كالعارية ولو لم يحولها .

وفى المنتقى : لو كانت العارية مما يحول يضمن بالإنكار وإن لم يحولها وفى البدائع أن العقد ينفسخ بطلب المالك لأنه لما طلبها فقد عزله عن الحفظ أو لما جحده المودع بحضرة المالك فقد عزل نفسه عن الحفظ فبقى مال الغير فى يده بغير إذنه فيكون مضمونا ، فإذا هلك تقرر الضمان اه .

قال الخير الرملى : لم يظهر لأصحاب المتون صحة هذا القول فلم ينظروا إليه فراجع المطوّلات يظهر لك ذلك اه فتأمل (قوله وكانت الوديعة منقولا) . أقول : العقار مقرر عدم الضمان فيه لعدم تصوّر غصبه فلم

لايضمن بالجحود عندهما خلافا لمحمد فى الأصح غصب الزيلعى ، وقيد بقوله (ولم يكن هناك من يخاف منه عليها) فلو كان لم يضمن لأنه من باب الحفظ ، وقيد بقوله (ولم يحضرها بعد جحودها) لأنه لو جحدها ثم أحضرها فقال له ربها دعها وديعة ، فإن أمكنه أخذها لم يضمن لأنه إيداع جديد وإلا ضمنها لأنه لم يتم الرد اختيار ، وقيد بقوله (لمالكها) لأنه لو جحدها لغيره لم يضمن لأنه من الحفظ فإذا تمت هذه الشروط لم يبرأ بإقراره إلا بعقد جديد ولم يوجد .

(ولو جحدها ثم ادعى ردها بعد ذلك وبرهن عليه قبل) وبرئ (كما لو ردها قبل الجحود

يصرح فى الكنز بنفيه اكتفاء بذلك كما سيذكره فى بابه ، أو لأن الأصح مذهب محمد فيه فأراد دخوله تأمل ذكره الخير الرملى (قوله لايضمن بالجحود عندهما) لعدم تصوّر غصبه (قوله خلافا لمحمد) فإن الغصب يجرى فيه عنده ، فلو جحده يكون ضامنا (قوله فى الأصح) أى قوله هو الأصح (قوله غصب الزيلعى) أى ذكره الزيلعى فى كتاب الغصب (قوله ولم يكن هناك من يخاف منه عليها) أى لأنه لو جحدها فى وجه عدوّ يخاف عليها التلف ، إن أقر ثم هلكت لايضمنها لأنه إنما أراد حفظها كذا فى المنح (قوله فلو كان لم يضمن) أى إن أقر ثم هلكت (قوله وقيد بقوله ولم يحضرها الخ) أقول : لم يصرح به فى الكنز . والجواب عنه أنه حيث قلتم إنه إيداع جديد فما مدخله فى مسألتنا فتأمله ذكره الخير الرملى (قوله فإن أمكنه) أى ربها أخذها عند إحضارها ليجعل قابضا لها (قوله لم يضمن لأنه إيداع جديد) أى بقوله دعها فيكون إبقاؤها إيداعا جديدا (قوله وإلا) أى وإن لم يكن المالك أخذها عند إحضارها (قوله ضمنها) لأنه لم يجعل قابضا لها فبقيت مضمونة على جاحدها (قوله لأنه لم يتم الرد) أى ردها إلى المالك بإحضارها عند عدم تمكنه من أخذها فلا يصح الإيداع الجديد لأن الإيداع إنما يكون لعين ماله ، وهو إنما يستحق على المودع ضمانها فهو كالدين فى ذمته والمضمون لايصير أمانة إلا بعد الخروج عن عهدة ضمانه وذلك بالتسليم التام الذى يمكن المالك معه القبض والتسليم (قوله وقيد بقوله لمالكها) أو وكيله كما فى التاترخانية فاللام بمعنى عند ، ويؤيده قول الدرر أو جحودها عند مالكها .

قال الخير الرملى : لاحاجة إليه : أى مالكها لأنه هو المراد لاغيره إذ الكلام فيه فلذا لم يذكره فى الكنز (قوله فإذا تمت الشروط) وهى طلب ردها ونقلها وكونه منقولا وعدم الخوف عليها وعدم إحضارها بعد جحودها وكون الجحود لمالكها لم يبرأ الخ (قوله إلا بعقد جديد ولم يوجد) والحاصل على ماذكره المصنف أنه لايضمن إلا بشروط : أن يجحد عند سؤال ردها ، وأن ينقلها ، وأن يكون نقلها زمن إنكاره ، وأن تكون مما ينقل ، وأن لايكون عند الإنكار من يخاف عليها منه ، وأن لايحضرها بعد الجحود ، وأن يكون الجحود لمالكها ، فإن وجدت هذه الشروط ضمن وإلا بأن جحد عند غير صاحبها أو عنده حين يسأله عن حالها من غير أن يطالب منه الرد أو طلب منه الرد عند من يخاف منه فجحدها لايضمن (قوله قبل) لعدم تناقضه فإنه يقول إنى بعد أن جحدتك الوديعة نسيانا أو ظلما ثم تذكرت(١) أو رجعت عن الظلم كان مدعيا فإذا نوّر دعواه بالبينة قبلت فيبرأ عن الضمان (قوله كما لو برهن الخ) هكذا نقله فى الخانية والخلاصة .

ونقل فى البحر عن الخلاصة أنه لايصدق ، لكن فى عبارته سقط ويدل عليه أن الكلام فى البينة لافى مجرد الدعوى ، حتى يقال لايصدق .

---

(١) (قوله ثم تذكرت) لعل الظاهر إسقاط ثم .

وقال غلطت فى الجحود أو نسيت أو ظننت أنى دفعتها) قبل برهانه .

ولو ادعى هلاكها قبل جحودها حلف المالك ما يعلم ذلك ، فإن حلف ضمنه ، وإن نكل برئ وكذا العارية منهاج .. ويضمن قيمتها يوم الجحود إن علم

وعبارة الخلاصة بعد قوله لم يستودعنى هكذا : وفى الأقضية : لو قال لم يستودعنى ثم ادعى الرد أو الهلاك لايصدق ، ففى عبارته سقط .

قال فى الخانية : وذكر فى المنتقى إذا جحد المودع الوديعة ثم ادعى أنه ردها بعد ذلك وأقام البينة قبلت بينته ، وكذا لو أقام البينة أنه ردها قبل الجحود وقال إنما غلطت الخ ، فظهر أن فيما نقله صاحب البحر عن الخلاصة سقط .

وفى الخانية أيضا : ولو جحد المودع الوديعة ثم أقام البينة على هلاكها قبل الجحود ، إن قال ليس لك عندى وديعة قبلت بينته ويبرأ عن الضمان . ولو قال نسيت فى الجحود أو قال غلطت ثم أقام البينة أنه دفعها إلى صاحبها قبل الجحود برئ اه (قوله وقال غلطت) حال من الضمير فى برهن الثانية التى هى على الرد قبل الجحود لأنه متناقض فى دعواه ذلك لأنه حيث جحدها زعم أنه لاوديعة عنده فلا يتأتى الرد لنفى أصل الوديعة فيحتاج إلى التوفيق ، فإذا قال غلطت : أى أردت أن أقول رددتها فقلت لاوديعة عندى أو لم تودعنى شيئا لأن الوديعة التى قد أودعتها عندى قد انتهت بالتسليم إليك فصرت كأن لم تودع شيئا فيقبل حينئذ برهانه لارتفاع التناقض ، وكذا لو قال نسيت : أى حين سألتنى عن الوديعة بعد ردها إلياك نسيت الإيداع والرد فلذلك قلت لك لم تودعنى شيئا ثم تذكرت وهذه بينتى على الرد تقبل (قوله أو ظننت أنى دفعتها) أى وبعد الدفع لم أكن مودعا فأنا صادق فى قولى لك لم تودعنى لأنى قد برئت من وديعتك بتسليمها إليك (قوله ولو ادعى هلاكها قبل جحودها حلف المالك الخ) أى عند القاضى بطلب المودع عند عدم إقامة البينة على الضياع من المودع ؛ لأن كل من إذا أقر بشىء لزمه يحلف عند إنكاره ، والمالك لو أقر بهلاكها قبل جحود المودع انتفى الضمان ، فإذا أنكره يحلف ، فإذا حلف ضمنها المودع لعدم ثبوت مدعاه فيضمن بجحوده ، وإن نكل برئ المودع لأن النكول إقرار أو بذل على ماعرف (قوله مايعلم ذلك) لأنه تحليف على غير فعله فيكون على العلم وذلك عند عدم إقامة البينة على الضياع من المودع . أما إذا أقام بينة ، فإن كان قبل الجحود تقبل لعدم التعدى والتناقض ، وإن بعده لاتقبل لأنه بالجحود غاصب ولم يرد إلى المالك كما تقدم .

قال فى الهندية : إذا أقام رب الوديعة البينة على الإيداع بعد ماجحد المودع وأقام المودع البينة على الضياع ، فإن جحد المودع الإيداع بأن يقول للمودع لم تودعنى ، فى هذا الوجه المودع ضامن وبينته على الضياع مردودة سواء شهد الشهود على الضياع قبل الجحود أو بعد الجحود ، وإن جحد الوديعة بأن قال ليس لك عندى وديعة ثم أقام البينة على الضياع ، إن أقام البينة على الضياع بعد الجحود فهو ضامن ، وإن أقام بينته على الضياع قبل الجحود فلا ضمان ، وإن أقام بينته على الضياع مطلقا ولم يتعرضوا لكونه قبل الجحود أو بعده فهو ضامن اه (قوله فإن حلف ضمنه) أى ضمن المالك المودع لعدم ثبوت مدعاه فيضمن بجحوده ، وإن نكل برئ : أى المودع لأن النكول إقرار أو بذل كما سمعت (قوله وكذا العارية) أى إذا ادعى المستعير هلاكها قبل جحوده فإن القاضى يحلفه على العلم (قوله ويضمن قيمتها يوم الجحود إن علم) الأصوب علمت : أى القيمة لأن الفاعل ضمير مؤنث متصل فتلزم التاء .

وإلا فيوم الإيداع عمادية بخلاف مضارب جحد ثم اشترى لم يضمن خانية (و) المودع (له السفر بها)

ونقل فى المنح قبله عن الخلاصة : ضمان القيمة يوم الإيداع بدون تفصيل ، لكنه متابع فى النقل عن الخلاصة لصاحب البحر ، وفيما نقله سقط كما قدمناه قريبا ، فإن مارأيته فى الخلاصة موافق لما فى العمادية فتنبه : وأصل العبارة : قضى عليه بقيمته يوم الجحود ، فإن قال الشهود لانعلم قيمته يوم الجحود لكن قيمته يوم الإيداع كذا قضى عليه بقيمته يوم الإيداع .

وعبارة العمادية أنه لو جحد الوديعة وهلكت ثم أقام المودع بينة على قيمتها يوم الجحود يقضى بقيمتها يوم الجحود ، وإن لم يعلم قيمتها يوم الجحود يقضى بقيمتها يوم الإيداع ، يعنى إذا أثبت الوديعة كذا ذكره فى العدة اه ولذلك تعقب العلامة المقدسى صاحب البحر بأن الذى فى الخلاصة يقضى عليه بقيمته الخ (قوله وإلا فيوم الإيداع) قال مؤيد زاده : إن لم تعلم قيمة الوديعة يوم الجحود يقضى بقيمتها يوم الإيداع (قوله بخلاف مضارب جحد) أى قال لرب المال لم تدفع لى شيئا (قوله ثم اشترى) أى بعد ما أقر ورجع عن الجحود ، بأن قال بلى قد دفعت إلىّ ، بخلاف مالو أقر بعد الشراء فيضمن المتاع له منح عن الخانية (قوله لم يضمن خانية) عبارتها كما فى المنح : المضارب إذا قال لرب المال لم تدفع إلىّ شيئا ثم قال بلى قد دفعت إلىّ ثم اشترى بالمال ذكر الناطفى أن المشترى يكون على المضاربة ، وإن ضاع المال فى يده بعد الجحود وقبل الشراء فهو ضامن والقياس أن يضمن على كل حال .

وفى الاستحسان : إن جحد ثم أقر ثم اشترى برئ عن الضمان ، وإن جحدها ثم اشترى ثم أقر فهو ضامن والمتاع له . وكذا الوكيل بشراء شئ بغير عينه بألف ودفع الموكل المال إلى الوكيل ، فإن كان العبد معينا فاشتراه فى حالة الجحود أو بعد ما أقر فهو للآمر .

ولو دفع رجل عبدا إلى رجل ليبيعه فجحد المأمور ثم أقر به فباعه قال محمد بن سلمة جاز ويبرأ عن الضمان : وقال غيره من المشايخ فى قياس قوله ولو باعه بعد الجحود ثم أقر جاز أيضا اه وبهذا يعلم مافى عبارته من حذف مالا بد منه وهو قوله ثم أقر ثم اشترى الخ فتأمل ، وعليه فلو قال بخلاف مضارب جحد ثم أقر ثم اشترى لم يضمن لأصاب (قوله والمودع له السفر بها) أى برا : وأجمعوا أنه لو سافر بها بحرا يضمن هندية عن غاية البيان .

قال فى البحر : ومن المخوف السفر بها فى البحر لأن الغالب فيه العطب اه وعزاه للاختيار .

وتعقبه المقدسى بحثا منه رحمه الله تعالى بأن من المقرر أن النادر لاحكم له ، فلو العطب قليلا والسلامة أغلب فلا ضمان سواء سافر برا أو بحرا ، وبالعكس يضمن ، يعلم ذلك من هنا ومن قولهم للمضارب السفر برا أو بحرا ، ومن قولهم يجب الحج إذا كان الأغلب السلامة ولو بحرا ، وهذا يختلف باختلاف الزمان والمكان كما هو مشاهد فتدبر اه انتهى . وأجيب أيضا بأن التقييد مستفاد من تعليله اه .

أقول : وحيث كانت العلة الخوف وهو أيضا منتف بسفينة التجار فى زماننا المعروفة بالبابور فإن الغالب فيها السلامة لأن التجار الآن لاتطمئن قلوبهم فى إرسال أموالهم إلا بها بحرا ، وإذا انتفت العلة انتفى المعلول . على أنا قدمنا ويأتى أن العبرة فى حفظ الوديعة العرف ، وحيث كان العرف كذلك فينبغى أن يقال لافرق بين السفر بها برا أو بحرا فى البابور ، فتأمل وراجع ، وقيد بالمودع لأن الأب أو الوصى إذا سافر بمال اليتيم لايضمن إجماعا . والوكيل بالبيع إذا سافر بما وكل ببيعه إن قيد الوكالة بمكان بأن قال له بعه بالكوفة فأخرجها

ولو لها حمل درر (عند عدم نهى المالك و) عدم (الخوف عليها) بالإخراج ؛ فلو نهاه أو خاف ، فإن له بد من السفر ضمن ، وإلا فإن سافر بنفسه ضمن وبأهله لا اختيار .

من الكوفة يصير ضامنا عندنا ؛ وإن أطلق للوكالة فسافر به ، إن كان شئ له حمل ومؤنة يكون ضامنا ، وإن لم يكن له حمل ومؤنة لايصير ضامنا عندنا إذا لم يكن له بد من السفر وإن كان له بد من السفر لايكون ضامنا عند أبى حنيفة طال الخروج أم قصر .

وقال أبو يوسف : إن طال الخروج يكون ضامنا ، وإن قصر لايكون ضامنا ، كذا فى فتاوى قاضيخان ويأتى تمامه قريبا (قوله ولو لها حمل) فسره فى الجوهرة بما يحتاج فى حمله إلى ظهر أو أجرة حمال اه مكى .

وفى الهندية عن المضمرات : لو كانت طعاما كثيرا فسافر بها فهلك الطعام فإنه يضمن استحسانا اه .

وذكر فى المنح : ولا يضمن ولو كان الخروج طويلا ، ومؤنة الرد على المالك . قال فى التبيين : وما يلزم الآمر من مؤنة الرد ضرورة صحة أمره فلا يعد ذلك إضرارا به اه .

قال الزيلعى : وقال محمد : لايخرج بما له حمل ومؤنة اه وجعله فى العناية قول الثانى أيضا . ثم قال : لكن قيل عند الثانى إذا كان بعيدا . وعند محمد مطلقا قريبا كان أو بعيدا اه . واستثنى فى شرح القدورى الطعام الكثير فإنه يضمن إذا سافر به استحسانا ، ونقله فى البحر .

وفيه عن قاضيخان للمودع أن يسافر بمال الوديعة إذا لم يكن له حمل ومؤنة .

وتعقبه الحموى بأن مافى الخانية من اشتراط عدم الحمل والمؤنة مبنى على قولهما . أما على قول أبى حنيفة فيسافر بها مطلقا عند عدم النهى (قوله عند عدم نهى المالك وعدم الخوف عليها) قال : إذا لم يعين مكان الحفظ أو لم ينه عن الإخراج نصا بل أمره بالحفظ مطلقا فسافر بها ، فإن كان الطريق مخوفا فهلكت ضمن بالإجماع ، وإن كان آمنا ولا حمل لها ولا مؤنة لايضمن بالإجماع ، وإن كان لها حمل ومؤنة ، فإن كان المودع مضطرا فى المسافرة بها لايضمن بالإجماع ، وإن كان له بد من المسافرة بها فلا ضمان عليه قربت المسافة أو بعدت .

وعلى قول أبى يوسف إن بعدت يضمن وإن قربت لا ، هذا هو الملخص والمختار ، وهذا كله إذا لم ينه عنها ولم يعين مكان الحفظ نصا ؛ وإن نهاه نصا وعين مكانه فسافر بها وله منه بد ضمن كذا فى الفتاوى العتابية .

إن أمكنه حفظ الوديعة فى المصر الذى أمره بالحفظ فيها مع السفر بأن يترك عبدا له فى المصر المأمور به أو بعض من فى عياله ، فإذا سافر بها والحالة هذه ضمن ، وإن لم يمكنه ذلك بأن لم يكن له عيال أو كان إلا أنه احتاج إلى نقل العيال فسافر فلا ضمان كذا فى التاترخانية هندية من الباب الثالث من كتاب الوديعة (قوله فإن له بد من السفر) هذا التفصيل فى الصورتين كما أفاده الزيلعى وقد علمته من عبارة الهندية (قوله فإن سافر بنفسه ضمن) أى لو كان له أهل لم يسافروا معه لأن له بدا من السفر بها .

[فرع] من استؤجر لحفظ عين أو وكل ببيعها ليس له أن يسافر بها ، وكذا إذا قيد الإيداع بمكان .

وفى المقدسى عن النسفى : للوكيل بالبيع أن يدفع العين إلى السمسار (قوله فإن سافر بنفسه ضمن وبأهله لا) لأنه يمكنه أن يحفظها بعياله ، وقدمناه عن الهندية معزيا للتاترخانية .

والحاصل أن عند أبى حنيفة له أن يسافر بها مطلقا أى سواء كان لها حمل ومؤنة أو لا ، وسواء له بد من السفر أو لا ، ولا فرق بين الطويل والقصير . وعندهما ليس له السفر بها إذا كان لها حمل ومؤنة وطالت مدة السفر ، وهذا الخلاف فى خصوص ماله حمل ومؤنة مع طول مدة السفر ، أما ماليس له حمل ولا مؤنة ولم تطل مدة سفره فله السفر بها اتفاقا عند عدم النهى والخوف ، وكذا مع النهى والخوف أيضا إن لم يكن له من السفر

(ولو أودعا شيئا) مثليا أو قيميا (لم) يجز أن (يدفع المودع إلى أحدهما حظه فى غيبة صاحبه) ولو دفع هل يضمن ؟ فى الدرر نعم .

بد كما سبق . وفى خصوص ما إذا أمكنه الحفظ فى المصر بأن كان بعض عياله ثمة ولم يحتج إلى نقلهم . أما لو لم يمكنه بأن لم يكن أو كان ولكن احتاج إلى نقلهم لايضمن بالإجماع ، وإن سافر بنفسه من غير عياله يضمن وبه صرح فى البحر عن الخانية كما يستفاد ذلك من أبى السعود ، وهذا كله فى سفر البر كما علمت ، أما فى البحر فليس له أن يسافر فى قولهم جميعا إلا على مابحثه أبو السعود وأيدناه بما تقدم قريبا فلا تنسه (قوله ولو أودعا شيئا مثليا أو قيميا) لكن عدم جواز الدفع فى القيمى بإجماع ، وفى المثلى خلاف الصاحبين فإنهما قالا بجواز دفع حظه له قياسا على الدين المشترك . وفرق أبو حنيفة بينهما بأن المودع لايملك القسمة بينهما فكان تعديا على ملك الغير ، وفى الدين يطالبه بتسليم حقه إذ الديون تقضى بأمثالها فكان تصرفا فى مال نفسه كما فى البحر (قوله لم يجز) قدره بناء على ماسيأتى من أنه لو دفع لم يضمن فلم يبق المراد بنفى الدفع إلا عدم الجواز وسيأتى مافيه .

وفى البحر : وأشار بقوله لم يدفع إلى أنه لايجوز له ذلك حتى لايأمره القاضى بدفع نصيبه إليه فى قول أبى حنيفة ، وإلى أنه لو دفع إليه لايكون قسمة اتفاقا ، حتى إذا هلك الباقى رجع صاحبه على الآخذ بحصته وإلى أن لأحدهما أن يأخذ حصته منها إذا ظفر بها اه .

قال المقدسى : قلنا بل يطالبه بدفع حظ الغائب لأنه يطلب المقرر وحقه مشاع ، ولا يتميز إلا بالقسمة ولا يملكها ، ولذا لايقع دفعه قسمة ، فلو هلك الباقى رجع صاحبه ، وإذا لم يقع قسمة كان متعديا فى النصف فيضمن ، وفى الدين يطالبه بتسليم حقه لأن الدين يقضى بمثله فتصرف فى ملكه ولا قسمة .

[تتمة] فى أبى السعود : الغريم المديون أن يأخذ وديعته إن ظفر بها ، وليس للمودع الدفع إليها شيخنا ، وإذا مات المودع بلا وارث كان للمودع صرفها إلى نفسه إن كان من المصارف وإلا صرفها إلى المصرف اه وعزاه إلى الحموى عن البزازية (قوله ولو دفع هل يضمن) أى نصيب الغائب وهو نصف المدفوع إن هلك الباقى فى القسمة أولا يضمن لأن لأحد الشريكين أن ينتفع بحصته فى المثلى ، قال بالأول الإمام وبالثانى الصاحبان .

واعلم أنهم قالوا إذا دفع لايكون قسمة اتفاقا ، حتى إذا هلك الباقى رجع الغائب على الآخذ بحصته .

وفى الهندية : إذا دفع المودع إلى الحاضر نصفها ثم هلك مابقى وحضر الغائب .

قال أبو يوسف رحمه الله تعالى : إن كان الدفع بقضاء فلا ضمان على أحد ، وإن كان بغير قضاء فإن الذى حضر اتبع الدافع بنصف مادفع ويرجع به الدافع على القابض ، وإن شاء أخذ من القابض نصف ماقبض كذا فى الذخيرة ، فإن هلك مافى يد المودع هلك أمانة بالإجماع ينابيع : ولو هلك المقبوض فى يد القابض فليس له أن يشارك الغائب فيما بقى غاية البيان ، فأفاد أن المودع لو دفع الكل لأحدهما بلا قضاء وضمنه الآخر حصته من ذلك فله الرجوع بما ضمنه على القابض وهذا على قول أبى يوسف (قوله فى الدرر نعم) أى يضمن ، فى فتاوى قاضيخان مايفيده ، ولفظه : ثلاثة أودعوا رجلا مالا وقالوا لاتدفع المال إلى أحد منا حتى نجتمع فدفع نصيب أحدهم . قال محمد : فى القياس يكون ضامنا وبه قال أبو حنيفة ، وفى الاستحسان لايضمن وهو قول أبى يوسف اه فلو لم يقل لاتدفع حتى نجتمع هل يضمن بالدفع أى بناء على الاستحسان الذى يأتى

و البحر : الاستحسان لا فكان هو المختار .
(فإن أودع رجل عند رجلين مايقسم اقتسماه وحفظ كل نصفه) كمرتهنين ومستبضعين ووصيين وعدلى رهن ووكيلى شراء (ولو دفعه) أحدهما (إلى صاحبه ضمن) الدافع (بخلاف مالا يقسم) لجواز حفظ أحدهما بإذن الآخر :
(ولو قال لا تدفع إلى عيالك أو احفظ فى هذا البيت فدفعها إلى ما لابد منه أو حفظها فى بيت آخر من

ذكره قريبا ؟ ظاهر تقييدهم أنه لايضمن إلا أن يأتيا بالوديعة حاملين لها وسلماها كذلك ؛ أما إذا سلمها أحدهما بحضرة الآخر فظاهر أنه يدفع لمن سلمه وحضور الآخر لايقتضى كونه مودعا لجواز أن يكون شاهدا له ونحوه كذا أفاده الحموى .

من مناقب الإمام ، أن اثنين أودعا الحمامى شيئا فخرج أحدهما وأخذ الوديعة وانصرف فخرج الآخر وطلبها منه فلم يخبره الحمامى واستمهله وانطلق إلى الإمام رحمه الله تعالى فأخبره فقال له قل له أنا لا أعطى الوديعة إلا لكما معا فانصرف ولم يعد زيلعى (قوله وفى البحر الخ) أى فى المثلى كالمثال الذى ذكره فى البحر عن الخانية أما فى القيمى فيضمن اتفاقا لأنه لا يقسم بدون حضور الشريك أو نائبه (قوله فكان هو المختار) تعقبه المقدسى فقال كيف يكون هو المختار مع أن سائر المتون على قول الإمام . وقال الشيخ قاسم أختار قول الإمام النسفى والمحبوبى والموصلى وصدر الشريعة . وقال المقدسى : وقول بعضهم عدم الضمان هو المختار مستدلا بكونه الاستحسان مخالف لما عليه الأئمة الأعيان بل غالب المتون عليه متفقون ؛ كذا فى حاشية أبى السعود عن الحموى (قوله اقتسماه) أى الرجلان المودعان بفتح الدال وذكر الرجل استطرادى (قوله وحفظ كل) أى كل واحد منهما نصفه ، لأنه لا يمكن الاجتماع على حفظها وحفظ كل واحد منهما للنصف دلالة ، والثابت بالدلالة كالثابت بالنص (قوله وعدلى رهن) أى العدلين اللذين وضع عندهما الرهن فهو بفتح العين تثنية عدل كذلك ، فإنهما يقسمان المثلى ويحفظ كل نصيبه ، فإن دفع أحدهما نصيبه إلى الآخر ضمن مادفع (قوله ووكيلى شراء) بأن دفع لهما ألفا يشتريان به عبدا اقتسما الألف ، فإن دفع أحدهما نصفه ضمن الدافع وأجمعوا أن المدفوع إليه لا يضمن لأنه مودع المودع هندية (قوله ضمن) أى النصف فقط (قوله الدافع) أى لا القابض لأنه مودع المودع بحر ، وهذا عند أبى حنيفة . وقالا : لا يضمنان به كذا أفاده مسكين ، ومثله فى الهداية . وقول أبى حنيفة أقيس لأن رضاه بأمانة اثنين لايكون رضا بأمانة واحد ، فإذا كان الحفظ مما يتأتى منهما عادة لايصير راضيا بحفظ أحدهما للكل كما فى البيانية (قوله بخلاف مالا يقسم) فسر مالا يقسم بالمكيلات والموزونات ، ومثلهما كل مالا يتعيب بالتقسيم ، ومالا يقسم هو مايتعيب بالتقسيم الحسى اه مكى .

قال السيد الحموى : وإذا لم تمكن القسمة فيما لا يقسم كان لهما التهايؤ فى الحفظ كذا فى الخلاصة ، فلو دفعه زائدا على زمن التهايؤ ينظر اه (قوله لجواز حفظ أحدهما بإذن الآخر) أقول : الصواب فى التعليل أن يقول لأنه لما أودعهما مع علمه بأنهما لا يجتمعان على حفظها دائما كان راضيا بحفظ أحدهما (قوله فدفعها إلى مالا بد منه) من عياله وغيرهم كدفع الدابة إلى عبده وما يحفظه النساء إلى عرسه درر ؛ وهذا إنما يظهر فى صورة ما إذا منعه عن الدفع إلى بعض معين من عياله لا فى النهى عن الدفع إلى العيال مطلقا ، ثم عدم الضمان فيما إذا دفع إلى بعض عياله وقد نهى عن الدفع إليه ، محله إذا كانت الوديعة مما يحفظ فى يد من منعه . أما لو كانت لاتحفظ عنده عادة فنهاه عن الدفع إليه فدفع ضمن ، كما لو كانت الوديعة فرسا فمنعه من دفعها إلى امرأته أو عقد جوهر فمنعه من دفعه إلى غلامه ودفع ضمن أفاده الزيلعي .

ه الدار ، فإن كانت بيوت الدار مستوية فى الحفظ) أو أحرز (لم يضمن وإلا ضمن

ومن حوادث الفتوى : شرط على المودع الحفظ بنفسه فحفظ بزوجته هل يضمن للمخالفة أولا ، والذى يظهر من كلامهم عدم الضمان حموى .

وأقول : ينبغى أن يقيد عدم الضمان بالدفع إلى الزوجة بما إذا كانت الوديعة نحو عقد ، فلو كانت نحو فرس ضمن أبو السعود .

وفيه : قوله وإن كان له منه بد هذه المسئلة صادقة بصورتين .

الأولى أن تكون الوديعة شيئا خفيفا يمكن المودع الحفظ بنفسه كالخاتم فإنه يضمن بدفعه إلى عياله .

الثانية أن يكون له عيال سوى من منعه من الدفع إليه بحر .

فإن قلت : هذا إنما يتجه أن لو منعه من الدفع إلى بعض معين من عياله وهو خلاف ما يستفاد من قول المصنف ولو قال لا تدفع إلى عيالك .

قلت . مبنى هذا الإشكال ما هو المتبادر من أن قوله وإن كان له منه بد مرتبط بقوله ولو قال لا تدفع إلى عيالك وليس كذلك ولهذا شرح العينى قول المصنف أى الكنز وإن كان له منه بدبقوله بأن نهاه أن يدفعها إلى امرأته فلانة وله امرأة أخرى أو نهاه أن يسلمها إلى غلامه فلان وله غلام آخر فخالفه اه (قوله لم يضمن) لأنه لا يمكنه الحفظ مع مراعاة شرطه لأن التقييد غير مفيد لأن الدار حرز واحد بدليل أن السارق إذا أخذ من بيت من الدار فنقل إلى بيت آخر لم يقطع لعدم هتك الحرز والحرز الواحد لا فائدة فى تخصيص بعضه دون بعض ، وما لافائدة فى تخصيصه فى الأمر يسقط فى الإيداع ، كما لو قال احفظها بيمينك دون شمالك أوضعها فى يمين البيت دون يساره ، وكما لو قال فى كيسك هذا فوضعها فى غيره أو فى الصندوق ، أو احفظ فى الصندوق ولا تحفظ فى البيت فحفظ بالبيت فإنه لا يضمن ؛ لكن قد يفرق بين الحرز فى السرقة والحرز فى الوديعة ، وذلك أن المعتبر فى قطع السارق هتك الحرز وذلك لا يتفاوت باعتبار المحروزات ، والمعتبر فى ضمان المودع التقصير فى الحفظ ، ألا ترى أنه لو وضعها فى داره الحصينة فخرج وكانت زوجته غير أمينة يضمن ، ولو أحد سرقها يقطع لأن الدار حرز وإنما ضمن للتقصير فى الحفظ ، ولو وضعها فى الدار وخرج والباب مفتوح ولم يكن فى الدار أحد أو فى الحمام أو المسجد أو الطريق أو نحو ذلك وغاب يضمن مع أنه لايقطع سارقها ونظائر هذا كثيرة ، فإذا اعتبرنا هنا الحرز المعتبر فى السرقة لزم أن لا يضمن فى هذه المسائل ونحوها ، فيلزم مخالفة ما أطبقوا عليه فى هذا الباب ، فظهر يقينا صحة ما قلنا من الفرق ، والله تعالى أعلم .

قال فى البزازية : ولو قال وضعتها بين يدى وقمت ونسيتها فضاعت يضمن . ولو قال : وضعتها بين يدى فى دارى والمسئلة بحالها إن مما لا يحفظ فى عرصة الدار كصرة النقدين يضمن ، ولو كان مما يعد عرصتها حصناله لا يضمن اه ومثله فى الخلاصة والفصولين والذخيرة والخانية وغيرها ، وظاهره أنه يجب كل شىء فى حرز مثله ، وفى السرقة يعتبر فى ظاهر المذهب كل ما كان حرزا لنوع فهو حرز لكل الأنواع . وعليه فقد ظهر الفرق بين الحرزين .

ففى السرقة يقطع بسرقة لؤلؤة من إصطبل ، ولو كانت وديعة وضعها فى الإصطبل وهلكت يضمن المودع لأن الإصطبل ليس حرز مثلها وبه ظهر جواب حادثة . وهى أن مودعا وضع بقجة شال غالية الثمن فى إصطبل الخيل فسرقت . والجواب أنه يضمن وإن قطع سارقها والله تعالى أعلم (قوله وإلا ضمن) أى فى المسئلتين

لأن التقييد مفيد .
(ولايضمن مودع المودع) فيضمن الأول فقط إن هلكت بعد مفارقته ،

وهى : دفعها إلى من لا بد منه ، بأن دفعها إلى من له منه بد أى انفكاك وفرقة . والثانية حفظها فى بيت آخر والبيوت مستوية بأن حفظها فى بيت والبيوت مختلفة . قال فى البدائع والأصل المحفوظ فى هذا الباب ما ذكرنا أن كل شرط يمكن مراعاته ويفيد والعمل به ممكن فهو معتبر ، وكل شرط لايمكن مراعاته ولا يفيد فهو هدر وهنا إنما ضمن لأن التقييد مفيد كما قال الشارح ، كما إذا كان ظهر البيت المنهى عنه إلى السكة كما فى البحر أى فإنه يضمن لأنه متعد لأن من العيال من لا يؤتمن على المال أى فيما إذا نهاه عن الدفع إلى زوجته أو غلامه وللمودع زوجته أو غلام آخر ولتفاوت البيوت فى الحفظ .

بقى لو أمره بالحفظ فى دار فحفظ فى دار أخرى ، فالذى ذكره شيخ الإسلام الضمان وإن كانت الثانية أحرز .

والذى فى شرح الطحاوى : إذا كانت الدار التى خبأها فيها والدار الأخرى فى الحرز على السواء ، أو كانت التى خبأها فيها أحرز فلا ضمان عليه سواء نهاه عن الخبء فيها أولم ينهه ، كذا فى المحيط . ولو قال : احفظها فى هذه البلدة ولا تحفظها فى بلدة أخرى فحفظها فى البلدة المنهية ضمن بالاتفاق اه هندية (قوله لأن التقييد مفيد) أى والنهى عن الوضع فى الدار الأخرى مفيد لأن الدارين يختلفان فى الأمن والحفظ فصح الشرط وأمكن العمل به . وأما البيتان فى دار واحدة فقلما يختلفان فى الحرز ، فالمتمكن من الأخذ من أحدهما يتمكن من الأخذ من الآخر فصار الشرط غير مفيد وتعذر العمل به أيضا فلا يعتبر وكذا الصندوقان ، فإن تعيين الصندوق فى هذه الصورة لا يفيد ، فإن الصندوقين فى بيت واحد لا يتفاوتان ظاهر إلا أن يكون لهما : أى للبيت والصندوق خلل ظاهر فحينئذ يفيد الشرط ويضمن بالخلاف ، وكذا لو كان البيت أو الصندوق المأمور بالحفظ فيه أحرز من المنهى عن الوضع فيه فحينئذ يضمن أيضا كما بينا . وذكر شيخ الإسلام خراهر زاده أنه يضمن بالحفظ المنهى عنه مطلقا كما فى الظهيرية ، وعليه كلام الذخيرة كما علمته من كلام الهداية المار قريبا (قوله ولا يضمن مودع المودع) أى بالهلاك عنده ، أما لو استهلكه ضمن ، ومودع الغاصب لو رده على الغاصب برىء كما أن غاصب الغاصب لو رد على الغاصب برىء كما سيذكره فى الغصب ذكره الخير الرملى (قوله فيضمن الأول) اذا دفع إلى غير من فى عياله بغير إذن ولا ضرورة كحرق در منتقى ، وإنما ضمن الأول لأنه ترك الحفظ دون الثانى لأنه أخذ المال من أمين ولم يترك الحفظ وهذا قول الإمام . وعندهما يضمن المالك أيهما شاء ، فإن ضمن الأول لم يرجع على الثانى لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه ، وإن ضمن الثانى رجع على الأول لأنه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهد .

لهما أن الأول جنى بالتسليم إلى الثانى بغير إذن المالك والثانى تعدى بالقبض بلا إذنه فيميل المالك إلى أيهما شاء . وللإمام أن الأول لايضمن بالدفع إلى الثانى مالم يفارقه لأن حفظه لايفوت مادام فى مجلسه والمالك إنما رضى بحفظه ورأيه لابصورة يده بدليل أنها لو هلكت قبل أن يفارقه لايضمن واحد منهما بالإجماع ، فإذا فارق الأول الثانى ضمن لأنه صار مضيعا ، والثانى أمين استمر على الحالة الأولى ولم يوجد منه تعد ولم يكن متعديا من الابتداء بالقبض فلا ينقلب متعديا من غير إحداث فعل زيلعى . وهنا ضمن فى إيداع قصدى ، لأنه لو كان ضمنيا قيل لايضمن ، كما لو دخل الحمام ووضع دراهم الوديعة مع ثيابه بين يدى الثيابى قيل يضمن لأنه إيداع

وإن تبلها لاضمان .

ولو قال المالك هلكت عند الثانى وقال بل ردها وهلكت عندى لم يصدق ، وفى الغصب منه يصدق لأنه أمين سراجية .

وفى المجتبى : القصار إذا غلط فدفع ثوب رجل لغيره فقطعه فكلاهما ضامن .

وعن محمد : أصاب الوديعة شىء فأمر المودع رجلا ليعالجها فعطبت من ذلك فلربها تضمين من شاء ، لكن إن ضمن المعالج رجع على الأول إن لم يعلم أنها لغيره وإلا لم يرجع اه

المودع كما قدمناه عن جامع الفصولين معزيا للذخيرة . وفيه معزيا للمحيط : لايضمن لأنه إيداع ضمنى وإنما يضمن بإيداع قصدى اه .

ومن هذا القبيل ما فى الدرر : أودع حر عبدا محجورا فأودع المحجور محجورا مثله وضاع المودع ضمن الأول فقط بعد العتق لأنه سلطه على إتلافه وشرط عليه الضمان فصح التسليط وبطل الشرط فى حق المولى ، ولا يضمن الثانى لأنه مودع المودع .

وصورة المسألة : أودع عند رجل وديعة فأودعها المودع عند شخص آخر من غير عياله فهلكت مسكين (قوله لاضمان)لأن حفظه لايفوت مادام فى مجلسه الخ ولو استهلك الثانى الوديعة ضمن بالاتفاق ولصاحب الوديعة أن يضمن الأول ويرجع على الثانى وأن يضمن الثانى ولا يرجع ط (قوله لم يصدق)لأنه يدعى زوال سبب الضمان بعد ثبوته والمالك ينكره فالقول للمالك بيمينه والبينة للمودع . قال فى جامع الفصولين : لم يصدق لأنه أقر بوجوب الضمان عليه ثم ادعى البراءة فلا يصدق إلا ببينة اه ووجوب الضمان عليه هنا كونه أودع عند الغير والإيداع إلى الغير موجب للضمان فلا يصدق فى رفع الموجب (قوله وفى الغصب منه يصدق)يعنى لو غصب الوديعة من المودع غاصب وهلكت فأراد المالك أن يضمن الغاصب فقال المودع رده علىّ وهلك عندى وقال لابل هلك عنده فالقول قول المودع إذ لم يفعل المودع مايوجب الضمان ، فهو على ما كان أمين عند الرد وقبله وبعده ، بخلاف دفعه للأجنبى لأنه موجب للضمان سائحانى (قوله لأنه أمين) ولم يوجد منه تعدّ يوجب الضمان (قوله فكلاهما ضامن) أى كل من القصار وقاطع الثوب ، وللمالك الخيار فى تضمين أيهما شاء ، فإن ضمن القصار رجع بما ضمنه على قاطع الثوب ، وإن ضمن القاطع لارجوع له على القصار .

ونظير هذه المسألة ذكره مؤيد زاده عن جامع الفصولين : لو دفع القصار إلى المالك ثوب غيره فأخذه على ظن أنه له ضمن والجهل فيه ليس بعذر .

طلب ثوبه من قصار فقال دفعت ثوبك إلى رجل ظننت أنه ثوبه ضمن القصار كثيابى حمام سلم إليه رجل ثيابه ليحفظها فقال الثيابى خرج رجل ولبس ثيابك فظننت أنها له اه (قوله فلربها تضمين من شاء) المودع لتعديه بما لم يؤمر به والمعالج لمباشرته سبب الهلاك ط(قوله رجع على الأول) فى جامع الفصولين رامزا للذخيرة : مرضت دابة الوديعة فأمر المودع إنسانا فعالجها ضمن المالك أيهما شاء ، فلو ضمن المودع لايرجع على المعالج ولو ضمن المعالج رجع على المودع علم أنها للغير أولا إلا إن قال المودع ليست لى ولم أومر بذلك فحينئذ لايرجع اه تأمل ، ومثله فى نور العين رامزا للاستروشنية ومجموع النوازل ، لكن قال فى الهندية : فإن ضمن المودع لا يرجع على أحد ، وإن ضمن المعالج ، إن علم أنها ليست له لا يرجع عليه ، وإن لم يعلم أنها لغيره أو ظنها رجع عليه ومثله فى القهستانى وهذا هو المناسب لما هنا . وأما ما ذكره فى الفصولين واستظهره صاحب الدرر من أنه يرجع وإن علم أن المودع غاصب فى معالجة الوديعة بلا إذن صاحبها ، وما ذكره من قوله خلافا لما نقله

(بخلاف مودع الغاصب) فيضمن أيا شاء . وإذا ضمن المودع رجع على الغاصب وإن علم على الظاهر

القهستاني الخ يوافق ما ذكره الشارح فيما لو عالج الوديعة بإذن المودع كما نبه عليه فليتأمل . اللهم إلا أن يحمل قوله إلا إن علم أي بإخبار المودع صراحة ، بأن قال للمعالج ليست لى ولم أومر بذلك . وأما إذا لم يقل ذلك فلايعد عالما ، وبه يحصل التوفيق بين كلام الشارح والهندية وبين الجامع ونور العين وإن لم أره مسطورا فى كلامهم والله تعالى أعلم .

وأقول : خلاصة ما ذكرناه أن صاحب الدابة إذا ضمن من عالجها بأمر المودع فعطبت يرجع على المودع إلا إذا قال المودع حين دفعها للمعالج ليست لى ولم أومر بذلك على ما فى الفصولين ومثله فى نور العين عن الاستروشنية . وفى الهندية عن الجوهرة والشارح عن المجتبى أن صاحب الدابة إذا ضمن من عالجها فعطبت يرجع على المودع إن لم يعلم أى المعالج أنها لغير المودع وإلا لم يرجع ، وهذا الذى يعول عليه حيث صرح فى صدر عبارته بالرواية عن الإمام عن محمد رحمه الله تعالى فلا يعدل عنه ، والله تعالى أعلم (قوله بخلاف مودع الغاصب) قال فى البحر : والفرق بينهما على قول أبى حنيفة أن مودع الغاصب غاصب لعدم إذن المالك ابتداء وبقاء ، وفى الأول ليس بغاصب لأنه لا يضمن المودع بمجرد الدفع ما لم يفارقه : فإن فارقه صار مضيعا لها وقت التفريق لترك الحفظ الملتزم بالعقد والقابض منه لم يكن متعديا بالقبض بدليل عدم وجوب الضمان بالهلاك قبل أن يفارقه الأول ، وبعد الافتراق لم يحدث فعلا آخر بل هو مستمر على ذلك الفعل بل هو أمين فيه فلايضمن ما لم يوجد منه تعد اهـ (قوله فيضمن أيا شاء) قال فى شرح الزيادات : رجل غصب جارية فأودعها رجلا فأبقت منه ثم استحقت كان له الخيار يضمن أيهما شاء ، فإن ضمن الغاصب برىء المودع وكانت الجارية ملكا للغاصب ، وإن ضمن المودع كان للمودع أن يرجع على الغاصب بما ضمن لأنه عامل له وتصير الجارية بنفس تضمينه ملكا للغاصب ، حتى لو أعتقها الغاصب جاز ولو أعتقها المودع لا يجوز . ولو كانت محرما من الغاصب عتقت عليه لا على المودع إذا ضمنها لأن قرار الضمان على الغاصب لأن المودع وإن جاز تضمينه فله الرجوع بما ضمن على الغاصب والمودع لكونه عاملا له فهو كوكيل الشراء .

ولو اختار المودع بعد تضمينه أخذها بعد عودها ولا يرجع على الغاصب لم يكن له ذلك ، وإن هلكت فى يده بعد العود من الإباق كانت أمانة وله الرجوع على الغاصب بما ضمن ، وكذا إذا ذهبت عينها ، وللمودع حبسها عن الغاصب حتى يعطيه ما ضمنه للمالك فإذا هلكت بعد الحبس هلكت بالقيمة ؛ وإن ذهبت عينها بعد الحبس لم يضمنها كالوكيل بالشراء لأن الغاية وصف وهو لايقابله شىء ، ولكن يتخير الغاصب إن شاء أخذها وأدى جميع القيمة ، وإن شاء ترك كما فى الوكيل بالشراء ، ولو كان الغاصب أجرها أو رهنها فهو والوديعة سواء ، وإن أعارها أو وهبها ، فإن ضمن الغاصب كان الملك له ، وإن ضمن المستعير أو الموهوب له كان الملك لهما لأنهما لايستوجبان الرجوع على الغاصب فكان قرار الضمان عليهما فكان الملك لهما ، ولو كان مكانهما مشتر فضمن سلمت الجارية له ، وكذا غاصب الغاصب إذا ضمن ملكها لأنه لايرجع على الأول فتعتق عليه لو كانت محرما منه ، وإن ضمن الأول ملكها فتعتق عليه لو كانت محرمه ، ولو كانت أجنبية فللأول الرجوع بما ضمن على الثانى لأنه ملكها فيصير الثانى غاصبا ملك الأول ، وكذا لو أبرأه المالك بعد التضمين أو وهبها له كان له الرجوع على الثانى ، وإذا ضمن المالك الأول ولم يضمن الأول الثانى حتى ظهرت الجارية كانت ملكا للأول ، فإن قال أنا أسلمها للثانى وأرجع عليه لم يكن له ذلك لأن الثانى قدر على رد العين فلايجوز تضمينه ، وإن رجع الأول على الثانى ثم ظهرت كانت للثانى اهـ وتمام التفريعات فيه فليراجعه من رامه .

درر خلافا لما نقله القهستاني والباقاني والبرجندي وغيرهم فتنبه .
(معه ألف ادعى رجلان كل منهما أنه له أودعه إياه فنكل) عن الحلف (لهما فهو لهما وعليه ألف آخر بينهما) ولو حلف لأحدهما ونكل للآخر فالألف لمن نكل له .
(دفع إلى رجل ألفا وقال ادفعها اليوم إلى فلان

مطلب مودع الغاصب لو استهلكها لا يرجع على الغاصب إذا ضمنها وإذا ضمنها الغاصب يرجع على المودع

قال المقدسي : قلت فلو استهلكها مودع الغاصب فغرم الغاصب ينبغي أن يرجع ، ولو غرم هو لا يرجع (قوله درر) وجزم به في البحر وأصله في التبيين . وعبارته : ثم مودع الغاصب إن لم يعلم أنه غاصب رجع على الغاصب قولا واحدا ، وإن علم فكذلك في الظاهر .
وحكى أبو اليسر أنه لا يرجع وإليه أشار شمس الأئمة ذكره في النهاية (قوله خلافا لما نقله القهستاني الخ) أي من أنه لا يرجع ، وهو الموافق لما جزم به الشارح فيما لو عالج الوديعة بإذن المودع كما مر التنبيه عليه ؛ وعبارة القهستاني : وإنما يرجع على الغاصب إذا لم يعلم أنه غصب كما في العمادية اهـ (قوله فتنبه) أشار بالتنبيه إلى ما حررناه قريبا .
أقول : والحاصل أن المودع لو دفع الوديعة إلى أجنبي بلا عذر فللمالك أن يضمنه فقط بلا رجوع على الثاني إلا إذا استهلكها .
وعندهما له أن يضمن أيا شاء . فإن ضمن الثاني رجع على الأول . وأجمعوا على ذلك في الغاصب مع مودعه فللمالك تضمين أي شاء ، لكن إن ضمن الثاني رجع على الأول بما ضمن إن لم يعلم أنها غصب كما في القهستاني عن العمادية (قوله فنكل لهما) أي أنكر ، وليس له عليهما بينة .
وصور هذه المسألة ستة : أقر لهما نكل لهما حلف لهما أقر لأحدهما ونكل للآخر أو حلف نكل لأحدهما وحلف للآخر .
واعلم أنه إذا حلف لأحدهما لم يقض له حتى يحلفه للثاني لينكشف وجه القضاء ، بخلاف ما لو أقر لأحدهما ايحكم له إذ الإقرار حجة بنفسه والنكول حجة بالقضاء ، ولذا لو نكل فحلف برىء مقدسي .
وفيه : ولو قال أودعنيها أحدكما فليس له الامتناع إن اصطلحا وليس عليه ضمان ولا استحلاف ، فإن لم يصطلحا فلكل أن يستحلف كما تقدم وتمام تفصيلها في الزيلعي (قوله فهو لهما) لعدم الأولوية وعليه ألف آخر لإقراره به أو لبذله إياه على اختلاف الأصلين ولأيهما بدأ القاضي بالتحليف جاز لتعذر الجمع بينهما أو عدم الأولوية .
والأولى عند التشاحن أن يقرع بينهما تطييبا لقلوبهما ونفيا لتهمة الميل ، فإن نكل للأول لا يقضى به لينكشف وجه القضاء هل هو لهما أو لأحدهما ، ولا ضرر عليه في التأخير لأنه لا يقضى للمتقدم حتى يحلف للمتأخر (قوله ولو حلف لأحدهما) في التحليف للثاني يقول بالله ما هذه العين له ولا قيمتها ، لأنه لو أقر بها للأول ثبت الحق فيها فلا يفيد إقراره بها للثاني ، فلو اقتصر على الأول لكان صادقا بحر (قوله فالألف لمن نكل له) دون الآخر لوجود الحجة في حقه دونه ، ولو حلف لهما فلا شيء لهما لعدم الحجة زيلعي (قوله دفع إلى رجل ألفا وقال ادفعها اليوم الخ) أقول : ذكر في الخانية قولين في المسألة : إذا كان بعد الطلب قال مودع

فلم يدفعها حتى ضاعت لم يضمن) إذ لايلزمه ذلك (كما لو قال له احمل إلى الوديعة فقال افعل ولم يفعل حتى مضى اليوم) وهلكت لم يضمن لأن الواجب عليه التخلية عمادية .

(قال) رب الوديعة (للمودع ادفع الوديعة إلى فلان فقال دفعت وكذبه) فى الدفع (فلان وضاعت) الوديعة (صدق المودع مع يمينه) لأنه أمين سراجية .

(قال) المودع ابتداء (لا أدرى كيف ذهبت لا يضمن على الأصح ، كما لو قال ذهبت ولا أدرى كيف ذهبت) فإن القول قوله ، بخلاف قوله لا أدرى أضاعت أم لم تضع أو لا أدرى وضعتها أو دفنتها فى دارى أو موضع آخر فإنه يضمن ، ولو لم يبين مكان الدفع لـكنه قال سرقت من المكان المدفون فيه لايضمن وتمامه فى العمادية .

قال له رب الوديعة إذا جاء أخى فرد عليه الوديعة فلما طلب أخوه منه قال له المودع بعد ساعة أدفعها إليك فلما عاد إليه قال له هلكت لايصدق لأنه متناقض ويكون ضامنا .

وقال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل : إذا طلب المودع وقال اطلبها غدا فأعيد الطلب فى الغد فقال قد ضاعت ، روى عن أصحابنا أنه يسأل المودع متى ضاعت ، إن قال ضاعت بعد إقرارى لا يضمن ، وإن قال كانت ضائعة وقت إقرارى لا يقبل قوله لأنه متناقض ويكون ضامنا لأن قوله اطلبها غدا إنما يكون للشىء القابل اه وقدمنا الـكلام عليه بأوضح من ذلك (قوله فلم يدفعها الخ) أى إذا لم يطلبها المأمور بدفعها إليه ، أما لو طلبها فمنعها منه فهو كما لو منعها من مالـكها ، وقد تقدم الـكلام فيه .

[فرع] فى البزازية : له على رجل دين فأرسل الدائن إلى مديونه رجلا ليقبضه فقال المديون دفعته إلى الرسول وقال أى الرسول : دفعته إلى الدائن وأنـكره الدائن فالقول قول الرسول مع يمينه اه لـكن الذى فى نور العين القول للمرسل بيمينه فتأمل . وفى البزازية أيضا : قال الدائن ابعث الدين مع فلان فضاع من يد الرسول ضاع من المديون (قوله احمل إلى) أى اليوم كما فى الهندية . ويؤخذ من السياق واللحاق (قوله وضاعت) يعنى غابت ولم تظهر ولاحاجة إليه (قوله صدق المودع مع يمينه) أى فى براءة ذمته من الوديعة لا فى إلزام المدفوع إليه (قوله لا يضمن على الأصح) مقتضاه أن الأجير المشترك لا يضمن ، لـكن أفتى الخير الرملى بالضمان فى حاشية الفصولين حيث قال : وفى البزازية فى متفرقات الإجارة من نوع فى المتفرقات : دفع إلى المشترك ثورا للرعى فقال لا أدرى أين ذهب الثور فهو إقرار بالتضييع فى زماننا اه . ولا يخفى أنه ليس مذهب أبى حنيفة وانظر إلى قوله فى زماننا اه (قوله بخلاف قوله لا أدرى أضاعت أم لم تضع) هذا مخالف لما فى جامع الفصولين ونور العين وغيرهما ، من أنه لا يضمن على الأصح وهكذا رأيته فى نسخة المنح ، لـكن لفظة لا ملحقة بين الأسطر وكأنها ساقطة من النسخ فنقلها الشارح هكذا فتنبه :

نعم نقل فى العمادية بعدها : ولو قال لا أدرى أضيعتها أم لم أضيع يضمن لأنه نسب الإضاعة إلى نفسه فـكان ذلك تعديا منه كما يأتى قريبا (قوله لا يضمن) أى إن كان للـكرم أو للدار باب ، وإن لم يكن لهما باب يضمن هندية عن المحيط .

وفى نور العين عن قاضيخان قال : وضعتها فى دارى فنسيت المـكان لايضمنه . ولو قال وضعتها فى مكان حصين فنسيت الموضع ضمن لأنه جهل الأمانة كما لو مات مجهلا .

صح : وقيل لا يضمن كقوله ذهبت ولا أدرى كيف ذهبت ، ولو قال دفنت فى دارى أو فى موضع آخر ضمن ، ولو لم يبين مكان الدفن ولـكن قال سرقت من مكان دفنت فيه لم يضمن .

عدة : لو دفنها فى الأرض يبرأ لوجعل هنالك علامة وإلا فلا. وفى المفازة ضمن مطلقا. ولودفنها فى الكرم يبرأ لو حصينا بأن كان له باب مغلق . واو وضعها بلا دفن برئ لو موضعا لايدخل فيه أحد بلا إذن اه .

أقول : ولا تنس ما قدمناه من أنه إذا كان الموضع حرزا لتلك الوديعة وإلا يضمن مطلقا ومن أن العبرة للعرف كما نقلناه عن البزازية فتأمل .

وفيه : توجهت اللصوص نحوه فى مفازة فدفنها حذرا فلما رجع لم يظفر بمحل دفنه ، لو أمكنه أن يجعل فيه علامة ولم يفعل ضمن ، وكذلك لو أمكنه العود قريبا بعد زوال الخوف فلم يعد ثم جاء ولم يجدها لالو دفنها بإذن ربها .

فظ : وضعها فى زمان الفتنة فى بيت خراب يضمن لو وضعها على الأرض لا لو دفنها اه .

وفى الهندية عن النوازل : إذا قال المودع سقطت الوديعة أو وقعت منى لا يضمن . ولو قال أسقطت أو تركتها يضمن .

قال الشيخ الإمام ظهير الدين المرغينانى رحمه الله تعالى : لايضمن فى الوجهين ، لأن المودع لايضمن بالإسقاط إذا لم يترك الوديعة ولم يذهب ، والفتوى عليه ، كذا فى الخلاصة . ولو قال : لا أدرى أضاعت أو لم تضع لا يضمن . واو قال لا أدرى أضيعتها أم لم أضيع يضمن كذا فى الفصول العمادية اه . وقدمنا وجهه لأنه نسب الإضاعة إلى نفسه ، فهذا وجه ما نقلناه ، وهى مسألة أخرى ، بخلاف قوله ذهبت ولا أدرى كيف ذهبت ، وقوله أضاعت أم لم تضع الخ فلا فرق بينهما لأن مؤدى العبارتين واحد كما لا يخفى على من تأمل فتدبر .

قال فى نور العين : ولو قال أسقطت أو تركتها ضمن كذا فى ث . وطعنوا أن مجرد الإسقاط ليس بسبب ضمان ، إذ لو أسقطها فرفعها ولم يبرح حتى هلكت يبرأ ، فهنا لا يضمن بمجرد قوله أسقطت ، بل بشرط أن يقول أسقطت وتركت أو أسقطت وذهبت أو أسقطت فى الماء ونحوه . وقالوا فى قوله سقطت أو وقعت ينبغى الضمان للسقوط بتقصير فى الشد أو فى جعلها فى محل لايحتملها فيكون كحال . وذكر أنه ينبغى أن لايضمن بمجرد قوله أسقطت أو تركت إذ لا يفرق العامة بين سقطت وأسقطت . ولوقال ضاعت فالقول له . ولوقال لم يذهب من مالى شيء لايضمن . ولو قال ذهبت ولا أدرى كيف ذهبت فالقول له بيمينه . ولو قال ابتداء لا أدرى كيف ذهبت اختلف فيه المتأخرون . والأصح أنه لايضمن اه .

أقول : لكن قدمنا عن العلامة الخير الرملى أنه أفتى بالضمان معللا بأنه تضييع فى زماننا فلا تنسه . وفيه المودع لو سقط شيء من يده على الوديعة يضمن اه . وفيه : نام ووضعها تحت رأسه أو بجنبه يبرأ ، وكذا بوضعه بين يديه فى الصحيح قالوا يبرأ فى الفصل الثانى لو نام قاعدا ، ولو مضطجعا ضمن فى الحضر لا فى السفر .

عدة : يبرأ لو قاعدا لا لو واضعا جنبه على الأرض ، وفى السفر لا يضمن ، ولو مضطجعا جعل ثياب الوديعة تحت جنبه ، لو قصد به السرقة ضمن لا لو للحفظ . ولو جعل الكيس تحت جنبه يبرأ مطلقا .

جعل دراهم الوديعة فى خفه ضمن فى الأيمن لا فى الأيسر لأنها فى اليمين على شرف سقوط عند ركوبه ، وقيل يبرأ مطلقا ، وكذا او ربطها فى طرف كمه أو عمامته ، وكذا لو شدها فى منديل ووضعه فى كمه يبرأ ، ولو ألقاها فى جيبه ولم تقع فيه وهو يظن أنها وقعت فيه لا يضمن خلاصة ضمن .

[فروع] هدد المودع أو الوصى على دفع بعض المال ، إن خاف تلف نفسه أو عضوه فدفع لم يضمن ، وإن خاف الحبس أو القيد ضمن ، وإن خشى أخذ ماله كله فهو عذر كما لو كان الجائر هو الآخذ بنفسه فلا ضمان عمادية .

خيف على الوديعة الفساد رفع الأمر للحاكم ليبيعه ، ولو لم يرفع حتى فسد فلا ضمان .

ولو أنفق عليها بلا أمر قاض فهو متبرع .

قرأ من مصحف الوديعة أو الرهن فهلك حالة القراءة لاضمان ، لأن له ولاية هذا التصرف صيرفية . قال : وكذا لو وضع السراج على المنارة .

وفيها : أودع صكا وعرف أداء بعض الحق ومات الطالب

ولو دخل الحمام وهى فى جيبه وتركه فى الساكودة فسرق ، قيل يضمن قاضيخان . جعلها فى جيبه وحضر مجلس فسق فضاعت بعد ما سكر بسرقة أو سقوط أو نحوهما ، قيل لايضمن لأنه حفظها فى محل يحفظ مال نفسه ، وقيل هذا إذا لم يزل عقله أما إذا زال ، فلو بحيث لايمكنه حفظ ماله يضمن لأنه عجز عن الحفظ بنفسه فيصير مضيعا أو مودعا غيره اه (قوله إن خاف الخ) ظاهر صنيعه أن المنظور إليه ما وقع عند المودع من خوف تلف نفسه أو عضوه أو حبسه أو أخذ ماله وإن كان التهديد مطلقا ، أما إذا كان صريحا بأحدها فالحكم ظاهر ط (قوله وإن خاف الحبس أو القيد) أو التجريس كما فى الهندية (قوله وإن خشى أخذ ماله كله فهو عذر) لأنه يؤدى إلى تلف نفسه ، بخلاف ما لو أبقى له قوت الكفاية .

وفى الهندية : سلطان هدد المودع بإتلاف ماله إن لم يدفع إليه الوديعة ضمن إن بقى له قدر الكفاية ، وإن أخذ كل ماله فهو معذور ولا ضمان عليه كذا فى خزانة المفتين . قال ط : ولم يبين ما المراد بقدر الكفاية هل كفاية يوم أو شهر أو العمر الغالب فيحرر اه . والظاهر أن المراد بها هنا كفاية شهر أو يوم (قوله كما لو كان الجائر هو الآخذ بنفسه فلا ضمان) أى من غير تفصيل كما يؤخذ من المنح (قوله رفع الأمر للحاكم) أى على سبيل الأولوية (قوله ليبيعه) وإن لم يكن فى البلد قاض باعها وحفظ ثمنها هندية ، ولو أنفق عليها بلا أمر قاض فهو متبرع ، ولو لم ينفق عليها المودع حتى هلكت يضمن لكن نفقتها على المودع منلا على عن حاوى الزاهدى .

وفى التاترخانية : غاب رب الوديعة ولا يدرى أحى هو أو ميت يمسكها حتى يعلم موته ولا يتصدق بها ، بخلاف اللقطة ، وإن أنفق عليها بلا أمر القاضى فهو متطوع ويسأله القاضى البينة على كونها وديعة عنده وعلى كون المالك غائبا ؛ فإن برهن ، فلو مما يؤجر وينفق عليها من غلتها أمره به وإلا يأمره بالإنفاق يوما أو يومين أو ثلاثة رجاء أن يحضر المالك لا أكثر بل يأمره بالبيع وإمساك الثمن ، وإن أمره بالبيع ابتداء فلصاحبها الرجوع عليه به إذا حضر ، لكن فى الدابة يرجع بقدر القيمة لا بالزيادة ، وفى العبد بالزيادة على القيمة بالغة مابلغت ؛ ولو اجتمع من ألبانها شىء كثير أو كانت أرضا فأثمرت وخاف فساده فباعه بلا أمر القاضى ، فلو فى المصر أو فى موضع يتوصل إلى القاضى قبل أن يفسد ذلك ضمن (قوله فهلك حال القراءة) نص على المتوهم فلا ضمان بعدها بالأولى (قوله لأن له ولاية هذا التصرف) أى وهو القراءة ، وسيأتى آخر العارية ما نصه : أما كتب العلم فينبغى أن يجوز النظر فيها إذا كانت لاتتضرر بالنظر والتقليب ، ويكون كالاستظلال بالحائط والاستضاءة بالنار لا سيما إذا كان مودعا وعادة الناس فى ذلك المساهلة والمسامحة ، والاحتياط عدم النظر إلا بأمر (قوله وكذا لو وضع السراج) أى سراج الوديعة على المنارة أى على محل النور فإنه لا يضمن إذا تلف (قوله أودع صكا)

وأنكر الوارث الأداء حبس المودع الصك أبدا .
وفى الأشباه : لايبرأ مديون الميت بدفع الدين إلى الوارث وعلى الميت دين .
ليس للسيد أخذ وديعة العبد .
العامل لغيره أمانة لا أجر له إلا الوصى والناظر

أى له ، أما إذا كان لغيره وقد أودعه هو وجاء الذى له الصك يطلبه فلا يدفعه إليه وعليه الفتوى هندية (قوله وأنكر الوارث) أى وارث الطالب (قوله حبس المودع الصك) لما فيه من الإضرار ، وقد تقدم نحو هذا فى المصنف ، ولعله محمول على ما إذا كان المكتوب عليه يقر به إذا عرض عليه وإلا فمجرد الخط لايثبت الحق ، ثم ظاهر كلامه يعم ما لو أنكر الوارث لكونه لا يعلم الدفع (قوله أبدا) أى مالم يقر الوارث بالأداء أى بما قبض مورثهم (قوله لا يبرأ مديون الميت بدفع الدين إلى الوارث) الظاهر أن يقيد عدم البراءة بما إذا كان الدين مستغرقا لما دفعه أولا ، وسواء كان الوارث مؤتمنا أولا . والظاهر أن يقيد عدم البراءة بما إذا كان الدين مستغرقا لما دفعه والوارث غير مؤتمن ، كما قيد بهما فى المودع إذا دفع الوديعة للوارث حوى ، لكن قال فى منية المفتى : إذا كان للميت وديعة عند إنسان وفى التركة دين فدفع المودع الوديعة إلى الوارث بغير أمر القاضى يضمن .

فى يده ألف وديعة لرجل مات وعليه ألف درهم دين معروف أنه عليه وترك ابنا معروفا فقضى المستودع الألف للغريم لم يضمن لأنه قضى إلى من له الحق وهو غريم الميت ، وليس للابن ميراث حتى يقضى الدين اهـ .

أقول : ولعل عدم البراءة بدفع الدين إلى الوارث ديانة . قال فى الفوائد الزينية : ولو قضى المودع بها دين المودع ضمن على الصحيح فتأمل وراجع .

[فرع] قال بعت الوديعة وقبضت ثمنها لا يضمن مالم يقل دفعتها للمشترى شرح تحفة الأقران .

وفى منية المفتى : لرجل على آخر دين فقضاه فمنعه ظلما فمات صاحب الدين فالخصومة فى الظلم بالمنع للميت وفى الدين للوارث هو المختار .

وفيها : ومن أخذ من السلطان مالا حراما فحق الخصومة فى الآخرة لغاصب الحق مع السلطان ومع القابض إن لم يخلطه السلطان وبعد الخلط يكون مع السلطان عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى (قوله ليس للسيد أخذ وديعة العبد) أى ولو غير مأذون لا حتمال أنه مال الغير إلا إذا أقام السيد بينة على أنه ماله وقد سلف .

وفى البزازية : الرقيق إذا اكتسب واشترى شيئا من كسبه وأودعه وهلك عند المودع فإنه يضمنه لكونه مال المولى مع أن للعبد يدا معتبرة ، حتى لو أودع شيئا وغاب فليس للمولى أخذه انتهى . هذا إذا لم يعلم أن الوديعة كسب العبد أو ماله ، أما إذا علم ذلك فله حق الأخذ بلا حضور العبد كما نقله فى البزازية عن الذخيرة ، وقد تقدم ذلك (قوله العامل لغيره أمانة لا أجر له إلا الوصى) أى وصى القاضى وقد نصبه بأجر وأما وصى الميت فلا يستحق الأجر كما فى الأشباه من فن الجمع . والفرق فى الكلام على أجر المثل نقلا عن القنية . وقد علل الولوالجى عدم صحة الأجر له ، ولو جعله المتوفى له لينفذ له وصاياه بأنه بقبول الوصية صار العمل واجبا عليه والاستئجار على هذا لا يجوز انتهى .

قال العلامة الخير الرملى : ولا يخفى أن وصى الميت إذا امتنع عن القيام بالوصية إلا بأجر فى مقابلة عمله

إذا عملا .

قلت : فعلم منه أن لا أجر للناظر فى المسقف إذا أحيل عليه المستحقون فليحفظ وفى الوهبانية :

ودافـع ألف مقرضا ومقارضا ... وربح القراض الشرط جاز ويحذر

وإن يدعى ذو المال قرضا وخصمه . . . .

لايجبر على العمل لأنه متبرع ، ولاجبر على المتبرع . وإذا رأى القاضى أن يعمل له أجرة على عمله وكانت أجرة المثل فما المانع قياسا واستحسانا وهى واقعة الفتوى ، وقد أفتيت به مرارا ، ولا ينا فيه ما فى الولوالجية كما هو ظاهر لأن الموضوع مختلف كما يظهر بأدنى تأمل اه .

أقول : إنما كان الموضوع مختلفا لأن موضوع مسألة الولوالجى فى وجوب العمل بقبول الوصية وموضوع ما ذكره فى عدم الجبر على العمل وهو لا ينافى الوجوب ، لـكن قال الطحطاوى : وفيه تأمل ، إذ بعد القبول لا يقال إنه متبرع .

والحاصل أن وصى الميت لا أجر له إلا إذا كان محتاجا فله الأكل من مال اليتيم بقدر عمله ، وللقاضى أن يفرض له ذلك ، لـكن للمستقبل لا لما مضى لشروعه فيه متبرعا . وأما وصى القاضى ، فإن كان محتاجا فكذلك وإلا فإن نصبه القاضى وجعل له أجرة المثل جاز ، وكذا إذا امتنع بعد النصب عن العمل حتى يجعل له أجرة لأن وصايته غير لا زمة ، لأن له أن يعزل نفسه فله أن يمتنع عن المضى فى العمل إلا بأجر وتمام الـكلام على ذلك فى باب الوصى آخر الـكتاب فراجعه إن شئت (قوله إذا عملا) فيستحقان أجرة المثل أشباه :

قال فى القنية : إذا عين القاضى له أجرا فهو له وإلا فلا ، وذكر أن له أجرة مثله ولو لم يعينه القاضى ، وتقدم ذلك فى كتاب الوقف ، وذكره فى الوصايا (قوله قلت) القول لصاحب الأشباه (قوله فعلم منه أن لا أجر للناظر الخ) أى من قوله إذا عملا أى إلا إذا كان مشروطا من جهة الواقف أفاده أبو السعود ، ووجه العلم أنه لا عمل حينئذ ط .

والحاصل أن الواقف إن عين للناظر شيئا فهوله كثيرا كان أو قليلا على حسب ما شرطه عمل أو لم يعمل حيث لم يشترطه فى مقابلة العمل ، وإن لم يعين له الواقف وعين له القاضى أجرة مثله جاز ، وإن عين أكثر يمنع عنه الزائد عن أجرة المثل . هذا إن عمل ، وإن لم يعمل لا يستحق أجرة ، وبمثله صرح فى الأشباه فى كتاب الدعوى ، وإن نصبه القاضى ولم يعين له شيئا ، ينظر ، إن كان المعهود أن لا يعمل إلا بأجرة المثل فله أجرة المثل ، لأن المعهود كالمشروط وإلا فلا شيء له وبيان تفصيل ذلك مع أدلته فى كتاب الوقف فارجع إليه (قوله ودافع ألف مقرضا ومقارضا) قال ابن الشحنة : مسألة البيت من البدائع . قال ولو قال خذ هذه الألف على أن نصفها عليك قرض على أن تعمل بالنصف الآخر مضاربة على أن ربح لى فهذا مكروه لأنه شرط لنفسه منفعة فى مقابلة القرض ، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا فإن عمل هذا وربح فالربح بينهما نصفان ، لأن المضارب ملك نصف المال بالقرض فكان نصف الربح له والنصف الآخر بضاعة فى يده فربحه لرب المال (قوله وربح القراض) أى لرب المال خاصة (قوله الشرط جاز) ويجعل النصف بضاعة ونماء النصف القرض للمستقرض ، لأن المضاربة لما فسدت باشتراط كل الربح لرب المال صارت بضاعة (قوله ويحذر) للنهى عن قرض جر نفعا . وإذا علم صحة الشرط فالربح الحاصل من الألف لهما والخسران عليهما لأنهما شريكان فى الألف (قوله وإن يدعى ذو المال قرضا وخصمه إلى آخر البيتين) قال

. . . . . قراضا فرب المال قد قيل أجدر
وفى العكس بعد الربح فالقول قوله كذلك فى الأبضاع ما يتغير
وإن قال قد ضاعت من البيت وحدها يصح ويستحلف فقد يتصور
وتارك فى قوم لأمر صحيفة فراحوا وراحت يضمن المتأخر
وتارك نشر الصوف صيفا . . . . .

الشارح : قد اشتمل البيتان على ثلاث مسائل الأولى من الظهيرية لو قال المضارب دفعته إلى مضاربة وقال رب المال دفعته إليك قرضا فالقول قول رب المال ، ومع ذلك لو هلك المال قبل التصرف لا ضمان على ذى اليد لا تفاقهما على قول المالك دفعت فإنها لا تفيد ضمانا قبل التصرف وضمن بعده ؛ وإن أقاما بينة فلرب المال فيكون كل من القول والبينة لرب المال . وفى النهاية وشرح التحرير أن القول قول المضارب والبينة على رب المال (قوله فرب المال قد قيل أجدر) أى بقبول قوله وإن هلك المال ، فإن كان قبل العمل فلا ضمان عليه لا تفاقهما على لفظ الدفع كما تقدم (قوله وفى العكس) وهذه المسألة الثانية من الظهيرية أيضا ، وهى عكس الأولى . إذا قال المضارب بعد ما تصرف وربح أقرضتنى هذا المال والربح كله لى وقال رب المال دفعته إليك مضاربة بالثلث أو قال دفعته إليك بضاعة أو قال مضاربة ولم أسم ربحا أو بربح مائة درهم فالقول فى ذلك قول رب المال وعلى المضارب البينة ، وفى دعوى البضاعة الربح لرب المال ، وفيما إذا لم يسم فالربح لرب المال وللمضارب أجر المثل ، وإن أقام البينة فالبينة للعامل ، وإن اختلفا قبل الربح يرد المال إلى مالكه لعدم لزوم العقد (قوله كذلك فى الإبضاع) بأن قال رب المال دفعته بضاعة والمضارب يدعى القرض فالقول لرب المال. ولو ادعى المضاربة ورب المال الغصب وضاع المال قبل العمل فلا ضمان ، وإن بعد العمل فهو ضامن ؛ وإن أقاما بينة فالبينة للمضارب فى الوجهين وهذه هى المسألة الثالثة (قوله ما يتغير) أى الحكم فى هذه الصورة ، وقد قدمنا الكلام على هذين البيتين آخر كتاب المضاربة (قوله وإن قال قد ضاعت من البيت وحدها) مسألة البيت من الواقعات ، وقد ذكرناها فى هذا الباب ، وهى المودع إذا قال ذهبت الوديعة من منزلى ولم يذهب من مالى شىء قبل قوله مع يمينه كما فى الهندية والكافى وجامع الفصولين ونور العين وغيرها (قوله فقد يتصور) بأن يعجل السارق أو تكون هى المقصودة ، ومعنى يصح يصدق (قوله وتارك) بغير تنوين (قوله لأمر) متعلق بتارك أو بصحيفة والصحيفة مثال ، وهى قطعة من جلد أو قرطاس كتب فيه ، وقدمنا ذكر هذه المسألة . وذكر شارحها العلامة ابن الشحنة أن مسألة البيت ممن قاضيخان قال : قوم جلوس فى مكان فقام واحد منهم وترك كتابه ثم قام الباقون معا فهلك الكتاب ضمنوا جميعا ، لأن الأول لما ترك الكتاب عندهم فقد استحفظهم فإذا قاموا وتركوا الكتاب فقد تركوا الحفظ الملتزم فضمنوا جميعا ، وإن قام القوم واحدا بعد واحد كان الضمان على آخرهم لأن الآخر تعين للحفظ فتعين للضمان . قال المصنف : وهذا ليس خاصا بالصحيفة بل يطرد فى غيرها أيضا . قال ط : وينبغى تقييد هذا الفرع بما لا يقسم فإنه إذا كان مما يقسم يكون القائم أولا مفرطا بعدم قسمة المودع للحفظ اهـ (قوله يضمن المتأخر) لتعينه للحفظ فتعين للضمان اهـ عبد البر ، ومفهومه أنهم إذا قاموا جملة ضمنوا جميعا ، وبه صرح قاضيخان . ويظهر لى أن كل مالا يقسم كذلك سائحانى (قوله وتارك نشر الصوف صيفا الخ) قد اشتمل البيتان على مسألتين من الظهيرية .

قال فى كتاب الوديعة : إذا أفسدها الفأر وقد اطلع المودع على ثقب معروف ، إن كان أخبر صاحب

فعث لم . . . . . يضمن وقرض الفار بالعكس يؤثر
إذا لم يسد الثقب من بعد علمه ولم يعلم المسلاك ما هى تنعر
قلت : بقى لو سده مرة ففتحه الفأر وأفسده لم يذكر ، وينبغى تفصيله كما مر فتدبر .

الوديعة أن ههنا ثقب الفار فلا ضمان ، وإن لم يخبره بعد ما اطلع عليه ولم يسده ضمن وهى المسألة الثانية . والأولى ما قال فى الظهيرية عن السيد الإمام أبى القاسم أن الإنسان إذا استودع عنده ما يقع فيه السوس فى زمان الصيف فلم يبردها فى الهواء حتى وقع السوس وفسد لا يضمن ، وهذا علم من صورة النظم إلا أنه يعلم من ذلك الحكم فى نظيره انتهى ما ذكره ابن الشحنة .

قال فى الهندية : الوديعة إذا أفسدتها الفأرة وقد اطلع المودع على ثقب الفأرة ، إن أخبر صاحبها أن ههنا ثقب الفأرة لا ضمان عليه ، وإن لم يخبر بعد ما اطلع عليه ولم يسده يضمن كذا فى الفصول العمادية . وذكر بعدها عبارة الظهيرية . ثم قال وفى فتاوى أبى الليث إذا كانت الوديعة شيئا يخاف عليه الفساد وصاحب الوديعة غائب فإن رفع الأمر إلى القاضى حتى يبيعه جاز وهو الأولى ، وإن لم يرفع حتى فسدت لا ضمان عليه لأنه حفظ الوديعة على ما أمر به كذا فى المحيط ، وإن لم يكن فى البلد قاض باعها وحفظ ثمنها لصاحبها كذا فى السراج الوهاج انتهى (قوله فعث) العث بالمثلثة : السوس أو الأرضة وهى دويبة تأكل الصوف (قوله لم يضمن) لأنه حفظ الوديعة كما أمر به محيط ، ويضمن بتشديد الميم (قوله وقرض الفار) الحاصل أنه إذا أودعه الوديعة فوضعها فى محل لاثقب فيه فقرضها الفأر أو أحرقتها النار أو أصابها بخس بالباء الموحدة بالتحتية ثم الخاء المعجمة أى نقص ، أو أصابها نخس بالنون ثم الخاء : أى ثقب متسع فلا ضمان عليه . وأما إذا كان فى المكان الموضوع فيه الوديعة ثقب قد اطلع عليه المودع ، إن أخبر صاحبها به فلا ضمان عليه ، وإن لم يخبره ولم يسده يضمن أفاده صاحب الهندية (قوله بالعكس يؤثر) أى بالخلاف (قوله ولم يعلم) الواو بمعنى أو ، فينتفى عنه الضمان بسده أو بإعلام المالك به وإن لم يسده ، لأن المالك حينئذ رضى بوضعه فيه على هذا الحال ويعلم بضم الياء (قوله وينبغى تفصيله) البحث للطرسوسى حيث قال : وينبغى أن يكون فيها التفصيل لأن الأمر دائر بين الإعلام للمودع أو السد بدونه وهو موجود أو ارتضاه عبد البر وأقره الشرنبلالى .

[تتمة] فى ضمان المودع بالكسر فى قاضيخان : مودع جعل فى ثياب الوديعة ثوبا لنفسه فدفعها إلى ربها ونسى ثوبه فيها فضاع عنده ضمن لأنه أخذ ثوب الغير بلا إذنه والجهل فيه لايكون عذرا .

قال فى نور العين : ينبغى أن تقيد المسألة بما لو كان غير عالم ثم علم بذلك وضاع عنده وإلا فلا سبب للضمان أصلا ، فالظاهر أن قوله والجهل فيه لايكون عذرا ليس على إطلاقه ، والله تعالى أعلم اه ملخصا .

قال فى السراجية : مؤنة الرد على المالك لا على المودع ، وإن نقلها فى بلده من محلة فمؤنة الرد على صاحبها بالاتفاق ، وكذا إذا سافر فيما يجوز له السفر بها تكون الأجرة على المالك سراج أى أجرة الرد كما يؤخذ من سابقه .

قال ط : وانظر مؤنة حمله للإخراج هل هى على المودع أو المالك .

[فروع] ندت بقرة من الباقورة وترك الراعى اتباعها فهو فى سعة من ذلك ولا ضمان عليه فيما ندت بالإجماع إن كان الراعى خاصا ، وإن كان مشتركا فكذلك عند أبى حنيفة . وعندهما يضمن ، وإنما لايضمن عنده وإن ترك الحفظ فيما ندت لأن الأمين إنما يضمن بترك الحفظ إذا ترك بغير عذر ، أما إذا ترك بعذر فإنه

لايضمن ، كما لو دفع الوديعة لأجنبي حالة الحريق فإنه لايضمن وإن ترك الحفظ لأنه ترك بعذر كذا هنا ، وإنما ترك الحفظ بعذر كي لايضيع الباقي . وعندهما يضمن لأنه ترك بعذر يمكن الاحتراز عنه .

قال صاحب الذخيرة : ورأيت فى بعض النسخ لاضمان عليه فيما ندت إذا لم يجد من يبعثه ليردها أو يبعثه ليخبر صاحبها بذلك ، وكذلك لو تفرقت فرقا ولم يقدر على اتباع الكل فاتبع البعض وترك البعض لايضمن لأنه ترك حفظ البعض بعذر . وعندهما يضمن لأنه يمكن الاحتراز عنه عمادية من ضمان الراعى .

وفى فتاوى أبى الليث : مكار حمل كرابيس إنسان فاستقبله اللصوص فطرح الكرابيس وذهب بالحمار قال : إن كان لايمكنه التخلص منهم بالحمار والكرابيس وكان يعلم أنه لو حمله أخذ اللصوص الحمار والكرابيس فلا ضمان عليه لأنه لم يترك الحفظ مع القدرة عليه .

طرح الأمانة فى السفينة وسبح فى البحر خوفا من الأسر والقتل لايضمن .

فى جامع الفصولين فى ضمان الأجير المشترك رامزا للذخيرة : قرية عادتهم أن البقار إذا أدخل السرح فى السكك يرسل كل بقرة فى سكة ربها ولا يسلمها إليه ففعل الراعى كذلك فضاعت بقرة ، قيل يبرأ إذ المعروف كالمشروط ، وقيل لو لم يعد ذلك خلافا يبرأ اهـ . والظاهر أن القولين متقاربان إن لم يكونا بمعنى واحد ، لأن ذلك إذا كان معروفا لايعد خلافا لأنه يكون مأذونا به عادة ، وقدمنا نحو هذه المسألة ، وهو مالو أرسل الوكيل بالبيع الثمن إلى الموكل مع المكارى ونحوه مما جرت به العادة فإنه لايضمن ، وبه أفتى الخير الرملى لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا ، ولا فرق بين أن تتلف أو تضيع أو يأكلها الذئب إلا إذا نهاه ربها عنه .

قال الرملى : ومثله الشريك والمزارع أيضا مثله وهو كالمودع وهذا إذا كانت العادة مطردة ، أما إذا لم تكن كذلك فلا شبهة فى الضمان فى صورة الضياع أو أكل الذئب تنبه ، وهذا أيضا إذا لم يخش عليها ، أما إذا خشى بأن كان على أهل القرية أعداء يقصدون نهب أموالهم أو إتلافها أو كانت كثيرة اللصوص فلا شبهة فى الضمان فاعلم ذلك ، والله تعالى أعلم اهـ .

رجل استعار دابة فنام فى المفازة ومقودها فى يده فجاء السارق وقطع المقود وذهب بالدابة لايضمن المستعير لأنه لم يترك الحفظ ، ولو أن السارق مد المقود من يده وذهب بالدابة ولم يعلم به المستعير كان ضامنا ، لأنه إذا نام على وجه يمكن مد المقود من يده وهو لايعلم به يكون مضيعا ، فإذا نام جالسا لايضمن على كل لأنه لو نام جالسا ولم يكن المقود فى يده ولكن الدابة تكون بين يديه لا يضمن فههنا لايضمن أولى اهـ .

وفى البزازية من الوديعة : جعل الدابة الوديعة فى كرم غير رفيع الحائط أو لم يكن له حائط ينظر ، إن نام المودع ووضع جنبه على الأرض ضمن إن ضاعت الوديعة ، وإن قاعدا لايضمن ، وإن فى السفر لايضمن وإن نام مضطجعا اهـ ومثله فى الذخيرة وعدة الفتاوى والعمادية . وفى البزازية أيضا فى العارية ذكر ماذكر فى الخانية قائلا . وهذا لايناقض مامر ، إذ نوم المضطجع فى السفر ليس بترك للحفظ لأن ذا فى نفس النوم وهذا فى أمر زاد على النوم اهـ .

كل أمين ادعى إيصال الأمانة إلى مستحقها قبل قوله كالمودع إذا ادعى الرد أشباه ومثله ماتقدم متنا ؛ المودع أو المستعير أو المضارب أو المستبضع أو المساوم أو المستأجر أو الأب فى مال ابنه الصغير أو الوكيل أو الرسول أو القاضى أو أمين القاضى أو المحضر أو أمير العسكر أو المتولى أو القيم أو الدلال أو السمسار

أو البياع أو المرتهن أو العدل أو الملتقط أو آخذ الآبق أو الشريك أو الحاج عن الغير أو الأجير الخاص أو المشترك أو نحوها إذا ادعى الهلاك بغير تعد أو ادعى الرد إلى صاحبها يصدق مع يمينه لأن كل واحد منهم أمين والقول قول الأمين مع اليمين إن لم يكن له بينة على الرد أو الهلاك ، وإن كان له بينة فلا يمين عليه وإنما طلبت البينة لدفع اليمين عنه .

فالحاصل أن من تكون العين فى يده أمانة إذا ادعى ردها إلى صاحبها أو ادعى الموت أو الهلاك يصدق مع يمينه بالاتفاق وهذا فى الرهن قبل قبضه ، وأما بعد قبضه فالقول للراهن كما سيأتى سائحانى .

حوّل الأجنبى الوديعة عن محلها ثم ردها ثم هلكت ضمن قاضيخان .

دفع إلى آخر قنا مقيدا بسلسلة وقال اذهب به إلى بيتك مع هذه السلسلة فذهب به بلا سلسلة فأبق القن لم يضمن إذا أمر بشيئين وقد أتى بأحدهما فصولين .

أقول : أى أمر بالذهاب بالقن وأمر بالذهاب بالسلسلة فلا يضمن القن .

وأقول : المتبادر من كلامه أن يكون القن مصحوبا بها أى مسلسلا فكأنه قال اذهب به مسلسلا فهو مأمور بالذهاب به مسلسلا فالمأمور به واحد موصوف فينبغى الضمان تأمل رملى .

بعثه إلى ماشية فركب المبعوث دابة الباعث برئ لو بينهما انبساط فى مثل ذلك وإلا ضمن فصولين .

وفيه دفع بعيره إلى رجل ليكريه ويشترى له شيئا بكرائه فعمى البعير فباعه وأخذ ثمنه فهلك ، لو كان فى موضع يقدر على الرفع للقاضى أو يستطيع إمساكه أو رده مع العمى ضمن قيمته وإلا برئ .

أعار حماره وقال خذ عذاره وسقه كذلك ولا تخل عنه فإنه لا يستمسك إلا هكذا فقال نعم فلما مضت ساعة خلى عذاره فأسرع فى المشى فسقط ضمن إذ خالف شرطا مفيدا فغصبه .

أعطاه درهما لينقده فغمزه فانكسر برئ لو أمره بغمزه وإلا ضمن ، وكذا لو أراه قوسا فمده فانكسر فهو على هذا اه .

وفيه معزيا إلى فوائد صاحب المحيط قال له : بعت دمى منك بفلس أو بألف فقتله الآخر يقاد ، لا لو قال اقتلنى فقتله لأنه إطلاق فأورث شبهة ، وهو هدر فى أصح الروايتين عند أبى حنيفة ، وتجب الدية فى ماله فى رواية .. ولو قال اقطع يدى أو رجلى أو اقتل قنى ففعل لم يجب شئ بالإجماع إذ الأطراف كأموال فيصح الأمر .

وقعت ببخارى واقعة وهى رجل قال لآخر ارم السهم إلىّ حتى آخذه فرمى السهم إليه بأمره فأصاب عينه فذهبت ، قال قاضيخان : لم يضمن ، كما لو قال له اجن علىّ فجنى عليه لم يضمن ، وهكذا أفتى بعض المشايخ به ، وقاسوا على مالو قال اقطع يدى الخ . وقال صاحب المحيط : الكلام فى وجوب القود ، أما لاشك أنه تجب الدية فى ماله إذ ذكر فى الكتاب : لو تضاربا بالوكز : أى النخس يقال له بالفارسية شت زون فذهبت عين أحدهما يجب القصاص إذا أمكن لأنه عمد .

صن : وإن قال كل واحد منهما للآخر ده ده ، وكذا لو بارزا فى خانقاه على وجه التعليم أو الملاعبة فأصابت الخشبة عينه فذهبت يقاد لو أمكن اه .

قال فى مجمع الفتاوى : ولو قال كل واحد منهما لصاحبه ده ده ووكز كل منهما صاحبه وكسر سنه فلا شئ عليه ، بمنزلة مالو قال اقطع يدى فقطعها قاضيخان اه .

. . . .

والذى ظهر لى فى وجه ماذكر فى الكتاب أنه ليس من لازم قوله ده ده إباحة عينه لاحتمال السلامة مع المضاربة بالوكزة كاحتماله مع رمى السهم ، فلم يكن قوله ارم السهم إلىّ وقوله ده ده صريحا فى إتلاف عضوه ، بخلاف قوله اقطع يدى أو اجن علىّ فلم يصح قياس الواقعة عليه والمصرح به أن الأطراف كالأموال يصح الأمر فيها ، وكأن فى المسألة قولين تأمل .

فى جامع الفصولين رامزا إلى كتاب الدعاوى والبينات لصاحب المحيط : دفع ثوبه إلى دلال ليبيعه فساومه رب حانوت بثمن معلوم وقال أحضر رب الثوب لأعطيه الثمن فذهب وعاد فلم يوجد الثوب فى الحانوت ورب الحانوت يقول أنت أخذته وهو يقول ما أخذته بل تركته عندك صدّق الدلال مع يمينه لأنه أمين ، وأما رب الحانوت فلو اتفقا على أنه أخذه رب الحانوت ليشتريه بما سمى من الثمن فقد دخل فى ضمانه فلا يبرأ بمجرد دعواه فيضمن قيمته ، ولو لم يتفقا على ثمن لم يضمن إذ المقبوض على سوم الشراء إنما يضمن لو اتفقا على ثمنه قنية .

لايجب ضمان السوم إلا بذكر الثمن ، قيل هو قول أبى يوسف . ويكفى عند محمد أن يميل قلبهما تجنيس .

دفعه إلى دلال ليبيعه فدفعه الدلال إلى رجل على سوم الشراء ثم نسيه لم يضمن وهذا إذا أذن له المالك بالدفع للسوم إذ لاتعدى فى الدفع حينئذ إيضاح ، أما إذا لم يأذن له فيه ضمن .

ذكر فى بعض الفتاوى عن فتاوى النسفى : لو عرضه الدلال على رب دكان وتركه عنده فهرب رب الدكان وذهب به لم يضمن الدلال فى الصحيح لأنه أمر لابد منه فى البيع . وذكر بعض المشايخ يضمن لأنه مودع ، وليس للمودع أن يودع قاضيخان .

دفعه الدلال إلى من استام لينظر إليه ويشترى فذهب به ولم يظفر به الدلال ، قالوا لم يضمن لإذنه فى هذا الدفع .

قال : وعندى أنه إنما لايضمن لو لم يفارقه ، وأما لو فارقه ضمن كما لو أودعه أجنبى أو ترك عند من لايريد الشراء .

طلب المبيع رجل من الدلال بدراهم معلومة فوضعه عند طالبه ضمن قيمته لأخذه على سوم الشراء بعد بيان الثمن ، قالوا : ولا شىء على الدلال ، وهذا لو مأذونا بالدفع إلى من يريد الشراء قبل البيع ، فلو لم يكن مأذونا ضمن فروق الجامع .

دلال معروف بيده ثوب تبين أنه مسروق فقال رددته على من أخذته منه يبرأ كغاصب الغاصب إذا رد على الغاصب يبرأ فى الذخيرة ، إنما يبرأ لو أثبت رده بحجة فى عدة الفتاوى ، هذا كغاصب الغاصب إذا قال رددت على الغاصب صدق بيمينه لا بدونها منتقى .

قال تلفت منذ عشرة أيام وبرهن ربها أنها كانت عنده منذ يومين فقال المودع وجدتها فتلفت تقبل ولم يضمن . ولو قال أولا ليست عندى وديعة ثم قال وجدتها فتلفت ضمن اه قنية .

دلال دفع ثوبا إلى ظالم لايمكن استرداده منه ولا أخذ الثمن يضمن إذا كان الظالم معروفا بذلك .

ن : خرج المودع وترك الباب مفتوحا ضمن لو لم يكن فى الدار أحد ولم يكن المودع فى مكان يسمع حس الداخل عدة .

المودع : لو حفظها فى حرز ليس فيه مال ضمن والمراد حرز غيره ، أما لو استأجر بيتا لنفسه وحفظها فيه لم يضمن ولو لم يكن فيه ماله .

. . . .

مى : مودع استأجر بيتا فى مصر أودع فيه وأحرزها فيه وسافر وتركها فيه لم يضمن .

صع : تختم بخاتم الوديعة قيل ضمن فى الخنصر والبنصر لا فى غيرهما وبه يفتى ، وقيل ضمن فى الخنصر لا فى غيره يماثله المرتهن . وتضمن المرأة مطلقا لأنه استعمال منها خلاصة فى الأقضية .

ادعى وكالة بقبض دين أو وديعة فأقر المطلوب فى الدين يؤمر بدفعه إليه ، وفى العين لايؤمر فى ظاهر الرواية . وذكر فى محل آخر من الخلاصة فى الفرق بينهما أن إقراره فى الدين لا فى ملك نفسه . وفى الوديعة لا فى ملك غيره اه قال : فلو أقر بالوكالة وأنكر المال لايصير خصما ، ولا تقبل البينة على المال إلا أن تقع البينة على الوكالة أو لم يثبت كونه خصما بإقرار المطلوب لأنه ليس بحجة فى حق الطالب ، وإن أقر بالمال وأنكر الوكالة لايحلف الوكيل المطلوب على العلم بوكالته إذ الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولم تصح ، إذ لم تثبت وكالته فلم يصر خصما إلا إذا قامت البينة على الوكالة ، والمال يقبل عند أبى حنيفة بناء على أن وكيل قبض الدين يملك الخصومة عنده .

هد : لايؤمر بدفع الوديعة إلى الوكيل بقبضها لو صدقه إذا أقر بمال الغير بخلاف الدين .

قن : عن محمد لو صدقه يجبر بدفع عين كدين غر : وكذا عن أبى يوسف .

جشجى : لو صدقه أو كذبه أو سكت لايجبر بدفع الوديعة ، ولو دفعها لايسترد ، فلو حضر ربها وكذبه فى الوكالة لايرجع المودع على الوكيل لو صدقه ولم يشترط عليه الضمان ، وإلا رجع بعينه لو قائما وبقيمته لو هالكا .

قال صاحب جامع الفصولين أقول : لو صدقه ودفعه بلا شرط ينبغى أن يرجع على الوكيل لو قائما إذ غرضه لم يحصل فله نقض قبضه على قياس مامر عن الهداية من أن المديون يرجع بما دفعه إلى وكيل صدقه لو باقيا كذا هذا .

شجع : لو لم يؤمر بدفع الوديعة ولم يسلمها فتلفت ، قيل لايضمن وكان ينبغى أن يضمن ، إذ المنع من الوكيل بزعمه كمنعه من المودع ، ولو سلمه إلى الوكيل لايسترد لأنه سعى فى نقض مافعله ذخيرة .

وكل زيدا الغائب بقبض وديعة فقبضها زيد قبل أن يبلغه ذلك فتلف يخير المالك ضمن زيدا أو الدافع ، ولو علم الدافع بالتوكيل لازيد برئا إذ للمودع أن يدفعه

يقول الحقير : الظاهر أنه يبرأ الدافع لازيد لكون قبضه حين قبض فضولا ، والله تعالى أعلم .

عن : وكله بقبض الوديعة فى اليوم فله قبضه غدا ، ولو وكله بقبضه غدا لايملك قبضه اليوم إذ ذكر اليوم للتعجيل فكأنه قال أنت وكيلى به الساعة فإذا ثبت وكالته الساعة دامت ضرورة ، ولا يلزم من وكالة الغد وكالة اليوم لاصريحا ولا دلالة ، وكذا لو قال اقبضه الساعة بدونهم فله قبضه بعدها ، ولو قال اقبضه بمحضر من فلان فقبضه بغيبته جاز . .

قال اقبضه بشهود فله قبضه ، بخلاف قوله لاتقبضه إلا بمحضر منه حيث لايملك قبضه إذ نهى عن القبض واستثنى قبضا بمحضر منه اه مافى نور العين .

وفى الهندية : من ترك باب حانوته مفتوحا فقام واحد ثم واحد فضمان ماضاع على آخرهم كذا فى الملتقط .

رجل فى يده ثوب قال له رجل أعطنى هذا الثوب فأعطاه إياه كان هذا على الوديعة ، كذا فى الظهيرية .

سئل ابن الفضل عمن دفع جواهر إلى رجل ليبيعها فقال القابض أنا أريها تاجرا لأعرف قيمتها فضاعت الجواهر

. . . .

قبل أن يريها ، قال : إن ضاعت أو سقطت بحركته ضمن ، وإن سرقت منه أو سقطت لمزاحمة أصابته من غيره لم يضمن كذا فى الحاوى للفتاوى .

دفع إلى مراهق قمقمة ليسقى الماء فتغافل عنها فضاعت لايضمن كذا فى القنية :

قال خلف : سألت أسدا عمن له على آخر درهم فدفع المطلوب إلى الطالب درهمين أو درهما ثم درهما وقال خذ درهمك فضاع الدرهمان قبل أن يعين درهما قال : هلك على المطلوب وللطالب درهمه .

ولو قال له حين دفع إليه الدرهم الأول : هذا حقك فهو مستوف ولا ضمان عليه للدرهم الآخر ، كذا فى التاترخانية .

صبى يعقل البيع والشراء محجور عليه أودعه رجل ألف درهم فأدرك ومات ولم يدر ماحال الوديعة فلاضمان فى ماله إلا أن يشهد الشهود أنه أدرك وهى فى يده فحينئذ يضمن بالموت عن تجهيل ، كذا فى الظهيرية والحكم فى المعتوه نظير الحكم فى الصبى إذا أفاق ثم مات ولم يدر ماحال الوديعة لاضمان فى ماله إلا أن يشهد الشهود أنه أفاق وهى فى يده وإن كان الصبى مأذونا له فى التجارة والمسألة بحالها ، فهو ضامن للوديعة وإن لم تشهد الشهود أنه أدرك وهى فى يده ، وكذا الحكم فى المعتوه إذا كان مأذونا له فى التجارة كذا فى الذخيرة :

إذا قال المستودع للمودع وهبت لى الوديعة أو بعتها منى وأنكر رب الوديعة ثم هلكت لايضمن المودع كذا فى الخلاصة .

سئل عمن أودع عند آخر أوانى صفر ثم استردها بعد زمان فرد عليه ستة فقال المالك كانت سبعة فأين السابع فقال لاأدرى أودعتنى ستة أو سبعة ولا أدرى ضاعت أو لم تكن عندى ، وتارة يقول لاأدرى هل جاءنى من عندك رسول فاستردها وحملها إليك أم لا هل يضمن ؟ قال لا لأنه لم يقر بإضاعته فلا يتناقض كذا فى فتاوى النسفى .

رجل استقرض من رجل خمسين درهما فأعطاه غلطا ستين فأخذ العشرة ليردها فهلكت فى الطريق يضمن خمسة أسداس العشرة لأن ذلك القدر قرض والباقى وديعة ، كذافى السراج الوهاج وهو الأصح ، هكذا فى التاترخانية وكذا لو هلك الباقى يضمن خمسة أسداسه ، كذا فى فتاوى قاضيخان .

له على آخر خمسون فاستوفى غلطا ستين فلما علم أخذ عشرة للرد فهلكت يضمن خمسة أسداس العشرة لأن ذلك قرض والباقى أمانة كذا فى الوجيز للكردرى :

رجل له على رجل ألف درهم دين فأعطاه ألفين وقال ألف منهما قضاء من حقك وألف يكون وديعة فقبضها وضاعت قال هو قابض حقه ولا يضمن شيئا كذا فى المحيط .

أودعه بقرة وقال إن أرسلت ثيرانك إلى المرعى للعلف فاذهب ببقرتى أيضا فذهب بها دون ثيرانه فضاعت لايضمن كذا فى القنية .

أودع شاة فدفعها مع غنمه إلى الراعى للحفظ فسرقت الغنم يضمن إذا لم يكن الراعى خاصا للمودع كذا فى القنية .

الوديعة إذا كانت قراما فأخذها المودع وصعد بها السطح وتستر بها فهبت بها الريح وأعادتها إلى المكان الذى كانت فيه من البيت لايبرأ عن الضمان لأنه لم يوجد منه القصد إلى ترك التعدى كذا فى خزانة المفتين .

كتاب العارية

أخرها عن الوديعة لأن فيها تمليكا وإن اشتركا فى الأمانة . ومحاسنها النيابة عن الله تعالى فى إجابة المضطر لأنها لاتكون إلا لمحتاج كالقرض فلذا كانت الصدقة بعشرة

فى فتاوى النسفى طحان خرج من الطاحونة لينظر الماء فسرقت الحنطة ضمن إن ترك الباب مفتوحا وبعد من الطاحونة كذا فى الخلاصة ، بخلاف مسألة الخان ، وهى : خان فيها منازل ولكل منزل مقفل فخرج وترك الباب مفتوحا فجاء سارق وأخذ شيئا لايضمن كذا فى الوجيز للكردرى .

قال المودع للمالك أنا ذاهب إلى المزرعة وأريد أن أضع وديعتك فى بيت جارى فقال له المالك ضعها فوضعها وذهب إلى المزرعة ورجع فأخذها من الجار وجاء إلى بيته ووضعها ثمة فضاعت من داره هل يضمن المودع الأول أم لا ؟ ينبغى الضمان كذا فى الذخيرة معربا عن عبارة فارسية .

ولو كان عنده كتاب وديعة فوجد فيه خطأ يكره أن يصلحه إذا كره ذلك صاحبه كذا فى الملتقط انتهى .

أقول : وهذا بخلاف إصلاح غلط المصحف إذا كان بخط يناسب فإنه يجب حينئذ كما يأتى فى آخر العارية .

وفى الهندية : أودع عند رجل صك ضيعة والصك ليس باسمه ثم جاء الذى الصك باسمه وادعى تلك الضيعة والشهود الذين بذلوا خطوطهم أبوا أن يشهدوا حتى يروا خطوطهم فالقاضى يأمر المودع حتى يريهم الصك ليروا خطوطهم ولا يدفع الصك إلى المدعى وعليه الفتوى ، كذا فى الفتاوى العتابية .

دفع إلى رجل مالا لينثره على العرس ، فإن كان المدفوع دراهم ليس له أن يحبس لنفسه شيئا ولو نثره بنفسه ليس له أن يلتقط منه كذا فى محيط السرخسى ، وكذا ليس له أن يدفع إلى غيره لينثره كذا فى السراج الوهاج ، ومثل المال السكر كذا فى الغياثية .

وسئل عن أمة اشترت سوارين بمال اكتسبته فى بيت مولاها فأودعتهما امرأة فقبضت تلك المرأة ولم يكن ذلك بإذن مولى الجارية فهلكت الوديعة هل تضمن فقال نعم : لأن ذلك ملك المولى ولا إيداع بغير إذن فصارت غاصبة كذا فى الفتاوى النسفية ، انتهى ما فى الهندية ، والله تعالى أعلم ، وأستغفر الله العظيم .

كتاب العارية

مشروعيتها بالكتاب ، وهو قوله تعالى — ويمنعون الماعون — والماعون : مايتعاورونه فى العادة ، وقيل الزكاة فقد ذم الله تعالى على منع الماعون وهو عدم إعارته فتكون إعارته محمودة . وبالسنة : وهى ماروى البخارى « أنه عليه الصلاة والسلام استعار من أبى طلحة فرسا يسمى المندوب فركبه حين كان فزع فى المدينة فلما رجع قال : مارأينا من شىء ، وإن وجدناه لبحرا » وبالإجماع فإن الأمة أجمعت على جوازها ، وإنما اختلفوا فى كونها مستحبة ، وهو قول الأكثرين أو واجبة وهو قول البعض انتهى شمنى (قوله لأن فيها تمليكا) أى وإيداعا فتكون من الوديعة بمنزلة المفرد من المركب والمركب مؤخر عن المفرد ، ويحتمل أن يكون إشارة إلى ماقدمنا فى الوديعة من أنه من باب الترقى ، والأنسب فى التركيب أن يقول ذكرها بعد الوديعة لإشتراكهما فى الأمانة وأخرها لأن فيها تمليكا (قوله النيابة عن الله تعالى فى إجابة المضطر) أى أن المستعير مضطر وقال تعالى — أمن يجيب المضطر إذا دعاه — وقد أغاثه المعير فكأنه نائب عن الله تعالى فى إغاثته ، وإن كان فعل المعير من الله تعالى فلا نيابة فى الحقيقة ففاعلها قد تخلق بهذا الخلق ، وورد « تخلقوا بأخلاق الله » (قوله لأنها لاتكون إلا لمحتاج) أى

والقرض بثمانية عشر .

(هى) لغة مشددة وتخفف : إعارة الشىء قاموس . وشرعا (تمليك المنافع مجانا) أفاد بالتمليك لزوم الإيجاب والقبول ولو فعلا .

غالبا (قوله والقرض بثمانية عشر) حقق بعضهم أن ثواب الصدقة أكثر ، وأن إفرادها أكثر كيفا وإن كانت فى القرض أكثر كما قال المناوى نقلا عن الطيبى : القرض اسم مصدر والمصدر بالحقيقة الإقراض ، ويجوز كونه بمعنى المقروض . قال البلقينى : فيه أى فى الحديث أن درهم القرض بدرهمى صدقة ، لكن الصدقة لم يعد منها شىء والقرض عاد منه درهم فسقط مقابله وبقى ثمانية عشر ، ومن ثم لو أبرأ منه كان عشرون ثوابا بالأصل، وهذا الحديث يعارضه حديث ابن حبان « من أقرض درهما مرتين كان له كأجر صدقة مرة » وجمع بعضهم بأن القرض أفضل من الصدقة إبتداء ، فامتيازه عنها بصون وجه من لم يعتد السؤال ، وهى أفضل انتهاء لما فيها من عدم رد المقابل . وعند تقابل الخصوصيتين ترجح الثانية باعتبار الأثر المترتب .

والحق أن ذلك يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال والأزمان وعليه ينزل الأحاديث المتعارضة اهـ ط (قوله مشددة) كأنها منسوبة إلى العار ، لأن طلبها عار وعيب صحاح . ورده فى النهاية بأنه صلى الله عليه وسلم باشر الاستعارة ، فلو كان العار فى طلبها لما باشرها ، وعول على ما فى المغرب من أنها اسم من الإعارة وأخذها من العار العيب خطأ اهـ ومثله فى معراج الدراية . وذكر فى البدرية أنه يحتمل أن تكون العارية اسما موضوعا لا منسوبا كالكرسى والدردى نظيره كعيت وكميت صيغة تصغير وليس بتصغير .

وفى المبسوط : قيل العارية مشتقة من التعاور وهو التناوب كأنه يجعل للغير نوبة فى الانتفاع بملكه على أن تعود النوبة إليه بالاسترداد متى شاء ، ولهذا كانت الإعارة فى المكيل والموزون قرضا لأنه لا ينتفع به إلا بالاستهلاك فلا تعود النوبة إليه فى عينه ليكون إعارة حقيقة وإنما تعود النوبة إليه فى مثله وما يملك الإنسان الانتفاع به على أن يكون مثله مضمونا عليه يكون قرضا انتهى ومثله فى الكافى (قوله وتخفف) قال الجوهرى وقد تخفف منسوبة إلى العار . ورده الراغب بأن العار يائى والعارية واوى وبالمشتقات يقال استعاره منه واستعاره الشىء على حذف من (قوله إعارة الشىء قاموس) قال فى المنح عنه : أعارة الشىء وأعاره منه وعاوره إياه وتعوروا واستعار طلبها واعتوروا الشىء وتعوروه تداولوه اهـ . وفى المبسوط أنها من العرية تمليك الثمار بلا عوض ورده المطرزى لأنه يقال استعاره منه فأعاره واستعاره الشىء على حذف من ، والصواب أن المنسوب إليه العارة اسم من الإعارة ، ويجوز أن يكون من التعاور التناوب قهستانى (قوله تمليك المنافع) أشار به إلى رد ما قاله الكرخى من أنها إباحة نفع ، وما فى المتن مختار أبى بكر الرازى وهو الصحيح ، وهو قول عامة أصحابنا كما فى الهندية عن السراج وعليه المتون وأكثر الشروح ، ويشهد لما فى المتن كثير من الأحكام من انعقادها بلفظ التمليك وجواز أن يعير مالا يختلف بالمستعمل ، ولو كان إباحة لما جاز لأن المباح له ليس له أن يبيح لغيره كالمباح له الطعام ليس له أن يبيح لغيره ، وانعقادها بلفظ الإباحة لأنه استعير للتمليك كما فى البحر وإنما لا يفسد هذا التمليك الجهالة لكونها لا تفضى إلى المنازعة لعدم لزومها كذا قال الشارحون ، والمراد بالجهالة جهالة المنافع المملكة لا جهالة العين المستعارة بدليل ما فى الخلاصة : لو استعار من آخر حمارا فقال ذلك الرجل لى حماران فى الإصطبل فخذ أحدهما واذهب به يضمن إذا هلك ، ولو قال له خذ أحدهما أيهما شئت لا يضمن كما فى المنح (قوله مجانا) أى بلا عوض . قال فى القاموس : المجان ما كان بلا بدل (قوله لزوم الإيجاب والقبول ولو فعلا) أى كالتعاطى كما فى القهستانى وهذا مبالغة على القبول . وأما الإيجاب فلا يصح به ، وعليه يتفرع

وحكمها كونها أمانة . وشرطها قابلية المستعار للانتفاع وخلوّها عن شرط العوض لأنها تصير إجارة ، وصرح في العمادية بجواز إعارة المشاع وإيداعه

ما سيأتي قريبا من قول المولى خذه واستخدمه ، والظاهر أن هذا هو المراد بما نقل عن الهندية ركنها الإيجاب من المعير . وأما القبول من المستعير فليس بشرط عند أصحابنا الثلاثة اه أي القبول صريحا غير شرط ، بخلاف الإيجاب ولهذا قال في التاترخانية إن الإعارة لا تثبت بالسكوت اه وإلا لزم أن لا يكون أخذها قبولا (قوله وحكمها كونه أمانة) فإن هلكت من غير تعد لم يضمن ، وإن تعدى ضمن بالإجماع . ولو شرط الضمان في العارية هل يصح . فالمشايخ مختلفون فيه .

وفي خلاصة الفتاوى رجل قال لآخر أعرني ، فإن ضاع فأنا له ضامن قال لا يضمن هندية عن غاية البيان ومثله في الأنقروي عن المضمرات (قوله قابلية المستعار) أي يمكن الانتفاع بالمعار مع بقاء عينه ، فلو أعاره مكيلا أو موزونا لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه كان كناية عن القرض .

ولا يصح إعارة الأمة للوطء ولا من تحت وصايته للخدمة لعدم قابلية المعار لذلك الانتفاع لأن الإباحة لا تجرى في الفروج ، ولا يجوز التبرع ، بمنافع الصغير ، ولم تجعل عارية الأمة نكاحا كما جعل في عارية المكيل والموزون قرضا للمشاكلة بين القرض والعارية ، لأن كلا منهما تبرع غير لازم لصاحبه أن يرجع به متى شاء والنكاح لازم فلا ينعقد بلفظ ما يدل على اللزوم ، ومن لازم النكاح البدل وهو المهر . وشرط العارية عدم ذكر البدل .

قال في الهندية : ومن شرائطها العقل ، فلا تصح الإعارة من المجنون والصبي الذي لا يعقل . وأما البلوغ فليس بشرط حتى تصح الإعارة من الصبي المأذون . ومنها القبض من المستعير . ومنها أن يكون المستعار مما يمكن الانتفاع به بدون استهلاكه ، فإن لم يمكن فلا تصح إعارة كذا في البدائع .

قال الحاكم الشهيد في الكافي : وعارية الدراهم والدنانير والفلوس قرض ، وكذلك كل ما يكال أو يوزن أو يعدّ عدا مثل الجوز والبيض وكذلك الأقطان والصوف والإبريسم والكافور وسائر متاع العطر . والصنادلة التي لا تقع الإجارة على منافعها قرض وهذا إذا أطلق العارية . فأما إذا بين الجهة كما إذا استعار الدراهم أو الدنانير ليعاير بها ميزانا أو يزين بها دكانا أو يتجمل بها أو غير ذلك مما لا ينقلب به عينه لا يكون قرضا بل يكون عارية تملك بها المنفعة المسماة دون غيرها ، ولا يجوز له الانتفاع بها على وجه آخر غير ما سماه كذا في غاية البيان .

إذا استعار آنية يتجمل بها أو سيفا محلى أو سكينا محلى أو منطقة مفضضة أو خاتما لم يكن شيء من هذا قرضا هكذا في الكافي .

ولو قال لآخر أعرتك هذه القصعة من الثريد فأخذها وأكلها عليه مثلها أو قيمتها وهو قرض إلا إذا كان بينهما مباسطة حتى يكون ذلك دلالة الإباحة كذا في الخلاصة .

ويأتي في كلام الشارح في أثناء الكتاب عن الصيرفية في العيون : استعار من آخر رقعة يرقع بها قميصه أو خشبة يدخلها في بنائه أو آجرة فهو ضامن لأن هذا ليس بعارية بل هو قرض وهذا إذا لم يقل لأردها عليك أما إذا قال لأردها عليك فهو عارية كذا في المحيط انتهى (قوله لأنها تصير إجارة) الأولى لأنها تصير به إجارة ، وقد نصوا أن الإجارة تنعقد بلفظ الإعارة (قوله وصرح في العمادية الخ) أشار إلى إيراد وجواب وهو أن العارية إذا

وبيعه يعنى لأن جهالة العين لاتفضى للجهالة لعدم لزومها .

وقالوا : علف الدابة على المستعير وكذا نفقة العبد ، أما كسوته فعلى المعير ، وهذا إذا طلب الاستعارة ، فلو قال المولى خذه واستخدمه من غير أن يستعيره فنفقته على المولى أيضا لأنه وديعة .

(وتصح بأعرتك) لأنه صريح (وأطعمتك أرضى)

كانت تمليك المنفعة فكيف يصح إعارة المشاع فإنه مجهول العين ، فأشار إلى الجواب بأن الجهالة المانعة من التمليك الجهالة المفضية إلى المنازعة وجهالة العين لا تفضى إليها ، ولذا جاز بيع المشاع وإيداعه .

وقد نقل فى البحر أن الذى لا يضر فى العارية جهالة المنافع . أما جهالة العين فضرة إذا كانت تفضى إلى المنازعة لما فى الخلاصة : لو استعار من آخر حمارا فقال ذلك الرجل لى حماران فى الإصطبل فخذ أحدهما واذهب فأخذ أحدهما وذهب به يضمن إذا هلك اهـ وقدمنا تمامه قريبا .

وفى العناية من الهبة : وعقد التمليك يصح فى المشاع وغيره كالبيع بأنواعه يعنى الصحيح والفاسد والصرف والسلم فإن الشيوع لايمنع تمام القبض فى هذه العقود بالإجماع (قوله وبيعه) وكذا إقراضه كما مر ، وكذا إيجاره من الشريك لا الأجنبى ، وكذا وقفه عند أبى يوسف خلافا لمحمد فيما يحتمل القسمة وإلا فجائز اتفاقا . وأفتى الكثير بقول محمد ، واختار مشايخ بلخ قول أبى يوسف . وأما وديعته فجائزة وتكون مع الشريك . وأما قرضه فجائز كما إذا دفع إليه ألفا وقال خمسمائة قرض وخمسمائة شركة كذا فى النهاية هنا . وأما غصبه فتصور . قال البزازى : وعليه الفتوى وذكر له فى الفصول صورا . وأما صدقته فكهبته فإنها لاتجوز فى مشاع يقسم إلا إذا تصدق بالكل على اثنين فإنه يجوز على الأصح ، وتمامه فى أوائل هبة البحر ويأتى إن شاء الله تعالى (قوله لا تفضى للجهالة) كذا فى بعض النسخ ، وفى بعضها للمنازعة وهى أولى . وفى المقدسى مايفيد رد هذا التعليل حيث قال : وشرطها تعيين المستعار ، حتى لو قال لى حماران فى الإصطبل إلى آخر ما قدمناه عن الخلاصة (قوله لعدم لزومها) لا حاجة إليه إذ جهالة عين المشاع لاتمنع فى اللزوم أيضا ولذا جاز بيعه مع أن البيع لازم .

والحاصل أن إعارة المشاع تصح كيفما كان أى فى الذى يحتمل القسمة أولا يحتملها من شريك أو أجنبى ، وكذا إعارة الشىء من اثنين أجمل أو فصل بالتنصيف أو بالأثلاث كما فى القنية (قوله وقالوا علف الدابة على المستعير) لأن نفعه له فنفقته عليه (قوله وكذا نفقة العبد) أى مطلقة كانت أو مؤقتة كما فى المنح (قوله أما كسوته فعلى المعير) لأن العارية غير لازمة ، وللمعير الرجوع عنها فى كل حين فكان زمنها غير مستطيل عادة ، والكسوة تكون فى الزمان المستطيل ؛ ألا يرى أنه شرط فى ثوب الكسوة فى كفارة اليمين أن يمكن بقاؤه ثلاثة أشهر فصاعدا ، والمنافع تحدث فى كل آن وتتجدد فى آن غير آن ، وبقاؤه غير لازم وإن ذكر لها مدة ، فلو لزمت العارية بقدرها لخرجت عن موضوعها ، ولو صح رجوعه لتضرر المستعير بذهاب كسوته من غير حصول انتفاعه (قوله وهذا) يعنى إنما يكون تمليك منافع العبد عارية ، ونفقته على المستعير لو قال له أعطى عبدك ليخدمنى أو أعرنى عبدك ، أما لو قال المالك خذه واستخدمه كان إيداعا مأذونا بالانتفاع به ، والعبد وديعة فنفقته على المودع كما فى الهندية والبزازية وغيرهما (قوله لأنه وديعة) الأقرب أنه إباحة للانتفاع ، إذ لو كان وديعة لما جاز له الانتفاع بها . أو يقال إنها وديعة أباح له المالك الانتفاع بها .

وفى الهندية عن القنية : دفعت لك هذا الحمار لتستعمله وتعلفه من عندك عارية اهـ (قوله لأنه صريح) أى حقيقة .

أى غلتها لأنه صريح مجازا من إطلاق اسم المحل على الحال (ومنحتك) بمعنى أعطيتك (ثوبى أو جاريتى هذه وحملتك على دابتى هذه إذا لم يرد به) بمنحتك وحملتك (الهبة) لأنه صريح فيفيد العارية بلا نية والهبة

قالى قاضى زاده : الصريح عند علماء الأصول ما انكشف المراد منه فى نفسه فيتناول الحقيقة الغير المهجورة والمجاز المتعارف اه فالأول أعرتك والثانى أطعمتك أرضى (قوله أى غلتها) قال فى البحر لأن الإطعام إذا أضيف إلى مالا يؤكل عينه يراد به ما يستغل منه مجازا لأنه محله اهـ. ولو قال أطعمتك هذا الجزور فهو عارية إلا أن يريد الهبة هندية ، وهذا يفيد تقييد الأرض بما إذا كان فيها غلة وإلا فلا صحة لهذا التركيب : وفيه أن المراد أنه أعارها له ليزرعها ، فإنه إذا عبر بالإطعام اختصت عاريتها بالانتفاع بزراعتها فلا يبنى ولا يغرس كما سيأتى آخر الكتاب ، فقوله أى غلتها ، أى أنك تزرعها وتستغلها ط (قوله لأنه صريح مجازا الخ) عبارة العينى والدرر لأن الإطعام إذا أضيف إلى مالا يطعم كالأرض يراد به غلتها إطلاقا لاسم المحل على الحال .

وحاصله أن الصريح ما لا يحتمل غيره ، وهو يكون حقيقة ومجازا لأن المعتبر فيه قرينة مانعة من المعنى الحقيقى فلذلك كان صريحا لا يحتمل غيره ، بخلاف الكناية فإنها لا يعتبر معها قرينة (قوله ومنحتك) أصله أن يعطى الرجل ناقة أو شاة ليشرب لبنها ثم يردها إذا ذهب درها ثم كثر ذلك ، حتى قيل فى كل من أعطى شيئا منحتك وإذا أراد به الهبة أفاد ملك العين وإلا بقى على أصل وضعه اه زيلعى (قوله ثوبى أو جاريتى هذه) أتى باسم الإشارة ولم يكتف بإضافة الثوب والجارية إلى نفسه ، لأنه لا يلزم من الإضافة إليه أن يكون الثوب أو الجارية معينا لاحتمال أن يكون له أكثر من ثوب وجارية لأنه يشترط عدم جهالة العين المستعارة كما سبق ، وحينئذ سقط قول السيدى الحموى : ينظر ما الداعى إلى إقحام اسم الإشارة فى هذا وما بعده وهلا أغنت الإضافة إلى نفسه عن ذلك (قوله لأنه صريح) هذا ظاهر فى منحتك ، أما حملتك فقال الزيلعى إنه مستعمل فيهما ، يقال حمل فلان فلانا على دابته يراد به الهبة تارة والعارية أخرى ، فإذا نوى إحداهما صحت نيته ، وإن لم تكن له نية حمل على الأدنى كى لا يلزمه الأعلى بالشك اهـ وهذا يدل على أنه مشترك بينهما ، لكن إنما أريد به العارية عند التجرد عن النية لئلا يلزمه الأعلى بالشك ط .

وفى الكافى للنسفى : وقوله فى الهداية ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة إذا لم يرد به الهبة لأنهما لتمليك العين وعند إرادته الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوّزا مشكل من وجوه :

أحدها قوله إذا لم يرد به الهبة ، وكان ينبغى أن يقول إذا لم يرد بها بدليل التعليل . ويمكن أن يجاب عنه بأن الضمير يرجع إلى المذكور كقوله تعالى — عوان بين ذلك — .

وثانيها أنه جعل هذين اللفظين حقيقة لتمليك العين ومجازا لتمليك المنفعة . ثم ذكر فى كتاب الهبة فى بيان ألفاظها وحملتك على هذه الدابة إذا نوى بالحمل الهبة ، وعلل بأن الحمل هو الارتكاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة :

وثالثها أنهما لما كانا لتمليك العين حقيقة والحقيقة تراد باللفظ بلا نية ، فعند عدم إرادة الهبة لا يحمل على تمليك المنفعة بل على الهبة .

وفى المستصفى شرح النافع : قلنا جاز أن يكون لتمليك العين حقيقة ولتمليك المنفعة مجازا ، وإلى هذا مال صاحب الهداية فى كتاب العارية ويكون التقدير إذا لم يرد به الهبة وأراد به العارية : أى لأنه إذا لم يرد به الهبة

بها أى مجازا (وأخدمتك عبدى) وأجرتك دارى شهرا مجانا (ودارى) مبتدأ (لك) خبر (سكنى) تمييز أى بطريق السكنى (و) دارى لك (عمرى) مفعول مطلق : أى أعمرتها لك عمرى (سكنى) تمييزه يعنى جعلت سكناها لك مدة عمرك (و) لعدم لزومها (يرجع المعير متى شاء) ولو مؤقتة

وأراد به العارية أى لأنه إذا لم يرد الحقيقة لا يصار إلى المجاز إلا عند إرادته ، ويحتمل أن يكونا بالعكس ، وإليه أشار فخر الإسلام فى مبسوطه وصاحب الهداية فى كتاب الهبة ، ويكون قوله إذا لم يرد به الهبة للتأكيد أى لأن مطلق الكلام محمول على العارية فليس المراد به التقييد ، ويحتمل أن يكون المعنيان حقيقة لها وإنما ترجح أحدهما لأنه أدنى الأمرين فيحمل عليه للتيقن اهـ كذا فى الكفاية موضحا (قوله بها) أى بالنية لأن هذا اللفظ مستعمل فيها ، يقال حمل فلان فلانا على دابته يراد به الهبة تارة والعارية أخرى ، فإذا نوى إحداهما صحت نيته وإن لم يكن له نية حمل على الأدنى زيلعى . وأما منحتك فقد علمت أنه كذلك لأن معناه إذا لم يرد به الهبة العارية لأن المنح لتمليك العين عرفا : وعند عدم إرادته يحمل على تمليك المنافع ، وإن أراد به الهبة أفاد ملك العين وإلا بقى على أصل وضعه (قوله أى مجازا) لا دليل فى الثانى عليه لأنه لايثبت أحدهما إلا بالنية وهى القرينة الحالية (قوله وأخدمتك عبدى) إنما كان عارية لأنه أذن له فى الاستخدام عينى وهو كحملتك على دابتى صريح فى العارية كناية عن الهبة ، وكان الأولى إقحام اسم الإشارة هنا وفيما بعده كما فى الدرر للوجه الذى ذكرناه (قوله شهرا مجانا) أى بلا عوض ، وكذا لو لم يقل شهرا وجعله عارية أحد قولين ، وقيل لا يكون عارية ؛ وظاهر الهندية اعتماده ، ومثله فى البحر عن الخانية أى بل إجارة فاسدة ، وقد قيل بخلافه تاترخانية وينبغى هذا لأنه إذا لم يصرح بالمدة ولا بالعوض فأولى أن يكون إعارة من جعله إعارة مع التصريح بالمدة دون العوض كذا أفادة شيخ سيدى الوالد رحمه الله تعالى :

ونقل الرملى فى حاشية البحر عن إجارة البزازية : لا تنعقد الإعارة بالإجارة ، حتى لوقال أجرتك منافعها سنة بلا عوض تكون إجارة فاسدة لا عارية اهـ فتأمله مع هذا ، وسيأتى فى أول الإجارة اهـ (قوله ودارى لك الخ) لأن قوله دارى لك وإن كان لتمليك العين ظاهرا فهو يحتمل تمليك المنفعة ، وقوله سكنى محكم فى العارية فحملنا المحتمل على المحكم حموى (قوله تمييز) أى عن النسبة إلى المخاطب : أى ملكتها لك سكنى ، وهذا أولى مما فى المغرب والقهستانى من أنه حال ، نعم يجوز أن يكون خبرا ولك متعلق به أو بالنسبة بين المبتدإ والخبر كما فى قوله تعالى — إن الدين عند الله الإسلام — حموى عن الحفيد على صدر الشريعة (قوله أى بطريق السكنى) أى نسبة دارى لك بطريق سكناها لا تمليك عينها وهو حقيقة العارية (قوله مفعول مطلق) أو ظرف : أى مدة عمرك قهستانى وهو ما أشار إليه الشارح بعد ، وهو وجه آخر لكنه مزج احتمالا باحتمال (قوله تمييزه) أى تمييز عمرى . قال الزيلعى : لأن قوله دارى لك يحتمل أن يكون له رقبتها ، ويحتمل أن يكون له منفعتها ، ولو قال هى لك لتسكنها كان تمليكا للدار لأنه أضاف التمليك إلى رقبة الدار ، وقوله لتسكنها مشورة فلا يتغير به قضية العقد اهـ إتقانى (قوله يرجع المعير متى شاء) لقوله عليه الصلاة والسلام « المنحة مردودة والعارية مؤداة » ووجه الاستدلال ظاهر ، وفيه تعميم بعد التخصيص ، لما عرف أن المنحة عارية خاصة عناية ولأن المنافع تحدث شيئا فشيئا ويثبت الملك فيها بحسب حدوثها فرجوعه امتناع عن تمليك مالم يحدث وله ذلك زيلعى (قوله ولو مؤقتة) لكن يكره قبل تمام الوقت لأن فيه خلف الوعد ابن كمال :

أقول : من هنا تعلم أن خلف الوعد مكروه لا حرام ، وفى الذخيرة : يكره تنزيها لأنه خلف الوعد ؛

أو فيه ضرر فتبطل وتبقى العين بأجر المثل ، كمن استعار أمة لترضع ولده وصار لايأخذ إلا ثديها فله أجر المثل إلى الفطام وتمامه فى الأشباه .

ويستحب الوفاء بالعهد ، لـكن استظهر العلامة أبو السعود كراهة التحريم ، ووفق شيخه بحمل ما فى الذخيرة ومن نحا نحوها بأن الـكراهة للتنزيه على ما إذا وعد وكان من نيته الوفاء ثم طرأ الخلف فلا مخالفة اهـ .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : لا يلزم الوفاء بالوعد شرعا ، والمسألة فى الأشباه من الحظر والإباحة وتفصيلها فى حواشيه .

قال فى الهندية : وأما أنواعها فأربعة :

أحدها أن تكون مطلقة فى الوقت والانتفاع . وحكمه أن للمستعير أن ينتفع بها بأى نوع شاء وأى وقت شاء .

والثانى أن تـكون مقيدة فيهما ، فلا يتجاوز ما سماه المعير إلا إذا كان خلافا إلى خير .

والثالث أن تـكون مقيدة فى حق الوقت مطلقة فى الانتفاع .

والرابع عكسه ، فلا يتعدى ما سماه له المعير هكذا فى السراج الوهاج .

وفى فتاوى القاضى ظهير الدين : إذا كانت العارية مؤقتة بوقت فأمسكها بعد الوقت فهو ضامن ، ويستوى فيه أن تكون العارية مؤقتة نصا أو دلالة ، حتى إن من استعار قدوما ليكسر الحطب فكسره وأمسك حتى هلك يضمن اهـ .

وفى البزازية من الرابع من العارية : استعار قدرا لغسل الثياب ولم يسلمه حتى سرق ليلا ضمن .

وفى جامع الفصولين : العارية لو مؤقتة فأمسكها بعد الوقت مع إمكان الرد ضمن وإن لم يستعملها بعد الوقت هو المختار .

وفى الحامدية : والمكث المعتاد عفو ، وانظر ما يأتى عند قول المصنف ، فلو كانت مؤقتة فأمسكها بعده فهلكت ضمنها اهـ وانظر ما سنكتبه ثمة إن شاء الله تعالى ، والقول فى إطلاق العارية وتقييدها قول المعير (قوله أو فيه ضرر) يعنى فى رجوع المعير على المستعير (قوله فتبطل) أى بالرجوع (قوله كمن استعار أمة لترضع ولده) قيد بالأمة لأن الحرة لا تستعار ، وعلل المسألة فى العدة بأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا اهـ .

قال فى الخانية : رجل استعار من رجل أمة لترضع ابنا له فأرضعته فلما صار الصبى لا يأخذ إلا ثديها قال المعير اردد علىّ خادمى . قال أبو يوسف : ليس له ذلك أى طلب الرد ، وله أجر مثل خادمه إلى أن يفطم الصبى اهـ (قوله فله أجر المثل) أى للمعير ، والأولى فعليه أى فعلى المستعير (قوله إلى الفطام) ومثله ما لو استعار دابة ليغزو عليها فطلبها بعد أن وصل إلى دار الشرك ولا يجد دابة يكتريها أو يشتريها فى ذلك المحل بطلت العارية ولكنها تبقى فى يده بأجر المثل إلى أن يجد كراء أو شراء كذا فى المنح . وينبغى أن يلحق بدار الحرب ما لو طالبها منه فى المفازة ، ويراد بقوله إلى موضع يجد فيه كراء أو شراء : أى بثمن وأجر المثل ، حتى لو كان فى مكان أو وصل إليه وطلب أزيد من أجر المثل أو ثمن المثل فى الشراء ينبغى أن لا يكلف ، وكذا لو وجد بثمن وأجر المثل لـكن لم يوجد معه ثمة ما يشترى به أو يستأجر ولا يعطونه إلا حالا فليراجع (قوله وتمامه فى الأشباه) حيث ذكر مسألتين فيها فقال : لو رجع فى فرس الغازى قبل المدة فى مكان لايقدر على الشراء والكراء فله أجر المثل . وفيما إذا استعار أرضا للزراعة وزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد ولو لم يؤقت وتترك بأجر المثل اهـ وعزا ذلك للخانية . وعبارتها : كان للمستعير أن لا يدفعه إليه لأنه ضرر بين ، وعلى المستعير أجر المثل من الموضع الذى طلب صاحبه إلى أدنى الموضع الذى يجد فيه شراء أو كراء اهـ ومنه يعلم ما فى عبارة الأشباه من الإيجاز البالغ حد الإلغاز ، وكذا فى قوله إذا استعار أرضا إلى قوله وتترك بأجر المثل .

وفيها معزيا للقنية : تلزم العارية فيما إذا استعار جدار غيره لوضع جذوعه فوضعها ثم باع المعير الجدار ليس للمشترى رفعها ، وقيل نعم إلا إذا شرطه وقت البيع .

قلت : وبالقيل جزم فى الخلاصة والبزازية وغيرهما ، واعتمده محشيها فى تنوير البصائر ،

قال فى الخانية : ولو أن رجلا أعار أرضا ليزرعها ووقت لذلك وقتا أولم يوقت ولم يقارب الحصاد له ذلك. وفى الاستحسان : لايكون له ذلك حتى يحصد الزرع لأن المستعير لم يكن مبطلا فى الزراعة فتترك الأرض فى يده إلى الحصاد بالإجارة وتصير الإعارة إجارة اه . ومنه يعلم مافى كلام الأشباه من الإيجاز تأمل وسيأتى (قوله وفيها معزيا للقنية) لم أجده فى القنية فى هذا المحل .

وعبارة الأشباه : تلزم العارية فيما إذا استعار جدار غيره لوضع جذوعه ووضعها ثم باع المعير الجدار فإن المشترى لا يتمكن من رفعها . وقيل لابد من شرط ذلك وقت البيع كذا فى القنية ، فكان الأولى حذف نعم (قوله لوضع جذوعه) أو أرضا لحفر سرداب (قوله وقيل نعم) مثل المشترى الوارث فيما ذكر ، لكن للوارث أن يأمر برفع الجذوع والسرداب بكل حال اه بيرى : أى ولو مع شرط القرار وقت وضع الجذوع أو وقت حفر السرداب ، بخلاف المشترى حيث لا يتمكن من الرفع مع هذا الشرط اه أبو السعود (قوله إلا إذا شرطه وقت البيع) أى إذا شرط البائع بقاء الجذوع ، والوارث فى هذا بمنزلة المشترى إلا أن للوارث أن يأمره برفع البناء على كل حال كما فى الهندية ، ومنه يعلم أن من أذن لأحد ورثته ببناء محل فى داره ثم مات فلباقى الورثة مطالبته برفعه إن لم تقع القسمة أو لم يخرج فى مقسمه .

وفى جامع الفصولين : استعار دارا فبنى فيها بلا أمر المالك أو قال له ابن لنفسك ثم باع الدار بحقوقها يؤمر البانى بهدم بنائه ، وإذا فرط فى الرد بعد الطلب مع التمكن منه ضمن سائحانى (قوله قلت وبالقيل جزم فى الخلاصة) وكذا فى الخانية كما قدمنا عبارته قبيل دعوى النسب ، وأفتى به الخير الرملى فى فتاويه (قوله واعتمده محشيها فى تنوير البصائر) قال فيها : ينبغى اعتماد القول بعدم لزومها فى الصورة المذكورة ، وللمشترى المطالبة برفعها إلا إذا شرط قرارها وقت البيع لقولهم إن العارية غير لازمة كما فى الخلاصة والبزازية وغيرهما .

وقد جزم بذلك صاحب الخلاصة فى الفرع المذكور فقال : وعلى هذا لو استأذن رجلا فى وضع الجذوع على الحائط أو حفر سردابا تحت داره ففعل ثم باع صاحب الدار داره فطلب المشترى رفع الجذوع له ذلك وكذا السرداب ، إلا إذا شرط وقت البيع قراره ومثله فى جامع البزازى انتهى ، والمراد بقوله إلا إذا شرط : أى البائع ، إذ لايعتبر الشرط من المستعير ، وفى صحة هذا الاشتراط من البائع نظر .

قال الشارح فى باب البيع الفاسد : لو شرط أن يسكنها فلان أو أن يقرضه البائع أو المشترى كذا فالأظهر الفساد ذكره أخى زاده . وظاهر البحر ترجيح الصحة : أى فيما إذا كان الشرط فيه نفع للأجنبى ، فما اعتمده صاحب تنوير البصائر من اشتراط إبقاء الجذوع على الحائط وحفر السرداب عارية أن يبقى ذلك فى ملك المشترى بناء على ترجيح صاحب البحر من أن الشرط إذا كان للأجنبى لايفسد البيع ، تأمل وراجع البحر فى باب البيع الفاسد ، فإن ظاهره لايفسد البيع ، ولا يلزم الشرط .

فالحاصل أنه لو شرط مافيه نفع للأجنبى ، قال بعضهم يفسد البيع ، وقال البعض لايفسد ، ولايلزم الشرط ، بل يكون المشارط بالخيار إما أن يمضى البيع ويترك الشرط أو يفسخه ، ولم يقل أحد بلزوم الشرط ، والقول

ولم يتعقبه ابن المصنف فكأنه ارتضاه فليحفظ :

(ولا تضمن بالهلاك من غير تعدّ) وشرط الضمان باطل كشرط عدمه فى الرهن خلافا للجوهرة (ولا تؤجر ولا ترهن)

بلزوم إبقاء الجذوع والسرداب مغاير للقولين تأمل ، وإنما قلنا وإبقاء السرداب عارية ، لأنه لو كان مالكه ذلك وباع الباقى صح ذلك وامتنع رجوعه لخروج العين عن ملك المملك ، فكذا المشترى لايملك الرجوع فليحرر (قوله ولم يتعقبه ابن المصنف) وكذا نقله السيد الحموى وأقره (قوله ولا تضمن بالهلاك) ولو فى حال الاستعمال ، وهذا إذا لم يتبين أنها مستحقة للغير ، فإن ظهر استحقاقها ضمنها ، ولا رجوع له على المعير لأنه متبرع ، وللمستحق أن يضمن المعير ، ولا رجوع له على المستعير ، بخلاف المودع والحالة هذه حيث يرجع على المودع لأنه عامل له بحر ، وإنما ضمنها حينئذ لأنه تبين أنها ليست بعارية ، لأن العارية تمليك المنفعة والتمليك إنما يكون من المالك وهذا غصب لأنه تصرف فى مال الغير بغير إذنه. أما إذا ضمن المالك المعير فإنه يملكها بالضمان مستندا إلى حين الإعارة فتبين أنه أعار ملكه فلذا لايرجع على المستعير لتحقق العارية حينئذ ، وهى لاتضمن وإنما لاتضمن بالهلاك إذا كانت مطلقة ، فلو مقيدة كأن يعيره يوما ، فلو لم يردها بعد مضيه ضمن إذا هلكت كما فى شرح المجمع وهو المختار كما فى العمادية انتهى .

قال فى الشرنبلالية : سواء استعملها بعد الوقت أو لا . وذكر صاحب المحيط وشيخ الإسلام إنما يضمن إذا انتفع بعد مضى الوقت لأنه حينئذ يصير غاصبا أبو السعود (قوله من غير تعد) أما لو تعدى ضمن إجماعا كما لو كبحها باللجام أو دخل المسجد وتركها فى السكة فهلكت أو استعارها ليركبها فحبسها أو أخرجها ليسقيها فى غير الجهة المعينة فهلكت ، وكذا إذا استعار ثورا ليحرث أرضه فقرنه بثور أعلى منه ولم تجر العادة بذلك فهلك ، ولو تركه يرعى فى المرج فضاع إن كانت العادة هكذا فلا ضمان إن لم يعلم أو كانت العادة مشتركة ضمن .

ولو نام فى المفازة ومقود الدابة فى يده فسرقت إن كان مضطجعا ضمن ، وإن كان جالسا لايضمن وهذا فى غير السفر . أما فى السفر لايضمن بالنوم مطلقا إذا كان المستعار تحت رأسه أو موضوعا بين يديه أو حواليه بحيث يعد حافظا عادة بحر .

قال فى جامع الفصولين : إذا استعار ثورا ليكرب أرضه فكرب أرضا أخرى يضمن إذا عطب ، وكذا لو قرنه بثور أعلى منه ، كما إذا كان الثور المستعار قيمته خمسون وثور المستعير قيمته مائة يبرأ لو كان الناس يفعلون مثل ذلك وإلا ضمن .

أقول : ينبغى أن لايضمن لو كرب مثل الأرض المعينة أو أرخى منها ، كما لو استعار دابة للحمل وسمى نوعا فخالف لايضمن لو حمل مثل المسمى أو أخف منه كما سيجىء انتهى فتأمل (قوله وشرط الضمان باطل) هو ماعليه الأكثر كما قدمناه (قوله كشرط عدمه) أى عدم الضمان (قوله فى الرهن) أى إذا هلك (قوله خلافا للجوهرة) حيث جزمت بصيرورتها مضمونة بشرط الضمان ولم تقل فى رواية مع أن فيها روايتين كما يؤخذ من عبارة الزيلعى ومما قدمناه عن الهندية .

وفى البزازية : أعرنى هذا على أنه إن ضاع فأنا ضامن وضاع لايضمن انتهى ، وفى التحفة : إذا شرط الضمان فى العارية هل يصح فالمشايخ مختلفون فيه انتهى ؟

لأن الشيء لايتضمن مافوقه (كالوديعة) فإنها لاتؤجر ولا ترهن، بل ولا تودع ولا تعار بخلاف العارية على المختار. وأما المستأجر فيؤجر

(قوله لأن الشيء لا يتضمن ما فوقه) والإجارة أقوى للزومها . وأما الرهن فإنه إيفاء لدينه عند الهلاك أو الاستهلاك ، وليس له أن يوفى دينه من مال الغير بغير إذنه (قوله لا تؤجر ولا ترهن) للعلة المذكورة، وهى أن الإعارة دون الإجارة والرهن ، والشيء لايتضمن مافوقه درر لأن الإجارة لازمة والرهن إيفاء أى فيه إيفاء الدين بها من وجه فهو تمليك لها والعارية لا تمليك فيها وهذا بغير إذن المالك كما يأتى، أما به فيصح ولأنها غير لازمة فى الأصل والإجارة لازمة، فلو ملك المستعير أن يؤجر العارية لوقعت إجارته إما لازمة أو غير لازمة ، فإن وقعت غير لازمة يلزم عدم لزوم الإجارة وهو خلاف موضوعها ، وإن وقعت لازمة يلزم لزوم العارية وهو خلاف موضوعها وذلك لأن الإجارة إذا لزمت تصير العارية لازمة لعدم إمكان الاسترداد فيها ، ولا ترهن العارية أيضا لأنها غير لازمة والرهن لازم ، فلو جاز للمستعير أن يرهن العارية لزم لزوم مالا يلزم وهو العارية ، أو عدم لزوم مالا يلزم وهو الرهن ذكره الشمنى (قوله ولا تودع) أى كما أن الوديعة لاتتضمن مافوقها كذلك لاتتضمن مثلها (قوله ولا تعار) لأن العارية أقوى لأن فيها تمليك المنافع لأن المودع لايملك الانتفاع والمعار يملكه (قوله بخلاف العارية) أى فإنها تودع وتعار : أى مطلقا عند الإطلاق . أما عند التقييد بمستعمل فليس له أن يعير إلا إذا كان الاستعمال لايختلف كالسكنى والحمل والزراعة ، وإن شرط أن ينتفع هو بنفسه لأن التقييد فيما لايختلف غير مفيد كما فى شرح المجمع .

قال المصنف فى شرحه : واختلفوا فى إيداع المستعير . قال بعض المشايخ : ليس له أن يودع مطلقا منهم الكرخى ، واستدلوا عليه بمسألة ذكرها فى الجامع أن المستعير إذا بعث العارية إلى صاحبها على يد أجنبى فهلكت فى يد الرسول ضمن المستعير العارية ، وليس ذلك إلا إيداعا منه .

قال الباقلانى : هذا القول أصح ، لأن الإيداع تصرف فى ملك الغير وهو العين بغير إذنه قصدا فلا يجوز بخلاف الإعارة لأنه تصرف فى المنفعة قصدا وتسليم العين من ضروراته فافترقا . وأكثرهم على أنه يجوز ، منهم مشايخ العراق وأبو الليث والشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل والصدر الكبير برهان الأئمة ، لأن الإيداع دون الإعارة والعين وديعة عند المستعير فى العارية ، فإذا ملك الأعلى فالأولى أن يملك الأدنى . قال ظهير الدين المرغينانى وعليه الفتوى اهـ وجعل الفتوى على هذا فى السراجية أيضا .

وفى الصيرفية أن القول بأن العارية تودع أو لاتودع محله ما إذا كان المستعير يملك الإعارة، أما فيما لايملكها لايملك الإيداع ، والله تعالى أعلم .

أقول : ومن الصور التى لاتملك فيها الإعارة مالو انتهت مدتها وهو ماذكره المصنف . ومنها مالو عين المعير للمستعير أن لايعير فيما يختلف بالاستعمال كركوب الدابة ولبس الثوب لأنهما يختلفان باختلاف المستعملين كما سيذكره المصنف (قوله وأما المستأجر) بفتح الجيم فيؤجر : أى من غير مؤجره ، فلا تجوز وإن تخلل ثالث به يفتى للزوم تمليك المالك ، ولا يؤجره بأكثر مما استأجره ، أطلقه وهو مقيد بما لايختلف الناس بالانتفاع به .

قال فى البزازية : إعارة المستأجر تجوز إلا فى شيئين : استأجرها ليركبها بنفسه ليس له إركاب غيره لابدل ولا مجانا، وكذا لو استأجره ليلبسه ليس له الإعارة ولا الإجارة لغيره لأنهما يختلفان باختلاف المستعملين، حتى لو استأجر دابة للركوب مطلقا يقع على أول مايوجد ، فإن ركب أو أركب تعين وليس له غيره بعد انتهى ،

ويودع ويعار ولا يرهن : وأما الرهن فكالوديعة :
وفى الوهبانية نظم تسع مسائل لا يملك فيها تمليكا لغيره بدون إذن سواء قبض أولا فقال :
ومالك أمر لا يملكه . . . .

وفى الحافظية : وقولهم يؤجر المستأجر ويعير ويودع فيما لايختلف الناس فى الانتفاع به انتهى .
وفى وديعة البحر عن الخلاصة : والوديعة لاتودع ولا تعار ولا تؤجر ولا ترهن ، والمستأجر يؤجر ويعار ويودع ، ولم يذكر حكم الرهن ، وينبغى أن يرهن اه .
وفى قول الخلاصة : وينبغى نظر لأنه قد مر آنفا فى مختارات النوازل لصاحب الهداية أن المستأجر لايرهن ، اللهم إلا أن يكون فى المسألة روايتان ، أو سقطت كلمة «لا» من عبارة أن يرهن فى الخلاصة سهوا من قلم الناسخ :
لايقال : لعل مراد صاحب الخلاصة من قوله ينبغى أن يرهن هو الرهن لا المستأجر . لأنا نقول : لامجال لذلك الاحتمال لأنه ذكر فى الخلاصة أيضا فى كتاب الرهن أن الرهن لايرهن ، أفاده فى نور العين ، ولذلك زدت فى عبارته «لا» من غير تنبيه عليها فى الوديعة عند قوله الدفع لمن فى عياله (قوله ويودع) لكن الأجير المشترك يضمن بإيداع ماتحت يده ، لقول الفصولين : ولو أودع الدلال ضمن سائحانى (قوله ويعار) فيركب من شاء إذا استأجر له ويتعين أول راكب كما يأتى (قوله ولا يرهن) لأن فيه إيفاء الدين وهو تمليك لعينه ، والمستأجر إنما ملكت منافعه لاعينه (قوله فكالوديعة) فلا يؤجر ولا يرهن ولا يودع ولا يعار .
قال فى الأشباه : الوديعة لاتودع ولا تعار ولا تؤجر ولا ترهن ، والمستأجر يؤجر ويعار ولا يرهن ، والعارية تعار ولا تؤجر ، وإنما جازت إعارة المعار والمؤجر للإطلاق فى الانتفاع وهو معدوم فى الإيداع .
فإن قيل : إن أعار فقد أودع . قلنا هذا ضمنى لاقصدى ، والرهن كالوديعة لايودع ولايعار ولايؤجر .
وأما الوصى فيملك الإيداع والإجارة دون الإعارة كما فى وصايا الخلاصة ، وكذا المتولى على الوقف والوكيل بقبض الدين بعد مودعا فلا يملك الثلاثة كما فى جامع الفصولين (قوله ومالك أمر الخ) مالك مبتدأ وجملة لايملكه صفة له ، وقوله وكيل الخ هو الخبر .
قال الشارح ابن الشحنة : قد ذكرها قاضيخان مجموعة فقال :
الأولى : الوكيل ليس له أن يوكل فيما وكل فيه لأنه فوض إليه التصرف دون التوكيل : والناس متفاوتون فى الآراء وقد رضى برأيه دون رأى غيره ، فلو أذن له فى ذلك جاز .
الثانية والثالثة : المستعير والمستأجر وكل منهما ذكر له صورتين ، فالمستعير إذا استعار دابة ليركبها ليس له أن يعيرها لغيره إلا أن يكون أمره بذلك أو أباحه له .
ولو استعار قباء أوقميصا ليلبسه ليس له أن يعيره لغيره بدون أمره . والأصل فى ذلك أن العارية إذا كانت مما يختلف باختلاف المستعملين ليس للمستعير أن يعير بدون أمر المعير وإن كانت لا تختلف يجوز . والمستأجر لو استأجر دابة ليركبها بنفسه ليس له أن يؤجرها للغير لا للركوب ولا للحمل إلا بأمر المؤجر . ولو استأجر الثوب ليلبسه هو بنفسه ليس له أن يؤجره لغيره لما مر وإلى ذلك أشار بقوله ركوبا ولبسا فيهما أى فى العارية والإجارة .
الرابعة : المضارب بفتح الراء ليس له أن يضارب غيره بغير إذن .

. . . . بدو ن أمر وكيل مستعير ومؤجر
ركوبا ولبسا فيهما ومضارب ومرتهن أيضا وقاض يؤمر
ومستودع مستبضع ومزارع إذا لم يكن من عنده البذر يبذر

الخامسة : المرتهن لايملك أن يرهن الرهن بغير إذن الراهن فإنه رضى بحبسه لابحبس غيره ، فإن فعل فهلك عند الثانى كان للمالك أن يضمن أيهما شاء قيمة الرهن ، فإن ضمن الأول لايرجع على واحد ، وإن ضمن الثانى له الرجوع على الأول .

السادسة : القاضى ليس له أن يستخلف بدون إذن الإمام ولم يذكر هذه المسئلة قاضيخان هنا ، وذكرها فى الهداية ، وهى مقيسة على الوكيل .

السابعة : المستودع لايملك الإيداع عند أجنبى إلا أن يأذن له لأن المالك إنما رضى بيده دون يد غيره والأيدى تختلف فى الأمانة . وأيضا الشىء لا يتضمن مثله كما مر .

الثامنة : المستبضع لايملك الإبضاع ، فإن أبضع وهلك كان لرب المال أن يضمن أيهما شاء ، فإن سلم وحصل الربح كان لرب المال .

التاسعة : رجل أخذ أرضا وبذرا ليزرعها ولم يقل له صاحب الأرض اعمل فيها برأيك لايدفع إلى غيره مزارعة . فإن كان البذر من قبل الآخر كان له أن يدفع إلى غيره مزارعة على كل حال . وقد عدها المصنف أحد عشر ، فإنه جعل الركوب واللبس مسألتين مستقلتين ، ولا يخفى أنهما صورتان تحت الإجارة والإعارة اهـ (قوله بدون أمر) أى من الأصيل ، ونصف البيت الواو من دون (قوله وكيل) فليس له أن يوكل فيما وكل فيه لأنه فوض إليه التصرف دون التوكيل الخ (قوله مستعير) أى إذا استعار دابة ليركبها ليس له أن يعيرها لغيره إلا أن يكون أمره بذلك أو استعار قميصا ليلبسه ليس له أن يعيره لغيره بدون أمر المعير الخ (قوله ومؤجر) بفتح الجيم : هو المستأجر بكسرها ، يعنى لو استأجر دابة ليركبها بنفسه أو قميصا ليلبسه بنفسه ليس له أن يركب غيره ولا يحمل ، وكذا ليس له أن يلبس القميص إلا بأمر (قوله ركوبا ولبسا فيهما) أى فى المستعار والمؤجر : أى للركوب واللبس فيهما ، فهو منصوب على المفعول لأجله ، وإنما لايملك المستعير والمستأجر ذلك فى الركوب واللبس ونحوهما للاختلاف بالمستعمل إلا بالإذن . أما مالا يختلف فله ذلك بدون الإذن ولكن يخالف هذا ما يأتى متنا من قوله وله أن يعير ما اختلف استعماله أو لا :

وقال فى المنح : ومثله المستأجر ، نعم هو صحيح فيما إذا عين المعير فإنه لايعيره حينئذ بدون إذن فيما يختلف استعماله لكنه أطلق هنا المستعير والمؤجر ، ووافقه عليه الشرنبلالى فى شرحه ، لكن الذى يظهر أنه هنا محمول على ما إذا قيد بلبسه وركوبه وليحرر (قوله ومضارب) بكسر الراء فليس له أن يضارب بغير إذن (قوله ومرتهن) فلا يملك أن يرهن بغير إذن الراهن لأنه رضى بحبسه لابحبس غيره الخ (قوله وقاض يؤمر) أى يستخلف فليس له أن يستخلف بدون إذن الإمام (قوله ومستودع) بفتح الدال لايملك الإيداع عند أجنبى إلا أن يأذن له المالك الخ (قوله ومستبضع) فإنه لايملك الإبضاع ، فإن أبضع وهلك كان لرب المال أن يضمن أيهما شاء الخ (قوله ومزارع) أى من أخذ الأرض مزارعة وكان البذر من ربها لايدفعها إلى غيره مزارعة بدون أمر ، فإن كان البذر من قبل المزارع كان له أن يدفع إلى غيره مزارعة مطلقا (قوله من عنده) أى المزارع (قوله يبذر)

قلت والعاشرة: وما للمساقى أن يساقى غيره وإن أذن المولى له ليس ينكر
(فإن آجر) المستعير (أو رهن فهلكت ضمنه المعير) للتعدى (ولا رجوع له) للمستعير (على أحد) لأنه بالضمان ظهر أنه آجر ملك نفسه. ويتصدق بالأجرة خلافا للثانى (أو) ضمن (المستأجر) سكت عن المرتهن. وفى شرح الوهبانية : الخامسة لايملك المرتهن

بالبناء للمجهول حال من البذر ومن عنده خبر أو هو خبر كان . وقوله من عنده متعلق به (قوله وما للمساقى) ذكره ابن وهبان فى فصل المساقاة والمزارعة . ووجه المنع أن الدفع إلى غيره فيما فيه إثبات الشركة فى مال غيره بغير إذنه فلا يصح (قوله وإن أذن المولى) أى المالك فإنه دن معانيه (قوله ضمنه) بتشديد الميم مبنى للفاعل والمعير فاعل والضمير فى ضمنه راجع للمستعير (قوله أجر ملك نفسه) أى وكذا رهن ملك نفسه فى صورة الرهن (قوله ولا رجوع له على أحد) عبارة مسكين : على المستأجر ، وهكذا فسره القهستانى وقال : فلا فائدة فى النكرة العامة .

قال أبو السعود : وتعقبه شيخنا بأن طاب الفائدة ممنوع لجواز كون قيمة الرهن عشرين وكان رهنا بعشرة فلا يرجع بالزائد على المرتهن (قوله ويتصدق بالأجرة) أى عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لأنه صار بمنزلة الغاصب والغاصب إذا أجر يملك الأجرة ويتصدق بها لأنها حصلت بسبب خبيث وهو استعمال مال الغير فكان سبيله التصدق اه إتقانى بزيادة (قوله خلافا للثانى) ينظر وجهه (قوله سكت عن المرتهن) أى او أن المستعير رهن العارية بدون إذن هل يضمن المرتهن أو لا ؟ لم يذكر حكمه . ونقل عن شرح الوهبانية أن المرتهن لايملك الرهن ، فلو رهن وهلك الرهن للمالك الخيار ، إن شاء ضمن المرتهن الأول ، وإن شاء ضمن الثانى ، فإن ضمن الثانى رجع على الأول لأنه غره فى ضمن عقد . ويؤخذ منه جواب مسألتنا لأن كلا من المستعير والمرتهن لايملكان الرهن ، فكما أن المرتهن إذا رهن يخير المالك فى تضمين أيهما شاء ويرجع الثانى على الأول إن ضمنه فكذلك الحكم فى المستعير إذا رهن. ومتى ضمن المرتهن الثانى والمرتهن من المستعير يرجع كل منهما بالدين على الراهن عنده لأنه تبين أن الدين لارهن به لأنهما ملكاه بضمانه .

وفى حاشية أبى السعود على مسكين : قال الشرنبلالى : وسكت عما لو ضمن المرتهن فينظر حكمه . قال شيخنا : حكم المرتهن فى هذه الصورة حكم الغاصب كما ذكره نوح أفندى لأنه قبض مال الغير بلا إذنه ورضاه فيكون للمعير تضمينه وبأداء الضمان يكون الرهن هالكا على ملك مرتهنه ، ولا رجوع له على الراهن المستعير بما ضمن ، لما علمت من كونه غاصبا ويرجع بدينه اه . وتقييده بقوله ولا رجوع له على الراهن المستعير للاحتراز عما لو كان الراهن مرتهنا فإنه يرجع على الأول اه وهذا ماذكره الشارح بقوله وفى شرح الوهبانية الخ فليس بيانا لما سكت عنه المصنف كما يوهمه كلامه بل بيان لفائدة أخرى تأمل ولكن بيانه الذى قدمناه قبل عبارة أبى السعود .

والحاصل أن مافى شرح الوهبانية ليس مما نحن فيه ، إذ كلامنا فى رهن المستعير وما فيه فى رهن المرتهن ، وعليه فكان الأولى أن يقول لما سيأتى فى كتاب الرهن من أنه إن قيده بقدر أو جنس لو مرتهنا تقيد ، فإن خالف ضمن المعير المستعير أو المرتهن إلا إذا خالف إلى خير ، فإن ضمن المستعير ثم عقد الرهن، وإن ضمن المرتهن يرجع بما ضمن وبالدين على الراهن ، وإن وافق وهلك عند المرتهن صار مستوفيا لدينه ووجب مثله للمعير على المستعير إن كان كله مضمونا وإلا ضمن قدر المضمون والباقى أمانة الخ (قوله الخامسة) أى من

أن يرهن فيضمن ، وللمالك الخيار ويرجع الثانى على الأول (ورجع) المستأجر (على المستعير إذا لم يعلم بأنه عارية فى يده) دفعا لضرر الغرور .

(وله أن يعير ما اختلف استعماله أولا إن لم يعين) المعير (منتفعا ، و) يعير (مالا يختلف إن عين) وإن اختلف لا للتفاوت ، وعزاه فى زواهر الجواهر للاختيار

مسائل النظم المتقدم قريبا وقد سلف مافيه (قوله أن يرهن) أى بدون إذن الراهن (قوله ويرجع الثانى) أى إن ضمن (قوله على الأول) يعنى أن المرتهن لايملك الرهن ، ولو رهن وهلك الرهن فللمالك الخيار ، إن شاء ضمن المرتهن الأول أى ولا يرجع على أحد كما فى ابن الشحنة ، وإن شاء ضمن الثانى ، فإن ضمن الثانى رجع على الأول لأنه غره فى ضمن عقد فهذا ليس بيانا لما سكت عنه المصنف كما يوهمه كلامه كما عرفت (قوله إذا لم يعلم بأنه عارية فى يده) بأن نص على الإطلاق كما سيذكره قريبا . أما إذا علم فلا رجوع لعدم الغرور (قوله ما اختلف استعماله أولا) الأول كاللبس والركوب والزراعة والثانى كالسكنى والحمل والاستخدام (قوله إن لم يعين المعير منتفعا) أى بأن نص على الإطلاق ، كما لو استعار دابة للركوب أو ثوبا للبس له أن يعيرها ويكون ذلك تعيينا للراكب واللابس ، فإن ركب هو بعد ذلك . قال الإمام على البزدوى يكون ضامنا . وقال السرخسى وخواهر زاده لايضمن كذا فى فتاوى قاضيخان ، وصحح الأول فى الكافى بحر وسيأتى قريبا .

أقول : وهذا بظاهره يخالف ماتقدم عن الوهبانية ، والظاهر حمله على ما إذا لم يأمره المالك بذلك أو لم يبحه له ، أما إذا أمره بذلك أو أباحه له فيجوز كما هنا وقدمناه عن شارحها .

وما فى البحر عن المحيط : استعار دابة ليركبها فركب وأركب غيره فعطبت ضمن نصف قيمتها ، معناه أنهما ركباها معا لأن سبب العطب ركوبهما معا وأحدهما مأذون فيه فلهذا ضمن النصف ، حتى لو أركب غيره فقط ضمن الكل هكذا استظهره العلامة أبو السعود ، وقوله حتى لو أركب غيره يعنى بعد ماركب هو لأن له أن يعير ما اختلف استعماله إن لم يعين منتفعا كما سمعت (قوله إن عين) أى منتفعا (قوله وإن اختلف لا) أى إن عين منتفعا واختلف استعماله لايعير للتفاوت. قالوا : الركوب واللبس مما اختلف استعماله ، والحمل على الدابة والاستخدام والسكنى مما لايختلف استعماله قاله أبو الطيب . وقال الشمنى لأن التقييد بالمنتفع فيما لايختلف استعماله لايفيد لعدم التفاوت ، بخلاف مايختلف استعماله لأن المعير رضى بذلك المعين دون غيره اه مدنى .

قال الشرنبلالى أقول : هذا القيد ليس باحترازى لقول الزيلعى وإن كان لايختلف يعنى النفع كالسكنى والحمل جاز أن يفعل بنفسه وبغيره فى أىّ وقت شاء ، لأن التقييد بالانتفاع فيما لايختلف لايفيد ، إلا أن يقال إن للوصل وإن كان الأكثر استعمالها مقرونة بواو الحال على حد قوله تعالى — فذكر إن نفعت الذكرى — فإن فيه وصلية بدون واو وإن كان قليلا اه .

أقول : هذا البحث ساقط غير وارد لأن المصنف قدم أنه يعير مطلقا إن لم يعين وأفاد ثانيا أنه إن عين يعير مالا يختلف .

وقال الشارح : وإن اختلف لا فكان هذا تصريحا بالمفهوم وتفصيلا له ، والشارح رحمه الله تعالى لم يعوّل على هذا البحث لما ذكرنا ، وهذا إنما يرد على مثل عبارة العينى عند قول الكنز ويعير مالا يختلف بالمستعمل : أى باختلاف المستعمل كالسكنى والحمل ، هذا إذا صدرت مطلقة ، وإن كانت مقيدة بشىء تتقيد به اه ليرد

(ومثله) أي كالمعار (المؤجر) وهذا عند عدم النهى ، فلو قال لاتدفع لغيرك فدفع فهلك ضمن مطلقا خلاصة .
(فمن استعار دابة أو استأجرها ،طلقا) بلا تقييد (يحمل) ما شاء (ويعير له) للحمل (ويركب) عملا بالإطلاق (وأيافعل) أولا (تعين) مرادا (وضمن بغيره) إن عطبت ، حتى لو ألبس أو أركب غيره لم يركب بنفسه بعده هو الصحيح كافى .
(وإن أطلق) المعير أوالمؤجر (الانتفاع فى الوقت والنوع انتفع ما شاء أىّ وقت شاء)

عليه ماقاله من التقييد بالانتفاع فيما لايختلف لايفيد (قوله ومثله المؤجر) بفتح الجيم : أى إذا أجر شيئا ، فإن لم يعين من ينتفع به فللمستأجر أن يعيره سواء اختلف استعماله أو لا ، وإن عين يعير مالا يختلف استعماله لا ما اختلف منح (قوله مطلقا) بلا تقييد .
أقول : الظاهر أنه أراد بالإطلاق عدم التقييد بمنتفع معين لأنه سيذكر الإطلاق فى الوقت والنوع وإلا لزم التكرار تأمل .
قال فى التبيين : ينبغى أن يحمل هذا الإطلاق الذى ذكره هنا فيما يختلف باختلاف المستعمل كاللبس والركوب والزراعة على ما إذا قال على أن أركب عليها من أشاء كما حمل الإطلاق الذى ذكره فى الإجارة على هذا اه فما أوهمه قول المؤلف بلا تقييد بالنظر لما يختلف لايتم ط .
قلت : فعلى هذا يحمل قول المصنف سابقا إن لم يعين بالنسبة للمختلف على ما إذا نص على الإطلاق لا على مايشمل السكوت ، لكن فى الهداية : لو استعار دابة ولم يسمّ شيئا له أن يحمل ويعير غيره للحمل ويركب غيره الخ فراجعها (قوله يحمل ماشاء) أى من أى نوع كان ، لأنه أمره بالانتفاع مطلقا والمطلق يتناول أىّ انتفاع شاء فى أى وقت شاء ، وإليه التعيين بفعله إن شاء استعملها فى الركوب أو فى الحمل عليها ، وأىّ ذلك فعل لايمكنه أن يفعل غيره بعد ذلك ، لأن المطلق إذا تعين بقيد لايبقى مطلقا بعد ذلك ويشترط فى الحمل أن تطيقه الدابة ، أما لو كان لاتطيقه فهلكت ضمن لأنه ليس له ذلك حتى فى دابة نفسه ط بزيادة .
أقول : الذى يظهر لى أن الإطلاق فى غير الدواب المعدة للركوب خاصة ، أما هى كأصائل الخيل المعروفة بالقسرافات من خيل العرب كالمعنقية والجدرانية وكحيلة العجوز حتى البطة منها كالمسماة بسمار الخيل فإنها لا تحمل عادة وعرفا ، والمعروف عرفا كالمشروط شرطا ، فلو حمل عليها ولو قدر طاقتها مما يحمل عادة على غيرها من بقية الخيل التى تحمل عادة وعطبت ينبغى أن يضمن تأمل وراجع (قوله ويركب) بفتح أوله وضمه أى بنفسه ويعير له ، وحذفه للعلم به من سابقه (قوله وضمن بغيره الخ) أى فيما يختلف بالمستعمل كما يفيده السباق واللحاق سائحانى ، وقدمنا عن الزيلعى أنه ينبغى تقييد عدم الضمان فيما يختلف بما إذا أطلق الانتفاع فافهم (قوله هو الصحيح) فإن ركب وعطبت ضمن لأنه تعين بالفعل فيكون خلافه تعديا .
قال شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده إنه لا يضمن ، وهذا أصح عندى ، لأن المستعير من المستعير إذا لم يضمن بالركوب أو اللبس لأنه استعمل العين بإذن المستعير وتمليكه فلأن لا يضمن إذا ركب بعد ذلك بنفسه بالطريق الأولى لأنه استعمله بالملك ، لأنه لو لم يملك لما ملك غيره وأقره الإتقانى (قوله ما شاء) أى أىّ نوع شاء وأيا فعل تعين .
روى بشر عن أبى يوسف : إذا استعار دابة أو ثوبا فاستعمل فى المصر ثم خرج بها من المصر واستعمل فهو ضامن ، وإن لم يستعمل فى الثوب لايضمن لأن الخروج به حفظ وفى الدابة يضمن ، لأن الخروج بها تضييع معنى كما فى الذخيرة

لما مر (وإن قيده) بوقت أو نوع أو بهما (ضمن بالخلاف إلى شر فقط) لا إلى مثل أو خير (وكذا تقيد الإجارة بنوع أوقدر) مثل العارية (عارية الثمنين والمكيل والموزون والمعدود المتقارب) عند الإطلاق(قرض

ومن استعار دابة ليركبها إلى مكان معلوم ففي أي طريق ذهب وكان مما يسلكه الناس لم يضمن ، وإن كان مما لا يسلكه الناس ضمن ، لأن مطلق الإذن ينصرف إلى المتعارف كما في الفصول العمادية (قوله لما مر) من العمل بالإطلاق (قوله وإن قيده بوقت) أي ولو التقييد معنى ، حتى لو استعار كتابا ليحضر فيه درس فلان فأتمه أو ترك الدرس وجب رده لأنه مقيد معنى بمدة قراءة الكتاب وهو يحضره ، وقدمنا مسألة استعارة القدوم وهي نظيرها .

قال في البحر : وإذا قيدها بوقت فهي مطلقة إلا في حق الوقت ، حتى لو لم يردها بعد الوقت مع الإمكان ضمن إذا هلكت سواء استعملها بعد الوقت أم لا اه ولو كانت مقيدة بالمكان فهي مطلقة إلا من حيث المكان ، حتى لو جاوزه ضمن ؛ وكذا لو خالف ضمن ، وإن كان هذا المكان أقرب من المكان المأذون فيه خلاصة .

وفي فتاوى قاضيخان : إذا استعار دابة إلى موضع كذا كان له أن يذهب عليها ويجيء ، وإن لم يسم له موضعا ليس له أن يخرج بها من المصر اه ومثله في جامع الفصولين (قوله أو بهما) أي فتتقيد من حيث الوقت كيفما كان ، وكذا من حيث الانتفاع فيما يختلف باختلاف المستعمل ، وفيما لا يختلف لا تتقيد لعدم الفائدة كما مر ، وقد قيد هذا الأخير كما في البدائع ، وقضى بالخلاف إلى مثل أو خير ولم يذكر التقييد بالمكان ، لكن أشار إليه الشارح في الآخر . وذكره المصنف قبل قوله ولا تؤجر فقال : استعار دابة ليركبها في حاجة إلى ناحية سماها فأخرجها إلى النهر ليسقيها في غير تلك الناحية ضمن إذا هلكت ، وكذا إذا استعار ثورا ليكرب أرضه فكرب أرضا أخرى يضمن . وكذا إذا كرى ثورا أعلى منه لم تجر العادة به .

وفي البدائع : اختلفا في الأيام أو المكان أو ما يحمل فالقول للمعير بيمينه . وفي الداماد : وإن اختلفا فيما يحمل على الدابة أو في مسافة الركوب والحمل أو في الوقت فالقول في ذلك كله للمعير بيمينه .

وفي جامع الفصولين : استعارها شهرا فهو على المصر ، وكذا في إعارة خادم وإجارته وموصى له بخدمته اه (قوله لا إلى مثل) بأن استعار دابة ليحمل عليها عشرة أقفزة من حنطة معينة فحمل عليها هذا القدر من حنطة أخرى أو ليحمل عليها حنطة نفسه فحمل عليها حنطة غيره (قوله أو خير) بأن حمل قدر هذه الأقفزة المعينة من الشعير فإنه لا يكون ضامنا لأنه إنما يعتبر من تقييده ما يكون مفيدا ، حتى لو سمى مقدارا من الحنطة وزنا فحمل مثل ذلك الوزن من الشعير ففي القياس يضمن ، واختاره الإمام السرخسي لأنه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما تأخذه الحنطة ، كذا في النهاية .

وصحح الولوالجي عدم الضمان ، وخواهر زاده سوّى بين الكيل والوزن وهو الصحيح ، قال لأنه أقل ضررا بخلاف التبن لأنه يأخذ ما وراء موضع الحمل وهو أضعف من الحمل وهو الاستحسان وبه كان يفتي الصدر الشهيد كما في الفصول العمادية (قوله مثل العارية) على تقدير أي (قوله والمعدود المتقارب) مثل الجوز والبيض وكذلك الأقطان والصوف والإبريسم والمسك والكافور وسائر متاع العطر التي لا تقع الإعارة على منافعها قرض كما قدمناه (قوله عند الإطلاق) هو عدم وجود ما يقتضي الانتفاع بها مع بقاء عينها الذي سيشير إليه بقوله حتى لو استعارها الخ (قوله قرض) أي إقراض ولو كان قيميا بحر لأن العارية بمعنى الإعارة

ضرورة استهلاك عينها (فيضمن) المستعير (بهلاكها قبل الانتفاع) لأنه قرض، حتى لو استعارهما ليعير الميزان أو يزين الدكان كان عارية ، ولو أعاره قصعة ثريد فقرض، ولو بينهما مباسطة فإباحة . وتصح عارية السهم ولايضمن لأن الرمى يجرى مجرى الهلاك صيرفية .

كما مر وهى التمليك ، وتمامه فى العزمية (قوله ضرورة استهلاك عينها) يعنى والعارية الحقيقية ما ينتفع بها مع قيام العين .

قال فى التبيين : لأن الإعارة إذن فى الانتفاع به . ولا يتأتى الانتفاع بهذه الأشياء إلا باستهلاك عينها ، ولا يملك الاستهلاك إلا إذا ملكها فاقتضت تمليك عينها ضرورة وذلك بالهبة أو بالقرض ، والقرض أدناهما ضررا لكونه يوجب رد المثل وهو يقوم مقام العين اه أى فوجب المصير إليه ولأن للقرض شبها بالعارية ، لأن فيها يسترد عينها بعد الانتفاع ، وفى القرض يسترد مثله والمثل يقوم مقام العين عند تعذرها . ومثله فى الدرر والعينى . قالوا : هذا إذا أطلق الإعارة . وأما إذا عين الجهة بأن استعار دراهم ليعير بها ميزانا أو يزين بها دكانا لم يكن قرضا ، ولا يكون إلا المنفعة المسماة ذكره فى الإيضاح (قوله فيضمن المستعير بهلاكها قبل الانتفاع) ويصح بيعه من مقرضه لأنه باع ملك نفسه .

ولو اشتراه من مقرضه لا يصح ، لأنه اشترى ملك نفسه ، ولو اشترى عليه من مقرض صح لأنه مقدور التسليم بكونه فى ذمته ، وإن تفرقا قبل قبضه بدله فسد للافتراق عن دين بدين ، وإن نقد فى المجلس صح اه ط عن الشلبى (قوله حتى لو استعارهما) أى الثمنين وهو تفريع على مفهوم قوله عند الإطلاق (قوله ليعير الميزان) أى بالدنانير مثلا . قال فى القاموس : وعير الدنانير وزنها واحدا بعد واحد. وفى المختار : وعار المكيل والموازين عيارا . ولا تقل عير . والمعيار بالكسر : العيار والأصل عاير . والجوهرى نهى عن أن يقال عير يعقوبية (قوله أو يزين) بفتح الياء من زان وهو متعد ، ومنه الحديث « ما دخل الرفق فى شىء إلا زانه » ط أو بضم الياء مع تشديد الياء الثانية من الزينة ، ومنه قوله تعالى — والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة — (قوله كان عارية) لأنه أمكن العمل بحقيقة الإعارة وهو تمليك المنافع مع بقاء العين على ملك المعير ط ولأنه عين الانتفاع ، وإنما تكون قرضا عند الإطلاق كما تقدم (قوله فقرض) فعليه مثلها أو قيمتها خلاصة ومنح

أقول : وهو مشكل لأن القرض لايكون فى القيميات ولايضمن بالقيمة . وجوابه أن قرض القيمى فاسد وقدم الشارح أن المقبوض بقرض فاسد كالمقبوض ببيع فاسد أى فيكون مضمونا بالقيمة تأمل . وقدمناه . (قوله فإباحة) ولا ضمان لأنه يستهلكها على ملك المبيح .

قال فى الخانية : أعرتك هذه القصعة من الثريد فأخذها وأكلها كان عليه مثلها أو قيمتها. قال الفقيه أبو الليث : هذا إذا لم يكن بينهما دلالة الهبة والتهادى اه كما قدمناه (قوله وتصح عارية السهم) أى ليغزو دار الحرب لأنه يمكن الانتفاع به فى الحال وأنه يحتمل عوده إليه برمى الكفرة بعد ذلك منح عن الصيرفية . ونقل عنها قبل هذا أنه استعار سهما ليغزو دار الحرب لايصح . وإن لرمى الهدف صح لأنه فى الأول لا يمكن الانتفاع بعين السهم إلا بالاستهلاك ، وكل عارية كذلك تكون قرضا لا عارية (قوله لأن الرمى يجرى مجرى الهلاك) أى من غير تعد للإذن فيه فلايكون ضامنا (قوله صيرفية) عبارتها كما فى المنح عنها : استعار سهما ، إن استعار ليغزو دار الحرب لا يصح ، وإن استعار لرمى الهدف صح ، لأنه فى الأول لايمكن الانتفاع به إلا باستهلاك السهم ، وكل عارية لايمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك ذلك العين تكون قرضا لا عارية ، لأنه لو غزا فى دار الحرب ورمى إلى عدو ووقع السهم بينهم فلا يقدر على تخليصه فيكون مستهلكا فلا يصح .

(ولو أعا أرضا للبناء والغرس صح) للعلم بالمنفعة (وله أن يرجع متى شاء) لما تقرر أنها غير لازمة (ويكلفه قلعهما إلا إذا كان فيه مضرة بالأرض فيتركان بالقيمة مقلوعين) لئلا تتلف أرضه (وإن وقت) العارية (فرجع قبله) كلفه قلعهما و (ضمن) المعير للمستعير (مانقص) البناء والغرس (بالقلع)

قلت : قرد : يصح لأنه يمكن الانتفاع به فى الحال فإنه يحتمل عوده إليه برمى الكفرة بعد ذلك. وأفتى قح بأنه يصح ثم قال اه . وتصح عارية السلاح ، وذكر فى السهم أنه لا يضمن كالقرض لأن الرمى يجرى مجرى الهلاك اه وهذه النسخة التى نقلت منها هكذا والذى فى نسخة مصححة عليهاخطوط بعض العلماء وكان فى الأصل مكتوبا لا يضمن فحك منها لفظة لا ويدل عليه تنظيره بقوله كالقرض ؛ ولكن كان الظاهر على هذا أن يقال فى التعليل ، لأن الرمى يجرى مجرى الاستهلاك فتعبيره بالهلاك يقتضى عدم الضمان فتأمل وراجع ، وقوله إن استعار ليغزو دار الحرب لا يصح : أى عارية، بل يكون قرضا بدليل قوله بعد يكون قرضا لا عارية، وأراد بالقرض الفساد لأنه غير مثلى ، فالذى نقله الشارح هو ملخص ما أشار إليه صاحبها بقوله قلت الخ (قوله والغرس) بفتح الغين وكسرها كما فى البحر عن المغرب (قوله للعلم بالمنفعة) أى لأن منفعتها معلومة تملك بالإعارة درر ، بل الإعارة أولى لكونها تبرعا . قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : وفى هـــذا التعليل تأمل اه .

أقول : الظاهر أن وجه التأمل فى التعليل كون العلم بالمنفعة فى العارية لايشترط ، بخلاف الإجارة حيث يشترط فيها أن تكون المنفعة معلومة لما تقدم عن الشارح أوائل الكتاب عن العمادية من جواز إعارة المشاع معللا بأن جهالة العين لا تفضى للمنازعة أو للجهالة لعدم لزومها اه ومثله ما نقلناه ثمة عن البحر بأن جهالة المنافع لا تضر فى العارية :

أما جهالة العين فمضرة إذاكانت تفضى إلى المنازعة اه وحيث لم يشترط العلم بالمنفعة لها لايصلح تعليلا لها وبه علم وجه التأمل (قوله لما تقرر أنها غير لازمة ويكلفه قلعهما) وأيهما طلب القلع أجيب زيلعى ،ولايضمن ما نقص من البناء والغرس لعدم الغرور عند عدم التوقيت لأنه شغل أرض المعير بهما فيؤمر بتفريغه إلا إذا شاء أن يأخذهمابقيمتهمافيما إذاكانت الأرض تستضر بالقلع فحينئذ يضمن له قيمتهمامقلوعين ويكونان له كى لاتتلف عليه أرضه ويستبد : أى يستقل هو بذلك لأنه صاحب أصل ، بخلاف ما إذا كانت لا تستضر بالقلع حيث لا يجوز الترك إلا باتفاقهما بخلاف القلع حيث لا يشترط فيه اتفاقهما كما فى الزيلعى (قوله فرجع قبله) يكره الرجوع للخلف بالوعد لقوله صلى الله عليه وسلم « المسلمون عند شروطهم » إتقانى ، وقيد بقوله قبله لأنه لو مضى الوقت فصاحب الوقت يقلع الأشجار والبناء ولا يضمن شيئا عندنا إلا أن يضر القلع بالأرض فيتملك البناء والغرس بالضمان ، ويعتبر فى الضمان قيمته مقلوعا هندية عن المحيط (قوله وضمن المعير للمستعير مانقص البناء والغرس) لأنه لما وقت وقتا معلوما فالظاهر الوفاء بما وعد ، فقد اعتمد على قوله ووثق به ، فقد غره بخلفه فيضمن ، بخلاف غير الموقت ، هذا ما مشى عليه فى الكنز والهداية :

وذكر فى البحر عن المحيط : ضمان القيمة قائما إلا أن يقلعه المستعير ولا ضرر ، فإن ضمن فضمان القيمة مقلوعا .

وعبارة المجمع : وألزمناه الضمان ، فقيل مانقصهما القلع ، وقيل قيمتهما ويملكهما ، وقيل إن ضر بخير المالك يعني المعير بخير بين ضمان ما نقص وضمان القيمة ؛ ومثله فى درر البحار والمواهب والملتقى. وكلهم قدموا

بأن يقوم قائما إلى المدة المضروبة ، وتعتبر القيمة يوم الاسترداد بحر .

(وإذا استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه قبل أن يحصد الزرع وقتها أولا) فتترك بأجر المثل

الأول ، وبعضهم جزم به ، وعبر عن غيره بقيل فلذا اختاره المصنف وهو رواية القدورى، والثانى رواية الحاكم الشهيد كما فى غرر الأفكار .

فإن قلت : المغرور إنما يرجع بما لحقه من الضرر على الغار إذا كان فى ضمن عقد المعاوضة ، وهنا العارية عقد تبرع سواء وقت أم لم يوقت ، فإنه بالتوقيت لا يلحق بالعقود اللازمة : حتى أن المعير بعد التوقيت كان له الرجوع عن توقيته فيأخذ المستعار قبل مضى الوقت ، فكيف جاز رجوع المغرور على الغار فى ضمن عقد التبرع ولا يرجع الموهوب له من ضمان الاستحقاق على الواهب لأنه ثبت فى ضمن عقد تبرع .

قلت : قال فى المبسوط : الوجه فيه أن كلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن فلا حاجة إلى التوقيت فى تصحيح العارية شرعا ، ثم لما وقت المعير مع ذلك لابد أن يكون لذكر الوقت فائدة وليس ذلك إلا التزام قيمة البناء والغرس فكأنه أراد إخراجه قبله فصار تقرير كلامه كأنه قال ابن فى هذه الأرض لنفسك على أن أتركها فى يدك إلى كذا، فإن لم أتركها فأنا ضامن لك ما تنفق فى بنائك ويكون بناؤك لى ، فإن بدا له فى الإخراج ضمن قيمة بنائه وغرسه ويكون كأنه بنى له بأمره من النهاية ملخصا ، وقوله وليس ذلك الخ بناء على ما ذكر الحاكم الشهيد . وأما على ماذكره المصنف تبعا للكنز والقدورى ، يقال وليس ذلك إلا التزام ما نقص البناء والغرس بالقلع على الوجه المشروح ، وقول الشارح ما نقص البناء والغرس أى نقصانه على أن ما مصدرية ويجوز أن تكون موصولة ونقص حينئذ من نقص المتعدى فعلى هذا يكون البناء والغرس منصوبين ، وعلى الأول مرفوعين كذا فى العناية .

قال قاضى زاده : لايظهر وجه صحة كون البناء والغرس منصوبين ههنا لأن الذى نقص البناء والغرس إنما هو القلع فيصير المعنى على تقدير نصب البناء والغرس وضمن المعير قلع البناء والغرس وليس هذا بصحيح ؛ لأن القلع ليس من جنس مايضمن بل هو سبب الضمان وإنما المضمون قيمة البناء المنتقصة بالقلع وتمنع أيضا صحة المعنى على ذلك التقدير إذ يصير المعنى حينئذ وضمن المعير القلع بالقلع ولا يخفى مافيه، فالوجه رفع البناء والغرس لاغير حموى (قوله بأن يقوم الخ) بيانه إذا أعاره أرضا ليبنى فيها أو يغرس مدة سنتين مثلا ثم رجع فى العارية وأمره بقلع بنائه وغرسه فيسأل أرباب الخبرة بأن هذا البناء والغرس لو بقى المدة المذكورة كم تساوى قيمته الآن فإذا كان ألفا مثلا وقيمته الآن مقلوعا مائة فيضمن تسعمائة (قوله إلى المدة المضروبة) فيضمن مانقص عنها كما علمت (قوله وتعتبر القيمة) أى ابتداؤها (قوله يوم الاسترداد) أى يوم أراد رب الأرض استردادها لأن اعتبارها يوم الاسترداد أسهل كما فى البحر عن الولوالجى ، ومثله فى أبى السعود، خلافا لمن اعتبر قيمتها وقت مضى المدة (قوله قبل أن يحصد الزرع) من الإحصاد: أى يصير صالحا للحصاد. حصد الزرع : جزه حصدا وحصادا من باب طلب وضرب كذا فى المغرب ، قال أبو السعود من الثلاثى المجرد: قيل والأصح أن يقرأ بكسر الصاد من أحصد الزرع: إذا حان حصاده (قوله وقتها أولا) يوقت استحسانا (قوله فتترك بأجر المثل) فإذا حصد الزرع طالبه بأجر المثل وإن لم يعقد، وكان الفقيه أبو إسحق الحافظ يقول إنما يجب الأجر إذا أجرها منه صاحبها أو القاضى وبدون ذلك لايجب الأجر، فإن أبى المزارع ضمان أجر المثل وكره القلع وأراد تضمين رب الأرض قيمة الزرع اختلف كلام صاحب المنتقى، ففى موضع قال له ذلك إلا أن يرضى رب الأرض بترك الزرع حتى يستحصد وفى موضع

مراعاة للحقين . فلو قال المعير أعطيك البذر وكلفتك إن كان لم ينبت لم يجز لأن بيع الزرع قبل نباته باطل وبعد نباته فيه كلام أشار إلى الجواز فى المغنى نهاية.

(ومؤنة الرد على المستعير . فلو كانت مؤقتة فأمسكها بعده فهلكت ضمنها) لأن مؤنة الرد عليه نهاية

قال ليس له ذلك هندية مختصرا مزيدا ط ونص فى البرهان على أن الترك بأجر المثل استحسان . ثم قال عن المبسوط : ولم يبين فى الكتاب أن الأرض تترك فى يد المستعير إلى وقت إدراك الزرع بأجر أو بغير أجر . قالوا وينبغى أن تترك بأجر المثل كما لو انتهت مدة الإجارة والزرع بقل بعد اه شرنبلالية ومثله فى الزيلعى .

أقول : ونظيره ماسبق من إعارة أمة ترضع ولده وإعارة فرس للغزو الخ (قوله مراعاة للحقين) حق صاحب الأرض المعارة لثبوت الرجوع له فيها وحق صاحب الزرع لأنه مغرور بإذنه له فى الزرع (قوله أشار إلى الجواز فى المغنى) وهو المختار كما فى الغياثية .

وفى البحر بعد نقل هذه المسألة وعزوها إلى النهاية : ولو بنى حائطا فى الدار المستعارة استرد المعير الدار ، فإذا أراد المستعير أن يرجع إليه بما أنفق ليس له ذلك . وليس له أن يهدم الحائط إن كان البناء من تراب صاحب الأرض كذا فى الخلاصة .

وفى المحيط : لو استعار أرضا ليبنى ويسكن وإذا خرج فالبناء لصاحب الأرض ولصاحب الأرض أجر مثلها مقدار السكنى والبناء للمستعير لأن هذه إجارة معنى لأن الإعارة تمليك المنافع بغير عوض . ولما شرط البناء له كانت إجارة فاسدة لجهالة المدة والأجرة لأن البناء مجهول فوجب أجر المثل اه (قوله على المستعير) لأنه قبض لمنفعة نفسه والرد واجب عليه زيلعى (قوله ضمنها) أى سواء استعملها بعد الوقت أولا . وهو مختار السرخسى ، واختار صاحب المحيط وشيخ الإسلام أنه إنما يضمن إذا استعملها بعد الوقت ، أما إذا استعملها فلا ضمان كما فى الشرنبلالية عن المجمع ، وفى الكافى أن العارية بعد مضى المدة تكون وديعة . وصححه فى المجتبى حيث قال : والصحيح أن رد العارية لايجب قبل الطلب وبعده يجب اه وهو حكم الوديعة . ففى المسألة قولان مصححان .

قال فى البزازية : أعاره إلى الليل فهلك . قيل لايضمن . وإن هلك فى اليوم الثانى ذكر فى الكتاب أنه يضمن . قيل أراد به إن انتفع فى اليوم الثانى به فيكون غاصبا مخالفا بالإنتفاع بعد مضى الوقت . أما إذا لم ينتفع لايضمن كالمودع المؤقت باليوم إذا أمسكها بعده لايضمن . وقال السرخسى : يضمن على كل حال ، واختاره القاضى ، وفرق بين العارية والوديعة أن الإمساك فى الوديعة للمالك لأنه بعد مضى الوقت بنى على القبض السابق وهو كان للمالك ، وفى العارية الإمساك بعد مضى الوقت لنفسه ، لأنه بنى على القبض السابق وذاك كان لنفسه وعدم الضمان فى الوقت كان للإذن فلم يوجد بعد مضيه . ولأن مؤنة رد العارية على المستعير بالتقصير منه وفى الوديعة على المالك اه . ومثله فى الخلاصة وجامع قارىء الهداية . قال فيه : وهذا هو الأصح . وبه أفتى فى الحامدية ، وأقره عليه سيدى الوالد رحمه الله تعالى فى العقود الدرية . وقدمنا أوائل الكتاب عند قوله ولعدم لزومها يرجع المعير متى شاء ولو موقتة .

عن فتاوى القاضى ظهير الدين : إذا كانت العارية موقتة بوقت فأمسكها بعد الوقت فهو ضامن ويستوى فيه أن تكون العارية موقتة نصا أو دلالة حتى إن من استعار قدوما ليكسر الحطب فكسره وأمسك حتى هلك يضمن وتمامه ثمة فراجعه (قوله لأن مؤنة الرد عليه) أى أجرته عليه لأنه قبض العين لمنفعة نفسه والرد واجب عليه عينى ، فيضمن إذا أمسكها بعد مضى الوقت لتقصيره فيكون مانعا بعد مضى الوقت فيضمن ، بخلاف

(إلا إذا استعارها ليرهنها) فتكون كالإجارة رهن الخانية (وكذا الموصى له بالخدمة مؤنة الرد عليه وكذا المؤجر والغاصب والمرتهن) مؤنة الرد عليهم لحصول المنفعة لهم

المستأجر لأنه لايجب عليه الرد بل التخلية عند طلب المالك ، فلو لم يوجد لم يوجد المنع فلا يضمن ، ولا يخفى مافى كلام الشارح من التكرار بعد كون ماسلف مفرعا عليه (قوله إلا إذا استعارها ليرهنها) أى فمؤنة الرد على المعير لأن فيها نفع المالك بصيرورتها مضمونة عند الهلاك فجعلنا حصول النفع بمنزلة حصول الأجرة للمؤجر ، ولذا قال فتكون كالإجارة (قوله فتكون كالإجارة) فإنها تصير مضمونة فى يد المرتهن ، وللمعير أن يرجع على المستعير بقيمته فكانت بمنزلة الإجارة ، ولأن هذه إعارة فيها منفعة لصاحبها كما فى الخانية ، فقد حصل الفرق بين العارية للرهن وغيرها من وجهين : الأول هذا ، والثانى مامر فى الباب عند قوله بخلاف المستعير والمستأجر أن مستعير الرهن لو خالف ثم عاد للوفاق برئ عن الضمان بخلاف غيره . أفاده فى البحر عن النهاية (قوله مؤنة الرد عليه) لأنه هو المنتفع بالعين ولوجوبه عليه ط قال القاضى فخر الدين الماردينى : وهذا لارواية فيه ويجب أن تكون على الموصى له بالخدمة لأن قبضه لمنفعة نفسه فصار كالعارية اهـ (قوله وكذا المؤجر) لأن العين المؤجرة مقبوضة لمنفعة المالك لأن الأجر له به فإذا أمسكها المستأجر بعد مضى المدة لايضمنها مالم يطالبه صاحبها اهـ . ولايجب على المستأجر ردها وإنما يجب عليه التمكين والتخلية ، فلايكون عليه مؤنة الرد ولايقال قبضه كان لمنفعة نفسه فوجب أن تكون المؤنة عليه لأنا نقول : إنما حصل له منفعة وهى عرض يفنى ، وما حصل للمؤجر عين تبقى فكان هو بالوجوب أولى اهـ زيلعى (قوله والغاصب) أى عليه أجرة رد المغصوب لأن الرد إلى المالك واجب عليه والأجرة مؤنته فتجب عليه لأنه يجب عليه نسخ فعله وهو يردها إلى مالكها لأنه أزال يده عنها ، ففى ردها براءة ذمته فكان عاملا لنفسه (قوله والمرتهن) لأن قبضه قبض استيفاء فكان قابضا لنفسه زيلعى ومثله فى الوجيز وهو الظاهر .

وذكر فى التحرير أنها على الراهن . وعبارته : مؤنة رد الرد على الراهن ، لأن عينه أمانة فى يد المرتهن ولهذا كان نفقته وكفنه على الراهن ، والمضمون عليه إنما هو المالية والرد تصرف فى العين لافى المالية ومنفعة القبض وإن عادت على الراهن والمرتهن جميعا باعتبار قضاء الدين وحصول التوثقة ، لكن ترجيح جانب الراهن بحكم الملك اهـ ومثله فى شرح الطحاوى للإسبيجابى ، وعليه فيحتاج إلى التوفيق بين الموضعين فتأمل ، ثم رأيت الأستروشنى فى فتاواه ذكر كلا من القولين من غير ترجيح لأحدهما ، ولكن ذكر صاحب النهاية القول الأول فقط وشيد أركانه حيث قال لأن الغنم حصل له ولهذا اختص به من بين سائر الغرماء حتى يستوفى دينه منه أولا فكان الغرم عليه وتبعه فى الدرر ، ولهذا تبعهم المصنف ، ولم يذكروا الوديعة ومؤنة ردها على المودع بكسر الدال كما فى الكنز لأن منفعة حفظها عائدة إليه فكانت مؤنة ردها عليه عينى .

وفى مؤيد زاده : مؤنة رد البيع فاسدا بعد الفسخ على القابض ، ومؤنة رد المبيع بخيار رؤية أو شرط على المشترى .

ولو تقايلا البيع فعلى البائع مؤنة رد مبيع له حمل ومؤنة والرد فى الأجير المشترك كقصار وصباغ ونساج على الأجير إذ الرد نقض القبض فيجب على من له منفعة القبض ومنفعة القبض هنا للأجير إذ له عين وهو الأجرة ولرد الثوب المنفعة والعين خير من المنفعة وكان الرد عليه ، بخلاف ما إذا آجر قنا أو دابة فإن الرد على المالك

هذا لو الإخراج بإذن رب المال وإلا فؤنة رد مستأجر ومستعار على الذى أخرجه إجارة . البزازية : بخلاف شركة ومضاربة وهبة قضى بالرجوع مجتبى (وإن رد المستعير الدابة مع عبده أو أجيره مشاهرة) لامياومة (أو مع عبد ربها مطلقا)

إذ له العين وللمستأجر المنفعة ورمز لشيء فى ضمان النساج من فصل الضمانات أن مؤنة الرد على الأجير المشترك أم لا فيه اختلاف . ولو شرطت على المالك فإنها عليه كذا فى الثالث والثلاثين من الفصولين (قوله هذا) اسم الإشارة راجع إلى كون مؤنة الرد على المؤجر ، يعنى إنما تكون عليه إذا أخرجه المستأجر بإذنه أما إذا أخرجه بغير إذنه فعلى المستأجر فيكون كالمستعير لو آجره العين وأذن له فى نقلها إلى حيث شاء فيجب عليه : أى على المستعير ردها لا على المستأجر . أما لو أخرجها بدون إذنه فيجب ردها على المستأجر أيضا لتعديه بالنقل والإخراج بدون إذن المالك . وفى المنح عن المحيط : هذا إذا كان الإخراج بإذن رب المال ، ولو بلا إذن فؤنة الرد عليه مستأجرا أو مستعيرا اه وكان الأولى ذكره قبل الغاصب لأنه راجع إلى كون مؤنة الرد على المؤجر (قوله لو الإخراج بإذن رب المال) أى إلى بلد آخر مثلا ، والظاهر أن المراد بالإذن الإذن صريحا وإلا فالإذن دلالة موجود تأمل سيدى الوالد رحمه الله تعالى (قوله بخلاف شركة) أى رد رأس مال الشركة فيها ، وفى المضاربة والبضاعة واللقطة والآبق فإنها على صاحب المال منح .

وفى إجارة الظهيرية : فإن شرط أجر الرد على المستأجر فسدت ، وحكى عن المرغينانى أنها جائزة ويجعل اشتراط الرد على المستأجر بمنزلة الزيادة اه والأصل أن مؤنة الرد تجب على من وقع القبض له أبو السعود (قوله قضى بالرجوع) أى فيها فإنها على الواهب منح ، والأولى للمؤلف أن يزيد لفظ فيها (قوله مجتبى) الذى فيه مؤنة الرد فيها على مالكها وزاد اللقطة والآبق ورد نصف مهر المطلقة قبل الدخول وهو عين ، وليس فيه تعرض لما كان النقل فيه بإذن مالكه أولا ، نعم ينبغى الإطلاق لأن مقتضى الشركة والمضاربة الإذن فى النقل عند الإطلاق وكذا الهبة لأنه قد ملكه إياها ، وللمالك أن ينقل ملكه حيث شاء ، وكذا المرأة تملك المهر بالقبض ، لكن ينافيه ماقدمناه قريبا عن سيد الوالدى رحمه الله تعالى من أن الظاهر أن المراد بالإذن صريحا وإلا فالإذن دلالة موجود اللهم إلا أن يخص بما ذكر ثمة وأن المذكور هنا على ماذكرنا فيحصل الفرق تأمل (قوله وإن رد المستعير الدابة مع عبده) وكذا لو ردها إلى اصطبل مالكها أو رد العبد إلى دار سيده لأنه أتى بالتسليم المتعارف وهذا لأن الإصطبل أو الدار فى يد المالك ، ولو ردهما على المالك كأن ردهما إلى الإصطبل أو الدار فكان الرد إليهما ردا على المالك اه زيلعى ، وهذا فى الاستحسان ، والقياس أنه يضمن لأنه لم يردهما إلى صاحبهما وإنما ضيعهم تضييعا وهو قول الثلاثة عينى .

وجه الاستحسان ماذكرناه من أنه أتى بالتسليم المتعارف لأن رد العوارى إلى دار الملاك متعارف كآلة البيت بحر عن الهداية . وذكر التمرتاشى عن أبى سلمة أنه إذا كان الإصطبل خارج الدار لايبرأ لأن الظاهر أنها تكون هناك بلا حافظ كما فى المنبع ، وقيل هذا فى عادتهم كما فى البيانية (قوله أو أجيره مشاهرة) يعلم منه حكم الأجير مسانهة بالأولى لأنه يعد مع من فى عيال المستعير قهستانى (قوله لامياومة) عللوه بأنه لم يكن فى عياله ، وهو يفيد أنه لو كان فى عياله يبرأ لو هلك قبل الوصول من غير تعد ويحرر ط (قوله أو مع عبد ربها) أى مع من فى عيال المعير قهستانى .

قال فى التبيين : وجه الاستحسان أن كل واحد من المعير والمستعير يحفظ دوابه بسائسه والدفع إليه كالدفع

يقوم عليها أولا فى الأصح (أو أجيره) أى مشاهرة كما مر فهلكت قبل قبضها (برئ) لأنه أتى بالتسليم المتعارف (بخلاف نفيس) كجوهرة (وبخلاف الرد مع الأجنبى) أى (بأن كانت العارية مؤقتة فمضت مدتها ثم بعثها مع الأجنبى) لتعديه بالإمساك بعد المدة (وإلا فالمستعير يملك الإيداع)

إلى صاحبها عادة؛ ولو دفعها إلى المالك لدفعها هو إلى السائس وحفظه بسائسه كحفظه بنفسه ، فيكتفى منه بالتسليم إلى السائس أو من السائس إلى السائس أو من السائس إلى المالك اهـ (قوله يقوم عليها أولا) لأنه يدفع إليه فى بعض الأوقات فيكون رضا المالك موجودا دلالة ، وقيل لا يبرأ إلا إذا ردها على من يقوم بها أى يتعهدها كالسائس وقوله يقوم عليها الخ بيان للإطلاق فى عبارة المصنف (قوله بخلاف نفيس) هذا مفهوم التقييد بالدابة قال فى التبيين وهذا فى الأشياء التى تكون فى يد الغلمان عادة ، وأما إذا لم تكن فى أيديهم عادة كعقد لؤلؤ ونحوه فردها المستعير إلى غلام صاحبها أو وضعها فى داره أو إصطبله يضمن لأن العادة لم تجر به فى مثله اهـ ط .

ويفهم منه أنه إذا كانت العادة تجرى فى تسليم مثل هذه الأشياء أنه يكفى تسليمه إلى غلامه كالمسمى بالخزندار عند أصحاب الدول هل يكفى تسليمها إليه ، الذى يظهر نعم لأن العرف جرى بذلك عادة ، ومثله ما إذا كان له أحد ممن فى عياله يقوم بسائر مصالحه من قبض وصرف وغيرهما وليراجع (قوله ثم بعثها مع الأجنبى) معطوف على قوله بخلاف (قوله لتعديه بالإمساك بعد المدة) حتى إذا هلكت فى يده ضمن فكذا إذا تركها فى يد الأجنبى زيلعى .

يؤخذ منه أن سبب الضمان ليس ردها مع الأجنبى لأن الدفع إلى الأجنبى إيداع والمستعير يملكه كما يملك الإعارة إذ الإعارة أقوى منه لأن الإعارة إيداع وتمليك المنفعة ، بل سببه انقضاء وقت العارية ، فإنه لو أمسكها بنفسه فهلكت فى يده بعد مضى مدتها يضمنها كما قدمناه فكذا فى يد الأجنبى ، ولذا قال لتعديه بالإمساك كما يؤخذ من عبارة الزيلعى (قوله وإلا فالمستعير يملك الإيداع) إشارة إلى فائدة اشتراط التوقيت .
قال الزيلعى : وهذا أى قوله بخلاف الأجنبى يشهد لمن قال من المشايخ إن المستعير ليس له أن يودع :

وعلى المختار تكون هذه المسألة محمولة على ما إذا كانت العارية مؤقتة فمضت مدتها ثم بعثها مع الأجنبى ، لأنه بامساكها بعد يضمن لتعديه فكذا إذا تركها فى يد الأجنبى اهـ وفى البرهان . وكذا يعنى يبرأ لو ردها مع أجنبى على المختار بناء على ما قال مشايخ العراق من أن المستعير يملك الإيداع وعليه الفتوى ، لأنه لما ملك الإعارة مع أن فيها إيداعا وتمليك المنافع فلأن يملك الإيداع وليس فيه تمليك المنافع أولى ، وأولوا قوله وإن ردها مع أجنبى ضمن إذا هلكت بأنها موضوعة فيما إذا كانت العارية مؤقته وقد انتهت باستيفاء مدتها وحينئذ يصير المستعير مودعا والمودع لا يملك الإيداع بالاتفاق اهـ شرنبلالية ، فالقول بعدم إيداع المستعير ذهب إليه الكرخى . قال البقالى : وهذا أصح ، وما مشى عليه المصنف من أنه يملكه هو قول مشايخ العراق ، وبه أخذ أبو الليث والفضلى :

قال فى التمرتاشية : وإليه أشار محمد فى الأصل : وقال فى الكافى : وعليه الفتوى ، فبناء هذه المسئلة على مذهب الكرخى ظاهر ، أما قول المفتى به فمحمول على انتهاء الإعارة لانقضاء المدة بأن كانت مؤقتة فمضت مدتها ثم بعثها مع الأجنبى كما فى البحر .

قلت لا فرق فى إيجاب الضمان بين رد نفسه ورد غيره لو هلكت بعد مضى المدة ، فحينئذ قيد الأجنبى لا يفيد تدبر ، أو بأن استعارها فاستخدمها وبعد انقضاء العمل ردها مع الأجنبى فهلكت يضمن ، لما سبق

فيما يملك الإعارة (من الأجنبي) به يفتى زيلعي ، فتعين حمل كلامهم على هذا ،وبخلاف رد وديعة ومغصوب إلى دار المالك فإنه ليس بتسليم .

(وإذا استعار أرضا) بيضاء (للزراعة يكتب المستعير)

من أنه لو عمل بعمل يتعين ذلك ، وليس له أن يعمل بعمل آخر والإيداع عمل آخر فيضمن فيظهر منه أنه لوردها معه قبل الاستخدام ينبغي أن لا يضمن ، فظهر أن هذا الحمل أولى.على أنه لما انتهى العمل والإعارة صارت وديعة عند المستعير فيصير مودعا وهو لايملك الإيداع بالاتفاق ولذلك يضمن كما فى الكافي وغيره :

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى بعد كلام لكن تقدم متنا أنه يضمن فى المؤقتة ،وفى جامع الفصولين : لوكانت العارية مؤقتة فأمسكها بعد الوقت مع إمكان الرد ضمن ، وإن لم يستعملها بعد الوقت هو المختار سواء توقتت نصا أو دلالة ، حتى أن من استعار قدوما ليكسر حطبا فكسره فأمسك ضمن ولو لم يوقت اه .فعلى هذا فضمانه ليس بالإرسال مع الأجنبي إلا أن يحمل على ما إذا لم يمكنه الرد تأمل ومع هذا يبعد هذا التأويل التقييد أولا بالعبد والأجير فإنه على هذا لا فرق بينهما وبين الأجنبي حيث لايضمن بالرد قبل المدة مع أى من كان ويضمن بعدها كذلك ، فهذا أدل دليل على قول من قال ليس له أن يودع وصححه فى النهاية كما نقله عنه فى التاترخانية (قوله فيما يملك الإعارة) وهو مالا يختلف ، وظاهره أنه لايملك الإيداع فيما يختلف وليس كذلك وعبارة الزيلعي : وهذا لأن الوديعة أدنى حالا من العارية فإذا كان يملك الإعارة فيما لايختلف فالأولى أن يملك الإيداع على ما بينا ، ولا يختص بشيء دون شيء لأن الكل لا يختلف فى حق الإيداع وإنما يختلف فى حق الانتفاع اه اللهم إلا أن يقال ما عبارة عن الوقت أى فى وقت يملك الإعارة ، وهو قبل مضى المدة إذا كانت موقتة وهو بعيد كما لا يخفى تأمل ، أفاده سيدى الوالد رحمه الله تعالى (قوله به يفتى) لم يصرح الزيلعي بالفتوى ، وإنما قال المختار كما علمته من عبارته السابقة ، وصرح بها صاحب البحر فقال : وقد تقدم أن المختار المفتى به جوازه اه (قوله فتعين حمل كلامهم) أى فى الضمان بالدفع إلى الأجنبي (قوله على هذا) أى على ما إذا دفعها له بعد مضى الوقت ، لكن لايخفى أن الضمان حينئذ بسبب مضى المدة لا من كونه بعثها مع الأجنبي إذ لا فرق حينئذ بينه وبين غيره (قوله وبخلاف) معطوف على قول المتن بخلاف ، وكان الأولى ذكره ثمناك تأمل (قوله رد وديعة ومغصوب الخ) لأن الوديعة للحفظ ولم يرض بحفظ غيره ، إذ لو رضى به لما أودعها عنده ، وبخلاف الغصب لأنه صار متعديا بإثبات يده فى العين وبإزالة يد صاحبها فلا بد من إزالة يده وإثبات يد صاحبها وذلك بالتسليم حقيقة ، أما فى الدفع إلى الغلام فيضمن بدفع الوديعة إلى غلام المالك لا إلى غلام نفسه زيلعي مختصرا ط (قوله إلى دار المالك) وكذا لعياله هداية والمستأجر كالوديعة (قوله فإنه) كذا فى الهداية (قوله ليس بتسليم) لكن مسئلة الغصب خلافية . فى الخلاصة قال مشايخنا : يجب أن يبرأ .

قال فى الجامع الصغير : للإمام قاضيخان : السارق والغاصب لا يبرآن بالرد إلى منزل ربها أو مربطه أو أجيره أو عبده مالم يردها إلى مالكها اه (قوله للزراعة) قيد به لأنه لو استعارها لمطلق الانتفاع يكتب أعرتنى على الظاهر لأنه أدل على العموم ط (قوله يكتب المستعير) الظاهر أن هذا على سبيل الأولى وهذا عند أبى حنيفة لأن لفظة الإطعام أدل على المراد من الإعارة لأنها تختص بالزراعة وإعارة الأرض تارة تكون للزراعة وتارة تكون للبناء ونصب الفسطاط فكانت الكتابة بلفظ الإطعام أولى ليعلم أن غرضه الزراعة . وعندهما يكتب أنك أعرتني لأن الإعارة هي الموضوعة لهذا العقد : والكتابة بالموضوع أولى .

إنك أطعمتني أرضك لأزرعها فيخصص لئلا يعم البناء ونحوه (العبد المأذون يملك الإعارة . والمحجور إذا استعار واستهلكه يضمن بعد العتق ولو أعار)عبد محجور عبداً محجورا (مثله فاستهلكها ضمن) الثانى (للحال ؛

وفائدة الكتابة أمن جحود المستعير عند تطاول المدة أو موت المعير وأمن المستعير من لزوم الأجر بدعوى المعير أنه إنما آجره اه أبو السعود (قوله إنك أطعمتنى) بفتح الهمزة لأنها وقعت مفعولا ليكتب فهى مصدرية ويجوز كسرها على معنى أنه يكتب هذا اللفظ أعنى قوله إنك أطعمتنى أرضك أبو السعود (قوله لأزرعها) اللام للتعليل (قوله فيخصص) قال فى التبيين : لأن الإطعام إذا أضيف إلى مالا يؤكل يعرف منه المراد به الاستغلال بالتمكين من الزراعة ، بخلاف لفظ الإعارة فإنها تنتظم الزراعة والبناء والمراح ونصب الخيام ، وعلى هذا ينبغى أن يكتب فى كل فصل ما هو أدل على المقصود فيقول فى استعارة الأرض إنك أطعمتنى كذا لأزرعها ما أشاء من غلة الشتاء والصيف اه بتصرف ظ (قوله العبد المأذون يملك الإعارة) لأنها من صنيع التجار وكذا الصبى المأذون هندية .

وفى البزازية استعار من صبى مثله كالقدوم ونحوه إن مأذونا وهو ماله لا ضمان ، وإن لغير الدافع المأذون يضمن الأول لا الثانى لأنه إذا كان مأذونا صح منه الدفع وكان التلف حاصلا بتسليطه ، وإن الدافع محجورا يضمن هو بالدفع والثانى بالأخذ لأنه غاصب الغاصب انتهى ، ويأتى تمامه قريبا (قوله والمحجور الخ) أشار إلى أن المأذون لو استعار يضمن للحال إذ الإذن شمل الإعارة والاستعارة فيظهر تصرفه فى حق سيده ؛ وأما المحجور فلا يملك شيئا من ذلك ، لكنه إن استعار فقد سلطه المعير على العارية ، فلو استهلكها لا نظر فى حق سيده لعدم إذنه فى ذلك ويظهر فى حق نفسه فيضمن بعد العتق ، هذا إذا كان المعير مطلق التصرف ، فلو كان عبدا محجورا ومثله الصبى المحجور والمجنون لم يصح تسليطه لحجره ، فباستهلاك المستعير صار متلفا مال الغير بغير إذن معتبر ولا تسليط صحيح ، والحجر إنما يكون عن الأقوال لا عن الأفعال كما يأتى فيضمنه فى الحال (قوله بعد العتق) لأن المعير سلطه على إتلافه وشرط عليه الضمان فصح تسليطه وبطل الشرط فى حق المولى درر (قوله ولو أعار عبد محجور عبدا محجورا مثله) فعبد الأول فاعل أعار ومحجور صفته وعبدا الثانى مفعول أعار ومحجورا صفته .

قال فى الهندية : صبى استعار من صبى شيئا كالقدوم ونحوه وذلك الشىء لغير الدافع فهلك بيده ، إن كان الصبى الأول مأذونا لايجب على الثانى وإنما يجب على الأول لأنه إذا كان مأذونا صح الدفع وكان الهلاك بتسليطه ، ولو كان ذلك الشىء للأول لايضمن ، وإن كان الأول محجورا عليه يضمن هذا بالدفع ويضمن الثانى بالأخذ اه . والظاهر أن الحكم كذلك فى العبدين فتأمل إلا أن يحمل ما هنا على أن المدفوع مال سيد الأول ط (قوله ضمن الثانى) بالاستهلاك لأنه أخذه بغير إذن فكان غاصبا ، ولا عبرة للإعارة لأنها مال الغير فكأنه استهلكه من يد صاحبه ، وإنما يضمن الثانى للحال لعدم التسليط من مالكها فيكون دينا متعلقا برقبته للحال فيباع فيه ، بخلاف الأول لوجود التسليط من المالك كذا فى الأشباه من كتاب الحجر ذكره بعض الفضلاء .

أقول : الذى ذكره فى الأشباه : إذا أودع صبى محجور ومثله وهى ملك غيرهما فللمالك تضمين الدافع أو الآخذ . قال فى جامع الفصولين : وهى من مشكلات إيداع الصبى .

قلت : لا إشكال لأنه يضمنها الصبى لعدم التسليط من مالكها وهنا لم يوجد كما لايخفى انتهى فتأمل .

ولو استعار ذهبا فقلده صبيا فسرق) الذهب (منه) أى من الصبى (فإذا كان الصبى يضبط) حفظ (ماعليه) من اللباس (لم يضمن) وإلا ضمن لأنه إعارة والمستعير يملكها (وضعها) أى العارية (بين يديه فنام فضاعت لم يضمن لو نام جالسا) لأنه لايعد مضيعا لها (وضمن لو نام مضطجعا) لتركه الحفظ
(ليس للأب إعارة مال طفله)

(قوله ولو استعار ذهبا) أى حيث قامت القرينة على أنه يريد الانتفاع به مع بقاء عينه،أما عند الإطلاق فيكون قرضا على ما تقدم فيضمنه بكل حال (قوله حفظ) الأولى الإتيان به مضارعا بيانا ليضبط ط (قوله لم يضمن) أى المستعير لأنه لم يضيع ، إذ للمستعير أن يعير (قوله وإلا ضمن) لأنه ضيعه حيث وضعه عند من لا يعقل حفظه كذا فى المحيط درر (قوله لأنه إعارة) تعليل لعدم الضمان ، وأما ضمانه فيما إذا كان الصبى لا يضبط فلأنه إضاعة فيكون به متعديا ، وهذا إذا فارق الصبى ، أما عند عدم المفارقة ينبغى أن لا يضمن لعدم التضييع إلا إذا كان باتلاف الصبى (قوله والمستعير يملكها) أى الإعارة فلا يكون مضيعا (قوله وضعها) أى المستعير (قوله بين يديه) أى يدى المستعير (قوله وضمن لو نام مضطجعا) هذا فى الحضر ، وأما فى السفر لايضمن نام قاعدا أو مضطجعا والمستعار تحت رأسه أو بين يديه أو بحواليه لأنه يعد حافظا ، وفى غير السفر لو جعله تحت رأسه لا يضمن لأنه حافظ ، ألا يرى أن السارق من تحت رأس النائم يقطع وإن كان فى الصحراء كما فى البزازية .

قال فى جامع الفصولين : المستعير إذا وضع العارية بين يديه ونام مضطجعا ضمن فى حضر لا فى سفر ولو نام فقطع رجل مقود الدابة فى يده لم يضمن فى حضر وسفر ، ولو أخذ المقود من يده ضمن لو نام مضطجعا فى الحضر وإلا فلا اهـ .

وفى البزازية : نام المستعير فى المفازة ومقودها فى يده فقطع السارق المقود لايضمن وإن جذب المقود من يده ولم يشعر به يضمن . قال الصدر الشهيد : هذا إذا نام مضطجعا ، وإن جالسا لا يضمن فى الوجهين ، وهذا لا يناقض ما مر أن نوم المضطجع فى السفر ليس بترك للحفظ لأن ذاك فى نفس النوم وهذا فى أمر زائد على النوم اهـ .

وفيها : استعار مرا للسقى واضطجع ونام وجعل المر تحت رأسه لا يضمن لأنه حافظ ، ألا ترى أن السارق من تحت رأس النائم يقطع وإن كان فى الصحراء وهذا فى غير السفر ، وإن فى السفر لا يضمن نام قاعدا أو مضطجعا والمستعار تحت رأسه أو بين يديه أو بحواليه يعد حافظا اهـ ومثله فى الوجيز ، لكن زاد فى الخانية بعد قوله : ولو أن السارق حل المقود من يده وذهب بالدابة ولم يعلم به المستعير كان ضامنا ، لأنه إذا نام على وجه يمكن حل المقود من يده وهو لا يعلم يكون تضييعا الخ .

أقول : ولعل مراده بوجه التضييع النوم مضطجعا كما أشار إليه بعد، وقدمناه موضحا فلا تنسه (قوله ليس للأب إعارة مال طفله) هذا ما عليه العامة وأجازه بعضهم،وليس له أن يعير نفس الولد كما ذكره شمس الأئمة فى شرح كتاب الوكالة . وأما الصبى المأذون إذا أعار ماله صحت الإعارة كما فى الخانية .

وفى الهندية : وذكر شمس الأئمة فى أول شرح الوكالة أن الأب يعير ولده ، وهل له أن يعير مال ولده ؟ بعض المتأخرين من مشايخنا قالوا له ذلك ، وعامة المشايخ على أن ليس له ذلك كذا فى المحيط ، فإن فعل وهلك كان ضامنا اهـ لكن فى أحكام الصغار للأستروشني من مسائل العارية أن جواز إعارة ولده إذا كان فى تعلم

لعدم البدل وكذا القاضى والوصى :
(طلب) شخص (من رجل ثوراً عارية فقال أعطيك غدا فلما كان الغد ذهب الطالب وأخذه بغير إذنه واستعمله فمات) الثور (لا ضمان عليه) خانية عن إبراهيم بن يوسف ، لكن فى المجتبى وغيره أنه يضمن .
(جهز ابنته بما يجهز به مثلها ثم قال كنت أعرتها الأمتعة إن العرف مستمرا) بين الناس (أن الأب يدفع ذلك) الجهاز (ملكا لا إعارة لا يقبل قوله) إنه إعارة لأن الظاهر يكذبه (وإن لم يكن) العرف (كذلك أوتارة وتارة (فالقول له) به يفتى ، كما لو كان أكثر مما يجهز به مثلها فإن القول له اتفاقا (والأم) وولى الصغيرة

الحرفة بأن دفعه إلى أستاذه ليعلمه الحرفة ويخدم أستاذه ؛ أما إذا كان بخلاف ذلك لا يجوز اه (قوله لعدم البدل) أى لأنه تصرف بلا بدل (قوله وكذا القاضى) مخالف لما فى الهندية حيث قال : وفى شرح بيوع الطحاوى للقاضى أن يعير مال اليتيم كذا فى الملتقط ، ولعل الفرق أن القاضى عنده قدرة الاستيفاء بخلاف الأب إلا أنه لا مصلحة للولد فيه بل يكون ضررا محضا بالهلاك فإنها لا تضمن به اه ط .
أقول : وهذا نظير إقراض مال اليتيم فإن للقاضى ذلك دون أبيه ، وعلاوه بما علل به الطحاوى فتأمل (قوله لكن فى المجتبى وغيره أنه يضمن) وبه جزم فى البزازية حيث قال لأنه أخذه بلا إذنه اه .
أقول : ووجهه ظاهر لأنه وعده بالإعارة ولم يعره ولم يأذن له بالأخذ .
قال فى البزازية : ولو استعار من آخر ثوره غدا فقال نعم فجاء المستعير غدا وأخذه فهلك لا يضمن لأنه استعار منه غدا وقال نعم فانعقدت الإعارة ، وفى المسألة الأولى وعد الإعارة لا غير اه .
أقول : وبهاتين الصورتين اللتين صورهما البزازى ظهر أنهما مسألتان مختلفتان لا مسألة واحدة فيها قولان : أولاهما الضمان . وثانيهما عدمه ، لأن وجه الضمان فى الأولى كما علمته أنه وعد ولا يجب الوفاء به فبأخذه يكون متعديا فيضمن ، ووجه عدم الضمان فى الثانية أنه عقد الإعارة وبين وقت الإعطاء فبأخذه يكون مأذونا فلا يضمن ، ولعل ما قاله الطحطاوى على عبارة الشارح من أنهما قولان . وعزا فى الهندية الأول إلى مجموع النوازل ، والثانى إلى فتاوى أبى الليث على الصورة الثانية ، فليس هما قولين بل هما مسألتان كما علمت فتأمل (قوله جهز ابنته) أى الكبيرة ، أما لو اشترى لها فى صغرها فلا سبيل للورثة عليه ويكون للبنت خاصة أفاده المصنف (قوله لا يقبل قوله) يعنى سواء كان ذلك فى حياتها أو بعد موتها (قوله أوتارة وتارة) عطفه بأو ليفيد أنه غير ما قبله ، وليس كذلك بل هو صادق بصورتين ، إذ الثانية تصدق بنفى الموضوع ، فمعناه لم يعرف أصلا أو عرف تارة وتارة أو أن أو بمعنى بل (قوله به يفتى) وقيل لا يصدق فى أنه عارية إلا أن يشهد بها عند التجهيز ، وقيل يصدق مطلقا لأنه هو الدافع ، فما لم يقر بالتمليك يكون القول قوله ، وقيل إن كان الأب من كرام الناس وأشرافهم لا يقبل قوله فى الإعارة ، وإن كان من أوساط الناس كان القول قوله ، والمختار للفتوى أنه إن كان العرف مستمرا أن الأب يدفع ذلك الجهاز ملكا لا إعارة لا يقبل قوله ، وإن كان العرف مشتركا فالقول قول الأب مع يمينه ، وقد أفاده الشارح بقوله مما يجهز به مثلها وأفتى قارىء الهداية بقوله القول قول الأب والأم أنهما لم يملكاها وإنما هو عارية عندكم مع اليمين إلا أن تقوم دلالة أن الأب والأم يملكان مثل هذا الجهاز للابنة اه وتقدم الكلام على ذلك مستوفى فى باب المهر فراجعه إن شئت (قوله فإن القول له) ظاهره أن القول له حينئذ فى الجميع لا فى الزائد على جهاز المثل ، وليحرر سيدى الوالد رحمه الله تعالى ، لكن خالفه الرحمتى بقوله فإن القول له أى فيما زاد على ما يجهز به مثلها اه فتأمل وراجع (قوله وولى الصغيرة) أى

(كالأب) فيما ذكر وفيما يدعيه الأجنبى بعد الموت لايقبل إلا ببينة شرح وهبانية وتقدم فى باب المهر. وفى الأشباه (كل أمين ادعى إيصال الأمانة إلى مستحقها قبل قوله) بيمينه (كالمودع إذا ادعى الرد والوكيل والناظر) إذا ادعى الصرف إلى الموقوف عليهم

إذا جهزها بجهاز (قوله فيما ذكر) أى فى اعتبار العرف وهذا الحكم فى الأم والولى بحث لابن وهبان. قال العلامة عبد البر: وفى الولى عندى نظر أى فإن الغالب من حاله العارية، بخلاف الأبوين لمزيد شفقتهما، ولكن حيث كان العرف مستمرا أن الولى يجهز من عنده فلا نظر، وذكر المصنف فى باب المهر أن الأم كالأب وأن حكم الموت كحكم الحياة ط (قوله وفيما يدعيه الأجنبى) أى من أنه أعار المتوفى هذا الشىء لايصدق إلا ببينة، وله أن يحلف الوارث إن أنكر على العلم كما هو الحكم فى نظائرها ط. والأظهر من هذا أن يقال والحكم فيما يدعيه الأجنبى كذلك: أى لو جهزها الأجنبى ثم ادعى أنه عارية بعد موتها لايقبل قوله إلا ببينة، لأن الظاهر أنه لا يجهزها ويتركه فى يدها إلى الموت إلا بما لها، بخلاف الأب والأم فإنهما يجهزانها بمال أنفسهما، لكن يكون ذلك تمليكا تارة وتارة عارية، ولذا قال شارح الوهبانية: وفى الولى عندى نظر الخ أى فى جعله كالأب والأم لأن الظاهر فى غيرهما أنه لايجهزها إلا بما لها (قوله كالمودع إذا ادعى الرد) وكذا الوصى إذا ادعى دفعها: أى دفع الأمانة المعينة إلى ربها، ولو أنكر لايمين حموى. أما المرتهن فلا يقبل قوله فى الرد كما فى جامع الفصولين (قوله والوكيل) كالوكيل بالبيع مثلا إذا ادعى هلاك الأمانة أو تسليمها إلى ربها كان القول قوله مع اليمين اه بيرى. والأولى أن يقول: إذا ادعى هلاك المبيع أو الثمن أورد المبيع إلى الموكل ط (قوله والناظر) قال بعض الفضلاء: ينبغى أن يقيد ذلك بأن لايكون الناظر معروفا بالخيانة كأكثر نظار زماننا، بل يجب أن لايفتوا بهذه المسألة قاتلهم الله ما ألعنهم اه. قال بعض الفضلاء: والتقييد بالموقوف عليهم ربما يفيد أنه إذا ادعى دفع ما هو كالأجرة مثل معلوم الفراش والمؤذن والبواب وغيرهم من أرباب الجهات لا يقبل قوله إلا ببينة، وبه أفتى شيخ الإسلام أبو السعود العمادى مفتى السلطنة العلية.

وصورة السؤال: هل إذا ادعى المتولى دفع غلة الوقف إلى من يستحقها شرعا هل يقبل قوله فى ذلك أم لا؟ الجواب: إن ادعى الدفع إلى من عينه الواقف فى الوقف كأولاده وأولاد أولاده يقبل قوله بيمينه، وهو المراد بقولهم الموقوف عليهم لعدم ملاحظة جانب الإجارة فيهم، وإن ادعى الدفع إلى الامام بالجامع والبواب ونحوهما لا يقبل قوله؛ كما لو استأجر شخصا للبناء بالجامع بأجرة معلومة ثم ادعى تسليم الأجرة له فإنه لايقبل قوله اه. قال الشيخ محمد الغزى التمرتاشى: وهو تفصيل حسن خصوصا فى زماننا اه.

وقال المولى عطاء الله أفندى فى مجموعته: سئل شيخ الإسلام زكريا أفندى عن هذه المسألة يعنى مسألة قبول قوله فأجاب بأنه إن كانت الوظيفة فى مقابلة الخدمة فهى أجرة لا بد للمتولى من إثبات الأداء بالبينة وإلا فهى صلة وعطية يقبل فى أدائها قول المتولى مع يمينه. وأفتى من بعده من المشايخ الإسلامية إلى هذا الزمان على هذا متمسكين بتجويز المتأخرين الأجرة فى مقابلة الطاعات، لكن قال التمرتاشى فى كتابه شرح تحفة الأقران بعد ذكر هذه الفتوى: وهو فقه حسن غير أن علماءنا على الافتاء بخلافه اه.

قلت: فالمذكور فى الإسعاف والخصاف ووقف الكرابيسى والأشباه من الأمانات والزاهدى عن وقف الناصحى وغيره أنه يقبل قوله فى الدفع إلى الموقوف عليهم بدون تفصيل فى ذلك إلا أن يحمل على الذرية لا على المرتزقة فيحصل التوفيق بين الكلامين بلامين، وقد اعتمد تفصيل المولى أبى السعود ابن التمرتاشى المذكور

. . . .

في كتاب الزواهر على الأشباه والنظائر لكن بدون عزو إلى كتاب كما ذكره الشارح هنا عن أخى زاده على صدر الشريعة بالزيادة التى ذكرها وهى أنه لا يضمن ما أنكروه بل يدفعه ثانيا من مال الوقف فليحفظ .

قال العلامة الخير الرملي فى حاشيته على البحر : والجواب عما تمسك به العمادى أنها ليس لها حكم الإجارة من كل وجه ، وقد تقدم أن فيها شوب الأجرة والصلة والصدقة ، ومقتضى ما قاله أنه يقبل قوله فى حق براءة نفسه لا فى حق صاحب الوظيفة لأنه أمين فيما فى يده ، فيلزم الضمان فى الوقف لأنه عامل له وفيه ضرر بالوقف ، فالإفتاء بما قاله العلماء متعين ، وقول الغزى هو تفصيل فى غاية الحسن فليعمل به فى غير محله ، إذ يلزم منه تضمين الناظر إذا دفع لهم بلا بينة لتعديه فافهم اه .

قال سيدى الوالد رحمه الله تعالى : تفصيل المولى أبى السعود فى غاية الحسن باعتبار التمثيل بالأجرة إذا استعمل الناظر رجلا فى عمارة يحتاج إلى البينة فى الدفع له فهى مثلها ، وقول العلماء محمول على الموقوف عليهم من الأولاد لا أرباب الوظائف المشروط عليهم العمل ، ألا ترى أنهم إذا لم يعملوا لا يستحقون الوظيفة ، فهى كالأجرة لا محالة ، وهو كأنه أجير فإذا اكتفينا بيمين الناظر يضيع عليه الأجر لا سيما نظار هذا الزمان ، والله المستعان اه . وهل يقبل قوله بعد عزله ، فقد أفتى بعض المحققين بأنه يقبل قوله فى الدفع للمستحقين مع يمينه مادام ناظرا اه ؛ لكن فى حاشية الأشباه من كتاب الأمانات قال بعض الفضلاء إنه يقبل قوله فى النفقة على الوقف بعد العزل ويخرج منه قبول قوله فى الدفع للمستحقين بعد التأمل ، فإنه قال لم يتعرض المصنف لحكم المتولى بعد العزل هل يقبل قوله فى النفقة على الوقف من المال الذى تحت يده أم لا لم أره صريحا ، لكن ظاهر كلامه أن قوله مقبول فى ذلك إذا وافق الظاهر لتصريحهم بأن القول قول الوكيل بعد العزل فى دعواه إنه باع ما وكل فى بيعه وكانت العين هالكة ، وفيما إذا ادعى أنه دفع ما وكل بدفعه فى براءة نفسه وأن الوصى لو ادعى بعد موت اليتيم أنه أنفق عليه كذا يقبل قوله ، وعللوه بأنه أسنده إلى حالة منافية للضمان ، وقد صرحوا بأن المتولى كالوكيل فى مواضع .

ووقع خلاف فى أن المتولى وكيل الواقف أو وكيل الفقراء فقال أبو يوسف بالأول ، وقال محمد بالثانى .

ومما هو صريح فى قبول قول الوكيل ولو بعد العزل فرع : فى القنية قال : وكله وكالة عامة بأن يقوم بأموره وينفق على أهله من مال الموكل ولم يعين شيئا للإنفاق بل أطلق ثم مات الموكل فطالبه الورثة ببيان ما أنفق ومصرفه ، فإن كان عدلا يصدق فيما قال ، وإن اتهموه حلفوه وليس عليه بيان جهات الإنفاق ، ومن أراد الخروج من الضمان فالقول قوله ، وإن أراد الرجوع فلا بد من البينة انتهى ، هذا صريح فى قبول قوله فى دعوى الإنفاق ولو بعد العزل ، وتحقيقه أن العزل لا يخرجه عن كونه أمينا فينبغى أن يقبل قول الوكيل بقبض الدين أنه دفعه لموكله فى حياته فى حق براءة نفسه كما أفتى به بعض المتأخرين كما تقدم اه ما فى الحموى .

ويستنبط من ذلك أن الناظر يصدق بيمينه فى الدفع للمستحقين بعد عزله كالوكيل فى قبض الدين إذا مات الموكل وصدقته الورثة فى القبض وكذبوه فى الدفع فالقول قوله بيمينه لأنه بالقبض صار المال فى يده وديعة ، فتصديقهم له بعد اعترافهم بأنه مودع كاف ، فإن حلف برىء ، وإن نكل لزمه المال كما يأتى قريبا الكلام عليه . وقد أفتى المرحوم الوالد بأنه يصدق بيمينه مادام ناظرا ولم يذكر نقلا ، والمسألة تحتاج إلى نقل صريح

يعنى من الأولاد والفقراء وأمثالها . وأما إذا ادعى الصرف إلى وظائف المرتزقة.فلا يقبل قوله فى حق أرباب الوظائف ، لكن لايضمن ما أنكروه له بل يدفعه ثانيا من مال الوقف كما بسطه فى حاشية أخى زاده .

قلت: وقد مر فى الوقف عن المولى أبى السعود ، واستحسنه المصنف وأقره ابنه فليحفظ (وسواء كان فى حياة مستحقها أو بعدموته) إلا فى الوكيل بقبض الدين إذا ادعى بعد موت الموكل أنه قبضه ودفعه له فى حياته لم يقبل قوله إلا ببينة

من كتاب صحيح حتى يطمئن القلب فى الجواب القبول أو عدمه بما يرى فى الكتاب ، والله الموفق للصواب (قوله يعنى من الأولاد والفقراء) بيان للموقوف عليهم (قوله وأمثالها) كالعلماء والأشراف ، وقيل المراد بالأمثال أولاد الأولاد النسل والعقب والأقارب والعتقاء . وقال بعض الفضلاء : ينبغى أن يقيد بأن لا يكون الناظر معروفا بالخيانة كأكثر نظار زماننا بل يجب أن لا يفتوا بهذه المسألة كما قدمناه قريبا ، ونقله ط عن الحموى (قوله المرتزقة) مثل الإمام والمؤذن والبواب والفراش لأن له شبها بالأجرة ، بخلاف الأولاد ونحوهم لأنه صلة محضة .

قال ط : والفرق أن استحقاق نحو الأولاد لم يكن بمقابلة عمل فكان صلة محضة ، بخلاف استحقاق الإمام ونحوه فإن له شبها بالأجرة وشبه المفتى أبو السعود ذلك بما إذا استأجر شخصا للبناء فى الجامع بأجرة معلومة ثم ادعى تسليم الأجرة إليه فإنه لا يقبل قوله كما قدمناه آنفا (قوله لكن لا يضمن ما أنكروه له الخ) أى عدم قبول قوله إنما هو فى حقهم فلا يلزمهم وصول ما ادعى إيصاله إليهم بدون بينة ، لأن ما يأخذونه صلة من وجه وفيه شبه الأجرة ؛ فاعتباره لايسقط حقهم بمجرد قوله لكنه أمين فى حق ما فى يده من المال فلا يلزمه الضمان ، وحينئذ يدفعه لهم ثانيا من مال الوقف لأنه حيث لم يسقط حقهم وهو متعلق بالوقف ولم يضمن هو ما تلف فى يده لكونه أمينا لم يبق إلا الرجوع على الوقف ثانيا (قوله وأقره ابنه) بل قال فى حاشية الأشباه : وهو تفصيل حسن خصوصا فى زماننا انتهى (قوله مستحقها) أى الأمانات أو بعد موته .

أقول : أو إلى وكيله . قال الشارح فى شرحه على الملتقى فى أواخر الوقف وكذا يقبل قوله أى الناظر لو ادعى الدفع للموقوف عليهم ولو بعد موتهم إلا فى نفقة زائدة خالفت الظاهر اه .

قال فى شرح تحفة الأقران : الوكيل بقبض الوديعة إذا قال له المودع دفعتها إليك والوكيل ينكر صدق فى حق دفع الضمان عن نفسه لا فى إلزام الضمان على الوكيل (قوله إلا فى الوكيل بقبض الدين) أى من المدين ، والصواب إسقاط فى قيل على ما تحرر أنه يقبل قول الوكيل المذكور فى حق نفى الضمان عن نفسه لا فى حق إيجاب الضمان على الغير لا يحتاج إلى استثناء هذه المسألة من الكلية ، إلا أن يقال استثناؤها بالاعتبار الثانى ، وقد وهم فى هذه المسألة كثيرون ، وقد حررها الفاضل الحموى هنا وفى كتاب الوكالة بما لا مزيد عليه .

قال بعض الفضلاء : وأفاد الحصر قبول القول من وكيل البيع ، يؤيده ما فى وكالة الأشباه : إذا قال بعد موت الموكل بعته من فلان بألف درهم وقبضتها وهلكت وكذبته الورثة فى البيع فإنه لا يصدق إذا كان المبيع قائما بعينه ، بخلاف ما إذا كان هالكا اه (قوله إذا ادعى بعد موت الموكل) أما إذا ادعى القبض والدفع للموكل حال حياته فأنكر الموكل يقبل قوله ولو كان فيه إيجاب الضمان على الغير ، ويقبل قوله أيضا فى نفى الضمان عن نفسه فلا يرجع الغريم عليه لأن قبضه منه بالنسبة إليه ثابت سواء صدقه فى الدفع أو كذبه اه أبو السعود (قوله لم يقبل قوله) إذا كذبه الورثة فى القبض والدفع ، وعدم قبوله حينئذ بالنسبة إلى إيجاب الضمان على

(بخلاف الوكيل بقبض العين) كوديعة قال قبضتها فى حياته وهلكت وأنكرت الورثة أو قال دفعتها إليه فإنه يصدق لأنه ينفى الضمان عن نفسه ، بخلاف الوكيل بقبض الدين لأنه يوجب الضمان على الميت وهو ضمان مثل المقبوض فلا يصدق وكالة الولوالجية .

قلت : وظاهره أنه لا يصدق لا فى حق نفسه ولا فى حق الموكل ، وقد أفتى بعضهم

الميت لأن الديون تقضى بأمثالها ، فبادعائه الدفع إليه يوجب عليه مثل ما قبض ويلتقى قصاصا بماله على المدين وهو لا يملك ذلك ، لأنه بموت الموكل انعزل عن الوكالة وقد حكى أمرا لا يملك استئنافه . وفيه إيجاب الضمان على الغير فلا يصدق فى ذلك ، وصرحوا فى كتاب الوكالة أنه إذا صدق المديون وكيل الغائب فى الوكالة صار المال المدفوع إليه أمانة لتصديقه عليها فانتفى رجوعه عليه ، فلو أقام بينة على الدفع للوكيل قبلت واندفعت الورثة وإذا صدقه الورثة فى القبض والدفع فالأمر ظاهر . وإذا صدقه الورثة فى القبض أو ثبت ببينة وكذبوه فى الدفع فالقول قوله لأنه مودع بعد القبض لما نصوا عليه من أن الوكيل بقبض الدين يصير مودعا بعد قبضه فيجرى عليه أحكام المودع ، فإذا صدقوه فى القبض صاروا مقرين بأن المال فى يده وديعة ط .

أقول : وكذلك الوصى بعد عزله إذا قال قبضت ودفعته أو هلك منى وكذبه من له عليه الطلب شرعا فى القبض لم يقبل قوله إلا ببينة لأنه بعد العزل لا يملك إنشاء القبض ، وفيه إيجاب الضمان على الغير إذ الديون تقضى بأمثالها و من حكى أمرا لا يملك إنشاءه وفيه إيجاب الضمان على الغير لايقبل قوله ، ولو لم يكن معزولا وكان له ولاية القبض بأن كان وصى الميت مطلقا أو القاضى وأذن له فى القبض قبل قوله فى ذلك ، فقد صرح فى التاترخانية بأن الوصى إذا أقر باستيفاء الدين جاز وذلك لأنه يملك إنشاء القبض وقد قل من حرر هذه المسألة بل لم أطلع على من حررها غيرى فتأمل ، ذكره العلامة الرملى :

[فرع] الوصى إذا وفى الدين بعد ثبوته وأذن القاضى ثم ظهر دين آخر فإنه لايرجع عليه وإنما يشارك والله تعالى أعلم ، أفاده سيدى الوالد رحمه الله تعالى فى تنقيحه فى الباب الثالث من كتاب الوقف (قوله بخلاف الوكيل بقبض العين) هى أصل المسألة فلا يحتاج إلى هذه الزيادة (قوله فى حياته) أى الموكل (قوله لأنه ينفى الضمان عن نفسه) أى وليس المقصود هنا الإيجاب على الموكل (قوله وهو ضمان مثل المقبوض) الذى يقع به القصاص عما على المديون لأن الديون تقضى بأمثالها (قوله قلت وظاهره) أى ظاهر ما فى الولوالجية (قوله لا فى حق نفسه) أى فيضمن ، ولا يبرأ بدعواه الدفع إلى الميت ، وهذا غير ظاهر منها ، بل الظاهر من عبارته أنه لا يصدق فى حق الموكل خاصة بقرينة تعليله بقوله لأنه يوجب الضمان على الميت ط (قوله ولا فى حق الموكل) فى إيجاب الضمان عليه بمثل المقبوض (قوله وقد أفتى بعضهم) هو من معاصرى صاحب المنح كما ذكره فيها . وذكر الرملى فى حاشيتها : أنه هو الذى لا محيد عنه ، وليس فى كلام أئمتنا ما يشهد لغيره تأمل اه .

قال فى الأشباه : كل أمين يدعى إيصال الأمانة إلى مستحقها قبل قوله كالمودع والوكيل والناظر إلا فى الوكيل بقبض الدين إذا ادعى بعد موت الموكل أنه قبضه ودفعه فى حياته لم يقبل إلا ببينة ، بخلاف الوكيل بقبض العين والفرق فى الولوالجية اه .

وأقول : تعقبه الشرنبلالى أخذا من كلام الولوالجية وغيرها من كتب المذهب بأن دعوى الوكيل الإيصال تقبل لبراءته بكل حال . وأما سراية قوله على موكله ليبرأ غريمه فهو خاص بما إذا ادعى الوكيل حال حياة

. . . .

موكله ، وأما بعد موته فلا تثبت براءة الغريم إلا ببينة أو تصديق الورثة إلى آخر ما ذكره فى الرسالة المسماة [بمنة الجليل فى قبول قول الوكيل] كذا فى حاشية أبى السعود .

قلت : وللعلامة المقدسى أيضا رسالة فى هذه المسألة ذكرها الشرنبلالى فى مجموعة رسائله عقب الرسالة التى ألفها واستشهد بها على ماادعاه ، فارجع إلى تينك الرسالتين ، فقد أشبعا الكلام فيهما ، جزاهما الله تعالى خيرا ، وقدمنا ذلك فى الوكالة فارجع إليه إن شئت ، وقدمنا أن الغريم إن صدق أنه وكيل لا يرجع عليه إن ضاع إلا إذا ضمنه وقت الدفع للقدر المأخوذ ثانيا أو قال له قبضت منك على أنى أبرأتك من الدين .

والحاصل أنه أمين فيصدق فى نفى الضمان عن نفسه فلا رجوع للورثة عليه بالدين ولا للدافع بعد حلفه لأنه إنما دفع إليه بناء على أنه أمين لأنه وكيل الدائن فى القبض ولا ضمان عليه ، ولا يسقط دين الموكل عن مديونه لأن معنى قضاء الدين لزوم مثله للمديون على دائنه بدفعه إياه عند القضاء فتقع المقاصة بذلك ، لأن الدين وصف بالذمة لايمكن قضاؤه فلا يصدق فى دعواه لزوم الدين فى ذمة موكله بمجرد دعواه ، إذ الأمين يقبل قوله فى دفع الضمان لا فى إلزام الغير ، وهذه نظيرة ما تقدمت من عدم نفاذ قول المتولى دفعت إلى أرباب الوظائف ولا ضمان عليه .

ثم بعد كتابتى هذا المحل وجدت سؤالا رفع إلى الخير الرملى مذكورا فى فتاويه سئل : فيما إذا وكلت زوجها فى قبض مال فقبضه ودفعه لها ثم ماتت فهل يقبل قوله بيمينه فى دفع ذلك أم لا ، أجاب : إن كان الموكل فيه قبض وديعة ونحوها من الأمانات فالقول قوله بيمينه فى القبض والدفع لها ، وإن كان قبض دين وأقرت بقية الورثة بالقبض وأنكرت الدفع فكذلك القول قوله بيمينه فى الدفع ، وإن أنكرت القبض والدفع لايقبل قوله إلا ببينة ، وإذا لم تقم بينة رجعت الورثة بحصتها منه على المديون ولايرجع المديون على الزوج ، لأن قوله فى براءة نفسه مقبول لا فى إيجاب الضمان على الميت والزوج فيما يخبر يوجب فى ذمة الزوجة مثل دينها على الغريم لما تقرر أن الديون تقضى بأمثالها وقد عزل عن الوكالة بموتها فهو لايملك استئناف القبض ، بخلاف ما إذا كانت حية أو كان الموكل فيه وديعة ، لأنه فى الأول يملك الاستئناف فملك الإخبار ، وفى الثانى ليس فيه إيجاب الضمان عليها ، وهذه المسألة قد زلت فيها أقدام وانعكست فيها أفهام . وقد ذكر بعض معاصرى مشايخنا أنها تحتاج إلى التحرير ، واعتذر بعضهم عنه بضيق الوقت لا بالتقصير ، فقال : كان يختلج بخاطرى كثيرا أن أجمع فى تحريرها كلاما يزيل إشكالا ويوضح مراما ، لكن الوقت يضيق عن كمال التحقيق ، ولكننى بفضل الله تعالى ومنته وفقت لتحريرها على الوجه الأتم ، وأنزلت كل فرع منها منزلته فى أصله ، وكتبت على بعض حواشى بعض الكتب ما حاصله :

اعلم أولا أن الوكيل بقبض الدين يصير مودعا بعد قبضه فتجرى عليه أحكام المودع وأن من أخبر بشىء يملك استئنافه يقبل قوله ومالا فلا ، وأن الوكيل ينعزل بموت الموكل ، وأن من حكى أمرا لا يملك استئنافه إن كان فيه إيجاب الضمان على الغير لايقبل قوله على ذلك الغير وإلا يقبل ، ومن حكى أمرا يملك استئنافه يقبل وإن كان فيه إيجاب الضمان على الغير .

فإذا علمت ذلك فاعلم أنه متى ثبت قبض الوكيل من المديون ببينة أو تصديق الورثة له فالقول قوله بالدفع بيمينه لأنه مودع بعد القبض ولو كذبه الورثة فى الدفع لأنهم بتصديقهم له فى القبض صاروا مقرين بأن المال

إنه يصدق فى حق نفسه لا فى حق الموكل ، وحمل عليه كلام الولوالجية فيتأمل عند الفتوى .

[فروع] أوصى بالعارية ليس للورثة الرجوع

العارية كالإجارة تنفسخ بموت أحدهما .

مات وعليه دين وعنده وديعة بغير عينها فالتركة بينهم بالحصص .

استأجر بعيرا إلى مكة فعلى الذهاب ، وفى العارية على الذهاب والمجىء

فى يده وديعة ، وإذا لم يثبت القبض بأن أنكروا القبض والدفع لايقبل قوله فى إيجاب الضمان على الميت ، ويقبل قوله فى براءة نفسه فترجع الورثة على الغريم ولا يرجع الغريم عليه لأنه لايملك استئناف القبض لعزله بالموت وقبضه لدى الغريم ثابت فهو بالنسبة إليه مودع والقول قول المودع فى الدفع بيمينه وذلك لأنه مصدق له معه فى الوكالة وقد صرحوا فى كتاب الوكالة أن المدين إذا صدق وكيل الغائب فى الوكالة صار المال المدفوع إليه أمانة لتصديقه عليها فانتفى رجوعه عليه ، فلو أقام المدين بينة على الدفع للوكيل قبل واندفعت الورثة ، وإن صدق ورثة الوكيل فى القبض والدفع فالأمر ظاهر عدم مطالبة الغريم وقد برئت ذمته بتصديقهم ، فتأمل ذلك واغتنمه فإنه مفرد . ولو أراد التوكيل تحليف الورثة على نفى العلم بالقبض والدفع أو أراد المديون ذلك فله ذلك ولو ضمنوا المديون بعد الحلف وأراد أن يحلف الوكيل على الدفع للموكل الظاهر أن له ذلك ، لما تقرر أن الوكيل بالقبض خصم ومن أن المال فى يده أمانة ، وكل أمين ادعى إيصال الأمانة إلى مستحقها فالقول قوله وأن كل من قبل قولهفعليه اليمين وقوله فى حق براءة نفسهمقبول وإن لميقبل فى حق إيجاب الضمان على غيره . وأيضا كل من أقر بشىء يلزمه فإنه يحلف إذا هو أنكره إلى غير ذلك من الضوابط والقواعد ولأن المديون له أحد المالين إما الذى دفعه للوكيل وإما للورثة ، والذى دفعه للورثة إذا عادوا إلى تصديق الوكيل يسترده ، وكذلك الذى دفعه للوكيل إذا أقر الوكيل بعد أن دفعه المديون للورثة بأنه لم يدفعه للموكل وأنه باق عنده أو استهلكه يرده على الدافع .

هذا ما ظهرلى من كلامهم وتفقهت فيه ، ولم أرمن أشبع القول فى المسئلة ولامن أعطاها حقها فى الاستقصاء وأرجو الله تعالى أن يكون هذا التفقه صوابا ، والله تعالى أعلم اه (قوله أنه يصدق فى حق نفسه) أى فيبرأ (قوله لا فى حق الموكل) أى فلا يجب عليه شىء حتى يلتقى قصاصا بما على المديون ، ويلزم من هذا أن المديون لا يبرأ لعدم تصديق الوكيل فى حق الموكل ، وليس للمديون الرجوع على الوكيل حيث صدقه فى الوكالة كما سلف (قوله فيتأمل عند الفتوى) هذا إنما يحتاج إليه إذا كان ظاهر الولوالجية ما ذكره وليس بظاهرها فيتعين ما أفتى به البعض فتأمل (قوله ليس للورثة الرجوع) أى على المستعير الموصى له سواء كانت مطلقة أو مؤقتة ، ومحله إذا كانت تخرج الرقبة من الثلث ، وقيل بعد موت الموصى ، فلو لم يقبل بعده بطلت كما ذكروه فى الوصية بالخدمة والسكنى (قوله تفسخ بموت أحدهما) فلورثة المعير الرجوع ، وليس لورثة المستعير الانتفاع ، حتى لو استعملوها فهلكت ضمنوا وهذه فائدة الفسخ كما لا يخفى ط (قوله بغير عينها) يعنى لم تعلم عينها : أى بأن مات مجهلا لها (قوله فالتركة بينهم) أى بين المعير والغرماء بالحصص إن لم توف التركة بالكل لأنها صارت مضمونة عليه فكانت كبقية الديون (قوله استأجر بعيرا إلى مكة فعلى الذهاب) لأن إلى للغاية وجعل غاية الاستئجار مكة ، ولو قال له أعرنى هذا البعير لأذهب به إلى مكة كان على المستعير أن يرد العارية إلى المعير حيث أخذها منه وكانت العارية على الذهاب والرجوع عرفا رحمتى .

لأن ردها عليه .

استعار دابة للذهاب فأمسكها فى بيته فهلكت ضمن لأنه أعارها للذهاب لا للإمساك .

استقرض ثورا فأغار عليه الأتراك لم يضمن لأنه عارية عرفا .

استعار أرضا ليبنى ويسكن وإذا خرج فالبناء للمالك فللمالك أجر مثلها مقدار السكنى والبناء للمستعير لأن الإعارة تمليك بلا عوض فكانت إجارة معنى ، وفسدت بجهالة المدة ؛ وكذا لو شرط الخراج على المستعير لجهالة البدل ؛ والحيلة أن يؤجره الأرض سنين معلومة ببدل معلوم ثم يأمره بأداء الخراج منه .

أقول : الفرق بين الإجارة والاستعارة أن الاستعارة تمليك المنفعة بلا عوض وفى التبرع تجرى المسامحة ، فأما الإجارة فتمليك بعوض ومبنى ذلك المضايقة ، كذا فى فروق المحبوبى (قوله لأن ردها عليه) أى وهو لايتمكن من الرد إلا بالمجىء ، بخلاف الإجارة فإن مؤنة الرد على المالك وهذا فرق آخر غير الذى قدمناه قريبا عن المحبوبى .

وفى الهندية : لو استعارها ليحمل عليها كذا منا من الحنطة إلى البلد وهلكت الحنطة فى الطريق فله أن يركبها إلى البلد . وفى العود أيضا إلى منزل المعير اه (قوله لأنه أعارها للذهاب لا للإمساك) أى فكان به متعديا ، لكن قد يقال إنه خالف إلى خير فلا يكون متعديا ، إلا أن يقال إن إمساك الدابة فى المكان ضرر بها عادة فتأمل (قوله لأنه عارية عرفا) أى وهلكت من غير تعدّ من المستعير فلا تضمن ، لأن القرض إنما يكون فى المثليات واستقراض غيرها فاسد يحرم تعاطيه . وفعل المسلم يحمل على الصلاح ما أمكن ، والعارية والقرض ينوب كل منهما عن الآخر استعمالا ، فكما أن عارية المثلى الذى لايمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه قرض فكذا استقراض العين التى ينتفع بها ثم ترد إلى صاحبها عارية وهى أمانة لاتضمن ، أفاده بعض الفضلاء (قوله بلاعوض) أى وهنا قد جعل له عوضا وهو كون البناء الذى أحدثه المستعير له (قوله بجهالة المدة) وكذا البدل لأن قدر ماينفقه فى العمارة غير معلوم حال عقد الإعارة والفاسد يجب فيه أجر المثل بالانتفاع وقد تحصل . وعبارة البحر عن المحيط : لجهالة المدة والأجرة ، لأن البناء مجهول فوجب أجر المثل اه فأفاد أن الحكم كذلك لو بين المدة لبقاء جهالة الأجرة وهو ظاهر اه :

قال فى البزازية : دفع داره على أن يسكنها ويرمها ولا أجر فهى عارية لأن المرمة من باب النفقة وهى على المستعير ، وفى كتاب العارية بخلافه اه .

أقول : الذى يظهر التفرقة بين استعارة الأرض ليبنى فيها ويكون البناء للمالك ، فهى إجارة فاسدة يجب فيها أجر المثل والبناء لصاحبه وبين استعارة الدار ليسكنها ويرمها فهى عارية لما ذكر ، والوجه ظاهر (قوله وكذا لو شرط الخراج) أى خراج المقاسمة أو الموظف على المستعير فإنها تكون إجارة فاسدة لأن الخراج على المعير ، فإذا شرطه على المستعير فقد جعله بدلا عن المنافع ، فقد أتى بمعنى الإجارة والعبرة للمعانى فى العقود ، وتكون إجارة فاسدة لأن قدر الخراج مجهول ، أما إذا كان خراج المقاسمة فظاهر لأنه بعض الخارج والخارج يزيد وينقص . وأما إذا كان خراجا موظفا فإنه وإن كان مقدرا إلا أن الأرض إذا لم تحتمل ذلك القدر ينقص عنه وجهالة البدل فى الإجارة تفسد الإجارة اه منح عن مجمع الفتاوى (قوله والحيلة) أى فى صحة كون الخراج على المستعير (قوله أن يؤجره) أى من أراد العارية (قوله منه) أى من ذلك البدل فإنه جائز فإنه وكله بأداء ما عليه

استعار كتابا فوجد به خطأ أصلحه إن علم رضا صاحبه .
قلت : ولا يأثم بتركه إلا فى القرآن لأن إصلاحه واجب بخط مناسب . ففى الوهبانية :

وسفر رأى إصلاحه مستعيره يجوز إذا مولاه لا يتأثر

وفى معاياتها :

وأى معير ليس يملك أخذما أعار وفى غير الرهان التصور

من مال له عليه اه منح (قوله إن علم رضا صاحبه) فإن علم عدم رضاه ينبغى أن لا يصلحه لأنه تصرف فى ملك الغير بغير إذنه .

قال ابن وهبان : ولا شك أن خطه إن كان يناسب خط الكتاب وهو يقطع أن الصواب فيما يصلحه وأصلحه لايكره صاحب الكتاب ذلك إن كان عاقلا ، وينبغى للمستعير إذا لم يكن خطه مناسبا أن يكتب الإصلاح فى ورقة ويضعها فى الكتاب ويعلم عليه ليعلم به صاحبه فيصلحه ، لأن إصلاح كتب العلم من القربات وإلا فلا يفعل ، فلو فعل ينبغى أن يضمن ، وإن لم يقطع بالغلط راجع أعلم منه أو نسخة أصح اه ومثل المستعير المستأجر :

وفى الحديث « من نظر فى كتاب أخيه بغير إذنه فكأنما نظر فى النار » وهو محمول عند أهل العلم على كتب الرسائل ، أما كتب العلم فينبغى أن يجوز النظر فيها إذا كانت لاتتضرر بالنظر والتقليب وعادة الناس فى ذلك المساهلة والمسامحة والاحتياط عدم النظر إلا بأمر اه عبد البر (قوله بخط مناسب) يفهم منه أنه لايصلحه بخط رديء ينقص قيمته، لأنه لم يتعين إصلاحه به بل يمكن إصلاحه بمن له خط يناسبه وهذا فى زمانهم . أما فى زماننا فلا يصلحه إلا بعد تحقق فساد مايريد إصلاحه لا بمجرد فهمه القاصر وإن اعتقد أنه مصيب ، لأنه بسبب الجهل يظن المستقيم خطأ فيفسده بإصلاحه وقد عايناه كثيرا .

والحاصل أنه إن علم أن صاحبه يكره إصلاحه لايفعل لأن التصرف فى ملك الغير لايجوز ، وإن علم أنه لايكره إصلاحه وكان خطه يناسب الكتاب وهو يقطع بالصواب فيما يصلحه اه ذلك ، وإلا راجع من هو أعلم منه أو نسخة صحيحة أو كتب فى ورقة ويضعها فى الكتاب ليكتب بخط مناسب لأن إصلاح كتب العلم من القربات ، ولا يأثم بترك الإصلاح إلا فى القرآن العظيم لأنه واجب الإصلاح بخط مناسب (قوله ففى الوهبانية) فى نسخ بالفاء ، ولا يظهر تفريغه إلا بالنظر إلى أول المسألة وهو قوله استعار كتابا الخ . وفى نسخ بالواو وهى ظاهرة ، وثبت فى بعض النسخ بعد البيت الأول وفى معاياتها :

وأى معير ليس يملك أخذ ما أعار وفى غير الرهان التصوّر

(قوله وسفر) بكسر السين : اسم الكتاب المستعار فإنه تقدم الكلام عليه قريبا (قوله وأى معير الخ) يعنى أى معير أعار ملكه لغير الرهن ولايملك استرجاعه . فالجواب أنها أرض أجرها المالك للزراعة ثم أعارها من المستأجر وقد زرعها فإنه لايملك استرجاعها لما فيه من الضرر ، وتفسخ الإجارة من حين الإعارة ، ويلزم المزارع أجرة المثل من وقت الرجوع كما فى شرح الشرنبلالى عليها .

وكذا معير أمة لإرضاع الصغير ولا يجد غيرها أو لايأخذ إلا ثديها فلا يستردها إلى أن يتم الرضاع وله أجر مثلها .

وكذا من أعار دابة وطلبها من مكان لايجد فيه مايكترى ، وقد تقدم ذلك كله ، وإنما قيد بغير الرهن لأن

وهل واهب لابن يجوز رجوعه ... وهل مودع ما ضيع المال يخسر

من أعار متاعه ليرهنه المستعير لايسترده إلا بعد قضاء دين المرتهن كما تقدم ويأتى فى الرهن اه (قوله وهل واهب لابن) أى من النسب (قوله يجوز رجوعه) أى رجوع الأب فيما وهب لابنه.

وصورته: وهب لابنه الرقيق شيئا فإنه يجوز له الرجوع فيه لأن الرقيق لايملك وتقع الهبة لسيده فتكون لأجنبى فيثبت له حق الرجوع، وتمام هذا البيت ٭ وإيجار قوم للحمولة مجظر ٭

وصورته: استأجر قوما لحمل جنازة وهناك من يحملها بغير أجر فتحظر هذه الإجارة (قوله وهل مودع ماضيع المال يخسر) هو ما إذا دفع المال لرجل وقال ادفعه لفلان بعد موتى وصية منى إليه وكان المذكور وارثا له فدفعها إليه بعد موته ضمن.

ومثله لو قال: ادفع لقاتلى لعدم صحة الوصية إليهما فصار المال للورثة بموت المودع وكان الأمر فيه لم لا له فبدفعه صار دافعا بغير إذن المالك وقت الدفع والآذن قد بطل إذنه بموته (قوله ماضيع المال) فيه تسامح لأنه دفعه بغير إذن مالكه، وهو تضييع لانقضاء إذن الآذن بموته وخروج المال عن ملكه ودخوله فى ملك الوارث لعدم صحة الوصية للوارث والقاتل، ومن انتقل المال إلى ملكه لم يأذن له بالدفع لكنه حيث دفع للوارث ينبغى أن يضمن مازاد على قدر نصيبه فليتأمل. والظاهر أن له الرجوع على من دفع إليه، وهذا عجز بيت وصدره: ٭ ومن غارم إطعام عبد قراضه ٭

وصورته: مضارب اشترى عبدا بألفين ومال المضاربة ألف فإنه بإنفاقه عليه يكون متبرعا، لأنه لم يبق فى يده شىء من المال فالنفقة استدانة على المال وإنه لايملكها إلا أن يرفع الأمر إلى القاضى فيأذن له فيكون له الرجوع.

[فروع] إذا مات المستعير أو المعير تبطل الإعارة خانية.

استعار من آخر شيئا فدفعه ولده الصغير المحجور عليه إلى غيره بطريق العارية فضاع يضمن الصبى الدافع وكذا المدفوع إليه تاترخانية عن المحيط.

رجل استعار كتابا فضاع فجاء صاحبه وطالبه فلم يخبر بالضياع ووعده بالرد ثم أخبره بالضياع.

قال فى بعض المواضع: إن لم يكن آيسا من رجوعه فلا ضمان عليه، وإن كان آيسا ضمن، لكن هذا خلاف ظاهر الرواية. قال فى الكتاب: يضمن لأنه متناقض ولوالجية.

وفيها: دخل بيته بإذنه فأخذ إناء لينظر إليه فوقع لايضمن ولو أخذه بلا إذنه، بخلاف مالو دخل سوقا يباع فيه الإناء يضمن اه.

جاء رجل إلى مستعير وقال إنى استعرت دابة عند حر من ربها فلان فأمرنى بقبضها فصدقه ودفعها ثم أنكر المعير أمره ضمن المستعير ولا يرجع على القابض، فلو كذبه أو لم يصدقه أو شرط عليه الضمان فإنه يرجع. قال: وكل تصرف هو سبب للضمان لو ادعى المستعير أنه فعله بإذن المعير وكذبه المعير ضمن المستعير مالم يبرهن فصولين.

وفيه: استعاره وبعث قنه ليأتى به فركبه قنه فهلك به ضمن القن ويباع فيه حالا، بخلاف قن محجور أتلف وديعة قبلها بلا إذن مولاه اه.

لو ذهب إلى مكان غير المسمى ضمن ولو أقرب منه، وكذا لو أمسكها فى بيته ولم يذهب إلى المسمى ضمن لأنه أعارها للذهاب لا للإمساك فى البيت.

يقول الحقير : يرد على المسألتين إشكال ، وهو أن المخالفة فيهما إلى خير لا إلى شر ، فكان الظاهر أن لايضمن فيهما ، ولعل فى المسألة الثانية روايتين .

إذ قد ذكر فى التجريد : لو استأجر قدوما لكسر الحطب فوضعه فى بيته فتلف بلا تقصير قيل(١) وقيل لا ، والمكث المعتاد عفو نور العين .

استعار دابة غدا إلى الليل فأجابه صاحب الدابة بنعم ثم استعارها غدا آخر إلى الليل ، فأجاب بنعم فإن الحق يكون للسابق منهما ، وإن استعارا معا فهى لهما جميعا هندية عن خزانة الفتاوى .

وفيها استعار دابة ليحمل عليها حنطة فبعث المستعير الدابة مع وكيله ليحمل عليها حنطة فحمل وكيله طعاما لنفسه لم يضمن نص عليه فى كتاب الشركة ، وهذا عجيب هكذا فى الصغرى .

ولو أدخل المستعير الحمل فى بيته وترك الدابة المستعارة فى السكة فهلكت فهو ضامن سواء ربطها أو لم يربطها لأنه لما غيبها عن بصره فقد ضيعها ، حتى لو تصور أنه إذا دخل المسجد أو البيت والدابة لاتغيب عن بصره لايجب الضمان وعليه الفتوى كذا فى خزانة المفتين .

لو كان يصلى فى الصحراء فنزل عن الدابة وأمسكها فانفلتت منه فلا ضمان عليه ، وهذه المسألة دليل على أن المعتبر أن لايغيبها عن بصره كذا فى الظهيرية .

رجل استعار دابة ليشيع جنازة إلى موضع كذا فلما انتهى إلى المقبرة دفعها إلى إنسان ودخل ليصلى فسرقت الدابة . قال محمد رحمه الله تعالى : لايكون ضامنا ، كذا فى فتاوى قاضيخان ، وصار الحفظ بنفسه فى هذا الوقت يستثنى عن العقد كذا فى التاترخانية .

قال : أعرت دابتى أو ثوبى هذا لفلان ولم يكن حاضرا ولم يسمع فجاء وذهب به يضمن إلا إذا سمع هو أو رسوله أو أخبره فضولى قد سمع قال : ينبغى أن لايضمن إن كان عدلا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى كذا فى التاترخانية .

ولو زلق الرجل فى السراويل فتخرق لم يضمن كذا فى الينابيع .

وفى فتاوى الدينارى : إذا انتقص عين المستعار فى حال الاستعمال لايجب الضمان بسبب النقصان إذا استعمله استعمالا معهودا كذا فى الفصول العمادية .

ولو استعار ثوبا ليبسطه فوقع عليه من يده شىء أو عثر فوقع عليه فتخرق لايكون ضامنا كذا فى فتاوى قاضيخان .

رجل استعار من امرأة شيئا مما كان ملك الزوج فأعارت فهلك ، إن كان شيئا فى داخل البيت وما يكون فى أيديهن عادة لاضمان على أحد ، أما فى الثور والفرس فيضمن المستعير والمرأة كذا فى الخلاصة .

إذا وضع العارية ثم قام وتركها ناسيا فضاعت ضمن كذا فى السراجية .

رجل دخل الحمام فسقطت قصعة الحمام من يده وانكسرت فى الحمام أو انكسر كوز الفقاعى من يده ، قال أبو بكر البلخى : لايكون ضامنا ، قيل هذا إذا لم يكن من سوء إمساكه ، فإن كان من سوء إمساكه يكون ضامنا كذا فى فتاوى قاضيخان .

(١) (قوله قيل الخ) كذا بالأصل ، ولعل الصواب قيل يضمن وقيل الخ. اهـ مصححه .

أعار فرسا أو سيفا ليقاتل فتلف لايضمن كذا فى التاترخانية :

استعار فأسا وضربه فى الحطب ويبست فى الحطب فأتى بفأس ثانية وضرب رأس تلك الفأس فانكسر يضمن كذا فى القنية ، وبه أفتى القاضى جمال الدين . وقال القاضى بديع الدين : إن كان الضرب معتادا فلا كذا فى التاترخانية .

وإذا طلب المعير العارية فمنعها المستعير عنه فهو ضامن ، وإن لم يمنعها ولكن قال لصاحبها دعها عندى إلى غد ثم أردها عليك فرضى بذلك ثم ضاعت لاضمان عليه كذا فى المحيط .

طلبها فقال نعم أدفع ومضى شهر حتى هلكت ، إن كان عاجزا وقت الطلب عن الرد ، لايضمن وإن كان قادرا : إن صرح المعير بالكراهة والسخط فى الإمساك وأمسك يضمن وكذا إن سكت ، وإن صرح بالرضا بأن قال لابأس لايضمن ، وإن لم يطلب وهو لم يردها حتى ضاعت وإن كانت العارية مطلقة لايضمن ، وإن قيدها بوقت ومضى الوقت ولم يردها ضمن وقد مر ذلك .

وفى المنتقى : رجل قال لغيره أعرتنى هذه الدار أو هذه الأرض لأبنيها أو أغرس فيها مابدا من النخل والشجر فغرستها هذا النخيل وبنيتها هذا البناء وقال المعير أعرتك الدار والأرض وفيها هذا البناء والغراس فالقول قول المعير ، وإن أقاما البينة فالبينة بينة المعير أيضا كذا فى المحيط .

رجلان يسكنان فى بيت واحد كل واحد فى زاوية فاستعار أحدهما من صاحبه شيئا فطلب المعير بالرد فقال المستعير وضعته فى الطاق الذى فى زاويتك وأنكر المعير ، فإن كان البيت فى أيديهما لاضمان عليه كذا فى محيط السرخسى :

قال لآخر : خذ عبدى واستخدمه واستعمله من غير أن يعيره المدفوع إليه فنفقة هذا العبد على مولاه كذا فى الوجيز للكردرى .

وصح التكفيل برد العارية والمغصوب ، ولو توكل بالرد لايجبر الوكيل على النقل إلى منزله بل يدفعه إليه حيث يجده كذا فى الكافى .

رجل دخل كرم صديق له وتناول شيئا بغير إذنه ، إن علم أن صاحب الكرم لو علم لايبالى بهذا أرجو أن يكون به بأس كذا فى الخلاصة :

أراد أن يستمد من محبرة غيره ، إن استأذنه له ذلك ، وإن علم فكذلك إن لم ينهه ، وإن لم يفعل شيئا من ذلك ، إن كان بينهما انبساط فلا بأس به أيضا ، وإن لم يكن أحب أن لايفعل ذلك كذا فى الوجيز للكردرى :

رجل رهن عند رجل خاتما وقال للمرتهن تختم فهلك الخاتم لايهلك بالدين ويكون الدين على حاله لأنه صار عارية ، ولو تختم ثم أخرج الخاتم من أصبعه ثم هلك يهلك بالدين لأنه عاد رهنا . قالوا : هذا إذا أمره أن يتختم به فى خنصره ، فإن أمره أن يتختم به فى السبابة فهلك حالة التختم يهلك بالدين. ولو أمره بأن يتختم به فى خنصره ويجعل الفص من جانب الكف فجعل الفص من الخارج على ظهر الأصبع كان إعارة ، وهو وما لو أمره بأن يتختم به فى الخنصر ولم يأمره أن يجعل الفص فى جانب الكف سواء ويكون إعارة هو الصحيح كذا فى فتاوى قاضيخان :

وفى رهن الأصل : لو رهن عبدا قيمته ألف بألف ثم استعار الراهن ثم رده عليه وقيمته خمسمائة فهلك يهلك

كتاب الهبة

وجه المناسبة ظاهر

بجميع الدين تعتبر قيمته فى الرهن يوم القبض الأول ، ولو كان مكانه غصب فعلى الغاصب قيمته حين غصب ثانيا كذا فى الفصول العمادية .

استعار منشارا فانكسر فى النشر نصفين فدفعه إلى الحداد فوصله بغير إذن المعير ينقطع حقه وعلى المستعير قيمته منكسرا ، وكذا الغاصب إذا غصبه منكسرا كذا فى القنية فى كتاب الغصب انتهى هندية .

وفيها : ولو استعار فرسا ليركبها إلى موضع كذا فركبها وأردف معه آخر فأسقطت جنينا فلا ضمان عليه فى الجنين ، ولكن إن انتقصت الأم بسبب ذلك فعليه نصف النقصان ، وهذا إذا كان الفرس بحال يمكن أن يركبه اثنان . وأما إذا كان لا يمكن فهو إتلاف فيضمن جميع النقصان ، كذا فى العمادية اه .

وفى الهندية من الباب الثانى : استعار دابة ليركبها بنفسه فركبها وأردف غيره فعطبت يضمن نصف القيمة كذا فى غاية البيان هذا إذا أردف رجلا ، فإن أردف صبيا يضمن قدر الثقل ، هذا إذا كانت الدابة تطيق حملهما ، فإن كانت لا تطيق يضمن جميع القيمة كذا فى شرح الجامع الصغير لقاضيخان اه .

استعار محملا أو فسطاطا وهو فى المصر فسافر به لم يضمن . ولو سافر بسيف استعاره للضرب أو عمامة استعارها للتعميم ضمن . والفرق أن المحمل كالفسطاط يستعمل خارج المصر عادة فيكون إعارتهما إذنا للسفر بهما ، بخلاف السيف والعمامة لكن على قياس مسألة الإخراج بالثوب بأن استعار ثوبا ودابة حتى وقع على الاستعمال فى المصر ثم خرج بهما عن المصر ، فإن استعملهما ضمن ، وإن لم يستعملهما ففى الثوب لم يضمن لأنه حافظ له خارج المصر كما فى المصر وضمن فى الدابة لأنها بمجرد الخروج تصير عرضة للتلف فيكون إخراجها تضييعا لها معنى كما فى الفصولين ينبغى أن لا يضمن بهما أى المحمل والفسطاط أيضا .

وعلى قياس مسألتهما ينبغى أن يلزمه الضمان فى الثوب أيضا كما فى إخراج دابة العارية . قال فى الذخيرة : ويجوز أن يفرق بينهما وبين مسألة الثوب بالتأمل فليتأمل فيه أنقروى .

إن المستأجر والمستعير لو خالف ثم عاد إلى الوفاق لا يبرأ عن الضمان على ما عليه الفتوى فصولين ، والله تعالى أعلم ، وأستغفر الله العظيم .

كتاب الهبة

قال ط : هى من صفات الكمال ، فإن الله تعالى وصف بها نفسه بقوله عز وجل — أم عندهم خزائن رحمة ربك العزيز الوهاب — والبشر إذا باشرها فقد اكتسب من أشرف الصفات ، لما فيها من استعمال الكرم ، وإزالة شح النفس ، وإدخال السرور فى قلب الموهوب له ، وإيراث المحبة والمودة بينهما ، وإزالة الضغينة والحسد ، ولهذا من باشرها كان من المفلحين . قال تعالى — ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون — اه تبيين. قال الشمنى : هى الأصل مصدر محذوف الأول معوّض هاء التأنيث وأصلها وهب بتسكين الهاء وتحريكها اه مكى علة كعدة عينى ، ويتعدى الفعل بنفسه ، وباللام وبمن كما فى أحاديث كثيرة ، خلافا للمطرزى فى أنه خطأ . وللتفتازانى فى أنه عبارة الفقهاء اه قهستانى :

قال المولى عبد الحليم : يقال وهب مالا وهبا وهبة وموهبة ، والهبة قد تطلق على الموهوب (قوله وجه المناسبة ظاهر) هو أن كلا منهما تمليك بلا عوض ، ووجه تأخير الهبة عن العارية هو أنها تمليك عين ومنفعة

(هي) لغة التفضـــل على الغير ولو غير مال . وشرعا (تمليك العين مجانا) أي بلاعوض لا أن عدم العوض شرط فيه . وأما تمليك الدين من غير من عليه الدين

بلا عوض، والعارية تمليك المنفعة بلا عوض فكانت العارية كالمفرد والهبة كالمركب والمفرد مقدم على المركب طبعا فقدم وضعا (قوله هي لغة التفضل على الغير) أي بما ينتفع به مطلقا (قوله ولو غير مال) قال الراغب : الهبة أن تجعل ملكك لغيرك بغير عوض . قال عز وجل — ووهبنا له إسحق ويعقوب — اهـ . وقال تعالى — فهب لي من لدنك وليا — وقال تعالى — يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور — والأولى أن يقول ولو بغير مال (قوله تمليك العين مجانا) هذا الحد غير مانع ، إذ يصدق على الوصية فإنها تمليك العين بلا عوض والصدقة وغيرهما ، اللهم إلا أن يقال إن المصنف جرى على طريقة المتقدمين من جواز التعريف بالأعم والأخص اهـ سري الدين عن المجتبى . وزاد ابن الكمال قوله للحال لإخراج الوصية ، وخرج الإباحة والعارية والإجارة والبيع وهبة الدين ممن عليه فإنه إسقاط وإن كان بلفظ الهبة منح (قوله أي بلا عوض) أي بلا شرط عوض على حذف مضاف ، لكن هذا يظهر لو قال بلا عوض كما في الكنز ، لأن معنى مجانا عدم العوض لاعدم اشتراطه . على أنه اعترضه الحموي كما في أبي السعود بأن قوله بلا عوض نص في اشتراط عدم العوض والهبة بشرط العوض نقيضه فكيف يجتمعان اهـ أي فلا يتم المراد بما ارتكبه وهو شمول التعريف للهبة بشرط العوض، لأنه يلزم خروجها عن التعريف حينئذ كما نبه عليه في العزمية أيضا ،

قلت : والتحقيق أنه إن جعلت الباء للملابسة متعلقة بمحذوف حالا من تمليك لزم ماذكر ، أما لو جعل المحذوف خبرا بعد خبر : أي هي كائنة بلا شرط عوض على معنى أن العوض فيها غير مشروط ، بخلاف البيع والإجارة فلا يرد ماذكر فتدبر (قوله إلا أن عدم العوض شرط فيه) وإلا لما شمل الهبة بشرط العوض .

والحاصل أن المعتبر في الهبة تمليك العين سواء كان بعوض أو بلا عوض لما سيأتي من أن الهبة بشرط العوض صحيحة فليس عدم العوض شرطا في تحققها ، فمعناه أن الهبة تتحقق ولا يشترط فيها العوض ، وليس عدم العوض شرطا فإنه يقتضي أنها لاتتحقق مع العوض وليس كذلك .

وقد فرقوا بين الوجود بلا شرط شيء وبين الوجود بشرط لاشيء بأن الأول أعم من الثاني ، وعليه فإن العوض لايشترط في تعريفها ، بل قد تكون بعوض كما إذا شرطه ، وقد تكون بلا عوض ؛ فمعنى قوله بلا عوض أي ليس العوض من لازمها ومطردا فيها ، بخلاف البيع فإنه لابد فيه من العوض ، حتى لو باعه بلا عوض فسد ، ولو أسقط هذا النفي لكان تعريفا للهبة من كل وجه وهي الهبة بلا عوض مشروط ، ويكون معنى قوله بلا عوض أي بلا شرط عوض سواء عوّضه من تلقاء نفسه أو لا ، أما الهبة بشرط العوض فهي هبة ابتداء بيع انتهاء كما سيأتي بيانه وهذا كله على جعل الباء للملابسة الخ (قوله وأما تمليك الدين الخ) هذا جواب عن سؤال مقدر وهو أن تقييده بالعين مخرج لتمليك الدين من غير من عليه مع أنه هبة إذا أمره بقبضه فيخرج عن التعريف . فأجاب بأنه يكون عينا مآلا ، فالمراد بالعين في التعريف ما كان عينا حالا أو مآلا وهو خارج عن القياس ، إذ الهبة لاتصح إلا في الملك والعين غير مملوكة له وقت الهبة وهو نظير الحمل ولا يصح هبته مع أنه سيصير عينا مملوكة ، وقد يفرق بأن تمام الحمل غير متحقق إذ هو متوقف على إتمام الله تعالى له وفصله عن أمه والعبد لايقدر عليه ، والدين ثابت في ذمة المديون مأمور بدفعه لربه وصاحبه قادر على قبضه شرعا فيقدر على تسليمه . قال بعض الفضلاء : ولهذا لايلزم إلا إذا قبض ، وله الرجوع قبله فله منعه حيث

فإن أمره بقبضه صحت لرجوعها إلى هبة العين .
(وسببها إرادة الخير للواهب) دنيوى : كعوض ومحبة وحسن ثناء وأخروى .

كان بحكم النيابة عن القبض ، وعليه تبتنى مسألة موت الواهب قبل قبض الموهوب له فى هذه فتأمل .
بقى هل الإذن يتوقف على المجلس الظاهر ؟ نعم فليراجع . ولا ترد هبة الدين ممن عليه لأنها مجاز عن الإسقاط ، والفرد المجازى لاينقض ، والله سبحانه أعلم .
قال فى البحر عن المحيط : ولو وهب دينا له على رجل وأمره أن يقبضه فقبضه جازت الهبة استحسانا فيصير قابضا للواهب بحكم النيابة ، ثم يصير قابضا لنفسه بحكم الهبة وإن لم يأذن بالقبض لم يجز اه .
وفى أبى السعود عن الحموى : ومنه يعلم أن تصيير معلومه المتجمد للغير بعد فراغه له غير صحيح مالم يأذنه بالقبض وهى واقعة الفتوى ، لكن قال فى الأشباه : تصح ويكون وكيلا قابضا للموكل ثم لنفسه ، ومقتضاه أن له عزله عن التسليط قبل قبضه اه . وهل منه ما تعورف فى زماننا من بيع أوراق الجامكية وكذا أوراق الكيالى والقنصليد إلى غريمه أو إلى غيره أو لمن عليه أموال أميرية أو لغيره فإنه غير مديون لعين ولعدم تعينه لقضاء الجامكية .
قال المصنف فى فتاواه : سئل عن بيع الجامكية ، وهو أن يكون لرجل جامكية فى بيت المال ويحتاج إلى دراهم معجلة قبل أن تخرج الجامكية فيقول له رجل بعنى جامكيتك التى قدرها بكذا أنقص من حقه فى الجامكية فيقول له بعتك فهل البيع المذكور صحيح أم لا لكونه بيع الدين بنقد ؟ أجاب إذا باع الدين من غير من هو عليه كما ذكر لا يصح .
قال مولانا فى فوائده : وبيع الدين لا يجوز ، ولو باعه من المديون أو وهبه جاز اه .
أقول : وكان الأولى للشارح أن يقول : ولا يرد تمليك الدين وقد أمر بقبضه لرجوعه إلى تمليك العين بسبب الأمر بقبضه (قوله فإن أمره بقبضه صحت) ويكون وكيلا قابضا للموكل ثم لنفسه كما تقدم . قال فى الحاوى القدسى : فإن قال الدين الذى لى على زيد هو لعمرو ولم يسلطه على القبض ولكن قال واسمى فى كتاب الدين عارية صح ، ولو لم يقل هذا لا يصح .
وفى البزازية : المرأة وهبت مهرها الذى على زوجها لابنها الصغير من هذا الزوج ، إن أمرت بالقبض صحت وإلالا لأنه هبة الدين من غير من عليه الدين ذكره الحموى (قوله إرادة الخير للواهب) يقصد بها دفع شر الموهوب له ، وقد يراد به الخير للموهوب له (قوله دنيوى) بضم الدال وكسرها كما هما فى دنيا (قوله كعوض) يشمل المال والمنفعة والدعاء ، لما ورد فى الحديث «من أسدى إليكم معروفا فكافئوه ، فإن لم تقدروا فادعوا له» فكان الدعاء عوضا عن العجز (قوله ومحبة) أى من الموهوب له للواهب ، لما ورد فى الحديث « تهادوا تحابوا » ولأن القلوب جبلت على حب من أحسن إليها بل الفعل الجميل محبب حتى لغير من وصل إليه الجميل عند النفوس الكريمة (قوله وحسن ثناء) لأن الواهب يوصف بالجود ومكارم الأخلاق ، وينتفى عنه سيمة البخل بالجود الذى هو دواء الداءات (قوله وأخروى) أى وهو الثواب إن حسنت النية ، وحذفه للعلم به وصرح به فى شرح الملتقى فقال أو الأخروى كالنعيم المقيم ، ولأن منه امتثال أمر الله تعالى فى قوله — وتعاونوا على البر والتقوى — وأمر النبى فى قوله تهادوا واتباعا للسنة لما كان عليه النبى وأصحابه من التهادى وإيثار الإخوان على النفس ، وهو واجب على المؤمن أن يفعله ويعلمه ولده ، لما نقله الشارح عن الإمام أبى منصور ، وفاعل

قال الإمام أبو منصور : يجب على المؤمن أن يعلم ولده الجود والإحسان ، كما يجب عليه أن يعلمه التوحيد والإيمان إذ حب الدنيا رأس كل خطيئة نهاية . وهى مندوبة ، وقبولها سنة قال صلى الله عليه وسلم . « تهادوا تحابوا » :

الواجب يثاب فى الآخرة (قوله قال الإمام أبو منصور) بيان للأخروى (قوله يجب على المؤمن) الذى تفيده هذه العبارة أن هذا التعليم فرض عين ط .

قال بعض الحكماء : أصل المحاسن كلها الكرم ، وأصل الكرم نزاهة النفس عن الحرام ، وسخاؤها بما ملكت على الخاص والعام ، وجميع خصال الخير من فروعه . قال عليه الصلاة والسلام « تجافوا عن ذنب السخى ، فإن الله آخذ بيده كلما عثر ، وفاتح له كلما افتقر » وعن جابر بن عبد الله قال « ما سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا فقال لا . وعنه صلى الله تعالى عليه وسلم أنه قال «السخى قريب من الله قريب من الناس ، قريب من الجنة ، بعيد من النار . والبخيل بعيد من الله بعيد من الناس ، بعيد من الجنة قريب من النار » وقال بعض السلف : منع الجود سوء ظن بالمعبود ، وتلا — وما أنفقتم من شىء فهو يخلفه وهو خير الرازقين — وقال على كرم الله وجهه : ماجمعت من المال فوق قوتك فإنما أنت فيه خازن لغيرك .

ومما يحكى فى الجود والإيثار ما روى عن حذيفة العدوى أنه قال : انطلقت يوم اليرموك أطلب ابن عمى فى القتلى ومعى شىء من الماء وأنا أقول إن كان به رمق سقيته ، فإذا أنا به بين القتلى ، فقلت أسقيك ؟ فأشار إلى أن نعم ، فإذا برجل يقول آه ، فأشار إلى ابن عمى أن انطلق إليه ، فإذا هو هشام بن العاص ، فقلت أسقيك فأشار إلى أن نعم ، فسمع آخر يقول آه ، فأشار إلى أن انطلق إليه ، فجئته فإذا هو قد مات فرجعت إلى هشام فإذا هو قد مات ، فرجعت إلى ابن عمى فإذا هو قد مات ، رحمهم الله تعالى (قوله إذ حب الدنيا الخ) علة لمحذوف تقديره : ولا يتركه من غير تعليم ما ذكر فيشب على حب الدنيا وهو مذموم ، إذ هو رأس كل خطيئة : أى فبهذا التعليم يخلص من هذه الآفة (قوله وهى) أى الهبة (قوله وقبولها سنة) أى إلا لعارض ، كأن علم أنه مال حرام أو أنه يمتن عليه بما أهداه إليه (قوله تهادوا) بفتح الدال وضمها خطأ ، وبسكون الواو لأنه صيغة خطاب للجماعة من التهادى ، وأصله تهاديوا لأنك تقول : تهادى تهاديا تهاديوا قلبت الواو ألفا لتحركها وانفتاح ما قبلها ثم حذفت لا لتقاء الساكنين فصار تهادوا كما فى مادة تعالوا أصله تعاليوا قال تعالى — تعالوا إلى كلمة سواء والأصل أن فعل الأمر إذا لحقته واو الجماعة ينظر إلى مضارعه ، فإن ختم بألف كيتهادى يفتح ما قبل الواو وإن ختم بياء كيرمى أو واو كيدعو يضم ما قبلها (قوله تحابوا) بتشديد الباء المضمومة ، وهو أيضا صيغة خطاب للجماعة وأصله تحابون ولكن سقطت النون لأنه جواب الأمر وأصله تحاببوا لأنه من التحابب من المحبة أدغمت الباء فى الباء . وقال الحاكم : تحابوا إما بتشديد الباء من الحب وإما بالتخفيف من المحاباة .

قلت : رجح الأول الذى هو المشهور ما أخرجه البيهقى فى شعب الإيمان عن صفية بنت حرب عن أم حكيم بنت وداع أو قال وادع قالت : سمعت رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم يقول ، «تهادوا يزيد فى القلب حبا» وفى رواية « تهادوا تحابوا تذهب الشحناء بينكم » وقال عليه الصلاة والسلام « الهدية مشتركة » وقال عليه الصلاة والسلام « من سألكم بالله فأعطوه ، ومن استعاذكم فأعيذوه ، ومن أهدى إليكم كراعا فاقبلوه » وكان صلى الله تعالى عليه وسلم يقبل الهدية ويثيب عليها ما هو خير منها . وفسر بعضهم — وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها — بالهدية .

وفى الأمثال : إذا قدمت من سفرك فأهد إلى أهلك ولو حجرا . وقال الفضل بن سهل : ما استرضى الغضبان ، ولا استعطف السلطان ، ولا سلت السخائم ، ولا دفعت المغارم ، ولا استميل المحبوب ، ولا توقى

(وشرائط صحتها فى الواهب : العقل والبلوغ والملك) فلا تصح هبة صغير ورقيق ولو مكاتبا .
(و) شرائط صحتها (فى الموهوب

المحذور بمثل الهدية . وفى كلام بعضهم : يفرح بالهدية خمسة : المهدى إذا وفق للفضل(١) والمهدى إليه إذا أهل لذلك ، والحمال إذا حملها ، والملكان إذ يكتبان الحسنات كذا فى بعض كتب الأدب (قوله وشرائط صحتها فى الواهب) قال فى الهندية : وأما ركنها فقول الواهب وهبت لأنه تمليك ، وإنما يتم بالمالك وحده ، والقبول شرط ثبوت الملك للموهوب له ؛ حتى لو حلف لايهب فوهب ولم يقبل الآخر حنث كذا فى محيط السرخسى .

وأما شرائطها فأنواع : يرجع بعضها إلى نفس الركن ، وبعضها يرجع إلى الواهب ، وبعضها يرجع إلى الموهوب . أما ما يرجع إلى نفس الركن : فهو أن لايكون معلقا بما له خطر الوجود والعدم من دخول زيد وقدوم خالد ونحو ذلك ، ولا مضافا إلى وقت بأن يقول وهبت هذا الشىء منك غدا أو رأس شهر كذا فى البدائع . وأما ما يرجع إلى الواهب : فهو أن يكون الواهب من أهل الهبة ؛ وكونه من أهلها : أن يكون حرا عاقلا بالغا مالكا للموهوب ، حتى لو كان عبدا أو مكاتبا أو مدبرا أوأم ولد أو من فى رقبته شىء من الرق أو كان صغيرا أو مجنونا ، أو لا يكون مالكا للموهوب لايصح هكذا فى النهاية اهـ (قوله العقل) للحجر على المجنون والمعتوه وعدم صحة تصرف الصبى ومن فى حكمه كالمعتوه المأذون ، والمراد بالعقل ولو حكما ؛ فتصح هبة السكران . قال العلامة أبو السعود : وإنما قلنا ولو حكما ليشمل السكران (قوله فلا تصح هبة صغير) والأولى ذكر المجنون (قوله ورقيق) لعدم ملكه (قوله ولو مكاتبا) أو مدبرا أو أم ولد أو من فى رقبته شىء من الرق (قوله وشرائط صحتها) أى بقائها على الصحة كما سيأتى .

قال فى الهندية : وأما ما يرجع إلى الموهوب فأنواع :

منها أن يكون موجودا وقت الهبة . فلا يجوز هبة ما ليس بموجود وقت العقد بأن وهب ما تثمر نخيله العام وما تلد أغنامه السنة ونحو ذلك ، وكذلك لو وهب ما فى بطن هذه الجارية أو ما فى بطن هذه الشاة أو ما فى ضرعها وإن سلطه على القبض عند الولادة والحلب ؛ وكذلك لو وهب زبدا فى لبن أو دهنا فى سمسم أو دقيقا فى حنطة لا تجوز وإن سلطه على قبضه عند حدوثه لأنه معدوم للحال فلم يوجد محل حكم العقد وهو الأصح هكذا فى جواهر الأخلاطى :

إذا وهب صوفا على ظهر غنم وجزه وسلمه فإنه يجوز :

ومنها أن يكون مالا منقولا ، فلا تجوز هبة ماليس بمال أصلا كالحر والميتة والدم وصيد الحرم والخنزير وغير ذلك ، ولا هبة ماليس بمال مطلق كأم الولد والمدبر المطلق والمكاتب ولا هبة ماليس بمال متقوم كالخمر كذا فى البدائع :

ومنها أن يكون الموهوب مقبوضا ، حتى لايثبت الملك للموهوب له قبل القبض ، وأن يكون الموهوب مقسوما إذا كان مما يحتمل القسمة ، وأن يكون الموهوب متميزا عن غير الموهوب ، ولا يكون متصلا ، ولا مشغولا بغير الموهوب ، حتى لو وهب أرضا فيها زرع للواهب دون الزرع أو عكسه أو نخلا فيها ثمرة

---

(١) (قوله إذا وفق للفضل الخ) هكذا بأصله فى المواضع الثلاثة بلفظ إذا الشرطية ، ولعله بلفظ إذ التعليلية ، ويؤيده قوله فى الموضع الرابع : والملكان إذ يكتبان بدون ألف وليحرر اهـ مصححه .

للواهب معلقة به دون الثمرة أو عكسه لا تجوز ، وكذا لو وهب دارا أو ظرفا فيها متاع للواهب كذا فى النهاية .

ومنها أن يكون مملوكا ، فلا تجوز هبة المباحات لأن تمليك ما ليس بمملوك محال .

ومنها أن يكون مملوكا للواهب ، فلا تجوز هبة مال الغير بغير إذنه لاستحالة تمليك ما ليس بمملوك للواهب كذا فى البدائع . وهى نوعان : تمليك وإسقاط ، وعليهما الإجماع كذا فى خزانة المفتين (قوله أن يكون مقبوضا) فلا يثبت الملك للموهوب له قبل القبض كما قدمنا .

وفى الزيلعى : وأما القبض فلا بد منه لثبوت الملك ، إذ الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق اهـ سرى الدين ، وهذا يفيد أن القبض شرط لثبوت الملك لا للصحة خلاف مايعطيه كلام المصنف (قوله غير مشاع) هذا شرط الجواز فى محتمل القسمة لا فى غيره كما يأتى ، وهذا فى الهبة . وأما إذا تصدق بالكل على اثنين فإنه يجوز على الأصح بحر ، أى بخلاف ما إذا تصدق بالبعض على واحد فإنه لا يصح كما يأتى آخر المتفرقات ، لكن سيأتى أيضا أنه لا شيوع فى الأولى .

قال فى جامع الفصولين : لو وهب من اثنين ما يقبل القسمة لم يجز عند أبى حنيفة رواية واحدة من غير اختلاف على قوله . وفى الصدقة اختلف المشايخ على قوله ؛ فقيل لا يجوز ، وقيل فيه روايتان : لايجوز على رواية الأصل ، ويجوز على رواية الجامع الصغير ، وهو الصحيح ، كذا حشى .

وفى هد : لو تصدق بعشرة دراهم على محتاجين يجوز ، وكذا لو وهبها لهما . ولو تصدق بها على غنيين أو وهبها لهما لم يجز : وقالا : يجوز لغنيين أيضا ، فرّق بين الصدقة والهبة فى الحكم ، وسوى فى الأصل . وقال : إذ الشيوع مانع فيهما لتوقفهما على القبض .

والفرق أن الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد فلا شيوع ، ويراد بالهبة وجه الغنى وهما اثنان ، وقيل هذا هو الصحيح ، والمراد بما ذكر فى الأصل التصدق على غنيين فقط . والأظهر أن فى المسألة روايتين :

بح : قيل جاز التصدق على غنيين لأنهما محل صدقة التطوع .

مق : لايجوز . وعند أبى يوسف يجوز بشرط المساواة . وعند محمد يجوز فى الحالين اهـ .

وفيه : وهبة المشاع فيما لايحتمل القسمة تجوز من شريكه ومن غيره ، وفيما يحتملها لم تجز لا من شريكه ولا من أجنبى ، وطرو الشيوع لا يفسد الهبة بالاتفاق . ولو وهب الكل من اثنين ، فإن أجمل بأن قال وهبت منكما لم يجز عند أبى حنيفة . وعندهما يجوز . ولو فصل بالتنصيف فهو على هذا الخلاف ، ولو بالتثليث يجوز عند محمد لا عندهما انتهى . قال الخير الرملى : قوله وفيما يحتملها الخ . أقول : فى شرح الغزى وفى الزاهد العتابى أنها تجوز .

أقول : وفى الفتاوى التاجية أنها تجوز من شريكه ، قال وهو المختار اهـ . ولا يخفى عليك أنه خلاف المشهود انتهى كلام الغزى .

قال المقدسى : ولو عليه ألف جيدة وألف غلة (١) فقال ربه وهبتك أحد المالين ، قال محمد جازت وله البيان ، وكذا وارثه من بعده .

(١) (قوله غلة) هكذا بالأصل .

مميزا غير مشغول) كما سيتضح (وركنها) هو (الإيجاب والقبول) كما سيجيء .

وفى منية المفتى : قال ، وهبت نصيبى من هذه الدار والموهوب له لايعلم كم نصيبه صحت انتهى ، ولعل المتفاحشة جهالته لا تصح هبته كقوله وهبتك شيئا من مالى أو من كذا ، وبهذا يتضح ما يأتى من اشتراط كون الموهوب معلوما فيما يتم بمجرد العقد .

وفى الهندية عن البحر :.ويشترط فى صحة المشاع الذى لا يحتمل القسمة أن يكون قدرا معلوما ، حتى لو وهب نصيبه من عبد ولم يعلم به لم يجز ، فإن علمه الموهوب له ينبغى أن يجوز عند الإمام دونهما .

وفيها قبل ذلك : جميع ما أملكه لفلان يكون هبة لا تجوز بدون القبض ، ومر ذلك متنا فى الإقرار .

وفى الفصولين أيضا : وهبا من واحد دارا جاز إذا سلماه جملة وقبض جملة فلا شيوع . ولو وهبه واحد من اثنين لم يصح عند أبى حنيفة ، وقالا : يصح ، لأن هذه هبة الجملة منهما لتوحيد التمليك فلا شيوع كرهن من رجلين ، وله أنها هبة النصف لكل منهما ، وكذا لو فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح ، ولأن الملك ثبت لكل فى النصف فكذا التمليك لأنه حكمه فتحقق الشيوع ، بخلاف الرهن انتهى .

وفيه : التسليم يمكن فى الشائع ، وهو رفع الموانع عن القبض اه وسيأتى الكلام على أحكام المشاع مفصلا قريبا إن شاء الله تعالى (قوله مميزا غير مشغول) هو بمعنى غير مشاع ، ولعله أراد محوزا : أى مجموعا احترازا عن الثمر على الشجر ، أو المراد مميزا عن غير الموهوب وغير مشغول بغير الموهوب : حتى لو وهب أرضا فيها زرع للواهب دون الزرع أو عكسه أو نخلا فيها ثمرة للواهب معلقة به دون الثمر أو عكسه لا يجوز ؛ وكذا لو وهب دارا أو ظرفا فيها متاع للواهب هندية (قوله هو الإيجاب والقبول) لأنها عقد كسائر العقود بحر ، لكن فى الثانى خلاف .

ففى القهستانى : وتصح الهبة بوهبت ، وفيه دلالة على أن القبول ليس بركن كما أشار إليه فى الخلاصة وغيرها ، وقدمنا عن الهندية أن ركنها قول الواهب وهبت لأنه تمليك وإنه يتم بالمالك وحده ، فحينئذ لابد من القبض لثبوت الملك ، وذكر الكرمانى أن الإيجاب فى الهبة عقد تام ، وفى المبسوط أن القبض كالقبول فى البيع ؛ ولذا : لو هب الدين من الغريم لم يفتقر إلى القبول كما فى الكرمانى ، لكن فى الكافى والتحفة أنه ركن ، وذكر فى الكرمانى أنها تفتقر إلى الإيجاب ، لأن ملك الإنسان لا ينقل إلى الغير بدون تمليكه ، وإلى القبول لأنه إلزام الملك على الغير ، وإنما يحنث إذا حلف أن لا يهب فوهب ولم يقبل ، لأن الغرض عدم إظهار الجود ولقد وجد الإظهار ، ولعل الحق الأول ، فإن التأويلات التصريح بأنه غير لازم ، ولذا قال أصحابنا : لو وضع ماله فى طريق ليكون ملكا للرافع جاز اه لكن يمكن الجواب بأن القبول كما يكون بالصريح يكون بالدلالة فيكون أخذه قبولا دلالة كما يأتى .

وفى أبى السعود : وركنها الإيجاب والقبول ولو دلالة ، وإنما حنث لو حلف لا يهب فوهب ولم يقبل الموهوب له لأنه إنما منع نفسه عما هو فى وسعه ويقضى بالبيع . وأجاب المقدسى بأن الهبة عقد تبرع فتتم بالمتبرع بخلاف البيع اه .

وفيه : واختلف فى أن ركنها الإيجاب والقبول أو الإيجاب فقط ، وإلى الثانى ذهب صاحب الهداية والوقاية .

واعلم أن المراد بالإيجاب خصوص ما يوجد من طرف الواهب ، واستدل له بما نقلناه عن القهستانى عن

(وحكمها ثبوت الملك للموهوب له غير لازم) فله الرجوع والفسخ (وعدم صحة خيار الشرط فيها) فلو شرطه صحت إن اختارها قبل تفرقهما ، وكذا لو أبرأه

الخلاصة ، بما نقلناه عن الكرمانى ثم قال : فقولهم الإيجاب ما يتلفظ به أولا ليس على إطلاقه بل بالنسبة لعقود المعاوضات اه ، وفيه : والقبول ، ولو فعلا ، ومنه ما قدمناه لو قال قد وهبت جاريتى هذه لأحدكم فليأخذها من شاء فأخذها رجل منهم تكون له وكان أخذها قبولا ، وما فى المحيط من أنه لايشترط فى الهبة القبول مشكل بحر :

وأقول : يمكن الجواب بأن المراد بالقبول القبول بالقول .

وفى الولوالجية : قال وهبت منك هذه العين فقبضها الموهوب له بحضرة الواهب ولم يقل قبلت صح ، لأن القبض فى باب الهبة جار مجرى الركن فصار كالقبول اه .

وفى شرح المجمع لابن ملك عن المحيط : لو كان أمره بالقبض حين وهب لايتقيد بالمجلس ، ويجوز قبضه بعده اه ، وفى البحر : وكذا بقوله أذنت للناس جميعا فى ثمر نخلى ، من أخذ شيئا فهوله فبلغ الناس من أخذ شيئا يملكه كذا فى الملتقى ، وظاهره أن من أخذه ولم يبلغه مقالة الواهب لا يكون له كما لايخفى اه .

وأقول : فى جامع الفتاوى عن القنية : لو قال رجل من يتناول من مالى فهو مباح فتناول رجل من غير أن يعلم إباحته جاز الخ فتأمل .

قال فى خزانة الفتاوى : إذا دفع لابنه مالا فتصرف فيه الابن يكون للأب إلا إذا دلت دلالة التمليك بيرى :

قلت : قد أفاد أن التلفظ بالإيجاب والقبول لا يشترط بل تكفى القرائن الدالةعلى التمليك ، كمن دفع لفقير شيئا وقبضه ولم يتلفظ واحد منهما بشىء ، وكذا يقع فى الهدية ونحوها فاحفظه ، ومثله ما يدفعه لزوجته وغيرها ، وعليه فتصح الهبة بالتعاطى ، وسيأتى تمامه قريبا إن شاء الله تعالى (قوله وحكمها) أى الأثر المترتب عليهامنح (قوله غير لازم) أى إلا فى الصور السبعة (قوله فله الرجوع) أى مع كراهة التحريم كما يأتى (قوله والفسخ) عطف خاص ، فإن الفسخ من الألفاظ الدالة على الرجوع (قوله وعدم صحة خيار الشرط فيها) الأولى وعدم صحتها بخيار الشرط بقرينة التفريع ، والإفادة أنها صحيحة مطلقا والشرط باطل لأنه يمنع تمام القبض وهى لا تتم إلا به ، وهذا لو شرط للمالك ، فلو للموهوب له لا ، إلا إن اختار قبل التفرق أو أبرأه صح لانتفاء المانع من صحة القبض (قوله فلو شرطه) بأن وهبه على أن الموهوب له بالخيار ثلاثة أيام ، وقوله وكذا لو أبرأه هذا فيما لو كان شرط الخيار من جانب الواهب كما علمت ، وكان عليه أن يذكرها كما فى المنح . ولو أبرأه على أنه بالخيار ثلاثة أيام صح الإبراء وبطل الخيار (قوله إن اختارها قبل تفرقهما) لانتفاء المانع من صحة القبض (قوله وكذا لو أبرأه) أى كما تصح إن اختار الهبة وسقط الخيار ، وكذا لو أبرأه عن كل حق له عليه فيشمل حق الخيار فيصح الإبراء ويبطل الشرط لدخوله فى عموم الإبراء ، وكذا لو أبرأه عن خصوص شرط الخيار ، لكن فى اشتراط كونه قبل التفرق نظر لأنها تتم بالقبض ، ولا يشترط كونه فى المجلس فلم لاتنقلب صحيحة بعد سقوط الخيار ، ولو بعد المجلس يتأمل ، قال الحلبى : والصواب إسقاط كذا كما عبر به فى المنح وإلا فالتشبيه غير صحيح اه :

أقول : لا غبار عليه لأن التشبيه فى عدم صحة خيار الشرط ولا يخفى حسنه ، بل الصواب ما فعله الشارح

صح الإبراء وبطل الشرط خلاصة (و) حكمها أنها (لا تبطل بالشروط الفاسدة) فهبة عبد على أن يعتقه تصح ويبطل الشرط .

(وتصح بإيجاب كوهبت

(قوله صح الإبراء وبطل الشرط) لدخوله فى عموم الإبراء ، وهذا موافق لما تقدم فى باب خيار الشرط من أن الشرط يدخل فى الإبراء ، بأن قال أبرأتك على أنى بالخيار ذكره فخر الإسلام من بحث الهزل بحر ، قال فى الأشباه : إن الإبراء عن الدين يثبت فيه خيار الشرط اهـ .

وفى الشرنبلالية عن الواقعات أنه لو أبرأه عن حقه على أنه بالخيار صح الإبراء وبطل الخيار لأن الإبراء دون الهبة فى كونه تمليكا ؛ ولو وهب عينا على أنه بالخيار صحت الهبة وبطل الخيار فهذا أولى اهـ ، لكن نقل الحموى عن العمادية : لو أبرأه من الدين على أنه بالخيار فالخيار باطل ، ولعل فى المسألة خلافا وبالثانى جزم الشارح (قوله وحكمها أنها لا تبطل بالشروط الفاسدة) قال فى الخلاصة من البيع بشرط من كتاب البيوع : تعليق الهبة بالشرط باطل إن ذكر بكلمة إن ؛ وإن ذكر بكلمة على ، إن كان ملايما بأن قال وهبتك هذا على أن تعوضنى كذا صحت الهبة والشرط ، وإن كان الشرط مخالفا صحت الهبة وبطل الشرط اهـ أنقروى وفى منهواته معزيا للبحر : من الشروط المفسدة فى البيع ، وقيد بعلى لأن الشرط لو كان بإن فإن البيع يفسد فى جميع الوجوه إلا فى مسألة ما إذا قال إن رضى أبى أو فلان فى ثلاثة أيام ، والظاهر من كلامهم أن كلمة بشرط كذا بمنزلة على لا إن اهـ .

أقول : والظاهر الفرق بين البيع والهبة .

قال فى الهندية فى البقالى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى : إذا قال لغيره هذه العين لك إن شئت ودفعها إليه فقال شئت يجوز ، وعن محمد رحمه الله تعالى فى الثمر إذا طلع فقال صاحب الثمر لغيره هو لك إن أدرك أو قال إذا كان غد فهو جائز ، بخلاف دخول الدار كذا فى الذخيرة .

لو وهب غلاما أو شيئا على أن الموهوب له بالخيار ثلاثة أيام ، إن أجاز قبل الافتراق جاز ، وإن لم يجز حتى افترقا لم يجز :

ولو وهب شيئا على أن الواهب بالخيار ثلاثة أيام صحت الهبة وبطل الخيار ، لأن الهبة عقد غير لازم فلا يصح فيها شرط الخيار كذا فى فتاوى قاضيخان .

رجل له على آخر ألف درهم فقال إذا جاء غد فالألف لك أو قال أنت برىء منه أو قال إذا أديت إلى نصف المال فأنت برىء من النصف الباقى أو قال فلك النصف الباقى فهو باطل ، وكذا فى الجامع الصغير اهـ ، وسيأتى لذلك فروع آخر الباب إن شاء الله تعالى (قوله وتصح بإيجاب) عبر فى الإصلاح بتنعقد .

قال فى الإيضاح : لم يقل وتصح لأن الصحة أمر آخر وراء الانعقاد لها شرائط إن صادفتها تصح وإلا تنعقد فاسدة ، والكلام ههنا فى بيان انعقادها بألفاظ مخصوصة اهـ . وقد يقال المقصد انعقادها على وجه الصحة لأنه هو الذى يخلو عن الإثم ط :

قال العلامة الرملى : أقول إذا أطلقت الهبة يراد بها تمليك العين لا لإرادة الثواب من غير حمل على وجه الهداية ، فإن ما يراد به الثواب يسمى صدقة ، وما يحمل يسمى هدية ، ويدخل فى مسمى الهبة لغة ، ولكن لا يشترط فى هذين الإيجاب والقبول وأن كل واحد منهما هبة تأمل اهـ (قوله كوهبت) فإنه أصل فيها .

ونحلت وأطعمتك هذا الطعام ولو) ذلك (على وجه المزاح)

قال فى الهندية : وأما الألفاظ التى تقع بها الهبة فأنواع ثلاثة : نوع تقع به الهبة وضعا : ونوع تقع به الهبة كناية وعرفا . ونوع يحتمل الهبة والعارية مستويا .

أما الأول فكقوله وهبت هذا الشىء لك أو ملكته منك أو جعلته لك أو هذا لك أو أعطيتك أو نحلتك، هذا فهذا كله هبة .

وأما الثانى فكقوله كسوتك هذا الثوب أو أعمرتك هذه الدار فهو هبة ، كذا لو قال هذه الدار لك عمرى أو عمرك أو حياتى أو حياتك فإذا مت فهو رد على جازت الهبة وبطل الشرط .

وأما الثالث فكقوله هذه الدار لك رقبى أو لك حبس ودفعها إليه فهو عارية عندهما : وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى هى هبة ، كذا فى محيط السرخسى .

ولو قال : أطعمتك هذا الطعام ، فإن قال فاقبضه فهو هبة ، وإن لم يقل فاقبضه يكون هبة أو عارية فقد اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فى شروحهم كذا فى المحيط .

ولو قال : حملتك على هذه الدابة يكون عارية إلا أن ينوى الهبة . وقيل هو من السلطان هبة كذا فى الظهيرية .

والأصل فى هذه المسائل أنه إذا أتى بلفظ ينبئ عن تمليك الرقبة يكون هبة ، وإذا كان منبئا عن تمليك المنفعة يكون عارية ، وإذا احتمل هذا وذاك ينوى فى ذلك كذا فى المستصفى شرح النافع . وكل ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يكون هبة كقوله منحتك هذا الطعام أو هذه الدراهم أو هذه الدنانير ، فإن أضافها إلى ما يمكن الانتفاع به مع قيامه حملناها على العارية لأنها الأدنى ، وإن أضافها إلى ما لا يمكن الانتفاع به إلا بالاستهلاك حملناها على الهبة ، كذا فى محيط السرخسى اهـ (قوله ونحلت) لكثرة استعماله فيه .

قال فى مختصر الصحاح : نحل بالكسر أعطى عن طيب نفس من غير مطالبة ، وقيل من غير أن يأخذ عوضا اهـ والنحلة العطية مغرب (قوله وأطعمتك هذا الطعام) زاد صاحب الدرر فاقبضه تبعا لما تقدم عن المحيط فقال : إضافة الإطعام إلى ما يطعم عينه يحتمل التمليك والإباحة ، فإذا احتمل الأمرين ، فإذا قال اقبضه دل ذلك على أن المراد التمليك الخ (قوله ولو ذلك على وجه المزاح) نقله فى البحر عن الخلاصة : ورده المقدسى عليه بأنه ليس فى الخلاصة ما يفيد دعواه . والذى فيها أنه طلب الهبة مزاحا لا جدا فوهبه جدا وسلم صحت الهبة ، لأن الواهب غير مازح ، وقد قبل الموهوب له قبولا صحيحا كذا فى حاشية أبى السعود عن الحموى .

قلت : وليس فى كلام البحر ما يقتضى أن المزاح وقع فى الإيجاب ، إذ عبارته أطلقها فشمل ما إذا كان على وجه المزاح فإن الهبة صحيحة ، وعزاه إلى الخلاصة ، لأن قوله أطلقها : أى أطلق الهبة ، وقوله فشمل ما إذا كان أى طلبه لها تأمل .

وعبارة الخلاصة قال : هب لى على وجه المزاح فوهب وقبل وسلم صح ، وهذا لايدل على ذلك ، إذ المزاح إنما وقع فى طلبها وهى وقعت بلامزاح مستجمعة للشرائط ، وما نقله المصنف عن الخزانة مستدلا به على ما فى متنه لا يفيده أيضا فإنه نحو ما فى الخلاصة ، وكذا ما فى القهستانى لايفيده أيضا . ونصه : ويدخل فيه ما يكون على وجه المزاح ، فلو قال وهبت لى كذا فقال وهبت وقال الآخر قبلت وسلم إليه جاز اهـ .

بخلاف أطعمتك أرضى فإنه عارية لرقبتها وإطعام لغلتها بحر (أو الإضافة إلى ما) أى إلى جزء (يعبر به عن الكل كوهبت لك فرجها وجعلته لك) لأن اللام للتمليك ، بخلاف جعلته باسمك

على أن الهبة تمليك والتمليك يعتمد الرضا والرضا غير حاصل فى الهزل ، نعم ذكر فى المنح أنه أخذه مما روى عن عبد الله بن المبارك أنه مر بقوم يضربون الطنبور فوقف عليهم وقال هبوه منى حتى تروا كيف أضرب فدفعوه إليه فضربه على الأرض وكسره ، فقال رأيتم كيف أضرب ؟ قالوا أيها الشيخ خدعتنا ، وذكر هذه الواقعة فى الخانية . ثم قال : وإنما قال لهم ذلك احترازا عن قول أبى حنيفة فإن عنده كسر الملاهى يوجب الضمان وهذا دليل على ما مر من أن هبة المازح جائزة كذا فى فتاوى قاضيخان . والذى مر هو قوله رجل قال لآخر هب لى هذا الشىء مزاحا فقال وهبت وسلم . قال أبو نصر إنما يجوز ذلك اه ، فهذه هبة صحيحة وقعت مزاحا لأن ابن المبارك بزهده وجلالة قدره لا يناسبه هبة الملاهى ، فالظاهر أن ذلك وقع على سبيل المزاح ، وكأنه أخذ الهزل من قولهم خدعتنا لأنهم لو وهبوه قصدا لم يروه خداعا منه ، وفيه تأمل لأن الإنسان يسمح بالهبة لمن يحتاج الشىء ولا يسمح به لمن يريد كسره ، فقد رأوه خداعا لهم حيث أوهمهم أنه يستمنح كرمهم وهو يريد إزالة منكرهم ، على أن فعل ابن المبارك لو سلم أنه كان على طريق الهزل ليس بحجة ، بل لا بد له من دليل يستند إليه فليطلب ذلك الدليل (قوله بخلاف أطعمتك أرضى الخ) مفهوم قوله هذا الطعام وقدمنا عن الهندية : لو قال منحتك هذه الأرض أو هذه الدار أو هذه الجارية فهو إعارة . ولو قال منحتك هذا الطعام أو هذه الدراهم أو الدنانير وكل ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يكون هبة (قوله فإنه عارية لرقبتها) بهجر الحقيقة لأن الأرض لا تطعم فهو كمسألة النخلة فإن اليمين تنعقد على ثمرتها وهنا التمليك ينعقد على منفعتها فيكون عارية (قوله وإطعام لغلتها) أى التى يزرعها المستعير كما تقدم مايفيده (قوله أو الإضافة الخ) معطوف على محذوف مأخوذ من الكلام السابق وهو قوله كوهبت الخ ، فإن الأفعال الثلاثة واقعة على الطعام وهو كل . فكأنه قال بإيجاب بإضافة الكل وهو المشار إليه بقوله كوهبت الخ أو الإضافة إلى ما يعبر به عن الكل . وظاهر عبارة المصنف أنه معطوف على مزاح . والأوضح فى التعبير ولو بالإضافة : أى ولو صدر الإيجاب بالإضافة الخ تأمل (قوله وجعلته لك) معطوف على مدخول الكاف فى قوله كوهبت (قوله لأن اللام للتمليك) ولأن الجعل عبارة عن التمليك قاله قاضيخان (قوله بخلاف جعلته باسمك) فإنه يحتمل الهبة ويستعمله الباعة كثيرا يريد إنى خبأته لك للبيع ، وكذا هى لك حلال يحتمل أن يكون بالعارية أو الهبة أو البيع ، فلا تثبت الهبة مع الاحتمال إلا بالقرينة وهى التى عناها بقوله إلا أن يكون الخ .

قال فى البحر : قيد بقوله لك لأنه لو قال جعلته باسمك لا يكون هبة ؛ ولهذا قال فى الخلاصة : لو غرس لابنه كرما ، إن قال جعلته لابنى يكون هبة ، ولو باسم ابنى لا يكون هبة . ولو قال اغرس باسم ابنى فالأمر متردد وهو إلى الصحة أقرب اه .

قال فى المنح : وفى الخانية قال جعلته لابنى فلان يكون هبة لأن الجعل عبارة عن التمليك وإن قال اغرسه باسم ابنى لا يكون هبة ، وإن قال جعلته باسم ابنى يكون هبة لأن الناس يريدون به التمليك والهبة اه ، وفيه مخالفة لما فى الخلاصة كما لا يخفى .

قال الرملى فى حاشية المنح : ما فى الخانية أقرب لعرف الناس اه . ورأيت فى الواوالجية ما نصه : رجل له ابن صغير فغرس كرما له فهذا على ثلاثة أوجه : إن قال اغرس هذا الكرم باسم ابنى فلان أو قال جعلته

فإنه ليس بهبة ، وكذا هى لك حلال إلا أن يكون قبله كلام يفيد الهبة خلاصة (وأعمرتك هذا الشئ وحملتك على هذه الدابة)

لابنى فلان هبة لأن الجعل إثبات فيكون تمليكا ، وإن قال جعلته باسم ابنى فالأمر متردد وهو أقرب إلى الوجه الأول اه ولتراجع نسخة أخرى تأمل ، نعم جرى عرف الناس بالتمليك مطلقا تأمل .

بقى ما لو قال ملكتك هذا الثوب مثلا فإن قامت قرينة على الهبة صحت وإلا فلا ، فإن التمليك أعم من الهبة لصدقه على البيع والوصية والإجارة وغيرها . وفى الكازرونى أنها هبة ، لكن فى الحامدية عن الخير الرملى ناقلا عن جامع الفصولين فى خليل المحاضر والسجلات برمز التتمة : عرض على محضر كتب فيه ملكه تمليكا صحيحا ولم يبين أنه ملكه بعوض أو بلا عوض. قال: أجبت أنه لا تصح الدعوى ثم رمز لشروط الحاكم اكتفى به فى مثل هذا بقوله : وهب له هبة صحيحة وقبضها ، ولكن ما أفاد فى التتمة أجود وأقرب إلى الاحتياط اه (قوله فإنه ليس بهبة) هذا أحد قولين وهو غير الأظهر .

قال فى الهندية : أبو الصغير غرس كرما أو شجرا ثم قال جعلته لابنى فهو هبة ، وإن قال جعلته باسم ابنى لا يكون هو الأظهر وعليه أكثر مشايخنا غياثية ، وإن لم يرد الهبة يصدق ملتقط ، ولو قال اغرسه باسم ابنى لايكون هبة خانية .

قال الأب جميع ما هو حقى وملكى فهو ملك لولدى هذا الصغير فهذا كرامة لا تمليك ، بخلاف ما لو عينه فقال حانوتى الذى أملكه أو دارى لابنى الصغير فهو هبة ويتم بكونها فى يد الأب قنية . ولو قال هذا الشىء لولدى الصغير فلان جاز ويتم من غير قبول تاترخانية اه . فقولهم القبول شرط لثبوت الملك فى الموهوب يستثنى منه الهبة للصغير من أبيه (قوله وكذا هى لك حلال) لأنه إن كان أمة يحتمل حل النكاح أو الإباحة ولا إباحة فى الفروج .

[فروع] قال لغيره أنت فى حل مما أكلت من مالى له أن يأكل إلا إذا قامت أمارة النفاق . ولو قال من أكل من شجرتى فهو فى حل يأكل منها الغنى والفقير على المختار. ولو قال حللنى من كل حق هو لك على ففعل وأبرأ ، إن كان صاحب الحق عالما به برئ حكما وديانة ، وإن لم يكن عالما به برئ حكما إجماعا وديانة عند الثانى وعليه الفتوى، والمباح له لا يحل له التناول حتى يعلم بالإذن والإباحة ، ولو تناول قبل ذلك تناول حراما.

وفى البزازية : لو قال أنت فى حل مما أكلت من مالى أو أخذت أو أعطيت حل له الأكل والأخذ والإعطاء اه . ولو قال المغصوب منه أنت فى حل مما غصبت منى والمغصوب قائم فذلك على البراءة من ضمانها والعين للمغصوب منه اه .

وفى الخانية : رجل أضل لؤلؤة فوهبها لآخر وسلطه على طلبها وقبضها متى وجدها . قال أبو يوسف : هذه هبة فاسدة لأنها على خطر ، والهبة لا تصح مع الخطر . وقال زفر : تجوز . قال المقدسى : فكأنه قاسها على من سيب دابة (قوله إلا أن يكون قبله كلام يفيد الهبة) كأن يقول أتهبنى ذلك أو إن نفسى رغبت فى إعطاء هذا الشىء أو أنت لم تهبنى شيئا قبل هذا ط (قوله وأعمرتك هذا الشىء) هى أن يملكها له طول عمره فإذا مات ترد على المعمر ، وهذا كان قبل الإسلام ثم جاء فى الحديث « من أعمر عمرى فهى للمعمر له ولورثته من بعده » ولأنها تمليك شرط فيه الاسترداد بعد الموت وهو شرط فاسد لا تبطل به الهبة بل يبطل الشرط كما فى الزيلعى (قوله وحملتك على هذه الدابة) لأن الحمل على الدابة إركاب ، وهو تصرف فى منافعها لا فى عينها فتكون

ناويا بالحمل الهبة كما مر (وكسوتك هذا الثوب ودارى لك هبة) أو عمرى (تسكنها) لأن قوله تسكنها مشورة لاتفسير ، لأن الفعل لا يصلح تفسيرا للاسم فقد أشار عليه فى ملكه بأن يسكنه ، فإن شاء قبل مشورته ، وإن شاء لم يقبل (لا) لو قال (هبة سكنى أو سكنى هبة) بل تكون عارية أخذا بالمتيقن .

وحاصله أن اللفظ إن أنبأ عن تمليك الرقبة فهبة أو المنافع فعارية أو احتمل اعتبر النية نوازل .

عارية ، إلا أن يقول صاحبها أردت الهبة لأنه نوى محتمل كلامه وفيه تشديد عليه ، ومثله أخدمتك هذه الجارية بحر . ولا يخفى أن التعيين باسم الإشارة فى هذا وما قبله وما بعده تحرزا عن الجهالة إذا كان للمعمر ومن بعده غيره (قوله ناويا بالحمل الهبة) لأن الحمل يستعمل فى الهبة والعارية وإن كان أصله العارية لأن الحمل تصرف فى المنفعة ، فإذا نوى الهبة صحت لوجود استعماله فى التمليك يقال حمل الأمير فلانا على دابة إذا ملكه إياها ط (قوله كما مر) أى فى العارية من قوله ومنحتك ثوبى وجاريتى وحملتك على دابتى (قوله وكسوتك هذا الثوب) لأنه يراد به التمليك . قال تعالى — أو كسوتهم — فإن المراد به تمليك العين لأن الكفارة لا تتأدى بالمنافع ، ويقال كسا الأمير فلانا ثوبا إذا ملكه لا إذا أعاره .

وفى الخلاصة : لو دفع إلى رجل ثوبا وقال ألبس نفسك ففعل يكون هبة . ولو دفع إليه دراهم وقال أنفقها تكون قرضا اهـ ولو قال متعتك بهذا الثوب أو بهذه الدراهم فهى هبة ، كذا فى المحيط بحر (قوله ودارى لك) مبتدأ وخبر (قوله هبة) نصب على الحال من ضمير الظرف واللام فى لك للتمليك اهـ درر (قوله مشورة) بتسكين الشين وفتح الواو وبضم الشين وسكون الواو بمعنى الشورى : وهى استخراج رأى على غالب الظن اهـ إتقانى (قوله لا تفسير) لأن الفعل لا يصلح تفسيرا للاسم ، وهذا لا ينافى الهبة بل ينبه على المقصود بمنزلة هذا الطعام لك تأكله كما يأتى قريبا (قوله فقد أشار عليه فى ملكه) كقوله هذا الطعام لك تأكله وهذا الثوب لك تلبسه بحر ، وقد تقدم أن العمرى كالهبة ، فقوله هنا هبة ليس بقيد ، بل لو قال دارى لك عمرى تسكنها كان كذلك نص عليه فى الهداية ولذا نص عليه الشارح رحمه الله تعالى(قوله لا لو قال هبة سكنى) أى دارى لك هبة سكنى بنصب هبة على الحال كما تقدم ، وسكنى منصوب على التمييز لما فى قوله دارى لك من الإبهام يعنى أنها عارية فيهما ؛ لأن السكنى محكم فى تمليك المنفعة فكان عارية قدم لفظ الهبة أو أخره ، ولو ذكر بدل سكنى عارية كان عارية بالأولى ولو قال : هى لك هبة إجارة كل شهر بدرهم أو إجارة هبة فهى إجارة غير لازمة فيملك كل فسخها بعد القبض ولو سكن وجب الأجر كذا فى البحر عن المحيط (قوله أخذ بالمتيقن) برفع أخذ على أنه خبر مبتدإ محذوف كما فى بعض النسخ وفى النسخة التى بيدى أخذا بالنصب (قوله إن أنبأ عن تمليك الرقبة) أى فقط ، وكذا يقال فيما بعد (قوله اعتبر النية) وعند عدم النية يثبت الأدنى وهو العارية ، وهذه المسألة أعنى دارى لك هبة سكنى لا ترد على تعريف الهبة بأنها تمليك العين الخ لأنه بالنسبة للهبة المطلقة بأن كانت غير مقيدة فلهذا كانت لتمليك المنفعة ، بخلاف تسكنها حيث لا ينافى ثبوت الملك فى العين لأنه للتنبيه على ماهو المقصود فلم يكن للتقييد وأما هبة الدين ممن عليه فمجاز عن الإسقاط كما سبق ، فالتعريف المذكور بالنسبة للحقيقة ، وكذا لا يرد على التعريف الوصية لأن المتبادر من تعريفها بأنها تمليك العين أى حالا . على أن الكرمانى ذكر أنها هبة معلقة بالموت . ثم رأيت فى القهستانى ما يفيد كون العارية من أفراد الهبة حيث قال بعد أن عرف الهبة بأنها تمليك العين مانصه : ويخرج عنه الإجارة والعارية والمهايأة ، لكن فى النظم أن الهبة لعموم التمليك ، حتى لو قال وهبت لك هذه الدار والثوب لتسكن فيها أو تلبسه شهرا فقبل يصح انتهى ؛ لكن اللائق بالتعريف الذى ذكره المصنف ماقدمناه

وفى البحر : اغرسه باسم ابنى الأقرب الصحة (و) تصح (بقبول) أى فى حق الموهوب له ، أما فى حق

من الجواب بأن سكنى للتقييد (قوله وفى البحر الخ) نقله عن الخلاصة ، والذى فى الهندية عن فتاوى قاضيخان أنه لايكون هبة وعليه الاعتماد ، وقدمنا الكلام فيه قريبا .

وأقول : قوله جعلته باسمك ليس بصحيح كما مر ، فكيف يكون ماهو أدنى رتبة منه أقرب إلى الصحة؟ على أن الغرس باسم فلان يقصد به فى عرفنا التبرك . وقد يفرق بأن مامر ليس خطابا لابنه بل لأجنبى ، وماهنا مبنى على العرف تأمل .

قال فى جامع الفتاوى : قطع ثوبا لولده الصغير صار واهبا له بالقطع له مسلما له قبل الخياطة ، ولو كان كبيرا لاتصح الهبة إلا بعد الخياطة والتسليم .

وفى البزازية : اتخذ لولده ثيابا ليس له أن يدفعها إلى غيره إلا إذا بين وقت الاتخاذ أنها عارية ، وكذا لو اتخذ لتلميذه ثيابا فأبق التلميذ فأراد أن يدفعها إلى غيره انتهى ، لكن فرق فى الخانية بين التلميذ والولد الصغير بأن بمجرد اتخاذ الأب لولده الصغير تصير ملكا له ، أما التلميذ وولده الكبير فلا بد من التسليم كما ذكرنا .

ثم إن قوله إن بين وقت الاتخاذ الخ يفيد أنه لو سلمها لتلميذه ولم يبين أنها إعارة ليس له دفعها إلى غيره ولعل وجهه أنه جعلها فى مقابلة خدمته له فلا تكون هبة خالصة فلا يمكنه الرجوع فيها وإلا فما المانع منه تأمل (قوله وتصح بقبول) أى ولو فعلا ومنه وهبت جاريتى هذه لأحدكما فليأخذها من شاء فأخذها رجل منهما تكون له وكان أخذه قبولا كما قدمنا ، وكذا ماذكره المقدسى : دفع له ثوبين فقال أيما شئت لك والآخر لابنك فلان ، إن بين الذى له قبل التفريق جاز وإلا لاه . وما فى البحر عن المحيط من أنها تدل على أنه لايشترط الهبة القبول مشكل انتهى .

قلت : يظهر لى أنه أراد بالقبول قولا ، وعليه يحمل كلام غيره أيضا ، وبه يظهر التوفيق بين القولين باشتراط القبول وعدمه ، والله تعالى الموفق ، وتقدم نظيره فى العارية ، نعم القبول شرط لو كان الموهوب فى يده كما يأتى .

قال فى التاترخانية : وفى الذخيرة : قال أبو بكر رحمه الله تعالى : إذا قال الرجل لغيره وهبت عبدى هذا منك والعبد حاضر فقبض الموهوب له العبد ولم يقل قبلت جازت الهبة ، كذلك لو كان العبد غائبا فذهب وقبضه ولم يقل قبلت جازت الهبة . قال الفقيه أبو الليث : وبقول أبى بكر نأخذ .

وفى التهذيب : ولو قال قبضته قال أبو بكر جازت الهبة من غير قوله قبلت ، ويصير قابضا فى قول محمد وقال أبو يوسف : لايصير قابضا مالم يقبض انتهى ، وقد سبق عن القهستانى أنه لايشترط القبول ، فإن من وضع ماله فى الطريق ليكون لمن رفعه جاز ، لكن قال المقدسى : وفى الخانية مايخالف مااختاره . قال رجل قال لختنه بالفارسية : ابن زمين ترا : أى هذه الأرض لك فذهب وزرعها إن قال الختن عند ماقال هذه المقالة قبلت صارت الأرض له ، فإن لم يقل قبلت لاشىء له اه ومامر ويأتى من مسألة العبد يخالف هذه المسألة فى الجواب فليتأمل .

[فرع] فى التاترخانية : رجل مات فوهبت له امرأته مهرها جاز لأن قبول المديون ليس بشرط ولو وهب الغريم والدين من الوارث صح بلا خلاف .

الواهب فتصح بالإيجاب وحده لأنه تبرع ، حتى لو خلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل برّ وبعكسه حنث بخلاف البيع (و) تصح (بقبض بلا إذن فى المجلس) فإنه هنا كالقبول فاختص بالمجلس (وبعده به) أى بعد المجلس بالإذن .

وفى المحيط : لو كان أمره بالقبض حين وهبه لا يتقيد بالمجلس ويجوز القبض بعده

وقال قاضيخان : رجل له على آخر دين فبلغه أنه مات فقال جعلته فى حل أو قال أبرأته ثم ظهر أنه حى ليس للطالب أن يأخذ منه لأنه وهب له بغير شرط اه (قوله لأنه تبرع) أى وعقود التبرع يكفى فيها الإيجاب وحده بالنظر للموجب (قوله حتى لو حلف) تقدم الكلام عليه ، وقد أطال الكلام فى ذلك قاضى زاده (قوله بخلاف البيع) أى إذا حلف أنه يبيع لفلان كذا فباع ولم يقبل فإنه يحنث لأن البيع عقد معاوضة لايتم إلا بالإيجاب والقبول ، فمالم يوجد القبول لايقال إنه باع ، وهذا تعرّض لصاحب الدرر حيث قال وقبول عطف على إيجاب، فإنها كالبيع لاتصح إلا بالإيجاب والقبول اه وكأنه اقتفى فيه أثرصاحب الكافى والكفاية والتحفة .

وقال الإمام خواهر زاده فى مبسوطه : ركنها مجرد إيجاب الواهب ، والقبول شرط ثبوت الملك للموهوب له ، ومال إليه أكثر الشراح وتبعهم الشارح .

وفى البدائع : القبول ليس بركن استحسانا . والقياس أن يكون ركنا وهو قول زفر . وذكر فى المنبع إنما عدل القدورى عن لفظ تنعقد إلى لفظ تصح لأن الهبة تتم من جانب الواهب لأنه تمليك من جانب واحد وباقى التفصيل فى التكلمة فراجعه (قوله وتصح بقبض) قال فى المنح : أفاد أنه لابد من القبض فيها لثبوت الملك لا للصحة لما فى المجتبى : فأما القبض فشرط لثبوت الملك اه (قوله فإنه هنا كالقبول) فاختص بالمجلس ، وهذا استحسان والقياس أنه لايجوز إلا بإذنه .

وجه الاستحسان أن القبض كالقبول فى الهبة ولهذا لايملك بها قبله ويغنى عن القبول ، والمقصود من الإيجاب إثبات الملك فيكون تسليطا على القبض دلالة إذ ملكه لايتصور إلا به فيتقيد ذلك بالمجلس كالقبول لأنه بمنزلته اه زيلعى (قوله وبعده به) لأن الإذن ثبت نصا ، والثابت نصا ثابت من كل وجه فيثبت فى المجلس وبعد المجلس شلبى (قوله لايتقيد بالمجلس) لما ذكر أن الإذن ثبت نصا الخ .

قال فى الهندية : ولا يتم حكم الهبة إلا مقبوضة ، ويستوى فيه الأجنبى والولد إذا كان بالغا ، هكذا فى المحيط والقبض الذى يتعلق به تمام الهبة وثبوت حكمها القبض بإذن المالك ، والإذن تارة يثبت نصا وصريحا ، وتارة يثبت دلالة ، فالصريح أن يقول اقبضه إذا كان الموهوب حاضرا فى المجلس ويقول اذهب واقبضه إذا كان غائبا عن المجلس .

ثم إذا كان الموهوب حاضرا وقال له الواهب اقبضه فقبضه فى المجلس أو بعد الافتراق عن المجلس صح قبضه وملكه قياسا واستحسانا .

ولو نهاه عن القبض بعد الهبة لايصح قبضه لافى المجلس ولا بعد الافتراق عن المجلس ، وإن لم يأذن له بالقبض صريحا ولم ينهه عنه ، إن قبضه فى المجلس صح قبضه استحسانا لاقياسا ، وإن قبضه بعد الافتراق عن المجلس لايصح قبضه قياسا واستحسانا ، ولو كان الموهوب غائبا فذهب وقبض ، إن كان القبض بإذن الواهب جاز استحسانا لاقياسا ، وإن كان بغير إذنه لايجوز قياسا واستحسانا هكذا فى الذخيرة .

لو وهب شيئا حاضرا من رجل فقال الموهوب له قبضته صار قابضا عند محمد رحمه الله تعالى خلافا لأبى يوسف رحمه الله تعالى كذا فى السراجية .

(والتمكن من القبض كالقبض ؛ فلو وهب لرجل ثيابا فى صندوق مقفل ودفع إليه الصندوق لم يكن قبضا) لعدم تمكنه من القبض (وإن مفتوحا كان قبضا لتمكنه منه) فإنه كالتخلية فى البيع اختيار وفى الدرر : والمختار صحته بالتخلية فى صحيح الهبة لا فاسدها

وفى البقالى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى ، إذا قال اقبضه فقال قبضت والموهوب حاضر جاز إذا لم يبرح الموهوب له قبل قوله قبضت ، ولا يكفى قوله قبلت . وإذا لم يقل اقبضه فإنما القبض أن ينقله ، فإذا لم يقل قبلت لم يجز وإن نقل إلا أن تكون الهبة بمسألته كذا فى المحيط :

ولو قال لرجل هب لى هذا العبد فقال وهبت تمت الهبة كذا فى الينابيع انتهى ،وتقدم الكلام عليه قريبا فلا تنسه (قوله والتمكن من القبض) أى العادى لا العقلى، وموضوع هذا فيما إذا قبض الموهوب له وغيره. وأما التمكن بالتخلية فقد ذكره بعد ط (قوله كالقبض) ولهذا قال فى الاختيار : ولو وهب من رجل ثوبا فقال قبضته صار قابضا عند أبى حنيفة وجعل تمكنه من القبض كالقبض كالتخلية فى البيع . وقال أبو يوسف : لابد من القبض بيده اه بحر .

قال ابن الكمال : قبض كل شىء بما يناسبه ، فقبض مفتاح الدار قبض لها ، وقبض مايحتمل القسمة يكون بها ، وقبض مالا يحتملها يكون بقبض كله اه .

قال فى التاترخانية : قد ذكرنا أن الهبة لاتتم إلا بالقبض والقبض نوعان : حقيقى وأنه ظاهر . وحكمى وذلك بالتخلية ؛ وقد أشار فى هذه المسألة أى مسألة التمكن من القبض قبض إلى القبض الحكمى وهو القبض بطريق التخلية ، وهذا قول محمد خاصة . وعند أبى يوسف التخلية ليست بقبض ، وهذا الخلاف فى الهبة الصحيحة . فأما الهبة الفاسدة فالتخلية ليست بقبض اتفاقا اه (قوله والمختار صحته) أى القبض بالتخلية ظاهره وإن لم يقبضه الموهوب له ، وهو خلاف مافى حاشية الشلبى عن شرح الإسبيجابى أنه إذا كان العبد حاضرا فقال الواهب قد خليت بينك وبين الهبة فاقبضها فانصرف الواهب فقبضه الموهوب له جاز لأن التخلية إقباض منه، فإذا قبضه بإذنه تم العقد أما البيع فينزل قابضا بمجرد التخلية وإن لم يباشر القبض .

والفرق أن القبض واجب عليه فى البيع والبائع محتاج إلى إخراج نفسه من عهدة المبيع ، فإذا أتى بما وسعه فقد برئ ، وليس فى وسعه إلا التخلية . وأما الهبة فإن التسليم ليس بواجب عليه فيها فإذا لم يسلمه إليه ويقبضه لايعد مسلما اه بتصرف .

ونقل بعده عن المحيط ما نصه : ومن النوادر : رجل وهب من رجل ثوبا وهو حاضر فقال الموهوب له قبضته . قال أبو حنيفة صار قابضا لأنه متمكن من قبضه فأقيم تمكنه مقام قبضه كالتخلية فى باب البيع . وقال أبو يوسف : لايصير قابضا مالم يقبضه بنفسه لأنه غير قابض حقيقة اه ، فعلى هذا محمد مع أبى حنيفة رحمهم الله تعالى ، والقبض حقيقة عنده بالنقل من ذلك المكان اه ط .

وفى الخانية : الأصح أن الإقرار بالهبة لايكون إقرارا بالقبض اه .

[فرع] لو وهب الغائب دراهم وأرسلها فقال الموهوب له تصدق بها عليك أو على غنى لا يجوز ، وإن تصدق يضمن للواهب .

[فرع آخر] اختلف الواهب والموهوب له فى القبض القول للموهوب له إن قال وهبته لى وقبضته بإذنك

وفى النتف ثلاثة عشر عقدا لاتصح بلا قبض .

(ولو نهاه عن القبض لم يصح) قبضه (مطلقا) ولو فى المجلس لأن الصريح أقوى من الدلالة (وتتم) الهبة (بالقبض) الكامل (ولو الموهوب شاغلا لملك الواهب لا مشغولا به)

وإن قال كان بمنزلنا لابحضرتنا فأمرتنى بقبضه فقبضته لا (قوله وفى النتف الخ) عبارتها أحدها الهبة والصدقة والرهن والوقف فى قول محمد بن الحسن والأوزاعى وابن شبرمة وابن أبى ليلى والحسن بن صالح والعمرى والنحلة والحبيس والصلح ورأس المال فى السلم والبدل فى السلم إذا وجد بعضه زيوفا فإذا لم يقبض بدلها قبل الافتراق بطل حصتها من السلم ، والحادى عشر : الصرف ، والثانى عشر : إذا باع الكيلى بالكيلى والجنس مختلف ، مثل الحنطة بالشعير جاز فيها التفاضل ، ولا تجوز النسيئة ، والثالث عشر : إذا باع الوزنى بالوزنى مختلفا مثل الحديد بالصفر أو الصفر بالنحاس أو النحاس بالرصاص جاز فيها التفاضل ، ولا يجوز فيها النسيئة ، وقوله : الحبيس بالحاء المهملة والباء الموحدة بعدها ياء تحتية ، وبالسين المهملة كما هو مثبت بخط السائحانى فى هامش الدر نقلا عن المنح وقد راجعت المنح بخط الشيخ محفوظ ابن المصنف رحمهما الله تعالى، فوجدته ترك لها بياضا ولم يثبت شيئا وفى بعض النسخ قال السابع : الجنس بالجنس بالجيم والنون والسين ، وهى ظاهرة ، وفى بعضها الجنين وظاهره أنه يصح إذا قبضه بعد الولادة لكن نص المصنف فيما يأتى أنه لو وهب الحمل وسلمه لايجوز لأن فى وجوده احتمالا فصار كالمعدوم اهـ فظهر أنهما نسختان الأولى الجنس بالجنس ، والثانية الحبيس وهى الموافقة لما فى نسختى النتف لكنها داخلة فى الوقف ، لأن الحبيس من الخيل الموقوف فى سبيل الله تعالى كما فى القاموس فتأمل .

ثم رأيت فى الخانية مانصه : ولو قال هذه الدار لك حبيس فدفعها إليه كان باطلا فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف : هى هبة جائزة وقوله : حبيس أو رقبى باطل اهـ (قوله لأن الصريح أقوى من الدلالة) وهذا الصريح أفاد الرجوع عن الهبة قال شيخ الإسلام لأن نهى الواهب الموهوب له عن القبض رجوع عن الإيجاب لأن القبض فى باب الهبة بمنزلة القبول فى باب البيع . والبائع لو نهى المشترى عن القبول بعد الإيجاب كان ذلك رجوعا منه عن الإيجاب دلالة فكذلك هذا ولو رجع ثم قبض لا يصح قبضه فكذلك هذا اهـ .

والحاصل : أنه إن أذن بالقبض صريحا صح قبضه فى المجلس وبعده ولو نهاه لم يصح قبضه له فى المجلس ولا بعده ، لأن الصريح أقوى من الدلالة، ولو لم يأذن ولم ينه صح قبضه فى المجلس لابعده، ولو كان الموهوب غائبا فذهب وقبض إن كان بإذن صح وإلا لا ذكره القهستانى ط (قوله وتتم الهبة بالقبض الكامل) قدمنا قريبا عن ابن الكمال بيانه وهو أن قبض كل شيء بما يناسبه الخ قال فى الدرر والقبض الكامل فى المنقول بما يناسبه وفى العقار بما يناسبه ، فقبض مفتاح الدار قبض لها ، والقبض الكامل فيما يحتمل القسمة بالقسمة حتى يقع القبض على الموهوب بالأصالة من غير أن يكون بتبعية قبض الكل وفيما لايحتمل القسمة بتبعية الكل اهـ وكذا الحكم من غير فرق فى الصدقة والقرض والرهن والبيع الفاسد ، لأنها كالهبة فى الافتقار إلى القبض كما فى المنبع هذا الذى ذكره فى هبة العين ، أما إذا وهب الدين فإنه لم يجز ما لم يأذن فى قبضه وقبضه فى المجلس بحضرته لايجدى نفعا كما فى الشروح وتقدم ذلك، ويأتى وفى الخانية وكل الموهوب له رجلين بقبض الدار فقبضاها جاز (قوله ولو الموهوب شاغلا لملك الواهب لا مشغولا به) قال الشمنى : ولو وهب دارا بمتاعها وسلمها فاستحق المتاع صحت الهبة فى الدار لأن الاستحقاق ظهر به أن يده فى المتاع كانت يد غصب وصار كما لو غصب الدار والمتاع .

والأصل أن الموهوب إن مشغولا بملك الواهب //

وهب المالك له الدار ، أو أودعه الدار والمتاع ثم وهب له الدار فإنه يصح ولو وهب أرضا وزرعها وسلمها فاستحق الزرع بطلت الهبة فى الأرض لأن الزرع مع الأرض بحكم الاتصال كشىء واحد ، فإذا استحق أحدهما صار كأنه استحق البعض الشائع فيما يحتمل القسمة ؛ فتبطل الهبة فى الباقى اهـ .

وفى الهندية : واشتغال الموهوب بملك غير الواهب، هل يمنع تمام الهبة ذكر صاحب المحيط فى الباب الأول من هبة الزيادات أنه لا يمنع فإنه قال لو أعار داره من إنسان ثم المستعير غصب متاعا ووضعه فى الدار ، ثم وهب المعير الدار من المستعير صحت الهبة فى الدار ، وكذلك لو أن المعير هو الذى غصب المتاع ووضعه فى الدار ثم وهب الدار من المستعير كانت الهبة تامة ، وإن تبين أن الدار مشغولة بما ليس بموهوب ، لما أنها لم تكن مشغولة بملك الواهب وهو المانع من تمام الهبة كذا فى الفصول العمادية .

لو أودعه الدار والمتاع ثم وهب الدار صحت الهبة ، فإن هلك المتاع ولم يحول له ثم جاء مستحق واستحق المتاع كان له أن يضمن الموهوب له وذكر ابن رستم أن هذا قول محمد رحمه الله تعالى . أما فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى : لو استحق وسادة منها تبطل الهبة فى الدار كذا فى التاترخانية ومثله فى البحر عن المحيط اهـ .

لكن صرح فى زيادات قاضيخان : أن الاشتغال بملك غير الموهوب له يمنع صحة الهبة ، سواء كان ملك الواهب أو غيره ، لكن الهبة إنما تمتنع إذا كان الاشتغال بمتاع فى يد الواهب ، أو فى يد غير الموهوب له أما إذا كان المتاع فى يد الموهوب له بغصب أوعارية ، أو غير ذلك فلا تمتنع . واستدل عليه بمسائل الإجارة والغصب والاستحقاق ، فظهر أن الأصل أن الهبة إذا كانت مشغولة بملك الواهب أو بملك غير الموهوب له تمنع الهبة إذا لم يكن فى يد الموهوب له ، كما فى جامع الفصولين وأقره فى نور العين فتأمل (قوله والأصل أن الموهوب إن مشغولا بملك الواهب منع تمامها وإن شاغلا لا) عبارة العمادية : هبة الشاغل تجوز وهبة المشغول لاتجوز ، والأصل فى جنس هذه المسائل أن اشتغال الموهوب بملك الواهب يمنع تمام الهبة ، لأن القبض شرط . وأما اشتغال ملك الواهب بالموهوب ، فلا يمنع تمام الهبة .

مثاله : وهب جرابا فيه طعام لا تجوز ، ولو وهب طعاما فى جراب جازت وعلى هذا نظائره اهـ .

قال الزيلعى : واعلم أن الدار التى فيها المتاع والجوالق الذى فيه الدقيق كالمشاع ، لأن الموهوب مشغول بمتاع الواهب حتى لو نزع وسلم صح اهـ وكلامه يعطى أن هبة المشغول فاسدة ، والذى فى العمادية أنها غير تامة .

قال السيد الحموى فى حاشية الأشباه : فيحتمل أن فى المسألة روايتين كما وقع الاختلاف فى هبة المشاع المحتمل للقسمة ، هل هى فاسدة أو غير تامة والأصح كما فى البناية أنها غير تامة فكذلك هنا كذا بخط شيخنا ، ومنه يعلم ماوقعت الإشارة إليه فى الدر المختار حيث قال : والأصل أن الموهوب إن مشغولا الخ ، فأشار إلى أحد القولين بما ذكره أولا من عدم التمام ، وإلى القول الثانى بما ذكره آخرا من عدم الصحة فتدبر أبو السعود .

واعلم أن الضابط فى هذا المقام أن الموهوب إذا اتصل بملك الواهب اتصال خلقة وأمكن فصله لاتجوز هبته ما لم يوجد الانفصال والتسليم كما إذا وهب الزرع أو الثمر بدون الأرض ، والشجر أو بالعكس ، وإن اتصل اتصال مجاورة ، فإن كان الموهوب مشغولا بحق الواهب لم يجز كما إذا وهب السرج على الدابة ، لأن استعمال السرج إنما يكون للدابة ، فكانت للواهب عليه يد مستعملة فتوجب نقصانا فى القبض ، وإن لم يكن

منع تمامها ، وإن شاغلا لا فلو وهب جرابا فيه طعام الواهب أو دارا فيها متاعه أو دابة عليها سرجه وسلمها كذلك لاتصح وبعكسه تصح فى الطعام والمتاع والسرج فقط لأن كلا منها شاغل لملك الواهب لا مشغول به لأن شغله بغير ملك واهبه لايمنع تمامها

مشغولا جاز كما إذا وهب دابة مسرجة دون سرجها لأن الدابة تستعمل بدونه ، ولو وهب الدابة وعليها حمل لم يجز لأنها مستعملة بالحمل ، ولو وهب الحمل عليها دونها جاز لأن الحمل غير مستعمل بالدابة ، ولو وهب دارا دون ما فيها من متاعه لم يجز وإن وهب ما فيها وسلمها دونها جاز كذا فى المحيط شرح المجمع (قوله منع تمامها) ولايعد قبضها حينئذ قبضا وفاعل منع ضمير يعود على الشغل (قوله وإن شاغلا لا) وذلك أن المظروف يشغل الظرف وأما الظرف فلا يشغل المظروف . قال فى جامع الفصولين : تجوز هبة الشاغل لا المشغول .

قال العلامة خير الدين فى حاشيته عليه أقول: هذا ليس على إطلاقه فإن الزرع والشجر فى الأرض شاغل لامشغول ومع ذلك لا تجوز هبته ، لاتصاله بها تأمل اه وما فى الضابط الذى ذكرنا كفاية (قوله فلو وهب جرابا) بكسر الجيم : ومن لطائف الكلام لا تفتح الجراب والخزانة ولا تكسر ٧ القنديل والقصعة (قوله وسلمها كذلك لا تصح) قال صاحب جامع الفصولين : فيه نظر إذ الدابة شاغلة للسرج واللجام لامشغولة .

يقول الحقير : صل أى الأصل عكس فى هذا والظاهر أن هذا هو الصواب ، يؤيده ما فى قاضيخان : وهب أمة لرجل عليها حلى وثياب وسلمها جاز وكذا الصدقة ، ويكون الحلى وما فوق ما يستر عورتها من الثياب للواهب لمكان العرف ولو وهب الحلى والثياب دونها لا يجوز ، حتى ينزعهما ، ويدفعهما إلى الموهوب له لأنها ما داما عليها يكون تبعا لها ومشغولا بالأصل ، فلا تجوز هبته نور العين .

وفى البحر عن المحيط : وإن وهب دارا فيها متاع وسلمها كذلك ثم وهب المتاع منه أيضا جازت فى المتاع خاصة ، وإن بدأ فوهب له المتاع ، وقبض الدار والمتاع ثم وهب الدار جازت الهبة فيهما لأنه حين هبة الدار لم يكن للواهب فيها شىء ، وحين هبة المتاع فى الأولى زال المانع عن قبض الدار ، لكن لم يوجد بعد ذلك فعل فى الدار ليتم قبضه فيها فلا ينقلب القبض الأول صحيحا فى حقها اه (قوله وتصح فى الطعام الخ) كان عليه أن يقول يصح القبض ، لأن العقد صحيح حتى فى المشاع وإنما الكلام فى القبض ، حتى لو وهب الكل وسلم النصف لايجوز ، ولو وهب النصف ثم الآخر وسلم الكل يصح القبض ، ولو وهب الشاغل ، وسلم بالظرف صح لأن اليد على المظروف يد على المتبوع ، فهى أقوى من قيام اليد على الظرف ، لأنه تابع كهبة أمة بحلى دونه يصح القبض فيها معه لاعكسه وتعايل الشارح عليل لأنه علل الصحة فى الشاغل دون المشغول بأنه شاغل لا مشغول ويأتى قريبا ما هو أوضح من هذا فتأمل (قوله شاغل لملك الواهب لا مشغول به) أقول : الذى فى البحر والمنح وغيرهما : تصوير المشغول بملك الغير بما إذا ظهر المتاع مستحقا ، أو كان غصبه الواهب أوالموهوب له قال فى الزيادات : جاز هبة المشغول بملك غير الواهب ، فلوأعار بيتا فوضع فيه المعير أوالمستعير متاعا غصبه ، ثم وهب البيت من المستعير جاز ، وكذا لو وهب بيتا بما فيه ، أو جوالق بما فيه من المتاع ، وسلمه ثم استحق المتاع جاز فى الدار والجوالق إذ يد الواهب كانت ثابتة على البيت ، والمتاع جميعا حقيقة فصح التسليم ، ثم بالاستحقاق ظهر أن المتاع لغيره ولم يظهر أن البيت مشغول بملك الواهب وهو المانع ، وكذا الرهن والصدقة إذ القبض شرط تمامها كالهبة وقدمنا تمامه عن جامع الفصولين وأقره نور العين كما علمت فلا تنسه (قوله لأن شغله بغير ملك واهبه) هذا تعليل لمفاد من كلام المصنف كأنه يقول : وإنما قيد عدم التمام بكونه

كرهن وصدقـة لأن القبض شرط تمامها وتمامه فى العمادية .
وفى الأشباه : هبة المشغول لاتجوز إلا إذا وهب الأب لطفله .
قلت : وكذا الدار المعارة

مشغولا بملك الواهب ، لأن شغله الخ . وفى نسخة : لا شغله أى لا يمنع تمامها شغاله الخ وعليها يضيع فائدة قوله لا يمنع تمامها ط .

أقول : ولعل فى عبارة الشارح سقطا ، وهو قيد الشغل بملك الواهب الخ ثم رأيت المصنف ذكر هذه المسئلة حيث قال : واشتغال الموهوب بملك غير الواهب هل يمنع تمام الهبة ذكر صاحب المحيط فى الباب الأول من هبة الزيادات : أنه لا يمنع إلى آخر ما قدمناه قريبا عن الهندية وهو سالم من النقد (قوله كرهن وصدقة) فإنهما لا يتمان إلا بالقبض الكامل ويضر كونه مشغولا بملك الراهن ، والمتصدق لا شاغلا لهما فالتشبيه راجع إلى كلام المصنف .

قال فى المنح : وكل جواب عرفته فى هبة الدار والجوالق بما فيها من المتاع فهو الجواب فى الرهن والصدقة لأن القبض شرط تمامها كالهبة انتهى : أى كما أن شغل الرهن والصدقة بملك غير الراهن وغير المتصدق لا يمنع تمامها ، كما فى المحيط وغيره مدنى (قوله وفى الأشباه هبة المشغول لا تجوز الخ) قال الحموى وذلك كما لو كان لرجل دار وفيها أمتعة فوهبها من رجل لايجوز لأن الموهوب مشغول بما ليس بموهوب ، فلا يصح التسليم فرق بين هذا ، وبين ما إذا وهبت المرأة دارها من زوجها وهى ساكنة فيها ولها أمتعة فيها والزوج ساكن معها حيث يصح ، والفرق أنها وما فى يدها فى الدار فى يده فكانت الدار مشغولة بعياله وهـذا لا يمنع صحة قبضه كذا فى الولوالجية انتهى وقد أوضح المقام فى هذه المسئلة سيدى الوالد رحمه الله تعالى فى تنقيحه فراجعه إن شئت (قوله إلا إذا وهب الأب لطفله) كأن وهبه دارا والأب ساكنها أو لـه فيها متاع لأنها مشغولة بمتاع القابض لكنه مخالف لما فى الخانية فقد جزم أولا بأنه لا تجوز ثم قال : وعن أبى حنيفة فى المجرد تجوز ويصير قابضا لابنه تأمل .

قال فى الولوالجية : رجل تصدق على ابنه الصغير بدار والأب ساكنها ، قال الإمام لايجوز وقال أبويوسف يجـوز ، وعليه الفتوى انتهى لأن الشرط قبض الواهب هبتها وكون الدار مشغولة بمتاع الواهب لا يمنـع قبض الواهب .

وفى البزازية : وهب لابنه الصغير دارا وفيها متاع الواهب أو تصدق لابنه الصغير بدار وفيها متاع الأب والأب ساكن فيها يجوز وعليـه الفتوى ، أو أسكنها غيره بلا أجر والأم كالأب ، لو ميتا والابن فى يدها ، وليس له وصى وكذا من يعوله والصدقة فى هذا كله كالهبة كما فى التبيين ، ويفهم من قوله : بلا أجر أن الغير لو كان يسكنها بالأجر لم تجز الصدقة ، وبه صرح البزازى ووجهه فى الذخيرة بأنه إذا كان يسكنها بأجر فيده على الموهوب ثابتة بصفة اللزوم ، فيمنع قبض غيره تمام الهبة بخلاف ما إذا كان بغير أجر اه (قوله قلت وكذا الدار المعارة) بأن أعار داره إنسانا ثم إن المستعير أو المعير غصب متاعا ووضعه فى الدار ، ثم وهب المعير الدار من المستعير صحت الهبة فى الدار ، لأنه تبين أن الشاغل ملك غير الواهب ط وقدمنا قريبا نحوه عن الزيادات .
ونقل فى الخانية بما لو (١) وهب طفله دارا يسكن فيها قوم بغير أجر جازو يصير قابضا لابنه لا لو كان

---

(١) قوله (بما لو) هكذا بالأصل .

والتي وهبتها لزوجها على المذهب لأن المرأة ومتاعها في يد الزوج فصح التسليم وقد غيرت بيت الوهبانية فقلت :

ومن وهبت للزوج دارا لها بها متاع وهم فيها تصح المحرر

وفي الجوهرة : وحيلة هبة المشغول أن يودع الشاغل أولا عند الموهوب له ثم يسلمه الدار مثلا فتصح لشغلها بالمتاع (في يده) في متعلق بتم (محوز) مفرغ (مقسوم ومشاع

بأجر وهو مستدرك بأن الشغل هنا بغير ملك الواهب ، والمراد شغله بملكه وكأن الشارح قصد به تكملة عبارة الأشباه ، وعليه فما نقله في الخانية أولى وانظر إذا وهبها لغير الصغير هل يصح تقدم أن شغلها بملك غير الواهب لا يمنع تمامها فتأمل (قوله والتي وهبتها لزوجها) تقدمت صورتها قريبا من أنها تصح الهبة وهو المذهب خلافا لما عن أبي يوسف من أنه لا يجوز ، لأن يد الواهب ثابتة على الدار كما في الذخيرة (قوله المحرر) أي هذا هو المحرر المعول عليه وبيت الأصل :

ومن وهبت للزوج دارا لها بها متاع وهم فيها فقولان يزبر

(قوله أن يودع الشاغل أولا) قال في الجوهرة لو وهب دارا فيها متاع الواهب وسلم الدار إليه أو سلمها مع المتاع لم يصح .

والحيلة فيه : أن يودع المتاع أولا عند الموهوب له ويخلي بينه وبينه ثم يسلم الدار إليه فتصح الهبة وبعكسه لو وهب المتاع دون الدار وخلى بينه وبينه صح وإن وهب له الدار والمتاع جميعا وخلى بينه وبينهما صح فيهما جميعا (قوله ثم يسلمه الدار) فلو سلمها ثم وهبه المتاع صح فيه خاصة ولو عكس صح فيهما أي لأن اليد إذا كانت على المظروف تكون على الظرف بخلاف العكس .

وأقول : هذا مشكل جداً لأنه لما صح في المظروف لم لا يصح في الظرف تبعا مع أن عقد الهبة الأولى باق إلا أن يقال هذا قول من جعل أن القبض في الهبة الفاسدة غير مفيد للملك ، بل عليه الضمان فصارت يده يد ضمان ، فلا ترتفع بيد الهبة التي هي عقد تبرع خصوصاً وأن القبض فيه تبعي وأما على القول بأن هذا القبض غير موجب للضمان ، فيجب أن يصح العقد والقبض في المشغول لو وهبه الشاغل الذي في يده أمانة بعد ذلك (قوله متعلق بتم) الأولى أن يؤخره بعد قوله محوز لأن المتعلق المجرور (قوله محوز) أي مجموع المراد به أن يكون مفرغا عن ملك الواهب وحقه واحترز به عن هبة الثمر على النخل اه درر وكصوف على غنم وزرع في أرض فقوله : مفرغ تفسير لمحوز إلا أن فيه شائبة تكرار مع قوله لا مشغولا به والأولى أن يفسر المحوز بالمجموع ، لأنه من حازه إذا جمعه لأجل أن يظهر لقوله : متميزا فائدة فإنه أفاد به أنه لو حازه غير مقسوم بأن حاز الثمر مع النخل لا تتم به الهبة بل حتى يقسم وفي القاموس : الحوز الجمع وضم الشيء كالحيازة والاحتيازاه المراد منه ط (قوله ومشاع) أي غير مقسوم في الصحاح سهم شائع أي غير مقسوم .

واعلم أن الشائع على قسمين شائع يحتمل القسمة كنصف الدار ونصف البيت الكبير وشائع لا يحتملها كنصف قن ورحى وحمام وثوب وبيت صغير والفاصل بينهما حرف واحد وهو أن القاضي لو أجبر أحد الشريكين على القسمة بطلب الآخر فهو من القسم الأول ولو لم يجبر فهو من الثاني إذ الجبر آية القبول .

وأمهات مسائل الشيوع سبع : بيع الشائع ، إجارته وإعارته ، ورهنه وهبته ، وصدقته ووقفه أما هبته فيما لا يحتمل القسمة جائزة من شريكه ومن غيره وفيما يحتملها لم تجز من شريكه ولا من أجنبي وفي شرح الغزي وفي الزاهد العتابي أنها تجوز .

أقول : وفى الفتاوى التاجية أنها تجوز من شريكه قال وهو المختار اه ولا يخفى عليك أنه خلاف المشهور اه كلام الغزى أفاده خير الدين الرملى وطرو الشيوع لا يفسد الهبة بالاتفاق ولو وهب الكل من اثنين فإن أجمل بأن قال : وهبت منكما لم يجز عند ح وعند سم يجوز ، واو فصل بالتنصيف فهو على هذا الخلاف ، ولو بالتثليث يجوز عند م لا عندهما وتقدمت .

هد : وهبا من واحد دارا جاز إذا سلماه جملة وقبض جملة فلا شيوع . ولو وهبه واحد من اثنين لم يصح عند ح وقالا : يصح لأن هذه هبة الجملة منهما لتوحد التمليك فلا شيوع كرهن من رجلين ، وله أنها هبة النصف لكل منهما ، وكذا لو فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح ، ولأن الملك ثبت لكل فى النصف ، فكذا التمليك ، لأنه حكمه فتحقق الشيوع ، بخلاف الرهن ، لأن حكمه الحبس وهو ثبت لكل منهما كملا إذ لاتضايق فيه ، ولذا لو قضى دين أحدهما لا يسترد شيئا من الرهن ، ولو نص على التبعيض لم يجز عند حس . وفى التنصيف روايتان عند س .

واو رهن عند رجلين ، ونص على الأبعاض لم يجز وفاقا ، ولو وهب مشاعا تفسد فلو قسمه وسلمه جاز إذ تمامه بالقبض ، وعنده لاشيوع فقط .

قال لها : وهبت لكما هذه الدار لذا نصفها ولذا نصفها لم يجز واو وهب لها درهما فالصحيح أنه يجوز ، وهبة المشاع الفاسدة لاتفيد الملك ، ولو قبض الجملة فروى عن ح : ولو وهب دقيقا فى بر أو دهنا فى سمسم ، أو سمنا فى لبن لم يجز إذ الموهوب معدوم ، ولذا لو استخرجه الغاصب يملكه ، ولو طحن وسلم لم يجز بخلاف المشاع . والفرق أن المشاع محل للتمليك ، والخلل فى القبض ، ويزول بالقسمة ، وبخلاف ما إذا وهب لبنا فى ضرع أو صوفا على ظهر غنم ، أو نخلا أو زرعا فى أرض أو ثمرا فى شجر أو أرضا فيها نخل أو زرع دونهما أو دارا أو ظرفا فيها متاع الواهب لزوال الخلل بالتفريغ والفرق بين لبن فى ضرع ، وبين هبة ولد فى بطن ، فإنها لم تجز بتسليمه بعد الولادة فى الصحيح ، إذ لايمكن الوقوف على الولد إذ ليس فى وسعه ، فيكون كتعليقه بالخطر ويمكن الوقوف على اللبن بالحلب ، لأنه فى وسعه ، فكان كتأخير هذه الجملة .

فى هد : والتصدق بالشائع كهبته فى كل مامر إلا أنه لو وهب من اثنين مايقبل القسمة ، لم يجز عند أبى حنيفة رواية واحدة من غير اختلاف على قوله : وفى الصدقة اختلف المشايخ على قوله فقيل : لايجوز ، وقيل : فيه روايتان لايجوز على رواية الأصل ، ويجوز على رواية الجامع الصغير ، وهو الصحيح كذا حش .

وفى هد : لو تصدق بعشرة دراهم على محتاجين يجوز وكذا لو وهبها لهما ، ولو تصدق بها على غنيين أو وهبها لهما لم يجز ، وقالا : يجوز لغنيين أيضا فرق بين الهدية والصدقة فى الحكم ، وسوّى فى الأصل وقال : إذ الشيوع مانع فيهما لتوقفهما على القبض ، والفرق أن الصدقة يراد بها وجه الله تعالى ، وهو واحد فلا شيوع ، ويراد بالهبة وجه الغنى وهما اثنان ، وقيل : هذا هو الصحيح والمراد بما ذكر فى الأصل : التصدق على غنيين فقط ، والأظهر أن فى المسألة روايتين .

بخ : قيل : جاز التصدق على غنيين ، لأنهما محل صدقة التطوع :

مق : لاتجوز وعند س : تجوز بشرط المساواة ، وعند م : تجوز فى الحالين جامع الفصولين ،

لا) يبقى منتفعا به بعد أن (يقسم)

وتمام تفاصيل المشاع ، وما يتعلق به فيه فى الفصل الحادى والثلاثين فراجعه إن شئت وقد مر بعض ماذكرناه ويأتى بعضه .

قال فى البحر : وأما إجارته فإن كان من شريكه فهو جائز ، وإن من أجنبى لايجوز مطلقا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى : وهى فاسدة على قوله فيجب أجر المثل على الأصح خلافا لمن قال ببطلانها فلم يوجب شيئا ، وأما الشيوع الطارئ فى ظاهر الرواية لايفسد الإجارة ، وأما إعارته فجائزة إن كانت من شريكه وإلا فإن سلم الكل فهى إعارة مستأنفة للكل ، وإلا لايجبر ، وأما رهنه فهو فاسد فيما ينقسم أو لا من شريكه أو من أجنبى بخلاف الرهن من اثنين فإنه جائز ، وأما وقفه ، فهو جائز عند أبى يوسف خلافا لمحمد فيما يحتملها ، وإن كان مما لايحتملها فجائز اتفاقا ، وأفتى الكثير بقول محمد ، واختار مشايخ بلخ قول أبى يوسف ، وأما وديعته فجائزة وتكون مع الشريك ، وأما قرضه فجائز كما إذا دفع إليه ألفا وقال : خمسمائة قرض وخمسمائة شركة كذا فى النهاية هنا . وأما غصبه فمتصور ، قال البزازى : وعليه الفتوى ، وذكر له فى الفصول صورا .

وأما صدقته : فكهبته إلا إذا تصدق بالكل على اثنين ، فإنه يجوز على الأصح ، وإذا عرف هذا فهبة المشاع فيما لاينقسم تفيد الملك للموهوب له على وجه لايستحق المطالبة بالقسمة ، لأنها لاتمكن ، وأما المهايأة فلا تجب فى ظاهر الرواية ، لأنها إعارة فإن كل واحد منهما يصير معيرا نصيبه من صاحبه ، والجبر على الإعارة غير مشروع ، وفى رواية : يجب وهو الذى يفيده كلام الزيلعى ، لأنها قسمة المنافع ، والتبرع وقع فى العين فيكون إيجابا فى غير ماتبرع به فلا يبالى به ، وإنما المحظور الإيجاب فى عين ماتبرع به .

وقال قاضى زاده بعد نقل : أن المهايأة لاتجب مع علته عن صاحب غاية البيان لعل هذا الجواب غير صحيح ، لأن التهايؤ يجب ، ويجرى فيه جبر القاضى إذا طلبه أحد الشركاء لاسيما فيما لايقسم نص عليه فى عامة الكتب .

وأما دعوى الشائع إذا ادعى رجل ثلاثة أسهم من عشرة أسهم من دار ، وقال : هذه الثلاثة الأسهم من العشرة الأسهم من الدار المحدودة ملكى وحقى وفى يد هذا الرجل بغير حق ، ولم يذكر أن جميع هذه الدار فى يده وكذلك لم يشهد شهوده أن جميع هذه الدار فى يده ، فإن الدعوى صحيحة والشهادة مقبولة ، وأما استحقاق الشائع إذا استحق نصف الدار شائعا أو ثلثها أو ربعها ، فالمشترى بالخيار عندنا إن شاء رد مابقى ورجع بكل ثمنه ، وإن شاء أمسك مابقى ورجع بثمنه على بائعه انتهى بزيادة (قوله لايبقى منتفعا به بعد أن يقسم) أى ليس من شأنه أن يقسم بمعنى أنه لايبقى منتفعا به بعد القسمة أصلا كعبد واحد ودابة واحدة أو لايبقى منتفعا به بعد القسمة من جنس الانتفاع الذى كان قبل القسمة كالبيت الصغير والحمام الصغير انتهى درر : أى فإن البيت الصغير إذا قسم ربما ينتفع به مخزنا أو مربطا للحمار ، ولكنه لاينتفع به لابيتوتة كالانتفاع السابق ، فهو مما لايقسم ، فيصح هبة بعضه مشاعا ، وكذا الحمام الصغير إذا قسم يمكن أن يجعل بيتا أو مربطا للدواب ، ولكن لايمكن أن يبقى حماما كما كان فهو مما لايقسم ، بخلاف الحمام الكبير الذى يمكن أن يقسم ، ويجعل له موقد ثان أو أكثر ، فإن هبة بعضه مشاعا لاتصح . واحتياجه إلى موقد ثان لايخرجه عن كونه قابلا للقسمة ، حيث أمكن أن يتخذ له موقدا كالقسم الذى يحتاج إلى طريق أو مسيل ، ويمكن فيه ذلك فإنه قابل للقسمة ، فكذا هذا . وفى أول

كبيت وحمام صغيرين لأنها (لا) تتم بالقبض (فيما يقسم

كتاب القسمة من البزازية لايقسم حمام ، وحائط ، وبيت ، ودكان صغير ، لأنه لو قسم لايبقى لكل فائدة ، وانتفاع فيما يخصه وإن بقي فائدة يقسم بينهما اه .

قال في الحامدية : لايقسم الحمام والحائط والبيت الصغير والدكانة الصغيرة ، وهذا إذا كان بحال لو قسم لايبقى لكل واحد بعد القسمة موضع يعمل فيه ، وإن كان فيقسم خزانة الفتاوى . ومثله في الخلاصة والبزازية انتهى .

أقول : وعليه فينبغي أن يقيد الحمام بالصغير خلافا لما فهمه الحلبي من أن الحمام لايقسم مطلقا ، وفسر سيدي الوالد رحمه الله تعالى الحمام الكبير بما إذا كان له خزانتان والرحى بما إذا كانت ذات حجرين فتأمل . وإنما صح فيه الهبة لأن القبض لايتصور فيه إلا بالقبض الناقص وهو قبض الكل فاكتفى به .

قال في البحر : هبة المشاع فيما لايقسم تفيد الملك للموهوب له على وجه لايستحق المطالبة بالقسمة ، لأنها لاتمكن . وأما المهايأة فلا تجب في ظاهر الرواية ، وفي رواية : تجب انتهى وقدمنا قريبا أن التهايؤ يجب ، ويجري فيه جبر القاضي إذا طلبه أحد الشركاء لاسيما فيما لايقسم نص عليه في عامة الكتب ، فلا تنسه .

وفي البحر : ويشترط في صحة هبة المشاع الذي لايحتملها أن يكون قدرا معلوما ، حتى لو وهب نصيبه من عبد ولم يعلم به لم يجز ، لأنها جهالة توجب المنازعة اه .

قال في الهندية : لو وهب نصيبه من عبد ، ولم يعلم به لم يجز فإن علمه الموهوب له ينبغي أن يجوز عند الإمام دونهما ، وفيها قبل ذلك جميع ما أملكه لفلان يكون هبة لاتجوز بدون القبض . وفي منية المفتي : قال : وهبت نصيبي من هذه الدار والموهوب له لايعلم كم نصيبه صحت اه ولعل المتفاحش جهالته لاتصح هبته كقوله : وهبتك شيئا من مالي أو من كذا ، وفي التاترخانية مثل مافي المنية فتأمل (قوله كبيت وحمام صغيرين) الحد الفاصل بين مايحتمل القسمة وبين مالايحتملها أن مالايبقى منتفعا به بعد القسمة أصلا كعبد واحد ودابة واحدة ، أو لم ينتفع بها انتفاعا قبل القسمة كالحمام والطاحونة والبيت الصغير فإنها لاتصح ، وكل مايوجب قسمته نقصانا فهو مما لايقسم وإلا فمما يقسم ، واختار الأول : أكثر الشراح ، والثاني : صاحب الذخيرة فإذا وهب درهما صحيحا لرجلين لايصح لأن تنصيف الدرهم لايوجب نقصانا فهو مما يقسم والصحيح أنه يصح لأن الصحيح لايكسر عادة فهو مما لايقسم انتهى . وذكره الشارح آخر الباب فتأمل (قوله لأنها لاتتم) لاموقع لهذا التعليل إلا بتقدير وإنما قيدنا بمشاع لايقسم لأنها الخ ط بل لو قال لأنه لايتأتى القبض في مثل ذلك إلا بقبض الكل ، ولا تتم بذلك فيما يقسم الخ لكان حسنا .

وفي العناية : الهبة فيما يقسم جائزة ، ولكن غير مثبتة للملك قبل تسليمه مفرزا (قوله لاتتم بالقبض فيما يقسم) قال علماؤنا : هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لاتتم ، ولا تفيد الملك قبل القسمة ، وبعض أصحابنا قال إنها فاسدة ، والأصح الأول كالهبة قبل القبض اه شلبي عن الإتقاني .

وأشار الشارح أنه إنما شرط أن يكون الموهوب مقسوما أو مشاعا لايقبل القسمة ، لأن الهبة لاتتم إلا بالقبض والقبض إنما يكون في المقسوم ، وكذا في المشاع الذي لايقسم لأن قبض كل شيء بحسبه ، والمشاع الذي لايقبل القسمة لايكون قبضه إلا مشاعا فاكتفى به كذلك وتمت به الهبة أما المشاع الذي يقبل القسمة ، فإنه يمكن تسليمه بعد قسمته ، ويكون قبضه كاملا ، فلا يكتفى بتسليمه مشاعا ولا يعد قابضا له مع الشيوع ، ولا فرق أن يكون

ولو) هبة (لشريكه) أو لأجنبى لعدم تصوّر القبض الكامل كما فى عامة الكتب فكان هو المذهب :
وفى الصيرفية عن العتابى : وقيل يجوز لشريكه وهو المختار (فإن قسمه وسلمه صح) لزوال المانع (ولو سلمه شائعا لايملكه فلا ينفذ تصرفه فيه) فيضمنه وينفذ تصرف الواهب درر لكن فيها عن الفصولين الهبة الفاسدة تفيد الملك

وهبه لشريكه أو لأجنبى خلافا لما فى الصيرفية من جوازه من الشريك ، وذكر أنه المختار ووجهه ظاهر لتصور قبض الشريك له مع شيوعه ، لأن نصيب الشريك فى يده فيمكنه قبض الشقص الثانى مشاعا ، ولكنه لما كانت عامة الكتب على إطلاق المنع ، وهى موضوعة لنقل المذهب كما قال ، فكان هو المذهب فوجب العمل به سواء ظهر وجهه أولا لأن المقلد عليه اتباع ماقاله إمامه سواء وقف على دليله أو لا ، والله تعالى أعلم (قوله ولو هبة لشريكه) لو وصلية : أى ولو كانت الهبة لشريك الواهب (قوله أو لأجنبى) الأولى إسقاطه لأنه مفهوم من لو ، ولا خلاف فيه إنما الخلاف فى الشريك كما مر ويأتى (قوله لعدم تصور القبض الكامل) أى فيما يتصور فيه (قوله كما فى عامة الكتب) وصرح به الزيلعى وصاحب البحر منح (قوله فكان هو المذهب) راجع لمسألة الشريك كما فى المنح (قوله وهو المختار) الظاهر من عباراتهم اعتماد الأول ، حتى نسب الثانى شيخ الإسلام إلى ابن أبى ليلى بعد ماحكى الإطلاق عن أهل المذهب .

وفى مؤيد زاده : وهب مشاعا ينقسم لشريكه لايجوز خلافا لابن أبى ليلى اه قال الرملى : وجد بخط المؤلف يعنى صاحب المنح بإزاء هذا ماصورته : ولا يخفى عليك أنه خلاف المشهور (قوله فإن قسمه) أى الواهب بنفسه أو نائبه أو أمر الموهوب له بأن يقسم مع شريكه كل ذلك تتم به الهبة ، كما هو ظاهر لمن عنده أدنى فقه تأمل رملى (قوله صح لزوال المانع) وهو الإشاعة فإنها زالت بالقسمة والتسليم لأنه كان عاجزا عن القبض الكامل الذى تتم به الهبة ومعناه أنها تملك بذلك ، لا أن الصحة متوقفة على القسمة ولو كان شرطا للصحة لأحتيج إلى تجديد العقد بحر بزيادة (قوله ولو سلمه شائعا) بأن سلمه الكل (قوله لايملكه) لعدم وجود القبض الكامل فيما يتصور فيه (قوله فيضمنه) أى بعد إتلافه ويجب عليه رده قبله ، ولايمتنع الرد ببيعه لعدم نفاذه (قوله لكن فيها عن الفصولين الخ) قال فى التاترخانية : بعد نقل هذا القول ، وفى السراجية وبه يفتى اه ومع إفادتها للملك يحكم بنقضها للفساد كالبيع الفاسد ينقض له تأمل رملى (قوله الهبة الفاسدة الخ) ظاهره أن هبة المشاع قبل القسمة فاسدة ، مع أنها صحيحة غير تامة ولذا قال الشلبى : قوله : لأنه لو صح هبة المشاع فيما يقسم ظاهره كما ترى يشعر بعدم الصحة وقد قدمت قريبا أن الأصح أنها صحيحة غير تامة لا فاسدة كما قال به بعض مشايخنا والله تعالى أعلم اه ويدل عليه كلام صاحب البحر المتقدم وعبارة الهندية الآتية تفيد أن الفتوى على الفساد ط .

قال فى الفتاوى الخيرية : ولا تفيد الملك فى ظاهر الرواية قال الزيلعى : ولو سلمه شائعا لايملكه ، حتى لاينفذ تصرفه فيه فيكون مضمونا عليه ، وينفذ فيه تصرف الواهب ذكره الطحاوى وقاضيخان . وروى عن عن ابن رستم مثله ، وذكر عصام أنها تفيد الملك وبه أخذ بعض المشايخ اه ومع إفادتها للملك عند هذا البعض أجمع الكل على أن للواهب استردادها من الموهوب له ، ولو كان ذا رحم محرم من الواهب .

قال فى جامع الفصولين رامزا لفتاوى الفضلى : ثم إذا هلكت أفتيت بالرجوع للواهب هبة فاسدة لذى رحم محرم منه إذا الفاسدة مضمونة على مامر ، فإذا كانت مضمونة بالقيمة بعد الهلاك كانت مستحقة الرد

بالقبض وبه يفتى ومثله فى البزازية على خلاف ما صححه فى العمادية لكن لفظ الفتوى آكد من لفظ الصحيح كما بسطه المصنف مع بقية أحكام المشاع ؛ وهل للقريب الرجوع فى الهبة الفاسدة ؟ قال فى الدرر نعم

قبل الهلاك اه وكما يكون للواهب الرجوع فيها يكون لوارثه بعد موته ، لكونها مستحقة الرد ، وتضمن بعد الهلاك كالبيع الفاسد إذا مات أحد المتبايعين فلورثته نقضه ، لأنه مستحق الرد ومضمون بالهلاك ، ثم من المقرر أن القضاء يتخصص فإذا ولى السلطان قاضيا ليقضى بمذهب أبى حنيفة لا ينفذ قضاؤه بمذهب غيره ، لأنه معزول عنه بتخصيصه فالتحق فيه بالرعية نص على ذلك علماؤنا رحمهم الله تعالى اه ما فى الخيرية وأفتى به فى الحامدية أيضا والتاجية ، وبه جزم فى الجوهرة والبحر ، ونقل عن المبتغى بالغين المعجمة : أنه لو باعه الموهوب له لا يصح وفى نور العين عن الوجيز الهبة الفاسدة مضمونة بالقبض ، ولا يثبت الملك فيها إلا عند أداء العوض نص عليه محمد فى المبسوط ، وهو قول أبى يوسف إذ الهبة تنقلب عقد معاوضة اه وذكر قبله هبة المشاع فيما يقسم لا تفيد الملك عند أبى حنيفة وفى القهستانى : لا تفيد الملك ، وهو المختار كما فى المضمرات ، وهذا مروى عن أبى حنيفة وهو الصحيح اه ،

فحيث علمت أنه ظاهر الرواية وأنه نص عليه محمد ورووه عن أبى حنيفة ظهر أنه الذى عليه العمل ، وإن صرح بأن المفتى به خلافه ، ولا سيما أنه يكون ملكا خبيثا كما يأتى ويكون مضمونا كما علمته فلا يجدى نفعا للموهوب له فاغتنمه ، وإنما أكثرت النقل فى مثل هذه لكثرة وقوعها وعدم تنبه أكثر الناس للزوم الضمان على قول المخالف ، ورجاء لدعوة نافعة فى الغيب (قوله بالقبض) لكن ملكا خبيثا ، وبه يفتى قهستانى : أى وهو مضمون كما علمت آنفا فتنبه (قوله وبه يفتى) قال فى الهندية : هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تجوز ، سواء كانت من شريك ، أو من غير شريك ، ولو قبضها هل يفيد الملك ذكر حسام الدين رحمه الله تعالى فى كتاب الواقعات : أن المختار أنه لا يفيد الملك ، وذكر فى موضع آخر أنه يفيد الملك ملكا فاسدا وبه يفتى كذا فى السراجية اه (قوله ومثله فى البزازية) عبارتها وهل يثبت الملك بالقبض قال الناطفى عند الإمام : لا يفيد الملك ، وفى بعض الفتاوى : يثبت فيها فاسدا وبه يفتى ونص فى الأصل : أنه لو وهب نصف داره من آخر ، وسلمها إليه فباعها الموهوب له لم يجز وأنه لا يملك ، حيث أبطل البيع بعد القبض ، ونص فى الفتاوى أنه هو المختار اه .

ورأيت بخط بعض الأفاضل على هامش المنح بعد نقله ذلك ، وأنت تراه عزا رواية إفادة الملك بالقبض والإفتاء بها إلى بعض الفتاوى ، فلا تعارض رواية الأصل ، ولذا اختارها قاضيخان ، وقوله : لفظ الفتوى الخ قد يقال يمنع عمومه لا سيما مثل هذه الصغية فى مثل سياق البزازى ، فإذا تأملته تقضى برجحان مادل عليه الأصل اه (قوله على خلاف ما صححه فى العمادية) أى عن العدة بلفظ هو المختار (قوله لكن لفظ الفتوى) استدراك على ما يستفاد من قوله ما صححه فى العمادية من أن القولين ، سواء وحيث كان لفظ الفتوى آكد ، فيكون العمل على ما فى الفصول والبزازية لأنه قال : وبه يفتى ، وهو آكد من الصحيح الذى فى العمادية ، فحينئذ يمتنع الرجوع بعد بيعه لتعلق حق المشترى به كما تقدم نظيره فى البيع الفاسد (قوله مع بقية أحكام المشاع) من بيعه فإنه جائز فيما يقسم ، ومالا يقسم ومن إجارته ، ومن إعارته وغير ذلك كما قدمناه قريبا (قوله قال فى الدرر نعم) عبارتها قال بعض المشايخ : كانت المسألة واقعة الفتوى وفرقت بين الهبة الصحيحة والفاسدة ، وأفتيت أى فى الفاسدة بالرجوع ، وقال الإمام الأستروشنى والإمام عماد الدين هذا الجواب مستقيم ،

وتعقبه فى الشرنبلالية بأنه غير ظاهر على القول المفتى به من إفادتها الملك بالقبض فليحفظ (المانع) من تمام القبض (شيوع مقارن) للعقد (لاطارئ) كأن يرجع فى بعضها شائعا فإنه لايفسدها اتفاقا (والاستحقاق شيوع (مقارن) لاطارئ فيفسد الكل حتى لو وهب أرضا وزرعا وسلمهما فاستحق الزرع بطلت فى الأرض

أما على قول من لا يرى الملك بالقبض فى الهبة الفاسدة فظاهر ، وأما على قول من يرى الملك فلأن المقبوض فى حكم الهبة الفاسدة مضمون على ما تقرر ، فإذا كان مضمونا بالقيمة بعد الهلاك كان مستحق الرد قبل الهلاك ، فيملك الرجوع والاسترداد انتهى (قوله وتعقبه فى الشرنبلالية) حيث قال : قوله : وأما على قول من يرى الملك فلأن المقبوض بحكم الهبة الفاسدة مضمون الخ هذا غير ظاهر ، لأن قوله : فلأن المقبوض بحكم الهبة الفاسدة مضمون لا يكون متجها إلا على القول بعدم الملك ، وإلا فكيف يكون مالكا وضامنا انتهى ، ونظر فيه الشيخ شاهين بأن المقبوض فى البيع الفاسد مملوك بالقبض مضمون بقيمته فلا يبعد كون الشخص مالكا وضامنا ، فكان الجواب مستقيما ، وكان القول بالضمان متجها ، حتى على قول من قال يملك الموهوب فاسدا اه ذكره أبو السعود ، وفيه أن هذا قياس مع الفارق ، فإن المبيع فاسدا مقبوض فى عقد معاوضة ، فلا بد من العوض وقد ألغينا الثمن لعدم الصحة ، وأوجبنا القيمة عوضا وإلا لزم أخذ ما عقد للمعاوضه بلا عوض ، أما المقبوض فى الهبة الفاسدة فهو مقبوض بغير عوض أصلا ، وقد قال القائل بالملك فيها ، والملك فى الموهوب بلا عوض ، أما لو نظرنا إلى كونه ملكا خبيثا ، كما قال المؤلف فى شرح الملتقى وقيل : يملكه بالقبض لكنه ملك خبيث ، وبه يفتى قهستانى عن المضمرات يكون موجبه التصدق بقيمته هالكا كما قيل به فى نظائره فليتأمل .

ويتفرع على القول بثبوت الملك بالقبض فى الهبة الفاسدة ما فى البحر عن الأسعاف من أنه إذا وقف الأرض التى وهبت له هبة فاسدة صح وعليه قيمتها انتهى . وهذا يؤيد ماذكره الشيخ شاهين تبعا للإمامين الاستروشنى والعمادى . وفى أبى السعود عن القهستانى وكما لا يمنع الرجوع فى الهبة الفاسدة القرابة فكذا غيرها من الموانع انتهى . ويؤيد ذلك أيضا ما قدمناه عن الخيرية ونور العين فلا تنسه (قوله من تمام القبض) أى كون القبض تاما (قوله لا طارىء) بالهمز لأنه حدث بعد وجود القبض وتمام الهبة فلا يؤثر شيئا .

أقول : ومنه مالو وهب دارا فى مرضه وليس له سواها ثم مات ولم تجز الورثة الهبة بقيت الهبة فى ثلثها ، وتبطل فى الثلثين كما صرح به فى الخانية (قوله كأن يرجع فى بعضها شائعا) فإنه لايفسدها اتفاقا ونظيره ما قالوا إن الردة لاتبطل التيمم لأن الإسلام شرط لوجود النية التى هى شرط لصحة التيمم ، فإذا صح التيمم بوجود شرطه ، وهو النية من المسلم ، ثم طرأ عليه الكفر بعد ذلك والعياذ بالله تعالى لم يبطل تيممه ، لأنه قد تم بوجود شرطه . وكذلك هنا الشائع لا تصح هبته لفقد شرطه ، وهو القبض الكامل ، فإذا وهب غير الشائع وتمت الهبة بقبضه الكامل ، ثم طرأ عليه الشيوع بعد استيفاء شرطه ، ولم يبق إلا مجرد الملك للموهوب فى الهبة والشيوع لا ينافى الملك كما أن الكفر لا ينافى رفع الحدث ، فكما أن التيمم لايبطل بالردة كذلك الهبة لاتبطل بطرو الشيوع بعد تمامها (قوله حتى لو وهب الخ) وهذا بخلاف ما إذا وهب دارا بمتاعها وسلمها فاستحق المتاع صحت فى الدار إذ بالاستحقاق ظهر أن يده فى المتاع كانت يد غصب وقد تقدم أن الهبة المشغولة بملك الغير تصح . بخلاف المشغولة بملك الواهب ، وإنما بطلت الهبة فى مسئلتنا وخالفت مسألة الدار والمتاع لأن الزرع مع الأرض بحكم الاتصال كشىء واحد ، فإذا استحق أحدهما صار كأنه استحق البعض الشائع فيما يحتمل القسمة ، فتبطل الهبة

لاستحقاق البعض الشائع فيما يحتمل القسمة والاستحقاق إذا ظهر بالبينة كان مستندا إلى ماقبل الهبة فيكون مقارنا لها لاطارئا كما زعمه صدر الشريعة وإن تبعه ابن الكمال فتنبه .

(ولا تصح هبة لبن فى ضرع وصوف على غنم ونخل فى أرض وتمر فى نخل) لأنه كمشاع

فى الباقى كذا فى الكافى درر ويدل لهذا التعليل قول المؤلف الآتى كمشاع . قال فى الخانية : والزرع لا يشبه المتاع (قوله لا ستحقاق البعض الشائع) أى حكما كما علمت (قوله إذا ظهر بالبينة الخ) انظر ما لو ثبت الاستحقاق بإقرار الواهب ، والظاهر أنه لغو لأنه أقر بملك الغير ومالو أقر به الموهوب له ، والظاهر أنه يعامل بإقراره ، فيثبت الزرع لمستحقه وهل تبطل الهبة يحرر ط (قوله فيكون مقارنا لها لا طارئا) هذا الذى فى الظهيرية والذى فى دعوى النهاية والكرمانى جعله من الطارىء . قال القهستانى : فلعل فى المسألة روايتين ، وبه تعلم أن صدر الشريعة وابن الكمال لهما سلف فيما ذهبا إليه .

والحاصل : أن صدر الشريعة جعل المفسد هو الشيوع المقارن ، لأن الشيوع الطارىء كما إذا وهب ، ثم رجع بالبعض الشائع واستحق البعض الشائع .

ورد عليه صاحب الدرر والمصنف حيث قال فى الدرر : أقول : عدة صورة الاستحقاق من أمثلة الشيوع الطارىء غير صحيح والصحيح ما ذكر فى الفصولين والكافى ، وعبارة الفصولين أن الشيوع الطارىء لا يفسد الهبة بالاتفاق وهو أن يرجع ببعض الهبة شائعا ، أما الاستحقاق فيفسد الكل لأنه مقارن لا طارىء كذا ذكره شيخ الإسلام أبو بكر فى المحيط اهـ (قوله كمشاع) قال فى شرح الدرر : هذه نظائر المشاع لا أمثلته فلا شيوع فى شىء منها لكنها فى حكم المشاع حتى إذا فصلت وسلمت صح .

قال الخير الرملى : أقول : لايذهب عنك أنه لايلزم أن يأخذ حكمه فى كل شىء ، وإلا لزم أن لاتجوز هبة النخل من صاحب الأرض وكذا عكسه ، والظاهر خلافه والفرق بينهما أنه ما من جزء من المشاع وإن دق إلا وللشريك فيه ملك فلا تصح هبته ، ولو من الشريك لأن القبض الكامل لا يتصور ، وأما نحو النخل فى الأرض والتمر فى النخل والزرع فى الأرض لو كان كل واحد منها لشخص ، فوهب صاحب النخل نخله كله لصاحب الأرض أو عكسه ، فإن الهبة تصح لأن ملك كل منهما متميز عن الآخر فيصح قبضه بتمامه ، ولم أر من صرح به ، لكن يؤخذ الحكم من كلامهم ، وقد صرحوا بأن المانع إنما يعتبر وقت القبض ، لا وقت العقد هذا ، وقد قدم عن الصيرفية لو وهب نصيبه من الدار لشريكه أو من شىء يحتمل القسمة فإنه يجوز إجماعا .

وفى فتاوى الزاهد العتابى : لو وهب النصف من شريكه من دار لم يجز وقيل : يجوز هو المختار وراجعت الصيرفية فرأيته قال وفى فتاوى زين : لو وهب النصف من شريكه الخ فإذا كان هذا فى المشاع فما بالك فى المتصل الممكن فصله ، ولا أدرى ما يمنع من ذلك ، ولكن النقل إذا وجد لا يسعنا معه إلا التسليم اهـ .

أقول : ومثال مشاع يقبل القسمة كنصف دار كبيرة وربع صبرة معينة ونحوهما مما سبق من الأمثلة ، وإنما أورد النظائر لا هتمام الإفادة وللتنبيه على أن الحكم فيها بالطريق الأولى كما هو حال التشبيه ظاهرا ، غايته التساوى ، فيكون من قبيل تشبيه أحد المتساويين فى الحكم بالآخر والأول هو الظاهر .

قال فى العمادية : إن هبة اللبن فى الضرع فى رواية لاتجوز ، وفى رواية : تجوز إذا سلطه على الحلب انتهى .

(ولو فصله) وسلمه (جاز) لزوال المانع وهل يكفى فصل الموهوب له بإذن الواهب ظاهر الدرر نعم (بخلاف دقيق فى بر ودهن فى سمسم وسمن فى لبن) حيث لايصح أصلا لأنه معدوم فلا يملك إلا بعقد جديد

وفى التاترخانية : وهبة اللبن فى الضرع لا تجوز فى إحدى الروايتين من كتاب الهبة ، وإن سلط على الحلب هو الصحيح اه لعل صحة عدم الجواز لأن الحلب يقبل التفاوت فيؤدى إلى النزاع على أن القبض لم يوجد إذ اللبن فى الضرع عند الهبة ، وهو متصل بملك الواهب هذا .

وقال فى الكافى : ولو وهب زرعا فى أرض أو ثمرا فى شجر أو حلية فى سيف أو بناء فى دار أو قفيزا من صبرة ، وأمره بالحصاد والجذاذ والنزع والنقض والكيل ، وفعل صح استحسانا ، ويجعل كأنه وهبه بعد الحصاد والجذاذ ونحوهما اه لعل وجه الاستحسان : أن الحصاد ونحوه لايقبل التفاوت فلا يؤدى إلى النزاع هذا ، فيكون كطعام فى جرابه إلا أنه لما كان اتصال كل منها بملك الواهب خلقة عد من قبيل المشاع فتأمل (قوله ولو فصله وسلمه جاز) إنما جاز فى اللبن وإن كان فى وجوده شك ، لأنه قد يكون ريحا أو دما لترجح جانب الوجود بالتصرف فيه ، فإنه بانفصاله تيقن وجوده ، بخلاف هبة الحمل فإنه لا يصح ، ولو سلمه بعد الولادة لعدم إمكان التصرف وقت الهبة (قوله ظاهر الدرر نعم) فإنه قال : وكذا يجوز هبة البناء دون العرصة إذا أذن له أى للموهوب له الواهب فى نقضه وهبة أرض فيها زرع دونه أى دون الزرع ونخل فيها ثمر دونه : أى دون الثمر إذا أمره أى الواهب الموهوب له بالحصاد فى الزرع والجذاذ فى الثمر لزوال اشتغال الموهوب بملك الواهب انتهى بتصرف . وأفاد عزمى زاده أنه صحيح فى الأول دون الأخيرين ، فإنه لا يصح فيهما مطلقا لأنه متصل به اتصال خلقة ، فكان بمنزلة المشاع الذى يحتمل القسمة ، فلا تتم بدون الإفراز والحيازة . نعم الحكم صحيح فى عسكهما وهو هبة زرع ، بدون أرضه وهبة ثمر بدون شجره . فإنه يصح استحسانا إن أمره بالحصاد والجذاذ وفعله انتهى وعلى كل فما ذكره الشارح صحيح ، وبحث عزمى زاده فى التمثيل ط .

أقول : ويحتمل أن الشارح فهم من قول الدرر حتى إذا فصلت هذه الأشياء عن ملك الواهب ، وسلمت صح هبتها كما فى المشاع ما إذا فصلها الواهب ، أو الموهوب له بإذنه .

وقال الخير الرملى فى حاشيته على المنح قوله : ولو فصله وسلمه أى الواهب فلو فصله الموهوب له بغير إذن الواهب لا يملكه إلا بعقد جديد اه فقوله : بغير إذن الواهب إنه لو كان بإذنه كان كفصله بنفسه ، ويحتمل أنه أخذه الشارح من العبارة التى ذكرناها أولا عن الطحطاوى ، وكأن الشارح رأى أنه لا فرق بينهما وإن كانت العلة التى ذكرها فى الدرر لا تجرى هنا لأنه علل بأن المانع الاشتغال بملك الواهب ، فإذا أذن بالجذاذ والحصاد ، وفعل الموهوب له ذلك زال المانع فجازت الهبة ، وهنا يقال : المانع هو شبه الشيوع ، فإذا زال بإذن المالك زال المانع والله أعلم .

قال فى الخانية : ولو وهب زرعا بدون الأرض أو ثمرا بدون النخل ، وأمره بالحصاد والجذاذ ففعل الموهوب له ذلك جاز ، لأن قبضه بالاذن يصح فى المجلس وبعده اه ومثله فى الحامدية عن جامع الفتاوى ، وهو نظير ما فهمه الشارح أولا (قوله حيث لا يصح أصلا) أى سواء أفرزها وسلمها أولا درر (قوله لأنه معدوم) قال فى الدرر : لأنه فى حكم المعدوم وسره أن الحنطة استحالت ، وصارت دقيقا وكذا غيرها وبعد الاستحالة هو عين أخرى على ما عرف فى الغصب اه . وأما الوصية فتجوز بهذه الأشياء لأنها تجوز بالمعدوم كما ذكره العينى (قوله فلا يملك إلا بعقد جديد) لأنه بعد الاستحالة عين أخرى بخلاف المشاع ، لأنه محل

(وملك) بالقبول (بلا قبض جديد) لو الموهوب فى يد الموهوب له ولو بغصب أو أمانة لأنه حينئذ عامل لنفسه والأصل أن القبضين إذا تجانسا ناب أحدهما عن الآخر وإذا تغايرا ناب الأعلى عن الأدنى لاعكسه

للملك إلا أنه لا يمكن تسليمه ، فإذا زال المانع جاز درر ومنح (قوله وملك بالقبول) إنما اشترط القبول نصا لأنه إذا لم يوجد كذلك يقع الملك فى الهبة بغير رضاه لأنه لاحاجة إلى القبض، ولا يجوز أن يقع الملك للموهوب له بغير رضاه لما فيه من توهم الضرر ، بخلاف ما إذا وهب عبدا له لم يكن فى يده ، وأمره بقبضه فإنه يصح إذا قبض . ولا يشترط القبول لأن العبد ليس فى يده حال الهبة ، فكان الموهوب له محتاجا إلى إحداث قبض، حتى يملك الهبة فإذا أقدم على القبض كان ذلك إقداما على القبول ورضامنه بوقوع الملك له فيملكه (قوله بلاقبض) أى بأن يرجع إلى الموضع الذى فيه العين ، وينقضى وقت يتمكن فيه من قبضها قهستانى (قوله لو الموهوب فى يد الموهوب له) لأن القبض ثابت فيها ، وهو الشرط سواء كانت فى يده أمانة أو مضمونة لأن قبض الأمانة ينوب عن مثله . لا عن المضمون ، والمضمون ينوب عنهما والأصل أنه متى تجانس القبضان ناب أحدهما عن الآخر ، وإن اختلفا ناب الأقوى عن الأضعف ، دون العكس ، هذا إذا كان الموهوب مضمونا فى يده كالغصب والمرهون والمقبوض ، على سوم الشراء لا إشكال فيه ، لأن القبض فيه حقيقة وحكما ، فيبرأ عن الضمان بمجرد قبول الهبة ، وكذا إذا كان فى يده عارية أو إجارة لأنه قبضها لنفسه ويده ثابتة فيه . وأما إذا كانت فى يده بطريق الوديعة . فمشكل لأن يده يد المالك لكن لما لم يكن عاملا للمالك بعد الهبة اعتبرت يده الحقيقية زيلعى .

واعلم أن فى قول الزيلعى ، فيبرأ عن الضمان إشارة إلى أن العين المرهونة تكون مضمونة فى يد الموهوب له بمثلها أو قيمتها احترازا عما إذا كانت العين مضمونة بغيرها كالمبيع المضمون بالثمن وكالرهن المضمون بالدين ، فلا بد من قبض مستأنف بعد عقد الهبة ، ومضى وقت يتمكن من قبضها لأن العين وإن كانت فى يده مضمونة إلا أن هذا الضمان لا تصح البراءة منه مع وجود القبض الموجب له ، فلم تكن الهبة براءة وإذا كان كذلك لم يوجد القبض المستحق بالهبة ، فلم يكن بد من تجديد قبض آخر غاية عن شرح الأقطع (قوله لأنه حينئذ) أى حين إذ قبل عامل لنفسه أى بسبب وضع يده على ملكه (قوله والأصل أن القبضين إذا تجانسا) كأن كان عنده وديعة فأعاره له ، فإن كلا القبضين قبض أمانة ، فيصح من غير قبض مستأنف أو غصب شيئا فباعه المالك منه (قوله وإذا تغايرا) كأن غصبه منه وأخذه ثم وهبه منه (قوله ناب الأعلى عن الأدنى) أى ولا يحتاج إلى قبض فناب المغصوب عن قبض الهبة لأن فى الأعلى مثل مافى الأدنى وزيادة ، وليس فى الأدنى ما فى الأقوى، وكذا لو كان مقبوضا فى يده بطريق البيع الفاسد ، لأنه قبض ضمان . أما المبيع فاسدا فإنه يملك بقبض الضمان كما لو كان فى يده مغصوبا قبل الشراء الفاسد ، ولا يقبض بقبض الأمانة لأن قبض الأمانة دون قبض الضمان فلا ينوب عنه (قوله لا عكسه) وهو أن قبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان كما فى البيع والرهن فقبض الوديعة مع قبض الهبة يتجانسان ، لأنهما قبض أمانة ومع قبض الشراء يتغايران ، لأنه قبض ضمان فلا ينوب الأول عنه كما فى المحيط ومثله فى شرح الطحاوى ، لكن ليس على إطلاقه ، فإنه إذا كان مضمونا بغيره كالمبيع المضمون بالثمن والمرهون المضمون بالدين لا ينوب قبضه عن القبض الواجب كما فى المستصفى ، ومثله فى الزاهدى ، فلو باع من المودع احتاج إلى قبض جديد وتمامه فى العمادى قهستانى .

قال الأقطع فى شرحه : والأصل فى ذلك أن العين الموهوبة إذا كانت فى يد الموهوب أمانة كالوديعة والعارية ملكها بعقد الهبة من غير تجديد قبض استحسانا لاقياسا .

وهبة من له ولاية على الطفل (فى الجملة) وهو كل من يعوله فدخل الأخ والعم عندعدم الأب لو فى عيالهم (تتم بالعقد) لو الموهوب معلوما

وجه الاستحسان أن الهبة تقف صحتها على مجرد القبض ، فلا يلتفت إلى قبض بصفة ومجرد القبض موجود عقب العقد فصحت الهبة ، ولا يشبه هذا بيع الوديعة ممن هى فى يده ، لأن البيع يقتضى مبيعا مضمونا وقبض المودع عقب العقد قبض أمانة ، فلا بد من تجديد القبض ، وذلك لا يكون إلا بالتخلية بينه وبين الوديعة ، وأما إذا كانت العين يد الموهوب له مضمونة فهو على وجهين : إن كانت مضمونة بمثلها أو بقيمتها كالعين المغصوبة والمقبوضة على وجـــه السوم ، فإنه يملكه بالعقد ، ولا يحتاج إلى تجديد قبض ، وذلك لأن القبض الذى تقتضيه الهبة قد وجد وزيادة ، وهو الضمان وذلك الضمان تصح البراءة منه ؛ ألا ترى أنه لو أبرأ الغاصب من ضمان الغصب جاز وسقط ، فصارت الهبة براءة من الضمان ، فبقى قبض من غير ضمان فتصح الهبة ، وإن كانت العين مضمونة بغيرها كالبيع المضمون بالثمن ، وكالرهن المضمون بالدين ، فلا بد من قبض مستأنف بعد الهبة وهو أن يرجع إلى الموضع الذى فيه العين ، ويمضى وقت يتمكن فيه من قبضها ، وذلك لأن العين ، وإن كانت فى يده مضمونة إلا أن هذا الضمان لاتصح البراءة منه مع وجود القبض الموجب له ، فلم تكن الهبة براءة ، وإذاكان كذلك لم يوجد القبض المستحق بالهبة فلم يكن بد من تجديد قبض اه (قوله وهبة الخ) هو من إضافة المصدر إلى فاعله أى أن يهب من له الولاية على الطفل للطفل يتم بالعقد ، ولا يفتقر إلى القبض لأنه هو الذى يقبض له فكان قبضه كقبضه ، وصار كمن وهب لآخر شيئا وكان الموهوب فى يد الموهوب له ، فإنه لايحتاج إلى قبض جديد كما مر قبيل هـــذه المسئلة (قوله فى الجملة) أى وإن لم يكن له تصرف فى ماله ، وقوله على الطفل أخرج به الولد الـكبير ، فإن الهبة لا تتم إلا بقبضه ، ولو كان فى عياله ولا يملك المولى قبض ما وهب لعبده المحجور ، وإذا قبضه العبد ملـكه المولى ، لأنه كسب عبده ط (قوله فدخل الأخ) الأولى : نحو الأخ لما سيأتى من أن الأم والملتقط ممن يعوله لو فى حجرهما (قوله عند عدم الأب) لأن تصرفهم كان للضرورة ، ولا ضرورة مع حضوره والمراد بعدم الأب : ما يعم الغيبة المنقطعة أفاده فى البحر . وأفاد المؤلف أن قبض غير الأب مشروط بشرطين : عدم الأب ، وكون الصغير فى عياله . والظاهر أن القول الصحيح الآتى فى أنه لا يشترط عدم الأب فى الهبة الصادرة من الأجنبى ، يأتى هنا والمراد بالأب من له ولاية التصرف فى ماله ط (قوله تتم بالعقد) أى بالإيجاب فقط كما يشير إليه الشارح ، فلو أرسل العبد فى حاجة أو كان آبقا فى دار الاسلام فوهبه من ابنه صحت ، ولو لم يرجع العبد حتى مات الأب لا يصير ميراثا عن الأب تاترخانية لـكن يعكر على صحة الهبة فى الآبق ماقدمناه من أنها لو سقطت لؤلؤة فوهبها لرجل وسلطه على قبضها وطلبها فطلب وقبضها فالهبة باطلة لأن فى قيامها وقت الطلب خطرا .

ووجهه أن الآبق فى وجوده خطر اللهم إلا أن يحمل على ما إذا علم وجوده وقت الهبة أو لأن يد المولى باقية عليه حكما لقيام يد أهل الدار عليه ، فيمنع ظهور يده تملـكهم إن دخل فيها ، ولو وهبه بعد دخوله فيها لم يجز ذكره الشراح فى باب استيلاء الـكفار فتأمل وإذا وهب أحد لطفل ينبغى أن يشهد ، وهذا إذا أعلمه يشهد عليه والإشهاد للتحرز عن الجحود بعد موته والإعلام لازم لأنه بمنزلة القبض بزازية ويأتى قريبا (قوله لو الموهوب معلوما) إذ لا يصح تمليك المجهول كنحو وهبت شيئا من مالى ويأتى فى قوله وضعوا هدايا الختان بين يدى الصبى الخ وهل يشترط فيه أن يكون محوزا مقسوما كما هو الشرط فى الهبة ، أو يقال : إنما شرط ذلك لأجل تمام القبض

وكان فى يده أو يد مودعه لأن قبض الولى ينوب عنه ، والأصل أن كل عقد يتولاه الواحد يكتفى فيه بالإيجاب (وإن وهب له أجنبى تتم بقبض وليه) وهو أحد أربعة : الأب ، ثم وصيه ، وإن لم يكن فى حجرهم وعند عدمهم تتم بقبض من يعوله كعمه (وأمه وأجنبى) ولو ملتقطاً (لو فى حجرهما) وإلا لا لفوات الولاية (وبقبضه لو مميزا) يعقل التحصيل (ولو مع وجود أبيه) مجتبى لأنه فى النافع المحض كالبالغ حتى لو وهب له أعمى لا نفع له ، وتلحقه مؤنته لم يصح قبوله أشباه .

قلت : لكن فى البرجندى : اختلف فيما لو قبض من يعوله والأب حاضر ، فقيل : لا يجوز والصحيح هو الجواز اه وظاهر القهستانى ترجيحه وعزاه لفخر الإسلام وغيره على خلاف ما اعتمده المصنف فى شرحه وعزاه

وهذا مقبوض لولى القبض فلا يفتقر إلى ذلك الظاهر نعم لأن من أودع إنسانا داره الكبيرة وسلمه إياها ثم وهبه نصفها فإنها لا تصح الهبة مع أنها مقبوضة بيده ، وإن كان قبضا غير كامل .

قال محمد رحمه الله تعالى : كل شىء وهبه لابنه الصغير وأشهد عليه ، وذلك الشىء معلوم فى نفسه فهو جائز والقصد أن يعلم ما وهبه له والإشهاد ليس بشرط لازم ، فإن الهبة تتم بالإعلام تاترخانية (قوله وكان فى يده أو يد مودعه) وكذا فى يد مستعيره لا مستأجره وغاصبه أو مرتهنه أو المشترى منه بشراء فاسد بزازية قال الطحطاوى واحترز بما ذكر أى كونه فى يده أو يد مودعه عما إذا كانت فى يد الغاصب من الولى ، أو المرتهن أو المستأجر حيث لا تجوز الهبة لعدم قبضه ، لأن قبضهم لأنفسهم اه واستظهر السائحانى أنه إذا انقضت الإجارة أو ارتد الغصب تتم الهبة كما تتم فى نظائره (قوله والأصل أن كل عقد الخ) منه بيع الأب ماله لابنه الصغير اه ذخيرة وتاترخانية والأولى أن يقول : ويكفى الإيجاب وحده والأصل الخ (قوله وهو أحد أربعة) قال الشارح فى كتاب المأذون ، عند قول المصنف : وإن أذن للصبى الذى يعقل البيع والشراء وليه الخ المراد بالولى ولى له التصرف فى المال وهو أبوه ثم وصى الأب ثم جده أبو أبيه ثم وصى جده ، ثم الولى ثم القاضى ووصى القاضى اه سرى الدين وتقدم أن الذى يتصرف فى ماله تسعة الأب والجد والقاضى ووصيهم ووصى وصيهم ، ومقتضاه أن قبض هؤلاء جميعا ينوب عن قبضه ، ثم رأيت صاحب الهندية نقله عن غاية البيان ط ومر قبيل الوكالة فى الخصومة (قوله وعند عدمهم) ولو بالغيبة المنقطعة (قوله تتم بقبض من يعوله) لأن له ولاية التصرف النافع لثبوت يدهم عليه ، حتى لا يكون لغيرهم نزعه من أيديهم ، فكانوا أحق بحفظه وتحصيل المال من ضرورات حفظه لصرفه فى قوته وملبوسه ط (قوله ولو ملتقطا) لأن له ولاية التصرف النافع أيضا (قوله لو فى حجرهما) بالفتح والكسر والجمع حجور صحاح وحجر الإنسان حضنه ، وهو مادون إبطه إلى الكشح ، ومعنى كونه فى حجره : أنه فى كنفه ومنعته اه أبو السعودى الحموى وفى الكشف الحجر الكنف والتربية ط (قوله وإلا لا) أى إن لم يكن فى الحجر لا تتم بقبضه ، وإن كان ذا رحم محرم منه (قوله يعقل التحصيل) أى تحصيل المال وهو بيان لتمييزه (قوله لأنه فى النافع المحض) أى لأنه جعل فى التصرف النافع الذى لا يحتمل ضرراً كالبالغ فينفذ نظراً له وجاز تصرف الولى له فى هذه الحالة نظراً له أيضا حتى ينفتح له سبب تحصيل النفع بطريقين (قوله حتى لو وهب له أعمى) تفريع على التقييد بقوله النافع .

أقول : وكذا لو وهب له ترابا فى داره لا يصح ، وقيل إن كان يشترى ذلك منه بشىء ، فإنه يصح قبوله ولا يرد وإن كان لا يشترى ويلزمه مؤنة النقل ونفقة العبد ، فإنه يرد كما فى جامع الصغار للاستروشنى (قوله لكن فى البرجندى) استدراك على قوله وعند عدمهم ح (قوله وظاهر القهستانى الخ) حيث قال كما جاز قبض هبة

للخلاصة لكن متنه يحتمله بوصل ولو

الأجنبي لطفل ممن يربيه من الجد أو الأخ أو العم أو الأم أو وصيه ، أو أجنبي وهو فى عياله وإن لم يكن عاقلا وكان أبوه حاضرا فى هذه الصور على ما قالوا منهم فخر الإسلام وقال بعضهم لم يجز قبض غير الزوج حال حضرة الأب والأول المختار كما فى المضمرات اه ونقل صاحب الهندية عن الخانية أنه الصحيح ، وأنه به يفتى عن الفتاوى الصغرى اه والوصى كالأب والأم كذلك لو الصبى فى عيالها إن وهبت له أو وهب له تملك الأم القبض ، وهذا إذا لم يكن للصبى أب ولا جد ، ولا وصيهما وذكر الصدر أن عدم الأب لقبض الأم ليس بشرط ، وذكر فى الرجل إذا زوج ابنته الصغيرة من رجل فزوجها يملك قبض الهبة لها ، ولا يجوز قبض الزوج قبل الزفاف ، وبعد البلوغ .

وفى التجريد : قبض الزوج يجوز إذا لم يكن الأب حيا فلو أن الأب ووصيه والجد ووصيه غاب غيبة منقطعة جاز قبض الذى يتولاه ، ولا يجوز قبض غير هؤلاء الأربعة مع وجود واحد منهم سواء كان الصغير فى عياله أولا ، وسواء كان ذا رحم محرم أو أجنبيا وإن لم يكن واحد من هؤلاء الأربعة جاز قبض من كان الصبى فى حجره ؛ ولم يجز قبض من لم يكن فى عياله بزازية .

قال فى البحر : والمراد بالوجود الحضور اه وفى غاية البيان : ولا تملك الأم ، وكل من يعول الصغير مع حضور الأب. وقال بعض مشايخنا : يجوز إذا كان فى عيالهم كالزوج ، وعنه احترز فى المتن بقوله فى الصحيح اه ويملك الزوج القبض لها مع حضور الأب بخلاف الأم ، وكل من يعولها غير الزوج ، فإنهم لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة فى الصحيح ، لأن تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الأب ومع حضور الأب لا ضرورة جوهرة ، وإذا غاب أحدهم غيبة منقطعة جاز قبض الذى يتلوه فى الولاية لأن التأخير إلى قدوم الغائب تفويت المنفعة للصغير ، فتنتقل الولاية إلى من يتلوه كما فى الإنكاح ، ولا يجوز قبض غير هؤلاء مع وجود أحدهم ، ولو فى عيال القابض أو رحما محرما منه كالأخ والعم والأم بدائع ملخصا . ولو قبض له من هو فى عياله مع حضور الأب قيل : لا يجوز ، وقيل : يجوز وبه يفتى مشتمل الأحكام والصحيح هو الجواز كما لو قبض الزوج والأب حاضر خانية والفتوى على أنه يجوز استروشنى .

فقد علمت أن الهداية والجوهرة على تصحيح عدم جواز قبض من يعوله مع عدم غيبة الأب وبه جزم صاحب البدائع وقاضيخان ، وغيره من أصحاب الفتاوى صححوا خلافه وهو تصحيح جواز قبض من يعول الصغير ولو مع حضرة الأب وكن على ذكر مما قاله العلامة قاسم ، من أنه لا يعدل عن تصحيح قاضيخان لأنه أجل من يعتمد على تصحيحه فإنه فقيه النفس ، ولا سيما وفيه هنا نفع للصغير ، ويشهد له صحة قبول الصغير بنفسه إذا كان مميزا ، ولو كان الأب حاضرا وأيضا قد وجدت دلالة تفويض الأب أمور الصبى إلى من يعوله كما يأتى فى الزوجة الصغيرة بعد الزفاف فليكن العمل على هذا القول ، ولا سيما وقد صحح بلفظ الفتوى ، وهو آكد ألفاظ التصحيح ، وظاهر كلام الشارح اختياره ، حيث نقل تصحيحه عن البرجندى مستدركا على ظاهر عبارة المصنف فتأمل عند الفتوى . وإنما أكثرت من النقول لأنه واقعة الفتوى . وبعض هذه النقول نقلتها من خط منلا على التركمانى واعتمدت فى عزوها عليه ، فإنه ثمة ثبت رحمه الله تعالى كذا بخط سيدى الوالد رحمه الله تعالى (قوله لكن متنه يحتمله) أى الجواز أى كون الأم والأجنبى لهم القبض مع وجود الأب يفيد المدعى الذى هو القبض مع خصوص الحضور ، لأن الحضور فرد من أفراد الوجود (قوله بوصل ولو) أى بسبب

بأمه والأجنبي أيضا فتأمل (وصح رده لها كقبوله) سراجية. وفيها: حسنات الصبي له ولأبويه أجر التعليم ونحوه. ويباح لوالديه أن يأكلا من مأكول وهب له وقيل لا انتهى فأفاد أن غير المأكول لا يباح لهما إلا لحاجة.

وصل قول المصنف ولو مع وجود أبيه (قوله بأمه والأجنبي) الجار متعلق بوصل يعني يحتمله إذا وصل قول المتن ولو مع وجود أبيه بقوله: وأمه وأجنبي اهـ أي وبقبضه، ولو مع وجود أبيه، لكنه خلاف ظاهر المتن وخلاف ما أوضحه المصنف في شرحه بأن وصله إنما هو بقبضه فقط منقطع عن قوله وأمه وأجنبي (قوله أيضا) أي كما وصل بقوله ولو مميزا (قوله وصح رده) أي رد الصبي وانظر حكم رد الولي، والظاهر أنه لا يصح حتى لو قبل الصبي بعد رد وليه صح، وهل يكره ذلك لأنه لا مصلحة فيه؟ الظاهر نعم ط. (قوله لها) أي للهبة (قوله كقبوله) أقول: وكذا قبول العبد المحجور صحيح كما في رمز المقدسي حيث قال فيه: وهب لعبد محجور ونحوه فالقبول والقبض له لأن ذلك نافع للمولى والعبد مالك لمثله كالاحتطاب والملك للمولى وكذا المكاتب، لكنه لا يملكه المولى اهـ.

قلت: ولم يذكر الرد والظاهر أن له الرد، وأطلق صحة القبول منه فشمل ما إذا كان الأب حيا أو ميتا كما في الخلاصة.

وفي المبسوط: وهب للصغير شيئا ليس له أن يرجع فيه وليس للأب التفويض اهـ. وفي الخانية: ويبيع القاضي ما وهب للصغير حتى لا يرجع الواهب في هبته اهـ وهو مخالف لما تقدم عن المبسوط، ويأتي في كلام الشارح عن الخانية، وكذا في باب الرجوع في الهبة مع التكلم على ذلك، وقيد بالهبة لأن المديون لو دفع ما عليه للصبي، ومستأجره لو دفع الأجرة إليه لا يصح، وأفاد أنه لا تصح الهبة للصغير الذي لا يعقل ولا تتم بقبضه. وأشار بإطلاقه إلى أن الموهوب له لو كان مديونا للصغير تصح الهبة ويسقط الدين كما في الخانية (قوله حسنات الصبي له) أي فيثاب عليها وترفع درجاته إذ لا ذنوب عليه حتى تكفر بها وهذا هو المعتمد وقيل لوالديه، وعليه فهل يتساويان أو للأم الثلثان منه قيل وقيل (قوله ولأبويه) عبر بعضهم بوليه، وهو أعم. قال الأستروشني في جامع أحكام الصغار: حسنات الصبي قبل أن يجري عليه قلم له لقوله تعالى - وأن ليس للإنسان إلا ما سعى - وهذا قول عامة المشايخ وقال بعضهم: ينتفع المرء بعلم ولده بعد مدته، لما روى عن أنس بن مالك أنه قال: من جملة ما ينتفع به المرء بعد موته أن يترك ولدا علمه القرآن أو العلم، فيكون لوالده أجر ذلك من غير أن ينقص من أجر الولد شيء اهـ. ومثله في كتاب الكراهية للعلامي، ويؤيده قوله صلى الله عليه وسلم: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له» اهـ (قوله أجر التعليم) أي إن علماه بزازية (قوله ونحوه) كالإرشاد والتسبب للوجود والبقاء كذا في المنح (قوله ويباح لوالديه) التقييد بهما مخرج غيرهما (قوله من مأكول وهب له) لأن الإهداء إليهما وذكر الصبي لاستصغار الهدية هندية. قال في التاترخانية: روى عن محمد نصا أنه يباح. وفي الذخيرة: وأكثر مشايخ بخارى على أنه لا يباح. وفي فتاوى سمرقند: إذا أهدى الفواكه للصغير يحل للأبوين الأكل منها إذا أريد بذلك الأبوان، لكن أهدى للصغير استصغارا للهدية اهـ.

قلت: وبه يحصل التوفيق ويظهر ذلك بالقرائن وعليه فلا فرق بين المأكول وغيره بل غيره أظهر فتأمل (قوله وقيل لا) قاله أكثر أئمة بخارى (قوله فأفاد) أصله لصاحب البحر وتبعه المصنف في منحه (قوله إلا لحاجة) كفقر الوالدين وذلك على وجهين، أما إن كان في المصر واحتاج لفقره أكل بغير شيء، وإن كان في المفازة

وضعوا هدايا الختان بين يدى الصبى فما يصلح له كثياب الصبيان فالهدية له وإلا فإن المهدى من أقرباء الأب أو معارفه فللأب أو من معارف الأم فللأم قال هذا للصبى أولا ولو قال أهديت للأب أو للأم فالقول له وكذا زفاف البنت خلاصة. وفيها اتخذ لولده أو لتلميذه ثيابا ثم أراد دفعها لغيره

واحتاج إليه لانعدام الطعام معه أكل بالقيمة كما فى التاترخانية وذكره الحموى عن الخانية (قوله فما يصلح له) كثياب الصبيان وكشىء يستعمله الصبيان مثل الصولجان والكرة فالهدية له لأن هذا تمليك للصبى عادة هندية (قوله فالهدية له) الأولى أن يقول فهو له (قوله وإلا) بأن كانت الهدية لاتصلح للصبى عادة كالدراهم والدنانير هندية ، وكالحيوان ومتاع البيت ينظر إلى المهدى الخ منح ؟ .

[تنبيه] فى الفتاوى الخيرية : سئل فيما اعتاده الناس فى الأفراح والأعراس والرجوع من الحج من إعطاء الثياب والدراهم ، وينتظرون بدله عندما يقع لهم مثل ذلك ما حكمه؟ .

أجاب : إن كان العرف شائعا فيما بينهم أنهم يعطون ذلك ليأخذوا بدله كان حكمه حكم القرض فاسده كفاسده وصحيحه كصحيحه ، إذ المعروف عرفا كالمشروط شرطا ، فيطالب به ويحبس عليه ، وإن كان العرف خلاف ذلك بأن كانوا يدفعونه على وجه الهبة ، ولا ينظرون فى ذلك إلى إعطاء البدل فحكمه حكم الهبة فى سائر أحكامه ، فلا رجوع فيه بعد الهلاك أو الاستهلاك والأصل فيه أن المعروف عرفا كالمشروط شرطا اه .

قلت : والعرف فى بلادنا مشترك نعم فى بعض القرى يعدونه كالقرض حتى إنهم فى كل وليمة يحضرون الخطيب يكتب لهم جميع ما يهدى فإذا فعل المهدى وليمة يراجع المهدى إليه دفتر الخطيب فيهدى الأول للثانى مثل ما أهدى إليه (قوله أو من معارف الأم) الأولى زيادة أقاربها كما فى الأب وبه صرح فى البزازية (قوله فللأم) لأن التمليك هنا من الأم عرفا وهناك من الأب ، فكان التعويل على العرف ، حتى لو وجد سبب أو وجه يستدل به على غير ما قلنا يعتمد على ذلك هندية ، فلو كان من معارف كل منهما أو أقاربه ، هل يقسم بينهما يراجع (قوله قال هذا للصبى أولا) أى لا عبرة بهذا العقول لأنهم اعتادوا إرادة بر الوالدين والتستر بمثل هذه العبارة تعظيما لقدر الأبوين ، وهذا إذا لم يمكن استطلاع الحقيقة ، أما لو أمكن الاستخبار من المعطى فالعبرة لما يبينه كما قال الشارح ، ولو قال : أهديت الخ . قال فى الهندية عن الظهيرية : وهذا كله إذا لم يقل المهدى شيئا وتعذر الرجوع إلى قوله ، أما إذا قال : أهديت إلى الأب أو الأم أو الزوج أو المرأة ، فالقول للمهدى اه .

أقول : ولا ينافى هذا قوله هذا للصبى أولا لما سمعته من أنه لاعبرة بهذا القول لأنهم اعتادوا بر الوالدين والتستر الخ . أما هنا فأراد إظهار حقيقة الحال فيعتبر قوله لأنه هو المملك وهو أدرى لمن وهب فافهم (قوله وكذا زفاف البنت) أى وكذلك إن اتخذ وليمة لزفاف ابنته ، فأهدى الناس هدايا فهو على ما ذكرنا من التفصيل بأن كان من أقرباء الزوج أو المرأة أو قال المهدى : أهديت للزوج أو المرأة كما فى التاترخانية والزفاف بكسر الزاى مصدر زففت المرأة أزفها زفا وزفافا اه نوح أفندى ، والمراد بالزفاف بعثها إلى بيته قهستانى (قوله اتخذ لولده) أى الصغير ، وأما الكبير فلا بد من التسليم كما قدمنا ومثله فى جامع الفتاوى ، وأما التلميذ فاو كبيرا فكذلك ، ويملك الرجوع عن الهبة له لو أجنبيا مع الكراهة ، ويمكن حمل قوله ليس له ذلك عليه ونظير ذلك ما يأتى لو سيب دابته وقال : هى لمن أخذها ليس له الرجوع (قوله أو لتلميذه) مسألة التلميذ مفروضة بعد ما دفع الثياب إليه .

ليس له ذلك مالم يبين وقت الاتخاذ أنها عارية . وفى المبتغى ثياب البدن يملكها بلبسها بخلاف نحو ملحفة ووسادة وفى الخانية لابأس بتفضيل بعض الأولاد فى المحبة لأنها عمل القلب وكذا فى العطايا

قال فى الخانية : اتخذ شيئا لتلميذه فأبق التلميذ بعد ما دفع إليه إن بين وقت الاتخاذ أنه إعارة يمكنه الدفع إلى غيره فافهم (قوله ليس له ذلك) أى بعد مادفع الثياب إليه ، قال فى الهندية اشترى ثوبا فقطعه لولده الصغير صار واهبا له بالقطع مسلما إليه قبل الخياطة ، ولو كان كبيرا لم يصر مسلما إليه إلا بعد الخياطة والتسليم اه قنية . وهذا يفيد تفصيلا بين الولد الصغير والكبير فالاتخاذ يكفى فى الصغير بدون تسليم ، لا فى الكبير ، فيحمل كلامه على الصغير . وفى البزازية : اتخذ لولده الصغير ثيابا يملكها ، وكذا الكبير بالتسليم ، وينظر الوجه فى التلميذ ، فإن ذلك فى حقه هبة ، وهى لا تتم إلا بالقبض ولم يحصل بمجرد الاتخاذ إلا أن يحمل الاتخاذ فى حقه على التسليم ، فإنه إذا سلمه ثم هرب التلميذ فليس له أن يعطيها لغيره . وعبارة البزازية : وكذا لو اتخذ لتلميذه ثيابا فأبق التلميذ ، فأراد أن يدفعها لغيره ، وإن أراد الاحتياط يبين وقت الاتخاذ أنها عارية ليمكنه الدفع إلى غيره ، فقوله إنها عارية يفيد التسليم لأن العارية لا تتحقق إلا بالتسليم ط (قوله مالم يبين الخ) قال فى البحر : وإن أراد الاحتياط يبين أنها عارية حتى يمكنه أن يدفع إلى غيره اه .

وفى الحاوى الزاهدى برمز بم دفع لولده الصغير قرضا فأكل نصفه ثم أخذه منه ودفعه لآخر يضمن إذا كان دفعه لولده على وجه التمليك ، وإذا دفعه على وجه الإباحة لايضمن قال عرف به أن مجرد الدفع من الأب إلى الصغير لايكون تمليكا وأنه حسن اه تأمل (قوله وفى المبتغى الخ) عبارته كما فى البحر من صنع لولده ثيابا قبل أن يولد ليوضع عليها نحو الملحفة والوسادة ، ثم ولدته امرأته ووضع عليها ثم مات الولد لاتكون الثياب ميراثا مالم يقر أن الثياب ملك الولد ، بخلاف ثياب البدن فإنه يملكها إذا لبسها كمن قال إن فلانا كان لابسا فهو إقرار له ، بخلاف ما إذا كان قاعدا على هذا البساط ، أو نائما عليه لايكون مقرا له بذلك اه .

وفى الهندية : قال أبو القاسم ولو جهزت المرأة لولدها الذى فى بطنها ثيابا ، فولدت فإن وضع الولد على الثياب فالثياب ميراث . قال الفقيه : وعندى أن الثياب لها مالم تقر المرأة أنها جعلته ملكا للغير ، ألا ترى أنه لو كان الصبى مقدار عشر سنين أو نحو ذلك فبسطت له كل ليلة فراشا وبسطت عليه ملحفة أو لحافا لم يصر للولد مالم تقل هذا لك كذلك هنا ، وليس هذا بمنزلة ثياب البدن اه أى فإنها تصير ميراثا عنه إذا لبسها للعرف بالتمليك منه . ويفرق بينها وبين مسألة الاتخاذ بأن هذه فيمن سيولد ، ومسألة الاتخاذ فيمن ولد ط (قوله يملكها بلبسها) هذا إذا كانت مهيأة عند الأب ودفعها لولده ، أما لو قطعها لتخاط له فإن الولد يملكها بمجرد القطع ، لكن يشكل على ذلك ماقدمناه عن الحاوى الزاهدى (قوله بخلاف نحو ملحفة ووسادة) لأن العرف أن الثياب تملك للولد بخلاف أثاث المنزل فإنه باق على ملك الأب أو الأم وإن انتفع به الأولاد .

أقول : والعرف فى ديارنا أن أهل الأم يهيئون للولد السرير وفرشه ولبس الولد فإذا ولد ألبسوه الثياب ووضعوه فى السرير المفروش ، وهذا لاشك فى كونه للولد كما عليه العادة فى بكرها فيورث ذلك عنه إذا مات (قوله لأنها عمل القلب) وذلك غير مقدور له يدل عليه حديث القسم «اللهم هذا قسمى فيما أملك فلا تؤاخذنى فيما تملك ولا أملك » والمراد بما لايملك المحبة (قوله وكذا فى العطايا) ويكره ذلك عند تساويهم فى الدرجة كما فى المنح والهندية . أما عند عدم التساوى كما إذا كان أحدهم مشتغلا بالعلم لابالكسب لابأس أن يفضله على غيره كما فى الملتقط أى ولا يكره .

إذا لم يقصد به الإضرار وإن قصده يسوى بينهم يعطى البنت كالابن عند الثانى وعليه الفتوى ولو وهب فى صحته كل المال للولد جاز وأثم. وفيها لايجوز أن يهب شيئا من مال طفله ولو بعوض لأنها تبرع ابتداء . وفيها ويبيع القاضى ماوهب للصغير حتى لايرجع الواهب فى هبته (ولو قبض زوج الصغيرة) أما البالغة فالقبض لها

وفى المنح : روى عن الإمام أنه لابأس به إذا كان التفضيل لزيادة فضل له فى الدين .

وفى خزانة المفتين : إن كان فى ولده فاسق لاينبغى أن يعطيه أكثر من قوته كيلا يصير معينا له فى المعصية اه .

وفى الخلاصة : ولو كان ولده فاسقا فأراد أن يصرف ماله إلى وجوه الخير ويحرمه عن الميراث هذا خير من تركه اه أى للولد وعلله فى البزازية بالعلة المذكورة (قوله إذا لم يقصد به الإضرار) أى فلا بأس بالتفضيل ، ومع قصده لابأس بالمساواة ولا تجوز الزيادة رملى (قوله وإن قصده) مصدر قصد وعبارة المنح وإن قصد به الإضرار وهكذا رأيته فى الخانية (قوله وعليه الفتوى) أى على قول أبى يوسف من أن التنصيف بين الذكر والأنثى أفضل من التثليث الذى هو قول محمد رملى .

قال فى البزازية : الأفضل فى هبة البنت والابن التثليث كالميراث ، وعند الثانى التنصيف ، وهو المختار ، ولو وهب جميع ماله من ابنه جاز قضاء وهو آثم نص عليه محمد اه فأنت ترى نص البزازية خاليا عن قصد الإضرار .

وقال فى الخانية : ولو وهب رجل شيئا لأولاده فى الصحة ، وأراد تفضيل البعض على البعض فى ذلك لارواية لهذا فى الأصل عن أصحابنا ، وروى عن الإمام أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه لابأس به إذا كان التفضيل له لزيادة فضل فى الدين ، وإن كانا سواء يكره . وروى المعلى عن أبى يوسف أنه لابأس به إذا لم يقصد به الإضرار ، وإن قصد به الإضرار سوّى بينهم يعطى الإبنة مثل مايعطى الابن ، وقال محمد رحمه الله : يعطى للذكر ضعف مايعطى للأنثى والفتوى على قول أبى يوسف (قوله كل المال للولد) أى وقصد حرمان بقية الورثة كما يتفق ذلك فيمن ترك بنتا وخاف مشاركة العاصب (قوله جاز) أى صح لاينقض . وفى بعض المذاهب يردّ عليه قصده ويجعل متروكه ميراثا لكل الورثة ط (قوله ولو بعوض) أى ولو كانت الهبة بعوض جاء للصبى قبل أو يحصل بعد وظاهره ولو العوض أكثر ، وأجازها محمد بعوض مساو كما يذكر آخر الباب الآتى (قوله ويبيع القاضى الخ) لأنه من المصلحة للصبى ، وهذا مخالف لما فى المبسوط. ونصه: وهب للصغير شيئا ليس له أن يرجع فيه وليس للأب التعويض اه .

وفى المنية : وهب للصغير فعوض الأب من مال الابن لايجوز . وإذا لم يجز للواهب أن يرجع ، وفيها عن السراجية : وهب للصغير لايملك الرجوع وقيل : هذا إذا نوى الصدقة اه .

أقول : لكن فى البزازية وهب للصغير فعوض أبوه من ماله لايجوز ، وإن عوض فللواهب الرجوع لبطلان التعويض اه. وقوله: من ماله : أى مال الصغير ، فلو من مال الأب صح لما سيأتى فى الباب الآتى من صحة التعويض من الأجنبى ، وعليه فيتعين حمل عدم الرجوع فيما إذا عوض الأب أو الأجنبى من مالها أو كان نوى الواهب عند الإعطاء الصدقة فتأمل .

قال ط : وانظر ماحكمه، وإن نظرنا إلى ماعللنا به كان واجبا إن تيقن الرجوع وكان الأب ونحوه فى حكم القاضى ويحرر (قوله ولو قبض زوج الصغيرة) سواء كانت ممن يجامع مثلها أولا فى الصحيح بحر (قوله فالقبض لها)

(بعد الزفاف ماوهب لها صح) قبضه ولو بحضرة الأب فى الصحيح لنيابته عنه فصح قبض الأب كقبضها مميزة (وقبله) أى الزفاف (لا) يصح لعدم الولاية .

(وهب اثنان دارا لواحد صح) لعدم الشيوع (وبقلبه) لكبيرين (لا) عنده للشيوع فيما يحتمل القسمة، أما مالا يحتملها كالبيت فيصح اتفاقا ، قيدنا بكبيرين لأنه لو وهب لكبير

لا لزوجها ولا لأبيها بحر (قوله ماوهب لها) احترز به عن ديون لها فلا يملك قبضها مطلقا بحر (قوله لنيابته عنه) لأنه فوّض أمورها إليه دلالة . قال الشمنى : لأنه حينئذ له عليها ولاية لكونه يعولها .

وفى الذخيرة : شرط بعض أصحابنا أن تكون يجامع مثلها. والصحيح أنه إذا كان يعولها يصح قبضه لها ، سواء كان يجامع مثلها أو لا لأنها لما زفت إليه أقام الأب الزوج مقام نفسه فى حفظها وحفظ مالها وقبض الهبة من باب الحفظ اه (قوله فصح قبض الأب كقبضها مميزة) تفريع على العلة لأن النائب إذا كان يملك قبض ذلك فالأصيل أولى وقيد به لأن الأم وكل من يعولها لايملكون القبض إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة ، لأن تصرف هؤلاء للضرورة لابتفويض الأب ، ولا ضرورة مع الحضور منح ، وقدم المؤلف أن الصحيح جواز قبض من يعول الصغير ، ولو مع وجود الأب ط لكن قدمنا عن الهداية والجوهرة : تصحيح عدم جواز قبض من يعوله مع عدم غيبة الأب ، وبه جزم فى البدائع وأن قاضيخان وغيره صححوا الجواز كما لو قبض الزوج والأب حاضر وأن الفتوى عليه لاسيما وفيه نفع للصغير .

والحاصل : أنه اختلف التصحيح فى هذه المسألة كما سمعت ، لكن لايعدل عن تصحيح قاضيخان كما قرروا لأنه فقيه النفس (قوله لعدم الولاية) أى الاستيلاء عليها بالفعل لأن ولايته عليها إنما تكون بالدخول لأن به تصير هى وما فى يدها فى تصرفه عادة وإن لم يكن له عليها ولاية شرعية فإنه لايتصرف فى مالها ، وإنما يقبض هبتها بعد الدخول نيابة عن الأب ، وقول الزيلعى : لأنه يعولها أى يدخلها فى عياله بالفعل ، وتكون تحت تصرفه هو معنى مايفهم من قول الشارح هنا لعدم الولاية أى قبل الزفاف فأفهم أن اه الولاية بعده .

قال فى الهندية : ولو كانت الصغيرة فى عيال الجد أو الأخ أو الأم أو العم فوهب لها هبة فقبض الزوج جاز كذا فى التاترخانية ، فإن أدركت لم يجز قبض الأب ولا الزوج عليها إلا بإذنها كذا فى الجوهرة .

صغيرة فى عيال أجنبى عالها برضا أبيها والأب غائب فقبض الأجنبى لها صحيح دون قبض الأخ كذا فى السراجية ، ولو كان الصغير فى عيال الجد أو الأخ أو الأم أو العم فوهب له هبة فقبض الهبة من كان الصغير فى عياله والأب حاضر . اختلف المشايخ فيه ، والصحيح الجواز هكذا فى فتاوى قاضيخان ، وبه يفتى هكذا فى الفتاوى الصغرى اه (قوله وهب اثنان دارا) والمراد بها مايقسم (قوله لعدم الشيوع) لأنهما سلماه جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع بحر ، وفيه إشعار بأن هبة الاثنين للاثنين لاتجوز كما يأتى (قوله وبقلبه) وهو هبة واحد من اثنين (قوله لكبيرين) أى غير فقيرين وإلا كانت صدقة فتصح كما يأتى (قوله لاعنده للشيوع) هذا إذا لم يبين نصيب كل واحد منهما . أما إذا بين بأن قال لهذا ثلثاها ولهذا ثلثاها، أو لهذا نصفها ولهذا نصفها لايجوز عندهما وإن قبضه . وقال محمد : يجوز إن قبضه بحر نظرا إلى أنه عقد واحد فلا شيوع كما إذا رهن من رجلين اه داماد ، وقوله للشيوع أى لأنه هبة النصف من كل واحد منهما بدليل أنه لو قبل أحدهما فيما يقسم صحت فى حصته ، دون الآخر فعلم أنهما عقدان (قوله كالبيت) أى الصغير الذى لايمكن أن يصير بيتين (قوله قيدنا بكبيرين) الأولى عدم ذكر هذا القيد ، لأنه لافرق بين الكبيرين والصغيرين والكبير

وصغير فى عيال الكبير أو لابنيه صغير وكبير لم يجز اتفاقا وقيدنا بالهبة

والصغير عند أبى حنيفة ، وقد تبع الشارح والمصنف البحر فى عبارته ، وظاهرها أنهما لو كانا صغيرين فى عياله جاز عندهما وفى البزازية مايدل عليه ، ولكن هذا كله على قولهما لا على قوله كما صرح به فى الخانية فراجعه إن شئت وأصل الوهم أن صاحب المنتقى ذكر الحكم فى مسألة الاثنين الصغير والكبير ، غير مضاف إلى أحد فتوهم أنه قول الكل ، ولو كان كذلك لبطل إطلاق المتون فى قوله لاعكسه تأمل اه .

أقول : نص عبارة الخانية هكذا ولو وهب دارا لابنين له أحدهما صغير فى عياله كانت الهبة فاسدة عند الكل ، بخلاف مالو وهب من كبيرين وسلم إليهما جملة ، فإن الهبة جائزة عند أبى يوسف ومحمد ، لأن فى الكبيرين لم يوجد الشيوع لا وقت العقد ، ولا وقت القبض . وأما إذا كان أحدهما صغيرا فكما وهب يصير الأب قابضا حصة الصغير ، فيتمكن الشيوع وقت القبض اه وأنت خبير بأن إظهار الفرق بين المسألتين مبنى على قول الصاحبين القائلين بجوازها للكبيرين مع موافقتهما الإمام . بعدم جوازها لكبير وصغير ، بدليل قوله : كانت الهبة فاسدة عند الكل ، فليست مسألة الكبير والصغير مبنية على قولهما فقط فما فهمه صاحب البحر من عبارة صاحب المنتقى . أنها قول الكل صحيح لاوهم فيه ، وعبارة المتون لاتنافيه كما لايخفى على نبيه . نعم إذا قلنا إذا كان الولدان صغيرين تجوز الهبة يكون مخالفا لإطلاق المتون عدم جواز هبة واحد من اثنين ، ولكن إذا تأمل الفقيه فى علة عدم الجواز على قول الإمام : وهى تحقق الشيوع يجزم بتقييد كلام المتون بغير ما إذا كانا صغيرين لأن الأب إذا وهب منهما تحقق القبض منه لهما بمجرد العقد بخلاف ما إذا كان أحدهما كبيرا فإن قبض الكبير يتأخر عن العقد فيتحقق الشيوع عند قبضه كما مر عن الخانية . وعبارة البزازية أوضح فى إفادة المراد حيث قال : لأن هبة الصغير منعقدة حال مباشرة الهبة لقيام قبض الأب مقام قبضه ، وهبة الكبير محتاجة إلى قبول فسبقت هبة الصغير ، فتمكن الشيوع والحيلة أن يسلم الدار إلى الكبير ويهبها منهما اه أى فإذا سلمها إلى الكبير أو لا ثم وهبها منهما تحقق القبضان معا وقت العقد ، فلم يتمكن الشيوع ، ومقتضاه أنه لو سلمها للكبيرين ثم وهبها منهما تصح فليراجع . فظهر أن الأولى عدم هذا القيد لأنه لايفيد إلا الإشارة إلى خلافهما فكان الأولى أن لايذكره لأنه لافرق بين الكبيرين والصغيرين والكبير والصغير . ويقول أطلق الاثنين ، فأفاد أنه لافرق بين أن يكونا كبيرين أو صغيرين أو أحدهما كبيرا والآخر صغيرا ، وفى الأولين خلافهما تأمل .

قال فى الهندية : وكل مايتخلص به من الحرام أو يتوصل به إلى الحلال من الحيل فهو حسن اه (قوله وصغير فى عيال الكبير) صوابه فى عيال الواهب كما يدل عليه كلام البحر وغيره . والذى فى البحر والمنح والصغير فى عياله وعللاها تبعا للمحيط بأنه حين وهب صار قابضا حصة الصغير ، فبقى النصف الآخر شائعا اه وهذا يدل على أن الضمير فى عياله يرجع إلى الواهب ، خلافا لما تفيده عبارة المؤلف ، وهذه العلة تقال فى المسألة المذكورة بعد (قوله لم يجز اتفاقا) لتفرق القبض لأن الصغير تم هبته بقول أبيه : وهبته وينوب قبضه عن قبض الصغير ، فبقى نصيب الكبير شائعا فلا يصح وإذا لم تصح الهبة للكبير لم تصح للصغير أيضا لأنها لو صحت لكانت هبة مشاع ، وبهذا تبين أن هبة الأب لابنه يشترط فيها الإفراز ، وإلا لصحة الهبة للصغير ، وأفاد أنها للصغيرين تصح لعدم المرجح لسبق قبض أحدهما ، وحيث اتحد وليهما فلا شيوع فى قبضه ، ويؤيده قول الخانية : دارى هذه لولدى الأصاغر يكون باطلا لأنها هبة فإذا لم يبين الأولاد كان باطلا اه فأفاد أنه لو بين

لجواز الرهن والإجارة من اثنين اتفاقا (وإذا تصدق بعشرة) دراهم (أو وهبها لفقيرين صح) لأن الهبة للفقير صدقة والصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد فلا شيوع (لالغنيين) لأن الصدقة على الغنى

صح ولا يرد على مامر قوله ، عن الخزانة ، ولو تصدق بداره على ولدين له صغيرين لم يجز ، لأنه مخالف لما فى المتون والشروح من قولهم إن الهبة لمن له عليه ولاية تتم بالعقد سائحانى بزيادة .

وفى التاترخانية عن التتمة سئل عمر النسفى : عمن أمر أولاده أن يقتسموا أرضه التى فى ناحية كذا بينهم ، وأراد به التمليك فاقتسموها ، وتراضوا على ذلك ، هل يثبت لهم الملك ، أم يحتاج إلى أن يقول لهم الأب : ملكتكم هذه الأراضى أو يقول لكل واحد منهم : ملكتك هذا النصيب المفرز : فقال : لا وسئل عنها الحسن فقال : لايثبت لهم الملك إلا بالقسمة .

وفى تجنيس الناصرى : ولو وهب دارا لابنه الصغير ثم اشترى بها أخرى فالثانية لابنه الصغير خلافا لزفر ، ولو دفع إلى ابنه مالا ، فتصرف فيه الإبن يكون للإبن إذا دلت دلالة على التمليك اه .

وفيها وسئل الفقيه : عن امرأة وهبت مهرها الذى لها على الزوج لإبن صغير له ، وقبل الأب قال : أنا فى هذه المسألة واقف فيحتمل الجواز كمن كان له عبد عند رجل وديعة فأبق العبد ، ووهبه مولاه من المودع فإنه يجوز .

وسئل مرة أخرى : عن هذه المسألة فقال : لايجوز وقال الفقيه أبو الليث : وبه نأخذ وفى العتابية ، وهو المختار اه (قوله لجواز الرهن) إنما جاز الرهن منهما لأن حكمه الحبس الدائم وقد ثبت لكل واحد منهما كملا فلا شيوع فيه ألا ترى أنه لو قضى دين أحدهما بقى كله فى يد الآخر اه زيلعى (قوله والإجارة من اثنين اتفاقا) بأن قال : أجرت الدار منكما جاز بالاتفاق ولو فصل بقوله نصف منك أو نحوه كثلث أو ربع يجب أن يكون عند أبى حنيفة على اختلاف مر فيما إذا كان كله بينهما ، وأجر أحدهما النصف من أجنبى أنه يجوز فى رواية لا فى رواية إلى أن قال : وأنت على علم من إطلاق المتون قاطبة فساد إجارة المشاع إلا من الشريك ، وإطلاق بعضهم صحتها من اثنين محمول على حالة الإجمال حامدية ملخصا . ومثله فى الخيرية ويأتى فى الإجارة (قوله وإذا تصدق الخ) هذه عبارة الجامع الصغير (قوله يراد بها وجه الله تعالى) والفقير نائبه زيلعى (قوله وهو) أى الله سبحانه وتعالى جلت عظمته (قوله واحد) أى لاثانى له فى ذاته ولا فى صفاته ، ولا فى أفعاله بل هو أحد فرد صمد (قوله فلا شيوع) أشار بنفى الشيوع فى هذه الصورة إلى أن الشيوع إذا تحقق فى الصدقة يفسدها لأنها كالهبة فى ذلك كما سيأتى أواخر الباب الآتى ، فإذا تصدق ببعض مايحتمل القسمة على فقير واحد، لم يصح لتحقق الشيوع ، بخلاف التصدق بكله على فقيرين لما علمته من عدم الشيوع .

قال فى المضمرات : ولو قال وهبت منكما هذه الدار والموهوب لهما فقيران صحت الهبة بالإجماع تاترخانية لكن قال بعده وفى الأصل هبة الدار من رجلين لاتجوز ، وكذا فى الصدقة على غنيين والأظهر أن فى المسألة روايتين اه .

قال فى البحر : وصحح فى الهداية ما ذكره المصنف فى الفرق وهو رواية الجامع الصغير ، وقد علم بما قدمناه أن المراد من نفى الصحة هنا نفى الملك ، فلو قسمها وسلمها صحت وملكاها كما لايخفى والله تعالى أعلم اه وفى الجوهرة هذا هو الصحيح يعنى خلافا لهما فى تجويزهما الهبة والصدقة للغنيين أيضا (قوله لا لغنيين) أى لاتجوز الصدقة بعشرة دراهم أو هبتها لغنيين وهذا قوله ، وقالا تجوز وفى الأصل أن الهبة لاتجوز وكذا الصدقة

هبة فلا تصح للشيوع أى لاتملك حتى لو قسمها وسلمها صح .

[فروع] وهب لرجلين درهما إن صحيحا صح وإن مغشوشا لالأنه مما يقسم لكونه فى حكم العروض . معه درهمان فقال لرجل: وهبت لك أحدهما أو نصفهما إن استويا لم يجز وإن اختلفا جاز لأنه مشاع لايقسم ولذا لو وهب ثلثهما جاز

عنده ففى الصدقة عنه روايتان خانية (قوله هبة) قال فى البحر والصدقة على الغنى مجاز عن الهبة كالهبة من الفقير مجاز عن الصدقة ، لأن بينهما اتصالا معنويا ، وهو أن كل واحد منهما تمليك بغير بدل ، فيجوز استعارة أحدهما للآخر فالهبة للفقير لاتجوّز الرجوع ، والصدقة على الغنى تجوز الرجوع (قوله للشيوع) لأن الهبة لما يرادان بها وهما اثنان فحصل الشيوع (قوله أى لاتملك) فالمراد من نفى الصحة نفى الملك على هذا الوجه أفاده فى البحر . وقد علمت أنهما قولان .

الأوّل : أنها صحيحة ، ولا تفيد الملك قبل القسمة .

والثانى : أنها فاسدة وهو المفتى به وقدم أن المفتى به أن الفاسدة تملك بالقبض ، فهو مبنى على ماقدمنا ترجيحه ، فكيف يفسر أحد القولين بالآخر فتأمل .

قال فى البحر : عند قوله : والصدقة كالهبة لاتصح غير مقبوضة ولا فى مشاع يقسم .

فإن قلت : قدم أن الصدقة لفقيرين جائزة فيما يحتمل القسمة بقوله : وصح تصدق عشرة لفقيرين .

قلت : المراد هنا من المشاع أن يهب بعضه لواحد فقط فحينئذ هو مشاع يحتمل القسمة بخلاف الفقيرين فإنه لاشيوع كما تقدم اه (قوله درهما) قال فى الهندية : ولو وهب درهما صحيحا من رجلين اختلفوا فيه والصحيح أنه يجوز والدينار الصحيح قالوا : ينبغى أن يكون بمنزلة الدرهم الصحيح كذا فى قاضيخان (قوله إن صحيحا صح) لأنه هبة مشاع لايقسم (قوله لكونه فى حكم الغروض) هذا إذا لم تكن أثمانا رائجة أما إذا كانت كذلك فليست فى حكم العروض تأمل (قوله إن استويا) أى وزنا وجودة خانية (قوله لم يجز) لأنهما إذا استويا وزنا وجودة تكون هبة المشاع فيما يحتمل القسمة ، لأنه لايجبر على القسمة منح (قوله وإن اختلفا) بأن كان أحدهما أثقل أو أجود هندية . وظاهره أن هذا التفصيل يجرى فيما لو قال له : وهبت لك أحدهما ، وجعله فى الهندية وعزاه إلى الخانية قاصرا على ما إذا قال نصفهما لك ، أما إذا قال أحدهما لك هبة لم يجز سواء كانا سواء أو مختلفين اه ولعله لأنهما إذا كانا سواء كانا مما يحتمل القسمة ، وإن كانا مختلفين فللجهالة .

والحاصل أن الهبة فى الأولين تناولت أحدهما ، أما فى قوله أحدهما فظاهر ، وأما فى قوله نصفهما : لأنه تجرى فيه القسمة جبرا باتحاد الجنس فكان له أحدهما ، وهو مجهول ، فلا يجوز ، وفى الثانى تناولت قدر درهم منهما ، وهو مشاع لايحتمل القسمة فيجوز وأن كلام الشارح بقوله وإن اختلفا جاز مخالف لما فى الخانية كما علمت ، فإنه ذكر هذا التفصيل فيما إذا قال نصفهما ثم قال . وإن قال أحدهما لك هبة لم يجز سواء كانا سواء أو مختلفين .

قال فى منية المفتى : دفع ثوبين إلى رجلين فقال : أيهما شئت فهو لك والآخر لفلان فإن بين الذى له قبل أن يفترقا جاز وإلا فلا (قوله ولذا) أى لكونه مشاعا لايقسم (قوله جاز) هذا يفيد أن المراد بقوله سابقا أو نصفهما واحد منهما لانصف كل وإلا فلا فرق بينه وبين الثلث فى الشيوع ، بخلاف حمله على أن المراد

مطلقا .

تجوز هبة حائط بين داره ودار جاره لجاره وهبة البيت من الدار فهذا يدل على كون سقف الواهب على الحائط واختلاط البيت بحيطان الدار لايمنع صحة الهبة مجتبى .

أحدهما فإنه مجهول فلا يصح . (قوله مطلقا) أى مستويين أو مختلفين منح (قوله يدل الخ) هذه الدلالة غير ظاهرة إذ لايلزم من كون الحائط بين الدارين كون سقف الواهب عليه ، ولا كون البيت من الدار اختلاطه بحيطان الدار تأمل .

قال ط : فهذا يدل أى من حيث الإطلاق ، وإلا فلا صراحة فى كلامه بذلك :

وفى الهندية عن جواهر الأخلاطى : إذا وهب نصيبا له فى حائط أو طريق أو حمام وسمى وسلطه على القبض فهى جائزة كما لو وهب بيتا له لآخر مع جميع حدوده وحقوقه مقسوما مفروغا فقبضه الموهوب له بإذن الواهب لكن ممر البيت مشترك بينه وبين آخر جاز اه .

وفى الذخيرة : هبة البناء دون الأرض جائزة وفى الفتاوى عن محمد : فيمن وهب لرجل نخلة وهى قائمة لايكون قابضا لها حتى يقطعها ، ويسلمها إليه وفى الشراء إذا خلى بينه وبينها صار قابضا لها كما فى متفرقات التاترخانية ، وقدمنا نحوه عن حاشية الفصولين للرملى وسيأتى تمامه قريبا (قوله لايمنع صحة الهبة) المراد لايمنع تملكها إذا قبضها كذلك ط .

قال سيدى الوالد فى تنقيحه : فى جواب سؤال حاصله : إذا وهبت امرأة من أولادها حصة من بناء طاحونة هل تصح أم لا ؟

فأجاب : أما هبة المشاع فيما لايحتمل القسمة ، فهى صحيحة كما صرح به فى المعتبرات لكن فى هذه المسألة وهبة البناء دون الأرض لاتصح إلا إذا سلطه الواهب على نقضه .

قال فى الدرر : وكذا تجوز هبة البناء دون العرصة إذا أذن الواهب فى نقضه وهبة أرض فيها زرع دونه أى دون الزرع أو نخل فيها ثمر دونه : أى دون الثمر إذا أمره أى الموهوب له بالحصاد فى الزرع والجذاذ فى الثمر ، لأن المانع للجواز الاشتغال بملك المولى ، فإذا أذن المولى فى النقض والحصاد والجذاذ ، وفعل الموهوب له زال المانع ، فجازت الهبة اه ونقله فى المنح عنها وأقره .

وأفتى المرحوم عماد الدين عن سؤال رفع إليه وصورته : فيما إذا كان لزيد عمارة قائمة فى أرض الغير ، فملك زيد العمارة المزبورة لزوجته ، ولم يأذن لها بنقض العمارة ، فهل يكون التمليك غير صحيح أم لا ؟

الجواب : نعم يكون التمليك غير صحيح ، فلينظر فى مسألتنا هل سلطته على نقضه أم لا فعند ذلك يظهر الجواب والله أعلم بالصواب .

قال فى الفتاوى الهندية من الهبة : ومنها أن يكون الموهوب مقبوضا حتى لايثبت الملك للموهوب له قبل القبض وأن يكون مقسوما إذ كان مما يحتمل القسمة ، وأن يكون متميزا عن غير الموهوب ، ولا يكون متصلا ولا مشغولا بغير الموهوب ، حتى لو وهب أرضا فيها زرع للواهب ؛ دون الزرع أو عكسه أو نخلا فيها ثمرة للواهب معلقة به دون الثمرة أو عكسه لايجوز ، وكذا لو وهب دارا أو ظرفا فيها متاع للواهب كذا فى النهاية اه وعلى هذا فقول البزازية : وهب البناء لا الأرض يجوز يحمل إطلاقه على ما إذا أذن له الواهب فى نقضه كما هو صريح الدرر ، وجامع الفتاوى كما تقدم ، لكن أفتى مفتى الروم على أفندى بمقتضى إطلاق البزازية بالجواز من غير قيد كما فى فتاواه التركية الشهيرة والله أعلم .

باب الرجوع فى الهبة

(صح الرجوع فيها بعد القبض)

أقول : وما فى البزازية نقل مثله فى نور العين عن المنية ، ومثله فى التاترخانية عن الذخيرة حيث قال : هبة البناء دون الأرض جائزة ، ولو وهب لرجل نخلة : وهى قائمة لايكون قابضا لها حتى يقطعها ويسلمها إليه اه هذا والموافق للمتون مامر عن الدرر لقول الكنز وغيره : تصح فى محوز مقسوم ومشاع لايقسم ، ويظهر لى التوفيق بين كلامهم بأن من قال كالدرر لاتصح إلا إذا سلطه الواهب على نقضه معناه لاتتم ، ولا تملك إلا إذا أذن له الواهب بالنقض ونقضه لأنه بعد النقض صار محوزا مسلما ، ومن قال تصح ، ولم يقيد بذلك أراد أنه يصح العقد ، وإن لم يفد الملك وحينئذ فلا تناف بين الكلامين اه مختصرا وتمام تحقيقه ثمة فراجعه والله تعالى أعلم وأستغفر الله العظيم .

باب الرجوع فى الهبة

بمعنى الموهوب لأن الرجوع إنما يكون فى حق الأعيان لا فى حق الأقوال ، ولو وهب الدين من غير من عليه الدين وسلطه على قبضه ، وقبل وقبض له الرجوع لأن الهبة هنا تمليك لا إسقاط حموى ، بخلاف هبته ممن هو عليه فلا رجوع فيها لأنها إسقاط ، والساقط لايعود درر منتقى ؛ ويصح الرجوع فيها كلا أو بعضا ملتقى فلا يمنع الشيوع كما لو وهبا عبدا لأحدهما الرجوع ، وأطلق فى الرجوع فى الهبة فانصرف إلى الأعيان ، فلا رجوع فى هبة الدين للمديون بعد القبول ، بخلافه قبله لكونه إسقاطا بحر وسيأتى آخر الفصل عند الكلام على النظم عبارة البحر وأنه اشتبه عليه الرد بالرجوع فتأمل .

وفى البحر لا يخفى حسن تأخير هذا الباب ودخل فى الهبة الهدية فإن للمهدى الرجوع كما فى المنية وغيرها در منتقى وأخرج بالهبة الصدقة أى للفقير فإنه لا يصح الرجوع فيها لأن القصد فيها الثواب وقد حصل حموى والمراد بالهبة ما كان هبة لغنى ، فلو كانت لفقير فلا رجوع لأنها صدقة شرنبلالية (قوله صح الرجوع فيها) أى فى الهبة الصحيحة بعد القبض وأشار بذكر الصحة دون الجواز إلى أنه يكره الرجوع فيها كما يأتى وإنما صح لقوله عليه الصلاة والسلام « الواهب أحق بهبته ما لم يثب » أى يعوض .

وقال الشافعى : لا يصح إلا فى هبة الوالد لولده لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا يرجع الواهب فى هبته إلا الوالد فيما وهب لولده » ونحن نقول : المراد نفى الاستبداد فى الرجوع والتملك للحاجة وفى المقدسى : لا ينبغى أن يشترى الواهب الموهوب من الموهوب له لأنه يستحى فيأخذه بأقل من قيمته اه وقد سمعنا أن بعض قضاة الزمن السابق كان لا يشترى من بعض أهل محلته خوف المراعاة بخلاف بعض قضاة زماننا فإنهم متى أمكنهم الشراء بأنفسهم لا يعدلون عنه ليأخذوا الكثير بالقليل للدراعاة والخوف ، بل بعضهم له مكس على البياعين .

قال فى الهندية : وألفاظ الرجوع : رجعت فى هبتى ، أو ارتجعتها أو رددتها إلى ملكى ، أو أبطلتها ، وأنقضتها فإن لم يتلفظ بذلك ، ولكنه باعها أو رهنها أو أعتق العبد الموهوب ، أو دبره لم يكن ذلك رجوعا ، وكذا لو صبغ الثوب أو خلط الطعام بطعام نفسه لم يكن رجوعا ، ولو قال إذا جاء رأس الشهر فقد ارتجعتها لم يصح كذا فى الجوهرة النيرة اه وفيها يجب أن يعلم بأن الهبة أنواع هبة لذى رحم محرم ، وهبة لأجنبى ، أو لذى

أما قبله فلم تتم الهبة (مع انتفاء مانعه) الآتى (وإن كره) الرجوع تحريما وقيل تنزيها نهاية ولو مع إسقاط حقه من الرجوع فلا يسقط بإسقاطه خانية .

رحم ليس بمحرم ، أو لمحرم ليس بذى رحم وفى جميع ذلك للواهب حق الرجوع قبل التسليم كذا فى الذخيرة سواء كان حاضرا أو غائبا أذن له فى قبضه أو لم يأذن له كذا فى المبسوط ، وبعد التسليم ليس له حق الرجوع فى ذى الرحم المحرم . وفيما سوى ذلك له حق الرجوع إلا أن بعد التسليم لا ينفرد الواهب بالرجوع ، بل يحتاج فيه إلى القضاء أو الرضا ، وقبل التسليم ينفرد الواهب بذلك كذا فى الذخيرة (قوله فلم تتم الهبة) يعنى لو وجد الإيجاب والقبول ثم امتنع عن التسليم . فإنه لا يسمى رجوعا لأن الهبة لم تتم فلم يخرج الموهوب عن ملك واهبه . فلا يقال إن له رجوعا فيه . ولا فرق بين ذى الرحم والزوجين ، وغير ذلك والظاهر أنها لا تخلو عن الكراهة لأنها لا تنزل عن الوعد بل هى فوقه (قوله مع انتفاء مانعه الآتى) المشار إليه بدمع خزقة (قوله وإن كره تحريما) بهذا حصل الجمع بين قوله صلى الله عليه وسلم « لا يحل لرجل أن يعطى عطية أو يهب هبة فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطى ولده » ومثل الذى يعطى العطية ثم يرجع كمثل الكلب يأكل ، فإذا شبع قاء ثم عاد فى قيئه . وبين قوله عليه الصلاة والسلام « من وهب هبة فهو أحق بها ما لم يثب منها » اه فبالثانى ثبت الرجوع وبالأول ثبتت كراهة التحريم ، ويثب بضم الياء التحتية ، وفتح المثلثة مضارع مجهول مجزوم من من أثاب يثيب : أى عوض كذا ضبطه عزمى زاده

قال فى الدرر المراد بالحديث الأول : أن الواهب لا ينفرد بالرجوع بلا قضاء ، ولا رضا إلا الوالد إذا احتاج إلى ذلك . فإنه ينفرد بالأخذ لحاجته : أى للإنفاق وسمى ذلك رجوعا نظرا إلى الظاهر ، وإن لم يكن رجوعا حقيقة على أن هذا الحكم غير مختص بالهبة . بل الأب إذا احتاج له الأخذ من مال ابنه ، ولو غائبا ولو لم يحتج لايجوز له الأخذ اه ملخصا أو المراد : أنه لايحل الرجوع بطريق الديانة ، والمروءة وهو كقوله عليه الصلاة والسلام « لايحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيت شبعان وجاره إلى جنبه طاو » أى لايليق ذلك بالديانة والمروءة وإن كان جائزا فى الحكم نهاية وقال الزيلعى بعد ما أجاب بما أجاب به صاحب الدرر : على أنا لانسلم أن الحديث الذى رواه ينافى الرجوع ، لأنه خبر عن قبحه فمعناه أنه لايليق به أن يرجع فيه إلا الواهب فيما يهبه لولده ونظيره قوله عليه الصلاة والسلام « المؤمن لايكذب » وقوله عليه الصلاة والسلام : « الزانى لا يزنى وهو مؤمن » أى لا يليق به أن يكذب أو يزنى . وهو مؤمن لا أنه ينافى صفة الإيمان به بل هو قبيح ومع الإيمان أقبح فكذا هذا الخ أى قبيح من حيث العادة لا الشرع لأن الشرع مكنه من الرجوع ، وبمذهب الإمام الشافعى قال الإمام مالك وأحمد فى ظاهر مذهبه عزمى زاده (قوله وقيل تنزيها) أخذا من قول المبسوط إنه غير مستحب ولا دلالة فيه على أن الكراهة للتنزيه . فإن المكروه تحريما والحرام غير مستحب وقول الزيلعى الرجوع قبيح صريح فى أن الكراهة للتحريم . إذا لا يقال للمكروه تنزيها قبيح ، لأنه من قبيل المباح أو قريب منه .

قال فى المنح : وقد وصف الرجوع بالقبح الزاهدى والحدادى ، وكثير من الشارحين ، ومن ثم اخترنا كراهة التحريم .

قال فى الفتاوى الغياثية : الرجوع فى الهبة مكروه فى الأحوال كلها ويصح كذا فى التاترخانية انتهى ودليل الكراهة التحريمية خاص من السنة . وهو الحديث المتقدم ، وروى الكرخى عن أصحابنا أنه حرام (قوله فلا يسقط الخ) علم من هذا أن الإسقاط لا يكون فى كل حق فإن بعض الحقوق لاتسقط وإن أسقطها صاحبها

وفى الجواهر : لايصح الإبراء عن الرجوع ولو صالحه من حق الرجوع على شيء صح وكان عوضا عن الهبة لكن سيجيء اشتراطه فى العقد (ويمنع الرجوع فيها) حروف (دمع خزقه) يعنى الموانع السبعة الآتية

كهذا الحق كما فى البزازية فهو نظير الميراث والاستحقاق فى الوقف يثبت جبرا فلا يسقط بالإسقاط (قوله وكان عوضا الخ) أى أن حق الرجوع لايسقط بالإسقاط لامجانا ولا بعوض وإنما يسقط الرجوع بجعل العوض عوضا عن الهبة والتعويض عن الهبة يمنع من الرجوع كما يأتى فى الموانع (قوله لكن سيجيء) أى نقلا عن المجتبى ، وسيقول الشارح إنه لم ير من صرح به غيره وإن فروع المذهب مطلقة ، ولا يخفى ما قاله ابن وهبان : أن ما تفرد به الزاهدى لا يعول عليه ، مع أن كلا مؤول بأن العوض إذا لم ينص عليه أنه عوض عنها لا يكون مانعا من الرجوع ، ويكون لكل من الواهبين أن يرجع فى هبته ؛ ويكون معنى قوله إذا كان مشروطا فى العقد : أى عقد التعويض ، ولذا قال بعده : فأما إذا عوضه بعده فلا وهى هبة مبتدأة . وهذا قد صرحوا به أنه عند عدم التصريح بالتعويض ، لكل منهما أن يرجع فتوافق عبارة المجتبى بقية نصوص الفقهاء . وظاهر كلام الخير الرملى والخير بن إلياس فى كتابتهما على منح الغفار تسليم ما فى المجتبى من هذا الشرط : وقد علمت أنه بهذا المعنى غير مسلم له لإطلاق المتون والشروح والفتاوى صحة التعويض من غير اشتراطه فى عقد الهبة ، فيتعين تخطئته لو لم يحمل العقد على عقد العوض كما سمعت وهذا لا يمنع منه ظاهر عبارة المجتبى .

قال فى المنح بعد نقل عبارة الجوهرة وهو مخالف لما وقع فى المجتبى معزيا إلى شرح القدورى من قوله إنما يسقط الرجوع إذا كان مشروطا فى العقد ، فأما إذا عوضه بعده فلا ؛ وهى هبة مبتدأة

قال الرملى : وقد يقال ما فى الجواهر لم يدخل فى كلام المجتبى إذ ما فى الجواهر صلح عن حق الرجوع نصا وقد صح الصلح فلزم سقوطه ضمنا ؛ بخلاف ما لو أسقطه قصدا فكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا وليس بحق مجرد حتى يقال يمنع الاعتياض عنه كما هو ظاهر وما فى المجتبى مسئلة أخرى فتأمله (قوله اشتراطه) أى العوض لكن سيجيء البحث فى هذا الاشتراط (قوله ويمنع الرجوع) أى ومنع الرجوع فى الهبة الموانع الآتى تفصيلها (قوله حروف دمع خزقة) أى منحوتها أى رموزها قيل هو من نظم الإمام النسفى وقيل لغيره در منتقى قال البرجندى : هذا التركيب لمجرد الضبط ، وليس معه معنى يعتد به اه وغاية ما يتكاف له أن يكون دمع خزقة فاعل يمنع ، وفى الصحاح : خزقتهم بالنيل أصبتهم بها اه فالمعنى : إصابة دمع . وفى الدرر الخزق الطعن والخازق السنان فكأنه شبه الدمع بالسنان اه . وهذا وما قبله يفيد تنوين دمع وأن خزق فعل ماض والهاء ضمير يرجع إلى الشخص قال القهستانى : والمعنى التركيبى أن دمعه لكثرته كأن أطرافه نصول تجرح وجهه وله ضوابط أخر كخزع قدمه أى تخلف ودنى عز خدمه وزعق خدمه . أى صاح وفى القهستانى عن العمادى أنه الرجوع يصح فى الفاسدة وإن وجد أحد الموانع لأن المقبوض منها مضمون بعد الهلاك فله الرجوع قبله اه فالمانع إنما هو فى الصحيحة ط. والنظم المنسوب للنسفى هو بيت مفرد وهو :

ويمنع الرجوع فى فصل الهبه ... يا صاحبى حروف دفع خزقه

قال الرملى قد نظم ذلك ولدى العلامة شيخ الإسلام محيي الدين فقال :

منع الرجوع من المواهب سبعة ... فزيادة موصولة موت عوض
وخروجها عن ملك موهوب له ... زوجية قرب هلاك قد عرض

(قوله يعنى الموانع السبعة الآتية) بقى ثامن وهو ما ذكره فى المبد وط ومنية المفتى من أنه إذا وهب للصغير

(فالدال الزيادة) فى نفس العين الموجبة لزيادة القيمة (المتصلة) وإن زالت قبل الرجوع كأن شب ثم شاخ

شيئا لايرجع به اه لكن قدمنا عن البزازية عند قول الشارح : ويبيع القاضى الخ أنه لو وهب للصغير فعوضه أبوه من ماله لايجوز وإن عوض فللواهب الرجوع لبطلان التعويض وإن عدم الرجوع فيما إذا عوض الأب أو الأجنبى من مالهما أو كان نوى الواهب الصدقة عند الإعطاء فلا تنسه (قوله الزيادة فى نفس العين) قيد به لأنها لو كانت فى قيمتها لايمنع لأنها حينئذ ارغبة الناس إذ العين بحالها ذكره الشمنى ، ومثله فى الهندية وفيها وكذا إذا زاد فى نفسه من غير أن يزيد فى القيمة : أى فله الرجوع ولو نقله من مكان إلى مكان حتى ازدادت قيمته واحتاج إلى مؤنة النقل ذكر فى المنتقى أنه عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ينقطع الرجوع ولو وهب عبدا كافرا فأسلم فى يد الموهوب له أو وهب عبدا حلال الدم فعفا ولى الجناية فى يد الموهوب له لا يرجع ، ولو كانت الجناية خطأ ففداه الموهوب له لا يمنع الرجوع ، ولا يسترد الفداء كذا فى التبيين ، وإن رجع قبل أن يفديه فالجناية على العبد يدفعه الواهب بها أو يفديه كذا فى المبسوط ولو قطعت يده ، وأخذ الموهوب له أرشه كان للواهب أن يرجع ، ولا يأخذ الأرش كذا فى البحر اهـ وقيد بالزيادة لأن النقصان كالحبل وقطع الثوب ، سواء كان بفعل الموهوب له أولا غير مانع .

وفى الهندية عن المبسوط : وإذا أراد الواهب الرجوع وهى حبلى ، فإن كانت قد ازدادت خيرا فليس له أن يرجع فيها ، وإن كانت قد ازدادت شرا فله أن يرجع فيها والجوارى فى هذا تختلف منهن إذا حبلت سمنت وحسن لونها فكان ذلك زيادة فى عينها فيمتنع الرجوع ومنهن إذا حبلت اصفر لونها ودق ساقها فيكون ذلك نقصا فيها لا يمنع الواهب من الرجوع اه وينبغى حمل هذا على ما إذا كان الحبل من غير السيد : أى الموهوب له ، أما إذا كان منه فلا رجوع ، لأنها ثبت لها منه بالحمل وصف لا يمكن زواله وهو أنها تأهلت لكونها أم ولده كما إذا ولدت منه بالفعل كما ذكره أبو السعود عن شيخه وأقره الحموى ، وذكره بعض المتأخرين تفقها ، وقد ذكروا أن الموهوب له إذا دبر العبد الموهوب انقطع الرجوع لكن قال فى السراج الوهاج : ولو وهب له جارية فحبلت فى يد الموهوب له ، فأراد الرجوع فيها قبل انفصال الولد لم يكن له ذلك ، لأنها متصلة بزيادة لم تكن موهوبة : لأن الولد يحدث جزءا فجزءا فلا يصل إلى الرجوع فيما وهب إلا بالرجوع فيما لم يهب كالزيادة المتصلة اه . وقد ذكر الزيلعى أن الحبل او لم تزد به فللواهب الرجوع فيها لأنه نقصان اهـ فتأمل ما بينهما .

قلت : وذكر فى النهر فى باب خيار العيب أن الحبل عيب فى بنات آدم لا فى البهائم اه فتأمل (قوله الموجبة لزيادة القيمة) بالرفع صفة لزيادة أما إذا كانت الزيادة فى العين لا توجب الزيادة فى القيمة ، أما المنقصة التى توجب نقصا فى السعر كطول فاحش تنقص به القيمة وكبر طحال فإنه لا ينقطع به حق الرجوع كما فى محيط السرخسى .

أقول : وينبغى أن يكون السمن المفرط كالطول الفاحش ، فإنه ينقص القيمة أيضا ، فلا ينقطع به حق الرجوع فتأمل .

قال فى البحر : وخرج الزيادة فى العين فقط كطول الغلام ، وفداء الموهوب له لو كان الموهوب جنى خطأ اه وتمامه فيه لكن سيأتى قريبا عن قاضيخان ما ينافيه (قوله المتصلة) قيد بها لأن المنفصلة غير مانعة من الرجوع فى الأصل والزيادة للموهوب له بخلاف الرد بالعيب حيث يمتنع بزيادة الولد كما يأتى (قوله وإن زالت قبل الرجوع كأن شب ثم شاخ) فيه أنه من قبيل زوال المانع كما قاله الإسبيجابى ، ولهذا سموها موانع .

لـكن فى الخانية مايخالفه واعتمده القهستانى فليتنبه له لأن الساقط لايعود (كبناء وغرس)

وعبارة القهستانى : مانع الزيادة إذا ارتفع كما إذا بنى ثم هدم عاد حق الرجوع كما فى المحيط وغيره ، ومن الظن أنه ينافيه ما فى النهاية أنه حين زاد لايعود حق الرجوع بعده ، لأنه قال ذلك فيما إذا زاد وانتقص جميعا كما صرح به نفسه اه .

قلت : فى التاترخانية ولوكانت الزيادة بناء فانهدم يعود حق الرجوع ، والمانع من الرجوع الزيادة الباقية فى العين كما ذكر شمس الأئمة السرخسى اه . وعبارة الشارح جملة شرطية سقط جوابها من قلمه سهوا ، والمسألة فى شرح المجمع لابن ملك ، ولو منع القاضى الرجوع لثبوت الزيادة ، ثم زالت عاد للواهب حق الرجوع كما فى المحيط ، ونقله فى الدرر .

قال فى غاية البيان : وقال فى الكافى : رجل وهب لرجل أرضا فبنى فيها الموهوب له بناء ، ثم أراد الواهب الرجوع فخاصمه إلى القاضى فقال له القاضى : ليس لك أن ترجع فيها ثم هدمها الموهوب له كان للواهب أن يرجع فيها . قال شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابى يريد به أن قول القاضى لم يقع قضاء حتى لاينتقض وإنما وقع فتوى بناء على مانع فإذا زال المانع تغير الحكم اه ومثله فى التاترخانية عن المحيط (قوله لـكن فى الخانية ما يخالفه) وكذا فى الظهيرية. قال سرى الدين فى حاشية الزيلعى . وفى الظهيرية وقاضيخان : وإذا قضى القاضى بإبطال الرجوع لمانع ثم زال المانع عاد حق الرجوع . بيانه : إذا بنى فى الدار الموهوبة بناء أبطل القاضى رجوع الواهب بسبب البناء ، ثم هدم الموهوب له البناء وصارت كما كانت فله الرجوع فيها اه . وقد علمت أنه ازوال المانع لا نقض قضاء والمسألة المذكورة فى المؤلف ذات خلاف أيضا .

فقد قال فى المحيط والذخيرة : رجل وهب لرجل وصيفا فشب عند الموهوب وكبر وطال وشاخ وانتقصت قيمته ليس للواهب الرجوع ، لأنه زاد فى بدنه وطال فى جثته ثم انتقص من وجه آخر بشيخوخته ، وحين زاد سقط حق الرجوع فلا يعود بعد ذلك ، ولو كان طويلا يوم وهبه وطال عند الموهوب له وكان الطول نقصانا وكان ينتقص به فهذه ليست بزيادة حقيقة فلا يمنع الرجوع ، ويكون الشىء زيادة صورة نقصانا معنى كالإصبع الزائدة ، وما أشبه ذلك كما فى الذخيرة .

وذكر الناطفى فى أجناسه : ولو وهب أمة فسمنت وكبرت له أن يرجع وكذا جميع الحيوانات اه. وفى الهندية عن المحيط : ولو وهب أمة فشبت وكبرت لايرجع وكذلك جميع الحيوانات اه فهما قولان للمشايخ ط لـكن الموافق لما فى قاضيخان أوفق ، حيث ذكر عدم الرجوع ولم يتعرض لخلافه كما يأتى قريبا فتأمل (قوله واعتمده القهستانى) حيث قال : وفيــه إشعار بأن مانع الزيادة إذا ارتفع كما إذا بنى ثم هدم عاد حق الرجوع كما فى المحيط اه (قوله فليتنبه له) بمنزلة قوله وفيه نظر وعلله بقوله لأن الساقط الخ (قوله لأن الساقط لايعود) وفيه أن هذا من باب زوال المانع ، كما إذا تزوّجت المرأة وسقط حقها فى الحضانة فإنها إذا بانت عاد حقها فيها لزوال المانع ، ولذا اعتمد فى شرح الملتقى العود هكذا وجد فى بعض النسخ ، وهى التى كتب عليها الحلبى وفى بعض النسخ تقديم العلة على قوله فليتنبه، وعليها فهو تعليل لقوله : وإن زالت الخ وهو الصواب وغيرها خطأ من الناسخ .

والحاصل : أن هذا من باب زوال المانع لاعود الساقط لما علمت من أن الزيادة المتصلة من موانع الرجوع فكان الوجه ما فى الخانية ، وسيصرح به نقلا عن الدرر حيث قال قضى ببطلان الرجوع لمانع ثم زال المانع

إنْ عدا زيادة فى كل الأرض وإلا رجع ، ولو عدا فى قطعة منها امتنع فيها فقط زيلعى (وسمن) وجمال وخياطة وصبغ وقصر ثوب وكبر صغير وسماع أصم وإبصار أعمى وإسلام عبد

عاد الرجوع ، فأفاد صحة الرجوع ولو بعد القضاء بعدمه عند وجود المانع إذا زال ذلك المانع لامن باب الساقط حتى لا يرجع ، حتى لو قضى ببطلان الرجوع لمانع ثم زال يعود الرجوع كما يأتى ويؤيده ما يأتى فى المانع الرابع خروج الموهوب إلا إذا رجع الثانى فله الرجوع فكذلك هنا (قوله إن عدا زيادة) قال فى المنح : إذا كان يوجب الزيادة فى الأرض ، وإن كان لايوجب لا يمنع الرجوع ، وإن كان يوجب فى قطعة منها بأن كانت الأرض كبيرة بحيث لايعد مثلها زيادة فيها كلها امتنع فى تلك القطعة دون غيرها كذا فى الرمز .

وفى السراجية : إذا وهب أرضا فبنى الموهوب له فيها بناء بطل الرجوع ، ولو زال البناء عاد فى حق الرجوع انتهى .

وفى المنهاج : رجل وهب لرجل أرضا بيضاء أنبت فى ناحية منها نخلا أوبنى فيها بيتا أو دكانا أوداربا ، يعنى معلفا للدواب كان ذلك زيادة فيها وليس له أن يرجع فى شيء منها اه وفيها أما إذا لم يعد زيادة أصلا كبناء تنور الخبز فى غير محله فإنه لا يمنع الرجوع اه معزيا للزيلعى (قوله وإلا) راجع لقوله إن عدا زيادة فهو مفهومه ، وقوله : ولو عدا فى قطعة مفهوم قوله فى كل الأرض . وفى الهندية عن الكافى إن وهب لآخر أرضا بيضاء فأنبت الموهوب له فى ناحية منها نخلا أو بنى بناء أو دكانا وكان ذلك زيادة فيها فليس له أن يرجع فى شيء منها فإن كان لا يعد زيادة أو يعد نقصانا فإنه لايمنع الرجوع ، حتى لو بنى دكانا صغيرا بحيث لايعد زيادة أصلا فلا عبرة به وإن كان الأرض عظيمة لا يعد ذلك زيادة فى الكل ، إنما يعد زيادة فى تلك القطعة فله أن يرجع فى غيرها اه (قوله وسمن) قيده فى الحواشى اليعقوبية بالمعتدل وهو حسن .

قال المصنف فى منحه : وكذا إذا غيره عن حاله بأن كان حنطة فطحنها أو دقيقا فخبزه أوسويقا فلته بسمن أو كان لبنا فاتخذه جبنا أو سمنا اه .

قال محشيه الخير الرملى ، وفى الولوالجية : رجل وهب سويقا فلته بالماء يرجع الواهب لأنه بقى الاسم وهذا نقصان كمن وهب لرجل حنطة فلتها بالماء فرق بين هذا وبين ما إذا وهب ترابا فلته بالماء حيث لايرجع ، والفرق أن ههنا اسم التراب لم يبق فلم يبق الموهوب اه .

أقول : وكذا لو وهب عنبا فصيره زبيبا لعدم بقاء الاسم تأمل اه (قوله وخياطة) أما إذا قطعه فلا يمتنع الرجوع ولو قطعه نصفين فخاط نصفه وبقى النصف الآخر له الرجوع فى الآخر (قوله وصبغ) ولو بأسود لأنه ربما ينفق على السواد أكثر مما ينفق على صبغ آخر قاضيخان .

أقول : ولون الأسود فى زماننا من أحسن الألوان ويزداد به قيمة عن غيره من الألوان ، وما نقل عن الإمام أنه مما ينقص الثمن فهو اختلاف زمان (قوله وقصر ثوب) لزيادة قيمة الموهوب بها . قال فى الهندية : ولو وهب كرباسا فقصره الموهوب له لايرجع لأنه زيادة متصلة وصفة متقومة ، ولو غسله يرجع كذا فى محيط السرخسى ، وإن فتله لايرجع إذا كان يزيد بذلك فى الثمن كذا فى الوجيز للكردرى (قوله وكبر صغير) قد علمت أن فيه خلافا لكن مشى قاضيخان على عدم الرجوع ولم يتعرض للقول الآخر .

وعبارته : رجل وهب عبدا صغيرا فشب وصار رجلا طويلا لايرجع الواهب فيه ، لأن الزيادة فى البدن تمنع الرجوع وإن كانت تنقص القيمة اه ، وعلله أيضا فى الاختيار بأنه زاد فى بدنه ثم انتقص بوجه آخر فلا يرجع

ومداواته وعفو جناية وتعليم قرآن أو كتابة أو قراءة ونقط مصحف باعرابه وحمل تمر من بغداد إلى بلخ مثلا ونحوها. وفى البزازية: والحبل إن زاد خيرا منع الرجوع وإن نقص لا. ولو اختلفا فى الزيادة

(قوله ومداواته) أى من مرض كان عند الواهب، أما إذا مرض عند الموهوب له فدواؤه لايمنع الرجوع هندية عن البحر . وكأنه أراد بالمداواة حصول أثرها وهو البرء ، أما بدونه فلم تحصل الزيادة والبرء بدون المداواة زيادة تأمل (قوله وعفو جناية) أى صدرت من العبد كما إذا كان العبد حلال الدم فعفا الولى عنه ، وهو فى يد الموهوب له لايرجع ، وإن كانت الجناية خطأ ففداه الموهوب له لايمنع من الرجوع ولا يسترد منه الفداء كما فى الزيلعى، ولو جنى العبد على الموهوب له فللواهب الرجوع والجناية باطلة هندية عن محيط السرخسى (قوله وتعليم قرآن أو كتابة الخ) أو كانت أعجمية فعلمها الكلام أو شيئا من الحروف لا يرجع لحدوث الزيادة فى العين كما فى البحر ، ومثله فى الهندية عن المضمرات بزيادة هو المختار .

قال فى التاترخانية معزيا لواقعات الناطفى : رجل وهب لرجل جارية فعلمها القرآن أو الكتابة أو المشط ليس له أن يرجع هو المختار اه أى وإن كانت هذه الزيادة معنوية ، لكن فى الزيلعى والعينى مايخالفه فليراجع؛ وماذكر فى منية المفتى نقلا عن السراجية أن الإسلام والتعليم ليس بزيادة مانعة عن الرجوع فمحمول على مروى عن محمد وإلا فيكون مخالفا لما فى المعتبرات (قوله بإعرابه) أى بيان إعرابه من رفع ونصب وخفض وجزم هذا إذا كان على الصواب ، أما لو كان خطأ فهو تنقيص فلا يمنع الرجوع وإنما امتنع الرجوع فى هذه المسائل لحدوث الزيادة فى العين عند أبى يوسف ، قال الحموى: وهو المختار . وعن محمد وزفر لايمنع الرجوع لأن هذه ليست زيادة فى العين فأشبهت الزيادة فى السعر ، وروى الخلاف بالعكس كما فى الزيلعى ، وعن أبى حنيفة روايتان كما فى الشرنبلالية (قوله وحمل تمر من بغداد إلى بلخ مثلا) فإن فيه زيادة القيمة بالنقل من مكان إلى مكان بحر .

قال فى الهندية معزيا إلى التبيين : ولو نقله من مكان إلى مكان حتى ازدادت قيمته واحتاج إلى مؤنة النقل ذكر فى المنتقى أنه عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ينقطع الرجوع اه. وفى ط وانظر حكم ما إذا لم تزد وقد علم أن محل كون زيادة السعر لاتمنع الرجوع إذ لم ينقل الهبة : قال الزيلعى : ولو نقله من مكان إلى مكان . حتى ازدادت قيمته واحتاج فيه إلى مؤنة النقل ذكر فى المنتقى أن عندهما ينقطع الرجوع ، وعند أبى يوسف لالأن الزيادة لم تحصل فى العين فصار كزيادة السعر . ولهما أن الرجوع يتضمن إبطال حق الموهوب له فى الكراء ومؤنة النقل، بخلاف نفقة العبد لأنها ببدل وهو المنفعة والمؤنة بلا بدل اه .

وفى شرح السير الكبير للسرخسى : أنه لو كانت الهبة فى دار الحرب فأخرجها الموهوب له إلى موضع يقدر فيه على حملها لم يكن للواهب الرجوع لأنه حدث فيها زيادة بصنع الموهوب له ، فإنها كانت مشرفة على الهلاك فى مضيعة وقد أحياها بالإخراج من ذلك الموضع انتهى، لكنه ذكر ذلك فى صورة ما إذا ألقى شيئا وقال حين ألقاه من أخذه فهو له ذكره فى التاسع والتسعين (قوله ونحوها) أى المذكورات. وذكر فى المنح مسائل من هذا الباب: منها مالو وهب له حلقة فركب فيها فصا إن كان لايمكن نزعه إلا بضرر لايرجع وإن أمكن نزعه بلا ضرر يرجع اه والتطيين والتجصيص وتحديد السكين ونحوها زيادة تمنع الرجوع كما فى الدر المنتقى (قوله وفى البزازية والحبل إن زاد خيرا منع وإن نقص لا) هذه الجملة موجودة فى بعض النسخ دون بعض ومافى البزازية جزم به فى الخلاصة ، وقدمنا الكلام عليه عن الهندية لمناسبة ما إذا وهب حاملا قال فيها وإن هب جارية حاملا فرجع

فى المتولدة كـكبر القول للواهب وفى نحو بناء وخياطة وصبغ للموهوب له خانية وحاوى ومثله فى المحيط لكنه استثنى مالو كان لايبنى فى مثل تلك المدة (لا) يمنع الزيادة (المنفصلة)

قبل الوضع إن كان رجوعه قبل أن تمضى مدة يعلم فيها زيادة الحمل جاز وإلا فلا اهـ (قوله فى المتولدة كـكبر) بأن قال الموهوب له وهبتها لى وهى صغيرة فـكبرت عندى ، وقال الواهب : وهبتها هكذا كبيرة (قوله القول للواهب) لأنه ينكر لزوم العقد (قوله وفى نحو بناء وخياطة) فقال الواهب وهبتها هكذا مبنية أو مخيطة وقال الموهوب له أحدثته (قوله لـكنه استثنى الخ) هذا ظاهر لتيقن كذب الموهوب له من حيث أن العادة تحيل إحداث هذا البناء فى مثل هذه المدة ، والضمير فى لـكنه لصاحب المحيط .

وفى المحيط : لو قال رجل وهب لك مورثى هذا العبد فلم تقبضه فى حياته ، بل بعد وفاته وقال الموهوب له قبضته فى حياته والعبد فى يد الوارث فالقول للوارث لأن القبض قد علم الساعة والميراث قد تقدم القبض بحر ، ومقتضى التقييد بكون العبد فى يد الوارث أنه لو كان فى يد الموهوب له لايكون القول للوارث بل للموهوب له .

قال فى الهندية : رجل وهب دارا فبنى الموهوب له فى بيت الضيافة تنورا للخبز كان للواهب أن يرجع فى هبته كذا فى الظهيرية .

ولو وهب له حماما فجعله مسكنا أو وهب له بيتا فجعله حماما ، فإن كان البناء على حاله لم يزد فيه شيئا فله أن يرجع وإن كان زاد فيه بناء أو علق عليه بابا أو جصصه وأصلحه أو طينه فليس له أن يرجع فى شىء فيه كذا فى المحيط ، إن هدم البناء رجع فى الأرض ولو استهلك البعض له أن يرجع فى الباقى كذا فى الوجيز للكردرى .

ولو كانت الزيادة بناء فانهدم يعود حق الرجوع كذا فى التاترخانية .

وهب عبدا فـكاتبه فعجز ورده رقيقا فله الرجوع .

ولو زالت الرقبة عن ملكه ثم عاد إليه بالفسخ فللواهب الرجوع .

ولو جنى العبد على الموهوب له فللواهب الرجوع والجناية باطلة هكذا فى محيط السرخسى .

رجل وهب شاة أو بدنة أو بقرة فأوجبها الموهوب له لأضحية أو هدى أو جزاء صيد أو نذر أو قلد البدنة أو البقرة أو أوجبها تطوعا ، فللواهب أن يرجع فى الروايات الظاهرة . وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى لايرجع كذا فى محيط السرخسى .

ولو وهب له شاة فذبحها فله أن يرجع فيها وهذا بلا خلاف ، ولو ضحى بها أو ذبحها فى هدى المتعة لم يكن له أن يرجع فيها فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى . وقال محمد رحمه الله تعالى : يرجع فيها وتجزئه الأضحية والمتعة ولم ينص على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى. واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى فيه . قال بعضهم : إنه كقول محمد رحمه الله تعالى وهو الصحيح كذا فى المحيط .

ولو وهب درهما ثم استقرضه من الموهوب له فأقرضه إياه جاز وليس للواهب أن يرجع أبدا كذا فى خزانة المفتين .

رجل وضع حبلا فى المسجد أو علق قنديلا له الرجوع بخلاف ما إذا علق حبلا للقنديل كذا فى السراجية

(قوله لايمنع الزيادة المنفصلة) فإن قيل : ماالفرق بين الرد بالعيب والرجوع بالهبة حتى منعت الزيادة المنفصلة

كولد وأرش وعقر وثمرة فيرجع فى الأصل لا الزيادة لكن لا يرجع بالأم حتى يستغنى الولد عنها كذا نقله القهستانى لكن نقل البرجندى وغيره أنه قول أبى يوسف فليتنبه له، ولو حبلت ولم تلد هل للواهب الرجوع؟ قال فى السراج لا، وقال الزيلعى: نعم وفى الجوهرة مريض مديون بمستغرق وهب أمة فمات وقد وطئت ردها مع عقرها هو المختار

الرد لا الرجوع ، والمتصلة بالعكس . قلنا : هو إنه لا يجوز رد العين فقط لسلامة الزيادة للمشترى مجانا وهو ربا ولا مع الزيادة قصدا لعدم ورود العقد عليها والفسخ يرد على مورد العقد لا تبعا إذ الولد لا يتبع الأم بعد الانفصال بخلاف الهبة لعدم الربا فيها والرد فى المتصلة حصل ممن حصلت الزيادة على ملكه فكان إسقاط حقه برضاه فلا يمنعه الزيادة بخلاف الرجوع لعدم حصوله برضاه ذلك فمنعه يعقوبية (قوله كولد) بنكاح أو سفاح بزازية (قوله وأرش) أى أرش جناية على العبد كما إذا قطعت يده وأخذ الموهوب له أرشه كان للواهب أن يرجع ولا يأخذ الأرش هندية (قوله حتى يستغنى الولد عنها) ولم يعتبر ذلك فى الثمرة لأنه يجوز بيعها بدا صلاحها أولا فكذا هنا يأخذها الموهوب له فتأمل (قوله لكن نقل البرجندى الخ) يعنى وعنده غير يرجع بها دون الولد وإن لم يستغن وحينئذ ينبغى أن تجبر على حضانته بأجر المثل فليراجع (قوله أنه قول أبى يوسف) قال فى الهندية قال بشر قلت : وإن اختصموا فى الرجوع والولد صغير ثم أدرك الصغير ، وقد كان القاضى أبطل الرجوع فى الأم قال له الرجوع فيها اهـ فأفادت أن القاضى يبطل الرجوع قبل كبر الولد وهل على قوله يلزم الموهوب له الأجر مدة الرضاع ، ومقتضى القواعد أن ينظر إلى الولد، تارة يقبل غير أمه وتارة لا ، فإن لم يقبل إلا إياها أمسكها للرضاع ولا أجر وامتنع أخذها ، وإن قبل غيرها لا تمنع إلا برضا الواهب، وله الأجر ويحرر ط. ثم إن ظاهر الخانية اعتماد خلاف قول أبى يوسف حيث قال : ولو ولدت الهبة ولدا كان للواهب أن يرجع فى الأم فى الحال. وقال أبو يوسف : لا يرجع حتى يستغنى الولد عنها ثم يرجع فى الأم دون الولد اهـ (قوله قال فى السراج لا وقال الزيلعى نعم) تقدم التوفيق من أن الحبل عيب فى الآدمية لا فى البهيمة ، وتقدم عن الهندية من أن الجوارى تختلف، فمنهن من تسمن به ويحسن لونها فيكون زيادة تمنع الرجوع ، ومنهن بالعكس فيكون نقصانا لا يمنع الرجوع اهـ ويؤيد هذا التوفيق ما قدمناه أيضا ، من أن الحبل إن زاد خيرا منع الرجوع ، وإن نقص لا ، فإذا كانت الموهوبة أمة وحبلت عند الموهوب له ونقصت بذلك كان للواهب الرجوع ؛ ولا يتبعها حملها بل إذا ولدت بعد الرجوع يسترده الموهوب له لكونه حدث على ملكه ، كما قالوا فيما لو بنى فى الدار الموهوبة بناء منقصا كبناء تنور فى بيت السكنى ، فإنه لا يمنع الرجوع كما فى الخانية ؛ وللموهوب له أخذه فقد سقط ما قيل أن ما ذكره الشارح لا يوافق القولين فافهم . ثم لا يخفى أن هذا فى الحبل العارض ، أما لو وهبها حبلى ورجع بها كذلك صح ، وليس الكلام فيه خلافا لما فهمه الحموى ، وبقى ما لو كان الحبل من الموهوب له فقد قدمنا عن الشيخ أبى السعود بحثا بأنه مانع من الرجوع (قوله مريض)قال فى المحيط : يجب أن يعلم أن هبة المريض هبة عقد وليست بوصية ،واعتبارها من الثلث ما كان ،لأنها وصية ولكن لأن حق الورثة يتعلق بالمريض ، وقد تبرع بالهبة فيلزم تبرعه بقدر ما جعل الشرع له ،وهو الثلث وإذا كان هذا التصرف هبة عقد اشترط له سائر شرائط الهبة ومن جملتها قبض الموهوب قبل موت الواهب اهـ (قوله وقد وطئت) أطلق فى وطئها فعم ما لو كان الواطئ الموهوب له أو غيره (قوله ردها مع عقرها) لتعلق حق الغرماء فيها إذ الدين يتعلق بذمة المديون ، فإذا مرض مرض الموت تعلق بتركته ، وكانت هبته حينئذ وصية لا تنفذ مع استغراق التركة بالدين ، فلذا يلزمه عقرها لأنه لم يملكها قبل الموت حيث كانت وصية ولا بعد الموت لتعلق حق الغرماء ، ولم يجب الحد للشبهة فوجب العقر ؛ فلو حملت من ذلك الوطء يراجع حكمه .

(والميم موت أحد العاقدين) بعد التسليم فلو قبله بطل ولو اختلفا والعين فى يد الوارث فالقول للوارث

[فروع] وهب فى مرضه ولم يسلم حتى مات بطلت الهبة لأنه وإن كان وصية حتى اعتبر فيه الثلث فهو هبة حقيقة فيحتاج إلى القبض .

وهب المريض عبدا لامال له غيره ثم مات ، وقد باعه الموهوب له لا ينقض البيع ويضمن ثلثيه وإن أعتقه الموهوب له والواهب مديون ولا مال له غيره قبل موته جاز ، وبعد موت الواهب لا لأن الإعتاق فى المرض وصية وهى لا تعمل حال قيام الدين ، وإن أعتقه الواهب قبل موته ومات لا سعاية على العبد لجواز الإعتاق ولعدم الملك يوم الموت بزازية .

ورأيت فى مجموعة منلا على الصغير بخطه عن جواهر الفتاوى : كان أبو حنيفة حاجا فوقعت مسئلة الدور بالكوفة فتكلم كل فريق بنوع فذكروا له ذلك حيث استقبلوه فقال من غير فكر ولا روية أسقطوا السهم الدائر تصح المسئلة .

مثاله : مريض وهب عبدا له من مريض وسلمه إليه ثم وهبه من الواهب الأول وسلمه إليه ثم ماتا جميعا ولا مال لهما غيره فإنه وقع فيه الدور متى رجع إليه شىء منه زاد فى ماله ، وإذا زاد فى ماله زاد فى ثلثه ، وإذا زاد فى ثلثه زاد فيما يرجع إليه ، وإذا زاد فيما يرجع إليه زاد فى ثلثه ، ثم لا يزال كذلك فاحتيج إلى تصحيح الحساب .

وطريقه : أن تطلب حسابا له ثلث وللثلث ثلث ، وأقله تسعة ، ثم تقول : صحت الهبة فى ثلاثة منها ويرجع من الثلاثة سهم إلى الواهب الأول فهذا السهم هو سهم الدور فأسقطه من الأصل يبقى ثمانية فمنها تصح ، وهذا معنى قول أبى حنيفة أسقطوا السهم الدائر ، وتصح الهبة فى ثلاثة من ثمانية والهبة الثانية فى سهم ، فيحصل للواهب الأول ستة ضعف ما صححنا فى هبته ، وصححنا الهبة الثانية فى ثلث ما أعطينا ، فثبت أن تصحيحه بإسقاط سهم الدور ، وقيل دع الدور يدور فى الهواء اهـ ملخصا (قوله والميم موت أحد العاقدين) يعنى حرف الميم إشارة إلى أن موت أحدهما مانع إن كان بعد التسليم ، لأن بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى ورثته فصار كما إذا انتقل حال حياته ، ولأن تبدل الملك كتبدل العين فصار كعين أخرى ، وإذا مات الواهب فوارثه أجنبى عن العقد إذ هو ما أوجبه وحق الرجوع مجرد خيار فلا يورث كخيار الشرط ، ولأن الشارع أوجبه للواهب والوارث ليس بواهب . فإن قلت : إنه بالموت قد خرج الموهوب عن الملك فيستغنى بذكر الخاء عن الميم . أجيب بأن الميت يعطى حكم الحى فى أشياء كحق التجهيز والتكفين وقضاء الدين ، وتنفيذ الوصية فربما يظن أن الهبة من تلك الأشياء فكان النص صريحا على الموت أولى ، ولينظر ما لو حكم بلحاقه مرتدا ومفاد ما ذكر من التعليل أنه لو حكم بلحاقه مرتدا فالحكم كذلك وليراجع صريح النقل والله تعالى أعلم (قوله بعد التسليم) قيد به لأنه لو مات أحدهما قبله بطلت لعدم الملك ، ورجوع المستأمن إلى دار الحرب بعد الهبة قبل القبض مبطل لها كالموت ، فإن كان الحربى أذن للمسلم فى قبضه وقبضه بعد رجوعه إلى دار الحرب جاز استحسانا ، بخلاف قبضه بعد موت الواهب كذا فى المبسوط بحر (قوله بطل) يعنى عقد الهبة والأولى بطلت : أى لانتقال الملك للوارث قبل تمام الهبة (قوله ولو اختلفا) أى الشخصان لا بقيد الواهب والموهوب له ، وإن كان التركيب يوهمه بأن قال وارث الواهب ما قبضته فى حياته وإنما قبضته بعد وفاته وقال الموهوب له بل قبضته فى حياته والعبد فى يد الوارث ط (قوله والعين فى يد الوارث) هذا ليس بقيد لما فى الهندية عن الذخيرة . قال المدعى

وقد نظم المصنف مايسقط بالموت فقال :

كفارة ديه خـراج ورابع ضمان العتق هـكذا نفقات

كذا هبة حكم الجميع سـقوطها . . . .

عليه : وهب لك والدى هذا العين فلم تقبضه إلا بعد موته ، وقال الموهوب له : قبضته فى حياته والعين فى يد الذى يدعى الهبة فالقول للوارث ، لأن القبض قد علم الساعة والميراث قد تقدم القبض اه منح وبحر وفيه تأمل ط وقدمناه قريبا ولم يظهر لى وجه التأمل (قوله وقد نظم المصنف الخ) لم يذكره فى المنح .

قال الحلبى : وهو من الطويل من الضرب الثالث منه والجزء الأول فيه الثلم والجزء الثانى مقبوض مع تسكين هاء ديه ولو زاد واوا وسكن الياء من ديه لسلم من العلل ط ولو زاد الواو(١) فى أوله وشدد الياء مع سكون الهاء فى ديه لكان أولى ، وفيه ما فيه لأن الواو يجوز حذفها ، ولو قال : * خراج ديات ثم كفارة كذا * لاستقام وزنه وصح معناه أو قال : * زكاة كذا عشر خراج ورابع * لاستقام أيضا .

(قوله كفارة) أطلق فيها فعم كل كفارة وظاهره أنها تسقط بالموت أصلا حتى لايخرج عنه من ماله ، ولا يجب الوصية به وهذا خلاف ما نص عليه الشرنبلالى ، فإنه قال فى نور الإيضاح وشرحه الصغير فى أحكام إسقاط الصلاة : ولزمه عليه الوصية بما قدر عليه وبقى فى ذمته حتى أدركه الموت من صوم فرض ، وكفارة وظهار وجناية على إحرام ومنذور فيخرج عنه وليه من ثلث ما ترك ، وإن لم يوص لايلزم الوارث الإخراج ، وعلى هذا دين صدقة الفطر أوالنفقة الواجبة والخراج والجزية والكفارات المالية والوصية بالحج والصدقة المنذورة والاعتكاف المنذور عن صومه اه مختصرا فإن أراد أنه إذا مات لا يطالب الوارث بها من تركته صح ، أما الذى وجبت بإيصائه فيطالب بإخراجها شرعا ط .

وفى شرح السراجية : وإن كان الدين من حقوق الله تعالى كالزكاة والصلاة والصوم وحجة الإسلام والنذر والكفارة ، فإن أوصى به الميت وجب عندنا تنفيذه من ثلث ماله الباقى بعد دين العباد ، وإن لم يوص لم يجب اه وعليه فمعنى سقوطها بالموت عدم وجوب إخراجها من التركة بلا وصية ، أما إذا أوصى بها فيطالب بإخراجها شرعا (قوله ديه) أى على العاقلة أو على نفس القاتل إن لم يكن له عاقلة هكذا يفيد إطلاقه ط (قوله خراج) يعم خراج الرأس والأرض وقد علمت من نقل الشرنبلالى أنه يوصى بهما ويخرجان من الثلث .

قال المصنف فى باب العشر : من عليه عشر أو خراج إذا مات أخذ من تركته ، وفى رواية لا بل يسقط بالموت والأول ظاهر الرواية (قوله ضمان لعتق) أى إذا أعتق أحد الشريكين حفظه من عبد موسرا فضمنه شريكه فمات المعتق سقط بموته (قوله هكذا نفقات) أى غير المستدانة بأمر القاضى . وفى حاشية أبى السعود : المراد من النفقة التى تسقط غير المستدانة بأمر القاضى ، أما هى فقد جزم فى الظهيرية بعدم السقوط ، وصححه فى الذخيرة ونسبه إلى كافى الحاكم ، وعلله بأن للقاضى ولاية عامة فكانت استدانتها بأمره بمنزلة استدانة الزوج بنفسه ، ولو استدان بنفسه لايسقط ذلك الدين بموت أحدهما ، فكذا هذا وقد تقدم فى النفقات الكلام على هذا مستوفى ، وكذا فى رسالة سيدى الوالد رحمه الله تحرير النقود فى نفقات الفروع والأصول فارجع إليها فإنها فريدة فى بابها ولم يسبق(٢) على منوالها (قوله كذا هبة) يعنى إذا وهب ولم يسلم حتى مات فإنها تبطل .

---

(١) (قوله ولو زاد الواو الخ) يتأمل فى هذا الموضع اه .

(٢) (قوله ولم يسبق) كذا بالأصل ولعله ولم ينسج اه مصححه .

بموت لما أن الجميع صلات . . . .

(والعين العوض) بشرط أن يذكر لفظا يعلم الواهب أنه عوض كل هبته (فإن قال خذه عوض هبتك أو بدلها) أو فى مقابلتها ونحو ذلك (فقبضه الواهب سقط الرجوع) ولو لم يذكر أنه عوض رجع كل بهبته (و) لذا (يشترط فيه شرائط الهبة) كقبض

(قوله لما أن الجميع صلات) أى أو فى حكمها كالخراج ، وقد علمت أنه ليس محصورا فيما ذكره من الخمسة كما علمت مما مر فتأمل ، ولأن الصلات لا تتم إلا بالتسليم ،وإذا مات قبل التسليم تسقط .

فإن قيل : لو كانت النفقة صلة كيف يجبر الزوج على التسليم .

قلنا : يجوز أن يجبر ألا ترى أن من أوصى أن يوهب عبده من فلان بعد موته ثم مات الموصى ، فإن الورثة يجبرون على تنفيذ الوصية فى العبد وإن كان صلة ، ولو مات العبد تبطل الوصية وكذا الشفيع يستحق على المشترى تسليم الدار إليه بالشفعة والشفعة صلة شرعية ، ولومات الشفيع بطلت الشفعة كما فى شرح أدب القضاء (قوله بشرط أن يذكر لفظا الخ) لأن حق الرجوع ثابت له ولايسقط إلا بعوض يرضى به، ولايتم ذلك بدون رضاه. وفى الجوهرة ما يفيد أنه يكفى العلم بأنه عوض هبته ط .

قال فى الخانية : وهب لرجل عبدا بشرط أن يعوّضه ثوبا إن تقابضا جاز وإلا لا اه (قوله خذه عوض هبتك) أفاد أنه لو وهب له شيئا أو تصدق عليه ولم يذكر أنه عوض لايسقط الرجوع بل لكل منهما أن يرجع فى هبته كذا فى البحر ، لكن يؤيد كلام الجوهرة المذكور ما يأتى عن اليعقوبية الآتى قريبا فتأمل .

وفى أبى السعود بعد أن ذكر ما نقلناه عن البحر وهو صريح فى عدم الفرق بين الهبة والصدقة فيخالف ما قدمناه من أنه إذا كان الموهوب له فقيرا ليس له الرجوع لأنها صدقة، اللهم إلا أن يحمل ما هنا على المتصدق عليه غنى فتزول المخالفة لأنها حينئذ تكون مجازا عن الهبة (قوله ونحو ذلك) أى من كل لفظ يفيد التعويض : وفى الخانية إذا عوض بعد الهبة وقال هذا ثواب هبتك أو مكانها أو كافأتك أو أثبتك أو تصدقت بها عليك بدلا عن هبتك لا يبقى للواهب الرجوع (قوله سقط الرجوع) أى رجوع الواهب والمعوض كما فى الأنقروى وإليه يشير مفهوم الشارح (قوله ولو لم يذكر أنه عوض) أى فيكون هبة مبتدأة كما فى الزيلعى (قوله رجع كل بهبته) برفع كل منونا عوضا عن المضاف إليه لأن التمليك المطلق يحتمل الابتداء ويحتمل المجازاة فلا يبطل حق الرجوع بالشك مستصفى ، لكن قد يقال : إن الأصل أن المعروف كالملفوظ كما صرح به فى الكافى ، وفى العرف يقصد التعويض ولا يذكر خذ بدل هبتك ونحوه استحياء فينبغى أن لا يرجع ، وإن لم يذكر البدلية .

وفى الخانية : بعث إلى امرأته هدايا وعوضت المرأة وزفت إليه ثم فارقها فادعى الزوج أن مابعثه عارية وأراد أن يسترد وأرادت المرأة أن تسترد العوض فالقول للزوج فى متاعه لأنه أنكر التمليك ، وللمرأة أن تسترد مابعثته إذ تزعم أنه عوض للهبة فإذا لم يكن ذلك هبة لم يكن هذا عوضا فلكل منهما استرداد متاعه ؛

وقال أبو بكر الإسكاف : إن صرحت حين بعثت أنه عوض فكذلك ، وإن لم تصرح به ولكن نوت أن يكون عوضا كان ذلك هبة منها وبطلت نيتها، ولايخفى أنه على هذا ينبغى أن يكون فى مسألتنا اختلاف يعقوبية (قوله ولذا الخ) قال ط : الأولى حذف لذا لأنه جعله مرتبطا بما زاده وإبقاء المصنف على ظاهره لأنه يفيد

العقد وهو تحريف (ولا يجوز وإفراز وعدم شيوع ولو العوض مجانسا أو يسيرا وفى بعض نسخ المتن بدل الهبة : للأب أن يعوض عما وهب للصغير من ماله) ولو وهب العبد التاجر ثم عوض فلكل منهما الرجوع بحر (ولا يصح تعويض مسلم من نصرانى عن هبته خمرا أو خنزيرا) إذ لا يصح تمليكا من المسلم بحر (ويشترط أن لا يكون

حكم ما ذكره الشارح بالأولى اه نعم هو تعليل لما يفهم من قوله : رجع كل بهبته فإنه حيث سمى العوض هبة لأنه تمليك جديد وإن سمى عوضا شرط له ما يشترط للهبة (قوله وإفراز) عن مال المعوض فإنه إن عوضه ثمرا على شجر لا يتم حتى يفرزه .

وفى الهندية إن العوض المتأخر حكمه حكم الهبة يصح بما تصح به ويبطل بما تبطل به إلا فى إسقاط الرجوع على معنى أنه يثبت حق الرجوع فى الأولى ولا يثبت فى الثانية اه وهذا يدل على أن العوض لا يشترط فى عقد الهبة ط (قوله ولو العوض مجانسا) أى من جنس الهبة ويسيرا أى أقل منها ، وذلك لأن العوض ليس ببدل حقيقة إذ لو كان كذلك لما جاز بالأقل للربا يحقق ذلك أن الموهوب له مالك للهبة والإنسان لا يعطى بدل ملكه لغيره ، وإنما عوضه ليسقط حقه فى الرجوع ، وأيضا فإنه لما كان العوض تمليكا جديدا وفيه معنى الهبة المبتدأة ولذا شرط فيه شرائطها فيجوز بأقل من الموهوب ، ولو من جنسه لا فرق بين الأموال الربوية وغيرها ، ولو كان عوضا من كل وجه لامتنع فى الأموال الربوية إلا مثلا بمثل يدا بيد عند اتحاد الجنس (قوله وهو تحريف) لكن قد يقال على هذه النسخة أنه أراد بالعقد عقد الهبة فأل للعهد الحضورى ويراد به المعقود عليه :

والحاصل : أنه لا ملجىء إلى الحكم عليه بالتحريف مع إمكان صحته إذ الأصل فى اللام أن تكون للعهد والعقد المعهود هو الذى بوب له ، وهو عقد الهبة فكان معنى النسختين معتمدا تأمل (قوله ولا يجوز للأب الخ) لأنه تبرع ابتداء وليس له أن يتبرع من مال الابن ، فإن عوض فللواهب أن يرجع فى هبته لبطلان التعويض بزازية ، وهذه العلة تفيد أن الأب يرجع بما عوض ، لأنه هبة من كل وجه فصح الرجوع به والظاهر عدم كراهة الرجوع فيه ، لأنه لم يتبرع فيه ابتداء ، بل لقصد التعويض ولم يتم له فكان كما لو استحق الموهوب فإنه يرجع بالعوض ، فكذا هنا ولا يجوز له التعويض ، وإن كانت الهبة للصغير بشرط التعويض كما فى الهندية ومما يتفرع على كون العوض بمعنى الهبة أنه لا يجوز لأنها تبرع ، وليس للأب أن يتبرع بمال ابنه وله مندوحة عن رجوع الواهب فى الهبة مع أن المسلم له مانع من دينه أن يرتكب المكروه ومع ذلك لو باع العين الموهوبة للصغير امتنع الرجوع وله ذلك فى المنقول ، فإن جاز له ذلك فى العقار أيضا للضرورة تزاد على المسائل التى يباع فيها عقار الصغير (قوله من ماله) الضمير يرجع لأقرب مذكور لا سيما وقد علم من صريح عبارة البزازية ، ولو كان العوض من مال الأب صح لما مر ، وسيأتى من صحة التعويض من الأجنبى (قوله ولو وهب العبد) أى وهب له شخص ووهب بضم الواو مبنى للمجهول : أى وهب له شخص شيئا (قوله ثم عوض) أى عوض العبد عن هبته (قوله فلكل منهما الرجوع) وجهه فى العبد ظاهر لأن الهبة تبرع ، وهو ليس من أهله فإذا ملك العبد الرجوع لبطلان الهبة فكذا للموجب له الرجوع بالعوض ، لأن التعويض مبنى على الهبة ، وقد بطلت أبو السعود ويحتمل أن وهب مبنى للفاعل وعوض مبنى للمفعول :

قال فى الخانية : العبد المأذون إذا وهب لرجل فعوضه الموهوب له كان لكل واحد منهما أن يرجع فيما دفع لأن هبة العبد باطلة مأذونا كان أو محجورا ، وإذا بطلت الهبة بطل التعويض (قوله من نصرانى) من هنا بمعنى اللام (قوله خمرا) مفعول تعويض ومفعول هبة محذوف وهو من إضافة المصدر لفاعله والمعنى لا يجوز

العوض بعض الموهوب فلو عوضه البعض عن الباقي) لايصح (فله الرجوع في الباقي) ولو الموهوب شيئين فعوضه أحدهما عن الآخر إن كانا في عقدين صح وإلا لا لأن اختلاف العقد كاختلاف العين والدراهم تتعين في هبة ورجوع مجتبى (ودقيق الحنطة يصلح عوضا عنها) لحدوثه بالطحن وكذا لو صبغ بعض الثياب أولت بعض السويق ثم عوضه صح خانية (ولو عوضه ولد إحدى جاريتين موهوبتين وجد) ذلك الولد (بعد الهبة امتنع الرجوع وصح) العوض (من أجنبي ويسقط حق الواهب في الرجوع إذا قبضه) كبدل الخلع (ولو التعويض (بغير إذن الموهوب له) ولا رجوع ولو بأمره إلا إذا قال : عوض عني على أني ضامن لعدم وجوب التعويض

أن يعوض المسلم خمرا أو خنزيرا إذا وهب له النصراني شيئا لأنا نهينا عن تمليك الخمر والخنزير وتملكهما فللذمي أن يرجع في هبته قال الطحطاوي والظاهر أنه لو كانت المسألة بالعكس يكون الحكم كذلك ويحرر .

قال في الهندية : وأهل الذمة في الهبة بمنزلة المسلمين لأنهم التزموا أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات إلا أنه لاتجوز المعاوضة بالخمر من الهبة فيما بين المسلم والذمي ، سواء كان المسلم هو المعوض الخمر أو الذمي ثم ذكر ذمي وهب لمسلم شيئا فعوضه خمرا له الرجوع في هبته اه (قوله بعض الموهوب) قال في العناية : مثل أن يكون الموهوب دارا والعوض بيت منها أو الموهوب ألفا والعوض درهم منها فإنه لاينقطع به حق الرجوع لأنا نعلم بيقين أن قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك فلا يحصل به خلافا لزفر فإنه قال التحق بذلك سائر أمواله وبالقليل من ماله ينقطع الرجوع فكذا هذا وتمامه فيها (قوله فله الرجوع في الباقي) لأن حقه كان ثابتا في الكل فإذا وصل إليه بعضه لايسقط حقه في الباقي زيلعي (قوله صح) سواء كانا في مجلس أو مجلسين بحر (قوله وإلا لا) هي مسألة المصنف (قوله في هبة) يعني إذا وهبه دراهم تعينت فلو أبدلها بغيرها كان إعراضا منه عنها فلو أتى بغيرها ودفعه له فهو هبة مبتدأة وإذا قبضها الموهوب له وأبدلها بجنسها أو بغير جنسها لارجوع عليه ، ومثل الدراهم والدنانير ط (قوله ورجوع) أي ليس له أن يرجع إلا إذا كانت دراهم الهبة قائمة بعينها ، فلو أنفقها كان إهلاكا يمنع الرجوع ط (قوله لحدوثه بالطحن) أي فهو غير الحنطة فلا يقال إنه عين الموهوب أو بعضه ، ولذا لو وهب الدقيق في الحنطة ثم طحنه وسلمه لم يصح ، لأنه لما وهبه كان معدوما حين الهبة كما قدمنا (قوله وكذا لو صبغ) لأن الشيء مع غيره غيره مع نفسه فالثوب المصبوغ والسويق الملتوت بالسمن غيرهما خاليين عن الصبغ واللت ولأن مافي الثوب من الصبغ ، وما في السويق من السمن ونحوه يصلح عوضا (قوله ثم عوضه) أي البعض أي جعله عوضا عن الهبة صح لحصول الزيادة فيه فكأنه شيء آخر (قوله امتنع الرجوع) لأنه ليس له الرجوع في الولد فصح العوض اه منح والظاهر أن ذكر الجاريتين اتفاقي ، والأولى للمصنف التعبير بإحدى ، وهو كذلك في بعض النسخ ط (قوله وصح العوض من أجنبي) أي دفعه لأن الموهوب له لايحصل له بهذا العوض شيء لم يكن سالما له من قبل ، فيصح من الأجنبي كما يصح منه الخلع ، والصلح عن دم العمد اه زيلعي (قوله كبدل الخلع) أي كما يصح عن بدل الخلع من أجنبي وكان الأولى تقديمه على قوله وسقط كما فعل العيني (قوله ولا رجوع) أي للمعوض على الموهوب له ، ولو كان شريكه سواء كان بإذنه أو لا ، لأن التعويض ليس بواجب عليه ، فصار كما لو أمره أن يتبرع لإنسان إلا إذا قال على أني ضامن بخلاف المديون إذا أمر رجلا بأن يقضي دينه حيث يرجع عليه ، وإن لم يضمن لأن الدين واجب عليه منح (قوله ولو بأمره) يعني لارجوع للأجنبي على الموهوب له ، ولو كان بأمره (قوله لعدم وجوب التعويض)

بخلاف قضاء الدين (و) الأصل أن (كل مايطالب به الإنسان بالحبس والملازمة يكون الأمر بأدائه مثبتا للرجوع من غير اشتراط الضمان ومالا فلا) إلا إذا شرط الضمان ظهيرية وحينئذ (فلو أمر المديون رجلا بقضاء دينه رجع عليه) وإن لم يضمن لوجوبه عليه لكن يخرج عن الأصل مالو قال أنفق على بناء دارى أو قال الأسير اشترنى فإنه يرجع فيها بلا شرط رجوع كفالة خانية مع أنه لايطالب بهما لابحبس ولا بملازمة فتأمل

علة لقوله ولا رجوع ، ولو بأمره (قوله بخلاف قضاء الدين) أى حيث يرجع الأجنبي على المدين إذا قضى بأمره أى ولو لم يقل إنى ضامن لأن الدين ثابت فى ذمته ، وقد أمره أن يسقط مطالبته عنه فيكون أمرا بأن يملكه ماكان للطالب ، وهو الدين فصار كما لو أمره أن يملكه عينا ذكره الزيلعى قال الإتقانى والفقه فيه أنه لما أمره بقضاء الدين ، صار مستقرضا منه ذلك القدر ، وموكلا إياه بالصرف إلى غيره لأنا لو لم نجعله كذلك لايتصور فراغ ذمته عما عليه ، لأن الذمة لاتفرغ إلا بالقضاء ، ولا يقع الفعل قضاء إلا إذا انتقل فى المؤدى إلى من عليه الدين أو لا حتى إذا قبض رب الدين ، وجب للمديون مثل ماعليه فيلتقيان قصاصا ، وهذا لايحتاج إليه فى الهبة لأنه لادين على الموهوب له حتى يحتاج إلى فراغ ذمته بتقدير الاستقراض فافترقا من هذا الوجه اهـ شلبى (قوله مايطالب به الإنسان) دخل فيه النفقة على الزوجة والأولاد (قوله بالحبس والملازمة) خرج بذلك الأمر بالتكفير عنه وأداء النذر فإنه وإن كان يطالب بهما ، لكن لا بالحبس والملازمة فليتأمل (قوله لكن) استدراك على قوله ومالا فلا (قوله بلا شرط رجوع) كأنه لأن العرف قاض بضمان مايدفع فى ذلك وقد ذكر هذا البحث المصنف وشيخه فى بحره . وأشار بقوله فتأمل إلى نظر فى وجه الاستثناء لكن قد يقال إن فداء الأسير والإنفاق على بناء الدار ملحقان بمال له مطالب يحبس به ، ويلازم عليه أما الأسير إذا لم يفد فهو كالرقيق تحت أيدى المشركين بل أعظم بلاء ، وربما يتعرضون لفتنته عن دينه ، ولا يقدر أن يتخلص إلا بالفداء فألحق بمال له مطالب وأما بناء الدار ، فإنه من جملة الحوائج الأصلية ، لأن عدم مكان يأوى إليه ويستر فيه أهله ويحفظ فيه ماله يؤدى إلى هلاكه فكان لابد له منه فألحق بماله مطالب أيضا نظيره ماقالوا فى الكفالة بالنوائب فهى صحيحة ، وإن كانت تؤخذ منه بغير حق لأنها تؤخذ منه فوق أخذ الحق فجازت الكفالة بها لدفع التضييق عليه فتأمل .

أقول : وقد ذكر الشارح قبل كفالة الرجلين أصلين آخرين أحدهما من قام عن غيره بواجب بأمره رجع بما دفع ، وإن لم يشترطه كالآمر بالإنفاق عليه وبقضاء دينه إلا فى مسائل أمره بتعويض عن هبته وبإطعام عن كفارته ، وبأداء عن زكاة ماله وبأن يهب فلانا عنى ألفا ثانيهما فى كل موضع يملك المدفوع إليه المال مقابلا بملك مال ، فإن المأمور يرجع بلا شرط ، وإلا فلا فالمشترى أو الغاصب إذا أمر رجلا بأن يدفع الثمن أو بدل الغصب إلى البائع أو المالك كان المدفوع إليه مالكا للمدفوع بمقابلة مال هو المبيع أو المغصوب ، وظاهره أن الهبة لو كانت بشرط العوض ، فأمره بالتعويض عنها يرجع بلا شرط لوجود الملك بمقابلة مال ، بخلاف مالو أمره بالإطعام عن كفارته أو بالإحجاج عنه ونحوه ، فإنه ليس بمقابلة مال فلا رجوع للمأمور على الآمر إلا بشرط الرجوع ، ويرد عليه الأمر بالإنفاق عليه ، فإنه قدم أنه يرجع بلا شرط مع أنه ليس بمقابلة مال ، فلا رجوع للمأمور على الآمر إلا بشرط الرجوع ، وكذا الأمر بأداء النوائب وبتخليص الأسير على مامر .

قال فى النوازل : قوم وقعت لهم مصادرة فأمروا رجلا أن يستقرض لهم مالا ينفقه فى هذه المؤنات ففعل فالمقرض يرجع على المستقرض ، والمستقرض هل يرجع على الآمر إن شرط الرجوع يرجع ، وبدون الشرط لايرجع ، والمختار : أنه يرجع تاترخانية فى كتاب الوصايا .

. . . .

وفى مجموعة النقيب عن العمادية : أن المأمور بالإنفاق من مال نفسه فى حاجة الآمر ، قال بعضهم : يوجب الرجوع إذا اشترطه وقال بعضهم : يوجب الرجوع من غير اشتراطه وهو الأصح .

ولو قال عوض عن هبتى أو أطعم عن كفارتى أو أد زكاة مالى أو وهب فلانا عنى ألفا لا يرجع بلا شرط الرجوع كما فى البزازية .

وذكر فى السراج الوهاج ضابطا آخر أن الواهب الذى سقط عن الآمر بدفع المأمور إن كان من أحكام الآخرة فقط لم يرجع بلا شرط الرجوع ، لأنه لو رجع لرجع بأكثر مما أسقط وإن كان من أحكام الدنيا رجع بلا شرط اه وقيد هذا فى الخلاصة بما إذا قال ادفع مقدار كذا إلى فلان عنى ؛ فلو لم يقل عنى أو ادفعه فإنى ضامن فدفع المأمور إن كان شريك الآمر أو خليطه وتفسيره ، بأن يكون بينهما فى السوق أخذوا عطاء ومواضعة ، فإنه يرجع على الآمر بالإجماع وكذا لو كان الآمر فى عيال المأمور أو المأمور فى عيال الآمر ، وإن لم يوجد واحد من هذه الثلاثة ، فلا رجوع عليه ، وعند أبى يوسف يرجع ، وهذا إذا لم يقل اقض عنى ، فإن قال : ثبت له حق الرجوع بالإجماع من مجموعة النقيب .

قال فى الخانية : ذكر فى الأصل إذا أمر صيرفيا فى المصارفة أن يعطى رجلا ألف درهم قضاء عنه أو لم يقل قضاء عنه ففعل المأمور ، فإنه يرجع على الآمر فى قول أبى حنيفة ، فإن لم يكن صيرفيا لا يرجع إلا أن يقول : عنى ، ولو أمره بشرائه أو بدفع الفداء يرجع عليه استحسانا ، وإن لم يقل على أن ترجع على بذلك وكذا لو قال أنفق من مالك على عيالى أو فى بناء دارى يرجع بما أنفق وكذا لو قال : اقض دينى يرجع على كل حال ، ولو قضى نائبة غيره بأمره رجع عليه ، وإن لم يشترط الرجوع هو الصحيح اه .

والحاصل : أنه إذا قال اقض دينى أو نائبتى أو اكفل لفلان بألف على أو انقده بألف على أو اقض ماله على أو انفق على عيالى أو فى بناء دارى يرجع مطلقا شرط الرجوع أو لا قال عنى أو لا ، وكذا لو قال ادفع إلى فلان كذا وكان المأمور صيرفيا أو خليطا للآمر أو فى عياله وإلا فلا مالم يقل عنى ، أو على أنى ضامن بخلاف مالو قال : هب لفلان عنى ألفا أو أقرضه ألفا ، أو عوّضه عنى أو كفر عن يمينى بطعامك أو أد زكاة مالى بمالك أو أحج عنى رجلا أو أعتق عنى عبدا عن ظهارى فلا رجوع إلا بشرطه ، وإن كان المأمور خليطا أو قال : عنى فجملة هذه المسائل أربعة أقسام .

الأول : مايرجع به المأمور مطلقا .

الثانى : مايرجع إن كان صيرفيا أو خليطا له أو فى عياله .

الثالث : مايرجع إن قال عنى .

الرابع : مالا رجوع فيه إلا بشرط الرجوع ، وقد لخص سيدى الوالد رحمه الله تعالى هذا الحاصل من كلام الخانية والخلاصة ، فهذه المسائل منصوص عليها فى الخانية والخلاصة وبها يستغنى عن الأصول المارة لأنها غير ضابطة ، وكذا الأصل الذى ذكرناه عن الشارح ، وهو من قام عن غيره بواجب بأمره رجع بما دفع الخ فإنه غير ضابط أيضا لأنه لايشمل الأمر بالإنفاق فى بناء داره وبشراء الأسير وقضاء النائبة ولشموله الواجب الأخروى كالأمر بأداء زكاته ونحوه .

وفى نور العين عن مجمع الفتاوى : أمر أحد الورثة إنسانا بأن يكفن الميت فكفن إن أمره ليرجع عليه

(وإن استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض وعكسه لا مالم يرد مابقى) لأنه يصلح عوضا ابتداء فكذا بقاء لكنه يجبر ليسلم العوض ومراده العوض الغير المشروط ، أما المشروط فمبادلة كما سيجىء. فيوزع البدل على المبدل نهاية (كما لو استحق كل العوض حيث يرجع فى كلها إن كانت قائمة لا إن كانت هالكة) كما لو استحق العوض وقد ازدادت الهبة لم يرجع خلاصة (وإن استحق جميع الهبة كان له أن يرجع فى جميع العوض إن كان قائما وبمثله إن) العوض (هالكا وهو مثلى وبقيمته إن قيميا) غاية (ولو عوض النصف رجع بمالم يعوض) ولا يضر الشيوع لأنه طارىء .

[تنبيه] نقل فى المجتبى : أنه يشترط فى العوض أن يكون مشروطا فى عقد الهبة أما إذا عوضه بعده فلا

يرجع عليه كما فى أنفق فى بناء دارى وهو اختيار شمس الإسلام وذكر السرخسى أن له أن يرجع بمنزلة أمر القاضى .

وفيه عن الذخيرة قال : ادفع إلى فلان قضاء له ولم يقل عنى أو قال : أقض فلانا ألفا ولم يقل عنى ، ولا على أنى ضامن لها أو كفيل بها ، فدفع ، فلو كان المأمور شريكا للآمر أو خليطا له رجع على آمره ، ومعنى الخليط : أن يكون بينهما أخذ وإعطاء أو مواضعة على أنه متى جاء رسول هذا أو وكيله يبيع منه أو يقرضه فإنه يرجع على الآمر إجماعا إذ الضمان بين الخليطين مشروط عرفا إذ العرف أنه إذا أمر شريكه أو خليطه بدفع مال إلى غيره بأمره يكون دينا على الآمر والمعروف كالمشروط ، وكذا لو كان المأمور فى عيال الآمر أو بالعكس يرجع إجماعا ، وإن لم يقل على أنى ضامن ولم يشترط الرجوع اهـ : وأفاد التعليل بالضمان عرفا أن ما جرى به العرف فى الرجوع على الآمر يرجع وإن لم يكن خليطا ، ولا فى عياله ولذا أثبتوا الرجوع للصيرفى فليحفظ (قوله وإن استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض) لأنه لم يدفعه إلا ليسلم له الموهوب كله ، فإذا فات بعضه رجع عليه بقدره كغيره من المعاوضات درر .

قال السمرقندى ، وهذا إذا استحق نصف معين أما إذا لم يكن معينا تبطل الهبة أصلا كذا فى الشرح اهـ .

وقال فى الجوهرة : وهذا أى الرجوع فيما إذا لم يحتمل القسمة وإن فيما يحتملها إذا استحق بعض الهبة بطل فى الباقى ويرجع فى العوض أى لأن الموهوب له تبين أنه لم يملك ذلك البعض المستحق فبطل العقد فيه من الأصل فلو جاز فى الباقى كان هبة مشاع فيما يحتمل القسمة ، وذلك يمنع ابتداء التمليك بالهبة أشار إليه سرى الدين (قوله وعكسه لا) أى أن استحق نصف العوض لا يرجع بنصف الهبة لأنه ليس عوضا حقيقة على ما تقدم ، ولأن النصف الباقى مقابل لكل الهبة فإن الباقى يصلح للعوض ابتداء فكذا بقاء إلا أنه يتخير (قوله ليسلم العوض) الأولى أن يقول : لأنه لم يسلم له العوض فتأمل (قوله الغير المشروط) أى فى عقد الهبة (قوله أما المشروط) أى فى العقد (قوله فيوزع) لأنه بيع (قوله كما لو استحق) تنظير لمفهوم قوله مالم يرد ما بقى فإن مفهومه أنه إذا رد ما بقى رجع بكل الهبة (قوله لا إن كانت هالكة) فإن استحق العوض والهبة هالكة لا يرجع الواهب على الموهوب له أصلا لأن هلاك الهبة مانع من الرجوع اهـ شلبى أى وقد هلكت على ملكه واستحال الرجوع فيها ، فاستوى فى ذلك التعويض وعدمه ط (قوله لم يرجع) أى الواهب على الموهوب له ببدل العوض لأن الزيادة مانعة من الرجوع كالهلاك (قوله رجع مالم يعوض) لأن المانع قد خص النصف (قوله ولا يضر الشيوع) أى الحاصل بالرجوع فى النصف .

قال فى البزازية : عوضه فى بعض هبته بأن كانت ألفا عوضه درهما منه فهو فسخ فى حق الدرهم ، و يرجع

ولم أر من صرح به غيره وفروع المذهب مطلقة كما مر فتدبر .

فى الباقى وكذا البيت فى حق الدار (قوله ولم أر من صرح به غيره) قائله المصنف فى منحه وفيه بل صرحوا بأن العوض قسمان . قال سرى الدين : جعل صاحب البدائع والمحيط العوض على نوعين : عوض مشروط فى العقد وسيأتى فى كلام المصنف آخر مسئلة من هذا الباب ، وعوض متأخر عن العقد : وهو ما ذكره المصنف والعين للعوض أى المتأخر اه وقد عقد صاحب الهندية بابا مستقلا لهما : ويفرق بينهما بما ذكر هنا من أنه إن لم يكن مشروطا ، واستحق بعضه فإنه يمتنع الرجوع ، وإن كان مشروطا انقسم على الهبة ط .

قال فى مشتمل الأحكام ناقلا عن مختصر المحيط : العوض المانع إن كان مشروطا فى العقد فلكل واحد الامتناع ما لم يتقابضا فهو بمنزلة البيع يردان بعيب ويجب له الشفعة ، ولو كان العوض متأخرا عن العقد إن أضافه إلى الهبة بأن قال : هذا عوض هبتك أوجاريتك يصح ويكون العوض هبة يصح بما تصح به الهبة ويبطل بما تبطل به الهبة ويتوقف الملك على القبض ولا يكون فى معنى المعاوضة ابتداء ولا انتهاء فأما إذا لم يضف العوض إلى الهبة فلكل واحد منهما الرجوع بما وهب ، ونقل عن شرح مختصر القدورى العوض إذا لم يكن مشروطا فى العقد فهو هبة فى نفسه فيتوقف الملك على القبض : ولا يصح الشيوع ، وفى حق الأول يعتبر عوضا ثم يسقط به الرجوع فما فى مختصر المحيط موافق للمجتبى بأحد وجهيه . وفى غاية البيان قال أصحابنا : إن العوض الذى يسقط به الرجوع ما شرط فى العقد ، فأما إذا عوضه بعد العقد لم يسقط الرجوع ، لأنه غير مستحق على الموهوب اه وإنما تبرع به ليسقط عن نفسه الرجوع فيكون هبة مبتدأة ، وليس كذلك إذا شرط فى العقد ، لأنه يوجب أن يصير حكم العقد حكم البيع ، ويتعلق به الشفعة ويرد بالعيب فدل أنه قد صار عوضا عنها ، وقالوا أيضا : يجب أن يعتبر فى العوض الشرائط المعتبرة فى الهبة من القبض ، وعدم الشيوع لأنه هبة كذا فى شرح الأقطع .

وقال فى التحفة : فأما العوض المتأخر عن العقد فهو لإسقاط الرجوع ، ولا يصير فى معنى المعاوضة لا ابتداء ولا انتهاء وإنما يكون الثانى عوضا عن الأول بالإضافة إليه نصا كهذا عوض عن هبتك : فإن هذا عوض إذا وجد القبض ويكون هبة يصح ويبطل بما تصح ، وتبطل به الهبة ، وأما إذا لم يضف إلى الأولى يكون هبة مبتدأة ويسقط حق الرجوع فى الهبتين جميعا انتهى مع بعض اختصار ، ومفاده أنهما قولان أو روايتان الأول : لزوم اشتراطه فى العقد والثانى : لا بل لزوم الإضافة إلى الأولى ، وهذا الخلاف فى سقوط الرجوع ، وأما كونه بيعا انتهاء فلا نزاع فى لزوم اشتراطه فى العقد تأمل ، وسنذكر آخر الفصل فى الفروع بيان العوض مفصلا عن الهندية إن شاء الله تعالى فراجعه (قوله وفروع المذهب مطلقة كما مر) من دقيق الحنطة وولد إحدى جاريتين .

قال فى المنح : منها ما قدمناه من أن دقيق الحنطة يصلح عوضا منها ومنها ما تقدم من أنه لو عوضه ولد إحدى جاريتين موهوبتين وجد بعد الهبة فإنه يمتنع الرجوع اه (قوله فتدبر) قال العلامة أبو السعود قلت : الظاهر أن الاشتراط بالنظر لما سبق من توزيع البدل على المبدل ، لا مطلقا ، وحينئذ فما فى المجتبى لا يخالف إطلاقه فروع المذهب فتأمل انتهى .

لكن قال العلامة السائحانى : أقول : بل فروع المذهب صريحة فى ضده كما قدمته عن الخانية وكما قدمه الشارح فى قوله ومراده العوض الغير المشروط ، فلا تلتفت لما فى المجتبى ثم ظهر أن المراد بعدم كونه

(والخاء خروج الهبة عن ملك الموهوب له) ولو بهبة إلا إذا رجع الثانى فللأول الرجوع سواء كان بقضاء أو رضا لما سيجيء أن الرجوع فسخ حتى لو عادت بسبب جديد بأن تصدق بها الثالث على الثانى أو باعه منه لم يرجع الأول؛ولو باع نصفه رجع فى الباقى لعدم المانع .

وقيد الخروج بقوله (بالكلية) بأن يكون خروجا عن ملكه من كل وجه .

ثم فرع عليه بقوله(فلو ضحى الموهوب له بالشاة الموهوبة أو نذر التصدق بها وصارت لحما لا يمنع الرجوع) ومثله المتعة والقران والنذر مجتبى .

وفى المنهاج: وإن وهب له ثوبا فجعله صدقة لله تعالى فله الرجوع خلافا للثانى (كما لو ذبحها من غير تضحية)

عوضا أنه لا يجعل الهبة بيعا انتهاء، ثم رأيت شيخنا أجاب بنظير هذا انتهى فتأمل (قوله خروج الهبة) لأنه حصل بتسليط الواهب ، فلا ينقضه أطلق فى الخروج فشمل ما إذا وهب لإنسان دراهم ثم استقرضها منه فإنه لا يرجع فيها لاستهلاكها خانية ، وشمل أيضا ما لو وهب لمكاتب إنسان ، ثم عجز المكاتب لم يرجع المالك فى الهبة عند محمد لانتقالها من ملك المكاتب إلى ملك مولاه خلافا لأبى يوسف كما فى المنح (قوله سواء كان) أى رجوع الثانى (قوله فسخ) فإذا عاد إلى الواهب الثانى ملكه عاد بما كان متعلقا به (قوله لم يرجع الأول) لأن حق الرجوع لم يكن ثابتا فى هذا الملك درر عن المحيط (قوله ولو باع نصفه الخ) مرتبط بالمصنف : ويظهر فى صورة تكرر الهبة أيضا قال فى المحيط البرهانى : ولو وصل إلى الواهب الثانى بهبة أو إرث أو وصية أو شراء أو ما أشبه ذلك لم يكن للواهب الأول أن يرجع (قوله فلو ضحى الخ) أما لو طبخها بعد أن ضحى بها أو بدون التضحية ينبغى أن لا يرجع لأنه بمنزلة الاستهلاك كما علم فى باب الغصب (قوله لا يمنع الرجوع) وتجزيه عن الأضحية والمتعة عند محمد، وليس له الرجوع فى قول أبى يوسف والصحيح أن قول الإمام كقول محمد هندية عن المحيط قال ط وسكت عن النذر والظاهر عدم الإجزاء لعدم الوفاء بالنذر اهـ .

قال السائحانى : ويظهر أنها تجزىء عن النذر والقران أما على رواية أنها غير فسخ من الأصل إذا لم تكن بقضاء فظاهر ، وأما على غيرها فلأن هذه الأشياء غير محسوسة ،حتى يتأتى فيها النقض ، وصرحوا بأن الزكاة لا تعود وكذا الشفعة فيما لو وهب المال قبل الحول ثم رجع بعده وفيما لو رجع بعد ما وهب الدار وبيعت دار بجوارها وسيأتى :

ووهب شاة راجع بعد ذبحها فيجزىء من ضحى عليها ويؤجر

وهذا البيت تصريح ببعض ما ظهر لى اهـ .

أقول : ولأنه وإن لم يبح له أكل المنذور لكنه باق على ملكه بعدم الذبح ولذا يتصدق به والصدقة لا تكون إلا بما هو ملكه تأمل (قوله والنذر) لعله أراد به هنا المطلق فلا يتكرر مع المصنف أو يقال إنما كررها بعد ذكر المتن لها ، لأنه نقل عبارة المجتبى برمتها تأييدا لما فى المتن (قوله فجعله) أى الموهوب له (قوله فله الرجوع) ما لم يقبضه للمتصدق عليه ولو وهب له شيئا وقبضه فاختلسه الواهب واستهلكه غرم قيمته للموهوب له ،ولو كان شاة فذبحها الواهب بعد قبض الموهوب له يأخذ الشاة المذبوحة من غير تغريم، بخلاف ما لو كان ثوبا فقطعه الواهب ، فإن الموهوب له يأخذ الثوب ، ويغرم الواهب له ما بين القطع والصحة هندية (قوله خلافا للثانى) أى فلا يمتنع الرجوع عنده ، والخلاف يجرى أيضا فى مسئلة الأضحية وما عطف عليها كما هو فى المجتبى . ولذا قال : فيما لو ذبحها من غير تضحية له الرجوع اتفاقا أى لم يخالف فيها أبو يوسف ،

فله الرجوع اتفاقا .

[فرع] : عبد عليه دين أو جناية خطأ فوهبه مولاه لغريمه أو لولى الجناية سقط الدين والجناية ثم لو رجع صح استحسانا ولا يعود الدين والجناية عند محمد ورواية عن الإمام كما لا يعود النكاح لو وهبها لزوجها ثم رجع خانية (والزاى الزوجية وقت الهبة

لأنها لم تخرج عن ملكه أصلا ، وفى التضحية : خرجت لله تعالى وهما يقولان وإن وقعت التضحية لله تعالى لكنها إنما وقعت القربة بإراقة الدم ، ولذا له أن يأكل لحمها ، فلم تخرج عن ملكه بالكلية وهذا ظاهر فى الأضحية وأما فى النذر فكذلك كما علمت (قوله فله الرجوع اتفاقا) لأنها لم تخرج عن ملكه أصلا (قوله سقط الدين والجناية) كما قدمناه .

وصورة المسئلة : رجل له على عبد دين فوهبه مولاه لصاحب الدين وقبله سقط دينه لأن بقبوله الهبة كان راضيا بإسقاط حقه فى الدين وأرش الجناية لأنهما يتعلقان برقبة العبد ولا يرجع على العبد بشىء لأن السيد لا يستوجب حقا على عبده (قوله ثم لو رجع) أى الواهب فى هبته (قوله صح استحسانا) وفى القياس لا يصح رجوعه فى الهبة لأنه رضى بسقوط حقه ليسلم له العبد فكان بمنزلة العوض ، وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة والمعلى عن أبى يوسف ، وهشام عن محمد ، وعلى قول أبى يوسف : إذا رجع فى الهبة يعود الدين والجناية وأبو يوسف استفحش قول محمد ، وقال : أرأيت لو كان على العبد دين لصغير فوهبه مولاه منه فقبل الوصى وقبض فسقط الدين فإن رجع بعد ذلك لو قلنا : لا يعود الدين كان قبول الوصى الهبة تصرفا مضرا على الصغير ولا يملك ذلك ، ووجه الاستحسان أنه لم ينص على العوض فكان إسقاطا محضا ، وكانت الهبة خالية عن العوض لأن شرط العوض أن يقول : هو عوض عن هبتك كما مر ، ولم يوجد .

قال بعض الأفاضل : والذى يظهر ما قاله أبو يوسف لأن الشىء ينتهى بانتهاء علته وعلة سقوط الدين الملك ولم يبق الملك فيعود الدين كمن له على آخر دين مؤجل فقضاه قبل الأجل فاستحق ذلك عاد الدين مؤجلا لأنه لما بطل القضاء بالاستحقاق بطل ، وهو سقوط الأجل فتأمل اهـ .

[فرع] صبى له على مملوك وصيه دين فوهب الوصى عبده للصبى ، ثم أراد الوصى الرجوع فى ظاهر الرواية له ذلك ، وعن محمد المنع بزازية (قوله ورواية عن الإمام) لأن الساقط لا يعود كماء قليل نجس دخل عليه الماء الجارى ، حتى كثر وسال ثم عاد إلى القلة لا يعود نجسا وقال أبو يوسف يعود الدين حكما كما كان لأن زوال الدين كان حكما لملكه الموهوب له وقد بطل الملك كما فى المنح (قوله كما لا يعود النكاح) وذكر الصدر الشهيد أنه يعود قال فى الخانية : وأما مسئلة النكاح ففيها روايتان عن أبى يوسف فى رواية إذا رجع الواهب يعود النكاح اهـ .

وفى الهندية بعد ما ذكره عن الصدر الشهيد ، وذكر محمد فى الكتاب فى مواضع أنه بالرجوع فى الهبة يعود إلى الواهب قديم ملكه ، والمراد منه العود إلى قديم ملكه فيما يستقبل لا فيما مضى . ألا ترى أن من وهب مال الزكاة من رجل قبل الحول وسلمه إليه ثم رجع فى الهبة بعد الحول لا يجب على الواهب زكاة ما مضى اهـ فلم يجعل قديم ملكه عائدا إليه فى حق زكاة ما مضى ، وكذلك من وهب من آخر دارا وسلمها إلى الموهوب له ثم بيعت دار بجنبها ، ثم رجع الواهب فيها لم يكن للواهب أن يأخذها بالشفعة ولو عاد إليه قديم ملكه فيما مضى وجعل كأن الدار لم تزل عن ملكه لكان له الأخذ بالشفعة اهـ وعزاه للذخيرة (قوله والزاى)

فلو وهب لامرأة ثم نكحها رجع ولو وهب لامرأته لا) كعكسه .
[فرع] : لاتصح هبة المولى لأم ولده ولو فى مرضه ولا تنقلب وصية إذ لا يد للمحجور أما لو أوصى لها بعد موته يصح لعتقها بموته فيسلم لها كافى (والقاف القرابة فلو وهب لذى رحم محرم

فيها لغات فدها بعض العرب ومنهم من يقول زاى ومنهم من يقول : زا فيقصرها ومنهم من ينون فيقول زاوهذا أقبح الوجوه لأنه لم يأت اسم على حرف ومنهم من يقول ،زىّ فيشدد الياء أبو السعود عن ابن عبدون (قوله فلووهب لامرأة الخ) الأصل الزوجية نظير القرابة حتى يجرى التوارث بينهما بلاحاجب وترد شهادة كل واحد للآخر فيكون المقصود من هبة كل منهما للآخر الصلة والتوادد دون العوض ، بخلاف الهبة للأجنبى فإن المقصود منها العوض ، ثم المعتبر فى ذلك حالة الهبة ، فإن كانت أجنبية كان مقصوده العوض فثبت له الرجوع فيها فلا يسقط بالتزويج وإن كانت حليلته كان مقصوده الصلة دون العوض ، وقد حصل فسقط الرجوع فلا يعود بالإبانة اه زيلعى ملخصا (قوله لا) أى لا يرجع ولو فارقها بعد ذلك لا يملك الرجوع لقيام الزوجية وقت الهبة (قوله كعكسه) أى لو وهبته لرجل ثم نكحها رجعت ، ولو لزوجها لا وإن فارقها والأولى أن يقول : كما إذا كانت هى الواهبة فيهما (قوله ولو فى مرضه) قال فى الأصل : ولا يجوز هبة المريض ولا صدقته إلا مقبوضة ، فإذا قبضت جازت من الثلث ، وإذا مات قبل التسليم بطلت . ويجب أن يعلم بأن هبة المريض هبة عقد أو ليست بوصية واعتبارها من الثلث ماكان لأنها وصية ولكن لأن حق الورثة يتعلق بالمريض وقد تبرع بالهبة فيلزم تبرعه بقدر ما جعل الشرع له ، وهو الثلث وإذا كان هذا التصرف هبة عقد اشترط له سائر شرائط الهبة ، ومن جملتها قبض الموهوب قبل موت الواهب اه محيط (قوله ولا تنقلب وصية) لما علمت أن هبة المريض هبة عقدا ، وهى ليست بأهل لقبضها لأنها لو قبضتها لكانت ملكا له ، ويستحيل أن يملك الإنسان لنفسه . وأيضا أفاد أن قولهم الهبة فى مرض الموت وصية أنها تنعقد هبة ، وتنقلب وصية وشرط الهبة القبض ، وأم الولد محجورة لقيام الملك حال حياة المولى ولا يد للمحجور ، فلا يتأتى منها القبض ولا يمكن أن تصير مأذونة فى تلك الهبة لأنها لا تملك ما دامت رقيقة أما لو أوصى لها فإنها تمليك بعد الموت وهى حرة بعد موت مولاها فتصح الوصية (قوله لعتقها بموته) ويعتبر القبول بعد الموت والتمليك واقع لها بعده (قوله والقاف القرابة) أى القريبة إلا الوالد إذا احتاج إلى ذلك .

قال فى الدرر : فإنه ينفرد بالأخذ لحاجته إلى الإنفاق ، ويسمى ذلك رجوعا نظرا إلى الظاهر ، وإن لم يكن رجوعا حقيقة على أن هذا الحكم غير مختص بالهبة ، بل الأب إذا احتاج فله الأخذ من مال ابنه ، ولو غائبا كما ذكر فى باب النفقات .

قال صدر الشريعة : ونحن نقول به : أى لا ينبغى أن يرجع إلى الوالد ، فإنه يتملك للحاجة فتوهم بعض الناس أن قوله ، ونحن نقول به أن للأب أن يرجع فيما وهب لابنه عندنا أيضا مطلقا وهو وهم باطل منشؤه الغفلة عن قوله : فإنه يتملكه للحاجة فإن مراده ما ذكرنا حتى لو لم يحتج لم يجز له الأخذ من مال ابنه ، فإن ما توهمه مخالف لتصريح علمائنا كقاضيخان وغيره أن قرابة الولاد من جملة الموانع اه ولهذا لم يتعرض الشارح رحمه الله تعالى لتخصيص القرابة بغير الأب بل تركه على العموم اتكالا على ما تقرر أن للأب أن يتناول من مال ابنه عند الحاجة بقدرها (قوله لذى رحم محرم) خرج من كان ذارحم وليس بمحرم ، ومن كان محرما وليس بذى رحم درر فالأول كابن العم ، فإن كان أخاه من الرضاع أيضا فهو خارج أيضا واحترز عنه بقوله نسبا ، فإنه ليس بذى رحم محرم من النسب كما فى الشرنبلالية والثانى كالأخ رضاعا .

منه) نسبا (ولو ذميا أو مستأمنا لا يرجع) شمنى (ولو وهب لمحرم بلا رحم كأخيه رضاعا) ولو ابن عمه (ولمحرم بالمصاهرة كأمهات النساء والربائب وأخيه وهو عبد لأجنبى أو لعبد أخيه رجع ولو كانا) أى العبد ومولاه (ذا رحم محرم من الواهب فلا رجوع فيها اتفاقا على الأصح)

قال السمرقندى : الرحم صاحب القرابة والمحرم هو الذى يحرم منا كحته اه وإنما لا يرجع فيها لقوله عليه الصلاة والسلام «إذا كانت الهبة لذى رحم محرم لم يرجع فيها» ولأن المقصود منها صلة الرحم وقد حصل وفى الرجوع قطيعة الرحم اه زيلعى (قوله منه) صفة محرم ، والضمير فى منه للرحم ، فخرج الرحم غير المحرم كابن العم والمحرم غير الرحم كالأخ رضاعا والرحم المحرم الذى محرميته لامن الرحم كابن عم هو أخ رضاعا ، وعلى هذا لا حاجة إلى قوله نسبا نعم يحتاج إليه لو جعل الضمير للواهب ليخرج به الأخير تدبر (قوله نسبا) حال من محرم فلو كان الرحم محرما من الرضاع أو المصاهرة لا يمتنع الرجوع ، لعدم وجوب صلته ولذا لايجب إنفاقه عليه عند عجزه وإن كانت صلته مندوبا إليها (قوله ولو ذميا أو مستأمنا) لأنه واجب الصلة ومحل للصدقة لقوله تعالى ــ لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم ــ ولقبول الذمة والأمان فقد ترك المقاتلة قال القهستانى : ومثلهما الحربى (قوله بلارحم) أى بلا رحم موجب للمحرمية وإن صار له رحم بالرضاع والمصاهرة فإنه لا يمنع الرجوع (قوله ولو ابن عمه) أى ولو كان أخوه رضاعا ابن عمه وهذا خارج بقوله منه أو بقوله نسبا لأن محرميته ليست من النسب بل من الرضاع ، ولا يخفى أن وصله بما قبله غير ظاهر ، لأن قوله لمحرم بلا رحم لا يشمله لكونه رحما إلا أن يقال قوله بلا رحم الباء فيه للسببية أى لمحرم بسبب غير الرحم كالباء فى قوله بعده بالمصاهرة تأمل (قوله ولمحرم) عطف على لمحرم فلا يمنع الرجوع (قوله كأمهات النساء والربائب) ومثلهم أزواج البنين والبنات خانية (قوله وأخيه وهو عبد لأجنبى) أى لأن الهبة لم تقع له حينئذ ، بل لمولاه لأن العبد لا يملك ، وإن تملك فهو وما فى يده لسيده ، وفى ألغاز الأشباه أى أب وهب لابنه وله الرجوع فقل إذا كان الابن مملوكا لأجنبى قال الحموى : وإنما قيد بكونه مملوكا لأجنبى لأنه إذا كان مملوكا لقريب ذى رحم محرم منه تكون الهبة واقعة للقريب والهبة للقريب لا رجوع فيها وإنما قيد القريب بكونه ذا رحم لإمكان تصور المسألة ، وإلا فلا يمكن تصورها (قوله أو لعبد أخيه) أى وهو أجنبى لأنه لم يهب للأخ صورة ، وإن وقعت للأخ فى الحقيقة لقيام الشك فى المانع فلا يثبت مع الشك ، ولأن الملك لم يقع فيها للقريب من كل وجه بدليل أن العبد أحق بما وهب له إذا احتاج إليه وهذا عند أبى حنيفة وقالا يرجع فى الأولى دون الثانية منح عن البحر ومثله فى شرح المجمع (قوله رجع) أى فى كل الصور عند الإمام وقالا يرجع فى الأولى لا فى الثانية كما علمت لأن الملك يقع للمولى ، فكان هو المعتبر وللإمام أن الهبة تقع للمولى من وجه وهو ملك الرقبة وللعبد من وجه وهو ملك اليد ألا ترى أنه أحق به ما لم يفضل عن حاجته ، فباعتبار أحد الجانبين يلزم فيهما وباعتبار الجانب الآخر لا يلزم فيهما ، فلا يلزم بالشك ولأن الصلة قاصرة فى حق كل واحد منهما لما ذكرنا من المعنى والصلة الكاملة هى المانعة من الرجوع ، فلا تتعدى إلى القاصرة (قوله ولو كان ذا رحم محرم من الواهب) بأن كان أخوه لأبيه عبدا لأخيه من أمه اه سرى الدين عن المبسوط أى لأن الهبة فى الصورة وقعت لذى الرحم ، وكذا فى الحقيقة فامتنع الرجوع للوجهين ، ولو عجز قريبه المكاتب ، فعند محمد : لا يرجع خلافا لأبى يوسف وإن أعتق لا رجوع منح فأفاد أنه لا يرجع مادام مكاتبا اتفاقا لأنه حر يدا تصوير المسألة بأن يكون لرجل أختان لكل واحدة منهما ولد ، وأحد الولدين مملوك للآخر (قوله على الأصح) وذكر الكرخى عن محمد أن قياس قول الإمام أن يرجع لأنه لم يكن لكل واحد منهما صلة كاملة

لأن الهبة لأبيهما وقعت تمنع الرجوع بحر .

[فرع] وهب لأخيه وأجنبي مالايقسم فقبضاه له الرجوع فى حظ الأجنبى لعدم المانع درر (والهاء هلاك العين الموهوبة ولو ادعاه) أى الهلاك (صدق بلا حلف) لأنه ينكر الرد (فإن قال الواهب هى هذه) العين (حلف) المنكر (أنها ليست هذه) خلاصة (كما يحلف) الواهب (أن الموهوبَ له ليس بأخيه إذا ادعى) الأخ (ذلك) لأنه يدعى مسبب النسب لاالنسب خانية

(قوله لأن الهبة الخ) أى فليس فى المانع شك (قوله مالا يقسم) أى مالا يقبلها مع بقاء الانتفاع السابق كما تقدم واحترز به عما إذا وهب لهما ما يقسم فلا تصح لواحد منهما ، لأن هبة مايحتمل القسمة لاثنين غير صحيحة ، لأنه وهب لكل منهما مشاعا كما تقدم قبيل باب الرجوع وبقلبه لاأى لو وهب لا ثنين ما يحتمل القسمة لا يصح (قوله له الرجوع فى حق الأجنبى) اعتبارا للبعض بالكل مبسوط (قوله هلاك العين الموهوبة) أى تلف عينها أو عامة منافعها مع بقاء الملك فلو وهبه سيفا فجعله سكينا أو سيفا آخر لا يرجع لتعذر الرجوع بعد الهلاك إذ هو غير مضمون عليه بخلاف شاة ذبحها زيلعى ومكى ، لو استهلك البعض له أن يرجع بالباقى بزازية والاستهلاك كالهلاك كما هو ظاهر صرح به أصحاب الفتاوى رملى وأما هلاك أحد العاقدين فقد قدمه (قوله لأنه ينكر الرد) أى وجوبه عليه وهذه علة لقوله صدق ولأن دعواه الهلاك إخبار منه بهلاك ملكه وأنه لايوجب يمينا برهان .

قال العينى : فلو ادعى الموهوب له الهلاك صدق ، لأنه منكر لوجوب الرد عليه فأشبه المودع اه .

بقى قوله : بلا حلف عزاه فى الدرر وغيره إلى الكافى ، ولم يذكر العلة مع أن فى الوهبانية قال إذا ادعى المودع ضياعها وحدها يستحلف ، وقد قال العينى فأشبه المودع على أن المقرر وإن كان القول قول المنكر لكنه بيمينه ولأن كل من أنكر ما لو أقر به لزمه يحلف عند إنكاره ، وهذا لو أقر بعدم الهلاك يلزمه الرد فلم لا يحلف عند إنكاره بدعوى الهلاك ، والظاهر أن العلة هى عدم تأكد ملك الواهب .

قال فى الخلاصة : لو قال الموهوب له هلكت فالقول قوله ولا يمين عليه وعليه الكنز وسائر المتون (قوله حلف المنكر أنها ليست هذه) أى ولا يحلف على الهلاك لما سبق .

والحاصل : أنه لا يمين عليه بدعوى الهلاك ما لم يعين الواهب عينا ويدعى أنها هى الهبة لا الهالكة ويريد استردادها وأنكر الموهوب له ذلك ، وادعى أن الموهوب غيرها حلف (قوله كما يحلف الواهب الخ) قال فى الهندية : وإذا أراد الواهب الرجوع فى الهبة فقال الموهوب له : أنا أخوك أو قال عوضتك أو تصدقت به على ، وكذبه الواهب فالقول للواهب (قوله الأخ) الأولى الموهوب له (قوله مسبب النسب) يعنى المال لا النسب : أى ، ولو كان المقصود النسب لا يجرى فيه اليمين على قول الإمام خلافا لقول الصاحبين المفتى به من أن التحليف يجرى فى النسب .

وحاصل التحقيق فى هذه المسألة : أنه لو ادعى بسبب النسب مالا لازما وكان المقصود إثباته دون النسب ، فيحلف عليه كما فى المنح والطحطاوى وغيرهما حتى قال فى البحر : يستحلف الواهب عند الكل لأنه ادعى بسبب النسب مالا لازما فكان المقصود إثباته دون النسب وعزاه لفتاوى قاضيخان من باب الاستحلاف ، ونظر فيه الرحمتى بأن المال ليس بسبب النسب ، بل المعنى الصحيح أن يقال : إن الأمر الذى بسببه النسب ، وهو مسبب عنه ، وهو لزوم الهبة وعدم صحة الرجوع فيها ، وهذا يحلف منكره اتفاقا أما ما قاله الإمام من أنه لا تحليف فى النسب أى إذا ادعى عليه نسبا لقصد إثباته أما هنا فالمقصود منه إثبات أمر آخر ، وهو

(ولا يصح الرجوع إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم) للاختلاف فيه فيضمن بمنعه بعد القضاء لاقبله (وإذا رجع أحدهما) بقضاء أو رضا (كان فسخا) لعقد الهبة (من الأصل وإعادة لملكه) القديم لاهبة للواهب (ف) لهذا (لايشترط فيه قبض الواهب وصح) للرجوع (فى الشائع) ولوكان هبة لما صح فيه (وللواهب رده على بائعه مطلقا) بقضاء أو رضا

لزوم الهبة فهو المدعى فى الحقيقة اه فتأمل ومسبب بضم الميم وفتح السين وتشديد الباء الأولى وفتح الثانية (قوله ولا يصح الرجوع إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم) فلو استردها بغير قضاء ولا رضا كان غاصبا، حتى لو هلكت فى يده يضمن قيمتها للموهوب له شمنى .

قال قاضيخان : وهب ثوبا لرجل ، ثم اختلسه منه فاستهلكه ضمن الواهب قيمة الثوب للموهوب له لأن الرجوع فى الهبة لا يكون إلا بقضاء أو رضا اهـ وفيه : الواهب إذا رجع فى هبته فى مرض الموهوب له بغير قضاء يعتبر ذلك من جميع مال الموهوب له ، أو من الثلث فيه روايتان ذكر ابن سماعة فى القياس يعتبر من جميع ماله اهـ (قوله للاختلاف فيه) أى بين العلماء فإن بعض المجتهدين يقول بعدم الرجوع ، فهو ضعيف لا يثبت حكمه إلا بأحد المذكورين ، وذكر فى الحواشى اليعقوبية : أنه لأن الشافعى يخالفنا وفيه كلام وهو أن خلافه متأخر فكيف يبنى الحكم المتقدم على مالم يتحقق بعد والأولى حمله على اختلاف الصحابة لو ثبت اهـ

(قوله فيضمن بمنعه) يعنى لوسأله ردالعين الموهوبة بعد قضاء القاضى بصحة الرجوع فيها ، فامتنع من تسليمها فهلكت لزمه ضمانها بمثلها ، إن كانت مثلية وإلا فبقيمتها ، لأنه متعد بالمنع بعد صحة الرجوع بقضاء القاضى ، أما قبل القضاء لو هلكت سقط الرجوع بالهلاك ، ولا ضمان عليه بالمنع لأنه غير متعد ، لأنه إنما منع ملكه إذ لم يصح الرجوع ، لعدم وجود القضاء ، ولا رضا مع المنع ، وقد ملكها بالهبة ، ولا يعتبر قوله بلسانه رضيت بردها لأن إمساكها ينقضه لكن قوله : لا يشترط فيه قبض الواهب يفهم منه أنها تم بقوله : رضيت بردها فليحرر أفاده بعض الأفاضل .

قال ط : وانظر مالو منعه بعد الرجوع بالرضا وهلك والظاهر أنه يضمن لوجود التعدى كمنعه بعد القضاء.

أقول : وهذا يؤيد مافهمه بعض الأفاضل حيث ضمنه بالمنع ولم يعده رجوعا تأمل (قوله بقضاء أو رضا) على حذف أى (قوله كان فسخا) خلافا لزفر فى الرجوع بالتراضى كما يأتى عناية (قوله وإعادة) بالنصب عطفا على فسخا (قوله لا هبة للواهب) أى كما قال زفر رحمه الله تعالى بأن الرجوع بالتراضى عقد جديد فيجعل بمنزلة الهبة المبتدأة عينى .

قال فى البدائع : ولو وهبه الموهوب له للواهب قبل القضاء أو الرضا وقبله لا يملكه حتى يقبضه فإذا قبضه كان بمنزلة الرجوع بالتراضى أو بقضاء وليس للموهوب له أن يرجع فيه اهـ (قوله لا يشترط فيه قبض الواهب) والموهوب يكون أمانة فى يد الموهوب له حتى لو هلك لا يضمن هندية (قوله وصح الرجوع فى الشائع) أى فى البعض الشائع الذى يحتمل القسمة كما إذا وهب الدار ثم رجع فى نصفها لأن الشيوع طارىء لا أثر له فيها ذكره فى العناية (قوله لما صح فيه) أى فى الشائع ، ولا يشترط قبض الواهب (قوله وللواهب رده) أى بالعيب أى له بعد الرجوع منه رد الموهوب إذا كان اشتراه من رجل ثم بعد الرجوع اطلع على عيب فيه (قوله مطلقا) حال من رجوع الواهب أى لأنه فسخ مطلقا بحكم خيار العيب يعنى ولم يعلم بالعيب قبل الهبة وصوره الطحطاوى بما لو اشترى شيئا ثم باعه ثم رد المشترى الثانى على الأول بعيب قديم فإن رده بقضاء كان فسخا فيثبت حق الرد للمشترى الأول على بائعه ، وإن كان برضا لا لأنه بمنزلة البيع الجديد

(بخلاف الرد بالعيب بعدالقبض بغير قضاء) لأن حق المشترى فى وصف السلامة لافى الفسخ فافترقا ثم مرادهم بالفسخ من الأصل أن لايترتب على العقد أثر فى المستقبل لابطلان أثره أصلا وإلا لعاد المنفصل إلى ملك الواهب برجوعه فصولين (اتفقا) الواهب والموهوب له (على الرجوع فى موضع لايصح) رجوعه من المواضع السبعة السابقة (كالهبة لقرابته جاز) هذا الاتفاق منهما جوهرة . وفى المجتبى : لاتجوز الإقالة فى الهبة والصدقة

(قوله بخلاف الرد بالعيب) أى لو اشترى شيئا وباعه ورده المشترى الثانى بعد قبضه إياه على المشترى الأول بغير قضاء ليس للمشترى الأول أن يرده على بائعه كما تقدم فى بابه ، لأن حق المشترى فى وصف السلامة : أى يستحق ما اشتراه سالما من العيوب ، فحيث وجد به عيبا رفع الأمر للقاضى ، فيطلب منه إيصاله إلى ما يستحقه من وصف السلامة وحيث كان المبيع معيبا ، ولم يمكن إيصاله إلى ما يستحقه يفسخ القاضى البيع ، وليس حقه فى الفسخ فإذا تفاسخا بغير قضاء بل بتراضيهما كان إقالة : وهى فسخ فى حق المتعاقدين بيع جديد فى حق ثالث ، والبائع الأول ثالثهما فنى حقه يفرض كأن المشترى الأول اشتراه من المشترى الثانى فليس له أن يرده عليه ، لأنه مشترى منه والمشترى لا يرد على بائعه بالعيب إذا كان المبيع وصل إلى البائع من جهته ولا على البائع الأول لأن المشترى من شخص لا يرده على غيره ، وإنما قال بعد القبض لأن رده قبل القبض فسخ مطلقا فيرده على بائعه كما تقدم (قوله لأن حق المشترى فى وصف السلامة لا فى الفسخ) ولهذا لو زال العيب امتنع الرد لوصول حقه إليه ، وإذا لم يكن سليما فات رضاه فيرجع بالعوض ، ويلزم منه فسخ العقد ضرورة من غير أن يثبت حقه فى الفسخ ، فإذا لم يكن له حق الفسخ لم يصر مستوفيا حقه ، فيكون ملكا مبتدأ ضرورة غير أنه إذا حكم الحاكم بالرد عند عجزه عن تسليم حقه جعلناه فسخا لعموم ولايته ، ولا كذلك المتعاقدان ، لأنه لا ولاية لهما إلا على أنفسهما ؛ بخلاف الهبة فإنها تنعقد موجبة حق الفسخ ، وهو بالفسخ يكون مستوفيا حقا ثابتا له بالعقد ، لأن العقد وقع غير لازم فإن رفع رجع إليه عين ملكه كالعارية فيكون فسخا فى حق الكل ، فلا يمكن أن يجعل هبة مبتدأة اه منح بتصرف وبهذا ظهر قول المؤلف فافترقا ط (قوله لا بطلان أثره أصلا) أى فيما مضى (قوله وإلا لعاد المنفصل) أى المتولد من الموهوب : أى ولو قلنا ببطلان أثره فى الماضى لأوجبنا رد الزوائد المنفصلة من الولد والثمر والأرش التى وجدت عند الموهوب له مع أنه لا يثبت للواهب الرجوع فيها ، ولأوجبنا عليه زكاة ماله الموهوب إذا رجع فيه لما مضى من السنين مع أنه لايجب عليه كما سلف .

والحاصل : أنه لو كانت الهبة أمة مثلا فقبضها الموهوب له ووطئها ، واستولدها وجنى عليها فقبض أرشها ووطئها غيره ، فأخذ عقرها ثم رجع عليه الواهب بقضاء أو رضا امتنع عليه وطؤها والتصرف بوجه من الوجوه بعد الفسخ ، وما أخذه من الأرش والعقر يطيب له ، لأنه نماء ملكه والولد ولده والواهب إنما يأخذ الأمة فقط ، وهذا معنى عدم ترتب الأثر فى المستقبل لا فيما مضى (قوله من المواضع السبعة) لايظهر فى الموت لأن الاتفاق حينئذ من الوارث والباقى أحد العاقدين ، ويكون الرجوع فى العوض بالتراد وفى الهلاك برد البدل (قوله جاز هذا الاتفاق منهما) أى على أنه هبة مبتدأة كما بينته عبارة المجتبى فيشترط فيه ما يشترط فى الهبة مما تقدم فى الشروط .

ونقل المصنف فى آخر الفصل عن المحيط : رجل تصدق بصدقة فسلمها إليه ثم تقايلا الصدقة لم يجز ، حتى تقبض لأنها هبة مستقلة مستأنفة لأنه لا رجوع فيها وكذا الهبة إذا كانت لذى رحم محرم اه .

فى المحارم إلا بالقبض لأنها هبة ثم قال : وكل شىء يفسخه الحاكم إذا اختصما إليه فهذا حكمه ولو وهب الدين لطفل المديون لم يجز لأنه غير مقبوض .

وفى الدرر قضى ببطلان الرجوع لمانع ثم زال المانع عاد الرجوع (تلفت)العين (الموهوبة واستحقها مستحق

والحاصل : أنه تصح الإقالة فى الهبة والصدقة فى المحارم بالقبض مع أنه وجد فيها ما يمنع من الرجوع ومع ذلك جاز بتراضيهما لأنا جعلناه هبة مبتدأة ولذا شرط فيها مايشترط للهبة وحينئذ فلايظهرما توقف به الطحطاوى (قوله فى المحارم) ظاهر تقييده بالمحارم يفيد أن القبض لايشترط فى غيرهم .

وفى شرح المصنف : وأطلق أبو يوسف فى رواية ابن سماعة خلافه تصدق وسلم ، ثم استقاله فأقاله لم يجز حتى يقبض اه .

وهذا يفيد ما ذكرنا ثم فائدة التقييد بالقبض أنه لولم يقبضه وتصرف فيه الموهوب له صح تصرفه ونظيره يقال فيما بعده ط (قوله لأنها) أى الإقالة هبة أى مستقلة (قوله وكل شىء يفسخه الحاكم إذا اختصما إليه فهذا حكمه) أى يفتقر للقبض لكن الذى نحن فيه عدم فسخ القاضى والظاهر أن لفظة لا ساقطة وأصل الكلام وكل شىء لايفسخه الحاكم كما هو الواقع فى الخانية ، وبه يظهر المعنى ، ويكون المراد منه تعميم المحارم وغيرهم مما لارجوع فى هبتهم ، وسيجىء أن المعتمد الصحة ، ويمكن أن يراد بقوله : وكل شىء يفسخه الحاكم الخ أى إن الهبة للمحارم والصدقة مطلقا إذا رفعت للحاكم ، وأراد صاحبها الرجوع فيها يفسخ دعواه الحاكم بمعنى أنه يبطلها ويحكم عليه بعدم صحتها فإن اتفقا عليها كانت هبة مبتدأة فيشترط لها شروط الهبة وكذا كل ما كان فيها مانع من موانع الرجوع فتأمل (قوله لأنه غير مقبوض) لأن هبة الدين من غير من عليه الدين لا تجوز إلا بأن يسلطه على قبضه . والصغير لاقبض له إلا بقبض وليه ، وهو من عليه الدين فلا يوجد القبض لكن سيجىء أن المعتمد الصحة ، ويفهم منه جواز عكسه وهو هبة الأب دينا على طفله لأنه مقبوض للأب إذا كان للطفل مال فى يده (قوله قضى ببطلان الرجوع لمانع) نقله صاحب الدرر من المحيط وهكذا فى الذخيرة والخانية ، وذكر فى التبيين وغيره أن الموهوب لو وصيفا فشب عند الموهوب له وكبر ، وطال ثم صار شيخا فقلت قيمته لم يرجع فيه ، وعلى هذا جميع الحيوان ، وعلل بأنه زاد من وجه ، وانتقص من وجه آخر وحين زاد سقط حق الرجوع ، فلا يعود ؛ وأنت خبير بأنه بين هذا وبين ما ذكر صاحب الذات لم يعد إلى حاله الأول ولكن ذكر الناطفى فى أجناسه أنه يرجع ، ولعل وجهه أن الذات بعد زوال الزيادة هو الذات الأول (قوله ثم زال المانع) مبنى على ما قدمه فى الخانية . واعتمده القهستانى لكن فى كلامه هناك إشارة إلى اعتماد خلافه .

قلت : ولا يخفى ما فى إطلاق الدرر ، فإن المانع قد يكون خروج الهبة من ملكه ، ثم تعود بسبب جديد وقد يكون للزوجية ، ثم تزول وفى ذلك لا يعود الرجوع كما صرحوا به فيما إذا بنى فى الدار ثم هدم البناء ، وفيما إذا وهبها لآخر ، ثم رجع ولعل المراد زوال المانع العارض ، فالزوجية وإن زالت لكنها مانع من الأصل والعود بسبب جديد بمنزلة تجدد ملك حادث من جهة غير الواهب فصارت بمنزلة عين أخرى غير الموهوبة بخلاف ما إذا عادت إليه بما هو فسخ هذا ما ظهر لى فتدبره أفاده سيدى الوالد رحمه الله تعالى .

وكتب الطحطاوى : لا يظهر فى الزوجية والقرابة وهلاك العين والموت والعوض ، لأنه بيع انتهاء . وأما الخروج عن الملك فيزول إذا عاد إليه بفسخ تأمل اه .

والحاصل : أن ما يمكن زواله من الموانع السبعة الزوجية والزيادة والعوض والخروج عن ملكه فبزوال

وضمن) المستحق (الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن) لأنها عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة (والإعارة كالهبة) هنا لأن قبض المستعير كان لنفسه ولا غرور لعدم العقد وتمامه فى العمادية (وإذا وقعت الهبة بشرط العوض المعين فهى هبة ابتداء فيشترط التقابض فى العوضين ويبطل) العوض (بالشيوع) فيما يقسم (بيع انتهاء

الزوجية لا يعود الرجوع ، وبزوال الثلاثة الباقية يعود الرجوع على ما فيه من التفصيل (قوله وضمن المستحق الموهوب) ضمن بتشديد الميم فعل ماض ، والمستحق فاعله والموهوب مفعوله (قوله لأنها عقد تبرع) أى وهو غير عامل له (قوله فلا يستحق فيه السلامة) أى فى عقد التبرع ، وهكذا حال المستعير ، بخلاف عقد المعاوضة لأن عقود المعاوضات يثبت فيها الغرور ، فللمشترى الرجوع على بائعه ، وكذا بكل عقد يكون للدافع كالوديعة والإجارة إذا هلكت الوديعة أو العين المستأجرة ، ثم جاء رجل واستحق الوديعة ، والمستأجرة وضمن المودع ، والمستأجر فإنهما يرجعان على الدافع بما ضمنا وكذا كل ما كان فى معناهما .

والحاصل : أن المغرور يرجع بأحد أمرين إما بعقد المعاوضة أو بعقد يكون للدافع كما فى المنح وقد انتفى الثانى هنا كما قال لأن قبض المستعير والمتهب كان لنفسه ، وقد عقد فى الخانية فصلا لمسائل الغرور من البيع فراجعه وذكر فى الذخيرة أن الواهب لو ضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصا يرجع على الواهب (قوله ولا غرور) أى موجب للضمان لأنه يكون موجبا بأحد أمرين ، وقد انتفيا هنا وكان حق العبارة أن يقول : ولا غرور لأن قبض المستعير الخ ، لأن الغرور إنما يكون معتبرا بقبضه للدافع أو بعقد المعاوضة (قوله لعدم العقد) أى عقد المعاوضة وإلا فالإعارة والهبة لابد فيهما من عقد (قوله فيشترط التقابض) أى فى المجلس مطلقا أو بعده بإذنه مسكين ولا يثبت بها الملك قبل القبض ، ولكل واحد أن يمتنع من التسليم ، وكذا لو قبض أحدهما فقط فلكل الرجوع القابض وغيره سواء كما فى غاية البيان (قوله فى العوضين) أى فى العين الموهوبة والعوض عنها أما إذا كان العوض غير مشروط فهى هبة ابتداء وانتهاء فلا يثبت لها أحكام البيع ، وإن امتنع الرجوع حيث قال له : خذه عوض هبتك ونحوه (قوله ويبطل العوض بالشيوع فيما يقسم) هو مبنى على اشتراط التقابض ، لأن القبض لا يتم مع الشيوع فيما يقسم (قوله بيع انتهاء) أى إذا اتصل القبض بالعوضين غاية البيان وهذا عندنا وعند زفر والشافعى بيع ابتداء وانتهاء لأن العبرة للمعانى ، ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين وتمامه فى الدور .

وفى المقدسى : والعبرة للمعانى كالكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة ، وعكسه كفالة ، وبيع عبد لنفسه عتق ، وهبة تقع ببدل إجارة وهبة امرأة لزوجها نكاح ، وعكسه طلاق .

قلنا : ما اشتمل على جهتين يجب الجمع بينهما ما أمكن توفيرا على الشبهين حظهما كالإقالة بيع وفسخ ، وأمكن الجمع هنا باعتبار الهبة ابتداء والبيع انتهاء ولا تنافى بين حكميهما إذ البيع بتراخى حكمه بشرط الخيار والهبة تلزم بمانع وهبة المريض بطلت بالشيوع وبعدم القبض ، واعتبرت وصية من الثلث بعد الدين رعاية للشبهين ، وقد يترتب الملك على الهبة فلا فصل كما لو كانت فى يد الموهوب له فلم يكن عدم اللزوم ، وعدم الترتيب من لوازمها على أن المستحيل الجمع فى حالة واحدة لا فى الابتداء أو الانتهاء ، بخلاف ما استشهد به ، لتعذر الجمع لتضاد الحكمين ، فلغا جانب اللفظ انتهى .

وفى الشرنبلالية عن البرجندى : أنه يصح العوض ، ولو كان أقل منها وهو من جنسها ولا ربا فيه انتهى ، ولا تحالف لو اختلفا فى قدر العوض لما فى المقدسى عن الذخيرة : اتفقا على أن الهبة بعوض واختلفا فى قدره

فترد بالعيب وخيار الرؤية ويؤخذ بالشفعة) هذا إذا قال : وهبتك على أن تعوضنى كذا أما لو قال : وهبتك بكذا فهو بيع ابتداء وانتهاء وقيد العوض بكونه معينا لأنه لو كان مجهولا بطل اشتراطه فيكون هبة ابتداء وانتهاء .

[فرع] وهب الواقف أرضا بشرط استبداله بلا شرط عوض لم يجز وإن شرط كان كبيع ذكره الناصحى وفى المجمع وأجاز محمد هبة مال طفله بشرط عوض مساو ومعناه . قلت : فيحتاج على قولهما إلى الفرق بين الوقف ومال الصغير انتهى والله أعلم .

ولم يقبض والهبة قائمة خير الواهب بين تصديق الموهوب له أو الرجوع فى الهبة أو بقيمتها لو هالكة ، ولو اختلفا فى أصل العوض ، فالقول للموهوب له فى إنكاره ، وللواهب الرجوع لو قائما ولو مستهلكا ، فلا شىء له ، ولو أراد الرجوع فقال أنا أخوك ، أو عوضتك أو إنما تصدقت بها فالقول للواهب استحسانا اهـ ملخصا (قوله فترد بالعيب) أى فى العوض والمعوض : أى يرد كل واحد من العوضين هذا هو الأوجه من الإرجاع إلى الهبة والتعميم ، وكذا يرد كل منهما بخيار الرؤية ، ويرجع فى الاستحقاق على صاحبه بما فى يده لو قائما وبمثله أو قيمته لو هالكا كما فى المنبع (قوله على أن تعوضنى) لأن على للشرط (قوله وهبتك بكذا) لأن الباء للمقابلة والمال المقابل بالمال بيع (قوله فهو بيع ابتداء وانتهاء) فيثبت لكل منهما الملك فى حقه ، ولا يمتنعان من التسليم ولا يشترط قبض ، ولا يضره شيوع (قوله بطل اشتراطه) أى والهبة لا تبطل به (قوله فيكون) أى المقبوض من الهبة وعوضها إذا دفع (قوله وهب الواقف أرضا بشرط استبداله) فى البحر نقلا عن القاضى الجامع بين وقف هلال والخصاف ، ولو وهب الواقف الأرض التى شرط الاستبدال به ، ولم يشترط عوضا لم يجز ، وإن شرط عوضا فهو كالبيع اهـ فقوله : بشرط متعلق بالواقف وقوله : بلا شرط متعلق بوهب ، وأعاد الضمير مذكرا على الأرض لتأويلها بالوقف أو العقار (قوله وإن شرط الخ) ظاهره أنه يصح ولو كان البدل دراهم أو دنانير وقد تقدم فى الوقف أنه لابد أن يكون البدل عقارا وتقدم الكلام فيه فارجع إليه (قوله بشرط عوض مساو) أى لقيمة مال الصغير وبالأولى إذا كان زائدا عليه (قوله بين الوقف) أى الذى شرط استبداله حيث أجازه بشرط العوض (قوله ومال الصغير) حيث لم يجوزاه مطلقا قال الرملى : يفرق بينهما بأن الواقف لما شرط الاستبدال ، وهو يحصل بكل عقد يفيد المعاوضة كانت الهبة بشرط العوض داخلة فى شرطه ، بخلاف هبة الأب مال ابنه الصغير أى فإنها تبرع ابتداء ، وهو ممنوع عن مطلق التبرع فى ماله انتهى .

أقول : وقد يقال إن المقصود من الاستبدال المنفعة فى البدل ، لا فى نفس الاستبدال ، وأما مال الصغير فيشترط فى نفس العقد عليه ظهور المنفعة لأنه عقد تجارة أو أن الوقف من المستبدل فهو ملكه فى الجملة ، بخلاف ملك ابنه ، فلعل أحد هذين الفرقين على قولهما الذى طلبه الشارح ، لأن الواقف له شائبة ملك حيث شرط الاستبدال لا سيما على قول الإمام بخلاف مال الطفل إذ لا ملك فيه ، ولا شائبة ملك فافترقا وهذا كله إذا كان ما نقله الناصحى على قول الإمام والصاحبين ، ويمكن أن يكون مشى على قول الإمام ، وأنهما يخالفان فى الوقف كمال الصغير ، فلا يحتاجان للفرق فليراجع مذهبهما فى ذلك والله تعالى أعلم وأستغفر الله العظيم .

فصل فى مسائل متفرقة

(وهب أمة إلا حملها أو على أن يردها عليه أو يعتقها .أو يستولدها أو) وهب (دارا على أن يرد عليه شيئا منها) ولو معينا كثلث الدار أو ربعها (أو على أن يعوض فى الهبة والصدقة شيئا منها صحت) الهبة (وبطل الاستثناء) فى الصورة الأولى (و) بطل (الشرط) فى الصور الباقية

فصل فى مسائل متفرقة

لما كانت المسائل المذكورة فى هذا الفصل متعلقة بالهبة ذكرها فى فصل على حدة عناية . وأشار بقوله مسائل متفرقة إلى أن الأولى ترجمته بذلك (قوله وهب أمة إلا حملها) اعلم أن استثناء الحمل ينقسم على ثلاثة أقسام ، فى قسم : يجوز التصرف ، ويبطل الاستثناء كالهبة ، والنكاح ، والخلع ، والصلح عن دم العمد ، وفى قسم لا يجوز أصل التصرف كالبيع ، والإجارة ، والرهن ، لأن هذه العقود تبطل بالشروط ، وكذا باستثناء الحمل ، وفى قسم : يجوز التصرف والاستثناء جميعا كالوصية لأن إفراد الحمل بالوصية جائز فكذا استثناؤه يعقوبية ، وباقى التفصيل فى البيانية للعينى (قوله أو على أن يردها عليه) أى بعد حين : وقوله : أو يستولدها أى يتخذها أم ولد (قوله على أن يرد شيئا منها) أى أو كرما على أن ينفق عليه من ثمرته كما فى الخانية ، وهو متعلق بوهب أو تصدق على سبيل البدل (قوله ولو معينا) أشار به إلى أنه لا فرق فى التعويض ببعض الموهوب بين المجهول والمعلوم لأن الفساد ليس من جهة الجهالة ، بل من جهة كونه ببعض الموهوب (قوله أوعلى أن يعوّض فى الهبة والصدقة شيئا منها) أى شيئا مجهولا ح . وقيد بقوله منها ، فلو من غيرها أفسدها.

قال فى الخانية : وهبه أرضا وشرط عليه أن ينفق عليه من الخارج ، فهى فاسدة وقال فى الصرة العوض المجهول إذا كان من غير عين الموهوب يفسد الهبة وتقدم لنا أن الفاسدة مضمونة ، وشرطوا لفسادها أن يكون الشرط فى العقد لا بعد ، وحينئذ فالأولى مجازاة نقوط الأفراح ، بل ربما على عرف من يجعله كالقرض يجب كما تقدم. وفى بعض النسخ، بل أكثرها عنها بدل منها (قوله صحت الهبة) فى الصور كلها لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة درر .

قال شيخ الإسلام : أى التى تفسد البيع مع كونها غير آيلة إلى الهبة ، بشرط العوض كما يظهر ذلك من فتاوى قاضيخان وغيره ، وذلك كهبة مهرها بشرط أن يحج بها ، أو يحسن إليها أو يقطع لها فى كل حول ثوبا مرتين ، فجعلوا اشتراط نفقة الحج والإحسان إليها وقطع الثوب بمنزلة شرط العوض : بل جعل بعض المشايخ شرط ترك ظلمها فى هبتها مهرها أو شرط المكث معها مثله فى الحكم : فحكموا ببطلان هبتها إذا ظلمها أو لم يمكث معها وهو المختار ، وكأنه لانتفاعها بهما لشبههما بالعوض فى الجملة ، وإن لم يكونا عوضين حقيقة ، فكأنهم عملوا فيه بالشبهين ، فأفسدوا الهبة متى لم يحصل المشروط للواهب لشبهه بالعوض ، فإنه لا تتم الهبة إذا لم يحصل العوض ، وصححوها متى حصل النفع المشروط وإن كان مجهولا جهالة فاحشة كترك الظلم المجهول لجهالة مدته لأنه ليس بعوض حقيقة ، وهذا بخلاف الشروط المذكورة فى الكتاب ، وأما إذا شرط عوضا مجهولا جهالة فاحشة كما إذا شرط أن ينفق على الواهب ما يخرج من الأرض القراح الموهوبة فالهبة فاسدة مطلقا كما صرحوا به ، والظاهر أن الفساد لكونه تعليل الهبة بالخطر إذ الخروج موهوم . هذا ما فهمت من كتب الفتاوى كذا ذكره جوى زاده وسيأتى تمامه آخر الفصل (قوله وبطل الاستثناء فى الصورة الأولى) لأن

لأنه بعض أو مجهول والهبة لاتبطل بالشروط ولا تنس مامر

الاستثناء لايعمل إلا فى محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل فى الحمل لكونه وصفا للجارية فانقلب شرطا فاسدا ، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة. وقد أوسع الكلام على الحمل الإتقانى ، ونقله الشلبى عنه فراجعه إن شئت ط .

وفى البحر : وكذا الحكم فى كل معاوضة مال بغير مال كالنكاح ، والخلع ، والصلح عن دم عمد والصدقة والعتق بخلاف المعاوضات المالية كالبيع والإجارة والرهن والكتابة لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط ، وبخلاف الوصية حيث تجوز فى الأم دون الحمل ، وفى الحمل دون الأم لأن بابها أوسع ، ولو أعتق حملها ثم وهبها صح لأن الجنين غير مملوك له فاشتغال بطنها به لايوجب الفساد ، بخلاف ما إذا دبر الحمل ثم وهبها حيث لا تجوز الهبة لأن ملكه فيه باق فكانت هبة مشغول بخلاف الأول اهـ ويأتى قريبا (قوله لأنه بعض) وقد مر أنه يشترط أن لايكون العوض بعض الموهوب وهو تعليل لقوله: على أن يرد شيئا منها (قوله أو مجهول) تعليل لقوله: على أن يعوض فى الهبة والصدقة شيئا عنها ولا يشمل الثلاث التى بعد الأولى، فالأولى تعليل الهداية بأن هذه الشروط تخالف مقتضى العقد ، فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها إلا أن يقال قوله : والهبة لا تبطل بالشروط من تتمة التعليل (قوله بالشروط) أى الفاسدة (قوله ولا تنس ما مر) أى فجهالته مفسدة: قال فى السراج: والأصل فى هذا أن كل عقد من شرطه القبض فإن الشرط لايفسده كالهبة والرهن اهـ . ونبه الشارح بقوله : ولا تنس إشارة إلى دفع ما قاله الزيلعى تبعا للنهاية من أن قوله : أوعلى أن يعوض الخ ، فيه إشكال ، لأنه إن أراد به الهبة بشرط العوض فهى والشرط جائزان فلا يستقيم قوله بطل الشرط ، وإن أراد به أن يعوضه عنها شيئا من العين الموهوبة فهو تكرار محض لأنه ذكره بقوله : على أن يرد عليه شيئا منها اهـ .

وحاصل الدفع : أن المراد الأول وإنما بطل الشرط لجهالة العوض كذا أفاده فى البحر ، ثم رأيت صدر الشريعة صرح به فقال : مرادهم ما إذا كان العوض مجهولا وإنما يصح العوض إذا كان معلوما اهـ .

أقول : وتابع صدر الشريعة صاحب الدرر حيث قال : واعترض الزيلعى على قولهم أو يعوضه شيئا منها بأن المراد إما الهبة بشرط العوض ، فهى والشرط جائزان فلا يستقيم قوله بطل الشرط ، وإن أراد به أن يعوضه عنها شيئا من العين الموهوبة فهو تكرار محض لأنه ذكره بقوله على أن يرد عليه شيئا منها :

وأقول : المختار الشق الأول وقوله : فهى والشرط جائزان ممنوع ، وإنما يجوز إذا كان العوض معلوما. وأجاب العينى بأن قوله : على أن يرد شيئا منها لا يستلزم أن يكون عوضا لأن كونه عوضا إنما هو بألفاظ مخصوصة فيجوز أن يكون ردا ولا يكون عوضا ، وأما قوله : على أن يعوضه شيئا منها فتصريح بالعوض ولا شك أنهما متغايران .

بقى أن يقال ما أجاب به فى الدرر والبحر وسبقهما إليه صدر الشريعة متعقب فقد ذكر عزمى زاده مانصه: يفهم من كلام صاحب الدرر أنه إذا وهب دارا بشرط أن يعوضه شيئا معينا منها تصح الهبة والشرط مع أنه ليس كذلك فالصواب فى الجواب أن يختار الشق الثانى ولا تكرار ، لأن الرد عليه لا يستلزم كونه عوضا ، وفى هذا المقام كلام يعلم بمراجعة تكملة قاضى زاده ، وقال المولى عبد الحليم : قوله بأن المراد ما الهبة بشرط العوض الخ أراد به عوضا لامن العين الموهوبة .

من اشتراط معلومية العوض .

(أعتق حمل أمة ثم وهبها صح ولو دبره ثم وهبها لم يصح)لبقاء الحمل على ملكه فكان مشغولا به بخلاف الأول (كما لا يصح) تعليق (الإبراء عن الدين) بشرط محض كقوله لمديونه : إذا جاء غد أو إن مت بفتح التاء فأنت برىء من الدين أو إن مت من مرضك هذا أو إن مت من مرضى هذا فأنت فى حل من مهرى فهو باطل

أقول : فيه بحث لأنه لم يرد به إذ المفروض أن يكون العوض شيئا منها وقوله : وإن أراد به الخ هذا هو المراد ونمنع التكرار لأن رد الشيء منها لا يستلزم كونه مردودا على طريق العوض بل المتبادر من الرد أنه مردود لابطريق العوض فيحمل عليه ، على أن العوض إنما يكون بألفاظ مخصوصة كما مر ، وأيضا لابد فى التعويض من الإضافة إلى الهبة . ثم التحقيق أن شرط العوض من العين الموهوبة لغو لا يمنع الرجوع سواء كان معلوما أو لم يكن دل عليه ما ذكر فى التاترخانية وغيرها ، من أن الهبة لو كانت ألف درهم والعوض درهم منها أو كانت دارا والعوض بيت منها لم يكن عوضا ، وكان للواهب أن يرجع فى الهبة استحسانا . وقال زفر : يكون عوضا فظهر أن ما أجاب به المصنف قاصر كما لا يخفى اهـ (قوله من اشتراط معلومية العوض) قال المصنف فى منحه : وقيدنا العوض فى المختصر بكونه معينا ، وهو قيد لازم أخل به صاحب الكنز وغيره من أصحاب المتون اهـ .

قال الرملى فى حاشيته عليها : قوله وهو قيد لازم أقول لا حاجة إليه بعد قوله بيع انتهاء الخ . إذ قوله فيرد ويأخذ صريح فى أنه معين فالألف واللام فى العوض بدل عنه ، فالتقدير عوض معين وهذا غالب فى عبارات المختصرات .

قال فى البحر : وأراد بالعوض العوض المعين إذ فى اشتراط العوض المجهول تكون هبة ابتداء وانتهاء لبطلان اشتراطه كما سيأتى اهـ فلم يقع من أصحاب المتون الخلل اهـ (قوله أعتق حمل أمة الخ) قيل فيه روايتان : فى رواية لا تجوز الهبة فى الإعتاق والتدبير جميعا . وفى رواية جازت فيهما جميعا والصحيح ما فى المتن . ووجه الفرق ما نذكره فى المقولة الآتية بعد هذه عن الزيلعى كما فى الخانية (قوله ولو دبره ثم وهبها لم يصح) قال الزيلعى : ولو أعتق ما فى بطنها ثم وهبها جازت الهبة فى الأم لأن الجنين غير مملوك واشتغال بطنها لا يوجب الفساد ، كما إذا وهب أرضه وفيها أبنيته ، بخلاف ما إذا دبر الحمل ثم وهبها حيث لا تجوز الهبة ، لأن ملكه فيه باق ولا يمكن إدخاله فى الهبة لأن المدبر لا يقبل النقل من ملك إلى ملك ولا تصح الهبة فى الأم بدونه لأنها مشغولة به فصار نظير هبة النخل بدون الثمر أو الجوالق بدون الدقيق من حيث إن كل واحد منهما يمنع القبض اهـ (قوله بشرط محض) لما فى الإبراء من معنى التمليك ولا يصح تعليق التمليكات بالشرط ، وقد تقدم فى مسائل شتى من البيوع (قوله فهو باطل) قال فى البحر : لأن هبة الدين ممن عليه إبراء وهو تمليك من وجه ، فيرتد بالرد ولو بعد المجلس على خلاف فيه كما فى النهاية ، وإسقاط من وجه فلا يتوقف على القبول والتعليق بالشروط مختص بالإسقاطات المحضة التى يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يصح تعليق التمليكات ، ولا الإسقاطات من وجه دون وجه ، ولا الإسقاطات من كل وجه ولا يحلف بها كالعفو عن القصاص ، وقيد بقوله إن أديت لأنه لو قال : أنت برىء من النصف على أن تؤدى إلى النصف صح لأنه ليس بتعليق بل تقييد ، ولما قدمناه فى باب التعليق أن المعلق بعلى هو ما بعدها لا ما قبلها ، وأشار بقوله لمديونه : أن هبة الدين للكفيل تمليك من كل وجه ، حتى يرجع بالدين على المكفول عنه ، ولا يتم إلا بقبوله وإبراء الكفيل عن الدين إسقاط من كل وجه حتى لا يرتد بالرد كذا

لأنه مخاطرة وتعليق (إلا بشرط كائن) وليكون تنجيزا كقوله لمديونه إن كان لى عليك دين أبرأتك عنه صح كذا إن مت بضم التاء فأنت برىء منه أو فى حل جاز وكان وصية خانية (جاز العمرى) للمعمر له ولورثته بعده

فى النهاية. ثم قولهم إن الإبراء لا يتوقف على القبول يستثنى منه ما إذا أبرأ رب الدين بدل الصرف والسلم أو وهبه له يتوقف على القبول لأن البراءة عنه توجب انفساخه لفوات القبض المستحق بعقد الصرف والسلم، ولا ينفرد أحدهما بفسخه فلابد من قبوله اهـ.

أقول: فقوله والتعليق يختص بالإسقاطات المحضة التى يحلف بها إشارة إلى أن من الإسقاطات المحضة ما لا يحلف بها أى لايقبل التعليق بالشرط كالحجر على المأذون، وعزل الوكيل والإبراء عن الدين (قوله لأنه مخاطرة وتعليق) لاحتمال موت الدائن قبل الغد أو قبل موت المدبون ونحو ذلك لأن المعنى إن مت قبلى وإن جاء الغد والدين عليك، فيحتمل أن يموت الدائن قبل الغد أو قبل موت المديون، فكان مخاطرة كذا قرره شيخ سيدى الوالد رحمه الله تعالى.

وقال سيدى الوالد رحمه الله تعالى وأقول: الظاهر أن المراد أنه مخاطرة فى مثل إن مت من مرضك هذا وتعليق فى مثل إن جاء الغد والإبراء لا يحتملهما، وأن المراد بالشرط الكائن الموجود حالة الإبراء، وأما قوله إن مت بضم التاء فإنما صح وإن كان تعليقا لأنه وصية وهى تحتمل التعليق فافهم، وتقدمت المسألة فى متفرقات البيوع فيما يبطل بالشرط ولا يصح تعليقه به.

أقول: وهذا يقتضى أن المريض إذا قال فى مرضه إن مت من مرضى هذا فعبدى وصية لفلان أنه باطل لأنه مخاطرة فلا يصح فليتأمل. فهل فرق بين المسألتين ؟ ويمكن أن يقال ما سمعته من أنه وإنما صح هنا وإن كان تعليقا لأنه وصية وهى تحتمل التعليق (قوله ليكون تنجيزا) الأولى فيكون (قوله وكذا إن مت بضم التاء فأنت برىء منه أو فى حل جاز) فرق بينهما فى الهندية ونصه: لو قال رب الدين: إن مت فأنت فى حل منه فهو جائز كذا فى فتاوى قاضيخان؛ ولو قال: إن مت فأنت برىء من ذلك لا يبرأ وهو مخاطرة كقوله إن دخلت الدار فأنت برىء مما لى عليك لا يبرأ كذا فى وجيز الكردرى اهـ والتعليق موجود فى كل. وقد فرق المؤلف بين قول الدائن: إن مت من مرضى هذا، وبين إن مت بلاقيد فجعل الأول تعليقا والثانى وصية ط.

والحاصل: أنه إنما لم يجز فى الأول وجاز فى الثانى مع أن التعليق موجود فى كل لأن الأول مخاطرة وتعليق والثانى وصية (قوله جاز العمرى) بالضم اسم من الإعمار صحاح يقال أعمرته الدار عمرى أى جعلتها عليه يسكنها مدة عمره فإذا مات عادت إليه، وكانوا يفعلون ذلك فى الجاهلية، وفى الشريعة جعل نحو داره للمعمر له مدة عمره بشرط أن يردها على المعمر أو على ورثته إذا مات المعمر له أو المعمر ونحوه: أعمرتك دارى هذه حياتك أو وهبتك هذا العبد حياتك، فإذا مت فهو لورثتى نقاية وشرحها.

قال الشمنى: وصورتها أن يقول: أعمرتك دارى هذه أو هى لك عمرى أو ماعشت أو مدة حياتك أو ماحييت فإذا مت فهى رد على اهـ.

وقال الزيلعى: والعمرى هو أن يجعل داره له عمره فإذا مات ترد عليه، فصح التمليك وبطل الشرط لما بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة، ويبطل الشرط انتهى. وقال فى شرح المجمع: العمرى هى هبة شىء مدة عمر الموهوب له أو الواهب بشرط أن يعود إليه أو إلى ورثته إذا مات الموهوب له انتهى، فقول الشارح عمره

لبطلان الشرط (لا) تجوز (الرقبى) لأنها تعليق بالخطر ، وإذا لم تصح تكون عارية شمنى لحديث أحمد وغيره « من أعمر عمرى فهى لمعمره فى حياته وموته. لا ترقبوا فمن أرقب شيئا فهو سبيل الميراث » .

(بعث إلى امرأته متاعا) هدايا إليها (وبعثت له أيضا) هدايا عوضا للهبة صرحت بالعوض أولا (ثم افترقا بعد الزفاف وادعى) الزوج (أنه عارية) لاهبة وحلف (فأراد الاسترداد

يصح أن يرجع الضمير إلى الواهب أيضا كما فى الشرنبلالية (قوله لبطلان الشرط) أى شرط الرد على المعمر أو ورثته (قوله لا تجوز الرقبى) هى بالضم من المراقبة . وهى لغة : أن تعطى إنسانا ملكا وتقول إن مت فهو لك وإن مت فلى كذا فى المبسوط وغيره. وشريعة أن يقول : دارى لك رقبى إن مت قبلك فهى لك اهـ، ويعنى : إن مت قبلى فهى لى : أى فكأنه قال له ارقب حياتى ، فإذا مت وأنت حى فهى لك ، فهو تعليق للتمليك بالشرط فلا يصح ، وإنما لم تكن وصية لأنه لم يعلقها بمطلق موته ، بل بشرط أن يموت والمرقب حى فكانت مخاطرة وهذا قول الإمام ومحمد ، والعلة فى عدم الجواز ما ذكره الشارح. قال أبو يوسف : إنها صحيحة لأنها تمليك فى الحال والشرط باطل ، والأول هو الصحيح مضمرات (قوله وإذا لم تصح تكون عارية) أى إذا سلمها إليه لتضمن الرقبى إطلاق الانتفاع حموى عن الينابيع : أى لأنه حينئذ قد أذن له بالانتفاع به، وإنما لم يقيد بذلك لأن الهبة المبوب لها من شرطها التسليم (قوله لمعمره) بفتح الميم الثانية (قوله فى حياته وموته) يحتمل أن يكون الضمير راجعا إلى المعمر بفتح الميم ، ومعنى كونها له فى موته أنها من ماله المتروك عنه ويحتمل رجوع الضمير إلى من فى قوله من (قوله فهو سبيل الميراث) على تقدير مضاف فى المبتدإ : أى فطريق الشيء المرقب طريق الميراث عن المرقب بالكسر .

فى كافى الحاكم الشهيد باب الرقبى : رجل حضرته الوفاة فقال : دارى هذه حبيس لم تكن حبيسا ، وهى ميراث، وكذا إن قال : دارى هذه حبيس على عقبى من بعدى والرقبى هى الحبيس وليس بشيء . قال لرجلين : عبدى هذا لأطولكما حياة أو قال عبدى هذا حبيس على أطولكما حياة فهذا باطل، وهو الرقبى ، وكذلك لو قال لرجل : دارى لك حبيس وهذا قول أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : أما أنا فأرى أنه إذا قال : دارى لك حبيس فهى له إذا قبضها ، وقوله : حبيس باطل ، وكذلك إذا قال : هى لك رقبى اهـ

وفيه أيضا قال : دارى هذه لك عمرى تسكنها وسلمها إليه فهى هبة ، وهى بمنزلة قوله طعامى هذا لك تأكله وهذا الثوب لك تلبسه ، وإن قال : وهبت لك هذا العبد حياتك وحياته فقبضه فهى جائزة، وقوله : حياتك باطل ، وكذلك لو قال أعمرتك دارى هذه حياتك أو قال : أعطيتكها حياتك فإذا مت فهى لى ، وإذا مت أنا فهى لوارثى، وكذا لو قال هو هبة لك ولعقبك من بعدك ، وإن قال أسكنتك دارى هذه حياتك ولعقبك من بعدك فهى عارية ، وإن قال هى لك ولعقبك من بعدك فهى هبة له وذكر العقب لغو انتهى (قوله هدايا) أى فيما يظهر وإلا فإنه يدعى العارية فالأولى حذفه (قوله أولا) لأن القرينة تدل أنهاما أرسلت إليه إلا مكافأة لصنيعه (قوله بعد الزفاف) قيد لبيان الواقع لأن فى مثل هذه الحالة يظهر التجاحد ، فلو ادعى ذلك من غير افتراق فالحكم كذلك لأنه هو الدافع فهو أعلم بجهة الدفع وإذا ظهر أنه لم يهد تبين أن عوضها لم يصادف محلها لأنها لم تقصد ابتداء البر بل مكافأة له على صنيعه ، وقد تبين أن لا صنيع منه فتسترد مادفعت تأمل (قوله وحلف) إنما لم يطالب ببينة لاتفاقهما على الملك له ، فجهة التمليك لغيره تعلم منه فإذا تخالفا حلف

وأرادت) هى (الاسترداد أيضا يسترد كل) منهما(ماأعطى) إذ لاهبة فلا عوض. ولو استهلك أحدهما مابعثه الآخر ضمنه لأن من استهلك العارية ضمنها خانية .

(هبة الدين ممن عليه الدين وإبراؤه عنه يتم من غير قبول) إذا لم يوجب انفساخ عقدصرف أو سلم لكنه يرتد بالرد فى المجلس وغيره لما فيه من معنى الإسقاط ، وقيل يتقيد بالمجلس كذا فى العناية . لكن فى الصيرفية لو لم يقبل ولم يرد حتى افترقا ثم بعد أيام رد لايرتد فى الصحيح

ومحله فيما يظهر إذالم تقم بينة على مدعاها (قوله وأرادت هى الاسترداد أيضا) فإذا لم ترد سقط حقها لاحقه (قوله فلا عوض) لأنها إنما قصدت التعويض عن هبته فلما ادعى العارية ورجع لم يوجد التعويض من جهتها فلها الرجوع (قوله فلو استهلك أحدهما) قيد به لإخراج الهلاك ، فإنه لا ضمان فيه إذ هو عارية ، وهذا إنما يظهر فيما للزوج . أما هى فلم تدفعه إلا عوضا فيلزمه مطلقا فتأمل ط (قوله هبة الدين ممن عليه الدين) يعنى سواء كان عليه حقيقة أو حكما كما لو وهب غريم الميت الدين من وارثه . ولورد الوارث الهبة ترتد بالرد خلافا لمحمد وقيل لاخلاف هنا والخلاف فيما لو وهبه للميت فرده الوارث ، ولو وهب لبعض الورثة فالهبة لكلهم ، ولو أبرأ الوارث صح أيضا كذا فى البزازية ذكره الحموى (قوله يتم من غـير قبول) لما فيه من معنى الإسقاط .

قال المصنف فى منحه : فإن قلت : هذا منقوض بدين الصرف والسلم فإن رب الدين إذا أبرأ المديون منه أو وهبه له توقف على قبوله .

قلت : أجيب عنه بأن توقفه على ذلك لا من حيث أنه هبة الدين ، بل من حيث إنه يوجب انفساخ العقد بفوات القبض المستحق بعقد الصرف وأحد العاقدين لا ينفرد بفسخه فلهذا توقف اه (قوله إذا لم يوجب انفساخ عقد صرف أو سلم) أى إذا أبرأه عن أحد بدلى الصرف أو عن رأس مال السلم يتوقف على القبول لما علمت من كونه موجبا للفسخ فيهما لا لكونه هبة (قوله لكنه يرتد بالرد) استدراك على قوله يتم من غير قبول . يعنى وإن تم من غير قبول لما فيه من معنى الإسقاط لكنه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك ح .

قال فى الأشباه : الإبراء يرتد بالرد إلا فى مسائل : الأولى إذا أبرأ المحتال المحال عليه فرده لايرتد، وكذا إذا قال المديون أبرئنى فأبرأه . وكذا إذا أبرأ الطالب الكفيل ، وقيل يرتد : الرابعة إذا قبله ثم رده لم يرتد اه .

وفى البحر : أطلق الهبة فانصرفت إلى الأعيان فلا رجوع فى هبة الدين للمديون بعد القبول بخلافه قبله لكونها إسقاطا اه (قوله لما فيه من معنى الإسقاط) تعليل للتعميم . يعنى وإنما صح الرد فى غير المجلس لما فيه من معنى الإسقاط إذ التمليك المحض يتقيد رده بالمجلس ، وليس تعليلا لقوله يرتد بالرد لما علمت أن علته ما فيه من معنى التمليك فتنبه ح .

والحاصل : أن الإبراء عن الدين فيه معنى التمليك ومعنى الإسقاط وهبة الدين كالإبراء منه ، فمن حيث الإسقاط لايتوقف على القبول على خلاف فى الهبة ومن حيث التمليك يرتد بالرد .

قال فى الصيرفية : رب الدين إذا وهب الدين من المديون فلم يقبل ولم يرد حتى افترقا فجاء بعد أيام ورد الصحيح أنه لايرتد هذا الاختلاف بناء على أن الرجحان فى هبة الدين من المديون بطريق الإسقاط أم بطريق التمليك؟ فمن قال للتمليك قال : يقتصر الجواب على المجلس ، ومن قال للإسقاط قال : لايقتصر انتهى . ويرد عليه أنه إذا ترجح جانب الإسقاط ينبغى أن لايرتد مطلقا تأمل (قوله لكن فى الصيرفية) استدراك على تضعيف

لكن فى المجتبى الأصح أن الهبة تمليك والإبراء إسقاط .

(تمليك الدين ممن ليس عليه الدين باطل إلا) فى ثلاث حوالة ووصية و (إذا سلطه) أى سلط المملك غير المديون (على قبضه) أى الدين (فيصح) حينئذ ، ومنه مالو وهبت من ابنها ماعلى أبيه فالمعتمد الصحة للتسليط

للعناية القول الثانى ح . وقد يقال : هو وإن كان صحيحا فغيره أصح فتحصل أنهما قولان مصححان ط (قوله لكن فى المجتبى) استدراك على جعلهم كلا من الهبة والإبراء إسقاطا من وجه تمليكا من وجه ، وأنت خبير بأن هذا الاستدراك مخالف للمشهور ح (قوله تمليك) أى فتحتاج إلى القبول كما صرح به فى المجتبى وعزا التسوية بين الهبة والإبراء لزفر (قوله والإبراء إسقاط) ومن قال للإسقاط لا يحتاج إليه منح (قوله تمليك الدين الخ) قال المحشى الحموى : يستثنى من ذلك ما فى القنية من باب الأجر فى القرض . ولو قال الأجنبى للدائن : هب دينه لى أو حلله لى أو قال اجعل ذلك لى فقال قد فعلت يبرأ استحسانا ولو وهبه له ابتداء لا يبرأ انتهى (قوله حوالة) أى إذا كان المحال عليه مديون المحيل وقد أحال شخصا عليه فإن الدين ينتقل من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، والتعبير بالانتقال يفيد أن المحال لم يملك ما بذمة المحال عليه من الدين ، وإنما هو لما رضى بالحوالة فقد التزم الدفع له بأمر المحيل فإذا دفع عنه بأمره وقعت المقاصة بينهما فليتأمل . وأيضا المحال مسلط على قبضه من المحال عليه ، ويقال فى الوصية ليس فيها تمليك وإنما هو تسليط أيضا فرجع الأمر إلى التسليط فى الكل (قوله ووصية) أى بأن أوصى بالدين الذى له على زيد لعمرو فإنه يصح لأن الموصى له خليفة عن الميت ، وكذا إذا أوصى بثلث ماله مثلا وفى التركة ديون فإن الموصى له يملك من الديون بقدر وصيته أى يملك المطالبة ، وإنما يصير ملكا حقيقة إذا صار عينا (قوله وإذا سلطه على قبضه) أى وقبضه فيصح يعنى لأنه يصير حينئذ وكيلا عن الدائن فى القبض من المديون ثم يقبض لنفسه كما ذكره الحموى ، ومقتضاه صحة عزله عن التسليط أشباه .

قال فى جامع الفصولين : هبة الدين ممن ليس عليه لم تجز إلا إذا وهبه وأذن له بقبضه فقبضه جاز صك لم يجز إلا إذا سلطه على قبضه ، فيصير كأنه وهبه حين قبضه ولا يصح إلا بقبضه انتهى فتنبه لذلك رملى (قوله فيصح الخ) وحينئذ يصير وكيلا فى القبض عن الآمر ثم أصيلا فى القبض لنفسه ، ومقتضاه صحة عزله عن التسليط قبل القبض ، وإذا قبض بدل الدراهم دنانير صح ؛ لأنه صار الحق للموهوب له فملك الاستبدال ، وإذا نوى فى ذلك التصدق بالزكاة أجزأه كما فى الأشباه (قوله ومنه) أى مما استثنى (قوله ما لو وهبت من ابنها ما على أبيه) أى وأمرته بالقبض بزازية .

وفى الأشباه فى أحكام الدين : وهبت مهرها من أبيها أو لابنها الصغير من هذا الزوج إن أمرت بالقبض صحت وإلا لا لأنها هبة الدين من غير من عليه الدين ، ومثله فى مجموعة مؤيد زاده (قوله فالمعتمد الصحة للتسليط) أى إذا سلطته على القبض كما يشير إليه قوله ومنه . وفى الخانية : وهبت المهر لابنها الصغير الذى من هذا الزوج الصحيح أنه لا تصح الهبة إلا إذا سلطت ولدها على القبض فيجوز ويصير ملكا للولد إذا قبض اهـ . فقول الشارح للتسليط : أى التسليط صريحا لا حكما وعادة كما فهمه السائحانى وغيره .

قال فى الحاوى القدسى : إن سلطته علىّ قبضه وهو الصواب ، لكن ينظر فيما إذا كان الابن لا يعقل فإن القبض يكون لأبيه ، فهل يشترط أن يفرز الأب قدر المهر ويقبضه لابنه ، أو يكفى قبوله كما فى هبة الدين ممن

ويتفرع على هذا الأصل لو قضى دين غيره على أن يكون له لم يجز ولو كان وكيلا بالبيع فضولين (و) ليس منه ما (إذا أقر الدائن أن الدين لفلان وأن اسمه) فى كتاب الدين (عارية) حيث (صح) إقراره لكونه إخباراً لا تمليكا فللمقر له قبضه بزازية وتمامه فى الأشباه من أحكام الدين وكذا لو قال: الدين الذى لى على فلان لفلان بزازية وغيرها.
قلت: وهو مشكل لأنه مع الإضافة إلى نفسه يكون تمليكا وتمليك الدين ممن ليس عليه باطل فتأمله.

عليه؟ براجع (قوله ويتفرع على هذا الأصل) أى الذى ذكره المصنف (قوله لم يجز) إلا أن يسلطه الدائن على المديون ويقبضه منه؛ ونقل فى الأشباه قولين: بالجواز، وعدمه، وقدم الجواز وظاهره اعتماده.

قال فى القنية: قضى دين غيره ليكون له ما على المطلوب فرضي جاز. وفى ط وصلك بخلافه اهـ، ومنه ومما فى الأشباه يعلم أن التفريع على أحد القولين (قوله ولو كان وكيلا بالبيع) أى فقضى للموكل الثمن ليصير ما بذمة المشترى له لا يصح فيكون القضاء على هذا فاسدا ويرجع البائع على الآمر بما أعطاه وكان الثمن على المشترى على حاله أشباه إلا أن يسلطه الموكل على القبض بعد الدفع. أما قبله فالولاية فى الطلب له كما لا يخفى (قوله وليس منه) أى من تمليك الدين من غير من عليه الدين (قوله حيث صح إقراره) أى قضاء أما فى الديانة فلا يحل له الدين إذا لم يكن له فى نفس الأمر لأن الإقرار ليس سببا للملك مع أن التمليك هنا لا يفيد مالم يأمره (قوله فللمقر له قبضه) فإذا دفعه إليه برىء وكذا إذا دفع إلى المقر كما فى المنح، وأكثر النسخ كما هنا وفى بعضها فللمقر ولاية قبضه، وهذا الموافق لما فى البزازية فليراجع فإنه مهم (قوله وتمامه فى الأشباه من أحكام الدين) لعل الضمير راجع إلى الدين أى تمام بيان أحكامه، وإلا فلم يتكلم فى الأشباه على هذه المسئلة ط.

أقول: وعبارتها و ن وكالة الواقعات الحسامية لو قال: وهبت منك الدراهم التى لى على فلان فاقبضها منه فقبض مكانها دنانير جاز، لأنه صار الحق للموهوب له فملك الاستبدال اهـ وهو مقتض لعدم صحة الرجوع عن التسليط لكن ينافيه ما قدمناه عن الأشباه فتأمل (قوله لى على فلان) أى وإن زاد لفظ لى ولذا استشكله الشارح (قوله بزازية الخ) والبزازى تبع ما فى الخلاصة، وسبق فى الإقرار الاعتراض عليها وسبق تأييد الاعتراض (قوله قلت وهو مشكل الخ) أقول: هذا الإشكال ذكره المصنف فى منحه أيضا.

وأجاب عنه الرملى فى حاشية المنح فى كتاب الإقرار فقال بعد كلام طويل: والحاصل أن الإقرار يصح مطلقا بلا قبول، ولا يلزم لو كان المقر له غائبا ولعدم لزومه جاز أن يقر به لغيره قبل حضوره، فاجتمعت كلمتهم على أن القبول ليس من شرط صحة الإقرار، وأما لزومه فشىء آخر والمصنف لم يفرق بين الصحة واللزوم فاستشكل على الصحة المجتمعة عليها كلمتهم باللزوم. وأما ما أجاب به المجيب المذكور ففيه نظر إذ لو كان كما فهمه لما افترق الإقرار للغائب والحاضر مع أن الظاهر أن بينهما فرقا فى الحكم، ألا ترى إلى قوله فى الخانية ولو أقر لولده الكبير الغائب أو أجنبي بعد قوله: وأما الإقرار للحاضر فيلزم من جانب المقر حتى لا يصح إقراره لغيره به قبل رده ولا يلزم من جانب المقر له فصح رده. وأما الصحة فلا شبهة فيها فى الجانبين بدون القبول كما يفهم من كلامهم فظهر الجواب وزال الإشكال بما قررناه والحمد لله تعالى اهـ (قوله لأنه مع الإضافة إلى نفسه) أى مع إسناد المال إليه (قوله فتأمله) يمكن الجواب بأن المراد الدين الذى لى على فلان بحسب الظاهر هو لفلان أى فى نفس الأمر فلا إشكال اهـ ح لكن يقال فيه: إنه متى أمكن الحقيقة، فلا يعدل إلى المجاز وتقدم فى الإقرار ما يقوى إشكال الشارح، ولعل المراد بالإضافة فى قوله: الدين الذى لى على فلان إضافة نسبة لا ملك كما فى قولهم: جميع ما فى بيتى لفلان فإنه إقرار، وكذا جميع ما يعرف بى أو ينسب إلى.

وفى الأشباه فى قاعدة تصرف الإمام معزيا لصلح البزازية : اصطلحا أن يكتب اسم أحدهما فى الديوان فالعطاء لمن كتب اسمه الخ (والصدقة كالهبة) بجامع التبرع وحينئذ (لاتصح غير مقبوضة ولا فى مشاع يقسم ولا رجوع فيها) ولو على غنى لأن المقصود فيها الثواب لاالعوض، ولو اختلفا فقال الواهب : هبة والآخر : صدقة فالقول للواهب خانية .

أقول : ويمكن أن يكون مبنيا على الخلاف، فإنه قال فى القنية راقما لعلى السغدى إقرار الأب لولده الصغير بعين من ماله تمليك إن أضافه إلى نفسه فى الإقرار ، وإن أطلق فإقرار كما فى سدس دارى وسدس هذه الدار ثم رقم لنجم الأئمة البخارى إقرار فى الحالين لاتمليك اه. قال فى إقرار المنح فيفيد أن فى المسألة خلافا، ولكن الأصل المذكور هو المشهور ، وعليه فروع فى الخانية وغيرها وقد مرت المسئلة قبيل إقرار المريض ، وأجبنا عنها بجواب حسن فارجع إليه (قوله اصطلحا الخ) مناسبة ذكر هذه المسئلة كتابة اسم غير المستحق فإن المكتوب اسمه لا يستحق المكتوب (قوله فالعطاء لمن كتب اسمه) عبارة البزازية له عطاء فى الديوان ومات عن ابنين فاصطلحا على أن يكتب اسم أحدهما فى الديوان ويأخذ العطاء هو والآخر لا شىء له من العطاء ، ويبذل من كان له العطاء مالا فالصلح باطل ، ويرد بدل الصلح والعطاء الذى جعل الإمام العطاء له ، لأن الاستحقاق للعطاء بإثبات الإمام لادخل لرضا لغير وجعله غير أن السلطان إن منع المستحق ، فقد ظلم مرتين فى قضية فى حرمان المستحق ، وإثبات غير المستحق مقامه اه (قوله والصدقة كالهبة الخ) قال فى العناية : لما كانت الصدقة تشارك الهبة فى الشروط ، وتخالفها فى الحكم ذكرها فى كتاب الهبة اه وقدم المصنف أحكام الهبة على الصدقة لعمومها فى حق المسلم والكافر ، وكثرت تفاريعها كما فى المفتاح وهو عكس ما هو المشهور من أن ماكثرت تفاريعه يؤخر لطول الكلام عليه حموى (قوله لا تصح غير مقبوضة) أى لا تتم (قوله ولا فى مشاع يقسم) قيد به لأنه لا تصح فى مشاع لا يقسم حموى .

فإن قلت : قدم أن الصدقة لفقيرين جائزة فيما يحتمل القسمة بقوله : وصح تصدق عشرة لفقيرين .

قلت : المراد هنا من المشاع أن يهب بعضه لواحد فقط فحينئذ هو مشاع ، يحتمل القسمة بخلاف الفقيرين فإنه لا شيوع كما تقدم بحر (قوله ولا رجوع فيها) الأولى غير أنه لا رجوع فيها لأن عبارته توهم أنها مثلها فيه ، وقد ذكرها فى الدرر مستقلة بلا تشبيه حيث قال : تصدق على غنى أو وهبه لفقير لا يرجع اعتبار اللفظ فى الأولى ، وللمعنى فى الثانية .

والحاصل : أنها جملة مستأنفة وليست بداخلة تحت التثنية وإلا لفسد المعنى فليتأمل. وضمير فيها للصدقة وفى القدورى الصدقة كالهبة لا تصح إلا بالقبض ولا يصح الرجوع فى الصدقة بعد القبض اه (قوله ولو على غنى) أى ولو تصدق على غنى ليس له الرجوع ، واختاره فى الهداية مقتصرا عليه لأنه قد يقصد بالصدقة على الغنى الثواب لكثرة عياله بحر ، وهذا مخالف لما مر قبيل باب الرجوع من أن الصدقة على الغنى هبة ولعلهما قولان تأمل. قال القهستانى: الفقير والغنى يستويان فى عدم العود وقال بعضهم: إن له العود على الغنى اه ثم رأيت الشمنى ذكره حيث قال : ولو تصدق على غنى لايعود استحسان والقياس أن يعود وبه قال بعض أصحابنا الخ (قوله لأن المقصود فيها الثواب) وقدحصل قيل عليه أن حصول الثواب فى الآخرة فضل من الله تعالى ليس بواجب عندنا خلافا للمعتزلة فلا يقطع بحصوله. ويمكن أن يقال : حصول الوعد بالثواب أخى جلبى (قوله فالقول للواهب) لأنه الدافع فهو أدرى بجهة الدفع .

[فروع] كتب قصة إلى السلطان يسأله تمليك أرض محدودة فأمر السلطان بالتوقيع فكتب كاتبه جعلتها ملكا له هل يحتاج إلى القبول فى المجلس ؟ القياس نعم ، لكن لما تعذر الوصول إليه أقيم السؤال بالقصة مقام حضوره .

أعطت زوجها مالا بسؤاله ليتوسع فظفر به بعض غرمائه إن كانت وهبته أو أقرضته ليس لها أن تسترد من الغريم وإن أعطته ليتصرف فيه على ملكها فلها ذلك

أقول : ونقل الرملى فى حاشيته على المنح عن الزاهدى فى كتابه المسمى بحاوى مسائل المنية : رجل اشترى اشترى حليا ودفعه إلى امرأته واستعملته ثم ماتت ثم اختلف الزوج وورثتها أنها هبة أو عارية فالقول للزوج مع اليمين أنه دفع ذلك إليها عارية لأنه منكر للهبة .

أقول : وهذا صريح فى رد كلام أكثر العوام أن تمتع المرأة يوجب التمليك ، ولا شك فى فساده اه وسبقه إلى هذا صاحب البحر كما ذكرناه عنه فى باب التحالف وكتبنا هناك عن البدائع : أن المرأة إن أقرت أن هذا المتاع اشتراه لى سقط قولها ، لأنها أقرت بالملك لزوجها ثم ادعت الانتقال إليها فلا يثبت إلا بالبينة اه وظاهره شمول ثياب البدن ، ولعله فى غير الكسوة الواجبة وهو الزائد عليها تأمل وراجع ، ويدل عليه مامر أول الهبة من قوله : اتخذ لولده أو لتلميذه ثيابا الخ وكذا ما قدمناه ثمة عن الخزانة عند قول المصنف : هو الإيجاب والقبول فحيث لارجوع له هناك مالم يصرح بالعارية فهنا أولى .

مطلب فى معنى التمليك

[تنبيه] قال السيد الحموى : اعلم أن التمليك يكون فى معنى الهبة ، ويتم بالقبض ، وإذا عرى عن القبض والتسليم اختلف العلماء فيه ، فقيل : يجوز ، وقيل : لايجوز قياسا على الهبة وأكثر المشايخ على أنه يجوز بدون التسليم ، وأنه غير الهبة ، لأن التمليك والهبة شيئان اسما وحكما أما الاسم فظاهر ، وأما حكما فلأنه لو وهب الثمار على رؤوس الأشجار لايجوز ، ولو أقر بالتمليك يجوز فثبت أن التمليك يصح بدون التسليم ، وأنه غير الهبة وعليه الفتوى وعمل الناس ، وموت المقر بمنزلة التسليم بالاتفاق كذا فى المفتاح اه قال ط : والمناسب فى المقابلة أن يقول ولو ملكه لأن الإقرار بالملك .

صورته أن يقول : هذا الشيء لفلان وهو إخبار لا تمليك اه (قوله جعلتها ملكا له) هذا إنما يتم فى أرض موات أو ملك السلطان أما إذا أقطعه من غير ذلك فللإمام أن يخرجه متى شاء كما سلف ذلك فى العشر والخراج ط (قوله القياس نعم) لأنه تمليك يحتاج إلى القبول فى المجلس ، والقياس أن لا يكفى الأمر بالكتابة ، بل يقتضى أن يقول ملكته وقوله : مقام حضوره الأولى مقام قبوله (قوله أعطت زوجها الخ) ولو كانت تدفع إليه فضة عند الحاجة إلى النفقة أو شيئا آخر وهو ينفقه على عياله ليس لها أن ترجع بذلك عليه (قوله والقول قولها) لأنها الدافعة ، فهى أدرى بجهة الدفع لأنها المملكة ، ولا يعلم إلا من جهتها ، ولأنها منكرة للتمليك ، والقول للمنكر بيمينه . وفى الصورة الثانية : القول للوارث لما فى جامع الفصولين : ادعى على الميت ألفا فبرهن وارثه أن الميت أعطاه ألفا يقبل ، والوارث يصدق بأنه أعطاه بجهة الدين لقيامه مقام مورثه فيصدق فى جهة التمليك (قوله إن كانت وهبته أو أقرضته) ذكر فى أول الغصب رجل كان يتصرف فى غلات امرأته ويدفع ذهبها بالمرابحة ثم ماتت فادعى ورثتها أنك كنت تتصرف فى مالها بغير إذنها فعليك الضمان ، فقال الزوج : بل بإذنها فالقول قول الزوج ، لأن الظاهر شاهد له : أى والظاهر يكفى للدفع حموى .

لا له .

دفع لابنه مالا ليتصرف فيه ففعل وكثر ذلك فمات الأب إن أعطاه هبة فالكل له وإلا فميراث وتمامه فى جواهر الفتاوى .

بعث إليه بهدية فى إناء هل يباح أكلها فيه، إن كان ثريدا ونحوه مما لو حوله إلى إناء آخر ذهبت لذته يباح فإن كان بينهما انبساط يباح أيضا وإلا فلا .

دعا قوما إلى طعام وفرقهم على أخونة ليس لأهل خوان مناولة أهل خوان آخر ولا إعطاء سائل

قلت: وسيأتى فى شتى الوصايا فيما لو عمر دار زوجته أنه لو اختلفا فى الإذن وعدمه فالقول للمنكر تأمل اه (قوله لا له) أى ليس للغريم أن يأخذ ذلك المال (قوله وإلا) أى وإن لم يعطه هبة بأن أعطاه قرضا أو دفع إليه ليعمل للأب (قوله فميراث) فالأصل ميراث والربح له (قوله وتمامه فى جواهر الفتاوى) وعبارته: أمير وهب جارية لرجل فأخبرته أنها كانت لتاجر قتله عدوه واستولى عليه وتداولتها الأيدى والموهوب له لا يجد ورثة المقتول وهو يعلم أنه لو خلاها ضاعت ولو أمسكها ربما يقع فى فتنة فله أن يرفع الأمر إلى القاضى ليبيعها للغائب من ذى اليد، حتى إذا ظهر المالك كان له على ذى اليد الثمن اه (قوله وإلا) بأن كان فاكهة ونحوه مما لا يذهب التحويل لذاته (قوله فإن كان بينهما انبساط يباح أيضا) أى كما يباح الأكل فى إناء الثريد الذى تذهب لذته بالتحويل يباح أيضا إذا كان بينهما انبساط: أى رفع كلفة كما تقدم من أن أحدهما يدخل بيت الآخر بدون إذنه، ويأكل من طعامه ويتناول أوانيه وأشياءه، وإلا فلا، وكذا تعتبر العادة والعرف فى وعاء الهدية كما فى زماننا فإن الحاج حين قدومه يرسل هدايا لأصحابه فيرسل لهم ماء زمزم بإناء ثمين من الصينى فإن العادة جرت أن يأخذها المهدى إليه مع وعائها، بخلاف ما إذا أهدى رجل لآخر عنبا فى قوصرة أو لبنا فى وعاء فإنه يأخذ العنب واللبن دون القوصرة والوعاء .

قال فى الهندية: ويقال إذا بعث إليه هدية فى ظرف وإناء أو فى العادة رد ذلك لم يملكهما كالقصاع والجراب وما أشبه ذلك، وإن كان من العادة أن لا يرد الظرف كقواصير التمر، فالظرف هدية أيضا لا يلزمه رده ثم إذا لم يكن الظرف هدية كان أمانة فى يد المهدى إليه، وليس له أن يستعمله فى غير الهدية، وله أن يأكل الهدية فيه إذا لم تقتض العادة تفريغه، فإن اقتضت تفريغه وتحويله لزمه تفريغه اه (قوله ليس لأهل خوان) هو كغراب وكتاب: ما يؤكل عليه الطعام قاموس (قوله مناولة أهل خوان آخر) ولو ناول من معه على خوانه لا بأس به قال الفقية: هذا قياس. وفى الاستحسان أن كل من كان فى تلك الضيافة إذا أعطاه جاز وبه نأخذ كذا فى الحاوى للفتاوى اه هندية .

وفيها لو قال الوكيل: لا أسلم من تناول مالك فقال الآمر: أنت فى حل من تناولك منه من درهم إلى مائة درهم، ليس له أن يأخذ مائة أو خمسين جملة، وله أن يتناول من المأكول والمشروب والدراهم مالا بد منه، ولو أهدى رجل إلى مقرضه شيئا فإن لم يهد قبل القرض كره القبول اه .

أقول: أى كالقاضى فإنه ليس له أن يتناول هدية من ليس له عادة فى مهاداته قبل تقلده القضاء (قوله ولا إعطاء سائل الخ) هو ليس خاصا بأهل الأخونة بل مطلق الضيف فهو تعميم بعد تخصيص، أما أهل الأخونة فإنه قد خص كل قوم بطعام أذن لهم فيه، فإذا أطعم أهل خوان آخر فقد أباحه لغير من أباح له المضيف

وخادم وهرة لغير رب المنزل ولا كلب ولو لرب المنزل إلا أن يناوله الخبز المحترق للإذن عادة وتمامه في الجوهرة .

وفي الأشباه : لاجبر على الصلاة إلا في أربع : شفعة ، ونفقة زوجته وعين موصى بها

وفيه إضرار بجماعته لأن حقهم قد تعلق به بإباحة رب المنزل إياهم ، وربما يكون الطعام لايكفيهم ، ففي إطعام أهل الخوان الثاني تصرف في مال غيره بغير إذنه وإضرار برفقته ، فبالنظر إلى الشق الأول لو كان بينه وبين رب المنزل مباسطة بحيث يسوغ له إطعام طعامه بغير إذنه جاز له إطعام أهل الخوان الثاني وبالنظر لحق رفقائه لايجوز. وأما إطعام أهل خوانه فجائز لأن رب المنزل أباحه لهم وأما إعطاء السائل فإنه افتيات على رب المنزل فلا يجوز إلا إذا كان بينهما مباسطة بحيث يعلم أنه يرضى بتصرفه في ماله كما قال تعالى ـ أو صديقكم ـ فإنه ذكر في تفسيره أن معناه والله أعلم له أن يدخل دار صديقه ويضيف من طعامه بغير إذنه إذا وثق برضاه بذلك فإطعام من ذكر بالأولى (قوله وخادم) أي ممن هو قائم على رأس المائدة جوهرة فأفاد أن ذلك في خدمة رب المنزل فغيرهم أولى ، وقد صور هذه المسألة في الضيف . وأدرجها المؤلف في مسألة أهل الخوان لأنهم ضيوف ط (قوله لغير رب المنزل) فإن كانت هرة صاحب البيت جاز استحسانا جوهرة (قوله وتمامه في الجوهرة) وعبارتها : رجل كتب إلى آخر كتابا وذكر فيه اكتب الجواب على ظهره لزمه رده وليس له التصرف فيه وإلا ملكه المكتوب إليه عرفا .

رجل مات وبعث إلى ابنه كفنا ليكفنه فيه هل يملكه حتى يكون له أن يكفنه في غيره ، ويمسكه لنفسه إن كان الميت ممن يتبرك بتكفينه لفقه أو ورع فإن الابن لا يملكه وإن كفنه في غيره وجب عليه رده على صاحبه وإن لم يكن كذلك جاز للابن أن يصرفه إلى حيث أحب اهـ (قوله لا جبر على الصلات) بكسر الصاد جمع صلة وهي عبارة عن أداء مال ليس بمقابلة عوض مالي كالزكاة وغيرها من النذور والكفارات انتهى معراج لكن لا يظهر ذلك في الشفعة ط (قوله شفعة) فيجب على المشتري تسليم العقار إلى الشفيع مع أنها صلة شرعية ، ولذا لو مات الشفيع بطلت الشفعة أشباه. وإنما وجبت صلة للشفيع لجوازه بأحد الوجوه الثلاثة دفعها للضرر عنه ومع ذلك يأخذها جبرا من البائع إن كانت في يده أو من المشتري (قوله ونفقة زوجته) لأنها وإن كانت صلة من وجه إلا أنها عوض من وجه آخر لأنها جزاء الاحتباس ذخيرة ويجبر عليها ولو بالحبس بيري ، ومثلها نفقة القرابة ، والولاد ، بل هي أولى من نفقة الزوجة لأنها صلة محضة ، أما نفقة الزوجة فلها شبه بالأجرة لأن فيها جزاء الاحتباس. قال الصدر الشهيد : إذا مات الزوج بطل ما كان عليه واجبا من النفقة ولم تأخذ ذلك من ميراثه ، لأن أصل ذلك لم يكن مالا ، وإذا لم يكن مالا كانت النفقة في حق وصفية المالية صلة والصلات لاتتم إلا بالتسليم : وإذا مات قبل التسليم تسقط. فإن قيل : لو كانت صلة كيف يجبر الزوج على التسليم .

قلنا : يجوز أن يجبر ألا ترى أنه من أوصى أن يوهب عبده من فلان بعد موته فمات الموصى ، فإن الورثة يجبرون على تنفيذ الوصية في العبد وإن كانت صلة ، ولو مات العبد تبطل الوصية انتهى .

أقول : وقدمنا في أوائل باب الرجوع في الهبة عند قول المصنف والميم موت أحد العاقدين وذكر الشارح ثمة مايسقط بالموت ونقلنا ثمة عن حاشية أبي السعود : أن المراد من النفقة التي تسقط غير المستدانة بأمر القاضي أما هي فقد جزم في الظهيرية بعدم السقوط وصححه في الذخيرة إلى آخر ما قدمناه فارجع إليه (قوله وعين موصى بها) فيجب على الوارث دفعها إلى الموصى له بعد موت الموصي أشباه ولم يجز الجبر فيها على الواصل ،

ومال وقف ، وقد حررت أبيات الوهبانية على وفق مافى شرحها للشرنبلالى فقلت :

وواهب دين ليس يرجع مطلقا وإبراء ذى نصف يصح المحرر
على حجها أو تركه ظلمه لها إذا وهبت مهرا ولم يوف يخسر

فإنها صلة من الموصى ، والجبر يجرى على الوصى والوارث ، وليس هو ذا الصلة ، بل متعرض لمال غيره لأن الوصية مستحقة للموصى له ، وكذا مال الوقف ، فإن الصلة من الواقف ، والجبر على المتولى ، فلا خصوصية للجبر فيهما ، بل كل من كان فى يده صلة من شخص لآخر يجبر على تسليمها إليه (قوله ومال وقف) فإنه يجب على الناظر تسليمه للموقوف عليه مع أنه صلة محضة إن لم يكن فى مقابلة عمل وإلا ففيه شائبتها انتهى أشباه. ويزاد ما تؤديه العاقلة من الدية ، فإن الإيجاب على العاقلة بطريق الصلة بيرى (قوله وقد حررت أبيات الوهبانية) ركب أشطار بيوت على أشطار بيوت أخر وحذف بعض ما يحتاج إليه منها وزاد فيها ما ليس منها ، وقوله لم يوف بإسكان الواو ، وقوله : يؤخذ بإسكان الذال ، وقوله : وعندى بفتح الياء ط (قوله ليس يرجع مطلقا) أى سواء قبل المديون أولم يقبل بل سكت ، فإن سكوته يكون قبولا حكما ، وسواء ثم كان مانع فى الرجوع أولا لأنها إسقاط ، والساقط يكون متلاشيا فلا يتحقق الرجوع فيه كالإبراء ، وكما لو هلك الموهوب ، والإبراء يتم من غير تصريح بالقبول فيكون صريحا ودلالة . ومن المشايخ من جعل هبة الدين كالإبراء فتتم بلا صريح قبول ، ويرتد كل من الإبراء والهبة بالرد كما فى الشرنبلالية . وقال ابن شجاع : لايعمل رده وجرى المصنف على إطلاق السقوط ، ويظهر لك مما فى الشرنبلالية ما فى كلام البحر حيث قال أول باب الرجوع : وأطلق الهبة فانصرفت إلى الأعيان ، فلا رجوع فى هبة الدين للمديون بعد القبول ، بخلافه قبله لكونها إسقاطا انتهى وكأنه اشتبه عليه الرد بالرجوع تأمل وقدمناه أول باب الرجوع (قوله وإبراء ذى نصف يصح) صورته : لهما دين على رجل قال أحدهما له : وهبتك نصيبى جاز فيه ، وإن قال : وهبتك نصف الدين مطلقا عن إضافته إليه اختلفت الرواية فى رواية ينفذ فى الربع كما لو وهبه نصف العبد المشترك ، فيصرف إليه الهبة ، أو تصرف إلى الكل فى إطلاق هبة نصف الدين ، وهو ظاهر الرواية شرنبلالية فلذا أطلق الشارح قوله وإبراء ذى نصف ليشمل قوله وهبتك نصيبى ، وبه يسقط نصيبه بالاتفاق ، وكذا قوله : أبرأتك عن نصف الدين فى ظاهر الرواية .

وحاصله : أنه لو كان لاثنين دين مشترك على شخص فأبرأه أحدهما ، فتارة يقول أبرأتك من نصيبى فهو كما قال اتفاقا ، وتارة يقول : وهبتك نصف الدين من غير إضافة وظاهر الرواية أنه كالأول وقيل يكون إبراء من نصف النصف وهو الربع (قوله المحرر) أى هذا هو المحرر (قوله على حجها) متعلق بوهبت .

وصورته : تركت مهرها للزوج على أن يحج بها فلم يحج ، فالمفتى به أنه لايبرأ لأن الرضا بالهبة كان بشرط العوض ، فإذا انعدم العوض انعدم الرضا والهبة لا تصح بدون الرضا (قوله أو تركه ظلمه لها) يعنى لو قالت لزوجها : وهبت مهرى منك على أن لا تظلمنى فقبل صحت الهبة ، فلو ظلمها بعد ذلك فالهبة ماضية كما فى شرح الواقعات ، ونسبه إلى أبى بكر الإسكاف وأبى القاسم الصفار ، وعلله قاضيخان بأنه تعليق الهبة بالقبول ، فإذا قبل تمت الهبة فلا يعود المهر بعد ذلك ، وفى الأجناس وابن مقاتل قال : مهرها عليه على حاله إن ظلمها لأنها لم ترض بالهبة إلا بهذا الشرط فإذا فات الشرط فات الرضا .

ثم قال : والحاصل أنه لا فرق على ما عليه الفتوى بين مسألة الظلم ومسألة الحج كما صرح به قاضيخان

معلق تطليق بإبراء مهـرها   وإنكاح أخرى لو يرد فيظفر
وإن قبض الإنسان مال مبيعه   فأبرأ يؤخذ منه كالدين أظهر

عبد البر (قوله معلق تطليق الخ) ليس هذا فى الوهبانية أصلا وإنما هى مسألة سئل عنها الشرنبلالى ونظمها وهى قال لها : متى نكحت عليك أخرى وأبرأتنى من مهرك فأنت طالق فهل إذا ادعى أنه أوفاها المهر فلم يبق ما تبريه عنه وأنكرت يقبل فى عدم الحنث وإن لم يقبل بالنظر لسقوط حقها ، كما يقبل قوله : لو اختلفا فى وجود الشرط .

فأجاب : أن رد الإبراء لم يحنث لأنه لو كان كما ادعت فرده أبطله ، وإن كما ادعى فالرد معتبر لبطلان الإبراء المقتضى للحنث ، وإنما اعتبر للرد مع دعوى الدفع لما يأتى إذا قبض دينه ، ثم أبرأ غريمه وقيل صح الإبراء ، ويرجع عليه بما قبض اه ملخصا أى ومفهومه لولم يقبل لم يصح الإبراء أى فلم يحنث . قال : وإنما سطرته دفعا لما يتوهم من الحنث بمجرد الإبراء ونقل الشارح آخر باب التعليق : بقى ما يكتب فى التعاليق متى نقلها أو تزوج عليها وأبرأته من كذا أو من باقى صداقها ، فلو دفع لها الكل هل تبطل؟ الظاهر لا لتصريحهم بصحة براءة الإسقاط والرجوع بما دفعه اه .

وكتب عليه سيدى ثمة قوله : فلو دفع لها الكل أى كل الدين المعبر عنه بقوله من كذا أو كل باقى الصداق وقوله : هل تبطل أى اليمين المذكورة ووجه التوقف أن الطلاق معلق على شرطين ، وهما النقل والإبراء أو التزوج والإبراء ، فإذا وجد أحدهما فلا بد من وجود الآخر وهو الإبراء مع أن المبرأ عنه قد دفعه لها وقوله لتصريحهم الخ .

قال فى الأشباه : الإبراء بعد قضاء الدين صحيح لأن الساقط بالقضاء المطالبة لا أصل الدين فيرجع المديون بما أداه إذا أبرأه براءة إسقاط ، وإذا أبرأه براءة استيفاء فلا رجوع . واختلفوا فيما إذا أطلقها وعلى هذا لو علق طلاقها بإبرائها عن المهر ثم دفعه لها لا يبطل التعليق ، فإذا أبرأته براءة إسقاط وقع ورجع عليها اه .

والحاصل : أن الدين وصف فى ذمة المديون والدين يقضى بمثله : أى إذا أوفى ماعليه لغريمه ثبت له على غريمه مثل مالغريمه عليه فتسقط المطالبة ، فإذا أبرأه غريمه براءة إسقاط سقط ما بذمته لغريمه فتثبت له مطالبة غريمه بما أوفاه فقد صحت البراءة بعد الدفع ، فلا يبطل اليمين بل يتوقف الوقوع على البراءة ، بخلاف ما إذا أبرأه براءة استيفاء لأنها بمعنى إقراره باستيفاء دينه وبابه لا مطالبة له عليه فلا يرجع عليه المديون لعدم سقوط مابذمته بذلك ، وأما لو أطلق فينبغى فى زماننا حملها على الاستيفاء لعدم فهمهم غيرها (قوله لو يرد فيظفر) الأولى أن يقول فادعى الدفع يظفر (قوله وإن قبض الإنسان الخ) أى قبض البائع الثمن وهو المراد بمال مبيعه أى مال بدلا عن مبيعه ، ثم أبرأ المشترى عنه يرجع المشترى على بائعه بما دفع عليه والدائن إذا قبض دينه ثم أبرأ المدين عنه صح ويرجع المديون على الدائن بما قبض منه .

قال العلامة عبدالبر : صورة الأولى : باع وقبض الثمن من المشترى ثم أبرأ البائع المشترى من الثمن بعد القبض يصح إبراؤه ويرجع المشترى على البائع بما كان دفعه إليه من الثمن .

والثانية لو أبرأ الدائن المديون بعد إيفاء الدين وقبضه صح ورجع المديون عليه . والأصل فيه أن الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها ، فإذا أبرأ مما فى الذمة بقى ما قبضه لا فى مقابلة شىء فيستحق المطالبة ، ويلزمه رده إذا طالبه به اه .

ومن دون أرض فى البناء صحيحة وعندى فيه وقفة فيحــرر

قلت : وجه توقفى تصريحهم فى كتاب الرهن بأن رهن البناء دون الأرض وعكسه لايصح لأنه كالشائع فتأمله وأشرت بأظهر لما فى العمادية عن خواهر زاده لايرجع واختاره بعض المشايخ وفيظفر : أى بنكاح ضرتها لأنه برده بالإبراء أبطله فلا حنث فليحفظ انتهى .

أقول : وفيه بحث لأنه لو حلف أن لادين عليه أوله بعد القبض لاحنث لتقاضيه بما قبضه عماله. وفى فصول العمادى أن الرجوع بالإبراء بعد القبض اختيار شمس الأئمة السرخسى والصدر الشهيد وذكر خواهرزاده أنه لايرجع ، وهو اختيار بعض المشايخ انتهى . فما ذكره فى البيت فيه اختلاف أهل الترجيح كما ترى ولما تبع الشارح ابن وهبان اقتداء بمن نقل هذا القول عنهم من أجلاء أئمة المذهب جعله هو الأظهر كما قال وأشرت بأظهر لما فى العمادية الخ (قوله ومن دون) متعلق هو وقوله فى البناء بصحيحة وصحيحة خبر لمبتدإ محذوف تقديره هى أى الهبة (قوله وعندى فيه وقفة) أصلها للعلامة عبد البر بعد أن قال إن المسئلة منقولة عن الذخيرة والمنية والتتمة ، وعلله فى التتمة بما فى كتاب الشفعة أن المشترى إذا قال اشتريت الأرض ، والبائع وهبنى البناء وقال الشفيع : بل اشتريتهما فالقول قول المشترى ، ثم قال : وعندى فى الاستدلال به نظر لأنه قد يدعى أن الصحة هنا إنما جاءت من قبل تقدم ملكه للأرض ، وينبغى أن لا يصح هبة البناء بدون الأرض لأن القبض شرط فى الهبة وهذا بمنزلة المشاع ، ألا تراهم قالوا إن هبة النخل بدون الأرض لاتصح لأن القبض شرط هبة المشاع ، وقد صرحوا فى كتاب الرهن بأن رهن البناء دون الأرض وعكسه لايصح لأنه بمنزلة المشاع انتهى .

وفى الهندية عن الكافى : لو وهب زرعا فى أرض أو ثمرا فى شجر أو حلية فى سيف أو بناء فى دار أو قفيزا من صبرة وأمره بالحصاد والجذاذ والنزع والنقض والكيل وفعل صح استحسانا ويجعل كأنه وهبه بعد الجذاذ والحصاد ونحوهما ، وإن لم يأذن له بالقبض وفعل ضمن انتهى وتعين المصير إلى هذا التفصيل ، وتحمل الصحة على صحة العقد وإن لم يفد الملك وعدمها على عدم التمام والتملك إلا إذا أذن له الواهب بالنقض ، وما عطف عليه وفعل لأنه بعد الفعل صار محوزا مسلما كما قدمناه موضحا فارجع إليه (قوله وأشرت بأظهر) أى فى قوله سابقا كالدين أظهر أى وهذا أظهر (قوله أنه لايرجع) أى بالدين بعد الإبراء (قوله لما فى العمادية) هذا ما أشرنا إليه سابقا من مخالفة ما فيها وإن اختاره البعض (قوله أى بنكاح ضرتها) أى ببقاء نكاحها مع نكاح ضرتها من غير طلاق يقع عليه أى فيما قدمناه فى مسألة التعليق ورد الإبراء حيث كان المعلق طلاقها لاطلاق الضرة ، وفيما ذكره بعد قوله : فلا حنث . وعبارة الشرنبلالى أى لقهر المرأة لبقائها فى نكاحه مع الضرة وهو الأنسب حيث كان المعلق طلاقها لاطلاق الضرة (قوله فلا حنث) أى فلا يقع عليه طلاق .

[خاتمة] قال الطحاوى . إذا كانت الهدية لاتحتمل القسمة كالثوب أو مما لا يؤكل فى الحال كاللحم ونحوه لم يجعل لأصحابه منه شيئا ، وإن كان مهيأ للأكل فى الحال يجعل لأصحابه من ذلك حظا ويمسك البقية لأهله كذا فى التاترخانية .

[فروع] قال جعلتك فى حل الساعة أى فى الدنيا برىء فى الساعات كلها والدارين خلاصة .

لو قال لجلا أخاصمك ولا أطلبك مالى قبلك قالوا ليس هذا بشيء وحقه عليه على حاله حاوى .

رجل سيب دابته لعلة فأخذها إنسان وأصلحها فهى لمن سيبها وإن قال من شاء فليأخذها فأخذها رجل فهى له .

قال الفقية أبو الليث : الجواب هكذا : إذا قال لقوم معينين من شاء منكم فليأخذها ، وإن لم يقل ذلك لقوم معينين أولم يقل ذلك أصلا فالدابة على ملك صاحبها ، وله أن يأخذها أين وجدها . وفى الفتاوى ذكر المسئلة مطلقة من غير تفصيل بين ما إذا قال ذلك القول أو قال مطلقا كذا فى المحيط .

غصب عينا فحلله مالكها من كل حق هو له قبله قال أئمة بلخ التحليل يقع على ما هو واجب فى الذمة لا على عين قائم كذا فى القنية ، وعن محمد رحمه الله تعالى : إذا كان لرجل على آخر مال فقال قد حللته لك قال هو هبة وإن قال حللتك منه فهو براءة كذا فى الذخيرة :

فى نوادر هشام رحمه الله تعالى فى سرقين لدابة فى الخان إذا وهبها صاحبها فهى لمن أخذها ولا يكون صاحب الخان أولى بها كذا فى التاترخانية .

رجل عليه دين فمات قبل القضاء فوهب صاحب الدين لوارث المديون صح سواء كانت التركة مستغرقة أم لم تكن كذا فى قاضيخان ، لأنه وهب ممن عليه الدين معنى ، لأنه يملك التركة إن لم تكن مستغرقة بالدين ، وإن كانت فللوارث فيها حق وهو استحسان ، ولو رد الوارث الهبة ترد بالرد خلافا لمحمد رحمه الله تعالى ، وقيل لا خلاف فيه ، وإنما الخلاف فيما إذا وهبه من الميت فرده وارثه ، وقال قبله غريم الميت أبرأ الميت عن دينه فرد وارثه لم يصح رده كما فى جامع الفصولين ، ولو وهب لبعض الورثة فالهبة لكلهم ، ولو أبرأ الوارث صح أيضا كذا فى الوجيز للكردرى :

وفى فتاوى اهو : ولو أبرأ الغريم أحد الورثة من الدين صح فى نصيبه وفى الخزانة : عقدان يكون الموت فيهما بمنزلة القبول فى هبة الدين من المديون إذا لم يقبله حتى مات المديون والوصية إذا لم يقبلها الموصى له حتى مات الموصى تجب الهبة والوصية .

رجل قال لمكاتبه وهبت لك مالى عليك فقال المكاتب : لا أقبل عتق المكاتب والمال دين عليه كذا فى السراج الوهاج .

وفى فتاوى اهو : سئل برهان الدين عمن مات مفلسا وعليه دين فتبرع إنسان بقضاء دينه هل يسقط دينه قال لا ، لأن إسقاط الساقط لا يتصور لأنه سقط بموته مفلسا ولا يبطل حق المطالبة فى الآخرة كذا فى التاترخانية .

بقرة بين اثنين تراضيا على أن تكون عند كل واحد خمسة عشر يوما يحلب لبنها ، فهذه مهايأة باطلة ولا يحل فضل اللبن وإن جعل فى حل إلا أن يستهلك صاحب الفضل فضله ثم جعله فى حل فحينئذ يحل لأن الأول : هبة المشاع فيما يحتمل القسمة فلم يجز والثانى هبة الدين وأنه يجوز وإن كان مشاعا كذا فى الفتاوى الحمادية .

العوض فى الهبة نوعان متأخر عن العقد ومشروط فى العقد. أما العوض المتأخر عن العقد فالكلام فيه فى موضعين : أحدهما فى بيان شرط جواز هذا التعويض وصيرورة الثانى عوضا. والثانى فى بيان ماهية هذا التعويض ، أما الأول فله شرائط ثلاثة :

الأول : مقابلة العوض بالهبة وهو أن يكون التعويض بلفظ يدل على المقابلة نحو أن يقول : هذا عوض عن هبتك أو بدل عن هبتك أو مكان هبتك ، أو نحلتك هذا عن هبتك ، أو تصدقت بهذا بدلا عن هبتك ،

أو كافأتك، أو جازيتك أو أثبتك أو ما يجرى هذا المجرى ، حتى لو وهب الإنسان شيئا وقبضه الموهوب له ثم إن الموهوب له أيضا وهب شيئا للواهب ولم يقل عوضا عن هبتك ، ونحو ذلك مما ذكرنا لم يكن عوضا بل كان هبة مبتدأة لكل واحد منهما حق الرجوع .

والثانى : أن لا يكون العوض فى العقد مملوكا بذلك العقد حتى لو عوض الموهوب له ببعض الموهوب لا يصح ولا يكون عوضا ، وإن كان الموهوب قد تغير عن حاله تغيرا يمنع الرجوع ، فإن بعض الموهوب يكون عوضا عن الباقى هذا(١) إذا وهب شيئا واحدا أو شيئين فى عقد واحد فعوض أحدهما عن الآخر فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى : يكون عوضا ولو وهب له شيئا وتصدق عليه بشىء فعوضه الصدقة من الهبة كانت عوضا بالإجماع .

والثالث : سلامة العوض للواهب، فإن لم يسلم أنه استحق من يده لم يكن عوضا وله أن يرجع فى الهبة إن كان الموهوب قائما بعينه لم يهلك ولم يزدد خيرا أو لم يحدث فيه ما يمنع الرجوع فإن كان قد هلك أو استهلكه الموهوب له لم يضمنه ، كما لو هلك أو استهلكه قبل التعويض ، وكذا إذا ازداد خيرا لم يضمن كذا فى البدائع .

وإن استحق بعض العوض فما بقى منه فهو عوض عن الهبة كلها وإن شاء رد ما فى يده من العوض، ويرجع بالهبة كلها إن كانت قائمة لم تخرج عن ملك الموهوب له ، ولم يزد فى بدلها كذا فى السراج الوهاج ، وأما سلامة المعوض، وهو الموهوب فشرط التعويض، حتى لو استحق الموهوب كان له أن يرجع فيما عوض ، ولو استحق نصف الموهوب ، فللموهوب له أن يرجع فى نصف العوض إن كان الموهوب مما يحتمل القسمة سواء زاد العوض أو نقص فى السعر أو زاد فى البدل أو زاد فيه كان له أن يأخذ نصفه ونصف النقصان كذا فى البدائع .

وإن قال أرد ما بقى من الهبة وأرجع فى العوض كله لم يكن له ذلك وإن كان العوض مستهلكا ضمن قابض العوض بقدر ما وجب الرجوع للموهوب له به من العوض كذا فى السراج الوهاج :

وإذا استحق كل الهبة والعوض مستهلك يضمن كل قيمة العوض كذا ذكر فى الأصل من غير خلاف كذا فى البدائع :

هذا إذا كان الموهوب أو العوض شيئا لا يحتمل القسمة فاستحق بعضه فأما إذا كان مما يحتمل القسمة فاستحق بعض أحدهما بطل العوض إن كان هو المستحق، وكذا تبطل الهبة إن كانت هى المستحقة وإذا بطل العوض رجع فى الهبة وإذا بطلت الهبة يرجع فى العوض هكذا فى السراج الوهاج :

الثانى : بيان ماهيته فالتعويض المتأخر عن الهبة هبة مبتدأة بلا خلاف بين أصحابنا يصح بما تصح به الهبة ، وتبطل بما تبطل به الهبة لا يخالفها إلا فى إسقاط الرجوع على معنى أنه يثبت حق الرجوع فى الأولى ، ولا يثبت فى الثانية فأما فيما وراء ذلك ، فهو فى حكم هبة مبتدأة ، ولو وجد الموهوب له بالموهوب عيبا فاحشا لم يكن له أن يرد ويرجع فى العوض ، وكذلك الواهب إذا وجد بالعوض عيبا لم يكن له أن يرد العوض ، ويرجع فى الهبة فإذا قبض الواهب العوض ، فليس لكل واحد منهما أن يرجع على صاحبه فيما ملكه ، سواء عوضه

(١) (قوله هذا الخ) هكذا بالأصل ولتحرر هذه العبارة .

الموهوب له أو أجنبي بأمر الموهوب له أو بغير أمره كذا في البدائع ، ويشترط شرائط الهبة فى العوض بعد الهبة من القبض والحيازة والإفراز كذا فى خزانة المفتين .

ولا يكون فى معنى المعاوضة ابتداء وانتهاء ، فلا يثبت للشفيع الشفعة ، ولا للموهوب له الرد بالعيب كذا فى محيط السرخسي .

النوع الثانى : العوض المشروط فى عقد الهبة ، فإن كانت الهبة بشرط العوض شرط لها شرائط الهبة فى الابتداء حتى لاتصح فى المشاع الذى يحتمل القسمة ، ولا يثبت بها الملك قبل القبض ولكل واحد منهما أن يمتنع من التسليم وبعد التقابض يثبت لها حكم البيع فلا يكون لأحدهما أن يرجع فيما كان له ويثبت بها الشفعة ولكل واحد منهما أن يرد بالعيب ماقبض والصدقة بشرط العوض بمنزلة الهبة بشرط العوض وهذا استحسان والقياس أن تكون الهبة بشرط العوض بيعا ابتداء وانتهاء كذا فى فتاوى قاضيخان .

وهب دارا من رجلين بشرط عوض ألف درهم ينقلب بيعا جائزا بعد التقابض كذا فى القنية ، ولو عوض عن جميع الهبة قليلا كان العوض أو كثيرا فإنه يمنع الرجوع ولو عوض عن بعض الهبة عن ملكه فله الرجوع فيما لم يعوض عنه وليس له الرجوع فيما عوض كذا فى شرح الطحاوى .

إذا تصدق الموهوب له على الواهب بصدقة أو نحلة أو أعمره فقال هذا عوض هبتك جاز كذا فى الصغرى .

ويجوز تعويض الأجنبي . سواء كان بأمر الموهوب له أو بغير أمره ، وليس للأجنبي المعوض أن يرجع على الموهوب له سواء عوض بأمره أو بغير أمره إلا أن يقول الموهوب له عوض فلانا عنى على أنى ضامن وهو كما لو قال هب لفلان عبدك هذا عنى ، فإن المأمور لايرجع على الآمر إلا أن يقول له الآمر : على أنى ضامن هكذا فى فتاوى قاضيخان .

والأصل فى جنس هذه المسائل أن كل مايطالب به الإنسان بالحبس والملازمة لايكون الآمر بأدائه سببا للرجوع من غير اشتراط الضمان وكل مالا يطالب به الإنسان بالحبس والملازمة لايكون الأمر بأدائه سببا إلا بشرط الضمان كذا فى الظهيرية .

ولو وهب له هبة فعوضه عوضا على غير شرط فقبضه ، ثم استحق العوض ، فله أن يرجع فى الهبة إن كانت قائمة فى ملك الموهوب له ، ولم تزدد ولم يحدث فيها مايمنع الرجوع فيها كذا فى السراج الوهاج .

وإن استحق العوض وقد ازدادت الهبة لم يرجع كذا فى الخلاصة ، وإن كانت الهبة قد هلكت أو استهلكها الموهوب له لم يضمنها فى قولهم جميعا كذا فى السراج الوهاج .

ولو وهب لرجل ألف درهم فعوضه الموهوب له درهما من تلك الدراهم ، لم يكن ذلك عوضا عندنا وكان له أن يرجع فى هبته ، وكذا لو كانت الهبة دارا فعوضه بيتا منها كذا فى فتاوى قاضيخان .

وفى الفتاوى العتابية : ولو وهب داره بشرط عوض ، وقيمته ألف فباعها بألفين قبل نقد الثمن أخذها الشفيع بألفين ويدفع الموهوب له للواهب ماشرط أو قيمته ، ولو حضر الشفيع بعد مادفع المشروط إلى الواهب أخذها به كذا فى التاترخانية .

رجل وهب لرجل ثوبا وخمسة دراهم وسلم الكل إليه ، ثم عوضه الثوب أو الدراهم لم يكن عوضا عندنا استحسانا كذا فى فتاوى قاضيخان الكل من الهندية وتمامه فيها ، وإنما ذكرت ذلك للوعد به فيما تقدم وإن كان بعضه قد تقدم .

وفيها : رجل وهب لآخر أرضا على أن مايخرج منها من زرع ينفق الموهوب له ذلك على الواهب قال أبو القاسم الصفار إن كان فى الأرض كرم أو أشجار جازت الهبة ، ويبطل الشرط ، وإن كانت الأرض قراحا فالهبة فاسدة كذا فى فتاوى قاضيخان ، ولو كان الموهوب كرما وشرط أن ينفق عليه من ثمره تصح الهبة ويبطل الشرط كذا فى محيط السرخسى .

وفى الإسبيجابى : رجل وهب لرجل هبة أو تصدق عليه بصدقة على أن يرد عليه ثلثها أو ربعها أو بعضها فالهبة جائزة ، ولا يرد عليه ولا يعوضه بشيء كذا فى التاترخانية .

امرأة قالت لزوجها إنك تغيب عنى كثيرا فإن مكثت معى ولا تغيب فقد وهبت لك الحائط الذى فى مكان كذا فمكث معها زمانا ثم طلقها فالمسألة على خمسة وجوه :

الوجه الأول : إذا كانت عدة منها لاهبة للحال ففى هذا الوجه لايكون الحائط للزوج :

الوجه الثانى : إذا وهبت إليه وسلمت إليه ووعدها أن يمكث معها ففى هذا الوجه الحائط للزوج وإن لم تسلم الحائط إلى الزوج لايكون له الحائط .

الوجه الثالث : إذا وهبت على شرط أن يمكث معها وسلمت إليه وقبل الزوج ففى هذا الوجه الحائط للزوج وهكذا ذكر الشيخ أبو القاسم رحمه الله تعالى ، وعلى قول نصير ومحمد بن مقاتل رحمهما الله تعالى وهو المختار لايكون الحائط للزوج .

الوجه الرابع : إذا قالت وهبت لك إن مكثت معى ففى هذا الوجه لايكون الحائط للزوج .

الوجه الخامس : إذا صالحته على أن يمكث معها على أن الحائط هبة ففى هذا الوجه ، لايكون الحائط للزوج كذا فى المحيط .

وهبته مهرها إن لم يظلمها فهو باطل بخلاف على أن لايظلمها ثم إن ظلمها عاد لأنها لم ترض إلا بهذا الشرط فإذا فات فات الرضا والفتوى على هذا .

ولو قالت له : أولم فما أنفقت فيها أى الوليمة فانقصه من مهرى فالأمر كما قالت : ولو قال أبرئينى ، حتى أهب لك كذا فأبرأت وأبى يعود المهر .

وسئل أبو جعفر عمن منع امرأته عن المسير إلى أبويها وهى مريضة فقال ؟ لها : إن وهبت لى مهرك أبعثك إلى أبويك ، فقالت المرأة أفعل ، ثم قدمها إلى الشهود فوهبت بعض مهرها وأوصت بالبعض على الفقراء أو غير ذلك وبعد ذلك لم يبعثها إلى أبويها ومنعها قال : الهبة باطلة . قال الفقيه رحمه الله تعالى لأنها بمنزلة المكرهة فى الهبة ، كذا فى الحاوى للفتاوى .

المرأة إذا أرادت أن يتزوجها الذى طلقها فقال لها المطلق لاأتزوجك حتى تهبينى مالك على فوهبت مهرها على أن يتزوجها فالمهر باق على الزوج تزوجها أو لم يتزوجها ، لأنها جعلت المال على نفسها عوضا عن النكاح . وفى النكاح العوض لايكون على المرأة كذا فى فتاوى قاضيخان .

ولو قال لرب الدين : إذا مت فأنت فى حل فهو جائز ، كذا فى فتاوى قاضيخان :
ولو قال : إن مت فأنت برىء من ذلك لايبرأ وهو مخاطرة كقوله إن دخلت الدار فأنت برىء مما لى عليك لايبرأ كذا فى الوجيز للكردرى .
أبرأه عن الدين الذى عليه ليصلح مهمة عند السلطان لايبرأ وهو رشوة كذا فى القنية اه :
وفى الأنقروى برمز علك : حمل إلى خطيبة أمتعة من جنس ما يحمل إليهن فى العادة ودفع أهل الخطيبة إليه مثل ما حمل إليهم فلا رجوع لهم فيه إذا افترقوا ، والمساهلة فى مثل هذا عزيمة فيما بينهم قنية .
بعث إليها شيئا معينا كما هو العادة ثم تزوجها ولم يدخل بها وخلعت نفسها منه بنصف المهر فليس له طلب ما بعث إليها إذا عوضته . مت صح له طلب المبعوث له مع طلب العوض إن لم تعوضه مع شش للسير الكبير الرشوة لا تملك علك وغيره قاض أو غيره .
دفع إليه سحت لإصلاح المهم فأصلح ثم ندم يرد ما دفع إليه .
بخ المتعاشقان يدفع كل واحد منهما لصاحبه أشياء فهى رشوة لا يثبت الملك فيها وللدافع استردادها .
وفى خلاصة الغزى : خطب امرأة فى بيت أخيها فأبى أن يدفعها حتى يدفع إليه دراهم فدفع وتزوجها يرجع بما دفع لأنه رشوة قنية ، وكذا فى الواقعات الحسامية .
خاصم زوجته وأذاها بالضرب والشتم حتى وهبت الصداق منه ولم يعوضها فالبراءة باطلة قنية فى الإكراه .
ولو أكره على الهبة ووهب لا تصح قاضيخان اه .
البكر البالغة يمنعها إخوتها التى هى فى ضمنهم عن الدخول بزوجها حتى تهبهم أو تبيعهم حصتها من أبويها فى الإرث أو تشهد لهم بشىء فهو باطل لأنها كالمكرهة فى ذلك رملى :
وفيه عن شرح تحفة الأقران للمصنف : لو زوج ابنته البكر من رجل فلما أرادت أن تخرج من بيته إلى زوجها منعها الأب إلا أن تشهد عليها أنها استوفت منه ما يعرف فيه من ميراث أمها فأقرت بذلك ثم أذن لها فى الخروج ، فإن الظاهر أن الحكم فيه عدم صحة الإقرار لكونها فى معنى المكرهة لما ذكر من المنع لا سيما والجبانة تغلب فى الأبكار ، وبه أفتى شيخ الإسلام أبو السعود العمادى اه من منهوات الأنقروى .
رجل له على آخر مائة وخمسون درهما مائة حالة وخمسون مؤجلة فوهب رب الدين للمديون خمسين فذلك الموهوب ينصرف إلى الحال أم إلى المؤجل ؟ أفتى الإمام الأجل برهان الدين المرغينانى رحمه الله تعالى ينصرف إليهما ، وبه أفتى القاضى بديع الدين رحمه الله تعالى كذا فى التاترخانية .
هبة المهر من الزوج الميت تصح استحسانا كذا فى السراجية .
الوكيل فى باب الهبة فى معنى الرسول حتى يجعل العاقد هو الموكل دون الوكيل :
وفى البقال : التوكيل بالهبة توكيل بالتسليم ، وللوكيل بالتسليم أن يوكل غيره ، بخلاف الوكيل بالقبض كذا فى المحيط .
وفى الفتاوى العتابية : ولو وكل الواهب رجلا بالتسليم ووكل الموهوب له رجلا بالقبض وغابا صح التسليم من الوكيل ، فإن امتنع وكيل الواهب خاصمه وكيل الموهوب له وينفرد أحد وكيلى التسليم به ، بخلاف وكيلى القبض لا ينفرد أحدهما ، كذا فى التاترخانية .

. . . .

وسئل أبو القاسم عمن أمر شريكه بأن يدفع ماله إلى ولده على وجه الهبة وكتب إليه كتابا بذلك وامتنع الشريك عن الأداء هل للابن خصومة معه ؟ قال هذا شيء لم يجب بعد ولا يجب له إلا بالقبض فليس للابن خصومة فى ذلك . قال الفقيه رحمه الله تعالى : ولو لم يكن على وجه الهبة فللابن أن يخاصم إذا كان مقرا بالمال وفى الوكالة كذا فى الحاوى للفتاوى .

إذا دفع الرشوة لدفع الجور عن نفسه أو أحد من أهل بيته لم يأثم .

إذا أجاز ملك دار الحرب لملك دار الإسلام جارية فهى له . ولو أهدى ملك العدو إلى أمير العسكر فهو لجميع العسكر كذا فى السراجية .

وسئل محمد بن مقاتل عما يهدى أبو الصبى إلى المعلم أو إلى المؤدب فى النيروز أو فى المهرجان أو فى العيد . قال إذا لم يسأل ولم يلح عليه فلا بأس به كذا فى الحاوى للفتاوى .

أقول : وهذا فيما إذا كان للأستاذ معلوم من بيت المال يكفيه وإلا فله أجر مثله ، وما تعورف من ثمن الحلو والعيدية والخميسية كما يأتى فى كتاب الإجارة .

وسئل الحلوانى عمن علق كوزه أو وضعه فى سطحه فأمطر السحاب وامتلأ الكوز من المطر فجاء إنسان وأخذ ذلك الكوز مع الماء هل لصاحب الكوز أن يسترد الكوز مع الماء ؟ فقال نعم. قال رضى الله تعالى عنه : وجوابه فى الكوز مما لا إشكال فيه ، فأما فى الماء فإنه ينظر ، إن كان أعده لذلك حينئذ يسترده ، وإن لم يعده لذلك لا يسترده كذا فى التاترخانية .

لقيط فى يد ملتقط نقله وينفق عليه وليس لهذا الصغير أحد سواه جاز للأجنبى أن يقبض ما وهب من الصغير وإن كان الصغير من أهل أن يقبض بنفسه ولهذا الأجنبى أن يسلمه لتعليم الأعمال ، وليس لأجنبى آخر أن يسترد منه نص عليه السرخسى فى كتاب الهبة .

وسئل على بن أحمد رحمه الله تعالى عن رجل دخل الحمام وقد دفع إلى صاحب الحمام الأجرة فاغترف من الإناء بإناء دفعه إليه صاحب الحمام كما هو العادة فى بلدنا هل يصير ذلك الماء ملكا للمغترف أم يكون ذلك لصاحب الحمام ويكون منه إباحة للداخلين ؟ فقال : صار أحق به من غيره ولكن ما صار ملكا له كذا فى التاترخانية .

يدخل فى هبته الأرض ما يدخل فى بيعها من الأبنية والأشجار من غير ذكر اه وكذا فى الصلح على أرض أو عنها تدخل ، ولا يدخل الزرع فى الصلح من غير ذكر .

قال ركن الإسلام الصباغى : الزرع يدخل فى الرهن والإقرار والفيء بغير ذكر ، ولا يدخل فى البيع والقسمة والوصية والإجارة والنكاح والوقف والهبة والصدقة وفى القضاء بالملك المطلق ، ولا يدخل الثمار والأوراق المتقومة فى هبة الأشجار بغير ذكر فإذا لم يذكر وفيها ثمر وورق فسدت الهبة لأنه يمنع التسليم كما فى القنية .

أقر أنه وهب من فلان دارا كان هذا إقرارا صحيحا .

فى الغياثية : الإقرار بالهبة لا يكون إقرارا بالقبض هو الأصح كذا فى جواهر الأخلاطى .

أهل الذمة فى حكم الهبة بمنزلة المسلمين لأنهم التزموا أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات إلا أنه لا تجوز

المعاوضة بالخمر عن الهبة فيما بين المسلم والذمى سواء كان المسلم هو المعوض للخمر أو الذمى ، وإن صارت الخمر خلا فى يد القابض لم تصر عوضا ويرده إلى صاحبه . وتجوز المعاوضة بالخمر والخنزير ، فيما بين الذميين كما يجوز ابتداء المبايعة . ولا يجوز بالميتة والدم كذا فى المبسوط .

وهب المرتد للنصرانى أو النصرانى له على أن يعوضه خمرا فذلك باطل كذا فى محيط السرخسي .

رجل وابنه فى المفازة ومعهما من الماء ما يكفى أحدهما من أحق بالماء منهما قال : الابن أحق به ، لأن الأب لو كان أحق لكان على الابن أن يسقى أباه . وإن سقى أباه مات هو من العطش فيكون هذا منه إعانة على قتل نفسه . وإن شرب هو لم يعن الأب على قتل نفسه ، فصار هذا كرجلين أحدهما قتل نفسه والآخر قتل غيره ، فقاتل نفسه أعظم إثما . قال عليه الصلاة والسلام : « من قتل نفسه بحديدة جاء يوم القيامة وفى يده تلك الحديد يجأ بها بطن نفسه » والوجء : الضرب بالسكين ، وأصله يوجأ كذا فى المحيط .

ولو دفع إلى رجل ثوبا بنية الصدقة فأخذه المدفوع إليه ظانا أنه وديعة أو عارية فرده على الدافع لا يحل للدافع أخذه لأنه قد زال عن ملكه حين قبضه الرجل . فإن أخذه لزمه رده كذا فى السراج الوهاج .

محتاج معه دراهم فالإنفاق على نفسه أفضل من التصديق على الفقراء . وإن آثرهم على نفسه فهو أفضل بشرط أن يعلم من نفسه حسن الصبر على الشدة . وإن خاف أن لا يصبر ينفق على نفسه كذا فى الملتقط .

وسئل بعضهم عن التصدق على المكدين الذين يسألون الناس إلحافا ويأكلون إسرافا ؟ قال : مالم يظهر لك أن من تتصدق عليه ينفق فى المعصية أو هو غنى لا بأس بالتصدق عليه . وهو مأجور بما نوى من سد خلته ، كذا فى الحاوى للفتاوى .

الصبى إذا تصدق بماله لا يصح كذا فى السراجية .

التصدق بثمن العبد على المحتاجين أفضل من الإعتاق كذا فى السراجية .

رجل تصدق على الميت أو دعا له فإنه يصل الثواب إلى الميت إذا جعل ثواب عمله لغيره من المؤمنين جاز كذا فى السراجية .

تصدق على فقير بطازجة على ظن أنه فلس ليس له أن يستردها ظاهرا . قال القاضى عبد الجبار : إن كان قال قد ملكت منه فلسا ثم ظهر أنه طازجة له أن يستردها . وإن قال ملكت هذا لا يسترد . قال سيف السائلى لا يسترد فى الحالين كذا فى القنية .

رجل أخرج دراهم من الكيس أو من الجيب ليدفعها إلى مسكين ثم بدا له فلم يدفع فلا شىء عليه من حيث الحكم كذا فى السراجية .

وعن الحسن البصرى فيمن يخرج كسرة إلى مسكين فلم يجده قال : يضعها حتى يجىء آخر ، وإن أكلها أطعم مثلها . وقال إبراهيم النخعى مثله . وقال عامر الشعبى : هو بالخيار . إن شاء قضاها ، وإن شاء لم يقضها لا تجوز الصدقة إلا بالقبض . وقال مجاهد : من أخرج صدقة فهو بالخيار . إن شاء أمضى ، وإن شاء لم يمض وعن عطاء مثله . قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى : وهو المأخوذ به كذا فى المحيط .

اختلفوا فى التصدق على سائل المسجد . قالوا : لا ينبغى أن يتصدق على السائل فى المسجد الجامع لأن ذلك إعانة على أذى الناس . وعن خلف بن أيوب رحمه الله تعالى قال لو كنت قاضيا لم أقبل شهادة من تصدق

على سائلى المسجد . وعن أبى بكر بن إسماعيل الزاهدى رحمه الله تعالى قال هذا فلس واحد يحتاج إلى سبعين فلسا لتكون تلك السبعون كفارة عن الفلس الواحد ، ولـكن يتصدق قبل أن يدخل المسجد أو بعد مايخرج منه كذا فى فتاوى قاضيخان .

وفى فتاوى الناصرى : إذا قال السائل بحق الله تعالى أو بحق محمد صلى الله تعالى عليه وسلم أن تعطينى كذا لايجب عليه فى الحكم والأحسن فى المروءة أن يعطيه .

وعن ابن المبارك قال : يعجبنى إذا سأل سائل بوجه الله تعالى أن لا يعطى كذا فى التاترخانية . والله سبحانه وتعالى أعلم وأستغفر الله العظيم .

وصلى الله تعالى على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه الطاهرين الطيبين . وعلى جميع الأئمة التابعين . والمجتهدين والعلماء العاملين ، وعلينا معهم برحمتك يا أرحم الراحمين .

اللهم اجعله خالصا لوجهك الـكريم ، وموجبا للفوز العظيم ، فى جنات النعيم ، يا مجيب الدعوات آمين .

* * *

وكان الفراغ من تحرير هذه التكملة الشريفة ، والتتمة اللطيفة ، المسماه بـ [قرة عيون الأخيار ، لتكملة رد المحتار] على يد جامعها أفقر العباد ، إلى عفو مولاه يوم التناد ، محمد علاء الدين بن السيد محمد أمين بن السيد عمر المدعو بابن عابدين ، كان الله تعالى له ولوالديه ، وغفر لهم ولأولاده ولمشايخه ولمن له حق عليه بجاه سيد الأنبياء والمرسلين ، فى الضحوة الـكبرى فى الساعة الثالثة ونصف من يوم الثلاثاء العاشر من رجب الفرد الذى هو من شهور سنة تسعين ومائتين وألف ، من هجرة من خاقه الله تعالى على أكمل وصف ، صلى الله تعالى وسلم عليه وعلى آله الـكرام ، وأصحابه العظام ، الذين نرجو باتباعهم حسن الختام .

بحمد الله تعالى وحسن توفيقه تم طبع حاشية [رد المحتار] لخاتمة المحققين «محمد أمين» الشهير بابن عابدين ، على [الدر المختار ، شرح تنوير الأبصار] فى فقه مذهب الإمام أبى حنيفة النعمان ، ويليه تكملة ابن عابدين ، المسمى [قرة عيون الأخيار] لسيدى «محمد علاء الدين أفندى» نجل المؤلف .

فهرست الجزء الثامن

المسمى [قرة عيون الأخيار تكملة رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار]

للسيد محمد علاء الدين أفندى نجل المؤلف